

MV Enrica Lexie호 선박보호요원(VPD)의 물적 면제에 관한 소고

이 은 주*

目 次

- | | |
|----------------------|-------------------|
| I. 들어가는 말 | IV. 판정에 대한 비판적 검토 |
| II. 사실관계 및 배경 | V. 맺음말 |
| III. 물적 면제에 관한 본안 판정 | |

I. 들어가는 말

2012년 2월 15일, 인도의 배타적 경제수역¹⁾을 항해하던 이탈리아 국적 유조선 MV Enrica Lexie호에 승선했던 이탈리아 현역 해병인 선박보호요원(VPD)²⁾들이 다가오는 어

■ 투고일자 : 2023년 11월 10일, 심사일자 : 2023년 12월 18일, 게재확정일자 : 2023년 12월 22일.

* 부산대학교 일반대학원 법학과 박사과정

- 1) 국제해사기구(IMO)의 해적피해방지 대응요령(Best Management Practice, BMP)에 의하면, 소말리아 해적이 창궐하였던 2010년대 당시에 인도 서해에서 아덴만까지의 해역은 해적공격 위험지역(High Risk Area, HRA)으로 분류되었다. 장유락, “Enrica Lexie호 사건에 대한 소고”, 한국해양경찰학회보, 제11권 제3호, 2021, 32-33면 참조.
- 2) 선박보호요원(Vessel Protection Detachment, VPD)이란 민간선박에 배치된 소규모 군(軍) 파견 팀을 말한다. VPD는 해적공격으로부터 선박을 방어하는 역할을 하며, 해적행위(Piracy)를 근절하기 위해 활동한다. EU는 해적대응작전(anti-piracy task force)을 통해 해적공격을 받는 선박을 지원하기 위해 VPD 제도를 운영하고 있다. 이탈리아, 프랑스, 네덜란드, 스페인, 이스라엘, 중국 및 러시아 등 일

선을 해적선으로 오인하여 총격하였고, 인도 어민 2명이 사망하였다.

인도 당국은 총격 사건이 인도 영해(territorial sea)에서 발생했음을 이유로 형사관할권을 행사하여 VPD를 구금하고 인도 어민을 살해한 혐의로 기소하였다. 이에 대해 이탈리아는 국가면제(State Immunity)³⁾를 이유로 자국에서의 재판을 위해 VPD의 석방을 요구하였다. 그러나 인도가 이를 계속 무시하자 이탈리아는 유엔해양법협약 제7부속서에 따른 중재재판부⁴⁾에 사건 중재를 신청하였다.⁵⁾

이탈리아에 따르면 주된 분쟁은 Enrica Lexie호에서 공식 임무를 수행한 자국 해병에 대한 인도의 형사관할권 행사와 관련된 것이다(para. 3). 이탈리아는 가해국이자 Enrica Lexie호의 기국(flag state)으로서 자국 법원의 배타적 관할권을 강조하고, 이들 해병은 공무원으로 공무 수행 중이었으므로 물적 면제(immunity ratione materiae)⁶⁾가 적용된다고 주장하였다. 반면, 인도는 피해국이자 인도 어선인 St. Antony호의 기국으로서 자국 법원

부 국가들은 비용의 일부를 선주가 부담하는 조건으로 해적공격 위험지역(HRA)을 항해하는 민간 선박에 VPD를 승선시키고 있다. 민간선박 내에서 민간인이 보안활동을 수행하는 민간무장보안요원(Privately Contracted Armed Security Personnel, PCASP)과 달리, VPD는 해군이 민간선박에 탑승한다는 점에서 차이가 있으나, 실제 수행하는 보안 활동에는 큰 차이가 없다. 김자영, “해적행위 대응 민간무장보안요원(PCASP)의 승선문제에 관한 국제법적 고찰”, 안암법학, 제48호, 2015, 417-418면 참조.

- 3) 국가(또는 국가 재산)가 타국법원의 관할권으로부터 면제를 향유하는 것을 국가면제 또는 주권면제(Sovereign immunity)라고 한다. 주권면제는 국가간 주권 평등원칙에서 비롯된 것으로, 각국의 실행을 통해 확립된 관습국제법상의 법리이다. 정인섭, 신국제법강의 - 이론과 사례(제11판), 박영사, 2021, 242면.
- 4) 1899년 설립된 상설중재재판부(Permanent Court of Arbitration, PCA)는 중재재판관 명부(a panel of arbitrators)를 보유하고 있다. 계약국은 중재재판관 임무를 수락할 법률가를 4인까지 임명할 수 있으며, 이를 국별재판관그룹(national group)이라 한다. 이렇게 임명된 사람들이 임기 6년의 PCA Member로 명부에 올라있는 것이다. 따라서 이름은 상설이지만 중재재판부 차원에 머물러 있다. 김대순, 국제법론(제20판), 삼영사, 2019, 1340면.
- 5) 이탈리아와 인도는 해양법협약의 당사국이지만, 협약 제287조 제3항 및 제5항에 따른 협약의 해석 또는 적용에 관한 분쟁의 해결을 위한 동일한 절차를 수락하지 않았다. 따라서 달리 합의하지 않는 한 제7부속서에 따른 중재재판부에만 소를 제기할 수 있다. 양 당사자는 다른 절차에 대해서는 합의하지 않았다. The “Enrica Lexie” Incident (Italy v. India), Award of the Arbitral Tribunal (20 May 2020), para. 2.
- 6) 물적 면제(또는 직무 면제 functional immunity)란 한 국가를 대표하는 자들이 공적인 권능으로 행한 행위와 관련하여 타국법원의 재판권으로부터 면제되는 것을 의미한다. 한 국가의 관리를 타국법원의 재판권에서 면제시켜 주는 물적 면제는 타국법원이 국가면제를 우회적으로 부인하는 것을 방지하는 역할을 하게 된다. 박병도, “외국의 형사관할권으로부터 국가공무원의 면제 -ILC 작업을 중심으로”, 법학연구, 제49호, 한국법학회, 2013, 315면.

의 관할권을 주장하였다.⁷⁾

이탈리아 해병의 물적 면제에 대한 인정 여부는 국가공무원(State officials)이 공적 자격으로 수행한 행위에 대해 외국 형사관할권으로부터 물적 면제를 향유할 수 있는지가 핵심이다.

Enrica Lexie호 사건은 면제의 요건에 관한 근본적 문제를 잘 조명하고 있다. 따라서 이 글에서는 물적 면제의 의미와 요건 및 시사점 등을 살펴보고자 한다. 먼저 사건의 배경과 사실관계를 살펴본 후 해당 판결의 쟁점을 검토할 것이다. 다음 이 판정의 몇 가지 문제점에 대해 분석한 후에, 해상에서의 국가공무원의 법 집행에 미칠 수 있는 시사점 등에 대해 논의할 것이다.

II. 사실관계 및 배경

2000년대 말 해적⁸⁾과 해상무장강도가 급격히 증가함에 따라⁹⁾ 몇몇 국가에서는 상선

7) 이와 관련하여 인도는 본 사건이 “Enrica Lexie호 사건”이 아닌 “St. Antony호 사건”으로 불러야 한다고 주장하였다(para. 4).

8) 유엔해양법협약 제101조에 의하면, 해적행위란 공해에서 사유의 선박이나 항공기의 승무원 또는 승객이 사적인 목적으로 다른 선박이나 항공기 또는 그 안의 사람이나 재산을 상대로 행하는 불법적인 폭력·억류·약탈행위이다. 그러나 이러한 해적에 대한 정의는 ‘공해에서’라는 지리적 범위, ‘사적인 목적’이라는 행위의 목적, 소위 ‘두 선박 규칙’으로 인하여 그 적용범위를 지나치게 축소하였다는 평가를 받고 있다. 이석용, “해적행위 억제를 위한 국제법적·국내법적 대응에 관한 연구”, 법학연구, 제24권 제2호, 충남대학교 법학연구소, 2013, 452면.; 해양의 자유 보장과 각국의 주권적 이해의 존중으로 공해상 또는 특정 국가의 주권적 관할권이 미치지 않는 공간에서 발생한 행위에 대해서만 이를 해적행위로 규정하고 있다. 이러한 국제법적 관점에서의 해적행위의 개념에 비판이 제기되고 있다. 유엔해양법협약 등 국제법 내지 국제형사법의 관점에서 고찰한 해적행위 개념이 상사적 거래에도 그대로 적용될 수 있는 것인지 하는 문제가 있다. 상사적 관점에서 고찰한 해적행위는 유엔해양법협약 등 국제법적 관점에서 고찰한 해적행위보다 광범위한 것으로, 해상운송계약 내지 용선계약 그리고 해상보험계약 등 상거래의 목적에서 재구성하여 이해할 필요가 있다. 이정원, “해적의 개념에 대한 법리적 고찰”, 외법논집, 제43권 제4호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2019, 160-161면 참조.

9) 2011년 1월 21일, 우리나라 해군 청해부대는 ‘아덴만 여명작전’을 통해 삼호주얼리호를 납치한 소말리아 해적들을 진압하였다. 소말리아 해적들은 운항 중인 삼호주얼리호에 강제로 올라타 선박과 재물을 강취하고, 선원을 감금하고 인질로 삼아 석방대가를 요구하며 운항을 강제하였다. 선원을 ‘인간방패’로 사용하여 살해될 위험에 처하게 하였다. 이 사건은 해상교통의 안전이 해적이나

에 선박보호요원(VPD)을 배치하기 시작하였다. VPD는 대부분 제복을 입은 군인으로 자국 선박을 보호하는 역할을 한다. 이러한 VPD는 국가면제를 향유할 수 있는가? 관습국제법상 국가 주권과 평등은 국가면제의 최소성 원칙을 뒷받침한다.¹⁰⁾ 그러나 공적 행위의 정의, 예외 및 법적 근거는 명확하지 않으며 국가별 관행도 일관성이 없다. 국제법위원회(ILC)는 2007년부터 외국 형사관할권으로부터 공무원의 면제에 대한 연구를 진행했지만, 일부 조항에만 합의했을 뿐이다.¹¹⁾

해상테러와 같은 폭력적 위해행위에 의해 심각한 위협을 받고 있다는 것을 잘 보여준다. 최민영·최석윤, “소말리아 해적사건에 대한 형사재판의 쟁점”, 비교형사법연구, 제14권 제1호, 2012, 193면 참조.

10) 국가면제는 영역 주권과 그로부터 파생하는 관할권 행사의 예외로서, 그와 관련된 규칙은 국가들의 현행 실행에 확고히 뿌리박고 있는 관습국제법의 일반원칙으로 이해되고 있다. 이 규칙은 ‘대등한 당사자는 다른 대등한 당사자를 지배할 수 없다’(par in parem non habet imperium)는 국가주권 평등원칙에 근거하는 것으로, 현행 국제법 질서의 근본 원칙 중 하나로 받아들여지고 있다. 이성덕, “강행규범과 국가면제: 2012년 ICJ 관할권 면제 사건을 중심으로”, 중앙법학, 제14권 제4호, 2012, 211면; 국가면제는 국가가 타국 법원의 관할권에 복종하지 않는다는 의미에서 성질상 실체법과는 구별되는 절차적인 것이기는 하지만, 그 개념 요소를 보면 관할권이라는 절차적 개념과 면제라는 실체적 개념이 합하여져 있는 것이기도 하다. 다만, 그 적용에 있어서는 관할권이라는 개념이 주된 작용을 하기 때문에 절차적 성질을 가진 것이라고 여겨지는 것이다. 이성덕, 위의 논문, 212-213면; 절대적면제론을 취하는 국가부터 제한적면제론을 취하는 국가까지, 또한 제한적면제론을 취하는 국가들 간에도, 구체적으로 어떠한 행위가 국가면제로 인정받고 어떠한 행위는 국가면제로 인정받지 못하는 점에 대하여는 입장 차이가 있다. 이성덕, 위의 논문, 240-241면.

11) ‘외국형사관할권으로부터 국가공무원면제’(Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction) 주제는 2007년 ILC 작업주제로 선정되었다. 현재까지 잠정 채택된 초안의 전체적 구성은 제1부(서론, introduction, 제1조와 제2조), 제2부(인적 면제, *ratione personae*, 제3조와 제4조), 제3부(물적 면제, *ratione materiae*, 제5조부터 제7조), 제4부(형사절차에 관련되며 제8조 이하) 등으로 이루어진다. 문안위원회는 2017년 표결로 잠정 채택된 초안 제7조(물적 면제의 예외)와 관련된 절차법적 문제에 관한 문안을 검토하기 시작했다. 초안 제7조(물적 면제가 적용되지 않는 국제법상 범죄)의 비공식 한글 번역은 다음과 같다; “1. 다음의 국제법상 범죄에 대해서는 외국형사관할권의 행사로부터 물적 면제가 적용되지 아니한다. (a) 집단살해; (b) 인도에 반하는 죄; (c) 전쟁범죄; (d) 인종차별/인종격리의 죄; (e) 고문; (f) 강제실종. 2. 동 초안의 목적상, 위에 언급된 국제법상 범죄는 동 초안 규정의 부속서에 열거된 조약의 범죄 개념에 따라 이해된다.” 박기갑, “2021년 제72차 회기 유엔 국제법위원회 작업현황과 제76차 유엔총회 제6위원회 논의 결과”, 국제법평론, 제61권, 2022, 163-164면 참조.

1. 사실 관계

(1) 해적 오인 총격 사건의 발생

Enrica Lexie호는 이탈리아가 기국이고 등록항이 나폴리(Naples)인 유조선이다(para. 79). 싱가포르에서 급유를 마친 Enrica Lexie호는 2012년 2월 12일 스리랑카 갈(Galle)항에서 자국 해병 6명으로 구성된 선박보호과견대(VPD)를 승선시켰다(para. 81).¹²⁾ 2월 14일 Enrica Lexie호는 갈항을 떠나 이집트의 포트사이드(Port Said)항으로 향했다(para. 86). 그 구간은 해적공격 위험지역(HRA)이었다.

2012년 2월 15일 인도로부터 약 20.5해리 떨어진 배타적 경제수역에서 Enrica Lexie호의 레이더 화면에 약 2.8해리 거리의 미확인 물체가 나타났다. 어선으로 추정되는 미확인 물체는 Enrica Lexie호에 계속 접근하였다. 거리가 500m 정도에 이르자 이탈리아 해병들은 사격을 시작했고 추가 사격을 가했다.¹³⁾ 어선은 약 30m 정도까지 근접했다가 방향을 바꾸어 멀어졌다.¹⁴⁾ 이탈리아 해병의 발포로 인해 St. Antony호에 승선했던 선원 2명이 사망하였다(paras. 87-117).

(2) 배타적 경제수역에서의 추적

St. Antony호 선장은 지인에게 신고를 부탁했고, 신고받은 인도 해안경비대는 배타적 경제수역에서 해경 헬기와 함정에게 추적을 명하였다(paras. 126-129).¹⁵⁾ 발생 한 시간 뒤

12) 이는 해적 위험이 있는 국제공역을 항행하는 선박의 보호를 위해 민간선박과 약정을 체결할 수 있다는 2011년 7월 12일 이탈리아 국내법 Law Decree No. 107 규정에 따른 것이었다(para. 82).

13) 두 가지 시각의 사실관계가 제시되었다. Enrica Lexie호의 선장은 선상에 무장을 한 사람들을 봤으며 총격 이전에 VHF 16채널 교신 시도, 서치라이트를 포함한 시각 신호, 예광탄과 경고사격을 했다고 주장하였다(paras. 92-97). 반면 St. Antony호의 선장은 고기를 자르는 작은 칼을 소지했을 뿐 무기를 소지하지 않았으며 어떠한 경고음, 방송, 경고사격도 없었다고 진술했다(paras. 110-111).; 이창열, “The Enrica Lexie Incident 판정과 함의”, 국제법평론, 제63호, 2022, 93-94면 참조.

14) 그 소형 어선이 St. Antony호였다. 인도 국적이지만 인도 국기는 게양되지 않았다. Enrica Lexie호는 대형 유조선으로 St. Antony호 달리 급격한 기동이 쉽지 않다.

15) 유엔해양법협약은 “배타적 경제수역(Exclusive Economic Zone, EEZ)은 영해 밖에 인접한 수역으로서, 연안국의 권리와 관할권 및 다른 국가의 권리와 자유가 이 협약의 관련규정에 의해 규율되는 특별한 법제도이다.”라고 규정하고 있다(협약 제55조); 따라서 배타적 경제수역은 영해와 공해의 성질을 공유하고 있다. 박찬호·김한택, 국제해양법, 지인북스, 2009, 82면.; 배타적 경제수역에서 연안국과 기국의 관할권은 서로 중첩되며 어느 일방에게만 배타적인 권리가 부여되지 않는다. 즉 연안국의 관할권과 공해자유 원칙 사이에서 일종의 완충지대 역할을 하고 있다. 박배

인 18시 30분경, 뭍바이 해상구조조정센터(Maritime Rescue Coordination Centre, MRCC)는 Enrica Lexie호에 연락하였다.¹⁶⁾ 얼마간 항해를 계속하던 Enrica Lexie호는 19시 15분경 코치항으로 항로를 변경하였다.

뭍바이 MRCC는 총격 사건을 언급하며 Enrica Lexie호에게 코치항 도착 예정 시간을 보고하라고 요구했고, 해경 헬기와 함정은 Enrica Lexie호를 에워싸고 코치항으로 호송(escort)하였다(paras. 140-145). 21시 18분 경 Enrica Lexie호는 코치항 정박지(anchorage)에 도착하여 투묘(投錨)하였다(para. 149).

(3) VPD에 대한 구금과 인도의 형사관할권 발동

2012년 2월 16일 인도 해양경비대는 Enrica Lexie호에 승선하여 인도 영해에서 총격 사건이 발생하였기 때문에 선장과 해병을 인도 형법에 따라 살해 혐의로 조사를 시작한다고 밝혔다(para. 158). VPD는 “이탈리아 사법 당국에만 답변할 책임이 있다”며 진술을 거부하였다(para. 159). 인도 외무부는 총격 사건에 대해 정식으로 조사하고 관련자들을 구금하기로 결정하였고, Enrica Lexie호가 정박지를 떠나는 것을 막기 위해 코치항으로 입항시키라고 명하였다(para. 162).

Enrica Lexie호가 코치항에 입항하자 인도 어민을 살해한 혐의로 기소되면서 인도의 사법절차가 개시되었다.¹⁷⁾ 5월 2일 억류 중이던 Enrica Lexie호의 출항이 허용되었으나

식·김승우·이윤철, “배타적 경제수역에서의 연안국 법령 적용에 관한 연구 -튜멘호 사건을 중심으로-”, 해사법연구, 제26권 제1호, 2014, 135면.; 배타적 경제수역에서 연안국이 향유하는 주권적 권리나 관할권은 영토적 주권의 개념보다는 내용과 범위에 있어 제한을 받게 된다. 즉 주권적 권리는 주권의 특성인 배타성과 최고의 권위를 바탕으로 해양법협약 제56조 제1항에 의해 기능적으로 분화된 일정 부분에 한해서 배타적 경제수역의 범위 내의 사람과 자원에 대하여 최고의 권위로 명령·강제할 수 있고, 타국으로부터 어떠한 간섭도 받지 않는 권리로서 주권보다는 그 적용 범위가 한정되어 있다. 이에 반해 관할권은 일반 국제법과 구체적인 조약 등에서 적법하게 인정되는 타국의 법익을 위한 합리적인 제약을 전제로 하는 연안국의 일반적인 권리이며 연안국은 배타적 경제수역 내에서 제56조 제1항 (b)호에 규정된 관할권을 행사함에 있어서 제56조 제2항에 의해 다른 국가의 권리와 의무를 적절히 고려하고, 동 협약의 규정에 따라서만 행동할 수 있다. 즉 연안국은 배타적 경제수역이라는 공간 전체를 대상으로 하는 불특정의 일반적인 권리를 가질 수 없으며, 유엔해양법협약에서 규정하는 특정한 권리도 타국의 이익을 고려하면서 행사하여야 한다. 박배식·김승우·이윤철, 위의 논문, 141면 참조.

16) 해적으로 의심되는 선박 두 척을 억류하고 있으니 진술을 위해 가장 가까운 코치(Kochi)항으로 회항을 요구하였다. 당시 사건 현장에는 St. Antony호와 선명(船名)이 같은 또 다른 St. Antony호가 부근에 있었다. 그 어선이 해경에 신고한 어선이었다.

해병은 계속 구금되었다. 이 과정에서 VPD는 인도의 형사관할권 행사의 국제법 위반을 주장하며 보석을 청구하였으나 기각되었다.

이탈리아 정부 역시 인도의 사법 절차를 통해 이들의 석방을 요구했지만, 인도 대법원은 2013년 1월 18일 이탈리아의 청구를 기각하였다. 케랄라주 콜람 재판부를 대신한 인도 대법원은 해병의 국가면제 문제를 구체적으로 결정하지 않고, 이 사건을 재판할 특별 법원을 설치해야 한다고 판결하였다.

2013년 2월 22일 EU 투표를 위한 4주간의 이탈리아 여행이 허가되었다. 이후 Latorre 주임상사는 치료를 이유로 이탈리아 잔류 연장을 계속 신청하였고, Girone 하사는 인도로 복귀하였다가 ITLOS의 잠정조치 명령에 따라 소송절차가 정지된 이후인 2016년 5월 28일에야 이탈리아로 귀환하였다(para. 179-193).

2. 본안전 잠정조치

본 중재는 2015년 6월 26일 이탈리아가 인도에 대해 “Enrica Lexie호 사건에 관한 분쟁”과 관련하여 유엔해양법협약 제287조 및 제7부속서 제1항에 따른 중재신청통지를 통해 시작되었다(para. 1). 본 사건 중재재판부 구성 절차가 계속되던 중 7월 21일, 이탈리아는 협약 제290조 제5항에 따른 잠정조치(Provisional Measures)¹⁸⁾ 신청서를 해양법재판부(ITLOS)에 제출하였다(para. 6).¹⁹⁾ 이후 본 사건 중재재판부가 구성되었고 당사국들은

17) 2012년 3월 1일, 해병들은 “국가의 대리인 및 대표로서 이탈리아 국기를 게양한 이탈리아 선박의 이익을 보호하는 국가 기능을 수행하는 주권 국가의 군인”으로서 국가 면제(immunity)를 이유로 구금에 대해 이의를 제기했으나 인정되지 않았다(para. 173).

18) 국제해양법재판부(ITLOS)의 잠정조치(Provisional Measures)란 ITLOS나 그 이외 협약상의 강제적 분쟁해결기관에 정당하게 회부된 분쟁에 대하여, 그 분쟁해결기관이 관할권을 가지는 것으로 판단하는 경우, 최종판결이 내려지기 전까지 각 분쟁당사자의 권리를 보호하기 위하여 혹은 해양환경에 대한 중대한 손상을 방지하기 위하여 내리는, ‘재판 전 조치’를 말한다(협약 제290조). 최지현, “국제해양법재판부와 국제사법재판부의 잠정조치에 관한 비교 연구”, 해양정책연구, 제26권 제1호, 2011, 71면.; 잠정조치의 중요한 목적은 당사자의 권리보호이다. 보호의 대상이 되는 권리는 본안 소송의 대상이 되는 당사자의 권리이며 이러한 권리는 침해가 예상되고 있는 경우이든 이미 침해가 발생한 경우이든 상관없다. ‘분쟁의 가중 및 악화의 방지’, ‘증거보전’을 그 목적으로 제시할 수 있으나 이는 부수적 목적일 뿐이며, 잠정조치의 목적은 결국 소송의 대상인 당사자의 권리보호이다. 최지현, 위의 논문, 80면.

19) 청구취지는 자국 해병에 대해 인도 법원이 사법권을 행사하는 것은 부당하며, 이탈리아 법원이 관할권을 가진다고 선언해 달라는 것이었다(para. 7). 8월 24일 ITLOS는 이탈리아의 잠정조치 신청을 받아들여, 양국 모두 법원 절차를 중단하라는 취지의 명령을 내렸다(para. 11).

중재절차를 진행하였다.

2015년 12월 11일 이탈리아는 중재재판부에 대하여 협약 제2조 제1항에 따른 잠정조치 신청서를 제출하였다(para. 27). 2016년 4월 29일 중재재판부는 이탈리아와 인도에 대하여 (i) 상호 협력하여 이탈리아 해병의 보석 절차를 진행하고, (ii) 중재재판부가 인도에 관할권이 있음을 확인하면 이탈리아는 해병을 인도로 돌려보내야 한다는 취지의 잠정조치 명령을 내렸다(para. 30). 이에 따라 인도 대법원은 잠정조치 취지에 따라 이탈리아 해병의 본국 귀환을 허락하였다.

3. 당사자들의 주장과 판정

(1) 이탈리아의 최종 청구취지²⁰⁾

인도는 Enrica Lexie호가 항로를 변경하고 인도 영해로 진입하도록 계략(ruse)을 써서,²¹⁾ 지시²²⁾하고 유도함으로써, Enrica Lexie호를 차단(interdict)했다.²³⁾ 코치항으로 호송(escort

20) para. 75.

21) 이탈리아는 MRCC Mumbai의 통신과 관련하여 인도가 Enrica Lexie호를 인도 영해로 진입시키기 위해 '계략(ruse)', '잘못된 지시', '속임수'를 썼으며 이는 항행의 자유에 대한 간섭에 해당한다고 주장하였다(para. 483). 재판부는 Enrica Lexie호가 MRCC Mumbai의 거짓 교신(해적 혐의 선박 2척을 억류하고 있으니 증언을 위해 코치항으로 와 달라는 내용)으로 움직인 것은 아닌가에 대하여 검토하였다. 문제는 MRCC Mumbai의 정정 메시지(총격 혐의 선박 조사를 위해 코치항으로 와 달라는 내용)를 Enrica Lexie호가 코치항으로 방향을 전환하기 전에 받았는지, 코치항으로 가고 있는 중에 받았는지와 관련하여 Enrica Lexie호 측 자료와 인도 측 자료가 상이했다는 점이다(para. 484). 재판부는 인도가 조사 상황을 Enrica Lexie호와 공유하지 않은 것이 Enrica Lexie호를 코치항으로 유인하기 위한 계략을 사용한 것으로 볼 수 없으며, 이에 대한 입증은 이탈리아에 있다고 하였다(para. 485).

22) 이탈리아는 Enrica Lexie호가 코치항으로 경로를 바꾸도록 인도 정부가 지시(direction)하였으므로 항행의 자유를 침해하는 간섭이 있었음을 주장하였다(para. 475). 재판부는 MRCC Mumbai의 요청은 항행의 자유를 침해할 정도의 간섭을 구성하지 않는다고 보았다(para. 481). 재판부는 인도가 사건 직후 용의 선박을 찾기 위해 해경 헬기와 함정을 동원하는 등 적극적인 수색 활동을 전개하였으나, Enrica Lexie호에 승선을 시도하거나 승선하여 선박과 선원을 나포하는 등 무력 행사를 하지 않았고, 코치항으로 이동하여 사건에 대해 진술할 것을 제안(suggest)하였다고 보았다. 이때 인도의 제안은 이동할 것을 강제하는 요청(request)이 아닌 단순한 제안일 뿐이며, Enrica Lexie호의 자발적인 의사에 따라 코치항으로 기항한 것으로 판단하였다. 따라서 인도는 협약 제92조와 제87조에 따른 기국 관할권과 항행의 자유를 침해하지 않았으며, 이러한 해석에 따라 인도는 협약 제56조에 따른 연안국 관할권을 초과하여 행사한 것이 아니라고 판단하였다(para. 524).

23) 이에 대해 재판부는 인도 해경이 도착하였을 때에 이미 Enrica Lexie호가 코치항으로 이동 중이었다는 점과 Enrica Lexie호에 승선이나 나포 사실, 무력 사용의 사실이 없다는 이유로 차단에 의한

t)²⁴함으로써, UNCLOS 제87조 제1항(a)를 위반하여 항행의 자유(freedom of navigation)²⁵를 침해하였고, UNCLOS 제92조를 위반하여 이탈리아의 배타적 관할권을 침해하였다(최종 청구취지 2.b항).

인도는 해병에 대한 형사 소송을 제기함으로써, UNCLOS 제97조 1항을 위반하여 해병에 대한 처벌 또는 징계 소송을 제기할 수 있는 이탈리아의 배타적 권리를 침해했으며, 이를 계속해서 위반하고 있다(최종 청구취지 2.d항). 인도는 2012년 2월부터 5월 사이에 Enrica Lexie호의 구금(detention)을 명령하고 승선자들을 조사함으로써, UNCLOS 제97조 3항을 위반하여 기국 이외의 국가가 선박을 체포 또는 억류하는 것을 금지하는 규정을 위반하였다(최종 청구취지 2.e항).

인도는 Latorre 주임상사와 Girone 하사에 대한 형사관할권을 주장하고 계속 행사함으로써, UNCLOS 제2조 제3항, 제56조 제2항, 제58조 제2항 및 제100조를 위반하여 공적 기능(official functions)을 수행하는 이탈리아 국가공무원으로서 해병의 면제(immunity)를 존중해야 할 의무를 위반하였다(최종 청구취지 2.f항).

따라서 인도는 각 명시된 협약 위반에 대해 완전한 배상을 해야 하며, 위법 행위 이전에 존재했던 상황을 원상회복해야 한다. 특히 인도는 Enrica Lexie호 사건과 관련하여 Latorre 주임상사와 Girone 하사에 대한 모든 형사 절차(구금 조치 포함)를 종료해야 한다.

항행의 자유 침해 사실이 없다고 보았다(paras. 491-495).

24) Enrica Lexie호가 코치항으로 항행하는 동안 인도 해경의 호송(escort)을 받았는데 이 점이 항행의 자유를 침해했는지도 문제되었다(para. 496). 재판부는 ① 인도 해경함이 Enrica Lexie호에 옆에서 안전거리를 유지하였다는 사실, ② 감시받는다(monitor) 느낌은 있었지만 언제든지 경로를 선회할 수 있는 자유로움을 느꼈다는 Enrica Lexie호 선장의 진술, ③ Enrica Lexie호의 코치항으로의 이동을 돕는 것이 임무였다는 인도 해경 지휘관의 진술, ④ 호송 임무를 맡은 해경 선박은 무기가 잠겨 있어 무력 사용의 준비가 없었다는 점 등을 고려하여, 이탈리아 항행의 자유가 침해받지 않았다고 하였다(paras. 498-505).

25) 재판부는 협약 제87조 제1항(a)에서의 항행의 자유와 관련하여, 항행의 자유는 ① 공해에서 자유롭게 항행할 수 있다는 것과 ② 어떠한 국가도 다른 국가의 국기를 게양하고 항행하는 선박에 대하여 관할권을 행사할 수 없다는 두 가지 의미가 있다고 하였다(para. 465). 재판부는 또한 Guyana v. Suriname 사건을 인용하면서 물리력을 수반하지 않고 자유로운 의사결정에 공포를 느끼게 하는 무력의 위협과 같은 비물리적 행위 역시 항행의 자유를 침해할 수 있다고 하였다(paras. 471-472).

(2) 인도의 최종 청구취지²⁶⁾

이탈리아가 제기한 사건과 관련하여 관할권이 없음을 판결하고 선언하며, 이탈리아의 기타 모든 요청 및 청구취지를 기각하고 거부해 달라. 이탈리아는 협약 제56조에 따른 인도의 주권적 권리를 침해했으며, 협약 제58조(3)에 따라 자국 EEZ에 대한 인도의 권리를 적절히 고려해야 할 의무를 위반했고, 협약 제87조 및 제90조에 따른 인도의 항행의 자유 및 권리를 침해하였다.²⁷⁾ 이탈리아는 협약 제56조, 제58조(3), 제87조, 제88조 및 제90조 위반에 대해 전액 배상해야 한다.

26) para. 76.

27) 재판부는 St. Antony호가 항행의 자유를 향유할 수 있는 선박인지 여부에 대하여 먼저 살펴보았다. 인도는 이탈리아 해병의 총격 행위로 인하여 St. Antony호가 항로를 변경할 수밖에 없었으므로 이탈리아가 인도의 EEZ에서의 항행의 자유와 권리를 침해하였다고 주장하였고, 이탈리아는 St. Antony호는 국기를 게양하고 있지 않았으므로 항행의 자유를 향유할 수 없으며, 인도는 협약 제94조상 기국으로서 의무를 다하지 않았다고 주장하였다(paras. 1017-1019). 재판부는 모든 국가는 국내법으로 자국 선박에 국적을 부여하는 요건을 정함에 있어 재량이 있으며, St. Antony호의 경우 인도 국내법상 협약 제90조 제2항(a)에서 언급하는 등록예외 선박인 소형선박으로 어업법에 따라 등록된 어선인데, 등록 여부 또는 국기 게양 여부는 항행의 자유 향유와 무관하다고 하였다(paras. 1022-1034). 결국 재판부는 Enrica Lexie호는 St. Antony호가 근접했을 때에 총격을 가하였고, 총격 의도가 Enrica Lexie호로 향하는 St. Antony호의 항로를 방해할 목적이었고, St. Antony호 선장도 총격 피해를 줄이기 위하여 Enrica Lexie호에게서 떨어지려고 항로를 변경하였다는 증언을 근거로, 총격이라는 물리적 간섭이 St. Antony호 항로를 변경시켰다고 보고, 이탈리아의 협약 제87조 제1항(a) 위반이 있었다고 판정하였다(paras. 1039-1043).; 그러나 이 사건의 외형을 보면, St. Antony호는 Enrica Lexie호의 교신이나 불빛 신호에도 불구하고 Enrica Lexie호로 계속 접근하였고 결국 충돌 위험이 있는 500미터까지 접근하였다. 이러한 상황은 소형 어선인 St. Antony호의 돌진으로 유조선인 Enrica Lexie호가 항로를 변경해야 할 수도 있는 경우였다. 이탈리아 해병은 Enrica Lexie호로 향하는 St. Antony호의 항로를 변경시킬 의도로 총격을 가했다고 증언하였지만, St. Antony호의 항행의 자유를 침해할 의도로 해석할 수 있을지는 의문이다. St. Antony호의 항로를 변경시키려는 의도는 Enrica Lexie호를 해적의 위협으로부터 보호하는 것이었기 때문이다. St. Antony호 선장의 증언은 총격으로부터 피해를 줄이기 위하여 항로를 변경하였다는 것이다. 정상 방향으로 항행하는 Enrica Lexie호로 향해 충돌 위험이 있는 항행을 한 선박은 St. Antony호였다. Enrica Lexie호가 총격을 가하지 않았더라도 항로를 변경했어야 할 선박은 St. Antony호였고, St. Antony호가 항로를 변경하지 않았다면 Enrica Lexie호와 충돌할 수밖에 없는 상황일 수도 있다. 즉, St. Antony호는 자신이 스스로 초래한 상황 때문에 항로를 변경할 수밖에 없었다는 것이다. 이러한 정황을 볼 때 이탈리아가 인도의 항행의 자유를 침해하였다고 보기는 어려울 수도 있지 않을까 하는 의문이 있다. 이창열, 앞의 논문(주 13), 102-103면 참조.

Ⅲ. 물적 면제에 관한 본안 판정

중재재판부는 이탈리아 해병의 총격이 국가공무원으로서 직무 범위 내에 있는 행위인지 검토하였다. 본 사건의 쟁점은 ① 인도가 이탈리아 해병을 기소할 수 있는 형사관할권이 있는지 여부 및 ② 이탈리아 해병들이 인도의 형사관할권으로부터 물적 면제를 누릴 수 있는지 여부였다. 재판부는 이들은 국가공무원이며, 공적 기능을 수행했다고 판단하면서, 물적 면제가 부여되어야 한다고 판정하였다.

1. 이탈리아 해병에 대한 인도의 형사관할권

인도가 이탈리아 해병을 기소할 수 있는 형사관할권이 있는지에 대하여 재판부는 Enrica Lexie호가 코치항에서 4.5마일 떨어진 인도 영해에 정박하였을 때 인도가 형사관할권을 행사하였다고 보았고, 인도의 접속수역이나 배타적 경제수역에서는 이탈리아 해병에 대하여 어떠한 집행도 없었다고 하였다(para. 356).

재판부는 인도의 형사관할권 행사는 국제법상 속지주의²⁸⁾와 수동적 속인주의²⁹⁾에 근거하고 있다고 하였다(para. 362). 재판부는 선박 국적국이 선박 내에서 발생한 위반 행위에 대하여 국내법을 적용하는 속지주의의 확장은 잘 확립되어 있으며(para. 365), 국제법상 속지주의는 해양법협약과 양립가능하다고 하였다(para. 368). 또한 이 사건에서 속지주의가 적용 가능하므로 수동적 속인주의의 적용에 대해서는 더 살펴볼 필요가 없다고 하였다(para. 369).

28) India's Counter-Memorial, paras 3.14-3.15, 4.23(b).; 속지주의(territorial principle)란 행위자가 내국인이거나 외국인이나를 불문하고 '한 국가의 영토 내에서' 발생한 일정 행위에 대해 당해 영토국이 이를 범죄로 규정하고 형사관할권을 행사할 수 있다는 원칙을 말한다. 선박 등이 해외에 있더라도 그 내부에서 이루어진 범죄행위는 기국에서 관할권을 행사할 수 있는 기국주의 역시 속지주의의 연장이라고 볼 수 있다. 성기주, "국제해양범죄의 형사관할권에 관한 법적 연구", 해사법연구, 제 26권 제2호, 2014, 190-191면.

29) India's Counter-Memorial, paras 3.16-3.18, 4.23(a).; 수동적 속인주의(passive nationality principle, victim jurisdiction)란 속인주의와는 반대로, 국가는 자국민을 대상으로 한 외국인의 외국에서의 일정 행위를 범죄로 규정하고, 그에 대해 형사관할권을 행사할 수 있다는 원칙을 말한다. 다시 말해서 '피해자'(victim)의 국적국이 외국인의 외국에서의 범죄에 대해 형사관할권을 행사할 수 있다는 것이다. 수동적 속인주의가 인정되는 근거는 범행지국에서 범인을 처벌하지 않거나 처벌할 수 없는 경우에는 범죄의 진압을 위해 피해자의 국적국이라도 이를 처벌해야 한다는 데 있으며, 나아가 재외자 국민의 보호에 유용하다는 데 있다. 성기주, 위의 논문, 191면.

재판부는 범죄가 한 선박에서 시작되었고 다른 선박에서 완료될 경우, 한 국가의 영토에서 범죄가 시작되어 다른 국가의 영토에서 완료된 경우를 유추해 볼 때, 두 선박의 국적국 모두 해당 위반에 대하여 관할권을 가진다고 하였다(para. 367). 따라서 이탈리아와 인도 모두 형사관할권을 행사할 수 있었으므로 인도의 형사관할권 행사는 정당한 것이다. 즉 재판부는 속지주의 원칙에 따라 인도는 이 사건에 대한 형사관할권을 행사할 수 있다고 판시한 것이다.

2. 면제에 대한 중재재판부의 재판관할권

재판부는 면제³⁰⁾ 위반 문제와 관련하여, 먼저 재판관할권을 행사할 수 있는지 검토한 후 면제 문제를 ‘부수적으로’(incidentally) 다룰 수밖에 없다고 하였다.

재판부는 본 사건의 경우 인도가 내수와 육지에서 해병에 대한 관할권을 행사하였기 때문에 이탈리아가 언급한 협약 규정은 적용되지 않으며, 공해상 군함과 비상업적 업무 선박의 면제를 다룬 협약 제95조와 제96조도 개인의 면제를 다루지 않는다고 하였다(paras. 796-799). 다만, 재판부는 이 사건의 경우 이탈리아 해병에 대한 관할권이 어느 국가에 있느냐가 중요한 문제이므로 면제 문제를 다루지 않고서는 관할권 여부를 판단할 수 없다고 보았다. 따라서 면제 문제를 ‘부수적으로’ 다룰 수밖에 없다고 하였다(paras. 804-811).

이탈리아는 자국 해병에게 국가면제가 부여되어야 하는지 여부가 협약의 해석 또는 적용에 관한 분쟁이라는 입장을 관철하기 위해, 협약 중 세 개의 조항, 즉 제2조 제3항, 제56조 제2항, 제58조 제2항을 원용하였다.³¹⁾ 이에 반해 인도는 이탈리아 해병에 대해

30) 면제의 개념과 관련하여, ILC 위원들은 면제는 성질상 절차적이며 국가공무원이 국내법을 준수할 의무와 그 법을 위반할 경우 지게 되는 형사적 책임을 면제해주는 것은 아니라고 보았다. 면제는 성질상 절차적이지 실체적인 것은 아니며, 국가공무원이 국내법을 준수할 의무와 그 법을 위반할 경우 지게 되는 형사책임의 장애물일 뿐이지, 원칙상 형사책임을 면제 또는 배제하는 것은 아니다(이러 의미에서 국가공무원의 면제란 피해자나 법정지 국가가 외국의 국가공무원의 책임을 추궁할 수 있는 실효적인 방법들 중의 하나를 상실함을 의미하는데 지나지 않는다. 따라서 책임 자체의 면제를 시사하는 듯한 면책(免責)이나 면책특권(免責特權)은 올바른 표현이 아니다. 김대순, 국제법론(16판), 삼영사, 2011, 444-445면 참조.

31) 이탈리아는 국가면제를 규율하는 관습국제법은 유엔해양법협약 제2조 제3항의 ‘그 밖의 국제법 규칙’(other rules of international law), 제56조 제2항의 ‘다른 국가의 권리와 의무에 대한 적절한 고려’(due regard to the rights and duties of other States), 제58조 제2항의 ‘그밖의 국제법의 적절한 규칙’(other pertinent rules of international law) 등이 해당한다고 주장하였다(para. 734).

형사관할권을 행사할 수 있다는 주장을 목적으로 이탈리아가 원용한 협약 내 어떤 조항도 해병이 외국재판부의 형사관할권으로부터 면제된다는 것을 다루거나 언급하지 않고 있다고 하였다(para. 740).³²⁾

재판부는 이탈리아가 제시한 근거에 대해 부정적인 입장이었다. 재판부는 이탈리아 해병들에게 국가면제가 부여되어야 하는지를 다룰 수 있는 다른 근거가 존재하는지를 찾으려 했다(para. 803). 재판부는 Enrica Lexie호 사건에 대하여 ‘어떤 국가’가 관할권을 행사할 수 있을 것인 지의 문제가 분쟁이라고 했으나, 분쟁은 이탈리아 해병들에게 국가면제가 부여되어야 하는지에 한정되지 않는다고 보았다(para. 804). 그러나 재판부는 이탈리아 해병에게 국가면제가 부여되어야 하는지 여부를 다루지 않은 채 Enrica Lexie호 사건에 대한 관할권 문제를 놓고 만족스러운 답이 주어질 수 있는지에 대하여 의문을 제기하였다(para. 805).

따라서 재판부는 ‘부수적으로’ 해병이 면제를 향유하는지 검토하지 않은 채로는 어떤 국가가 관할권을 행사할 수 있는지에 대하여 완전한 답을 줄 수 없다고 하였다. 해병의 면제 문제는 협약의 적용에 있어 ‘선결적’(preliminary) 또는 ‘부수적’(incidental) 문제라고 선언한 것이다. 이렇게 해서 재판부는 선결적 또는 부수적 문제에 대하여는 협약의 해석 또는 적용에 관한 분쟁이 아니라 하더라도 관할권을 확대할 수 있다는 결론에 이르게 되었다.

3. 물적 면제에 대한 판정과 그 근거

재판부는 이탈리아 해병의 범죄의 “결과”가 인도 선박에서 발생하였다고 보았고, 인도의 형사관할권이 미칠 수 있는지를 검토하였다. 협약 등 조약에 명시적 규정이 없으므로 관습국제법을 살펴볼 필요가 있다고 하였다(paras. 841-842). 관습국제법에 따르면 타국 형사관할권으로부터 물적 면제가 적용되려면 ‘공적 행위’(official acts) 또는 ‘공적 자격에서 수행한 행위’(acts performed in an official capacity)이어야 하며, 이는 다양한 선례로 뒷받침된다(paras. 843-844).

이탈리아 해병들이 인도의 형사관할권으로부터 물적 면제를 누릴 수 있는지에 대하

32) 인도는 협약에 의해 직접적으로 면제에 관한 규칙이 적용될 수 있다면 재판부가 관할권을 행사하는 것이 가능할 수도 있으나, 해양법협약에는 명시적이든 묵시적이든 면제에 관한 규칙이 언급되어 있지 않다고 강조하였다(para. 749).

여 재판부는 이탈리아의 주장³³⁾을 지지하면서, 해병들이 인도의 형사관할권으로부터 물적 면제를 누린다는 결론을 내렸다. 이탈리아 해병들이 인도의 형사관할권으로부터 물적 면제를 누릴 수 있는 근거는 다음과 같다.

(1) 국가 공무원 자격

ILC는 어떤 개인을 국가공무원으로 간주하는 데 있어 국가를 대표한다는 점과 국가 기능을 수행한다는 점을 핵심으로 보았다. 재판부는 ILC의 이러한 개념을 토대로 이탈리아 해병이 국가공무원으로 간주될 수 있는지를 결정하기 위해 이탈리아 입법을 살펴 보았다(paras. 850-851).

검토 결과, 이탈리아의 군사법(Military Code)에 의하면 해병은 “해상 방위라는 업무를 수행하는 기능적 단위”에 해당하므로 본 사건 해병은 국가공무원의 지위를 가진다고 볼 수 있고(para. 850), 해적을 체포·구금하며, 해적 범죄에 대한 수사를 수행한다는 면에서 사법경찰 요원이라는 지위에 있다는 점을 확인하였다.

(2) 공적 기능의 수행

재판부는 이탈리아 해병의 행위가 국가공무원으로서 그들의 직무 범위 내에 있는 행위인지를 검토하였다. 재판부는 면책 요건이 국가에 대한 귀속과 관련이 있다는 ILC의 첫 번째 보고관인 콜로드킨(Kolodkin)의 견해를 참고하였다.³⁴⁾ 재판부는 이탈리아 해병이 공적 기능을 수행했는지의 문제를 2001년 ILC가 채택한 ‘국제위법행위에 대한 국가 책임에 관한 규정 초안’ 제7조의 월권 또는 지시위반 문제를 통해 이탈리아 해병이 공적 기능을 수행했다는 논리를 전개하였다(paras. 860-862).

(3) 불법행위의 영토적 예외

재판부의 논리에 의하면 이탈리아 해병은 국가공무원이고, 공적 기능을 수행했기 때

33) 이탈리아는 자국 해병들이 당시 국가공무원으로서 공적 자격으로 Enrica Lexie호에서 공무 수행 중이었으므로 협약 제2조 제3항, 제56조 제2항, 제58조 제2항에 따라 물적 면제를 누린다고 주장하였다(paras. 813-815).

34) 이 보고서는 “국가 기관의 행위(conduct of any State organ)는 해당 국가의 행위로 간주한다”고 규정하고 있다(paras. 857-858).

문에 관습국제법에 따라 이들에게는 물적 면제가 부여되어야 한다. 그러나 재판부는 이 결론을 내리기 앞서 UN면제협약³⁵⁾ 제12조와 관련하여 ‘영토 내에서 발생한 불법행위’(territorial tort)에는 물적 면제가 부여되어서는 안 된다는 점과 관련한 논의를 검토하였다. 불법행위의 영토적 예외란 피해국의 영토 내 불법행위로 인해 청구인에게 손해 또는 손실이 발생한 경우 법원이 국가면제를 부인해야 한다는 원칙을 말한다(para. 872).

UN면제협약 제12조에서는 다음 두 가지 요건을 규정하고 있는데, 하나는 문제의 행위가 법정지국(forum State)의 영토에서 행해졌어야 하고, 다른 하나는 문제의 행위 당시 그 행위를 행했던 외국 공무원이 공적 행위를 행하는 데 있어서 그 국가의 명시적 동의 없이 그 영토에 있었어야 한다는 것이다(para. 868).

재판부는 관할권 측면에서 선박이 국적국의 육상 영토와 동일하다는 논리는 법적 허구라는 이유로 본 사건은 첫 번째 조건을 충족한다고 보지 않았다. 나아가 재판부는 두 번째 조건은 불필요하다는 주장에 대해서도 지지하지 않았다. 재판부는 해병들이 인도 영토가 아닌 Enrica Lexie호에 탑승하고 있었기 때문에 이 사건에서 예외가 적용되지 않는다는 결론을 내렸다.³⁶⁾

35) UN국가면제협약에 대해서는 서울중앙지방법원 2021. 4. 21. 선고 2016가합580239 판결 참조. (가) UN 국제법위원회(ILC)는 1978년경부터 위 협약에 관한 초안 작성 작업을 시작하여 장기간 논의를 하였고, 그 결과 2004. 12. 2. UN 총회에서 「국가 및 그 재산의 재판관면제에 관한 국제연합협약」(United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, 「UN 국가면제협약」)이 채택되었다. (나) 위 협약 제5조는 국가는 자신과 그 재산에 관하여 이 협약에서 정하는 바에 따라 다른 국가 법원의 재판관할권으로부터 면제된다고 정하고, 제6조는 국가는 다른 국가에 대하여 제5조에 따라 국가 면제를 인정해야 한다고 정하고 있으며, 제10조 이하에서 국가 면제의 예외를 정하고 있는데, 제12조는 그 예외 중 하나로 ‘신체적 상해와 재산상 손해’라는 표제 하에 “국가 간에 별도의 합의가 없는 이상, 국가는 그 국가의 책임으로 돌릴 수 있는 작위 또는 부작위에 의하여 발생한 사망 또는 상해 또는 유체동산에 대한 손해에 관하여, 그러한 작위 또는 부작위의 전부 또는 일부가 법정지국영토 내에서 이루어졌고, 그러한 작위 또는 부작위의 주체가 당시 법정지국 영토 내에 있었다면, 법정지국 법원에 제기된 금전청구소송에서 국가 면제를 주장할 수 없다”라고 규정하고 있다. (다) 위 협약 제30조 제1항은, 위 협약은 30번째 비준국의 협약 비준 의사가 접수된 날로부터 30일째 되는 날 효력이 발생한다고 정하고 있는데, 이 사건 변론종결일인 2021. 3. 24. 현재 위 협약에는 28개국이 서명하였고, 22개국이 비준하여 위 협약은 아직 발효되지 아니하고 있다. (라) 위 협약 비준국 중에서 핀란드, 이란, 이탈리아, 리히텐슈타인, 노르웨이, 사우디아라비아, 스웨덴, 스위스 8개국은 위 협약의 적용 범위 등에 관하여 각국의 입장을 선언하거나 또는 일정한 내용에 관하여 유보적인 입장을 밝혔다.

36) 그러나 UN면제협약이 발효하지 않는 한 또한 발효했다 하더라도 UN면제협약 제12조가 적용되지 않는 한, 제12조가 언급하고 있는 영토 내에서 발생한 불법행위 예외가 적용되기가 쉽지 않을 것이라는 문제점이 있다.

IV. 판정에 대한 비판적 검토

1. 강제관할권과 부수적 문제

(1) 강제 관할권의 확대

인도는 해양법협약에 의해 직접적으로 면제에 관한 규칙이 적용될 수 있다면 재판부가 관할권을 행사하는 것이 가능할 수도 있으나, 협약에는 명시적이든 묵시적이든 면제에 관한 규칙이 없다고 하였다(para. 749). 따라서 이 문제에 대해 재판부의 관할권은 없다고 주장하였다. 인도의 이러한 항변은 타당하다고 본다.

이탈리아가 원용한 해양법협약 제2조 제3항, 제56조 제2항, 제58조 제2항은 영해 또는 배타적 경제수역을 규율하는 조항이다. 설령 인도가 면제에 관한 규칙을 위반했다 하더라도 인도의 영해 또는 EEZ에서 면제에 관한 규칙을 위반하지 않았다(para. 755).³⁷⁾ 본격적인 조사는 인도의 '내수'에서 시작되었으며, 이탈리아 해병들은 인도 영토에서 구금되었다(para. 758). 인도에 의하면 Enrica Lexie호 사건은 영해 또는 EEZ를 규율하는 조항인 협약 제2조 제3항, 제56조 제2항, 제58조 제2항의 해석 또는 적용에 관한 분쟁이 아니며, 내수 문제 또는 영토 문제는 협약의 규율 범위 밖에 있다(para. 759).

그러나 해양법협약의 해석이나 적용에 관한 분쟁이 발생하고 당사국들이 합의한 수단에 의해 해결이 이루어지지 않으면, 당사국들은 자기의 의사에 상관없이 구속력있는 결정을 수반하는 강제절차³⁸⁾에 따라야 한다. 우리는 이미 필리핀 대 중국의 중재사건을

37) 인도는 Enrica Lexie호가 인도의 EEZ에서 코치항으로 향하는 동안 이탈리아 해병들로부터 불법적인 압박이 있다는 등의 불만도 접수되지 않았으며, 인도의 영해에서는 신상 파악 정도만 이루어졌다는 주장을 하였다.

38) 분쟁의 해결에 관한 해양법협약 제15부에서 가장 중요한 부분은 '구속력있는 결정을 수반하는 강제절차'라는 제목 하의 제2절이다. 해양법협약의 해석이나 적용에 관한 분쟁은 제1절에 따른 방법으로 해결이 이루어지지 아니하는 경우 제3절에 따를 것을 조건으로, 일방 당사국의 요청이 있으면 제2절에 의해 관할권을 가지는 재판소에 회부된다. 제2절에 의해 관할권을 가지는 재판소에 분쟁을 회부하는 것은 의무적이며, 어느 분쟁당사국도 분쟁을 회부할 수 있고 다른 분쟁당사국의 동의를 얻을 필요가 없다. 즉, 해양법협약의 당사국이 됨으로써 국가는 제2절에 규정된 재판소의 관할권을 자동적으로 수락하게 된다. 중요한 점은 '어느 한 분쟁당사자의 요청이 있으면'(at the request of any party to the dispute) 제2절에 의해 관할권을 가지는 재판소에 분쟁이 회부된다는 것이다. 따라서 해양법협약의 해석이나 적용에 관한 분쟁이 발생하고 분쟁당사국들이 합의한 수단에 의해 분쟁해결이 이루어지지 않으면, 분쟁당사국들은 자기의 의사에 상관없이 구속력있는 결정을 수반하는 강제절차에 따라야 한다. 제2절에 규정된 재판소의 관할권에 대해 분쟁

통해서 제7부속서 중재재판소의 중요성을 잘 알고 있다. 이탈리아와 인도 양국이 관할권을 동등하게 보유하고 있는 이 사건에서 재판부의 강제관할권의 확대 적용이 과연 타당했는지에는 의문이 있다.

(2) 부수적 문제의 확장

재판부는 선결적 또는 부수적 문제라는 논리로 협약의 해석 또는 적용에 관한 분쟁이 아니라 하더라도 관할권을 확장할 수 있다.³⁹⁾ 본 사건에 대한 재판부의 결정처럼 외국 형사관할권으로부터 국가공무원의 면제 문제조차 부수적 문제로 취급할 수 있다면 협약의 적용에 있어서 부수적 문제가 무엇인지 그리고 이를 식별할 수 있는 기준은 무엇인지에 대한 추가적인 의문이 있을 수 밖에 없다.

‘부수적 문제’에 대한 관할권의 인정 문제는 협약의 해석 또는 적용에 관한 분쟁으로 보기 어렵다. 따라서 협약과 전혀 별개의 분쟁이 ‘부수적 문제’라는 이유로 관할권 행사를 확장할 수는 있는 점에 유의하여 그 행사에 신중해야 할 것이다.

2. 국가책임법의 면제에 대한 적용

(1) 국가책임법의 적용

재판부가 국가면제와 관련한 공적 행위에 대하여 국가책임법을 적용한 것은 무리한 시도로 보인다. 두 번째 특별보고관인 에르난데스(Hernández)는 ‘공적 자격으로 수행한

당사자가 이의를 제기하더라도, 재판소가 관할권을 가지는지 여부는 그 재판소의 결정에 의하여 해결된다(compétence de la compétence). 제2절에 따라 관할권을 가지는 재판소의 판결은 종국적이며 분쟁당사자에 의하여 준수되어야 한다. 구속력있는 결정을 수반하는 강제절차는 국가들이 선택할 수 있다. 해양법협약 제287조 제1항에 따르면 국가는 이 협약의 서명, 비준, 가입 시 또는 그 이후 언제라도 이 협약의 해석이나 적용에 관한 분쟁의 해결수단으로서 국제해양법재판소, 국제사법재판소, 제7부속서에 따라 구성된 중재재판소 그리고 제8부속서에 따라 구성된 특별중재재판소 중 하나 또는 그 이상을 서면 선언으로 선택할 수 있다. 정진석, “필리핀 대 중국 중재 사건을 통해서 본 제7부속서 중재재판소의 중요성”, 법학논총, 제28권 제3호, 국민대학교 법학연구소, 2016, 413-414면 참조.

39) 협약 제15부 국제재판소도 부수적 문제로의 관할권 ‘확대’를 부인하지 않고 있다. 아이러니하게도 특히 경미한 이슈라는 기준이 오히려 해결해야 하는 핵심 분쟁의 주제를 협약의 해석 또는 적용에 관한 분쟁 이외의 분쟁으로 전환시키고 있는 현상을 부인하기 어렵기 때문이다. 이기범, “준거법을 이용한 유엔해양법협약 제15부 국제재판소의 관할권 확대 가능성에 대한 소고 -2020년 Enrica Lexie호 사건에 대한 중재결정을 중심으로-”, 연세법학, 제39호, 2022, 267면 참조.

행위'를 식별하는 기준을 이렇게 규정하였다. 공적 자격으로 수행된 행위의 특징은 (1) 행위의 범죄적 성격, (2) 행위의 국가 귀속성, (3) 행위의 정부 권한이라고 하였다.⁴⁰⁾ 에르난데스는 ILC가 국가책임의 맥락에서 귀속 기준을 정의한 것은 국가가 사기업을 은닉 수단으로 이용하는 것을 방지하려는 목적이 있다고 지적하였다. 이 두 번째 특별보고관은 면제의 목적에 대한 국가책임 기준의 적합성을 분석하였으나 재판부는 이 분석에는 주목하지 않았다(paras. 856 - 862).

초대 특별보고관인 콜로드킨은 공적 행위와 국가책임법과의 연관성을 명시적으로 지지하였다. 콜로드킨은 “행위가 파견국에게 귀속되거나 귀속될 수 없는 것이라면... 계속 면제 요건이 적용되어야 한다.”라고 주장하였다.⁴¹⁾ 그러나 이 진술이 관할권 면제의 맥락에서 관련성이 있는지는 의문이다. “개인의 형사 책임과 국가의 책임은 종종 일치하지만, 그럼에도 불구하고 서로 다른 개념에 근거하고 있기” 때문이다.⁴²⁾

국가면제는 역사적 발전과 법적 구조가 관할권 면제에 관한 것으로 국가책임법과 일치하지 않는다. 물질 면제에 필요한 요소와 불법행위에 대한 국가책임에 관한 ILC 초안 (ILC 국가 책임에 관한 조항)⁴³⁾에 따른 귀속 기준은 서로 별개이다.

(2) 영토적 예외에 관한 결정

불법행위의 영토적 예외에 관한 결정은 더 문제가 있는 것으로 보인다. 유엔아동권리 협약 제12조가 이 예외를 포함하고 있다는 재판부의 판단은 잘못된 것이다. 협약의 문언상 이 조항은 형사 절차에 적용될 수 없음이 명백하다.

대신, 재판부는 국가의 관행과 판례를 조사했어야 했다.⁴⁴⁾ 재판부가 그렇게 하지 않

40) Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction, Fourth Report on Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction, by Concepción Escobar Hernández, UN Doc. A/CN.4/686 (2015), p. 42.

41) Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction, Second Report on Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction, by Roman A. Kolodkin, UN Doc. A/CN.4/631 (2010), p.404, para. 25.

42) Pedretti는 국제법에 따른 범죄는 종종 국가를 대신하여 국가공무원이 국가를 대신하여 공식적인 자격으로 저지른 범죄라고 가정한다. Ramona Pedretti, Immunity of Heads of State and State Officials for International Crimes, Leiden, Brill Nijhoff, 2014, p.332.

43) Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, GA Res. 56/83, UN Doc. A/56/49(Vol. I)/Corr.4 (2001).

44) Elizabeth Helen Franey, “Immunity from The Criminal Jurisdiction of National Courts” in Alexander

은 이유는 아마 국가면제에 대한 예외를 규정하고 있는 제7조 초안에 법정지국의 영토 내에서 범죄를 저지른 경우에 관한 예외를 포함시키지 않기로 결정했기 때문인 것으로 추정된다. 그러나 재판부는 형사재판과 민사재판의 근본적 차이를 고려했어야 한다.

V. 맺음말

본 중재판정은 외국 형사관할권의 면제 요건에 대하여 명확성보다는 큰 혼란을 야기하였다. 재판부가 물적 면제와 관련한 공적 행위에 대하여 국가책임법을 적용하였기 때문인데 이는 명백히 무리한 시도인 것이다. 재판부가 민사책임법과 형사책임법의 근본적 차이를 무시한 점은 비판받아 마땅한 것으로 생각된다.

재판부는 영토관할권이 아닌 기국관할권⁴⁵⁾ 그리고 유엔해양법협약 제12조에 따른 영토적 불법행위 관할권에 대한 언급 없이 영토적 예외를 근거로 논리를 전개했어야 한다. 그럼에도 불구하고 해적 방지 작전에서의 관할권 배분에 관한 규칙에 대해 조명한 점은 의미가 있다. 해적 및 해상 무장강도⁴⁶⁾ 사건이 계속 증가하고 있다는 사실을 고려할 때, 이번 판결은 법 집행 국가에게 환영할 만한 발전이라 하겠다. 그러나 이 판결이

Orakhelashvili, ed., *Research Handbook on Jurisdiction and Immunities in International Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2015, p. 227.

45) 그러나 기국 관할권을 적용하여 PCASP의 승선과 그 활동에 대한 규율과 감시를 시행하는 실제 효과가 제한적일 수밖에 없는 원인 중에는 편의치적(flag of convenience, FOC)의 문제가 있다. 실제 많은 선박들이 세금, 수수료 등의 비용절감과 선원의 국적 및 선박안전기준 등의 규제회피를 위해 선주나 선사와 다른 국적을 선택하여 편리상 등록되어 있는 경우가 많다. 문제는 이러한 편의치적국은 PCASP의 규율에 있어서도 법제도를 마련하지 않거나 마련하더라도 느슨한 기준을 채택하고 있는 경우가 많다는 것이다. 또한 편의치적국은 PCASP에 대한 규율 역량이 없거나 규율하고자하는 의지가 없을 가능성이 있다. 공해상에서 PCASP의 보안활동으로 인한 사고가 발생할 경우 기국이 일반적으로 형사관할권을 가진다. 그러나 실제 사건에서는 선박이 편의치적국에 등록되어 있는 경우가 많아 기국의 형사관할권과 다른 관련국의 관할권이 충돌된다. 이자영, 앞의 논문, 420-421면 참조.

46) 유엔해양법협약 상 '해적행위(Piracy)'의 정의가 공해상으로 그 범위를 국한시키고 있으나, 실제 해적행위는 국가의 관할권이 미치는 해역에서 발생하자, 이러한 해적행위의 정의에서 배제되는 문제를 해결하기 위해 '해상무장강도(Armed robbery against ships)'의 개념을 새롭게 도입하였다. IMO Resolution A.1025(26), Code of Practice for the Investigation of Crimes of Piracy and Armed Robbery against Ships, Adopted on 2 December 2009, para 2.2.

국가 관행에 의해 뒷받침될지는 아직은 미지수이다.

이번 판정은 해적 방지 활동을 수행하고 있는 VPD들에게 유리하게 작용할 것이다. 재판부는 물적 면제와 해양법 집행 사이의 규범적 관계에 대해서는 침묵했지만, VPD는 공무원 자격이 있고 그들의 행위가 국내법상 권한에 속하는 한 외국 형사 소송에서 면제될 수 있다는 중요한 결정을 내렸다.

이 결정으로 인해 어부 및 기타 무고한 사람들이 VPD의 소재국 법원에 형사 구제를 요청해야 할 수도 있으므로 한층 취약한 입장이 될 것이다. 반면에, 가해 선박의 기국이 무기를 사용한 개인에 대한 형사관할권을 갖기 때문에, 기국은 VPD 또는 민간무장보안 요원(PCASP)과 관계없이 등록된 선박의 운항을 적절하게 관리해야 할 것이다.⁴⁷⁾

47) 여기에는 사전 경고, 치명적인 무기 사용 방지, 비례의 원칙과 인도주의 원칙을 존중할 의무를 포함한 적절한 배려의 의무 등이 포함된다. Revised Interim Recommendations for Flag States regarding the use of Privately Contracted Armed Security Personnel on board ships in the High Risk Area, International Maritime Organization (IMO), IMO Doc. MSC.1/Circ.1406/Rev.3 (2015).

참 고 문 헌

- 김대순, 국제법론(제20판), 삼영사, 2019.
- 박찬호·김한택, 국제해양법, 지인북스, 2009.
- 정인섭, 신국제법강의 - 이론과 사례(제11판), 박영사, 2021.
- 김자영, “해적행위 대응 민간무장보안요원(PCASP)의 승선문제에 관한 국제법적 고찰”, 안암법학, 제48호, 2015.
- 박기갑, “2021년 제72차 회기 유엔 국제법위원회 작업현황과 제76차 유엔총회 제6위원회 논의 결과”, 국제법평론, 제61권, 2022.
- 박배식·김승우·이윤철, “배타적 경제수역에서의 연안국 법령 적용에 관한 연구 - 튀멘호 사건을 중심으로-”, 해사법연구, 제26권 제1호, 2014.
- 박병도, “외국의 형사관할권으로부터 국가공무원의 면제 -ILC 작업을 중심으로”, 법학연구, 제49호, 한국법학회, 2013.
- 성기주, “국제해양범죄의 형사관할권에 관한 법적 연구”, 해사법연구, 제26권 제2호, 2014.
- 이기범, “준거법을 이용한 유엔해양법협약 제15부 국제재판소의 관할권 확대 가능성에 대한 소고 -2020년 Enrica Lexie호 사건에 대한 중재결정을 중심으로-”, 연세법학, 제39호, 2022.
- 이석용, “해적행위 억제를 위한 국제법적·국내법적 대응에 관한 연구”, 법학연구, 제24권 제2호, 충남대학교 법학연구소, 2013.
- 이성덕, “강행규범과 국가면제: 2012년 ICJ 관할권 면제 사건을 중심으로”, 중앙법학, 제14권 제4호, 2012.
- 이정원, “해적의 개념에 대한 법리적 고찰”, 외법논집, 제43권 제4호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2019.
- 이창열, “The Enrica Lexie Incident 판정과 함의”, 국제법평론, 제63호, 2022.
- 장유락, “Enrica Lexie호 사건에 대한 소고”, 한국해양경찰학회보, 제11권 제3호, 2021.
- 정진석, “필리핀 대 중국 중재사건을 통해서 본 제7부속서 중재재판소의 중요성”, 법학논총, 제28권 제3호, 국민대학교 법학연구소, 2016.

해운통상법연구 제14권 제1호 (통권 제19호)

최민영 · 최석윤, “소말리아 해적사건에 대한 형사재판의 쟁점”, 비교형사법연구, 제14권 제1호, 2012.

최지현, “국제해양법재판부와 국제사법재판부의 잠정조치에 관한 비교 연구”, 해양정책 연구, 제26권 제1호, 2011.

서울중앙지방법원 2021. 1. 8. 선고 2016가합505092 판결.

서울중앙지방법원 2021. 4. 21. 선고 2016가합580239 판결.

Elizabeth Helen Franey, “Immunity from The Criminal Jurisdiction of National Courts” in Alexander Orakhelashvili, ed., Research Handbook on Jurisdiction and Immunities in International Law, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2015.

Ramona Pedretti, Immunity of Heads of State and State Officials for International Crimes, Leiden, Brill Nijhoff, 2014.

Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction, Fourth Report on Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction, by Concepción Escobar Hernández, UN Doc. A/CN.4/686 (2015).

Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction, Second Report on Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction, by Roman A. Kolodkin, UN Doc. A/CN.4/631 (2010).

IMO Resolution A.1025(26), Code of Practice for the Investigation of Crimes of Piracy and Armed Robbery against Ships, Adopted on 2 December 2009.

Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, GA Res. 56/83, UN Doc. A/56/49(Vol. I)/Corr.4 (2001).

Revised Interim Recommendations for Flag States regarding the use of Privately Contracted Armed Security Personnel on board ships in the High Risk Area, International Maritime Organization (IMO), IMO Doc. MSC.1/Circ.1406/Rev.3 (2015).

MV Enrica Lexie호 선박보호요원(VPD)의 물적 면제에 관한 소고

United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property.

United Nations Convention on the Law of the Sea. Montego Bay, 10 December 1982.

The “Enrica Lexie” Incident (Italy v. India), Award of the Arbitral Tribunal (20 May 2020).

<국문초록>

Enrica Lexie호 사건은 인도의 배타적 경제수역에서 이탈리아 해병의 총격으로 인도 어민이 사망한 사건이다. VPD로 복무 중인 이탈리아 해병이 인도 어선을 해적선으로 오인한 것이다. 인도 당국은 Enrica Lexie호와 이탈리아 해병을 구금하고 형사절차를 진행하였다. 이 사건은 중재재판소에 회부되었다. 사건의 쟁점은 외국의 형사관할권으로부터 이탈리아 해병이 물적 면제를 누릴 수 있는지였다.

중재재판소는 국가공무원이 '공적 행위' 또는 '공적 자격에서 수행한 행위'에 대해 외국의 형사관할권으로부터 물적 면제를 향유할 수 있는지의 문제로 판단하였다. 중재재판소는 국가책임법을 근거로 이탈리아 해병의 행위가 국가공무원으로서 직무 범위 내에 있는 행위라고 판단하였다. 그러나 국가책임법 관점에서 이용되는 논리를 국가면제법에 적용한 것은 비판의 여지가 있다. 따라서 본 중재판정은 외국 형사관할권의 면제 요건에 대하여 명확성보다는 큰 혼란을 초래하였다.

이번 판정은 해적 방지 활동을 수행하고 있는 VPD들에게 유리하게 작용할 것이다. 해적 및 해상 무장강도 사건이 계속 증가하고 있다는 사실을 고려할 때, 이번 판결은 법 집행 국가에게 환영할 만한 발전이라 하겠다. 그러나 어민은 VPD의 소재국 법원에 형사 구제를 요청해야 할 수도 있으므로 취약한 입장이 될 수 있다. 따라서 기국은 등록된 선박의 운항을 적절하게 관리해야 할 것이다.

주제어 : Enrica Lexie호, 선박보호요원, 해적행위, 국가면제, 직무면제, 물적면제

<Abstract>

A Study on Immunity Ratione Materiae of Vessel Protection Detachment(VPD) of MV Enrica Lexie

Lee, Eun Ju^{*}

The Enrica Lexie incident involved the shooting death of Indian fishermen by Italian marines in India's EEZ. The Italian marines, serving as VPD, mistook the Indian fishing vessel for a pirate ship. Indian authorities detained the Enrica Lexie and the Italian marines and initiated criminal proceedings. The case was referred to Permanent Court of Arbitration. The issue was whether the Italian marines enjoy immunity *ratione materiae* from foreign criminal jurisdiction.

The tribunal considered the question of whether a state official can enjoy immunity from foreign criminal jurisdiction for 'official acts' or 'acts performed in an official capacity'. Relying on the law of state responsibility, the tribunal found that the Italian marine's conduct was within the scope of his duties as a state official. However, the application of the logic used in the context of state responsibility law to the law of state immunity is open to criticism. Thus, the Award creates more confusion than clarity about the requirements for immunity *ratione materiae* from foreign criminal jurisdiction.

The award is favorable to VPDs conducting anti-piracy activities. Given the fact that piracy and maritime armed robbery incidents continue to increase, this is a welcome development for law enforcement states. However, fishermen may be in a vulnerable position as they may have to seek criminal remedies in the courts of the VPD's home country. Flag States will therefore need to ensure that the operations of their registered vessels are properly managed.

Keywords : MV Enrica Lexie, VPD, piracy, state immunity, functional immunity, immunity *ratione materiae*.

^{*} Doctoral student, Department of Law, Graduate School, Pusan National University.

