

# 1905년 다케시마 영토 편입 조치의 법적 성질

## 나카노 데쓰야(中野 徹也)

(간사이 대학 법학부 교수)

### 1 머리말

1905년 1월 28일, 일본 정부는 다음과 같은 각의 결정을 내렸다.

‘별지의 내무대신이 청의한 무인도 소속에 관한 건을 조사해 보니……1903년 이래 나카이 요자부로(中井 養三郎)라는 자가 해당 섬에 이주하여 어업에 종사하는 것이 관련 서류상 명백하다면 국제법상 점령 사실로 인정하여 이를 일본 소속으로 하고 시마네현 소속 오키 도사(島司)의 소관으로 해도 무방하다고 생각하므로 청의한 바와 같이 각의 결정되어 마땅하다고 인정한다.’<sup>1</sup>

이에 내무대신은 시마네현 지사에 대해 해당 섬을 ‘다케시마로 칭하고 이후 시마네현 소속 오키 도사 소관으로 한다고 관내에 고시하라’는 훈령을 내렸다<sup>2</sup>. 그리고 시마네현 지사는 1905년 2월 22일 오키 도청에 대해 같은 내용의 훈령을 내림과 동시에<sup>3</sup> 다케시마를 시마네현 소속으로 하고 오키 도사 소관으로 한다는 고시를 시마네현 전역에 발령했다<sup>4</sup>. 같은 달 24일, 산인신문과 쇼요신보는 각각 ‘오키의 새로운 섬’, ‘새로운 시마네현 소관 섬 다케시마’라는 제목으로 이 고시를 보도한 바 있다<sup>5</sup>.

일본 정부는 앞서 언급한 각의 결정에 의해 ‘다케시마를 영유할 의사를 재확인’했다고 한다<sup>6</sup>. 따라서 각의 결정은 ‘그 이전에 일본이 다케시마를 영유하지 않았다는 것, 더욱이 타국이 다케시마를 영유하고 있었음을 나타내는 것은 아니’며, 또 그 후에 취해진 일련의 편입 조치는 ‘당시 신문에도 게재되어 비밀리에 이루어진 것은 아니라는 점 등, 유효하게 실시된 것’이라고 주장한다<sup>7</sup>. 이에 대해 한국 정부는 다음과 같이 주장한다. ‘자국 영토에 대해 영유하겠다는 의사를 재확인했다는 것은 국제법상 있을 수 없는 변명일 뿐 그러한 전례도 없다’<sup>8</sup>. 또한 시마네현의

고시에 따라 독도 편입을 시도했다는 것은 ‘일본 정부는 독도가 자국령이 아니라고 인식하고’ 있었음을 보여준다<sup>9</sup>. 어쨌든 1900년에 반포된 ‘칙령 제41호’ 규정에 따라 ‘계속 독도를 관할하며 영토 주권을 행사해 온 것은 명백’하며 일본에 의한 편입 조치는 ‘오랫동안 공고히 확립된 한국의 영토 주권을 침해한 불법 행위로 국제법적으로도 전혀 효력이 없다’<sup>10</sup>. 나아가 ‘시마네현 고시는 일개 지방 정부에 의한 고시일 뿐 정식 외교 절차를 통해 당시 한국 정부에 통고되지 않았다. 또한 은밀하게 이루어졌기 때문에 외국은 물론 일본의 일반 국민조차 이를 몰랐다. 따라서 한 국가의 공식적인 의사 표시로 볼 수 없다’<sup>11</sup>.

이와 같이 앞서 언급한 각의 결정과 이후의 편입 조치를 놓고 양국의 주장은 정면으로 대립하고 있다. 그러나 한국의 주장에는 국제법상의 근거가 전혀 없다. 본고의 목적은 그것을 논증하는 데 있다. 그렇다면 우선 각의 결정에 이르기까지의 경위를 살펴보도록 하자.

### 2 각의 결정에 이르기까지의 경위

나카이 요자부로는 돗토리현 도하쿠군 오가모촌 출신으로 당시 오키의 스키군 사이고초에 거주하고 있었다. 1903년부터 당시 ‘리안코 섬’으로 불리던 다케시마에서 사재를 투입해 어사(漁舍)를 차리고 강치잡이에 착수하게 되었다. 당초에는 큰 손실을 봤지만 이듬해인 1904년이 되면서 사업이 호전되는 조짐이 나타났다. 그런데 전망이 좋아지자 많은 사람들이 강치잡이에 뛰어들어, 다케시마 주변의 강치는 남획에 의해 크게 줄어들어 버렸다. 그래서 나카이는 경쟁자를 배제하여 사업을 독점하려고 일을 꾸미고, 같은 해 9월 29일에 상경해서 섬 전체의 대어 청원을 신청하기에 이른다<sup>12</sup>. 나카이의 청원은 효과를 발휘해 의무성 당국자로부터 ‘영토 편입을 서둘러야 한다’는 답변을 받았다

1 ‘오키섬에서 서북쪽으로 85리 떨어져 있는 무인도를 다케시마라고 명하고 시마네현 소속 오키 도사 소관으로 한다’ 「다케시마 자료 포털 사이트」, 에서 원문의 견본을 열람할 수 있음.  
2 「훈(訓) 제87호」, 「다케시마 자료 포털 사이트」, 에서 원문의 견본을 열람할 수 있음.  
3 「시마네현 서(庶) 제11호」, 「다케시마 자료 포털 사이트」, 에서 원문의 견본을 열람할 수 있음.  
4 「시마네현 고시 제40호」, 「다케시마 자료 포털 사이트」, 에서 원문의 견본을 열람할 수 있음.  
5 「오키의 새로운 섬」(산인신문), 「다케시마 자료 포털 사이트」, 에서 원문의 견본을 열람할 수 있음. 「새로운 시마네현 소관 섬 다케시마」(쇼요신보), 「다케시마 자료 포털 사이트」, 에서 원문의 견본을 열람할 수 있음.  
6 일본 외무성, 「일본의 영토를 둘러싼 정세: 다케시마 『다케시마의 시마네현 편입』 2」, 에서 열람 가능.  
7 「다케시마에 관한 일본 정부의 견해」(1953년 7월 13일자). 쓰카모토 다카시(塚本 孝), 「다케시마 영유권을 둘러싼 일한 양국 정부의 견해」 『레퍼런스』 (국립국회도서관, 2002년 6월호)(이하, 쓰카모토 『레퍼런스』로서 인용), p.60.  
8 동북아역사재단, 「일본 외무성의 독도 영유권 주장에 대한 반박문」, p.11. 주일본국 대한민국 대사관 웹사이트, 에 게재되어 있음.  
9 한국 외교부, 『한국의 아름다운 섬, 독도 - 펌플릿』, p.8,, 에서 다운로드 가능.  
10 상동 pp.8-9.  
11 「독도(다케시마)에 관한 1953년 7월 13일자 일본 정부 견해에 대한 한국 정부의 논박」(1953년 9월 9일). 쓰카모토, 『레퍼런스』(주7), pp.60-61.  
12 「리안코섬 영토 편입 및 대어 청원」, 「다케시마 자료 포털 사이트」, 에서 원문의 견본을 열람할 수 있음. 다무라 세이자부로(田村 清三郎), 『시마네현 다케시마의 신연구 [복각 보정판]』, pp.40-43.

13. 외무성의 요청에 따라 메이지 정부는 시마네 현청에 의견을 구하기로 했다. 시마네현이 오키 도사에게 의견을 묻자<sup>14</sup> 오키 도사는 ‘일본 영토에 편입해 오키섬 소관에 속하게 해도 아무런 지장이 없다’고 답변했다<sup>15</sup>. 시마네현은 이를 정부에 보고하고 내무대신을 거쳐 각의 결정에 이르게 된 것이다.

### 3 국제법상의 평가

#### (1) 각의 결정(1905년)의 법적 성질

일본 정부는 ‘늦어도 에도 시대 초기에 해당하는 17세기 중반에는 다케시마의 영유권을 확립했다고 한다<sup>16</sup>. 그렇다면 왜 각의 결정에 따라 이미 영유권을 확립한 다케시마에 대해 ‘영유할 의사를 재확인’했을까. 그것은 예로부터 공통의 인식에 의해 인정되어 온 역사적 권원<sup>17</sup>을 근대 국제법이 요구하는 권원으로 ‘대체’<sup>18</sup> 혹은 ‘교체’<sup>19</sup>할 필요가 있었기 때문이다.

일본이 속해 있던 동아시아 세계 질서에서는 유럽 국제 질서의 기반이었던 ‘영역(territory)’에 해당하는 개념이 존재하지 않았다. 동아시아 세계 질서의 기반은 ‘판도(domain)’였다<sup>20</sup>. 그러므로 영역 개념에 기초한 유럽 기원의 근대 국제법을 일본이 수용하는 데 있어, ‘판도’ 개념 하에서 소유하고 있었다고 간주되는 역사적 권원을 ‘영역 권원’으로 ‘대체’ 혹은 ‘교체’해야 했던 것이다<sup>21</sup>.

이 같은 ‘재확인’의 필요성은 국제재판에서도 지적되어 왔다. 국제사법재판소는 망키에-에크르오 사건에서 분쟁 지역에 대해 프랑스 왕이 시원적인 봉토권(original feudal title)을 가졌다 하더라도 교체 시점에 유효한 다른 권원으로 대체했음을 입증하지 못하면 오늘날 어떠한 법적 효과도 발생시킬 수 없다고 밝혔다<sup>22</sup>. ‘결정적으로 중요한 것은 중세 시대에 일어난 사건으로부터 도출한 간접적인 추정이다 아니라’ 분쟁 지역에 대한 ‘점유에 직접 관련된 증거’이기 때문이다<sup>23</sup>. 에리트레아와 예멘의 분쟁에 관한 중재 판결도 같은 지적을 하고 있다<sup>24</sup>.

망키에-에크르오 사건은 유럽 국제 질서에 속하는 영국과 프랑스 간의 사건, 에리트레아/예멘 중재는 이슬람 국제법 체계에 속하는 국가 간의 사건이지만, 양쪽 모두 근대 국제법

체계와 전혀 다른 법체계에 속해 있었다. 따라서 이러한 판례에서 제시된 견해는 동아시아 세계 질서에서 전통적 국제법 질서로 전환되는 과정에도 적용된다<sup>25</sup>. 요컨대 근대 국제법은 동아시아 세계 질서에 속해 있던 여러 나라가 근대 국제법을 수용하고 유럽 국제 질서에 편입되는 과정에서 이미 확립되어 있던 역사적 권원을 강화하기 위해, 또는 의심의 여지가 없도록 하기 위해 ‘재확인’ 등의 조치를 취하는 것을 금지하지는 않았다<sup>26</sup>. 오히려 근대 국제법은 이러한 방식을 통해 영유 의사를 명확히 표명하고 당시 유효했던 권원을 ‘대체’ 혹은 ‘교체’하여 실효적으로 지배할 것을 요구한 것이다.

#### (2) 영유 의사의 표시 형식

시마네현의 고시는 ‘은밀하게 이루어진’ 것이 아니며 ‘일본의 일반 국민’은 이를 알고 있었다. 상술한 바와 같이 시마네현의 고시는 시마네현 전역에 발표되었으며 당시 신문에서도 보도되었기 때문이다(본고 1 참조).

다음으로, ‘일개 지방 정부에 의한 고시’이며 ‘정식 외교 절차를 통해 당시의 한국 정부에 통고되지 않았다’는 것은 사실이다. 그러나 전자에 대해서는 국제법상 영유 의사 표시에 일정한 형식이 있는 것은 아니다. 애초에 평온하고 계속적으로 토지에 대한 주권의 표시가 있다면 영유 의사가 추정되므로 명시적으로 할 필요도 없다<sup>27</sup>. 어쨌든 지방 관청에 의한 고시라는 방식은 당시의 관례이며<sup>28</sup>, 국가 기관이 다케시마의 소속을 명확한 형태로 보여주고 있어 영유 의사를 적절히 표시한 것이라고 할 수 있다.

또한 후자에 대해서는 명시적인 법규칙이 없는 한 외국 정부에 대해 영유 의사를 통고할 의무는 없다<sup>29</sup>. 이러한 법규칙으로는 1885년 베를린 회의의 일반 의정서가 있다. 이 의정서의 34조는 선점 요건으로 ‘당사국은 서로 통고하도록 한다’고 규정하고 있다. 그러나 이 의정서의 효력은 아프리카 대륙 해안에 국한되어 있어<sup>30</sup> 동아시아에는 적용이 되지 않았다. 일찍이 저명한 국제법학자는 국제법상 상술한 ‘당사국은 서로 통고하도록 한다’는 규칙이 ‘머지않아 관습 또는 조약에 의해 아프리카 이외의 지역에도 적용 범위가 확대될 것이 틀림없다’고 예언했다<sup>31</sup>. 그의 예언은 빗나갔고 그러한 범위 확대는 일어나지 않았다<sup>32</sup>.

13 그 동안의 경위에 대해서는, 오키하라 헤키운(奥原 碧雲), 『다케시마 및 울릉도 [북각판]』(하베스트 출판), pp.55-56. 나이트 세이추(内藤正中)·김병렬(金炳烈), 『사적 검증 다케시마·독도』(이와나미 서점, 2007년), p.84.  
 14 『서(庶) 제1073호』, 「다케시마 자료 포털 사이트」, 에서 원문의 견본을 열람할 수 있음.  
 15 나이트 세이추, 「다케시마의 영토 편입을 둘러싼 여러 문제」 『동북아 문화 연구』 제24호(2006년), p.13.  
 16 일본 외무성, 『다케시마 문제의 10가지 포인트』(Point 3: 일본은 17세기 중반에는 다케시마의 영유권을 확립했습니다.), p.8, 에서 다운로드 가능. 일본 외무성, 「일본의 영토를 둘러싼 정세: 다케시마 『다케시마의 영유』 4」, 에서 열람 가능.  
 17 마쓰이 요시로(松井 芳郎), 『국제법학자가 읽는 센카쿠 문제』(일본평론사, 2014년), p.50 \*1.  
 18 미나가와 다케시(皆川 洗), 「다케시마 분쟁과 국제 판례」 마에하라 미쓰오(前原 光雄) 교수 환갑 기념 논문집 간행위원회 편 『국제법학의 여러 문제』(마에하라 미쓰오 교수 환갑 기념)』(게이오 통신, 1963년), p.363.  
 19 다이주도 가나에(太壽堂 鼎), 「다케시마 분쟁」(1966년 초출) 『영토 귀속의 국제법』(도신도, 1998년), p.143.  
 20 마쓰이, 『전게서』(주17), p.115. ‘판도’는 ‘동아시아의 “국제적” 규범 질서’에서 타당한 개념이었다. 박배근(朴培根), 「일본에 의한 도서 선점의 여러 사례: 다케시마/독도에 대한 영역 권원을 중심으로」 『국제법 외교 잡지』 105권 2호, pp.32-33.  
 21 마쓰이, 『전게서』(주17) p.118.  
 22 *The Minquiers and Ecrehos case, Judgment of November 17th, 1953 : I.C. J. Reports 1953*, p. 56.  
 23 *Ibid.*, p. 57. See also, *Sahara occidental, avis consultative, C.I.J. Recueil 1975*, p. 43, para. 93.  
 24 *Award of the Arbitral Tribunal in the first stage of the proceedings between Eritrea and Yemen (Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute), Decision of 9 October 1998, Reports of International Arbitral Awards, Volume, XXII, 245, para. 131, p. 268, para. 239.*  
 25 마쓰이, 『전게서』(주17), p.124.  
 26 박, 「전계 논문」(주20), p.38.  
 27 다이주도, 「전계 논문」(주19), p.144.  
 28 「다케시마에 관한 1954년 9월 25일자 대한민국 정부의 견해에 대한 일본국 정부의 견해」(1956년 9월 20일). 쓰카모토, 『레퍼런스』(주7), p.62.  
 29 *Island of Palmas Case (Netherlands/United States of America), Award of 4 April 1928, Reports of International Arbitral Awards, Vol. II, p. 868.*  
 30 *Affaire de l'île de Clipperton (Mexique contre France), 28 janvier 1931, Reports of International Arbitral Awards, Vol. II, p. 1110.*  
 31 L. Oppenheim, *International Law : A Treatise*, 1905, §224., pp. 278-279.  
 32 Lindley, M. F., *The Acquisition and Government of Backward Territory in International Law*, 1926, p. 295.

#### 4 맺음말

이상의 검토를 통해 한국 정부의 주장에는 국제법상 근거가 전혀 없다는 것이 밝혀졌다. 따라서 일본 정부가 주장하는 바와 같이 각의 결정을 거쳐 취해진 일련의 편입 조치는 당시의 국제법에 따른 것이며 '그 이전에 일본이 다케시마를 영유하지 않았다는 것, 더욱이 타국이 다케시마를 영유하고 있었음을 나타내는 것이 아니며, 또 ' 당시 신문에도 게재되어 비밀리에 이루어진 것은 아니라는 점 등, 유효하게 실시된 것이다'.

끝으로, '어쨌든 1900년에 반포된 '칙령 제41호' 규정에 따라 '계속 독도를 관할하며 영토 주권을 행사해 온 것은 명백'하며 일본에 의한 편입 조치는 '오랫동안 공고히 확립된 한국의 영토 주권을 침해한 불법 행위로 국제법적으로도 전혀 효력이 없다'는 한국 정부의 주장을 검토한다 (본고 1 참조).

'칙령 제41호'는 울릉도를 울도로 개칭하고 도감(島監)을 군수로 격상한다는 내용이었다. 한국 정부는 제2조에서 울도군의 관할 구역을 '울도 전체 및 죽도, 석도(독도)'로 명기했다고 주장한다<sup>33</sup>. 무엇보다 원문에는 '(독도)' 표기가 없기 때문에 '석도'가 오늘날의 다케시마('독도')라면 왜 칙령에서 '독도'가 사용되지 않았는지, 왜 '석도'라는 명칭이 사용되었나'라는 의문이 생긴다<sup>34</sup>.

가령 이 의문이 해소되어 석도가 다케시마를 지칭한다 하더라도 칙령 공포 전후에 대한제국이 다케시마를 실효적으로 지배한 사실은 없으며 한국에 의한 영유권이 확립되어 있었다고 할 수는 없다. 한국이 설령 다케시마에 어떠한 역사적 권원을 가지고 있었다고 가정하더라도, 그것은 실효적 점유에 근거한 권원으로 대체되지 못했다.

반면 '일본 정부에 의한 1905년의 영토 편입 조치와 그에 이은 지속적인 주권의 표시는, 17세기 당시의 국제법에도 거의 부합하여 유효하게 설정된 것으로 보이는 일본의 권원을 현대적 요청에 따라 충분히 대체하는 것이었다'<sup>35</sup>. 따라서 편입 조치는 '한국의 영토 주권을 침해한 불법 행위' 등이 결코 아니다. 근대 국제법의 규칙을 충실히 따르며 이루어진 '국제법적으로' 효력이 있는 조치이다.

33 한국 외교부, 『전게서』(주9), p.9.

34 일본 외무성, 『전게서』(주16)(Q4: 1905년 일본 정부의 의한 다케시마 편입 이전에 한국 측이 다케시마를 영유했다는 증거가 있나요?), p.24,,에서 다운로드 가능. 일본 외무성, 「일본의 영토를 둘러싼 정세: 다케시마 『다케시마의 시마네현 편입』 6」에서 열람 가능.

35 다이주도, 「전계 논문」(주19), p.143.