

新 韓日漁業協定상, 獨島와 그 周邊 水域의 法的 問題

李 相 冕*

序 言

新 韓日漁業協定에서 獨島가 아무런 명칭이나 위치의 표시도 없이 中間水域에 들어감으로써, 많은 국민들이 실망과 의구심을 금치 못하게 되었다.¹⁾ 獨島가 우리의 領土인지 日本의 領土인지 혼동이 가는 경우라면 몰라도, 歷史的으로나 國際法상으로 獨島가 우리 領土라는 것은 明白한 사실이며, 日本 政府마저도 내심 이를 인정하고 있는 것인데, 獨島를 平和線에 넣어 그 領海는 물론 그 周邊水域에 대한 主權的 權利까지 온전하게 行使해온 우리가, 新 韓日漁業協定에서 아무런 명칭이나 위치의 표시도 없이 獨島를 中間水域에 넣고, 그 領海마저 위협받을 수 있는 상황에서, 그 周邊水域에 있어서의 主權的 權利를 均沾한다는 것은 法理상으로도 國民感情상으로도 용인할 수 없는 것이다. 우리 政府는 獨島가 비록 中間水域에 들어갔어도 新 韓日漁業協定에서는 漁業에 관한 사항만을 다루었으므로 領有權에는 아무런 변동이 없으며, 더구나 漁業에 관한 사항 이외의 國際法상 問題에 관하여 兩國의 기존 立場을 害하는 것이 아니라고 하였으므로, 오히려 獨島에 대한 우리의 領有 事實을 日本측이 간접적으로 인정한 면이 있다고 해명하기까지 했다.²⁾

그러나, 中間水域은 우리가 원하던 것이 아니었다. 1997년 9월 10-11일에 열린 제5차 韓日 漁業協定 交渉 實務者會議에서, 日本측은 1965년 韓日漁業協定 破棄를 암시하며, 一週日 前인 9월 3일 타결된 中日漁業協定에서 中國과의 紛爭島嶼인 釣魚島를 포함하는 東中國海 북위 27도 이남 水域 問題를 처리한 예를 들면서, 釣魚島 周邊水域의 共同管理 方式을 獨島 周邊水域에서도 적용하자는 案을 들고 나와 우리측은 이에 강력히 반대했던 것으로 알려졌다.³⁾ 그후 우리 나라가 國際通貨基金

* 서울大學校 法科大學 教授

1) 대한민국과 일본국간의 어업에 관한 협정(1999), 조약 제1477호.

2) *Id.* 제1조, 제15조 참조. 외교통상부, 신 한일어업협정 설명회, 1998. 9. 30.

3) “日的 獨島 주변 共同管理水域案 제의 배경: 獨島 한국영유권 훼손 전략, 협정 파기 시사하며 日中 방식 적용 시도,” 서울신문, 1997. 9. 11. 참조.

(IMF)의 관리체제에 들어가게 되었고, 日本이 經濟協力을 기화로 외교공세를 가해 옴으로써, 우리의 협상력이 급격히 떨어지면서 日本이 원하는대로 獨島가 中間水域에 들어가게 되어 日本측이 주장한 獨島周邊水域 共同管理案을 사실상 그대로 받아들이면서 新 韓日漁業協定상 獨島問題는 일대 전환점을 맞게 된 것이다.⁴⁾ 실로 獨島를 中間水域에 넣고자 한 日本 政府와 學界의 숙원이 달성된 것이었다.⁵⁾

新 韓日漁業協定은 1998년 11월 28일 署名이 되자마자 얼마 안가서 日本의 衆議院과 參議院에서 만장일치로 批准同意案이 처리된 데 반하여, 우리 國會에서는 批准同意案이 1999년 1월 6일 날치기로 不法 通過되었고, 金大中 대통령이 이를 批准 함으로써, 1999년 1월 22일 발효하고 말았다는 사실로 보더라도, 新 韓日漁業協定이 어느 편에 유리하게 체결된 것인가 하는 점은 미루어 짐작하고도 남음이 있다고 할 수 있다. 日本측에서는, 新 韓日漁業協定에서 200해리 排他的經濟水域 制度의 도입으로 말미암아 舊 韓日漁業協定하에서 日本측 海域에 자유자재로 넘나들던 韓國漁船들을 규제할 수 있게 되었다는 점과, 특히 獨島가 中間水域에 들어간 것에 대해서 흔쾌히 여기고 있는 것으로 보인다.

韓國에서는, 新 韓日漁業協定상 獨島 領有權의 훼손여부가 新 韓日漁業協定에 대한 찬반논쟁의 주요한 쟁점의 하나가 되었다. 獨島 領有權이 훼손되었다면 新 韓日漁業協定에 반대한 사람들은, 平和線 내에 온전하게 들어와 있던 獨島가 中間水域에 들어감으로써, 우리 領土인 獨島의 周邊水域에 대한 主權의 權利를 온전히 행사하지 못하고 日本과 사실상 共同管理하게 됨으로써, 獨島가 發揚해내는 利益을 日本과 均沾한 것이 되고, 獨島에 대한 紛爭狀態가 公認되어 既定事實化할 우려가 있으며, 특히 新 韓日漁業協定에서 아무런 명칭이나 표시가 없이 獨島를 中間水域에 넣었으므로 獨島의 領海마저 보장받을 수 없게 되었다는 것이 주된 이유였다.⁶⁾

4) “일본 정부는 국제통화기금(IMF)과 함께 우리나라에 긴급 협조요청하는 대가로 독도 문제를 일본에 유리하게 끌고 가겠다는 뜻을 밝힌 것으로 알려졌다. 12. 3 정부의 한 관계자는 ‘일본정부는 임창렬 부총리가 지난달 28일 자금지원을 요청하기 위해 방일했을 때 자금지원과 독도문제를 연계시키겠다는 입장을 밝힌 것으로 알고 있다’로 말했다.”(임규진 기자 보도) “日, 한국 용자 대가, 독도 처리 연계 거론,” 東亞日報, 1997. 12. 4. 참조.

5) 芹田 健太郎 (神戸大 教授), “自然保護區に於ける平和解決を,” 毎日新聞, 1996. 4. 10, 3面 参照. “日, 독도 공동관리수역 검토,” (산케이신문 보도 인용), 東亞日報, 1996. 4. 8, 2면 참조.

6) 新 韓日漁業協定에 대한 評釋으로는 批判的인 立場으로: 金榮球, 신 한일어업협정과 독도 영유권 문제에 관한 국제법적 고찰, 사회과학연구논총, 제6호 (1998), 1-77면. 愼 鏞廈, 獨島 拋棄한 새 韓日漁業協定, 문화일보, 1998.12.4., 6면 참조. 李相晁, 新 韓日漁業協定과 中間水域 問題, 國際法學會論叢, 제43권 제2호 (1998.12) 143-164면; 新 韓日漁業協定이 품고 있는 問題點: 獨島와 中間水域 問題,(上), 法律新聞, 1998.12.24., 14면; 新 韓日漁業協定이 품고 있는 問題點: 獨島와 濟州道 남쪽水域 問題(下), 法律新聞, 1998.12.28., 13면; _____, DJ政府는 獨島를 拋棄했는가, 新東亞, 12월호, 146-151면; _____, 中間水域에 둘러싸이는 獨島의 地位: 排他的經濟水域 拋棄하는 ‘失策’: 韓日大陸

찬성한 사람들의 주장은, 政府의 立場과 마찬가지로, 新 韓日漁業協定은 漁業에 관한 協定이기 때문에 領土問題와는 관련이 없으므로 獨島問題에 대한 우려는 杞憂에 지나지 않는다는 것이며, 韓日兩國이 協力해야 할 것이 여러 가지가 많은데 漁業協定을 놓고 논란을 벌이는 것보다는 우선 체결해 놓고 고칠 것이 있으면 차차 고쳐 가면 될 것이라는 것이었다.⁷⁾ 協商에 참가했던 政府 官吏의 설명이나 찬성한 사람들의 주장을 들으면, 마치 日本측이 協商의 테이블에서 獨島를 中間水域에 넣고 주장하는 것을 듣고 있는 듯한 느낌이다.⁸⁾

결국 논란에도 불구하고 新 韓日漁業協定이 發效하고 말았지만, 新 韓日漁業協定이 IMF管理體制下에서 不平等하게 체결되었고 우리 國會에서 批准 同意案이 날치기로 不法 通過되었다는 점 등 條約의 改正 내지 無效原因으로 인용되어야 하는 當爲性을 제공하고 있는 점이 적지 않으므로, 이 漁業協定에 대한 상세한 분석이 필요하다.⁹⁾ 政府에서는 新 韓日漁業協定의 締結과 發效에 즈음하여, 적지 않은 해설자료를 배포하였고, 協商에 주도적으로 參加하였던 사람들도 입장을 밝히는 글을

棚共同開發區域 上部水域도 ‘懸案’, 현대해양, 12월호, 52-55면; _____, 漁業協定, 大陸棚도 잃었다, 한국일보, 1998.12.7., 8면; _____, 危機의 獨島, 朝鮮日報, 1998.10.30.; _____, 韓日漁業協定上 中間水域에 들어간 獨島의 地位, 獨島研究保全協會, 獨島領有權과 새 韓日漁業協定의 再檢討, 1998.10.21., 25-31면; _____, 韓日漁業協定, 너무 많이 잃었다, 한국일보, 1998.9.29., 7면 참조.

- 7) 贊成하는 發言으로: 朴椿浩, 漁協, 獨島領有權과 無關, 1998.12.7., 朝鮮日報, 4면; 朴椿浩, 韓日漁協妥結의 意味, 朝鮮日報, 1998.9.26., 5면; 유병화, 한일어업협정 타결의 의미와 과제, 동아일보, 1998.9.26., A7면 참조.
- 8) 新 韓日漁業協定 協商 實務者會議 韓國代表였던 정부 관리의 발언으로: 丁海雄, EEZ 體制와 韓日漁業協定, 서울국제법연구, 제6권 제1호 (1999), 1-44면; 尹炳世, 새로운 한일어업협정 경과와 내용, 考試同志會報, 제99호 1998.12.21., 4면 참조; 외교통상부, 이것이 韓日 漁業協定이다, 1999.1.; _____, 新 韓日漁業協定과 獨島 -誤解와 궁금증-, 1998.11.
- 9) 全國漁民總聯合會 俞鍾九 會長은 1999.3.15 憲法裁判所에 憲法所願 審判請求書를 제출하였다. 俞鍾九 會長은 請求理由에서 憲法 제49조에는 “국회는 헌법 또는 법률에 특별한 규정이 없는 한 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 과반수의 찬성으로 의결한다” 라고 규정하고 있고, 國會法 제112조 제3항에는 “의장은 안건에 이의 유무를 물어 이의가 없다고 인정할 때에는 가결되었음을 인정”할 수 있으나, 이의가 있을 때에는 통상의 방법에 따라 표결하도록 되어있다고 하면서, 1999.1.6 國會 本會議에서 同意與否를 의결함에 있어서 당시 사회를 맡은 國會副議長 金瑋鎬가 國會議員들에게 이의가 있는지 여부를 묻자, 한나라당 소속 의원들이 일제히 “이의 있습니다.”라고 반대의사를 표명하였는데도 불구하고, 마치 아무런 이의가 없는 양 일방적으로 가결 선포하였으므로 그것은 憲法 제49조에 위반된 것이고, 따라서 新 韓日漁業協定 批准同意案은 國會의 同意를 거친 것이 아니라고 주장하였다. 실제로 그날 저녁에 방영된 텔레비전 녹화 방송에서도 “이의 있습니다.”라고 외치는 소리가 들렸다. 憲法裁判所에서는 憲法裁判所法 제38조에 의하여 원칙적으로 180일 이내에 終局 決定의 宣告를 하여야 함에도 불구하고, 1999.11.20 현재 아직도 審理조차 하지 않고 있다. 전국어민총연합, 국민에게 드리는 글, 전국어민총연합의 요구사항, 1999.10.20 참조.

발표하여, 본 연구에 많은 참고가 되었다. 이 글에서는 新 韓日漁業協定으로 인하여 獨島의 地位에 과연 어느 정도 훼손이 간 것인가를 밝혀내고 그 대책을 모색해 보고자 한다.

I. 獨島를 둘러싼 中間水域의 性格

新 韓日漁業協定에서는 兩國이 각자의 排他的經濟水域으로 간주할 수 있는 水域을 제외해놓고, 海洋境界劃定 協商에서 韓日간에 異見이 있는 나머지 水域을 처리함에 있어서, 獨島를 둘러싸는 東海 중앙 일원에 ‘怪魚 모양’의 多角形 水域과 제주도 남쪽 韓日大陸棚共同開發區域 上部水域의 서북쪽 부분에 ‘빼기 모양’의 多角形 水域을 만들어, 韓日간에 장차 나누어야 할 ‘潛在的 排他的經濟水域’으로서의 ‘이름없는 水域’을 설치하였다. 우리 政府가 이 水域을 中間水域이라고 부르고 있지만, 日本측에서는 暫定水域 내지 共同管理水域이라고 부른다.¹⁰⁾ 이 가운데 東海 中央部 일원에 설치한 中間水域은 南韓面積에 육박하는 광대한 海域으로서 獨島가 發揚해내는 潛在的 排他的經濟水域의 면적을 약간 상회하는 정도이다. 이 東海 中間水域 안에서는 韓日漁業共同委員會가 勸告하는 바를 尊重하여 兩國이 제정·실시하는 國內法하에 兩國漁民이 함께 漁撈에 종사할 수 있도록 하였다. 新 韓日漁業協定에서 이 問題의 水域에 대해 명칭마저 붙이지 않았다는 것은, 韓日兩國이 協商過程에서 이 ‘이름없는 水域’의 法的 地位와 性格에 대해서 적지 않은 異見이 있었으며, 그 法的 地位와 性格에 대해서 끝내 合意에 이르지 못했다는 것을 단적으로 드러내주는 것이다. 이 ‘이름없는 水域’을 만든 방식은, 新 韓日漁業協定보다 약 1년전에 타결되었던 中日漁業協定에서 ‘海洋境界劃定에는 異見이 있는 海域’이지만 ‘島嶼紛爭이 없는 海域’인 東中國海 北部에 暫定措置水域을 설치하기로 한 것과 대조적이며, 新 韓日漁業協定 타결 이후 얼마 안 가서 타결된 韓中漁業協定에서 역시 ‘海洋境界劃定에는 異見이 있는 海域’이나 ‘島嶼紛爭이 없는 海域’인 西海 中央部에 暫定措置水域을 설치하기로 한 것보다 좋은 대조를 이룬다. 결국 ‘이름없는 水域’이란 海洋境界劃定상 문제가 되는 島嶼紛爭과 관련이 있는 것이라는 것을 단적으로 나타내주는 것이다.¹¹⁾

韓國 政府는 이 問題의 東海 中間水域을 中日漁業協定상 북위 27도 이남에 釣魚島(尖閣列島)와 臺灣 및 日本의 小島嶼인 사끼시마 군도 및 요나쿠니 시마를 포함

10) 日本측은 獨島問題 때문에 境界劃定이 어려워 유엔海洋法協約 제74조 3항에 따라 “實際의 性格의 暫定的 措置(provisional arrangements in a practical nature)”를 이루어 낸 것으로 이해하여 우리처럼 中間水域이라고 부르지는 않고 暫定水域이라고 부르고 있다.

11) 新 韓日漁業協定이 領土問題와 관련이 없을 수 없다는 것은 이러한 예에서도 證明이 되는 것이다.

하는 東中國海 남부海域에 설치하기로 한 ‘이름없는 水域’을 모방하여, 東海에서도 ‘이름없는 水域’을 설치한 것이라고 해명하고 있다.¹²⁾ 그런데, 이른바 ‘이름없는 水域’이 포함된 中日漁業協定이 타결된 지 2년이 지나도록 中國측 사정으로 인하여 아직도 批准이 되지 않고 있다. 그 사정 가운데 하나가 東中國海 北部에 설치하기로 한 暫定措置水域과 그 남쪽에 설치하기로 한 이른바 ‘이름없는 水域’의 法的 地位와 性格이 對연하여 中國측의 의구심을 불러일으켰기 때문이다. 韓國이 新韓日漁業協定 交渉過程에 中間水域 설치를 고려하던 당시에는, 中日漁業協定은 實務者會議에서 타결이 되고 서명까지 되었다고는 하더라도, 아직 批准이 되지 않은 하나의 案에 불과했었고 批准이 될 기미조차 보이지 않고 있었는데도, 韓國政府가 이를 제대로 검토조차 해보지 않고 ‘이름없는 水域’을 모방했다는 것은, 韓國측 협상팀이 주체적인 식견이 없이 中國과 日本이 合意하기로 한 것을 권위적인 것으로 여기고 별 생각없이 그냥 따르기로 했다는 말밖에 되지 않는다. 사실, 中國과 日本 사이에 1997년 9월 3일에 타결된 中日漁業協定에는 新 韓日漁業協定 이상으로 모순적인 조항들이 적지 않게 포함되어 있다.¹³⁾ 中日漁業協定이 타결된 지 2년이 지나도록 아직도 批准이 되지 않고 있는 이유도 바로 그러한 모순을 뒤늦게 발견한 中國측의 신중한 태도 때문이다.

中日漁業協定이나 新 韓日漁業協定에서 暫定措置水域이니 ‘이름없는 水域’이니 하는 것을 설치하게 된 것은, 200해리 排他的經濟水域 시대에 접어들어 國家間 海洋境界劃定 問題가 많이 대두됨에 따라, 유엔해양法協約 제73조 제3항과 제83조 제3항에서 海洋境界劃定이 어려운 경우에 境界劃定이 이루어질 때까지 ‘實際의 性格의 暫定的 措置(provisional arrangements of a practical nature)’로 兩國간에 일정한 水域을 설치할 것을 권장하고 있는 바에 따른 것이다.¹⁴⁾ 여기서 ‘暫定的 措置’로 설치하였다는 것은 海洋境界劃定이 이루어질 때까지 ‘暫定的’으로 설치한 것이라는 말이 되는 것이므로, 海洋境界劃定이 이루어지지 않으면 백년이고 천년이고 ‘暫定的’으로 설치한 것이 될 수 있다. 이러한 점에서 보면 韓日간에 東海에 설치한 問題의 中間水域을 日本측에서 暫定水域이라고 부르고 있는 것이 유엔해양法協約상 취지에 보다 상응하는 표현인 것으로 보인다.

中間水域이건 暫定水域이건 ‘이름없는 水域’이건 간에, 그러한 水域의 法的 性格은 일단 兩國이 領有權 紛爭이나 海洋境界劃定에 관한 異見으로 말미암은 協商의 交着狀態를 벗어나서, 兩國의 管轄權 主張이 겹치는 問題의 海域에 있어서의 海洋

12) 외교통상부, 이것이 한일어업협정이다, 1999.1., 15면.

13) 李相冕, “論評中日漁業協定,” 中國海洋法學會 特別 講演, 北京, 1999.10.13.

14) 외무부가 1995.11 번역하여 출간한 해양법에관한국제연합협약에는 ‘實際의 性格의 暫定的 措置(provisional arrangements of a practical nature)’를 ‘實質的 暫定約定’이라고 번역하여 놓았다.

生物資源을 효과적으로 이용하기 위하여 여러 가지 관계 사정을 고려하여 ‘實際의 성격의 暫定的 措置’로 설치한 것이므로, 海洋境界劃定과 관련하여 兩國이 주장하였던 바가 필연적으로 나타나게 마련이며, 그 水域의 法的 地位와 管理 運營에도 역시 兩側이 合意하는 바에 의존하게 마련이므로 共同管理的인 면도 있게 된다. 그 共同管理의 程度는 新 韓日漁業協定에서 ‘內在的으로(built-in)’ 이미 규정되어 있는 것과 漁業協定 發效후 구성된 韓日漁業共同委員會에서 그 水域에 대한 運營指針을 정하고 또 실제로 運營되는 바에 따라 정해지게 된다.¹⁵⁾

新 韓日漁業協定에서는 中日漁業協定상 북위 27도 이남의 ‘이름없는 水域’을 모방하였다고 하면서도, 中日漁業協定과 달리 新 韓日漁業協定 제12조 제4항에서는 韓日漁業共同委員會에서 勸告하는 바를 兩國은 尊重하여야할 義務가 있음을 선언하고,¹⁶⁾ 또 부속서I 제2항 ‘나’에서는, 兩國 政府는 漁業共同委員會에서 勸告한 바를 尊重하여 각기 國內法을 제정하여 自國民에 대하여 실시하고, ‘다’에 따라 이 실시 내용을 相對國에 통보하며, 만약에 相對國이 他方國民의 違反 事實을 발견한 경우에는 ‘마’에 의하여 이를 즉시 他方國 政府에 통보하고, 통보를 받은 나라는 이를 처리한 다음 그 결과를 相對國에 다시 알려주도록 되어있다. 이것은 新 韓日漁業協定에서 東海의 中間水域이 ‘公海的’이라고 설명한 우리 政府의 해석과는 달리,¹⁷⁾ 이

- 15) 이에 대한 정부의 입장은, 외교통상부, 이것이 韓日漁業協定이다, 1999.1, 13-14면 참조.
- 16) 우리 정부에서는 濟州道 남쪽 韓日大陸棚共同開發區域 上部水域의 북서쪽에 설치한 中間水域은 韓日漁業共同委員會에서 “決定”하는 사항을 兩國이 國內法規를 만들어 집행하도록 되어있기 때문에 ‘共同管理的’이지만, 東海 中間水域은 韓日漁業共同委員會의 “決定”이 아닌 “勸告”에 의하여 兩國이 각자의 國內法規를 만들어 관리하도록 되어 있으므로, ‘公海的’이라고 설명하고 있다. 외교통상부, 한일어업협정관련자료, 4. 중간수역이 독도의 지위에 어떤 영향을 미치는가? <http://www.mofat.go.kr> (1998-1999) 참조. 또, 丁海雄, EEZ體制와 韓日漁業協定, 서울국제법연구, 제6권 제1호, 16-20면 참조. 그러나, 中央權力機關이 없는 國際社會에서는, 더욱이 韓日關係와 같은 兩國關係에서는, “決定”과 “勸告”라는 말에는 실제적인 차이가 실로 微微하게 된다. 더구나, 新 韓日漁業協定 자체내에 內在的(built-in)으로 들어 있는 共同管理의 要素로 인하여 그 차이는 더욱 줄어들게 마련이다. 國際社會에 있어서, 특히 兩者關係에 있어서의 規範의 性質에 대한 理解를 충분히 할 필요가 있다고 생각된다. 東海에서든지 濟州道 남쪽해역에서든지 “決定”에 의해서든지 “勸告”에 의해서든지 兩國이 意思의 合致가 있으면 “合意”한 것이며, “合意”에 의하여 海洋生物資源을 함께 管理하기로 했으면 그러한 메커니즘이 바로 共同管理의 범주에 들어가는 것이다. 물론 共同管理의 主體가 제3의 獨立的인 單位體로 存在한다면 典型的인 共同管理 狀態가 될 수 있다. 共同管理에는 그 程度와 方式에 따라 여러가지 종류와 스펙트럼(spectrum)이 있을 수 있다.
- 17) 新 韓日漁業協定 交渉 및 締結 과정에 實務者會議 首席代表를 지낸 尹炳世 外交通商部 亞太審議官은 “東海中間水域은 日中間의 북위 27도 이남 수역(釣魚島/尖閣列島)과 마찬가지로 公海와 類似한 水域이다.”라는 발언을 공식 석상이나 글을 통하여 기회있을 때마다 하였다. 그러나, 이른바 ‘북위 27도 이남 수역’에서는 中日漁業共同委員會의 勸告를 尊重해야 할 法的인 義務가 없고, 相對國에 의한 違反 事項 摘發과 違反 事項 處理 후 報告 義務 등 內在的인(built-in) 共同管理 制度가 들어있지 않다. 尹炳世, 새로운 한일어업협정 경과와 내용, 考試同志會報, 제99호, 1998.12.21, 4면 참조. 그는 이와 비슷한

미 漁業協定 자체에 이미 만들어놓은(built-in) 共同管理的인 要素가 적지 않게 들어있다는 것을 나타내는 것이다.

日本政府는 1999년 7월에 개최된 제1차 韓日漁業共同委員會에서 東海 中間水域을 共同으로 管理하자고 주장하였다고 한다. 이어서 9월 20-21일 부산에서 열린 兩國 漁業 實務者會議에서도 日本측은 역시 東海 中間水域의 共同管理를 강력히 주장하였다고 한다.¹⁸⁾ 우리 政府가 이러한 日本政府的 主張을 일축하고 日本측 排他的 經濟水域에서의 入漁權을 포기하는 한이 있어도 中間水域의 共同管理에 반대하는 입장을 취한 것으로 보도된 것으로 미루어보아, 우리나라가 中間水域의 共同管理에 合意하지 않으면 日本측은 自國의 排他的經濟水域에 入漁하는 韓國漁船들에 대한 入漁權을 축소할 의사가 있음을 드러내어 협상의 지렛대로 이용한 것으로 보인다. 그후 11월 7일 外交通商部와 海洋水産部에 의하면, 韓日漁業協定 發效 이후 中間水域에서 별다른 操業規制를 하지 않음으로써 濫獲에 가까운 操業이 행해지고 있기 때문에, 치어와 산란기에 있는 어류를 잡지 못하도록 關聯 國內法을 확대 적용하는 방안을 검토중이라고 한다.¹⁹⁾ 中間水域은 兩國간 별다른 合意가 없는 한 제3국의 操業이 원칙적으로 排除되는 ‘韓日간의 潛在的 排他的經濟水域’으로서, 그 안에서는 韓日 兩國이 각자가 각자의 國內法을 실시할 수 있는 것이므로, 우리 政府가 남획을 방지하기 위한 國內法을 확대 실시하는 것은 가능하지만, 이 역시 日本과 合意하에 일정한 規則을 만들어 실시하거나 日本이 주장하는 바를 반영하여 國內法規를 制定하거나 既存의 國內法規를 확대하여 실시한다면, 이 역시 정도의 차이는 있을 지언정 共同管理的 범주에 들어가는 것이라고 할 것이다.

II. 中間水域에서의 共同管理的 要素와 獨島 領有權과의 關係

獨島 周邊水域에 있어서 漁業에 관한 權原은 獨島가 있음으로써 生成되는 것이다. 獨島가 우리의 온전한 領土라면 獨島 周邊水域에 있어서의 權利와 利益은 당연히 우리에게 속하는 것이므로, 이를 온전하게 行使하고 享有하여야 한다.²⁰⁾ 역사적

예가 公海上 漁業管理制度에서도 찾아볼 수 있다고 주장하고 있지만, 公海는 萬國의 바다이므로 兩國이 일정한 公海를 占有하고 이러한 制度를 만들어 실시할 수가 없을뿐더러, 東海 中間水域은 인젠가는 나누어야 할 ‘韓日간의 潛在的 排他的經濟水域’이라는 것을 상정하고 兩國간에 排他性을 기초로 하여 설치한 것이므로, 이를 公海와 비교하는 것은 적절하지 않다.

18) 조선일보, 1999.9.27., 2면; 부산일보, 1999.9.21., 1,3면 참조.

19) 동아일보, 1999.11.8., A2면.

20) 日本이 獨島의 領有權을 주장하는 근거로 내세우는 것 가운데 가장 먼저 내세우는 것이 1905년에 無主地를 日本領土로 編入하였다는 것인데, 우리나라에서는 그보다 훨씬 먼저 1900년에 獨島를 行政區域에 넣어 統治하였다는 것이 歷史的 事實로 證明이 되고

으로 獨島 周邊水域에 있어서의 漁業에 관한 權原은 우리 나라에만 귀속되어 왔다. 200해리 시대에 들어와서는, 獨島가 유엔海洋法協約 제121조 제3항에 해당하는 “人間的 居住나 獨自의 經濟生活이 持續可能한 島嶼”인가 여부에 따라, 獨島가 자체적으로 排他的經濟水域을 갖게되는 것인가 여부가 결정되게 되는 것이므로, 獨島를 領有하고 있는 우리나라는 獨島를 이러한 취지에 맞게 개발하고 그 周邊水域에 대한 權益의 온전한 行使와 管理에 더욱 힘써야 한다.²¹⁾ 日本政府는 獨島야말로 유엔海洋法協約 제121조 제3항에 해당하는 “人間的 居住나 獨自의 經濟生活이 持續可能한 島嶼”라고 주장한다. 그런데도, 우리 政府는 獨島야말로 유엔海洋法協約 제121조 제3항에 해당하는 “人間的 居住나 獨自의 經濟生活이 持續可能한 島嶼”가 아니므로 排他的經濟水域을 갖지 못하는 섬으로서, 설사 日本측에 獨島의 領海 以遠에 있어서의 漁業에 대한 權利를 均沾한다고 할지라도 獨島의 領有權에는 害가 되지 않는다고 설명해왔다.²²⁾ 이러한 政府의 입장은 납득하기 어렵다. 왜냐하면, 獨島가 科學技術상 얼마든지 開發의 潛在力을 가지고 있고, 미개발 상태라도 觀光資源으로만 활용하여도 “人間的 居住나 獨自의 經濟生活”이 얼마든지 “持續可能(sustainable)”하기 때문에, 排他的經濟水域을 가질 수 있는 자격이 있으며, 우리가 이러한 獨島의 潛在的 排他的經濟水域을 주장하여 우리의 主權的 管轄下에 온전히 두어야 하는 것인데도, 우리 政府가 스스로 나서서 이를 포기하고 日本으로 하여금 그 權利와 利益을 사실상 우리와 均沾케 한 것은 理論의으로도 모순이며 國益에도 背馳하는 것이다.

만일 日本이 獨島가 排他的經濟水域을 가질 수 없는 바위섬에 지나지 않는다고 주장하고 있다면, 우리 나라도 獨島가 排他的經濟水域을 가질 수 없는 바위섬이라고 貶下할 수 있을런지도 모른다. 그러나, 日本이 獨島야말로 유엔海洋法協約 제121조 제3항에 해당하는 “人間的 居住나 獨自의 經濟生活이 持續可能한 島嶼”라고 주

이고, 日本이 歷史的 事實로 내세우는 1618년과 1661년의 이른바 渡海免許도 사실은 외국에 나가는 여권과 같은 것이었으며, 1669년 德川幕府에서 이를 取消하고 朝鮮領으로 認定한 바 있다. 日本은 또 최초의 官纂 報告書인 1661년의 隱州視聽合記에서 獨島를 日本 領土로 認定 것이라고 하나, 千字文을 마친 兒童이라도 금방 해독할 漢文을 誤讀한 日本人의 無識의 소치에 불과하다. 川上建三, 竹島の歷史地理學的 研究 (1966), 50면 참조. 1945년 포츠담 宣言에서도 日本이 1894년 淸日戰爭때부터 1945년 第二次世界大戰이 끝난 시점까지 暴力과 貪慾에 의해 掠取해간 모든 島嶼를 返還하게 되어있으므로 獨島는 당연히 여기에 속하는 것으로 1946년 聯合軍司令部 指令 제667호 (SCAPIN No.667)에 의해 우리 나라에 소속되게 되었고, 指令 제1003호 (SCAPIN No. 1003)에 의해 日本 船舶들은 獨島 12해리에 接近조차 禁止되었다.

21) 유엔海洋法協約 제121조 3항: “인간의 거주 또는 독자적인 경제생활을 지속할 수 없는 암석은 배타적경제수역 또는 대륙붕을 가질 수 없다.(Rocks which cannot sustain human habitation or economic life of their own shall have no exclusive economic zone or continental shelf.)”

22) 尹炳世 審議官의 발언, 외교통상부, 신 한일어업협정 설명회, 1998.9.30.

장하고 있는 현실에도 불구하고, 우리 政府가 스스로 후퇴하여 獨島야말로 “人間的 居住나 獨自的 經濟生活이 不可能한 바위섬”이라고 獨島의 地位를 貶下하여 취급함으로써, 獨島가 생산해내는 潛在的 200해리 排他的經濟水域을 스스로 포기하고, 獨島를 노리는 日本과 그 周邊水域의 權利와 利益을 共同으로 享有하는 것은 납득하기 어려운 일이다.

이것은 1952년 1월 18일 李承晩 大統領이 선포한 ‘隣接海洋에 대한 主權宣言’과 정면으로 背馳된다. 일반적으로 ‘平和線(Peace Line)’ 내지 ‘李承晩 라인(Rhee Line)’이라고 알려져 있는 이 ‘隣接海洋에 대한 主權宣言’은 우리나라 隣接海洋의 大陸棚과 그 上部水域에 있는 一切의 資源에 대해 主權的 權利를 宣言한 것으로서, 오늘날 200 해리 排他的經濟水域 制度和 그 내용이 거의 같다. 海洋境界劃定の 기술이 발달하지 않았던 당시에, 우리의 ‘隣接海洋’은 東海의 경우 豆滿江 어귀에서 출발하여 獨島 北東東 方面으로 백여 마일 海上의 一點인 북위 38도, 동경 132도 50분을 돌아 大韓海峽으로 연결되는 ‘平和線’에 의하여 獨島는 우리 水域에 온전히 들어왔었다. 領海가 3마일로 알려져 있었던 당시에, 平和線은 獨島 北東東 方面으로 백여 마일이나 되는 上記 海上의 一點까지 확보하여, 이를 大韓海峽으로 연결시킴으로써 平和線이 獨島의 東方을 통과하게 되는데, 그 相距가 領海 3해리의 근 3배나 되는 海上의 一點을 스쳐 지나가도록 하여, 당시에 우리가 보호해야 할 海域을 편의상 ‘可視的인 線’으로 표시한 것이었다. 실제로, 李承晩 大統領의 ‘隣接海洋에 대한 主權宣言’에는 海洋境界劃定の 研究와 技術이 발달하면 平和線을 다시 긋도록 규정되어 있었다.²³⁾

1996년 2월, 우리나라가 유엔海洋法協約 批准과 排他的經濟水域 宣布를 고려할 즈음에, “獨島는 어른들 싸움의 눈깔사탕같은 존재다.”라고 비유하면서 日本과의 協力關係를 강조한 사람이 있었다.²⁴⁾ 日本과의 協力關係를 강조하는 사람들은 오래 領土問題와 漁業問題는 별개이며 이를 分離하여 協商하여야 한다는 ‘分離協商論’을 들고 나왔다. 日本 政府가 獨島를 포함하여 排他的經濟水域을 선포에 하려는 데 맞서 排他的經濟水域을 선포하려던 韓國 政府는 이러한 이른바 ‘知日派’들의 주장에 밀려서 그후 宥和政策으로 急旋回하여, 그 해 11월에는 獨島를 ‘人間的 居住나 獨自的 經濟生活이 持續可能’하지 아니한 섬으로 貶下하여 취급하기로 방침을 세운바 있다.²⁵⁾ 우리 政府에서도 우리가 獨島를 바위섬으로 무시하면 日本도 獨島를 바위

23) “이 境界線은 장래에 究明될 새로운 發見, 研究 또는 權益의 出現에 因하여 發生하는 新情勢에 맞추어 修正할 수 있음을 檢하여 宣言한다.” 大韓民國隣接海洋의 主權에 대한 大統領의 宣言, 國務院告示 제14호 참조. 平和線 선포의 배경에 대해서는, 池鐵根, 平和線 (1979), 167-172 참조.

24) 朴椿浩, 獨島와 海洋法, 왜 混同하는가, 중앙일보, 1996.2.12, 6면.

25) 尹炳世 審議官의 발언, 외교통상부, 신 한일어업협정 설명회, 1998.9.30.

섬으로 貶下할 것이며, 東中國海의 小島嶼나 기타 日本이 갖고 있는 太平洋洋의 오키노도리시마와 같은 바위섬마저도 무시받을 수 있을 것이라는 망상에 기초한 정책이었다.²⁶⁾ 이것은 日本의 海洋政策을 모르는 데서 연유한 발상이라고 생각된다. 日本은 海洋國家로서 유엔해양法協約 제121조 3항 成案時부터 모든 바위섬도 200해리 排他的經濟水域을 갖는다고 주장해왔고, 지금도 그러한 입장에는 조금도 변함이 없다. 그래서, 日本은 1999년 1월 22일 新 韓日漁業協定 발효 후에 中日漁業協定の 발효를 기대하는 상황에서도, 東中國海 남단에 있는 中國과의 紛爭島嶼인 釣魚島가 200해리 排他的經濟水域을 갖는 島嶼라고 주장하며 이 부근에 진입하는 우리 선박들을 나포한 바 있다.²⁷⁾

가상하여, 獨島 주변의 漁業權 問題나 領有權 問題가 먼 후일 國際司法裁判所나 國際仲裁裁判所에 회부되는 경우에, 國際裁判所에서는 獨島가 “人間的 居住나 獨自의 經濟生活이 持續 가능한 섬”이라고 판단할 수도 있는 것이다. 이러한 경우, 日本은 獨島가 發揚해내는 漁業에 관한 權利와 利益을 韓國과 均沾한 것이었으므로, 獨島 자체의 共有에 버금가는 權利와 利益을 均沾한 것이 될 수 있다. 島嶼紛爭과 관련한 國際裁判에서는 종종 紛爭島嶼에 대한 紛爭當事國들의 實效의 支配에 관한 ‘競爭의 請求(conflicting claims)’를 比較 衡量하여 島嶼의 領有權 歸屬을 판단하는 경우가 적지 않다. 獨島 周邊의 漁業에 관한 權原을 共同으로 享有하였다는 것은 獨島의 領有權과 관련하여 우리에게 불리하면 불리했지 득이 될 것이 하나도 없다. 반대로 日本이 獨島의 周邊水域에 있어서의 漁業에 관한 權原을 韓國과 共同으로 享有하였다는 것은 日本에게는 이득이 될 것이다. 바로 이러한 이유에서 日本의 學界와 政府에서는 獨島 내지 獨島 周邊水域을 ‘共同으로 管理하자’고 줄기차게 주장해온 것이다.²⁸⁾ 獨島가 중요한 것은 獨島라는 바위섬 때문만이 아니다. 獨島가 중요한 것은 獨島가 發揚해내는 남한면적에 육박하는 排他的經濟水域의 價値가 莫大하다는 점과, 獨島가 갖고 있는 海洋戰略상 重要性 때문이다. 獨島만 굳건히 지키겠다는 政府의 입장은 바로 獨島라는 바위섬이나 지키겠다는 것이며, 獨島가 發揚해

26) 獨島를 無人島로 처리하여 排他的經濟水域을 갖지 않도록 하자는 주장은, 朴椿浩, 韓日漁業協定批准에대한國會同意反對등에관한請願, 統一外交通商委員會 會議錄(1998.12.28), 제1호, 國會事務處, 제199회 國會, 25면, 참조. 이를 반박하는 발언은, 李相晁, *id.*, 26-29면 참조. 정부측 입장으로는, 韓日漁業協商 實務者會議 首席代表를 지낸 尹炳世 審議官의 발언, 外務部, 新 韓日漁業協定 說明會, 1998.9.30; _____, 國會 請願審查小委員會 會議錄(1998.12.15), 國會事務處, 제199회 國會, 참조.

27) 新 韓日漁業協定 발효 후 日本이 釣魚島를 기준으로 한 日本의 排他的經濟水域(EEZ)에서 조업하고 있다는 이유로 일방적으로 우리 어선 101선양호와 101우정호를 납치함으로써, 정부는 우리 어선의 보호를 위하여 우선 日本이 정한 것으로 추정되는 EEZ밖으로 이동하여 조업하도록 지도하고 있으며, 日本측에는 강력히 항의하고 있다. “신문 보도에 대한 해명,” 해양수산부, 보도자료, 1999.3.4.

28) 芹田 健太郎, *op. cit.*

내는 남한 면적에 육박하는 海洋에 대한 權利와 利益을 日本과 均沾하겠다는 것을 의미하는 것이다. 國家 主權의 特性 가운데 가장 중요한 것이 排他的 最高性이다. 獨島 주변의 潛在的 排他的經濟水域을 日本과 均沾하자는 것은, 獨島 領有權에서 우러나오는 우리의 主權의 權利의 排他性을 저버리는 행위이다. 또한, 獨島 周邊水域에 있어서의 權利와 利益을 日本과 均沾한다는 것은 두말할 것도 없이 中間水域에 있어서 어업자원을 共同으로 管理하고 利用하자는 것이다. 獨島 그 자체보다 獨島 周邊水域의 價値가 훨씬 더 큰 오늘날에는, 獨島 周邊水域에 대한 共同管理 狀態의 造成이야 말로 獨島 자체에 대한 共同管理에 버금 가는 것으로서, 獨島 領有權에 基한 主權的 權利의 行使에 制約을 가져오는 것이다. 만일 獨島 周邊水域이 명실공히 共同管理가 되는 날이 오면, 日本은 다시금 한 걸음 다가와서 獨島 그 自體에 대하여 ‘共同으로 管理하자’고 할 것이다.²⁹⁾

III. 中間水域과 獨島 領海의 關係

獨島가 發揚해내는 權利와 利益에는 排他的經濟水域에 있어서의 權利와 利益이 있고, 또 다른 하나는 獨島의 戰略的 價値가 있다. 1905년 1월 28일 日本 閣議 決定에 따라 獨島를 몰래 日本領土로 編入시킨 日本의 意圖는 러日戰爭의 수행상 獨島가 갖고 있는 戰略的 價値가 지대하다고 판단한 데서 연유한다. 항공모함이 활동하고 우주병기가 떠있는 지금도 獨島의 戰略的 價値는 결코 적지 않다. 우리 政府는 獨島와 그 領海 12마일을 확보하고 있으면 되는 것이고 그 以遠의 방대한 海域에 관해서는 별로 利害關係가 없는 것처럼 여기고 있으나, 日本은 반대로 獨島와 그 領海도 그 以遠의 潛在的 排他的經濟水域도 日本의 主權하에 속한다고 보고 있다.

新 韓日漁業協定에서는 獨島를 아무런 명칭이나 위치의 표시도 없이 中間水域에 넣어버림으로써, 日本측이 경우에 따라서는 獨島의 領海까지 中間水域이라는 주장을 할 수 있는 발판을 마련해준 것이 된다.³⁰⁾ 우리 政府에서는, 新 韓日漁業協定 제1조에서 이 漁業協定이 排他的經濟水域을 그 대상으로 하고 있으므로, 獨島는 어느 나라의 섬이 되든지간에 領海는 있게 마련이며, 유엔海洋法協約과 一般國際法상 領海 以遠이 排他的經濟水域이 되는 것이므로, 獨島의 領海 12해리 以內는 자연적으로 제외되는 것이므로 하등의 염려되는 바가 없다고 한다.³¹⁾ 그러나, 유엔海洋法協約은 一般法이고 新 韓日漁業協定은 特別法이므로 ‘特別法 優先의 原則’에 따라

29) *id.*

30) 東海 中間水域은 新 韓日漁業協定 제9조 제1항에서 열거하는 16개의 緯度,經度상의 點을 順次的으로 연결하는 線分들에 의하여 둘러싸이는 水域을 말한다.

31) 尹炳世 審議官의 발언, 외교통상부, 신 한일어업협정 설명회, 1998.9.30.

서, 獨島의 領海는 中間水域에 包攝될 수 있는 여지가 있다. 一般法인 유엔海洋法協約상 領海는 12해리까지 선포할 수 있는 것이지 그 폭이 정해져 있는 것은 아니며, 特別法인 新 韓日漁業協定에서 獨島나 그 領海에 대한 아무런 언급도 없이 中間水域을 설정한 것이었으므로, 日本이 이를 악의적으로 해석할 여지가 없지 아니하다.³²⁾

유엔海洋法協約에 의하면 沿岸國은 領海를 12해리까지 선포할 수 있도록 되어있고, 韓日兩國은 領海를 12마일로 선포한 바 있는데도, 大韓海峽 일원에서는 兩國이 合意하여 領海를 3해리로 정한 바 있다. 海洋法상 領海內에서의 외국인 어로가 금지된 일이 없으며, 領海內의 외국인에 대한 漁業 許可와 漁業資源의 共同管理는 國家間 合意를 통하여 얼마든지 가능하다.³³⁾ 新 韓日漁業協定상, 獨島와 領海가 中間水域의 版圖에 아무런 언급이 없이 들어가 있는 것이므로, 日本이 新 韓日漁業協定을 악의로 해석하여 獨島 領海內의 共同漁撈를 주장하여도, 우리나라는 新 韓日漁業協定이 排他的經濟水域을 그 대상으로 한 것이므로 獨島의 領海는 제외된다고 주장할 수 있지만, 日本은 이를 더욱 악의적으로 해석하여 “竹島의 領海는 特別法인 新 韓日漁業協定상 中間水域에 包攝되며, 中間水域은 新 韓日漁業協定 內에서도 특별한 지위를 갖는 것이므로 여하튼 領海內 共同漁撈는 보장된다.”고 대응할 것이다. 결국 우리는 잘못하다가는 新 韓日漁業協定에 의하여 獨島의 領海가 日本측의 善處하에 놓이게 될 수도 있다는 것을 염려하지 않을 수 없다. 韓日友好關係가 계속되는 한, 日本은 이러한 善處를 배려할지도 모른다. 만약에 獨島의 領海조차 日本과 共同管理 狀態에 놓이게 된다면, 兩國 漁民이 충돌하는 사태가 일어날지도 모른다. 1889년에 체결된 朝日通漁章程에서 濟州道를 포함한 全羅, 慶尙, 江原, 咸鏡 4道의 海濱3里 以內에서 共同漁撈를 규정했었는데, 특히 濟州道를 중심으로 兩國 漁民 사이에 많은 충돌 사건이 발생했었다.³⁴⁾ 이것이 역사에 나오는 ‘濟州魚採 問題’다.

32) 日本은 애매한 문구를 條約에 넣자고 하고 나중에 이를 惡意的으로 解釋한 例가 적지 않기 때문에, 日本과 체결하는 條約에 대해서는 警覺心을 가지지 아니할 수가 없다. 그 代表的인 例가 1965년에 체결된 韓日基本條約 제2조에서 大韓帝國 시절에 日本과 체결된 條約 및 協定들이 이미 無效임을 確認한다는 條文에 대하여 日本 政府의 公式의인 見解는 이 舊韓末 條約들이 韓日基本條約이 發效한 1965년 12월 18일까지 有效하였다고 보는 것이다. 대한민국과 일본국간의 기본관계에 관한 조약, 조약 제163호.

33) 1982 Agreement on Maritime Fishing between Senegal and Spain, Art. 1, 23011 UNTS 213 (1984); 1978 Agreement between USSR and Bulgaria concerning Fishing for Anchovies and Sprats in Each Other's Territorial Waters in the Black Sea, Art. 1, 18211 UNTS 334 (1979); 1974 Convention concerning Maritime Fishing between France and Senegal, Art. 2, 16167 UNTS 79 (1977); 1959, revised in 1969 Agreement between Finland and USSR concerning Fishing and Sealing, Art. 1, 10606 UNTS 96 (1970); 1966 Agreement between Denmark, Norway and Sweden on Reciprocal Access to Fishing in the Skagerrak and the Kattegat, Arts. 1 & 2, 8769 UNTS 320 (1967).

法の 理念 가운데 가장 기본적인 것이 秩序이거늘, 200해리 시대를 맞이하여 韓日간에 새로운 海洋漁業秩序를 구축하려는 이때에, 新 韓日漁業協定에서 獨島 領有權에 훼손이 되는 요소가 들어 있고, 獨島의 안보에 불안을 조성할 수 있는 요소를 포함하고 있다면, 그것은 兩國의 友好와 平和를 위하여 결코 바람직한 것이 못된다.

IV. 獨島 領有權에 관한 紛爭狀態 存在 與否

獨島에 대한 우리 政府의 일관된 입장은 獨島가 우리의 領土이며 紛爭의 對象이 아니라는 것이다. 國際社會에서 獨島가 紛爭 狀態에 놓여 있다는 것이 공인되면, 우리는 領有權을 둘러싸고 日本과 1:1로 맞서지 않으면 안될 것이고, 경우에 따라서는 유엔에서 勸告하는 절차에 따라 紛爭의 平和的 解決을 시도해야하게 될 지도 모른다. 반대로 獨島를 점유하고 있지 않을뿐더러 領有權 주장의 근거가 약한 日本은 獨島가 紛爭狀態에 있다는 것을 널리 알려져서 우리의 領有權을 상대적으로 약화시키려 해왔다. 이번 新 韓日漁業協定에서는 兩國의 이러한 입장을 타협하여 獨島를 아무런 명칭이나 위치의 표시가 없이 中間水域에 들어가게 하였다. 그러나, 獨島가 中間水域에 들어간 것이 島嶼의 價値問題로 인하여 海洋境界劃定の 技術이나 方法상 어려움으로 인하여 中間水域에 들어간 것이 아니라, 근본적으로 獨島가 領有權 紛爭의 對象이기 때문에 海洋境界劃定이 더욱 어려워져서 中間水域에 들어가게 된 것이라는 것이 널리 알려지게 된 것이므로, 獨島 紛爭의 既定事實化를 추구해온 日本이 이득을 본 면이 더 크다고 생각된다.

海洋法協約 제74조 제3항 및 제83조 제3항에 따라서 韓日兩國이 中間水域을 설치한 것은 “實際的 性格의 暫定的 措置(provisional arrangements of a practical nature)”였으므로, 앞으로는 이러한 ‘暫定的 措置’가 존속하는 한, 우리는 海洋境界劃定에 관한 “最終合意에 이르는 것을 危殆롭게 하거나 妨害해서는 안 된다”는 의무를 부담하게 된다.³⁴⁾ 事態를 惡化시키지 않을 義務는 물론 韓日兩國이 共히 지는 것이지만, 그로 인해 紛爭이 公認되어 발생하는 피해는 우리측이 더 클 수 있다. 두말할 나위도 없이 東海에 中間水域이 생긴 원인은 우리의 固有의 領土인 獨島에

34) 1891년 3월에는 濟州道民이 일제히 쫓겨났었고, 朝鮮政府에서는 日帝와 通漁期限 6개월 연장을 교섭하면서 소요를 진압하였다. 國會圖書館 立法調査局, 舊韓末條約彙纂 (中卷), (1965), 58-65면.

35) 유엔해양법협약 제74조 제3항과 제83조 제3항은 동일하다.

3. Pending agreement as provided for in paragraph 1, the States concerned, in a spirit of understanding and co-operation, shall make every effort to enter into provisional arrangements of a practical nature and, during this transitional period, not to jeopardize or hamper the reaching of the final agreement. Such arrangements shall be without prejudice to the final delimitation.

대하여 日本이 領有權을 주장하고 있기 때문이다. 獨島 領有權 問題가 해결되지 않는 한, 東海에서의 海洋境界劃定은 어려울 것이며, 韓國측이 新 韓日漁業協定 交渉時 日本의 外交攻勢에 밀려서 獨島를 中間水域에 넣은 이상 이를 회복해내어 平和線 方式으로 다시 온전히 우리 海域에 넣는다는 것도 대단히 어려운 문제가 될 것이다.

우리 政府에서는 新 韓日漁業協定 제15조에 규정된 ‘排除條項(disclaimer)’에 의하여 漁業協定이 各 締約國의 國際法的 立場을 害하지 않는다고 규정한 것은 오히려 日本측이 우리의 獨島에 대한 立場을 害하지 않는 것이 되어서 우리에게 유리하다고 한다.³⁶⁾ 그러나, 이 조문은 日本측에서 보면, 獨島에 대하여 領有權을 주장하는 日本의 立場을 害하지 않는다는 것이 되는 것이므로, 오히려 獨島를 占有조차하지 않고 있으면서 領有權을 주장하고 있는 日本의 立場이 존재한다는 것을 우리가 간접적으로 인정한 면이 있다고 보이므로, 日本측에 오히려 유리하다는 것을 알 수 있다. 이 ‘排除條項’은 中間水域과 함께 이번 新 韓日漁業協定에서 日本이 獨島에 관하여 우리와 1:1의 상황을 만드는 데 상당한 기여를 한 것으로 보인다. 이번 新 韓日漁業協定의 체결 과정에서 日本은 “竹島가 歷史적으로나 國際法的으로나 日本의 領土다.”라는 말 한마디를 가지고 외교공세를 전개하여, 남한 면적에 육박하는 獨島의 潛在的 排他的經濟水域에 있어서의 支分の 折半을 ‘合法的으로’ 가져가는 데 성공하였다. 日本은 舊韓末에도 우리와 일련의 不平等條約을 체결하는 과정에 피한 방을 흘리지 않고 合法을 假裝하여 우리 나라를 침탈하는 데 성공한 나라다. 1889년에 체결된 朝日通漁章程이 1900년과 1904년에 개정되어 가는 양상은 이를 여실히 보여준다. 1900년에 개정된 朝日通漁章程에서는 京畿道 海濱을 추가하였고, 1904년에는 忠淸, 黃海, 平安 3道 海濱을 추가하여 우리나라 海濱3里 以內는 모두 日本과의 共同漁撈水域이 되어버렸다.³⁷⁾ 바로 그 해에 乙巳保護條約이 체결되어 우리 나라는 外交權을 탈취당했었다.

日本은 東中國海에서 中國과 紛爭狀態에 있는 釣魚島를 인식하고 中日漁業協定 제12조에 新 韓日漁業協定상 제15조인 ‘排除條項’과 비슷한 ‘排除條項’을 넣은 것이라고 하지만, ‘國際法상의 問題에 관하여’가 아니라 ‘海洋法상의 問題에 관하여’ 각 締約國의 立場을 害하지 않는다고 규정함으로써, 釣魚島에 대한 日本의 領有權 및 領有狀態에 대하여 中國이 中日漁業協定을 이용하여 領有權에 관한 여하한 새로운 입장을 취득하는 일이 없도록 썬기를 박고 있는 것이다.³⁸⁾ 두말할 나위도 없이

36) 新 韓日漁業協定, 제15조: 이 협정의 어떠한 규정도 어업에 관한 사항 이외의 국제법상 문제에 관한 각 締約國의 입장을 해하는 것으로 간주되어서는 안 된다.

37) 國會圖書館 立法調査局, 앞의 주 34), 참조.

38) 中日漁業協定(案), 제12조: 이 협정의 어떠한 규정도 해양법에 관한 제문제에 대하여 양 締約國 각자의 입장을 해하는 것으로 간주해서는 안 된다.

領土問題는 國際法상의 問題로서 中日漁業協定상 釣魚島를 포함한 ‘이름없는 水域’의 설정이 中日 兩國의 國際法的 立場을 각각 害할 수도 있고 害하지 아니할 수도 있다는 것을 아예 언급하지 아니한 것이므로, 釣魚島를 占有하고 있는 日本의 權利와 利益에 전혀 영향을 받지 않도록 하고 있는 것이다.

그러나, 新 韓日漁業協定상 獨島의 경우, 제15조에서 “國際法 問題에 관하여 各 締約國의 立場을 害하는 것으로 간주되지 않는다.”고 규정하고 있으므로, 兩國의 ‘既存의 立場’이 있다는 것을 相互 認定한 것이나 마찬가지며, 더구나 그 ‘既存의 立場’은 더 害롭게 되지 않는다는 것이다. 條約締結 후, 既存의 相對方의 立場을 害하지 않으면서, 自國의 立場을 현재보다 더 좋은 立場으로 形成하는 것은 무방할 것이므로, 이 條文은 獨島를 占有하고 있지 않은 日本측에 유리하다. 요컨대, 우리 政府는 日本의 ‘知能的 攻略’에 휘말려서, 中日漁業協定에 들어있는 ‘海洋法상의 問題에 관하여’라는 ‘排除條項’을 잘못 해석하여 이를 ‘國際法상의 問題에 관하여’라고 확대하여 규정함으로써, 獨島에 대하여 우리 나라뿐만 아니라 日本도 領有權을 주장하고 있다는 立場이 존재한다는 사실에 대해서 이를 간접적으로 인정하고 있으므로, 앞으로 日本으로 하여금 紛爭狀態를 既定事實化하는 데 유리한 立場을 형성하도록 傍助하는 꼴이 되고 만 것이다.³⁹⁾ 排除條項은 일반적으로 ‘가진 자’보다 ‘갖지 않은 자’에게 유리하며, ‘守城하는 자’보다 ‘攻擊하는 자’에게 유리하다.

V. 獨島 領有權의 毀損 程度와 그 治癒 方案

新 韓日漁業協定에 의해서 우리가 잃은 것은, 첫째로, 獨島가 發揚해내는 排他的 經濟水域에 있어서의 온전한 權利와 利益을 확보했어야 했는데도, 中間水域을 만들어 그 權利와 利益을 日本과 均沾하기로 한 것이며; 둘째로, 獨島의 領有權과 그 領海에 있어서의 主權적 권리를 온전히 행사하기 위한 장치가 전혀 없이, 獨島를 아무런 명칭이나 위치의 표시도 하지 아니하고 中間水域에 넣어버림으로써, 獨島와 그 領海의 安全에 대하여 우려하지 않을 수 없고, 경우에 따라서는 日本이 獨島의 領海가 中間水域에 包攝되는 것으로 해석하는 경우, 日本과 新 韓日漁業協定の 解釋을 둘러싸고 紛爭이 일어날 수 있는 소지가 있다는 점이다. 그리고, 셋째로 獨島를 中間水域에 넣어 中間水域을 日本과 共同管理하는 體制의 기초를 만들으로써,

39) 新 韓日漁業協定 체결 당시 外交通商部의 主務課인 國際法規課의 丁海雄 課長은 “독도와 그 영해는 협정의 장소적 범위밖에 있고, 협정의 물적 대상밖에 있으며, 독도 영해 외측의 수역의 법적 지위도 독도에 영향을 미치지 않으므로 협정은 독도의 지위에 아무런 영향을 미치지 않는다. 독도는 협정의 장소적 범위와 물적 대상밖에 있으므로 독도의 이름이나 좌표는 표기하지 않았다.”고 술회하고 있다. 丁海雄, *op. cit.* 참조. 같은 취지, 尹炳世, *op. cit.* 참조.

獨島에 대한 日本과의 紛爭의 存在를 既定事實化했고, 한 걸음 더 나아가서 漁業協定 제15조에 ‘排除條項’까지 설치하여 우리의 입장과 아울러 獨島에 대한 日本의 立場을 害하지 않는다는 선언까지 한 셈이므로, 獨島를 領有하지 않은 日本이 獨島와 그 周邊水域과 관련하여 立場을 強化해 나갈 機緣을 마련한 것이니, 獨島의 領有權에 기한 우리 나라의 主權的 權利의 행사에 적지 않은 制約이 되는 것이라고 아니 할 수 없다.

이 세 가지 손해 가운데, 첫번째 것인 獨島 周邊水域의 共同管理 및 權利와 利益 均沾問題는, 新 韓日漁業協定에서 中間水域을 설정하여 獨島가 發揚해내는 潛在的 排他的經濟水域에 대한 權利와 利益을 均沾하기로 한 것이었으므로, 이는 앞서 밝힌 바와 같이 1952년 1월 18일 李承晩 대통령이 선포한 ‘隣接海洋에 대한 主權宣言’에 정면으로 배치되는 것이다.⁴⁰⁾ 이 ‘主權宣言’에 의해서 그어진 平和線으로 獨島는 온전하게 우리 領域에 들어오는 것이었고, 獨島의 島嶼로서의 價値도 온전히 인정되어 우리가 완벽한 主權을 行使할 수 있었던 것이었는데도 불구하고, 우리 政府는 이번 新 韓日漁業協定에서 中間水域을 만들어 日本으로 하여금 中間水域내에서 日本의 國內法을 집행하고 우리와 權利와 利益을 均沾하도록 하였다. 더구나 政府는 新 韓日漁業協定의 부속서에 ‘內在的인(built-in)’ 共同管理 메커니즘을 만들어 놓고서도, 中間水域이 公海의 이라면서 共同管理的 要素가 전혀 없다고 설명하더니,⁴¹⁾ 1999년 7월에 열린 韓日漁業共同委員會와 그후 9월 20-21일 韓日 漁業 實務者會議에서 日本측이 中間水域에서의 共同管理를 주장하자, 中間水域의 法的 性格과 관련하여 난처한 입장에 있는 것으로 보인다.⁴²⁾

新 韓日漁業協定에는 구조적으로 內在的(built-in) 共同管理 體制를 품고 있었는데, 政府에서는 東海의 中間水域은 中日漁業協定에서 臺灣, 釣魚島, 기타 日本의 小島嶼가 있는 東中國海 남쪽 북위 27도 이남의 ‘이름없는 수역’처럼 公海의인 水域으로서 兩國 漁民이 자유자재로 어로에 종사할 수 있는 海역이라고 설명했었다.⁴³⁾ 그러나, 정부의 이러한 설명은 사실과 다르다. 우선 북위 27도 이남의 東中國海에 있어서는, 中日兩國이 이 問題의 海域을 共同으로 管理하기로 새로운 合意를 하지 않는 이상, 協定의 내용상으로는 共同管理라고 단정할 수 있는 內在的인(built-in) 共同管理 관련 조항이 없다. 반면에, 新 韓日漁業協定에서는 東海 中間水域에서는 漁業協定 自體內에 共同管理的인 要素를 內在的(built-in)으로 포함하고 있다.⁴⁴⁾ 이처럼, 이미 內在的(built-in)으로 들어있는 共同管理的인 要素외에도, 韓日 漁業共同

40) 大韓民國 隣接海洋의 主權에 대한 大統領의 宣言, 1952.1.18., 國務院告示, 제14호.

41) 尹炳世 審議官의 발언, 외교통상부, 한일어업협정 설명회, 1998.9.30.

42) 조선일보, 1999.9.27, 2면.; 부산일보, 1999.9.21, 1,3면, 참조.

43) 尹炳世, *id.* 외교통상부, 이것이 韓日漁業協定이다, *op. cit.*, 10면 참조.

44) 신 한일어업협정, 제12조 제4항; 부속서I 제2항 ‘나,’ ‘다,’ ‘마,’ 참조.

委員會에서 中間水域 내에서의 生物資源 管理에 관한 새로운 合意를 할 때마다 共同管理的인 面貌가 더욱 강화되는 것이 되는 것이다.

따라서, 韓國 政府가 지금이라도 共同管理的인 體制를 벗어나야 되겠다고 생각한다면, 東海 中間水域에 대하여 더 이상 共同管理的인 合意를 하지 말고 韓國政府의 주체적인 판단에 따라서 中間水域에 있어서의 漁撈 및 漁業資源 管理를 단독으로 해나가면 될 것이나, 이 경우 共同管理 體制를 원하는 日本과의 마찰 가능성이 있을 것이다. 外交通商부와 海洋水産부가 1999년 11월 7일자로 밝힌 것처럼, 中間水域內에서 남획에 가까운 조업이 이루어지고 있어서 2000년도부터 國內法을 확장하여 操業規制를 하리라고 한다.⁴⁵⁾ 그러나, 우리 政府가 이러한 操業規制를 실시함에 있어서 日本측과 相議하여 諒解를 얻지 않을 수 없을 것이고, 諒解를 얻었다면 이는 合意했다는 것을 의미하는 것이며, 合意를 했다는 것은 合意사항에 관한 한 共同管理하기로 合意했다는 것을 의미하는 것이므로, 規制가 필요한 경우에는 우리의 독자적 판단에 따라 최소한에 그치는 것이 필요할 것이다.

獨島가 우리 領土인 이상, 이처럼 中間水域은 어느 모로 보든지 모순이 없을 수 없다. 中間水域은 革罷되어야 한다. 獨島 周邊水域에서 日本에 넘겨준 權利와 利益을 되찾아내야 한다. 이를 위해서는 獨島가 “人間的 居住나 獨自的 經濟生活이 持續可能한 섬”이라는 ‘島嶼로서의 價値’를 온전히 갖도록 하는 것이 필수적이며, 사실상 사라진 ‘隣接海洋에 대한 主權宣言’을 회복해내야 한다. 獨島가 이처럼 島嶼로서의 온전한 價値를 가질 수 있고, 또 온전한 價値를 갖는 것이지만, 韓日 兩國이 合意에 의하여 海洋境界劃定시에 獨島의 ‘島嶼로서의 價値’를 半減하거나 無視하고 鬱陵島와 日本의 오키노시마(隱岐島) 사이를 가르는 방법을 생각할 수도 있을 것이나, 日本측은 獨島가 韓國측 水域에 속한다고 하여 韓國측의 이러한 제안을 일축한 바 있다.⁴⁶⁾ 그러한 제안을 거부한 日本에게 宥和政策을 쓴답시고 애써 獨島를 無視해가며 中間水域을 설치하는 것은 獨島의 地位를 손상시키고 새로운 紛爭을 誘發시킬 뿐이다.

둘째, 一般國際法과 國內法에 의하여 설치된 獨島의 領海가 特別國際法인 新 韓日漁業協定상 中間水域속에 包攝될 우려가 있는 것이므로, 이에 대한 대책이 필요하다. 우리 憲法 제6조에서 締結 公布된 條約과 一般的으로 承認된 國際法規는 國內法과 同一한 效力을 갖는다고 규정되어 있는바, 新 韓日漁業協定은 분명히 新法이므로, ‘新法 優先의 原則’에 의해서 新 韓日漁業協定이 優先할 수 있다. 또, 領海는 一般國際法상의 制度인데, 新 韓日漁業協定은 特別國際法이므로 ‘特別法優先의

45) “東海 중간수역 조업규제 검토,” 동아일보, 1999.11.8., A2면.

46) 新 韓日漁業協定 實務者會議 首席代表를 지낸 外交通商部 尹炳世 審議官의 설명, 外交通商部, 新 韓日漁業協定 說明會, 1998.9.30.

原則'에 의해서 新 韓日漁業協定이 優先할 수 있다. 新 韓日漁業協定 제1조에 이 漁業協定은 排他的經濟水域을 그 대상으로 한다고 하였으므로, 獨島 領海는 보장이 되는 것이라는 정부의 설명은 적어도 法理상으로는 問題點이 있다고 하지 않을 수 없다. 獨島와 그 領海를 아무런 명칭이나 위치의 표시가 없이 中間水域에 넣은 것은 잘못된 것이다. 政府는 이처럼 문제의 島嶼를 명칭이나 위치를 표시하지 않고 일정한 '이름없는 水域'에 넣는 방식을 中日漁業協定에서 모방한 것이라고 하지만, 中日漁業協定이 아직 批准되지 않고 있는 理由 중에 하나가 바로 問題의 島嶼를 '이름없는 수역'에 넣기로 한 사실 때문이라는 것을 상기할 필요가 있다.⁴⁷⁾

셋째, 우리의 領土인 獨島를 中間水域에 넣어 新 韓日漁業協定을 체결함으로 인하여 獨島 周邊水域에 관해 우리가 日本과의 관계에서 1:0으로 온전하게 행사하던 주권적 권리가 이제는 1:1의 對峙 關係로 변질되었다. 獨島를 中間水域에 넣음으로써 日本과의 紛爭狀態를 既定事實化한 것이 된다. 게다가 이른바 排除條項(disclaimer)까지 설치하여 獨島에 대한 우리의 立場뿐만 아니라 日本의 立場이 存在한다는 것을 간접적으로 인정한 것이 된다. 獨島의 紛爭狀態를 否認하고 있는 우리가 스스로 나서서 韓國이 이 協定으로 인하여 獨島에 대하여 가지고 있는 國際法的 立場을 害하지 않는 것처럼, 日本도 獨島에 대하여 가지고 있는 國際法的 立場을 害하지 않는다고 규정하여, 간접적으로나마 日本의 立場의 存在를 인정할 필요는 없었다. 이것도 역시 紛爭의 存在를 간접적으로 認定한 것이라고 아니할 수 없다. 紛爭의 存在를 否認해온 우리 나라의 立場을 지금이라도 堅持하려면, 中間水域 制度를 革罷하고 이른바 '排除條項'의 범위를 축소시켜, 各 締約國의 國際法的 立場을 害하지 않는다는 '排除條項'은 그 범위를 축소시켜서 中日漁業協定에 규정된 바와 같이 "海洋法에 관하여 各締約國의 立場을 害하는 것으로 간주되어서는 안 된다"라고 개정하는 것이 바람직할 것이다.⁴⁸⁾

요컨대, 新 韓日漁業協定의 체결로 인하여 獨島는 우리 政府가 堅持해왔던 바와 달리 사실상 紛爭狀態가 存在하는 島嶼로 되어버렸고, 日本이 獨島가 '人間의 居住나 獨自의 經濟生活이 持續可能한 島嶼'로서의 온전한 價値가 있다고 주장하는 가운데, 우리 政府가 獨島의 周邊水域에서의 權利와 利益을 日本과 均沾하도록 함으로써, 우리의 獨島 周邊水域에 있어서의 權利와 利益이 半減되었으며, 獨島의 領海마저 中間水域에 包攝될 위기에 처하게 함으로써, 獨島의 法的 地位는 훼손되었다고 아니할 수 없다. 우리는 이처럼 不平等할뿐더러 非合理的인 요소를 적지 않게 포함하고 있는 新 韓日漁業協定을 廢棄하거나 이러한 要素들을 말끔히 改正함으로써, 훼손된 獨島의 地位를 회복해내야 할 것이다.

47) 李相晁, 論評中日漁業協定, *op. cit.*

48) 中日漁業協定(案), 제12조 참조.

結 論

우리 政府는 新 韓日漁業協定에서 獨島가 아무런 명칭이나 위치의 표시도 없이 中間水域에 들어간 것은, 漁業協定과 獨島 領有權 문제를 分離 處理하기 위해서 의도적으로 그렇게 처리된 것이므로, 獨島 領有權 문제는 전혀 영향을 받지 않는다고 설명하고 있다. 그러나, 이것은 우리 政府의 설명뿐이며, 日本政府의 立場은 전혀 다르다. 우선 日本政府는 韓國政府와 달리 中間水域을 暫定水域 내지 共同管理水域 이라고 부르면서 中間水域의 대부분을 차지하고 있는 獨島 周邊水域은 獨島의 排他的經濟水域이며 韓日 兩國은 이를 共同管理하고 있는 것이다. 한국정부는 獨島 주변수역을 일본과 균침케 하고서도 그에 대한 변명으로 獨島가 無人島이므로 排他的經濟水域을 가질 자격이 못된다고 平價切下하고 있다. 그런데, 獨島가 ‘人間的 居住나 獨自의 經濟生活이 持續 가능한 섬’으로 판명이 나는 날에는 어찌할 셈인가? 獨島를 占有하고 있지도 않은 日本이 獨島가 有人島의 潛在性을 갖고 있다고 하는데, 우리만 無人島라고 우기면 되는 것인가? 獨島를 온전하게 우리 水域에 넣었던 平和線은 어디로 갔는가? 獨島와 그 領海의 安全에 대하여 아무런 보장이 없이 獨島를 中間水域에 넣어 日本과 漁業協定을 체결한 우리 政府조차 獨島와 그 領海는 힘으로 지키는 수밖에 없다고 설명하고 있다. 실로, 獨島와 漁業協定이 아무런 관련이 없다는 政府의 설명과 달리, 新 韓日漁業協定으로 말미암아 獨島 領有權에 基한 우리의 主權的 權利는 적지 않게 훼손되었다. 그 훼손의 정도는 漁業協定을 履行해가는 과정에서 더욱 심화될 가능성이 있다.

그 첫째는 獨島가 ‘人間的 居住나 獨自의 經濟生活이 持續 가능한 섬’으로서 자체적으로 排他的經濟水域을 가질 수 있는 價値가 있는 島嶼인데도 불구하고, 韓國은 이러한 價値를 스스로 무시하고 獨島를 아무런 명칭이나 위치의 표시도 없이 中間水域에 넣어버림으로써, 獨島와 그 周邊水域에 관해 아무런 權原이 없는 日本에게 새로운 權利와 利益을 創設하여 수여한 것이 되는 것이며; 1952년 李承晩 대통령이 선포한 ‘隣接海洋에 대한 主權宣言’을 사실상 폐기하고, 獨島가 發揚해내는 周邊水域에 있어서의 排他的 主權的 權利를 제대로 行使할 機緣을 포기한 것이 되는 것이다.⁴⁹⁾ 다시 말하면, 이번 新 韓日漁業協定이야말로 平和線에 의하여 온전하게

49) 韓國政府는 심지어 1953년 國際司法裁判所가 판결한 ‘프랑스와 영국간의 멩끼에 에끄 레오 사건’에서 영국이 共同漁撈水域을 설치하는 條約을 1839년 프랑스와 체결하였지만 國際司法裁判所에서는 영국의 領有權을 확인해 주었다면서, 獨島 周邊水域을 日本과 共同管理해도 獨島 領有權에는 변화가 없을 것이라고 설명하고 있다. 이것은 國際裁判의 判決文 전체를 읽지 않고 어느 한 부분을 참조한데서 나온 오류라고 생각된다. 영국과 프랑스가 1839년에 共同漁撈水域을 설정하기로 합의한 것이나 그 이후 실행이 영국령으로 판가름나게 한 것이 아니라, 實效의 支配의 ‘競爭의 請求(competiting claims)’를 衡量하는 과정에서는 共同漁撈水域의 설정에 대한 합의와 실행이 결정적인 작용을

우리 水域에 들어오던 獨島 周邊水域에서의 漁業에 관한 權利의 折半을 日本에 할양한 것이나 마찬가지가 된다.⁵⁰⁾ 獨島 周邊水域에 있어서의 權原은 獨島가 있음으로써 發揚하는 것이고, 沿岸國의 海洋에 대한 管轄權이 확장된 200마일 시대에는 獨島는 그 섬 자체의 價値보다도 그 섬이 發揚해내는 周邊水域의 價値가 훨씬 더 크다고 할 수 있다. 獨島와 같은 排他的經濟水域을 가질 수 있는 ‘價値가 있는 섬’을 支配한다는 말은 곧 그 섬이 發揚해내는 周邊水域을 온전히 支配한다는 말이 되는 것이며, 周邊水域을 온전히 支配한다는 말은 곧 그 섬에 대한 實效의 支配의 主要한 一部分을 행사한다는 것을 말하는 것이다. 따라서, 周邊水域에 있어서 당연히 行使해야 할 權利를 제대로 行使하지 않고 이를 獨島를 노리는 日本과 均沾하도록 漁業協定을 체결한 것은, 향후 獨島 그 자체에 대한 ‘競爭의 請求(competing claims)’ 상황이 벌어지는 경우에 우리에게 불리하게 작용할 우려가 있다.

둘째, 新 韓日漁業協定에서 獨島가 아무런 명칭이나 위치의 표시도 없이 中間水域에 들어가 버림으로써, 一般國際法에 근거하여 설정된 獨島의 12마일 領海가 新 韓日漁業協定이라는 特別國際法상 中間水域에 의하여 包攝당할 우려가 있으므로, 獨島와 그 領海의 安全은 그만큼 害로울 수 있다. 新 韓日漁業協定 제1조에서 이 漁業協定이 排他的經濟水域을 그 대상으로 한다고 하였지만, 中間水域 역시 ‘兩國의 潛在的 排他的經濟水域’으로서 특별한 지위를 갖는 것이며, 日本이 中間水域의 特殊한 性格을 악의적으로 이용하는 경우 獨島의 領海는 그 전체 또는 일부가 中間水域에 包攝당할 우려가 있다.

셋째, 新 韓日漁業協定에 의하여 獨島가 中間水域에 들어감으로써 獨島의 紛爭狀態는 여실히 드러나게 되었다. 中間水域이 존속하는 한 紛爭狀態는 지속될 것이다.

하지 않았다는 것을 의미하는 것이므로 共同漁撈水域과 관련이 없이 영국의 손을 들어 주었던 것이다. 또한 이 사건에서는 프랑스가 조약을 체결한 1839년 8월 2일을 ‘決定的 期日(critical date)’로 주장하면서도 그 이후에 있었던 여러 사실을 自國의 主權的 權利의 行使로 주장하여 兩立할 수 없는 立場을 견지하였던 것도 패소의 한 원인이 되었다. 1950년 제소 직전에 兩國이 다시금 合意하여 歷史的인 共同漁撈制度를 판결 이후에도 유지하도록 함으로써, 판결의 결과 勝者가 모든 것을 독차지하는 상황을 막기 위하여 안전판을 미리 마련해 둔 것이었다. *The Minquiers and Ecrehos Case (France/United Kingdom)*, 1953 ICJ Report, 46, 58-59. 島嶼의 價値보다 그 島嶼가 發揚해내는 排他的經濟水域의 價値가 더욱 큰 경우에는 周邊水域에 있어서의 漁業에 관한 權原의 形成도 ‘競爭의 請求(conflicting claims)’에서는 중요한 역할을 할 수 있다. 日本이 발견하여 領有하고 있는 太平洋상의 孤島인 오키노토리시마는 더블 침대만한 크기의 海礁인데도 日本은 200해리 排他的經濟水域을 주장하여 우리 나라 면적에 해당 하는 해역에 대한 排他的 管轄權을 行使하고 있다.

- 50) 獨島 周邊水域이라 함은 獨島가 생산해내는 潛在的 排他的經濟水域을 말하는 것이고, 이는 境界劃定의 방식과 技術에 따라 中間線 方式으로 결정되는 水域과 달라질 수 있다. 中間水域에는 中間線 方式에 의하여 표출되는 獨島 周邊水域에 들어가지 않는 부분도 있으나, 그 중요성은 그리 큰 것이 아니다.

더구나, 이른바 ‘排除條項’에 의해서 日本은 종래에 주장해온 獨島 領有權에 관한 立場을 사실상 그대로 유지하게 되었으며 이러한 사실이 간접적으로 인정된 것이다. ‘排除條項’에 의해서 간접적으로 인정되는 기득권은 과거의 것이지만, 이러한 ‘排除條項’은 미래에 대하여 적용이 없으므로 ‘排除條項’이 존속하는 한 漁業協定이 개정되거나 연장될 때마다 직전에 취득했던 既得權은 쌓여가는 것으로 볼 수 있다. 이러한 점에서 볼 때, ‘排除條項’은 獨島를 領有하고 있는 우리 나라보다 日本의 경우에 유리하다. 新 韓日漁業協定에서 獨島를 中間水域에 넣음으로써, 우리가 享有해 오던 獨島 周邊水域에 대한 우리의 排他的 主權의 權利는 半減된데다가, 獨島 周邊水域 問題로 말미암은 紛爭은 新 韓日漁業協定상 協議에 의해서 처리되지 않으면 궁극적으로 仲裁裁判에 의해서 해결되거나,⁵¹⁾ 아니면 유엔해양法協約의 強制的紛爭解決 節次에 따르게 되어 있다.⁵²⁾ 獨島 周邊水域 問題를 다루는 國際裁判廷에서도 獨島 領有權에 관련된 문제도 간접적으로 다루어질 가능성이 있다.

이상에서 살펴본 바와 같이, 新 韓日漁業協定에서 漁業 이외의 國際法的인 問題에 관하여 各 締約國의 立場을 害하지 않는다고 규정되었다고 하여, 漁業 이외의 일체 사항이 영향을 받지 않는 것은 결코 아니다. 漁業問題와 領土問題가 分離되어 전혀 영향이 없다는 정부의 설명과 달리, 그 영향은 실로 막대하다는 것을 알 수 있다. 獨島를 노리는 日本의 既存의 立場이 存在한다는 것을 사실상 인정하였으므로 紛爭狀態를 否認해온 우리의 입장에 영향을 받는 것이고, 排他的經濟水域을 가질 수 있는 潛在力를 갖춘 獨島의 周邊水域에 대한 權利와 利益을 日本과 均沾함으로써 우리의 權利와 利益이 그만큼 半減하는 것이니 國家의 主權의 利益의 享有에 대단한 損傷을 받은 것이며, 獨島의 領海가 中間水域에 包攝될 가능성을 열어 놓았으니, 獨島와 그 領海의 安全에 害가 될 수 있다. ‘排除條項’에 의하여 各 締約國의 立場을 害하지 않는다는 것은 ‘既存의 立場’이며 ‘앞으로의 立場’은 害할 수도 增加할 수도 있는 것이므로, 獨島를 領有하고 있는 우리는 新 韓日漁業協定에 의하여 오히려 損害를 보았거나 損害를 볼 가능성이 있는 것이다. ‘排除條項’이 존속하는 한, 漁業協定을 개정할 때마다 이러한 ‘既存의 立場’은 쌓여갈 것이므로, 日本은 累進적으로 이득을 볼 가능성이 있다.

IMF 管理體制하에서 실로 不平等하게 체결되었을 뿐더러 非合理的인 要素를 적지 않게 내포하고 있어서, 우리의 獨島 領有權에 기한 主權의 權利를 훼손시켰고, 日本의 사실적 기득권의 누진적 증가로 獨島에 대한 領有權마저 훼손시킬 가능성이 있는 新 韓日漁業協定은 廢棄시키거나 改正되어야 한다. 協商에 참가한 代表의 腐

51) 新 韓日漁業協定, 제13조.

52) 우리 나라는 아직 유엔해양法協約, 제298조에 따른 選擇의例外宣言을 하지 않고 있으므로, 海洋境界劃定이나 獨島周邊水域에 있어서의 歷史的 權原에 관한 紛爭은 韓日간 어느 한나라의 申請에 의해서도 強制的紛爭解決節次에 의해서 解決하도록 되어 있다.

敗나 越權行爲가 밝혀지거나, 우리 國內法 節次상 불법적인 날치기에 의한 批准同意案의 처리가 憲法裁判所에서 不法으로 決定되는 경우에는, 우리 政府는 이를 條約의 無效原因으로 援引할 수 있다.⁵³⁾ 또한, 新 韓日漁業協定은 規定상 3년의 有效期間이 설정되어 있고, 각 締約국은 期間 滿료 6개월 전에 終了 通告를 하여 條約을 終了시킬 수 있고, 그러하지 않는 한, 계속 效力을 갖는 것이므로, 新 韓日漁業協定이 發효한지 어언 1년이 되는 지금 우리는 條約 改正을 준비해야 한다. 現 協定內에 들어있는 不平等하고 非合理的인 要素를 明確히 제거하고 海洋生物資源을 最善으로 管理하고 利用하기 위한 方案을 마련해야 할 것이다.

53) Arts. 46, 47, 50, Vienna Convention on the Law of Treaties, U.N. Doc. A/CONF. 39/27, (1969), 8 ILM 679 (1969).

<Abstract>

Legal Problems Regarding Tokdo and Its Peripheral Waters in the 1999 Korea/Japan Fisheries Agreement

Sang-Myon Rhee*

One of the crucial issues in the 1999 Fisheries Agreement between Korea and Japan is whether the Joint Fishing Zone or the Intermediate Zone in the East Sea (or the Sea of Japan) would exert certain effects upon the legal status of Tokdo therein and its peripheral waters including the 12 mile territorial sea. The Zone was established as a kind of provisional arrangement as a result of the difficulties in negotiating maritime boundaries due to the territorial controversy between Korea and Japan. The Fisheries Agreement did not attach any formal name to the Zone, apparently because the two neighbors were unable to agree on the legal status of the Zone. The Korean government labeled it as an Intermediate Zone, whereas the Japanese government has called it as Provisional Zone or Joint Management Zone. This is because Japanese government has preferred a practical approach as provided in Art. 74 of the UN Convention on the Law of the Sea, wherein it is provided to the effect that any disputing States over the delimitation of maritime boundaries should make every effort to enter into provisional arrangements of a practical nature without prejudice to the final agreement; whereas the Korean government has rather opted for a neutral name. Since from the Korean point of view there is no dispute over the islet of Tokdo, which has been Korean territory since time immemorial except a brief period 1905-1945 under the Japanese occupation, it is natural that Korea would like to maintain the high seas status to the Zone as was provided in the 1965 Fisheries Treaty between Korea and Japan. The term "Provisional Zone", as it is called by the Japanese, might imply the existence of dispute over Tokdo. Many Japanese would rather call it a Joint Management Zone, because certain provisions regarding the

* Professor of Law, Seoul National University

system of the reciprocal watch over the compliance of the self-imposed rules might be interpreted as paving a way for possible joint management. Annex I (2) of the Fisheries Agreement states that each government may check whether the fishermen of the other contracting country really observe the various rules, established by their home country, respecting the recommendation by the Joint Fisheries Commission; and that the exposing party may transmit the names of the violators to the other side, so that the latter should deal with them and report the results back to the exposing party.

However, the Korean government has been uneasy over any mechanism of a possible joint management of the Zone, because it might encroach upon its sovereign rights over Tokdo. The Rhee Line, proclaimed in 1952 by the former Korean President Syngman Rhee, included Tokdo within the Korean Zone. The concept of the Korean Zone is similar to that of the Exclusive Economic Zone in the modern parlance. Many Koreans are also uneasy because Tokdo has been included in the Zone without any indication of its name or location. The Korean government has explained that Tokdo and its territorial sea are excluded from the Fisheries Agreement, because it deals with the matter of fisheries in the Exclusive Economic Zones, not with the matters in the territorial sea. The so-called "disclaimer clause" provided in Art. 15 of the Agreement also declares that no provision in the Agreement should be interpreted in prejudice to the position of a contracting party in international law other than the matter of fisheries. The provision might imply that Japan has indirectly recognised the Korean position over the islet; however, it might also imply that Korea has also indirectly recognised the fact that the Japanese also has a say. Inasmuch as Tokdo is located in the Intermediate Zone, it appears that Tokdo has now emerged as more of a disputed territory by the new Fisheries Agreement than before. The reason for this is because the negotiators of the Fisheries Agreement had paid more attention to the allocation of the maritime dimension than the resources. The negotiators in fact paid more attention to Tokdo than anything else at the negotiating table, despite the announced mutual efforts to separate the territorial issues from the fisheries. This produced mutual discontent, particularly of the fishermen in both countries. In any future negotiation, more attention should be paid to the fisheries management.