

경계미확정 수역을 규율하는 국제법적 체제에 관한 비판적 소고*

- 유엔해양법협약 제74조 제3항 및 제83조 제3항에 관한
논의를 중심으로 -

이 기 범**

◀ 목 차 ▶

- | | |
|--|---|
| <p>I 서론</p> <p>II 유엔해양법협약 제74조 제3항 및 제83조 제3항에
관한 논의가 전개된 국제재판소 판례</p> <ol style="list-style-type: none">1. 2007년 가이아나-수리남 사건2. 2017년 가나-코트디부아르 사건 <p>III 유엔해양법협약 제74조 제3항 및 제83조 제3항에
규정된 두 가지 의무와 경계미확정 수역의 규율</p> <ol style="list-style-type: none">1. 실질적인 잠정약정 체결 의무2. 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무3. 소 결 | <p>IV. 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무 위반 여
부를 판단하는 기준이 존재하는가?</p> <ol style="list-style-type: none">1. 확립되지 않은 '항구적인 물리적 변화' 기준2. 신의성실 의무3. '개연성 검토'(Plausibility Test)4. 소 결 <p>V. 결 론</p> |
|--|---|

I. 서론

2017년 9월 23일, 5명의 재판관으로 구성된 국제해양법재판소 특별재판부(Special Chamber)는 *Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in*

* 투고일(2019.08.29.), 심사일(2019.09.21.), 게재확정일(2019.09.21.)

* 著者が 연세대학교 법과대학 법학과 재학 시절부터 지금까지 水石 金大淳 교수님으로부터 받은 學恩은 어떤 말로도 표현하기 어려울 정도로 너무나 큼니다. 이 지면을 빌려 감사의 마음을 조금이라도 표현하고자 합니다.

** 아산정책연구원 연구위원, 법학박사(국제법 전공).

the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire) 사건(이하 ‘가나-코트디부아르 사건’)¹⁾에 대한 최종적인 판결을 내렸다. 이 사건에서는 가나의 유엔해양법협약 제83조 제3항²⁾ 위반 여부가 쟁점 중 하나로 다루어졌는데, 흥미로운 점은 재판관 중 한 명이었던 백진현 재판관이 자신의 ‘개별의견’(separate opinion)³⁾을 통해 제83조 제3항에 관한 포괄적이고 통찰력 있는 견해를 제시한 것이었다.

유엔해양법협약 제83조 제3항(또는 제74조 제3항)에 포함된 내용 중 주목을 요하는 것은 분쟁당사국들 간 아직 해양경계획정이 이루어지지 않은 상황에서 ‘경계미획정 수역’(또는 분쟁 수역)⁴⁾을 두고 분쟁당사국들에게 두 가지 모든 노력을 다할 의무가 부과되어 있다는 것이다. 첫 번째 의무는 “실질적인 잠정약정을 체결할 수 있도록 모든 노력을 다할 의무”(이하 ‘실질적인 잠정약정 체결 의무’)이고, 두 번째 의무는 “과도적인 기간 동안 최종 합의에 이르는 것을 위태롭게 하거나 방해하지 아니하도록 모든 노력을 다할 의무”(이하 ‘위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무’)이다.

하지만 이와 같은 두 가지 의무가 경계미획정 수역을 규율할 수 있는 구체적이고 정교한 국제법적 체제를 제공하고 있는지는 의문이다. 그 이유는 비록 2017년 가나-코트디부아르 사건에서 제시된 백진현 재판관의 의견을 그대로 수용한다 하더라도 경계미획정 수역에서 일방 분쟁당사국의 어떤 특정 활동이 유엔해양법협약 제74조 제3항 및 제83조 제3항 위반에 해당하는지 여부를 판단하기는 쉽지 않기 때문이다.

더구나 2007년 유엔해양법협약 제7부속서 중재재판소가 도출한 가이아나와 수리남 간 해양경계 획정 사건(이하 ‘가이아나-수리남 사건’)⁵⁾에 대한 중재결정이 언급하고 있는 해양환경에 ‘물리적 변화’(physical change)를 가져오는지 여부 또는 ‘항구적인(영구적인)’(permanent) 물리적 변화를

1) *Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire), Judgment*, https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.23_merits/C23_Judgment_23.09.2017_corr.pdf.

2) “Pending agreement as provided for in paragraph 1, the States concerned, in a spirit of understanding and cooperation, shall make every effort to enter into provisional arrangements of a practical nature and, during this transitional period, not to jeopardize or hamper the reaching of the final agreement. Such arrangements shall be without prejudice to the final delimitation.”

3) Separate Opinion of Judge Paik, *supra* note 1, https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.23_merits/C23_Judgment_23.09.2017_SepOp_Paik_orig.pdf.

4) ‘분쟁(disputed) 수역’보다는 ‘경계미획정(undelimited) 수역’이라는 용어가 더욱 중립적이고 객관적이라는 지적이 있다. 그 이유는 객관적으로는 분쟁이 존재한다고 간주되기 어려우나 일방 분쟁당사국에 의해 분쟁을 만들 목적으로 ‘분쟁 수역’이라는 이름의 과도한 주장이 제기되는 경우도 있기 때문이다. 따라서 본 논문에서는 ‘경계미획정 수역’이라는 용어를 사용하기로 한다. Nicholas A. Ioannides, “The Legal Framework Governing Hydrocarbon Activities in Undelimited Maritime Areas”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 68 (2019), p. 347.

5) *Award of the Arbitral Tribunal* (The Hague, 17 September 2007), <https://pcacases.com/web/sendAttach/902>.

가져오는지 여부 등의 기준⁶⁾이 유엔해양법협약 제74조 제3항 및 제83조 제3항 위반 여부를 결정하는데 있어 큰 도움이 되고 있는지도 의문이다. 이와 같은 기준에 대한 상당수 (적극적이든 소극적이든) 지지 입장⁷⁾에도 불구하고 가이아나-수리남 사건에서 중재재판소 자신도 이와 같은 기준을 제74조 제3항 및 제83조 제3항 위반 여부를 판단할 수 있는 절대적인 기준으로 제시하지는 않은 것으로 보이기 때문이다.

본 논문은 우선 유엔해양법협약 제74조 제3항 및 제83조 제3항을 다룬 대표적인 두 개의 국제재판소 판례를 분석하고 제74조 제3항 및 제83조 제3항에 규정된 두 가지 의무를 둘러싼 법적 쟁점을 서술하고자 한다.⁸⁾ 이 과정에서 해양환경에 물리적 변화를 가져오는지 여부 또는 항구적인 물리적 변화를 가져오는지 여부 등의 기준에 대한 비판적 고찰이 이어질 것이다. 그리고 최근 새롭게 제74조 제3항 및 제83조 제3항 위반 여부를 판단하기 위한 직·간접적인 기준으로 언급되고 있는 ‘신의 성실 의무’와 ‘개연성 검토’(plausibility test) 등에 대하여도 간략히 비판을 더하고자 한다.

6) *Ibid.*, para. 467.

7) 김민철, “중첩수역에서의 해양과학조사”, 『서울국제법연구』, 제22권 제2호 (2015), 163-165면; 김자영, “관할권 중첩수역에서 한·일 간 해양관할권 행사 문제”, 『일본공간』, 제20호 (2016), 160-161면; Tara Davenport, “The Exploration and Exploitation of Hydrocarbon Resources in Areas of Overlapping Claims”, in Robert Beckman, Ian Townsend-Gault, Clive Schofield, Tara Davenport and Leonardo Bernard (eds.), *Beyond Territorial Disputes in the South China Sea: Legal Frameworks for the Joint Development of Hydrocarbon Resources* (Glos: Edward Elgar Publishing Limited, 2013), p. 103. 김민철은 항구적인 물리적 변화를 가져오는지 여부 등을 절대적인 기준으로 간주하는데 있어서는 비판적 태도를 취하고 있으나 2007년 가이아나-수리남 사건이 이와 같은 기준을 제시했다는 점에는 별다른 이견을 보이지 않고 있다. 이와 달리 김자영과 Davenport는 가이아나-수리남 사건이 항구적인 물리적 변화를 가져오는지 여부를 절대적인 기준으로 채택했다고 단언한다. 하지만 가이아나-수리남 사건이 항구적인 물리적 변화를 가져오는지 여부 등의 기준을 절대적인 기준으로 제시했는지는 의문이다. 이에 대하여는 아래에서 좀 더 자세히 살펴보고자 한다.

8) 이론적으로 경계미획정 ‘영해’도 존재할 수 있다. 하지만 유엔해양법협약 제15조가 “두 국가의 해안이 서로 마주보고 있거나 인접하고 있는 경우, 양국 간 달리 합의하지 않는 한 양국 각각의 영해 기선상의 가장 가까운 점으로부터 같은 거리에 있는 모든 점을 연결한 중간선 밖으로 영해를 확장할 수 없다.”고 규정하면서 일방 분쟁당사국이 중간선까지 영해에 대한 권리를 행사하는 것을 보장하고 있기 때문에 실질적인 잠정약정 체결 시도가 이루어질 가능성도 거의 없고, 중간선을 넘어 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무가 위반되었는지 여부 등이 논란이 될 여지도 거의 존재하지 않는다. 따라서 경계미획정 영해에 관한 논의의 실익이 없으므로 본 논문은 경계미획정 배타적 경제수역 또는 경계미획정 대륙붕에 한정하여 논의를 전개하기로 한다.

Ⅱ. 유엔해양법협약 제74조 제3항 및 제83조 제3항에 관한 논의가 전개된 국제재판소 판례

2007년 가이아나-수리남 사건과 2017년 가나-코트디부아르 사건은 지금까지 유엔해양법협약 제74조 제3항 및 제83조 제3항에 관한 논의를 전개한 대표적인 국제재판소 판례이다. 아래에서는 이와 같은 두 개의 국제재판소 판례에서 제시된 제74조 제3항 및 제83조 제3항 관련 논의를 면밀히 살펴보고자 한다.

1. 2007년 가이아나-수리남 사건

가이아나는 수리남과의 해양경계획정 문제 및 경계미획정 수역에서 수리남의 국제법 위반 문제를 해결하기 위해 2004년 2월 24일 서면통고를 통해 유엔해양법협약 제7부속서 중재재판 절차를 개시했다.⁹⁾ 그리고 2007년 9월 17일 유엔해양법협약 제7부속서 중재재판소는 가이아나-수리남 사건에 대한 중재결정을 내렸다. 가이아나-수리남 사건은 해양경계획정 관련 논점 이외에도 국가의 무력사용 및 유엔해양법협약 제74조 제3항 및 제83조 제3항과 관련하여 흥미로운 쟁점을 제공했다. 아래에서는 가이아나-수리남 사건 중에서 본 논문과 관련이 있는 내용을 살펴보기로 한다.

(1) 가이아나와 수리남 간 분쟁 약사(略史)

영국, 네덜란드, 브라질은 국경을 좀 더 정확히 결정하기 위해 1934년 혼합국경위원회(Mixed Boundary Commission)를 만들었다.¹⁰⁾ 혼합국경위원회는 영국령 가이아나와 (당시 네덜란드의 주권 하에 있었던) 수리남 간 국경의 북쪽 끝점으로 ‘Point 61’을 제안했고,¹¹⁾ 이 ‘Point 61’로부터 영해의 한계까지 ‘북동쪽 10도 방향의 선’(이하 ‘10도 선’)을 설정하면서 이 선을 영해의 경계선으로 간주하고자 했다.¹²⁾ 하지만 제2차 세계대전 발발로 인해 이와 같은 내용이 조약으로 성문화되지

9) *Supra* note 5, para. 1.

10) *Ibid.*, para. 137.

11) *Ibid.*

12) *Ibid.*, para. 138.

는 못했다.¹³⁾

가이아나와 수리남 양국 모두 독립을 달성한 이후에도 양국 간 분쟁은 해결되지 못했을 뿐만 아니라 오히려 원유 탐사 관련 양허 부여 등의 문제를 통해 양국 간 분쟁은 더욱 분명히 수면 위로 떠올랐다. 예를 들어, 가이아나는 캐나다 국적 회사인 CGX Resources Inc.(이하 ‘CGX’)에게 1998년 하나의 양허를 부여했는데, 그 양허의 동쪽 한계는 (10도 선이 아닌) ‘북동쪽 34도 방향의 선’이었다.¹⁴⁾ 2000년 5월 31일, 수리남은 CGX에게 10도 선을 넘는 수역에서의 모든 원유 탐사 활동을 중단할 것을 명령했다.¹⁵⁾

2000년 6월 3일, 경계미획정 수역 내에 있던 CGX 소속 선박인 *C.E. Thornton*호를 향하여 수리남 해군 함정들이 접근했으며, *C.E. Thornton*호에 대하여 12시간 내에 문제의 수역으로부터 떠날 것을 명령했다.¹⁶⁾ 더구나 수리남 해군 함정들은 무력을 사용할 수 있다는 경고도 덧붙였다.¹⁷⁾

중재재판을 통해 가이아나와 수리남 양국 모두 상대방 국가가 유엔해양법협약 제74조 제3항 및 제83조 제3항에 따른 의무를 위반했다는 주장을 펼쳤다. 즉, 양국 모두 상대방 국가가 실질적인 잠정약정 체결 의무 및 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무를 위반했다고 주장했던 것이다.¹⁸⁾ 더 구체적으로 가이아나는 수리남이 CGX 사건 당시 여러 행위를 통해 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무를 위반했다고 주장했고, 수리남은 가이아나가 CGX에게 경계미획정 수역에서 탐사를 위한 굴착(drilling)을 하도록 허가함으로써 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무를 위반했다고 지적했다.¹⁹⁾

(2) 유엔해양법협약 제74조 제3항 및 제83조 제3항에 따른 의무

2007년 가이아나-수리남 사건에서 중재재판소는 유엔해양법협약이 최종적인 해양경계획정에 도달하기 이전이라 할지라도 경계미획정 수역에서의 생물 및 무생물 자원의 형평하고 효율적인 이용이 가능하다는 것을 의도하고 있기 때문에 유엔해양법협약 제74조 제3항 및 제83조 제3항이 첫 번째 의무, 즉 실질적인 잠정약정 체결 의무를 규정하고 있다고 지적했다.²⁰⁾ 그리고 중재재판소는

13) *Ibid.*, para. 139.

14) *Ibid.*, para. 150.

15) *Ibid.*

16) *Ibid.*, para. 151.

17) *Ibid.*, para. 445.

18) *Ibid.*, para. 453.

19) *Ibid.*

20) *Ibid.*, para. 460.

‘모든 노력을 다할 의무’라는 표현을 통해 ‘선의로’(in good faith) 교섭에 임할 의무가 부과되어 있다고 언급했다.²¹⁾ 특히 모든 노력을 다할 의무는 실질성 있는 실질적인 잠정약정을 체결할 수 있도록 모든 노력을 다할 의무를 가리키기 때문에,²²⁾ 유엔해양법협약은 비록 ‘잠정’(provisional)약정이라 하더라도 ‘실질적인’이라는 표현을 부가함으로써 잠정약정의 함의를 간과하지 않고 있다는 것이다. 더 나아가 중재재판소에 의하면 실질적인 잠정약정은 경계미확정 구역에서 자원 개발을 실제로 가능하게 하는 적절한 수단에 해당한다. 특히 중재재판소는 ‘공동개발협정’(joint development agreement) 등을 이와 같은 실질적인 잠정약정의 대표적인 예로 제시했다.²³⁾

유엔해양법협약 제74조 제3항 및 제83조 제3항이 규정하고 있는 두 번째 의무, 즉 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무와 관련하여 중재재판소는 두 가지를 부각했다. 하나는 평화적으로 분쟁을 해결해야 한다는 것이고, 다른 하나는 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무가 경계미확정 구역에서 모든 활동이 금지되어야 할 것을 목적으로 하고 있지는 않다는 것이다.²⁴⁾

첫 번째 의무를 염두에 두면서 동시에 두 번째 의무에 주목했을 때 중재재판소에 따르면 탄화수소(hydrocarbon) 탐사 및 개발과 관련하여 경계미확정 구역에서 두 가지 범주의 활동이 가능하다.²⁵⁾ 즉, ① 실질적인 잠정약정에 따라 이미 분쟁당사국들 간에 합의된 활동이 허용될 수 있고, ② 분쟁당사국들 중 일방 분쟁당사국의 일방적인 활동이라 하더라도 이 활동이 최종 합의에 이르는 것을 위태롭게 하거나 방해하지 않는 활동이라면 이 활동도 허용될 수 있다. 그렇다면 최종 합의에 이르는 것을 위태롭게 하거나 방해하지 않는 활동인지 여부를 판단할 수 있는 기준은 무엇인가? 중재재판소는 해양환경에 물리적 변화를 가져오는지 여부 또는 항구적인 물리적 변화를 가져오는지 여부 등을 기준으로 제시하고 있다.²⁶⁾ 이와 같은 기준에 따라 경계미확정 구역에서 원유 또는 가스를 개발하는 활동 등은 항구적인 물리적 변화를 가져오므로 최종 합의에 이르는 것을 위태롭게 하거나 방해하는 활동에 해당하지만 ‘탄성파 탐사’(seismic exploration) 등은 항구적인 물리적 변화를 야기하지 않으므로 최종 합의에 이르는 것을 위태롭게 하거나 방해하지 않는 활동으로 볼 수도 있다는 것이 중재재판소의 입장이다.

하지만 중재재판소가 2007년 가이아나-수리남 사건에서 해양환경에 물리적 변화를 가져오는지 여부 또는 항구적인 물리적 변화를 가져오는지 여부 등을 최종 합의에 이르는 것을 위태롭게 하거나 방해하지 않는 활동인지 여부를 판단하는 절대적인 기준으로 제시하지는 않았다는 것에 주목할

21) *Ibid.*, para. 461.

22) *Ibid.*, para. 464.

23) *Ibid.*, para. 462.

24) *Ibid.*, para. 465.

25) *Ibid.*, para. 466.

26) *Ibid.*, para. 467.

필요가 있다. 해양환경에 물리적 변화를 가져오는지 여부 또는 항구적인 물리적 변화를 가져오는 지 여부 등과 같은 기준은 1976년 국제사법재판소(International Court of Justice, 이하 'ICJ')의 *Aegean Sea Continental Shelf* 사건에 대한 잠정조치 요청 문제에 대한 명령²⁷⁾에서 유래한다. 그런데 중재재판소는 ICJ에 의해 제시된 이와 같은 엄격한 기준은 '예외적인' 성격의 잠정조치 명령을 내릴지 여부를 결정하는 '더 높은' 기준에 해당한다는 입장을 취했다. 이는 항구적인 물리적 변화를 가져오는지 여부 등과 같은 '더 높은' 기준을 충족하는 활동은 최종 합의에 이르는 것을 위태롭게 하거나 방해하지 않는 활동 여부라는 '더 낮은'(lower) '기준'(threshold)을 쉽게 충족할 수 있다는 의미이다.²⁸⁾ 즉, 이후 국제재판소 판례 축적 등을 통해 이와 같은 기준보다 엄격하지 않은(즉, 항구적인 물리적 변화를 가져오지 않아도 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무 위반으로 간주되는 것을 가능하게 하는) 기준이 최종 합의에 이르는 것을 위태롭게 하거나 방해하지 않는 활동인지 여부를 판단하는 기준으로 제시될 수 있는 가능성을 배제하지 않은 것이다.

(3) 가이아나와 수리남의 유엔해양법협약 제74조 제3항 및 제83조 제3항에 따른 의무 위반 여부

가. 실질적인 잠정약정 체결 의무 위반 여부

중재재판소는 가이아나와 수리남 양국 모두 실질적인 잠정약정 의무를 위반했다고 결론지었다. 수리남의 경우 특히 (CGX 소속 선박인 *C.E. Thornton*호를 향하여 수리남 해군 함정들이 무력사용의 위협을 가했던) 2000년 6월 3일 CGX 사건 이전에 1999년 9월 29일부터 탐사 계획 및 스케줄이 (CGX에 의해) 공표되어 있었음에도 2000년 5월 10일야 첫 번째 관련 외교서한을 보내는 등 실질적인 잠정약정 체결 의무를 경시했다.²⁹⁾

가이아나 역시 실질적인 잠정약정 체결 의무를 위반함으로써 CGX 사건 발생에 원인을 제공했다는 것이 중재재판소의 입장이었다. 가이아나는 경계미확정 수역에서의 탐사 계획 등에 대하여 직접 수리남에게 통보한 적이 없으며, 캐나다 국적 회사인 CGX의 보도자료 등을 통해 이러한 계획 등이 알려졌을 뿐인데, 이와 같은 보도자료 등을 통한 공표로는 실질적인 잠정약정 체결 의무를 다했다고 말할 수 없다는 것이다.³⁰⁾

다만 중재재판소는 CGX 사건 발생 이후에는 가이아나와 수리남 양국이 실질적인 잠정약정 체

27) *Aegean Sea Continental Shelf, Interim Protection, Order of 11 September 1976, I.C.J. Reports 1976*, p. 3.

28) *Supra* note 5, para. 469.

29) *Ibid.*, para. 475.

30) *Ibid.*, para. 477.

결 의무를 이행했다고 보았다. 비록 양국이 실질적인 잠정약정을 체결하는 데에는 성공하지 못했으나 CGX 사건 발생 직후부터 여러 차례 회담을 열고 선의로 교섭을 진행했다는 것을 증명했기 때문이다.³¹⁾

나. 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무 위반 여부

중재재판소는 가이아나와 수리남 양국 모두 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무를 위반했다고 결론지었다.³²⁾ 수리남의 경우는 *C.E. Thornton*호에 대한 무력사용의 위협을 통해 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무를 위반했다고 언급했다.³³⁾

그런데 중재재판소는 가이아나가 CGX에게 경계미확정 구역에서 탐사를 위한 굴착을 수행하도록 허가한 것과 CGX가 이러한 굴착을 실제로 수행한 것을 엄밀히 구분하지는 않았다. 즉, 중재재판소는 경계미확정 구역에서 탐사를 위한 굴착이 허가된 사실만으로도 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무가 위반되었다는 결론에 도달한 것으로 보인다.³⁴⁾

(4) 소 결

2007년 가이아나-수리남 사건은 유엔해양법협약 제74조 제3항 및 제83조 제3항의 해석에 관한 교과서적인 판례로 간주된다. 그 이유는 제74조 제3항 및 제83조 제3항을 적용하기에 앞서 이 조항에 대한 방대한 해설을 제공했기 때문이다.

하지만 2007년 가이아나-수리남 사건에서 제시된 분석이 경계미확정 구역을 규율하는 국제법적 체제에 대한 일반적인 해석이 될 수 있을지는 의문이다. 이 사건 자체를 면밀하게 분석하면 해양환경에 물리적 변화를 가져오는지 여부 또는 항구적인 물리적 변화를 가져오는지 여부 등의 기준은 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무 위반 여부를 판단할 수 있도록 하는 하나의 참고할 가치가 있는 기준이 될 수는 있겠으나 절대적인 기준이 될 수는 없다. 즉, 위에서 살펴본 것처럼 가이아나-수리남 사건에서 중재재판소 스스로 항구적인 물리적 변화를 가져오지 않아도 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무 위반으로 취급되는 경우가 있을 수 있음을 인정했다고 보아야 한다는 것이다. 이는 객관적이고 구체적인 ‘항구적인 물리적 변화’와 같은 기준이 아직은 확립되지 않았다는 전제에서 어떤 특정 활동이 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무 위반인지를 판단하기는 쉽지 않다는

31) *Ibid.*, para. 478.

32) *Ibid.*, para. 486.

33) *Ibid.*, para. 484.

34) *Ibid.*, para. 482.

것을 의미한다.

아래에서 살펴볼 2017년 가나-코트디부아르 사건에서도 ‘항구적인 물리적 변화’와 같은 기준은 그다지 주목을 받지 못했다. 이는 아직까지 일방 분쟁당사국의 어떤 특정 활동이 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무 위반인지 여부를 판단하는 것은 기록하지 않다는 것을 의미한다.

2. 2017년 가나-코트디부아르 사건

2017년 가나-코트디부아르 사건에서 코트디부아르는 가나의 유엔해양법협약 제83조 제3항 위반을 강력히 주장했다. 코트디부아르는 (코트디부아르 주장에 의하면) 코트디부아르에 속하는 수역에서 가나가 수행한 일방적인 활동이 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무 위반에 해당한다고 주장했다.³⁵⁾ 그러나 코트디부아르가 주장하고 있는 코트디부아르에 속하는 수역은 엄밀히 말하면 ‘경계미획정 수역’이다. 아래에서는 가나-코트디부아르 사건에서 언급된 제83조 제3항 관련 내용을 정치하게 살펴보기로 한다.

(1) 코트디부아르의 주장

코트디부아르는 우선 유엔해양법협약 제83조 제3항에 관한 자신의 해석을 제공했다. 코트디부아르에 의하면 경계미획정 수역에서 수행되는 일방적인 경제적 활동은 금지되며 잠정약정이 허가하고 있는 활동만 수행될 수 있다.³⁶⁾ 더구나 코트디부아르는 ‘침해적인(침략적인)’(*invasive*) 활동만 금지되는 것은 아니라는 입장도 제시했다.³⁷⁾ 즉, 경계미획정 수역에서의 일방적인 개발은 물론 개발에는 이르지 못하는 탐사 활동조차 최종 합의에 이르는 것을 위태롭게 하거나 방해할 수 있다는 것이다.³⁸⁾ 그 이유는 경계미획정 수역에서 적대적 분위기가 조성될 뿐만 아니라 활동을 수행하는 국가가 의존하고자 하는 ‘기정사실’(*fait accompli*)이 형성되는 경향이 있기 때문이다.³⁹⁾

그리고 코트디부아르는 2007년 가이아나-수리남 사건을 인용하며 항구적인 물리적 변화를 가져오는 가나의 ‘굴착’ 관련 활동이 반드시 코트디부아르에 속하게 되는 수역에서 이루어지지 않았다 하더라도 유엔해양법협약 제83조 제3항 위반에 해당된다는 주장을 펼쳤다.⁴⁰⁾

35) *Supra* note 1, para. 606.

36) *Ibid.*, para. 608.

37) *Ibid.*, para. 609.

38) *Ibid.*

39) *Ibid.*

40) *Ibid.*, para. 612.

(2) 가나의 주장

가나는 유엔해양법협약 제83조 제3항이 평화적인 경제적 활동의 지속을 인정하고 있다는 취지의 주장을 펼쳤다. 즉, 가나에 의하면 유엔해양법협약의 기초자들이 경계미확정 수역에서의 경제적 활동에 대한 완전한 모라토리엄을 선택하지는 않았다는 것이다.⁴¹⁾ 그리고 가나는 제83조 제3항이 국가들에게 어떤 특정 활동을 수행하지 말도록 요구하고 있지 않다고 주장했다.⁴²⁾ 이는 경계미확정 수역에서 이루어지는 일방 분쟁당사국의 활동은 사안에 따라 개별적으로 판단되어야 한다는 의미이다.

이어서 가나는 2007년 가이아나-수리남 사건과 2017년 가나-코트디부아르 사건을 구분했다. 즉, 가이아나-수리남 사건의 경우는 전적으로 새롭고 일방적인 활동이 수행된 경우인데 반해, 가나-코트디부아르 사건의 경우는 단순히 수십 년 동안 수행되어왔던 분쟁당사국들의 활동이 지속되고 있는 경우에 불과하다는 것이다.⁴³⁾ 더구나 가나의 주장에 의하면 코트디부아르는 가나의 어떤 구체적인 활동이 최종 합의에 이르는 것을 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무를 위반하고 있는지를 지적하는 데 실패했다.⁴⁴⁾

(3) 국제해양법재판소 특별재판부의 결론

국제해양법재판소 특별재판부는 우선 유엔해양법협약 제83조 제3항을 분설하기 시작했다. 특별재판부에 의하면 제83조 제3항이 규정하고 있는 의무는 ‘모든 노력을 다할 의무’, 즉 ‘행위의 의무’(obligation of conduct)이다.⁴⁵⁾ 이는 반드시 잠정약정을 체결해야 하는 의무는 아니라는 것이다.⁴⁶⁾ 하지만 특별재판부에 의하면 분쟁당사국들은 ‘선의로’(in good faith) 행동할 의무 하에는 놓여 있다.⁴⁷⁾

국제해양법재판소 특별재판부는 자신의 판결문 제628문(Paragraph 628)을 통해 유엔해양법협약 제83조 제3항이 규정하고 있는 의무 중 첫 번째 의무, 즉 실질적인 잠정약정 체결 의무 위반 여부를 둘러싼 가나와 코트디부아르 간 사실관계 및 특별재판부의 결론을 정리했다. 정리된 사실관계에

41) *Ibid.*, para. 617.

42) *Ibid.*, para. 618.

43) *Ibid.*, para. 619.

44) *Ibid.*, para. 623.

45) *Ibid.*, para. 627.

46) *Ibid.*

47) *Ibid.*

따르면 코트디부아르는 가나에게 실질적인 잠정약정 체결을 요청하지 않았고, 오로지 가나가 탄화수소 관련 활동을 수행하지 말아야 한다고 요청했을 뿐이다. 더구나 코트디부아르는 가나가 선의로 행동하지 않았다는 것을 입증하지 못했다. 이와 같이 코트디부아르가 가나에게 실질적인 잠정약정을 체결하기 위한 교섭을 요청하지 않았다는 사실은 코트디부아르 입장에서 가나가 실질적인 잠정약정을 체결하기 위해 교섭할 의무를 위반했다고 주장할 수 없도록 만든다는 것이 특별재판부의 결론이었다.⁴⁸⁾

이어서 유엔해양법협약 제83조 제3항이 규정하고 있는 의무 중 두 번째 의무, 즉 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무의 해석과 관련하여 특별재판부는 두 번째 의무가 첫 번째 의무와 연계하여 해석되어야 함을 강조했다.⁴⁹⁾ 그리고 제83조 제3항 내에 포함되어 있는 ‘이해와 상호협력의 정신으로’(in a spirit of understanding and cooperation)라는 표현에 주목했다.⁵⁰⁾

그런데 국제해양법재판소 특별재판부는 다음과 같은 두 가지 이유를 들면서 가나의 유엔해양법협약 제83조 제3항이 규정하고 있는 의무 위반을 인정하지 않았다. 첫째, 가나는 2015년 4월 25일 특별재판부의 잠정조치 명령에 따라 ‘새로운’ 굴착이 일어나지 않도록 할 자신의 의무를 이행했다는 것이다.⁵¹⁾ 둘째, 해양경계획정의 결과 가나가 결국은 가나에 속하게 된 수역에서만 탄화수소 관련 활동을 했다는 점이 강조되었다.⁵²⁾

(4) 백진현 재판관의 개별의견

2017년 가나-코트디부아르 사건에 대한 판결을 내린 국제해양법재판소 특별재판부의 재판관 중 한 명인 백진현 재판관의 ‘개별의견’은 주목을 요한다. 기본적으로 백진현 재판관은 가나가 유엔해양법협약 제83조 제1항 및 제3항을 위반하지 않았다는 특별재판부의 결론에 찬성했다.

하지만 백진현 재판관은 코트디부아르가 국제해양법재판소 특별재판부에 대하여 ‘코트디부아르 수역’에서 가나에 의해 수행된 일방적인 활동이 유엔해양법협약 제83조 제3항에 규정된 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무를 위반했다는 것을 선언해 달라고 요청했기 때문에 특별재판부의 결론에 찬성했다는 단서를 달았다.⁵³⁾ 다시 말해, 가나가 특별재판부의 결론에 따라 결국은 가나에 속하게 된 수역에서만 일방적인 활동을 수행했기 때문에 백진현 재판관은 특별재판부의 결론에 찬성할

48) *Ibid.*, para. 628.

49) *Ibid.*, para. 629.

50) *Ibid.*, para. 630.

51) *Ibid.*, para. 632.

52) *Ibid.*, para. 633.

53) *Supra* note 3, para. 1.

수박에 없었다는 것이다.⁵⁴⁾ 이는 만약 코트디부아르가 ‘코트디부아르 수역’이라는 표현을 사용하지 않고 가나에 의해 수행된 일방적인 활동이 유엔해양법협약 제83조 제3항에 규정된 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무를 위반했다는 것을 선언해 달라고 요청했다면 백진현 재판관은 다른 결론에 도달했을 것이라는 의미이다.

이와 같은 전제에서 백진현 재판관은 유엔해양법협약 제83조 제3항에 규정된 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무에 관한 분석을 시작했다. 일단 백진현 재판관에 의하면 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무는 최종 합의를 기다리고 있는 경계미확정 수역에서 (분쟁당사국들에게 부과된) 근본적인 ‘자제’(restraint)의 의무를 상징하고 있는 것이다.⁵⁵⁾ 그런데 국제해양법재판소 특별재판부가 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무에 대한 입체적인 설명을 제시하지 못했기 때문에 백진현 재판관은 이 의무에 대한 좀 더 깊이 있는 설명을 제공하고자 했다.

위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무 개념으로 인해 경계미확정 수역에서 분쟁당사국들의 모든 활동이 배제되는 것은 아니다.⁵⁶⁾ 이와 같은 전제 하에 백진현 재판관은 어떤 활동이 최종 합의에 이르는 과정을 위태롭게 하는 ‘효과’를 가지거나 최종 합의를 향한 교섭의 진전을 방해하는 ‘효과’를 가진다면 이러한 활동은 최종 합의에 이르는 것을 위태롭게 하거나 방해할 수 있다는 하나의 ‘기준’을 제시했다.⁵⁷⁾ 이러한 기준을 제시하면서 백진현 재판관은 사전에 어떤 특정 활동은 최종 합의에 이르는 것을 위태롭게 하거나 방해하고 또 다른 특정 활동은 그렇지 않다고 단정할 수 없다고 강조했다.⁵⁸⁾ 즉, 어떤 특정 활동이 항구적인 물리적 변화를 가져오지 않는 덜 침해적인 활동이라 하더라도 최종 합의에 이르는 과정을 위태롭게 하거나 교섭의 진전을 방해할 수 있다는 것이다.⁵⁹⁾

또한 백진현 재판관은 잠정조치 명령을 내리기 위해 분쟁당사국(들)의 권리에 회복할 수 없는 영향을 야기할 수 있는 활동과 최종 합의에 이르는 것을 위태롭게 하거나 방해할 수 있는 효과를 가질 수 있는 활동은 구분된다는 입장을 밝혔다.⁶⁰⁾ 이는 분쟁당사국(들)의 권리에 회복할 수 없는 영향을 야기하지 않는 활동이라 하더라도 최종 합의에 이르는 것을 위태롭게 하거나 방해할 수 있는 효과는 가질 수 있다는 의미이다. 그리고 최종 합의에 이르는 것을 위태롭게 하거나 방해할 수 있는 효과를 가질 수 있는 활동인지 여부를 결정할 수 있는 다양한 관련 요소로 활동의 유형,

54) *Ibid.*

55) *Ibid.*, para. 3.

56) *Ibid.*, para. 5.

57) *Ibid.*, para. 6.

58) *Ibid.*, para. 7.

59) *Ibid.*

60) *Ibid.*, para. 9.

특질, 위치, 기간, 방식 등을 제시했다.⁶¹⁾

백진현 재판관은 비록 가나가 오랜 시간 동안 가나의 활동에 대하여 코트디부아르가 동의하고 있다는 믿음을 가졌다 하더라도 2009년 2월에는 분쟁의 존재 및 경계미획정 수역의 위치를 인식했다고 언급했다.⁶²⁾ 그럼에도 가나가 자신의 일방적인 활동을 지속했다는 것은 유엔해양법협약 제83조 제3항이 함축하고 있는 ‘자제’와는 거리가 멀다고 지적했다.⁶³⁾ 이어서 백진현 재판관은 경계미획정 수역에서 코트디부아르의 지속된 항의에도 불구하고 가나에 의해 일방적으로 수행된 상당한 정도의 ‘침해적인’(invasive) 활동은 제83조 제3항에 규정된 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무 위반에 해당한다는 입장을 피력했다.⁶⁴⁾

(5) 소 결

국제해양법재판소 특별재판부의 결론과 백진현 재판관의 개별의견은 크게 세 가지 측면에서 결을 달리 하고 있다. 첫째, 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무 위반을 판단하는 시점과 관련하여 특별재판부는 자신이 잠정조치 명령을 내린 2015년 4월 25일 이후로 관심을 제한한 반면에 백진현 재판관은 해양경계획정을 위한 코트디부아르의 구체적인 제안으로 인해 경계미획정 수역의 범위가 명확해진 2009년 2월 이후에 초점을 맞추었다. 둘째, 특별재판부는 항구적인 물리적 변화를 야기할 수 있는 가나의 ‘새로운’ 굴착 여부만 살펴본 반면에 백진현 재판관은 항구적인 물리적 변화를 가져오지 않는 덜 침해적인 활동이라 하더라도 이러한 활동이 최종 합의에 이르는 과정을 위태롭게 하거나 교섭의 진전을 방해할 수 있다는 입장을 고수했다. 셋째, 특별재판부는 경계미획정 수역 중 최종적으로 어떤 분쟁당사국에게 귀속되는 수역에서 문제의 활동이 있었는지에 관심을 둔 반면에 백진현 재판관은 그러한 위치는 경계미획정 수역 전체에 포함되어 있는 한 중요하지 않다고 간주했다.

이와 같이 국제해양법재판소 특별재판부의 결론과 백진현 재판관의 개별의견 간 차이는 유엔해양법협약 제74조 제3항 및 제83조 제3항에 규정된 두 가지 의무 중 특히 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무 위반 여부를 판단할 수 있는 기준 또는 이 의무의 적용 범위에 관한 논쟁을 불러일으킬 수 있다. 아래에서는 제74조 제3항 및 제83조 제3항에 규정된 두 가지 의무를 분설하여 경계미획정 수역을 규율하는 국제법적 체제에 관한 심도 있는 분석 및 비판적 고찰을 전개하고자 한다.

61) *Ibid.*, para. 10.

62) *Ibid.*, para. 14.

63) *Ibid.*

64) *Ibid.*, para. 16.

Ⅲ. 유엔해양법협약 제74조 제3항 및 제83조 제3항에 규정된 두 가지 의무와 경계미확정 구역의 규율

위에서 언급한 것처럼 유엔해양법협약 제74조 제3항 및 제83조 제3항은 두 가지 모든 노력을 다할 의무를 규정하고 있다. 바로 실질적인 잠정약정 체결 의무와 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무이다. 그런데 이 두 가지 의무 중 후자의 의무, 즉 ‘위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무’는 전자의 의무보다 경계미확정 수역을 규율할 수 있는 더 포괄적인 범위의 법적 체제를 제공하고 있다.⁶⁵⁾ 그 이유는 분쟁당사국들이 실질적인 잠정약정을 체결하는 데 실패한다 하더라도 최종적인 해양경계확정이 이루어질 때까지 해당 경계미확정 수역을 규율할 수 있는 법적 체제로 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무는 여전히 존재하기 때문이다. 아래에서는 이 두 가지 의무를 둘러싼 법적 쟁점을 자세히 살펴보고자 한다.

1. 실질적인 잠정약정 체결 의무

(1) 실질적인 잠정약정은 반드시 체결되어야 하는가?

유엔해양법협약 제74조 제3항 및 제83조 제3항이 부과하고 있는 실질적인 잠정약정 체결 의무로 인해 실질적인 잠정약정이 반드시 체결되어야 하는 것은 아니다. ICJ도 2002년 *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria* 사건⁶⁶⁾에서 제74조 및 제83조가 해양경계확정 관련 교섭이 반드시 결과 도출로 이어져야 할 것을 요구하고 있지는 않다고 언급했다.⁶⁷⁾ 다만 이러한 교섭은 선의로(in good faith) 수행되어야 한다고 첨언했다.⁶⁸⁾ 즉, 교섭을 수행할 의무는

65) 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무가 실질적인 잠정약정 체결 의무보다 경계미확정 수역을 규율할 수 있는 더 포괄적인 범위의 법적 체제를 제공한다는 의미가 두 가지 의무 간에 위계가 있음을 의미하는 것은 아니다. Youri van Logchem, “The Scope for Unilateralism in Disputed Maritime Areas”, in Clive Schofield, Seokwoo Lee and Moon-Sang Kwon (eds.), *The Limits of Maritime Jurisdiction* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2014), p. 179.

66) *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria; Equatorial Guinea intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 303.

67) *Ibid.*, p. 424, para. 244.

68) *Ibid.*

결과의 의무가 아닌 ‘행위의 의무’(obligation of conduct)라는 것이다.⁶⁹⁾

이와 같은 ICJ의 논리는 최종적인 해양경계획정 합의 도출을 위한 교섭이 아닌 ‘실질적인 잠정약정 체결을 위한’ 교섭에도 그대로 적용되는 것이 타당하다. 그 이유는 ICJ가 2002년 *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria* 사건에서 해양경계획정 관련 교섭을 최종적인 해양경계획정 합의 도출을 위한 교섭으로 한정짓지는 않았기 때문이다. 따라서 실질적인 잠정약정 체결 의무 역시 결과의 의무가 아닌 ‘행위의 의무’로 간주해야 할 것이다.

결국 기본적으로 실질적인 잠정약정 체결 의무와 관련하여 모든 노력을 다할 의무는 ‘선의로’ ‘교섭’할 의무를 의미한다고 보아야 한다.⁷⁰⁾ 즉, 실질적인 잠정약정이 반드시 체결될 필요는 없다는 것이다. 그런데 이와 같은 선의로 교섭할 의무의 함의는 이미 ICJ의 1969년 *North Sea Continental Shelf* 사건⁷¹⁾에서 자세히 설명되었다. ICJ는 이 사건에서 교섭은 상당한 의미가 있어야 하며, 이는 일방 분쟁당사국이 수정 가능성을 열어두지 않은 채 자신의 입장을 고집하는 것을 말하지 않는다고 언급했다.⁷²⁾

다만 2007년 가이아나-수리남 사건에서 중재재판소가 ① 가이아나가 수리남에게 계획된 활동에 대하여 공식적으로 자세하게 통보하는 것, ② 가이아나가 활동을 수행하는데 있어 수리남의 협력을 추구하는 것, ③ 가이아나가 탐사 결과를 공유할 것을 제안하고 수리남에게 활동을 감시할 기회를 주는 것, ④ 가이아나가 탐사 활동으로부터 얻은 모든 재정적 이익의 공유를 제안하는 것 등이 가이아나의 실질적인 잠정약정 체결 의무와 부합했을 것이라고 언급한 것에 주목할 필요가 있다.⁷³⁾ 이와 같은 중재재판소의 태도는 실질적인 잠정약정 체결 의무와 관련하여 ‘모든 노력을 다할 의무’는 선의로 교섭할 의무에 한정되지 않을 수도 있다는 것을 함축하고 있는 것이다.⁷⁴⁾

(2) 실질적인 잠정약정 체결 의무의 목적

1982년 유엔해양법협약 채택 직후 Lagoni는 실질적인 잠정약정 체결 의무가 국제법에서는 새로운 개념이라고 지적했다.⁷⁵⁾ 물론 Lagoni는 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무 역시 새로운 개념

69) Ioannides, *supra* note 4, pp. 348-349.

70) Rainer Lagoni, “Interim Measures Pending Maritime Delimitation Agreements”, *The American Journal of International Law*, Vol. 78 (1984), pp. 354-356.

71) *North Sea Continental Shelf, Judgment*, I.C.J. Reports 1969, p. 3.

72) *Ibid.*, pp. 46-47, para. 85.

73) *Supra* note 5, para. 477.

74) Davenport, *supra* note 7, p. 102.

75) Lagoni, *supra* note 70, p. 349.

이라고 생각했다. 이는 ‘합의에 이르는 동안’(pending agreement), 즉 분쟁이 해결되지 않은 상태에서 ‘임시조치’(interim measures)가 ‘의무’로서 부과되어 있기 때문이다.

그렇다면 실질적인 잠정약정 체결 의무는 경계미확정 구역의 ‘개발’에 방점이 있는가 아니면 분쟁당사국들의 어떤 특정 활동의 ‘자제’에 초점이 맞추어져 있는가? Lagoni는 실질적인 잠정약정이 개발과 자제 중 그 어떤 것에 초점을 맞추어도 크게 문제가 되지는 않는다는 입장을 밝혔다.⁷⁶⁾ 다만 제3차 유엔해양법회의의 기간 동안 국가들의 교섭 과정을 반추해 보았을 때 기본적으로 유엔해양법협약 제74조 제3항 및 제83조 제3항이 부과하고 있는 실질적인 잠정약정 체결 의무는 ‘개발’에 방점이 찍혀 있다고 지적했다.⁷⁷⁾

(3) 실질적인 잠정약정 체결 의무를 둘러싼 몇몇 개념 분설

실질적인 잠정약정 체결 의무와 관련하여 몇몇 개념이 설명되어야 한다. 첫째, 잠정약정은 반드시 1969년 조약법에 관한 비엔나협약 제2조 제1항(a)에 언급되어 있는 조약의 정의에 부합하는 조약을 의미하지는 않는다. 이는 잠정약정이 비공식적으로 즉, 분쟁당사국들 간 구상서(*note verbale*) 교환과 같은 방법으로도 체결될 수 있다는 의미이다.⁷⁸⁾ Anderson과 van Logchem은 잠정약정이 비공식적으로 만들어질 수 있는 다양한 가능성을 소개하고 있다.⁷⁹⁾

둘째, ‘실질적인’ 잠정약정이 체결되어야 한다. 이는 잠정약정이 분쟁당사국들 간 실제적 이슈에 대한 실용적인 해결책을 제공해야 하며, 최종적인 해양경계확정 또는 영토 문제 등을 다루지는 않아야 한다는 것을 의미한다.⁸⁰⁾ 특히 최종적인 해양경계확정에 영향을 미치지 않아야 한다는 점은 유엔해양법협약 제74조 제3항 및 제83조 제3항 내에도 언급되어 있다.

셋째, ‘잠정’약정이 체결되어야 한다. ‘잠정’의 의미는 ‘임시’라는 의미이지만 잠정약정에 포함된 내용이 그대로 최종적인 해양경계확정 합의 내에 포함될 수도 있다.⁸¹⁾ 그리고 만약 잠정약정에 포함된 내용이 그대로 최종적인 해양경계확정 합의 내에 포함되지 않는다 하더라도 예를 들어, 대륙붕 공동개발구역을 창설한 잠정약정의 내용이 최종적인 해양경계확정 합의와는 별도의 다른

76) *Ibid.*, p. 354.

77) *Ibid.*

78) *Ibid.*, p. 358.

79) David Anderson and Youri van Logchem, “Rights and Obligations in Areas of Overlapping Maritime Claims”, in S. Jayakumar, Tommy Koh and Robert Beckman (eds.), *The South China Sea Disputes and Law of the Sea* (Glos: Edward Elgar Publishing Limited, 2014), pp. 214-215.

80) Lagoni, *supra* note 70, p. 358.

81) Satya N. Nandan and Shabtai Rosenne (eds.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary* (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1993), Volume II, p. 815.

합의를 통해 유지될 가능성도 존재한다.⁸²⁾

실질적인 잠정약정이 체결된다는 전제에서 이와 같은 잠정약정이 실용적인 해결책을 제공해야 한다는 것은 그 해결책이 ‘개발’을 촉진시키고자 하는 의도를 포함하고 있다는 것을 의미할 수 있다. 하지만 실질적인 잠정약정의 구체적 사례 중 하나라 간주할 수 있는 1998년 체결된 ‘대한민국과 일본국 간의 어업에 관한 협정’(이하 ‘신한일어업협정’) 부속서 I이 대한민국과 일본 양국 모두 소위 ‘중간수역’에서 타방 체약국 국민 및 어선에 대하여 어업에 관한 자국 관계 법령을 적용하지 않도록 하고 있다는 점에서 알 수 있듯이 실질적인 잠정약정이 ‘자제’와 관련된 내용을 포함할 수도 있을 것이다.⁸³⁾ 그리고 위에서 언급한 것처럼 잠정약정이 포함하고 있는 임시조치가 최종적인 해양경계획정 합의를 통해서도 그대로 유지될 수 있다는 점에서 잠정의 의미가 사전적인 의미보다는 넓다고 보아야 한다.

(4) 실질적인 잠정약정 체결 의무의 장소적 범위와 시간적 범위

실질적인 잠정약정의 장소적 범위라 함은 실질적인 잠정약정 체결 의무가 발생하는 ‘대상수역’을 의미한다. 이 의무가 발생하는 대상수역과 관련하여 이론적으로 크게 ① 권원중첩수역 ‘전체’를 대상수역으로 간주하는 견해⁸⁴⁾와 ② 분쟁당사국들의 주장이 서로 양립하지 않는 (다소 협소한) 수역만을 대상수역으로 간주하는 견해⁸⁵⁾ 두 가지가 있을 수 있다.

1969년 *North Sea Continental Shelf* 사건에서 ICJ는 분쟁당사국들의 주장이 서로 양립하지 않는 수역이 다소 ‘협소한’ 수역에 불과하다는 전제를 내세웠다.⁸⁶⁾ 그러나 이 전제는 ICJ 차원에서 그 다음 해양경계획정 사건에 해당하는 1982년 *Continental Shelf (Tunisia/Libya)* 사건⁸⁷⁾에서 즉시 무너졌다. Pelagian Sea의 해저 상당 부분에 대한 튀니지와 리비아 양국의 주장이 중첩되었기 때문이다.⁸⁸⁾ 이는 실질적인 잠정약정 체결 의무가 발생하는 대상수역과 관련하여 이론적으로 ① 권원중첩수역 전체를 대상수역으로 간주하는 견해와 ② 분쟁당사국들의 주장이 서로 양립하지 않는 수역만을 대상수역으로 간주하는 견해가 존재한다 하더라도 분쟁당사국들의 주장이 서로 양립하지 않는 수역의 면적이 권원중첩수역 전체에 가까울 정도로 상당히 넓어질 수 있다는 것을 의미한다.

82) Lagoni, *supra* note 70, p. 358.

83) Anderson and van Logchem, *supra* note 79, p. 212.

84) Davenport, *supra* note 7, p. 106.

85) Lagoni, *supra* note 70, p. 356.

86) *Supra* note 71, pp. 22-23, para. 20.

87) *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya), Judgment, I.C.J. Reports 1982*, p. 18.

88) *Ibid.*, p. 42, para. 34.

실질적인 잠정약정 체결 의무의 시간적 범위를 언급하고 있는 유엔해양법협약 제74조 제3항 및 제83조 제3항 내 구체적 표현은 ‘합의에 이르는 동안’(pending agreement)이라는 표현이다. 그러나 이 표현은 분설을 필요로 한다. 즉, 이 의무가 발생하는 시점과 소멸하는 시점에 대한 논의가 필요하다는 것이다. 이 의무는 일반적으로 분쟁당사국들의 주장이 서로 양립하지 않는 수역이 존재한다는 것이 명백하게 드러났을 때 발생한다.⁸⁹⁾ 하지만 어떤 섬의 주권이 분쟁당사국들 중 어떤 국가에게 속하는지와 같은 선결적 문제가 존재하는 경우처럼 분쟁당사국들의 주장이 서로 양립하지 않는 수역이 명백히 드러나지 않는다 하더라도 이 의무가 발생했다고 볼 수 있는 경우가 있다.⁹⁰⁾ 다만 최종적인 해양경계획정을 위한 교섭이 잘 진행되어 최종적인 해양경계획정 합의 도달이 임박한 경우에는 굳이 이 의무가 존재한다고 해석할 필요가 없을 것이다.⁹¹⁾ 이 의무가 소멸하는 시점은 ‘합의에 이르는 동안’(pending agreement)이라는 표현 때문에 명백하다. 즉, 최종적인 해양경계획정 합의에 도달한다면 이 의무는 소멸한다.

(5) 실질적인 잠정약정의 구체적 사례

실질적인 잠정약정 체결 의무는 아래에서 살펴볼 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무와 달리 적극적(positive) 의무이다.⁹²⁾ 다만 이 의무가 결과의 의무가 아닌 모든 노력을 다할 의무이기 때문에 실질적인 잠정약정이 도출되지 않는다고 해도 이 의무 위반을 단언할 수 없을 뿐이다. 적극적 의무임에도 유엔해양법협약 제74조 제3항 및 제83조 제3항이 실질적인 잠정약정의 구체적 사례를 제시하지 않고 있으므로 체결되는 실질적인 잠정약정이 구체적으로 무엇인지는 사안에 따라 살펴보아야 한다. 예를 들어, 1998년 체결된 신한일어업협정은 제74조 제3항이 언급하고 있는 실질적인 잠정약정이라 할 수 있다.⁹³⁾ 마찬가지로 1974년 체결된 ‘대한민국과 일본국 간의 양국에 인접한 대륙붕 남부구역 공동개발에 관한 협정’도 제83조 제3항이 언급하고 있는 실질적인 잠정약정에

89) Lagoni, *supra* note 70, p. 357.

90) *Ibid.*

91) BIICL(British Institute of International and Comparative Law), *Report on the Obligations of States under Articles 74(3) and 83(3) of UNCLOS in Respect of Undelimited Maritime Areas* (London: BIICL, 2016), p. 17, para. 59.

92) Alexander Proelss (ed.), *United Nations Convention on the Law of the Sea: A Commentary* (München: C. H. Beck, 2017), Volume I, p. 577.

93) 제성호, “‘동해 중간수역’의 법적 성격과 독도 영유권의 훼손”, 『중앙법학』, 제9집 제3호 (2007), 575-576면. 하지만 신한일어업협정은 유엔해양법협약 제74조 제3항이 말하는 실질적인 잠정약정으로 보기 어렵다는 견해도 존재한다. 김찬규 · 노명준 · 이창위, “한일어업협정 및 한중어업협정 체결 이후 동북아의 어업질서 운영 방안”, 『국제법학회논총』, 제44권 제1호 (1999), 81-84면.

해당한다.⁹⁴⁾ 즉, 최종적인 해양경계획정 합의가 도출되지 않은 상황에서 체결되는 어업협정 또는 공동개발협정 등은 일반적으로 제74조 제3항 또는 제83조 제3항이 의미하는 실질적인 잠정약정이라 보아야 한다.

참고로 실질적인 잠정약정 자체가 최종적인 경계선은 아니지만 경계선을 포함하고 있는 경우도 있다. 예를 들어, 2002년 2월 11일 체결된 튀니지와 알제리 간 해양경계획정을 위한 잠정약정 협정⁹⁵⁾은 제1조⁹⁶⁾를 통해 잠정적인 경계선을 제공한다. 그리고 이 협정 제4조⁹⁷⁾는 잠정적인 경계선이 최종적인 경계선에 영향을 주지 않음을 명백히 규정하고 있다.

(6) 소 결

실질적인 잠정약정 체결 의무는 행위의 의무에 해당하며, 따라서 기본적으로 선의로 교섭할 의무를 의미한다. 이는 실질적인 잠정약정이 반드시 체결되어야만 하는 것은 아니라는 것이다. 하지만 1969년 *North Sea Continental Shelf* 사건에서 ICJ가 지적한 것처럼 실질적인 잠정약정 체결을 위한 교섭은 상당한 의미가 있어야 하며, 만약 일방 분쟁당사국이 수정 가능성을 열어두지 않은 채 자신의 입장만 고수한다면 이는 실질적인 잠정약정 체결 의무를 위반하는 것에 해당한다. 다만 2007년 가이아나-수리남 사건에서 중재재판소가 일방 분쟁당사국이 자신의 계획된 활동을 타방 분쟁당사국에게 공식적으로 자세하게 통보하는 것, 일방 분쟁당사국이 자신의 활동을 수행하는데 있어 타방 분쟁당사국의 협력을 추구하는 것 등도 실질적인 잠정약정 체결 의무와 부합했을 것이라고 언급한 점을 고려했을 때 실질적인 잠정약정 체결 의무와 관련하여 ‘모든 노력을 다할 의무’는 선의로 교섭할 의무에 한정되지 않을 수도 있다는 것을 염두에 두어야 할 것이다.

2007년 가이아나-수리남 사건과 2017년 가나-코트디부아르 사건을 살펴보면 실질적인 잠정약정 체결 의무 위반은 생각보다 쉽게 인정되고 있다. 특히 교섭을 명시적으로 요청하지 않거나 어떤 특정 활동의 중지만을 요청하는 경우에는 실질적인 잠정약정 체결 의무를 이행했다고 볼 수 없다는 것이 국제재판소 판례의 태도라 할 수 있을 것이다. 그런데 실질적인 잠정약정이 반드시 체결되

94) Proelss (ed.), *supra* note 92, p. 577.

95) Agreement on Provisional Arrangements for the Delimitation of the Maritime Boundary between the Republic of Tunisia and the People's Democratic Republic of Algeria (11 February 2002), 2238 UNTS 197, <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%202238/v2238.pdf#page=217>.

96) “The provisional line of delimitation marking the maritime boundary between the two countries shall consist of two segments of a straight line connecting points P1, P2, P3 and P4, defined as follows: ...”

97) “The provisional arrangements provided for in article I of this Agreement shall be without prejudice to the definitive delimitation of the maritime boundary between the two countries.”

어야만 하는 것은 아니기 때문에 (실질적인 잠정약정 체결 여부에 관계없이) 경계미확정 수역을 규율하는 더 의미 있고 더 포괄적인 법적 체제는 바로 ‘위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무’이다. 아래에서는 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무에 대하여 자세히 알아보려고 한다.

2. 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무

위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무는 ‘상호 자제의 의무’로도 불린다.⁹⁸⁾ 그만큼 이 의무는 경계미확정 수역에서 분쟁당사국들의 활동이 ‘자제’되어야 한다는 데 초점을 두고 있다는 것이다. 이 의무가 부과된 이유로 경계미확정 수역에서 자유롭게 자원 개발 등이 허용되는 경우 타방 분쟁당사국의 권리에 영향을 미칠 수 있다는 점이 제시되기도 한다.⁹⁹⁾ 하지만 예를 들어, 일방 분쟁당사국과 타방 분쟁당사국 ‘모두’ 경계미확정 배타적 경제수역에서 해양과학조사를 수행할 관할권을 가지고 있다고 상정하는 경우 (해양과학조사를 수행하는) 일방 분쟁당사국의 권리도 존재하는 것으로 보이기 때문에 단순히 타방 분쟁당사국의 권리에 영향을 미칠 수 있다는 이유만으로 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무 위반이라 보기는 어려울 것이다. 아래에서는 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무를 둘러싼 복잡한 여러 법적 쟁점에 대하여 좀 더 자세히 논의하고자 한다.

(1) 두 극단의 대립: 개발 對 자제

유엔해양법협약 제74조 제3항 및 제83조 제3항이 규정하고 있는 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무의 본질과 관련하여 두 가지 입장이 대립할 수 있다.¹⁰⁰⁾ 첫 번째 입장은 제74조 제3항 및 제83조 제3항이 ‘개발’을 전제로 최소한의 활동만 규제하고 있다는 것이고, 두 번째 입장은 제74조 제3항 및 제83조 제3항이 경계미확정 수역에서 분쟁당사국들의 활동이 ‘자제’되어야 한다는 점에 방점을 놓고 있다는 것이다. 2007년 가이아나-수리남 사건과 2017년 가나-코트디부아르 사건은 기본적으로 첫 번째 입장을 따르고 있으나 가나-코트디부아르 사건에서 표명된 백진현 재판관의 개별의견은 두 번째 입장을 지지하고 있는 것으로 평가될 수 있다.

유엔해양법협약 채택을 위한 제3차 유엔해양법회의의 기간 중에도 국가들은 기본적으로 개발에 중점을 두는 첫 번째 입장을 지지한 것으로 보인다.¹⁰¹⁾ 하지만 제74조 제3항 및 제83조 제3항이

98) Lagoni, *supra* note 70, p. 362.

99) *Ibid.*, pp. 362-363.

100) van Logchem, *supra* note 65, p. 179.

규정하고 있는 두 가지 의무의 목적 또는 특질은 구분되어야 한다. 즉, 실질적인 잠정약정 체결 의무는 ‘개발’에 무게가 놓여 있으나 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무는 ‘자제’에 방점이 있다고 해석될 여지가 상당하다는 것이다. 그 이유로는 다음의 두 가지를 들 수 있다.

첫째, 실질적인 잠정약정 체결 의무보다 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무의 적용 범위가 더 넓다. 예를 들어, 실질적인 잠정약정이 체결된 경우 (잠정약정에 따라 어떤 특정 개발에 관한) 분쟁당사국들 간 합의가 존재하기 때문에 개발에 초점이 있다고 보는 것이 옳지만 최종 합의에 도달하지 못한 상태를 규율하는 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무는 실질적인 잠정약정이 존재하지 않는 경우 또한 규율하기 때문에 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무가 단순히 개발에 방점을 두고 있다고 보기는 어렵다. 더구나 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무는 교섭의 시작 또는 진행 과정과 무관한 의무이다.¹⁰²⁾ 즉, 교섭이 개시되지 않았거나 교섭 제의가 거절되었거나 혹은 교섭이 장기간 교착 상태에 있더라도 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무는 존재한다는 것이다.

둘째, 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무는 ‘소극적’ 의무를 규정하고 있다. 즉, 부작위 또는 ‘매우 신중한’ 작위와 관련이 있다는 것이다. 이와 관련하여 2007년 가이아나-수리남 사건에서 중재재판소가 최종 합의에 이르는 것을 위태롭게 하거나 방해하지 않는 활동 여부를 판단할 수 있는 기준으로 해양환경에 물리적 변화를 가져오는지 여부 또는 항구적인 물리적 변화를 가져오는 지 여부 등을 제시¹⁰³⁾한 점에 대한 비판적 검토가 필요하다. 이와 같은 기준에 따라 항구적인 물리적 변화를 가져오지 않는 활동이라면 그 어떤 활동이라도 가능하다는 해석이 받아들여진다면 분쟁 당사국들 중 어떤 분쟁당사국도 탄성과 탐사 등과 같이 개발을 준비하기 위한 탐사 활동을 할 수 있을 것이다. 그러나 위에서도 언급한 것처럼 가이아나-수리남 사건에서 중재재판소는 항구적인 물리적 변화를 가져오는지 여부 등을 절대적인 기준으로 제시한 적이 없다. 즉, 가이아나-수리남 사건에서 표명한 중재재판소 법리에 따르면 분쟁당사국들은 경계미확정 수역에서 항구적인 물리적 변화를 가져오지 않는 활동이라 하더라도 ‘자제’에 방점을 두어 그 수행 여부를 결정해야 한다는 것이다.

(2) 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무의 의미 및 이 의무와 관련하여 논쟁을 야기할 수 있는 활동

경계미확정 수역을 가지고 있는 분쟁당사국들이 가장 관심을 보이는 주제는 어떤 특정 활동이

101) *Ibid.*, pp. 180-181; Lagoni, *supra* note 70, pp. 349-354.

102) Lagoni, *supra* note 70, p. 364.

103) *Supra* note 5, para. 467.

위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무 위반인지 여부를 어떤 기준에 따라 판단할 수 있는지를 할 수 있다. 이를 위해 본 논문은 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무의 의미부터 살펴보고자 한다.

가. 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무의 의미

유엔해양법협약 제74조 제3항 및 제83조 제3항은 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무의 의미를 제공하고 있지 않다. 따라서 이 의무의 의미를 연구한 기타 논문 및 저서 등을 찾아볼 필요가 있는데, 영국 BIICL(British Institute of International and Comparative Law)이 2016년 발간한 ‘Report on the Obligations of States under Articles 74(3) and 83(3) of UNCLOS in Respect of Undelimited Maritime Areas’(이하 ‘2016년 BIICL 보고서’)는 이 의무의 의미에 관한 깊이 있는 연구를 제공하고 있기 때문에 유심히 살펴볼 가치가 있다.

2016년 BIICL 보고서는 1969년 조약법에 관한 비엔나협약 제31조, 제32조, 제33조에 포함된 조약의 해석 관련 규칙을 기초로 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무의 의미를 해석했다. 2016년 BIICL 보고서에 의하면 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무는 권원을 가진 국가들이 경계미확정 수역에서 최종 합의에 도달할 전망(prospects)을 위태롭게 하거나 최종 합의를 향한 교섭의 진전을 방해하는 활동에 관여하지 않을 모든 노력을 다할 의무를 의미한다.¹⁰⁴⁾ 이 해석은 2017년 가나-코트디부아르 사건에서 백진현 재판관이 언급한 내용인 어떤 활동이 최종 합의에 이르는 과정을 위태롭게 하는 효과를 가지거나 최종 합의를 향한 교섭의 진전을 방해하는 효과를 가진다면 이는 최종 합의에 이르는 것을 위태롭게 하거나 방해할 수 있다는 것¹⁰⁵⁾과 거의 유사하다. 다만 2016년 BIICL 보고서는 경계미확정 수역에서 모든 활동이 금지되지는 않았다는 단서를 덧붙였다.¹⁰⁶⁾ 그러나 2016년 BIICL 보고서가 제공하고 있는 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무의 의미만으로는 어떤 특정 활동이 최종 합의에 이르는 것을 위태롭게 하거나 방해할 수 있는지를 판단하기가 쉽지 않다.

나. 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무와 관련하여 논쟁을 야기할 수 있는 배타적 경제수역 또는 대륙붕에서의 활동

경계미확정 상태에서 권원을 가진 배타적 경제수역에서의 활동과 권원을 가진 대륙붕에서의 활동 중 분쟁당사국들의 어떤 특정 활동이 최종 합의에 이르는 것을 위태롭게 하거나 방해할 수 있는지와 관련하여 논쟁을 불러일으키는지를 살펴볼 필요가 있다. 이를 위해 경계미확정 배타적

104) BIICL, *supra* note 91, p. 24, para. 83.

105) *Supra* note 3, para. 6.

106) BIICL, *supra* note 91, p. 24, para. 83.

경제수역과 경계미획정 대륙붕을 구분하여 논의를 전개하기로 한다.

(i) 경계미획정 배타적 경제수역

지금까지 경계미획정 배타적 경제수역에서의 어떤 특정 활동이 국제재판소에서 직접적으로 다루어진 적은 없었다. 2007년 가이아나-수리남 사건과 2017년 가나-코트디부아르 사건 모두 배타적 경제수역과 대륙붕이라는 법적으로 구분되는 두 개의 수역을 하나의 선을 이용하여 경계를 획정하는 ‘단일해양경계’를 설정했으나 각 사건에서 문제가 된 활동은 배타적 경제수역이 아닌 대륙붕과 관련된 활동이었다.

그런데 국제재판소가 경계미획정 배타적 경제수역에서의 활동을 직접적으로 다룬 적은 없었으나 2007년 가이아나-수리남 사건에서 중재재판소가 언급한 “일방 분쟁당사국이 타방 분쟁당사국의 권리에 항구적인(영구적인) 방식으로 영향을 줄 수 있는 일방적인 활동을 수행하는 것은 허용되지 말아야 한다.”¹⁰⁷⁾는 내용은 경계미획정 배타적 경제수역에서 어떤 활동이 최종 합의에 이르는 것을 위태롭게 하거나 방해할 수 있는지를 판단하는 기준이 될 가능성이 있다. 그 이유는 이와 같은 중재재판소의 언급은 경계미획정 배타적 경제수역 및 대륙붕 모두에 적용될 수 있는 논리이기 때문이다.

우선 경계미획정 배타적 경제수역에서 2개국 이상 연안국의 배타적 경제수역에 걸쳐 출현하는 어족의 보존에 관한 유엔해양법협약 제63조 제1항¹⁰⁸⁾을 일방 분쟁당사국이 위반하는 경우, 예를 들어, (보존이 아닌) 남획을 하거나 남획을 규제하지 않는 경우는 최종 합의에 이르는 것을 위태롭게 하거나 방해하고 있다고 간주될 여지가 있다.¹⁰⁹⁾ 그런데 만약 타방 분쟁당사국이 남획을 하고 있는 일방 분쟁당사국 국적 어선의 나포를 시도하는 경우 오히려 타방 분쟁당사국이 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무를 위반하고 있다고 간주될 가능성도 없지는 않다.¹¹⁰⁾

다음으로 경계미획정 배타적 경제수역에서 일방 분쟁당사국이 해양과학조사를 수행하는 경우도 논란이 될 소지가 상당하다. 유엔해양법협약 제246조 제2항¹¹¹⁾에 의하면 어떤 연안국의 배타적 경제수역에서 해양과학조사를 수행하고자 하는 경우 그 연안국의 동의가 필요하다. 하지만 경계미획정 배타적 경제수역에서는 분쟁당사국들 모두 그 수역에 대한 권원을 가지고 있으므로 일방

107) *Supra* note 5, para. 470.

108) “동일어족이나 이와 연관된 어종의 어족이 2개국 이상 연안국의 배타적 경제수역에 걸쳐 출현하는 경우, 이러한 연안국들은, 이 부의 다른 규정을 침해하지 아니하고, 직접 또는 적절한 소지역기구나 지역기구를 통하여 이러한 어족의 보존과 개발을 조정하고 보장하는 데 필요한 조치에 합의하도록 노력한다.”

109) Anderson and van Logchem, *supra* note 79, p. 219; BIICL, *supra* note 91, p. 27, para. 94.

110) BIICL, *supra* note 91, p. 28, para. 95.

111) “배타적 경제수역과 대륙붕에서의 해양과학조사는 연안국의 동의를 얻어 수행한다.”

분쟁당사국이 타방 분쟁당사국의 권리에 항구적인 방식으로 영향을 주지 않는 한 타방 분쟁당사국의 동의가 없더라도 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무가 위반되었다고 단언할 수 없다. 다시 말해, 일방 분쟁당사국이 문제의 수역에 대한 권원을 가지고 있기 때문에 해양과학조사를 수행하는 경우 설령 타방 분쟁당사국의 동의가 존재하지 않는다 하더라도 이러한 해양과학조사가 타방 분쟁당사국의 어떤 특정 권리에 항구적인 방식으로 영향을 주는지가 설명되기 어렵다는 것이다. 오히려 타방 분쟁당사국이 해양과학조사를 수행하고 있는 일방 분쟁당사국 선박을 나포하고자 하는 경우 그 나포 시도가 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무 위반이 될 수도 있다는 주장이 존재한다.¹¹²⁾

위에서 언급한 두 가지 사례 중 남획과 해양과학조사 수행은 구분되어야 한다. 남획을 하거나 일방 분쟁당사국이 남획을 규제하지 않는 것은 분명히 일방 분쟁당사국이 타방 분쟁당사국의 ‘권리’에 항구적인 방식으로 영향을 줄 수 있는 일방적인 활동을 수행하는 것이라 볼 여지가 있다. 추후 해양경계획정이 이루어진다 하더라도 남획으로 인해 특정 어족 자원은 이미 고갈되었을 가능성이 있기 때문이다. 하지만 해양과학조사 수행의 경우 일방 분쟁당사국이 타방 분쟁당사국의 ‘권리’에 항구적인 방식으로 영향을 미칠 수 있는 일방적인 활동을 수행한다고 보기 어렵다. 다만 해양과학조사 수행 자체가 타방 분쟁당사국의 ‘권리’에 항구적인 방식으로 영향을 미치지 않는 다 하더라도 경우에 따라서는 2017년 가나-코트디부아르 사건에서 백진현 재판관이 설명한 내용에 따라 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무 위반이 될 수도 있음을 주의해야 한다. 즉, 일방 분쟁당사국의 해양과학조사 수행은 최종 합의에 이르는 과정을 위태롭게 하는 효과를 가지거나 최종 합의를 향한 교섭의 진전을 방해하는 효과를 가질 수도 있다는 것이다.

그런데 남획이든 해양과학조사 수행이든 이러한 활동을 수행하는 타방 분쟁당사국 선박을 나포하고자 하는 경우 그 나포 시도 자체가 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무 위반이 될 가능성이 높다는 점은 주의를 필요로 한다. 특히 2016년 BIICL 보고서는 이러한 가능성에 대하여 상당히 긍정하고 있다. 다만 2007년 가이아나-수리남 사건을 참고하면 CGX 사건 발생 이후에 오히려 가이아나와 수리남 양국이 여러 차례 회담을 열고 선의로 교섭을 진행했던 것에서 알 수 있듯이 (유엔해양법협약 제73조 등) 유엔해양법협약 내에서 근거를 찾을 수 있는 나포와 같은 시도가 반드시 어떤 활동이 최종 합의에 이르는 과정을 위태롭게 하는 효과를 가지거나 최종 합의를 향한 교섭의 진전을 방해하는 효과를 가진다고 단정하기는 어렵다는 점을 유의해야 할 것이다.

112) BIICL, *supra* note 91, pp. 28-29, para. 98.

(ii) 경계미획정 대륙붕

경계미획정 대륙붕에서의 활동은 국제재판소가 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무와 관련하여 주로 다루어온 주제였다. 특히 2007년 가이아나-수리남 사건에서 중재재판소는 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무를 위반하는 활동을 묘사하기 위해 다양한 표현을 사용했다.¹¹³⁾ 예를 들어, ‘물리적 변화를 야기하는 활동’(acts that do cause physical change),¹¹⁴⁾ ‘항구적인 물리적 변화로 이끄는 종류의 활동’(activities of the kind that lead to a permanent physical change),¹¹⁵⁾ ‘타방 분쟁 당사국의 권리에 항구적인 방식으로 영향을 줄 수 있는 일방적인 활동’(any unilateral activity that might affect the other party’s rights in a permanent manner),¹¹⁶⁾ ‘해양환경에 항구적인 물리적 영향을 가지는 활동’(activities having a permanent physical impact on the marine environment)¹¹⁷⁾ 등이다. 이와 같은 표현과 함께 중재재판소는 경계미획정 수역에서 원유 또는 가스를 개발하는 활동 등은 항구적인 물리적 변화로 이끄는 종류의 활동이지만 탄성과 탐사 등은 그러한 활동에 해당하지 않을 수 있다고 언급했다.¹¹⁸⁾ 그런데 이와 관련하여 가이아나-수리남 사건에서 중재재판소가 탄성과 탐사 등이 명백히 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무 위반이 아니라고 단언하지는 않았다는 주장이 있는데, 이 주장은 음미할 가치가 있다. 즉, van Logchem은 가이아나-수리남 사건에서 중재재판소가 자신의 결정문 제481문(Paragraph 481)을 통해 탄성과 탐사 등이 허용될 수 ‘있을 것이다’(should be)라는 추측성 표현 그리고 ‘주어진 상황에서’(in the circumstances at hand)라는 제한적인 표현 등을 사용하여 (항구적인 물리적 변화를 야기하지 않는) 탄성과 탐사 등이 경우에 따라서는 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무 위반일 수 있음을 함축했다고 주장했다.¹¹⁹⁾

2007년 가이아나-수리남 사건이 탄성과 탐사 등과 관련하여 이와 같은 논란을 불러올 수 있는 것과 달리 2017년 가나-코트디부아르 사건에서 국제해양법재판소 특별재판부는 가이아나-수리남 사건과는 확연히 결이 다른 태도를 취했다. 일단 특별재판부는 잠정조치 명령이 내려진 2015년 4월 25일 이전에 가나가 수행한 활동이 항구적인 물리적 변화를 야기했는지 여부에 대하여 구체적인 언급을 생략했다. 더구나 가나가 해양경계획정의 결과 결국은 가나에 속하게 된 수역에서만

113) van Logchem은 2007년 가이아나-수리남 사건에서 중재재판소가 총 여섯 가지의 표현을 사용했다고 분석하면서 이 표현을 두 가지 범주로 구분할 수 있다고 언급했다. 즉, 해양환경을 언급하는 표현과 타방 분쟁당사국의 권리를 언급하는 표현으로 구분한 것이다. van Logchem, *supra* note 65, p. 184.

114) *Supra* note 5, para. 467.

115) *Ibid.*

116) *Ibid.*, para. 470.

117) *Ibid.*

118) *Ibid.*, para. 467.

119) van Logchem, *supra* note 65, p. 185.

탄화수소 관련 활동을 했다는 점을 강조함으로써 항구적인 물리적 변화로 이끄는 종류의 활동인지 여부가 경계미확정 대륙붕에서 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무 위반을 판단하는 의미 있는 기준으로 기능할 수 있다는 신화를 무너뜨렸다.

(3) 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무의 장소적 범위와 시간적 범위

가. 장소적 범위

장소적 범위, 즉 대상수역의 범위를 결정하는 문제는 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무가 적용될 수 있는 공간적 범위를 결정하는 문제가 된다. 그런데 이 문제도 단순하지만은 않다. 2016년 BIICL 보고서는 네 가지 시나리오를 제시하고 있다.¹²⁰⁾ 첫째, 분쟁당사국들 모두 각자의 권원에 대한 한계선 및 각자가 적절하다고 생각하는 경계선을 주장하고 있는 경우이다. 이와 같은 경우 분쟁당사국들 각자가 주장하는 ‘경계선’ 사이에 존재하는 수역이 대상수역이 된다. 둘째, 분쟁당사국들 모두 각자의 권원에 대한 한계선만 주장하고 각자의 경계선을 제시하지는 않는 경우이다. 분쟁당사국들 각자가 주장하는 권원에 대한 한계선 사이에 존재하는 수역이 대상수역이 될 수 있는 경우에 해당하는데, 이 경우 첫 번째 시나리오보다 대상수역의 범위가 넓어질 수 있다. 셋째, 분쟁당사국들 모두 각자의 권원에 대한 한계선을 주장했으나 이 중에서 오로지 일방 분쟁당사국만 자신이 적절하다고 생각하는 경계선도 주장하는 경우이다. 만약 이 경우 일방 분쟁당사국의 경계선과 타방 분쟁당사국의 한계선 사이에 존재하는 수역만 대상수역이 될 수 있다고 주장한다면 오히려 경계선을 제시한 일방 분쟁당사국은 경계선을 제시함으로써 대상수역이 자신에게 가깝게 형성되는 예측하지 못한 결과를 맞이할 수 있다. 넷째, 오로지 일방 분쟁당사국만 자신의 권원에 대한 한계선을 주장하고 타방 분쟁당사국은 그 어떤 주장도 하지 않는 경우이다.

2007년 가이아나-수리남 사건과 2017년 가나-코트디부아르 사건은 첫 번째 시나리오의 경우에 해당한다. 두 번째, 세 번째, 네 번째 시나리오의 경우 모두 대상수역의 범위가 어디인지는 모호하다. 그런데 유엔해양법협약 제74조 제3항 및 제83조 제3항이 ‘경계미확정 수역’ 전체를 규율하는 법적 체제를 제공하고 있다는 점을 고려했을 때 분쟁당사국들 모두 각자가 적절하다고 생각하는 경계선을 주장하지 않고 있는 한 분쟁당사국들 각자가 주장하는 권원에 대한 ‘한계선’ 사이에 존재하는 수역 전체를 대상수역이라고 간주하는 것이 옳을 것이다.

더구나 대상수역의 범위가 가변적인 경우가 있을 수도 있다. 어떤 섬에 대한 주권이 분쟁당사국들 중 어떤 국가에게 속하는지 여부와 같은 선결적 문제가 존재하는 경우이다. 문제의 섬이 어떤

120) BIICL, *supra* note 91, p. 30, para. 102.

분쟁당사국에게 속하게 되는지에 따라 분쟁당사국들 각자가 주장하는 권원에 대한 한계선 사이에 존재하는 수역 전체의 위치가 변할 수 있기 때문이다. 이 경우에는 분쟁당사국들 각자가 주장하는 권원에 대한 한계선 사이에 존재하는 가변적인 수역 전체의 위치 모두에 대하여 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무가 적용될 수 있다고 보는 것이 적절하다. 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무가 자체에 방점이 있는 한 이 의무가 적용될 수 있는 범위는 최대한 인정되어야 할 필요가 있기 때문이다.

그런데 유엔해양법협약 제74조 제3항 및 제83조 제3항의 문언에 충실하면 장소적 범위를 제한하지 않는 것이 옳다는 견해도 발견된다.¹²¹⁾ 하지만 이 견해에 동의하기는 어렵다. 그 이유는 대상 수역의 범위를 한정하지 않으면 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무로 인해 극단적으로 일방 분쟁당사국의 육상에서의 활동조차 규제될 가능성이 있기 때문이다.

나. 시간적 범위

위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무의 시간적 범위와 관련하여 유엔해양법협약 제74조 제3항 및 제83조 제3항 내에서 구체적으로 발견되는 표현은 ‘합의에 이르는 동안’(pending agreement)이다. 그러나 이 표현은 분설이 필요하다.

위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무는 (장소적 범위와 관련하여 첫 번째 시나리오에서와 같이) 분쟁당사국들의 주장이 서로 양립하지 않는 수역이 존재한다는 것이 명백하게 드러났을 때 발생하는가? 아니면 (장소적 범위와 관련하여 두 번째, 세 번째, 네 번째 시나리오에서와 같이) 경계미획정 상태에 있다는 사실만으로 이 의무가 발생하는가? 이에 대하여는 분쟁당사국들의 권원이 중첩되고 있는 한 특정 시점에 관계없이 이 의무가 발생한다고 보는 것이 옳을 것이다. 즉, 경계미획정 상태이면 이 의무가 존재하는 것으로 해석하는 것이 적절하다. 그리고 설령 실질적인 잠정약정이 체결된다 하더라도 이 의무는 여전히 존재한다고 보아야 한다.¹²²⁾ 이 의무가 소멸하는 시점은 ‘합의에 이르는 동안’(pending agreement)이라는 표현 때문에 명백하다. 즉, 최종적인 경계획정 합의에 도달한다면 이 의무는 소멸한다.

121) *Ibid.*, p. 31, para. 106.

122) *Ibid.*, pp. 32-33, para. 111.

3. 소 결

유엔해양법협약 제74조 제3항 및 제83조 제3항이 규정하고 있는 두 가지 의무, 즉 실질적인 잠정약정 체결 의무와 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무를 둘러싼 여러 쟁점이 발견되고 있다. 이는 제74조 제3항 및 제83조 제3항이 구체적인 사안에 적용되기에는 다소 모호한 조항이라는 의미이다.

위에서 살펴본 것처럼 실질적인 잠정약정 체결 의무는 행위의 의무에 불과하므로 기본적으로 선의로 교섭할 의무에 한정된다. 하지만 2007년 가이아나-수리남 사건에서 중재재판소가 일방 분쟁당사국이 자신의 계획된 활동을 타방 분쟁당사국에게 공식적으로 자세하게 통보하는 것, 일방 분쟁당사국이 자신의 활동을 수행하는데 있어 타방 분쟁당사국의 협력을 추구하는 것 등도 실질적인 잠정약정 체결 의무와 부합했을 것이라고 언급한 점을 고려한다면 실질적인 잠정약정 체결 의무가 선의로 교섭할 의무에 한정되지 않을 수도 있다는 점은 주목을 요한다.

그런데 실질적인 잠정약정 체결 여부에 관계없이 존재하는 의무는 바로 ‘위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무’이다. 즉, 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무는 실질적인 잠정약정 체결 의무보다 적용 범위가 넓다는 것이다. 이는 경계미획정 수역을 규율하는 법적 체제의 핵심은 바로 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무라는 의미이다. 하지만 지금까지 연구되거나 제시된 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무의 의미만으로는 어떤 특정 활동의 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무 위반을 판단하기가 어렵다. 남획, 해양과학조사, 탄성파 탐사 등 논란을 야기할 수 있는 활동만 언급될 뿐이다. 이런 이유로 아래에서는 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무 위반 여부를 판단할 수 있는 기준이 존재하는지에 대하여 논의를 전개하고자 한다.

IV. 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무 위반 여부를 판단하는 기준이 존재하는가?

분쟁당사국들이 가장 관심을 가지고 있는 문제는 바로 자신의 어떤 일방적인 활동이 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무 위반에 해당하는지 여부이다. 따라서 어떤 특정 활동이 최종 합의에 이르는 것을 위태롭게 하거나 방해하는지를 판단할 수 있는 실제적인 ‘기준’이 존재하는지를 묻지

않을 수 없다. 아래에서는 어떤 일방적인 활동이 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무 위반에 해당 하는지 여부를 판단할 수 있는 기준이 존재하는지에 대하여 논의를 전개하고자 한다.

1. 확립되지 않은 ‘항구적인 물리적 변화’ 기준

일부 견해는 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무 위반 여부를 판단하는 기준으로 ‘항구적인 (물리적) 변화’ 발생 여부를 제시하기도 한다.¹²³⁾ 그렇지만 이와 같은 견해가 근거로 삼고 있는 2007년 가이아나-수리남 사건만 보아도 항구적인 물리적 변화가 야기되지 않는다 하더라도 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무 위반이 발생할 수 있는 가능성이 긍정되고 있다고 보아야 한다. 가이아나-수리남 사건에서 중재재판소는 해양환경에 물리적 변화를 가져오는지 여부 또는 항구적인 물리적 변화를 가져오는지 여부 등을 최종 합의에 이르는 것을 위태롭게 하거나 방해하지 않는 활동 여부를 판단하는 절대적인 기준으로 제시하지 않았다. 항구적인 물리적 변화를 가져오는지 여부와 같이 예외적인 성격의 ‘잠정조치’ 명령을 내릴지 여부를 결정하는 (더 높은) 기준은 최종 합의에 이르는 것을 위태롭게 하거나 방해하지 않는 활동 여부라는 ‘더 낮은’(lower) ‘기준’(threshold)을 손쉽게 충족시킨다는 차원에서 중재재판소가 항구적인 물리적 변화를 가져오는지 여부를 언급¹²⁴⁾했은 뿐이다. 이는 어떤 특정 활동이 항구적인 물리적 변화를 가져오지 않아도 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무 위반으로 간주될 수 있는 가능성을 배제하지 않은 것이다.

더구나 2007년 가이아나-수리남 사건에서 중재재판소가 수리남이 *C.E. Thornton*호에 대한 무력 사용의 위협을 통해 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무를 위반했다고 언급¹²⁵⁾한 것에서 알 수 있듯이 가이아나-수리남 사건에서조차 항구적인 물리적 변화를 가져오지 않아도 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무 위반으로 간주될 수 있는 사례가 적시되었다. 따라서 위에서 언급한 남획이든 해양과학조사 수행이든 이러한 활동을 수행하는 타방 분쟁당사국 선박을 나포하고자 하는 경우 그 나포 시도 자체가 오히려 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무 위반이 될 가능성이 있다고 보아야 한다.¹²⁶⁾

이어서 2017년 가나-코트디부아르 사건을 살펴보아도 항구적인 물리적 변화를 가져오는지 여부는 더 이상 국제재판소의 관심을 끄는 기준이 되지 못하고 있다. 그런데 항구적인 물리적 변화를

123) 최지현 외 6인, 『한·일 대륙붕 공동개발 재개를 위한 대응방안 분석』 (부산: 한국해양수산개발원, 2019), 132면.

124) *Supra* note 5, para. 469.

125) *Ibid.*, para. 484.

126) van Logchem, *supra* note 65, pp. 193-194.

가져오는지 여부 이외에도 신의성실(good faith) 의무 등을 기준으로 제시하는 견해가 있다. 이에 대하여는 아래에서 분설을 요한다.

2. 신의성실 의무

유엔해양법협약 제300조는 “당사국은 이 협약에 따른 의무를 성실하게 이행해야 하며, 이 협약이 인정하고 있는 권리, 관할권 및 자유를 권리남용에 해당되지 아니하도록 행사한다.”고 규정하고 있다. 특히 Ioannides는 ‘신의성실 의무’(또는 신의성실 원칙)를 경계미확정 수역에서 분쟁당사국들의 활동을 규율하는 법적 체제의 필수적인 요소라고 상당히 높게 평가하기도 한다.¹²⁷⁾

하지만 신의성실 의무 위반이 단독으로 원용될 수 없다면 유엔해양법협약 제74조 제3항 및 제83조 제3항이 규정하고 있는 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무 위반 여부를 판단하는 기준으로 사용되기는 어렵다 할 것이다. 제300조가 단독으로 원용되기는 어렵다는 점은 2019년 국제해양법 재판소가 판결을 내린 파나마와 이탈리아 간 분쟁인 *M/V “Norstar”* 호 사건(이하 ‘노르스타호 사건’)¹²⁸⁾을 살펴보아도 알 수 있다.

국제해양법재판소는 노르스타호 사건에서 자신이 내린 다른 판결을 언급하며 유엔해양법협약 제300조가 단독으로 원용될 수 없다고 단언했다.¹²⁹⁾ 이는 제300조 위반을 원용하고자 하는 분쟁당사국은 신의성실 의무 위반 또는 권리남용의 전제가 되는 유엔해양법협약 내 다른 의무 또는 권리남용에 해당되는 방식으로 행사된 유엔해양법협약이 인정하고 있는 다른 권리, 관할권 및 자유도 함께 제시해야 한다는 것을 의미한다. 따라서 노르스타호 사건에서 파나마는 이탈리아의 제300조 위반을 주장하기 위해 전제가 되는 의무 또는 권리, 관할권 및 자유로 공해의 자유를 규정하고 있는 제87조를 언급했다. 다만 노르스타호 사건에서 국제해양법재판소가 유엔해양법협약 제87조 위반이 자동적으로 제300조 위반을 수반하게 된다는 파나마의 주장을 받아들이지 않았다는 점¹³⁰⁾은 주의를 요한다.

이와 같은 국제해양법재판소의 법리를 인정한다면 세 가지 정도의 결론이 도출된다. 첫째, 유엔해양법협약 제74조 제3항 및 제83조 제3항에 규정되어 있는 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무

127) Ioannides, *supra* note 4, p. 354.

128) *The M/V “Norstar” Case (Panama v. Italy), Judgment*, https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.25/Judgment/C25_Judgment_10.04.pdf.

129) *Ibid.*, para. 241.

130) *Ibid.*, para. 243.

위반이 당연히 신의성실 의무를 규정하고 있는 제300조 위반을 수반하지 않는다. 둘째, 제74조 제3항 및 제83조 제3항 위반과 함께 제300조 위반도 인정되는 일부 사례가 있을 수 있다. 셋째, 제300조 위반이 단독으로 원용될 수는 없으므로 제300조 위반만으로 국제재판소에서 청구취지를 구성하는 것은 큰 의미를 가지기 어렵다.

결국 유엔해양법협약 제74조 제3항 및 제83조 제3항에 규정되어 있는 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무 위반이 인정되는 경우 중 일부만 제300조 위반도 함께 인정될 수 있다는 점에서 그리고 제300조 위반은 유엔해양법협약 내 다른 의무 위반 등에 따른 종속된 위치에 있다는 점에서 신의성실 의무가 경계미획정 수역에서 분쟁당사국들의 활동을 규율하는 법적 체제의 필수적인 요소인지는 상당히 의문스럽다. 이는 신의성실 의무가 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무 위반 여부를 판단하는 기준이 되기에는 후자의 의무와의 관련성이 그리 높지 않다는 의미이다.

3. ‘개연성 검토’(Plausibility Test)

2017년 가나-코트디부아르 사건에 대한 잠정조치 명령 사건인 2015년 잠정조치 명령¹³¹⁾에서 국제해양법재판소는 국제해양법재판소 역사상 ‘처음으로’¹³²⁾ 일방 분쟁당사국에 의해 보호되어야 한다고 주장되는 어떤 특정 권리의 존재 여부에 대하여 명시적으로 ‘개연성 검토’(plausibility test) 단계를 도입했다.¹³³⁾ 이러한 개연성 검토를 통해 잠정조치 명령을 요청한 분쟁당사국이 보호되어야 한다고 주장하고 있는 어떤 특정 권리의 존재 여부에 ‘최소한’(at least) 개연성이 있는 경우에만 잠정조치 명령이 내려질 수 있다. 개연성 검토는 국제재판소가 잠정조치 명령을 내리기 위한 하나의 요건¹³⁴⁾ 또는 잠정조치 명령을 내리기 위해 밟아야 하는 단계에 불과하기 때문에 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무 위반 여부를 판단하는 것과는 전혀 관련이 없다고 할 수도 있다. 하지만

131) *Delimitation of the Maritime Boundary in the Atlantic Ocean (Ghana/Cote d'Ivoire)*, Provisional Measures, Order of 25 April 2015, ITLOS Reports 2015, p. 146.

132) ICJ는 이미 *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)* 사건에 대한 2009년 잠정조치 명령에서 개연성 검토를 도입했다.

133) *Supra* note 131, p. 158, para. 58.

134) 개연성 검토를 잠정조치 명령을 내리기 위한 하나의 요건으로 이해하는 몇몇 견해가 발견되고 있다. Massimo Lando, “Plausibility in the Provisional Measures Jurisprudence of the International Court of Justice”, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 31 (2018), p. 642; Cameron Miles, “Provisional Measures and the ‘New’ Plausibility in the Jurisprudence of the International Court of Justice”, *The British Yearbook of International Law*, doi:10.1093/bybil/bry011 (2018), pp. 1-2.

위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무가 부과된 목적이 경계미확정 구역에서 배타적 경제수역 또는 대륙붕에 대한 주권적 권리와 같이 분쟁당사국들의 ‘잠재적’ 권리를 보호하는 것¹³⁵⁾이라면 그러한 권리의 존재 여부에 최소한 개연성이 있어야 한다는 주장이 가능할 수도 있을 것이다.¹³⁶⁾

개연성 검토가 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무 위반 여부를 판단하는 기준이 될 수 있다는 논의와 관련하여서는 개연성의 개념이 무엇인지 또는 개연성의 정도가 어느 정도를 의미하는지에 대한 우선적인 정리가 필요할 수 있다. 그런데 *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)* 사건에 대한 ICJ의 2011년 잠정조치 명령¹³⁷⁾이 내려졌을 때 Koroma 재판관이 표명한 개별의견¹³⁸⁾에서 발견할 수 있듯이 개연성의 개념 또는 개연성의 정도에 대하여는 논란이 많다. 특히 Koroma 재판관은 개연성 검토가 야기할 수 있는 가장 큰 문제가 잠정조치 명령이 내려질 수 있는 요건의 기준이 낮아질 수 있다는 인상을 주면서 ‘모호함’도 제공하는 것이라 갈파했다.¹³⁹⁾

더구나 개연성의 정도가 그리 높지 않다는 견해도 있다. *Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation)* 사건에 대한 ICJ의 2017년 잠정조치 명령¹⁴⁰⁾이 내려졌을 때 Owada 재판관은 자신의 개별의견¹⁴¹⁾을 통해 개연성의 정도가 50퍼센트보다 낮을 수 있다는 견해를 밝혔다.¹⁴²⁾ 개연성의 정도가 50퍼센트보다 높을 경우 일방 분쟁당사국이 주장하는 권리의 개연성이 타방 분쟁당사국의 권리의 부존재를 의미할 수 있기 때문이라는 것이다. 그런데 국제해양법재판소는 이미 2015년 “*Enrica Lexie*” (*Italy v. India*) 사건에 대한 잠정조치 명령¹⁴³⁾을 통해 분쟁당사국들 모두 잠재적 권리를 가지고 있을 개연성을 인정했기 때문

135) BIICL, *supra* note 91, p. 39, para. 131.

136) *Ibid.*

137) *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, Provisional Measures, Order of 8 March 2011, I.C.J. Reports 2011, p. 6.

138) Separate Opinion of Judge Koroma, *ibid.*, <https://www.icj-cij.org/files/case-related/150/150-20110308-ORD-01-01-EN.pdf>.

139) *Ibid.*, p. 31, para. 7.

140) *Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation)*, Provisional Measures, Order of 19 April 2017, I.C.J. Reports 2017, p. 104.

141) Separate Opinion of Judge Owada, *ibid.*, <https://www.icj-cij.org/files/case-related/166/166-20170419-ORD-01-01-EN.pdf>.

142) *Ibid.*, p. 147, paras. 18-19.

143) “*Enrica Lexie*” (*Italy v. India*), Provisional Measures, Order of 24 August 2015, ITLOS Reports 2015, p. 182.

에¹⁴⁴⁾ 일방 분쟁당사국의 권리의 존재 여부에 대한 개연성이 반드시 타방 분쟁당사국의 권리의 부존재를 의미하는 것은 아니라 할 수 있다.

이와 같이 개연성의 정도가 그리 높지 않다면 경계미획정 수역에서는 분쟁당사국들 모두 잠재적 권리를 가지고 있을 개연성이 있다는 주장이 충분히 가능하다. 따라서 개연성 검토를 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무 위반 여부를 판단하는 기준으로 삼는 경우 경계미획정 수역에서 일방적인 해양과학조사를 수행하는 일방 분쟁당사국은 자신의 권리가 존재할 개연성에 기초하여 해양과학조사를 수행하는 것이라 주장할 수 있지만 그 수역에서 타방 분쟁당사국의 권리가 존재할 개연성도 있기 때문에 이러한 일방적인 해양과학조사는 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무 위반에 해당할 수 있다는 결론에 도달할 뿐이다.

결국 경계미획정 수역의 경우 개연성 검토는 분쟁당사국들 모두 그 수역에 대한 권원을 가지고 있기 때문에 분쟁당사국들 모두의 잠재적 권리가 존재할 개연성을 확인할 뿐이다. 따라서 개연성 검토는 일방 분쟁당사국의 어떤 특정 활동이 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무를 위반했는지를 확인하는 데 별다른 도움이 되지 않는 것이다.

4. 소 결

경계미획정 수역을 두고 있는 분쟁당사국들이 가장 관심을 보이는 주제는 어떤 특정 활동이 최종 합의에 이르는 것을 위태롭게 하거나 방해하는지 여부이다. 이를 판단하기 위해 실제적인 기준이 필요하다는 점은 인정할 수 있다. 하지만 2017년 가나-코트디부아르 사건에서 이루어진 백진현 재판관의 지적처럼 모든 상황에 적용될 수 있는 단일 기준은 아직까지 존재하지 않는다고 보아야 한다.¹⁴⁵⁾ 이런 이유로 백진현 재판관은 수행되는 활동의 유형, 특질, 위치, 기간, 방식 등이 모두 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무 위반 여부를 판단하는 데 관련이 있을 수 있다고 언급했다.¹⁴⁶⁾ 하지만 이 언급은 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무 위반 여부를 판단할 수 있는 실제적인 기준을 발견할 수 없다는 것을 의미할 뿐이다. 즉, 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무 위반 여부를 판단하기 위해 관련되는 모든 요소가 고려되어야 하는 것이다.

위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무 위반 여부를 판단할 수 있는 기준과 관련하여 일부 견해는

144) *Ibid.*, p. 197, para. 85.

145) *Supra* note 3, para. 10.

146) *Ibid.*

2007년 가이아나-수리남 사건을 언급하며 항구적인 물리적 변화를 가져오는지 여부 등의 기준을 주장하기도 한다. 그러나 위에서도 살펴본 것처럼 가이아나-수리남 사건에서 중재재판소는 탄성과 탐사조차 경우에 따라서는 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무 위반에 해당할 수 있음을 함축했고, 수리남이 *C.E. Thornton*호에 대한 무력사용의 위협을 통해 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무를 위반했다고 언급함으로써 가이아나-수리남 사건 내에서조차 항구적인 물리적 변화를 가져 오지 않아도 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무 위반으로 간주될 수 있는 사례가 발견되고 있다. 더구나 가이아나-수리남 사건에서 중재재판소가 항구적인 물리적 변화를 가져오는지 여부 등을 제시한 이유는 예외적인 성격의 잠정조치 명령을 내릴지 여부를 결정할 수 있는 더 높은 기준이 최종 합의에 이르는 것을 위태롭게 하거나 방해하지 않는 활동에 해당하는지 여부라는 더 낮은 기준을 쉽게 충족시킬 수 있기 때문이다. 즉, ‘항구적인 물리적 변화’ 기준은 확립되어 있다고 보기 어려운 것이다.

신의성실 의무 또는 일방 분쟁당사국이 보호되어야 한다고 주장하고 있는 어떤 특정 권리의 존재 여부에 대한 개연성 검토 등도 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무 위반 여부를 판단할 수 있는 기준을 제공할 수 없다. 신의성실 의무를 규정하고 있는 유엔해양법협약 제300조 위반은 유엔해양법협약 내 다른 의무 위반 등에 따른 종속된 위치에 있고, 그 다른 의무가 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무가 아닐 수도 있다는 점에서 신의성실 의무는 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무 위반 여부를 판단할 수 있는 기준이 되지 못한다. 그리고 개연성 검토는 경계미확정 수역에서 분쟁당사국들 모두가 잠재적 권리를 가지고 있을 개연성만 확인할 뿐이라는 점에서 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무 위반 여부를 판단할 수 있는 기준이라 할 수 없다.

결국 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무 위반 여부를 판단할 수 있는 구체적인 기준은 아직 존재하지 않는다.¹⁴⁷⁾ 이는 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무라는 법적 체제가 존재함에도 그 적용은 사안에 따라 여전히 모호하다는 의미이다. 예를 들어, 경계미확정 수역에서 동일한 해양과학조사를 수행한다 하더라도 어떤 해양과학조사는 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무 위반에 해당하지만 다른 해양과학조사는 그렇지 않을 수 있다는 것이다. 이는 유엔해양법협약 제74조 제3항 및 제83조 제3항이 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무라는 법적 체제를 제공하고 있음에도 그 적용은 경우에 따라 상당히 달라질 수 있음을 의미한다. 따라서 아직까지 제74조 제3항 및 제83조 제3항은 그 적용을 예측하기 쉽지 않는 조항이라 할 수 있을 것이다.

147) van Logchem, *supra* note 65, p. 195.

V. 결론

유엔해양법협약 제74조 제3항 및 제83조 제3항은 분쟁당사국들 간 경계미획정 수역을 규율하는 법적 체제를 제공하고 있다. 특별히 두 가지 의무를 규정하고 있는데, 바로 실질적인 잠정약정 체결 의무와 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무이다. 그런데 실질적인 잠정약정 체결 의무는 모든 노력을 다할 의무, 즉 행위의 의무에 불과하다는 점에서 반드시 실질적인 잠정약정을 도출하는 결과로 이어지지는 않으며, 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무는 일방 분쟁당사국의 어떤 특정 활동이 이 의무 위반인지 아닌지를 판단할 수 있는 기준을 제공하지 못한다는 점에서 두 가지 의무가 경계미획정 수역을 적절히 규율하고 있는지는 의문이다.

2007년 가이아나-수리남 사건에서 중재재판소가 언급함으로써 지난 10년 간 하나의 ‘신화’로 군림했던 ‘항구적인 물리적 변화’를 가져오는지 여부 등의 기준은 더 이상 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무 위반 여부를 판단할 수 있는 기준이라 보기 어렵다. 사실 가이아나-수리남 사건에서 중재재판소조차 항구적인 물리적 변화를 가져오는지 여부 등을 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무 위반 여부를 판단할 수 있는 절대적인 기준으로 제시하지 않았다. 항구적인 물리적 변화를 가져오는지 여부와 같은 잠정조치 명령을 내릴지 여부를 결정하는 더 높은 기준은 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무 위반 여부라는 더 낮은 기준을 쉽게 충족시킬 수 있다는 차원에서 이 기준을 언급했을 뿐이다. 이는 항구적인 물리적 변화를 가져오지 않는 어떤 특정 활동도 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무 위반에 해당할 수 있음을 함축하고 있는 것이다.

그리고 2017년 가나-코트디부아르 사건에서 국제해양법재판소 특별재판부는 항구적인 물리적 변화를 가져오는지 여부를 더 이상 의미 있는 기준으로 취급하지 않았다. 위에서 언급한 것처럼 특별재판부는 가나가 2015년 4월 25일 특별재판부의 잠정조치 명령에 따라 ‘새로운’ 굴착이 일어나지 않도록 할 자신의 의무를 이행했다는 점을 강조했는데, 이는 가나가 이미 수행한 (항구적인 물리적 변화를 가져온) 굴착에 대하여는 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무 위반을 판단하지 않은 것이다.

항구적인 물리적 변화를 가져오는지 여부와 마찬가지로 위에서 살펴본 것처럼 신의성실 의무 또는 개연성 검토도 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무 위반 여부를 판단할 수 있는 기준이라 할 수 없다. 결국 유엔해양법협약 제74조 제3항 및 제83조 제3항은 일방 분쟁당사국의 어떤 특정 활동이 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무 위반인지 여부를 판단할 수 있는 정교한 법적 체제를

제공하지 못한다 할 수 있다. 그러나 한 가지 주의해야 할 점은 정교한 법적 체제를 제공하지 못한다는 사실이 분쟁당사국들에게 활동의 자유를 제공하고 있는 것도 아니라는 것이다. 오히려 분쟁당사국들은 경계미획정 수역에서 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무 위반인지 여부를 판단할 수 있는 기준이 확립되지 않은 이상 활동의 자유를 상당히 제한받을 수밖에 없다. 예를 들어, 해양과학조사를 수행하거나 자원 개발을 준비하기 위한 탐사와 탐사를 수행하는 것처럼 항구적인 물리적 변화를 가져오지 않는 활동도 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무 위반에 해당할 수 있기 때문이다.

2017년 가나-코트디부아르 사건에서 백진현 재판관은 어떤 특정 활동이 해양환경에 항구적인 물리적 변화를 가져오지 않는 덜 침해적인 활동이라 하더라도 최종 합의에 이르는 과정을 위태롭게 하거나 교섭의 진전을 방해할 수 있다고 갈파했다. 따라서 예를 들어, 지난 2018년 중국의 (경계미획정 수역에 해당하는) 잠정조치수역 내 부이 설치¹⁴⁸⁾ 또는 2006년 일본의 (경계미획정 수역에 해당하는) 중간수역 내 해양과학조사 시도 등은 항구적인 물리적 변화를 초래하지 않았음에도 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무 위반으로 판단될 가능성이 높다.

국제재판소는 유엔해양법협약 제74조 제3항 및 제83조 제3항이 경계미획정 수역의 자원 개발 등을 막고 있는 것이 아니라고 항변하고 있다. 하지만 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무의 적용 범위가 상당히 포괄적임에도 불구하고 이 의무 위반 여부를 판단할 수 있는 기준의 모호함으로 인해 오히려 경계미획정 수역의 자원 개발 등이 방해받는 결과가 도출될 가능성이 높다. 이와 같은 법적 체제의 한계는 현 유엔해양법협약 체제 내에서 경계미획정 수역 문제가 결국은 잠정약정 체결 더 나아가 최종적인 해양경계획정 합의로만 해결될 수 있을 것이라는 결론을 가져올 뿐이다.

148) “정부, 서해 부표 전진 배치 … 中 ‘부표 도발’ 맞대응”, 『YTN』 (2018.10.25.), https://www.ytn.co.kr/_ln/0101_201810252112004468.

◀ 국문초록 ▶

분쟁당사국들 간 경계미확정 수역을 규율하기 위해 유엔해양법협약 제74조 제3항 및 제83조 제3항은 하나의 법적 체제를 제공하고 있다. 제74조 제3항 및 제83조 제3항에는 두 가지 의무가 규정되어 있는데, ‘실질적인 잠정약정 체결 의무’와 ‘위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무’이다. 하지만 실질적인 잠정약정 체결 의무는 행위의 의무에 불과하기 때문에 반드시 실질적인 잠정약정을 도출하는 결과로 이어지지는 않는다. 그리고 (실질적인 잠정약정 체결 여부에 관계없이 존재하는) 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무는 일방 분쟁당사국의 어떤 특정 활동이 이 의무 위반인지 아닌지를 판단할 수 있는 구체적인 기준을 제공하지 못하고 있다. 이는 두 가지 의무가 경계미확정 수역을 규율하기에는 한계를 내포하고 있다는 의미이다.

2007년 가이아나-수리남 사건에서 중재재판소가 언급함으로써 지난 10년 간 관심의 주제가 되었던 ‘항구적인 물리적 변화’를 가져오는지 여부 등의 기준은 사실 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무 위반 여부를 판단할 수 있는 기준이라 인정하기 어렵다. 가이아나-수리남 사건에서 중재재판소조차 항구적인 물리적 변화를 가져오는지 여부 등을 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무 위반 여부를 판단할 수 있는 절대적인 기준으로 생각하지 않았다. 단지 항구적인 물리적 변화를 가져오는지 여부와 같은 잠정조치 명령을 내리기 위한 다소 엄격한 기준이 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무 위반 여부라는 더 낮은 기준을 쉽게 충족시킬 수 있다는 차원에서 하나의 예시로 제시되었을 뿐이다. 이는 항구적인 물리적 변화를 가져오지 않는 어떤 특정 활동도 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무 위반에 해당할 수 있다는 것을 의미하는 것이다. 그리고 항구적인 물리적 변화를 가져오는 지 여부와 마찬가지로 신의성실 의무 또는 개연성 검토도 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무 위반 여부를 판단할 수 있는 기준이라 보기 어렵다.

그런데 유엔해양법협약 제74조 제3항 및 제83조 제3항이 일방 분쟁당사국의 어떤 특정 활동이 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무 위반인지 여부를 판단할 수 있는 정교한 법적 체제를 제공하지 못하고 있는 현실은 오히려 분쟁당사국들에게 활동의 자유를 제공하지 못할 가능성을 높인다. 해양과학조사 또는 탄성파 탐사와 같이 항구적인 물리적 변화를 가져오지 않는 활동도 경우에 따라서는 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무 위반에 해당할 수 있기 때문이다. 이와 같은 법적 체제의 한계는 현 유엔해양법협약 체제 내에서 경계미확정 수역 문제가 잠정약정 체결 더 나아가 최종적인 해양경계확정 합의로만 해결될 수 있을 것이라는 결론으로 이어진다.

◀ 주 제 어 ▶

경계미획정 수역, 실질적인 잠정약정 체결 의무, 위태롭게 하거나 방해하지 않을 의무, 항구적인 물리적 변화, 유엔해양법협약

◀ ABSTRACT ▶

A Criticism about the Legal Regime Set Up by the UNCLOS to Govern Undelimited Maritime Areas

Lee, Kibeom

Articles 74(3) and 83(3) of the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) set up the legal regime to govern undelimited maritime areas. These impose two obligations: the obligation to enter into provisional arrangements of a practical nature and the obligation not to jeopardize or hamper the reaching of the final agreement. However, provisional arrangements of a practical nature are not necessarily made because the obligation to enter into provisional arrangements of a practical nature is merely the obligation of conduct. Moreover, international courts and tribunals have not developed objective criteria to determine whether a unilateral activity conducted by a State is in violation of the obligation not to jeopardize or hamper the reaching of the final agreement or not. For these reasons, the two obligations cannot govern undelimited maritime areas effectively.

In the 2007 *Guyana-Suriname* case, the Arbitral Tribunal illustrated the concept of “activities of the kind that lead to a permanent physical change.” However, the concept cannot play a key role in determining whether the obligation not to jeopardize or hamper the reaching of the final agreement has been breached or not. In fact, even the Tribunal did not regard the concept as the sole criterion to determine whether the obligation not to jeopardize or hamper the reaching of the final agreement has been violated or not. It mentioned that “[a]ctivities that would meet the standard required for the indication of interim measures, in other words, activities that would justify the use of an exceptional power due to their potential to cause irreparable prejudice, would easily meet the lower threshold of hampering or jeopardizing the reaching of a final agreement.” This means that even activities of the kind which ‘do not’ lead to a permanent physical change could result in the alleged violation of the obligation under Articles 74(3) and 83(3) of the UNCLOS in a given case. Furthermore, good faith or the plausibility test also lacks criteria to determine whether the obligation not to jeopardize or hamper the reaching of the final agreement has been breached or not.

Such a drawback found in Articles 74(3) and 83(3) of the UNCLOS could lead to the restriction of freedom of the States concerned. As the case may be, maritime scientific research or seismic exploration, which does not lead to a permanent physical change, could also violate the obligation not to jeopardize or hamper the reaching of the final agreement. Ultimately, limitations on the legal regime governing undelimited maritime areas set up by the UNCLOS have to be overcome throughout the making of provisional arrangements of a practical nature or the reaching of the final agreement.

◀ Key words ▶

undelimited maritime areas, obligation to enter into provisional arrangements of a practical nature, obligation not to jeopardize or hamper the reaching of the final agreement, permanent physical change, UNCLOS