

# 한국의 영토

## - 국경문제 연구에 대한 시론(試論)



이 성 환 (계명대학교)  
(shl@kmu.ac.kr)

### 국문요약

17세기 이전 한국은 북방에서는 중국과의 사이에 국경이 명확하지 않았고, 동쪽 섬들에 대해서는 소유가 다소 애매한 상태에 있었다. 1699년(숙종 25년) 일본과의 외교적 합의(울릉도쟁계합의)와 1712년(숙종 38년)에 건립된 백두산 정계비를 통하여 압록강, 토문강(송화강 지류), 독도를 경계로 하는 영토가 확정되었다. 그러나 근대민족국가로의 이행과정에서 일본은 1905년 독도를 편입하고, 1909년 간도(현재 중국의 연변조선족자치주)의 영유권을 중국에 인정함으로써 조선의 영토적 통일성을 파괴하였다. 그 연장선상에서 조선은 식민지로 전락하면서 근대민족국가의 형성에 실패했다. 이처럼 간도문제와 독도문제는 발생과 전개과정에서 매우 유사하다. 그럼에도 한국의 영토문제에서 이 두 가지는 같은 레벨에서 논의되지 않고 있다. 백두산정계비는 국경조약이라는 관점에서 논의되고 있으나, 울릉도쟁계합의는 독도문제 연구에서 매우 소홀히 취급되고 있는 것이다. 또 독도문제연구에서는 다음과 같은 문제제기가 가능하다. 울릉도쟁계합의는 울릉도 영유권만을 대상으로 하고 있는가. 울릉도쟁계합의가 독도 영유

권을 포함하고 있다면, 한국의 독도연구에서는 왜 이 점을 부각시키지 않는가. 또 1905년의 일본의 독도편입을 비판하는데 있어서 이론적으로 논란이 있는 무주지 선점의 부정 및 편입에 대한 통고의무 불이행 외에는 반박할 수 있는 논리는 없는가.

주제어 : 영토문제, 독도, 간도, 울릉도쟁계, 조일국경체제

## I. 서론

영토문제에 있어서 한국만큼 뜨거운 열정을 가진 국가나 민족이 있을까? 그 이유가 무엇일까. 여기에서 영토문제는 독도를 가리키는 경우가 대부분이다. 그러나 한국의 영토문제는 독도문제만이 아니라 거의 같은 시기에 간도(연변조선족자치주)문제도 발생했다는 사실을 상기하고 싶다. 영토문제라는 관점에서 간도문제와 독도문제를 포괄적으로 논할 필요성이 제기된다.<sup>1)</sup> 또 독도와 간도를 둘러싼 영유권 문제가 시기적으로 근대민족국가로의 이행기에 발생했다는 측면에서는 독도와 간도라는 영토문제가 한국의 근대국민국가의 성립과 어떠한 관련성을 가지고 있는가를 살펴볼 필요가 있을 것이다.

본고는 크게 두 분으로 구성된다. 전반부는 근대민족국가의 형성과 영토문제의 관련성을 간도 및 독도문제를 중심으로 분석한다. 후반부는 다소 역설적으로 독도는 일본 땅인가라는 관점에서 독도문제를 분석한다. 독도에 관련한 자료가 일본에 비해 절대적으로 적은 한국의 입장에서 독도가 일본 땅이 아니라는 점을 부각시킴으로서 독도에 대한 한국의 영유권을 강조할 수 있을 것이다. (자료가 적다는 것이 영유권을 약화시키는 것은 아니며, 환경적으로 조선인의 독도 왕래가 상대적으로 적었기 때문에 나타나는 불가피한 형사일 뿐이다). 그리고 영토문제 및 독도문제 연구와 관련하여 몇 가지 문제제기를 하고자 한다.

1) 필자와는 다른 관점에서, 김호동과 감석민은 숙종조 시대에 발생한 독도문제와 간도문제의 상호 관련성의 검토를 시도했다(김호동 2009; 감석민 2006).

## Ⅱ. 근대민족국가의 형성과 영토문제

### 1. 근대민족국가와 영토적 통일성

그러면 한국의 영토-국경은 언제 확정되었으며, 그 범위는 어디 까지 일까. 17세기 이전 한국은 북방에서는 중국과의 사이에 국경이 명확하지 않았으며, 동쪽 섬들에 대해서는 소유가 다소 애매한 상태에 있었다. 이러한 상황에서 1693년 울릉도에서 조업을 하고 있던 안용복이 일본으로 납치되는 사건이 발생했다. 이를 계기로 일본과 조선 사이에는 울릉도와 독도 영유권을 둘러싸고 울릉도쟁계(일본에서는 죽도일건 [竹島一件]이라 함)라 불리는 치열한 외교교섭이 전개되었다. 그 결과 1699년(숙종 25년) '朝日' 간에 일종의 외교적 합의(울릉도쟁계합의)가 성립하여 독도와 울릉도가 조선의 땅으로 인정되었다(이성환 외 2016). 한편 북방지역에서는 압록강과 두만강을 사이에 두고 조선과 청국인의 범월문제가 빈발하자 1712년(숙종 38년) 백두산정계비를 건립하여 양국의 국경을 명확히 하였다(이성환 2009). 정계비에는 동쪽은 토문강을 서쪽으로는 압록강을 국경으로 한다(東爲土門 西爲鴨綠)고 기록되어 있다.

이상의 과정을 통해서 조선과 중국 사이에는 압록강—백두산정계비—토문강으로 이어지는 경계가, 조선과 일본 사이에는 울릉도와 독도가 조선의 영유로 확정된 것이다. 종래 다소 애매하게 존재했던 국경이 명확히 확정됨으로써 한국은 영토적 통일성(territorial integrity)을 확립했다고 할 수 있다.

그런데 근대 이행기에 접어들어 조선과 중국, 조선과 일본 사이에 영유권(국경)을 둘러싼 논란이 제기되면서 한국의 영토적 통일성에 대한 불안정성이 노정되는 양상이 나타났다. 19세기에 들어와 두만강 이북에 있는 간도(間島)에 조선인들이 본격적으로 진출하면서 백두산정계비의 '토문강(土門江)'의 해석을 둘러싸고 중국과 논란이 일었다. 조선은 토문강을 송화강 상류(지류)로 간주하고 그 이남의 두만강 이북지역의 사잇섬(間島)을 조선 땅이라고 주장했다. 반면에 중국은 토문강을 두만강으로 해석하여 두만강 이북에 있는 간도를 중국의 영토라고 주장했다. 조중 간의 논란은 1885년과 1887년에 두 번의 국경회담에서도 결론이 나지 않았고, 간도 영유권 다툼은 계속되었다(이성환 2009).

이러한 상황에서 조선(대한제국)정부는 이법윤을 간도관리사로 파견하는 등 간도에 대한 관할권을 강화하는 조치를 취했다. 이러한 대한제국의 노력에도 불구하고 러일전쟁 직후 1905년 11월 을사조약을 통해 외교권을 박탈당한 대한제국정부는 간도에 대한 관할권을 일본에 넘겨주어야 했다. 일본은 이를 배경으로 1907년 간도파출소를 설치하고, 중국과 간도 영유권 교섭을 전개했다. 그 결과 일본은, 1909년 9월, 만주에서의 철도와 광산

등의 이권과 교환하는 형태로 중국과 이른바 ‘간도협약’을 체결하였다(노영돈 1995, 75-77). 이 협약으로 두만강 이북의 간도는 중국의 영토로 편입되었으며 대한제국의 영토는 압록강—두만강 이남으로 축소되었다. 외교권을 박탈당한 대한제국정부는 이 과정에서 아무런 대응조치를 취할 수 없었다.

한편 1699년의 울릉도쟁계합의 이후 일본은 1877년 당시 일본의 국가최고통치기관인 태정관의 지령(指令)을 통해 울릉도와 독도에 대한 조선의 영유권을 재확인하는 조치를 취했다(태정관지령). 이러한 일본의 조치는 영유권이 다소 모호한 상태에 있는 주변의 섬들에 대한 영유권을 명확히 하여 근대 영토국가의 토대를 갖추어가는 과정에서 취해진 것이었다(柳原正治 2012, 46-50). 일본은 1875년 상트페테르부르크 조약으로 홋카이도와 쿠릴열도를 일본의 영토로 확정하고, 1876년에는 오가사와라 제도를, 1879년에는 중국과 양속(兩屬)관계 있던 오키나와를 자국의 영토로 편입하는 조치를 취했다. 그리고 1895년에는 센카쿠를 편입하여 국경을 확정했다. 여기에서 특징적인 것은 일본은 쿠릴열도, 오가사와라, 오키나와 등 영유권이 다소 애매한 지역을 적극적으로 자국의 영토로 편입시킨 반면에, 태정관지령을 통해 울릉도와 독도는 자국의 영토에서 배제하는 정반대의 조치를 취했다는 점이다. 울릉도와 독도에 대한 조선의 영유권이 명확했기 때문일 것이다.

그런데 청일전쟁이후 일본인들의 울릉도 왕래가 급격히 증가하면서, 이를 배경으로 일본은 울릉도에서의 거주권을 요구하고 1901년에는 파출소를 설치하는 등 울릉도에 대한 영향력을 확대해갔다(堀和生 1987, 108). 당시 울릉도는 개항장이 아니기 때문에 일본인들의 입도 자체가 불법이었으며, 일본의 영향력 확대에 대해 조선 정부는 칙령41호를 반포하여 울릉도와 독도에 대한 관할권을 강화하는 조치를 취했다. 그럼에도 일본은 1905년 2월 러일전쟁 와중에 독도를 무주지로 간주하고 자국의 영토로 편입하여 울릉도쟁계합의와 태정관지령을 부정했다. 대한제국 정부는 이 사실을 그 다음해 3월에야 알 수 있었다. 시마네 현의 독도(다케시마) 조사단이 풍랑을 피해 울릉도에 들러 심홍택 울릉군수에게 이를 알림으로써 알게 된 것이다. 이른바 독도문제가 발생한 것이다. 그러나 1905년 11월 을사조약의 체결로 외교권이 박탈당하고 일본의 한국 통감부가 설치되는 등 일본의 ‘보호국’이 된 상태에서 대한제국정부는 일본을 상대로 적절한 조치를 취할 수 없었다.

## 2. 영토적 통일성의 붕괴와 민족국가형성의 실패

근대국가의 형성은 중앙집권화된 정부가 명확한 영토에 대해 정치, 경제적 지배를 확립함으로써 시작된다. 유럽에서는 1648년의 베스트팔렌조약에서 영토에 대한 주권이 인정되면서 세계는 타자와 구분되는 배타적 영역을 단위로 하는 국가가 형성되게 된다. 그리고

이 영토를 토대로 국민(민족) 만들기가 이루어지면서 근대민족국가를 기반으로 하는 국제사회가 형성된다. 이탈리아 통일기에 회자되었던 “이탈리아는 만들어졌다. 이제부터는 이탈리아 국민을 만들어야 한다.”는 경구는 이를 상징하고 있다. 따라서 근대민족국가의 가장 기본적인 토대는 국경의 확정을 통한 영토적 통일성 확보에 있다고 하겠다(Diener 2102, 33-40). 근대민족국가의 형성과정은 지속적인 국경형성의 과정이며, 근대 민족국가를 영토국가라 하는 이유이다. 근대민족국가가 영토(국경) 만들기와 민족(국민) 만들기를 축으로 하면서 양자는 불가분의 관계를 가지게 된다. 영토문제가 쉽게 민족주의와 결합되면서 갈등을 고조시키는 이유도 이 때문이다.

앞서 언급한 바와 같이 1909년 간도협약으로 인한 간도의 중국 영토로의 편입과 1905년 일본의 독도편입으로 한국은 영토적 통일성을 상실하게 되었다. 근대민족국가가 영토의 통일성을 기반으로 한다면 간도와 독도의 분리는 한국의 근대민족국가 형성의 토대를 붕괴시킨 것이나 마찬가지라 할 수 있다. 그 연장선상에서 한일병합을 통해 한국이 식민지로 전락함으로써 한국의 근대 민족국가 형성은 실패하게 되었다고 볼 수 있다. 이러한 측면에서 한일병합은 일본이 일방적으로 독도를 자국의 영토로 편입하고 간도를 분리하여 중국의 영토로 인정하는 등의 조치의 연장선상에 있는 것이라고 할 수 있다. 다시 말하면 근대민족국가가 형성되기 이전에 오랫동안 영토적 통일성 위에, 한나 아렌트가 지적하는, ‘종족 민족주의(tribal nationalism)’(한나 아렌트 2006, 427; Hannah Arendt 1973, 227)를 형성해온 한국은 근대 국민-민족국가로의 이행과정에서 영토적 통일성이 붕괴되면서 민족국가의 형성도 미완의 것이 되어 버린 것이다. 근대 중국이 할양과 조계지 설치 등을 통해 영토적 통일성을 상실하면서 반식민지 상태로 전락하게 된 것과 같은 맥락으로 이해할 수 있다(岩下哲典 외 2014, 178-179).

근대민족국가가 영토국가인 점을 고려하면, 현재 한국에서 독도문제와 간도문제가 민족주의와 강하게 결합된 형태로 노정되고 있는 것은 근대민족국가의 형성단계에서 실패했던 영토적 통합성에 대한 반동 현상으로 볼 수 있다. 간도와 독도를 둘러싼 영유권 논란은 근대민족국가 형성의 맥락 속에서 아직도 계속되고 있는 것이다. 영토문제를 매개로 발현되고 있는 한국의 민족주의는 근대 이행기에 실패했던 영토적 통일성을 기반으로 하는 민족국가화 내지는 국민국가화의 재등장으로 볼 수 있다(임지현 2004, 33). 한국이 독도문제를 민족문제, 역사주권의 문제로 인식하고 있는 것도 이 때문이다. 2006년 4월 25일 노무현 대통령이 ‘한일관계에 대한 특별담화문’에서 “독도는 일본의 한반도 침략과정에서 가장 먼저 병탄되었”다고 한 것은 이러한 맥락에서 일 것이다. 또 담화문에서 우리에게 “독도는 완전한 주권회복의 상징”이라고 한 것은, 독도문제를 해결함으로써 영토적 통일성을 갖춘 온전한 근대민족-국민국가를 완성한다는 의미이다.

### 3. 영토(간도, 독도)의 분리와 식민지화

간도 포기과 독도 편입을 통해 일본은 근대민족국가 형성단계에 있던 한국의 영토적 통일성을 해체했다고 볼 수 있다. 그러면 일본은 왜 거의 같은 시기에 한국의 영토로 간주되고 있던 독도를 자국의 영토로 편입하고, 간도를 중국의 영토로 넘겨주었는가? 이러한 일본의 조처는 의도했던 의도하지 않았든, 결과적으로 한국의 영토적 통일성을 파괴함으로써 근대민족국가 형성의 토대를 붕괴시켰으며, 그 연장선상에서 일본은 한국을 식민지화 했다. 일본은 독도를 편입한 8개월 후에 한국을 ‘보호국’화했으며, 간도를 조선의 영토에서 분리하여 중국의 영토로 인정하고 꼭 1년 후에 한국을 식민지화했다. 직접적인 인과관계는 차치하고라도 시기적으로 한국의 영토로부터 독도와 간도의 분리와 일본의 한국 식민지화 조처는 거의 동일선상에서 이루어진 것임을 확인할 수 있다.

일본이 간도를 중국의 영토로 인정한 이유는 크게 두 가지로 볼 수 있다. 하나는 한일병합을 위한 사전정지 작업의 일환이다. 한국을 병합하기 위해서는 먼저 병합의 대상이 되는 한국의 영토 범위를 명확히 해야 할 필요가 있다. 한국과 중국 사이에 영유권이 불명확한 상태에서 한국을 병합하면 중국 입장에서는 중국 영토의 일부인 간도까지 일본의 영토로 편입되는 상황이 되는 것이다. 이렇게 되면 일본의 한국 병합에 중국이 개입할 가능성이 있으며, 한일병합은 불안정한 것이 되어 버린다. 이러한 혼란을 방지하기 위해서는 간도를 중국의 영토로 인정하더라도 한국 영토의 범위를 명확히 해야 했을 것이다(이성환 2000; 최덕규 2009). 간도협약 체결직전에 일본 정부가 ‘조선 병합에 관한 건(1909년 7월)’을 각의 결정 한 것에서 이를 유추할 수 있다. 또 하나는 일본의 간도 포기는 대륙(중국)으로의 진출을 위한 교두보확보라는 의미가 있다. 일본이 만주에서의 철도와 광산 등 이른바 ‘만주 5안건 협약’과 ‘간도협약’을 동시에 체결했다는 점에서 일본이 간도와 만주의 권익을 교환하는 형태로 간도를 중국에 넘겨주었다는 것을 알 수 있다. 만주에 대한 권익확보를 위해 한국 영토의 일부를 중국에 양여한 것이다.

다음으로 일본이 독도를 자의적으로 편입한 이유는 무엇일까. 일본은 1877년 태정관지령을 통해 독도에 대한 한국의 영유권을 인정하고 있었음에도 그 28년 후인 1905년 갑자기 독도를 편입한 이유가 무엇일까. 1905년 1월 28일의 일본 각의(각료 회의) 결정문은 “이 무인도는 타국이 이를 점유했다고 인정할 형적이 없다. …… 메이지 36년(1903) 이래 니카이 요자부로(中井養三郎)라는 자가 이 섬에 이주하고 어업에 종사한 것은 관계서류에 의하여 밝혀진 바이므로, 국제법상 점령의 사실이 있는 것이라고 인정하여 이를 본방소속으로”한다고 밝히고 있다. 즉 독도는 무주지였으며, 2년 전부터 니카이 요자부호가 어업을 하고 있었기 때문에 이를 편입한다는 것이다. 이른바 ‘무주지 선점론’이다(최철영

2019, 104-110).

그러나 무주지 선점이라는 형식적인 논리보다는 일본이 독도를 편입한 본질적인 이유는 러일전쟁을 거치면서 부각된 독도에 대한 전략적 가치가 크게 영향을 미쳤다고 한다. 즉 나카이 요사부로가 강치잡이를 위해 독도편입을 요청했을 때 일본 내무성은 독도가 조선 영토일 가능성이 있기 때문에 편입에 반대의사를 표했으나, 외무성의 야마자 엔지로 정무국장을 중심으로 한 전쟁관련자들은 “(독도의) 영토편입을 급히 필요로 하며, 망루를 세워 무선 또는 해저전선을 설치하면 적함 감시에 대단히 요긴하다. … 서둘러 청원서를 제출하라”고 지시했다(김수희 외 2014, 400-412). 그 결과가 위의 각의결정이다. 러일전쟁이 한국 식민지화를 위한 전쟁이었다면, 전쟁기간 중에 취한 일본의 독도 편입은 영토적 측면에서 한국 식민지화의 전초작업이었다고 볼 수 있다.

#### 4. 전후의 탈식민지화와 영토문제

한국의 근대민족국가 형성은 근대 이행기에서 동아시아의 전통적인 국제질서의 변화와 함께 시작되었다. 이 과정은 순조롭지 못했다. 한국과 일본 사이에는 침략과 피침략의 구도가 형성되었으며, 이 과정에서 독도와 간도는 한국으로부터 분리되었으며, 결국은 한국의 식민지화를 초래했다. 식민지화의 과정에서 발생한 간도와 독도를 둘러싼 영토문제는 근대민족국가 형성의 맥락 속에서 아직도 계속되고 있는 것이다(岩下哲典 2014, 127).

이 문제는 제 2차 대전이 끝나고 아시아 태평양에 새로운 국제질서를 모색하는 1951년의 샌프란시스코 대일평화조약 체결과정에서 해결될 수 있는 기회가 있었다. 샌프란시스코 대일평화조약은 동아시아에 형성되어 있던 일본 중심의 구체제를 청산하고 아시아 태평양에 새로운 질서를 모색하기 위한 것이었다. 대일평화조약의 기초가 된 카이로선언은 대만 및 뽕호도(澎湖島)의 중국으로의 반환과 한국의 독립을 규정하고 있다. 이는 청일전쟁이후 동아시아에 형성되었던 구체제를 청산한다는 의미였다.

그러나 냉전을 배경으로 한 동아시아의 전후체제는 일본 중심의 구체제를 청산하지 못했다. 미일동맹관계 속에서 일본은 침략전쟁에 대한 처벌이나 피해국가들에 대한 배상 책임도 지지 않은 채 여전히 동아시아의 중심세력으로서의 역할을 하게 되었다. 따라서 일본 중심의 구체제의 형성과정에서 발생했던 독도와 간도, 다오위다오(센카쿠) 등 동아시아의 영토문제는 미해결의 상태로 남게 되었다. 구체제의 최대의 피해자였던 중국과 한국은 샌프란시스코 대일평화조약 체결에 초청받지 못했고, 요구도 받아들여지지 않았다. 샌프란시스코 조약 제2조는 전체적으로 일본의 식민지와 점령지를 일본으로부터 분리시키기는

했으나, 귀속처(歸屬處)를 명확히 하지 않음으로써 불안정성을 내포하고 있었다. 독도에 대해서는 언급조차 없다. 이러한 관점에서 보면, 독도문제를 비롯한 동아시아의 영토문제에 관한한 일본 중심의 구체제는 계속 유지되고 있다고 볼 수 있다(Dower 2012). 그러나 샌프란시스코 강화조약에서 한국의 독립을 규정함으로써 한일 간에는 제2차세계대전 이전과는 전혀 새로운 관계가 형성되었다. 같은 맥락에서 2차대전 이전의 구체제에서 일본에 의해 발생한 독도문제와 간도문제도 재검토되는 것이 자연스럽다.

이러한 관점은 국제법사관(國際法史觀)에서도 지적되고 있다, 히로세 요시오(広瀬善男)는 제1차세계대전을 경계로 그 이전을 식민지화 시대, 그 이후를 비식민지화 시대로 규정한다. 그리고 제1차세계대전 이후에 이루어진 “새로운 식민지 형성의 행동이나 강제적인 타국의 보호국화 혹은 영역편입 행위는 완전히 위법적인 것이 된다. 특히 제2차세계대전 후의 국제연합헌장하에서 강제규범(jus cogens)으로 확립된 비식민지화 원칙과 민족자결주의 원칙의 확립(유엔헌장 1조 2항, 11, 12, 13장, 그리고 1960년의 식민지독립부여 선언을 거쳐)으로 그러한 후진 식민국가가 (행한-인용자) 국제연맹 시대(戰間期)에서의 새로운 식민지화와 그 결과에 대해서는 소급적 무효화(사실상 de facto의 승인의 적용이 있는 사항을 제외하고)가 의무로 되었다.”고 주장한다(広瀬善男 2007, 294). 그러나 제1차 세계대전까지의 식민지정책에 대해서는 “비식민지화의 법리 효과로는 원천적 무효는 아니고 유효성을 인정할 위에 청산(문제에 따라서는 보상을 동반함)의 효과에 머무른다. 한일병합에 이르는 일련의 한일협약 등은 국제법상의 효과는 이 범주에 속”하는 것이라고 주장했다. 즉 한일병합에 이르는 일련의 조약 내지 협약 등은 유효하지만 보상을 포함한 청산의 대상이라는 것이다.

같은 논리적 연장선상에서 독도영유권에 대해 그는 다음과 같이 논하고 있다. “독도는 19세기를 통해 제1차세계대전까지 유효한 국제법리였던 강국 일본의 식민지화 활동에 의한 일본의 실효적 점유 행위의 결과가 법적으로 긍정되어 일본 영토가 되었다고 할 수 있다. 그러나 (독도는-인용자) 제2차세계대전 후에는 새로운 비식민지화 법리의 전면적 적용을 받아야 하는 대상이 되었다.”고 지적한다(広瀬善男 2007, 295). 일본이 청일전쟁과 러일전쟁을 통해 합법적으로 취득한 대만과 사할린을 원소유국에게 돌려준 것도 제2차세계대전 후의 비식민지화 조치의 한 유형이라고 설명하고 있다. 따라서 독도역시 비식민지화의 대상이 되어야 마땅하며, 독도에 대한 한국의 주권을 인정해야 한다고 지적했다.

이러한 그의 논지 전개는 단순한 국제법적 논리만이 아니라 역사적 맥락을 가미한 국제법사관에서의 접근이라는 점에서 기존의 국제법적 연구와는 차이가 있다. 비식민화의 개념이 영토분쟁 해결에 어느 정도 기여할 수 있을 것인지에 대해서는 앞으로 국제법학계의

논의를 기다려야 할 것이다. 간도에 대해서도 같은 논리가 적용될 수 있다. 그러나 간도에 대해서는 1962년과 1964년에 북한과 중국이 조중변계조약(朝中邊界條約)과 조중변계의정서를 체결하여 새로운 국경을 형성함으로써 영토문제는 일단락 된 것으로 봐야 하며, 간도에 대한 역사적 권리와 현재적 주권 문제를 분리하더라도 여전히 정리해야할 문제는 남아 있다고 하겠다). 따라서 이하에서는 아직 미해결상태에 있는 독도문제를 중심으로 한일 간의 영토문제를 분석하고 몇 가지 문제를 제기하고자 한다.

### Ⅲ. 독도문제의 전개와 문제제기-독도는 일본 땅인가?

#### 1. 울릉도쟁계(鬱陵島爭界)

조선 정부는 1417년 쇄환정책(일본에서는 공도〔空島〕 정책이라 함)을 실시하여 섬(울릉도, 독도 등)에 민간인의 출입과 거주를 금했다. 왜구의 노략질로부터 섬 주민들의 피해를 방지하기 위해서였다. 이러한 사정을 배경으로 1625년(寬永2) 경 일본 막부는 돗토리 번의 오야(大谷)와 무라카와(村川) 두 집안에 일종의 어업허가인 울릉도 도항을 허락했다. 그 후 두 집안은 한 해씩 번갈아가며 울릉도에서 전복 채취 등 어업활동을 했다. 1693년 4월 18일 오야 가(家)의 선단이 울릉도에서 조선인들과 조우하여 안용복과 박어둔을 인질로 연행했다. 조선인들의 어로 활동을 묵인하게 되면 울릉도에서 자기들의 어로활동이 어려워지게 될 것을 우려했기 때문이었다. 울릉도에서의 어업을 독점적인 것으로 간주하고 있던 그들은 조선인의 어업권 침범의 증거로 삼기 위해 안용복 일행을 납치한 것이었다.

안용복의 납치사건을 접한 막부는 1693(元祿6)년 5월 조선과의 외교교섭 창구인 쓰시마 번에 1) 인질 두 명을 조선에 송환하고, 2) 앞으로 조선 어민이 울릉도에 오지 못하도록 조선정부에 강력히 요구하고, 3) 조선으로부터 답신이 오면 막부에 보고하고 의견을 구하라고 지시했다(울릉도쟁계의 전개 과정에 관한 사실관계의 기술은 岡田卓己 2018에 의함). 쓰시마는 12월 부산 초량의 왜관에서 안용복과 박어둔을 인도하고, 막부의 지시대로 “조선 어민이 최근 본국(일본)의 죽도(울릉도)에 와서 몰래 어로를 하고 있다. …… 앞으로 결코 그 섬에 조선(貴國) 어민이나 어선이 출입하지 못하도록” 해야 한다는 취지의 서계를 조선 측에 전했다. 이에 대해 조선정부는 ① 조선(弊邦)은 엄중하게 해금(海禁)을 하고 있기 때문에 ‘폐경지 울릉도(弊境之蔚陵島, 조선 땅 울릉도)’에 왕래를 허락하지 않고 있다. ② (조선의) 어선이 ‘귀계 죽도(貴界竹島, 일본 땅 죽도)’에 들어가 송환의 수고를

끼쳤다, 앞으로 조선 어민의 도해를 금지하겠다는 취지의 답서를 보냈다. 즉 조선 땅 울릉도에는 도해를 금지하고 있으며, 일본 땅 죽도에 안용복 일행의 조선 어민이 도해를 한 것에 대해서는 앞으로 그런 일이 없도록 하겠다는 것이다. 일본과의 대립을 피하고자 ‘조선의 울릉도’와 ‘일본의 죽도’라는 표현을 병용하여 서로 다른 두 개의 섬(二島)이 있는 듯 한 모호한 내용이었다. 이에 대해 쓰시마 측은 ‘폐경지 울릉도’라는 표현을 삭제해줄 것을 요구했다. ‘폐경지 울릉도’가 삭제되면 ‘귀계 죽도’만 남게 되어 죽도(울릉도)는 일본 땅이 되어버릴 것을 우려한 조선 정부는 일본의 요구를 거절했다. 이를 통해 ‘조선의 울릉도’와 ‘일본의 죽도’가 동일 섬이라는 것이 확인되고, 쓰시마의 의도도 명확해 진 것이다. 따라서 조선 정부의 대응도 보다 엄격해 지게 된다.

쓰시마는 1694년(元祿7) 윤 5월 ‘울릉도’라는 명칭을 삭제하기 위한 교섭을 다시 시도하기 위해 부산 왜관에 교섭단을 파견했다. 쓰시마의 요구에 대해 조선 측은 이전의 애매한 내용의 서계를 반환받고, 조선의 입장을 분명히 하는 아래와 같은 내용의 서간을 9월 쓰시마 측에 전달했다.

- ① 우리 어민이 어로를 한 땅은 원래 우리나라에서 말하는 울릉도이다. 대나무가 많아 죽도(竹島)라 불리기도 한다. 한 개의 섬(一島)이지만 두 개의 이름이 있는 것이다(一島二名).
- ② 울릉도는 우리나라의 (강원도) 울진 현에 소속되어 있다. 도해에는 바람과 파도(風濤)의 위험이 있고 예전에 그곳의 백성을 본토로 이주시켜 공도(空島)로 하였다. 이 섬의 상세한 지형과 거주 흔적, 토지의 생산물 등은 우리나라의 여지승람(輿地勝覽)이라는 책에 실려 있다.
- ③ 귀국이 우리나라 국경을 침섭(侵涉我境)하여 우리나라 백성을 연행(拘執)한 잘못(失態)이 있다.

조선의 이 주장은 그 후 교섭의 주요 기반이 된 것으로 중요한 의미를 갖는다. 쓰시마 측은 이러한 내용의 조선 답서를 접수하려 하지 않았다. 10월 6일 교섭 상대인 조선의 접위관(接慰官)이 한양으로 돌아가고, 쓰시마 4대 번주 소 요시쓰구(宗義倫)가 사망하는 등의 이유로 교섭은 중단되었다. 쓰시마 측은 답서를 부산의 왜관에 두고 사본만을 가지고 철수했다. 이후 막부는 조선과의 교섭을 은거해 있던 3대 번주 소 요시자네(宗義真, 宗義倫의 아버지)가 담당하도록 했다. (그는 은거 후 刑部大輔라는 계명을 사용했다). 1695년(元祿8) 5월 쓰시마는 조선과의 교섭 재개를 위해 다시 교섭단을 파견했으나, 조선의 완강한 태도로 진전을 보지 못했다. 그 후, 쓰시마에서는 조선의 주장을 받아들여야 한다는 온건파와 일본의 주장을 관철시켜야 한다는 강경파가 격론을 벌였으나, 결론을 얻지 못했다. 이에 쓰시마는 그 간의 교섭 과정을 막부에 보고하고 지시를 받기로 한다. 형부대보(刑部大輔)는

1695년 10월 에도에 가서 조선과의 교섭 경위와 자기의 의견을 담은 구상서를 막부에 제출했다.

## 2. 한일 간 국경의 성립: ‘울릉도쟁계합의’

쓰시마의 보고를 받은 막부는 울릉도 영유권에 대한 조사를 시작한다. 막부는 노중(老中) 아베 붕고노카미(阿部豊後守)를 중심으로 쓰시마가 제출한 자료 등을 검토하고 신중하게 조사를 진행했다. 그 과정에서 막부는 조선과의 교섭 과정을 잘 알고 있는 형부대보의 대리인 격인 쓰시마의 가로(家老) 히라타 나오에몽(平田直右衛門)을 호출하여, “울릉도와 죽도는 같은 섬인가. …그 방향에 또 섬이 있다고 들었는가” 등에 대해 확인을 요구했다. 이에 대해 히라타는 조선이 주장하는 대로 “죽도는 울릉도”이며, “죽도(竹島, 울릉도) 근처에는 송도(松島, 독도)라는 섬이 있다. …돗토리 번에 문의하면 알 수 있다”고 답했다. 조일 간의 교섭과정에서 기록상으로는 송도(독도)가 처음으로 역사의 전면에 등장한 것이다.

송도(독도)의 존재를 인식하게 된 막부는 곧바로 돗토리 번에 죽도(울릉도)와 송도(독도)에 관해 조회를 했다. 돗토리 번은 다음날, 울릉도로 가는 길목에 송도(松島, 독도)라는 섬이 있으며, 두 섬은 일본에 속하지 않는다고 회신했다. 이를 통해 막부는 독도의 존재를 구체적으로 인식하게 되었고, 독도가 일본 땅이 아니라는 사실도 명확히 알게 되었다. 이와 관련하여 부연하면, 일본정부는 17세기 중엽에 독도에 대한 영유권을 확립했다고 주장하고 있으나(일본 외무성 죽도문제 10포인트),<sup>2)</sup> 적어도 기록상으로 막부가 독도의 존재를 인식하는 것은 이 때(1695년)이기 때문에, 17세기 중엽의 독도 영유권 확립론은 논리적으로 성립하지 않는다.

이상과 같이 막부는 조선과 쓰시마 사이에 교환한 서계, 쓰시마의 의견, 죽도(울릉도)와 송도(독도)에 대한 돗토리 번의 사실 확인 등을 종합적으로 검토했다. 그 결과 막부는 울릉도와 독도는 일본의 땅이 아니라는 결론에 도달하고, 최종적으로 일본인의 울릉도도해를 금지하는 결정(죽도도해금지령)을 내리고, 이를 조선정부에 전달하도록 쓰시마에 지시했다. 막부는 그 이유를 일본에서 말하는 죽도는 본래 조선의 울릉도이며, 일본보다는 조선에 더 가깝고, 일본인은 단지 전복(鮑)채취를 하러 갔을 뿐이라고 설명했다. 즉 울릉도는 조선 땅이기 때문에 일본인의 도해를 금지한다는 것이다. 이로써 일본과 조선 사이에 전개되었던 울릉도 도해를 둘러싼 논란(울릉도쟁계)은 실질적으로 종결되었다.

울릉도의 영유를 의도하고 있던 쓰시마는 막부의 결정에 불만을 가졌으나, 따르지 않을

2) 출처: <http://bit.ly/2Pes3Mr> (검색일: 2019. 12. 23.).

수 없었다. 그래서 쓰시마는 막부의 명령을 곧바로 이행하지 않았을 뿐만 아니라, 전달과정에서 조선과의 사이에 불필요한 갈등을 야기했다. 그 결과 막부와 조선 정부 사이의 최종 결착은 1699년까지 약 3년이나 지연된다.

쓰시마는 10월 16일 조선에서 건너 온 두 명의 역관(卜延郁同知와 宋裕養判事)에게 막부의 죽도(울릉도) 도해금지령을 구두로 전하고, 두 통의 각서를 건넸다. 조선 역관은 구두(口上)와 일본어로 작성된 구상서(口上之覺)로는 충분하지 않으니 한문(真文)으로 쓴 정식 서면을 요구해 받은 것이다. 12월 19일 막부는 쓰시마로부터 조선 역관에게 도해금지령을 전했다는 보고를 받았다. 1697년 1월 10일 두 역관이 조선으로 돌아오면서 막부의 죽도(울릉도) 도해 금지령이 조선에 공식적으로 전해지게 되었다. 막부가 도해금지령을 내리고 약 1년이 지난 후였다.

조선 정부는 일본의 도해금지령을 접수하고, 예조참의 이선부(李善溥)의 명의로 막부의 결정에 대한 사의와 함께 울릉도는 여지도에 기록되어 있는 조선 땅(鬱島之爲我地輿圖所載)이라는 내용의 답서를 보냈다. 쓰시마에서 보내온 문서에는 도해금지의 사실만 있고 울릉도 영유권에 대한 직접적인 언급이 없었기 때문에 조선정부는 울릉도 영유권을 확고히 하기 위해 답서를 보낸 것이다. 쓰시마는 조선의 답서에 울릉도라는 명칭이 사용된 것을 지적하고 이를 삭제해줄 것을 다시 강하게 요청했으나, 조선 정부는 거절했다. 쓰시마는 울릉도를 삭제하고 죽도(竹島, 독도)라는 명칭을 남겨 두려웠으나, 조선은 울릉도에 대한 영유권의 근거를 약화시킬 수 있다는 우려에서 이를 거부한 것이다.

조선의 답서는 7월 17일 막부에 전달되었다. 막부는 조선 정부가 보내온 문서 내용을 확인하고, 쓰시마에 조선과의 원만한 해결을 주문했다. 막부의 지시에 따라 쓰시마의 형부대보는 1699년 3월 21일 조선 예조 참의 앞으로 서계와 함께 구상서를 보냈다. 서계는 조선정부의 회신을 막부에 보고했으며 막부의 뜻을 따라 답서를 보낸다는 내용이었다. 구상서에는 “울릉도는 조선 땅이며, 일본인의 울릉도도해를 금지했다”는 취지의 내용을 자세히 언급하고 있다. 즉 울릉도는 조선 땅이므로 일본인의 도해를 금지한다는 것이다 그리고 10월 19일 쓰시마는 위의 내용을 조선정부에 전달했다는 사실을 막부에 보고했다. 이로써 안용복 납치 사건을 계기로 발생한 조선과 일본 사이의 울릉도를 둘러싼 영유권 귀속문제는 완전히 종결되었다. 조선의 주장을 일본이 수용하는 형태로 합의가 성립한 것이다. 정부 간의 외교적 합의에 의해 한일 간의 국경(영유권)이 확정되었다는 점이 매우 의미가 크다. 약 6년간에 걸친 국경 교섭의 결과 도출된 합의로서 조일 양국을 구속하는 실질적인 조약으로 볼 수 있다. 이를 필자는 ‘울릉도쟁계합의’라 했다(이성환 2019, 212-214).

### 3. 메이지정부의 ‘울릉도쟁계합의’의 승계: 태정관지령

메이지정부는 국가재정확립을 위해 1874년 지적편찬사업을 시작한다. 땅의 소유와 경계를 밝히는 지적편찬사업은 자연스럽게 국가의 경계(국경)를 명확히 하게 된다. 그 일환으로 내무성은 1876년 시마네 현에 동해에 있는 섬에 대해 조회를 한다. 시마네 현은 이에 편승하여 막부시대 성립한 울릉도쟁계합의를 부정하고 울릉도와 독도를 일본 땅으로 편입해야 한다는 의견을 내무성에 제시했다(이성환 외 2016, 147-154). 이에 내무성은 울릉도쟁계의 과정을 면밀히 검토하여 울릉도쟁계합의에 의해 울릉도와 독도는 조선의 영토로 인정되었음을 확인하고, 최고통치기구인 태정관에 영토에 관련한 이 문제를 다시 검토할 것을 요청했다.

그러면 내무성은 시마네 현의 보고를 받은 후 왜 울릉도와 독도에 대한 영유권을 조사했을까. 내무성은 그 이유를 “시마네 현으로부터 별지(「日本海内竹島外一島地籍編纂方伺 (明治九年十月十六日)」)와 같이 문의가 있었고 ……판도(版圖)의 취사(取捨)는 중대한 문제”이기 때문이라 밝히고 있다(이성환 외 2016, 289). 내무성으로서는 지적 편찬을 위해 시마네 현이 제기한 문제를 해소하고, 죽도(울릉도)와 송도(독도)의 영유권을 분명히 할 필요가 있었던 것이다. 또 같은 시기 일본은 오가사와라, 오키나와 등에 대한 편입조치를 취하면서 국경을 획정해 가고 있었는데, 내무성의 검토는 이와 같은 맥락에서 이루어진 것이다. 조사결과 내무성은 “겐로쿠 12(1699)년에 이르러 대체로 [조선과 일본 사이에-인용자] 문서왕복이 끝나 [죽도 외 일도는-인용자] 본방(本邦, 일본)과 관계없는 것으로 되었으나, …이를 다시 확인하기 위해 이 건을 (태정관에-인용자) 문의한다”고 밝혔다(이성환 외 2016, 289). 바꿔 말하면, 내무성은 1699년 조일 간의 울릉도쟁계합의를 국가적으로 승계할 것을 태정관에 상신한 것이다. 당시 일본 정부는 독도와 울릉도에 대한 영유권의 연원을 전적으로 울릉도쟁계합의에 의존하고 하고 있었음을 알 수 있다.

내무성의 요청을 받은 태정관이 1877년 지령을 통해 “울릉도와 독도는 일본 땅이 아니다”라고 공식 천명함으로써 울릉도와 독도에 대한 조선의 영유권을 명확히 했다. 태정관지령이 울릉도쟁계합의에서 울릉도로만 언급되었던 것을 구체적으로 울릉도와 독도라 명기함으로써 울릉도쟁계합의에 독도가 포함되어 있었다는 것을 공식 확인한 점은 주목할 필요가 있다. 울릉도쟁계에서 막부 내부적으로는 검토가 되었으나, 조선과의 교섭과정 등 외부적으로 명확하게 드러나지 않았던 독도의 존재가 태정관지령을 통해 분명히 표현된 것이다. 또 태정관지령이 전적으로 울릉도쟁계합의를 승계했다는 사실은 1699년의 조일간의 국제적 합의가 여전히 유효하다는 점을 확인한 것이다. (한국은 이 태정관지령을 일본의 독도 영유권을 부정하는 가장 강력한 근거로 제시하고 있고, 일본은 이를 가장 감추고 싶어

한다. 한국 측에서 수년 전에 일본 외무성에 태정관지령의 취지에 대해 확인을 요구했으나, 태정관지령의 존재는 인정을 하면서도 ‘검토중’이라며 명확한 답변을 하지 않고 있다(연합뉴스 2016/11/20).<sup>3)</sup>

이 태정관지령은 1987년 호리 가즈오(堀和生) 교수의 “1905년 일본의 독도 영토편입”이라는 논문에서 처음으로 학계에 보고되었다(朝鮮史研究会論文集 24). 독도 영유권 문제 연구에서 획기적 발견으로 주목을 받았다. 그러나 그 후 태정관 지령에 대한 연구는 큰 진전이 없었고, “독도는 일본 땅이 아니다”라는 취지의 지령문 그 자체만이 강조될 뿐이었다. 이를 보완하기 위해 필자는 태정관의 성격과 기능을 밝히고, 태정관은 당시 일본의 입법, 행정, 사법을 통할하는 ‘국가최고통치기관(The Supreme Council of State)’이라고 규정한다(1885년 내각제도의 성립과 함께 태정관은 폐지)(이성환 2016). 그리고 지령은 형식적으로는 태정관이 발포하는 포고(布告), 달(達, 또는 布達) 보다는 하위 법령에 속하나, 법령의 형식이 정비되지 않은 당시의 법령체계에서는 지령도 내용에 따라서는 포고와 같은 효력을 가지고 있었기 때문에 영토문제와 관련한 태정관지령은 전국적 의미를 가진 포고(법률)와 같은 것으로 봐야 한다는 견해도 밝혔다(이성환 2016).

#### 4. ‘조일국경체제’와 일본의 독도 편입에 따른 권원의 상충

이상의 기술에서, 1699년의 울릉도쟁계합의를 승계한 태정관지령의 성립을 통해 17세기 말 이후 조선과 일본 사이에 전개된 울릉도와 독도 영유권 문제는 실질적으로 1699년의 울릉도쟁계합의에서 해결된 것이라는 사실을 알 수 있다. 다시 말하면 태정관지령은 1699년의 울릉도쟁계합의라는 조일 간의 국제적 합의를 일본정부가 국내법령으로 수용(adoption)하여 계속해서 지켜가려는 국가의지의 표현인 것이다(이성환 2019a, 158). 이러한 점을 감안하여 태정관지령을 울릉도쟁계합의의 연장선상에서 해석을 하면, 태정관지령은 일본의 자기규율적 일방적 행위(unilateral acts)로서 국제법상 의미를 가지는 조치, 즉 역외적 효과를 낳는 국내법이라고 할 수 있다(村上太郎 2000, 103).

울릉도쟁계합의와 이를 승계한 태정관지령의 성립으로 일본은 조선과의 경계(국경)를 지켜가기 위한 국내외적 법령체계를 완비한 것이 된다. 이를 ‘조일(朝日)국경(조약)체제’라 불러도 좋을 것이며, 핵심은 일본이 국내외적으로 1699년의 울릉도쟁계합의를 지켜간다는 의지를 명확히 한 것이다. 이 체제는 1905년 일본의 독도편입 때까지 유효하게 작동, 유지된다. 국경은 국가의 본질적 요소이기 때문에 한 번 성립되면 당사국 간에 새로운

3) 출처: <http://m.blog.daum.net/hearo9mars/4610417> (검색일: 2020. 01. 03.).

합의가 없는 한 영속된다는 이른바 ‘국경신성의 원칙(principle of sanctity of border)’의 지배를 받는다. 일본은 울릉도쟁계합의와 태정관지령의 폐기를 선언한 적이 없기 때문에 태정관지령 성립이후 한국과 일본의 국경 문제는 완결된 것이다. 따라서 그 이후 일본이 제기하는 독도 영유권 주장은 위법하거나 타당하지 않은 것이 된다.

덧붙여, 태정관지령에서 울릉도와 독도가 일본 땅이 아니라고 했다고 해서 그것이 독도가 조선 땅임을 인정하는 것이 아니라는 일본 측의 주장이 있다(池內敏 2016, 82). 태정관지령의 문언적 표현만을 보면 이러한 주장도 가능하다. 그러나 이 주장은 독도에 대한 영유권의 연원이 울릉도쟁계합의에 있고, 태정관지령이 이를 승계하고 있다는 점을 고려하지 않고 단순히 문언 해석에만 매달린 편협한 주장이다. 조선과 영유권 다툼을 벌였던 일본이 스스로 독도는 일본 땅이 아니라고 선언을 하면, 독도는 자연스럽게 상대방(조선)의 소유로 확정되는 것이 논리적 귀결이다.

그럼에도 현재 독도문제가 논란이 되고 있는 것은 정당한 국제법이나 역사적 측면을 일탈한 요소가 작용했기 때문일 것이다. 1905년 2월 일본이 러일전쟁에 편승하여 독도를 편입한 것이 그 예이다. 일본은 1877년 태정관지령에서 독도가 조선 땅임을 천명하고 겨우 28년이 지난 시점에서 무주지 선점론을 내세워 부당하게 독도를 편입했다. 그러면 1905년의 일본의 독도 편입이 법제사적인 측면에서 정당한 것인가를 따져볼 필요가 있다. 앞서 지적한바와 같이, 1905년 일본이 독도를 편입하는 시점까지 국제법적으로는 울릉도쟁계합의가, 일본의 국내법적으로는 태정관지령이 작동하고 있었다. 이러한 상황에서 취해진 독도편입을 위한 일본 정부의 각의결정, 그리고 이에 기초한 시마네현 고시는 법적효력 및 정당성을 가질 수 있는가에 대한 의문이 남는다. 각의 결정이나 시마네 현 고시가 실질적인 조약에 해당하는 울릉도쟁계합의와 법률적 성격을 가진 태정관지령을 법리적으로 무력화 할 수 있는가 이다. 하위법이 상위법을 위반할 수 없는 일반 법원칙과, 국경신성의 원칙에 비추어 봤을 때, 각의 결정과 시마네 현 고시는 정당한 효력을 가질 수 없는 불법에 해당한다고 하겠다.

설령, 일본이 1905년 독도를 편입하는 조치를 취하고, 그 후 일본 정부가 나카이 요사부로에게 어업권을 허가하는 등 실효적으로 관할권을 행사한 점을 인정하더라도(김영수 2019), 이는 조선의 법적 권원 위에 취해진 일시적 점유에 지나지 않는 것으로 볼 수 있다. 다시 말하면 조선의 법적 권원(conventional title)과 일본의 실효적 점유 지배(effective possession)가 상충하는 상태로 볼 수 있다(도시환 외 2019, 210-213). 이럴 경우 문제가 되는 것은, 조선이 이미 존재하는 권원을 포기하거나 권원의 이양을 묵인하지 않은 상태에서, 일본의 행위가 새로운 권원을 설립할 수 있는가이다. 2002년 국제사법재판소(ICJ)는 카메룬과 나이지리아의 분쟁에서 새로운 실효적 행위가, 이양에 대한 묵인이나 동의가 없는

한, 이미 존재하는 법적권원을 대체할 수 없다고 밝히고 있다. 구체적으로 ICJ는 카메룬의 조약상의 권원이 존재하는 상황에서 나이지리아가 주장하는 약 20년 간의 실효지배를 인정하더라도 그것은 “어떤 경우에도 너무 짧은 기간(20년)”(in any event far too short, even according to the theory relied on by it)이기 때문에 카메룬의 권원이 계속해서 존재하고 있다는 것이다. 이러한 ICJ의 판결을 원용하면, 일본의 독도 편입과 실효적 지배는 정당한 권원의 설립으로 이어지지 않는다. 나아가 일본이 1699년 이후 줄곧 독도의 한국 영유를 승인한 이상, 역사적 응고이론을 원용하더라도(응고이론에 대해 국제사법재판소는 적극적인 태도를 취하지 않는 경향이 있으나), 1905년 이후 1910년까지의 5년이라는 짧은 기간만으로는 새로운 권원을 설립할 수 없다고 하겠다(박현진 2013, 114; ICJ Reports 1992, Paras. 45 & 62). 오히려 응고이론을 적용한다면, 300년 이상 독도에 대한 조선의 영유권을 인정해온 일본의 행위가 권원의 유기 또는 포기(abandonment, dereliction, renunciation)에 해당한다. 일본의 승인으로 독도에 대한 한국의 권원이 역사적으로 응고(historical consolidation)된 것으로 간주하는 것이 타당할 것이다.

연장선상에서, 일본이 1951년의 대일평화조약(샌프란시스코조약) 제2조 a항의 해석을 통해 국제법적으로 일본의 독도영유권이 확인되었다는 주장에 대해서도 역시 같은 지적이 가능하다. 일본정부는 딘 러스크 서한을 근거로 샌프란시스코조약에서 미국이 독도를 자국의 영토로 인정했다고 주장한다(일본 외무성 죽도문제 10포인트). 여기에서 주의할 것은 딘 러스크 서한의 내용은 1905년 이전에 한국이 독도를 관할 적이 없으며, 또 1905년의 일본의 독도편입이 정당하다는 것을 전제로 해서 작성된 것이라는 점이다. 그러나 앞에서 지적한 바와 같이, 일본의 독도 편입 시점까지 1699년의 울릉도쟁계합의와 1877년의 태정관지령이 작동하고 있었다는 사실은, 1905년 이전에 독도가 한국의 관할 하에 있었으며, 일본의 독도편입이 불법이었다는 것을 말한다. 따라서 러스크 서한의 내용은 샌프란시스코 조약 제2조 a항의 해석을 위한 참고자료로서의 의미를 상실하며, 이를 근거로 한 일본의 주장은 타당하지 않다는 것을 알 수 있다(도시환 편 2019, 219).

## IV. 결론 및 문제제기

1693년부터 1699년까지 약 6년간에 걸쳐 울릉도 및 독도 영유권을 둘러싸고 조선과 일본 사이에 치열하게 전개된 외교 교섭의 결과 일본은 울릉도와 독도에 대한 조선의 영유권을 인정하고 일본인의 울릉도 도해를 금지했다(울릉도쟁계합의). 그리고 1877년 일본은 태정관지령을 통해 이를 재확인했다. 그러면 한일 간에 최초로 이루어진 국경교섭의

결과물인 이 울릉도쟁계합의를 어떻게 평가할 것이며, 현재적 의미는 무엇인가. 지금까지 학계에서의 논의는 이 합의를 국경조약으로 볼 수 있을 것인가에 대해서는 다소 논란이 있으나, 이것이 양국에 대해 구속력있는 합의라는 점에는 대체로 동의를 하고 있다(최철영 외 2018). (필자는 구속력있는 합의를 국경조약이라 했으나, 조약이라는 명칭을 사용하는 데에 저항감이 있는 것 같아 '울릉도쟁계합의'라 한다).

이상과 같은 점에도 불구하고 한일 양국의 독도문제연구에서는 이 합의에 대해 현재적 의미를 적극적으로 부여하지 않고 있다. 그 이유는 무엇일까. 우선 생각할 수 있는 것은, 이 사건의 명칭을 한국이나 일본에서 울릉도쟁계와 죽도(울릉도)일건으로 부르고 있는 것에서 유추할 수 있듯이, 이 합의를 울릉도에만 한정된 것으로 인식하고 있기 때문일 것으로 판단된다. 일본의 독도영유권 주장을 정리한 외무성의 '죽도문제 10포인트'에서는 죽도(울릉도)일건을 "울릉도의 귀속을 둘러싼 교섭"이라 규정하고, 죽도(독도)에 대한 도해를 금지한 것은 아니라고 주장하고 있는 것이 이를 단적으로 보여주고 있다. 한국에서의 울릉도쟁계 연구도 대체적으로 울릉도로 한정하고 있는 경향이 있는 것도 사실이다.

그러나 앞에서 지적한바와 같이 울릉도쟁계합의를 승계한 태정관지령이 "울릉도와 독도는 일본 땅이 아니다"라는 취지로 국가적 결정을 했다는 것은 울릉도쟁계합의에 독도가 포함되어 있었다는 사실을 명확히 보여주는 것이다. 뿐만 아니라, 일본의 이케우치 사토시와 박지영의 연구가 지적하고 있듯이, 지금까지의 연구에서도 울릉도쟁계합의에 독도가 포함되어 있었다는 것이 입증되고 있다(池內敏 2016, 80-81; 박지영 2017, 385). 울릉도쟁계합의에 독도가 포함되어 있다는 것이 입증된 이상, 울릉도와 함께 독도에 대한 영유권도 울릉도쟁계합의로 완결되었다고 봐야할 것이다.

또 하나의 이유로는 전근대기에 형성된 역사적 사실이 근대국제법상의 영토 영유의 판단재료가 유효성을 가지지 못한다는 인식이 작동하고 있을지 모르겠다. 전근대의 역사적 사실을 근대이후의 국가관계, 국제질서에 그대로 투영할 수 없다는 관점이다. 물론 근대이행기에 동아시아의 전근대적 화이(華夷)질서가 국제법질서 또는 조약시스템이라 불리는 서양적 근대적 질서로 변모해온 것은 사실이다. 그렇기 때문에 17세기라는 전근대기에 이루어진 조일 간의 합의를 현대 조약법의 정의에 입각하여 의미를 부여하고 논리를 전개하는 데 무리가 없는가에 대한 회의론도 있다. 17세기의 한일 간의 외교 관행과 문서를 현대 조약법의 틀에 맞추기란 쉽지 않으며, 17세기에 조선과 일본 사이에 교환된 문서를 현대 국제법에 대입해 조약여부를 구분하기에는 무리가 있을지 모르며, 그러한 방법론이 타당한가에 대한 의문도 여전히 해결되지 않고 있는 것도 사실이다. 또 17세기의 문서는 17세기의 관행과 법체계에 맞게 당시 동북아시아의 국제법을 발견하여 이를 적용규범으로 해야 한다는 지적이 있으나, 과연 당시에 동북아시아에 국제법이라고 할 만한

것이 있었는가, 있었다면 그것이 무엇인가에 대한 의문도 있다.

그럼에도 불구하고 조약법에 관한 비엔나협약 제3조 및 PCIJ와 ICJ 판례 등에 비추어 과거에 국가 간에 이루어진 합의에 법적 구속력이 존중되고 있는 것은 분명하다. 당시의 합의 방식 등이 오늘 날의 국제법을 충분히 반영하지 못한다고 하더라도 당시에 성립된 양국 간의 합의의 법적 효과는 존중되기 때문에 전근대적 역사적 사실이 완전히 의미를 상실하는 것은 아니다. 서부 사하라 사건, 나미비아 사건, 인도네시아 말레시아 도서분쟁 등의 예에서도 국가 간 합의 및 조약상의 권원에 대한 구속력이 인정되고 있음을 확인할 수 있다.

이러한 예는 조선과 중국의 영유권 교섭에서도 이를 확인할 수 있다. 예를 들면, 울릉도 쟁계합의와 거의 같은 시기인 1712년에 건립된 조선과 중국의 경계를 가르는 백두산정계비는 근대 이후에도 여전히 국경조약으로서의 의미를 가지고 있었다. 1885년과 1887년 조중 간에 백두산정계비를 근거로 두 번에 걸쳐 국경담판을 벌인 사실과, 1906년 이후 조선의 외교권을 박탈한 일본이 조선을 대신하여 백두산정계비를 근거로 중국과 국경교섭을 벌인 사실에서도 이를 확인할 수 있다. 즉 조선과 중국, 일본과 중국 사이의 간도영유권 교섭은 1712년의 백두산정계비를 주된 근거로 하고 있었던 것이다. 뿐만 아니라 현재도 민간 및 학계 일부에서는 백두산정계비를 근거로 간도에 대한 영유권을 주장하고 있다. 이에 비추어보면 전근대의 역사적 사실이 근대 국제법에서 의미를 상실한 것이 아니라는 것을 알 수 있다(서길수 2009, 110-135). 이러한 점을 감안했을 때 울릉도쟁계합의와 태정관지령에 대해 적극적으로 현대 국제법의 의미를 부여할 필요가 있다고 생각된다.

이상 살펴본바와 같이, 독도문제에서 조선과 일본 사이에는 독도 영유권을 명확히 하는 두 번의 조치가 있었음을 확인할 수 있다. 1699년의 울릉도쟁계합의와 이를 승계하여 취한 일본의 일방적 행위(unilateral acts)로서의 태정관지령이다. 울릉도쟁계합의가 양국에 법적 구속력을 가진 것이라는 점에 대해서는 앞서 언급한 대로이며, 태정관지령은 일본의 일방적 행위이기는 하나 울릉도쟁계합의의 연장선상에서 해석을 하면 국제법적 함의를 내포하고 있는 즉 역외적 효과를 낳는 국내법령인 것이 분명하다.

이상의 논의를 전제로 하여 한국의 국경 및 독도 영유권 문제 연구와 관련하여 다음과 같은 문제제기를 하고자 한다.

첫째, 18세기 이후 불가분의 조선 영토로 인정되었던 간도와 독도가 20세기 초 일본의 조치로 한반도로부터 분리되어 조선의 영토적 통일성이 붕괴되었다. 이처럼 독도문제와 간도문제는 거의 같은 시기에 발생했다, 그럼에도 불구하고 이 두 가지의 문제가 왜 같은 레벨에서 논의되지 않고 있는가. 백두산정계비는 국경조약이라는 관점에서 논의되고 있

나, 후술하는 바와 같이, 울릉도쟁계합의는 독도문제 연구에서 매우 소홀히 취급되고 있는 것이다.

둘째, 한국에서는 독도에 대한 일본의 영유권을 부정하는 재료로서 태정관지령을 강조하는 경향이 있다. 그럼에도 불구하고 독도 영유권 문제와 관련하여 태정관지령과 불가분의 관계에 있으며 국제법적 의미를 더 강하게 가지고 있는 울릉도쟁계합의를 중요하게 취급하지 않는 경향이 있다. 한국에서 독도문제에서 울릉도쟁계합의를 강조하지 않는 이유가 무엇인가?

셋째, 일본은 울릉도쟁계합의에서 인정한 울릉도 영유권에 대해서는 지금까지 문제제기를 한 적이 없고, 또 울릉도쟁계합의를 파기한 적도 없다(울릉도 영유권도 이 합의에 의해 확인됨), 그러면 울릉도쟁계합의에서 인정한 것으로 확인되고 있는 한국의 독도 영유권을 일본은 왜 인정하지 않는가, 또 한국은 이에 대해 왜 반론하지 않는가?

넷째, 1905년의 일본의 독도 편입에 대해서 한국은 주로 무주지 선점론 및 편입에 대한 통고의무 불이행 등을 중심으로 비판을 가해왔으나, 이에 대해서는 이론적으로 논란이 있다. 이러한 논란을 피하고 한국의 입장을 이론적으로 보다 확고히 하기 위해서는, (불법이 지만) 일본의 독도 편입의 실체를 인정한 위에 조선의 법적 권원과 일본의 실효적 지배의 상충문제로 파악하여 새로운 논리를 개발하는 것이 설득력이 있지 않을까?



- 강석민. 2006. 18세기 조선의 영토론 연구. 동국대학교 박사논문.
- 김수희·송휘영. 2014. 일본의 독도강점을 기록화한 나카이 요자부로 문서 해제와 자료 소개. 독도연구 17.
- 김영수. 2019. 나카이 요자부로(中井養三郎)의 ‘죽도어렵해려합자회사’와 ‘죽도어업조합’의 조직과 운영. 독도연구 26.
- 김호동. 2009. 속종조 영토분쟁의 배경과 대응에 관한 검토-안용복활동의 새로운 검토를 위해, 대구사학 94.
- 노영돈. 1995. 소위 청일 간도협약의 효력과 한국의 간도영유권. 국제법학회논총 40(2).
- 도시환 편. 2019. 독도영토주권과 국제법적 권원. 동북아역사재단.
- 박지영. 2017. 일본 산인 지방민과 울릉도 독도 도해금지령에 대하여. 독도연구 23.
- 박현진. 2014. 영토분쟁과 권원 간 위계-조약상의 권원, 현상유지의 법리와 실효지배의 권원을 중심으로. 국제법학회논총 59(3).
- 서길수. 2009. 백두산 국경 연구. 여유당.
- 이성환. 2000. 간도협약과 한일합방. 대한정치학회보 8(1).
- \_\_\_\_\_. 2016. 태정관과 ‘태정관지령’은 무엇인가?-독도문제와 관련하여-. 독도연구 20.
- 이성환·오카다다카시·송휘영. 2016. 일본태정관과 독도. 도서출판 지성인.
- \_\_\_\_\_. 2019. 울릉도쟁계의 조일 간 교환문서에 대한 논의의 재검토. 독도연구 26.
- \_\_\_\_\_. 2019a. 태정관 지령을 둘러싼 논의의 재검토: 최철영, 유미림, “1877년 태정관 지령의 역사적·국제법적 쟁점검토”에 대한 반론. 국제법학회논총 64(2).
- 임지현. 2004. 근대의 국경 역사의 국경. 휴머니스트.
- 최덕규. 2009. 간도문제와 일본의 한국병합. 한국사연구 145.
- 최철영. 2019. 무주지 선점론과 국제법적 권원에 대한 평가. 도시환편. 독도영토주권과 국제법적 권원. 역사공간.
- 최철영·유미림. 2018. 1877년 태정관 지령의 역사적·국제법적 쟁점 검토-울릉도쟁계 관련 문서와의 연관성을 중심으로-. 대한국제법학회 64(2).
- 池内敏. 2012. 竹島問題とは何か. 名古屋大学出版会.
- \_\_\_\_\_. 2016. 竹島-もうひとつの日韓関係史-. 中央公論社.

- 村上太郎. 2000. 他者規律的一方的行為の国際法上の対抗力. 一橋論叢 124(1).
- 岩下哲典 외. 2014. 東アジアのボーダーを考える: 歴史 國境 認識. 右文書院.
- 岡田卓己. 2018. 元禄竹島一件(鬱陵島争界)における 幕府の政策決定過程に関する研究 : 対馬藩家臣の役割を中心として. 계명대학교 석사논문.
- 柳原正治. 2012. 幕末期・明治初期の'領域'概念に関する一考察. 現代国際法の思想と構造 I 東信堂.
- 堀和生. 1987. 1905年日本の竹島領土編入. 朝鮮史研究會論文集 24號. 東京: 綠蔭書房.
- 広瀬善男. 2007. 国際法からみた日韓併合と竹島の領有権. 明治学院大学法学研究 81.
- Arendt, Hannah. 1973. The origins of totalitarianism. Harvest Book.
- Diener, a c. and Hagen Joshu. 2012. Border: A Very Short Introduction. Oxford University Press.
- Dower, John W. 2014. The San Francisco System: Past, Present, Future in U.S.-Japan-China Relations. The Asia-Pacific Journal 12(2).
- Lands, Island and Maritime Frontier Dispute(El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening), ICJ Reports. 1992. Paras.45 & 62.
  
- 일본 외무성 죽도문제 10포인트. 출처: <http://bit.ly/2Pes3Mr> (검색일: 2019. 12. 23.).
  
- 연합뉴스 <https://www.yna.co.kr>

● 투고일: 2020.01.13. ● 심사일: 2020.01.17. ● 게재확정일: 2020.02.10.

## An Essay on Studying the Korean Territorial and Border Issues

Lee Sunghwan (keimyung University)

Before the 17th century, the border between the northern region of Korea and China was unclear, and the ownership of eastern islands was indefinite. Through the diplomatic agreement with Japan (Ulleungdo Jaenggye Agreement) in 1699 (25th year of King Sukjong's reign) and the Baekdusan National Boundary Monument built in 1712 (38th year of King Sukjong's reign), the territory was defined with its border formed by Amnok River (Yalu River), Tomun River (branch of the Songhua River), and Dokdo. However, in the process of transition into a modern nation-state, Japan incorporated Dokdo into its own territory in 1905 and admitted China's claims to Gando in 1909, thereby destroying the territorial unity of Joseon. As an extension of that, Joseon degenerated into a colony and failed to form a modern nation-state. As such, the issues of Gando and Dokdo are very similar in terms of occurrence and development process. Nonetheless, these two are not discussed at the same level in the Korean territorial issue. While the Baekdusan National Boundary Monument is discussed in terms of border treaty, the Ulleungdo Janggye Agreement is neglected in the studies of the Dokdo issue. Moreover, the following questions can be raised in studying the Dokdo issue. Is the Ulleungdo Janggye Agreement only on the dominium of Ulleungdo? If the Ulleungdo Janggye Agreement includes the dominium of Dokdo, why is this not emphasized in the studies of Dokdo in Korea? Furthermore, isn't there any other logic to criticize Japan's incorporation of Dokdo into its territory in 1905, aside from the issue of terra nullius occupation and nonperformance of the obligation to notify about incorporation, which raises theoretical controversies?.

**<Key words>** Territorial issue, Dokdo, Gando, Ulleungdo Jaenggye (Territorial Dispute over Ulleungdo), National Border Treaty Regime between Joseon and Japan