

# 국제해양경계획정 형평원칙에 대한 법률지위의 논의

—장웨이린, 장권

개요 : 형평원칙은 국제사법재판소와 중재법원의 판례를 통해 발전해온 해양경계획정의 관습법적 원칙이다. 오랜 시간 동안 형평원칙의 관습법적 지위에 대해 논란이 있었다. 지금의 상황에 비추어 보면 형평원칙은 일반관습법 원칙이 아니라 특별 관습법이다. 하지만 국제사법 관행의 발전 추세로 보았을 때 형평원칙은 의심할 여지없는 일반 관습법 원칙이 될 것으로 보인다.

## 서 언

1969년 북해 대륙붕 경계획정안에서 국제사법재판소는 등거리 및 특수사정 원칙은 법적 확신이 없다고 여겼으며 일반 관습법적 지위의 가능성을 부인하였다. 재판부는 북해대륙붕 경계획정에서 형평원칙을 법률적 근거로 하여 법률 규정의 흠결을 보충하는 원칙으로 사용하였다. 형평원칙은 충분한 국제 관행이 부족하였고 동시에 국제사법재판소와 중재기구가 이를 적용하는 과정에서 이를 반복하는 경향이 있었고 심지어는 내부 법관들 사이에서도 반대하는 의견이 있어 형평 원칙이 오랜 기간 경계획정의 관습법적 원칙이라는 것에 대해 논쟁이 있었다.

### 1. 형평원칙과 국제법

형평이란 단어는 형평법에서 나온 것으로 공평, 합리, 정의 등의 내포된 의미가 있으며 자연적 정의의 동의어로 사용된다. 형평은 통상 법을 보충하거나 교정하는 정의의 원칙으로 여겨져 왔다. 형평의 개념은 가장 이른 시기부터 해양영역과 연결되어 있었다. 스페인과 포르투갈의 해상무역의 항행로에 대한 다툼에서 형평의 근거에 대해 처음 나오게 되었다. 물론 판례에서 형평원칙이 구체적으로 언급된 사례는 1909년 덴마크-스웨덴의 그리스바다르나 경계획정안에서였다. 그 후 진정한 의미에서 형평원칙의 개념이 구체적으로 확인된 것은 1945년 트루먼 선언에서였다. 아쉬운 점은 당시에 형평원칙의 명확하고 구체적인 의미에 대한 설명이 없었고 관련 국가가 해양경계획정을 협의를 통해 해결한다는 상징적 의의에 대해서만 중점을 두었다는 점이다. 국제사법재판소는 1969년 북해대륙붕 경계획정안에서 처음으로 형평원칙을 적용하고 그 개념이 추상적이고 과도한 융통성을 발휘할 여지가 있어 그 적용에 대해 비난과 의문이 있어

왔다. 또한 당시 사법재판소 내부에서도 반대의 의견이 있었다. 1985년 리비아-몰타 대륙붕 경계획정안에서 일본 국적의 법관은 ‘형평원칙은 단순히 개괄성을 가진 개념(blanket concept)이며 명확한 내용이 없어 국제법의 원칙으로서 경계획정 문제 해결의 형평성에 대해 의문점이 있다’고 언급하였다<sup>1)</sup>. 오펜하임 국제법에서는 국제법의 연원에서 확실적인 의미를 가지지 않는다고 하였다. 일반적으로 형평원칙은 어떤 특정한 원칙의 일부분으로 형성된 것으로 여겨져 왔고 심지어는 국제사법의 필수적인 부분이지만 어떤 국가의 법률시스템에서는(영미법) 형평이 국제법 영역에 포함되지 않는 경우가 있다. 여기서 언급할 만한 것은 형평원칙이 흠이 있다고 하더라도 이미 30여년 동안의 검증과 많은 국가들의 인정과 실천으로 형평원칙이 국제법의 원칙이 되었다는 것은 의심할 여지가 없다는 점이다.

우선 국제사법 재판소의 대다수 법관은 이미 형평원칙을 경계획정의 관습법으로 고려하고 있으며 중국을 비롯한 많은 해외 학자들도 형평원칙은 국제법적 원칙이라고 여기고 있다. 왕티에야가 집필한 ‘중국법학대사전 및 국제법’에서는 형평원칙은 관련국가의 대륙붕경계획정 과정의 한 원칙이라고 언급하며 공정과 합리를 대륙붕 경계획정을 조정하는 방법으로서의 국제법 규범이라고 하였다.

형평원칙은 1945년의 트루먼 선언과 같은 국가 관행에 그 국제법적 지위가 반영되어 있다. 이란과 사우디아라비아, 필리핀 등도 트루먼 선언과 유사한 성명과 법령을 내어 형평원칙의 적용을 강조하였다. 1980년 프랑스도 통가와와 배타적 경제수역 조약 체결에서 형평원칙의 적용을 언급한 바가 있다. 중국도 2000년 베트남과 북부만 경계획정 협정 제1조에서 양국은 형평원칙에 따라 우호 협상을 통해 해양, 배타적 경제수역과 대륙붕 및 어장을 정하는 문제를 해결한다는 내용의 조항을 규정해 놓고 있다.

또한 국제사법과 중재의 관행에서도 형평 원칙을 확인할 수 있다. 1937년 네덜란드-벨기에 뢰즈강 경계획정안, 1977년 영불 대륙붕사건, 1985년 기니-기니비사우안, 1992년 캐나다-프랑스 중재안, 1999년 에리트리아-예멘 중재안 등의 판례와 1969년 북해대륙붕 사건, 1982년 튀니지-리비아, 1985년 리비아-몰타, 2001년 카타르-바레인, 2002년 나이지리아-카메룬 등의 국제사법재판소 판례에서 형평원칙은 국제법 원칙의 법률적 지위로서 구체적으로 드러났다.

## 2. 형평원칙의 특별한 관습법적 성질

국제법의 주요 연원중 하나인 국제 관습법에 대해 국내외 학자들은 일반관습법이라고 한다. 사실상 국제관습법은 일반관습법과 특별 관습법으로 나눌 수 있다.

오펜하임 국제법에서는 일반적이지 않고 특정한 지역 혹은 국가에 국한되어 법률적으로 받아들여져 적용되는 것은 특별 관습법으로 보았는데 이는 상대적으로 적은 국가에 적용되는 원칙으로 심지어 2개의 국가 사이에 적용되기도 한다.

1) I.C.J.Riport[R], 1985,(Oda,Diss. OP. para.65.).

예를 들면 1960년 국제사법재판소가 포르투갈이 관련 인도영토에서 이미 출입권을 얻었다고 판결한 사례가 있다. 일반관습법은 일반적 국제관행(다수 국가, 국제 조직, 국제 사법 및 중재 등의 광범위함, 일치, 영속된 실천)과 법적 확신 이 두 가지 요소가 있어야 형성이 될 수 있다. 반대로 특별 관습법은 실천이나 법적 확신이 일부 지역에 국한된다. 실천적인 측면에서 보면 형평원칙은 북해 대륙붕 판례 이전에는 충분한 실천과 관행이 없었다. 또한 151개의 연해국과 군도국가 중에서 56개의 국가가 국내법이나 해양법협약에서 등거리 원칙을 지지하였고 33개 국가만 형평원칙을 지지하는 추세였다. 현재는 80여개 국가가 등거리 원칙을 지지하고 33개 국가는 형평원칙을 지지하는 경향을 가지고 있다. 따라서 형평원칙을 일반법 원칙으로 규정하기에는 아직 불충분하다.

법적 확신을 보았을 때 많은 사례에서 국제사법재판소는 일반적 관행, 문자적 표현, 선행 판례에 근거하여 법적 확신을 구하려 하였다. 국제사법재판소는 1969년 북해 대륙붕 경계획정안에서 형평원칙이 경계획정 문제에서 이미 각국의 보편적인 실천이 되었다고 하였다. 당시의 배경을 살펴보면 국제사법재판소는 등거리 원칙의 일반관습법적 법적 확신을 부인하였고 형평원칙은 국가 실천의 불충분성이 있다 하더라도 국제사법재판소는 형평원칙을 법적 확신을 가지고 있는 것으로 여긴다고 언급하였다. 따라서 어떤 의의에 있어서 국제사법재판소가 형평원칙을 적용한 판결은 관습법을 형성하여 해양경계획정에서의 법률적 흠결을 보충하려 한 목적이라고 할 수 있다. 이렇게 국제사법재판소가 형평원칙의 관습법적 지위를 확립하고자 많은 노력을 하였으나 형평원칙은 아직 많은 국가들의 지지를 얻고 있지 못하고 어떤 국가들은 또 등거리선 원칙을 주장하고 있어 해양경계획정에서 일반적 관습법이라 칭하기에는 아직 의문점이 있다.

형평원칙은 주로 국제사법과 중재판례의 발전과정에서 나온 경계획정 원칙으로 많은 국가들의 구체적인 실천이 아직 부족하고 국제사법재판소도 입법기관이 아니기 때문에 법률을 제정하는 것이 아닌 법률과 원칙을 찾아 적용할 수만 있다. 형평원칙이든 등거리 원칙이든 아직 일반법이 필요한 법적 확신을 얻지 못하였기에 양자 모두 일반 법률적 지위를 얻지 못하였다. 경계획정과정에서 적용 범위는 단순히 국제사법재판소와 중재기구 및 부분적으로 형평원칙을 지지하는 국가들 범위에만 국한되어 있어서 일반관습법이라기보다는 특별 관습법 혹은 지역 관습법에 더 적합하다. 영국 국제법학자가 말한 것처럼 해양경계획정의 적용원칙에 대해 관습법에서 나온 것인지 조약에서 나온 것인지 아직 일치되어 있지 않다.

### 3. 형평원칙과 일반법 원칙

형평원칙이 일반적 법원칙인가에 관해서는 국제법 영역에서 오랜 기간 논란이 있었다. 국제사법재판소규약 제38조 1항에는 “일반법 원칙은 문명국에 의하여 인정된 법의 일반원칙” 이라고 규정하고 있다. 20세기 이전 실정법 학파는 이론상으로 국제법에서 조약법과 국제관습법의 두 개의 연원을 가진다고 하였다. 그러나 국제 중재기구 등

에서 일반 법률원칙을 제3의 연원으로 하자 실정법 학파도 태도를 바꾸기 시작하였다. 국제사법재판소는 1969년 북해대륙붕 사건에서 형평원칙을 인용하였는데 이는 어떤 의미에서 국제 조약의 불출분성과 국제관습법이 없는 상황에서 경계획정 문제의 어려운 부분을 해결할 수 없게 되는 상황을 피하기 위해서였다고 할 수 있다. 동시에 당시 국제사법재판소는 각국의 국내법 속의 형평원칙을 비교 분석하지 않았고 일반적 법률 원칙의 연구로 결정을 내리게 되었다. 이는 이전에 형평원칙이 국제 해양경계획정에서 중요한 지위를 얻지 못하였기 때문이었다. 지금까지 국제사법재판소는 일반법 원칙으로 판결을 내린 선례가 없다. 1982년 튀니지-리비아 사례에서만 국제사법재판소는 형평원칙을 직접 법률에 대해 적용할 수 있는 일반원칙으로 보았을 뿐이었다. 1969년 북해 대륙붕 사례에서 형평원칙을 인정한 배경을 보면 일반 법률적 원칙은 단지 성립된 하나의 새로운 국제법 법규로서 구체적인 해양경계획정 문제를 해결하는데 쓰이는 자료적 학설이라고 보는 국제법학자 브롬리의 학설에 부합한다고 할 수 있겠다. 형평원칙이 당시 더 구체적으로 나타난 것은 등거리 및 특수사정원칙의 관습법적 지위가 부인된 상황에서 법률규칙의 부족으로 인한 공백을 보충하기 위한 것이었다. 따라서 당시의 형평 원칙은 어떤 의미상으로 일반법 원칙에 더하여 적용되는 것이었다. 그러나 점점 더 많아지는 국제사법과 중재 실천을 보면 형평원칙이 국제 해양경계획정에서 최소한 특수한 관습법적 지위를 얻었고 심지어 일반 법률원칙이 아닌 일반관습법으로 한층 더 발전될 가능성도 있다는 것을 발견할 수 있다. 물론 일반법률원칙과 관습법은 차이가 있다. 관습법은 일부 특수한 국제법 규칙만을 포함하고 일반법률 원칙은 국제법에 국한되지 않고 법제의 사상까지도 포함한다.

#### 4. 형평원칙과 형평과 선의 원칙

협약 제38조 2항에는 국제사법재판소는 형평과 선(ex aequo et bono)의 원칙을 적용하여 판결을 내릴 수 있다고 규정하고 있다. 형평과 선의 원칙의 기원은 영미법계의 한 원칙이다. 원래는 일반법 원칙에 포함되는 것이었다. 형평과 선의 원칙의 원래 의미는 국제사법재판소가 당사국의 동의를 얻은 상황에서 국제법을 엄격하게 적용하지 않고 판결을 하는 것이었다. 그러나 이는 법관들에게 과도한 재량권을 부여하는 것이었다. 형평, 형평과 선의 원칙이 연관이 있어 그 법률적인 범위 외에 양자의 관계는 차이가 없는 것처럼 보인다. 하지만 해양경계획정에서 형평원칙은 법률적 범위 내에 있는 법률 원칙이고 동시에 일반 국제법의 일부로 규범성을 가지고 있다. 따라서 양자는 구분되어 적용하여야 한다.

우선 형평원칙은 법률적 개념으로 공의 사상에서 직접적으로 파생된 것으로 형평원칙과 형평과 선의 원칙은 각각 내포된 의미가 다르다. 두 번째로 형평원칙은 결과의 형평을 이룰 수 있도록 관련 사정을 고려해 엄격하게 적용되는 국제법 원칙으로 그 적용 근거가 다르다. 마지막으로 법률적 지위가 다르다. 형평원칙은 해양경계획정에서 이미

국제사법재판소에 의해 관습법으로 여겨졌고 국제사법재판소가 경계확정을 해결하는데 기본적인 원칙이 되었다. 그러나 형평과 선의 원칙은 국제사법재판소의 관례에서 아직 “형평과 선의 원칙에 따라” 라고 명확하게 언급된 바가 없다.

## 5. 일반 관습법으로의 발전추세

국제사법재판소가 형평 원칙을 적용한 최초의 사례는 북해 대륙붕 경계확정안이다. 관련 국가의 경계확정은 국제법에 근거한 협의에 기초하여 형평원칙에 따라 관련 사정을 고려하여 정한다고 하였다. 국제사법재판소는 해당 사례에서 등거리 및 특수사정원칙은 경계확정의 한 방법일 뿐이라고 언급하였다. 물론 과거의 경계확정안 사례를 보면 국제사법재판소가 상대적으로 많이 선택했던 경계확정 방법은 등거리 원칙이었다. 하지만 이때에도 형평원칙의 적용이 완전히 배제된 것은 아니었다. 단지 형평원칙이 유일하고 강제성을 가지고 적용해야 하는 방법이 아니라는 것이다. 동시에 등거리선을 이용한 경계확정 방식과의 구별을 위해 국제사법재판소는 형평원칙을 적용할 때 일정한 절차를 따라야 한다고 하였는데 그 절차는 다음과 같다.

형평원칙에서 출발하여 → 관련사정 → 경계확정방법 → 비례 혹은 기타 방식으로의 검증 → 결과의 형평이 그것이다.

최근의 경향은 형평원칙과 등거리선 원칙을 결합하여 사용하는 것이다. 그러나 그럼에도 형평 원칙이 일반관습법, 미래법으로 발전해 나가고 있다는 추세는 의심할 여지가 없다.

국제법적 원칙으로서 특별 관습법은 현행하는 보편적인 국제법을 위반할 수 없다. 그러나 이와 동시에 다른 국가가 반대하거나 이에 대해 항의하는 정도에까지 이르도록 해서는 안 된다. 현재 아직 해결되지 못한 경계확정안이 해결된 사례보다 더 많다. 이런 상황에서 각자의 다른 입장과 주장을 고집하여 오랜 시간 경계확정 문제를 안고 있어서는 안 된다. 형평원칙은 해양경계확정의 특별 관습법으로서 이미 전통적으로 등거리 원칙을 주장해 온 국가의 인정과 법적 확신을 얻었다. 많은 국가들이 점점 형평 원칙을 받아들이고 있는 지금의 상황과, 단일 경계확정이 점점 주된 흐름이 되어가는 측면에서 보면 국가의 법적 의무는 아니더라도 형평의 원칙이 일반관습법, 혹은 미래법이 될 가능성은 매우 높다.