

法學碩士 學位請求論文

海洋紛爭의 平和的 解決에 관한 研究

A Study on the peaceful settlement
of maritime disputes

指導教授 金 榮 球

2002年 8月

韓國海洋大學校 大學院

海 事 法 學 科

宋 映 周

本 論 文 을 宋 映 周 의 法 學 碩 士 學 位 論 文 으 로 認 准 함

委 員 長 : 최 석 윤 印

委 員 : 한 병 호 印

委 員 : 김 영 구 印

2002年 8月

韓 國 海 洋 大 學 校 大 學 院

海 事 法 學 科

宋 映 周

目 次

Abstract	iii
第1章 序 論	1
第1節 研究 背景 및 目的	1
第2節 研究 範圍 및 方法	3
第2章 國際紛爭의 發端과 平和的 解決節次를 爲한 國際立法	4
第1節 國際紛爭의 類型과 解決方法	4
1.1 國際紛爭의 國內的 救濟와 外交的 保護權의 發動	4
1.2 紛爭類型과 紛爭解決方法	5
第2節 紛爭의 平和的 解決節次를 위한 國際立法	8
2.1 1907년 國際紛爭의 平和的 解決에 관한 헤이그 協約	8
2.2 1928년 國際紛爭의 平和的 解決에 관한 一般議定書	9
2.3 1962년 두 當事者 中 一方만이 國家인 國際紛爭解決을 위한 仲裁裁判 과 調停에 관한 規則	9
2.4 1965년 國家와 他國民과의 投資紛爭解決에 관한 協約	10
第3章 國際 海洋紛爭의 政治的 解決 方法	11
第1節 外交的 手段에 의한 政治的 解決方法	11
1.1 直接交涉	11
1.2 仲 介	21
1.3 事實調查	26
1.4 調 停	32
第2節 國際組織을 통한 政治的 解決方法	36
2.1 UN에 의한 解決	37
2.2 地域的 協定 또는 機構에 의한 解決	41
第4章 國際 海洋紛爭의 司法的 解決 方法	46

第1節 仲裁裁判	46
1.1 仲裁의 形態	47
1.2 依賴 內容과 條件	48
1.3 仲裁 判定의 根據	49
1.4 仲裁 判定의 效果	50
1.5 仲裁의 效用	52
第2節 國際司法裁判	53
2.1 組織 및 節次	53
2.2 法院의 業務	61
第5章 UN 海洋法協約上 紛爭解決制度	68
第1節 概 觀	68
1.1 紛爭解決手段 選擇의 自由	69
第2節 拘束力 있는 決定을 낼 수 있는 強制的 節次	70
2.1 強制的 解決의 原則	70
2.2 強制解決 原則에 대한 例外	72
第3節 UN 海洋法協約上 紛爭解決을 위한 機構와 節次	75
3.1 調 停	75
3.2 仲 裁	77
3.3 特別仲裁	79
3.4 國際海洋法裁判所(ITLOS)	81
3.5 海底紛爭裁判部	83
第6章 結 論	87
參 考 文 獻	92

A Study on the peaceful settlement of maritime disputes

Song Young-Ju

Department of Maritime Law
Graduate School of Korea Maritime University
Pusan, Korea

Abstract

The outbreak of international disputes is inevitable as long as nations exist. The elimination of international disputes is, to all intents and purposes, impossible. International disputes have led to war or the use of armed force, however in accordance with Article 2, paragraph 3, of the Charter of the United Nations, a peaceful means should be found to resolve disputes peacefully. Guided by Article 33, paragraph 1, of the Charter. The peaceful resolution of international disputes is divided into political solutions and judicial solutions. Political solutions include, but are not limited to, directed negotiations, negotiations through international conference, mediations, international inquiries, and international conciliation. Judicial solutions include arbitration, special arbitration, court's decisions and so forth.

Many countries have difficulty resolving maritime disputes. Many standard methods have been used in attempts to resolve international maritime disputes, but there are also distinctive procedures for maritime disputes. The United Nations Convention of the Law of the Sea 1982 (UNCLOS-III), implemented in 1994, provides for the settlement of disputes. Nothing in the Part impairs the right of any States Parties to agree at any time to settle a dispute between them concerning the interpretation or application of the Convention by any peaceful means of their own choice. UNCLOS-III

provides for the resolution of international maritime disputes through peaceful means that include peaceful settlement, courts and tribunals. Courts and tribunals can be one or more following means: (a)The International Tribunal for the Law of the Sea established in accordance with Annex VI, (b)the International Court of Justice, (c)an arbitral tribunal constituted in accordance with Annex VII, (d)a special arbitral tribunal constituted in accordance with Annex VIII for one or more of the categories of disputes specified therein. The decision of the court or tribunal having jurisdiction entails binding decisions.

However, a coastal State shall not be obliged to accept the submission to such settlement of any dispute arising out of the exercise by the coastal State of a right or discretion. Additionally, a state may declare, in writing, that it does not accept any one or more of the procedures provided for in respect to one or more of the following categories of disputes: (a)disputes relating to sea boundary delimitations, or those involving historic bays or titles, (b)disputes concerning military activities and law enforcement activities in regard to the exercise of sovereign rights or jurisdiction, (c) disputes in respect of which the Security Council of the United Nations is exercising its assigned functions. While, UNCLOS-III is provides means for maritime dispute settlement through peaceful means, it contains extensive limitations and exceptions.

Thus, the current system of maritime conflict resolutions is ambiguous and, at times, self-defeating by allowing too many alternate methods and exceptions to the resolution process. A more concise mechanism for conflict resolution should be instituted. It is suggested that such a mechanism would be similar in form and function to the International Court of Justice.

第1章 序 論

第1節 研究 背景 및 目的

분쟁이란 어떤 사실이나 법 또는 정책에 관해 의견 불일치가 있고, 한 쪽의 요구나 주장이 다른 쪽에 의해 거부당하거나 혹은 상대방의 맞대응 요구에 직면하는 때에 생긴다. 국제분쟁은 방금 정의한 분쟁들 중에서 정부 또는 서로 다른 나라에 속하는 기관이나 회사 혹은 개인들이 개입된 것이다.¹⁾

국내 사회에서 개인들 사이의 분쟁이 불가피하듯이, 국제관계에서도 분쟁은 피하기 어렵다. 개인들의 경우와 마찬가지로, 국가들도 모든 국가들에게 골고루 분배될 몫이 없는 상황에서 자신의 몫을 요구하는 경우가 흔히 있다. 어떤 강이나 땅 또는 돈을 어떻게 사용할 것인가에 관해 개인들 사이에 의견의 불일치가 있을 수 있는 것처럼, 국가들도 종종 이런 것에 각기 다른 주장을 하는데, 문제는 이 주장들이 서로 양립할 수 없는 때에 발생한다. 물론 이런 경우에 항상 해결이 불가능한 것은 아니다. 일방 당사자가 입장을 바꿀 수도 있고, 모두에게 몫이 돌아갈 수 있을 정도의 資源이 새로 발견될 수도 있다. 또 사태를 더욱 면밀히 검토해 본 후, 모든 당사자가 만족할 수 있도록 결말이 날 가능성도 있다. 하지만 이런 가능성들의 존재가 국내사회의 모든 분쟁을 제거해 줄 수 없듯이, 국제사회도 마찬가지다. 따라서 분쟁이란 - 그것이 국가간, 이웃간, 형제·자매간 할 것 없이 모두다 - 인간관계의 일상적인 부분으로 받아들여져야 한다.

분쟁해결을 위한 출발점으로서 필요한 기본 요건은 분쟁의 당사자가 될 수 있는 모든 사람들이 평화적 수단만을 사용하여 분쟁을 해결하겠다고 약속하는 것이다. 국내사회에서는 오래 전부터 이 요건이 원칙으로 확립되어, 자력구제(self-help)를 금하기 위한 법제도가 수립되었다. 법제도를 통한 분쟁해결은 국내사회의 질서를 유지하면서 분쟁의 해결을 가능하게 했다.

한편 국제사회에서는 평화적 수단에 의한 분쟁의 해결이라는 것이 역사적으로 덜 중요시되어 왔다. 그래서 국제사회에는 국내사회에 상응하는 제도적 발달이 늦었다. 17세기경부터 출현한 현대 국제법은 세계정부를 수립하지 못했고, 국가에 의한 무력의 사용을 금지시키지도 못했다. 그러나 1945년에 상황은 크게 달라졌다. 국가들이 자신들의 목표를 무제한적으로 추구한 결과인 제2차 세계대전의 기억이 생생하던 당시, 유엔의 창설 회원국들은 유엔 헌장 제2조 3항에 ‘그들 상호간의 국제분쟁을 국제 평화와 안전 그리고 정의가 위협받지 않는 방식으로 평화적 수단에 의해 해결할 것’을 합의했던 것이다. 또한 냉전의 종식은 소련의 해체와 유고슬라비아의 분할 등 동유럽의 중대한 변화를 초래했고, 이러한 변화는 국제분쟁의 해결방법에

1) 김재원 역, 「국제분쟁의 해결방법」(서울: 교육과학사, 1998), pp. 3-16.

새로운 기회를 제공함과 동시에 중대한 변화를 요구하고 있다. 실제로 1982년의 해양법 협약이 1994년 11월에 마침내 발효되어, 매우 복잡한 해양관련 분쟁해결제도가 그 기능을 하기 시작했고, 지난 몇 년간 국제사법재판소는 창설 이후 그 어느 때보다 더 바쁜 나날을 보냈다.

이 논문에서 다루고자 하는 해양문제에 관련된 분쟁은 본래 국제법상 일반적인 분쟁해결제도와 별도로 다루어질 문제로는 생각되지 아니하였다. 그러므로 많은 해양분쟁 사건은 국제법상 일반적으로 알려진 평화적 분쟁해결 절차 즉, 주선, 중개, 조정 및 국제재판들을 통하여 그 해결이 시도되었다. 그리하여 국제사법재판소의 유명한 판례들, Lotus case, Corfu Channel case 및 North Sea Continental Shelf case 등은 전형적인 해양분쟁 사건으로서 아직도 중요한 ICJ 판례로 인용되고 있다. 특별한 종류의 사건은 특별한 분쟁해결기구에 의해 다루어지는 것이 바람직하다는 생각은 일찍부터 있어왔고, 한때 교전국에 의한 외국 선박의 포획문제를 전담할 「국제포획심판소」(International Prize Court)를 설립하는 문제가 진지하게 논의된 적이 있다. 1958년 제1차 Geneva 해양법회의에서 타결된 「어업 및 공해생물자원의 보존에 관한 협약」 제9-11조에서는 해양문제에 관한 분쟁의 해결만을 위한 「특별조정위원회」를 규정하고 있기도 하다. 그러나 이들 특별 사법기구에 관한 시도들은 지금까지 크게 호응을 받지 못한 실패작이었다. 그러나 해양법 규범의 통일된 해석과 충돌 발생시 적절한 제3자적 사법기관에 의한 분쟁해결 수단이 가용토록 보장한다는 의미에서 해양법 관련 분쟁의 해결을 위한 별도의 사법적 절차를 마련한다는 것은 필요하며 따라서 이 문제는 제3차 해양법회의의 중요한 의제로 토의되었다.²⁾

UN 해양법협약에 규정되어 있는 해양분쟁의 평화적 해결제도는 현대 해양법체계에 있어서 특별히 다음과 같은 중요한 의의가 있다.

첫째, 분쟁해결을 위한 효과적인 법적 절차의 확립은 국제사회의 해양이용활동에 관한 각국의 법익조정에서 정치·경제적 압력수단을 방지하게 한다. 강대국 및 선진 경제대국들에 맞서서 해양활동을 영위해 가야 할 개발도상국들은 “법 안에서의 평등(equality in law)” 원칙이 보장되는 국제법적 차원에서 그들의 분쟁을 법 절차에 따라 해결할 수 있는 길이 보장된다는 것이 필요하다(제191조).

둘째, 일반적으로 해양법의 해석과 적용에 있어서 일관성과 안정성을 보장하는 방도를 마련하는 것은, 강대국이나 개도국을 막론하고 필요하고, 중요한 일이다. 만일 해양법의 해석과 적용에 일관성과 안정성이 보장될 수 없다면, 오랜 세월 많은 나라의 협의와 노력으로 어렵게 만들어 낸 UN 해양법 협약도 무의미한 것에 불과하게 된다.

셋째, 특히 제3자적 절차를 해양분쟁의 평화적 해결수단으로 해양법 제도 속에 확립하는 것은 중요하고 필요하다. 왜냐하면 해양법 규범에 새롭게 등장한 각종 제

2) 김영구, “해양문제에 관련된 분쟁의 해결을 위한 국제법상 제도의 고찰”, 법학연구(한국해사법학회), 제3호(1991), pp.37-39.

도는 상호간의 긴밀한 균형관계에 있으며, 이들 제도에 관한 각 조항의 해석과 적용은 공정하고 확립된 제3자적 사법절차에 의해서만 그 안전성과 일관성이 보장될 수 있을 것이기 때문이다.

이 논문은 해양분쟁이 발생할 경우 어떻게 하면 국가간의 무력적 충돌이나 국교 단절과 같은 극단적인 결과를 야기시키지 않고 평화적인 방법으로 원만히 해결할 수 있을 것인가를 논하는데 그 목적이 있다.

第2節 研究 範圍 및 方法

이 논문은 위와 같이 해양분쟁의 평화적 해결방법으로 전통 국제해양분쟁 해결방법을 크게 정치적 해결방법과 사법적 해결방법으로 나누어 연구·검토하고, 마지막으로 유엔 해양법협약상 분쟁해결제도를 고찰하여 제시하고자 한다.

먼저, 제1장 서론에 이어 제2장에서는 국제분쟁의 국내적 구제, 분쟁의 유형 및 외교적 보호권의 발동에 대해 살펴봄으로써 국제분쟁의 발단 과정을 살펴본다. 그리고 분쟁의 평화적 해결절차를 위한 국제입법으로 1907년 국제분쟁의 평화적 해결에 관한 헤이그 협약, 1928년 국제분쟁의 평화적 해결에 관한 일반의정서, 1962년 두 당사자 중 일방만이 국가인 국제분쟁해결을 위한 중재재판과 조정에 관한 규칙, 1965년 국가와 타국민과의 투자분쟁해결에 관한 협약에 대해 개괄적으로 알아본다.

제3장에서는 국제 해양분쟁의 전통적 해결 방법 가운데, 外交的 수단에 의한 정치적 해결방법으로 직접교섭, 주선과 중개, 사실심사, 조정의 태동, 내용, 기능 및 한계 등에 대해 구체적으로 세분하여 검토·분석한다. 이어서 국제조직을 통한 政治的 해결방법으로 UN에 의한 해결방법과 지역적 협정 또는 기구에 의한 해결방법을 해양분쟁 해결방법을 중심으로 연구·검토한다.

제4장에서는 국제 해양분쟁의 사법적 해결방법으로 특별중재재판, 상설중재재판과 같은 중재재판과 국제사법재판에 관하여 그 구성, 판정의 근거와 효과에 대해 연구하고, 사법적 해결방법의 중요성에 대해 역설한다.

제5장에서는 유엔 해양법협약상 분쟁해결제도를 개관한 후, 강제적 절차에 대해 검토하고, 동 협약상 분쟁해결을 위한 기구와 절차로 조정, 중재, 특별중재, 국제해양법재판소 및 해저분쟁재판부에 대해 분석·검토한다.

마지막으로 제6장에서는 앞에서 검토한 결과를 요약·정리하고, 해양분쟁을 해결하는 평화적인 최선의 방안을 제시하면서 결론을 맺었다.

第2章 國際紛爭의 發端과 平和的 解決節次를 爲한 國際立法

第1節 國際紛爭의 類型과 解決方法

海洋法 문제에는 紛爭이 생길 수 있는 경우가 많다. 隣接國과 對向國들은 서로의 境界에 관하여 다를 수 있다. 어떤 국가가 타국의 EEZ내에서 軍艦의 基動을 할 수 있는 權利가 있다고 주장할 때, 그 타국이 그러한 權利를 부인하면 紛爭이 생긴다. 그리고 연안 50해리에서 고기를 잡은 어부를 연안국이 체포할 때, 그 어부가 연안국에게 거한 50해리에서는 아무런 權利가 없다고 다툰다면 이것도 海洋紛爭이라고 말할 수 있다.³⁾ 즉, 國際紛爭이란 국가간의 법률관계 또는 이해관계에 관한 戰爭으로 발전되지 않은 大립 또는 충돌로서 당사국의 一방에 의해 주장되고, 타방에 의해 부정되는 一정한 작위 또는 부작위의 존재를 말한다.⁴⁾

앞의 두 가지 경우는 국가간의 紛爭이고 세 번째는 국가와 개인간의 紛爭이다. 그러나 세 번째도 아래에서 설명하는 國內법원의 判決과 상대국가의 외교적 보호권의 행사로 곧 국가간의 紛爭으로 進전되고 다루어지게 된다.

1.1 國際紛爭의 國內的 救濟와 外交的 保護權의 發動

國際紛爭이라도 우선 國內법적 구제방식을 통하여 해결하도록 노력하여야 한다(國內적 구제의 원칙). 따라서 國內적 구제 방식의 完結(exhaustion of local remedy)이 없는 것은 國際재판에서 一종의 先決的 抗辯이 될 수 있다. 어떤 개인이 타국 법률에 의해 체포되었는데 그가 그것이 國際법 위반이라고 생각한다면 그는 자기를 체포한 官리를 상대로 그 나라의 國內법원에 이를 다툴 수 있다. 그리고 그 國內법원은 실정 國際법을 적용해서 이를 판단하게 될 것이다.⁵⁾

예컨대 영국 Scotland법에 의하면 영국 成문법규는 관습國際법에 언제나 우선한다. Mortensen vs Peters case(1906)에 관해 보면, 노르웨이 어선의 덴마크인 선장 Mortensen에 대해 영국어업구역(Moray Firth) 침범을 이유로 벌금형을 선고하였던 바, 이는 3해리를 넘는 연안구역에서의 외국선박에 대한 官할권행사이므로 國際법에 위반한다는 주장이 있었으나, 결국 이 벌금형은 유효한 것으로 판단되었다. Scotland법원의 견해로는, Mortensen에게 벌금형을 부여케한 영국어업제한구역이

3) 김영구, 「한국과 바다의 국제법」, 부산: 효성출판사, 1999, p.871.

4) 이병조·이중범, 「국제법신강」 제8개정판, 서울: 일조각, 1999, p.846.

5) 김영구, 위의 책, pp.871-872.

국제법에 위반된다 할지라도, 영국의회가 제정한 성문법규인 그 어업제한법에 영국 법원은 羈束된다고 한 것이다. 단지 이 경우에는 외교적인 해결이 있을 수 있다. 영국 정부는 그 어부에게 사과하고 벌금을 돌려주었다.

그러나 Common Law를 基調로한 영미법계가 아니고, 로마법을 기초로한 대륙법계에서는 조약이 국내입법에 우선하는 효력을 인정받고 있다(그러나 국내법 중 신법은 구법인 조약법에 우선한다). 독일 연방공화국에서는 실정 조약법외에 관습국제법에도 이런 국내법 우선의 효력을 인정한다. 이러한 법제에서는, 어떤 경우에 국제법을 적용하여 국내법의 효력을 배제할 수 있는 경우도 생기게 된다.

Sally호와 Newton호 사건에서 국내법에 기한 裁判管轄權을 주장한 마르세유 항 및 엔트워프 항의 프랑스 법원판결들은 프랑스 국사원(Conseil d'Etat)에 의해 배척되었으며, 그 이유는 선박의 “내부사항”은 기국관할에 속한다는 국제법을 적용하였기 때문이었다.

이러한 영미법과 대륙법의 법제상의 차이는 사실상 뚜렷한 것은 아니다. 왜냐하면 영미법의 Mortensen-Peters 원칙은 실제로 국내법규를 국제법에 저촉되지 않도록 해석하는 노력 즉, 소위 解釋理論과 영국의회는 국제법 위반의 의사가 없다고 하는 추정(presumption)⁶⁾ 등으로 약화되고 있다. 미국에 있어서는 조약 중에서 「自己 執行的 條約」 즉, 조약 그대로의 형태로 국내법 효력을 갖는다고 미국 재판소가 인정하는 조약은 직접적으로 국내적 효력을 갖는다. 따라서 이러한 조약은 국내적 구법에도 우선한다.

국내법원은 경우에 따라 국제법에 위반된다고 다루어지는 사건에 국내법을 적용할 수도 있다. 이러한 판결의 대상이 타국 국민인 경우에 그 타국은 이를 이유로 소위 외교적 보호권을 행사할 수 있다. 그렇게 되면 여기서부터는 국가와 외국 국민간의 분쟁에서 국가와 국가간의 분쟁으로 발전하게 되는 것이다.

1.2 紛爭類型과 紛爭解決方法

국제분쟁은 일반적으로 법적 분쟁(legal dispute)과 정치적 분쟁(political dispute)으로 분류되는데, 전자는 재판에 부탁할 수 있는 분쟁(또는 권리의무에 관한 분쟁)이며, 후자는 재판에 부탁할 수 없는 분쟁(또는 이해충돌에 관한 분쟁)이다. 이러한 분류는 오늘날 국제분쟁의 평화적 해결을 위한 여러 조약이 채택되어 있기 때문에,⁷⁾⁸⁾ 실정법상 그 존재를 인식할 수 있고 또한 학설상 지지도 받고 있다.⁹⁾

6) Post Office vs Estuary Radio Ltd.case(1968)에서 영국의 Court of Appeal은, 영국 영해를 정하는 조례의 불분명한 부분은 “그 조례에 표시된 언어의 통상적 의미가 허용하는 한” 「영해협약」의 각 조문과 일치하도록 해석하여야 한다고 판시하고 있다. 1952년 이후의 판례를 수록한 Queens Bench Division Law Reports (AB) Volume 2, p.40 참조.

7) 국제분쟁평화적해결조약은 제38조 1항에서, 그리고 ICJ 규정은 제36조 2항에서 국제분쟁을 정치적 분쟁과 평화적 분쟁으로 구별하고, 법적 분쟁의 해결에 중재재판 또는 사법재판을 이용할 것을 규정하고 있다.

종래의 국제법에서는 분쟁의 해결방법을 평화적 해결방법과 강제적 해결방법으로 나누어 고찰하는 것이 일반적이었으며, 오늘날에도 이러한 견해에 따른 학자가 많다.¹⁰⁾ 그러나 강제적 해결방법은 UN이 독점하고 있기 때문에 현재는 분쟁의 강제적 해결방법으로서의 성질을 잃고 UN에 의한 制裁로서의 의의를 가질 뿐이며, 復仇나 自衛도 自力救濟에 의한 국제법상 제재이지 강제적 해결방법은 아니다. 따라서 오늘날 국제법상 분쟁의 해결방법 중 강제적인 것을 국제법상 제재라고 본다.

그러므로 이 논문에서는 국제분쟁의 해결방법을 크게 평화적 해결방법과 제재에 의한 해결방법으로 나누어 고찰하며, 평화적 해결방법에 역점을 두어 이를 다시 정치적 해결방법과 사법적 해결방법으로 대별하여 연구하였다. 먼저 평화적 해결방법과 제재에 의한 해결방법에 대해 개관하고, 평화적 해결방법을 구체적으로 세분화하여 장별로 나누어 다루기로 한다.

1) 平和的 解決方法

국제법상 위법행위를 한 국가에 대해 정치적 또는 사법적 성격의 평화적 해결방법으로 국제법을 실현시켜 분쟁을 해결하는 것을 말한다. UN 헌장은 국제분쟁을 평화적인 방법으로 해결할 것을 규정하고 있을 뿐 아니라(UN 헌장 제2조 3항), 실질적으로 후술하는 제재에 의한 해결방법이 종래의 분쟁을 일시적으로 해결했을 뿐, 분쟁 그 자체를 근본적으로 해결한 예는 극히 드문 점을 고려해 볼 때 평화적 해결방법이 모든 국제분쟁해결의 근본이라 할 수 있다.

정치적 해결방법은 사법적 해결방법을 제외한 그 밖의 분쟁해결절차를 말하는 바,¹¹⁾ 이는 외교적 수단에 의한 정치적 해결방법과 국제조직을 통한 정치적 해결방법으로 대별된다. 전자에는 기본적 방법인 직접교섭과 보조적 방법¹²⁾인 주선·중개·사실심사·조정이 있으며, 후자에는 UN에 의한 해결과 지역적 협정 또는 기구에 의한 해결이 있다.¹³⁾

8) 일부 조약은 법적 분쟁과 정치적 분쟁을 분류하지 않기도 하는데, 그 예로는 1934년 콜롬비아·페루조약, 1941년 콜롬비아·우루과이조약, 1947년 중국·필리핀조약 등이 있다.

9) 이병조·이중범, 앞의 책, p.847.

10) 많은 학자는 복구를 국제분쟁의 강제적 해결방법에 포함시킬 뿐 아니라 국제연맹 및 UN에 의한 제재까지도 분쟁의 강제적 해결방법으로 설명하고 있다(Oppenheim II pp.132-176, Fenwick pp.531-40, G. G. Wilson, International Law, 1939, pp.242-52, 박관숙 pp.332-334.).

11) 국제분쟁의 해결은 만드시 법에 의할 필요는 없다. 경우에 따라서는 오히려 정치적 해결방법이 더 적합할 때가 많다. 물론 정치적 해결방법을 택한다고 하여 사법적 해결이 전혀 불가능하게 되는 것은 아니다.

12) 보조적 방법은 기본적 해결방법과 달리 궁극적으로 당사국간의 분쟁해결을 보조하는데 그치는 것이지, 직접 분쟁을 해결하는 것은 아니다. 더구나 이러한 보조적 방법은 오늘날 이용도가 적을 뿐 아니라 국제조직에 의한 것과는 달리 독자성을 띠고 분쟁해결에 개입하는 것이 아니므로 실효성이 빈약하여 직접교섭과 국제조직에 의한 해결방법이 분쟁의 정치적 해결방법 중에서 더 중요한 위치를 차지한다.

13) UN과 지역적 협정 또는 기구에 의한 해결방법이 국제법상 제도임은 틀림없으나, 이에 의해 해결되는 분쟁은 대체로 정치적 성격을 띠는 것이며, 그 해결에 있어서 법규뿐 아니라 정치적 考慮 또는 영향도 결정기준이 될 수 있고, 그 결정은 법적 拘束力을 가질 수 없다. 이와

사법적 해결방법은 독립된 재판기관에 의하여 당사국을 법적으로 구속하는 효력을 가진 판결로 국제분쟁을 해결하는 절차를 말하는 바, 14)이에는 중재재판·사법재판·지역적 사법재판에 의한 해결이 있다. 이는 ① 힘이 아니라 法으로 분쟁을 해결하고, 15) ② 분쟁을 권위 있는 법원에 부탁하여 그 판결에 분쟁당사국이 복종하도록 함으로써 분쟁의 악화를 방지하며, 16) 또한 ③ 분쟁의 평화적 해결준칙으로서의 국제법을 보완함으로써 국제법의 발달을 촉진시킨다. 17)

2) 制裁에 의한 解決方法

국제법상 위법행위를 한 국가에 대해 자발적 제재와 UN에 의한 제재로 국제법의 실현을 강제하는 방법이다. 모든 법질서가 그러하듯이 국제법을 위반한 자에 대해서도 제재가 가해져야 함은 당연한 논리이다. 制裁制度가 없다면 국제법은 법으로서의 요소를 갖추지 못한 것이므로 진정한 의미의 법이라고 할 수 없다. 18) 따라서 국제법에서 제재제도는 필수적인 것이라 할 수 있다.

제재에 의한 해결방법은 자발적 제재와 UN에 의한 제재로 대별된다. 전자에는 복구와 자위가 있으며, 후자에는 안전보장이사회의 조치(집단적 강제조치)와 총회의 조치(평화를 위한 단결결의)가 있다. 국제법상 제재가 당사국에 의한 것이든 또는 국제조직에 의한 것이든 법적 분쟁의 해결을 위한 것일 때는 국제법의 집행이란 의미를 가진다. 당사국에 의한 제재(자발적 제재)와 국제조직에 의한 제재와의 차이는 국제법을 집행한다는 의미에서 후자가 보다 높은 객관성을 갖는데 있다. 특히 법적

같은 사실에 비추어 볼 때 이들 해결방법은 정치적 해결방법이라 하겠다.

- 14) 사법적으로 해결되는 분쟁은 법적 사항이며, 재판준칙은 國際法이고, 그 결정은 법적 구속력을 가진다. 사법적 해결방법 중 중재재판은 중재법원이, 사법재판은 ICJ가 담당한다. 그리고 지역적 사법재판은 UN 헌장과 국제법상 지역원리에 입각한 사법적 해결방법이다.
- 15) 사실 과거에 사법적 해결방법이 국제분쟁의 해결에 반드시 크게 공헌을 하였다고는 말 할 수 없다. 중대한 분쟁은 법원에 부탁된 일이 거의 없다. 또 가까운 장래에 의무적 기초에 선 분쟁의 판정(adjudication)이 실현될 것 같지도 않다. 그러나 국제분쟁은 당사국이 진실로 원한다면 아무리 중대한 분쟁이라도 평화적으로 해결될 수 있다. 반대로 어느 일방이 전쟁을 원한다면 아무리 경미한 분쟁이라도 전쟁을 유발하는 원인이 될 수 있다. 그러므로 국가간의 분쟁의 성질이 문제가 아니라 분쟁의 해결에 임하는 精神이 중요한 것이다. 이와 같은 정신은 국제사회의 기본적 구조에서 연유되는 '힘의 支配'를 배제하고 '法の 支配'를 지지하는 결의의 발달에 기대하는 것 외에는 도리가 없다. 이에 관한 자세한 내용은 이한기(講) p.647 참조.
- 16) 그러나 국제재판의 판결에 당사국이 사실상 복종하지 않는 경우 이것을 강제할 집행기관도 없다. 안전보장이사회는 '필요하다고 인정하는 경우 판결을 집행하기 위해 권고하거나 취해야 할 조치를 결정' 할 권리가 있으나 의무는 없다. '코르푸 海峽事件'은 국제재판의 결정을 당사국인 알바니아가 불이행함으로써 집행하지 못한 불행한 선례가 되었다.
- 17) 국제법을 포함하여 일반적으로 법의 기능은 사회의 유지와 발전에 필요한 기준을 규정하고 강제하는 것과 분쟁해결의 準則을 설정하는 것이지만, 국제법은 아직까지 국제분쟁해결의 준칙을 확립하지 못하였다. 따라서 국제법은 아직 국제긴장을 완화하는 수단으로서는 불완전하다. 또한 국제법은 국가간의 정책이나 이익의 충돌을 법적으로 해결할 수 있는 권위 있는 기관을 갖고 있지 않다. 조약의 체결은 일반국제법을 보충하는 것이나 모든 국가에 의한 普遍的 承認을 얻기 어렵다. 이에 관한 자세한 내용은 이한기(講), pp.679-681 참조.
- 18) 이병조·이중범, 앞의 책, p.15.

분쟁의 해결에서 판결의 집행을 위해 행해질 경우에는 더욱 그러한 성격이 강하다.

국제법상의 제재가 당사국에 의한 것이든 제3자에 의한 것이든 국제위법행위가 아닌 국가간의 이해관계의 충돌에서 빚어지는 정치적 분쟁에 대해 가해질 때는 국제법의 집행적 성격을 가지지 않으며, 다만 國際正義의 실현이나 국제평화의 유지를 목적으로 할 뿐이다. 그러나 이러한 목적을 위한 제재도 그 목적 자체가 국제법 원리에 완전히 부합될 때는 넓은 의미의 국제법의 집행이라 할 수 있다.¹⁹⁾

이렇게 볼 때 국제법상 제재는 일반적으로 국제법의 執行, 즉 國際司法의 의미를 갖는다고 할 수 있다.

第2節 紛爭의 平和的 解決節次를 위한 國際立法

UN은 회원국이 지는 紛爭의 平和的 解決義務와 관련하여 현장에서 해결절차·방법을 구체적으로 제시하고 있다. 헌장 제33조는 직접교섭·국제심사·중개·조정·중재재판·司法的 해결·지역기구 및 협정·기타 방법에 따라 해결하도록 규정하고, 구체적으로 어떤 해결절차·방법을 선택하는가는 전적으로 분쟁당사국에 맡기고 있다.

다음에서 국제분쟁의 평화적 해결절차를 규정한 諸協約體制를 고찰한다.

2.1 1907년 國際紛爭의 平和的 解決에 관한 헤이그 協約

헤이그협약은 1899년 헤이그평화회의에서 최초로 국제분쟁의 평화적 해결절차를 위한 협약으로 마련되었다. 협약의 목적은 양자협정이 없는 국가간에 발생하는 분쟁을 해결할 수 있는 방법을 제공하고 또한 평화유지와 무력사용금지를 위한 지침을 제시하는 데 있다. 그 후 1899년 협약은 1907년 협약에 의해 代替되었다.²⁰⁾

협약은 분쟁당사국이 무력에 호소하기 전에 사정이 허락하는 한 주선과 중개를 부탁하도록 의무화하고 있으며(2조), 적대행위 중에도 협약당사국은 주선과 중개를 제의할 권리가 있고 분쟁당사국은 이를 비우호적 행동으로 간주해서는 안 된다(3조)고 규정하고 있다. 1899년 협약의 심사위원회의 절차적 규정을 확장하여 회의장소·언어·결원시 충원방법·증인소환·분쟁당사국에 의한 특별대리인 파견허용 등을 상세히 규정하고 있다. 또한 헤이그협약의 주요한 부분은 상설중재법원(Permanent Court of Arbitration: PCA)의 설치에 관한 것으로 조약의 분석·적용

19) 국제연맹규약 15조 7항에 연맹국은 '正義·公序를 유지하기 위해 필요하다고 인정되는 조치를 취할 것'이라고 규정함으로써 정의와 평화를 목적으로 하는 강제력이 당사국에 의한 것이든 제3자에 의한 것이든 법적 분쟁 또는 정치적 분쟁에 행사될 때 그 違法性이 阻却되게 되었다.

20) 이병조·이중범, 앞의 책, pp.852-855.

등 법적 분쟁의 해결에는 중재재판이 가장 효과적이고 공평한 방법이라고 지적하고, 당사국은 가능한 한 법적 분쟁을 중재재판에 부탁할 것을 희망하고 있다(38조). 협약은 당사국에게 분쟁을 중재재판에 부탁할 의무를 부과하고 있는 것은 아니나, 당사국이 분쟁을 중재재판에 부탁하기를 원하는 경우 활용할 수 있는 제도와 절차를 마련하고 있는 것이다. 그리고 상설중재법원의 설치를 규정하고 있는데, 엄밀한 의미에서는 각국이 지명하는 임기 6년의 4명 이하의 중재법관후보자 성명을 기재한 명부의 비치라고 할 수 있다(44조). 따라서 협약은 중재법원을 설치할 수 있는 機構를 마련했다고 볼 수 있다.

2.2 1928년 國際紛爭의 平和的 解決에 관한 一般議定書

1928년 파리에서 채택된 不戰條約은 국제분쟁의 해결은 평화적 방법 이외의 다른 방법으로 하지 않는다고 선언하였을 뿐 구체적 방법이나 그 이용의무를 규정하고 있지 않았으므로 동년 비엔나에서 채택된 의정서가 이를 보완하기 위해 분쟁의 평화적 해결절차를 마련하였다. 의정서는 1949년 뉴욕에서 개정되었는데, 그 내용은 2차대전 후 창설된 UN과 ICJ로 기구 명칭을 변경하기 위한 것이었고, 실질적 내용의 개정은 없었다.

의정서는 국제분쟁을 법적 분쟁과 정치적 분쟁으로 분류하여 해결하려고 시도하였다. 외교적 교섭으로 해결하지 못한 모든 분쟁은 조정에 부탁해야 한다(1조). 조정노력이 실패한 경우, 법적 분쟁은 사법적 해결절차에 부탁해야 하고, 정치적 분쟁은 중재재판절차에 부탁해야 한다(1~3장). 중재법원은 당해 분쟁에 적용할 국제법 규가 없는 경우 분쟁당사국이 달리 합의하지 않는 한 衡平과 善의 원칙에 따라 재판할 수 있다(18조). 그리고 당사국은 제1장과 제2장, 제1장 또는 제1장과 제4장에만 부분적으로 가입할 수 있고(38조), 또한 가입 전 사실로부터 발생하는 분쟁, 국내 문제에 관한 분쟁 및 영사지위와 같이 국내적으로 명시된 범주의 분쟁에 대하여는 留保할 수 있다(39조)고 규정하고 있다.

2.3 1962년 兩當事者 中 一方만이 國家인 國際紛爭解決을 위한 仲裁裁判과 調停에 관한 規則

常設仲裁法院(PCA)이 1962년 제네바에서 채택한 紛爭解決模範規則(*Model Rules*)으로 이 규칙을 국가와 민간기업 간에 체결되는 국가계약에 포함할 것을 권장하고 있다. 규칙은 3개장과 기타 조항 및 규칙안 해설로 되어 있으며, 제1장(중재 재판)은 32개조, 제2장(조정)은 21개조, 그리고 제3장(조정과 중재재판)은 3개조로 구성되어 있다.

규칙은 세 가지 해결방법을 규정하고 있는데, ① 법적 분쟁을 중재재판에 부탁하는 방법(1장), ② 법적 분쟁 또는 정치적 분쟁을 불문하고 모든 분쟁을 조정에 부탁

하는 방법(2장), 그리고 ③ 조정에서 해결에 실패한 법적 분쟁을 중재재판에 부탁하는 방법(3장) 등이다. 재판부는 3인으로 구성되며, 분쟁당사국간에 합의가 없는 경우 PCA 사무국에 협조를 요청할 수 있다(1장 5조). PCA 사무국은 분쟁당사국에게 시설과 조직을 사용하게 할 수 있다(1장 1조). 재판준칙은 ‘형평과 선’의 원칙에 대한 합의가 없는 한 법의 존중에 기초하여 재판해야 한다(1장 30조). 조정위원회의 경우 3인으로 구성되며, 분쟁당사국이 위원회구성의 합의에 실패한 경우 PCA 사무국에 협조를 요청할 수 있다(2장 4조). 마찬가지로 PCA 사무국은 분쟁당사국에게 시설과 조직을 사용하게 할 수 있다(2장 1조). 조정에서 분쟁의 해결에 실패한 경우에는 중재재판에 부탁할 수 있다(3장 1조). 이 경우 조정위원회의 위원은 중재법원의 법관이 될 수 없다(3장 3조)고 규정하고 있다.

2.4 1965년 國家와 他國民과의 投資紛爭解決에 관한 協約

1965년 세계은행에서 채택한 외국인 투자가와 자본 도입국과의 분쟁을 해결하기 위한 분쟁해결 절차로서 자본 도입국의 자의적 조치로부터 외국인 투자자의 안전을 보호하는 것을 목적으로 하고 있다.

第3章 國際 海洋紛爭의 政治的 解決 方法

第1節 外交的 手段에 의한 政治的 解決方法

1.1 直接交涉²¹⁾

UN 총회는 1970년에 채택한 결의안에서 “그러므로 국가들은 교섭, 사실조사, 중재, 조정, 중재재판, 사법재판, 지역적 기구나 협의에 의한 해결, 또는 그들의 선택에 따른 기타 평화적 수단에 의해 국가들 사이의 국제분쟁을 조속하고 공정하게 해결하여야 한다”²²⁾고 선언했다. UN 헌장 제33조 1항을 모델로 하여 동 규정에 언급된 여러가지 평화적 수단들은 우선 순위에 따라 나열된 것은 아니다. 하지만 맨 먼저 나와 있는 ‘교섭’이 모든 국제분쟁을 해결하는데 가장 주된 수단이라는 것은 분명하다.²³⁾ 실무 관행을 보더라도, 위에서 언급된 다른 모든 수단들을 다 합친 것보다 교섭이 더 자주 이용되고 있다. 실제로 많은 경우에 교섭은 사용되는 거의 유일한 수단이다. 그 이유는 항상 맨 먼저 시도되는 수단은 교섭이고, 또 이것의 성공률이 높기 때문만은 아니다. 주된 이유는 국가들이 다른 수단들을 이용할 필요성을 거의 느끼지 않을 정도로 교섭의 이점이 크다고 믿기 때문이다. 이러한 믿음은 교섭을 통한 분쟁의 해결 전망이 매우 불투명한 상태에서도 마찬가지로 나타난다. 다른 수단이 사용되는 경우에도 교섭은 그 수단들과 함께 사용되어 그것들을 지휘·감독하는 기능을 수행한다.²⁴⁾ 따라서 어떤 형태로든 ‘교섭’은 국제분쟁에서 중요한 부분을 차지한다. 그리고 교섭은 분쟁을 해결하는 수단 이상의 기능도 가지고 있다.

21) “negotiation”을 어떻게 번역해야 하는지에 관해 국제법학계에서는 통일된 의견이 아직 없다. 일본 학자들이 사용하고 있는 “직접교섭”이라는 용어를 사용하기도 하고, “외교교섭”이라고 번역하거나, 그냥 “교섭”이라고 하는 경우도 있다. 또한 국제법 이외의 분야에서는 이것을 “협상”이라고 번역하기도 한다. 그러나 교섭의 가장 큰 특징은 당사자들 사이에 ‘직접’ 대화를 통해 문제를 해결하는 것이다. 따라서 직접교섭이라는 용어가 그 의미를 가장 잘 전달하고 있다.

22) 약칭 우호관계선언(General Assembly Declaration on Principle of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of the United Nations), G.A.Res.2625(XXV), October 24, 1970. 이 결의안은 유엔 총회에서 표결없이 채택되었다.

23) 직접교섭(negotiation)의 의미와 중요성에 관해 자세한 논의는 C. M. H. Waldock(ed.), INTERNATIONAL DISPUTES: THE LEGAL ASPECTS, London, 1972, Chapter 2A(H. Darwin)과 F. S. Northedge and M. D. Donelan, INTERNATIONAL DISPUTES: THE POLITICAL ASPECTS, London, 1971, Chapter 12 그리고 P. J. I. M. De Waart, THE ELEMENT OF NEGOTIATION IN THE PACIFIC SETTLEMENT OF DISPUTES BETWEEN STATES, The Hague, 1973을 참고.

24) 예를 들면, 방법상의 쟁점, 혹은 사실조사(inquiry)나 조정(conciliation)을 위한 위원회의 설치 합의, 또는 중재결정을 이행하기 위해 필요한 조치의 마련 등등을 하는데 교섭이 이용된다.

즉, 교섭은 분쟁의 발생을 막는 기술이기도 하다. 예방은 치료보다 항상 더 나은 것이기 때문에, 교섭의 이런 형태인 “사전 협의(consultation)”부터 살펴보기로 한다.

1) 事前 協議(consultation)²⁵⁾

한 국가가 자신의 결정이나 행동계획이 다른 나라에 피해를 줄 것으로 예상되는 경우에, 피해를 입을 수 있는 국가와 사전 협의를 하는 것은 분쟁을 막는 하나의 방법이 될 수 있다. 왜냐하면 이런 사전 협의를 통해 그 결정 및 계획을 수정하거나 타협을 할 수 있는 기회가 주어지기 때문이다. 해당 국가들과 마찰을 피하기 위해 필요한 것은 그 결정이나 계획에 대한 약간의 수정이면 충분하고, 그러한 수정은 그 결정 혹은 계획을 만든 국가에게 큰 어려움을 주지 않는 지엽적인 문제일 수도 있다. 하지만 관련된 상대 국가가 이런 변경을 요구하지 않았더라면, 문제가 있다는 사실조차도 인식하지 못하고 지나칠 수 있었다는 점이 중요하다. 다시 말해, ‘사전 협의’의 특별한 진가는 이것이 유용한 정보를 가장 적절한 시점 - 어떤 일이 실행에 옮겨지기 전 - 에 제공해 주는 것이다. 결정을 내리는 단계나 계획을 수립할 때에는 쉽게 수정할 수 있는 사항도 그 후에 바꾸려고 하면, 외국의 압력에 굴복한 것처럼 보이거나 혹은 국가 이익을 희생했다는 비판을 받을 수 있다.²⁶⁾

협의를 개별 사건에 대한 임시 조치로서 진행되는 것이 보통이다. 그리고 관련 국가 상호간에 모두 어떤 動機를 부여하는 예외적인 경우를 제외하고는 이것을 제도화하는 것은 매우 곤란하다는 점이 확인되어 왔다. 협의를 의무화하면 국가가 결정을 내리는 것이 늦어지고, 그 의무가 어떻게 정의되느냐에 따라 국가가 취할 선택의 폭이 좁아질 수 있다. Lake Lanoux 사건에서 중재재판부는 협의 의무가 지켜졌는지를 판단하는 것은 매우 어려운 문제라고 지적하며서, 본 사건의 사실관계를 볼 때 프랑스는 의무를 다했다고 판시했다. 협이가 강제적이 되도록 하려면, 이런 의무가 발생하는 상황 및 의무의 내용에 관한 상세한 定議가 필요하다. 그렇지 않으면 합의된 절차를 따랐는지 여부에 관한 논쟁 그 자체가 또 하나의 분쟁으로 비화될 수 있다.

자발적이거나 강제적이거나에 상관없이, 협의는 입법적 결정보다는 행정적 결정에 더욱 쉽게 적용된다. 그 이유는 후자가 흔히 전자에 비해 절차가 덜 복잡하고, 훨씬더 중앙집권적으로 운영되기 때문이다. 하지만 입법적 조치 또한 국제분쟁을 야기할 수 있기 때문에 입법과정에서도 협의와 같은 효과를 갖는 절차를 마련하면 유용할

25) “Consultation”이란 전문가에게 諮問을 구하는 뜻으로 흔히 사용되는 용어이다. 하지만 여기서 의미하는 것은 어떤 결정을 내리기 전에 상대방의 의견을 들어보고 그 내용을 최종결정에 반영하려는 절차이다. ‘事前’에 상대방과 의논한다는 점이 이 방법의 중요한 특징이기 때문에 “事前 協議”라고 번역하는 것이 그 의미를 명확히 전달하는 것이다.

26) 다른 나라의 입장이나 감정을 고려하는 것으로 ‘통지(notification)’와 ‘사전 동의(prior consent)’도 있지만 이들 둘은 협의와 구별되어야 한다. 이에 관한 자세한 내용은 김재원 역, 앞의 책, pp.19-20 참조.

것이다. 긴밀한 관계에 있는 국가들 사이에는 그들 공동의 이해관계가 걸린 문제에 대해 서로 협의하여 입법적 및 행정적 조치를 취하도록 제도적 조치를 마련하는 것이 가능할 것이다. 물론 이런 통일된 법규정을 만드는 것이 대단히 어려운 것은 사실이다. 하지만 법규정을 통일시키는 것이 불가능한 경우에는 각국의 규정이 다른 나라의 관련 규정과 서로 양립 가능하도록 하는 것이 차선책이다. 어떤 경우에도 분쟁을 피할 수 있게 한다는 점만으로도 이런 노력들을 경주할 가치가 있다.

또 하나의 방법은 다른 국가 혹은 이해관계자들이 국내 입법과정에 참여하도록 기회를 주는 것이다. 그런데 이것이 가능할 것인지 여부는 외부의 참여가 실제로 영향을 미칠 수 있을 만큼 그 입법과정이 충분히 개방되어 있느냐에 달려있다. 또한 이런 참여를 받아들일 만큼 두 나라의 관계가 우호적이지 않으면 허용하기 어려울 것이다. 실제로 이런 조건들이 충족되어 운영된 예로 가스(gas) 수입에 관한 미국과 캐나다의 경우가 있다.²⁷⁾

위에서 살펴본 것처럼, 사전 협의는 국제분쟁을 피할 수 있게 하는 매우 좋은 방법이다. 따라서 요즘처럼 국가간의 상호 의존도가 높아진 국제사회에서 협의가 점점 더 많이 활용되고 있다는 사실은 놀라울 것이 없다. 하지만 아직까지 이 방법이 채택되고 있는 분야는 여전히 제한되어 있다. 앞으로 많은 국제분쟁의 원인이 될 천연자원에 대한 이용·개발 및 환경보호와 같은 문제에 대해 협의제도의 이용이 아직 미미하다. 지역적인 편차 또한 심하다. 미국과 캐나다 사이, 또는 서유럽에서 이 제도가 이미 여러 분야에 이용되어 오고 있는 반면에 그 외의 지역에는 거의 알려지지 않고 있다.

협의를 각종 현안에 구체적으로 활용하는 방법을 모색할 때 앞에서 언급한 두 가지 종류의 협의, 즉 義務的인 것과 국가들이 選好하는 자발적인 것 사이의 차이를 분명히 할 필요가 있다. 사전 협의에 관한 포괄적인 책을 저술한 Kirgis 교수는 많은 국가들의 실제 관행을 조사한 후, “사전 협의에 관한 범규범이 증가하고 있지만, 모든 문제에 사전 협의를 의무화하는 것은 가까운 장래에는 가능하지 않을 것이다. 따라서 사전 협의를 제도화하는 것이 바람직한 경우에 한해서 자주 발생하고 비교적 잘 定義된 분쟁 상황에만 사전 협의를 적용해야 할 것이다”라고 결론 내렸다.

국가들에게 사전 협의 절차를 수용하도록 하는 것이 쉽지 않다는 사실과 이것이 받아들여졌다 해도 운영에 어려움이 많다는 점은 국가가 그 속성상 개인과 다르기 때문이다. 국가는 개인과 같이 단일한 단체가 아니고, 다양한 집단 및 이익의 복합체라는 점을 명심해야 한다.

2) 交渉의 形態

흔히 국가간의 교섭은 ‘통상적인 외교채널’을 통해 이루어진다. 다시 말해, 각국

27) Settlement of International Disputes between Canada and the U.S.A.(Report of the American and Canada Bar Associations' Joint Working Group, 1979 참조.

외무부의 관리나 외교관을 통해서 교섭이 이루어지며, 매우 전문적인 문제가 관련되어 있을 때는 이들 외교 담당자들이 관련부처의 관리들을 포함시킨 대표단을 이끌기도 한다. 외교채널을 통하지 않고, 각국의 소위 '소관 부서'에 의해 교섭이 진행되는 경우도 있다. 이 때에 소관 부서의 관리들이 최고위급이 아닐 경우에는, 이들이 합의에 실패한 부분에 대해서 자기 정부의 더 고위급 관리들에게 위임하기도 한다.

어떤 문제나 상황이 반복해서 발생하여 지속적인 통제·관리를 요하는 경우에 국가들은 '공동위원회'라는 것을 설치하여 교섭을 제도화할 수 있다. 흔히 인접국가들 사이에 이런 위원회를 설치하여 국경선의 확장이나 기타 공동의 관심사들을 다루고 있다. 공동위원회는 보통 같은 數의 양국 대표들로 구성되며, 존속기간의 제한 없이 광범위한 문제를 다룰 수 있도록 하지만, 어떤 특정 문제만을 처리할 임무만을 부여받기도 한다.

정례화된 교섭이 성과를 얻지 못하고 있는 경우에 돌파구를 찾는 방법으로 국민수반들 사이의 頂上會談 또는 외무부 장관들 사이의 회담을 이용할 수도 있다. 이런 회담을 통한 협상이 만능은 아니지만, 이것이 갖는 특별한 효력은 있다. 정상회담은 관료주의적 경직성을 어느 정도 배제하게 하는 동시에, 국가원수들 위신을 세워주기 위해 합의도출의 動機를 제공하여 합의가 이루어지는 것을 용이하게 한다. 그런데 많은 경우 頂上外交는 통상적 교섭의 최정점일 뿐이라는 점을 간과해서는 안 된다. 이런 정상외교를 통해 발표된 성과라는 것은 정치적 고려에 따른 선전일 뿐이고, 이미 실무진들에 의해 합의된 사항을 확인하는 것 이상의 의미는 없다. 일반적인 교섭과는 달리, 정상회담은 많은 사람들의耳目을 집중시키고, 실현되기 어려운 기대감도 자아낸다. 이런 측면은 정상회담이 갖는 약점이다. 그러므로 정상회담에 거는 지나친 기대와 환상은 제거되어야 한다. 정상회담도 통상적인 외교채널의 한 부분으로 인식되는 것이 바람직하다.

정상외교의 예에서 잘 드러난 것과 같은 공개적 교섭은 국제기구에서의 활동에도 나타난다. 유엔 총회나 이와 유사한 국제회의에서 국가들은 국제적 관심을 끄는 방식으로 외교적 협상을 벌일 수 있다. 이 방법은 자국의 어려운 처지를 세계에 알리고, 그 문제의 해결에 도움을 줄 수도 있는 다른 국가들의 관심을 끄는데 분명히 효과적인 수단이 된다. 하지만 이 방식을 택한 경우의 단점도 있다. 이 경우 자신들의 입장이나 행동방침을 너무 분명하게 알려버렸기 때문에 그런 입장이 비현실적이라고 후에 판명되어도 태도를 바꾸거나 주장을 철회하는 것이 어렵게 된다. 그러므로 교섭을 통해 분쟁을 해결하겠다는 의지가 확고한 국가는 공개적인 토론을 통한 극적인 대결보다는 국제기구들을 통한 여러 가지 비공식적인 접촉을 활용하는 편이 나을 것이다. 또한 국제기구는 특정 종류의 분쟁에 대해서 문제를 제기하거나 어려움을 호소하는 場으로 대단히 매력적인 곳이다. 하지만 이곳에서의 논의를 어느 정도까지 전통적인 교섭의 代用物로 인정할 것인지 여부는 국제재판소가 풀어야 할 숙제로 남아있다. 이 문제를 해결하기 위해서 국제재판소는 먼저 자신들에 상응하

는 정치적 국제기구들과 사법기관인 자신들과의 바람직한 관계 설정을 고려해야 할 것이다.

3) 交渉의 内容

교섭을 통한 분쟁 해결이 가능하려면, 당사자들 사이에 합의를 통해 얻는 것이 잃는 것 보다 많다는 믿음이 있어야 한다. 서로의 이해가 완전히 상반되는 경우에 한쪽에게 모든 것 - 혹은 거의 대부분 - 을 양보하게 하는 해결은 받아들여지기 어렵다. 이런 난국을 타개할 수 있는 몇 가지 방법이 있다. 분쟁의 실제적 측면에 관해 교섭이 전혀 진전이 없는 경우에도 당사자들이 절차적인 해결방식에 관해 합의를 보는 것은 가능할 수 있다. 이것은 얻는 것이 잃는 것 보다 많아야 한다는 원칙에 대한 예외는 아니다.²⁸⁾ 또 다른 접근방식은 분쟁의 핵심이 되고 있는 논점들을 양측이 받아들일 수 있는 방식으로 분리시키는 것이다. 이런 방식의 해결은 1978년 오스트레일리아와 파푸아뉴기니 사이에서 토레스 해협 해역 경계 획정 문제를 두고 발생한 분쟁에서 창출되었다.²⁹⁾ 그 분쟁에는 여러 가지 문제들이 복합되어 있다는 것을 인정하면서, 양국은 교섭을 통해 해협 안에 위치한 섬 주민들의 利害, 그 섬들의 법적 지위, 해저 관할권, 어업관할권, 해양 보존, 항행권을 각각 따로 다루기로 합의했다. 해양 경계 획정이라는 단일한 의제로 교섭을 한 초반의 시도가 완전히 실패하자, 대단히 기능적인 접근이라고 할 수 있는 이 방식의 장점이 명확히 드러났다.

만약 분쟁을 이처럼 분리할 수 없다면, 한쪽에 내용상의 양보를 얻어내는 대가로 절차적인 문제에 합의를 이끌어 낼 수도 있다. 1961년 영국과 아이슬란드 사이의 분쟁이 이런 방식으로 해결되었다.³⁰⁾ 이런 협의는 양측의 의견이 대립되는 점에 대해 서로 의견을 달리함을 인정하면서도 교섭을 통해 성공적으로 결론에 도달한 것이고, 이런 경우는 실제로 그렇게 드물지 않다. 이러한 규정을 “without prejudice 조항”³¹⁾이라고 부르는데, 다른 외교적 기술과 같이, 이것도 兩者 교섭은 물론 多者間 교섭에서도 유용하게 쓰인다. 후자의 경우 민감한 논쟁점들을 피해 가야할 필요성이 전자의 경우보다 더 클 수 있기 때문이다. 이 점을 특히 잘 보여주는 예는 1959년의 남극조약³²⁾이며, 두 나라 사이에 이루어진 이와 유사한 예는 1989년 영국과 아르헨티나 사이의 비공식적 합의이다.

28) 좋은 예로, 프랑스와 스페인이 거의 40년간 논쟁을 벌여온 Lake Lanoux 사건을 중재재판에 회부하기로 합의함으로써 이들 두 나라는 이 문제를 해결할 수 있는 길을 열고, 동시에 양국의 불편한 관계의 중요한 원인을 제거했다.

29) H. Burmester, “The Torres Strait Treaty: Ocean boundary delimitation by agreement” (1982) 76 A. J. I. L. 321.

30) 이에 관한 자세한 내용은 김재원 역, 앞의 책, p.32 참조.

31) 어떤 문제를 논의하거나 법적으로 규정하면서 현재 하는 논의나 법규정이 이것 이외의 다른 문제에 대해 영향을 미치지 않는다는 매우 기술적인 제한을 두는 것.

32) 남극 조약의 全文은 54 A. J. I. L., p.477(1960); 이에 관한 자세한 논의는 J. Hanessian, “The Antarctic Treaty 1959”(1960) 9 I. C. L. Q. 436 참조.

교섭 담당자들 사이에 이런 방식의 타협이 왜 인기가 높은지는 쉽게 짐작할 수 있다. 이 방식이 갖는 이점은 양립 불가능한 입장들 사이의 해결책을 제공해 주지 못하더라도, 최소한 봉착한 난관을 우회해 갈 수 있는 방법을 제시해 준다는 것이다. 하지만 이런 방식의 해결이 만병통치약은 결코 아니다. 서로 의견을 달리하는 것으로 드러난 쟁점은 사라지지 않으며, 그 점이 갖는 비중이 크다면 잊혀지기보다는 오히려 장래 분쟁의 불씨로 남을 수 있다. 따라서 ‘기존 상태 및 권리에 영향을 미치지 않는 식’의 합의는 교섭을 통한 분쟁해결의 한 수단이라기보다는 분쟁을 다루는 방법의 하나로 생각되어야 한다. 교섭이 가능한 논쟁점들에 관심을 집중시킴으로써 다른 더 어려운 문제들을 직접 다룰 때가 올 때까지 협상이 다소나마 성과를 거둘 수 있다.

분쟁의 성격상 혹은 당사자들이 한 쪽의 손실에 근거하여 다른 쪽이 이득을 보는 합의를 요구하는 경우가 종종 있다. 이런 경우에 손해를 입게 되는 측에 보상을 해주는 방법으로 그 쪽이 시간과 장소 등 교섭의 세부적인 사항을 결정할 수 있도록 할 수 있다. 이런 세부적인 문제에 대한 결정권을 갖는다는 것은 실제 상황에서 상당히 중요한 상징적 의미를 가질 수 있기 때문에 결과에도 긍정적인 효과를 미치는 요소가 될 수 있다. 보다 근본적인 해결 방식으로는 소위 “一括妥結”이라는 것이 있다. 이 방식은 두 분쟁을 하나로 묶어서 양측의 이해득실이 전체적으로 균형을 이루어 당사자들이 교섭 내용을 받아들이게 하는 것이다. ‘일괄타결’ 방식은 제3차 유엔해양법 회의와 같이 多者間 교섭에서 특히 많이 사용되었다. 이 해양법 회의에는 수많은 나라가 참여했고, 광범위한 의제가 다루어졌기 때문에 논쟁점들을 서로 교환하는 것이 회의 진행상 가장 두드러진 특징이었다.³³⁾

국제 교섭의 실제적 측면과 관련하여 고려해야 할 점 또 하나는 과거보다 훨씬 중요해진 오늘날 외교의 대중적 차원이다. 교섭과정에서 여러 제안 및 반대제안들이 상호 교환되는 것은 양측이 만족할 수 있는 조치가 취해지도록 합의를 이끌어내기 위함이다. 하지만 국내의 이해관계 집단이 교섭과정의 일거수 일투족을 지켜보고 있다면, 상대방에게 무언가를 양보한다는 것이 어려울 것이다. 또한 상대방이 합의에 이르려는 진지한 의도 없이 단지 자기들에게 유리한 여론을 불러일으키는 일에만 관심이 있다고 의심이 생기면, 상대방이 진지한 제안을 하는 경우에도 그것을 단지 선전에 불과하다며 물리쳐 버릴 수도 있다. 언론보도에 관해서도 유의해야 한다. 특히 민감한 문제에 대한 교섭이 진행될 때 언론의 보도 경쟁이 합의를 위태롭게 하지 않도록 신경 써야 한다.³⁴⁾ 가능성 있는 합의를 어렵게 하는 점을 제외하면, 일반대중에게 교섭의 진행상태를 알리는 것이 또 다른 논란거리를 피할 수 있게 하는 근거가 될 수도 있다.³⁵⁾

33) H. Caminos and M. R. Molitor, “Progressive development of international law and the package deal” (1985) 79 A. J. I. L. 871.

34) L. Freedman and V. Gamba-Stonehouse, SIGNALS OF WAR: THE FALKLANDS CONFLICT OF 1982, London, 1990, Chapter 23.

35) [1978] I. C. J. Rep. pp.39-40; D. H. N. Johnson, “The International Court of Justice denies

4) 交渉과 裁判

교섭은 모든 국제분쟁의 어떤 단계에서도 이용된다. 이런 점에서 다른 모든 종류의 분쟁해결 방법과 교섭은 서로 연관되어 있다. 하지만 교섭과 재판의 관계를 특히 유의할 필요가 있다. 교섭은 분쟁의 당사자들에게 그 분쟁에 대한 통제력을 최대한으로 보장해 주는 방법이다. 이에 반해 재판은 법원에 의해 결정이 내려지는 것이므로 결정에 관한 한 당사자는 영향력이 미칠 수 없다. 이런 이유로 어떤 시점에서 교섭이 재판의 단계로 이전되었는지를 판단하는 것과 이들 두 방법 사이의 관계를 정의하는 것은 대단히 중요하다.

이 둘의 관계가 특히 중요시되는 상황은 관련 국가들이 교섭의 실패를 재판 개시의 조건으로 한 경우이다. 다시 말해, 당사자들 사이에 교섭을 통해 분쟁을 해결하려는 시도가 실패한 때에 비로소 법원이 그 분쟁에 대해 재판을 할 수 있는 권한을 갖도록 한 경우이다. 이런 상황에서 ① 법원의 관할권과 관련하여 ‘교섭’으로 간주될 수 있는 것은 어떤 것인가, ② 교섭을 통한 해결의 가능성이 없어졌다는 것을 어떤 식으로 입증할 수 있는가하는 질문들이 제기된다.³⁶⁾ 교섭을 통한 분쟁해결이 불가능하게 되었다는 것을 주장하기 위해서는 먼저 어떤 형태로건 교섭이라고 할 수 있는 것이 행해졌음을 입증해 보여야 한다. 물론 이것은 일반적인 경우에 해당하는 원칙이고 예외는 있다. 만약 분쟁의 한쪽 당사자가 교섭에 응할 의사가 없음을 분명히 밝힌 경우라면, 교섭이 없었다는 사실 때문에 재판의 시작이 방해받지는 않는다.³⁷⁾ 이와 같이 분쟁의 당사자들이 해결방식 중에서 교섭을 우선시한 경우, 단지 교섭을 거부하는 편법을 쓴다고 하여 중재재판과 같은 법적 절차의 진행이 지연되지는 않는다. 하지만 더 어려운 상황은 교섭이 진행되기는 했으나 해결책을 내지 못한 경우이다. 이런 상황에서 재판을 원하지 않는 쪽은 교섭을 더 진행시키는 노력이 필요하다고 주장할 것이고, 이에 반해 재판을 하는 편이 낫다고 생각하는 쪽은 법원이나 중재재판소에 재판의 시작을 더 이상 미룰 이유가 없다고 주장할 것이다. 이 경우 교섭을 통한 분쟁해결이 가능한지 여부에 관한 어려운 문제를 결정하는데 도움이 될 수 있는 좋은 방법은 서로 원하는 방식을 해결하는데 드는 시간을 한정하는 것이다.³⁸⁾

국제 재판을 받기 위한 전제 조건으로 교섭을 통한 해결이 요구되는 경우가 아니

jurisdiction again” (1976-7) 7 Aust. Year Book Int. L. 309 참조.

36) South West Africa case; Border and Transborder Armed Action, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, [1988] I. C. J. Rep. p.69.

37) United States Diplomatic and Consular Staff in Teheran, Judgment, [1980] I. C. J. Rep. p.3.

38) 그 예로 1965년의 ‘내륙에 고립된(바다에 접해 있지 않은) 국가들의 통과 무역에 관한 협정’에 “이 협정의 해석 및 적용과 관련하여 발생하는 모든 분쟁이 교섭 혹은 기타 평화적 해결 방법에 의해 9개월 안에 해결되지 않는 경우에는 당사자 일방에 의해서도 중재재판에 그 해결을 부탁할 수 있다”는 규정(Article 16(1), 597 U. N. T. S. 3 (1967))이 있다.

더라도, 문제된 의견의 불일치가 ‘국제분쟁’으로 볼 수 있는지 여부는 외교적 접촉을 통해 분명히 해 둘 필요가 있다. 이 점은 특히 재판과 관련해서 중요한데, 그 이유는 재판이라는 것은 분쟁해결을 위한 아주 전문적인 방법이라서 모든 종류의 의견 불일치를 다루기에 적절한 수단은 아니기 때문이다. 재판의 특수한 기능 중에 하나는 법원은 - 정치적인 국제기관들과는 달리 - 긴장상태가 조성되어 있다고 해서 그 해결에 바로 개입할 수 없다는 점이다. 즉, 법원은 구체화된 문제점이 존재하고, 이것이 법원에 의해 해결될 수 있는 성질의 것이어야만 개입할 수 있다. 따라서 교섭이 수행하는 기능의 하나는 분쟁의 초점을 잡아 재판에 회부해야 할 논점들이 무엇인지를 가려내는 것이다. 이렇게 볼 때, 교섭은 재판권 행사를 위한 전제조건으로 중요할 뿐 아니라, 당사자들 사이의 의견불일치가 법원이나 중재위원회에 회부해야 될 성질의 것이라는 점을 명확히 하기 위해서도 필요하다.

재판관이 관계에 있어서 교섭이 갖는 이런 선별 및 구체화 기능은 중요한 것이기는 하지만, 그렇다고 이들 둘이 반드시 서로 연관되어 있다거나 혹은 재판을 하기 위해서는 교섭이 필수적이라는 것은 아니다. 하나의 분쟁이 존재한다는 사실을 입증하기 위해서는 한 쪽의 주장에 대해 상대방이 명확히 반대의사를 표명했다는 점을 보여주는 것으로 충분하다.³⁹⁾ 실무 관행상 이런 입증은 외교적 접촉을 가진 결과, 문제가 된 논쟁점들이 공식적인 의견 표명을 통해 분명해졌고, 교섭을 통해 그 문제를 해결하려는 노력이 실패했음을 증명함으로써 충분하다. 하지만 공식적인 의견표명이 있어야만 분쟁이 있는 것으로 본다는 법원칙은 없다. 의견 불일치의 대상이 되는 문제가 명확히 드러난 경우에 국제사법재판소는 분쟁 당사자들 사이의 공식적인 접촉이 없었더라도 분쟁이 존재한다는 결정을 내릴 수 있다.⁴⁰⁾

한편 교섭은 분쟁해결을 시도할 때 이용되는 기본적 수단이기도 하지만, 이것에 우선권이나 특권적 지위가 부여되느냐의 여부는 당사자들이 결정할 문제일 뿐, 사법적 심판의 대상으로 적절한지 여부에 관한 법원칙에 달린 것은 아니다. 이런 식의 접근방식이 현명한 이유는 국가들이 취할 수 있는 행동들에 불필요한 제한을 줄이고, 다양한 방법들이 동시에 추구될 수 있도록 허용함으로써 복잡한 국제분쟁들이 평화적으로 해결될 가능성이 높아지기 때문이다. 마지막으로 교섭과 재판의 실제적 관계를 보면, 국제분쟁을 외교적으로 해결해 보려는 과정에서 당사자들은 그 문제가 후에 재판에 회부되었을 때 그들에 불리하게 작용할 수 있는 언행을 할 수 있고, 이런 경우 그런 국가로 하여금 사건을 재판에 회부하는 것을 망설이게 할 것이다. 이러 문제를 푸는 방법은 그 분쟁의 내용에 관해 진행되었던 교섭을 재판과 절연시키는 것이다.⁴¹⁾ 이러한 내용의 규정은 그리 흔치 않은데, 그 이유는 외교적

39) S. Rosemme, THE LAW AND PRACTICE OF THE INTERNATIONAL COURT, 2nd rev.ed., Dordrecht, 1985, p.293.

40) Diplomatic Staff in Teheran 사건이 이런 예이다. 이 사건에서 이란이 취한 행동들이 미국과의 공식적인 외교관계를 단절시켰음에도 불구하고, 국제사법재판소는 관련된 국제협약의 해석 및 적용에 있어 이란과 미국간이 분쟁이 존재한다는 결론을 주저 없이 내렸다. 이런 원칙은 1985년 튀니지가 앞서 내려진 Tunisia-Libya Continental Shelf 결정에 대한 해석과 개정을 요구했을 때 국제사법재판소에 의해 재확인되었다.

접촉 과정에서 흔히 행해진 것들을 증거에서 배제하는 것은 교섭이 상당히 오랫동안 계속되었던 경우, 혹은 합리성 및 수용 기준이 재판 단계에서 주요 쟁점이 될 수 있는 경우에 중요한 의미를 가질 수 있기 때문이다. 하지만 두 경우 중 앞의 상황에서는 성과 없는 교섭으로부터 보다 확실한 해결방식으로 옮겨 갈 수 있다는 이점이 분명히 있다. 또한 어떤 종류의 사건에서는 형평에 맞는⁴²⁾ 기준을 적용하려는 경향이 있는데, 이것은 국제법의 어떤 영역에서는 법규정에 근거한 재판과 화해를 강조하는 조정사이의 구별이 점점 모호해 지고 있다는 것을 의미한다. 그러므로 교섭이 재판의 장애물이 되지 않는다면, 외교적 접촉의 내용을 재판시 언급하지 못하게 하는 것은 더욱 더 필요할 것이다.

5) 交渉의 限界

분쟁의 당사자들이 상대방과 어떠한 접촉도 거부하는 경우에 교섭은 불가능하다. 심각한 분쟁의 경우에는 외교관계를 단절하는 일도 있다. 이런 조치는 武力 행사가 있는 경우에 일반적으로 많이 취해진다.⁴³⁾ 물론 공식적인 외교관계가 단절되었다 하여 그 국가들 사이의 모든 접촉이 없어지는 것은 아니다. 하지만 이런 조치는 앞에서 본 것 같은 여러 가지 통상적인 외교적 접촉 방식들을 배제시킴으로써 교섭의 이용에 중대한 장애물이 되는 것은 틀림없다. 이와 유사한 결과는 상대방이 분쟁 당사자로서의 지위를 갖지 못하게 하려고 상대방을 국가로 승인하지 않거나, 또는 국가로 인정할 수 없다는 일방적 선언을 하는 경우에도 발생한다. 이런 경우의 문제는 공식적 접촉 통로가 만들어지지 않는다는 것이지만, 代替的 방법들에 의해 상황을 타개해 갈 가능성은 있다.⁴⁴⁾

당사자들 사이의 입장 차이가 너무 크거나, 그런 차이를 메워 줄 수 있는 공통 관심사가 없다면 교섭은 효과를 거두지 못한다는 것도 한계이다. 앞서 살펴 본 것처럼 양측이 모두 만족할 수 있는 합의를 이끌어내는 여러가지 방법들이 있지만, 아무리 창의적인 시도를 한다면 양측이 모두 받아들이는 타협안을 마련할 수 없는 상황도 많다는 사실을 인정해야 한다. 이런 상황에서는 분쟁의 실제적 측면에

41) 미국과 캐나다가 Gulf of Marine 사건을 국제사법재판소의 특별재판부에 부탁하기로 한 특별협정의 제5조 1항은 “양국은 1969년 이후 해양경계 분쟁에 관해 양국 사이의 교섭 및 논의 과정에서 표출된 제안들의 내용 및 성격 또는 그에 대한 상대국의 대응을 어떠한 형태로건 증거로 제시하거나, 논거로 사용해서는 안되며, 일반에 공개해서도 안 된다”고 규정하고 있다.

42) 엄격하게 법규정을 적용하는 것이 아니고, 구체적인 경우에 가장 공평하다고 판단되는 결과가 이루어지도록 하는 것.

43) 1979년 테헤란의 미국 대사관이 점거된 후 미국과 이란 사이의 외교 단절, 1982년 포클랜드 침공 이후 영국과 아르헨티나 사이의 외교 단절 등이 있다.

44) 미국이 북경(Peking) 정부를 승인하기 이전에 미국과 중국 대표들 사이에 수년간 행해졌던 광범위한 논의가 이런 예이다. 그러나 아랍 국가들과 이스라엘의 예와 같이, 상대를 승인하지 않는 것이 문제가 된 분쟁이 실제적 쟁점과 연관되어 있는 때에는 비공식적 채널을 통한 접촉이 이루어질 수 없다.

대한 합의가 이루어질 여지가 거의 없음은 물론, 분쟁을 중재재판에 부탁하는 것과 같은 절차적 문제에 대한 교섭도 이루어지기 어렵다.

교섭이 성공할 가능성이 거의 없는 상황에서도 분쟁 당사국들은 교섭을 시도해야 할 의무가 있는 것으로 흔히 믿고 있다. 하지만 교섭이 분쟁해결 수단으로 적절치 않다고 간주된 경우에 이런 믿음은 옳지 않다. 만일 당사자들 사이에 분쟁해결을 위한 절차가 이미 합의되었다면, 그 중 일방이 합의된 절차에 따르는 것을 거부하면서 교섭을 요구할 수는 없는 것이다. 또한 모든 국가는 항상 교섭에 응할 준비가 되어있어야 하는 것은 아닌데, 그 이유는 어떤 형태이건 합의된 내용은 사건의 옳고 그름만을 담고 있는 것이 아니고, 당사자들 사이의 힘의 優劣도 반영하고 있기 때문이다. 즉, 교섭에 임한다면 불공정한 결과가 나올 것이 명백한 약소국의 입장에서는 교섭에 응하지 않을 충분한 이유가 있다. 분쟁해결이 교섭을 통해서 성공하지 못할 것이라고 판단하는 경우에 생길 수 있는 또 다른 문제점이 있다. 교섭의 실패가 때때로 분쟁이 새롭고 더 위험한 국면으로 접어드는 신호가 될 수 있다는 점을 인식한 정부들이 교섭에 임하는 것을 피하려고 한다는 것이다.⁴⁵⁾

국가는 물론 조약을 통해 그 자신에게 교섭에 임할 의무를 부과할 수도 있으며, 어떤 상황에서는 일반적인 법규범에 의해 그런 의무가 발생할 수도 있다. 예를 들면, 1969년 국제사법재판소는 국제관습법에 의거하여 이웃 나라들 사이의 대륙붕 경계는 “형평의 원칙에 합치하는 합의에 의해서 설정되어야 한다”고 결정했다.⁴⁶⁾ 이 사건에서 국제재판소가 판시한 점은 한 나라 이상의 권리가 영향을 받는 상황에서 그 문제들에 대한 규제는 어느 한 나라에 의해 일방적으로 행해질 수 없고, 반드시 관련 나라들 사이의 교섭을 통해 이루어져야 한다는 것이다. 이런 상황들에서는 분쟁이 일어나기 전에 교섭에 임할 의무가 있지만, 많은 경우에 교섭은 분쟁이 발생했을 때 비로소 요구되며, 이 때 교섭이 유일한 수단으로 사용되기도 하지만, 일반적으로 다른 수단들을 사용하기 위한 준비 수단으로 쓰인다.⁴⁷⁾ 그러므로 어떤 상황에서는 교섭에 임해야 할 의무가 있다는 것이 분명하고, 또한 다른 상황에서는 분쟁 해결수단의 선택에 관해 “신속하게 상호간의 견해를 교환”하는 것과 같이 이 보다 가벼운 의무가 부과되기도 한다. 하지만 분명히 강조해야 할 점은 어떤 조치가 다른 나라에 영향을 줄 수 있는 경우에 그런 조치를 취하기 전에 상대국과 협의를 해야 할 의무가 일반적으로 있지 않듯이, 분쟁을 반드시 교섭을 통해 해결하도록 노력해야 하는 일반적인 의무는 없다는 것이다. 유엔 헌장 제33조에는 분쟁해결을

45) 교섭이 실패하면 분쟁은 그 교섭은 시도하기 전의 원점으로 그대로 복귀할 것이라고 생각하는 이들이 있지만 꼭 그렇지만은 않다. 상대자들의 견해 차이가 서서히 좁혀지고 있다는 것을 드러내 보임으로써 사태가 나아지는 경우도 있고, 또 그 정반대의 결과가 나타나기도 한다. 교섭을 통해 당사자들은 평화적 해결 가능성을 모색한다. 그러나 이런 시도가 실패하면, 다른 대안이 없다고 판단하여 武力을 사용하도록 만들 수도 있다.

46) North Sea Continental Shelf, Judgment [1969] I. C. J. Rep. p.3.

47) 1978년의 ‘조약의 국가 승계에 관한 비엔나 협약’ 제41조에서 “이 조약의 적용 및 해석에 관해 계약국들 사이에 분쟁이 발생하는 경우에, 당사자 일방의 요구가 있으면 분쟁의 모든 당사자들은 협의와 교섭을 통해 분쟁을 해결하여야 한다”고 규정하여 이런 의무적 교섭의 예를 잘 보여 주고 있다.

위한 다양한 수단들이 선택적 대안으로 제시되어 있다. 따라서 교섭을 이용해야만 하는 의무가 특별히 부과되어 있지 않은 경우에 국가는 다른 수단을 사용하자고 주장할 수 있다. 하지만 이것이 교섭이 국제분쟁을 해결하는데 중요한 수단이 아니라는 의미는 절대 아니다. 거의 대부분의 경우에 있어서 어떤 견해 차이가 ‘분쟁’이라고 불릴 수 있을 만큼 구체화되기 위해서는 그 전에 외교적 접촉이 필요하고, 일단 분쟁이 발생하면 종종 교섭이 그 해결을 위한 가장 좋은 수단이 된다. 그러나 교섭은 기본적 수단으로 간주되어야 하지만, 이것이 불가능하거나 비효과적 혹은 부적절한 상황도 있다는 점을 인정해야 하며, 바로 이런 상황에서 분쟁해결에 진전을 주기 위해서 다음에 다룰 교섭 이외의 수단들이 대단히 중요하다.

1.2 仲 介

국제분쟁의 당사자들이 교섭으로 분쟁을 해결할 수 없을 때, 제3자의 개입을 통해 당사자들이 뛰어넘지 못한 난국을 돌파하여 양측이 받아들일 수 있는 해결책을 마련할 수도 있다. 제3자의 이런 개입은 여러 가지 형태를 띠 수 있다. 제3자가 분쟁 당사자들에게 지금까지 이용되지 않은 다른 대화 채널을 제공할 수도 있고, 단순히 중단된 교섭을 다시 계속할 것을 권유할 수도 있다. 제3자가 하는 이런 역할을 ‘주선(good offices)’이라고 한다. 이와는 달리, 제3자의 역할이 분쟁을 조사하고, 해결 방안을 당사자들에게 제시하는 것이 수도 있다. 이런 식의 개입을 ‘조정(conciliation)’이라고 한다. 제3자의 역할이 ‘주선’과 ‘조정’의 중간에 해당되는 것이 바로 여기서 다루는 ‘仲介’⁴⁸⁾이다.

주선과 마찬가지로 중개도 교섭을 보조하는 역할을 한다. 하지만 仲介者가 적극적으로 임무를 수행하는 경우에, 중개자에게는 자신이 판단한 해결 방안을 제시할 권한이 부여되거나 분쟁 당사자들이 그렇게 하길 기대하기도 한다. 중개자는 또한 당사자 일방의 제안을 해석하고 상대방에게 전달하는 역할을 하기도 한다. 중개자의 이러한 역할에도 불구하고, 중개는 조정과 다르다. 중개자는 조정자와는 달리 보통 비공식적 제안을 하며, 그 제안을 근거로 하는 정보도 자기가 직접 조사하는 것이 아니라 당사자들이 제공한 것이다. 물론 실제에 있어서 이런 두 종류의 정보를 확연히 구분하기는 어렵다. 따라서 어떤 특정 사건에서 중개와 조정의 구별은 실무상 어렵고, 정확히 어느 시점에서 주선이 끝나고 중개가 시작되었는지 판단하기도 힘들다.

48) 이에 관한 자세한 내용은 F. S. Northedge and M. D. Donelan (eds.), INTERNATIONAL DISPUTES: THE POLITICAL ASPECTS, London, 1971, Chapter 13; C. M. H. Waldock (ed.), INTERNATIONAL DISPUTES: THE LEGAL ASPECTS, London, 1972, chapter 2B; E. Luard (ed.), THE INTERNATIONAL REGULATION OF FRONTIER DISPUTES, 1970, London, Chapter 6; K. V. Raman (ed.), DISPUTE SETTLEMENT THROUGH THE UNITED NATIONS, 1977, New York, Chapter 3; S. Touval and I. W. Hartman (eds.), INTERNATIONAL MEDIATION IN THEORY AND PRACTICE, 1985, Boulder 참조.

중개는 당사자들의 요청에 의해서 이루어질 수도 있고, 분쟁과 관계없는 외부자에 의해 자발적으로 제공될 수도 있다. 중개가 일단 시작되면, 분쟁 당사국 정부들은 가능성 있는 해결책을 제안 받게 되지만, 이런 제안을 반드시 수용하겠다고 사전에 약속한 것은 아니다. 따라서 분쟁의 당사자들이 그 해결책에 대한 최종적 통제권을 갖는 것이 중개의 이점이다. 이점은 아주 중대한 국가 이익 때문에 교섭이 결렬된 경우에 협상의 진전을 위해서 필수적인 요건일 수 있다. 반면에 당사자들이 원하는 것이 단지 체면이 손상되지 않을 정도의 타협이라면, 직접 교섭보다는 중개를 통하는 것이 정치적 양보를 하는데 훨씬 수월할 것이다. 그리고 매우 민감한 문제에 관한 분쟁이라면, 해결을 모색하는 과정이 철저히 비밀리에 진행되는 것이 필요하다. 분쟁해결을 위한 다른 수단들과 마찬가지로, 중개는 모든 종류의 국제분쟁의 해결에 적합한 수단이 될 수는 없다. 중개가 가능하기 위해서는 첫째로 기꺼이 그 소임을 맡으려는 중개자가 있어야 한다.

1) 仲介者

중개는 국제기구, 국가 혹은 개인들에 의해 이루어질 수 있다. 유엔은 물론이고 많은 지역적 국제기구들이 분쟁해결을 그들 기관의 기본적인 목적으로 하고 있기 때문에 유엔 사무총장과 각 지역기구의 실무책임자들은 빈번히 주선이나 중개에 나서고 있다. 어떤 경우에는 비정부기구(nongovernmental organization: 약칭 NGO)가 중개자 역할을 수행하기도 한다. 중개를 통해 분쟁에 개입할 기회가 주어질 뿐 아니라, 그 결과에도 영향을 미칠 수 있기 때문에 중개자의 역할은 분쟁이 평화적으로 해결되길 바라는 국가는 물론, 특정한 결과가 나오기를 바라는 국가들의 관심을 끌기에 충분하다. 따라서 한 명 혹은 여러 외부자들에 의해 중개가 제공됨으로써 국제분쟁이 더 이상 비화되지 않는 경우를 종종 보게 된다. 하지만 상당히 많은 분쟁 상황에서 능력을 갖춘, 혹은 기꺼이 나서는 중개자가 없어서 중개가 불가능하게 될 수도 있다는 것이다. 초강대국들은 자신들의 분쟁에 외부자가 개입하는 것을 거의 용납하지 않는다. 따라서 제3국은 초강대국 사이의 분쟁에 자신이 중개자로 나서는 것은 적합하지 않다고 판단할 수 있다. 중개는 어떤 경우에건 소모적이고 피곤한 임무이고, 때로는 그 노력에 대한 보상을 제대로 받지 못할 수도 있기 때문에 확실한 인센티브가 있지 않으면 힘들다. 중개자의 역할을 자임하고 나선 국가는 자신의 행동의 자유를 희생시킬 수 있으며, 종래의 友邦의 반감을 사서 그 나라를 敵國으로 만들 수도 있는 것이다. 그리고 중개의 임무가 성공했다 하여 이런 외교적 손실을 보상해 주리라는 보장은 없다. 이런 상황에서 대부분의 제3자는 중개자의 역할을 맡지 않으려 한다. 그래서 어떤 경우에는 중개자로 나서는 국가나 단체 혹은 개인이 전혀 없다는 사실을 이해할 수 있게 된다.

2) 仲介의 同意

국제분쟁이 발생해도 당사자들이 중개에 동의하지 않는 한 강제로 중개를 할 수는 없다. 따라서 분쟁 당사자들이 중개를 위한 조치를 스스로 취하며 중개자를 이미 선임하지 않았다면, 당사자들은 중개라는 형태의 외부 도움을 원치 않는 것이고, 이런 입장은 커다란 걸림돌이 된다. 왜냐하면 중개자가 제시한 해결책은 구속력이 없고, 중개안은 그 속성상 일방 혹은 쌍방 당사국 정부에 의해 거부될 수 있기 때문이다. 어떤 정부가 중개를 받아들이면, 그것은 그 정부가 해당 분쟁이 ‘국제적으로’ 다루어지는 것에 동의한 것으로 볼 수 있다. 또한 중개를 통한 해결은 언제나 어떤 타협이 산물일 가능성이 높기 때문에 일방 당사국 정부가 자신들은 그 분쟁을 이길 수 있다고 믿거나, 혹은 아직 양보를 해야 할 때가 아니라고 믿는다면, 중개가 이루어질 여지가 없다.

중개를 받아들이도록 한 動機에는 여러 가지가 있다. 어떤 분쟁이 진행되어 당사자로 하여금 그들이 취해 온 정책을 다시 검토하지 않으면 안되도록 만드는 시점에 이르면, 비로 이 때에 중개는 매우 적절한 수단이 될 수 있다. 힘 겨루기로 승부가 나지 않을 때가 바로 이런 상황의 하나라고 할 수 있다. 또 하나의 상황은 분쟁이 지속됨으로써 생기는 부담이 분쟁을 끝내려는 시도에 드는 비용보다 크다고 당사자들이 인식하는 때이다. 중개가 진행되기 위해서는 분쟁 당사자들이 중개가 좋은 방안이라고 받아들이는 것만으로는 충분치 않고, 중개자에 관해서도 합의해야 한다. 어떤 개인이 중개자로서 적격이나 하는 것은 그의 자질과 명성에 따라 판단되며, 어떤 국가가 중개자로 적당한지 여부는 분쟁이 시간과 장소 등 여건에 따라서 판단된다. 중개자가 엄정하게 중립적이라고 판단될 때에만 당사자들이 중개를 받아들이는 경우가 종종 있다. 또 다른 상황에서는 특정인이 중개자로 받아들여질 수 있는 것은 그가 해결책을 제시할 수 있는지 여부에 달려 있기도 하다.⁴⁹⁾

어떤 국가들이 중개에 나서는 것은 분쟁의 해결 그 자체나 특정한 결과로 해결이 나는 것이 자신들에게 유리하다고 판단하기 때문인 경우가 많다. 이 점은 널리 인식되고 있어서 이것 때문에 어떤 국가가 중개자로서 失格이 되지 않는다. 즉, 분쟁 당사자들에게 그들이 원하는 것이나 그들이 거부할 수 없는 방안을 제시할 수만 있다면 중개자가 될 수 있다. 그러므로 어떤 국가가 자신의 이익이 관련되어 있고, 분쟁 당사자 일방과 긴밀한 관계를 가지고 있더라도, 다른 일방과 대화를 나눌 수 있는 정도의 사이라면 중개자가 되는데 어려움이 없을 것이다. 이 분야에 관한 전문가들도 지적했듯이, 일방 당사자와 중개자가 특별한 관계에 있는 사실이 이점으로 작용할 수도 있다. 분쟁의 일방 당사자와 친밀한 국가가 중개에 나서는 경우, “그 친밀함은 友邦인 당사국에게 솔직히 의견을 다 표명할 가능성이 있다고 보여지기 때문에 상대방도 중개에 더 협조하도록 만들 수 있다.”⁵⁰⁾

49) 세속적·중도적 회교국가인 알제리는 1975년 이란과 이라크를 중개하는데 이상적인 위치에 있었다. 또한 미국과 이란의 외교관계가 단절된 후, 미국에 대해 이란의 입장을 대변하도록 요청 받아 온 알제리는 미국과 이란간의 외교관 인질사건에서도 중개자로서의 역할을 잘 할 수 있었다.

3) 仲介의 機能

분쟁 당사자들이 각각 자신들이 할 수 있는 양보를 하더라도 자신들의 요구가 관철되는 해결은 불가능하다고 믿는 상황이 있다. 이런 상황에서 중개가 성공하려면, 중개자는 당사자 모두가 만족할 수 있는 해결책을 제시하거나 그런 해결을 촉진시킬 수 있어야 한다. 그러므로 이것이 불가능하게 되면 중개는 실패할 수밖에 없다.

중개자는 단순히 周旋을 하거나, 당사자들간의 대화가 용이하도록 하는 것만으로도 해결에 도움을 줄 수 있다. 어떤 분쟁이 제3자의 개입을 요청할 정도로 심각한 지경에 이르렀다면, 당사자들 사이의 접촉을 제한하거나 혹은 공개적으로 서로 접촉하는 것을 어렵게 하는 사태가 이미 벌어졌을 수 있다. 1979년 미국 대사관 인질 사건이 이런 예이다. 공식적 접촉이 배제된 상황에서 상호간의 대화를 재개하기 위해서 여러 중재자들이 나섰고, 양당사자들이 모두 주선 및 중개의 임무를 맡길 수 있다고 본 알제리에 의해 결국 접촉이 다시 가능했다.⁵¹⁾ 당사자들 사이에 접촉이 일단 시작되면, 중개자는 분쟁이 진행되는 동안 점증해 온 당사자간의 긴장을 완화하는데 기여할 수 있고, 당사자들간의 직접 교섭이 잘 될 수 있도록 분위기를 조성하는 역할을 할 수도 있다.⁵²⁾ 또한 중개자는 정보를 효과적으로 전달하는 통로의 역할도 할 수 있다. 그러나 중개가 정보의 원천이 되는 利點을 과장해서는 안 된다. 중개자에게 결점이 있을 수 있고, 앞서 본 것처럼 중개자의 國益이 관련된 경우에는 그 이해관계가 무엇을 어떻게 말하고 전달하는지에 영향을 미칠 수 있다.⁵³⁾ 중개자가 전달하는 정보를 당사자들이 신뢰하리라는 보장은 없다. 그렇지만 제3자가 전달하는 이런 정보가 있기 때문에 당사자들은 각자의 일방적 여망대로 일이 되어 나가길 기대하지 않게 되고, 동시에 당사국 정부의 공식 정책에 비판적 견해를 가진 사람들에게 이런 정보는 매우 유용하며, 또한 이런 사람들의 압력은 분쟁이 해결되도록 영향을 미칠 수도 있다.

중개를 받아들인다는 것은 흔히 최소한 어느 정도의 양보는 할 용의가 있음을 나타낸 것이긴 하지만, 우세한 입장에 있는 쪽은 자신의 바램만 반영된 해결책을 기대하기 마련이다. 만일 분쟁 당사자 쌍방이 자신의 입장이 상대방의 그것보다 상대적으로 우세하다고 믿고, 또 그들 각자의 목표가 도저히 양립할 수 없는 경우라면, 중개가 시작된다 하더라도 그 결과는 실패로 끝날 가능성이 높다. 이런 결과를 피하기 위해 중개자는 자기 자신의 비중을 이들 당사자들의 저울에 싣기도 한다. 강대국들이 조종 중개자로 나서도록 요청 받기도 하는데, 그 이유는 그들이 자신들

50) 이에 관한 자세한 내용은 D. P. Forsythe, "Humanitarian mediation by the International Committee of the Red Cross" in Touval and Hartman, INTERNATIONAL MEDIATION, p.233 참고.

51) 알제리의 개입 이전에 있었던 다각적인 접근 방법의 상세한 설명은 P. Salinger, AMERICA HELD HOSTAGE, London, 1982를 참조.

52) H. G. Darwin, "Mediation and good offices" in Waldock, LEGAL ASPECTS, p.83 at p.85.

53) Touval and Hartman, INTERNATIONAL MEDIATION, pp.15-16.

의 우세한 지위를 이용하여 분쟁 당사자들의 행동에 영향력을 행사할 수 있기 때문이다. 중개를 통한 해결은 어느 정도의 타협이 있어야 하는 것이긴 하지만, 그렇다고 분쟁 당사자들이 동등한 대우를 받아야 하는 것은 아니다. 당사자 모두가 무엇인가를 받기는 해야 하지만, 꼭 받아야 하는 것은 분쟁을 종식시키는 대가로 지불할 준비가 되어 있는 그 무엇이다. 상대적으로 열악한 지위에 있는 국가는 더 이상의 손해를 방지하고 체면을 유지하기 위해 원래 의도했던 목표를 포기하고 다른 대안에 만족할 용의가 있을 수 있다.⁵⁴⁾ 따라서 이런 당사자는 자기들 주장을 상징적 혹은 명목상으로만 인정받아도 그것으로 만족할 수 있다. 이런 경우에 중개는 유용한 방편으로 사용될 수 있다. 특히 당사자들 사이의 직접 교섭에 어려움이 있는 경우에는 그 유용성이 더욱 클 것이다. 분쟁으로 인한 비용부담은 분쟁이 해결되면 끝나기 때문에 분쟁이 평화적으로 끝났다는 사실은 그 자체만으로도 하나의 성과로 볼 수 있다. 이 점은 종종 분쟁이 평화적으로 해결되도록 하는데 중요한 요소가 된다. 그래서 수완 있는 중개자는 당사자들에게 분쟁이 해결됨으로써 그들이 얻게 될 것을 강조하는 동시에, 해결에 실패하는 경우에 초래될 심각한 사태를 상기시키기도 한다.

4) 仲介의 限界

분쟁해결 수단의 하나로서 중개에는 중개를 받아들일 당사자들의 마음 자세가 필요하고, 중개자가 필요하다는 심각한 제한들이 있다는 점을 이미 언급했다. 일단 중개가 시작되면, 그것의 성공 여부는 당사자들이 필요한 양보를 기꺼이 하느냐에 달려 있다. 중개자가 유능하다면 그는 이런 양보를 종용할 수 있겠지만, 중개의 성공 가능성은 종종 시기적 요소, 즉 타이밍에 달려 있다. 시기 적절하게 제공된 중개는 앞서 개입했던 다른 사람들 혹은 계속 진행중인 막후에서 영향력을 행사하고 있는 이들의 노력의 결실로부터 혜택을 입을 수 있다. 당사자들이 기진맥진했거나 사태가 더 악화될 위험이 있는 상황도 중개자에게는 유리한 요소가 될 수 있다.

때때로 중개를 통해 성취할 수 있는 것은 부분적인 해결뿐인 경우도 있고, 당사자들이 도저히 양립 불가능한 입장만을 서로 고집한다면 부분적인 進展 조차도 불가능할 수 있다. 당사자 일방 혹은 쌍방이 국내에서 분쟁의 논점이 정치문제화 되는 경우에도 중개는 실패할 수 있다. 어떤 정부가 취해 온 입장에서부터 후퇴하는 경우, 그것이 반역행위라는 비난을 받을까 우려할 수 있다. 또는 분쟁의 주체가 너무나 국민(민족) 감정에 민감한 것이라, 그 문제에 대해 교섭한다는 것 자체가 논란의 여지가 될 수도 있다. 분쟁 당사국의 정부가 불안정하거나 분립되어 있는 경우는 상황이 더 어렵게 된다. 확고한 기반을 가지지 못한 정부는 비판에 특히 신경을 쓸 것이고, 통일된 정부를 갖지 못한 상황에서는 일관성 있는 정책을 취할 수 없기

54) F. Edmead, "Analysis and prediction in international mediation" in Raman, DISPUTES SETTLEMENT, p.221 at pp. 260-270.

때문이다. 이와 같이 중개도 다른 종류의 분쟁해결 방법들이 갖는 것과 같은 한계를 가지고 있으며, 당사자들간의 입장 차이는 도저히 메울 수 없을 때도 있다.

따라서 중개는 당사자들이 원하는 만큼만 효과적인 수단이 될 수도 있고, 그리고 이것은 상당 부분 당면한 상황에 좌우된다. 이 점은 비록 중개의 유용성에 대한 중대한 한계이기는 하지만, 전체를 균형 있게 보는 시각은 꼭 필요하다. 즉, 중개자란 이미 실질적으로 다 만들어진 합의에 단순히 자신의 권능을 빌려주는 사람에 불과하다는 것은 분명히 잘못된 견해이다. 당사자들 사이의 대화가 용이하도록 하고, 그들에게 정보를 제공하고 제안을 하기도 하며, 그들의 목표를 분명히 하고, 또 가능성 있는 해결책들을 검토하여 권유함으로써 중개자는 당사자들의 합의를 이끌어 내는데 결정적인 역할을 할 수 있다. 비록 해결이 미완성으로 종결되는 경우가 종종 있고, 중개를 통한 해결이 불가능한 경우도 때때로 있지만, 중개자가 해야 할 일은 당사자들의 이익을 위해 최선을 다하며, 그들이 자신의 노력에 부응해 주리라는 믿음을 잃지 않는 것이다.

1.3 事實調査

사실문제 혹은 법적·정책적 문제에 대해 국가간에 의견차이가 심하여 그것 때문에 국제분쟁이 발생하는 경우, 그 문제의 쟁점에 대한 그들의 견해는 일치되기 어렵거나 불가능할 수 있다. 이런 상황에서 당사자 중 일방이나 쌍방이 그 쟁점의 논의를 거부하면서, 이유는 쟁점이 된 문제는 ‘협상의 대상이 될 수 없는 것’이기 때문이라는 입장을 취할 수 있다. 또는 교섭이 너무 장기간 진전 없이 계속되어 당사자 중 하나가 인내의 한계를 보이며, 평화적으로 자신의 주장을 펴려던 생각을 버리고 무력으로 해결하려고 할 수도 있다. 이런 경우에 교섭은 주선이나 중개의 도움을 받는다 할지라도 분쟁해결을 위한 적절한 수단이 될 수 없다.

개인의 경우도 마찬가지지만, 국가들도 경험을 통해 객관적인 판단을 내릴 수 있는 제3자가 관여하면 극한 대결로 치달을 위험성이 많이 줄어든다는 것을 인식하고 있다. 그래서 국제사회에서도 이런 도움을 주기 위한 여러 가지 방법이 개발되어 왔고, 그 중에서 여기서 다루는 방법이 소위 ‘사실조사(inquiry)’라고 불리는 것이다.

전문용어로서 ‘inquiry’는 서로 연관은 있지만, 두 가지의 다른 의미로 사용되고 있다. 넓은 의미로 사실조사는 사실문제에 관한 분쟁을 해결하기 위해 법원이나 기타 기관에서 사용하는 방법을 말하는데, 여기서 다루는 사실조사는 이와 같은 의미가 아니라 좁은 의미에서의 특정한 방법을 뜻하는 것으로 국가들이 논란이 되고 있는 문제가 독립된 제3자에 의해 조사되도록 하기 위해, 중재 등 다른 수단을 사용하는 대신에 특별한 합의를 통해 만든 기구를 이용하는 것을 의미한다. 따라서 이런 제도적 관점에서 말하는 사실조사는 1899년 헤이그 협약에 의해 도입된 사실조사위원회(the commission of inquiry)로 불리는 특수한 국제기구를 통한 분쟁해결 방법을 지칭한다.

1) 1899년 헤이그 協約

1898년 2월 15일, 하바나 항구에 정박 중이던 미국 전함 메인(Maine)호는 폭발로 인하여 파괴되었고, 259명의 승무원이 사망했다.⁵⁵⁾ 미국과 스페인 사이에는 이미 긴장관계가 조성되어 있던 상황이라, 미국인들은 이 사건이 스페인의 소행이라고 단정해 버렸다. 스페인은 자신들의 잘못이 아니라고 항변했고, 사실조사를 맡았던 위원회의 결론도 그 전함 내부에서 폭발의 원인이 있었다고 했으나, 미국인들은 믿으려 하지 않았다. 미국 해군들로 구성된 또 다른 조사단이 전함 Maine은 水中 폭발에 의해 파괴되었다고 하자, 미국인들은 자기들의 판단이 옳다고 생각했다.

곧 이어 일어난 스페인-미국 전쟁의 결정적인 원인으로 Maine 사건을 드는 것은 옳지 않다. 하지만 사실관계를 확정하기 위한 증거의 해석 문제에 관한 이견이 초래한 결과로서 이 사건에 대해, 1899년의 헤이그 평화회의에 참석한 각국 대표들은 주목했고, 그래서 그들은 국제분쟁에서 사실확인(fact-finding) 문제에 관심을 집중했다. 이 평화회의에서 논의의 초점이 확인된 것은 러시아 대표의 제안이었는데, 그 내용은 한 국가의 사람들로 구성된 사실조사위원회를 다른 나라의 사람들이 참여하는 국제적 위원회로 대체하자는 것이었다. 그리고 약소국가들은 사실조사위원회라는 것이 외세의 국내문제 간섭으로 이용될 수 있다는 우려를 나타냈으므로, 그 전제 조건으로 “국가의 명예나 중대한 이익이 관련된 경우가 아닌” 문제에만 이 위원회를 이용하며, 사실 문제만을 다루고 법적 문제는 다루지 않는다고 합의했다. 또한 이 위원회의 구성 및 그 판정의 실행이 강제적이 아니라는 점을 전제로 했는데, 이런 제약을 달고 사실조사 위원회의 설치 및 운영에 관한 합의가 1899년 헤이그 협약에 여섯 개 조항⁵⁶⁾으로 규정되었다.

2) Dogger Bank 事件에 대한 事實調査

1904년 10월 9일, 러일전쟁에 참전하기 위해 발트해로부터 극동으로 파견된 러시아 전함들은 Dogger Bank 근처에서 조업 중이던 영국의 漁船團 속으로 향진하게 되었다. 당시 그 지역에 일본 어뢰정들이 있다는 소문이 있었는데, 러시아전함의 함장은 자신들이 이들 어뢰정의 공격을 받고 있다고 오판을 내렸고, 이런 혼란 속에 발포를 하여, 상당한 피해가 발생했다.⁵⁷⁾ 이 사건이 영국에 알려지자, 격한 여론이 들끓었고, 이를 인식하지도 못한 채 지브랄터 해협으로 향진해 오던 러시아 함대를 나포하려는 준비에 들어갔다. 영국과 러시아의 관계가 파멸에 이르는 것을 원하지

55) 이에 관한 자세한 내용은 Annual Register 1898, pp.362-3 참조.

56) Hague Convention for the Pacific Settlement of International Disputes, 1899, Articles 9-14.

57) 약 10분간 계속된 발포로, 영국 트롤 어선 중 한 척이 침몰했고, 5척이 파손되었으며, 어부 2명이 사망하고, 6명이 부상을 입었다. 이에 관한 자세한 내용과 Rojdestvensky 제독에게 일어난 일들에 대해서는 R. Hough, The FLEET THAT HAD TO DIE, London, 1975 참고.

않는 프랑스는 사태가 더 악화되기 전에 적극적인 외교 활동을 전개했고, 두 나라를 설득하여 헤이그 협약에 의거한 사실조사위원회를 설치하도록 했다. 그리하여 1904년 영국과 러시아 제독 각 한명씩, 그리고 프랑스, 헝가리, 미국의 제독 각 한명씩으로 구성된 이 위원회는 2개월간 증언의 청취하고, 보고서를 작성하여 1905년 2월에 제출했다. 이 보고서에서 위원회는 사건당시 영국 어선단 안은 물론 인근에 일본 어뢰정은 없었고, 따라서 러시아 제독의 발포행위는 정당화될 수 없다는 결론을 내렸다. 분쟁의 당사자들이 이 결론을 받아들였고, 러시아는 영국에게 약 6,500 파운드의 손해배상을 함으로써 분쟁은 종결되었다.

Dogger Bank 사건은 국제분쟁을 해결하는 수단 중의 하나로서 국제사실 조사위원회가 갖는 진가를 유감없이 보여주었다. 그렇지만 이런 식의 사실조사는 헤이그 협약에 의해 원래 의도된 방식과 차이가 있었다. 위원회에게 사실조사의 기능 외에 중재결정을 내리는 역할까지 맡긴 것인데, 이로 인하여 분쟁해결에 도움을 주기 위해서는 법적 문제와 사실 문제를 항상 명확히 구분해야 할 필요는 없다는 것이 드러났다. 또한 이 사건에서 눈여겨보아야 할 중요한 점이 있는데, 그것은 이 위원회가 사실조사 전 ‘절차’에 관한 규칙을 정하는데 귀중한 시간을 허비했다는 점으로 조사위원회가 직무를 신속히 수행하기 위해서는 1899년 헤이그 협약을 보완할 필요성이 제기되었다.⁵⁸⁾

3) 1907년 헤이그 協約에 따른 事實調查

새로운 협약의 첫 번째 적용 대상이 된 사건은 1911년부터 그 다음 해에 걸쳐 있었던 터키와 이탈리아간의 전쟁 중에 터키 해안에서 발생한 일련의 사태였다. 이 전쟁에 대해 프랑스는 중립을 선언하고 있었지만, 이탈리아 정부는 프랑스 선박들이 전시 금제품을 수송하고 있다고 의심하고, 프랑스 선박을 나포하여 일어난 분쟁이 이미 중재에 회부되어 있던 상황에서, 1912년 프랑스의 우편물 운반선 Tavignano가 또 나포되고, 다른 두 선박이 포격을 당하는 일이 벌어졌다. 이 사태를 이탈리아는 공해상에서 일어났다고 주장한 반면에, 프랑스는 튀니지 영해상에서 발생했다고 주장했다. 이에 두 나라 정부는 이 문제에 대한 진상 조사를 맡을 사실조사위원회를 1907년의 헤이그 협약에 따라 설치하여, 이들에게 위임하기로 합의했다. 이 위원회는 프랑스, 이탈리아 및 영국의 해군 장교가 각 한 명씩 포함하여 구성되었는데, 이들의 주된 과제는 문제의 사건이 발생한 위치가 정확히 어디냐는 것이었다. 이 위원회의 조사에 따르면, Tavignano의 나포가 튀니지의 영해상에서 일어났는지는 확실치 않지만, 발포가 있었던 곳은 분명히 튀니지 영해상이었다는 것이었다. 사실조사위원회를 설치하기로 결정할 때, 당사자들은 다음 단계로 중재에

58) 1907년의 헤이그 협약은 그 전 협약에 있던 기본 골격만을 제공하는 조항들에 위원회의 조직 및 절차에 관한 규정을 보강했다. 이에 관한 자세한 내용은 Hague Convention for the Pacific Settlement of International Disputes, 1907, Article 9-35 참고.

회부하여 다루기로 합의가 되어 있었으나, 중재가 시작되기도 전에 이탈리아 정부가 5천 프랑의 배상에 합의함으로써 이 분쟁은 종결되었다. 그리하여 이 사건은 후속 조치로 채용된 중재에 대한 기초작업으로써 사실조사가 어떻게 활용될 수 있는지를 보여주었다. 헤이그 협약의 초안자들이 예견했듯이, 비록 전부가 아니더라도 사실관계를 명확히 하는 것은 당사자들이 교섭을 통해 분쟁을 해결하는데 커다란 기여를 한 것이다.

1907년 협약을 적용한 그 다음의 사실조사도 이전의 사건과 비슷한 상황에서 이루어졌다. 제1차 세계대전 중이던 1917년, 독일 잠수함이 노르웨이 선박 Tiger를 추적하여 스페인의 북측 해상에서 격침시킨 사건이 발생했는데, 이 분쟁의 가장 핵심적인 쟁점은 사건 당시의 선박의 위치였다. 당사국은 이 사건의 발생지점을 판단하기 위한 사실조사위원회를 1907년 협약에 따라 구성하기로 합의하였고, 구성원은 당사국의 해군 장교들과 중립국의 장교를 위원장으로 이루어졌다. 상당한 어려움 끝에, 위원회는 문제의 추적 및 격침이 일어난 곳은 스페인의 영해 내라고 결론 지었다.⁵⁹⁾ 이 사건에서 특기할 만한 점은, 분쟁당사자들이 조사위원회의 결론에 승복한다는 것을 사전에 합의했는데, 이는 국제적 사실조사에서 유례가 없는 일로 분쟁 당사국들이 사실조사를 통해 분쟁을 해결하려는 결의를 분명히 보여준 것이었다. 그리고 Dogger Bank 사건에서와 같이 법적 문제까지 조사위원회가 다루도록 한 것에서, 사실조사위원회가 ‘중재 재판’의 대용물로도 사용될 수 있었다. 위원회의 결정이 구속력이 가졌다는 측면에서 보면, 이 사건의 절차는 중재재판과 유사하다. 그러나 위원회가 증거를 어떻게 취급했는지를 보면, 중재재판이 아닌 사실조사의 성격을 분명히 가지고 있었음을 알 수 있다. 또한 사건이 발생하고 상당한 기간이 경과되어 많은 중요한 증거들이 인멸된 후 조사가 시작되었고, 이런 상황에서 중재재판이 열렸다고 가정해 보면, 입증책임의 문제가 중요 쟁점으로 등장했을 것이다. 그러나 사실조사를 맡았던 위원회는 중재재판부가 아니었기 때문에, 입증책임의 문제와 같은 복잡한 법적 논점⁶⁰⁾을 건드리지 않고, 관련 증거를 평가하여 결국 분쟁을 해결할 수 있었다.

1907년의 헤이그 협약에 따른 사실조사가 행해진 마지막 사건도 독일의 잠수함이 관련된 것이었다. 1916년 네덜란드의 증기선 Tubantia가 공해상에서 어뢰에 맞아 침몰한 사건이 발생했고, 전쟁이 끝난 후 분쟁 당사국은 이 문제의 원인을 밝히기 위해 당사국 및 덴마크, 스웨덴 해군 장교들과 스위스 국적의 법률가가 위원장으로 구성된 사실조사위원회를 설치했다. 위원회는 문제의 어뢰 발사가 고의 혹은 과실에 의한 것이었는지는 판단할 수는 없었지만, Tubantia는 잠수함에 의한 공격으로

59) Bar-Yaacov, INQUIRY, pp.156-171 참고. 위원회의 보고서는 출판되지 않았고, 헤이그에 있는 상성중재재판소의 도서관에 소장되어 있다.

60) 입증책임에 관한 논의가 갖는 중요성은 이 문제를 상당히 세밀하게 검토한 독일측 조사위원회에 의해 독자적인 의견으로 발표되었다. 사실조사에서 이 문제가 갖는 중요성에 대해서는 C. M. H. Waldock (ed), INTERNATIONAL DISPUTES: THE LEGAL ASPECTS, London, 1972, p.169 참고.

피해를 입었다는 결론을 내려 책임이 독일측에 있음을 분명히 하였다. 이에 독일 정부는 보고서의 결론을 수용했고, 손해배상금으로 650만 플로린⁶¹⁾을 지불했다. 사실조사위원회를 구성하는데 법률가를 포함시킨 것은 이 사건이 처음이었는데, 이는 조사 대상인 사건을 대단히 심각한 문제로 여겼음을 보여 준다.⁶²⁾ 또한 Tiger 사건에서와 같이 위원회의 결론을 수용하겠다는 사전 합의가 당사자들 사이에 있지는 않았지만, 사건의 처리 과정에서 행해진 각서의 교환이나 구술 증거의 처리를 보면, 그 절차가 중재재판과 흡사하다는 점은 주목할 만 하다.

4) 1911년에서 1940년 사이의 國際條約 慣行

헤이그 협약이 규정한 방식으로부터 벗어나려는 국가들의 욕구⁶³⁾는 중대한 변화를 초래하였다. 1911년 미국은 프랑스 및 영국과 조약을 체결하여, 그들 사이의 모든 분쟁과 의견 불일치는 반드시 중재재판이나 사실조사공동위원회에 회부할 것을 합의했다.⁶⁴⁾ 특별한 규정이 없는 한 1907년 헤이그 협약을 따른다고 규정했으나, 중대한 점에서 차이가 있다. 첫째로 조사 할 수 있는 분쟁의 종류에 관해 어떠한 제한도 두지 않았으며, 바람직하다고 판단되는 해결 방안을 권고할 수 있는 권한까지 부여했다. 그리고 위원회가 어떤 분쟁이 중재의 대상이 되는지 여부에 대해 내리는 결정은 당사국들에게 구속력을 가진다는 규정까지 두었다. 1913년에서 1940년 사이 미국이 체결한 'Bryan 조약'에 따르면, 이 조약에 의해 설치된 위원회는 사건처리를 위한 임시(ad hoc) 기구가 아니고, 상설기관화 함으로써 커다란 발전을 이루었다.

이에 고무되어 많은 나라들이 이와 같은 조약을 체결⁶⁵⁾했으며, 분쟁해결방법의 발전에 필수적인 세 가지 원칙을 일찍 확립하는 중대한 기여를 했다. 첫째 원칙은 상설기구의 수립이며, 두 번째로 조사의 대상이 되는 분쟁의 유형이나 종류에 제한을 두지 않기로 했다는 것이다. 마지막으로 사실조사위원회에게 권고를 할 수 있는 권한까지 부여함으로써 위원회가 분쟁을 해결할 수 있는 능력을 증대시켰다. 다음에 다룰 '조정(conciliation)'이라고 부르는 국제분쟁의 해결방법은 이런 요소들이 합해져서 만들어낸 것이다.

5) Red Crusader 事件의 調査

Tubania 사건이 있는 이후 거의 40년이 지난 1961년에 영국과 덴마크는 Red

61) florin은 당시 통용되던 금·은화.

62) Bar-Yaacov, INQUIRY, pp.178.

63) 이것은 Tubatia 사건에서 잘 드러났었다.

64) Taft 중재조약 혹은 녹스(knox) 조약이라고 불린다.

65) 아르헨티나, 브라질, 칠레 세 나라의 이름의 첫 글자를 따서 1915년에 소위 'A. B. C. 조약'이라는 것을 체결했고, 영국도 1919년 브라질 및 칠레와 이와 같은 조약을 체결했으며, 1923년에는 미주 지역의 16개국에 'Gondra 조약'을 체결했다. 그러나 헤이그협약에 의해 행해졌던 일련의 사실조사와 같은 것들이 이들 조약 아래서 실제로 행해지지 않았다.

Crusader 사건을 조사하기 위해 사실조사위원회를 구성하였다. 이 사건은 영국의 저인망 어선 Red Crusader가 Faroe섬 인근에서 조업 중, 덴마크의 어업경비정을 만났는데, 경비정의 함장이 불법조업을 이유로 어선의 조업중단을 명했고, 억류시킴으로서 발단이 되었다. 위원회는 1962년 분쟁 당사국들에 보고서를 제출하였으며, 이는 분쟁해결을 촉진하였다.

헤이그협약에 의거한 사실조사 사례들은 국가들이 바라는 제3자에 의한 매우 특정한 형태의 분쟁해결이 순수한 사실조사 절차에 중재재판의 뉘앙스를 가미함으로써 가능할 수 있다는 것을 보여주었다. Red Crusader 사건에 관한 사실조사는 이것에서 한 걸음 더 나아가, 사실조사와 중재재판이 융화되는 과정을 보여준다. 그 구성이나, 절차 그리고 조사결과를 볼 때, 위원회는 근본적으로 사법작용을 수행했다. 더욱이 많은 중재재판의 재판관들과 같이 위원회의 구성원 중에는 분쟁 당사국의 국적을 가진 위원이 단 한 명도 없었다. 또한 중재재판에서처럼 증인들에 대한 주된 심문을 조사위원들이 아닌 분쟁 당사자의 대표들이 했으며, 위원회의 보고서가 곧바로 공표되지 않고 분쟁 당사국 정부들이 동의한 후에만 공표 되도록 했다는 점은 간과할 수 없는 특징이다.

그렇다면 Red Crusader 사건에서 행해진 사실조사와 중재재판 사이에 어떤 차이가 있는가? 첫째, 사실 문제의 판단을 주된 임무로 하는 기구를 설치했을 때, 당사자들은 그 문제에 관련된 법적 문제점들에 관한 논쟁을 피할 수 있었고, 분쟁의 해결이 지체되거나 혹은 광범위한 논점들에 대한 쟁송에 말려들지 않고 성과를 얻을 수 있었다. 둘째, 절차가 중재가 아닌 사실조사였기 때문에 결과물도 판정이 아닌 보고서였다. Red Crusader 사건에서 조사보고서가 나온 이후에도 1년여가 지나서야 양측이 사건해결에 합의했다는 사실을 보면, 손해배상액이나 구제방안을 구체적으로 명시한 구속력있는 중재 판정이 있었다면 더 빨리 해결되었을 수도 있다는 가정을 해 볼 수 있다. 하지만, 이런 시간적 지체가 반드시 부정적인 것만은 아니다. 이런 점은 비교적 경미한 분쟁에는 분쟁 당사국 정부에게 행동의 자유를 주는 무시할 수 없는 측면을 가지고 있기 때문이다. 따라서 국가들은 이런 목적으로 사실조사의 절차를 유용하게 사용하기도 한다.

6) 事實調查의 長點

헤이그협약에 따라 제한된 종류의 분쟁을 처리하기 위해 마련된 제도인 사실조사는 국가의 '명예'와 '중대한 이해'가 명백히 관련된 사건만이 아닌 법적 문제까지 결정하기 위해 이용되어왔다. 그리고 기구의 구성 및 절차는 사법적 심판을 맡은 법원과 유사한 것이어서, 원래 고안될 때 의도되었던 것과는 차이를 갖게 되었지만, 이것이 위원회에 부탁되는 사건의 증가를 가져오지는 않았다. 이와 같은 경향은 현대 국제사회에서 국제분쟁이 어떻게 처리되는가에 관해 많은 것을 시사해 준다.

첫째로, 사실조사를 하는 것이 불필요한 상황이 있다. 사실관계에 관한 다양한 인

식이 병존했던 상황에서 그 문제를 교섭에 의해 푸는 것이 낫다고 판명된 경우가 바로 이런 상황이다.⁶⁶⁾ 둘째로, 사실조사가 필요한 상황에 다른 헤이그협약에 따른 사실조사가 아닌 다른 형태의 사실조사 절차를 이용하는 경우도 적지 않다. 국제연맹, 유엔 및 유엔의 전문기구들도 사실조사를 이용했으며, 지역적 국제기구들도 종종 사실조사단을 구성하고, 1982년 해양법협약도 ‘특별 중재’라는 항목 아래 사실조사에 관한 규정을 두고 있다. 마지막으로 사실조사가 활발히 이용되지 않은 본질적인 이유는 어떤 형태로건 제3자가 개입하는 분쟁해결의 방식은 초기에 예상했던 것과는 달리 사실조사의 방식이 재판과 같은 사법적 분쟁해결 방식보다 더 매력적으로 보일 뚜렷한 이유가 없었기 때문이다. 또한 실제로 많은 경우에 국가들은 분쟁해결보다 자신의 주장이 옳다고 인정받는 것에 더 관심을 갖는다.⁶⁷⁾

따라서 몇 가지 특수한 조건이 충족되는 상황에서만 사실조사위원회가 구성될 여지가 있다. 이런 상황이란 분쟁의 쟁점이 법이나 정책에 관한 것이 아니고 주로 사실에 관한 경우이며, 다른 절차가 진행되고 있지 않고, 무엇보다도 당사자들이 그 분쟁에 관한 자신들의 판단이나 주장이 틀렸다는 결론을 받아들일 용의가 있는 경우여야 한다.

1.4 調 停

국제법연구소는 1961년 국제 조정 절차에 관한 규정이라는 것을 마련했는데, 이 규정의 제1조는 조정을 “당사국이 상설 혹은 임의로 구성한 위원회에 의한 모든 형태의 국제적 분쟁을 해결하기 위한 수단이고, 이 수단을 통해 분쟁을 공정하게 조사하고, 당사국에 의해 받아들여질 수 있는 해결방안의 마련을 시도하며, 당사자들의 요구가 있는 경우에는 위원회 자신의 견해도 표명할 수 있는 분쟁해결 방법이다”라고 정의하고 있다.⁶⁸⁾

1) 調停의 胎動

조정을 분쟁해결 수단으로 규정한 최초의 조약은 1920년 스웨덴과 칠레 사이에 체결되었지만, 조정에 관해서는 단지 하나의 조항만을 두어, 당사자들이 원하는 경우에만 조정을 선택할 수 있게 했을 따름이다. 조정을 선택한 경우, 상설조정위원회는 사실관계 및 법률문제를 조사하는 것과, 분쟁의 해결방안을 마련하는 두 가지 임무를 수행했다. 1922년에 국제연맹 총회는 회원국들에게 분쟁을 조정위원회를 통

66) Cot, INTERNATIONAL CONCILIATION, p.250.

67) KAL 007 사건이 이런 점을 잘 보여준다. 이 사건은 전통적인 형태의 사실조사에 아주 적합한 것으로 판단되었지만, 소련이 그 사건에 관한 자신들의 주장 및 자신들의 행동이 국제적 기구에 의해 달리 판단되거나 비난받는 것을 용인할 수 없었기 때문에, 사실조사의 가능성이 배제되었다.

68) 이 규정에 관한 자세한 설명은 H. Fox, “Conciliation” in C. M. H. Waldock (ed.), INTERNATIONAL DISPUTES: The Legal Aspects, London, 1972, p.93.

해 해결하도록 촉구하기도 하였으며, 1925년 프랑스와 스위스 사이에 체결된 조약에는 그 이후의 조약들에 모델을 제공한 상설조정위원회의 定義가 포함되기도 하였다.⁶⁹⁾

1925년부터 제2차 세계대전이 발발할 때까지의 기간은 전세계적으로 조정을 선호하는 분위기가 절정에 도달했고, 1940년까지 조정에 관한 조약이 거의 200여개나 체결되었다. 이런 조약은 대부분은 앞서 언급한 1925년의 프랑스-스위스 조약의 예를 따랐지만, 개별 조약들 사이에 중요한 차이점들도 있었다. 특히 조정위원회의 기능과 그 업무처리 절차에 관한 접근에 차이가 있었다. 다음에서 위원회의 기능과 절차가 위원회의 활동을 통해 어떻게 변화되었는지 살펴보자.

2) 調停委員會의 活動

조정을 통해 해결해 보려는 분쟁의 대부분은 정치적 문제 외에 법적인 문제도 포함하고 있는 것이 일반적이다. 1952년에 벨기에-덴마크 조정위원회는 제2차 세계대전 중에 발생한 두 척의 덴마크 상선에 관한 사건을 다루었다. 벨기에가 독일에 의해 점령되어 있었던 1940년에 벨기에의 항구 Antwerp에 정박 중이던 덴마크 상선 Gorm과 Svava가 강제 후송된 후 없어진 사건이 발생했었다. 1927년 벨기에와 덴마크 사이에 체결된 조약에 의해 구성된 이 조정위원회의 임무는 벨기에가 이들 선박에 관한 배상을 해야하는지를 판단하는 것이었다. 만일 이 사건을 다른 곳이 조정위원회가 아닌 중재 법정이었다면, 먼저 법적 성격에 관해 규명하는 것이 반드시 필요했을 것이다. 그러나 이들의 역할은 조정이었기 때문에 이 점을 규명하지 않고도 최종 해결방안을 제시할 수 있었다. 위원회는 문제의 사건 정황이 불확실한 점을 고려하여, 벨기에 정부는 덴마크가 요구한 것보다 경감된 액수의 배상액을 지급하는 방안을 제시했고, 양국은 이를 받아들여 분쟁은 종결되었다.

일반적으로 조정으로 분쟁을 해결하려고 했던 사건들은 여러 사람의 조정위원들로 구성된 위원회에 의해 처리되었고, 이런 방식은 양자간 혹은 다자간 조약에 의해 종종 이용되지만, 분쟁의 해결을 위해 한 사람의 조정자만을 선임할 수도 있다.⁷⁰⁾

69) 조항의 내용은 다음과 같다: 상설조정위원회의 임무는 분쟁의 내용을 명확히 밝히고, 이런 목표를 달성하기 위해 유용한 모든 정보를 사실조사 등의 방법을 통해 수집하며, 분쟁의 당사자들이 합의에 이를 수 있도록 노력하는 것이다. 사건을 검토한 후, 위원회는 적절하다고 판단되는 해결책을 당사자들에게 제안 할 수 있고, 그들이 결정을 내려야하는 時限을 정할 수도 있다. 조정절차가 종료되는 시점에 위원회는 담당 사건에 관한 보고서를 작성한다. 사건이 해결된 경우에 이 보고서는 당사자들이 분쟁해결을 위한 합의를 이루었음을 기술하게 하고, 그렇지 못한 경우에는 해결방안을 담기도 하며, 해결에 실패했음은 보고서의 결론으로 신기도 한다. 분쟁 당사자들이 달리 합의를 하지 않는 한, 이 위원회에 의한 조정절차는 분쟁이 위원회에 회부된 날로부터 6개월 이내에 종료되어야 한다.

70) 그 실례는 1977년 케냐와 우간다 그리고 탄자니아가 스위스의 노련한 외교관인 Victor Umbricht 박사에게 조정을 맡긴 것이었는데, 그의 임무는 舊 동아프리카공동체(EAC)의 재산을 어떻게 분배할 것인지에 관한 제안을 내는 것이었다. 4년여의 작업을 통해 자산에 대한

가장 최근에 조정을 이용한 분쟁해결은 1980년 아이슬란드와 Mayen섬(노르웨이 영유) 사이의 대륙붕 경계획정에 관한 사건이었다.⁷¹⁾ 조정위원회는 문제의 지역에 대해 아이슬란드가 가지고 있는 중대한 경제적 이해와 함께 그 지역의 지리적 및 지질학적 특성들과 기타 특수한 사정들을 고려하도록 요청 받았다. 관련 증거들을 세밀히 검토한 후, 위원회는 공동개발을 제안했다. 즉, 탄화수소가 매장된 전지역에 대해 그 채굴을 두 나라가 합작해서 하도록 합의할 것을 건의했다. 이 건의는 두 나라에 의해 결국 받아들여졌고, 그 내용을 담은 조약이 1981년 체결됨으로써 분쟁은 종식되었다.

3) 調停의 實際

어떤 조정위원회나 수행하는 기능은 모두 같다. 즉, 분쟁을 조사하여 실현가능한 해결방안을 제시하는 것이다. 하지만 위원회는 광범위한 권한을 위임받고, 구체적 사건에서는 각기 다양한 임무를 수행해 왔다. 말은 사건에서 위원회가 무엇을 어떻게 처리하는지는 무엇보다도 위원회 설치를 합의한 문서의 내용에 좌우된다. 그러나 이 밖에도 영향을 미치는 요소들이 있는데, 분쟁 당사자들이 사건을 어떤 식으로 표현하느냐는 것과 조정위원들이 자신의 역할을 어떻게 인식하느냐는 것들이다. 따라서 조정위원회가 실제로 기능하는 모습은 공통점도 많이 있지만, 아주 기본적인 점에 관한 접근 방법 조차도 상당히 다른 것을 또한 발견할 수 있다.

조정이라는 분쟁해결 방식의 특성에 대해 어떤 견해에 따르면, 조정을 ‘제도화된 교섭’으로 이해하기도 한다. 조정위원회의 임무는 당사자들 사이의 대화의 場을 마련하고 이에 적극 참여하도록 권유하며, 그들의 대화가 성공적으로 결론에 도달하는데 필요한 모든 도움을 제공하는 것이다. 이런 접근방법은 당사자들 사이의 합의를 이끌어내는 것이 분쟁해결에 필수적이라는 인식을 전제로 하고 있다. 이런 측면에서 조정은 중개와 유사한 특징을 가지고 있으며,⁷²⁾ 사실조사나 중재와 유사하다고 보는 견해도 있다.

조정의 본질이 무엇이나에 관한 위원회의 견해는 그들의 활동에 커다란 영향을 준다. 위원회가 조정을 중재와 유사한 분쟁해결 수단으로 이해하거나, 당사자들이

목록과 그 가치가 평가되었고, 그 분배를 위해 최종적으로 마련한 방법은 케냐에게 42.7%, 탄자니아에게 34.3% 그리고 우간다에 23%를 분배하는 것이었다. 당사자들은 이 방안을 기초로 하여 직접 교섭을 벌였고, 1984년 EAC의 해체를 종결짓는 합의문을 마련함으로써 이 분쟁은 종결되었다. 물론 이 합의문에 따른 재산 분할은 Umbricht 박사가 처음 제안한 것과는 야간 차이가 있었지만, 조정자로서 그가 작성한 보고서와 제안이 이 분쟁을 해결하는데 중요한 기여를 했음은 분명하다. 이에 관한 자세한 내용은 V. Umbricht, “Principles of international mediation: the case of the East African Community”, 187 Hague Recueil des Course 307 (1984) 참고.

71) R. R. Churchill, “Maritime delimitation in the Jan Mayen area”, Marine Policy, 1985, p.16.

72) Chaco 위원회, Franco-Siamese 위원회, 그리고 Jan Mayen 사건을 다룬 위원회 활동에서 이런 예를 잘 볼 수 있다.

그렇게 요구하는 경우에 그들의 활동은 형식이나 절차에 얽매일 가능성이 많다.⁷³⁾ 조정위원회의 임무 중 하나는 문제된 분쟁의 본질과 그 배경을 자세히 조사하는 것이기 때문에 이들에게는 통상 광범위한 조사권한이 부여된다. 하지만 이들의 조사 활동은 사실을 밝히는 것으로 충분하지 않고 분쟁 당사자들을 화해시켜야 하므로, 조사활동은 수단에 불과하다. 따라서 어떤 사실을 밝히는 것이 조정을 더 어렵게 할 우려가 있는 경우에는 그런 사실을 더 캐내지 않고 조사를 중단하기도 한다.⁷⁴⁾ 조정위원회가 정보를 수집하고 사실관계를 파악하는 방법은 여러 가지가 있으며, 위원회에서 다룬 분쟁의 거의 대부분이 법적인 쟁점을 포함하고 있었으므로, 거의 대부분의 위원회는 법률가들로 구성되어 왔다.

위원회가 조사활동 중에 있거나, 해결책을 마련 중이거나 혹은 화해를 시도하는 등 어떤 단계에 있는지에 관계없이 이 모든 작업이 비공개로 진행되는 것이 조정의 성공을 위해 꼭 필요하다. 모든 분쟁에는 미묘한 논쟁점이 있기 마련이고, 어떤 정부나 공개적으로 양보나 타협을 하려고 하지 않으므로 비밀유지는 조정에서도 일반적인 관례가 되어왔다. 또한 조정의 가장 두드러진 특징 중에 하나는 조정위원회의 보고서가 결정이 아닌 ‘제안’의 형태를 취한다는 점이다. 따라서 법적인 판단이 핵심적인 사건에서조차도 조정위원회의 보고서는 중재 판정과는 전혀 다른 모습이고, 당사자들에게 구속력을 갖지도 않는다. 그러므로 전형적인 조정의 경우에 조정자의 임무는 조정안의 제출로 끝나고, 그 이후의 모든 일은 분쟁당사자들의 손에 달려 있다. 하지만 당사국들은 별도의 합의를 통해 조정자로 하여금 그 이상의 역할을 더 해 주도록 요청할 수도 있다.⁷⁵⁾

4) 調停의 重要性

조정 제도를 이용할 수 있었던 지난 70여년 동안, 20여건이 채 안 되는 분쟁들이 실제로 이 제도를 이용했는데, 200여개의 양자조약과 여러 다자조약 속에 조정에 관한 규정이 있음을 상기해 보면, 조정은 그 지지자들이 기대했던 정규적인 분쟁해결절차로 자리잡는데 실패했음이 분명하다. 그 이유는 먼저 양자조약들 중에는 특정한 종류의 분쟁만을 다루도록 제한된 것들이 있으며, 다자조약들에는 광범위한 유보가 허용되어 있어서 당사자들이 조정에 응해야 할 의무를 배제시킬 수 있었기 때문이다. 그리고 또 어떤 조약들에서는 그런 규정을 실제로 적용하려는 의도 없이 단지 하나의 전형으로 예시한데 불과한 경우도 있다. 또한 다른 분쟁해결 방법들의 영향도 함께 고려해야만 한다. 어떤 당사국 정부가 분쟁을 해결하려는 의지를 가지

73) 이런 예로 벨기에-덴마크 사건에서는 書面 심리 및 口頭 심문 절차가 마치 중재재판의 경우처럼 진행되었다.

74) 1958년 프랑스와 모로코 사이에 프랑스 당국에 의한 항공기 착륙지점 변경문제를 다루기 위해 구성된 조정위원회의 경우가 그런 예이다.

75) 1977년 EAC의 재산 분배 사건의 조정을 맡은 Umbricht 박사가 한 역할은 매우 다양했고, 참여한 기간도 매우 길었다. 초기에는 사실조사를 감독하는 일을 했고, 그 후에는 해결을 위한 방안을 제시했으며, 마지막 단계에서는 중개자의 역할을 수행했다.

고 있다면, 국제기구 안에 있는 비공식적 조정제도를 효과적으로 이용할 수 있다. 조정 규정을 둔 양자조약들이 점점 더 많이 중재의 냄새를 풍기는 추세에 있는데, 이점은 정치적 성격의 분쟁들을 국제기구로 가져가도록 촉진해 왔으며, 조정의 불확실성 및 경비 문제 때문에 이미 검증된 제도인 중재를 선호하는 경우가 있다. 또 조정이 비교적 복잡한 절차라는 사실이 경미한 분쟁에 이 절차의 이용을 꺼리게 만드는 요인이 되기도 하지만, 자신들의 제안을 뒷받침할 정치적 권한이 없기 때문에 심각한 분쟁에 조정이 많이 이용되는 것도 아니다.

분쟁 상대와 친선관계를 유지하려는 의지와 타협을 받아들일 자세는 조정을 위한 필수 전제조건이다. 과거의 관행을 통해 볼 때, 조정을 이용하기 가장 좋은 종류의 분쟁은 그 핵심이 법적 다툼임에도 당사자들이 법적인 해결보다는 공평한 타협을 원하는 경우이다. 이런 종류의 사건에서 公正과 善의 원칙에 따르는 조정은 중재라는 대안에 비해 두 가지 이점을 제공할 수 있다. 첫째 이점은 중재와 같은 재판에서 가끔 발생하는 전혀 예기치 못한 결과가 나올 위험성은 없다는 것이다. 둘째 이점은 조정위원회의 제안은 구속력이 없기 때문에 당사자들은 그 해결책이 마음에 들지 않으면 거절 할 수 있다는 것이다. 때로는 조정이 성공을 거두지 못하는 경우도 있지만, 사태의 진전에 큰 도움을 주었다는 것은 중요한 일이다. 마지막으로 조정의 중요성을 평가할 때 꼭 고려해야 하는 것은 많은 조약들 속의 조정 규정이 잘 활용되고 있지 않다고 해서 이런 규정들이 무의미한 것은 아니라는 점이다.⁷⁶⁾

현재도 분쟁해결에 관한 규정들에는 조정이 포함되는 것이 일반적이고, 분쟁이 발생했을 때 국가들이 실제로 이용하는 절차들 속에서 조정은 온당한 자리를 잡고 있다. 비록 조정을 통하는 분쟁의 수가 적고, 이 방법을 통해 성공이 보장되는 것은 아니지만, Jan Mayen 사건이나 동아프리카공동체 사건 같은 예가 조정의 가치를 상기시켜 준다. 사실조사와 마찬가지로, 조정도 다양한 필요에 응할 수 있는 절차이다. 그리고 그 이점은 국제분쟁의 해결에 당사자이외의 사람들이 조직적으로 개입하는 것에서 나온다.

제2절 國際組織을 통한 政治的 解決方法

76) ‘조약법에 관한 비엔나협약’의 교섭과정에 깊이 관여했던 한 법률고문은 다음과 같이 적고 있다: 본 협약에 규정된 것 같은 자동적 분쟁해결 절차의 가치는 그 정확한 내용이 무엇인지에 있지 않고, 그런 규정의 존재 자체가 가치를 지닌다. 역설적이게도, 그런 절차가 덜 활용될수록 그것은 더 효과적이라고 할 수 있다. 시간이 오래 걸리고 비용도 많이 드는 국제 조정이나 재판에 매달리고 싶어하는 국가는 없다. 이런 점과 함께 불확실한 결과는 각국의 외무부 및 법률고문에게 상당히 무거운 부담으로 작용한다. 중요한 점은 분쟁의 이면에서 항상 이런 전문가들이 주장의 정당성을 평가하고, 분쟁해결 절차로 자동적으로 이행시키는 규정 등을 항상 고려해야 한다는 사실이다; I. Sinclair, *The Vienna convention on the law of treaties*, 2nd ed., Manchester, 1984, p.235.

2.1 UN에 의한 解決

분쟁을 정치적 성격의 국제기관에 부탁하여 처리하는 것은 중재만큼이나 역사가 오래 되었다. 국제분쟁의 해결을 포함한 국제적 문제들을 다루기 위해 폭넓은 책무를 지닌 범세계적인 기관을 설립하려는 첫 시도가 국제연맹의 창설이었다. 국제연맹의 실패 후, 1945년 국제연합(The United Nations: UN)이라는 국제기구를 창설하고, 국제분쟁을 이 기구를 통해 다루려고 했다.

유엔의 목적은 유엔 헌장 제1조에 명시되어 있으며, 두 가지 분명한 책무를 부여하고 있는데, 그 하나는 무력충돌이 발생하면 즉시 그것이 중지되도록 필요한 모든 조치를 취하는 것이다. 그리고 나머지 하나는 국제분쟁의 당사자들이 평화적 수단을 이용하여 분쟁을 해결하도록 돕는 것으로 이와 관련해서 유엔이 실제로 어떻게 행동해 왔으며 그 효과는 어떠한지 다음에서 살펴본다.

1) UN의 組織

분쟁의 평화적 해결이라는 역할을 맡은 유엔의 주요 기관은 세 기관으로, 안전보장이사회, 총회, 사무국이다. 헌장의 제6장은 분쟁의 평화적 해결을 주제로 하고 있고, 안전보장이사회에 이에 관한 권한을 부여하고 있다. 물론 안전보장이사회가 어떤 문제를 다룰 것인지 여부는 안보리가 표결을 통해 결정하지만, 이 경우에 관련 국가의 동의를 얻을 필요가 없다는 점은 매우 주요한 안보리의 권한이다. 그리고 어떤 문제를 다룰 것인지 결정함에 있어서, 안보리는 그 문제가 국제적 ‘분쟁’인지에 관해 사법기관들이 취하는 것보다 훨씬 넓은 개념을 적용할 수 있다. 안보리는 유엔 헌장 제34조에 의해 국제분쟁 뿐 아니라 국제적 ‘마찰’에 이를 소지가 있는 상황에도 개입할 수 있다는 점을 고려해 보면, 안전보장이사회는 국제적 파급효과를 가져올 수 있는 거의 모든 문제를 다룰 수 있다고 여겨진다.

유엔 총회의 권한에 관해서는 조항을 많이 두고 있지 않다. 헌장 제10조부터 14조에 걸쳐 총회의 권한이 규정되어 있는데, 이것은 토의 및 권고에 관한 광범위한 권한으로 총회는 유엔 헌장의 범위 내에 있는 모든 문제를 토의할 수 있다. 권고를 할 수 있는 총회의 권한도 분쟁해결 문제에 미치며, 제14조에 의해 “그 기원이 무엇인가에 상관없이, 국가간의 우호관계 및 일반적 복지를 해칠 수 있다고 보여지는 모든 사태를 평화적으로 해결하는데 필요한 조치”를 권고할 수 있는 권한까지 갖는다. 여기서 분명히 알 수 있는 것은 총회의 권고 권한은 국제 평화와 안전에 관한 문제에만 국한되지 않기 때문에 안전보장이사회의 권한보다 더 넓다는 것이다. 하지만 유의해야 할 점은 제14조는 “안전보장이사회가 어떤 분쟁이나 사태에 대해 이 헌장에서 부여한 권한을 행사하고 있는 동안, 총회는 안전보장이사회가 요청을 하지 않는 한 그 분쟁이나 사태에 관한 어떠한 권고도 하여서는 안 된다”는 제12조 1항에 의해 제한을 받는다는 것이다. 이 점을 고려할 때, 유엔 헌장이 총회에 부여한

권한이 결코 작은 것은 아니지만 평화와 안전에 관한 한 안전보장이사회에 우선권을 부여하려고 의도했음을 알 수 있다.

2) 安全保障理事會와 總會의 業務

안전보장이사회와 총회는 둘 다 분쟁해결에 관해 해당 국가들에게 권고를 하는데 그들의 권한을 자주 사용해 오고 있다. 또 분쟁의 해결을 위해 사실조사를 많이 실시했으며, 두 기관은 이러한 일을 하기 위한 특별기구를 그들 산하에 구성하는 일을 해 오고 있다.⁷⁷⁾ Corfu Channel 분쟁이 안전보장이사회에 제기되어 있을 때, 안보리는 사실조사 소위원회를 구성하여 이 분쟁에 관한 증거를 조사하도록 했다. 일반적으로 이러한 기구를 설치하는 목적은 현장조사를 실시하기 위해서지만, 같은 해 후반에 총회가 설치한 ‘발칸 특별위원회’는 사실조사 업무 뿐 아니라, 중개와 조정의 역할도 일부 수행했다.

유엔이 할 수 있는 역할 중 가장 중요한 것 하나는 분쟁 당사국 사이의 직접 만남을 돕는 것이다. 그 구체적 도움으로는 교섭, 중개, 조정, 혹은 주선 등이 가능하다.⁷⁸⁾ 유엔이라는 기구의 존재 그 자체가 외교적 접촉을 통한 분쟁해결에 도움이 된다. 즉, 국가라는 틀 밖에서 관련 국가의 외교관들을 한자리에 모이게 하여 언론에 드러나지 않고 형식에 얽매이지 않으면서 접촉을 쉽게 가질 수 있으며, 비공개적으로 분쟁 해결에 타협할 수 있는 곳이 유엔을 통해 마련된다.

비공개로 진행한 외교적 노력이 실패하는 경우에는 물론 보다 공개적인 다른 방법들을 시도할 수 있다. 그 중 하나로, 주로 유엔의 초창기에 많이 이용되던 방식은 당사자들 사이의 교섭을 측면 지원하기 위한 특별위원회를 구성하는 것이다. 이러한 위원회는 도움이 될 수 있고, 실제로 좋은 결과를 이끌어 내는데 기여하기도 했지만, 한계도 드러났다. 유엔의 초창기부터 주선의 업무를 특정 개인들에게 맡기는 경우가 있었고, 이렇게 하는 것이 성공을 보장하지는 않았지만, 이점이 있었기 때문에 점점 더 많이 이용되었다. 안전보장이사회와 총회가 취할 수 있는 또 하나의 방법은 분쟁을 지역적 기구나 다른 기관에 보내어 해결을 부탁하는 것이다. 분쟁을 서로에게 위임하는 방법 이외에도 유엔의 다른 기관에 문제를 부탁할 수도 있다. 하지만 실제로 안보리나 총회는 국제사법재판소의 이용을 권장하지 않았다. 1947년에 안보리는 Corfu Channel 분쟁의 당사자들에게 국제사법재판소에 갈 것을 권고했는데, 소송사건 중에는 이것이 현재까지 유일한 경우다. 국제사법재판소에 권고적 의견을 구하는 경우도 역시 드물었다.⁷⁹⁾ 이것을 통해 알 수 있는 것은 유엔이 법적 해결보다 정치적 해결방법을 확실히 선호한다는 사실이다.

77) 이러한 활동의 중요성 및 그 한계에 관해서는 다음 논문 E. A. Plunkett, "UN fact-finding as a means of settling international disputes", 9 Va. J. I. L. 154(1968-9) 참조.

78) 이에 관한 자세한 내용은 Raman (ed.), DISPUTE SETTLEMENT, pp.367-517 참고.

79) 총회가 1949년에 Peace Treaties 사건을 국제사법재판소에 부탁한 것이 유엔의 첫 25년 활동 동안 법적 분쟁에 관해 권고적 의견을 구한 유일한 경우였다.

3) UN 事務總長의 役割

분쟁해결과 관련된 사무총장의 업무는 두 개의 서로 다른 영역에 나누어져 있다. 하나는 헌장 제98조에 따라, 안보리와 총회가 사무총장에 위임한 일이고, 나머지 하나는 사무총장 자신의 주도로 제99조에 의한 권한을 행사하거나 혹은 이해당사자의 요청에 따라 행하는 여러 가지 역할이다.

사무총장은 주선을 요청 받았을 때, 그가 필요하다고 생각하는 하부기구를 만들 수 있다. 무력충돌이 발생한 경우에는 일반적으로 주선을 통해 휴전이 이루어지도록 하는 임무가 주어지며, 당사국들의 적대행위를 자제시키고 전투의 수단 및 방법을 제한하는 역할을 수행할 수 있다. 유엔 사무총장에게 종종 주어지는 또 다른 임무는 유엔의 평화유지 활동을 조직하고, 관리하는 것으로 이는 실제로 사무총장의 가장 주요한 역할 중 하나이다. 그러므로 많은 분쟁들에서 유엔 사무총장의 가장 중요한 목표는 위협스러운 정치적 공백을 메움으로써 숨쉴 공간을 우선 확보하고, 차후에 분쟁해결의 실마리를 마련하는 것이다.

사무총장은 안전보장이사회 및 총회의 활동과 조화되도록 자신의 활동을 펴야 하지만, 사무총장이라는 지위가 갖는 최대의 강점은 그의 獨立性에 있다. 사무총장이 독립성을 유지한다는 것은 그가 정실에 얽매이거나 두려움 없이 활동할 수 있게 해준다는 점에서만이 아니고, 유엔 헌장이 그에게 부여한 권한을 벗어나지 않는다는 점에서도 중요하다.⁸⁰⁾ 만약 사무총장의 활동이 유엔 다른 기관의 활동과 상충된다면, 그가 한 쪽을 편들고 있다는 비난을 피하기 어렵고, 결국 그의 입장을 견지하는 것이 불가능할 것이다.

사무총장이 출선해서 개입할 수 있는 일이 많지만, 헌장 제99조에 의한 조치를 취할 것인지 여부는 전적으로 그의 재량에 속한다는 점을 상기할 필요가 있다. 언제 개입하느냐 하는 타이밍이 분쟁해결에 결정적 영향을 주는 경우가 종종 있고, 사무총장의 이러한 역할 중 많은 부분이 ‘막후 외교활동’이기 때문에 제99조에 의한 사무총장의 권한을 그의 업무의 독립성의 한 단면으로 보는 것이 개입 의무를 부과하는 것보다 훨씬 올바른 태도이다. 마지막으로, 사무총장의 역할은 다른 기관의 역할을 보완하는 것이어야 한다. 즉, 안전보장이사회나 총회는 국제평화와 안보를 위한 자신들의 정치적 책무를 포기할 수 없고, 사무총장이 그들의 책무를 대신 해 줄 것을 기대할 수도 없다. 어떤 해결방안의 성공가능성은 면밀히 조사해 본 후에 비로소 알 수 있다는 점을 고려하면, 그런 임무를 기꺼이 질 용의와 능력을 가진 사무총장의 존재는 유엔의 소중한 資産이다.

80) N. Elaraby, "The office of the Secretary-General and the maintenance of international peace and security" in UNITAR, INTERNATIONAL PEACE AND SECURITY, p.177 at pp.181-187.

4) UN의 政治的 機關들과 國際司法裁判所

사무총장의 활동, 안보리의 개입, 총회에 의한 어떤 조치의 채택, 이 세 가지 방식 모두의 공통점은 국제분쟁을 정치적으로 해결하려는 시도라는 것이다. 본질적으로 재량적 행위인 이러한 방식들 이외에 분쟁 당사국들은 중재나 재판과 같은 방식을 통해 국제법에 근거한 결정을 구할 수도 있다. 여기서 국제사법재판소에 분쟁 해결을 부탁하는 것이 다른 정치적 기관들을 동시에 이용하는 것과 어느 정도 병존할 수 있는가하는 문제가 제기된다.

Nicaragua 사건과 Dipolmatic Hostages in Teheran 사건에서 국제사법재판소와 유엔의 정치적 기관들의 관계를 분명하고 일관성 있게 보여준다. 비록 이 사건들에서 관련된 문제 모두에 대한 해답이 주어진 것은 아니지만, 어떤 문제가 안전보장이사회에서 다루어지고 있다하여 국제사법재판소가 그 문제를 다룰 수 없는 것은 아니라는 점을 밝히고 있다. 그리고 Aegean Sea 사건에서 제기된 교섭과 재판과의 관계에 대해서도 국제사법재판소는 이들 두 절차가 동시에 진행될 수 없다는 주장을 받아들이지 않았다. 재판소가 종종 말해 왔듯이, 분쟁해결에서 정치적 수단과 법적 수단은 서로 보완적이다.

5) UN의 效率性

유엔의 효율성에 대해 평가하려면 유엔이 국제분쟁에 정규적으로 얼마나 개입해 왔는가와 그 개입이 분쟁해결을 이루거나 촉진하는데 얼마나 기여했는가를 검토해 보아야한다.

대부분의 분쟁은 당사국이나 유엔 회원국이 아닌 국가가 분쟁당사국인 경우에는 회원국인 다른 나라를 통해 유엔에 제기되며, 분쟁당사국들이 자신들의 분쟁을 유엔으로 가져가길 원하지 않는 경우에는 그 분쟁이 파장을 우려하는 제3국에 의해 유엔에 제기 될 수도 있다. 따라서 유엔에서 다루어지는 분쟁들에 유엔이 어느 정도 개입하고 또 궁극적으로 얼마나 효율적으로 사태 해결에 기여하는가 하는 문제는 분쟁의 성격 및 유엔에 오게된 상황에 따라 달라진다.

초강대국들간의 분쟁을 유엔 사무총장이나 제3국이 중재하는 것은 매우 어려운 일이다. 그 이유는 유엔총회에서 어떤 결의안을 통과시키더라도 그 이행이 효과적으로 이루어질 수 없기 때문이고, 또 안보리가 취할 수 있는 제한적 조치들도 거부권에 의해 차단 당할 수 있기 때문이다. 강대국간의 대립과 관련이 있는 것으로 유엔의 개입을 어렵게 하는 또 다른 부류의 분쟁들은 강대국들이 자신들의 이해관계가 직접 걸려있는 문제로 보고 유엔의 개입이 도움이 안 된다고 보는 분쟁들이다. 따라서 유엔이 해결하려고 한 분쟁의 종류는 주로 강대국들에 의해 규정되어 왔다. 특히 미국과 소련의 대립은 국제분쟁 중 상당한 종류를 유엔이 다루지 못하게 하면서, 그들의 이해에 관련된 종류의 분쟁에는 유엔의 개입을 허용하거나 요구해

왔다. 한편 식민지배에서 벗어나 신생국가들의 탄생은 유엔 내부의 정치적 역학관계를 변화시켰고, 식민지청산과 관련된 문제를 유엔의 주요한 관심사로 만들었다. 유엔이라는 국제기구의 발전과 ‘국내문제’라는 이름으로 국제기구의 개입에 제한을 가해온 전통적 입장에 방금 언급한 것과 같은 정치적 요소들이 첨가된다면 국제분쟁에 개입하는 유엔의 태도가 본연의 모습을 되찾게 될 것이다.

두 번째로 유엔의 효율성을 평가하기 위해서는 유엔의 성공, 부분적 성공, 그리고 실패에 관해 살펴보아야 한다. 동서 양진영의 갈등과 대립은 유엔이 집단적 안보기구로서 제구실을 못하게 했으며, 유엔은 어떤 분쟁의 원인을 근본적으로 해결하는 것에는 큰 역할을 하지 못했고, 휴전협정을 체결하게 하거나 분쟁이 다소 누그러진 시기에 감독활동을 펴는 것에는 종종 성공해 왔다는 지적을 받고 있다. 약간의 예외를 제외하고 보면, 평화유지군의 활동은 분쟁 그 자체의 해결에는 큰 관심이 없었고 무력사용을 방지하는 것에 초점을 두어온 것이 명백하다. 이런 ‘예방적’ 활동이 무의미 한 것은 아니고, 최종 해결에 결정적인 밑거름이 되기도 한다.⁸¹⁾

유엔은 결코 세계정부가 아니고, 다만 국제분쟁을 다루기 위해 설득, 합의, 교섭, 공감대 찾기 등의 수단이 이용 가능한 하나의 외교활동의 장일 따름이다. 인간이 만든 다른 제도들과 마찬가지로, 유엔의 조직과 절차는 완벽하지 못하며 개선되어야 할 점이 있다. 하지만 근본적으로 유엔의 활동은 제도적 결함보다는 그 구성원인 국가들이 가진 문제점 혹은 사건의 성격에 더 큰 영향을 받아왔다.

2.2 地域的 協定 또는 機構에 의한 解決

범세계적인 주요 기구로서 유엔의 발전과 성장은 지역적 國際機構의 발달과 함께 했고, 이러한 지역적 국제기구들도 분쟁해결에 종종 개입해 왔다.⁸²⁾ 분쟁해결을 지역적 국제기구의 목적으로 규정해 놓고 있는 경우도 있고,⁸³⁾ 그 주요 목적이 분쟁해결과 관련이 없는 경우에도 그런 일에 직접·간접적으로 개입하는 경우가 있을 수 있다. 인근 국가들이 하나의 제도적 틀 속에 함께 하고 있다는 점이 분쟁의 당

81) 분쟁의 해결을 위한 유엔의 개입이 사실은 실패하고 있다는 점에 관해 우탄트 사무총장은 진실을 날카롭게 꿰뚫어 보고 다음과 같은 의견을 피력했다: 중대한 문제들이 흔히 유엔에 오게 되는 이유는 관련 정부들이 그 밖에 다른 대안이 없다고 생각했기 때문이다. 유엔은 최후에 찾게 되는 곳이다. 관련 정부들이 해결할 수 없다고 이미 판단한 문제를 유엔에 가지고 왔는데, 유엔은 이런 문제를 해결하지 못했다는 이유로 종종 비난을 받는다. 어떤 위기상황을 해결하거나 어떤 행동을 이행하도록 강제하는데 실패했다는 이유로 유엔은 자주 비난을 받아왔다. 하지만 유엔의 실패는 곧 국제사회의 실패라는 인식이 널리 퍼져있지는 않다. 어떤 조치가 이행되지 못하는 주된 이유는 관련 당사국들이 유엔의 결정을 따르지 않기 때문에 초래된 것이다; U Thant, View From the UN, p.32.

82) F. S. Northedge and M. D. Donelan, INTERNATIONAL DISPUTES: THE POLITICAL ASPECTS, London, 1971, Chapter 11.

83) ‘아프리카 단결기구(the Organization of African Unity: 약칭 OAU)’가 그런 경우이다. OAU 헌장 제3조 4항은 “교섭, 중개, 조정 혹은 중재를 통한 분쟁의 평화적 해결”을 이 기구의 목적 중 하나로 규정하고 있다.

사국들에게는 그들 상호간의 견해차이를 좁힐 기회를 제공해 주고, 당사자가 아닌 이웃 국가들에게는 해결을 위한 도움을 주거나 압력을 행사할 동기를 제공한다.

1) 地域的 國際機構의 種類

지역적 국제기구의 성격은 그 기구가 어디에 위치하고 있는가, 어떻게 조직되어 있으며, 어떤 수단을 강구할 수 있는지 등에 따라 기구의 성격이 결정된다. 1949년 창설된 유럽이사회는 공동 이익에 관한 문제를 논의하고 관련된 협약체결을 촉진하며 인권을 보호하는 것을 목적으로 한다. 유럽공동체(the European Convention on Human Rights)는 경제적 통합과 궁극적으로는 정치적 통합을 목적으로 하고, 유럽 공동체재판소(the Court of Justice of the European Communities)는 법적 분쟁의 해결을 책임지고 있다.

군사적 통합에 관련된 기구로 1949년에 창설된 북대서양조약기구(the North Atlantic Treaty Organization: NATO)가 있는데, 주로 외부의 침략에 대응한 군사동맹의 역할을 하지만, 회원국들 사이의 비군사적 협력 및 분쟁해결 촉진에도 관여한다.⁸⁴⁾ NATO에 상응하는 동유럽의 조직체는 바르샤바조약기구(the Warsaw Treaty Organization)로서, 이는 소련에 의해 창설되어 동유럽 거의 모든 국가들을 포함한 군사동맹이었다. 대서양에 있는 지역기구 중 가장 중요한 것은 '미주지구(the Organization of American States: OAS)'로 1948년 창설되어 미주지역 국가들의 상호협력을 위해 그 전부터 있던 제도적 장치들을 확고히 하고, 회원국의 공통 이익에 관련된 폭넓은 문제를 다루었는데, 이 중에는 회원국들 사이의 분쟁해결도 자주 포함되었다.⁸⁵⁾ 아프리카와 아시아에 있는 지역기구로는 '아프리카 단결기구(the Organization of African Unity: OAU)'⁸⁶⁾와 '아랍 연맹(the Arab League)'⁸⁷⁾이 있으며, 주요한 목적을 분쟁해결에 두고 있다.

2) 紛爭解決을 위한 地域機構의 役割

지역기구의 가장 유용한 기능 중에 하나는 분쟁이 실제 발생했거나 발생이 예견되는 상황에서 그 회원국들에게 사전 협의와 교섭을 할 수 있는 장을 제고해 주는

84) F. L. Kirgis, "NATO consultations as a component of national decision-making", 73 A. J. I. L. 372 (1979).

85) OAS는 법적인 측면에서 보면 3개의 조약으로 구성되어 있는데, 그 하나는 1947년의 '미주 상호협력조약'으로 NATO의 경우와 유사한 군사방어적 동맹을 창설한 것이며, OAS의 조직과 절차를 등 제도적 장치에 관한 원칙이 규정되어 있는 것은 1948년의 '보고타 헌장'이다. 세 번째 조약은 '평화적 분쟁해결에 관한 미주 조약'으로 전적으로 분쟁해결을 다루고 있으며, 중개, 사실조사, 조정 그리고 사법적 해결에 관한 상세한 규정을 두고 있다.

86) T. O. Elias, "The Charter of the Organization of African Unity", 59 A. J. I. L. 243 (1965).

87) B. Boutros-Ghali, "The Arab League(1945-1970)", 25 Rev. Egypt Droit Int. 67 (1967); S. J. Al kadhem, "The role of the League of Arab States in settling inter-Arab disputes", 32 Rev. Egypt Droit Int. 1 (1976).

것이다. 특히 분쟁 때문에 정상적인 외교관계가 단절되어 있는 경우에는 지역기구의 회합을 통한 비공식적 접촉이 더 유용할 수 있다. 영국, 그리스, 터키가 관련된 사이프러스 분쟁 및 영국과 아이슬란드 사이의 소위 '대구 전쟁(Cod Wars)'의 경우에 무력충돌까지 몇 차례 있었지만, 이들 모두가 NATO의 회원국이었다는 점이 서로간의 대화의 창구를 열어두게 했다. 아이슬란드가 12마일의 어로수역을 선포함으로써 야기된 양국과의 분쟁은 1961년에 NATO를 통한 교섭으로 해결되었고, 15년 후 200마일로 확대된 주장으로 생긴 분쟁에도 NATO가 그 해결에 기여했다.⁸⁸⁾

1963년의 알제리-모로코 국경분쟁에서 아프리카 단결기구(OAU)의 역할처럼 장기간에 걸쳐 주선을 제공하여 분쟁을 해결하기도 하고, 그 직원이나 회원국들을 통해 분쟁해결을 위한 도움이 주선에서 중개로 바로 이어질 수 있도록 하는 역할을 수행하기도 한다.⁸⁹⁾ 또한 그 하부 기관이나 내부 人士를 통해 중개를 제공하는 방식 대신에 외부의 도움을 통해 분쟁해결을 촉진할 수도 있다.⁹⁰⁾ 사실조사와 조정은 상대적으로 복잡한 과정은 있으나, 지역적 국제기구가 필요한 자원과 조직을 갖고 있지만 하다면 좋은 효과를 거둘 수 있는 절차이기도 하다.

지역적 국제기구의 분쟁해결에 관한 그 동안의 활동을 통해 볼 때 분명한 점은 기구의 활동 중 상당한 부분은 단지 그 기구가 가진 조직을 기술적으로 이용한 것에 불과하다는 것이다. 달리 말하면, 많은 경우에 지역기구가 분쟁을 해결했다기 보다는 지역기구를 통해서 분쟁이 해결되었다는 것이 더 정확한 표현이다. 물론 모든 경우에 다 해당되는 것이 아니고, 지역기구 자신이 독자적인 공헌을 할 수도 있다.

3) 地域機構의 限界

국제분쟁의 해결에 지역적 국제기구들이 유용한 기능을 한다는 점은 분명하나, 유념해야 할 점은 지역기구의 행동이 항상 가능하거나 바람직한 것이 아니기 때문에 이러한 성공 사례를 너무 과장해서는 안 된다는 것이다.

어떤 종류의 분쟁들은 국경분쟁의 예처럼 거의 대부분 특정 지역 안에서만 일어나지만 이러한 분쟁들 중 많은 것들의 해결에 지역기구가 기여할 수 있는 경우는 매우 적다. 오히려 분쟁당사국들에게 투쟁을 계속하는데 필요한 외교적·물질적 자원을 제공함으로써 지역기구들이 분쟁의 해결을 더 어렵게 만들 수도 있다.⁹¹⁾ 지역기구가 영향력을 행사하는데 외부적 제한들만 있는 것이 아니라, 내부적 한계도 있

88) H. Jonsson, Friends in Conflict, London, 1982, pp.179-181.

89) 혼두라스-니카라과 분쟁이 그런 예로, 미주기구(OAS)는 중개자로 이에 개입하여 분쟁을 다루었다.

90) 1964년의 르완다와 부룬디 사이의 분쟁, 1972년 우간다와 탄자니아 사이의 분쟁이 그런 예이다.

91) 포클랜드 사태가 이런 예에 속한다. 영국과 아르헨티나는 그들 각각이 속한 지역기구에 군사적 원조를 받을 수 있을 것으로 판단하여 그 기구의 회원국들과의 동맹관계를 이런 목적으로 이용하려 했고, 결과적으로 군사적 방법이 아닌 해결의 가능성은 미국과 유엔의 노력에 의할 수밖에 없었다.

는데 그것은 회원국 내부의 분쟁을 효과적으로 다룰 수 없다는 점이다. 하지만 이것은 원칙일 뿐이고, 주변 국가들에게 심각한 우려를 자아내게 하는 특정 국가의 국내문제는 지역기구의 개입을 불러들일 수 있다. 다음으로 지적할 점은 지역적 연대감과 충성심이 분쟁해결에 중요한 요소로 작용한다는 것이다. 국내문제가 쟁점이 된 경우를 제외하면, 같은 지역적 환경 속에 있다는 사실은 그 지역의 분쟁을 해결하는데 일반적으로 많은 도움을 준다. 하지만 지역에 대한 충성심에 너무 많은 기대를 하는 것은 금물이다. 지역기구의 기반이 된 ‘지역’이라는 것이 광범위하고, 그 구성원인 국가들은 다양성을 가지고 있어 회원인 국가도 그 지역기구의 회원국들보다는 다른 지역의 국가들과 더 공통점을 가지고 있을 수도 있다. 이런 경우에 지역기구가 집단적 조치를 취할 가능성은 상당히 줄어든다. 특수한 요소가 없는 경우에도 만일 중대한 이익이 걸린 상황이라면 지역적 연대감이 큰 역할을 하기 어렵다. 지역에 대한 충성심이라는 것이 실제보다 더 과장되어 있는 나타나는 점을 고려하면, ‘지역기구 내부의 지역조직’이 갖는 중요성은 더 커진다. 이런 조직의 회원국들은 규모가 큰 지역기구에 비해 더 긴밀한 관계를 가지고 있어서, 분쟁해결을 위한 개입도 비교적 쉽다.⁹²⁾

마지막으로 고려해 보아야 할 점은 자원 문제이다. 지역기구의 활동은 그 회원국들이 활동에 필요한 모든 것들을 얼마나 기꺼이 제공해 주느냐에 크게 좌우된다. 코스타리카와 니카라과 국경을 감시하는 것, 그리고 쿠웨이트에 평화유지군을 주둔시키는 것은 해당 지역기구의 회원국들이 필요한 자원을 적절히 도와주지 않으면 불가능한 일이다. OAU와 같은 기구는 자체 예산이 적을 뿐 아니라 人的 자원도 부족하여 단순한 일이 처리에도 어려움이 있다. 따라서 인적·물적 자원의 충족은 분쟁해결에 있어서 정치적 요소들과 마찬가지로 중요한 요소이다. 그리고 이들 두 요소는 흔히 서로 연계되어 있기 때문에 관심이 적은 분쟁에 개입을 하려면 재정적 부담이 크다. 또 의견 차이가 큰 분쟁을 평화적 수단을 통해 그 지역 안에서 해결하는 시도는 지역 외부에서 도움을 받는 것보다 어려울 수도 있다.

4) 地域機構와 裁判을 통한 解決

지역기구와 재판과의 연계는 다양한 모습을 보이고 있다. 지역 협정 속에서 어떤 분쟁은 사법재판 절차를 통해 다루기로 규정하고, 그런 임무를 담당할 재판소가 협정에 의해 설립되는 경우가 있다. 이러한 예로 유럽인권재판소, 유럽재판소, 미주인권재판소, 그리고 설립이 추진되었던 이슬람재판소 등이 있다. 이와 달리 분쟁을 국제사법재판소(ICJ)나 중재재판을 통해 해결하도록 규정하고 있는 보고타 협약과 같은 지역 협정도 있다. 법적 의무를 부과하는 제도적 장치를 마련하는 것에 더하여, 지역기구들은 정치적 차원에서 재판을 통한 해결을 효과적으로 지원할 수도 있다.

92) 예를 들면, 프랑스어를 사용하는 아프리카 국가들의 모임인 ‘말라가시 아프리카 연합’은 1962년에 다오메이와 니제르 사이의 영토분쟁 해결에 건설적인 역할을 했다.

같은 지역 안의 국가들이 서로 다투는 경우, 그 지역의 다른 국가들에 의한 압력은 당사국들이 재판관을 통해 분쟁을 해결하도록 이끄는 한 방법이 될 수 있다. 그릭 판결이 내려지면, 지역기구의 회원국들은 당사국들이 판결을 이행하도록 독려하거나 이행을 돕는 역할을 할 수 있다.

분쟁 당사국들은 지역기구에 의한 절차나 기타 다른 절차를 배타적으로 혹은 재판에 앞서 이용하기로 합의할 수 있고, 이러한 합의는 유효하다. 많은 국가들은 합의를 통해 사법적 해결방법을 다른 방법 다음에 사용하도록 하거나 사법적 방법 이외의 방법만을 이용하도록 한다. 국가들은 이러한 합의를 할 자유가 있고, 그 합의된 대로 효과가 있다.

5) 地域機構와 國際聯合

유엔과 지역기구들과의 관계에서 논란이 된 쟁점은 두 가지였는데, 하나는 국제 평화와 안전에 관련된 문제에 지역기구가 갖는 권한의 한계이고, 다른 하나는 안전보장이사회가 분쟁을 다루기 전에 지역기구에 의한 해결노력이 종결되거나 소진되어야 하는가하는 점이다.

먼저 지역기구의 권한에 대한 중대한 제약은 유엔 헌장 제53조 1항에 규정되어 있다. 즉, 안전보장이사회의 허가 없이는 지역협정이나 지역기구에 의한 ‘강제행동’을 할 수 없도록 한 것이 이 조항의 내용이다. 두 번째 쟁점에 대해서는 지역기구들이 안전보장이사회가 지는 국제 평화와 안전에 유지에 관한 최종 책임을 배제하지 못하므로, 어떤 국가들이 분쟁이나 상황을 안보리에서 다루는 것이 필요하다고 판단하는 경우에, 누구도 그들이 문제를 안보리에 제기할 권리를 빼앗지 못한다. 여기서 지적할 필요가 있는 점 하나는 안전보장이사회는 아주 특별한 경우가 아닌 한 지역기구가 다루고 있는 사건을 가로채서 직접 다루려는 시도를 하지 않는다는 것이다. 지역기구들은 분쟁해결에 건설적인 기여를 종종 해 왔으며, 지역기구들이 그 지역이 분쟁을 해결하도록 격려함으로써 유엔은 자원과 시간을 아껴 지역간 분쟁이나 지역내의 복잡한 분쟁을 처리할 수 있게 되어 효과적인 분업이 이루어진다. 반면에 모든 분쟁을 안전보장이사회에 맡기는 것은 지역기구의 효용성과 권위를 훼손할 것이다 또 지역 외부의 국가들이 개입함으로써 사태를 더 악화시킬 수 있는 가능성도 있는데, 지역기구가 개입하는 경우에는 이런 문제를 피할 수 있다.

第4章 國際 海洋紛爭의 司法的 解決 方法

第1節 仲裁裁判

분쟁이란 양립할 수 없는 이해관계에 관해서 서로 다른 주체간에 의사의 대립이 지속되는 상태를 말하는 것으로 단계적 과정으로 전개, 발전될 수 있다. 즉, 먼저 이해관계 주체간에 경쟁과 대립을 형성시키는 사건들이 발생한다(acts and events; -incidents). 이러한 사건들이 연속적 또는 간헐적으로 반복되어 대립관계가 심화(“갈등 상태”-conflicts)되어 심각한 상태로 발전(“긴장 상태”-tension)하면, 긴장 상태가 고조(高潮)(“위기국면”-crisis)되는 과정으로 전개되고, 간헐적으로 무력 충돌이 일어나며, 조직적이고, 법적인, 무력 충돌로 발전하기도 한다.⁹³⁾

모든 국제적 분쟁은 무력적 수단이 아닌 평화적 수단에 의하여 해결되어야 한다는 인식은 아주 오래 전부터 있어왔으나, 이러한 인식이 법적인 의미와 내용을 갖추고 구체적인 절차와 제도로 나타난 것은 그다지 오래된 것이 아니다. 사실 이러한 국제 분쟁의 평화적 해결에 관한 법적 의무는 1982년 Kellog-Briand Pact 이전에는 생소한 개념이었다. 무엇보다도 국제적 분쟁의 평화적 해결 절차를 규정한 초기의 일반적 협약들 즉, 예컨대 Hague First Convention이나 1907년 Hague Second Convention에서는 평화적 수단에 의한 국제분쟁의 해결이 “장려”되었을 뿐이었다. 그러나 지금 현대법 체계에서는 이러한 의무가 당연한 것으로 받아들여지고 있다. 즉, 모든 국제법 주체들은 그들간의 모든 분쟁을 평화적 수단에 의하여 해결해 나갈 국제법상의 의무를 지고 있다고 생각된다. 이러한 원칙은 국제연맹 규약이나 유엔 헌장 등에서 명백히 규정되고 있는 것이다.

유엔 헌장 제33조에서는 국제분쟁의 평화적 해결 수단으로 교섭, 심사, 중개, 조정, 중재재판, 사법적 판결 그리고 지역기구 및 협정에 의한 해결 등 7가지 방식을 제시하고 있다. 사실상 이러한 평화적 해결 수단들은 유엔 헌장의 입안자들이 갑자기 고안해 낸 것은 아니며, 인류가 오래 전부터 사용하던 전형적인 분쟁해결 수단들을 정리해서 제시한 것이라고 할 수 있다. 분쟁의 당사자들간에 제 3자가 개입해서 교섭의 기초를 제공하고 대립된 이해관계의 내용에 개입해서 교섭과 양보를 권유하거나 해결안을 제시하는 방식을 중개라고 하는 바, 이러한 방식의 분쟁해결 노력은 이미 고대인도와 이슬람 세계에서 사용한 기록이 있다. 중재 재판이란 분쟁의 당사국들이 자신들의 분쟁을 해결하기 위한 객관적인 기관을 만들고, 당사국들이 합의한 절차에 따라서 당사국들이 합의로서 채택한 준거법을 적용하여 해결방안을 결정하고, 일단 채택된 해결방식에 당사국들이 법적으로 기속되기로 합의하는 방식이다. 이와 같이 객관적인 제3자가 개입하는 사법적 방식은 이미 고대 그리스와 중

93) 김영구, “분쟁해결을 위한 새로운 패러다임으로서의 현대 국제판결 - 그 기능 및 한계에 관한 연구”, 서울국제법연구 제8권 1호, 2001, pp.3-4.

국 등에서 사용된 것으로 기록되고 있으며, 중세 유럽에서도 빈번하게 활용되었다고 한다.

1.1 仲裁의 形態

국가들은 장래에 발생할 수 있는 그들 사이의 분쟁을 중재를 통해 해결하자는 포괄적인 합의를 할 수 있고, 이미 발생한 특정 분쟁을 중재에 회부하기 위한 합의를 할 수도 있다. 이 둘 중 어떤 것을 하건, 첫 단계로 해야 할 일은 구성될 중재기관의 형태를 정하는 것이다. 먼저 가능한 것은 같은 수의 자국 중재위원을 지명하고, 이에 심판 역할을 할 한 명이 중립적 인사를 더 포함시켜 중재위원회를 구성하는 것으로, 당사국 출신 위원들이 해결방안에 합의하지 못하며, 중립 위원에게 해결방안을 위임하게 된다. 이와 같이 중재위원회를 구성하도록 한 것이 1814년의 ‘켄트 조약’이고, 그 보다 앞서 1794년의 ‘제이 조약’은 중립적 인사를 포함시키지 않고 당사국 출신 위원들로만 중재기구를 구성했다. 이런 초기의 영미 중재기구들은 외교적 문제와 법적 문제를 함께 고려했으므로 현대적 의미의 사법적 재판기관은 아니었다. 반면에 중재를 위해 구성된 공동위원회는 사법적 요소를 상당히 많이 가지고 있어서 현대적 의미의 중재기구라고 할 수 있다.⁹⁴⁾

중재의 또 다른 형태는 외국 정부나 그 수반에게 중재를 의뢰하는 것으로, 국제사회에서도 찾아 볼 수 있고, 중세시대에는 교황이 이런 역할을 종종 수행했었다. 이런 형태의 중재는 영향력 있는 외부인사의 개입으로 효과를 보려는 점에서, 중재가 갖는 많은 이점들을 가지고 있다. 그러나 정부나 정부 수반들은 중재안을 내놓게 된 이유를 설명하지 않는 경우가 많아 중재 결정에 법적 고려를 했는지, 했다면 어떤 부분에서 어떻게 했는지를 알 수가 없었다. 19세기 후반이 되면서, 중재는 본질적으로 사법적 절차라고 인식되었고, 법률가들의 자문을 받아 합리적 추론의 결과로 나오는 결정이라는 인식이 널리 퍼지게 되었다. 이런 결과로 Clipperton Island 사건에 대해 이탈리아 국왕이 내린 중재 결정의 예처럼, 1931년까지 국제법에 근거한 중재가 정기적으로 있었다.

공동(중재)위원회나 외국 정부 및 그 수반에 의한 중재가 적절하지 않다고 판단되는 경우에 택할 수 있는 또 하나의 중재 형태는 특정한 자격을 갖춘 사람들에게 분쟁 해결을 맡기는 것이다. 1899년의 헤이그 협약은 중재자 명단을 마련하고 ‘상설 중재재판소’라는 명칭을 붙였다.⁹⁵⁾ 협약은 자체 건물을 가진 사무국과 도서관을 설치했고, 그 직원을 두게 했다. 이들 시설과 직원은 현재까지 존속하며 중재 및 다른

94) 1903년에 영국-베네주엘라 중재위원회에 의해 다루어진 Bolivar Railway Company 사건 및 1926년에 미국-멕시코 배상심판위원회에 의해 처리된 Youmans 사건이 그 예들이다.

95) 재판소 혹은 법원과 같은 기관이 영구적으로 설치된 것이 아니고, 중재재판부를 구성할 때 그 구성원이 될 수 있는 사람들의 명단을 상시 확보하고 있을 뿐이므로, 상설중재재판소라고 하는 것은 부적절하다고 하는 학자들도 있다.

평화적 분쟁해결에 도움을 주고 있다. 적합한 사람만 찾을 수 있다면, 한 사람의 중재자가 일을 맡는 것이 신속한 처리에 도움을 주고, 비용도 적게 들 것이다. 물론 단독 중재자에게는 많은 부담이 주어질 모든 종류의 분쟁에 적절하다고 할 수는 없으며, 중재자가 한 명인 경우에는 보통 법률가가 임무를 맡는다.⁹⁶⁾ 현대 조약의 관행으로 널리 이용되는 중재의 형태는 홀수의 중재위원으로 중재재판부를 구성하는 것이다. 3명이나 5명으로 구성하는 경우가 보통이고, 다수결로 결정을 내린다.

1.2 依賴 內容과 條件

1899년 및 1907년의 헤이그 협약의 규정은 중재절차에 골격을 제공해 주었고, 그 후에는 국제법위원회(ILC)와 국제법학회(International Law Association) 등의 기관에 의해 중재절차가 더 정교해졌다. 하지만 중재절차를 어떻게 할 것인지를 정하는 것은 최종적으로 당사자들 합의를 통해서 이루어지므로 당사자들은 분쟁해결에 많은 통제권을 가질 수 있다.

중재의 쟁점이 무엇인지를 확정하는 것은 중재기관의 권한을 결정짓는 중요한 문제이다. 쟁점들을 어떻게 인식하고 서술하느냐는 문제는 당사자들의 교섭을 통해 정해지는 것이 일반적인데, 그 중요성 때문에 합의가 쉽지 않다. 중재 대상으로 삼을 쟁점을 구체적으로 합의하지 못하면, 분명히 합의해 온 문제에까지 부정적 영향을 줄 수 있다. 해양경계에 관한 최근 사건들에서 당사자들은 중재기구가 지도에 경계선을 긋게 할 것인지, 혹은 경계획정에 관한 원칙과 기준만을 정하도록 할 것인지, 아니면 이 두 방안의 절충적 권한을 행사하도록 할 것인지를 정해야 했다. 또 당사국들은 중재기구가 대륙붕만을 다루도록 할 것인지 아니면 배타적경제수역(EEZ) 전체까지를 포함해서 다루게 할 것인지를 결정해야 했다. 그리고 후자까지 포함하기로 한 경우에는 다시 더 세부적 사항을 결정해야 한다. 즉, 모든 영역을 포함한 하나의 해양 경계선을 중재기구가 그어야 하는지, 아니면 해상과 해저로 나누어 각 영역에 별도의 경계 설정을 허용할 것인지를 정해야 한다. 중재의뢰를 합의한 최근의 예들에서 볼 수 있는 하나의 추세는 단일 경계를 요구하고 있고, 이런 해결이 이점을 가지고 있다는 것은 쉽게 이해할 수 있다. 하지만 사법적 관점에서 볼 때, 이런 식의 지시는 중재기구가 임무를 잘 수행하기 어렵게 한다. 왜냐하면, 해상과 해저에 관해 고려해야 할 점들은 서로 다른 경우가 종종 있기 때문에 각 영역에 대해 별도의 경계를 긋는 것이 더 바람직한 경우가 있다.⁹⁷⁾

중재자에게 특정 문제만을 다룰 권한이 부여되고, 만약 이 권한 밖의 판정을 내리는 경우에 당사국은 그런 판정을 무효라고 주장할 수 있다. 중재과정에서 중재기

96) 예외적으로 1986년 Rainbow Warrior 사건을 들 수 있다. 이 사건에서 프랑스와 뉴질랜드는 유엔 사무총장에게 중재를 의뢰했다. 사무총장의 중재 결정은 비록 추론과정이 충분하지는 않았지만 주요 쟁점들을 모두 다루었고, 분쟁을 해결지었다.

97) T. L. McDorman, "The Canada-France Maritime Boundary Case: Drawing a line around St. Pierre and Miquelon", 84 A. J. I. L. 156(1990), at p.168.

구의 권한 혹은 관할권 문제가 차지하는 비중은 국제사법재판소의 경우보다는 미약하지만, 이런 문제가 제기되면 사전에 합의가 있어야 하는 중재의 원칙상 매우 엄밀하게 다루어진다. 이보다 더욱 중요한 결정들은 그것에 의해 특정 종류의 사건들의 운명이 판가름나게 되는 경우도 있다.⁹⁸⁾

1.3 仲裁 判定의 根據

중재기구가 다룰 쟁점이 무엇인지를 정하는 문제 못지 않게 중요한 것이 판정기준, 즉 중재기구에 무엇을 근거로 결정을 하라는 당사자들의 지시 내용이다. 가장 흔한 경우는 국제법에 따라 판정하라는 지시로, Channel Arbitration 사건에서 영국과 프랑스에 각각 속한 대륙붕의 경계를 국제법에 따라 판정해 달라는 것이 이 사건의 내용이었다. 당사국 모두가 국제법에 의한 해결이 적절하지 않다고 판단하며, 그들은 중재자에게 다른 근거에 의해 판정을 내려 달라고 요청할 수도 있다. 이렇게 하는 것은 분쟁을 그것에 관련된 다른 복잡한 문제들로부터 분리할 수 있는 방법이 되기도 한다.

어떤 나라의 국내법을 근거로 할 수도 있다. 당사국들은 특정 국내법만을 지정할 수도 있고, 다른 법규들과 함께 근거로 삼도록 중재자에게 지시 할 수 있다. Trail Smelter 사건에서 중재기구가 받은 지시는 “쟁점에 관련된 미국의 법규 및 실무관행과 국제법 및 그 관행”을 근거로 판정하라는 것이었다. 특히 상업적 중재의 경우에 국내법을 근거로 하는 것이 종종 이용된다.⁹⁹⁾ 당사자들이 중재자에게 이 보다 더 많은 자유를 주고자 한다면, 중재자가 국내법을 및 국제법을 함께 그 사건에서 ‘공정하고 합리적인 것’까지 고려하여 결정을 내릴 수 있도록 허용해 주면 된다. 어떤 경우에는 중재자에게 형평을 고려하도록 명시적으로 요구 할 필요가 없는데, 그 이유는 적용할 법규가 이미 그런 고려를 하도록 요구하고 있기 때문이다. 해양 경계획정에 관한 법규에서 이런 예를 잘 볼 수 있다. 판례, 외교 관행, 국제협약 등을 통해 이미 확립된 국제법의 원칙은 해양 경계는 형평에 따라 설정되어야 하고, 공평한 결과에 이르도록 관련된 모든 사항들을 고려해야 한다는 것이다. 이런 방식은 적용할 기준의 구체적 내용, 특정 상황의 고려 여부, 해당 사안에 적절한 결과 등에 관해 논란의 여지를 많이 남긴다는 문제점도 있다.

당사자들이 형평에 맞는 판단을 내려 달라고 중재자에게 요청하거나 혹은 형평을

98) Case No. A/18 사건의 경우, 이란과 미국의 이중국적을 가진 사람들의 청구도 다룰 권한이 있다고 결정했다. 이에 앞서 있었던 결정에서 재판소는 양국 합의에 따라 이란인이 미국인을 상대로 낸 청구에 관해 재판관할권이 없다고 결론을 내려, 미국인들이 이란인을 상대로 낸 청구에 대응하여 이란인들이 제기한 청구도 재판소가 다룰 권한이 없음을 결정한 것이다.

99) B. P. v. Libya 사건에 관련된 특별허가계약(concession agreement)에는 다음과 같은 규정이 있었다: 본 계약의 적용과 해석은 국제법의 원칙에 부합하는 리비아 법의 원칙에 따르고, 그 같이 합치하는 원칙이 없는 경우에는 국제 재판기관에 의해 적용되는 원칙을 포함한 법의 일반원칙에 따른다.

고려할 것인지 여부를 중재자에게 일임하는 경우에 그 중재자는 이제 통상의 중재자가 아니다. 중재자는 보통 관련 법규를 적용하지만, 이 경우에는 입법자의 역할을 맡게 되어 담당 사건에 적용될 법을 만들어야 한다. 하지만 때로는 순진히 입법적 해결을 요청 받는 경우도 있다. 다시 말해, 공정하고 합리적인 해결을 최우선시 하고 당사자들의 권리는 부차적으로 고려할 것을 중재자에게 요구한 경우로, 당사자들이 ‘공정과 선에 따라’ 결정해 달라고 중재자에게 요청하면 이런 해결이 가능하다.

여기서 반드시 고려해 보아야 할 점이 있는데, 그것은 ‘공정과 선에 따른 중재’나 ‘구속력 있는 조정’과 ‘법에 따른 중재’를 구별하는 것이 어떤 의미를 갖는가 하는 것이다. 법적 심판이라는 것은 단순히 규정을 적용하는 절차만이 아니라, 입법작용과 같은 요소를 항상 포함한다. 중재자에게 의도적으로 자유재량을 준 정반대 상황에서도 중재자는 진공 상태에서 입법을 하는 것이 아니고, 당사자들의 법적 권리를 고려하여 새로운 법규를 만들게 했다. 그러므로 ‘법에 따른 중재’와 ‘공정과 선에 따른 중재’는 근본적으로 다른 것이 아니고 연속체의 부분들로 이해되어야 한다. 따라서 중요한 것은 어떤 사건에서 법이 근거로 이용되느냐하는 것이 아니고, 중재자가 법 이외의 근거들을 이용해 결정하는 것이 어느 정도까지 허용되는가 하는 점이다. 더 중요한 점은 통상적으로 당사국들의 지시 속에 규정되어 있는 중재 기구의 권한과 한계는 존중되어야 한다는 것이다. 당사국들이 ‘법에 따른’ 혹은 ‘공정과 선에 따른’ 혹은 ‘공정과 선에 따른’ 혹은 이 둘의 중간형태의 중재를 요청했다는 것은 그들의 분쟁을 더 좁거나 더 넓은 근거에 의해 해결 짓기를 희망했다는 것을 의미한다. 만약 중재기구가 이런 요청을 따르지 않았다고 판명되는 경우에는 당사국들이 중재결정을 받아들이지 않는 사태가 일어날 수 있다.

1.4 仲裁 判定의 效果

중재기구가 내린 판정은 당사국들에게 구속력을 가지지 않지만, 그렇다고 이것으로 모든 절차가 다 끝나는 것은 아니다. 당사자들은 판정에 이의를 제기하거나 무효를 주장 할 수도 있고, 판정의 해석에 이견을 보이거나 판정을 변경 또는 개정하기 위한 절차를 밟을 수도 있다. 이런 절차는 국제법에 의해 정해지는 부분도 있지만, 주로 당사자들 사이의 중재의뢰 합의에 따라 정해진다. 중재 판정을 해석하거나 이의를 제기할 수 있는 권한은 명시적으로 그런 권한이 주어진 경우에만 행사할 수 있다.¹⁰⁰⁾ 분쟁을 중재에 의뢰했다는 것은 당사자들이 그 분쟁의 종식을 원한다는 것이므로 판정에 이의를 제기할 수 있도록 하는 경우는 드물다. 반면에 해석에 관한 이의 제기는 그것이 판정의 옳고 그름을 따지자는 것이 아니고 그 의미를 명확히

100) 하지만 유럽인권재판소는 1973년 Ringeisen 사건의 최종 단계에서, 동 재판소의 결정을 해석하는 것은 자신들의 고유한 권한이라고 선언했다; J. G. Merrills, *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, Manchester, 1988, p.60 참고.

하자는 것이므로 훨씬 쉽게 정당화될 수 있고 그래서 종종 허용된다. 새로운 사실을 이유로 이미 내려진 판정을 수정하기 위해서는 그런 권한이 명시적으로 부여되어 있어야 하고, 당사자들이 필요를 공감하여 이런 권한을 부여하는 규정을 중재 합의 속에 첨부하는 것은 그들의 자유다. 예를 들어, 해양경계 문제를 중재에 의뢰한 Guinea와 Guinea-Bissau의 합의 속에는 판정의 해석과 이행에 관한 분쟁을 다루기 위한 별도의 절차와 함께 판정을 수정할 수 있도록 한 규정까지 두었다.¹⁰¹⁾ 이와 함께 중재 결정 속에 잘못된 계산이나 표현이 포함된 경우도 있는데, 이런 잘못된 판정이 집행되기 전까지는 정정할 수 있다. 그리고 이런 정정 권한은 중재기구의 고유 권한에 속하기 때문에 명시적으로 이런 권한이 부여될 필요는 없다.

국가들이 어떤 분쟁을 중재에 의뢰할 때는 당사국들이 모두 승복하여 실행에 옮길 결정을 받아내어 그것을 통해 분쟁을 종식시키려는 의도를 가지고 있다. 하지만 어떤 결정이 국제법에 따라 구속력을 갖기 위해서는 몇가지 요건이 충족되어야 한다. 즉, 결정을 내리는 기관이 정당하게 구성되어야 하고, 그 기관이 위임받은 권한 내에서 행동해야 하며, 적절한 판정을 내려야 한다는 요건들이다. 따라서 이런 요건들이 충족되지 않는 경우에 당사국은 판정의 무효를 주장할 수 있다.¹⁰²⁾ 중재자에게 권한을 부여하는 합의가 무효인 경우 또는 아직 효력을 발생하지 않았거나 이미 종료된 경우에 중재자는 판정을 내릴 권한을 갖지 못한다. 중재자의 권한은 당사국들의 합의로부터 나오므로 중재자의 선임이 당초 합의와 다르게 되었다는 이유로 중재 판정의 효력을 다투는 것도 가능하다. 또 흔히 중재자가 그의 권한에 관한 지시를 따르지 않고 월권을 했는지 여부에 대한 다툼이 생기기도 한다. 중재 재판을 수행한 기구가 재판의 기본 원칙을 지키지 않고 사건을 처리한 경우에도 판정의 무효를 주장할 수 있다. 그 밖의 중요한 원칙은 당사국 모두는 자신들의 주장을 제기할 수 있는 공정한 기회를 부여받아야 한다는 것이다. 그리고 중재기구가 중재 판정에 대한 이유나 근거를 제시하지 못하면 판정의 무효를 주장할 수 있다. 근거가 제시된 판정이 중요한 이유는 당사국들이 자신들의 주장에 대한 중재기구의 평가와 판단 근거를 들어볼 권리가 있기 때문이기도 하지만, 무엇보다도 이렇게 하는 것이 중재기구로 하여금 중간지점에서 적당히 절충한 타협안을 내놓으려는 유혹을 뿌리치고, 사건의 실제적인 옳고 그름을 따져 판정을 내리게 만드는 가장 확실한 방법이기 때문이다. 이 외에 기만 또는 사기, 본질적인 과오도 판정의 무효를 주장할 수 있는 근거가 된다. 다만, 본질적 오류를 근거로 판정이 무효가 되기 위해서는 판정에 어떤 중대하고 명백한 오류가 있어야 한다.¹⁰³⁾

101) 이 규정의 내용은 “판정에 결정적인 영향을 미쳤을 새로운 요소가 나타났고, 판정이 내려지기 전에 중재기구 및 판정의 개정을 요청하는 국가가 이 새로운 사실을 몰랐으며, 그것을 알지 못한 것에 그 국가의 과실이 없는 경우에”, 관련 당사국가는 판정의 개정을 요청할 수 있다는 것이다.

102) 이에 관한 자세한 내용은 W. M. Reisman, *Nullity and Revision*, New Haven, 1971 참고.

103) *Arbitral Award* 사건의 재판부는 다음과 같이 말했다: 니카라구아가 ‘본질적 과오’라고 주장하는 것은 실은 중재자들에게 제출된 증거 및 서류의 평가에 관한 문제에 불과하다. 서류나

1.5 仲裁의 效用

지난 200년간의 발전을 통해 중재라는 제도는 분쟁 당사자들에게 자신들이 선택한 재판관들로부터 판정을 구할 수 있는 기회를 주었다. 또 중재는 당사자들이 선택한 문제에 대해 당사자들이 합의한 기준에 따라 해결을 모색할 수 있다는 이점이 있으며, 중재의 결과로 나온 판정은 해석상의 문제나 판정의 무효 주장 등이 제기되지 않는 한 분쟁은 종식된다. 이러한 이유로 1945년 이래로 국가들이 특정 종류이 분쟁들을 처리하는데 중재가 유용하게 사용되었으며, 특정 사건을 처리하기 위해 설치된 중재기구에 맡겨진 사건들¹⁰⁴⁾에서 알 수 있는 점은 다른 나라와의 우호적 관계 유지에 지속적인 장애를 일으키는 문제를 제거하는데 중재가 아주 편리한 방편이 된다는 것이다.

국제사회의 조약에 관한 관행 속에서도 중재는 중요한 자리를 차지하고 있다. 때로는 조정과 결합한 형태로, 중재는 아주 다양한 주제에 관한 다자간 혹은 양자 조약의 분쟁해결 조항들에 포함되어 있다.¹⁰⁵⁾ 여기서 간과하지 말아야 점은 어떤 조약에 의한 중재가 단 한 번도 이용되지 않았다고 하여 중재에 관한 조항이 무의미했다고 볼 수는 없다는 점이다. 왜냐하면, 반드시 중재를 이용하도록 한 조항이 있는 경우, 이런 조항의 존재 그 자체만으로도 당사자들이 불합리한 해동을 자세하게 되고 결국 분쟁의 소지를 줄이게 되기 때문이다.

중재가 국제분쟁을 다루는데 매우 중요한 수단이기는 하지만, 중재에도 상당한 한계가 있다. 국가들은 분쟁에 사법적 재판을 항상 받아야 하는 상황을 반기지 않기 때문에 중재에 대해서도 거부감을 가지고 있다. 그리고 개별 분쟁을 다루는데 있어서는 교섭이나 다른 외교적 수단을 더 선호한다. 그래서 1982년 해양법 협약은 중재에 관한 많은 규정을 두면서 동시에 조정을 비롯한 다양한 평화적 분쟁해결 수단들도 이용할 수 있도록 했다. 중재가 갖고 있는 약점 중 또 하나는 판정의 실행 문제이다. 중재 기구가 내놓은 해결책은 당사자들을 구속하는 것이지만, 판정에 불만을 가진 당사자가 그 이행에 필요한 협조를 다할 것이라는 보장은 없다. 즉, 판정의 이행을 확보하기 위한 절차가 마련되어 있지 않다는 점이 분명히 중재의 한계이다. 이런 문제를 극복 할 수 있는 방법이 몇 가지 있는데, 우선 최상의 그러나 가능성이 가장 적을 것 같은 방법은 판정에 불만을 가진 당사국이 이행 의무를 거부할 수 없도록 제도적 장치를 미리 마련하는 것이다. 또 다른 방법은 분쟁 당사자 쌍방이 모두 받아들일 수 있는 판정을 내놓는 것이다. 그러나 중재기구는 주어진 권한의 범위를 벗어나지 않으면서 이런 방식으로 일을 처리하기가 쉽지 않고, 분명한

증거의 증명력에 관한 평가는 중재자들의 재량권에 속하는 것으로 이에 관한 이의는 허용될 수 없다; Wetter, *The international arbitral process*, vol. 5, pp.301-439.

104) 대다수를 차지하는 것이 영토분쟁이나 이에 관련된 사건들이고, Palena, Lake Lanoux, Rann of Kutch, Channel, Maritime Delimitation, Taba 사건 등이 그 예이다.

105) 이런 중재 사건의 예로는 the Young Loan Arbitration, 59 I. L. R. 494 (1980) 참조.

한계를 가지고 있다. 마지막으로, 판정이 잘 이행되고 더 나아가서는 중재라는 방법 자체가 더 매력적으로 보이도록 하는데 실제로 도움이 될 수 있는 방안은 판정의 무효 주장이 제기될 때 그런 주장에 적절히 대처할 수 있도록 제도를 개선하는 것이다. 그러나 무엇보다도 판정 무효의 주장이나 더 일반적으로 판정의 이행 문제에 대한 진짜 해결책은 분쟁의 당사자들에게 달려 있다. 주권국가들로 이루어진 국제사회에서는 다른 분쟁해결 수단들과 마찬가지로, 중재의 경우도 그 효력은 관련 정부들이 얼마나 책임 있는 행동을 하느냐에 달려있다.

第2節 國際司法裁判

2.1 組織 및 節次

분쟁의 사법적 해결은 분쟁을 상설 법원에서 재판하여 법적 구속력을 갖는 결정을 얻어내는 방법이다. 이런 방법은 중재로부터 발전되어 온 것이기 때문에 중재 재판과 사법 재판 사이에는 비슷한 점이 많다.¹⁰⁶⁾ 20세기에 이용 가능하게 된 이런 법원의 수도 제법 되고, 이들 중에는 국제 분쟁을 두루 다룰 수 있는 권한을 가진 법원도 있고, 특별한 문제에 대해서만 권한을 가진 법원도 있다. “법의 지배의 원리”에 입각한 제3자적 사법적 분쟁해결 기관, 그 중에서도 상설의 독립된 기관으로, 구속력있는 국제법 규범을 적용하여 분쟁을 해결하는 국제재판기관으로는, 헤이그에 있는 국제사법재판소(ICJ) 이외에, 독일 함부르크에 있는 해양법재판소(International Tribunal for the Law of the Sea: ITLOS), 그밖에 유엔행정재판소, 두 개의 국제형사재판소(하나는 Yugoslavia 전범재판소, 다른 하나는 Rwanda 전범재판소), 전정보상심사위원회(Iraq의 Kuwait 침공에 따른 청구권 보상), 세계은행 투자분쟁해결센터(International Center for the Settlement of Investment Disputes: ICSID), 그리고 세계무역기구(WTO)의 분쟁해결기관 등이 있다. 이런 여러 개의 국제재판기관 중에서 ICJ는 유엔의 주된 사법기관이며 국제분쟁해결을 위한 제3자적 사법기관으로는 가장 일반적인 관할권을 갖는다. 그러므로 국제재판기관의 기능과 그 한계를 고찰함에 있어서는 이 ICJ를 중심으로 고찰하는 것이 가장 대표성이 있고 정확할 것이다.¹⁰⁷⁾

106) 같은 사법적 방식이지만, 분쟁당사국 자신이 재판부를 구성할 법관을 선택하고 이렇게 구성된 仲裁法原이 당사국들이 합의한 절차에 따라서, 당사국들이 합의로서 채택한 準據法을 적용하여, 해결방안을 결정하는 중재와는 다르게, 상설의 국제사법재판소란, 지속적 사법기능을 발휘하는 상설의 객관적 기관으로서 구체적 분쟁사건 자체나 당사국들의 영향으로부터 독립되어, 객관적이고 일관성 있는 법적 판단을 할 수 있는 기관이라고 하는 점이 중요한 특징으로 강조된다; 김영구, “분쟁해결을 위한 새로운 패러다임으로서의 국제판결- 그 기능 및 한계에 관한 연구”, 서울국제법연구 제8권 1호, 2001, p.9.

1945년에 설립된 ICJ는 1919년 강화조약의 일부로 설립된 국제상설재판소(the Permanent Court of International Justice: 약칭 PCIJ)의 임무를 승계하여 설립되었다.

연맹에 대한 PCIJ의 지위가 다소 독립적이라면, ICJ는 유엔과 보다 더 밀접한 관계에 있다. ICJ는 유엔의 중요한 사법기관이며, ICJ의 헌장 규정은 유엔헌장의 불가분의 일체가 된다. 모든 유엔 가맹국은 당연히 ICJ의 헌장 규정의 당사국이 된다. 유엔 안전보장 이사회와 총회는 ICJ에 권고적 견해를 구할 수 있다. 또 총회의 허가를 얻은 유엔의 부속기관과 전문기관은 역시 ICJ에 권고적 견해를 구할 수 있다.

국제사법재판소와 유엔의 긴밀한 연관을 강조한 데에는 분명한 의지가 내재되어 있었다. 즉, 이 국제사법재판소로 하여금 유엔 조직내에서 하나의 중요한 역할을 해내도록 하려는 의지이다. 이 국제사법재판소는 분쟁의 평화적 해결을 가장 기본적인 목표로 하는 자연스럽고 표준적인 기능을 하게 하려는 것이다.

1) 訴訟 管轄權

국제사법재판소 규정에서 정의한 분쟁들을 심리하고 판결을 내릴 수 있는 ICJ의 권한을 소송관할권(contentious jurisdiction)이라고 한다. ICJ 규정에 따라 오직 국가만이 소송절차에서 당사자로 참여할 수 있고, 당사국들의 동의에 의해 재판소의 권한이 결정된다. 따라서 어떤 분쟁에 관련된 당사국 모두가 동의를 하지 않는 한 재판소는 그 분쟁을 재판할 관할권을 갖지 못한다. 국가가 동의를 하는 방법은 여러 가지다. 첫째로 분쟁이 발생하기 전에 미리 동의를 할 수 있고, 둘째로 분쟁이 발생한 후 동의를 할 수도 있다. 동의를 했다고 볼 수 있는 법적 행위가 있으면, ICJ는 관할권을 갖게 되고, 관련 국가가 실제 분쟁 발생시에 재판을 피하려 하는 경우라도 관할권의 존재 자체에는 영향을 주지 않는다.

분쟁 발생하기 전에 ICJ에서 분쟁을 처리하기로 규정하는 조약은 두 가지 유형이 있다. 한가지는 분쟁의 평화적 해결이라는 다소 일반적인 목적으로 체결된 다자조약으로, 모든 분쟁을 재판을 통해 해결하도록 요구했기 때문에 많은 국가의 지지를 얻지 못했거나 상당한 유보를 달고 조건부로 수락되었을 뿐이다. 이에 반해 훨씬 성공적이라고 평가되는 다른 한가지 조약들은 특정 주제를 다루는데 한정되었고, 그 속에 그 조약의 해석이나 적용과 관련된 분쟁은 ICJ에 부탁하기로 한 조항을 담고 있었다. 분쟁이 발생하기 전에 ICJ의 관할권을 미리 수락하는 또 다른 방식은 소위 '선택조항'이라고 불리는 ICJ 규정 제36조 2항에 따른 선언을 하는 것이다. 이러한 선언이 실제로 효과를 가질 수 있는지는 얼마나 많은 국가가 '선택조항' 제도에 동참하느냐는 것과 어떤 조건하에서 국가들이 기꺼이 재판관할을 수용하느냐는 것에 따라 결정된다. 그런데 현실은 제36조 2항에 따른 선언을 한 국가의 數는 유엔 회원국의 3분의 1이 채 못되고, 발효된 선언들도 유보조항들에 의해 무기력해진 경우가 많아 그리 긍정적이지 못하다.¹⁰⁷⁾

107) 김영구, 앞의 논문, pp.12-16.

분쟁이 발생한 이후에 동의를 하는 방법 중 가장 빈번히 사용되는 것은 특별협정의 체결을 위한 교섭이다. 이 협정은 중재를 이용하기로 한 합의와 유사한데, 이것을 통해 당사국들은 분쟁의 쟁점을 확정하며 ICJ 규정에서 벗어나지 않는 범위에서 ICJ가 해당 사건의 판단 근거로 삼아야 할 기준을 제시할 기회를 가진다. 그러므로 특별협정의 이용은 1982년 Tunisia-Libya Continental Shelf 사건¹⁰⁹⁾에서 보듯이, ICJ가 당사국들에 대해 관할권을 전혀 갖고 있지 않는 사건에서부터 다른 방식으로 이미 관할권이 있는 경우에까지 확대된다.

PCIJ 시절부터 확립되어온 관행에 의하면, 선택조항을 통해서건 아니면 다른 어떤 방식을 통해서건 일단 ICJ의 관할권이 성립되면 당사국들은 재판진행 중에 비공식적으로도 동의를 표시하여 ICJ의 권한을 확대할 수 있다. 1948년의 Corfu Channel 사건에서 PCIJ는 이 원칙을 일방적 제소에까지 확대 적용하였다. 다시 말해, 분쟁의 한 당사국이 일방적으로 재판을 청구하고, 상대국이 이를 수용한 경우에 ICJ는 일방적 제소에 근거하여 관할권의 성립을 허용했던 것이다. ‘확대 관할권 (forum prorogatum)’이라고 불리는 이런 원칙을 인정함으로써 국가들은 특별협정을 체결하지 않아도 되고, 이미 진행 중인 분쟁에 관해 재판소의 관할권을 인정하는 또 다른 대체적 수단을 갖게 된다. 국제사회의 실제 관행을 보면, 재판을 통해서 분쟁을 해결할 준비가 되어있는 국가는 특별협정을 체결하길 원하는데 반해, 재판을 피하려는 국가는 ‘동의’를 한 것으로 해석될 여지가 있는 행동을 하지 않으려고 주의를 기울인다.

2) 管轄權에 관한 紛爭

어떤 분쟁을 재판할 수 있는 권한, 즉 관할권은 법적 행위에 의해 표출된 동의에 근거하고 있다. 따라서 관련 국가들이 재판소에 이런 권한을 부여했는지 여부에 의견이 일치하지 않는 경우도 가끔 발생한다. 이 경우에 소위 ‘관할권에 관한 분쟁’이라고 불리는 ICJ 규정 제36조 6항에 의해 ICJ는 관할권에 관한 문제를 다루게 된다. 그러므로 어떤 국가가 ICJ의 재판 권한에 이의를 제기하고, 그것이 재판소에 의해 근거 없다고 판명되면 본안 사건의 심리가 시작된다. Right of Passage¹¹⁰⁾ 사건을 예로 들면, 인도는 분쟁당사국들 각자의 선택조항선언을 근거로 국제사법재판소가 이 분쟁에 관할권이 없다고 여섯 차례 이상 주장했지만, ICJ는 이를 모두 기각하고 문제된 분쟁이 심리에 들어갔다. 이런 주장이 받아들여지는 경우에도 그 효과는 국제사법재판소의 재판권한을 일부 제한하는 것에 그칠 뿐이고 권한을 완전히 배제하는 경우는 거의 없다.

108) 이에 관한 자세한 내용은 J. G. Merrills, “The optional clause today”, 50 B. Y. B. I. L. 8 (1979) 참고.

109) Continental Shelf (Tunisia/Libya Arab Jamahiriya), Judgment, [1982] I. C. J. Rep. p.18.

110) Right of Passage over Indian Territory, Preliminary Objection, Judgement, [1957] I. C. J. Rep. p.125.

선택조항제도는 원래 PCIJ 규정의 일부였고, 이규정 제36조 2항에 의한 선언들 중 상당히 많은 수가 제1차 세계대전과 제2차 세계대전 사이의 시기에 공포되었다. 현재의 ICJ가 1945년 설치될 때, 과거에 PCIJ의 관할권을 수락한 선언 중 당시 효력을 가지고 있었던 것은 새 재판소의 관할권을 수락한 선언으로 본다는 조항을 ICJ 규정 제36조 5항에 넣었다. 이런 조항의 목적은 ICJ가 관할권을 확보한 상태에서 출범할 수 있도록 하고, 옛 재판소와 새 재판소 사이의 계속성을 유지하려는 것이었다. 어려움이 없었던 것은 아니지만 이 조항이 의도된 목적들은 달성되었다.

新舊 두 재판소 관할권의 승계를 규정한 제36조 5항에 의한 ICJ의 관할권이 Nicaragua 사건의 초기에 등장한 쟁점이었다. 이에 대해 ICJ 재판관의 대다수는 니카라구아측의 주장을 받아들여 ICJ가 관할권을 가진다고 판단하였고, 그 근거로 다시 효력을 갖게 된 니카라구아의 선언과 미국이 효력을 중지시키지 않은 선언을 지적하고 이들 두 선언의 결합이 재판소에 관할권을 인정하는 효과를 가져오기에 충분했다고 하였다.¹¹¹⁾ ICJ의 관할권을 특정 국가가 승인했는지 여부가 쟁점이 된 사건들의 대부분에서 이런 문제가 제기되었는데, 그 이유는 당사국 중 일방이나 쌍방이 재판소에 출석은 했지만 관할권에 관한 문서나 절차에 하자가 있었다는 주장을 하기 때문이다. 그러나 ICJ의 권한해상에 동의했는지 여부의 문제는 선택조항에 관련된 이와 같은 복잡한 문제들에서만 제기되는 것은 아니다. 이 점에 관한 원칙은 어떤 분쟁에 관련된 국가들 모두가 재판소의 권한에 대한 동의를 표명해야 한다는 것이다. 이에 따라, 제3국의 권리가 직접 관련된 경우에 두 당사국들이 동의를 하더라도 제3국의 동의가 없는 한 재판소는 그 문제에 관한 관할권이 없다. 단, 이러한 원칙이 적용되는 유일한 상황은 재판 당사국이 아닌 국가의 법적 이해가 국제사법 재판소의 해당 결정에 의해 영향을 받을 뿐만 아니라, 그 재판의 핵심 쟁점인 경우라만 한다. 그러나 국제정치의 현실은 이와 정반대여서 국제 분쟁이 전적으로 두 나라 사이의 문제인 경우는 드물다. 그러므로 제3국이 어떤 식으로든 관련된 분쟁에서 그 제3자의 권익을 무시한 결정은 효과적으로 이행될 가능성이 희박하다. 이 점을 인식하여 ICJ 규정에 소송참가를 허용하는 규정 즉, ‘부수적’ 관할권이라는 권한을 넣었다.

3) 附隨的 管轄權과 勸告 管轄權

소송관할권 이외에, ICJ 규정은 재판소가 두 종류의 관할권을 더 행사할 수 있도록 하고 있는데 그 하나는 ‘부수적 관할권’ 이고 나머지는 ‘권고 관할권’이다. 부수적 관할권에 의해 국제사법재판소는 임시적 보호조치를 명할 권한을 가지며, 제3자의 소송참가를 허용할 수 있고, 어떤 판결의 해석이나 개정을 할 수 있는 권한을 가진

111) 재판소의 결정에 대한 비판은 W. M. Reisman, “Has the International Court exceeded its jurisdiction?” 80 A. J. I. L. 128 (1986). 이와 다른 견해는 H. W. Briggs, “Nicaragua v. United States: Jurisdiction and Admissibility” 79 A. J. I. L. 373 (1985) 참고.

다. 이런 권한은 재판소 규정에 의해 부여된 것이기 때문에 이 권한의 행사에 대해 국가들이 동의를 따로 표시해야 할 필요는 없다. 그리고 적절한 상황에서 이런 부수적 권한들은 분쟁해결에서 건설적인 공헌을 할 수 있다. 반면에 국제기구의 권리와 의무에 주로 관련된 권고관할권은 일반적으로 이해되고 있는 것보다는 훨씬 더 국가간의 분쟁에 밀접한 관련을 가지고 있다.

임시보호조치는 그 명칭처럼 재판이 진행중인 동안 당사국들의 권리가 보호되도록 하는 것이다.¹¹²⁾ 법원의 결정은 실효성을 가져야한다는 사법제도의 기본원칙에서 이런 조치들이 정당성을 찾고 있다. 그리고 이 원칙이 지켜지기 위해서는 재판이 진행되는 동안 당사국들은 상황을 더욱 악화시키는 일을 자제해야 하고, 상대방에게 상황이 돌이킬 수 없이 불리한 상태가 되도록 하는 행위를 해서도 안 된다. 임시조치가 가장 큰 효과를 발휘할 수 있는 상황은 분쟁 당사국들 모두가 司法的 해결이 좋은 방안이라고 인식하는 경우이다. 따라서 Nicaragua 사건처럼 한쪽 당사국이 문제를 사법적으로 처리하는 것을 반대하는 경우에는 별로 유용하지 못하다. 그 이유는 분쟁의 본안에 관한 ICJ의 결정은 물론이고, 임시조치도 효과를 발휘할 수 없기 때문이다. 이와 관련해서 지적할 점은 ICJ는 분쟁 당사국들이 재판소에 그 분쟁의 본안 사건에 대한 관할권을 인정한다는 명확한 근거가 있지 않은 한 임시보호조치를 명하지 않는다는 사실이다.¹¹³⁾

ICJ 규정 제62조와 제63조는 소송당사국가가 아닌 국가가 소송참가의 형태로 특정 사건에 개입할 수 있도록 하고 있다.¹¹⁴⁾ 제63조에 의하면, 어떤 조약의 당사국은 그 조약의 해석에 관한 문제가 다루어지는 사건에 개입할 수 있는 법적 권리를 갖는다. 이에 반해 제62조는 법적 권리가 아니라, 개입할 수 있도록 재판소의 허락을 구할 수 있게 규정하고 있다. 즉, 어떤 사건에 관한 재판소의 결정으로 '법적 이해관계'에 영향을 받을 수 있는 국가는 그 재판에 개입을 요청할 수 있다. 그리고 ICJ가 자신이 내린 판결을 정정할 수 있는 권한이 규정 제61조에 나와있다. 하지만 정정을 할 수 있는 경우는 엄격히 제한되어 있는데, 새로운 사실이 드러나고 그 사실을 알았다더라면 판결에 중대한 영향을 미쳤을 것으로 판단되는 경우에 한해 재판소는 판결을 정정할 수 있도록 규정되어 있다. 이에 반해, 규정 제60조에 있는 판결에 관한 해석권한은 당사국 중 어느 일방의 요청만 있으면 행사할 수 있는 광범위한 권한이다. 비록 이러한 조항들이 자주 이용되고 있지는 않지만, 적절한 상황에서 이런 권한들을 이용한다면 분쟁의 사법적 해결이 훨씬 더 효과적일 것이다.

ICJ가 권고의견을 표명할 수 있도록 한 목적은 국제기구들의 요청이 있는 경우에 법적 견해를 제공하여 도움을 주려는 것이다. 권고의견의 표명 권한에 관해서 두가

112) 이에 관한 자세한 내용은 J. Sztucki, *Interim measures in the Hague court*, Deventer, 1983 참고.

113) J. G. Merrills, "Interim measures of protection and the substantive jurisdiction of the International Court", 36 *Camb. L. J.* 86 (1977)

114) C. M. Chinkin, "Third-party intervention before the International Court of Justice", 80 *A. J. I. L.* 495 (1986).

지 점을 지적할 필요가 있는데, 하나는 소송관할권과 관련된 것이고, 나머지 하나는 보다 일반적인 성격에 관한 것이다. 유엔의 주된 사법기관으로서 ICJ는 유엔 총회 및 유엔 산하 기구로부터 국가간 법적 분쟁에 관한 권고의견을 부탁 받게 된다. ICJ가 어떤 분쟁에 관해 재판을 하기 위해서는 당사국들이 그 곳에서 재판 받는 것에 동의를 해야만 한다는 것이 기본 원칙이지만, 권고의견을 요청 받은 경우에는 어떻게 해야하는지가 문제된다. Western Sahara¹¹⁵⁾ 사건에서 ICJ는 그 문제는 재판소가 관할권을 갖는다기보다는 재판소가 의견을 표명하는 것이 적절한 경우라고 보았다. 그리고 권고의견을 표명 할 것인지 여부는 권고의견을 구하는 목적, 분쟁이 기원 및 성격, 활용할 수 있는 증거의 적합성 등을 고려하여 판단한다고 말했다. 이런 요소들을 평가함에 있어서, 재판소는 가능하면 사건을 맡는 방향으로 평가하는 것이 관행이다. 그 이유는 많은 재판관들이 유엔에서 근무한 경력이 있다는 사실에 영향을 받았을 것이고, 또 인권문제 및 식민지청산 등을 비롯한 많은 분쟁들은 단순히 특정 국가간의 분쟁이라고 볼 수 없는 것들이어서, 국제기구가 관심을 가지고 다루어야 할 성질의 것들이기 때문이다.

엄밀하게 말해서 국가간의 법적 분쟁이라고 볼 수 없는 문제를 다루는 권고의견의 경우에도 직접 혹은 간접적으로 국가간 분쟁을 고려하게 되는 때가 많이 있다. 이런 경우에 ICJ는 정치적 상황이 관련되어 있는 점 때문에 권고의견 요청을 거절하지는 않으며,¹¹⁶⁾ 국제기구 안에서 발생한 국가간 이익의 충돌은 법적인 형태로 제기된다면 사법적 심사의 적절한 대상이 될 수 있다.

4) 國際司法裁判所의 構成

국제사법재판소는 15명의 재판관들로 구성되고, 이들은 유엔 안전보장이사회 및 총회에 의해 선출되며, 임기는 9년이다. 각 재판관은 자신의 임기가 종료할 때 재선에 출마할 수 있다. ICJ 규정 제9조에 의하면, 재판관의 선출은 ‘구성원 전체가 주요 文明圈 및 세계 주요 법제도를 잘 대표할 수 있는’ 방식으로 이루어져야 한다. 국제법에 관한 복잡한 문제나 분쟁을 처리하는 권위를 수립하고 유지하려면, 재판소 구성원인 개개인의 재판관들이 자신들에게 맡겨진 사건들을 결정할 수 있는 충분한 능력을 갖추고 있음을 보여주어야 한다. 규정 제2조는 재판관의 자격요건으로 “높은 도덕적 인품을 갖춘 사람으로서 각자 출신국가에서 최고위 법관의 자격이 있

115) Western Sahara, Advisory Opinion, [1975] I. C. J. Rep. p.12. 이 사건에 관한 평석은 P. V. Lalonde, “The death of the Eastern Carelia doctrine”, 37 U. Toronto Fac. L. Rev. 80 (1979) 참조.

116) W. H. O. Regional Headquarters 사건에서 그런 예를 볼 수 있다. 이 사건은 표면상 유엔의 전문기구가 지역 사무국을 옮길 수 있는 상황이 문제시되었지만, 실제로는 이집트와 그 이웃 아랍국가들 사이의 적대감에서 발생한 분쟁이었다; Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt, Advisory Opinion, I. C. J. Rep. p.73 [1980].

거나 탁월한 법학자일 것”을 요구하고 있다. 이론상으로는 각국의 재판관추천기구가 독립적으로 후보를 지명하게 되어있지만, 실제로는 각국 정부가 영향력을 크게 행사한다. 그 동안의 뚜렷한 추세를 보면, 법률고문이나 국제법위원회의 위원 또는 직업외교관과 같은 이들이 재판관에 임명되는 경우가 많아지고 있다. 이런 추세 때문에 특정 사건에 어떤 재판관은 관여해서는 안 된다는 주장이 제기되고, 이에 대한 결정을 내리기가 점점 더 어려워지고 있다. 재판을 요구한 사건에서 현직 재판관들 중에 분쟁당사국 출신이 한 명도 없는 경우, 당사국 모두는 그 사건에 한해서 재판소의 구성원이 되는 ‘임시 재판관(ad hoc judge)’를 임명할 수 있다. 그러나 ICJ의 모든 재판관들은 개인적으로 임무를 수행하는 것이지, 자기 나라의 대표라는 신분으로 일하는 것이 아니며, 재판소에 사건을 맡기는 국가들이 그 전제조건으로 임시 재판관을 임명하는 추세를 볼 때, 이 제도의 정당성에 상당한 의문이 제기된다.¹¹⁷⁾ 하지만 自國출신 재판관의 존재 그 자체가 당사국과 재판소 사이의 중요한 연결고리 역할을 한다.¹¹⁸⁾ 이런 상황에서 임시 재판관이라는 제도는 매우 유용한 것임에 틀림없다.

5) 特別 裁判部¹¹⁹⁾

ICJ에서 다루어지는 사건들은 통상적으로 전원합의체에서 심리되고 결정된다. 하지만 ICJ 규정 제26조에서 제29조 사이에는 전체 재판관 정원보다 적은 數의 재판관들로 ‘특별재판부(chamber)’를 구성할 수 있도록 하고 있다. 특별재판부의 목적은 특수한 종류의 사건들을 맡거나, 해당 사건을 더 신속하게 처리하도록 하거나, 혹은 어떤 개별 사건의 처리만을 위한 것 등이다.¹²⁰⁾ 하지만 처음으로 임시 특별재판부가 구성된 것은 국제재판소가 설치된 지 한참이 지나 1972년 재판소 규칙의 일부를 개정한 후인 1981년의 캐나다와 미국 사이의 Gulf of Marine 사건이다. 개정된 규칙

117) 어떤 학자는 이것을 “외교적 영향을 쉽게 받도록 허용”했다고 지적했다: Rosenne, “The composition of the Court”, p.407.

118) L. V. Prott, *The latent power of culture and the international judge*, Abingdon, 1979, pp.110-114; I. R. Suh, “Voting behavior of national judges in international courts”, 63 A. J. I. L. 224 (1969).

119) “chamber”를 어떻게 번역할 것인지에 관해 국내 학자들 사이에 아직 합의가 이루어지지 못하고 있다. chamber는 다룰 수 있는 사건의 종류에 제한을 받는 것이 아니고, 재판관의 數가 전체 정원보다 적다는 점이 가장 큰 특징이므로, ‘작은재판부’ 혹은 ‘소재판부’라는 번역이 원어의 의미를 보다 더 잘 전달하지 않을까 생각된다. 그러나 이런 표현들은 아직 생소한 용어들이라, 여기서는 그 문제점을 지적하는데 그치고, ‘특별재판부’라는 번역 예를 따르기로 한다: 이에 관한 자세한 내용은 김재원 역, 앞의 책, p.198 참고.

120) S. M. Schwebel, “Ad hoc chambers of the International Court of Justice”, 81 A. J. I. L. 831 (1987); R. Ostrihansky, “Chambers of the International Court of Justice”, 37 I. C. L. Q. 30 (1988); S. Oda, “Further thoughts on the chambers procedure of the International Court of Justice”, 82 A. J. I. L. 556 (1988).

에 의하면, 최종 결정은 ICJ가 비밀투표의 방식으로 내리게 되지만, 재판소는 특별재판부의 구성에 관해 당사국들의 의견을 반드시 듣도록 하고 있다. 왜냐하면 재판소가 그렇게 하여 재판부 구성에 불만이 있으면, 당사국들은 다른 분쟁해결절차를 이용할 자유가 있기 때문이다.

특별재판부를 구성할 때, 최소한의 재판관 인원수에 관한 규정이 현재 없기 때문에 이론상으로는 단독 재판관으로라도 특별재판부를 설치하는 것이 가능하다. 최대 인원수에 관한 규정도 없지만, 전원합의부에서 의결정족수가 9명인 점을 감안할 때 재판관 수가 7명을 넘는 특별재판부가 구성될 가능성은 희박하다. Gulf of Marine 사건 및 그 후의 특별재판부가 이용된 세 사건들에서 5명의 중재위원들이 맡는 점을 고려할 때, 5명의 재판관들로 구성되었고, 중재재판에서 보통 5명의 중재위원들이 맡는 점을 고려할 때, 5명이라는 인원수가 하나의 표준이 되었다고 할 수 있다. 특별재판부 재판관들은 통상적인 경우 국제사법재판소의 현직 재판관들 중에서만 선출된다. 하지만 다른 사건들을 맡았을 때와 마찬가지로, 특별재판부에도 역시 ‘임시 재판관’들이 선임될 수 있다.¹²¹⁾

특별재판부 제도의 매력은 당사국들이 중재제도의 최대 장점을 활용하면서 분쟁을 재판을 통해 처리할 수 있다는 점이다. 즉, 재판과 중재의 장점을 모두 이용할 수 있다. 재판부의 구성과 인원수를 당사국들이 정할 수 있다는 점이 중재의 장점과 같다. 또 재판소 이용으로 생기는 장점은 선택 가능한 현직 재판관들이 존재하고, 국제재판에 필요한 법원건물을 포함한 시설이 갖추어져 있다는 점, 그리고 이 모든 인적 물적 자원의 경비를 유엔이 지불하고 있다는 점을 들 수 있다. 당사국들은 재판의 준비와 제소에 드는 통상적인 비용을 부담해야 하지만, 중재절차를 이용할 때 드는 경비보다는 훨씬 적은 비용을 지출하게 된다. 또한 기존의 조직규범 및 절차규칙을 이용할 수 있다는 점은 당사국들에게 이런 법규를 만들어야 하는 책임과 부담을 덜어준다.

지금까지 특별재판부가 많이 이용되지는 않았지만, 이 제도를 이용했던 사건들을 통해 볼 때, 특별재판부의 이용을 촉진시키려고 취한 조치들은 성공을 거두었다. 국가들은 ICJ의 새 규칙이 재판소를 이용하는 편리함에 중재의 이점을 결합하여 좋은 분쟁 해결수단 하나를 더 제공해 준다고 인식해 왔다. 판결들을 통해 알 수 있듯이, 복잡한 사실 관계를 가지고 있는 분쟁 및 어떤 특정 지역에 아주 관련성이 강한 문제의 해결에 특별재판부 제도가 특히 유용하다. 아직 특별재판부가 내린 판결이 전원합의부 판결과 같은 무게를 가지기에는 무언가 부족한 점이 있다. 하지만 이 두 종류의 판결들은 서로 견주어 볼 수 있을 뿐만 아니라,¹²²⁾ 일부에서 예상한 것 같이 특별재판부 판결이 일차원적인 결정은 결코 아니다. 또한 특별재판부 제도의 가치

121) Gulf of Marine 사건에서 캐나다는 임시 재판관 한 명을 선임했고, Land, Island and Maritime Frontier 사건에서는 당사국 두 나라가 모두 각각 한 명씩의 임시 재판관을 임명하여, 국제사법재판소 재판관 세 명과 함께 특별재판부를 구성했었다.

122) 전원합의부는 Libya-Malta Continental Shelf 사건을 다룰 때, 이와 유사한 사건인 Gulf of Marine 사건의 판결을 상당히 많이 이용했다.

및 ICJ의 장래에 특별재판부 제도가 기여한 바를 평가함에 있어서, 다음 사실을 간과해서는 안 된다. 즉, 현재까지 특별재판부가 다룬 모든 사건들에서 그 판결은 분쟁을 해결했다는 사실이다. 불행하게도 전원합의부가 내린 판결들은 이렇게 성공적이지 못했다. 재판소 현직 재판관들은 매우 다양한 출신배경을 가지고 있고, 요즈음 국제분쟁들 중에는 매우 전문적인 문제가 포함되어 있는 점을 고려하면, 국가들이 특정 사건의 처리에 적은 數의 보다 선별된 재판관들에 의한 심판을 더 선호하는 이유를 충분히 이해할 수 있다. 임시 재판관의 문제, 재판관의 자격 등등과 마찬가지로, 특별재판부 제도를 다시 활성화하려는 근래의 시도를 통해 명확해진 것은 ‘누가 결정하게 되는가?’ 하는 문제가 중재에서 만큼이나 재판에서도 중요하다는 점이다.

2.2 法院의 業務

1) 裁判所의 決定

국제재판에서 어떤 사건의 입증은 주로 문서의 형태로 된 적절한 증거를 찾아내고 이를 제출하는 일이다. 사실관계와 법률문제에 모두 관련된 이런 증거들은 조약 원문, 국제기구 및 국내 입법 기관의 공식 문서, 외교서한, 고문서, 지도, 필름, 사진, 증언서류 등이 될 수 있으며, 당사국들은 자기들에게 도움이 된다고 생각되는 모든 것을 제출할 수 있다. 이러한 증거를 평가하는 것은 재판소의 주요한 임무일 뿐 아니라, 사실관계를 파악하는 것이 항상 법적용의 필수적 전제이기 때문에 이 작업은 시간이 많이 소모되고 어려운 작업이 될 수 있다. ICJ 규정 및 규칙에는 재판소가 직접 조사를 하여 당사국들이 제출한 증거를 보완할 수 있도록 한 많은 조항이 있다. 당사국들로 하여금 증인이나 전문가를 데려오도록 요청할 수 있고, 당사국들의 의견이 일치하지 않는 사실관계를 규명하기 위해 관련 증거의 제출을 요구할 수도 있다. 재판소 규정 제30조 2항은 ‘감정평가 보좌역’을 임명하여 재판과정에 참여할 수 있게 하였고, 제50조에는 어떤 개인이나 집단을 선정하여 조사를 의뢰하거나 전문가의 의견을 구할 수 있다.

ICJ가 활용하는 法源은 재판소 규정 제38조 1항에 열거되어 있다. 국내 재판기관과 마찬가지로, 국제사법재판소의 업무에서도 가장 중요한 문제는 연속성과 혁신을 어떻게 조화시키는가 하는 점이다. 하지만 국제재판에서 겪어야 하는 문제점은 다음과 같은 세 가지 요소 때문에 더욱 어려워진다. 동일하지 않은 여러 가지 법문화의 존재, 국내법에 비해 상대적으로 덜 발달된 국제법 규범 및 절차, 국제사회의 급격한 변화시기에 나타나는 긴장상태가 바로 그 세 요소들이다. 문화적 차이가 잘 드러난 분쟁은 Western Sahara¹²³⁾ 사건으로 이 사건에 관한 권고의견에서 재판소는

123) Western Sahara, Advisory Opinion [1975] I. C. J. Rep. p.12. 이 점에 관한 자세한 논의는 M. Shaw, “The Western Sahara case”, 49 B. Y. I. L. 118(1978) 참조.

스페인의 주장을 수용하고 아랍권의 급진적인 견해를 배척했다. 하지만 그 문제의 지역에 대한 ‘법적 연관성’을 논의할 때, 재판소는 그 지역의 특수성을 아주 세밀히 검토했고, 이 사건의 아랍-이슬람 요소에 초점을 맞춘 권고의견을 내놓았다. 재판소의 결정은 ‘불완전한 법제도의 결점과 모순을 보완하고 개선하려는 강한 의도’를 반영하는 동시에 ‘국가 主權’에 의해 요구되는 신중함과 自制도 반영하고 있다. 이런 문제가 Anglo-Norwegian Fisheries¹²⁴⁾ 사건에 나타나 있다. 이 사건에서 재판소는 노르웨이가 자국의 영해를 확정하기 위해 사용한 直線基線 방식은 적법하다는 결정을 내림으로써, 일반적으로 적용되고 있는 규범이 이 사건과 같은 특수한 상황에는 적절한 해결책이 되지 못한다는 믿음을 나타냈다. 급격한 변화의 시기에 이루어지는 재판이 갖는 문제점은 1974년 Fisheries Jurisdiction¹²⁵⁾ 사건에서도 볼 수 있듯이, 재판소가 어업수역에 관한 법규범이 새로 발달 중인 시점에서 이 사건을 맡았기 때문에 종래의 법규범으로 이런 사건의 주장과 항변을 조정하는 것은 도저히 불가능했다. 이런 상황에서 재판소가 판결의 근거를 가능한 좁게 함으로써 立法 사항인 논점을 피해나가는 예를 볼 수 있다. 실제로 ICJ는 이렇게 하면서 강조하길, 국제사법재판소는 사법기관이기 때문에 국제법의 지위를 아직 얻지 못한 정치적 변화나 기타 운동을 결정의 근거로 삼을 수 없다고 했다. 그러나 이것은 사실이 아니다. 재판소는 배타적 수역이라는 새로 출현한 개념을 인정할 수는 없었지만, 아이슬란드의 소위 ‘우선권’이라는 것은 고려했다. 그러나 국가들의 실제 관행을 통해 볼 때 이런 권리에 관한 증거는 빈약했다. 재판소는 자신의 판결이 지향하는 바가 제3차 유엔해양법회의의 추세에 맞도록 하려고 노력했다. 재판소는 법규범을 개정할 수 있는 능력이 없다고 말했고, 확립된 법원칙을 저버릴 수도 없다고 했지만, 그럼에도 불구하고 법규범의 혁신을 위한 중대한 일을 한 것이다.

2) 法的이면서 政治的인 性格의 紛爭

정치적 분쟁에 재판을 이용하는 것이 적절한지에 관해 의문이 제기된 Nicaragua 사건과 같은 경우는 장래에도 계속 제기될 가능성이 있다. 왜냐하면 국내법과 국제법 모두에서 이 문제는 재판적격의 핵심이기 때문이다. 하지만 국제적 상황에서 이 문제는 재판 가능성의 문제를 제기한다. 재판소는 사법기관이기 때문에 정치적 문제를 결정할 수 있는 권한을 갖지 않는 것이 일반 원칙이다. 그런데 국가는 정치적 존재이기 때문에 국가들 사이의 분쟁은 항상 정치적 성격을 갖는다. 따라서 국가들 사이의 분쟁을 해결해야하는 책임을 진 국제사법재판소는 아주 어려운 입장에 처하게 된다.

분쟁의 정치적 측면이 재판을 맡을 것인지의 여부에 영향을 줄 때, 국제사법재판소는 항상 두 가지의 원칙에 근거해서 판단을 내렸다. 첫째, 의뢰 받은 문제가 법적 기준을 적용해서 해결될 수 없는 성질일 경우에는 당사국들이 별도로 재판소의 권한을 확대해 주지 않는 한 재판소는 그 사건의 재판을 거절해야 한다. 두번째 원칙

124) Fisheries, Judgment [1951] I. C. J. Rep. p.116.

125) Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgement [1974] I. C. J. Rep. p.3.

은 첫째 원칙의 파생결과로 생긴 것으로, 어떤 분쟁이 국제법에 관한 문제를 제기하는 경우에 재판소는 그 분쟁의 배경이나 정치적 복잡성에 개의치 않고 결정을 내려야 하고, 이렇게 하는 것이 재판소의 본분에 충실한 것이라는 내용이다. 즉, 재판소의 본분은 어떤 사건에서 제기된 법적 문제는 모두 심판하는 것이고, 그 법적 문제가 더 넓은 맥락에서 다른 일에 연관되어 있다고 해서 달라질 수 없다.

모든 분쟁은 어떤 형태로든 정치적 성격을 가지고 있다는 점을 고려 할 때, 이와 같은 주장은 이론상으로 국제사법재판소에 온 모든 분쟁에서 제기될 수 있다. 하지만 실제로 어떤 분쟁이 재판소가 다루기엔 너무 정치적이라는 반론은 거의 제기되지 않는다. 그 이유는 당사국들이 자신들의 분쟁을 재판을 통해 처리하기로 마음먹었다는 것은 이들이 이미 분쟁이 정치적 측면과 법적 측면을 분리하기로 합의했음을 의미하기 때문이다. 달리 표현하면, 모든 국제분쟁은 정치적이지만, 사건의 정치적 측면으로부터 법적 측면을 분리해 내는 것, 즉 非政治化가 가능하다. 어떤 경우에는 분쟁 당사국들에 의해 비정치화가 이루어지기도 하지만, 재판소에 의해 이것이 이루어져야만 하는 경우도 있다.

정치성이 강한 사건을 재판소가 다룰 권한이 있는지 여부가 논란이 되는 사건들은 모두 당사국 일방에 의해 재판소에 맡겨진 경우였고, 그 분쟁의 성격을 어떻게 규정지어야 하는지에 관한 아주 기본적인 문제조차 당사국들 사이에 의견이 일치하지 않는 경우들이었다. 이와 같이 불완전한 비정치화에 직면한 재판소는 어떤 문제의 성격을 규정하는 것은 재판소의 권리라는 입장을 취하면서, 司法機關이 취할 수 밖에 없는 유일한 입장을 택했다. 즉, 재판소는 사건에 법적인 쟁점이 있기만 하면 정치적 측면이 어떠한지 상관없이 원고는 재판소의 결정을 구할 권리가 있다고 결론지었다.¹²⁶⁾ 하지만 이런 사건들의 의미를 제대로 파악하고, 재판소가 내린 결정이 존중받기 위해서는 재판의 대상으로 적절치 못한 다른 중요한 점들도 염두에 둘 필요가 있다.

3) 判決의 效果

소송사건의 최종결론은 법적인 구속력을 갖기는 하지만, 이것은 판결이 분쟁해결에 늘 바로 효과가 있다는 뜻은 아니다. 첫째로 유념해야 할 점은 어떤 분쟁을 재판절차에 가져왔을 때, 당사국들이 얻고자 한 것이 재판의 고유한 기능과는 달리 분쟁의 확실한 해결이 아닐 수 있다. 다시 말해, 당사국들 사이의 견해차이를 좁히다거나, 어떤 식으로든 분쟁해결의 돌파구를 찾아보려는 것이 재판을 청구한 목적

126) Diplomatic Staff in Tehran 사건의 미국측 법률고문은 이 점을 다음과 같이 설명했다: ...A라는 국가는 자신과 B국 사이의 분쟁을 자국의 시각에서 규정짓고, 그 분쟁의 해결을 국제사법재판소에 의뢰할 수 있다. 그 다음에 A국이 B국과의 분쟁을 재판소에 의뢰한 것이 사실인지 여부 및 그 분쟁에 대해 재판소가 관할권을 갖는지 여부는 재판소가 결정할 일이다. 이 때, B국이 이 분쟁의 성격을 달리 보고 있다거나, 명확한 근거도 없이 일반적인 항변이나 포괄적 주장을 제기한다고 하여 재판소가 결정을 포기해서는 안 된다; I. C. J. Pleading, United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, p.291.

인 경우도 있다. 둘째로, 당사국의 의도가 재판을 분쟁해결의 여러 단계들 중 단지 하나로 이용하고자 한다는 점이 명백한 경우도 있지만, 때때로 그들의 정확한 의도가 무엇인지 불분명한 경우도 있다. 재판의뢰 합의 속에 실제적 혹은 이론적 모호함이 있는 경우로 이런 경우, 재판소의 첫째 임무는 당사국들의 의도에 관한 의견 불일치를 해소하고 ICJ에게 맡겨진 권한의 범위를 확정하는 것이다. 이와 관련하여 Libya-Malta Continental Shelf 사건이 보여주는 것은 당사국들이 재판소의 결정에 따르기로 원칙적 합의를 한 경우에조차도 어느 정도까지 그 결정에 따를 것인지 여부는 별도로 명확히 해야할 필요가 있다는 점이다. 신속하고 수용 가능한 해결을 위해서 이런 문제들이 초기에 합의될 수 있다면 더없이 바람직하며, 그렇지 못한 경우에 이런 문제들이 불필요한 논의를 量産하게 되고, 재판의 지연과 방해를 위한 소송전술로 사용될 수도 있다.

물론 많은 경우에 국가들이 국제사법재판소에 분쟁을 가져온 것은 확정적인 해결책을 구하려는 분명한 목적이 있기 때문이다. 분쟁의 당사국 모두가 적극적인 소송 당사자라면, 재판소의 판결만으로 그 분쟁이 종식될 수 있다. 다시 말해, 기꺼이 재판을 받겠다는 당사국이 재판의 결과를 무시할 가능성은 거의 없다. 만약 결과를 무시한다면, 비용손실은 별론으로 하더라도 분쟁을 정치의 場으로 되돌려 보내는 것이 되어 해결 가능성을 거의 없게 만들 것이다. 이런 종류의 사건들 중에는 전문 기술적 문제 때문에 실행에 어려움이 생기는 경우도 있다. 이와 관련해서 생길 수 있는 문제점들을 줄이는 다음과 같은 몇 가지 방법이 있다. Frontier Dispute 사건에서는 특별협정 속에 실행에 관한 문제를 미리 명시해 두었으며, Gulf of Maine 사건의 특별협정에는 지도사의 좌표와 海圖, 그리고 기타 기술상의 문제에 관해 상세한 규정을 두었고, 또 제2조 3항은 전문가 한 사람을 임명하여 기술적인 문제에 대해 재판부를 도울 뿐 아니라, 해양경계 설정 및 그 준비에 당사국들의 의사가 잘 반영되도록 하는 역할을 맡았다.

마지막으로 검토해 볼 점은 분쟁의 한 당사국이 재판을 원하지 않는 상황에서는 어떻게 할 것인가 하는 문제이다. 앞에서 이미 보았듯이, 관할권에 관한 동의만 있으면 당사국이 재판을 원치 않더라도 재판을 열 수 있다. 재판소 규정 제53조에 의하면, 재판소가 관할권이 있고 또 청구인의 주장이 사실 및 법적인 근거를 충분히 가진다고 재판소가 인정하는 경우에는 비록 한 당사국이 법정에 나오기를 거부하더라도 재판을 여는 데는 지장이 없다.¹²⁷⁾ 하지만 당사국들의 의사에 反하여 재판이 열린 경우는 그 분쟁이 재판을 통해 해결될 가능성이 일반적으로 희박하다. 그러므로 당사국의 적극적 재판참여가 동의만큼이나 중요하다. 그렇다고 일방적인 재판청구

127) 제53조에 의해 제기되는 문제점들에 관한 분석은 Sir Gerald Fitzmaurice, "The problem of the 'non-appearing' defendant government", 51 B. Y. I. L. 89 (1980); I. Sinclair, "Some procedural aspects of recent international litigation", 30 I. C. L. Q. 338 (1981); J. I. Charney, "Disputes implicating the institutional credibility of the Court" in Damrosch, International court of Justice, p.288 참고.

가 무의미한 것은 아니다. 분쟁 당사국 모두가 조약 등의 수단을 통해 국제사법재판소의 관할권을 인정한 경우, 그 일방 당사국이 재판을 청구했다는 사실은 첫째로 조약과 같은 국제적 약속을 성실히 준수한다는 점, 둘째로 법적 권리에 관한 분쟁은 사법절차를 통해 해결되어야 한다는 국제사회의 원칙을 존중하고 있음을 천명하는 효과가 있다. 재판은 분쟁을 비정치화하는 방법의 하나이기 때문에 어떤 국가가 분쟁을 국제사법재판소로 가져왔다는 것은 그 국가가 긴장완화를 희망하고, 평화적 해결을 추구한다는 것을 천명하는 것이 된다. 그리고 ICJ에 분쟁을 가지고 와서 승소하는 국가는 국제적 권위를 가진 공평한 기관에서 자신의 입장을 인정받은 것이기 때문에 중립적인 국제여론의 지원을 받고, 우방국들의 후원을 강화할 수 있다.

4) ICJ의 重要性

1945년에 설립된 이래로 ICJ는 매년 평균 1건의 소송사건을 처리해 왔다. 그런데 이 결정들 중 많은 것들은 하나의 사건을 여러 단계에서 나누어 내린 판결이고, 또 관할권 문제로 사건을 말지 않겠다는 결정들도 여기에 포함되어 있다. 국가간 분쟁이 관련된 권고적의견 사건의 결정 건수를 여기에 더한다 하더라도 ICJ가 실제로 결정한 분쟁은 아주 적은 數에 불과하다. 즉, 재판을 통한 분쟁해결은 예외적인 상황이고 대부분의 분쟁은 다른 방법을 통해 다루어지는 것이 명백한 현실이다.

물론 ICJ의 과거 활동기록이 제시하는 것보다 이 기관의 중요성이 더 클 수 있다. 많은 조약들이 분쟁을 국제사법재판소에서 해결하도록 하는 조항을 담고 있으며, 선택조항에 의해 재판소의 관할권을 인정하는 선언을 한 국가의 수도 60여개 국가에 이르고 있다. 분쟁이 생기면 국제사법재판소에 가야하는 조약에 가입했다는 사실만으로도 분쟁억제의 효과가 있기 때문에 국제사법재판소의 이런 '후견적' 역할도 무시해서는 안 된다. 하지만 이런 점들을 고려하더라도 국내 법원들과 비교할 때 국제 법원이나 재판기구가 차지하는 비중이 상대적으로 약하다는 점은 분명하다. 이런 상황에 대한 설명으로 국가들이 분쟁해결에 관한 통제권을 내놓기를 꺼려한다는 점, 국제사법재판소 구성원인 재판관들에 대한 불신, 그리고 국제법이 당면한 문제들에 적절한 해결책을 제공하지 못한다는 생각 등을 들 수 있다. 재판소가 처한 이런 상황을 개선하는 방법에는 여러 가지가 있을 수 있지만, 우선적으로 ICJ의 개선에 관해 논의할 때 소송에 너무 집착하여 조정과 같은 다른 방식으로 재판소가 할 수 있는 공헌을 너무 간과해서는 안 된다. 1982년의 해양법협약에서도 법적인 해결방식과 함께 非法的 방식들이 주요한 특징을 이루고 있다.

모든 분쟁이 재판을 하기에 적절한 것이 아니라는 점은 국제사법재판소도 여러 사건들을 통해 인정해 왔다. 재판소는 모든 국제적 분쟁을 결정하는 일반적 권한을 위임받은 것이 아니므로, 당사국들 사이의 의견차이가 분쟁이라고 불릴 정도로 구체화될 때까지 행사할 수 없다. 다른 사법기관들과 마찬가지로, 당사국들 사이의 입장차이가 더 심각한 상황으로 발전하는 것을 미리 막는다거나 긴장 관계를 완화시

키는 것은 국제사법재판소의 기능이 아니다.

소송이 갖는 한계는 분쟁의 시작단계에서 정치적 기구나 비사법적 방법을 통해 할 수 있는 조사, 사전 협의 등과 비교해 보면 분명히 드러난다. 국제사법재판소의 기능을 제한하는 또 하나의 요소는 정치적 분쟁의 재판적격 문제인데, 이 점은 실질적으로 둘로 나누어진다. 하나는 관할권을 확보했다 하더라도 그 결정이 더 광범위한 문제에 얽혀있는 분쟁을 해결할 수 없는 경우이며, 나머지 하나는 많은 분쟁은 법적 쟁점을 가지고 있지 않아서 전혀 재판소의 권한이 미치지 못하는 경우이다. 따라서 당사국들이 ‘형평과 선’에 따라 결정을 내려달라고 특별히 요청하지 않는 한, 재판소는 정치적 혹은 경제적 평가를 요구하는 문제를 다룰 수 없다.

국제사법재판소의 소송이 갖는 특징 또 하나는 당사국들은 언제든지 재판을 중단할 자유가 있고, 재판소 밖에서 모종의 합의에 도달하여 재판을 계속하는 것이 불필요하다고 판단되는 경우에는 일반적으로 재판을 중단한다는 것이다. 다른 사법기관들과는 달리,¹²⁸⁾ 국제사법재판소는 당사국들의 의사에 反하여 사건을 다루는 일이 없다. 더욱이 재판소는 어떤 사건이 재판에 온 목적이 성취되었기 때문에 더 이상의 재판진행은 불필요하다는 결정을 스스로 내리는 경우도 가끔 있다.¹²⁹⁾

사법적 기능에 한계가 있다는 점과 국가들은 분쟁을 재판소에 가져오길 꺼린다는 점은 이미 예견되었던 문제점이다. 그러면 국제재판소를 두는 것의 이점은 무엇인가? 첫째로 무엇보다도 명확한 이점은 상설 재판소의 존재는 국가들이 분쟁이 있을 때만다 새로 법원을 설치해야하는 부담을 덜어준다. 이런 기관을 창설하는데 드는 시간과 비용 및 운영경비는 별론으로 하더라도, 재판관들과 소송절차가 이미 갖추어져 있는 재판소를 운영할 수 있다는 것은 재판소 구성 및 절차 등을 논의하기 위한 교섭을 피할 수 있게 한다. 둘째로 국제법의 발달을 통한 분쟁의 예방과 해결이라는 측면에서 보면, 비상설적인 중재보다는 상설적인 재판소가 일관성 있는 법리를 발전시킬 수 있어 법의 진보에 더 많은 공헌을 할 것으로 기대된다. 하지만 실제로 재판소가 이런 공헌을 하기 위해서는 최소한 적절한 재판 기회가 제공되어야 하고, 재판관들이 자신들의 역할에 대해 정확하고 올바른 인식을 하고 있어야만 한다. 그리고 재판을 통해 “법규범이 더 명확해지고 발달할 수 있다면”¹³⁰⁾ 재판의 공

128) 유럽 인권재판소에 이 점에 관해 취한 입장에 대해서는 J. G. Merrills, *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, Manchester, 1988, pp.54-57.

129) Nuclear Tests 사건이 이런 경우로, 재판소 밖에서 있는 프랑스의 행동에 너무 지나치게 중요성을 부여함으로써 사건의 쟁점이 더 이상 존재하지 않는다는 결정을 내렸고, 그래서 본안 문제를 다루지도 않고 이처럼 특별히 거북한 사건을 종결해 버렸다. 이 사건에서 다수의견이 취한 시각처럼, 어떤 사건의 기반이 된 분쟁이 해결되었다면 그 사건의 재판을 중지할 수 있지만, 어떤 임시조치가 있다고 하여 분쟁이 종결되었다고 할 수 없으며, 따라서 사법기관이 해야할 일이 아직 남아 있다: Nuclear Tests, Judgments [1974] I. C. J. Rep. p.253 and p.457. 이 사건에 대한 비판은 P. Lellouche, “The Nuclear Tests cases: Judicial silence v. atomic blasts”, 16 Harv. Int. L. J. 614 (1975) 참조.

130) [1970] I. C. J. Rep. p.65 (Judge Fitzmaurice). 재판소 업무의 이런 측면에 관한 자세한 논

현도는 확실히 증대될 것이다.

의는 M. Lachs, "Some reflections on the contribution of the International Court of Justice to the development of international law", 10 Syr. J. Int. L. & Com. 239 (1983) 참고.

第5章 UN 海洋法協約上 紛爭解決制度

第1節 概 觀

세계의 거의 모든 국가들이 해양법 문제에 관한 분쟁을 갖고 있으며, 이러한 분쟁 중에는 그 해결이 곤란한 문제들도 많다. 해양 문제에 관련된 분쟁은 본래 국제법상 일반적인 분쟁해결제도와 별도로 다루어질 문제로는 생각되지 아니하였다. 그러므로 많은 해양분쟁 사건은 국제법상 일반적으로 알려진 평화적 해결방법 절차 즉, 주선, 중개, 조정 및 국제재판들을 통하여 그 해결이 시도되었다. 그러나 특별한 종류의 사건은 특별한 분쟁해결기구에 의해 다루어지는 것이 바람직하다는 생각은 일찍부터 있어왔고, 한때 교전국에 의한 외국 선박의 포획문제를 전담할 ‘國際捕獲審判所’를 설립하는 문제가 진지하게 논의된 적이 있다.¹³¹⁾ 1958년 제1차 Geneva 해양법회의에서 타결된 「어업 및 공해생물자원의 보존에 관한 협약」 제9-11조에서는 해양문제에 관한 분쟁의 해결만을 위한 「특별조정위원회」를 규정하고 있기도 하다. 그러나 이들 특별 사법기구에 관한 시도들은 지금까지 크게 호응을 받지 못한 실패작이었다.

그러나 해양법 규범의 통일된 해석과 충돌 발생시 적절한 제3자적 사법기관에 의한 분쟁해결 수단이 가용토록 보장한다는 의미에서 해양법 관련 분쟁의 해결을 위한 별도의 사법적 절차를 마련한다는 것은 필요하며 따라서 이 문제는 제3차 해양법회의의 중요한 의제로 토의되었다.

UN 해양법협약에 규정되어 있는 해양분쟁의 평화적 해결제도는 현대 해양법체계에 있어서 특별히 다음과 같은 중요한 의의가 있다.

첫째 분쟁해결을 위한 효과적인 법적 절차의 확립은 국제사회의 해양이용활동에 관한 각국의 법익조정에서 정적, 경제적 압력수단을 방지하게 한다. 강대국 및 선진 경제대국들에 맞서서 해양활동을 영위해 가야 할 개발도상국들은 “법 안에서의 평등”(equality in law)원칙이 보장되는 국제법적 차원에서 그들의 분쟁을 법 절차에 따라 해결할 수 있는 길이 보장된다는 것이 필요하다(제191조).

둘째 일반적으로 해양법의 해석과 적용에 있어서 일관성과 안정성을 보장하는 방도를 마련하는 것은, 강대국이나 개도국을 막론하고 필요하고 중요한 일이다. 만일 해양법의 해석과 적용에 일관성과 안정성이 보장될 수 없다면 오랜 세월 많은 나라의 협의와 노력으로 어렵게 만들어 낸 UN해양법 협약이라는 것도 하나의 무의미한 것에 불과하게 된다.

셋째로 특히 제3자적 절차를 해양분쟁의 평화적 해결수단으로 해양법 제도 속에

131) Rudolf Bernhardt, “Law of the Sea, Settlement of Disputes”, Encyclopedia of Public International Law(Armsterdam; Max Plank Inst, 1981), Vol. I, p.134.

확립하는 것은 중요하고 필요하다. 왜냐하면 해양법 규범에 새롭게 등장한 각종 제도는 상호간의 긴밀한 균형관계에 있으며, 이들 제도에 관한 각 조항의 해석과 적용은, 공정하고 확립된 제3자적 사법절차에 의해서만 그 안전성과 일관성이 보장될 수 있을 것이기 때문이다.

8년간의 협상을 통해 1982년 체결된 해양법협약은 37개 조문과 11개 부속서로 구성되어 있으며, 1994년 11월 16일 유엔해양법협약이 국제법상 정식으로 발효됨에 따라 국제해양법상 국가간에 발생한 분쟁은 동 협약에서 규정하는 방법과 절차에 따라 해결할 수 있게 되었다. 동 협약은 국제해양분쟁의 평화적 해결, 특히 사법적 해결에 대해 커다란 관심을 표명하면서 이에 대하여 협약 제15장에서 상세히 규정하고 있다. 즉, 협약의 해석 또는 적용에 관하여 협약 당사국간에 발생하는 모든 국제해양분쟁을 협약 제15장의 규정에 의거하여 평화적인 방법으로 해결하도록 권장하고 있다.

1.1 紛爭解決手段 選擇의 自由

협약이 기반으로 삼은 원칙은 협약에 서명한 국가들 사이에 협약의 해석이나 적용에 관한 분쟁이 생긴 경우, 해양법협약 제279조에 명시되어 있는 유엔 헌장 제2조 3항에 따라 평화적 방법으로 해결해야 한다는 것이다. 이 원칙 규정은 두 가지 효과가 있다. 첫째로, 협약에는 가입했지만 유엔 회원국이 아닌 국가들에게도 똑같이 이런 의무를 지울 수 있다. 두번째, 협약과 관련된 모든 분쟁은 정의에 입각하여 해결되어야 한다는 점을 모든 국가들이 재확인하는 것이다.¹³²⁾ 모든 국가들은 분쟁의 평화적 해결을 위해 자신들이 적절하다고 판단하는 수단과 방법을 선택할 권리를 가지므로 협약상의 어떤 규정도 이런 권리에 손상을 주지 않는다고 협약은 부언했다(협약 제280조). 당사국들의 自治를 이처럼 강조한 것은 국제사회의 일반적 관행에 합치하기 때문에 논란의 소지가 없다. 하지만 수단과 방법의 자유로운 선택이라는 원칙은 그 뒤의 다른 조항들에서 더 상세히 규정되어 그 함축된 의미를 분명히 나타냈다.

분쟁이 발생하면, 당사국들은 어떤 수단과 방법으로 그 분쟁을 다룰 것인지에 관해 서로 신속히 의견교환을 할 의무를 진다(제283조 1항). 이 중요한 조항을 통해 의도된 것은 사전협의를 필요성을 강조하고 절차상 평화적 수단을 이용할 의무를 부과하는 것이다. 하지만 사전협의를 의무는 이 밖의 다른 경우에도 또한 부과된다. 즉, 해결방안에 대해 합의가 이루어진 때, 해결방안을 실행하는 방법과 절차 등에 관해 사전협의를 필요한 때(제283조 2항), 그리고 해결절차가 실패로 끝난 때에도 사전협의를 의무를 진다. 이 마지막 상황에서 하나의 해결수단에서 다른 수단으로 자동적으로 넘어가는 것을 막는 효과를 주는 것이 이 조항이다.

132) Roenne and Sohn, Commentar, p.18.

또 하나의 중요한 조항은 당사국들이 선택한 수단과 협약상 수단의 관계이다. 당사국들이 특정한 평화적 수단을 선택한 경우에는 그 수단이 실패했다고 판명되고, 당사국들이 더 이상 다른 절차를 배제하지 않기로 한때에 비로소 협약에 규정된 해결절차가 적용될 수 있게 했다(제281조). 분쟁의 당사국들이 일반적, 지역적 성격의 혹은 양자조약 등에 의해 구속력을 갖는 절차를 통해 분쟁을 처리하기로 이미 합의되어 있는 경우도 있다. 이런 경우 당사자들이 달리 합의하지 않는 한, 그 합의된 절차가 협약상의 절차를 대신하여 적용된다(제282조). 이 조항들에 의거 당사국들은 미리 합의를 통해 협약상의 절차와 방법을 배제할 수 있다.¹³³⁾

第2節 拘束力 있는 決定을 낼 수 있는 强制的 節次

협약의 첫 번째 원칙은 당사국들의 자유로운 선택에 의한 평화적 해결이다. 그런데 당사국들이 하나의 해결방법에 합의를 하지 못할 경우, 또 합의로 선택한 방법이 성공하지 못한 경우에는 어떻게 할 것인가? 이런 상황에 오면 당사국들은 먼저 제283조에 의해 서로 의견교환을 해야하고, 그 다음 단계로 ‘구속력 있는 결정을 수반하는 강제절차’에 대해 규정되어 있는 협약 제15장 2절이 적용된다.

해양법협약 속에 분쟁의 강제적 해결에 관한 조항을 둘 것인지 여부는 상당한 논란거리였다. 1958년의 해양법협약은 이 문제를 별도의 선택의정서 속에 두었는데, 새 해양법협약도 과거의 이런 방식을 취해야 한다는 주장이 있었다. 하지만 多數 견해는 이에 반대했다. 새 협약은 매우 혁신적인 내용과 절차를 담고 있기 때문에 이런 협약의 해석과 적용에는 논란이 예견됨으로 강제적 해결절차가 꼭 필요하다는 것이 반대근거였다. 이 강제절차는 당사국들이 반드시 그 절차를 이용해야 하는 의무를 부과하고 제3자에 의해 내려진 결정은 구속력을 가지도록 했다. 이와 같은 강제적 해결절차를 이용할 수 있다는 가능성만으로도 부당한 행동을 억제하게 하고, 따라서 분쟁을 피하게 하는 효과를 가지는데, 이 점도 확실히 고려되었다. 이런 이유들 때문에 어떤 형태로건 강제적 해결절차가 새 협약 속에 포함되어야 한다는 결론이 났다.

2.1 强制的 解決의 原則

해양법협약 안에 구속력 있는 결정을 내리는 절차를 마련하는 것은 쉬운 일이 아니었고, 당면한 첫 번째 어려움은 협약의 모든 가입국들이 받아들일 수 있는 방법을 찾아내는 일이었다. 국제사법재판소와 같은 기관도 모든 국가들의 지지를 받고

133) 그러나 海底에 관해서는 협약의 제11장 5절에 있는 특별규정이 적용됨을 유의하기 바람.

있지 못하지만, 제한적 관할권을 가진 다른 상설재판소나 임시적 중재법원 보다는 국제사법재판소를 선호하는 국가들이 있다. 유엔 해양법 회의 초반부터 이 점에 관한 국가들 사이의 이견이 너무 크다는 것이 드러났기 때문에 하나의 절차로 의견이 모아지기는 어렵게 되었다.¹³⁴⁾

몇몇 국가들은 국제사법재판소가 해양법의 발전에 기여한 결정들을 내려왔다는 이유로 해양법관련 분쟁을 국제사법재판소에 맡기기를 원했다. 반면에 ‘새로운’ 해양법협약에 관한 분쟁은 새로 만들어진 기관에 의해서 보다 잘 다루어질 수 있다는 주장을 하는 국가들도 있었다. 제3의 그룹은 상설 법원은 그 속성상 융통성이 없다는 주장을 하면서 중재의 장점을 강조하는 국가들이었다. 제4의 그룹은 해양법 분쟁의 대부분은 전문 기술적인 문제를 제기하기 때문에 기능적 접근이 요구된다고 보고, 전문가들로 구성된 새 기관의 창설 필요성을 주장하는 국가들이었다. 이렇게 다양한 견해들에 직면하여 해양법 회의는 실행 가능한 방법만을 논의했고, 협상 결과는 선택의 자유라는 원칙을 다시 한 번 천명하여 구속력 있는 해결방법 중 하나 이상을 자유롭게 선택할 수 있게 했다.

협약의 체약국은 서명, 비준, 가입시나 또는 그 이후 어느 때든지 해양법협약의 해석 및 적용에 관한 분쟁의 해결을 위하여 다음 4가지 사법적 절차들 중의 하나, 또는 그 이상을 선택함을 서면으로 선언한다(제287조 1항).

- (i) 제Ⅵ부속서에 의거한 국제 해양법재판소(ITLOS)
- (ii) 국제사법재판소(ICJ)
- (iii) 제Ⅶ부속서에 의거한 중재재판소
- (iv) 제Ⅷ부속서에 의거한 특별중재재판소

체약국들은 예외 없이 이들 중 하나를 선택해야 하므로, 이러한 4가지 절차를 선택하는 선언이 없으면, (iii)의 제Ⅶ부속서에 의거한 중재재판을 선택한 것으로 간주한다(제287조 3항). 분쟁 당사국이 동일한 종류의 사법적 절차를 서면선언으로 선택한 경우에는 그 사법적 절차에 분쟁해결을 부탁될 것이다(동 4항). 그러나 서로 다른 강제절차를 선택한 당사국간의 분쟁은 제Ⅶ부속서에 의거한 중재절차에 회부한다(동 5항). 협약 제287조에 나와있는 이런 규정은 재판기관의 선택 문제를 적절히 처리하였고, 그래서 유용하면서 융통성있는 강제관할권 제도를 마련했다는 평가를 받고 있다. 절차선택의 선언을 철회할 때는 철회 통고를 UN사무총장에 기탁한지 3개월이 경과되어야 그 효력을 갖는다.

협약 제15장 2절의 나머지 조항들은 강제적 해결제도가 어떻게 기능 하는지에 관해 다루고 있다. 별도로 ‘해저분쟁특별부(Sea-Bed Disputes Chamber: 약칭 SBDC)’라는 독특한 기구가 새로 설치되었고, 이에 관해서는 협약 제287조 2항에 규정했다. 그리고 심해저 개발에 관련된 제11장과 그 관련 부속서의 해석 및 적용에 관한 당사국간 분쟁, 기구간의 분쟁, 또는 당사국, 기구, 개발청, 국가기업 및 기타 법인 또는 자연인 개발사업추진체간의 분쟁이 제11장 5절에 의거 국제해양법재판소 SBDC의

134) Rosenne and Sohn, Commentary. pp.41-45.

관할에 속할 때에는 강제절차 선택선언에 의하여 이러한 SBDC의 관할은 영향받지 아니한다(제287조 3항). 제288조는 物的 관할권이라는 중요한 문제를 다루고 있는데, 본 협약 및 ‘그 목적에 관련된’ 모든 국제조약의 해석이나 적용에 관한 분쟁을 287조의 재판기관들이 처리할 수 있게 했다. 제289조는 과학 기술분야 전문가를 위촉하여 국제사법재판소의 ‘재판보좌관’의 역할과 유사한 기능을 맡을 수 있게 하고 있다. 국제사법재판소 규정을 연상시키는 또 다른 조항은 제290조인데, 비록 여기서는 당사국의 요청이 있는 경우에 한해서이기는 하지만, 재판소가 임시보호조치를 명할 수 있는 권한을 부여하고 있다. 제292조는 당사국 當局에 의해 억류된 선박 및 선원의 신속한 석방에 관한 문제를 다루고 있다.

매우 이례적인 규정인 제294조에 의하면, 강제관할권을 갖는 재판기구는 제기된 청구가 법절차의 남용은 아닌지 혹은 어떤 확실한 근거가 있어 보이는지를 먼저 판정해야 한다. 만약 어떤 청구가 법절차를 남용한 것이라거나 혹은 확실한 근거가 없다고 판단되면, 재판기구는 그 사건에 대해 더 이상 심리를 진행하지 않는다. 이 조항은 해양법회의의 마무리 단계에서 삽입된 것인데, 근거없는 청구의 급증으로 배타적 경제수역 안에서의 권리행사가 어렵게 되는 것을 우려한 국가들 특히, 해안을 끼고 위치한 국가들의 주장을 반영한 것이다.

적용할 범규에 관해서는 제293조에 규정을 두고 있는데, 이 협약에 의해 관할권을 갖는 재판기관은 ‘본 협약 및 협약과 상충되지 않는 기타 국제법규’를 적용하도록 지시하고 있다. 당사국들은 ‘형평과 선(ex aequo et bono)’에 따라 결정을 내려달라는 요청을 할 수도 있다. 하지만 이런 요청이 없는 한, 협약이 다른 모든 法源에 우선하여 적용된다. 국제 재판이나 중재에서 판단의 근거가 무엇인지는 관련국가들이 매우 중요하게 여기는 문제다. 신생국가들은 전통 국제법에 대한 불신을 가지고 있기 때문에 국제재판소를 통해 분쟁을 해결하길 꺼린다는 것이 국제사회에 널리 퍼진 견해라는 점을 감안하면, 신생 국가들의 요구에 영향을 받은 ‘새’ 협약이 왜 협약을 것처럼 우선 적용하도록 했는지를 쉽게 알 수 있다.

2.2 强制解決 原則에 대한 例外

ICJ의 경우 ICJ규정 제36조 2항의 선택조항에 의거한 강제관할이나, 1958년 해양법협약들을 위한 선택의정서에 의한 강제관할이나, 독립절대의 존재인 주권국가가 자신의 의사에 반하여 제3자적 기관에 의한 결정에 기속된다는 점 때문에 실제로 국제재판의 강제절차가 환영받지 못해온 것은 주지의 사실이다.¹³⁵⁾

1982년 UN해양법협약 제15장 제2절에서 규정하는 강제절차도 이러한 문제가 내재하기는 마찬가지이다. 그러나 앞서 지적한 것처럼 해양법규범의 방대성, 분쟁의 복잡성 등을 감안하여 종래에 없이 강력하고 신중한 강제절차를 제15장 2절에 성안하여 규정하여 놓은 것이다. 이러한 강력한 강제절차규정은 필연적으로 전통적인

135) 김영구, 앞의 논문, pp.52-53.

국가주권 절대의 개념과의 조화가 필요하게 된다. 따라서 협약 제15장의 ‘제2절의 적용에 대한 제한 및 예외’라는 제목의 제3절에서는, 위에서 살펴본 강제절차를 적용하지 않거나 적용할 필요가 없는 분쟁들을 다루고 있다. 또한 특정한 경우에는 다른 강제절차를 대신 이용하도록 하고 있다. 정리하면, 당사국들이 자신들이 선택한 방법이나 수단에 의해 분쟁을 해결하지 못한 경우에 그 분쟁은 협약이 정한 몇 가지 형태의 강제적 해결절차에 회부되도록 한 것이 제2절에 규정된 ‘원칙’이다. 이에 대해 제3절은 특정 종류의 분쟁들은 이러한 강제절차를 전혀 이용하지 않아도 되고, 또 다른 종류의 분쟁들은 재판이 아닌 절차를 이용하도록 하고 있다.

1) 强制的 節次의 適用制限

해양법회의 교섭과정에서도 논의가 분분했던 제3절의 자세한 내용은 복잡하고 협약의 실제법적 규정들과 밀접히 연관되어 있다. 제297조에 담긴 의미는 연안국들이 主權的 권리나 관할권의 행사, 특히 그런 것들에 관련된 재량권 행사에 관한 결정을 내리는 경우, 그런 결정에 다른 국가들이 재판의 형태로 이의를 제기하지 못한다는 것이다. 따라서 전통적으로 보장되어온 해양의 자유에 대한 침해나 남용 등에 관한 분쟁에는 제2절의 절차들을 적용하도록 한데 반해, 해양연구 및 어업활동 등에 관한 분쟁은 조정을 통해 해결하도록 협약은 규정하고 있다.¹³⁶⁾ 여기서 중요한 점은 특정한 사건들에 조정의 이용을 의무로 규정하면서 협약은 연안국들의 재량권 행사에 이의를 제기할 수 없도록 했다는 것이다. 그리고 조정위원회의 보고서가 어떤 경우에도 당사국들에게 구속력이 없도록 했다.

2) 强制節次의 適用排除宣言

분쟁해결에 관한 초기의 협약 초안에는 제2절의 절차를 배제할 수 있는지 여부는 모든 사건에서 관련국가가 이런 내용의 선언을 하느냐에 달려 있었다.¹³⁷⁾ 제297조에 의해 규정된 분쟁들에서 적용배제를 선택할 수 있는 제도는 포괄적 배제방식으로 결국 대체되었다. 하지만 일부는 세 가지 종류의 분쟁을 다루는 제298조 속에 살아남아, 국가들은 제2절에 의한 절차들 중 일부나 전부를 문서에 의한 선언을 통해 배제할 수 있다. 여기서 특정한 세 가지 분쟁은 해양경계의 획정, 역사적 만 또는 權原에 관한 분쟁¹³⁸⁾과 군사활동과 관련된 분쟁 및 제297조에 대한 법집행(경찰권

136) S. Rosenne, “Settlement of fisheries disputes in the exclusive economic zone”, 73 A. J. I. L. 89 (1979); J. P. A Bernhardt, “Compulsory dispute settlement in the law of sea negotiation: a reassessment”, 19 Va. J. I. L. 69 (1978-9).

137) A. O. Adede, “Settlement of disputes arising under the Law of Sea Convention”, 69 A. J. I. L. 798 (1975); Rosenne and Sohn, Commentary, pp.87-106.

138) A. O. Adede, “Toward the formulation of the rule of delimitation of sea boundaries between States with opposite or adjacent coasts”, 19 Va. J. I. L. 209 (1978-9); P. C.

행사)에 관련된 분쟁¹³⁹⁾ 그리고 유엔 헌장에 따라 안전보장이사회가 수행 중인 임무와 관련된 분쟁¹⁴⁰⁾이다.

해양경계획정 등 첫 번째 부류에 속하는 사건의 경우, 분쟁이 협약 발효 후에 일어났다면 강제 조정에 회부될 수 있고, 조정을 통해 합의를 이루지 못할 때는 제2절에 제시된 절차를 따르도록 협약은 규정하고 있다. 그러나 이런 식의 해결방법은 主權이나 영토에 관한 권리가 쟁점이 된 경우에는 적용되지 않으며, 두 번째와 세 번째 부류에 속하는 분쟁에 관해서는 이에 상응하는 자세한 해결방법이 협약에 언급되어 있지 않다. 또한 유념해야 할 것은 선언은 언제든지 할 수 있을 뿐 아니라 언제든지 철회할 수도 있다는 점, 제298조 2항이 분명히 밝히고 있듯이 선언의 효과는 호혜적이라고 점이다. 즉, 특정 종류의 분쟁을 제2절의 절차에서 배제시키는 선언을 한 국가는 그 범위 내에서 강제절차에 나가지 않도록 되지만, 동시에 그 종류의 분쟁에 관해 다른 관련 국가를 강제절차에 불러낼 권리도 잃게 된다.¹⁴¹⁾ 이것은 국제법상 관할권의 제한에 대한 일반 원칙과 일치하는 것이지만, 만약 국가들이 제298조가 주는 기회를 많이 활용한다면 강제적 해결의 원칙에 미치는 부정적 효과는 매우 클 것이다.

제3절에 복잡한 조항들을 두게된 의도는 한편으로 자신의 문제를 자기가 최종 판단하려는 국가들의 바람과 다른 편으로 제3자에 의한 구속력있는 해결이라는 원칙 사이의 균형을 잡아보려는 것이다. 제297조가 몇 가지 부류의 분쟁들에 제2절에 의한 절차의 적용을 배제한 것과 제298조가 또 다른 경우에 배제의 가능성을 열어 준 것은 국제사회에서 오랫동안 존재해온 민감한 문제들에 대한 우려를 반영한다. 영토주권이나 군사행동이 그러한 예이고, 개발도상국 특히 “Group of 77”¹⁴²⁾이라고 불리는 국가들의 특별한 관심과 우려는 해양법회의에서 어업 및 연구 분야를 배제시키게 만들었다. 국가의 재량권 행사에 관한 분쟁과 같은 어떤 종류의 분쟁에는 물

Irwin, “Settlement of maritime boundary disputes: An analysis of the law of the sea negotiations”, 8 *Ocean Devel. & Int. L.* 105 (1980); Rosenne and Sohn, *Commentary*, pp.116-35; P. Weil, *The Law of Maritime Delimitation-Reflections*, Cambridge(Grotius), 1989.

139) M. W. Janis, “Dispute settlement in the Law of the Sea Convention: The military activities exception”, 4 *Ocean Devel. & Int. L.* 51 (1977).

140) 물론 안전보장이사회가 당사국들에게 해양법협약에 따른 분쟁해결을 촉구한 경우에는 이 예외조항이 적용되지 않는다.

141) 특정 부류의 사건에 강제절차의 이용을 배제하는 선언을 한 경우, 그러한 부류에 속하는 모든 분쟁에 선언의 효과가 미치는지 여부는 매우 중대하다. 이에 대해 설득력있는 견해는 예외는 가능한 좁게 해석하는 것이 협약초안자들의 의도에 맞다는 것이다. 따라서 모든 분쟁이 아닌 특정의 구체적 사건에만 효과가 미치게 하는 해석이 옳다는 견해는 Rosenne and Sohn, *Commentary*, p.115 참조.

142) A. G. Friedman and C. A. Williams, “The Group of 77 at the United Nations: An emergent force in the law of the sea”, 16 *San Diego L. Rev.* 555 (1978-9); G. A. Pierce, “Dispute settlement mechanisms in the Draft Convention on the Law of the Sea”, 10 *Denver J. Int. L. & Pol.* 331 (1980-1).

론 재판보다는 조정이 더 적절한 해결방법이라는 점에 논란의 여지가 없다. 이 점을 감안하면, 제3절에 있는 것과 같은 제한 및 예외를 인정하지 않는 한, 구속력있는 해결절차를 해양법협약의 핵심적 부분으로 채택하지 못했을 것이다.

제3절과 같은 규정을 둠으로써 분쟁의 강제적 해결에 관한 협약의 적용 범위가 분명히 제한되었지만, 이러한 제한을 완화시키는 두 가지 점을 또한 지적할 필요가 있다. 첫째는 어떤 국가가 특정 사건에서 제297조나 298조의 적용을 받을 수 있는지 여부는 그 국가가 독자적으로 결정할 수 없고, 협약에 분명히 나타나 있듯이 그 사건을 관할하는 재판기관이 결정할 문제이다. 이것은 협약이 확립된 국제법의 원칙을 받아들여 구체화한 또 하나의 예이고, 물론 적절한 경우에는 협약이 인정하는 제한과 예외를 수용한다. 만약 국가들이 독자적으로 해석을 할 수 있게 한다면 제한과 예외에 관한 규정들이 남용될 가능성이 크므로, 제3절의 존재는 이러한 남용을 줄이는 기능을 한다.

둘째는 제3절의 마지막 조항인 제299조가 갖는 의미이다. 제3절을 두게 된 의도는 물론 특정 부류의 분쟁이 협약상의 강제적 해결절차에서 자동적으로 배제되도록 하는 것이다. 하지만 제3절의 마지막 조항은 당사국들이 서로 합의만 하면 강제적 절차를 협약에 의해 적용이 배제된 부류의 분쟁에까지도 적용할 수 있게 한다. 다시 말하면, 제297조와 298조의 적용을 받으면 분쟁을 협약이 정한 강제절차에 회부해야 할 의무가 없지만, 당사국들은 합의를 통해 그 강제절차를 이용할 수 있는 권리를 보유하고 있다. 이것은 협약의 기본 원칙인 선택의 자유를 구체화한 또 다른 예이다.¹⁴³⁾

第3節 UN 海洋法協約上 紛爭解決을 위한 機構와 節次

3.1 調 停

당사자들이 선택한 수단에 의한 분쟁해결을 다루는 제15장 제1절에서 제3자에 의한 해결방법으로 구체적으로 언급된 것은 조정 밖에 없다(제284조). 그리고 제3절에서 소송을 배제한 특정 종류의 분쟁들에는 반드시 조정을 이용하도록 의무를 지우고 있다. 이렇게 볼 때, '조정'은 해양법협약 안에서 매우 중요한 위치를 차지하고 있고, 특정 부류의 분쟁에 관해서는 적어도 이론상으로는 두 번 이용될 수 있는 제도이다. 첫 번째로 당사국들은 선택에 의해 이 절차를 이용할 수 있고, 이 시도를 통해 분쟁이 해결되지 못한 경우에 제3절에 의한 강제적 절차로서 두 번째로 이용

143) 제15장의 마지막 조항은 분쟁해결절차가 제한된 경우에조차도 당사국들이 합의만 하면 분쟁을 우호적이고 평화적으로 해결하는 절차의 발견 가능성이 여전히 존재함을 강조하여 제1절의 정신을 계승하는 결말을 지었다: Sohn and Rosenne, Commentary, p.115.

될 수 있다.

1) 節次의 開始

조정은 분쟁의 당사자가 합의함으로써 절차가 개시된다(제284조 제5부속서 1조). 강제조정인 경우에는 일방 당사자의 요청으로 개시될 것이다(제297조 2,3항). 자발적 및 강제적 조정이 따라야 할 절차는 제5부속서에 규정되어 있으며, 이 부속서 안에 있는 조항들은 기본적으로 최근의 다자조약 속의 조정에 관한 규정들의 예를 따랐다.

2) 調停委員會의 構成

앞서 있었던 해양법 조약들과 같이, 1982년의 협약도 상설 조정기구 대신에 임시(ad hoc) 조정위원회에 분쟁을 맡기도록 했다. 이 위원회의 구성은 당사자들이 달리 합의하지 않는 한, 당사자 각각이 두 명씩의 위원을 임명한 후 한 명의 위원장을 추가로 임명한다. 따라서 조정위원회는 통상적으로 5명의 위원으로 구성된다. 위원장 선임에 관한 합의가 실패하는 경우에 유엔 사무총장이 위원장을 선임할 수 있고, 당사국이 자신의 몫인 2명의 위원을 임명하지 않는 때에도 사무총장이 또 이들을 선임할 수 있다. 이러한 위원회 구성절차를 수월하게 하기 위해 협약에 가입하는 모든 국가들은 4명의 조정위원을 지명할 권한이 있고, 이들 명단은 유엔 사무총장이 제출 받아 관리한다.¹⁴⁴⁾

이 명단 중에서 위원을 선택해야 하는 의무는 오직 사무총장에게 주어져 있지만, 조정위원회를 구성할 때 이 명단에 있는 후보들이 우선적으로 고려되고, 어떤 국가도 자기 나라 출신 위원을 한 명 이상 선택할 수는 없다. 제5부속서의 제2조는 공정성, 전문성 및 성실성에 관해 최고의 명성을 갖고 있는 사람을 이 명단에 오를 수 있는 후보의 자격으로 명시했다. 과거에 유례가 없는 것은 아니지만,¹⁴⁵⁾ 자격요건에 법률전문가일 것을 요구하지 않고 있다.

3) 紛爭의 調停과 調停報告書

조정위원회는 절차에 관해 스스로 정하고, 보고서나 권고사항 등에 관해 다수결로 결정을 내린다. 분쟁당사국의 동의가 있는 경우에 위원회는 협약 당사국 중 한 나라를 초청하여 그 나라의 견해를 口頭나 문서로 제시하게 할 수 있다. 또한 당사

144) 처음에는 해양법재판소의 등록처에 제출토록 되어 있었다. Adede, *ibid.* 참조.

145) ‘보편적 성격을 갖는 국제기구와의 관계에서 국가의 대표에 관한 비엔나 협약(the Vienna Convention on the Representation of States in Their Relations with International Organization of a Universal Character)’의 제85조 참조.

국들이 동의하면, 다른 국가들의 분쟁해결까지도 위원회가 다룰 수 있을 것이다.¹⁴⁶⁾ 조정절차를 진행하는 동안 위원회는 분쟁의 평화적 해결에 도움이 될 모든 조치들에 당사국들의 주위를 환기시킬 수 있다. 제6조는 위원회의 기능을 “당사국들의 주장을 청취하고, 그 주장 및 반대의견을 검토하여 당사국들에게 평화적 해결을 위한 제한을 내놓는 것”이라고 규정한다. 1969년 조약법에 관한 비엔나 협약¹⁴⁷⁾에서 빌려온 이 규정이 원래 강조하려했던 점은 조정이나 중재와는 다르지만 그래도 사실문제 뿐 아니라 법적 문제도 검토할 수 있다는 것이다. 부속서 제7조는 분쟁이 해결되지 못한 경우에 위원회는 그 분쟁에 관련된 모든 사실문제나 법적 문제에 관한 위원들의 결론을 담은 보고서를 작성하도록 지시하고 있는데, 이것 또한 비엔나 협약을 연상시킨다. 위원회로 하여금 자신의 결론을 제시하도록 요구함으로써 위원회 활동의 사법적 성격을 강조하려는 의도가 이 조항에 담겨있다.

이와 같은 조항들은 準仲裁과 유사하지만, 조정만이 갖는 분명한 특징도 강조되어 있다. 국가들의 재량적 행위를 문제 삼을 수 없는 경우가 있으며, 또한 당사국들이 합의에 실패한 경우에만 위원회의 결론을 제시하도록 하고 있는 것이다. 따라서 위원회의 중요한 임무는 조정절차가 진행되는 동안 분쟁이 해결될 수 있도록 시도하는 것이다. 더욱이 위원회의 결론은 반드시 “분쟁의 평화적 해결을 위해 필요하다고 위원회가 판단하는 권고”와 함께 보고서에 기록되도록 했다(제7조). 그러나 이런 결론과 권고를 담은 위원회의 보고서는 당사국들을 구속하지 못한다.

해양법협약은 일정한 경우에 조정을 강제절차로 상정했는데, 이 사실은 조정위원회의 결원을 채우는 방법에도 반영되어 있다. 또 국가들로 하여금 조정을 통해 분쟁을 해결하도록 의무를 부과한 제11조와 당사국의 비협조 때문에 절차진행이 방해받지 않도록 한 제12조에도 반영되어 있다. 그리고 제13조는 조정위원회의 권한에 관해 논란이 있는 때에는 위원회가 이 문제를 결정하도록 했다. 강제적 조정절차를 밟아야 할 가능성의 존재가 국가들로 하여금 부당한 행위를 자제하도록 만든다면, 이 제도는 그 임무를 완수한 것이다.

3.2 仲 裁

1) 仲裁節次에의 付託

해양법협약에 의하면, 해양법에 관한 분쟁이 중재를 통해 다루어질 수 있는 경우는 세 가지 경우가 있다. 그 첫번째 경우는 협약 제15장 1절에 의한 것으로, 당사국들이 합의를 통해 중재의 관행에 따른 중재기구를 설치하고 이를 통해 분쟁을 평화적으로 처리하는 것이다. 두번째는 제15장 2절에 따라 협약 당사국은 중재가 자국

146) Rosenne and Sohn, Commentary, p.319.

147) Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969, Annex, Art. 5. Text in 63 A. J. I. L. 875 (1969).

이 원하는 분쟁해결 방법이라고 선언하는 경우이다.¹⁴⁸⁾ 이 경우에는 물론 해양법협약의 관련 조항에 따라 중재의 내용과 절차가 정해진다.¹⁴⁹⁾ 만일 분쟁 당사국들이 제2절에 의해 선언한 방법이 서로 다른 경우에는 협약에 의한 중재를 강제절차로 받아들이는 것으로 본다.

2) 仲裁裁判所의 構成

중재재판부의 구성방법과 절차는 앞에서 본 조정의 경우와 유사하다. 유엔 사무총장이 중재재판관 명부를 작성하도록 되어 있고, 협약 당사국들은 각자 4명의 후보를 지명할 수 있다. 후보의 자격은 “해양분야에 경험을 가진 이로서 공정성, 전문성, 성실성에서 최고의 명성을 얻고 있는” 사람으로 제7부속서의 제2조 1항이 규정하고 있다. 후보들에게 이런 요건을 갖추도록 한 것은 바람직한 것이지만, 중재재판관이 될 사람들에게 법률문제에 관한 전문적 식견을 요구하지 않은 점은 우려를 자아낸다. 중재재판부는 분쟁 당사국이 세 나라 이상이거나 당사국들이 각각 1명씩 지명하고, 재판장을 포함한 3명은 당사국들의 합의로 선정한다. 앞에서 본 조정위원회의 구성과 비교해서 ‘중립적’ 인사들의 비중이 중재에서 훨씬 크다는 점을 알 수 있다. 중립적 재판관에 당사국 출신이 선임되는 경우는 거의 없다. 재판부의 구성에서 우선적으로 고려되는 후보는 유엔 사무총장이 작성한 명단에 있는 이들이다.

당사국 선임 몫으로 배당된 중재재판관을 임명하지 못하거나 혹은 중립적 재판관 선정에 관해 당사국들 사이의 의견 합치가 실패하는 경우에도 중재가 시작되는 것이 방해받지 않도록 하기 위해서 협약은 이런 경우들에 대처하는 방안을 명확히 규정하고 있다. 협약은 당사국들이 선정한 어떤 人士나 제3의 국가 혹은 해양법재판소 소장에 의해 이런 경우를 해결토록 규정하고 있다.¹⁵⁰⁾ 이 경우 유엔 사무총장의 명단 중에서 요건을 확보하기 위해 해양법협약은 방금 언급한 방식으로 임명되는 재판관들이 서로 다른 나라 출신이도록 규정했고, 또 분쟁 당사국 중 어느 일방을 위해 일하거나, 그 영토에 常住하는 사람이어서는 안되며, 당사국의 국적을 가진 이도 안 된다고 규정했다(제7부속서 제3조).

3) 仲裁裁判

중재절차 및 이에 관련된 조항들에는 여러 가지 흥미로운 점들이 있다. 중재재판부는 중재절차에 관한 규칙을 스스로 정하는데, 그 절차는 당사자 모두에게 각기 자신의 주장을 펴고 증거를 제시할 수 있는 기회를 충분히 주도록 만들어져야 한다

148) 이런 선언을 최초로 한 국가는 벨로루시, 이집트, 서독, 우크라이나, 소련이다.

149) Rosenne and Sohn, Commentary, p.422 note 2.

150) 유엔 사무총장에게 이 임무를 맡기는 것이 더 나았을 것이라는 견해는 Bernhardt, “Compulsory dispute settlement”, p.76에 표명되었고, 이에 반대하는 견해는 Adede, “Prolegomena”, pp.354-355.

(제5조). 재판부는 다수결로 판정을 내린다. 재판관들의 결석이나 棄權 때문에 절차의 진행이 방해받지 않도록 하기 위해서, 제8조는 전체 재판관의 과반수 이상이 결석하거나 기권한 경우에만 판정을 내리지 못하게 했다. 통상적인 관행에 따라, 중재재판의 비용은 당사자들이 부담한다. 분쟁당사국의 또 다른 의무는 재판업무에 협조하는 것인데, 즉 필요한 문서나 서류, 시설, 정보를 제공하고, 증인이나 관련 전문가를 만날 수 있도록 하며, 현장 방문을 위한 교통 및 숙박 등의 편의를 제공해야 한다. 하지만 해양법협약의 부속서는 이러한 의무에 제6조의 규정을 통해, “自國法에 따라, 모든 이용 가능한 수단을 사용하여”라는 조건을 두었다. 이 규정은 당사국이 형편이 어려워 제공할 수단이나 자원이 없다는 주장을 할 수 있도록 했고, 심지어 입법을 통해 협조의무를 제한하는 것도 허용한 셈이다.

4) 仲裁裁判의 判定

재판에 출석하지 않거나 抗辯을 하지 않는 경우에 관한 규정은 국제사법재판소 규정 제53조와 흡사하다. 일방의 그런 태도에도 불구하고 재판부는 판정을 내릴 수 있지만, 판정에 앞서 재판부는 관할권의 존재를 확인하고, 중재를 신청한 당사국의 주장이 사실과 법의 양측면에서 모두 근거가 있는 지를 확인해야 한다. 판정은 당사국들에게 구속력을 가지며, 재판부는 판정의 근거를 설득력 있게 제시해야 하고 중재의 쟁점만을 다루어야 한다. 판정문에는 동조의견이나 반대의견을 첨가할 수 있다. 대부분의 중재에서 판정은 최종적인 결정이고, 당사자들이 달리 합의한 경우를 제외하고는 판정에 異議를 제기할 수 없다.¹⁵¹⁾ 통상적인 중재의 경우처럼, 제12조는 판정의 해석이나 실행방법에 관해 의견불일치가 있는 경우, 당사자 중 일방은 어느 때건 그 판정을 내린 중재재판부에 이런 의견불일치의 해결을 부탁할 수 있다. 이 경우에 당사자들의 합의가 있는 경우 다른 法院이나 기관에 이 문제를 부탁할 수도 있다. 해양법협약의 몇몇 다른 부분들과 마찬가지로, 제7부속서의 규정들은 국제기구가 개입된 분쟁에도 準用된다.

3.3 特別仲裁

국가의 해양관련 활동은 오늘날 국제사회에서 일어나는 여러 가지 다른 일들과 마찬가지로 대단히 복잡하여 이에 관한 분쟁에는 전문적 식견이 없는 중재자가 처리하기 어려운 매우 기술적인 문제들이 종종 포함되어 있다. 이런 문제를 부분적으로나마 해결해 보려는 시도는 1958년의 제네바 해양법협약 제3협약¹⁵²⁾에서 볼 수

151) 물론 적절한 경우에 판정이 무효가 되는 가능성까지 배제하는 것은 아니다. 예를 들어, 제10조에서 요구하는 판정은 “분쟁의 쟁점만을 다루어야 한다”라는 것이 지켜지지 않은 경우에 그 판정이 무효가 될 가능성도 있다. Rosenne and Sohn, Commentary, p.435.

152) ‘어업 및 公海의 생물자원의 보존에 관한 협약’을 지칭함. 제네바 해양법협약은 3개의 협약으로 이루어져 있는데, 첫째는 ‘영해 및 접속수역에 관한 협약’이고, 둘째 협약은 ‘공해에 관

있는데, 즉 어업활동 및 자원보존에 관한 분쟁을 다루기 위해 관련 전문가들을 임명하게 한 것이다. 이런 종류의 분쟁이 발생하면, 제3협약이 정한 절차에 따라 당사국들의 합의로 5명으로 구성된 특별위원회가 설치된다. 위원회의 구성은 ‘분쟁당사국 국민이 아닌 사람으로서 해결해야 할 분쟁의 성격에 관련된 어업분야를 잘 아는 법률, 행정 혹은 과학 전문가 중에서 임명’ 하도록 했다. 특별위원회는 협약이 정한 과학·기술적 척도에 따라 결정을 내려야 하고, 이 결정은 관련 당사국들에게 구속력을 갖는다.¹⁵³⁾ 분쟁해결에 대한 이런 기능적 접근방법은 더욱 확대되어 유엔 해양법협약의 제8부속서에 ‘특별중재’라는 형태로 채택되었다.

1) 特別仲裁 節次의 提起

특별중재는 협약에 가입한 국가들이 협약 제15장 2절의 선언을 통해 강제적 해결 수단으로 미리 선택할 수 있는 절차들 중의 하나다. 따라서 특정한 유형의 분쟁이 발생하고 당사국 모두가 같은 선언을 한 경우라면, 일방 당사국에 의해 이 절차가 개시될 수 있다. 특별중재를 이용할 수 있는 분쟁은 다음과 같은 문제에 관한 협약 규정의 해석 및 적용에 대한 것이다. 즉, 어업문제, 해양환경 보호 및 보존, 해양에 대한 과학연구 및 조사, 선박 쓰레기 투기에 따른 해양오염 문제를 포함한 항해 문제에 관련된 해양법협약이 조항의 해석과 적용에 다툼이 있는 경우에 특별중재를 이용할 수 있다. 특별중재절차를 이용하겠다고 선택하는 것은 전적으로 국가의 자유이기 때문에 구체적 분쟁에서 이 절차가 실제로 이용되기 위해서는 분쟁당사국 모두가 이 절차를 선택했을 뿐 아니라 그 구체적 분쟁과 같은 유형에 이 절차를 이용하겠다고 선언이 있어야 한다.

2) 特別仲裁裁判所의 構成

특별중재를 맡을 재판부의 구성을 돕기 위해, 위의 4개 분야 전문가들의 명단을 다음과 같은 국제기구들이 마련하고 있다. 즉, 어업분야는 식량 및 농업기구(FAO)가, 해양환경 보호 및 보존 분야는 유엔 환경계획(UNEP), 해양과학조사 분야는 정부간 해양학위원회(IOC)가, 선박기인 및 투기오염에 관련된 선박문제 분야는 국제해사기구(IMO)에서 각각 해당분야의 전문가 명단을 확보하고 있다. 협약에 가입한 모든 나라는 이들 각각의 명단에 두 명씩의 전문가를 지명할 수 있는데, 제8부속서 제3조는 이런 지명을 받을 수 있는 자격으로 ‘법률, 과학 혹은 기술 분야의 전문가로 인정받고 있으며, 공정성과 성실성에 관해 높은 명성을 얻고 있는 사람’으로 규정하고 있다. 여기서는 법률 문제에 대해 전문적 식견을 자격 요건에 포함했는데,

한 협약’이다.

153) Geneva Convention on Fishing and Conservation of the Living Resources of the High Seas, 1958, 제9-12조. 이 조약은 52 A. J. I. L. 851 (1958)에 게재되어 있음.

앞서 본 조정 및 중재의 해당 조건에는 없던 것이다. 이 점은 법에 관한 전문적 식견이 종래에 생각했던 것보다 훨씬 유용하고, 따라서 주요 국제조약의 해석과 적용에 꼭 필요한 요건이라는 것을 시사한다.¹⁵⁴⁾

특별중재재판부의 구성은 중재보다는 조정의 경우를 따르고 있다. 즉, 각 당사국이 가능하면 해당 분야의 명단 중에서 2명의 중재위원을 지명하고, 위원장을 상호합의로 선출한다. 缺員이 생긴 경우의 충원 방식도 조정의 경우와 유사한데, 국제해양법재판소 소장이 아니라 유엔 사무총장이 해당 명단에서 뽑아낸 이로 결원을 채운다. 하지만 후보자의 결격사항에 관한 규정들은 중재의 경우를 따르고 있으며, 유엔 사무총장은 중재위원을 선정할 때 반드시 당사국들 및 관련 국제기구와 협의를 해야 한다.

3) 特別仲裁裁判의 特性

특별중재재판부가 하는 통상적인 일은 그 이름처럼 중재재판이다. 하지만 제8부속서 제5조에 의거하여, 적절한 경우에 재판부의 기능이 사실조사와 조정까지 포함하는 것으로 확대될 수 있다. 또한 당사국들은 합의를 통해 특별중재에 맡길 수 있는 종류의 분쟁에 대해 사실조사를 수행할 목적으로 특별중재재판부를 설치할 수 있다. 여기서 중요한 점 하나는 달리 합의를 하지 않는 한 재판부가 사실조사를 통해 내린 결론은 당사국들에게 더 이상 논란이 될 수 없다는 것이다. 즉, 여기서 ‘구속력 있는 사실조사’라는 특이한 예를 볼 수 있다. 그리고 당사국들의 요청이 있는 경우에 재판부는 분쟁의 발단이 된 쟁점들을 당사국들이 재검토하는데 기초가 될 구속력 없는 권고를 할 수도 있다. 이런 점들을 고려해 볼 때, 알맞은 사건에서 당사국들의 합의가 있으면 특별중재라는 방식은 조정의 형태로도 이용될 수 있다. ‘특별중재’라는 용어는 통상적인 사실조사 혹은 조정과 사실조사를 함께 수행하는 방식을 지칭하기에 적합하지 못하다. 하지만 Red Crusader 사건 및 이와 유사한 분쟁에서 알 수 있듯이, 해양에서 발생한 사고를 해결하는데는 매우 전문적 식견이 필요하므로, 특별중재는 해양법협약에서 유용한 수단 중 하나가 될 수 있다.

3.4 國際海洋法裁判所(ITLOS)

1) 裁判所의 設置와 構成

유엔해양법협약 제6부속서에 규정되어 있는 국제해양법재판소(International Tribunal for the Law of the Sea : ITLOS)의 판결에 의한 분쟁해결 방법이 있다.

154) 유의할 점 하나는 여기서 언급한 네 분야의 전문가 명단에 있는 이들은 ‘특별중재’에서 중재를 맡는 것 이외에 협약 제289조에 의한 자문가로 지명되어 재판소나 중재기구 등에 자문을 주는 역할도 할 수 있다는 것이다.

해양법상의 분쟁해결을 위하여 특별히 신설된 법률적 분쟁해결기관인 이 재판소는 유엔해양법협약의 규정과 동 협약 제6부속서인 「국제해양법재판소규정」(Statute of the International Tribunal for the Law of the Sea)에 따라 1996년 10월 18일 독일의 함부르크시에 설립되었다. 유엔해양법협약이 발효함에 따라서 세계의 각 해양국들은 앞다퉈 배타적 경제수역을 선포하기에 이르렀고, 이와 함께 해양분쟁의 소지도 커졌다. 그런데 해양분쟁의 복잡 미묘함을 고려해 볼 때 이미 발효된 해양법협약이 준수되지 않을 경우를 대비해 특별히 전문성을 가진 재판소가 필요하다는 공감대가 형성돼 이 기관이 설립되었다.¹⁵⁵⁾ 특정분야의 분쟁은 그 특정분야만을 위하여 설립된 특별법률기관에 의해서 해결하는 것이 가장 바람직하다고 하는 생각은 새로운 것은 아니다. 그 가장 전형적인 선례가 바로 「구주인권협약」¹⁵⁶⁾을 위한 구주인권재판소이다. 그러나 기존 국제사법재판소가 존재하고 있음에도 불구하고 국제해양재판소를 신설하게 된 데에는 국제사법재판소의 기능과 역할에 대한 불신감이 작용한 것이라고 지적하는 견해도 있다.¹⁵⁷⁾

국제해양재판소의 재판관은 공정하고 성실하다는 평판을 갖고, 해양법분야에 공인된 권위와 능력 있는 인사 중에서 선발된 독립된 자격의 21명의 판사로 구성된다.¹⁵⁸⁾ 이들 중에 동일 국적의 판사는 2명을 초과할 수 없고, 또한 그들의 출신에 관하여 유엔총회가 지리적 지역구분을 기준으로 한 형평에 맞는 안배가 고려되어야 한다. 이를 위하여 각 지역구분에서 최소한 3명의 판사를 배출하여야 한다(동 부속서 제3조). 이들 판사의 선출을 위하여 본 협약 당사국은 각 2명 이하의 후보를 지명할 수 있다. 유엔해양법협약이 발효한 날로부터 6개월 이내에 이들 후보로부터 판사를 선출하기 위한 제1차 선거가 실시되어야 한다. 이 최초의 선거는 유엔 사무총장이 소집하는 당사국회의에서 3분의 2의 출석과 3분의 2의 다수결로 결정된다. 제1차 이후의 판사의 선임은 당사국회의에서 합의한 절차에 따른다(동 부속서 제4조). 재판소는 3년 임기의 재판소장과 부소장을 선출하고, 이들은 재선될 수 있다. 재판소는 서기를 두며, 필요한 경우 다른 직원을 둘 수 있다. 재판소는 특별한 범주

155) 월간조선, “바다에 관심 가졌다면 독도문제 애초에 없었을 것”, 1996년 11월호, pp.238-243. 이에 관한 자세한 내용은 J. G. Merrills, B.C.L., M.A., International Dispute Settlement(Cambridge: Cambridge University Press, 1995)를 참조할 것.

156) European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms signed at Rome on November 4, 1950. entered into force on September 3, 1953 213 UNTS 221.

157) J. G. Merills, International Dispute Settlement(Cambridge University Press: Grotius Publications, 1995), P.170; 김영구, “해양문제에 관련된 분쟁의 해결을 위한 국제법상 제도의 고찰”, 한국해사법학회지, 제3호, 1991. 10, p.60.

158) 동 협약 제6부속서 제2조. 우리 나라는 박춘호 교수가 후보로 출마하여 1996년 8월1일 해양법협약에 가입한 102개국 가운데 100개국이 참석한 가운데 열린 재판관 선거 1차 투표에서 3분의 2가 넘는 69개국의 표를 얻어 3년, 6년, 9년의 차등 임기제의 재판관 중 9년 임기의 재판관으로 선출됐다. 현재, 아프리카 가나출신의 토마스 멘사 재판관이 초대 재판소장으로, 독일 출신의 리드리거 볼프럼 재판관이 부소장으로 활약하고 있다.

의 분쟁을 처리하기 위하여 필요하다고 인정할 때에는 3인 이상의 재판관으로 구성되는 특별부(Special Chamber)를 설치할 수 있다(동 부속서 제12조 및 제15조). 재판소의 재판을 위한 정족수는 11명이며, 그 기능을 수행하기 위한 규칙과 절차를 제정하여야 한다(동 부속서 제13조 및 제16조).

2) 裁判所의 權能

당사자 적격에 관하여 유엔해양법협약의 당사국은 이 재판소의 소송당사자가 될 수 있다고 규정하고 있다. 그리고 본 협약당사국이 아니더라도 본 협약 제11장에서 명시적으로 규정하거나 이 재판소의 관할권을 인정하는 다른 협약에 따라 분쟁해결을 부탁하는 모든 주체도 이 재판소의 소송당사자가 될 수 있다(동 협약 제6부속서 제20조).

관할권 문제와 관련하여, 이 재판소는 유엔해양법협약의 규정에 의거, 이 재판소에 부탁되는 모든 분쟁과 신청들, 그리고 이 재판소에 관할권을 부여하는 다른 협정에서 특히 규정하는 범위의 모든 사건에 대하여 관할권을 가진다고 규정하고 있다(동 부속서 제21조). 또한 이미 발효중이고 유엔해양법협약의 내용과 관련된 협약의 모든 당사국이 동의한 때에는 그 협약의 해석과 적용에 관한 분쟁도 이 재판소에서 다룬다고 규정하고 있다(동 부속서 제22조).

절차문제와 관련하여, 이 재판소가 다룬 모든 사건은 제소의 특별협정이나 서기에게 서면신청을 함으로써 절차가 시작된다. 서기는 이 특별협정이나 서면신청을 모든 관계당사국에 통보한다. 변론은 재판소의 소장 또는 부소장의 주재로 진행되며 심리는 원칙적으로 공개된다(동 부속서 제26조 제2항). 그리고 이 재판소의 판결은 그 기초가 된 이유를 제시하여야 하며, 판결에 참여한 판사의 이름이 공개되어야 한다. 이렇게 해서 내려진 판결은 종국적이며 모든 당사자를 구속한다(동 부속서 제 30조 및 제33조).

3.5 海底紛爭裁判部

深海底의 탐사 및 개발에 관한 분쟁은 매우 복잡한 문제를 야기한다고 본 해양법협약의 초안자들은 이런 분쟁을 다른 분쟁들과 별도로 다루기 위해 일련이 규정들을 마련했다. 최초에는 국제해양법 재판소와 별개의 분쟁기구를 만들어 해저분쟁을 전담시키자는 제안이 있었다. 이에 대해 해저분쟁에 관한 기능적 접근의 필요성을 인정하면서도 별도의 기구를 만드는 것은 바람직하지 않다는 결론에 이르렀다. 그래서 최종안은 국제해양법재판소의 조직과 관할권 안에 ‘해저분쟁특별부(the Sea-Bed Dispute Chamber)’를 창설하는 것으로 매듭지었다.¹⁵⁹⁾ 처음 계획이 이렇

159) 해저분쟁에 관한 해결제도를 협약의 일반적 분쟁해결제도에 통합하는 문제에 관해서는 A. O. Adede, Note, 72 A. J. I. L. 84 (1978) 참고.

게 변경됨에 따라, 해저분쟁특별부에 관한 규정들은 협약의 두 부분에 분산되었다. 즉, 해저지역의 관리문제를 규정한 협약 제11장 5절과 해저분쟁특별부의 설치문제를 다룬 제6부속서에 나누어져 있다.

1) 設置와 構成

해저분쟁특별부는 11명의 재판관들로 구성되는데, 이들은 해양법재판소의 21명의 선출직 재판관들 중에서 3년 임기로 선임된다. 이들 재판관의 선임에 있어서도 역시 세계 주요 법제도가 대표될 수 있고, 지역적 안배가 확보될 수 있도록 해야 한다. 그런데 해양법재판소에는 특정 지역출신의 재판관이 3명을 넘지 않기 때문에 이들 중에서 지역적 안배를 고려해 특별부 재판관을 선임하는 것은 선택의 여지가 별로 없는 경우가 간혹 있다.

해저분쟁특별부 재판관의 선출을 국제해저기구 회의 같은 정치적 기관에서 하자는 제안도 있었다. 하지만 최종적으로 현재와 같은 선출방식이 채택되었는데, 그 이유는 협약 당사국들은 해양법재판소 재판관의 선출에 이미 관여했으므로 해저특별부 구성에까지 개입하는 것은 불필요하다는 것이었다. 해저기구 회의는 단지 재판관의 안배에 관한 일반적 성격의 권고를 할 수 있을 따름이다(제6부속서 제35조 2항).

해저분쟁특별부의 의결정족수는 7명의 재판관이지만, 특정한 경우에는 재판관 3명으로 구성되는 임시 특별재판부를 둘 수도 있다(제36조). 이러한 “특별부 속의 특별재판부”의 구성은 해저분쟁특별부가 분쟁당사자들의 동의를 얻어 결정한다. 당사자들이 이런 구성에 합의하지 못하는 경우에는 중재재판부를 구성하는 것과 같은 방식을 따르게 된다. 즉, 각 당사국이 1명씩의 재판관을 지명하고, 제3의 재판관은 양당사자의 합의로 임명한다. 그리고 합의가 없는 경우나 당사국 일방이 지명을 하지 않는 경우에 해저분쟁특별부의 재판장이 당사자들과 협의 후 임명할 수도 있다. 해저분쟁에 관해 별도의 규정을 자세히 두고 있는 상황에서 ‘임시 특별재판부’를 또 둘 수 있게 한 것은 불필요하게 절차를 복잡하게 만든 것처럼 보인다. 하지만 해양법협약 제11장에 관한 분쟁을 해저분쟁특별부에서 다루자는 국가들과 이를 중재를 통해 해결하길 바라는 국가들 사이의 타협으로 지금과 같은 임시 특별재판부를 둘 수 있게 한 것이다. 다시 말해, 이들 후자의 국가들에게는 임시 특별재판부를 구성할 수 있도록 한 것이 재판부 구성에 그들의 의사를 반영할 수 있게 허용한 것이고, 동시에 ‘해저’라는 새롭고 중요한 지역에 관한 국제규범은 단일 기관의 재판관들에 의해 발전되어야 한다는 원칙을 유지한 것이다.¹⁶⁰⁾

해저분쟁특별부의 권한은 해저지역의 국제적 관리를 위해 마련된 일련의 복잡한 규정들과 관련이 깊다. 협약 제187조는 해저분쟁특별부의 관할권이 미치는 범위로 국가간 분쟁, 국가와 국제해저기구 사이의 분쟁, 해저기구와 계약체결 예정자 사이

160) 이에 관한 자세한 내용은 Churchill and Lowe, Law of the Sea, 제12장 참조.

의 분쟁, 국영기업과 자연인 및 법인을 포함한 계약 당사자들 사이의 분쟁으로 규정한다.¹⁶¹⁾ 국제법이 전통적으로 국가들에게 인정해 온 특권이 이 곳에서 완전히 무시된 것은 아니지만,¹⁶²⁾ 협약은 해저지역의 분쟁에 관련된 모든 당사자들에게 이용 가능한 분쟁해결제도를 마련하고자 했다.

2) 管轄權과 適用法條

해저분쟁특별부가 적용해야 할 법규범은 담당 사건의 성격에 따라 결정된다. 언급한 협약 제293조¹⁶³⁾ 이외에 해저분쟁특별부는 협약에 따라 해저기구가 제정한 규칙, 규정 및 절차와 해저지역의 활동에 관한 계약의 내용 및 조건을 적용해야 한다(제6부속서 제38조). 제293조가 적용법규를 광범위하게 규정하고 있는 상황에서 제38조와 같은 세부적 규정을 따로 둘 필요가 있느냐는 의문이 제기될 수 있다. 38조를 두게 된 이유는 더욱 강조를 하여 분명히 하려는 것으로, 협약의 이 부분은 해저분쟁에는 관련이 크지만, 해양법재판소 전체가 다루는 사건에서는 별로 중요성이 크지 않기 때문이다.¹⁶⁴⁾

해양법재판소와는 달리, 해저분쟁특별부는 해양법협약에 가입하는 모든 국가들에게 자동적으로 관할권을 갖는다. 그러나 특정 종류의 분쟁들에서 다른 절차를 이용하는 것도 허용된다. 협약의 전반적인 적용에서 문제시되었던 ‘분쟁해결 방법의 자유로운 선택’이라는 원칙은 해저분쟁에 관해서도 제기되었다. 협약의 해저관련 조항에 대해 다툼이 있는 국가들은 그들 사이에 합의만 있으면, 해저분쟁특별부 대신에 해양법재판소의 다른 특별재판부에서 재판을 받을 수 있다. 이 밖에 분쟁당사국의 요청에 의해 해저분쟁특별부의 임시 특별재판부에서 사건을 다루는 것도 가능하다(제188조 1항(b)). 또 당사자들이 달리 합의하지 않는 한, 계약의 적용 및 해석에 관한 분쟁에서 당사국 일방은 유엔 국제상거래법위원회 중재규칙(UNCITRAL Arbitration Rules)에 의한 구속력있는 상사중재를 요청할 수 있다. 하지만 이에 따른 중재기구는 해양법협약의 해석 권한을 갖지 못하고, 해저분쟁특별부에 그 해석을 의뢰해야 한다(제188조 2항(a)). 실무상 어려움을 야기할 이런 이례적 조치를 취한 것은 이미 확보되어 있는 상사중재제도의 장점을 살리는 동시에 해양법협약의 해석에 통일성을 확보하기 위해서였다.

특정한 문제들을 ‘재판 부적합성’이라는 이유로 다룰 수 없게 한 점도 협약의 일반 조항들과 해저분쟁특별부 조항 사이의 또 하나의 공통점이다. 제189조는 협약에 따라 해저기구가 행한 재량권에 대해서도 해저분쟁특별부가 심사하지 못하게 했다. 그리고 해저분쟁특별부는 해저기구의 규칙, 규정 및 절차가 협약과 합치되는지 여부를 결정할 수 없고, 이러한 규칙, 규정 및 절차의 무효를 선언할 수 없다. 물론

161) 제187조에 의한 권한 이외에 해저분쟁특별부는 제290조에 의한 잠정조치(provisional measures)를 명할 수도 있다.

162) 협약 제190조에 규정된 보증당사국의 재판참가 및 출석 권리가 그런 예이다.

163) (협약 제15장 2절에 의한) 재판기관은 “이 협약 및 이 협약과 충돌되지 않는 다른 국제법규범을 적용하여야 한다.”

164) A. R. Carnegie, “The law of the Sea Tribunal”, 28 I. C. L. Q. 669 (1979), p.680.

이러한 점에 관한 권고적 의견을 요청받은 경우에는 이에 관한 해저분쟁특별부의 의견을 발표할 수는 있다(제191조). 따라서 해저분쟁특별부의 관할권은 기본적으로 해양법협약 및 이에 관련된 법규범의 적용에 관련된 문제에 한정된다.

해저분쟁특별부에 맡겨진 권한 안에서 내려진 결정은 구속력을 가질 뿐 아니라, 협약은 이런 결정이 당사국의 영역 안에서 “그 국가의 최고 재판소가 내린 결정을 집행하는 것과 같은” 구속력을 가진다고 규정했다(제6부속서 제39조). 국제 재판소가 내린 결정이 특정 국가의 국내법을 통해서 실현 될 수 있다는 것은 일반적으로 받아들여지고 있는 원칙이다.¹⁶⁵⁾ 그럼에도 불구하고 해저분쟁특별부에 관련해서 이 점을 다시 명문화한 이유는 이 특별부가 다루는 사건들이 상업적 성질을 가지고 있으며, 해저에 관련된 모든 활동에 효과적인 분쟁해결 방법을 제공하는 것이 매우 중요하다는 사실 때문이었다.

165) 하지만 이 원칙에 관한 문제점을 다루고 있는 다음 책도 참조 바람: L. N. Brown and F. G. Jacobs, *The Court of Justice of the European Communities*, 2nd ed., London, 1983, 207-208.

第6章 結 論

국제분쟁의 발생은 국가들이 존재하는 한 불가피한 현상이며, 국제분쟁을 근절한다는 것은 현실적으로 불가능하다. 국제분쟁은 때로는 전쟁이나 무력행사의 형태로 까지 발전할 가능성이 있으므로, 국제평화의 유지를 위하여 평화적인 방법으로 해결되어야 한다. 다시 말해서 분쟁을 전쟁이나 무력에 의하여 해결해서는 안 되는 의무를 법적으로 확립하는 것이 필요하다.

20세기에 들어와서 전쟁이나 무력행사가 국제법상 금지되게 되었는데, 이에 부응하여 분쟁의 평화적 해결의무가 여러 국제조약에서 규정되게 되었다. 연맹규약에서는 “국교단절에 이를 우려가 있는 분쟁이 발생한 경우에는 당해 사건을 국제재판 또는 연맹이사회의 심사에 부탁하여야 한다”고 규정하고 있다. 그리고 부전조약에서는 “체약국은 상호간에 일어날 수 있는 일체의 분쟁은 그 성질 또는 원인 여하를 불문하고 평화적 수단에 의하는 외에 이의 처리 또는 해결을 구하지 않을 것을 약속한다”고 규정하고 있다. 또한 유엔헌장에서는 “모든 가맹국은 그 국제분쟁을 평화적 수단에 의하여 국제평화와 안전 및 정의를 위태롭게 하지 않도록 해결하여야 한다. 그리고 어떠한 분쟁일지라도 그 계속이 국제평화와 안전의 유지를 위태롭게 할 가능성이 있는 분쟁의 당사자는 우선 교섭, 주선, 중개, 조정, 중재재판, 사법적 해결, 지역적 기관 또는 지역적 협정에의 부탁 또는 기타 당사자가 선택한 평화적 수단에 의한 해결을 구하여야 한다”고 규정하고 있다. 이와 같은 일반조약의 지침에 따라 국가간의 조약 중에서도 국제분쟁의 평화적 해결을 위한 국가의 의무를 규정한 내용들이 있다. 이렇게 하여 국제분쟁의 평화적 해결은 일반국제법상의 의무로서 확립되었다고 볼 수 있으며, 따라서 현실 국제법상 무력사용의 금지와 분쟁의 평화적 해결은 강행법규(jus cogens)로서 정착되었다고 할 수 있다. 다만 국제공동체의 불완전성 때문에 당사자들이 구체적으로 효과적인 분쟁해결에 도달하도록 강제하는 제도적 장치가 마련되어 있지 않다. 따라서 분쟁당사국들은 여러 가지 방법 중에서 하나를 선택할 수 있는 것이다. 유엔헌장 제31조에서도 국제분쟁의 해결시 중요한 것은 평화적인 해결이며, 이 목적에 도달하는 방법은 당사국의 선택에 맡기고 있다.

국제분쟁을 평화적으로 해결하는 방법에는 정치적 해결에 의한 방법과 사법적 해결에 의한 방법으로 구분할 수 있다. 정치적 해결에 의한 방법에는 당사자들간의 직접교섭, 국제회의를 통한 교섭, 주선, 중개, 국제심사 및 국제조정 등이 있으며, 사법적 해결에 의한 방법에는 중재재판과 상설사법법원에 의한 재판 등으로 구분된다. 국제사회의 분쟁해결에 있어서 사법적 판결에 의한 분쟁해결방법 중 중요한 특질은 재판관할권에 관한 문제이다. 국제사회는 국내사회와는 달리 중앙집권화된 권력주체가 없기 때문에 강제적 관할권에 의한 재판제도는 이루어질 수가 없다. 국제사회에서 재판은 당사국의 합의를 기초로 하여 행해지는 즉, 임의적 관할권에 의한 재판이 이루어질 뿐이다. 더욱이 그 판결의 구속력을 물리적으로 담보하는 권력적

장치가 존재하지 않으므로 판결의 실효성은 결국 당사국의 자발적인 복종에 의존할 수밖에 없다. 이러한 점으로 비추어 보아 국제사회에 있어서의 분쟁해결은 당사국 간의 교섭과 합의를 기초로 하는 것이 가장 바람직하고, 이것이 곤란한 경우에는 제3자의 개입이 효과적이다. 주선이나 중개가 그러한 예인데, 이것이 발전한 형태가 유엔에 의한 분쟁의 평화적 해결방법이다. 이에 대하여 분쟁이 정치적으로 중요하지 않은 기술적인 성질을 가지는 것에 불과할 경우에는 개입하는 제3자는 정치적인 권력주체보다도 오히려 기술적 자문가로 구성되는 위원회가 바람직할 것이다. 국제심사나 국제조정에 의한 분쟁해결방법이 그것이다. 그리고 분쟁이 법률적 성질을 가지는 경우에는 재판소가 가장 적당한 개입기관이다. 그러나 중대한 정치성을 가지는 법적 분쟁에 관해서는 국제사법재판소 등이 쉽게 해결할 수 있는 문제는 아니다. 이러한 형태의 분쟁은 재판소의 강제관할권에 따른 재판의무를 일반적으로 확립하는 것이 곤란하며, 설사 재판의무가 확립된다 해도 그 재판결과에 대한 법적 실효성이 의문시되기 때문이다.

세계의 많은 국가들이 해양법 문제에 관한 분쟁을 갖고 있으며, 이러한 분쟁 중에는 그 해결이 곤란한 문제들도 많은데, 해양 문제에 관련된 분쟁은 본래 국제법상 일반적인 분쟁해결제도와 별도로 다루어질 문제로는 생각되지 아니하였다. 그러므로 많은 해양분쟁 사건은 국제법상 일반적으로 알려진 평화적 해결방법 절차 즉, 주선, 중개, 조정 및 국제재판들을 통하여 그 해결이 시도되었다. 그러나 해양문제에 관련된 분쟁과 같은 특정 종류의 분쟁을 해결하기 위해서 여러 종류의 국제분쟁에 국가들이 일반적으로 이용할 수 있는 분쟁해결방법들 외에 마련된 특수한 절차들도 있다. 1982년의 해양법협약은 협약 제308조에 따라 60번째 비준서 혹은 가입서가 기탁된 날로부터 12개월 후에 이 협약이 발효되는데, 1993년 11월 16일 나이지리아가 60번째 비준서를 기탁하여 1982년 유엔 해양법협약은 1994년 11월 16일 발효되었다. 8년간의 협상을 통해 1982년 체결된 해양법협약은 전 세계 거의 모든 국가들의 이해가 어떤 형태로든 달려있는 주제를 다루고 있는 협약이라 조문도 많고 복잡한 것이 당연한데, 그 중에서도 상대적으로 더 복잡하고 어려운 문제는 분쟁해결에 관한 부분으로써 가장 논란이 많았던 쟁점 중의 하나였다.

해양법협약에서 규정하고 있는 분쟁해결 제도는 해양이라는 중요한 영역의 활동 규제와 관련해서 생기는 문제점 및 이런 문제들을 현대 국제사회가 다루는 방법을 보여주고 있다. 해양법협약은 국제사법재판소, 상사중재 등을 포함한 전통적 분쟁해결수단을 모두 활용하여 다루며, 여기에 ‘국제해양법재판소’와 이에 속한 ‘해저분쟁 특별부’라는 두개의 새로운 기관, 조정위원회의 형태로 된 다양한 임시 기구들, 그리고 일반적 및 특수한 중재기관들이 추가되었다. 관할권은 서로 겹치거나 정교하게 만들어 기술적인 분쟁을 실질적으로 처리하고, 특정한 쟁점들에는 제3자에 의한 재검토를 완전히 배제시키며, 또 다른 종류의 문제들은 재판보다는 조정을 통해 해결하고 있다. 해양법협약은 모든 단계에서 당사자들의 수단 선택권을 강조했고, 특정 분쟁들에는 국가이외의 당사자도 절차를 개시할 수 있게 했다. 특히 강제적 분

쟁해결절차를 염두에 두고 볼 때, 이런 선택권의 허용은 협약 자체를 수용할 것인지의 결정에 대단히 중요하다. 그리고 중재, 해저분쟁특별부, 혹은 기타 다른 방법에 의해 구속력 있는 결정을 확보하려는 장치가 상당히 광범위하게 마련되어 있다. 법의 적용에 있어서는 물론 해양법협약에 지배적인 역할을 부여하고 있으나, 간과해서는 안 될 점은 조정을 이용하는 경우, 법규를 적용하는 것이 아니고 ‘우호적인 해결’을 목표로 한다는 사실이다. 조정은 협약의 강제적 절차와 선택적 절차 모두에서 중요한 위치를 차지하고 있다. 해양법 분야에서는 엄격한 법적용이 아닌 방법으로 더 잘 해결되거나 혹은 그 성질상 법적용으로는 해결될 수 없는 많은 문제들이 있기 때문이다.

비록 1982년 유엔 해양법협약이 체결 된지 약 11년이라는 긴 시간 끝에 발효되었지만, 당초에 목표한 바, “해양의 모든 문제를 전체적으로 고려한 해양 관습국제법의 法典化와 현대적 해양 이용활동에 상응하는 새로운 전진적 입법”의 결정체로서 명실상부한 바다의 대헌장으로 기능하게 되었다. 이 분야의 한 권위자인 Adede는 해양법협약과 관련된 분쟁을 효과적으로 해결할 수 있는 제도를 마련하는 것은 “바다에 새로운 국제질서의 기둥을 세우는 것”이라고 말했다. 그러나 ICJ의 경우 ICJ의 규정 제36조 2항의 선택조항에 의거한 강제관할이나, 1958년 해양법 협약들을 위한 선택의정서에 의한 강제관할은 독립절대의 존재인 주권국가가 자신의 의사에 반하여 제3자적 기관에 의한 결정에 기속된다는 점 때문에 실제로 국제재판의 강제절차가 환영받지 못해온 것은 주지의 사실이며, 1982년 유엔해양법협약 제15장 제2절에서 규정하는 강제절차도 이러한 문제가 내재하기는 마찬가지이다. 이러한 강력한 강제절차규정은 필연적으로 전통적인 국가주권절대의 개념과의 조화가 필요하게 된다. 강제절차의 적용제한과 배제선언을 규정한 제297조 및 제298조는 말하자면 이러한 조화를 위한 신중한 배려라고 볼 수 있다. 즉, 협약이 기반으로 삼은 원칙은 당사국들의 자유로운 선택에 의한 평화적 해결이며, 당사국들이 하나의 해결방법에 합의를 하지 못하거나 합의로 선택한 방법이 성공하지 못한 경우에는 구속력 있는 결정을 수반하는 강제절차에 대해 규정하고 있는 협약 제15장 제2절이 적용된다. 그리고 제3절 제297조와 제298조와 같은 규정을 둬으로써 분쟁의 강제적 해결에 관한 협약의 적용 범위를 제한하였다. 왜냐하면 제297조가 몇 가지 부류의 분쟁들에 제2절에 의한 절차의 적용을 배제한 것과 제298조가 또 다른 경우에 배제의 가능성을 열어 준 것과 같은 제한 및 예외를 인정하지 않는 한, 구속력 있는 해결절차를 해양법협약의 핵심적 부분으로 채택할 수 없기 때문이다.

그러나 만약 국가들이 이러한 제한 및 예외 조항들이 주는 기회를 많이 활용한다면 강제적 해결의 원칙에 미치는 부정적 효과는 매우 클 수밖에 없다. 그러므로 제3절 적용의 제한과 예외에 관한 규정은 앞으로 해양분쟁을 강제적 해결 절차 속으로 가져와 해결하는 방향으로 나가야 한다. 첫 번째, 강제적 절차의 적용제한에 관한 내용을 보면, 1) 협약 제15장 제2절의 강제적 사법절차는 연안국의 주권적 권리 및 주권적 관할권 행사를 위한 재량권의 발동에 관련된 분쟁에 관해서는 원칙적으로

로 적용되지 않는다. 다만, 항해·상공비행 및 해저전선·관선부설의 자유와 EEZ내에서 타국이 누릴 항해의 자유(제58조) 등을 침해하는 것 같이 해양법상의 기본적인 공해자유의 침해나 위법이 연안국 측에 있다고 주장된 분쟁의 경우나, 해양환경의 보호·보존에 관한 국제기준 국제법칙에 위반되었다고 주장된 경우에는 제2절의 강제절차를 적용한다(제297조 1항). 2) 해양의 과학조사나 어업에 관한 분쟁의 경우에도 원칙적으로 강제적 사법절차는 적용되지 않으며 일방당사자의 요청에 따라 제5부속서 제2절에 의한 조정에 부탁된다(제297조 2항, 3항). 이를 일종의 강제조정이라고 할 수 있겠지만, 역시 조정에 불과하므로 당사국의 법적으로 기속하지 못하며, 연안국의 재량을 조정위원회의 재량으로 대체하지도 못한다(제297조 3항(c)). 두 번째, 유엔해양법협약의 체약국들은 그 서명, 비준, 가입 시나 그 이후 어느 때든지 1) 해양경계획정 및 역사적 만이나 권원에 관한 분쟁(제298조 1항 (a)), 2) 군사활동에 관한 분쟁(제298조 1항(b)), 3) 유엔 안전보장이사회가 유엔헌장에 따른 기능을 행사함에 있어 관련된 분쟁에 관하여는 제297조에서 규정한 강제적 분쟁해결을 위한 사법적 절차를 수락하지 않는 것을 서면으로 선언함으로써 강제절차를 배제할 수 있다(제298조). 이와 같이 배타적 경제수역과 대륙붕에서의 해양과학조사와 배타적 경제수역의 생물자원에 대한 연안국의 주권적 권리 및 주권적 관할권 행사에 관련된 분쟁에 대해서는 강제절차의 적용을 폭넓게 제한하고 있으며, 어떠한 경우에도 조정위원회는 그 재량권으로써 연안국의 재량권을 대체할 수 없다고 규정함으로써 강제적 절차를 통해 해결할 수 있는 길을 차단하고 있다. 또한 해양경계획정 및 역사적 만이나 권원에 관한 분쟁, 군사활동에 관한 분쟁, 유엔 안전보장이사회가 유엔헌장에 따른 기능을 행사함에 있어 관련된 분쟁에 관해서도 어느 때라도 제2절에 규정된 강제절차 중 하나 또는 그 이상을 수락하지 아니한다는 것을 서면선언할 수 있도록 함으로써 강제절차의 적용을 폭넓게 제한하고 있다.

물론 앞에서 언급한 바와 같이 제3절 적용의 제한과 예외 규정은 구속력 있는 해결절차를 해양법협약에 성안하기 위한 불가피한 조치였지만, 모든 해양분쟁이 해양법협약에 의해 해결될 수 있도록 하기 위해서는 제2절 구속력 있는 결정을 수반하는 강제절차에 대한 제3절은 엄격하게 적용의 제한과 예외를 규정해야 한다. 즉, 일반국제법상의 의무로써 확립된 분쟁의 평화적 해결을 위한 방법으로써 구체적으로 효과적인 분쟁해결에 도달하도록 마련된 강제적 절차에 대한 적용의 제한 및 예외의 경우를 엄격하고, 명확하게 성문화해야 한다. 그러한 한가지 방법으로 일정한 요건을 규정하고, 그 요건에 부합하는 경우에 ‘확대 관할권 원칙(forum prorogatum)’을 적용하는 방법이 있다. PCIJ 시절부터 확립 되어온 관행에 의하면, 선택조항을 통해서건 아니면 다른 어떤 방식을 통해서건 일단 ICJ의 관할권이 성립되면 당사국들은 재판진행 중에 비공식적으로도 동의를 표시하여 ICJ의 권한을 확대할 수 있다. 1948년의 Corfu Channel 사건에서 PCIJ는 이 원칙을 일방적 제소에 까지 확대 적용하였다. 다시 말해, 분쟁의 한 당사국이 일방적으로 재판을 청구하고, 상대국이 이를 수용한 경우에 ICJ는 일방적 제소에 근거하여 관할권의 성립을

허용했던 것이다. ‘확대 관할권’ 원칙을 인정함으로써 국가들은 특별협정을 체결하지 않아도 되고, 이미 진행 중인 분쟁에 관해 재판소의 관할권을 인정하는 또 다른 대체적 수단을 갖게 된다. 국제사회의 실제 관행을 보면, 재판을 통해서 분쟁을 해결할 준비가 되어있는 국가는 특별협정을 체결하길 원하는데 반해, 재판을 피하려는 국가는 ‘동의’를 한 것으로 해석될 여지가 있는 행동을 하지 않으려고 주의를 기울인다. 그러므로 유엔해양법협약 제XV부 제3절 연안국의 권리나 재량권의 행사 및 해양경계획정, 군사활동 등에 관한 적용의 제한과 예외에 대하여 확대 관할권을 적용하여 해양분쟁의 강제적 해결 원칙에 한층 더 가까워질 수 있다.

參 考 文 獻

I. 國內文獻

1. 單行本

- 김문달·김태천, 국제법, 서울 : 법문사, 1994.
김영구, 현대해양법론, 서울 : 아세아사, 1988.
_____, 한국과 바다의 국제법, 부산 : 효성출판사, 1998.
김정건 외 5인, 판례중심 국제법, 서울 : 경남대학교 극동문제연구소, 1984.
김정균·성재호, 국제법 제3개정판, 서울 : 전영사, 2000.
이동걸, 무역과 환경-조화와 충돌의 선택-, 서울 : 방문사, 1995.
이병조·이중범, 국제법신강 제8개정판, 서울 : 일조각, 1999.
유병화, 국제법Ⅱ, 서울 : 진성사, 1990.
최재훈·정운장 외 7인, 국제법신강, 서울 : 신영사, 1996.

2. 論文 및 其他 資料

- 김문달, “해양법협약과 해양환경의 보호와 보존”, 법학논고(경북대학교 법학연구소), 제3집(1987), pp.14-17.
김부찬, “유엔해양법협약의 분쟁해결제도에 관한 소고”, 현대법의 제과제, 현정 최재훈선생 화갑 기념집, 현법사, 1990.
김영구, “분쟁해결을 위한 새로운 패러다임으로서의 현대 국제판결 - 그 기능 및 한계에 관한 연구”, 서울국제법연구 제8권 1호, 2001, pp.1-36.
_____, “해양문제에 관련된 분쟁의 해결을 위한 국제법상 제도의 고찰”, 한국해사법학회 법학연구 제3호 이준수박사 정년퇴임 기념 논문집, 1991, pp.37-50.
김찬규, “환경오염과 국제법”, 한국법학교수회편 「법과 환경」(서울: 삼영사, 1977), pp.254-255.
김찬규·김석현, “독도의 법적 지위“ 및 “주요도서분쟁 사례”, 국제법평론 통권 제6호, 국제법출판사, 1996-I, pp.125-174.
노명준, “국제환경분쟁의 해결”, 대한국제법학회논문총, 제37권 제1호(통권 제71호), 1992, pp.97-98.
_____, “해양오염의 국제법적 규제”, 한국외국어대학교 논문집, 제19집(1986), pp.13-15.
_____, “국제환경법의 주요 내용: 법의 연원을 중심으로 -”, 국제법평론 통권 제4

- 호, 1995.4, pp.30-34.
- 이병조, “UN 국제법위원회 국가책임협약잠정초안에 관한 연구”, 국제법학회논총, 제38권 제2호(1993), p.47.
- _____, “UN 해양법협약 제15장과 국제해양법재판소규정-국제사법재판소규정과 비교하여-”, 법학논문집 제10집, 중앙대학교 법학연구소, 1985, pp.1-3.
- 이영준, “해양오염과 연안국의 관할권”, 대한국제법학회논총, 제25권 제1/2호, 통권제47, 48호(1980. 12), p.199.
- 이용희, “육상기인 해양오염방지에 관한 국제법적 연구”, 경희대학교 법학박사학위논문(1993. 12), pp.64-65.
- 이윤철, “동북아해역 환경보호를 위한 국제법적 대응방안”, 경북대학교 대학원 박사학위논문, pp.76-116.
- _____, “국제법상 해양환경보호를 위한 국가의 국제책임에 관하여”, 한국해사법학회, 해법·통상법 제8권 제2호, pp.84-124.
- 이태규, “국제사법재판소의 미래”, 『국제법학회논총』 44권 제1호, 1999년 6월, p.279.
- 월간조선, “바다에 관심 가졌다면 독도문제 애초에 없었을 것”, 1996년 11월호, pp.238-243.

II. 外國文獻

- Acevedo, Domingo E., "Disputes under Consideration by the UN Security Council or Regional Bodies" *The International Court of Justice at a Crossroad*, L.F. Damrosched.(1987), pp.242-246.
- Bilder, Ichard B. "The Settlement of Disputes in the field of the International Law of the Environment" , *Recueil des Cours*(1975- I), p.153.
- Brown, E. D. "Dispute settlement and the law of the sea: the UN Convention regime", *Marine Policy*, Volume 21 Number 1, p.18.
- Brown, L. N., and Jacobs, F. G., *The Court of Justice of the European Communities*, 2nd ed., London, 1983, 207-208.
- Churchill, R. R., "Maritime delimitation in the Jan Mayen area", *Marine Policy*, 1985, p.16.
- Charney, Jonathan I. "Universal International Law", 87 *AJIL*(1993), pp.538-542.
- Charney, Jonathan I., "The Implication of Expanding International Dispute Settlement System: The 1982 Convention on the Law of the sea", 90 *AJIL*(1996), pp.69-75.
- Chinkin, C. M., "Third-party intervention before the International Court of Justice", 80 *A. J. I. L.* 495 (1986).
- Darwin, H. G. , "Mediation and good offices" in Waldock, *Legal Aspects*, p.83 at p.85.
- De Waart, P. J. I. M., *The Element of Negotiation in The Pacific Settlement of Disputes between States*, The Hague, 1973.
- Dupuy, Pierre-Marie, "International Control and State Responsibility", *Volkerrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Realitat: Festschrift fur Karl Zemanek*, (1994), p.307.
- Dupuy, Pierre-Marie "The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the International Court of Justice", 31 *International Law and Politics*(1999), p.797.
- Eagleton, C. *The Responsibility of States in International Law*(New York: The New York University Press, 1928), p.78.
- Edmead, F., "Analysis and prediction in international mediation" in Raman, *Disputes Settlement*, p.221 at pp. 260-270.
- Friedman, A. G., and Williams, C. A., "The Group of 77 at the United Nations: An emergent force in the law of the sea", 16 *San Diego L. Rev.* 555 (1978-9)
- Gordon, Edward, "'Legal dispute' under Article 36(2) of the Statute", *The*

- International Court of Justice at a Crossroads, L. F. Damrosch ed.(1987), pp.183-84.
- Guillaume, G., "The Future of International Judicial Institution", 44 Int'l & Comp. Law Q. 848(1995).
- Hersch Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community*(1933), pp.4-7.
- Hough, R., *The fleet that had to die*, London, 1975.
- Jennings, R. & Watts, A., *Oppenheim's International Law*, 9th ed., Vol. 1, (London: Longman, 1992), pp.36-37.
- Kelsen, Hans, *Principles of International Law*(R.W. Tucker ed., 2nd Rev. edition 1966), p.526.
- Kiss, Alexandre & Shelton, Dinah, *International Environmental Law*, London : Graham & Trotman Limited, 1991, p.119.
- Lachs, M., "Some reflections on the contribution of the International Court of Justice to the development of international law", 10 Syr. J. Int. L. & Com. 239 (1983)
- Lammers, J. G., "The Present State of Research Carried out by the English-Speaking Section of the Centre for Studies and Research", in : Hague Academy of International Law, 1985 Transfrontier Pollution and International Law, 1986.
- Northedge, F. S., and Donelan, M. D., *International Disputes: The Political Aspects*, London, 1971, Chapter 12.
- Paul Guggenheim, *Traite de Droit international public*, vol. 2(1954), pp.194-195.
- Pierce, G. A., "Dispute settlement mechanisms in the Draft Convention on the Law of the Sea", 10 Denver J. Int. L. & Pol. 331 (1980-1).
- Raman (ed.), *Dispute Settlement*, pp.367-517.
- Reisman, W. M., *Nullity and Revision*, New Haven, 1971.
- Riphagen, Willem, Special Rapporteur, Second Report on Content, Forms, and Degrees of International Responsibility, paras. 51-60. UN Doc. A/CN.4/344.
- Rosenne and Sohn, *Commentary*, pp.116-35; P. Weil, *The Law of Maritime Delimitation-Reflections*, Cambridge(Grotius), 1989.
- Rudolf Bernhardt, "Law of the Sea, Settlement of Disputes", *Encyclopedia of Public International Law*(Amsterdam; Max Plank Inst, 1981), Vol. I, p.134.
- Schwebel, Stephen M., Address by the President of the International Court of Justice to the General Assembly of the United Nations(Oct. 27. 1998).
- Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court* vol. 1(1965), p.87.

- Shigeru Oda, "The International Court of Justice Viewed from the Bench(1976~1993)", 244 Recueil des Cours 9, pp.144-155(1993).
- Shigeru Oda, "Dispute Settlement Prospects in the Law of the Sea", 44 Int'l & Comp. Law Q. 863(1995).
- Sinclair, I., The Vienna convention on the law of treaties, 2nd ed., Manchester, 1984, p.235.
- Touval and Hartman, International Mediation, pp.15-16.
- Treves, Tullio, "News Trends in the Settlement of International Disputes", 1 Bancaza Euromediterranean Courses of Intwernational Law, 395, 433-36(1997).
- Waldock(ed.), C. M. H, Iternational Disputes: Legal Aspects, London, 1972, Chapter 2A(H. Darwin)
- Wetter, The international arbitral process, vol. 5, pp.301-439.