



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학석사 학위논문

UN해양법협약 강제적 관할권 조항
해석 및 적용의 변천

2018 년 8 월

서울대학교 대학원

법학과 국제법 전공

조 훈

국문 초록

현대 국제해양법에서 소위 ‘해양의 헌법’이라 일컬어지는 ‘유엔 해양법 협약(UNCLOS)’은 제15부를 통해 분쟁해결절차를 규정하고 있다. 특히 본 협약의 분쟁해결절차는 강제적인 성질을 가진다는 점에서 특이점을 지니는데, 이로써 UNCLOS는 분쟁해결에 있어 강제적 관할권(compulsory jurisdiction)을 규정한 매우 극소수의 지구적 차원의 조약 중 하나가 되었다.

본 논문은 최근 협약상 재판소가 회부된 분쟁에 대한 관할권을 판단하는 과정에서 관할권 관련 조항을 앞선 판례와 다르게 해석하거나 심지어 앞선 판례의 해석을 정면으로 반박하는, 강제적 관할권 조항 해석 및 적용의 변천을 주된 연구 대상으로 삼았다. 국제재판과정에서 일반적으로 재판소는 앞선 판례에서 취해진 판단에서 잘 벗어나지 않는 경향을 보인다. 하지만 최근의 판례에서는 관할권 조항에 대한 각기 다른 해석을 제시함으로써 결과적으로는 관련 조항의 정확한 의미에 대한 많은 의문점을 남겨주게 되었다. 이와 더불어 위와 같은 변천은 단순히 해석상의 변화로 간주할 수 없는 특정한 양상을 보이고 있어 상기한 변천에 대한 주목의 필요성을 제기해 주었다.

그렇다면 최근 판례에서 발생하고 있는 변천은 국제법의 관점에서 어떻게 평가해볼 수 있을 것인가? 나아가 최근 변천의 함의는 무엇이며, 그 범위는 단순히 UNCLOS에만 국한될 것이라 볼 수 있는가? 아니라면, 상기한 변천이 해양법, 혹은 국제법 전반에 미치게 될 함의는 어떻게 제시해볼 수 있는가? 본 논문은 보다 전체적인 관점에서 일련의 변천을 분석하는 것의 필요성을 바탕으로 하여 변천의 양상을 분석하고 그에 대한 평가와 함의를

제시해 보았다.

제2장에서는 먼저 협약상 강제적 분쟁해결절차의 성안 배경과 그 특징에 대하여 살펴보았다. 해양법 분야에서는 강제적 분쟁해결절차의 필요성이 일찍부터 제기되어 왔었으나 전통적인 분쟁해결방식과의 대립으로 인해 협약의 강제적 절차는 절충적으로 도입될 수 있었음을 확인할 수 있었다. 하지만 성안 당시에 제기되었던 다양한 이해관계를 봉합하는 과정에서 많은 해석상의 불명확성이 남겨졌고, 이들 부분에서 결국 재판소에 의한 변천이 집중적으로 발생하게 된 배경이 되었다.

제3장에서는 상기 변천을 뚜렷하게 확인할 수 있는 세 판례인 남방참다랑어 중재재판, 차고스 해양보호구역 중재재판, 그리고 남중국해 중재재판을 분석하였다. 각 사건들에서 내려진 관할권 판단 과정을 일련의 흐름 속에서 분석하면서 재판소에 의한 변천의 양상을 조금 더 전체적인 관점에서 파악해보았다. 이를 통해 선결요건을 간소화하고, 관할권의 물적 대상 범위를 확대시키며, 나아가 영토주권문제에 대한 관할권 행사 가능성을 인정하고 있는 최근 변천의 경향을 발견해볼 수 있었다.

마지막으로, 제4장에서는 위와 같은 최근의 변천에 대한 평가를 내려 본 후 이 현상의 국제법상 함의를 제시해보았다. 먼저 재판소에 의한 변천을 평가한 결과, 상기 세 판례를 거치면서 발생한 변천은 해석의 일관성을 보장해주지 못하였으며, 확실성의 원칙에 상응하지 않은 관할권 판정을 하였고, 나아가 이후의 사건들에 부정적인 영향을 주게 되었다고 평가할 수 있었다. 이와 같은 변천은 한편 향후 혼합분쟁과 같은 유형의 분쟁이 협약 제15부에 더욱 활발히 해소되도록 작용할 것으로 예상되며, 또한 확장적인 최근 변천의 양상은 앞으로 재판소에 의한 월권적 행위의 우려로 이어질 것으로 판단된다. 마지막으로

일정한 경향성을 보이며 변화하고 있는 최근의 변천은 재판소에 의한 강제적 관할권 자체의 진화로서 설명이 가능할 것으로 사료된다.

협약 제15부에 규정된 강제적 절차는 협약과 발생한 분쟁의 평화적인 해결을 도모하고, 동시에 협약 해석의 일관성을 보장하는 중대한 역할을 부여받았다. 최근의 변천이 가지는 중요성 또한 앞선 역할과 무관하지 않다. 하지만 현재와 같은 변천의 경향이 지속된다면, 이는 곧 앞으로 UNCLOS 체제의 안정성과 이의 분쟁해결과정에 부정적으로 작용할 가능성이 높을 것이라 판단된다.

주요어 : 유엔해양법협약, 분쟁해결절차, 강제적 관할권, 남방참다랑어 사건, 차고스 해양보호구역 사건, 남중국해 사건

학 번 : 2016-24781

목 차

제 1 장 서론	1
제 1 절 연구의 배경과 목적	1
제 2 절 연구의 범위와 방법	5
제 2 장 강제적 분쟁해결절차 개관	7
제 1 절 해양법과 분쟁해결절차: 왜 강제적 절차인가? ..	8
제 2 절 강제적 절차의 절충적 도입	14
I. 강제적 절차 도입 논의의 재개	14
III. 강제적 절차의 절충적 도입	18
제 3 절 강제적 절차의 절충적 구조	22
I. 강제적 절차 적용의 선결요건	23
가. 협약 외 절차의 허용	23
나. 의견 교환의 의무	26
II. 강제적 절차의 제한 및 예외	28
가. 강제적 절차의 제한	29
나. 강제적 절차의 선택적 배제	31
III. 평가	33
제 3 장 판례 분석과 변천양상 검토	35
제 1 절 분쟁개요	35
I. 남방참다랑어 사건 중재재판	35
II. 차고스 해양보호구역 사건 중재재판	38
III. 남중국해 사건 중재재판	41
제 2 절 선결요건 충족 기준의 간소화	44
I. 명시적 배제의사의 결정적 성격	45

가. <i>SBT</i> 사건 중재재판	45
나. 남중국해 사건 중재재판	50
II. 의견교환 의무의 충족요건	55
가. <i>SBT</i> 사건 중재재판	56
나. <i>Chagos MPA</i> 사건 중재재판	58
다. 남중국해 사건 중재재판	62
제 3 절 물적 관할권 범위의 확대	64
I. 일반적 배제조항	64
가. <i>SBT</i> 사건 중재재판	64
나. <i>Chagos MPA</i> 사건 중재재판	66
다. 남중국해 사건 중재재판	70
제 4 절 영토주권문제에 대한 관할권 행사 가능성	71
I. 분쟁의 성질 결정 기준	72
가. <i>Chagos MPA</i> 사건 중재재판	73
나. 남중국해 사건 중재재판	76
II. 선택적 배제조항과 영토주권문제	79
가. <i>Chagos MPA</i> 사건 중재재판	80
나. 남중국해 사건 중재재판	84
제 4 장 변천의 평가 및 합의	89
제 1 절 변천의 비판적 평가	89
I. 일관성의 결여	91
II. 확실성의 부재	96
III. 부정적인 잠재적 영향	99
제 2 절 합의 및 전망	104
I. 혼합분쟁 관련 소의 증가	104
II. 재판소에 의한 월권적 행위의 우려	109
III. 재판소에 의한 강제적 관할권 진화	114

제 5 장 결론	121
참고 문헌	125
부록	141
부록 1. UNCLOS 제15부 전문	141
부록 2. Lancaster House Undertakings	151
부록 3. 남중국해 사건 필리핀의 청구취지	152
Abstract	154

약 어

<문헌 및 명칭>

UNCLOS, 협약: 유엔해양법협약 (United Nations Convention on the Law of the Sea).

1958년 제네바 협약: 영해 및 접속수역에 관한 협약; 공해에 관한 협약; 공해 어로와 생물자원 보존에 관한 협약; 대륙붕에 관한 협약 (Convention on the Territorial Sea and the Contiguous Zone; Convention on the High Seas; Convention on Fishing and Conservation of the Living Resources of the High Seas; Convention on the Continental Shelf).

ISNT: 비공식 단일 협상문서 (Informal Single Negotiating Text).

RSNT: 개정 단일 협상문서 (Revised Single Negotiating text).

ICNT: 비공식 통합 협상문서 (Informal Composite Negotiating Text).

ICJ: 국제사법재판소 (International Court of Justice).

ITLOS: 국제해양법재판소 (International Tribunal for the Law of the Sea).

PCA: 상설중재재판소 (Permanent Court of Arbitration).

PCIJ: 상설국제사법재판소 (Permanent Court of International Justice).

ICSID: 투자분쟁 해결을 위한 국제본부 (International Centre for

Settlement of Investment Dispute).

ILC: 유엔 국제법 위원회 (United Nations Intercational Law Commission).

UN: 국제연합, 유엔 (United Nations).

CLCS: 대륙붕한계위원회 (the Commission on the Limits of the Continental Shelf).

DOC: 남중국해 당사국 행동 선언 (Declaration on the Conduct of Parties in the South China Sea).

<판례>

SBT 사건: 남방참다랑어 사건, *the Southem Bluefin Tuna Arbitration between New Zealand v. Japan; Australia v. Japan.*

Chagos MPA 사건: 차고스 해양보호구역 사건, *the Chagos Marine Protected Area Arbitration between Mauritius and United Kingdom.*

남중국해 사건: *the South China Sea Arbitration between the Republic of the Philippines and the People's Republic of China.*

Legality of Use of Force 사건: *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium; v. Canada; v. France; v. Germany; v. Italy; v. Netherlands; v. Portugal; v. United Kingdom), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2004.*

제 1 장 서 론

제 1 절 연구의 배경과 목적

국제관계에서 국가 간 분쟁의 발생은 피할 수 없는 숙명과도 같다.¹⁾ 이는 다양한 범위의 이해관계가 복잡하게 얽혀있는 해양에서도 다르지 않을 것이다. 해양법은 바로 그와 같이 해양에서 발생하는 분쟁을 예방하고 평화적으로 해결하며 해양의 이용에 관한 국제법 질서를 유지하기 위하여 마련된 규범이다.²⁾ 현대 국제해양법에서 소위 ‘해양의 헌법’³⁾이라 일컬어지는 ‘유엔 해양법 협약’⁴⁾(United Nations Convention on the Law of the Sea; 이하 ‘UNCLOS’ 또는 ‘협약’) 또한 제15부를 통해 분쟁의 해결에 관한 규범을 마련하고 있다. 특히 본 협약의 분쟁해결절차는 강제적인 성질을 가진다는 점에서 특이점을 지니는데, 이로써 UNCLOS는 분쟁해결에 있어 강제적 관할권(compulsory jurisdiction)을 규정한 매우 극소수의 지구적 차원의 조약 중 하나가 되었다.⁵⁾

강제적인 분쟁해결 방식은 기존에 국가들이 전통적으로 선호하던 분쟁해결 방식과 큰 차이를 보이는 것이었다. 국가들은 특히 제3자에 의한 구속력 있는 분쟁해결 방식을 꺼려왔었기에 UNCLOS에 강제적인

1) 정인섭, 『신국제법강의』 제8판, 박영사, 2018, pp. 1005-1006.

2) 김현수, 『해양법총론』, 청목출판사, 2010, p. 19; 김현수, 『現代 國際海洋法』 제7권 정판, 도서출판 두남, 2013, p. 3.

3) Remarks by Tommy T. B. Koh, of Singapore, President of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea.

(출처: http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/koh_english.pdf).

4) 1982년 12월 10일 체결, 1994년 11월 16일 발효. 2018년 8월 현재 당사국 수 168개국.
(출처: United Nations Treaty Collection, <https://treaties.un.org/Pages/Home.aspx?clang=en>).

5) Natalie Klein, *Dispute Settlement in the Law of the Sea*, Cambridge University Press, 2005, p. 2.

분쟁해결절차가 도입되었다는 사실은 매우 획기적인 것이라 할 수 있었다.⁶⁾ 이처럼 UNCLOS 제15부로 구성된 강제적인 분쟁해결절차는 결과적으로 당사국 재량에 의한 분쟁해결을 방지함으로써 협약 전체의 구조를 유지하고 모든 당사국들에게 지속적인 수용성과 내구성을 보장하는 결속의 기재로서 작동하게 되었다.⁷⁾

이로써, 협약과 관련하여 분쟁이 발생하는 경우 그 분쟁의 어떠한 당사국도 제15부상 절차로의 회부가 가능하게 되었다. 이 때 회부된 분쟁에 대하여 협약 제287조에 규정되어있는 네 개의 재판소 중 하나가 관할권을 행사하게 되면서 강제적인 분쟁해결절차가 작동하게 된다.⁸⁾ 상기 재판소들은 협약 제288조에 따라 ①제1절상의 선결요건을 충족하고, ②제3절상의 제한 및 예외에 의해 배제되지 않는, ③본 협약의 해석 또는 적용의 분쟁에 대하여 관할권을 행사한다. 만약 재판소가 관할권을 행사할 수 있는지 여부가 문제되는 분쟁의 경우에는 협약 제288조 4항에 의거, 전적으로 재판소의 판단에 따라 관할권 여부가 결정된다. 바로 이 판단에 따라 본안절차로의 진행 여부가 결정되기 때문에 재판소가 재판권을 행사할 수 있는 물적 대상(*ratione materiae*)에 대한 관할권 판단은 전체 분쟁해결과정에서 매우 중요한 부분이라 할 수 있다.

하지만 최근, 재판소가 회부된 분쟁에 대한 관할권을 판단하는 과정에서 관할권 관련 조항을 앞선 판례와 다르게 해석하거나, 심지어는

6) 이석용, “유엔해양법협약상 분쟁해결제도- 국제해양법재판소를 중심으로”, 『국제법학회논총』, 제49권 제3호, 2004. 12., pp. 63-86. pp. 65-66.

7) Alan Boyle, “Dispute Settlement and the Law of the Sea Convention: Problems of Fragmentation and Jurisdiction”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 46(1), 1997, pp. 37-54, p. 38.

8) 제287조 1항에 규정된 네 개의 재판소는 ①제6부속서에 따라 설립된 국제해양법재판소, ②국제사법재판소, ③제7부속서에 따라 구성된 중재재판소, 그리고 ④제8부속서에 규정된 하나 또는 그 이상의 종류의 분쟁해결을 위하여 그 부속서에 따라 구성된 특별중재재판소이다. 당사국들은 이상의 네 개의 절차 중 하나 이상을 선언을 통해 선택할 수 있는데, 만약 유효한 선언에 포함되어있지 아니한 분쟁의 당사자인 당사국은 제7부속서상 중재재판절차를 수락한 것으로 간주된다. 또한 각 분쟁 당사자들 사이에 동일한 절차를 수락하지 않은 경우나 특정 절차로의 합의가 되지 않는 경우에는 제7부속서상 중재재판절차에만 해당 분쟁을 회부할 수 있게 하여 분쟁해결의 강제성을 도모한다.

앞선 판례의 해석을 정면으로 반박하는 사례가 등장하고 있다. 이와 같은 사례는 2000년 남방참다랑어 사건 중재판정을 시작으로, 2015년 차고스 해양보호구역 사건 중재판정을 거쳐 가장 최근의 남중국해 사건 중재판정에 이르기 까지 비교적 짧은 기간을 두고 발생한 것이었다. Natalie Klein은 이를 두고 제15부 분쟁해결 체제의 “우여곡절 (vicissitude)”이라 칭하기도 하였다.⁹⁾

상기 현상은 협약 제15부 1절의 선결요건 조항과 제3절의 제한 및 예외 조항들에서 집중적으로 발생하고 있는데, 그 특징은 다음과 같이 정리해 볼 수 있다. 이들 현상은 우선 첫째, 협약 제15부 1절에서 규정하고 있는 절차적 선결요건을 간소화 하는 방향으로 발생하고 있다. 둘째, 제3절에서 규정된 제한 및 예외규정이 제한적으로 해석됨에 따라 강제적 절차가 적용될 수 있는 물적 대상의 범위가 확대되고 있다. 마지막으로 셋째, 영토주권문제에 대하여 재판소가 관할권을 행사할 수 있는 가능성이 인정되고 있다. 이 세 특징은 곧 최근 UNCLOS 판례에서 발생하고 있는 현상을 해석과정에서의 단순한 변화로 간주할 수 없음을 보여주는 것이었다. 즉 이처럼 동일 조항에 대한 이전 판례의 해석을 반박하거나 해당 판단기준을 더욱 심화 및 발전시키는, 재판소에 의한 강제적 관할권 조항 해석 및 적용의 변천이 발생하고 있는 것이다.

재판소에 의한 변천은 국제재판과정의 일반적인 경향에서 벗어난 것이라는 점에서 주목을 요한다. 국제법에서 선례구속의 원칙이 존재한다고 볼 수는 없지만 일반적으로 국제재판과정에서 이후의 판례들은 앞선 판례에서 취해진 판단에서 잘 벗어나지 않는 경향을 보인다. 하지만 상기한 세 사건에서는 관할권 조항에 대한 각기 다른 해석을 제시함으로써 인하여 결과적으로는 관련 조항의 정확한 의미에 대한 많은 의문점을 남겨주게 되었다. 강제적인 분쟁해결절차가 실질적으로 적용된 초기 단계인 현 시점을 감안하더라도 관할권을 결정하는 중요 조항에 대해 완전히 상반된 해석을 내리거나, 심지어

9) Natalie Klein, “The Vicissitudes of Dispute Settlement under the Law of the Sea Convention”, *The International Journal of Marine and Coastal Law*, Vol. 32, 2017, pp. 332-363, p. 334.

앞선 판례의 견해를 직접적으로 반박하는 것이 일반적인 현상은 아닐 것이라 판단된다. 특히 국제법의 발전과 확인에 있어 국제재판소의 판례는 중요한 역할을 하며, 또한 각 판례에서 견지된 해석은 이후의 판례나 관련 국가 실행에 큰 영향을 줄 수 있기 때문에 상기한 사례들은 매우 중요하다 할 수 있다.

다음으로, 상기한 사건들의 재판과정에선 온전히 해양에 관한 성질로 볼 수 없는 문제들까지 제기되었다는 점에서도 주목할 필요가 있다. 후술하겠지만, 차고스 해양보호구역 사건에서는 모리셔스 독립 시기의 탈 식민지화 문제가 제기되었으며, 위 사건과 남중국해 사건에서는 각 분쟁 당사자 사이에 영토주권문제에 관한 견해가 충돌하기도 하였다. 이들 사례들은 해양법에 관한 UNCLOS 강제적 절차에 다른 국제법 영역의 문제들이 회부되고 있는 최근의 양상을 잘 보여준다. 이에 더하여, 각 사건 중재재판소의 판정이 미치는 영향 또한 단순히 협약의 범위에 국한되지 않고 있다.¹⁰⁾

이렇듯 최근 UNCLOS상 사건들에서 발생하고 있는 변천이 가지는 중요성은 매우 크지만, 그에 비하여 현재 위와 같은 일련의 변천 자체에 대한 연구는 아직 많이 부족한 실상이다. 오히려 세 판례에 대한 개별적인 비판이나 분석, 양자 혹은 삼자간 상관관계 등은 비교적 꾸준히 연구되어온 주제라 할 수 있다. 하지만 변천의 경향이나 이 현상이 미치게 될 함의에 대한 국내외의 연구는 아직까지도 충분히 진행되고 있지 않다.

이에 본 연구는 앞서와 같이 최근 UNCLOS 판례에서 발생하고 있는 변천을 주된 연구 대상으로 삼는다. 특히 최근의 변천은 단순히 UNCLOS 범위를 떠나 해양법 및 국제법 전반에 걸쳐 미치는 함의가 매우 클 것이라는 가정을 본 연구 논의의 출발점으로 삼았다. 그에

10) 일례로 2015년 차고스제도에 관한 중재판정 이후 2017년에는 UN총회 결의로 ICJ에 1965년 차고스제도 분리 당시의 법적 결과에 관한 권고적 의견이 요청되기도 하였다. 상기 권고적 의견은 2018년 8월 현재 ICJ의 심리가 진행 중에 있다(UN General Assembly, A/RES/71/292, "Request for and advisory opinion of the International Court of Justice on the legal consequences of the separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965", 2017. 06. 22.).

따라서 상기 세 판례에서 발생한 관할권 조항 해석 및 적용의 변천을 보다 상세히 분석하며 경향성을 발견해보고, 그 변천에 대한 평가와 국제법상 함의를 제시하는 것에 본 연구의 목적을 둔다. 현재에도 꾸준히 진행 중인 일련의 변천을 보다 전체적인 관점에서 분석함으로써 이에 대한 정확한 이해를 돕고, 향후 이 문제에 대한 추가적인 연구에 밑바탕이 될 수 있을 것으로 판단된다.

제 2 절 연구의 범위와 방법

상기한 목적을 달성하기 위하여 본 연구는 다음의 세 가지 연구 범위와 방법을 상정한다. 첫째는 협약 제15부가 가지는 특징에 대한 연구이다. 최근에 발생하고 있는 변천은 강제적 절차 적용의 선결요건조항과 제한 및 예외조항에서 집중적으로 발생하였다. 따라서 본 연구의 대상이 되는 변천은 협약의 강제적 절차가 가지는 구조적 특징과 결코 무관하지 않다고 볼 수 있을 것이다. UNCLOS는 UN역사상 가장 길었던 협상과정을 거치면서 다양한 이해관계가 타협되며 봉합되었고, 이와 같은 절충적인 특징들은 협약 제15부에 구조적으로 반영되었다. 이에 협약상 강제적 절차가 절충적으로 구성되어온 과정을 연구하는 것은 변천을 평가하고 그 함의를 탐구하는데 중요한 바탕이 될 것이다. 또한 이 연구는 변천의 중요성과 관련 사안의 중대성을 가늠해볼 수 있는 유용한 판단 기준을 제공해 줄 것이라 판단된다.

둘째는 실제 판례의 분석이다. 여기에서는 상기한 세 판례인 남방참다랑어 사건 중재재판, 차고스 해양보호구역 사건 중재재판, 그리고 남중국해 사건 중재재판을 그 대상으로 삼을 것이다. 세 판례에 초점을 맞춘 이유는 협약 제15부 2절이 작동하게 된 지 얼마 되지 않은 상황에서 바로 상기한 세 사건이 변천의 양상을 가장 극명하게 드러내

준 사례였기 때문이다. 또한 이 사건들에서는 협약 제15부 2절에 따른 이전의 사건들과 다르게 재판소의 관할권 판단과정이 전체 재판과정에서 핵심적인 부분으로 작용하기도 하였다. 물론 본고의 연구 대상인 판례의 수가 세 가지로 상당히 제한적인 것은 사실이다.¹¹⁾ 하지만 그 수와 무관하게 최근의 변천이 가지는 중요성이나 함의가 결코 작지 않을 것임은 이미 앞서 언급하였다. 따라서 이들 세 사건을 통해서 강제적 관할권에 대한 재판소의 논리와 그 이면에 대하여 충분히 분석할 수 있을 것이다.

이에 제3장에서는 먼저 쟁점별로 분쟁 당사국들이 관할권 관련 조항들을 어떻게 해석하였는지 분석한 후 재판소의 판단을 살펴보도록 하겠다. 상기한바와 같이 이 부분에 대한 국내외의 연구는 아직 활발하게 진행되고 있지 않은 상황이다. 본 연구의 대상이 되는 변천은 재판소에 의하여 발생한 것이지만, 각 사건에서 분쟁당사국들은 재판소 못지않게 각자의 논리와 법적 근거를 바탕으로 해당 조항을 다양하게 해석해왔다. 이에 변천 이면에 존재하는 논리와 법적 근거를 보다 심층적으로 연구하기 위해서는 서면 및 구두 변론 절차에서 각 분쟁당사국들의 주장에 대한 분석이 필요하다 판단하였다. 이러한 이유로 본 연구에서는 재판소의 판단에 더하여 서면절차와 구두절차에서 각 분쟁 당사국들이 견지했던 주장을 함께 분석하도록 하겠다.

이상의 과정을 거친 뒤, 마지막으로 변천하고 있는 현상에 대한 평가와 함의를 제시해 보도록 하겠다. 우선 첫째로, 재판소에 의한 강제적 관할권조항 해석 및 적용의 변천에 대한 비판적인 평가를 진행할 것이다. 비판적인 평가를 진행하는 과정에서는 지난 2004년 국제사법재판소(International Court of Justice; 이하 'ICJ')의 *Legality of Use of Force* 사건에서 제시된 ICJ의 관할권 존부 판단 기준을 적용해

11) 관할권 조항의 해석과 관련해서 주목해볼 만한 또 다른 사건이 현재 재판진행 중에 있다. 크림반도를 둘러싼 우크라이나와 러시아 사이의 협약 제7부속서상 중재재판. *Dispute Concerning Coastal State Rights in the Black Sea, Sea of Azov, and Kerch Strait (Ukraine v. the Russian Federation)*이 그에 해당한다. 하지만, 이 사건의 경우 그 과정이 비공개로 설정되어있어 관련 자료에 접근이 제한되고 있는 상황이다. 위 사건에 대한 개괄적인 정보는 제4장에서 후술하였다.

보았다. 그 후 앞선 장에서 분석해본 변천의 경향성을 토대로 UNCLOS를 비롯한 국제해양법과 일반국제법상 미치는 함의는 무엇인지 제시해보도록 하겠다.

제 2 장 강제적 분쟁해결절차 개관

본 장에서는 UNCLOS 제15부로 규정된 강제적 분쟁해결절차의 구조적인 특징과 그의 성안 배경에 대하여 살펴보도록 할 것이다. 상기했듯 최근의 변천이 제1절의 선결요건조항과 제3절의 제한 및 예외조항에서 집중되고 있는바, 변천 자체에 대한 연구의 바탕으로서 본 절차의 구조적인 특징을 탐구하는 것은 중요성이 크다 할 수 있다. 특히 현재와 같은 협약 제15부의 구조 형성에 성안 당시의 배경이 직접적인 영향을 미쳤다는 점에서도 이를 연구하는 것의 필요성은 충분하다 판단된다.

한편, UNCLOS 제15부가 거의 유일한 지구적 범위의 강제적 분쟁해결절차인 만큼 제3자에 의한 강제적인 사법절차의 도입과정을 탐구하는 것은 비단 해양법의 범위를 떠나서도 그 의의를 발견해볼 수 있을 것이다. 이에 본 장에서는 먼저 국제법의 다양한 분야들 중 해양법에서 강제적인 분쟁해결절차가 논의되게 된 이유는 무엇이었는지 그 필요성을 중심으로 살펴보도록 하겠다. 이어 둘째로, UNCLOS에 강제적인 절차는 어떠한 과정을 거쳐 도입될 수 있었는지 탐구해보도록 하겠다. 마지막으로 강제적 절차에 대한 성안 과정에서의 논의 결과가 협약 제15부에 구조적으로 어떻게 반영되었는지를 분석해 보도록 하겠다.¹²⁾

12) 한편 UNCLOS 제15부는 이를 구성하는 조항 문언의 길이가 길어 본문에 직접 삽입하는 것은 적절치 않다고 판단하였다. 이에 UNCLOS 제15부 국문 전문은 부록에 수록하였다.

제 1 절 해양법과 분쟁해결절차: 왜 강제적 절차인가?

현재 국제해양법은 수많은 해양법 관련 조약들과 국제관습법들로 체계가 구성되어있다. 그 중 현재의 국제해양법 체계에서 가장 중심적인 역할은 단연 UNCLOS가 담당하고 있다. UNCLOS가 가지는 중심적인 역할과 중요성은 이 협약이 다루고 있는 폭넓은 해양법 분야의 범위로도 설명이 가능하지만, 이 협약에 규정된 강제적인 분쟁해결절차 또한 그 중요성을 뒷받침해준다 할 수 있을 것이다.

하지만 해양관련 분야를 규율하는 국제적인 조약에서 강제적인 분쟁해결절차의 도입은 비단 UNCLOS만의 산물은 아니었다. 오히려 UNCLOS가 성안되기 훨씬 이전부터 강제적인 분쟁해결절차에 관한 논의가 진행되었으며 실질적으로 도입된 사례 또한 존재했었다. 일례로 1923년에 체결된 ‘해양 항구의 국제적 체제에 관한 협약 및 규정(Convention and Statute on the International Regime of Maritime Ports)’¹³⁾ 은 분쟁해결에 관한 조항인 제21조에서 강제적인 절차를 규정하였다. 이 조항에 따르면 당사국들은 해당 분쟁을 중재와 같은 사법절차에 회부하기 전 국제연맹(League of Nations; 이하 “LN”)에 의하여 구성된 통신과 통과(transit)에 관한 기구에 회부하여 권고적 의견을 구해야 한다. 만약 이 방법으로도 분쟁해결이 불가능하다고 판명될 시, 당사국들은 상설국제사법재판소(Permanent Court of International Justice; 이하 “PCIJ”)에 회부하기로 합의된 바가 아니라면 반드시 해당 분쟁을 중재절차로 회부하게끔 규정한다. 분쟁해결에 있어 관련 기구에 권고적 의견을 먼저 구하는 방식에서 특이점을 지니지만,

13) 1923년 12월 9일 체결, 1926년 7월 26일 발효. 당사국은 총 23개국이다(출처: A.V. Lowe and S.A.G. Talmon, *Basic Documents on the Law of the Sea, The Legal Order of the Oceans*, Hart Publishing, 2009, pp. 1-6).

중국에는 사법절차로의 강제적인 회부를 규정하고 있다는 점에서 강제적인 분쟁해결절차를 규정하는 조약으로 볼 수 있다.

강제적 분쟁해결절차에 관한 논의는 제1차 UN해양법회의(The First United Nations Conference on the Law of the Sea; 이하 “제1차 회의”)가 본격적으로 시작되기 이전에도 진행되었다. UN국제법위원회(International Law Commission; 이하 “ILC”)는 1956년 해양법에 관한 초안 및 주석을 작성한 보고서를 제출하였는데, 이 보고서에도 강제적인 분쟁해결방식에 관한 논의가 반영되었다.¹⁴⁾ 해당 초안은 어업에 관한 조항에서 발생한 분쟁은 중재 위원회에 회부되며(제57조 1항), 중재 위원회의 결정은 해당 당사국을 구속한다는 것을 명시하였다(제59조). 또한 대륙붕 관련 조항들의 해석 또는 적용에 관한 분쟁은 ICJ에 회부하도록 규정하였다(제73조).¹⁵⁾ 이들 조항은 공통적으로 분쟁의 어느 당사자에 의해서든지 회부가 가능하며, 분쟁 당사자들이 다른 평화적 수단에 의해 해결을 모색하기로 합의한 경우가 아닐 경우 반드시 각 해당 절차로 회부됨을 명시하여 강제적인 속성을 포함한 것이었다.¹⁶⁾

그렇다면 왜 해양법 분야에서 강제적인 분쟁해결절차에 관한 논의가 진행되었던 것일까? 이에 대한 해답은 상기 1956년 ILC 초안을 바탕으로 진행되었던 제1차 해양법회의 과정에서 제기된 견해들로 유추가 가능하다.¹⁷⁾ 이들 중 제3위원회와 제4위원회에서는 각각 ILC

14) Yearbook of the International Law Commission, 1956, Vol. II, pp. 254-301.

15) *Ibid.*, Chapter II Law of the Sea, II. Articles concerning the law of the sea.

16) 두 조항의 원문은 다음과 같다;

Article 57

1. Any disagreement arising between States under articles 52, 53, 54, 55 and 56 shall, at the request of any of the parties, be submitted for settlement to an arbitral commission of seven members, unless the parties agree to seek a solution by another method of peaceful settlement.

Article 73.

Any disputes that may arise between States concerning the interpretation or application of articles 67-72 shall be submitted to the International Court of Justice at the request of any of the parties, unless they agree on another method of peaceful settlement.

17) 1958년 2월 24일부터 4월 27일까지 86개국이 참석한 가운데 스위스 제네바에서 진행된 제1차 회의는 네 개의 해양 구역인 영해, 접속수역, 대륙붕, 그리고 공해에 대한 각각의 해양법을 성안하기 위하여 기획되었다. 이에 따라 제1차 회의는 총 5개 위원

초안에서 제안된 중재로의 강제적 회부와 ICJ에게 부여한 강제적 관할권에 대한 다양한 의견이 개진되었다. 이 과정에서 제시된 강제적 분쟁해결절차 도입의 필요성은 다음과 같다.

첫째, 해양 분야에서 국가들 간의 자의적 분쟁해결의 방지이다. 해양은 항행, 어업, 군사 등 많은 국가들의 이해관계가 공존하는 한편 이들이 서로 복잡하게 얽혀있는 곳이기에 해양과 관련된 분쟁의 해결은 매우 민감한 사안이라 할 수 있다. 물론 국가들 자의에 의한 분쟁해결이 항상 부정적인 결과를 초래하는 것은 아니다. 하지만 온전히 분쟁당사국 의사에 의한 분쟁해결만이 가능할 경우, 국가 간에 존재하는 정치적, 물리적 차이에 의한 분쟁해결 방식이 모색될 가능성이 상대적으로 높게 된다. 이 점에서 강제적 분쟁해결절차의 도입은 앞서와 같은 분쟁해결을 방지하고 국제법에 따른 분쟁해결을 보장할 수 있다는 점으로 그에 대한 필요성이 제기되었다. 실질적으로 강제적인 분쟁해결을 통하여 국제법이 약소국을 보호하는 수단으로서 작동하게 될 것이라는 점 또한 앞선 필요성을 구성하는 한 측면에 해당한다.¹⁸⁾

둘째, 분쟁해결의 효과성 보장이다. 앞서 언급한 해양 분야의 민감성과 중요성을 바탕으로 판단해볼 때, 관련 분쟁의 효과적이고 신속한 해결은 전체 해양법체계의 안정과 질서유지에 필수적이라 할 수 있다. 그러나, 분야를 막론하고 국제법에서 국가 간 분쟁의 평화적인 해결이 항상 신속하고 효과적인 결과를 보장하는 것은 아니다. 국가들은 분쟁을 평화적으로 해결할 일반적인 의무를 부담하지만, 동시에 그 수단을 선택할 자유를 향유한다.¹⁹⁾ 이와 같은 자유에 기초할 때, 국가들은 각기 다른 정치적 이념적 기반을 두므로 보편적으로 수락 가능한 분쟁해결수단의 합의는 달성하기가 쉽지 않다. 분쟁해결 수단의

회로 구성되었으며, 1956년 ILC초안을 바탕으로 한 논의를 개시하였다. 제1차 회의의 제1위원회는 영해 및 접속수역, 제2위원회는 공해의 일반적 체제, 제3위원회는 공해와 어로 및 생물자원 보존, 제4위원회는 대륙붕, 그리고 제5위원회는 내륙국의 자유로운 해양 접근에 관한 문제를 논의하였다.

18) UN Doc. A/CONF.13/42, United Nations Conference on the Law of the Sea, Official Records, Vol. VI, Fourth Committee(Continental Shelf), 1958, p 101, para. 30(Uruguay).

19) 김대순, 『국제법론』 제19판, 삼영사, 2017, p. 1273.

결정 문제를 떠나 단순히 일방에 의한 분쟁해결의 의지피력 만으로는 평화적인 분쟁해결을 모색하기가 어렵다는 점에서도 상기한 효과성의 보장은 난제라 할 수 있다. 반면, 강제적인 분쟁해결절차는 일반적으로 적용할 수 있는 분쟁해결수단을 적시하며, 또한 해당 절차의 적용을 각 당사국들이 사전에 국제적인 의무로서 수락하게 된다. 이처럼 강제적인 분쟁해결절차는 전통적인 분쟁해결방식과 달리 상대적으로 분쟁의 신속하고 효과적인 해결을 가능하게 한다는 점에서 그 필요성이 존재한다고 할 수 있다.²⁰⁾

셋째, 해양 분야를 규율하는 법체계의 특성상 객관적인 해석과 적용 보장의 필요성이다. 해양에서 발생하는 다양한 행위들은 단순히 법적인 측면 뿐 만 아니라, 기술, 경제, 환경 등 매우 광범위한 영역의 문제와 상당한 관련성을 맺고 있다. 따라서 해당 협약의 해석이나 적용의 과정에서는 무엇보다 객관성의 보장이 필수적이라 할 수 있다. 특히 해양은 단순한 연안국 고유의 영역 차원을 넘어 다양한 행위자들이 향유하는 권리와 의무가 복합적으로 구성되어있는 곳이기에 이의 객관적이고 엄밀한 해석은 더욱 요구된다 할 수 있을 것이다. 이와 같은 점은 해양에서 발생한 분쟁해결과정에서도 다르지 않은데, 강제적인 분쟁해결절차의 도입은 분쟁해결에 있어 객관성을 모색할 수 있는 장점을 가진다.²¹⁾ 특히 새로이 창설되는 다양한 규범들(ex. 대륙붕제도, 해양과학조사활동 등)의 경우 명확한 정의와 관련 내용의 모호성을 해결하기 위해서 자체적인 분쟁해결절차가 필요하다.²²⁾ 이 점에서 특정 해양법 협약의 해석과 적용에 관한 분쟁에는 강제적인 국제재판이 가장 적절한 해결 수단이라고 볼 수 있다.²³⁾

위와 같이 자의적인 분쟁해결의 방지, 효과적인 분쟁해결의 보장,

20) UN Doc. A/CONF.13/41, *United Nations Conference on the Law of the Sea, Official Records*, Vol. V, Third Committee(High Seas: Fishing: Conservation of Living Resources), 1958, p. 75, para. 21(Ghana).

21) *Ibid.*, pp. 75-76, paras. 26-30(United States of America).

22) Natalie Klein, *supra* note 5, pp. 14-15.

23) *supra* note 18, Fourth Committee(Continental Shelf), 1958, pp. 99-100, paras. 13-15(Spain).

그리고 객관적인 해석과 적용의 유지 등 해양법 체계에서 강제적인 분쟁해결절차의 필요성은 이미 UNCLOS 체결 이전부터 부각되었음을 알 수 있다. 하지만 지구적 차원의 해양법협약을 성안하는 과정에서 완전한 강제적 분쟁해결절차에 관한 합의는 쉽게 달성되지 못하였다. 가장 큰 이유는 역시 국가들이 전통적으로 향유해오던 분쟁해결수단 선택의 자유에서 기인한 것이었다. 제1차 해양법회의 과정에서도 앞서와 같은 견해가 강제적인 방식을 선호하는 견해보다 지배적이었다. 그 예로 당사국에 의한 자유로운 분쟁해결수단 선택을 강조하는 의견²⁴⁾이나 이용 가능한 수단의 특정화로 인한 유연성 저해를 우려하는 견해²⁵⁾가 제시되었고, 나아가 전통적인 분쟁해결방법을 포함한 국제법상 현상유지(*status quo*)의 중요성을 강조하는 의견 또한 제시되었다.²⁶⁾

결론적으로 1956년 ILC초안에 바탕을 둔 제1차 회의의 결과 ‘영해 및 접속수역에 관한 협약’, ‘공해에 관한 협약’, ‘공해 어로와 생물자원 보존에 관한 협약’, ‘대륙붕에 관한 협약’ 총 네 개의 협약(이하 “1958년 제네바 협약”)이 채택되었지만, 이들 중 강제적 분쟁해결절차가 포함된 것은 ‘공해 어로와 생물자원 보존에 관한 협약’이 유일했다.²⁷⁾ 해당 협약 제9조는 분쟁발생 시 당사국들이 다른 평화적 해결수단에 합의하지 않는 한, 어느 한 당사국의 요청에 의하여 해당 분쟁이 중재 위원회로 회부될 것을 규정하고 있는데, 이는 1956년 ILC초안 제57조와 미국 및 그리스의 공동 수정안이 바탕이 된 것이었다.

한편, 사법적 분쟁해결절차와 관련하여서는 스위스가 제안한 안²⁸⁾이

24) *supra* note 20, Third Committee(High Seas: Fishing: Conservation of Living Resources), 1958, p. 74, paras. 5-6(Bulgaria).

25) *Ibid.*, para. 13(Mexico).

26) Natalie Klein, *supra* note 5, p. 16.

27) 이들 네 개 협약의 정식 명칭은 ‘Convention on the Territorial Sea and the Contiguous Zone’, ‘Convention on the High Seas’, ‘Convention on Fishing and Conservation of the Living Resources of the High Seas’, ‘Convention on the Continental Shelf’ 이다.

28) UN Doc. A/CONF.13/38, United Nations Conference on the Law of the Sea, Official Records, Vol. II, Plenary Meetings, 1958, pp. 110-111, Annex I, document A/CONF.13/BUR/L.3.

한편 스위스의 안은 찬성 51표, 반대 7표, 기권 14표로 통과되었다(*Ibid.*, p. 35, paras 57-62).

고려되어 ‘분쟁의 강제적 해결에 관한 선택의정서’가 채택되었다.²⁹⁾ 이 선택의정서는 총 7개 조항으로 구성된 문서로, 1958년 제네바 4개 협약 중 공해 어로와 생물자원 보존에 관한 협약을 제외한 협약들의 해석이나 적용에 관한 분쟁에 대한 강제적 해결 절차를 규정하고 있다. 이 문서에 구속적 동의를 표한 국가들은 이 의정서에 의거, 해당 분쟁을 ICJ나 중재재판, 조정절차에 회부할 수 있다. 본 선택의정서는 1차적으로 1958년 제네바 협약의 분쟁에 대한 관할권을 ICJ에 부여하고, 분쟁 당사국 의사에 따라 중재재판 또는 조정절차를 선택할 수 있다는 점에서 강제적 관할권을 성안한 문서라 할 수 있다. 하지만 이 문서는 오직 선택의정서에 구속적 동의를 표한 국가들에게만 적용된다는 점에서 내재적인 한계를 가지게 되었다. 실제로 본 선택의정서의 당사국 수는 39개국을 넘지 못하였는데, 이는 곧 포괄적인 성격의 강제적 관할권이 성안되지 못하였음을 반증해주는 것이기도 하였다.

한편, 새로운 해양법협약에 단일한 일체로서 포괄적인 강제적 분쟁해결절차의 구성 실패는 강제적 절차에 대한 필요성 인식의 결여로 인한 결과는 아니었다. 오히려 당시 다자조약에 강제적 분쟁해결절차를 포함시키기에는 시기상조라고 제기된 견해³⁰⁾와 같이 강제적 분쟁해결절차의 범위와 정도에 있어 충분한 합의와 공감대가 형성되지 못한 결과라 보는 것이 적절할 것이다. 새로운 해양법 협약에 강제적인 관할권에 관한 조항이 포함되면 많은 국가들이 협약에 참여하지 않을 것이라던 우려 또한 그를 뒷받침해준다.³¹⁾

하지만 포괄적인 의미의 강제적 절차가 아닌 선택의정서로 규정된 강제적 절차는 상기한 필요성을 실질적으로 충족시켜주지 못하였다. 1958년 제네바 협약 및 선택의정서 이후 발생한 다수의 해양법 분쟁 중 어떠한 분쟁도 위 선택의정서상 절차에 회부되지 않았고, 공해 어로와 생물자원 보존에 관한 협약의 강제적 분쟁해결절차 역시 실질적으로

29) 정식 명칭은 ‘Optional Protocol of Signature concerning the Compulsory Settlement of Disputes’ 이다.

30) *supra* note 28, p. 33, para. 36(Iran).

31) *Ibid.*, p. 31, para. 8(USSR); para. 14(France).

사용되지 않았다.³²⁾ 하지만 강제적 분쟁해결절차의 필요성은 여전히 지속적으로 제기되었다. 여기에 더해서 1958년 제네바 협약에서 드러난 실패는 이어진 UNCLOS 성안과정에 강제적 분쟁해결절차를 도입하게 된 배경으로서 작동하게 되었다.

제 2 절 강제적 절차의 절충적 도입

I. 강제적 절차 도입 논의의 재개

제2차 해양법 회의가 실패로 돌아간 뒤,³³⁾ 제3차 해양법 회의(The Third United Nations Conference on the Law of the Sea; 이하 “제3차 회의”)는 인류 공동유산의 개념을 발전시키고, 영해의 폭을 안정시키며, 영해 근처 해역에서 생물자원 개발에 대한 효과적인 체제를 설립하기 위하여 개최되었다.³⁴⁾ UN 총회 결의³⁵⁾로 소집된 제3차 회의는 두 번째 세션이었던 1974년 카라카스에서 시작되어 8년 동안 지속되었다. 분쟁해결절차에 대한 논의 역시 제3차 회의과정에서 의제로 포함되었다.³⁶⁾ 하지만 제3차 회의 초반에 분쟁해결절차에 관한 논의는

32) Alan Boyle, “Problems of Compulsory Jurisdiction and the Settlement of Disputes Relating to Straddling Fish Stocks”, *The International Journal of Marine and Coastal Law*, Vol. 14(1), 1999, pp. 1-25, p. 4.

33) 제2차 회의는 1960년 3월 17일부터 4월 26일까지 제네바에서 개최되었다. 이 회의는 당초 영해 외측한계와 어업구역 한계를 논의하기 위하여 시작되었으나 결국 합의에 도달하지 못한 채 종결되었다.

(참조: Yoshifumi Tanaka, *The International Law of the Sea*, 2nd edition Cambridge University Press, 2015, p. 24.)

34) Natalie Klein, *supra* note 5, p. 20.

35) GA Resolution, A/RES/2750(X X V) C, 1970. 12. 17.

36) 1973년 뉴욕에서 열린 첫 번째 세션(session)에서는 ‘일반 위원회(General Committee)’, 세 개의 ‘주요 위원회(Main Committee)’, ‘초안 위원회(Drafting Committee)’, 그리고 ‘심의 위원회(Credential Committee)’가 구성되었다. 분쟁해결절

실질적으로 거의 진행되지 않았고, 분쟁해결절차에 관한 완성된 작업 안(Working Paper)은 카라카스에서 세션 마지막 날이 되어서야 처음으로 제출되었다.³⁷⁾

여기서 제출된 작업 안은 제3차 회의 초반, 분쟁해결절차에 관한 논의가 진전되지 못했던 가운데 일부 참석 국가들을 중심으로 형성된 비공식 그룹(informal group)에 의하여 제출된 것이었다. 카라카스 세션 중반부에 이르러 이 비공식그룹에는 서른이 넘는 국가들이 참여하였는데, 이들은 “해방법 분쟁 해결에 관한 작업 안”³⁸⁾를 작성하여 본 회의에 제출하였다.³⁹⁾ 해당 작업 안은 총 11개의 주요 쟁점들을 다루고 있었으며, 각각의 쟁점에서 제기된 문제들의 해결을 위하여 대체 가능한 대안 조항들이 병렬적으로 포함되었다.⁴⁰⁾

위 비공식 그룹의 공동의장국이었던 엘살바도르의 대표 Galindo Pohl는 해당 안을 제출하면서 다음의 네 가지 목표를 제시하였다.⁴¹⁾ 첫

차는 두 번째 세션에서 다룰 여러 의제를 각 위원회에 배치하는 과정에서 세 주요 위원회에 공통으로 포함되었다. 한편 제3차 회의는 8년 동안 총 11차례에 걸친 세션을 개최하였다. 첫 번째 세션은 1973년에서 열렸지만, 해양법협약 작성에 관한 실질적인 회의는 1974년 베네수엘라 카라카스에서 개최된 두 번째 세션에서 시작되었다.

(참조: UN Codification Division Publications, Diplomatic Conferences, “Third United Nations Conference on the Law of the Sea“, http://legal.un.org/diplomaticconferences/1973_los/ 에서 인용.)

37) Igor V. Karaman, *Dispute Resolution in the Law of the Sea*, Martinus Hijhoff Publishers, 2012, p. 2.

38) “Working Paper on the Settlement of Law of the Sea”.

39) Myron H. Nordquist, *United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982 : A Commentary*, Vol. V, Martinus Nijhoff Publishers, 1989, p. 7.

40) *Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Official Records*, Vol. III, United Nations Publication, 1975, pp. 85-92, Document A/CONF.62/L.7.

본 작업 안에 포함되어있었던 11개 쟁점은 다음과 같다; (1)Obligation to settle disputes under the Convention by peaceful means, (2)Settlement of disputes by means chosen by the parties, (3)Clause relating to other obligations, (4)Clause relating to settlement of procedures not entailing binding decision, (5)Obligation to resort to a means of settlement resulting in a binding decision, (6)The relationship between general and functional approaches, (7)Parties to a dispute, (8)Local Remedies, (9)Advisory Jurisdiction, (10)Law applicable, (11)Exceptions and reservations to the dispute settlement provisions.

41) *Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Official Records*, Vol. I, United Nations Publication, 1975, 51st Meeting, p. 213, Introduction of document A/CONF.62/L.7, para. 9.

번째는 경제적, 정치적 압력을 피하기 위하여 법적이고 효과적인 분쟁해결절차가 필요하다는 점이었다. 두 번째 목표는 미래 해양법협약의 해석에 있어 단일성이 모색되어야 한다는 점이었다. 셋째는 주의 깊게 결정된 예외들을 고려하면서 의무적 분쟁해결절차의 이점을 인식해야한다는 점이었다. 마지막으로 넷째는 향후 해양법협약이 서명되고 비준된다면, 분쟁해결절차가 해당 협약의 단일한 일부여야 하고 또한 필수적인 부분이 되어야 한다는 점이었다. 이에 더하여 강제적 분쟁해결절차는 약소국들로 하여금 정치적, 경제적 압력에서 벗어날 수 있도록 하여 이점이 될 수 있다는 점 또한 주장하였다.⁴²⁾

위와 같은 목표들은 1958년 제네바 협약에서 채택한 선택의정서 방식의 한계를 인식한 것이라 볼 수 있다. 한편 위의 세 번째 전제를 통해서도 알 수 있듯 새로이 성안될 분쟁해결절차에는 무제한적인 강제적 관할권을 부여하고자 의도되지 않았다. 특히 국가의 영토 단일성과 직접적으로 관련 있는 부분들에는 강제적 관할권이 적용되지 않게 하여야 많은 국가들로 하여금 참여를 유도할 수 있을 것이라 하였다. 영토 단일성 문제에 대한 의무적 관할권은 부재하였지만 이는 곧 다른 비(非)의무적 평화해결수단을 통해 해결할 수 있도록 개방하고자 의도되었다.⁴³⁾

분쟁해결절차에 관한 논의는 네 번째 세션(1976년 3월 15일 - 5월 7일)인 뉴욕 세션에서 본격적으로 등장하게 되었다. 네 번째 세션의 의장(Hamilton Shirley Amerasinghe; 스리랑카)은 분쟁해결절차에 관한 교섭을 촉진시키고 향후 교섭의 기본 바탕을 제공하고자 비공식그룹의 작업에 바탕을 둔 “비공식 단일 협상문서(Informal Single Negotiating Text; 이하 ‘ISNT’)” 제4부를 발행하였다.⁴⁴⁾ 이를 발행하면서 의장은

42) *supra* note 41, p. 214, Introduction of document A/CONF.62/L.7, para. 12.

43) *Ibid.*, p. 213, Introduction of document A/CONF.62/L.7, para. 10.

44) *Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Official Records, Vol. V, United Nations Publication, 1976, pp. 111-122, Document A/CONF.62/WP.9, Informal single negotiating text.*

ISNT 는 총 네 개의 부(part)로 구성되어있다. 제1~3부는 각각 세 주요 위원회에 해당하는 협상문이며, 본문에서 다룬 제4부는 분쟁해결절차에 관한 협상문이다.

효과적인 분쟁해결절차를 구성함으로써 협약의 본질과 협약 성안 의도에 대한 일관적이고 형평한 해석이 보장될 수 있을 것이라 주장하였다.⁴⁵⁾ 의장이 제시한 ISNT는 총18개의 조항들과 7개의 부속서⁴⁶⁾로 구성되어 있었다. 이 ISNT 제4부는 다양한 대안적인 안들이 병렬적으로 구성되어있었던 이전과 달리 완전히 단일한 문서로 구성되어있었다는 점에서 매우 중요한 진전을 이루어 내었다.⁴⁷⁾

의장이 제안한 초안은 네 번째 세션 중 8차례(제58차 - 제65차)에 걸친 전체회의에서 논의되었고, 이 결과 개정된 ISNT 제4부가 발행되었다.⁴⁸⁾ 1976년에 개정된 ISNT 제4부는 기존과 달리 18개의 조항을 두 개의 절로 나누어 구성하였다. 제1절은 일반 조항들로서 당사국들이 선택한 절차에 의해 분쟁을 해결할 권리나 일반협정, 지역협정 또는 특별 협정에 의하여 분쟁을 해결할 의무 등이 본 협약으로 인해 침해받지 않음을 규정하였다. 제2절에서는 협약의 해석 또는 적용의 분쟁 해결에 있어 보다 구체적인 절차와 수단이 규정되었다. 특히 제18조는 협약상 절차에 대한 예외를 규정하고 있는 조항으로서, 연안국의 주권적 권리, 배타적 권리 또는 배타적 관할권 행사와 관련된 분쟁은 협약상 분쟁해결절차에 회부할 의무가 존재하지 않음을 규정하였다. 단, ①연안국이 다른 국가의 항행의 자유 권리, 상공비행, 혹은 해저전선, 관선 부설의 자유를 침해한 경우, ②다른 국가가 앞선 권리를 행사함에 있어 협약상의 의무나 연안국의 법령을 위반한 경우, 그리고 ③해양환경에 관하여 연안국이 국제적인 기준의 적용을 위반한 경우에는 협약상 절차에 회부될 것을 규정하였다. 이와 더불어 연안국에 의한 재량권의 행사, 해양경계획정이나 역사적 만 또는

45) *supra* note 44, Memorandum by the President of the Conference on document A/CONF.62/WP.9, document A/CONF.62/WP.9/ADD.1, p. 122, paras. 6-7.

46) 각 부속서의 내용은 다음과 같다; I A-Conciliation, I B-Arbitration, I C-Statute of the Law of the Sea tribunal, II A-Special procedure-fisheries, II B-Special procedure-pollution, II C-Special procedure-scientific research, III A-Information and consultation.

47) Myron H. Nordquist, *supra* note 39, p. 9.

48) *supra* note 44, pp. 185-201, Document A/CONF.62/WP.9/REV.1, Informal single negotiating text.

권원, 군사 활동, 그리고 UN안보리에 의한 기능 수행과 관련된 분쟁들 중 일부 또는 전부를 협약상 분쟁해결절차로부터 선택적으로 배제할 수 있음을 규정하였다.

이상으로 개정된 ISNT 제4부는 앞으로 비공식 전체 세션에서 협의될 것이며, 이들 협의를 바탕으로 한 결과를 의장이 모든 참석 대표들에게 보고하기로 결정되었다.⁴⁹⁾ 한편 ISNT 제4부에 대한 논의 과정에서는 법 앞의 평등으로 약소국들의 권리를 보호할 수 있다는 점⁵⁰⁾, 협약의 해석에 있어 단일성을 도모할 수 있다는 점⁵¹⁾, 그리고 분쟁 혹은 갈등의 악화를 방지할 수 있다는 점⁵²⁾ 등이 강제적 관할권에 대한 긍정적인 기대효과로서 제시되었다. 반면 이와 동시에 분쟁해결수단을 선택할 국가들의 권리가 중시되어야 한다는 견해나 강제적 분쟁해결절차로부터 배제되는 예외들 등 강제적 분쟁해결절차 적용을 제한하는 논의들 역시 제시되었다. 이상과 같이 새로이 논의되기 시작한 강제적 절차는 제한적인 속성을 가진 동시에 전통적 접근방식과 절충적인 방향으로 구성되기 시작하였다.⁵³⁾

II. 강제적 절차의 절충적 도입

49) *supra* note 44, 65th meeting, p. 53, para. 30 & p. 54, para. 50.

50) *Ibid.*, 58th meeting, p. 10, para. 20(Singapore); 64th meeting, p. 48, para. 17(Iraq); 65th meeting, p. 50, para. 2(Canada).

51) *Ibid.*, 58th meeting, p. 10, para. 20(Singapore); 65th meeting, p. 51, para. 15(Greece); p. 11, paras. 30-31(New Zealand); pp. 12-13, para. 41(FRG); 60th meeting, p. 28, para. 61(Austria); pp. 28-29, paras. 68-69(Republic of Korea); 61st meeting, p. 35, para. 57(Nigeria); 62nd meeting, p. 41, para. 65(Bangladesh); 65th meeting, p. 51, para. 14(Greece).

52) *Ibid.*, 58th meeting, p. 10, para. 20(Singapore); 60th meeting, p. 27, para. 54(Japan); pp. 28-29, paras. 68-69(Republic of Korea).

53) 한편 UNCLOS 제15부 분쟁해결절차에 대한 보다 상세한 성안 과정을 확인할 수 있는 참고문헌 및 자료는 다음과 같다; A. O. Adede, *The System for Settlement of Disputes Under the United Nations Convention on the Law of the Sea: a drafting history and a commentary*, Martinus Nijhoff Publishers, 1987; Myron H. Nordquist, *supra* note 39; UN Codification Division Publications, Diplomatic Conferences, <http://legal.un.org/diplomaticconferences/>.

뉴욕에서 개최된 제5차 세션(1976년 8월 2일 - 1976년 9월 17일)의 비공식 세션에서는 앞서 개정된 ISNT 제4부를 토대로 분쟁해결절차에 관한 광범위한 논의가 진행되었다. 이들 세션의 결과, 다양한 부분에서 추가적인 개정이 진행되었고, 이는 ‘개정 단일 협상문서(Revised Single Negotiating text; 이하 ‘RSNT’)' 제4부로 보고되었다.⁵⁴⁾ 이후 뉴욕에서 열린 제6차 세션(1977년 5월 23일 - 1977년 7월 15일)의 비공식 세션에서는 RSNT 제4부에 대한 논의가 진행되었고, 그 결과는 ‘비공식 통합 협상문서(Informal Composite Negotiating Text; 이하 ‘ICNT’)⁵⁵⁾의 제15부로 구성되었다. 개정된 ISNT 제4부에서 ICNT 제15부로 발전해 오는 과정에서 변화된 내용은 다음과 같다.

제1절에 포함된 일반규정들의 변화는 상대적으로 크지 않았다. 가장 큰 변화를 보인 부분은 강제적인 분쟁해결절차를 다룬 제2절에 포함된 규정들이었으며, 그 중에서도 강제적 관할권 적용의 제한 및 예외조항이 크게 변화되었다. 먼저 ISNT 제4부 제18조가 두 개로 분화되어 RSNT 제17조에는 제2절 적용의 제한이, 제18조에는 선택적 예외조항이 규정되었다. RSNT 제4부 제17조에서는 연안국의 주권적 권리나 배타적 권한, 또는 배타적 관할권 행사 중 발생한 분쟁은 오직 규정된 경우에만 협약의 분쟁해결절차에 회부될 수 있음을 규정하였다. 또한 기존 ISNT 제18조에서 규정한 협약의 분쟁해결절차에 회부되는 3가지 경우에 더하여 생물자원에 관한 협약상 기준충족 실패에 관한 분쟁이 포함되었고, 해양과학조사는 해양환경보호에 관한 조항에 항목으로서 포함되었다.⁵⁶⁾

RSNT 제17조에 상응하는 ICNT 조항은 제296조였다. ICNT

54) *Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Official Records, Vol. VI, United Nations Publication, 1977, pp. 144-155, Document A/CONF.62/WP.9/REV.2, Revised single negotiating text.*

55) *Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Official Records, Vol. VIII, United Nations Publication, 1978, pp. 01-63, Document A/CONF.62/WP.10, Informal composite negotiating text.*

56) *supra* note 54, article 17.

제296조는 우선 제1항을 통해 일련의 기준을 충족할 시 연안국에 의한 주권적 권리나 관할권에 관한 분쟁은 협약의 분쟁해결절차에 구속됨을 명시하였다. 이는 오직 애초에 규정된 네 가지 경우에만 한정하여 구속을 규정한 RSNT 제17조와 상반된 것이었다. 이에 더하여 ICNT 제296조는 해양과학조사와 해양생물자원에 관한 분쟁은 규정된 조건을 충족시키지 않는 한 협약상 분쟁해결절차에 구속되지 않을 것임을 명시하여 이들을 해당 절차에 구속시킨 RSNT 제17조와 차이를 보여주었다.⁵⁷⁾

강제적 절차로의 회부를 선택적으로 제외할 수 있는 조항들도 변화되었다. RSNT 제18조 1항(c)에서는 군사활동에 범집행활동을 포함시키지 않았었다. 따라서 군사활동에 포함되지 않는 범집행활동은 강제적 절차로의 회부 배제를 선언할 수 있는 대상이 아니었다. 그러나 ICNT 제297조에서는 특정한 범집행활동 역시 군사활동에 포함되어 협약상 재판소 관할권으로부터 배제가 가능하게끔 개정되었다. 또한 UN안보리의 활동과 관련된 분쟁의 경우, RSNT 제18조에서는 안보리가 자신의 임무수행에 저해가 된다고 결정할 때 배제가 가능하다고 규정하였지만 ICNT 제297조에서는 안보리 활동에 관련된 분쟁은 안보리가 해당 의제를 폐지하거나 당사국들로 하여금 협약상 절차에 따라 분쟁을 해결하기를 권고하지 않는다면 배제가 가능하다고 하여 그 범위가 확장되었다.⁵⁸⁾

이렇게 개정된 ICNT 제15부는 제3차 해양법회의 의장이 언급했듯, 재판소 선택의 자유, 분쟁 당사국들 간 재판소 선택에 관한 합의, 구속적이고 결정적인 분쟁 해결의 종국성 등이 상기 개정 과정에서 근본적인 원칙들로서 작용되었다.⁵⁹⁾ 이 ICNT 제15부에 규정된 해양법협약의 분쟁해결절차는 이후 매우 사소한 부분의 변화만을 거치게 되며 최종 협약문의 기초가 되었다.⁶⁰⁾ 제7차 세션부터 제11차 세션까지

57) *supra* note 55, article 296.

58) *Ibid.*, article 297.

59) *Ibid.*, pp. 65-70, Document A/CONF.62/WP.10/Add.1, Memorandum by the President of the Conference on document A/CONF.62/WP.10.

60) Myron H. Nordquist, *supra* note 39, p. 12.

진행되는 동안에는 두 절이었던 제15부가 총 세 절(자발적 절차, 강제적 절차, 강제적 절차에 대한 제한과 선택적 예외)로 재구성되었고, 경계획정문제를 조정에 회부한다는 내용 등을 포함한 변화를 거치게 되었다. 최종적으로 제15부 분쟁해결절차는 총 세 절(총칙, 강제절차, 강제절차의 제한과 예외), 21개 조항(제279조 - 제299조)으로 구성되었고, 이에 해당하는 네 개의 부속서(제5부속서 - 제8부속서)로 성안되었다.

UNCLOS 제15부로 성안된 강제적 분쟁해결절차는 곧 강대국에 의한 정치적, 경제적 압력의 사용을 피하고 법적 성질을 갖는 구속적이고 효과적인 절차의 필요성에 의한 것이었다.⁶¹⁾ 한편 강제적 절차의 효용성 만큼이나 이의 제한 및 예외는 많은 당사국들에게 매우 민감한 부분이었다. 이에 강제적 분쟁해결절차는 최종 제15부로 성안되기까지 지속적인 수정과 변화를 겪게 되었다. 결과적으로 새로운 해양법협약에서 강제적 절차의 도입은 많은 국가들의 다양한 이해관계가 타협되며 절충적으로 달성될 수 있었다.

협약의 단일한 일체로서 강제적 절차를 도입한 UNCLOS와 선택의정서의 방식으로 강제적 절차를 도입한 1958년 제네바 협약 사이에는 분명한 질적 차이가 존재했다. 전통적 접근방식이 우세를 점하던 이전과 달리 UNCLOS는 오히려 기존 국가들이 고수하던 전통적인 분쟁해결방식의 지배적인 영향력이 강제적 분쟁해결절차의 도입으로 인하여 다소 축소되게 되었다. 이처럼 UNCLOS 제15부는 분쟁해결수단을 선택할 수 있는 국가들의 자유와 강제적 분쟁해결절차로의 회부 사이에 균형을 유지하며 성안되었다.⁶²⁾ 앞서와 같은 균형상태는 본 협약의 강제적 절차가 가지는 주요 특징이 되었다.

한편 UNCLOS의 분쟁해결절차는 강제적 절차를 도입하고 있기는 하지만, 분쟁해결의 측면에서의 완전한 “자기완비적 체제(self-contained regime)”를 수립하는 것에 이르지지는 못하였다. 다소 탄력적인 개념이지만, 어떤 조약이 타당사국의 조약상 의무와 권리위반에 대한

61) Igor V. Karaman, *supra* note 37, p. 5.

62) Yoshifumi Tanaka, *supra* note 33, p. 420.

대처수단 혹은 집행에 관하여 규정을 하고 있다면 해당 조약은 일단 자기완비적 체제를 창설한 조약으로 간주될 수 있다.⁶³⁾ 반면 UNCLOS 제15부는 협약 제279조⁶⁴⁾에서 평화적인 분쟁 해결을 제1의 원칙으로 삼고 있으며, 나아가 선결요건에 해당하는 일반원칙과 제한 및 예외조항을 규정하고 있어 자기완비적 체제를 성립하는 것에는 이르지 못하였다.⁶⁵⁾

제 3 절 강제적 절차의 절충적 구조

협약 제15부 분쟁해결절차는 세 절, 21개 조항으로 구성되었다. 분쟁해결절차의 실질적 적용에 관한 규정은 제5부속서부터 제8부속서까지 포함되었으며, 이들은 협약 제318조에 따라 협약과 불가분의 일체를 구성하게 되었다.⁶⁶⁾ 앞선 절에서 살펴보았듯 협약 제15부의 강제적 분쟁해결절차는 기존 전통적 접근방식과의 타협을 거친 끝에 성안되었다.

양자 사이에서 절충된 강제적 분쟁해결절차는 제15부의 구조로 반영된바, 특히 제1절과 제3절은 제15부에 내재된 균형상태를 잘 보여준다 할 수 있다. 제1절이 강제적 절차에 돌입할 수 있는 절차적인 선결요건을 규정하고 있다면, 제3절은 실제적인 측면에서 강제적 절차가 적용될 수 없는 분쟁의 성질을 규정한다. 이들은 협약상 강제적 절차가 적용될 수 있는지 여부와 직결된다는 점에서 큰 중요성을 가진다.

63) 김대순, 전거서 19, p. 750.

64) 제279조 평화적 수단에 의한 분쟁해결의무

당사국은 이 협약의 해석이나 적용에 관한 당사국간의 모든 분쟁을 국제연합헌장 제2조 제3항의 규정에 따라 평화적 수단에 의하여 해결하여야 하고, 이를 위하여 헌장 제33조 제1항에 제시된 수단에 의한 해결을 추구한다.

65) 김대순, 전거서 19, p. 1106.

66) 제5부속서 조정, 제6부속서 국제해양법재판소 규정, 제7부속서 중재재판, 제8부속서 특별중재재판.

후술할 판례들에서도 공통적으로 위의 조항들을 어떻게 해석하고 적용하는가의 문제가 매우 비중 있게 다루어졌으며, 관할권 조항 해석 및 적용의 변천이 발생한 주된 대상이기도 하였다. 아래에서는 앞서 언급한 협약 제15부의 구조로 포함된 절충적 특징들을 살펴보도록 하겠다.

I. 강제적 절차 적용의 선결요건

제15부 1절은 근본적으로 당사국들로 하여금 제2절에 규정된 강제적 절차를 적용하기에 앞서 외교적 수단을 이용하여 분쟁을 해결할 것을 요구한다.⁶⁷⁾ 협약 제286조는 협약의 해석이나 적용에 관한 분쟁이 제1절에 따른 방법으로 해결이 이루어지지 아니하는 경우 제2절의 강제적 해결방식이 적용될 것임을 규정하며 절차적 선후관계를 명백히 하였다. 강제적 절차 적용의 대표적인 선결요건으로는 협약 외 절차를 허용하는 협약 제281조, 제282조와 강제적 절차에 이르기 전 의견교환의 의무를 규정한 제283조를 꼽을 수 있다. 이들 조항은 분쟁해결에 있어 국가들이 기존에 전통적으로 유지해오던 접근방식이 제15부로 포함되었음을 보여주는 조항들이다. 따라서 위 세 조항은 제15부가 가지는 절충적인 특징이 잘 반영된 조항이라 할 수 있다.

가. 협약 외 절차의 허용

UNCLOS는 국가들의 의사로 협약 외 다른 분쟁해결절차를 적용하는 것을 허용한다. 이에 해당하는 조항은 제281조 및 282조이다.

67) Natalie Klein, *supra* note 5, p. 31.

협약 제281조⁶⁸⁾는 만약 특정한 기준이 충족될 경우, 분쟁의 해결이 협약 제15부 외의 수단을 통해서 모색된다는 것을 규정하고 있다. 이는 분쟁 당사국들이 선택한 수단에 의해 분쟁이 해결될 수 있을 것이라는 가정에 기반한 조항이다.⁶⁹⁾ 이 조항은 분쟁해결수단 선택에 관한 국가들의 자유가 가장 표면적으로 드러난다는 점에서 제15부의 기본원칙에 상응한다고 할 수 있다.⁷⁰⁾

반면 협약 제282조⁷¹⁾는 분쟁 당사자 간의 협정을 통해 협약 외의 절차에 의한 분쟁해결을 허용하는 조항이다. 협약 성안 당시에는 당사국 사이에 이미 존재하던 절차와 협약상 절차 사이의 우위에 대한 논의가 진행되었었다. 협약 제282조는 당시에 우세하던, 당사국들이 기존에 존재하는 절차를 일반적으로 선호할 것이라는 견해가 반영된 조항이다.⁷²⁾ 이 조항 또한 제15부가 가지는 절충적 특징을 매우 잘 보여주는 조항인데, 이에 협약의 당사국들은 협약 발효 이후에도 협정을 통해 자신들이 선택한 절차에 의해 분쟁을 회부할 수 있게 되었다.

제282조에 해당하는 대표적인 예로는 국제사법재판소(International Court of Justice; 이하 'ICJ') 규정 제36조 2항에 따른 ICJ의 강제적 관할권 수락 선언을 들 수 있을 것이다. 물론 실질적으로 협약 제282조에 의거 ICJ 규정 제36조 2항이 적용될 가능성은 극히 낮다. 우선 ICJ 규정 제36조 2항에 따른 선언을 하는 국가들은 대개 다양한

68) 제281조 당사자간 합의가 이루어지지 아니한 경우의 절차

1. 이 협약의 해석이나 적용에 관한 분쟁의 당사자인 당사국이 스스로 선택한 평화적 수단에 의한 분쟁해결을 추구하기로 합의한 경우, 이 부에 규정된 절차는 그 수단에 의하여 해결이 이루어지지 아니하고 당사자간의 합의로 그 밖의 다른 절차를 배제하지 아니하는 경우에만 적용된다.

2. 당사자가 기한을 두기로 합의한 경우, 제1항은 그 기한이 만료한 때에 한하여 적용한다.

69) Myron H. Nordquist, *supra* note 39, p. 22, para. 281.1.

70) *Ibid.*, p. 24, para. 281.5.

71) 제282조 일반협정·지역협정·양자협정상의 의무

이 협약의 해석이나 적용에 관한 분쟁의 당사자인 당사국들이 일반협정·지역협정·양자협정을 통하여 또는 다른 방법으로 어느 한 분쟁당사자의 요청에 따라 구속력있는 결정을 초래하는 절차에 그 분쟁을 회부하기로 합의한 경우, 그 분쟁당사자가 달리 합의하지 아니하는 한, 이 부에 규정된 절차 대신 그 절차가 적용된다.

72) Myron H. Nordquist, *supra* note 39, pp. 25-26, para. 282.1.

종류의 유보를 첨부한다.⁷³⁾ 따라서 분쟁 당사국들이 유보를 첨부하지 않은 채 ICJ 선택조항을 수락한 경우나, 어느 한 당사국 유보에 의해 해당 분쟁이 영향을 받지 않아야만 협약 제282조에 의거, ICJ로 분쟁이 회부될 수 있을 것이다. 반면 ICJ의 선택조항을 수락한 국가라 할지라도 협약 제287조에 따라 다른 절차로의 회부를 선언하였다면, 후법 우선의 원칙이나 특별법 우선의 원칙에 따라 후자가 사용될 것이다.⁷⁴⁾

이처럼 협약 제15부는 협약 외의 절차를 통한 분쟁해결을 분명히 허용하고 있지만, 그와 동시에 불명확한 문언으로 해석상의 어려움을 내재하고 있기도 하다. 협약 제281조 1항은 당사자 간의 합의가 있더라도 ‘당사자간의 합의로 그 밖의 다른 절차를 배제하지 아니하는 경우’ 제2절의 적용을 허용하고 있다. 문제는 과연 이 단서조항이 의미하는 바가 명확하지 않다는 데에 있다. 협약 제281조 1항은 먼저 제2절의 적용을 허용하기 위해서 당사자 간의 ‘합의’가 있을 것을 요구한다. 그러나 여기서 언급하고 있는 합의는 조약과 같은 법적 구속력을 수반하는 성질을 의미하는지, 그에 이르지 못하는 보다 넓은 범주의 합의를 의미하는지 명확하지 않다. 협약 제282조에서는 ‘agreement’를 법적으로 구속력을 지니는 성질의 것으로 규정하고 있기에 본 조항에서도 같은 의미를 가진다는 추측이 가능할 수 있지만 이 역시 근거가 충분하다 할 수 없다. 또한 ‘다른 절차를 배제하지 아니하는 경우’ 역시 해석상 의미가 불분명하다. 다른 절차의 배제는 맥락상 제15부상의 절차를 의미하는데 어떠한 방식으로 그와 같은 배제가 표현되어야 하는지, 그와 같은 배제는 적극적인 방식으로 구성되어야 하는지 여부 등 다양한 해석의 여지가 남게 되었다.

협약 제281조가 가지는 불명확성은 협약 제282조와 대비되어 그 해석상의 한계가 더욱 확연하게 드러난다. 협약 제282조는 우선 분쟁 당사국 사이에 협정이라는 법적으로 구속력을 가지는 성질의 문서가 존재할 것을 전제로 한다. 또한 이 협정으로 인하여 제15부가 배제되려면 제15부 2절과 유사한 강제성을 가지는 절차가 존재해야

73) 정인섭, 전제서 1, p. 1019.

74) Natalie Klein, *supra note 5*, p. 44.

하며, 제15부는 해당 당사국들의 합의가 없는 한 적용되지 못함을 언급하여 한계를 명확히 표현하고 있다.

협약 제281조가 강제적 절차의 적용 가능 여부를 결정하는 주요 선결요건의 하나라는 측면에서 상기한 불명확성이 가지는 문제는 매우 크다고 할 수 있다. 실제로 협약 제281조 1항이 가지는 불명확성은 후술될 남방참다랑어 중재재판과 남중국해 중재재판 과정에서 큰 논란이 되기도 하였다.

나. 의견 교환의 의무

협약은 강제적 절차에 돌입하기 전, 분쟁 당사국 사이에 이와 관련한 의견을 필수적으로 교환할 것을 강제하고 있다. 협약 제283조⁷⁵⁾는 분쟁해결과정 전반에 걸친 의사 교환의 의무를 규정하는 조항으로, 제15부 구조의 관점에서 볼 때 매우 중요한 역할을 담당한다. 이 조항은 앞선 제281조, 282조에 의해 제2절 적용이 배제되지 않았더라도 본 조에 따른 의견교환이 수행되지 않았을 시에는 강제적 절차로의 회부가 불가함을 규정한다.⁷⁶⁾ 이에 협약 제283조는 분쟁 당사국 사이에 강제적 절차가 급작스럽게 시작되는 것을 방지하는 기능을 가진다. 여기에 더하여 강제적 절차에 이르기 전 당사국들로 하여금 평화적인 분쟁해결을 모색하도록 강제한다는 점에서 제15부의 절충적 특징을 잘 보여주는 조항이라 할 수 있다.

의견교환의 의무는 단순히 분쟁의 해결을 위한 과정에만 국한되지

75) 제283조 의견교환의무

1. 이 협약의 해석이나 적용에 관하여 당사국간 분쟁이 일어나는 경우, 분쟁당사자는 교섭이나 그 밖의 평화적 수단에 의한 분쟁의 해결에 관한 의견을 신속히 교환한다.
2. 당사자는 이러한 분쟁의 해결절차에 의하여 해결에 도달하지 못하였거나 또는 해결에 도달하였으나 해결의 이행방식에 관한 협의를 필요로 하는 상황인 경우, 의견을 신속히 교환한다.

76) Igor V. Karaman, *supra* note 37, p. 13.

않고, 분쟁이 해결되지 못한 상황이나 해결에 도달한 후 그 이행의 과정에서도 적용된다. 사실 의견교환을 처음으로 규정했던 ISNT 제4부의 제4조는 당사국들이 선택한 절차에 의해 분쟁이 해결이 되지 않은 경우에만 의견교환의 의무를 규정하였었다. 그러나 이후 당사국들이 선택한 절차에 의해 분쟁이 해결 되었더라도, 그 이행을 위하여 추후 협의가 필요한 경우에는 의견교환을 할 의무가 추가적으로 부여되었다.⁷⁷⁾ 이를 통해 동 의무는 분쟁의 모든 단계에서 적용이 가능한 계속적인 성질을 가짐을 알 수 있다.⁷⁸⁾ 결국 협약 제282조는 분쟁 해결에 관한 단순한 1차적인 차원의 합의 뿐 만 아니라 이의 보다 완전한 해결에 목적을 둔 조항이라 할 수 있다.

한편, 조항 문언에는 명시적으로 규정되어있지 않지만 의견교환의 의무가 무제한적으로 요구되지는 않는 것으로 판단된다. 만약 당사국에게 의견교환 이행에 관한 의무가 무제한적으로 부여된다면 이는 곧 제15부 2절상의 절차가 실질적으로 작동하게 되지 않는 결과를 초래하게 될 수 있기 때문이다. 또한 이 조항에서 부여하고 있는 의무는 교섭 또는 합의를 통하여 의견을 교환할 의무일 뿐, 이를 통하여 합의에 이르거나 분쟁을 해결할 의무를 부여하고 있지 않다.⁷⁹⁾ 이와 같은 특징들은 모두 절충적으로 구성된 제15부의 작동방식을 잘 보여주는 사례이다.

하지만 분쟁 당사국 사이의 의견교환 의무가 어떻게 충족될 수 있는지에 대해서 협약의 문언은 명확하게 제시하지 않고 있다. 먼저 형식적인 측면에서, 외교적인 경로나 공식적인 교섭에 이르는 방식으로 그 의무가 수행되어야 하는지, ‘신속함’의 기준은 무엇인지 명확하지 않다. 또한 내용적인 측면에서 각 분쟁당사국의 의견이 어느 정도 반영이 되어야 하는지 역시 규정되어있지 않다. 마지막으로 목적론적 관점에서 어떠한 결과가 도출되어야 결론적으로 의견교환의 의무가 충족될 수 있는 것인지 불분명하다.

77) *supra* note 54, article 3.

78) Myron H. Nordquist, *supra* note 39, pp. 29, para. 283.3.

79) *Ibid.*, pp. 30, para. 283.5.

물론 당사국에게 의견교환에 대한 재량을 부여해주기 위해 협약 제283조가 의도적으로 모호성을 가지도록 성안되었을 가능성을 배제할 수는 없다. 하지만 이 조항 역시 강제적 분쟁해결절차가 적용되기 위한 중요한 선결요건의 하나임을 감안할 때, 명확하지 않은 기준의 제시가 오히려 분쟁을 더욱 심화시키는 효과를 낼 위험성 또한 무시할 수 없을 것이다. 뒤이어질 판례들에서도 확인할 수 있지만, 협약 제283조도 앞선 제281조와 같이 불명확성으로 인한 많은 논란을 야기하였다.

II. 강제적 절차의 제한 및 예외

제15부 3절은 제2절 적용의 제한과 예외로서, 협약상 재판소가 행사하는 강제적 관할권의 제한을 규정하고 있다. 성안과정에서 재판소에게 부여된 강제적 관할권은 완전한 강제성을 가지도록 의도되지 않았다. 앞선 성안과정에서도 보았듯이 제2절 적용의 제한은 많은 국가들로 하여금 강제적 분쟁해결절차를 수용하게끔 작용하였다. 국가들은 UNCLOS에 가입하면서 동시에 일정한 정도로 규칙 및 기준들의 해석과 적용에 재량을 가지며 외부의 통제로부터 벗어날 수 있게 되었는데, 그와 같은 접근법이 구체화 된 것이 제15부 3절이다.⁸⁰⁾ 이에 제15부 3절은 선결요건을 다룬 제1절과 더불어 절충적 특징을 잘 보여주는 부분이라 할 수 있다. 제15부 3절은 제297조부터 제299조까지 총 세 개의 조항을 포함, 다른 절들에 비해 매우 적은 조항들로 구성되었다. 여기서는 강제적 절차의 적용을 일반적으로 제한하는 협약 제297조와, 강제적 절차 적용의 선택적 배제를 허용하는 협약 제298조에 주목해 볼 필요가 있다.

80) Natalie Klein, *supra note 5*, p. 125.

가. 강제적 절차의 일반적 제한

강제적 절차의 적용을 제한하는 규정은 협약 제297조로 성안되었다. 협약 제297조는 대부분 배타적 경제수역 및 대륙붕에서의 공해의 자유에 대하여 어떻게 분쟁해결절차가 적용되고 작동하는지를 다루고 있다.⁸¹⁾ 이 조항은 자국 해역에서의 통제를 확고히 하고자 하는 연안국과 가능한 한 최대한으로 전통적인 자유를 보호하고자 하는 다른 국가들 사이의 이해관계를 조정하는 역할을 담당하게 되었다.⁸²⁾

협약 제297조는 제287조에 규정된 재판소의 관할권을 제한하는 규정이다. 협약 제297조의 내용은 크게 두 가지로 구분되는데, 첫 번째는 제2절의 적용이 일반적으로 배제되는 경우이다. 협약 제297조 2항에 따라 때 해양과학조사에 관한 분쟁 중 협약 제246조에 따른 연안국의 권리나 재량권의 행사와 관계된 분쟁과 제253조에 따른 조사계획의 정지나 중지를 명령하는 연안국의 결정과 관계된 분쟁은 제2절의 적용으로부터 배제되었다. 또한 동조 제3항에 의거, 어업에 관한 분쟁 중 연안국은 배타적경제수역의 생물자원에 대한 자국의 주권적 권리 및 행사에 관한 분쟁에서 제2절의 적용으로부터 배제되었다.

협약 제297조가 규정하는 두 번째 내용은 제2절이 적용되는 경우이다. 협약 제297조 1항은 (a)-(c)의 경우에 해당하는 연안국의 주권적 권리 또는 관할권 행사와 관련된 분쟁은 제2절에 회부될 것을 규정하고 있다. 이에 (a)항해·상공비행의 자유와 권리, 해저전선·해저관선 부설의 자유와 권리 또는 제58조에 명시된 그 밖의 국제적으로 적법한 해양이용권에 관한 이 협약의 규정을 연안국이 위반한 경우, (b)앞선 자유, 권리 또는 이용권의 행사를 함에 있어 다른 국가가 협약의 규정을 위반한 경우, 그리고 (c) 연안국이 해양환경보호와 보전을 위한 규칙과 기준을 위반한 경우에는 제2절상의 강제적 절차가 적용되게 되었다. 뿐 만 아니라 동조 제2항에서 규정한 해양과학조사와 관련된

81) Natalie Klein, *supra note 5*, p. 125.

82) *Ibid.*

분쟁이나 제3항에서 규정된 어업에 관한 분쟁 또한 명시적으로 배제되는 경우가 아니고서는 제2절상의 절차에 회부되도록 규정되었다.

앞서 상기했다시피, 협약 제297조에서 규정하고 있는 일반적 배제조항은 성안 과정에서 상당히 큰 폭의 변화를 겪은 조항이었다. 이에 해당 조항의 문언을 비롯, 이에 포함되는 경우 또한 지속적으로 수정 및 변화된 끝에 현재의 협약 제297조로 성안될 수 있었다. 특이한 점은, 일반적 배제조항인 협약 제297조가 제2항과 제3항에서 규정한 해양과학조사와 어업에 관련된 특정 분쟁에 대해서만 명백하게 제2절의 적용을 배제하고 있다는 점이다. 반면 제1항은 연안국의 주권적 권리 또는 관할권 행사와 관련된 분쟁이 제2절에 의해 해결됨을 명시하고 있을 뿐 어떠한 경우가 배제되는지 명시하지 않고 있다. 이에 동조 제1항은 제2절의 적용을 제한하는 조항이라 볼 수 없을 것이다.

한편 이 부분은 연안국의 주권적 권리 또는 관할권 행사에 대한 제2절 적용의 제한 여부를 명확하게 제시하여주지 못하고 있어 그 범위에 대한 의구심을 자아내기에 충분했다. 특히 협약 제297조 1항은 (a)-(c)에 규정된 경우에만 제2절이 적용되는지 여부에 대하여 명확하게 답변을 내려주지 못하였다. 이 조항이 제2절 적용의 제한을 규정하고 있음을 감안할 때, (a)-(c)에 해당하지 않은 연안국의 주권적 권리 또는 관할권 행사와 관련된 분쟁은 제2절로부터 배제된다는 추측이 가능할 수도 있다. 하지만 동조 2항이나 3항에서는 제1항과 같이 제2절의 적용을 규정하면서도 동시에 제한되는 경우를 한정적으로 제시하고 있다는 점을 비추어 볼 때, 앞선 추측의 적절성에 의문을 던져볼 수 있을 것이다.

강제적 절차의 배제를 규정하고 있기에 본 조항이 가지는 중요성이나 민감성은 매우 크다. 협약 제297조 1항의 불명확성은 뒤이어질 세 사건에서도 실제로 관할권 여부를 판단하는 과정에서 중요하게 다루어졌다. 특히 협약 제297조 1항 (a)-(c)에 해당하는 경우에만 재판소의 강제적 관할권이 적용될 수 있는지, 아니면 그 외의 연안국의 분쟁에도 적용될 수 있는지 여부가 첨예하게 대립하였다.

이렇듯 협약 제297조 1항은 매우 민감한 대상을 규정한 조항이었지만 정작 조약 문언에서는 다양한 해석의 여지를 남겨주게 되었다.

나. 강제적 절차의 선택적 배제

강제적 절차 적용의 일반적 배제를 규정한 협약 제297조와 다르게 협약 제298조는 제2절 적용의 선택적 예외를 규정하고 있다. 이에 협약의 당사국들은 협약 서명, 비준, 가입 시 또는 그 이후 어느 때라도 서면을 통해 해당 조항에 규정되어있는 하나 이상의 경우에 대하여 강제적 절차의 배제가 허용되었다. 2018년 8월 현재 협약 제298조 1항에 따른 선언을 행한 국가는 총 36개국이다.⁸³⁾ 해당 조항에 따른 국가들의 선언은 매우 다양했다. 특정 분쟁에 대한 일반적인 배제부터 특정한 재판소를 배제한 선언⁸⁴⁾, 나아가 특정한 재판소만을 수락한다는 선언도 행해졌다.⁸⁵⁾ 재판소의 관할권을 선택적으로 배제하는 가운데 국가들의 선호에 따른 재량이 이처럼 다양하게 허용된 것 또한 본 조항이 가지는 절충적 특징이 반영된 것으로 볼 수 있을 것이다.

협약 제298조에 의거, 협약의 당사국들이 강제적 절차의 배제를 선언할 수 있는 유형의 분쟁은 총 세 가지이다. 먼저 동조 1항의 (a)는 해양경계획정과 관련된 제15조, 제74조 및 제83조의 해석이나 적용에

83) United Nations Treaty Collection.

해당 선언을 행한 국가를 알파벳 순서로 정리해보면 다음과 같다; 앙골라, 호주, 벨라루스, 카보베르데, 캐나다, 칠레, 중국, 쿠바, 콩고, 덴마크, 에콰도르, 이집트, 적도기니, 프랑스, 가봉, 그리스, 기니비사우, 아이슬란드, 이탈리아, 케냐, 멕시코, 몬테네그로, 니카라과, 노르웨이, 팔라우, 포르투갈, 대한민국, 러시아, 사우디아라비아, 스페인, 태국, 트리니다드 토바고, 튀니지, 우크라이나, 영국, 우루과이. (출처: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXI-6&hapter=21&Temp=mtdsg3&clang=en)

84) 대표적으로 덴마크는 선언을 통하여 협약 제298조에 포함되어있는 분쟁의 경우 중재 재판소를 통한 분쟁해결을 배제한다는 선언을 행하였다.

85) 대표적으로 니카라과는 협약 제298조에 포함되어있는 분쟁에 대하여 오직 ICJ를 통한 해결만을 수락하겠다고 선언하였다.

관한 분쟁 또는 역사적 만 및 권원과 관련된 분쟁에 대하여 재판소의 강제적 관할권을 배제할 수 있음을 규정하고 있다. 분쟁 당사국이 이에 해당하는 선언을 행한 경우에는 강제적 절차의 적용 대신, 제5부속서상 조정절차에 회부해야 함을 규정한다. 그러나 만약 해당 분쟁이 육지영토 또는 도서영토에 대한 주권이나 그 밖의 권리에 관한 미해결분쟁이 반드시 함께 검토되어야 하는 경우에는 조정절차로의 회부 의무조차 제외된다. 이는 성안 과정에서부터 꾸준히 강조되어온 강제적 절차의 도입으로 인한 국가의 영토적 단일성의 침해 우려가 반영된 것이었다. 동조 (b)항은 군사활동에 관련된 분쟁을, (c)항은 안보리의 활동과 관련된 분쟁을 명시하며, 이들에 관한 분쟁을 강제적 절차의 적용으로부터 배제를 허용하였다. 결과적으로 국가의 영역이나 군사적인 문제와 같이 민감한 사안들은 선언을 통해 제2절로부터 배제될 수 있게 되었고, 이는 협약 제15부가 가지는 절충적 특징을 단적으로 보여주는 조항이라 할 수 있다.

하지만 협약 제298조 역시 앞선 조항들처럼 문언상의 모호성을 내재한 채로 성안되었다. 제1항(a)은 상기한 바와 같이 육지영토 또는 도서영토에 대한 주권이나 다른 권리에 관한 미해결분쟁이 함께 다루지는 경우에는 조정절차로의 회부 의무도 면제될 것을 규정한다. 그렇다면 이는 위 조항에 따른 선언이 부재한 경우에 재판소는 주권 및 다른 권리에 관한 미해결분쟁에 대하여 관할권을 행사할 수 있음을 의미하는지 명확하지 않다. 또한 경계획정 문제나 역사적 만 또는 권원과 반드시 함께 다루어져야 하는 영토주권 문제의 범위는 무엇인지 또한 제시해주지 않고 있다. 물론 상기 제1항(a)에 해당하는 분쟁 유형의 특성상 영토주권 및 기타 권리의 문제 해결이 필수적으로 동반되어야 하는 문제는 충분히 발생할 수 있다. 그럼에도 불구하고 해양법에 관한 협약인 UNCLOS가 과연 어떠한 범위까지 영토적 문제에 강제적 관할권을 행사할 수 있는지는 매우 중요하다 할 수 있다. 또한 양자 사이에는 어느 정도의 연관성이 존재해야 하는지 여부 역시 중요한 요소이다. 하지만 해당 조항의 문언은 이에 대하여 명백한 기준을

제시해주지 못하며 해석상의 어려움을 주게 되었다.

제298조 1항(b)에서 규정한 군사활동 또한 불명확성의 문제로부터 벗어나지 못한다. 이 조항은 협약의 분쟁해결절차로부터 군사활동을 배제하고자 하는 국가들의 열망을 확인할 수 있는 조항이다.⁸⁶⁾ 하지만 여기서 규정하고 있는 군사활동에 대하여 협약은 해당 활동의 정의나 행위의 주체, 혹은 범위 등에 명확한 답을 제시해주지 못하였다. 물론 지속적으로 발전하는 군사 관련 기술이나 군사 분야의 특성상 필연적으로 모호한 문언으로 구성되었을 가능성도 있다. 그러나 이와 같은 모호성은 자칫 국가들의 권리 남용으로 연결될 문제가 있다는 점에서 주의가 필요하다. 상기한 군사활동에 관한 분쟁은 경우에 따라서는 의도적으로 매우 폭넓은 범위를 상정하게 될 가능성이 있기 때문이다. 이에 군사활동에 대한 명확한 기준 제시의 실패는 분쟁의 악화를 방지하기 위하여 성안된 분쟁해결절차의 적용 범위가 축소될 수 있다는 점에서 위험성을 가진다.

뒤이어질 사건들에서 협약 제298조에 내재된 모호성 또한 많은 논란을 야기하였다. 특히 동조 제1항(a)에 언급되어있는 영토적 요소들은 차고스 해양보호구역 사건 중재재판 당시 영토주권문제에 대하여 재판소가 관할권을 가질 수 있는지 논란의 바탕이 되었다. 본고에서 다루지는 않았지만 동 조항 제1항(c)의 군사활동 역시 해석상의 불명확성으로 인하여 남중국해 사건 중재재판에서 논란이 되기도 하였다.

III. 평가

조약은 복잡한 이해관계를 최대한 만족시키기 위하여 의도적으로 그 의미가 불분명하게 작성되거나 모호하게 작성되기도 한다.⁸⁷⁾ UNCLOS

86) Natalie Klein, *supra note 5*, p. 280.

87) 정인섭, 『조약법강의』, 박영사, 2016, p. 162.

역시 정확하고 상세한 문언을 제공하도록 의도되지 않았으며, 오히려 가능한 한 많은 국가들에게 수용될 수 있는 방향으로 성안되었다고 볼 수 있다. 강제적 절차를 규정한 제15부 또한 이와 다르지 않은데, 새로운 해양법 협약에 강제적 절차를 도입하기 위해서는 많은 국가들이 이를 수용할 수 있도록 불명확한 문언을 사용할 수밖에 없었다. 이의 결과로 제15부는 매우 섬세한 균형상태를 유지하게 되었지만, 한편으론 절충의 과정에서 필연적으로 해석상의 불명확성을 가지게 되었다.

협약 제15부 문언의 모호성과 이로 인한 문제의 해결은 관련 조항들을 실질적으로 적용하고 해석하는 이후의 과정으로 미뤄지게 되었다. 그 중 제15부가 어떻게 작동하는지 파악할 수 있는 가장 적절한 방법은 강제적 절차에 따라 분쟁 해결을 시도했던 판례들을 분석하는 것이라 할 수 있다.⁸⁸⁾ 실제로 이후의 판례들에서 재판소들은 관할권 판단과정에서 관할권과 관련된 조항들에 대한 해석을 시도하였다. 그러나 이 과정에서 각 사건의 재판소들은 해석상의 어려움을 주는 관할권 조항들을 비롯, 보다 복잡하고 새로운 분쟁의 유형들을 마주하게 되었다. 이처럼 성안 과정에서 형성된 제15부의 절충적 특징들과 이로 인한 문제들은 관할권 조항 해석 및 적용의 변천 발생에 결정적으로 작용하였다. 무엇보다 강제적 절차의 선결요건 조항들과 제한 및 예외조항들에서 상기한 변천이 집중되었던 것은 이 부분에 반영된 협약 제15부의 내재적 절충적 특징과 결코 무관하지 않을 것이다.

88) Igor V. Karaman, *supra* note 37, p. 17.

제 3 장 판례 분석과 변천양상 검토

본 장에서는 상기 변천을 가장 잘 확인해볼 수 있는 세 판례인 남방참다랑어 사건 중재재판, 차고스해양보호구역 사건 중재재판, 그리고 남중국해 사건 중재재판을 순차적으로 분석해보도록 하겠다. 최근에 발생하고 있는 변천은 강제적 절차의 선결요건 조항들과 제한 및 예외를 규정한 조항에서 집중되었는데, 이에 아래에서는 각 사건의 재판소와 당사국들이 해당 부분을 어떻게 해석하고 적용하였는지 상세히 살펴보도록 하겠다. 특히 변천의 결과로 발생한 ①선결요건의 간소화, ②물적 관할 대상 범위의 확대, 그리고 ③영토주권문제에 대한 관할권 행사 가능성의 인정에 주목하며 변천의 양상에 대한 분석을 전체적인 맥락 속에서 시도해볼 것이다.

제 1 절 분쟁개요

I. 남방참다랑어 중재재판

본 사건은 호주와 뉴질랜드가 각각 일본을 상대로 남방참다랑어(Southern Bluefin Tuna, *Thunnus maccoyi*, 이하 ‘SBT’)에 관한 분쟁을 협약 제7부속서 중재재판소에 회부한 사건이다. 남방참다랑어사건(이하 ‘SBT 사건’)은 제7부속서 중재재판소에 회부된 첫 번째 사건이었다. 본 사건의 개요는 아래와 같다.

SBT는 UNCLOS 제1부속서에 포함되어있는 고도회유성 어종으로서 주로 남반구 공해지역에 널리 서식한다. 어획기술의 발전으로 인한

SBT의 개체수가 감소하게 되자 이 어족자원을 보호하기 위하여 국가 간 협력이 모색되었다. 이에 1985년 일본은 호주 및 뉴질랜드와 ‘세계 허용 가능한 어획 총량(global total allowable catch; 이하 ‘TAC’)'을 도입하며 총 어획량을 제한하는 한편 이를 바탕으로 각 국가별 할당량을 부과하기 시작하였다. 나아가 1993년 호주와 일본, 뉴질랜드는 SBT어족자원을 보존하기 위하여 ‘Convention for the Conservation of Southern Bluefin Tuna(이하 ‘1993년 협약’)⁸⁹⁾를 체결하였다. 해당 협약에서는 제16조를 통해 분쟁해결에 관한 내용을 규정하였다. 해당 조항의 1항과 2항은 다음과 같다.

제 16조

1. 만약 두 국가 이상의 당사국 사이에서 이 협약의 해석 또는 적용과 관련한 어떠한 분쟁이 발생할 시, 그 분쟁 당사국들은 교섭, 질의, 중개, 조정, 중재, 사법적 해결 또는 스스로 선택한 다른 평화적 수단을 통해 분쟁을 해결하기 위한 상호간 협의를 진행해야 한다.
2. 해결되지 않는 어떠한 분쟁도 반드시 모든 분쟁 당사국의 동의하에 국제사법재판소 또는 중재로 회부하여 해결을 모색하여야 한다; 하지만 국제사법재판소나 중재로의 회부에 대한 합의 실패로 인해 분쟁 당사국들은 제1항에서 언급한 다양한 평화적 분쟁해결수단을 통해 분쟁 해결을 모색할 책임으로부터 면제되지 아니한다.

⋮

한편 1994년부터 전체 TAC와 이에 따른 자국의 할당량 증가를 시도한 일본이 1998년에 이르러 독자적으로 ‘실험용 어업 프로그램(Experimental Fishing Program; 이하 ‘EFP’)⁹⁰⁾에 착수하자 세 국가 간

89) 1994년 5월 20일 발효.

90) EFP는 어족자원 회복에 대한 과학적 불확정성을 보완해야한다는 관점에서 현재 어획이 이루어지고 있지 않은 곳에 대한 자료조사를 목적으로 한 것이었다. 1996년에

갈등이 격화되었다. 이에 대응하여 호주와 뉴질랜드는 1993년 협약 제16조 1항에 따라 긴급 협의를 요청하였지만 합의에 이르지 못하였고, 1999년 6월 1일 일본은 독자적으로 EFP를 재개할 것이라 통보하였다. 호주와 뉴질랜드는 만약 일본이 EFP를 다시 개시하면 이를 1993년 협약 제16조 1항에서 규정하고 있는 교섭을 종료시킨 것으로 간주할 것이라 통보하였으나, 일본은 그와 같은 의사가 없음을 밝히며 6월 1일 독자적으로 EFP를 개시하였다.

이에 1999년 6월 23일, 호주는 이 분쟁이 1993년 협약에만 국한된 것이 아니라 UNCLOS 및 국제관습법을 모두 아우른다는 입장을 밝혔다. 같은 날 일본은 본 분쟁을 1993년 협약 제16조에서 규정되어있는 중재절차를 통하여 해결할 준비가 되어있음을 밝혔으나 세 국가 사이의 합의는 결국 불발되었고, 호주와 뉴질랜드는 본 사안으로 UNCLOS 제15부에 따른 강제적 분쟁해결절차에 돌입하기로 결정하였다. 본 중재재판과정에서 호주와 뉴질랜드는 이들의 희망에 따라 단일한 당사자로서 간주되었다. 본 사건의 중재재판에서는 ‘투자분쟁 해결을 위한 국제본부(International Centre for Settlement of Investment Dispute; 이하 ‘ICSID’)'가 사무국으로서 역할을 수행하였다.

호주와 뉴질랜드는 협약 제290조⁹¹⁾에 따라 1999년 7월 30일 각각 잠정조치를 요청하였다. 이 요청은 제290조 5항에 따라 국제해양법재판소(International Tribunal for the Law of the Sea; 이하 ‘ITLOS’)에 제출되었다. ITLOS는 1999년 8월 27일 본안의 분쟁이 UNCLOS의 해석 또는 적용과 관계된 분쟁이라는 점, 제15부 1절에서 규정하고 있는 선결요건들이 충족되었다는 점 등으로 본 분쟁에 대한 일응(*prima facie*)의 관할권을 가진다고 결정하며, 잠정조치를

이미 세 국가 사이에 EFP의 목적과 기준은 채택되었지만, 그 규모에 대한 합의에 실패한 상황이었다.

91) 290(1). 어느 재판소에 정당하게 회부된 분쟁에 대하여 그 재판소가 일응 이 부나 제 11부 제5절에 따라 관할권을 가지는 것으로 판단하는 경우, 그 재판소는 최종 판결이 날 때까지 각 분쟁당사자의 이익을 보전하기 위하여 또는 해양환경에 대한 중대한 손상을 방지하기 위하여 그 상황에서 적절하다고 판단하는 잠정 조치를 명령할 수 있다.

명령하였다.⁹²⁾ 하지만 잠정조치 명령과 달리 본안판정 과정에서 본 사건에 대한 재판소의 관할권은 부정되었다.⁹³⁾ 재판소는 협약 제281조 1항에 의거, 1993년 협약 제16조 1항에 의해 본 협약상의 분쟁해결절차가 배제되었다 판단하였고, 이에 2000년 8월 4일 투표결과 4:1로 본안에 대한 재판소의 관할권은 각하되었다. 이에 따라 1999년 8월 27일 ITLOS의 잠정조치 명령은 협약 제290조 5항에 따라 철회되었다.

본 사건의 관할권 판정에서 가장 큰 비중을 차지했던 것은 협약 제281조와 1993년 협약 간의 관계였다. 협약 제281조는 당사자 간의 합의로 협약상 절차의 배제를 허용하고 있는 바, 이에 따라 1993년 협약 제16조가 강제적 분쟁해결절차를 배제하고 있는지 여부가 매우 첨예하게 대립되었다.

II. 차고스 해양보호구역 사건 중재재판

본 분쟁은 영국과 모리셔스 사이에 차고스제도(the Chagos Archipelago)에 설치된 해양보호구역과 관련된 쟁점을 중심으로 협약 제7부속서상 중재재판소에 회부된 사건이었다. 이 사건은 특히 영토주권에 관한 문제가 관할권 유무 판단 과정에서 핵심 쟁점으로 부각되었던 새로운 유형의 분쟁이기도 하였다. 본 사건의 배경은 다음과 같다.

영국은 1810년 프랑스로부터 차고스제도를 포함한 여러 종속지역(dependency)들과 모리셔스(당시 *Ile de France*)를 프랑스로부터 양도받아 이 지역을 식민지배 하였다. 차고스 제도는

92) *Southern Bluefin Tuna (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan)*, Provisional Measures, Order of 27 August 1999, ITLOS Reports 1999, p. 280,

93) *Southern Bluefin Tuna Case between Australia and Japan and between New Zealand and Japan*, Award on Jurisdiction and Admissibility Decision of 4 August 2000 (이하 'SBT case, Award on jurisdiction and Admissibility').

모리셔스 북서쪽에 위치한 몇 개의 작은 섬들과 암초 등으로 구성된 지형으로, 모리셔스의 독립이 본격화되던 1965년 모리셔스로부터 분리되어 영연방의 관할 아래 놓이게 되었다. 모리셔스는 1968년 3월 12일 영국으로부터 완전히 독립하였다. 독립을 향한 모리셔스의 움직임과 동시에 영국은 차고스제도를 모리셔스로부터 분리하여 영연방의 관할 아래에 두는 과정에 착수하였다. 차고스제도의 분리는 인도양에서 미국이 군사적 방어 목적으로 본 제도를 사용하도록 해주기 위함이었다. 이와 같은 제안은 당시 모리셔스 각료 이사회로부터 부정적인 반응을 낳았고, 이들은 대신 차고스제도에 대한 장기 임대를 제안하였으나 미국으로부터 거절되었다.

차고스제도의 분리에 대한 논의는 이후에도 모리셔스의 정치 지도자들과 영국 사이에서 진행되었다. 1965년 9월 런던에서 진행된 회담에 참여하였던 모리셔스의 지도자들은 차고스제도의 분리에 대한 보상으로 영국에 의하여 제안된 일시불 지불 방식 대신 보다 지속적인 경제적 지원을 요구하였다. 이에 1965년 9월 23일 차고스제도의 분리와 관련하여 양 측은 차고스제도에서의 군사적 목적이 소멸하면 모리셔스로 반환된다는 내용 등을 포함한 합의에 도달하였다(이하 'Lancaster House Undertakings').⁹⁴⁾ 결과적으로 1965년 11월 8일, '영국령 인도양 지역(British Indian Ocean Territory; 이하 'BIOT')'가 설립되어 차고스 제도는 모리셔스로부터 분리되었다.

하지만 이후 차고스제도에 대한 모리셔스와 영국 사이의 갈등이 부각되기 시작하였다. 모리셔스는 차고스제도 분리과정을 비판하는 등 차고스제도에 대한 주권을 지속적으로 주장하였다. 나아가 1992년 헌법에서 모리셔스는 법률상 '모리셔스'는 차고스제도를 포함한 섬들로 구성됨을 규정하였다. 반면 영국은 1997년 7월 25일 UNCLOS에 가입하면서 그 효력이 BIOT에 까지 미침을 제출하였다.

한편, 2009년 영국이 차고스제도에 해양보호구역(Marine Protected Area; 이하 'MPA')을 설정할 계획을 수립하자 이로 인한 모리셔스와의

94) Lancaster House Undertakings의 전문은 부록에 포함하였다.

갈등이 촉발되었다. 모리셔스는 차고스 제도가 모리셔스의 주권에 속하는 지형으로, 이곳에 해양보호구역을 설정하려면 국제법상 모리셔스의 동의가 필요하다고 주장하였다. 하지만 영국은 2009년 11월부터 2010년 3월 5일까지 실시된 해양보호구역 설정에 관한 공공 협의의 결과들을 바탕으로, 2010년 4월 1일 차고스제도에 해양보호구역을 설정하였다.

이에 모리셔스는 2010년 12월 20일, 영국을 상대로 본 사안을 UN해양법협약 제15부 분쟁해결절차에 의거 제7부속서에 따른 중재재판소에 회부하였다. 본안의 사무국은 상설중재재판소(Permanent Court of Arbitration; 이하 ‘PCA’)로 결정되었다. 2012년 10월 31일, 영국은 관할권에 대한 선결적 항변을 요청하면서 관할권 판단절차를 본안으로부터 이분(bifurcation)할 것을 요청하였다. 하지만 중재재판소는 2013년 1월 15일 영국의 요청을 기각하며 관할권 문제는 본안에서 다뤄질 것으로 결정하였다.

본 사안에서 모리셔스가 청구한 사항은 총 네 개로, 그 내용은 다음과 같다.

- (1) 영국은 UNCLOS 제2조, 55조, 56조, 그리고 76조상의 의미에서 “연안국”에 해당하지 않기 때문에 “MPA”나 다른 해양구역을 선포할 권원을 갖지 않는다.
- (2) 차고스제도와 관련하여 모리셔스에 대한 책임을 고려할 때, 영국은 UNCLOS 제56조 1항(b)(iii)와 76조 8항의 의미에서 “연안국”에 해당하지 않기 때문에 독자적으로 “MPA”나 다른 해양구역을 선포할 권원을 가지지 않는다.
- (3) 영국은 모리셔스가 협약 제76조에 의거, 차고스제도에 대하여 대륙붕한계위원회에게 행할 완전한 제출과 관련하여 대륙붕한계위원회가 모리셔스에게 권고하는 것을 저해하는 어떠한 행위도 행하지 않아야 한다.
- (4) 영국이 행한 “MPA”의 선포는 UNCLOS 협약 제2조, 55조,

63조, 64조, 194조 그리고 300조 뿐 만 아니라 1982년 12월 10일 해양법에 관한 국제연합협약의 경계왕래어족 및 고도회유성어족 보존과 관리에 관한 조항의 이행을 위한 협정 제7조에 의해 영국이 지니는 실질적 그리고 절차적 의무와 양립하지 않는 것이다.

반면 영국은 본 사안에 대하여 재판소가 관할권을 가지지 않음을 주장하였다.

차고스 해양보호구역 중재재판 사건(이하 ‘*Chagos MPA* 사건’)에서 관할권 판단절차에 대한 이분 요청이 기각되었기 때문에 관할권 문제는 본안판정의 일부로 판정되었다.⁹⁵⁾ 이에 2015년 3월 18일, 중재재판소는 모리셔스의 첫 번째 및 두 번째 청구취지에 대하여는 투표수 3:2로, 세 번째 청구취지에 대하여는 만장일치로 관할권을 부정하였다. 반면 네 번째 청구취지에 대하여는 만장일치로 재판소의 관할권이 인정되어 본안으로서 판정이 진행되었다.⁹⁶⁾

III. 남중국해 사건 중재재판

남중국해(South China Sea)는 태평양 서안에 위치한 반(半)폐쇄해(semi-enclosed sea)로서 약 350만 평방킬로미터에 이르는 면적을 가지는 지역을 지칭한다. 남중국해는 태평양과 인도양을 연결하는 매우 중요한 항로이며, 풍부한 어족자원과 다양한 해양생물이 서식하고 있고, 원유 및 가스 등 풍부한 천연자원을 가지고 있는 지역이다. 앞서와 같은 이유로 이 지역을 둘러싼 남중국해 연안국가들

95) *Procedural Order of No. 2(Application to bifurcate Proceedings)*, Arbitral Tribunal, 2013. 01. 15.

96) *Award of the Arbitral Tribunal in the Matter of the Chagos Marine Protected Area Arbitration between Mauritius and United Kingdom*, 2015. 03. 18 (이하 ‘*Chagos MPA case, Award*’).

사이에 영유권 및 중첩된 해양 관할권 분쟁 등이 지속적으로 존재해왔다. 한편 남중국해 남쪽에는 수많은 소도(小島) 및 해양지형들로 구성된 남사군도(南沙群島, Spratly Islands)가 위치하고 있다.

2002년에 들어서 남중국해를 둘러싼 연안 국가들 사이의 갈등을 평화적으로 해결하기 위한 방안이 모색되었다. 그 결과 11월 4일 제8차 아세안(ASEAN) 정상회의에서 중국과 아세안 국가들 사이에 “남중국해 당사국 행동 선언 (Declaration on the Conduct of Parties in the South China Sea, 이하 ‘DOC’)”이 체결되었다.⁹⁷⁾ DOC에는 분쟁해결과 관련한 내용이 포함되어있는바, 관련 조항은 다음과 같다.

4. 당사국들은 영토 및 관할권 분쟁을 해결함에 있어 무력의 위협이나 이의 사용에 의하지 않고 1982년 UN해양법협약을 포함하여 보편적으로 인정되는 국제법 원칙에 따라 관련 당사국들 사이의 우호적인 협의 및 교섭에 따라 평화적인 수단에 의해 해결을 할 것을 약속(undertake)한다.

:

7. 관련 당사국들은 우호관계와 투명성을 촉진시키고 조화와 상호 이해 및 협력을 구축하며, 그리고 당사국 사이 분쟁의 평화로운 해결을 용이하게 하기 위하여 합의된 방법을 통하여 선언 준수에 대한 정기적인 협의를 포함하여 관련 이슈에 대한 협의 및 대화를 지속할 준비를 해 나간다.

하지만 남중국해지역에서는 연안 국가들 사이에 크고 작은 분쟁이 지속되었다. 이어 2009년, 중국이 소위 말하는 구단선(九段線, nine-dash line)을 첨부한 지도를 공식적으로 대륙붕한계위원회(the Commission on the Limits of the Continental Shelf, 이하 ‘CLCS’)에 제출하면서 지역 내 분쟁이 촉발되었다.⁹⁸⁾ 중국은 CLCS에 이를 제출하면서 이 지역의

97) DOC에 서명한 국가는 총 11개국으로, 그 국가는 다음과 같다; 중국, 브루나이, 캄보디아, 인도네시아, 라오스, 말레이시아, 미얀마, 필리핀, 싱가포르, 태국, 베트남.

98) Note Verbale from the Permanent Mission of the People’s Republic of China to

육지지형 및 근해에 반론의 여지가 없는 주권을 가지고 있으며, 관련 수역과 해저지형 및 하층토에 주권적 권리 및 관할권을 향유함을 주장하였다. 중국은 꾸준히 남중국해 지역에 ‘역사적 권리(historic rights)’, 혹은 역사적으로 형성되어온 권리를 주장하며 이로 인한 주변국과의 갈등이 격화되었다.

이에 2013년 1월 22일 필리핀은 중국을 상대로 협약 제286조 및 287조에 따라 본 사건을 협약 제7부속서 중재재판소에 회부하였다. 필리핀이 청구한 내용은 총 15개로 이들은 크게 ①남중국해에서 중국이 주장하는 해양권원의 위법성 문제(청구취지 제1호, 제2호), ②남중국해 해양지형의 법적 지위에 관한 문제(제3호, 제4호, 제5호, 제6호, 제7호, 제12호), ③필리핀의 협약상 권리행사 방해에 관한 문제(제8호, 제9호, 제10호, 제13호, 제15호), ④해양환경에 관한 문제(제11호, 제12호), ⑤분쟁을 악화시키는 행위에 관한 문제(제14호) 로 정리해볼 수 있다.⁹⁹⁾

위와 같은 필리핀의 청구에 대하여 중국은 본 사건의 핵심이 남사군도에 존재하는 작은 지형들에 대한 중국과 필리핀의 영토주권분쟁에 있으며, 또한 남중국해에서의 해양경계획정 문제 역시 포함됨을 주장하며 본 재판에 불출정할 것을 선언하였다. 본 사건의 사무국은 PCA로 결정되었다.

한편 중국 외교부는 2014년 12월 7일, “필리핀에 의한 남중국해 중재재판의 관할권 문제에 대한 중국 정부의 입장서(이하 ‘입장서’)”¹⁰⁰⁾를 발표하며 비공식적으로 본 중재재판의 관할권이 결여되어있음을 주장하였다. 중재재판소는 중국정부의 입장서와 중국정부와의 비공식적 교신 등을 관할권에 대한 선결적 항변으로 간주, 관할권 및 수리적격성 문제를 본안으로부터 이분하기로 결정하였다.

the United Nations to the Secretary-General of the United Nations, No. CML/17/2009, 2009. 05. 07., http://www.un.org/depts/los/clcs_new/submissions_files/mysvnm33_09/chn_2009re_mys_vnm_e.pdf.

99) 본 사건에서 최종적으로 필리핀이 청구한 사항은 부록에 첨부하였다.

100) Position Paper of the Government of the People’s Republic of China on the Matter of Jurisdiction in the South China Sea Arbitration Initiated by the Republic of the Philippines(이하 ‘Position Paper’), 2014. 12. 07.

중재재판소는 남중국해 중재재판 사건(이하 ‘남중국해 사건’)은 2015년 10월 29일 관할권 및 수리적격성에 대한 판정을 하였고¹⁰¹⁾, 2016년 7월 12일 본안에 대하여 판정하였다.¹⁰²⁾ 최종적으로 중재재판소는 필리핀이 청구한 15개 청구취지에 대하여 만장일치로 다음과 같은 결정을 내렸다. 청구취지 제1호, 2호, 3호, 4호, 5호, 6호, 7호, 8호, 9호, 10호, 11호, 12호, 13호, 그리고 14(d)호에 대한 관할권을 인정하여 본안 판정으로 나아갔다. 반면 청구취지 제14(a)-(c)호에 대해서는 협약 제298조 1항(b)에 의해 관할권이 배제된다고 결정하였다. 청구취지 제15호에 대해서는 재판소가 관할권을 행사할 분쟁이 존재하지 않는다고 판단, 관할권을 가지지 않는다고 결정하였다.

제 2 절 선결요건 충족 기준의 간소화

최근 세 판례를 거치면서 발생하고 있는 변천의 첫 번째 양상은 바로 협약 제15부 1절상 요건 충족 기준의 간소화이다. 상기했다시피 협약 제15부 1절은 강제적 절차의 선결요건을 규정하고 있는 부분으로서 회부된 분쟁에 대한 강제적 절차 돌입 가부에 대한 절차적 요건을 담고 있다. 하지만 최근의 변천은 위와 같은 선결요건 조항들을 간소화하여 해석하고 적용하는 방향으로 발생하고 있다. 특히 협약 제281조에서 규정하고 있는 협약 이외의 절차 허용조항과 제283조에서 규정하고 있는 의견교환의 의무조항들은 이전 판례에 비하여 제2절상 절차의 돌입을 용이하게 하도록 해석되고 적용되고 있다. 본 절에서는 상기 두

101) *Award of the Arbitral Tribunal in the Matter of the South China Sea Arbitration between the Republic of the Philippines and the People's Republic of China, Jurisdiction and Admissibility*, 2015. 10. 29 (이하 ‘*South Chian Sea case, Award on Jurisdiction and Admissibility*’)

102) *Award of the Arbitral Tribunal in the Matter of the South China Sea Arbitration between the Republic of the Philippines and the People's Republic of China, Merits*, 2016. 07. 12 (이하 ‘*South Chian Sea case, Award on Merits*’).

선결요건이 세 판례를 거치면서 어떻게 변천되고 있는지 살펴보도록 하겠다.

I. 명시적 배제 의사의 결정적 성격

앞선 장에서 살펴보았듯이 협약 제281조는 당사국 간의 합의로 협약상 절차의 배제를 허용하고 있는 조항이다. 한편 이 조항은 모호한 문언으로 인한 해석상의 불명확성을 내재하고 있는데, 다음의 사건들에서도 협약상 절차의 배제에 대한 명확한 의사의 존재가 결정적인 성격을 가지는지 첨예하게 대립되었다.

가. *SBT* 사건 중재재판

SBT 사건에서는 세 분쟁 당사국 사이에 존재했던 1993년 협약이 협약 제281조에서 규정하고 있는 합의에 해당하는지가 쟁점이 되었다. 특히 1993년 협약 제16조 2항이 제281조에 규정되어있는 ‘그 밖의 다른 절차를 배제하지 아니하는 경우’에 해당하는지, 즉 협약 제15부상의 절차를 배제하고 있는지가 대립되었다. 먼저 이에 관한 각 분쟁당사국의 입장은 다음과 같았다.

기본적으로 호주와 뉴질랜드는 분쟁해결절차가 UNCLOS 체제의 핵심을 구성하는바, 협약 제15부 2절상의 재판소는 효과성과 포괄적인 성격에 상응해야 한다는 관점을 견지하였다.¹⁰³⁾ 협약 제15부 1절은 관련 국가들에게 UNCLOS상의 분쟁해결절차와 관련한 완전한 통제를 부여해 주는데, 만약 다른 대안적인 수단에 대한 합의에 이르지 못하고 분쟁의

103) Reply on Jurisdiction of Australia and New Zealand, 2000. 03. 31., para. 31.

해결 또한 달성되지 않았을 경우에는 제2절상의 강제적 절차가 작동하게 된다고 보았다. 이러한 상황에서, 분쟁의 어떠한 당사국도 협약 제286조에 의거하여 제2절상 관할권을 가지는 재판소에 분쟁을 회부할 수 있음을 주장하였다.¹⁰⁴⁾

우선 호주와 뉴질랜드는 협약 제281조 1항에서 “당사자간의 합의로 그 밖의 다른 절차를 배제하지 아니하는 경우에만 적용된다.”라 규정된 내용을 제한적으로 해석하였다. 구두절차에서 호주와 뉴질랜드의 법률고문으로 참여하였던 Henry Burmester는 위와 같은 입장을 바탕으로 협약 제281조와 280조의 목적은 분쟁이 발생했을 때 당사국들로 하여금 분쟁해결의 전 과정의 범위에서 합의에 의한 선택을 가능하게 하는데 있음을 주장하였다.¹⁰⁵⁾ 하지만 1993년 협약에는 UNCLOS 제281조에서 규정하고 있는, 다른 절차를 배제하고자 하는 의사를 찾을 수 없다고 보았다.¹⁰⁶⁾ Burmester는 제15부로의 회부를 배제한다는 내용은 제281조의 명백한 필요조건으로서, 이와 같은 명시적인 배제를 하고 있지 않은 1993년 협약 제16조 2항은 협약 제281조를 충족시키지 않는다고 주장하였다. 또 다른 법률고문인 Bill Mansfield 역시 제15부 재판소의 관할권을 배제하고자 하는 의사는 명백해야 하는데, 그와 같은 분명한 의사가 부재한 상황에서는 협약 제281조를 충족시킬 수 없다고 주장하였다.¹⁰⁷⁾ 중재재판소는 호주와 뉴질랜드에게 “UNCLOS 제281조 1항에서 “당사자간의 합의로 그 밖의 다른 절차를 배제하지 않는”이 의미하는 바는 무엇인가?”를 질의하였는데, 이에 대하여 협약 제281조 1항이 의미하는 바는 해당 조항상의 조건에 부합하지 않을 경우에 제15부 절차를 배제하겠다는 것으로, 해당 부분은 매우 엄격하게 해석되어야 함을 강조하였다.¹⁰⁸⁾

104) First Round Presentation of Australia and New Zealand, 2000. 05. 08., Henry Burmester, pp. 45-47.

105) *Ibid.*, p. 44.

106) Reply on Jurisdiction of Australia and New Zealand, 2000. 03. 31., p. 74.

107) Second Round Presentation of Australia and New Zealand, 2000. 05. 11., pp. 59-60

108) Answer by Australia and New Zealand, para. 7.4.

반면 일본은 호주와 달리 협약 제15부 1절에 의해 본안에 대한 중재재판소의 관할권이 부재함을 주장하였다. 먼저 일본은 UNCLOS 성안기록을 참고해볼 때 당사국들 사이에 별개의 분쟁해결절차가 합의되어있는 경우 제15부가 적용될 수 없다는 것이 입증된다고 보았다. 협약 제15부는 분쟁 해결에 있어 그 수단을 선택할 수 있는 당사국들의 권리를 보호하고자 성안되었다고 주장하였다.¹⁰⁹⁾ 따라서 본안 분쟁이 협약의 해석 도는 적용의 분쟁에 해당할지라도 동 조항에 의해 재판소의 관할권은 배제된다고 주장하였다. 분쟁 당사국들이 선택한 절차는 1993년 협약 제16조에 규정되어있는데, 이 조항은 당사국들로 하여금 분쟁해결절차에 관하여 교섭을 진행할 의무를 부여한다고 하였다. 이에 교섭은 필수적으로 진행되어야 하며, 이 교섭에 의하여 해결되지 않을 시에만 제15부 2절 강제적 분쟁해결절차가 적용될 수 있다고 주장하였다 하지만 본 분쟁에 있어 양측 사이의 교섭은 각자의 정확한 의사를 담아 전달되지 못하였고, 이에 제15부 절차의 선결요건이 충족되지 않았음을 주장하였다.¹¹⁰⁾

일본의 법률고문이었던 Elihu Lauterpacht는 1993 협약 제16조 2항은 어떠한 분쟁도 분쟁당사국들의 동의 없이는 ICJ나 중재재판에 회부되지 않음을 규정하였고, 이는 협약 제281조 1항에서 규정한 바와 같이 다른 모든 절차를 배제한 것이라 주장하였다.¹¹¹⁾ 반면 중재재판소가 호주와 뉴질랜드의 주장을 받아들인다면 분쟁해결에 관한 질서가 혼돈에 빠지게 되고, 분쟁 당사국의 의사에 따라 강제적 사법 혹은 중재절차를 배제할 수 있는 권리가 부정될 것이라고 하였다.¹¹²⁾ 또 다른 법률고문인 Shabtai Rosenne는 분쟁 당사국 사이에 특정 대상에 대한 분쟁해결절차를 갖추고 있는 협약이 존재한다면, 강제적 속성의 유무와 관계없이 해당 절차가 UNCLOS상의 절차를 대체하게 된다고 주장하였다.¹¹³⁾ 이러한 관점에서 1993년 협약 제16조는 UNCLOS의

109) Memorial on Jurisdiction of Japan, 2000. 02. 11., paras. 147-148.

110) *Ibid.*, paras. 155-156.

111) First Round Presentation of Japan, 2000. 05. 07., p. 111.

112) *Ibid.*, pp. 137-138.

113) *Ibid.*, p. 160.

강제적 절차를 포함하여, 당사자들의 동의 없이는 다른 절차를 배제하고 있다고 주장하였다.¹¹⁴⁾

이처럼 대립된 1993년 협약 제16조가 UNCLOS 제281조 1항에 상응하는지를 판단하기 위하여 재판소는 협약 제281조 1항을 다음과 같이 해석하였다. 재판소는 우선 1993년 협약 제16조가 UNCLOS 제281조에 의거, 평화적으로 분쟁을 해결하기 위하여 해결방법을 모색한 합의임은 확인하였다. 또한 제281조 1항은 다른 절차를 배제하지 않을 경우에 15부 절차가 사용됨을 규정하고 있는데, 1993년 협약 제16조는 UNCLOS 제15부 2절을 포함하여 다른 절차를 배제한다고 명시적으로 규정하고 있지는 않다고 판단하였다.¹¹⁵⁾

하지만 재판소는 1993년 협약 제16조에 협약상 절차를 명시적으로 배제하는 조항이 존재하지 않다는 사실이 결정적인 요소가 아니라고 판단하며 호주와 뉴질랜드의 주장에 반대하였다. 1993년 협약 제16조 2항은 모든 당사국의 동의가 있어야만 ICJ나 중재재판에 회부할 수 있음을 규정하고 있는데, 이는 UNCLOS 제286조와 달리 어느 한 당사국에 의하여 분쟁을 강제적으로 회부할 수 있음을 의미하는 것은 아니라고 보았다. 결국 1993년 협약 제16조의 의도는 UNCLOS 제15부 2절을 배제하는 것이며, 모든 당사자가 동의하지 않는 어떠한 다른 분쟁해결절차도 배제하는 것이라 판정하였다.¹¹⁶⁾ 결국 중재재판소는 UNCLOS 제281조 1항의 의미에서 1993년 협약 제16조는 다른 모든 절차를 배제하며, 이에 따라 본안의 분쟁은 협약 앞선 조항에 의거 중재재판소의 관할권을 배제한다고 판시하였다.

반면 본 판정에서 개별의견을 첨부한 Kenneth Keith 재판관은 다수의견과 다른 견해를 취하였다. Keith 재판관은 국가들은 협약 성안과정에서 제15부로 인하여 그들이 국제관계에서 일반적으로 유지하던 '분쟁해결절차에 종속되지 않을 자유'로부터 멀어지게 되었다고 평가하였다.¹¹⁷⁾ 같은 맥락에서 Keith 재판관은 1993년 협약 제16조가

114) First Round Presentation of Japan, 2000. 05. 07., pp. 161-162.

115) *SBT case, Award on jurisdiction and Admissibility*, para. 56.

116) *Ibid.*, para. 57.

UNCLOS상의 절차를 암묵적으로 배제할 수 없다고 판단하였다. UNCLOS 제281조 1항은 당사국들로 하여금 다른 어떠한 절차의 배제에 대한 합의를 요구하는데, 이는 협약 제282조, 284조 2항 및 4항¹¹⁸⁾, 그리고 제288조 2항과 달리 “선택에 의한 수락(opting in)”의 방식으로 강제적 절차에 대한 적극적인 합의를 요구하지 않고, 오히려 “선택에 의한 배제(opting out)”를 요구한다고 보았다.¹¹⁹⁾ Keith 재판관은 UNCLOS 제15부상의 구속력 있는 절차로의 회부를 배제하겠다는 분명한 용어의 필요성은 제15부 다른 조항들이나, 강제적이고 구속력 있는 평화적 해결절차가 담당해온 중심적인 역할에 의해 뒷받침 된다고 주장하였다.¹²⁰⁾ UNCLOS 제15부의 구조 그 자체는 당사국들로 하여금 만약 제2절상 절차를 배제하고자 한다면 그와 같은 합의를 분명한 용어로 표현해야하는 필요성을 보여주는데, 이는 제298조에서 명시되어있는 배제조항들에서도 확인할 수 있다고 하였다.¹²¹⁾

결론적으로 Keith 재판관은 협약 제281조 1항이 적용될 수 있는 요건에 대하여 다수의견과 명확하게 상반된 해석을 견지한 것이었다. 1993년 협약 제16조가 UNCLOS 제15부상의 절차를 배제하고자 하는 의사를 명백하게 드러내지 않고 있는 조항임에는 공통의 견해를 공유하였다. 하지만 Keith 재판관은 해당 조항에 그와 같은 의사가 부재한 이상 협약 외 절차를 적용하기 위한 조건에 부합하지 않는 것으로 해석하며 명백한 배제의사의 결정적인 성질을 인정하였다. 이와 같은 Keith 재판관의 해석은 해당 사건에서는 다수의 지지를 얻는데 실패하였지만, 오히려 이후에 전개된 사건들에서 큰 영향을 주었다.

117) Separate Opinion of Justice Sir Kenneth Keith., para. 23.

118) 제284조 조정

:

2. 이러한 요청이 수락되고 당사자가 적용할 조정절차에 합의한 경우, 어느 당사자라도 그 분쟁을 조정절차에 회부할 수 있다.

:

4. 당사자가 달리 합의하지 아니하는 한, 분쟁이 조정에 회부된 때에는 조정은 합의된 조정절차에 따라서만 종료될 수 있다.

119) Separate Opinion of Justice Sir Kenneth Keith., paras. 17-18.

120) *Ibid.*, para. 19.

121) *Ibid.*, para. 22.

아래에서 살펴볼 남중국해 사건 중재재판과정에서도 Keith 재판관의 해석은 분쟁 당사국 및 재판소의 판단 과정에 적극적으로 인용되기도 하였다.

나. 남중국해 사건 중재재판

앞선 *SBT* 사건의 중재재판에서는 분쟁 당사국간의 합의에서 협약 제15부의 절차를 배제하고자 하는 의사가 명확하게 드러나지 않아도 위의 절차가 협약 제281조에 의거, 배제될 수 있음이 인정되었다. 하지만 협약상 절차의 분명한 배제 의사가 가지는 결정적 성격에 대한 논란은 이후에도 이어졌으며, 남중국해 사건 중재재판에서도 중요한 쟁점으로 부각되었다. 특히 2002년에 합의된 DOC가 협약 제281조상의 요건과 상응하는지에 대하여 필리핀과 중국 양측의 입장이 첨예하게 대립되었다. 이에 대한 각 분쟁당사국의 입장은 다음과 같았다.

먼저 필리핀은 우선 협약 제15부 2절에서 규정하고 있는 강제적 분쟁해결절차가 가지는 역할과 그의 중요성에 대해 주목하였다. 필리핀은, 만약 교섭에 대한 모든 가능성을 소진하였고, 다른 이용 가능한 수단이 존재하지 않는 상황에서 강제적 절차는 국제법 질서를 유지하는 필수적인 작동기재로서 역할을 한다고 주장하였다.¹²²⁾

필리핀은 다음의 세 측면을 통해 위의 주장을 뒷받침하였다.¹²³⁾ 첫째로, 필리핀은 강제적 분쟁 해결이 권리의 남용에 대항할 수 있는 중요한 보호자라 인식하였다. 이는 “개발도상국가로 하여금 본 협약에 의해 보장되는 권리를 포기하도록 만들기 위해 사용되는 강대국의 정치적, 경제적, 그리고 군사적 압력”을 경감시킨다고 주장한 것에서도 드러난다.¹²⁴⁾ 둘째로, 강제적 분쟁절차는 UNCLOS가 대변하는 복잡한

122) Memorial of the Philippines, Volume I, 2014. 03. 30., para. 7.3.

123) *Ibid.*, para. 7.4.

124) Natalie Klein, *Dispute Settlement in the U.N. Convention on the Law of the Sea*

이해관계의 균형을 유지하는 중요한 역할을 담당한다고 하였다. UNCLOS는 “package deal”을 구성하고 있기에, 분쟁의 구속력 있는 해결은 협약의 해석과 적용에 있어 권위 있고 일관적인 지침을 보장하기 위해 필수적이라 주장하였다. 마지막으로 필리핀은 강제적 분쟁 해결은 분쟁의 방지 또는 교섭에 의한 해결에 공헌한다고 하였다.

필리핀은 이상 제15부 절차의 중요성을 바탕으로 제281조에 의해 DOC가 본 재판 관할권에 어떠한 장애도 되지 않는다고 주장하였다.¹²⁵⁾ 첫째, 필리핀은 DOC는 구속력 있는 합의에 해당하지 않는다고 보았다. 협약 제281조에서 규정하고 있는 ‘합의’는 법적으로 구속력을 지니는 문서를 의미하지만 DOC에 담긴 언어 및 상황과 다양한 증거들을 통해 이는 그와 같은 문서에 해당하지 않는다고 주장하였다.¹²⁶⁾ 둘째, 설령 DOC가 구속력 있는 합의로서 의도되었다 하더라도 제281조가 당사자 간 합의된 다른 수단에 의해 해결이 이루어지지 않았을 때 강제적 절차로의 회부를 배제하지 않는다고 주장하였다. 본 분쟁의 경우 당사자 간 오랜 의견교환에도 불구하고 DOC에 의해 어떠한 해결도 이루어지지 않았기에,¹²⁷⁾ 제15부에서 규정하고 있는 절차로의 회부가 가능하다고 주장했다. 셋째, 필리핀은 DOC가 명시적으로든 암묵적으로든 UNCLOS상 절차로의 회부를 배제하지 않는다고 하였다. 협약 제281조 1항에 의거할 때, 다른 절차를 배제하고자 하는 의도는 분명해야 함을 주장하였다. 필리핀은 *SBT* 사건의 중재판정이 어떠한지 본 사건과는 별개의 사건이며, 본 사건에는 제15부의 분쟁해결절차를 배제하고자 하는 의도에 관한 어떠한 증거도 존재하지 아니한다고 주장하였다. DOC의 제4항은 UNCLOS와 관계된 분쟁이 오로지 우호적인 협의나 교섭에 의해서만 해결되어야 한다고 언급하고 있지 않으며, 나아가 1993년 협약 제16조와 같이 암시적인, 혹은 함축적인 배제도 존재하지 않는다고 주장하였다.¹²⁸⁾ 이에 따라 DOC에 의해 협약 제15부

(2005), p. 52

125) Memorial of the Philippines, Volume I, 2014. 03. 30., para. 7.49.

126) *Ibid.*, paras. 7.51-7.57.

127) *Ibid.*, para. 7.63.

128) *Ibid.*, para. 7.69.

분쟁해결절차가 배제되지 않으며, 결론적으로 본 사건은 협약 제281조에 의해 재판소 관할권이 부정되는 사건이 아님을 밝혔다.

반면 중국은 본 사건에서 제15부 1절에서 규정하고 있는 선결요건이 충족되지 못하였기에 재판소의 관할권이 성립하지 않음을 주장하였다. 중국의 주장은 당사국들에 의해 선택된 분쟁해결수단이 존중되어야 한다는 입장에 기반한 것이었다. 같은 맥락에서, 중국은 양자적인 문서 및 DOC를 통해 필리핀과 교섭에 의하여 분쟁을 해결하기로 합의하였는데, 필리핀이 독단적으로 현재의 중재절차를 시작하며 국제법상 의무를 위반하였다고 주장하였다. 중국은 필리핀과 사이에서 관련 분쟁을 교섭에 의하여 해결한다는 상호간의 이해는 DOC 제4항을 통해 확인할 수 있다고 하였다.¹²⁹⁾ 따라서 필리핀의 청구가 UNCLOS의 해석이나 적용에 관한 것이라 가정할지라도 양국은 관련 분쟁을 교섭에 의해 해결하기로 합의하였으므로 본 사안에 강제적 절차가 적용될 수 없다고 주장하였다.¹³⁰⁾ 또한 중국은 필리핀과 양자간, 그리고 다자간 문서를 통해 그들 사이의 분쟁을 교섭에 의해 해결함에 있어 어떠한 시간제한도 설정하지 않았으며, 이외의 다른 절차를 배제하였다고 주장하였다.¹³¹⁾ 이는 곧 협약 제281조 1항을 염두에 둔 주장으로, 결국 DOC가 교섭에 의한 해결을 규정하고 있고, 나아가 다른 절차를 배제하기 때문에 중재재판소의 관할권이 존재하지 않음을 주장한 것이다.

나아가 국제법에 의거, 모든 국가는 자유롭게 분쟁해결 수단을 선택할 수 있으며, 어떠한 국제 사법제도나 중재재판의 관할권도 분쟁 당사국에 의한 사전 동의에 의존함을 다시 강조하였다. 중국은 이 원칙(분쟁해결수단의 자유로운 선택)에 근거하여 많은 당사국들이 제3차 해양법회의에 참여할 수 있었으며, 길고 고된 교섭의 결과 제15부에 대한 합의에 도달할 수 있었다고 주장하였다.¹³²⁾ 특히 협약 제15부에 내재된

129) Position Paper, para. 35.

130) *Ibid.*, para. 42.

131) *Ibid.*, para. 44.

132) *Ibid.*, para. 76.

균형은 많은 국가들로 하여금 UNCLOS의 당사국이 되도록 결정하는데 매우 중요한 요소로 작용해왔다고 하였다.¹³³⁾ 중국은 당사국에 의해 선택된 절차가 15부 2절 강제적 분쟁해결절차보다 우위에 있다고 인식하였다. 이에 주권존중의 원칙에 기인할 때 분쟁 당사국들은 분쟁해결수단을 자유롭게 선택할 수 있고, 이는 협약 제280조¹³⁴⁾에 의해서도 확인된다고 주장하였다.¹³⁵⁾ 또한 분쟁당사국들이 분쟁해결수단을 이미 선택하였고, 다른 절차를 배제하였다면 강제적 절차는 적용될 수 없다고 하며, 이와 같은 주장을 뒷받침하기 위해 *SBT* 사건의 판정을 인용하였다.¹³⁶⁾

중국은 만약 제15부 1절이 진중하게 준수되지 않는다면 이는 국가 주권에 바탕을 둔 자유로운 분쟁해결수단 선택의 권리를 박탈하게 되는 것이며, 또한 동의를 원칙을 위반하고 내제된 균형 및 제15부 단일성의 분열을 수반하는 결과를 초래할 것이라 주장하였다.¹³⁷⁾ 중국은 재판소가 관할권을 결정하는 권한을 행사할 때 어떠한 사법기관이나 중재재판소든 협약 당사국이 가지는 분쟁해결수단 선택에 대한 권리가 반드시 존중되어야 한다고 주장하였다. 따라서 협약 제288조 4항에 규정된 재판소의 권한이 존중되는 것과 마찬가지로 재판소가 당사국이 가지는 분쟁해결수단에 대한 자유로운 선택의 권리로부터 이탈해서는 아니 됨을 주장하였다.¹³⁸⁾

재판소는 제15부 1절상 재판소 관할권의 선결요건을 검토함에 있어 우선적으로 협약 제281조가 본 사안에서 충족되었는지 여부를 판단하였다. 첫째로, 재판소는 DOC가 협약 제281조에서 요구하고 있는 법적으로 구속력 있는 합의에 해당하지 않는다고 판단하였다. DOC가

133) Position Paper, para. 78.

134) 제280조 당사자가 선택한 평화적 수단에 의한 분쟁해결

이 부의 어떠한 규정도 당사국이 언제든지 이 협약의 해석이나 적용에 관한 당사국간의 분쟁을 스스로 선택하는 평화적 수단에 의하여 해결하기로 합의할 수 있는 권리를 침해하지 아니한다.

135) Position Paper, para. 80.

136) *Ibid.*, paras. 81-82.

137) *Ibid.*, para. 82.

138) *Ibid.*, paras. 83.

협약 제281조상 구속력 있는 합의를 구성하기 위해서는, 해당 문서가 당사국 사이에 권리와 의무를 부여하고자 하는 분명한 의도를 밝혀야 한다고 하였다. 그러한 분명한 의도는 해당 문서의 용어와, 채택 당시의 특정한 상황에 의해 결정되는데, 하지만 사용된 용어와 국가들의 후속 관행으로 보아 DOC는 그러한 성질을 지닌 문서가 아님을 확인할 수 있다고 판단하였다.¹³⁹⁾

둘째로, 재판소는 DOC가 협약 제281조에서 요구하고 있는 요건인 합의된 절차에 의해 분쟁이 해결 되었는지의 여부와 해당 합의가 다른 절차를 배제하고 있는지의 여부를 검토해 보았다. 협약 제281조는 당사국들로 하여금 어떠한 선택된 수단들도 무제한적으로 추구할 것을 요구하고 있지 않은데, 당사국 사이의 분쟁은 수 년 간 격화되었다고 판단하였다.¹⁴⁰⁾ 또한 DOC는 UNCLOS 제15부를 배제하고 있지 않으며, 교섭만이 배타적인 해결 방법이고 그에 따라서 분쟁을 해결하지 못하였다더라도 다른 절차를 사용할 수 없다고 명시하고 있지 않다고 하였다.¹⁴¹⁾

한편 중재재판소는 DOC가 다른 절차를 배제하지 않다는 점을 확인하며 *SBT* 사건의 중재판정을 정면으로 반박하였다. 협약 제281조와 관련하여 더 적절한 견해는 이 조항이 다른 절차를 배제한다는 분명한 언급이 요구된다는 것이며, 이는 협약 제281조의 문언과 문맥, 그리고 UNCLOS의 전반적인 목적에 의해 뒷받침 된다고 판단하였다. 나아가 ‘다른 절차를 배제한다는 표현의 부재는 결정적이지 않다’라고 한 판정이 협약 제281조의 의도된 의미와 부합하지 않는다고 평가한 Keith 재판관의 개별의견에 공감을 표하였다.¹⁴²⁾

재판소는 협약 제281조가 제15부 절차에 대한 “선택에 의한 배제”를 요구할 뿐, 당사국들이 반드시 15부 절차에 적극적인 동의를 표해야 한다는 “선택에 의한 수락” 요건을 수반하고 있지 않다고 하였다. “opt

139) *South Chian Sea case, Award on Jurisdiction and Admissibility*, paras. 213-218.

140) *Ibid.*, para. 220.

141) *Ibid.*, para. 222.

142) *Ibid.*, para. 223.

in”요건을 수반하고 있는 협약 제282조와 달리 제281조는 강제적 분쟁 해결절차가 디폴트 규정임을 보여준다고 하였다.¹⁴³⁾ 재판소는 제281조가 명시적인 배제표현을 요구한다고 해석하는 것이 포괄적인 협약으로서 UNCLOS의 대상 및 목적과 부합하는 것이라 판단하였다. 따라서 제15부에 대한 명백한 배제 의사의 표현 없이 협약의 매우 중심적인 부분의 제거가 가능하다는 점은 받아들이기 어렵다고 판시하였다.¹⁴⁴⁾ 이와 같은 견해를 DOC를 포함한 다양한 문서들, 성명 등에 비추어 보았을 때, 협약 제281조의 요건은 충족되었다고 판정하였다.

결론적으로 남중국해 사건 중재판정에서 취해진 해석은 앞선 *SBT* 사건에서 견지된 해석과 상반된 것이었다. 이로써 협약 제281조에 의하여 당사국 간의 합의로 협약상 절차의 배제 허용 기준은 이전과 비교하여 엄격하게 변화되었으며, 동시에 협약상 강제적 절차가 적용될 가능성은 상대적으로 높아지게 되었다. 또 한 가지 주목할 점은, 이번 남중국해 사건 판정에서 협약 제281조에 규정된 ‘합의’의 의미를 법적인 구속력을 수반하는 성질의 문서로서 해석하였다는 점이다. 비록 이와 같은 판단에 대한 근거를 제시해주지는 않았지만, 법적인 성질의 필요성을 제시함에 따라 협약상 절차를 배제할 수 있는 요건은 한층 강화되었다.

II. 의견교환 의무의 충족 요건

강제적 절차에 돌입하기 전 분쟁의 당사국들은 상호간 의견을 교환할 의무를 지닌다. 분쟁 당사국 간의 의견교환의무는 강제적 절차 돌입의 절차적 선결요건중의 하나로서 큰 중요성을 가짐을 앞선 장에서 확인해볼 수 있었다. 한편 협약 제283조가 규정하는 명확한 의미가 불분명한바, 아래의 사건들에서 이 조항의 의미에 대한 해석이 각

143) *South Chian Sea case, Award on Jurisdiction and Admissibility*, para. 224.

144) *Ibid.*, para. 225.

사건의 재판소 및 분쟁의 당사국들에 의하여 시도되었다.

가. SBT 사건 중재재판

SBT 사건에서는 중재재판 절차에 돌입하기 전, 호주와 뉴질랜드가 협약 제283조상의 의견교환의 의무를 충족하였는지 여부가 쟁점이 되었다. 먼저 호주와 뉴질랜드는 양측이 분쟁해결을 위한 의견교환을 실시하였고, 또한 중재재판절차에 돌입하기 전 일본이 중개 방식을 제안하였다는 사실은 협약 제283조 1항에 따른 절차가 이행되었음을 반증하는 사실이라 주장하였다. 호주는 앞선 과정에서 일본이 EFP를 중단한다는 조건 하에 일본이 제안한 중개에 의한 해결안을 수락하였지만, 일본이 이에 동의하지 아니하면서 중개절차는 무산되었다고 밝혔다. 이처럼 더 이상 교섭이나 중개에 의하여 분쟁해결을 모색할 수 없는 상황이 되었기 때문에 호주는 자국에게 협약 제15부 2절에서 규정하고 있는 절차에 돌입할 권한이 존재한다고 주장하였다.¹⁴⁵⁾ 또한 일본은 1999년 6월 독단적으로 프로그램을 재개하면서 교섭을 종료시켰는데, 이후 양국 사이에 진행된 의견 교환은 협약 제283조 2항에 상응하는 것으로서 위 조항에서 규정하는 선결요건을 충족한 것이라 주장하였다.¹⁴⁶⁾

하지만 일본은 본안의 분쟁이 협약 제283조에서 요구하고 있는 요건들이 충족되지 못한 채 중재재판절차에 회부되었음을 강조하였다. 특히 제283조는 강제적 절차에 회부되기 전 완전하며 성숙한 견해의 교환을 요구하고 있는 반면, 세 당사국 사이의 의견교환은 1993년 협약과 관계된 것이었을 뿐 UNCLOS상의 의견교환이 진행되지 않았음을 주장하였다. 즉, 뉴질랜드와 호주는 중재재판절차를 시작하기 전까지 일본이 UNCLOS의 어떠한 조항을 위반하였는지 명시하지

145) Statement of Claim of Australia and New Zealand, 1999. 07. 15., para. 38.

146) *Ibid.*, para. 39.

않았는데, 그와 같이 의미 있는 교환에 참여하지 않았던 호주와 뉴질랜드의 청구는 받아들일 수 없다고 하였다.¹⁴⁷⁾ 양 분쟁 당사자 사이에는 UNCLOS의 해석 또는 적용에 관한 분쟁의 해결에 대하여 (협약 제283조에 관한) 어떠한 구체적인 협의도 없었음을 밝혔다. 당사국들 사이에는 오로지 1993년 협약의 해석 또는 적용의 분쟁에 해당하는 의견교환만 진행되었기에 본안에 대한 관할권 부재를 주장하였다.¹⁴⁸⁾

결론적으로 일본은 제15부 1절의 의도는 제15부 2절상의 절차가 무분별하고 급작스럽게 시작되는 것을 저지하도록 하는 것이며, 당사국들로 하여금 다른 평화적 절차에 의한 분쟁해결에 최선을 다하도록 요구하는 것이라 하였다.¹⁴⁹⁾ 또한 UNCLOS가 제15부 2절의 절차에 이르기 전에 분쟁 당사자들 사이에 합의된 절차에 의해 가능한 해결을 촉진하고자 의도되었다고 주장하였다. 따라서 호주와 뉴질랜드는 분쟁해결에 있어 신의성실을 다하지 않았으며, 합의된 절차를 무시하고 중재재판을 선택한 것은 일종의 ‘forum shopping’에 해당하는, UNCLOS의 정신 및 문언과 상반되는 것이라 비난하였다.¹⁵⁰⁾

이처럼 의견교환의무에 대한 양 분쟁 당사자의 해석과 견해는 명확하게 대립되었지만, 본 중재재판절차에서 재판소는 해당 조항에 관한 판단을 비중 있게 진행하지 않았다. 대신, 재판소는 1993년 협약 제16조가 UNCLOS 제281조 1항에 상응함을 인정한 후 양 당사자 사이에는 1993년 협약 제16조에 규정되어있는 교섭이 진행되었음을 확인하였다. 비록 해당 교섭이 진행되는 동안 호주와 뉴질랜드는 제7부속서에 따른 중재재판절차를 개시하였고 일본은 본 사안과 UNCLOS 사이의 관련성을 부인하였지만 양 당사자 사이에 존재했던 교섭은 협약 제283조를 충족시키는 것이라 판단하였다.¹⁵¹⁾ 추가적으로

147) Response and Counter Request for Provisional Measures Submitted by Japan, 1999. 08. 06., para. 31.

148) *Ibid.*, paras. 76-77.

149) *Ibid.*, para. 56.

150) *Ibid.*, para. 72.

151) *SBT case, Award on jurisdiction and Admissibility*, para. 55.

이 조항의 목적상 무제한적으로 교섭을 진행할 의무가 당사국들에게 부여되지는 않는다는 판단하기도 하였다.¹⁵²⁾ 하지만 재판소는 협약 제283조에 대하여 이상의 판단에만 머물렀을 뿐, 양 분쟁 당사자 사이에 대립되었던 사안들, 특히 협약 제283조 충족의 기준 등에 대한 판단까지는 나아가지 아니하였다. 이처럼 본 사건에서 위 조항에 대한 명확한 해석이 부여되지 않음에 따라 협약 제283조상 요건충족에 관한 논란은 이후의 사건들에서도 이어졌다.

나. *Chagos MPA* 사건 중재재판

Chagos MPA 사건 중재재판과정에서는 모리셔스에 의한 분쟁의 회부 전 양 당사국 사이에 의견교환이 진행되었는지 여부에 대한 견해가 대립되었다. 특히 본 사건에서는 협약 제283조상의 의무 이행 및 충족의 기준에 대한 문제가 이전 *SBT* 사건에서보다 심도 있게 다루어졌다.

먼저 모리셔스는 제15부 2절상 강제적 관할권의 범위가 넓도록 의도되었다는 점을 토대로 제2절 적용의 선결요건들을 해석하였다. 협약 제286조는 “협약의 해석과 적용에 관계된 어떠한 분쟁”에 까지 관할권이 확대된다는 가정에서 출발하는데, 이에 재판소의 관할권 행사는 오로지 (1)분쟁해결절차 선택과 관계된 당사국의 선언과 (2)제15부 3절에 의해서만 제한됨을 주장하였다.¹⁵³⁾ 하지만 모리셔스는 UNCLOS 제15부 1절에서 규정하고 있는 절차들을 거쳤음을 확인하며 제7부속서 중재재판소에겐 본안에 대한 관할권이 있음을 주장하였다.

제15부 1절에 규정된 선결요건들 중 모리셔스가 특히 강조한 점은 협약 제283조상 의무가 이행되었다는 점이었다. 모리셔스는 협약 제283조 1항의 필요요건들은 수월하게 이행될 수 있음을 주장하였다. 협약 제283조 1항은 제2절상의 절차가 급작스럽게 개시됨을 방지하는

152) *SBT case, Award on jurisdiction and Admissibility*, para. 55.

153) Memorial of the Republic of Mauritius, 2012. 08. 01., para. 5.10.

것으로서 관할권 행사의 일종의 문턱(threshold)을 구성함을 인정하였다. 그러나 협약 제283조 1항은 특정한 조약이나 조항의 인용을 요하지 않으며, 의견을 교환하는 과정에서 형식이 아닌 그 본질에 중요성이 있음을 강조하였다.¹⁵⁴⁾ 모리셔스는 영국과 MPA의 합법성 및 배타적 경제수역의 경계획정에 대한 의견을 교환하였지만 분쟁이 해결되지 않았다는 점을 들며 협약 제283조 1항상의 절차를 거쳤음을 주장하였다.¹⁵⁵⁾ 이처럼 모리셔스는 해당 조항에 규정된 의무 이행 기준을 상대적으로 낮게 간주하였으며, 이와 같은 견해를 바탕으로 모리셔스는 강제적 절차의 선결요건으로서 의견교환의무 이행의 기준을 충족하였다고 주장하였다.

반면 영국은 모리셔스와 상반되는 견해를 취하였다. 영국은 협약 제15부 2절이 적용되기 위한 선결요건이 충족되지 못하였음을 근거로 재판소의 관할권을 부정하였다. 모리셔스와 다르게 영국은 협약 제283조를 포함한 제1절상의 선결요건을 협약 제15부의 매우 중요한 요소로서 간주하였고, 이에 협약의 분쟁해결절차는 보조적 성질로서 성안되었다고 주장하였다.¹⁵⁶⁾ 따라서 협약 제283조의 목적은 어느 한 당사국에 의한 강제적 절차가 시작되기 전, 분쟁 당사국 사이에 우호적인 해결이나 합의에 이를 수 있는 기회를 제공하는데 있다고 간주하였다. 위 조항을 통하여 피소국에게는 무엇이 정확한 분쟁인지 인지할 수 있는 기회가 주어져야 하고, 또한 합의된 수단을 통한 분쟁 해결이나 적어도 분쟁을 해결할 수 있는 최선의 수단에 대하여 신의 성실한 논의가 진행되어야 함을 주장하였다.¹⁵⁷⁾ 이에 더하여 영국은 협약에 강제적인 분쟁 해결절차를 포함시키는데 있어서 협약 제283조가 정치적으로 매우 중요했음을 강조하였다.¹⁵⁸⁾

154) Hearing on Jurisdiction and the Merits, Vol. 4, 2014. 04. 25., Alison Macdonald, p. 402, para. 9.

155) Notice of Arbitration, 2010. 12. 20., para. 6.

156) Hearing on Jurisdiction and the Merits, Vol. 6, 2014. 05. 01., Michael Wood, p. 653, para. 18.

157) *Ibid.*, p. 745, para. 21.

158) *Ibid.*, p. 739, para. 6.

이와 같은 맥락에서 영국은 모리셔스가 UNCLOS 제283조상의 요건을 충족시키지 못하였다고 주장하였다. 재판에 특정한 조약을 회부하기 위하여 다른 국가와 의견교환을 하는 국가는, 그 과정에서 특정한 조약을 언급할 필요는 없지만 분쟁의 물적 대상에 대해서는 명확하게 밝혀야 한다고 주장하였다.¹⁵⁹⁾ 하지만 모리셔스는 오직 영토주권에만 초점을 맞추고 영국과 외교적 의견을 교환하였다고 주장하였다.¹⁶⁰⁾ 나아가 모리셔스는 MPA가 UNCLOS와 왜 양립하지 않은지, UNCLOS의 어떠한 특정한 권리가 침해되었는지에 대하여 영국과 의견을 교환하지 않았다고 주장하였다.¹⁶¹⁾

협약 제283조를 충족하기 위한 요건으로 영국은 협약 당사국 사이에 “분쟁”이 존재할 것, 그 분쟁은 협약의 해석 또는 적용에 관한 분쟁일 것, 그리고 분쟁의 당사국들이 협상이나 다른 평화적 수단에 의한 해결과 관련하여 신속하게 의견을 교환할 것을 제시하였다.¹⁶²⁾ 하지만 결과적으로 모리셔스가 청구한 사안이 식별되지 않았고, 또한 (협약의 해석 또는 적용과 관계된)분쟁이 존재하지 않으며, 나아가 의견 교환도 실시되지 않았기 때문에 협약 제283조의 요건은 충족되지 않았음을 주장하였다.¹⁶³⁾ 이에 따라 본 사안에 대한 재판소의 관할권을 부정하였다.

하지만 재판소는 위와 같은 영국의 주장에 동의하지 않았다. 먼저, 재판소는 협약 제283조는 분쟁 당사국들로 하여금 분쟁 해결을 위한 수단과 관련하여 의견을 교환할 것을 요구하고 있지, 실제로 교섭이나 다른 평화적 분쟁해결절차에 돌입할 것을 요구하지는 않는다고 하였다.¹⁶⁴⁾ 이는 곧 협약 제283조에 대한 영국의 주장을 수용하지 않는 것이었다. 따라서 분쟁 당사국들의 의견교환이 반드시 명시적으로 특정

159) Preliminary Objections to Jurisdiction submitted by UK, 2012. 10. 31., para. 4.7.

160) *Ibid.*, para. 4.17.

161) Preliminary Objections to Jurisdiction submitted by UK, 2012. 10. 31., para. 4.21.

162) Hearing on Jurisdiction and the Merits, Vol. 6, 2014. 05. 01., Michael Wood, p. 748, para. 31.

163) *Ibid.*, Samuel Wordsworth, p. 762, para. 32.

164) *Chagos MPA case, Award*, para. 378.

조약을 언급할 필요는 없지만, 그 교환은 조약의 물적 대상을 충분히 분명하게 언급해야 한다고 하였다.

한편 재판소는 협약 제283조상 의무의 이행을 가장 명확하게 보여주는 사례로 *SBT* 사건에서 세 분쟁 당사국 사이의 의견교환을 제시하였다. 이 사건 당시 세 분쟁 당사국들은 외교적인 경로를 통했던 상호간의 교신을 협약 제283조의 이행 근거로서 제시하였었다. 하지만 이번 사건의 재판소는 당사국간 분쟁에 관한 실질적인 교섭과, 분쟁해결 수단에 관한 의견교환은 실제로 깔끔하게 구분되지 않으며, *SBT* 사건에서와 같은 이상적인 형태의 의견교환은 드물게 발생한다고 하며 그를 본 조항 충족의 기준으로 삼고자 하지 않았다.¹⁶⁵⁾

재판소는 협약 제283조의 목적이 강제적 절차로의 급작스러운 돌입을 방지하기 위한 것임은 확인하였지만, 이의 이행이 과도하게 형식주의적이지 않아야 한다고 하며 보다 실질적인 관점을 견지하였다.¹⁶⁶⁾ 재판소는 이와 같은 관점을 본 사안에 적용해 볼 때, 교섭을 통해 분쟁을 해결하고자 하는 당사국들의 견해는 분명하게 교환되었음을 확인할 수 있으며 이것이 협약 제283조가 요구하는 전부라고 판단하였다. 또한 제283조는 강제적 분쟁해결절차의 가능성이나 혹은 앞으로의 제소 및 다른 특정한 청구의 가능성과 관련한 주의를 포함시킬 것을 요구하지 않는다고 하였다.¹⁶⁷⁾ 따라서 재판소는 협약 제283조에서 규정하고 있는 요건이 충족되었기에 이 조항으로 인하여 재판소 관할권이 배제되지 않는다고 판정하였다.

사실 이전 *SBT* 사건 당시에는 의견교환 의무 조항에 관한 재판소의 판단이 비중 있게 진행되지 않았기 때문에 표면적으로 상기 두 사건 사이에서 이 조항의 해석에 대한 변천이 발생하였다고 보기는 힘들다. 하지만 이전 사건에서 발견해볼 수 있었던 사례를 이상적인 형태로 지칭한 점이나, 과도하게 형식주의적인 태도를 지양해야 한다고 한 점 등은 위 조항에서 규정하고 있는 의무가 사실상 간소화되는 방향으로

165) *Chagos MPA case, Award*, para. 381.

166) *Ibid.*, para. 382

167) *Ibid.*, para. 385.

해석되고 적용되고 있음을 반증해 주는 것이었다. 따라서 이번 사건 중재판정으로 인하여 의견교환의무 충족의 기준은 실질적으로 이전보다 낮아지게 되었다.

다. 남중국해 사건 중재재판

협약 제283조상 의견교환 의무의 충족 여부는 *Chagos MPA* 사건과 비슷한 시기에 진행되었던 남중국해 사건 중재재판과정에서도 대립되었다. 우선 필리핀은 협약 제283조에 의해서 중재재판소의 관할권이 배제되지 않는다고 주장하였다. 협약 제283조 1항은 당사국들로 하여금 제2절상 절차에 회부하기 전에 의견을 교환할 의무를 부여하고 있다. 하지만 필리핀은 여러 판례들을 보았을 때, 진전될 가능성이 없음에도 위와 같은 의견교환을 지속할 의무는 존재하지 않는다고 하였다.¹⁶⁸⁾ 또한 협약 제283조는 쉬이 만족될 수 있으며, 필리핀과 중국 사이에는 수년에 걸친 의견교환이 이미 실시되었다는 입장을 견지하였다.¹⁶⁹⁾

하지만 중국은 양국이 이미 의견교환을 실시했었다고 한 필리핀의 주장을 반박하였다. 양국 사이에는 본 재판의 물적 대상에 관한 교섭이 진행되지 않았는데, 주어진 분쟁 해결에 대한 목적이 없는 일반적인 의견의 교환은 국제법상 교섭을 구성하지 않았다는 것이 그 이유였다.¹⁷⁰⁾ 따라서 중재재판절차의 관할권을 배제하기 위하여 중국이 DOC 제4항을 인용할 수 없다는 필리핀의 주장은 근거가 부족할 뿐 만 아니라 오히려 DOC의 위반을 구성한다고 주장하였다.¹⁷¹⁾

재판소는 협약 제283조에 관한 양 당사국의 입장을 검토하였다.

168) Memorial of the Philippines, Volume I, 2014. 03. 30., paras. 7.79-7.82.

169) *Ibid.*, paras. 7.92-7.93.

170) Position Paper, paras. 45-46.

171) *Ibid.*, para. 51.

먼저 중국은 분쟁의 대상에 대하여 양 국 사이에 어떠한 교섭도 진행된 적이 없음을 주장하였다. 이에 대하여 재판소는 UN헌장이나 다른 어떤 국제법에서도 외교적 교섭의 완료가 국제 재판의 선행조건이라는 일반규칙은 존재하지 않는다고 하였다.¹⁷²⁾ 협약 제279조에서 교섭을 사용 가능한 수단으로 명시하고 있지만 설령 분쟁 당사국사이의 회담이 교섭에 이르지 않는 단순한 협의에 그쳤을지라도, 이들에 대한 명칭은 결정적이지 않다고 하였다. 이에 필리핀과 중국 간 논의는 분쟁에 대한 각각의 입장을 분명히 한다는 사전 교섭의 목표들 중 하나를 달성했다고 판단하였다.¹⁷³⁾

추가적으로, 재판소는 협약 제279조가 분쟁 해결의 수단 중 하나로서 교섭을 통한 분쟁해결의 모색을 규정하고 있음은 확인하였지만 이것이 반드시 합의에 이를 의무를 암시하는 것은 아니라 판단하였다.¹⁷⁴⁾ 물론 본 사안에서 당사국 간에 현재 청구취지에서 제기된 모든 특정한 사안이 논의된 것은 아니었지만, 오히려 UNCLOS는 당사국들로 하여금 그들이 제기한 법적 청구의 특정 대상들을 분쟁해결에 앞서 (의견교환 과정에서)논의할 것을 요구하고 있지 않다고 판시하였다.¹⁷⁵⁾

이번 사건의 중재재판소는 이전 *Chagos MPA* 사건의 중재재판소보다 한 단계 더 나아간 견해를 제시해 주었다. 이에 따라 의견교환의 의무를 이행하는 과정에서 공식적인 교섭 뿐 만 아니라 협의나 논의와 같이 상대적으로 공식성이 결여된 수단 또한 사용될 수 있게 되었다. 이처럼 *Chagos MPA* 사건을 거쳐 남중국해 사건에 이르는 동안 강제적 절차의 주요한 선결요건 중의 하나였던 의견교환 의무의 충족 기준은 지속적으로 낮아지게 되었다.

172) *South Chian Sea case, Award on Jurisdiction and Admissibility*, para. 345.

173) *Ibid.*, para. 349.

174) *Ibid.*, para. 350.

175) *Ibid.*, para. 352.

제 3 절 물적 관할권 범위의 확대

협약 제15부 2절상 재판소의 관할권은 협약 제288조에서 규정하고 있다. 해당 조항에 따르면 협약 제287조에 규정된 네 개의 재판소는 ①협약 제15부에 따라 회부되는 협약의 해석이나 적용에 관한 분쟁, 그리고 ②본 협약의 목적과 관련된 다른 국제협정의 해석이나 적용에 관한 분쟁 중 해당 협정에 따라 재판소에 회부된 분쟁에 대하여 관할권을 행사한다. 하지만 협약 제288조는 물적 관할 대상의 성질에 관한 것으로, 엄밀하게 재판소가 다룰 수 있는 물적 대상의 범위를 규정하고 있지는 않는다. 오히려 강제적 절차 적용의 제한 및 예외를에 해당하는 제15부 3절에서 협약상 재판소가 행사할 수 있는 물적 관할권의 범위가 규정된다.

최근의 변천은 바로 이 제3절상의 조항들을 해석하고 적용하는 가운데 물적 대상의 범위를 점차 확대시켜 나가는 양상을 보여주고 있다. 상기한 판례들을 거치면서 특히 일반적 배제조항을 규정하고 있는 협약 제297조에 관한 해석과 적용이 급격하게 변천되었다. 아래 세 사건에서 공통적으로 협약 제297조에 대한 관점이 극명하게 대립된바, 본 절에서는 일반적 배제조항에 대한 변천을 탐구하며 어떻게 재판소 관할권의 물적 대상의 범위가 확대되어 갔는지 살펴보도록 하겠다.

I. 일반적 배제조항

가. *SBT* 사건 중재재판

SBT 사건에서 일반적 배제조항은 관할권 판단과정에서 큰 비중을

차지했던 쟁점은 아니하였다. 다만, 호주와 뉴질랜드는 본안에 대한 재판소의 관할권을 주장함에 있어 제15부 3절에 대하여서는 상대적으로 많은 비중을 두지 않았다. 대신 호주와 뉴질랜드는 앞선 제15부의 포괄적이고 효과적인 성질을 바탕으로 협약 제15부 3절에 의하여 관할권이 배제되지 않음을 주장하였다.

호주와 뉴질랜드는 협약 제297조 3항에 따라 어업에 대한 협약의 해석 또는 적용의 문제는 제2절에 해당하는 절차에 회부됨을 주장하였다. 다만 위 조항은 배타적 경제수역에서 연안국가의 주권적 권리와 관계된 경우에는 그러지 아니한다고 하여 예외를 규정하고 있는데, 이는 제15부에 부여된 효과성 요소의 중요성을 보여준다고 주장하였다.¹⁷⁶⁾ 이에 호주와 뉴질랜드는 UNCLOS가 어족자원 관리와 보호를 포함하여 해양법 분쟁을 해결하고 규제하는 대단히 포괄적인 강제적 체제를 설립하고 있다고 주장하였다. 또한 호주와 뉴질랜드는 협약 제297조나 298조에서도 그러했듯이 성안자들은 제15부 강제적 분쟁해결절차로부터 어떠한 조항을 배제하고자 했을 때 그 의사를 명확히 밝혔다는 점을 지적하였다. 하지만 본 분쟁은 이와 같이 그 의사가 명확히 밝혀진 것에 해당하지 않는다고 주장하였다.¹⁷⁷⁾ 따라서 제15부 3절은 본안의 분쟁에 대하여 재판소의 관할권을 배제하지 않는다고 주장하였다.

반면 중재재판소는 호주 및 뉴질랜드의 주장과 상반된 내용을 판시하였다. 중재재판소는 제297조 1항에 포함된 경우를 (a)항행, 상공비행, 해저케이블 및 관선 부설이나 기타 국제적으로 적법한 해양이용의 권리에 상응하는 경우와 (b)해양환경의 보호 및 보존을 다룬 경우로 정리하였는데, 중재재판소는 오직 위의 경우에 해당할 때에만 강제적 분쟁해결절차가 적용될 수 있을 것이라고 판시하였다.¹⁷⁸⁾ 즉 제297조 1항에서 나열된 경우에 해당하는 협약의 해석이나 적용에 관한 분쟁에만 제2절상 절차에 회부될 수 있다고 간주한 것이다. 나아가

176) Reply on Jurisdiction of Australia and New Zealand, 2000. 03. 31., para. 28.

177) *Ibid.*, para. 30.

178) *SBT case, Award on jurisdiction and Admissibility*, para. 61.

재판소는 UNCLOS 제297조와 298조, 299조 등을 바탕으로 판단해볼 때 UNCLOS는 진정으로 포괄적인 강제 관할권 체제를 설립하는데 있어 부족한 점이 존재한다고 하며 호주 및 뉴질랜드의 주장을 받아들이지 않았다.¹⁷⁹⁾ 결론적으로 본 사건에서 재판소는 협약상 분쟁해결절차에 대한 제한적인 인식을 바탕으로 재판소 물적 관할의 대상 범위를 상당히 좁게 해석하였다.

나. *Chagos MPA* 사건 중재재판

Chagos MPA 사건에 이르러 일반적 배제조항의 해석과 적용에 관한 문제가 큰 쟁점으로 부각되었다. 특히 제2절의 적용을 허용하고 있는 협약 제297조 1항에 따라 본안의 분쟁이 재판소의 관할권으로부터 배제되는지 여부가 양 당사자 사이에 분명하게 대립되었다. *Chagos MPA* 사건은 상기 세 판례들 중에서 협약 제297조 1항에 관한 문제가 가장 심도 있게 다뤄졌던 사건에 해당한다.

일단 모리셔스는 제15부가 협약의 해석이나 적용과 관계된 어떠한 분쟁도 제15부 재판소에게 회부될 수 있음을 규정하고 있으며, 다른 조항에 의해 배제되지 않는 한 어떠한 문제도 제15부에 포함될 수 있다는 입장을 견지하였다. 또한 UNCLOS의 성안과정에 참여하였던 당사국들은 어떠한 예외도 없는 포괄적인 분쟁해결체제를 선호했음을 주장하였다.¹⁸⁰⁾ 이와 같은 관점에서 모리셔스는 제15부 3절이 협약의 강제적 관할권에 대하여 유일하게 설정된 예외들이라는 점을 강조하였다. 제15부는 광범위한 관할권을 가지도록 의도되어 설립되었는데, 제3절은 UNCLOS의 해석과 적용에 관한 어떠한 분쟁이든 그의 해결을 용이하게 하는 데 목적이 있음을 주장하였다. 따라서 제3절은 확장적으로 해석되어서는 아니 되며, 특히 제15부의

179) *SBT case, Award on jurisdiction and Admissibility*, para. 62,

180) Reply of Mauritius, 2013. 11. 18., para. 7.22.

실질적인 효과를 부정하기 위한 방향으로 해석되어서는 안 될 것이라 주장하였다.¹⁸¹⁾

협약 제297조 1항과 관련하여, 모리셔스는 연안국의 주권적 권리 또는 관할권의 행사와 관련되지 않는 분쟁은 제7부속서 중재재판소의 관할권에 포함됨을 주장하였다.¹⁸²⁾ 이에 대한 근거로 모리셔스는 협약 제297조 3항의 존재를 제시하였다. 협약 제297조 3항은 어업과 관련된 분쟁 중 배타적 경제수역의 생물자원에 대한 자국의 주권적 권리 및 그 행사에 관한 분쟁은 강제적 절차에서 배제됨을 명시하고 있다. 이에 따를 때, 만약 특정한 분쟁이 제297조 3항에 해당하는 경우가 아니라면 동조 1항은 어업과 관련된 어떠한 분쟁에 대하여도 관할권의 행사를 분명하게 허용한다고 주장하였다.¹⁸³⁾ 여기에 더하여 배타적 경제수역을 설정할 수 있는 권원에 관한 분쟁은 협약 제297조 1항에 포함되지 않기에 관할권이 배제되지 않는다고 주장하였다.

반대로 영국은 제15부 2절에서 규정하고 있는 강제적 관할권의 행사 범위가 확장적 이라는 모리셔스의 주장을 비판하였다. 모리셔스는 UNCLOS 제288조 1항 및 그동안의 판례들에 의하여 지지받지 못하는 관할권의 확장을 모색하고 있는 것이며, 이와 같은 확장은 장차 다른 국가들의 UNCLOS 가입에 대한 우려를 낳을 수 있다는 점에서 심각하고 잠재적인 위험성이 있다고 주장하였다.¹⁸⁴⁾ 모리셔스와 반대로 영국은 제15부상 관할권의 범위는 넓지도, 좁지도 않은 그저 ‘있는 그대로(What it is)’이며, 관할권에 있어서 문제가 되는 것은 (분쟁의) 성질이 어떻게 규정되는가와 관계없이 그저 주어진 청구가 직설적인 언어로 정립된 관할권에 부합하는지 여부라 하였다.¹⁸⁵⁾ 영국은 모리셔스와 반대로 제3절에서 발견할 수 있는 제한과 예외의 존재는 많은 국가들이 UNCLOS상의 강제적 분쟁해결절차에 합의하는데 있어 매우 중요한 역할을 하였다고 하며 강제적 관할권의 제한과 예외에 더

181) Memorial of the Republic of Mauritius, 2012. 08. 01., paras. 5.14.

182) *Ibid.*, para. 5.16.

183) *Ibid.*, para. 5.18.

184) Preliminary Objections to Jurisdiction submitted by UK, 2012. 10. 31., para. 3.10.

185) *Ibid.*, para. 3.11.

중점을 두었다.

영국은 또한 협약 제297조 3항(a)와 *SBT* 사건의 중재판정을 제시하며 모리셔스의 청구가 UNCLOS 제297조에 의해 배제됨을 주장하였다.¹⁸⁶⁾ 먼저, 본 분쟁을 환경문제로서 강제적 관할권 아래에 귀속시키고자 한 모리셔스의 주장과 반대로 이는 어족자원 보호 및 어업과 관련한 분쟁이기 때문에 제297조 3항에 의거, 재판소의 관할권으로부터 배제된다고 주장하였다.¹⁸⁷⁾ 또한 모리셔스가 주장한 권리는 모리셔스와 영국 사이에 맺어진 1965년 Undertakings에 의하여 허가를 받을 때에만 존재하는데, 따라서 모리셔스가 BIOT에서 이와 같은 권리가 있느냐의 문제는 협약의 해석 또는 적용의 문제에 부합하지 않는다고 주장하였다.¹⁸⁸⁾

영국은 MPA를 통한 어족자원의 보호와 관리는 단순히 어족과 관련된 것이 아니라 지속가능한 공급량을 유지한다는 점에서 MPA는 해양 환경 보호와 보전에도 목적이 있는 것이라 주장하였다.¹⁸⁹⁾ 만약 모리셔스의 주장이 받아들여진다면, 어족자원의 지속성을 유지하기 위한 사전 조치들에 관한 어떠한 분쟁들도 “환경적” 분쟁으로 성질이 규정될 수 있고, 제297조 3항에 의한 배제 대신 동 조 1항(c)에 의거, 재판소 관할권에 포함되는 결과를 초래하게 될 것이라 보았다.¹⁹⁰⁾

이상과 같은 영국의 주장과 달리, 중재재판소는 모리셔스의 네 번째 청구취지에 대한 재판소의 관할권이 배제되지 않는다고 판시하였다. 여기서는 모리셔스의 해당 청구취지가 과연 협약 제297조 1항(c)에 해당하는 해양환경 보호 및 보전의 문제인지, 아니면 협약 제297조 3항에 해당하는 어업의 문제인지에 대한 판단이 이루어졌다. 먼저 재판소는 양국사이의 분쟁이 어족자원 문제에만 국한되지 않는다고 판단하였고, 넓게는 해양환경 보존과 모리셔스에게 반환될 때

186) Preliminary Objections to Jurisdiction submitted by UK, 2012. 10. 31., paras. 5.16-5.18.

187) *Ibid.*, paras. 5.22-5.33.

188) *Ibid.*, paras. 5.45-5.46.

189) Rejoinder of UK, 2014. 03. 17., para. 7.45.

190) *Ibid.*, para. 7.46.

차고스제도 및 주변 해역의 법적 체제와 관련된 문제이기에 협약 제297조 3항에 의해 배제되지 않는다고 판단하였다.¹⁹¹⁾

다음으로 중재재판소는 협약 제297조 1항은 강제적 관할권의 제한을 규정하고 있는 2항 및 3항과 달리 어떠한 예외도 포함하고 있지 않다고 하였다. 나아가 재판소는 297조 1항은 주권적 권리 및 주권 행사와 관련된 분쟁이 오직 열거된 상황에서만 강제적 분쟁해결절차에 구속된다고 언급하고 있지 않다고 하였다. 만약 제297조 1항이 오로지 열거된 상황에서만 관할권을 행사할 수 있음을 언급하고 있다면, 297조 3항은 필요가 없었을 것이며, 297조 2항과 충돌하게 될 것이라 보았다. 따라서 제297조 1항은 제288조 1항에 따른 관할권을 재확인하는 것일 뿐 제한하지 않는다고 하였다.¹⁹²⁾ 이와 같은 해석은 협약의 교섭기록이나 협약 제294조를 참고해볼 때 협약상 관할권의 구조에서 벗어난 것이 아니라고 하였다.

이상을 통해 재판소는 297조 1항은 규정되어있는 사례들이 아닌 다른 주권적 권리 및 주권의 행사와 관련된 분쟁에 대하여 관할권을 제한하지 않으며, 동조 2항이나 3항에 의해 명시적으로 표현된 예외에 해당하지 않는 한, 강제적 관할권이 적용된다고 하였다. 결국 재판소 관할권이 성립하기 위해 당사국들의 분쟁이 협약 제297조 1항에 특정된 사례들 중 하나에 해당될 필요는 없다고 하였다.¹⁹³⁾

나아가 재판소는 협약 제297조 1항이 제288조만 적용되었을 때 가능했던 사안들을 뛰어넘어 재판소의 관할권을 확장시킨다고 판단하였다. 재판소의 판단에 따르면 제297조 1항의 세 세부 항목들 모두는 법의 연원/적용법규에서 협약 자체를 뛰어넘는 요소(*renvoi*)를 포함하고 있다. 따라서 협약 제297조 1항은 협약 범위를 넘어서서, 법규정의 위반을 포함하는 특정 분쟁에 까지 재판소의 관할권을 명확하게 확장시키며, 그러한 분쟁들은 단순히 협약의 해석 및 적용과 관련이 충분하지 못하다는 이유로 기각되지 않을 것이라고 하였다.¹⁹⁴⁾

191) *Chagos MPA case, Award*, para. 304.

192) *Ibid.*, para. 308.

193) *Ibid.*, para. 317.

이는 곧 앞서 취했던 제3절에 대한 제한적 인식과 태도의 연장선상에 있는 것이었다.

이번 사건에서 중재재판소는 앞선 *SBT* 사건의 중재판정을 정면으로 반박하며 협약 제297조 1항에 대한 상반된 해석을 제시하였다. 이와 더불어 협약 제297조 1항의 *renvoi* 요소에 주목하였는데 이는 재판소의 관할권을 협약을 뛰어넘는 범위까지 확장시킨 것이었다. 이처럼 협약 제297조 1항에 대한 재판소의 해석은 결과적으로 재판소의 물적 관할 대상의 범위를 이전보다 큰 폭으로 확대시키게 되었다.

다. 남중국해 사건 중재재판

협약 제297조에 관한 문제는 *Chagos MPA* 사건과 비슷한 시기에 진행되었던 남중국해 사건 중재재판과정에서도 다루어졌다. 특히 필리핀은 협약 제15부 3절을 해석함에 있어 엄격성을 강조하였는데, 이 과정에서 협약 제297조에 의해 본안의 분쟁에 대한 재판소의 관할권이 배제되지 않음을 주장하였다.

먼저, 필리핀은 협약 제297조가 의미하는 바를 매우 간단하고 명료하게 해석하였다. UNCLOS 제297조의 목적은 연안국의 규정된 권한이 강제적 절차에 회부될 수 있는 상황이나 그러지 아니한 상황을 보여주는 데 있다고 하였다.¹⁹⁵⁾ 하지만 제297조에서 규정된 세 상황은 모두 주권적 권리와 관할권의 행사와 관련된 분쟁을 다루고 있을 뿐, 연안국이 그와 같은 권리를 가지는가에 대한 분쟁을 다루고 있지는 않다고 보았다. 따라서 필리핀은 단순히 특정 권리 행사와 관련된 분쟁은 협약 제297조에 의해 배제되지만 특정 권리를 보유하고 있는가에 관한 분쟁은 배제되지 않는다고 주장하였다.¹⁹⁶⁾

194) *Chagos MPA case, Award*, para. 316.

195) Memorial of the Philippines, Volume I, 2014. 03. 30., para. 7.97.

196) *Ibid.*, 2014. 03. 30., para. 7.98.

나아가 필리핀은 협약의 범위를 넘어선 주권적 권리나 관할권을 반박하는 것 또한 협약 제297조에 의해 배제되지 않는다고 보았다. 협약 제297조는 그와 같은 분쟁을 배제하고 있지 않을뿐더러, 동 조항의 목적을 바탕으로 판단해볼 때 본안의 분쟁에 대한 재판소의 관할권은 성립한다고 주장하였다. 반면 만약 제297조가 연안국이 가지는 권리의 공간적 범위에 관한 분쟁을 배제한다는 의도에서 성안되었다면, 해양경계획정에 예외를 둔 제298조는 필요 없었을 것이라고 하며 제297조를 좁게 해석하였다.¹⁹⁷⁾ 한편 중국은 입장서를 통해 본안의 분쟁이 협약 제297조에 의거하여 이미 애초에 재판소의 관할권으로부터 배제됨을 주장하였을 뿐 별도의 추가적인 입장을 내놓지는 않았다.

재판소는 협약 제297조에 대하여 다소 소극적인 태도를 취하였다. 관할권 판정에서 재판소는 협약 제297조가 잠재적으로 본 사건의 관할권에 영향을 줄 수 있는 가능성을 인정해 주었다. 특히 협약 제297조는, 해석 방법에 따라 1항에서 명시되어있는 특정된 경우를 제외하고 배타적 경제수역에서의 주권적 권리와 관할권 분쟁에 대한 재판소의 관할권을 암묵적으로 배제할 수도 있다고 하였다. 앞서와 같은이 해석되는 경우로 재판소는 *SBT* 사건 판정의 다수의견을 제시하였고, 반면 *Chagos MPA* 사건의 판정에서는 이와 반대되는 해석이 이루어졌음을 언급하였다.¹⁹⁸⁾ 하지만 위 조항에 대하여 상반된 양 해석 중 어떠한 해석이 적절한 해석인지에 대한 판단은 하지 않았다.

제 4 절 영토주권문제에 대한 관할권 행사 가능성

최근의 변천 사례들에서 확인해볼 수 있는 쟁점 중 가장 주목해야 할 문제는 바로 협약상 절차로 영토주권분쟁의 회부가능성이다. 앞선

197) *supra* note 195., paras. 7.99-7.101.

198) *South Chian Sea case, Award on Jurisdiction and Admissibility*, para. 359.

제2장에서는 UNCLOS 성안기록을 통해 새로운 해양법협약에 강제적 절차를 도입하는 과정에서 영토주권문제는 민감한 사안이었음을 알 수 있었다. 결과적으로 성안 당사국들은 영토적 단일성과 직결되는 문제는 다른 비(非)강제적 평화해결수단을 통해 해결할 수 있도록 개방하고자 의도하였고, 강제적 분쟁해결절차에 회부될 수 있는 대상에서 해당 문제를 배제하였다.

하지만 위와 같은 성안 당시의 의도에 상응하는 접근이 최근의 중재재판과정에서 반영되었는지는 의문이라 할 수 있겠다. *Chagos MPA* 사건과 남중국해 사건에서는 분쟁 당사국들 사이에서 기존에 존재하였던 영토주권에 관한 분쟁이 중재재판절차에 회부되었던 본안의 분쟁과 상당한 관련성을 맺고 있었다. 이에 두 사건에서는 그와 같은 유형의 분쟁이 과연 재판소가 관할권을 행사할 수 있는 대상에 해당하는지가 큰 쟁점이 되었다. 특히 해당 분쟁이 UNCLOS의 해석 또는 적용의 분쟁으로 간주될 수 있을지, 또는 영토주권에 관한 문제에 대하여 협약 제15부 3절은 어떻게 해석될 수 있을지가 중점적으로 다루어졌다. 아래에서는 상기 두 사건 재판과정에서 영토주권에 관한 문제에 대한 재판소의 판단을 살펴보도록 하겠다.

I. 분쟁의 성질 결정 기준

영토주권문제에 관하여 첫 번째로 주목해볼 점은 회부된 분쟁의 성질을 판단하는 기준에 관한 것이다. *Chagos MPA* 사건과 남중국해 사건에서는 회부된 분쟁이 UNCLOS의 해석 또는 적용에 관한 분쟁인지, 아니면 영토주권에 관한 분쟁인지가 논란이 되었다. 후술하겠지만, 이는 소위 말하는 ‘혼합분쟁(mixed dispute)’에 관한 문제이기도 하였다. 두 사건의 중재재판소는 판정을 통해 회부된 분쟁의 성질을 결정하기 위한 각각의 기준을 제시하여 주었다.

가. *Chagos MPA* 사건 중재재판

Chagos MPA 사건에서는 모리셔스가 제기한, 영국이 협약상 “연안국”의 지위에 해당하지 않는다는 청구가 UNCLOS의 해석 또는 적용에 관한 청구로 간주할 수 있는지가 논란이 되었다. 이에 대하여 모리셔스는 기본적으로 영토주권에 관한 문제가 포함된 어떠한 분쟁도 제15부에 의하여 자동적으로 배제된다는 내용은 협약 문언이나 준비문서의 해석에서 뒷받침되지 못한다는 입장을 취하였다¹⁹⁹⁾. 오히려 성안 과정에서 많은 국가들은 “주권에 관한 청구”를 포함하는 분쟁이 제15부로부터 자동적으로 배제된다면 이는 “모든 합법적인 경계확정분쟁으로부터 강제적 절차를 배제하는 문서로서 사용될 것이다”라는 우려가 있었음을 제시하였다. 나아가 설령 본안의 성질이 영토주권문제라 할지라도 이에 대한 재판소의 관할권이 자동적으로 배제되는 것이 아님을 주장하였다.

반면 영국은 기본적으로 본안의 본질이 영토주권문제에 해당한다고 간주하며, 재판소의 관할 범위를 뛰어넘는 청구라는 입장을 고수하였다. 모리셔스는 항변서를 통해 양국 간 분쟁에는 (1)차고스 군도에서 MPA를 선언할 수 있는 영국의 권원, (2)MPA의 협약과의 양립성의 두 가지 본질적 측면이 존재한다고 하였는데, 이들 분쟁이 모두 협약의 해석 또는 적용에 관한 분쟁으로 성질이 적절하게 규정(characterized)된 것이라 주장하였다.²⁰⁰⁾ 특히 “연안국” 용어의 해석과 적용의 관점에서 영국이 연안국에 해당하는가에 관한 문제는 BIOT 에 대하여 누가 주권을 가지는가의 문제에 해당한다고 보았다.²⁰¹⁾ 영국은 본 분쟁이 이를 중재재판소에 회부할 방안을 모색하는 가운데 제기된 인공적인 청구라 주장하였다.²⁰²⁾ 즉 “EEZ를 선언하고 경계를 확정할 권리”와

199) Reply of Mauritius, 2013. 11. 18., para. 7.4.

200) *Ibid.*, paras. 7.7.

201) Preliminary Objections to Jurisdiction submitted by UK, 2012. 10. 31., para. 3.5.

“연안국 용어의 해석과 적용”은 실제 분쟁의 부수적(incidental)인 일부일 뿐이라 본 것이다.

이어 영국은 협약의 문언이나 성안기록들을 볼 때, 협약상의 분쟁해결절차가 영토주권 문제와 같은 중요한 문제들을 다룰 수 있도록 의도되지 않았다고 하며 영토주권 분쟁에 대한 재판소 관할권을 부정하였다.²⁰³⁾ 나아가 영국은 모리셔스가 분쟁해결 조항을 당사국들이 의도한 범위 너머로 확장시키고, 또한 혼합분쟁에 대하여 여러 학자들에 의해 제시된 한계 너머로까지 확장시키고 있다고 주장하였다.²⁰⁴⁾ 영국은 혼합분쟁을

- (i) 핵심 쟁점은 해양경계획정인 분쟁에서 부수적으로 영토주권에 대한 쟁점이 발생한 경우
- (ii) 핵심 쟁점이 영토주권에 대한 오랜 분쟁에 대한 결정이고 그 가운데 해양경계획정의 쟁점이 존재하는 경우

로 구분하며, (i)에 대하여서는 관할권이 성립하겠지만, (ii)의 경우 명백하게 성립하지 않는다고 주장하였다.²⁰⁵⁾

이처럼 논란이 된 모리셔스의 청구에 대하여 중재재판소는 해당 사안의 본질에 대하여 판단하였다. 재판소가 우선적으로 판단한 것은 영국이 협약상 규정된 연안국에 해당하는가에 관한 소와 UNCLOS의 해석 또는 적용의 분쟁 사이의 관계였다. 이에 중재재판소는 해당 청구에 대한 판단은 (1)모리셔스 첫 번째 청구취지에 포함되어있는 분쟁의 성질은 무엇인가? 와 (2)제288조 1항은 근해의 권리와 의무를 결정하는 데의 선결조건으로서 영토주권에 관한 문제를 어느 정도까지 판단할 수 있도록 허용하는가? 의 두 부분으로 구성된다고 하였다.²⁰⁶⁾

첫 번째 부분인 분쟁의 성질과 관련하여 재판소는 양 국 사이의

202) *supra* note 201, para. 3.9.

203) Preliminary Objections to Jurisdiction submitted by UK, 2012. 10. 31., para. 3.40.

204) *Ibid.*, para. 3.48.

205) *Ibid.*, para. 3.53.

206) *Chagos MPA case, Award*, para. 206.

기록을 토대로 무엇이 진정한 사안인지, 청구의 목적은 무엇이며 분쟁의 상대적인 비중이 어디에 놓여있는지를 판단해 보았다. 이를 바탕으로 재판소는 모리셔스의 첫 번째 청구취지가 차고스 제도에 대한 영토주권 분쟁으로 성질을 결정할 수 있다고 결론 내렸다.²⁰⁷⁾ 다음으로 두 번째 부분을 살펴보기 위해서 재판소는 UNCLOS 제298조 1항(a)(i)에 주목하였다. 영토주권 문제가 제15부 재판소 관할권에 포함되는지를 판단하기 위해 모리셔스와 영국 양국 모두는 재판과정에서 성안기록들을 근거로 들었지만, 중재재판소는 양 당사국의 접근방식에 회의적인 반응을 보였다. 중재재판소는 협약 성안 당시에는 영토주권에 관한 분쟁이 협약의 해석 또는 적용 분쟁으로 간주될 수 있는 상황을 예측하지 못했기 때문에, 성안 당시의 교섭기록들은 주권문제에 대한 재판소의 관할권 문제의 답을 제공해주지 않는다는 입장이었다.²⁰⁸⁾ 재판소는 협약 성안 당시 영토주권 문제에 대한 매우 광범위한 논의가 있었던 사실과 또한 그 자체가 가지는 매우 민감한 속성을 고려하였다. 따라서 중재재판소는 만약 성안자들이 영토주권 문제를 “협약의 해석이나 적용의 문제”로 간주될 수 있도록 의도했다면, 이를 원치 않는 국가들을 위하여 협약 제298조 1항(a)(i)와 같은 선택에 의한 배제(opt-out)기능을 포함시켰을 것이라고 하였다.²⁰⁹⁾

결론적으로 본 사안에서 중재재판소는 제시해준 두 가지 기준을 적용하며 모리셔스의 첫 번째와 두 번째 청구는 UNCLOS의 해석 또는 적용에 관한 분쟁으로서의 성질이 부정된다고 판단, 이에 대한 관할권을 부정하였다. 재판소가 언급한바와 같이 영토주권문제의 요소가 포함된 분쟁은 성안 당시에는 예측되지 못하였던 유형의 분쟁이었기 때문에 재판소는 그에 대한 자체적인 판단기준을 제시한 후 판시한 것이었다. 하지만 본 사건에서 제시된 기준이 재판소가 언급한 것처럼 성안자들의 의도에 상응하는 것인지는 의문이었다. 특히 ‘진정한 분쟁’이나 ‘상대적 비중’ 등은 명확성이 결여된 적용기준이었는데, 이처럼 명확성이 결여된

207) *Chagos MPA case, Award*, paras. 208-212.

208) *Ibid.*, para. 215.

209) *Ibid.*, para. 217.

기준은 곧 영토주권문제에 대한 재판소의 관할권 행사를 일정부분 허용해주는 것이기 때문이었다.

나. 남중국해 사건 중재재판

남중국해 지역의 연안국들 사이에서는 영토주권에 관한 분쟁이 19-20세기를 거치면서 격화되어왔다.²¹⁰⁾ 이와 같은 역사적·지역적 맥락으로 인하여 남중국해 사건의 중재재판과정에서는 필리핀의 소가 영토주권에 관한 분쟁인지 아니면 협약의 해석 또는 적용에 관한 분쟁인지에 대한 문제가 대립되었다. 이 문제에 대한 분쟁 당사국들의 견해는 다음과 같았다.

필리핀은 먼저 본안 분쟁의 성질이 제15부 3절에 의해 배제되지 않음을 주장하였다. 우선, 필리핀은 자국의 청구가 특정한 지형에 대하여 어느 국가가 주권을 가지고 있는지 결정을 모색하고 있는 청구가 아님을 주장하였다.²¹¹⁾ 필리핀은 설령 중국이 구단선 내 모든 지형에 주권을 가진다 하더라도, 중국이 주장하는 역사적 권리가 협약의 범위를 뛰어넘는다는 것이 자국 청구의 본질이라 하였다.²¹²⁾ 또한 필리핀은 자국이 청구한 분쟁이 경계획정이 아닌 권원에 관한 문제이며,²¹³⁾ 중국이 협약 제298조에 의해 배제를 선언한 사안에 대하여 판정을 모색하고자 함이 아님을 강조하였다.²¹⁴⁾ 이처럼 필리핀은 본안의 분쟁이 영토주권에 관한 문제로서 분쟁의 성질이 간주되지 않도록 상당히

210) 남사군도와 서사군도를 아우르는 남중국해 지역의 영토분쟁에 관한 자료는 다음의 문헌을 참고해볼 수 있다: 구자선, “남중국해 인공섬 관련 갈등 분석”, 『주요국제문서분석』, 국립외교원 외교안보 연구소, 2015. 08.; 장학봉 외, 『남중국해 해양영토 분쟁과 대응전략 연구』, 한국해양수산개발원, 2010.

211) Memorial of the Philippines, Volume I, 2014. 03. 30., para. 7.12.

212) Supplemental Written Submission Volume I, 2015. 03. 16., para. 26.21.

213) *supra* note 211, para. 7.120.

214) 중국은 지난 2006년 8월 25일 경계획정문제를 포함하여 협약 제298조 1항(a),(b),(c)에 대한 관할권 배제선언 하였다.

신중한 태도를 견지하였다.

반면 중국은 본 중재재판절차가 시작된 이래로 본안 분쟁의 성질이 협약의 범위를 벗어난 것이며, 협약 제15부 3절에 의해 배제됨을 일관되게 주장하였다. 입장서를 통해서 중국은 필리핀의 청구를 크게 다음의 세 가지 유형으로 구분하였다.²¹⁵⁾ 첫째로 필리핀은 중국의 구단선 안에 수역, 해저지형에 대한 역사적 권리 주장은 협약상 권원의 범위를 넘는 것임을 주장한 것이라고 보았다. 둘째, 필리핀은 남중국해의 특정한 암석, 간조노출지, 그리고 해저지형에 기반을 둔 200해리 및 그 이상의 권원에 대한 중국의 주장이 협약과 양립하지 않는다고 주장하였다. 마지막으로 필리핀은 남중국해에서 중국의 권리 주장과 행사로 인하여 필리핀이 협약상 행사하는 주권적 권리, 관할권과 권리 그리고 항행의 자유가 불법적으로 방해받고 있음을 주장하였다. 이상을 통해 중국은 본 사건 물적 대상의 본질이 협약의 범위를 벗어난 남중국해의 해양지형에 대한 영토주권분쟁이라 주장하였다.

첫 번째 유형에 관하여, 중국은 오직 남중국해에서 중국의 영토적 범위가 확정 된 뒤에야 남중국해에서 중국이 주장하고 있는 역사적 권리 등이 협약의 범위를 초과하는지 여부를 결정할 수 있을 것이라 하였다.²¹⁶⁾ 또한 중국은 UNCLOS 전문에 주목하며 영토주권문제에 대한 재판소 관할권의 배제를 주장하였다. 해당 전문에는 “모든 국가의 주권을 적절히 고려하면서” 라는 문장이 삽입되어있는데, 중국은 이 원리가 당사국의 해양권리를 결정하는 협약 적용의 분명한 전제조건이라 주장하였다.²¹⁷⁾

두 번째 유형의 청구와 관련하여, 중국은 특정 지형의 성질과 해양 권원의 문제는 영토주권 문제와 구별되어 고려될 수 없다고 보았다. 해양 지형에 대한 주권이 누구에게 귀속되었는지 결정되지 않은 상태라면, 그 지형에 대한 해양 관련 주장이 협약과 양립하는가에 대한 구체적이며 실제적인 분쟁은 존재할 수 없다고 주장하였다.²¹⁸⁾ 또한

215) Position Paper, para. 8.

216) *Ibid.*, para. 10.

217) *Ibid.*, para. 12.

중국은 필리핀이 중재재판소에 “중국에 의해 점유되거나 통제받고 있는 지형”만을 청구하며 남사군도를 전체가 아닌 부분으로 해체를 시도하였다고 지적하였다. 따라서 필리핀의 진짜 의도는 남사군도 전체에 대하여 중국이 가지고 있는 주권을 부정하려는 것에 있고,²¹⁹⁾ 더욱이 간조노출지가 전용될 수 있는지의 여부는 명백하게 영토주권 문제에 해당하기 때문에 필리핀의 청구는 협약의 해석 또는 적용의 문제에 해당하지 않는다고 주장하였다.²²⁰⁾ 세 번째 유형의 청구에 대해서도 앞선 두 유형과 다르지 않았다. 중국은 중국 행위의 합법성에 대한 문제는 관련 해양 지형의 주권과 그로부터 기인한 해양 권리에 대한 주권문제에 있다고 주장하였다.²²¹⁾

분쟁의 성질 결정에 관한 문제를 해결하기 위하여 재판소는 분쟁의 속성을 판단하는 과정에는 실제 쟁점을 사안으로부터 분리시켜 청구의 목적을 확인할 필요성을 제시하였으며, 그 과정에서는 객관적인 접근이 요구된다고 판단하였다.²²²⁾ 이에 따라 재판소가 회부된 분쟁의 성질을 결정하기 위하여 제시한 두 가지 판단 기준은 다음과 같았다. 재판소는 만약 ①필리핀 청구에 대한 판단이 먼저 재판소로 하여금 명시적 혹은 암시적으로 주권에 대한 판단이 선행하도록 요구한다면, 또는 ②필리핀 청구의 실제 목적이 분쟁 당사국 간 주권분쟁에서 자국의 입장을 강화하려는 데 있다면 필리핀의 청구는 주권분쟁이라고 판단할 수 있을 것이라 하였다.

하지만 재판소는 본 사안에서 필리핀의 청구는 이들 두 기준 중 어느 것에도 해당되지 않다고 판단하였다. 이는 *Chagos MPA* 사건에서 본안의 분쟁이 영토주권문제로 판단되어 관할권이 부정된 것과 상반된 결과였다. 남중국해 사건의 중재재판소는 두 사건 사이의 상반된 결과를 이번 사건에서 제시한 판단 기준으로 설명하였다. 즉 *Chagos MPA* 사건의 경우에는 모리셔스의 첫 번째와 두 번째 청구취지지가 주권에

218) Position Paper, para. 16.

219) *Ibid.*, para. 22.

220) *Ibid.*, paras. 24-25.

221) *Ibid.*, para. 26.

222) *South Chian Sea case, Award on Jurisdiction and Admissibility*, para. 150.

대한 암시적 결정을 요구하는 성질의 청구였으며, 또한 그것이 모리셔스 청구의 목적이었기 때문에 재판소의 관할권이 부정되었다고 보았다.²²³⁾ 반면 본 사안은 위 두 가지 기준에 모두 해당하지 않기 때문에 앞선 *Chagos MPA* 사건과 달리 재판소의 관할권이 부정되지 않는다고 판시하였다.

이처럼 남중국해 사건의 중재판정 과정에서도 회부된 분쟁의 성질에 관한 문제는 상당히 중요한 쟁점이었다. 이번 사건의 중재재판소 또한 분쟁의 성질 판단 기준을 제시하여 주었는데, 이것은 앞선 *Chagos MPA* 사건에서 제시된 기준보다 발전된 기준이었다. 하지만 그 기준들 또한 명확하게 제시된 것으로 평가하기에는 충분치 않았다. 결국 두 사건을 거치면서 분쟁의 성질판단 기준이 제시되었음에도 강제적 절차와 영토주권분쟁 사이에는 여전히 상당한 의문이 남겨지게 되었다.

II. 선택적 배제조항과 영토주권문제

영토주권문제와 관한 두 번째 쟁점은 선택적 배제조항인 협약 298조가 영토주권문제의 회부가능성과 어떠한 관련성을 가지는지에 대한 것이었다. 특히 협약 제298조 1항 (a)(i)에는 영토주권문제에 대한 판단이 반드시 검토되어야 하는 해양경계획정문제는 조정절차로의 회부가 면제됨을 규정하고 있다. 문제는 해당 조항에 영토주권에 관한 언급이 포함되었다는 사실이 과연 영토주권문제에 대한 재판소의 관할권에 법적인 의미를 부여하는가에 관한 것이었다. 이와 더불어 영토적 요소가 일반적 배제조항이 아닌 선택적 배제조항에 규정되었다는 점 또한 이것이 재판소의 관할권에 시사 하는바가 무엇인지 논란이 되기도 하였다. 협약 제298조 1항 (a)(i)과 관련된 문제는 *Chagos MPA* 사건의 중재재판과 남중국해 사건의 중재재판에서 모두 쟁점이 되었다.

223) *South Chian Sea case, Award on Jurisdiction and Admissibility*, para. 153.

가. *Chagos MPA* 사건 중재재판

본 사건에서는 선택적 배제조항인 협약 제298조 1항(a)(i)에 영토주권과 관련된 언급이 재판소로 하여금 해당 문제에 대한 관할권을 긍정하는 근거로서 작용하는지가 문제가 되었다. 모리셔스는 먼저 협약 제298조 선택적 예외는 당사국이 이를 배제하지 않는 이상 이와 관련된 물적 대상은 강제적 절차에 포함될 수 있음을 의미하며, 따라서 육지 혹은 도서 영토에 관계된 주권이나 다른 권리와 공존하는 분쟁에 대한 제한의 범위는 극히 작다고 주장하였다.²²⁴⁾ 재판 당시 양 당사국은 모두는 UNCLOS 제298조 1항 (a)(i)에서 규정하고 있는 배제선언을 하지 않은 상태였는데, 모리셔스는 이와 같은 배제선언의 부재가 오히려 차고스제도에 관한 미해결된 주권이나 모리셔스의 다른 권리에 관한 분쟁에 대하여 재판소가 관할권을 행사 할 수 있음을 분명히 해준다고 주장하였다.²²⁵⁾ 이에 본안의 분쟁은 협약 제297조에 의해 배제되지 않으며, 제298조 1항 (a)와 관련해서도 혼합분쟁에 대한 제7부속서 중재재판소의 관할권 행사를 방해하지 않는다고 하였다.²²⁶⁾

이와 같은 관점은 영토주권문제에 대한 영국의 주장과 상반되는 것이었다. 후술하겠지만, 영국은 성안과정에서 제15부 2절 강제적 관할권으로부터 영토문제를 배제한 것이 많은 국가들로 하여금 협약에 가입하도록 중요한 역할을 했다고 주장하였다. 하지만 모리셔스는 만약 영토문제의 배제가 협약에 대한 많은 국가들의 참여에 진실로 중요한 역할을 했다면, 그 국가들 모두가 제298조 (a)(i)에 해당하는 선언을 했어야 했지만 164개국 중 27개국만이 해당 선언을 하였음을 제시하며 영국의 주장을 반박했다.²²⁷⁾ 오히려 모리셔스는 성안과정에 참여하였던

224) Reply of Mauritius, 2013. 11. 18., paras. 7.23-7.24.

225) Memorial of the Republic of Mauritius, 2012. 08. 01., para. 5.26.

226) *Ibid.*, para. 5.34.

대다수의 국가들은 혼합분쟁의 배제를 선호하지 않았고, 매우 제한된 선택적 예외를 받아들일 준비가 되어있었다고 주장하였다.²²⁸⁾ 성안 당시의 기록들을 참고해 볼 때, 영토주권문제에 대한 자동적인 배제는 의도되지 않았으며, 오로지 해양경계획정에서만 그와 같은 예외가 허용된다는 합의를 드러내준다고 주장하였다.

또한 협약 제298조 1항 (a)(i)을 역(*a contrario*)으로 해석할 시, 영토주권과 관계된 분쟁이 협약상 분쟁해결절차에 회부될 수 있음을 보여준다고 주장하였다. 협약 제298조는 의도적으로 자동적인 예외가 아닌 선택적인 예외를 규정한다는 점, 주권문제를 포괄하는 분쟁을 자동적으로 제15부에서 배제하고자 하는 제안이 거절되었다는 점에 따라서 주권분쟁은 명시적으로 배제되지 않은 범위 내에서 협약상 분쟁의 부수적으로 발생할 수 있다고 주장하였다.²²⁹⁾

반면 영국은 위와 같은 모리셔스의 접근을 반박하였다. 영국은 UNCLOS 제298조 1항(a)과 같은 선언이 부재할 시 재판소가 경계획정의 부수적인 영토주권문제에 결정을 내릴 수 있다 하더라도, 동등한 선택적 배제조항 없이 해양경계획정이 아닌 다른 맥락에서 영토주권 문제에 대한 결정이 가능하다고 볼 수는 없다고 주장하였다. 오히려 배제조항의 부재는 그와 같은 문제에 대한 폭넓은 관할권으로 의도되어 설립되지 않았음을 매우 분명하게 보여주는 지표라 하였다.²³⁰⁾ 하지만 모리셔스의 주장에 따른다면 영토 단일성과 주권의 문제가 UNCLOS의 해석 또는 적용의 문제로서 재판소에 제기되는 것에 모든 국가들이 동의한 것이 된다는 점을 문제 삼았다.²³¹⁾ 협약 제298조 1항(a)(i)은 연안국으로서의 지위에서 유래된 권원에 관한 분쟁에 대하여 어떠한 언급도 하지 않고 있는데, 결국 영토주권에 대한 관할권이 발생할 수 있다는 것과 같은 역의 해석은 존재하지 않는다고 주장하였다.²³²⁾

227) Reply of Mauritius, 2013. 11. 18., para. 7.27.

228) *Ibid.*, paras. 7.28.

229) Reply of Mauritius, 2013. 11. 18., paras. 7.47.

230) Counter Memorial of UK, 2013. 07. 15., para. 4.48.

231) *Ibid.*, para. 4.52.

결론적으로 영국은 모리셔스의 청구에서 주권에 관한 분쟁은 부수적이거나 보조적이지 않으며 모리셔스 청구의 근본을 구성한다고 하였다.²³²⁾ 따라서 설령 재판소가 해양경계획정에 부수적인 맥락에서 영토주권분쟁에 대한 관할권을 가지고 있다 하더라도, 그리고 심지어 UNCLOS상 어떠한 분쟁에 대한 부수적인 맥락에서 주권분쟁에까지 관할권을 가질 수 있다 하더라도 현 분쟁에서 주권분쟁은 부수적이지 않음을 주장하였다.²³⁴⁾

한편 영국은 모리셔스의 청구가 “혼합분쟁”에 해당하는 사안에 해당하지도 않음을 주장하였다. 협약상 재판소가 해양경계획정문제에 부수적인 혼합분쟁에 관할권을 행사할 수 있는지 여부에 논란이 존재하는 것은 사실이지만, 본 중재재판소는 현 분쟁에서 그와 같은 논란에 휩싸이지 않는다고 주장하였다.²³⁵⁾ 이에 더하여 영국은 부수적인 관할권에 대해서도 비판적 입장을 견지하였다. UNCLOS 당사국들이 이처럼 확장적인 부수적 관할권에 동의하지 않았음에도 제15부 강제적 분쟁해결절차가 영토분쟁과 같은 논쟁적인 분쟁에 필수 불가결적으로 적용될 수 있다는 주장은 매우 급진적이고 잘못된 것이라 하며 강력하게 비난하였다.²³⁶⁾ 이에 모리셔스가 제시한 매우 급진적이고 강제적인 성질의 폭넓은 관할권은 제기되는 많은 의문을 설명할 수 없으며, 혼합분쟁에 대한 관할권 행사나 모리셔스가 시도한 협약 제298조 (a)(i)의 역의 해석은 제15부 재판소의 관할권이 무제한적임을 이야기하지 않는다고 주장하였다.²³⁷⁾

이 사안에 대하여 중재재판소는 모리셔스가 주장한 UNCLOS 제298조 1항(a)(i)의 역의 해석에 동의하지 않았다. 재판소는 오히려 제298조 1항(a)(i)의 역의 해석은 만약 영토주권 문제가 해양경계획정 분쟁이나 역사적 권원에 관한 분쟁에 진정으로(genuinely)

232) Rejoinder of UK, 2014. 03. 17., para. 4.35.

233) *Ibid.*, para. 4.3.

234) *Ibid.*, para. 4.4.

235) *Ibid.*, para. 4.7.

236) Preliminary Objections to Jurisdiction submitted by UK, 2012. 10. 31., para. 3.10.

237) *supra* note 232, paras. 4.37-4.38.

부수적(ancillary)일 때 제15부 재판소의 관할권에 포함되게 된다는 것임을 확인해 준다고 하였다.²³⁸⁾ 또한 협약 제298조 1항(a)(i)를 모리셔스와 같이 협약상 연안국 용어의 사용의 맥락에서 영토주권 문제에 대한 재판소 관할권을 보장하는 방향으로 해석하는 것은 성안자들의 의도에 부합하지 않는 것이라고 판정하였다.²³⁹⁾

물론 일반적인 관점에서 협약의 해석이나 적용에 관한 분쟁에 있어서는 그 분쟁을 해결하기 위하여 필요한 사실의 조사나 법의 부수적인 결정에 까지 재판소의 관할권이 뻗을 수 있음을 인정하였다 하지만 단순히 사건의 실제 쟁점과 청구의 목적이 협약의 해석이나 적용의 문제와 관련이 없는 경우에는 단순히 부수적인 연관성만으로는 제288조 1항에 해당하는 분쟁이 될 수 없다고 하였다.²⁴⁰⁾ 이와 같은 논지는 모리셔스의 두 번째 청구취지에 대한 판단에서도 동일하게 사용되었다.

위와 같은 문제에 대하여 James Kateka 재판관과 Rüdiger Wolfrum 재판관은 반대의견 및 보충의견²⁴¹⁾을 통해 다수의견에 반대하며 모리셔스의 첫 번째와 두 번째 청구에 대한 재판소의 관할권이 성립된다는 입장을 견지하였다. 이들은 협약의 일부인 “육지영토 또는 도서영토에 대한 주권이나 그 밖의 권리에 관한 미해결분쟁이 반드시 함께 검토되어야 하는 분쟁은 이러한 회부로부터 제외된다(협약 제298조 1항 (a)(i)).”는 애초에 자동적 예외에 포함되도록 계획되었으나, 다수의 참여자들에 의해 해당 계획이 거절되었음을 강조하였다.²⁴²⁾ 따라서 영국의 주장과 달리 미해결된 주권이나 육지영토로부터의 권리 분쟁에 대한 고려를 필수적으로 포함하는 분쟁은 제15부 협약 제298조에 의거, 재판소 관할권으로부터 배제되지 않는다고 주장하였다.²⁴³⁾

238) *Chagos MPA case, Award*, para. 218.

239) *Ibid.*, para. 219.

240) *Ibid.*, para. 220.

241) Dissenting and Concurring Opinion of Judge James Kateka and Judge Rüdiger Wolfrum, 2015. 03. 18.

242) *Ibid.*, para. 36.

243) *Ibid.*, para. 38.

두 재판관은 만약 영국의 주장과 같이 제15부 재판소의 관할권에 내재적인 제한이 존재함이 인정된다면, 영토주권에 관한 제한이 협약 제298조 1항(a)에 포함될 이유가 없었을 것이라고 주장했다.²⁴⁴⁾ 제15부 관할권 행사의 제한은 제288조 1항에 포함되어 있으며, 또한 협약 제297조와 298조를 통해 규정되어 있다. 그렇기에 다수의견과 같이 협약에서 규정하고 있는 제한들을 넘어서 또 다른 관할권 제한을 만든 것은 정당화 되지 않는다고 주장하였다. 협약 제15부는 매우 잘 교섭된 문언이라고 평가받고 있지만, 그 문언에 분명하게 규정된 제한을 넘어 재판소 관할권에 (또 다른) 제한을 도입하는 것은 앞선 평가에 의문을 남게 해준다고 하였다.²⁴⁵⁾ 두 재판관은 재판소의 관할권을 새로이 제한하는 것은 분쟁해결절차와 관련하여 제3차 해양법 회의 과정에서 달성된 균형에 변화를 가하는 것일 뿐 만 아니라 재판소에게는 그와 같이 변화시킬 능력이 존재하지 않는다고 평하였다.²⁴⁶⁾

결과적으로 *Chagos MPA* 사건에서 모리셔스가 주장한 협약 제298조 1항 (a)(i)의 역의 해석에 따른 영토주권문제의 회부 가능성은 재판소에 의하여 배제되었다. 하지만 이것이 영토주권문제에 대한 재판소의 관할권 행사 가능성을 완전히 부정한 것은 아니었다. 오히려 재판소는 경계확정문제에 진정으로 부수적인 영토주권문제에는 재판소가 관할권을 행사할 수 있음을 제시하며 협약 제298조 1항(a)(i)의 의미를 해석하였다.

나. 남중국해 사건 중재재판

남중국해 사건에서는 2006년 제298조 1항 (a)(i)에 따른 중국의

244) *supra* note 241, para. 40.

245) Dissenting and Concurring Opinion of Judge James Kateka and Judge Rüdiger Wolfrum, 2015. 03. 18., para. 44.

246) *Ibid.*, para. 45.

배제선언으로 본안의 분쟁이 재판소의 관할권으로부터 배제되었는지 여부가 중점적으로 다루어졌다. 먼저 필리핀은 협약 제298조도 본안에 대한 재판소의 관할권을 배제하지 않는다고 주장하였다. 특히 협약 제298조에 규정된 예외는 그저 강제적 분쟁해결절차라는 일반적 규칙에 대한 일탈일 뿐이며, 조약 해석에 있어 ‘*exceptiones sunt strictissimae interpretationis*’ 원칙에 부합하도록 예외들은 매우 엄격하게 해석되어야 한다는 입장을 견지하였다. 필리핀은 이와 같은 접근법이 강제적이며 구속력 있는 평화적 해결절차가 UNCLOS 성안과정이나 당시 계획에서부터 담당해오고 있는 중요한 역할에 부합하는 것이라 주장하였다.²⁴⁷⁾

반대로 제298조에 과도하게 넓은 해석을 부여하는 것은 기존에 존재하던 예외에 더해 새로운 예외를 만들어 내는 것이며, 이는 실질적으로 제15부로부터 허용되지 않는 일탈을 구성하게 될 것이라 주장하였다.²⁴⁸⁾ 이는 명시적으로 허용되지 않는 한 어떠한 유보나 예외도 금하고 있는 협약 제309에 반하는 것이라고 보았다. 한편 필리핀은 본 청구가 경계획정이 아닌 ‘권원’에 대한 청구이고, 또한 제298조 (1)(a)(i)에서 언급하고 있는 역사적 만 또는 권원에 해당하지 않는다고 하였다.²⁴⁹⁾ 결론적으로 협약 제298조는 본 사안에 어떠한 영향도 미치지 않으며, 이로써 재판소는 본안에 대한 관할권 행사가 가능함을 주장하였다.

제15부 3절을 제한적으로 해석하는 필리핀의 태도는 중재재판소 질의에 대한 답변에서도 확인할 수 있다. 먼저 중재재판소는 (1)어떤 지형이 간조노출지를 구성한다는 재판소의 결정이 암묵적으로 영토주권에 관한 주장이나 취득에 관한 주장에 종속될 수 있는지, (2)또한 이것이 협약 제298조 1항(a)와 관계가 있는지에 대하여 질의했다. 이에 필리핀은 어떠한 지형이 간조노출지를 구성하는가의 문제는 협약의 해석 또는 적용과 관련한 쟁점이며, 또한 협약 제298조

247) Memorial of the Philippines, Volume I, 2014. 03. 30., para. 7.117.

248) *Ibid.*, para. 7.118.

249) *Ibid.*, paras. 7.120-7.127.

1항이 그와 같은 쟁점을 재판소 관할권으로부터 배제시키지 않는다고 답변하였다.²⁵⁰⁾ 이와 더불어, 필리핀은 영토주권문제가 제15부 재판소의 관할권 범위에서 벗어난다는 사실을 인지하고 있음을 거듭 강조하였다. 하지만 재판소 관할권 범위에 명백하게 포함되는 문제가 우연히 국제법상 취득이나 전용이 가능한 지형인가와 같은 문제에 영향을 줄 수 있다 하더라도, 이것이 곧 재판소가 이에 대한 결정을 자제해야함을 의미하는 것은 아니라고 주장하였다.²⁵¹⁾ 또한 필리핀은 간조노출지가 국제법상 육지영토에 해당하지 않기 때문에 이들은 해저지형의 일부를 구성한다고 주장하였다. 따라서 이들에 대한 주권은 점령이나 전용(appropriation)에 의해 획득될 수 없고, 특정 국가의 영해 안에 놓여있어야 귀속된다고 보았다. 만약 제15부 재판소가 단순히 부수적으로 영토주권에 대한 결과를 초래한다는 이유로 협약의 해석과 적용 문제에 대한 관할권 행사를 저해한다면, 이는 제15부 재판소의 권한에게 정당화될 수 없는 광범위한 제한을 부과하는 것이 될 것이라 하였다.²⁵²⁾ 따라서 간조노출지에 관한 청구는 협약 제13조의 해석과 적용에 해당하며, 협약 제298조 1항(a)는 관련이 없다 답변하였다.²⁵³⁾

이어 필리핀은 강제적 절차로의 회부 전, 협약 제298조상 어떠한 예외가 적용될 수 있는가에 대한 분쟁당사국들의 합의가 반드시 필요하다고 한 중국의 주장을 반박하였다. 필리핀은 이 같은 터무니없는 주장이 받아들여질 경우, 어떠한 국가도 협약 제298조상 선언을 통해 제15부 2절의 의무로부터 회피할 수 있게 되어 협약에서 규정하고 있는 분쟁해결절차에 위협성을 끼치게 될 것이라 주장하였다.²⁵⁴⁾

한편 중국은 설령 본 분쟁이 협약의 해석 또는 적용의 문제에 해당한다 하더라도 본 분쟁의 물적 대상이 양국 사이의 해양경계획정의 전체의 일부를 구성한다고 간주하였다. 이는 곧 2006년 자국의

250) Supplemental Written Submission Volume I, 2015. 03. 16., para. 6.1.

251) *Ibid.*, para. 6.3.

252) *Ibid.*, para. 6.6.

253) *Ibid.*, para. 6.9.

254) *Ibid.*, para. 26.78.

배제선언에 의해 본안의 분쟁이 재판소의 관할권으로부터 배제됨을 상기하는 것이었다. 따라서 만약 필리핀의 청구처럼 경계획정 문제를 분할하여 중재재판에 회부하려는 시도가 허용된다면 경계획정의 단일성과 불가분성을 필수불가결적으로 침해하게 되고, 앞으로 있을 양국 간 경계획정에 영향을 주는 결과를 초래할 것이라 주장하였다.²⁵⁵⁾ 중국은 본 사건에서 필리핀의 청구가 가진 위험성에 대하여서도 언급하였다. 만약 필리핀의 청구가 받아들여진다면 어떠한 국가도 독단적으로 강제적 절차를 실시하게 될 수 있을 것이라 하였다. 또한 한 국가에 의해 배제선언이 된 특정 분쟁에 있어서도 단순히 해당 분쟁이 예외선언에 포함되지 않는다는 주장을 통해 강제절차가 개시될 수 있게 될 것이라 하였다. 이는 결과적으로 협약 제299조를 무의미하게 만든다는 점에서 위험성을 가진다고 경고하였다.²⁵⁶⁾

중국은 UNCLOS 성안 당시 국가의 영토적 단일성과 직결되는 문제로부터 강제적 관할권을 배제할 필요성이 제기되었었다는 사실에 주목하였다. 이에 제15부는 각 국가의 영토적 단일성과 성안과정 당시 달성되었던 균형을 유지하기 위해서라도 영토적 단일성과 직결되는 문제로부터 관할권이 배제되어야 한다고 주장하였다. 중국은 다른 해양문제에 대한 강제적 분쟁해결절차의 역할 자체는 높게 평가했다. 다만, 이것이 영토주권문제나 다른 수단에 의해 해결하도록 합의한 사안, 그리고 협약 제297조와 2006년 선언에 의해 배제된 사안에 강제적 절차를 수락한 것은 아니라고 하였다.²⁵⁷⁾

하지만 재판소는 본 사안이 해양경계획정에 관한 분쟁이라는 주장에 동의하지 않았다. 재판소는 경계획정을 위한 과정이 총체적이고 통합적인 과정임을 인정하였지만, 경계획정 시 고려될 쟁점들 그 자체로만 가지고 특정한 분쟁이 경계획정문제가 되지는 않는다 하였다.²⁵⁸⁾ 이와 같은 중재재판소의 태도는 본안에서도 유지되었다. 본안

255) Position Paper, para. 68.

256) *Ibid.*, para. 73.

257) *Ibid.*, para. 79.

258) *South Chian Sea case, Award on Jurisdiction and Admissibility*, para. 155.

판정에서 중재재판소는 단순히 중첩된 권원의 존재가 해양경계획정의 필요조건이라는 이유만으로 해양권원의 연원이나 존재에 관한 분쟁이 해양경계획정과 관련된 분쟁이 될 수 없다고 판정하였다.²⁵⁹⁾ 곧 모든 해양경계획정 문제는 권원문제와 관련되지만, 반면 역으로 모든 권원문제가 해양경계획정 문제와 관련되지는 않기 때문이었다.²⁶⁰⁾ 결론적으로 중재재판소는 본 사안은 영토주권에 해당하는 문제도, 경계획정에 해당하는 문제도 아니라고 판단하였다.

259) *South Chian Sea case, Award on Merits*, para. 204.

260) *Ibid.*, para. 204.

제 4 장 변천의 평가 및 합의

제 1 절 변천의 비판적 평가

앞선 장에서는 강제적 관할권 조항의 해석 및 적용의 변천 양상을 각 판례를 통해 구체적으로 분석해 보았다. 그렇다면 이와 같은 변천은 어떻게 평가해 볼 수 있을 것인가? 재판소에 의한 관할권 판단을 평가하는 기준으로 여러 가지가 있을 수 있겠지만, 여기에서는 지난 2004년 *Legality of Use of Force* 사건에서 제시된 기준을 토대로 상기한 변천을 평가해보도록 하겠다. *Legality of Use of Force* 사건에서 ICJ 부소장 Ranjeva 이하 재판관 7인은 공동선언을 통하여 재판소가 관할권 부재의 요인을 결정하는 기준으로 세 가지를 제시하였다.²⁶¹⁾ 첫째는 일관성(consistency)으로, 이는 재판소가 자신의 과거 판례법을 따른 예측가능성을 보장하기 위함이다. 둘째는 확실성(certitude)의 원칙으로, 가장 안정적인 법적 근거에 바탕을 둔과 동시에 불안정성을 피하기 위한 것에 해당한다. 마지막 셋째는 다른 사건에 미칠 수 있는 잠재적인 영향이나 결과를 고려해야 한다는 것이었다.

이 세 기준은 ICJ라는 상설적인 사법기관을 상정하여 제시된 기준이기에 앞선 세 사례와 같이 임시적인(*ad hoc*) 중재재판소 판례를 평가하기에는 부적절하다 할 수 있다. 또한 위의 세 기준은 해당 판례의 다수의견이 아닌 공동선언에서 제시된 것으로 평가 기준으로서의

261) *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2004*, Joint Declaration of Vice-President Ranjeva, Judges Guillaume, Higgins, Kooijmans, Al-Khasawneh, Buergenthal and Elaraby, para. 3. 위 공동선언문은 총 8개 *Legality of Use of Force* 사건에 모두 첨부되었다.

적절성에 의문을 제기해볼 수도 있을 것이다. 물론, 일관성과 확실성, 잠재적인 영향은 그 자체만으로도 국제법에서 사법제도의 기능과 관련하여 중요성이 상당한 요소임을 부정할 수는 없다. 그럼에도 본 절에서 위의 세 기준을 적용하여 평가해보고자 하는 이유는 무엇보다 이들이 UNCLOS에 강제적 절차가 도입된 배경과 밀접한 관련을 맺고 있기 때문이다.

첫째, 제2장에서 살펴보았듯 새로운 해양법 협약의 일관적인 해석과 적용의 보장은 강제적 절차를 도입하게 된 가장 큰 이유 중의 하나였다. 제15부에 규정된 분쟁해결절차에 관한 조항들도 협약 본문과 불가분의 일체를 구성하는바, 이에 대해서도 재판소는 일관적인 해석과 적용을 보장해야할 것이다. 둘째, 본 협약의 체결로 새로운 해양법적 제도들과 개념들이 성안됨에 따라 이들의 객관적인 해석과 적용을 유지하는 역할 역시 강제적 절차에게 부여되었다. 협약 제15부로 구성된 강제적 분쟁해결절차에 대해서도 재판소는 이의 객관적인 해석과 적용에 관한 역할을 부여받았다 할 수 있다. 마지막으로, 협약 제15부가 가지는 진정한 의미에 대한 판단은 이를 직접 적용할 이후의 판례로 미뤄지게 되었다. 따라서 제15부 2절상의 재판소가 제시한 관할권 조항들의 해석과 적용은 협약 당사국의 실행과 이후의 판례들에 매우 중요한 기준점으로 작용하게 될 것임을 알 수 있다. 이처럼 일관성, 확실성, 그리고 잠재적인 영향의 세 기준을 적용함으로써 결과적으로는 상기한 변천이 강제적 분쟁해결절차가 도입된 의도와 상응하여 발생되고 있는지를 보다 명확하게 평가해볼 수 있을 것으로 사료된다. 이에 아래에서는 상기 세 기준을 바탕으로 최근 판례에서의 변천을 평가해보도록 하겠다.

I. 일관성의 결여

국제재판과정에서 국제법의 일관적인 해석과 적용은 회부된 분쟁의 해결과 더불어 매우 중요한 요소라 할 수 있다. 또한 국제법을 해석하는 과정에서 발생하는 중대한 변화는 국제법 체계의 정당성에 심각한 위해를 가하게 된다.²⁶²⁾ 국제재판의 대표적인 사법기관인 ICJ 또한 이와 같은 위험성으로 인하여 국제법의 일관성과 단일성을 보장하는 역할을 부여받게 되었다고 할 수 있을 것이다.²⁶³⁾ UNCLOS에 도입된 강제적인 분쟁해결절차도 ICJ와 같이 본 협약의 해석과 적용에 있어 일관성을 보장하는 역할을 맡는다. 재판소의 관할권을 규정하고 있는 조항들 역시 협약의 본문을 구성하기에, 앞선 사건들에서 재판소는 이들 해석 및 적용의 일관성을 보장하는 역할에 상응했어야 한다.

하지만 최근의 판례에서 발생한 변천은 상기 사건들에서 재판소가 관할권 조항의 일관적인 해석을 보장하지 못하였음을 보여준다. 제2장에서 살펴보았듯, 불명확한 조항들을 해석하는 역할은 앞으로의 사건을 담당할 재판소들에게 남겨지게 되었다. 그러나 최근의 사건들을 거치면서 동일한 조항에 대한 상반된 해석이 제시되기도 하였고, 이는 반대로 일관적인 해석을 저해하는 결과를 초래하기도 하였다. 변천의 과정에서 일관성 원칙에 상응하지 못한 점은 특히 협약 제281조와 제297조에 대한 해석에서 확인해볼 수 있다.

협약 제281조는 성안 당시 ‘다른 절차를 배제하는’의 요건이 어떻게 충족될 수 있는지 명확하게 제시되어있지 않아 해석상의 문제를 내재하고 있었다. 이에 대하여 *SBT* 사건의 중재재판소는 이 조항이 당사국 간 합의로 협약상 절차의 배제를 허용하고 있는 것이며, 여기서

262) Kassoti, “Fragmentation and Inter-Judicial Dialogue: The CJEU and the ICJ at the Interface”, *European Journal of Legal Studies*, Vol. 8(2), 2015, pp. 21-49, p. 35.

263) Karin Oellers-Frahm, “Multiplication of International Courts and Tribunals and Conflicting Jurisdiction-Problems and Possible Solutions”, *Max Plank Yearbook of United Nations Online*, Vol. 5(1), 2001, pp. 67-104, pp. 91-92.

협약상 절차를 배제하고자 하는 명백한 표현의 부재는 결정적인 요소가 아니라 판정하였다. 즉, 분쟁 당사국 간 분쟁해결에 관한 합의가 있으면 해당 합의가 분명하게 협약 제15부를 배제하지 않더라도 제281조상의 요건을 충족시킬 수 있음을 밝힌 것이다.

이와 같은 당시 중재재판소의 결정은 국가들의 자유로운 선택의 중요성을 강조하였던 학자들에게는 환영할 만한 것이었다. Barbara Kwiatkowsk는 제281조 1항에 대한 이번 중재재판소의 해석이 신의 성실한 해석이었다 하며, 협약 성안자들의 의도와 상당히 부합한 해석으로 평가하였다.²⁶⁴⁾ Natalie Klein은 위 조항에 대한 이번 중재재판소의 접근은 국제관계에서 강제적인 분쟁 해결로부터 벗어나려는 국가들의 전통적인 접근방식에 우위를 인정해 주었다고 보았다. 나아가 분쟁해결에 있어 어떠한 수단이 사용될 것인가와 관계하여 국가들에게 “완전한 지배자”로서 부여된 중요성을 강조하는 결정라고 평가하였다.²⁶⁵⁾

반면 협약상 강제적 절차에 대하여 상반된 입장을 취했던 학자들은 당시 중재재판소의 판정을 비판하였다. Alan Boyle은 구속력을 수반한 강제적 분쟁해결조항을 가지지 않는 지역 협정이 그 의도에 대한 단순한 가정으로 협약 제15부의 적용을 명백하게 배제하는 결과를 초래하였다고 평가했다.²⁶⁶⁾ Donald R. Rothwell과 Tim Stephens도 구속력 있는 절차에 대한 국가들의 의무를 배제하기 위해서는 분명한 표현이 필요하다는 점을 들며 당시 재판소의 판정을 반박하였다.²⁶⁷⁾ Igor V. Karaman은 만약 중재판정의 논리를 따르게 될 시, 제15부의 적용에 관하여 침묵하고 있는 모든 합의들은 단순히 해당 당사국들이 의도가

264) Barbara Kwiatkowsk, “The Southern Bluefin Tuna Arbitral Tribunal Did Get It Right: A Commentary and Reply to the Article by David A. Colson and Dr. Peggy Hoyle”, *Ocean Development and International Law*, Vol. 34(3-4), 2003, pp. 369-395, p. 379.

265) Natalie Klein, *supra note 5*, p. 39.

266) Alan Boyle, “The Southern Bluefin Tuna Arbitration”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 50(2), 2001, pp. 447-452, p. 449.

267) Donald R. Rothwell and Tim Stephens, *The International Law of the Sea*, Hart Publishing, 2010, p. 446.

그러하다는 이유로 제15부로의 회부가 배제될 것이라 보았다.²⁶⁸⁾ 이는 곧 많은 수의 이행협정들이 자동적으로 제15부 분쟁해결절차를 배제하는 결과를 낳게 되어 실질적인 어떠한 분쟁의 해결도 불가능하게 될 것이라 비판하였다.²⁶⁹⁾ David A. Colson 과 Peggy Hoyle은, 협약 제281조에 대한 이번 판정이 강제적 분쟁해결에 대한 회의적인 관점에서 기인한 것이었는데, 이는 성안자들의 의도에 상당히 부합하지 않는 것이며 중재재판소는 해양 분쟁 해결에 관한 규범으로서 일방적으로 시작될 수 있는 강제적 해결절차 대신 합의적인 분쟁해결을 고집하였다고 비판하였다.²⁷⁰⁾

이처럼 학자들의 견해는 매우 극명하게 대립되었지만, 이 조항의 의미에 대해서는 결과적으로 *SBT* 사건의 중재판정으로 인하여 당시 재판소가 제시해준 해석이 권위를 부여받게 되었다고 할 수 있었다. 하지만 이후 남중국해 사건의 중재재판소는 협약 제281조가 다른 절차를 배제한다는 분명한 의사의 표현을 요구하고 있다며 *SBT* 사건의 중재판정을 정면으로 반박하였다. 이를 두고 Natalie Klein은 이번 판정이 많은 해양관련 조약에 규정된 동의에 기반한 분쟁해결 조항의 효력을 결과적으로 박탈하는 위협을 안고 있음을 주장하기도 하였다.²⁷¹⁾ 결국 협약 제281조에 따른 협약상 절차의 배제 기준 등 이 조항의 의미는 다시금 불분명한 상태로 남겨지게 된 것이다.

협약 제297조 1항 또한 다르지 않다. *SBT* 사건 중재재판소는 협약 제297조 1항은 연안국의 주권적 권리 또는 관할권 행사와 관련된 이 협약의 해석이나 적용에 관한 분쟁으로서 재판소의 강제적 관할권이 적용될 수 있는 경우를 규정하고 있는바, 이에 동조 동항의 (a)-(c)에 해당하는 경우에만 제2절이 적용될 수 있다고 해석하였다. 이는 곧 해당

268) Igor V. Karaman, *supra* note 37, p. 262.

269) *Ibid.*, pp. 262-263.

270) David A. Colson and Peggy Hoyle, "Satisfying the Procedural Prerequisites to the Compulsory Dispute Settlement Mechanisms of the 1982 Law of the Sea Convention: Did the Southern Bluefin Tuna Tribunal Get It Right?," *Ocean Development and International Law*, Vol. 34(1), 2003, pp. 49-82, pp. 67-68.

271) Natalie Klein, *supra* note 9, p. 340.

조항의 성격을 한정적 혹은 망라적으로 해석한 것이라 할 수 있다. 중재재판소는 결과적으로 제15부 2절 재판소의 물적 관할권 범위를 한정하며 강제적 관할권의 적용 범위를 제한하였다. 하지만 이와 같은 해석은 *Chagos MPA* 사건의 중재재판소에 의해서 반박되었다. 해당 중재재판소는 협약 제297조 1항이 오직 열거된 경우만 강제적 절차에 구속됨을 언급하고 있지 않다고 해석하였다. 이는 곧 동 조항의 성격을 망라적 혹은 한정적으로 규정했던 *SBT* 사건의 중재판정과 대조되는 해석이었다.

이와 같은 변화를 두고 Stephen Allen은 이번 판정으로 인하여 협약 제297조 1항에 규정되어있는 경우에만 강제적 관할권이 적용될 수 있다는 통설과, 동 조항에 의해 배제되지 않는 한 협약의 해석이나 적용과 관련한 모든 경우에 강제적인 관할권이 적용될 수 있다는 상반된 해석이 모두가 가능하게 되었다고 하였다.²⁷²⁾ 다만, 결과적으로 이번 중재재판소에 의하여 행해진 협약 제297조 1항의 해석이 이제는 기존에 존재하던 통설보다 우위에 서게 되었다고 평가하였다.²⁷³⁾ 하지만 현 시점에서 *Chagos MPA* 사건의 중재재판소가 제시해준 협약 제297조 1항에 대한 해석이 우위에 있게 되었다고 평가하기는 어렵다. 일례로 최근 남중국해 사건 중재판정에서 재판소는 협약 제297조에 대하여 앞선 사건들에서 제시된 상반된 해석이 있음을 언급하였지만,²⁷⁴⁾ 위 조항에 대하여 상반된 양 해석 중 어떠한 해석이 적절한 해석인지에 대한 판단은 하지 않았다. 이와 같은 상반된 해석의 존재로 협약 제297조 1항의 의미는 여전히 명확하지 못하다고 볼 수 있다.

이처럼 동일한 조항에 대한 일관적이지 못한 해석의 제시는 협약상 재판소의 관할권 행사와 관련한 예측가능성을 제시해 주지 못한 결과를 초래하였다. 장기적 안정성을 제공하고 법적 확실성을 보장하는 것은 국제법의 주요 기능 중 하나라 할 수 있다.²⁷⁵⁾ 국제법에서 안정성과

272) Stephen Allen, "Article 297 of the United Nations Convention on the Law of the Sea and the Scope of Mandatory Jurisdiction", *Ocean Development & International Law*, published online, Vol. 48(3-4), 2017. 06. 23., p. 12.

273) *Ibid.* p. 14.

274) *South China Sea case, Award on Jurisdiction and Admissibility*, para. 359.

안전성은 정의를 구성하는 강력한 요소이기 때문에 변화의 요소가 항상 환영받을 수 없게 되는 것 또한 같은 맥락이라 할 수 있을 것이다.²⁷⁶⁾ 이처럼 상기한 변천의 과정에서 강제적 관할권 조항의 해석과 적용은 일관적으로 행해지지 못하였으며, 나아가 그에 따른 예측가능성을 충분히 보장해주지 못한 결과를 초래하였다.

물론 국제재판소에 의한 특정 조약문 해석의 변화가 반드시 일관성의 원칙이나 예측가능성의 저해로 귀결되는 것은 아니다. 경우에 따라서 재판소는 특정 조약문의 의미를 다르게 해석하는, 일종의 발전적 해석(evolutionary interpretation)을 제시하기도 한다. 발전적 해석은 조약의 용어를 고정불변하지 않고 진화가 가능한 것으로 상정, 이에 해당 조항을 실질적으로 적용함에 있어 국제법의 발전에 따라 그 의미가 성안 당시로부터 변화가 허용되는 것으로 정리해볼 수 있다.²⁷⁷⁾ 발전적 해석은 일반적인 용어를 대상으로 하며, 장기간의 시간이 경과함에 따라 의미가 변할 수 있다는 점이 전제가 된다.²⁷⁸⁾ 이 경우 특정 조항의 의미를 과거와 다르게 해석한 재판소가 일관성의 원칙과 상충하지 않거나, 혹은 해당 문언의 예측가능성을 저해하였다고 판단하기는 어렵다.

하지만 위의 사례를 발전적 해석으로 설명하기는 어려울 것이다. 우선, 발전적 해석의 주요한 특징으로 이와 같은 해석이 대다수 조약 당사국의 공통된 의도와 부합하는 것이어야 한다는 점을 들 수 있다.²⁷⁹⁾ 하지만 위에서 살펴본 변천이 당사국 대다수의 공통된 의사에 부합하기 위한 결과였다고 보기는 힘들다. 또한, 상기한 변천은 일반적인 용어를 대상으로 하지 않았다. 대신 성안 당시에 의도적으로 형성된 여러

275) Mónica Ambrus and Ramses A. Wessel, “Between Pragmatism and Predictability: Temporariness in International Law”, *Netherlands Yearbook of International Law* Vol. 45, 2014, pp. 3-17, p. 4.

276) Sir Hersch Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community* Oxford University Press, 2011, p. 256.

277) Eirik Bjorge, *The Evolutionary Interpretation of Treaties*, Oxford University Press, 2012, p. 59; 심인혜, “발전적 해석 시 당사국 공동의 의도-그 역할 및 추정된 의도의 문제점”, 『서울국제법연구』, Vol. 22(1), 2015., pp. 117-149, p. 118.

278) 정인섭, 전제서 87, p. 187.

279) Eirik Bjorge, *supra* note 277, p. 60.

의미상 공백이나 모호성을 해소하려는 가운데 발생하였다. 나아가 세 판례에서 발견해볼 수 있었던 변천은 비교적 짧은 기간에 발생했다는 점에서 장기간에 걸친 변화를 상정한 발전적 해석에 부합하지 않는 것이었다.

이처럼 협약 해석의 단일성을 보장하기 위하여 구성된 강제적 분쟁 해결절차는 일련의 판례를 거치며 발생한 관할권 조항 해석 및 적용의 변천으로 일관성과 예측가능성을 저해한 결과를 초래하게 되었다.

II. 확실성의 부재

확실성의 원칙은 판단 과정에서의 불안정성을 배제하기 위하여 준수되어야 할 원칙으로, 무엇보다 법적 근거의 명확성이 바탕이 되어야 한다. 법적 근거의 명확성을 추구하는 것과 자의성을 지양하는 것은 법의 지배의 기본 원칙 중 하나이다.²⁸⁰⁾ 협약과 관련하여 발생하는 분쟁의 자의적인 해결을 막고, 보다 효과적인 분쟁해결을 추구하는 협약상 재판소에 확실성의 원칙은 반드시 상응해야 할 원칙이라 할 수 있다. 하지만 최근 관할권 조항 해석 및 적용의 변천은 확실성의 원칙에 상응하지 못하였다. 결과적으로 상기한 사건들에서 재판소는 해석상의 근거를 명확하게 제시하여 주지 못하거나 혹은 객관성이 결여된 해석기준을 적용하여 협약상 강제적 절차 적용에 큰 혼돈을 주게 되었다.

이와 같은 확실성의 결여를 대표적으로 확인할 수 있는 부분으로 영토주권문제에 대한 재판소의 판단 기준을 들 수 있다. 재판소가 영토주권문제에 대하여 어떠한 정도까지 관할권을 행사할 수 있는가에 대한 문제는 지난 *Chagos MPA* 사건과 남중국해 사건에서 상당히 중요한 주제 중 하나였다. *Chagos MPA* 사건 당시에 중재재판소는

280) United Nations Security Council, Report of the Secretary-General, "The Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-Conflict Societies.", S/2004/616.

회부된 사안이 협약의 해석 및 적용에 관한 분쟁에 해당하는지를 판단할 수 있는 기준으로 ①분쟁의 성질은 무엇인지, ②제288조 1항은 근해의 권리와 의무를 결정하는 데의 선결조건으로서 영토주권에 관한 문제를 어느 정도까지 판단할 수 있도록 허용하는지를 제시하였다.²⁸¹⁾ 그 결과 재판소는 해양경계확정 분쟁이나 역사적 권원에 관한 분쟁에 진정으로 부수적일 때 영토주권 문제에 관할권을 가진다고 판정하였다.

하지만 이와 같은 결정이 분쟁의 성질을 결정함에 있어, 특히 영토주권 문제가 포함된 분쟁에 대하여 명확한 기준을 제시해주었다고 평가하기는 어렵다. 재판소는 협약상 분쟁에 진정으로 부수적인 영토주권문제에 대하여 관할권을 행사할 수 있음을 밝혔는데, 과연 무엇이 진정으로 부수적인 문제에 해당하는지가 명확하게 제시되지 않았기 때문이다. 분쟁의 성질을 결정하는 작업은 오직 하나의 답만이 존재하는 과학적인 작업이 아닌, ‘상대적인 비중’을 결정하는 것으로 본질적으로 주관적인 작업이다.²⁸²⁾ 따라서 어떻게 특정 분쟁이 UNCLOS와 관련되고, 어떤 한계의 영토주권문제까지 해양법 분쟁의 부수적인 것으로 간주될 수 있는 지에는 여전히 혼란이 존재하며, 결과적으로 많은 의문을 남기게 되었다.²⁸³⁾

반면 남중국해 사건 당시에 중재재판소는 위와 동일한 문제를 판단하기 위한 기준으로 ①특정 청구에 대한 판단이 재판소로 하여금 명시적 혹은 암시적으로 주권에 대한 판단을 선행하도록 요구하는지, 또는 ②특정 청구의 실제 목적이 분쟁 당사국 간 주권분쟁에서 자국의 입장을 강화하려는 데 있는지를 제시하여주었다. 이는 *Chagos MPA* 사건 당시 재판소가 적용한 분쟁의 상대적인 비중을 이후에 남중국해 사건에 이르러 보다 구체적으로 적용한 발전시킨 것이라 볼 수 있다.²⁸⁴⁾

281) *Chagos MPA case, Award*, para. 206.

282) Stefan Talmon, “The Chagos Marine Protected Area Arbitration: Expansion of the Jurisdiction of UNCLOS Part XV Courts and Tribunals”, *International and Comparative Law Quarterly*, 2016, Vol. 65(4), pp.927-951 pp. 933-934.

283) Lan Ngoc Nguyen, “The Chagos Marine Protected Area Arbitration: Has the Scope of LOSC Compulsory Jurisdiction Been Clarified?”, *The International Journal of Marine and Coastal Law*, Vol. 31, Issue 1, 2016, pp. 120-143, p. 142.

284) 김원희, “남중국해 중재사건의 관할권 판정-유엔해양법협약 제15부 분쟁해결 제도

하지만 남중국해 사건 중재판정에서 재판소가 제시해준 기준들 역시 구체적이지 않았는데, 무엇보다 재판소가 제시한 분쟁의 성질결정기준은 재판소의 주관적 요인이 상당부분 개입될 가능성이 매우 높은 것이었다. 이 점에서 국제재판소가 해당 문제에 대한 재량을 행사할 여지는 여전히 남게 되었으며,²⁸⁵⁾ 앞선 사건에서보다 발전적으로 적용된 분쟁의 성질결정기준이었지만 여전히 확실성의 요건을 충족시켜주기에는 충분치 못하였다. 나아가 이는 반대로 분쟁의 당사국이 해당 분쟁의 성질을 어떻게 규정하느냐에 따라서 재판소의 관할권 결정이 좌우될 가능성을 열어주는 것이기도 했다.

이와 같은 확실성의 결여는 변천의 대상이 아니었던 조항들에서도 확인할 수 있었다. 남중국해 사건 당시 중재재판소는 DOC에 협약 제281조를 적용하며 해당 조항에 규정되어있는 ‘합의’의 의미가 법적 구속력을 수반하는 문서라 밝혀주었다. 하지만 재판소는 이와 같은 판단의 근거를 충분히 제시해주지 않았다. 제2장에서도 살펴보았듯 협약 제281조의 문언이나 이를 해설한 주석서에서도 여기서 언급된 ‘합의’가 법적인 구속력을 수반하는 합의인지에 대하여 뚜렷한 답을 제공해주지 않고 있다.²⁸⁶⁾ 반면 이번 중재재판소는 그와 같은 판단을 내리는 과정에서 충분한 법적 근거를 설명하는 데 실패하였다.²⁸⁷⁾ 재판소가 제시한 해석의 적절성을 떠나 본 판정의 결과로 이후의 관행이나 다른 판례에서 협약 제281조에서 규정된 합의는 법적 구속력을 수반하는 합의로 해석될 가능성이 커졌다고 볼 수 있는데, 이 점에서 앞서와 같은 근거 제시의 부재는 확실성의 원칙을 충족시켜주지 못한 것이었다.

물론 재판소는 협약 제288조 4항²⁸⁸⁾에 의하여 *compétence de la*

의 남용인가 진화인가?”, 『서울국제법연구』, 제23권 1호, 2016. 06., pp.79-132, p. 129.

285) 이기범, “유엔해양법협약 제7부속서 중재재판소의 관할권 문제에 관한 소고-필리핀과 중국 간 남중국해 분쟁에 대한 중재결정을 중심으로”, 『영토해양연구』, 제13권, 2017. 06., pp. 138-173, p. 153.

286) Myron H. Nordquist, *supra* note 39, pp. 22-23.

287) Jianjun Gao, “The Obligation to Negotiate in the Philippines v. China Case: A Critique of the Award on Jurisdiction”, *Ocean Development & International Law*, Vol. 47(3), 2016. 08. 05., pp. 272-288, p. 275.

288) ‘4. 재판소가 관할권을 가지는지 여부에 관한 분쟁이 있는 경우, 그 문제는 그 재

compétence, 즉 ‘관할권의 범위를 결정할 수 있는 권한(power to determine the extent of jurisdiction)²⁸⁹⁾’을 행사한다. 하지만 재판소가 ‘관할권의 관할권’을 행사하는 것과 구체적이고 확실한 근거를 제시하지 않은 채 독자적인 판단을 진행하는 것은 명백하게 다른 문제이다. 이는 앞서 살펴본 일관성이나 예측가능성의 원칙과도 결부된다. 이상과 같이 상기한 사건들에서의 변천은 안정적인 법적 근거를 바탕으로 하거나 불안정성을 해소해 주지 못하였다. 결국 현재와 같은 명확성의 부재는 향후 협약 분쟁해결절차의 효율성을 저하시키고, 나아가 해양 분쟁의 해결을 저해할 수 있는 위험성을 가지게 될 것이다.²⁹⁰⁾

III. 부정적인 잠재적 영향

위 세 사건은 모두 상설적인 재판소가 아닌 임시적인 중재재판소에 의하여 판정되었던 사건이었다. ICJ와 같은 항구적인 재판소에는 실질적으로 선례가 일정한 정도의 영향력을 가지기에 다른 사건에 미칠 수 있는 영향의 중요성을 무시할 수 없다.²⁹¹⁾ 반면 제7부속서상 중재재판소는 임시적으로 구성되는 재판소이기에 과연 이와 같은 형태의 재판소에 실질적인 의미의 선례가 존재할지는 의문이다. 또한 같은 맥락에서 과연 관할권에 대한 중요한 조항들을 해석하는 데 임시적인 중재재판소가 적절한 법정(*forum*)인지에 관한 의문 제기도 가능할 것이다.²⁹²⁾ 하지만 이들 중재재판소 모두 제288조를 비롯한 협약 규정에

판소의 결정에 의하여 해결한다.’

289) Bin Cheng, *General principles of law as applied by international courts and tribunals*, Cambridge University Press, 2006, p. 275.

290) Irina Buga, “Territorial Sovereignty Issues in Maritime Disputes: A Jurisdictional Dilemma for Law of the Sea Tribunals”, *The International Journal of Marine and Coastal Law*, Vol. 27, Issue 1, 2012, pp. 59-95, p. 60.

291) 정인섭, 전게서 1, p. 1027.

292) Cesare Romano, “The Southern Bluefin Tuna Dispute: Hints of a World to Come...Like it or Not”, *Ocean Development & International Law*, Vol. 32(4), 2001, pp. 313-348, p. 333.

근거하여 관할권을 행사했다는 점에서 완전한 임시성을 가진다고 볼 수는 없다고 사료된다. 더군다나 제2장에서 언급한 바와 같이 앞선 재판소에 의하여 제시된 해석은 그것이 가지는 권위로 인해 협약 당사국들에게 큰 영향을 주게 된다.

위의 세 사건만을 참고하더라도 임시적인 중재재판소에 의하여 내려진 판단이 이후의 판례에서 일정한 영향을 주고 있음은 어렵지 않게 확인할 수 있다. 실제로 남중국해 사건 중재재판이 진행되고 있는 가운데 내려진 *Chagos MPA* 사건의 중재판정은 분쟁당사국이었던 필리핀의 입장에 변화를 초래하기도 하였다. *Chagos MPA* 사건의 판정이 있기 전, 필리핀은 “협약 제297조 1항은 1항(a)-(c)에 명시된 분쟁들 외의 연안국의 주권적 권리 또는 관할권 행사와 관련된 분쟁을 관할권으로부터 배제 시킨다”고 주장하였다.²⁹³⁾ 하지만 *Chagos MPA* 사건 중재판정이 내려진 후에는 태도를 바꿔 해당 중재판정의 (협약 제297조 1항에 대한)해석을 지지하며, “*Chagos MPA* 중재재판의 판정은 중국의 반대 입장을 지지해주지 않는다. 협약 제297조 1항은 환경분쟁에 관할권을 제한하는 것이 아니라 확인하고 확장 시킨다”고 주장하였다.²⁹⁴⁾ 이는 중재재판소에 의해 내려진 판정이라도 이후의 사건에 실질적으로 영향을 미친다는 것을 반증해 주는 사례라 할 수 있다.

한편, 앞선 논의를 통해 상기한 세 판례에서 발생한 변천이 재판소 관할권 조항의 해석이나 적용에 있어 일관성과 확실성의 원칙에 상응하지 않음을 확인할 수 있었다. 결국 최근의 변천이 일관성과 확실성이 결여됨에 따라 이후의 사건에는 그만큼 부정적인 영향이 가해질 것으로 판단된다. 가령 특정 조항을 해석함에 있어 이전의 판례들에서 각각 상반되게 제시되었던 해석은 현재의 재판소에게 큰 부담으로 작용될 가능성이 높다. 제시되었던 상반된 해석들 중 하나의

293) *South China Sea* case, Memorial of the Philippines, Volume I, 2014. 03. 30., para. 7.96.

294) *South China Sea* case, Hearing on Jurisdiction and Admissibility, Day 2, 2015. 07. 08., p. 104.

해석을 따르는 것은 곧 나머지 해석을 한 재판소의 관정을 반박하게 되는 것이고, 제3의 새로운 해석을 제시하는 것 역시 위의 두 원칙에 상응하지 않은 결과를 초래할 수 있기 때문이다.

상기한 변천이 이후에 미치게 될 영향은 또한 협약 자체의 범위에만 한정되지 않는다. 해양법과 관련한 다른 조약들 중에는 발생한 분쟁 해결을 위하여 UNCLOS 제15부를 적용하여 분쟁해결을 모색하고자 규정한 조약들이 존재한다.²⁹⁵⁾ ‘1982년 12월 10일 해양법에 관한 국제연합협약의 경계왕래어족 및 고도회유성어족 보존과 관리에 관한 조항의 이행을 위한 협정’ 과 ‘난파물 제거협약’²⁹⁶⁾, ‘FAO이행협정’²⁹⁷⁾, ‘런던협약’²⁹⁸⁾을 대표적인 예로 들 수 있을 것이다. 결국 상기한 변천은 해양 관련 다른 조약상의 분쟁해결 과정에도 앞서 언급한 부정적인 영향을 초래할 가능성 또한 무시할 수 없는 것이다.

이후 사건에 미칠 부정적인 영향은 협약 제287조상 네 가지 재판소가 아직 모두 분쟁해결과정에서 사용된 적이 없다는 점에서도 주목을 요한다. 협약 제287조는 당사국이 선택할 수 있는 수단으로 ICJ, ITLOS, 제7부속서에 따른 중재재판소와 제8부속서에 따른 특별중재재판소를 규정하고 있다. 하지만 현재 제15부 2절에 따른 분쟁은 제7부속서에 의한 중재재판소와 ITLOS에만 회부되었을 뿐 아직까지 ICJ나 제8부속서에 따른 특별중재재판소에 회부된 분쟁은 존재하지 않는 상황이다. 이는 자칫 ‘재판소 간 파편화 현상(inter-forum fragmentation)’으로 귀결될 위험성을 남겨준다. 일찍이 Alan Boyle은 협약상 분쟁해결절차가 이용 가능한 네 개의 수단을 규정하여 단일한

295) Tullio Treves, “The Development of the Law of the Sea since the Adoption of the UN Convention on the Law of the Sea: Achievements and Challenges for the Future”, Davor Vidas, *Law, Technology and Science for oceans in globalisation: IUU Fishing, Oil Pollution, Bioprospecting, Outer Continental Shelf*, Martinus Nijhoff, 2010, pp. 41-58, pp. 48-49.

296) International Convention on the Removal of Wrecks.

297) 공해상 어선의 국제적 보존관리조치 이행증진을 위한 협정(Agreement to Promote Compliance with International Conservation and Management Measures by Fishing Vessels on the High Seas).

298) 폐기물 및 그밖의 물질의 투기에 의한 해양오염방지에 관한 협약(Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matters).

수단을 제공하고 있지 않다는 점, 그리고 유사한 사건들에서 각기 다른 재판소에 의해 내려진 판단의 단일성을 보장할 수 없다는 점을 근거로 과편화의 위험성을 제기하였다.²⁹⁹⁾ 물론 Boyle은 1958년 제네바 협약 체결 이후 발생한 7차례의 중재판정에서 과편화의 징후가 발견되지 않았다는 점을 들며 이에 관한 문제를 심각하게 다루지 않았다.³⁰⁰⁾ 하지만 현재 발생하고 있는 변천을 보았을 때, 과연 과편화의 위험성이 진정 사라진 것인지는 의문이다.

실제로 *SBT* 사건 당시, 본안의 잠정조치 판단과정을 담당했던 ITLOS와 본안에 대한 관할권 판정을 진행했던 중재재판소 간의 견해가 다르게 제시된 바 있었다. ITLOS는 본안에 대하여 재판소가 일견 관할권을 가진다고 판단한 반면, 본안 재판 과정에서 중재재판소는 관할권을 부정하였다. 물론, 잠정조치 단계에서 행해지는 일견 관할권의 판단과 본안 단계에서의 관할권 판단이 본질적으로 같다고 볼 수는 없을 것이다. 백진현 재판관은 *M/V Louisa* 사건 당시 별도의 선언을 하며 다음과 같이 밝혔다.

“... 일견 관할권을 판단할 때에는 ‘그럴듯한 연관성(plausible connection)’ 만으로도 충분하지만, 재판소 관할권에 대한 최종적인 판단을 함에 있어서는 충분하지 않다. (양자에 있어)각기 다른 관할권 연관성의 기준이 사용됨에 따라 상반된 결과로 이어질 수 있다는 것은 놀라운 일이 아니다...”³⁰¹⁾

그럼에도 불구하고 상기한 사례는 유사한 사안에 대하여 각각의 재판소에 의한 다양한 관할권 해석이 제시될 수 있다는 의심을 완전하게 해소해주지는 못하였다. 특히 이상의 세 판례에서처럼 과거 관할권 해석을 짧은 기간 동안에 반박하고 그로부터 벗어나려는 태도를 보여주는 상황에서는 재판소간 과편화의 발생 가능성이 더욱 높다고

299) Alan Boyle, *supra* note 7, p. 40.

300) *Ibid.*, pp. 40-41.

301) *M/V “Louisa” (Saint Vincent and the Grenadines v. Kingdom of Spain)*, Judgment, ITLOS Reports 2013, p. 4, Declaration of Judge Paik, para. 18.

판단된다. 비록 현재까지는 단 두 개의 재판소 사이의 관계만을 확인해볼 수 있지만 만약 앞으로 ICJ와 특별중재재판소에 사건이 회부되기 시작한다면 파편화의 우려는 더욱 심화될 것이다.

ILC 또한 복수의 행위자에 의한, 특히 국제 재판소들에 의한 파편화의 가능성을 인식한바 있다. 지난 2002년 ILC는 “국제법의 파편화: 국제법의 파편화와 다양화로 제기되는 난제들”³⁰²⁾의 작업과제를 채택하면서 파편화의 종류로 ‘기관적(institutional) 파편화’와 ‘실질적(substantive) 파편화’로 구분한 바 있다.³⁰³⁾ 협약 제287조에 규정된 재판소간 파편화 문제는 기관적 파편화로 분류할 수 있을 것이다. 비록 ILC는 해당 작업을 진행하는 과정에서 기관적 파편화가 각 기관에서 자체적으로 다루어지는 것이 적절하다 판단하며 작업을 진행하지 않았지만,³⁰⁴⁾ 위와 같은 ILC의 인식만으로도 재판소 간 파편화의 발생할 가능성을 보여주기에 충분하다고 판단된다.

상기 세 판례에서 발생한 변천은 일관성 및 확실성의 결여로 강제적 관할권 조항을 해석하고 적용하는 데 많은 갈등을 유발시킬 것으로 예상된다. 따라서 이후의 사건에 미치는 영향의 관점에서 판단해볼 때 강제적 관할권 조항 해석 및 적용에 관한 최근의 변천은 부정적으로 평가할 수 있을 것이다.

302) Fragmentation of Internatioanl Law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law.

303) Report of the ILC Study Group on Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, A/CN.4/L.644, 2003. 07. 18., para. 416.

304) Report of the ILC Study Group on Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, A/CN.4/L.682, 2006. 04. 13., para. 245.

제 2 절 합의 및 전망

앞선 절에서는 최근 사건에서 발생하고 있는 변천에 대한 비판적인 평가를 내려 보았다. 이어서 본 절에서는 재판소에 의한 강제적 관할권조항 해석 및 적용의 변천이 가지는 합의와 앞으로의 전망에 대하여 논해보도록 하겠다. 여기에서는 상기한 변천이 가지는 영토주권문제에 대한 합의, 재판소에 의한 관할권 확장의 합의, 그리고 재판소에 의한 강제적 관할권 자체의 진화 가능성을 제시해볼 것이다.

1. 혼합분쟁 관련 소의 증가

강제적 관할권 조항의 해석 및 적용에 있어 최근의 변천이 UNCLOS 체제에 미칠 수 있는 함의로 가장 먼저 영토주권문제의 회부 가능성을 들 수 있다. 영토주권에 관한 문제는 상기 세 판례 중 *Chagos MPA* 사건과 남중국해 사건에서 제기된 바 있다. 두 사건에서는 재판소에 회부된 분쟁의 성질이 영토주권 문제인지, 이에 재판소의 관할권이 배제되는지가 공통적으로 논란이 되었다. 본 협약이 이 문제에 대한 뚜렷한 해답을 제공해주고 있지 않기 때문에 앞선 두 사건의 중재재판소는 분쟁의 성질을 판단할 수 있는 각자의 기준을 제시한 뒤 그에 따라 분쟁의 성질을 결정하였다. 이에 *Chagos MPA* 사건에서는 모리셔스의 청구가 영토주권 문제라 판정, 관할권이 기각된 반면 남중국해 사건에서는 영토주권문제로서의 성질이 부정되며 재판소의 관할권이 인정되었다.

제2장에서도 제시되었지만 영토주권에 관한 분쟁에 재판소가 관할권을 행사할 수 있는지의 여부는 새로운 해양법협약에 강제적인 분쟁해결절차는 도입하는 과정에서 매우 민감하게 다뤄졌던 문제였다.

그리하여 국가의 영토적 단일성과 직결된 문제는 강제적 분쟁해결절차가 적용될 수 있는 범주에서 배제되도록 의도되었다.³⁰⁵⁾ 완전히 영토주권에 관한 분쟁은 협약의 해석 또는 적용에 관한 분쟁이라 일컬을 수 없는데, 더욱이 본 협약의 전문을 참고해볼 때 영토주권에 관한 분쟁의 해결은 이 협약의 목적과 부합하는 것이 아님을 분명히 알 수 있다.³⁰⁶⁾

하지만 최근에 영토주권에 관한 문제가 다시 주목을 받는 이유는 영토주권에 관한 분쟁인지 아니면 협약의 해석 또는 적용에 관한 분쟁인지 표면적으로 구분되지 않는 유형의 분쟁들이 제15부 2절에 회부되고 있기 때문이다. 이와 같은 유형의 분쟁은 소위 ‘혼합분쟁’으로 일컬어진다. 사실 혼합분쟁은 아직 엄밀하게 정립된 개념이 아니기에 이 개념에 대한 정의를 시도하는 학자들에 따라 의미하는바가 서로 상이하다. 예를 들어 Irina Buga는 혼합분쟁을 “분쟁중인 영토에 대한 쟁점을 포함하는 해양 경계획정 문제”로 정의한다.³⁰⁷⁾ 반면 James Harrison은 혼합분쟁을 비단 경계획정 문제에만 국한되는 것으로 보지 않았고, 영토주권문제에 대한 청구가 포함된 UNCLOS의 해석 또는 적용의 분쟁을 지칭함에 있어 혼합분쟁의 용어를 사용하였다.³⁰⁸⁾ 이창열은 혼합분쟁을 직접적으로 정의하지는 않았지만 해양경계획정 문제를 포함한 협약의 해석 및 적용의 문제와 결부된 영토주권문제로서 혼합분쟁을 의도하였다.³⁰⁹⁾ 상기한 두 사건에서는 비단 해양경계획정 문제에서 뿐 만 아니라 다른 협약상 조항들과 영토주권문제가 결합되어 제시되었다. 이에 혼합분쟁은 ‘영토주권에 관한 문제를 협약상 해석 또는 적용에 관한 분쟁으로 우회하여 재판소에 회부한 분쟁’의 의미로서 사용하는 것이 보다 적절할 것이다.

그렇다면 앞으로 혼합분쟁의 미래는 어떻게 예측해볼 수 있을까?

305) *supra* note 41, p. 213, Introduction of document A/CONF.62/L.7, para. 10.

306) 이창열, “유엔해양법협약에서 영토분쟁에 대한 관할권 행사 가능성 분석”, 『국제법 학회논총』, 제60권 2호, 2015, pp. 191-209., p. 184.

307) Irina Buga, *supra* note 290, pp. 59-95, p. 60.

308) James Harrison, “Defining Disputes and Characterizing Claims: Subject-Matter Jurisdiction in Law of the Sea Convention Litigation”, *Ocean Development & International Law*, Vol. 48(3-4), 2017, pp. 269-283

309) 이창열, 전게서 306., pp. 191-209.

최근의 판례에서 발생하고 있는 변천을 바탕으로 볼 때 앞으로 제15부 2절상 절차로 혼합분쟁이 회부되는 사례는 더욱 증가할 것으로 판단된다. 이는 이미 앞선 두 사건에서 재판소의 주관적 요인이 회부된 혼합분쟁의 성질을 판단하는 과정에 결정적으로 작용하였기 때문이기도 하다. 재판소는 ‘관할권의 관할권’을 행사하지만, 앞선 두 사건의 재판소는 구체적이지 않은 분쟁의 성질 판단 기준을 제시하며 결국 국제재판소 자신의 재량을 행사할 여지를 남겨주게 되었다.³¹⁰⁾

재판소의 주관적인 판단에 의해 영토주권문제에 대한 관할권 행사 여부가 결정될 여지가 커졌다는 점은 곧 이 문제에 대한 제15부 회부 가능성이 완전히 배제되지 않았음을 의미한다. *Chagos MPA* 사건을 예로 들자면, 당시 반대 및 보충의견을 첨부한 James Kateka 재판관과 Rüdiger Wolfrum 재판관은 협약 제288조 1항은 재판소가 보다 폭 넓은 관점에서 (관할권에 관한)쟁점들을 고려하도록 요구하고 있는데, 다수의견과 같은 접근은 관할권의 분야를 좁히는 것이라 하였다.³¹¹⁾ 나아가 협약 제297조를 분석할 때, 특정한 분쟁이 영토주권에 관한 분쟁의 고려를 포함한다는 이유로 해당 분쟁이 재판소의 관할권으로부터 배제되지 않음은 명백하다고 하였다.³¹²⁾ 더욱이 위 사건의 해당 청구취지(제1, 제2)가 투표결과 3:2로 매우 근소한 차이로 관할권이 부정되었다는 사실은 앞서와 같은 우려의 깊이를 더해주는 점 일 것이다.

또한 반대로 이는 특정 소송 기술에 의해 혼합분쟁에 대한 재판소의 관할권이 인정될 가능성이 높아질 수 있음을 의미하기도 한다. 즉 재판소가 제시해준 기준 그 자체로는 예측가능성이나 확실성을 주기에 부족하기 때문에 결국 분쟁의 당사국이 해당 분쟁의 성질을 어떻게 규정하느냐에 따라서 재판소의 관할권이 결정될 여지가 존재하게 되는 것이다. 사안의 본질적인 속성에도 불구하고 소송기술에 의하여 달리

310) 이기범, 전제서 285, p. 153.

311) Dissenting and Concurring Opinion of Judge James Kateka and Judge Rüdiger Wolfrum, para. 25.

312) *Ibid.*, para. 32.

포장된 분쟁이 강제절차로부터 배제될 수 있듯이,³¹³⁾ 영토주권 문제 또한 소송기술에 의하여 강제적 절차로의 회부가 가능하게 되었다. 이처럼 혼합분쟁에 대한 상기 두 사건의 판단은 향후 국가들로 하여금 협약 제15부 2절상의 절차로 영토주권문제가 포함된 분쟁의 회부를 촉진시킬 것으로 판단된다.

상기 변천의 영향으로 인하여 혼합분쟁을 협약 제15부로 회부하려는 시도는 이미 발생하고 있는 것으로 보인다. 대표적인 예로 현재 협약 제7부속서 중재재판소에서 재판이 진행 중인 크림반도를 둘러싼 우크라이나와 러시아 사이의 중재재판을 들 수 있다.³¹⁴⁾ 2016년 9월 14일, 우크라이나는 러시아에게 러시아가 크림반도를 둘러싼 해역에서 자국이 연안국으로서 향유하는 권리들을 침해한 것에 대하여 협약 제7부속서상 중재재판 절차를 개시할 것을 통보하였다.³¹⁵⁾ 본 중재재판과정과 관련된 정보는 현재 비공개 상태이지만, 이번 사건의 배경에 2014년 러시아에 의한 크림반도 병합사태가 자리하고 있음은 자명한 사실이다. 따라서 본 사건에서 또한 재판소가 해양법 문제에 수반된 영토주권문제에 대하여 어떠한 범위까지 관할권을 행사할 수 있는지가 쟁점이 될 것으로 보인다.³¹⁶⁾ 위와 같은 우크라이나와 러시아 사이에 중재재판절차가 시작된 것에는 역시 남중국해 사건 중재판정과 *Chagos MPA* 사건의 중재판정이 상당한 영향을 미쳤을 것이라 판단된다. 두 사건 모두 영토주권문제에 관한 요소가 본안의 분쟁과 밀접한 관련을 맺고 있었고, 또한 두 사건에서 재판소는 위 문제에 대한

313) 이석용, “유엔해양법협약 분쟁해결 강제절차와 관련 실행에 관한 고찰”, 『국제법학 회논총』, 제62권 2호, 2017. 06., pp. 127-152, p. 144.

314) *Dispute Concerning Coastal State Rights in the Black Sea, Sea of Azov, and Kerch Strait (Ukraine v. the Russian Federation)*.

315) Statement of the Ministry of Foreign Affairs of Ukraine on the Initiation of Arbitration against the Russian Federation under the United Nations Convention on the Law of the Sea(출처:

<http://mfa.gov.ua/en/press-center/comments/6313-statement-of-the-ministry-of-foreign-affairs-of-ukraine-on-the-initiation-of-arbitration-against-the-russian-federation-under-the-united-nations-convention-on-the-law-of-the-sea>).

316) Robert G. Volterrap, *et. al.*, “Ukraine/Russian Federation”, *The International Journal of Marine and Coastal Law*, Vol. 33, 2018, p. 3.

관할권을 완전히 부정하지는 않았기 때문이다.

영토주권문제에 대한 재판소의 판단은 대한민국에게도 의미하는 바가 결코 작지 않을 것이다. 대한민국은 현재 독도를 사이에 두고 일본과 영유권 갈등이 진행 중이다. 일본정부는 독도문제를 ICJ에 회부하고자 하는 입장을 지속적으로 유지하고 있는 반면³¹⁷⁾, 대한민국 정부는 그간 독도가 대한민국 고유의 영토이며, 따라서 독도에 대한 분쟁은 존재하지 않기 때문에 사법적 해결의 대상이 될 수 없음을 꾸준히 밝혀왔다.³¹⁸⁾ 또한 일본은 ICJ 규정 제36조 2항에 따른 선택조항을 수락한 반면 대한민국은 해당 선언을 행하지 않았기 때문에 현재까지 ICJ로 독도문제의 일방적인 제소만으로는 재판절차가 개시될 수 없는 상황이었다.

하지만 독도의 영유권 문제를 포함한 혼합분쟁이 UNCLOS 제15부 2절에 따른 강제적 절차에 회부된다면 상황은 다르게 전개될 수 있다. 물론 대한민국 정부는 지난 2006년 4월 18일, 협약 제298조에 의거 해당 조항 제1항의 (a), (b), (c)에 대한 협약 제15부 2절상 절차배제를 선언하였다.³¹⁹⁾ 하지만 *Chagos MPA* 사건이나 남중국해 사건의 중재판정을 본다면 협약 제298조에 따른 대한민국 정부의 배제 선언의 효과가 무력화될 가능성을 무시할 수 없다.³²⁰⁾

상기 우크라이나와 러시아 사이의 중재재판처럼, 독도를 둘러싼 해역에서 일본이 연안국으로서 향유하는 권리들이 침해되었음을 바탕으로 하는 강제적 절차로의 제소 또한 그 가능성을 완전히 배제할 수 없다. 나아가 협약 제298조 1항에 규정되지 않은 협약상의 권리와 결부된 혼합분쟁이 제기될 가능성 또한 남아있다. 물론 *Chagos MPA* 사건에서 모리셔스의 제1, 제2청구취지처럼 대한민국의 연안국으로서

317) 관련 일본 정부의 입장 및 자료는 일본 외교부 홈페이지의 “Takeshima” 섹션에서 확인이 가능하다(<http://www.mofa.go.jp/region/asia-paci/takeshima/index.html>).

318) 관련 대한민국 정부의 공식 입장 및 자료는 대한민국 외교부가 운영중인 “독도” 웹 페이지(<http://dokdo.mofa.go.kr/kor/index.jsp>)에서 확인할 수 있다.

319) 정인섭, 전거서 1, pp. 731-732.

320) 김원희, “남중국해 해양분쟁 관련 ‘국제법 전쟁(Lawfare)’의 성과와 과제 - 남중국해 중재사건 본안판정의 국제법적 검토와 한국에 대한 함의”, 『국제법학회논총』, 제 61권 4호, 2016, pp. 69-119., p. 112.

지위를 직접적으로 부정하는 소가 제기된다면 재판소의 관할권은 배제될 것이라 사료된다. 하지만 남중국해 사건과 같이 독도 영유권 문제와 직, 간접적으로 연관된 인근 해역을 둘러싼 문제와 함께 제기될 경우 재판소의 관할권이 부정될 것을 확신할 수는 없을 것이다.

영토주권분쟁에 미치는 함의는 비단 대한민국에만 국한되지 않는다. 동북아시아 지역으로 그 범위를 넓혀보더라도 현재 이 지역 내에는 일본과 중국 사이의 센카쿠/디아오위 다오 분쟁, 일본과 러시아 사이의 쿠릴열도 분쟁 등 수많은 도서 영토분쟁이 존재한다.³²¹⁾ 지난 2016년 남중국해 사건에 대한 중재재판소의 판정이 있었지만, 남중국해 및 동중국해를 둘러싼 많은 연안국 사이의 갈등들 또한 모두 완전히 해결된 상황은 아니다. 이처럼 분쟁의 대상이 되는 도서들 및 육지지형들도 UNCLOS상의 권리 및 의무와 일정한 정도의 관련성을 가진다는 측면에서 상기한 변천이 향후 이 지역의 분쟁해결에 미칠 영향은 상당할 것이다.

II. 재판소에 의한 월권적 행위의 우려

국제법, 특히 조약에 있어 성안 당시 당사자들의 의도가 가지는 중요성은 매우 크다. ‘조약법에 관한 비엔나 협약’³²²⁾ 제31조는 조약 해석의 일반규칙을 규정한 바, 동조 1항에서는 조약이 문면에 부여된 통상적 의미에 따라 성실하게 해석되어야 함을 규정하고 있다. 이는 곧 그와 같은 접근법이 당사자 의도의 진정한 표현을 가장 잘 파악할 수 있다고 간주되기 때문이다.³²³⁾ 이와 같은 점은 UNCLOS를 해석하고

321) 동북아시아 지역에 존재하는 해양분쟁의 개괄적인 정보는 “Suk Kyoon Kim, *Maritime Disputes in Northeast Asia, Regional Challenges and Cooperation*, Brill Nijhoff, 2017”에서 참고할 수 있다.

322) Vienna Convention on the Law of Treaties.

323) Oliver Dörr, et al., *Vienna convention on the law of treaties: a commentary*, Springer, 2012, p. 541; 정인섭 『조약법 강의』, 박영사, 2016, p. 172.

적용함에도 다르지 않을 것이다. 분쟁해결조항이 협약의 단일한 일체로서 구성된 만큼 협약에 따라 관할권을 행사하는 재판소도 성안자들의 의사에 상응하여 관련 조항을 해석하고 적용해야 한다. 제2장에서 살펴보았듯 협약 제15부에는 강제적 분쟁해결절차를 절충적으로 도입하는 과정에서 내재된 섬세한 균형상태가 구조적인 특징으로서 반영되었다. 결국 협약상 재판소들은 제15부에 내재된 균형상태에 상응하는 해석을 견지해야 한다고 볼 수 있다.

하지만 상기한 판례들을 살펴볼 때 최근에 발생한 변천의 과정에서 과연 위와 같은 균형상태가 적절히 고려되었는지는 의문이다. 특히 분쟁해결 수단에 관한 당사국 선택의 중요성을 강조했던 *SBT* 사건과 달리 이후의 *Chagos MPA* 사건이나 남중국해 중재판정에서는 강제적 관할권을 폭넓게 적용할 수 있도록 그 행사 범위를 넓혀주었다. 같은 관점에서 Stefan Talmon은 *Chagos MPA* 사건으로 인하여 총 세 관점에서 재판소의 관할권이 확장되었음을 주장하였다.³²⁴⁾ Talmon에 따르면 재판소는 우선 첫째, 재판소는 협약 제15부 1절의 선결요건을 간소화하는 것을 통해 관할권을 확장하였다. 둘째, 재판소는 협약 제288조상에 규정되어있는 ‘협약의 해석 또는 적용에 관한 분쟁’을 폭넓게 해석하여 강제적 물적 관할의 대상을 확장시켰다. 그리고 마지막으로 재판소는 제15부 3절에 규정되어있는 관할권의 예외를 제한적으로 해석 및 적용하여 관할권의 범위를 확장시켰다.

재판소에 의한 관할권 범위 확장은 비단 본 협약내로만 국한되지 않았다. *Chagos MPA* 사건에서 재판소는 협약 제297조 1항을 해석하면서 재판소의 관할권 범위를 협약의 범위를 넘어서까지 확장시키는 해석을 하였다. 당시 중재재판소는 협약 제297조 1항의 세 세부 항목들 모두가 범의 연원/적용법규에서 협약 자체를 뛰어넘는 요소(*renvoi*)를 포함하고 있으며, 협약 제297조 1항은 협약 범위를

324) Stefan Talmon, *supra* note 282, pp.927-951.: “The Chagos Marine Protected Area Arbitration: A Case Study of the Creeping Expansion of the Jurisdiction of UNCLOS Part XV Courts and Tribunal”, *Bonn Research Papers on Public International Law*, No. 9/2016, 2016, pp. 2-31.

넘어서서, 법규정의 위반을 포함하는 특정 분쟁에 까지 재판소의 관할권을 명확하게 확장시킨다고 판정하였다.³²⁵⁾ 특히 그러한 분쟁들은 단순히 협약의 해석 및 적용과 관련이 충분하지 못하다는 이유로 기각되지 않을 것이라고 하였는데, 반대로 협약 제297조 1항은 ‘연안국의 주권적 권리 또는 관할권 행사와 관련된 이 협약의 해석이나 적용에 관한 분쟁으로서...’를 명시하고 있다. 이처럼 충분한 관련성의 부재만으로 관할권 부정의 근거가 되지 않는다고 한 판단은 결과적으로 협약상 강제적 관할권의 과도한 확장을 초래하게 되었다.

협약 제281조를 해석함에 있어 과거 *SBT* 사건 중재재판소의 판단을 반박한 남중국해 사건 중재판정 또한 확장되고 있는 강제적 관할권 범위의 경향을 잘 보여주는 사례이다. 남중국해 사건 중재재판 당시 재판소는 제281조가 명시적인 배제표현을 요구한다고 해석하는 것이 포괄적인 협약으로서 UNCLOS의 대상 및 목적과 부합하는 것이라 판단하였다.³²⁶⁾ 이와 같은 결정은 협약상 강제적 관할권의 가용성과 범위를 확장시켜주는 것이었다.³²⁷⁾ 본 중재판정의 협약 제281조에 대한 해석의 결과 명백한 배제의사가 부재한 경우에는 협약상 절차가 적용되었기 때문에 특정한 분쟁이 재판소의 강제적 관할권의 적용 범위는 더욱 확장되었다고 평할 수 있을 것이다.

강제적 관할권에 대한 재판소의 확장된 인식은 각 사건에서 첨부된 반대 및 소수의견에서도 확인해볼 수 있다. *Chagos MPA* 사건 중재판정의 James Kateka 재판관과 Rüdiger Wolfrum 재판관은 반대의견을 첨부하며 본 재판의 다수의견으로 인해 재판소가 모리셔스로부터 차고스제도가 분리된 상황에 대한 문제를 다룰 수 있는 기회를 놓치게 되었다고 주장하였다.³²⁸⁾ 나아가 이들은 UNCLOS에는 협약 제15부상의 재판소가 탈 식민지화와 관련된 국제법 규칙들을 적용하는 것을 방지하지 않는다고 보았다.³²⁹⁾

325) *Chagos MPA case, Award*, para. 316.

326) *South China Sea case, Award on Jurisdiction and Admissibility*, para. 225.

327) Natalie Klein, *supra* note 9, p. 339.

328) Dissenting and Concurring Opinion of Judge James Kateka and Judge Rüdiger Wolfrum, para. 67.

두 재판관의 반대 및 보충의견은 다수의견이 재판소의 관할권을 제한적으로 해석하였다는 비판에 근거하여 제기되었다. 주목할 점은, 이들 두 재판관이 본 사건의 관정으로 인해 협약 제15부 재판소로 하여금 탈 식민지화와 관련된 사안을 다룰 수 있는 기회가 사라지게 되었다고 평가한 점이다. 이는 본 사안을 협약의 해석 또는 적용 문제로 성질규정을 시도하였던 모리셔스의 입장과는 일치하지 않는 것이었다. 이들 두 재판관은 모리셔스로부터 차고스제도가 분리된 상황과 관계된 분쟁이 어떻게 협약의 해석 또는 적용의 문제로서 인식될 수 있는가에 대하여는 침묵하였고, 대신 탈 식민지화와 관련된 규칙의 적용을 배제하는 지표가 협약에 존재하지 않는다는 점을 근거로 앞선 규칙이 제15부 재판소에 의해 적용될 수 있음을 주장하였다.

이처럼 지나치게 확장되고 있는 재판소 관할권의 범위는 협약 제15부에 내재된 균형상태에 상응하지 않을뿐더러 자칫 재판소에 의한 월권적 행위(*ultra vires*) 논란으로 이어질 수 있다. 실제로 남중국해 사건의 중재판정 이후 중국 내에서는 재판소에 의한 과도한 관할권 행사를 비판하는 의견이 제기되었다. 중국정부는 협약 제281조에 대한 중재재판소의 판단을 비판하며 필리핀에 의한 본 사건의 독단적인 회부는 협약의 당사국으로서 자신의 의지로 분쟁해결 수단을 선택할 중국의 권리를 저해하는 것이라 비판하였다.³²⁹⁾ ‘중국국제법학회(Chinese Society of International Law)’ 역시 중국정부와 같은 맥락에서 이번 판정이 협약의 대상과 목적에서 일탈하였고 협약의 단일성과 권위를 손상시켰음을 지적하였다.³³⁰⁾ 특히 당사국에 의하여 선택된 분쟁해결수단은 우위를 가지는 반면 협약의 강제적 절차는 보충적인

329) Dissenting and Concurring Opinion of Judge James Kateka and Judge Rüdiger Wolfrum, para. 70.

330) Statement of the Ministry of Foreign Affairs of the People’s Republic of China on the Award of 12 July 2016 of the Arbitral Tribunal in the South China Sea Arbitration Established at the Request of the Republic of the Philippines, 2016. 07. 12(출처: http://www.fmprc.gov.cn/nanhai/eng/snhwtlcwj_1/t1379492.htm).

331) Chinese Society of International Law, “The Tribunal’s Award in the “South China Sea Arbitration” initiated by the Philippines Is Null and Void”, *Chinese Journal of International Law*, Vol. 15(2), 2016. 06. 01, pp. 457-487, p. 458.

역할을 한다고 강조하였다.³³²⁾ 분쟁의 당사국은 분쟁 해결에 있어 완전한 지배자로 남게 된다고 주장하며, 결론적으로 본 사건 판정을 해양 관련 소송 남용의 수문을 연 “악의적인” 선례로 남게 되었다고 혹평하였다.³³³⁾

현재까지의 경향을 볼 때, 향후 협약 제15부 2절에 따라 회부된 사건에서 재판소가 자신에게 부여된 강제적 관할권을 더욱 확장적으로 행사할 가능성은 매우 높다고 판단된다. 앞서 살펴본 *Chagos MPA* 사건의 반대의견은 협약상 강제적 관할권의 범위를 극단적으로 광범위하게 인식한 것으로써, 협약의 해석 또는 적용의 분쟁으로 물적 대상을 한정된 협약에 상응하지 않은 것이었다. 하지만 동시에 이와 같은 인식은 강제적 관할권의 범위가 얼마나 확장될 수 있는지를 잘 보여주는 사례였다고 사료된다. 이미 언급하였지만 *Chagos MPA* 사건의 중재판정에서 위와 같은 견해가 단 한 표 차이로 인정되지 않았다는 점을 볼 때, 앞으로 강제적 관할권의 범위가 더욱 확장될 가능성은 부정할 수 없을 것이다.

이와 같은 접근은 많은 해양관련 조약에 포함되어 있는 동의에 기반한 분쟁해결 조항의 효력을 박탈하는 위험성을 안고 있으며, 동시에 더 많은 사건들이 협약상 강제적 절차에 의하여 해결되도록 허용하는 결과를 초래할 가능성이 있다.³³⁴⁾ *SBT* 사건 중재재판 당시 호주와 뉴질랜드의 법률고문이었던 Burmester는 협약 당사국들이 자신의 이해를 위하여 제15부를 회피하거나 간소화하도록 허용되어서는 아니 되며, 그와 같은 행위는 UNCLOS가 유지하는 신중하고 섬세한 평형상태를 위험에 빠트리는 것이라 주장한 바 있다.³³⁵⁾ 하지만 오직 재판소의 관할권 범위를 축소시키는 것만이 협약상 내재된 평형상태에 저해되는 것이라고 생각되지는 않는다. 오히려 재판소가 자신의 관할권을 과도하게 확장적으로 해석 및 적용하고, 나아가 협약의 범위

332) Chinese Society of International Law, *supra* note 331, p. 484, para. 80.

333) *Ibid.* p. 485, paras. 81-83.

334) Natalie Klein, *supra* note 9, p. 340.

335) *SBT* case, First Round Presentation of Australia and New Zealand, 2000. 05. 08., Henry Burmester, p. 61.

밖의 분쟁에 대하여도 관할권 행사 가능성의 여지를 둔 것 또한 이에 내재된 평형상태를 저해하는 결과를 초래할 수 있다.

강제적인 분쟁해결절차는 정치력이나 경제력, 군사력을 이용한 분쟁해결을 방지하고 평화적인 해결을 모색한다는 점에서 큰 장점을 가지지만, 동시에 강제적인 속성을 이용한 재판절차의 남용의 위험성 또한 상존한다. 상기한 바와 같이 향후 재판소가 적용할 관할권의 범위가 확장적일 가능성이 존재하는 상황이라면 이와 같은 속성을 이용한 당사국들의 국제재판으로의 분쟁 회부 시도는 더욱 활발해 질 것이다. 이처럼 상기한 변천에서 발견해볼 수 있는 확장적인 경향은 앞으로 발생할 협약과 직·간접적으로 관련된 분쟁에 대하여 사법적인 방식의 해결을 추구하는 것에 상당한 영향을 줄 것이다.

III. 재판소에 의한 강제적 관할권의 진화

최근 강제적 관할권조항 해석 및 적용의 변천이 특이점을 가지는 이유는 상기한 변천이 단순히 특정 조항에 대한 해석이나 적용방법의 변화에만 머무르고 있는 것이 아니라 동시에 강제적 관할권을 대하는 재판소의 인식과 태도의 변화 역시 동반하고 있기 때문이다. 변천의 과정에서 재판소에 의하여 제시된 해석과 판정은 결과적으로 분쟁 당사국 뿐 만 아니라 이후의 사건들에도 큰 영향을 끼치게 되었음을 앞서 확인하였다. 그렇다면 변천의 주체가 되었던 재판소의 변화된 태도와 역할은 앞으로 UNCLOS 및 해양법 체계에 어떠한 함의를 던져준다고 할 수 있는가? 여기에서는 재판소의 인식과 태도 변화에 대한 가치판단 대신 이것이 앞으로 미치게 될 함의에 초점을 맞추어 제시해보도록 하겠다.

해양법에서 강제적 분쟁해결절차가 논의되던 당시부터 지속적으로 부각되었던 것은 국가들이 선호하던 분쟁해결방식에 있어서 전통적

접근방식과 제3자에 의한 강제적인 해결방식 사이의 대립관계였다. 상호 대립되었던 양자는 흡사 Martti Koskenniemi가 제시한 국제법에서의 ‘ascending pattern’과 ‘descending pattern’의 개념에 상응될 수 있다. Koskenniemi는 국제적 질서와 의무를 논증하는 두 가지 방법으로 ‘ascending pattern(이하 ‘상향패턴’)’과 ‘descending pattern(이하 ‘하향패턴’)’을 제시하였다. 여기서 상향패턴이란, 국제적 규범과 질서를 실질적인 국가의 행위, 의지 그리고 이해에 근거하여 구성하려 시도하는 것을 의미한다.³³⁶⁾ 반대로 하향패턴은 국제적인 질서와 의무를 국제 공동체의 정의나 공동의 이해, 진보, 혹은 속성을 기반으로 설명하며 또한 이것이 국가의 행위나 의지 및 이해관계에 우월한 것으로서 인식하는 것을 의미한다. 따라서 국제적인 규범은 국가에 우선하며 또한 국가들의 행위가 어떻게 허용되는가를 실질적으로 좌우한다고 간주한다.³³⁷⁾ Koskenniemi의 관점을 바탕으로 본다면 전통적 분쟁해결방식의 주장은 국가들의 이해와 의사에 바탕을 둔 국제적 규범에 대한 상향패턴에 상응하는 것으로 간주할 수 있다. 반면 해양법체계의 보다 전체적인 역할과 기능에 바탕을 둔 강제적 절차의 주장은 하향패턴에 상응하는 것이다. 결국 국제법 질서와 규범에 대한 상향패턴과 하향패턴이 해양법상 분쟁해결방식의 논의 과정에서도 대립되었던 것으로 설명이 가능하다.

이처럼 서로 상반되었던 두 이해관계는 제3차 해양법회의의 결과 절충과 타협으로 봉합될 수 있었다. 전통적으로 국가들은 그 수단이 평화적인가의 여부와 무관하게 분쟁해결수단의 자유로운 선택을 주권에 기인한 특권으로 인식해 왔다.³³⁸⁾ 반면 UNCLOS에 강제적인 분쟁해결절차가 도입되었다는 사실은 법의 지배에 의한 분쟁 해결이라는

336) Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Cambridge University Press, 2005, p. 59.

337) *Ibid.*

338) Alain Pallet, “Peaceful Settlement of International Disputes”, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2013. 08, para. 3. (전자자료; <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e70?rskkey=3cZ8DG&result=4&prd=EPIL>)

새로운 경향이 반영되었기에 가능한 것이었다.³³⁹⁾ 물론 강제적 절차가 협약의 단일한 일체로서 도입되었다는 사실 자체만으로도 매우 놀라운 성과임에는 틀림이 없었다. 하지만 UNCLOS 체결을 전후한 당시까지만 하더라도 협약상 분쟁해결절차를 전통적 접근방식의 관점에서 인식하는 견해가 다소 지배적이었다. 일례로 Natalie Klein은 협약 제15부를 두고 국가들의 전통적인 분쟁해결방법이 여전히 우위에 있도록 성안되었다고 하며 협약의 결과에 대하여 평가하였고³⁴⁰⁾, Robin Churchill은 협약의 강제적 절차는 부차적인 중요성을 가진다고 평가하기도 하였다.³⁴¹⁾ 심지어 Shigeru Oda는 해양과 관련한 모든 분쟁이 (UNCLOS상) 강제적 절차에 구속되는 것이 아니기 때문에 UNCLOS는 1958년 제네바 협약과 크게 다르지 않다는 견해를 주장하기도 하였다.³⁴²⁾

주목할 점은 위와 같은 인식이 적어도 2000년 *SBT* 사건 중재재판과정까지 유지되었다는 점인데, 심지어 협약에 따라 관할권을 행사하는 재판소조차 앞선 인식을 바탕으로 한 판단을 내렸다. 당시 중재재판소는 협약에 규정된 분쟁해결절차가 진정으로 포괄적인 강제적 절차로서 인식되기에 결점이 존재한다고 하며 해당 사건에 대한 관할권을 부정하였다. 일반적으로 국제재판소는 회부된 분쟁에 대하여 자신의 관할권을 적극적으로 행사하고자 하는 태도를 보여주기 위해 당시 재판소의 판단은 더욱 특이성을 가지는 것이었다. 이처럼 분쟁해결에 있어 전통적인 인식은 협약이 체결된 당시나 해당 절차가 처음 적용된 2000년 까지도 강제적인 방식에 대한 우위를 점하고 있었다. 제2장에서 살펴보았듯 해양법 분야의 특성상 강제적인 분쟁해결절차의 필요성은 일찍이 제기되었지만, 오히려 *SBT* 사건의 재판소는 역설적이게도 국제재판소의 일반적인 경향과 다르게 전통적 접근방식에 바탕을 둔

339) Natalie Klein, *supra* note 5, p. 24.

340) *Ibid.*, p. 23.

341) Robin Churchill and Vaughan Lowe, *The Law of the Sea*, Manchester University Press, 3rd edition, 1999, p. 454.

342) Shigeru Oda, "Dispute Settlement Prospects in the Law of the Sea", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 44(4), 1995, pp. 863-872, p. 863.

인식을 근거로 관할권을 제한적으로 해석한 것이다.

강제적 절차에 대한 전통적 접근방식의 우위는 이후의 판례를 거치면서 점차 상반된 방향으로 변화하게 되었다. 가령 협약의 분쟁해결절차에서 강제적 분쟁 해결절차가 디폴트 규정임을 보여준다고 한 판정이나,³⁴³⁾ 강제적 절차가 전체 협약의 매우 핵심적인 부분이기에 이를 배제하고자 하는 의사가 명백히 표현되어야 한다고 한 판정³⁴⁴⁾ 등은 이전과는 달라진 태도를 잘 보여주는 사례였다. 바로 이 지점에서 최근의 변천이 그저 단순한 해석상의 변화에 그치는 것이 아니며, 오히려 일정한 경향성을 가지는 현상임을 확인해볼 수 있다.

이와 같은 경향에 따라 변천하고 있는 관할권조항의 해석 및 적용은 그렇다면 재판소에 의한 강제적 관할권 자체의 진화로 설명이 가능할 것으로 판단된다. 국제재판소에 의한 국제법 진화, 혹 발전은 그동안 이미 많은 학자들에 의하여 견지되어 온 만큼 생소한 개념은 아니다. 가령 Hersch Lauterpacht 경은 국제재판소들이 국제법의 규칙과 원칙들을 발전시키고 명확히 하는 것에 있어서 실질적인 기여를 하고 있음을 주장하였다.³⁴⁵⁾ Charles de Visscher는 국제법의 발전이 항구적이고 제도화된 재판소에 의한 사법적 분쟁해결이 가지는 필수적인 기능이라 하였다.³⁴⁶⁾

물론 국제재판소가 소위 입법과 같은, 새로운 법을 만드는 방식을 통해 국제법의 발전에 기여할 수는 없다. ICJ 또한 재판소가 담당하는 역할은 입법이 아닌 현존하거나 적용할 수 있는 법원칙 및 규칙들을 확인하는 일반적인 사법적 기능이라고 밝힌 바 있다.³⁴⁷⁾ 하지만 국제재판소는 이미 존재하는 법을 해석하고 적용하는 방식을 통해 국제법의 발전에 기여한다. 국제재판소의 해석은 일정한 권위를

343) *South China Sea case, Award on Jurisdiction and Admissibility*, para. 224.

344) *Ibid.*, para. 225.

345) Sir Hersch Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, Stevens & Sons, 1958, p. 5.

346) Charles de Visscher, translated by P. E. Corbertt, *Theory and Reality in Public International Law*, Princeton University Press, 1968, p. 390.

347) *Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, 1996, ICJ Reports 226, para. 18.

가지는데, 이에 구체적인 사례에서 제시된 권위 있는 해석은 국제재판소로 하여금 법 형성의 최종적인 책임을 부담하게끔 해주는 것이다.³⁴⁸⁾

이 같은 점은 UNCLOS와 협약에서 규정하고 있는 강제적 관할권에서도 다르지 않다. UNCLOS가 매우 안정적인 해양법체계를 형성하고 있음은 사실이지만, 그렇다고 하여 점진적인 진화와 발전 과정에 벗어날 수 있는 것은 아니다.³⁴⁹⁾ 같은 맥락에서, 제15부에 매우 섬세하게 구성된 강제적 분쟁해결절차 또한 진화와 발전과정에 종속되어야 한다고 볼 수 있다. 이에 따라 협약 제287조에 명시된 네 개의 재판소들은 관할권 관련 조항의 해석과 적용을 통해 재판소의 강제적 관할권을 점진적으로 발전시킨다고 볼 수 있는 것이다.

Rosalyn Higgins는 국제법을 끊임없는 권위적인 결정 과정으로 인식하였다. 국제법은 전체적인 의사결정 과정이며, 따라서 그저 ‘규칙’으로 불리는 과거 결정의 경향을 단순하게 참조하는 것이 아니라 하였다.³⁵⁰⁾ 만약 국제법이 후자와 같이 인식된다면, 국제법은 끊임없이 변하는 정치적 현실에 기여를 못하게 되거나 적절히 대응하지 못하게 될 것임을 주장하였다.³⁵¹⁾ 상기한 사건들에서 각 재판소들은 관할권 조항을 해석하는 과정에서 앞선 판례의 경향을 반박하고 변화시켜왔다. 이 같은 현상은 Higgins가 정의한 바와 같이 끊임없는 권위적인 결정 과정의 모습에 상응하는 것으로 볼 수 있다. 따라서 UNCLOS상 재판소들은 변화하는 국제법질서와 해양법 환경에 대응하기 위하여 협약의 강제적 관할권을 점진적으로 발전시키고 진화시키는 것으로 간주될 수 있을 것이다.

Rüdiger Wolfrum은 ITLOS 재판소장 재직 당시

348) Ingo Venzke, *How Interpretation Makes International Law*, Oxford University Press, 2012, p. 4.

349) Tullio Scovazzi, *The Evolution of International Law of the Sea: New Issues, New Challenges*, Martinus Nijhoff Publishers, 2001, pp. 122-123.

350) Rosalyn Higgins, “Policy Considerations and the International Judicial Process”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 17(1), 1968, pp. 58-84, p. 58.

351) Rosalyn Higgins, *Problems & Process: International Law and How We Use It*. Clarendon Press, 1994, p. 3.

해양경계획정문제와 관련된 영토의 경계획정 문제도 제287조상 재판소가 결정할 수 있음을 시사하며, 이와 같은 접근이 분쟁해결의 효과성 원칙에 부합하고 사법적 기능을 진실로 다할 수 있는 것이라 주장하였다.³⁵²⁾ Wolfrum 소장의 발언은 효과성의 원칙에 기인할 때, 강제적 관할권을 부여받은 재판소가 보다 적극적인 태도를 취해야 함을 강조한 것이라 볼 수 있다. 만약 Wolfrum 소장이 언급한 바와 같은 효과적인 분쟁해결의 가치가 앞선 사건들의 재판과정에서 강조되었다면, 이에 따른 강제적 관할권의 진화 역시 충분히 발생할 수 있었을 것이다. Higgins 또한 추구하고자 하는 가치나 달성하고자 하는 목표에 더욱 부합하는 해석이나 선택을 가능하게하기 위해서는 법을 과정으로 인식하는 것이 필요함을 이야기하였다.³⁵³⁾

상기한 변천을 재판소에 의하여 협약상 강제적 관할권이 진화라 간주한다면, 이 진화는 적어도 해양법 분야에서 만큼은 장차 국제분쟁의 사법적 해결을 촉진시키고 그 비중을 점차 확장시키는 함의가 있을 것이다. 국제법의 실효성을 증대시키고 법치주의를 강화하기 위한 방법 중의 하나는 국제적 분쟁의 사법적 해결을 촉진시키는 것이다. 하지만 분권적이고 다원적인 국제사회의 현실과 주권에 기인한 국가들의 태도나 의사는 앞선 과제가 난제임을 각인시켜준다.³⁵⁴⁾ 반면 UNCLOS 제15부 분쟁해결절차는 재판소에 의한 강제적 관할권의 진화를 통해 위와 같은 난제의 해결을 모색하고 있는 것으로 볼 수 있다. 협약의 강제적 분쟁해결절차는 1차적으로 협약을 둘러싼 분쟁의 평화로운 해결을 보장하고 나아가 협약의 단일성과 안정성을 유지하는 역할을 부여받은바, 위와 같은 진화는 곧 협약에 강제적 절차가 도입된

352) Statement by H.E. Judge Rüdiger Wolfrum, President of the International Tribunal for the Law of the Sea to the Informal Meeting of Legal Advisers of Ministries of Foreign Affairs, 2006. 10. 23., p. 6.

(출처:

https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/statements_of_president/wolfrum/legal_advisors_231006_eng.pdf).

353) Roalyn Higgins, *supra* note 351, p. 10.

354) 김부찬, 『국제법 특강 - 국제법의 쟁점 및 과제』, 보고사, 개정판, 2018, pp. 56-58.

의도에도 상응하는 것이다.

그렇다면 이 진화는 앞서 언급했던 UNCLOS상 분쟁해결절차의 자기완비적 체제화를 지향하고 있다고 볼 수 있는가? 흥미롭게도 재판소에 의한 최근의 진화는 단순히 강제적 관할권의 적용 범위를 확장시키는 방향으로만 진행되지는 않고 있다. 재판소들은 여전히 당사국 선택에 의한 협약 외 분쟁해결수단의 적용을 허용하는 가운데 사법적 분쟁해결의 촉진을 모색하고 있다. 다시 말하자면, 재판소에 의하여 강제적 관할권이 행사될 수 있는 범위는 확장되고 있지만, 여전히 비(非)자기완비적 체제의 특징은 꾸준히 유지되고 있는 것이다.

Cesare Romano는 앞으로 제7부속서상 중재재판소가 임시적인(*ad hoc*) 정의를 구현함에 따라 과거 판례와의 일관성은 결여될 것이며, 이는 국제평화의 유지에는 도움이 될 수 있지만 국제법질서를 보호하는 데에는 이롭지 않을 것이라 비판하였다.³⁵⁵⁾ 하지만 협약상의 분쟁을 평화적으로 해결하고, 분쟁의 악화를 방지하는 역할을 수행하는 것이 국제법질서의 보호에 주는 이점이 없다고는 판단되지 않는다. 더군다나 재판소는 단순히 강제적 관할권의 확장만을 모색하는 것이 아니라, 전통적 접근방식과의 관계 속에서 사법적 분쟁해결의 촉진을 모색하고 있다. 양자간의 섬세한 균형상태를 유지하는 것은 협약상 분쟁의 해결과 더불어 협약 제15부가 성안된 의도에 상응하는 것이기도 하다.

관할권 관련 조항 해석을 통한 강제적 관할권 행사 범위의 변화는 끊임없이 진화하는 협약의 산물이라 볼 수 있다.³⁵⁶⁾ 결국 이 모든 것은 분쟁해결에 있어 전통적 방식과 강제적 방식의 공존 가능성을 보여주는 UNCLOS만의 독특한 특징에 기인하는 것이기도 하다. 이처럼 내재된 균형상태라는 큰 틀 아래에서 분쟁의 사법적 해결을 모색하고 있는 최근의 진화는 분명 향후 해양법 분야에서 발생하는 분쟁과 그에 따른 사법적 해결 방안 모색에 상당한 함의를 줄 것이라 판단된다.

355) Cesare Romano, *supra* note 292, p. 334.

356) Natalie Klein, *supra* note 9, p. 362.

제 5 장 결 론

본 논문은 최근 UNCLOS 제15부 2절상 강제적 분쟁해결절차에 회부된 사건들에서 발생하고 있는 재판소에 의한 관할권 조항 해석 및 적용의 변천을 주된 연구 대상으로 삼았다. 이에 UNCLOS에 강제적 분쟁해결절차를 도입하게 된 필요성과 그 특징은 무엇인지, 각 사건에서 변천은 어떠한 양상을 보이며 발생했는지, 나아가 최근의 변천에 대하여 내려 볼 수 있는 평가와 이것이 가지는 국제법상 함의는 무엇인지를 탐구하며 논지를 전개하였다.

제2장에서는 먼저 협약상 강제적 분쟁해결절차에 대하여 살펴보았다. 해양법 분야에서는 이 분야의 특성상 강제적인 분쟁해결절차의 필요성이 일찍부터 제기되어 왔었다. 그러나 그의 필요성과 다르게 강제적인 분쟁해결절차는 전통적으로 국가들이 선호하는 방식과의 대립으로 인해 완전한 강제적인 절차 대신 전통적인 접근방식과 절충되며 UNCLOS 제15부로 도입될 수 있었다. 협약의 강제적 절차는 적용을 위한 선결요건과 제한 및 예외규정과 함께 구성되었는데, 이는 협약 제15부가 가지는 절충적 특징을 잘 보여주는 구조였다. 하지만 성안 당시에 제기되었던 다양한 이해관계를 봉합하는 과정에서 이들 부분에서는 많은 해석상의 불명확성이 남겨졌다. 협약 제15부의 이와 같은 특징은 이어진 사건들에서 관할권 판단 과정의 핵심적인 쟁점으로 다뤄졌고, 결국 선결요건과 관할권 제한 및 예외의 조항들에서 재판소에 의한 변천이 집중적으로 발생하게 된 배경이 되었다.

제3장에서는 상기 변천을 뚜렷하게 확인할 수 있는 세 판례인 남방참다랑어 중재재판, 차고스 해양보호구역 중재재판, 그리고 남중국해 중재재판을 분석하였다. 각 사건들에서 내려진 관할권 판단 과정을 일련의 흐름 속에서 분석하면서 재판소에 의한 변천의 양상을 조금 더 전체적인 관점에서 파악해보았다. 특히 최근의 변천이 선결요건

조항들과 제한 및 예외 조항들에서 집중적으로 발생하고 있는바, 각 분쟁 당사국과 재판소가 이들 조항들에 대하여 견지한 인식과 관점의 변화 또한 확인해볼 수 있었다.

제4장에서는 위와 같은 최근의 변천에 대한 평가를 내려 본 후 이 현상의 국제법상 함의를 제시해보았다. 먼저 재판소에 의한 변천의 평가를 위해서 *Legality of Use of Force* 사건에서 제시된 일관성, 확실성, 그리고 이후 사건으로의 영향이라는 기준을 적용하였다. 그 결과 상기 세 판례를 거치면서 발생한 변천은 해석의 일관성을 보장해주지 못하였으며, 확실성의 원칙에 상응하지 않은 관할권 판정을 하였고, 나아가 이후의 사건들에 부정적인 영향을 주게 되었다고 평가할 수 있었다.

한편 국제해양법체계에서 UNCLOS가 가지는 위상이나, 이 협약의 강제적 분쟁해결절차가 가지는 역할을 감안할 때 최근의 변천이 가지는 함의 또한 결코 작지 않았다. 영토주권문제에 대하여 제시해준 자의적인 판단기준은 앞으로 혼합분쟁과 같은 유형의 분쟁이 협약 제15부에 더욱 더 활발히 제시되도록 작용할 것으로 예상된다. 또한 확장적인 최근 변천의 양상은 협약 제15부에 내재된 섬세한 균형상태에 상응한 것이 아니었으며, 이는 앞으로 재판소에 의한 월권적 행위의 우려로 이어질 것으로 판단해보았다. 마지막으로 일정한 경향성을 보이며 변화하고 있는 최근의 변천은 재판소에 의한 강제적 관할권 자체의 진화로서 설명이 가능할 것으로 판단해보았다. 관할권의 범위를 확장시키려고 하는 일반적인 국제재판소들과 달리 절충적인 구조 속에서 사법적 분쟁해결을 촉진해나가는 상기한 진화는 UNCLOS가 가지는 독특한 특징을 잘 반영하는 것이며, 이에 앞으로 해양법 관련 분쟁의 사법적 해결에 상당한 함의를 줄 것으로 예상된다.

새로운 해양법협약에 강제적인 절차를 도입하는 것은 그 필요성의 크기만큼이나 복잡하고 난해한 과제였다. 이에 결국 전통적인 분쟁해결방식과의 타협을 거친 후에야 UNCLOS에 절충적으로 강제적인 절차가 도입될 수 있었다. 물론 그 과정 속에서 필연적으로 사용된

모호한 용어로 해석상의 어려움을 주게 되었지만, 오히려 강제적인 절차가 협약의 단일한 일체로서 도입되었다는 것은 더욱 큰 성과라 할 수 있었다. 상기했듯 해석상 불명확성의 해결은 이들 조항을 해석하고 적용할 이후 사건의 재판소들에게 남겨지게 되었고, 이들 재판소에게는 협약 제15부에 내재된 섬세한 균형상태에 따라 상기한 두 방식 사이의 균형을 유지해나갈 역할이 부여되었다.

하지만 최근의 사례에서 발생하였던 재판소에 의한 변천은 오히려 재판소 관할권 범위의 과도한 확장에 관한 우려를 자아내기에 충분하였다. 재판소에 의한 이상의 변천은 향후 전체 해양법협약 체제의 안정성을 위협할 수 있는 매우 민감한 문제라 할 수 있다. 협약의 제15부가 성안 당시에 모호한 문언으로 절충되고 구성된 바, 앞으로도 관할권 관련 조항 해석의 최종적인 책임은 이를 실질적으로 적용할 재판소에게 부여될 것이다. 그러한 상황에서, 재판소가 협약 제15부에 내재된 균형상태를 저해하지 않기 위해서는 무엇보다 확실성의 원칙에 상응한 해석과 적용이 우선적으로 달성되어야 할 것이다. 확실성의 부재가 현존하는 해양법체계의 현상유지(*status quo*)에 미칠 수 있는 위협성은 이미 앞서 확인한 바 있다. 만약 특정한 문언의 의미가 확실한 법적 근거에 의하여 규명되고, 판단 과정에서의 불확실성이 제거된다면 그 자체만으로도 재판소의 재량이 과도하게 개입될 여지를 막아 내재된 균형상태를 저해하지 않을 수 있을 것으로 사료된다.

UNCLOS는 분쟁해결을 위한 강제적 사법제도를 규정하고 있는 거의 유일한 지구적 조약이다. 본 협약은 매우 광범위한 해양 쟁점들을 규율하고 있는바, 이는 곧 해양과 관련한 다양한 쟁점들에서 강제적인 분쟁해결절차가 적용될 수 있음을 의미한다. 그렇기에 재판소에 의한 관할권 조항 해석 및 적용의 변천은 협약의 당사국들은 물론 이 협약 전반에 걸쳐 매우 민감한 사안이다. 협약 제15부에 규정된 강제적 절차는 협약과 발생한 분쟁의 평화적인 해결을 도모하고, 동시에 협약 해석의 일관성을 보장하는 중대한 역할을 부여받았다. 따라서 예측가능성을 저해하고 불확실성을 증폭시키는 것은 성안자들의 의사에

상응하지 않는 것이라 할 수 있다. 이처럼 현재와 같은 변천의 경향이 지속된다면, 적어도 그 변천 자체만은 앞으로 UNCLOS 체제의 안정성과 이의 분쟁해결과정에 부정적으로 작용할 것임이 자명하다 할 수 있을 것이다.

참 고 문 헌

1. 국내 문헌

I. 단행본

- 김대순, 『국제법론』 제19판 (삼영사, 2017).
- 김부찬, 『국제법 특강 - 국제법의 쟁점 및 과제』 재경판, (보고사, 2018).
- 김현수, 『해양법총론』 (청목출판사, 2010).
- 김현수, 『現代 國際海洋法』 제7전정판, (도서출판 두남, 2013).
- 박찬호 외, 『국제해양법』 제3판 (와이북스, 2016).
- 장학봉 외, 『남중국해 해양영토 분쟁과 대응전략 연구』, (한국해양수산개발원, 2010).
- 정인섭, 『신국제법강의』 제8판 (박영사, 2018).
- 정인섭, 『조약법강의』 (박영사, 2016).
- 최종화, 『現代國際海洋法』 제7판 (두남, 2013).

II. 논문

- 구자선, “남중국해 인공섬 관련 갈등 분석”, 『주요국제문서분석』, 국립외교원 외교안보 연구소 (2015).

- 김원희, “남중국해 중재사건의 관할권 판정-유엔해양법협약 제15부 분쟁해결 제도의 남용인가 진화인가?”, 『서울국제법연구』, 제23권 1호 (2016).
- 김원희, “남중국해 해양분쟁 관련 ‘국제법 전쟁(Lawfare)’의 성과와 과제 - 남중국해 중재사건 본안판정의 국제법적 검토와 한국에 대한 함의”, 『국제법학회논총』, 제61권 4호 (2016).
- 심인혜, “발전적 해석 시 당사국 공동의 의도-그 역할 및 추정된 의도의 문제점”, 『서울국제법연구』, 제22권 1호 (2015).
- 이기범, “‘UN해양법협약의 해석 또는 적용’ 개념에 관한 소고-UN해양법협약 제288조 1항에 관한 논의를 중심으로”, 『국제법학회논총』 제60권 3호 (2015).
- 이기범, “유엔해양법협약 제7부속서 중재재판소의 관할권 문제에 관한 소고-필리핀과 중국 간 남중국해 분쟁에 대한 중재결정을 중심으로”, 『영토해양연구』, 제13권 (2017).
- 이석용, “유엔해양법협약상 분쟁해결제도- 국제해양법재판소를 중심으로”, 『국제법학회논총』, 제49권 제3호 (2004).
- 이석용, “유엔해양법협약 분쟁해결 강제절차와 관련 실행에 관한 고찰”, 『국제법학회논총』, 제62권 2호 (2017).
- 이창열, “유엔해양법협약에서 영토분쟁에 대한 관할권 행사 가능성 분석”, 『국제법학회논총』, 제60권 2호 (2015).
- 이창열, “유엔해양법협약상 영해에서의 연안국 행위에 대한 재판관할권”, 『국제법학회논총』, 제60권 4호 (2015).
- 이창위, “해양분쟁의 전개 및 평화적 해결제도의 정착”, 『국제법학회논총』, 제48권 3호 (2003).
- 정진석, “국제해양법재판소의 관할권”, 『국제법학회논총』, 제50권 2호 (2005).

2. 국외 문헌

I. 단행본

- Bjorge, Eirik, *The Evolutionary Interpretation of Treaties* (Oxford University Press, 2012).
- Churchill, Robin, and Lowe, Vaughan, *The Law of the Sea*, 3rd edition, (Manchester University Press, 1999).
- Cheng, Bin, *General principles of law as applied by international courts and tribunals*, (Cambridge University Press, 2006).
- de Visscher, Charles, translated by Corbett, P. E., *Theory and Reality in Public International Law* (Princeton University Press, 1968).
- Dörr, Oliver, *et al.*, *Vienna convention on the law of treaties: a commentary* (Springer, 2012).
- Higgins, Roalyn, *Problems & Process: International Law and How We Use It* (Clarendon Press, 1994).
- Klein, Natalie, *Dispute Settlement in the Law of the Sea* (Cambridge University Press, 2005).
- Koskenniemi, Martti, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, (Cambridge University Press, 2005).
- Lowe, A.V. and Talmon, S.A.G., *Basic Documents on the Law of the Sea, The Legal Order of the Oceans* (Hart Publishing, 2009).
- Nordquist, Myron H., *United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982: A Commentary*, Vol. V (Martinus Nijhoff Publishers, 1989).

- O. Adede, Andronico, *The System for Settlement of Disputes Under the United Nations Convention on the Law of the Sea: a drafting history and a commentary* (Martinus Nijhoff Publishers, 1987).
- O'Connell, D. P., *The International Law of the Sea* Vol. I (Oxford University Press, 1982).
- R. Rothwell, Donald, and Stephens, Tim, *The International Law of the Sea* (Hart Publishing, 2010).
- Scovazzi, Tullio, *The Evolution of International Law of the Sea: New Issues, New Challenges* (Martinus Nijhoff Publishers, 2001).
- Sir Lauterpacht, Hersch, *The Development of International Law by the International Court* (Stevens & Sons, 1958).
- Sir Lauterpacht, Hersch, *The Function of Law in the International Community* (Oxford University Press, 2011).
- Suk Kyoon Kim, *Maritime Disputes in Northeast Asia, Regional Challenges and Cooperation* (Brill Nijhoff, 2017).
- Tanaka, Yoshifumi, *The International Law of the Sea*, 2nd edition (Cambridge University Press, 2015).
- V. Karaman, Igor, *Dispute Resolution in the Law of the Sea* (Martinus Nijhoff Publishers, 2012).
- Venzke, Ingo, *How Interpretation Makes International Law* (Oxford University Press, 2012).
- Vidas, Davor, *Law, Technology and Science for oceans in globalisation: IUU Fishing, Oil Pollution, Bioprospecting, Outer Continental Shelf* (Martinus Nijhoff, 2010).

II. 논문

- Allen, Stephen, “Article 297 of the United Nations Convention on the Law of the Sea and the Scope of Mandatory Jurisdiction”, *Ocean Development & International Law*, Vol. 48(3-4) (2017).
- Ambrus, Mónika and Wessel, Ramses A., “Between Pragmatism and Predictability: Temporariness in International Law”, *Netherlands Yearbook of International Law* Vol. 45 (2014).
- Boisson de Chazournes, Laurence, “Plurality in the Fabric of International Courts and Tribunals: The Treads of a Managerial Approach”, *The European Journal of International Law*, Vol. 28(1) (2017).
- Boyle, Alan, “Dispute Settlement and the Law of the Sea Convention: Problems of Fragmentation and Jurisdiction”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 46(1) (1997).
- Boyle, Alan, “Problems of Compulsory Jurisdiction and the Settlement of Disputes Relating to Straddling Fish Stocks”, *The International Journal of Marine and Coastal Law*, Vol. 14(1) (1999).
- Boyle, Alan, “The Southern Bluefin Tuna Arbitration”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 50(2) (2001).
- Buga, Irina, “Territorial Sovereignty Issues in Maritime Disputes: A Jurisdictional Dilemma for Law of the Sea Tribunals”, *The International Journal of Marine and Coastal Law*, Vol. 27(1) (2012).
- Chinese Society of International Law, “The Tribunal’s Award in the “South China Sea Arbitration” initiated by the Philippines Is Null and Void”, *Chinese Journal of International Law*, Vol. 15(2) (2016).

- Churchill, Robin, “The General Dispute Settlement System of the UN Convention on the Law of the Sea: Overview, Context, and Use”, *Ocean Development and International Law*, Vol. 48(3-4) (2017).
- Colson, David A. and Hoyle, Peggy, “Satisfying the Procedural Prerequisites to the Compulsory Dispute Settlement Mechanisms of the 1982 Law of the Sea Convention: Did the Southern Bluefin Tuna Tribunal Get It Right?,” *Ocean Development and International Law*, Vol. 34(1) (2003).
- Freestone, David, “The Law of the Sea Convention at 30: Successes, Challenges and New Agendas”, *The International Journal of Marine and Coastal Law*, Vol. 27(4) (2012).
- G. Volterrap, Robert, *et. al.*, “Ukraine/Russian Federation”, *The International Journal of Marine and Coastal Law*, Vol. 33 (2018).
- Gao, Jianjun, “The Obligation to Negotiate in the Philippines v. China Case: A Critique of the Award on Jurisdiction”, *Ocean Development & International Law*, Vol. 47(3) (2016).
- Harrison, James, “Evolution of the Law of the Sea: Developments in Law-Making in the Wake of the 1982 Law of the Sea Convention”, (School of Law, University of Edinburgh, 2007).
- Harrison, James, “Defining Disputes and Characterizing Claims: Subject-Matter Jurisdiction in Law of the Sea Convention Litigation”, *Ocean Development & International Law*, Vol. 48(3-4) (2017).
- Higgins, Rosalyn, “Policy Considerations and the International Judicial Process”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 17(1) (1968).

- Jia, Bing Bing, “The Curious Case of Article 281: A “Super” Provision within UNCLOS?”, *Ocean Development & International Law*, Vol. 46(4) (2015).
- Kassoti, Eva, “Fragmentation and Inter-Judicial Dialogue: The CJEU and the ICJ at the Interface”, *European Journal of Legal Studies*, Vol. 8(2), (2015).
- Klein, Natalie, “The Vicissitudes of Dispute Settlement under the Law of the Sea Convention”, *The International Journal of Marine and Coastal Law*, Vol. 32 (2017).
- Kwiatkowsk, Barbara, “The Southern Bluefin Tuna Arbitral Tribunal Did Get It Right: A Commentary and Reply to the Article by David A. Colson and Dr. Peggy Hoyle”, *Ocean Development and International Law*, Vol. 34(3-4) (2003).
- Lowe, Vaughan, “What is Worth the Effort?”, *The International Journal of Maritime and Coastal Law*, Vol. 27 (2012).
- Ngoc Nguyen, Lan, “The Chagos Marine Protected Area Arbitration: Has the Scope of LOSC Compulsory Jurisdiction Been Clarified?”, *The International Journal of Marine and Coastal Law*, Vol. 31(1) (2016).
- Oda, Shigeru, “Dispute Settlement Prospects in the Law of the Sea”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 44(4) (1995).
- Oellers-Frahm, Karin, “Multiplication of International Courts and Tribunals and Conflicting Jurisdiction-Problems and Possible Solutions”, *Max Plank Yearbook of United Nations Online*, Vol. 5(1) (2001).
- Parlett, Kate, “Beyond the Four Corners of the Convention: Expanding the Scope of Jurisdiction of Law of the Sea Tribunals”, *Ocean Development & International Law*, Vol. 48(3-4) (2017).

- Qu, Wensheng, “The Issue of Jurisdiction Over Mixed Disputes in the Chagos Marine Protection Area Arbitration and Beyond”, *Ocean Development & International Law*, Vol. 47(1) (2016).
- Romano, Cesare, “The Southern Bluefin Tuna Dispute: Hints of a World to Come...Like it or Not.”, *Ocean Development & International Law*, Vol. 32(4) (2001).
- Talmon, Stefan, “The Chagos Marine Protected Area Arbitration: Expansion of the Jurisdiction of UNCLOS Part XV Courts and Tribunals”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 65(4) (2016).
- Talmon, Stefan, “The Chagos Marine Protected Area Arbitration: A Case Study of the Creeping Expansion of the Jurisdiction of UNCLOS Part XV Courts and Tribunal”, *Bonn Research Papers on Public International Law*, No. 9/2016 (2016).
- Treves, Tullio, “The Development of the Law of the Sea since the Adoption of the UN Convention on the Law of the Sea: Achievements and Challenges for the Future”, Vidas, Davor, *Law, Technology and Science for Oceans in Globalisation- IUU Fishing, Oil Pollution, Bioprospecting, Outer Continental Shelf* (Brill Nijhoff, 2010).
- Zou, Keyuan and Ye, Qiang, “Interpretation and Application of Article 298 of the Law of the Sea Convention in Recent Annex VII Arbitrations: An Appraisal”, *Ocean Development & International Law*, Vol. 48(3-4) (2017).

3. 판례 자료

I. 남방참다랑어 사건 중재재판

- *Southern Bluefin Tuna (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan), Provisional Measures, Order of 27 August 1999, ITLOS Reports 1999.*
- Statement of Claim of Australia and New Zealand, 1999. 07. 15.
- First Round Presentation of Australia and New Zealand, 2000. 05. 08.
- Reply on Jurisdiction of Australia and New Zealand, 2000. 03. 31.
- Second Round Presentation of Australia and New Zealand, 2000. 05. 11.
- Answer by Australia and New Zealand.
- Response and Counter Request for Provisional Measures Submitted by Japan, 1999. 08. 06.
- Memorial on Jurisdiction of Japan, 2000. 02. 11.
- First Round Presentation of Japan, 2000. 05. 07.
- *Southern Bluefin Tuna (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan), Award on Jurisdiction and Admissibility, Arbitral Tribunal, 2000. 08. 04.*
- Separate Opinion of Justice Sir Kenneth Keith.

II. 차고스 해양보호구역 사건 중재재판

- Republic of Mauritius, Notice of Arbitration, 2010. 12. 20.
- Memorial of the Republic of Mauritius, 2012. 08. 01.
- Reply of Mauritius, 2013. 11. 18.
- Preliminary Objections to Jurisdiction submitted by UK, 2012. 10. 31.
- Counter Memorial of UK, 2013. 07. 15.
- Rejoinder of UK, 2014. 03. 17.
- Hearing on Jurisdiction and the Merits, Vol. 4, 2014. 04. 25.
- Hearing on Jurisdiction and the Merits, Vol. 6, 2014. 05. 01.
- *Award of the Arbitral Tribunal in the Matter of the Chagos Marine Protected Area Arbitration between Mauritius and United Kingdom, 2015. 03. 18*
- Dissenting and Concurring Opinion of Judge James Kateka and Judge Rüdiger Wolfrum.

III. 남중국해 사건 중재재판

- Memorial of the Philippines, Volume I , 2014. 03. 30.
- Supplemental Written Submission Volume I , 2015. 03. 16.
- Hearing on Jurisdiction and Admissibility, Day 2, 2015. 07. 08.
- *Award on Jurisdiction and Admissibility of the Arbitral Tribunal in the Matter of the South China Sea Arbitration between the Republic of the Philippines and the People's Republic of China, 2015. 10. 29.*

- *Award of the Arbitral Tribunal in the Matter of the South China Sea Arbitration between the Republic of the Philippines and the People's Republic of China, Merits*, 2016. 07. 12.

IV. 기타 판례

- *Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, 1996, *ICJ Reports* 226.
- *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2004*, Joint Declaration of Vice-President Ranjeva, Judges Guillaume, Higgins, Kooijmans, Al-Khasawneh, Buergenthal and Elaraby.
- *M/V "Louisa" (Saint Vincent and the Grenadines v. Kingdom of Spain), Judgment, ITLOS Reports 2013, p. 4*, Declaration of Judge Paik.

4. UN 자료

I. 제1차 해양법회의 자료

- UN Doc. A/CONF.13/38, United Nations Conference on the Law of the Sea, Official Records, Vol. II, Plenary Meetings, 1958.

- UN Doc. A/CONF.13/38, United Nations Conference on the Law of the Sea, Official Records, Vol. II, Plenary Meetings, 1958, Annex I, document A/CONF.13/BUR/L.3.
- UN Doc. A/CONF.13/41, United Nations Conference on the Law of the Sea, Official Records, Vol. V, Third Committee(High Seas: Fishing: Conservation of Living Resources), 1958.
- UN Doc. A/CONF.13/C.3/L.67, United Nations Conference on the Law of the Sea, Official Records, Greece and United States of America: Proposal, 1958.
- UN Doc. A/CONF.13/42, United Nations Conference on the Law of the Sea, Official Records, Vol. VI, Fourth Committee(Continental Shelf), 1958.

II. 제3차 해양법 회의 자료

- UN Doc. A/CONF.62/SR.51, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Official Records*, Vol. I, 51st Meeting, Introduction of document A/CONF.62/L.7.(United Nations Publication, 1975).
- UN Doc. A/CONF.62/L.7, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Official Records*, Vol. III (United Nations Publication, 1975).
- UN Doc. A/CONF.62/WP.9, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Official Records*, Vol. V, Informal single negotiating text (United Nations Publication, 1976).

- UN Doc. A/CONF.62/WP.9/ADD.1, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Official Records*, Vol. V, Memorandum by the President of the Conference on document A/CONF.62/WP.9 (United Nations Publication, 1976).
- UN Doc. A/CONF.62/WP.9/REV.1, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Official Records*, Vol. V, Informal single negotiating text (United Nations Publication, 1976).
- UN Doc. A/CONF.62/SR.65, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Official Records*, Vol. V, 65th meeting (United Nations Publication, 1976).
- UN Doc. A/CONF.62/WP.9/REV.2, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Official Records*, Vol. VI, Revised single negotiating text (United Nations Publication, 1977).
- UN Doc. A/CONF.62/WP.9/REV.2, Revised single negotiating text.
- UN Doc. A/CONF.62/WP.10, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Official Records*, Vol. VIII, Informal composite negotiating text (United Nations Publication, 1978).
- UN Doc. A/CONF.62/WP.10/Add.1, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Official Records*, Vol. VIII, pp. 65-70, Memorandum by the President of the Conference on document A/CONF.62/WP.10 (United Nations Publication, 1978).

III. ILC 자료

- Yearbook of the International Law Commission, 1956, Vol. II.

- Report of the ILC Study Group on Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, A/CN.4/L.644 (2003. 07. 18.).
- Report of the ILC Study Group on Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, A/CN.4/L.682 (2006. 04. 13.).

IV. 기타 자료

- GA Resolution, A/RES/2750(X X V) C (1970. 12. 17.).
- GA Resolution, A/RES/71/292, “Request for and advisory opinion of the International Court of Justice on the legal consequences of the sepeparation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965” (2017. 06. 22.).
- United Nations Security Council, Report of the Secretary-General, S/2004/616, “The Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-Conflict Societies.”.
- United Nations Treaty Collection, <https://treaties.un.org/>.
- Remarks by Tommy T. B. Koh, of Singapore, President of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/koh_english.pdf.
- UN Codification Division Publications, Diplomatic Conferences, “Third United Nations Conference on the Law of the Sea”, http://legal.un.org/diplomaticconferences/1973_los/.

- Note Verbale from the Permanent Mission of the People's Republic of China to the United Nations to the Secretary-General of the United Nations, No. CML/17/2009 (2009. 05. 07.),
http://www.un.org/depts/los/clcs_new/submissions_files/mysvnm33_09/chn_2009re_mys_vnm_e.pdf.

4. 기타 문헌

- 대한민국 외교부, “독도”, <http://dokdo.mofa.go.kr/kor/index.jsp>.
- Position Paper of the Government of the People's Republic of China on the Matter of Jurisdiction in the South China Sea Arbitration Initiated by the Republic of the Philippines (2014. 12. 07.).
- Statement of the Ministry of Foreign Affairs of the People's Republic of China on the Award of 12 July 2016 of the Arbitral Tribunal in the South China Sea Arbitration Established at the Request of the Republic of the Philippines (2016. 07. 12.),
http://www.fmprc.gov.cn/nanhai/eng/snhwtlcwj_1/t1379492.htm.
- Statement of the Ministry of Foreign Affairs of Ukraine on the Initiation of Arbitration against the Russian Federation under the United Nations Convention on the Law of the Sea (2016. 09. 15),
<http://mfa.gov.ua/en/press-center/comments/6313-statement-of-the-ministry-of-foreignaffairs-of-ukraine-on-the-initiation-of-arbitration-against-the-russian-federation-underthe-united-nations-convention-on-the-law-of-the-sea>.
- Ministry of Foreign Affairs of Japan, “Takeshima”,
”(<http://www.mofa.go.jp/region/asia-paci/takeshima/index.html>).

- Statement by H.E. Judge Rüdiger Wolfrum, President of the International Tribunal for the Law of the Sea to the Informal Meeting of Legal Advisers of Ministries of Foreign Affairs (2006. 10. 23.),
https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/statements_of_president/wolfrum/legal_advisors_231006_eng.pdf.
- Alain Pallet, “Peaceful Settlement of International Disputes”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2013. 08.), 전자자료,
<http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e70?rskey=3cZ8DG&result=4&prd=EPIL>.

<부록1>

UNCLOS 제15부 전문

제15부
분쟁의 해결

제1절
총 칙

제279조

평화적 수단에 의한 분쟁해결의무

당사국은 이 협약의 해석이나 적용에 관한 당사국간의 모든 분쟁을 국제연합헌장 제2조 제3항의 규정에 따라 평화적 수단에 의하여 해결하여야 하고, 이를 위하여 헌장 제33조 제1항에 제시된 수단에 의한 해결을 추구한다.

제280조

당사자가 선택한 평화적 수단에 의한 분쟁해결

이 부의 어떠한 규정도 당사국이 언제라도 이 협약의 해석이나 적용에 관한 당사국간의 분쟁을 스스로 선택하는 평화적 수단에 의하여 해결하기로 합의할 수 있는 권리를 침해하지 아니한다.

제281조

당사자간 합의가 이루어지지 아니한 경우의 절차

1. 이 협약의 해석이나 적용에 관한 분쟁의 당사자인 당사국이 스스로 선택한 평화적 수단에 의한 분쟁해결을 추구하기로 합의한 경우, 이 부에 규정된 절차는 그 수단에 의하여 해결이 이루어지지 아니하고 당사자간의 합의로 그 밖의 다른 절차를 배제하지 아니하는 경우에만 적용된다.
2. 당사자가 기한을 두기로 합의한 경우, 제1항은 그 기한이 만료한 때에 한하여 적용한다.

제282조

일반협정·지역협정·양자협정상 의무

이 협약의 해석이나 적용에 관한 분쟁의 당사자인 당사국들이 일반협정·지역협정·양자협정을 통하여 또는 다른 방법으로 어느 한 분쟁당사자의 요청에 따라 구속력있는 결정을 초래하는 절차에 그 분쟁을 회부하기로 합의한 경우, 그 분쟁당사자가 달리 합의하지 아니하는 한, 이 부에 규정된 절차 대신 그 절차가 적용된다.

제283조

의견교환의무

1. 이 협약의 해석이나 적용에 관하여 당사국간 분쟁이 일어나는 경우, 분쟁당사자는 교섭이나 그 밖의 평화적 수단에 의한 분쟁의 해결에 관한 의견을 신속히 교환한다.
2. 당사자는 이러한 분쟁의 해결절차에 의하여 해결에 도달하지 못하였거나 또는 해결에 도달하였으나 해결의 이행방식에 관한 협의를 필요로 하는 상황인 경우, 의견을 신속히 교환한다.

제284조

조 정

1. 이 협약의 해석이나 적용에 관한 분쟁당사자인 당사국은 제5부속서 제1절에 규정된 절차나 그 밖의 조정절차에 따라 다른 당사자에게 그 분쟁을 조정에 회부하도록 요청할 수 있다.
2. 이러한 요청이 수락되고 당사자가 적용할 조정절차에 합의한 경우, 어느 당사자라도 그 분쟁을 조정절차에 회부할 수 있다.
3. 이러한 요청이 수락되지 아니하거나 당사자가 조정절차에 합의하지 아니하는 경우, 조정이 종료된 것으로 본다.
4. 당사자가 달리 합의하지 아니하는 한, 분쟁이 조정에 회부된 때에는 조정은 합의된 조정절차에 따라서만 종료될 수 있다.

제285조

제11부에 따라 회부된 분쟁에 대한 이 절의 적용

이 절은 제11부 제5절에 의거하여 이 부에 규정된 절차에 따라 해결하는

모든 분쟁에 적용한다. 국가가 아닌 주체가 이러한 분쟁의 당사자인 경우에도 이 절을 준용한다.

제2절

구속력있는 결정을 수반하는 강제절차

제286조

이 절에 따른 절차의 적용

이 협약의 해석이나 적용에 관한 분쟁이 제1절에 따른 방법으로 해결이 이루어지지 아니하는 경우, 제3절에 따를 것을 조건으로, 어느 한 분쟁당사자의 요청이 있으면 이 절에 의하여 관할권을 가지는 재판소에 회부된다.

제287조

절차의 선택

- 어떠한 국가도 이 협약의 서명, 비준, 가입시 또는 그 이후 언제라도, 서면 선언에 의하여 이 협약의 해석이나 적용에 관한 분쟁의 해결을 위하여 다음 수단중의 어느 하나 또는 그 이상을 자유롭게 선택할 수 있다.
 - 제6부속서에 따라 설립된 국제해양법재판소
 - 국제사법재판소
 - 제7부속서에 따라 구성된 중재재판소
 - 제8부속서에 규정된 하나 또는 그 이상의 종류의 분쟁해결을 위하여 그 부속서에 따라 구성된 특별중재재판소
- 제1항에 따라 행한 선언은 제11부 제5절에 규정된 범위와 방식에 따라 국제해양법재판소 해저분쟁재판부의 관할권을 수락하여야 하는 당사국의 의무에 영향을 미치지 아니하거나 또는 이로부터 영향을 받지 아니한다.
- 유효한 선언에 포함되어 있지 아니한 분쟁의 당사자인 당사국은 제7부속서에 따른 중재를 수락한 것으로 본다.
- 분쟁당사자가 그 분쟁에 관하여 동일한 분쟁해결절차를 수락한 경우, 당사자간 달리 합의하지 아니하는 한, 그 분쟁은 그 절차에만 회부될 수 있다.
- 분쟁당사자가 그 분쟁에 관하여 동일한 분쟁해결절차를 수락하지 아니한 경우, 당사자간 달리 합의하지 아니하는 한, 그 분쟁은 제7부속서에 따른 중재에만 회부될 수 있다.

6. 제1항에 따라 행한 선언은 취소통고가 국제연합사무총장에게 기탁된 후 3개월까지 효력을 가진다.
7. 새로운 선언, 선언의 취소 또는 종료의 통고는 당사자간 달리 합의하지 아니하는 한, 이 조에 따른 관할권을 가지는 재판소에 계류중인 소송에 어떠한 영향도 미치지 아니한다.
8. 이 조에 언급된 선언과 통고는 국제연합사무총장에게 기탁되어야 하며, 사무총장은 그 사본을 당사국에 전달한다.

제288조

관할권

1. 제287조에 언급된 재판소는 이 부에 따라 재판소에 회부되는 이 협약의 해석이나 적용에 관한 분쟁에 대하여 관할권을 가진다.
2. 제287조에 언급된 재판소는 이 협약의 목적과 관련된 국제협정의 해석이나 적용에 관한 분쟁으로서 그 국제협정에 따라 재판소에 회부된 분쟁에 대하여 관할권을 가진다.
3. 제6부속서에 따라 설립된 국제해양법재판소 해저분쟁재판부와 제11부 제5절에 언급된 그 밖의 모든 재판부나 중재재판소는 제11부 제5절에 따라 회부된 모든 문제에 대하여 관할권을 가진다.
4. 재판소가 관할권을 가지는지 여부에 관한 분쟁이 있는 경우, 그 문제는 그 재판소의 결정에 의하여 해결한다.

제289조

전문가

과학·기술적 문제를 수반하는 분쟁에 있어서 이 절에 따라 관할권을 행사하는 재판소는 어느 한 분쟁당사자의 요청이나 재판소의 직권에 의하여 당사자와의 협의를 거쳐 우선적으로 제8부속서 제2조에 따라 준비된 관련 명부로부터 투표권 없이 재판에 참여하는 2인 이상의 과학·기술전문가를 선임할 수 있다.

제290조

잠정조치

1. 어느 재판소에 정당하게 회부된 분쟁에 대하여 그 재판소가 일응 이 부나

제11부 제5절에 따라 관할권을 가지는 것으로 판단하는 경우, 그 재판소는 최종 판결이 날 때까지 각 분쟁당사자의 이익을 보전하기 위하여 또는 해양환경에 대한 중대한 손상을 방지하기 위하여 그 상황에서 적절하다고 판단하는 잠정 조치를 명령할 수 있다.

2. 잠정조치는 이를 정당화하는 상황이 변화하거나 소멸하는 즉시 변경하거나 철회할 수 있다.

3. 잠정조치는 어느 한 분쟁당사자의 요청이 있는 경우에만 모든 당사자에게 진술의 기회를 준 후 이 조에 따라 명령·변경 또는 철회할 수 있다.

4. 재판소는 분쟁당사자와 재판소가 적절하다고 인정하는 그 밖의 당사국에게 잠정 조치의 명령, 변경 또는 철회를 즉시 통지한다.

5. 이 절에 따라 분쟁이 회부되는 중재재판소가 구성되는 동안 잠정조치의 요청이 있는 경우 당사자가 합의하는 재판소가, 만일 잠정조치의 요청이 있은 후 2주일 이내에 이러한 합의가 이루어지지 아니하는 경우에는 국제해양법재판소(또는 심해저활동에 관하여서는 해저분쟁재판부)가, 이 조에 따라 잠정조치를 명령, 변경 또는 철회할 수 있다. 다만, 이는 장차 구성될 중재재판소가 일응 관할권을 가지고 있고 상황이 긴급하여 필요하다고 인정된 경우에 한한다. 분쟁이 회부된 중재재판소는 구성 즉시 제1항부터 제4항까지에 따라 그 잠정조치를 변경, 철회 또는 확인할 수 있다.

6. 분쟁당사자는 이 조의 규정에 따라 명령된 잠정조치를 신속히 이행한다.

제291조

분쟁해결절차의 개방

1. 이 부에 규정된 모든 분쟁해결절차는 당사국에게 개방된다.

2. 이 부에 규정된 분쟁해결절차는 이 협약에 특별히 규정된 경우에만 당사국이외의 주체에게 개방된다.

제292조

선박·선원의 신속한 석방

1. 어느 한 당사국의 당국이 다른 당사국의 국기를 게양한 선박을 억류하고 있고, 적정한 보석금이나 그 밖의 금융 보증이 예치되었음에도 불구하고 억류국이 선박이나 선원을 신속히 석방해야 할 이 협약상의 규정을 준수하지 아니하였다고 주장되는 경우, 당사국간 달리 합의되지 아니하는 한,

억류로부터의 석방문제는 당사국간 합의된 재판소에 회부될 수 있으며, 만일 그러한 합의가 억류일로부터 10일 이내에 이루어지지 아니하면 제287조에 따라 억류국이 수락한 재판소나 국제해양법재판소에 회부될 수 있다.

2. 석방신청은 선박의 기국에 의하여 또는 기국을 대리하여서만 할 수 있다.
3. 재판소는 지체없이 석방신청을 처리하고, 선박과 그 소유자 또는 선원에 대한 적절한 국내법정에서의 사건의 심리에 영향을 미침이 없이 석방문제만을 처리한다. 억류국의 당국은 선박이나 승무원을 언제라도 석방할 수 있는 권한을 가진다.
4. 재판소가 결정한 보석금이나 그 밖의 금융 보증이 예치되는 즉시 억류국의 당국은 선박이나 선원들의 석방에 관한 재판소의 결정을 신속히 이행한다.

제293조

적용법규

1. 이 절에 따라 관할권을 가지는 재판소는 이 협약 및 이 협약과 상충되지 아니하는 그 밖의 국제법규칙을 적용한다.
2. 당사자가 합의한 경우, 제1항은 이 절에 따라 관할권을 가지는 재판소가 형평과 선에 기초하여 재판하는 권한을 침해하지 아니한다.

제294조

예비절차

1. 제287조에 규정된 재판소에 제297조에 언급된 분쟁에 관한 신청이 접수된 경우, 그 재판소는 어느 한 당사자의 요청에 따라 청구가 법적 절차의 남용에 해당되는지의 여부나 청구에 일응 정당한 근거가 있는지의 여부를 결정하여야 하며, 재판소의 직권으로 이를 결정할 수도 있다. 재판소는 청구가 법적 절차의 남용에 해당하거나 또는 일응 근거가 없다고 결정한 경우, 그 사건에 관하여 더 이상의 조치를 취할 수 없다.
2. 재판소는 신청을 접수한 즉시 다른 당사자에게 그 신청을 신속히 통지하여야 하며 다른 당사자가 제1항에 따라 재판소의 결정을 요청할 수 있는 합리적인 기한을 정한다.
3. 이 조의 어떠한 규정도 적용가능한 절차규칙에 따라 선결적 항변을 제기할 수 있는 분쟁당사자의 권리에 영향을 미치지 아니한다.

제295조

국내적 구제의 완료

이 협약의 해석이나 적용에 관한 당사국간의 분쟁은 국제법상 국내적 구제가 완료되어야 하는 경우에는 이러한 절차를 완료한 후에만 규정된 절차에 회부될 수 있다.

제296조

판결의 종국성과 구속력

1. 이 절에 따라 관할권을 가지는 재판소의 판결은 종국적이며 분쟁당사자에 의하여 준수되어야 한다.
2. 어떠한 판결도 그 특정 분쟁과 당사자 외에는 구속력을 가지지 아니한다.

제3절

제2절 적용의 제한과 예외

제297조

제2절 적용의 제한

1. 이 협약에 규정된 연안국의 주권적 권리 또는 관할권 행사와 관련된 이 협약의 해석이나 적용에 관한 분쟁으로서 다음의 각 경우 제2절에 규정된 절차에 따른다.
 - (a) 연안국이 항해·상공비행의 자유와 권리, 해저전선·해저관선 부설의 자유와 권리 또는 제58조에 명시된 그 밖의 국제적으로 적법한 해양이용권에 관한 이 협약의 규정에 위반되는 행위를 하였다고 주장되는 경우
 - (b) 어느 한 국가가 앞에 언급된 자유, 권리 또는 이용권을 행사함에 있어서 이 협약 또는 이 협약 및 이 협약과 상충하지 아니하는 그 밖의 국제법규칙에 부합하여 연안국이 채택한 법령에 위반되는 행위를 하였다고 주장되는 경우
 - (c) 연안국이 이 협약에 의하여 수립되었거나 또는 권한있는 국제기구나 외교회의를 통하여 이 협약에 부합되게 수립되어 연안국에 적용되는 해양환경의 보호와 보전을 위한 특정의 규칙과 기준에 위반되는 행위를 하였다고 주장된 경우

2. (a) 해양과학조사와 관련한 이 협약의 규정의 해석이나 적용에 관한 분쟁은 제2절에 따라 해결된다. 다만, 연안국은 다음의 경우로부터 발생하는 분쟁에 대하여는 제2절에 규정된 절차에 회부할 것을 수락할 의무를 지지 아니한다.
 - (i) 제246조에 따르는 연안국의 권리나 재량권의 행사
 - (ii) 제253조에 따르는 조사계획의 정지나 중지를 명령하는 연안국의 결정
- (b) 특정 조사계획에 관하여 연안국이 제246조와 제253조에 의한 권리를 이 협약과 양립하는 방식으로 행사하고 있지 않다고 조사국이 주장함으로써 발생하는 분쟁은 어느 한 당사국의 요청이 있는 경우, 제5부속서 제2절에 규정된 조정에 회부되어야 한다. 다만, 조정위원회는 제246조 제6항에 언급된 특정 지역을 지정할 수 있는 연안국의 재량권 행사나 제246조 제5항에 따라 동의를 거부할 수 있는 연안국의 재량권 행사를 문제삼지 아니하여야 한다.
3. (a) 어업과 관련된 이 협약 규정의 해석이나 적용에 관한 분쟁은 제2절에 따라 해결된다. 다만, 연안국은 배타적경제수역의 생물자원에 대한 자국의 주권적 권리 및 그 행사(허용어획량, 자국의 어획능력, 다른 국가에 대한 잉여량 할당 및 자국의 보존관리법에서 정하는 조건을 결정할 재량권 포함)에 관련된 분쟁을 그러한 해결절차에 회부할 것을 수락할 의무를 지지 아니한다.
 - (b) 이 부 제1절에 의하여 해결되지 아니하는 분쟁은 다음과 같은 주장이 있는 경우, 어느 한 분쟁당사자의 요청이 있으면 제5부속서 제2절에 따른 조정에 회부된다.
 - (i) 연안국이 적절한 보존·관리조치를 통하여 배타적경제수역의 생물자원의 유지가 심각하게 위협받지 아니하도록 보장할 의무를 명백히 이행하지 아니하였다는 주장
 - (ii) 연안국이 다른 국가의 어획에 관심을 가지고 있는 어종의 허용어획량과 자국의 생물자원 어획능력 결정을 그 다른 국가의 요청에도 불구하고 자의적으로 거부하였다는 주장
 - (iii) 연안국이 존재한다고 선언한 잉여분의 전부나 일부를 제62조, 제69조 및 제70조에 따라, 또한 연안국이 이 협약에 부합되게 정한 조건에 따라 다른 국가에게 할당할 것을 자의적으로

거부하였다는 주장

- (c) 어떠한 경우에도 조정위원회는 그 재량권으로써 연안국의 재량권을 대체할 수 없다.
- (d) 조정위원회의 보고서는 적절한 국제기구에 송부된다.
- (e) 당사국은, 제69조와 제70조에 따라 협정을 교섭함에 있어, 달리 합의하지 아니하는 한, 협정의 해석이나 적용에 관한 의견 불일치의 가능성을 최소화하기 위한 조치에 관한 조항과 그럼에도 불구하고 발생하는 경우에 대처하기 위한 절차에 관한 조항을 포함시켜야 한다.

제298조

제2절 적용의 선택적 예외

1. 국가는 제1절에 의하여 발생하는 의무에 영향을 미치지 없이 이 협약 서명, 비준, 가입시 또는 그 이후 어느 때라도 다음 분쟁의 범주중 어느 하나 또는 그 이상에 관하여 제2절에 규정된 절차중 어느 하나 또는 그 이상을 수락하지 아니한다는 것을 서면선언할 수 있다.

(a) (i) 해양경계획정과 관련된 제15조, 제74조 및 제83조의 해석이나 적용에 관한 분쟁 또는 역사적 만 및 권원과 관련된 분쟁. 다만, 이러한 분쟁이 이 협약 발효후 발생하고 합리적 기간내에 당사자간의 교섭에 의하여 합의가 이루어지지 아니하는 경우, 어느 한 당사자의 요청이 있으면 이러한 선언을 행한 국가는 그 사건을 제5부속서 제2절에 따른 조정에 회부할 것을 수락하여야 하나, 육지영토 또는 도서영토에 대한 주권이나 그 밖의 권리에 관한 미해결분쟁이 반드시 함께 검토되어야 하는 분쟁은 이러한 회부로부터 제외된다.

(ii) 조정위원회가 보고서(그 근거가 되는 이유 명시)를 제출한 후, 당사자는 이러한 보고서를 기초로 합의에 이르기 위하여 교섭한다. 교섭이 합의에 이르지 못하는 경우, 당사자는, 달리 합의하지 아니하는 한, 상호 동의에 의해 제2절에 규정된 어느 한 절차에 그 문제를 회부한다.

(iii) 이 호는 당사자간의 약정에 따라 중국적으로 해결된 해양경계분쟁, 또는 당사자를 구속하는 양자협정이나 다자협정에 따라 해결되어야 하는 어떠한 해양경계분쟁에도

적용되지 아니한다.

- (b) 군사활동(비상업용 업무를 수행중인 정부 선박과 항공기에 의한 군사활동 포함)에 관한 분쟁 및 주권적 권리나 관할권의 행사와 관련된 범집행활동에 관한 분쟁으로서 제297조 제2항 또는 제3항에 따라 재판소의 관할권으로부터 제외된 분쟁
 - (c) 국제연합안전보장이사회가 국제연합헌장에 따라 부여받은 권한을 수행하고 있는 분쟁. 다만, 안전보장이사회가 그 문제를 의제로부터 제외하기로 결정하는 경우 또는 당사국에게 이 협약에 규정된 수단에 따라 그 문제를 해결하도록 요청한 경우에는 그러하지 아니하다.
2. 제1항에 따른 선언을 행한 당사국은 언제나 이를 철회할 수 있으며, 또한 그 선언에 따라 제외되는 분쟁을 이 협약에 규정된 절차에 회부하기로 합의할 수 있다.
 3. 제1항에 따라 선언을 행한 당사국은 다른 당사국을 상대방으로 하는 분쟁으로서 제외된 분쟁의 범주에 속하는 분쟁을 그 다른 당사국의 동의없이 이 협약의 절차에 회부할 수 없다.
 4. 어느 한 당사국이 제1항 (a)에 따라 선언을 행한 경우, 다른 모든 당사국은 제외된 범주에 속하는 분쟁을 선언당사국을 상대방으로 하여 그 선언에 명시된 절차에 회부할 수 있다.
 5. 새로운 선언이나 선언의 철회는, 당사자가 달리 합의하지 아니하는 한, 이 조에 따라 재판소에 계류중인 소송절차에 어떠한 영향도 미치지 아니한다.
 6. 이 조에 따라 행한 선언이나 그 철회의 통지는 국제연합사무총장에게 기탁하며, 국제연합사무총장은 당사국에게 그 사본을 전달한다.

제299조

분쟁해결절차에 관하여 합의할 수 있는 당사국의 권리

1. 제297조에 따라 배제되거나 제298조에 따른 선언으로 제2절에 규정된 분쟁해결절차로부터 제외된 분쟁은 분쟁당사자간의 합의에 의하여만 이러한 절차에 회부될 수 있다.
2. 이 절의 어떠한 규정도 이러한 분쟁의 해결을 위하여 다른 절차에 합의하거나 우호적 해결에 이를 수 있는 분쟁당사자의 권리를 침해하지 아니한다.

<부록2>

Lancaster House Undertakings

- (i) 영국과 모리셔스 사이 방위합의(defence agreement)에 관한 협상으로;
- (ii) 독립이 이루어질 경우에 두 정부는 모리셔스에서 난해한 내부적 안보상황이 발생할 경우에 상호간 협의 하며;
- (iii) 총액 3백만 파운드(£)에 이르는 보상은 차고스 섬들의 토지소유자들과 이로 인해 영향을 받는 다른 이주민들에 대한 보상으로서 모리셔스 정부에게 지불되고;
- (iv) 영국정부는 설탕 수입 양허와 밀 및 다른 상품 공급에 관한 모리셔스의 요청을 지지하면서 미국정부와의 주선(good offices)을 행하며;
- (v) 영국정부는 미국으로 하여금 섬(차고스제도)에서의 건설작업 시 모리셔스의 노동력과 물자를 사용하도록 최선을 다하여 설득할 것이며;
- (vi) 영국정부는 차고스제도에서 다음의 시설들을 가능한 한 모리셔스가 사용할 수 있도록 보장하기 위하여 미국정부와 주선을 행하며:
 - (a) 항행 그리고 기상 시설;
 - (b) 어업권;
 - (c) 승객의 하선 없이 민간 항공기의 비상착륙 및 연료 재공급을 위한 활주로의 사용.
- (vii) 만약 섬의 시설들의 필요성이 소멸되면 제도는 모리셔스로 반환되고;
- (viii) 차고스제도나 차고스제도 인근에서 발견된 어떠한 광물이나 원유에 대한 이익은 모리셔스 정부로 귀속된다.

<부록 3>

남중국해 사건 중재재판 필리핀 청구취지

- (1) 남중국해에서 중국의 해양 권원은 필리핀의 권원과 같이 UN해양법협약에서 명백하게 허용하고 있는 범위 이상으로 확대될 수 없다.
- (2) 소위 “구단선”으로 불리는 것에 의해 둘러싸인 남중국해 해양지역과 관련하여 중국의 주권적 권리, 관할권, 그리고 “역사적 권리”는 협약에 반하며, 협약에 의해 명시적으로 허용된 중국의 해양권원의 지리적, 실질적 한계를 뛰어넘는 한 법적인 법적 효력이 발생하지 않는다.
- (3) Scarborough Shoal은 배타적경제수역이나 대륙붕의 권원을 발생시키지 못한다.
- (4) Mischief Reef, Second Thomas Shoal, 그리고 Subi Reef는 간조노출지로서 영해, 배타적경제수역이나 대륙붕의 권원을 발생시키지 않고, 점령 등의 방법으로 점유할 수 있는 대상이 아니다.
- (5) Mischief Reef와 Second Thomas Shoal은 필리핀의 배타적 경제수역과 대륙붕의 일부이다.
- (6) Gaven Reef와 (Hughes Reef를 포함한)McKenna Reef는 간조노출지로서 영해, 배타적경제수역이나 대륙붕의 권원을 발생시키지 않으나, 이들의 저조기선은 Namyit 과 Sin Cowe 각각의 영해의 폭을 결정하는 기선으로서 사용될 수 있다.
- (7) Johnson Reef, Cuarteron Reef, 그리고 Fiery Cross Reef는 배타적 경제수역이나 대륙붕의 권원을 발생시키지 않는다.
- (8) 중국은 필리핀의 배타적경제수역과 대륙붕의 생물 및 미생물자원에 대한 필리핀의 주권적 권리의 향유 및 행사를 불법적으로 방해하였다.
- (9) 중국은 필리핀의 배타적경제수역에서 자국민 및 선박으로 하여금 생물자원의 이용을 방지하는데 불법적으로 실패하였다.
- (10) 중국은 Scarborough Shoal에서 전통적 어업행위를 방해하여

필리핀 어민들로 하여금 그들의 생계를 유지하는데 불법적으로 방해하였다.

- (11) 중국은 Scarborough Shoal, Second Thomas Shoal, Cuarteron Reef, Fiery Cross Reef, Gavern Reef, Johnson Reef, Hughes Reef, 그리고 Subi Reef에서 협약에 의거하여 지니는 해양 환경의 보호 및 보전의 의무를 위반하였다.
- (12) 중국의 Mischief Reef의 점령 및 건설활동은
 - (a) 인공섬, 시설 및 구조에 관한 협약상 조항들을 위반하였다.
 - (b) 협약상 지니는 해양환경의 보호 및 보전의 의무를 위반하였다.
 - (c) 협약에 위반되는 점유의 시도라는 불법적인 행위를 구성한다.
- (13) 중국은 Scarborough Shoal 인근에서 자국의 범집행선박들을 위협한 방식으로 운용하여 필리핀 선박들과 충돌의 심각한 위험을 초래하여 협약 항 의무를 위반하였다.
- (14) 2013년 1월 중재재판절차가 시작된 이래로 중국은 다음과 같은 방식으로 분쟁을 악화시키고 확장시켰다;
 - (a) Second Thomas Shoal 및 그 인근에서 필리핀의 항행의 권리 방해
 - (b) Second Thomas Shoal에 배치된 필리핀 인력의 순환 및 보충 방해
 - (c) Second Thomas Shoal에 배치된 필리핀 인력의 건강과 복지의 위협
 - (d) Mischief Reef, Cuarteron Reef, Fiery Cross Reef, Gaven Reef, Johnson Reef, Hughes Reef, 그리고 Subi Reef에서의 준설, 인공적인 섬 건설 및 건설활동의 수행
- (15) 중국은 협약상 필리핀의 권리와 자유를 존중해야 하며, 남중국해의 해양환경 보호 및 보전과 관련된 의무를 포함하여 협약상 의무를 수행하며, 나아가 협약상 필리핀의 권리 및 자유를 적절히 고려하며 남중국해에서의 권리 및 자유를 행사해야 한다.

Abstract

UNCLOS Part X V

Compulsory Jurisdiction

: Transitions of

Interpretation and Application

in Recent Cases

Hoon Cho
School of Law
The Graduate School
Seoul National University

'United Nations Convention on the Law of the Sea(UNCLOS)', which is referred to as a 'constitution for the oceans', regulates dispute settlement procedure through part X V. Because of its compulsory characteristic, UNCLOS part X V has a distinctive feature compared with other treaties or international law mechanisms.

In recent cases, however, some changes in interpretation and application of the jurisdiction by courts and tribunals of article 287 has occurred. The tribunals have interpreted same articles in a totally

different way with the former cases and even tried to refute them directly. This so-called 'transitions in interpretation and application of articles related to compulsory jurisdiction' phenomena are noticeable in recent cases. As international courts generally try to follow jurisprudence or precedent cases, these transitions are not usual in the international law system. In addition, some specific legal features have been also found in recent cases as well. All of these make that recent phenomena are not just simply occurred interpretational changes, but transitions which have their own tendencies.

Then, how can we evaluate the recent transitions in UNCLOS cases? What are the implications of these transitions? And then, can we say that those implications are limited in the scope of UNCLOS? If not, what are the further impacts on the law of the sea system and entire structure of international law? This study is aimed to analyze recent trends of the transitions and show some possible implications on current international law system based on a much more broad perspective.

Chapter 2 presents historical backgrounds and unique traits of UNCLOS's dispute settlement mechanism. In the law of the sea area, the necessity for the compulsory settlement mechanism had been raised continuously since the 20th century. However, compulsory dispute settlement mechanisms could be concluded in a compromised way with the traditional way, because of the dominance of traditional ways of settling disputes based on states' consents among international society. These historical backgrounds of UNCLOS part XV have influenced its structures and the equilibrium between compulsory ways and traditional ways has been inherent in the entire UNCLOS system.

Chapter 3 focuses on three major cases related to recent

transitions, which are *Southern Bluefin Tuna case*, *Chagos Marine Protected Area case* and *South China Sea case*. By analyzing those cases, recent trends of transitions can be found; first, preconditions stipulated as section 1 are being simplified; second, the scope of jurisdiction *ratione materiae* is being broadened; and third, the possibility of exercising compulsory jurisdiction to territorial disputes is not entirely being denied.

Chapter 4 tries to evaluate recent transitions and suggest possible implications on current international law system. It can be said that recent transitions fail to guarantee the consistency and predictability of the law, and do not correspond with the rule of certitude. Additionally, the transitions can be predicted to take negative influences on future case and states' practices. In addition, so-called "mixed-disputes" will be submitted to UNCLOS part XV more actively and worries about *ultra vires* of the courts and tribunals will be raised more vigorously. Lastly, recent phenomena can be regarded as jurisdictional evolution by the courts and tribunals.

UNCLOS part XV has taken a significant role to settle disputes peacefully and guarantee the consistency and integrity in the interpretation of UNCLOS. The importance of recent transitions is connected to the above-mentioned role. Therefore, if current trends continue, it will give negative impacts on the stability of UNCLOS and entire dispute settlement procedure.

keywords : United Nations Convention on the Law of the Sea, Dispute Settlement, Compulsory Jurisdiction, *Southern Bluefin Tuna case*, *Chagos MPA case*, *South China Sea case*

Student Number : 2016-24781