



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

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

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



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

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

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

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

[Disclaimer](#)

法學碩士 學位論文

유엔해양법협약의
잠정조치제도에 대한 연구

A Study on the Provisional Measures
of the United Nations Convention on the Law of the Sea



2018年 2月

韓國海洋大學校 大學院

海 事 法 學 科

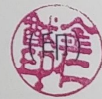
徐 由 珍

本 論文을 徐由珍의 法學碩士 學位論文으로 認准함.

委員長： 鄭 暎 錫



委 員： 金 仁 猷



委 員： 李 溶 熙



2017年 12月 12日

韓國海洋大學校 大學院

목 차

ABSTRACT	iv
제1장 서론	1
제1절 연구의 목적	1
제2절 연구의 범위 및 방법	2
제2장 일반국제법상 잠정조치 제도에 대한 이론적 고찰	5
제1절 일반국제법상 잠정조치제도의 형성과정	5
1. 잠정조치의 의의	5
2. 국제법상 잠정조치제도 입법내용	6
제2절 일반국제법상 잠정조치제도 분석	15
1. 일반국제법상 잠정조치의 관할권	16
2. 일반국제법상 잠정조치의 목적	20
3. 일반국제법상 잠정조치의 요건	24
4. 일반국제법상 잠정조치의 내용 및 효력	29
제3절 소결	33

제3장 유엔해양법협약상 잠정조치제도에 대한 검토 35

제1절 유엔해양법협약분쟁해결제도상 잠정조치제도의 입법과정 35

- 1. 유엔해양법협약 제290조의 입법과정 35
- 2. 국제해양법재판소규정상 잠정조치 규정의 입법과정 41
- 3. 국제해양법재판소규칙상 잠정조치 규정의 입법과정 44

제2절 유엔해양법협약상 잠정조치제도 적용상 쟁점 54

- 1. 유엔해양법협약상 잠정조치의 관할권 54
- 2. 유엔해양법협약상 잠정조치의 목적 61
- 3. 유엔해양법협약상 잠정조치의 요건 67
- 4. 유엔해양법협약상 잠정조치의 내용 및 효력 81

제3절 소결 85

제4장 *Enrica Lexie Case* 잠정조치에 대한 사례 분석 89

제1절 *Enrica Lexie Case*의 사건 배경 및 진행과정 89

- 1. 사실 배경 89
- 2. 추적과 체포 90
- 3. 인도의 국내법적 절차 91

제2절 <i>Enrica Lexie Case</i> 에서의 잠정조치 분석	94
1. 유엔해양법협약 제290조 제5항에 따른 국제해양법재판소의 잠정조치	94
2. 유엔해양법협약 제290조 제1항에 따른 제7부속서 중재재판소의 잠정조치	99
제3절 소결	104
제5장 결론	107
참고문헌	111
국문초록	121



A Study on the Provisional Measures of the United Nations Convention on the Law of the Sea

Suh, Yu Jin

Department on Maritime Law
Graduate School of
Korea Maritime and Ocean University

Abstract

This dissertation is mainly focusing on the provisional measures system under the United Nations Convention on the Law of the Sea(UNCLOS). The provisional measures in international litigation are taken in case of urgency to preserve the rights of the dispute parties until the final decision is reached after the case is submitted to the international tribunals. In order to study the provisional measures of the incidental settlement of disputes, it is necessary to extensively analyze the legal issues relatively to apply the providing measures system including jurisdiction, purpose, requirements, content and effect.

However, it will not be autonomously developed by the UNCLOS system of provisional measures and the according research will precede on the provisional measures of the International Court of Justice and the other international Courts. In this process, norms are relatively inadequate to include much of the jurisdiction, purpose, requirements, content and effects. So it supplemented with the provisional measures of the International Court of Justice and related prejudication.

According to the above details and with the UNCLOS formative process under provisional measures the institution's norm and prejudication of how these processes were formed were studied. Through this the jurisdiction, purpose, requirements, content and effects were all taken into consideration under the provisional measures of the UNCLOS.

With the understanding of the provisional measures, this dissertation studied the analysis of the *Enrica Lexie Case* of the two cases of provisional measures according to the most recent provisional measures of the UNCLOS article 290 paragraph 1 and article 290 paragraph 5.

Under the Objective, the contents of this thesis as follow :

Charter II examines the rules and statutes of the International Court of Justice and other International Courts, as well as the prejudication of provisional measures in the International Courts.

Chapter III examines the development, norms, and prejudication of the provisional measures under the UNCLOS and analyzes provisional measures of the UNCLOS.

Charter IV attempts to look at the *Enrica Lexie Case* between Italy and India and thus creates a further understanding according to the provisional measures of the UNCLOS.

Charter V will highlight the necessity of this research in our country by coming to a conclusion of the results of this research by examining the commands that are being presented in the specialized areas of the provisional measures of the UNCLOS.



제1장 서론

제1절 연구의 목적

유엔해양법협약은 1973년~1982년에 열린 제3차 유엔해양법회의를 통하여 제정된 해양의 전반적인 부분을 다루는 법전이다. 이 유엔해양법협약에서 가장 중요한 특징 중에 하나는 1982년 유엔해양법협약의 해석과 적용에 관한 분쟁을 해결하기 위한 강제력 있는 분쟁해결절차가 규정된 것이다.¹⁾ 이 분쟁해결에 대한 규정은 제15부 분쟁의 해결에서 다루어지고 있다. 동 부는 제1절에서는 총칙규정을, 제2절에서는 구속력 있는 결정을 수반하는 강제절차를, 제3절에서는 강제절차의 적용에 대한 제한 및 예외²⁾를 규정하고 있으며, 제2절에서 잠정조치제도를 규정하고 있다.

잠정조치는 사건이 회부된 후 최종적인 판결이 내려지기 전까지 분쟁당사국의 권리보호를 위하여 재판소가 긴급한 경우에 임시적으로 취할 수 있는 조치이다. 소송절차 중의 하나인 잠정조치를 연구하기 위해서는 관할권, 목적, 요건, 내용 및 효력을 종합적으로 이해할 필요가 있다.³⁾ 그러나 유엔해양법협약상에서 잠정조치는 유엔해양법협약 제290조에서만 규정하고 있으므로, 이들에 대한 구체적인 내용이 포함되어 있지 않다.

유엔해양법협약상의 잠정조치가 제정되기 이전부터 국제사법재판소와 이외의 국제재판소는 상당수의 잠정조치를 명령하였다. 국제사법재판소의 경우 유엔해양법협약과 유사하게 국제사법재판소규정 제41조와 국제사법재판소규칙 제73조부터 제78조에서만 잠정조치를 규정하고 있다. 따라서 이를 보충하기 위하여 국제사법재판소는 관례를 통해 잠정조치의 관할권, 목적, 요건, 내용 및 효력에 대한 사항들을 형성하여 왔다.⁴⁾ 이 국제사법재판소의 규범과 관례들은 유엔해양법협약상의 잠정조치를 형성해나가는 과정에도 많은 영향을 준 것으로 보인다.

1) Mayon H. Nordquist, *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982 A Commentary V*, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, p. 5.
2) 이용희, “UN해양법 협약상 분쟁해결제도에 관한 연구”, 경희대 석사학위논문, 1986, 17쪽.
3) 최지현, “국제사법재판소의 잠정조치에 관한 연구”, 고려대 박사학위논문, 2010, 1-2쪽.
4) 위의 논문, 2쪽.

유엔해양법협약상의 분쟁해결절차에 따라 청구된 사건들 중 국제해양법재판소가 다룬 사건은 2017년 현재까지 신속한 석방 사건을 제외하면 16건의 사건이다. 이 중 제290조 제1항에 따른 잠정조치는 3건 그리고 제290조 제5항에 따른 잠정조치는 6건으로, 총 9건의 잠정조치 명령이 내려졌다. 이를 볼 때, 유엔해양법협약상 분쟁을 해결함에 있어서 잠정조치가 매우 중요한 변수로 작용한다고 보인다.

가장 최근의 유엔해양법협약상 잠정조치 명령은 인도와 이탈리아 간의 *Enrica Lexie Case*에서의 잠정조치 명령이다. 특히 이 사건의 경우 제290조 제5항에 따른 국제해양법재판소의 잠정조치 명령과 제290조 제1항에 따른 제7부속서 중재재판소의 잠정조치 명령으로 총 두 번의 잠정조치가 내려졌다. 따라서 이 *Enrica Lexie Case*의 분석을 통하여 유엔해양법협약상 잠정조치를 재판소가 어떻게 다루는지 살펴보고자 한다.

우리나라의 경우에도 세계적인 해운 국가로 자리 매김하고 있으므로, 인도와 이탈리아 간의 *Enrica Lexie Case*와 같은 선박과 관련한 사건뿐만 아니라 다른 잠정조치 사건에서 다루어진 해양환경 손해와 관련한 사건 등 유엔해양법협약상 분쟁해결제도가 적용될 수 있는 사건들로 재판에 회부될 가능성이 높다. 또한 이 사건의 과정 속에서 잠정조치 명령의 청구를 배제할 수 없다. 그러므로 이 유엔해양법협약상 잠정조치의 규범과 판례를 통하여 유엔해양법협약상 잠정조치의 관할권, 목적, 요건, 내용 및 효력 등을 구체적으로 연구할 필요가 있다.

제2절 연구의 범위 및 방법

본 연구는 국제법상의 잠정조치제도를 살펴보는 것을 시작으로 잠정조치가 유엔해양법협약상 분쟁해결제도 중 하나로 형성된 과정과 유엔해양법협약상 잠정조치가 명령된 국제해양분쟁 사건들을 살펴본다. 그리고 마지막으로 최근 두 번의 잠정조치가 명령된 *Enrica Lexie Case*의 분석을 통하여 유엔해양법협약상 잠정조치제도를 고찰하고자 한다.

먼저, 제2장에서는 국제법상 잠정조치에 대하여 살펴보고자 한다. 국제사법재판소와

이외의 다른 국제재판소 각각의 잠정조치제도의 규정 및 규칙들을 살펴본 뒤, 일반국제법상 잠정조치의 관할권, 목적, 요건, 내용 및 효력 등을 국제 판례들을 통하여 살펴보도록 한다.

제3장에서는 유엔해양법협약상 잠정조치에 대하여 살펴보려고 한다. 이전 장에서 살펴본 일반국제법상 잠정조치를 전제로, 유엔해양법협약의 입법과정을 살펴본다. 이를 바탕으로 유엔해양법협약상 잠정조치의 관할권, 목적, 요건, 내용 및 효력 등을 국제판례를 통하여 살펴보도록 한다.

제4장에서는 *Enrica Lexie Case*에서 이탈리아가 유엔해양법협약 제290조 제5항에 따라 국제해양법재판소에 잠정조치를 요구한 것과 유엔해양법협약 제290조 제1항에 따라 유엔해양법협약 제7부속서 중재재판소에 잠정조치를 요구한 것을 분석하고자 한다. 이를 위하여 국제해양법재판소에서 2015년 8월 24일에 나온 잠정조치 명령과 이 *Enrica Lexie Case* 잠정조치에 대한 국제해양법재판소 재판관의 선언, 개별 및 반대 의견 그리고 국제상설중재재판소에서 2016년 4월 29일에 나온 잠정조치 명령을 살펴보려고 한다.

마지막 제5장에서는 각 장에서의 연구 결과를 토대로 유엔해양법협약을 통하여 명령되어지는 잠정조치의 특징과 이 잠정조치를 명령하는 국제재판소의 태도를 종합적으로 살펴봄으로써 이 연구의 필요성을 재고하도록 한다.

본 연구는 유엔해양법협약상 잠정조치의 형성과정과 규범 그리고 국제재판소의 잠정조치 명령을 담고 있는 관련 국제기구의 문서와 잠정조치 명령에 대한 내용이 포함된 국제 판례, 국제법 관련 서적 및 잠정조치에 관하여 논의된 국내외 논문을 취합하여 분석한다. 이러한 방법을 사용하여 주로 문헌연구와 해석론적 접근방식을 통하여 연구의 목적을 달성하도록 한다.



제2장 일반국제법상 잠정조치 제도에 대한 이론적 고찰

제1절 일반국제법상 잠정조치제도의 형성과정

유엔해양법협약상의 잠정조치제도에 대하여 연구하기에 앞서, 유엔해양법협약상의 잠정조치가 생기기 이전부터 존재한 일반국제법상의 잠정조치제도에 대하여 살펴보기로 한다. 그러므로 이 장에서는 잠정조치의 의의와 국제재판소에서 잠정조치를 어떻게 규정하고 있는지 살펴보고, 여기에 국제 판례들을 분석하여 일반국제법상의 잠정조치제도의 관할권, 목적, 요건, 내용 및 집행 등을 도출하고자 한다. 이 장의 연구범위는 유엔해양법협약상 잠정조치의 형성 이전까지로 한다.

1. 잠정조치의 의의

국제사회에서는 많은 국제소송이 진행되고 있으며, 대부분의 국제소송들은 신청에서 최종결정까지 오랜 기간이 걸린다. 이 경우 국제재판소가 회부되고 최종판결이 내려지기 이전에 당사국의 악의적인 행동으로 국제재판소가 내릴 최종결정의 실효성을 상실하거나, 반대당사국에게 회복불가능한 손해가 발생할 수 있다. 이 때 상대방이 이 행동을 하지 못하도록 제한하거나 침해받은 당사국의 현재 상태를 임시적으로라도 회복시킬 필요가 있으며, 이러한 필요에 의해 만들어진 제도가 잠정조치이다.⁵⁾ 즉 잠정조치란 사건이 재판소에 회부된 후 최종적인 판결이 내려지기 전까지 분쟁당사국의 권리보호를 위하여 재판소가 긴급한 경우에 임시적으로 취할 수 있는 조치이다.⁶⁾

국제법에서의 잠정조치는 여러 단어가 혼용되어 사용되고 있으므로, 잠정조치를 의미하는 용어들에 대하여 살펴볼 필요성이 있다. 국제법상 잠정조치는 provisional

5) 위의 논문, 9쪽.

6) 이한기, 「국제법강의」, 박영사, 2006, 673쪽.

measures(잠정조치), interim measures of protection(가보전 조치), interim protection(가보전), interim measures(임시조치) 등 다양한 용어로 묘사된다.⁷⁾

잠정조치는 국제사법재판소규정 제41조⁸⁾와 1978년 국제사법재판소규칙 제73조부터 제78조⁹⁾에서 사용되고 있다. 그러나 1978년 국제사법재판소규칙 제73조부터 제78조까지를 포함하고 있는 제3부 제4절 제1관은 가보전이라는 표제를 사용하고 1978년 국제사법재판소규칙 이전에는 가보전 조치라는 용어를 사용하였다. 따라서 국제사법재판소판례는 잠정조치, 가보전 조치 그리고 가보전을 혼용하여 사용하고 있다. 이란-미국 청구권 재판소¹⁰⁾의 경우 표제에서는 가보전 조치를 조문에서는 임시조치를 사용하고 유럽연합사법재판소¹¹⁾와 유럽인권재판소¹²⁾ 또한 임시조치를 사용하고 있다.¹³⁾ 이 논문에서 주된 내용 중 하나인 유엔해양법협약¹⁴⁾의 경우에는 잠정조치라는 용어를 사용하고 있다.

위에서 언급된 용어들은 현 국제법에서 사용되는 잠정조치와 개념상 다른 의미를 가지는 것이 아니므로, 이 논문에서는 관련 법령에서 규정하고 있는 용어를 그대로 사용하였다.

2. 국제법상 잠정조치제도 입법내용

가. 초기 국제 법전 편찬 계획에서의 잠정조치

국제법의 단계에서 잠정조치를 처음으로 고려한 것은 *Institut de droit international*(국제법학회)이다.¹⁵⁾ 1873년 국제분쟁을 해결하기 위한 중재의 사용

7) 최지현, 앞의 논문, 7쪽.

8) Statute of the International Court and Justice Article 41.

9) Rules of the International Court and Justice (1978) Article 73-78.

10) Iran_United States Claims Tribunal Rules of Procedure Article 26.

11) Treaty on the Functioning of the European Union Article 279.

12) European Court of Human Rights, Rules of Court Article 39.

13) 최지현, 앞의 논문, 7쪽.

14) International Tribunal for the Law of the Sea Article 290.

15) Rosenne, Shabtai, *Provisional Measures in International Law: The International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea*, Oxford University Press,

을 장려하던 학회는 중재 절차를 편찬하는 첫 번째 작업을 채택하였다. 논쟁이 진행되는 동안 Asser¹⁶⁾은 ‘중재재판소는 중간(interlocutory) 또는 준비(preparatory) 판결을 제공할 수 있다¹⁷⁾’는 문장의 삽입을 제안했다. Asser가 ‘*jugements interlocutories ou préparatoires*’로 무엇을 표현하고자 하였는지 정확히 알려진 바가 없으나, 제안서는 받아들여져서 1875년 초안 제19조¹⁸⁾에 삽입되었다. 이후 Mérignac은 ‘영토의 가압류, 포획된 선박의 석방과 같은 잠정조치를 내릴 권한을 가진¹⁹⁾’ 잠정적인 구제(interim relief)를 명령하는 관할권을 재판소에게 주는 규정이라고 해석하였다.²⁰⁾

1899년과 1907년 헤이그 평화 회의에서 중재절차는 불투명하였다. Asser가 구성원이었던 1899년 세 번째 위원회 회의에서 국제 분쟁의 평화적 해결을 위한 협약을 준비하였다. 그리고 상설중재재판소²¹⁾를 설립하여, 중재 절차에 대한 국제적인 합의 규범을 처음으로 만들었다. 이 규범은 잠정조치를 명령하는 관할권의 내용을 담았다. 1907년 회의로부터 출현된 협약²²⁾은 잠정조치를 언급하지는 않았지만, 1899년²³⁾ 또는 1907년 협약에서 설립된 절차에서 잠정적인 구제의 문제가 제기되

2005, pp. 12-13.

16) Tobias Michael Carel Asser(네덜란드의 법학자·법률가·정치가).

17) The arbitral tribunal may render interlocutory or preparatory judgements.

18) projet de règlement pour la procédure arbitrale internationale Article 19.

Le tribunal arbitral ne peut refuser de prononcer sous le prétexte qu'il n'est pas suffisamment éclairé soit sur les faits, soit sur les principes juridiques qu'il doit appliquer.

Il doit décider définitivement chacun des points en litige. Toutefois, si le compromis ne prescrit pas la décision définitive simultanée de tous les points, le tribunal peut, en décidant définitivement certains points, réserver les autres pour une procédure ultérieure.

Le tribunal arbitral peut rendre des jugements interlocutoires ou préparatoires.

19) 최지현, 앞의 논문, 26쪽.

20) Cameron Miles, *Provisional Measures Before International Courts and Tribunals*, Cambridge University Press, 2017, pp. 31-32.

21) Permanent Court of Arbitration.

22) Convention on the Pacific Settlement of International Disputes (1907).

23) Convention on the Pacific Settlement of International Disputes (1899).

국제분쟁의 평화적 해결을 위한 조약의 작업에서 잠정조치에 관한 논의가 있었던 것으로 짐작된다. 그 이유는 제3위원회의 러시아 초안(Russian Draft) 제21조는 “모든 결정은 최종적이든 중간적이든 간에 현재 재판소 구성원 대부분에 의해 취해진다고” 규정하고 있으므로 ‘중간적(interlocutory)’이라는 문구를 통하여 잠정조치를 염두에 둔 것을 추론할 수 있다. 그러나 러시아 초안에 대하여 검토위원회(Committee of Examination)에서 동 문구를 삭제하자는

었다. 그러나 중재절차의 구성은 여러 가지 어려움으로 성공하지 못하였다.²⁴⁾ 결국 잠정조치가 설립되지는 않았으나, 오랜 시간 동안 국제사회가 심도 있게 잠정조치에 대하여 논의하였다는 것을 알 수 있다.²⁵⁾

나. 일반국제법상 잠정조치 규정

(1) 상설국제사법재판소의 잠정조치

상설국제사법재판소규정²⁶⁾, 1922년 상설국제사법재판소규칙²⁷⁾, 1931년 상설국제사법재판소규칙²⁸⁾ 그리고 1936년 상설국제사법재판소규칙²⁹⁾에서 상설국제사법재판소³⁰⁾의 잠정조치를 규정하고 있다.

상설국제사법재판소규정 제41조에서는 ‘재판소는 상황이 매우 요구하는 경우, 당사국 각각의 권리를 보존하기 위해 취해져야 하는 잠정조치를 지시할 권한을 가지며, 최종 결정을 기다리는 동안, 제시된 조치는 즉시 당사국과 이사회에 통지되어야 한다고’ 규정하고 있다.

상설국제사법재판소규칙은 1922년, 1926년, 1931년에 개정되었으며, 1936년에는 전면개정 되었다.³¹⁾ 1922년 상설국제사법재판소규칙 제57조에서는 ‘재판소가 개정되지 않았을 때, 당사국 각각의 권리를 보호하기 위한 조치를 소장이 지시할 수 있고, 이 조치와 관련하여, 재판소 또는 소장의 제안을 당사국이 거부하는 경우

주장이 제기되었고 결국 interlocutory라는 문구는 삭제되었다; 최지현, 앞의 논문, 26쪽.

24) Cameron Miles, op. cit., p. 32.

25) 최지현, 앞의 논문, 27쪽.

26) Permanent Court of International Justice, Statute of Court.

27) Permanent Court of International Justice, Rules of Court (1922).

28) Permanent Court of International Justice, Rules of Court (1931).

29) Permanent Court of International Justice, Rules of Court (1936).

30) Permanent Court of International Justice.

제1차 세계대전이 종결된 후 국제 분쟁에 대한 구속력 있는 심판 기구의 설치 필요성이 제기되면서 국제연맹 총회의 결의에 따라 1922년 1월 30일 최초의 상설 국제재판소로 설립되었다. 설립 초기에는 국가들의 협조로 활발하게 행동했으나 국제적 분쟁이 격화되던 1930년대에는 점점 활동이 줄어들었다. 1939년에 마지막 공개법정이 열렸고, 1946년 국제연맹의 결의로 해산되었다;

<http://terms.naver.com/entry.nhn?docId=813355&cid=43150&categoryId=43150>

(2017.09.01 검색).

31) 최지현, 앞의 논문, 36쪽.

기록으로 남겨둔다고' 규정한다. 1926년 상설국제사법재판소규칙으로 개정될 때, 이 조항은 변화가 없었다. 1931년 상설국제사법재판소규칙 제57조는 다음과 같다.

가보전 조치의 지시를 위하여, 당사국 중 하나 또는 양자에 의한 재판소의 청구는 다른 사건보다 우선하다. 그 결정은 즉시 처리되어야 하며, 재판소가 개정하지 않을 경우 목적을 달성하기 위해 지체 없이 소장이 소집할 수 있다.

다른 청구가 없고 재판소가 개정하지 않은 경우 소장은 재판소를 소집하여 그러한 조치가 필요한지에 대한 여부를 물을 수 있다.

모든 경우, 재판소는 당사국에게 사건에 대한 그들의 의견을 제시할 수 있는 기회를 부여한 후에만 가보전 조치를 지시할 수 있다.

1936년 상설국제사법재판소규칙이 개정되기 이전에 상설국제사법재판소규칙은 1929년 법률가위원회(Committee of Jurists)에 의하여 검토 작업이 이루어졌다.³²⁾ 이후 최종적으로 채택된 1936년 상설국제사법재판소규칙 제61조는 다음과 같다.

1. 가보전 조치 신청은 소송 중 언제든지 제기될 수 있다. 신청은 그것과 관련된 사건, 보호될 권리 및 지시를 제안하는 임시 조치를 명시한다.
2. 가보전 조치 신청은 다른 모든 경우보다 우선한다. 그 결정은 긴급히 다루어진다.
3. 재판소가 개정(開廷)하지 않은 경우, 소장은 구성원을 즉시 소집한다. 재판소의 회의와 결정을 기다리는 동안, 소장은 필요에 따라, 법원이 효과적인 결정을 내릴 수 있도록 필요한 조치를 취해야 한다.
4. 재판소는 신청서에 제시된 것 이외의 가보전 조치를 지시할 수 있다.
5. 가보전 조치 신청의 기각은 당사국이 새로운 사실에 근거하여 동일한 사건에 새로운 신청을 하는 것을 막지 못한다.

32) 위의 논문, 38쪽.

6. 재판소는 직권으로 가보전 조치를 지시할 수 있다. 재판소가 개정하지 않은 경우, 소장은 재판소에 그러한 조치를 지시하는 것이 적절한지 여부를 논하기 위하여 구성원을 소집할 수 있다.

7. 재판소는 언제든지 가보전 조치를 지시하는 결정을 철회 또는 변경할 수 있다.

8. 재판소는 당사국에게 그 주제에 대한 그들의 의견을 제시할 기회를 부여한 후에만 가보전 조치를 지시할 수 있다. 재판소가 이 같은 조치를 지시하는 결정을 철회 또는 변경하는 경우 동일한 규칙이 적용된다.

9. 소장이 재판소의 구성원을 소집할 수 있다면, 상설국제사법재판소규정 제31조에 따라 임명된 재판관이 당사국의 심리를 위하여 소장이 정한 날짜에 출석할 수 있는 경우에 소집된다.

상설국제사법재판소가 국제사법재판소로 변경되기 전까지 이 1936년 상설국제사법재판소규칙이 초기 잠정조치에 대한 판례법 형성에 많은 영향을 주었다.

(2) 국제사법재판소의 잠정조치

국제사법재판소³³⁾의 잠정조치는 국제사법재판소규정³⁴⁾과 1978년 국제사법재판소규칙³⁵⁾에서 규정되어 있다. 국제사법재판소규정 제41조는 다음과 같다.

1. 재판소는 상황이 매우 요구하는 경우, 당사국 각각의 권리를 보존하기 위해 취해져야하는 잠정조치를 지시할 권한을 가진다.

2. 최종 결정을 기다리는 동안, 제안된 조치는 즉시 당사국과 이사회에 통지되어

33) International Court of Justice.

1945년 창설된 국제연합의 사법기관이다. 국제법을 원칙으로 적용하며, 판결은 구속력을 가진다. 당사국이 이를 이행하지 않을 때에는 안전보장이사회가 적당한 조치를 취하게 된다; <http://terms.naver.com/entry.nhn?docId=1067222&cid=40942&categoryId=40466> (2017.09.01 검색).

34) Statute of International Court of Justice.

35) Rules of the International Court and Justice (1978).

야 한다.

국제사법재판소규정은 상설국제사법재판소규정을 그대로 가져왔으며, 단지 제1항과 제2항으로 구분하는 차이점만을 두었다.

1978년 국제사법재판소규칙의 잠정조치는 재판규칙 제3부 제정사건의 절차, 제1절 가보전에 편재되어, 제73조부터 제78조로 구성되었다. 제73조 제1항에서는 잠정조치의 서면신청은 신청서 제출 절차 중에 언제든지 당사국에 의해 이루어질 수 있다고 규정한다. 제2항은 신청이 기각되는 경우 가능한 결과 및 신청된 조치를 명시하며, 인증사본을 재판소 서기가 상대국에게 즉시 전달한다고 규정한다.

제74조 제1항에서는 잠정조치의 신청은 다른 모든 사건보다 우선한다고 규정한다. 제2항은 신청 이후 재판소가 개정하지 않은 경우, 신청에 관하여 긴급하게 결정하기 위해 즉시 소집된다고 규정한다. 제3항은 재판소 또는 재판소가 개정하지 않은 경우 소장이 당사국에게 대변할 기회를 주는 심리 날짜를 정할 수 있고, 재판소는 구두 절차가 종결되기 전에 제출될 수 있는 모든 의견을 접수하고 고려할 수 있다고 규정한다. 제4항은 재판소 회의가 열리기 전에, 소장은 재판소가 잠정조치 신청에 따라 만들어진 적절한 효과에 따라 행동할 것을 당사국에게 요구할 수 있다고 규정한다.

제75조 제1항에서는 재판소가 언제든지 당사국 일부 또는 전부에 의해 취해지거나 준수되어야 하는 잠정조치 지시의 필요성 여부를 결정할 수 있다고 규정한다. 제2항은 잠정조치의 신청이 있을 때, 재판소는 신청된 조치의 전부 또는 일부를 지시하거나, 신청한 당사국에 의해 취해지거나 준수되어야 하는 조치를 지시할 수 있다고 규정한다. 제3항은 잠정조치 신청에 대한 기각은 동일사건에서 새로운 사실에 근거한 새로운 신청을 만드는 당사국을 방해해선 안 된다고 규정한다.

제76조 제1항에서는 당사국의 신청이 있는 경우, 상황의 변화에 따라 철회 또는 수정이 필요하다면 재판소는 사건의 최종 판결 전 언제든지 잠정조치와 관련한 결정을 철회하거나 수정할 수 있다. 제2항은 철회 또는 수정을 제안하는 당사국의 신청이 관련 상황의 변화를 명시해야 한다고 규정한다. 제3항은 동조 제1항에 따라

결정을 내리기 전, 재판소는 당사국에게 그 문제에 대하여 그들의 견해를 제시할 기회를 제공해야 한다고 규정한다.

제77조에서는 국제사법재판소규칙 제73조와 제75조에 의거하여 재판소에 의해 지시된 조치와 제76조 제1항에 의거하여 재판소에 의해 취해진 결정은 국제사법재판소규정 제41조 제2항에 따라 안전보장이사회에 통고하기 위해 국제연합 사무총장에게 즉시 통보해야 한다고 규정한다.

제78조에서는 재판소가 지시된 잠정조치의 이행과 관련된 사안에 관하여 당사국에게 정보를 신청할 수 있다고 규정한다.

(3) 상설중재재판소의 잠정조치

상설중재재판소³⁶⁾의 잠정조치는 2012년 상설중재재판소규칙³⁷⁾ 제26조에 다음과 같이 규정되어 있다.

1. 중재재판소는 당사국의 신청에 따라, 임시조치를 부여할 수 있다.
2. 임시조치는 분쟁이 최종적으로 결정될 때까지 언제라도, 중재재판소가 제한 없이, 일방에게 다음과 같은 일시적인 조치를 명령한다.
 - (a) 분쟁의 현 상태를 유지 또는 회복
 - (b) i) 현재 또는 급박한 위험 또는 ii) 중재절차 자체에 대한 침해를 예방하는 조치를 취하거나 발생할 가능성이 있는 행동을 삼가
 - (c) 후속 판정이 충족될 수 있는 자산을 보존할 수 있는 수단의 제공

36) Permanent Court of Arbitration.

국가 사이의 중재와 분쟁해결을 촉진하기 위하여 1899년에 설립된 상설중재재판소는 국제공동체의 분쟁 해결의 필요성을 충족시키기 위하여 설치된 국제기구이다. 국제사법재판소와 달리, 평소에는 재판관 명단만 가지고 있다가 분쟁의 양당사국이 상설중재재판소의 중재재판을 받기로 합의를 하고 재판관을 합의 하에 선정하여 중재재판을 진행한다;

<http://terms.naver.com/entry.nhn?docId=813369&cid=43150&categoryId=43150>

(2017.09.01 검색).

37) Permanent Court of Arbitration Rules (2012).

(d) 분쟁 해결에 관련 있는 중요한 증거의 보존

3. 제2항 (a)에서 (c)에 따른 임시조치를 신청한 당사국은 중재재판소를 충족시켜야 한다.

(a) 손해보상을 통해 적절히 회복될 수 없는 손해는 조치가 명령되지 않은 경우에 해당할 수 있으며 본질적으로 손해는 본 조치가 부여된 당사국에게 영향을 미칠 가능성이 있는 손해를 능가할 것이다.

(b) 신청한 당사국이 청구의 본안에서 성공할 합리적인 가능성이 있다. 가능성에 대한 결정은 중재재판소의 후속 결정에 영향을 미치지 아니한다.

4. 제2항 (d)에 따라 임시조치의 신청과 관련하여, 제3항 (a)와 (b)의 요건은 중재재판소가 적절하다고 인정하는 범위로만 적용된다.

5. 중재재판소는 당사국의 신청에 따라 또는 예외적인 상황에서 당사국에게 사전 통지하여 중재재판소가 직권으로 발의한 임시조치를 변경, 중지 또는 종료할 수 있다.

6. 중재재판소는 임시조치를 신청한 당사국에게 그 조치와 관련하여 적절한 수단의 규정을 요구할 수 있다.

7. 중재재판소는 임시조치가 신청되거나 허용된 근거에 따라 상황의 중대한 변화를 즉시 제공할 것을 당사국에게 요구할 수 있다.

8. 임시조치를 신청한 당사국은 중재재판소가 그 당시의 상황에서 그 조치가 부여되어서는 안 된다고 결정한다면, 당사국에 대한 조치로 야기된 비용 및 손해에 대해 책임이 있다. 중재재판소가 절차 중 어느 시점에서든 그러한 비용 및 손해를 판정할 수 있다.

9. 사법 당국에 대한 당사국의 임시조치 신청은 중재 합의 또는 합의의 포기로서 간주되지 않는다.

(4) 이외의 국제재판소의 잠정조치

이란-미국 청구권 재판소의 잠정조치는 이란-미국 청구권 재판소 절차 규칙³⁸⁾

38) Iran-United States Claims Tribunal Rules of Procedure.

제26조에 가보전 조치로 다음과 같이 규정되어 있다.

1. 일방 당사국의 신청에 따라, 중재재판소는 제3자에게 보관이나 부패하기 쉬운 상품의 판매를 주문하는 것과 같이, 분쟁의 주안을 형성하는 상품의 보존을 위한 조치를 포함하는 분쟁에 필요하다고 여겨지는 임시조치를 취할 수 있다.

2. 이 임시조치는 임시 판정의 형식으로 규정될 수 있다. 중재재판소는 그러한 조치의 비용을 담보로 요구할 권리가 있다.

3. 사법 당국에게 어느 한 당사국이 제기한 임시조치의 신청은 중재 합의 또는 합의의 포기로 간주되지 않는다.

국제상거래법위원회규칙³⁹⁾을 제26조에 사용하여, “party(당사국)”라는 용어는 중재 당사국을 의미한다.

유럽연합사법재판소⁴⁰⁾의 잠정조치는 유럽연합 기능에 관한 조약⁴¹⁾ 제279조에서 유럽연합사법재판소는 어떤 경우라도 필요한 임시조치를 명령할 수 있다고 규정하고 있다.

유럽인권재판소⁴²⁾의 잠정조치는 유럽인권재판소의 재판준칙⁴³⁾ 제39조에 임시조치로 규정되어 있다. 제1항은 재판부 또는 적절한 경우, 이 규칙 제4항에 따라 임명된 관할 소장 또는 적절한 재판관이 당사국, 관계국의 신청 또는 자신의 동의에 따라 당사국의 이익 또는 절차의 적절한 수행에서 채택되어야 한다고 여겨지는 임시조치를 당사국에게 지시할 수 있다고 규정한다. 제2항은 적절하다고 간주되는 경우, 특정 사건에서 채택된 조치의 즉각적인 통지가 위원회에 제공될 수 있다고 규

39) United Nations Commission on International Trade Law Arbitration Rules (UNCITRAL Rule).

40) 유럽연합사법재판소(Court of Justice of the European Union)는 1972년 설치되었으며, 유럽연합 조약 및 제반 법률의 해석과 그 적용에 대한 판결을 통하여 유럽연합(European Union) 법의 이행을 최종적으로 보장하는 역할을 담당하고 있다;
<http://terms.naver.com/entry.nhn?docId=1397641&cid=43162&categoryId=43162>
(2017.08.31 검색).

41) Treaty on the Functioning of the European Union Article 279.

42) European Court of Human Rights.

43) European Court of Human Rights, Rules of Court.

정한다. 제3항은 재판부 또는 적절한 경우, 이 규칙 제4항에 따라 임명된 관할 소장 또는 적절한 재판관이 지시된 임시조치의 이행과 관련하여 당사국들에게 정보를 요구할 수 있다고 규정한다. 제4항은 재판소장이 임시조치의 신청을 결정하기 위하여 적절한 재판관을 관할 부소장으로 임명할 수 있다고 규정한다.

국가와 타방국가국민 간의 투자분쟁의 해결에 관한 협약⁴⁴⁾ 제47조에서는 당사국들이 달리 합의하지 않는 한, 재판소는 상황이 매우 요구되는 경우, 당사국 각각의 권리를 보존하기 위해 취해야 할 잠정조치를 권고할 수 있다고 잠정조치를 규정하고 있다.

앞서 살펴본 규정과 규칙으로 잠정조치 제도를 비교해 보면 각 국제재판소의 성격에 따라 당사자 적격 여부, 법적 구속력 존재 여부 등에 약간의 차이를 보인다. 그러나 기본적으로 각 국제재판소의 잠정조치 제도는 최종판결이 내려지기 전까지 재판의 대상이 되는 권리를 보호하거나 재판 대상의 원상을 회복한다는 목적을 가지고 당사국의 권리에 회복할 수 없는 손해가 생기는 것을 방지하는 제도이다.

이러한 국제재판소의 잠정조치에 관한 규정의 운용을 정확히 이해하기 위해서는 잠정조치가 명령된 각 국제재판소의 개별 판례를 살펴보아야 한다. 그러므로 다음 절에서는 일반국제법상 잠정조치의 중요한 명령들을 몇 가지 추려 살펴보도록 한다.

제2절 일반국제법상 잠정조치제도 분석

국제재판소는 분쟁이 재판소에 회부된 경우에 잠정조치를 명령할 수 있는 관할권을 가진다. 이때 이전 절에서 소개된 규정 및 규칙만으로는 잠정조치의 관할권뿐만 아니라 행사의 효과를 포함하여 잠정조치의 내용과 요건을 설명하기 힘들다. 따라서 국제재판소의 잠정조치에 대한 명령을 통하여 잠정조치의 관할권, 목적, 요건, 내용 및 효력에 대하여 분석해보도록 한다.

44) Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of other States.

1. 일반국제법상 잠정조치의 관할권

국제사법재판소와 이란-미국 청구권 재판소는 본안을 결정하는 관할권과 잠정조치를 결정하는 관할권의 관계에 대하여 문제를 가지고 있다.⁴⁵⁾ 잠정조치명령 단계에 있어서 본안사건에 대한 국제재판소의 관할권이 어느 정도로 인정되어야 하는지에 관하여 다음의 몇 가지 기준이 제시된다.

- i) 잠정조치명령 단계에서도 재판소가 본안사건에 관한 실체적 관할권을 가지고 있음이 명확히 확인되어야 한다.
- ii) 실체적 관할권의 존부문제는 잠정조치 명령을 결정하는 단계와 관련이 없다.
- iii) 어느 정도의 관할권이 존재할 가능성이 있고 분쟁당사국간에 절대적으로 관할권을 유보할 가능성이 없는 것으로 충분하다.
- iv) 관할권이 존재할 가능성까지는 요하지 않으며 합리적인 개연성이 있는 것만으로 충분하다.
- v) 잠정조치명령에 관한 권한은 당사국이 제출한 관련문서가 아니라 국제사법재판소규정 자체에서 도출되는 것이고 관할권의 문제는 단지 잠정조치의 명령을 요구하는 상황에서 제기되는 문제일 뿐이다.

이상의 기준들 중에서 i)과 ii)는 극단적인 입장일 뿐만 아니라 잠정조치명령의 기본적인 성격에도 부합하지 않는다. iv)는 그 개연성을 확인하는 것이 쉽지 않으며 실제 판례에서 채택된 적이 없다. 그리고 v)는 다른 상황이나 절차적인 조건 문제와 관할권 문제를 혼동하고 있는 것으로서 받아들여지기 어려운 것으로 보인다. 다만 iii)의 기준이 실제로 국제재판소가 채택해오고 있는 입장이며 또한 관할권 문제에 관한 국제재판소의 정확한 판단을 가능케 하는 것으로 보인다.⁴⁶⁾

45) Chittharanjan F. Amerasinghe, *Jurisdiction of International Tribunals*, Kluwer Law International, 2003, p. 348.

이와 관련하여 중요한 점은 사건의 본안을 결정하는 재판소가 일응의 근거를 가져야 한다는 것이다. 따라서 사건이 채택될 수 없음이 명백하다면, 비록 관할권을 가질지라도, 재판소는 잠정조치를 명령할 수 없을 것이다.⁴⁷⁾

*Request for Reexamination Case*에서, 뉴질랜드는 “이 판결이 영향을 주지 않는다면, 청구국은 규정의 조항에 따라 상황 조사를 요구할 수 있다”고 언급하면서, 1974년 판결 제63항의 조건에 속하는 잠정조치의 지시를 요구했다.⁴⁸⁾ 이때 판결의 근거 중 하나인 프랑스가 일방적으로 대기 조사에 종사하지 않았다는 근거를 재판소가 찾아야 했다. 그러나 재판소는 지상 조사와 관련된 사건은 대기 조사에 한정된 1974년 판결과 관련이 없으므로, 협상을 통해 뉴질랜드의 신청을 기각했다. 따라서 이 사건의 경우 관할권의 존재에 대한 논의가 이루어지지 않았다.⁴⁹⁾

*Land and Maritime Boundary Between Cameroon and Nigeria Case*의 경우 이 원칙이 적용되는데 약간의 어려움이 있었다. 나이지리아는 실질적인 문제와 관련하여 일응관할권을 가지지 않는다고 보았다. 이에 대하여 재판소는 “규정 제36조 제2항에 따라 만들어진 당사국의 선언은 현 사건의 관할권을 판결할 수 있는 일응의 근거를 구성하고” 사건에서 “카메룬의 청구는 나이지리아에 의해 제기된 선결적 항변에서 일응수리될 수 있다”고 보았다.⁵⁰⁾

*Legality of Use of Force Cases (Provisional Measures)*의 경우, 국제사법재판소는 관할권에 관한 문서를 조사했고, 명백하게 일응관할권이 없다고 판결했다. 재판소는 국제사법재판소규정 제6조 제2항 또는 집단살해 죄의 방지와 처벌에 관한 협약 제9조⁵¹⁾를 근거로, 유고슬라비아의 청구에 대하여 일응관할권이 없다고 판결

46) 최태현, “국제사법재판소 소송절차와 관련한 주요한 법적 쟁점(II)”, 『국제법평론』, 통권 제23호, 2006, 174-175쪽.

47) Chittharanjan F. Amerasinghe, op. cit., pp. 350-351.

48) Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests (New Zealand v. France) Case, Order of 22 September 1995, ICJ, para. 3.

49) Chittharanjan F. Amerasinghe, op. cit., p. 351.

50) Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria, Provisional Measures, Order of 15 March 1996, ICJ, paras. 31-33.

51) Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide Article IX
The present Convention shall be open until 31 December 1949 for signature on behalf of any Member of the United Nations and of any non-member State to which an

하여, 잠정조치를 지시할 수 없다고 보았다.⁵²⁾

이 판결은 마치 재판소가 그 사건을 다룰 수 있는 관할권이 없다고 판결한 것처럼 보인다. 그러나 이는 재판소가 본안에 대한 관할권과 관련한 문제를 미리 판단하는 일응관할권을 부정하였을 뿐, 재판소의 관할권을 미리 판단한 것이 아니다. 만일 관련된 사건에서 법과 사실 모두를 가지고 본안을 상세히 검토하였을 때, 일말의 가능성으로라도 관할권을 가진다면 판결할 수 있다고 보았다. 따라서 재판소가 잠정조치를 지시하는 관할권을 행사하려면, 분명히 사건 본안을 결정한다는, 일응관할권이 있어야 한다. 반대로 전혀 관할권의 근거가 없거나 사건이 명백하게 수리될 수 없는 경우, 재판소는 잠정조치와 관련한 관할권을 행사할 수 없다.⁵³⁾

*Genocide Case*의 경우 국제사법재판소는 유고슬라비아가 국제사법재판소규정의 당사국인가의 문제에 직면했다. 이 문제에 대하여 재판소는 집단살해 죄의 방지와 처벌에 관한 협약 제9조가 관할권의 근거로 인용되었으며, 이러한 경우 피청구국인 유고슬라비아가 국제사법재판소규정의 당사국이 아니더라도 국제사법재판소규정 제 35조 제2항⁵⁴⁾에 따라 국제사법재판소의 소송당사국이 될 수 있다고 보았다.⁵⁵⁾

*LaGrand Case(Provisional Measures)*에서, 국제사법재판소는 관할권에 관한 문서와 결론을 분석하여 선택의정서 제1항⁵⁶⁾에 따라 독일과 미국 간의 분쟁을 결정

invitation to sign has been addressed by the General Assembly.

The Present Convention shall be ratified, and the instrument of ratification shall be deposited with the Secretary-General of the United Nations.

After 1 January 1950 the Present Convention may be acceded to on behalf of any Member of the United Nations and of any non-member State which has received an invitation as aforesaid.

Instruments of accession shall be deposited with the Secretary-General of the United Nations.

52) *Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Belgium)*, Provisional Measures, Order of 2 June 1999, ICJ, para. 2.

53) Chittharanjan F. Amerasinghe, op. cit., p. 352.

54) Statute of International Court of Justice Article 35.

2. The condition under which the Court shall be open to other states shall, subject to the special provisional contained in treaties in force, be laid down by the Security Council, but in no case shall such conditions place the parties in a position of inequality before the Court.

55) 박현석, "NATO의 유고슬라비아 폭격 사건에 대한 ICJ의 관할권 문제", 『國際法學會論叢』, 제45권 제1호, 2000, 98쪽.

56) 14. 독일이 사건에서 재판소의 관할권을 근거로 적용한, 선택의정서 제1조는 다음과 같다:

하는 일응 관할권을 가진다고 보았다.⁵⁷⁾

위의 잠정조치 명령들을 살펴보면 국제재판소는 잠정조치를 명령하기 위해서는 일응관할권이 존재해야 한다. 본안 사건 관할권이 성립해야지만 잠정조치를 명령할 수 있게 되면, 잠정조치 재판 이전에 무조건 선결적 항변을 거쳐야 하는 문제가 생기며, 이는 잠정조치제도의 취지와 맞지 않는다. 반대로 잠정조치 관할권이 본안의 관할권 성립과 전혀 관련이 없다고 보았고 이후에 관할권이 없는 사건으로 판결된다면 국제재판소가 관할권이 없는 사건에 대하여 잠정조치를 지시한 것이 되며 관할권에 동의한 바 없는 국가의 주권을 침해할 수 있는 문제가 발생한다. 이처럼 잠정조치의 관할권에 관한 문제는 잠정조치 사건에서 가장 복잡한 결정 사항 중에 하나이다. 이에 대하여, 국제사법재판소는 *Nuclear Tests Cases*⁵⁸⁾를 통하여 일응관할권의 이론을 형성하였다. 이 ‘일응관할권’이란 잠정조치 재판에서 본안의 관할권을 심리한 결과 재판소의 관할권이 성립할 수도 있다는 일응의 여지를 제공할 수 있는 정도가 되었을 경우 잠정조치 사건의 관할권이 성립한다는 이론이다.⁵⁹⁾ 이 이론을 통하여 국제사법재판소는 본안 관할권에 대한 확정적인 판단 없이도 잠정조치를 지시할 수 있으며, 본안 관할권이 명백히 존재하지 않는 것으로 보이면 잠정조치를 지시하지 않을 수 있게 되었다. 이 *Nuclear Tests Cases*에서의 일응관할권 이론은 이후 *Iran Hostage Case*, *Genocide Case*, *LaGrand Case* 등에서 일응관할권에 대한 판단 기준으로 사용되었으며, 판례법으로 자리매김하였다.

협약의 해석과 적용으로 발생한 분쟁은 국제사법재판소의 강제 관할권 내에 있고 따라서 의정서의 당사국인 분쟁당사국의 청구로 재판소에 제기될 수 있다.

15. 국제 연합 사무총장이 기탁한 정보에 따라, 독일과 미국은 비엔나협약 및 선택 의정서의 당사국이다.

16. 청구에서 독일은 자국과 미국 사이의 분쟁에서의 문제는 비엔나협약 제5조 및 제36조와 관련하고 선택의정서 제1조에 따라 재판소의 강제 관할권 내에 있다. 그리고 재판소는 요구된 잠정조치의 지시를 위한 관할권을 가진다.

17. 독일이 제출한 신청 및 그 안에 제출된 청구에 비추어, 선택의정서 제1조의 범위 내에서 협약의 해석과 관련한 분쟁이 일응 존재한다.

18. 재판소는 앞에서 언급된 선택의정서 제1항에 따라 독일과 미국 간의 분쟁을 결정하는 일응 관할권을 가진다; *LaGrand (Germany v. United States of America)*, *Provisional Measures*, Order of 3 March 1999, ICJ, paras. 14-18.

57) Chittharanjan F. Amerasinghe, op. cit., pp. 356-357.

58) *Nuclear Tests (Australia v. France)*, Interim Protection, Order of 22 June 1973, ICJ; *Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, Interim Protection, Order of 22 June 1973, ICJ.

59) 최지현, 앞의 논문, 63쪽.

2. 일반국제법상 잠정조치의 목적

일반국제법상 잠정조치의 목적은 소송 중 위법행위로 인하여 침해된 권리를 보호하거나, 분쟁의 악화를 방지하는 것이다. 이 목적들을 잠정조치 명령을 통하여 살펴해보도록 한다.

가. 소송 중인 권리를 보호하기 위한 조치

(1) 요구된 조치와 본안 사이의 관련성

재판소가 일반국제법의 잠정조치에서 다른 사항들은 이후 본안에서 어떠한 영향도 끼치지 못하는 것이 원칙이다. 그러나 당사국들은 본안 사건 이전에 재판소가 사건을 바라보는 시각을 확인하기 위한 방법의 일환으로 잠정조치를 신청하는 경우가 있으며, 이를 ‘중간 판결’이라고 한다. 설령 당사국들이 이러한 의도를 가지고 잠정조치를 신청하지 않았다고 하더라도, 잠정조치는 본안 사건의 부수적인 절차로서 잠정조치와 본안 사이에는 관련성이 존재하여야 한다.⁶⁰⁾

*Land and Maritime Boundary Between Cameroon and Nigeria Case*의 경우, 본안에 대한 관할권 성립여부와 소송의 일응 재판적격성을 판단하였다.⁶¹⁾ 그러나 잠정조치 단계에서 재판소가 행한 판단은 잠정조치 종료 이후 이루어진 관할권, 재판적격성 및 본안에 대한 심리에 영향을 주지 않아야 한다. 이와 관련하여 *Obligation to Prosecute or Extradite Case*에서 “이 사건에서 이루어진 결정은 사건의 본안 또는 청구의 수리가능성 또는 본안 자체에 관한 문제를 결정하는 재판소의 관할권에 영향을 미치지 않아야 한다”고⁶²⁾ 판시하였다.

그러나 앞에서 언급된 ‘일응관할권’이 성립하기 위해서는 보호가 요청된 권리의 내용이 본안에서 주장된 권리와 관련되어야 하고 만일 관련되지 않는다면 잠정조치

60) 위의 논문, 150쪽.

61) *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*, para. 33.

62) *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Provision Measure, Order of May 2009, ICJ, para. 74.

를 지시할 수 없어야 한다. 잠정조치에서 보호하려는 권리가 본안과 관련성이 없다면, 잠정조치의 지시가 본안 판결 이전에 소송 중 위법행위로 인하여 침해되는 권리를 보호하지 않게 되고, 이는 잠정조치의 목적이 충족되지 않은 것이 된다.

이에 대한 논의는 국제사법재판소 이전인 상설국제사법재판소에서부터 제기되었다. *South-Eastern Territory of Greenland Case*는 노르웨이가 동부 그린란드에게 ‘자국에 대한 영토적 권리 선언의 유효성’을 본안으로 청구하였고, 동부 그린란드 내 노르웨이인에 대한 덴마크의 폭력행사를 사전에 방지해 줄 것을 잠정조치로 신청한 사건이다.⁶³⁾ 이에 대하여 상설국제사법재판소는 폭력행사를 방지하기 위한 잠정조치가 지시되는 것은 본안에서 보호하고자 하는 권리인, 동부 그린란드에 대한 노르웨이의 영유권과 아무런 관련이 없다고 보아 잠정조치를 기각하였다.⁶⁴⁾ 재판소의 이러한 조치를 해석해보면, 폭력행사를 방지하는 것이 노르웨이의 영유권에 어떠한 영향도 주지 못한다고 판단하였기 때문이다. 그러나 이 사건에서는 국제사법재판소의 본안 청구와 잠정조치 신청 사이의 관련성에 대한 심사가 아닌 관련성에 대하여 단지 인식한 것으로만 해석된다.

*Iran Hostage Case*는 이란 학생들이 탈취한 테헤란의 미국 외교 공관을 중심으로, 외교관과 영사관 직원을 인질로 잡은 것에 대하여, 공관이 미국에게 돌아갈 것과 인질을 풀어줄 것을 미국이 상설국제사법재판소에 신청한 사건이다.⁶⁵⁾ 사건이 회부될 당시에 이미 이란에 의하여 미국의 권리가 침해되었으며, 국제사법재판소는 인질로 잡힌 외교관과 영사관 직원들의 고통과 생명에 대한 위험은 회복할 수 없는 손해라고 판단하여 잠정조치를 명령하였다.⁶⁶⁾ 그러나 국제사법재판소가 본안에서 보호되어야 할 권리인 외교공관의 불가침성과 잠정조치 사이에 어떠한 관련성이 있는지 여부에 대해서는 언급하지 않았다.

국제사법재판소가 이러한 본안 청구와 잠정조치 신청 간의 관련성에 대하여 인식하기 시작한 것은 *Pulp Mills Case* 이후이다. 이 사건은 특이하게 피청구국인 우루

63) 최지현, 앞의 논문, 156쪽.

64) Legal Status of the South-Eastern Territory of Greenland, Order of 3 August 1932 (Request for the Indication of Interim Measures of Protection), A/B 42, p. 278.

65) Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran), Provisional Measures, Order of 15 December 1979, ICJ, para. 37.

66) Ibid, paras. 43-44.

과이가 잠정조치를 신청한 사건으로, 이 사건의 재판소는 본안에 청구된 권리와 잠정조치의 신청 사이에 일종의 관련성이 있어야 한다고 보았다.⁶⁷⁾

*Request for Interpretation of the Judgement of Avena Case*는 멕시코가 *Avena Case*의 해석을 요청한 사건으로 사형집행 날짜가 확정된 멕시코 국민의 사형집행을 정지해 줄 것을 잠정조치로 신청한 사건이다.⁶⁸⁾ 멕시코는 멕시코 국민에 대한 사형집행을 정지하는 잠정조치가 본안 청구 대상인 권리를 보호할 수 있으며 서로 관련성이 있다고 주장하였다. 재판소는 미국에게 자국이 선택한 수단으로 형사판결을 재검토할 의무가 있으며, 이 의무와 멕시코 국민의 권리에 관한 의미 및 범위를 해석하는 것이 *Request for Interpretation of the Judgement of Avena Case*의 심판대상이라 보았다.⁶⁹⁾ 따라서 *Avena Case*의 해석을 신청한 본안과 잠정조치 사이에 관련성이 존재한다고 보았다.⁷⁰⁾

잠정조치는 본안에 청구된 권리를 보호하기 위한 부수적인 소송절차이므로, 본안 청구 이전에 재판소의 잠정조치 지시는 중요할 것이다. 그러나 잠정조치가 본안과 동일한 내용을 신청하는 경우 자칫 본안 판결이 무의미해질 수 있고, 이는 중간 판결이라는 용어로 배척되어진다. 그러나 *Iran Hostage Case*, *Genocide Case*의 경우 잠정조치와 본안 청구가 동일하다는 이유로 잠정조치를 기각하지 않았다. 중간 판결은 밖으로 들어나는 본안 청구와 잠정조치 신청 사이가 아닌 ‘권리 보호’ 또는 ‘원상회복’으로 판단되어야 하고, 이러한 경우 본안의 청구와 동일한 내용의 잠정조치도 신청될 수 있다. 이는 피청구국이 청구국의 원상회복을 불법적으로 바꾸는 경우 청구국이 최종판결 전까지 침해된 원상을 회복하기 위한 임시적인 구제로 잠정조치를 요구할 수 있기 때문이다. 본안에서 청구된 권리와 잠정조치 신청 간에는 관련성이 존재해야 하며, 이는 국제사법재판소의 *Pulp Mills Case*에서부터 시작되었다. 관련성이 없는 잠정조치의 경우 본안에서 청구된 권리를 보호하는 것이 잠정

67) *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)* Order of 23 January 2007, ICJ, paras. 28-29.

68) *Request for Interpretation of the Judgement of 31 March 2004 in the Case concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Provisional Measures, Order of 16 July 2008, ICJ, paras. 14-15, 23.

69) *Ibid.*, para. 63.

70) *Ibid.*, paras. 63-64.

조치의 목적으로 나타나지 않으므로 이러한 잠정조치의 신청은 기각되어야 한다.

(2) 본안에서 승소가능성

국제사법재판소 사건 중 본안에서 승소할 가능성에 대하여 다른 사건으로는 *Great Belt Case*가 있다. *Great Belt Case*에서 피청구국인 덴마크는 본안에서 승소할 가능성을 핀란드가 증명해야 한다고 주장하였다. 이에 대하여 재판소는 잠정조치 단계에서 최종 결정에 영향을 주는 잠정조치가 명령될 수 없을 뿐만 아니라, 덴마크의 다리 건설로 핀란드의 자유로운 통행권이 침해될 소지가 있다는 것은 근거 없는 주장이라고 보았다.⁷¹⁾ 재판소는 명령에서 이 부분에 대하여 언급하지 않았으나, Shahabuddeen 재판관은 자신의 개별의견에서 본안의 승소가능성을 잠정조치의 요건이라고 주장하였다. Shahabuddeen 재판관은 잠정조치란 일방당사국에게 일시적인 제한을 가하여 타방당사국에게 부담을 줄 수 있는 위험요소가 있으므로 청구국이 본안에 관하여 어느 정도의 가능성을 제시하는 경우에만 잠정조치를 지시할 수 있다고 주장하였다. 또한 그는 본안에 대한 일응의 판단, 중요한 사항에 대한 판단 또는 본안에 청구된 권리에 대한 위협의 존재 여부도 잠정조치의 단계에서 심사할 수 있다고 주장하였다.⁷²⁾ 그러나 국제재판소의 어떠한 판례도 공식적으로 본안의 승소가능성을 잠정조치의 단계에서 다루고 있지 않다.

나. 분쟁의 악화를 방지하기 위한 조치

*Electricity Company Case*⁷³⁾, *Nuclear Tests Cases*⁷⁴⁾ 및 *Nicaragua Case(Provisional Measures)*에서, 상설국제사법재판소와 국제사법재판소는 분쟁을 악화 또는 확대하거나 최종 결정에서 권리를 침해하는 특정행동을 삼가는 것을 명

71) *Passage through the Great Belt (Finland v. Denmark)*, Provisional Measures, Order of 29 July 1991, ICJ, para. 21.

72) *Passage through the Great Belt (Finland v. Denmark)*, Provisional Measures, Separate Opinion of Judge Shahabuddeen of 29 July 1991, ICJ, pp. 28-36.

73) *Electricity Company of Sofia and Bulgaria Order of 5 December 1939 (Request for the Indication of Interim Measures of Protection)*, A/B 79.

74) *Nuclear Tests (Australia v. France)*; *Nuclear Tests (New Zealand v. France)*.

령할 뿐만 아니라 당사국에게 능동적인 행동을 요구하였다. 그리고 *Anglo-Iranian Oil Company Case*에서 국제사법재판소는 감독 위원회로 알려진 이란 정부와 영국 정부 이사회가 만든 협정에 의해 수립되어진 위원회가 상세한 구성요소와 의무를 준비하여야 한다고 명령했다.⁷⁵⁾ 또한, *Fisheries Jurisdiction Cases*에서 재판소는 영국에 등록된 선박이 일 년에 물고기를 170,000미터톤을 초과하여 어획하지 않을 것을 영국이 보장해야 하고, 영국에게 아이슬란드 정부와 재판소에 모든 관련 정보를 제공하도록 명령을 내려, 해당 지역에서의 어획량을 통제하는 규제를 합의하도록 하였다.⁷⁶⁾ 이 사건들에서의 명령은 최종 결정이 내려지기 전까지, 당사국 사이의 분쟁이 악화하거나 확장하는 것을 막기 위하여 내려진 잠정조치이다.

3. 일반국제법상 잠정조치의 요건

일반국제법상의 규정 및 규칙을 살펴보면, 잠정조치의 요건에 대하여 제시하고 있지 않다. 다만 국제사법재판소규정 제41조의 경우 “circumstance”라는 표현을 사용하여 포괄적인 요건만을 제시하고 있을 뿐이다. 국제재판소는 잠정조치를 명령하는 과정 속에서 포괄적인 요건을 세분화하여 잠정조치의 요건들을 형성하였다. *Chorzów Factory Case*⁷⁷⁾에서, 잠정조치의 결과가 사건의 본안을 침해할 수 있는 경우, *Polish Agrarian Reform Case*⁷⁸⁾에서, 잠정조치의 청구로 신청된 보호가 본안에서 보호되는 권리를 위태롭게 하는 경우, *Pakistani Prisoners of War Case*⁷⁹⁾에서, 잠정조치가 더 이상 긴급하게 요구되지 않는 경우, *Interhandel Case*⁸⁰⁾ 및

75) *Anglo-Iranian Oil Co. Case*, Order of July 5th, 1951, ICJ, p. 9.

76) *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Iceland)*, Interim Protection, Order of 17 August 1972, ICJ, p. 9.

77) *Factory at Chorzów*, Order of 21 November 1927 (Measure of Interim Protection) (Germany v. Poland), A 12, para. 10.

78) *Polish Agrarian Reform and German Minority*, Order of 29 July 1933 (Application for the Indication of Interim Measures of Protection) A/B, No. 58, para. 43.

79) *Trial of Pakistani Prisoners of War*, Interim Protection, Order of 13 July 1973, ICJ, para. 14.

80) *Interhandel Case (interim measures of protection)*, Order of October 24th, 1957, ICJ, p. 9.

*Prince von Pless Cases*⁸¹⁾에서, 향후 행동이 피청구국의 선언으로 인해 더 이상 필요하지 않은 경우에 잠정조치의 지시를 기각했다. 즉, 재판소는 회복할 수 없는 손해의 위험이 없거나, 긴급성이 없어 어느 당사국도 침해받지 않은 경우 잠정조치의 지시를 기각할 수 있다.⁸²⁾ 이러한 판례들이 형성한 요건으로는 ‘회복할 수 없는 손해’와 ‘긴급성’이 있다. 아래에서는 이 두 가지의 요건에 대하여 판례를 통하여 자세히 살펴보도록 한다.

가. 회복할 수 없는 손해

회복할 수 없는 손해란 소송의 대상이 되는 권리에 대하여 장래의 손해가 발생할 위험성이 있다는 의미로 미래에 대한 예견적 판단을 염두에 둔 요건이다. 그러나 손해가 이미 발생한 상황일 경우도 있으므로, 반드시 미래 손해에 대한 위험성만을 뜻하지는 않는다.⁸³⁾ 여기서 ‘회복할 수 없다’란 초기에는 차후의 손해배상으로 전보가 이루어지지 않는 손해로 법률적인 의미로만 이해되었다. 그러나 현재는 개념이 확장되어 법률적인 의미뿐만 아니라, 사실상 회복할 수 없는 것도 포함하고 있다. 그리고 이 회복할 수 없는 손해의 위험이 있는 경우란 위험의 존재로 본안의 대상이 되는 권리에 회복할 수 없는 손해가 미래에 발생할 수 있는 경우를 의미한다. 이 미래의 손해발생은 개연성만으로도 충분하며, 이미 손해가 발생한 경우에도 적용될 수 있다.

회복할 수 없는 손해라는 잠정조치의 요건은 상설국제사법재판소 때부터 인식되어 온 요건으로, 잠정조치를 명령할 수 있다는 관할권이 성립되고 나면, 가장 먼저 심사하게 된다. 앞에서 살펴보았듯이, 잠정조치의 목적은 소송 중 위법행위로 인하여 침해된 권리를 보호하는 것이므로, 잠정조치를 통하여 이 권리에 회복할 수 없는 손해가 발생하는 것을 방지하여야 한다.

잠정조치의 요건인 회복할 수 없는 손해에 대하여 언급하는 대표적인 국제 판례

81) *Prince von Pless Administration, Order of 11 May 1933 (Application for the Indication of Interim Measures of Protection)*, A/B 54, para. 14.

82) Chittharanjan F. Amerasinghe, op. cit., p. 370.

83) 최지현, 앞의 논문, 126쪽.

는 국제사법재판소의 *Aegean Sea Continental Shelf Case*이다. 당사국인 그리스는 분쟁 당사국 일방의 동의가 없다면 해당 대륙붕에서 탐사행위나 또는 과학 조사 행위를 삼가야 한다는 내용의 잠정조치를 신청하였다.⁸⁴⁾ 이에 대하여 국제사법재판소는 해당 대륙붕에서 그리스가 주장하는 터키의 천연자원에 대한 정보를 수집하는 권리에 대한 침해는 합리적 방법에 의하여 보전이 가능하다고 평가하여, 회복할 수 없는 손해가 존재하지 않는다고 보고, 그리스의 잠정조치 신청을 기각하였다.⁸⁵⁾ 이 사건은 회복할 수 없는 손해의 요건이 충족되지 않았다는 이유로 기각된 첫 번째 사건으로 회복할 수 없는 손해가 존재하지 않는다면 잠정조치가 기각될 수 있다는 것을 보여주는 사건이다.

회복할 수 없는 손해는 *Aegean Sea Continental Shelf Case*를 다룬 국제사법재판소 이전 상설국제사법재판소에서도 잠정조치의 요건으로 다루어졌다. *Denunciation of the Treaty Case*에서 irreparable(회복할 수 없는)이라는 용어를 사용하지는 않았으나 금전배상으로 전보가 불가능한 손해가 있는 경우를 잠정조치의 요건으로 보았다.⁸⁶⁾ 회복할 수 없는 손해라는 단어는 상설국제사법재판소의 *South-Eastern Territory of Greenland Case*에서 처음 사용되었다. 상설국제사법재판소는 *South-Eastern Territory of Greenland Case*에서 잠정조치는 최종판결이 내려질 때까지 각 당사국의 권리를 보호하는 것이며 당사국의 권리에 대한 손해가 회복할 수 없는 경우에 지시될 수 있다고 보았다.⁸⁷⁾

국제사법재판소에서는 *Fisheries Jurisdiction Cases*에서 처음으로 ‘회복할 수 없는’이라는 용어를 직접적으로 사용하였으며, 회복할 수 없는 손해를 잠정조치의 요건으로 여긴 것으로 보인다. 이 사건에서 국제사법재판소는 회복할 수 없는 손해에 대하여 다음과 같이 판시하였다.

84) *Aegean Sea Continental Shelf, Interim Protection, Order of 11 September 1976*, ICJ, para. 2.

85) *Ibid.*, paras. 32-33.

86) *Denunciation of the Treaty of 2 November 1865 between China and Belgium, Order of 8 January 1927(Measures of Protection)*, A 8, p. 7.

87) *Legal Status of the South-Eastern Territory of Greenland*, p. 284.

국제사법재판소규정 제41조에 규정된 잠정조치를 명령하는 재판소의 권리는 재판소의 판결이 있을 때까지 당사국 각각의 권리를 보전하는 것을 목적으로 하며, 회복할 수 없는 손해가 분쟁의 대상인 권리에 발생해서는 안 된다.⁸⁸⁾

이 회복할 수 없는 손해는 *Nuclear Tests Case*⁸⁹⁾, *Iran Hostage Case*⁹⁰⁾, *Great Belt Case*⁹¹⁾, *Genocide Case(Provisional Measures)*⁹²⁾, *Land and Maritime Boundary Between Cameroon and Nigeria Case*⁹³⁾, *LaGrand Case*⁹⁴⁾, *Certain Criminal Proceedings Case*⁹⁵⁾에서도 언급되었다. 이렇게 회복할 수 없는 손해는 상설국제사법재판소 때부터 그 존재가 판례에서 나타났으며, 국제재판소의 판례를 통하여 잠정조치의 요건으로 확립되었다.

나. 긴급성

긴급성은 회복할 수 없는 손해와 함께 잠정조치에서 중요한 요건이다. 이 긴급성은 회복할 수 없는 손해의 위험이 ‘긴급한’ 경우에 잠정조치를 지시할 수 있다는 것을 의미한다. 따라서 긴급성은 회복할 수 없는 손해와 긴밀한 관계가 있다. 회복할 수 없는 손해의 위험이 있다고 하더라도 그 발생이 요원하여 긴급한 상황이 아니라면 잠정조치를 지시할 수 없다. 그리고 긴급성은 잠정조치 지시가 신청된 사건 절차가 현재 어떠한 상황에 있는지와 재판소가 사건의 주요한 부분을 판단하기까지 얼마동안의 시간이 걸리는 지와도 관련이 있다. 이를 살펴보기 위해, 명령된 잠정 조치들을 살펴보도록 한다.

88) Fisheries Jurisdiction Cases (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Iceland), para. 21.

89) Nuclear Tests Case (Australia v. France), para. 20; Nuclear Tests Case (New Zealand v. France), para. 22.

90) Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, para. 26.

91) Passage through the Great Belt, para. 16.

92) Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, Order of 8 April 1993, ICJ, para. 34.

93) Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria para. 35.

94) LaGrand (Germany v. United States of America), para. 22.

95) Certain Criminal Proceedings in France (Republic of the Congo v. France), Provisional Measure, Order of 17 June 2003, ICJ, para. 22.

잠정조치의 요건으로서의 긴급성은 *Great Belt Case*에서 언급되었다.

국제사법재판소규정 제41조에 따른 잠정조치는 사건의 본안에 대한 재판소의 최종 판결을 기다리는 동안 지시되는 것으로 일방 당사국의 권리를 침해할 수 있는 행동이 취해진다는 의미에서 긴급한 경우에만 정당화될 수 있다.⁹⁶⁾

Great Belt Case 이후 국제재판소들은 긴급성을 잠정조치의 요건으로 받아들이기 시작했으며, 긴급성을 회복할 수 없는 손해와 함께 파악하기 시작하였다. *Great Belt Case*에서도 국제사법재판소는 사건에서의 시추선과 석유굴착 장치가 본안 판결이 내려진 시점까지는 카테캣 해협을 통과하는데 있어서 물리적으로 어떠한 방해도 받은 것이 없기 때문에 회복할 수 없는 손해의 위험이 발생할 긴급성이 없다고 보아 핀란드가 신청한 잠정조치를 기각하였다.⁹⁷⁾

*Land and Maritime Boundary Between Cameroon and Nigeria Case*에서도 회복할 수 없는 손해와 긴급성의 요건을 함께 살펴보았다.

잠정조치를 지시하는 권한은 재판소의 판결이 있을 때까지 당사국 각각의 권리를 보존하는 것을 목적으로 하며, 회복할 수 없는 손해는 사법적 절차에서 분쟁의 대상이 되는 권리에 야기되지 아니한다는 것을 전제로 한다. 재판소는 조치를 통하여 청구국 또는 피청구국 중 어느 한쪽에 속하는 재판소에 의해 판결될 수 있는 권리를 보존하여야 한다. 그러한 조치는 긴급한 경우에만 정당화될 수 있다.

이 사건 이후에도 *LaGrand Case*⁹⁸⁾, *Certain Criminal Proceedings Case*⁹⁹⁾에서 위의 판시가 반복되어, 회복할 수 없는 손해를 방지할 긴급한 상황이 있어야 잠정 조치를 명령할 수 있다고 강조하였다. 판례를 통하여 알 수 있듯이, 회복할 수 없

96) *Passage through the Great Belt*, para. 23.

97) 최지현, 앞의 논문, 142쪽.

98) *LaGrand (Germany v. United States of America)*, para. 22.

99) *Certain Criminal Proceedings in France (Republic of the Congo v. France)*, para. 22.

는 손해와 긴급성을 국제재판소들이 함께 살펴보고 있다. 이를 통하여 회복할 수 없는 손해와 긴급성의 요건이 본질적으로 관련되어 있다는 것을 부인할 수는 없으나, 재판소는 잠정조치의 요건을 판단할 때 회복할 수 없는 손해와 긴급성이 서로 다른 요건이라는 것을 분명히 해야 할 것이다.

4. 일반국제법상 잠정조치의 내용 및 효력

국제사법재판소규정 제41조는 당사국의 권리를 보호하기 위해 취해져야 하는 잠정조치를 지시할 권한을 재판소에 부여한다. 이는 필요하다고 생각되는 임시 조치, 취해져야 하는 잠정조치 또는 재판소가 적절하다고 고려한 잠정조치의 명령 등으로 다양하게 표현되고 있다. 일반적으로, 국제재판소는 잠정조치의 결정에 있어서 최소한의 제한만을 가지는 것이 바람직하며, 절차상에서 보호되어야 할 필요가 있는 실질적 또는 절차적인 권리가 많다는 것을 감안할 때, 최대한 많은 유연성을 가질 필요가 있다.

따라서 국제재판소는 분쟁이 해결될 때까지 당사국의 실질적인 권리를 보호할 수 있는 결정을 넓게 내리고는 한다. 따라서 재판소는 당사국이 분쟁의 주된 사안과 관련된 특정한 일을 하거나 하지 않도록 요구하는 지침을 내리며, 이전 판례들을 살펴보면 다음과 같다.

- 국유화 대상 기업을 위한 상세한 경영 방안을 마련¹⁰⁰⁾
- 핵실험 중단¹⁰¹⁾
- 대량 학살 행위 방지¹⁰²⁾
- 지정된 지역에서 휴전 관찰 또는 무력 제거¹⁰³⁾

100) Anglo-Iranian Oil Co. Case, pp. 93-94.

101) Nuclear Tests (Australia v. France), p. 106.

102) Genocide Case(Provisional Measures), pp. 24-25.

103) Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria, para. 49.

- 남방참다랑어의 연간 어획량이 일정량을 초과하지 않는 것을 보장¹⁰⁴⁾
- 분쟁 금액에 대하여 조건부 계좌를 설립, 분쟁된 자산을 격리하거나, 채권 지불을 요구¹⁰⁵⁾
- 당사국들이 독립적인 전문가 그룹을 수립하고 환경 피해의 가능성을 평가하기 위한 정보를 교환하도록 요구¹⁰⁶⁾
- 당사국들에게 명령된 잠정조치에 대한 준수 여부를 보고¹⁰⁷⁾
- 당사국들에게 분쟁을 악화 또는 일으키거나 분쟁을 해결하기 어려워지는 행위를 피할 것을 요구¹⁰⁸⁾

잠정조치를 명령함으로써 국제재판소는 한 당사국의 이익을 암묵적으로 다른 당사국의 이익보다 증가시키게 된다. 따라서 그러한 조치로 부담을 지는 당사국이 불합리하지 않게 균형을 잘 맞추어야 한다. 다시 말해, 권리가 보호된다는 것이 입증된다면, 잠정조치는 피청구국에게 불필요한 부담이 되지 않는 방식으로 그 목적을 충족시켜야 한다. 그리고 이는 국제법상 국가의 주권에 있어서 중요한 문제이다. 따라서 *Paushok v Mongolia Case*의 재판소는 잠정조치를 비례성에 맞게 판정해야 한다고 보았으며, 이에 따라 재판소는 당사국에 대한 잠정조치의 부과로 인한 불이익이 발생하는 경우 다시 평가해야 한다고 보았다.¹⁰⁹⁾ 이에 *Saipem v Bangladesh Case*의 재판소는 다음과 같이 언급했다.

국가와 타방국가국민 간의 투자분쟁의 해결에 관한 협약 제47조에 따르면, 재판

104) The Southern Bluefin Tuna (No.3&4) Cases (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan), Provisional Measures, Order of 27 August 1999, ITLOS, para. 90.

105) The ARCTIC SUNRISE (No.22) Case (Kingdom of the Netherlands v. Russian Federation), Provisional Measures, Order of 22 November 2013, ITLOS, para. 93.

106) The MOX Plant (No.10) Case (Ireland v. United Kingdom), Provisional Measures, Order of 3 December 2001, ITLOS, para. 89.

107) Rules of International Tribunal for the Law of the Sea, Article 95.

108) Cameron A. Miles, op. cit., pp. 300-301.

109) Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v Government of Mongolia, Interim Measures, Order of 2 September 2008, UNCITRAL, para. 79.

소는 잠정조치에 대한 결정에 넓은 권한을 가지지만, 사건의 모든 상황을 고려하여 잠정조치를 쉽게 권고하지 않으며 당사국 사이의 이해관계를 고려해야 한다.¹¹⁰⁾

국제법에서 비례성은 국내법과는 다르다는 점에 주목해야 한다. 많은 국내법의 체계에서, 비례성을 평가할 때 핵심 문제는 편의의 균형이다. 청구인이 권리를 손상시키거나 피청구인이 분쟁이 해결될 때까지 해당 권리를 유지하는 비용을 부담하는 것 중 어느 것이 더 부담스러운지를 검토한다. 이 검토는 국제법에서도 동일하지만, 국제법에서는 잠정조치의 예외적인 특징과 그것을 획득하는 것이 어렵다는 점을 고려해야 한다. 그러므로 청구인이 잠정조치를 신청한 경우, 신청된 잠정조치가 손해, 긴급성 등의 요건을 충족시켰을지라도, 일부의 잠정조치만이 명령될 수 있다. 이는 재판소가 잠정조치의 필요성뿐만 아니라 피청구국의 활동에 최소한의 간섭으로 권리를 보호하여 잠정조치의 균형에도 집중하는 것이다.¹¹¹⁾

국제재판소의 규정 및 규칙에서는 잠정조치의 법적 효력에 대하여 언급하지 않는다. 그러나 국제사법재판소는 *LaGrand Case(Provisional Measures)*¹¹²⁾에서, 잠정조치는 다른 결정과 같이 법적 구속력을 가지고, 그들은 단지 권고적이지만은 아니고 국제사법재판소규정 제41조를 해석하였다.¹¹³⁾

따라서 국제사법재판소규정 제41조에 따른, 잠정조치 명령은 구속력이 있지만 재판소는 권고적인 성격을 가진 비구속적인 결정에 대한 가능성을 여전히 남겨 두고 있다. 그러나 재판소는 이를 거의 행하지 않고 대부분의 잠정조치가 구속력을 가지도록 의도한다. 이러한 구속력 있는 잠정조치가 참여만을 한 국가는 제외하고 당사

110) Saipem SpA v People's Republic of Bangladesh. Provisional Measures, Order of 21 March 2007, ICSID, para. 175.

111) Cameron A. Miles, op. cit., pp. 304-305.

112) 이 사건에서 청구인인 독일은 잠정조치의 구속력이 있다고 주장하고 피청구인인 미국은 잠정조치의 구속력이 없다고 주장하였으며 이에 대하여 국제사법재판소가 해답을 부여할 수밖에 없었다. 이에 국제사법재판소는 국제사법재판소규정 제41조도 1969년 조약법에 관한 비엔나협약 제31조 제1항에 의거하여 해석되어야 한다고 보았다. 따라서 국제사법재판소규정 제41조 하의 결정, 즉 잠정조치는 “구속력이 있어야 하므로”(should be binding), “법적 구속력이 있다”(have binding effect)고 결론지었다. 김대순, 「국제법론」, 제18판, 삼영사, 2015, 1563-1564쪽.

113) 김석현, 「국제법정의 결정의 이행 및 이행강제」, 한국해양수산개발원, 2008, 84쪽.

자인 국가에게만 효력을 가진다.¹¹⁴⁾

책임을 추궁하는 국제위법행위에 대한 국가책임초안¹¹⁵⁾에서는 손해배상(reparation)을 인정하고 있다. 국가책임법상 손해배상의 종류에는 원상회복(restitution)과 금전배상(compensation), 만족(satisfaction)이 있다.¹¹⁶⁾ 이들을 잠정조치 위반의 경우에 대입시켜보면 다음과 같은 결론을 얻을 수 있다. 원상회복의 경우 잠정조치에서 의미가 없는 구제 수단이 될 것으로 보인다. 대개 잠정조치 불이행에 대한 국가책임은 본안 청구에서 같이 다루어져서 본안에서 판결될 수 있다. 그러므로 잠정조치 위반에 대하여 원상회복을 명하는 것은 무의미하다. 금전배상의 경우, 본안 판결의 손해배상과는 별개로 잠정조치 위반만을 이유로 한 손해배상이 가능할 수 있다. 그러나 손해에 대한 전보가 본안 판결을 통해서 확보되었을 경우에는 전보의 대상이 사라지는 문제점이 있다. 또한 본안에서 패소하였을 경우 잠정조치 위반을 이유로 한 손해를 금전적으로 산출하는 것이 불가능하다는 문제점도 있다. 따라서 만족¹¹⁷⁾이 가장 유용한 손해배상이 될 것으로 보인다. 만족이란 원상회복 또는 금전배상에 의하여 전보될 수 없는 손해를 배상하기 위한 방법이다. 그 중에서도 손해를 금전적으로 산출하는 것이 어렵고 잠정조치 불이행으로 인한 정신적 손해를 예상할 수 있으므로 상징적인 손해배상 또는 금전적 만족이 유용할 것이다.¹¹⁸⁾

국제 분쟁에서 구속력 있는 결정을 행하는 사법적 해결은 상설재판소인 국제사법재판소뿐만 아니라 중재를 포함한 모든 국제재판소에 속한다. 국제사법재판소규정 제41조의 경우 잠정조치의 일반적인 목적은 재판소가 기능을 수행함에 있어 방해받지 않고 특히 재판 이전에 분쟁당사국 각각의 권리를 보존하는 것이다. 따라서 잠정조치를 명령할 수 있는 권한이 요구되는 경우, 대상과 목적은 재판소의 최종 판결에 따라 결정되는 당사국의 권리를 보호하고 침해를 막는 것이고, 그러한 조치는 구속력을 가질 것이다.

114) 박현석, “필수적 당사자의 소송참가”, 『국제법학회논문집』, 제47권 제3호, 2002, 151-153쪽.

115) The Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts.

116) 김석현, 『국제법상 국가책임』, 삼영사, 2007, 346쪽.

117) 위의 책, 428-431쪽.

118) 최지현, 앞의 논문, 244쪽.

제3절 소결

이 장에서는 일반국제법상 잠정조치의 형성과정과 일반국제법상 잠정조치가 명령되기 위하여 필요한 사항들에 대하여 살펴보았다.

일반국제법상 잠정조치의 관할권은 *Nuclear Tests Cases*에서 형성되었다. 이 ‘일응 관할권’이란 잠정조치 재판에서 본안의 관할권을 심리한 결과 재판소의 관할권이 성립할 수도 있다는 일응의 여지를 제공할 수 있는 정도가 되었을 경우 잠정조치 사건의 관할권이 성립하는 것이다. 이 관할권은 국제재판소들이 내린 잠정조치를 통하여 판례법으로 자리매김하였다.

잠정조치의 일응관할권이 성립된다면, 다음으로 살펴보아야 하는 것은 신청된 잠정조치가 소송 중인 권리를 보호하기 위한 조치이거나 분쟁의 악화를 방지하기 위한 조치인가이다. 소송 중인 권리를 보호하기 위한 조치의 경우 일응관할권에서도 중요하게 살펴보는 요구된 조치와 본안 사이의 관련성을 따져보아야 한다. 이 관련성은 *Pulp Mills Case*에서 시작되었으며, 잠정조치와 본안 사이의 관련성이 존재하지 않는다면 이 잠정조치는 기각되어야 한다. 본안에서 승소할 가능성을 *Great Belt Case*에서 Shahabuddeen 재판관이 자신의 개별의견에서 주장하고 있으나, 아직까지 국제재판소의 판례에서 이를 공식적으로 다루지는 않고 있다. 분쟁의 악화를 방지하기 위한 조치의 경우, 당사국 사이의 분쟁이 악화하거나 확장하는 것을 막기 위하여 재판소가 잠정조치를 내리는 것이다.

잠정조치의 요건은 회복할 수 없는 손해와 긴급성이다. 회복할 수 없는 손해의 경우 일반국제법상 잠정조치의 규정이나 규칙에서 명시되어 있지 않지만 잠정조치의 목적이 재판에서 보호되어지는 권리를 최종 결정까지 회복할 수 없는 손해로부터 보호하는 것이므로 당연히 잠정조치의 요건으로 인정될 수 있다. 회복할 수 없는 손해를 방지하기 위하여 잠정조치를 지시할 수 있다는 점은 국제재판소의 판례를 통하여 확립되었지만 회복할 수 없는 손해가 무엇인가에 대해서는 여전히 의문이 남아 있다.

잠정조치의 요건으로서 긴급성의 경우 회복할 수 없는 손해와 더불어 판단하는

양상을 띠고 있다. 개념상으로는 분명히 구분되지만 실제 사실관계를 다루는데 있어서 회복할 수 없는 손해와 긴급성은 밀접하게 연결되어 있는 경우가 많기 때문에 보인다. 그러나 *Great Belt Case*와 같이 회복할 수 없는 손해는 인정되었으나 긴급성이 인정되지 않아 잠정조치가 지시되지 못한 경우도 있으므로, 서로를 구분하여 살펴볼 필요가 있다.

이 청구된 잠정조치의 내용은 비례성을 충족해야 한다. 이 비례성은 청구국이 보호받기 위해 청구한 권리와 이 권리의 보호로 인하여 피청구국이 입게 되는 피해 간의 비례성을 의미한다. 위에서 언급된 잠정조치의 관할권, 목적, 요건 등이 충족되어진다면 재판소는 신청된 잠정조치를 지시할 수 있고, 이는 다른 판결과 마찬가지로 구속력을 가질 수 있다. 이러한 구속력 있는 잠정조치를 위반하는 경우 책임을 추궁하는 국제위법행위에 대한 국가책임초안에 따라 손해배상이 인정되며, 잠정조치의 경우 만족의 형태가 가장 유용할 것으로 보인다.



제3장 유엔해양법협약상 잠정조치제도에 대한 검토

제1절 유엔해양법협약분쟁해결제도에 잠정조치제도의 입법과정

1. 유엔해양법협약 제290조의 입법과정

해양법질서에서 새로운 분쟁해결제도의 필요성에 대한 논의는 제3차 해양법회의의 준비절차로서 진행된 해저평화이용위원회에서 시작되었다.¹¹⁹⁾ 그리고 잠정조치를 규정하고 있는 제290조는 비공식 총회(Informal Plenary)의 여러 회기에서 논의되었다. 이러한 논의의 결과로 상당 부분이 개정되었으며, 이 과정에서 잠정조치는 강한 반대 없이, 빠르게 받아들여졌으나, 이 조치의 합의에 이르기까지는 어려움이 있었다.¹²⁰⁾

논의 초기에 국제사법재판소는 상황이 매우 요구하는 경우, 당사국 각각의 권리를 보존하기 위하여 취해지는 잠정조치를 지시할 수 있는 권한을 가진다고 보았다. 그리고 국제사법재판소규칙은 당사국의 신청뿐만 아니라 재판소의 직권으로 가보전조치를 지시할 수 있도록 규정하고, 당사국에 의해 신청된 것 이외에 전체 또는 일부의 보전조치(measures of protection)를 지시하는 권한을 재판소가 가진다고 보았다. 그러나 재판소에 의해 지시된 잠정조치가 구속력을 가지는가에 대해서는 의구심을 가졌다.¹²¹⁾

이에 제네바에서 1975년 작업문서(working paper)를 준비했던 비공식 작업그룹은 국제사법재판소규정에 따른 잠정조치를 고려했다.

(a) "indicate"라는 단어는 잠정조치가 구속력이 있다는 의미를 완전히 전달하지

119) 이용희, 앞의 논문, 12쪽.

120) Mayon H. Nordquist, op. cit., p. 53.

121) Ibid.

않으므로, 이와 관련하여 분쟁이 있을 뿐만 아니라 지시된 조치를 국가가 준수하지 않을 수도 있다.

(b) 결과적으로 “prescribe”라는 단어를 사용하여, 명령된 조치가 분쟁당사국을 구속함을 명확히 규정한다.

(c) 국제사법재판소가 협약에 따라 관할권을 가지는 경우, 재판소에 의해 지시된 잠정조치는 분쟁당사국을 구속한다.

(d) 잠정조치는 재판소의 직권에 의해 명령될 수 없고, 분쟁당사국에게 진술 기회가 주어진 후에, 분쟁당사국의 신청만으로 재판소가 고려할 수 있다.

(e) 잠정조치는 당사국 각각의 권리를 보존할 뿐만 아니라 최종 판결을 기다리는 동안 당사국의 손해를 최소화해야 한다.

(f) 특별협정은 분쟁이 상설재판소뿐만 아니라 특별(ad hoc)재판소에 회부되는 경우 만들어질 수 있다.¹²²⁾

Amerasinghe 소장은 초안¹²³⁾에서 비공식 그룹의 접근법을 비난하면서도 제안의 대부분을 받아들였다.

(a) 잠정조치는 국제사법재판소 또는 국제해양법재판소, 다른 상설재판소에 의해 부여될 수 있다.

(b) 재판소 또는 국제사법재판소는 경우에 따라 잠정조치를 지시 또는 명령하는 권한을 가진다.

(c) 국제사법재판소에 의해 지시되거나 재판소에 의해 명령된 잠정조치는 분쟁당사국에게 구속력을 가진다.

(d) 명령된 조치는 해양환경에 심각한 손해를 방지하는 동안 분쟁당사국 각각의 권리를 보존한다.

122) Ibid., pp. 53-54.

123) A/CONF.62/WP.9 (Informal Single Negotiating Text, Part IV, 1975), article 12, V Off. Rec. 111(President).

(e) 분쟁이 협약에 따라 분쟁해결을 위한 절차에 회부되었지만 재판소가 아직 구성되지 않았거나 잠정조치를 명령할 권한을 가지지 않는 경우, 그리고 분쟁당사국이 잠정조치의 필요나 이 조치의 내용에 동의하지 않는 경우, 당사국은 다른 재판소로 이관할 수 있고 이에 따라 조치의 필요성을 재검토할 때까지 일시적인 조치(temporary measures)를 행하고 명령하도록 국제해양법재판소에 요구할 수 있다.¹²⁴⁾

1976년 및 1977년 비공식 총회에서 잠정조치에 관한 Amerasinghe 소장의 제안서는 아래와 같은 이유들로 인하여 비판되었다.

(a) 국제사법재판소는 잠정조치를 명령할 권한이 없고, 이 조치가 재판소에 의해 지시된 경우, 구속력이 없다고 본다. 이에 대하여, 국제분쟁의 평화적 해결을 위한 일반지침은 재판소가 채택되어진 잠정조치를 최단 시간 내에 제시해야 하고 분쟁당사국은 이 조치를 수락할 의무가 있다고 규정한다.¹²⁵⁾ 이에 대한 반대가 없는 한, 재판소는 유엔해양법협약에 의해 부여된 추가 권한을 행사하는 것을 거부할 가능성이 없다. 결정의 구속력과 관련된 한, 제290조에 따라 명령 또는 변경된 잠정조치는 분쟁당사국에 의해 신속하게 준수되어야 한다고 합의되어야 한다.

(b) 당사국의 신청은 재판 이전에 회부된 분쟁이 잠정조치를 명령할 권한을 요구한다는 규정과 관련하여 문제가 제기된다. 국제사법재판소규칙 제75조와 관련하여, 재판소는 특히 해양환경에 위협이 되는 경우, 직권으로 행할 수 있어야 한다고 제안했다. 유엔해양법협약이 국제사법재판소규정 및 규칙에 따라 행동을 취할 것을 배제할 수 없지만, 협약에 따라 설립된 다양한 재판소가 당사국이 명시적으로 요청하는 경우에만 잠정조치를 명령할 수 있도록 제한되어야 한다. Amerasinghe 소장은 이 제한이 이 조항에 따른 조치일 경우에만 적용한다는 것을 구체화된 문

124) Mayon H. Nordquist, *op. cit.*, p. 54.

125) General Act for the Pacific Settlement of International Disputes Article 33 paragraph 1
In all cases where a dispute forms the object of arbitration or judicial proceedings, and particularly if the question on which the parties differ arises out of acts already committed or on the point of being committed, the Permanent Court of International Justice, acting in accordance with Article 41 of its Statute, or the Arbitral Tribunal, shall lay down within the shortest possible time the provisional measures to be adopted. The parties to the dispute shall be bound to accept such measures.

서에서 명확히 하여 다른 합의에서 조치를 적용할 수 없다고 보았다.

(c) 잠정조치가 아직 존재하지 않는 다른 중재 또는 특별재판소에 회부된 분쟁에서 잠정조치가 필요한 경우 국제해양법재판소로 합의했다. 이에 대해서는 세 가지의 문제가 있다. 첫 번째는 공식의 불가변성과 연관되어, 국제해양법재판소이외에 다른 재판소를 사용하는 당사국에게는 허용되지 않는다. 이 경우의 문제는 "any court or tribunal agreed upon by the parties(당사국에 의해 합의된 재판소)"라는 지시를, 다음 문서의 규정에 삽입함으로써 쉽게 제거했고, 당사국이 2주 이내에 이 합의의 도달에 실패하는 경우, 관할권을 국제해양법재판소로 이전할 수 있게 하였다.

둘째, 국제해양법재판소가 불필요하게 간섭할 수 있음이 제기되었으며 다른 재판소보다 우월한 권한을 가진다고도 주장되었다. 이 재판소의 간섭을 제한하기 위하여, 상황의 긴급성이 매우 요구되는 경우에만 잠정조치를 명령할 수 있다고 규정했다. 이에 대하여 분쟁이 회부된 재판소가 분명하게 관할권이 없는 경우에만 국제해양법재판소가 행할 수 있다고 많은 대표단들이 주장했지만, 이에 대한 충분한 근거가 존재하지 않았다. 따라서 다른 규정에서 분쟁이 회부된 재판소가 일응 관할권을 가지는 경우에만 국제해양법재판소가 잠정조치를 명령할 수 있다고 추가했다.

세 번째 문제는 특별절차를 지지했던 국가에 의해 제기되었다. 그들은 상설재판소로서 잠정조치를 부과할 수 있는 국제해양법재판소가 처음으로 언급된다면, 직접 재판소를 선택할 수 있는 그들의 권리가 무의미해진다고 느꼈다. 이에 대하여, 당사국은 항상 다른 재판소에 동의할 수 있고, 국제해양법재판소의 이용은 당사국들이 그 문제를 다른 재판소에 회부할 수 없는 경우에 달려있다고 지적했다. 또한, 이는 재판소에 의해 제시된 조치의 영속성에 대한 두려움을 피하기 위하여 다음 초안에서 명확히 하였다. 사건이 회부된 재판소가 구성된 경우, 국제해양법재판소에 의해 제시된 잠정조치를 확인, 변경 또는 철회할 권한을 가진다.

(d) 국제사법재판소규정에 의해 제시된 조치는 당사국과 안전보장이사회에 즉시 통지되어야 하고 그에 따른 제네바 비공식 작업 그룹의 초안과 소장의 초안은 안전보장이사회의 모든 당사국에게 통지된다. 이와 같은 통지의 광범위한 분배에 반대가 있었고, 다음 초안에서 통지는 분쟁당사국과 재판소가 적절히 고려한 다른 당사국들로 제한되었다. 이후 이 요건은 잠정조치의 변경 또는 철회에도 적용되었

다.

(e) 잠정조치의 변경과 관련한 규정은 두 개의 추가 문제를 제기했다. 첫 번째는 재판소가 직권으로 변경 또는 철회할 가능성이 다시 제기되었다. 관련 규정은 Amersinghe 소장의 초안에 따른 잠정조치는 당사국에게 진술 기회가 주어진 후에 만 분쟁당사국의 신청으로 명령, 변경 또는 철회될 수 있다고 명확히 개정했다. 둘째, 대표단들은 이 같은 조치의 변경이 정당화되는 상황이라면, 잠정조치에서 요구되는 변경이 추가된다고 주장했다. 따라서 Amerasinghe 소장은 문서 제12조에서 새로운 항의 추가를 제안했다.

4. 잠정조치를 정당화하는 상황이 변화하거나 존재하지 않게 되면, 이 잠정조치는 분쟁이 회부된 재판소에 의해 변경 또는 철회될 수 있고, 이 재판소가 구성되지 않은 경우, 제3항에 따른 잠정조치를 명령한 재판소에 의해 변경 또는 철회될 수 있다.¹²⁶⁾

그러나 분쟁당사국의 신청을 요구했던, 동조 제2항의 규정에 반하여, 이 사건을 다루는 재판소가 직권으로 행동하는 것을 허용하는 것처럼 보이므로, 모호한 규정이라고 지적되었다. 결과적으로 비공식 통합 교섭 문서¹²⁷⁾에서 이 규정은 다음으로 간소화되었다.

4. 잠정조치가 타당한 상황이 변화하거나 존재하지 않게 되면, 이 조치는 변경 또는 철회될 수 있다.

모든 변화의 결과로서, 제290조는 한편으로는 잠정조치가 필요할 때 신속하게 이용될 수 있도록, 다른 한편으로는, 이 특별한 권한이 주의 깊게 행사되어야 하고 관련된 국가의 권리를 많이 침해하지 않는다는 것을 보장하는 복잡한 규정이 되었

126) A/CONF.62/WP.9/Rev.2 (Revised Single Negotiating Text, Part IV, 1976), article 12, VI Off. Rec. 144 (President).

127) Informal Composite Negotiating Text.

다. 또한 재판소가 구성되기 위한 시간이 요구되기 때문에 즉시 재판소에 분쟁이 회부될 수 없는 경우, 당사국은 이전에 존재하는 재판소가 이 조치를 명령하는 것과 관련하여 합의에 도달하는데 잠정조치의 신청이 있는 후로부터 2주의 기한을 준다. 그들이 2주 이내에 다른 재판소로 합의하지 않는다면, 분쟁당사국에 의해 신청되고 분쟁당사국에게 진술 기회가 주어진 이후인 경우, 국제해양법재판소 또는 해저분쟁재판부에게 잠정조치를 명령할 권한이 생긴다. 따라서 분쟁이 회부된 재판소가 당사국과 분쟁의 주된 사안에 관하여 일응관할권을 가지고, 상황의 긴급성이 잠정조치를 요구하고, 이 조치가 분쟁당사국 각각의 권리를 보존할 수 있거나, 해양환경에 심각한 손해를 막을 수 있는 경우에 재판소가 잠정조치를 명령할 수 있다.

분쟁이 잠정조치를 명령할 수 있는 특별한 관할권을 즉시 행사할 수 있는 재판소에 회부되었을 때 상황은 보다 간단해진다. 국제사법재판소와 국제해양법재판소 또는 사전에 구성된 재판부를 제외하고, 유럽경제공동체재판소와 같은 상설재판소의 경우 협약 제282조에 따라 그들 사이에 해양법 분쟁을 결정할 수 있음을 당사국이 사전에 합의해야 한다. 유엔해양법협약 제15부에 따라 관할권을 행사하는 경우, 이 재판소는 상황에서 적절히 고려된 잠정조치를 명령할 권한을 가질 수 있다. 그러나 제290조에 따라, 이 재판소는 잠정조치의 명령을 위하여 다음의 일반 조건을 준수해야 한다.

(a) 당사국에게 진술 기회가 주어진 후에 분쟁당사국의 신청으로 행해질 수 있다(제3항).

(b) 명령된 조치는 분쟁당사국 각각의 권리를 보존하거나 해양환경에 심각한 손해를 방지할 필요가 있다(제1항).

잠정조치는 최종 결정을 기다리는 동안 명령되고, 사건에서의 최종 결정 또는 판정이 그들의 운명을 결정한다. 이 결정 또는 판정은 그들을 종료시킬 수 있고, 특정 주기 또는 영구적으로 그들을 계속하거나, 최종 결정의 기간을 정할 수 있다.

최종 결정 이전이라도, 잠정조치의 명령이 원칙적으로 정당했던 상황이 변하거나 완전히 사라질 수 있다. 이 경우, 분쟁 해결을 담당하는 재판소는 잠정조치를 변경 또는 철회할 수 있다. 이것은 다시 당사국에게 진술 기회가 주어진 후에 당사국의 신청으로 행해질 수 있다. 상황이 구속력 있는 재판소의 설립 이전에 변하는 경우, 제290조 제5항에 따라 잠정조치를 명령하는 특별한 관할권을 가지는 국제해양법재판소 또는 다른 재판소는 조치의 변경 또는 철회 여부를 결정할 수 있다. 원칙적으로는 분쟁이 회부된 재판소가 구성되자마자, 잠정조치의 문제를 인수 받는다. 제290조 제1항에서 제4항에 명시된 일반조건으로, 이 조치를 변경, 철회 또는 확인할 수 있다. 제290조 제5항에 따라 운영되는 재판소에 의해 명령된 잠정조치는 분쟁이 회부되어진 재판소가 구성되기 전에 재판소에 의해 철회되는 경우, 이후 재판소는 설립되자마자, 사안을 재고하여, 적절하게 고려된 잠정조치를 명령할 수 있다. 다시 제290조 제1항에서 제4항에 명시된 조건으로, 철회된 조치를 복원하거나 다른 조치를 명령할 수 있다.

제290조 제6항은 분쟁당사국이 이 조항 아래 명령 또는 변경된 잠정조치를 신속하게 준수할 의무를 명확히 한다. 잠정조치로 당사국에게 압력을 강화하기 위하여, 잠정조치의 통지, 또는 그것의 변경 또는 철회는 분쟁당사국뿐만 아니라 재판소가 적절히 고려한 협약의 다른 당사국에게도 전달되어야 한다.¹²⁸⁾

2. 국제해양법재판소규정상 잠정조치 규정의 입법과정

분쟁해결기구가 잠정조치를 명령하는 권한은 유엔해양법협약 제290조에 포함되어 있다. 국제해양법재판소규정 제25조는 유엔해양법협약 제290조에 상호보완적이며, 국제사법재판소규정 제41조와 유사하다.¹²⁹⁾

국제해양법재판소규정 제25조 제1항은 유엔해양법협약 제290조와 관련 있다. 해저분쟁재판부가 제한된 관할권의 범위에서 잠정조치를 명령하는 독립적인 권한을

128) Mayon H. Nordquist, op. cit., pp. 54-59.

129) Ibid., p. 385.

가지고 이 권한은 재판소로부터 완전히 독립하여 존재한다. 이는 유엔해양법협약 제290조 제1항에서 제11부의 참조에 해당한다. 그리고 이 부속서 제15조에 따라 사전에 구성된 재판부는 제290조 제1항의 범위 내에 있다.

제2항은 재판부가 스스로 개정하지 않은 경우와 선발된 구성원의 정족수를 채우지 못한 경우, 2개의 상황을 다룬다. 두 경우 모두 제15조 제3항에 의거하여 설립된 약식절차재판부는 제15조 제4항에도 불구하고 분쟁당사국의 신청에 따라 잠정조치를 부과할 수 있는 권한이 있다. 이 잠정조치는 재판부에 의해 검토 및 수정될 수 있다.

유엔해양법협약 제287조에 따라, 분쟁의 관할권이 재판소에 부여됐으나 재판소가 아직 구성되지 않은 경우, 제290조 제5항이 효력을 발한다. 구성되어진 재판소가 일응관할권을 가지고 상황이 매우 요구한다면 잠정조치의 신청을 다루는 재판소나 해저분쟁재판부에 권한을 부여한다. 이 구성되어진 재판소는 잠정조치를 변경, 철회 또는 확인할 수 있다.

제290조가 잠정조치의 신청을 다루는 약식절차재판부의 권한을 포함하지 않았을 지라도, 상황이 긴급하다면 제25조 제2항에 명시된 상황에서, 재판부가 이를 처리할 수 있다. 필요한 요소는 이 단락에 규정되어 있으며, 재판소가 기능을 수행할 수 있게 된다면 약식절차재판부에서 정한 잠정조치를 검토하여 수정하도록 요구할 수 있다. 이 재판소에 의한 검토 및 수정된 예외적인 요건은 제290조 제5항에 따른 모든 상황에서 자동으로 나타나며, 본안을 결정하는 재판소가 그 동안에 구성되지 않았다면, 필요한 경우 정족수가 채워지자마자 즉시 적용된다. 물론, 본안에 관할권이 있는 재판소가 적절히 구성되자마자, 동조 제3항에 따라 당사국이 신청한다면, 제290조에 의한 잠정조치를 변경 또는 철회하는 권한을 행사할 수 있다.¹³⁰⁾

소장의 첫 번째 문서는 이후에 좀 더 정교해졌다.

1. 재판소는 분쟁당사국의 신청에 따라, 상황이 매우 요구하고 진술 기회가 분쟁 당사국에게 주어진 후라면, 최종 결정을 기다리는 동안, 분쟁당사국 각각의 권리를

130) Ibid., pp. 385-386.

보존하기 위하여 또는 해양 환경에 심각한 손해를 방지하기 위하여 적절하다고 고려되어지는 잠정조치를 명령할 권한을 가진다.

2. 재판이 진행되지 않는다면, 잠정조치는 이 규정 제15조에 따라 수립된 약식 절차재판부에 의해 명령될 수 있다.

3. 재판소에 의해 명령된 조치에 대한 통지는 즉시 당사국과 모든 관련 당사국에게 주어져야 한다.

4. 재판소 또는 재판부에 의해 명령된 잠정조치는, 분쟁당사국에게 구속력을 가진다.¹³¹⁾

이는 비공식 단일 교섭 문서 제4부의 주된 문서에서 실질적인 규정으로 반복되었고, 정족수가 채워지지 않는다면 다루지지 않는다. 제3항과 제4항의 핵심내용은 협약 제290조로 이전되었다.¹³²⁾

동시에, 심해저 부분을 다루는 개정된 단일 교섭 문서 제1부¹³³⁾는 국제지역과 관련하여 잠정조치를 다루는 초안 규정 제3부속서 제21조를 포함했다. 이는 심해저 재판소에서 고려되어지는 잠정조치를 다룬다. 이는 비공식 단일 교섭 문서 제4부¹³⁴⁾와 유사하였는데, 초안의 차이점과 초안의 특징이었던 심해저재판부 특별재판정을 요구하는 복잡한 조항은 제외되었다. 분쟁해결제도상의 측면에서 합쳐지면서, 이 규정은 비공식 통합 교섭 문서¹³⁵⁾ 제11부에서 제거되었다.¹³⁶⁾

잠정조치와 관련하여, 비공식 단일 교섭 문서 제4부의 첫 번째 변경¹³⁷⁾에서 제26조는 변경되지 않았다. 그러나 개정된 단일 교섭 문서 제4부¹³⁸⁾에서, 동항은 제

131) A/CONF.62/WP.9, Annex I C, V Off. Rec. 111,117-120 (President), Article 26.

132) Mayon H. Nordquist, *op. cit.*, p. 387.

133) A/CONF.62/WP.8/Rev.1/Part I (Revised Single Negotiating Text, 1976), article 24, and 33 to 40, and Annex III (Statute of the Sea-Bed Dispute Settlement System), V Off. Rec. 125, 132, 135-6 and 145-9 (Chairman, First Committee).

134) A/CONF.62/WP.9, Annex I C, V Off. Rec. 111,117-120 (President), Article 26.

135) A/CONF.62/WP.10 (Informal Composite Negotiating Text, 1977), Annex V, VIII Off. Rec. 1, 58-61.

136) Mayon H. Nordquist, *op. cit.*, p. 387.

137) A/CONF.62/WP.9/Rev.1 (Informal Single Negotiating Text, Part IV/Rev.1, 1976), Annex I C, V Off. Rec. 185, 193-97 (President).

27조로 다시 매겨졌다. 부속서에서 원래 문서의 주된 부분은 삭제되었으며, 잠정조치와 관련한 주된 조항은 유엔해양법협약으로 이전되었다. 결과적으로 첫 항에서 잠정조치를 명령하는 권한은 이후 유엔해양법협약 제290조가 되는 제4부 제12조를 따른다는 지시만을 포함했다. 해저분쟁재판부는 개정된 단일 교섭 문서에서 계속 제공되기 때문에, 언급되지 않았다. 개정된 단일 교섭 문서 제4부의 제2항에서, 정족수 부재에 대한 언급이 삽입되었다.

이 조항을 정리하는 작업은 국제해양법재판소규정이 유엔해양법협약 자체의 내용을 복제해서는 안 된다는 철학을 가지고 행해졌다. 따라서 재판소 권한의 행사 및 잠정조치를 신청할 수 있는 자의 표시가 개정된 단일 교섭 문서 제4부¹³⁹⁾의 주된 부분에 포함되었기 때문에 이러한 절차상의 측면은 재판소의 규정으로부터 삭제되었다.¹⁴⁰⁾

비공식 통합 교섭 문서¹⁴¹⁾에서, 국제지역과 관련한 사건에서 행하여는 해저분쟁 재판부의 권한은 첫째 항에 포함되었다. 둘째 항에서 약식절차재판부는 다른 분쟁 당사국의 동의 없이 당사국의 청구로 가능하다는 것을 명백히 하였다. 비공식 통합 교섭 문서 첫 번째 변경¹⁴²⁾에서는 상호 참조로 조정되었다. 따라서 이 조항은 비공식 통합 교섭 문서 첫 번째 변경에서 유엔해양법협약 제15부로 개정된 구조에 따라 작성되었다. 최종 문서는 초안 위원회의 권고에 따라 결정되었다.¹⁴³⁾

3. 국제해양법재판소규칙상 잠정조치 규정의 입법과정

국제해양법재판소규칙 제89조에서 제95조는 잠정조치에 대하여 규정하고 있다.

준비위원회 초안 규칙¹⁴⁴⁾은 국제해양법재판소규칙 제89조의 내용을 완벽하게 규

138) A/CONF.62/WP.9/Rev.2, Annex II, VI Off. Rec. 144, 149-53 (President).

139) Ibid.

140) Mayon H. Nordquist, op. cit., p. 387.

141) A/CONF.62/WP.10, Annex V, VIII Off. Rec. 1, 58-61.

142) A/CONF.62/WP.10/Rev.1 (Informal Composite Negotiating Text/Rev.1, 1979, mimeo), Annex V. Re-produced in I Platzöder 375, 523-32.

143) A/CONF.62/L.152/Add.19 (1982, mimeo).

정하지 않았다. 규칙 제89조 제2항과 제4항은 준비위원회 초안 규칙과 일치하지 않고, 제1항, 제3항 그리고 제5항만이 준비위원회 초안 규칙과 실질적으로 일치한다.

잠정조치의 명령을 위한 신청을 결정하는 절차에 관한 규칙에서 특정 조항은 다른 당사국의 신청 이전과 관련한 조항(국제해양법재판소규칙 제54조 제4항)과 다른 당사국의 입장에 대한 소장의 확인(국제해양법재판소규칙 제45조)과 같은 재판 이전 절차에 관한 일반적 규칙에 의해 보충되었다.¹⁴⁵⁾

국제해양법재판소규칙 제89조 제1항은 유엔해양법협약 제290조 제1항에 따른 잠정조치 명령 신청의 회부를 다룬다. 국제해양법재판소규칙 제89조 제1항은 잠정조치의 명령을 위한 신청이 절차상 언제든지 회부될 수 있다는 내용을 추가한다. 잠정조치 명령의 필요 여부는 당사국 사이에서 근본적인 분쟁의 발생에 달려 있다.

주된 절차에서 각 당사국은 잠정조치의 명령을 위한 신청을 회부할 수 있다. 잠정조치의 절차를 시작하는 당사국은 신청인이라는 형식적인 입장으로 심리에서 첫 번째로 답변한다.¹⁴⁶⁾ 신청에 포함되는 요소는 제3항에서 나타난다.¹⁴⁷⁾

국제해양법재판소규칙 제89조 제2항은 유엔해양법협약 제290조 제5항에 따른 잠정조치의 명령을 위한 신청을 다룬다. 신청이 회부될 때 재판소가 본안과 관련하여 사건을 결정하는 관할권을 가지지 않는다는 절차상의 특징이 있다. 제2항은 분쟁의 각 당사국이 잠정조치의 명령 회부를 합의하거나 신청을 한 당사국에 의하여 회부된 두 개의 상황을 규정한다. 후자의 경우 신청은 다른 당사국이 잠정조치의 신청을 통지받은 날로부터 2주 이내에 회부되지 않고, 당사국이 잠정조치를 명령하는 재판소가 아닌 다른 재판소의 관할권에 합의하지 않았다는 것을 요건으로 둔다.

제2항은 유엔해양법협약 제290조 제5항에 따른 잠정조치의 명령을 위한 신청이

144) Draft outline for report of the Preparatory Commission containing recommendations regarding practical arrangements for the establishment of the International Tribunal for the Law of the Sea.

145) P. Chandrasekhara Rao, *The Rules of the International Tribunal for the Law of the Sea*, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 248.

146) Rosenne, Shabtai, *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996*, Vol. III, Martinus Nijhoff Publishers, 1997, pp. 1429-1430.

147) P. Chandrasekhara Rao, op. cit., pp. 248-249.

회부될 수 있는 경우 가장 빠른 날짜를 명시하지만, 이 신청이 회부될 수 있는 가장 늦은 날짜는 명시하지 않고 있다. 싱가포르에 의한 토지 매립과 관련한 말레이시아와 싱가포르의 *Land Reclamation Case* 잠정조치에서, 재판소는 이 문제에 직면했다. 잠정조치의 신청이 2003년 7월 4일 싱가포르를 상대로 말레이시아에 의해 회부되었고, 같은 날 말레이시아는 유엔해양법협약 제7부속서에 따른 중재절차를 도입한다는 통지를 싱가포르에 보냈다. 그러나 잠정조치의 신청은 2003년 9월 5일 말레이시아에 의해 재판소에 회부되었다.¹⁴⁸⁾ 재판소의 결정은 2003년 10월 8일 송부되었지만, 중재재판소는 2003년 10월 9일까지도 구성되지 않았다.¹⁴⁹⁾ 싱가포르가 제기한 이 쟁점은 긴급성을 주제로 재판소에서 다루졌다.

잠정조치의 신청 이전에, 재판소는 구성되어질 중재재판소에 일응관할권의 존재 여부를 수립해야 한다. 관할권이 없다는 재판소의 결정이 중재재판소를 구속하지 않는다. 이는 뉴질랜드와 일본, 호주와 일본의 *Southern Bluefin Tuna Case* 잠정조치의 상황과 같다. 재판소는 중재재판소가 분쟁에 관한 관할권이 있다고 보았지만,¹⁵⁰⁾ 중재재판소는 관할권이 없다고 판결했다.¹⁵¹⁾

국제해양법재판소규칙 제89조 제3항에 따라서, 유엔해양법협약 제290조 제1항과 제5항에 따른 청구 신청은 서면으로 이루어진다. 당사국 각각의 권리 보존 또는 해양환경에 심각한 손해를 방지하기 위하여 신청된 조치가 받아들여지지 않는 경우 가능한 결과를 명시해야 한다. 이는 유엔해양법협약 제290조 제1항의 요건과 일치한다. 제89조 제3항은 상황의 긴급성이 잠정조치 부과의 정당성을 증명하기를 신청 당사국에게 명시적으로 요구하지는 않지만, 그 의무는 잠정조치의 성격상 발생한다.¹⁵²⁾

국제해양법재판소규칙 제89조 제4항은 유엔해양법협약 제290조 제5항에 의한 신

148) Concerning Land Reclamation by Singapore in and around the Straits of Johor (No.12) Case (Malaysia v. Singapore), Provisional Measures, Order of 8 October 2003, ITLOS, para. 2.

149) Ibid., para. 66.

150) 김선표, 홍성걸, 정성희, 「남방참다랑어 국제분쟁의 사법적 해결에 관한 연구」, 해양수산개발원, 1999, 45쪽.

151) P. Chandrasekhara Rao, op. cit., pp. 249-250.

152) Ibid., p. 250.

청을 다루고 제89조 제3항과 중복된다. 제89조 제3항의 요건뿐만 아니라, 신청이 유엔해양법협약 제290조 제5항에 따라 만들어진 경우 신청 당사국은 중재재판소가 일응관할권을 가진다는 것과 상황의 긴급성에 필요한 정보를 재판소에 제공해야 한다.

국제해양법재판소규칙 제89조 제4항은 잠정조치의 명령을 위한 요건으로 긴급성을 언급한다. 반면에 제89조 제1항은 잠정조치의 신청과 관련하여 재판소가 본안에 대한 관할권을 가지는지에 관하여 언급하지 않는다. 제4항에서 긴급성의 개념은 상황의 긴급성이 아닌 중재재판소가 구성되기 전에 결정이 필요한 경우이다. 이는 말레이시아와 싱가포르의 *Land Reclamation Case*에서 싱가포르에 의한 토지 매립의 잠정조치와 관련한 쟁점이다. 싱가포르는 중재재판소가 2003년 10월 9일까지도 구성되지 않았기 때문에 재판소가 잠정조치를 명령할 필요가 없다고 주장하였고, 이에 대하여 재판소는 다음과 같이 판결했다.

67. 유엔해양법협약 제290조 제5항에 따라, 재판소는 제7부속서 중재재판소 구성 이전에 잠정조치를 명령할 권한이 있고, 재판소에 의해 명령된 조치가 이 기간에 국한되어야 한다는 내용은 제290조 어디에도 없다.

68. 언급된 기간은 규정된 조치가 적용되는 상황이나 기간의 긴급성을 평가하는데 반드시 결정적인 것은 아니며, 제7부속서 중재재판소가 잠정조치를 변경, 철회 또는 확인하는 기간이 아닐 때 상황의 긴급성을 평가해야 한다.

69. 추가로 재판소에 의해 명령된 잠정조치는 이 기간 이후에도 적용될 수 있다.¹⁵³⁾

따라서 재판소는 재판소에 의해 명령된 잠정조치가 중재재판소의 설립 이후에도 효과가 있을 수 있다고 고려하였다. 그러므로 중재재판소의 구성을 기다리는 기간인, 잠정조치를 명령할 수 있는 기간과 상황의 긴급성 평가와 관련한 기간 사이에 차이를 두었다.¹⁵⁴⁾

153) *Land Reclamation Case*, paras. 67-69.

국제해양법재판소규칙 제90조는 준비위원회 초안 규칙 제84조를 다룬다. 초안 규칙 제84조는 현재 국제해양법재판소규칙 제91조에서 결정되어지는 약식절차재판부와 관련한 규정도 포함했다.¹⁵⁵⁾

제90조 제1항에 따라 잠정조치의 신청은 재판 이전에 모든 다른 절차에 우선한다. 그러나 이는 선박 및 선원 석방의 청구는 재판 이전 모든 다른 절차에 우선한다는 규칙 제112조 제1항¹⁵⁶⁾에 따라 제한된다. 따라서 제1항은 유엔해양법협약 제292조에 따른 절차를 제외한 모든 절차에서 상대적으로 우선한다. 재판소는 선박 또는 선원의 신속한 석방을 위한 청구의 절차를 허용하는 잠정조치의 절차를 중단시키는 것이 관습이나, 이것이 가능하지 않은 경우, 동시에 청구 및 신청 모두를 다루는 제112조 제1항을 따른다.¹⁵⁷⁾

제2항에 따라, 재판소는 심리동안 가장 가능한 빠른 날짜를 결정한다. 이 결정은 재판소에 의해, 재판소가 개정되지 않은 경우, 소장에 의해 취해진다. 재판소 또는 소장이 심리를 위한 날짜를 결정할 때, 경우에 따라서, 국제해양법재판소규칙 제69조 제2항(d)에 명시된 바와 같이 당사국의 입장을 고려한다. 공정한 재판을 위하여 대단히 중요한 원칙 중 하나는 재판소가 심리 날짜와 같은 절차상의 결정을 할 경우 당사국의 입장을 고려해야 한다는 것이다.¹⁵⁸⁾

그러나 제3항은 당사국이 의견의 제안을 원하는 경우 그들이 심리의 종결 이전에 사실 또는 법의 해석과 적용에 관련한 그들의 입장을 보여줄 의무가 있다고 본다. 이후에 새로운 의견은 두 당사국이 동의하는 경우를 제외하고는 도입될 수 없다.

제4항은 이러한 행동이나 활동이 잠정조치의 효과를 약하게 하는 경우 당사국에게 구체적인 방법으로 행하거나 특정한 활동을 삼가도록 요청할 권한을 소장에게

154) P. Chandrasekhara Rao, op. cit., pp. 250-251.

155) Ibid., p. 252.

156) Rules of International Tribunal for the Law of the Sea Article 112.

1. The Tribunal shall give priority to applications for release of vessels or crews over all other proceedings before the Tribunal. However, if the Tribunal is seized of an application for release of a vessel or its crew and of a request for the prescription of provisional measures, it shall take the necessary measures to ensure that both the application and the request are dealt with without delay.

157) P. Chandrasekhara Rao, op. cit., pp. 252-253.

158) Ibid., p. 253.

준다. 예를 들어, 이 행동이 해양환경에 회복할 수 없는 상당한 손해를 야기하는 경우, 소장이 개입할 수 있다. 그러나 이 권한은 예외적인 경우에만 사용된다.¹⁵⁹⁾

국제해양법재판소규칙 제91조 제1항은 준비위원회 초안 규칙 제84조 제2항과 일치한다. 규칙에 관하여 검토하는 동안, 재판소는 국제해양법재판소규정 제25조가 반영된 초안 규정의 변경을 결정했다.¹⁶⁰⁾

제1항은 국제해양법재판소규정 제13조 제1항에서 선출된 11명의 재판관으로 정족수를 요구하지만, 11명보다 적은 재판관이어도 정해진 심리 날짜를 이용할 수 있는 경우를 다룬다. 이러한 경우 약식절차재판부가 소집되어 잠정조치의 명령을 위한 신청을 다룰 수 있다. 약식절차재판부의 구성은 국제해양법재판소규칙 제28조에 의한다. ¹⁶¹⁾

제1항에 따라, 재판부가 재판소의 기능을 행사할지라도, 제2항에 의하여 이 결정은 재판소에 의해 검토 또는 수정될 수 있다. 이 검토는 분쟁당사국의 신청 또는 재판소의 직권으로 착수된다.

국제해양법재판소규칙은 재판부가 행하는 방법에 관한 지침을 제공하지 않는다. 그러나 원칙적으로 재판소 이전의 잠정조치에 관한 절차에 적용되는 규칙이 재판부 이전의 절차를 규율한다. 1997년 10월 31일에 채택된, 재판소 내부 사법 관행에 관한 결의안¹⁶²⁾ 제11조 제3항에 따라 약식절차재판부는 약식절차의 성질과 사건의 긴급성을 고려하여 결의안의 원칙과 절차를 따른다.

국제사법재판소규칙 제75조 제3항과 일치하는 국제해양법재판소규칙 제92조는 기결 사건의 일반적인 원칙으로부터 벗어나지 않는다. 따라서 당사국은 새로운 사실을 기반으로 한 새로운 잠정조치의 명령을 신청할 수 있다. 제92조는 신청의 수리가능성과 관련하여 재판소의 결정에 새로운 요소를 추가한다. 이는 명령을 인도

159) Ibid.

160) Ibid., p. 254.

161) Ibid.

162) Resolution on the Internal Judicial Practice of the Tribunal.

Article 11 Procedures in particular instances.

3. The Chamber for Summary Procedure deliberates in accordance with the principles and procedures set out in this Resolution, taking account of the summary nature of the proceedings and the urgency of the case.

받을 당시에 존재하지 않았거나, 잠정조치의 신청을 회부한 당사국이 알지 못한 새로운 사실이어야 한다. 그러나 제92조는 당사국의 첫 번째 신청에 대한 절차에서 생긴 실수를 개선하는 방법으로 해석되어서는 안 된다. 당사국이 사실을 알 수 있었거나 알아야 했던 경우 제92조에서의 새로운 사실로 간주될 수 없다. 규칙 제92조의 의미 내에서 ‘새로운 것’은 규칙 제127조에서의 결정적으로 중요한 사실의 발견을 의미하는 판단의 검토와 관련된다.

국제사법재판소규칙 제76조 제2항에 따라 삽입된 국제해양법재판소규칙 제93조는 잠정조치의 변경 또는 철회의 가능성을 규정하고 따라서 재판소의 결정에 대한 재심 신청을 위한 특별 절차를 구성한다. 규칙 제93조는 규칙 제127조에 특별법으로 우선한다.

변경 또는 철회의 신청은 잠정조치의 명령을 청구한 청구국뿐만 아니라, 피청구국에 의해 회부될 수 있다.

신청은 서면에 의한다. 잠정조치의 철회 또는 변경을 신청한 당사국은 본래 잠정조치의 명령과 관련한 상황의 변화 또는 부존재를 증명해야 한다. 명령의 내용과 관련하지 않는 경우 또는 잠정조치를 명령하는 상황의 변화만으로 충분하지 않다.

재판소는 결정 이전에 분쟁당사국에게 신청에 관한 그들의 의견을 제시할 기회를 준다. 제93조는 서면에 제시되어야 하는지 심리에서 제시되어야 하는지 나타나 있지 않으며, 이는 재판소의 재량이다.

규칙 제127조 제2항과 달리, 재판소는 변경 또는 철회를 위한 신청의 수리가능성과 본래 잠정조치의 변경을 위한 방법을 분리하지 않는다.

변경 또는 철회의 결정은 본래 잠정조치를 명령한 재판소에 의해 명령될 것이다. 그러나 유엔해양법협약 제290조 제5항에 따른 잠정조치와 관련하여 특별한 상황이 존재한다. 유엔해양법협약 제7부속서 중재재판소가 구성된 경우, 이 재판소가 협약 제290조 제5항 마지막 문장에서 나타난 변경 또는 철회를 결정할 수 있다.

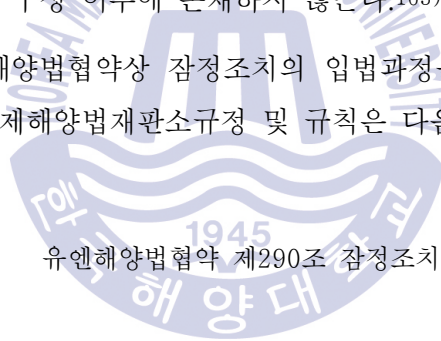
국제해양법재판소규칙 제94조에 명시된 바와 같이, 명령된 잠정조치는 분쟁당사국에게 통지되어야 한다. 추가 통지와 관련해서는, 재판소가 재량을 가진다. 재판소

가 각각의 경우를 적절히 고려하여 다른 당사국에게도 통지할 수 있다.

국제해양법재판소규칙 제95조는 국제사법재판소규칙 제78조를 기반으로 한다. 재판소가 필요한 잠정조치의 이행을 감독할 수 있게 하는 가장 기본적인 방법이 될 수 있다. 각 분쟁당사국은 재판소에 의해 명령된 잠정조치의 준수와 관련한 정보를 재판소에 제공해야 한다. 당사국은 준수를 보장하는 착수되거나 착수될 계획에 관한 최초 문서를 제출할 의무가 있고, 재판소는 이 의무를 당사국에게 상기시킨다.

제2항은 추가 정보를 요청하기 위한 권한을 재판소에게 준다. 이 추가 정보는 당사국이 제공한 정보가 충분하지 않은 경우 또는 명령된 잠정조치가 효율적으로 이행되지 않는다는 의견을 재판소가 가지는 경우 요구될 수 있다. 따라서 재판소는 명령된 잠정조치의 시행을 보증하기 위한 사전 대책을 강구할 필요가 있다. 유엔해양법협약 제290조 제5항에 따른 재판소에 의해 명령된 잠정조치와 관련되는 경우 이 권한은 중재재판소의 구성 이후에 존재하지 않는다.¹⁶³⁾

위에서 살펴본, 유엔해양법협약상 잠정조치의 입법과정을 통해 형성된 유엔해양법협약상 잠정조치와 국제해양법재판소규정 및 규칙은 다음과 같다.



유엔해양법협약 제290조 잠정조치

1. 분쟁이 제15부나 제11부 제5절에 따른 일응관할권을 가지는 재판소에 적절히 회부된 경우, 재판소는 최종 결정을 기다리는 동안, 분쟁 당사국 각각의 권리를 보존하거나 해양 환경에 심각한 손해를 방지하기 위하여 적절하다고 고려되는 잠정조치를 명령할 수 있다.
2. 잠정조치는 이를 정당화하는 상황이 변경되거나 소멸하자마자 변경 또는 철회될 수 있다.
3. 잠정조치는 분쟁당사국의 신청과 분쟁당사국에게 진술 기회를 준 후에만 이 조항에 따라 명령, 변경 또는 철회될 수 있다.

163) P. Chandrasekhara Rao, op. cit., pp. 255-261.

4. 재판소는 분쟁당사국 및 잠정조치의 명령, 변경 및 철회를 적절히 고려하여 다른 당사국에게 즉시 통지해야 한다.

5. 이 절에 따라 분쟁이 회부된 중재재판소의 구성을 기다리는 동안, 재판소를 당사국간 합의하거나 잠정조치의 신청 일로부터 2주 이내에 이 같은 합의가 이루어지지 않는 경우, 국제해양법재판소 또는 심해저 활동에 관련하여서는 해저분쟁 재판부가 구성되어질 재판소가 관할권을 가지고 상황의 긴급성을 매우 요구하는 경우 이 조항에 따라 잠정조치를 명령, 변경 또는 철회할 수 있다. 분쟁이 회부된 재판소가 구성되어지면, 제1항부터 제4항에 따라 잠정조치를 변경, 철회 또는 확인할 수 있다.

6. 분쟁당사국은 이 조항에 따라 명령된 잠정조치를 신속히 준수해야 한다.

국제해양법재판소규정 제25조 잠정조치

1. 제290조에 따라, 재판소와 해저분쟁재판부는 잠정조치를 명령할 권한을 가진다.

2. 재판소가 개정하지 않았거나 구성원이 정족수를 채울 수 없는 경우, 잠정조치는 이 부속서 제15조 제3항에 따라 형성된 약식절차재판부에 의해 명령될 것이다. 이 부속서 제15조 제4항에도 불구하고 이 잠정조치는 분쟁 당사국의 신청에 따라 채택될 수 있다. 잠정조치는 재판소에 의하여 재검토되고 수정될 수 있다.

국제해양법재판소규칙 제3부 절차 제3절 부수적 절차 제2관 잠정조치

제89조

1. 당사국은 재판소에 회부된 분쟁에서 절차의 진행 중 언제든지 협약 제290조 제1항에 따른 잠정조치 명령의 신청을 회부할 수 있다.

2. 분쟁이 회부된 중재재판소의 구성을 기다리는 동안, 당사국은 협약 제290조 제5항에 따른 잠정조치 명령의 신청을 회부할 수 있다.

(a) 당사국이 합의하는 경우 언제든지

(b) 당사국이 다른 재판소에 의해 이 조치가 명령되는 것에 합의하지 않은 경우 잠정조치 신청의 상대국에게 통고된 2주 후에 언제든지

3. 신청은 서면으로 이루어지고, 당사국 각각의 권리 보존 또는 해양환경에 심각한 손해의 방지를 위하여 신청된 조치의 이유 및 신청이 받아들여지지 않은 경우 가능한 결과를 명시해야 한다.

4. 협약 제290조 제5항에 따른 잠정조치 명령의 신청은 재판 이전 모든 다른 절차보다 우선한다.

제90조

1. 제112조 제2항을 조건으로, 잠정조치 명령의 신청은 재판소 이전 모든 다른 절차보다 우선한다.

2. 재판소, 또는 재판소가 개정되지 않은 경우, 소장이 가장 빠른 심리 날짜를 정한다.

3. 재판소는 심리가 끝나기 전에 당사국에 의해 제시될 수 있는 모든 의견을 고려해야 한다.

4. 재판소의 회의를 기다리는 동안, 재판소의 소장은 재판소가 잠정조치의 신청으로 만든 명령이 적절한 효과를 가지도록 행사할 것을 당사국에게 요구할 수 있다.

제91조

1. 재판소의 소장은 제90조 제2항에 언급된 심리 날짜에 재판관의 정족수를 구성하지 못한다는 것을 확인하면, 약식절차재판부가 잠정조치의 명령과 관련하여 재판소의 기능을 수행하도록 소집한다.

2. 재판소는 조치의 명령으로부터 15일 이내에 당사국의 서면 신청으로 약식절차재판부에 의해 명령된 잠정조치를 검토 또는 수정할 수 있다. 재판소는 이 조치의 검토 또는 수정을 직권으로 언제든지 행할 수 있다.

제92조

잠정조치 명령의 신청에 대한 기각은 동일한 사건에서 새로운 사실을 근거로 새

로운 신청을 하는 당사국을 방해하지 못한다.

제93조

한 당사국이 잠정조치의 변경 또는 철회를 신청할 수 있다. 신청은 서면으로 제출되어야 하고 관련되어 있는 상황의 변경 또는 소멸을 명시해야 한다. 재판소는 당사국에게 그 주제에 관한 그들의 의견을 나타낼 기회를 제공한다.

제94조

재판소에 의해 명령된 잠정조치 또는 그 변경 또는 철회는 당사국과 재판소가 각 사건에서 적절하다고 고려하는 다른 당사국에게 즉시 통고해야 한다.

제95조

1. 각 당사국은 재판소가 명령한 잠정조치의 준수를 가능한 신속히 재판소에 통지하여야 한다. 특히, 각 당사국은 명령된 조치의 신속한 준수를 보장하기 위하여 취하거나 취해질 조치에 대한 최초 문서를 제출해야 한다.

2. 재판소는 명령된 잠정조치의 이행과 관련한 사안에 관하여 당사국에게 추가 정보를 신청할 수 있다.

앞에서 살펴본 유엔해양법협약, 국제해양법재판소규정 및 국제해양법재판소규칙을 통하여 유엔해양법협약상 잠정조치의 관할권, 목적, 요건, 내용 및 효력을 살펴 보도록 한다.

제2절 유엔해양법협약상 잠정조치제도 적용상 쟁점

1. 유엔해양법협약상 잠정조치의 관할권

잠정조치가 청구된 재판소가 스스로 명령을 하기 위해서는 본안에 대한 관할권이 성립될 수 있다는 일응의 여지가 있는 경우에만 재판소에게 잠정조치 사건에 대한

관할권이 인정된다. 유엔해양법협약상 잠정조치의 관할권은 일반국제법상 잠정조치 일응관할권과 같은 맥락이나, 차이점이 존재한다.

유엔해양법협약상 잠정조치제도를 청구하는 조항은 제290조 제1항과 제5항으로 각각 다른 의미의 관할권을 조건으로 규정하고 있다 제290조 제1항의 경우 일반적인 잠정조치로서, 본안 사건의 관할권이 존재한다고 판단되는 경우 잠정조치를 지시할 수 있다. 제290조 제5항의 경우 명문으로 규정되어 있다. 이는 보통 중재재판소의 재판이 개시되는데 일정 시간이 소요되는데 이때 긴급하게 잠정조치의 명령이 필요할 경우에 신청되는 잠정조치에 관한 관할권을 규정한다.

*Southern Bluefin Tuna Case*와 *MOX Plant Case*의 경우, 제290조 제1항과 제290조 제5항에 따라 잠정조치가 청구된 사건이며, 이때 제290조 제5항에 따른 잠정조치가 먼저 청구되고, 그 다음에 제290조 제1항에 따른 잠정조치가 청구되었다. 그러므로 제290조 제5항, 제290조 제1항의 순서로 유엔해양법협약상 잠정조치의 관할권이 무엇인지 살펴보고 일반국제법상 잠정조치의 관할권과의 차이점을 도출하여 본다.

가. 유엔해양법협약 제290조 제5항

유엔해양법협약 제290조 제5항에 따른 잠정조치의 명령들을 통하여 잠정조치를 명령하기 위하여 필요한 관할권이 무엇인지 살펴보도록 한다.

*Southern Bluefin Tuna Case*의 당사국은 1993년 남방참다랑어의 보존에 관한 협약¹⁶⁴⁾을 체결하였는데, 이 협약의 제16조는 당사국 간의 분쟁은 평화적 방식으로 해결하도록 하고, 해결되지 못한 분쟁은 분쟁당사국들의 동의 하에 국제사법재판소 또는 중재재판에 회부하도록 하였다. 또한 당사국들은 국제사법재판소나 중재재판에 회부하도록 하는 합의에 이르지 못하는 경우에는 그럼에도 불구하고 당사국들은 평화적 수단에 의해 분쟁을 해결하도록 계속 노력해야 한다고 규정하였다. 유엔해양법협약 제281조는 협약의 해석 또는 적용에 관한 분쟁의 당사국들이 합의에 의해 특정한 수단으로 분쟁의 해결을 추구하기로 했을 때, 분쟁은 그 방식에 의해

164) Convention for the Conservation of Southern Bluefin Tuna of 1993.

해결되고 제15장 제2절의 강제절차는 적용되지 않는다고 하였다. 또한 강제절차는 이러한 수단에 의한 해결이 이루어지지 않고 또 당사국들이 더 이상의 절차를 배제하지 아니하는 경우에만 적용된다고 규정하였다. 이 두 조항의 해석과 관련하여, 호주와 뉴질랜드는 분쟁 당사국간 남방참다랑어 보존협약 제16조에 따른 평화적 해결 노력이 실패하였고 국제재판소나 중재재판에 회부하는 합의의 도달에도 실패한 만큼, 유엔해양법협약의 강제절차가 적용되어야 한다고 주장하였다. 그러나 일본은 남방참다랑어의 보존에 관한 협약 제16조는 유엔해양법협약 제281조의 “더 이상의 절차”를 사실상 배제하고 있기 때문에 중재재판소나 국제해양법재판소는 이 문제에 대해 관할권을 가지지 않는다고 주장하였다. 호주, 뉴질랜드, 일본은 유엔해양법협약 제287조에 따른 절차의 선택을 하지 않았기 때문에 이들 국가간의 분쟁은 제7부속서 중재재판소로 회부되었으며, 호주와 뉴질랜드는 유엔해양법협약 제290조 제5항에 따라 국제해양법재판소에 잠정조치를 신청하였다.¹⁶⁵⁾ 이에 대하여 국제해양법재판소는 이 사건에 대하여 관할권을 가진다고 판결하였다. 재판소는 당사국들이 남방참다랑어의 보존에 관한 협약 제16조에 따른 평화적 해결노력을 소진했음에도 불구하고 분쟁이 해결되지 아니한 만큼 유엔해양법협약 제15장 제2절의 강제절차가 발동될 수 있다고 판시하였다.¹⁶⁶⁾

*MOX Plant Case*의 잠정조치 적용 단계에서 핵심 쟁점이 되었던 것은 유엔해양법협약 제282조의 해석과 관련된다. 동 조항은 유엔해양법협약의 해석 또는 적용에 관하여 분쟁당사국들이 일반적, 지역적, 쌍무적 협정을 통하여 당해 분쟁을 구속력 있는 결정을 내리는 절차에 회부하기로 합의한 경우, 동 절차는 협약상의 강제절차에 대신하여 적용된다고 규정하였다. 이 사건의 당사국인 아일랜드와 영국은 유엔해양법협약 외에도 북동 대서양의 해양환경 보호에 관한 협정¹⁶⁷⁾, 유럽원자력에너지 조약¹⁶⁸⁾의 회원국이며, 이들 조약들은 모두 강제적 분쟁해결절차를 포함하고 있다. 따라서 유엔해양법협약 제282조의 구속력 있는 결정을 내리는 절차를 어떻게

165) 백진현, “유엔해양법협약 체제의 평가와 전망”, 『國際法學會論叢』, 제50권 제3호, 2005, 136-137쪽 .

166) Southern Bluefin Tuna Case, paras. 60-62.

167) Convention for the Protection of the Marine Environment of the North-East Atlantic of 1993.

168) Treaty Establishing the European Atomic Energy Community of 1957.

해석하느냐에 따라 관할권의 유무가 결정되게 된다. 이에 대해 국제해양법재판소는 동 조항을 유엔해양법협약의 해석과 적용에 관해 구속력 있는 결정을 내리는 절차라고 대단히 좁게 해석하였다.¹⁶⁹⁾ 즉 북동 대서양의 해양환경 보호에 관한 협정이나 유럽원자력에너지 조약의 강제적 분쟁해결절차는 이들 조약의 해석과 적용에 관한 분쟁에 적용되는 절차이지 유엔해양법협약의 해석과 적용에 관한 분쟁에 적용되는 절차가 아니므로, 협약 제282조가 지칭하는 절차가 아니라고 보았다.¹⁷⁰⁾ 그러므로 유엔해양법협약상 강제절차의 적용이 가능하다고 보아 재판소의 관할권을 인정하였다.¹⁷¹⁾

*Land Reclamation Case*의 경우 *Southern Bluefin Tuna Case*¹⁷²⁾를 인용하여 당사국이 유엔해양법협약 제15부 제1절에 따른 절차를 추구하지 않아도 되며, 말레이시아가 이 사건에서 더 이상의 의견 교환이 긍정적인 결과를 가져오지 못한다는 결론이 내려졌을 때, *MOX Plant Case*¹⁷³⁾를 인용하여 당사국 사이에 의견교환을 더 이상 계속하지 않아도 된다고 보았다.¹⁷⁴⁾ 따라서 국제해양법재판소는 제283조의 요건을 충족하였다고 보았다.¹⁷⁵⁾ 그리고 재판소는 유엔해양법협약 제281조는 이 사건에서 적용될 수 없다고 보았으며, 피청구국인 싱가포르도 관할권에 대한 이의 제기를 하지 않았다. 따라서 국제해양법재판소는 제7부속서 중재재판소가 분쟁에 관한 일응관할권을 가진다고 판결하였다.¹⁷⁶⁾

*ARA Libertad Case*의 경우 국제해양법재판소는 아르헨티나가 주장하는 권리의 존재를 명확히 수립할 필요는 없지만 잠정조치 명령 이전에 청구국에 의해 적용된 규정이 제7부속서 중재재판소의 일응관할권에 관한 근거를 제공한다는 것을 스스로 만족해야 한다고 보았다. 그리고 재판소는 영해에서의 통항의 의미에 관한 제18조 제1항 (b)와 공해의 자유 및 항행의 권리에 관한 제87조 및 제90조는 내수에서의 균함면제와 관련하지 않으므로 제7부속서 중재재판소에 대한 일응관할권의 근

169) 백진현, 앞의 논문, 138-139쪽.

170) *MOX Plant Case*, ITLOS, paras. 52-53.

171) *Ibid.*, paras. 60-62.

172) *Southern Bluefin Tuna Case*, para. 60.

173) *MOX Plant Case*, ITLOS, para. 60.

174) *Land Reclamation Case*, paras. 47-48.

175) *Ibid.*, para. 51.

176) *Ibid.*, paras. 57-59.

거를 제공하지 않는다고 보았다. 유엔해양법협약 제32조는 제30조 및 제31조에 포함된 것을 제외하면, 이 협약의 어느 규정도 군함 및 비상업적 목적으로 운영되는 정부선박에 영향을 주지 않는다고 규정하고 있다. 제32조는 제2부 영해 및 접속수역에 포함되어 있고, 제2부의 대부분이 영해를 언급하고 있으나, 제29조 군함의 정의와 같이 제2부의 일부 조항은 모든 해양 지역에 적용될 가능성이 있다. 따라서 아르헨티나와 가나는 제32조의 적용가능성에 대하여 의견 차이가 존재하므로, 재판소는 협약의 해석 또는 적용에 관하여 당사국 간에 분쟁이 존재한다고 판단하였다.¹⁷⁷⁾ 또한 재판소는 *MOX Plant Case*¹⁷⁸⁾를 인용하여 당사국 사이에 더 이상의 의견교환을 계속하지 않아도 된다고 보아, 제283조가 충족되었다고 보았다.¹⁷⁹⁾ 이를 통하여 재판소는 일응관할권이 존재한다고 보았다.

*Arctic Sunrise Case*의 경우 이 잠정조치의 단계에서 청구국인 네덜란드가 주장하는 권리를 명확하게 수립하지 않아도 되며, 네덜란드가 적용한 유엔해양법협약 규정이 중재재판이 판결될 수 있는 관할권에 관한 근거를 제공한다면, 제7부속서 중재재판소가 분쟁에 관한 일응관할권을 가질 수 있다고 재판소는 판결했다.¹⁸⁰⁾ 또한 *MOX Plant Case*¹⁸¹⁾와 *ARA Libertad Case*¹⁸²⁾를 인용하여 유엔해양법협약 제283조의 요건을 충족하였다고 보았다.¹⁸³⁾ 이를 통하여 재판소는 일응관할권이 존재한다고 보았다.

*Ghana/Côte d'Ivoire Case*의 당사국인 가나와 코트디부아르는 협약 당사국이다. 그리고 협약 제288조 제1항은 ‘제287조에 언급된 재판소는 제15부에 따라 재판소에 회부되는 이 협약의 해석이나 적용에 관한 분쟁에 대하여 관할권을 가진다고’ 규정하고 있고, 특별 협정에 따라 회부된 분쟁에 관한 일응관할권을 특별 재판부가 가진다는 것을 두 당사국이 받아들였다. 따라서 특별재판부는 이 분쟁에 관한 일응관할권을 가진다고 판결하였다.¹⁸⁴⁾

177) The ARA Libertad (No.20) Case (Argentina v. Ghana), Provisional Measures, Order of 15 December 2012, ITLOS, paras. 60-65.

178) MOX Plant Case, ITLOS, para. 60.

179) ARA Libertad Case, para. 71.

180) Arctic Sunrise Case, ITLOS, paras. 69-71.

181) MOX Plant Case, ITLOS, para. 60.

182) ARA Libertad Case, para. 71.

183) Arctic Sunrise Case, ITLOS, paras. 76-77.

유엔해양법협약 제290조 제5항에 따른 잠정조치의 경우 일반국제법상 잠정조치에서와는 다른 관할권을 가진다. 이는 유엔해양법협약이 강제적 분쟁해결절차를 가짐으로 인하여 생기는 특징이다. 유엔해양법협약의 경우 강제적 분쟁해결절차로 국제해양법재판소, 국제사법재판소, 제7부속서 중재재판소, 제8부속서 특별중재재판소를 정하고 있다. 이때 중재재판소의 경우, 재판의 개시를 위하여 일정한 시간이 소요되는데 이때 긴급하게 잠정조치를 명령할 필요가 발생할 수 있다. 이러한 상황에 사용되는 잠정조치가 제290조 제5항의 잠정조치이다. 따라서 제290조 제5항 잠정조치 관할권의 경우 긴급성도 따져보아야 하는데, 유엔해양법협약상 제290조 제1항 잠정조치 요건으로서의 긴급성과 차이점을 살펴보기 위해, '유엔해양법협약상 잠정조치의 요건'에서 살펴 보도록 한다.

나. 유엔해양법협약 제290조 제1항

유엔해양법협약상 잠정조치의 관할권이 성립하기 위해서는, i) 분쟁이 존재해야하며, 이 분쟁은 ii) 유엔해양법협약의 해석 및 적용과 관련한 분쟁이어야 한다. 또한 이 분쟁의 당사국은 iii) 유엔해양법협약의 당사국이어야 한다. 그리고 이러한 분쟁이 제283조의 건교환의무, 제297조 제2절 적용의 제한 등이 속한 유엔해양법협약 제15부 분쟁의 해결에 따라, 또는 제7부속서에 따라 정당하게 재판소에 회부되어야 한다. 이 요건들을 충족하여야 유엔해양법협약상 잠정조치의 관할권이 성립한다. 이를 근거로 유엔해양법협약 제290조 제1항에 따라 잠정조치가 다음의 사건에서 어떻게 적용되었는지 살펴 보도록 한다.

먼저, *M/V SAIGA Case*를 살펴 보도록 한다. 이 사건은 *M/V SAIGA Case*(No. 1)와는 별개의 사건이나, 동일한 사실관계에서 발생한 사건이다. 국제해양법재판소는 1997년 12월 4일 *M/V SAIGA Case*(No. 1)의 판결을 통하여 보석금을 결정하고, 사이가호와 선원을 석방할 것을 기니에게 명령하였으나, 기니는 이 명령을 거부하였다. 그리고 기니 검찰은 1997년 12월 10일 선장을 상대로 소송을 제기하여

184) Dispute concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (No.23) Case (Ghana v. Côte d'Ivoire), Provisional Measures, Order of 25 April 2015, ITLOS, paras. 35-38.

1997년 12월 17일 사이가호 선장에게 유죄판결을 내렸다. 이에 1998년 1월 13일 세인트 빈센트 그레나딘은 국제해양법재판소에 잠정조치 명령을 내려줄 것을 요청하였다.¹⁸⁵⁾ 이에 국제해양법재판소는 유엔해양법협약 제290조 제1항에 따라 주장된 세인트 빈센트 그레나딘의 잠정조치 신청에 대해 검토하였다. 협약 제290조 제1항은 “어느 재판소나 재판부에 적절하게 회부된 분쟁에 대하여 그 재판소가 제15부나 제11부 제5절에 따라 일응관할권을 가진다고 판단하는 경우, 그 재판소는 최종 판결이 날 때까지 각 분쟁당사국의 이익을 보전하기 위하여 또는 해양환경에 대한 심각한 손상을 방지하기 위하여 그 상황에서 적절하다고 판단하는 잠정조치를 명령할 수 있다”고 규정하고 있다. 1998년 2월 20일자 교환문서를 통해, 양 당사국은 분쟁을 국제해양법재판소에 회부하는 것에 동의하고, 또한 국제해양법재판소에서 진행되는 서면절차 및 구두절차를 본안과 1998년 1월 30일자 기니 정부에 의해 제기된 항변의 사항을 모두 다루는 단일 단계로 구성한다는 것에 합의하였다. 그리고 국제해양법재판소는 본안에서 세인트 빈센트 그레나딘이 제시한 협약 제297조 제1항이 국제해양법재판소 일응관할권의 근거가 될 수 있다고 보았다. 이를 근거로 국제해양법재판소는 이 사건에 대해 관할권을 가진다고 결정하였다.¹⁸⁶⁾

*M/V LOUISA Case*는 세인트 빈센트 그레나딘 국적의 루이사호에 대한 스페인의 압류 관련 잠정조치 사건이다. 루이사호는 스페인의 허가를 받고 스페인 영해와 내수에서 석유 및 가스 매장 탐사를 수행하고 있었다. 그러던 중, 스페인 경찰이 스페인 역사 유산에 대한 도굴과 무기소지 혐의로 선박을 압류하고 선원을 체포하였다. 이에 세인트 빈센트 그레나딘은 선박의 상태 악화로 환경에 악영향을 미칠 수 있기 때문에 선박·선원의 석방과 압류품의 반환을 요구하였다.¹⁸⁷⁾ 이에 국제해양법재판소는 이 분쟁에 대해 잠정조치를 지시할 권한이 있는지와 관련한 잠정적인 관할권의 판단에서 *M/V SAIGA Case*¹⁸⁸⁾를 인용하여 인정하였다.¹⁸⁹⁾ 여기에 더하

185) 홍성근, “제2차 엠/브이 사이가(M/V SAIGA)호 사건 : 국제해양법재판소의 1998년 잠정조치 명령 및 1999년 본안 판결”, 『외법논집』, 제17권, 2004, 271-273쪽.

186) *The M/V SAIGA (No.2) Case (Saint Vincent and The Grenadines v. Guinea), Provisional Measures, Order of 11 March 1998, ITLOS, paras. 25-30.*

187) 최영석, “국제해양법재판소의 역할과 판결”, 『계간 해양수산』, 제3권 제4호, 2013, 68쪽.

188) *M/V SAIGA Case, para. 29.*

189) *The M/V LOUISA (No.18) Case (Saint Vincent and The Grenadines v. Spain), Provisional Measures, Order of 23 December 2010, ITLOS, para. 69.*

여 이 사건에서 청구국은 유엔해양법협약 제283조 의견교환의무의 요건이 충족되었다고 주장하였다. 이에 국제해양법재판소는 협약 제283조의 요건이 충족되었으므로, 일응관할권이 있다고 보았다.¹⁹⁰⁾

MOX Plant Case 제7부속서 중재재판소의 경우, 분쟁의 당사국인 아일랜드와 영국이 협약의 당사국이고, 이 중재재판소는 유엔해양법협약 제15부 및 제7부속서에 따라 정당하게 구성되었으며, 아일랜드가 유엔해양법협약의 해석 및 적용에 관련한 잠정조치를 신청하였으므로, 일응관할권이 있다고 보았다.¹⁹¹⁾ 재판소의 이러한 태도는 *Southern Bluefin Tuna Case*에서 제7부속서 중재재판소가 관할권을 인정하지 않았던 때보다 일응관할권의 인정과정에서 적극적인 태도를 취한 것으로 보인다.¹⁹²⁾

2. 유엔해양법협약상 잠정조치의 목적

제2장에서 언급된 일반국제법상 잠정조치의 목적은 소송 중 권리를 보호하고, 분쟁의 악화를 방지하기 위한 것이었다. 유엔해양법협약상 잠정조치의 목적 또한 이와 유사하나, 유엔해양법협약 제290조 제1항에 명문으로 규정된 ‘해양환경의 보호’가 추가된다. 그러나 여기서는 소송 중 권리의 보호와 분쟁의 악화를 방지하기 위한 목적을 유엔해양법협약상 잠정조치의 명령을 통하여 살펴보고, 해양환경의 보호와 관련하여서는 ‘유엔해양법협약상 잠정조치의 요건’ 목차에서 다루도록 한다.

가. 소송 중인 권리를 보호하기 위한 조치

잠정조치의 목적은 소송이 계속되는 동안에 소송의 목적이나 소송 중인 권리를 타방국의 행위나 다른 요인으로 인한 위험으로부터 보호하는 것이다. 이는 국제사

190) Ibid., para. 65.

191) The *MOX Plant Case* (Ireland v. United Kingdom), Provisional Measure, Order of 24 June 2003, PCA, para. 14.

192) 백진현, 앞의 논문, 139쪽.

법재판소규정 제41조와 유엔해양법협약 제290조에 명문으로 규정되어 있는 잠정조치의 목적이다. 소송 중인 권리를 보호하는 목적은 요구된 조치와 본안 사이의 관계가 적절한지와 잠정조치에 청구된 권리가 타당한지를 살펴보아야 한다.

(1) 요구된 조치와 본안 사이의 적절한 관계

국제사법재판소규정 제41조와 같이, 유엔해양법협약 제290조는 재판소가 분쟁당사국 각각의 권리를 보존해야하는 상황에서 적절히 고려된 잠정조치를 명령할 수 있다고 규정하고 있다. 따라서 본안 판결을 내리는 권리와 요구된 조치 사이에 관련성이 있어야 하며,¹⁹³⁾ 이와 관련한 유엔해양법협약상 잠정조치의 명령들을 살펴볼도록 한다.

*M/V SAIGA Case*의 명령에서 국제해양법재판소는 어떠한 경우에도 재판소의 관할권 또는 사건의 본안에 관한 어떠한 문제도 판단하지 않아야 하며, 양 당사국이 그러한 문제에 관하여 논쟁을 제기할 수 있는 권리에 영향을 주지 않아야 한다고 보았다.¹⁹⁴⁾

*MOX Plant Case*의 제7부속서 중재재판소는 적절한 경우, 들어난 상황과 이용 가능한 정보를 근거로 하여 분쟁 당사국 각각의 권리를 보호하거나 해양환경에 심각한 손해를 입히지 않을 경우에만 잠정조치를 명령할 수 있다고 보았다. 또한, 이 목적과 관련한 기간은 최종 결정 이전까지이며, 그 이후에 야기된 손해는 사건의 본안과 관련하여 고려되어야 한다고 보았다.¹⁹⁵⁾

*M/V LOUISA Case*에서 국제사법재판소의 *Obligation to Prosecute or Extradite Case*¹⁹⁶⁾를 인용하여, 어떠한 경우에도 사건의 본안 또는 청구의 수리가능성과 이 문제를 다루는 재판소의 관할권에 대한 문제에 영향을 주지 아니하며, 이 문제를 회부한 세인트 빈센트 그레나딘과 피청구국인 스페인의 권리에도 영향을 주지 않으므로, 이를 충족한다고 보았다.¹⁹⁷⁾

193) Cameron A. Miles, op. cit., p. 185.

194) *M/V SAIGA Case*, para. 46.

195) *MOX Plant Case*, PCA, para. 52.

196) *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite*, para. 74.

*Ghana/Côte d'Ivoire Case*는 분쟁 지역에서 탄화수소추출을 관리하는 가나와 이를 제한하는 코트디부아르, 두 나라 사이의 해양경계획정과 관련된 사건이다. 이 사건의 특별재판부는 각 당사국이 속하는 본안에 관한 판결에서 판결될 수 있는 각각의 권리를 보호하여야 한다고 보았다.¹⁹⁸⁾ 그리고 국제사법재판소의 2011년 *Border Area Case*¹⁹⁹⁾를 인용하여, 특별재판부는 코트디부아르가 주장하는 권리와 요구된 잠정조치 사이에 관련성이 있다고 판결하였다.²⁰⁰⁾

Ghana/Côte d'Ivoire Case 이전의 경우 잠정조치의 명령이 본안 판결에 영향을 주지 않아야 한다는 사실에 초점이 맞추어져 있었다면, *Ghana/Côte d'Ivoire Case*에서는 주장하는 권리와 요구된 잠정조치 사이에 관련성이 있어야 한다고 특별재판부가 판결하였다는 것에 의미가 있다.

(2) 청구된 권리의 타당성

타당성에 관한 기준은 국제사법재판소규정 제41조의 잠정조치에서 요건으로 나타나지만 유엔해양법협약 제290조의 입장은 명쾌하지 않다. 유엔해양법협약 제15부에 따른 재판소는 권리가 법적으로 존재하는지 고려하고 유엔해양법협약 제288조는 협약의 해석과 적용에 관한 분쟁으로 이 재판소들의 관할권을 제한한다. 따라서 관련 재판소가 관할권을 결정하는 경우, 청구국이 주장하는 권리는 유엔해양법협약상에 존재해야 한다.²⁰¹⁾ 이와 관련한 잠정조치 명령을 살펴보면 다음과 같다.

*MOX Plant Case*는 본안에 관한 최종결정 이전에, 제7부속서 중재재판소가 관할권을 명확하게 충족해야 한다고 보았다. 더욱이, 이전에 제기된 분쟁의 본안에 대한 논의를 진행하기 위해서라도, 재판소는 관할권에 관한 의심을 최소화할 필요가 있다고 보았다.²⁰²⁾

197) M/V LOUISA Case, para. 80.

198) Ghana/Côte d'Ivoire Case, para. 40.

199) Certain Activities carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua), Provisional Measure, Order of 8 March 2011, ICJ, para. 54.

200) Ibid., para. 63.

201) Cameron A. Miles, op. cit., p. 201.

202) MOX Plant Case, PCA, para. 15.

*M/V LOUISA Case*의 잠정조치에서 국제해양법재판소는 1998년 3월 11일 *M/V SAIGA Case*²⁰³⁾를 참고하여, 세인트 빈센트 그레나딘에 의해 요구되는 권리의 존재를 명확하게 수립할 필요가 없다고 보았다.²⁰⁴⁾

*ARA Libertad Case*는 2012년 10월 아르헨티나가 자국의 해군 훈련함인 아라 리버타드호가 가나에서 억류된 것에 대해 국제해양법재판소에 중재 및 선박석방의 잠정조치를 신청한 사건이다. 아라 리버타드호는 훈련 중 식량·식수 공급 등을 위해 가나에 입항하였는데, 미국 해지펀드사(NML)는 아르헨티나가 2000년대 초반 국가부도(default)를 선언하여 발생시킨 3억 7천만 달러의 채무에 대해 가나 법원에 선박가압류를 신청하였다.²⁰⁵⁾ 이에 아르헨티나 정부가 가나의 선박억류에 대해 강하게 반발하며 신청하였고 국제해양법재판소는 아르헨티나가 주장한 권리의 존재를 명확하게 수립할 필요가 없다고 보았다.²⁰⁶⁾

*Arctic Sunrise Case*는 네덜란드가 러시아에 의해 네덜란드 국적의 그린피스 쇄빙선인 악틱 선라이즈호가 억류됨에 따라 국제해양법재판소에 잠정조치를 신청한 사건이다. 그린피스는 러시아 북부 바렌츠해에서 북극 에너지 개발에 대한 반대 시위를 벌이다가 러시아 당국에 의해 체포되어 해적 등의 혐의로 기소되었다. 이에 네덜란드가 유엔해양법협약 제7부속서 중재재판을 신청한 뒤, 잠정조치를 신청하였다.²⁰⁷⁾ 이에 잠정조치에 의하여 보존되어야 하는 당사국 각각의 권리에 대한 성질 및 범위를 평가하는데 국제해양법재판소는 어려움이 있다고 보았다.²⁰⁸⁾ 따라서 이 절차에서, 재판소는 네덜란드가 주장하는 권리의 존재를 명확하게 수립할 필요가 없다고 보았다.²⁰⁹⁾

*Ghana/Côte d'Ivoire Case*는 국제사법재판소의 2013년 *Border Area Case*²¹⁰⁾를 인용하여, 잠정조치를 명령하는 재판소는 절차의 현 단계에서 분쟁의 권리와 의무

203) *M/V SAIGA Case*, para. 29.

204) *M/V LOUISA Case*, para. 69.

205) 최영석, 앞의 논문, 69쪽.

206) *ARA Libertad Case*, para. 60.

207) 최영석, 앞의 논문, 70쪽.

208) *Arctic Sunrise Case*, ITLOS, para. 55.

209) *Ibid.*, para. 69.

210) *Certain Activities carried out by Nicaragua in the Border Area*, para. 27.

에 대한 당사국의 청구를 해결할 필요가 없으며 그들 각각이 보호 받기를 원하는 권리의 존재를 명확히 결정할 필요가 없다고 보았다. 이는 유엔해양법협약 제290조 제1항에 명확한 타당성의 요건을 최종적으로 도입한 것이다. 그러므로 잠정조치를 명령하기 전에 특별재판부는 당사국이 다투는 권리를 스스로 처리할 필요가 없으며 코트디부아르가 본안에서 보호를 구하는 권리가 타당하다는 것을 스스로 충족할 필요만이 있다고 보았다. 특별재판부는 코트디부아르를 상대로 협약 제7부속서 절차를 도입한, 가나 스스로가 양국 사이의 해양 경계에 대한 분쟁의 존재와 분쟁 지역에서 당사국의 반대 주장이 존재한다는 것을 인식하여야 한다고 판단하였다.²¹¹⁾

유엔해양법협약상 잠정조치의 타당성과 관련하여 *MOX Plant Case*, *M/V LOUISA Case*, *ARA Libertad Case*, *Arctic Sunrise Case*, *Ghana/Côte d'Ivoire Case*에서 살펴보았다. 제일 최근 사건이 *Ghana/Côte d'Ivoire Case*에서 타당성의 요건을 최종적으로 도입하여, 당사국이 본안 분쟁의 권리와 의무의 존재를 명확히 결정할 필요가 없다고 재판소는 판단하였다. 그러면서 재판소는 단지 청구국이 잠정조치를 통하여 보호하려는 권리가 타당한지만을 살펴보면 된다는 것이 재판소의 입장으로 해석된다.

나. 분쟁의 악화를 방지하기 위한 조치

유엔해양법협약에 따른 재판소들은 유엔해양법협약 제290조에서 명확히 표현하고 있지 않더라도 악화를 방지하기 위한 조치를 판정하는 권한을 가지며, 이와 관련하여 잠정조치 명령들을 아래에서 살펴보도록 한다.

*M/V SAIGA Case*에서 최종결정까지 그들의 행동 및 태도를 결정할 때, 양당사국은 선박 및 승무원의 체포 및 구금과 관련하여 분쟁의 악화 또는 확장할 수 있는 사건을 피하기 위하여 모든 노력을 다하여야 한다고 보았다. 이는 국제해양법재판소가 사건에서 당사국들이 재판소에 회부된 분쟁을 악화하거나 확장시킬 수 있는 행위를 자국 또는 자국 국기를 단 선박이 취하지 못하도록 보증해야 함을 직권으로 권고한 것이다. 이를 통하여 재판소는 분쟁의 악화 또는 확장을 막기 위한 각 당사

211) *Ghana/Côte d'Ivoire Case*, 57-59.

국의 행동 또는 회피는 주장의 포기 또는 분쟁에서 상대국의 주장을 수리하는 것으로 해석되어서는 아니 된다고 보았다.²¹²⁾

*MOX Plant Case*²¹³⁾와 *Land Reclamation Case*²¹⁴⁾, *M/V LOUISA Case*²¹⁵⁾, *ARA Libertad Case*²¹⁶⁾ 그리고 *Arctic Sunrise Case*²¹⁷⁾에서, 청구국과 피청구국은 제7부속서 중재재판소에 제출된 분쟁의 악화 또는 확장을 피하기 위해 일방 당사국이 취한 행동 또는 회피는 주장의 포기 또는 분쟁에서 상대국의 주장을 수리하는 것으로 해석되어서는 안 된다고 보았다.

*Ghana/Côte d'Ivoire Case*는 분쟁의 악화를 방지하기 위한 조치가 고려되었고 소송 중에 권리 보호를 위한 넓은 범위의 조치도 추가적으로 판정되었다. 또한 이 판정에서, 특별재판부는 사건에서 잠정조치는 상대적으로 중요하며, 분쟁을 악화시키는 행동을 삼가도록 당사국에게 요구하기 전에, 악화를 방지하기 위한 조치는 어떤 형태로든 주장의 포기 또는 분쟁에서 상대국의 주장을 수리하는 것으로 해석되어서는 안 된다고 언급했다.²¹⁸⁾

이 사건들은 유엔해양법협약상 재판소들이 악화를 방지하기 위한 조치를 명령하는 경우를 대표한다. 그리고 이 조치를 명령하는 권한에 관한 추가적인 해설은, 이미 존재하는 국제사법재판소의 판례와 악화를 방지하기 위한 조치에서 국제해양법 재판소의 관습을 연결한 Laing 재판관의 다른 서면에서도 나타난다.²¹⁹⁾

이 사건들을 살펴보면 유엔해양법협약상 재판소들이 각 사건에서 악화를 방지하기 위한 조치를 반복적으로 언급하는 것을 알 수 있다. 따라서 분쟁의 악화를 방지하기 위한 조치는 잠정조치의 목적으로 보인다.

212) *M/V SAIGA Case*, paras. 42-44.

213) *MOX Plant Case*, ITLOS, para. 85.

214) *Land Reclamation Case*, para. 102.

215) *M/V LOUISA Case*, para. 78.

216) *ARA Libertad Case*, para. 101.

217) *Arctic Sunrise Case*, ITLOS, paras. 98-99.

218) *Ghana/Côte d'Ivoire Case*, paras. 103-108.

219) Edward A. Laing, *A Perspective on Provisional Measures under UNCLOS*, Netherlands Yearbook of International Law, 1998, pp. 66-67.

3. 유엔해양법협약상 잠정조치의 요건

Ghana/Côte d'Ivoire Case 특별재판부는 *M/V LOUISA Case*²²⁰⁾를 인용하여, 분쟁에서 회복할 수 없는 손해가 당사국의 권리에 야기할 실제 급박한 위험이 없는 한, 잠정조치를 명령할 수 없다고 보았다. 그리고 2013년 *Border Area Case*²²¹⁾를 인용하여, 잠정조치를 명령하기 위한 권한을 행사하기 위한 긴급성이 필요하고, 최종 결정이 내려지기 전에 쟁점인 권리에 회복할 수 없는 손해가 야기될 실제 급박한 위험을 피할 필요 또한 있어야 한다고 보았다. 이 회복할 수 없는 손해에 대한 급박한 위험의 존재 여부는 모든 관련 요소를 중심으로 사건에 따라 따져보아야 한다.²²²⁾

가. 유엔해양법협약 제290조에 따른 손해

(1) 회복할 수 없는 손해

국제사법재판소규정 제41조와 같이, 유엔해양법협약 제290조도 잠정조치를 부여하기 전에 회복할 수 없는 손해를 증명할 필요성에 대하여 명문으로 규정하지 않고 있다. 따라서 국제사법재판소에 의해 발전되어온 기준을 제290조의 잠정조치에서도 기준으로 사용되는지 판단해볼 필요가 있는데, *Southern Bluefin Tuna Case*의 Laing 재판관 개별의견에서 그는 상설국제사법재판소와 국제사법재판소에 의해 발전되어온 회복할 수 없음의 정도가 유엔해양법협약에서 보편적으로 사용되지 않는다고 주장하였다.²²³⁾

그러나 이러한 Laing 재판관의 의견에도 불구하고, 유엔해양법협약상 잠정조치의 요건상 회복할 수 없음의 정도는 구체적인 기준의 명시가 부족한 것으로 보인다.

220) *M/V LOUISA Case*, para. 72.

221) *Certain Activities carried out by Nicaragua in the Border Area*, para. 25.

222) *Ghana/Côte d'Ivoire Case*, paras. 41-43.

223) *The Southern Bluefin Tuna (No.3&4) Cases (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan)*, Provisional Measures, Separate Opinion of Judge Laing of 27 August 1999, ITLOS, para. 3.

이는 유엔해양법협약상 첫 번째 잠정조치 명령인 *M/V SAIGA Case*에서 나타난다. 이 사건에서 명시된 기준 또는 확인된 전문용어를 통하여 상설국제사법재판소와 국제사법재판소의 관례에 대한 반대 또는 개별 의견이 나타났고, *MOX Plant Case*의 제7부속서 중재재판소에서도 나타났다. *MOX Plant Case*는 아일랜드가 청구한 잠정조치에서 당사국의 권리를 보호하는 잠정조치의 요건으로 긴급성과 청구된 권리의 회복할 수 없는 손해를 언급하였고,²²⁴⁾ 이는 국제사법재판소의 *Certain Criminal Proceedings Case*²²⁵⁾를 인용한 것이다. 이로 인하여 국제해양법재판소가 잠정조치의 요건에 대하여 관례를 발전시키기 어려워졌으며, 유엔해양법협약 제290조의 정확한 해석을 주장하던 재판소들에도 불구하고, 제7부속서 중재재판소는 일반국제법상의 요건을 도입하였다.

그러나 국제해양법재판소는 최근에 국제사법재판소와 유사하게 발전된 고려사항에 대한 검토를 시작하였다. *Land Reclamation Case*에서, 재판소는 영해에서 말레이시아가 청구한 권리가 회복할 수 없는 손해의 위험이 있다고 보이지 않으므로, 조호르 협에서 싱가포르의 활동을 중지해달라는 말레이시아 청구의 일부를 기각하였다.²²⁶⁾ *M/V LOUISA Case*에서는 국제해양법재판소가 스페인의 형사 관할권 행사로 빈센트 기선을 몰수한 것에 대한 세인트 빈센트 그레나딘의 잠정조치 청구를 고려하였다. 재판소는 잠정조치로서의 석방 청구와 관련한 회복할 수 없는 손해가 분쟁당사국의 권리에 발생될 수 있다는 실제 급박한 위험이 없다고 보아, 이 청구를 기각하였다.²²⁷⁾

이와 관련하여 국제해양법재판소의 Kulyk 재판관이 주장한 회복할 수 없는 손해는 다음과 같다.

실제로 이전 관례는 성질상 본질적으로 예외적이거나 임의적인 잠정조치의 부어로 인하여 다른 당사국의 행동이 지속적으로 침해된 경우 당사국이 그 권리에 대하여 손해를 입었다고 주장하는 것만으로는 충분하지 않다고 보았다. 당사국은 권

224) *MOX Plant Case*, PCA, para. 58.

225) *Certain Criminal Proceedings in France*, pp. 4-12.

226) *Land Reclamation Case*, para. 72.

227) *M/V LOUISA Case*, para. 72.

리에 회복할 수 없는 손해가 존재하거나 급박하지 않은 경우 권리가 손해로 고통 받을 위험이 있다는 것을 재판소에 증명해야 한다. 국제 판례에서 권리의 손해는 회복할 수 없는 정도로 이해되며, 피해당사국의 권리는 금전의 지불 또는 다른 물질적 형식으로 보상 또는 배상하여도 회복할 수 없는 것을 의미한다.²²⁸⁾

M/V SAIGA Case, *M/V LOUISA Case*, *ARA Libertad Case* 및 *Arctic Sunrise Case*에서와 같이, 제290조에 따라 제기된 사건에서 중요한 부분은 선박의 구금과 관련하였다. *Arctic Sunrise Case*에서, Jesus 재판관은 유엔해양법협약 제292조와 유사한 신속 석방 절차를 잠정조치에서 사용하는 것은 부적절하다고 보았다.²²⁹⁾ 선박 구금으로 인한 손상의 경우 보상이 될 수 있으며, 구금의 결과로 인한 선박 또는 화물의 가치 하락도 상업적 손실과 관련하기 때문이다. 결과적으로 유엔해양법협약상 잠정조치는 회복할 수 없음을 해석하는데 있어서 일반국제법상 잠정조치와 유사한 방식이지만 보다 낮은 기준을 적용하는 것으로 보인다.

Kulyk 재판관이 제시한 회복할 수 없는 손해의 정도는 *Ghana/Côte d'Ivoire Case* 특별재판부의 결정으로 수정되었다. *Ghana/Côte d'Ivoire Case*에서 특별재판부는 활동으로 인하여 분쟁 지역에 물리적으로 상당하고 영구적인 변경이 초래되는 경우와 이러한 변경이 재정적 배상으로 완전히 보상될 수 없는 경우 회복할 수 없는 위험이 있다고 보았다.²³⁰⁾ 특별재판부는 본안 결정에서 분쟁 지역의 전부 또는 일부에 대하여 코트디부아르가 권리를 가진다고 판결한다면, 분쟁 지역의 자원에 대한 정보의 습득과 사용은 코트디부아르의 권리에 회복할 수 없는 손해를 초래할 수 있다고 보았다. 그리고 가나가 계획한 탐사 및 탐험 활동은 분쟁 지역의 대륙붕과 인접 수역에서 코트디부아르에 적용되는 주권과 배타적 권리에 회복할 수 없는 손해가 야기될 수 있다고 보았다.²³¹⁾ 따라서 석유 수익의 경우 미래에 국가 재정적 보상의 대상이 될 수 있는 반면에 분쟁 지역에서 물리적으로 중대하거나 영구적인

228) The ARCTIC SUNRISE (No.22) Case (Kingdom of the Netherlands v. Russian Federation), Provisional Measures, Dissenting Opinion of Judge Kulyk of 22 November 2013, ITLOS, paras. 3-5.

229) Arctic Sunrise Case, ITLOS, para. 7.

230) Ghana/Côte d'Ivoire Case, para. 89.

231) Ibid., para. 95-96.

변경은 재정적인 배상을 통하여 완전히 보상될 수 없다는 것을 고려하여, 특별재판부는 잠정조치를 명령하였다. 이는 특별재판부가 회복할 수 없는 손해를 *Aegean Sea Continental Shelf Case*에서의 엄격한 기준으로 역행하지는 않았으나, 여전히 재정적으로 회복할 수 없어야 한다고 이해한 것으로 보인다.

(2) 해양환경의 심각한 손해

유엔해양법협약상 잠정조치가 일반국제법상 잠정조치와 가장 두드러지는 특징 중의 하나가 해양환경의 심각한 손해를 요건으로 하는 것이다. 유엔해양법협약 제290조 제1항의 경우 명시적으로 손해가 심각(serious)해야 한다고 규정하고 있다. 무엇이 해양환경에 심각한 손해로 고려되는가를 살펴보면, 다수의 생물다양성, 지속가능성 및 해양오염 등이 있다. 이는 탄화수소 물질의 이전, 기술사용 및 침입종의 도입 등과 관련한 유엔해양법협약 제12부 해양환경의 보호와 보전, 유엔해양법협약상 배타적 경제수역 및 생물자원의 보존과 관련한 규정 등과 관련이 있다. 잠정조치가 명령된 판례들을 통해 잠정조치의 요건인 해양환경의 심각한 손해에 대해 살펴보고자 한다.

*Southern Bluefin Tuna Case*는 태평양의 남방참다랑어 어족의 지속가능성 및 남방참다랑어 보존을 위한 협약에 따라 할당된 어획량의 초과와 관련된 사건이다. 이 사건에 대해 국제해양법재판소는 해양생물자원의 보존은 해양환경의 보호와 보존의 한 요소이고,²³²⁾ 남방참다랑어 어획량에 심각한 손해를 방지하는 효율적인 보존을 위한 조치를 신중하게 행할 필요가 있다고 보았다.²³³⁾

유엔해양법협약 제7부속서 중재재판소에 따른 *MOX Plant Case*에서 아일랜드는 유엔해양법협약이 해양환경의 보호, 오염 방지 및 통제, 두 국가 사이의 협력과 관련한 의무가 영국에게 있고, 이것이 아일랜드의 권리와 충돌한다고 보았다. 또한 유엔해양법협약상 해양환경의 보호와 보전과 관련한 규정에 따른 의무를 영국이 위반하였다고 아일랜드는 주장하였으며, 따라서 아일랜드는 재판소에게 영국을 상대

232) *Southern Bluefin Tuna Case*, para. 70.

233) *Ibid.*, para. 77.

로 잠정조치를 신청하였다.²³⁴⁾ 재판소는 적절한 경우, 들어난 상황과 이용 가능한 정보에 근거하여 분쟁 당사국 각각의 권리를 보호하거나 또는 해양 환경에 심각한 손해를 입히지 않을 경우에만 잠정조치를 명령할 수 있다. 이 사건에서 재판소는 MOX 공장에서 아일랜드 해로 배출된 액체 폐기물에는 소량의 방사성이 포함되어 있으며 그 중 일부는 극도로 긴 반감기를 가진다고 보았다. 이 폐기물은 폐 핵연료의 재처리에 의한 직접적인 부산물이 아닌 발전소의 청소 및 위생 시설 운영과 같은 부수적인 활동으로 발생한 것이며, 아일랜드측은 MOX 공장의 배출 수준의 규모가 상당한 것은 아니라고 보았다. 제290조 제1항에 따르면, 재판소가 잠정조치를 명령하는 권한을 가지기 전에 해양 환경에 유발될 수 있는 손해가 ‘심각’해야 한다. 따라서 재판소는 현 사건에서 이 증거로는 사건 본안의 결정을 기다리는 동안, 아일랜드의 해양 환경에서 MOX 공장의 운영으로 인해 발생하는 손해가 회복할 수 없는 손해의 정도에 도달하지 않는다고 보았다.²³⁵⁾

*Land Reclamation Case*의 당사국인 말레이시아와 싱가포르의 조호르해협에서 중첩되는 해양수역이 있다. 국제해양법재판소는 협력의 의무란 *MOX Plant Case*²³⁶⁾를 인용하여, 유엔해양법협약 제12부 및 일반국제법상 해양 환경의 오염을 방지하는 것이 근본적인 원칙이며, 협약 제290조에 따른 보존을 위하여 적절하다고 판단하여 발생한 권리라고 보았다. 말레이시아는 관련 지역에서 중대한 매립 작업을 도입하고 수행한 싱가포르가 영해 내에서 천연 자원에 대한 국가의 권리를 침해하고 해당 지역의 해양 환경의 완전성에 대한 권리를 침해했다고 주장하였다. 싱가포르는 육지 매립 작업이 말레이시아에 큰 영향을 주지 않으며 주변 수역에 미칠 수 있는 가능한 악영향을 조사하는 필요한 절차를 취했다고 주장했으나, 말레이시아의 관할권 내 수역에서 육지 매립 사업과 관련한 평가는 착수되지 않았다. 따라서 재판소는 육지 매립 작업이 해양 환경에 악영향을 미칠 수 있는 가능성을 배제할 수 없을 것이라고 보아, 해양환경에 손해가 발생한다고 보았다.²³⁷⁾

*M/V LOUISA Case*에서 협약 제290조 제1항에 따른 잠정조치를 명령하는 국제

234) *MOX Plant Case*, PCA, para. 12.

235) *Ibid.*, paras. 52-55.

236) *MOX Plant Case*, ITLOS, para. 82.

237) *Land Reclamation Case*, paras. 91-96.

해양법재판소의 권한은 분쟁 당사국 각각의 권리 보존 또는 최종 결정까지 해양 환경에 심각한 손해를 방지하는 것이다. 이 사건에서 재판소는 세인트 빈센트 그레나딘에 의해 신청된 잠정조치의 명령을 보장하기 위하여 재판 이전에 분쟁 당사국 각각의 권리에 야기할 수 있는 회복할 수 없는 손해로 인한 실제 급박한 위험을 발견하지 못하였다. 한편, 청구국은 상당히 추가된 시간 동안 엘푸에르토데산타마리아에 선박이 정박해두면 환경에 명백한 위협이 있다고 주장하였다. 이에 피청구국인 스페인은 엘푸에르토데산타마리아의 상업적인 항구에서 루이사호의 존재는 해양환경에 급박한 위험이나 손해를 주지 않고, 항만국으로서 선박에 남아 있는 연료에 주의를 기울이고 석유가 선상에서 다른 파이프를 퍼지는지를 지속적으로 감독한다고 하였다. 또한 스페인은 엘푸에르토데산타마리아 항구 및 카디즈 만에서의 모든 환경 사고의 위협에 대응하기 위한 최신 프로토콜을 가지고 있다고도 하였다. 유엔해양법협약 제192조는 해양 환경의 보호와 보존을 국가의 의무로 두고 있으므로, 재판소는 이 사건에서 당사국이 해양환경에서 심각한 손해를 방지하기 위해 신중하게 행동해야 한다고 하였다.²³⁸⁾ 따라서 재판소는 잠정조치로서의 석방 청구와 관련하여 회복할 수 없는 손해가 분쟁당사국의 권리에 발생된다는 실제 급박한 위험이 없다고 보아, 이 청구를 기각하였다.

*Ghana/Côte d'Ivoire Case*에서 코트디부아르는 해양환경에 심각한 손해를 방지하는 잠정조치의 명령을 청구했다.²³⁹⁾ 특별재판부는 코트디부아르가 분쟁 지역에서 가나가 수행한 활동이 해양 환경에 심각한 손해를 만들 위험이 있다고 주장하는데 필요한 증거를 충분히 제시하지 못했다고 판결하면서도, 특별재판부는 해양환경의 심각한 손해의 위험에 큰 관심을 보였다. *M/V LOUISA Case*²⁴⁰⁾에서도 언급되었듯이, 유엔해양법협약 제192조는 해양환경의 보호와 보존을 국가의 의무로 부과하였다. 협약 제193조는 각국이 환경 정책에 따라 자국의 천연 자원을 이용할 수 있는 주권적 권리를 가지고 해양 환경을 보호하고 보존해야 할 의무에 따라 이 권리를 행사할 수 있다고 규정하였다. 이에 더하여, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons Advisory Opinion*²⁴¹⁾을 인용하여, 관할권 내의 활동이 다른 국

238) *M/V LOUISA Case*, paras. 71-77.

239) *Ghana/Côte d'Ivoire Case*, para. 64.

240) *M/V LOUISA Case*, para. 76.

가의 환경이나 국가 통제가 미치지 않는 영역에 대한 국가의 일반적인 의무는 국제 환경법과도 관련이 있다고 보았다. 따라서 특별재판부는 이 상황에서 *M/V LOUISA Case*²⁴²⁾와 *Southern Bluefin Tuna Case*²⁴³⁾를 인용하여, 당사국은 해양환경에 심각한 손해를 방지하기 위하여 신중하게 행동해야 한다고 보았다. 또한 *MOX Plant Case*²⁴⁴⁾와 *Land Reclamation Case*²⁴⁵⁾를 인용하여, 특별재판부는 협력의무란 유엔 해양법협약 제12부 및 일반국제법상 해양 환경의 오염을 방지하는 것이 근본적인 원칙이며, 협약 제290조에 따른 보존을 위하여 적절하다고 판단하여 발생한 권리라고 보았다.²⁴⁶⁾ 그러나 이 사건에서 특별재판부는 가나의 진행 중 또는 진행하고 있던 활동의 중단은 가나와 그 사업 수행자가 상당한 재정적 손실의 위험을 수반하게 되며, 장비의 악화로 해양환경에 심각한 위험을 초래할 수 있다고 보았다. 따라서 이미 시추가 진행된 활동을 포함하여 분쟁 지역에서 가나에 의해 수행된 모든 탐사 또는 탐험 활동을 정지시키는 명령이 가나가 청구한 권리에 손해를 야기하고 부담을 줄 수 있다. 이는 코트디부아르가 신청한 잠정조치로 인하여 해양환경에 손해를 야기할 수 있다고 판단하여 특별재판부는 이를 받아들이지 않았다.²⁴⁷⁾

유엔해양법협약상 재판소는 유엔해양법협약상 잠정조치의 요건으로 해양환경에 대한 심각한 손해에 대하여 판단할 때, 사건의 상황을 따져가며 잠정조치를 명령하고 있는 것으로 보인다. 그렇다고 재판소의 주관적인 판단만으로 요건의 충족 여부를 살펴보는 것은 아니며, 청구국이 주장하는 해양환경에 발생한 손해가 얼마나 심각한지, 그리고 청구국이 주장하는 해양환경의 손해와 청구국이 신청한 잠정조치를 명령할 경우 발생하게 되는 상황 등을 고려하여 잠정조치를 명령하는 것으로 보인다.

241) Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion of July 1996, para. 29.

242) *M/V LOUISA Case*, para. 77.

243) *Southern Bluefin Tuna Case*, para. 77.

244) *MOX Plant Case*, ITLOS, para. 82.

245) *Land Reclamation Case*, para. 92.

246) *Ghana/Côte d'Ivoire Case*, paras. 67-73.

247) *Ibid.*, paras. 99-101.

(3) 해양환경 보호와 사전예방적 접근 또는 원칙과의 관계

해양환경에 대한 심각한 손해를 방지하기 위한 조치를 고려할 때, 유엔해양법협약상의 재판소는 일어날 수 있는 위험을 평가할 때보다 낮은 수준으로 평가하는 것으로 보인다. 이는 국제환경법에서 중요한 결정인 *Southern Bluefin Tuna Case* 잠정조치의 판정에서 나타난다.

남방참다랑어 어족을 보존하기 위한 조치에 관하여 과학적 불확실성이 있으며, 현재까지 보존조치가 남방참다랑어 어족의 향상을 이끄는지에 대해서는 당사국 간에 합의가 없다. 비록 당사국이 제출한 과학적 증거를 재판소가 최종적으로 평가할 수는 없지만, 당사국의 권리를 보존하고 남방참다랑어 어족의 악화를 방지하기 위한 조치는 취해져야 한다.²⁴⁸⁾

이 사건의 재판소가 명시적으로 언급하지 않았지만, 위의 내용은 환경에 관한 리오 선언 제15원칙인 사전예방 원칙이 적용된 것이다. 이 원칙은 심각하거나 회복할 수 없는 손해의 위협이 있는 경우, 완전한 과학적 지식의 부족으로 환경 피해를 방지하기 위한 비용의 효율적인 조치를 지연시킬 수 없다고 선언한다. 다시 말해, 재판소는 그러한 손해에 대한 정확한 가능성을 증명할 수 없는 과학적 증거가 없다는 이유로 환경에 대한 손해와 관련된 잠정조치를 기각할 수 없는 것이다.

이에 대한 논쟁은 다양한 개별의견에서 발견되며, Laing 재판관은 재판소가 현재 잠정조치의 목적을 달성하기 위하여 사전 예방적 접근을 채택하였다고 선언하였고, Treves 재판관의 경우 재판소가 동일한 결론을 내리지만 재판소의 의도를 보다 명확히 나타내지 않는 것을 유감이라고 표현하였다. 그리고 Shearer 특별 재판관은 재판소가 명령한 조치가 사전 예방적 접근의 고려사항을 따른다고 보았다.²⁴⁹⁾ 또한, 이 원칙은 *Southern Bluefin Tuna Case*에서 논쟁된 법적 근거 중 하나이기도

248) *Southern Bluefin Tuna Case*, paras. 79-80.

249) *The Southern Bluefin Tuna (No.3&4) Cases (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan)*, Provisional Measures, Dissenting Opinion of ad hoc Judge Shearer of 27 August 1999, ITLOS, pp. 5-7.

하다. 이 사건의 과학적 불확실성에 관하여 재판소는 해양법에 의해 요구되는 공해 어업에 대한 사전 예방적 접근이나 실제 잠정조치 자체에서의 본질적인 사전 예방적 특성을 통하여 설명하였다.²⁵⁰⁾

MOX Plant Case 또한 해양환경에 대한 사전 예방적 접근을 언급하였다. 제290조 제5항에 따라, 아일랜드는 사전예방 원칙이 상황의 긴급성을 충족한다고 재판소에 주장하였다. 이에 대하여 영국은 MOX 공장의 운영으로 인한 오염의 위험은 극히 적다고 증언하였다.²⁵¹⁾ 따라서 재판소는 영국의 주장이 충족되었다고 보았고, 당사국 사이의 협력을 추가하는 조치만을 제안하였다.

*Southern Bluefin Tuna Case*와 *MOX Plant Case*의 결과가 다름에도 불구하고, 국제해양법재판소는 일관된 접근 방식을 보여주고 있다. 후자의 경우 영국은 MOX 공장의 커미셔닝이 제7부속서 중재재판소 구성 이전에 환경 피해를 초래하지 않을 것이라는 재판소가 인정할 수 있는 증거를 제시했다. 이에 재판소는 아일랜드의 진술에 따라 사전예방 원칙은 증거의 부담과 관련 있다고 보았으며, 이것이 충족되었다고 간주하였다. 전자의 경우 재판소는 청구국과 피청구국의 증거로는 고려된 위험이 관련된 절차의 중간 단계에서 존재했는지 여부를 결과적으로 결정할 수 없다고 보았다. 그러나 사전예방 원칙에 대하여 청구국이 증거를 부담하지 않았는데도 불구하고, 재판소가 피청구국을 구속하는 어획 할당량을 정한 것은 신중하지 못했던 처사로 보인다.

이런 사건들이 사전예방 원칙을 지지하는지 여부와 관계없이, 국제해양법재판소가 취한 넓은 접근법은 소송 중 권리 보존에 적용될 수 있는 고려사항인 해양환경에 대한 잠정조치를 명령할 때 정확해진다. 이 접근법은, 더욱이 해양 생태계의 전반적인 민감도를 염두에 두고 있으며, 이에 따라 잠정조치를 명령할 때 유엔해양법 협약 제290조가 적용된 재판소는 직접적인 소송 대상보다 집단 이익을 더 보호하는 경향을 띄고 있다. 이와 관련하여 국제해양법재판소가 넓은 지역에서 해양 환경에 심각한 손해를 가한 세 가지 사례(*Southern Bluefin Tuna Case*, *MOX Plant*

250) The Southern Bluefin Tuna (No.3&4) Cases (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan), Provisional Measures, Separate Opinion of Judge Treves of 27 August 1999, ITLOS, paras. 8-9.

251) *MOX Plant Case*, ITLOS, para. 71.

Case 및 *Land Reclamation Case*)에서 더 구체적인 조치를 판정하지 않았지만, 재판소가 당사국들에게 환경 손해의 위험을 최소화하도록 명령했다는 점은 주목할 만하다.²⁵²⁾

나. 제290조에 따른 긴급성

(1) 긴급성의 일반적인 고려사항

(가) 유엔해양법협약 제290조 제5항에 따른 긴급성

Southern Bluefin Tuna Case, *MOX Plant Case*, *Land Reclamation Case*, *ARA Libertad Case*, *Arctic Sunrise Case*에 적용되어진 유엔해양법협약 제290조 제5항에서 명시적으로 언급된 긴급성은 잠정조치의 명령과 관련하여 많은 판례를 형성하였으므로, 이 판례들을 살펴보도록 한다.²⁵³⁾

*Southern Bluefin Tuna Case*의 국제해양법재판소는 유엔해양법협약 제290조 제5항에 따라 재판소가 상황의 긴급성이 있다고 본다면 중재재판소의 구성을 기다리는 동안 잠정조치를 명령할 수 있다고 보았다.²⁵⁴⁾ 이에 재판소는 당사국에 의해 제시된 과학적 증거를 최종적으로 평가할 수 없을지라도, 당사국의 권리를 보존하기 위해 남방참다랑어 어획량의 추가적인 고갈을 막기 위하여 긴급하게 사안을 처리해야 한다고 보아 잠정조치를 명령하였다.²⁵⁵⁾ 그러나 제7부속서 중재재판소는 본안에서 관할권이 없다고 결정하였고, 이에 국제해양법재판소가 명령한 잠정조치는 판정이 서명된 날로부터 철회되었다.

*MOX Plant Case*의 국제해양법재판소는 유엔해양법협약 제290조 제5항에 따라, 재판소가 양 당사국의 권리를 침해하거나 해양환경에 심각한 손해를 초래하는 행동이 제7부속서 중재재판소 구성 이전에 있을 것이라는 가정 속에서 상황의 긴급성이 요구된다면 제7부속서 중재재판소의 구성을 기다리는 동안 잠정조치가 명령될 수 있다고 보았다.²⁵⁶⁾ 이에 재판소는 아일랜드와 영국의 공개 성명을 근거로 제7부

252) Cameron A. Miles, op. cit., pp. 252-255.

253) Ibid., p. 246.

254) *Southern Bluefin Tuna Case*, para. 63.

255) Ibid., para. 80.

속서 중재재판소의 구성 이전에, 상황을 긴급하다고 여긴 아일랜드가 신청한 잠정 조치를 기각하였다.²⁵⁷⁾

Land Reclamation Case 당사국인 말레이시아는 2003년 7월 4일 유엔해양법협약 제7부속서에 따른 절차를 개시하기 전에 여러 차례 외교적으로 조호르 해협에서 싱가포르의 육지 매립에 대한 우려를 표명했고 분쟁을 완만하게 해결하기 위해 시일 내에 이 문제를 긴급하게 논의할 수 있도록 양국 고위관리 간의 회담을 개최해야 한다고 주장하였다.²⁵⁸⁾ 이에 싱가포르는 말레이시아의 신청은 국제해양법재판소 규칙 제89조 제3항에 따라 당사국 각각의 권리를 보전하거나 해양환경에 심각한 손해를 방지하기 위한 결과가 명시되어 있지 않고, 국제해양법재판소 규칙 제89조 제4항에 따른 ‘상황의 긴급성’이 확인되지 않으므로 허용될 수 없다고 주장하였다.²⁵⁹⁾ 그리고 협약 제290조 제5항에 따른 잠정조치에서 재판소가 상황의 긴급성이 요구된다고 고려한다면 제7부속서 중재재판소의 구성을 기다리는 동안 잠정조치가 명령될 수 있다고 본다.²⁶⁰⁾ 이 기간은 명령된 조치가 적용될 수 있는 상황 또는 기간의 긴급성을 평가하는데 반드시 결정적인 것은 아니며, 제7부속서 중재재판소가 잠정조치의 변경, 철회 또는 확인하지 않는 기간에 상황의 긴급성이 평가되어야 한다고 보았다.²⁶¹⁾ 이 사건에서 재판소는 말레이시아가 제시한 증거가 상황의 긴급성이 존재한다거나 영해와 관련하여 주장된 권리가 제7부속서 중재재판소에 의한 사건의 본안에서 고려되는 회복할 수 없는 손해를 입을 수 있다고 보지 않았으므로,²⁶²⁾ 신청된 잠정조치를 기각하였다.

*ARA Libertad Case*는 유엔해양법협약 제290조 제5항에 따라, 제7부속서 중재재판소가 일응관할권을 가지고 상황의 긴급성을 요구한다면 이 조항에 따라 잠정조치를 명령, 변경 또는 철회할 수 있다고 보았다.²⁶³⁾ 이 사건에서 2011년 11월 7일 가나 당국이 아라 리버타드 군함에 승선하여 아라 리버타드 군함을 사령관의 허가

256) MOX Plant Case, ITLOS, para. 64.

257) Ibid., para. 81.

258) Land Reclamation Case, para. 39.

259) Ibid., para. 60.

260) Ibid., para. 65.

261) Ibid., para. 68.

262) Ibid., para. 72.

263) ARA Libertad Case, para. 73.

없이 다른 정박 장소로 이동하려는 시도와 그러한 행위가 반복될 수 있는 가능성이 상황의 중대함을 증명하고, 제7부속서 중재재판소의 구성을 기다리는 동안 조치가 긴급하게 필요하다는 것을 강조한다고 보았다. 이 사건에서 협약 제290조 제5항에 따른 상황의 긴급성으로 충분히 준수될 수 있는 잠정조치를 재판소가 명령하였고, 이를 통하여 당사국 각각의 권리가 보존된다고 보았다.²⁶⁴⁾

*Arctic Sunrise Case*는 유엔해양법협약 제290조 제5항에 따라, 재판소가 상황의 긴급성이 요구된다고 고려한다면 제7부속서 중재재판소 구성을 기다리는 동안 잠정조치가 명령될 수 있다고 보았다.²⁶⁵⁾ *Land Reclamation Case*²⁶⁶⁾에 따르면, 이 기간은 명령된 조치가 적용될 수 있는 상황 또는 기간의 긴급성을 평가하는데 반드시 결정적인 것은 아니며, 제7부속서 중재재판소가 잠정조치의 변경, 철회 또는 확인하지 않는 기간에 상황의 긴급성이 평가되어야 한다고 보았다.²⁶⁷⁾ 따라서 이 사건에서, 협약 제290조 제5항에 따른 상황의 긴급성은 재판소에 의한 잠정조치의 명령을 요구하였다.²⁶⁸⁾

이 사건들을 통해, 제290조 제5항의 긴급성은 상황에 의해 요구어진다는 것을 알 수 있었다. 즉, 본안을 다루기 위하여 요청된 중재재판소의 구성을 기다리는 동안, 국제해양법재판소가 제7부속서 또는 제8부속서 재판소를 대신하여 잠정조치를 판정하는 것이다. 따라서 제290조 제5항의 긴급성은 본안이 부탁된 재판소에 회부된 분쟁이 잠정조치를 취할 때까지 기다릴 수 없을 때로, 일반적인 사건에서 최종 판결을 내릴 때까지의 기간보다 짧은 기간이다.

(나) 유엔해양법협약 제290조 제1항에 따른 긴급성

유엔해양법협약 제290조 제1항에 따른 잠정조치는 *M/V SAIGA Case*, *MOX Plant Case*, *M/V LOUISA Case*, *Ghana/Côte d'Ivoire Case* 등이 있고, 국제해양법

264) Ibid., paras. 99-100.

265) *Arctic Sunrise Case*, ITLOS, para. 78.

266) *Land Reclamation Case*, para. 68.

267) *Arctic Sunrise Case*, ITLOS, para. 85.

268) Ibid., para. 89.

재판소와 제7부속서 중재재판소는 일반국제법상 잠정조치에서 발전된 긴급성과 유사한 긴급성을 가진다.²⁶⁹⁾

*M/V SAIGA Case*의 경우 사건에서 긴급성에 대한 언급이 없었으나, *MOX Plant Case*의 경우 일반국제법상 양 당사국의 권리를 보호하기 위한 잠정조치의 명령에 대한 요건은 주장된 권리에 회복할 수 없는 손해와 긴급성이 확인되어야 한다고 보았다. *MOX Plant Case* 제7부속서 중재재판소는 이전 국제해양법재판소의 *MOX Plant Case*에서 MOX 공장이 승인되거나 위임되지 않았다는 것을 명령하기 위해 잠정조치가 사용되었다고 보았다. 이 국제해양법재판소는 당사국 간의 협력과 정보 제공에 중점을 두는 다른 잠정조치를 명령했지만, 이를 거부하였다. 재판소가 구성되어진 이후에 아일랜드가 운영에 불만족스러운 경우 국제해양법재판소 명령의 수정을 요청할 수 있고 제290조 제1항의 기준에 따라 긴급하게 필요하다는 증거를 제시한다면 추가적인 잠정조치를 구할 수 있다고 재판소는 판단하였다. 배출문제와 관련하여, 중재재판소는 국제해양법재판소의 명령 당시보다 훨씬 더 많은 자료를 보유하고 있으나, 재판소는 이 물질이 MOX 공장의 배출 문제에 관해 다른 결과를 가져올 것이라고 보지 않았다. 이와 관련하여 재판소는 ‘산화물연료 재처리공장에서 재처리하거나 기존의 계약을 수정하여 새로운 자제를 재처리하는, 새로운 계약에 대한 제안이 없다’고 보았다. 또한 현 절차상 MOX 공장에서 추가적인 배출이 발생할 것이라는 사실도 명확하지 않다고 보았다. 이러한 이유로 중재재판소는 MOX 공장에서의 배출과 관련한 잠정조치에서 아일랜드가 청구한 권리에 회복할 수 없는 손해에 대한 급박한 위험이 있다고 보지 않아, 아일랜드의 잠정조치 신청을 기각하였다.²⁷⁰⁾

*M/V LOUISA Case*에서, 재판소는 세인트 빈센트 그레나딘이 신청한 잠정조치의 명령을 보증하기 위하여 재판 이전에 분쟁당사국 각각의 권리에 야기할 수 있는 회복할 수 없는 손해에 대한 실제 급박한 위험이 없다고 보았다.²⁷¹⁾ 이는 루이사호가 상업항에 정박했기 때문에 회복할 수 없는 손해의 위험이 없고 급박하지 않다는 스페인의 주장이 받아들여진 것이다.²⁷²⁾ 따라서 신청된 잠정조치의 명령을 기각하였

269) Ibid., p. 245.

270) *MOX Plant Case*, PCA, paras. 58-62.

271) *M/V LOUISA Case*, para. 72.

다.

*Ghana/Côte d'Ivoire Case*의 특별재판부는 코트디부아르가 분쟁 지역에서 가나가 수행한 행동이 해양 환경에 심각한 손해를 끼칠 급박한 위험이 있다는 충분한 증거를 제시하지 못했다고 보았다.²⁷³⁾ 또한 가나가 계획한 탐사 및 탐험 활동이 분쟁 지역의 대륙붕과 인접수역에서 코트디부아르가 적용한 주권 및 배타적 권리에 회복할 수 없는 손해를 초래할 수 있고, 이 손해의 위험이 급박하다고 보았다.²⁷⁴⁾ 이에 재판소는 신청된 잠정조치와는 다른 잠정조치를 명령하였다.

유엔해양법협약 제290조 제1항의 잠정조치에서 긴급성은 실제 존재하는 급박한 위험이 존재해야 하며, 앞에서 살펴본 일반국제법상 잠정조치의 긴급성과 유사하게 적용되고 있다고 보인다. 유엔해양법협약 제290조 제1항에 따른 잠정조치 명령에서 긴급성은 회복할 수 없는 손해와 함께 판시되고 있으며, 아래에서 살펴보도록 한다.

다. 회복할 수 없는 손해와 긴급성의 관계

국제사법재판소규정 제41조와 같이, 유엔해양법협약 제290조에서의 긴급성은 회복할 수 없는 손해가 해당 시점 이전에 구체화될 가능성을 고려하고, 이 시점은 판결일 또는 제7부속서, 제8부속서 재판소가 잠정조치를 효과적으로 고려할 수 있을 때이다. 이때 국제해양법재판소와 제7부속서 중재재판소는 국제사법재판소와 유사한 기준을 이용하는 것으로 보인다. *MOX Plant Case*에서, 제7부속서 중재재판소는 제290조 제1항의 회복할 수 없는 손해에서 심각한 위험의 필요성을 언급했다.²⁷⁵⁾ 이전 제290조 제5항에 따른 잠정조치의 청구를 고려할 때, 국제해양법재판소는 긴급성이란 각 당사국의 권리를 침해하거나 해양 환경에 심각한 손해를 끼치는 행위가 제7부속서 중재재판소의 구성 이전에 취해질 가능성이 있어야 한다고 언급한 반면에 Mensah 재판관은 권리의 침해가 발생한다는 확실한 가능성이 있어야 한다고 언급했다.²⁷⁶⁾ *Land Reclamation Case*에서, 국제해양법재판소는 회복할 수 없는 손

272) 최영석, 앞의 논문, 69쪽.

273) *Ghana/Côte d'Ivoire Case*, para. 67.

274) *Ibid.*, para. 96.

275) *MOX Plant Case*, PCA, para. 62.

해의 위험을 스스로 충족했다고 보았고, Chandrasekhara Rao 재판관과 Anderson 재판관은 소송 중 권리에 회복할 수 없는 손해의 합리적인 가능성을 요건으로 표현했고, Cot 재판관은 이 같은 손해가 발생할 가능성을 논의했다. 이와 대조적으로 Lucky 재판관은 다른 재판관보다 더 높은 기준을 채택하여, 손해가 발생할 가능성의 추측이 아닌 청구인이 심각한 손해가 축적된 사실에 대하여 강한 가능성을 보여야 한다고 보았다.²⁷⁷⁾ 이후, *M/V LOUISA Case*에서 제290조 제1항의 청구를 고려할 때, 국제사법재판소가 회복할 수 없는 손해란 분쟁당사국의 권리에 야기될 수 있는 실제 급박한 위험이라고 국제해양법재판소의 Paik 재판관 선언에서 Paik 재판관이 재차 강조하였다.²⁷⁸⁾ *Arctic Sunrise Case* Kulyk 재판관의 반대의견에서는 급박하지 않은 경우 손해가 위험에 처한 수준을 기준으로 정했다.²⁷⁹⁾

결과적으로 권리의 손해와 관련하여 긴급성은 국제사법재판소의 기준을 채택한 것으로 보이고, 이는 가장 최근에 내려진 국제해양법재판소의 다양한 의견에서 증명되고 있다. 즉 개별 의견에서는 단순한 가능성이 아닌, 손해의 개연성에 대한 필요를 기준으로 한다. 따라서 국제해양법재판소와 제7부속서 중재재판소는 요구된 기준으로 청구국이 손해를 증명할 것을 요구한다.²⁸⁰⁾

4. 유엔해양법협약상 잠정조치의 내용 및 효력

가. 잠정조치의 내용

유엔해양법협약상 잠정조치의 내용은 일반국제법상의 잠정조치와 유사한 내용으로 되어 있으나, 유엔해양법협약의 잠정조치는 이동 가능한 개인 또는 재산에 대하

276) *MOX Plant Case*, ITLOS, para. 64.

277) *Concerning Land Reclamation by Singapore in and around the Straits of Johor (No.12) Case (Malaysia v. Singapore)*, Provisional Measures, Separate Opinion of Judge Lucky, ITLOS, para. 13.

278) *The M/V LOUISA (No.18) Case (Saint Vincent and The Grenadines v. Spain)*, Provisional Measures, Separate Opinion of Judge Paik of 23 December 2010, ITLOS, para. 10.

279) *Arctic Sunrise Case*, Kulyk Dissenting Opinion, para. 5.

280) Cameron A. Miles, op. cit., pp. 248-249.

여 구류하는 경우에 비례성이 중요하게 다루어진다. 유엔해양법협약상 잠정조치를 통하여 재판소는 개인의 석방 또는 재산 이전을 명령할 수 있다. 특정 시기에 한 당사국만이 이동 가능한 개인이나 재산을 물질적으로 구류할 수 있다는 사실에 비추어, 그러한 조치는 현 상태를 뒤집어서 한 쪽 당사국만이 이익을 절대적으로 갖도록 한다. 따라서 잠정조치는 긴급한 상황이나 국가 또는 외교적 면책에 위반이 추정되는 경우 등 소송의 대상인 권리가 국제법의 효과적인 기능을 위해 필수 불가결한 것으로 간주되는 경우에만 명령되어야 한다. 그러나 이 조치는 *Chorzów Factory Case*와 같이 규칙에 위배되지 않아야 하며, 그것을 통하여 최종적으로 분쟁의 전부 또는 일부를 결정하기 위한 것이 아니어야 한다. 반대로, 재판소는 최종 판결에서 해당 인물 또는 재산의 반환을 명하는 잠정조치의 판정을 되돌릴 수도 있다.

이는 최근 국제해양법재판소의 판례에서도 발생하였으며, *ARA Libertad Case*와 *Arctic Sunrise Case*에서 유엔해양법협약 제290조 제5항에 따라 억류된 선박의 석방을 명령하는 잠정조치가 여기에 해당된다. *ARA Libertad Case*에서, 해당 선박은 아르헨티나의 해군 선박으로, 가나의 테마 항구에서 외교적 임무를 행하였다. 항구에 머무르는 동안 아르헨티나 당국에 반하여 계류 중인 외국 판결을 강요하고자 했던 가나 법원은 아라 리버타드호의 압수를 명령했다. 아르헨티나는 유엔해양법협약상 내수에서 발생한 군함 면제에 대한 위반을 포함한다고 주장하면서, 제7부속서 중재재판소 구성 이전에 잠정조치를 신청하였고, 이 신청된 잠정조치는 유엔해양법협약 제290조 제5항에 의거하여 아라 리버타드호가 테마 항구를 떠날 수 있도록 하는 것을 청구했다. 가나는 청구국이 잠정조치의 요건을 충족하지 못한 것에 중점을 두어 잠정조치가 명령될 수 없다고 보았다. 그러나 국제해양법재판소는 선박의 석방을 명령했고, 특히 군함의 임무와 임무의 수행을 막는 행위는 국가 간의 우호관계를 위태롭게 할 수 있는 갈등의 원천이라고 보았다. 또한 상황의 긴급성과 관련하여 재판소가 국제법의 규칙을 완전히 준수할 수 있도록 잠정조치를 명령하여, 당사국 각각의 권리를 보호했다.²⁸¹⁾ 이처럼 재판소는 관습화된 군함 면제와 같은 양 당사국 사이에 논쟁의 여지가 있는 기준이 국제 체제의 적절한 기능을 수행하는

281) *ARA Libertad Case*, paras. 97-100.

데 필수적이며 선박의 석방과 같은 잠정조치를 정당화하였다.

이와 관련한 최근 사건으로는 *Arctic Sunrise Case*가 있다. 러시아 연방은 가스프롬(Gazprom) 석유 플랫폼에 올라가는 것을 시도한 네덜란드 그린피스 선박의 활동가들을 러시아의 배타적 경제수역에서 체포했다. 선박은 무르만스크에 억류되었고 승객과 선원(Arctic 30)은 위법행위로 기소되었다. 네덜란드는 유엔해양법협약 제58조 및 제87조에 따른 선박 통행 자유의 침해와 제110조에 따라 외국 국기를 단 선박을 추적한 러시아의 권리 남용을 주장하며 제7부속서에 따른 절차를 신속하게 제출했다. 또한 Arctic 30의 구금 및 기소는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약²⁸²⁾에서, 특히 제9조와 제12조에 따라 인권이 침해되었다고 주장하였다. 이러한 주장은 유엔해양법협약 제290조 제5항에 따라 네덜란드는 선박 및 선원의 석방을 신청하고 이에 대한 모든 사법적 및 행정적 절차의 정지를 요청하였고, 국제해양법재판소에 잠정조치를 청구하였다. 러시아는 재판에 출석하지 않았으나 베를린 주재 대사관이 준비한 구두 성명서를 통하여, 유엔해양법협약 제298조에 의거한 강제적 분쟁해결절차 적용에 대한 유보로 관할권을 수락하지 않는다고 하였다. 2013년 11월 22일 잠정조치의 명령에서, 국제해양법재판소는 네덜란드의 신청을 완전히 수락하였으며, 360만 유로의 보증금 지급을 명령하였다²⁸³⁾. 잠정조치에서의 선박 석방에 대한 반대는 러시아의 Golitsyn 재판관을 포함한 재판관 누구도 제기하지 않았다.

위에서 언급된 세 건 모두, 물건 또는 개인을 당사국 간에 교환하는 잠정조치의 도입을 논쟁의 대상으로 삼지 않았다. *Iran Hostage Case*에서, 이란은 법원의 명령을 무시했고 인질들은 1981년 Algiers 합의까지 이란의 관할 아래 두었다. *ARA Libertad Case*에서, 가나는 잠정조치를 준수했으며 국제관습법인 군함 면제를 지지한다는 가나 대법원의 결정에 따라 당사국들은 제7부속서의 절차를 우호적으로 종료했다. 그리고 *Arctic Sunrise Case*에서, 러시아는 처음에 재판소 명령의 타당성을 인정하지 않고 러시아 의회가 명령한 일반 사면의 일환으로 재판소 명령의 내용을 행하였다.

282) International Covenant on Civil and Political Rights.

283) Arctic Sunrise Case, ITLOS, paras. 93-97, 105.

이미 언급했듯이, 개인이나 재산의 이동을 포함한 조치는 본질적으로 불균형적이다. 따라서 재판소의 합법성을 감소시킬 수 있다는 위험을 감수해야 한다. 예를 들어, 재판소가 이란에게 *Iran Hostage Case*를 판결했을 때 또는 *ARA Libertad Case*에서 제7부속서 중재재판소의 관할권이 부족하다고 결정했을 때 일어날 혼란은 충분히 예견될 수 있다. Arctic 30의 경우 제3국에서 피난처를 찾을 수 있으며, 그들은 억압적인 명령에서 벗어나는, 잠정적인 판결을 받을 수 있었다. 이러한 명령은 최종 결과가 명확하고 그러한 반전이 발생하는 않을 것이라고 말할 수 없다. 따라서 잠정조치와 관련된 최종 결론은 잠정조치와 성격이 상반될 수 있다.

정리해보면, *Iran Hostage Case*에서, 이란 정부는 인질들을 확보하고 분쟁이 해결될 때까지 인도적인 조건 하에 대사관의 재산 및 공관을 압류하도록 명령했다. *ARA Libertad Case*에서, 가나는 외국 판결의 집행을 중지하고 그 선박은 판결이 내려지기까지 정당하게 유지되어야 한다고 명령했다. 또한 제3국이나 국제연합 같은 국제기구의 보호 하에 구류될 수 있었다. *Arctic Sunrise Case*에서, 보석금의 부과는 이전 절차에서 진보한 노력이었지만 러시아의 형사 사법 제도와 외국법에 따라 외국인을 기소할 수 있는 권리를 침해했다. 따라서 국제해양법재판소는 선박의 유지, 분쟁이 해결될 때까지 Arctic 30에 대한 절차를 중지하고 시위자를 석방하거나 그들은 러시아의 동의 없이 관할권을 떠나는 것이 허락되지 않는다고 명령했다. 이는 피청구국이 궁극적으로 우세한 경우, 청구국에 대한 국내 압력을 감소시킬 것이고, 재판소가 다른 쪽에 비해 한쪽을 선호한다는 인상을 피할 수 있을 것이다.²⁸⁴⁾

나. 잠정조치 명령의 효력과 준수보장장치

유엔해양법협약 제290조 제6항은 ‘분쟁당사국은 이 조의 규정에 따라 명령된 잠정조치를 신속히 이행한다’라고 규정하고 있다. 이는 잠정조치의 구속력을 명문으로 규정한 것으로 관례에 의해 구속력이 인정된 일반국제법상의 잠정조치와는 다른 점이다.

유엔해양법협약상 잠정조치가 이행되지 않은 사례로는 *Arctic Sunrise Case*가 있

284) Cameron A. Miles, op. cit., pp. 313-314.

다. 따라서 *Arctic Sunrise Case*에서 국제해양법재판소의 잠정조치에 대한 러시아의 대응과 관련하여, 제7부속서 중재재판소는 국제위법행위에 대한 국가책임초안을 명시적으로 적용하여 위반한 사실을 확인했다.²⁸⁵⁾ 그러나 재판소는 선박 및 선상의 구금에 대해 명시하지 않았고 다만, 러시아가 국제해양법재판소 잠정조치의 자체 요소, 즉 구금의 석방을 보장하는 대규모 은행 보증을 발행함에 있어서 네덜란드가 부담해야하는 비용을 러시아가 부담하도록 한다는 점이 주목할 만하다.²⁸⁶⁾

이와 같이, 구속력 있는 잠정조치는 절차에서 이동 가능한 재산이나 사람을 구금하는 경우 소유권의 변경을 야기하는 잠정조치의 부적절한 점을 강조하게 된다. 본질적으로 이러한 조치는 무시되지 않을 가능성이 낮고, 분쟁 본안에 대한 재판소의 의견으로 간주될 수 있다. 그러나 최종판결 과정에서 뒤바뀌는 경우, 이에 반대되는 명령은 무시될 가능성이 높다. 2010년까지 상대적으로 드물었으나, *ARA Libertad Case*와 *Arctic Sunrise Case*에서 국제해양법재판소의 결정은 잠정조치가 절차에서 사실상의 해결을 위한 도구가 될 수 있다는 우려를 불러일으켰고, 이는 근본적인 성격을 완전히 저해할 수도 있었다. 다행히도, 다음 장에서 살펴볼 *Enrica Lexie Case*의 재판소는 이전 결정에 의해 설정된 표시에서 뒤로 물러나 있는 듯하다. 또한 이 입장이 새로운 현상으로 유지될 가능성이 높아 보인다. 이는 다음 장에서 살펴보도록 한다.²⁸⁷⁾

제3절 소결

이 장에서는 유엔해양법협약상 잠정조치의 형성과정부터 시작하여 유엔해양법협약상 잠정조치를 명령하기 위하여 필요한 사항들을 살펴보았다.

일반국제법상 잠정조치의 관할권의 경우, 판례를 통하여 일응관할권 이론을 형성하여 관할권의 성립여부를 따져본다. 반면에, 유엔해양법협약상 잠정조치의 관할권의 경우

285) The ARCTIC SUNRISE Arbitration (Kingdom of the Netherlands v. Russian Federation), Award on the Merits of 14 August 2015, PCA, paras. 334-362.

286) Ibid., paras. 388-389.

287) Cameron A. Miles, op. cit., p. 342.

이 일반국제법상 잠정조치의 일응관할권 이론이 유엔해양법협약 제290조 규정에 명문으로 규정되어 있다. 이 일응관할권의 요건은 분쟁이 존재하여야 하고, 분쟁의 당사국이 유엔해양법협약 당사국이며, 분쟁이 유엔해양법협약의 해석 또는 적용과 관련하여야 한다는 것이다.

유엔해양법협약상 잠정조치의 목적은 일반국제법상 잠정조치와 같이, 소송 중인 권리를 보호하고, 분쟁의 악화를 방지하는 것이다. 소송 중인 권리의 보호를 위해서는 요구된 조치와 본안 사이에 적절한 관련성이 존재해야 하고, 잠정조치에 청구된 권리가 타당하여야 한다. 이 유엔해양법협약상 잠정조치의 목적은 앞에서 언급한 바와 같이 *Ghana/Côte d'Ivoire Case*에서 자세히 다루어졌다.

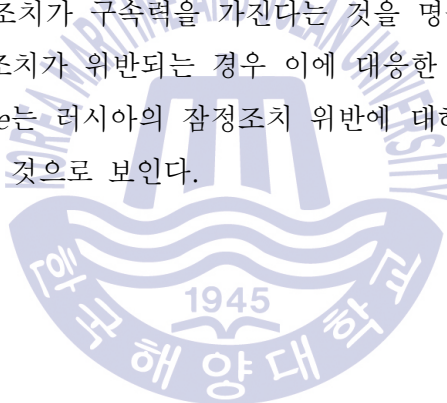
유엔해양법협약상 잠정조치의 요건은 일반국제법상 잠정조치와 같이, 회복할 수 없는 손해와 긴급성이 존재해야하나, 세부 사항은 일반국제법상 잠정조치와 차이가 있다. 먼저 회복할 수 없는 손해의 경우 일반국제법상 잠정조치가 명령된 *Aegean Sea Continental Shelf Case*보다는 유연한 기준을 제시하나, 회복할 수 없음의 정도를 재정적인 측면의 문제보다는 물리적으로 중대하거나 영구적인 변경으로 이해하고 있다. 유엔해양법협약상 잠정조치의 특이점은 해양환경에 대한 심각한 손해를 명문으로 규정하고 있는 것이다. 이는 유엔해양법협약이 해양환경의 보호와 보존을 중요하게 여기기 때문이며, 따라서 몇 개의 판례들은 제12부 해양환경의 보호와 보존의 규정들을 근거로 두고 있다. 그리고 이 해양환경에 대한 심각한 손해를 판정하는데 있어서 재판소는 사전예방적 접근방법을 취하나, 사전예방의 원칙이 국제관습법상 확립되지 않았으므로, 아직까지는 시기상조인 것으로 보인다.

유엔해양법협약상 잠정조치의 요건인 긴급성은 제290조 제1항과 제5항에 따라 다르게 다루어지고 있다. 제290조 제1항의 경우 일반국제법상 잠정조치의 긴급성과 유사하며, 제290조 제5항의 경우 잠정조치가 신청된 사건의 상황에서 긴급성이 요구되어야 한다. 즉, 분쟁이 회부된 제7부속서 중재재판소 또는 제8부속서 중재재판소의 구성을 기다리는 동안, 잠정조치를 명령할 상황이 요구되는 경우 긴급성이 성립하는 것이다. 유엔해양법협약에 따른 잠정조치의 명령들을 살펴보면, 재판소가 두 요건들을 함께 살펴보는 것을 알 수 있다. 이때 손해의 기준에 대하여 재판관의 개별의견 및 선언에서 많이 논의되는데, 재판소는 이에 대하여 청구국이 손해의 개

연성을 증명할 필요가 있다고 보았다.

유엔해양법협약상 잠정조치도 일반국제법상 잠정조치와 마찬가지로, 잠정조치의 내용이 비례성을 충족하여야 한다. 특히 유엔해양법협약상 잠정조치의 비례성은 이동 가능한 개인이나 재산의 구류와 관련하여 중요하다. 대개 이 이동 가능한 개인이나 재산은 선박과 선박 내 선원들을 의미한다. 이들의 구류와 관련한 잠정조치에서 재판소가 이를 중요하게 논의하였으며, 재판소는 한쪽을 선호한다는 인상을 줄 수 있는 명령을 피하기 위하여 노력하는 것으로 보인다.

유엔해양법협약상 잠정조치는 일반국제법상의 잠정조치와 같이 구속력을 가진다. 그러나 일반국제법상의 잠정조치의 경우 관례들이 충족되어 잠정조치가 구속력을 가진다는 것을 확인하였다면, 유엔해양법협약상 잠정조치는 형성과정에서 이에 대한 논의를 통하여 잠정조치가 구속력을 가진다는 것을 명문으로 규정하였다. 또한 유엔해양법협약상 잠정조치가 위반되는 경우 이에 대응한 집행조치가 취해져야 하며, *Arctic Sunrise Case*는 러시아의 잠정조치 위반에 대하여 본안 판결에서 간접적으로나마 집행을 행한 것으로 보인다.





제4장 *Enrica Lexie Case* 잠정조치에 대한 사례 분석

앞에서 언급된 판례법을 통하여 형성된 유엔해양법협약상 잠정조치제도가 잘 적용된 사건은 최근 사건인 *Enrica Lexie Case*이다. *Enrica Lexie Case*의 경우 유엔해양법협약상 잠정조치제도가 가장 최근에 적용된 사건이며, 유엔해양법협약 제290조 제1항과 제5항에 따라 두 번의 잠정조치가 명령되어 유엔해양법협약상 잠정조치제도의 세부사항들이 모두 적용되었다. 따라서 이 사건의 분석을 통하여 유엔해양법협약의 잠정조치제도가 어떻게 적용되었는지 확인해보도록 한다.

제1절 *Enrica Lexie Case*의 사건 배경 및 진행과정

*Enrica Lexie Case*에 유엔해양법협약상 잠정조치제도가 잘 적용되었는지 확인해보기에 앞서, 사건의 중요한 배경부터 살펴보도록 한다.

1. 사실 배경

2012년 2월 15일 현지 시간 16시 30분경 이탈리아국적 유조선 엔리카 렉시호는 인도 케랄라 해안에서 인도국적 어선 안토니호와 마주쳤다. 엔리카 렉시호는 스리랑카의 갈레 항구에서 아프리카의 뿔(Horn of Africa)에 있는 주부티까지 항행하는 개인 소유의 상선이었으며, 선원 34명 외에 선박보호과견²⁸⁸⁾도 탑승하여 있었다. 이 당시 인도 서부 해안은 국제해사기구²⁸⁹⁾에서 고위험 지역의 일부로 선언한 지역으로, 스리랑카 갈에서 6명의 이탈리아 해병이 선박에 승선한 상태였다.²⁹⁰⁾ 콜람

288) Vessel Protection Detachment.

289) International Maritime Organization.

290) The ENRICA LEXIE Incident (No.24) Case (The Italian Republic v. The Republic of India), Provisional Measures, Order, Notification instituting arbitral proceedings dated 26 June 2015, ITLOS Rep 2015, para. 5.

연안에서 약 20.5해리쯤을 향해하던 때, 43세 인도 어부 Valentine Jelestine 조종사를 포함하여 안토니호의 모든 승무원은 잠들어 있었다. 엔리카 렉시호가 안토니호를 약 3해리 떨어진 곳에서 발견하였고, 선박보호과건의 Massimiliano Latorre 병장과 Salvatore Girone 병장은 안토니호가 엔리카 렉시호와 충돌 과정이라고 인지했으며, 이를 해적공격과 일치한다고 보았다.

문제는 이때 이탈리아의 선박보호과건이 인도 선박에 물을 향한 경고 사격 등을 포함한, 청각 및 시각적 경고의 사용 여부이다. 이때 Girone 병장의 “선박 선상에 무장한 사람이 있었다”는 증언을 뒷받침해주는 증거도 없었다.²⁹¹⁾ 그러나 안토니호가 엔리카 렉시호에서 약 200미터 떨어진 곳에서 발견됐을 때, 해병은 선박에 사격을 행하였다.²⁹²⁾ 20개의 탄환이 발포되어,²⁹³⁾ 선박의 가스통²⁹⁴⁾과 조타 장치 등을 손상시켰으며²⁹⁵⁾ Valentine Jelestine을 포함하여 2명의 어부가 죽었다.²⁹⁶⁾ 이후 안토니호는 즉각 뒤돌아 엔리카 렉시호에서 멀어졌다. 사건 당시 엔리카 렉시호는 “선박 보안 경보 시스템 메시지²⁹⁷⁾”를 보냈는데, 여기서 조난의 성격을 “해적/무장 공격(piracy/armed attack)”이라고 묘사했다. 통지에 부착된 이탈리아 문서는 협정 세계시간²⁹⁸⁾ 11시 23분, 지역 시간 16시 53분에 국제해양법재판소로 보내졌다.

2. 추적과 체포

약 1시간 후, 케랄라 지역 경찰서는 바다에 있는 안토니호를 호출하여 사건에 대한 정보를 받았다.²⁹⁹⁾ 인도 해안 경비대는 통보를 받고 뭄바이의 해상 구조 조정

291) Ibid., para. 7.

292) The ENRICA LEXIE Incident (No.24) Case (The Italian Republic v. The Republic of India), Provisional Measures, Order, Written Observations submitted by India on 6 August 2015, ITLOS Rep 2015, para. 2.2.

293) Ibid., para. 2.7(a).

294) Ibid., para. 2.27.

295) Ibid., para. 1.6.

296) Ibid., para. 1.7.

297) Ship Security Alarm System Message.

298) Enrica Lexie Case, Notification, para. 8.

299) Enrica Lexie Case, Written Observations, para. 2.3.

센터³⁰⁰)에 알렸다. 이에 해상 구조 조정 센터는 엔리카 렉시호로 전화 연락을 취하였고, 전자 메일을 통하여 확인되었으며, “해적 사건/발포 사건과 관련하여 의심되는 해적선 2대를 잡았다”는 선장에게 코치 항으로 들어올 것을 지시하였다.³⁰¹

엔리카 렉시호는 약 22시 30분에 코치 항으로 왔고, 2월 16일 인도 연안 경비대 사무원은 사고가 해적선이 아닌 안토니호에서 발생하였고, 안토니호에서 2명의 어부가 사망하게 되었다고 엔리카 렉시호에 알렸다.³⁰²

이탈리아는 2월 16일과 17일 외교장 구상서를 통해 이 문제에 관한 관할권을 즉시 취한다고 인도 당국에게 알렸다.³⁰³ 그러나 두 명의 어부에 관한 부검 결과에서 총알이 엔리카 렉시호에서 발사되었다는 사실이 확인되었고, 이에 Girone 병장과 Latorre 병장은 2월 19일 케랄라 경찰에게 체포되었다.³⁰⁴

3. 인도의 국내법적 절차

해병 Latorre와 Girone의 체포 당일 날, 이탈리아는 케랄라 고등법원에 청원서를 보냈다. 청원서를 통하여, 이 사건은 인도 영해 밖에서 일어났고 엔리카 렉시호는 이탈리아 선박이므로 국가의 대리인으로서 해병의 면책 특권을 주장하여 인도 관할권에 대하여 이의를 제기하였다.³⁰⁵ 케랄라 경찰은 인도 형법 제302절, 제307절 및 제427절, 2002년 해양 안전에 대한 불법적 행위의 억제를 위한 지침(SUA 지침)³⁰⁶ 제3절에 따른 피의자에 관한 사건 기록부를 제출하였다. 이에 대하여 인도에서 이 범죄는 사형으로 처벌될 수 있으며, 4542 영장 신청은 인도법³⁰⁷)에 따라

300) Maritime Rescue Coordination Centre.

301) Enrica Lexie Case, Notification, para. 11.

302) Ibid. para. 12.

303) The ENRICA LEXIE Incident (No.24) Case (The Italian Republic v. The Republic of India), Provisional Measures, Order, Request under article 290, paragraph 5, of the Convention, submitted by Italy on 21 July 2015, ITLOS Rep 2015, para. 35.

304) Ibid., para. 19.

305) Enrica Lexie Case, Notification, para. 16.

306) Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of the Maritime Act of 2002.

307) Territorial Waters, Continental Shelf, Exclusive Economic Zone and other Maritime Zones Act (1976).

인도 형사 관할권이 연안으로부터 최대 200해리에 도달한다는 것을 근거로 하여 케랄라 고등법원에 의해 기각되었다.³⁰⁸⁾

2012년 4월 19일 두 번째 청원서가 이탈리아에 의해 인도 대법원에 제출되었다.³⁰⁹⁾ 인도관할권에 이의를 제기하는 이탈리아 당국의 두 번째 시도와 2013년 1월 대법원 판결 사이에, 해병은 2012년 6월 보석으로 석방되었고³¹⁰⁾ 가족들과 함께 크리스마스를 축하하기 위해 이탈리아로 돌아가게 되었다.

이탈리아 해병이 케랄라로 돌아온 후인, 2013년 1월 18일 대법원은 인도법을 인용하여 인도가 135 영장을 신청할 권리가 있다고 판결하였지만, 케랄라 주에게 이 사건에 대한 관할권이 없다고 보았다. 이 같은 판결에 따라 인도 정부는 두 해병을 판결하기 위한 특별 임시 재판부를 설립하고자 하였다.³¹¹⁾

해병은 2013년 2월 총선을 투표하기 위해 다시 이탈리아로 갔다. 이 때 인도 정부의 이탈리아 대사는 인도 정부에게 두 해병이 약속과 달리 돌아오지 않을 것이라고 통보하였고 이로 인하여 양국 정부 간 외교적 분쟁이 발생하였다.³¹²⁾ 인도는 해병이 복귀할 때까지 Mancini H.E. 대사관에게 국가를 떠나선 안 된다고 통보하였다. 그러나 대사는 어떤 강박으로부터든 절대적인 면제를 누릴 뿐만 아니라³¹³⁾ 불가침은 외교적 대항조치의 목표가 될 수 없으며³¹⁴⁾, 이는 명백하게 국제법을 위반하는 것이라고 이탈리아가 주장하였다. 결국 이탈리아 해병들은 3월 22일 이탈리아 대사로 주거지가 제한되어 델리로 돌아오게 되었다.³¹⁵⁾

4월 1일, 인도의 내무부는 대법원의 명령에 따라 국가수사기관³¹⁶⁾에 수사를 위임했다.³¹⁷⁾ 그 직후, 내무부는 대법원이 SUA 지침의 적용을 반대하는 의견을 표명

308) Enrica Lexie Case, Notification, para. 18.

309) Ibid., para. 17.

310) Enrica Lexie Case, Written Observations, para. 1.14.

311) Enrica Lexie Case, Request, para. 24.

312) Note Verbale No. 89/635 from Minister of Foreign Affairs of Italy to the Minister of External Affairs of India, 11 March 2013.

313) Vienna Convention on Diplomatic Relations (1961), Article 29.

314) Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Article 50.

315) Enrica Lexie Case, Written Observations, para. 1.24.

316) National Investigation Agency.

317) Enrica Lexie Case, Written Observations, para. 2.10.

하기 전에 진술서를 제출했고, 그것은 이탈리아 해병의 사형 선고도 포함하였다. 이때 이탈리아 정부는 국가수사기관의 관할권과 SUA 지침 적용에 대한 탄원서를 제출하였다.³¹⁸⁾ 인도의 중앙 정부는 SUA 지침 제3.1조에 의거하여 국가수사기관이 살인, 살인 미수 및 어선이 입은 손해와 관련하여 인도 형법전에 따라 사건의 청구가 허용되므로 기소 제재를 철회하라는 명령을 내렸다.³¹⁹⁾ 그러나 이 시점까지 이탈리아 해병의 공식적인 혐의는 제기되지 않았고, 엔리카 렉시호의 선박보호파견에서 다른 4명의 해병이 진술하는 것을 거부한 상태였다. 이로 인하여 2012년 5월 해병의 교환과 선박의 석방이 약속되었음에도 불구하고, 수사는 2013년 11월까지 진행되었다.

2014년 이탈리아는 해병 Girone와 Latorre에 대한 주권 면제(functional and sovereign immunity)를 주장하기 시작하였다. 수사가 끝난 이후 이탈리아와 해병은 추가로 작성한 영장 신청도 제출하였지만, 아직 해결되지 않았다. 그러던 중, 2014년 해병 Latorre는 뇌졸중이라는 의학적 이유로 이탈리아로 돌아가게 되었다. 이는 이탈리아가 2015년 7월 21일에 제출한 유엔해양법협약 제290조 제5항에 따른 기밀 부록에서 자세히 설명되어 있다.³²⁰⁾ 이를 통하여 해병 Latorre는 4개월, 5개월, 6개월로 3회 연장하여 2016년 1월까지 이탈리아에 남을 수 있는 권리를 부여받았다. 인도는 해병 Latorre가 부재하는 상황과 같은 결석 재판을 배제하기 때문에,³²¹⁾ 2014년 236 영장 신청은 논의되지 않았으며, 2015년 8월 26일에 계획된 심리는 8월 24일 국제해양법재판소의 잠정조치로 인해 연기되었다.³²²⁾ 이탈리아는 2015년 6월 26일 유엔해양법협약 제7부속서에 따른 중재재판소의 설립을 위한 신청을 국제해양법재판소에 회부하였다.

318) *Ibid.*, para. 2.27.

319) *Ibid.*

320) *Enrica Lexie Case*, Request, para. 17.

321) *The ENRICA LEXIE Incident (No.24) Case (The Italian Republic v. The Republic of India)*, Provisional Measures, Order, Oral Proceedings ITLOS/PV15/C24/2/10 August 2015 p.m., ITLOS Rep 2015, p.41, lines 16-20.

322) *The ENRICA LEXIE Incident (No.24) Case (The Italian Republic v. The Republic of India)*, Provisional Measures, Order of 24 August 2015, ITLOS, para. 132.

제2절 *Enrica Lexie Case*에서의 잠정조치 분석

2015년 6월 26일 유엔해양법협약 제7부속서 중재재판소에 따른 중재재판소의 설립을 이탈리아가 신청하였다. 그 뒤 이탈리아는 국제해양법재판소에 제290조 제5항에 따른 잠정조치와 제7부속서 중재재판소에 제290조 제1항에 따른 잠정조치를 신청하였다. 이에 대하여 국제해양법재판소는 2015년 8월 24일에 제7부속서 중재재판소는 2016년 4월 29일에 잠정조치를 명령하였다. 이하에서는 국제해양법재판소와 제7부속서 중재재판소의 명령을 중심으로 *Enrica Lexie Case*에서 유엔해양법협약상 잠정조치제도가 어떻게 적용되었는지 살펴보도록 한다.

1. 유엔해양법협약 제290조 제5항에 따른 국제해양법재판소의 잠정조치

가. 유엔해양법협약상 잠정조치의 관할권 성립 여부

*Enrica Lexie Case*에서 이탈리아는 이 사건에 있어서의 법과 사실이 제7부속서 중재재판소가 이 사건의 본안에 관하여 단순한 일응관할권 이상의 의미를 가진다고 주장하였다.³²³⁾ 이에 인도는 이탈리아 해병이 상선에 있었기 때문에 인도 정부가 유엔해양법협약이나 다른 국제법에 따른 면제를 인정할 의무가 없으며, 이 협약의 적용과 관련하여 두 명의 인도 어부의 죽음이 정당화될 수 있는 해적 공격 또는 위협이 없었으므로, 제7부속서 중재재판소의 일응관할권이 성립한다고 주장하였다. 그러므로 두 당사국은 *Enrica Lexie Case*와 관련한 법과 사실 사이에 분쟁이 있는데 동의하였다.³²⁴⁾ 이에 재판소는 이 분쟁이 당사국 사이의 유엔해양법협약 해석 또는 적용과 관련한다고 보았으며, 따라서 제7부속서 중재재판소가 분쟁에 관한 일응관할권을 가진다고 판결하였다.

한편, *Enrica Lexie Case*에서 국제해양법재판소는 유엔해양법협약상 잠정조치 명

323) Ibid., para. 37.

324) Ibid., paras. 50-51.

령과 관련하여 일응관할권을 살펴볼 때 유엔해양법협약 제283조 제1항도 살펴보았다.

유엔해양법협약 제283조 제1항

당사국은 이 협약의 해석 또는 적용과 관련하여 당사국 간에 분쟁이 발생하는 경우, 협상 또는 다른 평화적 수단을 통하여 신속하게 의견을 교환해야 한다.

이탈리아는 두 나라의 장관 및 다른 고위 정부 대표들이 만남을 통하여 해결책을 협상하려는 시도가 있었다는 것을 근거로 협약 제283조의 요건이 충족된다고 보았다. 그리고 협상의 결과인 해결책이 가능하지 않다는 것이 2015년 5월말에 분명해졌다고 보았다. 이에 반하여 인도는 2014년 봄에 이미 외교적 교착 상태에 도달했으나, 지난 14개월 동안 현 상태를 바꾸기 위한 노력은 2015년 5월까지 일어나지 않았다고 주장하였다. 이에 재판소는 양국 간 포괄적인 의견 교환이 이루어졌으며 협상 또는 다른 평화적 수단을 통한 분쟁 해결에 대하여 당사국 간 합의가 이루어지지 않았다고 보았다. 따라서 재판소는 협약 제283조 제1항의 요건이 충족되었다고 판단하여, 일응관할권이 존재한다고 보았다.³²⁵⁾

나. 유엔해양법협약상 잠정조치의 목적 존재 여부

유엔해양법협약상 잠정조치의 목적은 소송 중 권리를 보호하고 분쟁의 악화를 막는 것이다. *Enrica Lexie Case*의 잠정조치는 소송 중 권리를 보호하기 위한 것으로 보인다. 소송 중 권리를 보호하기 위한 조치는 요구된 조치와 본안 사이의 관계 그리고 청구된 권리의 타당성과 본안에서의 인정 여부를 따져봐야 한다.

*Enrica Lexie Case*는 *Ghana/Côte d'Ivoire Case*³²⁶⁾를 인용하여, 잠정조치의 절차에서, 재판소는 분쟁의 권리와 의무에 관한 당사국의 청구를 해결하거나 그들이 각각 보호하고자 하는 권리의 존재를 확정하지 않아도 된다고 보았다. 잠정조치를 명

325) Ibid., paras. 55-60.

326) *Ghana/Côte d'Ivoire Case*, para. 57.

명하기 전에, 재판소는 당사국이 다투는 주장을 스스로 고려할 필요가 있지 않으며, 이탈리아와 인도가 주장하고 보호하고자 하는 권리가 적어도 타당하다는 것을 스스로 충족할 필요만이 있다고 보았다. 그리고 재판소는 양 당사국이 *Enrica Lexie Case*와 관련하여 보호하고자 하는 권리가 타당하다는 것을 입증하였다고 보았으므로,³²⁷⁾ *Enrica Lexie Case*는 유엔해양법협약상 잠정조치의 목적을 가진다.

그러나 제7부속서 중재재판소가 사건의 본안을 판결할 것인데, 재판소가 두 해병의 상황과 관련한 잠정조치를 명령하게 되면 사건의 본안과 관련한 쟁점을 다루게 되기 때문에 적절하지 않다고 보았다. 따라서 재판소는 *Enrica Lexie Case*는 청구된 권리의 타당성에 있어서는 만족하나, 요구된 권리와 본안 사이에 관계가 적절하지 않으므로 이탈리아가 신청한 잠정조치를 명령할 수 없다고 판시하였다.

다. 유엔해양법협약상 잠정조치의 요건 성립 여부

*Enrica Lexie Case*에서 재판소는 협약 제290조 제5항에 따른 상황의 긴급성이 요구된다면 잠정조치를 명령, 변경 또는 철회할 수 있다고 보았다. 그리고 *M/V LOUISA Case*³²⁸⁾를 인용하여, 재판소는 협약 제290조 제1항은 당사국 각각의 권리를 보호하기 위하여 상황에 따라 적절하다고 판단되는 잠정조치를 명령할 수 있으며, 분쟁이 제기된 제7부속서 중재재판소가 잠정조치를 변경, 철회 또는 확인할 수 있을 때 회복할 수 없는 손해가 당사국의 권리에 야기하는 경우를 실제 급박한 위협으로 규정한다고 보았다.

*Enrica Lexie Case*에서 이탈리아는 인도의 체포가 기국 관할권과 항행의 자유와 관련한 유엔해양법협약의 규정들을 위반한다고 주장하며, 제7부속서 중재재판소를 요구하였다. 따라서 이탈리아는 유엔해양법협약 제290조 제5항에 따른 잠정조치를 국제해양법재판소에 다음과 같이 신청했다.

(a) 인도는 *Enrica Lexie Case*와 관련하여 해병 Latorre와 Girone에 대한 사법

327) *Enrica Lexie Case*, ITLOS, paras. 83-85.

328) *M/V LOUISA Case*, para. 72.

적 또는 행정적 조치를 취하거나 집행하는 것을 삼가야 하고, *Enrica Lexie Case*에 관한 관할권의 행사를 삼가야 한다.

(b) 인도는 제7부속서 재판소 이전 절차의 기간 동안 해병의 자유, 안전 및 이동의 제한을 즉시 제거하여 Girone가 이탈리아로 돌아갈 수 있도록, Latorre가 이탈리아에 남을 수 있도록 모든 필요한 조치를 취해야 한다.³²⁹⁾

인도는 이러한 이탈리아의 신청에 반대하였고, 이탈리아의 청구에 따라 인도 대법원에 의한 수사가 금지되었으므로 해병에 대한 형사 절차는 예상되지 않는다고 주장했다. 따라서 인도는 해병이 제7부속서 중재재판소가 종료하기 이전에 기소될 가능성이 없다고 주장했다. 재판소는 이 약속을 기록해 두었고, 인도와 이탈리아가 모든 법적 절차를 정지하고 분쟁을 악화하거나 확장할 수 있는 새로운 계획을 도입하지 않아야 하며 그렇지 않으면 제7부속서 중재재판소의 최종 결정에 영향을 미친다고 지적했다. 그러나 Kateka 재판관의 반대의견에서 Kateka 재판관은 국제사법재판소가 *Certain Document and Data Case*에서 자세히 논의한 것과 달리, 국제해양법재판소는 인도의 확인에도 불구하고 약속이 회복할 수 없는 손해의 위험을 피하기에 충분하지 않다고 판단한 이유에 대하여 설명하지 않았다고 보았다.³³⁰⁾

라. 유엔해양법협약상 잠정조치의 내용 및 효력

국제해양법재판소가 *Enrica Lexie Case*의 잠정조치에서 비례성과 관련하여 상기한 바와 같은 논리를 받아들인 것으로 보인다. 이탈리아는 유엔해양법협약 제290조 제5항에 따라 이탈리아 해병의 잠정적인 석방과 관련한 잠정조치를 국제해양법재판소에 신청했다. 제7부속서 중재재판소에서 본안의 결정에 따라 해병이 인도에 구금되어야 할 경우 해병을 인도로 보낼 것이라는 이탈리아의 약속에도 불구하고, 재판소는 그들의 석방을 거부하고 대신 분쟁의 해결을 기다리는 동안 모든 형사 소송

329) *Enrica Lexie Case*, ITLOS, para. 108.

330) *The ENRICA LEXIE Incident (No.24) Case (The Italian Republic v. The Republic of India)*, Provisional Measures, Dissenting Opinion of Judge Kateka of 24 August 2015, ITLOS, paras. 5-6.

을 정지하는 잠정조치를 명령하였다.

이탈리아의 두 번째 제출은 이탈리아가 그 진술서에서 요구하는 구제가 있는 서한 (d)에 의거하여 이탈리아가 만든 본안에서의 요구와 충돌하므로, 수락된다면 잠정조치의 객체 및 목적에 반하여 본안에 해를 줄 수 있다고 본다.

명령은 양 당사국의 권리를 보호해야 하며, 제7부속서에 따라 구성된 중재재판소의 결정을 저해해서는 안 된다고 본다.

이탈리아의 신청이 받아들여진다면, 협약 제290조 제1항 및 제5항에 따라 구성된 중재재판소가 구성될 때까지 양 당사국 각각의 권리를 동등하게 보존할 수 없다고 본다.

재판소는 위와 같은 이탈리아의 신청은 적절하지 않다고 생각하며, 국제해양법 재판소규칙 제89조 제5항에 의거하여 재판소는 신청의 전체 또는 일부와 다른 잠정조치를 명령할 수 있다고 본다.³³¹⁾

이에 대하여 Paik 재판관의 선언에서 좀 더 언급되었다.

형사 관할권의 행사는 국가의 의무이다. 국가로서의 의무를 소홀히 하지 않는다면, 국가는 이를 가볍게 여길 수 없고, 사회의 기본 토대이며 법과 질서를 유지하는데 꼭 필요하다. 특히 형사 관할권의 행사에 있어서, 피고인의 구금은 매우 중요하다. 피고인의 구금을 확보하여 유지하지 않는 형사소송절차는 현실적으로 힘들다. 따라서 피고인의 구금 문제에 최대한의 주의를 기울여야 한다. 재판소는 심리 동안 인도법이 현 사건과 같은 권력 재판을 배제한다는 통보를 받았다. 두 번째 제출이 수락된다면 사실 또는 법적 여부와 관계없이 피고인이 더 이상 관할권에 종속되어 있지 않기 때문에 중재절차가 진행되는 동안 *Enrica Lexie Case*에 대하여 주장하는 권리를 인도가 행사할 가능성이 없다. 게다가 인도에게 피고인을 이탈리아로 보내주라는 요구는 임시적인 구제로서의 잠정조치의 기능을 넘어 분쟁 본안의 판결에 가까워질 수 있다.³³²⁾

331) *Enrica Lexie Case*, ITLOS, paras. 123-127.

이러한 Paik 재판관의 선언은 현재 이동 가능한 개인 또는 재산의 구류에 관한 잠정조치의 기본 입장으로 보인다.

2. 유엔해양법협약 제290조 제1항에 따른 제7부속서 중재재판소의 잠정조치

가. 유엔해양법협약상 잠정조치의 관할권 성립 여부

*Enrica Lexie Case*의 당사국인 인도와 이탈리아는 유엔해양법협약의 당사국이다. 유엔해양법협약 비준 이후, 이탈리아는 국제해양법재판소와 국제사법재판소의 관할권을 인정한다고 1997년 2월 2일에 선언을 했으나, 인도는 이 같은 선언을 하지 않았다. 그러므로 협약 제287조 제3항 및 제5항에 따라 협약의 해석 또는 적용과 관련하여 당사국 사이의 분쟁은 제7부속서 중재재판소에 회부되었다.

국제법상 당사국이 법률이나 사실, 법적 견해 또는 이해관계에서 의견 차이가 있을 경우 이를 분쟁이라고 보고 있다. 따라서 제7부속서 중재재판소는 이 사건에서 이탈리아와 인도 간에 분쟁이 있다고 보았다. 그리고 중재재판소는 이탈리아가 유엔해양법협약 조항에 따라 다양한 권리의 침해를 주장하고 인도는 이에 대하여 이의를 제기하고 있으므로 이 분쟁이 유엔해양법협약의 해석 또는 적용과 관련이 있다고 보았다. 따라서 중재재판소는 분쟁에 관한 일응관할권이 있다고 판결하였다.³³²⁾

나. 유엔해양법협약상 잠정조치의 목적 존재 여부

중재재판소는 제290조 제1항 및 제290조 제5항이 서로 다른 절차를 규정하는 것으로 본다. 제290조 제1항의 객체 및 목적은 재판소가 유엔해양법협약 제290조

332) The ENRICA LEXIE Incident (No.24) Case (The Italian Republic v. The Republic of India), Provisional Measures, Declaration of Judge Paik of 24 August 2015, ITLOS, para. 6.

333) The “ENRICA LEXIE” Incident (The Italian Republic v. The Republic of India), Provisional Measures, Order of 29 April 2016, PCA, paras. 52-55.

제5항에 따른 국제해양법재판소의 이전 명령에 의하여 제한되지 않는다. 따라서 최종 결정이 내려질 때까지 분쟁당사국 각각의 권리를 보존하기 위해 적절하다고 판단되는 잠정조치를 명령할 수 있다고 보았다. 그러나 소송을 분석할 때 국제해양법재판소의 결정을 완전히 배제하는 것은 아니다.

중재재판소는 회부된 신청이 유엔해양법협약 제290조 제1항에 따른 잠정조치의 명령을 위한 새로운 신청으로 간주하였다. 국제해양법재판소에 의해 명령된 이전 잠정조치를 변경하거나 개정하는 시도가 아니며, 결과적으로 중재재판소 이전의 절차와 관련한 제290조 제2항이 적용되는 것도 아니다.

이러한 맥락에서, 중재재판소는 *MOX Plant Case*을 언급하였다.

영국은 아일랜드가 다루는 사안이 분쟁을 해결하기 위한 구속력 있는 수단을 제공하는 지역협정에 의해 규율되며 실제로 이를 대체하는 재판소에 회부되었다고 주장한다.³³⁴⁾

이 사건의 재판소는 추가된 잠정조치에 대한 아일랜드의 신청이 해당 재판소에서 최초의 신청이라고 판결하였다. 그러므로 제7부속서 중재재판소는 분쟁이 회부된 재판소로서 제290조 제5항의 첫 번째 문장에 의거하여 국제해양법재판소와는 다른 관할권을 행사할 수 있다고 판단한 것으로 보인다.

또한 중재재판소는 국제해양법재판소와 현 중재재판소에 회부된 이탈리아에 의한 각각의 신청이 실제로 다르다고 본다. 이전 국제해양법재판소에서 이탈리아는 Gironc 병장이 이탈리아를 떠나고 체류할 수 있도록 해병의 자유, 안전 및 이동에 대한 제한을 즉시 제거할 것을 광범위하게 신청했다. 이 신청의 효과가 받아들여진다면, Gironc 병장은 인도의 법적 체계에서 완전히 벗어나게 된다. 국제해양법재판소에서 이탈리아는 인도가 해병에 대한 권한을 합법적이게 유지할 수 있다는 것을 부정하였다. 이와 대조적으로 중재재판 이전에 이탈리아는 인도가 Gironc 병장의 보석을 완화하여 이탈리아로 귀환할 수 있도록 필요한 조치를 취할 것을 요구하였

334) Ibid., para. 39.

다. 또한, Girone 병장의 보석 조건에 따라 그가 이탈리아로 돌아올지라도 인도 법원의 관할권이 유지된다는 점을 이탈리아는 받아들였다. 즉, 신청된 조치는 인도 법원의 권한에 대한 침해 없이 Girone 병장의 물리적인 위치만을 변경한 것이다. 따라서 중재재판소는 이탈리아의 신청이 수리가능하다고 판결하여 유엔해양법협약 제290조 제1항에 의거한 이탈리아의 신청을 고려하였다.³³⁵⁾

다. 유엔해양법협약상 잠정조치의 요건 성립 여부

유엔해양법협약 제290조 제1항에 따라 중재재판소는 기존 상황의 지속이 당사국 각각의 권리에 영향을 미치는지와 잠정조치의 명령이 필요한지 여부를 검토한다.

이 사건에서 중재재판소는 이탈리아가 궁극적으로 본안에서 우세한 경우 Girone 병장이 중재재판으로 인도에 남는다면 이탈리아의 권리에 회복할 수 없는 손해의 위험이 있는지를 확인했다. 그리고 인도가 궁극적으로 본안에서 우세한 경우 Girone 병장이 중재절차 중 이탈리아로 돌아간 것이 인도의 권리를 과도하게 손상시키는지 확인했다. 이를 위해서는 중재재판소가 잠정조치를 명령하기로 결정할 때 당사국 각각의 권리가 적절히 존중되도록 중재재판소가 보장해야 한다.

이탈리아의 권리를 보존하는 방법을 결정할 때, 중재재판소는 현 상황에서 Girone 병장이 인도에 혼자 있다는 사실을 염두하고, 어느 국가가 관할권을 행사하는가와 Girone 병장에 대한 면제의 문제는 사건 본안에서 고려되어야 한다고 결정했다.

중재재판소는 Girone 병장의 사회관계와 가족생활 등이 이탈리아에 있다는 사실을 중요하게 여겼다. 이탈리아가 제출한 증거에 따르면, Girone 병장의 자녀들은 아버지와 수년 동안 수천 킬로미터 떨어져 있으므로 산발적인 방문만이 가능하였고, 이러한 방문으로는 가족생활을 대체할 수 없다고 판단하였다. 이러한 상황 속에서, 중재재판소는 가족구성원 간의 거리가 현재보다 상당히 가깝도록 보석 조건을 완화할 필요가 있다고 보았다. 따라서 중재재판소는 Girone 병장의 현 상황을 인도적인 차원으로 다루어야 한다고 보았다. 이는 국제해양법재판소가 지적인 인도적인 차원이 다른 분야의 국제법 분야와 마찬가지로 해양법에서도 적용되어야 한다

335) Ibid., paras. 72-76.

고 본 것이다.

인도의 권리를 보호하기 위해서 중재재판소가 명령한 잠정조치로는 인도 대법원이 Girone 병장에 관하여 관할권을 행사하는 상황을 변경할 수 없다고 보았다. 이 중재재판소의 명령에 따라, 중재재판소가 사건의 본안을 결정할 때까지 Girone 병장이 이탈리아에서 보석 시간을 보낼지라도 인도 대법원의 관할권은 계속된다. 이를 근거로 중재재판소는 이탈리아와 인도 각각의 권리를 존중하여 인도적인 차원의 개념을 실현하려고 노력하였다.

중재재판소는 Girone 병장의 보석 조건을 완화하여도 이 사건에 대한 최종 결정이 있을 때까지 양 당사국의 권리가 적절하게 보존된다고 보았다. 또한 이 조치는 Girone 병장에 대한 인도의 법적 지위에 영향을 미치지 않으며 인도의 관할권 행사로 발생하는 Girone 병장의 고충도 상당 부분 감소시킨 것으로 보인다.

Girone의 적절한 반환을 보증하였으므로, Girone 병장의 보석 조건이 완화되어도 인도에 중대한 변화는 발생하지 않을 것이다. 이 중재재판소가 본안에서 인도에게 유리한 판결을 내린다면 이탈리아는 Girone 병장을 반환하여야 한다는 구속력 있는 약속을 하였다. 또한 중재재판소는 이탈리아의 약속을 재차 확인했다.³³⁶⁾

긴급성은 유엔해양법협약 제290조 제5항과 같이 제290조 제1항에 명시적으로 언급되어 있지 않다. 그러나 중재재판소는 이 문제에 관하여 재판소가 발전시킨 국제 판례를 고려하여, 긴급성을 잠정조치 신청에서 중요한 요소로 보았다.

이러한 맥락에서, 중재재판소는 *Ghana/Côte d'Ivoire Case*의 잠정조치와 관련한 국제해양법재판소 특별재판부의 명령을 언급하였다.

41. 특별 재판부는 분쟁당사국의 권리에 회복할 수 없는 손해를 초래할 수 있는 실제 급박한 위험이 있다고 판결되지 않는다면 잠정조치를 명령할 수 없다.

42. 이와 관련하여 긴급성은 잠정조치를 명령할 권한을 행사하기 위해서 필요하고, 최종 결정이 내려지기 전에 문제가 된 권리에 회복할 수 없는 손해가 야기될

336) Ibid., paras. 101-109.

수 있는 실제 급박한 위험을 방지할 필요가 있다.

43. 회복할 수 없는 손해의 실제 급박한 위험 여부의 결정은 모든 관련 요소를 고려한 상황에 따른다.³³⁷⁾

마찬가지로, 잠정조치와 관련한 국제사법재판소규정 제41조는 긴급성에 대하여 명시적인 언급을 하지 않으나, 긴급성이 있다면 잠정조치를 지시할 권한을 행사할 수 있다고 일관되게 주장하고, 이는 *Costa Rica v Nicaragua Case*에서 확인된다.

63. 국제사법재판소규정 제41조에 따라 재판소는 회복할 수 없는 손해가 사법절차의 대상인 권리에 야기할 수 있는 경우 잠정조치를 지시할 권한을 가진다.

64. 잠정조치를 지시하는 재판소의 권한은 재판소가 최종 결정을 내리기 전에 분쟁의 권리에 회복할 수 없는 손해가 야기될 수 있는 실제 급박한 위험이 있다는 의미의 긴급성이 있는 경우에만 행사된다. 따라서 재판소는 이 절차에서 그러한 위험이 존재하는지 여부를 고려해야 한다.³³⁸⁾

*Timor-Leste v Australia Case*의 경우, 국제사법재판소는 이전에 사법 절차의 대상인 권리에 회복할 수 없는 손해가 야기되는 경우 잠정조치를 지시할 권한이 있다고 보았다. 재판소는 분쟁의 권리가 재판소의 최종 결정 이전에 회복할 수 없는 손해를 초래하는 실제 급박한 위험이 있다는 의미에서 긴급성이 있는 경우에만 권한을 행사할 수 있다고 보았다.

따라서 중재재판소는 어떤 형태의 긴급성이든 잠정조치 절차에 포함된다고 간주한다. 일반적으로, 긴급성은 유엔해양법협약 제290조 제1항에 따라 본안에 대한 최종 결정 때까지 회복할 수 없는 손해가 권리에 야기될 수 있다는 실제 급박한 위험을 피하기 위해서 분쟁당사국 각각의 권리를 보존하는 기준과 연결된다. 이 경우 연결은 특히 두드러지며, 이와 관련하여 중재재판소의 기준 또한 전환되고 있

337) Ghana/Côte d'Ivoire Case, paras. 41-43.

338) Certain Activities carried out by Nicaragua in the Border Area, paras. 63-64.

다.³³⁹⁾

라. 유엔해양법협약상 잠정조치의 내용 및 효력

중재재판소는 잠정조치가 당사국의 권리에 회복불가능한 손해의 실제 급박한 위험을 피하기 위한 것임을 재차 확인하였으며, 이 경우 잠정조치를 명령한 중재재판소의 주요 쟁점은 미래 지향적으로 나타난다.

중재재판소는 적절한 절차의 위반 혐의에 대한 당사국의 입장과 관련하여 잠정조치 단계에서 일응관할권을 행사할 때 이것이 절대적으로 필요한 경우가 아니라면 과거 행위의 부당성에 의문을 제기해서는 아니 된다고 보았다. 중재재판소는 Girone 병장의 보석 조건이 이 중재절차 동안 이탈리아로 돌아갈 수 있도록 완화되어야 한다는 결정을 감안할 때, 그의 구금에 대한 합법성을 고려할 필요가 없다는 결론을 내렸다.

중재재판소는 현 상황에서 제7부속서 절차의 기간 동안 Girone 병장의 사회적 독립성에 대해서만 다뤘으며, 국가 간의 중재절차로 인하여 개인에게 부당한 처분을 내려서는 아니 된다고 보았다.³⁴⁰⁾

제3절 소결

이탈리아는 국제해양법재판소에 ‘인도는 해병에 관한 사법적 또는 행정적 조치를 취하거나 강요하지 않아야 하며 사건에 대한 관할권의 행사를 삼가야 한다’고 유엔해양법협약 제290조 제5항에 따라 잠정조치를 신청하였다. 이 명령에 따라 인도의 모든 사법적 조치를 일방적으로 멈추게 된다면 이탈리아에 관한 인도의 권리가 유지되지 않을 것이다. 사건이 발생한 이후 이탈리아는 자국 내에서 어떠한 수사 또는 절차도 시작하지 않았으며 분쟁을 끝내기 위한 이탈리아의 모든 법적 노력은 인

339) Enrica Lexie Case, PCA, paras. 85-89.

340) Ibid., paras. 117-119.

도 법원에서 행하여졌으며, 이러한 절차도 2014년 3월 이후로 정지되었다. 따라서 재판소는 이탈리아가 신청한 잠정조치에 따라 잠정조치를 명령할 경우 당사국의 권리를 똑같이 보존하지 못할 것이라는 인도의 의견을 받아들였다.

*Ghana/Côte d'Ivoire Case*³⁴¹⁾에서 언급한 바와 같이, 잠정조치는 분쟁에서 회복할 수 없는 손해가 당사국의 권리에 야기할 수 있다는 실제 급박한 위험이 있어야 한다고 보았다. 그리고 국제해양법재판소가 잠정조치를 명령한 *MOX Plant Case*³⁴²⁾에서 긴급성의 요건을 수립하기 위해서는 중재재판소 설립 이전에 권리를 위협하는 손해가 발생해야 한다고 명시하였다. 이 요건들은 *Enrica Lexie Case*에서도 논의되었다. 이탈리아는 국제해양법재판소에 회부된 첫 번째 잠정조치를 신청하게 된 긴급성은 인도가 형사재판을 개시하기 위한 형사 관할권을 행사할 수 있다는 사실에서 온다고 주장했다. 그러나 재판소는 인도가 서면 답변에서 2014년 5월 이후 모든 절차를 종결하였다고 답변한 것을 볼 때, 일반적으로 인도가 약속을 준수할 것이라는 선의가 추정된다고 보았다. 또한 이탈리아가 3년 반 만에 잠정조치를 신청한 것은 제7부속서 중재재판소 이전에 인도 대법원이 해병에게 유죄를 판결하는 것에 대한 두려움을 나타내는 것으로 이를 근거로 잠정조치의 긴급성을 수립하는 것은 어렵다고 보인다.

유엔해양법협약상 잠정조치의 목적이 당사국의 권리를 보존하는 것이므로, 이탈리아의 국제해양법재판소에 신청한 잠정조치를 국제해양법재판소가 명령한다면 최종결정이 예견될 가능성이 있다고 보았다. 따라서 재판소는 이탈리아가 신청한 잠정조치와 다르게 ‘이탈리아와 인도는 모든 절차를 종료하고 제7부속서 중재재판소에 회부된 분쟁을 악화시키거나 확대 또는 중재재판소가 결정을 이행하지 못하게 하거나 위태롭게 하는 새로운 절차를 시작하지 못한다’고 명령하여, 이탈리아와 인도 두 당사국들의 권리에 대한 침해를 최소화한 것으로 보인다.

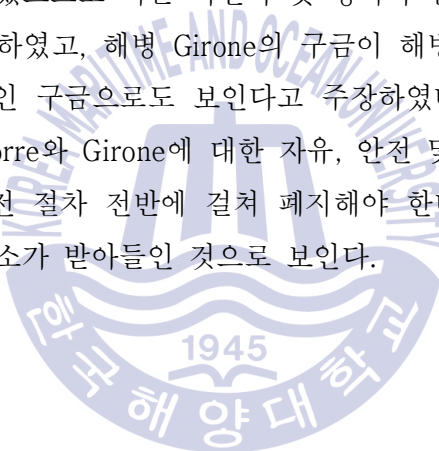
국제해양법재판소가 잠정조치를 명령한 이후에, 이탈리아는 제7부속서 중재재판소에 “해병 Latorre와 Girone의 자유, 안전, 및 이동에 관한 제한은 제7부속서 중재재판소 이전 절차에 걸쳐 폐지되어야 한다”는 내용의 잠정조치를 유엔해양법협약

341) *Ghana/Côte d'Ivoire Case*, para. 41-42.

342) *MOX Plant Case*, ITLOS, para. 64.

제290조 제1항에 따라 신청하였다.

이탈리아는 제7부속서 중재재판소에 신청한 잠정조치의 정당성을 국제해양법재판소에 신청한 잠정조치와 다르게 인도주의적인 측면을 근거로 내세웠다. 이 잠정조치가 신청되었을 때, 해병 Girone는 인도에 머물러 있었고, 해병 Latorre는 뇌졸중으로 인하여, 2014년 9월부터 이탈리아에 머물렀다. 이후 해병 Girone도 건강상의 문제로 이탈리아로 귀환하기를 원하였다. 이때 이탈리아는 일반국제법의 판례들을 살펴보면, 인도주의적인 측면이 고려되고, 해양법 또한 이를 고려해야 한다고 주장하였다. 그리고 3년 반이라는 장기적인 구금으로 인하여 이탈리아의 해병에게 회복할 수 없는 손해가 발생한다고도 주장하였다. 또한 해병 Girone와 Latorre는 아직 공식적으로 기소되지 않았으므로 이는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약에도 위반되는 것이라고 주장하였고, 해병 Girone의 구금이 해병 Latorre가 인도로 돌아오게 하기 위한 악의적인 구금으로도 보인다고 주장하였다. 이에 따라 제7부속서 중재재판소는 ‘해병 Latorre와 Girone에 대한 자유, 안전 및 이동에 관한 제한을 제7부속서 중재재판소 이전 절차 전반에 걸쳐 폐지해야 한다’고 명령하였으며, 이는 이탈리아의 신청을 재판소가 받아들인 것으로 보인다.



제5장 결론

유엔해양법협약상 잠정조치는 일반국제법상의 잠정조치로부터 도출된 개념이다. 국제법상에서 잠정조치는 상설국제사법재판소, 국제사법재판소, 중재재판소 그리고 이외의 국제재판소 등에서 규정되었다. 이 재판소들은 규정 및 규칙에서 잠정조치를 각기 다른 용어로 표현하고 있다. 그러나 규정 및 규칙들을 살펴보면 유사한 개념의 잠정조치가 형성된다. 즉, 국제분쟁이 사건에 회부된 후 최종결정까지 오랜 시간이 소요되기 때문에 최종결정 이전에 당사국의 악의적인 행동으로 소송목적 상실하거나 회복불가능한 손해가 발생할 수 있다. 이러한 경우에 상대방의 악의적인 행동을 제한하거나 침해받은 당사국의 권리를 임시적으로라도 회복시킬 수 있는 제도가 잠정조치이다.

이러한 잠정조치제도가 적용되기 위해서는 일응관할권이 충족되어야 한다. 그리고 소송 중에 본안과 관련된 당사국의 권리에 회복할 수 없는 손해가 발생하거나 이것을 긴급하게 방지하여야 하는 등의 요건이 충족되어야 한다. 그리고 일방당사국 또는 재판소의 직권으로 잠정조치제도의 절차가 착수되며, 이 잠정조치는 최종판결이 내려지기 전까지 사건과 관련하여 소송당사국에게 효력이 부여된다. 그러나 이러한 많은 내용들을 잠정조치의 규정 및 규칙 등이 모두 포함하기에는 조문 수가 한정적이라는 문제가 있다. 그러므로 국제법상 잠정조치는 규정 및 규칙을 바탕으로 한 잠정조치의 판례 등을 통하여 세부사항들을 채워나갔다.

이와 관련하여 유엔해양법협약의 잠정조치는 국제법상 잠정조치의 규정, 규칙 그리고 판례 등이 형성된 후에 논의되어졌으므로, 이에 많은 영향을 받았다. 특히 국제사법재판소의 규정, 규칙 및 판례 등이 유엔해양법협약 형성과정 그리고 재판소의 결정에 많은 영향을 주었다. 그러므로 전술한 바와 같이 제3차 유엔해양법회의에서 유엔해양법협약의 잠정조치를 논의할 때 국제사법재판소에서 많은 논의가 있었던 잠정조치의 구속력에 대하여 논의되었다. 이 논의 끝에 국제사법재판소 규정에서 논란이었던 *indicate*(지시하다)라는 단어를 *prescribe*(명령하다)라는 단어로 바꾸어, 구속력 있는 잠정조치를 규정하게 되었다.

국제사법재판소규정 제41조와 국제사법재판소규칙 제73조에서 제78조의 규정에서 영향을 받은 유엔해양법협약, 국제해양법재판소규정과 국제해양법재판소규칙은 국제사법재판소와 유사한 관할권, 목적, 요건, 내용 및 효력을 가지게 되었다. 유엔해양법협약상 잠정조치의 관할권은 일반국제법상 잠정조치의 일응관할권 이론을 받아들였으며, 제290조 제5항의 경우 유엔해양법협약상의 특징으로 생긴 관할권이다. 잠정조치의 목적은 소송 중 당사국 권리의 보호와 분쟁의 악화를 방지하는 것이다. 이때 소송 중 권리는 요구된 조치와 본안 사이에 연관성이 있어야 하며 타당해야 한다. 잠정조치의 요건은 회복할 수 없는 손해와 긴급성이다. 여기에 추가하여 유엔해양법협약상 잠정조치의 경우 해양환경에 심각한 손해가 발생하지 않아야 한다는 것을 명문으로 규정하고 있다. 그리고 긴급성의 경우 제290조 제1항의 긴급성은 일반국제법상 잠정조치와 유사하다면, 제290조 제5항의 긴급성은 일반국제법상의 분쟁해결제도와는 구별되는 유엔해양법협약상의 분쟁해결제도의 특징이 적용된 요건이다. 이를 토대로 유엔해양법협약상 잠정조치는 절차상 당사국의 권리를 최종 판결 이전까지 보호하며, 이러한 보호는 보호되는 권리와 보호로 인하여 생기는 상황 간에 비례성을 갖추어야 한다. 이때 상기한 바와 같이, 재판소가 잠정조치를 명령할 때 이동 가능한 개인 또는 재산의 구류를 중요하게 다룬다.

지금까지 살펴본 잠정조치와 관련한 세부사항들을 통하여 *Enrica Lexie Case*를 분석하여 보면, 국제해양법재판소는 이탈리아와 인도에게 유엔해양법협약의 해석과 적용에 관한 분쟁이 존재한다는 것에 동의하였다. 또한 이탈리아가 주장한 제283조의 견교환의무를 완료하였다는 주장을 재판소가 받아들였고, 이에 재판소는 일응관할권이 성립한다고 보았다. 그러나 이탈리아가 신청한 잠정조치가 이 사건의 본안과 관련한 쟁점을 다루고 있으므로, 이탈리아가 신청한 잠정조치를 명령하는 것은 적절하지 않다고 보았다. 따라서 재판소는 이탈리아가 신청한 잠정조치를 기각하고 인도와 이탈리아가 모든 국내 법적 절차를 정지하고 분쟁을 악화하거나 확장할 수 있는 새로운 계획을 도입하지 않아야 한다고 보았다. 한편, Paik 재판관은 형사 관할권에서 피고인 구금의 중요성에 대하여 언급했으며, 이는 유엔해양법협약상 잠정조치에서 이동 가능한 개인 또는 재산의 구류에 대한 기본적인 입장으로 보인다.

이후 이탈리아는 유엔해양법협약 제290조 제1항에 따른 잠정조치를 제7부속서 중재

재판소에 신청하였다. 제7부속서 중재재판소는 인도와 이탈리아 간에 유엔해양법협약 해석 및 적용과 관련된 분쟁이 있다고 보았으며, 따라서 일응관할권이 존재한다고 여겼다. 그리고 재판소는 이 잠정조치가 인도 법원의 권한에 대한 침해 없이 Girone 병장의 물리적인 위치를 변경하므로 이탈리아의 신청을 수리하였다. 이에 더하여 제7부속서 중재재판소는 인도적인 차원에서 Girone의 권리에 회복할 수 없는 손해가 발생하지 않아야 한다고 보았다. 따라서 제7부속서 중재재판소는 이탈리아가 신청한 잠정조치를 명령하였다.

유엔해양법협약상의 잠정조치를 살펴본 결과 지금까지 일반국제법상 잠정조치의 관행을 이어나가고 있다고 사료된다. 그러면서도 일반국제법과는 달리 유엔해양법협약 잠정조치 조항에서 해양환경에 대한 손해를 언급하여, 해양환경에 대한 중요성을 다시 한 번 확인하였다. 그리고 최근 사건인 *Enrica Lexie Case*을 통하여 한 사건에서 두 번의 잠정조치가 충분히 가능하다는 것 또한 확인할 수 있었다.

*Enrica Lexie Case*뿐만 아닌 다른 국제 판례들을 살펴봤을 때 잠정조치 제도의 이용이 증가할 것이라는 것은 충분히 예측 가능하다고 사료된다. 우리나라의 경우에도 가입 또는 체결한 조약에서 재판회부조항을 적잖게 발견할 수 있으므로, 충분히 국제소송의 당사국이 될 수 있다.³⁴³⁾ 특히 우리나라는 해양에서의 활동이 많으므로, 유엔해양법협약에 따른 국제소송 당사국이 될 가능성 또한 높다. 이때 분쟁 해결절차의 부수적 절차로서 잠정조치제도를 잘 활용하는 것이 소송승패와 운용에 많은 영향을 줄 것으로 보인다.³⁴⁴⁾ 그러므로 유엔해양법협약상 잠정조치제도에 대한 이해가 필요하다고 사료된다. 향후 우리나라가 유엔해양법협약의 잠정조치 명령에 대응할 때, 이 논문이 유엔해양법협약상 국제재판을 준비하고 판결 및 명령을 우리나라에 유리한 방향으로 이끄는 데 중요한 자료가 되기를 바란다.

343) 최지현, 앞의 논문, 300쪽.

344) 위의 논문.



【 참고 문헌 】

I. 국내문헌

1. 단행본

김대순, 「제18판 국제법론」, 삼영사, 2015.

김석현, 「국제법상 국가책임」, 삼영사, 2007.

_____, 「국제법정의 결정의 이행 및 이행강제」, 한국해양수산개발원, 2008.

김선표, 홍성걸, 정성희, 「남방참다랑어 국제분쟁의 사법적 해결에 관한 연구」, 해양수산개발원, 1999.

이한기, 「국제법강의」, 박영사, 2006.

2. 논문

박현석, “필수적 당사자의 소송참가”, 「國際法學會論叢」, 제47권 제3호, 2002.

_____, “NATO의 유고슬라비아 폭격 사건에 대한 ICJ의 관할권 문제”, 「國際法學會論叢」, 제45권 제1호, 2000.

백진현, “유엔해양법협약 체제의 평가와 전망”, 「國際法學會論叢」, 제50권 제3호, 2005.

이용희, “UN海洋法協約上 紛爭解決制度에 관한 연구”, 경희대 석사학위논문, 1986.

최영석, “국제해양법재판소의 역할과 판결”, 「계간 해양수산」, 제3권 제4호, 2013.

최지현, “국제사법재판소의 잠정조치에 관한 연구”, 고려대 박사학위논문, 2010.

최태현, “국제사법재판소 소송절차와 관련한 주요한 법적 쟁점(Ⅱ)”, 「국제법평론」, 통권 제23호, 2006.

홍성근, “제2차 엠/브이 사이가(M/V SAIGA)호 사건 : 국제해양법재판소의 1998년 잠정조치 명령 및 1999년 본안 판결”, 「외법논집」, 제17권, 2004.

II. 외국문헌

Cameron A. Miles, *Provisional Measures Before International Courts and Tribunals*, Cambridge University Press, 2017.

Chittharanjan F. Amerasinghe, *Jurisdiction of International Tribunals*, Kluwer Law International, 2003.

Edward A. Laing, *A Perspective on Provisional Measures under UNCLOS*, Netherlands Yearbook of International Law, 1998.

Mayon H. Nordquist, *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982 A Commentary V*, Martinus Nijhoff Publishers, 1988.

P. Chandrasekhara Rao, *The Rules of the International Tribunal for the Law of the Sea*, Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

Rosenne, Shabtai, *The Law and Practice of the International Court, 1920–1996*, Vol. III, Martinus Nijhoff Publishers, 1997.

_____, *Provisional Measures in International Law: The International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea*, Oxford University Press, 2005.

III. 기타자료

1. 국제기구문서

A/CONF.62/WP.8/Rev.1/Part I (Revised Single Negotiating Text, 1976).

A/CONF.62/WP.9 (Informal Single Negotiating Text, Part IV, 1975).

A/CONF.62/WP.9/Rev.1 (Informal Single Negotiating Text, Part IV/Rev.1, 1976).

A/CONF.62/WP.9/Rev.2 (Revised Single Negotiating Text, Part IV, 1976).

A/CONF.62/WP.10 (Informal Composite Negotiating Text, 1977).

A/CONF.62/WP.10/Rev.1 (Informal Composite Negotiating Text/Rev.1, 1979, mimeo).

A/CONF.62/L.152/Add.19 (1982, mimeo).

Note Verbale No. 89/635 from Minister of Foreign Affairs of Italy to the Minister of External Affairs of India, 11 March 2013.

2. 국제 판례

PCIJ 판례

Denunciation of the Treaty of 2 November 1865 between China and Belgium, Order of 8 January 1927 (Measures of Protection), A 8.

Factory at Chorzów, Order of 21 November 1927 (Measure of Interim Protection) (Germany v. Poland), A 12.

Legal Status of the South-Eastern Territory of Greenland, Order of 3 August 1932 (Request for the Indication of Interim Measures of Protection), A/B 42.

Prince von Pless Administration, Order of 11 May 1933 (Application for the Indication of Interim Measures of Protection), A/B 54.

Polish Agrarian Reform and German Minority, Order of 29 July 1933 (Application for the Indication of Interim Measures of Protection) A/B, No. 58.

Electricity Company of Sofia and Bulgaria Order of 5 December 1939 (Request for the Indication of Interim Measures of Protection), A/B 79.

ICJ 판례

Anglo–Iranian Oil Co. Case, Order of July 5th, 1951, ICJ.

Interhandel Case (interim measures of protection), Order of October 24th, 1957, ICJ.

Northern Cameroons (Cameroon v. United Kingdom), Preliminary Objections, Order Of 2 December 1963, ICJ.

Fisheries Jurisdiction (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Iceland), Interim Protection, Order of 17 August 1972, ICJ.

Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland), Interim Protection, Order of 17 August 1972, ICJ.

Nuclear Tests (Australia v. France), Interim Protection, Order of 22 June 1973, ICJ.

Nuclear Tests (New Zealand v. France), Interim Protection, Order of 22 June 1973, ICJ.

Trial of Pakistani Prisoners of War, Interim Protection, Order of 13 July 1973, ICJ.

Aegean Sea Continental Shelf, Interim Protection, Order of 11 September 1976, ICJ.

Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran), Provisional Measures, Order of 15 December 1979, ICJ.

Passage through the Great Belt (Finland v. Denmark), Provisional Measures, Order of 29 July 1991, ICJ.

Passage through the Great Belt (Finland v. Denmark), Provisional Measures, Separate Opinion of Judge Shahabuddeen of 29 July 1991, ICJ.

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, Order of 8 April 1993, ICJ.

Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests (New Zealand v. France) Case, Order of 22 September 1995, ICJ.

Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria, Provisional Measures, Order of 15 March 1996, ICJ.

Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion of July 1996. ICJ.

LaGrand (Germany v. United States of America), Provisional Measures, Order of 3 March 1999, ICJ.

Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Belgium), Provisional Measures, Order of 2 June 1999, ICJ.

Certain Criminal Proceedings in France (Republic of the Congo v. France), Provisional Measure, Order of 17 June 2003, ICJ.

Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay) Order of 23 January 2007, ICJ.

Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the Case concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America), Provisional Measures, Order of 16 July 2008, ICJ

Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Provision Measure, Order of May 2009, ICJ.

Certain Activities carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua), Provisional Measure, Order of 8 March 2011, ICJ.

PCA 판례

The MOX Plant Case (Ireland v. United Kingdom), Provisional Measure, Order of 24 June 2003, PCA.

The ARCTIC SUNRISE Arbitration (Kingdom of the Netherlands v. Russian Federation), Award on the Merits of 14 August 2015, PCA.

The “ENRICA LEXIE” Incident (The Italian Republic v. The Republic of India), Provisional Measures, Order of 29 April 2016, PCA.

ICSID 판례

Saipem SpA v People's Republic of Bangladesh. Provisional Measures, Order of 21 March 2007, ICSID.

UNCITRAL 판례

Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v Government of Mongolia, Interim Measures, Order of 2 September 2008, UNCITRAL.

ITLOS 판례

The M/V SAIGA (No.2) Case (Saint Vincent and The Grenadines v. Guinea), Provisional Measures, Order of 11 March 1998, ITLOS.

The Southern Bluefin Tuna (No.3&4) Cases (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan), Provisional Measures, Order of Judge Laing of 27 August 1999, ITLOS.

The Southern Bluefin Tuna (No.3&4) Cases (New Zealand v. Japan; Australia

v. Japan), Provisional Measures, Separate Opinion of Judge Laing of 27 August 1999, ITLOS.

The Southern Bluefin Tuna (No.3&4) Cases (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan), Provisional Measures, Separate Opinion of Judge Treves of 27 August 1999, ITLOS.

The Southern Bluefin Tuna (No.3&4) Cases (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan), Provisional Measures, Dissenting Opinion of ad hoc Judge Shearer of 27 August 1999, ITLOS.

The MOX Plant (No.10) Case (Ireland v. United Kingdom), Provisional Measures, Order of 3 December 2001, ITLOS.

Concerning Land Reclamation by Singapore in and around the Straits of Johor (No.12) Case (Malaysia v. Singapore), Provisional Measures, Order of 8 October 2003, ITLOS.

The M/V LOUISA (No.18) Case (Saint Vincent and The Grenadines v. Spain), Provisional Measures, Order of 23 December 2010, ITLOS.

The M/V LOUISA (No.18) Case (Saint Vincent and The Grenadines v. Spain), Provisional Measures, Separate Opinion of Judge Paik of 23 December 2010, ITLOS.

The ARA Libertad (No.20) Case (Argentina v. Ghana), Provisional Measures, Order of 15 December 2012, ITLOS.

The ARCTIC SUNRISE (No.22) Case (Kingdom of the Netherlands v. Russian Federation), Provisional Measures, Order of 22 November 2013, ITLOS.

The ARCTIC SUNRISE (No.22) Case (Kingdom of the Netherlands v. Russian Federation), Provisional Measures, Dissenting Opinion of Judge Kulyk of 22 November 2013, ITLOS.

Dispute concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (No.23) Case (Ghana v. Côte d'Ivoire), Provisional Measures, Order of 25 April 2015, ITLOS.

The ENRICA LEXIE Incident (No.24) Case (The Italian Republic v. The Republic of India), Provisional Measures, Order of 24 August 2015, ITLOS.

The ENRICA LEXIE Incident (No.24) Case (The Italian Republic v. The Republic of India), Provisional Measures, Declaration of Judge Paik of 24 August 2015, ITLOS.

The ENRICA LEXIE Incident (No.24) Case (The Italian Republic v. The Republic of India), Provisional Measures, Dissenting Opinion of Judge Kateka of 24 August 2015, ITLOS.

The ENRICA LEXIE Incident (No.24) Case (The Italian Republic v. The Republic of India), Provisional Measures, Order, Request under article 290, paragraph 5, of the Convention, submitted by Italy on 21 July 2015, ITLOS Rep 2015.

The ENRICA LEXIE Incident (No.24) Case (The Italian Republic v. The Republic of India), Provisional Measures, Order, Notification instituting arbitral proceedings dated 26 June 2015, ITLOS Rep 2015.

The ENRICA LEXIE Incident (No.24) Case (The Italian Republic v. The Republic of India), Provisional Measures, Order, Written Observations submitted by India on 6 August 2015, ITLOS Rep 2015.

3. 웹사이트

<http://terms.naver.com/entry.nhn?docId=813355&cid=43150&categoryId=43150>

<http://terms.naver.com/entry.nhn?docId=1067222&cid=40942&categoryId=40466>

<http://terms.naver.com/entry.nhn?docId=813369&cid=43150&categoryId=43150>

<http://terms.naver.com/entry.nhn?docId=1397641&cid=43162&categoryId=43162>





유엔해양법협약의 잠정조치제도에 대한 연구

서 유 진
해사법학과
한국해양대학교 대학원

국문 초록

이 논문은 유엔해양법협약에서 규정하고 있는 잠정조치제도를 주된 고찰 대상으로 삼았다. 국제재판에서의 잠정조치란 사건이 국제재판소에 회부된 후 최종적인 판결이 내려지기 전까지 분쟁당사국의 권리보호를 위하여 긴급한 경우에 임시적으로 취해지는 조치이다. 분쟁해결절차의 부수적 절차 중 하나인 잠정조치를 연구하기 위해서는 관할권, 목적, 요건, 내용 및 효력을 종합적으로 이해할 필요가 있다.

그러나 유엔해양법협약의 잠정조치제도는 독자적으로 형성된 제도가 아닌 국제사법재판소와 이외의 국제재판소의 잠정조치를 토대로 형성되었으므로, 이에 대한 연구가 선행되어야 한다. 이 과정에서 관할권, 목적, 요건, 내용 및 효력 등 많은 내용을 포함하기에는 상대적으로 부족한 규범들을 보충하는 국제재판소들의 잠정조치에 관한 판례들을 같이 살펴보아야 한다.

위의 사항들을 가지고 유엔해양법협약의 형성과정에서 잠정조치제도의 규범 및 판례들이 어떻게 형성되었는지 살펴보았다. 이를 통하여 유엔해양법협약상 잠정조치의 관할권, 목적, 요건, 내용 및 효력 등을 고찰하였다.

이러한 잠정조치에 관한 이해를 토대로 하여 가장 최근의 유엔해양법협약상 잠정조치 사건이고 유엔해양법협약 제290조 제1항과 제290조 제5항에 따라 두 번의 잠정조치가 있었던 *Enrica Lexie Case*을 분석해보고자 한다.

이러한 연구 목적과 방법을 가지고 제2장에서는 국제사법재판소와 이외의 국제재판소의 규칙 및 규정들을 살펴보고, 이와 더불어 잠정조치 명령들을 통하여, 국제재판소에서 잠정조치의 관할권에 대하여 살펴본다.

제3장에서는 유엔해양법협약의 형성과정을 살펴보고, 이를 통하여 형성된 유엔해양법협약의 규범들을 살펴본다. 그리고 앞에서 언급된 사항들을 가지고, 유엔해양법협약상 잠정조치의 관할권, 목적, 요건, 내용 및 효력 등을 살펴보고자 한다.

제4장에서는 인도와 이탈리아 간에 있었던 *Enrica Lexie Case*의 잠정조치를 살펴봄으로서 유엔해양법협약상의 잠정조치에 대한 이해를 높이도록 한다.

제5장 결론에서는 이 연구에 대한 결과를 토대로 유엔해양법협약을 통하여 명령되어 오고 있는 잠정조치의 특징을 살펴보고, 우리나라에서 이 연구가 필요한 이유를 언급하고자 한다.

