

한반도 해역의 법적 지위와 해상작전법*

정하늘**

〈 목 차 〉

I. 서론

II. 대한민국의 바다

1. 영해
 - 1) 영해단속권
 - 2) 영해가 선포되지 않은 해역
2. 접속수역
3. ~~배타적 경제수역~~ (EEZ)
 - 1) EEZ 내에서의 군사훈련
 - 2) 중국과 일본과의 어업협정
 - 3) 특정금지구역/특정해역
4. 작전구역
 - 1) 외국에 대한 효력
 - 2) 북한에 대한 효력
5. ~~북방한계선~~ (NLL)
 - 1) 배경
 - 2) NLL의 법적 지위
6. 제주해협

III. 결론

* 이 논문은 2010년 11월 4일 해군작전사령부에서 개최된 제17회 해군 작전법회의 「천안함 피격 사건 관련 작전법적 쟁점」의 제4주제로 발표된 내용을 논문의 형식으로 정리한 것이다. 당시 발표한 내용 중 군사적으로 민감한 사항은 포함시키지 않았음을 밝힌다. 또한 본고의 내용은 필자의 개인적인 의견일 뿐, 해군이나 합동참모본부의 공식적인 의견이 아님을 밝힌다.

** 해군법무장교. University of Illinois at Urbana-Champaign Law School 졸업, 법무박사 (Juris Doctor). 전 SL Partners 미국변호사, 전 법무법인 세종 미국변호사, 전 소말리아 해역 호송전대(청해부대) 제2진 법무참모. 현 합동참모본부 법무실 국제법담당.

I. 서론

대한민국은 삼면이 바다로 에워싸인 반도 국가로서 해양과 떼어 수 없는 관계를 맺고 있다. 현재 동북아시아의 해양은 제2차 세계대전 이래 곳곳에서 영유권 분쟁을 치르고 있는 일본, 다시 일어나고 있는 강대국 러시아, 신흥패권국가인 중국, 그러한 중국을 견제하려는 미국 등 해양강대국들의 각축장이자 다툼이 없다. 또한 서해 북방한계선(Northern Limitation Line ; 이하 “NLL”) 근방에서 이미 세 차례에 걸친 해상무력도발,¹⁾ 정상적인 초계임무를 수행 중이던 천안함에 대한 불법기습공격, 그리고 연평도에 대하여 무차별적 포격을 자행한 전력이 있는 북한은 공화제 사상 초유 사태인 3대째 세습을 성공시키기 위해 선군주의를 더욱 강화할 것으로 예상되어 한반도 근해의 평화에 직접적인 위협이 되고 있다.

제2차 세계대전의 종언과 국제연합(United Nations, 이하 “유엔”)의 발족 이래 무력 정복을 통한 영유권 취득은 불법화되었다.²⁾ 이후 영유권 분쟁의 당사국들은 국제법의 논리에 의거하여 세계 곳곳에서 충성 없는 전쟁을 벌이고 있다. 최근 중국과 일본 간에 발생한 센카쿠 열도(중국명 댜오위다오)에 얽힌 영유권 분쟁이나³⁾ 러시아와 일본 간에 발생한 쿠릴 열도에 얽힌 영유권 분쟁⁴⁾은 독도의 영유

1) 1999년 제1차 연평해전, 2002년 제2차 연평해전, 2009년 대청해전.

2) 유엔헌장 제2조 제3항 및 제4항. ; 유엔 총회결의 제3314호 ‘침략의 정의(Definition of Aggression)’ : 제5조 1항 “정치적, 경제적, 군사적 기타 어떠한 성격의 고려도 침략행위를 정당화할 수 없다.” ; 제5조 2항 “침략전쟁은 국제평화에 반하는 범죄이다. 침략은 국제적 책임을 유발시킨다.” ; 제5조 제3항 “침략의 결과로서 얻은 영토적 합병 기타 특별이익은 합법적이지 않으며 합법적일 수 없다.” 국가의 국제적 책임의 내용과 종류에 대해서는 ‘국제위법행위에 대한 국가책임에 관한 국제법위원회 초안(ILC Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (2001)’ 제28조 내지 제39조를 참조.

3) 2010년 9월 일본과 중국 사이에 발생한 영토 분쟁. 이 분쟁에서는 희토류의 수출금지를 무기로 사용한 중국이 외교적 승리를 거두었다는 평이 우세하다. 한편 미국은 힐러리 클린턴 당시 국무장관을 통해 “센카쿠 열도는 일본에 대한 미국의 군사적 보호를 담은 미일 안보 조약의 대상”이라고 발표하며 일본의 입장을 지지하였다. 김경원, 『美·中 편 가르기 외교 ... ‘통 큰’ 中 먼저 웃었다』, 『머니투데이』, 2010년 11월 16일자 참조.

4) 러시아 경제지 『코메르산트』에 따르면 러시아 정부는 1956년 10월 소련이 일본과 국교 회복을 선언하며 반환을 약속한 쿠릴 열도의 2개 섬을 반환하지 않기로 결정하였다고 한다. 「러시아, 쿠릴 열도 2개 섬 일본 반환 안 해」, 『매일경제』, 2010년 11월 16일자 참조.

권과 이어도를 놓고 일본과 중국의 오랜 도전⁵⁾을 받아온 대한민국으로서는 무관심할 수 없는 사건일 것이다.

다변화되는 동북아시아의 정세 하에서 외세에 맞서 대한민국의 주권과 국익을 확고하게 지키기 위해서는 강력한 국방력과 함께 국제법적 명분 확보가 필수적이다. 여러 해양세력들의 중심에 위치하고 있는 한반도의 인근 해역은 첨예하게 맞물린 각국의 이해관계만큼이나 다양하고 조밀한 해역으로 세분화되어 있다. 이러한 상황에서 조국의 바다를 모든 우발사태로부터 적법하게 수호하기 위해서는 한반도 인근에 존재하는 각 해역의 국제법적 지위를 정확히 이해할 필요가 있다. 또한 외국과의 분쟁이 존재하는 해역에 대하여는 대한민국의 주장을 뒷받침하는 논리를 지속적으로 개발하여 국제적으로 인정받기 위한 학술적인 노력이 필요하다.

II. 대한민국의 바다

한반도 해역의 법적 지위를 규정하는 가장 중요한 법원(法源)은 1994년에 발효된 유엔해양법협약이다. 대한민국은 1996년 2월 28일 이 협약을 비준하였으며, 현재 전 세계 약 160여개 국가가 유엔해양법협약의 비준국이다. 유엔해양법협약의 내용 대부분은 해양에 관한 국제관습법을 성문화한 것이다. 그러나 이 협약이 비준국이 아닌 국가에 대해서도 효력을 갖는다는 것이 일반적인 관점이다. 미국의 경우 협약내용 중 심해저 개발에 관한 규정을 놓고 오랜 진통 끝에 서명에는 성공했으나 끝내 의회 비준에 성공하지 못하였는데, 그럼에도 불구하고 협약의 대부분 내용을 관습법으로 수용하고 있다.⁶⁾ 실제 해상작전법에 관한 실무 자문을 할 때, 미군 법무관들은 유엔해양법협약의 세부 조항들을 직접 인용하는 등 비준국과 다

5) 이근우, 「日문부상 또 독도 망언」, 『매일경제』, 2009년 12월 25일자와 「中 바이두 “이어도는 중국영토” 파문」, 『세계일보』, 2009년 5월 14일자 참조.

6) Roger Rufe, President of the Ocean Conservancy, Statement before the Senate Committee on Foreign Relations, October 21, 2003. 또한 Citizens for Global Solutions, *Fact Sheet : the United States and the Law of the Sea*도 참조 (http://globalsolutions.org/files/public/documents/LOS_Factsheet.pdf).

를 바 없는 태도를 취하고 있다. 마찬가지로 유엔해양법협약의 비준국이 아닌 북한도 협약의 여러 조항들을 상당부분 수용하고 그에 기초하여 대외 정책을 수립하고 있는 것으로 보인다.⁷⁾

유엔해양법협약은 지구상의 해양을 크게 영해, 접속수역, 배타적경제수역, 군도수역, 그리고 공해로 분류하고 있다. 또한 한 국가의 영해에 속하는 해역이라 해도 국제적으로 중요한 통항로로 사용되는 해협인 국제해협에 대하여는 특수한 지위를 인정하고 있다. 한반도 해역은 이중 영해, 접속수역, 배타적경제수역, 국제해협, 그리고 공해⁸⁾로 이루어진다. 또한 정전이란 특수한 상황에서 남북한이 각각 선포한 군사수역과 작전구역 그리고 둘 사이를 나누는 NLL이 존재한다.⁹⁾

1. 대한민국의 영해

유엔해양법협약 제2조는 연안국의 주권이 영해와 영해의 상공, 해저, 그리고 하층토에까지 미치고, 그 주권이 협약과 그 밖의 국제법 규칙에 따라 행사된다고 규정하고 있다. 이 협약 제5조 내지 제7조는 연안국의 해안을 따라 기준선을 설정하는 방법을 규정하고 있는데, 제3조는 연안국이 영해의 폭을 기준선으로부터 12해리가 넘지 않는 범위에서 선포할 수 있다고 규정하고 있는데, 그에 따라 연안국

7) 박영수, 「남조선괴뢰들과 일본반동들이 조작한 새 <<어업협정>>은 침략적이며 매국적인 범죄문건」, 『북한의 국제법관』, 이규창 엮음 (한국학술정보(주), 2008), pp. 55-62 참조. 이것은 독도의 영유권이 '우리 민족'에게 있다는 주장의 한 근거로 유엔해양법협약을 거론하고 있다. 북한은 현재까지 영해 폭과 직선기선을 공포하지 않고 있으나, 유엔은 북한의 영해 폭을 유엔해양법협약과 합치하는 12해리로 판단하고 있다 (http://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/table_summary_of_claims.pdf). 다만 북한의 서해와 동해 직선기선 설정 방식은 유엔해양법협약에 위배된다.

8) 한반도 해역에는 '순수한' 공해가 존재하지 않는다. 아군의 작전구역이 미치는 거의 모든 범위는 한·중·일 삼국 중 어느 한 국가의 배타적경제수역 또는 두 국가 간의 잠정수역/중간수역에 해당한다. 그러나 아래에서 살펴볼 바와 같이 배타적경제수역의 군사적 지위는 공해와 유사하며, 중일 잠정조치수역의 경우 아군에게 있어 일반 공해와 큰 차이가 없다 보아야 할 것이다.

9) 정우상, 「영해, 영공, 영토 침범엔 선제적 자위권 발동」, 『조선일보』, 2010년 5월 25일자 참조. 비록 군사기밀에는 해당되지 않으나 군사적 민감성을 감안하여, 본고에서는 대한민국의 작전구역에 대해 언론에 보도된 범위 내에서만 논하기로 한다.

은 통상기선(Normal Baseline)¹⁰⁾ 또는 직선기선(Straight Baseline)¹¹⁾을 선택하여 영해의 폭을 조절할 수 있다. 일단 확정된 기준선, 즉 영해기선으로부터의 영해 폭은 어떠한 경우에도 12해리를 초과할 수 없다.¹²⁾

대한민국은 ‘영해 및 접속수역법’ (이하 “영해법”)을 통해 영해를 선포하고 있다. 현행 영해법에서는 통상기선과 직선기선을 혼용한 기준선을 설정하고 있으며, 영해법 시행령 제2조에서는 23개의 기점을 제시하여 영해기선을 확정하고 있다.

1) 영해단속권

연안국은 자국의 영해를 단속하기 위한 제반 법령을 제정, 공포할 수 있다. 다만 특별한 경우를 제외하면 유엔해양법협약 제17조에 따른 외국선박의 무해통항은 제한할 수 없다. 무해통항권이란 연안국의 평화, 공공질서 또는 안전을 해치지 아니하는 한 연안국의 영해를 통항할 수 있는 권리이다. 이 권리는 모든 협약 체결국의 선박에 부여된다. 그러나 무해통항권은 유엔해양법협약이 발효되기 전부터 관습법으로 인정되던 권리이기 때문에 일반적으로 협약 체결국이 아닌 국가의 선박에도 적용되는 것으로 간주되고 있다. 협약 제17조와 제18조는 통항과 무해통항의 의미를 상세히 정의하고 있는데, 이를 종합해보면 영해 내 통항이 무해한 것으로 인정되기 위해서는 (i) 특별한 사정이 없는 한 계속적이고 신속히 진행되어야 하며, (ii) 연안국의 평화, 공공질서, 또는 안전을 해치지 아니 해야 하고, (iii) 통항 중 통항과 직접 관련이 없는 행동을 하여서는 안 된다. 연안국은 선박들의 무해통항을 통제하기 위해 협약 제21조 제1항 각호 사항에 대한 법령을 제정할 수 있으며,¹³⁾ 제25조에 따라 무해하지 않은 통항을 방지하기 위해 필요한 조치를 취

10) 연안국이 공인한 대륙적 해도에 표시된 해안의 저조선을 기준선으로 설정하는 방식 (유엔해양법협약 제5조).

11) 해안선이 깊이 굴곡 되고 만입한 지역 또는 바로 인접한 해안을 따라 일련의 도서가 산재한 지역에서 적절한 지점을 연결하는 방식 (유엔해양법협약 제7조).

12) 유엔해양법협약 제3조.

13) (1) 항행의 안전과 해상교통의 규제, (2) 항행보조수단과 설비 및 그 밖의 설비나 시설의 보호, (3) 해저전선과 관선의 보호, (4) 해양생물자원의 보존, (5) 연안국의 어업법령 위반방지, (6) 연안국의 환경보전과 연안국 환경오염의 방지와 경감 및 통제, (7) 해양과학 조사와 수로 측량, (8) 연안국의 관세, 재정, 출입국 관리 또는 위생에 관한 법령의 위반방지가 그것이다.

할 수 있다. 또한 군사훈련처럼 자국의 안보를 위해 필요한 경우 영해의 지정된 수역에서 선박의 무해통항권을 일시적으로 정지시킬 수 있다. 대한민국의 영해법 제5조 제3항은 대통령령이 정하는 바에 따라 영해 내 일정수역에 대한 무해통항을 일시적으로 정지할 수 있다고 규정하고 있는데, 영해법 시행령에 따르면 일시정지의 실행은 국방부장관이 대통령의 승인을 얻은 후 고시하여야 한다.

연안국의 영해단속권은 유엔해양법협약에 의해 비교적 명확하게 규정되어 있으나 그럼에도 불구하고 몇 가지 중요한 작전법적 실무 쟁점이 존재한다. 아래에서는 그중 대표적인 쟁점들을 검토해 보았다.

(1) 외국 군함의 무해통항권

대한민국은 영해법 제5조 제1항 후단에 “외국의 군함 또는 비상업용정부선박이 영해를 통항하고자 할 때에는 대통령령이 정하는 바에 따라 관계당국에 사전 통고하여야 한다”고 규정하여 군함의 영해 통항에 대한 사전 통고의무를 부과하고 있는데, 이러한 규정은 무해통항권을 제한하는 것이 아니냐는 논란을 일으킬 수 있다.

군함의 무해통항 인정 여부는 유엔해양법협약이 발족되기 훨씬 이전부터 뜨거운 감자였고, 유엔해양법협약의 생성과정 중에도 논란의 대상이었다.¹⁴⁾ 일반적으로 강대한 해군력을 보유한 해양국가들은 군함의 무해통항권을 옹호하고¹⁵⁾, 개도국이나 해군력이 상대적으로 취약한 국가들은 군함의 무해통항권을 부정하는 태도를 취하고 있다. 군함의 무해통항권을 원천적으로 부정하는 것은 협약의 취지에 반하는 것이겠으나, 사전 통고 내지 허가 의무를 부과하는 것은 (허가요건이 불합리하지 않은 한) 군함의 특성이나 군함에게 특별히 제공되는 면제권을 감안할 때 합리적인 대안으로 보인다.¹⁶⁾

14) 김영구, 『한국과 바다의 국제법』(한국해양전략연구소/효성출판사, 1999), pp. 159-172.

15) 그중 미국과 소련의 외무장관이 1989년 9월 23일 발표한 다음과 같은 공동성명은 특히 눈길을 끈다. “All ships, including warships, regardless of cargo, armament or means of propulsion, enjoy the right of innocent passage through the territorial sea in accordance with international law, for which neither prior notification nor authorization is required.”

16) 1999년 현재 약 42개 국가들이 외국 군함의 자국 영해 진입에 대해 사전 통고를 하거나 사전 허가를 득할 것을 요구하고 있다. 김영구, op. cit., p. 170을 참조.

(2) 외국 군함에 대한 퇴거권

연안국은 무해통항의무나 무해통항과 관련된 법령을 위반하는 외국 선박에 대해 필요한 조치를 취할 수 있다.¹⁷⁾ 여기에서 말하는 필요한 조치에는 당연히 정선, 검색, 나포 등의 체포절차가 포함된다. 그러나 연안국의 법령 또는 무해통항의무를 위반한 것이 외국의 군함인 경우에는 연안국이 제30조에 따라 퇴거를 요구할 수 있다고만 규정되어 있다. 유엔해양법협약은 외국의 군함이 연안국의 관할권에 대해 갖는 면제권(Immunity)¹⁸⁾을 명시적으로 규정하고 있는데,¹⁹⁾ 이는 우발적인 무력충돌을 막기 위한 취지로 보인다. 그런데 외국 군함이 연안국의 퇴거 요구를 묵살한 채 영해에 잔류하는 경우 무력을 사용해 격퇴할 수 있는 지가 문제된다.

이에 대한 학설은 크게 두 가지로 나뉜다. 하나는 군함 면제의 취지와 협약의 명문에 근거하여 군함에 대한 공격이 완전 금지된다는 학설이다. 다른 하나는 영해에 대한 침입 또한 영토에 대한 침입과 달리 취급할 이유가 없기 때문에 합리적인 범위 내에서 무력을 사용하여 외국의 군사력을 격퇴시킬 수 있다는 학설이다.²⁰⁾ 후자에 따르면, 유엔해양법협약 제30조는 동 협약 제21조에 따라 연안국이 영해통항에 관해 제정한 '법령'을 위반한 군함에 대해 적용되는 것이며, 무해통항의무 자체를 위반한 군함에 대해서는 적용되지 않는다. 따라서 무해통항의무를 위반하고 연안국의 영해에 침입한 외국 군함에 대해서는 상황에 따라 자위권(Self-Defense)을 사용하여 공격하거나 퇴거를 위해 합리적으로 필요한 수준의 무력을 사용할 수 있다는 것이다.²¹⁾ 두 주장 모두 어느 정도 일리가 있으나, 각 주장의 극단적인 접근방식에는 문제가 있다.

연안국의 요구를 무시하고 영해 내에 잔류하는 외국 군함의 행위가 무력시위에 해당할 경우는 무력의 위협(threat of force)이나 무력행사(use of force)에 해당되기 때문에 유엔헌장 제2조 제4항²²⁾을 위반한 것이라 할 수 있다. 그러나 유엔헌장 제2조 제3항은 또한 모든 국제분쟁을 평화와 안전 그리고 정의를 위태롭게

17) 유엔해양법협약 제21조과 제25조를 참조.

18) 면책(Indemnification)이 아니라는 점에 유의해야 한다.

19) 유엔해양법협약 제30조와 제32조.

20) Ingrid De Lupis, *Foreign Warships and Immunity for Espionage*, 78 AJIL 53, 1984.

21) RR Churchill & A.V. Lowe, *The Law of the Sea* (Manchester University Press, 1985), p. 78.

하지 않는 방식으로 평화적 수단에 의하여 해결할 의무를 부여하고 있다. 헌장상 무력공격이 용인되는 경우는 제51조에 따라 적의 무력공격(armed attack)에 대응해 고유자위권을 발동할 때뿐인데, 국제사법재판소는 1986년 니카라과 사건(Nicaragua v. U.S.A.)²³⁾에서 자위권을 발동시키기 위한 조건으로서의 무력공격이 “무력사용 중 가장 중대한 형식(the most grave forms of the use of force)”에 해당되어야 한다고 판시한 바 있다. 따라서 외국 군함의 퇴거요구 불응이 바로 무력을 사용할 근거가 된다고는 볼 수 없다. 영토와 영해를 달리 취급할 이유가 없다는 일각의 주장은 영해의 탄생배경 등 특수성을 인정하지 않는 극단적인 주장이라 할 수 있다. 왜냐하면 영해와 달리 영토에서는 무해통행권(無害通行權)이 존재할 수 없는 것처럼 영토에 적용되는 모든 규칙이 영해에 그대로 적용된다고 볼 수 없는 것은 그 때문이다.

결국 유엔헌장의 취지에 가장 부합하는 대응은 헌장 제33조에 따라 연안국과 기국, 양자 간 협의를 통해 분쟁을 해결하거나 제35조에 따라 안전보장이사회에 사태 해결을 요구하는 방안으로 보인다. 다만 퇴거요구를 무시하는 외국 군함을 축출하기 위한 합리적인 수준의 물리적 사용(reasonable use of force)²⁴⁾은 용인된다고 보아야 할 것이며,²⁵⁾ 그 와중에 외국 군함에 의한 무력저항이 발생할 때에는 고유자위권을 원용한 직접공격까지도 가능할 것이다. 또한 군함의 기국과의 협상 결과 군함의 영해 침입이 적대의도를 갖고 행해진 것이라고 판명된 경우에도 필요성과 비례성의 원칙에 의거한 제한적 자위권의 행사가 가능하다고 보아야 할 것이다. 기본적으로 연안국이 합리적인 형태의 퇴거권을 행사하는 한 무력충돌이 발생할 정도로 상황을 격화시키지 않을 책임은 위법 군함에게 있다. 그러므로 연안국은 적극적인 형태의 단속권을 행사할 수 있다. 군함의 면제권과 상관없이 위법 군함의 기국은 자국 군함이 연안국에 입힌 손해에 대해 국제책임

22) “모든 회원국은 그 국제관계에 있어서 다른 국가의 영토보전이나 정치적 독립에 대하여 또는 국제연합의 목적과 양립하지 아니하는 어떠한 기타 방식으로든 무력의 위협이나 무력행사를 삼간다.”

23) *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, para 191.

24) 차단기동, 경고사격, 위협사격 등이 여기에 해당될 수 있다.

25) D.J. Harris, *Cases and Materials on International Law* (Sweet & Maxwell, 1998), p. 410.

을 진다.²⁶⁾

(3) 잠수함의 부상의무 위반

향후 한반도 인근 해역을 잠항하는 미식별 잠수함에 대한 단속은 천안함 피격이라는 비극을 겪은 대한민국 해군에게 매우 중요한 작전적 의미를 갖는다. 북한 해군의 전략적 목표가 우리 해군의 주요 항만 봉쇄와 주요 해역의 해양교통로 파괴에 있고 또한 이러한 전략적 목표를 달성하기 위한 핵심 수단이 잠수함일 수밖에 없다는 점을 감안할 때,²⁷⁾ 잠수함 단속의 중요성은 아무리 강조해도 지나치지 않을 것이다.

유엔해양법협약 제20조는 외국의 영해를 통과하는 잠수함과 기타 잠수항행 기기가 부상하여 국기를 게양한 채 항행하도록 규정하고 있다. 그런데 군함의 무해통항의무 위반과는 달리 잠수함의 잠항금지의무 위반에 대해서는(설사 그 잠수함이 군용 잠수함일지라도) 무력으로²⁸⁾ 부상을 강제할 수 있을 것으로 보인다. 1981년 스웨덴 해군은 자국의 영해를 잠항하던 소련 잠수함을 나포하여 소련의 사과를 받은 적이 있으며,²⁹⁾ 1982년 이후로도 자국 영해를 잠항하는 정체불명의 외국 잠수함(소련 측 잠수함으로 예상되는)을 부상시키기 위해 폭뢰를 투하하는 방법을 지속적으로 사용하였다. 잠수함이 부상 요구에도 불구하고 잠항을 계속할 경우 무력으로 부상을 강제하는 것은 Uncle Joe's Procedure라고 하여 미국과 북대서양조약기구(NATO) 회원국을 포함하여 대부분의 국가에서 취하고 있는 조치이다. 이는 일반 군함과 달리 잠수함의 치명성과 은밀성을 감안하여 예외적으로 인정되는 조치라고 할 것이다.

(4) 구조진입권

마지막으로 미국 같은 해양국가에서 주로 주장하는 구조진입권(Right of Assistant Entry)의 허용이라는 문제가 있다. 구조진입권은 연안국의 영해에서

26) 유엔해양법협약 제31조.

27) 권승혁, 『북한 잠수함(정) 위협과 한국의 대잠전 발전방향』(해군대학, 1998), p. 22.

28) 이 경우에도 부상 요구가 선행되어야 할 것이다.

29) 소련은 당시 잠수함의 함장이 스웨덴 측의 심문절차에 회부되는 것에 동의하였다. 그러나 스웨덴 영해 진입 자체에 대해서는 아직까지 항재장비의 고장으로 인한 단순 실수라고 주장하고 있다.

위난에 처한 자를 구조하기 위해 외국 선박이 연안국의 영해에 무단으로 진입할 수 있는 권리를 뜻한다. 물론 이러한 진입은 무해통항과는 거리가 멀다. 미국 제5 함대와 아덴 만의 연합해군사령부 법률지침서는 유엔해양법협약의 제98조 ‘지원 제공의무(Duty to render assistant)’와 제18조 ‘통항의 의미(Meaning of Passage)’ 조항의 연동 해석을 통해 이러한 진입이 허용된다고 설명하고 있다. 그런데 협약 제98조는 협약 제7부 ‘공해(High Seas)’ 부분에 해당되어 동조의 내용이 영해에도 그대로 적용된다고 보기 힘들다. 제98조의 내용은 다음과 같다. “모든 국가는 자국 국기를 제양한 선박의 선장에 대하여 선박, 선원 또는 승객에 대한 중대한 위험이 없는 한 다음 사항을 행하도록 요구한다. (a) 바다에서 발견된 실종위험이 있는 사람에 대한 지원제공 … (하략).” 혹자는 제98조가 ‘공해(high sea)’가 아닌 ‘바다(sea)’에서 실종될 위기에 처한 사람에게 적용된다고 기록되어 있음을 근거로 이 조항이 영해에도 적용된다고 주장하기도 한다. 그러나 그렇게 따지면 “모든 국가는 자국 … 선박 … 에게 다음 사항을 행하도록 요구한다(하략)”라는 부분은 기국이 입법 또는 그와 유사한 절차를 통해 국내규범을 창출하라는 뜻으로 해석되어야 하고 또한 만일 이 조항이 영해에도 적용된다는 주장이 옳다면 기국이 자국 선박에게 외국 영해에서 특정 행위를 수행할 것을 의무화하는 명령을 입법해야 하는 모순적인 상황에 처하게 된다.³⁰⁾ 구조진입권을 정당화하는 또 하나의 근거는 협약 제18조 제2항이다. 이 조항에 따르면 위난에 처한 인명을 구조하기 위해 정선하거나 닻을 내리는 행위는 무해통항에 포함된다. 그러나 제18조 제1항은 통항을 “내수에 들어가지 않거나 내수 밖의 정박지나 항구시설에 기항하지 않고 영해를 횡단하는 것” 또는 “내수를 향하여 또는 내수로부터 항진하거나 또는 이러한 정박지나 항구시설에 기항할” 목적을 위해 영해를 지나 항행함을 뜻한다고 전제하고 있다. 따라서 구조를 위해 정선이나 닻을 내리는 것은 위와 같은 목적으로 영해를 통항하던 중 발견한 위난을 구조하기 위해서일 때만 허용된다. 따라서 애초부터 구조를 위해 영해에 진입하는 행위는 무해통항에 해당한다고 보기 어려울 것이다.

만일 구조진입권이 인정된다면, 해양국은 이를 연안국의 영해에 언제든지

30)보다 군사실무적인 경우로는 자국 군함에게 제3자의 구조를 위해 타국 영해에 진입하라는 명령을 내리는 상황이 있을 수 있다. 이러한 경우는 자국 민간선박에게 구조진입을 의무화하는 명령을 입법하는 것보다 실현 가능성이 있을 것이다.

출입할 수 있는 구실로 남용할 수 있을 것이다. 이러한 우려를 반영하기라도 하듯이, 미군의 작전법 교본은 구조진입권은 조난자의 위치가 합리적으로 파악된 상황에서만 허용되며 타국의 영해 내에서는 조난자의 수색이 허용되지 않는다고 적고 있다.³¹⁾ 다만 실무에서는 인도적인 구조를 이유로 진입하는 외국 선박에게 책임을 묻는 것에 대한 부담 때문에 구조진입권으로 인한 문제는 거의 발생하지 않는 편이다.

2) 영해가 선포되지 않은 해역

현행 영해법상 대한민국 서해안의 직선기선은 소령도까지만 이어지고 있으며, 그 북쪽에 위치한 특정금지구역/특정해역에 대하여는 영해가 선포되어 있지 않다. 또한 특정금지구역 내 위치한 서해 5도에 대해서도 영해가 선포되어 있지 않다. 1995년 영해법 개정 당시 직선기선을 경기만 북부수역까지 확장하자는 견해도 대두되었지만, 북한과의 관계를 고려하여 의도적으로 확장대상에서 제외하였다고 한다.³²⁾ 실제 북한과의 관계에서는 NLL이 실질적인 군사분계선으로 작용하고 있기에 소령도 이북에 영해를 선포하지 않았다 해도 큰 문제가 발생하지는 않을 것으로 보인다. 그러나 영해란 세계 각국의 모든 선박에 대해 연안국의 주권이 미치는 해상영역이다. 따라서 북한과의 관계에만 집착하고서 아예 영해를 선포하지 않는 것이 언제까지나 타당한가에 대해서는 재고의 여지가 있을 수 있다.

한편 영해기선이 선포되어 있지 않다고 하여 같은 해역에 대한민국의 영해가 존재하지 않는다고 볼 수는 없다. 유엔해양법협약 제5조가 “영해의 폭을 측정하기 위한 통상기선은 이 협약에 달리 규정한 경우를 제외하고는 연안국이 공인한 대륙적해도에 표시된 해안의 저조선으로 한다”고 하여 연안국이 별도의 기준선을 선포하지 않은 경우에도 자연발생적인 기준선의 존재를 인정하는 태도를 취하고 있기 때문이다. 이에 따르면 NLL 이남 서해 5도의 해안선으로부터 각각 12해리에 이르는 해역에 대해서는 대한민국의 영해임을 주장할 수 있다.³³⁾

31)International and Operational Law Department, *Operational Law Handbook* (the Judge Advocate General's Legal Center & School, U.S. Army, 2006), p. 492.

32)김동욱, 『한반도 안보와 국제법』(한국학술정보(주), 2010), p. 63.

그런데 서해 5도의 기준선으로부터 12해리 전체에 대하여 영해를 선포할 경우 일부 도서의 영해가 황해도로부터 펼쳐진 북한 영해와 중첩되는 상황이 발생할 수 있다. 국제법에 따르면, 이 경우 대한민국과 북한은 쌍방 간 영해 중간선 확정을 위한 합의를 하여야 한다. 그러나 쌍방을 국가로 인정하지 않고 있는 대한민국과 북한의 현실상 중간선 확정을 위한 합의는 요원할 것이다. 결국 북한과의 관계에 있어서는 NLL을 기점으로 해역을 양분하는 현행 방식이 가장 적합하다고 할 수 있다.

2. 접속수역

유엔해양법협약 제33조는 영해기선으로부터 외측 24해리에 이르는 해역 중 영해를 제외한 수역(12해리)을 접속수역으로 규정하고, 이에 대해 연안국이 관세, 재정, 출입국 또는 위생에 관한 법률을 제정하여 적용할 수 있도록 규정하고 있다. 접속수역은 영해와 달리 연안국이 자연발생적으로 소유하게 되는 것이 아니라 선포를 요한다.³⁴⁾ 대한민국 또한 영해법 제3조 2항을 통해 접속수역을 선포하여 운영하고 있다. 여기에서 문제는 연안국이 접속수역에 대해 적용할 수 있는 법률이

33) 일부 국제법 학자는 1958년 ‘영해 및 접속수역에 관한 협약’의 작성과 관련된 회의에서 미얀마가 구 협약 제10조에 “어떠한 국가에 속하는 섬이 다른 국가의 영해 내에 있을 때 그 섬은 자체의 영해를 갖지 못한다”라는 문장을 추가하자고 주장하였다는 사실과 1972-1982년 사이에 개최된 제3차 국제해양법회의에서 터키대표가 터키본토에 매우 인접해 있는 그리스 도서의 영해권을 제한하자는 의견을 제시하였다는 사실을 근거로 타국 영토에 근접한 섬이 자체 영해를 갖지 못한다는 취지의 주장을 펴기도 한다(이장희, “서해 북방한계선(NLL) 문제의 접근법과 해결방안,” 『2007 홍사단 통일포럼』 2007년 9월 19일자 발표자료, pp. 5-6 참조). 이 주장에 따르면 북한 황해도에 인접한 서해 5도 중 상당수는 자체적인 영해를 갖지 못한다. 그러나 결국 협약의 최종 문안에 포함되지 못한, 협상 과정 중 제시된 단편적 주장들을 근거로 서해 5도의 자체 영해를 부정하자는 것은 무리한 주장이다. 특히 1958년 영해협약 협상 시 제기된 미얀마의 주장과 현행 국제해양법이라 할 수 있는 유엔해양법협약과의 인과관계는 더더욱 희미하다고 할 수 있다. 본고에서 누차 설명하고 있는 바와 같이 협상 과정 중 협상당사국들에 의해 제시된 주장들은 협약의 내용이 불명확하거나 모순된 경우에만 참조할 수 있는 보충적인 배경자료일 뿐, 결코 명문의 규정을 대신할 수 없기 때문이다.

34) Malcolm N Shaw, *International Law* (Grotius Publications Limited, 1997), p. 358.

협약 제33조에 열거된 관세, 재정, 출입국, 위생의 4개 항목으로 제한되는 지 여부이다. 즉, 위 4개 항목이 예시적인 것인 지 아니면 한정적인 것인 지가 문제된다. 관세, 재정, 출입국, 위생은 결국 연안국의 국익을 위해 관리하는 분야인데, 그보다 더욱 본질적으로 연안국의 국익을 침해할 수 있는 사항(간첩, 정탐, 첩보 활동 등 안보 관련 사항)을 관리하는 법령을 제정하는 것도 협약의 취지에 부합하지 않겠느냐는 것이다. 유엔해양법협약의 제33조는 동 협약의 전신이라 할 수 있는 1958년 “영해 및 접속수역에 관한 협약”(이하 “1958년 협약”)의 제24조에 해당하는데, 1958년 협약의 제24조에 열거된 항목에 대해 미국 연방법원은 예시적인 항목에 불과하다고 판단한 바 있다.³⁵⁾

그러나 현대 해양의 헌법이라 할 수 있는 유엔해양법협약의 명문은 제33조 제1항에서 “연안국은 ... 접속수역이라 불리는 수역에서 다음을 위하여 필요한 통제를 할 수 있다. (a) 연안국의 영토나 영해에서의 관세, 재정, 출입국관리 또는 위생에 관한 법령의 위반방지, (b) 연안국의 영토나 영해에서 발생한 위의 법령위반에 대한 처벌”이라고 규정하여 달리 해석할 여지를 남기지 않고 있다. 조약법에 관한 비엔나 협약(Vienna Convention on the Law of Treaties, 이하 “조약법협약”) 제32조는 조약의 명문을 있는 그대로 해석할 경우 그 의미가 모호해지거나 애매하게 되는 경우 또는 그러한 해석방법이 명백히 모순되거나 불합리한 결과를 도출하게 되는 경우를 제외하고는 보충적인 해석 수단을 동원할 수 없다고 규정하고 있다. 이에 따르면, 유엔해양법협약 제33조에 열거된 4개 항목은 한정적인 것이 될 수밖에 없다.

3. 배타적 경제수역(EEZ)

배타적 경제수역(이하 “EEZ”)이란 영해 외측에 인접한 수역이며³⁶⁾ 영해기선으로부터 200해리를 초과하지 않는 범위에서 설정될 수 있다. 연안국은 이 수역 내에서 해면, 해저, 심해저, 하층토와 그 상부수역의 생물, 비생물 천연자원에 대하여 탐사, 개발, 보존, 관리할 권리와 바다를 이용한 에너지 생산 등 기타 경제적

35) *The Taiyo Maru*, 395 F.Supp. 413 (1974).

36) 유엔해양법협약 제55조.

활동에 관하여 주권적 권리(Sovereign right)³⁷⁾를 갖는다. 또한 인공섬, 시설물의 설치 사용과 해양의 과학적 조사, 그리고 해양환경보존 등에 관한 관할권(Jurisdiction)을 갖는다.³⁸⁾ 즉, 연안국은 자국 EEZ 내에서의 경제활동에 대한 배타적 권리를 소유하며 또한 주요 시설물의 설치·사용과 과학조사, 환경보존에 대한 관할권을 갖는다. 다만 경제활동을 제외한 거의 모든 면에 있어 EEZ는 기본적으로 공해와 같은 위치를 가지므로 외국은 통항의 자유와 상공비행권 및 해저 케이블 설치에 대한 자유를 누린다.

1) EEZ 내에서의 군사훈련

장기간의 해외작전수행을 요하는 해외파병부대의 경우에는 전비태세를 유지하기 위해 현지에서 군사훈련을 실시해야 하는 경우가 종종 발생한다. 이 경우 외국의 EEZ 내에서 군사훈련을 실시할 수 있는 지 여부가 문제될 수 있다.

이에 대해서는 EEZ가 경제적인 활동을 제외한 여타 활동에서 공해와 같은 위치를 가지므로 공해에서 허용되는 군사훈련이 EEZ에서도 허용되어야 한다는 의견과 EEZ가 연안국의 관할수역의 일종이므로 연안국의 허가 없는 군사훈련이 금지된다는 의견이 있다. 이에 대한 각국의 태도는 판이하게 다른 형태를 나타내고 있다. 케이프베르데, 우루과이 등은 유엔해양법협약을 서명할 때 자국 EEZ에서 사전허가 없이 진행되는 군함 기동훈련 또는 무기발사훈련은 금지한다고 선언하였다.³⁹⁾ 이탈리아는 EEZ에서의 군사훈련이 연안국의 통제대상이 아니라는 점을 역설하였다.⁴⁰⁾

결국 이 경우 기준이 되는 것은 EEZ에서 배타적으로 인정되는 연안국의 경제적 권익이 외국의 군사 활동으로 인해 얼마나 침해되는 지의 여부라고 여겨진다. 애초에 EEZ는 연안국이 아무런 권리도 갖지 못했던 국제수역에 대해 협약을 통해 제한적인 권리를 제공한 수역이다. 그렇기 때문에 연안국의 EEZ 내 권리가 협약에서 주어진 것을 초과한다고 보기는 힘들다. 그러나 협약상 주어진 권리를

37)주권(Sovereignty)이 아니라는 점에 주의해야 한다.

38)유엔해양법협약 제56조 제1항.

39)U.N. Law of the Sea Bulletin, Vol. 5, July 1985, pp. 6~7.

40)U.N. Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General, Status as at 31 December 1990 (New York, 1991), p. 779.

침해하는 외국의 행위를 합리적인 수준에서 배제할 권한은 응당 수반된다고 보아야 한다. 따라서 만일 외국의 군사활동이 EEZ 내 연안국의 경제활동 또는 시설물에 피해를 입히는 상황이 발생할 경우에는 이를 중지할 것을 요구하거나 그 피해가 큰 경우 손해배상을 청구할 수 있을 것이다.⁴¹⁾

2) 중국과 일본과의 어업협정

유엔해양법협약 체결 이후 한국과 중국 그리고 일본은 각각 EEZ를 선포하여 운용하고 있다.⁴²⁾ 그런데 한·중, 한·일 간의 해상 거리가 총 400해리에 이르지 못하기 때문에, 각국의 EEZ에는 중첩되는 수역이 존재하고 있다. 이런 경우 유엔해양법협약 제74조는 국제법의 원칙에 따라 양국 간의 합의를 통해 EEZ의 경계를 확정하도록 규정하고 있다. 이에 따라 한국은 일본 그리고 중국과 각각 어업협정을 체결하여 EEZ의 경계를 조정하였다. 이 나라들은 다양한 이해관계의 차이로 인해 EEZ 간의 경계를 확정하는 대신 각국 EEZ 사이에 잠정조치수역 또는 중간수역이라는 완충수역을 두고 추가적인 협의를 통해 경계를 확정하는 방식을 택하였다. 한국과 중국의 서해 남서방 EEZ 경계는 한중 어업협정에 따라 2005년 6월 30일부로 한중 잠정조치수역이 양국의 EEZ로 분할, 편입됨으로써 확정되었으나, 서해 서방 EEZ 경계와 동해 한일 중간수역에 대한 EEZ 경계 확정은 여전히 합의에 이르지 못하고 있다.

3) 특정금지구역/특정해역

NLL 이남과 대한민국 영해 기선의 북쪽 끝단인 소령도 북단에는 특정금지구역과 특정해역이라는 두 가지 종류의 수역이 존재한다. 두 수역의 상당부분은 중

41) “국제위법행위에 대한 국가책임에 관한 국제법위원회 초안” 제30조와 제31조. 국가는 자신의 위법행위를 중지해야하며 그 행위로 인해 타국에게 발생한 손해를 완전히 배상할 책임을 진다. 위 초안은 그 자체로는 구속력이 없지만 대부분의 내용이 국제관습법을 성문화한 법전임을 감안하여 참고할 필요가 있다.

42) 한국은 배타적 경제수역법 (1996. 9. 10. 시행), 일본은 배타적 경제수역 및 대륙붕에 관한 법률 (1996. 7. 20. 시행), 그리고 중국은 중화인민공화국의 배타적 경제수역 및 대륙붕에 관한 법률 (1998. 6. 26. 시행)을 가지고 있다.

침되어 있으나 특정해역과 달리 특정금지구역에는 서해 5도가 포함되어 있음이 눈에 띈다.

NLL 이남의 특정금지구역은 “배타적 경제수역에서의 외국인어업 등에 대한 주권적 권리의 행사에 관한 법률”에 따라 동해, 서해, 남해에 설정된 특정금지구역 중 서해지역 특정금지구역에 해당하는 것이다. 특정금지구역에서는 외국인의 조업활동이 원천적으로 금지되고 있다. 특정해역은 “선박조업안전규칙”에 의해 설정된 해역으로서 대한민국 어선의 안전을 위한 어로한계선을 제시하고 있다.

서해 특정금지구역은 EEZ의 한계 폭인 200해리보다 좁은 폭으로 한정적으로 설정된 EEZ로서 그 범위는 백령도로부터 서쪽으로 30여 해리 그리고 소청도로부터 남으로 30여 해리 정도에 지나지 않는다. 대한민국은 NLL 이남 해역에 대해 특정금지구역을 제외한 별도의 EEZ를 선포하고 있지 않다. 이를 근거로 이 해역에 대한 대한민국의 EEZ가 특정금지구역으로 한정된다고 주변국 특히 중국이 주장할 수 있으나, 유엔해양법협약 제74조에 따르면, 바다를 끼고 마주 본 양국 사이 바다의 폭이 400해리에 미치지 않을 경우 양국은 합의를 통해 EEZ의 경계를 확정하여야 한다. 서해는 면적이 약 40만 제곱킬로미터 밖에 안 되는 반폐쇄해이며, 중국과 대한민국이 대향(對向)한 연안 어디에서도 상호간의 거리가 400해리를 넘는 곳은 한 군데도 없다.⁴³⁾ 한중 어업협정을 통해 경계선을 확정된 서해 남방해역을 제외하면, 대한민국과 중국은 서해 어느 해역에 대해서도 EEZ 경계에 대한 합의에 이른 바 없다. 따라서 산둥반도 이동(以東) 해역은 아직까지 어느 국가의 독자적 EEZ에도 속하지 않는다고 보아야 할 것이다.

4. 작전구역⁴⁴⁾

작전구역(Area of Operation)이란 통상 군부대의 군사작전구역이며, 군의 최고사령관에 의해 설정된다. 작전구역의 적용은 주로 평시에만 유지되며, 그 적용 대상은 해당부대와 그 산하 부대들이다. 대한민국 국군의 작전구역은 현재 동

43)김영구, op. cit., p. 458.

44)앞서 설명한 것처럼, 작전구역의 존재와 내용은 군사비밀에 속하지 않는다. 또한 아군의 작전구역에 대해서는 여러 차례의 언론보도를 통해 상당부분 대중에 알려진 상태이다.

서남해에 선포된 대한민국의 EEZ 거의 대부분, 특정금지구역 외곽, 그리고 동해 NLL의 끝단까지 뻗어 있다.⁴⁵⁾ 국군의 작전구역은 상당부분 대한민국의 영해를 벗어나고 있는데, 일반적으로 작전구역이 군 내부의 전령통제를 위한 것으로 대외적인 효력이 없기 때문에 작전구역에 외국의 영해가 포함되지 않는 한 특별한 문제는 발생하지 않는다. 일례로 서태평양에서 주로 임무를 수행하는 미국 태평양함대의 작전구역은 서해까지 포함하고 있다.⁴⁶⁾

1) 외국에 대한 효력

작전구역의 일반적인 성격으로 알 수 있듯이, 국군의 작전구역은 군의 내부 작전영역에 불과하여 외국 선박에 대해 국제법적인 효력을 갖는다고 보기 어렵다. 특히 작전구역의 광대한 영역은 영해와 접속수역은 물론 EEZ와 공해까지 포함하고 있으므로 작전구역 내에 위치한 외국 선박을 무차별적으로 단속하려는 시도는 위법하다고 볼 수 있다.

2) 북한에 대한 효력

국군 작전구역의 가장 큰 목적은 북한 선박이 NLL을 넘어 한반도 해역에 진입하는 것을 차단하기 위한 것으로 보인다. 실제로 동해 작전구역의 동쪽 끝단은 동해 NLL의 동쪽 끝단과 정확히 일치하며, 서해 작전구역의 경우 특정금지구역 보다는 훨씬 서쪽으로 뻗어있지만 서해 NLL의 서쪽 끝단까지는 이르지 않는데, 이는 중국을 자극하지 않기 위한 노력의 일환으로 보인다. NLL 인근 해역에 대한 논의는 이 논문의 다음 항에서 보다 자세히 다루게 될 것이다.

NLL 이외의 해역(남해 또는 동서해 남단 해역)에 설정된 작전구역의 대북효력에 대해서는 속단하기 힘든 측면이 있다. 북한은 1977년 6월 21일 동해에서 50

그러나 설령 비밀에 해당하지 않더라도 군사적으로 민감한 사항에 대해서는 사실 학술지에서 논하지 않는 것이 군인의 자세라고 생각한다. 이러한 생각 하에 본고에서는 제17회 작전법회의에서 논의되었던 내용을 축소하여 일반적인 내용만 다루고 있다. 본고에서 심도 있는 관련 논의를 제공하지 못함을 유감스럽게 생각하며, 독자의 넓은 해량을 구한다.

45)정우상, 『조선일보』, 2010년 5월 25일자.

46)김귀근, 「한미 군당국 “美7함대 작전구역에 서해 포함”」, 『연합뉴스』, 2010년 7월 8일자.

해리까지 그리고 서해에서 경계수역의 끝단까지의 해역을 군사수역으로 선포하였다. 같은 해 8월 1일 발표된 조선인민군 최고사령부 보도 전문에 따르면, 북한의 군사수역에서는 외국인, 외국군용선박, 외국군비행기들의 활동이 원천적으로 금지되며 또한 민용선박, 민용비행기 등은 사전승인을 득한 뒤에야 군사수역을 항행 또는 비행할 수 있다.⁴⁷⁾ 이는 명백히 국제법을 위반하는 행위이기 때문에⁴⁸⁾ 북한의 위법한 군사수역 선포로 인해 피해를 입은 대한민국은 국제법상 대응조치(Countermeasure)를 통해 자력복구에 나설 수 있다.⁴⁹⁾ 따라서 한반도 인근 해역에 설정된 작전구역에 진입하려는 북한 선박을 단속하는 것은 복구의 논리를 통해서도 가능할 것이다. 그러나 대한민국 영해에서 동떨어진 제주도 남방 공해상에 설정된 작전구역에서까지 북한 선박, 특히 상선을 단속하는 것은 무리한 감이 없지 않다.

유엔해양법협약 제87조는 모든 국가에게 공해에서의 항행의 자유가 있음을 명시하고 있고, 제88조는 공해를 평화적 목적을 위해 보존할 의무를 그리고 제89조는 어떠한 국가도 공해의 특정 부분을 자국의 주권 아래 둘 수 없음을 규정하고 있다. 공해상에 군사작전구역을 설정하고 북한 선박의 항행을 금지하는 것은 유엔해양법협약의 취지에 어긋난다. 남북 간의 관계가 국가 대 국가 간의 관계가 아니

47) 김동욱, op. cit., pp. 91-92.

48) 일반적으로 전쟁구역(War Zone), 작전구역(Operational Zones), 또는 군사구역(Military Area)을 설정하기 위해서는 첫째 설정의 목적과 범위가 명확해야 하며, 둘째 설정방식이 국제법의 원칙상 타당해야 하고, 셋째 군사구역 내 통제내용을 타국이 인식할 수 있도록 명시적으로 선포하여야 한다. 북한의 군사수역은 무제한, 무기한 유지되기 때문에 적법한 군사수역이라 볼 수 없다.

49) “국제위법행위에 대한 국가책임에 관한 국제법위원회 초안” 제49조 내지 제51조는 위법 국가의 위법행위를 중단시키고 위법국가에 국제법적 의무를 준수하도록 압박하기 위한 대응조치(Countermeasure)로서 피해국이 위법국가에 대한 스스로의 국제의무를 비례적인 수준에서 불이행할 수 있는 권리를 인정하고 있다. 또한 초안 제52조는 피해국이 대응조치를 취하기에 앞서 위법국가와 대화를 시도할 의무를 제시하고 있다. 그러나 앞서 설명한 것처럼 이 초안은 관습법을 성문화한 부분을 제외하고는 직접적인 법적 효력을 갖지 못한다. 초안에서 말하는 대응조치는 원래 관습법으로 인정되어온 ‘복구의 원칙(Principle of Reprisal)’을 성문화한 것이며 또한 ‘대응조치’는 ‘복구(Reprisal)’라는 용어가 전통적으로 무력복구를 지칭할 때 사용되는 용어라는 점 때문에 (현대 국제법에서 평시 무력복구는 금지됨으로) 대체 용어로 탄생한 것이다. 정리하자면, 국제법위원회가 제시한 대응조치에 관한 조항 중 대응조치 자체는 관습법으로서 인정되나 대응조치의 조건으로 제시된 선행조치들에 대해서는 권고적인 효력만 인정된다고 할 것이다.

고 또한 정전이라는 특수한 상태에 있음을 감안하여 유엔해양법협약과 같은 일반법을 완전히 적용 배제한다고 해도 정전협정 제2조에서 한국(한반도)에 대한 어떠한 종류의 해상봉쇄도 금지하고 있음을 상기할 필요가 있다. 대한민국의 작전구역은 북한의 군사수역에 비해 훨씬 광범위하고 봉쇄적이다. 한반도 인근 해역에 대한 단속은 당연한 것이겠지만, 그것을 초과하는 공해상에서 북한의 상선까지 단속하는 것은 정당화하기 어려운 문제가 될 것이다.⁵⁰⁾ 무엇보다 ‘정전’이 ‘전시’보다 ‘평시’에 가까운 개념이기 때문에⁵¹⁾ 남북 간의 관계에 있어서만큼은 유엔해양법협약이 완전히 배제된다고 주장하는 것부터가 난제일 것이다.⁵²⁾

5. 북방한계선(NLL)

NLL은 남북 간의 군사정전상태에서 파생된 것으로서 세계에서 그 유래를 찾아보기 힘든 특수한 성격의 해상경계선이다. 1999년 이후 발발한 3차례의 해상무력충돌⁵³⁾과 천안함 피격 사건, 그리고 연평도에 대한 북한의 해안포 사격과 같은 거의 모든 대남도발이 NLL 인근에서 발생한 만큼, NLL은 한반도에서 가장 군사

50) 군사수역에 대한 대응조치를 주장할 경우에도 대응조치의 요건 중 하나인 비례성이 인정되기 어려울 것으로 보인다. 실제로 남북해운합의서 발효 이전에도 북한 상선은 제주해협을 통과하지 못했을 뿐 제주도 남방 해역에 대한 통항은 금지되지 않았던 것으로 보인다.

51) 남북 간의 특수한 관계를 감안할 때, 일반 국제법을 어디까지 적용할 수 있는 지에 대한 논의는 풀기 어려운 숙제라 할 수 있다. 남북 간의 관계가 평시를 상정하는 일반 국제법을 그대로 적용할 수 없는 관계라는 점은 분명하다. 남북 간의 관계는 평시법이 그대로 적용될 수 없는 특수한 관계이며 정전협정의 적용을 받는 관계이기 때문이다(최종화, 『현대 국제해양법』, 두남출판사, 2008년, pp. 53-54 참조). 그러나 남북 간의 관계를 전쟁 중인 것으로 치부하고 무조건 전시법을 적용하자는 일부의 태도는 무리한 접근방식으로 보인다. 첫째로 현 정전 상태를 언제든 전시로 돌입할 수 있는 ‘휴전’ 상태로 간주하는 것은 전쟁의 개시 자체를 불법한 것으로 간주하는 현대 국제법에 위배될 소지가 있다. 그것은 남북한이 모두 유엔에 가입한 지금 유엔현장에 대한 위반이라 해석될 수 있는 주장이다. 둘째로 실제로도 남북한은 전시법의 적용을 받지 않고 있다. 대한민국의 경우에는 말할 것도 없고, 북한조차 천안함 사태로 인한 남북 간의 긴장이 최고조에 이르렀던 2010년 5월 25일에야 조국평화통일위원회 담화를 통해 “남북관계에서 제기되는 모든 문제에 대해서는 전시법을 적용한다”고 선언하였는데, 이는 평상시에는 전시법을 적용하고 있지 않다는 뜻이다.

52) 특히 관습법을 성문화한 조항의 경우 더더욱 배제를 주장하기 어려울 것이다.

적 긴장감이 고조된 영역이라 할 수 있다. NLL에서 많은 분쟁이 발생하는 이유 중 하나는 NLL의 해상경계선으로서의 법적 지위에 대한 남북 간의 시각차 때문이다. 정전 이후 대한민국은 NLL이 남북 간의 실질적인 해상 군사분계선이라는 입장이고, 북한은 정전 당시 유엔군 측이 일방적으로 설정한 것이기 때문에 법적 효력이 없다는 입장이다.

NLL의 해상경계선으로서의 존재를 부정하는 북한의 입장은 북한이 2002년 8월 발간한 소위 백서에 설명되어 있는데, 이에 따르면 첫째 “NLL은 서해 해상경계선이 아니며, 미국이 자신들과 사전합의나 통보 없이 일방적으로 설정한 비법적인 선”이고, 둘째, “NLL이 무장충돌과 전쟁발발의 화근”이며 “미국과 한국이 군사적 충돌을 야기하기 위해 NLL을 고집”하고 있다는 것이다. 이미 여러 경로를 통해 밝혔듯이, 국방부는 이러한 북한의 주장을 철저히 배척하고 있다.⁵⁴⁾ 그러나 NLL 수호를 주장하는 언론·학자들과 북한의 입장을 일부 지지하는 언론·학자들의 주장이 대립하면서 NLL에 대한 논란은 대한민국 내부의 분열을 조장하고 있다.

1) 배경

(1) 기원

1951년 7월 10일 이후 2년 여간 이어진 정전협상 과정에서 유엔군 측과 공산군⁵⁵⁾ 측은 연해수역(coastal waters)을 둘러싼 견해 차이 때문에 끝내 해상경계선에 대해 합의하는 데 실패하였다. 이에 따라 1953년 7월 27일 체결된 정전협정은 제1조에 육상분계선만을 설정하게 되었다. 해상경계선에 대한 합의에 실패한 양 측은 해상과 관련하여 정전협정 제2조 제13항 제목에서 쌍방의 군사력을 서로의 후방과 연해도서 및 해면(the coastal islands and waters)으로부터 철수시키기로 규정하는 데 그친다. 당시 한반도 해역 전체를 사실상 통제하고 있던 유엔군 측은 정전협정을 존중하여 정전협정에서 특별히 예외로 한 백령도, 대청도, 소청도,

53) 앞서 설명한 제1차와 제2차 연평해전 그리고 대청해전.

54) 국방부, 국회관련 국방정보공개 자료 “북방한계선(NLL)” (<http://www.mnd.go.kr/mndInfo/inspection/interest/index.jsp?topMenuNo=3&leftNum=8#>)을 참조.

55) 여기서 공산군이란 북한군과 중공군을 뜻한다.

연평도 그리고 우도를 제외한 모든 연해도서의 통제권을 북한에 양보하였다.

(2) NLL의 설정

정전협정을 통한 합의 실패로 인해 남북 간에 육상경계선은 존재하나 해상경계선이 존재하지 않는 상황에서, 1953년 8월 30일 마크 클라크 당시 유엔군사령관은 동해와 서해에 해상 북방한계선을 설정하였다. 그는 동해의 북방한계선을 육상경계선(군사분계선)을 기준으로 설정하였고 또한 서해의 북방한계선(NLL)을 서해 5개 도서와 북한지역과의 중간선을 기준으로 한강 하구로부터 서북쪽으로 12개 좌표를 연결하여 설정하였다.

NLL의 기원에 대한 오해 중 하나는 NLL이 한국전쟁 중 북한에 대한 전략적 해상봉쇄를 위해 선포되었던 클라크 라인(Clark Line)의 후신이라는 주장이다.⁵⁶⁾ 만일 그렇다면 클라크 라인을 계승한 NLL의 강제는 대북봉쇄의 효과를 갖게 되어 해상봉쇄를 금지하고 있는 정전협정을 위반하게 된다. 그러나 이는 사실과 다르다. 한국전쟁이 한창이던 1952년, 미국에서는 제34대 대통령 선거가 있었고, 아이젠하워 당시 대통령 후보는 대선공약으로 한국에서의 조속한 휴전과 미군의 철수를 내세웠다.⁵⁷⁾ 미국 측의 이러한 사정을 파악한 공산군 측은 정전협상을 유리하게 이끌기 위해 협상을 지연하는 작전을 펼쳤고, 그런 공산군을 압박하기 위해 클라크 사령관은 한반도 해상을 봉쇄하는 '한국방위수역,' 즉 클라크 라인을 선포하여 공산군에 대한 해상을 통한 무기와 물자 보급 등을 차단하였다.⁵⁸⁾ 즉, 클라크 라인은 한반도 전체를 외해로부터 포괄적으로 봉쇄하는 해상 봉쇄선이었고, 그 영역은 현재 유지되고 있는 NLL과 아무런 유사성도 없다. 클라크 라인은 정전협정이 체결되고 1달 후인 1953년 8월 27일 정전협정 제2조 해상봉쇄금지조항에 따라 해제되었다.⁵⁹⁾ 그리고 그로부터 3일 후인 같은 해 8월 30일, NLL이 설정되었다. 한반도 전역을 봉쇄하는 클라크 라인과 달리, NLL은 남북 간의 경계확정을 위해 육상경계선을 기준으로 동서로만 뻗어 있다. 북한에 대한 물류 봉쇄를 주된 기능으로 하는 클라크 라인과 달리 NLL의 주된 기능은 정전 후 남북 간의 우발적인

56) 이대근, 「NLL을 남북대결의 무대로 삼을 것인가」, 『프레시안』, 2007년 9월 12일자 참고.

57) 김일영, 『진국과 부국』(생각의 나무, 2004), p. 148.

58) 「북방한계선 문제 본질과 해법은?」, 『한국일보』, 2007년 8월 27일자.

59) 「서해 북방한계선 논란」, 『경향신문』, 2007년 8월 22일자.

무력충돌을 막기 위한 것이다. 클라크 라인과 NLL은 그 목적이나 기능에서 전혀 별개의 것이다.

(3) NLL의 목적

NLL의 남북 간 해상경계선으로서의 성격을 정확히 이해하기 위해서는 NLL의 목적과 기능을 구분해서 이해하여야 한다. 앞서 설명한 것처럼, NLL의 주된 설정 목적은 남북 간의 우발적 무력충돌을 막기 위한 것이었다. 이러한 목적을 이루기 위한 NLL의 기능은 동해와 서해에서 유엔군/국군의 해군과 공군의 북상을 제한하는 것이었다. 일각에서는 NLL이 당시 북진통일을 주장하던 이승만 정부가 북한과 우발적인 무력충돌을 일으키는 것을 막기 위해 설정된 것으로 오직 국군의 북상을 막으려는 목적으로만 제정되었다고 주장하지만,⁶⁰⁾ 이는 NLL의 목적과 기능의 혼동에서 비롯된 주장이다. 또한 NLL의 설정 목적이 남북 간의 우발적 충돌을 막기 위함이기 때문에 북한에 대한 효력을 발휘할 목적이 전혀 없었다고 주장하는 것은 비합리적이다. 정전협정을 통한 해상경계선 획정에 실패한 상황에서⁶¹⁾ 오직 아군의 행동반경만을 제한하기 위한 경계선을 설정하는 것은 어불성설이기 때문이다. 이것은 서해 5도 방위의 필요성을 고려할 때 더더욱 있을 수 없는 일이다.⁶²⁾ 오히려 당시 북한의 해상전력이 전무하다시피 했다는 점을 감안할 때, NLL의 기능이 유엔군/국군에게만 제한적으로 적용된 것은 정전 직전 한반도 해역 전역을 사실상 무력으로 통제하였던 유엔군 입장에서 볼 때 유엔군/국군의 북상을 제한하는 것만으로도 실질적인 해상경계선을 획정할 수 있었기 때문이라고 이해하여야 한다. 실제 NLL 설정 후 20년간 북한이 NLL의 존재에 대해 침묵했던 것은 해군력이 전무했던 북한에게 있어 NLL을 해상경계선으로 삼는 쪽이 훨씬 유리했기 때문이었다.⁶³⁾

정전협상을 통한 해상경계선 확립은 실패로 돌아갔지만, 남북 간의 대치상태를 감안할 때 공식적으로든 비공식적으로든 남북 간 해상경계선의 획정은 반드시

60) 이대근, 『프레시안』, 2007년 9월 12일자 참조.

61) 더구나 유엔군은 정전협상 과정 중 끊임없이 해상경계선을 획정하기 위해 노력하였다.

62) 실제 현재 북한이 문제 삼고 있는 현행 NLL조차 서해 5도에 대한 최소한의 안전거리밖에 확보하지 못하고 있다는 점에는 반론의 여지가 없을 것이다.

63) 해군본부 법무감실, 『법무 초임장교 교수안(해양법/작전법 분야)』(해군본부, 2005), pp. 33-34.

필요하였다. 서해 5도가 북한 황해도 근해 깊숙이 위치하였다는 점을 고려할 때, 서북수역 해상경계선의 획정은 더더욱 절실하였다고 할 수 있다. 그럼에도 정전 후 20년이 지나도록 유엔사령부, 대한민국, 북한 중 어느 한 당사자도 NLL 이외 별도의 해상경계선을 제시하지 않았다는 점은 당사자들이 그 기간 동안 NLL의 실질적인 해상경계선으로서의 목적과 기능을 인정하였다는 반증이 된다.

(4) 분쟁의 시작

1953년부터 1973년까지 약 20년에 이르는 기간 동안 북한이 NLL의 존재와 기능을 인정하거나 최소한 묵인해 왔다는 사실은 많은 자료들에 의해 뒷받침되고 있다.⁶⁴⁾ 1959년 11월 30일자로 북한이 발행한 『조선중앙연감(국내판)』에서는 NLL을 군사분계선으로 표기하고 있으며, 1963년에 북한 간첩선이 NLL을 월선하여 침투를 시도하다가 격퇴된 후 소집된 군사정전위원회에서 북한은 북측 간첩선이 “NLL을 침범하였기에 사격하였다”는 유엔사령부의 주장에 대해 “NLL을 넘어간 적이 없다”고 항변하였는데⁶⁵⁾, 이는 북한이 NLL의 불가침경계선으로서의 실체를 인정하고 있었던 것이라 볼 수 있다. 또한 1977년 발표한 북한의 군사수역 선포문에서도 서해 군사수역의 범위를 ‘경계수역’의 끝단까지로 명시하여 NLL을 인정하는 태도를 보인 바 있다.⁶⁶⁾ 실제로 북한의 군사수역은 서해와 동해 모두 NLL을 남방한계선으로 설정하고 있으며, 이는 북한이 1999년 ‘서해 5도 통항질서’를 발표할 때까지 NLL을 사실상의 해상군사분계선으로 인식해왔음을 시사한다.

64) 일부에서는 북한이 1957년 초부터 때때로 서해 5도 연안을 순시하였고 종종 대한민국 어선을 나포해 간 것을 근거로 북한이 1973년까지 NLL을 묵인하였다는 것은 사실이 아니라고 주장한다. 이장희, “6.29 서해교전 어떻게 해결할 것인가?,” 『서해교전 사태의 평화적 해결을 위한 토론회』, 2002년 7월 11일자 발표자료, p. 7 참조. 그러나 이러한 산발적, 비공식적 사건들은 북한 스스로가 1973년까지 수차례 공식적으로 표시한, NLL을 인정하는 태도들에 반하여 국가의 의사표시를 구성하지 못한다. 또한 민간어선 피랍과 무기한 억류와 같은 행위들은 북한이 정전 이후 대한민국은 물론 외국의 영토에서까지 무수히 자행해온 불법 도발행위의 일종으로 취급할 사항이지 정상적인 국가 의사표시로 간주할 수 없다. 무방비인 민간어선에 대한 무차별적 피랍과 무기한 억류와 같은 불법행위들은 대한민국이 서해 5도 방위를 강화하고 피랍방지조치를 수립할 법적 근거를 제공해 줄 (즉, NLL의 중요성을 더욱 부각시킬) 뿐이다.

65) 해군본부, op. cit., pp. 33-34.

66) 군사수역 선포에 대한 1977년 8월 1일 평양 중앙방송 보도: “군사경계선은 동해에서 영해의 기준선으로부터 50마일, 서해에서는 경계수역 경계선으로 한다.”

북한의 태도가 돌변한 것은 1973년도였다. 그해 10월부터 북한 경비정이 NLL을 빈번히 월선하더니, 급기야 12월 1일자 군사정전위원회에서는 경기도와 황해도 도계 이북 수역이 북한수역이므로 남한 측 선박의 서해 5도 출입 시 북한의 허가를 받아야 한다는 주장을 북한이 제기하였다. 또한 제1차 연평해전 이후인 1999년 9월 2일 북한은 경기도와 황해도의 도계로부터 서남방의 선을 해상군사분계선이라고 발표하고, 2000년 3월 23일 이른바 “서해 5도 통항질서”를 발표하였다. 이에 따르면 서해 5도 주변에는 북한이 주장하는 신규 해상 군사분계선으로부터 폭 2해리의 통항로가 존재하고, 대한민국의 선박은 이 통항로를 통해서만 서해 5도에 출입할 수 있다.⁶⁷⁾ 북한이 주장하는 해상경계선은 황해도와 경기도의 경계선과 우도를 지나 서남쪽으로 그어지며, 이를 수용하면 서해 5도 모두가 북한의 군사수역 내에 고립될 뿐 아니라 1만여 제곱킬로미터 이상의 어장을 북한에게 내주게 된다.⁶⁸⁾ 국제법상, 그리고 정전협정상 아무런 근거도 없는 북한의 이 주장은 당연히 무시되고 있다.

북한의 주장과 관계없이 NLL과 그 이남 해역은 대한민국의 해군이 실효적으로 통제(effectively control)하고 있다.⁶⁹⁾

2) NLL의 법적 지위

사안의 민감성을 감안할 때 NLL에 대한 논쟁이 불거질 때마다 무수한 법적

67) 해양관습법에 따라 서해 5도가 각각의 영해를 가질 수 있음을 (설사 유엔해양법협약의 영해 조항에 따른 12해리 영해가 그대로 인정되지 않더라도) 감안할 때, 북한의 이러한 주장은 어불성설이다. 더구나 백보 양보하여 현행 NLL에 법적 정당성이 없다고 가정하여도 NLL 인근 해역의 법적 지위는 대한민국이 실효 지배 하는 분쟁수역이 되는 것이 아니라 북한의 수역이 되는 것이 아니다. 서해 5도에 대한 대한민국의 영유권이 확고한 이상 설령 NLL을 대체하는 해상경계선을 긋는다 해도 동 경계선의 위치가 서해 5도보다 남쪽으로 내려올 하등의 법적 근거는 없으며, 오히려 국제법이나 정전협정 등 어디에 근거하여도 해상경계선은 서해 5도보다 북쪽에 위치해야 할 것이다. 이러한 점에서 볼 때, 현행 NLL의 위치는 현 상황을 상당히 공정하게 반영하고 있다고 보아야 할 것이다. 이것은 서해 5도에 대한 대한민국의 영유권을 인정할 수밖에 없는 현실에도 불구하고 서해 해상경계선을 보다 남쪽으로 옮기려는 시도의 일환으로 제시된 북한 측의 대안인 “서해 5도 통항질서”가 얼마나 상식을 벗어나는 기형적 요구에 불과한지를 통해서도 역설적으로 알 수 있다.

68) 「끊이지 않는 NLL」, 『중앙일보』, 2007년 8월 16일자.

69) 정인섭, 『新 국제법강의』(박영사, 2010), p. 412.

논란이 등장하는 것은 놀라운 일이 아니다. NLL의 유효성을 가장 강경하게 주장하는 일각에서는 대한민국 헌법 제3조에서 “대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다”고 명시하고 있는 것을 근거로 NLL 이남 해역은 당연히 한반도의 유일한 주권국가인 대한민국의 수역이기 때문에 국제법적 논쟁의 대상조차 되지 않는다고 주장한다.⁷⁰⁾ 그러나 NLL과 NLL 이남 해역의 대부분이 국제해양법상 대한민국의 ‘영해’에 속하지 않는 수역이라는 점을 감안할 때,⁷¹⁾ NLL 문제에서 국제법이 완전히 배제된다는 주장은 무리한 것으로 사료된다.

국제법적으로 볼 때, NLL은 바다의 헌법이라 할 수 있는 유엔해양법협약의 일반원칙과 경계선 획정원칙에 위배되는 특수한 수역이다. 그러나 특수한 역사적 관계에 의해 형성된 국제관습법은⁷²⁾ 일반법인 유엔해양법협약에 우선한다.⁷³⁾ 따라서 NLL이 관습법적인 지위를 획득하였다면, 그 존재는 국제법상 적법하다. 또한 남북 간에 NLL 이남 해역에 대한 명시적인 합의를 하였다면, 그 합의 또한 상호 간에 유효하다. 그러나 NLL이 관습법적 지위를 획득하였는 지 그리고 남북 간에 유효한 합의가 있었는 지에 대한 학자들의 시각은 엇갈리고 있다.

(1) NLL의 법적 효력에 대한 학설의 대립

NLL의 유효성을 주장하는 측의 입장은 주로 NLL이 대한민국과 북한 간의 영해선이라는 입장과 확립된 해상경계선이라는 입장으로 나누어진다. NLL이 영해선이라는 입장은 대항하는 국가 간의 영해선 획정에 대한 유엔해양협약

70) 그런데 이 조항을 근거로 NLL은 영토선이 아니기 때문에 북한과의 협상 대상이 될 수 있다는 주장도 제기되고 있다. 일례로 노무현 전 대통령은 2007년 10월 “헌법상 북한 땅도 영토인데 영토 안에 줄을 그어놓고 영토선이라고 하면 안 된다”고 논평하였다. “NLL 영토선 아니다” 盧대통령 발언 파문, 『동아일보』, 2007년 10월 12일자 참조.

71) 이것은 대한민국이 북한 지역을 포함한 한반도 전역에 대해 실효적인 주권을 행사하고 있다고 가정하여도 마찬가지이다.

72) 국제사법재판소는 *Right of Passage over Indian Territory* (Part v. India), 1960 I.C.J. 6 (April 12) 판결에서 두 나라 사이의 지속적이고 계속적인(constant and continual) 관행을 통해서도 지방관습법(local customary law)이 발달할 수 있다고 판결하였다. 단 지방관습법은 일반적인 국제관습법과 달리 쌍방에 대해서만 효력을 가지며 제3의 국가들에 대해서는 법적 효력이 없다.

73) 유엔해양법협약은 특정 해역이 만(Bay)으로 인정되기 위한 요건을 정의한 조항(제10조) 등에서 찾아볼 수 있는 것처럼 특수한 역사적 권원에 따른 예외사유를 특별사유로서 폭넓게 인정하는 태도를 보이고 있다.

의 일반원칙이 역사적 권원(historical title)이나 기타 특별한 사정에 따라 다른 방식을 사용할 필요가 있는 경우 적용되지 않는다는 협약 제15조에 주로 근거한다. NLL은 남북 간의 특수한 관계를 반영하여 설정된 것이기 때문에 일반적인 해상경계선 획정방식의 적용을 받지 않는다. NLL이 해상경계선이라는 입장은 남북이 서로를 국가로 인정하지 않는 상황이기 때문에 NLL을 영토선이라 부를 수는 없으나 북한이 1973년 군사정전위원회 이전까지 NLL에 대한 이의를 제기하지 않았기 때문에 북한의 묵종(默從)이 굳어져 해상경계선으로서의 법적 인정을 받을 수 있게 되었다는 주장이다.⁷⁴⁾ 양측 학자들 모두 NLL의 유효성을 주장하는 궁극적인 국제법적 근거는 ‘응고의 원칙(Principle of Consolidation)’ 또는 ‘실효지배의 원칙(Principle of Effective Control)’이다. 이것은 대한민국이 NLL을 실질적으로 지배해 왔고 북한이 오랫동안 이의를 제기하지 않았기 때문에 국제법에 따라 NLL 이남 해역이 대한민국의 영역으로 되었다는 것을 뜻한다.⁷⁵⁾ 즉, NLL은 특별 관습법에 의해 법적 지위를 인정받는다는 것이다.⁷⁶⁾

반면 NLL의 유효성을 부정하는 측은 NLL이 정전협정에 의한 것이 아니라 유엔군이 일방적으로 설정한 선이라는 점을 주된 근거로 들고 있다. 이 주장에 따르면, 애초에 NLL은 남북 간에 (혹은 유엔군과 공산군 간에) 합의되지 않았고, NLL의 목적은 단순히 유엔군/국군의 활동반경을 제한하는 것이었기 때문에, NLL은 해상경계선으로 작용할 수 없다.⁷⁷⁾ 또한 이 주장은 1973년 이후 북한이 계속해서 NLL의 적법성에 대한 이의를 제기하였던 점을 들어 대한민국에게 응고의 원칙이나 실효지배의 원칙에 따른 영유권 획득이 발생하지 않았다는 입장을 취하고 있다.⁷⁸⁾⁷⁹⁾

74) 박춘호 건국대 석좌교수 발언, 「NLL은 법적으로 유효한 해상 경계선」, 『중앙일보』, 2007년 10월 15일자 참조.

75) 김기웅 통일부 평화체제구축팀장, 「서해바다를 평화와 민족공동번영의 터전으로」, 『정책포럼』, 2007년 8월 22일자 참조.

76) 제성호, “북방한계선의 법적 고찰”, 『국방정책연구』, 2004 겨울호, p.133

77) 이대근, 『프레시안』, 2007년 9월 12일자 참조. 그러나 이 주장의 문제점에 대해서는 앞서 검토한 바 있다. 정전협상을 통한 해상경계선 획정에 실패한 후 양측의 필요에 따라 사실상의 해상경계선이 성립되었다면 NLL이 정전협정에 근거하지 않았다는 사실은 NLL의 법적 지위를 확립함에 있어 아무런 문제가 되지 않는다.

(2) NLL을 둘러싼 법적 논란의 정리

NLL에 대한 국방부의 기본 입장은 첫째, “NLL은 우리 군이 수십 년 동안 지켜온 실질적 해상경계선”이며, 둘째, “NLL 이남은 우리 관할수역”이라는 것이다.⁸⁰⁾ 그렇다면 NLL에 대한 국제법적 쟁점도 마찬가지로 첫째, NLL이 남북 간의 해상경계선으로서의 법적 지위를 갖는 지 그리고 둘째, 대한민국이 NLL 이남 해역에 대한 배타적⁸¹⁾ 관할권을 갖는 지 여부로 정리될 수 있다. 이들 두 가지 쟁점 중 하나라도 성립한다면, 다른 하나는 자연스레 유추되어 NLL의 법적 유효성이 인정된다.

이러한 두 가지 쟁점을 검토하기 위한 법적 근거는 남북 간의 명시적 합의와 국제관습법이다. 만일 남북 간의 합의가 존재한다면 관습법은 적용할 필요가 없고, 남북 간의 합의가 존재하지 않거나 합의 내용에 대한 이견이 있을 때에는 관습법에 의한 해석이 적용될 것이다.

NLL의 지위에 관한 남북 간의 유일하고도 가장 중요한 명시적 합의는 1992년에 체결된 ‘남북 사이의 화해와 불가침 및 교류, 협력에 관한 합의서’ (이하 “남북기본합의서”)이다. 남북기본합의서 제11조는 “남과 북의 불가침 경계선과 구역은 1953년 7월 27일자 군사정전에 관한 협정에 규정된 군사분계선과 지금까지 쌍방이 관할해온 구역으로 한다”고 규정하고 있으며, 동 합의서 제2장에 대한 부속 합의서 제10조는 “남과 북의 해상불가침 경계선은 앞으로 계속 협의한다. 해상불가침 구역은 해상불가침 경계선이 확정될 때까지 쌍방이 지금까지 관할하여온 구역으로 한다”고 규정하고 있다. 남북기본합의서는 조약법협약 제56조에 규정된 ‘폐기 또는 탈퇴할 수 없는 협약’에 해당하기 때문에⁸²⁾ 남북 간의 합의에 의해 폐

78)정일용, 「또 다시 불거진 NLL 법적지위 논란」, 『연합뉴스』, 1999년 6월 19일자 참조 (한국외대 이장희 교수 발언 인용).

79)1973년 이전에도 북한이 산발적으로 NLL에 대한 이의를 제기하였다는 일각의 주장에 대해서는 각주 64를 통해 검토한 바 있다.

80)국방부, 위 국회관련 국방정보공개 자료 “북방한계선(NLL).”

81)물론 서해 5도가 각각 갖는 영해를 제외하면 북한에 대한 배타성만 주장할 수 있을 것이다.

82)비록 북한과 체결한 남북기본합의서는 국가와 국가가 체결하는 일반적인 ‘조약’으로 간주할 수 없지만 조약법협약의 내용 대부분은 관습법을 성문화한 것으로 조약법협약의 적용 대상이 아닌 국제협약에도 일반 적용된다. 조약법협약 제3조 또한 조약법협약의 적용 대상이 아닌 국제적 합의의 경우에도 협약의 내용 중 국제법에 따라 옹당 적용되어야 하는 협약상 규칙의 적용을 받는다고 규정하고 있다.

기되지 않는 한 항구적인 것이다.⁸³⁾

남북기본합의서의 검토를 통해 명확한 결론에 이르지 못하는 경우 국제관습법의 검토를 통한 결론도출이 필요하다. 이를 위해서는 첫째, 정전 이후 유지된 NLL에 대한 남북 간의 관행이 NLL의 해상경계선으로서의 지위를 관습법적으로 확립하였는 지 그리고 둘째, 정전 이후 유지된 NLL 이남 해역에 대한 대한민국의 실효적 지배가 동 해역에 대한 영유권을 주장할 관습법적 근거가 되는지를 판단하여야 한다.

(3)NLL의 해상경계선으로서의 지위

NLL이 남북 간 불가침 해상경계선으로의 법적 지위를 갖기 위해서는 남북 간의 명시적인 합의에 의하거나 관습법에 의해야 한다. 남북기본합의서 제2장에 대한 부속합의서 제10조의 전단은 “남과 북의 해상불가침 경계선은 앞으로 계속 협의한다”고 규정하고 있는데, 이를 근거로 북한과 대한민국의 일부 학자들은 NLL은 협상의 대상일 뿐 법적 효력을 인정할 수 없다고 주장한다.⁸⁴⁾

부속합의서 제10조 후단의 “해상불가침 구역은 해상불가침 경계선이 확정될 때까지 쌍방이 지금까지 관할하여 온 구역으로 한다”는 구절로 인해 NLL 이남 해역의 불가침성 자체는 사실상 합의되었다고 보아도 좋다.⁸⁵⁾ 그러나 부속합의서 제

83)조약법협약 제56조 : “종료에 관한 규정을 포함하지 아니하며 또한 폐기 또는 탈퇴를 규정하고 있지 아니하는 조약은 다음의 경우에 해당되지 아니하는 한 폐기 또는 탈퇴가 인정되지 아니한다. (1) 당사국이 폐기 또는 탈퇴의 가능성을 인정하고자 하였음이 확정되는 경우 또는 (2) 폐기 또는 탈퇴의 권리가 조약의 성질상 묵시되는 경우.” 일반 당사자의 의사만으로 탈퇴 또는 폐기할 수 있는 조약의 예로는 보통 동맹조약, 무역에 관한 조약, 분쟁의 해결에 관한 조약들이 있고 영토할양조약, 국경획정조약, 군축조약 등은 일방적 탈퇴/폐기가 인정되지 않는다 (A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge University Press (2007), p. 13 참조). 탈퇴할 수 없는 조약의 대표적인 예로는 유엔헌장이 있다. 남북기본합의서는 쌍방의 합의에 의해 수정, 보충할 수 있다고만 규정하고 있을 뿐 폐기 또는 탈퇴에 관한 내용을 담고 있지 않고, 체결 이후 수많은 위반 사항이 있었음에도 불구하고 (상호 비판 금지 및 무력 도발 금지에 대한 위반 등) 합의서가 여전히 유지되고 있음을 감안할 때 탈퇴하거나 폐지할 수 없는 조약으로 보아야 할 것이다. 또한 남북 간의 일반적인 평화와 화해를 조장하는 것을 목적으로 하는 남북기본합의서의 성격을 감안할 때 더더욱 탈퇴 또는 폐기가 금지된다고 보아야 할 것이다.

84)이대근, 『프레이션』, 2007년 9월 12일자 참조.

85)일부 학자는 남북기본합의서의 협상과정 중 북한 측이 동조에 ‘구역(區域)’ 대신에 육상만을 의미하는 ‘지역(地域)’이란 용어를 사용하자고 주장했음을 근거로 NLL 이남 해역은 남북기본합의서 제2장에 대한 부속합의서 제10조의 적용 대상이 되지 않는다고 주장

10조가 해상불가침 경계선의 성립을 의도하지 않고 있다는 점도 분명하다. 그렇다면 문제는 NLL의 불가침경계선으로서의 법적 효력이 남북기본합의서와 별도로 관습법상 완성되었는 지 여부이다. 만일 NLL의 불가침선으로서의 효력이 이미 관습법적으로 완성되었다면, NLL은 남북기본합의서로부터 독립적으로 존재하고, 설령 남북기본합의서에 따른 해상경계선 협상이 이뤄지지 않더라도 해상경계선으로서의 법적 지위를 유지한다. 이 경우 북한의 NLL 침범은 남북기본합의서 위반과는 별도의 국제법 위반을 구성하게 된다.

국제법상 특정 관행이 관습법을 형성하기 위해 필요한 기간에 대해서는 특별한 기준이 존재하지 않는다. 다만 관습법은 공공연히 관습법의 성립에 대해 이의를 제기해 온 국가에 대해서는 효력을 발휘하지 않으므로, 북한이 NLL에 대해 공식적인 이의를 제기하기 시작한 1973년 이후의 시간은 관습법 형성에 필요한 시간으로 계산할 수 없다. 그렇다면 1953년부터 1973년까지의 20년이 관습법을 형성하기에 충분한 시간이었는 지의 문제가 남는다.

일반적으로 특정 관습이나 관행이 응고되어(consolidate) 관습법의 지위를 획득하기 위해서는 오랜 시간이 필요하다. 예를 들어 영국, 프랑스, 독일, 그리고

한다. 남북한의 군사적 경계선이 되기 위한 “쌍방이 관할해 온 구역”이란 “쌍방이 합의하고 동의한 구역”이라야 효력을 발휘할 수 있다는 것이다. 이장희, 2002, p. 6 참조. 그러나 앞서 설명한 것처럼 협상과정 중의 의견 충돌을 거쳐 최종적인 합의문이 작성되었다면, 협상 과정의 내용은 어떠한 최종 합의문의 명문을 최우선적인 해석규정으로 삼는 것이 올바른 해석 방법이다. 이러한 해석 방법은 성문 조항을 최상의 해석수단으로 엄격히 간주하는 대륙법계는 물론이고 영미법계에서도 구두증거배제법칙(Parol Evidence Rule)을 통해 인정하고 있다. 문명사회에서 일반적으로 승인된 법의 일반원칙은 국제사법재판소가 인정하는 국제법의 법원이다(국제사법재판소 규정 제38조 제(c)항 참조). 또한 조약법협약에 따른 조약 해석의 기본 원칙도 “조약의 문언에 부여되는 통상적 의미에 따라 성실하게 해석”하는 것이다(조약법협약 제31조 제1항). 문맥의 해석에 대한 당사국 간의 추후 합의나 추후의 관행은 고려될 수 있으나(동조 제3항), 최종 합의문 완성 이전의 협의 내용은 특별한 의미를 특정용어에 부여하기로 당사자 간에 의도하였음이 확정된 경우(동조 제4항)에만 의미가 부여된다. 부속합의서 제10조의 문맥은 동조가 ‘해상’ 불가침 구역을 규정하기 위함임을 확실히 하고 있다. 또한 “해상불가침 경계선은 앞으로 계속 협의한다”고 전제하고, “해상불가침 구역은 해상불가침 경계선이 확정될 때까지 쌍방이 지금까지 관할해 온 구역으로 한다”라고 하여 “해상불가침 구역”과 “해상불가침 경계선” 간의 인과관계를 확정함으로써 해상불가침 경계선에 대한 합의가 이뤄질 때까지 불가침의 지위를 갖는 해상구역은 북한이 이의를 제기하고 있는 NLL 이남 해역을 포함함을 명백히 하고 있다. 이와 같이 부속합의서 제10조의 의미가 명확한 상황에서 부수적인 해석방식을 동원하는 것은 법의 해석원칙에 어긋난 접근방식이다.

네덜란드 사이에 1403년경부터 1893년까지 유지된 것으로서 전쟁 중 어선을 나포 또는 약탈하여 전리품으로 삼지 않는 관행은 약 500년만인 1900년에 미국 연방대 법원에 의해 관습법의 지위를 인정받은 바 있다.⁸⁶⁾ 그러나 관습법은 짧은 기간 동안 준수된 관행에 의해서도 성립될 수 있다. 국제사법재판소는 북해 대륙붕(*North Sea Continental Shelf*) 사건⁸⁷⁾에서 출현한 지 오랜 시간이 흐르지 않은 관행이라도 그 관행이 포괄적이고 공통적으로(extensive and uniform) 유지되었다면 관습법으로서의 지위를 획득할 수 있다고 판시하였다. 그런데 국제사법재판소는 짧은 기간 유지된 관행이 관습법으로서의 지위를 얻기 위해서는 단순히 '포괄적, 공통적으로 유지' 되었다는 사실만으로는 부족하며 반드시 '법적 확신(opinio juris)'에 의해 준수되어야 한다고 판결하였다. 즉, 법적 확신 없이 예양, 예의, 전통, 편의(comity, courtesy, tradition, convenience) 등의 이유로 유지된 관행은 얼마나 자주 또 습관적으로 준수 되었는 지를 불문하고 관습법적인 지위를 얻지 못한다.⁸⁸⁾ 1973년 이후 NLL의 법적 효력을 부정하고 있는 북한이 1953년부터 1973년까지 NLL에 대한 법적 확신을 갖고 있었음을 입증하기란 쉬운 일이 아니다.

그러나 관습법의 근거가 되는 법적 확신은 타국에 의해 자국의 권리일 수도 있는 이익을 침해당한 국가가 적시에 이의를 제기하지 않고 침묵을 지킬 경우 그 부작위(inaction)를 통해서도 유추될 수 있다. 국제법상 '묵인의 법칙(Doctrine of Acquiescence)'이란 상대국의 특정 행위에 대해 일반적으로 거부의 의사를 표시할만한 상황에서 당사국이 침묵을 지키거나 이의를 제기하지 않는 경우 적용된다.⁸⁹⁾ 적시에 이의 제기를 하지 못한 국가는 이 법칙에 의해 상대국 행위의 정당성에 대해 법적 확신을 갖게 된 것으로 유추된다.⁹⁰⁾ 묵인의 법칙으로 인해 당사국의 부작위로부터 법적 확신이 유추되고 또한 그러한 부작위가 포괄적이고 공통적으

86) *The Paquete Habana*, 175 U.S. 677 (1900).

87) *North Sea Continental Shelf Cases*, 1969 I.C.J. 4 (Feb 20).

88) 물론 국제사법재판소의 판결은 사건의 당사자와 해당 사건에 대하여만 구속력을 갖기 때문에(국제사법재판소 규정 제59조) NLL에 대해서는 직접적 구속력이 없다. 다만 국제사법재판소가 제시한 법리는 중요한 참고자료가 된다.

89) I.C. MacGibbon, "The Scope of Acquiescence in International Law", pp. 145-149, *Brit. Y.B. Int'l L.* 143 (1954).

90) Anthea E. Roberts, "Traditional and Modern Approaches to Customary International Law : a Reconciliation," *American Journal of International Law*, 2001, p. 97.

로 이뤄진 경우 짧은 시간 유지된 관행도 관습법을 형성할 수 있다. 묵인의 법칙이 짧은 시간 만에 관습법을 탄생시킨 유명한 사건 중 하나는 1957년 있었던 인류 최초의 인공위성인 스푸트니크(Sputnik) 발사 사건이다. 미국과 소련의 냉전이 한창이던 1950년대에 아이젠하워 당시 미국 대통령은 인공위성을 통한 첩보 계획을 세운다. 그러나 그때까지의 전통 국제법의 영공 원칙에 따르면, 각국의 관할권은 영토의 상공으로 무한히 확장되어 있었다. 따라서 인공위성을 소련의 상공에 자유로이 띄우기 위해서는 각국의 영공이 위성궤도까지는 이르지 않는다는 새로운 관습법을 탄생시킬 필요가 있었다. 그에 따라 아이젠하워 대통령은 의도적으로 소련과의 인공위성 발사 경쟁을 촉발하였고, 결과적으로 1957년 인류 최초의 인공위성인 스푸트니크가 소련에 의해 발사된다.⁹¹⁾ 소련의 스푸트니크가 각국 상공의 위성궤도를 공전하는 동안 어느 국가도 이의를 제기하지 않았고, 그 결과 묵인의 법칙에 의해 각국의 영공은 위성궤도까지 이르지 않는다는 관습법이 탄생하였다.⁹²⁾

정전 후 어떠한 형태로든 남북 간 해상경계선이 존재할 필요성이 있었던 상황에서, 유엔군이 1953년 NLL을 설정한 이래 20년 동안 대한민국이 지속적으로 NLL을 강제하여 북한 선박의 NLL 이남 진입을 차단하고 진입을 시도하는 북한 선박을 수차례 격퇴하기까지 하였으나 북한은 이의를 제기하는 대신 오히려 NLL을 인정하는 태도를 보여 왔음을 감안할 때, NLL은 남북기본합의서와 상관없이 묵인의 법칙에 의해 해상경계선으로서의 지위를 갖게 되었다고 판단된다.

(4) NLL 이남 해역에 대한 대한민국의 관할권

NLL의 해상경계선으로서의 관습법적 지위가 이미 확립된 이상 NLL 이남 해역에 대한 대한민국의 관할권 존부를 살펴보는 것은 크게 중요한 일이 아닐 것이다. 그러나 지금까지 NLL을 둘러싼 대부분의 법적 논쟁은 NLL 이남 해역의 관할권을 중심으로 전개되었던 바, 이에 대해서는 NLL의 해상경계선으로서의 지위와 별도로 논의할 가치가 있다고 평가된다.

앞서 설명한 것처럼 NLL 이남 해역의 관할권이 대한민국에게 있다는 주장은 대한민국이 정전 이후 수십 년간 NLL 이남 해역을 실효적으로 지배해 왔고 또한

91) James Scheffer, *The Race : the uncensored story of how America beat Russia to the Moon* (Doubleday, 1999), pp. 3-18.

92) Boleslaw A. Boczek, *International Law: a dictionary* (Scarecrow Press, Inc., 2005), p. 239.

북한이 적어도 20여 년 동안 NLL에 대해 이의를 제기하지 않았기 때문에 ‘응고의 원칙(Principle of Consolidation)’ 또는 ‘실효지배의 원칙(Principle of Effective Control)’에 따라 대한민국에 NLL 이남 해역에 대한 영유권이 발생했다는 논리를 제시하고 있다. 영유권에 대한 ‘응고의 원칙’이란⁹³⁾ ‘선점을 통한 영유권 획득(title by occupation)’과 ‘시효취득을 통한 영유권 획득(title by prescription)’이란 두 개의 오래된 국제관습법리가 혼합되어 생성된 법리로서 특정 영역을 오랜 시간 점유하고 지배권을 행사할 경우 동 영역에 대한 영유권을 획득하게 된다는 원칙이다.⁹⁴⁾ 선점을 통한 영유권 획득이란 무주지(terra nullius)를 일정시간 이상 꾸준히 점유한 경우 그에 대한 영유권을 획득한다는 원칙이며⁹⁵⁾ 또한 시효취득을 통한 영유권 획득이란 타국의 영토를 일정시간 동안 점유하여 그에 대한 영유권을 획득한다는 원칙이다.⁹⁶⁾

특정 영역에 대한 실효적 지배를 통해 영유권을 획득하기 위해서 얼마나 오랫동안 실효 지배를 유지해야 하는 지에 대한 명확한 기준은 존재하지 않는다.⁹⁷⁾ 다만 포클랜드 전쟁의 발단이 된 영국과 아르헨티나 간의 포클랜드 섬 영유권 분쟁을 살펴볼 때, 분쟁상대국이 지속적으로 이의를 제기하는 경우 실효 지배 기간을 불문하고 영유권을 인정받지 못하는 것으로 보인다.⁹⁸⁾ 실제로 많은 국제법 학자들

93) 응고의 원칙이란 영유권 취득 이외의 관습법에도 적용될 수 있는 법리이다. 예를 들어 영국과 노르웨이 간의 Fisheries Case에서 국제사법재판소는 노르웨이의 직선기선 획정 방식은 지속적이고 오랜 관행을 통해 응고된(consolidate) 관습법이라 판시하였다(국제사법재판소는 노르웨이가 직선기선 방식을 채택함으로써 얻는 영해의 추가적인 획득에 대해 판단하는 대신 노르웨이의 직선기선 설정관행의 응고성 여부를 판단하였다). Fisheries Case, Judgment of December 18th, 1951 : I.C.J. Reports 1951, p. 116 참고. 그러나 여기서는 영유권 취득에 관한 응고의 원칙으로 한정하여 논하기로 한다.

94) Surya Prakash Sharma, *Territorial Acquisition, Disputes and International Law* (Kluwer Law International, 1997), pp. 173-175.

95) Malanczuk, *Modern Introduction to International Law* (Routledge, 1997), p. 150.

96) *Ibid.*

97) 일부에서는 실효지배를 통한 영유권 획득을 위해서는 50년의 경과기간이 필요하다는 선례가 성립되어 있다고 주장하지만(정일용, 『연합뉴스』, 1999년 6월 19일자), 국제법은 선례구속의 원칙(stare decisis)의 적용을 받지 않기에 관습법의 성립에 이르지 않은 이상 명확한 기준은 존재하지 않는다고 보는 것이 옳다.

98) 포클랜드 섬은 영국이 1833년 무력 점거한 이래 꾸준히 실효적 지배권을 행사해 왔고, 아르헨티나는 영국의 지배에 대해 지속적인 이의를 제기(protest)하고 있었다. 영국의 입장은 150년의 실효 지배와 이에 대한 국제사회의 인정으로 인해 취득시효에 의한 영유권 획득(title by prescription)이 완성되었다는 것이었고, 아르헨티나의 입장은 최초 점

은 시효취득을 통한 영유권 획득을 위해서는 영유권이 완전히 이전될 때까지 원 영유권자가 이의를 제기하지 않아야 한다고 주장한다.⁹⁹⁾ 이는 정복을 통한 영유권 취득이 인정되던 전통적인 국제법과는 상반되는 주장이지만, 침략이 불법화된 현대 국제법 체제에서는 설득력이 있는 주장이다.¹⁰⁰⁾ 이 주장에 따르면, 북한이 지속적으로 이의를 제기하는 한 대한민국은 NLL 이남 해역에 대한 영유권을 취득할 수 없다. 즉, 북한이 이의를 제기하기 시작한 1973년부터 지금까지 약 40년에 이르는 기간은 시효취득에 의한 NLL 이남 해역 영유권 획득에 아무런 도움이 되지 못하였다는 이야기다. 그렇다면 북한이 NLL의 존재에 대해 침묵한 1953년부터 1973년까지의 약 20년이 시효취득을 위해 충분한 시간이었느냐 하는 문제가 남는다. 각국의 국내법상 시효취득에 의한 토지의 소유권 획득을 위해 필요한 점유기간은 국가마다 다르지만 상당수의 경우 20년 이상이다.¹⁰¹⁾ 하물며 모든 사적(私的) 소유권의 근본이 되는 국가 영역의 영유권이 이전되는 데 필요한 시간이 20년 이하라고 주장하기는 어려울 것으로 보인다. 시효취득에 의한 영유권 획득에 필요한 시간은 선점에 의한 영유권 획득(title by occupation)에 필요한 시간보다 길어야 한다는 것이 다수 학설의 태도이다.¹⁰²⁾ 이에 따르면, 대한민국은 NLL 이남 해역에 대해 응고의 원칙에 근거한 영유권을 주장할 수 없다. 더구나 국제사법재판소와 다수의 현대 국제법 학자들은 ‘응고의 원칙’에 근거한 영유권 취득이 현대 국제법 체제에서도 여전히 가능한 지 여부 자체에 대한 의문을 표시하고 있다.¹⁰³⁾ 무엇보다

유가 불법적이었던 데다가 아르헨티나가 지속적인 이의를 제기해왔기 때문에 영유권 획득은 이뤄지지 않았다는 것이었다. 이에 대한 국제사회 또는 국제사법재판소의 판단은 존재하지 않는다. 다만 두 나라 사이의 분쟁이 격화되자 1965년 유엔총회가 협상을 통해 문제를 해결하도록 촉구하는 등, 중립적인 입장을 표명한 바 있다. 결국 영국은 150년에 이르는 실효지배에도 불구하고 국제법상 포클랜드 섬에 대한 완벽한 영유권 획득을 인정받지 못한 것이다.

99) Malanczuk, op. cit., p. 150.

100) 이 경우 강대국이 약소국의 영토를 아무리 오랜 시간 동안 무단점유 한다고 해도 약소국이 지속적으로 이의를 제기하는 한 영유권을 강탈당하지 않을 수 있기 때문이다.

101) 대한민국의 경우 20년. 미국의 경우 주마다 조금씩 다르지만 보통법에 의하면 23년.

102) 더구나 시효취득에 의한 영유권 획득에 필요한 시간은 선점에 의한 영유권 획득에 필요한 시간보다 길어야 한다는 것이 다수 학설의 입장다. Malanczuk, op. cit., p. 150.

103) *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*, 2002 ICJ Report 303, 352. ; 또한 Sharma, op. cit., p. 179. ; “Principle of historic consolidation at best is imprecise and, probably, too conservative as a criterion in the context of the modern law of territorial acquisition.”

다 NLL과 관련해 응고의 원칙을 원용하는 것은 NLL 인근 해역이 무주지였거나 북한의 영역이었음을 전제하는 것으로 비춰질 수 있기 때문에 어느 모로 보나 적절한 주장이 아니라 여겨진다.

위 논의와는 별론으로 NLL 이남 해역에 대한 영유권을 주장하는 데 응고의 원칙을 통한 영유권 획득을 주장하는 것은 이치에 맞지 않다. 왜냐하면 애당초 NLL 이남 해역 대부분이 대한민국 영해에 포함되지 않기 때문이다.¹⁰⁴⁾ 대한민국에게 영유권이 없는 수역에서 북한을 배제하기 위해 영유권에 관한 국제법리를 인용하는 것은 무리수다. NLL 이남 해역 중 대한민국이 영유권을 가질 수 있는 수역은 서해 5도가 각각 자연발생적으로 갖는 영해들 정도일 것이다.¹⁰⁵⁾ 공해에 속하거나 대한민국 영해 밖에 있는 NLL 이남 해역에 대한 북한 선박의 진입을 금지하기 위해서는 별도의 국제법적 논리가 필요하다.

대한민국이 NLL 이남 해역에서 북한 선박의 통항을 통제할 수 있는 첫 번째 근거는 남북기본합의서 제11조와 그 합의서 제2장에 대한 부속합의서 제10조다. 대한민국과 북한은 남북기본합의서와 부속합의서를 통해 지금까지 쌍방이 관할하여 온 구역을 상호 간의 해상불가침 구역으로 인정하였다. 그렇다면 해상경계선에 대한 남북 간의 추가적 합의가 있기까지 NLL 이남 해역은 북한에게 있어 불가침의 구역이 된다. 이 경우에도 NLL의 끝단이 대한민국의 영해를 넘어 EEZ 또는 공해까지 확장되어 있고 또한 모든 선박은 공해에서 항행의 자유를 갖는다는 점을 감안할 때 북한 선박을 NLL 이남 해역 중 공해에 해당하는 수역에서도 축출할 수 있는지는 의문이 남을 수 있다. 그러나 당사국 간의 합의 또는 역사적 권원에 따른 특수성은 국제법의 일반적용에 대한 예외사유로 인정된다. 공해에서의 통항의 자유는 당사자 간의 합의에 의해 제한이 가능한 종류의 권리라는 점과 남북 간의 별 합의는 일반원칙인 자유항행권에 우선한다는 점을 고려할 때,¹⁰⁶⁾ 남북기본합의서

104) 설령 한반도와 그 부속도서 전체에 대한 주권을 선포하고 있는 헌법 제3조를 적용하더라도 마찬가지다.

105) 그 외 유엔해양법협약을 통해 한정적인 관할권을 얻을 수 있는 접속수역과 EEZ도 있지만, 두 가지 모두 NLL 이남 해역의 영유권과 관련된 논의에 있어서는 별다른 의미가 없다.

106) 특별규정은 일반규정에 의해 훼손되지 않도록 해석해야 한다는(*generalia specialibus non derogant*) 법의 일반해석원칙. 법의 일반원칙은 국제사법재판소가 인정한 국제법의 법원(法源) 중 하나이다.

에 따른 NLL 상호 불가침 합의는 응당 남북 쌍방에 대해 구속력을 갖는다.

대한민국이 NLL 이남 해역에서 북한 선박의 통항을 통제할 수 있는 두 번째 근거는 북한의 위법행위에 대한 대응조치(Countermeasure)로서의 NLL 단속권이다. 앞서 설명한 것처럼, 북한은 NLL 이북에 국제법상 위법한 군사수역을 선포하고 군사수역에 진입한 대한민국 선박을 무차별적으로 무력 나포하고 있다. 특히 북한은 1974년부터 2009년 10월 19일까지 서해 NLL을 월선한 대한민국 어선 36척 중 자진 월북한 7척을 제외한 총 29척을 나포하였고, 그 중 12척은 현재까지 억류하고 있는 등 자국의 위법한 군사수역을 철저히 통제하고 있다.¹⁰⁷⁾ 북한의 군사수역 통제는 명백한 국제법 위반으로서 정전협정과 남북기본합의서에 의지하지 않고도 피해국인 대한민국은 대응조치(Countermeasure)의 일환으로 비등한 수준의 조치를 취할 수 (즉, NLL 이남 해역에 진입한 북한 선박을 단속할 수) 있다.¹⁰⁸⁾

(5) 해상불가침 경계선에 대한 계속적 협의

남북기본합의서 제2장에 대한 부속합의서 제10조의 전단은 “남과 북의 해상 불가침 경계선은 앞으로 계속 협의한다”고 규정하고 있다. 북한은 2006년 제3차 남북장성급군사회담 이후 서해 해상군사분계선의 설정문제를 협의할 것을 지속적으로 주장하고 있다.¹⁰⁹⁾ 이에 관한 남북 간의 주요 쟁점은 크게 서해 해상불가침 경계선 설정에 관한 문제와 공동어로구역 설정에 관한 문제로 나누어진다. 대한민국은 국제법에 기초한 실질적인 경계선인 NLL을 존중하고 준수하자는 입장인 데 반해, 북한은 새로운 해상군사분계선을 설정할 것을 주장하고 있다. 또한 대한민국은 NLL 기준의 등면적 원칙하에 공동어로구역을 설정하고서 이를 평화수역으로 지정할 것을 제시하였으나, 북한은 NLL 이남에 공동어로구역을 설정하자고 주장하고 있다.¹¹⁰⁾

107) 김명균, 「〈국감현장〉 해경 “北피랍어선 월선조업 많아”」, 『연합뉴스』, 2009년 10월 19일자. 반면 대한민국은 경고 방송 등을 통해 NLL을 월선한 북한 선박을 퇴거시키는데 그치고 있다.

108) 대응조치의 요건과 한계는 앞서 설명한 바와 같다.

109) 2006년 3월부터 2007년 7월까지 이어진 제3차~제6차 장성급군사회담과 2007년 11월에 있었던 제2차 국방장관 회담 등.

110) 국방부, 위 국회관련 국방정보공개 자료 “북방한계선(NLL).”

NLL의 해상경계선으로서의 법적 지위가 명백한 상황에서 대한민국이 추가적인 협상에 계속해서 나섰던 것은 남북기본합의서의 정신을 준수하기 위함이었다. 대한민국은 현행 NLL을 유지하되 북한 어선들이 NLL 이남에서도 조업할 수 있는 길을 열어주기 위해 공동어로수역 등을 제시하였으나,¹¹¹⁾ 북한은 NLL의 전면 백지화를 위한 일련의 주장들을 굽히지 않고 있다. 북한의 핵실험 문제, 천안함 피격 사건, 연평도 포격 사건 등 일련의 사태로 인해 남북관계가 냉각된 지금 해상경계선과 관련된 더 이상의 논의는 진행되고 있지 않다. 그렇지만 남북기본합의서의 정신에 따른 협의는 추후에라도 다시 부활해야할 것으로 보인다. 남북관계가 경색될 때마다 가장 먼저 무력 도발의 대상이 되는 NLL의 목적 중 하나가 서해 5도의 방위라는 점은 어떠한 경우에도 간과되어서는 안 될 것이다.¹¹²⁾ 왜냐하면 최근 북한의 연평도 불법 포격 만행¹¹³⁾에서 명백히 드러났듯이 NLL의 수호와 서해 5도의 방위는 따로 떼어놓고 생각할 수 없는 사안이기 때문이다.¹¹⁴⁾

111) 대한민국의 이러한 제안은 NLL의 불가침 해상경계선으로서의 지위를 유지하면서도 그 적용대상범위를 축소하는 것으로, 그 법적 의의는 결코 과소평가될 수 없을 것이다.

112) 대한민국 해군이 현재와 같은 방위력을 갖추기 이전 북한은 연평도 일대에서 조업 중이던 대한민국 어선들을 수시로 불법 나포해 갔다는 사실에 유의할 필요가 있다. 「서해 5도 주변 해역 북한 주요 도발일지」, 『한겨레신문』, 1999년 6월 16일자 참조.

113) 북한의 연평도 포격은 무력 사용을 전반적으로 금지한 유엔헌장 제2조 제3항과 제4항에 대한 명백한 위반일 뿐 아니라 정전협정과 남북기본합의서에 대한 중대한 위반이다. 또한 북한은 연평도의 민간인을 대상으로도 무차별적인 포격을 가한 바, 이는 제네바협약을 비롯한 각종 전쟁법의 위반일 뿐 아니라 국제형사재판소에 관한 로마규정(Rome Statute of the International Criminal Court) 제5조에서 규정하고 있는 전쟁범죄와 침략범죄에 해당한다. 로마규정 제8조(전쟁범죄) 제2항 제(b)목에서는 “민간인 주민 자체 또는 적대행위에 직접 참여하지 아니하는 민간인 개인에 대한 고의적 공격; 군사 목표물이 아닌 대상물에 대한 고의적 공격; 방어되지 않고 군사 목표물이 아닌 마을, 촌락, 거주지 또는 건물에 대한 공격이나 포격”을 전쟁범죄로 규정하고 있다.

114) 북한은 대한민국 해군이 2010년 11월 23일 연평도 남방 해역에서 포 사격 훈련을 한 것을 빌미로 연평도를 향해 무차별 포격을 감행하였다. 이로 인해 연평도 내 대한민국 해병대 부대와 민가에 수십 발의 포탄이 떨어져 막대한 피해를 입혔다. 이에 대해 북한은 “남조선 괴뢰들이 우리의 거듭된 경고에도 불구하고 23일 13시부터 조선 서해 연평도 일대의 우리측 영해에 포사격을 가하는 군사적 도발을 감행했다. … 우리 혁명무력은 괴뢰들의 군사적 도발에 즉시적이고 강력한 물리적 타격으로 대응하는 단호한 군사적 조치를 취했다. … 앞으로 조선 서해에는 오직 우리가 설정한 해상군사분계선만 존재할 것”이라고 발표하였다. 「北 “남측이 먼저 우리 영해에 포사격”(2보)」, 『연합뉴스』, 2010년 11월 23일자 참조. 당시 대한민국 해군은 일상적인 훈련 중이었고, 북한을 자극하지 않기 위해 북방으로 포격 훈련을 하던 상황도 아니었다. 그러나 북한은 북한이

6. 제주해협

제주해협은 대한민국의 영해에 속하나 또한 국제항행에 이용되는 해협이다. 유엔해양법협약 제37조 내지 제38조에 따르면, 국제항행에 이용되는 해협 중 공해 또는 EEZ를 서로 연결하는 해협(이하 “국제해협”)을 항행하는 모든 선박과 항공기에게는 통과통항권이 인정된다. 국제해협에서 인정되는 통과통항권은 통항선박이 협약 제39조상의 의무를 준수하는 한 연안국에 의해 방해될 수 없다. 다만 제주해협과 같이 특정 해협이 해협연안국의 섬과 본토에 의하여 형성되어 있는 경우와 그리고 그 섬의 바깥 쪽 공해 또는 EEZ에 동 해협을 통과하는 것과 유사한 수준의 항행 편의가 보장되는 항로가 존재할 경우, 이 해협을 통항하는 선박에게는 통과통항권 대신 ‘정지할 수 없는 무해통항권’이 인정된다. 제주해협은 한반도와 제주도 사이에 위치한 해협이다. 이 해협을 이용하지 않고 제주도 남방 해역을 우회하여 항행할 경우, 거리상으로는 약 58해리 그리고 시간상으로는 약 4시간이 추가적으로 소요되는 것으로 파악된다. 우회항로와 제주해협 간의 통항조건의 차이는 미미한 수준으로 협약의 예외조건에 부합하는 것으로 판단되며, 따라서 제주해협을 통항하려는 북한 상선에 대해서는 통과통항권이 인정되지 않을 것으로 사료된다.

유엔해양법협약 제45조는 통과통항제도가 적용되지 않는 국제해협을 통항하는 모든 선박에게 무해통항권을 인정하고 있다. 그러나 협약 제45조상 인정되는 무해통항권은 일반 영해의 통항에 부여되는 무해통항권과는 달리 연안국에 의해 정지되거나 박탈될 수 없다는 점이 특별하다.¹¹⁵⁾ 따라서 제주해협을 통항하는 모든 선박에게는 유엔해양법협약 제45조에 따라 ‘정지 불가한 무해통항권’이 부여되지만, 북한 선박도 이와 같은 무해통항권의 인정대상인지에 대해서는 논란의 여지가 있다.

첫째로 상술된 바와 같이 정전상태라는 남북한의 특수한 관계와 북한의 자의

주장한 해상군사분계선 이북에서 훈련을 하였다는 이유만으로 정전협정이 규정한 대한민국의 영토인 연평도와 모든 전쟁법에서 보호 대상으로 규정하고 있는 민간인에 대한(훈련을 실행한 해군함정이 아닌) 무차별 포격을 감행했다. 이로써 북한은 스스로가 NLL과 서해 5도를 동일한 시각에서 바라보고 있음을 확인해 주었다.

115) 유엔해양법협약 제45조 제2항의 단서, 즉, 일시적으로라도 무해통항을 중지시킬 수 없다.

적인 군사수역 선포·단속에 대한 대응조치라는 측면에서 판단할 때, 대한민국에게서 북한의 군사수역에 상응하는 범위에서 북한 선박의 진입을 단속할 권한이 존재한다고 볼 수 있다. 공해에서 북한 선박을 단속할 수 있는가의 여부는 다소 모호한 측면이 있으나, 최소한 대한민국의 영해에 진입하는 북한 선박을 단속할 권한은 당연 존재한다고 보아야 할 것이다. 북한 측에서는 일반 영해와 달리 제주해협이 가지는 국제해협으로서의 특수한 지위를 지적하며 또한 제주해협에 대한 통항권을 주장할 수 있을 것이나, 제주해협의 봉쇄가 제주도 남방 해역과 동해 사이의 통항로를 완전 봉쇄하는 효과를 발휘하지 않는 한 북한의 제주해협 통항에 대한 필요성이 대한민국의 북한 선박에 대한 단속 필요성과 권한을 초월한다고 볼 수는 없으며, 제주해협 통항 단속이 정전협정에서 금지하고 있는 해상봉쇄를 형성한다고 보기도 어려울 것으로 판단된다.¹¹⁶⁾

둘째, 설령 제주해협에 대한 ‘정지할 수 없는 무해통항권’이 국제법상 북한 선박에게도 인정할 수밖에 없는 권리라고 가정하더라도 과연 북한 선박의 통항이 ‘무해한 통항’인 지에 대해 검토할 필요가 있다. 유엔해양법협약은 ‘[모든] 통항은 연안국의 안보, 공공질서 및 평화에 해롭지(*prejudicial*) 않은 한 무해하다’¹¹⁷⁾고 규정하고 있다. 대부분의 경우 선박의 통항은 통항 자체만으로는 연안국의 안보와 공공질서 및 평화에 해롭다고 볼 수 없으나, 북한의 선박과 제3국의 선박을 동일하게 취급할 수는 없다. 사업적 판단에 의해 자주적, 독립적으로 활동하는 일반 민간선박과 달리 사유재산을 인정하지 않는 공산주의 체제를 표방하는 북한의 선박은 모두 공선(公船)으로 설령 군함이 아닐지라도 북한 정권의 정책과 지령에 귀속되어 활동한다. 예를 들어 천안함 도발을 자행한 잠수함정과 제주해협을 항행하려는 북한선박은 모두 동일한 주체, 즉 북한 정권의 지배를 받으며, 북한 선박은 북한 정권의 지령이 있는 경우 언제든지 대한민국의 선박, 영해, 영토, 안보에 위

116) 실제로 북한은 아직까지 제주해협 봉쇄에 대해 정전협정 위반을 주장한 바 없다.

117) 유엔해양법협약 제19조 제1항. 동조 제2항에 연안국의 평화, 공공질서 또는 안전에 해가 되는 외국선박의 행위를 나열하고 있음을 근거로 무해하지 않은 통항은 제19조 제2항에 나열된 행위에 국한된 것이 아니냐는 해석도 가능하지만 (i) 제19조 제2항은 배타적이지 않으며 (ii) 제1항과 제2항이 명시적으로 구분되어 있는 이상 두 조항이 양립할 수 있는 해석이 존재하다면 그러한 해석에 따르는 것이 올바른 해석법일 것이다. 즉 제19조 제1항은 무해통항의 일반적인 조건을 정의한 것이며(작위와 부작위 포함) 제2항은 외국선박의 특정 ‘행위’ 가운데 유해한 행위를 규정한 것으로 해석하여야 한다.

해를 가할 목적으로 사용될 잠재성을 품고 있다. 잠수함정과 선박의 근본적인 차이는 그 목적과 기능에 있다. 그러나 선박에 대한 북한정권의 지배력이 잠수함정에 대한 북한정권의 지배력과 차이가 없다는 점을 감안할 때, 천안함 도발을 자행한 잠수함정과 북한선박은 모두 북한정권의 '또 다른 자아(alter ego)'라고 볼 수 있다. 사용 목적의 차이에도 불구하고 북한 선박은 북한 정권의 지령에 따라 언제든지(설령 최초 무해한 통항의 목적을 가지고 통항을 시작한 경우라도 도중에 북한정권의 지령을 받는 경우) 잠수함정과 마찬가지로 위협적인 목적을 위해 사용될 수 있으며, 현대전과 테러전의 특성과 기능의 차이에도 불구하고 일반 선박도 얼마든지 주변 선박, 항로, 해역, 연안에 대한 위협이 될 수 있다. 대한민국에 대한 북한 정권의 도발 가능성과 위협이 실질적이며 현실적인 것임을 감안할 때 그리고 향후에도 북한 정권의 도발과 위협이 지속될 것이라는 합리적인 예측이 가능하다. 북한 정권의 지령에 따라 언제든지 도발과 위협 목적으로 사용될 수 있는 북한 상선의 제주해협 통항은 그 자체로 대한민국에 위협이 될 수 있다. 이 경우 북한정권이 선박을 통해 실제 도발을 감행할 때까지는 아무런 조치도 취할 수 없다는 해석은 무리가 있으며, 오히려 대한민국은 합리적인 관점에서 북한 정권의 위협이 사라졌다 판단될 때까지 위협의 소지를 차단할 수 있을 것이다. 즉, 북한상선의 제주해협 통항은 무해하다고 볼 수 없기에 무해통항권을 부정할 수 있다.

위와 같은 해석은 유엔해양법협약이 규정하고 있는 통항 요건을 대한민국의 자의적 판단기준에 귀속하게 된다는 비판의 대상이 될 수 있다. 그러나 협약을 통해 특정 권리를 취득한 EEZ와는 달리 영해상의 모든 권리와 권한은 애초부터 대한민국에 귀속되어 있으며, 오히려 협약을 통해 특정 의무(즉, 외국선박의 무해통항 인정¹¹⁸⁾)를 부담하게 되었다는 점을 감안할 때 협약상 명시적으로 부과된 의무를 제외한 모든 권리는 대한민국에 잔존한다고 보아야 할 것이다. 따라서 영해주권의 원칙상 협약의 취지와 목적에서 현저히 벗어나지 않는 한, 통항요건에 대한 최종적인 해석권은 잔존권리(residual rights)로서 대한민국에 귀속된다고 보아야 할 것이다.

118) 물론 무해통항권 자체는 유엔해양법협약의 발효 이전에도 관습법적 지위를 갖고 있었으나, 무해통항에 수반되는 상세한 요건과 의무 등은 유엔해양법협약을 통해 부담하게 된 것이다.

III. 결 론

지금까지 한반도 인근 해역들의 법적 지위와 각 해역에서 발생할 수 있는 작전법적 쟁점에 대해 검토해 보았다. 작전법은 시간, 공간, 상대, 수단에 따라 정답이 가변적으로 변화할 수 있는 분야이다. 해상작전에서 공간에 해당하는 한반도 인근 해역의 법적 지위에 대한 정확한 이해는 유사시 성공적인 작전수행과 정책수립을 위해 필수적이다. 또한 천안함 피격과 연평도 포격 만행 이후 극도로 악화된 남북 간의 긴장 상태를 고려할 때,¹¹⁹⁾ NLL을 비롯한 민감한 해역의 법적 지위를 확고히 정립하는 것은 중요한 의미를 갖는다. 앞서 서문에서 설명한 바와 같이 한반도 해역은 북한 뿐 아니라 일본, 중국, 러시아, 미국 등 강대국들의 이해관계가 첨예하게 얽힌 복잡한 수역이다. 국제 관계에 있어 국제법의 중요성이 날로 커지는 현 상황에서는 한반도의 평화와 대한민국의 정당한 국익을 수호하기 위해 다양한 국제법적 학술연구가 지속적으로 필요할 것이다.

119) 특히 북한군 최고사령부는 연평도를 포격한 2010년 11월 23일 오후 조선중앙통신을 통해 “우리 혁명무력은 남조선 괴뢰들이 감히 조국의 영해를 0.001mm라도 침범한다면 주저하지 않고 무자비한 군사적 대응타격을 가할 것”이라고 밝히 연평도 포격이 NLL을 둘러싼 만행임을 확인한 바 있다. 「北 “남한 침범하면 군사적타격 계속 가할 것”(1보)」, 『연합뉴스』, 2010년 11월 23일자 참조.

Abstract

**Legal Status of Korean Seas and
Naval Operational Law**

Jung, Haneul*

Main purposes of this paper are to (1) introduce various areas of Korean seas ; (2) provide legal guidance to naval operation in Korean seas ; and (3) prove legitimacy of the Northern Limitation Line as the naval demarcation line between Republic of Korea and North Korea.

Seas of Korea are classified into several areas in accordance with both peacetime international law such as the United Nations Convention on the Law of the Sea (“UNCLOS”), and international agreements and laws unique to Korean peninsula such as the Armistice Agreement, Basic Agreement on Reconciliation and Cooperation and regional customary international law. Due to the half-a-century long confrontation between the two Koreas, some areas of Korean seas are unique in their legal status under international law. Understanding legal nature and limitation of such waters is essential for successful naval operation in Korean seas, as well as for establishing proper military policy.

This paper begins with general discussion on operational law issues in various naval areas defined under the UNCLOS in conjunction with the corresponding waters in Korea seas. Then it proceeds to introduce background of the waters indigenous to Korean peninsula for understanding of their nature. Finally, this paper examines some of the most complex and disputed legal

* R.O.K. Navy, Legal Officer. R.O.K. Joint Chiefs of Staff, International Law Specialist.

issues with respect to the indigenous Korean waters such as the legitimacy of the Northern Limitation Line and opening of Jaeju International Strait to North Korean vessels in light of prevailing international law.