

# 유엔해양법협약 제121조 3항 해석에 관한 소고

— 필리핀-중국 남중국해 중재판정의 의의를  
중심으로 —

김 현 정\*

## ◀ 目 次 ▶

- I. 서론
- II. 제121조 3항에 명시된 요건
- III. 제121조 3항에 명시되지 않은 요건
- IV. 결론

(논문투고일 : 2016.09.04. / 논문심사일 : 2016.09.22. / 게재확정일 : 2016.09.26.)

## 국 문 초 록

본 논문의 목적은 유엔해양법협약 제121조 3항의 해석을 통하여 배타적 경제수역/대륙붕을 보유하는 섬과 그렇지 않은 암석을 구별하는 기준을 검토하는 것이다. 제121조 3항은 모호한 표현들로 인하여, 논란이 대상이 되어왔다. 여러 해석이 존재했지만 관련 국제판례가 부재한 상황에서 어떠한 해석도 권위를 갖기 어려운 실정이었다. 이러한 가운데 남중국해에 관한 필리핀-중국 중재재판소가 2016년 7월 12일 내린 본안판정에서 제121조 3항을 본격적으로

\* 연세대학교 정치외교학과 조교수, 법학박사. 이 논문은 2015학년도 연세대학교 미래선도 연구사업 지원에 의하여 작성된 것임 (RMS2 2015-22-0079).

해석하고 사안에 적용하였다는 사실은 학문적, 실무적으로 중요한 의미를 갖는다. 따라서 본 논문은 동 조항에 대한 선행연구를 판정 내용과 비교, 분석한 후 제121조 3항에 대한 종합적인 해석을 해보고자 하였다.

우선 학자들이 엇갈린 입장을 보여 왔던 제121조 3항상의 명시적인 요건에 대하여 검토하였다. 본 논문은 중재재판소가 엄격한 입장을 취함으로써, 배타적 경제수역/대륙붕을 가질 수 있는 지형의 범위를 상당히 제한하였다는 점에 주목하였다. 이와 같은 엄격 해석은 섬이어야 하는 지형을 암석으로 격하시켰다는 비판을 받을 여지가 있다. 연안국들의 관할권 확장을 과도하게 우려한 나머지, 국제공동체 전체의 이익 수호라는 명분하에 연안국들의 정당한 권리를 제약하는 결과를 초래했다고 볼 수 있기 때문이다.

다음으로 본 논문은 제121조 3항에 명시되지 않은 요건으로 지형의 규모와 인위적 조치에 의한 지형의 지위 변화를 검토하였다. 지형의 크기는 제3차 유엔해양법회의에서 섬/암석 판단 기준으로 채택되지 못하였다. 그러나 중재재판소가 실제 남사군도 지형들을 모두 암석이라고 판단하는 과정을 보면, 지형의 크기를 판단기준으로 이용한 것으로 보인다. 이는 협약 성안자들의 원래 의도와 다르게 조항을 해석한 것으로 생각되며, 이 판정내용이 제121조 3항 해석에 기여할 것인지 여부는 관련 국가실행과 후속 국제판례의 입장에 달려있다. 마지막으로 지형의 자연 상태 자체를 인위적으로 변형하는 행위를 통해 암석을 섬으로 변화시키는 것은 제121조상 불가능하다고 생각된다. 중재재판소 또한 제121조 3항상의 묵시적 요건으로 “인공적인 첨가 없이”라는 내용을 제시하였다. 이와 같은 해석은 지형의 자연 상태를 인위적으로 변형시켜 암석을 섬으로 변경하려는 국가들의 시도에 영향을 줄 것으로 기대된다.

<주제어> 유엔해양법협약, 제121조 3항, 암석, 필리핀-중국 중재재판, 남중국해

## I. 서론

유엔해양법협약 해석에 있어서 가장 논란이 많은 규정 중 하나는 바로 제 121조 3항일 것이다. 협약 제121조는 ‘섬 제도’라는 표제 하에 섬의 개념, 섬의 해양권원, 그리고 암석에 관한 규정 등, 총 3항으로 구성되어 있다. 이 중 제121조 3항이 협약 해석 문제의 중심이 된 이유는 “인간이 거주할 수 없거나 독자적인 경제생활을 유지할 수 없는 암석은 배타적 경제수역이나 대륙붕을 가지지 아니한다”는 내용이 모호하다는데 있다.<sup>1)</sup> 조약 해석의 1차적 주체는 국가이지만, 조약 해석에 관한 분쟁이 발생한 경우 이를 다루는 국제재판소는 해당 조약에 대한 해석을 제공하게 된다. 그러나 유엔해양법협약 제121조 3항의 구체적인 의미를 해석한 판결은 그간 나오지 않았기에,<sup>2)</sup> 논란이 지속되어 왔다.

제121조 3항 해석은 학문적인 논쟁에 그치지 않는다. 어떠한 해양지형이 배타적 경제수역과 대륙붕을 가질 수 있는지 여부는 한 국가의 해양관할권의 범위를 크게 좌우할 수 있기 때문에, 국가들은 해당 규정 해석에 관심을 가질 수밖에 없다. 예를 들어 일본이 2008년 유엔 대륙붕한계위원회(CLCS)에 제출한 200해리 이원 대륙붕에 관한 정보를 보도록 하자, 일본은 오키노토리시마를 기점으로 대륙붕을 주장한 반면,<sup>3)</sup> 한국과 중국은 오키노토리시

1) Y.-H. Song, “Article 121 (3) of the Law of the Sea Convention and the Disputed Offshore Islands in East Asia: A Tribute to Judge Choon-Ho Park”, in J.M. Van Dyke/S.P. Broder/S. Lee/J.-H. Paik(eds.), *Governing Ocean Resources: New Challenges and Emerging Regimes: a Tribute to Judge Choon-Ho Park*, Brill, 2013, p. 63.

2) 노르웨이와 아이슬란드 간 대륙붕 조정위원회는 1981년 얀 마옌을 배타적 경제수역/대륙붕을 가질 수 있는 섬으로 권고한 바 있지만, 이는 법적 구속력을 갖는 결정은 아니었다. 야마모토 소지, 최홍배(역), 『해양법』, 지산, 2002, 131면. 국제사법재판소(ICJ)는 2009년 루마니아와 우크라이나 간 흑해경계획정 사건과 2012년 니카라과-콜롬비아 간 영토·해양 분쟁 판결에서 제121조상의 섬의 지위에 대한 당사국들의 의견차가 있었음에도 불구하고 이에 대하여 판단하지 않은 채 경계획정을 하였다. *Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2009*, pp. 122-123, para. 187; *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2012*, pp. 691-692, para. 180.

3) Japan’s Submission to the Commission on the Limits of the Continental Shelf, Executive Summary, [http://www.un.org/depts/los/clcs\\_new/submissions\\_files/jpn08/jpn\\_execsummary.pdf](http://www.un.org/depts/los/clcs_new/submissions_files/jpn08/jpn_execsummary.pdf) (2016년 8월 25일 최종검색).

마는 유엔해양법협약 제121조 3항의 암석에 해당한다는 입장을 표명하였다.<sup>4)</sup> 최근에는 지형의 침식을 예방하는 조치나 지형의 규모를 확대하는 등의 인위적인 조치를 통해 협약 제121조 3항의 암석을 섬으로 변화시킬 수 있느냐에 대한 논의도 전개되고 있다.<sup>5)</sup> 오키노토리시마에서의 일본의 조치와 남중국해에서 중국, 필리핀, 베트남 등이 벌이고 있는 매립 및 인공시설 건설행위가 이와 관련된다.

유엔해양법협약 제121조 1, 2항의 섬과 3항의 암석에 대해서는 그간 여러 학자들이 해석을 시도한 바 있다.<sup>6)</sup> 이는 조약해석의 원칙(조약법에 관한 비엔나 협약 제31조 및 제32조, 그리고 국제관습법상의 원칙)에 따라 해당 규정과 문맥, 그리고 제3차 유엔해양법회의의 준비문서(travaux préparatoires)를 토대로 이루어졌다. 하지만 해당 규정 해석에 대한 국제판례가 존재하지 않는 상황에서, 어떠한 해석이 올바른 해석인지에 대한 결론을 내리기 어려웠던 것이 사실이다. 이러한 점에서 필리핀-중국 간 남중국해 중재재판소가 2016

4) Republic of Korea, Permanent Mission to the United Nations, MUN/046/06 (2009.02.27), [http://www.un.org/depts/los/clcs\\_new/submissions\\_files/jpn08/kor\\_27feb09.pdf](http://www.un.org/depts/los/clcs_new/submissions_files/jpn08/kor_27feb09.pdf) (2016년 8월 25일 최종검색); People's Republic of China, Permanent Mission to the United Nations, CML/2/2009 (2009.02.06.), [http://www.un.org/depts/los/clcs\\_new/submissions\\_files/jpn08/chn\\_6feb09\\_e.pdf](http://www.un.org/depts/los/clcs_new/submissions_files/jpn08/chn_6feb09_e.pdf) (2016년 8월 25일 최종검색).

5) Z. Keyuan, "The Impact of Artificial Islands on Territorial Disputes Over The Spratly Islands", in East Sea (South China Sea) Studies, <http://nghiencuubiendong.vn/en/conferences-and-seminars/-second-international-workshop/597-the-impact-of-artificial-islands-on-territorial-disputes-over-the-spratly-islands-by-zou-keyuan> (2016년 8월 22일 최종검색).

6) 그 예로 이석용, 『국제법상 섬의 지위에 관한 연구』, 고려대학교 박사학위논문, 1988; 박찬호, "국제법상 바위섬의 법적 지위에 관한 고찰 - 국제판례와 국가실행을 중심으로", 『법학연구』, 제54권 제2호(2013), 107-132면; 이창렬, "유엔해양법상 섬의 법적 지위에 관한 연혁적 고찰", 『성균관법학』, 제26권 제3호(2014), 383-412면; R. Lavalley, "Not Quite a Sure Thing: The Maritime Areas of Rocks and Low-Tide Elevations Under the UN Law of the Sea Convention", International Journal of Marine and Coastal Law, vol. 19, no. 1(2004), pp. 43-69; Y.-H. Song, "The Application of Article 121 of Law of the Sea Convention to the Selected Geographical Features Situated in the Pacific Ocean", Chinese Journal of International Law vol. 9(2010), pp. 663-698. 엄밀히 말하자면 제121조상의 '섬'은 배타적 경제수역/대륙붕을 갖는 섬과 그렇지 않은 섬(암석)으로 구분된다. 하지만 본 논문에서는 편의상 '섬'은 '배타적 경제수역/대륙붕을 갖는 섬'만을 지칭하고, '암석'은 이러한 해양권원을 창출하지 못하는 섬(제121조 3항의 지형)을 가리키는 용어로 사용하도록 한다. 필요한 경우 섬과 암석을 통칭하기 위하여 중재재판소가 사용한 '만조시 노출지형'(high-tide features)이라는 용어를 사용하도록 한다.

년 7월 12일 본안판정<sup>7)</sup>에서 유엔해양법협약 제121조 3항에 대한 구체적인 해석을 내놓음으로써, 해양법상 섬/암석의 해석 문제는 전환점을 맞게 되었다. 필리핀은 동 재판의 청구취지에서 스카버러 암초를 포함, 남중국해 9개 지형의 법적 지위를 결정해줄 것을 요청하였으며(청구 3-7번),<sup>8)</sup> 재판소는 해당 지형 뿐 아니라 남사군도의 나머지 지형의 지위도 판단하였다. 이 과정에서 제121조 3항에 대한 자세한 검토가 이루어졌다.

본 논문은 유엔해양법협약 제121조 3항 해석에 관한 기존 논의를 정리, 평가한 후,<sup>9)</sup> 이를 이번 중재판정의 내용과 비교·분석해보고자 한다. 그리고 중재판정이 제121조 3항 해석에 어느 정도 기여할 것인지를 평가함과 동시에, 조문 해석에 대한 종합적인 결론을 도출할 것이다. 이러한 목표 하에 우선 유엔해양법협약 제121조 3항 문구 자체의 해석 문제를 고찰해보도록 하겠다. 그간 발표된 제121조 3항에 대한 연구들은 주로 이 문제를 다루었으나, 본 논문에서는 중재판정이 선행연구에서 논란이 되었던 쟁점들을 어떻게 판단하였는지 살펴보고 평가를 내려 보도록 한다. 다음으로 검토할 내용은 협약 제121조 3항에 명시되지 않았으나, 섬/암석 판단에서 논의될 수 있는 사항들이다. 필리핀-중국 중재재판에서도 다뤄진 사항들로서, 이들이 실제 제121조 3항 해석에서 일정한 역할을 할 수 있는지에 대하여 고찰하도록 한다.

7) PCA Case No. 2013-19 in the *Matter of an Arbitration before an Arbitral Tribunal Constituted under Annex VII to the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea between the Republic of the Philippines and the People's Republic of China, Award* (12 July 2016). 필리핀-중국 중재재판은 2013년 1월 22일, 필리핀이 중국을 상대로 유엔해양법협약 강제적 분쟁해결절차의 하나인 제7부속서상의 중재절차를 개시함으로써 시작되었다. 필리핀은 남중국해에서의 중국의 권리 주장, 남중국해 해양 지형의 법적 지위, 협약에 위반한 중국의 남중국해에서의 활동 등에 관한 15개 청구를 하였다. 중재재판소는 2015년 10월 29일 관할권과 수리가가능성 판정을, 2016년 7월 12일 본안판정을 내렸다.

8) 필리핀은 청구취지에서 9개 지형에 대한 판단을 요청하였으나, 재판소는 이를 11개 지형으로 보고 결정을 내렸다.

9) 분석대상이 된 선행연구는 국내 문헌의 경우 ‘유엔해양법협약’, ‘섬’, ‘암석’, ‘제121조’를 주제로 하여 국회전자도서관(<http://dl.nanet.go.kr>) DB 검색을 통해 수집하였다. 국외 문헌은 여러 국내 문헌에서 인용된 문헌을 역추적하거나 별도로 구글스칼라(<http://scholar.google.co.kr/>) 검색을 통해 피인용지수를 고려하여 취합하였다. 실제 원문 입수가 어려운 국외 문헌은 이를 인용한 문헌을 통해 정보를 수집하였다.

## II. 제121조 3항에 명시된 요건

제3차 유엔해양법회의의 미국 대표단 일원이었던 Myron H. Nordquist 교수에 따르면 섬의 정의를 둘러싸고 객관적 기준을 제시하여 구별하려는 입장과 주관적 기준 또는 섬을 구분하지 않으려 하는 입장이 서로 대립하였다고 한다. 결국 현재 제121조가 된 모호한 표현들을 사용하여 합의를 이끌어 내었고, 신속하게 모든 협약 내용을 타결하려다 보니 이후 섬 제도에 대한 검토가 충분히 이뤄지지 못한 채 유엔해양법협약이 채택되었다는 것이다.<sup>10)</sup> 그 결과, 섬 지형이 배타적 경제수역과 대륙붕을 갖지 못하는가는 “인간이 거주할 수 없거나 독자적인 경제활동을 유지할 수 없는 암석”이라는, 모호한 조건을 어떻게 ‘해석’하느냐에 따라 결정되게 되었다.

유엔해양법협약 제121조 3항의 문구 중 해석이 필요한 표현은 ‘암석’, ‘인간의 거주’, ‘독자적인 경제생활’, ‘또는’, ‘가능성’이다. 학자들과 필리핀-중국 중재재판소 모두 ‘암석’이라는 용어가 지형의 지질학적 특성을 의미하는 것은 아니라는데 동의하고 있다.<sup>11)</sup> 아울러 암석은 제121조 1항의 “자연적으로 형성된 육지지역”으로 “만조시에도 수면위에” 있는 섬의 일종이다.<sup>12)</sup> 따라서 여기서는 제121조 3항의 문구에서 해석을 필요로 하는 나머지 네 개의 표현에 대하여 검토해보도록 한다.

10) M.H. Nordquist, “Textual Interpretation of Article 121 in the UN Convention on the Law of the Sea”, in Rüdiger Wolfrum/Holger Hestermeyer(eds.), *Coexistence, Cooperation and Solidarity: Liber Amicorum Rüdiger Wolfrum*, Brill, 2012, vol. 1, pp. 1007-1008, 1010. 현재 협약 제121조의 모태가 된 조항은 제3차 유엔해양법회의 1975년 제3회기 Informal Single Negotiating Text/Part II 제132조이다. A/CONF.62/WP.8/PartII, Article 132, reprinted in *Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, vol. IV, pp. 170-171.

11) 그 예로 김현수, 『해양법총론』, 청목출판사, 2010, 236면; 박찬호/김한택, 『국제해양법』 제2판, 서울경제경영, 2012, 127면; PCA Case No. 2013-19, Award (12 July 2016), *op. cit.*, para. 482.

12) 박춘호/유병화, 『해양법』, 민음사, 1986, 209-210면; Y. Tanaka, *The International Law of the Sea*, Cambridge University Press, 2012, pp. 65-66.

## 1. 인간의 거주 유지

### 1) 상반된 해석의 존재

‘인간의 거주 유지’에 대하여, 거주를 위한 지형의 환경요소, 거주 기간, 거주하는 인간의 구성(유형, 수 등) 등이 판단기준으로 제시되어 왔다. 환경 요소는 인간이 해당 지형에서 생존/거주를 유지하기 위하여 필요한 최소한의 환경여건을 의미하는 것으로서, 그 예로는 담수, 토지, 거처(shelter)로 사용할 수 있는 공간의 존재 등이 거론된다.<sup>13)</sup> 다음으로 거주 기간 요건의 경우, 영구적인 거주를 요구하지 않는다는 견해,<sup>14)</sup> 일시적 체류/방문으로는 ‘거주’ 요건을 충족할 수 없다는 견해 등이 있다.<sup>15)</sup>

학자들이 상당한 의견 대립을 보이는 사항은 바로 거주하는 인간의 구성 요소이다. 엄격하게 해석하는 입장에서는 “안정적인 인간 공동체”(stable community of human beings)가 존재해야 한다고 본다.<sup>16)</sup> 서너 가구<sup>17)</sup> 또는 최소 50명<sup>18)</sup>이라는 구체적인 수치를 제시하는 학자들도 있다. 이 입장에 따르면 거주 인간의 유형은 민간인이어야 하며, 외부로부터 일정한 목적을 위하여 파견, 체류하는 경우(예를 들어 경찰, 군인, 과학자 등)는 인간 거주 증거가 될 수 없다.<sup>19)</sup> 반면 인간의 거주 요건을 유연하게 해석하는 입장은 안정적인 공동체와 같은 높은 수준의 요건을 인정하지 않는다. 그 이유로 Elferink는 유엔해양법협약 제121조 3항 채택의 주된 목적이 ‘해양자원에 의존하는 인구가 존재하지 않는 작은 도서에 기초한 해양관할권 주장이 초래

13) 그 예로 정진석, “UN해양법협약 제121조 3항 “암석”의 해석에 대한 고찰”, 『법학논총』, 제22권 제2호(2010), 428면; M. Gjetnes, “The Spratlys: Are They Rocks or Islands?”, Ocean Development and International Law, vol. 32, no. 2(2001), p. 196.

14) J.I. Charney, “Rocks that Cannot Sustain Human Habitation”, The American Journal of International Law, vol. 93, no. 4(1999), p. 868.

15) 이창렬, 전계논문, 400면.

16) J.M. Van Dyke/R. Brooks, “Uninhabited Islands: Their Impact on the Ownership of the Oceans’ Resources”, Ocean Development and International Law, vol. 12, no. 3-4(1983), p. 286.

17) 이창렬, 전계논문, 401면.

18) 해양법학자이자 제3차 유엔해양법회의의 참가자인 Hasjim Djalal의 견해 (Y.-H. Song, “Article 121 (3) of the Law of the Sea Convention and the Disputed Offshore Islands in East Asia: A Tribute to Judge Choon-Ho Park”, *op. cit.*, p. 94에서 재인용).

19) M. Gjetnes, *op. cit.*, p. 195.

할 심해저의 과도한 축소'를 방지하기 위함이 아니라는 점을 들고 있다.<sup>20)</sup> 공동체가 아닌 한 명의 존재만으로도 인간 거주 요건을 만족시킨다는 견해도 있다.<sup>21)</sup>

## 2) 인간 거주에 대한 엄격한 해석

학자들간 논쟁은 과연 중재재판소의 판정에 의하여 해소되었는가? 중재재판소는 우선 제121조 3항의 “거주”는 “정착의 의미로 지형에 머물고 체류할 것을 선택한 사람들이 일시적이지 않게 존재함”을 의미한다고 해석하였다.<sup>22)</sup> 거주는 기간은 일회성, 일시적이어서는 안 되고 어느 정도 시간의 경과를 요구한다는 것이다.

재판소는 인간 거주를 위한 지형의 환경요소는 사안별로 평가되어야 하나 인간 거주가 상당기간(extended period of time) 영구적 또는 상습적으로 유지되기 위해서는 최소한 식량, 물, 거처가 필요하다고 하였다. 그리고 거주 및 경제생활 개발을 위하여 이러한 주요 요소(principal factors)에 포함될 수 있는 고려사항으로(considerations) 기후, 다른 인간의 거주 지역과의 거리, 지형에서 그리고 그 주변에서 생계유지 가능성 등을 언급하였다.<sup>23)</sup> 각 지형의 특성에 따라 요구되는 수준이 가변적이라고 전제하긴 했지만, 중재재판소가 환경적 요건으로서 반드시 필요한 사항들을 열거하였다는 점은 주목할 만하다.

다음으로 거주하는 인간의 구성에 대한 판정내용을 살펴보도록 하겠다. 중재재판소는 제121조에서 해양지형에 배타적 경제수역을 인정하는 것은 그 지형에 거주한 사람들이 해당 수역의 자원 이용으로부터 혜택을 받도록 하기 위함이라고 보았다. 이러한 목적을 고려할 때, 제121조 3항의 인간의 거주란 단순히 인간이 지형에서 존재하거나 생존하는 차원을 넘어선 개념이라는 것이다. 즉, “안정적인 인간 공동체(a stable community of people)”의 거주

20) A.G.O. Elferink, “The Islands in the South China Sea: How Does Their Presence Limit the Extent of the High Seas and the Area and the Maritime Zones of the Mainland Coasts?”, *Ocean Development and International Law*, vol. 32, no. 2(2001), p. 174.

21) S. Karagiannis, “Les rochers qui ne se prêtent pas à l’habitation humaine ou à une vie économique propre et le droit de la mer”, *Revue belge de droit international* (1996/2), pp. 573-574; A.G.O. Elferink, *op. cit.*, p. 174.

22) PCA Case No. 2013-19, Award (12 July 2016), *op. cit.*, para. 489.

23) *Ibid.*, paras. 490, 546.

로서, 거주하는 지형이 이들의 집(home)이며 이들이 해당 지형에 체류(remain)할 수 있어야 한다.<sup>24)</sup> 이와 같은 인간 공동체는 반드시 많은 수를 요구하지는 않으며, 외딴 환초에서는 몇 명의 개인이나 가족 단위로도 이 요건을 충족할 수 있을 것이라 하였다. 여러 곳을 이동하며 생활하는 사람들의 주기적 체류 또한 인간 거주 요건에 부합한다고 보았다. 재판소는 이와 함께 외부의 지원이 지형에서의 거주를 위해서 반드시 필수적일 정도로 중요한 경우에는 인간 거주 요건을 충족할 수 없다고 지적하고, 따라서 외부로부터 배치된 순수한 공무원이나 군사인력은 인간 거주 요건 충족의 증거가 될 수 없다고 하였다.<sup>25)</sup>

재판소는 이와 같은 해석을 사안에 적용하였다. 재판소는 필리핀의 청구 취지에 포함된 9개 지형 중 스카버러 암초, Johnson Reef, Cuateron Reef, Fiery Cross Reef, Gaven Reef(North), McKennan Reef를 암석으로 보았는데, 그 이유로 담수 없음, 초목 없음, 거주 공간 없음, 지형의 크기 협소, 척박한 토양, 외부 자원에 필수적으로 의존 등을 제시하였다.<sup>26)</sup>

사실 이 지형들보다 그 외의 지형들에 대한 재판소의 판단이 더 주목할 만하다. 재판소는 청구취지에 포함되지는 않았지만 필리핀의 청구 3, 7번 뿐 아니라 청구 5, 8, 9번에 대한 재판관할권 존부를 판단하는데 영향을 미칠 수 있는 “남사군도의 모든 중요한 만조노출 지형”의 법적 지위 또한 검토하였기 때문이다(중재판정문 393-396항). 이 중 재판소의 주요 검토 대상은 남사군도의 규모가 가장 큰 6개 지형(Itu Aba, Thitu, West York Island, Spratly Island, North East Cay, South-West Cay)과 이들 보다 작은 8개(0.14 평방킬로미터 미만)였다.<sup>27)</sup>

남사군도에서 가장 큰 6개 지형의 물리적 특성과 역사적 이용 기록을 살펴본 후, 재판소는 다음과 같이 판단하였다. Itu Aba 등 이들 대부분에서 소수 인원이 이용할 수 있을 정도의 담수가 존재함을 확인하였다. 그리고 자

24) *Ibid.*, paras. 520, 542, 546.

25) *Ibid.*, paras. 542, 550.

26) *Ibid.*, paras. 554-570.

27) 중재판정문 401-407항(*ibid.*)에 따르면 Itu Aba의 크기는 0.43 평방킬로미터, Thitu는 0.41 평방킬로미터, West York Island는 0.21 평방킬로미터, Spratly Island는 0.17 평방킬로미터, North-East Cay는 0.15 평방킬로미터, South-West Cay는 0.15 평방킬로미터이다(참고로 독도는 약 0.19 평방킬로미터임). 재판소는 상기 언급한 남사군도 6개 지형보다 작은 8개의 지형은 개별적으로 검토하지는 않았는데, 이에 대해서는 후술한다.

연 상태에서 Itu Aba, Thitu은 가장 초목이 많은 지형이며 다른 지형들에도 존재하긴 한다고 보았다. Itu Aba에서는 바나나, 파파야 등의 경작이 가능했으며 실제 농작물 경작이 있었다는 증거도 확인하였다. 그러나 재판소는 이러한 지형의 경작능력은 제한적이며, 특히 실제 재배가 있었던 Itu Aba에서의 농업도 독자적으로 어느 정도 규모의 인구를 유지시키기에 충분하지는 않다고 보았다. 이를 토대로 남사군도의 주요 지형이 초목지형이며 담수가 존재한다 하더라도 “이들 지형이 명백하게 거주가능한(habitable) 것은 아니며, 심지어 인간 생존(survival)을 가능하게 하는 이들 지형의 능력도 분명히 제한적으로 보인다”고 결론지었다. 이러한 점에서 지형의 물리적 요건만으로는 제121조 3항상의 인간 거주를 유지시킬 수 있는 지형인지 여부가 모호하다고 판단하였다.<sup>28)</sup> 즉, 지형의 능력<sup>29)</sup>을 보았을 때 소규모 사람들의 “생존”은 가능할지 모르지만 “거주 유지”에 대해서는 의구심이 있다는 것이다.

한편 재판소는 하이난 섬에서 온 작은 규모의 어부들이 남사군도를 이용하였다는 기록도 검토하였는데, 이들은 주로 자신이 가져온 자원에 의존하여 남사군도에 존재(present)했다고 보았다. 재판소는 이 어부들은 하이난에서 온 사람들로서 경제적 목적에서 해당 지형을 피난처나 어업기지로 사용하는 등 일시적으로 체류하였기 때문에, 지형의 자연적 인구라고 볼 수 없다고 하였다. 즉 재판소가 요구하는 “지형에서의 거주 목적”, “일시적이지 않는 거주” 요건을 충족하지 못하였다는 것이다.<sup>30)</sup> 1920-30년대에 Itu Aba, South-West Cay 등에서 행해진 일본의 상업적 어업과 구아노, 인광석 개발 등도 마찬가지로, 몇 년간의 일시적 활동이었고 일본 등, 다른 지역 사람들을 위한 이윤 창출 목적이라는 점에서 인간 거주 요건을 만족시키지 못한다고 하였다.<sup>31)</sup> 그리고 현재 남사군도 지형에 정부 주도로 주둔하고 있는 군인 또는 다른 정부 공무원은 외부로부터의 공급에 거의 의존하고 있으며, 영유권 주장 강화의 일환으로 주둔하고 있다는 점에서 인간 거주 증거가 되지 못한다고 하였다. Thitu와 Itu Aba에는 민간인이 거주하고 있긴 하지만 이들도 동일한 정책적 목적에서 거주한다는 점에서 증거로 인정하지 않았다.<sup>32)</sup>

28) PCA Case No. 2013-19, Award (12 July 2016), *op. cit.*, paras. 580-596, 601-616.

29) 지형의 ‘능력’에 대해서는 본 논문의 II-3-2) 참조.

30) PCA Case No. 2013-19, Award (12 July 2016), *op. cit.*, paras. 597-601, 618-622.

31) *Ibid.*, paras. 602-614, 619.

32) *Ibid.*, para. 620.

### 3) 엄격한 해석에 대한 비판

결론적으로 중재재판소는 ‘인간의 거주 유지’에 대하여 엄격한 기준을 제시하였다. 기존에 학자들이 사용한 “안정적인 인간 공동체”<sup>33)</sup>라는 표현을 그대로 수용하면서, 최소 몇 명 이상으로 구성된 어느 정도 규모의 인간 집단이 순수하게 지형에 체류할 목적을 가진 경우에만 인간 거주 요건을 만족시킬 수 있다고 보았기 때문이다. 동시에 생존 이상의 거주 유지를 가능하게 하는 지형의 환경요건을 요구하고 있다.

재판소가 이처럼 엄격하게 해석한 이유는 제121조 3항의 목적을 다른 유인 지형으로부터의 해양권원 또는 인류공동유산인 심해저를 과도하게 침해하는 것을 방지한다는 것으로 이해하였기 때문으로 보인다.<sup>34)</sup> 하지만 제121조의 구도는 ‘1항 및 2항 원칙 규정, 3항 예외 규정’이다. 원칙-예외 규정 관계에서 예외를 가급적 제한적인 의미로 이해하여야 하는 것이 규칙이다.<sup>35)</sup> 뿐만 아니라, “안정적인 인간 공동체”라는 표현은 1934년 프랑스 국제법학자 Gidel이 섬의 정의를 위해 사용한 지형의 “자연적 요건이 체계적인 인간 집단의 안정적인 거주(*la résidence stable de groupes humains organisés*)를 가능”하게 하여야 한다<sup>36)</sup>는 것에서 따온 것으로 보인다.<sup>37)</sup> 학자들은 섬(유엔해양법협약 이후 암석 포함)에 대한 엄격한 기준이 오래전부터 존재하였다고 주장하기 위해 Gidel을 인용한 것으로 추측된다. 그러나 Gidel은 이 표현의 의미에 대하여 상세히 설명하지 않았다. 이후 학자들이 이 표현에 여러 요건을 부여함으로써 엄격한 기준을 만든 것이다. 과연 중재판정에서처럼 높은

33) J.M. Van Dyke/R. Brooks, *op. cit.*, pp. 272, 284, 286; M. Gjetnes, *op. cit.*, p. 195; Y.-H. Song, “The Application of Article 121 of Law of the Sea Convention to the Selected Geographical Features Situated in the Pacific Ocean”, *op. cit.*, p. 680 (본인 의견이 아닌 Van Dyke의 의견을 소개함).

34) PCA Case No. 2013-19, Award (12 July 2016), *op. cit.*, paras. 535, 624.

35) M.H. Nordquist, *op. cit.*, p. 1015; 정진석, 전제논문, 427면.

36) G. Gidel, *Le droit international public de la mer*, tome 3, Chateauroux, 1934, p. 684.

37) Gidel의 주장 전에도 이미 섬의 개념에서 이용이나 거주 요건을 주장한 예가 있다. 영해 범위에 대한 대영제국의 공동정책을 나타내는 1923년 제국회의 결의 4호에서 섬의 기준으로 “이용 또는 거주 가능”이 제시되었다 (E.D. Brown, “Rockall and the Limits of National Jurisdiction of the UK: Part 1”, *Marine Policy*, vol. 2(1978), p. 206; 박찬호, “섬의 국제법상 지위 - 바위섬의 해양관할권을 중심으로”, 『국제법학회논총』, 제47권 제2호(2002), 30면). 하지만 이 주장에서는 거주하는 인간 집단의 규모 등을 설명하지는 않았다.

수준의 요건을 요구하는 것이 Gidel이 원래 의미했던 바였는지는 알 수 없다. 그리고 Gidel이 주장했던 당시 해양에는 영해-공해라는 두 수역만 존재하였고, 제121조 3항에서 문제가 되는 배타적 경제수역과 대륙붕과 같은 기능적 수역은 존재하지 않았다. 이처럼 논의의 사정이 다름에도 불구하고, 중재재판소가 ‘안정적인 인간 공동체’라는 표현을 그대로 사용하고, 이에 기초하여 엄격한 요건을 부과하는 것에 대하여 의문을 제기할 수밖에 없다.

마지막으로 제121조 3항의 목적에 대하여 중재재판소의 해석과 다른 해석도 존재함을 지적할 필요가 있다. 중재재판소도 인정한 바와 같이 제121조는 제3차 유엔해양법회의 중 비공식 협상을 통해 성안되었다는 점<sup>38)</sup>에서 회의 준비문서를 해석에 참조하는데 주의하여야 한다. 중재재판소는 준비문서 검토를 토대로 제121조 3항 목적을 일부 해양지형을 기초로 한 과도한 해양권원 주장을 제한하기 위한 것이라 보았다.<sup>39)</sup> 이에 반해 Elferink와 Charney는 제121조 3항은 인류공동유산인 심해저 보호 보다는 오히려 다른 이유에서 작성되었다고 주장한다. 국가들의 해양관할권 확대 열망이 유엔해양법협약 협상의 추진 동력이었으며, 경제와 기술 발전을 통해서 국가들의 해양지형 개발을 가능하게 하는 규범을 만들자는 것이 협약 성안자들의 의도였다는 것이다.<sup>40)</sup> 이러한 입장을 따르게 되면, 제121조 3항을 연안국의 관할권 확대로부터의 심해저 보호의 측면이 아니라 오히려 그 반대의 목적에서 해석하는 것이 타당하다는 결론에 이르게 된다. Nordquist는 내륙국과 지리적 불리국은 정책적 판단에 따라 인류공동유산 보호 명분을 지지하였지만, 프랑스, 영국 등은 모든 만조시 노출 지형을 동일하게 취급할 것을 주장하는 등, 국가들마다 상반된 입장을 견지하였음을 지적하고 있다.<sup>41)</sup> 그리고 Oxman는 제3차 유엔해양법회의에서 나타난 제121조에 대한 국가들의 입장차는 해양의 이용, 자국 해양관할권의 제한이나 이웃 국가들과의 경계획정에 대한 우려 등, 복합적인 요소가 고려된 결과라고 설명한다.<sup>42)</sup> 이처럼 제3

38) PCA Case No. 2013-19, Award (12 July 2016), *op. cit.*, para. 534.

39) *Ibid.*, para. 516.

40) A.G.O. Elferink, *op. cit.*, p. 174; J.I. Charney, *op. cit.*, pp. 865-866.

41) M.H. Nordquist, *op. cit.*, pp. 1014-1015.

42) J.R. Stevenson/B.H. Oxman, “The Third United Nations Conference on the Law of the Sea : The 1974 Caracas Session”, *The American Journal of International Law*, vol. 69, no. 1(1975), p. 25.

차 유엔해양법회의에 대한 다양한 설명을 고려할 때, 중재재판소의 목적론적 해석이 유일하고 정확한 해석인가에 대해서는 의문이 남는다.

## 2. 독자적인 경제생활 유지

### 1) 상반된 해석의 존재

‘독자적인 경제생활 유지’의 해석을 위해서 경제생활의 주체, 독자적인 경제생활의 유형, 경제생활의 장소 등의 요소들을 검토해야할 것이다. 첫째, 경제생활의 주체의 경우 주체를 특정하는 입장과 그렇지 않는 입장으로 나누는데, 전자에 따르면 경제생활 주체는 해당 지형에 체류하려는 민간인으로 한정된다.<sup>43)</sup>

둘째, 독자적인 경제생활의 유형이다. 선행연구 분석 결과 학자마다 “economic life of their own”의 범위를 상이하게 이해하고 있음이 드러났다. 그 이유는 “their own”의 해석과 관련된다. 일부에서는 해당 지형에서의 생물 및 광물자원 개발 등을 통하여 직접적으로 지형에서 생산이 가능하거나, 관광산업과 같이 지형을 이용하여 경제적 이윤을 창출하여야 한다고 해석한다.<sup>44)</sup> 즉 지형/자원을 이용한 상당 수준의 자급자족이 필요하다는 것이다. 한편 다른 학자들은 카지노 산업의 운영, 항행을 위한 등대 설치·운영까지도 독자적인 경제생활의 일종으로 파악한다.<sup>45)</sup> 이는 지형이나 지형의 자원을 직접 이용하지 않은 채로 이윤을 발생시키더라도 독자적인 경제생활에 해당한다는 입장이다. 양쪽 모두 전적으로 지형 또는 지형의 자원에 의존하여 경제생활을 할 것을 요구하지는 않으며, 외부로부터의 자원을 충당은 가능하다고 본다. 다만 입장에 따라 ‘지형에서 직접 생산 + 일부 외부 충당’,<sup>46)</sup> ‘직

43) 정진석, 전계논문, 429-430면; M. Gjetnes, *op. cit.*, pp. 196-199.

44) 이창렬, 전계논문, 401면; Hasjim Djalal의 견해 (Y.-H. Song, “Article 121 (3) of the Law of the Sea Convention and the Disputed Offshore Islands in East Asia: A Tribute to Judge Choon-Ho Park”, *op. cit.*, p. 62에서 재인용).

45) Z. Keyuan, *op. cit.*; B. Kwiatkowska/A.H.A. Soons, “Entitlement to Maritime Areas of Rocks Which Cannot Sustain Human Habitation or Economic Life of Their Own”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 21(1990), pp. 167-168.

46) 이환규, “UN 해양법협약상 섬의 법적 지위와 독도”, 『동아법학』, 제43권(2009), 442면; 박찬호, “국제법상 바위섬의 법적 지위에 관한 고찰 - 국제판례와 국가실행을 중심으로”, 전계논문, 112면.

접 생산 없이 다른 산업에서 창출한 이윤을 이용하여 외부로부터 자원을 구입<sup>47)</sup> 등으로 경제생활의 범위를 다르게 보고 있다. 경제생활의 장소의 경우 대체로 지형뿐 아니라 어업 등의 활동을 할 수 있는 영해까지도 포함하는데 동의하고 있다.<sup>48)</sup>

## 2) 독자적인 경제생활에 대한 높은 기준

필리핀-중국 중재재판소는 독자적인 경제생활에 대하여 높은 기준을 제시하였다. 재판소는 지형의 거주자가 아닌 사람들에 의한 자원 수확, 그리고 외부자원에 전적으로 의존하는 경제활동은 독자적인 경제생활로 볼 수 없다고 판단하였다. 해당 지형의 인구가 아니라 다른 지역의 사람들을 위하여 지형의 천연자원을 수확하는 활동은 경제적인 이익을 위한 자원 개발이라 볼 수 있다하더라도, 지형의 독자적인 경제생활을 구성하지는 않는다고 판시하였다. 즉, 지형에서 안정적인 지역 공동체가 존재하지 않은 상황에서의 경제활동은 독자적인 경제생활로 인정되지 않는다는 것이다. 따라서 남사군도에서의 구아노 개발, 조개 채취, 어업 등, 자연적 상태에서의 채집활동은 남사군도가 아닌 다른 지역 (하이난, 대만, 일본 필리핀, 베트남 등) 사람들을 위하여 남사군도 자원을 이용하기 위한 목적에서 행해진 것으로서, 독자적인 경제생활의 증거가 되지 못한다.<sup>49)</sup> 아울러 재판소는 경제활동의 주가 되는 자원은 외부로부터 충당되어서는 안 되며 해당 지형의 것이어야 한다고 판단하고 있다.<sup>50)</sup> 이에 따르면, 지형의 자원을 직접 이용하지 않은 채 행해지는 경제활동은 “독자적인 경제생활”로 인정되지 않는다.

경제생활의 공간적 범위와 관련하여, 재판소는 ‘독자적인’ 경제생활은 경제생활이 지형 자체와 관련될 것을 요구하기 때문에, 오로지 영해에서의 경제활동만으로는 이 요건을 충족하지 못한다고 하였다. 그리고 영해에서의 경제활동은 - 그 주체가 지형의 인구인지 여부를 불문하고 - 지형 자체와 관련되는 (지형을 이용하는) 한도 내에서만 지형의 경제생활로 인정될 수 있다고 보았다.<sup>51)</sup> 한편 지형으로부터 영해의 외측한계를 넘는 수역에서의 활

47) J.I. Charney, *op. cit.*, p. 870.

48) 그 예로 M. Gjetnes, *op. cit.*, p. 196.

49) PCA Case No. 2013-19, Award (12 July 2016), *op. cit.*, paras. 543, 623-624.

50) *Ibid.*, para. 500.

51) *Ibid.*, paras. 503, 543.

동은 독자적인 경제생활의 증거가 될 수 없다.<sup>52)</sup>

### 3) 경제생활의 주체에 대한 재검토

재판소는 경제생활의 ‘독자적인’ 성격을 강조함으로써, 이 요건을 엄격하게 판단하고 있다. 재판소는 외부로부터의 자원은 제한적으로만 제공받는 상황에서 지형/자원을 직접적으로 이용한, 자체적인 경제생활이 가능해야 한다고 보았다. 이러한 해석은 유엔해양법협약 제121조 3항이 단순히 경제생활이 아닌, 지형의 독자적인 경제생활을 명시하고 있다는 점에서 타당하다고 판단된다. 그렇지만 재판소의 경제생활의 주체 판단은 명확하지 않은 측면이 있다. 판정문 503항에서는 영해에서의 활동이 해당 지형의 인구에 의한 것이 아니더라도 독자적인 경제생활로 볼 수 있다고 하였으나, 판정문 543항과 623항에서는 지형의 천연자원 수확(구아노 개발, 조개 채집 등)이 해당 지형의 인구에 의해 행해질 것을 요구하고 있기 때문이다.

생각건대, 중재재판소는 인간 거주와 독자적인 경제생활 요건이 상호 연계되어 있다는 점을 인정하고 있기 때문에(중재판정문 543항),<sup>53)</sup> 경제생활의 주체 또한 해당 지형의 거주민으로 제한하고 있는 것으로 이해해야 할 것이다. 하지만 이렇게 주체를 한정하게 되면, 무인 지형은 자동적으로 독자적인 경제생활이라는 요건을 만족시킬 수 없다는 결과를 초래한다. 이는 인간 거주 ‘또는’ 독자적인 경제생활의 가능성이 된다는 제121조 3항상의 규정을 ‘그리고’로 변화시키는 것과 다름없다고 생각된다. 그만큼 중재재판소는 제 121조 3항을 엄격하게 해석하고 있는 것이다.

## 3. ‘가능성’과 ‘또는’

유엔해양법협약 제121조 3항의 “인간이 거주할 수 없거나 독자적인 경제생활을 유지할 수 없는 (...)” 문구는 “할 수 없는(cannot)”과 인간 거주와 독자적인 경제생활을 연결하는 “또는(or)”의 의미에 대한 해석을 필요로 한다.

52) *Ibid.*, para. 502.

53) 이에 대해서는 본 논문의 II-3-1) 참조.

## 1) 연결어의 의미

“또는”의 의미에 대해서는 학자들의 견해가 엇갈린다. 이 연결어의 의미에 따라 해양지형이 영해 이원의 수역에 대한 권원을 갖기 위해서 인간 거주와 독자적 경제생활 유지라는 두 요건 모두에 부합해야 하는지, 아니면 둘 중 하나만 만족시키면 되는지가 결정된다. 일부에서는 두 요건 모두를 만족시켜야만 제121조 3항의 암석이 아니라고 주장하며,<sup>54)</sup> 다른 한편에서는 둘 중 하나만 충족하면 배타적 경제수역과 대륙붕을 가질 수 있다고 본다.<sup>55)</sup> 중재재판소는 “또는”이라는 단어의 원래 의미를 존중하여 후자의 입장과 동일하게 해석하였다.<sup>56)</sup> 하지만 실질적으로는 일반적으로 해양지형에 “안정적인 인간 공동체”가 거주할 때 독자적인 경제생활이 가능하다고 밝힘으로써, 결국 양자를 서로 연관시켜 판단해야 할 경우가 많을 것임을 인정하였다.<sup>57)</sup> 사실상 “또는”을 “그리고”와 유사하게 해석함으로써, 다른 문구에서와 마찬가지로 여기에서도 엄격 해석의 입장을 취하고 있다. 실제에 있어서 두 요건이 연관되는 경우가 상당할 것으로 생각된다. 다만 중재재판소가 이미 인간 거주 요건의 수준을 높게 책정하였기 때문에, 이와 같은 해석의 결과 독자적인 경제생활에 대한 요구조건도 함께 높아지게 되었다는 점은 논란의 여지가 있다.

## 2) 지형의 객관적 능력 판단

제121조 3항의 “cannot sustain”의 해석을 위해서는 두 가지 사항을 검토해야 한다. 첫째, 동 조항은 인간 거주나 독자적 경제생활을 유지시키는 지형의 객관적인 능력을 요구하는 것이다. 반드시 현재 거주 또는 경제생활의 존재를 요구하는 것이 아니며, 지형에서 인간 거주 또는 독자적 경제생활을 가능하면 된다는 점에 대해서는 학자, 중재재판소 모두 이견이 없다.<sup>58)</sup>

54) 그 예로 박찬호, “국제법상 바위섬의 법적 지위에 관한 고찰 - 국제판례와 국가실행을 중심으로”, 전계논문, 113면; 이창렬, 전계논문, 400면; 박찬호/김한택, 전게서, 129면.

55) 그 예로 이환규, 전계논문, 439면; A.G.O. Elferink, *op. cit.*, p. 174.

56) PCA Case No. 2013-19, Award (12 July 2016), *op. cit.*, para. 544.

57) *Ibid.*, paras. 544, 623. 단, 여러 섬에 걸쳐서 거주하며 경제생활을 영위하는 경우는 이와 같은 일반적 상황의 예외라고 하였다.

58) 그 예로 Y. Tanaka, *op. cit.*, p. 66; H. Dipla, “Islands”, Max Planck Encyclopedia of Public International Law (2008), <http://opil.ouplaw.com/home/EPIL>, para. 8; 이환규, 전계논문, 440면; PCA Case No. 2013-19, Award (12 July 2016), *op. cit.*, para. 483.

둘째, 지형의 객관적인 능력을 확인하는 방법이다. 앞서 살펴본 바와 같이 중재재판소는 남사군도의 규모가 큰 6개 지형의 자연조건 등, 물리적 특성을 검토하였으나, 이것만으로는 명백하게 섬/암석인지 판단이 어렵다고 하였다. 이러한 경우, 재판소는 지형이 역사적으로 어떻게 사용되었는지를 보는 것이 지형의 능력을 보여주는 가장 신뢰할 수 있는 증거라고 보았다. 이러한 지형에서 “안정적 공동체”와 유사한 형태가 발전하였음을 확인할 수 없다면 지형이 인간 거주 유지 가능성이 없다고 보아야 한다고 하였다.<sup>59)</sup> 역사적 증거의 중요도에 대하여 재판소는 남사군도 지형들의 경우, 근래 국가들의 인공 시설 건설 등으로 인하여 원래 지형의 자연 조건에서 중대하게 변형되었다고 지적하였다.<sup>60)</sup> 이는 배타적 경제수역 주장을 강화하기 위한 조치로 행해진 것이기 때문에, 재판소는 배타적 경제수역 제도 도입 전 인간 거주/경제생활 증거가 현재의 증거보다 중요하다고 보았다.<sup>61)</sup> 요컨대 지형이 객관적으로 인간 거주나 독자적인 경제생활 유지 능력이 있음은 일차적으로 지형의 물리적 특성을 통해 파악하되, 여전히 암석 여부가 모호한 경우 과거 이용에 대한 증거를 토대로 판단해야 한다는 것이다.

재판소의 논증에서 두 가지 점에 주목할 필요가 있다. 우선 재판소는 역사적 증거를 강조하고 있다. 이 중에서도 배타적 경제수역 제도 도입 전의 증거를 중요시하는 모습은 재판소가 일관되게 제121조 3항의 목적을 연안국의 과도한 해양권원 주장 방지로 보고 있음을 확인시켜 준다. 연안국은 해양 관할권 확대를 위하여 해양지형을 이용해서는 안 된다는 것이다. 그러나 앞서 살펴본 바와 같이 제121조 전체의 목적이 섬도 육지영토와 마찬가지로 해양권원을 갖는다는 점을 인정하기 위함이며 3항을 원칙 규정(동 조 2항)의 예외 규정으로 보는 견해도 있다.<sup>62)</sup> 이에 따르면 배타적 경제수역 도입 이후라도 과학기술의 발전 등에 따라 지형주변에서 새로운 경제생활이 가능해졌다면 이 사정을 섬/암석 판단시 고려한다는 주장이 가능할 것이다.<sup>63)</sup>

다음으로, 재판소가 섬/암석의 경계에 있는 지형을 어떻게 판별하였는지에 대하여 생각해보도록 한다. 재판소는 남사군도의 규모가 큰 6개 지형이 물

59) PCA Case No. 2013-19, Award (12 July 2016), *op. cit.*, paras. 548-549, 615-616.

60) *Ibid.*, para. 578.

61) *Ibid.*, paras. 550-551, 578.

62) 앞의 주 35.

63) 이에 대해서는 본 논문의 III-2 참조(주 88 및 주 89).

리적 측면에서 인간이 필요로 하는 일정한 요건(담수 등)을 갖춤에도 불구하고 이들을 암석으로 판단하였다. 지형의 환경조건이 생존을 넘어선 거주에 필요한 정도의 규모를 갖추지 못했다는 이유에서였다. 결국 규모성의 요구는 제121조 3항이 명시적으로 규정하지 않은 지형의 크기를 판단기준으로 고려한 것이 아닌가라는 문제제기를 가능하게 한다.

### Ⅲ. 제121조 3항에 명시되지 않은 요건

제121조 3항에 명시되지 않는 것임에도 불구하고 섬/암석의 구별기준으로 많이 논의가 되었던 사항으로 해양지형의 크기가 있다. 그리고 본 논문의 서론에서 언급하였다시피 최근 오키노토리시마, 남중국해 여러 지형에서의 인공시설 설치가 지형의 법적 지위를 변형시킬 수 있는지에 대한 논의가 제기되고 있다. 이 사항들이 제121조 3항상 섬/암석의 구별기준으로 묵시적으로 인정된 바 있는지, 아니면 유엔해양법협약 당사국들의 추후관행에 의하여 인정될 수 있는지 검토해보도록 한다.

#### 1. 지형의 규모

##### 1) 묵시적 요건 여부

유엔해양법협약 제121조 3항은 암석의 크기와 다른 육지지형으로부터의 거리에 대한 명시적인 언급이 없다. 하지만 지형의 크기가 결정적인 판단 요소는 아니더라도 암석은 일반적으로 배타적 경제수역 및 대륙붕을 갖는 섬보다 (훨씬) 작을 것이라는 학자들의 견해를 확인할 수 있다.<sup>64)</sup> 그 근거로는 제121조 3항의 문구에서, 그리고 준비문서에서 이를 확인할 수 있음을 든다.<sup>65)</sup>

제121조 3항이 크기 요건을 묵시적으로 인정한 것인지를 판단하기 위해서는 결국 협약 문맥과 제3차 유엔해양법회의 논의과정을 살펴보아야 할 것이다. 제3차 유엔해양법회의에서 일부 국가들은 크기가 작은 해양지형이 독자적인 배타적 경제수역이나 대륙붕을 보유하는 것을 제한하여야 한다고 주장

64) 정진석, 전계논문, 423면; A.G.O. Elferink, *op. cit.*, pp. 173-174.

65) A.G.O. Elferink, *op. cit.*, pp. 173-174.

한 바 있다. *Virginia Commentary*와 필리핀-중국 중재재판소에 따르면 이러한 주장은 (1) 경계획정의 “관련 요소”로서 고려, (2) 섬과 소도(islet)로 구분, (3) 일정 크기 이상일 것을 요구하는 것으로 요약된다.<sup>66)</sup> 예를 들어 제3차 유엔 해양법회의에서 몰타와 루마니아는 1평방킬로미터 이상/이하의 지형인지 여부에 따라 섬/소도(islet)을 구분하고, 전자의 경우에만 배타적 경제수역과 대륙붕을 가질 수 있다고 제안하였다.<sup>67)</sup> 아프리카 14개국은 섬/소도/암석으로 구분하여 명확한 크기 기준 없이 섬은 “자연적으로 형성된 방대한(vast) 육지지역”, 소도는 “더 작은 자연적으로 형성된 지역”으로 정의하고, 영유권을 가진 국가에 인접하지 않은 소도, 암석은 자체의 수역을 가질 수 없다는 조항을 제안하였다.<sup>68)</sup> 반면 영국과 피지, 통가, 마이크로네시아 같은 태평양 도서 국가들은 크기에 따른 구별에 반대한 바 있다.<sup>69)</sup>

Nordquist는 지형의 크기 기준은 찬반 논쟁 결과 제121조 3항에 채택되지 못하였다고 설명한다. 협약 채택을 위하여 의도적으로 모호한 표현을 사용함으로써, 이 기준을 고수한 국가들의 요구를 피해갔다는 것이다.<sup>70)</sup> 유사하게 필리핀-중국 중재재판소는 제3차 유엔해양법회의에서 제안된 면적, 인구, 다른 육지지역과의 인접성 기준들은 모든 경우에 적용되기 어렵다는 판단 하에 받아들여지지 않았다고 지적하였다.<sup>71)</sup> 다만 재판소는 준비문서가 다음의 사항을 명확하게 하였다고 밝혔다. “- 비록 크기가 물, 식량, 거주공간, 경제적인 생활을 위한 자원의 이용가능성과 상관관계에 있지만 - 크기는 완전한 권원을 갖는 섬 또는 암석으로서의 지형의 성격을 결정할 수 없으며

66) S.N. Nandan/Sh. Rosenne, *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary*, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, vol. III, pp. 324-339; PCA Case No. 2013-19, Award (12 July 2016), *op. cit.*, para. 538.

67) A/AC.138/SC.II/L.28, Articles 1 and 9, Article 11(3) and Article 15, reproduced in 3 SBC Report (1973), pp. 35, 37, 40 (S.N. Nandan/Sh. Rosenne, *op. cit.*, p. 328에서 재인용); A/CONF.62/C.2/L.53, Article 1, reprinted in *Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, vol. III, p. 228.

68) A/CONF.62/C.2/L.62/Rev.1, Articles 1 and 2, reprinted in *Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, vol. III, pp. 232-233.

69) 168th Plenary Meeting, A/CONF.62/SR.168, in *Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, vol. XVI, p. 91, para. 57; M.H. Nordquist, *op. cit.*, p. 1033; PCA Case No. 2013-19, Award (12 July 2016), *op. cit.*, para. 538.

70) M.H. Nordquist, *op. cit.*, p. 1034.

71) PCA Case No. 2013-19, Award (12 July 2016), *op. cit.*, para. 537.

(cannot be dispositive), 그 것만으로는(on its own) 관련 요소(relevant factor)가 아니다”.<sup>72)</sup> 요컨대 중재재판소와 Nordquist 모두 크기가 제121조 3항의 섬/암석의 판단 기준이 아니라는데 동의하며, 중재재판소는 독자적인 관련 요소가 아니라고도 하였다. 여기서 ‘결정할 수 없다’는 의미는 이 요소가 독자적으로 무언가를 단언(affirm)하는 것이 아니라, 기껏해야 존재하는 사항의 옳고 그름을 확인(confirm)하는 정도로 밖에 사용될 수 없는 것으로 이해하여야 할 것이다. 즉, 고려한다는(take into account) 의미로 해석하는 것이 타당하다고 생각된다.<sup>73)</sup> 다음으로 중재재판소는 관련 요소의 의미를 설명하지는 않았지만, 그간 해양경계획정 국제판결에서 사용되는 “관련 사정”의 용어를 생각할 때, 최종 결론을 내리기 전 기존 내용이 맞는지를 확인(verify)하는데 이용되는 사항이라고 볼 수 있을 것이다.<sup>74)</sup>

그러나 남사군도 지형에 대한 중재재판소의 실제 판단은 이와 사뭇 다르다. 중재재판소는 앞서 살펴보았던 남사군도에서 가장 큰 6개 지형과 크기가 0.14 평방킬로미터 미만인 남사군도의 만조시 노출 지형들이 유사한 자연적 특성을 보이고 있다고 지적하였다. 그리고 이들 6개 지형이 유엔해양법협약 제121조 3항상 암석이라면, 남사군도 다른 모든 만조시 노출 지형에 대해서도 동일한 결론이 내려질 수 있을 것이라고 하였다.<sup>75)</sup> 실제로 재판소는 6개 지형 모두를 암석이라고 판단한 후, 이보다 더 작은 지형들은 인간 거주와 독자적인 경제생활 유지 가능성이 더 낮기 때문에 개별적으로 검토할 필요도 없이 암석이라고 보았다.<sup>76)</sup>

물론 인간 한 명조차 존재하기 어려울 정도로 극히 작은 지형의 경우, ‘인간 거주’와 ‘독자적 경제생활’ 자체가 힘들다는 추론을 할 수 있을 것이다. 그러나 0.14 평방킬로미터가 과연 합리적인 기준인가라는 비판을 면하기 어려울 것이다. 재판소는 필리핀 청구를 검토하기 위해서는 불가피하게 남사군도 50여개 정도로 추정되는 모든 만조시 노출 지형<sup>77)</sup>의 법적 지위를 판단

72) *Ibid.*, para. 538.

73) ‘take into account’의 의미는 조약법에 관한 비엔나 협약 제31조 3항의 해석을 참조하였다. J.-M. Sorel, “Article 31”, in O. Corten/P. Klein (dir.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités: commentaire article par article*, Bruylant, 2006, vol. 2, pp. 1319-1320, para. 42.

74) *Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine)*, *op. cit.*, p. 112, para. 155.

75) PCA Case No. 2013-19, Award (12 July 2016), *op. cit.*, para. 407.

76) *Ibid.*, paras. 622, 625.

77) 장학봉 외 5인, 『남중국해 해양영토 분쟁과 대응전략 연구』, 한국해양수산개발원 2010, 6면.

할 필요가 있었다. 물론 이를 일일이 확인하는 것은 쉽지 않은 작업이었으리라 생각된다. 그렇지만 이와 같은 어려움이 0.14 평방킬로미터라는 크기로 제121조 3항 해당 여부를 판단하는 결과를 합리화하지는 못한다. 크기가 결정적인 요소가 아니라, 고려할 수 있는 요소라 할지라도 각 지형의 다른 여건들과 함께 검토하여 결론을 내렸어야 할 것이다.

사실 재판소의 크기 고려는 이미 6개 지형 검토시에도 어느 정도 확인된다. 담수, 초목, 경작의 증거가 있음에도 불구하고 그 규모에 대하여 의구심을 표명하였다는 점에서, 어느 정도의 규모성이 인정되지 않으면 배타적 경제수역, 대륙붕을 갖는 섬으로 보기 어려울 것임을 시사한 바 있기 때문이다.

결론적으로 중재재판소는 크기만으로는 판단 기준이나 관련 요소(relevant factor)가 아니라고 하였지만, 6개 지형을 제외한 나머지 지형에 대하여 다른 요소들을 확인하지 않고(유사한 자연적 특성을 가진다는 간단한 언급만 있음) 법적 지위를 판단하였다. 결국 지형의 크기(0.14 평방킬로미터 미만)를 제121조 3항의 암석 판단을 위한 묵시적 요건으로 사용한 것으로 보인다.<sup>78)</sup>

## 2) 크기 요건에 관한 추후관행의 존재

제3차 유엔해양법회의의 교섭기록을 통하여 지형의 크기는 섬/암석 판단 기준으로 채택되지 못하였음은 이미 확인하였다. 그러나 중재재판소는 실제 사안을 해결함에 있어, 크기 요소를 이용하는 모습을 보였다. 이와 같은 해석은 ‘크기’를 판단기준으로 인정하는 유엔해양법협약 당사국들의 추후관행이 있다면 지지될 수 있다.<sup>79)</sup>

협약 채택 이후 고려될 만한 대표적 국가 실행으로는 1997년 영국이 스코틀랜드 북서쪽에 위치한 Rockall을 기점으로 한 배타적 경제수역과 대륙붕 주장을 포기한 사례가 있다. 영국은 제3차 유엔해양법회의에서 섬/도서 구분에 반대하였지만, 1997년 유엔해양법협약 가입을 선언하면서 기존 입장을

78) 한편 필리핀 측 전문가인 Schofield 교수는 크기가 결정적인 요소는 아니지만 “고려 요소”(pertinent factor)라고 평가하였다. PCA Case No. 2013-19, Award (12 July 2016), *op. cit.*, para. 412. 그리고 필리핀의 경우 1 평방킬로미터 이하 지형은 암석일 것이라고 밝혔다. *ibid.*, para. 412.

79) 재판소는 제121조 3항의 해석에서 고려할 당사국들의 추후관행이 존재하지 않는다고 보았으나, 실제 국가실행을 검토하지는 않았다(*ibid.*, para. 552). 따라서 본 논문에서는 관련 국가실행을 고찰해보도록 한다.

변경하여 Rockall을 어업수역 설정을 위한 기점으로 사용하지 않기로 결정하였다.<sup>80)</sup> Rockall은 0.000624 평방킬로미터로 크기가 매우 작을 뿐 아니라 초목, 식수도 없는 지형이기 때문에,<sup>81)</sup> 단지 크기가 아니라 자연조건이 전반적으로 제121조 3항의 요건을 만족시키기 어려웠던 것으로 생각된다. 따라서 영국의 결정에서 크기는 독자적인 판단요건이 아니었으며, 기껏해야 다른 요건들과 함께 고려된 것에 불과하다.

한편 면적이 9 평방미터에 불과한 오키노토리시마<sup>82)</sup>에 대한 한국과 중국 정부의 2009년 2월 구상서도 제121조 3항상의 암석이라고만 평가할 뿐, 그 이유를 적시하지는 않았다.<sup>83)</sup> 그 후 3개월 뒤 중국은 2009년 유엔해양법협약 당사국 회의에서 “멀리 떨어진 암석(isolated rock)”을 기점으로 200해리 이내/이월 대륙붕을 주장하는 문제에 대하여 논의할 것을 제안하였지만,<sup>84)</sup> 크기에 대한 언급은 없었다. 한편 일본은 필리핀-중국 중재판정 이후에도 오키노토리시마가 제121조 3항의 암석이 아닌 섬이라는 주장을 고수하고 있다.<sup>85)</sup>

조약법에 관한 비엔나 협약 제31조 3항(b)의 추후관행은 “조약의 해석에 관한 당사국들의 합의 또는 “이해”를 확인할 있는 조약 당사국들의 모든 (기타) 관련 형태의 추후 행위”<sup>86)</sup>를 의미하는데, 조약해석에서 추후관행으로 고려되기 위해서는 행위의 명확성과 구체성, 반복성 등이 요구된다.<sup>87)</sup> 크기

80) H.C. Hansard, vol. 298, Written Answers, col. 397 (D.H. Anderson, “British Accession to the UN Convention on the Law of the Sea”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 46, no. 4(1997), p. 778에서 재인용); J.M. Van Dyke, “Rocks”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2010), <http://opil.ouplaw.com/home/EPIL>, para. 3.

81) E.D. Brown, *op. cit.*, p. 207; 박찬호, “국제법상 바위섬의 법적 지위에 관한 고찰 - 국제판례와 국가실행을 중심으로”, *전계논문*, 120면.

82) 이창위/정진석, 『해양경계 관련 섬에 대한 중국과 일본의 주장 및 타당성 분석』, 한국해양수산개발원, 2008, 64-65면.

83) 앞의 주 4.

84) Proposal for the inclusion of a supplementary item in the agenda of the nineteenth Meeting of States Parties, SPLOS/196, Annex, para. 3, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N09/346/61/PDF/N0934661.pdf?OpenElement> (2016년 8월 25일 최종검색).

85) Japan, Ministry of Foreign Affairs, Press Conference by Foreign Minister Fumio Kishida (2016.07.15.), [http://www.mofa.go.jp/press/kaiken/kaiken4e\\_000290.html](http://www.mofa.go.jp/press/kaiken/kaiken4e_000290.html) (2016년 8월 25일 최종검색).

86) International Law Commission, Report on the Work of the Sixty-fifth Session (2013), A/68/10, Draft Conclusion 4, pp. 12, 34(11).

87) International Law Commission, Report on the Work of the Sixty-sixth Session (2014),

기준에 대한 국가들의 실행이 추후관행으로 인정되기에는, 실행의 숫자가 적음을 차치하고서라도 무엇보다 구체성과 명확성이 부족하다고 판단된다.

## 2. 인위적 조치에 의한 지형의 지위 변화

### 1) 지형의 자연 상태에 대한 인위적 변형의 법적 효과

유엔해양법협약 제121조 3항의 “인간이 거주할 수 없거나 독자적인 경제 활동을 유지할 수 없는 암석은 (...)”이라는 문구에서 알 수 있듯이, 지형의 객관적 능력이 섬/암석 구분의 기준이 된다. 학자들은 대체적으로 지형의 능력이 사회와 과학기술의 발전에 따라 달라질 수 있다고 본다.<sup>88)</sup> 이러한 예로는 새로운 기술이 도입되어 지형이나 그 인접수역에서 천연자원 개발이 가능해진 경우 등이 거론된다.<sup>89)</sup> 그렇다면 지형의 자연 상태 자체를 인위적으로 변형시키는 행위를 통해서도 암석이 배타적 경제수역/대륙붕을 보유하는 섬으로 변경될 수 있는가? 가령, 중국은 2013년 말부터 남사군도 지형에서 집중적으로 매립 및 군사·민간시설 건설을 하였는데, 그 결과 기존에 존재했던 시설과 비교하여 Cuarteron Reef은 2015년 그 면적이 200배, Fiery Cross Reef는 300배, Johnson Reef는 1,000배 증가하였다.<sup>90)</sup>

1958년 영해 및 접속수역에 관한 협약과 달리 유엔해양법협약은 섬과 암석을 구분한다. 유엔해양법협약 제121조 1항에 따라 섬이 되는 육지지형은 자연적으로 형성되어야 하지만, 3항에서는 인간 거주/독자적인 경제생활을 유지하는 지형의 객관적 능력이 자연 상태에서 존재해야 하는지에 대하여 언급하지 않고 있다.<sup>91)</sup> 환언하자면, 동 조 1항상 간조노출지, 수중암초, 인공 섬은 섬/암석이 될 수 없지만,<sup>92)</sup> 매립활동 등을 통하여 자연 상태가 인위적으로 변형된 암석이 섬이 될 수 있는가에 대해서는 명시적인 규정이 없다는 것이다.

A/69/10, Draft Conclusion 8, p. 192.

88) 그 예로 H. Dipla, *op. cit.*, para. 8; Y. Tanaka, *op. cit.*, p. 66; 이환규, 전계논문, 440면.

89) 정진석, 전계논문, 429-430면.

90) PCA Case No. 2013-19, Award (12 July 2016), *op. cit.*, paras. 854, 864-866, 868-869, 871, 876-877.

91) J.I. Charney, *op. cit.*, p. 867.

92) S.N. Nandan/Sh. Rosenne, *op. cit.*, p. 338.

첫째, 과거 논의를 살펴보자면 1923년 런던에서 열린 제국회의(Imperial Conference) 결의 4호 주석서는 섬이라면 그 이용 및 인간의 거주가 “인공적인 첨가 없이” 가능해야 한다고 설명한 바 있다.<sup>93)</sup> 한편 1930년 헤이그 국제법 성문화 회의 ‘섬’ 규정에서는 이와 같은 제한이 없으며, 제2위원회 제2 소위원회는 인공섬 또한 “영토의 진정한 부분이며 단순한 부유 장치, 앵커부표 등이 아닌 한” 섬의 범위에 포함된다고 설명하였다.<sup>94)</sup> 섬의 정의에 자연적 형성 요건이 포함되지 않았기 때문에 인공섬도 섬이라 본 것이다. 그렇지만 이 규정과 해석이 인공시설이 기존에 존재하던 지형의 성격을 변화시키는 것을 인정한 것은 아니다. 1958년 영해 및 접속수역에 관한 협약에는 인공섬을 섬으로 인정하지 않기 위하여, “자연적으로 형성된”이라는 문구가 명시되었다.<sup>95)</sup> 이는 유엔해양법협약 제121조 1항과 동일하다. 그러나 *Virginia Commentary*를 검토한 결과, 제3차 유엔해양법회의에서 자연적 형성이라는 표현에 대해서 합의가 있었을 뿐<sup>96)</sup> 인위적 조치에 의한 ‘암석↔섬’의 지위 변화에 대한 합의 내용은 찾을 수 없었다. 이 사안에 대하여 과거 국제회의에서 논의된 바가 거의 없었던 것은 아닌가 생각된다.

둘째, 자국의 만조시 노출지형의 원래 지위(섬/암석)를 유지하기 위하여 침식 방지조치를 취하거나 기타 목적으로 매립, 시설물을 건설하는 것은 주권의 행사로서 원칙적으로 국제법상 금지되지 않는다.<sup>97)</sup> 그러나 이러한 활동이 암석을 섬으로 변화시키는 효과를 갖느냐는 다른 차원의 문제이다. 단순히 주권 행사의 문제가 아니라, 유엔해양법협약 제121조 해석과도 관련되기 때문이다. 제121조는 주지한대로 원칙(섬)-예외(암석)으로 구성된다. 암석

93) E.D. Brown, *op. cit.*, p. 206; 박찬호, “섬의 국제법상 지위 - 바위섬의 해양관할권을 중심으로”, 전계논문, 30면.

94) The Hague Codification Conference(1930), Report of the Second Committee, Rapporteur: M. François, Annex II: Report of Sub-Committee No. II, ‘Islands’, observations, reproduced in *The American Journal of International Law*, vol. 24, no. 3 Supplement (1930), p. 251; M.H. Nordquist, *op. cit.*, pp. 992-993.

95) S.N. Nandan/Sh. Rosenne, *op. cit.*, p. 327.

96) 그 예로 “자연적으로 형성”이라는 요건은 많은 국가들의 제안에서 언급되었다. 이에 대해서는 *ibid.*, pp. 328-335.

97) A.H.A. Soons, “The Effects of a Rising Sea Level on Maritime Limits and Boundaries”, *Netherlands International Law Review*, vol. 37, no. 2(1990), p. 222. 단, 기존에 영해였던 지역에 매립을 하거나 인공시설을 건설하는 경우 *due regard* 의무와 영역관리의무 등에 의해 행사가 제한될 수 있다.

의 자연 조건을 인위적으로 변화시켜 섬으로 인정하는 행위는 원칙과 예외 구분을 무색하게 하는 것으로서, 제121조의 원래 의도에서 벗어나는 것이다.<sup>98)</sup> 이러한 변화는 협약상 불가능하다고 해석하는 것이 적절하리라 본다.<sup>99)</sup>

셋째, 협약 제121조는 오늘날 국제관습법화 되었기 때문에<sup>100)</sup> 협약 가입국, 비가입국 모두 지형의 자연 상태에 변형을 가함으로써 암석이 섬으로 변화되었다고 주장할 수 없다.

넷째, 남중국해에서는 중국뿐 아니라, 필리핀, 베트남, 대만 등도 매립사업과 인공시설 건설을 하고 있다.<sup>101)</sup> 그리고 동중국해에서는 일본이 오키노토리시마에 인공시설을 건설하였다. 이러한 국가들의 활동이 ‘암석→섬’으로의 변화를 허용하는 제121조 3항 해석에 관한 추후관행을 구성하지는 못할 것이다. 관련국 뿐 아니라, 역외 국가들도 다른 국가의 행위를 비난하고 있으며<sup>102)</sup> 인위적 변형이 가능하다는 해석에 관한 협약 당사국들의 합의가 존재한다고 볼 수 없다.

이러한 점들을 종합적으로 고려할 때, 지형의 자연조건을 변화시킨 인공시설이 없었더라면 인간거주, 독자적 경제생활이 불가능했던 지형은 배타적 경제수역/대륙붕을 갖는 섬이 될 수는 없을 것이다.<sup>103)</sup>

## 2) 제121조 3항의 묵시적 요건

필리핀-중국 중재재판소 또한 앞서 분석한 내용과 유사한 입장을 취하면서, 유엔해양법협약 제121조 3항의 묵시적 요건을 제시하였다. 목적론적 해석에 입각하여, 제121조 3항에는 인공적 요소 배제라는 요건이 내포되어 있다고 보았다. 중재재판소는 간조노출지가 인간행위에 의해 섬이 될 수 없는 것처럼, 매립사업을 통해 암석이 배타적 경제수역/대륙붕을 보유하는 섬으로 변형될 수 없다고 밝혔다.<sup>104)</sup> 인간에 의한 지위 변형을 인정하면 국가들의

98) 정인섭, 『신국제법강의: 이론과 사례』 제6판, 박영사, 2016, 623면.

99) 반면 섬이나 암석의 지위를 그대로 보존하기 위한 인위적인 조치는 제121조에 저촉되지 않는다. A.H.A. Soons, *op. cit.*, pp. 222-223.

100) *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, *op. cit.*, p. 674, para. 139.

101) U.S. Department of Defense, “Asia-Pacific Maritime Security Strategy”, (2015), 15-17, [http://www.defense.gov/Portals/1/Documents/pubs/NDAA%20A-P\\_Maritime\\_Security\\_Strategy-08142015-1300-FINALFORMAT.PDF](http://www.defense.gov/Portals/1/Documents/pubs/NDAA%20A-P_Maritime_Security_Strategy-08142015-1300-FINALFORMAT.PDF) (2016년 8월 25일 최종검색).

102) 그 예로 앞의 주 4.

103) 박찬호/김한택, 전계서, 131면.

과도한 해양관할권 주장을 제한하고 다른 국가의 관할권과 인류공동유산 침해를 방지하려는 제121조 3항의 목적을 달성할 수 없기 때문이다.<sup>105)</sup> 따라서 동 조항의 “유지할 수 없는”은 “인공적인 첨가 없이 유지할 수 없는”을 의미한다고 하였다. 이와 같은 해석이 지형이 “자연적으로 형성”될 것을 요구하는 제121조 1항과 경제생활이 “독자적”일 것을 요구하는 동 조 3항에도 부합하는 것이라 하였다.<sup>106)</sup> 이에 따라 지형의 법적 성격은 지형의 자연 상태에서 평가되어야 하는데, 남사군도에서는 상당한(substantial) 인위적인 변형이 이루어졌기 때문에 이러한 변형이 있기 전의 상황을 기초로 판단해야 한다고 하였다.<sup>107)</sup>

여기서 문제가 된 인간에 의한 지형의 자연 상태 변형은 무엇을 의미하는가? 그 예로 재판소는 중재판정문 511항에서 대규모의 시설물과 활주로 건설, 담수시설 설치, 경작용 토양의 유입 등을 거론하고 있다. 생각건대, 어떠한 인간 활동이 지형의 자연 상태에 인위적인 변형을 초래하는지는 개별 사안별로 검토하는 것이 필요할 것이다. 아주 작은 지형 주변에 매우 큰 규모의 인공시설을 건설하여 지형이 본연의 상태와 판이하게 달라졌다면, 이 상황은 섬/암석 판단시 배제되어야 할 것이다. 그러나 이미 담수가 존재하는 지형에서 안정적인 공급을 위해 배수 시설을 설치하는 것은 지형의 자연조건 자체를 중대하게 변경하는 것으로 볼 수 없을 것이다. 이 경우는 지형의 지위 판단시 고려될 수 있는 요소라고 생각된다.

결론을 내려 보자면, 과거 암석이었던 지형은 기술발전으로 인한 인간 거주, 경제생활 상황의 변화(천연자원의 개발 등)에 따라 배타적 경제수역/대륙붕을 갖는 섬으로 인정될 가능성이 있다. 그러나 지형의 자연 상태 자체를 변형시키는 인간 활동에 의해서는 불가능하다. 이것이 제121조 3항에 내포된 묵시적 요건의 내용이다.

104) PCA Case No. 2013-19, Award (12 July 2016), *op. cit.*, para. 508.

105) *Ibid.*, paras. 508-509.

106) *Ibid.*, para. 510.

107) *Ibid.*, paras. 508, 511, 541.

#### IV. 결론

본 논문은 유엔해양법협약 제121조 3항 해석을 통하여 배타적 경제수역/대륙붕을 보유하는 섬과 그렇지 않은 암석을 구별하는 기준을 검토하고자 하였다. 그동안 제121조 3항은 내용이 불분명하다는 지적을 많이 받아온 조항이었다. 학자들의 여러 해석이 존재했지만 관련 국제판례가 부재한 상황에서 어떠한 해석도 전반적인 지지를 받기 어려운 실정이었다. 이러한 가운데 필리핀-중국 중재재판소가 올해 7월 12일 내린 본안판정에서 제121조 3항을 본격적으로 해석하고 사안에 적용하였다는 점은 주목할 만하다. 따라서 본 논문은 협약에 명시적으로 규정된 섬/암석 판단 기준, 그리고 명시되지 않았지만 판정에서 다루어진 사항들을 모두 검토하여 제121조 3항의 의미를 규명하고자 하였다. 그 결과 제121조 3항 해석에 대하여 다음의 두 가지 결론을 내릴 수 있다.

첫째, 중재판정 이후에도 제121조 3항 해석에 대한 일부 논쟁은 해소되지 않을 것으로 보인다. 본 논문은 필리핀-중국 중재재판소가 유엔해양법협약 제121조 3항의 대상과 목적을 강조하며, 해당 조항은 연안국의 무분별한 해양관할권 확대를 막기 위해 성안된 것으로 해석하였음을 지적하였다. 중재재판소는 제121조 3항의 문구인 ‘인간의 거주 유지’, ‘독자적인 경제생활 유지’, 각각의 ‘가능성’, ‘또는’을 엄격하게 해석함으로써, 배타적 경제수역/대륙붕을 가질 수 있는 지형의 범위를 축소하였다. 이와 같은 재판소의 해석은 제3차 유엔해양법회의의 준비문서 등을 토대로 내려진 것이다. 그러나 앞서 살펴보았듯이 동 회의에서는 비공개 협의가 주를 이루었다는 점에서 협약 해석에서 준비문서의 역할이 제한적일 수밖에 없으며, 협약 제121조의 목적에 대한 이견도 존재한다는 점에서 논란의 여지가 있다. 이와 같은 엄격 해석은 섬이어야 하는 지형을 암석으로 격하시켰다는 비판을 받을 여지가 있다. 연안국들의 관할권 확장을 과도하게 우려한 나머지, 국제공동체 전체의 이익 수호라는 명분하에 연안국들의 정당한 권리를 제약하는 결과를 초래했다고 볼 수 있기 때문이다.

한편 제121조 3항의 성안과정을 살펴본 결과 지형의 크기는 섬/암석의 판단 기준에 포함되지 않았음을 확인할 수 있었다. 필리핀-중국 중재재판소도 지형의 크기는 결정적이지도, 그 자체로 관련 요소도 아니라고 해석하였다.

하지만 실제 재판소가 남사군도 지형들을 모두 암석이라고 판단하는 과정을 보면 결국 크기를 암석 판단기준으로 이용한 것으로 보인다. 이는 협약 성안자들의 원래 의도와 다르게 조항을 해석한 것으로 생각된다. 만약 협약 당사국들이 이 해석에 동의하는 모습을 보인다면, 이번 중재판정은 협약 해석의 추후관행을 확인하는데 사용될 수 있다.<sup>108)</sup> 반대로 판정이 국가들의 반발에 부딪히거나 이후 다른 국제판결에서 지지되지 않는다면, 협약 해석에 영향을 미치지 못할 것이다. 이러한 점에서 제121조 3항 해석에 대한 앞으로의 국제판결과 국가실행에 지속적으로 관심을 가져야 할 것이다.

둘째, 인간 거주 및 독자적 경제생활 유지 가능성은 여러 요인에 의하여 과거와 달라질 수 있긴 하지만, 지형의 법적 지위는 지형 자체를 변화시키는 인간 활동에 의해 좌우되지 않는다. 지형의 자연 상태를 인위적으로 변형시켜 암석을 섬으로 변경할 수 없다는 중재재판소의 판정은 제121조 3항의 해석에 기여하였다고 생각된다. 오키노토리시마를 비롯하여 해양지형에 매립, 인공시설 건설을 하는 국가들의 행동에도 영향을 줄 것으로 생각된다.

향후 과제로 이번 판정이 독도에 갖는 함의를 검토하는 것이 필요할 것이다. 독도가 인간 거주, 독자적인 경제생활 유지 가능성을 충족하느냐에 대하여 여러 의견이 제시된 바 있다. 이번 판정이 배타적 경제수역/대륙붕을 갖는 섬에 대하여 엄격한 입장을 취하였고 크기 요소 등을 고려하였다는 점을 종합하여, 이를 독도에 적용해보는 작업이 추후에 진행되어야 할 것이다.

---

108) International Law Commission, Report on the Work of the Sixty-fifth Session (2013), *op. cit.*, p. 23(10).

## ■ 참고문헌 ■

### 1. 단행본

- 김현수, 『해양법총론』, 청목출판사, 2010.
- 박찬호/김한택, 『국제해양법』 제2판, 서울경제경영, 2012.
- 박춘호/유병화, 『해양법』, 민음사, 1986.
- 야마모토 소지, 최홍배(역), 『해양법』, 지산, 2002.
- 이석용, 『국제법상 섬의 지위에 관한 연구』, 고려대학교 박사학위논문, 1988.
- 이창위/정진석, 『해양경계 관련 섬에 대한 중국과 일본의 주장 및 타당성 분석』, 한국해양수산개발원, 2008.
- 장하봉 외 5인, 『남중국해 해양영토 분쟁과 대응전략 연구』, 한국해양수산개발원, 2010.
- 정인섭, 『신국제법강의: 이론과 사례』, 제6판, 박영사, 2016.
- G. Gidel, *Le droit international public de la mer*, tome 3, Chateauroux, 1934.
- S.N. Nandan/Sh. Rosenne, *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary*, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, vol. III.
- Y. Tanaka, *The International Law of the Sea*, Cambridge University Press, 2012.

### 2. 논문

- 박찬호, “섬의 국제법상 지위 - 바위섬의 해양관할권을 중심으로”, 『국제법학회논총』, 제47권 제2호(2002), pp. 23-41.
- 박찬호, “국제법상 바위섬의 법적 지위에 관한 고찰 - 국제판례와 국가실행을 중심으로”, 『법학연구』, 제54권 제2호(2013), pp. 107-132.
- 이창렬, “유엔해양법상 섬의 법적 지위에 관한 연혁적 고찰”, 『성균관법학』, 제26권 제3호(2014), pp. 383-412.
- 이환규, “UN 해양법협약상 섬의 법적 지위와 독도”, 『동아법학』 제43

- 권(2009), pp. 427-448.
- 정진석, “UN해양법협약 제121조 3항 “암석”의 해석에 대한 고찰”, 『법학논총』, 제22권 제2호(2010), pp. 405-439.
- D.H. Anderson, “British Accession to the UN Convention on the Law of the Sea”, 46 *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 46, no. 4(1997), pp. 761-786.
- E.D. Brown, “Rockall and the Limits of National Jurisdiction of the UK: Part 1”, *Marine Policy*, vol. 2(1978), pp. 181-211.
- J.I. Charney, “Rocks that Cannot Sustain Human Habitation”, *The American Journal of International Law*, vol. 93, no. 4(1999), pp. 863-878.
- H. Dipla, “Islands”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2008), <http://opil.ouplaw.com/home/EPIL>
- A.G.O. Elferink, “The Islands in the South China Sea: How Does Their Presence Limit the Extent of the High Seas and the Area and the Maritime Zones of the Mainland Coasts?”, *Ocean Development and International Law*, vol. 32, no. 2(2001), pp. 169-190.
- M. Gjetnes, “The Spratlys: Are They Rocks or Islands?”, *Ocean Development and International Law*, vol. 32, no. 2(2001), pp. 191-204.
- S. Karagiannis, “Les rochers qui ne se prêtent pas à l’habitation humaine ou à une vie économique propre et le droit de la mer”, *Revue belge de droit international* (1996/2), pp. 559-624.
- Z. Keyuan, “The Impact of Artificial Islands on Territorial Disputes Over The Spratly Islands”, in *East Sea (South China Sea) Studies*, <http://nghiencuubiendong.vn/en/conferences-and-seminars-/second-international-workshop/597-the-impact-of-artificial-islands-on-territorial-disputes-over-the-spratly-islands-by-zou-keyuan> (2016년 8월 22일 최종검색)
- B. Kwiatkowska/A.H.A. Soons, “Entitlement to Maritime Areas of Rocks Which Cannot Sustain Human Habitation or Economic Life of Their Own”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 21(1990), pp. 139-181.

- R. Lavalle, “Not Quite a Sure Thing: The Maritime Areas of Rocks and Low-Tide Elevations Under the UN Law of the Sea Convention”, *International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 19, no. 1(2004), pp. 43-69.
- M.H. Nordquist, “Textual Interpretation of Article 121 in the UN Convention on the Law of the Sea”, in Rüdiger Wolfrum/Holger Hestermeyer(eds.), *Coexistence, Cooperation and Solidarity: Liber Amicorum Rüdiger Wolfrum*, Brill, 2012, vol. 1.
- Y.-H. Song, “The Application of Article 121 of Law of the Sea Convention to the Selected Geographical Features Situated in the Pacific Ocean”, *Chinese Journal of International Law*, vol. 9(2010), pp. 663-698.
- Y.-H. Song, “Article 121 (3) of the Law of the Sea Convention and the Disputed Offshore Islands in East Asia: A Tribute to Judge Choon-Ho Park”, in J.M. Van Dyke/S.P. Broder/S. Lee/J.-H. Paik(eds.), *Governing Ocean Resources: New Challenges and Emerging Regimes: a Tribute to Judge Choon-Ho Park*, Brill, 2013.
- A.H.A. Soons, “The Effects of a Rising Sea Level on Maritime Limits and Boundaries”, *Netherlands International Law Review*, vol. 37, no. 2 (1990), pp. 207-232.
- J.-M. Sorel, “Article 31”, in O. Corten/P. Klein (dir.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités: commentaire article par article*, Bruylant, 2006, vol. 2.
- J.R. Stevenson/B.H. Oxman, “The Third United Nations Conference on the Law of the Sea : The 1974 Caracas Session”, *The American Journal of International Law*, vol. 69, no. 1(1975), pp. 1-30.
- J.M. Van Dyke/R. Brooks, “Uninhabited Islands: Their Impact on the Ownership of the Oceans’ Resources”, *Ocean Development and International Law*, vol. 12, no. 3-4(1983), pp. 265-300.
- J.M. Van Dyke, “Rocks”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2010), <http://opil.ouplaw.com/home/EPIL>

### 3. 자료

*Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, vols. III, IV, XVI.

International Law Commission, Report on the Work of the Sixty-fifth Session (2013), A/68/10.

International Law Commission, Report on the Work of the Sixty-sixth Session (2014), A/69/10.

Japan, Ministry of Foreign Affairs, Press Conference by Foreign Minister Fumio Kishida (2016.07.15.), [http://www.mofa.go.jp/press/kaiken/kaiken4e\\_000290.html](http://www.mofa.go.jp/press/kaiken/kaiken4e_000290.html) (2016년 8월 25일 최종검색)

Japan's Submission to the Commission on the Limits of the Continental Shelf, Executive Summary, [http://www.un.org/depts/los/clcs\\_new/submissions\\_files/jpn08/jpn\\_execsummary.pdf](http://www.un.org/depts/los/clcs_new/submissions_files/jpn08/jpn_execsummary.pdf) (2016년 8월 25일 최종검색)

People's Republic of China, Permanent Mission to the United Nations, CML/2/2009 (2009.02.06.), [http://www.un.org/depts/los/clcs\\_new/submissions\\_files/jpn08/chn\\_6feb09\\_e.pdf](http://www.un.org/depts/los/clcs_new/submissions_files/jpn08/chn_6feb09_e.pdf) (2016년 8월 25일 최종검색)

Proposal for the inclusion of a supplementary item in the agenda of the nineteenth Meeting of States Parties, SPLOS/196, Annex, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N09/346/61/PDF/N0934661.pdf?OpenElement> (2016년 8월 25일 최종검색)

Republic of Korea, Permanent Mission to the United Nations, MUN/046/06 (2009.02.27), [http://www.un.org/depts/los/clcs\\_new/submissions\\_files/jpn08/kor\\_27feb09.pdf](http://www.un.org/depts/los/clcs_new/submissions_files/jpn08/kor_27feb09.pdf) (2016년 8월 25일 최종검색)

The Hague Codification Conference(1930), Report of the Second Committee, Rapporteur: M. François, Annex II: Report of Sub-Committee No. II, 'Islands', observations, reproduced in 24(3) A.J.I.L., Supplement 234 (1930).

U.S. Department of Defense, "Asia-Pacific Maritime Security Strategy", (2015), [http://www.defense.gov/Portals/1/Documents/pubs/NDAAP\\_Maritime\\_Security\\_Strategy-08142015-1300-FINALFORMAT.PDF](http://www.defense.gov/Portals/1/Documents/pubs/NDAAP_Maritime_Security_Strategy-08142015-1300-FINALFORMAT.PDF) (2016년 8월 25일 최종검색)

#### 4. 국제판결

*Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine)*, Judgment, I.C.J. Reports 2009.

*Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012.

PCA Case No. 2013-19 in the *Matter of an Arbitration before an Arbitral Tribunal Constituted under Annex VII to the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea between the Republic of the Philippines and the People's Republic of China*, Award (12 July 2016).

<Abstract>

## Study on the Interpretation of Article 121(3) under the UN Convention on the Law of the Sea — With Focus on the South China Sea Arbitration —

**KIM, Hyun Jung**

This paper aims to examine criteria for determining islands/rocks by interpreting Article 121(3) under the UN Convention on the Law of the Sea. Ambiguous text of this provision gave rise to various interpretations among scholars. The South China Sea Arbitration between the Philippines and China marked a turning point by giving a thorough interpretation of Article 121(3). Thus, this paper analyzes this award of 12 July 2016 in comparison with literature review. In order to perform a comprehensive interpretation, this paper reviews conditions explicitly set forth under Article 121(3) as well as those which are not stated under the provision but examined by the Arbitration. This paper reveals that the Arbitration favored a strict interpretation of Article 121(3) so that scope of fully entitled islands is quite limited. Moreover, the Arbitration added “without artificial addition” to criteria for islands/rocks in order to prevent states’ excessive maritime claims. This interpretation is expected to restrict states’ attempts to transform rocks into islands by modifying natural conditions of maritime features. Finally, size of features appears to be taken into account when the Arbitration determined legal status of features in Spratly Islands. This position seems different from original intentions of drafters of Article 121(3); thus, the extent to which this part of the award contributes to interpretation of Article 121(3) relies on subsequent state practice and other international courts’ relevant decisions.

〈Key Words〉

UN Convention on the Law of the Sea, Article 121(3), Rock,  
Philippines-China Arbitration, South China Sea