

## 국제법상 한국의 계속성: 한반도 통일에의 함의

도 경 옥

(통일연구원 연구위원, 법학박사)

### 요 약 문

국제법상 국가의 계속성은 해당 국가의 주장과 국제사회의 인정을 통해 획득되어지는 측면이 있으므로, 대내적으로 스스로의 정체성을 분명하게 정립하고, 일관된 입장을 견지하면서 그것이 국제법의 차원으로 연결되도록 하는 것이 중요하다. 그런 면에서 국내적으로 제기되어 온 ‘건국절’ 논란은 우려스러운 측면이 있다.

1919년 대한민국 임시정부의 수립이나 1948년 대한민국 정부의 수립을 국제법적 의미에서 새로운 국가의 성립으로 간주하는 것이라면, 1910년 일본의 병합으로 대한제국이 소멸되었다는 것을 스스로 인정하는 결과를 초래하기 때문이다.

‘건국’ 문제는 식민지배의 불법성 문제뿐만 아니라 남북한의 법적 지위와 한반도 통일 문제와도 직접적인 관련성을 지닌다. 따라서 통일을 지향하는 특수 관계인 남북한의 통일 과정에 기여하는 방향으로 입장을 정립하고, 그러한 입장을 일관되게 견지할 필요가 있다.

이러한 문제의식 하에, 이 글에서는 국제법상 국가의 계속성 개념에 대한 고찰과 대한제국과 대한민국의 관계에 대한 기존의 논의에 대한 재검토를 통해 국제법상 한국의 계속성 문제에 대하여 살펴보았다.

나아가 남북한이 궁극적으로 하나의 국가를 이루는 것을 전제로 하여 국제법상 한국의 계속성 문제가 한반도 통일과 관련하여 어떠한 함의를 갖는지 검토하였다.

### 주제어

국가의 계속성, 국가의 성립, 국가의 소멸, 대한제국과 대한민국의 관계, 불법 병합, 자결권, 한반도 통일

【 目 次 】

I. 서 론	2. 기존 학설
II. 국제법상 국가의 계속성	3. 검토
1. 국가의 계속성 개념 및 원칙	IV. 한반도 통일에의 함의
2. 불법 병합과 국가의 소멸	V. 결 론
III. 대한제국과 대한민국의 관계	
1. 정부의 입장	

## I. 서 론

그동안 대한민국의 ‘건국’ 시점을 둘러싼 다양한 견해들이 제시되어 왔다. 가장 첨예하게 대립하는 입장은 대한민국 임시정부 수립일을 ‘건국일’로 하자는 주장과 대한민국 정부 수립일을 ‘건국일’로 하자는 주장이다. 이른바 ‘건국일’ 논란은 2006년 한 경제학자의 “우리도 건국절을 만들자”라는 신문기고를 통하여 처음 공론화되었다.<sup>1)</sup> 2008년 4월 16일 정부는 대통령훈령 제214호로 ‘대한민국건국60년기념사업위원회의 설치 및 운영에 관한 규정’을 제정하였고, 2008년 5월 22일 위원회를 출범시켰다. 2008년 7월 3일에는 한나라당 정갑윤 의원 등 13인이 “광복절 8월 15일”을 “건국절 8월 15일”로 개정하는 내용의 ‘국경일에 관한 법률 일부개정법률안’을 발의하였다.<sup>2)</sup> 이후 국민적 비난이 일자 제안자들은 2008년 9월 12일 동 일부개정법률안을 철회하였다. 2008년 12월 17일에는 황우여 의원 등 10인이 ‘건국유공자예우에 관한 법률안’을 발의하였으나, 임기만료로 폐기되었다.<sup>3)</sup> 박근혜 정부도 1948년 건국이라는 이명박 정부의 입장을

1) 이영훈, “우리도 건국절을 만들자”, 『동아일보』 (2006. 7. 31.). 기고문에서 필자는 “대한민국의 건국은 민족의 통일 염원에도 불구하고 강행된 ‘남한만의 단독정부의 수립’이라는 불행한 사건으로 치부되어 있을 뿐”이라고 하면서 1948년 8월 15일을 ‘건국절’로 만들자고 주장하였다.

2) 의안번호: 1800132, 제안일자: 2008. 7. 3, 제안자: 정갑윤 의원 등 13인, 제안회기: 제18대(2008-2012) 제275회.

3) 의안번호: 1803100, 제안일자: 2008. 12. 17, 제안자: 황우여 의원 등 10인, 제안회기: 제18대(2008-2012) 제279회.

그대로 유지하면서, 국정 역사교과서에서 “1948년 대한민국 수립”이라는 표현을 사용하고 하였다. 그러나 문재인 정부는 출범 직후 국정 역사교과서를 폐지하는 한편, 1919년 건국이라는 입장을 재차 강조하였다. 이에 대해 이념 논쟁으로 번질 수도 있다는 우려가 제기되는 등 ‘건국일’을 둘러싼 논란의 불씨는 완전히 사그라지지 않고 있다.

그렇다면 국내적으로 논란이 되고 있는 ‘건국’은 국제법의 관점에서는 어떠한 의미를 갖는가. 1919년 대한민국 임시정부의 수립이나 1948년 대한민국 정부의 수립을 국제법적 의미에서 새로운 국가의 성립으로 간주하는 것인가. 그렇다면 어느 견해이든간에 기본적으로는 1910년 일본의 강제병합으로 대한제국이 소멸되었음을 인정하는 것인가. 1986년에 한국 정부는 대한제국은 소멸하지 않았으며 대한민국과의 계속성 및 동일성이 인정된다는 입장을 공식적으로 표명한 바 있는데, 이 같은 입장은 오늘날의 ‘건국일’ 논란과 관련하여 어떻게 이해하여야 하는가. 물론 국내적으로 사용되는 ‘건국’이란 개념은 역사적 또는 정치적 의미에 보다 초점을 맞춘 것일 수 있다. 그럼에도 불구하고 그것이 대외적으로 한국의 정체성 및 계속성에 대한 입장을 약화시킬 수 있고 아직까지 완전히 해결되지 않은 법적 문제들에 부정적인 영향을 미칠 수 있다면, 신중한 접근이 요구된다 할 것이다. 2008년에는 대한민국 건국 60년 기념사업을 둘러싸고 헌법소원심판이 청구되기도 하였는데,<sup>4)</sup> 이러한 사실은 ‘건국’ 문제가 여러 법적 쟁점과 관련되어 있음을 시사한다.

국제법 학계에서는 대한민국의 ‘건국’ 문제가 대한제국과 대한민국 간의 계속성 내지 동일성 여부라는 관점에서 논의되어 왔다. 크게 두 가지 입장이 대립하고 있는데, 하나는 일제강점 및 미군정 실시에도 불구하고 대한제국과 대한민국 간의 계속성 내지 동일성을 인정하는 입장이고, 다른 하나는 일본의 병합으로 대한제국은 소멸한 것

4) 헌법재판소 2008. 11. 27. 선고 2008헌바517 전원재판부. 청구인들은 정부가 건국60년 기념사업위원회를 설치하여 건국 60년 기념사업을 추진하는 행위는 한민족의 역사를 단절시키며 대한민국 임시정부의 정통성도 부인하는 것으로서 청구인들의 명예권, 행복추구권, 재산권, 영토권 등 기본권을 침해하는 동시에 헌법전문, 국민주권원리, 영토조항 및 통일정신, 헌법개정절차 등에 위배된다고 주장하였다. 이 사건 심판청구는 법적 관련성 내지 기본권침해의 가능성이 없다는 이유로 각하되었지만, 청구인들의 주장 중 특히 다음의 내용을 눈여겨 볼 필요가 있다. “정부의 이 같은 행위는 1948. 8. 15.에야 비로소 대한민국이 건국된 것으로 보므로, 대한민국 정부와 대한민국 임시정부가 단절되어 헌법전문이 규정한 대한민국 임시정부의 법통을 계승하지 못함으로써 대한민국의 정통성을 부정하고, … 1948. 8. 15.을 건국일로 할 경우 38선 이남지역만을 대상으로 설립된 정부만을 인정하게 되는 것이므로 헌법전문, 영토조항 및 통일정신에 반하며, 대한민국이 1948년에 건국된 신생독립국임을 인정하는 것이므로 1905년에 일본이 독도를 편입했다는 논거를 뒷받침[한다].”

으로 보고 대한민국은 일본으로부터 분리독립한 신생국이라고 보는 입장이다. ‘건국’ 문제는 식민지배의 불법성 문제뿐만 아니라 남북한의 법적 지위와 한반도 통일 문제와도 직접적인 관련성을 지닌다. 따라서 통일을 지향하는 특수 관계인 남북한의 통일 과정에 기여하는 방향으로 입장을 정립하고, 그러한 입장을 정권의 변동에 관계없이 일관되게 견지할 필요가 있다.<sup>5)</sup> 대한제국에서 남북한으로의 분단은 독일제국에서 동서독으로의 분단과 유사한 과정을 거쳤는데,<sup>6)</sup> 통일 전 서독은 독일제국의 존속을 일관되게 주장하였고, 국제사회는 국제법상 국가로서의 독일은 소멸하지 않았다는 독일의 이론을 수락하였다.<sup>7)</sup> 남북한 통일 방식에 대해서는 다양한 접근이 가능할 수 있는데, 이 글에서는 남북한이 궁극적으로 하나의 국가를 이루는 것을 전제로 하여 국제법상 한국의 계속성 문제가 한반도 통일과 관련하여 어떠한 함의를 갖는지 살펴보고자 한다.

## II. 국제법상 국가의 계속성

### 1. 국가의 계속성 개념 및 원칙

모든 국가에 적용 가능한 국제법상의 국가에 관한 정의는 존재하지 않으나, 국가는 적어도 영토, 주민, 정부의 3요소로 구성된다는 점에 대해서는 이론이 없다.<sup>8)</sup> 국제관습법을 반영하고 있는 것으로 간주되는 1933년의 국가의 권리와 의무에 관한 몬테비데오 협약(Montevideo Convention on the Rights and Duties of States)은 제1조에서 국제법의 인격자(person)로서의 국가는 영구적 주민, 한정된 영토, 정부 및 다른 국가들과 관계를 맺을 수 있는 능력을 보유하여야 한다고 규정하고 있다. 그러나 실효적 정부라면 다른 국가들과 관계를 맺을 수 있는 능력을 자동적으로 보유할 것이라는 점에서 네 번째 요소는 불필요하다고 보는 것이 통설적 견해이다.<sup>9)</sup> 다른 국가들과 관계를 맺을 수 있는

5) 신각수, “건국일의 함의와 바람직한 논의 방향”, 매일경제, 인사이드칼럼, 2017. 10. 31.

6) 한명섭, 『통일법제 특강』 (서울: 한울, 2016), 76면.

7) 독일의 통일은 두 국가의 결합으로 새로운 국제법 주체가 성립된 것이 아니라, 한쪽(서독)은 독일제국과의 동일성을 보유하면서 국제법주체로서 존속하고 다른 한쪽(동독)은 소멸된 것으로 간주되고 있다. James Crawford, *The Creation of States in International Law, Second Edition* (Oxford: Oxford University Press, 2006), p. 674.

8) 이한기, 『국제법강의』 (서울: 박영사, 2006), 158면.

능력은 더 이상은 국가만의 권한이 아니며, 이러한 능력은 국가성의 요건이라기보다는 국가성의 결과라고 보는 견해도 있다.<sup>10)</sup>

국가의 계속성 문제가 국가성의 요건과 관련이 있다는 점에 대해서는 학자들 사이에 어느 정도의 합의가 있는 것으로 보인다. 즉, 상기 국가성의 요건 중 어느 하나라도 충족되지 않을 경우 국가의 소멸이라는 법적 결과가 초래된다는 것이다. 극단적인 예이기는 하지만, 기후변화 또는 자연재해로 인하여 어느 국가의 영토 전체가 사라지는 경우나 제노사이드 또는 테러행위로 인하여 어느 국가의 주민 전체가 사라지는 경우가 그러한 경우에 해당할 것이다.<sup>11)</sup> 그러나 영토의 변경이나 주민의 변동은 그 자체로는 국가의 계속성에 영향을 미치지 않는다고 보는 것이 일반적이다.<sup>12)</sup> 비교적 한정된 기간 동안 실효적 정부의 부재도 국가의 계속성에 영향을 미치지 않는데, 예컨대 어느 국가가 일시적으로 군사적 점령에 놓인 경우 그 국가는 계속성을 유지하는 것으로 간주된다.<sup>13)</sup> 또한, 이른바 ‘실패한 국가(failed States)’, 즉 지속되는 내전과 국가 권한의 와해로 인하여 영토의 전부 또는 대부분에 대한 실효적 통제력을 상실한 국가의 경우에도, 그러한 상황이 영구적으로 고착되지 않는 한, 국가의 계속성은 문제시되지 않는다.<sup>14)</sup>

이와 같이 국가의 계속성은 영토, 주민, 정부의 변경에도 불구하고 국제법상 국가가 존속한다고 보는 것이라는 점에서 국가승계(state succession)와는 구별된다. 1978년 8월 23일 채택된 「조약에 대한 국가승계에 관한 비엔나협약」 제2조 제1항 (b)와 1983년

9) Christian Tomuschat, "International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century. General Course on Public International Law", *Recueil des Cours*, Vol. 281, 1999, p. 96.

10) James Crawford, *supra* note 7, p. 61.

11) Lauri Mälksoo, *Illegal Annexation and State Continuity: The Case of the Incorporation of the Baltic States by the USSR* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2003), p. 14.

12) James Crawford, *supra* note 7, pp. 673-674; Lauri Mälksoo, *supra* note 11, p. 14; Ineta Ziemele, "Is the Distinction between State Continuity and State Succession Reality or Fiction? The Russian Federation, The Federal Republic of Yugoslavia and Germany", *Baltic Yearbook of International Law*, Vol. I, 2001, p. 215.

13) Lauri Mälksoo, *supra* note 11, p. 15; Andreas Zimmermann, "Continuity of States", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2006, p. 2; James Crawford, *supra* note 7, pp. 688-689; International Law Association, *Aspects of the Law of State Succession*, Final Report, Rio de Janeiro Conference, 2008, p. 67.

14) Andreas Zimmermann, *supra* note 13, p. 3; Ye Joon Rim, "State Failure": Implications for International Law, PhD Thesis No. 1041, Graduate Institute of International and Development Studies, Genève, 2014, pp. 173-181.

4월 8일 채택된 「국가재산·국가문서 및 국가부채에 대한 국가승계에 관한 비엔나협약」 제2조 제1항 (a)에서는 국가승계를 “영토의 국제관계에 대한 책임에 있어 한 국가가 다른 국가를 대체하는 것”으로 정의하고 있다. 그러나 국제법상 국가의 계속성과 국가승계가 구별된다고 보는 시각에 대해서는 비판도 있다. 예컨대, Ian Brownlie는 “[국가의] 계속성과 국가승계의 카테고리가 명확히 구별된다는 추정은 어려운 주제를 보다 혼란스럽게 만들 뿐”이라고 주장하였고,<sup>15)</sup> Oscar Schachter는 그러한 구분의 과도한 형식주의를 지적하였다.<sup>16)</sup> Daniel Patrick O’Connell은 국가의 계속성과 국가승계를 구분하는 것을 강하게 비판하면서, 중요한 것은 “기존의 법적인 상황에 대한 최소한의 방해(minimal disturbance of existing legal situations)”라고 주장하였다.<sup>17)</sup> 그러나 라트비아 법률가인 Ineta Ziemele는 “법체계 주체들 간 관계에서 법적 확실성을 확보하는 것은 그 자체로 중요한 가치이지만, 법의 주요 주체인 국가가 구별되는 정체성을 가진 공동체 또는 정치적 조직체를 형성하는 개인들로 구성된 체계에서는 자기결정(self-determination)을 통해 획득되어지는 주권 또한 중요한 가치”라고 반박하였다.<sup>18)</sup> 국가의 계속성 개념은 해당 공동체의 정당하고 적법한 주장을 수락할 수 있는 수단을 제공하고 주민들의 중요한 자기결정 및 자기인식 프로세스에 응답하는 것이므로 국제법 질서 속에서 그 유의미성이 인정된다는 것이다.<sup>19)</sup> James Crawford도 국가의 계속성 주장과 관련 주민들의 자기결정 간에는 대체로 밀접한 관계가 있다는 점에서 국가의 계속성 개념이 국제법에서 유용하다는 데 동의하였다.<sup>20)</sup> 또한, 국가의 계속성 개념이 국가승계의 상황보다 훨씬 더 폭넓게 법적 관계의 존속을 추정한다는 점, 그리고 국가의 계속성 문제는 일반적으로 발생하는 것은 아니며 특정한 법적 사안과 관련해서만 발생한다는 점도 강조하였다.<sup>21)</sup> 뒤에서 살펴볼 발트 3국 사례를 포함하여 기존의 사례들은

15) Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6th ed (Oxford: Oxford University Press, 2003), p. 80.

16) Oscar Schachter, “State Succession: The Once and Future Law”, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 33, 1993, pp. 254-255.

17) Daniel Patrick O’Connell, “Recent Problems of State Succession in Relation to New States”, *Collected Course of the Hague Academy of International Law*, Vol. 30, 1970, p. 120.

18) Ineta Ziemele, “Room for ‘State continuity’ in international law? A constitutionalist perspective”, in Christine Chinkin and Freya Baetens (ed.), *Sovereignty, Statehood and State Responsibility (Essays in Honour of James Crawford)* (Cambridge: Cambridge University Press, 2015), p. 279.

19) *Ibid.*, p. 284.

20) James Crawford, *supra* note 7, p. 668.

21) *Ibid.*

이러한 주장들을 실제로 뒷받침하는 것으로 보인다. 다만, 국가의 계속성이 인정된다고 해서 국가승계가 완전히 배제되는 것은 아니다. 독일의 경우를 보면, 통일독일이 서독과의 국가의 계속성을 유지하면서 동독을 사실상 흡수하는 형태였기 때문에 국가의 계속성 문제와 국가승계 문제가 모두 제기되었다. 즉, 국제법상 국가의 계속성이 인정되지 않는 경우에는 국가승계의 개념 및 원칙만이 배타적으로 적용되나, 국제법상 국가의 계속성이 인정되는 경우에는 국가의 계속성과 국가승계가 공존할 수 있다.<sup>22)</sup>

한편, 국가의 계속성 개념은 종종 국가의 동일성 개념과 동일한 의미로 사용되기도 한다. 예컨대, Krystyna Marek은 “동일성은 정적인 관념(static notion)인 반면, 계속성은 동일성의 동적인 서술(dynamic predicate)”이라고 하면서, 두 개념의 불가분성을 강조하고 있다.<sup>23)</sup> 즉, 동일성 없는 계속성은 있을 수 없으며, 계속성 없는 동일성도 있을 수 없다는 것이다. 특히 계속성 없이도 동일성이 있을 수 있다는 것은 법적 기적(legal miracles)의 가능성을 수용하는 것으로, 국제법에서는 법적 부활(legal resurrection)은 없으며 어느 국가가 일단 소멸하면 그 존재의 계속을 재개할 수 없다고 주장하였다.<sup>24)</sup> Josef Kunz도 이와 유사한 입장을 취하고 있는데, 일반국제법상 어느 국가가 소멸하지 않는다면 동일성이 인정된다는 규범은 있으나, 소멸하였다가 합리적인 기간 내에 부활하면 소멸하지 않은 것이 된다는 예외규범은 없다고 주장하였다.<sup>25)</sup>

이와는 달리, 국가의 계속성 개념과 동일성 개념을 구별하는 견해도 존재한다. 예컨대, James Crawford는 어떠한 변동 없이 국가가 계속된 경우 또는 일시적 소멸 후 실질적으로 동일한 구성적 특징을 지닌 실체가 다시 수립되고 그러한 실체의 계속성 주장이 수락되는 경우, 동일성이 인정된다고 보고 있다.<sup>26)</sup> 그는 후자의 경우를 ‘계속성이 결여된 동일성(identity without continuity)’이라고 표현하면서, 1958년 이집트와 통일아랍 공화국(United Arab Republic)을 형성했다가 1961년 탈퇴한 시리아의 경우를 대표적인 예로 들고 있다.<sup>27)</sup> Giorgio Cansacchi도 국가가 일시적으로 소멸하였다가 부활할 가능성을

22) Ineta Ziemele, *supra* note 12, p. 221.

23) Krystyna Marek, *Identity and Continuity of States in Public International Law* (Genève: Librairie Droz, 1968), pp. 5-6.

24) *Ibid.*, p. 6.

25) Josef L. Kunz, “Identity of States under International Law”, *American Journal of International Law*, Vol. 49, Issue 1, 1955, p. 74.

26) James Crawford, *supra* note 7, p. 671.

인정하고 있다. 구체적으로, 국가는 정체성 및 역사를 가진 주민과 영토로 구성이 되므로 그 주민이 구국가와 신국가의 동일성을 주장하는 상황을 그려 보는 것이 가능하다고 주장하였다.<sup>28)</sup> 이와 같이 국가의 계속성 개념과 국가의 동일성 개념이 구별된다는 견해에 따르면, 결국 동일성 여부를 어떻게 결정할 것인가의 문제가 추가적으로 제기 되는데, 해당 국가가 자국의 정체성이 문제되는 상황에서 구국가와의 동일성을 주장하고 이것이 구체적인 실행으로 뒷받침될 때, 그리고 그러한 주장과 실행이 관련국가 등 국제사회에 의해서 받아들여질 때 구국가와 신국가의 '동일성'이 인정된다고 할 수 있다. Ineta Ziemele도 이와 유사한 맥락에서 구국가와 신국가의 동일성은 물리적 또는 역사적 '사실(fact)'이 아니라 '법적인 카테고리(legal category)'라고 주장하였다.<sup>29)</sup> 즉, 영토나 주민 등 국가의 물리적인 구성요소에 있어서의 어느 정도의 동일성은 국가의 동일성 주장을 뒷받침하기 위해 필요한 것이지만, 국가의 동일성은 단순한 사실에만 기초하여 판단되는 것이 아니라 적용가능한 국제법상의 원칙에 따라 결정된다는 것이다.

## 2. 불법 병합과 국가의 소멸

국가의 계속성과 국가승계, 그리고 국가의 계속성과 동일성을 둘러싸고 다양한 견해들이 존재하는 가운데, 한국의 정체성 문제와 관련해서는 1930년대 이후의 국가관행을 통해 불법적인 무력의 행사에 의한 병합은 국가 소멸의 결과를 가져오지 않는다는 명제가 확립되었다고 보는 견해를 살펴볼 필요가 있다.<sup>30)</sup> 실제로, 에티오피아의 경우 1936년에 이탈리아에 의해 병합되었다가 1944년에 해방되었는데, 1947년 2월 10일 강화조약으로 이탈리아의 행위는 무효로 선언되었고 따라서 병합되기 이전의 에티오피아는 존속하는 것으로 인정되었다.<sup>31)</sup> 알바니아의 경우에도 유사하다. 알바니아는 1939

27) *Ibid.*, p. 690. James Crawford는 어느 국가가 적법하게 소멸하였다면 그 기간이 비교적 짧았던 경우에도 국가의 계속성이 인정되지 않는 것으로 보고 있으나, 다른 관점에서 접근하는 시각도 있다. 예컨대, Konrad G. Bühler는 시리아의 경우를 두고 통합의 시기가 있었음에도 불구하고 시리아의 국가적 계속성이 인정된다고 보고 있다. Konrad G. Bühler, *State Succession and Membership in International Organizations: Legal Theories versus Political Pragmatism* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2001), p. 101.

28) Giorgio Cansacchi, "Identité et continuité des sujets internationaux" (1970-II) *R.d.c.* 88. Ineta Ziemele, *supra* note 12, p. 217에서 재인용.

29) Ineta Ziemele, *supra* note 12, p. 220.

30) James Crawford, *supra* note 7, pp. 689-690; Lauri Mälksoo, *supra* note 11, pp. 6-9; International Law Association, *supra* note 13, p. 67.



년에 이탈리아에 의해 병합되었고 이 같은 결과가 여러 국가들에 의해 승인되었으나, 1947년 2월 10일 강화조약으로 이탈리아의 행위가 침략으로 규정되면서 병합되기 이전의 알바니아의 계속성이 확인되었다.<sup>32)</sup> 1938년에는 오스트리아가 독일에 병합되었고 미국과 영국을 비롯한 국제사회는 오스트리아의 소멸을 기정사실화하는 태도를 취하였다.<sup>33)</sup> 이후 오스트리아는 제2차 세계대전 패전국의 일원으로 전승국들에 의해 분할 점령되었다가 1955년 주권을 회복하였는데, 병합에도 불구하고 계속성이 인정된 사례로 평가되고 있다.<sup>34)</sup> 1939년 독일 군대에 의해 점령되었다가 제2차 세계대전 후 해방된 체코슬로바키아의 경우도 유사한 사례이다. 이 같은 사례들에서 체코슬로바키아의 경우에만 망명정부가 수립되었었다는 점을 고려할 때, 망명정부의 수립 여부는 국가의 계속성 인정에 결정적인 영향을 미치지 않는 것으로 파악된다. 다만, 망명정부가 기능하거나 주권회복을 위한 무장활동이 전개되는 경우 피병합국의 계속성 주장이 보다 강화될 수는 있을 것이다.<sup>35)</sup>

한편, 일단 사실상의 단절이 있다면 국가의 계속성은 인정되지 않는 것으로 전제된 뒤, 불법성 여부는 동일성의 판단 또는 인정에 영향을 미친다고 보는 시각도 있다.<sup>36)</sup> 이 견해는 불법성 여부뿐만 아니라 계속성이 단절된 기간, 그리고 동일성 여부가 국제사회나 국제법적 법률관계의 안정성에 미칠 수 있는 영향이 동일성의 판단 또는 인정을 위한 지표나 기준으로 사용될 수 있다고 주장한다.<sup>37)</sup> 이러한 접근에 따르면, 여러 병합 사례들의 경우 ‘계속성은 없으나 동일성은 있다고 볼 수 있는가’의 문제가 제기된다.

생각건대, 국제법상 위법한 행위에 의하여 국가의 계속성이 단절된 것이라면, 해당 국가는 소멸되지 않았다고 보는 것이 타당할 것으로 판단된다. 국가의 계속성 개념과 동일성 개념이 구별된다는 전제에서 ‘계속성이 결여된 동일성’ 사례가 가능하다고 보

31) Lauri Mälksoo, *supra* note 11, pp. 6-7.

32) *Ibid.*, p. 7.

33) Daniel Patrick O’Connell, *State Succession in Municipal Law and International Law* (London: Cambridge University Press, 1967), pp. 38-39.

34) Lauri Mälksoo, *supra* note 11, p. 9.

35) James Crawford, *supra* note 7, p. 691.

36) 박배근, “국제법상 국가의 동일성과 계속성”, 『저스티스』, 통권 90호, 2006, 257면.

37) *Ibid.*, 257-258면.

고 있는 James Crawford도 불법 병합을 ‘소멸이 없는 계속성의 경우(a case of continuity without extinction)’로 다루고 있다.<sup>38)</sup>

“최소한 사실상(*de facto*) 그리고 몇몇 경우에는 법률상(*de jure*)으로 병합에 대한 상당한 정도의 승인에도 불구하고, 이러한 국가들의 법적 존재는 소멸되지 않았다는 견해가 취하여졌다: ‘불법에서는 권리가 발생하지 않는다(*ex injuria jus non oritur*)’는 법언이 ‘사실에서 권리가 발생한다(*ex facts jus oritur*)’는 법언보다, 적어도 소급적으로는, 보다 설득력 있는 것으로 간주되었다.”<sup>39)</sup>

즉, 국제법상 위법한 행위에 의하여 어느 국가가 소멸한 경우 국제법이 국가의 소멸을 쉽게 받아들이지는 않을 것이라는 것이다. Josef Kunz도 언급한 바와 같이 국가가 소멸하지 않았다면 그 동일성은 당연히 유지되고 있는 것이라는 점에서 국가의 계속성이라는 ‘법적 의제(*legal fiction*)’는 중요한 의미를 지닌다. 다만, 병합이 비교적 오랜 기간 지속되었던 경우에 국가의 계속성에 기초하여 동일성을 주장한다면 대내외적으로 상당한 불안정성과 혼란을 초래할 수 있다는 우려가 제기될 수 있다.<sup>40)</sup>

이와 관련하여, 1940년 소련에 의해 병합되었다가 1991년 독립한 발트 3국(에스토니아, 라트비아, 리투아니아) 사례를 살펴보는 것이 유의미할 것으로 보인다. 50년이 넘는 기간 동안 소련의 지배하에 있다가 독립한 발트 3국은 소련에 의한 병합의 불법성을 근거로 국가의 계속성을 주장하였다. 즉, 발트 3국이 소련으로 강제편입된 것은 국제법에 위배되는 것으로서 무효이므로, 발트 3국의 법적 계속성은 중단되지 않았다는 것이다.<sup>41)</sup> 이러한 논리에 기초하여, 1990년 3월 11일 리투아니아공화국 최고평의회는 ‘리투아니아국의 복원에 관한 법률’을 채택하여 리투아니아 정부가 리투아니아의 역사

38) James Crawford, *supra* note 7, p. 691.

39) *Ibid.*, p. 702.

40) 예컨대, 이근관, “남북통일과 국제법상 국가승계 문제의 고찰-한국의 동일성 및 계속성을 중심으로”, 대한국제법학회·국립외교원 외교안보연구소 국제법센터 공동학술회의 <분단 극복을 위한 국제법의 역할과 과제>(2015. 8. 20.) 발표문, 93면.

41) Peter Van Elsuwege, “State Continuity and its Consequences: The Case of the Baltic States”, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 16, Issue 2, 2003, p. 378.

적인 국경 내에서 다시 영토에 대한 완전한 지배권을 가진다고 선언하였다. 1990년 3월 30일에는 에스토니아 최고소비에트가 ‘에스토니아의 국가 지위에 관한 결의’를 채택하여 1940년 병합의 불법성과 에스토니아 공화국의 복원을 선언하였다. 1990년 5월 4일에는 라트비아 최고소비에트가 ‘라트비아공화국의 독립의 회복에 관한 선언’을 채택하였는데, 이 선언에서는 소련의 병합은 결코 합법성을 획득하지 않았으며 법률상(*de jure*) 라트비아공화국이 국제법의 주체로서 존속하였다고 밝혔다. 이 같은 독립 선언에 대해 소련 측은 일관되게 발트 3국의 독립 문제는 국제적 차원이 아닌 국내적 차원의 문제라는 입장을 견지하였다.<sup>42)</sup> 즉, 발트 3국은 1939년과 1940년 소련군 주둔에 합의하였고 소련으로 편입이 되면서 국제법상 그들의 지위를 상실하였으므로, 발트 3국의 독립 선언은 소련 헌법을 위반하는 불법적인 것으로 간주된다는 것이다. 이와 관련하여 대부분의 국가들은 소련의 발트 3국 병합이 불법이라는 입장을 취하였다. 유럽공동체 국가들과 미국을 비롯한 많은 국가들이 발트 3국의 독립과 주권회복을 지지하며 외교관계의 부활을 희망한다는 입장을 잇달아 표명하였다.<sup>43)</sup> 소련의 발트 3국 병합을 법률상(*de jure*) 승인하였던 소수의 국가들(네덜란드, 스페인, 스웨덴 등)만이 발트 3국을 신국가로 승인하고 외교관계를 새로이 수립하였다.<sup>44)</sup> 결국 불법 병합 기간이 50년 넘게 지속되었었다는 사실은 국가의 법적 계속성에 별다른 영향을 미치지 않았음을 알 수 있다. 또한, 발트 3국의 독립에 따라 제기된 대내외적 문제 중 법적인 논란을 야기한 사안들(시민권 문제, 조약의 처리 문제, 국경획정문제 등)이 처리된 방식을 살펴보면, 국가의 계속성 원칙이 헌법 질서와 대내외 정책의 근간을 이루고 있었고 여러 문제들이 대체로는 국가의 계속성 원칙에 따라 처리되었으나, 현실적인 측면을 고려하여 국가의 계속성 원칙 적용에 따른 결과를 완화하고자 하는 노력이 수반되었다는 사실도 확인할 수 있다.<sup>45)</sup> 이는 병합되었던 국가의 계속성이라는 ‘법적 의제’가 모든 법질서 및 권리의무관계의 완전한 복원을 의미하는 것은 아니라는 점을 보여준다.

42) *Ibid.*, p. 379.

43) Lauri Mälkssoo, *supra* note 11, pp. 52-53.

44) *Ibid.*

45) 자세한 내용은 Peter Van Elsuwege, *supra* note 41, 2003.

### Ⅲ. 대한제국과 대한민국의 관계

#### 1. 정부의 입장

1952년 3월 12일 일본 외무성에서 열린 제1차 한일회담 제5회 기본관계위원회에서는 1910년 8월 22일 이전에 대한제국과 일본제국 간에 체결된 조약의 효력 문제가 다루어졌다. 이 과정에서 대한제국과 대한민국의 관계에 대한 논의도 일부 이루어졌는데, 일본 외무성이 공개한 회의록의 관련 부분을 인용하면 다음과 같다:

오오노 카츠미 위원: “... 병합조약의 성립과 함께 대한제국은 소멸되어 국제법상의 주체가 아니게 되었다. 그 이전 조약은 실효되어 병합조약 자체도 병합의 성립과 동시에 한쪽 상대방이 소멸하였으므로 당연히 그때 실효된 것이다. 구 대한제국이 국제법상의 주체인 국가로서 소멸된 이상 그것과 대한민국과는 별개이므로 그 사이에 계속성은 없다. ...”

유진오 위원: “... 1910년 이전 조약은 국민적으로 당시에 소급하여 무효하다는 강한 신념과 국민감정이 있지만 그것을 이 자리에서 내가 강력히 주장하면 이 회의가 결말이 나지 않는다. 일본 측의 입장도 있을 것이고 또 당시에 소급하여 무효로 하려면 여러 가지 복잡한 문제가 발생한다. 그런 점을 피하면 이 규정에 의해 한국의 국민감정을 수습할 수 있지만 일본 측에 있어서도 잃을 것은 아무것도 없기 때문에 자극하는 것은 아닐 것이다.”<sup>46)</sup>

김동조 대표도 “대한제국은 대한민국에 계승되었는가 아닌가의 문제는 국제법상은 어쨌든, 당시 사정은 민족의 총의(總意)에 반하는 병합”이었다고 언급하였다.<sup>47)</sup> 이에 대해 오오노 카츠미 위원은 한국 측의 주장은 “정치적 견해”라고 하면서, 국제법의 관점에서 이를 반박하였다.<sup>48)</sup> 이러한 논쟁과 관련하여, 일본 측은 이른바 ‘구조약’의 효

46) 일본 외무성 한일회담문서 제5차 공개 문서. 오오타 오사무, “식민주의의 ‘공범’-두 개의 강화조약에서 초기한일교섭으로”, 고려대 아세아문제연구소 한일관계 국제심포지움 <한일관계를 되묻는다>(2012. 9. 13.) 발표문 21면에서 재인용.

47) *Ibid.*

력 문제를 국제법 주체의 계속성 문제로 범주화하여 외견상 명쾌한 법논리를 제시한 반면, 한국 측은 대한제국과 대한민국의 계속성 여부를 본격적·공개적으로 논의하지 않았으며 구조약의 무효론이 갖는 법리적 함의에 대해서도 애매한 입장을 취하였다는 비판이 제기된다.<sup>49)</sup>

대한제국과 대한민국의 관계에 대한 우리 정부의 입장은 1986년이 되어서야 공식적으로 표명되었다. 1986년 8월 8일 정부는 대한제국이 체결한 6건의 다자조약 중 이미 다른 조약으로 대체되었거나 실효되었다고 판단되는 조약을 제외한 나머지 3건의 조약이 대한민국에 대하여 효력이 있음을 확인하고, 조약번호를 부여하여 공포하였다.<sup>50)51)</sup> 1986년 7월 24일 제29회 국무회의 의결서에는 당시 우리 정부가 이러한 조치를 취한 이유가 구체적으로 제시되어 있다.<sup>52)</sup> 의결서에서는 협약 수탁국인 네덜란드가 대한민국을 이미 이 협약들의 당사국으로 간주하고 있으나, 대한민국이 정부 수립 후 현재까지 대한제국이 체결한 다자조약에 대하여 명확한 입장을 취하지 않음에 따라 독일과 같은 일부 국가가 대한민국이 이 협약들의 당사국인지 여부를 문의해 오는 등 불확실성이 존재하므로, 이들 조약에 관한 입장을 정립할 필요성이 있다고 밝히고 있다. 이어 의결서에서는 대한제국과 대한민국의 관계를 다음과 같이 설명하고 있다:

48) *Ibid.*

49) 이근관, *supra* note 40, 87면.

50) 관보 제10409호 (1986. 8. 8.).

51)

조약명	채택일자 및 장소	비준서 또는 가입서 기탁일	조약번호
전시 병원선에 대한 국가이익을 위하여 부과되는 각종의 부과금 및 조세의 지불면제에 관한 협약	1904년 12월 21일, 헤이그	1907년 3월 26일 비준서 기탁	제885호
육전의 법 및 관습에 관한 협약	1899년 7월 29일, 헤이그	1903년 3월 17일 비준서 기탁	제886호
1864년 8월 22일자 제네바협약의 제원칙을 해전에 적용하기 위한 협약	1899년 7월 29일, 헤이그	1903년 2월 7일 가입서 기탁	제887호

52) ‘대한제국이 체결한 다자조약의 효력확인’, 의안번호 제309호 (1986. 7. 24.). 동 의결서에는 법제처의 ‘대한제국이 체결한 다자조약의 효력에 관한 의견 회신’(1986. 4. 4.)에서 제시된 내용이 대부분 반영되어 있다. 해당 문서들은 국가기록포털(<http://www.archives.go.kr>)에 공개되어 있다.

- “다. 1905. 11. 17.의 소위 을사보호조약과 1910. 8. 22.의 소위 한·일합방 조약을 비롯하여 1910년 이전에 체결된 한·일간의 제조약은 대한제국과 대한제국의 조약체결권자(고종 및 순종황제)에 대하여 강박을 행사하여 체결된 조약이므로, 현 국제법 이론에 의하여서 뿐만 아니라, 한·일합방 당시의 국제법이론에 의하여도 당연히 무효이며, 1965. 6. 22. 체결된 한·일 기본관계조약 제2조도 1910. 8. 22. 및 그 이전에 한국과 일본간에 체결된 제조약은 이미 무효라고 인정하고 있음.
- 라. 따라서 법적으로는 대한제국이 국가로서 소멸한 것이 아니라 계속 존속되어 왔으나, 다만 그 행위능력 즉 영토와 인민에 대한 실효성 있는 통치권만 일본에 의하여 불법적으로 대리행사되어 온 것임.
- 마. 대한민국은 1945. 8. 15. 일본으로부터 분리, 독립한 신생국이 아니라 일본에 의하여 제한되어 왔던 주권을 회복한 것이며, 대한민국은 동일한 국제법주체인 국가내에서의 국체, 정체 및 국호의 변경에 해당하는 것이므로 대한제국과 대한민국의 동일성은 계속 유지되는 것임.”

즉, 대한제국은 소멸하지 않았으며, 대한제국과 대한민국의 동일성이 인정된다는 것이다. 의결서에서는 이러한 입장에 따르면 대한제국이 체결한 다자조약은 별도의 확인 절차 없이도 국제법상 대한민국에 대하여 계속 효력을 가지는 것이나, 동 협약들에 가입한지 80여년이 경과되었고 대한민국이 대한제국의 정통성을 계승한 유일한 합법정부임에 비추어 이들 조약에 대한 효력을 확인하는 절차를 취하는 것이라고 강조하였다.

## 2. 기존 학설

국내 국제법학자들의 주류적 견해는 대한민국이 대한제국과 계속성 또는 동일성을 가지고 있다는 것이다.<sup>53)</sup> 일본에 의한 대한제국 병합은 불법적인 것으로서 무효라는 것이 이러한 주장의 주된 근거이다. 그 밖에도 이러한 사실이 “1910년 8월 22일 및 그 이전에 대한제국과 일본제국 간에 체결된 모든 조약 및 협정이 이미 무효임을 확인한

53) 김명기, “국제법상 일본으로부터 한국의 분리에 관한 연구”, 『국제법학회논총』, 제33권 제1호, 1988, 23-25면; 박배근, “대한민국임시정부의 국제법적 지위와 대한민국의 국가적 동일성 (하)”, 『법학연구』 (연세대학교 법학연구소), 제14권 제1호, 2004, 61-62면; 이근관, “북한의 급격한 체제변화시 통치주체에 대한 국제법적 검토”, 심지연·김일영 (편), 『한미동맹 50년: 법적 쟁점과 미래의 전망』 (백산서당, 2004), 297-300면; 이순천, 『조약의 국가승계』 (서울: 열린책들, 2012), 248-250면.

다”고 규정하고 있는 「대한민국과 일본국간의 기본관계에 관한 조약」 제2조를 통하여 확인되었다는 점,<sup>54)</sup> 1943년 카이로선언에서는 “한국은 자유롭고 독립된 것으로” 한다고 천명하고 있고 카이로선언은 1945년 포츠담선언을 통해 재확인되었는데 이는 대한제국의 법인격의 존재를 전제로 한 것이라는 점,<sup>55)</sup> 대한제국이 1900년 1월 1일에 가입한 만국우편연합의 사무국이 1949년 12월 17일자로 대한민국이라는 국호를 사용하여 한국의 만국우편연합 회원자격의 회복을 통보하여 오는 등 국제사회가 다수의 관행을 통하여 대한민국과 대한제국의 동일성을 인정하고 있는 점<sup>56)</sup> 등이 근거로 제시되고 있다.

그런데 주류적 견해도 보다 구체적으로 들어가 보면 각각의 주장 간에 차이점이 발견된다. 예컨대, 대한민국 임시정부가 정부로서의 실효성을 구비하지 못한 점 등으로 인하여 대한제국과 대한민국 간에 계속성이 유지되었다고 보기는 어렵지만 적어도 재수립된 국가 또는 부활한 국가로서 양자 사이의 동일성은 인정된다는 견해가 있다.<sup>57)</sup> 즉, 대한제국과 대한민국의 관계는 ‘계속성이 결여된 동일성’으로 규정지을 수 있다는 것이다. 대한민국의 국가적 동일성 및 계속성 주장은 대한제국의 권리·의무관계와 대한민국의 권리·의무관계의 동일성 및 계속성으로 해석될 수는 없고 한국이라는 국가의 근본적 성립요소인 영토 및 국민의 동일성 및 계속성이라는 제한된 의미로 이해되어야 한다는 견해도 있다.<sup>58)</sup> 이 견해는 대한제국 체제 및 그 법질서의 후진성을 고려해 보면 원칙적인 차원에서라도 선뜻 동일성을 주장하기는 쉽지 않을 것이고, 그런 의미에서 대한제국과 대한민국의 관계는 ‘부분적 동일성을 수반하는 계속성’으로 규정지을 수 있다고 주장한다.<sup>59)</sup>

한편, 한국 학계에서도 대한제국과 대한민국의 계속성 및 동일성을 부정하는 견해가 존재한다.<sup>60)</sup> 즉, 대한민국의 수립을 일본으로부터의 분리독립(secession)의 형태에 의한 국가승계로 간주해야 한다는 것이다. 일본의 대한제국 병합에 대해서는 시제법(inter-tem-

54) 김명기, *supra* note 53, 24면.

55) *Ibid.*, 25면.

56) 이순천, *supra* note 53, 245-247면; 박배근, *supra* note 36, 270-272면.

57) 박배근, *supra* note 53, 61-62면.

58) 이근관, *supra* note 53, 297-300면.

59) 이근관, *supra* note 40, 104면.

60) 나인균, “대한민국과 대한제국은 법적으로 동일한가? -국가의 동일성 내지 계속성에 대한 국제법적 고찰-”, 『국제법학회논총』, 제44권 제1호, 1999, 134-140면.

poral law)의 원칙에 따라 오늘날의 법이 아니라 당시의 법이 적용되어야 하는데, 그 당시 유효한 국제법에 따르면 무력의 행사 또는 위협에 의한 병합은 정당화되었고 이로써 불법성이 배제되었다는 것이 이러한 주장의 주된 근거이다.<sup>61)</sup> 나아가 연합군에 의한 카이로선언이 병합의 무효선언으로 해석될 수도 없다고 보았다.<sup>62)</sup> 따라서 대한제국은 1910년 이후 존속하지 않게 되었다고 결론 내리고 있다. 이 견해는 그럼에도 불구하고 연합국의 관점에서 한반도에 존속하는 국가의 요소(영토 및 국민)를 토대로 대한제국과 법적으로 동일한 신국을 재수립하려는 의사가 있었는지 여부가 조사될 필요가 있다고 하였는데, 검토 결과 이 또한 인정되지 않는다고 보았다.<sup>63)</sup> 연합국의 의사는 종래의 일본의 영토로부터 분리하여 국가를 수립하려는 것이었으며, 탈식민지화를 통하여 형성된 국가는 일반적으로 이전국가와 법적 동일성이 없는 신국가로 간주된다는 것이다. 일본의 대한제국 병합은 1910년부터 제2차 세계대전이 발발할 때까지 장기간 어느 국가에 의하여도 부인된 사실이 없다는 점과 대한민국과 관계를 갖는 국제법주체가 대한민국을 대한제국과 법적으로 동일한 것으로 간주했다는 것을 확인할 수 없다는 점도 국가의 재수립에 의한 동일성이 인정되기 어려운 근거로 제시되었다.<sup>64)</sup> 그리고 만일 대한민국 임시정부가 망명정부라 한다면 대한제국의 계속성은 유지되고 대한민국의 동일성도 인정될 수 있을 것이나, 어느 국가도 임시정부를 망명정부로 승인하지 않았으므로 대한제국은 국가로서 소멸한 것이라고 보았다.<sup>65)</sup>

이 문제를 다룬 외국 학자들의 경우 대체로는 대한제국과 대한민국의 계속성 및 동일성을 부정하는 태도를 취하고 있는 것으로 보인다.<sup>66)</sup> 대한민국이 일본으로부터 분리 독립한 시점에 대해서는 다양한 의견이 존재하는데, 1947년 유엔에서 대한민국의 수립에 대한 표결이 이루어진 때에 대한민국이 국가로 성립되었다고 보는 견해,<sup>67)</sup> 1948년

61) *Ibid.*, 135면.

62) *Ibid.*, 136면.

63) *Ibid.*, 137-138면.

64) *Ibid.*, 138면.

65) *Ibid.*, 139-140면.

66) Daniel Patrick O'Connell, "Legal Aspects of the Peace Treaty with Japan", *British Yearbook of International Law*, Vol. 29, 1952, p. 425; Robert Jennings and Arthur Watts (eds.), *Oppenheim's International Law, Ninth Edition* (London: Longman, 1992), p. 206; James Crawford, *supra* note 7, p. 468; Lauri Mälksoo, *supra* note 11, p. 9.

67) Daniel Patrick O'Connell, *supra* note 66, p. 425.



대한민국 정부 수립과 함께 대한민국이 국가로 성립되었다고 보는 견해,<sup>68)</sup> 대일강화조약이 체결 또는 발효한 시기에 일본이 한국의 독립을 승인하고 한국에 속하는 영토에 대한 주권을 포기했다고 보는 견해<sup>69)</sup> 등이다.

### 3. 검토

대한제국과 대한민국의 관계에 관한 기존의 견해들은 크게 대한제국의 계속성을 인정하는 입장과 대한제국의 계속성을 부정하는 입장으로 구분할 수 있다. 그런데 대한제국의 계속성을 인정하는 입장 중에는 계속성을 가진다는 것 자체로 동일성이 인정된다고 보는 시각이 있는 반면, 부분적으로만 동일성이 인정된다고 보는 시각이 있다. 그리고 대한제국의 계속성을 부정하는 입장도 다시 대한제국과 동일한 것으로 간주되는 국가가 재수립되거나 부활하였기 때문에 계속성은 인정되지 않으나 동일성은 인정된다고 보는 시각과 대한제국과는 완전히 다른 새로운 국가가 성립되었기 때문에 계속성과 동일성이 모두 인정되지 않는다고 보는 시각으로 나뉘고 있다. 국제법상 대한제국과 대한민국의 관계 규명에 있어 가장 핵심적인 쟁점은 일본의 대한제국 병합의 불법성 여부이다.

앞에서 살펴본 것처럼 일부 학자들은 20세기 초반에는 전쟁에 호소할 국가의 권리, 즉 국가의 개전권(*jus ad bellum*)이 국제법상 인정되었기 때문에 일본의 대한제국 병합이 정당화될 수 있다고 주장한다. 실제로 1914년 제1차 세계대전 발발 이전까지 국제법은 개전행위 그 자체를 금지하지는 않았으며, 전쟁 개시의 절차나 전투의 수단과 방법에 관한 교전법규(*jus in bello*)의 정립을 통해 전쟁의 잔혹성을 완화하는 데 초점을 맞추었다. 국제사회는 제1차 세계대전을 경험한 후 제한적이나마 무력사용에 대한 통제를 시도하였고, 제2차 세계대전이라는 또 한 번의 참화를 겪고 나서야 무력사용을 본격적으로 규제하게 되었다. 이처럼 20세기 초반까지도 국제법은 국가의 무력사용을 통제하지 못했기 때문에 무력의 위협이나 행사의 결과로 탄생한 조약의 효력도 문제 삼기 어려웠다.<sup>70)</sup>

68) James Crawford, *supra* note 7, pp. 468-469.

69) Gilbert Caty, *Le statut juridique des états divisés* (Pedone, 1969), p. 26, 이근관, *supra* note 53, 291면에서 재인용.

70) 정인섭, 『신국제법 강의, 제8판』 (서울: 박영사, 2018), 357면.

주목할 점은 국가 자체에 대한 강박조약을 무효로 하는 것은 비교적 현대적 현상인데 반해, 국가대표에 대한 강박조약이 무효라는 점은 그 이전부터 인정되어 왔다는 사실이다. 국가 자체에 대한 강박과 국가대표에 대한 강박을 구분하는 이론은 국가를 의인화하는 학설의 영향 하에 19세기 후반 및 20세기 초에 확립되었다.<sup>71)</sup> 이 같은 구분은 양차 대전 사이의 시기에 점차 그 경계가 흐려졌으며, 제2차 세계대전 시기에 이르러 실질적으로 폐기되었다.<sup>72)</sup> 국가대표에 대한 강박조약을 무효로 하는 이유는 조약의 일방당사국이 타방당사국의 대표에게 강제력을 가하여 그 결과 체결된 조약은 그 대표가 자국의 주권적 의사를 자유로이 표명하지 못했다는 점에서 그가 소속한 국가를 구속할 수 없기 때문이다.<sup>73)</sup> 문제가 되는 한·일 간의 조약들은 국가 자체에 대한 강박과 국가대표에 대한 강박 간의 구분이 명확하였던 시기에 체결되었기 때문에 국가대표에 대한 강박이 인정된다면 조약 무효화의 근거가 된다. 1910년 한일병합조약의 근거가 된 1905년 을사조약이 국가대표에 대한 강박을 통해 체결되었다는 점에 대해서는 별다른 이견이 없는 상황이다.<sup>74)</sup> 1935년의 ‘조약법에 관한 하버드 초안’ 제32조는 국가대표에 대한 강박을 무효로 규정하고 있는데, 동 규정 주석에서도 1905년 을사조약은 국가대표에 대한 강박조약의 사례로 제시되어 있다.<sup>75)</sup> 주석에서는 을사조약이 체결된 직후에 프랑스학자 Francis Ray가 작성한 “La Situation Internationale de la Corée” (13 *Revue Générale de Droit International Public* (1906))라는 논문을 비롯하여 몇몇 문헌을 인용하고 있다. 조약법 협약의 채택과 관련하여 유엔 국제법위원회가 1963년 유엔 총회에 제출한 보고서도 1905년 을사조약을 국가대표에 대한 강박조약의 대표적 예로 기술하고 있다.<sup>76)</sup> 1905년 을사조약이 무효라면 이를 근거로 이루어진 1910년 한일병합

71) 이근관, “국제조약법상 강박이론의 재검토-일본의 한국병합과 관련하여-”, 이태진 외, 『한국병합의 불법성 연구』 (서울: 서울대학교출판부, 2003), 267면.

72) *Ibid.*, 271면.

73) 백충현, “국제법으로 본 1900년대 한일조약들의 문제점”, 『한국사 시민강좌』, 제19집, 1996, 77면.

74) 자세한 내용은 이태진 외, 『한국병합의 불법성 연구』 (서울대학교출판부, 2003) 참조.

75) Harvard Research in International Law, “Draft Convention on the Law of Treaties with Comment”, *American Journal of International Law*, Supplement, Vol. 29, 1935, p. 1157. 원문은 다음과 같다: “A more recent instance of the kind, sometimes cited, was the coercion alleged to have been employed by the Japanese plenipotentiaries with the aid of soldiers against the Emperor of Korea and his ministers, to obtain their assent to the treaty of November 17, 1905, for the establishment of Japanese protectorate over that country.”

76) International Law Commission, Documents of the fifteenth session including the reports of the Commission to the General Assembly, *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, 1963, p. 50.

조약도 무효라는 결론에 이르게 된다.

1910년 일본의 대한제국 병합은 국가대표에 대한 강박에 의한 병합으로서 그 당시 유효한 국제법에 따라서 불법성이 인정되는 경우이고, 국가의 계속성은 사후적인 ‘법적 의제’라는 점을 고려하면, 불법 병합은 국가 소멸의 결과를 가져오지 않는다는 명제는 대한제국 사례에도 적용될 수 있을 것으로 보인다. 1930년대 이후의 국가관행을 통해 불법적인 무력의 행사에 의한 병합은 국가 소멸의 결과를 가져오지 않는다는 명제가 성립되었다고 보는 견해들에 따르면 그 이전에 발생한 일본의 대한제국 병합 사례는 자연히 배제될 수밖에 없는데, 이는 ‘무력의 행사 또는 위협’에 의한 병합에만 초점을 맞춘 결과이다. 무력의 행사 또는 위협에 의해 병합된 국가의 계속성을 인정하는 사례가 1930년대 이후에 나타난 것은 무력의 행사 또는 위협을 규제하는 방향으로 국제법이 발전하면서 국가 자체에 대한 강박에 의한 병합의 불법성이 인정되었기 때문이다. 그러나 국가 자체에 대한 강박이든 국가대표에 대한 강박이든 간에 병합의 ‘불법성’이라는 측면에 초점을 맞춘다면, 일본의 대한제국 병합 사례와 그 이후의 여타 병합 사례에 대한 사후적인 ‘법적 의제’를 근본적으로 달리할 이유는 없어 보인다. 따라서 대한제국은 일본의 병합으로 인하여 소멸하지 않았으며, 대한제국과 대한민국 간에는 계속성이 인정된다고 보는 것이 타당하다. 앞에서 검토한 바와 같이 대한제국과 대한민국 간 국가의 계속성이 인정된다는 것이 모든 법질서 및 권리의무관계의 완전한 복원을 의미하는 것은 아니므로, 대내외적으로 불안정성과 혼란이 초래될 가능성은 많지 않다.

국제법은 상당 부분 주장(claims)과 인정(recognition)의 과정이며 국가의 법적 지위도 결국 이러한 과정을 통해 획득되는 것이다.<sup>77)</sup> 따라서 대내적으로 스스로의 정체성을 분명히 하는 것이 그 출발점이며, 일관된 입장을 견지하면서 그것이 국제법의 차원으로 연결되도록 하는 것이 중요한데,<sup>78)</sup> 그러한 점에서 국내적으로 제기되어 온 ‘건국절’ 논란은 우려스러운 측면이 있다. 국제법의 관점에서 본다면, 대한민국이 1919년에 ‘건국’된 것으로 보는 시각이든 1948년에 ‘건국’된 것으로 보는 시각이든 결국 대한제국의 소멸을 전제로 하는 것이라는 점에서 별반 다를 게 없다.

77) Ineta Ziemele, "Acceptance of a Claim for State Continuity: A Question of International Law and its Consequences", *Juridiskā zinātne/Law*, No. 9, 2016, p. 45.

78) *Ibid.*

## IV. 한반도 통일에의 합의

앞에서 검토한 바와 같이 대한민국이 대한제국과 계속성을 갖는다고 할 때 제기될 수 있는 의문은 대한제국과 1948년 9월 9일 수립된 조선민주주의인민공화국은 어떠한 관계를 갖는가 하는 것이다. 북한이 국가의 계속성 또는 동일성의 관점에서 대한제국과의 관계를 명시적으로 밝힌 적은 없다. 그러나 북한은 1992년 김일성종합대학출판사에서 발간한 『국제법학(법학부용)』이라는 교과서의 ‘국제법상 국가의 권리와 의무의 계승제도’라는 항목에서 다음과 같이 기술하고 있다.

“국제법상 국가의 권리의무계승이란 새로 출현한 국가가 본래의 낡은 국가의 국제법상 권리와 의무를 이어받는 것을 말한다. ... 국가의 권리의무계승문제는 새로 출현한 국가의 자주권에 속하는 문제이면서 동시에 다른 국가들과도 일정하게 관계되는 문제이다. 따라서 국가의 권리의무계승문제는 이와 관련한 국제법적원칙에 기초하여 처리되어야 한다. 그 원칙은 우선 종전국가의 권리의무를 어느 정도 어떻게 계승하는가 하는 것은 새로 출현한 국가가 자주적으로 결정할 수 있다는 원칙이다. ... 그 원칙은 또한 종전국가의 국제법상 권리와 의무는 새로 출현한 국가에 의해서만 계승되어야 한다는 것이다. 국가의 권리의무계승과 관련된 모든 내용은 새로 출현한 국가의 존재와 발전, 민족의 존망과 관련한 문제이다. 따라서 종전국가의 권리의무는 반드시 거기에 새로 세워진 합법적인 국가에 의해서만 계승되어야 한다. 민족의 의사와는 다르게 제국주의자들이 조작한 괴뢰정권은 종전국가의 권리와 의무를 계승할 그 어떤 권리도 없다. 조선반도에서 조선민주주의인민공화국만이 우리 인민의 민족적 이익과 관계되는 모든 국제법상 권리와 의무를 계승할 권리를 가진다.”<sup>79)</sup>

북한이 자신을 “종전국가”와는 구별되는 “새로 세워진 합법적인 국가”로 파악하고 있다는 점에서 상기 내용은 국가승계 문제를 다루고 있다고 보는 해석이 있다.<sup>80)</sup> 실제

79) 『국제법학(법학부용)』 (김일성종합대학출판사, 1992), 52면.

80) 이근관, “1948년 이후 남북한 국가승계의 법적 검토”, 『서울국제법연구』, 제16권 제1호, 2009, 155면. 이 견해는 북한이 대한제국 또는 조선과 법인격적 측면에서의 동일성 및 계속성은 부인하고 있으나, 일정한 범위, 즉 영토와 주민의 측면에서는 대한제국 또는 조선과의 동일성 및 계속성을 주장하고 있다고 보고 있다.

로 북한은 2002년 사회과학원 법학연구소에서 발간한 『국제법사전』의 ‘국가의 권리의무계승’이란 항목에서 “국가의 권리의무계승문제는 사회혁명에 의하여 한 나라에서 새로운 유형의 국가가 출현하였을 경우, 식민지민족해방투쟁에 의하여 신생독립국가가 창건되었을 경우, 국가들의 통합이나 분리에 의하여 국가의 영역이 변경되는 경우에 제기된다”고 기술하고 있는데,<sup>81)</sup> 이는 기본적으로 국가승계의 유형과 관련된 내용이다. 그러나 앞에서 검토한 국가의 계속성 개념과 국가승계 개념에 비추어 볼 때, 북한이 두 개념에 대한 명확한 이해와 구별을 바탕으로 어떠한 입장을 제시한 것이라고는 단정하기는 어려운 측면이 있다. 따라서 상기 인용 부분의 내용을 토대로 북한이 조선민주주의인민공화국의 수립을 일본으로부터의 분리독립의 형태에 의한 국가승계로 간주하고 있다고 결론 내릴 수는 없을 것으로 보인다. 이와 관련하여, 북한도 한일병합조약을 “국제조약체결의 법적절차도 지키지 않고 조약으로서의 법률적 형식도 갖추지 못한 완전히 불법무효한 문건”이라고 주장해 왔음을 주목할 필요가 있다.<sup>82)</sup> 북한이 국적법에서 “조선민주주의인민공화국 창건 이전에 조선의 국적을 소유하였던 조선사람 그리고 그의 자녀로서 이 법이 공포된 날까지 그 국적을 포기하지 않은 자”를 공민으로 규정하고 있는 점,<sup>83)</sup> 독도에 대해서 일관되게 “우리 민족의 고유영토”라고 주장하고 있는 점 등 북한의 주장을 전반적으로 살펴보면 대한제국과의 계속성 또는 동일성을 전제로 하고 있다는 해석도 가능하다.<sup>84)</sup>

분명한 것은 남한과 북한 양측 모두 일본의 대한제국 병합 이전의 시기로부터 자신의 정체성을 도출하고 있다는 사실이다. 이는 국제법상 한국의 계속성 명제가 남북 분단의 현실에서 한반도 통일 문제와 관련하여 중요한 이론적 근거를 제공한다는 것을 의미한다. 이른바 ‘전체로서의 한국’ 이론 역시 이러한 관점에서 주장되는 것인데, 이것은 근대적 의미의 국가성을 구비한 ‘전체로서의 한국’이 일본의 강압적 점령 이전에

81) 『국제법사전』 (사회과학출판사, 2002), 36면.

82) *Ibid.*, 578면.

83) 북한은 이 규정과 관련하여, “이 규정에 의하여 일제식민통치 이전 조선정부에 소속되어 있던 모든 사람들과 그 사람들로부터 출생한 자녀로서 공화국국적법이 공포된 날인 1963년 10월 9일까지 조선국적을 합법적으로 변경하지 않은 사람은 거주지에 관계없이 공화국국민으로 된다”고 설명하고 있다. 『현대국제법연구』 (과학백과사전종합출판사, 1988), 77면.

84) “새로 출현한 국가”라는 표현 등에 초점을 맞춘다면, 대한제국과의 계속성이 유지되고 있다는 주장이 라기보다는 재수립된 국가 또는 부활한 국가로서 대한제국과의 동일성이 인정된다는 주장에 가깝다고 볼 수도 있다.

이미 출발하였고 그 국가성이 현재에 이르기까지 중단 없이 존재한다는 이론이다.<sup>85)</sup> 이 견해는 ‘전체로서의 한국’ 이론이 남북기본합의서에 천명된 ‘남북한특수관계론’을 정당화시켜주는 유용한 이론적 도구라고 주장한다. 한편, 이와는 다소 다른 관점에서 국제법상 한국의 계속성 및 동일성 명제와 ‘하나의 한국’ 명제 간에는 논리필연적인 관계가 없으며, 한반도 통일의 당위성을 주장하기 위해서는 ‘한국 문제’에 관한 유엔의 일련의 실행에 기초한 주장을 제기하는 것이 더 합목적적이라고 보는 견해도 있다.<sup>86)</sup> 1947년부터 1975년까지 채택된 유엔 총회의 일련의 결의들에 따르면 한반도 상에 ‘하나의 한국’이 존재한다는 것을 전제로 통일한국을 수립하는 것이 유엔이 스스로 설정한 미완의 목표이므로, 이러한 사실을 외교적으로 활용하는 노력을 전개할 필요가 있다는 것이다. 이 견해는 한국 내부적으로 널리 수용되는 입장과 외부의 견해와 상당한 괴리가 있는 상황에서는 한국의 동일성 및 계속성 명제의 대외적 대항력이 약할 수 있기 때문에 유엔의 결의들에 기초하여 한반도 통일의 당위성을 설명할 필요가 있다고 주장한다. 국제사회의 시각을 고려한 현실적인 접근이 필요하다는 취지로 이해된다. 그러나 남북 분단 상태는 한국민의 희망과 부합하지 않고 언젠가는 해소되어야 할 잠정적·부정적 상태에 불과하다는 유엔의 기본입장도 결국 분단 이전의 한국의 국가적 정체성으로부터 도출되는 것이라는 점에서, 한국의 계속성 명제가 한반도 통일 문제의 근간을 이루고 있다는 점은 부인하기 어려울 것으로 보인다.

대외적인 측면에서 한국의 계속성 명제를 통한 한반도 통일의 법적 토대를 보다 공고히 하기 위해서는 자결권 개념에 보다 주목할 필요가 있다. 유엔 헌장 제1조 제2항과 제55조는 유엔의 목적 중 하나로 “사람의 평등권 및 자결의 원칙의 존중에 기초한” 국가 간의 우호관계 발전을 규정하였으며, 이후 유엔 총회는 여러 결의를 통하여 자결권이 국제법의 기본원칙임을 확인하였다. 그리고 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제1조와 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약 제1조는 “모든 사람은 자결권을 가진다”고 규정함으로써 자결권을 인권의 하나로 인정하였다. 국제사법재판소(ICJ) 역시 여러 판결을 통하여 인민의 자결원칙 또는 자결권의 존재를 명시적으로 인정하고 있다.<sup>87)</sup> 국제사법재판소(ICJ)에 따르면, 자결권은 “관련 인민의 자유롭고 진

85) 김병기, “북한 급변사태 시 대한민국의 관할권 주장을 위한 법 정책적 대응방안과 법적 근거”, 『중앙법학』, 제12집 제4호, 2010, 226면.

86) 이근관, *supra* note 40, 105-107면.

87) 예컨대, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia(South West*

정한 의사 표시”를 요건으로 한다.<sup>88)</sup> 그 동안 자결권은 북한 내부에 급변상황이 발생할 경우 남한이 주도적으로 개입할 수 있는 근거가 될 수 있는가의 여부의 관점에서 주로 논의되어 온 측면이 있다.<sup>89)</sup> 그런데 자결권은 국가의 계속성의 사실상의 단절이 상당히 오랜 기간 지속되고 있는 경우 시간적 요소를 극복할 수 있는 근거로 기능할 수 있다는 점에서 또 다른 중요한 의미를 지닌다.<sup>90)</sup> 우리와 유사한 상황에 있었던 독일의 경우 동서독 분단은 주민들의 자결권을 침해한 것이라는 사실이 강조되었고,<sup>91)</sup> 92) 이에 근거한 독일의 계속성 주장은 국제사회에 의해 인정되었다. 한국의 경우 35년간의 일제강점기와 70년이 넘게 지속되고 있는 남북 분단 상황을 국제법상 한국의 계속성 명제를 통하여 극복하는 것은 현실적으로 쉽지 않은 일이다. 그러므로 국가의 계속성의 사실상의 단절이 국제법 위반으로부터 기인한 경우 시간적 요소는 중요하지 않으며 국제법은 해당 국가가 소멸된 것으로 간주하지 않는다는 논리를 주목하고, 이를 최대한 활용할 필요가 있다. 즉, 일본에 의한 대한제국 병합은 불법이었기 때문에 대한제국은 소멸되지 않았다는 점과 함께 남북으로의 분단은 자결권을 침해한 것이었기 때문에 국제법상 한국의 계속성에 영향을 미치지 않는다는 점을 강조해야 할 것이다. 다만, 여기서의 자결권은 그 주체가 분단을 원하지 않고 통일을 희망하는 한반도 주민 전체라는 것을 전제로 한다. 자결권의 주체인 ‘인민(people)’에 대한 정의가 확립되어 있지 않음에 따라 자결권은 다양한 방식으로 주장되고 있으며, 한반도 상황에서도 예

*Africa notwithstanding Security Council Resolution 276(1970)*, Advisory Opinion, ICJ Reports, 1971, para. 52; *Western Sahara*, Advisory Opinion, ICJ Reports, 1975, paras. 54-59; *Case concerning East Timor(Portugal v. Australia)*, ICJ Reports, 1995, para. 29.

88) *Western Sahara*, *supra* note 87, para. 55.

89) 예컨대, 남북한 주민을 포괄하는 한국민들이 자결권을 향유하므로 북한 지역에 대한 남한의 관할권 행사에 대하여 북한 주민들의 묵인, 초청, 승인을 추론할 수 있다고 보는 견해(홍성필, “북한급변시 개입의 국제법상 정당성 연구”, 『서울국제법연구』, 제19권 1호, 2012, 265-266면), 북한 변수로 촉발되는 한반도 유사시에는 북한이 전체로서의 한국을 대변할 수 없음을 고려할 때 결과적으로 대한민국이 북한 주민을 포함한 전체로서의 한국을 표상한다고 보는 견해(정대진, “한반도 유사시 자결권 행사와 통일국가 건설”, 『외법논집』, 제39권 제1호, 2015, 114면), 급변사태 발생 후 독일과 같은 형태의 통일을 가정할 때 궁극적인 자결권 행사의 주체는 북한주민이라고 보는 견해(임예준, “북한 ‘급변사태’ 논의에 대한 국제법적 고찰: 국가성의 존속 및 자결권의 원칙을 중심으로”, 『담론201』, 제20권 1호, 2017, 150면) 등이 있다.

90) James Crawford, *supra* note 7, p. 704; Ineta Ziemele, *supra* note 12, pp. 210, 217-218.

91) Kay Haibronner, “Legal Aspects of the Unification of the Two German States”, *European Journal of International Law*, Vol. 2, 1991, p. 22.

92) 자결권의 관점에서 본 독일통일에 대해서는 정대진, *supra* note 89, 109-111면 참조.

외는 아니다. 예컨대, 이제는 국제사회에서 북한의 국가성을 부인할 수 없으므로 북한 주민의 자결권은 오로지 그 자신에 의해서만 행사될 수 있다고 보는 견해가 있다.<sup>93)</sup> 국제법상 한국의 계속성 주장에 대한 대외적 대항력을 강화하기 위한 것으로서의 자결권은 기본적으로 한반도 주민과 외국 간의 관계에 대한 것이므로, 어느 한 측의 주민이 다른 한 측의 주민을 압도할 수 있다는 의미로 이해되어서는 안 될 것이다.

## V. 결 론

국제법상 국가의 계속성 개념은 영토, 주민, 정부의 변경에도 불구하고 국가가 존속한다고 보는 것이라는 점에서 국제법상 국가승계 개념과는 구별된다. 이 같은 구별에 대해서는 비판도 존재하나, 국가의 계속성은 관련 주민들의 “자기결정을 통해 획득되어지는 주권 또는 중요한 가치”라는 점을 고려할 때 국제법에서 그 독자적인 의미가 인정된다고 보아야 할 것이다.

1930년대 이후 발생한 여러 강제병합 사례들에서는 ‘불법에서는 권리가 발생하지 않는다(*ex injuria jus non oritur*)’는 원칙에 따라 피병합국의 국가적 계속성이 인정되었다. 이에 1930년대 이후의 국가관행을 통해 불법적인 무력의 행사에 의한 병합은 국가 소멸의 결과를 가져오지 않는다는 명제가 확립되었다는 점에 대해서는 학자들 간에 대체로 의견이 모아지고 있으나, 일본의 대한제국 병합은 이러한 범주에 포함되어 논의되지는 않고 있다. 20세기 초반까지도 국제법은 국가의 무력사용을 통제하지 못했기 때문에 무력의 위협이나 행사의 결과로 탄생한 조약의 효력을 문제 삼기 어렵다는 것이 주된 논리이다. 그러나 20세기 초반 국가 자체에 대한 강박조약의 효력을 둘러싸고 논란이 있었던 것과는 달리 국가대표에 대한 강박조약이 무효라는 점은 인정이 되었고, 1910년 한일병합조약의 근거가 된 1905년 을사조약이 국가대표에 대한 강박을 통해 체결되었다는 점에 대해서는 별다른 이견이 없는 상황이다. 1910년 일본의 대한제국 병합은 국가대표에 대한 강박에 의한 병합으로서 그 당시 유효한 국제법에 따라서 불법성이 인정되는 경우이고, 국가의 계속성은 사후적인 ‘법적 의제’라는 점을 고려하면, 불법 병합은 국가 소멸의 결과를 가져오지 않는다는 명제는 대한제국 사례에도 적

93) 나인균, “한국헌법과 통일의 법적 문제”, 『헌법논총』, 6집, 1995, 459면.



용될 수 있을 것으로 생각된다. 발트 3국의 사례를 통해 알 수 있는 것처럼, 한국의 국가적 계속성이 인정된다는 것이 모든 법질서 및 권리의무관계의 완전한 복원을 의미하는 것은 아니므로, 대내외적으로 불안정성과 혼란이 초래될 가능성은 많지 않다.

국제법상 한국의 계속성 명제는 남북 분단 극복과 통일이라는 중차대한 과제를 안고 있는 한반도 상황에서 특히 중요한 의미를 지닌다. 남한과 북한 양측 모두 일본의 대한제국 병합 이전의 시기로부터 자신의 정체성을 도출하고 있다는 것은 한국의 계속성 명제가 한반도 통일의 당위성에 대한 중요한 이론적 근거를 제공한다는 것을 의미한다. 그럼에도 불구하고 1세기가 넘는 장구한 세월을 한국의 계속성 명제를 통하여 극복해야 한다는 것은 현실적으로 쉽지 않은 일이다. 대외적인 측면에서 한국의 계속성 명제를 통한 한반도 통일의 법적 토대를 보다 공고히 하기 위해서는 자결권 개념에 보다 주목할 필요가 있다. 국가의 계속성의 사실상의 단절이 자결권 침해와 같은 국제법 위반으로부터 기인한 경우 시간적 요소는 중요하지 않으며 국제법은 해당 국가가 소멸된 것으로 간주하지 않는다는 논리를 최대한 활용해야 할 것이다.

(논문접수: 2018. 4. 20. 심사개시: 2018. 4. 23. 게재확정: 2018. 5. 5.)

## 참 고 문 헌

### 1. 단행본

이순천. 『조약의 국가승계』. 서울: 열린책들, 2012.

이태진 외. 『한국병합의 불법성 연구』. 서울: 서울대학교출판부, 2003.

이한기. 『국제법강의』. 서울: 박영사, 2006.

정인섭. 『신국제법 강의, 제8판』. 서울: 박영사, 2018.

한명섭. 『통일법제 특강』. 서울: 한울, 2016.

Brownlie, Ian. *Principles of Public International Law, 6th ed.* Oxford: Oxford University Press, 2003.

Bühler, Konrad G.. *State Succession and Membership in International Organizations: Legal Theories versus Political Pragmatism.* Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2001.

Crawford, James. *The Creation of States in International Law, Second Edition.* Oxford: Oxford University Press, 2006.

Jennings, Robert and Arthur Watts (eds.). *Oppenheim's International Law, Ninth Edition.* London: Longman, 1992.

Mälksoo, Lauri. *Illegal Annexation and State Continuity: The Case of the Incorporation of the Baltic States by the USSR.* Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2003.

Marek, Krystyna. *Identity and Continuity of States in Public International Law.* Genève: Librairie Droz, 1968.

O'Connell, Daniel Patrick. *State Succession in Municipal Law and International Law.* London: Cambridge University Press, 1967.

## 2. 논문

- 김명기. “국제법상 일본으로부터 한국의 분리에 관한 연구”. 『국제법학회논총』, 제33권 제1호, 1988.
- 김병기. “북한 급변사태 시 대한민국의 관할권 주장을 위한 법 정책적 대응방안과 법적 근거”. 『중항법학』, 제12집 제4호, 2010.
- 나인균. “한국헌법과 통일의 법적 문제”. 『헌법논총』, 6집, 1995.
- \_\_\_\_\_. “대한민국과 대한제국은 법적으로 동일한가? -국가의 동일성 내지 계속성에 대한 국제법적 고찰-”. 『국제법학회논총』, 제44권 제1호, 1999.
- 박배근. “대한민국임시정부의 국제법적 지위와 대한민국의 국가적 동일성 (하)”. 『법학연구』 (연세대학교 법학연구소), 제14권 제1호, 2004.
- \_\_\_\_\_. “국제법상 국가의 동일성과 계속성”. 『저스티스』, 통권 90호, 2006.
- 백충현. “국제법으로 본 1900년대 한일조약들의 문제점”. 『한국사 시민강좌』, 제19집, 1996.
- 오오타 오사무. “식민주의의 ‘공범’-두 개의 강화조약에서 초기한일교섭으로”. 고려대 아시아문제연구소 한일관계 국제심포지움 <한일관계를 되묻는다>(2012. 9. 13.) 발표문.
- 이근관. “북한의 급격한 체제변화시 통치주체에 대한 국제법적 검토”. 심지연·김일영 (편), 『한미동맹 50년: 법적 쟁점과 미래의 전망』 (백산서당, 2004).
- \_\_\_\_\_. “1948년 이후 남북한 국가승계의 법적 검토”. 『서울국제법연구』, 제16권 제1호, 2009.
- \_\_\_\_\_. “남북통일과 국제법상 국가승계 문제의 고찰-한국의 동일성 및 계속성을 중심으로”. 대한국제법학회·국립외교원 외교안보연구소 국제법센터 공동학술회의 <분단 극복을 위한 국제법의 역할과 과제>(2015. 8. 20.) 발표문.
- 임예준. “국제법상 북한의 법적 지위에 대한 고찰”. 『안암법학』, 제45권, 2015.

\_\_\_\_\_. “북한 ‘급변사태’ 논의에 대한 국제법적 고찰: 국가성의 존속 및 자결권의 원칙을 중심으로”. 『담론201』, 제20권 1호, 2017.

정대진. “한반도 유사시 자결권 행사와 통일국가 건설”. 『외법논집』, 제39권 제1호, 2015.

홍성필. “북한급변시 개입의 국제법상 정당성 연구”. 『서울국제법연구』, 제19권 1호, 2012.

Elsuwege, Peter Van. "State Continuity and its Consequences: The Case of the Baltic States". *Leiden Journal of International Law*, Vol. 16, Issue 2, 2003.

Haibronner, Kay. "Legal Aspects of the Unification of the Two German States". *European Journal of International Law*, Vol. 2, 1991.

Kunz, Josep L.. "Identity of States under International Law". *American Journal of International Law*, Vol. 49, Issue 1, 1955.

O'Connell, Daniel Patrick. "Legal Aspects of the Peace Treaty with Japan", *British Yearbook of International Law*. Vol. 29, 1952.

\_\_\_\_\_. "Recent Problems of State Succession in Relation to New States". *Collected Course of the Hague Academy of International Law*, Vol. 30, 1970.

Rim, Ye Joon. "State Failure": Implications for International Law. PhD Thesis N○ 1041, Graduate Institute of International and Development Studies, Genève, 2014.

Schachter, Oscar. "State Succession: The Once and Future Law". *Virginia Journal of International Law*, Vol. 33, 1993.

Thornberry, Patrick. "The Democratic or Internal Aspect of Self-determination with Some Remarks on Federalism", in Christian Tomuschat (ed.), *Modern Law of Self-determination* (Leiden: Martinus Nijhoff, 1993).

Tomuschat, Christian. "International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century. General Course on Public International Law". *Recueil des Course*, Vol. 281, 1999.

Ziemele, Ineta. "Is the Distinction between State Continuity and State Succession Reality or Fiction? The Russian Federation, The Federal Republic of Yugoslavia and Germany". *Baltic Yearbook of International Law*, Vol. I, 2001.

\_\_\_\_\_. "Room for 'State continuity' in international law? A constitutionalist perspective", in Christine Chinkin and Freya Baetens (ed.), *Sovereignty, Statehood and State Responsibility (Essays in Honour of James Crawford)* (Cambridge: Cambridge University Press, 2015).

\_\_\_\_\_. "Acceptance of a Claim for State Continuity: A Question of International Law and its Consequences". *Juridiskā zinātne/Law*, No. 9, 2016.

Zimmermann, Andreas. "Continuity of States". *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2006.

### 3. 기타

『국제법학(법학부용)』 (김일성종합대학출판사, 1992).

『국제법사전』 (사회과학출판사, 2002).

『현대국제법연구』 (과학백과사전종합출판사, 1988).

Harvard Research in International Law, "Draft Convention on the Law of Treaties with Comment", *American Journal of International Law*, Supplement, Vol. 29, 1935.

International Law Association, Aspects of the Law of State Succession, Final Report, Rio de Janeiro Conference, 2008.

International Law Commission, Documents of the fifteenth session including the reports of the Commission to the General Assembly, *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, 1963.

\_\_\_\_\_, Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries, *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, 1966.

*Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276(1970)*, Advisory Opinion, ICJ Reports, 1971.

*Western Sahara*, Advisory Opinion, ICJ Reports, 1975.

*Case concerning East Timor(Portugal v. Australia)*, ICJ Reports, 1995.

Reference re Secession on Quebec, Supreme Court of Canada, Aug. 20, 1998, *International Law Materials*, Vol. 8, 1998.

〈Abstract〉

**Continuity of Korea in International Law:  
Implications for Unification of the Korean Peninsula**

Do, Kyung-ok

State continuity under international law has been acquired through a process of claims and recognition. This means that it is important that State establishes self-identification and keeps its position consistently and that it is transmitted to the level of international law. In this respect, the issue of 'founding of a State', which has been raised domestically, is of concern. If the establishment of the Provisional Government of the Republic of Korea in 1919 or the establishment of the Government of the Republic of Korea in 1948 is regarded as the formation of a new State in international legal sense, it would result in the recognition that the Great Korean Empire had been extinguished by the forced annexation of Japan in 1910. The issue of 'founding of a State' has a direct relationship with the legal status of the two Koreas and the unification of the Korean peninsula as well as the illegality of Japan's colonization of Korea. Therefore, it is necessary to establish a position in the direction of contributing to the unification of the two Koreas, and consistently maintain such a position. In this context, this article examines the continuity of Korea in international law through a review of the concept of continuity in international law and the discussion on the relationship between the Great Korean Empire and the Republic of Korea. Furthermore, this article examines the implication of the continuity of Korea in international law regarding the unification of the Korean peninsula, assuming that the two Koreas ultimately form one State.

**Key Words**

State continuity, creation of States, extinction of States, relationship between the Great Korean Empire and the Republic of Korea, illegal annexation, right to self-determination, unification of the Korean peninsula