

독도의 해군력 배치에 관한 국제법적 검토 및 발전방향 - 실효적 지배 개념을 중심으로 -

김 남 구 *

〈 목 차 〉

- I. 서 론
- II. 실효적 지배의 개념
 - 1. 실효적 지배의 정의
 - 2. 실효적 지배의 요건 및 필요성
 - 3. 실효적지배와 해군력 배치 관련 주요 국제 판례
 - 4. 소 결
- III. 독도의 해군력 배치 시 적용되는 국제법 제반사항
 - 1. 결정적기일(Critical Date)
 - 2. 실효적 지배 요건의 적용
 - 3. 소 결
- IV. 독도의 해군력 배치에 대한 발전방향
 - 1. 통합방위시행지침의 개정
 - 2. 독도 내 해군 초소 설치 및 초계활동 강화
 - 3. 대한민국 영해 내 한·일 연합훈련 금지
- V. 결 론

* 해군 해양정보단 작전담당 근무(항해중위, 사후111기), 숭실대학교 법과대학 졸업(2011년)

I. 서론

2011년 4월 김황식 전 국무총리는 대정부 질문에서 독도에 군대를 주둔하는 방안을 검토할 필요성이 있다고 답변하였다.¹⁾ 그리고 2012년 8월 10일 이명박 전 대통령(당시 대통령)이 독도를 방문하였다. 이는 군 통수권자의 독도 방문이라는 점에서 그동안 소극적으로 독도문제를 대하던 자세를 탈피하고 적극적인 실효적 지배를 향한 움직임이라 해석할 수 있다.

대한민국은 독도를 현재 실효적으로 지배하고 있다. 실효적 지배는 현재 계속되고 있는 현상을 말하며, 독도에 대한 개발 등은 실효적 지배의 강화이기 보다는 실효적 지배의 유지라고 표현하는 것이 적절하다고 생각한다.

이러한 실효적 지배의 유지 방법으로 독도에 해병대를 주둔시키자는 목소리가 작지만, 지속적으로 나오고 있다. 이 문제에 대하여 반대 의견은 첫째, 국제법상 실효적 지배의 증거로 보는 ‘지속적이며 평화로운 지배’에 적합하지 않다고 역설한다. 국토부 관계자는 “정부는 독도에 대한 어떠한 분쟁도 전제하지 않으며, 군대가 주둔할 경우 자칫 영토분쟁이 있다는 인식을 줄 수 있다.”고 반대의견을 피력하였다.²⁾

둘째, 현실적으로 해병대가 상주하기 어려운 현실성이다. 사면이 절벽으로 이루어진 독도의 특성상 해병대 상륙이 어려우며, 상륙을 위한 공간이 부족하다는 것이다.³⁾

본 논문은 이러한 논의에 대하여 새로운 시각으로서 접근하고자 한다. 독도에 군대를 주둔하는 문제는 정치적인 문제이며, 정책결정권자가 결정하면 되는 사안이다. 그러나 그 논리에 있어서 국제법적인 부분으로 재해석해 볼 필요가 있다고 생각한다. 그 중 실효적 지배의 유지를 위하여 대한민국 해군력을 독도에 배치하는 것이 하나의 방법이 될 것이라 생각한다. 동 사안은 실효적 지배의 요건과 적용에 대하여 국제법적으로 해석을 해야 된다. 이에 따라 이하 본문에서는 국제법상의 실효적 지배의 개념과 요건을 살펴보고, 국제판례에서는 분쟁도서에 군대를 설치하는 것이 어떠한 효과가 있는지를 파악하였다. 또한, 이러한 근거를 기반으로 독도에 해군력을 배치하는 것이 실효적 지배 유지의 증거로서 입증될 수 있음을 제반사항에 기초하여 역설하고자 한다. 여기서 해군력을 칭한 이유는 독도가 해양의 주권아

1) 국민일보, “독도에 강력한 군대 주둔하는 방안 검토중”, 2011.4.7.

2) 문화일보, “독도는 왜? 군인이 아닌 경찰이 지킬까”, 2012.8.29.

3) 문화일보, 앞의 글

래 영토주권을 갖고 있음을 기초하였으며, 해양주권은 해군의 수호아래 존재하는 것이기 때문이다.

이어서 독도에 해군력을 배치하는 발전방향에 대하여 의견을 피력해보고자 한다. 현재 논의는 “해병대 주둔”에 국한되어 진행되고 있다. 그러나 최고의 전투원인 해병대의 주둔은 국제사회의 이미지에 적절치 않을 것으로 생각된다. 다만, 해군의 전담감시대 운용과 독도 인근 해역에 있어서의 초계활동, 구조활동 등을 강화하는 방안을 생각해 볼 수 있다. 이러한 주장은 앞서 살펴 볼 국제법의 실효적 지배 요건과 국제판례의 추세를 기초로 논리를 구성해보고자 한다. 이와 더불어 독도 해역에서 진행되고 있는 한-일간의 해상훈련이 독도영유권에 국제법상 문제점은 없는 지 실효적 지배의 개념으로서 살펴보고자 한다.

II. 실효적 지배의 개념

1. 실효적 지배의 정의

영토에 대한 실효적 지배(effective control)란 주권국가가 특정 영토에 대해 배타적인 관할권을 행사하는 것을 말한다.⁴⁾ 영토에 대한 배타적 관할권을 “영토주권”이라 한다. 따라서 영토에 대한 실효적 지배란 “영토주권의 행사”라 할 수 있다. 영토주권의 행사를 영토에 대한 통치권의 행사라고도 하므로 영토에 대한 실효적 지배를 “영토에 대한 통치권의 행사”라고 할 수 있다.⁵⁾ 즉, 실효적 지배는 해당 국가가 당해 영토에 대하여 행정적·입법적 및 사법적인 국가권능을 행사하기 위한 전제조건이다.⁶⁾

실효적 지배에 대하여 역사적으로 많은 국제법학자들이 이론을 구상하였으며, 그 기준에 대하여 근본적으로 국가들의 실행을 고려하여 발전시켰다. 이론의 분류는 크게 세가지로 나눌 수 있다. 첫째, 실효적지배의 기본적인 요건을 정치적 점유가 아

4) 그러나 실효적지배는 전적으로 배타적 행사를 뜻하는 것이 아니며, 경쟁적 권원 주장이 있는 경우 상대적인 의미를 갖는다.

5) 김명기, “독도강의”(서울 : 독도조사연구학회, 2007) p.177

6) 제성호, “독도의 실효적 지배 강화방안과 국제법”, 「저스티스」(2006), p.181

닌 실제적 정착 또는 영토의 사용이어야 한다는 이론이다. 이는 17세기와 18세기 일부 학자들에 의하여 이론화되었다. 둘째, 정착에 의한 점유와 행정이 실효적 지배를 구성하는 기본적인 요건이라는 주장이며, Vattel, Oppenime 등의 국제법학자가 주장하였다. 셋째, 실효적 지배의 개념이 물리적 점유(physical possession)에서 영토에 대한 정부기능의 선언과 행사로 변화되었다는 주장이다.⁷⁾ 위 세가지 주장의 공통점은 실효적 지배는 영토에 대한 국가기능의 실현이 있어야 한다는 것이다.

이러한 실효적 지배에 대하여 국제판례는 구체적인 개념을 정립하였다.⁸⁾ 1928년 I팔마스섬 사건(Island of Palmas Case)에서 Max Huber 단독중재관은 실효성의 징표로서 “계속적이고 평온한 영토주권의 발현”(the Continuous and Peaceful Display of Territorial Sovereignty)이라 언급하였으며, 이는 오늘날에도 계속 적용되어 온 주요 기준이다. 정리하면, 실효적 지배는 국가의 유효한 지배로서, 평온성, 공연성, 충분성, 계속성 등을 내포하는 국제법적 개념이다.⁹⁾

2. 실효적 지배의 요건 및 필요성

1) 요건

실효적 지배는 크게 4가지 요건으로 구성된다.

- ① 국가기관에 의해 행해져야 한다.
- ② 주권의 행사가 다른 국가의 방해 없이 평화롭게 행사되어야 한다.(평온성)
- ③ 공공연하게 이루어져야 한다.(공연성)
- ④ 상당한 기간 유지되어야 한다.¹⁰⁾

7) 실효적 지배의 개념과 역사적 발전에 대하여는 김채형, “영토취득과 실효적 지배기준에 대한 연구”, 「국제법학회 논총」, 제54권 제2호 통권 제114호(2009.8.) p.65를 참고하라.

8) 실효적 지배와 관련 된 국제판례로는 Island of Palmas Case(1928), The laegal Status of Eastern Greenland Case(1933), Case Concerning Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan(2002), Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge(2008) 등이 있다.

9) 제성호, 앞의 논문, p.184 ; 김명용 “독도의 실효적 지배강화를 위한 관련법제의 정비방안”, 「공법학연구」, 제11권 제2호(2008) p.261

10) M. M. Whiteman, *Digest of International Law*, Vol2(Washington,D.C.:Department of State Publication, 1963), p.1031 ; 김현수, “독도의 실효적 지배와 국제분쟁방지책”, 「독도논총」, 통권 제7호(2012.6.), p.334

첫째, 실효적 지배의 주체는 국가이다. 이는 주권국으로서 주권에 대한 권능을 의사 표시하는 주체가 국가이기 때문이며, 사인의 행위는 실효적지배의 주체가 될 수 없다.¹¹⁾ 개인이나 사적 단체가 특정지역을 점유 또는 지배할 경우 실효적 지배임을 주장하기 위해서는 사전에 국가로부터 그러한 권한을 위임받거나 사후에 그러한 지배가 국가의 행동으로 추인을 받아야 한다.¹²⁾ 1993년 ‘동부그린란드의 법적 지위 사건’(The Legal Status of Eastern Greenland Case)에서 ‘국가활동의 현시’(manifestation of state activity)를 강조하므로서, 국가의 실효적 지배 주체성을 정립하였다.

둘째, 주권의 행사가 다른 국가의 방해없이 평화롭게 행사되어야 하는 평온성(peaceful)이다. 이는 주권을 주장한 것이 최초이며, 타국이 이미 점유한 영토를 빼앗는 형태를 취하여서는 안 된다는 의미이다. 또한, 주권의 행사는 상대편 국가로부터의 항의가 없어야 하는 것이 평화적인 특성에 부합한다. 그러나 단순한 항의만으로는 점령이 평화적이어야 한다는 특성의 주장에 치명적인 것은 아니다.¹³⁾ 다만, 오랜 기간 동안 일관되게 이루어진 항의에 대해 주권을 주장한 국가가 무대응으로 대처할 경우에는 국가주권 행사의 평화적 성격이 문제 될 수 있다.¹⁴⁾

셋째, 특정 영토에 대한 실효적 지배는 공지의 사실로서 국제사회에 널리 알려지고 있어야 한다.¹⁵⁾ 넷째, 상당기간 계속적인 지배의 유지는 사정에 따라 달리 판단되고 있으며, 팔마스섬 사건과 동부그린란드 사건 등에서 주권의 행사가 장기간의 간격이 있었으나 영유권을 판단함에 있어서 이 부분이 상당한 영향을 미치지 않는다고 하였다.¹⁶⁾

이러한 실효적지배의 요건은 분쟁 대상 영토의 지역적 특성에 따라 상이하하다. 주요 국제판례인 팔마스섬 사건, 클리퍼튼섬 분쟁사건, 동부그린란드 분쟁사건에서도 접근가능성, 거주가능성 등에 따라 상대적 기준을 설정하고 있음을 확인할 수 있다.¹⁷⁾ 최근 판례인 에리트리아-예맨간 Hanish 도서 중재판결, 인도네시아-말레

11) Shaw, *International Law*, 3rd ed(Cambridge: 1991), p.291 ; 김현수, 앞의 논문, p.335

12) 김명용, 앞의 논문, p.261

13) 김민경, "도서영유권 분쟁에 관한 최근 ICJ 판례에서 나타난 effectivites에 관한 연구 : Ligitan/Sipadan 사건과 Pedra Branca 사건을 중심으로", 「고려대학교 대학원 : 법학과」, 석사학위(2010.2.), p.10

14) Surya P. Sharma, *Territorial Acquisition, Dispute and International Law*,(Martinus Nijhoff Publishers ;1997), p.100 ; 김민경, 앞의 논문, p. 10

15) 은밀한 서류상의 점령이나 지배는 실제성·현실성과 함께 공연성을 갖추지 못한 것이므로 실효적 지배가 될 수 없다. 김명용, 앞의 논문, p.262

16) 김현수, 앞의 논문, p.335

17) W. Michael Reisman, *International Decisions*(AJJIL : 1999), p.679 ; 이유정 ‘영토 분쟁에 관

이시아 간 리기탄/시파단 섬 사건에서도 이와 같은 기준을 유지하고 있음을 알 수 있다.¹⁸⁾

2) 필요성

영토분쟁에 있어서 실효적지배의 필요성에 대하여 살펴보고자 한다. 실효적 지배는 권원의 변경, 권원의 유지, 권원의 응고를 위하여 필요하다.¹⁹⁾

권원의 변경(replacement of title)이란 역사적 권원을 현대국제법에 의해 타당한 다른 권원으로 대체하는 것을 말한다.²⁰⁾ 이는 역사적 권원이 역사의 변화와 발전속에서 대체되는 것을 의미한다. 이와 관련하여 주요 국제판례로는 멩끼에 에 끄레호 도서 영유권 사건(The Manquiers and Echrehos Case, 1953)이 있다. 국제사법재판소는 판결을 통해 역사적 권원이 대체 당시의 법에 따라 유효한 권원으로 변경되지 않으면 효력이 없다고 강조하였다. 즉, 역사적 권원이 현대국제법의 권원으로 변경되지 않으면 권원으로서 인정되지 아니하며, 실효적 지배의 필요성이 강조되는 것이다.

권원의 유지(maintenance of title to territory)란 취득영토에 대한 권원을 계속 보전(retention)하는 것을 의미한다. 실효적 지배는 취득 영토의 권원 유지에 필요한 사항이다. 이에 대하여 Malcolm N. Shaw 교수는 실효적 지배를 통한 영토 주권의 행사가 곧 권원의 유지를 의미한다고 강조하여, 실효적 지배의 필요성을 역설하였다.²¹⁾ 또한, Max Huber 단독중재관은 팔마스섬 사건에서 “영토 주권의 존재(exist)가 계속되어왔고 존재했었다는(did exist) 것이 중시되어야 한다.”고 판시

한 최근 판례 분석’, 「독도분쟁의 국제법적 이해 : 학영사」, 수록논문(2005), p.115

18) 에리트리아-에맨 간 중재판결문에서 “영토취득과 관련하여 현대 국제법은 당해 영토에 대해서, 가령 관할권 행사라든지 국적 기능행사를 통한 의도적 권한행사를 지속적이며 평화적인 방식으로 행할 것을 요구하고 있다. 지속적이며 평화적인 방식이라는 기준은 문제가 되고 있는 영토의 성격과 규모 등에 따라 완화될 수 있다.”고 판시하였다. 이유정, 앞의 논문, p115에서 발췌. 또한, 리기탄/시파단 섬 사건에서는 그 섬의 크기에 따라 사람의 거주 가능성, 경제적 실효성 등을 판단하여 상대적인 실효성을 판단하고 있다. ICJ, Reports 2001, p.17

19) 실효적 지배의 필요성을 위한 이론에 관하여는 김명기, 「독도의 영유권과 실효적지배」(우리영토: 독도본부, 2007) p.3 ~ p.31, 엄정일, “국제법상 독도의 실효적 지배강화의 필요성과 고려 요소에 관한 연구” 「독도논총」, 통권 제5호(2009.12.30.) p.76 ~ p.88을 참고하였다.

20) ICJ, Reports, 1953, p.56 ; 김명기, 앞의 책, p.4

21) "The Principle of effective control applies in different ways to different situations, but its essence is that the continuous and peaceful display of territorial sovereignty ... is as good as title" Malcom N. Shaw, *International Law*,(Cambridge : Cambridge University Press, 1997), p.156

하였다. 이는 권원의 유지는 계속적인 실효적 지배에 의하여 이루어진다는 것을 강조한 것이다.

권원의 응고란 상당기간 주권의 행사에 의해 영토에 대한 권원을 취득하는 것을 의미한다. 즉, 영토 권원의 취득을 위하여 실효적지배가 필요하다. 멩끼에 에끄레호 도서 영유권 사건에서 영국왕의 지배가 계속적으로 행사되었다는 것을 입증한 영국의 승소 판결을 내렸다.²²⁾ 이는 계속적인 실효적 지배의 필요성을 입증한 주요 판결이다.

3. 실효적지배와 해군력 배치 관련 주요 국제 판례

1) 에리트리아-예멘 간 Hanish 도서 중재판결

1998년 에리트리아-예멘이 사법적 해결을 요구하여 중재재판에 회부한 사건이다. 홍해 연안국인 에리트리아-예멘은 홍해연안에 산재해 있는 여러 도서 및 암석들(Mohabbakah, Haycocks, South West Rocks, Jabal-Hanish Group Islands, Jabal al-Tayr 및 Zubayr Group Islands)에 대한 영유권 분쟁이 발생하였다. 에리트리아는 국제법상 실효적 지배를 주장하였다. 그 근거로 자국 군함의 홍해도서에서의 초계활동, 상업활동 및 이의 규제 제개 및 확대, 도서 등대의 재건 및 유지, 인접수역에 대한 어로허가 등이었으며, 헌법 상 자국영토에 도서를 포함하였음을 주장하였다.

예멘은 “역사적, 전통적 권원”에 기초하면서, 실효적 지배에 대한 반대 근거를 제시하였다. 가령, 1962년 예멘 공화국 창설 후 정부에 입법관할권 행사를 통하여 동 섬에서 이스라엘 군대를 철수 시킨 행위, 1970년대 도서에 해양과학조사를 위한 외국인들의 요청이 있었고, 예멘 군관리들의 도서 방문과 계속적인 초계활동을 근거로 제시하였다. 결론적으로 재판소는 동 도서들의 영유권이 예멘에 속한다고 판시하였다.

동 판례에서 중요한 점은 재판부가 국가행위의 유형을 4가지로 크게 분류하여 각각의 세부사항을 검토하였다는 점이다.²³⁾ 그 중 바다와 관련된 행위에 있어서,

22) ICJ, Reports, 1953, p.67

23) (1) 섬에 대한 활동을 규율하기 위한 입법행위,

(2) 바다에 관련된 행위

해난구조행위와 순찰행위(초계활동)를 세부사항으로 포함하였다. 또한, 섬에 관련된 행위에 있어서는 섬의 군사초소설치를 검토하였다. 이는 실효적 지배의 행사가 국가권한에 의하여야 한다는 기본적인 요건을 구체화하는 것으로 섬과 그 주변해역에 대한 해군력의 활동 및 직접 배치가 실효적지배의 주요 국가행위로서 해당된다는 것이다.

2) 인도네시아-말레이시아 간 리기탄/시파단 도서 사건

1998년 11월 2일 인도네시아와 말레이시아는 양국간 특별합의를 제출하였고, 동 합의에서 리기탄/시파단 도서에 대한 영유권이 양국가 중 어느 국가에 속하는가를 결정해 줄 것을 요청하였다. 동 섬에서의 영유권 분쟁은 1979년 말레이시아가 리기탄/시파단 섬을 지도에서 자국영토로 표기하면서 시작되어 30년 가까이 지속되어 온 분쟁문제이다. 이러한 분쟁의 내면에는 해양경계획정, 해양안보상황, 국내정치 등이 복합적으로 얽혀있다. 동 사건에서 쟁점은 i) 1891년 협약, ii) 지도, iii) 승계에 의한 권원 iv) 실효적 지배 및 실효성이다.

이 중 실효성에 대하여 말레이시아는 양 도서에 대하여 상대국의 반대 없이 계속적이며 평화적인 점유 및 행정관할을 해왔다고 주장하였다. 이에 대해 인도네시아는 말레이시아에 대해 계속적인 항의를 해왔으며, 자국 해군의 활동 및 수차례 시파단을 방문하였다고 주장하였다.²⁴⁾ 반면, 말레이시아는 인도네시아의 해군

-
- 섬 주변 해역에 있어서의 행위에 대한 허가
 - 어선 나포
 - 여타 행정허가행위
 - 해난구조행위
 - 순찰행위
 - 해양환경보호행위
 - 개인의 어로행위
 - (3) 섬에 관련된 행위
 - 섬의 군사초소설치
 - 섬에서의 행위에 대한 인허가 행위
 - 섬에서 일어난 행위에 대한 형사 및 민사재판관할권 행사
 - 등대의 설치 및 유지행위
 - 석유시추작업에 대한 인허가 행위
 - 섬에서의 거주제한
 - (4) 일반적 행위
 - 상공비행
 - 기타행위 ; 이유정, 앞의 논문, p.116 ~ p.117

24) ICJ, Reports, 2002, Para 130.

활동은 그 수에 있어서 상대적으로 제한 적이므로 정부활동의 지속적인 행사라 할 수 없다고 주장하였다.²⁵⁾

동 사건에 대하여 재판소는 분쟁도서의 실효적 지배에 관하여 사인(私人)에 의한 활동은 정부에 의하여 이루어진 것이 아니면 실효성이 있지 않다고 판시하였다. 이에 따라 말레이시아의 활동이 입법적, 행정적 및 준사법적 활동까지 포함되며, 상당한 기간에 걸쳐 이루어지고 다양한 행정행위를 한 것으로서 도서에 관한 국가 기능을 행사하려는 의도를 나타낸 것이라고 볼 수 있다고 판시하였다.²⁶⁾

동 사건은 실효적 지배에 대한 쟁점이 영유권을 판단함에 있어서 중요한 기준으로 적용한 사례이다. 국가기관의 행위가 실효성을 입증하는 주된 요건이 됨을 기준화 시켰다. 또한 재판소는 인도네시아의 해군초계활동이 상당기간 이루어지지 않은 점에서 주권적 권원이 미치지 못한다 하였고, 오히려 상당한 기간 동안 행정력을 구사한 말레이시아에 주권적 권원이 있음을 인정하였다. 이는 해군력의 지속적이고 계속적인 활동이 실효적 지배의 국가행위임이 판단된다. 현재 시파단섬에는 말레이시아 육군부대가 주둔하고 있다.²⁷⁾

3) 페드라 브랑카/플라우 바투 푸테, 미들락스, 사우스 렛지의 영유권에 관한 사건

동 사건은 1979년 말레이시아가 페드라 브랑카 섬의 영유권을 주장하면서 국제분쟁화 되었다. 분쟁 도서는 싱가포르가 점유하고 있던 상황이었다. 2003년 2월 6일 싱가포르와 말레이시아 간 분쟁도서에 대하여 국제사법재판소에 해결을 요구하는 특별합의를 체결하였다.

동 사건에 대하여 양국의 주장은 다음과 같다. 먼저, 말레이시아는 기본적으로 본원적 권원(original title)에 속하는 고유의 영토임을 주장했다. 즉, 페드라 브랑카는 태고로부터 조호르(Johor) 왕국의 영유권 아래에 있었다고 주장하였다.²⁸⁾

이에 반면, 싱가포르는 무주지 선점과 실효적 지배에 입각하여 재판을 전개해

25) Ibid, Para. 131.

26) 재판소는 말레이시아의 리기탄 및 시파단에서의 거북이 알 수집 통제 및 규제 그리고 북 보르네오 국가가 취한 조치들과 당시 이 지역에서의 일부 경제으로 중요한 활동들이 동 도서들에 대한 효과적 행정의 증거라 판시하였다. 김현수, 「말레이시아-인도네시아 간 Ligitan/Sipadan 도서사건」 「국제해양분쟁사례연구」Ⅲ, (해양수산부, 2004), p.507

27) 유하영, “독도의 지속가능한 개발 이용 -독도와 리기탄-시파단 섬 사례를 비교하여-”, 「독도논총」, 통권 제5호(독도조사연구학회, 2009.12.), p.105

28) 김민경, 앞의 논문, p.55

나갔다. 즉, 싱가포르는 상당한 기간 동안 실효적 지배를 공고화하는 행위들을 하였으며, 이에 대하여 상대국의 항의가 없었다는 것이다. 이에 대한 근거로 i) 섬에 대한 행정 법령의 제정에 상대국의 항의가 없었다는 점, ii) 정부요직 인사들의 분쟁 도서에 대한 방문에도 항의가 없었다는 점, iii) 1953년 싱가포르의 페드라 브랑카 해역에서의 해난 구조 및 순찰행위에 대하여 말레이시아의 항의가 2003년에 있었다는 점, iv) 1977년 싱가포르의 공군은 군 헬리콥터를 포함한 군 통신시설을 공개적으로 설치하였고 이에 대한 항의가 없었다는 점을 들었다.

동 사건에서 재판소가 실효적 지배와 관련하여 판시한 중요사항은 다음과 같다. 첫째, 싱가포르와 말레이시아의 관리들이 동 섬에 방문한 사실은 중요하지 않으나, 싱가포르의 허가 하에 말레이시아 관리들이 동 섬에 방문하였다는 것은 싱가포르의 주권이 작용함을 인정하였다.²⁹⁾ 둘째, 싱가포르는 동 섬에 해군 방송시설을 공개적으로 설치하였다는 주장에 대하여, 재판소는 말레이시아의 인지여부에 대하여 판단을 내리지 못했다. 셋째, 분쟁 도서 해역에서의 해군 순찰 및 훈련은 두 국가가 동시에 실효성을 주장한 사항이며, 재판소는 싱가포르의 해군은 작전을 수행함에 있어서 페드라 브랑카를 지나가야 하기 때문에 그 의미가 크지 않다고 판시하였다. 그러나 의미가 크지 않다는 것은 페드라 브랑카에 대하여 싱가포르의 주권의 현시가 인정되나 큰 무게를 줄 수 없다는 것이다.³⁰⁾

결론적으로 재판소는 말레이시아의 의견을 배척, 동 섬에 대한 싱가포르의 영유권을 인정하였다. 동 사건에서 해군력 배치와 관련하여 중요한 사항은 두 국가 모두 분쟁 대상 도서 인근 해역에서의 해상 초계활동 및 훈련을 실효적 지배에 행사라고 주장하였다는 점이다. 재판소 또한 이 주장에 대하여 큰 무게는 두지 않으나, 주권의 현시라고 인정하였다. 이외에도, 동 섬에 해군의 통신시설기지를 설치한 것에 대하여 주장하였다는 점, 인근 해역에서의 조난 선박에 대한 구조행위가 주요 판결 요점이었다는 점 등이 도서에 대한 해군력 배치와 실효적 지배 관계를 적절히 표명한 것이라 본다.

29) ICJ, Judgement, 2008, Para 235

30) Judgement, Paras. 240 - 243, 김민경, 앞의 논문, p.63에서 재인용

4. 소 결

실효적 지배는 주권의 행사에 의한 권원의 취득, 취득한 권원의 유지를 위하여 필요하다. 이러한 필요성에서 살펴 볼 수 있듯이 실효적 지배는 국가기관의 행사가 첫 번째 구성이 되는 요건이다. 또한, 앞서 살펴보았듯이 실효적 지배는 평온하고 공공연하게 이루어져야 한다. 이에 대하여 실효적 지배와 관련한 국제판례를 살펴 보았으며, 많은 국가들이 해군력의 분쟁 도서에 대한 직접적인 배치 및 인근해역의 해군활동 등을 법적 근거로서 제시하고 있음을 확인 할 수 있다. 이하에서는 위에서 살펴보았던 이론적 구성 및 판결추세 등을 토대로 대한민국 영토인 독도에 해군력을 직접 배치하는 것에 대하여 검토해보고자 한다. 먼저, 실효성이 인정이 될 것인가의 근본적인 판단 부분인 결정적 기일에 대하여 판단하고자 한다. 이 후 실효적 지배 요건, 특히 독도에 해군력을 배치하는 것이 평온성(Peaceful)에 반(反)하는 것인지를 중점으로 논의하고자 한다.

Ⅲ. 독도의 해군력 배치 시 적용되는 국제법 제반사항

1. 결정적 기일(critical date)

1) 개 요

결정적 기일(critical date)이란 영토분쟁에 관하여 당사국의 권리가 명백해져 이 이후에 전개된 당사국의 행위는 문제 영역의 법적 지위에 영향을 미치지 않는 시점을 의미한다. 이는 영역 분쟁에 있어서 당사국간의 분쟁이 발생한 시기 또는 영역 주권의 귀속이 결정적으로 되었다고 인정되는 시점을 말하며, 재판부는 이 시점 이후의 당사국의 행위에 대하여 유리한 증거적 가치를 인정하지 않는다.³¹⁾ 정리하면, 결정적 기일은 분쟁이 결정화 된 일자인 것이다.

31) 이한기, 「국제법강의」, 신정판, (서울 : 박영사, 1997), p.306 ; 정인섭, 「신 국제법강의 : 이론과 사례」(서울 : 박영사, 2010), p.371

실효적 지배 요건을 독도의 해군력 배치에 적용하기 전에 결정적 기일을 살펴 보는 이유는 다음과 같다. 국내 국제법학계의 주장 중 독도의 결정적 기일은 평화선 선언에 대한 일본의 항의일인 1952년 1월 28일이며, 따라서 이후의 독도에 대한 실효적 지배의 증거능력은 부인되고, 실효적 지배의 필요성이 부정된다는 견해가 있기 때문이다.³²⁾ 이하에서는 동 문제에 대한 국내 국제법학자들의 쟁점을 정리하고, 이에 따른 평가를 제시하고자 한다.

2) 국제법학자 학설 대립의 정리

(1) 소극설

국내 국제법학자 일부는 독도가 국제재판에 회부 될 경우, 결정적 기일 이후의 증거는 부정이 되므로, 국제 분쟁회를 야기시키는 독도에 대한 개발행위는 자제하여야 한다는 주장이다. 김찬규 교수는 결정적 기일 이후에 행하여지는 영유권 강화 조치는 국제법상 아무런 효과를 갖지 못한다고 주장하였다. 주장의 근거에 대하여 간략히 정리를 하면 다음과 같다.³³⁾ 첫째, 결정적 기일이란 그 시점 이후에 일어난 일에 대하여는 증거능력을 인정하지 않는다는 국제법상의 제도이다. 영유권 분쟁에서는 당사국이 권원 보강을 위해 각종 시설 등 온갖 노력을 기울이기 마련인데, 국제재판에서는 일정한 시점을 정해 그 이후에 일어난 일에 대해서는 증거능력을 인정치 않게 돼 있다. 이 경우, 정해진 일정한 시점이 바로 결정적 기일이다.

둘째, 독도 문제에 대한 결정적 기일은 국제판례를 살필 때 분쟁이 구체적으로 돌출한(crystallized) 때라는 것이 대세이다. 독도의 경우, 분쟁이 구체적으로 표출한 것이 1951년이다.³⁴⁾ 셋째, 국제판례에 따르면 결정적 기일 이후에 완성된 시설도 증거능력을 가지는 때가 있다. 그러나 이것은 결정적 기일 이전에 시작된 공사가 기일 이후까지 계속돼 완성됐고, 그것이 영유권에 대한 당해 국가의 입장을 개시시키는 일이 아닌 것을 전제로 한다.

이상의 근거로 독도에 대한 강력한 대응에 대하여 반대를 하는 것이 소극설이다.

32) 결정적 기일을 선정하여 실효적 지배를 부인하는 소극설은 김찬규 교수, 故 박춘호 유엔해양법재판소 재판관 등의 다수의 국제법학자가 있으며, 반대 견해로 실효적 지배를 인정하는 적극설은 김명기, 김영구, 이장희, 제성호 교수 등이 있다.

33) 근거에 대하여 김찬규, “‘독도 개발법’ 과연 필요한가.” 문화일보, 2004년 2월 11일자에서 발췌.

34) 김찬규 교수는 독도 문제에 관한 결정적 기일은 1951년 이전에 될 수도 있고, 이후가 될 수도 있을 것이나, 어떤 경우든 독도개발법 제정 이전이 될 것이라는 데 이의가 없으며, 이 법에 의해 설치된 모든 시설의 증거능력을 부정하였다.

(2) 적극설

반면, 적극설은 결정적 기일의 개념을 소극설과 달리 생각하여, 독도에 대한 개발 등 실효적 지배의 유지에 대하여 긍정적인 주장을 한다. 김명기 교수는 소극설을 비판하며 다음과 같은 주장을 한다. 첫째, 최근의 학설과 판결은 결정적 기일을 무시 부정하는 것이 추세이므로 한·일 간의 독도분쟁에 반드시 결정적 기일이 설정될지 불확실 하다. 둘째, 한·일간의 합의로 1952년 1월 28일 이후로 결정적 기일이 정해 질 수 있다. 셋째, 한·일간의 독도분쟁이 대일평화조약의 해석분쟁으로 해소되게 될 경우 결정적 기일 이론은 적용되지 아니한다. 넷째, 결정적 기일 이후의 행위도 예외적으로 증거능력이 인정되는 경우가 있다.³⁵⁾ 또한, 결정적 기일과 관계없이 역사적 응고(historical consolidation) 취득을 할 수 있다는 점을 고려하여 실효적 지배강화 조치가 국제분쟁화가 되지 않도록 하는 차원 높은 포괄적 외교 전략을 수립 추진해야 한다고 주장하였다.³⁶⁾

3) 평가

이상의 학설 대립을 정리하면, 소극설은 전통적 법리와 과거 판례에 의존하며, 적극설은 최근의 판결을 근거로 주장을 전개해나간다. 생각해 보건데, 필자는 몇 가지 근거로 적극설이 타당하다고 본다. 첫째, 국제재판소가 반드시 결정적 기일을 채택할 것이라는 보장이 없다. 모든 영토분쟁재판에서 재판부가 확정 일자를 결정적 기일로 지정하지는 않는다.³⁷⁾ 특히, 최근 영토분쟁에 관한 일부의 국제판례(모두 중재재판에서 이루어진 것임)에서는 결정적 기일을 아예 지정하지 않은 사례가 나타나고 있기 때문이다.³⁸⁾ 둘째, 결정적 기일의 설정을 분쟁 당사국의 협의를 통해 결정하는 경우가 있으며, 재판소의 재량권을 제약하는 경우도 있다.³⁹⁾ 셋째, 만약 지금 국제재판소에 분쟁의 해결을 요구한다면, 소극설의 주장에 근거하여 결정적 기일을 설정할 가능성이 있다. 그러나 현실적으로 생각하면, 지금 독도문제가 국제재판소에 회부될 가능성은 없다. 따라서 앞으로 국제재판소에 독도문제를 상정한다고 생각해보는다면, 그 기간은 수십년이 될 것이다. 그렇다면 결정적 기일은 현

35) 김명기, 앞의 주 5, p.206

36) 김명기, 앞의 주 19. p.75

37) 정인섭, 앞의 책, p.371

38) 제성호, “영토분쟁과 Critical Date 이후의 증거 : 독도개발행위와의 관련성을 중심으로”, 『중앙법학』, 제13집 제3호(2011.9.) p.426

39) 제성호, 앞의 논문, p.426

시점이 될 수도 있다. 현 시점에서 실효적 지배를 유지하는 방안은 미래의 결정적 기일에 대비하는 방안이 될 것이다.

그러므로 국가 기관에 의한 지속적인 실효적 지배가 이행되어야 한다. 그렇다면, 독도에 해군력을 배치하는 것이 실효적 지배의 요건에 부합하는가에 대하여 이 하에서 살펴보고자 한다.

2. 실효적 지배 요건의 적용

1) 국가활동의 현시(manifestation of state activity)

실효적 지배의 주체는 국가이며, 그 실효적 지배는 ‘국가기관’에 의하여 행해져야 한다.⁴⁰⁾ 여기서 국가당국은 공적(public) 것이어야 한다.⁴¹⁾ 국내법령인 대한민국 국군조직법 제2조에서 국군의 조직에 해군을 포함한다. 즉, 정부에 의한 입법·행정적인 승인에 의하여 해군 조직을 구성하였으므로, 해군의 활동은 국가활동의 현시(manifestation of state activity)라 보는 것이 타당하다. 또한, 실효적 지배와 관련 한 국제판례에서 해군의 초계활동을 분쟁 당사국 모두 실효적 지배의 증거로서 제출하였다. 이에 대하여 재판소도 인정하였다는 점에서 해군의 활동은 국가 활동의 현시(manifestation of state activity)라 보는 것이 타당하다.

2) 평온성(peaceful)

‘평온성’(peaceful)이란 실효적 지배를 구성하는 요건 중 하나이다. 이는 최초의 주권이어야 하며, 타국이 점령하고 있는 영토를 힘에 의해(by force) 강탈하지 않는 것을 의미한다.

또한, 평온성은 상대방의 항의가 없는 상태이어야 한다.⁴²⁾

국내 일각에서는 독도에 해군력 등의 군대를 배치하는 것에 대하여 ‘평온성’에

40) Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 3rd ed, (Oxford : C:arendon, 1979), p.159, 김명기, 앞의 주 19, p.145에서 재인용

41) Rebecca M. M. Wallace, *International Law*(London : Sweet and Maxwell, 1986), p.5, 김명기 앞의 주 19, p.145에서 재인용

42) 그러나 단순한 항의는 평온성을 위협하지는 않는다.

반(反)하는 것이므로 부정적인 견해를 제시한다. 반면, 자국의 영토주권 수호와 실효적 지배 유지를 위해 독도에 대한 군대 주둔을 요구하는 긍정적인 견해도 존재한다.⁴³⁾ 이러한 견해는 앞서 살펴보았던 결정적 기일(critical date)에 기초한 학설 대립과 연결되는 것으로 실효적 지배의 필요성과 불필요성의 대립이다. 이하에서는 소극설의 논리에 대하여 살펴보고, 반대 견해를 제시해보고자 한다.

소극설은 독도에 군대를 주둔하는 것은 영토적 권원의 강화에 도움이 되지 않으며, 오히려 이를 약화 시킨다 주장한다. 예컨대, 김찬규 교수는 독도 군대 주둔이 평온성을 악화시킨다 주장하며, 다음과 같이 언급하였다.

“영토적 권원의 취득에 불가결한 요건인 국가권능의 현시에 관한 방법이 ‘계속적이고 평온한’ 것이어야 한다는데 대해서는 앞서 본 바 있다. 여기서 ‘평온한’이란 말이 ‘강제력, 다시 말해 힘에 의한 것’이 아니어야 한다는데 대해서도 위에서 본 바 있다. 이러한 점에서 독도를 지키기 위해 독도에 해병대를 상주시켜야 한다는 주장은 독도에 대한 영토적 권원의 강화에 도움이 되지 않음을 말할 것도 없고 오히려 그것을 약화시키는 데 크게 공헌 하는 것이라고 해야 할 것이다.”⁴⁴⁾

이처럼 소극설은 평온성을 ‘힘에 의한 것’이 아니어야 한다는 의미로 해석하여 독도의 군대 주둔에 대하여 반대 입장을 표명하고 있다.

그러나 필자는 위의 견해에 반대하며, 독도에 적극적인 해군력을 배치하는 것이 국제법적으로 필요하다고 생각한다. 그 이유는 다음과 같다.

첫째, ‘평온성’의 의미에 대한 해석이다. 평온성은 타국이 이미 점령하고 있는 영토를 무력으로 강탈하지 않는 것을 의미한다. 독도는 현재 대한민국 영토에 속하며, 대한민국의 행정관할권 아래 실효적 지배를 하고 있다. 평온성의 의미와 지금의 현실을 생각해 본다면, 독도에 해군력을 배치하는 것은 타국이 점령하고 있는 영토를 무력으로 빼앗는 것이 아니다. 오히려 자국의 영토에 행정관할권을 행사하는 실효적 효과인 것이다.

43) 이장희 교수는 국가 주권을 가장 상징적으로 대표하는 것은 군대와 국가원수이며, 국가주권의 평화적이고 지속적이고 충분하고 실질적인 행사가 독도에서 이루어지려면, 국가원수인 대통령이 어느 제3국도 의식하지 않고 독도를 평화적으로 방문할 수 있어야 한다고 피력하였다. 또한 2010년 10월 러시아 대통령이 일본의 저항이 있음에도 불구하고 쿠릴열도를 방문한 사실과 2011년 2월에는 쿠릴열도에 첨단무기 군사력 배치를 지시한 사실을 근거로 들었다. 이장희, “독도영유권 관련 국제법적 쟁점에 대한 검토”, 「독도논총」, 통권 제7호(2012.6.) p.222

44) 김찬규, “해양주권에 관한 현안문제”, 「독도연구저널」, 제16호(2011), p.24

둘째, 실효적 지배의 행사 방법에 ‘해군의 활동’, ‘군 초소의 설치’ 등이 포함되어 있다. 앞서 살펴보았던 에리트리아-예멘 간 Hanish 도서 분쟁 판결에서 섬에 관련 된 행위는 ‘섬의 군사초소설치’, 바다에 관련된 행위는 ‘어선나포’, ‘해난구조 행위’, ‘순찰행위’라고 국가권력행위의 목록을 제시하였다. 이는 지속적이며 평화로운 국가 권력의 행사로 인정한 국가 권력행위의 목록이다.⁴⁵⁾ 동 판결에서 볼 수 있듯이, 평온한 국가 권력의 행사로서 섬에 대한 군사 초소 설치 및 해역에 대한 초계 활동을 판시하고 있다. 김명기 교수는 실효적 지배의 방법을 실효적 지배를 하는 국가기관, 실효적 지배의 성질, 실효적 지배의 영역, 실효적 점유를 기준으로 설명한다. 이 중 사실 행위적 지배, 영토에 대한 실효적 지배, 점유에 의한 실효적 지배 행사 기준에 모두 병력의 주둔을 포함하고 있다.⁴⁶⁾

셋째, 최근의 국제판례를 살펴보면, 재판소 및 분쟁당사국이 실효적 지배의 증거로서 군사초소 및 해군의 활동을 제시, 판단하고 있다는 점이다. 리기탄/시파단 섬 사건에서 인도네시아의 해군 초계활동에 대하여 재판부는 오히려 그 수가 미약하다하여 증거능력을 부인하였다. 즉, 해군의 초계활동 강화가 실효적 지배를 인정하는 데 도움이 된다는 것이다.

페드라 브랑카 영유권 사건에서 싱가포르는 해역에 대한 해난구조행위, 섬에 대한 해군 통신시설의 설치, 군기 게양, 해군 초계활동에 대하여 실효적 지배 행사의 증거로 제출하였다. 이에 대하여 재판소는 섬에 해군 초소를 설치한 것이 평온성에 위반한다고 판시하는 것이 아니라 상대국의 ‘인지’에 대하여 판단하였다. 또한, 분쟁 해역에서의 해군 초계활동이 싱가포르의 주권의 현시라고 인정하였다.

멩끼에 에끄레호 도서 영유권 사건에서 Basdevant 판사는 별도의견을 통하여 실효적인 군사적 통제를 행사하기 위한 목적으로 해당 지역을 뜻대로 보유한 권한과 타국이 해당 지역을 점유하지 못하게 한 권한은 충분(sufficient)하였다고 인정하였다.⁴⁷⁾

이와같이, 실효적 지배의 행사 방법에 있어서 독도에 해군력을 배치하는 것은 ‘평온성’을 위반하는 것이 아니라 오히려 실효적 지배를 유지하는 요건이 된다.

45) Eritrea and Yemen Arbitration, Reports of Arbitral Awards, Vol. XXII, 1998, Paras. 253-361

46) 김명기, 앞의 주 5, p.178-179

47) The Minquiers and Ecrehos Case, ICJ Reports, 1953, p.78, 김채형, 앞의 주 7, p.72에서 재 인용

3) 공연성(public)

공연성이란 실효적 지배가 공공연하게 이루어져야 한다는 의미이다. 예컨대, 페드라 브랑카 영유권 사건에서 싱가포르가 군기를 게양한 부분이 공연성에 해당된다.

독도에 해군력을 배치한다면, 섬에 해군기를 게양하므로써 공연성의 요건을 충족시켜야 한다.

4) 계속적(continuous)

주권의 행사나 표명이 계속되어야 한다는 사실은 팔마스 섬 및 동부 그린란드 법적 지위 사건에서 명시되었다. 독도는 1953년 4월 20일 독도의용수비대에 의하여 “계속적인 점유”가 유지 되었으며, 1956년 12월 25일 독도경비대로 변경되어 “계속적인 점유”가 이루어지고 있다. 독도의 해군력이 배치된다면, 국가기관의 계속적인 주권의 현시이다.

3. 소 결

이상 독도에 해군력을 배치할 시 적용되는 국제법 제반사항에 대하여 살펴보았다. 먼저, 실효적 지배와 관련하여 논의되는 결정적 기일을 살펴보면, 최근의 국제판례 경향이 모든 영토분쟁에 있어서 확정일자를 결정적 기일을 채택하지 않고 있다는 점에서 실효적 지배를 계속적으로 유지하는 것이 필요하다.

그러한 방안으로서 독도에 해군력을 배치하여 실효적 지배를 유지할 경우 문제되는 것이 무엇보다도 ‘평온성’의 요건 충족이다. 타국의 영토를 침략하지 않는다는 평온성의 의미해석, 섬의 군사초소설치와 바다의 초계활동 등이 평온한 국가기관의 실효적 지배 행사 방법이라는 점, 최근의 국제판례에서 재판소 및 분쟁당사국들이 섬의 해군 통신시설설치, 해군의 초계활동 등을 증거로서 제출하고 이를 판단하였다는 점에서 독도에 해군력을 배치하는 것이 평온성을 위반하는 것이 아니라고 본다.

이처럼 독도에 해군력을 배치하는 것이 국제법적 제반사항을 위반하는 것이 아니라고 본다. 이하에서는 독도에 해군력을 배치하기 위해서는 어떠한 방법으로 이루어져야 하고, 수반되는 사항에 대하여 살펴보려고 한다.

IV. 독도의 해군력 배치에 대한 발전방향

1. 통합방위시행지침의 개정

대한민국 헌법 제 3조에서는 “대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다.”라고 명시하고 있다. 또한 헌법 제5조 제2항에서는 “국군은 국가의 안전보장과 국토방위의 신성한 의무를 수행함을 사명으로 하며..”라고 규정한다. 즉, 독도는 대한민국의 영토이며, 국군의 국토방위의 객체에 포함한다.⁴⁸⁾

대통령령인 “국방조직 및 정원에 관한 통칙” 제5조 제2항 제2호는 국방부 장관이 해군의 전·여단급 이하 부대 또는 기관을 설치할 수 있다고 규정하고 있다.

해군의 임무인 해상작전 및 상륙작전을 수행하기 위해서 독도에 군대를 주둔하기 위해서는 별도의 법률 또는 대통령령의 위임없이 국방부장관 독자적으로 전·여단급 이하의 해군부대 설치 및 주둔이 가능하다.⁴⁹⁾

이와 더불어, 적의 침투·도발이나 그 위협에 있어서의 국가총력적의 개념에 입각하여 국가방위요소를 통합·운용하기 위한 통합방위대책을 수립·시행하기 위하여 통합방위법을 제정하였다. 대통령 훈령 제28호 통합방위세부시행지침은 통합방위법 및 동법시행령에서 위임된 사항과 그 시행에 관하여 필요한 사항을 규정하였다.⁵⁰⁾

동 시행지침 제4항 통합방위 관할 구역 제11조에서는 도서작전 관할지역을 군 관할도서와 경찰 관할 도서로 구분하고 있다. 제11조 제1항에서 다시 군 관할 도서는 육군 관할 도서와 해군 관할 도서로 구분하고 있다. 여기서 ‘나’호에서 “해군 관할도서는 해군 방어전대급 이상 부대가 배치된 읍,면,행정단위의 전 도서 및 기타 해군이 배치된 도서(부속된 무인도서 포함)와 해병대 제6여단, 연평부대 책임도서로 한다. 다만, 제주도, 울릉도는 제외한다”고 해군 관할 도서를 규정하고 있다.

48) 국방부, 「전쟁법해설서」, 증보판, (국방부, 2003.10.), p.237

49) 국방부, 앞의 책, p.237

50) 「대통령 훈령 제28호 통합방위 세부 시행지침」

제정 : 1981.1.1. 세부시행규칙

개정 : 2010.12.15.

동 규정에 따르면 해군 관할 도서에서 울릉도 및 부근 도서인 독도를 해군 책임지역도서에서 제외하고 있는 것이다.

독도의 해군력을 배치하기 위해서는 먼저 동 시행지침의 개정이 필요하다. 또한, 일본이 9년째 방위백서를 통하여 독도의 영유권을 주장하고 있는 만큼 대한민국의 통합방위시행지침의 개정을 통하여 상대적 권원을 획득할 필요가 있다.

2. 독도 내 해군 초소 설치 및 초계활동 강화

앞서 살펴보았던 국제영토분쟁 판례에서 섬에 대한 국가행위의 유형은 섬에 군사초소를 설치하는 것이 있었으며, 바다에 대한 행위에는 해난 구조행위, 순찰활동, 어선 나포 등이 있었다. 독도에 해군력을 배치하는 방안에 대하여도 섬과 바다의 두 영역을 나누어 전략을 구상하여야 한다.

첫째, 섬에 직접 해군 초소를 설치하는 방안이다. 페드라 브랑카 사건에서 싱가포르의 분쟁 도서에 해군 통신시설초소를 설치한 사안을 실효적 지배의 증거로서 제출하였다. 이처럼 섬에 직접 군 초소를 설치하는 것이 실효적 지배의 유지가 될 수 있다. 먼저, 정부 및 민간단체들이 주장해 온 독도의 ‘해병대 주둔’은 외교적 마찰과 분쟁의 극대화 위험상 옳지 않다고 본다.⁵¹⁾ 이에 대한 대안으로 독도에 해군 전담감시대의 설치를 제안한다.⁵²⁾ 현재 울릉도에는 해군 조기경보전대가 위치해 있다. 동전대의 소속으로 독도에 전담감시대를 운영하면, 적의 움직임을 조기에 식별하여, 해상 작전에 유리할 것이다.⁵³⁾ 또한 멩끼에 에크호르 사건에서 Basedevant 판사가 언급하였듯이 군사적 통제를 하기 위한 목적으로 독도를 뜻대로 보유하는 권한을 얻을 수 있으며, 타국이 해당 지역을 점유하지 못하게 하는 권한을 얻을 수 있다.

51) 이는 해병대 주둔(군대주둔) 자체가 잘못된 것이 아니라, 전 세계에서 최고 전투원으로서 인정을 받고 있는 ‘대한민국 해병대’가 독도에 전개해나갈 경우 실제 일촉즉발의 위험이 상재한다는 분위기를 연출할 수 있기 때문이다. 다만, 지속적으로 포항에 위치한 해병대가 독도 상륙훈련을 진행하는 것은 바람직하다.

52) 여기서 해군 초소의 설치란 독도경비대와 임무교대를 의미하는 것이 아니라 공동 경비를 의미한다.

53) 독도의 군사적 가치는 상당하다. 독도와 울릉도 간에, 독도와 오키도 간에 시계를 차단하는 어떠한 음폐업폐의 지형지물도 없다. 따라서 독도는 조기경보전초로서 이용가치가 높다. 러시아의 극동함대와 일본의 해상자위대의 접근을 조기에 감축할 수 있다. 실제로 러일전쟁 기간에 일본은 러시아 함대를 감시하고 조속히 통신 연락하기 위해 독도에 망루와 통신소를 설치한 전례가 있다. 김명기, 앞의 주 2, p.48

독도에 해군 전담감시대를 운영한다면, 해군기를 계양하여 공연성의 요건을 충족시켜야 할 것이다.

둘째, 독도 인근해역에서의 해군활동 강화이다. 리기탄/시파단 섬 사건, 페드라 브랑카 영유권 사건 모두 자국 해군의 초계활동을 실효적 지배의 증거로서 제출하였다. 주목할 점은 리기탄/시파단 섬 사건에서 인도네시아의 해군 초계활동은 그 수적 제한으로 주권의 현시가 인정되지 않았다는 점이다. 즉, 지속적인 해군 초계활동이 실효적 지배를 유지하고 인정되는 데 필요하다는 것이다. 페드라 브랑카 영유권 사건에서 싱가포르의 해군 초계활동을 주권의 현시로서 인정하였다. 그만큼 독도 근해 해역에서의 해군 초계활동이 강화되어야 한다.

현재 해군은 군함을 이용하여 독도 근해를 지속적으로 초계활동을 하고 있으며, 독도 방어 훈련도 진행 중이다. 이러한 초계활동과 훈련은 앞으로도 그 수를 증가하여 계속적으로 진행되어야 한다. 추가적으로 페드라 브랑카 사건에서 피난 선박의 구조행위가 주요 국가행위였던 점을 상기하며, 구조함의 활동반경을 독도 근해까지 확장하여 실효적 지배를 유지하는 데 기여할 수 있다.⁵⁴⁾

3. 대한민국 영해 내 한·일 연합훈련 금지

앞서 살펴보았던 페드라 브랑카 영유권 사건에서 재판소는 싱가포르의 분쟁 도서 근해에서 행한 해난구조 행위와 보고를 주권의 현시로서 인정하였다. 여기서 분쟁 도서의 해역 주권으로서 인정하는 범위를 영해에 한정하지 않고 주변수역까지 확정되어 있다는 점을 생각해 볼 필요가 있다. 즉, 독도의 주변수역에서 이루어지는 해난구조행위 또는 훈련이 모두 주권의 현시로서 인정이 된다는 것이다. 그렇다면, 현재 대한민국이 일본과 연합하여 훈련하는 부분은 어떠한 점이 문제가 되는지 살펴보고자 한다.

한·일 해군 연합 훈련은 1999년 이래 실시되고 있는 ‘한·일 수색 및 구조훈련’(Search and Rescue Exercise : SAREX)이 있다. 동 훈련은 한·일 해군간의 구호 공동책의 향상, 군사교류 및 우호관계의 증진을 위한 순수한 평화목적과 인도주의 차원의 훈련으로 실시되어 왔다. 동 훈련은 2년간의 간격으로 실시하고 있으며, 최

54) 이외에도 해군의 해양정보단은 조직 내에 해양환경과를 설치하셔서 대한민국 영해의 해양환경을 분석하고 있다. 동 조직을 이용하여 독도 근해의 환경을 계속적이고, 공공연하게 파악하며, 자료를 수집한다면 독도의 실효적 지배 유지에 크게 기여할 것으로 판단된다.

근 2011년 11월 12일부터 13일까지 실시되었으며, 부산 동방 해상에서 진행되었다.⁵⁵⁾ 같은 해 11월 10일 동해해경은 경북 구룡포 동방 80마일 중간수역에서 한·일 합동 수색훈련을 진행하였다.

최근 훈련인 동해해경의 수색 훈련이 독도 근해에서 이루어졌다. 또한 한·일 해군 수색 및 구조훈련이 최근 훈련이 비록 부산 동방해상에서 이루어졌으나, 관계관이 문제점을 인식하지 못하면 훈련이 다시 독도 근해에서 이루어질 수 있는 위험성이 있다. 이러한 훈련이 문제가 되는 이유는 다음과 같다.

한·일간의 수색 및 구조훈련에서 일본의 참가는 마찬가지로 ‘독도’에 대한 실효적 지배로 인정된다. 따라서 독도에 대한 일본의 실효적 지배는 독도에 대한 영유권이 제한·침해받게 된다.⁵⁶⁾ 즉, 일본의 독도 영유권에 관한 상대적 권원(relative title)이 비교 우위적 상대적 권원(better relative title)으로 강화하게 되어 일본의 독도에 대한 역사적 응고(historical consolidation) 취득 또는 시효 취득 권원의 근거가 될 수 있다.⁵⁷⁾

상기의 이유로 대한민국 해군과 해경은 일본과의 해상훈련을 실시할 시 독도 근해를 배제하고, 항시라도 독도영유권에 문제가 될 수 있음을 자각하고 있어야 한다.

V. 결 론

이상 실효적 지배의 개념을 중심으로 독도에 해군력을 배치하는 방안에 대하여 살펴보았다. 본문에서 주장한 내용을 간략히 정리하면 다음과 같다.

i) 실효적 지배의 유지를 위해서 먼저 문제시 되는 결정적 기일(critical date)에 대하여 살펴보았다. 독도의 결정적 기일에 대하여 국내 국제법학계는 소극설과 적극설로 나뉘어져 있다. 소극설은 독도의 결정적 기일이 1951년이며, 이후 실효적 지배의 행사는 법적 증거로서 인정이 안 된다고 주장한다. 따라서 현재 실효적 지배의 유지를 위하여 행하는 것들은 오히려 분쟁을 유발시키는 행위에 불과

55) 2009년 훈련은 독도 동남방 80km 주변 수역에서 이루어졌다는 점에서 문제가 있다.

56) 김명기, “한·일 해양수색 및 구조훈련과 독도영유권”, 「법률신문」, 제3778호(2009.9.17.)

57) 김명기, 앞의 글

하다는 것이다. 반면, 적극설은 모든 국제영토분쟁 판례에서 결정적 기일을 채택하지는 않고 있으며, 결정적 기일은 재판소가 당사국에게 위임한 사항이므로 한-일 양국이 결정적 기일을 채택하지 않을 수 있다는 점을 들어 독도의 실효적 지배 유지를 강력하게 필요함을 주장한다. 필자는 적극설에 찬성이며, 결정적 기일을 근거로 독도의 실효적 지배 유지 방안을 반대하는 것은 옳지 않다고 본다. 왜냐하면, 추후의 국제 재판소로 독도 문제가 상정될 시 결정적 기일이 바로 지금 일 수 있기 때문이다.

ii) 그렇다면, 독도의 실효적 지배의 유지가 필요하고, 독도에 해군력을 배치하는 것이 실효적 지배 요건에 충족되는 가를 확인하였다. 실효적 지배의 첫 번째 요건인 국가기관의 행사는 해군이 국군조직법에 의한 기관이므로 국가기관임이 당연하다. 두 번째 요건인 평온성은 그 의미의 해석과 국제판례의 경향을 토대로 논의를 이어 나갔다. 평온성의 의미를 ‘힘에 의하지’ 않아야 한다고 주장함에 대해, 평온성은 타국이 주권을 지배하고 있는 영토에 무력으로 침공하지 않는 것을 말하며, 이미 대한민국이 주권을 갖고 있는 독도에 해군력을 배치하는 것이 평온성의 의미에 반(反)한다고 할 수 없다. 또한, 최근의 국제판례는 국가기관의 계속적이고 평화적인 행사의 유형으로 섬에는 직접 군사 초소의 설치를, 바다에는 순찰행위, 어선나포, 해난구조행위 등을 규정하므로 독도에 해군력을 배치하는 것이 평온성을 위반하는 것이 아님을 확인 할 수 있다. 공연성은 공공연하게 이루어져야 함을 의미하는데, 해군이 독도에 주둔하게 된다면 해군기를 게양하여 위의 요건을 충족시켜야 한다. 계속성은 현재 독도를 지키고 있는 독도경비대와 해군의 공동경비를 통하여 계속성을 충족시킨다고 할 수 있다.

iii) 독도에 해군력을 배치시키기 위한 방안에 대하여 살펴보았다. 먼저, 국내 법적으로 해군을 독도에 배치시키기 위해서는 통합 방위시행지침의 개정이 필요하다. 동 지침에서 해군의 관할구역 중 울릉도를 제외시키면서, 독도의 해군 관할권을 배제하였다. 독도의 해군력 배치 및 상대적 권원의 취득을 위해서는 동 지침의 개정이 필요함을 다시한번 역설한다.

그리고 독도에 해군력을 배치하는 방안을 두 가지로 나누어 제시하였다. 첫째, 섬에 대한 방안은 해군 전담감시대의 창설이다. 이는 적의 동향을 신속히 파악한다는 점에서 작전에 용이하며, 분쟁의 정도를 최소화하면서 실효적 지배의 유지를 가능하게 한다는 점에서 제안한 사항이다. 바다에 대한 방안은 초계활동을 강화하고

(횃수의 증가), 해난구조활동을 활발하기 위하여 구조함의 적극적인 배치를 제안하였다. 국제판례에서 해난구조행위가 주요 국가행위이며, 이는 도서의 영해에 국한되지 않고 접속수역 등 넓은 반경을 의미하므로 해군 구조활동의 활약이 필요한 대목이다.

이어서 독도 근해에서 이루어지고 있는 한·일간의 해상훈련이 상대적 권원에 의하여 일본에게도 그 영유권이 인정될 수 있는 위험한 것임을 자각하여야 한다고 주장하였다. 따라서 앞으로의 한·일간의 해상훈련은 이 부분을 주지하면서 이루어져야 한다.

이상의 논리를 통하여 필자는 독도에 해군력을 배치할 것을 주장한다. 국제법상 분쟁의 평화적 해결은 당연히 국제사회의 일원으로서 의무이다. 그러나 최근 일본 아베정권은 집단 자위권의 행사 등 군국주의 망령을 되살아나게 하고 있다. 이러한 안보상황에서 대한민국의 독도영유권 주장은 더 이상 ‘소용해서’는 안 된다. 대한민국 헌법에서 국군의 영토 방위 의무를 말하고 있다. 군인복무규율에서는 국군의 사명은 국토방위임을 명시하고 있다. 당연히 독도는 대한민국의 영토이며, 국군은 이를 지키기 위하여 분골쇄신하여야 한다.

이러한 기준에서 독도에 해군력을 배치하는 것이 국제법상 영토주권을 확보하고 실효적 지배를 유지하는 방안이 될 것이다.

참고문헌

1. 국방부, 「전쟁법 해설서 -중보판」, (국방부, 2003.10.)
2. 김명기, 「독도강의 -표준 독도국민교범」, (서울; 책과 사람들 2007)
3. 김명기, 「독도의 영유권과 실효적 지배」, (우리영토, 2007.6.)
4. 김명기, “한·일 해양수색 및 구조훈련과 독도영유권”, 「법률신문」, 제3778호(2009.9.17.)
5. 김명용 “독도의 실효적 지배강화를 위한 관련법제의 정비방안”, 「공법학연구」, 제11권 제2호(2008)
6. 김민경, “도서영유권 분쟁에 관한 최근 ICJ 판례에서 나타난 effectivites에 관한 연구 : Ligitan/Sipadan 사건과 Pedra Branca 사건을 중심으로”, 「고려대학교 대학원 : 법학과」, 석사학위(2010.2.)
7. 김영수, “독도의 ‘실효적 지배’에 관한 국제법 판례와 사료적 증거”, 「독도연구」 제10호 (2011.6.)

8. 김찬규, “해양주권에 관한 현안문제”, 「독도연구저널」, 제16호(2011)
9. 김채형, “영토취득과 실효적 지배기준에 대한 연구”, 「국제법학회 논총」, 제54권 제2호 통권 제114호(2009.8.)
10. 김현수, “국제도서분쟁 사례연구를 통한 독도영유권 문제 해결방안에 관한 연구”, (해군대학, 2004.)
11. 독도조사연구학회, 「독도논총」, 통권 제5호(독도조사연구학회, 2009.12.)
12. 동북아 역사재단 독도연구소, 「영유권 분쟁 관련 국제사법재판소 판례집(Ⅰ,Ⅱ,Ⅲ)」, (독도연구소, 2010)
13. 이민효, “유엔해양협약상 각 수역에서의 군사활동에 관한 연구” 「해군사관학교 논문집」 제32집(2004.3)
14. 이석우, 「독도분쟁의 국제법적 이해」, 보급판 (서울; 학영사 2005.3.)
15. 이장희, “독도영유권 관련 국제법적 쟁점에 대한 검토”. 「독도논총」, 통권 제7호 (2012.6.)
16. 이한기, 「국제법 강의」, 신정판(서울;박영사 1997)
17. 유하영, “독도의 지속가능한 개발 이용 -독도와 리기탄·시파단 섬 사례를 비교하여-”, 「독도논총」, 통권 제5호(독도조사연구학회, 2009.12.)
18. 정인섭, 「신 국제법 강의 -이론과 사례」, (서울; 박영사 2010.10)
19. 제성호, “독도의 실효적 지배 강화방안과 국제법”, 「저스티스」(2006)
20. 제성호, “영토분쟁과 Critical Date 이후의 증거 : 독도개발행위와의 관련성을 중심으로”, 「중앙법학」, 제13집 제3호(2011.9.)
21. 해군작전사령부, 「해군 작전법 사례집」, 제2집(2000.9.)
22. 해양수산부, 「국제해양분쟁사례연구 Ⅲ -국제사법재판소 판례」 (해양수산부, 2005.5.)
23. J.G.Starke, Introduction to International Law,(London, 1989)
24. Shaw, International Law, 3rd ed(Cambridge: 1991)

Abstract

**International Law Perspectives of Deploying
ROK Naval Power On Dokdo
- Focus On Effective Control of Dokdo -**

Kim Nam-Gu*

The basic stance of the Republic of Korea Ministry of Foreign Affairs was 'quiet diplomacy'. However, there had been demands for specific plans for practical protection of Dokdo. In 2011, Prime Minister Kim Hwang Sik mentioned that they are reviewing measures of stationing marines on Dokdo, while on August 10th, 2012, former president Lee Myung Bak visited Dokdo. The visit itself was meaningful as he was the first supreme commander to visit Dokdo.

This paper studies on the necessity of naval power on Dokdo to maintain its effective control. The effective control must be done by a national organization in a peaceful and unimpaired method. If so, can stationing naval power, whether directly or indirectly, on Dokdo be considered a violation of 'peaceful' method?

A 'peaceful' effective of control means the right of sovereignty over a territory without other country's protest. In such terms, protecting a territory falls under practicing the right of sovereignty, and therefore does not violate 'peaceful'.

In addition, looking at international cases such as Ligitan/Sipadan Case and Pedra Blanca Case, evidences such as 'navy activity', 'flying

* ROK LTJG, Maritime Intelligence Group, COMROKFLT

ensign', and 'military communication facility installation' was used. In the case of Yemen-Eritrea dispute over Hanish, methods on effective control over island and sea was also ruled by the installation of military posts and military surveillance activities. Thus, stationing naval power on Dokdo can be a way of maintaining effective control per international law.

To station naval power on Dokdo, Presidential Instruction 24 integrated Defense Guideline Enforcement Ordinance, which is domestic law, must be revised. Reason being, the Enforcement Ordinance states that the navy area of responsibility excluded Ullundo, where Dokdo is under jurisdiction of Ullungdo thus excluding navy control. In addition, considering the diplomatic situation, it is more fit to install navy radar site on Dokdo rather than 'stationing marines'. In other words, enforcing surveillance in the vicinity of Dokdo and installing radar site instead of stationing direct combatants is one way of practicing effective control without stimulating diplomatic disputes.