

## 독도영유권에 대한 국제법적 쟁점\* \*\*

이 환 규

영남대학교 법학전문대학원 교수

### < 목 차 >

- I. 서론
- II. 독도영유권에 대한 국제법적 쟁점
- III. 결론

## I. 서론

독도영유권 문제는 1952년 1월 18일 한국 정부가 국무원 고시 제14호 「인접해양의 주권에 관한 대통령 선언」, 일명 평화선(Proclamation of Peace Line, 이승만 라인이라고도 함)<sup>1)</sup>을 공표한 데서 발단하게 된다. 동년 1월 28일 일본 정부는 우리 정부에 최초의 항의각서(diplomatic note or protest)를 전달하면서 독도에 대한 일본의 영유권(title to territory)을 주장하였다. 일본은 이 항의각서에서 “평화선 선언은 공해자유의 원칙에 배치되는 것으로 국제법상 무효이고, 샌프란시스코 대일평화조약의 해석상 일본 영토로 인정되는 竹島를 평화선 내에 넣은 것은 일본의 영토에 대한 침범이다”는 취지의 주장을 개진하였다.<sup>2)</sup>

\* 심사위원 : 최철영, 이용호, 서보건

투고일자 : 2010. 2. 27 심사일자 : 2010. 3. 18 게재확정일자 : 2010. 3. 23

\*\* 이 논문은 2008년 교육과학기술부 지정 정책중점연구소 지원사업에 의해 연구되었음.

1) 평화선에 관해서는 지철근, 평화선, 범우사, 1979; 정인섭, 1952년 평화선 선언과 해양법의 발전, 서울국제법연구 제13권 2호, 2006, 1-21면 참고.

이러한 일본정부의 주장에 대해 동년 2월 12일 우리 정부는 1946년 1월 29일 연합국최고사령부 지령(Supreme Command for the Allied Powers' Instruction: SCAPIN) 제677호에 의하여 연합국 최고사령부가 독도를 일본의 영토적 귀속으로부터 명시적으로 배제하였으므로 독도에 대한 우리의 주장은 정당하다는 내용의 각서로서 답하였다.<sup>3)</sup> 그 후 한국과 일본은 거의 매년 자국의 영유권 주장을 확인하는 외교각서의 교환을 오늘에 이르기까지 계속하고 있다.<sup>4)</sup>

일본의 독도에 대한 영유권 주장의 핵심 내용은 무주지인 독도를 일본이 1905년 각의 결정과 시마네현 고시 제40조에 의해 일본의 영토로 유효하게 편입조치 하였다는 것이며, 또한 SCAPIN 제677호에는 독도가 한국의 영토에 포함되는 것으로 규정되었으나 대일평화조약에는 독도가 한국의 영토에 포함된다는 명시적 규정이 없으니 독도는 한국으로부터 제외된다는 것이다.

본 논문에서는 이러한 일본의 주장에 대해, 첫째, 독도는 대한제국의 실효적 지배의 대상이었던 도서로 일본의 영토 편입조치의 대상이 되는 무주지가 아니라는 점을 실효적 지배 이론을 중심으로 입증해 갈 것이고, 둘째, 제2차 세계대전 중 Cairo 선언 및 Potsdam 선언, SCAPIN 제677호, San Francisco 대일평화회담 등 일련의 독도에 대한 전후처리 과정도 독도에 대한 한국의 영유권을 확인시켜 주고 있다는 것을 입증할 것이다.

## II. 독도영유권에 대한 국제법적 쟁점

### 1. 실효적 지배와 일본의 영토편입조치의 효력

#### 1) 선점의 객관적 요소로서의 실효적 지배

선점(occupation)이란 다른 국가의 주권 하에 있지 않은 영토에 대하여 주

2) 1952년 1월 28일자 日側 口述書, 외무부, 독도관계자료집(Ⅰ): 왕복외교문서(1952~76), 집무자료 77~134, 외무부, 1977, 2면.

3) 1952년 2월 12일자 我側 口述書, 상게서, 6면.

4) 정일영·박춘호 공편, 한일관계 국제법 문제, 한국문원, 1998, 85면.

권을 취득하기 위한 국가의 행위로서,<sup>5)</sup> 선점이 성립하기 위해서는 주관적 요소로서 국가의 '영유의사(animus occupandi)'와 객관적 요소로서 '실효적 지배(effective control)' 내지 '실효적 점유(effective possession)'라는 두 가지 요소가 충족되어야 한다.<sup>6)</sup> 이러한 요건은 이미 1904년 영국과 브라질간 분쟁사건에 관한 이태리 Vittorio Emmanuele III세가 내린 국제중재판결에도 나타난다.<sup>7)</sup>

선점의 대상은 무주지(*terra nullius*)여야 한다. 무주지란 취득 바로 직전까지 어느 국가에도 속하지 않은 땅을 일컫는다. 이러한 무주지로서는 아예 처음부터 특정 국가에 속하지 않았거나 아니면 어떤 국가가 그 지역을 포기한 곳도 포함된다.<sup>8)</sup> Western Sahara 사건에서 ICJ는 무주지란 선점 행위의 시점에 누구에게도 속하지 않은 영토라고 판시하였다. 물론 특정한 형태의 영토는 무주지로 간주되었는데, 예컨대 사람이 살지 않는 지역, 포기한 영토, 사회적·정치적 조직이 전혀 없는 비교적 소수의 사람이 사는 지역 등이다.<sup>9)</sup>

선점의 주체는 국가이다. 사인의 경우 국가로부터 사전에 위임을 받거나 사후에 추인 받을 것이 요구된다. 선점의 주관적 요소로서 '영유의사'는 영유선언, 입법·행정상의 조치, 타국에 대한 통고 등에 의하여 표시된다.<sup>10)</sup> 선점사실의 통고가 요건으로 필요한가에 관하여는 견해의 차이가 있다. 당사국이나 제3국에 대하여 승인이나 거절을 주기 위한 필요에서 통고를 요건으로 하자는 주장도 있고,<sup>11)</sup> 국제분쟁을 미연에 방지하기 위한 필요에서 통고를 요건으로 하자는

5) R. Y. Jennings, *The Acquisition of Territory in International Law*, 1963, p.20; Sir R. Jennings and Sir A. Watts(ed.), *Oppenheim's International Law*, 9th ed., 1992, p.686.

6) 박기갑, 도서 영유권 분쟁관련 국제 관례에서 나타난 실효적 지배 내지 점유 개념과 독도영유권문제, 국제법학회논총 제45권, 2000, 100면; 이장희, 일본의 독도 영유권 주장의 부당성과 남북간의 협력방안, 안암법학 제15권, 2002, 190면.

7) 어떠한 국가의 영토에도 속하지 않는 지역을 획득하기 위해서는 당해 국가는 자신의 이름으로 점령행위를 취해야 하며, 그러한 점령은 중단되지 아니하고 영구적인 형태로 국가의 이름으로 행해지는 실효적 지배를 뒤따라야 완전하다고 간주된다. 그리고 단순한 주권의 확인이라든지 점령을 추후에 유효하게 하겠다는 의사표시는 충분하지 아니하다. 1904년 국제중재판결문, *RGDIP*, 1904, pp.18-19.

8) 김한택, 현대국제법, 지인북스, 2007, 437면.

9) 김채형, 영토취득과 실효적 지배기준에 관한 연구, 국제법학회논총, 제54권 제2호, 2009, 65면.

10) 이장희, 전개논문, 190면.

11) 이한기, 국제법강의, 박영사, 1997, 308-309면.

주장도 있으며,<sup>12)</sup> 선점에 의한 영역의 취득은 시원적인 근원에 의한 것이므로 통고는 요건이 아니라는 주장도 있다.<sup>13)</sup>

객관적 요소로서 '실효적 지배'는 '영유의사'라는 주관적 요소의 존재를 입증하기 위하여 특히 중시된다. 이러한 실효적 지배의 요건은 국제정치 환경의 변화에 따라 점점 엄격해져 가고 있다.<sup>14)</sup> 무주지들이 많이 남아 있던 16세기에는 실효적 지배 개념은 매우 넓게 해석되어 단순한 발견만으로도 그 국가에게는 적절한 시간 내에 점유를 완료할 '불완전한 권원(inchoate title)'이 부여되었다. 그러나 시간이 경과하면서 국제법은 점점 더 실효적 지배를 수립토록 요구하기 시작했다.<sup>15)</sup> 실효적 지배 기준에 대한 고전적 국제판례인 Palmas섬 사건,<sup>16)</sup> Eastern Greenland 사건,<sup>17)</sup> Clipperton섬 사건<sup>18)</sup>의 판결들을 보면 실효적 지배의 필요요소가 영토에 대하여 국가기능의 행사나 표명이 평화적이고 실제적이며 충분하여야 하며 계속적이어야 한다는 것이 나타난다.<sup>19)</sup> 그러나, 실효적 지배의 정도에 관해 국제법상 확립된 원칙이 없으므로 구체적인 경우에 따라 판단해야 한다. 실효적 지배의 정도는 개별적 여건, 즉, 당해지역의 인구, 면적, 위치 등에 따라 완화될 수 있다.<sup>20)</sup>

실효적 지배의 주체는 당연히 국가이다. 그리고 국제법상 개인은 그 자체로서 영토점령의 주체가 될 수 없기 때문에 무주지를 발견하고 개척행위를 한 개인의 행위는 국가의 행위와 동등하게 평가받을 수 없다. 하지만 문제는 자신의 국적국가의 실효적 지배의 증거로서 간주될 수 있는지 여부이다. 이에 대해 국제판례의 입장은 엇갈린다. Aves Island Case에서 네덜란드 주민들이 Aves섬에서 연간 3-4개월 정도 머물면서 거북이 사냥과 새알 수집행위를 한 것은 Aves섬에 대한 일시적이며 불규칙적인 점령행위에 불과하며 이를 네덜란드의 배타적

12) 이병조·이중범, 국제법신강, 일조각, 1996, 472면; 박관숙·최은범, 국제법, 문원사, 1998, 177면.

13) 김정진, 국제법, 박영사, 1998, 229면; 이석용, 국제법, 세창출판사, 2003, 87면.

14) 김대순, 국제법론, 삼영사, 2005, 650면.

15) 김한택, 전게서, 437면;

16) 김한택, "팔마스섬 사건", 국제분쟁사례연구 I, 해양수산부, 2004, 49-89면 참고.

17) PCIJ, Series A/B No.53, 1933.

18) 김채형, 프랑스와 멕시코간 클리퍼튼섬의 중재판정에 관한 연구, 국제지역논총 제1권 1호, 2004, 95-108면 참고.

19) 김채형, *supra note* 9, 70-74면.

20) 이병조·이중범, 전게서, 2007, 455면.

권리의 표명이라고 간주할 수 없다고 하였다. 이에 반해 Eastern Greenland Case에서는 일반인들이 행한 행위일지라도 당해 국가가 그 지역에 대해 제정한 법률하에 행위하였다면 국제법상 국가의 실효적 지배 행위로 간주하여도 충분하다고 판시하였다.<sup>21)</sup>

실효적 지배의 대상은 당연히 무주지로서 주민이 살고 있지 아니한 지역, 기독교 군주의 영토가 아닌 지역 및 포기된 지역 등이었다. '기독교 군주의 영토가 아닌 지역'이란 무주지의 개념은 20세기 이후 유럽인 중심의 시각을 탈피하면서 사라졌다. '포기된 지역'이라 함은 과거 영토주권을 행사했던 국가에 의해 자발적으로 포기된 지역을 의미한다. 국제 판례 및 사안을 검토해볼 때, 당해 도서에 대한 국가의 영유권 포기는 추정되는 것이 아니라, 오로지 주권의 완전한 상실을 인정할 수 있을 만큼의 오랜 기간 동안 모든 당해 국가행위가 명백히 결여된 경우에만 인정될 뿐이다. 특히 포기의사가 존재했다는 사실을 입증하는 것이 중요하다.<sup>22)</sup>

실효적 지배는 두 가지 요소를 구성요소로 한다. 하나는 심리적 요소로서의 '점유의사'이며, 다른 하나는 객관적 요소로서의 '지속적이며 평화적인 국가권력의 행사' 즉 '실효적 지배' 내지 '실효적 점유'이다. 그리고 이 두 요소는 모두 함께 존재해야 하는데 문제는 심리적 요소의 입증문제이다. 이는 국제관습법의 경우와 마찬가지로 객관적 요소인 '지속적이며 평화적인 국가권력의 행사'가 충분히 확립되어 있으면 심리적 요소는 자연히 형성되어 있다고 간주될 것이다. '지속적이며 평화적인 국가권력의 행사'라는 요건은 관련 국제 판례에서 예외 없이 강조하고 이에 대한 검토 작업을 행하고 있다.<sup>23)</sup> 지속적이며 평화적인 국가권력의 행사의 정도는 당해지역의 구체적 상황에 따라 조금씩 달라질 수 있다는 것이 국제 판례의 일반적 입장이다.<sup>24)</sup>

21) 박기갑, 전계논문, 107면.

22) 박기갑, 전계논문, 108-110면.

23) Palmas Island Case에서 관행과 학설은, 비록 요구되는 상황에 따라 법적으로 다르게 표현하거나 어느 정도 차이는 있지만, 지속적이며 평화적인 영토주권의 행사가 다른 나라와의 관계에 있어 권원으로 충분하다는 점을 모두 인정하고 있다. 이러한 입장은 The Eastern Greenland Case(1933)와 ICJ의 Manquiers and Ecrehos Case에서도 견지되어, 국가권력의 지속적이고 평화로운 행사를 가장 중요한 영유권의 근거로 인정했다.

24) 박기갑, 전계논문, 111면.

## 2) 일본의 선점주장

일본은 조선왕조가 1438년 고려유민을 단속하기 위하여 島民을 본토로 오도록 한 후 1881년 말까지 空島政策을 취한 것은 영유를 포기한 것이고, 무주지인 울릉도예의 渡航을 막부가 공인한 1618년 이후 80년간 경영하면서 독도를 寄港地 및 漁場으로 專用했으므로 독도에 대하여 일본이 원초적 권원을 취득했다고 주장한다. 또한, 한일간의 분규로 인하여 1696년 막부가 울릉도포기를 결정하고 禁航措置를 취한 뒤에도 독도 도항을 금지한 일이 없고 出漁民來往問題가 제기되었을 때에도 독도 도항을 논의한 바가 없다고 주장한다. 그리고 1881년에 울릉도의 조선령 확인도 독도와 무관한 것이고 무주지 독도에 대한 일본인 어부들의 경영실적을 유의하여 1905년 편입조치를 취하였다고 주장한다.<sup>25)</sup>

즉, 일본은 1905년 1월 28일 '리양꼬島의 영토편입'이라는 각의결정에서 독도가 국제법상 무주지임을 전제로 Liancourt라고 통용되어 온 도서에 '竹島'라는 명칭을 부여한다는 의사표시와 선점방법에 의한 영토편입조치를 취하고 일본 국내적으로는 처음으로 행정관할에 속하게 하였고, 1905년 2월 22일 도근현고시 제40호(Shimane Prefecture Decree No. 40)로 "竹島라 칭하고 自今 本縣所屬 隱岐島司의 소관으로 정한다"라고 하여 독도가 일본의 영토로 유효하게 편입조치 되었다고 주장한다.

또한, 편입조치 직후 일본정부는 이 섬에 대하여 현지측량을 실시하고, 1905년 5월 독도를 정부소유 토지로 토지대장에 등재하고, 1905년 4월 시마네현 당국은 독도의 어업을 허가제로 하면서, 같은 해 6월 일본어업자에게 정식으로 면허하였다는 점을 실효적 지배의 근거로 주장한다.<sup>26)</sup>

## 3) 일본의 선점주장의 부당성

여기에서는 앞에서 논의했던 '선점'과 '선점의 객관적 요소로서의 실효적 지배' 개념에 대한 이해를 바탕으로 일본의 선점 주장의 부당성에 대해 상세하게 살펴보기로 한다.

국제법상 선점이 성립하려면 국가가 무주지에 대해 영유의사를 명확히 함과

25) 정용태, 독도의 영유권 문제, 법학논집 제7권, 1993, 60면.

26) 정용태, 전개논문, 63면 참조.



동시에 이 지역에 대한 실효적인 지배가 있어야 한다. 그렇다면 일본의 영토편 입조치가 선점의 요건을 구비하고 있는가 하는 문제가 제기되는데, 우선 일본의 주장처럼 독도가 조선의 공도정책으로 인해 포기한 영토에 해당되어 선점의 대상이 되는 무주지에 해당되는지 여부부터 살펴보기로 한다.

선점의 대상인 무주지에는 어떤 국가가 포기<sup>27)</sup>한 지역도 포함된다. 포기된 지역이란 과거 영토주권을 행사했던 국가에 의해 자발적으로 포기된 지역을 의미한다. 국제 판례 및 사안을 검토해 보면, 도서에 대한 국가의 영유권 포기는 추정되는 것이 아니라, 주권의 완전한 상실을 인정할 수 있을 만큼의 오랜 기간 동안 모든 당해 국가행위가 명백히 결여된 경우에만 인정될 뿐이다. 특히 포기 의사가 존재했다는 사실을 입증하는 것이 중요한 문제인데, 독도의 경우에 있어서 입증책임은 일본이 져야 한다. 조선왕조의 약 400년에 이르는 울릉도에 대한 공도정책은 조선이란 국가의 통치행위의 결여를 인정할 수 있을 만큼의 오랜 기간이라고도 할 수 있으나 그럼에도 불구하고 조선의 통치행위가 당해지역에서 이루어졌다는 점은 사료를 통해서도 인정되는 바, 일본의 주장처럼 조선이 울릉도 및 독도를 포기하였다는 내용은 사실과 다르다고 볼 것이다.<sup>28)</sup> 또한, 공도정책도 하나의 국가정책인 이상 울릉도 및 독도에 대한 포기의 의사는 추정될 수 없는 것이며 그 섬이 遠隔한 무인도라는 지리적 조건을 감안할 때 공도정책의 시대 및 그 전후에 있어서의 독도에 대한 한국 및 한국인의 활동은 그 주권표시의 계속성의 원칙과 일치하는 것이라고 볼 수 있다.<sup>29)</sup> 따라서, 독도가 조선의 공도정책으로 인해 포기한 영토에 해당되어 선점의 대상이 되는 무주지에 해당된다고 할 수 없다.

독도가 선점의 대상인 무주지에 해당되지 않는다면, 한국의 독도에 대한 지배가 시작되었던 512년 이후 한일합방조약까지 독도에 대한 실효적 지배가 유지되었는지 여부에 대해 살펴볼 필요가 있다.

그런데 1905년 일본의 독도 편입조치가 무효로 되기 위한 핵심은 한국이 그

27) 국제법상 포기(abandonment)라 함은 영토주권의 포기를 말하며 지금까지의 영토지배자가 그 지역에 대해 더 이상 지배권을 행사하지 않겠다는 결심하에 그 지역을 비워주는 것을 말한다. 여기서 중요한 것은 그러한 포기가 종국적이어야 한다는 것이다. 다시 말하여 국가가 임시적이 아니라 영구적으로 그 지역으로부터 퇴거하여야 한다는 것이다. 한형건, 한일병합조약의 무효와 독도의 법적 지위, 국제법학회논총 제27권 2호, 1982, 39면.

28) 박기갑, 전개논문, 110면.

29) 이한기, 한국의 영토, 서울대학교출판부, 1969, 296면.

이전에 독도를 실효적으로 지배하고 있었다는 것이고, 이를 입증할 수 있는 가장 좋은 방법은 후술하겠지만 1900년 공포한 칙령 제41호에서 규정하고 있는 '石島'가 독도에 해당된다는 것을 입증하는 것이다.

한국은 512년(신라 지증왕 13년) 우산국이 신라에 병합된 이후 약 900년간 독도를 지배했고, 고려유민을 단속하기 위해 공도정책을 취하여 도항을 금지했으나 按撫使, 搜討官 등 관원의 정기파견순찰, 현지탐사, 口人逐出談判 등으로 원초적 권원을 이어 왔다.<sup>30)</sup>

일본의 강요에 의해 조선이 1876년 개항된 이후 일본인들이 울릉도에 본격적으로 들어와 어로와 벌목을 자행하자 조선 정부는 1882년 6월부터 일본 외무성에 대하여 일본인들의 울릉도 무단침입과 삼림벌채의 금지를 강력하게 요청함과 함께, 1883년 3월 개화파 영수 김옥균을 '東南諸島兼管捕鯨事'에 임명하여, 종래의 공도정책을 폐기하고 울릉도·독도 재개척을 본격적으로 시작하였다.<sup>31)</sup>

조선의 국호가 1897년 대한제국으로 개칭된 후에도, 울릉도에 대한 일본인들의 불법 침입과 삼림 벌채가 심각한 문제가 되자, 이에 대한 적극대책의 일환으로 대한제국 정부는 1900년(光武 4년) 10월 25일 칙령 제41호로 '鬱陵島를 鬱島라 개칭하고 島監을 郡守로 개칭한 件'을 공포하여 종래 강원도 울진현에 속해있던 울릉도와 그 부속도서를 묶어서 격상시켜 하나의 독립된 郡을 설치하였다.<sup>32)</sup> 이 칙령 제41호는 울도군수의 관할구역을 제2조에서 규정하여, "郡廳의 位置는 台霞洞으로 정하고 區域은 鬱島 全島와 竹島, 石島를 管轄할 事"라고 규정하였다. 여기서 竹島는 울릉도 바로 옆의 竹嶼島를 가리키는 것으로 李奎遠의 「鬱陵島檢察日記」에서 확인된다.<sup>33)</sup> 그리고 石島는 바로 獨島를 가리킨 것이었다. 당시 울릉도 주민의 대다수는 전라도 출신 이주어민들이 대종으로 이루어졌는데,<sup>34)</sup> 전라도 方言으로는 '돌(石)'을 '독'이라고 하고 '돌섬'을 '독섬'이라 부

30) 김정균, 독도문제에 대한 국제법적 고찰, 국제법학회논총 제25권 1, 2호 합병호, 1980, 36면.

31) 신용하, 한국의 독도영유권연구, 경인문화사, 2006, 31면.

32) 『舊韓國官報』 第1716號, 光武4年 10月 27日字 參照.

33) 신용하, 전제서, 99면.

34) 울릉도로의 이주 초기인 1882년 조선왕조는 李奎遠을 監察使로 파견하여 실태를 조사하였는데, 1882년 현재 조선인 140명이 들어와 있었고, 이를 출신 지방별로 보면 전라도 출신이 전체의 82%인 115명, 강원도 출신이 10%인 14명, 경상도 출신이 7%인 10명, 경기도 출신이 1명이었다. 李奎遠鬱陵島檢察記 參照. 1883년 3월부터 조선 정



른다는 것은 잘 알려진 사실이다. 대한제국 정부는 ‘독섬’을 意譯하여 ‘石島’라고 한 것이다.<sup>35)</sup>

울릉도 초기 이주민들의 민간호칭인 ‘독섬’, ‘독도’를 뜻을 취할 때는 ‘石島’가 되고, 발음을 취할 때는 ‘獨島’로 표기되고 있었다. 전라도에서 울릉도로 이주한 어민들은 于山島가 두 개의 큰 바위돌로 구성된 巖嶼임을 주목하여 그들의 관습대로 ‘독섬’(돌섬)이라고 부른 것이고, 有識者들은 이를 한자로 표기할 때 뜻을 취하면 ‘石島’, 음을 취하면 ‘獨島’라고 표기하였다.<sup>36)</sup>

이런 이유로 대한제국 칙령 제41호에서 울릉도의 관할구역으로 명시하고 있는 ‘石島’가 ‘獨島’를 의미하며, 따라서, 대한제국 시기에 독도는 대한제국의 실효적 지배하에 놓여 있었다고 할 수 있는 것이다.

일본이 독도를 과거부터 실효적으로 지배하여 왔다고 주장하는 가장 큰 근거는 일본이 17세기 초엽인 1618년부터 약 80여 년간 독도(당시의 일본 호칭 松島)와 울릉도(당시의 일본 호칭 竹島)를 실효적으로 지배하고 경영했다는 것이다. 즉, 米子の 상인 大谷과 村川 양가가 막부에 청원하여 1618년에 竹島渡海 免許를 받아 울릉도를 도항하면서 독도를 寄港地 및 漁場으로 專用했다. 마침 조선은 울릉도에 대해 공도정책을 펴고 있었기 때문에 조선 중엽 일본인들은 커다란 제약 없이 울릉도를 왕래하며 경제적 이득을 취할 수 있었다. 이러한 상황은 安龍福 사건이 발생하기 전까지 최소한 수십 년은 지속되었다. 그러나 이러한 실적만을 토대로 곧바로 독도에 대한 일본의 실효적 지배가 확립되어 있었다고는 할 수 없다.<sup>37)</sup> 그 이유는 다음과 같다.

첫째, 막부의 도해면허란 해외진출의 허가라는 의미를 지녔기 때문에 울릉도나 독도에 대한 도해면허는 곧 이지역이 일본령이 아니었음을 뜻한다고 보아야 한다.<sup>38)</sup>

둘째, 실효적 지배의 주체는 국가이고, 개인은 그 자체로서 영토점령의 주체

부는 종래의 쇄환공도정책을 폐기하고 울릉도·독도 재개척을 본격적으로 시작하였는데, 그 결과 1897년 3월 현재 울릉도 거주자는 모두 12개 동리에 호수가 397호, 인구수가 1,134명에 달하게 되었고, 이주자는 ① 전라도, ② 강원도, ③ 경상도 순서로 호응이 있었다. 「독립신문」, 1897년 4월 8일자 참고.

35) 이한기, *supra* note 29, 250-251면.

36) 이와 관련하여 자세한 내용은 신용하, 천계서, 32-33면, 101-103면 참고.

37) 정인섭, “국제법 측면에서 본 독도 영유권 문제”, 독도연구, 한국정신문화연구원, 1996, 88-90면.

38) 상계서.

가 될 수 없기 때문에 무주지를 발견하고 개척행위를 한 개인의 행위는 국가의 행위와 동등하게 평가받을 수 없다. 그리고 실효적 지배를 주장하기 위해서는 국가 자신의 영유의사와 지배실적이 필요하다고 할 것이다. 따라서 독도영유권 문제에 있어서 일본이 주장하는 일본어민에 의한 물개사냥기지라든지 풍랑을 피하기 위한 중간기지로서 독도의 이용 및 산림채벌행위 등 일본정부의 개입이 없는 단순한 개인행위의 존재만으로는 국가의 지배행위를 연결시키기 어려울 것이다.<sup>39)</sup>

셋째, 獨島에 대하여 일본이 주장하는 실효적 지배의 내용도 주로 17세기에 한하여 울릉도 이용과정에서 부차적으로 이루어졌던 것에 불과하다. 일본은 안용복사건을 계기로 그 이용 자체의 포기를 약속하였고, 그 이후에는 이용이 사실상 중단되었다. 즉 매우 제한적 기간 동안의 실적에 불과하다.<sup>40)</sup>

이외에도 일본은 독도에 대한 실효적 지배의 증거로서, (i) 독도에 대한 편입조치를 취한 직후에 일본의 관헌이 이 섬에 대하여 현지측량을 실시하였다는 점, (ii) 1905년 5월에 이 섬을 정부 소유 토지로서 토지대장에 기입하였다는 점, (iii) 1905년 4월에 島根縣 당국은 이 섬의 해로어업을 허가제로 하고 동년 6월에 일본인 업자에게 정식으로 면허하였다는 점 등을 내세우고 있다. 그러나 이러한 것만으로는 선점에 필요한 실효적 지배로서의 근거가 매우 박약할 뿐만 아니라 우리의 영토에 대한 이러한 조치는 일본의 한국에 대한 침략행위를 자인한 것에 불과하다.<sup>41)</sup>

전술한 바와 같이, 일본은 1905년 2월 22일 島根縣 告示 제40호로 독도를 도근현의 섬으로 편입조치를 취함으로써 독도를 선점하였다고 주장한다. 도근현 고시 제40호의 효력 문제와 관련해서 선점의 요건에 대한 부분은 앞에서 충분히 논의하였기 때문에, 이러한 요건 외에 도근현 고시가 효력을 갖기 위한 절차상 정당성 여부에 대해 살펴보기로 한다.

선점에 의한 영토취득의 효과가 발생하려면 선점을 하는 국가가 그 지역을

39) 박기갑, 전게논문, 107면. 박기갑 교수는 안용복 사건의 경우에도 국제판례의 입장 및 안용복 사건에 대한 조선 관할기관의 처벌조치를 감안한다면 영유권확보에 있어 유리한 증거만은 아니라고 하였다.

40) 정인섭, 전게서, 88-90면.

41) 박관숙, 독도의 법적 지위에 관한 연구, 연세대학교 박사학위논문, 1968, 47면; 김명기, “독도의 영유권에 대한 한국과 일본의 주장근거”, 독도의 영유와 독도정책, (독도학회, 1996. 4. 18), 40-41면.

영역으로 취득한다는 의사가 있어야 하며, 이 의사가 대외적으로 정당한 방법에 의해 표시되어야 한다.<sup>42)</sup> 일본은 독도에 대한 영역취득의 국가의사로서 1905년 1월 28일 閣議 결정 등을 들고 있다. 그러나, 선점 내지 점령의 조치는 무주지에 대해서만 가능한 것이지 타국의 영토인 독도에 대해서는 할 수 없는 것이기 때문에 일본 정부가 각의 결정을 통해 독도를 편입한다고 선언한 것은 불법강점의 조치로서 처음부터 무효한 것이라고 보아야 할 것이다.<sup>43)</sup> 설혹 일본 정부의 각의 결정을 영역취득의 국가의사라고 보더라도,<sup>44)</sup> 이와 같은 일본의 의사가 대외적으로 적절히 표시되었는가 하는 점이 문제이다. 일본은 도근현 고시 제40호로서 그 의사가 대외적으로 충분히 표시되었다고 주장하고 있다.<sup>45)</sup> 하지만 선점에 의한 영역취득의 의사표시는 국가의 대외적인 의사표시이며 따라서 일개 지방자치단체인 도근현의 고시만으로는 불충분하다고 보아야만 할 것이다.<sup>46)</sup>

또한, 영토편입과 같은 중요한 국가행위는 중앙정부가 발표하고 관보에 게재한 후 이해관계국에 통고하는 것이 일반적이다.<sup>47)</sup> 이 같은 통고는 해당 국가에 대해 사전에 통보하여 의견을 밝힐 기회를 제공함으로써 외교적 마찰이나 영토 분쟁의 발생을 방지하기 위함이다.<sup>48)</sup> 선점에 의한 영역취득에 있어서 이해관계국에 대한 통고가 필수적인 요건이 되느냐 되지 않느냐에 관해서는 국제법상 확립된 원칙이 없으며 선례도 구구하다. 1928년의 팔마스섬(Island of Palmas) 사건에서는 통고를 선점의 요건으로 보지 않았다. 그러나 1885년의 베르린, 콩고회의 일반의정서에서는 아프리카 연안의 선점에 관하여 체결국간에 통고를 요한다고 규정하였으며, 또 1931년의 클립퍼튼도(Clipperton Island) 사건에서는 프랑스영사가 하와이 정부에 선점의 완성을 통고하였는데 이것은 국제법상의 요건을 충족한 것 이라고 중재자가 판시한바 있다.<sup>49)</sup> 이와 같이 통고에 관

42) 박노순, 독도영유권의 재확인에 관한 연구, 법학연구 제5호, 1994, 3면.

43) 제성호, 전개논문, 444면.

44) 박노순, 전개논문, 3면.

45) 1954년 2월 10일자 日本 外務省覺書.

46) 박관숙, 전개논문, 46면; 이장희, 전개논문, 190면; 제성호, 국제법상 島根縣 告示 제40호의 불법·무효성, 중앙법학 제10집 제1호, 2008년, 437면 참조; 김명기, 독도와 국제법, 華學社, 1987, 45면.

47) 제성호, 상계논문, 439면.

48) 이한기, *supra note* 29, 309면.

해서는 반드시 확립된 원칙이 없고 따라서 통고가 국제법상 필수적인 요건이라고 보기는 어렵지만, 그러나 통고는 극히 용이하였다는 점, 또 국제분쟁의 미연의 방지를 위해서도 통고가 필요하다는 점으로 보아 선점에 있어서의 통고는 적어도 바람직하다고 할 수 있다.<sup>50)</sup> 이러한 견지에서 볼 때 일본이 독도편입에 대해 국내적 고시로 충분하고 대외적인 통고는 필요 없다는 주장에 수긍하기 어렵다.

## 2. 독도에 관한 전후처리 문제와 영유권 귀속 확인의 성격

### 1) Cairo 선언, Postdam 선언, 무조건항복의 의의

제2차 세계대전 말기에 한국은 Cairo 선언으로 일본으로부터의 분리와 독립이 최초로 연합국에 의해 공식적으로 약속되었다.<sup>51)</sup> 1943년 11월 27일 미국의 루즈벨트 대통령, 영국의 처칠 수상, 중화민국의 장개석 총통 등 3대국의 수뇌가 이집트의 카이로에 모여서 對日本戰에 있어서의 승리의 확신과 전망을 명확히 하고 앞으로의 일본의 영토처리에 관한 원칙을 규정한 것이다. Cairo 선언은 일본국이 탈취 또는 점령한 태평양에서의 모든 섬 그리고 폭력과 強慾으로 일본국이 약취한 다른 모든 지역으로부터 驅逐한다고 하였으며, 이어 한국의 자유·독립에 관하여 결의하였다. 그러나 Cairo 선언은 연합국인 미국·영국·중국에 의한 일방적 선언이며 그 자체가 일본에 대해 법적인 구속력을 갖는 것은 아니었다.<sup>52)</sup>

Cairo 선언이 있는 후 1945년 7월 26일 미국·영국·중국에 의한 Potsdam 선언이 발표되었는데 이 선언에서는 일본의 항복조건이 상세히 규정되었다. 영토귀속과 그 범위를 설정하는 근거로서의 1945년 Postdam 선언은 제8항에서

49) 박관숙, 전계논문, 47-48면.

50) 同旨. 박관숙, 상계논문; 박노순, 전계논문, 4면; 이장희, 전계논문, 190면; 채성호, 전계논문, 439-440면; 한윤상, 독도문제와 한일관계, 안전보장, 1986, 47면; 한형건, 전계논문, 38면.

51) R. Higgins, *United Nations Peacekeeping, 1946-1969, Documents and Commentary II, Asia*(Oxford Uni. Press, 1970), p.153.

52) 이한기, *supra note* 29, 264면; 박관숙, 독도의 법적 지위에 관한 연구, 大韓公倫社, 1965, 51면.

Cairo 선언의 이행을 확인하면서 ‘일본국의 주권은 本州, 北海道, 九州 및 四國과 우리가 결정하는 小島들에 국한한다(The terms of the Cairo Declaration shall be carried out and Japanese sovereignty shall be limited to the islands of Honshu, Hokkaido, Kyushu, Sjokoku and such minor islands as we determine)’라고 규정하여<sup>53)</sup> 일본영토의 범위결정방식을 규정하였다. Cairo 선언을 흡수한 동 선언은 Cairo 선언과 같이 4대국에 의한 일방적 선언에 불과하며 그 자체가 일본에 대해서 법적 구속력을 갖는 것은 아니다.<sup>54)</sup>

그러나, 1945년 8월 14일에 일본은 무조건항복 선언을 통해 Potsdam 선언을 무조건 수락했고,<sup>55)</sup> 동년 9월 2일에는 무조건수락을 성문화한 항복문서(Instrument of the Surrender)에 조인함으로써 Potsdam 선언, 따라서 Cairo 선언의 의무를 스스로 지게 되었다.

여기서 주목할 점은 Cairo 선언, Potsdam 선언, 日王의 무조건항복 선언이 모두 ‘정치적 선언(Political Declaration)’ 내지 ‘신사협정(Gentlemen's Agreement)’으로 법적 구속력을 갖지 않지만, 연합국 대표와 일본 대표간에 조인된 쌍무협정인 항복문서가 법적 구속력을 가짐으로써 Cairo 선언, Potsdam 선언, 日王의 무조건항복 선언, 항복 문서가 상호 관련성을 갖게 되었다는 점이다. 그것은 바로 “우리는 이후 일본 정부와 그 승계자가 Potsdam 선언의 규정을 성실히 이행할 것을 약속한다”는 항복문서 제6항의 규정 때문이다.<sup>56)</sup> 이 같은 일본의 이행 약속은 Potsdam 선언의 제8항에 법적 구속력을 발생시키고, Potsdam 선언에 명기된 “Cairo 선언의 제조항은 이행될 것”이라는 내용 역시 일본 정부에 대해 구속력을 갖도록 한다.<sup>57)</sup>

53) United States Congress, Senate Committee on Foreign Relations, *A Decade of American Policy: Basic Document, 1941-1949* (U.S. Government Printing Office, 1950), p.50.

54) 이한기, *supra note* 29, 265면; 박관숙, 전게서, 51면.

55) 일본은 무조건항복 선언을 방송을 통해 다음과 같이 발표했다. “우리는 우리 정부에게 미국·영국·소련 정부에 대해 우리 제국이 그들의 공동선언의 제규정을 수락한다는 것을 통보할 것을 명령했다. 우리 국가의 안전과 복리와 같이 모든 국가의 공동 번영과 행복을 위해 생존한다는 것이 위 일본제국의 조상으로부터 물려받아 우리들의 마음에 간직한 엄숙한 의무이다.”

56) 제성호, 전후 영토처리와 국제법상의 독도 영유권, 서울국제법연구, 제15권 1호, 2008, 138면.

57) 김영구, “1951년 샌프란시스코 대일강화조약 관련 일본의 독도영유권 주장에 대한 반론”, (사) 독도연구보전협회, 「독도 영유권에 대한 일본주장 총비판」, 독도영유권 대

그런데 Cairo 선언은 폭력과 強慾으로 일본국이 약취한 다른 모든 지역으로부터 驅逐된다는 것과 함께 한국의 자유·독립을 천명하고 있다. 이는 대한제국의 영토를 기반으로 하여 한반도에 독립국가를 건설한다는 것을 의미한다. 따라서, 대한제국 칙령 제41호를 통해서도 독도가 대한제국의 실효적 지배하에 있었던 영토임이 증명되었듯이, 대한제국의 영토를 기반으로 하여 설립될 독립국가의 영토에 당연히 포함된다고 할 것이다.

## 2) SCAPIN 제677호의 해석 문제

Potsdam 선언 및 항복문서에 규정된 내용을 실천하기 위하여 1946년 1월 29일 연합국최고사령관 맥아더 장군이 SCAPIN 제677호로 「약간의 주변지역을 정치상·행정상 일본으로부터 분리하는 데 대한 각서」(Memorandum for Governmental and Administrative Separation of Certain Outlying Area from Japan)를 발표하였는데, 이는 일본에 대한 전후처리에 있어서 가장 중요한 내용을 가진 문서라고 할 수 있다. SCAPIN 제677호는 “일본은 4개 본도와 주변의 1,000여 개 도서로 구성된다”고 정의하였으며, 한국의 영토부분은 동일한 항목 안에 울릉도, 제주도와 독도를 묶어 한반도 침략시 일본이 폭력과 강욕으로 약취한 지역으로 판단하여 일본의 정치적·행정적 관할로부터 제외되는 대상지역으로 명기하였다.<sup>58)</sup> SCAPIN 제677호에서는 Potsdam 선언에서 연합국의 결정에 유보된 諸小島의 귀속에 있어서 일본에게 귀속될 ‘隣接諸小島’와 日本으로부터 分離될 ‘非隣接島嶼’의 구분이 비로소 구체적으로 밝혀졌다.

SCAPIN 제677호의 제5항은 “이 지령에 포함된 ‘일본의 정의(The Definition of Japan)’는, 그에 관하여 다른 특정한 지령이 없는 한, 또한 본 연합국 최고사령부로부터 발하는 모든 지령·각서·법령에 적용된다”고 명시하

토론회 (2004년 11월 16일), 51면; Takano Ouichi, *The Territory of Japan*, Tokyo Uni. Press, 1962, pp.4-11.

58) SCAPIN 제677호의 내용을 보면, 일본의 영토에 포함되는 지역으로서 (1) 4개 本島 및 大馬諸島, (2) 북위 30도 이북의 琉球諸島를 포함하는 약 1천개의 隣接 諸小島, (3) 伊豆諸島 및 그 이북의 諸島로 한정하는 한편, 일본 영토로부터 제외되는 지역으로서 그 제1항에 울릉도·제주도와 함께 독도가 명시되어 있는 것이다. 그 외에 북위 30도 이남의 琉球諸島 및 硫黃群島, 大東群島, 南鳥島를 포함하는 기타의 주변 태평양 전제도와 千島列島, 齒舞群島, 色丹島 그리고 만주, 대만, 澎湖諸島 및 한국과 사할린 등을 명시하고 있다.



여, 이 지령의 '일본의 정의'에 변경을 가하고자 할 때에는 반드시 연합국 최고 사령부가 그에 관한 다른 지령을 발해야 하며, 그렇지 않는 한(즉, 독도를 일본령에 포함시킨다는 적극적 결정이 없는 한) 이 지명에서의 '일본의 정의'는 미래에 영구히 적용됨을 명백히 밝혔다.<sup>59)</sup>

그런데 SCAPIN 제677호는 제6항에서는 "Potsdam 선언 제8항의 諸小島の 최종적 결정에 관한 연합국의 정책을 표시하는 것이 아니다"라고 규정하고 있다. 일본 정부 및 일본의 일부학자들은 이것을 근거로 이 지령이 독도를 일본으로부터 분리한 것이 아니라고 주장하면서 '일본의 영토문제에 직접 관계가 없다'는 등 또는 '점령관리상의 편의조치로서 취해진 것'이라는 등 일본측에 유리한 해석을 하고 있다. 그러나 이 각서에서 이러한 단서규정을 한 것은 앞으로 연합국이 諸小島에 관한 또 다른 결정을 할 가능성을 완전히 배제하는 것이 아니라는 점을 밝힌 것에 불과한 것이며, 이 각서에서의 결정이 잠정적이라는 뜻은 아니라고 보아야 할 것이다.<sup>60)</sup> 그리고 일단 분리가 확정된 독도에 대해서는 그 뒤 어떠한 조치도 취해진 바 없다. 일본령으로 귀속시킨다는 적극적 결정도 없고, 또 독도에 대한 일본의 잔존 주권을 인정한다는 선언도 없었다. 따라서 독도는 SCAPIN 제677호에 의해 일본령으로부터 분리된 그대로의 상태 아래서 대일 평화조약의 체결을 맞이한 것이다. 이렇게 볼 때, 대일평화조약이 독도를 일본령에 포함시킨다는 적극적 규정을 두지 않는 한, 역시 독도는 대일평화조약에서도 일본령으로부터의 분리가 확정된 것이라고 보아야 한다.<sup>61)</sup>

### 3) 샌프란시스코 대일평화조약 제2조 a항의 해석 문제

1951년 9월 미국의 샌프란시스코에서는 제2차 세계대전을 완전히 종결하는 대일평화조약이 체결되었다. 1951년의 대일평화조약(Treaty of Peace with Japan) 제2조 a항 영토조항(Territory Clause)에서는 "일본국은 한국의 독립을 승인하고, 제주도 · 거문도 · 울릉도를 포함한 한국에 대한 모든 권리와 권원 및 청구권을 포기한다"고 명시하였다.<sup>62)</sup> 여기서는 SCAPIN 제677호에 의하여 일

59) 신용하, 한국과 일본의 독도영유권 논쟁, 한양대학교 출판부, 2005, 212-213면.

60) 박관숙, 전개논문, 64-67면.

61) 이한기, *supra note* 29, 267면.

62) 대일평화조약 제2조 a항 원문은 다음과 같다. "Japan, recognizing the independence

본으로부터의 분리가 명시되었던 독도가 빠져있었다. 한국은 샌프란시스코 평화 회의에서 참전국이 아닌 이유로 당사국 대우를 받지 못하고 회담의 내부사정에 관하여 잘 알지 못하고 있었는데, 일본측은 독도가 한국의 영토로 명시된 것을 알아차리고 이를 일본령으로 하려고 집요한 로비를 전개하였다. 그 결과 평화조약 최종안에서는 독도라는 명칭이 사라지게 되었다.<sup>63)</sup>

아무튼 일본측은 대일평화조약 제2조 a항을 독도에 대한 영유권 주장의 근거로 사용하고 있다. 첫째, SCAPIN 제677호에는 독도가 한국의 영토에 포함되는 것으로 규정되었으나 대일평화조약에는 독도가 한국의 영토에 포함된다는 명시적 규정이 없으니 독도는 한국으로부터 제외된 것이라고 주장한다. 둘째, 대일평화조약에 한국에 포함되는 것으로 규정된 제주도·거문도·울릉도 3島는 한국의 최외측에 위치한 것이므로 울릉도 외측에 위치한 어떠한 도서도 일본의 영유권으로부터 제외되는 것이 아니라는 것이다. 따라서 독도가 이들 도서의 내측에 위치한 것이라면 평화조약에 명시할 필요 없이 한국 영토에 포함되는 것이나, 독도는 그 외측에 있으므로 이를 한국 영토에 포함시키려면 상기 3도와 함께 독도의 명칭을 대일평화조약에 명기해야 한다고 주장한다.<sup>64)</sup>

그러나, 이러한 일본의 주장에 대해서는 첫째, 대일평화조약은 한국이 조약당사자가 아니므로 '포기대상이 아니었다'는 일방적인 해석으로 구속력을 주장할 수 없다.

둘째, 대일평화조약 제2조 a항에서의 기술방식은 열거방식(enumerative method)이 아니라 예시방식(illustrative method)을 택하고 있기 때문에 독도뿐 아니라 여기에 열거하지 않은 한반도 주변의 다른 모든 도서들이 모두 일본의 포기대상에서 제외된 것이라고 할 수 없다.

셋째, 대일평화조약 제2조 a항에 열거된 제주도, 거문도, 울릉도는 한국의 최

of Korea, renounces all right, title and claim to Korea, including the islands of Quelpart, Port Hamilton and Dagele," San Francisco Peace Treaty.

63) 이상면, 전계논문. 234면. 대일평화조약 제1차 초안에서 제5차 초안까지도 독도가 평화조약의 명문에 엄연히 한국의 영토에 포함되는 것이었는데, 일본측에서 “竹島는 한국 이름이 없고 한국이 영유한 사실도 없으며 1905년 일본이 선점하여 영토로 편입한 것이다.”고 선전하여 그 영향을 받아 제6차 초안에서는 한때 독도가 일본 영토에 들어가고 한국 영토에서 삭제되는 헤프닝이 벌어지기도 하였다. 그러나 연합국 가운데 영국, 오스트레일리아, 뉴질랜드 등이 독도를 SCAPIN 제677호에 의하여 이미 한국령으로 정해놓은 사실을 존중하자는 입장을 취하자, 제7 초안 이후에서 독도라는 명칭을 아예 사용하지 않기로 하였다.

64) 정용태, 전계논문. 66-67면.

외측에 위치한 도서만을 열거한 것은 아니다. 이는 제주도 남방 외측에 마라도가 위치하고 있으나 대일평화조약 제2조 a항에서는 마라도를 열거하지 아니하고 제주도를 열거하고 있는 것으로 보아 명백하다.<sup>65)</sup> 만약, 독도가 울릉도의 외측에 있다는 이유로 일본의 영토라 주장한다면, 제주도의 외측에 있는 마라도도 일본의 영토가 되어야 한다는 모순을 보여주고 있다.<sup>66)</sup>

넷째, 독도는 SCAPIN 제 677호에 의하여 비인접도서로서 인접소도와는 명백히 구별되었고, 1947년 6월 19일 일본에 대한 항복 후의 기본정책에 의하여 일본의 영토는 인접도서에만 국한되었으므로 독도가 일본으로부터 분리된 것은 확실하다. 따라서 대일평화조약에 독도를 일본에 편입한다는 적극적 규정이 없는 한 일본으로부터 분리가 확정된 독도의 지위에는 아무런 변동도 있을 수 없는 것이다.<sup>67)</sup>

다섯째, 평화조약에 특별히 규정되어 있지 아니한 사항은 강화조약 체결 당시의 현상을 그대로 유지하는 것으로 된다는 것이 국제법상 확인되어 있는 바, 대일평화조약이 체결될 당시 독도는 SCAPIN 제41호'에 의해 일본의 관할구역으로부터 제외되어 있었다. 따라서 대일평화조약에 의해 독도는 일본으로부터 분리된 것이 아니라는 주장은 성립될 수 없다.<sup>68)</sup>

### III. 결론

이상에서 선점의 요건으로서의 실효적 지배와 독도에 관한 전후처리 문제를 중심으로 해서 독도영유권 문제에 대해 검토해 보았다.

국제법상 선점이 성립하려면 국가가 무주지에 대해 영유의사를 명확히 함과 동시에 이 지역에 대한 실효적인 지배가 있어야 한다. 일본은 1905년 각의 결정과 시마네현 고시 제40조에 의해 독도가 일본의 영토로 유효하게 편입조치 되었다고 주장한다. 그러나 독도는 512년 신라의 영토로 귀속된 이후 1905년까지 한국이 계속 영유, 통치, 관할해 왔음은 수많은 역사기록을 통해 잘 입증되

65) 김명기, 전계논문, 41-42면.

66) 이장희, 전계논문, 193면.

67) 이한기, *supra note* 29, 269-270면.

68) 김명기, 전계논문, 41-42면.

고 있고, 1900년 공포한 칙령 제41호는 독도가 울릉도의 관할구역으로 대한제국의 실효적 지배하에 놓여 있었다는 것을 증명해 준다. 따라서, 일본 정부가 대한제국의 영토인 독도를 편입한다고 선언한 각의 결정은 처음부터 무효라고 보아야 할 것이며, 이에 기초하여 발령된 시마네현 고시 제40호도 역시 법적 효력을 가질 수 없다. 설령 각의 결정을 영역취득의 국가의사라고 보더라도 시마네현 고시는 중앙정부의 관보 미게제, 관련국 불통고 등 절차상으로도 중대한 하자를 안고 있는 것으로 영역취득을 위한 국가의사표시를 위한 요건을 결하였다 할 것이다.

또한 제2차 세계대전 중 Cairo 선언 및 Potsdam 선언, SCAPIN 제677호, San Francisco 대일평화회담 등 일련의 독도에 대한 전후처리에 있어서도 독도에 대한 한국의 영유권을 확인시켜 주고 있다는 것을 알 수 있었다.

이렇듯 실효적 지배 측면과 독도에 관한 전후처리 측면 모두 독도에 대한 한국의 영유권을 입증해 주고 있지만, 현재까지도 독도에 대한 일본의 도발은 끊이지 않고 있는 상태이다.

그런데 국제사법재판소가 실효적 지배와 관련해서 판단을 하면서, 첫째, 분쟁 당사국들이 서로 실효적 지배를 주장하는 경우에 논란이 된 섬들에 대한 오랜 기간의 확정적인 사용을 증명하는 국가가 영토주권을 갖는다고 판결한 점,<sup>69)</sup> 둘째, 섬에 대한 역사적 권원보다는 권원을 가졌다고 주장하는 국가가 실효적 지배라는 주권행사를 통해 자신의 권원을 공고히 한 점에 초점을 맞추어 판단했다는 점,<sup>70)</sup> 셋째, 실효적 지배에 관한 최근의 도서영유권 판례에서는 분쟁도서에 대한 국가 권원의 평화적이고 계속적인 행사의 실체가 되는 다양한 증거들을 검토하여 우세한 증거를 제시하는 측에 승소판결을 내렸다는 점<sup>71)</sup> 등은 우리에게 시사해 주는 바가 크다고 할 것이다. 이러한 국제사법재판소의 태도에 비추어 볼 때, 우리에게 지금 당장 필요한 것은 일본의 한반도 강점시기인 1905년 이전에 이미 독도가 우리나라의 '평화적이고 실제적이며 충분하고 계속적인' 국가권력의 행사<sup>72)</sup> 하에 있었다는 것을 입증할 제3자가 보아도 명백한

69) 김채형, *supra* note 9, 72-73면.

70) 김영원, 말레이시아-싱가포르간 도서영유권분쟁에 대한 ICJ의 판결분석과 독도문제에 대한 시사점, 외교 제86호, 2008, 72-77면.

71) *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan(Indonesia/Malaysia)*, Judgement, I.C.J., Reports 2002, para. 149.

72) 김채형 교수는 실효적 지배의 필요요소가 영토에 대하여 국가기능의 행사나 표명이

증거를 확보할 필요가 있으며, 또한, 독도의 영유권이 우리측에 다시 귀속된 이후 한국 정부가 지속적이며 평화적인 의미에서의 실효적 국가행위를 독도에 대해 행하고 있다는 것을 입증할 자료<sup>73)</sup>를 축적해 나가는데 만전을 기해야 할 것이다.

주제어 : 독도, 시마네현 고시 제40호, 영토편입, 무주지 선점, SCAPIN 제677호, 샌프란시스코 대일평화조약

평화적이고 실제적이며 충분하여야 하고 계속적이어야 한다고 하였다. 김채형, *supra* note 9, 70-74면.

73) 박기갑 교수는 이러한 자료로 독도를 우리나라 행정구역으로 편입시킨 사실·독도를 공무원이 관찰한 기록 및 민간인이 독도 및 인근수역에서 국가를 위하여 한 행위의 기록·독도 및 그 인근수역에서 이루어진 각종 행위에 대한 정부의 인허가사실·독도 인근 수역에서의 각종 선박, 특히 어선의 활동 및 통제 기록·독도 인근 수역에서의 국가선박, 특히 군함의 활동상황을 담은 일지, 그 외 행정 및 경찰활동에 관한 기록 등을 제시하고 있다. 박기갑, 전제논문, 113-114면.

## 참 고 문 헌

- 김대순, 국제법론, 삼영사, 2005.
- 김영구, 독도문제의 진실, 법영사, 2003.
- 김영구, 독도 영토주권의 위기, 다솜출판사, 2006.
- 김정균·성재호, 국제법, 박영사, 2006.
- 김한택, 현대국제법, 지인북스, 2007.
- 박관숙·최은범, 국제법, 문원사, 1998.
- 신용하, 한국과 일본의 독도영유권논쟁, 한양대학교 출판부, 2005.
- 신용하, 한국의 독도영유권 연구, 경인문화사, 2006.
- 이석용, 국제법, 세창출판사, 2003.
- 이석우, 영토분쟁과 국제법, 학영사, 2004.
- 이석우, 독도분쟁의 국제법적 이해, 학영사, 2005.
- 김영원, 말레이시아-싱가포르간 도서영유권분쟁에 대한 ICJ의 판결분석과 독도 문제에 대한 시사점, 외교 제86호, 2008.
- 김정균, 독도문제에 대한 국제법적 고찰, 국제법학회논총 제25권 1, 2호 합병호, 1980.
- 김채형, 프랑스와 멕시코간 클리퍼튼섬의 중재판정에 관한 연구, 국제지역논총 제1권 1호, 2004.
- 김채형, 영토취득과 실효적 지배기준에 관한 연구, 국제법학회논총, 제54권 제2호, 2009.
- 박노순, 독도영유권의 재확인에 관한 연구, 법학연구 제5호, 1994.
- 이장희, 일본의 독도 영유권 주장의 부당성과 남북간의 협력방안, 안암법학 제15권, 2002.
- 정용태, 독도의 영유권 문제, 법학논집 제7권, 1993.
- 정인섭, 1952년 평화선 선언과 해양법의 발전, 서울국제법연구 제13권 2호, 2006.
- 제성호, 전후 영토처리와 국제법상의 독도 영유권, 서울국제법연구, 제15권 1호, 2008.
- 한형건, 한일병합조약의 무효와 독도의 법적 지위, 국제법학회논총 제27권 2호, 1982.
- 한윤상, 독도문제와 한일관계, 안전보장, 1986.



[Abstract]

## A Study on the Korean Title to Territory over Dokdo under International Law

Lee, Hwan-Gyu

Professor, Law School, Yeungnam University

Japanese Government claims that the occupation of Takeshima (i.e. Dokdo) by Korea is an illegal occupation undertaken on absolutely no basis of international law, and no measure taken by Korea during the illegal occupation with regard to Takeshima has any legal justification.

But Japanese assertion is groundless. Japan's incorporation of Dokdo in 1905 was illegal under international law because the island was not terra nullius at the time when the measure was taken. The territorial sovereignty of Korea over Dokdo had been fully established with a new administrative division given to the island via the Korean Imperial Order No. 41 (1900) which is clear evidence that Korea had effective control over Dokdo. The Korean Empire made a clear statement that Seokdo (i.e. Dokdo) is under the jurisdiction of Ulleung-gun, or Ulleung County.

The General Headquarters of the Allied Powers, during its occupation of Japan, applied Directive SCAPIN-677 without issuing any other specific orders. The Directive SCAPIN-677 provides that Dokdo along with Ulleungdo, belongs to the area which is excluded from Japan's governmental or administrative authority.

The Allied Forces' decision to exclude Dokdo from Japan's territory, between World War II and the conclusion of the San Francisco Peace Treaty, was part of postwar measures to implement the results from the Cairo Declaration (1943) and the Potsdam Declaration (1945).

This article proves Japanese assertion is groundless by analyzing the theory of effective occupation and examining historical documents.

Key Words : Dokdo, Shimane Prefecture Decree No. 40, Territorial Incorporation,  
Occupation of terra nullius, SCAPIN No. 677, San Francisco Peace  
Treaty with Japan