

전후 일본 영토의 확정과 독도의 영유권: 관련 문서의 해석과 현상유지(uti possidetis) 원칙의 적용

이 창 위*

〈국문초록〉

독도 문제는 한일 양국의 과거사, 식민지 지배, 국교 정상화를 관통하는 중요한 문제이다. 한일 양국은 독도에 대한 역사적 근거, 국제법적 정당성 및 일본의 선점 조치의 효력, 관련 문서의 해석을 둘러싸고 치열하게 대립하고 있다.

그 중에서 이 연구는 카이로선언, 포츠담선언, 대일평화조약, 미군정 행정문서 등 일본의 패전 전후의 관련 문서에 대한 해석을 통해 독도의 영유권 문제를 검토하였다. 특히 태평양전쟁의 종료를 전후하여 나타난 연합국의 관련 문서를 일본의 영토 범위의 결정이라는 관점에서 해석함으로써 독도 문제를 포괄적으로 분석했다.

또한 식민지의 독립 후나 신생국의 분리·독립 후에 현상유지(uti possidetis) 원칙이 국경선의 확정에 적용되는 과정을 독도의 영유권 문제와 관련하여 분석하였다. 특히 연합국최고사령관이 영토적 관할권의 범위를 정한 SCAPIN 677을 현상유지 원칙에 비추어 어떤 맥락에서 이해할 수 있는지 살펴보았다.

주제어 : 카이로선언, 포츠담선언, 대일평화조약, 현상유지, 독도, 연합국최고사령관각서 제677호

• 투고일 : 2023.09.20. / 심사일 : 2023.10.24. / 게재확정일 : 2023.10.24.

I. 서론

독도 문제에 대한 한국과 일본의 상반된 주장은 대략 세 가지 정도로 정리할 수 있다. 첫째, 독도의 영유권에 대한 역사적 근거, 둘째, 일본이 1905년에 취한 선점 조치의 효력, 셋째, 카이로선언부터 샌프란시스코 대일평화조약까지의 일련의 법적 문서에 대한 해석이 그런 점들이다.¹⁾ 이 중에서 영유권에 대한 역사적인 근거나 일본의 선점 조치의 불법성에 대한 연구는 국내적으로 많

* 서울시립대학교 법학전문대학원 교수

1) 芹田健太郎, 『日本の領土』, 中公叢書, 2002, pp.146~159

이 이루어져 왔다.

그런 맥락에서, 이번 연구는 세 번째 문제에 중점을 두고 국제법적인 해석을 하려는 것이다. 구체적으로, 이 연구에서 포츠담선언 영토 조항의 핵심 내용인 ‘연합국(우리)들의 결정’을 SCAPIN 677의 새로운 해석을 통해 분석하고자 한다. 단순히 SCAPIN 677로 독도가 일본의 영토에서 제외되었다는 주장은 그 문서 말미의 디스클레이머 조항으로 제3자에 대한 설득력을 갖기 힘들다.

그런 점을 고려하여, 식민지의 독립 후나 신생국의 분리·독립 후에 현상유지(uti possidetis) 원칙이 국경선의 확정에 적용되는 과정을 독도의 영유권 문제와 관련하여 분석하고자 한다. 일본에 대한 미군정 당시, 연합국최고사령관이 관할권 배분의 원칙을 규정한 SCAPIN 677이 식민지 통치 종료 후 적용되는 현상유지 원칙과 어떤 맥락에서 차이와 공통점이 있는지 고찰해보는 것이다. 카이로선언, 포츠담선언, 대일평화조약, 유엔헌장, 미군정 행정문서 등 일본의 패전 전후의 관련 문서에 대한 해석을 통해 독도의 귀속 문제를 검토해볼 것이다. 즉, 연합국총사령부의 각종 행정문서가 포츠담선언이나 대일평화조약의 영토 조항의 해석에 어떤 법적 근거를 제공할 수 있는지를 식민지 지배의 종료라는 국가실행에 비추어 분석하는 것이다.

한국의 영토 범위가 어디까지인지는 대일평화조약의 불명확한 영토 규정으로 논란의 여지가 있는 것이 사실이다. 그러나 조약법에 관한 비엔나협약의 내용대로 조약의 문맥, 대상이나 목적 또는 해석의 보충적 수단과 함께 당시의 주요 조약, 선언, 문서를 해석하면, 독도의 영유권은 한국에 귀속된다고 보는 것이 합리적이다. 그러한 해석에 있어서 현상유지 원칙이 연합국의 공동의사에 어떻게 법적 근거나 길잡이가 되는지 살펴보는 것은 매우 중요하다.

II. 태평양전쟁의 종료와 영토 문제

1. 대일평화조약의 교섭과 독도

전쟁의 종료 후에 수반되는 영토의 득실은 일반적으로 평화조약 또는 강화조약에 의해 확정된다.²⁾ 교전국은 평화조약으로 배상이나 재산, 청구권, 영토

2) Kazuhiko Togo, “Development of Japan’s Historical Memory: The San Francisco Peace Treaty and the Murayama Statement in Future Perspective”, *Asian Perspective*, Vol.35, No.3, 2011, pp.342~343

문제 등 전쟁으로 발생한 문제를 최종적으로 처리한다.³⁾ 이차대전의 경우, 연합국은 1951년 9월 샌프란시스코에서 대일평화조약을 체결하여 아시아에서의 전쟁을 종결시켰다.⁴⁾

태평양전쟁의 종료 후 일본의 영토 처리에 직간접적으로 관계되거나 영향을 미친 문서로는, 첫째, 1943년 11월 27일의 카이로선언, 둘째, 1945년 2월 1일의 알타협정, 셋째, 1945년 7월 26일의 포츠담선언이 있다. 이 중 카이로선언은 포츠담선언에 흡수되었고, 일본은 동년 9월 2일의 항복문서에 포츠담선언의 조항에 대한 성실한 이행을 약속했다. 이에 비하여 알타협정은 일본의 항복 후 1946년 2월 11일에 공표된 것으로서, 미영소 삼국 정상 간의 비밀협정에 불과하다고 일본은 주장했다.

연합국의 일반적인 전쟁 목적을 내세운 것으로서, 1941년 8월 14일 발표된 대서양헌장 및 다음 해 1월 1일의 연합국공동선언이 있다. 연합국은 이러한 문서 중에서 영토불확대의 원칙과 민족자결의 원칙을 반복해서 기술하고 있다. 이는 그때까지의 제국주의적 전쟁과 결정적으로 다른 이차대전의 특색이다. 연합국은 이러한 선언이나 조약을 근거로 하여 대일평화조약 체결 이전에 과거 일본이 점령했던 영토에 대한 박탈 및 기타 조치를 강구했다.⁵⁾

연합국의 군사점령 중 연합국최고사령관총사령부(GHQ/SCAP)가 취한 몇 가지 문서도 일본의 영토에 대한 중요한 정책을 나타내고 있다. 예컨대, 1946년 1월 29일자 ‘약간의 외곽지역을 정치상·행정상 일본으로부터 분리하는 것에 대한 각서’(SCAPIN 677)와 1946년 6월 22일자 ‘일본의 어업 및 포경업에 허가된 구역에 관한 각서’(SCAPIN 1033)에는 각각 독도에 대한 일본 정부의 행정권 행사를 정지하고, 일본인은 독도의 12해리 이내에 가까이 가서는 안 된다고 규정되어 있다. 다만, GHQ의 지령은 점령 행정을 위한 것으로서, 일본의 영토를 최종적으로 처분하는 것이 아니라는 점이 명시되었다. 일본은 이를 근거로 양 지령의 내용이 연합국의 영토정책을 나타내는 것은 아니라고 주장하고 있다.⁶⁾

3) 國際法學會(編), 「國際關係法辭典」, 三省堂, 1995, pp.239~240; Understanding Peace Treaties, Defining Peace Treaties

https://www.americanbar.org/groups/public_education/publications/teaching-legal-docs/understanding-peace-treaties/ (2023.5 최종 방문)

4) 杉原高峰, ‘日本國との賠償並びに戦後處の一環として理平和條約’(小田 滋·石本泰雄, 解説條約集), 1997, pp.705~707

5) Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, (5thedn, Oxford University Press), 1999, pp.133~134

6) 太壽堂 鼎, “領土問題”, 「ジュリスト」 647, 1977.9.1., pp.57~58

그리고 대일평화조약 제2조는 ‘일본은 한국의 독립을 승인하고, 제주도, 거문도 및 울릉도를 포함한 한국에 대한 모든 권리, 권원 및 청구권을 포기한다’라고 규정해 독도에 관한 부분을 누락시켰다. 일본은 대일평화조약의 영토 규정에 의해 독도가 한국으로 반환되지 않았다고 주장하고 있다. 그러나 동 조약에 모든 한국의 섬을 열거할 수 없었다는 점을 감안하면, 일본의 주장은 설득력이 없다. 이 조약의 관련 규정은 한국의 섬들 중에서 대표적인 것들만 표시한 예시 규정이기 때문이다.⁷⁾

대일평화조약의 초안 작성 당시는 독도가 일본이 포기하는 영토로 관련 조항에 명시돼 있었다. 즉, 1947년 3월 19일의 초안부터 1949년 11월 2일의 초안 까지에는 대략, ‘일본은 한국을 위하여 한국과 제주도, 거문도, 울릉도, 독도를 포함한 한국의 모든 해안도서들에 대한 모든 권리와 권원을 포기한다’라는 내용이 들어가 있었다. 그러나 일본의 집요한 로비로 1949년 12월 29일 초안부터는 독도가 일본령으로 규정되었다가 다시 모든 도서명이 삭제되는 등, 몇 차례 우여곡절을 거치면서 결국 최종 조약문에 독도가 언급되지 않았다.⁸⁾

2. 카이로선언과 포츠담선언

태평양전쟁의 진행 중에 미, 영, 중, 소 등 주요 연합국은 일본과의 강화조건에 대하여 협의했는데, 특히 소련의 대일전쟁 참전 문제가 주로 논의되었다. 1943년 3월 영국 외교장관이 워싱턴에서 미국 대통령과 회담하고, 8월에는 영미 양국 정상이 웨벡에서 회의를 했다. 10월에 모스크바에서 열린 미영소 3국 외상회의 당시 스탈린은 헐 미 국무장관에게 대일참전을 언급했다.⁹⁾ 그리고 11월 22일부터 25일에 걸쳐서 카이로에서, 루즈벨트 대통령, 장개석 총통 및 처칠 수상은 대일전쟁에 대한 협의 결과를 최종적으로 발표했다. 이것이 연합국의 대일전쟁 정책인 카이로선언인데, 다음과 같은 내용을 담고 있다.

「세 연합국은 일본의 침략을 저지하고 벌하기 위하여 이번 전쟁을 속행하고 있다. 우리 연합국은 자국을 위하여 하등의 이득을 요구하는 것은 아니며, 또 영토를 확장할 아무런 의도도 없다.

7) 「신동아」 9월호(2023), “죽창부대·토착왜구는 그들대로 두고 日 객관화하자”, pp.84~85

8) 玄大松, 「領土ナショナリズムの誕生」, ミネルバ書房, pp.72~79; 東郷和彦·保阪正康, 「日本の領土問題」, 角川書店, 2012, pp.86~87

9) 芹田健太郎, 「日本の領土」, 中公叢書, 2002, pp.37~38

연합국의 목적은 일본으로부터 1914년 제1차 세계대전의 개시 이후에 일본이 탈취 또는 점령한 태평양의 도서 일체를 박탈할 것과, 만주, 대만 및 펑호 제도과 같이 일본국이 중국인으로부터 도취한 지역 일체를 중화민국에 반환하는 데에 있다.

또한 일본은 폭력과 탐욕에 의하여 약탈한 다른 일체의 지역으로부터 추방될 것이다. 전기 세 연합국은 한국 국민의 노예상태에 유의하여, 적당한 시기에 한국을 자주독립시킬 것을 결의한다.」¹⁰⁾

카이로선언은 일본의 영토 문제에 대하여 두 원칙을 확립했다고 할 수 있다. 첫째, 대서양헌장 및 연합국공동선언과 마찬가지로 영토 불확대의 원칙을 내세웠고, 둘째, 청일전쟁, 러일전쟁 및 제1차대전 시기에 일본이 약탈한 영토를 일본으로부터 박탈한다는 것이 그것이다.

소련의 대일 참전에 대한 대가는 1945년 2월 얄타협정에 의해 명확히 정해졌다. 이 협정으로 미영소 3국은 남부 사할린과 쿠릴열도 및 일본의 만주에 대한 권익을 소련에 부여한다는 것을 합의했다. 루즈벨트는 미군의 희생을 줄이기 위해 소련의 참전을 스탈린에게 부탁했고, 그 반대급부로 많은 양보를 할 수밖에 없었다.¹¹⁾ 어쨌든 얄타협정은 일본의 포츠담선언 수락 시에는 비밀리

10) "The Three Great Allies are fighting this war to restrain and punish the aggression of Japan. They covet no gain for themselves and have no thought of territorial expansion.

It is their purpose that Japan shall be stripped of all the islands in the Pacific which she has seized or occupied since the beginning of the first World War in 1914, and that all the territories Japan has stolen from the Chinese, such as Manchuria, Formosa, and the Pescadores, shall be restored to the Republic of China.

Japan will also be expelled from all other territories which she has taken by violence and greed. The aforesaid three great powers, mindful of the enslavement of the people of Korea, are determined that in due course Korea shall become free and independent. With these objects in view the three Allies, in harmony with those of the United Nations at war with Japan, will continue to persevere in the serious and prolonged operations necessary to procure the unconditional surrender of Japan."

11) 「3대국은 독일이 항복하고 또 유럽에서 전쟁이 종료한 후 2개월 내지 3개월 정도에, 다음의 조건으로, 소련이 연합국의 일원으로서 대일전쟁에 참가할 것을 합의했다.

1. 외몽골(몽골인민공화국)의 현상이 유지될 것.

2. 1904년 일본의 배신적 공격에 의해 침해된 러시아의 구 권리가 다음과 같이 회복될 것.
(a) 사할린 남부 및 그 인접 모든 도서가 소련에 반환될 것. (b) 대련항이 국제화되며, 그곳에서의 소련의 우선적 권리가 확보되고 소련의 해군기지로서 여순의 조차권이 회복될 것. (c) 동중국철도 및 대련에의 출구를 제공하는 남만주철도가 중소합동회사의 설립으로 공동 운영될 것. 다만 소련의 우선적 이익이 옹호되어야 하고, 중국의 만주에서의 완전한 주권 보유가 양해되어야 한다.

에 존재했고, 전쟁이 끝난 후 1946년 2월에 공표되었다.¹²⁾

그리고 연합국 정상들은 1945년 7월 17일부터 8월 2일까지 베를린 근교 포츠담에서 패전국의 처리에 대한 방침을 정했는데, 7월 26일에 포츠담선언을 공표했다. 포츠담선언은 카이로선언의 방침을 이어받아 일본으로부터 박탈하는 영토를 정하지 않고 일본에 남는 영토의 범위를 정했다.¹³⁾ 당시 소련은 대일 선전포고 전이어서 미영중 3개국 정상이 포츠담선언을 발표했다.

포츠담선언의 13개 조항 중에서, 일본의 항복 조건에 대한 주요 내용은 6항부터 13항에 다음과 같이 요약돼 있다. 즉, '1. 군국주의 세력의 축출, 2. 일본 영역 내 각지의 점령, 3. 4개 도서와 부속도서로 한정되는 일본의 영토, 4. 군의 무장해제, 5. 전범의 처벌, 6. 민주주의의 재건에 대한 장애의 제거, 7. 재군비 관련 산업 제외한 산업의 유지와 장래 세계무역에의 참여 허용, 8. 이러한 목적 달성 후 신속한 점령군의 철수, 9. 일본의 무조건 항복 선언과 그에 대한 정부의 성의 있는 보장' 등이 그러한 내용이다.¹⁴⁾ 그 중에서 제8항의 영토에 관한 규정은 다음과 같은 내용을 담고 있다.

「카이로선언의 조항은 이행되어야 하며, 또 일본의 주권은 혼슈, 홋카이도, 규슈 그리고 시코쿠 및 우리들이 결정하는 제 소도에 국한되어야 한다.」¹⁵⁾

포츠담선언의 제8항의 해석과 관련하여, 일본은 나중에 한국 및 중국과의 사이에 독도와 센카쿠제도의 영유권에 대한 분쟁을 일으키게 된다. 일본의 항복 후, 연합국이 포츠담선언 제8항의 규정대로 일본 영토에 포함되는 제 소도를 결정했다라면, 독도 문제는 발생하지 않았을 것이다.

3. 일본에 반환된 도서

미국이 전시에 점령했던 일부 도서의 통치권 내지 시정권이 일본의 패전 후

3. 쿠릴열도가 소비에트연방으로 인도될 것.」

12) 高野雄一, 「日本の領土」, 東京大學出版會, 1962, pp.94~95; 高野雄一, “領土問題”, 「ジュリスト」 647, 1977.9.1., pp.46~47

13) 高野雄一, 「日本の領土」, 東京大學出版會, 1962, pp.93~94

14) 藥袋善郎, 「日本の歴史を決めた公文書」, 東京書籍, 2006, pp.176~177

15) The terms of the Cairo Declaration shall be carried out and Japanese sovereignty shall be limited to the islands of Honshu, Hokkaido, Kyushu, Shikoku and such minor islands as we determine.

미국으로 이전되었다가 다시 일본으로 회복된 경우가 있다. 아마미, 오가사와라 그리고 오키나와가 그러한 도서들이다. 미국이 점령했던 도서들은 그런 맥락에서 SCAPIN 677에 의해 일본에서 제외되는 지역으로 규정되었다.¹⁶⁾ 그리고 대일평화조약 제3조에서 미국이 시정권을 행사하는 지역으로 규정되었다.¹⁷⁾

미국은 1950년 11월의 ‘대일강화 7대 원칙’에서, ‘일본은 한국의 독립을 승인하고, 미국을 시정권자로 하는 류큐제도 및 오가사와라제도의 국제연합 신탁통치에 동의한다’는 것을 명시했다. 그렇게 해서 연합국과의 교섭이 시작되었다.¹⁸⁾ 소련은 카이로선언과 포츠담선언 당시 영토불확대 방침을 선언했다는 것을 근거로, 미국을 시정권자로 하는 신탁통치 제도 문제에 대한 설명을 요구했다.

미국은 12월 28일 회답각서에서, 유엔헌장 제77조의 규정과 포츠담선언을 원용하여 신탁통치가 영토확대와 동일한 것이 아니며, 포츠담선언에서의 ‘제소도’의 장래의 지위를 평화조약에서 결정하는 것이 선언의 취지에 부합한다고 설명했다. 샌프란시스코 평화회에서 미국과 영국 대표는 아마미와 류큐제도에 일본의 잔존주권 내지 잠재주권(residual sovereignty)이 있다는 것을 분명히 했다. 소련의 대표 그로미코는 일본의 완전한 주권을 인정하자고 제안했다.¹⁹⁾

그렇게 대일평화조약에 의해 미국으로 이전된 시정권은 1953년, 1968년, 1972년의 아마미, 오가사와라, 오키나와에 대한 각 반환협정으로 일본에 반환되었다. 결국 이 섬들을 국제연합의 신탁통치 아래 둔다는 제안은 실현되지 않았다. 현재 이 섬들은 일본의 완전한 주권 하에 놓여 있다.

그런 맥락에서, 특히 이러한 도서가 대일평화조약이나 SCAPIN 677에서 한국 또는 독도와 항목을 달리하여 규정됐다는 것은 주목해야 한다. 독도의 영유권 판단에 있어서 이러한 기술은 중요한 의미를 갖기 때문이다. 만약 미국이

16) 일본의 범위로부터 제외되는 지역으로는, (a) 울릉도, 독도, 제주도, (b) 북위 30도 이남의 류큐(남서)제도(구지도를 포함), 이주, 남방, 오가사와라제도, 유황도 및 대동군도, 오키노토리시마, 미나미토리시마, 나카노토리시마를 포함하는 기타 외곽 태평양의 전 제도, (c) 쿠릴열도, 하보마이군도(수정, 용류, 추용류, 지발, 다락도를 포함), 시코탄도가 있다.

17) 제3조(남서·남방제도) 일본은 남서제도와 대동제도를 비롯한 북위 29도 남쪽의 남서제도와 (보닌제도, 로사리오 섬 및 화산열도를 비롯한) 소후칸 남쪽의 남방제도, 그리고 오키노토리 섬과 미나미토리 섬과 관련하여, 미국이 미국을 유일한 시정권자로 하여 이 섬들을 그 신탁통치 하에 두기 위하여 유엔에 제시하는 어떤 제안도 동의한다. 그러한 제안과 그에 대한 긍정적인 조치가 있을 때까지 미국은 그 영해를 포함한 이 섬들의 영토와 주민들에 대하여 일체의 행정, 입법, 사법권을 행사할 권리를 가진다.

18) 國際法事例研究會, 「領土」, 慶應通信, 1990, p.31

19) 國際法事例研究會, 「領土」, 慶應通信, 1990, pp.31~32

독도를 일본에 반환할 영토로 생각했다면, 이를 그러한 도서와 군이 별도로 분류하여 규정할 필요는 없었을 것이다.

III. 현상유지 원칙의 전개

1. 로마법 원칙의 국제법적 발전

현상유지(uti possidetis)의 원칙은 점유는 계속된다는 로마법의 원칙이 국제법적으로 원용된 것으로, 일정한 시점에서 사실상의 상태를 법적으로 관련국들이 승인한다는 것을 말한다.²⁰⁾ 즉, 영토나 부동산 등은 달리 정해지지 않는 한 분쟁이나 갈등이 종료되는 시점에 그에 대한 권리를 가진 자가 그대로 갖는 것이다. 특히 현상유지의 원칙은 식민지 지배에서 해방된 신생 독립국들의 영토적 체계의 정당성에 연관된 문제들로 발전했고, 시간이 지남에 따라서 서서히 현대 국제법의 원칙으로 자리 잡게 되었다.²¹⁾ 국내법의 소유권에 대한 원칙이 국제법상 영토의 경계확정에 변형되어 적용된 점이 특징이다.

무어(John B. Moor)에 의하면, 초창기의 국제법 학자들은 ‘소유자가 그것을 계속 소유한다(uti possidetis, ita possideatis)’는 현상유지의 원칙을 사용하면서, 두 가지 중요한 방식으로 이를 변경했다. 첫째는 사유지의 청구에서 국가적인 영토 주권의 영역으로 적용 범위를 변경한 것이고, 둘째는 현상유지가 부여하는 잠정적이고 임시적인 법적 지위를 항구적인 지위로 변경한 것이었다. 침략이 불법이 아닌 중세나 제국주의 시대에는 영토 병합의 결과는 합법적이었다.²²⁾

현상유지의 원칙이 규정하는 핵심은 다음과 같다. 즉, 신생 국가들은 그들이 식민지 지배국의 영토에서 행정적 단위였던 것과 같은 경계선에 의해 독립할 것이므로, 이 원칙의 기본적인 목적은 국가 경계선 안정의 원칙을 강조한다는 것이 된다. 그리고 더 중요한 것은 이러한 원칙이 신생국들에 영토적 정당성을 제공한다는 것이다. 따라서 신생국들은 이 원칙으로 국내외에 받아들여질 수

20) Steven R. Ratner, "Drawing a Better Line: Uti Possidetis and the Borders of New States", *American Journal of International Law*, Vol.90, 1996, pp.592~593

21) Malcolm Shaw, "The Heritage of States: The Principle of Uti Possidetis Juris Today", *British Yearbook of International Law*, Volume 67, Issue 1, 1996, pp. 97~98

22) Steven R. Ratner, *op. cit.*, p.593

있는 자국의 영토적 정의를 법률적으로 선포할 수 있게 된다. 이러한 점을 염두에 두고 이 원칙의 형성 과정을 독도 문제와 함께 살펴보기로 한다.

2. 라틴 아메리카의 독립

현상유지의 원칙은 라틴 아메리카 지역 당국 내지 통치 집단의 지배를 위한 원칙으로 부상했다. 그들은 당시 실질적인 기반을 갖지 못한 잠재적 청구자들에게 대항하기 위해 이를 원용했다. 그렇게 실효적인 지역의 선점이 식민지 행정 경계로 바뀌었다. 리이즈만(Michael Reisman)은 이를 “원주민의 토지 수용에 역사적 합법성이라는 후광이 부여되었다”고 표현했다.²³⁾

라틴 아메리카에서 이 원칙은 유럽의 식민 통치의 부활을 방지하기 위한 것이기도 했다. 라틴 아메리카 각지가 무주지였기 때문에 어떤 국가든 실효적인 선점으로 그곳의 주권을 취득할 수 있었다. 즉, 각국은 영토에 대한 권원을 과거 스페인의 권원과 동일한 것으로 간주하여, 영토의 처분에 대해 간접적 형태로 이 적용에 대해 합의했다.²⁴⁾

시간이 지나면서 현상유지 원칙의 적용은 두 가지 이유로 굳건해졌다. 첫째, 그곳에서 신생국이 독립할 때 스페인이나 다른 제국주의 국가가 영유권을 주장할 수 있는 무주지(terra nullius)가 더 이상 없다는 것을 확인하고, 둘째, 현존하는 상태의 경계선 확정으로 신생국들 간의 충돌을 방지한다는 것이 그 이유였다. 그것은 원주민이 점유했다고 주장하는 모든 영토가 신생국의 것이 된다는 것을 우연히 확인하는 것으로, 당시의 법과 일치하는 것이었다.

한국은 일본의 침략으로 시마네현에 강제 편입되었던 독도에 대해서도 유사한 주장을 할 수 있다. 독도는 무주지가 아니었기 때문에 일본의 선점 주장 조치는 무효였다. 일제의 패망으로 독립한 한국은 무주지가 아닌 독도의 영유권을 독립과 함께 되찾았다는 법적 논리를 일본에 제시할 수 있다. 미국의 점령을 받은 일본과 한국은 주권과 관할권의 충돌을 방지하기 위해 현상유지 원칙의 적용이 필요할 수도 있다. 한국의 독립은 라틴 아메리카와 같이 민족자결주의의 입장에서 보면 당연했고, 강대국들의 전후 질서 구상에서 이미 확인되었다.

23) Michael Reisman, “Protecting Indigenous Rights in International Adjudication”, *American Journal of International Law*, 89 (1995), pp. 351~352

24) Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, (5thedn, Oxford University Press), 1999, p.132

어쨌든 현상유지의 원칙은 시대에 따라 어느 정도 그 의미가 달라졌다. 법적 현상유지(uti possidetis juris)와 사실상 현상유지(uti possidetis facto)라고 하는 새로운 두 용어의 사용도 그런 맥락에서 이해할 수 있다. 전자는 단지 스페인의 법적 문서에 의해서만 국경선이 결정되며, 따라서 실효적인 지배는 무의미하다고 보는 것이다. 후자는 독립 당시 각국이 실제로 영유한 영토에 의해 국경선이 결정된다는 것이다. 현실적으로 국경 분쟁에 대한 중재조약에서 의미 있는 해석이 이루어지지 못하면, 중재관은 다른 입장을 취하기도 했다.²⁵⁾

그래도 법적 현상유지의 원칙은, 실제 영유의 증거를 전적으로 배제하지 않으면서, 스페인 왕의 사법적 권위의 중요성을 우선 강조했다. 사실상 현상유지의 원칙은 라틴 아메리카 국가들의 추세와 달리 브라질에서 널리 받아들여졌다. 그래서 브라질은 스페인과 포르투갈의 조약으로 정해진 범위를 넘어 오직 사실상 점유에 의한 영역의 확장을 요구했다. 즉, 사실상 현상유지는 포르투갈의 식민지였던 브라질의 해석이었고, 법적 현상유지는 스페인의 식민지들이 법적 권원에 입각하여 주장한 입장이었다.²⁶⁾

독도의 경우도 영유권 분쟁에서 한국이 현상유지의 원칙을 주장한다면, 법적 현상유지와 사실상 현상유지의 문제를 잘 검토해야 한다. 독도가 시마네현의 범위에 포함되어 있었다고 일본이 주장하더라도, 사실상 현상유지에 의해 독도는 한반도에 속해 있었다고 해야 할 것이다. 그런 주장을 입증하기 위하여 관련 지도나 문서를 찾아서 일본 정부의 실행을 살펴보고, 그러한 해석의 가능성을 높여야 할 것이다.

3. 현상유지 원칙에 대한 평가

1) 행정적 경계의 국제화

현상유지 원칙의 개념은 식민지 지배국이나 또는 어떤 형태든 강대국으로부터 분리·독립하는 신생국이 독립 당시의 행정적인 경계선을 국경선으로 변경한다는 것을 포함한다. 여기서 이 원칙의 법적 성격이 문제 될 수 있다. 만약 현상유지 원칙이 현대 국제법상의 일반적 규칙으로서 받아들여진다면, 그것의 본질적인 의미에 대한 의문이 제기될 수 있다. 국제사법재판소는 부르키나 파소/말리 사건에서 이 문제를 판단했는데, 다음과 같은 결론을 내렸다.²⁷⁾

25) *Ibid.*, pp.594~595

26) *Ibid.*, pp.594~595

27) James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, (8thedn, Oxford

「이 원칙의 본질은 독립이 이루어진 시점의 영역적 경계선에 대한 존중을 일차적으로 보장하는 것을 목표로 하는 것이다. 이러한 영역적 경계선은 같은 주권에 종속되는 각각 다른 행정구역이나 식민지들 사이에 이루어지는 구획정리에 지나지 않을 수도 있다. 그러한 경우, 현상유지의 원칙을 적용하는 것은 행정적인 경계선을 국경선으로 전환시키는 결과를 가져왔다.」²⁸⁾

이러한 정의는 엘살바도르/온두라스 사건에서 천명되어 권위적인 설명이 되었다. 이 사례에서 재판부는 ‘현상유지의 원칙은 원래 다른 목적으로 만들어진 행정적인 경계선을 국경선으로 전환시키는, 본질적으로 소급적인 원칙’이라는 점을 지속적으로 강조했다.

이 쟁점은 온두라스 국경에 대한 케이스에서 더욱 구체적으로 논의되었다. 해당 케이스에서 특별경계재판소는 처음에 기준으로서의 점령에 초점을 두고 판단했다. 그러나 재판소는 이것이 식민지 체제가 종료한 시점의 상황을 의미하는 것으로 보고, 점령지 보유는 사실상 스페인 정부의 의지에 따른 행정적 지배를 나타내는 것이었다고 판단했다.

따라서 그러한 의지에 어긋나는 행정적인 지배는 어떠한 ‘점령의 지위’(status of possession)도 부여받을 수 없는 권리 침해에 지나지 않는 것이라고 할 수 있었다. 국왕의 의지에 따라 식민지 정부가 한 행정적 지배는 ‘사법적 경계선’(juridical line)을 구성했다. ‘점령’이라는 용어와의 혼동에도 불구하고 그 핵심은 ‘스페인 정부의 의지에 따라 독립 이전에 행사된 행정적 지배’에 있다.²⁹⁾

재판부가 엘살바도르/온두라스 케이스에서 언급한 바와 같이, ‘현상유지의 원칙에 의해 1821년 국경선으로 변경되었던 것은 스페인령 행정구역 간에 존재했던 행정적인 경계선이다.’ 이러한 점은 임시 재판관이었던 토레스(Torres Bernardez)가 그의 개별 의견에서 더욱 구체적으로 밝힌 바 있다. 그는 다음과 같은 점을 강조했다.

「스페인령 아메리카 공화국들이 현상유지의 원칙을 적용함으로써 스페인의 통치령, 관구, 관할지, 지방 등의 행정적인 경계선 내지 식민지 경계선은 독립 시점으로부터 인접한 스페인령 아메리카 국가들 사이의 국경선이 되었다. 또한

University Press), 2012, p.238

28) *ICJ Reports*, 1986, pp.554~556

29) *RIAA*, Vol.2, p.1324

이는 소유나 ‘점령’(possession)이 실효적 점령 또는 점유의 관점에서 정의되는 것이 아니라, 과거 스페인의 법령에 따른다는 것을 의미한다. 따라서 스페인령 아메리카 공화국들의 현상유지 원칙에 내재된 ‘점령’의 개념은 스페인의 법령(권원)에 따라 점령할 권리의 개념이며, 구 스페인 식민지 당국에 의한 주권 침해의 사실적 상황의 반영은 아니다.³⁰⁾

2) 독도에 대한 적용

사실상의 점령이나 점유는 국경선의 획정에 있어서 실질적인 영향을 미치지 못했다. 즉, 행정적 경계선 이외의 다른 요소들은 크게 중시되지 않았으며, 식민지 시대 이전에 존재하던 경계선들은 어떠한 직접적인 관련성도 갖지 못했다. 따라서 구 식민지 정권에 의해 설정된 행정적인 경계선이 가장 중요한 의미를 가졌다.

일본으로부터 독립한 한국의 경우도 행정적 경계선이 매우 중요하다. 독도가 시마네현의 일부로 되어 있던 일제 시기만 식민지 기간으로 보면, 독도는 현상유지에 의해 한국의 영토로 귀속된다고 주장하기 힘들 수도 있다. 그러나 한국과 일본에 대한 미군정의 통치를 고려하면, 독도는 한국의 영토로 귀속된다고 볼 수 있다. 미군정은 SCAPIN 677에 엘살바도르/온두라스 케이스에서처럼 행정적 경계선을 분명히 남겼기 때문이다. 핵심은 한국이 일본으로부터 바로 독립한 것이 아니라, 미군정의 통치를 거친 후 국제사회의 도움으로 독립했다는 것이다.

한국의 영토인 독도에 대한 일본의 선점이 처음부터 무효였다는 점도 주목해야 한다. 일본은 을사보호조약의 체결 이전에 불법적으로 독도를 먼저 침탈했다. 따라서 일본의 독도에 대한 행정적 처리도 법적 정당성이 없다. 일본의 한국 병합으로 한국의 영토가 일본의 식민지 통치 아래 있었지만, 한국의 영토였던 독도는 한국의 독립과 함께 일본에서 분리된 지역에 당연히 포함된다고 보는 것이 법적으로 타당하다.

3) 국경선 안정 원칙과의 비교

국가 간의 경계선은 주권과 영토적 관할권의 범위를 명확하게 확정하기 위한 선이다. 특정한 국가나 국제적 실체의 소재지에 대한 경계선이 바뀌면, 그 주권이나 영토적 관할권은 당연히 다른 쪽의 것으로 변경된다. 따라서 그런 경

30) *ICJ Reports*, 1992, pp.393

계선은 합의에 의해 만들어지고, 일반적으로 평화조약을 포함하는 양자조약이나 다자조약으로 명시된다.³¹⁾ 그 조약들은 지리적으로나 법적으로 확정된 영구적인 경계선을 규정하며, 국제적인 시스템에서 완전한 효력을 갖는다.³²⁾

예컨대 국가승계 시 영토 이전과 관련하여, 식민지 지배에서 독립한 국가가 어느 정도 조약 의무를 승계하는지가 가장 문제가 된다. 일반적인 조약은 신생 독립국이 그 준수 의무를 지지 않는데, 이를 ‘백지 출발의 원칙’(clean slate rule)이라 한다. 정치적 계속성을 갖지 않는 신생 독립국에는 일정한 속지적 의무를 제외하고 선행국의 조약이 적용되지 않는 것이다.³³⁾

다만, 조약으로 확정된 경계나 범위에 대한 권리·의무나, 특정 영역의 사용이나 제한에 관한 권리·의무로서 그 영역에 부착된 것으로 간주되는 것은 외국의 군사기지 설치에 대한 경우를 제외하고 국가승계로 영향을 받지 않는다.³⁴⁾ 따라서 일단 조약으로 국제적인 경계선이 확정되거나 승인되면, 그것은 변하지 않는다.

이는 이른바 ‘국경선 안정의 원칙’ 또는 ‘국경선 지속의 원칙’으로서, 국제사회의 안정성을 담보하는 중요한 기준이 되었다. 국가승계에 대한 협약에 규정된 바와 같이, ‘사정 변경의 원칙’(rebus sic stantibus)이나 ‘누구도 갖지 않은 것을 줄 수 없다는 원칙’(nemo dat quod non habet)을 고려하면, 이 원칙은 경계선 조약의 객관화로 국제사회의 법적 안정성을 강화한다.

요컨대, 국경선의 중요한 기능은 인접국 사이의 영토를 명확하게 배분하는 것으로, 따라서 국경선 체제는 국가의 영토보전과 주권에 밀접하게 관련되어 있을 수밖에 없다. 국가는 자국 영토의 안정성 확보를 위해 국경선의 변화를 쉽게 수용할 수 없다. 국경선의 변화는 크든 작든 일방 당사국의 영토 범위의 상대적인 축소와 확대를 가져오므로 갈등과 분쟁의 원인이 된다. 국경선의 계속성과 안정성은 그렇게 중요한 국제법의 원칙 및 가치가 됐다.³⁵⁾

독도의 영유권이나 주변의 해양경계와 관련하여, 국제적 경계선 문제가 직접 적용되지는 않을 것이다. 다만, 미군정이 시작되어 한국이 독립한 시점까지는 한국과 일본의 영토가 미국의 점령지였다는 점을 고려하면, 국제적 경계선

31) *League of Nations Official Journal*, Special Supplement No.3 (October 1920), p.17

32) Malcolm Shaw, “The Heritage of States: The Principle of *Uti Possidetis Juris* Today”, *British Yearbook of International Law*, Volume 67, Issue 1, 1996, pp.112~113

33) 국가승계에 대한 비엔나협약 제16조

34) 국가승계에 대한 비엔나협약 제11조 및 제12조

35) Suzanne Lalonde, *Determining Boundaries in a Conflicted World: The Role of Uti Possidetis*, McGill-Queen's University Press, 2002, pp.138~139

문제의 함의도 간과할 수는 없다. 양국의 정치적·법적 독립 시 영토 범위에 대한 주권의 배분은 오로지 국내적 경계선의 측면만 고려하여 판단할 문제는 아니기 때문이다.

미군정 하 한일 양국의 영토는 미국의 단일한 점령지인지, 아니면 별개의 점령지인지, 한국의 독립에 국가승계 문제는 적용되지 않는지와 같은 기본적인 질문과 함께 생각해야 할 것이다. 미국은 대서양헌장에서부터 영토 불확대 원칙을 존중하여 전쟁을 수행했고, 일본 정부를 형식적으로 남겨둔 간접통치를 했다. 한국에 대한 미국의 점령은 적국의 식민지에 대한 변형적 점령이라고 할 수 있다. 그렇게 양국에 대한 미군정은 헤이그육전규칙에 규정된 군사점령과는 다른 특수한 성격을 가졌다. 그런 맥락에서 보면, 한국과 일본의 경계선은 국제적 경계선의 지속 원칙보다는 현상유지의 원칙이 적용되는 경우라고 할 수 있다.

IV. 일본 영토의 범위와 독도

1. 한일 양국의 주장

한국은 일본이 포츠담선언을 수락함으로써 카이로선언에 대한 이행 의무를 지게 되어, 한국으로부터 폭력 및 탐욕에 의해 약탈한 독도는 일본에서 분리되는 것으로 결정되었다고 주장한다. 그리고 1946년 1월 29일의 연합국최고사령관각서 제677호, 즉 ‘약간의 외각지역을 정치상·행정상 일본으로부터 분리하는 데에 관한 각서’(SCAPIN No.677)에 의해 약간의 분리되는 지역이 지정되었는데, 그 내용 속에 독도가 제주도나 울릉도와 함께 정치상·행정상 일본으로부터 분리된 지역에 포함되었으므로 일본은 독도에 대한 권력의 행사를 정지하게 되었다고 주장했다. 또한 패전 직후의 일반 상선이나 어선의 통항규제를 풀어서 어선의 조업구역을 한정한 이른바 맥아더라인이 1946년 6월 26일에 설정되었는데, 독도는 일본어선의 조업구역 외에 놓여졌다는 점을 지적한다. 한국은 독도가 일본에서 분리되어 한국령이 되었다는 주장을 위해 이러한 사실을 원용하고 있다.³⁶⁾

이에 대하여 일본 정부는 한국의 주장은 전혀 근거가 없다고 반론하고 있

36) 외교통상부 국제법률국(편), 「독도문제개론」, 2012.9, pp.36~40

다. 우선 SCAPIN 제677호는, 제6항에 ‘이 지령 중의 조항은 그 어느 것도 포츠담선언 제8항에 규정된 소도의 최종적 결정에 관한 연합국의 정책을 나타내는 것으로 해석해서는 안 된다’라고 기술되어 있는 바와 같이, 점령 하의 잠정 조치로서 독도를 일본의 영역으로부터 제외하는 것은 아니라고 주장한다. 또한 맥아더라인에 대해서도, 이를 설정한 각서(SCAPIN No.1033/1)의 제5항이 ‘국가관할권, 국경선 또는 어업권(national jurisdiction, international boundaries or fishing rights)의 최종적 결정에 관한 연합국의 정책의 표명이 아니다’라는 것을 명확히 하고 있어서 마찬가지라고 주장한다.³⁷⁾

일본은 패전 후의 일본의 영토를 확정된 것은 1952년 4월 28일에 발효한 대일평화조약이기 때문에 독도의 귀속을 결정한 것도 이 조약이라고 한다. 동 조약 제2조(a)는 ‘일본은 한국의 독립을 승인하며, 제주도, 거문도 및 울릉도를 포함하는 조선에 대한 모든 권리, 권원 및 청구권을 포기한다’라고 규정하여, 일본이 포기한 지역으로부터 독도가 제외되어 있다는 것이다. 따라서 SCAPIN 제677호에 명기되어 있던 독도의 명칭이 대일평화조약에서 지워진 것은 실질적으로 의미 있는 것이라고 주장한다.³⁸⁾ 즉, 만약 울릉도로부터 약 90km 떨어져 있는 고도인 독도를 한국령으로 인정할 의도가 있었다면, 한국 본토로부터 약간 떨어져 있는 거문도가 명기된 것처럼, 그러한 뜻을 조약에 명기하지 않으면 안 되었을 것이라는 것이 일본의 논리다.

2. 평가

일본의 SCAPIN 677에 대한 주장에서 알 수 있듯이, 이 문서의 법적 성격이나 효과에 대해서는 한국과 일본 사이에 논란이 적지 않다. 특히 국내에서도 이 문서의 법적 성격에 대하여 의견이 나뉘고 있다. 그에 대한 입장은 대략 다음과 같은 네 가지 정도로 정리될 것이다.

첫째, 이 문서를 연합국 총사령부가 독도에 대한 영유권을 한국에 귀속시킨 직접적인 근거로 보는 견해, 둘째, 이 문서 제6항을 한국에 유리하게 해석하려는 견해, 셋째, 이 문서를 대일평화조약과 연계하여 해석하려는 견해, 넷째, 이 문서를 국가의 영역주권 중 통치권(imperium)만을 일본으로부터 배제시킨 것이라는 견해가 그런 것들이다.³⁹⁾

37) *Ibid.*, pp.88~93

38) 高野雄一, 「日本の領土」, 東京大學出版會, 1962, pp.69~70; 太壽堂 鼎, “領土問題”, 「ジュリスト」 647, 1977.9.1., p.57

첫째를 제외하고 나머지 견해는 나름대로 설득력 있는 논거를 제시하고 있다. 즉, 연합국의 다른 결정이 내려지지 않은 이상 독도는 여전히 한국의 영토가 된다는 주장, 대일평화조약에 독도를 일본령으로 규정하지 않아서 한국의 영유권이 확정됐다는 주장, 점령국은 피점령국의 영토를 처분할 권한이 없으므로 이 문서로 독도에 대한 지배권 내지 통치권(imperium)만 분리되었다는 주장이 그러한 논거들이다.⁴⁰⁾

어쨌든 SCAPIN 677이 독도의 영유권을 직접 규정하는 것은 아니지만, 다른 조약이나 문서와 함께 독도에 대한 한국의 영유권을 입증하는 중요한 근거가 된다는 것은 부인할 수 없는 사실이다. 특히 그러한 해석에 있어서 탈식민화 과정이나 기타 신생국의 독립 시에 적용되는 현상유지의 원칙을 적극적으로 적용할 필요가 있다.

3. 관련 문서의 해석

포츠담선언은 연합국이 일본에 제시한 포괄적 항복 조건이다. 이 선언으로 일본은 침략전쟁으로 획득한 영토의 반환을 규정한 카이로선언을 이행할 의무를 지게 되었다. 포츠담선언 제8항에 규정된 ‘우리들이 결정하는 제 소도’의 의미는 독도의 귀속에 대한 중요한 국제법적 해석의 근거가 된다. 그것은 일본의 주권이 귀속되는 영토의 범위를 한정하고 결정하는 내용을 담았기 때문이다.

일본을 점령한 미국은 연합국을 대표하여 일본을 통치하면서 이 조항의 내용을 실현하는 조치를 순차적으로 취하게 된다. 특히 미국은 샌프란시스코 강화회의가 시작되기 이전부터 일본에서 실시한 점령·통치정책을 통하여 그러한 조치의 내용을 실현하고 있었다.

우선, 일본을 점령한 맥아더 연합국 최고사령관은, 일본에 대한 영토정책 방침으로서, 트루먼 대통령의 재가를 얻어서 1945년 9월에 다음과 같은 내용의 훈령을 발표했다.

「일본의 주권은 혼슈, 홋카이도, 시코쿠, 큐슈 및 카이로선언과 미국이 이미 참가했거나 장래에 참가하는 다른 협정에 의해 결정되는 외곽의 제 소도(minor outlying islands)에 한정되어야 한다.」⁴¹⁾

39) 김태기, “대일점령통치의 구조와 명령체계에서 본 SCAPIN 제677호의 의미”, 『인문사회과학연구』 29집, 2010, p.208

40) 김석현·최태현, 「독도 영유권과 SCAPIN 문서의 효력 관계」, 2006, pp.4~14

이어서 11월에 미국 정부는 맥아더 원수에게 점령·관리의 실시와 관련하여, 일본의 지리적 범위는 본토 4개 도서 외에 ‘대마도를 포함하는 약 천개의 인접 제 소도’(smaller adjacent islands)라는 지침을 하달했다. 이 기본 지침의 smaller라는 표현은 대일 방침의 minor라는 표현과 같은 의미를 갖는다고 볼 수 있다.⁴²⁾

맥아더는 12월 예하 부대에 대한 훈령에서 이 내용을 재확인했다. 이 지령의 문구는 연합국이나 미국의 ‘우리들의 결정’에 대한 내용을 제시한 것으로 해석될 수 있다. 이 지령이 정하는 바에 따라서, 미군정은 전술한 바와 같이 SCAPIN 677에 의해 미군정의 일본에 대한 정치적·행정적 범위를 정하게 된다. 특히 이 문서는 일본의 영토 범위를 직접 기술하고 있다는 점에서 영토조항의 해석에 결정적인 의미를 갖는다.

다만, 이 각서의 단서 조항인 6항을 근거로 일본 정부는 각서의 내용이 일본의 영토 범위에 대한 해석의 근거와 무관하다고 주장한다. 그러나 이 각서는 미군정 하에서 일본 정부의 권능과 행정 권한이 행사되는 영토 범위가 명시된 공적 문서라는 점을 간과해서는 안 된다. 6항에도 불구하고, 각서의 내용은 외곽 지역과 인접 제 소도와 같은 부분을 명백하게 구분하고 있어서 영토조항의 해석에 중요한 의미를 갖는다. 즉, 이 각서는 전술한 ‘미국의 대일 초기 방침’(1945.9.22.)과 ‘일본 항복 후의 초기 기본 지침’(1945.11.1.)이라는 두 문서에 기술된 일본의 외곽 지역과 인접 제 소도에 대한 기술을 하나의 영토 문제로 구체화했다는 데 의의가 있다.

모스크바 3상회의에서 합의된 극동위원회는 일본에 대한 전후의 기본 정책을 1947년 6월 19일 결정하여 7월 11일 발표했다. 정식 명칭은 「일본에 대한 항복 후의 기본 정책」이었는데, 내용은 1945년 9월 22일의 「미국의 대일 초기 방침」과 동일한 것이다. 이 기본 정책은 포츠담선언과 항복문서에 나타나 있는 원칙에 따른 것으로서, 극동위원회가 일본의 관리와 통치 방침으로 정한 것이다. 기본 정책에는 ‘일본의 주권은 본토 4개 도서 및 앞으로 결정되어야 할 인

41) Japan's sovereignty will be limited to the islands of Honshu, Hokkaido, Kyushu, Shikoku and such minor outlying islands as may be determined, in accordance with the Cairo Declaration and other agreements to which the United States is or may be a party(U.S. Initial Post-Surrender Policy for Japan(SWNCC150/4/A)).

42) Basic Initial Post Surrender Directive to Supreme Commander for the Allied Powers for the Occupation and Control of Japan (JCS1380/15); 日本占領及び管理のための連合國最高司令官に對する降伏後における初期の基本的指令(この指令にいう日本は、次のものを含むものと定められる。日本の主要な四島、すなわち北海道(エゾ)、本州、九州、四國及び對馬諸島を含む約1千の隣接小諸島)

접 제 소도(adjacent minor islands)에 한정되어 적용된다’는 내용이 명시되었다.⁴³⁾ 즉, 포츠담선언에 규정된 제 소도가 대일 초기 방침과 기본 지침에 규정된 외곽 및 인접한 제 소도의 해석을 거쳐 연합국의 문서로 확인된 것이다.

V. 결론

독도 문제는 태평양전쟁의 종료 후 일본 영토의 처리의 맥락에서 그리고 샌프란시스코 평화조약 제2조 (a)를 올바르게 해석하여 파악할 필요가 있다. 특히 일본의 영토 처리 과정에 나타난 연합국의 의사를 법적 문서로 확인하고 올바르게 해석하는 것이 중요하다. 그러한 맥락과 해석은 일본의 침략에 대한 책임을 규명하는 것으로서, 한국의 독도 영유권에 대한 정당성을 뒷받침해준다.

따라서 샌프란시스코 대일평화조약과 함께 대서양헌장, 카이로선언, 포츠담선언, 항복문서, 초기 대일방침, 기본지침, SCAPIN 677을 포함한 연합국최고사령관 각서 등 포츠담선언과 그 전후 일련의 법적 선언, 방침 및 문서를 통합적으로 해석하여 독도의 영유권 문제를 판단해야 한다. 특히, 연합국이 일본 본토 4개 도서 외에 대마도를 포함하는 약 천개의 ‘인접한 제 소도’를 일본의 주권이 행사되는 영토로 하고, 그 외 ‘외곽의 제 소도’는 연합국의 결정으로 일본의 영토로 할 것인지 판단한다고 한 부분의 해석이 관건이다.

일본은 비록 SCAPIN 677에서 ‘울릉도, 독도, 제주도’가 일본의 범위로부터 제외되는 지역으로 명시되었지만, 제6항의 내용을 근거로 하여 독도의 영유권이 한국으로 결정되지 않았다고 주장한다. 그러나 일본의 주장은 대일평화조약 제19조 (d)의 ‘점령 당국의 지령이나 결과에 의한 작위나 부작위의 효력의 승인’이라는 내용에 명백하게 위배되며, 카이로선언과 그 내용을 수용한 포츠담선언 및 항복문서의 규정에도 위배된다.

한국은 독도가 일본에 ‘인접한 제 소도’와 구분되는 ‘외곽의 도서’로서 일본의 영토가 아니라고 주장한다. 또한 독도가 SCAPIN 677에 의해 1946년에 일본으로부터의 분리가 확인됐으므로, 다른 연합국총사령관 각서나 대일평화조약에 의해 독도가 일본의 영토로 확인되지 않는 한, 그것은 한국의 영토가 분명하다고 주장한다. 대일평화조약에 대한 일본의 해석은 각서의 내용에도 위배되고,

43)日本國の主權は、本州、北海道、九州、四國の諸島及び今後決定されることのある周邊の諸小島に限定される。(降伏後の對日基本政策)

한국의 도서 대부분이 일본의 영토가 된다는 모순을 초래하는 것으로, 이는 비엔나협약 제32조에 규정된 명백하게 부조리하거나 비합리적인 경우가 된다.

현상유지의 원칙을 적용해도, 독도는 대일평화조약이 체결된 1951년 9월 8일 시점에 SCAPIN 677이 공표된 1946년 1월 29일의 상황이 그대로 유지되므로 한국의 영토라고 보는 것이 타당하다. 현상유지의 원칙은 식민지의 독립 과정에 ‘영토의 안정성과 계속성’을 중시하여 적용되는 국제법상 일반 원칙이다. 한국과 일본에 대한 미군정의 법적 성격에 따라 그 해석이 나뉠 수 있겠지만, 일본에서 분리된 한국이 미군정의 통치를 거쳐 독립하는 과정에도 이 원칙이 적용된다고 보는 것이 합리적이다.

미군정은 식민지 지배와 다른 특수한 점령 형태였지만, SCAPIN 677이 ‘정치상·행정상 분리되는 지역’이라고 기술하고 있는 점을 고려하면, 현상유지의 원칙을 한국과 일본 사이에 적용하는 것은 자연스럽다. 이 문서는 ‘영토의 확정’이 아닌 점령지의 통치를 위한 행정문서였지만, 그러한 행정문서가 식민지의 독립 과정에 현상유지 원칙을 적용하는 근거가 될 수 있다는 점을 부인할 수는 없다.

[참고문헌]

외교통상부 국제법률국(편), 「독도문제개론」, 2012.9

Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, (5th edn, Oxford University Press), 1999

James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, (8th edn, Oxford University Press), 2012

Kazuhiko Togo, "Development of Japan's Historical Memory: The San Francisco Peace Treaty and the Murayama Statement in Future Perspective", *Asian Perspective*, Vol.35, No.3, 2011

Malcolm Shaw, "The Heritage of States: The Principle of *Uti Possidetis Juris* Today", *British Yearbook of International Law*, Volume 67, Issue 1, 1996

Michael Reisman, "Protecting Indigenous Rights in International Adjudication", *American Journal of International Law*, 89 (1995)

Steven R. Ratner, "Drawing a Better Line: *Uti Possidetis* and the Borders of New States", *American Journal of International Law*, Vol.90, 1996

Suzanne Lalonde, *Determining Boundaries in a Conflicted World: The Role of Uti Possidetis*, McGill-Queen's University Press, 2002

高野雄一, 「日本の領土」, 東京大學出版會, 1962

高野雄一, "領土問題", 「ジュリスト」 647, 1977.9.1

國際法事例研究會, 「領土」, 慶應通信, 1990

國際法學會(編), 「國際關係法辭典」, 三省堂, 1995

芹田健太郎, 「日本の領土」, 中公叢書, 2002

東郷和彦・保阪正康, 「日本の領土問題」, 角川書店, 2012

杉原高峰, 「日本國との賠償並びに戦後處の一環として理平和條約」(小田 滋・石本泰雄, 解説條約集), 1997

藥袋善郎, 「日本の歴史を決めた公文書」, 東京書籍, 2006

太壽堂 鼎, "領土問題", 「ジュリスト」 647, 1977.9.1.

玄大松, 「領土ナショナリズムの誕生」, ミネルバ書房

[Abstract]

Postwar Japanese Territorial Delineation and the Sovereignty
over Dokdo: Interpretation of Relevant Documents and
Application of the Uti Possidetis Principle

Chang-Wee LEE*

Dispute over Dokdo is a serious issue that runs through the history, colonization, and normalization of diplomatic relations between Korea and Japan. The two countries are opposed to the historical basis of the territoriality of Dokdo, its legal legitimacy, the validity of Japan's occupation of the island, and the interpretation of relevant documents.

Among them, this study examines the territorial sovereignty issue of Dokdo through the interpretation of relevant documents before and after Japan's defeat, including the Cairo Declaration, the Potsdam Declaration, the San Francisco Peace Treaty, and the US military administrative documents. In particular, the Dokdo issue was analyzed comprehensively by interpreting the documents related to the Allied Powers that appeared before and after the end of the Pacific War from the perspective of determining Japan's territorial scope.

The process of applying the uti possidetis principle to the delimitation of boundaries after the independence of a colony or the separation of a new state was analyzed in relation to the territorial issue of Dokdo. In addition, it was analyzed in what context SCAPIN 677, which established the scope of territorial jurisdiction by the Supreme Commander of the Allied Forces, could be understood in light of the uti possidetis principle.

Keywords : Cairo Declaration, Potsdam Declaration, San Francisco Peace Treaty,
Uti Possidetis, Dokdo, SCAPIN 677

* University of Seoul, School of Law

