

형평원칙 및 관련 사정 규칙 검토

-중국 동중국해 대륙붕 경계확정에 관한 기본 주장 분석

장웨이빈(张卫彬)¹⁾

주요 내용 : 최근 들어 국제사법재판소는 관련된 사법 판례에서 “형평원칙 및 관련 사정규칙”을 언급했다. 특히 2009년 루마니아가 우크라이나를 제소하여 흑해 경계를 획정한 사례에서 그 구체적인 규칙과 이를 적용할 수 있는 방법을 확인해 주었다. 각 항의 규칙은 형평의 기초 위에 세워진 것으로 다른 경계획정의 방법과 비교해 보면 원칙적인 속성을 더 강조한다. 사실상 형평원칙은 공정한 결과를 얻을 수 있도록 각종 방법과 결합되어 사용된다. 이러한 형평의 원칙은 경계획정의 영역에서 형평의 요소들을 균형 있게 조절할 수 있어 해양경계를 나누는 과정에서 관습법적인 지위를 가졌다. 따라서 이 원칙에 근거한 중국의 동중국해 대륙붕 경계확정의 기본 주장은 의심할 여지가 없다고 할 수 있다.

키워드 : 형평원칙 및 관련 사정(상황) 규칙, 해양경계획정, 자연적 연장

구체적인 원칙으로의 전환

형평의 원칙의 개념은 오래전부터 해양경계획정 과정에 사용되었는데 1945년 미국의 트루먼 선언까지 거슬러 올라간다. 1969년 북해 대륙붕 사례에서 국제사법재판소는 공식적으로 이 원칙을 판결의 근거로 삼았다. 동시에 국제사법재판소는 해양경계획정은 국제법의 기초에서 세워져야 하며 형평의 원칙에 따라 관련된 모든 상황을 고려하여 협의하여 해결해야 한다고 여겼다. 오랜 기간 이에 대해 반대하는 입장은 형평의 원칙

1) 저자 장웨이빈(张卫彬): 화동정법대학(华东政法大学) 국제법 전공 박사, 안후이(安徽)재경대학 법학대학원 강사

은 명시되어 있고 예측 가능한 경계획정의 규정이 없다고 주장해왔다. 그도 그럴 것이 국제사법재판소는 1984년 미국과 케나다의 메인만 경계획정 과정에서 지나친 융통성으로 많은 비난을 받았다. 하지만 실질적으로 1985년 리비아와 몰타간의 대륙붕 사례 이후 국제사법재판소는 형평원칙이 일반 국제법이라는 것을 강조하며 형평원칙이 확립된 규정이 될 수 있도록 노력해왔다.

2001년 카타르와 바레인 사례에서 국제사법재판소는 ‘형평원칙 및 관련 사정규칙 (equitable principles/relevant circumstances rule)’ 을 정식으로 제시하였고 이어 2002년 카메룬-나이지리아, 2007년 니카라과-온두라스의 사례, 2009년 루마니아와-우크라이나 흑해 해양경계 획정안(이하 흑해 경계획정안이라고 칭함)에서 이 구체적인 규칙과 그 적용방안에 대해 확립하였다. 형평원칙은 확실히 원칙으로의 전환의 과정을 거쳤고 국제 사회에서의 일반 관습법적 지위도 인정을 받았다. 개괄적으로 말하면 형평 원칙 및 관련 사정규칙이 가지는 확정적 규범은 주로 형평원칙을 출발점으로 하는 것, 형평 절차 준수, 형평 경계획정 방안을 취하는 것 및 결과의 형평성 확보 등 몇 가지 측면에서 나타난다.

1. 모든 관련 상황을 고려한 형평원칙의 적용

형평의 원칙을 출발점과 귀결점으로 삼는 것은 경계획정에서 공평한 결과를 실현하는 필요조건이다. 그렇지 않으면 관련 국가들은 경계획정의 과정에서 각자의 이익에 기반하여 획정하려 하며 심지어 종종 국제법을 위반하는 상황에서 자신에게 유리한 해결 방안을 주장하기도 한다. 이로 인해 경계획정협상에서 어려움에 봉착하게 되곤 한다. 물론 형평원칙은 계속해서 발전하는 과정에 있고 그렇기 때문에 그 해석의 방향이 각기 다 다를 수밖에 없지만 여기에 주로 포함되는 것은 국제사법재판소의 선행판결에서의 해석과 관련 국가들의 관행이 주를 이룬다. 사실 국제사법재판소는 지금까지 아직 형평원칙에 대해 완전한 정의를 내리지 못했고 심지어 선행 사례의 적용에도 아직 모순점이 있다. 이것은 국제사법재판소 내부의 일부 판례에서 구체적인 원칙을 적용할 필요가 있는가에 대해 의견이 엇갈리고 있다는 것을 보여주는 것이다. 최근 이러한 추세는 뚜렷한 변화를 맞이하게 되었는데 “형평원칙 및 관련사정 규칙” 이 국제법 판례에서 나오게 되고 그것이 구체적으로 구현된 것이다. 이와 동시에 국제사법재판소는 경계획정의 과정에서 관련된 제반 사항을 다 고려해야 한다고 강조하였다. 여기서 주로 두 가지의 요소가 강조되어야 한다고 하였는데 우선 자연적인 요소, 즉 도서, 자연적 연장의 원칙, 지리 등이고 두 번째로는 인문적인 요소이다. 즉, 인구, 경제요소, 역사적인 권리, 과거 해당 국가 관행, 국가안보, 항행이익 등이 있다.

2. 형평절차는 형평원칙 및 관련사정규칙의 중요한 구성 요소

절차가 형평성이 있으면 공평한 결과를 보장해주며 어떤 의의에서는 절차가 권리보다 우선한다. 경계획정 절차에서는 형평원칙 및 관련사정 규칙이라는 독특한 경계획정 모델도 공평한 결과실현을 보장한다. 일반적으로 등거리 및 특수사정 규칙²⁾의 경계획정 모델에서는 등거리선 → 특수한 사정고려 → 최종 경계선의 과정을 거친다. 그러나 이 규칙이 가지고 있는 불합리성으로 1969년 국제사법재판소는 북해 대륙붕 판결에서 그 규칙의 관습법적 지위를 부정했다. 국제사법재판소는 등거리선은 경계획정의 유일한 출발점이 아니며 구체적인 사례에서는 반드시 형평원칙에서 출발해 관련된 일체의 사정을 고려해서 경계획정을 해야 한다고 하였다.

국제사법재판소의 경계획정 절차는 대체로 형평 원칙을 출발점으로 하여 관련 상황 고려 → 획정방법선택 → 획정결과 → 비례/비교검증 혹은 다른 검증 → 결과의 공평으로 요약된다. 이 단계에서 국제사법재판소는 등거리선(1969년 북해 대륙붕 사건), 해안 수직선과 협각평분선(1982년 튀니지/리비아 대륙붕 사건), 등거리선 수정과 만구(灣口) 수직선(1984년 메인만 사건) 등 서로 다른 경계획정방식을 적용했다. 그러나 이러한 경계획정은 유연성이 너무 커 형평원칙의 적용에 대해 논란이 있었다. 그래서 1985년 리비아-몰타 대륙붕 사건 때부터 국제사법재판소는 경계를 나누는 임시 기점으로 등거리선 방식을 채택하고 관련 상황을 고려해 조정하는 원칙을 택하였다. 특히 최근 몇몇 경계획정안에서 국제사법재판소는 획정 절차에서 잠정 등거리선을 경계획정의 초보 절차로 해야 한다고 강조했다. 국제사법재판소의 경계 획정 절차는 형평원칙을 출발점으로 하여 → 등거리선 → 관련된 상황 고려 → 경계획정 결과 → 비례검증 → 형평결과 순서로 정리된다. 이는 등거리선 접근법이 우선하도록 선 굵기 방식을 어느 정도 바꾼 것으로 보인다. 또 국제사법재판소는 2007년 니카라과와 온두라스의 카리브해 경계 획정안에 대해 형평원칙 및 관련 사정규칙과 등거리 및 특수사정 규칙의 경계선 획정 절차가 비슷하다는 점을 특별히 강조하였다. 즉, 두 원칙 모두 먼저 중간선을 그어 관련된 사정을 고려해 조정하는 절차라는 것이다. 이 때문에 일부 학자들은 형평 원칙 및 관련 사정 규칙이 사실상 사라졌고 등거리 및 특수사정 규칙이 우세하다고 보고 있다. 그러나 국제사법재판소는 이 같은 방식이 형평 원칙의 적용을 보다 편리하게 한다는 점에서 선택한 것이지 등거리 원칙이 다른 경계획정 방식보다 우선한다는 것은 아니라고 설명했다. 어떤 특수한 상황이 요소가 존재하는 상황에서는 등거리 원칙의 채택이 적절하지 않을 수 있다. 2009년 흑해 경계획정안에서 국제사법재판소는 특수한 상황에서 납득할 만한 사유(compelling reasons)가 있는 경우 등거리선이 먼저 적용되지 않는다는 점을 다시 한번 강조했다. 실제로 2001년 카타르-바레인 판결에서 국제사법재판소는 대륙붕과 배타적경제수역(EEZ)에 적용되는 형평원칙 및 관련사정규칙은 영해

2) 양국 해안선의 중간선을 경계로 하자는 '등거리' 원칙 등거리선 원칙에서는 먼저 잠정경계선을 긋고 관련 상황들을 고려하여 이를 교정하자는 원칙

경계확정에 적용되는 등거리 및 특수사정 규칙과 밀접한 관련이 있다고 밝혔지만 이 두 개는 각기 다른 해석에 구체적인 규칙을 적용하는 것과 등거리선을 적용한다는 전제와는 본질적으로 차이가 있다는 설명이다.

3. 비례를 기준으로 확정 결과 검증

형평의 원칙이든 공평한 절차 혹은 어떤 경계확정 방법이든 그 목적은 형평성이 있는 결과를 보장하기 위해서이다. 따라서 각 원칙은 기본적으로 모두 다 형평성이 있다. 하지만 이것이 결과의 형평까지 반드시 보장해주지는 않는다. 결과의 형평을 달성하기 위해서는 반드시 어떤 기준이 있어야 하는데 1969년 북해 대륙붕 사례에서 이를 찾을 수 있다. 당시 국제사법재판소는 독일의 “공평·합리 배분원칙”의 주장을 받아들이지 않았지만 그 원칙의 ‘비례’의 개념은 받아들여졌고 그것을 경계확정의 형평성을 달성할 수 있는 한 요소로 여겨지기 시작했다. 이어 1982년 튀니지-리비아 대륙붕 사건, 1984년 미국-캐나다 메인만 사건, 1985년 리비아-몰타 사건에서 국제사법재판소는 당사국의 관련 해안선 길이 비율을 사후 검증이 가능한 형평성 있는 방법 또는 보조 기준으로 삼아 왔다. 특히 2009년 흑해 획정안에서 국제사법재판소는 경계확정의 두 번째 단계로 관련된 상황을 조정하는 등거리선이 비례의 원칙에 부합하는지, 그래서 불공평한 결과를 방지할 수 있는지에 대해서 고려해야 한다고 강조하였다. 과거의 사법 판례들을 보면 비례의 원칙은 관련 국가 간의 문제에 어느정도 형평 원칙을 적용할 수 있도록 함으로서 경계확정과정과 결과에서 공평한 결과를 얻도록 하는 것은 사실이다.

관련사정규칙

1. 지질, 지형요소의 형평성 평가

지질, 지형요소와 대륙붕의 자연적 연장과 관련하여 경계확정과정에서 고려되는 것은 주로 대륙붕의 자연적 연장 혹은 그 단절을 증명하는 것이다. 2009년 흑해 경계확정 사례에서 우크라이나는 루마니아가 건의한 등거리선이 우크라이나의 남쪽 해안 대륙붕의 자연적 연장을 침범한다고 강조하였다. 그러면서도 국제사법재판소는 우크라이나의 주장을 받아들이지 않았다. 이는 자연적 연장원칙이 대륙붕 경계확정에서 차지하는 중요성이 어느 정도 약화되었다는 것을 반영하는 것이다. 부정할 수 없는 것은 어떤 의

의에서 말하면 국제사법재판소는 1982년 튀니지-리비아 대륙붕과 관련한 판례에서 1969년 북해 대륙붕 판례에서 확립된 대륙붕의 자연적 연장에 기초한 권리에 동의하지 않았고 거리 기준의 제한을 받게 되었다. 특히 1985년 리비아-몰타 사건에서 국제사법재판소에서 나온 거리 기준 대체론, 즉 대륙붕이 해안선 시작점에서 200해리가 있는 곳까지 확장되지 않았다면 거리 기준은 결정적인 역할을 하게 된다. 그리고 해저와 저토(底土)의 자연적인 성질과는 무관하다. 이에 대해 일부 학자들과 관련 인사들도 자연적 연장 우월론, 양자 충돌론, 권리평등론 등 각자 관점이 다르다.

이렇게 다른 관점에 대해서는 1969년 ‘조약법에 관한 빈 협약’의 제31조부터 제33조까지의 법률에서 확립된 기본적인 해설규칙에 근거를 두고 ‘해양법에 관한 국제 연합 협약’(이하 ‘협약’) 제76조 1항의 자체해석과 국제사법재판소의 사법판례 등의 다른 측면에서 분석을 하였다.

먼저 ‘협약’ 제76조 1항의 문자적인 의미를 보면 자연적 연장과 거리기준 사이에는 계층구조(hierarchy)가 없다. 이 둘은 모두 대륙붕 주장 권리의 기초이며 양자 권리의 기초는 평등한 것으로 이 공약의 문자적인 순서의 선후로 양자의 존재의 우위를 판단할 수는 없다. 1985년 기니와 기니비사우의 중재안에서 중재법원은 이에 대해 두 규칙은 우열이 나뉘지 않는다고 강조한 바 있다. 이 해석이 ‘협약’ 초안을 작성하는 과정에서 증거를 가지게 되었다. 제 3차 국제연합 해양법 회의 초기에 대륙붕의 문제에 대해서 8개의 다른 안이 있었는데 주로 대륙붕의 외부경계는 200해리로 제한한다는 내용이거나 대륙붕의 자연적 연장원칙에 근거한 200해리를 초과한 것에 대한 경계 문제였다. 제8차, 제9차 회의에서 회의 의장은 소련 방안과 아일랜드 방안을 종합하여 각측과 협상을 거쳐 대륙붕 면적이 넓은 국가와 좁은 국가의 서로 다른 이익을 고려해 ‘협약’ 제76조의 규정을 정하게 되었다. 거리 기준의 출현은 과거에 대륙붕의 자연적 연장의 단절로 경계획정이 필요하지 않은 지역에 권리의 중첩이 나타나게 하였는데 즉, 거리 기준과 자연연장의 원칙이 가져온 권리의 중첩이었다.

둘째, 국제사법재판소는 1985년 리비아-몰타 사건에서 대륙연변이 200해리의 범위까지 확대하지 않았으며 거리는 대륙붕의 유일한 공동 권리 기반이라고 하였다. 그러나 국제사법재판소의 이 같은 논리는 논란의 소지가 있다. 한국학자 김선표는 국제사법재판소가 거리 기준에 대해 강조하는 것은 이해하지만 경계를 획정하는 과정에서 공정한 결과를 얻기 위해 고려되는 관련 지리적 요소의 역할을 받아들이지 않는 것은 지나치다고 봤다. 협약 제76조 1항이든 제 83조든 모두 자연적 연장은 경계획정에서 200해리 이상으로 정할 수 없다고 제한하고 있다. 또한 국제사법재판소규약 제59조는 국제사법재판소의 재판은 당사국 및 해당 사건 외에 구속력이 없다고 규정하고 있다. 즉, 국제사법재판소가 관련 사안에서 신중하게 고려하여 일부 불분명한 지질과 지형적 요인을 의도적으로 무시한다 하더라도 이는 경계의 형평을 이루기 위함이 목적인 것이라는 것이다. 그러나 이것이 협약 관련 조항에 위배되는 사유가 될 수 없다. 여기에서 연안국과 분쟁국이 주장하는 200해리 내외부에 존재하는 대륙붕의 자연적 연장이 근본적으로

단절된다는 것을 증거를 가지고 증명한다면 대륙붕 주장에 대한 권리의 기초는 거리 기준이 아닌 자연적 연장이라는 것이다.

2. 도서의 경계획정에서의 효력

2009년 흑해 경계획정안에서 우크라이나의 세르펜트 아일랜드³⁾(Serpents' Island)에 대륙붕과 배타적 경제수역의 범위가 아닌 12해리의 영해만을 부여하였다. 이 문제는 제3차 국제연합해양법회의에서의 대표적인 쟁점이었다. 쟁점은 면적이 너무 작아 인간이 거주할 수 없는 암석이 큰 면적의 해역을 향유할 수 있는지, 이것이 불공평한 것은 아닌지에 관한 것이었다. 결국 적절하게 협의한 결과가 바로 '협약' 제121조 3항의 제한적인 규정이다. 즉 인간이 지속적으로 거주할 수 없거나 독자적인 경제생활을 할 수 없는 암석은 배타적 경제수역과 대륙붕을 가질 수 없다는 것이다. 하지만 해양경계획정에서 도서에 대해 가지는 효력은 '협약'에 규정되어 있지 않다. 각 국가들이 실제 취하고 있는 관행과 국제사법판례에 근거하면 도서가 경계획정에서 가지는 완전한 효력과 부분효력, 무효력은 일반적으로 그 지리적 위치와 성질을 고려해 정한다. 한 국가의 영해 내에 위치해 대륙과 가까운 섬, 당사국 양측이 제시하고 있는 조건이 비슷한 섬, 군도국가의 도서 및 면적이 크고 인구가 많고 지리적으로 중요한 도서는 한국과 일본 사이의 쓰시마섬과 같이 보통 경계획정에서 완전한 효력을 가진다. 어떤 경우에는 한 국가의 기본 정치, 경제, 양국관계의 발전을 고려하여 섬에 완전한 효력을 부여하기도 한다. 1984년 미국-캐나다 메인만 사례에서는 캐나다의 바다표범섬(海豹島)에 절반의 효력을 부여하였다. 본토 대륙에서 멀리 떨어져 양국 간 잠정 중간선에 가까운 섬에 대해서는 통상 양측에 그 일부를 주거나 그 섬을 경계획정의 기점으로 하지 않고 적당한 해역만 가지도록 했다. 섬이 본토에서 멀리 떨어져 다른 국가의 영토에 가까울 때 1977년 영불 대륙붕 사례에서 영국령 해협 섬과 같이 통상 일부의 효력이나 무효력을 부여했다. 주권에 대한 논란이 있거나 면적이 작거나 자국에게 중요하지 않고 본토 대륙의 섬과 멀리 떨어져 있는 섬에는 일반적으로 무효력을 인정하였다. 국제법 규정이 없어 해안에서 떨어진 섬을 영해기점으로 삼아 직선의 기선을 정하는 경우도 있다. 예를 들면 베트남은 해안에서 161.8해리 떨어진 섬을 기점으로 직선 기선을 그었는데, 북한은 세계에서 가장 긴 직선 기선을 245해리까지 그었다. 영해기선을 정하는 기준이 통일되지 않는 한 경계획정의 문제 해결은 더욱 어려워질 수밖에 없다. 그러나 1958년

3) 2009년2월3일 국제사법재판소는 2009년 제9번 안전판결(ecision No. 912009)에 의거하여 뱀섬 평균 수심 50m 이상의 9,700km²에 해당하는 79.34%의 해저지면을 루마니아에 그리고 평균수심 50m 이하의 2,300km²에 해당하는 20.26%의 해저지면을 우크라이나에게 할당했다 또한 뱀섬 자체는 우크라이나의 부속도서로 남게 되었다.

‘영해 및 인접지역 협약’ 이나 1982년 ‘협약’ 은 연안국의 직선 기선 길이에 아무런 제한도 두지 않았다(제7조 3항, 6항에서만 언급). 국제사법재판소와 중재재판소는 이에 대한 구체적인 설명을 하지는 않았고 그 결과 연해국들은 각자의 이해와 이익에 따라 최대의 해양 관할지역을 주장하게 되었다.

3. 비례의 제한 작용

“비례“의 개념은 당사국의 해안선 길이와 관련하여 이를 기초로 세워진 것이다. 북해 대륙붕 사건에서 국제사법재판소는 독일이 제시한 비례의 개념을 받아들였고 경계획정에서 형평성있는 결과를 얻는 하나의 요소로 확립되었다. 이어 1982년 튀니지-리비아 대륙붕 사건, 1984년 메인만 사건과 1985년 리비아 몰타 사건에서 국제사법재판소는 당사국의 해안선 길이 비율을 사후 검증이 가능한 경계획정의 공정한 방법 또는 보조 기준으로 삼아 왔다. 비례의 개념이 이렇게 형평 원칙의 시금석으로 간주되어 해양 경계에 중요한 역할을 하지만 비례의 원칙은 최종적으로 경계선이 공정했는지를 검증하는 중요한 요소와 입증도구일 뿐 본질이 전도돼선 안 된다.

후해 경계획정안에서 우크라이나는 양국 관련 해안선의 길이를 중요하거나 결정적인 요소로 고려하여 등거리선을 조정해야 한다고 주장해 왔다. 그러나 국제사법재판소는 관련 해안선의 길이는 잠정 등거리선을 정할 때 아무런 효력이 없으며 경계획정은 자원이나 해역의 배분과는 다른 것으로 보고 있다. 따라서 잠정 등거리선을 최초로 정할 때 비례라는 원칙은 존재하지 않는다. 그러나 국제사법재판소는 일반적으로 잠정 등거리선을 조정할 이유는 없지만 사안별로 해당 국가의 해안선 길이가 현저히 비례하지 않을 경우(may) 이를 하나의 상황 요소로 고려할 수 있다고 인정했다.

또 비례 기준은 확실성과 객관성이 크게 떨어지는 것으로 나타났다. 국제사법재판소는 비례의 원칙은 융통성을 발휘할 수 있는 소지가 다분해 상당한 차이가 나는 결과를 초래할 수도 있다고 지적하기도 했다. 2009년 후해 경계획정안의 경우 관련 해안선의 길이에 대한 우크라이나의 추정과 국제사법재판소의 계산은 353해리까지 차이가 나는 것으로 나타났다. 이 때문에 일부 학자들은 비례의 원칙의 주관성이 뚜렷하여 입지가 줄어들고 있다고 지적한다.

종합해 보면 비례는 국제사법재판소가 가능한 상황에서 잠정 등거리선을 조정하거나 형평 요건에 적합하다는 것을 보여줄 때 일종의 입증 도구로 고려되는 것일 뿐이지 잠정 등거리선을 정할 때 반드시 고려해야 할 요소가 아니라는 것이다. 국제사법재판소는 사안에 따라 비례의 원칙 적용여부를 결정했다. 2001년 카타르-바레인 사안에서 양

측 해안의 길이와 비율을 실제로 측량한 데이터가 없어 잠정 등거리선을 조정하기에는 부족하다고 하였다. 물론 앞서 기술한 중요한 요소들 외에 역사적 이익, 자원의 보호, 경제적 의존성과 상대적 경제력, 국방안보적 이익, 국가의 행위 등의 고려요소가 있다. 국제사법재판소는 ‘관련 사정’의 일부 요인에 대해 일치된 의견이 없으며 관련 판례에서 자의적 판단을 하는 부분도 있다. 게다가 새로운 요소들이 계속 생겨날 수 있기 때문에 ‘관련 사정’요소가 해양경계획정 분쟁에 미칠 영향에 대한 연구를 할 필요성이 있다.

중국 동중국해 경계선 획정에 관한 주장은 의심할 여지가 없다.

1. 형평원칙 및 자연적 연장의 원칙은 동중국해 대륙붕 해양경계획정의 기본 원칙

위와 같이 구체적인 대륙붕과 배타적 경제 수역의 규정이 발전되어 형평원칙 및 관련 사정 규칙이 일반관습법이 되어 가고 있는데 이는 중국의 일관된 주장과 일치한다. 하지만 최근 들어 등거리 및 특수사정 규칙과 결합되는 추세를 보이고 있다. 특히 2009년 흑해 경계획정안에서 국제사법재판소는 ‘삼단계론’을 제시하였는데 우선 경계 획정의 초기단계에서 국제사법재판소는 잠정 등거리선이나 중간선을 정해야 하며 납득할 만한 이유가 있는 경우를 제외하고 이 단계에서는 어떤 관련 사정을 고려하지 않는다.

두 번째 단계에서 국제사법재판소는 잠정 등거리선을 조정하거나 수정해야만 하는 요소가 있는지 검토해야 한다고 밝혔다. 마지막으로 세 번째 단계에서는 당사국 관련 해안의 비율을 입증 도구로 조정 또는 수정을 거쳐 잠정 등거리선이 불공정한 결과를 야기하지는 않을지 검증한다. 이로써 국제사법재판소가 ‘등거리 원칙’을 강조하지만 이것이 자동으로 우선적인 지위를 갖게 되는 것은 아니다. 하지만 구체적인 사안에서는 ‘납득할 만한 이유’가 있는 경우를 제외하고 ‘등거리 원칙’을 적용하는 것이 우선한 것으로 보인다. 그러나 국제사법재판소는 ‘납득할 만한 이유’에 대해서는 구체적으로 밝히지 않았다. 그러나 국제사법재판소는 2007년 니카라과가 온두라스를 상대로 소를 제기한 사례에서 비교적 구체적으로 이를 설명했다. 이 사안에서 니카라과는 지리적, 지질적 요인에서 잠정 등거리선 원칙이 적용되지 않는다고 주장하였고 반면 온두라스

는 15도 평분선을 단일 해양경계선으로 묵시적으로 설정하자고 주장했다. 최종적으로 국제사법재판소는 양국이 제기한 특수한 상황을 기반으로 하여 등거리선의 원칙이 이 사건에서 적용되지 않는다고 결론지었다. 여기에서 ‘납득할만한 이유’는 본질적으로 ‘관련사정’의 범주에 속하는 것이다. 그러나 이 경우 해당국은 국제사법재판소의 등거리선 원칙 채택에 반대하여 재판근거의 입증책임을 져야 한다. 한 국가에게 ‘납득할만한 이유’가 존재하여 등거리선 원칙의 적용이 불가능하다고 증명한다면 국제사법재판소는 당사국이 제시한 선택가능한 방법을 반드시 고려해야 한다는 것이다. 이는 중일간의 동중국해 대륙붕 논쟁에 참고할 만하다.

이에 기초하여 앞으로 중국은 지리, 지질의 구조 등의 분야에서 한층 더 나아가 오키나와 해구의 구조와 인근의 대륙붕이 다르다는 것을 상세하고 과학적으로 논증하여 설명해야 한다. 동중국해에서 중일은 공동 대륙붕을 가진 것이 아니라 오키나와 해구가 기본적으로 단절된 지형에 속한다는 것을 확립하고 이를 중간선을 적용하지 않는 ‘납득할만한 이유’의 근거로 사용하여 일본 측에서 주장하는 중간선 사용의 불합리함을 반박해야 한다. 그러나 최근 해외 학자들은 중국이 자연연장 원칙으로 동해 대륙붕 문제를 해결하는 데 어려움을 인식하게 되어 자국에게 유리한 비례 원칙의 적용을 고려하고 있다고 여긴다. 이와 동시에 국내 일부 학자들은 1985년 리비아-몰타 사안 등 사법적 판례 차원에서 출발하여 자연적 연장원칙의 논리가 이미 사라졌다고 보고 중국은 비례 원칙을 적용해 동해 대륙붕 경계 문제를 해결해야 한다고 생각하기도 한다. 사실 이는 잘못된 인식이다. 우선 1985년 리비아 몰타 사건에서 당시 국제사법재판소는 리비아가 경계획정 구역의 해저에 균열구간이 존재한다고 하는 지질전문가의 의견을 제시하였음에도 불구하고 몰타로부터 상반된 의견을 얻어 해저에 대륙붕의 단절이 존재한다는 여부를 정확히 판별할 수 없다는 결론을 내렸다. 바꿔 말하면 리비아 지질학자가 제시한 증거가 불명확하고 불완전하며 논쟁의 소지가 있다는 것이다. 따라서 분쟁 대륙붕의 근본적 분리를 입증하기 위해 온전하고 정확한 과학적 지질 증거를 제공한다면 그 주장의 권리는 거리 기준이 아닌 자연적 연장이 될 수밖에 없다.

다음으로 대륙붕 권리 확립의 과정에서 형평원칙은 대륙붕 원권(원천 권리)의 기능으로서 자연적 연장원칙과 양립할 수 없다. 하지만 경계획정에서 양자는 내재되는 통일성을 가지고 있어 양자간 대립할 수 없다. 첫째, 형평원칙은 자연적 연장의 원칙이 대륙붕 경계획정에서 중요함을 강조하며 심지어 자연적 연장원칙을 대륙붕 경계획정의 기본 원칙으로 보기도 한다. 둘째, 자연적 연장원칙은 국제법상 대륙붕 관련 법률제도의 근간이자 대륙붕에 대한 주권의 확정에 근거한 것이며, 또한 이러한 권리는 국가의 주권에 의해 신장된 국가의 영토주권의 표현이기 때문에 대륙붕의 경계를 확인하는 근본원칙이자 대륙붕의 형평원칙의 권리의 기초(권원)가 된다. 그렇기 때문에 양자는 대륙붕 경계획정에서 모순적인 관계가 아니며 상호 보완관계이자 양자 모두 대륙붕 경계획정의 주요 원칙이다.

비례의 원칙이 대륙붕 경계획정 과정에서 가지는 역할을 논하자면 지금까지 국제사법

재판소는 비례의 원칙이 경계획정의 원칙이라고 생각하지 않았다. 동중국해 대륙붕에 비례의 원칙을 적용하느냐에 대한 문제에 대해서 학자들은 중일 양국의 해안선 길이를 측정하였고 이것이 대륙붕의 자연적 연장 원칙에 근거한 중국의 주장과 대체로 부합된다고 여겼다. 그러나 한편으로 당사국 해안선과 경계획정과 관련된 해안선은 서로 다른 개념이고 또 다른 한편으로 국제사법재판소가 2009년 흑해 경계획정안에서 강조한 바와 같이 당사국의 관련 해안선 길이가 현저하게 비례를 이루지 않는다면 이를 관련 사정의 요소로 고려 ‘해야만 하는 것’이 아닌 ‘고려할 가능성이 있다’는 것이다. 게다가 국제사법재판소도 비례의 원칙을 적용할 때 어느 정도 자의성이 있다. 예를 들어 1993년 그린란드-얀마옌 해양경계획정 사건에서 덴마크-노르웨이 관련 해안선의 길이 비율은 9.2:1이었지만, 최종적으로 양측의 해역 면적 비율은 3:1이었고, 이 사건에서 법원은 비례의 원칙을 적용하지 않았다.

관련 해안선의 길이로 동중국해 대륙붕을 나누면 중일 양국의 경계획정 주장이 확연히 달라서 상당히 큰 차이가 생길 수 있다. 자오리하이(赵理海)교수는 만약 비례의 원칙이 북위 30도 이남지역에 적용이 되면 중일 양국의 대륙붕 비율은 64.3% : 35.7%라고 하였다.⁴⁾ 그러나 해외 학자의 측정에 따르면 중일 관련 해안 길이 비율은 2.1 : 1.2였다. 하지만 일본의 주장에 따라 중간선을 적용해 양국이 발표한 암초를 기점으로 한다면 양국의 섬이 해역 면적에서 가지는 비율은 3.3 : 3.6이다. 일부 섬의 암초를 제외할 경우 그 비율은 2.2 : 2.3이다.⁵⁾ 이를 통해 보면 일본은 등거리선을 사용하면 얻을 수 있는 면적이 중국보다 많아진다. 이것이 일본이 등거리선 방식으로 동중국해를 나누자고 하는 이유이며 대륙붕과 배타적 경제수역의 차이를 뒤섞으려는 의도를 반영하는 것이다. 실제로 어업관리, 오염통제, 가스개발 등 일부 이행요인으로 인해 단일해상 경계선이 경계획정 주된 추세임을 반영하고 있지만 이는 각국의 법적 의무는 아니었다⁶⁾. 물론 중국은 비례의 원칙이 해양경계획정의 주요한 요소로 고려되기를 원하지만 그 전제조건은 일본이 중간선 주장을 포기하는 것이다. 이는 현실적으로 실현되기 어려운 부분이다. 또 기존 국제사법재판소의 판례를 보면 뚜렷한 불균형에 대한 객관적 기준이 없다. 2.1 : 1.2의 비율을 현저한 불균형으로 봐야 하는가에 대해서는 아직 확실치 않다.

정리하면 중국은 ‘협약’ 제76조 1항이 부여한 자연연장 원칙에 대한 권리를 일관되게 유지하면서 동해 대륙붕으로는 국제사법재판소가 흑해 경계획정안에서 제시한 ‘3단계론’을 거울삼아 오키나와의 해구가 중간선의 적용을 받지 않을 수 있는 ‘납득할 만한 이유’를 상세히 논증해야 한다. 마지막으로, 비례의 원칙을(중일 양국의 동해 관련 해안선 비율)을 보조 수단으로 하여 동중국해 대륙붕 경계획정 주장의 타당성을 검

4) <해양법 문제 연구>, p79

5) 김선표, Maritime Delimitation and Interim Arrangements in North East Asia, p214

6) David A. Colson & Robert W. Smith, International Maritime Boundaries, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, P. 3210.

증하여야 한다.

2. 영해 기점으로서의 도서의 문제

영해 기점으로서의 도서의 문제에 관해 국제사법재판소의 2009년 흑해 경계획정안 중 세르펜트 섬의 효력에 대한 판결을 보면 섬이나 암초의 인정은 최종 판정에서 결과에 큰 영향을 미친다. 국내 일부 학자들은 해안에서 떨어진 섬들을 기점으로 직선 기선을 긋는 것은 ‘협약’ 제7조 1항의 직선 기선 획정에 부합하지 않아 인접국들의 비판을 받을 수 있다고 주장한다. 또한 이런 입장을 고수하는 데 부담이 따르며 대가를 치러야 할 수도 있을 것이라는 지적도 나오고 있다. 필자는 이런 주장은 좀 더 논의되어야 한다고 생각한다.

사실 섬과 암초의 정의에 대해서는 ‘협약’ 제121조 3항에 모호하게 명시되어 있다. 또 국제적 차원에서 각국의 실제 사례와 국제법 학계에 통일된 인식이 없다. 그러나 국제사법재판소는 관련 사법판례에서 일부 사람이 살지 않는 섬들을 경계획정의 근거로 삼지 않는 경우가 많다. 1985년 리비아-몰타 사건에서 국제사법재판소는 몰타가 필플라(Filfla) 섬을 경계로 삼으면 양국이 잠정중간선을 계산할 때 불공정한 결과를 초래할 수 있다고 판단했다. 판결은 사람이 살지 않는 작은 섬은 경계획정의 기점으로 할 수 없다고 하였다⁷⁾. 2009년 흑해경계획정안에서 우크라이나가 세르펜트 섬에 인공건축물 건설, 식물 재배, 식용수 음용설비 등의 조취를 하였지만 국제사법재판소는 해당 섬을 “인간이 지속적으로 거주하거나 경제활동을 할 수 없는” 암초로 보았다. ‘협약’ 제 121조 3항의 단서조항을 보면 섬이 아니면 경계획정의 기점이 될 수 없다고 하였고 배타적 경제수역도 가질 수 없다고 하였다. 이는 중국의 다오위다오 열도가 중일 동중국해 해양경계획정에서 효력이 있다는 것을 어느 정도 보여준다. 다오위다오의 현재 상황을 감안하여 중일 동중국해 문제 해결을 위해 중국은 이를 경계를 긋는 기점으로 삼지 않고 12해리 영해만 부여하는 방안을 적절히 고려할 수 있다.

그러나 현재 중국과 해양경계획정 분쟁이 있는 한국, 일본, 베트남 등의 국가들이 해안에서 떨어진 섬을 기점으로 하여 직선을 긋는 상황에서 중국 한쪽만 주장을 포기하는 것은 불가능하며 국가 주권에도 부합하지 않는다. 게다가 국제법은 꾸준히 발전하므로 ‘협약’ 제7조 1항의 직선 기선 기준에 대한 의미 자체는 최근 국가의 판례의 영향을 받을 수 밖에 없다⁸⁾. 이 때문에 티모시 힐러는 어떤 부분에서든 직선 기선을 측정하는 것은 가능하며 동시에 기존의 직선 기선을 선행으로 사용하는 것도 가능하다는 입장이다. 따라서 중국이 주변국과의 분쟁을 해결하는 과정에서 기선의 길이를 정하는

7) Continental Shelf(Libyan Arab Jarnahiriya / Maha), Judgment, I. C. J. Reports 1985, P. 48, para. 64.

8) 영국 제닝스, 오픈하임 국제법, 제 9판 1권 p29

올바른 방법은 관련국들과 기술 협의를 통해 서로의 입장을 조율하는 것이 바람직하다. 이 같은 조율과 협의는 경계확정의 공평한 해결에 도움이 되도록 하여야 하며 국가와 국민의 이익에 부합해야 한다. 국가와 국민의 이익을 교환조건으로 하여 경계확정을 하는 ‘루트’가 되어서는 안 된다. 또한 국제 사법 판례를 살펴보면 관련사정규칙을 적용하는 것과 실질 지배의 효력은 이미 밀접하게 관련되어 있는데⁹⁾ 중국의 다오위다오 열도는 일본에게 잠식당하고 있으므로 중국은 외교적 측면에서 적극적인 노력을 하는 것 이외에도 국제사법재판소의 경계확정 선례에서 선택한 실질지배효력을 참고하여 다오위다오에서 중국의 주권이행을 국제적으로 알릴 수 있도록 공무 선박을 그 근방에서 순항하게 하는 등의 적극적인 필요조치를 하고 그 섬의 해양경제 과학연구 활동을 확대하고 대만과의 연합을 전개하는 등 중국 해양권익을 수호할 수 있는 조치를 취해야 한다.

9) 국제사법재판소는 섬을 포함한 영토분쟁의 영유권 문제를 해결할 때 영토분쟁 이전에 주권은 어디에 귀속되는지, 그 증거가 있는지, 국제조약이 비준되지 않았거나 하자가 있는지, 확실한 증거가 입증된 주권의 귀속이라면 현재 영토가 어느 당사자에 의해 실질적으로 통제되고 있는지, 분쟁 영토는 합법 소유주에게 귀속되어 있는지를 고려한다. 그렇지 않을 경우 국제사법재판소는 실효적 지배에 근거해 분쟁 영토의 귀속을 결정한다.