

# 영토 권원 이론의 현대적 발전과 한계

Current Development of International Legal  
Theory on the Title to Territory

2019. 01.

김원희 | 최지현 | 김민



한국해양수산개발원  
KOREA MARITIME INSTITUTE

연구진	김원희 한국해양수산개발원 정책동향연구본부 전문연구원 최지현 한국해양수산개발원 정책동향연구본부 전문연구원 김 민 한국해양수산개발원 정책동향연구본부 연구원
-----	--

보고서 집필 내역	
연구책임자	김원희 연구총괄, 제1장, 제2장 제1절, 제2절, 제4장, 제5장

연구진	김 민 제2장 제3절 최지현 제3장
-----	------------------------

※ 순서는 산·학·연·정 순임

# 발간사

영토는 국가를 구성하는 가장 중요한 요소의 하나이다. 신대륙의 발견과 식민지 개척 시대에는 제국주의 국가들이 경쟁적으로 식민지를 획득하기 위해 노력하였고, 영토에 관한 국제법은 이를 뒷받침하기 위한 이론적 수단으로 이용되었다. 근대 민족국가 형성 이후 영토는 민족주의와 결부되어 국가의 주권에 관한 중대한 문제로 다루어졌으며, 세력균형에 입각한 국제관계에서 영토의 확장은 가장 직접적인 국익 확보 수단으로 여겨졌다. 한편 양차 세계대전의 전후처리에서 가장 중요한 문제 중 하나는 패전국들이 취득한 영토의 반환과 분배 문제였다. 이후 유엔 헌장이 국제관계에서 무력의 위협과 사용을 금지시키면서, 더 이상 무력을 사용한 영토 취득은 정당화될 수 없게 되었다. 그러나 국제사회에서 영토의 취득과 상실 문제는 여전히 주권국가의 중대한 이익에 관련된 것으로 국제사회의 평화와 안전의 유지에도 큰 영향을 미친다.

우리나라 헌법 제3조도 “대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다”라고 규정하여 우리나라 영토의 범위를 밝히고 있다. 영토는 국가가 주권을 행사하는 육지의 공간적 범위이며, “육지가 바다를 지배한다”는 국제법의 원칙에 따라 영해, 배타적 경제수역 및 대륙붕의 범위를 결정하는 기준이 되기도 한다. 국가가 영토에 대해 주권을 보유하는

지 여부는 국제법에 따라 결정되며, 그러한 국제법 규범은 영토 권원에 관한 이론과 국제재판소의 판례법으로 발전되어 왔다.

영토 권원 이론은 전통적으로 제국주의 국가들의 식민지 획득을 정당화하는 이론적 근거로 활용되었다는 점에서 태생적인 한계와 문제점을 가지고 있다. 네덜란드와 미국 사이의 영토분쟁이었던 팔마스 섬 사건에서 막스 후버 중재재판관이 주권의 표시라는 개념을 처음 제시한 이래로 국제재판소는 주권의 표시 개념에 입각하여 영토 주권 귀속을 판단하여 왔다. 제2차 세계대전 후 유엔의 창설, 탈식민지화, 민족자결주의 원칙의 발전 등 국제사회의 변화에 따라 국제재판소는 영토 권원 이론을 보다 정교하게 개념화하고 발전시켜 왔다.

본 연구는 선행연구에서 충분히 다루어지지 않았던 영토 권원 개념의 역사적 발전 과정을 추적하고, 영토 취득의 정당화 기반이자 영토에 대한 주권 행사의 증거로 기능하는 영토 권원의 이론과 역할을 검토하였다. 이 연구에서는 전통적인 영토 권원 유형론이 가졌던 국제법적 의미와 역할을 살펴보고, 국제재판소의 판결에 의해 발전되어 온 영토 권원의 개념과 주권 표시 이론을 분석하였다. 또한 영토분쟁의 해결에 있어서 영토 권원 이론이 수행해 온 역할과 한계를 살펴봄으로써 현대적인 영토 권원 이론의 재구성의 필요성을 제시하였다. 이 보고서에서 제시되고 있는 영토 권원 이론의 역할과 한계에 관한 검토와 분석은 독도에 대한 일본의 도발이 계속되고 있는 상황에서 우리나라에게 매우 의미 있는 시사점을 제공할 것으로 기대한다.

이 연구의 책임을 맡은 독도연구센터의 김원희 전문연구원과 연구진

으로 참여한 최지현 전문연구원, 김민 연구원의 노고에 감사드린다. 아울러 이 연구에 자문과 조언을 아끼지 않으신 부산대학교의 박배근 교수께도 깊이 감사드린다. 끝으로 이 보고서의 완성도를 높이기 위해 감리의 역할을 충실히 수행해주신 김종덕 정책동향연구본부장과 이 보고서의 출판을 위해 수고해준 모든 분들께 감사드린다.

2019년 1월  
한국해양수산개발원  
원 장 양 창 호



# 목차

## ❖ 요약 · i

### 제 1 장 서 론 · 1

제1절 연구의 목적 및 필요성 .....	1
제2절 연구의 범위 및 방법 .....	4
1. 연구의 범위 .....	4
2. 연구방법 .....	5
제3절 선행연구의 검토 .....	6

### 제 2 장 국제법상 영토 권원의 개념과 역사적 발전 · 9

제1절 서론 .....	9
제2절 영토 권원의 개념과 이론적 발전 .....	10
1. 영토 권원의 개념 .....	10
2. 영토 권원 개념의 기원과 전개 .....	12
3. 권원의 기반 .....	16
4. 권원의 확인국면 .....	18
제3절 영토 권원 유형론의 전개 .....	19
1. 영토 권원 유형의 이론적 전개 .....	20
2. 영토 권원의 유형론 .....	21
3. 영토 권원 유형론의 근거와 한계 .....	34

<b>제 3 장</b>	<b>국제재판소의 판결에 의한 영토 권원 이론의 발전 · 41</b>
	제1절 영토 권원에 상응하는 주권의 표시 개념과 의의..... 41
	1. 영토 권원에 상응하는 주권의 표시 개념과 의의 ..... 41
	2. 영토 권원 유형론의 한계 ..... 42
	3. 영토 권원 유형론과 식민지배 ..... 43
	제2절 주권의 표시 이론과 팔마스 섬 사건 ..... 44
	1. 전통적인 영토 취득 방식과 실효적 지배 ..... 44
	2. 팔마스 섬 사건과 주권의 표시 이론 ..... 47
	3. 팔마스 섬 사건과 주권의 표시 이론에 대한 평가 ..... 69
	제3절 주권의 표시 이론의 확인 여부 ..... 71
	1. 동부그린란드 사건 ..... 71
	2. 망끼에 에끄레오 사건 ..... 77
	제4절 주권의 표시 이론의 문제점과 한계 ..... 80

<b>제 4 장</b>	<b>영토분쟁의 해결에 있어서 영토 권원 이론의 역할과 한계 · 83</b>
	제1절 영토분쟁에서 영토 권원 이론의 역할..... 83
	제2절 전통적인 영토 권원 이론의 재검토 ..... 85
	1. 전통적인 영토 권원 유형론과 식민주의적 기원 ..... 85
	2. 현대 국제사회에서 영토분쟁의 맥락과 특성 ..... 87
	3. 전통적인 영토 권원 이론의 재검토 ..... 88
	4. 현대의 영토분쟁 해결을 위한 새로운 이론적 시도 ..... 97
	5. 소결 ..... 105
	제3절 현대적인 영토 권원 이론 정립의 필요성..... 106

<b>제 5 장</b>	<b>결론 · 111</b>
--------------	-----------------

<b>❖</b>	<b>참고문헌 · 115</b>
----------	-------------------



# 영토 권원 이론의 현대적 발전과 한계

## 1. 연구의 목적

- ▶ 이 연구는 국제법상 영토 권원의 개념 및 이론적 발전 과정을 조사 및 검토하고, 국제재판소가 영토분쟁에서 주권의 귀속을 판단하기 위해 발전시켜 온 현대적인 영토 권원 법리를 분석 및 평가함으로써 우리나라에 대한 시사점을 도출하는 것임

## 2. 연구의 방법 및 특징

### 1) 연구방법

- ▶ 영토 권원론의 역사적 전개와 이론적 분석을 담고 있는 단행본, 연구논문, 국제판례 등 문헌의 수집 및 분석
- ▶ 영토 권원론의 역사적 전개와 이론적 발전에 관한 연구

- ▶ 국내외의 영토분쟁 전문가들과 워크숍을 개최하여 중간보고서 및 결과보고서에 대한 비평 및 토의를 통해 보고서 내용의 검증 및 개선

## 2) 연구의 특징

- ▶ 본 연구는 선행연구에서 미진하게 다루어지고 있는 영토 권원에 관해 이론적으로 검토하고, 영토 권원 이론의 현대적 발전과정을 비판적으로 분석하였음
  - 선행연구에서 피상적으로 다루어 온 영역 권원 이론에 관한 연구성과를 재검토하고 영역 권원 이론의 제국주의적 기원과 내용을 확인
  - 영토 권원 이론의 획기적인 전기를 마련한 팔마스 섬 중재판정 사건의 변론서와 판정문의 면밀한 검토 및 분석
  - 팔마스 섬 중재판정 이후 국제판례에서 발전되어 온 주권의 표시 이론과 영유권 귀속 판단의 상관관계를 검토
  - 영토 권원 이론의 발전이 영토분쟁 해결에서 수행한 역할과 한계를 분석하고, 새로운 현대적 영토 권원 이론의 수립 필요성 제기

## 3. 연구 결과

### 1) 연구 결과 요약

- ▶ 영토 권원은 국제법에서 영토지배를 정당화하기 위해 사용된 개념임
  - 영토 권원을 취득한 국가는 영토주권을 인정받으며 이로 인해 해당 국가에 의한 영토지배가 법적으로 인정되고 타국 또한 이를 존중할 의무를 가짐

- 영토 취득 권원으로는 선점, 시효, 할양, 첨부, 정복이라는 다섯 가지 유형으로 제시될 수 있음
- 다섯 가지의 영토 권원은 재산취득에 관한 로마법 규칙으로 분류되며, 권원이 원래 권원 소유자로부터 양수되는지 그렇지 않은 것인지에 따라 승계적 취득유형과 원시적 취득유형으로 구별됨

▶ 전통적인 영토 권원 유형론의 의의와 한계

- 영토 권원이 일정한 유형에 부합하면 그 권원을 가진 국가가 영토를 취득하게 된다는 유형론은 법적 안정성에 기여한다는 장점에도 불구하고 식민지 취득을 정당화하기 위한 이론으로 사용되어 왔음
- 영토 권원의 취득 유형으로는 할양(cession), 선점(occupation), 시효취득(prescription), 첨부(accretion), 정복(subjugation)의 다섯 가지가 관습국제법상 인정되어 왔으나, 이러한 유형은 로마법에서 유추되어 도입된 것임
- 이러한 유추는 논리적으로 영유권 취득 및 상실을 설명하는 데 있어서 매우 요긴하게 사용될 수 있다는 장점이 있음
- 그러나 이러한 영토 취득의 방식은 많은 사례에서 실증을 거치지 못하였기 때문에 적용 면에 있어서 한계를 보일 수밖에 없으며, 현실적합성이 떨어지는 문제점이 있음
- 특히 영역취득에 있어서 유형론은 무주지 선점을 설명하기 위한 논리로 사용되고 있는데, 이는 유형론에 있어서 유럽 제국이 라틴 아메리카와 아프리카를 식민 통치하면서 이를 정당화시키기 위한 기반으로 사용되어 왔음

- ▶ 영토 취득 유형은 각각 별개의 내용을 가지고 있으나 사실상의 점유, 즉 실효적 지배와 밀접한 관련을 가지고 있음
  - 선점의 경우 단순한 발견만으로는 부족하고 실효적 선점이 중요
  - 영역 귀속을 둘러싼 여러 판결에서 유형론이 사용될 수 없다는 경향을 바탕으로 영역 권원을 규율하는 국제법은 유형론에서 상정된 것보다 훨씬 다양한 요소들과 고려에 근거한 정밀한 체계로 발전됨
  - 특히 분쟁 상황에서는 유형론이 적실성을 잃게 되고 분쟁 영토에 대한 주권 행사의 강도를 비교하는 실무적 관점에서 접근하게 됨
  
- ▶ 팔마스 섬 사건에서 막스 후버 중재재판관은 주권의 표시 개념을 최초로 제시하여 전통적인 유형론에서 벗어나 영토분쟁을 해결하였음
  - 후버 중재재판관이 최초로 제시한 주권의 표시 개념에 대한 면밀한 검토와 분석이 필요함
  - 주권의 표시 개념이 팔마스 섬 사건에서 받아들여졌다고 하더라도 유형론이 영토 권원으로서 완전히 의미를 상실한 것은 아님
  - 다만 유형론에 의하여 영토분쟁을 해결할 수 없는 경우에는 보다 강력한 주권의 표시를 행사한 것이 어느 국가인지가 중요하며, 주권 표시의 강도를 비교하여 영역 주권의 귀속을 결정
  - 소위 팔마스 정식인 “계속적이고 평화적인 영토 주권의 표시(다른 국가와의 관계에서 평화적인)는 권원에 상응”하다는 논리가 주권 표시 이론의 핵심이라고 할 수 있음
  - 주권의 표명이 정확히 어느 시기에 시작되었는지를 확립해야 할 필요는 없으며, 주권의 확립이 “느리게 진화하거나(a slow evolution)”

혹은 “국가 통제가 점진적 강화(a progressive intensification)”되는 것도 가능함

- 계속적이며 평화적인 주권의 표시가 권원으로서 인정받을 수 있지만, 근대 사법(私法)상 점유의 적법추정이 인정될 수는 없음
  - 국가 권한의 계속적이고 평화적인 표시 자체는 주권 확립의 시작 혹은 점유의 개시를 의미하며, 그 자체로는 미성숙한 권원만을 창설함
- ▶ 팔마스 섬 사건 이후 주권의 표시 이론은 PCIJ와 ICJ에서도 계승되어 다양한 영토분쟁 사건에서 적용되어 왔음
- PCIJ는 동부그린란드 사건에서 주권의 표시 이론에 근거하여 권원 취득을 판단하였음
  - ICJ는 대표적으로 망끼에 에끄레오 사건 이외에도 여러 사건에서 주권의 표시 이론에 기반하여 분쟁 영토에 대한 권원 귀속을 판단하였음

## 2) 정책적 기여

- ▶ 영토 권원 개념과 기능의 현대적 발전을 연구하여 우리나라의 독도 영유권 주장 논리의 보강 및 구축에 활용
- ▶ 무주지 선점, 역사적 권원, 고유영토론 등과 같이 한국과 일본의 왕복 외교문서에서 상세히 논의된 영토 권원의 세부적인 연구수행을 위한 기본 연구로 활용
- ▶ 본 연구를 통해 독도 관련 일본의 입장을 비판적으로 재검토함으로써 우리나라의 독도 주권 수호 중장기 정책 시사점을 도출하고, 현재 실시 중인 독도의 지속가능한 이용 정책 수립 및 대안 마련에 활용

### 3) 기대효과

- ▶ 영토 권원의 이론적 발전에 관한 국내 선행연구의 공백을 메우고 현대적인 영토 권원 이론의 수립을 위한 이론적 기반 마련
- ▶ 영토 권원 개념과 기능의 현대적 발전에 관한 연구성과를 기반으로 우리나라의 독도 영유권 주장 논리의 보강 및 구축
- ▶ 일본의 독도 영유권 주장에 대해 반박을 중심으로 이루어진 선행연구와 달리 현대적인 영토 권원 개념을 이론화하고 보다 근본적인 영토 권원 이론에 기초하여 일본의 주장과 논리에 대응할 수 있는 방안 마련

**EXECUTIVE SUMMARY**

# Modern Development and Limitations of the Theory of Territorial Title

## 1. Purpose

- ▶ The purpose of this study is to investigate and review the concept and theoretical development of territorial title under the international law. In addition, the study analyzes and evaluates the legal principles of modern territorial title for which the International Court of Justice has developed to decide the return of a state's sovereignty in territorial disputes, ultimately drawing implications to South Korea.

## 2. Methodologies and Features

### 1) Methodologies

- ▶ The study collects and analyzes various literature including

---

books, academic papers and precedents in international law that contain historical development and theoretical analysis of territorial title.

- ▶ Researches concerning the historical progress and theoretical development of the theory of territorial title were reviewed.
- ▶ Following a workshop with domestic and foreign experts in territorial disputes, authors have verified and improved the contents of the study based on critique and discussion on intermediate and final reports for the study.

## 2) Features

- ▶ This study carried out a theoretical review of territorial title of which preceding studies fell short, while critically analyzing the modern development of the theory of territorial title.
  - Since preceding studies have superficially covered the theory of territorial title, this study re-reviews the results of preceding studies and confirms the imperialistic roots and their contents.
  - The study thoroughly reviews and analyzes the legal proceeding and written judgement of The Island of Palmas Case, which have served as a significant breakthrough to the theory of territorial title.
  - It reviews the correlation between the judgment of returning the sovereign rights and the theory of territorial title, which has developed since the case of the Island of Palmas arbitration.
  - This study analyzes the roles and limitation of the theoretical



development of territorial title in resolving territorial disputes, calling for the necessity of establishing a new and modern theory of territorial title.

### 3. Results

#### 1) Summary

- ▶ The territorial title is a concept used to justify control over territories in international laws.
  - A country acquiring the territorial title gets its territorial sovereignty recognized, hence, any country's control over territories is legally recognized and other countries are mandated to respect it.
  - Acquiring the territorial title is presented in five types, including occupation, prescription, cession, accretion and subjugation.
  - These five types of the territorial title are classified by the Roman law on the acquisition of property and divided into inherited acquisition and primitive acquisition, depending on whether the title is originally taken over from the original title holder or not.
- ▶ The significance and limitations of traditional territorial title
  - Typology indicates that a country holding the territorial title would acquire the territory if the title is in line with a constant type. Despite its advantage to contribute to the legal stability, typology has been used to justify the acquisition of colonies.

- 
- For the acquisition type of the territorial title, the five types, such as cession, occupation, prescription, accretion and subjugation, have been recognized by customary international laws, but such types were analogized and introduced from the Roman Law.
  - Such analogy has an advantage that it could be used to logically explain the acquisition and loss of sovereignty.
  - Since such types of acquiring territories have yet to be verified under a lot of circumstances, however, they inevitably have limitations in terms of their application and lack practicality.
  - More specifically, as for the acquisition of territories, typology is used as a logic to explain the occupation of terra nullius and also has been used as a basis to justify European empires' colonial rule over Latin America and Africa.
  - Each territory acquisition type has its separate details, but closely associated to de facto occupation, i. e. effective control.
  - For occupation, simple discovery is insufficient and effective occupation is critical.
  - Based on the tendency that typology cannot be used in various judgments surrounding territorial titles, international laws regulating territory titles have been developed into a precise system considering far more various elements than typology has introduced.
  - In particular, in dispute situations, typology would lose its adaptability and become close to the practical perspective that compares the intensity of exercising sovereignties over disputed territories.

- ▶ In the Island of Palmas Case, the arbitrator, Max Huber, suggested the concept of sovereignty indication for the first time, getting out of traditional typology to settle the territory dispute.
  - The concept of sovereignty indication suggested first by the arbitrator Huber should be thoroughly examined and analyzed.
  - Although the concept of sovereignty indication is accepted in the Island of Palmas Case, typology does not completely lose its meaning as the territorial title.
  - However, if the territory dispute cannot be settled by typology, it is important to determine which country has exercised more strong sovereignty indication, and the intensity of sovereignty indication would determine the return of territorial sovereignty.
  - So-called Palmas formality, a logic that “continuous and peaceful indication of territorial sovereignty (peaceful in relations with other countries) corresponds to the title”, is the core of the theory of sovereignty indication.
  - There is no need to establish exactly when sovereignty indication started and it allows the establishment of sovereignty to be ‘a slow evolution’ or ‘a progressive intensification’ of state control.
  - The continuous and peaceful indication of sovereignty can be recognized as the title, whereas the legitimate inference of occupation cannot be recognized under the modern judicial system.
  - The continuous and peaceful indication itself of state’s authority means the beginning of the establishment of sovereignty or the start of occupation and is only to create the immature title.

- ▶ Since the Island of Palmas Case, the theory of sovereignty indication has been succeeded to the PCIJ and ICJ and applied to various territorial dispute cases.
- The PCIG has determined the acquisition of titles based on the theory of sovereignty indication in the case of East Greenland.
- The ICJ has determined the return of the titles over disputed territories based on the theory of sovereignty indication in various cases as well as the representative case of Minquiers and Ecrehos.

## **2) Policy suggestions and relevant activities**

- ▶ This study delves into the modern development of the concept and functions of territorial title which can be utilized to build and strengthen the logic behind South Korea's claim of sovereignty over Dokdo
- ▶ This study can be utilized as a base for conducting specific research for territorial title which is closely discussed in diplomatic correspondence between South Korea and Japan including occupation of terra nullius, historical title and inherit territory.
- ▶ This study would allow a thorough review of Japan's position on Dokdo, drawing implications to Korea's mid-to-long term policy for protecting the sovereignty over the island.

### 3) Expected benefits including policy contribution

- ▶ The study fill the vacuum of preceding studies on the theoretical development of territorial title, while establishing theoretical foundation for setting up the modern theory of territorial title.
- ▶ Based on the research result on the concept and functions of territorial title and its modern development, this study is able to establish and strengthen the logic behind Korea's claim of sovereignty over Dokdo.
- ▶ Preceding studies were centering on refuting Japan's claim of sovereignty over Dokdo. Unlike these preceding studies, the present study intends to theorize the concept of territorial title and come up with logics against Japan's arguments and logics based on more fundamental theory of territorial title.



## 제 1 장

## 서 론

## 제1절 연구의 목적 및 필요성

이 연구의 목적은 국제법상 영토 권원 이론의 역사적 발전 과정을 분석하여 전통적인 영토 권원 이론의 역할과 한계를 밝히고, 현대의 영토 권원 개념의 이론적 정립 필요성과 그에 관한 시사점을 도출하는 것이다. 이를 위해 유럽 열강이 해외 식민지를 확장하면서 이를 정당화하기 위해 발전시킨 영토 권원 유형론의 역사적 기원과 이론적 문제점을 검토하고, 전통적인 권원 유형론이 영토분쟁의 해결과정에서 해온 역할과 한계점을 규명하고자 한다.

국제재판소가 영토분쟁 사건들에서 주권의 귀속을 판단하기 위해 발전시켜 온 현대적인 영토 권원 법리를 분석하고 평가하는 것도 이 연구의 주된 목적이다. 1928년 막스 후버(Max Huber) 중재재판관이 제시한 “주권의 표시(display of sovereignty)” 개념의 의의와 영토 권원 이론에 대한 영향은 20세기의 국제판례법에 지대한 영향을 주었

다. 후버가 제시한 주권의 표시 이론과 그 이론이 반영된 국제판례를 분석함으로써 권원의 유형론에서 주권의 표시 이론으로 발전되어 온 영토 권원 이론의 역할과 한계를 살펴 볼 것이다.

다음으로 1986년 부르키나 파소 대 말리 사건에서 국제사법재판소가 제시한 “주권적 권한의 실효적 행사(effectivités)” 개념과 개별 사건에서의 용례 및 기능을 분석함으로써 영토분쟁 당사국들의 합의를 증시하는 국제판례의 경향과 한계를 검토하고자 한다. 부르키나 파소 대 말리 사건 이후 국제사법재판소는 영토 권원 귀속 판단을 위해 분쟁당사국의 명시적 또는 묵시적 합의를 증시하는 강한 경향을 유지하고 있는데, 영토 권원의 이론적 관점에서 국제재판소가 증시하고 있는 주권적 권한의 실효적 행사 개념과 그 평가 기준을 재검토하고자 한다.

이 연구의 또 다른 목적은 현대적 영토 권원 이론에 대한 연구를 통해 우리나라가 직면한 영토문제에 관한 시사점을 도출하는 것이다. 일본은 지속적으로 우리나라의 독도 주권에 대한 도발을 지속하고 있으며, 1950년대부터 주고받은 외교문서나 일본의 공식 입장에서 시마네현 고시에 의한 독도 편입과 고유영토론을 일본의 영토 권원의 근거로 주장하여 왔다. 영토 권원의 개념과 역할에 관한 이론적 검토를 바탕으로 독도 영유권 문제와 관련하여 도출할 수 있는 시사점을 검토할 것이다.

국내에서는 독도 문제와 관련하여 영토 권원의 개념을 연구한 선행연구는 일부 존재하지만, 영토 권원의 법적 개념과 현대적 발전에 관한 본격적인 선행연구는 찾아보기 어렵다. 우리나라의 독도 영유권 주장을 국제법적으로 논증하기 위한 많은 선행연구가 있었으나 주로 고문헌에 대한 해석과 법적 평가를 통해 우리나라의 독도 영유



권 주장을 뒷받침하거나, 일본의 무주지 선점론과 대일평화조약 관련 주장을 반박하는 내용이 주종을 이루었다. 국제사회에서 영토 권원의 법개념이 어떻게 이론화되고 발전되어 왔으며, 국제재판소는 영토분쟁 사건에서 그러한 영토 권원 개념을 어떻게 해석하고 적용했는가에 관한 선행연구는 찾아보기 어렵다. 영토 권원 이론에 대한 면밀한 검토 없이 영미권 일부 학자들의 주장이나 국제재판소의 판례에 근거하여 독도에 대한 우리나라의 주장을 뒷받침하거나 일본의 주장을 반박하는 선행연구의 한계를 극복할 필요가 있다.

선행연구의 공백을 메우고 영토 권원 이론을 체계적으로 평가하기 위해서는 국제법상 영토 주권 귀속을 판단하는 데 이용되어 온 현대적인 영토 권원 개념에 대한 연혁적 고찰과 이론적 연구가 필요하다. 과거 제국주의 국가들의 식민지 획득을 정당화하기 위해 발전된 영토 권원 유형론이 현대 국제사회에서도 그대로 적용되거나 인정되는 것은 아니지만, 국제재판소의 영토분쟁 판결례에는 전통적인 유형론이나 관련 국제법 이론이 여전히 내재화되어 있는 것을 볼 수 있다.

종래 식민주의의 이론적 정당화에 기여했던 영토 권원 이론을 현대 국제법의 발전에 부합하는 영토 권원 이론으로 대체하기 위한 이론적 시도들을 면밀히 검토할 필요가 있다. 또 국제재판소가 전통적인 영토 권원 유형론의 문제점과 한계를 극복하기 위해 적용해 온 현대적인 영토 권원 개념과 법리를 연구할 필요가 있다. 이와 같이 영토 권원 이론에 대한 분석과 연구를 바탕으로 일본이 독도에 대한 영유권을 주장하면서 제시했던 국제법적 근거들을 다시 검토하고 재평가함으로써 우리나라의 영토문제에 관한 시사점을 도출할 것이다.

## 제2절 연구의 범위 및 방법

### 1. 연구의 범위

이 연구의 주요 대상은 국제법상 영토 권원의 개념과 관련 이론이 발전해 온 역사적 과정, 영토 권원 이론의 기원과 특성, 영토 권원 이론이 현대의 영토관계에 미친 영향이다. 또 팔마스 섬 사건에서 후버 중재재판관이 제시한 주권의 표시 이론과 이를 계승한 국제재판소의 판결례도 주된 연구대상이 된다. 후버가 제시한 주권의 표시 이론이 전통적인 영토 권원 유형론을 완전히 대체했다고 할 수는 없지만, 상당 부분 영역질서의 합법성과 정당성의 조화를 추구하는 이론으로 발전되어 후대의 국제재판소 판례에 큰 영향을 주었다. 본 연구에서는 팔마스 섬 사건에서 분쟁당사국인 미국과 네덜란드가 영역 권원 이론과 관련하여 제시했던 주장들을 살펴보고, 그에 대한 후버의 판단과 이론적 근거를 면밀히 검토하고자 하였다.

영토 권원 이론에 관한 연혁적 분석을 바탕으로 영토분쟁에서 권원 이론이 수행해온 역할을 검토하고, 현대의 영토분쟁에서 전통적인 영토 권원 이론이 갖는 문제점과 한계를 살펴보고자 한다. 그동안 국제재판소에 회부되어 판결이 내려진 다양한 영토분쟁 사건들에서 전통적인 영토 권원 이론의 한계와 문제점을 지적하는 소수의견과 반대의견이 꾸준히 제시되어 왔다. 이 연구에서는 과거 제국주의 국가들의 식민침탈과 식민주의의 잔재가 남아 있는 영토 권원 이론을 영토분쟁 사건들에 기계적으로 적용함으로써 발생하는 문제점을 살펴보고, 현재 국제사회에서 수락할 수 있는 영토 권원 이론의 재정립 필요성에 대해 제시해보고자 한다.

마지막으로 영토 권원 이론에 대한 검토와 분석을 바탕으로 영토 권원 이론이 우리나라에 주는 시사점을 도출할 것이다. 일본은 우리나라의 독도가 일본의 영토라는 정치적 선언을 통한 도발뿐만 아니라 무주지 선점이나 고유영토론에 기반하여 영유권을 주장하면서 국제적인 여론전을 펼치고 있다. 이러한 일본의 도발에 대응하기 위해 장기적 관점에서 영토 권원 이론의 현대적 발전과정을 살펴보고 그러한 이론적 기초에서 우리나라의 영토문제에 관한 시사점을 도출할 필요가 있다. 그동안 선행연구는 국제재판소의 영토분쟁 판결에 입각하여 일본의 영유권 주장을 평가하고 반박하는 것에 초점을 두었지만, 국제재판소나 서구 국제법학자들이 제시한 영토법의 시각에서 벗어나 영토 권원 이론의 관점에서 일본의 영유권 주장 근거를 평가한 선행연구는 찾아보기 어렵다. 따라서 이 연구는 현대의 영토 권원 이론의 발전과정을 살펴보고, 그에 맞추어 발전된 주권의 표시, 역사적 응고, 주권적 권한의 실효적 행사 등 영토 권원 법리를 평가하고 현대적인 영토 권원 이론 정립 필요성을 제시할 것이다.

## 2. 연구방법

이 연구는 영토 권원 이론의 역사적 전개와 이론적 분석을 담고 있는 단행본과 연구논문 등 문헌을 수집하고 분석하는 것을 주된 연구 방법으로 사용하였다. 우리나라 선행연구에서 잘 다루어지지 않았던 영토 권원 개념의 역사적 발전과정과 기원에 관련된 문헌들을 조사하여, 전통적인 영토 권원 이론의 역할과 한계를 규명하고자 하였다.

또 선행연구에서 깊은 관심을 기울이지 않았던 베를린 회의 의정서의 채택 과정이나 팔마스 섬 중재사건의 분쟁당사국들의 변론서

등을 직접 검토하여 영토 권원 이론의 역사적 전개 과정을 상세히 추적하였다. 팔마스 섬 중재사건 이후 영토 권원 이론은 주로 국제재판소의 판결례를 통해 발전되어 왔는데 국제중재재판소, 상설국제사법재판소, 국제사법재판소 등의 다양한 국제재판소에서 최종 판결을 내린 영토분쟁 사건들의 분석을 주된 연구방법으로 하였다. 각 영토분쟁 사건에서 국제재판소가 판결 이유의 중심 근거로 삼았던 영토 권원 이론을 검토하고 그 타당성을 검토하고자 하였다.

### 제3절 선행연구의 검토

이 연구는 선행연구에서 미진하게 다루어지고 있는 영토 권원에 관한 이론의 기원과 발전에 대해 연구하고, 영토 권원 이론의 현대적 발전과정을 비판적으로 검토하고자 하였다. 영토 권원의 이론적 발전 과정과 법적 개념을 체계적으로 제시하려고 시도한 선행연구들은 주로 외국학자들에 의해 수행되었다.<sup>1)</sup> 이 연구는 선행연구에서 피상적으로 다루어 온 영역 권원 이론의 역사적 발전과정을 검토하고, 영역 권원 이론의 제국주의적 기원과 내용을 확인하고자 하였다. 또 관습국제법상 발전되어 온 영토 권원 유형론의 내용을 소개하고, 권원 유형론이 실제 영토분쟁 사건의 해결을 위해 수행한 역할과 한계를 분석하였다.

또 선행연구에서 깊이 있는 분석이 이루어지지 않았던 팔마스 섬 중재판정 사건에서 후버 중재재판관이 제시한 주권의 표시 이론에

---

1) 許淑娟(2012), pp. 5-6.

대해 상세히 검토하고자 하였다. 팔마스 섬 중재판정 이후 국제판결례에서 발전되어 온 주권의 표시 이론과 영유권 귀속 판단의 상관관계를 검토하고, 영토분쟁이 문제된 국제판결례의 상세한 검토를 통해 영토 권원 이론의 기능과 한계점에 대해 살펴보고자 하였다. 1928년 팔마스 섬 사건에서 후버 중재재판관이 제시한 주권의 표시 이론은 그 후 국제재판소에 제기된 영토분쟁 사건들에서 꾸준히 인용되었으며 영토관계법의 기본원칙처럼 적용되어 왔다.

영토분쟁의 특성상 오랜 기간에 걸쳐 이루어진 국가활동을 평가해야 하고 명확한 권원을 입증하기 어려운 사례들이 늘어나면서 주권의 표시에 관한 명확한 증거를 인정할 수 없는 경우에 이를 대체하는 주권적 권한의 실효적 행사 개념을 활용하였다. 이 연구는 선행연구에서 미진하게 다루어진 영토 권원 개념의 이론적 발전 과정을 상세히 검토함으로써, 영토 권원 유형론, 주권의 표시 이론, 주권적 권한의 실효적 행사의 순서로 전개되어 온 국제재판소의 영토분쟁 해결법리를 살펴볼 것이다.

또 선행연구에서 간과했던 현대의 영토 권원 이론의 틀에 비추어본 우리나라의 영토문제에 관한 시사점을 도출하고자 하였다. 대부분 선행연구들은 영토분쟁에 관한 국제재판소의 판결을 소개하거나 일본의 독도 영유권 주장을 반박하는 방식으로 영토 권원 문제를 다루었다. 그러나 실질적인 탈식민주의의 달성과 민족자결원칙의 발전으로 대표되는 현대 사회에서 기존의 강대국의 시각에서 발전되어 온 영토 권원 이론은 변화된 국제공동체의 공통이익에 따라 적절히 재구성될 필요가 있다. 이 연구에서는 영토 권원 이론의 현대적 발전과 한계점을 규명함으로써 영토 권원 이론의 재구축 필요성을 제시하고 이와 관련된 정책적 시사점을 검토하고자 한다.

구 분		선행연구와의 차별성		
		연구목적	연구방법	주요 연구내용
주요 선행 연구	1	-도서명: Possession contestée et souveraineté territoriale -연구자(년도): Marcelo Kohen (1997) -연구목적: 국제법상 영토 주권과 실효적 점유와의 관계를 이론적으로 규명	- 문헌연구 - 국제판례 분석	-타주점유(possession contestée)의 법적 개념과 효력 -일반적인 영토 주권의 취득 및 상실과 타주점유의 역할 -점유와 국제법상 점유의 적용
	2	-도서명: L'ordre international entre l'égalité et l'effectivité- Le titre juridique dans le contentieux territorial -연구자(년도): Giovanni Distefano (2002) -연구목적: 영토분쟁에서 사용되는 법적 권원의 개념을 규명하고 영토 권원 개념을 둘러싼 합법성과 실효성 간의 긴장관계를 분석	- 문헌연구 - 국제판례 분석	-영토 권원의 법적 개념 -법적 권원의 생성, 소멸 및 변경 -법적 권원에 대한 항의와 영토분쟁에서 재판관의 역할
	3	-도서명: 領域權原論-領域支配の实效性と正当性 -연구자(년도): 許淑娟 (2012) -연구목적: 영역 권원과 영역의 현실지배와의 밀접한 관련성을 검토하고, 그 관련성을 분석틀로 하여 권원 개념의 다의성과 영역지배의 실효성 문제를 검토	- 문헌연구 - 국제판례 분석	-취득객체로서의 영역주권 검토 -주권의 행사로 취득되는 권원의 분석 -합의에 기한 영역주권의 검토
	4	-논문명: 페드라브랑카사건에 관한 국제사법재판소 판결에 있어서의 본원적 권원 -연구자(년도): 마르셀로 코헨 (2012) -연구목적: 페드라 브랑카 사건에서 인정된 본원적 권원과 그 권원의 이전에 관한 국제사법재판소 판결이유에 대한 분석	- 문헌연구 - 국제판례 분석	-조호르 왕국의 시원적 권원 인정 -시원적 권원의 이전 가능성 인정 -시원적 권원을 입증하는 데 사용된 증거의 평가
본 연구		-영토 권원의 개념에 관한 외국의 선행연구들을 참조하여 영토 권원 이론의 현대적 발전을 연혁적으로 검토 -국제재판소의 판결에서 주권의 표시 이론에 입각한 영토 권원 개념의 전개 과정 검토	- 문헌연구 - 국제판례 분석	-영토 권원 이론의 역사적 발전과정에 관한 검토 및 분석 -국제재판소가 제시한 영토 권원의 현대적 개념의 검토 및 분석

## 제 2 장

## 국제법상 영토 권원의 개념과 역사적 발전

## 제1절 서론

국가영역은 크게 영토, 영수, 영공으로 나누어진다. 그중 영토는 육지로 구성된 국가영역을 의미한다. 국가의 영역주권은 개념상 영역에 대한 지배권(imperium)과 처분권(dominium)으로 구분할 수 있다. 통상적으로 국가는 자국 영역에 대하여 지배권과 처분권을 모두 향유한다.<sup>2)</sup> 일반적으로 영토 권원(title to territory; titre territoriale)이란 국가영역 중 영토에 대한 근원을 표시하는 권원을 의미한다.<sup>3)</sup>

국제법상 영토 권원은 국가가 특정한 영토를 통치하는 것을 정당화하기 위해 사용되었다. 영토 권원은 다의적 개념으로 사용되고 있으나, 일반적으로 ‘영토주권을 부여하는 사실’ 또는 ‘영토주권의 기초’라고 정의된다. 영토 권원을 취득한 국가는 해당 영토에 대한 영

2) 정인섭(2013), p. 446.

3) 許淑娟(2012), p. 9.

토주권을 인정받으며, 그 국가의 영토주권은 국제사회 전체에 대항할 수 있는 대세효를 가진다.<sup>4)</sup> 영토 권원을 가진 국가의 영토지배가 법적으로 인정되고 타국도 그것을 존중할 의무가 발생하기 때문에 ‘권원 없는’ 영역지배는 법적으로 인정되지 않는다.<sup>5)</sup>

이하에서는 영토 권원의 개념 정립을 위한 이론적 시도를 살펴보고, 소위 영토 취득 및 상실에 관한 유형론이 국제법상 어떠한 역사적 배경에서 발전되어 왔는지를 검토하고자 한다. 또 영토분쟁의 해결을 위한 영토 권원 유형론의 역할을 검토하고 국제법적 의의와 한계에 대해 살펴보고자 한다.

## 제2절 영토 권원의 개념과 이론적 발전

### 1. 영토 권원의 개념

영토 권원이라는 개념은 국제법학에서 아주 빈번하게 사용되는 용어이고, 영토 권원과 영역주권의 관계는 별도의 설명이 필요 없는 아주 명백한 것으로 인식된다. 그러나 영토 권원의 개념을 면밀히 살펴보면 그 용법이나 기능이 매우 다양한 양상을 보이며, 영토 권원과 영역주권의 관계도 그렇게 명확한 것은 아니다.

국제법학자들은 영토 권원에 대해 다양한 정의를 제시하였으나 확립된 개념정의를 존재하는 것은 아니다. 영토문제에 대해 많은 저술을 한 Verzijl은 권원을 영역취득의 원인(causes)이라고 간략히 정의

---

4) Jennings(1963), p. 4.

5) 許淑娟, *op. cit.*, p. 5.



한 바 있다.<sup>6)</sup> 브라운리(Brownlie)도 영토 권원을 ‘권리의 원인 또는 기초가 되는 사실, 행위, 상황’으로 정의한 바드방(Basdevant)의 정의를 그대로 따르면서, 영토 권원을 ‘타국에 대한 영토주권 주장의 타당근거(the validity of claims to territorial sovereignty against other states)’를 의미한다고 보았다.<sup>7)</sup>

영토법의 권위자인 제닝스(Jennings)는 살몽(Salmond)의 정의를 참조하여 권원이란 ‘권리를 창설하는 것으로 법이 인정하는 부권적 사실(vestitive facts)’이라고 정의한 바 있다.<sup>8)</sup> 제닝스가 제시한 ‘부권적 사실’로서의 권원이라는 개념이 광범위하게 받아들여지고 있으나, 어떤 특정한 사실이 권리로 연결되는지, 그러한 사실이 권리로 어떻게 연결되는지에 대해서는 설명하지 못하는 문제가 있다. 이 때문에 Kohen은 영토주권의 권원(titres de souveraineté)이란 ‘영토주권을 설립하는 근원 또는 유형(sources ou modes d'établissement de la souveraineté territoriale)’이라고 간략히 정의한 후에 영토주권의 하위개념으로서 영역주권을 수립하는 국제법적 행위(les actes juridiques internationaux)인 법적 권원(titre juridique)과 법적 사실(faits juridiques)을 구별함으로써 사실과 권리의 복잡한 연관관계를 논의하였다.<sup>9)</sup> 한편, Shaw는 권원 개념은 본질적으로 국제법규범에 의해 영역주권이 유효하게 취득되어 유지되어 있는 것을 나타낼 때 제시되어야 할 법적 및 사실적 요소의 묘사라고 설명할 뿐 명확한 개념정의를 하고 있지는 않다.<sup>10)</sup> Distefano는 부권적 사실이라는 정의가 권원 개념의 의사표시의 측면(negotium)과 의사표시를 보여주는 증거의 측면(instrumentum)을 구별하지 못한다고 비판하기도 한다.<sup>11)</sup>

6) Verzijl(1970), p. 297.

7) Brownlie(1998), p.121.

8) Jennings, *op. cit.*, p. 4.

9) Kohen(1997), pp. 127-154.

10) Shaw(1986), p. 16.

이상의 논의를 종합할 때 권원이란 단순한 사실의 집합으로 권리가 생성된다는 것을 의미하지 않고, 일정한 이유와 목적에 기해 특정한 사실이 권리를 생성시킨다는 것을 함의하고 있다. 즉 권원이란 특정 사실이 권리를 발생시키는 근거가 됨과 동시에 권원을 가진 자에게 권리를 귀속시킴으로써 권리자가 누구인가를 결정하는 근거가 된다. 따라서 권원 개념에는 누가 그 권리자인지를 어떻게 결정하는가라는 성립태양을 규율하는 형식의 측면과 법기술에 의하여 얻어진 권리를 타자에 대해 주장할 수 있는 근거로서의 측면이 각각 존재한다.<sup>12)</sup>

그동안 국제법학에서는 영역 권원 개념이 권원의 성립태양을 규율하는 형식과 권원의 타당기반으로 명확하게 구별되어 사용되지 않았다. 영토 권원의 성립태양과 권원을 확인하는 인식근거가 혼동되기도 한다. 권원의 성립태양은 권원의 존재나 성립의 유무를 논하는 존재론적 국면에 관련되는 것이지만, 인식근거는 권원을 어떻게 확인하는가라는 인식론적 국면에 관한 것이다. 허숙연 교수는 영토 권원 개념 사용을 둘러싼 혼란을 정리하기 위해 성립태양, 타당기반, 확인 국면의 세 가지로 나누어 권원 개념을 정리한 바 있다.<sup>13)</sup> 이하에서는 허숙연 교수의 분류법에 따라 영토 권원 개념의 세 가지 국면을 살펴보고 영토 권원 개념의 기원을 확인하고자 한다.

## 2. 영토 권원 개념의 기원과 전개

국제법학에서 권원(title)은 로마법상의 ‘titulus acquisitionis’에서 유래했다. 로마법상 소유권 취득에 관해서는 ‘권원(titulus)’이 논의되

---

11) Distefano(1995), pp. 336-338.

12) Honore(1961), p. 139.

13) 許淑娟, *op. cit.*, pp. 12~24.

며, 사용취득(usucapio)으로서 소유권을 취득하는 경우에 필요한 요건은 재산, 기간, 선의, 점유, 정당한 권원(iustus titulus) 또는 정당한 원인(justa causa)이다.<sup>14)</sup> 즉, 사용취득은 매매, 증여, 대부 등 재산 인도의 정당한 원인이 되는 권원(titulus) 또는 원인(causa)을 배경으로 일정 기간 선의의 점유를 행하는 취득방식(modus acquirendi)을 구비함으로써 소유권이 취득되는 규율형식이라고 할 수 있다.<sup>15)</sup>

상설국제사법재판소(Permanent Court of International Justice, 이하 PCIJ)는 동부그린란드 사건에서, 영역주권의 주장에는 “주권자로서의 의도 및 의사”와 “그 권한의 일정한 실효적 표시 또는 행사”라는 두 가지 요소가 필요하다고 판시한 바 있다.<sup>16)</sup> PCIJ는 로마법과 동일하게 국제법학에서도 영역주권의 취득에는 의사적 측면(animus)과 물적 측면(corpus)이 수반되어야 한다는 원칙을 제시하였다. 특히, 영역 권원을 창설하는 것과 국제법상 인정된 다양한 유형에 있어서 물적 측면(corpus)인 실효적 지배(effective control)가 중요시되는 것은 재산법에 있어서 점유가 중요시되는 것과 같다.

권원의 성립형태와 규율형식은 로마법과 국제법에 있어서 유사한 것처럼 보이지만, 국제법학에서 사용되는 권원은 인도나 점유를 취득하는 정당한 원인처럼 한정적인 개념이 아니라 국제법상 권원을 창설하는 것으로 인정된 유형에 의해 취득되는 권원 그 자체를 나타내는 것이다. 이에 대해 Distefano는 국제법학에 있어서는 ‘titulus’에서 파생된 것이 확실한 권원 개념에는 ‘권원(titulus)’뿐만 아니라 ‘유형(modus)’의 의미도 포함되어 있고, 개념의 의미가 크게 변했다는

14) Distefano(2002), p. 63.

15) Buckland and McNair(1972), pp. 151-155.

16) Legal Status of Eastern Greenland (Denmark v. Norway), PCIJ Reports (Ser. A/B, No. 53, 1933), 45-46.

점을 지적한 바 있다.<sup>17)</sup> 국제법학의 권원 개념과 그 기원인 로마법의 *titulus*의 관계에 대해서는 다양한 차이가 존재하며, 권원 개념 또는 영역법의 기원에 대해서는 신중한 접근이 필요하다.

영토 권원 개념은 로마법에서 유래한 것이지만, 국제법학계에서 사용되는 영토 권원 개념에는 영미법계의 국제법 학자들에 의해서 의식적으로 또는 무의식적으로 코먼로의 법개념이 반영되어 있다. 로마법과 달리 코먼로에서는 순수한 점유부터 순수한 소유권까지의 사이에 단계적인 강도의 권리가 존재한다. 코먼로에서는 순수한 점유가 점유의 강도가 더해짐에 따라 점유권으로 인정되고, 소유권에 이르는 단계를 거쳐 완전한 권원을 형성할 수 있다.<sup>18)</sup> 코먼로에서는 점유가 그 자체로 권원의 근원(*root of title*)이 되는 것으로 이해하고, 이를 참조하여 국제법학에서는 영역지배에 있어서 물적인 측면(실효적 지배)과 영역 권원 또는 영역주권의 관계가 재고되기도 하였다.<sup>19)</sup> 예를 들면 Schwarzenberger는 영역의 실효적 지배나 할양조약이라는 복수의 권원의 근원(*root of title*) 또는 권원증서(*title deeds*)가 승인이나 합의 그 이외의 국제법 규칙의 상호작용에 의해서 완전한 권원에 도달하는 과정, 즉 역사적 응고(*historical consolidation*) 과정으로 권원 창설을 파악했다.<sup>20)</sup> Schwarzenberger는 국내 사법유추의 방법 자체를 배제하였으나, 영역의 실효적 지배를 권원의 근원 또는 상대적 권원(*a relative title*)으로 파악하고 영역주권의 완전한 권원으로 발전해 간다는 이론 구성은 권원 개념에 대한 코먼로의 이해와 유사하다.

---

17) Distefano, *op. cit.*, p. 74.

18) Blackstone(1809), pp. 195-199.

19) Jennings, *op. cit.*, pp. 4-5.

20) Schwarzenberger(1957a), p. 308.

또 코먼로의 상대적 권원 개념도 국제법학에서 유효하게 적용되어 왔다고 할 수 있다. 중세 잉글랜드에서 소유권을 다투는 소송에 있어서 원고는 피고의 권원보다도 ‘더 좋은 권원(better title; maius ius)’이 자신에게 있다는 것을 보여주면 족하고, 절대적인 ‘최량의 권원(best title)’을 보여줄 필요는 없었다.<sup>21)</sup> 상대적 권원 개념은 누가 진정한 소유권자인지를 가리는 것이 아니라 어느 쪽이 ‘더 좋은 권원(maius ius)’을 가지고 있는가에 관한 분쟁해결 중심의 사고라고 할 수 있다. 실제로 영토분쟁 사건에서는 복수의 권원 주장을 비교하여 권원 귀속을 결정해야 하는 상황이 많다. 제닝스는 주권적 권원이 대세적인 성격을 갖는다고 하면서도, 실제로는 “두 가지의 대립하는 주장에 대한 결정은 권원을 창설하기에 충분하다”라고 언급한 바 있다.<sup>22)</sup> 제닝스는 권원 개념에 대한 국제법의 입장은 로마법의 소유권(dominium)보다도 코먼로의 ‘보다 좋은 점유권(the better right to possession)’에 유사하다고 보아, 대세적인 권원 개념과 상대적 권원의 긴장관계에 대해 지적한 바 있다.<sup>23)</sup>

영토 권원의 성립태양을 어떻게 파악할 것인가라는 규율형식에 따라 유형에 의한 권원과 연원으로서의 권원으로 나누어 파악할 수 있다. 유형에 의한 권원은 국제법이 권원을 창설하는 것으로 인정하는 유형에 의해서 창설되는 권원을 가리키는 것이다. 이에 비해 연원으로서의 권원은 영토 권원의 상대적 권원 또는 그 연원이 응축된 권원을 나타낸다. 성립태양에 있어서 규율형식의 차이에 의한 권원 개념의 구별은 국제법학에서 권원 개념의 다의성을 나타낼 뿐만 아니라, 권원의 정당화 기반이라는 사고방식에 의해 영역법의 보다 정밀한

21) Buckland and McNair, *op. cit.*, pp. 67-69.

22) Jennings, *op. cit.*, p. 5.

23) *Ibid.*, p. 6.

분석에 기여하게 된다.

이상에서 살펴본 바와 같이, 로마사법의 개념에서 유래된 영토 권원의 개념은 국가들 간의 영토관계에 적용되면서 상대적 권원의 개념에 기초한 코먼로의 영향을 크게 받았다. 국가의 영토 권원이 확립되면 그러한 권원은 대세적 효력을 갖는 것임에도 불구하고, 그 영토에 대한 분쟁이 존재하여 국제재판에 회부되면 국제재판소는 경합하는 영토 권원을 상대적 권원으로 파악하여 보다 좋은 권원을 가진 국가에게 영역 주권을 인정하는 영토 권원의 개념으로 발전된 것이다.

### 3. 권원의 기반

영국의 법학자 오스틴(Austin)은 권원이란 권리가 될 수 있는 사실에 연결된 징표(mark)라고 정의한 바 있다. 오스틴은 어떠한 사실이 징표에 연결되는가라는 태양의 문제와 어떤 사실이 왜 권원이 되는가라는 이유·목적의 문제가 혼동되기도 하지만 구별될 필요가 있다고 보았다.<sup>24)</sup> 왜 특정한 사실이 영토 권원의 유형에 부합되면 권원을 취득하게 되는가의 문제와 어떤 사실 또는 행위가 권원으로 인정되어 영역주권의 연원이 되는 이유는 무엇인가라는 문제를 구별해야 한다는 것이다. 오스틴의 문제의식에 비추어 권원 개념에 있어서 사실과 권리가 매개되는 궁극적인 이유에 관한 논의를 검토할 필요가 있다.

블랙스톤(Blackstone)은, 잉글랜드 토지법에서는 소유권의 기초와 연원에 대해 관심이 없었고, 법을 성립시키게 하는 이유나 전거를 검증하는 것을 두려워하는 것처럼 보여 그 기초에 관한 논의가 이루어지지 않는다고 한다.<sup>25)</sup> 한편, 자연법론의 계보에서는 소유권의 근

---

24) Austin(1885), pp. 881-890.

거를 찾는 것이 중심적인 과제의 하나로 취급되었다. 그로티우스(Grotius)는 인간 이외의 물건(財)에 대한 권리가 신에 의해서 인간 일반에게 수여되었다고(원시적 공유) 전제하면서도, 재산을 사용하기 위해서는 그 재산을 배타적으로 지배해야 할 필요성에서 소유권의 기초를 찾는다.<sup>26)</sup> 로크(Locke)는 각 사람에게 전속적이고 고유하게 귀속되는 신체에서 출발해서, 그 신체의 노동을 투입하여 가치를 생산하는 것에 소유권의 기초가 있다고 한다.<sup>27)</sup> 이와 같이 개인의 행위에서 소유권의 근거를 찾는 입장에 대해, 흄(Hume)은 최초의 소유를 어떻게 확정하는가의 문제보다도 현재 성립되어 있는 소유권 질서를 중시하고, 소유의 분리 또는 구별이 존재한다는 것, 또한 이러한 분리가 변동 없이 항시적으로 존재한다는 것은 사회의 이익을 위해 절대적으로 필요하고, 그 위에서 정의와 소유권이 기원한다고 보았다. 이는 소유권 제도를 인정함으로써 초래되는 귀결에서 그 기초를 찾는 입장이다. 즉 소유권의 소재가 명확히 제시되어, 그것이 항시적으로 존재함으로써 한정된 자원을 둘러싼 만인의 투쟁을 피하여 사회의 안정에 이바지하게 된다. 흄은 이것이야말로 정의이고 소유권의 기초가 되는 것이라고 보았다.<sup>28)</sup>

이러한 소유권의 기초 논의는, 왜 사실이 권리를 생성시키는가에 대한 궁극적인 이유를 모색하는 것이다. 그로티우스는 재산에 대한 배타적인 지배라는 사실을 소유권의 근거로 제시함으로써, 영역지배의 실효성을 찾는 계보의 선구자가 되었다.

25) Blackstone, *op. cit.*, p. 2.

26) Grotius(1925), p. 2.

27) Locke(1690), p. 25.

28) Hume(1777), p. 309.

## 4. 권원의 확인국면

국제사법재판소(ICJ)가 제시했던 권원 개념의 정의는 증거로서의 권원의 출발점이 된다. 부르키나 파소와 말리 간의 국경분쟁사건(1986년)에서 국제사법재판소는, 권원이라는 개념은 권리의 존재를 입증하기 위한 모든 증거와 그 권리의 실제 연원으로서 양자를 포함하고 있다고 서술하였다. 이와 같이 권원 개념에는 권리의 성립에 관한 연원으로서의 권원뿐만 아니라 권리 또는 권원의 존재 확인에 관한 증거로서의 권원(titre-preuve)이라는 두 가지 상이한 국면이 존재한다는 것이 국제사법재판소에 의해서 명시적으로 지적되었다.

국제사법재판소 판결에 의하면, 증거로서의 권원은 연원으로서의 권원을 명확하게 하고, 그 권원의 존재를 보강하는 증거가 되는 문서 또는 행동을 가리킨다. 예를 들면 영역분쟁에 관한 재판에 있어서 재판관이 실제로 행동하는 것은 증거로서의 권원의 검증에 있지만, 어떤 증거가 연관성을 갖는가를 안내하는 것이 연원으로서의 권원이고, 양자는 상호작용 관계에 있다.

이러한 양자는 권원의 존재(연원으로서의 권원)와 권원의 확인(증거로서의 권원)이라는 완전히 다른 차원에 있는 개념임에도 불구하고, 국제법학에 있어서는 자주 혼동될 수 있었다. 그러한 혼동은 양자가 다루는 대상이 동일한 경우, 또한 국제법질서에 있어서 객관적인 인정기관이 존재하지 않는다는 사실에서 기인한다. 존재적 차원에서나 확인의 차원에서도 권원의 주요한 내용은 공권력의 실효적 행사와 동일하고, 그것을 위하여 양자를 구별할 필요가 있는 것 자체가 애매하게 된다. 더욱이 재판 과정에서 재판관에 의한 권원의 확인이, 연원으로서 권원의 한 요소로서 권원의 완성과정을 강화하는 경



우도 있을 수 있다는 점에서 양자의 구별은 더욱 더 곤란해진다.

구별이 곤란하더라도 양자가 완전히 다른 차원의 권원에 있다는 것은 확인되어야 한다. 물론 존재론 차원의 권원론과 구별되는 절차론으로서의 권원론을 구별하는 것도 가능하지만 연원으로서의 권원과 증거로서의 권원이 상호적으로 작용하여 합치되고, 증거로서의 권원 이면서 영역지배의 정당화 근거를 인정하는 권원도 존재한다. 본 보고서에서는 연원으로서의 권원과 증거로서의 권원을 구별하여 사용하고자 한다.

### 제3절 영토 권원 유형론의 전개

국제법학에서 영토관계법은 국가가 영토 권원을 어떻게 취득하고 상실하는가라는 특질의 유형을 중심으로 논의되어 왔다. 이러한 유형(mode)이 영토관계의 변동을 규율했고, 이러한 법이론은 유형론(doctrine of mode of acquisition)으로 불렸다. 라우터팍트(Lauterpacht)는 유형론으로서의 영역법이 국제법학에 있어서 사법(私法) 유추의 가장 현저한 예라고 하며, 이것을 근대국제법 여명기 법사상의 마지막을 시작하는 구조라고 지적하고 있다.<sup>29)</sup> 현재의 대표적인 국제법학자들도 유형론으로 영역법을 논하는 경우가 대부분이었다.<sup>30)</sup> Verzijl은 영토 권원의 유형으로 7가지 취득유형과 상실유형을 제시하였다. 취득유형으로는 자연사실, 무주지 선점, 병합, 할양, 재판, 시효취득, 경계를, 상실유형으로는 자연사실, 유기, 병합,

29) Lauterpacht(1927), p. 91.

30) 예를 들면, Malanczuk(1997), pp. 147-154; Alland(2000), pp. 128-130; Dupuy(1993), pp. 24-29; Nguyen(1999), pp. 524-532; Verzijl, *op. cit.*, p. 347.

할양, 재판, 소멸시효, 경계를 제시하였다.<sup>31)</sup> 한편 오펜하임(Oppenheim)은 자신의 국제법 교과서 초판에서 영역 권원을 취득하는 다섯 가지 유형을 제시하였다.<sup>32)</sup> 오펜하임이 제시한 다섯 가지 영토 권원 유형이 오늘날까지 주로 논의되고 있으며, 영토 권원 유형론의 원형을 보여주고 있다.

## 1. 영토 권원 유형의 이론적 전개

영토 권원 유형론은 특정 토지에 대한 근원을 표시하는 권원의 유형(mode)을 미리 특정하고, 권원 취득에 의하여 영토의 취득과 상실을 규정한 이론이다. 영토 권원 유형론의 존재와 범위에 대해 이견이 있으나<sup>33)</sup>, 일반적으로 선점(occupation), 첨부(accretion), 할양(cession), 정복병합(conquest/subjugation), 시효취득(prescription)가 영토 권원의 유형으로 인정되었다.<sup>34)</sup>

다섯 가지 유형의 권원들은 원래의 권원 보유자로부터 양수되는지 여부에 따라 시원적 권원(original title)과 승계권원(derivative title)으로 구별된다. 무주지(terra nullius)를 실효적 지배한 경우 주권을 시원적으로 취득(original acquisition)했다고 보며, 시원적으로 취득된 영토 권원을 시원적 권원(original title)이라 한다. 타국의 주권 하에 있던 영토를 양수하는 것은 승계취득(derivative acquisition)에 해

31) Verzijl, *op. cit.*, pp. 346-347.

32) Oppenheim(1905), p. 266 (§211).

33) 일부 국제법학자들은 영토가 변경되지 않는다는 이유로 '할양'을 영토 권원으로 인정하지 않으며, '정복'을 영토 권원이 아닌 선점의 특별 사례로 인정하는 입장도 있다. 더불어 '시효취득'을 영토 권원으로 인정하지 않는 학자도 있다. Oppenheim, L., *International Law: A Treatise*, Longmans, Green, and Co., 1905, pp. 266-267; Distefano, *op. cit.*, p. 1048.

34) Oppenheim, *op. cit.*, pp. 266-267; Brownlie(2008), p. 127; Kohen and Hebie(2011), para. 7.

당되며, 승계취득으로 얻게 되는 권원을 승계권원(derivative title)이라고 한다.<sup>35)</sup>

오펜하임(Oppenheim)은 원 소유자로부터 양수되는 방식이라는 점에서 ‘할양’을 승계취득 유형으로 보았으나, 선점, 침부, 정복, 시효 취득은 시원적 취득 유형이라고 보았다.<sup>36)</sup> 그러나 정복이나 시효취득을 시원적 취득과 승계취득 중 어느 것으로 분류하는지는 학자에 따라 다르고, 애초에 시원적 취득과 승계취득을 구별할 의의가 없다고 주장하는 학자도 있다.<sup>37)</sup> 이와 관련하여 서부사하라 사건의 권고적 의견에서 국제사법재판소는, 원주민 수장과 식민국 간에 체결된 조약을 다루면서 시원적 취득과 승계취득을 구별하는 방식을 채용하였다. 국제사법재판소는 원주민 수장과 식민국이 체결한 조약은 시원적 권원을 창출하는 것으로 간주될 수 없고, 주권의 승계취득이라고 판시하였다.<sup>38)</sup> 다섯 가지 유형의 권원이 어떠한 취득 유형에 포함되는지에 대해 다양한 견해가 존재하지만, 시원적 취득과 승계취득의 구별은 현재까지도 영토 권원 취득 유형의 기본적인 구별방식으로서 유지되고 있다.<sup>39)</sup>

## 2. 영토 권원의 유형론

### 1) 선점

선점(occupation)이란 타국의 주권에 속하지 않은 영역에 대해 주권 설정의 의사로, 그 영토를 영유하는 국가의 행위를 뜻한다. 즉 무

35) Kohen and Hebie, *op. cit.*, para. 7.

36) Oppenheim, *op. cit.*, p. 267.

37) Brownlie, *op. cit.*, p.127.

38) *Western Sahara, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1975, paras. 79-80.

39) Jennings and Watts(1996), p.679.

주지에 대한 선점이 성립하기 위해서는 주권자로서 행동하려는 영유의 의사와 실효적 지배가 요구된다.<sup>40)</sup> 선점을 기반으로 한 영토 권원 주장은 식민지 쟁탈전이 발생한 19세기 라틴아메리카, 아시아, 아프리카에서 매우 흔하게 발생하였다.<sup>41)</sup>

선점은 타국의 지배하에 있지 않은 ‘무주지’(terra nullius)를 대상으로 하며, 국가로 간주되지 않는 원주민의 거주지 또한 선점의 대상이 될 수 있다.<sup>42)</sup> 또한 사람이 살지 않는 지역과 버려진 땅, 사회적·정치적 조직이 전적으로 결여되어 상대적으로 적은 사람이 거주하는 지역 또한 무주지로 볼 수 있다. 그러나 인식 가능한 실체가 거주하고 있는 땅이 무주지인지 여부에 대해서는 논란이 있었다.<sup>43)</sup> 이와 관련하여 국제사법재판소는 서부사하라 사건의 권고적 의견에서 “무주지는 선점을 주장하는 당시에 누구에게도 속해 있지 않은 영역이며, 식민지화된 때에도 국가 단계에는 이르지 못하는 못했지만 사회·정치 조직을 갖춘 부족 또는 인민이 살고 있는 땅은 선점의 대상이 될 수 없다.”라고 판시하였다.<sup>44)</sup>

‘실효적 지배’가 무엇인지에 대한 논의도 계속되어 왔다. 실효적 지배의 성립은 문제되는 영역에 따라 달라질 수 있다. 그러나 기본적으로 ‘실효적 지배’가 성립하기 위해서는 단순한 발견 또는 단지 상징적인 점유 이상의 요건이 필요하며, 실제 점유할 의사(animus occupandi), 영토에 대한 국가 기능의 실제 표시(display)와 행사(corpus occupandi)라는 관점에서 실효적이어야 한다. 즉 무주지의 단순한 발견이 아닌 실효적 점유(effective possession)와 통치

40) Oppenheim, *op. cit.*, p. 275.

41) Sharma(1997), p. 63.

42) Oppenheim, *op. cit.*, p. 276.

43) Sharma, *op. cit.*, p. 62.

44) *Western Sahara, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1975, paras. 79–81.

(administration)가 필요한 것이다. 실효적 지배의 정도는 오랜 기간 동안 논의되어 왔으며, 국제재판소 또한 이 문제를 고려한 바 있다.<sup>45)</sup>

다만 무인도의 영유권이 다투어진 클리퍼튼섬(Clipper Island) 사건에서, 중재재판소는 실효적 지배의 성립요건을 엄격하게 적용하지 않았다. 중재재판관 빅토르 엠마누엘 3세(Victor Emmanuel III)는 클리퍼튼섬에 대해 영유권을 주장하는 멕시코에 대하여, 멕시코가 스페인으로부터 독립하기 이전에 스페인이 클리퍼튼섬을 발견했다는 증거가 없으며, 만약 있다고 할지라도 스페인의 실효적 점유에 대한 증거가 없기 때문에, 1858년 프랑스가 주권을 선언할 때까지 클리퍼튼섬은 무주지였다고 판시하였다.

일반적으로 무주지 선점을 위해서는 실제적인 점유가 필요하며, 국가 주권의 표시를 위한 통치기구가 필요하다. 그러나 중재재판소는 클리퍼튼섬이 완전한 무주지였기 때문에 프랑스가 그곳에 통치기구를 설치할 필요가 없었으며, 단순히 주권을 선언하는 것만으로도 프랑스가 실효적 지배의 성립요건을 충분히 만족하였다고 보았다. 중재재판소는 프랑스가 주권을 선언한 이후 이 섬을 포기하려는 의사를 나타내지 않았기 때문에 이 섬이 버려졌다고 볼 수 없으며, 본토에서 멀리 떨어져 있고 사람이 살지 않는 작은 섬에 실효적 점유를 위해 실제적인 거주와 통치행위가 요구되는 것은 아니라고 보았다.<sup>46)</sup>

45) Sharma, *op. cit.*, pp. 62-63.

46) Emmanuel(1932), pp. 390-394.

## 2) 시효취득

### (1) 시효취득 개념

일반적으로 시효취득(acquisitive prescription)은 타국의 영토를 장기간 평온하게 점유함으로써 확립되는 권원이다. 즉 시효취득은 타국 영토에 대한 취득방식으로서, 시간의 경과, 실효적 지배 또는 점유에 기한 사실상황을 존중하여 국제질서를 유지하고 영토 권원의 안전성을 도모한다는 측면에서 정책적 정당성을 가진다.<sup>47)</sup> 이러한 측면에서 시효취득은 합리적 기간 내에 권원 주장이 없으면 권한이 소멸되는 소멸시효와 구분된다. 시효취득은 시간의 경과를 통하여 실질적 권리를 취득하는 것을 의미하기 때문이다.<sup>48)</sup>

더불어 시효취득은 초기억적 점유(immemorial possession)와 타주점유(adverse possession)라는 두 가지 다른 개념을 포함한다. 먼저, 초기억적 점유에 기한 권원은 확실하지 않고 특정되지 않아 실제 사례에서 이 점유의 합법성(legality)과 위법성(illegality)을 증명하는 것이 거의 불가능하다. 이 때문에 많은 학자들은 점유의 합법성을 유효한 것으로 추정하였다.<sup>49)</sup> Verzijl은 초기억적 점유가 영토의 현상 유지(status quo)에 대한 필수적이고 부인할 수 없는 법적 근거이며, 이에 근거한 영토 권원은 일반적으로 인정되며 생략될 수 없다고 보았다.<sup>50)</sup>

다음으로, 시효취득은 국제법상 타주점유를 통한 권원을 포함하며, 이러한 의미에서 로마법상 사용취득(usucapio) 개념과 유사하다. 시간의 경과에 따라 주권적 권한을 실제 이행함으로써 관련 영토 권

47) Sharma, *op. cit.*, pp.107-108.

48) *Ibid.*

49) *Ibid.*

50) Verzijl, *op. cit.*, p. 382.

원에서 타주점유의 결합은 치유된다. 즉 시효취득의 두 가지 개념은 궁극적으로 유효한 권원(good title)의 획득이라는 공통적인 결과를 낳는다는 점에서, 시효취득이라는 단일 제목 하에 동일하게 취급되는 경향이 있다.<sup>51)</sup>

## (2) 시효취득 성립요건에 대한 학설

시효취득의 성립요건은 오랜 기간 동안 국제법학자들의 논의 대상이었다. 오펜하임은 시효취득을 “현재 사물의 상태가 국제법질서에 합치한다는 일반적 확신과 역사적 발전의 영향을 받아 창조되는 데 필요한 기간 동안, 계속적이고 방해받지 않는 주권의 실행을 통한 영토 주권의 취득”이라고 정의했다.<sup>52)</sup> 또 필모어(Phillimore)는 “영토에 대한 시효 권원의 주장하는 자는 공연히 계속된 점유, 다툼의 부재, 새로운 점유자에 의한 점유 하에서 노동과 자본의 고용, 원 점유자에 의한 소유권 주장의 부재를 증명해야한다”라고 보았다.<sup>53)</sup> 오코넬(O’Connell)에 따르면, “영토 주장에 대한 실제 동의를 증거, 또는 이에 반한 항의의 실패의 증거가 필수적인 시효취득의 조건”이며, “타국이 영토를 점유하고 있는 것에 대한 묵인은 그 점유가 평화롭고, 확정적인 주권적 권원의 효과적인 반전을 구성하는 선결조건”이다.<sup>54)</sup> 존슨(Johnson)은 “시효에 의해 권원을 취득하려면 이해관계국 또는 권원을 빼앗긴 국가의 묵인이 필수적으로 있다”라고 하며, “점유가 주권자로서의 영유의사를 가질 것, 평온하게 다툼이 없을 것, 공연할 것, 일정기간 행할 것”으로 요건을 정리하고 있다.<sup>55)</sup>

51) Sharma, *op. cit.*, pp.165-166.

52) Oppenheim, *op. cit.*, p. 294.

53) Phillimore(1879), para. 260.

54) O’Connell(1970), p. 424.

55) Johnson(1950), pp. 344-348.

많은 학자들이 시효취득에 대해 다양한 개념정의를 내리고 있지만, 각 학자들의 주장은 시효의 일부 또는 기타의 조건만을 강조하고 있다. 따라서 일반적으로 시효취득은 주권적 권원(*titre de souverain*) 이 있어야 하며, 점유가 평온하고 방해받지 않아야 하며, 공개적이어야 하고, 일정 기간 동안 행하여져야 한다.<sup>56)</sup> 국제재판소 또한 시효취득의 성립요건에 대해 일반적으로 점유는 다툼이 없고(*undisturbed*), 방해받지 않고(*uninterrupted*), 항의가 없어야(*unchallenged*) 한다고 보았다. 이 요건 중 일부가 충족되지 않을 경우, 시효취득에 대한 주장은 허용되지 않는다. 그러나 현존하는 법과 국가실행 하에서는, 시효가 완성되기 위하여 필요한 시간에 대해 확립된 규정이 없다. 따라서 일반적으로 점유의 성격과 당해 상황에 따라 달리 판단될 수밖에 없다.<sup>57)</sup>

### (3) 선점과 시효취득의 구별

#### 가. 유사점

선점과 시효는 평화롭고 지속적인 주권의 표시 상태가 있어야 유효한 권원이 된다는 점에서 동일하다. 평화롭고 지속적인 주권의 표시의 정도에 대해서는 명확한 규정된 바 없으나, 영토의 성격과 시간의 경과에 의해 좌우된다. 영토의 성격과 관련하여, 국제재판소는 많은 인구가 밀집한 영토·섬 지역보다 인구가 희박한 지역을 주로 다루었다. 재판소는 주권의 표시, 국가 권한의 행사 기준 결정에 중요한 역할을 하는 지역의 차이점에 대해 판시한 바 있다.<sup>58)</sup>

시간의 경과와 관련하여, 선점과 시효에 의한 권원이 완성되기 위

---

56) Sharma, *op. cit.*, pp.110-116

57) *Ibid.*

58) *Ibid.*



해 필요한 시간에 대한 일반적인 기준이 없으며, 명시적으로 시효의 완성을 인정한 판례가 없다. 그러나 주권의 표시가 행사되는 기간은 권원 취득을 결정함에 있어 매우 중요하다.<sup>59)</sup> 팔마스 섬 사건에 대해 Schwarzenberger는 “국가 권한을 행사하기 위한 의도와 의지, 그 권한을 실제 행사한 사실이 존재하는 한, 영토주권의 완전한 성립은 국가 통치의 점진적인 강화를 포함하는 장기적인 과정일 수 있다”라고 보았다.<sup>60)</sup> 월독(Waldok)도 “선점이 단일행위가 아닌 계속적인 국가 권한의 행사”라는 것을 확인한 바 있다. 또한 시간의 경과를 고려함에 있어, “선점이 실질적인 국가 권한의 행사를 포함하지 않더라도, 시간이 경과함에 따라 강화되는 경향이 있다”라고 보았다. 이어 “이러한 상황에 의해 국가활동이 계속된다면 실효적 지배 요건이 만족되는 것으로 볼 수 있다”라고 덧붙였다.<sup>61)</sup>

#### 나. 차이점

선점과 시효취득은 상당 부분 유사하지만, 본질적인 차이가 있다. 우선, 선점은 무주지를 대상으로 하는 반면, 시효취득은 적법여부에 상관없이 타국이 점유했던 영토에 대한 권원이다. 이는 원 소유가 편취(fraud) 또는 폭력(violence)의 방법으로 취득하였다 할지라도 시효취득이 적용될 수 있다는 것을 뜻한다.<sup>62)</sup>

또한 시효취득은 분쟁당사국의 행위(conduct)와 태도(attitude)에 따라 달라질 수 있다. 국제재판소는 영토 권원 문제를 판단함에 있어, 관련국의 행위와 태도를 중시한다. 즉, 묵인(acquiescence), 동의(consent), 승인(recognition) 등이 고려되는 사건에서, 당사국의 행

59) *Ibid.*

60) Schwarzenberger, *op. cit.*, p. 316.

61) Waldock(1950), p. 142.

62) Verzijl, *op. cit.*, p. 383.

위는 증거가치 이상의 결정적이고 독립적인 근거로 채택될 수 있다.<sup>63)</sup>

시효취득에 의한 영토 취득 주장에 있어, 국제재판소는 권원의 존재와 강도를 검토함에 있어 ‘묵인’을 고려하였다. 즉, 타국의 타주점유에 대한 원 소유국의 묵인이 있어야 시효를 완성할 수 있는 것이다.<sup>64)</sup> 묵인은 명시적 주장의 동의 또는 항의(protest)의 부재 또는 침묵(silence)으로 된 ‘묵시적 동의’를 의미하며, 시효를 차단하는 효과를 가진다.<sup>65)</sup> 그러나 묵인은 단순한 침묵이나 항의의 부재를 의미하는 것이 아니며, ‘특정상황에서의 침묵’(silence circonstancié, qualifiertes Stillschweigen)을 의미한다.<sup>66)</sup> 따라서 새로운 권원을 주장하는 타국의 행위에 대하여 원 소유국이 합리적 기간 내에 반응하지 않으면, 원 소유국의 권원은 손상되거나 없어질 수도 있다. 반면 타국의 배타적인 주권의 표시가 증명되면 그 권원은 절대적 유효성을 가진다.<sup>67)</sup> 타국의 권원은 새로운 힘을 얻고, 심지어 더 좋은 권원(better title)이 될 수도 있다. 그러므로 타국에 의한 어떠한 행위에 직면한 국가는 그들의 권원을 보호하고, 확고히 하기 위하여 즉시 대응해야 한다. 다만 권원을 보호하기 위하여 확고한 자세를 취해야 하는지 여부는 당해 상황에 따라 달라진다.<sup>68)</sup>

이와 관련하여 미국과 멕시코 간 차미잘(Chamizal) 사건을 들 수 있다. 미국은 차미잘 지역에 대해 일정 기간 지배력을 행사하였으

---

63) Sharma, *op. cit.*, p. 117.

64) Johnson, *op. cit.*, p. 349.

65) Island of Palmas Case(Netherlands/U.S.A), Reports of International Arbitral Awards, Vol. II, p. 867.

66) Distefano(2006), pp. 1059-1060.

67) Island of Palmas Case (Netherlands/U.S.A), p. 867.

68) Distefano, *op. cit.*, pp. 1059-1060.

로 시효취득에 의하여 해당 지역을 취득하였다고 주장하였다. 이에 대해 국경위원회는 이와 같은 상황에서 시효취득이 완성되기 위해서는 미국의 점유는 “방해받지 않고, 차단되지 않고, 이의를 제기 받지 않았어야 하고(undisturbed, uninterrupted and unchanged)” 또한 “평온했어야(peaceable)” 한다고 보았다. 그러나 멕시코는 차미잘 지역에 대한 미국의 행위에 대해 장기간에 걸쳐 반복적으로 미국에 대해 항의를 제기하였다. 즉 멕시코는 미국의 행동에 대해 이의를 제기하였으므로 시효취득 성립을 위한 ‘묵인’이 인정되지 않은 것이다.<sup>69)</sup>

선점과 시효취득 주장은 ‘승인’을 통해 수락될 수 있다. Schwarzenberger는 영토 권원이 매우 미약하게 존재할지라도 국가가 해당 영토 권원을 승인하는 행위를 했다면, 향후 해당 권원의 유효성에 대한 다툼이 발생하더라도 금반언의 원칙을 주장하며 다툼을 방지할 수 있다고 보았다.<sup>70)</sup>

### 3) 할양

#### (1) 개념

할양(cession)은 원 소유국과 취득국 사이의 합의에 의해 주권이 이전되는 영토 권원 유형을 의미다.<sup>71)</sup> 할양에서 요구되는 유형은 원 소유국과 취득국 사이의 합의가 있으면 되고, 그 목적이나 취지는 문제되지 않는다.<sup>72)</sup> 영토 권원으로서 할양은 오랜 기간 동안 존재하여

69) *Award by The International Boundary Commission in the Matter of the International Title to the Chamizal Tract (Mexico/ United States)*, Reports of International Arbitral Awards, Vol. XI, June 1911, pp. 309-347.

70) Schwarzenberger, *op. cit.*, pp. 316-317.

71) Oppenheim, *op. cit.*, p. 268-272.

72) *Ibid.*

왔으나, 국제법상 할양의 구체적인 형식이 확립되지는 않았다. 다만 할양이 이루어지기 위해서는 관련국들의 ‘완전한 동의’(full consent)가 가장 중요하며, ‘할양의 합의’가 있어야 영토가 실제 인도된다.<sup>73)</sup> 만일 영토가 실제 인도되지 않으면, 할양 합의는 효력을 발하지 않는다.<sup>74)</sup> 영토의 인도 없이는 취득국이 해당 영역에 대한 관할권을 행사하는 것이 가능하지 않기 때문이다.<sup>75)</sup>

## (2) 분류

할양은 자발적 또는 비자발적으로 발생한다. 자발적인 할양의 예로는 인도가 파키스탄과 양자조약에 의해 베루바리(Berubari)를 이전한 것을 들 수 있다. 샤르마(Sharma)는 비자발적인 할양이 보통 평화조약에 따라 이루어진다고 보았으며, 이는 협박 또는 위협의 결과로 발생하기도 한다는 견해를 제시하였다.<sup>76)</sup> Verzijl은 할양을 사실상 강요에 의한 기부, 자발적 할양과 같은 무상이전, 매매에 의한 등가교환에 의한 이전, 교환과 같은 상호이전으로 구분한 바 있다.<sup>77)</sup>

## (3) 관련 문제

할양에 의한 영토 이전은 법적 근거가 명확하기 때문에, 법적 분쟁이 거의 존재하지 않는다.<sup>78)</sup> 그러나 관련 조약의 유효성이나 해석과 관련된 분쟁이 드물지만 발생한다. 할양의 경우, 취득국은 원 소유국의 권원을 승계취득한다. 따라서 해당 영토 권원의 유효성은 원 소유

---

73) Schwarzenberger(1957b), p. 303.

74) *Ibid.*, p. 303.

75) Oppenheim, *op. cit.*, p. 272.

76) Sharma, *op. cit.*, p. 137.

77) Verzijl, *op. cit.*, p. 389.

78) Hill(1945), p. 159.

국 권원의 유효성에 달려있다. 이와 관련하여, 양도된 영토의 범위, 원 소유국의 영토이전에 대한 권한 및 처분 방식과 관련된 문제가 제기되기도 한다.<sup>79)</sup>

19세기 식민지배 기간 동안, 식민 세력들은 ‘할양’을 통하여 피식민국의 영토를 합법적으로 취득하였다. 쇼(Shaw)는 주권과 정치조직이 존재하는 영역을 무주지로 간주할 수 없으므로, 19세기 당시 식민국은 피식민국과의 양자조약에 기반하여 영토를 취득하였다고 보았다.<sup>80)</sup>

알렉산드로비치(Alexandrowicz)는 1884-1885년 베를린 회의가 피식민국의 영토를 합법적으로 취득하기 위한 방식이 변화한 분기점이라고 보았으며, 베를린 회의 이후 서구 식민세력과 아프리카는 시원적 권원에 의한 영토의 선점이 아닌, 할양 조약 채택에 관한 국제법 규칙에 따라 승계권원 증서(derivative title deeds)를 취득하기 위한 방식으로 영토가 이전되었다고 보았다.<sup>81)</sup> 오코넬(O’Connell)도 1885년 베를린 의회를 아프리카를 쟁탈하기 위한 게임에서 규칙을 정한 회의라고 보았으며, 동 회의가 아프리카 부족의 정복 또는 그들로부터 할양에 의한 취득을 가정하여 진행되었다고 언급했다.<sup>82)</sup>

앞에서 살펴본 바와 같이, 국제사법재판소는 서부사하라 사건에서 “실제 영토의 할양으로 간주되는지 여부에 관계없이, 원주민 수장에 의한 합의는 승계취득의 권원으로 간주되고, 무주지 선점에 의한 시원적 취득 아니라고 보았다.<sup>83)</sup>

79) Sharma, *op. cit.*, pp. 138-140.

80) Shaw, *op. cit.*, p. 49.

81) Sharma, *op. cit.*, p. 140.

82) O’Connell, *op. cit.*, p. 470.

83) Western Sahara, Advisory Opinion, para. 39.

#### 4) 첨부

첨부(accretion)는 국가 영토가 증가·확장되는 자연현상으로 영토를 취득하는 방법을 의미한다. 이러한 변화는 점차적으로 혹은 갑자기 발생할 수 있으며, 강 또는 바다의 현상에 의해 주로 발생한다.<sup>84)</sup> 강의 수로경계가 점차적으로 변경하여 국경과 경계선에서 일치하게 될 수도 있는데, 보통의 경우 이는 국가 영토가 증가한 것으로 볼 수 있다. 다만, 강의 수로변경이 자연분리(avulsion)와 같은 갑작스러운 변경인 때에는, 경계선이 변경되지 않는 것으로 본다.<sup>85)</sup> 해안선의 변경으로 영토가 취득될 수도 있으며, 영해에 있는 섬 또는 암초가 발생됨에 따라 영토가 자동적으로 취득되기도 한다.<sup>86)</sup>

#### 5) 정복병합

정복병합(conquest/subjugation)은 유엔 헌장에서 무력사용을 금지하기 전까지 영토 취득의 권원으로 인정되어 왔다. 국제법학자들은 이미 정복병합에 의한 권원 취득의 적법성에 대해 의문을 제기한 바 있다. Sharma는 정복병합을 영토 권원의 유형으로 인정하면서도 그 적법성에 의문을 제기하였으나, 정복병합(conquest)의 역사적 중요성을 강조한 쇼(Shaw)의 견해에 일견 동의하는 것으로 보인다.<sup>87)</sup> 블룸필드(Bloomfield)는 이 권원에 대해, 정복(conquest)이 빈번하게 이루어지던 고대법 하에서 유효한 방식이라고 보았다.<sup>88)</sup>

샤르마(Sharma)는 정복에 의한 영토 권원은 일반적으로 두 가지

---

84) Sharma, *op. cit.*, p. 141.

85) Verzijl, *op. cit.*, p. 163.

86) *Ibid.*

87) Sharma, *op. cit.*, p.143.

88) Bloomfield(1957), p. 104.

측면, 전통적으로 무력에 의한 타국 영토의 병합(annexation)으로 이행되는 정복병합(subjugation)과 정복(*de bellatio*)으로 보았다. 더욱 구체적으로 정복(conquest)은 무력에 의해 타국 영토를 점령하는 것과 이 점령으로 자국 영토로 취득하겠다는 의도의 표시, 그리고 점령된 지역의 주권을 보유할 수 있는 능력이 있으면 정복에 의해서 영토 취득이 된다고 보았다.<sup>89)</sup>

오펜하임(Oppenheim)은 정복병합(subjugation)을 전시에 군사력을 사용하여 적의 영토를 탈취하는 정복(conquest)과 구별하였으며, 정복한 후에 정복자가 정복을 확고하게 하여 공식적으로 병합(annexation)함으로써 정복병합이 성립한다고 보았다.<sup>90)</sup> 오펜하임은 정복병합을 권원의 정당화 사유로 들면서, 전쟁 당사국들은 개전 시 자국 영토에 대한 권원을 위협한 상황에 노출시킨다는 것으로 인하여 승리자가 정복된 영토를 병합할 수 있다고 보았다.<sup>91)</sup>

정복병합이 선점의 특별 사례라고 본 학자들도 있었다. 이들은 정복을 통하여 적국의 영토가 어느 국가에도 속하지 않는 영토가 되며, 정복자는 그들의 군사적 선점을 절대적 선점으로 변화함으로써 이를 취득할 수 있다고 보았다. 그러나 오펜하임은 어떠한 방법에서도 군사적 선점은 적국 영토를 어느 국가에도 속하지 않는 땅으로 변화할 수 없다고 하면서 그들의 의견에 동의하지 않았다. 오펜하임은 정복된 적국 영토는 실제 정복자의 점유와 지배하에 있더라도, 병합하기 전까지는 법적으로는 적국의 주권 하에 있다고 보았다.<sup>92)</sup>

89) Sharma, *op. cit.*, p.143.

90) Oppenheim, *op. cit.*, pp. 287-289.

91) *Ibid.*

92) *Ibid.*

### 3. 영토 권원 유형론의 근거와 한계

영토 권원 유형론은 무주지 개념의 발명과 밀접한 관련을 가지고 전개되었다. 무주지 선점 이론은 무주물에 관한 로마사법을 유추하여 발전되었으며, 로마제국 시대에는 로마 이외의 땅이, 16세기에는 비기독교 국가의 영토가, 19세기에는 비문명국의 영토가 무주지로 취급되었다. 무주지의 개념은 현지의 왕의 통치 형태를 이용하면서도 그 통치권을 무력화하기 위해 이용되었다. 이에 따라 국내 사법의 형태를 빌린 유형론의 생성이 가능해졌으며, 비록 이론적이긴 하지만 보편적인 영역지배의 정당화 이론이 제공된 것이다.

원래 원시취득의 법리는 영역지배라는 권원의 물적 기반이 따르지 않는 교황의 칙서와 같은 종교적 권위에 기한 규율방식에 대항하기 위해 제시된 것이었다. 원시취득의 법리를 주장한 그로티우스는 식민지를 현실 지배하는 무주지 선점을 영토 권원의 근거로 주장하였다. 그로티우스는 토지가 최대한 이용되어야 하고, 이를 위해서는 배타적 영역 지배가 허용되어야 하기 때문에 토지의 최대한 이용을 가능하게 하는 영역 지배에 권원을 인정하는 정당화 논리를 도출하였다. 이것이 무주지 선점에 의한 권원을 정당화하는 기반이 되었으며, 그 규율 형식은 구체적인 영역 지배라는 사실, 즉 권원의 물적 기반에 영토 권원을 관련시키는 것이 되었다.

그로티우스는 원시취득 법리에서 식민지 획득의 권리를 도출하였으나, 식민세력의 소유권과 현지의 왕이 가진 통치권을 분리했다. 두 주체를 분리함으로써 현지 왕의 통치권을 존중하는 형식을 취하면서도 실제로는 현지의 왕들과 무관하게 식민의 권리를 넓히려고 시도했다고 할 수 있다. 그러나 19세기에 이르러 그로티우스가 분리한



소유권과 통치권은 문명국가론에 따라 일괄적으로 다루어지게 된다. 즉, 아프리카와 미주 대륙의 국가들은 문명국가가 아니라는 이유로 주권국가 사이에 행해지는 전쟁의 일방 주체로서 인정받지 못하였고, 법적인 주체성을 인정받지 못함으로써 영역 취득의 "대상" 혹은 "객체"로 전락하게 되었다. 그로티우스의 이론 구성에서 비문명국은 무주지로 인식된 것이다.

식민세력의 침략 대상이 국제법 이론에 의해 객체화된 가운데 자연법 위반의 유무는 더 이상 문제되지 않고, 토지는 효과적으로 이용되어야 한다는 신념과, 문명국만이 무주지를 지배할 수 있다는 명제가 권원 취득의 정당화 근거가 된 것이다. 무엇보다 이러한 권원 취득은 문명국 사이에 정당화 근거를 제공하는 데 그치고, 원주민에 대한 식민지화의 정당화는 각 국가에게 위임된 국내관할사항으로 여겨졌다. "정복"이 아닌 "식민"인 이상, 식민지에 대해서는 식민지 종주국의 법을 그대로 적용할 수 있게 되고, 식민지 지배는 국내관할 사항으로 간주할 수 있기 때문이었다.<sup>93)</sup> 문명 개념에 의한 무주지화 논리는 주권자에 의한 문명적인 통치가 이루어지지 않는 이상 그 땅에 원주민 국가가 존재하고 있어도 '주권자 없는 땅', 즉 '무주지'로 취급되고, 유럽제국이 그 영토를 통치하는 것이 인류전체의 이익에 부합한다는 전제에 입각하였다.

그러나 무주지화 논리에 있어서 식민지 획득은 주권을 취득하는 것이라는 점을 강조하고, 다른 한편 유형론에 있어서는 영역을 재산처럼 취급하기 때문에 문명국가와 결합한 무주지 논리는 영토 권원 유형론과 긴장관계에 놓이게 된다. 무주지화의 논리를 철저히 적용하면 영역의 취득은 주권자로서 해당 영역을 통치하고 있는지 여부

93) 許淑娟, *op. cit.*, pp. 88-90.

에 관한 것이므로, 권원의 물적 기반인 실효적인 점유로 대표되는 “실효성의 요청”이 불가결한 것이 된다. 하지만 유형론이 실제로는 비유럽 지역의 영토 취득에만 이용되고, 취득하는 유럽 국가는 항상 문명국가라고 한다면 문명에 의한 통치가 이루어지고 있는지 여부를 묻지 않고, 유럽에 의한 취득과 유럽 사이의 양도를 규율하는 방식으로 충분한 것이 된다. 문명을 독점함으로써 주권을 재산처럼 주고받는 소유권으로 파악할 수 있게 되는 것이다.

유형론은 정해진 유형에 부합하는 사실만 권원으로 인정된다는 점에서 방식성이라는 특징을 가진다. 이러한 방식성도 식민지 취득을 상정한 원시 취득의 법리와 문명국과 야만국의 구별로부터 출발하고 있었다.<sup>94)</sup> 오래전부터 그 땅을 지배하고 있는 국가의 권원이 선점이나 시효취득, 할양, 정복병합, 침부 중 어느 유형에 해당하는지를 인정하는 것은 매우 어렵겠지만, 식민지 획득이라고 하는 맥락으로 한정하면 영토 권원 유형 상호 간에 혼동은 최소화되기 때문에 각 유형은 전혀 다른 상호 배타적인 유형으로 구성될 수 있었다. 식민지 획득 과정은 극히 제한된 시간 속에서 발생하였기 때문에 권원의 기원을 추적할 수 있었으며, 무엇보다 문명국가 이외의 토지는 무주지로 여겨져 선점과 그 이외의 양식은 명확하게 구별될 수 있었다. 19세기 말에 영역법으로서 유형론이 체계화된 것은 이러한 배경에서 이해할 수 있다.

그러나 이러한 영토 권원 유형론은 식민지 획득이라는 맥락을 벗어나서는 현실과 부합하지 않거나 법리적으로 모순되는 한계점을 드러내었다. 크게 유형론의 한계로 들 수 있는 것은 원주민 국가와의 관계와 사법유추의 한계라고 할 수 있다.<sup>95)</sup> 이러한 배경에는 국제법

---

94) *Ibid.*, pp. 90-91.

이론과 국가실행의 괴리, 그리고 국제법 이론에 있어서 영역지배의 실효성 증대라는 요인이 존재한다. 종교적 권위로 뒷받침되었던 “발견”에서 “선점”을 중심으로 하는 원시취득의 법리, 즉 실효적 선점의 확립을 중시하는 방향으로 전개된 영역법의 발전은 주로 국제법학자들이 제시한 이론에 근거를 두고 있을 뿐 실제의 국가실행과 동떨어진 면이 많았다. 당시 식민지 취득의 국가실행은 세력균형에 유의하면서 침략이나 보호관계의 설정이 주를 이루었다. 그럼에도 불구하고 많은 국제법 학자들은 “선점”이 영역 취득의 기본 원칙인 것처럼 영역법의 전개를 묘사하였다.<sup>96)</sup> 국제법 이론과 국가 실행의 괴리는 베를린 의정서의 평가가 양분된다는 점에서도 나타난다. 발견에서 선점을 거쳐 실효적 선점에 이르는 변천과정은 유럽 국가들의 정당화를 위한 법적 논리의 변천이며, 현실의 역사과정에서 유리된 허구에 불과하다고 할 수 있다.

그러나 이러한 허구적인 유형론도 근거와 논리구조를 갖추고 있었으며, 그 후의 이론과 국가실행에 영향을 주었다.<sup>97)</sup> 국가실행과 괴리된 실효성의 증대 요구는 유형론의 문제점을 부각시키게 되었다. 첫째, 원주민 국가의 국가성을 부정하기 위해 유럽 열강이 이들 원주민 국가의 통치행위의 질적 측면을 문제 삼으면서 유형론의 한계가 드러났다. 베를린 의정서에서 제시된 영역지배에 있어서 문명 수준을 전제로 했던 아프리카의 무주지화라는 명분을 지키기 위해 식민지 지배에 대한 실효성의 장벽이 결과적으로 높아지게 되었다. 베를린 의정서에 현저하게 나타난 유럽의 식민지 취득의 정당화는 기독교(Christianity), 통상(Commerce), 문명(Civilization)이라는 ‘3C’라고도

95) Greig(1988), p. 146.

96) Koskenniemi(2002), p. 155.

97) Munkman(1975), p. 20.

불리지만, 이러한 목적에 의해 식민지 침략을 정당화한 것은 역으로 식민세력에게도 일정한 부담을 지우는 결과를 초래했다. 기독교의 선교를 기치로 정복한 경우에는 정복한 땅에서 기독교화를 해야 했고, 통상이 식민화의 기치였다면 통상 거점으로서 식민지를 정비해야 하는 부담이 식민세력에게 부과되었다.<sup>98)</sup> 또, 아프리카의 원주민 국가를 부정하기 위해서 원주민 국가에 대해 사용한 문명의 기준은 유럽 자신의 식민지 지배에도 이용되었다. 일방적인 기준의 부여라고 해도 유럽 스스로가 실시하는 영역지배에 있어서도 문명의 기준은 고려하지 않을 수 없었다. 영토문제의 해결을 위하여 이러한 유럽 중심적인 문명 기준이 어디까지 유지될 수 있는가라는 문제가 꾸준히 제기되었다.

둘째, “무주물(res nullius)”로부터 “무주지(terra nullius)”가 유추되었고, 나아가 점유에 요구되는 실효성의 정도가 높아짐에 따라 허구적인 이론에도 모순점이 드러나게 되었다.<sup>99)</sup> 사법(private law)이 상정하는 무주물인 야생마나 벌떼는 그 무주물의 점유를 획득하자마자 무주물에서 소유물로 전환되기 때문에 동일한 물건에 대해 2인 이상이 소유하는 상황을 생각하기 어렵다. 그러나 영토는 국가들이 일회적인 행위로 완전히 현실지배할 수 있는 것이 아니라 일정한 계속성이나 공간적 확장이 요구되기 때문에 대립하는 복수의 유효한 주장이 성립될 수 있다.<sup>100)</sup> 유럽에서의 할양이나 정복병합에 의한 영역취득의 경우에 영역을 승계하는 형태를 취하기 위해 점유를 신속히 완료하고 영역의 경계도 역사상 대체로 정해져 있었으며, 점유한 영역의 공간적 범위도 명확했다. 이러한 의미에서 유럽의 할양이

98) Koskenniemi, *op. cit.*, pp. 116-127.

99) O'Connell(1960), p. 78.

100) Greig, *op. cit.*, p. 146.

나 정복병합에 기초한 영역 취득에 무주물 선점을 유추적용하는 것이 가능할 수도 있다.

그러나 베를린 회의에서 나타난 바와 같이, 실효적 선점을 주장하기 위해서는 식민화를 진행하고, 식민지 주민의 복지를 향상시키며, 식민지 영토에서 타국의 국민을 보호할 정도의 질서를 확립해야 한다. 아프리카 대륙의 일부와 같이 광대하고 지리적으로도 명확히 구분되지 않은 영토에서 질서를 확립하려면 상당한 시간이 필요하다. 또한 어떤 국가가 특정한 영역에 대한 지배를 추진하고 있다고 해도, 다른 식민세력을 배제하는 것이 가능할 정도로 실효적 지배가 확립되어 있지 않은 상황에서는 타국 또한 동시에 지배를 시도하는 것이 가능하다. 이 경우에 유형론에는 복수의 주장을 비교하여 권원을 결정하는 것과 관련된 지침이 존재하지 않는다. 복수의 유효한 “권원 주장의 상대적 강도”<sup>101)</sup>를 평가하는 것은 영역의 취득형태가 유형에 맞는지 여부에 따라 태일적으로 권원의 유효성을 판단하는 유형론에서는 불가능하다. 게다가 영토 취득 시 실효성의 정도를 높이면 높일수록 최초 취득자의 권원을 확정하는 것이 쉽지 않고, 사후에 경합하는 권원 주장에 길을 열어주게 된다. 이러한 문제는 대부분의 영역 권원 분쟁에서 예외적인 것이 아니라 일반적인 현상이라고 할 수 있다.

이상의 문제점은 실제 분쟁해결에서 영토 권원 유형론이 원용되지 않는 원인이기도 하며, 이론적으로 유형론의 재구성을 촉구하는 계기가 되어 왔다. 점유에 요구되는 실효성의 정도를 높이고, 주권이나 문명이라는 기준에 따라 무주지로 구성하는 이론적 조작의 정

101) Island of Palmas Case (Netherlands and U.S.A.)(1928), 2 RIAA 831, 839, 869-871; Minquiers and Ecrehos (France/United Kingdom), ICJ Reports 1953, p. 46.

도가 심해질수록 유형론은 허구적 이론으로서의 힘을 잃게 되었다. 유형론이 직면한 문제점들은 영토분쟁을 중재재판에 회부하여 해결하는 경우에 특히 부각되었으며, 이러한 문제를 해결하기 위해 제시된 팔마스 섬 중재판정의 주권 표시 이론은 현대적인 영토관계법의 새로운 장을 열었다고 할 수 있다.

## 제 3 장

국제재판소의 판결에 의한  
영토 권원 이론의 발전

## 제1절 영토 권원에 상응하는 주권의 표시 개념과 의의

## 1. 영토 권원에 상응하는 주권의 표시 개념과 의의

주권의 표시 개념이란 주권을 표시하는 국가행위 자체로 권원이 인정되는 것을 의미한다. 영역 권원론에 있어서 영토 권원 유형론이란 일정한 영토 권원의 정형화된 취득 유형에 따라서 권원이 취득 및 상실된다는 것이지만, 영토 권원 유형론과는 대비되는 주권의 표시 개념이 현실의 지배가 역으로 권원을 창출시킨다는 이론은 아니다. 서구유럽이 식민지의 영토 권원의 취득과 관련하여 원시취득을 강조하였는데, 이러한 원시취득의 법리를 대체할 수 있는 영역 지배의 정당화 근거에 관한 이론을 의미한다. 실제 1928년 팔마스 섬 사건 이후 국제재판과 학설에 지대한 영향을 주었으며, 영토 권원 유형론보다 정밀한 “새로운 영역법체계”의 단서를 제시한 것으로 알려졌다.

다.<sup>102)</sup> 따라서 팔마스 섬 중재판정에서 제시된 법리를 이해하는 것이 주권의 표시 개념을 이해하는 출발점이라고 할 것이다.

## 2. 영토 권원 유형론의 한계

영토 권원에 있어서 영토 권원 유형론의 이해는 영토 권원의 취득 및 상실이 일정한 유형(mode)을 통해서 이루어진다는 것이다. 영토 권원의 취득방식으로는 전통적으로 할양(cession), 선점(occupation), 시효취득(prescription), 첨부(accretion), 정복(subjugation)의 다섯 가지 영토 취득방식이 논의된다. 다섯 가지 영토 취득방식은 국제법의 고유한 방식이라기보다는 로마사법에서 유추되어 도입된 이론이다.<sup>103)</sup> 즉 국제법은 웨스트팔렌 조약 체결 이후 주권국가 간의 관계를 규율하는 법이지만, 개인 간의 관계를 다루는 시민법(civil law) 체계와는 달리 독자적으로 이를 발전시킬 수 있는 관행이 많지 않았기 때문에 사법에서 유추하여 그 법리를 형성하였던 것이다. 이를 확인하기 위해서는 실제 역사적 실행과 이를 정당화시키는 국가들의 주장이 어떠한 형식으로 나타났었는지를 실증적으로 고찰해야 할 것이나, 이러한 실증에는 상당한 연구의 축적이 필요하므로 가볍게 유추할 수 있다고 하더라도 단언은 할 수 없는 바이다. 그러나 적어도 로버트 제닝스(Robert Jennings)가 인정한 바와 같이 다섯 가지 영토 취득 방식은 로마의 사법으로부터 유추된 논리라는 것은 분명해 보인다.

이러한 유추는 논리적으로 영유권 취득 및 상실을 설명하는 데 있어서 매우 요긴하게 사용될 수 있다. 개별 국가들이 자신의 영토 권

102) Jennings and Watts, *op. cit.*, p. 715.

103) Jennings, *op. cit.*, p. 3.



원의 정당성을 설명하는 논리로 영토 취득 방식을 제시할 수 있으며, 이는 법질서의 안정화를 추구하는 데 상당한 도움을 줄 수 있다. 실제로 러시아와 미국은 할양 조약을 통하여 알래스카의 영토 권원을 러시아에서 미국으로 이전하였고, 이에 따라서 미국은 알래스카 영토 권원의 취득자로 행동하고 있으며, 이러한 점은 어떠한 국가에게도 이의를 제기당하지 않고 당연한 것으로 여겨지고 있다. 러시아도 여기에 이의를 제기하지 않는다. 심지어 냉전 기간 동안에도 소련(러시아)이 알래스카에 대한 미국의 영토 권원에 이의를 제기하지 않았다. 또한 정복에 의해 스페인이 취득한 라틴 아메리카 권원 취득에 대해서도 어느 누구도 이의를 제기하지 않고 있다. 라틴 아메리카 여러 국가들 역시 스페인의 영토 권원 취득에 기반하여 자신의 영토 권원의 취득 정당성을 설명하고 있다. 유럽의 경우 할양과 정복 병합으로 영역 취득이 이루어졌으며 권원을 승계 취득하였기 때문에 점유는 신속하게 완료하고 영역의 경계도 역사상 대체로 정해졌을 뿐만 아니라 점유한 영역의 공간적 범위도 명확하다. 이런 의미에서 유럽에서의 할양과 정복 병합에 근거한 영역 취득에 무주물 선점을 유추하는 것은 가능할지 모른다.<sup>104)</sup>

### 3. 영토 권원 유형론과 식민지배

그러나 이러한 영토 취득의 방식은 많은 사례에서 실증을 거치지 못하였기 때문에 적용 면에 있어서는 한계를 보일 수밖에 없다. 위에 언급된 사례의 경우에 있어서는 영토 취득의 방식에 대한 영토 권원 유형론이 상당한 역할을 하고 있지만, 그렇지 않은 사례도 여러 군데에서 확인할 수 있다.

104) 許淑娟, *op. cit.*, p. 93.

영역 취득에 있어서 영토 권원 유형론은 무주지 선점을 설명하기 위한 논리로 사용되고 있는데, 이는 영토 권원 유형론에 있어서 유럽 제국이 라틴 아메리카와 아프리카를 식민 통치하면서 이를 정당화시키기 위한 기반으로 사용되어 왔기 때문이다. 역사적으로 영토 권원 유형론은 비문명국의 영토를 무주지로 간주하는 것을 허용하였고, 이에 의하여 식민제국의 영유권 취득 권원을 정당화하는 근거로 사용되어졌다.<sup>105)</sup> 그러나 베를린 의정서의 경우처럼 실효성을 요구하는 상황에 처하게 되면, 실효성의 유무에 따라서 여러 국가의 영유권 원이 동시에 주장될 수 있는 상황이 만들어 질 수 있다. 이러한 상황에서 팔마스 섬 사건의 경우와 같이 “주장의 상대적인 강도”<sup>106)</sup>에 따라서 영토 권원의 귀속을 결정하게 되면, 취득 유형에 해당하는지 아닌지를 판단하는 경우와 같이 택일적이면서도 확일적으로 그 귀속을 판단하기가 어려워지고, 누가 적법한 권원을 가지고 있는지를 구별해 내기가 쉽지 않아진다.<sup>107)</sup>

## 제2절 주권의 표시 이론과 팔마스 섬 사건

### 1. 전통적인 영토 취득 방식과 실효적 지배

할양, 실효적 선점, 침부, 정복 그리고 시효취득의 각각의 경우에 있어서 실효적 지배를 요구하고 있다. 할양의 경우에도 승계적 권원 취득, 권원을 가지고 있는 국가가 다른 국가에게 합의에 따라서 권원

---

105) *Ibid.*, p. 89.

106) The *Minquiers and Ecrehos* case, ICJ Reports 1953, p. 46.

107) 許淑娟, *op. cit.*, p. 93.

을 양도해 주는 것을 상정하고 있으므로 실효적 지배를 기반으로 하고 있다. 정복(subjugation)이란 힘에 의한 정복 후에 병합 조약을 맺는 경우를 의미하는데,<sup>108)</sup> 현대 국제법상 무력사용금지원칙, 조약 체결의 무효 사유(강압)에 의하여 인정되지 않고 있어서, 이는 논외로 하겠다. 선점이란 무주지에 대해서 실효적으로 선점하는 것을 이야기 하며, 실효적 선점이란 점유(possession)와 통치(administration)을 요건으로 한다.<sup>109)</sup> 점유라는 것은 물리적으로 영토를 지배하는 것(corpus)을 의미하며, 그 방식은 문제된 영토의 종류가 무엇인지에 따라서 달라진다. 예를 들어 오지에 있는 암석과 같은 경우에는 실질적인 정착을 요구하지 않는다. 또한 점유라는 것은 또한 영토에 대한 주권을 취득하겠다는 의사(animus)를 필요로 한다. 통치(administration)란 점유자가 해당 영토를 통치(govern)하려는 의도를 보여주는 권한을 행사한다는 것을 의미한다.

특히 선점의 경우 단순한 발견만으로는 부족하고 실효적 선점이 중요하게 논의된 근거는 다음과 같다. 15세기~16세기에는 단순히 발견만하면 선점이 인정되었지만, 그 후 발견은 불완전한 권원(inchoate or incomplete title)을 부여할 뿐이고 이후 상당한 기간 안에 이를 전용하는 실효적 행동(an effective act of appropriation)이 있어야 한다고 보았다.<sup>110)</sup> 18세기 이후에는 단순한 점유가 아니라 “실효적” 점유가 국제법 학계 논의의 대세를 이루었다. 이렇게 실효적 점유가 국제사회에 받아들여지게 된 계기가 된 것은 베를린 의정서이다.

실효취득은 가장 실효적 점유를 요구하는 영토 취득 권원이다. 시

108) Jennings and Watts, *op. cit.*, p. 698.

109) *Ibid.*, pp. 688-689.

110) Crawford(2012), p. 223; Shaw(2005), p. xv; Jennings and Watts, *op. cit.*, pp. 689-690; Westlake(1894), p. 158; Von Der Heydte(1935), pp. 448-471, p. 452.

취득의 대상이 되는 영토가 타국의 영토인지 아니면 무주지인지에 따라서 선점과 시효취득이 구분된다. 그러한 점에서 시효취득의 요건은 다음과 같다. i) 타국의 영토를 점유하고 실효적으로 영유의 의사로 지배해야 한다. 이를 “possession a titre de souverain”이라고 한다. ii) 평온한 점유란 상대방의 항의가 없을 것을 의미하며, 상대방의 묵인이 필수적이다. iii) 공공연한 (public) 점유이어야 하며, 은비점유가 되어서는 안 된다. iv) 상당한 기간 동안 점유해야 한다. 이론상 무주지 선점과 시효취득은 취득 대상 영토가 무주지인지 아닌지에 의하여 구분되는 것으로 보는 것이 타당하다. 실효적 점유와 시효취득은 개념적으로 구분될 수 있으나, 국제재판에서는 해당 사안을 다룸에 있어서 양자를 명확히 구분하지 않는 경향이 있다고 해석되기도 한다. 국제재판에서 영토의 지위 결정은 그 권원이 실효적 점유인지 시효취득인지에 대한 명확한 구분 없이 경쟁하는 증거들의 상대적 중요도에 따라 영토적 권원을 판단한다.

영역 귀속을 둘러싼 여러 판결에서 영토 권원 유형론이 사용될 수 없다는 경향을 바탕으로 영역 권원을 규율하는 국제법은 영토 권원 유형론이 상정하기보다는 훨씬 다양한 요소들과 고려에 근거한 정밀한 체계로 발전했다고 논하는 학설<sup>111)</sup>이 힘을 얻고 있다. 한편, 이러한 영토 권원 유형론의 불사용을 검토할 때는 분쟁 해결 국면임에도 유의해야 할 것이다.<sup>112)</sup>

특히 분쟁 상황에서는 영토 권원 유형론이 힘을 잃게 되고 실무적 관점에서 문제가 해결되게 된다. 그중에서도 승인이 상당한 역할을 하게 된다. 국제재판 과정에서 증언은 사실상 중요하게 사용되지 못

111) Jennings and Watts, *op. cit.*, p. 715.

112) 許淑娟, *op. cit.*, p. 101.

한다. 특히 영토 권원과 관련된 소송은 역사적인 사건이기 때문에 증인의 증언을 채집하기가 쉽지 않다. 이미 모두 세상에 존재하지 않는 경우가 많기 때문이다. 결국 서증에 의지할 수밖에 없다.<sup>113)</sup> 이러한 서증은 대부분 당사국이 해당 영토의 권원의 행사와 관련된 주권의 행사에 대해서 이를 승인하는 내용으로 되어 있다. 또한 점유에 중재 재판부가 강조점을 두는 이유는 분쟁 해결이라는 재판의 목적과도 관련이 깊다. 굳이 영토 권원의 취득 및 상실의 유형을 확정할 필요는 없는 것이며, 점유하고 있는 국가에 권원 귀속을 결정하면 그만큼 두 국가 사이에서 문제가 재론되는 경우도 없어지는 것이다.<sup>114)</sup> 이러한 점은 학문으로서의 법이론이라기 보다는 문제의 해결을 위한 실무가의 법이라는 관점을 취할 경우에 더욱 두드러지게 나타난다.<sup>115)</sup> 블럼(Blum)은 「국제법의 역사적 권원」에서 법학자의 주요 관심사는 정연한 학리상의 분류에 있는 일견 서로 모순되게 보이는 법 현상을 체계화하는 점에 있지만, 실무가는 두 가지 대립하는 주장을 놓고 구체적인 분쟁에서 어느 쪽이 “더 좋은 권원”인지 결정되면 충분한 것이지 국제법상 진정으로 “좋은” 권원이 무엇인지를 정할 필요는 없다는 점을 지적하였다.<sup>116)</sup>

## 2. 팔마스 섬 사건과 주권의 표시 이론

주권의 표시 개념을 이해하기 위해서는 팔마스 섬 사건의 검토가 필요하다는 것은 이미 제시한 바 있다. 이하에서는 팔마스 섬 중재판

113) *Ibid.*, p. 101.

114) Jennings, *op. cit.*, p. 23.

115) 許淑娟, *op. cit.*, p. 98~103.

116) Blum(1965), pp. 2-3.

정의 분석을 통하여 왜 이 사건을 영토 권원에 대한 영토 권원 유형론을 벗어난 새로운 시각을 보여주었는지에 대해서 검토한다.

### 1) 사건의 개요<sup>117)</sup>

1906년 미국의 모로 지역(the Provisnce of Moro) 총독인 레오나르도 우드(Leonard Wood) 장군이 팔마스 섬을 탐험하던 중 섬 해안에 총독을 마중하는 배에도 네덜란드 국기가 게양되어있는 것을 발견하게 된다. 또한 우드 장군의 방문을 접수한 네덜란드 정부는 미국에 “팔마스 섬은 현지의 왕들의 나라이며, 네덜란드 정부의 속국이다(tributary of native princes, vassals of the Netherlands Government)”라고<sup>118)</sup> 통보했다. 이후 네덜란드와 미국은 교섭을 벌이게 되고, 이 섬의 영토 권원이 누구에게 속하는지 여부를 중재재판에 회부하기로 결정하였다.<sup>119)</sup>

미국과 네덜란드는 각각 Memorandum과 Counter-Memorandum을 제출하였고, 그 후 중재재판관의 질문에 따라서 미국은 Explanation을 네덜란드는 Rejoinder를 제출하였다. 미국은 자국 권원을 뒷받침하는 사실로 할양, 발견, 국제승인, 그리고 인접성을 주장하였다. 또 네덜란드의 주장에 대해서 i) 발견이 권원이 될 수 있는지 여부, ii) 권원의 유기에 관한 문제, iii) 보호관계조약에 대한 반론을 제기하였다.

117) 팔마스 섬 중재판정에서 미국과 네덜란드가 제출한 준비서면의 자료는 허숙연 교수가 제공한 것임을 밝히고자 한다. 허숙연 교수는 컬럼비아 대학에 소장 중인 준비서면 자료들을 직접 수집하였고, 이 연구를 위해 활용할 수 있도록 흔쾌히 허락해 주셨음을 밝혀두고자 한다.

118) The United States of America, The Island of Palmas Arbitration before the Permanent Court of Arbitration at the Hague under the Special Agreement concluded between the United States of America and the Netherlands January 23, 1925: Memorandum of the United States of America with Appendix and Portfolio of Maps 135 (1925) [Hereinafter U. S. Memorandum].

119) *Ibid.*, art. I cited in Palmas Award, p. 832.

## 2) 미국의 주장

미국은 일단 1898년 파리 평화조약<sup>120)</sup>에 따라 스페인으로부터 이 지역을 할양 받았다고 주장하였다. 그러나 미국이 적법하게 할양을 받기 위해서는 스페인이 이 지역에 대한 적법한 권원을 원시취득 했어야 했다. 이에 대해서 미국은 스페인이 최초로 팔마스 섬을 발견했다고 주장하였다. 미국은 스페인의 발견에 관한 여러 증거를 제출하였고, 이에 대해서 후버 중재재판관 역시 스페인이 팔마스 섬을 1660년 이전에 발견한 사실을 인정하였다.<sup>121)</sup> 문제는 베를린 의정서 이후로는 단순한 발견이 권원 취득의 유형이 되지 못하기 때문에 스페인이 섬을 발견했을 당시에는 발견이 유효한 권원이었는지를 증명할 필요가 있다. 이에 대해서 미국은 행위시법주의 즉 행위의 효과는 행위 시의 법률에 의하여 결정되어야 한다는 원칙을 주장하였다.<sup>122)</sup> 그리고 발견이 유효한 영토 권원 취득 권원이 될 수 있다는 점을 스페인이 당사자인 역사적 문서와 조약을 통해서 주장하였다.<sup>123)</sup>

그럼에도 불구하고 네덜란드가 자신의 권원을 주장하기 위해서는 스페인이 영토 권원을 유기하는 것이 필요한데, 이에 대해서 미국은 여러 근거를 통하여<sup>124)</sup> 유기가 인정되기 위해서는 유기 행동과 유기 의사가 필요한데, 단순한 미사용으로 유기가 성립되지 않는다는 점을 지적하였다. 그리고 스페인이 팔마스 섬을 유기할 의사가 없었다고 주장하고, 섬을 1898년 미국에 할양하였다고 주장하였다.<sup>125)</sup> 특

120) (영문명) The Treaty of Paris of 1898 (스페인어명) El Tratado de París de 1898. 쿠바 문제를 둘러싸고 미국과 스페인이 벌인 전쟁에 따른 전후 처리 문제를 담은 조약이다. 그 결과 미국은 필리핀 군도, 괌, 푸에르토리코에 대한 영토 권원을 확보할 수 있게 되었다.

121) Island of Palmas case, p. 844.

122) U. S. Memorandum, p. 51.

123) *Ibid.*, pp. 60-78.

124) *Ibid.*, pp. 98-99.

125) *Ibid.* p. 110.

히 네덜란드가 팔마스 섬의 주요 부족들과 보호조약을 맺은 것은 아무런 영향을 미치지 않는다는 입장이다.

항변서(Counter-Memorandum)에서 미국은 네덜란드가 주장하고 있는 i) 현지 왕과 계약을 통한 주권 취득, ii) 1700년 발견에 의한 미성숙 권원의 취득, iii) 스페인의 유기를 통한 네덜란드의 섬의 취득 주장이 상호 모순된 주장이라는 점을 주장하였다.<sup>126)</sup> 네덜란드가 무주지 발견을 통하여 선점하였다고 주장하면서 동시에 스페인이 이를 유기하여 이에 대해서 네덜란드가 섬의 영토 권원을 취득했다는 것은 논리적으로 정합적이지 않다고 주장하였다.<sup>127)</sup>

### 3) 네덜란드의 주장

네덜란드는 주권의 계속을 주장하였다. 사령관이 섬을 방문하는 행동, 동인도 회사의 일정한 통치권 행사 등을 근거로 제시하였다.<sup>128)</sup> 또한 현지 왕들과 각종의 협정을 체결한 것을 주권의 행사로 열거한다. 특히 네덜란드 동인도 회사는 1677년<sup>129)</sup> 1679년, 1720년, 1726년, 1758년, 1771년, 1779년, 1889년 각각 종주권(suzerainty) 보호협정을<sup>130)</sup> 맺었고, 이로써 섬에 대한 네덜란드의 주권이 확립되었다고 주장하였다.<sup>131)</sup>

항변서(Counter-Memorandum)에서는 주권의 계속이 영역 권원으로 인정될 수 있는지에 대해서 설명하면서, 취득 시 - 즉 스페인의 발견 시 - 를 기준으로 하는 것만으로 부족하고 계속적인 행사가 필

126) U. S. Counter Memorandum, p. 84, para. 53.

127) *Ibid.*

128) Netherlands Memorandum, pp. 12-13, 19, paras. 16-18, 41.

129) *Ibid.*, p.11, para. 12.

130) *Ibid.*, p.11, 14, 16, 18, paras. 12, 21, 28, 30, 37.

131) *Ibid.*, p. 21.



요하다고 보았다. 따라서 여러 보호조약을 체결한 것은 그 자체가 아니라 주권을 계속적으로 행사하는 것으로 의미를 가진다고 하였다.<sup>132)</sup>

기본적으로 항변서(Counter-Memorandum)에서 네덜란드는 스페인의 선점을 부인하고,<sup>133)</sup> 둘째로 발견만으로 주권에 관한 권원이 부여되는 것이 아니라는 점을 지적하였으며, 실제 지배가 필요하다는 입장을 취하였다.<sup>134)</sup> 마지막으로 발견 당시에 유효하게 권원을 취득한 것이라고 하더라도 추후 법의 발전을 고려하여 유효한 권원이 그 수명(life)을 다할 수 있다고 주장하였다.<sup>135)</sup> 특히 이 부분이 네덜란드 주장의 핵심이며 발견에 의한 권원 취득을 부정하지 않으면서 “주권의 계속”이 있어야 주권이 유지될 수 있다는 것이다.<sup>136)</sup> 네덜란드는 19세기 국제법 학자들도 영토 권원과 권력의 관계를 무시할 수 없다고 보았고, 스페인의 발견에 의한 권원도 그 지속을 위해 후세의 기준을 충족하고 있는지 요구된다고 보았다고 주장한다. 즉, 발견에 기초한 스페인의 권원은 후세의 법의 발전에 비추어 보면 주권의 계속을 상실하는 것이다.<sup>137)</sup>

#### 4) 막스 후버 중재재판관의 판단

##### (1) 영토 권원의 성격

막스 후버 재판관은 일단 영토 주권이 무엇인지에서부터 논의를 시작한다. 막스 후버 재판관은 주권이란 독립성을 의미한다고 하면

132) *Ibid.*

133) *Ibid.* pp. 13-14.

134) *Ibid.* pp. 13-15.

135) *Ibid.*, p. 22.

136) 許淑娟, *op. cit.*, p. 116.

137) *Ibid.*, p. 22.

서, 영토 내에서 국제적인 문제에 관해서 이를 해결할 수 있는 배타적 권능을 의미한다고 하였다.<sup>138)</sup> 이러한 권능의 한계는 국경선에 의해서 확정되는데 다른 국가가 영토의 일부에 대해서 분쟁을 일으키는 경우 어떠한 권원을 가지고 있는지 제시하는 것이 일반적이지만, “다른 상대방이 실질적으로 주권을 표시하고 있다는 것에 기초하여 항의하는 경우에는 어떤 시점에 영토 주권을 확립했다는 것만으로는 충분하지 않으며, 영토 주권이 존재해왔다는 점과 분쟁의 결정이 결정적이라고 여겨져야 하는 시점에도 존재했었다는 것을 보여줘야 한다.”라고 하였다.<sup>139)</sup> 이러한 후버 재판관의 입장은 스페인이 일정 시점에 팔마스 섬을 발견에 의해서 그 영토 권원을 취득했다고 주장하는 것만으로는 현 시점에서 미국의 영토 권원 취득의 정당성이 확보될 수 없다는 점을 보여주고 있는 것이다.

특히 후버 중재재판관은 ‘현재’ - 1928년 당시 - 의 국제법에 따르면 영토 주권의 취득은 선점이나 정복, 혹은 할양처럼 실효적인 포획(effective apprehension) 활동에 기반하고 있거나, 아니면 할양처럼 할양국과 할양받는 국가가 혹은 둘 중의 하나라도 할양 영토에 대해서 이를 유효하게 처분권할 능력이 있었다는 사실에 기반한다고 하여 실효성에 강조점을 두고, 당시의 국제법에 따를 경우 발견만으로는 권원 취득이 불가능하다는 점을 확인해 주었다.<sup>140)</sup> 이러한 점을 근거로 계속(continuation)이 있어야만 주권이 성립할 수 있는 필수

138) Island of Palmas case, p. 838.

139) 원문은 다음과 같다. “... if the contestation is based on the fact that the other Party has actually displayed sovereignty, it cannot be sufficient to establish the title by which territorial sovereignty was validly acquired at a certain moment; it must also be shown that the territorial sovereignty has continued to exist and did exist at the moment which for the decision of the dispute must be considered as critical.” *Ibid.* pp. 838-839.

140) *Ibid.*, p. 839.

조건이 충족된다고 하였고, 더 나아가 “계속적이고 평화적인 영토 주권의 표시(다른 국가와의 관계에서 평화적인)는 권원에 상응한다(continuous and peaceful display of territorial sovereignty (peaceful in relation to other States) is as good as a title)”라고 하였다.<sup>141)</sup> 이를 팔마스 정식이라고 하며, 후버는 이를 관행 및 학설이 명백하게 인정하여 온 것이라고 하였다.

특히나 그 근거로 제시한 것이 흥미롭다. 국내법은 사법체계를 완벽히 구비하였기 때문에 재산권의 표시와 차이가 나는 추상적인 권리의 존재를 인식할 수 있지만, 국제법은 초국가기구(super-State Organization)에 기반하지 않고 있기 때문에 구체적인 표시(manifestation) 없이 추상적인 권리의 범주로 - 특히 모든 국제관계의 기본이 되고 있는 - 그런 주권과 같은 권리를 추정할 수 없다고 하였다.<sup>142)</sup> 즉, 국제관계의 미성숙성 때문에 주권의 표시를 무시하고 추상적인 권리의 존재를 찾을 수 없다는 것이 판시의 내용이다.

## (2) 발견의 권원성, 시제법, 주권의 계속

후버 중재재판관은 일단 미국이 제출한 문서들을 통해서 이 섬에 대해서 정확하게 스페인이 권원을 취득했다거나 통치를 했다는 내용은 존재하지 않는다는 점을 확인하였다.<sup>143)</sup> 단순히 그 섬을 보았다는 내용만이 문서에 있을 뿐이었다. 동시에 중재재판관은 두 당사국이 법적인 사실이 존재했던 당시의 법에 의하여 사안을 평가해야 하고, 분쟁이 제기되고 그 해결이 시도되었던 당시의 법으로 사안을 평가할 것은 아니라는 점에 대해 동의했다는 점을 지적하면서, 16세기

141) *Ibid.*

142) *Ibid.*

143) *Ibid.*, pp. 844-845.

전반부에 셀레베스해에 스페인과 포르투갈이 출현했던 발견 당시의 국제법에 따라서 이를 평가하겠다는 점을 분명히 하였다.<sup>144)</sup>

우선 후버 중재재판관은 두 가지의 경우로 사안을 구분한다. 단순한 발견 행위가 영역 취득에 있어서 권원으로 인정되는 경우와, 발견이 단순히 미성숙의 권원으로만 인정되는 경우이다. 문제되는 경우는 첫 번째 경우이다. 이에 대해서 후버 중재재판관은 시제법 이론에 따라서 사안을 해결한다. 하나는 시기에 따라 서로 다른 법체계가 유효했던 경우에 어떤 법이 특정 사건에 적용되어야 하느냐의 문제(소위 시제법)에 관해서는, 권리의 창설과 권리의 존재(the creation of rights and the existence of rights)가 구별되어야 한다고 하였다. 권리를 창설하는 행위는 그 권리가 발생할 당시 유효한 법에 따라야 하며, 그 원칙과 동일하게 권리의 존재 즉, 계속적인 권리의 표명(manifestation) 행위 역시도 법의 발전에 의하여야 한다. 소위 이 시제법(intertemporal law) 문제 때문에 권리의 발생과 권리의 존속은 구별되어야 한다고 중재재판관은 주장한다.<sup>145)</sup>

19세기 국제법은 대부분의 세계가 당시 국가 사회(community of nations)의 일원의 주권 아래 있어야 한다고 여겼고, 이에 따라서 18세기 중반에 형성된 관행(tendency)에 따라서 주인(master) 없는 영

144) *Ibid.*, p. 845.

145) *Ibid.* 이 생각은 지금까지의 “시제법”의 아이디어에 포함된 것도 아니고, 또한 당사국이 제시한 것도 아니고 후버가 가져온 ‘새로운’ 시제법이라고 할 수 있다. 이 새로운 시제법의 요점은, 권리의 창설을 권리의 존재에서 분리하여 설립과 존재 각각의 시점에 각각의 법을 적용한다고 주장했다는 점에 있다. 이 경우 영속성을 갖는다고 네덜란드 주장 영역 주권을 법에 따라 고찰하는 경우에는 그 주권이 태어난 소멸할 때까지의 사이에 변화한 모든 법이 준거법이 된다(許淑娟, *op. cit.*, p. 128). 이러한 후버의 시제법은 제1의 시제법과 제2의 시제법으로 분리할 수 있다(Jennings, *op. cit.*, pp. 42-44). 제1의 시제법이란 어떤 행위는 그 행위 시의 법에 따라 평가되어야 한다는 원칙이고, 권리의 창설행위도 그 행위 시의 법에 따르게 된다. 이른바 종래의 시제법 이론에 부합하고 있다. 반면 제2의 시제법이란 권리의 존재에 대해서는 존재하는 동안 발전한 법에 따르게 한다는 것이다. 이 권리의 유지에 주목하는 후버의 아이디어는 매우 혁신적인 것으로 평가된다(Jessup(1928), p. 739.)

토는 거의 없게 되었으며, 영토 주권을 구성하는 선점은 실효적인 것 이어야 했다.<sup>146)</sup> 따라서 어떠한 지역이 한 국가의 실효적 주권에 놓여 있지 않거나 주인이 없다는 것은 실정 국제법에 맞지 않는 것이었으나, 영토 권원 취득에 의해서 한 국가의 배타적 영향력 아래에 있으나 그러한 취득이 권원을 부여한 것이기는 하지만 현재의 법에 따르면 인정될 수 없는 취득 방식에 따른 경우도 존재하게 되었다고 하였다.<sup>147)</sup> 이러한 점 때문에 팔마스 섬에 대해서 추후의 다른 행위가 없다면 발견만으로는 주권을 인정받기에 불충분하며, 당시에 한 국가가 주권을 유기하여 다른 주권이 이를 대신한다는 것도 발생하기 어려운 것이라고 결론을 내리게 된다.<sup>148)</sup>

두 번째 입장인 발견이 확정적인 주권에 관한 권원을 창설하지는 않지만, 미성숙 권원을 창설한다는 견해에 따른다고 하더라도 19세기 이후의 지배적 견해에 의하면 이는 합리적 기간 내에 실효적 점유(혹은 선점)에 의하여 보강되어야 하는데, 스페인이 팔마스 섬에 대해서 이러한 행동을 한 적이 없다고 결론 내렸다.<sup>149)</sup> 스페인이 미성숙 권원을 가지고 있었고, 이를 1898년 파리 조약을 통해서 할양했다고 하더라도 계속적이며 평화적인 다른 국가의 권위의 표시를 능가할 수 없다고 하였다.<sup>150)</sup>

미국은 두 번째로 1648년 1월 30일의 평화조약, 네덜란드와 스페인 사이의 '뮌스틴 조약(Treaty of Munster)'에 의하여 팔마스 섬에 대한 주권을 승인받았다고 주장하였다. 하지만 이에 대해서도 후버 중재재판관은 발견이 권원으로서 뮌스터 조약을 통해서 인정받기 위

146) *Ibid.*, pp. 845-846.

147) *Ibid.* p. 846.

148) *Ibid.*

149) *Ibid.*

150) *Ibid.*

해서는 정확하게 이러한 사실이 표현되어야 하는데 그렇지 않다는 점을 지적하였고, 항해를 제외하고는 이 조약에서 단순히 발견한 지역을 점령하거나 식민지화하였을 가능성도 보이지 않는다고 하여, 단순히 발견에 의한 권원 취득이 이 협약 제5조에서 말한 지역에 포함되지 않는다고 하였다.<sup>151)</sup>

또한 네덜란드가 제출한 증거(Dutch Resident of Menado, 1877년 보고서)에 따르면 1677년에 팔마스 섬에서 스페인인들이 타부칸(Tabukan)의 네덜란드인에 의해서 쫓겼다는 기록이 있으며, 이에 의하면 간접적으로나마 스페인이 팔마스 섬(미앙가스)를 소유(possession)하고 있었던 것으로 추정할 수 있으나 증거가 없다는 점을 지적하였다.<sup>152)</sup> 또한 1715년 위트레히트 조약이 윈스터 조약을 지목하면서 조약의 다른 규정에 의하여 개정되지 않는 이상 그 효력이 지속된다고 지적한 점을 거론하고, 전쟁 이전에 윈스터 협정에 위반하여 영토를 원상회복하는 것이 인정되면 관련 조항이 포함될 것이지만 포함되지 않은 점을 지적하였다.<sup>153)</sup> 그런데 그 후에 스페인이 윈스터 조약이나 위트레히트 조약에 따라서 영토의 재조정을 주장한 증거가 존재하지 않는다는 점을 지적하였다.<sup>154)</sup> 그러므로 윈스터 조약이나 위트레히트 조약의 체결 시기에 스페인이 팔마스 섬에 대한 영토 권원을 취득하고 있었다는 사실이 입증되지 않았으며, 따라서 이 조약들로 영토 권원을 취득했다는 것도 인정될 수 없다고 결론지었다.<sup>155)</sup>

미국 정부가 비록 스페인이 주권을 실제 행사했다는 입장을 취하

---

151) *Ibid.*

152) *Ibid.*, p. 849.

153) *Ibid.*, pp. 849-850.

154) *Ibid.*, p. 850.

155) *Ibid.*

지는 않았지만, 적어도 섬에서 일정한 행동을 한 증거는 있다고 주장하였다.<sup>156)</sup> 하지만 이미 1914년 스페인이 미국에게 보낸 정보와 네덜란드에 보낸 서한에서 잘 나타는 바와 같이, 스페인이 팔마스 섬에 대해서 직접 통치권(dominion)을 행사한 자료가 없으며 발견 당시에 섬과 관련되어 있는 1604년 7월 31일에 스페인 항해사가 보냈다고 전해지는 서한에 대한 언급 말고는 아무 것도 없다는 점을 후버 중재재판관은 지적하였다.<sup>157)</sup> 또한 스페인이 관련 증거가 없는 것은 단순히 그럴 기회가 적어서 그랬던 것이 아니라 스페인이 이익이 없었기 때문이라는 결론을 내렸다. 이에 따라서 후버는 팔마스 섬에 대한 최초의 권원 취득과 주권의 표시와 관련한 증거 수집에 있어서 미국에게 문제가 있다(disadvantage for)고 결론 내렸다.<sup>158)</sup>

### (3) 지도

지도와 관련하여서 일단 지도가 증거로서의 가치를 가지려면 일단 지리적인 정확성을 가져야 한다고 하였다.<sup>159)</sup> 또한 지도는 간접적인 것으로서 그것이 법적 문서에 부속된 것이 아닌 이상 지도는 권리의 인식 혹은 포기를 수반할 수 있는 문서가 될 수 없다는 것이 후버 중재재판관의 판단이다.<sup>160)</sup> 이러한 전제에서 후버는 이 사건에서 지도가 결정적인 역할을 하지는 못한다고 보았다.

### (4) 인접성의 원칙 문제

인접성과 관련하여 후버 중재재판관은 어떤 섬이 그 지리적 위치

156) *Ibid.*

157) *Ibid.*

158) *Ibid.*

159) *Ibid.* p. 853.

160) *Ibid.*

라는 요인 때문에 경우에 따라서는 한 국가가 영토권원을 주장하기도 하지만, 해당 섬이 그 영해 내에 위치하지 않는 이상 지리적으로 가깝다는 이유만으로 그 국가에 속해야 한다는 실정 국제법은 존재하지 않는다는 입장을 보였다.<sup>161)</sup> 지리적 근접성에 의하여 주권을 결정할 경우, 즉 한 국가와 다른 국가 사이에서 문제된 영토를 배분하는 데 있어서 법에 의하지 않고, 단순히 특정 국가에게 유리한 추정에 의하게 된다면, 이는 영토 주권에 관한 원칙 즉 해당 지역에서 다른 국가를 배격하고 그 안에서 국가로서 활동할 의무를 이행하는 데 있어서 문제가 발생한다고 하였다.<sup>162)</sup> 따라서 이러한 원칙은 영토 주권을 확정하는 원칙으로 받아들여질 수 없다는 것이 후버 중재재판관의 입장이다.<sup>163)</sup>

그러나 후버 중재재판관은 각 사건이 개별 상황에 따라서 평가되어야 하며, 주권의 존재에 있어서 필수불가결하게 시간적 간극과 공간적 단절이 존재하는데 이러한 현상은 특히 식민 영토의 경우 거주하지 않거나 부분적으로 복속되지 않은 지역에서 나타난다고 하였다.<sup>164)</sup> 그러나 후버 중재재판관은 다른 영토 주권에 관한 국제재판에서 영토의 연속성보다는 주권의 표시를 더 중요하게 보고 있다는 점을 지적하였다.<sup>165)</sup> 일련의 섬에서 일부에 대한 주권의 행사가 섬 전체를 하나의 단위(a unit)로 보아서 다른 섬에 대한 것으로 볼 수 있는 경우도 있지만, 그럼에도 불구하고 소유권 취득에 관한 것은 영토 전체로 확대될 수 없는 것이지만, 그 자체를 모든 영토에 대해서 것으로 만들 수 있다면 주권의 표시가 지속적이고 연장된 표시인 경

---

161) *Ibid.*, p. 854.

162) *Ibid.*, pp. 854-855.

163) *Ibid.*, p. 855.

164) *Ibid.*

165) *Ibid.*



우와는 구분해야 한다고 하였다.<sup>166)</sup> 그러나 이번 사건의 경우 단독의 섬으로 보아야 하며, 많은 사람이 거주하고 있는 지역에서 행정권의 행사가 오랫동안 존재하지 않기란 상당히 드문 경우라는 점을 지적하고, 이 사건의 경우에는 이러한 인접성이 크게 영향을 미치지 못한다고 하였다.<sup>167)</sup>

### (5) 네덜란드의 주권의 표시와 주권의 확립

#### 가. 주권의 표시의 의의

네덜란드는 17세기부터 주권을 확보했다고 주장하며, 네덜란드 동인도 회사가 탈루체 아일(Taulautse Isles)의 주요섬인 상기(Sangi) 섬의 두 부족장인 타부칸(Tabukan, [Taboekan])과 타루나(Taruna, [Taroenal])의 왕자들과 체결한 조약을 근거로 제시하였다. 이 상기(Sangi) 섬은 1885년에는 북쪽의 다른 섬들도 포함하고 있는데, 그중에는 팔마스 섬도 포함되어 있다는 것이 네덜란드의 주장이다.<sup>168)</sup> 또한 이러한 조약은 계속해서 갱신되어 왔으며, 종주권의 확대를 의미하기도 한다.<sup>169)</sup>

주권의 주장이 계속적이며 평화로운 주권의 표시(the continuous and peaceful display of State authority)에 근거하는 경우, 그 표시는 문제된 분쟁 영토와 정확하게 연관된 것이어야 한다고 후버 중재재판관은 보았다.<sup>170)</sup> 이러한 관점에서 1885년 계약(contract)에<sup>171)</sup>

166) *Ibid.*

167) *Ibid.*

168) *Ibid.*, pp. 855-856.

169) *Ibid.*, p. 856.

170) *Ibid.*, p. 857.

171) 856쪽에서는 1885년 협약 convention으로 되어 있는데, 857쪽에는 계약 contract로 표현되어 있다. 같은 판정문에서 왜 이렇게 다른 용어를 썼는지에 대해서는 그 이유가 불분명하다.

타루나(Taruna) 속국에 팔마스가 표시되어 있다는 점을 지적하고, 1899년 계약 역시 칸다하르-타루나(Kandahar-Taruna)에 팔마스가 포함되어 있는 것으로 표시되어 있다는 점을 지적하였다.<sup>172)</sup> 주권의 계속적이며 평화적인 표시와 관련하여 양 당사자 간에 차이가 있지만, 적어도 이 사건의 발단이 된 미국 우드(Wood) 장군이 섬을 방문했을 당시에 이 섬과 네덜란드 당국이 연결되어 있다는 점을 분명하다고 판단하였다.<sup>173)</sup> 이러한 점에서 후버 중재재판관은 주권의 표시를 보여주는 사실들이 무엇인지 그리고 그러한 행위들이 어느 시기에 있었는지를 검토하고, 그것이 네덜란드가 팔마스 섬에 대한 계속적이고 평화적인 방식으로 주권을 행사하여 미국의 주권 취득을 배제하고 영토 주권을 취득했는지 여부를 검토해야 한다고 하였다.<sup>174)</sup>

#### 나. 선결적 판단 사항 두 가지

이러한 본격적인 법적 판단 이전에 후버 중재재판관은 두 가지 선결적 판단 사항을 제시한다. 첫째는 네덜란드가 현지 부족과 체결한 계약의 법적 성질이며, 두 번째는 네덜란드가 주장한 주권의 표시가 이 섬과 연관되어 있는 것인지 여부, 즉 섬의 동일성 문제에 대해서 검토하였다.

먼저 현지 부족과 체결한 합의가 국제법상 유효한 것인지와 관련한 첫 번째 선결적 판단 사항과 관련하여 후버 중재재판관은 일단 네덜란드령 동인도 회사와 같은 경우도 일정한 경우 국제법상에서 인정하고 있는 상황을 창출할 수 있는 권한이 주어져 있다는 점을 확인하였다.<sup>175)</sup> 그리고 다음으로 이 계약의 법적 효력에 대해서 검토하

172) *Ibid.*, p. 857.

173) *Ibid.*, 판정문에 따르면 장군이 방문했을 당시 이미 국기가 15년 동안이나 게양되어 있었다고 한다.

174) *Ibid.*

였다. 국가나 동인도 회사가 국제법상 국제사회(the community of nations)의 회원국이 될 수 없는 부족과 체결한 계약은 국제법상 권리와 의무를 창출할 수 있는 조약이 아니라는 점을 인정한다.<sup>176)</sup> 하지만 이러한 성격의 계약이 국제법상 간접적인 효력이 전혀 없는 무효인 것은 아니라고 하였다.<sup>177)</sup> 식민 영토는 그 발견 이후 현재까지 이러한 계약 방식에 의하여 취득되어 왔는데, 동인도 회사는 항해 및 통상에 관한 문제에 관해서 계약을 맺을 뿐만 아니라 다른 국가와의 관계에 관한 배타적인 지도(exclusive direction)까지도 인정하였기 때문이다.<sup>178)</sup> 이러한 방식이 종주국과 봉신국의 관계를 창출하는 소위 식민지 보호국(the so-called colonial protectorate)의 창설이다.<sup>179)</sup> 이에 대해서 후버 중재재판관은 동등한 주체 사이의 협정이 아니고 지역 부족의 자치권에 기반을 둔 식민 영토의 내부 기관의 형태를 띠고 있다고 판단하였다. 국제법상의 의무를 충족시키기 위해서 권력을 창출할 필요가 있었으며 이에 따라 종주국이 영토 주권에 근거하여 국제사회 회원(member of the community of nations)과의 관계를 규율했다고 설명하고 있다.<sup>180)</sup> 그러므로 이것은 부족에게 할당되어 있거나 혹은 식민종주국에 할당되어 있거나 한 기능의 총합이며 이것이 어떤 시기에 주권의 존재에 관한 요건이 충족되었는지를 결정하는 것이라고 하였다.<sup>181)</sup> 따라서 이것은 개별 사건마다 판단되어야 하며, 또한 그때마다 이전의 다른 국가의 선재하는 권리를 침해하는 것은 아닌지 검토할 필요가 있다고 하였다. 해당 사건의 경

175) *Ibid.*, p. 858.

176) *Ibid.*

177) *Ibid.*

178) *Ibid.*

179) *Ibid.*

180) *Ibid.*

181) *Ibid.*, pp. 858-859.

우에는 미국이 국무장관이 스페인 장관에 보낸 1900년 1월 7일 서한에서 이 섬이 파리협정 밖에 존재하고 있고, 스페인이 통치를 하지는 않았지만 스페인의 종속 대상인 술루 술탄(Sultan of Sulu)의 통치지역의 일부로 성공적으로 주장되어 왔다는 점을 지적하였다.<sup>182)</sup> 그리고 윈스터 조약 제5조도 이 계약에 대해서 명시적으로 승인하고 있다는 점을 지적한다.<sup>183)</sup> 이러한 점을 근거로 후버 중재재판관은 해당 영토와 관련하여 이 조약을 검토하는 것을 배제하지 않겠다고 결론 내렸다.

두 번째 선결적 판단 사항으로 섬의 동일성 문제와 관련하여서 검토하였다. 이와 관련하여서는 여러 문서와 진술에서 지적되고 있는 섬들이 1885년과 1899년 계약에서 지칭하고 있는 팔마스 섬(혹은 미앙가스 섬)이라는 점을 확인하였다.<sup>184)</sup>

#### 다. 네덜란드의 주권의 표시와 주권 확립

이러한 선결적 판단 이후에 후버 중재재판관은 네덜란드가 팔마스 섬에 대해서 주권을 표시한 사례들을 검토하였다. 스페인의 경우와는 달리 네덜란드의 경우 팔마스 섬에 대한 직접적인 증거를 많이 제출하였다는 점에서 두 국가 간 제출 증거의 차이가 확연히 드러난다. 일단 후버 중재재판관은 팔마스 섬에 네덜란드가 주권을 표시했다는 주장에 대해서 상당 부분 수용하였다. 일단 1700년 11월 21일 네덜란드 선박인 드 바이(De Bye), 라링크(Larycque) 및 드 피어(De Peer)가 기후조건으로 상륙하지는 못했지만, 그 섬의 주민들이 네덜란드 동인도 회사기를 흔들었다는 점을 검토하였다.<sup>185)</sup> 또

182) *Ibid.*, p. 859.

183) *Ibid.*

184) *Ibid.*, pp. 859-862.

185) *Ibid.*, p. 862.

한 1706년 테르네이트(Ternate) 지사의 보고서에서는 미앙가스(Miangas) 섬 - 팔마스 섬 - 을 타부칸과 타루나의 가장 북쪽에 있는 섬으로 보고하였다.<sup>186)</sup> 1726년 테르테이트(Ternate) 지사의 또 다른 보고서에서는 “Meangas off(or) Mejages” 섬에서 타루나에 도착한 탈라우인(Talauer)들이 타루나에 복속되어 있는지 아니면 타부칸에 복속되어 있는지 여부에 대한 결정을 언급하고 있다는 점을 지적하였다.<sup>187)</sup> 1676년 및 1697년 타부칸과 체결한 계약을 통하여 네덜란드 동인도 회사의 종주권과 교통권이라는 배타적 권리를 확립했음을 고려한다면, 그리고 1701년과 1726년에 미앙가스[Miangas]-팔마스 섬-에 관하여 특징적인 관할권 행위가 있다는 점을 근거로 후버 중재재판관은 다른 국가의 주권의 표시는 없지만 네덜란드의 주권 표시가 있다는 점을 지적하고, 적어도 18세기 초반의 사분기와 혹은 그 이전에 네덜란드 동인도 회사가 팔마스(또는 미앙가스)에 대한 종주권을 행사했으며 따라서 그 섬이 그 당시에 당시의 국제법에 따라 네덜란드 주권 하에 있었음이 인정될 수 있다고 결론을 내렸다.<sup>188)</sup>

#### 라. 19세기-20세기 네덜란드의 주권의 표시

일단 후버 중재재판관은 19세기 주권의 표시가 있다는 이유로 프랑스, 네덜란드, 독일 민법의 유추(analogy)에 의하여 반대의 입증이 없는 한 주권의 표시에 주권의 존재에 관한 추정이 인정될 수 있는 것은 아니라고 하여 소위 점유의 적법 추정을 배척하고, 국제재판에 있어서 어떤 종류의 추정도 인정될 수 없다는 점을 명확히 하였다.<sup>189)</sup>

186) *Ibid.*

187) *Ibid.*

188) *Ibid.*

후버 중재재판관은 반 델덴(Van Delden) 레지던트(Resident)가 1825년 보고서에서 멜랑기스(Melangis) 섬-팔마스 섬-이 타부칸(Tabukan)에 속한다고 기술한 점, 1857년 메나도(Menado) 지사의 보고서에 멜랑기스(Melangis) 섬-팔마스 섬-에 대한 촌락 구역, 원주민 관리 수와 직함 등 자세한 내용이 보고되어 있는 점, 그리고 1896년 메나도(Menado) 지사가 섬을 처음 방문하고, 자신이 이 섬을 방문한 처음 관리라고 보고한 점, 네덜란드가 공무원(civil officer)이 작성한 진술서에 1917년까지 타부칸(Tabukan)[아마도 타루나(Taruna)]의 군주(radja) 또는 메나도(Menado) 지사가 미앙가스 섬에 임명한 8명의 추장 명단이 있다는 점을 인정하였다.<sup>190)</sup> 무엇보다도 후버 중재재판관이 중요하게 본 것은 미앙가스 섬 사람들에게 네덜란드가 과세한 문서가 존재한다는 점이다. 이러한 사실은 타루나(Taruna)의 콘트롤러(Controleur)의 보고서와 1898년 6월 18일자 에디(H.M.S. Edi) 사령관 보고서에서 확인할 수 있다는 점을 지적하였다.<sup>191)</sup>

이외 20세기의 주권의 표시 행위에 대해서는 1915년 미 국무부의 각서와 1915년 5월 29일자 워싱턴 주재 네덜란드 공사의 각서를 통하여 도달한 상호 양해에 따라, 1906년 이후의 사건들은 판단 대상에서 제외되어야 한다고 하였다. 다만 1898년 파리 평화조약과 1906년 분쟁 발생 사이에 발생한 일들은 섬의 법적 상태에 대해서 어떠한 지침도 될 수 없지만, 직전의 기간에 있었던 문제를 간접적으로 조명할 수 있도록 해준다고 하였다. 그리고 1899년 칸다하르-타루나(Kandahar-Taruna)와 체결한 계약은 1885년 타루나(Taruna)와 체결

189) *Ibid.*, p. 864.

190) *Ibid.*, pp. 864-865.

191) *Ibid.*, p. 865.

한 선행 계약과 동일 선상에 있는 것이며, 1904년-1905년 당시 과세 체계가 1895년 시작한 것과 동일하다고 하였다.<sup>192)</sup> 또한 태풍에 따른 원조 자체가 국가기능의 표현은 아니라고 하더라도 메나도(Menado) 지사가 이를 정부의 도움이라고 표현한 것을 지적하였다.<sup>193)</sup>

#### (6) 후버 중재재판관의 결론

결론적으로 후버 중재재판관은 미국이 스페인의 권원을 승계했고, 발견, 인접성 등의 권원을 주장하였지만 영토 권원 취득과 관련한 어떠한 사실도 증명하지 못하였고 그 주권의 표시도 증명하지 못하였다고 판단하였다.<sup>194)</sup> 반대로 네덜란드는 “평화적이고 계속적인 국가 권력의 섬에 대한 표시(peaceful and continuous display of State authority over the island)”라는 ‘권원’을 취득하였다고 하면서, 주권이 실질적인 국가 주권의 취득을 보여주지 못할 경우에는 이러한 ‘권원’에 우선할 수 없다고 하였다.<sup>195)</sup>

이러한 결론 아래 후버 중재재판관은 네덜란드가 다음의 사실을 확립했다고 하였다. a) 팔마스 섬(미앙가스 섬)은 상기(Sangi) 섬 [Talautse Isles]의 원주민 국가들 중 일부를 구성했다. b) 1677년 종주권 계약에 의하여 네덜란드와 결부되고 그 영토의 일부로 간주되었다. c) 1700년과 1898년 사이 서로 다른 시기에 국가 권한이 행사되었다.<sup>196)</sup> 이러한 점을 지적하고 후버 중재재판관은 이 사건에서 주권의 표명 사이에 상당한 간극이 있지만, 멀리 떨어져 있는 영토에 주권의 표명(manifestation)이 먼 기간까지 소급할 필요가 없으며,

192) *Ibid.*, p. 866.

193) *Ibid.*

194) *Ibid.*, p. 867.

195) *Ibid.*

196) *Ibid.*

1898년 그러한 표명이 존재했고, 자신이 그 섬에 주권을 가지고 있다고 할 수 있는 다른 국가가 그러한 상태와 이반될 수 있는 상황이 발생했다는 것을 충분히 알 수 있는 기간 동안 지속적이고 평화롭게 주권을 표시하면 충분하다고 하였다.<sup>197)</sup>

## 5) 판례에서 도출되는 주권의 표시 이론

이 사건에서 미국은 영토 취득 권원으로서 할양조약과 그 이전의 피승계국인 스페인의 발견(discovery)이라는 유형을 주장하였지만, 이는 배척되었다. 영토 권원 유형론이 배척당한 것이 아니라 이를 인정할 만한 증거가 부족하다고 본 것이다. 이때에 후버 중재재판관이 주목한 것은 네덜란드가 주장한 주권의 표시(display of sovereignty)이다. 네덜란드가 주장한 주권의 표시는 영토 권원 취득에 해당하지 않는다. 하지만 네덜란드는 자신이 주권을 취득하였다는 점을 주권의 표시를 통하여 입증하려고 하였고, 후버 중재재판관은 이를 받아들였다. 주목할 만한 것은 영토 권원 취득의 유형을 뒷받침할 만한 증거가 없는 상황에서 네덜란드가 원시적 권원을 취득했다고 말한 것이 아니라는 점이다. 오히려 주권의 표시라는 권원이 영토 취득의 유형을 뒷받침할 만한 증거가 충분하지 않은 경우의 권원에 “우선한다(prevail)”라고 표현하여<sup>198)</sup> 이를 양자 간의 우열관계로 파악하였다는 점이 매우 중요하다.

이러한 우열적 판단을 통하여 다음을 알 수 있다. 첫째, 영토 권원 유형론은 영토 취득 권원으로서 무의미한 것이 아니다. 둘째, 다만 영토 권원 유형론에 의하여 결정할 수 없는 경우에는 주권의 표시를

---

197) *Ibid.*

198) *Ibid.*



보여준 것이 누구인지가 중요하며, 이러한 주권의 표시가 확립되어 있는 국가는 입증되지 않은 영토 권원 유형론(발견)에 기반하는 국가에 우선한다고 판단한 점이다. 즉 계속적이고 평화적인 영토 주권의 표시(다른 국가와의 관계에서 평화적인)는 권원에 상응한다(continuous and peaceful display of territorial sovereignty (peaceful in relation to other States) is as good as a title)고 표현한 것이다.<sup>199)</sup> 이를 팔마스 정식이라고 부르며, 후버는 이것이 관행 및 학설이 명백하게 인정하고 있는 바라고 하였다.<sup>200)</sup> 이러한 내용이 바로 주권의 표시 이론의 의의라고 할 수 있을 것이다. 절대로 주권의 표시 이론이 주권의 취득과 관련하여 일정한 유형을 통하여 이를 취득 상실한다는 영토 권원 유형론을 대체하는 것이 아니며, 이를 보완하는 역할을 하고 있다는 점이다.

다만 “지속적이고 평화로운 주권의 표시”라는 정식화와 그리고 제 2의 시제법이론을 통하여,<sup>201)</sup> 즉 시제법 논의가 권원의 취득 과정에서만 필요한 논의가 아니라 권원 취득 이후에도 권원의 유지를 위해서도 그 당시의 법에 의해서 권원의 유효성이 입증되어야 한다는 논리에 의해서 영토 권원의 ‘상실’ 유형은 그 의미를 상실하게 되었다.<sup>202)</sup> 주권의 계속이 결정적인 요소로 등장한 것이며, 국가는 단순히 행동하지 않았다는 이유만으로 자국 영역을 상실하게 되는 것이다. 이로써 미리 정해진 예에 따른 취득·상실만 법적 효력이 주어진다는 영토 권원 유형론적 규율 틀로부터 근원적인 일탈이 나타나게 되었다.<sup>203)</sup>

199) *Ibid.*, p. 839.

200) *Ibid.* 그러나 허숙연 교수는 중재재판관이 그 구체적 관행 및 학설의 근거는 제시하지 않고 있다는 점을 지적하였다. 許淑娟, *op. cit.*, p. 123. 각주 118 참조.

201) Jennings, *op. cit.*, p. 29.

202) 許淑娟, *op. cit.*, p. 130.

셋째, 주권의 표시와 관련하여 그 표시의 의미를 후버 중재재판관은 다음과 같이 정리한다. 우선 주권의 표명이 정확히 어느 시기에 시작되었는지를 확립해야 할 필요는 없으며, 주권의 확립이 “느리게 진화하거나(a slow evolution)” 혹은 “국가 통제의 점진적 강화(a progressive intensification)”라는 것이 오히려 자연스럽다고 하여, 일정한 시점에 일정한 유형에 의하여 주권을 취득하는 경우, 예를 들어 이 경우 선점이 문제될 수 있는 유형인데 이를 배격하였다.<sup>204)</sup>

넷째, 계속적이며 평화적인 주권의 표시가 권원으로서 인정받을 수 있지만, 근대 사법(私法)의 점유의 적법추정이 인정될 수는 없다는 점을 분명히 하여 주권의 표시 이론과 점유의 적법 추정은 별개의 논의라는 점을 분명히 하였다.

다섯째, 국가 권한의 계속적이고 평화적인 표시 자체는 주권 확립의 시작 혹은 점유의 개시를 의미하며 그 자체로는 미성숙한 권원만을 창설한다는 점을 분명히 하여, 주권의 표시 자체로는 미성숙한 권원이라는 점을 분명히 하였다.<sup>205)</sup> 또한 명시적으로 밝히지는 않았으나 추후의 여러 요인들에 의하여 주권이 확립되어야 권원성을 인정받을 수 있다는 점을 분명히 하였고, 이 사건의 경우 1906년 미국의 우드 장군이 팔마스 섬을 방문했을 때 작성한 보고서에 따르면 당시에는 권원이 확립되어 있었다는 점을 분명히 하였다.

203) *Ibid.*

204) *Ibid.* p. 867. 이와 관련하여 후버 중재재판관은 주권이 원주민 국가에 대한 식민국의 종주권 확립에 의한 것이고 원주민 국가에 대한 식민 국가의 종주권 확립에 의하여, 그리고 그러한 속국의 외부 속지(outlying possessions)로 취득하는 경우에는 그러한 경향이 더 강화된다고 하여, 식민지 영토의 취득에 있어서 점진적인 주권의 표시가 더 강하게 나타난다고 하였다. 이 보고서의 주제와는 별론이기는 하지만, 이러한 후버 중재재판관의 판단은 상당히 식민주의 영토 취득에 편의성을 더해 준 것이라는 비판이 가능하다. 식민국의 영토 권원 취득에 상당히 유리한 환경을 만들어 준 것이다. 이 점에 대해서는 후속 연구가 필요하다고 생각된다.

205) *Ibid.*, p. 870.

이러한 주권의 표시 이론의 의미 이외에 후버 중재재판관은 별도로 발견의 권원성에 대해서 팔마스 섬 문제가 윈스터 조약이나 위트레흐트 조약 등에 의해서 처리가 되지 않았다고 그 자체로는 미성숙한 권원(inchoate title)이므로 실효적 점유(effective occupation)에 의하여 주권을 확립해야 하며, 주권의 계속적이고 평화적인 표명에 입각한 확정적 권원에 우선할 수 없다고 하여 발견이 갖는 법적 의의를 분명히 하였다.<sup>206)</sup>

### 3. 팔마스 섬 사건과 주권의 표시 이론에 대한 평가

팔마스 섬 중재의 영역 소유권에 관한 판단의 실질을 어떻게 이해하는지에 대해서는 다양한 견해가 나와 있다. 팔마스 섬 중재의 결정적 이유는 “선점”이라고 말하는 견해도 있고,<sup>207)</sup> 시효취득의 선례라고 보는 입장도 존재한다.<sup>208)</sup> 이들은 “계속적이고 평온한 주권 표시”는 선점의 현대적 사용이라고 보고 있는 것이다.

그러나 이에 대해서 허숙연 교수는 다음의 세 가지 점을 근거로 이 중재판정의 결론을 영토 권원 유형론과는 다르게 보아야 한다고 주장하였다. 이를 지면을 빌려서 소개하면 다음과 같다.<sup>209)</sup> 첫째, 양

206) 결론(p. 869)에서는 어느 당사국도 자신의 주장을 확립하지 못했을 경우에는 결국 각 당사자가 원용한 권원의 상대적 강도에 입각해야 한다고 하면서 결국 특별협정의 목적상 분쟁의 해결이 중요한 목적이라는 점을 제시하였다. 결국 권원의 상대적 강도에 의해서 결정을 할 수 밖에 없다고 본 것이다. 이때 그 근거를 특별협정에서 찾고 있는데, 협정문은 두 국가 중 어느 한 국가에 속하는 것으로 예정하고 있으며(제1조) 서문은 협정의 목적이 분쟁의 종결에 있다는 점을 분명히 하여 결국은 재판불능 상태를 막고자 하는 것에 있다고 하였다. 주권의 표시 이론에 관한 결론의 설명이 결국은 부르키나-파소 말리 사건의 *effectivités* 논의의 시원이라고 가정한다면, 결국 *effectivités* 논의가 나오게 된 배경은 재판에 있어서 재판 불능을 막아야 한다는 것도 하나의 이론적 근거가 될 수 있다는 점을 보여주고 있다.

207) 太壽堂鼎(1998), p. 66; Blum, *op. cit.*, p. 103.

208) Beckett(1934) pp. 218-255, 재인용: 許淑娟, *op. cit.*, p. 134.

당사국이 발견·선점·시효 취득 중 하나의 유형에 의해 스스로의 논의를 근거 짓고 있음에도 불구하고 중재재판관은 그 특정 유형이 아니라 “지속적이고 평화로운 국가 주권의 표시”에 의거하여 판단을 내렸다. 둘째, 네덜란드가 ‘주권의 계속’을 선점의 증거로 제시 했음에도 불구하고, 후버는 네덜란드의 주장을 주권의 계속에만 근거한 것으로 이해하고 선점에 근거한 것으로 이해하지 않았다는 점을 지적하였다.<sup>210)</sup> 그것은 각 유형의 공통점을 추상화 한 상위 개념으로 여러 스타일을 “주권 표시”라는 하나의 유형으로 유형 이론에서의 체계화를 시도하는 것이 아니라 기존의 유형론으로부터 탈피를 의미한다고 허숙연 교수는 보았다. 셋째, 상실 유형으로서 유기에 대해 중재판정이 논의하지 않았던 것도 영토 권원 유형론과의 단절을 의미하는 것이라고 보았다. 취득과 상실의 시점에서 유형의 충족에 의해 권원의 유무를 규율하는 작품론에 대해 후버는 제2의 시제법이라는 논리를 사용하여 주권이 계속 표시되지 않은 이상, 그 권리는 계속 존재할 수 없다며 상실 유형을 논하지 않고 스페인의 주권 소멸 가능성을 논의한 것이다.

허숙연 교수의 위와 같은 지적처럼 중재판정이 영토 권원 유형론이 아니라 주권의 표시 이론을 새롭게 주창하고 있는 것이 맞다면 추후 판례에도 영향을 미쳤을 것이 분명하다. 따라서 실제 유형론에 대비되는 개념으로서 주권의 표시 이론에 대해서 추후 판례가 어떠한 입장을 취하였는지를 확인할 필요가 있다.

209) 許淑娟, *op. cit.*, pp. 137~139.

210) Island of Palmas case, p. 867.

### 제3절 주권의 표시 이론의 확인 여부

이러한 주권의 표시가 가지고 있는 역할은 추후 판례에도 계속되는데, 격지에 떨어져 있는 섬의 경우에는 영토 권원 유형론에 따라서 영토 권원 취득을 확립할 수 없다고 판단한 것이 큰 역할을 한 것으로 판단된다.

#### 1. 동부그린란드 사건

덴마크와 노르웨이 간 동부 그린란드(노르웨이에서는 "Eirik Raudes Land"라는 지역)의 영토 주권의 귀속에 대해서 다툰 이 사건은 1931년 노르웨이가 칙령을 통해서 동부 그린란드 지역을 자국 땅으로 편입하면서 촉발되었다. 노르웨이는 칙령을 통하여 동부 그린란드에 노르웨이의 주권을 확립했다고 주장하였다. 이에 대해서 덴마크가 동 선언의 불법성과 무효를 확인해 줄 것을 상설국제사법재판소(PCIJ)에 청구함과 동시에 덴마크가 그린란드의 주권을 보유하고 있다는 점을 확인해 줄 것을 요청하였다.<sup>211)</sup>

동부 그린란드는 무주지역이며, 1931년 칙령을 통하여 무주지인 동부 그린란드를 자국의 영토로 편입했다는 것이 노르웨이의 기본 입장이다. 즉 유형론 중에서도 무주지 선점에 기대어 자신의 영토 권원을 주장하고 있는 것이다. 반면 덴마크는 유형론적 접근을 취하지 않고 "지속적이고 평화로운 국가 권능의 표시(d' un exercice pacifique et continu de l' autorité étatique)"를 근거로 덴마크의 권원을 주장하였다.<sup>212)</sup>

211) Legal Status of Eastern Greenland, PCIJ Reports (Ser. A/B, No. 53, 1933), p. 25.

그린란드는 초기 900년경에 발견되어 노르웨이 정착촌이 서부 해안의 남단에 건설되었으며, 13세기에 이르러서는 노르웨이 왕국에 조공을 바쳤지만 1500년 이전에 정착촌이 소멸된 것으로 파악되고 있다.<sup>213)</sup> 1380년 노르웨이와 덴마크는 같은 국왕 아래 병합되는데, 이 합병은 1831년까지 지속된다.<sup>214)</sup> 덴마크에 속해 있던 노르웨이는 덴마크가 나폴레옹 전쟁에서 프랑스와 동맹을 형성하고, 스웨덴이 다른 쪽 연합군을 형성하면서, 일단 그린란드를 제외한 노르웨이 영토가 덴마크로 할양되었다. 이후 덴마크와 스웨덴-노르웨이 연합왕국 사이에서 다시 1814년에서 1819년 사이의 일련의 사건을 토대로 협정을 통하여 그린란드 문제를 해결하기에 이른다.<sup>215)</sup> 19세기에서 20세기 사이에 그린란드 해안이 탐험되는데, 19세기 중에 덴마크 원정대가 식민지화되지 않은 그린란드 지역을 탐험하였다.<sup>216)</sup> 1863년 영국인 J. W. 테일러는 덴마크 정부로부터 30년간 독점적 사업권을 허가받아 그린란드 동부해안에 사업기지를 설치하였는데, 어떠한 정착촌도 건설하지 못하였다. 원래의 허가에 따르면 “북위 65도 이남 또는 이북에” 설치될 사업기지는 “덴마크 국왕의 주권 하에” 복종하도록 되어 있었다.<sup>217)</sup> 1905년 덴마크 내무장관이 정령(Decree)을 통해서 그린란드 주변의 영해 한계를 확정하였다.<sup>218)</sup> 또한 1921년 정령을 통해서 덴마크는, 1776년 국왕의 명령에 의해 덴마크 무역, 선교, 수렵기지가 그린란드 동부와 서부 해안에 설치되었고, 덴마크 그린란드 정부에 의해서 덴마크 식민지로 연결되었다고 발표하였

212) *Ibid.*, p. 45.

213) *Ibid.*, p. 27.

214) *Ibid.*

215) *Ibid.*, pp. 30-31.

216) *Ibid.*, pp. 31-33.

217) *Ibid.*, p. 32.

218) *Ibid.*, p. 33.

다.<sup>219)</sup> 1919년 동부 그린란드 회사가 코펜하겐에 설립되었고, 수렵 활동을 벌였지만 결국 재원 고갈로 수렵활동은 1924년 중단되었다.<sup>220)</sup> 이때 덴마크가 회사의 재원을 접수하였다.

노르웨이의 경우 1889년 이후 여름마다 동부 해안을 주기적으로 방문하고, 1908년, 1909년, 1922년, 1926년 이후에는 해당 영토에서 겨울을 지냈다.<sup>221)</sup> 1929년 이후에는 수렵활동을 하였으며, 노르웨이 원정대가 분쟁지역에 많은 가옥을 두었다.<sup>222)</sup>

1차 세계대전 중 덴마크는 미국에 서인도 제도-덴마크령 안티레스를 할양하면서 그린란드에 대한 경제적 정치적 이익을 그린란드 전역으로 확대하는 것에 반대하지 않는다는 취지로 답을 하였다. 노르웨이와 덴마크는 1919년 제1차 세계대전과 관련한 평화회의를 개최하면서 덴마크는 노르웨이가 스피츠베르겐에 대해서 제기하는 영유권 주장에 이익을 제기하지 않을 것이라고 하면서, 동시에 그린란드 전역에 대한 주권을 승인받기 원한다는 의사를 표시하였다.<sup>223)</sup> 덴마크 공사가 1919년 7월 14일 이렌(Ihlen) 노르웨이 외무장관을 면담했을 때 검토해보겠다는 답변을 받았다.<sup>224)</sup> 이렌 장관이 덴마크 공사에게 답변한 내용이 자신의 비망록에 남아있는데, 노르웨이가 이 문제에 대해서 어떠한 이익도 제기하지 않겠다는 취지로 답변을 했다는 것이다.<sup>225)</sup> 하지만 동부 해안에서 노르웨이 정부가 누렸던 수렵과 어로의 자유에 대한 보장을 얻을 수 없게 되자 노르웨이는 덴마크

219) *Ibid.*

220) *Ibid.*

221) *Ibid.*, pp. 34-35.

222) *Ibid.*, p. 35.

223) *Ibid.*, p. 36.

224) *Ibid.*

225) *Ibid.*

가 원하는 바를 들어주지 않게 된다.<sup>226)</sup> 이에 그린란드 문제에 대해서 노르웨이와 덴마크가 1923년 교섭을 하게 되고 협약을 체결하면서 덴마크는 노르웨이의 수렵과 어로의 자유를 보장해 주지만, 동시에 양국은 이 협약을 체결하였다고 해서 양국의 어떠한 권리도 포기, 침해, 상실되지 않는다는 각서에 따로 서명하였다.<sup>227)</sup>

1924년 1월 28일 크리스티아니아에서 열린 제12차 대표단 최종회의 성명서에 따르면 덴마크는 그린란드 전역에 완전한 주권을 향유하고 있다는 입장인 반면, 노르웨이는 덴마크 정부의 통치권으로 실효적으로 점유되지 않았던 모든 지역은 무주지이며, 만약 이 지역이 무주지가 아닐 경우에는 노르웨이의 주권에 복종하는 지역으로 전환되어야 한다고 하였다.<sup>228)</sup>

1924년 7월 8일 덴마크와 그린란드 정부는 7월 5일 명령에서 ‘1921. 6. 16 포고령’을 언급하면서, 덴마크 정부는 덴마크 선박들과 그 승선 인원들이 ‘후속 고시가 있을 때까지’ 후에 협약에서 규정한 것과 마찬가지로 해당 영토에 항해하는 것을 허가한다고 공표하고, 그 허가는 아이슬란드 그리고 덴마크와 협정을 체결한 외국의 국민, 선박, 회사에게도 동일하게 적용된다고 하였다. 이는 노르웨이 정부 측이 유보를 제기하는 계기가 되었다.<sup>229)</sup>

1925년 덴마크는 ‘그린란드 해역에서의 수렵과 어로 등에 관한 법률’을 통하여 덴마크 국민과 특별한 허가를 취득한 사람(1923년 교섭을 통하여 체결한 협약의 내용)이 수렵과 어로 활동을 할 수 있다고 하였고, 동시에 ‘그린란드 주변 해역에서 항해에 관한 포고령’을 통하

---

226) *Ibid.*, p. 37.

227) *Ibid.*, pp. 37-38.

228) *Ibid.*

229) *Ibid.*, p. 39.



여 그린란드에서 모든 활동은 덴마크의 지시에 따라야 한다고 하자, 노르웨이는 이 법이 만약 덴마크가 당시까지 주권을 행사하지 않는 지역에까지 적용된다면 이 법에 대하여 유보를 하겠다는 입장을 취하게 된다.<sup>230)</sup>

5년간 잠잠하던 그린란드 문제는 1930년 노르웨이가 수렵기지 점검을 목적으로 일부 자국민에게 경찰권을 부여하자 다시 문제가 제기되었고, 덴마크는 이에 항의하였다.<sup>231)</sup> 그러자 1931년 노르웨이는 이미 자신이 유보한 대로, 그린란드는 무주지이므로 노르웨이가 경찰권을 부여할 수 있는 권한을 가지고 있다는 강경한 입장을 취하게 된다.<sup>232)</sup> 이에 맞서 덴마크는 1930년 3개년 과학조사를 위한 계획을 세우게 된다.<sup>233)</sup> 결국 이러한 충돌과정에서 두 국가는 PCIJ의 재판을 통하여 이 문제를 해결하기로 합의한다.

PCIJ는 동부 그린란드에 대한 덴마크 권원의 존재 여부를 판단하면서 선점에 의하지 않고 팔마스 섬 사건의 판시인 ‘계속적이고 평온한 국가 권능의 표시’ 여부에 따라서 결정하겠다는 입장을 취하였다.<sup>234)</sup> 본 판결에서 PCIJ는 “주권의 지속적인 표시”에 기반하여 권원 주장은 할양이라는 유형론과는 분리된다고 주장하면서, 다음과 같이 팔마스 정식을 좀 더 세분화하였다. 즉, “주권의 지속적인 표시”에 근거하여 주장할 때에는 “주권자로서 행동하려는 의도 및 의사(l'intention et la volonté d' agir en qualité de souverain)”와 “그 권능의 약간의 실효적인 표시 또는 행사(quelque manifestation ou exercice effectif de cette autorité)”라는 두 요소가 필요하다고 하였다.

230) *Ibid.*, p. 38.

231) *Ibid.*, p. 40.

232) *Ibid.*

233) *Ibid.*

234) *Ibid.*, p. 45. Affaire des phares en Crète et a Samos, 1937 PCIJ (Ser. A/B) No. 71.

구체적으로 PCIJ는 그린란드가 발견된 10세기에서 1261년까지<sup>235)</sup>, 그린란드 전체가 노르웨이 왕의 주권 아래에 들어간 것으로 보이는 1261년부터 1500년과, 노르웨이의 이름의 두 정착지가 소멸한 1540년부터 1721년 사이<sup>236)</sup>, 한스 에게데(Hans Egede)에 의해 식민지가 설립된 1721년부터 수차례에 걸친 명령이 내려진 1841년까지<sup>237)</sup>, 덴마크와 스웨덴의 킬 강화조약이 체결된 1814년부터 1915년 사이,<sup>238)</sup> 덴마크가 그린란드에 대한 주권에 대해서 타국의 승인을 얻고자 시도한 1915년에서 1921년 사이의 기간<sup>239)</sup>, 1921년부터 칙령이 발표된 1931년 각 단계별로 양 당사국들이 주장하는 주권의 표시를 검토하였다.

PCIJ는 특히 1922년부터 1931년의 시기를 주목했다. 이 시기에 덴마크의 활동이 증가하기 때문이라고 하였다. 즉, 항해 관련 명령(1921년), 수렵 및 어획을 규율하는 법령(1925년), 모든 통상 활동이 덴마크에 유보되는 법률(1925년), 외교 서한에 정해진 영국과 프랑스 국민에 대한 최혜국 대우(1925년) 등은 덴마크 정부가 통치 기능을 수행한 실례라고 인정하였다.<sup>240)</sup>

이를 토대로 PCIJ는 주권의 표시에 따라 덴마크의 주권을 인정하였다. 특히 PCIJ는 1922년부터 1931년까지의 시기를 단독으로, 또한 그것 앞선 시기와 무관하게 알아봐도, 1931년 시점에서 덴마크 권원 귀속이 인정될 수 있다고 말하고 있어, 이 기술은 권원의 취득뿐만 아니라 1931년 시점에서 권원의 유지야말로 권원 귀속 판단에 있어서 결정적인 중요성을 가지고 있다는 판단인 것으로 풀이된다.

235) *Ibid.*, p. 46.

236) *Ibid.*, pp. 27, 47-48.

237) *Ibid.*, pp. 48-51.

238) *Ibid.*, pp. 31-32, 52-54.

239) *Ibid.*, pp. 57-58.

240) *Ibid.*, pp. 62-63.

## 2. 망끼에 에끄레오 사건

영국과 프랑스는 노르망디 반도 부근의 에끄레오 섬과 망끼에 섬에 관한 영토 권원귀속을 두고 다툼을 벌이다가 결국 국제사법재판소(International Court of Justice, 이하 ICJ)를 통하여 사안을 해결하기로 합의하고, 이 사건을 국제사법재판소에 회부하기로 하였다.<sup>241)</sup>

망끼에 및 에끄레오 제도는 영국의 저지(Jersey) 섬과 프랑스 연안 사이에 있는 도서들로, 에끄레오 제도는 저지 섬에서 동북으로 3.9해리, 프랑스 연안에서 6.6해리의 거리에 위치해 있었다. 망끼에 제도는 저지 섬에서 9.8해리, 프랑스 연안에서 16.2해리의 거리에 위치하고 있는 일련의 도서들이다.

영국은 이 섬에 대한 ‘고대의 권원(ancient title)’의 존재를 주장하였고, 그 취득이 1066년의 노르망디 공에 의한 영국 정복에 있다고 주장하였다.<sup>242)</sup> 또한 영국은 이 섬에서 발생한 사건에 대해서 해협 내 여러 섬을 관할하고 있는 저지 섬의 법원이 1826년부터 1921년 사이 형사재판권을 행사했다는 점을 근거로 제시하였다. 또한 1820년경 저지 섬에 과세를 했다는 점도 그 근거로 제시하였다.<sup>243)</sup> 이에 대해 프랑스는 노르망디 공이 프랑스 왕의 가신이었다는 점과, 해협 내 여러 섬이 933년 이후로 프랑스 왕의 봉토로 관리되어 왔다는 점을 주장하였다. 수로 측량, 부표 관리, 1838년의 시찰 등을 이유로 실효적 점유를 주장하였다.<sup>244)</sup>

우선 국제사법재판소는 양 당사국이 모두 언급한 1217년 램버트

241) The Minquiers and Ecrehos case, ICJ Reports 1953, pp. 48-53.

242) *Ibid.*, p. 53.

243) *Ibid.*

244) *Ibid.*

(Lambeth) 조약을 검토하는데, 조약 문언을 토대로 영유권 귀속을 결정할 수 없다는 결론을 내린다.<sup>245)</sup> 1360년 칼라이스(Calais) 조약에 대해서도,<sup>246)</sup> 1420년 트로이에스(Troyes) 조약<sup>247)</sup>으로도 영유권 귀속을 해결할 수 없다는 입장을 취한다.

다만 영국 존왕이 1200년 1월 14일의 특허장(Charter)에 의해 자신의 봉신 중 하나에게 저지(Jersey) 섬, 구에른세이(Guernsey) 섬, 알더네이(Alderney) 섬을 봉지로 부여한 점,<sup>248)</sup> 3년 후 1203년의 특허장으로 왕이 자신에게 부여한 섬이라고 언급하면서, 발-리처(Val-Richer) 수도원에게 “에끄레오(Escrehou) 섬 전부”를 증여한 점,<sup>249)</sup> 또한 여러 문서에서 저지(Jersey) 섬을 영국 섬으로 언급한 점에 의미를 부여하였다. 즉 영국이 여러 섬들이 프랑스 본토와는 다르게 취급되어 왔다는 점을 어느 정도 입증하였다고 국제사법재판소가 받아들인 것으로 보인다. 다만 그럼에도 불구하고 국제사법재판소는 에끄레오(Ecrehos)와 망끼에(Minquiers)가 여러 문서에 명확히 언급되지 않았다는 점을 지적하며, 망끼에(Minquiers)와 에끄레오(Ecrehos)에 대한 주권의 귀속에 대한 결정적 증거가 되지 못한다는 점을 지적하였다.<sup>250)</sup>

프랑스 정부는 자국의 시원적 권원을 노르망디(Normandy) 공이 프랑스 왕의 봉신(vassal)이었다는 점을 근거로 영국 왕이 1066년 이후 노르망디 공으로 프랑스의 봉토 공국을 보유하였다는 사실로부터 그 근거를 찾는다.<sup>251)</sup> 이를 근거로 망끼에와 에끄레오에 대한 권원

---

245) *Ibid.*, p. 54.

246) *Ibid.*

247) *Ibid.*

248) *Ibid.*, p. 55.

249) *Ibid.*

250) *Ibid.*, p. 55.

을 프랑스가 보유한 것으로 추정할 수 있다고 주장한다.<sup>252)</sup> 하지만 국제사법재판소는 이러한 역사적 논란에 대해서 검토할 필요가 없다는 입장을 취한다.<sup>253)</sup> 이는 곧 시원적 권원이라고 하는 유형론적 접근에 대해서는 그 의미를 두지 않겠다는 입장인 것으로 풀이된다.

결국 유형론으로서의 시원적 권원에 대해서 별다른 의미를 부여하지 않은 것이다. 동시에 팔마스 사건에 따라서 이전의 권원이 현재의 시점의 법에 따라 유효한 권원으로 대체되지 않는 한 법적 효력이 없다는 입장을 취한다.<sup>254)</sup>

“시원적 봉건적 권원이, 그러한 권원이 대체되는 시점의 법에 따라 다른 유효한 권원에 의하여 대체되지 않는 한 오늘날 법적 효력이 없다”<sup>255)</sup>

이러한 판시 이후 판례는 역사적 권원에 대한 입증보다도 중요한 것이 중세시대에 섬이 속한 지역, 예를 들어 노르망디의 귀속에 관한 문제라는 여러 역사 사건들로부터 추론되는 간접적인 추정이 아니라, 망끼에와 에끄레오 도서의 점유와 관련된 직접 증거라는 점을 강조한 것이다.<sup>256)</sup>

이러한 판단 위에 국제사법재판소는 망끼에와 에끄레오에 대해서

251) *Ibid.*, p. 56.

252) *Ibid.*

253) *Ibid.*

254) 이러한 판단은 1905년 시마네현 고시와 관련하여 일본이 원시적 권원을 주장하다가 시마네현 고시를 통해 근대적인 편입조치를 했다는 것에 상당한 의미를 부여하는 판시라고 볼 수 있다. 망끼에 에끄레오 사건에서도 이어지고 있는 팔마스 섬 사건의 제2 시제법 논의는 1905년 시마네현 고시의 법적 성격을, 이미 역사적 권원을 취득한 영토에 대해서 당시 법에 따라 영토 편입조치를 새로 한 것이라는 주장에 상당한 힘을 실어주는 논의가 될 수 있다.

255) *Ibid.* p. 56. 원문은 다음과 같다. “Such an alleged original feudal title of the Kings of France in respect of the Channel Islands could to-day produce no legal effect, unless it had been replaced by another title valid according to the law of the time of replacement.”

256) *Ibid.*, p. 57.

영국과 프랑스가 제출한 각각의 증거를 검토하였다. 에크레오(Ecrehos)에 대해서는 영국이 형사 관할권을 행사했던 것, 과세를 했던 사실, 1875년 영국 국고지불명령서(Treasury Warrant)는 저지(Jersey)를 채널 아이랜드(Channel Islands)의 한 항구로 선정하면서, 에레후 암석(Erehou Rocks)은 그 항구의 한계 내에 포함된다고 한 점 등을 통대로 영국의 영토 권원을 인정하여 주었다.<sup>257)</sup> 프랑스가 제출한 증거에 대해서는 어떠한 가치도 인정하지 않았다.<sup>258)</sup> 마찬가지로 망끼에(Minquier)에 대해서는 영국이 국가 권원을 행사했던 여러 전례, 저지(Jersey) 섬 사람들이 수렵을 위하여 섬에 집을 지었으며, 세금을 내기 위하여 영국에 등록하였다는 점, 재산세 납부를 위한 1939년과 1950년의 징세유표가 제출되었다.<sup>259)</sup> 이러한 점을 근거로 국제사법재판소는 이를 영국의 섬이라고 판결하였다.

영국과 프랑스는 각각 시원적 권원이라는 권원을 주장하였지만 이는 받아들여지지 않았고, 결국 국제사법재판소가 영토에 대한 주권을 행사했던 국가가 어느 쪽이었는지를 밝히면서 영토의 귀속을 결정한 것은, 결국 주권의 표시에 상당한 강조를 두었다는 점을 확인할 수 있게 해주는 대목이다.

## 제4절 주권의 표시 이론의 문제점과 한계

팔마스 정식은 이후 국제판례에서 지지를 받았지만, 이에 대해서 학자들이 모두 환영한 것은 아니었다. 오히려 학설의 대부분은 팔마

---

257) *Ibid.*, pp. 60-67.

258) *Ibid.*, p. 67.

259) *Ibid.*, pp. 67-70.

스 정식의 수립과 그것을 수용한 판결이 가져올 권원 판단의 자의성과 영역관계의 불안정화를 철저히 경계하였다.

팔마스 정식을 “새로운 영역법”이라고 보아 긍정적으로 평가하는 논자로는 월독(Waldock)이 있다. 그는 1948년 논문에서 팔마스 섬 사건 판결을 비롯한 여러 판결은 19세기, 특히 1885년 베를린 회의 이후 주권의 유지 및 표시에 강조점의 변화를 반영한 것이라고 다음과 같이 말했다.

“이 변화는 근대 국제법상 점유가 재물의 취득이 아니라 주권의 취득이라는 인식의 당연한 귀결이다. 이 변화는 주권이란 권리뿐만 아니라 국제적인 의무(international duties)에 따른 것이라는 인식에 따른 것이다.<sup>260)</sup>”

월독은 팔마스섬 중재판정의 논리를 전면적으로 받아들여, 점유의 실효성은 ‘국제법이 수호자인 부분의 최소한의 보호’를 타국에 대해서 충분히 확보할 정도의 국가기능을 해당 영역에 대해서 표시했는지 여부에 의해서 검증된다고 하였으며,<sup>261)</sup> 이러한 견해는 망끼에·에끄레오 섬 사건의 소송 대리인인 피츠 모리스(Fitzmaurice)도 동일하였다.<sup>262)</sup>

이러한 팔마스 섬 판결에 대해서 찬성론자만 있는 것은 아니다. 대표적인 경우가 제섭(Jessup)이다.<sup>263)</sup> 제섭에 따르면 후버가 제시한 새로운 시제법 이론이 권원 취득의 정당성을 계속적으로 확보할 것을 요구하게 되어 법적 불안정성을 강화시킨다고 본 것이다.<sup>264)</sup> 또

260) Waldock(1948), p. 317.

261) *Ibid.*, p. 317.

262) Fitzmaurice, G.(1955-56), p. 51.

263) Astrino(1996), p. 277.

264) Jessup, *op. cit.*, p. 740; Jennings, *op. cit.*, pp.48-51.

한 페스펠트(Versfelt)는 시제법 이론은 논쟁의 여지가 있다고 하면서, 후버 시제법의 논리에 의하면 모든 국가가 끊임없이 국제법이 내 영역 주권을 인정해 주고 있는 것인지를 자문해야 하기 때문에 자신에게 불합리한 법적 상황을 추론하도록 만드는 효과가 있다고 하였다.<sup>265)</sup> 즉 권원이 동태적으로 변화하게 되면 국제관계의 기초가 되는 공간 관계의 안정성은 더 이상 유지할 수 없게 된다는 것이다.<sup>266)</sup> 팔마스 정식의 논리를 철저히 하면 확정적인 권원을 취득했다하더라도 그 권원은 실효적으로 유지되고 계속해야 한다는 이른바 “영원한 미성숙 권원” 상태에 빠지게 된다는 점을 지적하였다.

그러나 이러한 주장에도 불구하고, 주권의 표시라는 상대적 강도를 통하여 주권의 귀속을 판단하지 않고 유형론만을 고집하게 되면 오히려 어느 국가에도 속하지 못하는 무법의 상태를 초래할 수 있다. 팔마스 섬 사건에서 후버 중재재판관은 어느 국가도 이 섬에 대한 주장을 입증하지 못한다고 하더라도 결국 판정을 할 때에는 “양 당사국이 원용한 권원의 상대적 강도(the relative strength of the titles)”에 따라서 영토 권원을 확정할 수밖에 없다고 하였다.<sup>267)</sup> 결국 어느 사건의 당사국인 어느 한 국가로 귀속시킬 수밖에 없으며, 이는 재판을 회부한 양 당사국의 의사로부터 도출된다고 하였다.<sup>268)</sup> 이러한 판시는 영유권 재판이 재판의 불능 상황을 피하기 위하여 상대적 강도를 비교할 수밖에 없다는 취지로 이해될 수 있는 부분이다. 이는 팔마스 사건에서 후버 중재판이 권원의 상대적 강도를 확인한 점에서 부르키나 파소 사건에서 나타나게 된 에팩티비테(effectivités) 이론의 효시를 찾을 수 있는 것이라고 판단되는 부분이기도 하다.

265) Versfelt(1933), pp. 15-17, 재인용: 許淑娟, *op. cit.*, p. 146.

266) *Ibid.*

267) Island of Palmas case, pp. 869-871.

268) *Ibid.*



## 제 4 장

# 영토분쟁의 해결에 있어서 영토 권원 이론의 역할과 한계

## 제1절 영토분쟁에서 영토 권원 이론의 역할

국제재판소는 영토주권의 귀속을 판결할 때 관습국제법으로 발전되어 온 전통적인 영토 권원 유형론(modes of acquisition)을 엄격하게 적용하지 않는다. 국제재판소는 영토분쟁에서 어느 국가가 명확한 영토 권원을 입증하였는가 혹은 명확한 권원의 입증이 가능하지 않을 때보다 우월한 주권적 권한의 행사에 관한 증거를 제출한 국가가 누구인가에 따라 영토분쟁 사건을 판결해왔다. 이는 앞에서 살펴본 전통적인 영토 권원 유형론이 가지고 있는 식민주의적 기원과 국제법 이론 차원에서의 다양한 모순점들 때문에 구체적 영토분쟁을 해결하기 위한 법리로 활용되기 어려운 한계가 있다.

따라서 국제재판소에 회부된 영토분쟁 사건에서는 전통적인 영토 권원의 유형론에 따른 규범적 판단보다는 분쟁 영토를 둘러싼 사실 관계의 규명을 위한 증거의 채택 및 평가가 중요한 역할을 하게 되었

다. 영토분쟁에서 국제재판소의 주된 임무는 분쟁당사국이 자국의 영토 권원을 입증하기 위해 제출한 사실관계에 관한 증거의 채택 여부를 결정하고, 채택된 증거가 각 분쟁당사국들이 주장하는 영토 권원의 입증에 어느 정도로 기여하는지를 평가하는 것이라고 할 수 있다.

명확한 영토 권원의 입증이 어려운 대부분의 사건에서 국제재판소는 상대적 권원(relative title)의 개념에 입각하여 경합적으로 주장되는 국가권한의 상대적 강도를 평가하게 된다. 국제재판소는 어느 국가가 분쟁 영토를 점유하고 있는가의 문제보다는 어느 국가가 더 좋은 권원(better title)을 입증하였는가에 따라 영토주권의 귀속을 결정한다. 한편 탈식민주의 배경 속에서 현상유지법리(uti possidetis juris)가 적용되는 영토분쟁 사건에서 국제재판소는 독립 당시의 국경을 결정하기 위하여 식민당국이 독립 전후에 행사했던 주권적 권한의 행사에 관한 증거들을 비교형량 함으로써 분쟁 영토의 귀속을 결정하기도 한다. 영토 권원에 관한 국제재판소의 이러한 태도는 앞에서 살펴본 바와 같이 로마시대 재산법에서 유추한 권원 개념에 기원을 두고 있고, 신대륙의 발견과 해외 식민지 경쟁 시대에 식민지 취득을 정당화시키기 위한 법리로 발전되었다. 제2차 세계대전 후 탈식민화가 거의 완성된 현대에는 영미법계 국제법학자들이 전통적인 권원 유형론에 코먼로의 재산법 이론을 반영하여 상대적 권원 개념을 확립하였다. 이에 따라 현대의 영토분쟁에서 권원 개념이 갖는 중요성은 갈수록 줄어들고, 영토 권원을 입증하기 위한 사실과 증거들이 무엇인지, 어떠한 사실과 증거에 높은 증명력이 부여되는지 여부가 핵심적인 문제로 대두되고 있다.

이하에서는 전통적인 영토 권원 이론의 기원과 이론적 문제점을 재검토하고, 이를 극복하기 위한 이론적 시도들을 검토하고자 한다.

역사적으로 오래 시간에 걸쳐 영토 권원에 관한 복합적인 사실관계가 다투어지는 다양한 분쟁을 모두 획일적으로 규율할 수 있는 완벽한 이론을 정립하는 것은 쉽지 않을 것이다. 그러나 과거 식민주의적 기원을 가지고 발전되어 온 영토 권원 이론과 국제재판소의 판례법이 현대의 국제사회에서도 통용되거나 잠재되어 있는 측면이 있으므로, 이를 시정하기 위한 영토 권원 이론의 재정립의 필요성과 그 과정에서 유념해야 할 요소들에 대해 살펴보려고 한다.

## 제2절 전통적인 영토 권원 이론의 재검토

### 1. 전통적인 영토 권원 유형론과 식민주의적 기원

앞에서 살펴본 바와 같이, 영토주권 취득에 관한 국제법의 발전은 유럽의 식민국가들 간의 관계에서 설명될 수 있다. 영토주권 취득 이론과 유형론의 목적은 식민제국 간의 충돌을 방지하고 영역주장에 대한 상호존중을 표시하기 위한 것이었다. 식민화와 상업적 착취를 위해 이용할 수 있는 토지에 대한 경쟁이 심화되고, 보다 높은 수준의 통치책임이 요구되면서 주권을 취득하기 위해서는 실효적 통치가 요구되었다.<sup>269)</sup> 시간이 지나면서 19세기의 국제법과 제국의 초점은 식민지 영토를 취득하는 것에서 식민지 주민을 통제하고 무역을 위한 상품 생산을 위해 주민들을 이용하는 것으로 변화되었다.<sup>270)</sup>

영토에 대한 물리적 통제의 확립을 요구하는 규칙은 식민세력에게

269) Munkman, *op. cit.*, p. 20.

270) Fitzmaurice, A.(2014), pp. 215-216.

불편한 것이었기 때문에, 식민세력은 상대적으로 해안가의 소규모 정착지를 근거로 광대한 영역의 배후지에 대한 권원을 주장하게 되었다.<sup>271)</sup> 대부분의 식민지 영토는 매우 넓기 때문에 영토를 취득하는 식민제국이 곧 바로 실효적인 점유를 취득할 수가 없었다. 식민제국의 영토 취득을 정당화하기 위해 배후지 이론, 인접성 이론, 미성숙 권원을 부여하는 다른 근거의 권원 주장들도 고안되었다.<sup>272)</sup> 미성숙 권원에 근거한 권원 주장은 식민세력이 실효적 선점 활동에 의해 권원을 뒷받침하기 위해 필요한 능력을 취득하기 전까지 비실효적인 상태로 남아 있었다.

1884년 베를린 회의에서는 무주지인지 여부 또는 정착민이 있는지 여부와는 무관하게 실효적 선점의 요건이 강조되었다. 베를린 회의에서는 아프리카 영토가 정복 또는 할양을 통해 원주민 부족이나 부족장으로부터 취득될 것을 상정하고 있었다.<sup>273)</sup> 할양이나 정복의 한계를 표시한 기존의 지리적 경계는 대부분 실재하는 것이 아니므로, 식민세력들에게 오랜 영토 권원 유형론은 단순한 형식에 불과하였다. 이로 인해 유럽 국가들은 자신들의 식민지 취득을 정당화하고 상호충돌을 해결하기 위해 실효적 선점 이론에 의존해야만 했다. 전통적인 영토 취득 유형론은 영토의 보유에 대해 문제가 제기되지 않는 영토의 보유를 이론적으로 설명해주는 것 이상의 도움을 주지 못하였다.

---

271) Greig, *op. cit.*, pp. 160-162.

272) *Ibid.*, pp. 147, 162.

273) O'Connell(1970), p. 77.

## 2. 현대 국제사회에서 영토분쟁의 맥락과 특성

제2차 세계대전 이후 국제사회에서 무력의 위협과 사용을 금지하는 유엔 체제가 등장하고, 민족자결주의 원칙에 따라 식민지에서 독립한 신생국가들이 국제사회의 주체로 등장함에 따라 국제사회의 세력구조는 크게 변화하였다. 신생독립국들은 전통적인 영토관계법의 기원과 내용이 일부 식민종주국들에 의해 성립된 것이므로 변화된 현대 국제사회에 맞추어 변화되어야 한다는 입장을 취하였다. 탈식민화가 본격화된 1960년대 이후 국제재판소에 회부된 영토분쟁 사건은 대부분 섬이나 어떤 세력에 의해서도 점령된 적이 없는 영토에 관한 것이 대부분이었다. 국제사법재판소는 엘살바도르와 온두라스 간의 사건에서 과거에 수립된 전통적인 영토관계법은 현대의 영토분쟁에는 적합하지 않다는 취지로 판시한 바 있다. 즉 국제사법재판소는 중재판정과 사법판결에 의해서 수립되고 보강되어 온 영토 취득에 관한 법은 선점이 가능한 영토, 즉 무주지에 대한 주권의 취득을 주로 규율하기 위해 발전되어 왔으며, 그러한 유형의 분쟁은 현대적인 조건에서는 매우 드물게 발생할 수 있고 아주 사소한 가치를 지닌 지역에 관련된 것이라고 판시한 바 있다.<sup>274)</sup>

현대의 영토분쟁에서는 분쟁 영토에 관한 경합적인 권원 주장을 다루는 경우가 대부분이다. 현대 국제사회에서 분쟁의 대상이 되는 영토는 육지 본토에서 멀리 떨어진 섬이나 국가의 통치권이 잘 미치지 않는 불모지인 경우가 많다. 문명국가와 무주지 선점 이론에 입각해 식민지 획득을 정당화하기 위해 발전된 전통적인 권원 유형론은 유엔 체제를 갖춘 국제사회에서는 더 이상 유효한 영토 권원의 근거

274) Case Concerning the Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening), ICJ Reports 1992, para. 343.

가 되기 어렵다. 또한 과거에 식민지를 확대하기 위해 주장된 영토 권원이나, 과거 식민지였던 영토를 회복하기 위한 권원 주장 역시 유엔 체제하에서는 용납되기 어렵다고 생각된다. 현대 국제사회에서 영토가 중요성을 갖는 이유는, 그 영토가 가진 경제적 가치보다는 해당 영토가 생성하는 국제법상의 해양관할권이나 그 영토 주변에 잠재된 자원 때문이라고 할 수 있다.

### 3. 전통적인 영토 권원 이론의 재검토

국제법학자들은 영토 권원을 입증하기 위해 의존하는 추정적 사실들이 큰 어려움 없이 권원 유형론에서 제시되는 한 가지 유형에 해당될 수 있다고 가정하였다. 국제법학에서는 영토 권원 유형들을 상호 배타적으로 파악하였다. 이와 달리 국제재판소는 대부분의 사건에서 전통적인 유형론의 용어와 분류를 무시하고 구체적인 영토분쟁 사건을 판결하기 위해 팔마스 섬 중재사건에서 제시된 “주권의 표시”와 같은 기준을 설정하고 이를 적용하여 왔다.

#### 1) 학설의 비판

##### (1) “신생국가”의 등장과 민족자결주의

전통적인 영토 권원 유형론에서 제시된 다섯 가지 영토 권원이 완전한 것은 아니다. 제닝스는 1960년대 가장 중요한 영토 변경 사례는 신생국가의 등장임에도 불구하고, 신생국가에 관한 국제법은 불확실하고 상대적으로 연구가 미진하다고 지적한 바 있다.<sup>275)</sup> 마찬가지로

---

275) Jennings, *op. cit.*, pp. 11-12.

지로 영토 권원의 연원으로서 민족자결주의에 대한 연구도 충분히 이루어지 않고 있다. 영토 권원은 국가성(statehood)이 인정되기 위한 필수적 요건이다. 그러나 신생국가가 수립되는 상황에서 신생국가의 수립 전까지 권원을 보유할 수 있는 권한 있는 주체가 존재하지 않는다. 이러한 상황은 전통적인 유형론에 의해 만족스럽게 분석될 수 없다. Shaw는 전통적인 유형론은 특정한 유형의 국제법 주체가 행하는 활동에 입각하고 있으며, 관련된 사실적 상황을 설명하지 못한다고 주장하였다.<sup>276)</sup>

신생국가의 영토 권원에 관한 상황은 법 이론상의 공백도 문제된다. 국가승인에 관한 선언적 효과설과 창설적 효과설 중 어느 것도 이론적 진공상태를 메꾸기에 적절하지 못하며, 신생국가의 등장과 민족자결의 관계를 명확히 설명해 내지 못한다. 선언적 효과설은 한 국가에 의한 영토의 사실상의 점유가 법률상 당연한 것으로 여겨진다는 가정에 입각하여 있다. 선언적 효과설은 주로 실효성의 원칙에 의존하기 때문에, 민족자결권의 행사에 잠재하는 일반 공동체 정책의 변화를 수용할 여지가 거의 없다. 반면에 특정한 상황에서 민족자결권은 통치권을 가진 국가에게 민족자결권의 행사를 허용해야 할 상응하는 의무를 부과하고 있다는 견해를 지지하는 압도적인 여론이 존재하며, 국제법은 민족자결권 행사의 과정에 중요한 관련성을 가지고 있다.<sup>277)</sup> 국가승인에 관한 창설적 효과설은 타국의 승인이 신생국에게 국제법상 법인격과 영토 권원을 부여한다고 본다. 일련의 국가승인이 독립적인 영토 권원을 가진 새로운 법인격을 창설하게 된다는 것이다. 하지만 어떤 실체가 일부 국가들에게 승인을 얻었지만 다른 국가들에게는 승인을 얻지 못한 경우에 영토 권원이 인정되

276) Shaw, *op. cit.*, p. 168.

277) *Ibid.*, p. 169.

는 것인지에 대해서는 명확한 답이 주어지지 않는다.<sup>278)</sup>

이에 대해서 Shaw는 민족자결권의 주체가 국가 창설과 권원 취득의 의사를 표명하는 경우에 최소한의 실효성 요건을 충족하면 국가성 취득 이전에 또는 취득과 동시에 영토 권원이 이전될 수 있다고 주장한 바 있다.<sup>279)</sup> 민족자결권이 부여된 주체가 국가성 취득을 전후하여 영토 권원을 이전받을 수 있다는 설명은 신생국가의 등장과 민족자결주의에 관한 이론적 문제점을 충분히 해소할 수 있는 것으로 생각된다.

## (2) 시효의 개념을 둘러싼 불명확성

장기간의, 계속적이고 방해받지 않는 점유에 의해 권원을 취득하는 수단을 의미하는 시효라는 용어의 의미와 사용에는 많은 불명확성이 존재한다. 일반적으로 시효는 소멸시효와 시효취득으로 구별된다. 시효취득에는 초기억적 점유(immemorial possession)와 타주점유(adverse possession)라는 두 가지 상이한 요건으로 구성되어 있다. 그러나 두 가지 요건의 궁극적인 목적이 유효한 권원(good title)의 취득이기 때문에 일부 학자들은 “시효취득”이라는 제목으로 양자를 포섭하기도 한다.

초기억적 점유와 타주점유 두 요건을 결합하는 단일 개념을 구성하는 것이 어렵기 때문에, 학자들은 “초기억적 점유(immemorial possession)”와 “협의의 시효(prescription properly so called)”를 구별하고자 하였고, 협의의 시효만을 “타주점유(adverse possession)”로 취급하였다.<sup>280)</sup> 이러한 입장을 가진 학자들 중 대표적으로 Erik

---

278) Starke(1965), p. 413.

279) Shaw, *op. cit.*, p. 172.



Beckett은, 시효는 무주지가 아닌 타국이 완전한 주권을 가진 영토를 취득하는 방법이라는 점에서 선점과 다르다고 보았다. 또 발견에 근거한 불완전한 권원과 선점이 뒤따르지 않는 발견과 같이 타국이 완전한 주권을 가지고 있지 않고, 부분적 또는 불완전한 권리만을 가진 영토를 취득하는 경우에도 시효가 적용될 수 있다고 보아 시효의 개념이 본질적으로 타주점유(adverse possession)에 기반한 것이라고 강조한 바 있다.<sup>281)</sup> 국제재판소 역시 시효를 타주점유에 의해 권원을 취득하는 배타적 수단으로 규정하는 경향에서 자유롭지 못하였다. 이미 살펴본 바와 같이 망키에 에끄레오 사건에서 영국과 프랑스는 1000년 이상의 장기간의 점유를 주장하였지만, 본청구로 시효에 의한 권원을 주장하지는 않았다. 아마도 영국과 프랑스는 자국의 권원 주장이 타주점유의 개념과 연결될 것을 우려한 것으로 보인다. 오히려 양국은 시효에 기한 권원은 예비적으로 주장하였고, 소송의 후반부에 상황에 따라 시효에 기한 권원을 언급하였다.<sup>282)</sup> 이 사건에서 국제사법재판소는 시효에 기한 권원의 이론적 측면을 직접적으로 다루지는 않았다. 그럼에도 망키에 에끄레오 사건의 판결에 대해 존슨(Johnson)은 “초기억적 점유”와 “타주점유” 양자의 존재를 인정했다고 보기도 한다.<sup>283)</sup> 결국 학자들은 시효취득의 존재를 계속 인정하고 있지만, 국제재판소는 시효취득의 개념을 명시적으로 인정하거나 적용하지는 않고 있다.<sup>284)</sup>

280) Johnson(1955), pp. 215, 220.

281) Beckett, *op. cit.*, p. 248.

282) Johnson, *op. cit.*, p. 221.

283) *Ibid.*, p. 222.

284) 영국령 가이아나 국경 사건에서 영국과 베네수엘라는 관할합의(compromis)에 시효취득의 개념을 규정한 바 있지만, 중재재판소는 시효취득을 적용하지 않은 바 있다. Dennis(1950), pp. 720-727.

### (3) “선점”과 “시효”에 관한 혼란

선점과 시효에 부여된 의미를 적용함에 있어 상당히 혼란스러운 경우가 문제되어 왔다. 이론적으로 영토 권원 유형론은 선점과 시효를 구별하고 있다. 선점은 로마법상의 “occupatio”의 개념에 상응하는 것으로, 어떠한 국가의 주권에 복속되지 않는 영토, 즉 무주지를 국가가 실효적인 방식으로 영유하는 것을 의미한다. 시효는 “장기간의 점유”와 “타주점유”의 개념으로 구성되어 있다. 두 유형의 주된 차이점은 선점이 무주지인 영토에만 적용 가능하고 그 기원이 합법적인 반면에, 시효는 점유의 기원이 불명확하거나 타주점유인 두 가지 경우를 모두 포함한다는 것이다.<sup>285)</sup> 그러나 대부분의 영토분쟁에서는 문제된 영토의 법적 지위가 명확하지 않다. 무주지인지 아닌지 여부가 불확실한 영토에 대해 분쟁이 존재하는 경우에 선점과 시효 중 무엇이 적용되어야 할 것인지가 문제된다. 마찬가지로 영토분쟁의 일방 당사국이 선점을 주장하고 반대 당사국은 시효를 주장하는 경우에 전통적인 영토 권원 유형론은 명확한 해결책을 제시하지 못한다.

선점과 시효가 로마법에 기원을 두고 있다는 사실로 인해 현재의 개념적 혼란이 발생했다고 볼 수 있다. 로마법은 안정적인 국내적 배경에서 사용되었으나 영토 권원에 관한 개념들이 불안정한 국제적 배경에 유추적용 되었기 때문이다.<sup>286)</sup> 로마법상 물리적 통제(factum)와 소유 의사(animus)로 구성되는 “occupatio”는 소유자가 없는 물건의 소유권 환원을 의미하는 반면에, “praescriptio”는 다른 사람에게 속하는 재산을 취득하는 것을 의미했다. 본질적인 차이점

---

285) Jennings, *op. cit.*, p. 23.

286) O'Connell(1960), p. 78.

은 “occupatio”에 해당되려면 물리적 통제와 소유 의사를 갖춘 단일한 행위가 충분한 것으로 간주되었지만, “praescriptio”의 형성은 오랜 기간에 걸쳐 물리적 통제가 계속될 것이 요구되었다. 국제법적 관점에서 보면 단일한 별개의 행위가 영역에 대한 배타적 권원을 구성하기에 충분하지 않기 때문에 선점과 시효 사이의 구분은 존재하지 않는다. 권원 유형론에 따르면 선점은 실효적이어야 하며, 상당한 시기에 걸쳐 매우 다양한 활동들을 포함하는 과정을 의미한다. 무주지에 대한 권원에 관한 구체적 분쟁에서, 분쟁당사국들이 점유의 계속성과 실효성에 관한 입증을 위해 방대한 역사적 증거를 제시하면 국제재판소는 이렇게 경합적인 증거의 상대적 가치를 평가해야 할 의무가 있다. 역사적 점유 또는 선점을 입증하는 증거법상의 과정이 시효의 기초가 되는 원래 주권자에 대한 장기간의 계속적인 타주점유와 혼동되었고, 이것이 혼란을 가져온 주요 원인이다.<sup>287)</sup> 이에 대해 O’Connell은 시효는 무주지에 대한 장기간의 점유를 의미하는 한편, 원래 주권자에 대한 장기간의 타주점유를 의미함으로써 그 의미가 모호하게 되었다고 지적한 바 있다.<sup>288)</sup> 일부 학자들이 시효취득과 협의의 시효를 구별함으로써 개념적인 명확성을 달성하고자 노력했지만, 관행적으로 이러한 구분이 준수되지 않았고, 시효와 역사적인 권원 사이의 혼동이 영구화되었으며, 시효라는 용어가 선점을 위해 보류된 영역까지 침범하게 되었다.

#### (4) “선점”과 “역사적 권원”의 구별 기준의 부재

선점과 역사적 권원을 구별하지 못하는 것 또한 영토 권원 유형론이 갖는 한계이다. O’Connell은 역사적으로 선점을 입증하는 과정과

287) Sharma, *op. cit.*, pp. 169-170.

288) O’Connell, *op. cit.*, p. 79.

일반 국제법 규칙의 예외로 허용되는 특수한 역사적 상황에 근거한 권원을 입증하는 과정이 법적으로 매우 다르다고 보았다.<sup>289)</sup> Anglo-Norwegian Fisheries 사건에서 국제사법재판소는 노르웨이가 다른 국가들의 항의 없이 오랜 기간 동안 영해 또는 내수라고 주장하는 수역에 대해 필요한 관할권을 행사했다는 것, 즉 장기간의 점유 (possessio longi temporis)를 근거로 해당 수역에 대한 역사적 권원을 정당화할 수 있다고 판시하였다.<sup>290)</sup> 국제사법재판소는 역사적 수역에 대한 노르웨이의 주권은 역사적 권원이 없었다면 국제법과 충돌될 수 있는 상황을 정당화시켜 주는 예외에 해당된다고 보았다. 따라서 국제사법재판소는 오직 예외적인 사정만이 역사적 권원의 주장을 정당화할 수 있고 그 주장이 국제법에서 이탈한 것이라 하더라도 유효할 수 있다고 인정한 반면에, 선점은 배타적인 영토 취득을 수립하는 정상적인 과정이며 필연적으로 다른 국가들의 묵인에 의존하지 않는다고 보았다.<sup>291)</sup>

결국 선점, 시효, 역사적 권원에 관한 국가활동은 영토 권원의 증거를 구성하는 관련 요소들이고 그들의 역할은 개별 사건의 구체적인 맥락에 따라 좌우될 것이다. 구체적인 분쟁에서 분쟁당사국들은 경쟁적인 권원주장과 증거들을 제기할 것이고, 관련 요소들과 구체적인 맥락의 상대적 가치의 강도에 대한 국제재판소의 판단에 따라 영토 권원의 귀속 여부가 결정될 것이다. 따라서 선점이나 역사적 권원이라는 명칭에 따른 인위적인 구별보다는 실효적인 주권행사와 관련된 고려사항이나 요소들에 보다 중요성이 부여되어야 한다.

---

289) *Ibid.*

290) Fisheries (United Kingdom v. Norway), ICJ Reports 1951, pp. 130–131.

291) O'Connell, *op. cit.*, p. 79.

## 2) 국제재판소의 새로운 경향

영토분쟁으로 인하여 무력충돌까지 발발했던 사건들이 국제재판을 통해 해결되는 경우가 증가하면서 국제재판소는 국제분쟁의 평화적 해결에 중요한 기여를 하여 왔다. 분쟁당사국들은 전통적인 국제법상 인정되어 온 영토 권원의 유형론에 입각하여 역사적 권원, 선점, 주권적 권한의 실효적 행사, 현상유지법리에 기한 권원 등을 주장하여 왔다. 그러나 국제재판소는 전통국제법상 영토 권원에 관한 유형론을 엄격하게 적용하여 사건을 해결하지 않았다.

전통 국제법상 유형론은 역사적으로 유럽 제국주의 국가들의 식민지 확장을 정당화하기 위한 근거로 기능한 측면이 있었기 때문에, 1960년대 이후 탈식민화가 본격적으로 시작된 새로운 국제질서 속에서 유엔의 주요 사법기관인 국제사법재판소가 선점(occupation)이나 정복(conquest)과 같은 영토 권원 유형을 인정하여 영토분쟁을 해결하기 어려웠을 것이다. 한편 국제재판소는 영토의 취득과 상실에 관한 국제법 원칙을 장기간에 걸친 복잡한 사실관계에 적용해야 하기 때문에, 유형론에 따라 어느 하나의 권원에 의존하는 것이 적절하지 못한 경우가 많았다. 영토분쟁의 당사국들이 소송절차에서 권원 취득의 유형 중 어느 하나만을 주장하지 않고 시원적 권원, 할양, 실효적 점유의 행사 등을 복합적으로 주장했기 때문에 국제재판소는 이론적으로 논란이 많은 유형론을 적용하는 데 어려움을 느꼈을 것이다. 이러한 어려움에 직면하여 국제재판소는 영토분쟁을 다룰 때 판단의 초점을 전통적인 유형론에 따른 권원의 취득 여부가 아니라 분쟁당사국들 중 어느 국가가 더 우월한 권원을 입증할 수 있는 증거를 제출하였는가의 문제로 전환시켰다.

결국 영토분쟁 사건들에서 국제재판소는 분쟁당사국들이 유형론

에 부합하는 권원을 취득하였는가의 문제보다는 분쟁당사국들이 주장하는 경합적인 권원 중에서 어느 국가가 더욱 강력한 권원(better title)을 가지고 있는가를 중시하는 접근방식을 채택하였다. 이에 따라 국제재판소는 어떤 특정한 유형의 권원 취득이나 권원의 이전이라는 틀에 맞추어 분쟁당사국들의 권원 주장을 판단하기보다는 분쟁당사국들이 제출한 증거의 채택과 증명력 평가의 문제에 훨씬 더 초점을 맞추어 왔다.

한편 영토분쟁 사건에서 분쟁당사국들이 명확한 영토 권원을 입증하지 못하는 경우에 국제재판소는 영토 권원의 사실확정을 둘러싼 진위불명의 불이익을 분쟁당사국 중 일방에게 돌려야 했다. 이러한 경우에 국제재판소는 어느 분쟁당사국이 평화적이고 계속적인 국가권한의 표명에 관한 더욱 강력한 증거를 제출하였는지에 따라 영토 권원의 귀속을 판단하였다. 증거의 평가를 중시하는 경향은 식민지 독립 후 현상유지법리(uti possidetis juris)의 적용이 문제되었던 영토분쟁 사건에서도 지속적으로 나타났다.

예를 들면 Burkina Faso/Mali 사건과 El Salvador/Honduras 사건에서, 국제사법재판소는 분쟁당사국들이 적용법규로 합의했던 현상유지법리를 적용하기 위해 분쟁당사국들이 제출한 증거의 증명력을 평가하는 일에 매달려야 했고, 제출된 증거의 평가는 영토분쟁 사건의 승패를 가르는 중요한 쟁점으로 대두되었다.

한편 결정적인 권원을 입증할 정도로 충분한 증거가 제출되지 못하였거나 어느 분쟁당사국도 결정적 권원을 입증하지 못한 경우에 국제재판소는 “effectivités”라는 개념을 근거로 영토 주권의 귀속을 판단하여 왔다. 일반적으로 국제재판소가 사용하고 있는 “effectivités”의 개념은 법적 권원은 아니지만 결정적인 권원이 존재하지 않는 경우에

고려되는 주권적 권한의 실효적 행사(effective exercise of sovereign authority)를 의미한다. “effectivités”는 현상유지법리(uti possidetis juris)를 이행하는 행위, 즉 식민지 행정당국의 국경선을 인정하는 경우에 문제된 개념으로 현상유지법리의 이행행위에 해당한다. 그러므로 국제재판소가 “colonial effectivités”의 개념을 이용하여 영토분쟁 사건을 판결하는 경우에도 식민지 시기에 영토 관할권의 실효적 행사를 증명하기 위해 분쟁당사국들이 제출한 당시 행정당국들의 활동에 관한 증거가 소송의 승패에 중요한 역할을 하게 된다.

따라서 국제재판소는 전통국제법상의 유형론에 부합하는 영토 권원이 입증되지 않더라도 평화적이고 계속적인 국가권한의 표명이나 현상유지법리의 이행을 위한 “effectivités”와 관련된 우월한 증거를 제출한 국가에게 영토 권원을 귀속시키는 경향을 유지하고 있다. 분쟁당사국들이 제출한 증거가 충분하지 않아 사실확정이 어려운 경우에도 국제재판소는 재판불능(non-liquet)을 방지하여야 할 의무가 있기 때문에, 분쟁당사국들이 제출한 증거에 기초하여 입증책임의 분배나 추정 등의 증거법 규칙을 활용하여 영유권의 귀속을 판결하게 된다.

#### 4. 현대의 영토분쟁 해결을 위한 새로운 이론적 시도

전통적인 영토 권원 유형론이 국제재판이나 영토분쟁 당사국들 사이에서 완전히 의미를 상실한 것은 아니지만, 앞에서 살펴본 유형론의 문제점과 한계로 인해 구체적인 영토분쟁 사건 해결을 위해 직접 활용되기 어려웠다. 국제재판소는 구체적인 사건에서 권원 취득의 유형을 규명하는 데 계속적으로 어려움을 겪어 왔다. 국제재판소의 판

결에 내재되어 있는 영토 권원 이론, 특히 시효와 선점에 관한 이론들은 사건의 해결에 적절하지 못하다는 지적이 제기되어 왔다. 이하에서는 기존의 영토 권원 이론이 가지고 있는 문제점과 한계를 극복하기 위해 시도된 새로운 접근방식과 이론정립 시도를 살펴보고자 한다.

## 1) 역사적 응고 이론

Charles de Visscher는 권원을 구축하는 데 기여하는 다양한 요인들이 “응고” 과정이라는 개념하에 법적 과정의 필수적 부분 또는 주권 취득의 과정 또는 유형으로 간주되어 왔다는 이론을 제시하였다.<sup>292)</sup> de Visscher는 질서와 평화라는 관점으로부터 영토 상황의 안정성의 중대한 이익은 역사적 권원에 의한 공고화가 국제법상 보유하는 지위와 이 원칙이 적용되는 유연성을 설명해준다고 보았다. 특히 중재판정은 국가들의 관계에서 본질적으로 이러한 상황들에 관한 분쟁의 정치적 중대성과 그 본질적인 중요성을 인정하였다. 이러한 응고는 아직 한 국가 체제하에서 최종적으로 조직되지 않은 영토나 만과 같은 해양의 일정한 범위에 대하여 실질적인 중요성을 가질 수 있으므로 다른 영토 취득 유형에서 구체적으로 요구되는 조건들에 구속되지 않는다. 응고 과정에서 기초가 되는 장기간의 사용은 복잡한 이익 및 관계들을 나타내고 본질적으로 영토 또는 광범위한 해양을 해당 국가에게 부속시키는 효과가 있다. 역사적 권원에 의한 응고의 존재 또는 부존재를 결정할 때 재판관이 직접 고려하는 요소가 미리 정해져 있는 것이 아니라 국제법이 상정하지 않았던 사건마다 다른 이익과 관계들이라고 보았다.<sup>293)</sup>

---

292) De Visscher(1968), p. 209.

293) *Ibid.*



역사적 응고이론에 대해서는 학자들 간에 견해대립이 존재한다. 역사적 응고이론을 지지하는 학자들은 이 이론이 종래의 권원 취득 유형의 구조를 단순화하였다고 긍정적으로 보지만, 반대하는 학자들은 지나친 단순화를 경계해야 한다고 주장한다. Johnson은 역사적 응고라는 개념은 영토 취득 과정을 상당히 단순화하고, 응고(consolidation)라는 개념 아래에 “명확한 점유(straightforward possession)”와 “타주점유(adverse possession)” 양자를 포괄할 수 있게 되어 시효취득과 협의의 시효라는 용어를 폐기하거나 타주점유로 한정할 수 있게 된다고 보았다. 또 Johnson은 응고의 과정을 팔마스 섬 사건에서 후버 중재재판관이 개관했던 권원의 취득 및 유지 과정과 동일하게 보았다.<sup>294)</sup> 팔마스 섬 사건의 판시에 따르면 상황에 맞는 방식으로 영토주권을 현시하는 국가행위를 통해 권원이 유지되며, 거주민이 있는지 여부와 경쟁적인 권원 주장이 있는지 여부에 대한 고려도 포함되어야 한다. 영토 권원의 유지 또는 현시와 공고화라는 두 과정이 동일한 것으로 간주된다면 역사적 응고라는 새로운 기반에 입각한 영토법이 제시될 수 있을 것이다.

Schwarzenberger는 영국과 노르웨이 간의 어업분쟁 사건에서 국제사법재판소가 판시한 역사적 응고에서 착안하여, 미완의 권원이 시간이 지남에 따라 다수의 국가들과 관련하여 결국 대세적인 것으로 발전해가는 권원의 완성 과정을 설명하였다.<sup>295)</sup> Schwarzenberger는 역사적인 관점에서 영토 권원을 분석하는 것은 지배적인 규칙을 추적하는 데 도움이 되며, 영토 권원의 공고화가 세 가지 특징을 가지고 있다고 설명하였다. 첫째, 영토 권원의 공고화는 점진적인 과정이다. 둘째, 모든 권원은 처음에 상대적인 권원으로 존재하고, 상대적인 권

294) Johnson, *op. cit.*, p. 223.

295) Schwarzenberger(1957a), pp. 308, 310.

원의 보유자는 절대적 권원으로 변환시키고자 희망한다. 셋째, 권원이 절대화되면 될수록 권원은 복합적인 기초에 근거하게 된다. 역사적인 관점에서 봤을 때 권원의 공고화는 “초기에 권원의 상대성과 절대적인 작용을 향해 진행되는 과정에서 그 구성요소의 복합성”을 나타내는 과정이다. Schwarzenberger는 동의, 승인 또는 묵인에 초점을 맞추어 국제법이 제3국에 대해 상대적 권원이 유효할 수 있는 몇 가지 장치를 이용할 수 있게 해준다는 견해를 가진 것으로 보인다.

그러나 역사적 응고 이론에 대해 유보적인 견해를 취하는 학자들도 있다. Jennings는 청구국과 다른 국가들의 이익이라는 응고의 다양한 요소들이 아무리 중요하다고 해도 점유의 사실은 여전히 응고 과정의 기초이고 필수불가결한 것(*sine quo non*)이므로, 상당한 시간 동안 먼저 실질적인 점유가 있기 전까지는 응고과정이 진행될 수 없다고 보았다.<sup>296)</sup> 진정한 법적 권원의 증거와 이전된 권원을 가지고 있다고 주장하는 추정적인 정치적 권리의 증거를 구별하는 것이 항상 쉽지는 않다. 응고 과정에서 영토 취득을 위한 선전 운동이 이미 현존하는 초기의 권원을 근거로 영토의 강제 점령을 위한 외관상의 법적 기초처럼 보일 위험성도 있다.

한편 Jennings는 응고 이론이 갖는 문제점을 다음과 같이 지적하였다. 첫째, 점유의 기원이 갖는 중요성을 폄하하는 응고 이론의 경향 때문에, 국제관계에서 불법적인 무력의 위협 또는 무력사용을 한정하고 제재하려는 국제법의 노력에 부응하지 못하는 결과를 가져올 수도 있다. 둘째, 전통적인 권원 취득 유형의 구조가 누적적 금반언(*cumulative estoppel*)이라는 일반 개념에 침전될 수 있다. 셋째, 응고 이론은 영국-노르웨이 사건의 판례에 근거를 두고 있으나 어떠한 국

---

296) Jennings, *op. cit.*, p. 27

제재판소도 응고 이론이 영토분쟁에서 일반적으로 적용될 수 있는 원칙(doctrine)이라고 판시한 바가 없으며, 기본적으로 단순하고 명백한 개념이 다소 이론에 치우친 원칙으로 전개될 위험성이 있다.<sup>297)</sup>

또 Munkman은 해당 영토에 관한 복잡한 이익과 관계들을 분석하지 않으면 응고 이론의 내용은 모호한 상태로 머물 수밖에 없고, 기존의 권원 유형 목록에 또 다른 유형을 하나 더 추가하는 것에 불과하게 된다고 비판하였다.<sup>298)</sup> 또 응고 이론이 장기간의 사용이나 항의의 부재와 같은 시간적 요소를 필요로 하는 한 구체적인 영토분쟁을 판결하기 위한 충분한 지침으로 기능하기는 어렵다고 보았다.<sup>299)</sup>

나아가 응고 이론에 대한 학자들의 이론적 비판 이외에도 국제사법재판소는 카메룬과 나이지리아 간의 영토분쟁 사건에서 역사적 응고 이론에 근거한 나이지리아의 주장을 기각한 바 있다. 국제사법재판소는 역사적 응고 이론이 매우 논쟁적이며, 그 이론이 사실과 법에 관한 많은 중요 변수들을 고려하는 국제법상 확립된 권원 취득 유형을 대체할 수 없다고 판시하였다.<sup>300)</sup> 더욱이 국제사법재판소는 영국과 노르웨이 어업 사건의 판결문 어디에도 영해의 외측 경계에 관하여 언급된 “역사적 응고”로 인해 육지의 선점이 확립된 조약상의 권원에 우선한다고 판단한 것은 없다고 지적하였다. 또 나이지리아가 차드호 마을에 관해 제시한 사실과 상황은 20여 년의 기간의 일이라서 응고 이론에 따르더라도 지나치게 짧은 기간이라고 지적하였다.<sup>301)</sup> 이러한 국제사법재판소의 입장에 대해 Koroma 재판관은 반대의견을 제시한 바 있다. 즉 다수의견은 역사적 응고에 의한 권원이

297) Jennings, *op. cit.*, pp. 27-28.

298) Munkman, *op. cit.*, p. 104.

299) *Ibid.*

300) Land and Maritime Boundary (Cameroon v. Nigeria), ICJ Reports 2002, para. 65.

301) *Ibid.*

확립된 권원 취득 유형을 대체할 수 없고 20여 년의 기간이 너무 짧다고 판단하였지만, Koroma 재판관은 필요한 증거에 의해 뒷받침될 경우에는 역사적 응고도 국제법상 유효한 영토 취득 권원이 될 수 있고, 장기간에 걸친 사용의 입증은 문제된 지역에 따라 기간이 달라질 수 있기 때문에 모든 요소를 평가하여 역사적 응고에 기한 권원을 판단할 수 있다고 주장하였다.<sup>302)</sup>

이후 영토분쟁 사건에서 국제사법재판소가 응고 이론에 대해 직접적으로 언급한 사례는 없기 때문에, 국제재판소가 역사적 응고 이론을 수용했다고 보기는 어렵다.

## 2) 복합적 고려사항 이론

국제법학자들은 전통적인 영토 권원 유형론과 역사적 응고이론이 가지고 있는 한계와 문제점을 극복하기 위해 영토분쟁 사건에서 다양한 요인들을 복합적으로 고려해야 한다는 이론을 제시하기도 하였다. Fischer William은 베사라비아(Bessarabia)의 운명을 규율하기 위해 연합군과 루마니아가 체결한 조약의 내용에 착안하여 영토분쟁 해결을 위해 고려해야 할 사항들을 논의한 바 있다.<sup>303)</sup> William이 논의한 고려사항은 실질적인 영토의 소유권이 기초하고 있는 근거가 무엇인가를 묻는 것이 아니라, 국제재판소가 어떤 영토의 운명을 결정하도록 요청받은 경우에 지침을 얻을 수 있는 고려사항들을 제시한 것이다. William이 제시한 영토분쟁 해결의 고려사항으로는 (1) 유럽의 일반적 평화의 이익, (2) 지리적, 민족지학적(ethnographical), 역사적 및 경제적 고려사항들, (3) 거주민들이 실질적인 해결이 이루어

302) *Ibid.*, pp. 476-485, paras. 8-28.

303) William(1926), p. 34.

지길 바랐다는 증거, (4) 인종, 종교 및 언어적 소수자들의 보호와 같이 건전한 정부를 보장하고자 하는 루마니아의 소망이 있었다.<sup>304)</sup>

이러한 고려사항은 현대의 영토적 변경을 판단하는 데 적합한 것들이며, 영토주권 분쟁의 문제를 해결하기 위해 국제재판소들이 적용해 온 고려사항들과 정확히 일치한다는 평가를 받기도 한다.<sup>305)</sup> 다만 복합적 고려사항 이론은 영토분쟁의 해결이라는 목적을 명시하면서 실제 사건들을 판결할 때 고려해야 할 관련 요소들을 열거하고 있어 유용한 것으로 보이지만, 각 고려사항에 대해 어느 정도의 가치가 단독으로 또는 복합적으로 부여되어야 하는가에 대해서는 어떠한 지침도 주지 못한다는 문제점이 있다. 결국 영토분쟁에서 고려되어야 하는 다양한 법적 및 비법적 고려사항들 사이에 우선순위를 제시하지 못하기 때문에 영토분쟁 해결법리로서의 명확성이 떨어진다는 것이 단점이라고 할 수 있다.

### 3) 영토적 실효성 이론

선점과 시효의 영토 권원 유형론을 대체하고 후버의 주권 표시 이론을 보완하기 위해 영토적 안정성의 달성을 목적으로 하는 영토적 실효성 이론이 대안으로 제시된 바 있다. Shaw는 실효성의 원칙이란 일반적인 의미에서 국제법의 많은 부분의 기초를 이루고 있으며, 특정한 법적 결과를 가져 올 수 있는 특정한 사실의 존재에 대한 기준으로서 기능한다고 주장하였다.<sup>306)</sup> Shaw는 실효성의 원칙이 의심할 여지없이 영토의 취득에 적용가능한 기본 이론이라고 하였으나, 국가권한 의해 수행된 활동에 의존하고 있는 실효성의 원칙은 국가주

304) *Ibid.*

305) Munkman, *op. cit.*, p. 104.

306) Shaw, *op. cit.*, p. 18.

권과 같은 다른 관련 규칙들과 결합하여 작동되는 것으로 간주되어야 한다고 주장하였다.<sup>307)</sup> 사실상 실효적 통제는 이전에 선점과 시효에 포함되었던 모든 상황들을 포함한다. 전통적으로 선점이 무주지에만 관련되어 있었다는 점을 제외하면, 선점과 시효를 위한 기준들은 실효적 통제의 개념을 중심으로 전개되었다. 따라서 Shaw는 지도원칙(guiding principle)이 동일하기 때문에 선점과 시효를 구별하는 것이 불필요하며, 국제재판소들 역시 두 유형에 의한 영토 취득을 분석한 바가 없다는 사실로 이러한 주장이 강화된다고 보았다. 한편 Shaw는 역사적 응고 이론이 특정한 국가에게 영토를 부여하는 효과를 가지고 있는 복잡한 이익과 관계의 역할을 지나치게 강조하였다고 지적하면서, 응고 이론의 결합들이 실효성의 개념으로 치유될 수 있다고 주장한다.<sup>308)</sup>

실효성 원칙은 개별 상황에 따라 다양한 방식으로 적용되지만 결국 그 핵심은 후버가 제시한 주권 표시 이론이다. 권원을 완성하기 위해서는 주권자로서의 의사를 가진 국가가 실효적 통제를 행사해야 한다. 무엇이 실효적 통제에 해당되는 것인지 여부는 특정한 사건의 상황, 즉 그 지역의 지리적 성격과 경합적인 권원 주장의 존재 여부에 따라 달라질 것이다.<sup>309)</sup> Shaw의 견해에 따르면, 실효성의 이론은 시효와 선점을 포괄하면서, 발견과 상징적 병합뿐만 아니라 지리적 인접성과 같은 초기 이론을 대체하는 것으로 보인다.

이러한 실효성 이론은 두 가지 영토 권원 유형을 혼합함으로써 독립적인 영토 권원의 연원으로서 다른 유형을 필요로 하지 않고 영토

---

307) *Ibid.*, pp. 19-25.

308) *Ibid.*

309) Island of Palmas, p. 840, p. 867; Eastern Greenland, p. 5; Minquiers and Ecrehos, ICJ Reports 1953, p. 47.

취득 과정을 단순화한다는 장점이 있다. 그러나 실효성 이론은 묵인이나 승인과 같은 다른 관련 원칙들과 결합하여 적용되어야 하므로 후버 중재재판관이 제시한 주권 표시 이론과 큰 차이가 없어지게 된다는 것이 단점으로 지적할 수 있다.

## 5. 소결

앞에서 살펴본 바와 같이 전통적인 영토 권원 유형론이나 주권의 표시 이론은 현대의 영토분쟁을 해결에 중요한 역할을 수행하고 있지만 일정한 한계가 존재한다. 영토분쟁 사건들에서 실질적인 의사결정은 보다 포괄적인 과정을 거쳐 이루어지기 때문에 대안으로서 제시되고 있는 현대적인 영토 권원 이론은 그러한 영토분쟁 해결과정의 다양한 요소들을 복합적으로 고려할 수 있다는 점에서 장점을 가지고 있다고 생각한다. 다만 그러한 대안적 이론들에 대해서도 많은 견해대립이 존재하고, 모든 영토분쟁에 획일적으로 적용될 수 있는 것은 아니다. 영토분쟁이 회부된 국제사법재판소나 중재재판소 역시 역사적 응고이론이나 복합적 고려사항 이론 등과 같은 현대적 대안 이론을 그대로 받아들여 개별 사건들에 적용하고 있는 것은 아니다. 현대적인 영토 권원 이론들이 설득력 있게 제시하고 있는 복합적인 고려요소들은 변화하는 국제사회의 영토관계를 반영하고 있으며, 국제재판소 역시 직간접적으로 그러한 복합적 요소들을 영토분쟁 해결을 위해 활용하고 있는 것으로 보인다.

### 제3절 현대적인 영토 권원 이론 정립의 필요성

이상과 같이 영토 권원 이론은 영토분쟁의 해결에 있어서 역사적으로 제국주의 국가들의 영토 취득을 정당화하는 역할에서 탈식민주의 시대를 거치면서 실효적인 주권의 표시에 우위를 인정하는 방향으로 발전되어 왔다. 특히 탈식민주의 시대 이후 신생독립국의 등장과 민족자결주의 원칙의 발전으로 국가들 간의 명시적 또는 묵시적 합의에 기초한 영토 처분과 국가공권력 행사에 중요성을 부여하는 경향이 유지되고 있다.

변화되는 국제사회의 영토관계를 반영하기 위해서는 기존의 영토 권원 이론이 가지고 있는 문제점과 한계를 고려하여 현대적인 영토 권원 이론을 재정립할 필요가 있다. 현재까지 제시된 이론적 대안들이 모든 영토분쟁과 영토관계를 획일적으로 규율할 수 있는 완벽한 것은 아니지만, 국제재판소의 소수의견이나 학자들이 비판하고 지적해 온 문제점들에 대해서는 이를 고려하여 현대 국제사회에 걸맞은 영토 권원 이론을 정립할 필요가 있다. 현대적인 영토 권원 이론을 정립하기 위해서는 다음과 같은 사항들을 반영해야 한다.

첫째, 전통적인 권원 유형론은 제국주의 국가들이 식민지로 취득한 지역에 거주했던 원주민 정치조직의 영토 권원을 법적으로 무력화시키는 도구로 활용되었다는 점을 유념해야 한다. 권원 유형론에 대한 다양한 문제점에도 불구하고 현재까지도 국제사법재판소는 권원 유형론에 따라 영토분쟁 사건을 판결하고 있다. 그러나 전통적인 권원 유형론이 제국주의 국가들의 식민지 쟁탈전에서 식민지 취득을 정당화하기 위한 도구로 사용되었다는 역사적 기원을 현대의 영토분쟁 해결 시에는 반영하여 법적 유효성을 평가해야 한다.



둘째, 과거 식민주의 시대에 기원을 두고 있는 영토분쟁 사건을 국제법적으로 평가하면서 시제법 이론에 따라 전통적인 권원 유형론을 무비판적으로 적용하는 것은 지양되어야 한다. 시제법 이론을 기계적으로 적용하는 것은 과거의 식민주의적 세계관과 제국주의적 영토 취득을 정당화하는 결과를 가져올 수 있기 때문이다.<sup>310)</sup> 예를 들면 카메룬과 나이지리아 사이의 영토분쟁 사건에서 국제사법재판소는, 바카시 반도의 주권 귀속을 판단함에 있어 시제법 원칙을 기계적으로 적용하여 식민종주국이었던 독일과 영국의 1913년 합의의 유효성을 인정하는 결정을 내린 바 있다.<sup>311)</sup> 이러한 다수의견에 대해 Al-Khasawneh 재판관은 시제법 규칙이 과거 식민주의 시대의 실행을 현대 국제법의 관점에서조차 사법심사로부터 면제시켜 주고 있다는 것을 지적하였다. 나아가 현대 국제사회의 영토분쟁을 해결함에 있어 주권평등, 자결주의, 비차별 및 원주민의 권리와 관련하여 과거와는 다른 국제법 규칙의 적용 여부를 검토해야 한다는 의견을 제시한 바 있다.<sup>312)</sup> 다수의견의 몰역사적인 영토법 적용에 대해 반대의견이나 개별의견을 통한 비판이 이루어지고 있지만, 유엔의 주요 사법기관인 국제사법재판소가 전통적인 영토 관계법과 이론을 기계적으로 적용하여 과거 식민지 취득에 관한 국가실행을 사후적으로 정당화해주는 입장을 고수한다면 현대 국제사회에서 부정의한 영토적 현상유지가 계속되는 결과를 가져올 것이다. 나아가 유엔 현장상의 침략과 무력사용의 불법화, 민족자결주의의 확립 등 현대 국제법의 근간이 되는 법리들이 과거 식민주의가 문제된 영토분쟁에서만 몰각되는 상황이 발생할 수 있다.

310) 이근관(2010), pp. 14~19.

311) Land and Maritime Boundary (Cameroon v. Nigeria), ICJ Reports 2002, para. 205.

312) *Ibid.*, p. 500, para. 10.

영토 권원을 규율하는 국제법이 식민주의적 기원을 가지고 있으며, 그러한 특성이 완전히 사라지지 않고 남아 있다. 영토 권원 이론의 역사적 전개와 발전 과정에 관한 전후맥락을 무시하고 전통적인 권원 유형론이 유효하게 적용되었던 과거 국제법을 기계적으로 적용하여 영토분쟁을 해결한다면, 유엔 체제 이전 제국주의 시대에 통용되었던 힘의 국제질서가 현재 국제사회에서도 그대로 용인되는 결과를 낳게 될 것이다. 따라서 과거 식민주의 시대에 발생한 영토분쟁 관련 사건이 현대의 영토분쟁까지 관련성을 가지는 경우에는 전통적인 영토 권원 유형론을 그대로 적용할 것이 아니라 영토적 일체성과 영토관계의 안정성을 해하지 않는 범위 내에서 현대 국제사회의 현실을 반영한 이론적 대안을 적용하는 노력이 필요할 것이다.<sup>313)</sup>

셋째, 팔마스 섬 중재판정에서 후버 중재재판관이 제시한 “주권 표시 이론”은 권원의 창설뿐만 아니라 권원의 유지에도 실효적 점유를 요구하기 때문에 영역관계의 안정성을 해칠 수 있고 영토관계의 동태성에 지나친 중요성을 부여한다는 점을 유념해야 한다. 후버 중재재판관의 주권 표시 이론은 권원 취득의 기원보다 권원이 유지되고 있는가에 관한 현상을 중시하기 때문에, 영역을 취득하는 근거가 된 주권의 표시가 합법적이었는지 또는 불법적이었는지를 구별하지 못한다는 문제점이 있다.<sup>314)</sup> 주권 표시 이론에만 의존하게 되면 침략과 무력사용이 불법화된 현대 국제사회에서 과거 제국주의 국가들이 식민지를 취득하는 과정에서 행한 위법한 활동들을 합법적인 권원 취득의 근거로 인정하는 결과를 가져올 위험성이 있다. 그렇다고 모든 영토 권원 취득의 기원을 역사적으로 추적하여 현재의 국제법을

313) 이근관, *op. cit.*, pp. 25~26.

314) 허숙연(2004), p. 266~268.

그대로 적용하는 것도 영토관계의 안정성과 영토적 일체성을 해치는 결과를 가져올 것이다. 이는 제2차 세계대전과 유엔 창설을 전후하여 질적으로 변화된 국제사회의 구성과 국제법 규범의 발전으로 인해 발생하는 규범과 현실 사이의 긴장관계라고 볼 수 있다. 현대 국제법의 근간을 이루고 있는 침략의 불법화, 무력사용의 금지 및 민족자결주의 원칙에 정면으로 위배되는 영토 권원 취득까지 법적 정당성을 부여해서는 안 될 것이다.

넷째, 유엔의 창설과 탈식민화의 진전으로 확립된 현대 국제법의 기본원칙과 정면으로 배치되는 영토 권원 취득에 대해서는 그 법적 효력을 낮추거나 무효화하는 이론적 시도가 필요하다. 유엔의 창설과 함께 무력의 위협 또는 사용이 전면적으로 금지되었고, 침략의 금지와 침략범죄의 처벌에 관한 국제공동체의 합의가 달성되었으며, 민족자결주의 원칙에 입각한 탈식민지화가 거의 완성된 현대 사회에서 이를 전면적으로 부인하는 영토 권원 주장에 대해서는 법적 유효성이 인정되어서는 안 될 것이다.



## 제5장

## 결론

국제법상 영토 권원 이론은 국제사회에서 국가가 특정한 영토에 대해 영토주권을 갖게 되고, 그러한 영토주권의 근거가 되는 증거들을 규명하는 것이다. 역사적으로 영토 권원 이론은 제국주의의 확산, 식민지 획득 경쟁, 제1차 세계대전과 제2차 세계대전의 전후처리, 탈식민화, 탈냉전화 등의 역사적 과정을 거치면서 변천되어 왔다. 영역 권원 개념의 변천은 변화하는 국제관계와 국제법 이론에 따른 변혁 요청에 부응하면서도, 영토질서의 안정성 유지를 목표로 하는 계속적인 과정이었다.

영토 권원의 이론화가 시작된 것은 신대륙의 발견에 따라 식민지 획득 경쟁이 심화되고 유럽 열강 간의 식민지 영역 규율이 요구되던 대항해시대라고 할 수 있다. 본 연구에서 확인한 바와 같이 유럽의 제국들은 식민지를 획득하는 과정에서 아메리카와 아프리카 대륙의 영토 취득을 정당화하기 위해 무주지 선점 등의 영토 권원 유형론을 고안하였고 그 유형론에 입각하여 국제사회에서 영토 취득 관계를

규율하였다. 그 후 유럽에서 교황의 권위 및 위상 변화와 식민지 경영 목적의 변질, 자연법론의 후퇴와 법실증주의 대두 등의 배경 속에서 정태적이었던 영토 권원 이론의 형식과 기반도 큰 변화를 겪었다.

한편, 국제분쟁 해결절차의 발전에 따라 국가의 영토주권이 걸린 중대한 영토분쟁 사건들이 중재재판이나 국제재판에 회부되어 해결되는 경우가 많았다. 국제재판소는 경합적인 영토 권원 주장에 대해 특정한 국가의 우월한 영토 권원을 인정해야 하는 상황에서 팔마스 중재 사건에서 후버가 제시한 주권의 표시라는 동태적 요소에 기초하여 영토 권원 귀속 여부를 판단하여 왔다. 이후 식민지 획득 경쟁 시대에 발전된 영토 권원 유형론은 국제재판에서 직접적으로 원용되거나 활용되는 경우가 극히 드물었으며, 국제재판소는 주권의 표시 이론에 기초하여 탈식민화 이후 발전된 민족자결권이나 현상유지법리 등을 반영하여 영토분쟁 사건을 판결해 왔다.

본 연구에서 분석한 바와 같이 시대적 변화에 따른 영토 권원 이론의 변천에도 불구하고 국제법상 영토 권원 이론은 여전히 제국주의 시대에 기원을 둔 영토 권원 유형론에 뿌리를 내리고 있다. 영토분쟁 사건을 재판하는 국제재판소가 그러한 권원 유형론을 직접적으로 원용하거나 판결의 근거로 삼고 있지는 않지만, 국제재판소의 영토분쟁 해결 법리 역시 권원 유형론을 근간으로 하되 주권의 표시라는 영역관계의 동태적 측면의 우위를 인정하는 방향으로 발전되어 왔다. 특히 탈식민주의 시대 이후 신생독립국의 등장과 민족자결주의 원칙의 발전으로 국가들 간의 명시적 또는 묵시적 합의에 기초한 영토 처분과 국가공권력 행사에 중요성을 부여하는 경향이 유지되고 있다.

이상과 같은 영토 권원 이론이 가지고 있는 한계점을 고려할 때 기존의 영토 권원 이론의 한계를 극복하기 위해 새로운 방향으로 영토

권원 이론을 발전시킬 필요가 있다. 과거 식민주의 시대에 발생한 사건을 국제법적으로 평가하면서 시제법을 기계적으로 적용하는 것은 식민주의적 세계관과 국제법의 정당성을 재확인해 주는 위험성이 있다. 국제사법재판소는 다양한 영토분쟁 사건에서 시제법을 기계적으로 적용하여 과거 제국주의 국가의 식민통치를 영토 권원의 타당근거로 인정한 바 있다.

전통적인 영토 권원 이론이 가지고 있는 식민주의적 특성과 맥락을 무시하고 당시 국제법을 기계적으로 적용하여 문제해결을 시도하는 것 자체는 당시 약소국이었던 국가들에게 부정의한 법의 현재적 적용을 강제하려는 것이라고 할 수 있다. 따라서 과거 식민주의 시대에 발생한 사건의 규범적 평가와 관련하여 과거의 법과 오늘의 법 중 하나를 양자택일적으로 적용할 것이 아니라, 두 시점의 규범적 가치를 조화·절충시킬 수 있는 새로운 평가지점을 재구성하고 이에 기초하여 판단을 내려야 할 필요가 있다.

향후 영토분쟁의 해결과 관련하여 영토 권원 이론을 하나의 요인(single factor)에 얽매어 판단하기보다는 관련 요소를 종합적이고 맥락적으로 고려하는 종합적인 접근방식을 취해야 할 것이다. 영토분쟁사건에 관한 국제사법재판소 판결에 대한 비판 중 흔히 들을 수 있는 것이 다양한 근거 중 어느 하나, 즉 주로 식민지 당국의 일방적 행위 또는 복수의 식민당국 간의 합의에만 초점을 맞추어 분쟁을 해결함으로써 이들 분쟁이 갖는 복합적 맥락성이 무시된다는 것이다. 2002년 카타르 대 바레인 사건에서 볼 수 있듯이 1930년대 당시 걸프 지역에서 “보호국과 피보호국 간의 관계의 본질”(the nature of the relationship between the Protecting Power and the protected State)에 주의를 기울이지 않고 지극히 형식적·외형적 지표에 초점을

맞춰 판결을 내린 것에 대해서는 보다 체계적인 비판이 필요하다.

또 현대적으로 발전된 영토 권원 이론은 다양한 규범적 구조에서 복합적으로 구성되어 있다는 점을 고려해야 한다. 서구유럽 중심적 국제법의 보편성을 일방적으로 편입하기보다는 현대 국제사회의 영토분쟁 현실을 반영할 수 있는 복합성·다양성(특히 시간적 관점에서)에 정당한 주의를 기울여야 할 것이다.

마지막으로 영토 권원 이론의 관점에서 살펴본 일본의 영유권 주장의 논리적 취약성과 문제점에 대해 계속적인 추가 연구가 필요하다. 무주지 선점의 기원이 제국주의적이라는 것은 공지의 사실임에도 불구하고 국제사법재판소는 페드라 브랑카 사건에서 조호르 왕국의 시원적 권원이 특정한 시점이나 권원의 변화 없이 싱가포르에게 이전되었다고 판단하여 싱가포르의 선점을 인정한 것과 같은 판결을 내린 바 있다. 따라서 일본이 근거로 삼고 있는 영토 권원 이론들을 기존의 국제판례와 국제법 이론의 시각에서만 논의할 것이 아니라 그러한 이론적 틀 밖으로 나와 현대적 영토 권원 이론의 관점에서 계속 재평가하고 비판하는 작업이 이어져야 할 것이다.



## 참고문헌



## 〈국내 문헌〉

이근관, 「탈식민주의적 관점에서의 국제영토법리의 비판 - 카메룬-나이지리아 간 영토분쟁사건(2002)을 중심으로」, 『서울국제법연구』, 제17권 제1호, 2010.

정인섭, 『국제법강의』, 박영사, 2013.

허숙연, 「영역분쟁의 해결기준의 변용 - ICJ에 있어서의 effectivités의 용법에 대하여」, 『서울국제법연구』, 제11권 제1호, 2004.

마르셀로 코헨, 「페트라브랑카사건에 관한 국제사법재판소 판결에 있어서의 본원적 권원」, 김하양 譯, 『영토해양연구』, 제4호, 동북아역사재단, 2012.

## 〈국외 문헌〉

Alland, D., *Droit international public*, Droit fondamental, 2000.

Austin, John., "Lecture 54. On Titles, Modes of Acquisition, or Investitive and Diverstitive Facts", in Robert Campbell (rev. & ed.), *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*(5th ed.), John Murray, 1885.

Astrino, Samuel J., "The Impact of Sociological Jurisprudence on International Law in the Inter-War Period: The American Experience", *Duquesne Law Review*, 34, 1996.

Beckett, Eric., "Les questions d'intretgeneral au point de vue juridique dans la jurisprudence de la cour permanente de justice internationale (juillet 1932—juillet 1934, *Res Cours des Cours*, 50, 1934.

Blackstone, William., *Commentaries on the Law of England*, Book the Second, T. Cadell & W. Davies, 1809.

Bloomfield, Lincoln P., *Egypt, Israel and the Gulf of Aquaba*, Carswell Company, 1957.

Blum, Yehuda Z., *Historic Titles in International Law*, Martinus Nijhoff, 1965.

- Brownlie, I., *Principles of Public International Law*(5th ed.), Oxford University Press, 1998.
- \_\_\_\_\_, *Principles of Public International Law*(6th ed.), Oxford University Press, 2003.
- \_\_\_\_\_, *Principles of Public International Law*(7th ed.), Oxford University Press, 2008.
- Buckland, W. W., and McNair, A. D., *Roman Law and Common Law: A Comparison in Outline*(2nd ed.), Cambridge University Press, 1965.
- Jolowicz, H. F. and Nicholas, Barry., *Historical Introduction to the Study of Roman Law*(3rd ed.), Cambridge University Press, 1972.
- Castellino, J., and Allen, S., *Title to Territory in International Law: A Temporal Analysis*, Ashgate, 2003.
- Crawford, James., *Brownlie's Principles of International Law*, Oxford University Press, 2012.
- De Visscher, Charles., *Theory and Reality in Public International Law*, Percy Corbett (trans.), Princeton University Press, 1968.
- Dennis, William Cullen., "The Venezuela-British Guiana Boundary Arbitration of 1899", *American Journal of International Law*, 44(4), 1950.
- Distefano, G., "La notion de titre juridique et les différends territoriaux dans l'ordre international," *Revue Générale de Droit International Public*, 100, 1995.
- \_\_\_\_\_, *L'ordre international entre l'égalité et l'effectivité- Le titre juridique dans le contentieux territorial*, Pedone, 2002.
- \_\_\_\_\_, "The Conceptualization (Construction) of Territorial Title in the Light of the International Court of Justice Case Law," *Leiden Journal of International Law*, 19, 2006.
- Dupuy, Pierre Marie., *Droit international public*(2e. ed.), Dalloz, 1993.
- Emmanuel, V., "Arbitral Award on the Subject of the Difference relative to the sovereignty over Clipperton Island," *American Journal of International*

*Law*, 26(2), 1932.

Fitzmaurice, Andrew., *Sovereignty, Property and Empire, 1500-2000*, Cambridge University Press, 2014.

Fitzmaurice, Gerald., "The Law and Procedure of the International Court of Justice 1951-1954", *British Yearbook of International Law*, 1955-56.

Greig, Donald W., "Sovereignty, Territory and the International Lawyer's Dilemma", *Osgoode Hall Law Journal*, 26, 1988.

Grotius, Hugo., *De Jure Belli Ac Pacis Libri Tres*, The Classics of International Law, Vol. II, Ch. II, Oxford University Press, 1925

Hill, N., *Claims To Territory in International Law and Relations*, Oxford University Press, 1945.

Honore, "Ownership", in A. G. Guest (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence: A Collaborative Work*, Oxford University Press, 1961.

Hume, David., *Enquiries Concerning Human Understanding and Concerning the Principles of Morals*, Selbie-Bigge (ed.), Oxford University Press, 1777.

Jennings, R. Y., *The Acquisition of Territory in International Law*, Manchester University Press, 1963.

\_\_\_\_\_, and Arthur Watts, *Oppenheim's International Law* (9th ed.), Vol. 1 PEACE, Longman, 1996.

Jessup, Phillip., "The Palmas Island Arbitration", *American Journal of International Law*, 22(4), 1928.

Johnson, D. H. N., "Acquisitive Prescription in International Law", *British Yearbook of International Law*, 27, 1950.

\_\_\_\_\_, "Consolidation as a Root of Title in International Law", *Cambridge Law Journal*, 13, 1955.

Koskenniemi, Martti., *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge University Press, 2002.

- Kohen, Marcelo G., *Possession contestée et souveraineté territoriale*, Presses Universitaires de France, 1997.
- Kohen, Marcelo G., and Mamadou Hebie, "Territory, Acquisition," *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2011.
- Lauterpacht, Hersch., *Private Law Sources and Analogies of International Law*, Longmans, Green and Co. Ltd, 1927.
- Locke, John., *Two Treatises of Government*, Book II, Cambridge University Press, 1690.
- Malanczuk, Peter (ed.), *Akehurst's Modern Introduction to International Law*(7th ed.), Routledge, 1997.
- Munkman, A., "Adjudication and Adjustment - International Judicial Decision and the Settlement of Territorial and Boundary Disputes", *British Yearbook of International Law*, 46, 1975.
- Nguyen, Quoc Dinh., Patrick Daillier and Alain Pellet, *Droit International Public*, L.G.D.J. Montchrestien, 1999.
- O'Connell, D. P., "International Law and Boundary Disputes", *Proceedings of the American Society of International Law*, 54, 1960.
- \_\_\_\_\_, *International Law*, Vol. I, Stevens & Sons, 1970.
- Oppenheim, L., *International Law: A Treatise*, Longmans, Green, and Co., 1905.
- Phillimore, Robert., *Commentaries upon International Laws*, Vol. 1(3rd ed.), Butterworths, 1879.
- Schwarzenberger, Georg., "Title to Territory: Response to A Challenge", *American Journal of International Law*, 51, 1957a.
- \_\_\_\_\_, *International Law*(3rd ed.), Stevens, Vol. 1, 1957b.
- Sharma, Surya P., *Territorial Acquisition, Disputes and International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 1997.
- Shaw, Malcolm Nathan., *Title to Territory in Africa*, Oxford University Press, 1986.

- Shaw, Malcolm Nathan (ed.), *Title to territory*, Routledge, 2005.
- Starke, J. G., "The Acquisition of Title to Territory by Newly Emerged States", *British Yearbook of International Law*, 41, 1965.
- Versfelt, Willem Johan Bernard., *The Miangas Arbitration*, Kemink en Zoon, 1933.
- Verzijl, J. H. W., *International Law in Historical Perspective: Part III State Territory*, A. W. Sijthoff, 1970.
- Heydte, F., "Discovery, Symbolic Annexation and Virtual Effectiveness in International Law", *American Journal of International Law*, 29, 1935.
- Waldock, C. H. M., "Disputed Sovereignty in the Falkland Islands Dependencies", *British Yearbook of International Law*, 25, 1948.
- Waldock, C. H. M., "The legal Basis of Claims to the Continental Shelf", *The Grotius Society Transactions for the Year 1950*, 36, 1950.
- Westlake, John., *Chapters on the Principles of International Law*, The University Press, 1894.
- William, Fischer., "Sovereignty, Seisin and the League", *British Yearbook of International Law*, 7, 1926.
- 太寿堂鼎, 「国際先占原則の成立と展開」, 『領土帰属の国際法』, 東信堂, 1998.
- 許淑娟, 「領域權原論-領域支配の実効性と正当性」, 東京大学出版会, 2012.

## 〈국제재판소 판결례〉

### 1. 중재재판소

- The Boundary Case between Honduras and Nicaragua (award delivered the 23rd December 1906 by His Majesty Alphonse XIII King of Spain), 11 RIAA 111.
- Affaire du El Chamizal (États-Unis d'Amérique c. Mexique) (sentence rendue le

15 juin 1911 par la commission arbitrale mixte Lafleur (Président)) (Mills, F. B. y Puga), 11 RIAA 316.

The Boundary Case between Costa-Rica and Panama (award delivered the 12th September 1914 by the Permanent Court of Arbitration) (E. Douglass White), 11 RIAA 528.

Gulf of Fonseca Case (Costa Rica v. Nicaragua) (Central American Court of Justice, award delivered the 30 September 1916), 2 AJIL (1917) 181.

Gulf of Fonseca Case (El Salvador v. Nicaragua) (Central American Court of Justice, award delivered the 9 March 1917), 2 AJIL (1917) 674.

Island of Palmas Case (Netherlands and U. S. A.) (1928), 2 RIAA 831.

- Netherlands, In The Permanent Court of Arbitration: Memorandum containing a Statement of the Contentions of the Netherland Government with respect to the Question whether the Island of Palmas (or Miangas) in its Entirety Forms a Part of Netherlands Territory or of Territory Belonging to the United States of America, and the Documents in Support thereof 7 (1925)
- Netherlands, Counter-Memorandum in Answer to the Memorandum containing a Statement of the Contentions of the United States with respect to the Question whether the Island of Palmas (or Miangas) in its Entirety Forms a Part of Netherlands Territory or of Territory Belonging to the United States of America, and the Documents in Support thereof (1926)
- Netherlands, Explanations of the Netherlands Government in Reply to a Request Made on December 21, 1925 by the Arbitrator in the Dispute concerning the Island of Palmas (or Miangas) with Annexes I-XX (1927)
- The United States of America, The Island of Palmas Arbitration before the Permanent Court of Arbitration at the Hague under the Special Agreement concluded between the United States of America and the Netherlands January 23, 1925: Memorandum of the United States of America with Appendix and Portfolio of Maps 135 (1925)
- The United States of America, The Island of Palmas Arbitration before the Permanent Court of Arbitration at the Hague under the Special Agreement conclude

d between the United States of America and the Netherlands January 23, 1925;  
Counter-Memorandum of the United states of America with Appendix (1925)

- United States, Further Written Explanations Submitted by the United States of America Conformably to Article III of the Agreement with Appendix. American Explanations
- The United States of America, The Island of Palmas Arbitration before the Permanent Court of Arbitration at the Hague under the Special Agreement concluded between the United States of America and the Netherlands January 23, 1925: Rejoinder submitted by the United states of America Conformably to Article III of the Agreement with Appendix (1928)

L'Affaire de l'Ile de Clipperton (France c. Mexique) (sentence rendue le 28 janvier 1931 par le Roi d'Italie Victor Emmanuel III), 2 RIAA 1105.

The Indo-Pakistan Western Boundary (Rann of Kutch) Case (India v. Pakistan), Tribunal Constituted under an Agreement of the 30th June 1965 (Chairman: Lagergren) (award delivered the 19 th February 1968), 17 RIAA 5.

Eritrea-Yemen Award of the Arbitral Tribunal in the First Stage of the Proceedings (Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute) (2002), 22 RIAA 209.

Eritrea Ethiopia Boundary Commission, Press Statement dated March 13, 2006, 25 RIAA 83 [HS2]

## 2. 상설국제사법재판소

Case of S. S. Wimbledon (Britain, France, Italy & Japan (with Poland as Intervener) v. Germany), PCIJ Reports (Series A, No. 1, 1923) 15.

Nationality Decrees in Tunis and Morocco, PCIJ Reports (Series B. No. 4, 1923)

Case of the S.S. Lotus (France and Turkey), PCIJ Reports (Series A, No. 9, 1927)

Legal Status of Eastern Greenland (Denmark v. Norway), PCIJ Reports (Ser. A/B, No. 53, 1933) 22.

Affaire des phares en Crète et a Samos, PCIJ Reports (Ser. A/B, 1937), No. 71.



## 3. 국제사법재판소

Fisheries (United Kingdom v. Norway), ICJ Reports (1951)

Minquiers & Ecrehos (France v. U. K.), ICJ Reports (1953)

Sovereignty over Certain Frontier Land (Belgium v. Netherlands), ICJ Reports (1959)

Case Concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), ICJ Reports (1962)

Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975; Sahara occidental, avis consultative, CIJ Recueil (1975)

Différend frontalier (Burkina Faso c. Mali), mesures conservatoires, ordonnance du 10 janvier 1986, CIJ Recueil (1986)

Différend frontalier (Burkina Faso c. Mali), arrêt, CIJ Recueil (1986)

Case Concerning the Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador v. Honduras), ICJ Report (1992)

Affaire du Différend Territorial (Jamahiriya arabe libyenne c. Tchad), arrêt, CIJ Recueil (1994)

Case Concerning Kalikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia), ICJ Reports (1999)

Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahrein (Qatar c. Behrein), fond, arrêt, CIJ Recueil (2001)

Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria; Guinée équatoriale (intervenant)), arrêt, CIJ Recueil (2002)

Case Concerning Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia v. Malaysia), Judgement, ICJ Report (2002)

Affaire du différend frontalier (Benin c. Niger), CIJ Recueil (2005)

Case Concerning Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore), ICJ Reports (2008)

---

## 〈인터넷 자료〉

International Court of Justice, <https://www.icj-cij.org>(검색일: 2018. 9. 28.)

## 기본연구보고서 발간목록

### 2018년

01	해양환경영향평가제도의 실효성 확보를 위한 개선 연구	박수진
02	공유수면매립 정책의 개선과 전환에 관한 연구	윤성순
03	도서지역 해양관광 발전전략 연구 - 관광행태 분석을 통한 수요 대응을 중심으로 -	홍창원
04	양식장 해양쓰레기 자원순환 방안 연구	김경신
05	수산부문 전망모형 「KMI-FOSiM」 구축연구 - 양식산업 전망모형 구축을 중심으로 -	이현동
06	수산업 주요 연관산업의 글로벌 경쟁력에 관한 연구	임경희
07	인구소멸 시대의 어촌사회 정책 연구	박상우
08	국내 가두리 양식장 여장환경개선 방안	마창모
09	어업여건 변화에 대응한 연근해 어업의 허가제도 개선 방안	엄선희
10	과학적 해양사고조사체계 도입 및 구축기반 연구	박한선
11	컨테이너 해상물동량 예측 모형 구축방안 연구	고병욱
12	해운기업의 경영성과에 미치는 영향분석 연구	황진희
13	건설용 모래 공급사슬관리(SCM) 방안 - 바다모래 가치 재산정을 중심으로 -	이연경
14	항만산업 종합통계 연구	하태영
15	항만 위험물 컨테이너 공급사슬 관리방안 연구	최나영환
16	국내 컨테이너항만의 비용 함수 추정 및 효율성 연구	최석우
17	신규 해사산업 진흥을 위한 법제도 개선방안	박한선
18	환동해권 물류 및 지역개발 기업진출 사례 분석 및 추진전략	이기열

### 2017년

01	미래 수산업·어촌 발전을 위한 정책방향 연구	김대영
02	연안침식 대응정책의 개선방안 연구	윤성순
03	해양준조세 산정체계 개선방안	장정인

04	해역의 효과적 관리를 위한 도서 활용 방안 연구	최지연
05	반려동물산업 성장에 따른 수산분야 펫푸드 산업 활성화 방안	장홍석
06	강마을 지역경제 활성화를 위한 전략	박상우
07	Post-2020 국제기후변화 규범체계에 대응한 해양정책 개선방안 연구	박수진
08	한국 수산식품 세계화 전략 수립 연구 -수산물 수출을 중심으로-	임경희
09	양식산업 재난 위기관리에 관한 연구	마창모
10	해운기업의 선박투자 행태 분석과 대응방안	김태일
11	IMO 지속발전 전략계획(SP) 대응방안 연구	박한선
12	컨테이너 해운산업 구조개선을 통한 경쟁력 제고 방안 연구	고병욱
13	동북아 전자상거래 해상운송 전환수요 분석	이기열
14	컨테이너 해운기업의 환적 패턴 분석과 항만의 대응방안	김은수
15	현장수요기반 IoT/빅데이터 항만하역 안전시스템 구축방안 연구	전형모
16	지진에 대비한 항만기능 유지의 필요성과 추진방안	김우선

## 수시연구보고서 발간목록

2018년

01	선화주 상생발전을 위한 해운산업투자 확대방안 연구	윤재웅
02	새로운 어선등록제 도입을 위한 제도 개선방안 연구	엄선희
03	낙시관리 실행력 제고 방안 연구	이정삼
04	해양생태도의 정책 활용도 제고방안 연구	박수진
05	국내 항만 대기오염물질 배출 저감조치의 운영실태 조사 및 개선방안연구	안용성
06	농축산물 등의 관세행정 제도개선을 통한 항만배후단지내 FTZ활성화 방안연구	조지성
07	최저임금상승이 항만연관산업에 미치는 영향 및 대응방안	이기열
08	수산업·어촌분야 공익적 가치 평가체계 수립 및 사회적 경제 도입방안 연구	류정곤

## 2017년

01	파나마운하 확장에 따른 해운물류환경변화와 정책대응 방안	박용안
02	해양문화정책 방향에 관한 연구	홍장원
03	4차 산업혁명과 해운산업 정책방향	황진희
04	제주도 항만거버넌스 개선방안 연구	김근섭
05	수산물 산지경매사 직무 및 시험체계 개발	장홍석
06	한·중·일 신선물류산업 활성화 방안	장홍석
07	연안항 지정기준 개선방안 연구	김근섭
08	지속가능한 갯벌어업을 위한 로드맵 마련 연구 - 갯벌어업 패류양식을 중심으로 -	마창모
09	해양수산 공공부문 인재육성 정책 방향	홍현표

## 현안연구보고서 발간목록

## 2018년

01	미얀마 국립수산대학 설립 추진 방안 연구	정명화
02	연안여객 해상교통의 대중교통체계 구축 방안 연구	김태일
03	해조류 국제양식규범확산에 따른 국내 김산업 수용태세 분석 -ASC인증을 중심으로-	이상철
04	청년일자리 창출을 위한 해양수산 인력양성 방안 연구 - 국제물류 청년인력을 중심으로 -	박광서
05	컨테이너 화물 해상운송계약 개선방안 연구	윤재웅
06	청년 물류인력 해외진출 정주 지원사업 구상 연구	김은수
07	자율운항선박 도입 관련 대응정책 방향 연구	박혜리
08	연안토지매입 동향과 도입 가능성 검토	윤성순
09	강릉선 KTX 개통에 따른 해양관광 수용태세 개선방안 연구	최일선
10	선박관리산업 육성을 통한 청년 일자리 창출 방안 연구	최영석
11	시민 참여형 연안·해양정보 생산·활용방안	정지호

12	부산항 배후지 부가가치활동 확대를 통한 일자리 창출 연구	하태영
13	해양바이오 산업화를 위한 국가연구개발사업 추진 방향 연구	한기원
14	근로시간 단축제도 시행에 따른 해양수산업 고용영향 분석	장정인
15	어린물고기 남획실태 및 보호정책 연구	이정삼
16	남북관계 개선에 따른 항만물류 부문의 협력사업 발굴	이기열
17	한국 제조기업의 SCM 역량 강화 방안에 관한 연구	신수용
18	제3자 물류산업 발전방향 연구-대기업 물류자회사의 역할을 중심으로	고병욱
19	신남방정책 이행을 위한 한-베트남 수산식품·가공분야 개발협력 방안 연구	정명화

## 2017년

01	우리나라 해운금융의 한계 및 발전방향	전형진
02	한투발루 협력 증진을 위한 참다랑어 외해양식 투자의 타당성 분석	마창모
03	AMP 설치 수요조사 및 추진과제 연구	이연경
04	해외 진출 무역업체의 한국인 포워드 수요 추정 연구	신수용
05	선박교통관제(VTS) 운영효율화 방안 연구	박한선
06	부산 영도구·중구 도시재생사업 추진방안 -한진중공업·자갈치시장 사례 중심-	최나영환
07	수산시장의 소비자 신뢰 제고를 위한 정책 지원방안 연구	이현동
08	산업정책적 관점에서의 주요국 해운정책 분석 및 정책방향 연구	고병욱
09	연안형 도시재생 기본구상 -부산 원도심 및 영도지역 사례 분석-	최지연
10	갯벌 복원 수요 확대에 따른 복원 표준모형 개발 방향	육근형
11	항만보안 관리체계 효율화 방안 연구	김찬호
12	전자상거래 기반 상업항 개발전략	최상희
13	항만 내 어항구 개발과 관리제도 개선방안에 관한 연구	한광석
14	해운 얼라이언스 개편과 부산항 신항 환적 운영 개선 방향 연구	김은수
15	PA관할 항만 항계 확장에 따른 어업피해보상비 부담기준 마련	김근섭
16	페루 수산시장 현황 및 진출방안	정명화
17	러·일 간 남쿠릴 열도 분쟁의 최근 동향	현대송

18	부산항 신항 혼합형 전용터미널(Hybrid liner terminal) 시스템 도입방안 연구	김근섭
19	해양경비 여건 분석과 역량 강화 방안	윤성순
20	바닷모래의 이용실태와 관리 개선방향	윤성순
21	우리나라 구조조정 정책사례 및 시사점 -한진해운을 중심으로-	황진희
22	한국 컨테이너선대 육성의 필요성	김태일
23	여촌지역 고용지표 통계생산을 위한 기초연구	한광석
24	우리나라 항만산업 고용통계 조사 연구	하태영
25	뉴질랜드·노르웨이의 양식 수산물 수출 전략	임경희
26	빅데이터 적용 해운항만산업 연구분석 우선순위 연구	최종희
27	해양수산 생명자원정책의 개선방향에 관한 연구	박수진
28	미·중 수산물 수출 비관세장벽 동향 및 대응 방안	임경희
29	도시-어촌 상생협력 인식도 조사	이상철
30	크루즈산업의 일자리 창출 규모와 정책과제	황진희
31	내항여객운송사업 운영체계 개선방안	김태일
32	우리나라의 배출규제해역(ECA) 도입 방안 연구	이기열
33	친환경에너지 정책 추진강화에 따른 항만의 신재생에너지 확대방안	심기섭
34	해양수산 일자리 창출분야 및 고용효과 분석	박광서
35	선박에 의한 대기오염물질 배출량 산정체계 개선 방안	안용성
36	해양휴양복지 활성화 정책방안 연구	홍창원
37	G20 해양쓰레기 실행계획의 국내 이행 방안	김경신
38	물류기업 해외진출 지원사업 평가 및 실효성 제고 방안	신수용
39	2018 국내 물류기술 수요조사 및 분석	최상희
40	도시청년 일자리 창출을 위한 도시형 어촌 개발 콘텐츠 발굴 연구	박상우
41	4차 산업혁명시대 항만물류산업 고도화 방안 연구	이연경
42	원양어선 승무 선원의 스트레스 분석에 관한 연구	이승우
43	일자리 창출을 위한 우리나라 항만 경제특구 발전 방향	박성준
44	해양주권 강화를 위한 무인도서 기초정보 개선 연구	정지호
45	세계경영을 위한 해외 터미널 및 물류시설 투자방안	박주동
46	연안 소규모 하·폐수 처리시설의 관리 문제점 및 개선방향	장원근
47	거대선사의 시장지배력 확대에 대한 국적선사의 대응 방향	전형진

48	해양법 관련 최근 판례 및 동향 분석 - 남중국해 분쟁 등 해양법 판례 중심 -	최지현
49	화주 관점의 항만배후단지 역할 제고 방향	김은수

## 일반연구보고서 발간목록

2018년

01	전라남도 작은 SOC사업 활성화 방안 - 소규모 항·포구 개선사업 -	김근섭
02	2019 국내 물류기술 수요조사 및 분석	최상희
03	러시아 ARCTIC LNG-2 사업 참여 방안 연구	김민수
04	물류기술 R&D 추진동향 분석 연구	강무홍
05	우리나라 기업의 일대일로 물류분야 협력방안 연구	김형근
06	북한 동해 해양관광 활성화 방안	윤인주
07	해양수산 분야 북극권 4차 산업기술 수요조사 및 분석연구	김민수
08	경상북도 논 생태양식 육성 방안	이상철
09	남북관계 변화에 따른 해운협력 기반 구축 방안	황진희



## 영토 권원 이론의 현대적 발전과 한계

인 쇄 | 2019년 1월 29일 인쇄

발 행 | 2019년 1월 31일 발행

발 행 인 | 양 창 호

발 행 처 | 한국해양수산개발원

49111 부산시 영도구 해양로 301번길 26(동삼동)

연 락 처 | 051-797-4800 (FAX 051-797-4810)

등 록 | 1984년 8월 6일 제313-1984-1호

조판·인쇄 | 효민디앤피

---

판매 및 보급: 정부간행물판매센터 Tel : 394-0337  
정가 6,000원