

# 현대 국제사회에서의 외교상의 항의와 국제재판 회부 제안이 초래하는 법적 효과 한국에 의한 “불법 점거”의 장기화는 국제법상 어떠한 법적 효과도 발생시키지 않는다

나카노 데쓰야(中野 徹也)

( 간사이 대학 법학부 교수 )

## 1 ‘불법 점거’가 계속되면 ‘유효 지배’로 전환될 수 있는가?

다케시마가 한국에 불법 점거된 지 60년 이상의 세월이 흘렀다. 그 동안 일본은 1954년, 1962년 및 2012년에 다케시마 문제를 국제사법재판소에 회부할 것을 한국에 제안했다. 또한 재삼재사 문서 또는 구두로 항의해 왔으나 한국은 반발을 키우며 불법 점거를 기정 사실화하는 행동을 취했을 뿐, 어느 것 하나 성과를 거두지 못했다.

고착 상태가 계속되는 가운데, 일본의 대응의 효과와 의문시하는 경향도 있다. 즉, 일본에 의한 조치는 외교상의 항의에 한정되어 있으며 강제력을 동반하지 않으므로 이른바 ‘서면 항의’에 그치고 있는 것은 아닌가 하는 의문이다. 이러한 외교상의 의사 표시 정도의 소극적인 조치만으로는, 제3국에서 보았을 때 일본은 한국에 의한 다케시마 점유를 묵인했다고 간주될 수도 있다. 그 결과, 본래는 일본이 다케시마에 대해 주권을 행사하기에 충분한 근거(=영역 권원)를 보유하고 있으며 한국에 의한 점거는 ‘권원 없는 점거’(=불법 점거)이지만, 불법 점거가 장기화되고 있는 한편으로 일본이 이러한 상황을 실제로 변경하기 위한 조치를 취하지 않으면 영역 권원이 이전되어 ‘권원에 근거한 점유’(=유효 지배)로 전환되지 않을지 염려되고 있는 것이다.

## 2 영역 권원으로서의 ‘시효’

국제법상 타국에 의한 계속적인 점유에 의해 영역 권원이 타국으로 이전되는 것이 인정된 사례가 전혀 없는 것은 아니다. 예를 들면 전통적인 영역 권원의 하나인 시효는 그 근거가 될 수 있다. 시효는 국가가 다른 국가의 영역을 ① 주권자로서 ②평온하면서 중단되지 않고 ③공연(公然)하게 ④일정 기간 점유함으로써 성립된다고 여겨지며 점유는 ‘주권자로서’, 즉 국가 기능의 표시를 동반하는 행위에 의해 이루어져야 한다. 개인에 의한 활동만으로는 충분하지 않다. 또한 점유는 ‘평온하면서 중단되지 않고’, 즉 다른 국가로부터 항의를 받지 않고 계속해서 이루어져야 한다. 해당 점유는 필연적으로 ‘공연하게’ 이루어지게 된다. 기간에 대해서는 ‘50년’으로 정한 조약(1897년 영미조약)도 있으나 일반적으로는 ①~③의 요건이 충족되었을 때 ④의 요건이 충족된다고 해석되고 있다. 따라서 기간은 각 사안의 사실 관계에 따라 다르다. 이와 같이 국내법상의 시효 제도와는 다르게 일반적으로 적용 가능한 기간이 설정되어 있지 않은 점이 국제법상의 시효 제도의 특징이다.

시효는 ‘다른 국가의 영역’을 대상으로 하는 점에서 ‘무주지’를 대상으로 하는 선점과는 구별된다. 행위의 하자가 권원 보유국의 동의에 의해 치유되며 그에 따라 국제 질서와 국제 관계의 안정성이 유지된다. 많은 논자는 이 점에서 영역

권원으로서 시효가 존재하는 의의를 찾아 왔다.

## 3 ‘시효’의 중단 사유 – 국제재판 회부 ‘제안’의 효과

상기와 같이 ‘평온’이란, 다른 국가로부터의 항의가 일정 기간 이루어지지 않은 상태를 가리킨다. 항의를 하지 않음으로써 권원 보유국은 무권원으로 점유하고 있는 국가가 권원을 보유하는 것에 동의한 것으로 간주된다. 그 결과, 제3국에 대해서도 유효한 절대적인 권원이 된다. 따라서 다른 국가의 맹렬한 반대를 무릅쓰고 실력으로 점유가 유지되는 것과 같은 경우에는 ‘평온’하다고 간주되지 않는다.

동의를 추정을 뒤엎기 위해서는, 즉 시효를 중단시키기 위해서는 외교 경로를 통한 항의만으로 충분하다고 할 수 있을까? 현대 국제사회에서는 국제연합에 위임하거나 국제사법재판소에 제소하는 등 국제 분쟁의 해결 수단이 존재하므로 외교 경로를 통한 항의만으로는 충분하지 않으며 모든 수단을 동원하지 않으면 시효는 중단되지 않는다는 견해와 대비시키면서 이 점을 검토해 보자.

먼저 시효의 중단 사유에 대해 검토한 20세기 초두의 오래된 국제 판례를 살펴보자.

엘 차미살로 불리는 토지의 귀속을 둘러싸고 미국과 멕시코 간에 발생한 분쟁으로 양 당사국의 합의에 따라 분쟁 해결을 위임받은 국제국경위원회는 다음과 같이 기술하고 있다. ‘국내 사법상, 시효의 중단은 소송 제기에도 의해 초래된다. 그러나 국가 간 관계에서는 해당 목적을 위해 국제재판소가 설립되지 않는 한 불가능하다’. 또한 멕시코가 실력으로 계쟁 지역을 점거하려고 하지 않은 점에 대해 ‘그러한 행위를 시도하면 흥행이 야기되었을 것이다. 외교 문서를 통한 항의라는 소극적인 형식에 의거했다고 해서 멕시코에 책임을 지을 수는 없다’고도 말한다. 이렇게 해서 멕시코는 항의를 통해 마땅히 해야 할 일을 모두 수행했으며 또한 국제국경위원회가 활동을 개시한 이후 타당한 기간 내에 청구를 제기했으므로 시효는 성립하지 않는다고 여겨졌다. 본 재정은 1911년에 내려졌지만, 당시 무력 행사 금지 원칙은 확립되어 있지 않았고 정복은 유효한 권원으로 인식되었다. 그렇다고 해도 상기와 같은 ‘무언가 강제적인 저항 행동을 취할 필요’를 인정하지 않았다는 점은 주목할 만하다. 당시조차도 ‘흥행을 야기시키지 않기’ 위해 실력을 행사하지 않고 항의에 그친 경우라도 시효가 중단될 수 있다고 여긴 것이다.

단, 상설국제사법재판소 설립 이후 적어도 동 규정 당사국에 대해서는 ‘소송 제기’가, 비당사국에 대해서는 제3자 기관에 대한 위임이 시효의 중단 사유가 되며 항의를 반복하는 것만으로는 시효 성립을 막을 수 없다고 해석될 수 있는 재정이라고도 할 수 있다. ‘소송 제기’를 시효의

중단 사유로 하는 것은 국가 간 관계에서는 ‘불가능’하다고 하면서 ‘국제재판소가 설립되지 않는 한’이라는 조건이 부가되어 있는 점 및 국제국경위원회라는 분쟁 해결 기관에 대한 청구 제기를 시효가 성립하지 않는 근거의 하나로 들고 있기 때문이다.

어느 쪽이든 적어도 제3자 기관에 대한 위임이 시효의 중단 사유가 된다는 점에서는 확실 및 선례가 일치한다. 그러나 이를 시효 중단의 불가결 요건으로 하는 것은 주저하지 않을 수 없다. 동의가 추정되지 않으면 시효를 중단시키기에 충분하므로, 외교 경로를 통한 항의에 의해 그 취지를 알리는 것으로 충분하다. 가령 시효를 중단시키기 위해서는 ‘반드시’ 상설국제사법재판소나 국제사법재판소 등의 국제재판소에 분쟁을 회부해야 한다고 하면, 다른 당사국이 합의하지 않으면 재판이 열릴 가능성이 없는 데도 불구하고 항상 단독 제소를 강요당하게 된다. 영역 분쟁의 경우 자국령이 불법 점거된 국가는 상대국의 동의를 얻을 수 없거나 가까운 미래에 동의를 얻을 가망이 없는 상황 속에서 소장을 작성할 수밖에 없게 된다. 이래서는 한쪽 당사국만 과대한 부담을 지게 되어 버린다. 이는 국제사법재판소조차 의무적 관할권이 충분히 확립되어 있지 않은 국제사회의 현상을 완전히 무시한 견해로, 타당하지 않다. 백번 양보한다고 해도 시효의 중단을 위해서는 국제재판 회부 ‘제안’으로 충분하다. 다른 당사국으로의 권원 이전에 동의하지 않음이 분명하기 때문이다.

#### 4 ‘묵인’에 의한 권원 이전 – 주권 포기는 ‘경솔하게 추정되지 않는다’

다케시마 문제와 같이 영유권을 둘러싼 분쟁은 어떤 토지에 대한 권원을 복수의 국가가 주장함으로써 발생한다. 이러한 경우 그 토지의 지위가 명확해질 것이라는 보장이 없으며 따라서 선점이나 시효 여부를 결정하기 어려워지는 경우도 많다. 이때 중요한 기능을 하는 것이 관계국에 의한 묵인 유무이다.

묵인은 분쟁 당사국의 한쪽이, 다른 당사국이 주권자로서 실시한 활동이나 주권 표시에 대해 항의하지 않았을 경우에 성립한다. 페드라 브랑카/플라우 바투 푸테에 대한 주권 사건에서 국제사법재판소는 계쟁 도서의 하나에 대해 싱가포르가 다양한 행정권을 행사하고 있었음에도 불구하고 말레이시아가 적시에 대응하지 않았으므로 동 섬에 대한 주권이 이전되었다고 인정했다. 동 재판소에 따르면 ‘영역 주권 및 그 안정성 및 확실성이 초래하는 중요성으로 보아, 당사국의 행위에 근거한 영역 주권의 이전은 그 행위와 관련 사실에 의해 명확히 한 점의 의심도 남기지 않고 입증되어야 한다. 당사국의 한쪽이 영역 일부에 대한 주권을 포기하게 되는 경우에는 특히 그러하다’. 즉, 주권을 포기했다고 간주되어도 어쩔 수 없을 정도로 아무것도 하지 않은 경우, 묵인에 의한 권원 이전이 성립되는 것이다. 영역 주권, 특히 그 안정성과 확실성이 국제사회의 질서 유지에 기여하는 역할의 중요성 때문에 이러한 효과를 초래하는 묵인은 경솔하게 추정되지 않는다. 국제재판 회부 제안은 물론, 외교 경로를 통한 항의를 ‘적시’에 수행했다면 묵인으로 간주되지 않으며 묵인에 의한 권원 이전도 발생하지 않는 것.

#### 5 항의의 중요성

이상과 같이 한국에 의한 다케시마 ‘불법 점거’가 아무리 장기간 계속된다고 해도 일본이 외교 경로를 통해 적시에 항의했다면 영역 권원은 이전될 수 없다. 더구나 지금까지 수 차례에 걸쳐 일본은 다케시마 문제를 국제사법재판소에 회부할 것을 한국에 ‘제안’했다. 이 점으로 보아도 일본이 한국에 의한 ‘불법 점거’에 동의하지 않음은 분명하며 시효나 묵인이 성립할 여지는 없다. 국제법상 ‘불법 점거’가 ‘유효 지배’로 전환되어 일본이 더 이상 다케시마의 영유권을 다투지 못하게 되는 사태는 있을 수 없는 것이다.