

센카쿠 제도, 다케시마, 국제재판

나카타니 가즈히로(中谷 和弘)

(도쿄대학대학원 법학정치학연구과 교수)

1 머리말

본 소논문에서는 국제법 관점에서 다음과 같은 고도로 가정적인 물음에 대해 간결하게 답변하겠다. 즉, 센카쿠 제도와 다케시마의 영유권 문제가 만약 국제사법재판소(ICJ)에서 다루어져 본안까지 진행된다면 양식적인 재판관은 어떠한 판단을 내릴 것이 기대되는가, 라는 점이다.

2 센카쿠 제도 문제에서의 본안의 요점

센카쿠 제도에 관해서는 국제재판 관할권의 근거도 영토 분쟁도 존재하지 않으므로 이 문제가 ICJ에서 본안 단계까지 진행된다는 것은 지극히 가정적인 이야기이다¹. 이 점을 지적해 두며, 센카쿠 제도 문제의 본안의 요점은 전통적인 국제법의 해석 적용에 따르면 다음과 같다.

1895년 1월, 일본 정부는 센카쿠 제도를 그때까지 무주지였을 뿐만 아니라 타국의 지배가 미치지 않았음을 확인하고 각의결정 발표를 통해 오키나와현에 편입시켰다. PCIJ '동부 그린란드 사건' 판결(1933년)에서 나타난 바와 같이 영유 주권의 요구에는 '주권자로서 행동하겠다는 의도 및 의사' 및 '해당 권원의 현실적인 행사 및 표시'라는 2가지 요소의 존재를 입증해야 한다². 무인도인 센카쿠 제도에 대한 일본의 점유는 해당 제도에 대한 실효적, 계속적이고 평온한 영유 주권을 행사하는 것으로, 이 2가지 요건을 충족시킨다.

1895년 편입 시에 일본은 근린 제국에 대한 통고를 실시하지 않았으나, 특별한 조약의 규정이 없는 한 타국에 대한 통고가 일반 국제법상의 요건이라고까지는 할 수 없다. '클리퍼턴 섬 사건' 중재 판결(1931년)에서는 '프랑스 점유의 적법성도 역시 타국에 대한 통고를 하지 않았기 때문에 문제시되어 왔다. 그러나 상술한 베를린 의정서 제34조에 규정된 이 통고 의무는 본건에는 적용되지 않는다는 점에 유의해야 한다. 동 의정서에 대해 어떠한 방법으로 공지를 부여하는 것으로 충분하며, 프랑스는 위에 나타난 것과 같은 방법으로 그 행위를 공표함으로써 이 공지성을 발생시켰다고 생각해야 한다.'³ 고 서술하고 있다. 이 각의결정은 청일전쟁과는 무관하게, 또한 1895년 4월의

시모노세키 조약 체결 전에 발표된 것으로 동 조약에서 일본에 할양된 대만 및 그 부속 도서에 센카쿠 제도는 포함되지 않는다.

중국 정부는 센카쿠 제도가 무주지가 아니었음을 설득적으로 증명하지 않았다. '팔마스 섬 사건' 중재 판결(1928년)⁴에서 지적된 바와 같이 국제법에서는 단순히 섬을 발견하는 것은 미성숙 권원에 지나지 않는다. 또한 지도는 한정적인 증거 가치밖에 가지지 않는다. ICJ '부르키나파소·말리 국경 분쟁 사건' 판결(1986년)은 '지도 그 자체는 사안별로 정확성이 다른 정보를 구성할 뿐이다. 지도 그 자체는, 또한 단순한 그 존재만으로는 영역적 권원을 구성하는 것이 아니다. 즉, 영역적 권리를 확립할 목적으로 고유의 법적 효력을 국제법상 부여받는 문서로 볼 수 없다.'⁵ 고 서술하고 있다.

중국측은 일본이 1895년에 각의결정을 통해 센카쿠 제도를 오키나와현에 편입시키고 나서 1970년경까지 약 75년 동안이나 일본에 대해 항의를 하지도, 센카쿠 제도에 대한 스스로의 영유권을 주장하지도 않았다. 중국 정부 및 대만 당국이 센카쿠 제도에 관한 독자적인 주장을 갑자기 시작한 것은 1968년 가을에 유엔 아시아 극동 경제 위원회(ECAFE)가 동지나해에 석유 매장 가능성이 있음을 지적하고 나서부터였다. 4분의 3세기에나 걸친 장기간의 침묵은 국제법상 묵인(acquiescence)을 구성한다. ICJ '프레아 비헤아르 사원 사건' 판결(1962년)⁶이 지적하는 바와 같이 '항의를 해야 하며, 가능한 경우에 침묵한 자는 묵인한 자로 간주된다'(Qui tacet consentire videtur si loqui debuisset ac potuisset). 또한 1920년 5월에 중화민국 주 나가사키 영사가 조난된 중국 어민을 구한 일본인에게 보낸 감사장 내에 '일본제국 오키나와현 야에야마군 센카쿠 열도'라고 기재한 사실과 1953년 1월 8일자 인민일보에서 '센카쿠 제도는 류큐 제도에 포함된다'라는 내용의 기사가 게재된 사실은 센카쿠 제도가 일본령이라는 것을 중국측이 '자인'했음을 명확히 나타낸다. 이러한 사실들로 보아 중국이 센카쿠 제도에 대하여 스스로의 권원을 주장하는 것은 국제법상의 근거가 결여됨과 동시에 금반언(estoppel)의 원칙에 반하므로 인정될 수 없다.

1 만약 중국이 센카쿠 제도 문제를 ICJ에 회부하고 싶다면 먼저 ICJ의 강제적인 관할권을 받아들인(일본은 1958년 이래 그렇게 하고 있다) 다음 일본을 제소함으로써 ICJ 회부가 가능해진다. 그 경우에도 일본은 선결적 항변에서 센카쿠 제도에 관한 영토 분쟁은 존재하지 않는다고 주장할지도 모른다. 이 항변이 선결적으로 판단될지 본안에 병합되어 심리될지는 ICJ의 재량에 속한다.

2 PCIJ Ser.A/B, No. 53, pp. 45-46.

3 Reports of International Arbitral Awards, vol. II, p. 1110.

4 Reports of International Arbitral Awards, vol. II, p. 846.

5 ICJ Reports 1986, p. 582.

6 ICJ Reports 1962, p. 23.

본 사이트에 게재되는 자료 등은 정부의 위탁 사업하에서 유식자의 조언을 받아 조사, 수집 및 작성된 것으로 본 사이트의 내용은 정부의 견해를 나타내는 것이 아닙니다.

3 다케시마 문제에서의 본안의 요점

다케시마에 관하여 일본은 1954년 9월, 1962년 3월, 2012년 8월 등 3회에 걸쳐 한국에 대해 영유권 문제의 ICJ 회부를 제안했으나 한국은 이를 거부했다. 다케시마 문제가 본안으로 진행되었을 경우의 요점은, 정통적인 국제법의 해석·적용에 따르면 다음과 같다.

일본 정부의 입장은, 일본은 오래 전부터 다케시마의 존재를 인식하고 늦어도 17세기 중반에는 다케시마의 영유권을 확립했다는 것이다. 1905년 1월 28일의 각의결정을 통해 일본은 다케시마를 영유하겠다는 의사를 재확인하고 시마네현에 편입시켰다. 이 각의결정은 1905년 11월의 일한보호조약(을사조약) 및 1910년 8월의 일한병합조약 체결과는 무관하게 이루어진 것이다. 아울러 일본은 그 후에도 다케시마에서의 강치 포획을 허가제로 하고 이를 제2차 세계대전으로 인해 1941년에 중지될 때까지 계속하는 등 주권자로서 실효적 지배를 계속하여 충분한 기간에 걸친 계속적이고 평온한 주권의 표시를 행사해 왔다. '해당 영역에 대한 계속적이고 평온한 국가 기능의 표시는 영역 주권의 구성 요소라는 원칙'을 지정한 '팔마스 섬 사건' 중재 판결(1928년)⁷의 기준에 따르면 다케시마에 대한 일본의 주권은 국제법상 확립되었다고 할 수 있다.

1951년 9월의 샌프란시스코 평화 조약 제2조 (a)에서 '일본은 한국의 독립을 인정하고 제주도, 거문도 및 울릉도를 포함한 조선에 대한 모든 권리, 권원 및 청구권을 포기한다'고 하였다. 그러나 동항에서 일본이 포기한 '조선'에 다케시마는 포함되지 않는다. 샌프란시스코 평화 조약이 서명되기 1개월 전인 1951년 8월 10일, 미국의 딘 러스크(Dean Rusk) 극동 담당 국무차관보는 양유찬 주미 한국 대사에 대해 '독도 또는 다케시마 내지 리양쿠르 바위로

알려진 섬에 관해서는, 이 통상 무인 상태인 바위섬은 우리 정보에 따르면 조선의 일부로 취급된 적이 결코 없으며 1905년경부터 일본 시마네현 오키 지청의 관할하에 있다. 이 섬은 과거 조선에 의해 영유권 주장이 이루어진 것으로는 보이지 않는다.'고 명확히 답변했다⁸. 샌프란시스코 평화 조약의 중심적인 체결국이었던 미국의 조약 해석은 큰 증거 가치를 가진다.

아울러 만일 포기 범위에 대한 의의가 있다고 하더라도 국제법상 포기는 추정되지 않으며 포기자에게 유리한 좁은 의미로 해석되어야 한다. 'Campbell 사건' 중재 판결에서는 '포기가 결코 추정되지 않는 것은 모든 국가의 법으로 인정된다. 포기는 권리, 능력 또는 기대조차도 유기를 구성하므로 항상 협의의 해석에 따르게 된다.'⁹ 라는 내용을 지적했다. 또한 Eric Suy는 1962년에 논문 내에서 '포기의 효과는 권리의 소멸이므로 그 의도는 협의로 해석되어야 하며 의의가 발생할 경우 포기자에게 유리한 의미로 해석되어야 한다.'¹⁰ 고 기술하였다. '인도-파키스탄 서부 국경(Rann of Kutch) 사건' 중재 판결(1968년)의 Lagergren 중재 재판장의 의견도 동일한 생각에 근거한 것으로 보인다¹¹.

따라서 샌프란시스코 평화 조약하에서 일본이 포기한 '조선' 지역에 다케시마가 포함되지 않음은 명백하다.

다케시마에 관한 분쟁의 결정적 기일에 대해서는 1952년 1월에 한국이 국제법에 위반하여 이른바 이승만 라인을 일방적으로 공해상에 설정한 시점으로 하는 것이 합리적이다. 1954년 8월에는 한국 경비대 대원이 다케시마에 주류하고 있는 것이 확인되었다. 국제법상 섬에 대한 침공이나 위법한 점유의 계속으로부터 법적 권원은 발생하지 않는다(불법으로부터 권리는 발생하지 않는다(Ex injuria non oritur jus)).

7 Reports of International Arbitral Awards, vol. II, p. 840

8 2016년도 내각관방 위탁 조사 '다케시마에 관한 자료 조사 보고서' (<https://www.cas.go.jp/jp/ryodo/img/data/archives-takeshima03.pdf>)

9 RIAA, vol. II, p. 1156.

10 Eric Suy, Les actes juridiques unilatéraux en droit international public (LGDJ, 1962), p. 185.

11 RIAA, vol. XVII, p. 565. 동 의견에서는 '이 점에 관한 어떠한 불확실성도 파키스탄에게 있어 유리하게 해결되어야 한다. 왜냐하면 Kutch 지구로부터의 청구는 그 형식상 및 다른 행위에 의해 지지를 받고 있지 않기 때문에 청구 당사국에 불리하게 협의로 해석되어야 하며, 영국 당국에 의해 발표된 성명도 동일하게 이해되어야 하며 광의로 해석되어서는 안 된다.'고 지적한다.