

STRATEGY 21

통권38호 Vol. 18, No. 3, Winter 2015

독도(獨島)의 실효적(實效的) 지배(支配)와 해양(海洋) 전략자산(戰略資産)으로서의 국제법(國際法)*

안 한 별**

-
- I. 서론
 - II. 독도문제의 법적 성격
 - 1. 국제법상 분쟁의 정의
 - 2. 독도문제의 국제법상 성격 및 국제사회의 태도
 - III. 실효적 지배의 의의
 - IV. 실효적 지배의 요건
 - 1. 지배의 주체로서 국가
 - 2. 주권자로서 행동하려는 의사와 의지
 - 3. 지속적이며 평화로운 관할권의 행사
 - V. 주요 해양문제에 관한 국제법적 고찰
 - 1. 평화선, 한일어업협정, 新한일어업협정
 - 2. 한일간 EEZ 경계 확정 시 독도/울릉도 기점론
 - 3. 독도인근해역에서의 일본조사선에 대한 나포·당파·발포의 경우
 - VI. 국제법 측면에서의 거시적 해양 전략을 위한 제안
 - 1. 단기적 방안 : 실효적 지배의 입증에 관하여
 - 2. 장기적 방안 : 거시적 해양 전략 수립을 위한 국제법 역량 강화 방안
 - 3. 장기적 방안 : 거시적 해양 전략 하 섬으로서의 독도의 법적 지위 확정
 - VII. 결론
-

* 본 논문은 제6회 해양학술 논문공모 최우수작으로 선정된 것임.

** 고려대학교 정치외교학과.

I. 서론

2015년 7월 21일 한국정부는 일본 방위성이 발표한 ‘2015 방위백서’에 독도를 일본 영토로 기술한 것에 대해 “한·일 양국의 새로운 미래를 열어나가고자 하는 노력을 무실화시키는 행위”라며 유감을 나타냈다.¹⁾ 독립 이래 일본의 독도에 대한 주권 주장은 일부 정치인들의 ‘망언’의 형태를 넘어 지방 및 중앙정부의 차원에서 조직적이고 체계적으로 이루어지고 있다. 국내에서 반일감정을 거칠게 불고 온 2005년 2월 시마네현 의회의 ‘다케시마의 날’ 조례통과는 이러한 연장선상의 대표적인 사례 중 하나이다.²⁾ 독도 문제는 법적, 정치적, 역사적인 사실관계를 넘어 대한민국 주권과 독립의 상징으로 받아들여지면서 국민 정서에 큰 영향을 미친다. 일본이 독도에 대한 주권 주장을 할 때마다 국내의 각종 기관·단체들은 다양한 반응을 내 놓는다. 극단적으로는 일본과의 전쟁 준비에 착수해야 한다는 주장부터 보다 온건하게는 대한민국 정부차원에서의 대마도에 대한 주권주장 요구까지 각양각색이다. 일본의 반복되는 황당한 주장에 분노하는 것은 당연하나 논리와 사실에 근거하지 않은 감정적 대응은 종종 일본의 독도에 대한 야욕을 분쇄하는데 별 다른 도움이 되지 않거나 오히려 역효과를 가질 수도 있다는데 문제가 있다.

예컨대 언론에서는 종종 독도에 관한 실효적 지배의 중요성을 강조하며 일본정부 해양조사선박의 동해의 우리나라 배타적 경제 수역 (Exclusive Economic Zone: EEZ) 침범 시 당파와 발포를 불사하는 강경대응을 주장하고는 한다. 하지만 배타적 경제수역에서의 미승인 해양과학조사를 이유로 타국의 비상업용 정부선박에 대한 물리력 행사는 국제법 위반행위이다. 실효적 지배는 국제법상의 개념으로 국제법위반행위를 통한 관할권행사는 실효적 지배의 근거로 인정되지 아니한다. 그러나 우리 배타적 경제수역에서 일본의 해양과학조사선에 대한 물리력을 동원하는 대응이 독도문제가 가진 성격과 관련하여 우리나라의 정당한 권원의 입증에 도움이 되는지에 대한 국제법적 관점에서 탐구하는 보도는 찾기 어렵다.

독도문제는 독도에 대한 일본의 권원이 사실상 전무하다는 점에서 정치적

1) 일본 독도 자국영토 주장에... 외교부 “한일 관계 개선 노력 무실화” 『중앙일보』 (2015. 07. 21.)

2) 김기범, “독도 영유권 갈등과 일본의 보수화 경향”. 『아태지역동행』 제159권 (2005)

(非법률적) 문제에 가까우나 문제의 성격에 대한 판단은 본안(merit)의 문제이다. 또한 한일 양국 간 법적 권리에 관한 상충하는 주장이 존재한다는 측면에서 일견(prima facie) 법률적 분쟁의 성격도 가지고 있어 법적 분쟁으로 비화될 가능성을 배제할 수 없다.³⁾ 따라서 이 글은 독도문제가 본질적으로 정치적 성격을 갖지만 법적 성격 역시 배제할 수 없는 이중적 성격을 갖는다는 전제하에 독도 문제의 국제법적 성격에 대해 논의를 시작한다. 이후 독도에 대한 우리나라의 정당한 권원을 국제사회에 증명하는데 필수적 요소인 실효적 지배의 개념·요건에 대해 국제법과 국제 판례에 비추어 논한다. 그리고 해양 전략에 수립에 있어 국제법에 대한 이해와 이용의 필수불가결성에 대해 실 사례를 통해 검토하고 한반도 전 해역관리차원에서 독도의 실효적 지배 유지를 위해 장기적·거시적 안목으로 수립되어야 할 해양 전략에 대하여 국제법적 측면에서 제안을 한다.

Ⅱ. 독도문제의 법적 성격

독도에 대한 대한민국 정부의 공식적 입장은 다음과 같다. “독도는 역사적, 지리적, 국제법적으로 명백한 우리 고유의 영토입니다. 독도에 대한 영유권 분쟁은 존재하지 않으며, 독도는 외교 교섭이나 사법적 해결의 대상이 될 수 없습니다.”⁴⁾ 이와 같이 우리 정부는 독도문제의 분쟁적 성격을 공식적으로 인정하지 않고 있다. 우리나라의 언론이나 일반 시민사이에서도 독도문제를 독도 ‘분쟁’이라 일컫는 경우는 찾아보기 힘들다. 이는 ‘분쟁’의 성격을 부인하여 독도문제를 국제재판의 대상으로 하고자하는 일본의 계략을 회피하기 위한 것이라고 판단된다. 이 같은 생각이 국제법상 전혀 근거가 없는 것은 아니다. UN 헌장 제2조 3항과 제33조에 따르면 회원국은 분쟁의 평화적 해결의무를 지기에 독도 ‘분쟁’을 국제사법재판소의 판결에 따라 해결해야 되는 상황이 존재할 수도 때문이다. 그러나 이는 분쟁이 다른 한 당사국의 동의 없이는 정의될 수 없다는 전제가 참일 경우에만 유의미하다.

3) 이한기, 『한국의 영토』 (서울: 서울대학교 출판부 1969) pp.299.

4) 독도에 관한 대한민국 정부의 공식입장. http://dokdo.mofa.go.kr/kor/dokdo/government_position.jsp

1. 국제법상 분쟁의 정의

분쟁의 정의를 논함에 있어 가장 대표적으로 인용되는 국제 판례는 The Mavrommatis Palestine Concessions case에 대한 1924년 상설국제사법재판소(PCIJ)의 판결이다. 본 판결에서 PCIJ는 분쟁을 “두 사람 간에 법 또는 사실의 문제 관한 입장 불일치, 법적 견해 또는 이해관계의 충돌⁵⁾”로 정의한다. 이와 같은 판결은 1962년 South West Africa Case⁶⁾ 이후 다수의 국제재판에서 일관되게 반복되었으며 이와 다른 내용의 분쟁에 관한 정의를 내리는 국제 판례는 찾아보기 어렵다. 1962년 ICJ 판결에 따르면 ‘이해관계의 충돌’의 존재 그 자체가 곧 ‘분쟁’을 구성하는 것은 아니다. 따라서 단순한 이해관계의 충돌을 넘어 특정한 이해관계의 충돌과 관련하여 각 당사국이 자신의 이익 실현을 주장하는 의지의 표현으로서 입장의 대립이 존재하여야만 비로소 분쟁이 된다.⁷⁾

한편 한일 양국과 같이 어떠한 사안에 대하여 대립된 입장을 가진 두 국가 중 한 국가는 분쟁의 존재를 인정하는 반면 다른 한 국가는 분쟁의 존재 자체를 부정하는 경우에도 분쟁은 성립할 수 있다. 1950년 ICJ는 권고적 의견에서⁸⁾ “국제분쟁이 존재하는가의 여부는 객관적으로 결정되어야 할 문제이다. 단순히 분쟁의 존재를 부인함으로써 그 부(不)존재를 입증할 수는 없는 것이다”라고 선언한 바 있다. 즉, 국가 간 분쟁의 존재여부는 일방당사국에 의해 결정되지 아니하며 국제법정에 의해 정해진다는 것이다. 요컨대 ICJ의 입장은 어떠한 문제에 대하여 일방 당사자가 분쟁의 존재를 부인한다고 하더라도 양측이 그 문제와 관련하여 명백히 상반된 입장을 보이고 있다면 객관적으로 분쟁은 존재한다 할 수 있다는 것이다. 분쟁의 정의가 국제법정의 손에 맡겨져 있음은 ICJ의 사물관할권을 모든 법적분쟁으로 규정한 ICJ 규정 제38조 2항⁹⁾ 그리고 이때의 특정

5) “A dispute is a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or of interests between two persons”

6) 1962 ICJ Reports 319, 328.

7) 김석현, “국제 판례에 비추어 본 국제분쟁의 의의 및 그 존재의 확인” 『국제법학회논총』 제56호 제4권 (2011), pp.113.

8) Interpretation of Peace Treaty with Bulgaria, Hungary and Romania 1950 ICJ Reports

9) ICJ 규정 제36조 2항

재판소규정의 당사국은 “다음 사항에 관한 모든 법률적 분쟁에 대하여 재판소의 관할을, 동일한 의무를 수락하는 모든 다른 국가와의 관계에 있어서 당연히 또한 특별한 합의 없이도, 강제적(의무적)인 것으로 인정한다”는 것을 언제든지 선언할 수 있다.

분쟁에 대해 ICJ가 관할권을 갖는지 그 여부는 ICJ가 스스로결정한다는 ICJ 규정 제36조 6항¹⁰⁾을 고려할 때 논리적 귀결(corollary)이다.

2. 국제 판례에 비추어 본 독도문제의 국제법상 성격 및 국제사회의 태도

국제 판례의 태도를 비추어 볼 때 입장을 대립을 방지하기 위해 적극적인 대립견해표명을 아니하고 일본의 모든 주장을 무시하는 저자세를 유지한다고 하더라도 독도문제가 국제사회에서 분쟁으로 비추어지는 것을 회피하기는 어렵다고 판단된다. 1988년 ICJ에 따르면 일방당사자가 국제법상 자신의 행위를 정당화하기 위한 아무런 명시적 주장을 하지 않더라도 양 당사국이 당해 문제에 관해 대립되는 태도를 보이는 경우 분쟁이 존재하는 것으로 인정된다.¹¹⁾ 요컨대 1952년 평화선 선포 이래 제기된 독도에 대한 관할권과 반환을 요구하는 일본의 입장과 독도가 역사적, 지리적, 국제법적으로 명백히 한국의 고유영토라는 한국의 입장과 충돌이 지속하는 이상 국제법상 독도 문제는 분쟁인 것이다.¹²⁾

한편 분쟁의 법적정여부를 떠나 국제사회에도 독도는 단순한 문제보다는 분쟁으로 비추어 지고 있는 것으로 판단된다. 실제로 국내에서 독도문제를 분쟁이라 지칭하는 것을 회피하는데 반해 대다수의 서양언론을 포함한 국제사회는 독도문제를 통상 territorial dispute(영토분쟁)로 표기하고 있다. 예를 들어 한국언론진흥재단의 기사통합검색과 조선일보와 중앙일보 홈페이지를 이용한 기사검색 결과를 종합해보면 전국 종합일간지에서 1996년부터 2011년까지 ‘독도문제’를 포함한 기사제목은 348건이 검색되는 반면 ‘독도분쟁’을 포함한 기사제목은 40건뿐이다.¹³⁾ 이와 대조적이게 세계의 대표적인 언론사인 BBC, CNN, New York Times¹⁴⁾에서 모두 “Dokdo Dispute”가 “Dokdo Problem”보다 현저히 많

10) ICJ규정 제36조 6항

“재판소가 관할권을 가지는지의 여부에 관하여 분쟁이 있는 경우”에는 그 문제는 재판소의 결정에 의하여 해결된다; 이른바 Kompetenz-Kompetenz 규정.

11) Application of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of June 1947. (1988 ICJ Reports).

12) 그러나 본 논문에서는 용어 사용에 있어 독자의 기분과 어감을 고려하여 독도분쟁 대신 독도문제를 사용하였다.

13) 정인섭, 『생활 속의 국제법 읽기』. (서울: 일조각 2012) pp.87.

은 검색결과를 보여줄 뿐만 아니라 세계 최대 온라인 백과사전인 Wikipedia에서도 독도는 영토분쟁지역(territorial disputes) 포함되어 있다.¹⁵⁾

조용한 외교, 소극적 대응은 일본의 황당한 억지에 대한 우리나라의 무시가 국제법적으로 독도에 대한 우리나라의 확립된 권원을 인정받고 독도가 분쟁지역으로 비춰지는 것을 방지할 수 있으리라는 기대 하에 이뤄진 것이다. 그러나 국제판례의 태도에 비추어 보아 이러한 기대는 타당하다 말하기 어려우며 국제사회의 태도 역시 이러한 기대에 부합하지 못하는 것으로 판단된다. 따라서 소극적대응의 유효성이 소멸한 이상 분쟁의 존재를 묵인하거나 일본의 부분적 권원을 인정하는 듯 한 잘못된 메시지를 전달할 위험이 있는 저자세로부터 탈피하여 보다 적극적인 대응에 나설 필요가 있다. 그러나 철저한 전략적 이해타산 없이 일본과 공개적인 마찰을 빚는 것은 실효적 지배에 대한 도움이 되지 않으며 그 외 다방면에서도 바람직하지 못하다. 즉 거시적 전략 없는 적극적 대응은 기존의 소극적 대응만도 못하다. 그러므로 단기적으로 독도에 대한 우리의 권원에 대한 증거를 확충하며 실효적 지배를 평온하게 지속하면서 장기적으로 동해는 물론 남해도 포함하는 거시적 안목에서의 국제법 기반을 다지고 이를 근간으로 해양영토관리 전략을 수립한 후 이를 기반으로 독도에 대한 실효적 지배를 강화해야 한다.

Ⅲ. 실효적 지배의 의의

실효적 지배(effective control)는 영토권원을 확인하는 요소인 점유의 증거(evidence of possession)이다. 본 개념의 원천은 로마법에서의 소유권 결정 원칙에서 출발하였으나 영토분쟁에 관한 다수의 국제 판례를 통해 국제법의 개념으로 발전되고 구체화되었다. 지난 한 세기 간 국제재판은 도서 영유권 분

14) 검색일 2015년 7월 17일 기준

언론사/검색어	Dokdo dispute	Dokdo problem
BBC	48	9
NYT	29	1
CNN	20	12

15) Wikipedia, "territorial disputes" https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_territorial_disputes# (검색일 2015. 9. 13).

쟁에 관해 국가들이 역사적 권원(historic title)과 실효적 지배를 근거로 하여 서로 충돌하는 주장을 하는 경우 실효적 지배의 증명에 있어 상대적 우월성을 갖는 국가에게 영토주권을 인정하는 모습을 보여주었다.¹⁶⁾ 따라서 국제사회에 독도에 대한 우리나라의 주권을 입증하기 위해서는 실효적 지배의 요건에 대한 정확한 이해 하에 각각의 요건을 충족하는 객관적인 증거를 제시하는 것이 필수불가결 하다.

IV. 실효적 지배의 요건

선점이란 국가가 영역취득의사를 가지고 무주지를 실효적으로 지배하여 성립되는 권원이며 시효는 타국의 영토를 장기간 평온하게 공개적으로 점유하여 확립되는 권원으로 둘 다 모두 실효적 지배를 근거로 한다는 데 공통점이 있다. 한편 독도는 우리나라 고유의 영토로 선점이나 시효의 대상이 아니라는 점은 주지의 사실이다. 그러나 국제판례를 보면 분쟁대상이 된 영토가 특정국가의 고유의 영토인지 여부를 선결문제로 다루지 아니하고 상대적으로 어느 국가가 더 우세한 국가 주권의 행사의 강력한 근거를 제시하는가에 기초하여 영토주권의 소재를 결정하는 경향이 있다. 예컨대 1953년 *Minquiers and Ecrehos case*에서 ICJ는 섬의 역사적 권원에 관한 중세로부터의 증거에 기반을 둔 영국과 프랑스의 증거를 배제하고 오직 섬에 대한 근래의 직접적인 실효적 관할권 행사 실적만을 중시하여 결론에 도달하였다.¹⁷⁾ 여기서 실효적 관할권 행사의 증거는 실효적 지배의 증거와 상당부분 중첩된다. 따라서 국제사회를 상대로 독도에 대한 우리나라의 주권을 법적으로 입증하고 미래에 있을 수도 있는 사법절차에 대비하기 위해서는 어떠한 요건들이 실효적 지배의 증거로 인정되는가 그 요건을 면밀히 검토할 필요가 있다 판단된다.

16) 박기갑, “도서 영유권 분쟁관련 국제 판례에서 나타난 실효적 지배 내지 점유개념과 독도영유권 문제”, 『한국국제법논총』 제45권 제2호 (2000) pp.104.

17) “What is of decisive importance, in the opinion of the Court, is not indirect presumptions deduced from events in the Middle ages, but the evidence which relates directly to the possession of the Ecrehos and Minquiers groups” (ICJ Reports 1953).

1. 지배의 주체로서 국가

UN국제법위원회(ILC)는 2001년 국가책임초안에 대한 주석에서 국가는 “조직화된 진정한 실체, 즉 국제법 하에서 행동할 수 있는 완전한 권한을 가진 법인격자”로서 “한 개의 단일체로 대우되며 이에 따라 국제법에서 단일의 법인격자로서 승인되고 있다”고 언급하였다.¹⁸⁾ 따라서 영토주권의 증거로써의 실효적 지배의 일차적 주체는 역시 국가이다. 국가 외의 행위자에 의한 관할권 행사가 실효적 지배의 증거로써 간주될 수 있는지는 국제법상 아직 모호성의 영역에 놓여있다.

2. 주관적인 실효적 지배의 요건으로써 주권자로서 행동하려는 의사와 의지

실효적 지배가 성립하기 위해서는 주권의 행사 의지가 명확할 정도로 충분한 표시가 존재하여야 한다는 것이다.¹⁹⁾ 이는 실효적 지배를 구성하는 중요한 요소로 Eastern Greenland case에서 강조된 바 있다. 물론 이 요건은 모든 상황에서 일률적으로 적용되는 것이 아니라 영토의 특성에 따라 일부 완화될 수 있다.

3. 객관적인 실효적 지배의 요건으로써 지속적이며 평화로운 관할권의 행사

특정영토에 대한 관할권 행사가 실효적 지배로 인정받기 위해서는 그러한 관할권 행사가 중단 없이 상당기간 동안 지속적으로 행사되어야 하며 관할권의 행사가 이루어진 초기부터 타국으로부터 반박 받지 아니하여야 한다. 이때 단순한

18) 2001 ILC Report, Draft articles on responsibility of States for internationally wrongful acts, Art. 2 Commentary.

19) 이한기, “The Minquiers and Ecrehos case의 연구 - 독도문제에 관련된 실효적 점유의 원칙에 대한 비판적 고찰을 중심으로” 『서울대학교 법학』 제9권 1호 (1967).

항의는 관할권의 평화적 행사를 저해하는 것으로 간주되지 않지만 집요한 항의가 지속된 경우 평화적 행사가 유지되었다고 말하기 어렵다.²⁰⁾ 특히 가장 최근의 도서영유권 분쟁판결인 2012년 Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Columbia)에서 ICJ는 “주권적 행사가 지속적으로 끊임없이 타국이 인지할 수 있을 정도의 공연하게 결정적 시일이전에 항의 없이 (평화적으로) 이뤄짐”을 실효적 지배 갖춰야할 요건으로 명확하게 밝히고 있다.²¹⁾ 이 요건 역시 특수한 상황에 따라 일부완화의 가능성이 있다.

V. 주요 해양문제에 관한 국제법적 고찰

본 장에서는 주요 해양문제에 대한 검토를 통해 독도문제를 포함한 해양문제에 관한 전략수립에 있어 국제법에 대한 심층적인 연구와 이해 및 실무에서의 적용이 필수적임을 밝히고자 한다.

1. 평화선, 한일어업협정, 新한일어업협정

1) 평화선 (이승만 라인)

1952년 한반도 인근 해역의 수상·수중·해저와 그 일체의 자원에 대한 주권적 권리를 포괄적으로 선언한 평화선은 독도와 그 인근수역에 대한 주권적 관할과 실효적 지배의 명시적 의사표시였다. 이승만 라인에 기반 하여 해양자원보호법이 제정되어 해양자원보호수역이 선포되어 그에 대한 관할권과 지배권이 구현되게 하였다. 이후 체결된 1982년 해양법 협약 역시 평화선을 지지하는 방식으로 발전되었다. 즉 평화선은 국제법의 발전을 예측하고 이를 치밀하게 활용하여 동해와 독도에서의 주권을 수호하는데 크게 이바지한 것이다.²²⁾

20) 제성호, “독도의 실효적 지배 강화방안과 국제법” 『저스티스』 통권 제93권 (2006) pp.190.

21) 이용희, “국제 판례상 실효적 지배의 개념과 독도에 관한 고찰”. 『Ocean and Polar Research』 Volume. 35-4 (2010). pp.317.

22) 정인섭, “1952년 평화선 선언과 해양법의 발전” 『서울국제법연구』 제13권 2호 (2006) pp.7.

2) 한일어업협정

평화선은 일방적 선언에 불과하여 일본에 대해 구속력이 없는 반면 한일어업협정은 한일간에 구속력이 있는 양자협정으로 그 법적지위가 달라 평화선과 단일선상에서 비교하기에는 무리가 있다. 그러나 국익증진에 국제법을 적극적으로 활용한 평화선과 그러지 못한 상반되는 사례로 한일어업협정을 비교하는데는 일정 의미가 있다 판단한다. 1965년 체결된 한일어업협정은 평화선으로부터 우리나라 관할영역을 후퇴시키며 평화선은 사실상 의미를 잃게 되었다. 또한 한국의 모든 도서가 포함된 공동규제수역에서 독도만 유일하게 제외되어 독도는 한일양국의 도서 중 12해리 전관수역이 없는 유일한 섬이 되었다. 그 결과 대한민국은 독도 주변수역에서는 일본어민에 대한 어떤 규제도 못하게 하였다.²³⁾

당시 우리나라는 경제발전을 위해 필요한 차관을 조달이 시급했다. 또한 일본과의 협정준비사실이 공개되면 국민적 거센 반대가 예상되었다. 따라서 공개적인 준비과정을 통한 전문가집단에 자문하는 과정이 부족할 수밖에 없었다. 종합적 협상 전략 없이 차관조달에 초점이 맞춰진 상태에서 협상을 진행하였고 ‘독도를 폭파시키는 심정’으로 조속한 협상타결을 위해 한일어업협정을 포함한 한일기본협정을 일괄타결하자는 일본의 제안을 성급하게 수락하고 말았다. 그러나 일본의 표면적으로 중립적인 이 제안에는 장기적으로 독도에 한국의 주권적 권리행사를 약화시키고자 하는 저의가 숨겨져 있었다.²⁴⁾

3) 신(新)한일어업협정

신(新)한일어업협정은 우리나라의 일반적 수준이 1965년에 비해 진일보 하였다는 점에서 오류를 시정하는 계기가 되었어야 했으나 오히려 한일어업협정보다 후퇴한 점이 있다. 우선 1965년과 다소 유사하게 신(新)한일어업협정은 1997년 우리나라의 경제위기와 정권교체의 혼란 속에서 정부와 민간사회가 협상진척과정에 대해 관심을 쏟기 어려운 환경 속에서 진행되었다.²⁵⁾ 당시 한국 측 수석대표였던 윤병세 심의관의 증언에 따르면 한국정부는 이미 협상 이전

23) 이상면, “독도와 그 주변수역에 대한 한국의 주권행사” 『서울대학교 법학』 통권 제49권 4호 (2008) pp.252, 257.

24) 이상면, (전계주 21) pp.256.

25) 자신에게 가장 유리한 시기와 전장을 선정하는 것도 뛰어난 전략가의 능력의 일부라 판단된다.

에 원활한 타결을 위해 내부적으로 독도를 중간수역에 포함시키는 것으로 결정하였다고 한다.²⁶⁾ 이후 이를 대외비로 감추며 협상을 진행하다 협상타결직 전 이러한 점이 알려지면서 대대적인 국민적 반발이 일자 新한일어업협정은 어업에 관한 협정으로 독도의 영유권 문제와는 무관함을 밝혔다.

그러나 신(新)한일어업협정은 국제법에 대한 심층 있는 이해와 거시적 해양 전략의 부재에 따른 다음과 같은 전략적 차원에서 문제가 있다. 첫째, 조약 해석의 원칙에 따라 신(新)한일어업협정 제15조를 제1조²⁷⁾와 제7조²⁸⁾의 문맥과 함께 해석할 때 해당 협정은 어업에 관한 사항 외에도 부분적인 경제획정을 암시하고 있음을 알 수 있다. 또한 제15조는 독도에 대한 권원이 전혀 없는 일본도 독도에 대한 일정한 입장이 있는 것처럼 해석될 여지가 있다. 실제로 2002년 일본 최고의 국제법 학자 중 한명인 야마모토 소우지 교수는 신(新)한일어업협정에 대해 “일본은 사실은 독도에 관해 별로 할 말이 없었는데 신(新)한일어업협정 체결 후에 비로소 할 말이 생기기 시작한 것으로 생각한다”고 말한바 있다.²⁹⁾ 신(新)한일어업협정을 단순한 어업합의를 위한 협정을 보지 않는 일본의 저의는 2001년의 사건에서 명백히 들어난다. 2000년 한러 어업합의에 따라 러시아가 일본과 영토분쟁을 겪고 있는 남쿠릴열도 주변수역에서 한국어선의 조업이 가능하게 되었다. 그러자 일본은 2001년 이는 남쿠릴열도에서 발양하는 인근해역에 대한 일본의 주권을 무시하는 용인할 수 없는 행위라 반발하였다. 한국정부는 신(新)한일어업협정을 예시로 “영토문제와 어업문제는 별개의 문제이므로 한국이 해당해역에서의 어업활동은 러일간의 영토문제에서 어느 일방의 입장을 훼손하는 것이 아니다”라고 설명하였다. 그러나 일본정부는 한국정부의 설명을 일축하며 러시아 정부에 한국어선의 입어금지를 강력히 요청하였고 결국 해당수역에서의 우리나라의 입어는 금지되었다.³⁰⁾

둘째, 오늘날 국제법의 원칙은 “땅이 바다를 점령한다”는 것으로 해양에 대

26) 윤병세 심의관의 발언, 외교통상부, 신한일어업협정 설명회, 1998. 9. 30.

27) 신한일어업협정 제1조

이 협정은 한일양국의 배타적 경제수역에 적용한다.

28) 신한일어업협정 제7조

1. 각 체약국은 다음 각목의 점을 순차적으로 직선으로 연결하는 선에 의한 자국측의 협정수역에서 어업에 관한 주권적 권리를 행사하며, 제2조 내지 제6조의 규정에 적용상도 이 수역을 자국의 배타적경제수역으로 간주한다.

29) 이상면, “신한일어업협정과 독도의 실효적인 영토주권 강화방안” 『국회의원 간담회 자료집』 (2008. 8. 1.) pp.15.

30) 김동원, [공치분쟁]어민들 “우린 어떻게 살라고” 시름 『동아일보』 (2001. 10. 12).

한 주권은 영토로부터 나오는 파생적인 성격의 것이다. 일본의 주장과 같이 “영토와 어업은 별개” 이므로 “독도영유권 문제와 어업을 별개”라는 것은 일본의 책략일 뿐 국제법의 원칙이 아니다. 우리나라가 일본의 주장을 수용하게 된 배경에는 어업협정이 섬의 영유권결정에 영향을 미치지 아니한다고 판결한 1953년 ICJ의 *Minquiers and Ecrehos case*의 판결에 대한 잘못된 이해로부터 비롯된 것으로 판단된다. 당시 재판부는 분쟁도서의 영해 내 공동어로를 설치하는 어업협정의 존재는 양국의 실효적 관할권 행사를 종합적으로 평가할 때 어느 일방 당사국의 우위를 인정할 만한 것이 아니라고 판결하였다. 그러나 이는 독도와 같이 과거에 존재하지 않았던 공동관리적 요소를 중간수역을 통해 공동관리적 요소를 새롭게 창설한 것과는 명백히 다른 것이다. 서울대학교 법과대학의 이상면 교수는 이에 대해 “아직 도서 영유권 분쟁에서 인근해역에 대한 주권행사가 도서의 영유권결정에 결정적 영향을 미친 판례는 없다. 그러나 도서의 가치보다 인근해역에서의 자원의 가치가 현저히 높은 경우 그 자원에 대한 영유권 도전국의 주권행사가 일정한 권원을 형성하는 경우 경쟁적 청구 시 일정한 가치를 인정받을 수 있다”라는 견해를 밝힌 바 있다. 요컨대 신(新)한일어업협정은 국제법과 국제 판례에 대한 충분한 분석 없이 표면상 타당하다고 보이는 일본의 주장을 수용함으로써 독도로부터 비롯되는 한국의 주변수역에 대한 주권을 스스로 평가절하하고 일본 역시 일정한 입장을 가짐을 간접적으로 인정하는 우를 저지른 것이다.³¹⁾

셋째, 우리정부는 동해에서 우리가 독도의 법적지위를 평가절하한 후 자발적으로 무시해야 상호주의 차원에서 일본 역시 남해의 일본령 암석인 도라시마를 무시하며 동해와 남해에서의 한일간 원활한 해양경계획정에 합의해줄 것이라고 기대하였다.³²⁾ 이는 비슷한 시기 일본이 중국과의 마찰에도 불구하고 끝까지 조어도의 법적지위를 섬으로 인정해 배타적경제수역을 선포하고 중일어업협정에서도 조어도를 중간수역에 포함시키지 않은 것과 대비되는 것이다.³³⁾ 그럼에도 불구하고 이 같은 기대는 신(新)한일어업협정 이후에도 정부 내에서 상당 기간 이어진 것으로 판단된다. 예컨대 동해 배타적경제수역 경계 획정 문제와 관련하여 청와대 고위관계자는 “독도기점론의 가능성은 항상 열려

31) 이상면, “신한일어업협정상, 독도와 그 주변수역의 법적 문제” 『서울대학교 법학』 제40권 제3호 (1999) pp.118.

32) 박춘호, “독도와 해양법 왜 혼동하는가,” 『중앙일보』 (1996. 2. 12) p.6.

33) 이상면, (전계주 21) pp.264.

있다”면서도 “종합적 판단을 좀 더 해야 한다”고 고민의 일단을 토로했다.³⁴⁾ 그러나 일본은 신(新)한일어업협정 이후에도 일관되게 우리정부와 기대와는 정 반대로 남해에서의 도라시마 기점론을 포기하지 않고 있다.³⁵⁾ 나아가 태평양에서는 침대 크기의 산호초 오키노도리시마도 영해는 물론 배타적경제수역도 갖는 섬이라 선포하고 외국어선을 단속하는 등 관할권을 행사하고 있다. 즉, 근거 없는 주장에 근거하여 협상에 임한 결과 우리나라는 양보만 하고 얻은 것은 없게 된 것이다.

2. 한일간 EEZ 경계 확정 시 독도/울릉도 기점론

등거리선인 중간선을 기본원칙으로 하여 역사적 권원과 특별한 사정에 따라 영해의 경계선을 결정하도록 한 해양법협약 제15조³⁶⁾와 달리 EEZ의 경계선에 관한 동 협약 제74조³⁷⁾는 구체적 원칙 없이 형평한 해결에 도달해야 함을 규정하고 있을 따름이다. 따라서 제74조의 구체적인 해석을 위해서는 해양경계획정에 관한 국제 판례를 살펴볼 필요가 있다. 해양 경계획정시에는 육지에서와는 달리 역사적 권원이나 관할권 행사 실적에 근거하여 경계획정이 어렵다. 2009년 Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine)와 2012년 Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)와 같은 최근의 판례는 주로 다음과 같은 3단계접근법을 취하고 있다. 먼저, 잠정적 경계선으로 등거리선을 설정한 후 두 번째로 잠정적 등거리선의 이동 또는 조정을 필요로 하는 사실이 있는지를 검토하고 세 번째 단계로 분쟁당사국의 해안선의 길이와 해양경계획정의 결과 당사국에 귀속되는 해역 면적 등의 비례성을 검토하여 위의 두 단계를 통해 결정된 잠정 경계선이 형평하지 못한 결과를 초래하

34) 박승희, “EEZ 기점을 울릉도서 독도로 옮기면...” 『중앙일보』 (2006. 4. 25).

35) 선우정, “남해상 바위 鳥島 日, EEZ기점 삼기로” 『조선닷컴』 (2006. 6. 15).

36) 해양법협약 제15조

두 국가의 해안이 서로 마주보고 있거나 인접하고 있는 경우, 양국 간 달리 합의하지 않는 한 양국의 각각의 영해 기선상의 가장 가까운 점으로부터 같은 거리에 있는 모든 점을 연결한 중간선 밖으로 영해를 확장할 수 없다. 다만, 위의 규정은 역사적 권원이나 그 밖의 특별한 사정에 의하여 이와 다른 방법으로 양국의 영해를 경계를 획정할 필요가 있는 경우에는 적용하지 아니한다.

37) 해양법협약 제74조

1. 서로 마주보고 있거나 인접한 연안을 가진 국가 간의 EEZ 경계획정은 형평한 해결에 이르기 위하여 ICJ규정 제38조에 언급된 국제법을 기초로 하는 합의에 의하여 이루어진다.

지 않았는지 확인하여 최종적인 경계를 획정한다.³⁸⁾

하나 유의해야 할 점은 제15조에 따라 섬의 존재는 영해의 경계획정과 관련하여 특별한 사정들의 구체적인 예가 될 수 있지만 제74조에는 이와 유사한 개념이 존재하지 않기 때문에 EEZ경계획정이 형평하게 이루어지도록 고려되어야 하는 관련 사정들(relevant circumstances)의 개념정도에 불과하다는 점이다.³⁹⁾ 따라서 해양경계획정시의 섬의 역할은 개별 사건들마다 관련되는 종합적인 사정에 따라 달라진다. 오늘날의 국제 판례의 경향은 배타적경제수역이 섬의 존재로 크게 영향을 받는 경우 그 규모가 상당한 경우에도 아예 가치를 부정하거나 제한적 효과만을 인정하는 경향이 현저하다. 이렇게 형평한 해결을 위해 섬의 가치를 부정 혹은 제한적으로만 인정하는 경향은 EEZ경계획정뿐만 아니라 섬에 12해리의 영해 부여에 있어서도 일관되게 적용되는 사항이다. 즉 ICJ 입장은 섬에게 EEZ 및 대륙붕은 부여하지 못하더라도 최소 12해리의 영해를 부여하는 것은 형평한 해결의 한 예지만 해당 섬의 경계획정시의 구체적 가치는 개별사건의 관련사정에 따라 판단되어야 하므로 절대적인 형평은 아니라는 것이다.⁴⁰⁾ 예컨대 Maritime Delimitation of the Black Sea 에서 $0.17km^2$ 의 크기로 100여명의 연구원만이 상주하여 $0.19km^2$ 인 면적을 가진 독도와 크기와 성격이 유사한 Serpent Island를 ICJ는 해당 섬의 가치를 부정하고 일단 등거리선을 잠정경계로 획정한 후 총 3단계 과정을 거쳐 잠정적 경계가 형평을 해치는 현저한 불균형을 초래하지 않는다고 판단하였다. 또한 1982년 Continental Shelf Case (Tunisia v. Libya)에서 Kerkennah섬은 독도의 약 650배 크기인 $160km^2$ 의 면적과 15,000의 주민을 인구조로 가졌음에도 불구하고 ICJ에 의해 절반의 제한적 가치만을 인정받았다.⁴¹⁾

거주민이 없는 소도가 해양경계획정에서 항상 가치를 부정당하는 것은 아니다. 최대 가로 길이 375m 세로길이 50m에 불과한 Aves섬도 EEZ경계획정에 있어 완전한 지위를 인정받은 바 있다. 이같이 전례가 없는 것도 아니며 한 일간의 EEZ경계획정에서 독도기점 시에 울릉도기점시보다 우리나라의 EEZ 면적이 약 $21,000km^2$ 이나 확장된다는 점을 고려할 때 독도 기점론이 일리가

38) 정인섭, 『신(新)국제법강의 - 이론과 사례 제5판』 (서울: 박영사 2014) p.630.

39) 이기범, “해양경계획정의 과정에서 섬의 정의, 권원 및 효과에 관한 고찰.” 『국제법평론』 통권 제 37호 (2013) pp.116-117.

40) 이기범, (전계주33) pp.132.

41) 김영구, “동해에 있어서 한일간 EEZ 경계획정에 관련한 해양법협약 제121조 3항의 해석과 적용” 『서울국제법연구』 제3권 1호. (1996) pp.52.

없는 것도 아니다.

그러나 충분한 법리개발 없는 독도 기점론은 잠재적으로 오히려 한국해양 관할영역의 축소를 불러올 수도 있다는 점에서 주의할 필요가 있다. 만약 독도 기점의 대가로 EEZ 경계획정협상에서 일본이 주장하고 있는 남해에서의 크기 $50m^2$ 무인도인 도라시마를 기점으로 인정하는 경우 한일 대륙붕 공동 관할구역 전부가 일본 측 EEZ로 편입될 수 있기 때문이다. 이 경우 우리나라는 $21,000km^2$ 의 EEZ를 동해에서 확보하는 대가로 남해에서 $36,000km^2$ 에 달하는 EEZ를 포기하여야 한다. 아울러 미국이 1978년 베네수엘라와 경계획정시 Aves도에 대하여 완전한 가치를 인정하는 일종의 양보를 한 것은 다른 지역에서 자국령 도서에 대해서도 이와 같은 주장을 하기 위한 거시적 외교 전략의 일환이라고 밝혀진 바 있다.⁴²⁾

암석이든 섬이든 무관하게 형평한 해결을 중시하는 오늘날의 국제 판례의 경향을 종합적으로 판단해 볼 때 독도의 법적지위가 한일간 해양경계획정시의 선결문제가 될 것 같지는 않다. 그러나 이는 우리가 자발적으로 독도의 법적지위를 암석으로 평가절하하며 독도가 배타적경제수역을 가질 수 없다고 주장하는 것과는 다른 차원의 문제이다. 신(新)한일어업협정 등에서 들어난 안일한 태도는 2008년 7월 한때 미(美)지명위원회(United States Board on Geographic Names; BGN)에서 독도가 대한민국 주권행사의 정합성 부족으로 주권 미지정지역(Sovereignty Undesignated)으로 표기되는 사태에 일조하였다. 비록 Bush대통령의 결단에 의해 본 결정은 취소되었지만 BGN은 그러한 결정 자체에 오류가 있는 것 아니라고 밝힌 점에 주목할 필요가 있다.⁴³⁾ 그러므로 형평한 해결에 기초하여 결과적으로 독도가 독자적인 배타적 경제수역을 갖지 못하더라도 전략적 차원에서 섬으로서의 독도에 대한 대한민국의 주권을 명백히 인정받기 위한 법리발전과 관할권 행사가 요구된다. 아울러 독도 기점론은 ‘형평한 해결’ 방법에 대한 고려와 함께 거시적 전략의 일환으로 한반도 전체 해역을 고려하여 득과 실에 대한 면밀한 검토를 기반으로 이뤄져야 할 것이다.

42) 김선표, 홍성걸, 이형기, “한일간 동해 배타적경제수역 경계획정에서 독도의 기점 사용에 대한 연구” 『한국해양수산개발원』 (2000) pp.97.

43) 이상면, (전계주20) pp.264.

3. 독도인근해역에서의 일본조사선에 대한 나포·당파·발포의 경우

2006년 봄 일본은 우리나라에 독도 인근 해역을 포함하는 동해에서 해양과학조사를 실시하겠다는 계획을 우리나라에 통보하자 우리나라 언론·여론이 격하게 반응하였다. 언론·여론은 미허가 외국선박의 과학조사에 대한 정선, 검색, 나포가 가능함을 규정하는 국내 해양과학조사법과 배타적 경제수역법에 의거하여 정부가 강경대응을 할 것을 촉구하였다. 이에 정부는 국내최대 경비함인 5천 톤 급 삼봉호를 포함하여 총 18척의 해양경찰, 해군의 함정 및 초계기를 독도 인근 해역에 배치시키기 등 일본 해양과학조사선의 독도 근해 진입 시 실력행사 준비를 한바 있다.

현재 한일 양국 모두 회원국이며 상당부분 국제관습법을 반영하는 해양법 협약 제246조 1항에 따라 연안국은 자국의 EEZ와 대륙붕에서 해양과학조사에 대한 허가권을 보유한다. 그러나 제246조 3항은 동조 5항에 따른 거절의 이유가 존재하지 않는 이상 연안국이 통상적 상황에서는 타국의 연안국의 EEZ에서 해양과학에 대한 지식을 증진시키기 위한 조사의 허가를 구할 경우 이에 동의해줄 것을 규정하며 연안국의 EEZ에 대한 주권적 권리가 영해에서 연안국이 누리는 주권과는 달리 배타적권리가 아님을 시사하고 있다.⁴⁴⁾

아울러 동 협약 제58조⁴⁵⁾에 따르면 모든 선박은 EEZ에서 항해의 자유를 누리며 제95조와 제96조⁴⁶⁾에 의거하여 군함과 비상업적 정부선박은 공해에서

44) UN해양법협약 제246조 배타적경제수역과 대륙붕에서의 해양과학조사

1. 연안국은 그 관할권을 행사함에 있어서 이 협약의 관련 규정에 따라 자국의 배타적경제수역과 대륙붕에서의 해양과학조사를 규제, 허가 및 수행할 권리를 가진다.
2. 배타적경제수역과 대륙붕에서의 해양과학조사는 연안국의 동의를 얻어 수행한다.
3. 연안국은, 통상적 상황에서, 다른 국가 또는 권한있는 국제기구가 오로지 평화적인 목적을 위하여, 또한 모든 인류에 유익한 해양환경에 대한 과학지식을 증진시키기 위하여 이 협약에 따라 자국의 배타적경제수역과 대륙붕에서 수행하는 해양과학조사 사업에 동의한다. 이를 위하여 연안국은 이러한 동의가 부당하게 지연되거나 거부되지 아니하도록 보장하는 규칙이나 절차를 확립한다.

45) UN해양법협약 제58조 (배타적경제수역에서의 다른 국가의 권리 및 의무)

1. 모든 국가는 이 협약의 관련규정에 따른 것을 조건으로 배타적경제수역에서 제87조에 규정된 항행, 상공비행의 자유.....(중략).....이러한 자유와 관련되는 것으로서 이 협약의 다른 규정과 양립하는 그 밖의 국제적으로 적법한 해양 이용의 자유를 향유한다.

46) UN해양법협약 제96조 (정부의 비상업적 업무에만 사용되는 선박의 면제) 국가가 소유하거나 운용하는 선박으로서 정부의 비상업적 업무에만 사용되는 선박은 공해에서 기국외의 어떠한 국가의 관할권으로부터도 완전히 면제된다.

기국을 제외한 어떠한 국가의 관할권으로부터의 완전한 면제를 누린다. 생각건대 공해에서 비상업적 정부선박의 면제가 부인되는 상황은 제102조⁴⁷⁾에 의거해 군함이나 비상업적 정부선박에서 승무원 반란으로 인해 해적선이 되어 더 이상 정부선박이라 볼 수 없는 경우뿐일 것이다. 한편 군함과 비상업용 정부선박의 면제는 제32조에 의해 외국의 영해에서도 적용된다. 따라서 해양법협약상 EEZ의 법적성격이 공해와는 분명 다른 특별한 법제도(sui generis)이기는 하나 (제55조) 외국의 비상업용 정부선박에 대한 면제는 이와 무관히 적용되어야 할 것이다. 이는 국가는 외국에서의 자신의 행위에 대해 자신이 동의하지 않는 이상 외국의 관할권에 복종하도록 강제되지 않는다는 주권면제의 논리적 귀결이다.

우선 일본 해양과학조사선이 발표한 해양조사계획에 포함된 해역은 우리 영해가 아닌 EEZ이라는 점을 분명히 할 필요가 있다. 즉 우리나라가 나포를 강행한다면 이는 우리 영해가 아닌 EEZ에서 이뤄질 것이라는 점이다. 이는 해양법협약 상 보장된 정부선박에 대한 면제의 위반을 구성한다. 제30조의 규정을 유추 적용할 때 우리 EEZ에서 해양과학조사를 하는 일본해양과학조사선에 대해 우리나라가 현장에서 취할 수 있는 합법적인 조치는 퇴거요청을 하는 정도라고 판단된다. 물론 일본 해양과학조사선의 위법행위가 존재하였다면 이에 대하여 추후에 일본의 국가책임을 물을 수도 있을 것이다(제31조). 반대로 만약 우리나라가 일본해양과학조사선을 EEZ에서 강제적으로 나포한다면 이는 우리나라의 국가책임 부담 사유가 되었을 것이다.

혹자는 EEZ를 불법적으로 침범한 선박에 대한 나포는 배타적경제수역법 등에 의해 정당화 된다고 항변한다. 그러나 배타적경제수역법은 우리나라의 국내법에 불과하며 이는 국가책임을 발생에 영향을 미치지 아니한다. UN산하의 국제법위원회(International Law Commission)의 주도로 작성된 2001년 국가책임초안 제1조와 제2조⁴⁸⁾에 따르면 국가에 귀속 가능한 작위 또는 부작

47) UN 해양법협약 제 102조 (승무원이 반란을 일으킨 군함·정부선박·정부항공기에 의한 해적행위 승무원이 반란을 일으켜 그 지배하에 있는 군함·정부선박·정부항공기가 제101조에 정의된 해적행위를 하는 경우, 그러한 행위는 민간선박 또는 민간 항공기에 의한 행위로 본다.

48) 국가책임초안 제1조

국가의 모든 국제법위법행위는 그 국가의 국제책임을 발생시킨다.

국가책임초안 제2조 작위 또는 부작위를 구성하는 행위가 다음과 같은 경우 국가의 국제위법행위가 존재한다.

- (a) 국제법상 국가에 귀속되며
- (b) 국가의 국제의무의 위반을 구성하는 경우

위에 의한 국제위법행위는 그 국가의 국가책임을 발생시킨다. 또한 국가 행위의 국제위법성은 국제법의 의하여 결정될 뿐 국내법상 적법성에 의하여 영향받지 아니한다(국가책임초안 제3조). 국제법의 위반이 국내법에 의해 정당화될 수 없음은 오늘날 국제관습법으로 인정받으며 1969 Vienna Convention on Law of the Treaties (VCLT) 제27조⁴⁹⁾에도 명시된 것이다. 마지막으로 국내법령의 준수를 위한 조치는 국가책임초안 제20조 내지 제25조에 규정된 위법성조각사유에도 해당하지 아니하므로 우리나라가 해양법협약에 반해 배타적경제수역법에 근거하여 나포를 강행한다면 국가책임의 부담은 회피할 수 없을 것이다.

한편 독도인근수역에서 비상업용 정부선박인 일본해양과학조사선에 대한 나포를 넘어 당파나 발포와 같은 무력사용은 중대한 국제위법행위이다.⁵⁰⁾ 이 같은 대응은 해양법 협약과 국제관습법은 물론 이탈할 수 없는 강행규범(jus cogens)에 해당하는 무력사용금지원칙에 대한 위반을 구성했을 것이다. 이는 독도문제와 관련한 일본에게 다시없는 호기를 제공하는 자충수가 되었을 것이다. 외교부와 청와대를 포함한 유관기관의 전문가들이 이러한 위험에 대해 알고 있었을 것임에도 불구하고 무력사용을 불사하는 대응을 감수한 데는 강력한 대응을 요구하는 국내여론의 열기에 이에 부응한 정치권의 압력에 정부의 논리적 대응이 압도되었기 때문이라고 생각된다.⁵¹⁾ 이와 같이 언론이 부정확한 정보에 근거하여 보도할 때 의도치 않게 정부로 하여금 명백한 국제위법행위를 촉구하는 여론상의 압력을 조장할 수 있다. 생각건대 언론이 독도문제에 관하여 감정적 열기에 부응하기보다는 국제법에 근거한 사실이나 정부대응의 오류나 실수를 보도한다면 불필요한 자원의 낭비를 방지하고 실효적인 주권행사와 장기 전략 수립에 긍정적 기여를 할 수 있다 판단된다.

VI. 평화로운 실효적 지배의 지속적 유지를 위한 제안

우리나라 정부의 공식입장처럼 독도는 역사적으로나 국제법적으로나 한국

49) 조약법협약 제27조

어느 당사국도 조약의 불이행에 대한 정당화의 방법으로 그 국내법 규정을 원용해서는 아니 된다.

50) 『문화일보』 (2011. 9. 19) p.6.

51) 정인섭, 『생활 속의 국제법』 (서울: 일조각 2012) p.112.

의 고유한 영토임은 분명한 사실이며 독도에 대한 권원 역시 우리가 우위를 갖는다. 또한 ICJ의 관할권은 일본의 단독제소만으로는 성립되지 아니한다. 그러나 독도와 동해를 둘러싼 사태의 진전에 따라 국제연합 총회 혹은 안보리에 따른 ICJ관할권 성립의 가능성을 완전히 배제할 수는 없다.⁵²⁾ 그런데 국제재판 결과는 상당부분 당사자의 국제소송절차에 대한 정확한 이해와 법정 공방기법과 기술에 좌우된다.⁵³⁾ 따라서 독도에 관한 해양 전략은 일차적으로 반드시 국제법에 근거하여 독도에 대한 우리나라의 역사적 권원을 증명할 수 있는 근거와 실효적 관할권행사 근거의 확충·정리되는 절차적 차원에서의 노력이 포함되어야 한다. 동시에 보다 장기적으로 영유권분쟁에 관한 ICJ의 관할권과 수리적격, 가능한 국제사법절차, 국제적으로 공인받을 수 있는 형평하나 우리에게 바람직한 법리발견을 위한 심층적 연구기반과 제반환경 확충을 통한 국제법 역량 강화가 요구된다. 요컨대 철저한 연구를 기반으로 한반도 해역전체를 포섭하는 거시적 해양 전략 하에 보다 적극적인 독도에 대한 실효적 지배를 행사의 차원에서 독도의 법적 지위를 섬으로 확정시키기 위한 노력이 요구된다.

1. 단기적 방안 : 실효적 지배 입증에 관하여

1) 영유권 분쟁에 대한 국제 판례에 대한 지속적이고 치밀한 연구

국제재판에서 당사자가 증거로 제출된 모든 자료의 증거능력이 인정받는 것은 아니다. 따라서 기존판례는 물론 최신판례 및 재판소에 계류 중인 사건에 대한 재판부의 접근태도와 어떠한 기준으로 증거능력이 인정되는지에 대한 충분한 연구가 필요하다. 이를 기반으로 보다 효과적으로 우리의 실효적 지배를 입증할 수 있는 증거를 탐색하고 정리할 수 있을 것이라 기대한다.

2) 국제법주체로서 한국에 의한 독도에 대한 관할권 행사의 증거 확충

실효적 지배 행사의 일차적인 주체는 국가이다. 따라서 개인의 특정영토에

52) 박현진, “독도문제와 국제사법쟁송” 『국제법학회논총』 통권 제50권 제2호 (2005) pp.147.

53) 김찬규, “독도 어떻게 지켜야 하나”, 『국민일보』 (2004. 5. 10) p.22.

대한 관할권 행사는 국가의 행위에 비해 다르게 평가될 수밖에 없다. 국가행위의 구체적 형태는 1998년 Eritrea-Yemen Arbitration에서 방대한 목록이 작성된 바 있는데 이때 중재재판부는 국가행위를 크게 4가지-입법행위, 바다와 관련된 행위, 섬과 관련된 행위, 기타행위-로 분류한바 있다. 따라서 독도가 중앙정부에 공식적인 우리나라의 행정구역으로 명백히 포함된 사실과 독도 및 그 인근 수역에서의 군, 경찰, 일반 행정기관에 의한 관할권행사에 세세한 증거를 분류하고 정리할 필요가 있다. 아울러 시기적으로는 일본이 1905년을 기점으로 무주지였던 독도가 일본의 실효적 지배하에 놓였다 주장하는 바 1905년을 증거분류의 시간적 기준 중 하나로 삼는 것도 유용할 것이다.

한편 자연인의 행위의 경우 국가가 해당 지역에 대해 제정한 법률 하에 이뤄진 행위였다면 실효적 지배행위로 간주할 수 있다는 견해(Eastern Greenland case)와 이를 부인하는 견해 두 가지가 존재하는 반면 법인의 행위는 국적국가의 실질적 대리행위로 인정되는 견해가 지배적이다. 대표적으로 Palmas Island case에서 동인도회사의 활동은 주권행사로 판단되었다.⁵⁴⁾

3) 증거능력을 기준으로 한 방대한 사료의 수집 및 정리

역사적 권원을 증명하기 위해 가장 흔히 사용되는 수단은 고지도이다. 지도는 지구 표면상의 국가의 범위라는 정치적 사실의 투영이기에 유효한 증거가 될 수 있다 보기 때문일 것이다.⁵⁵⁾ 이때 증거력이 인정받을 수 있는 공인된 지도는 공식성, 독창성, 정확성, 객관성의 요건을 충족하는 것이어야 한다.

한편 1693년 안용복 사건 결과 시마네현의 태수가 오늘날 울릉도와 독도에 해당하는 죽도와 송도가 조선의 영토이며 불법어로행위를 한 어민들을 처벌하였다. 또한 이후 일본 지도들은 대체로 울릉도와 독도를 조선령으로 표기했다는 사실은 독도에 대한 한국의 권원을 입증하는 중요한 고기록이다. 또한 1869년 일본최고의 권력기구였던 태정관이 울릉도와 독도가 조선의 부속영토임을 확인한 것과, 1877년 일본 내무성의 울릉도와 독도의 관할권 문의에 대해 독도는 일본과 무관한 지역임을 재차 확인한 자료는 일정한 증거적 가치를 인정받을 수 있을 것이다. 종합해 볼 때 역사적 기록 차원에서는 우리나라가

54) 박기갑, (전계주11) pp.108.

55) 신각수, "영토분쟁에 있어서 지도의 증거력-국제 판례를 중심으로" 『국제법학회논총』 제26권 제1호 (1981) pp.110.

우위에 있다. 그러나 국제 판례는 분쟁당사국이 충돌되는 사료를 제시하면 고 기록의 증거능력을 통째로 부인하는 경향이 있다. 따라서 이 같은 점을 주의 하며 증거능력 인정 가능성을 기준으로 고기록의 수집 및 정리가 이루어질 필요 있다.

4) Critical Date 설정과 관련한 연구의 필요

종종 결정적 시일이라 번역되는 Critical Date는 당해 소송사건에서 특정 시점을 기준으로 하여 청구국들의 행위에 대한 유리한 증거적 가치를 인정하지 않는 것을 의미한다. 즉 당사자의 법적지위는 critical date에 결정되어 그 일자에서 동결되는 것(결정화)이다. Critical date를 설정하는 주된 이유는 critical date이후에는 일방 당사자의 행위가 쟁점에 영향을 미치는 것을 차단 하여 새로운 법적 상황의 발전을 방지하는데 있다.⁵⁶⁾

1953년 *Ecrehos and Minquiers Case*(ICJ)에서는 critical date를 설정하였으나 그 이후의 사건들을 완전히 배척하지는 않았다. 재판부는 critical date 이후에 이루어진 주권행사도 당사국의 법적 지위를 개선할 목적으로 이루어진 것이 아닌 critical date이전에 행해지던 국가행위의 연장으로 중단 없이 동일한 방식으로 점진적으로 발전된 것인 경우 그 효력을 인정할 수 있다고 판단했다. 1998년 *Eritrea-Yemen Arbitrations*에서 Permanent Court of Arbitration (PCA: 상설중재재판소)는 양 분쟁당사국 어느 누구도 critical date를 언급하지 않았다는 점을 감안하여 critical date와 무관하게 재판부에 제시된 모든 증거를 검토하여 영유권을 결정하였다. 2002년 *Case concerning Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan* 에서도 ICJ는 이와 유사하게 critical date이전의 행위를 주로(primarily)분석할 것이라고 강조함으로써 critical date이후의 행위를 완전히 배척하지는 않을 것이라는 것을 나타내었다. 이 같은 판례들을 기반으로 critical date의 절대성이 약화되고 있다는 주장이 있기도 하다.⁵⁷⁾ 그러나 2012년 *Territorial and Maritime Dispute Case (Nicaragua v. Colombia)*에서 ICJ의 판결에서 미루어볼 때 critical date의 절대성이 감소하는 추세에 있다기 보다는 변동의 여지가 있다는 정도로 보는

56) 박기갑, '국제법상 CRITICAL DATE 설정문제에 관한 연구' 『국제법학회논총』 제43권 제2호 (1998) pp.71.

57) 제성호, "독도의 실효적 지배 강화방안과 국제법" 『저스티스』 통권 제93권 (2006).

것이 보다 정확한 해석이라 판단된다.⁵⁸⁾

Critical Date의 설정 여부나 설정시의 구체적인 기준일 설정은 사안에 따라 개별적으로 판단될 것이지만 일본이 평화선 설정에 대해 항의를 제기한 1952년 혹은 ICJ판정을 통한 해결의 제의한 1954년으로 설정될 가능성이 높다고 판단된다. 물론 전술한바와 같이 critical date는 모든 도서영유권분쟁에서 반드시 창설되는 법원칙이 아닌 임의적 사항에 불과하고 그 설정기준 역시 유동적이다. 따라서 critical date에 속박되어 관할권 행사가 무의미하다가 판단할 필요는 없다. 그러나 critical date가 설정되는 경우 최대한 우리나라에게 유리한 시점으로 설정되도록 혹은 critical date이후의 우리나라의 관할권 행사도 법적지위 개선의 목적이 아닌 과거의 관할권 행사의 연장선상에 있는 것으로 인정받기 위해 필요한 법리연구를 하는 것은 유비무환의 차원에서 바람직하다고 판단된다.

2. 장기적 방안 : 거시적 해양 전략 수립을 위한 국제법 역량 강화 방안

1) 국내 국제법 전문연구 및 사회적 기반 강화

국내법이 국내에서의 권리의무를 다루는 것이라면, 국제법은 국가 간의 권리의무를 다루는 것이다.⁵⁹⁾ 오늘날 국가정책을 추진할 때 이를 국제법에 부합 혹은 최소한 양립 가능한 방법으로 이루어지지 않으면 곤란할 입장에 처할 여지가 크다. 국제법은 오늘날 다양한 영역에서 국제사회에 의해 명백히 인정된 규칙, 그리고 법으로 수락된 일반관행의 증거로써의 역할을 하고 있다. 따라서 일국의 국제법 이용 능력은 그 국가의 대외협력능력과 갈등해결능력과 직결된다.

국제법에 대한 국내사회의 탄탄한 기반은 첫째, 불필요한 사회적 혼선과 갈등을 미연에 방지할 수 있다는 이점이 있다. 둘째, 민간사회가 정부가 독도를

58) 본 사건에서 ICJ는 'critical date이전에 이루어진 주권의 실행은 분쟁도서의 영유권 확립 또는 확인과정의 고려대상이 될 것이나 이후의 행위는 이미 법적 분쟁이 시작된 이후에 자국의 주장을 뒷받침할 목적으로 이루어지는 것이므로 재판에 있어 무의미한 것으로 파악함' 이라 판시하였다.

59) 성재호, '독도 영유권의 국제법적 고찰' 『법률신문』 연구논단.

포함한 해양영토전략에 대해 국제법에 근거하여 전략을 수립하는데 든든한 지원 및 감독자의 역할을 수행할 수 있다. 셋째, 평시에도 국제법적 타당성을 갖춘 주장을 통해 국제사회에서 보다 신뢰할만한 국가로서의 이미지를 구축할 수 있다. 따라서 국제법 기반 확충은 장기적으로 우리나라의 독도와 해양영토 관리에 있어 귀중한 자산이 될 것으로 판단된다.

① 국제법 전문 연구 기반의 확대

오늘날 우리나라에 활용 가능한 국제법 전문 인력은 외교관들을 제외할 때 전국 법학과 교수와 국책연구소를 모두 합하여도 100여명을 웃돌지 못할 것으로 추정된다.⁶⁰⁾ 서울대학교 법과대학의 정인섭 교수는 “우리사회의 발전수준을 고려할 때 한국의 국제법 전문인력기반은 믿기 어려울 정도로 참담한 수준”이라 평했다. 한편 현재 국제법을 공부하는 학생들은 소수의 행정고시와 국립외교원 (구(舊)외무고시) 수험생들과 더욱 소수의 순수한 국제법에 대한 호감을 가진 학생에 불과하다. 또한 예로부터 제기되던 법관의 국제법 기반 부족문제는 Law School로 이행이후 국제법 기피 경향이 심해져 국제법 전문 인력의 부족은 더욱 심화될 것으로 우려된다. 심지어 외교부내에서도 국제법 전문 인력의 부족은 심각한 수준인 것으로 알려져 있다.⁶¹⁾ 국립외교원 역시 치열한 연수과정과 산하의 국제법 센터를 갖추고는 있기는 하나 국제법 전문가 양성기관이 아닌 소수의 외교관 양성기관일 따름이며 정작 국제법은 여러 과목 중 하나의 과목에 불과하다. 국립외교원에서조차 구조상 국제법 전문 인력을 양성하는 기능 수행을 기대하기는 어려워 한동안 국제법전문가 공급부족문제는 지속될 것으로 예측된다.

국제법 전문가의 부족에 따른 국제협상에 있어 우리나라에 장기적으로 크게 불리한 잘못된 판단으로 이어질 수 있다. 전문화는 연구인력기반의 넓이에 비례하는 경향이 있다. 따라서 국제법 전문가의 공급부족문제를 해결하기 위해서는 국제법 전공자의 높은 사회적 가수요를 실수요로 전환시키기 위한 노력이 반드시 선행되어야 한다. 예컨대 국비장학생제도에서 국제법 분야 확장, 로스쿨에서 국제법의 필수과목화⁶²⁾, 외교부내 조약과와 별도의 국제법연구전

60) 정인섭, “한국에서의 국제법 인식 제고 방안” 『국제법 동향과 실무』 통권 제3호 (2003), pp.67.

61) “국제법 전문가 없어 국장자리 한 달간 비워두기도...외교부의 ‘불편한 진실’ 교육과정도 없어 ‘맥 끊겼다’ 말돌아..” 『중앙일보』 (2015. 8. 14) p.6.

62) 국제법이 방대한 내용으로 인해 과거 사법고시 수험생들의 기피과목이 되었고 이러한 경향이 국

담부서의 창설, 국제법 전문 국책연구기관의 신설 혹은 전폭적 투자 확대, 국립외교원에서의 국제법, 국제정치 two-track 외교관 양성 과정 수립과 같은 방안을 생각해 볼 수 있다. 아울러 정부차원에서 민간사회와 유관 기관 내에 국제법 우수 인재를 선발해 세계 우수 법대에서 국제법을 수학토록 하고, 외교부의 법률국, 유엔사무국 또는 국제재판소에 근무하면서 여러 국제회의에 참석하고 주요 논문을 발표를 하도록 할 수 있을 것이다.⁶³⁾ 즉, 연구기반의 충분한 횡적팽창이 전제되어야만 장기적으로 국제법의 다양한 분야에서의 충분한 종적심화가 이뤄질 수 있으리라 판단된다.

② 국제법에 근거한 객관적 사실 전파에서의 언론의 선도적 역할

민주주의 사회에서 정부정책은 여론에 민감하게 반응한다. 독도문제를 국제법에 입각하여 해결하고자 해도 다수 여론이 이를 강력하게 반대하면 정부정책은 힘을 얻기가 어렵다. 전 국민에 대한 국제법교육 의무화가 비현실적이라는 점에서 언론이 주요문제에 대한 국제법적 사실에 대한 사회적 전파 통로 역할을 수행하는 것이 매우 중요하다고 판단된다. 언론은 여론을 투영하기도 하지만 반대로 의제설정(agenda-setting)의 역할도 하기 때문이다. 전술한바와 같이 사회적분위기가 외교정책에 미치는 여향이 결코 적지 않다는 점을 고려할 때 언론은 잘못된 정보나 논리를 보도하여 여론을 오도하여서는 안 된다.⁶⁴⁾ 같은 맥락에서 언론매체를 통한 대중가요 ‘독도는 우리땅’에 독도가 우리땅인 국제법적 근거를 포함한 새로운 절을 추가하여 배포하는 등 일반시민이 친근하게 다가갈 수 있는 매체의 형태로 국제법 지식을 전파하는 것이 유용할 수 있다 판단된다.

또한 우리나라 언론보도내용은 국제사회에 독도 등 특정사안에 대한 우리나라의 이미지를 형성하는데도 일정 영향을 미친다는 점을 유념할 필요가 있다. 예컨대 1996년 한일 양국 간 동해 EEZ경계획정문제를 두고 우리나라 언론은 감정적으로 절제되지 않은 표현을 사용하였다. 이에 대해 미국 Wall Street Journal은 “섬을 둘러싼 광기”라는 제목으로 한일간의 논쟁을 ‘발광하는 소인

경계법이 포함됨에 따라 더욱 심화됐음을 고려할 때 국제경제법과 일반국제법을 별개의 과목으로 나눠 후자만이라도 필수과목으로 지정하는 것이 필요하다고 판단된다.

63) 국제법의 중심 헤이그에 가다 ③ 이기철 주네틸란드 대사 “국익보호 위해 국제사법재판관 배출해야” 『내일신문』 (2013. 2. 8) p.21.

64) 정인섭, ‘한일간 동해EEZ 경계획정분쟁에 관한 보도의 국제법적 분석’ 『저스티스』 통권 제126호 (2011).

과 품위 있는 거인의 싸움'에 비유한 바 있다. 또한 1996년 당시 외교부 직원이던 홍승목씨와 프랑스의 국제법 학자 Mormanne이 대담에서 Mormanne은 '한국이 일본에 비해 독도문제에 대해 필요이상의 과민반응 하는 이유에 대해 의구심이 든다'라고 질의한바 있다.

2) 한국인 ICJ 재판관 임명을 위한 노력

일본은 우리나라뿐만 아니라 중국과는 조어도를 둘러싸고 러시아와는 북방 열도를 둘러싸고 영토 분쟁 중에 있다. 그러나 우리나라에게만 러시아와 중국한테는 하지 않는 ICJ에서의 영유권 문제해결을 제안한 바 있다. 성격이 유사한 사안에 대해 중국, 러시아한테는 아니하면서 유독 우리나라한테만 일본이 ICJ에서의 분쟁해결을 주장하는 것은 ICJ절차에 일본에게 비교우위가 있다 판단하기 때문일 것이다.⁶⁵⁾

ICJ는 연임이 가능한 임기 9년의 덕망이 높고 각국에서 최고 법관으로 임명될 자격을 가진 자 또는 국제법에 정통하다고 인정되는 법률가에서 임명되는 15명의 판사로 구성된다(ICJ규정 제2조, 제3조).⁶⁶⁾ ICJ규정 제9조에 따르면 판사의 임명은 세계주요 문명형태 및 주요법체계를 대표할 수 있도록 이루어져야한다. 이는 현실에서 대륙별 판사쿼터제로 나타난다. 이 중 아시아에 할당되는 인원은 3인에 불과하다. 현재 중국과 인도, 일본인 재판관이 아시아에 배정된 3인의 쿼터에 임명되어 있는데 이중 안전보장이사회의 상임이사국인 중국은 관행상 1명의 재판관을 계속해서 배출할 수 있다.⁶⁷⁾ 따라서 아시아에 배분되는 실질적인 쿼터는 두 자리 뿐 이다. 한편 일본은 상임이사국은 아님에도 불구하고 1961년 이래 1971년과 1975년 사이의 약 5년간을 제외하고는 항상 자국 재판관을 배출함은 물론 Owada 재판소장 등을 배출하였다.⁶⁸⁾

65) ICJ가 시제법(intertemporal law)의 원칙에 따라 적용하는 영유권분쟁에서의 국제규범이 주로 식민제국주의 시대에 형성된 것에 기초하며 독도 문제의 근원은 1905년 제국주의 일본의 강제적 편입으로부터 시작된다는 점 등은 ICJ절차가 독도에 대한 한국의 우월한 권원에도 불구하고 불리하게 작용할 수 있는 요소가 된다. 한편 1951년 Fisheries Case나 1984년 Nicaragua Case를 고려할 때 ICJ절차가 영유권분쟁에 있어 강대국에게 유리하다고 일률적으로 말하기는 어려운 측면이 있다.

66) ICJ규정 제3조

1. 재판소는 15인의 재판관으로 구성된다. 다만, 2인 이상의 동일국의 국민이서는 아니 된다.

67) 정인섭, (전계주 40) pp.952.

68) ICJ, <http://www.icj-cij.org/court/index.php?p1=1&p2=3> (검색일: 2015. 8. 24)

일본이 상임이사국이 아님에도 관행상 ICJ판사 임명에 있어서는 상임이사국과 유사한 대우를 받을 수 있는 것은 일본이 미국에 이어 UN분담금 비율이 2위에 달하고 ICJ에는 매년 35만 달러 상당의 기부금을 공여한다는 이유 외에도 일본이 세계정상급의 국제법 역량을 갖추고 있기 때문이다.⁶⁹⁾ 당장 2017년과 2020년으로 예정된 인도인, 일본인 재판관의 퇴임 시에 발생하는 판사 공석에 한국인이 진출하지는 못하더라도 장기적인 국제법 역량 증진 차원에서 ICJ재판관을 배출하기 위한 노력을 해야 할 것이다. 물론 ICJ규정 제31조에 의거하여 우리나라와 일본이 ICJ절차를 밟게 되는 경우 우리나라 국적의 임시 재판관을 선임할 수는 있다.⁷⁰⁾ 그러나 어떤 국가가 자국 국적의 재판관을 임시적으로 해당분쟁에 참여시켜 발휘할 수 있는 영향력과 자국재판관을 지난 반세기이상 지속적으로 진출 시켜왔을 때와 발휘할 수 있는 영향력은 차원이 다를 것이다. 따라서 기본적으로는 국내 국제법 역량을 키우기 위한 부단한 노력을 함과 동시에 부차적으로 수 십 명의 훌륭한 후보 중 한국인 재판관이 선정될 수 있는 장막 뒤에서의 외교적 노력이 필요할 것이다.

3. 장기적 방안 : 거시적 해양 전략 하 섬으로서의 독도의 법적 지위 확정

현재 독도의 법적지위 향상을 위한 주장은 크게 두 가지 형태로 이뤄지고 있다. 하나는 식목을 조성하지는 것이고 다른 하나는 독도 근해 매설을 통해 독도의 규모를 확장하여 암석이 아닌 섬으로 인정받자는 것이다.⁷¹⁾ 이러한 주장은 해양법 협약 제121조 3항⁷²⁾의 ‘인간이 거주할 수 없거나 독자적인 경제활동을 유지할 수 없는’ 섬은 섬이 아닌 자신의 EEZ와 대륙붕을 가질 수 없다는

69) UN, Assessment of Member States' contributions to the United Nations regular budget for 2013" (PDF), UN Secretariat.

70) ICJ 규정 제31조

1. 각 당사자의 국제재판관은 재판소에 제기된 사건에 출석할 권리를 가진다.

2. 재판소가 그 재판관석에 당사자 중 1국의 국제재판관을 포함시키는 경우에는 다른 어느 당사자도 재판관으로서 출석할 1인을 선정할 수 있다.

71) 최병학, “해양영토분쟁과 독도영유권에 관한 연구” 『지방정부연구』 제14권 제2호 (2010) pp.235.

72) 해양법협약 제121조

3. 인간이 거주할 수 없거나 독자적인 경제활동을 유지할 수 없는 암석(rocks)은 배타적 경제수역이나 대륙붕을 가지지 아니한다.

암석이라는 점에서 착안한 것으로 보인다. 한편 해양법 협약 상 섬으로 인정되기 위한 ‘인간이 거주할 수 있는’ 과 ‘독자적인 경제활동의 유지’에 관한 구체적 요건은 없다. 따라서 2가구 이상의 상주인구와 식목조성이 독도의 법적 지위와 오늘날의 국제법상 근거가 없다. 그러나 이것이 독도의 법적지위가 섬으로 인정될 수 없음을 예단하는 것은 아니다.

1) 섬의 지위 결정에 영향을 미치지 아니하는 요소들

해양법 협약 제121조 1항에 따르면 섬(island)은 ‘바닷물로 둘러싸여 있으며 밀물일 때도 수면 위에 있는 자연적으로 형성된 육지지역’을 의미한다. 제 121조 1항의 해석에 관하여 ICJ는 2012년 Territorial and Maritime Dispute Case (Nicaragua v. Colombia)에서 섬(island)은 cay, atoll, rock 등 그 명칭과 무관하게 밀물일 때도 수면위에 노출된 사방이 바닷물에 둘러싸인 육지임을 의미하며 그 형성이 자연적인 이상 이를 구성하는 물질이 무엇인지는 섬의 지위를 인정하는데 어떠한 영향도 미치지 아니함을 밝힌바 있다. 또한 2001년 Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain Case에서 밀물일 때는 그 크기가 $0.4m^2$ 에 불과한 Qit'at Jaradah의 섬으로서의 인정하였다. 요컨대 ICJ에 따르면 섬의 명칭이나 지질학적 구성과 크기는 섬의 지위를 인정받는 것과 무관한 요소이다.⁷³⁾

2) ‘인간이 거주할 수 없거나 독자적인 경제활동을 유지할 수 없는’의 의미

해양법 협약 제121조 3항도 암석(rocks)을 지칭하고는 있으나 지질학적 구성이 암석인 섬을 지칭하는 것은 아니며 사람이 거주할 수 없거나 독자적인 경제활동을 유지할 수 없는 소도를 의미할 뿐이다. ICJ는 1993년 Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen Case (Denmark v. Norway)에서 면적이 $373km^2$ 에 달하지만 수십 명 내외의 기상 관측 및 무선통신 직원만이 체류중일뿐인 노르웨이 령 Jan Mayen섬에 특정 수 이상의 상주인구가 없다는 이유로 1항상 섬(island)으로서의 지위를 부정하

73) 이기범, 전제논문 pp.122.

지 아니하였다. 요컨대 3항에서의 해석에 있어 근무 상 이유로 섬에 체류 중인 사람은 ‘거주하는 사람’으로 해석되지 아니하며 이들의 근무 중 활동역시 ‘독자적 경제활동’의 증거가 되지 아니한다.⁷⁴⁾ 결론적으로 해양법 협약 제121조 3항 상의 규정은 인간의 거주나 독자적 경제생활의 가능성에 관한 평가를 요구하는 것으로 이해되어야 한다.⁷⁵⁾

3) 독도 근해 해양과학기지의 건설

2013년, 2011년에 200여억 원의 예산을 투입하여 독도 서도에서 북쪽으로 900M 지점의 수중암초에 독도해양과학기지를 설치하려던 계획이 무산된바 있다.⁷⁶⁾ 우선 해양법 협약 상 독도해양과학기지의 설치는 정당한 주권 행사이다.⁷⁷⁾ 한편 해양법 협약 제259조⁷⁸⁾를 유추 적용하고 국제재판에서 critical date를 고려할 때 독도 근해 해양과학기지건설에 그 자체만으로는 법적이득은 적을 것으로 판단된다. 그러나 이를 통해 독도해역의 부존자원과 독도 해상 생태계에 대한 연구 자료를 누적하여 국제공인논문 등재 등의 행위는 독도에 대한 관할권 행사의 증거로 인정될 여지가 없지는 않다. 또한 과학기지를 유인으로 운영하는 경우 관리인원과 관광객을 위한 매점, 식당 등 서비스 업종 종사자들이 독도에 거주하게 된다면 제121조 3항과 관련하여 독도의 법적지위를 섬으로 확정하는데 일정 부분 이득이 있으리라 판단된다.

4) 인공적 섬의 확장과 섬의 지위

1969년 조약해석의 일반규칙에 관한 조약법 협약 제31조에 따르면 조약은

74) M. Gjetnes, “The Spratlys: Are They Rocks or Islands?” 『Ocean Development & International Law』 Volume 32 (2001) pp.193.

75) 이창위, 정진석, “해양경계관련 섬에 대한 중국과일본의 주장 및 타당성 분석”. 『한국해양수산개발원』 (2008) pp.39.

76) 독도 영유권 강화사업 4년째 표류……. “명백한 주권포기” 강창일 의원 “전략 없는 임기응변식 정책” 쓴 소리. 『헤드라인인제주』(2015. 7. 16) <http://www.headlinejeju.co.kr/news/> (검색일: 2015.07.25.)

77) 이용희, “독도 해양과학기지 건설 관련 법적쟁점에 관한 고찰” 『Ocean and Polar Research Volume』 32(4) (2010) pp.143.

78) 해양법협약 259조
이 절의 언급된 시설이나 장비는 섬의 지위를 가지지 아니한다. 이들은 자체의 영해를 가지지 아니하며 또한 그 존재가 영해, 배타적경제수역 또는 대륙붕의 경계설정에도 영향을 미치지 아니한다.

문언에 따라 문맥 및 조약의 대상과 목적에 비추어 성실히 해석되어야 한다.⁷⁹⁾ 해양법 협약 제121조 3항 상의 암석(rocks)을 인위적인 매립공사 등을 통한 확장을 통해 제121조 1항 상의 섬(island)로 인정하는 경우 1항상 ‘자연적으로 형성된’의 요건에 반할뿐만 아니라 해양법 질서에 불필요한 혼란과 갈등을 초래하여 해양에서의 질서를 통한 국가들 간 우호관계의 증진과 국제평화와 안전 유지를 위한 협약의 목적과 정신에 반하게 된다.⁸⁰⁾ 따라서 기존의 섬이 아니던 암석, 간조 노출지, 암초 따위에 인위적 자원투여를 통한 섬의 지위를 국제법적으로 인정받는 것과 국가가 자신의 영해 혹은 도서에서 매립활동을 통한 육지영역확장 자체가 주권사항인 것과는 분리되어 이해해야 한다.⁸¹⁾

한편 독도 인근해역의 매설을 통한 독도의 면적 확장 그 자체는 독도의 법적지위 결정에 유의미한 영향을 미치지 못할 가능성이 크다. 그러나 우선 독도의 서도와 동도 사이 수역의 매립은 간조 노출지나 수중암초가 아닌 자연적으로 형성된 섬(혹은 암석)을 확장하는 것이라는 점에서 해양법 협약 제121조 1항의 목적과 정신을 위반 한다 볼 수 없다. 또한 이렇게 확보한 대지에 접안시설을 설치하여 자연환경을 파괴하지 않는 수준에서의 관광을 적극 장려하고 독도근해 자원개발사업 관계자들이 독도에 거주한다면 독도가 섬으로서의 제 121조 3항 상의 규정을 충족치 아니한다고 보기 어렵다. 이렇게 독도경비대원이나 접안시설관리 직원이 아닌 일정 수의 거주민이 독도에 상주하기 위해서는 외부지원이 일정부분 필요한 것은 사실이나 외부지원 없이 완전히 독립적인 생활이 불가능하다는 것이 필연적으로 섬으로서의 지위를 배척하는 사유가 되리라고 판단되지는 않는다. 예컨대 울릉도는 면적이 $72.56km^2$ 에 달하고 상주인구 역시 10,000명이 넘어 섬으로서의 법적지위에는 의심의 여지가 없으나 상당부분의 식량과 전체의 에너지공급을 외부지원에 의존하고 있다.

아울러 일본, 중국은 독도와 같은 소도에 대해서도 자체적인 EEZ를 지속적

79) 조약법협약 제31조

1. 조약은 조약문의 문맥 및 조약의대상과 목적으로 보아 그 조약의 문언에 부여되는 통상적 의미에 따라 성실하게 해석되어야 한다.

80) 해양법협약 전문 제7단

Believing that the codification and progressive development of the law of the sea achieved in this Convention will contribute to the strengthening of peace, security, cooperation and friendly relations among all nations in conformity with the principles of justice and equal rights and will promote the economic and social advancement of all peoples of the world, in accordance with the Purposes and Principles of the United Nations as set forth in the Charter,

81) 김선표, 홍선길, 이형기 전계논문 pp.52.

으로 주장하고 있으며 국제법의 발전은 연안국에게 점점 폭넓은 관할수역을 인정하는 방향이다. 이러한 점을 종합적으로 고려할 때 미래에 EEZ를 보유할 수 있는 섬과 보유할 수 없는 암석의 판단기준이 변할 가능성 역시 배제할 수 없다.⁸²⁾ 다만 선부른 국제법상 독도의 법적 지위 변경을 위한 노력은 일본과의 마찰만 격화시킬 수 있다. 이러한 마찰로 한일간 분쟁이 격화되면 분쟁의 평화적 해결을 규정하는 UN헌장 제33조 및 제36조와 제37조⁸³⁾에 따라 안전보장이사회가 UN헌장 제25조에 근거하여 ICJ회부라는 구속력 있는 결정을 내리는 상황이 발생할 수도 있다.⁸⁴⁾ 따라서 독도의 섬으로서의 법적지위 확정은 단순히 수목조성과 같은 인공적 노력 투입이 아닌 이를 정당화하고 지지할 수 있는 철저한 법리개발과 국제 판례에 대한 연구를 기반으로 한 종합적이고 장기적인 전략이 있어야만 유의미 할 것이다.

82) 정인섭, (전계주 40) p.595.

83) UN헌장 제33조

1. 어떠한 분쟁도 그의 계속이 국제평화와 안전의 유지를 위태롭게 할 우려가 있는 것일 경우, 그 분쟁의 당사자는 우선 교섭, 심사, 중개, 조정, 중재재판, 사법적 해결, 지역적 기관 또는 지역적 약정의 이용 또는 당사자가 선택하는 다른 평화적 수단에 의한 해결을 구한다.
2. 안전보장이사회는 필요하다고 인정하는 경우 당사자에 대하여 그 분쟁을 그러한 수단에 의하여 해결하도록 요청한다.

UN헌장 제36조

1. 안전보장이사회는 제33조에 규정된 성격의 분쟁 또는 유사한 성격의 사태의 어떠한 단계에 있어서도 적절한 조정절차 또는 조정방법을 권고할 수 있다.
3. 안전보장이사회는, 이 조에 의하여 권고를 함에 있어서, 일반적으로 법률적 분쟁이 국제사법재판소규정의 규정에 따라 당사자에 의하여 동 재판소에 회부되어야 한다는 점도 또한 고려하여야 한다.

UN헌장 제37조

1. 제33조에 규정된 성격의 분쟁당사자는 제33조에 규정된 수단에 의하여 분쟁을 해결하지 못하는 경우 이를 안전보장이사회에 회부한다.
2. 안전보장이사회는 분쟁의 계속이 국제평화와 안전의 유지를 위태롭게 할 우려가 실제로 있다고 인정하는 경우 제36조에 의하여 조치를 취할 것인지 또는 적절하다고 인정되는 해결조건을 권고할 것인지를 결정한다.

84) UN헌장 제25조

UN회원국은 안전보장이사회의 결정을 이 헌장에 따라 수락하고 이행할 것을 동의한다.

VII. 결론

독도는 해양 영역 관리 차원에서의 중요한 안보적·경제적 가치를 지니는 물론 1905년 독도의 강제적 편입이 일본식민지배의 신호탄이 되었다는 측면에서 독도는 자주독립이라는 상징적 의미를 갖는 반드시 수호해야할 영토이다. 우리나라 입장에서 독도는 분쟁지역이 아닌 일본이 억지를 부리고 있는 문제의 지역이지만 국제법상 독도가 분쟁의 성격을 가짐을 부인하기는 어렵다.

독도전략이 철저히 국제법에 입각해 이뤄져야 함이 분명한 이상 국제법을 해양 전략자산으로 적극적·능동적으로 활용할 필요가 있다. 우선 독도에 대한 우리나라의 권원과 실효적 지배의 입증을 위한 증거의 확충노력이 요구된다. 또한 국제소송절차 등 현대 국제법과 국제 판례에 대한 심층적인 연구에 대한 국가정책차원에서 장기적인 투자가 요구된다. 이를 통해 법리발견 및 국제법의 종적·횡적 역량 확대로 국제법 역량 증진을 도모하여야 한다. 아울러 한반도 해역 전체에 대한 거시적 관점에서 특정 합의, 협정 등의 파급력과 각 해역에 존재하는 자원의 가치와 지정학 차원에서의 군사안보적 가치 등에 대한 범부처적이고 간학문적인 활발한 연구의 지속과 이에 기반을 둔 관할권 행사의 일환으로 독도의 법적지위를 섬으로 확정시킬 필요가 있다. 이의 원활한 진행에 있어 민주사회에서 여론의 정부정책에 대한 영향력을 고려할 때 여론의 국제법에 기반을 둔 보도가 큰 도움이 될 것이다.

평화선과 같이 우리가 국제법에 대한 치밀한 이해를 바탕으로 한 거시적 안목에서 국가행위를 하여 국익을 수호 할 수 있다. 반대로 당장의 필요에 따라 단기적이고 협소한 시각에 의존하면 잠재적으로 독도에 대한 우리의 권원을 약화시키고 존재하지 않았던 일본의 권원을 간접적으로 인정하는 효과를 가질 수도 있다. 신(新)한일어업협정에서 ‘독도는 어차피 배타적경제수역을 갖지 아니하는 암석이며 어업협정은 섬의 영유권과는 별개의 문제이므로 독도를 중간수역에 포함시키도 문제없다’ 와 같은 안일한 생각은 특히 경계하여야 한다.

한편 형평한 해결을 위해 연안으로부터 멀리 떨어진 소도의 가치효과를 부분적으로만 혹은 부정하는 국제 판례의 경향 상 독도에 대한 대한민국의 실효적 지배의 행사 정도나 독도의 법적지위와 무관하게 배타적경제수역 경계 획정 시 독도가 100%의 효과를 인정받지 못할 가능성이 크다. 그러나 이 문제야

말로 우리나라가 섬으로서의 독도에 대한 주권을 스스로 평가 절하하는 것은 분명히 별개의 문제이다. 따라서 우리는 내부적으로 독도가 섬이라는 결론 하에 이에 요구되는 법리발견과 관할권행사를 하여 독도와 독도로부터 발양되는 해역에 대한 거시적 해양 전략에 근거한 실효적 지배를 유지·강화하고 이에 따라 문제에 접근하여야 한다. 한편 형평한 해결에 입각한 오늘날의 해상경계 획정 경향에서 주도권을 잡기 위해서는 거시적 전략에 근거한 독도에 대한 실효적 지배의 유지·강화와 함께 ‘형평한 해결’- 예컨대 독도가 반드시 중간수역에 포함되어야 한다면 남해에서 종합적 측면에서 유사한 가치를 가진 일본의 섬 역시 중간수역에 포함시키는 등-을 위한 연구 역시 수반되어야 할 것이다.

Abstract

The Legal Definition of Effective Control and Dokdo Issue: International Law as Critical Asset of National Maritime Strategy

AHN Han Byul*

Dokdo issue reaches beyond economic and security interest to Koreans, as it is regarded as symbol of her independence. Albeit the fact that Japan has merely no legitimate title over Dokdo, Japan has been tenaciously insisting their jurisdiction over Dokdo since the independence of Korea. Under such circumstances, public outrage towards Japan is most certainly understandable. Yet, mere outrage itself, lacking in logic and factual grounds, can contribute little if not any, to the desirable solution of the problem.

Precedents reveal that dealing maritime issues amid lack of profound understanding in international law has often led to undesirable results, such as the inclusion of Dokdo in the Joint Management Fisheries Zone in 1999 Korea-Japan Fisheries Agreement. In a sense, adroit use of international law is a critical element in preserving Korea's sovereign rights against persistent Japanese plans to rob Dokdo once again.

The Dokdo issue is inextricably bound to international law; the legal status of Dokdo as island, the equitable solution of maritime boundary delimitation and effective control, existence of dispute. Yet, the public policies and arguments made by pundits are generally in lack of

* Korea University.

understanding in international law. It is now the time for Korea to commence on long-term cross-academia / department plans to establish Dokdo strategy as part of the nationwide maritime strategy effectively using international law as its stronghold.

Key Words: Dokdo, Maritime Delimitation, Equitable Solution, Dispute, Sovereign Rights, Effective Control.

논문접수 : 2015년 9월 30일 | 논문심사 : 2015년 11월 9일 | 게재확정 : 2015년 11월 17일