

대일강화조약 제2조가 한국에 미치는 효력

정재민

◀ 목 차 ▶

I. 서론

II. 조약의 제3자적 효력 존부

1. 대일강화조약 제2조 (a)와 제21조
2. 대일강화조약 제21조의 해석
3. 제3국에게 권리를 부여하는 조약규정의 유효성
4. 한국이 가지는 권리의 내용

III. 대세적 효력 존부

1. 객관적 체제를 창설하는 조약의 대세적 효력
2. 홍해 도서 분쟁에 대한 중재판정에서의 대세적 효력

IV. 결론

I. 서론

대일강화조약 제2조 (a)는 “일본은 한국의 독립을 승인하고 제주도, 거문도 및 울릉도를 포함한 한국에 대한 모든 권리, 권원 및 청구권을 포기한다.”라고 규정하고 있다. 이에 대해 일본 정부는 러스크 서한 등을 근거로 여기서 일본이 포기해야 하는 영토에 독도는 포함되지 않았다고 주장한다.¹⁾ 반면 한국 정부는 위 조항에 언급된 섬들은 한국의 3천여 개의 섬

1) 일본 외무성 홈페이지 “다케시마 문제를 이해하기 위한 10의 포인트” 중 7번,
http://www.mofa.go.jp/region/asia-paci/takeshima/pamphlet_k.pdf, 2013. 3. 11. 방문.

들의 예시에 불과하고, 카이로 선언과 SCAPIN 제677호 등에 나타난 연합국들의 의사를 감안할 때 제2조 (a)에 독도가 포함되어 있다는 입장이다.²⁾ 이와 관련하여 양국의 학계에서도 대일강화조약 제2조 (a)의 해석에 대한 많은 연구가 이루어졌다.³⁾

양국 정부의 위와 같은 논쟁만 보면 대일강화조약 제2조의 법적 효력이 한국에 미치는 것을 전제로 하고 있는 듯한 '인상'을 준다. 그런데 조약은 당사국만을 구속하는 것이 원칙이고 한국은 대일강화조약의 당사국이 아니다. 그렇다면 한국은 대일강화조약 제2조 (a)의 법적 효력을 받지 않는 것인가? 아니면 다른 어떠한 법률적 근거로 인해 그 법적 효력이 한국에도 미치는 것인가?⁴⁾

만약 대일강화조약이 한국에 대해 법적 효력을 미치지 않는다면 일본이 자국의 독도 영유권의 근거로 대일강화조약 제2조를 내세우고 있는 것의 설득력이나 한국이 대일강화조약 제2조 (a)의 해석 논쟁에 몰두해야 할 필요성은 현저히 감소할 수밖에 없다. 반대로 제2조가 한국에 대해 법적 효력을 미친다면 그 효력의 근거와 내용은 무엇인지, 그 효력과 대일강화조약 제2조의 해석과는 어떤 관계가 있는지가 문제된다. 제2조 (a)가 한국에게 법적 효력을 미치는지 여부에 대한 답은 한국과 관련이 있는 대일강화조약의 다른 조항들에 적용될 수도 있다.

이에 본 논문에서는 대일강화조약 제2조 (a)가 한국에게 법적 효력을 미치는지 여부를 두 가지 법리의 측면에서 검토해보고자 한다. 첫 번째는 소위 조약의 제3자적 효력이고 두 번째는 소위 대세적 효력이다.

2) 대한민국 외교교통상부 독도 홈페이지 “독도에 관한 일문일답(Q&A)” 중 13번 “1951년 샌프란시스코 강화조약은 독도에 관해 어떻게 규정하고 있나요?”에 대한 답변, <http://dokdo.mofat.go.kr/page.do?page=00201>, 2013. 3. 11. 방문.

3) 독도 영유권과 관련한 대일강화조약 제2조 (a)의 해석론에 대해서는 박관숙, 『獨島의 法的地位에 관한 研究』, 박사학위논문, 연세대학교, 1968, 70-72쪽, 백충현, “國際法上으로 본 獨島研究”, 『獨島研究』(韓國近代史料研究協議會, 1985), 438-439쪽, 김명기, “對日講和條約 第2條에 관한 研究”, 『국제법학회논총』, 제41권, 제2호 (1996), 1-14쪽, 김병렬, “對日講和條約 第2條의 解釋”, 『국제법학회논총』, 제43권, 제1호 (1998), 17-38쪽, Seokwoo Lee, *International Law and The Resolution of Territorial Disputes over Islands in East Asia*, D.Phil., University of Oxford., 2001, pp.231-282, 이석우, “독도분쟁과 샌프란시스코 평화조약의 해석에 관한 소고”, 『서울국제법연구』, 제9권, 제1호 (2002), 121-137쪽, 이석우, 『일본의 영토분쟁과 샌프란시스코평화조약』(인하대학교 출판부, 2003), 121-136쪽, 김채형, “샌프란시스코평화조약상의 독도영유권”, 『국제법학회논총』, 제52권, 제3호 (2007), 103-124쪽, 박현진, “대일강화조약과 독도영유권”, 『국제법평론』, 제2호 (2008), 125-146쪽 등 참조.

4) 이 문제에 대하여 언급한 경우로는 이석우, 전계논문, 127-129쪽 및 전게서 74-76쪽, 김병렬, 전계논문, 37-38쪽, 김명기, 전계논문, 10-13쪽, 박현진, 전계논문, 135-137쪽, 정민정, “독도 문제의 국제사법재판소 회부를 둘러싼 쟁점 및 대응방안”, 『국제법학회논총』, 제58권 제1호 (2013), 123쪽 등 참조.

II. 조약의 제3자적 효력 존부

1. 대일강화조약 제2조 (a)와 제21조

대일강화조약 제2조 (a)는 “일본은 한국의 독립을 승인하고 제주도, 거문도 및 울릉도를 포함한 한국에 대한 모든 권리, 권원 및 청구권을 포기한다.”라고 규정하고 있다. 문언상으로 볼 때 이는 일본의 의무만 규정한 것이지 이 조항에서 한국의 권리나 의무를 도출할 수는 없다. 일방의 의무를 규정한 것을 두고 타방의 권리가 도출된다고 해석하기도 하지만 이는 그 일방과 타방이 모두 조약 당사국인 경우어나 가능한 해석이다.

제2조에 대한 한국의 권리와 관련하여 주목할 만한 규정이 바로 대일강화조약 제21조이다. 동조는 “본 조약 제25조의 규정에도 불구하고, 중국은 본 조약 제10조와 제14(a)2조에 관한 이익을 가질 권리를 취득하고, 한국은 제2, 4, 9, 12조의 이익을 가질 권리를 취득한다.”⁵⁾고 규정하고 있다. 이는 소위 제3국에게 권리를 부여하는 조약규정에 해당한다. 그렇다면 제21조를 근거로 한국은 제2조의 이익을 가질 권리를 취득했다고 주장할 수 있는가? 문언상으로는 일견 긍정적으로 보이지만⁶⁾ 최종 결론을 내리기 위해서는 조약법상 해석의 원칙에 입각해서 따져보아야 한다.

2. 대일강화조약 제21조의 해석

1969년 조약법에 관한 비엔나 협약(이하 ‘조약법협약’이라 한다.)은 소급효가 없으므로⁷⁾ 1951년 9월 8일 체결된 대일강화조약에 적용될 수 없다. 그러나 조약의 해석에 관한

5) 원문은 다음과 같다. Notwithstanding the provisions of Article 25 of the present Treaty, China shall be entitled to the benefits of Articles 10 and 14(a)2 and Korea to the benefits of Articles 2, 4, 9 and 12 of the present Treaty.

6) 박관숙, 『獨島의 法的 地位에 관한 研究』, 박사학위논문, 연세대학교, 1968, 23-24쪽은 대일강화조약 제21조의 문언을 근거로 곧바로 한국이 대일강화조약 제2조의 이익을 가질 권리를 가지게 되었다고 전제하고 있다.

7) 조약법협약 제 4 조(협약의 불소급)은 “이 협약과는 별도로 국제법에 따라 조약이 복종해야 하는 이 협약상의 규칙의 적용을 침해함이 없이, 이 협약은 그 발효 후에 국가에 의하여 체결되는 조약에 대해서만 그 국가에 대하여 적용된다.”고 규정하고 있다.

원칙을 규정한 제31조는 국제관습법을 반영한 것이므로⁸⁾ 대일강화조약의 해석에도 적용될 수 있다. 조약법협약 제31조에 따르면 조약은 문언의 통상적 의미, 문맥, 조약의 대상과 목적(제1항), 문맥 파악을 위한 당사국간의 관련 합의나 수락 문서(제2항), 추후의 합의와 관행 및 국제법의 관계규칙(제3항), 당사국들이 부여하기로 의도한 특별한 의미(제4항) 등을 종합하여 해석되어야 한다.

아울러 제3국에게 권리를 부여하는 조약규정을 해석할 때 특별히 참고해야 할 판례가 있다. PCIJ는 German Interests in Polish Upper Silesia 사건에서 의심스러운 때에는 제3국에게 권리가 도출되지 않는다고 하였다.⁹⁾ 이어서 Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex 사건에서는 제3국에게 우호적인 규정이라고 해서 제3국에게 권리를 부여하는 것이라고 가볍게 추정되어서는 안 된다고 판시하였다.¹⁰⁾ 이에 따르면 제21조가 한국에게 권리를 부여했다고 인정하기 위해서는 그 점이 의심의 여지가 없어야 하고, 가볍게 추정되어서도 안 된다. 이런 점에도 유념해서 조약법상의 해석원칙에 따라 대일강화조약 제21조가 한국에게 제2조에 관한 법적 권리를 부여한 것인지를 해석해보고자 한다.

먼저 제21조의 문언에 부여되는 통상적 의미를 살펴보자. 제21조 “본 조약 제25조의 규정에도 불구하고, 중국은 본 조약 제10조와 제14(a)2조에 관한 이익을 가질 권리를 취득하고, 한국은 제2, 4, 9, 12조의 이익을 가질 권리를 취득한다.” 중에서 가장 핵심적인 문언은 바로 “권리를 취득한다(shall be entitled)”라는 부분이다. “entitle”의 통상적 의미는 “to give someone the right to have or to do something”이다¹¹⁾. “entitle”은 다른 문맥에서도 법적 권리를 부여하는 취지로 사용된다.¹²⁾ 따라서 제21조의 문언상으로는 한국

8) Oliver Dörr, “Article 31”, “Article 33”, in Oliver Dörr and Kirsten, Schmalenbach(ed.), *Vienna Convention on the Law of Treaties A Commentary* (Springer, 2012), p.523.

9) “A treaty only creates law as between the States which are parties to it ; in case of doubt, no rights can be deduced from it in favour of third States.” PCIJ, Series A, No. 7(1926), p.29. 이 판시는 이후 Chorzow Factory 사건에서 재확인되었다. PCIJ, Series A, No. 17(1928), p.45.

10) “It cannot be lightly presumed that stipulations favourable to a third State have been adopted with the object of creating an actual right in its favour.” PCIJ, Series AB, No. 46(1932), p.147.

11) Oxford Advanced Learner’s Dictionary 8th Edition (Oxford University Press, 2010), “entitle”.

12) 조약법에 관한 하버드 초안 제18조 (b)에서도 “If a treaty contains a stipulation which is expressly for the benefit of a State which is not a party or a signatory to the treaty, such State is entitled(밀줄은 필자) to claim the benefit of that stipulation so long as the stipulation remains in force between the parties to the treaty”라고 하여 “entitle”이 법적 권리를 부여하는 의미로 사용되었다. *German Interests in Polish Upper Silesia* 사건에 대한 PCIJ의 판시에서도 “In these circumstances, it is not necessary to consider the question whether Poland, assuming that she could be regarded as a Party to the agreements in question, could rely on them, in spite of the fact that she is not entitled(밀줄은 필자) to reparations under Article 232 of the Treaty of Versailles”라고 하여 “entitle”이 같은 의미로 사용되었다. PCIJ,

이 제2조의 이익을 가질 법적 권리를 취득한다고 해석할 수 있다. 문맥을 살펴보다더라도 이러한 해석을 방해할 부분을 찾기 어렵다.

위 조항의 대상과 목적 및 당사국간의 관련 합의 등을 확인하기 위해서는 위 조항이 탄생하게 된 경위를 살펴보는 것이 유용하다. 주지하다시피 한국은 대일강화조약의 당사국이 되고자 많은 외교적 노력을 기울였으나 결국 성공하지 못했다. 당초 미국은 한국에게 당사국 자격을 인정해주는데 대해서 긍정적인 태도를 취했으나 영국과 일본은 강하게 반대했다.¹³⁾ 런던에서 1951년 6월 2일부터 14일까지 개최된 대일강화조약을 위한 제2차 영미회담에서 영국과 미국은 한국에게 당사국의 지위를 인정하지 않는 대신 대일강화조약의 제2조 등의 이익을 받는 권리를 부여하기로 합의하였다. 이에 따라 1951년 6월 14일자 제2차 영미합동초안에서 제21조로 “한국은 현 조약 제2조, 제9조, 제12조의 이익을 취할 권리를 부여받을 것이다.”라는 조항이 신설된 것이다.¹⁴⁾ 이러한 사정을 고려하면 대일강화조약 제21조가 한국에게 제2조에 관한 이익을 가질 법적 권리를 부여하였다는 것이 한층 더 명확해진다.

한편 대일강화조약 제25조¹⁵⁾를 근거로 한국이 대일강화조약 하에서 권리를 가질 수 없다고 보는 경우도 있다. 제25조가 동 조약 하에서 특정한 권리를 향유하기 위해서는 조약에 명시적으로 가입하거나 동 조약 제23조에 열거된 국가들에 해당되어야 한다고 규정함으로써 비당사국들이 동 조약에 근거해서 어떠한 권리를 주장하거나 행사할 수 있는 여지를 전적으로 제한하고 있다는 것이다.¹⁶⁾

그러나 대일강화조약 제25조 후문은 “제21조에 따를 것을 조건으로(Subject to the provisions of Article 21)”라고 규정하여 제21조의 취지를 훼손하지 않는 범위 내에서 제25조가 적용된다는 것을 전제로 하고 있다. 다시 제21조에서는 “제25조에도 불구하고

Series A, No. 7(1926), p.29.

13) 그 이유로는 한국이 제2차 세계대전 중 일본과 교전국의 지위에 있지 않았다는 점, 일본에 머물고 있는 한국인들 대다수가 공산주의자들인데 한국이 당사국이 된다면 이들의 지위도 보장해야 하는 문제가 생긴다는 점, 한국이 일본에 대하여 과도한 배상을 요구함으로써 대일강화조약의 체결을 방해할 우려가 있다는 점 등이 제시되었다. 정병준, 『독도 1947』 (돌베개, 2011), 591-598쪽.

14) Ibid. 613-617쪽.

15) 대일강화조약 제25조는 다음과 같다. For the purposes of the present Treaty the Allied Powers shall be the States at war with Japan, or any State which previously formed a part of the territory of a State named in Article 23, provided that in each case the State concerned has signed and ratified the Treaty. Subject to the provisions of Article 21, the present Treaty shall not confer any rights, titles or benefits on any State which is not an Allied Power as herein defined; nor shall any right, title or interest of Japan be deemed to be diminished or prejudiced by any provision of the Treaty in favour of a State which is not an Allied Power as so defined.

16) 이석우, 전게서, 75-76쪽, 전계논문, 128-129쪽.

(Notwithstanding the provisions of Article 25 of the present Treaty)”라고 규정하여, 제21조의 취지가 제25조에 의해 영향을 받지 않는다는 것을 재차 분명히 하고 있다.¹⁷⁾ 따라서 제25조는 제21조가 한국에게 제2조의 이익을 가질 권리를 부여하는 것을 부정하는 근거가 될 수 없고 오히려 제21조의 취지를 보다 뚜렷하게 해준다.

3. 제3국에게 권리를 부여하는 조약규정의 유효성

조약법협약 제31조 제3항 (c)는 조약을 해석하는데 있어서 당사국간의 관계에 적용될 수 있는 국제법의 관계 규칙도 참작해야 한다고 규정하고 있다. 여기서 “국제법의 관계 규칙”이라는 것은 조약, 국제관습, 법의 일반원칙 등을 모두 포함하는 것이다.¹⁸⁾ 그렇다면 한국이 대일강화조약 제21조에 기해서 제2조의 이익을 가질 법적 권리를 취득하기 위해서는 “국제법의 관계 규칙”상 제3국에게 권리를 부여하는 조약규정의 유효성이 인정되어야 한다.

제3국에게 권리를 부여하는 조약규정에 대해서 규정하고 있는 조약법협약 제36조¹⁹⁾에 비추어 조약법협약상 제3국에게 권리를 부여하는 조약규정의 유효성이 인정되는 것은 분명하다. 그러나 조약법협약은 앞서 언급한 바와 같이 소급효가 없기 때문에 1951년 9월 8일에 체결된 대일강화조약에는 적용되지 않는다. 그런데 대일강화조약 체결 당시의 국제관습법상 제3국에게 권리를 부여하는 조약규정의 유효성에 대해서는 후술하듯 약간의 논란이 있다. 여기서 대일강화조약 제21조에 적용될 국제관습법이 대일강화조약의 체결 당시의 국제관습법인지, 아니면 현재의 국제관습법인지, 즉, 시제법의 문제도 생긴다. 팔마스 섬 사건의 중재판정은 권리의 발생은 권리가 발생할 당시에 유효한 법에 따르고, 권리의 존속은 법의 발전에 따라 요구되는 조건들을 따라야 한다고 보았다.²⁰⁾

17) 김대순, 『국제법론』 (삼영사, 2013), p.181도 대일강화조약 제21조와 제25조가 서로 연계되어 있으므로 함께 읽어야 한다고 지적하고 있다.

18) 박현석, “조약해석상 ‘국제법의 관련 규칙’의 참작”, 『국제법학회논총』, 제54권, 제3호 (2009), 207쪽.

19) 제 36 조 (제3국에 대하여 권리를 규정하는 조약)

① 조약의 당사국이 제3국 또는 제3국이 속하는 국가의 그룹 또는 모든 국가에 대하여 권리를 부여하는 조약규정을 의도하며 또한 그 제3국이 이에 동의하는 경우에는, 그 조약의 규정으로부터 그 제3국에 대하여 권리가 발생한다. 조약이 달리 규정하지 아니하는 한 제3국의 동의는 반대의 표시가 없는 동안 있는 것으로 추정된다.

② 상기 1항에 의거하여 권리를 행사하는 국가는 조약에 규정되어 있거나 또는 조약에 의거하여 확정되는 그 권리행사의 조건에 따라야 한다.

20) *Island of Palmas Case* (Netherland v. USA), 4 April 1928, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. II, p.845, “... a juridical fact must be appreciated in the light of the law contemporary with it, and not of the law in force at the time when a dispute in regard to it arises or falls to be settled. ... The same

이에 입각할 때 한국이 대일강화조약 제21조에 기하여 권리를 취득하기 위해서는 대일강화조약 체결 당시의 국제관습법상 제3국에게 권리를 부여하는 조약규정의 유효성이 인정되어야 한다. 그리고 나면 조약법협약이 탄생한 이후부터는 제3국에게 권리를 부여하는 조약규정의 유효성이 널리 인정되고 있으므로 그 권리를 지속하는 데 별다른 법률적 장애가 없다고 볼 수 있다.

그렇다면 대일강화조약 체결 당시의 국제관습법은 제3국에게 권리를 부여하는 조약규정을 어떻게 취급하였는가?²¹⁾ 그 당시에 조약에 제3국에게 권리를 부여하는 조약규정을 들 수 있다는 점 자체에 대해서는 이견이 없었으나 이러한 조약규정을 근거로 제3국이 법적 권리를 취득할 수 있는지에 대해서는 반대 의견들도 있었다. 그 근거로는 이러한 조약규정이 주권평등의 원칙을 침해한다는 점, 제3국은 당사국들에게 조약상의 권리의 이행을 강제할 수 없고 조약 당사국들은 제3국의 의사와 무관하게 언제든지 그 권리를 폐지할 수 있으므로 제3국은 이익을 누릴 수 있을 뿐이지 권리를 가질 수는 없다는 점²²⁾, 제3국이 권리를 취득한다는 것을 뒷받침할 수 있는 실행들이 충분치 않다는 점²³⁾ 등이 제시되었다.

principle which subjects the act of creative of a right to the law in force at the time of the rights arises, demands that the existence of the right, in other words its continued manifestation, shall follow the conditions required by the evolution of law" 참조.

- 21) 그 당시에 조약이 원칙적으로 당사국이 아닌 제3국에 대해서는 유익하지도 않고 유해하지도 않다는 *Pacta tertiis nec nocent nec prosunt* 법원은 법원칙으로 확립되어 있었다. 조약이 제3국의 동의 없이는 제3국에게 의무를 부과하거나 권리를 부여할 수 없다는 원칙도 국제관습법으로 확립되어 있었다. 다만 제3국에게 권리를 부여하는 조약규정을 근거로 제3국이 권리를 유효하게 취득할 수 있는지, 제3국이 권리를 취득한 경우 조약 당사국들이 제3국의 동의 없이 임의로 박탈할 수 있는 것인지, 제3국의 동의를 이론적으로 어떻게 구성해야 하는지 등에 대해서는 이견이 있었다. McNair, *Law of Treaties* (Oxford University Press, 1961), pp.309-315, Eduardo Jiménez de Aréchaga, "Treaty Stipulations in Favor of Third States", 50 *AJIL* 338, 1956, pp.340-349, Alexander Proelss, "Article 34", *supra* note 8, pp.605-607.
- 22) Alexander Proelss, "Article 36", *supra* note 8, p.667. 김명기, 전제논문, 11-13쪽은 조약 중에 제3국의 동의 없이 수혜 조항을 변경하지 못한다고 규정하거나 규정위반에 대하여 제3국에게 제소권을 인정한 규정이 있는 경우에만 제3국에게 권리를 부여한 것이고 그렇지 않으면 반사적 이익을 부여한 것에 불과하다고 한다. 대일강화조약 제2조의 경우에는 한국의 동의 없이 제2조를 변경하지 못한다는 규정이 없으므로 한국에게 권리를 부여한 것이 아니라고 한다. 이 주장은 상기 반대 근거와 유사한 맥락에서 비롯된 것으로 보인다. 그러나 제3국에게 권리를 부여하는 조약규정이 있더라도 제3국이 이러한 권리를 의무적으로 수락해야 하는 것은 아니므로 주권평등의 원칙을 침해하는 것은 아니다. 또한 현재 국제법상 인정되는 다른 권리들을 살펴보더라도 그 모든 권리들을 강제할 수 있는 것은 아니다. 다자조약에서 비롯된 권리들의 경우에는 그 다자조약의 개폐로 권리가 폐지되거나 변경되기도 하므로 폐지나 개폐가 불가능해야만 권리로 인정받을 수 있는 것도 아니다. 따라서 위와 같은 이유로 제3국이 권리를 취득할 수 없다고 볼 수는 없다.
- 23) McNair, *supra* note 21, p.315는 당시 조약이 제3국에게 의무를 부과할 수 없다는 법리를 뒷받침하는 판결례 등 실행들은 폭넓게 찾아볼 수 있지만 제3국이 조약으로 인해 권리를 취득할 수 있다는 법리를 뒷받침하는 실행은 명확하게 확립되지 않았다고 한다.

그러나 어떤 조약 규정이 제3국에게 권리를 부여한 것인지 권리에 해당하지 않는 이익만을 부여한 것인지는 개별 조약 규정의 해석의 문제일 뿐이다.²⁴⁾ 근본적으로 당사국들이 자발적으로 제3국에게 법적 권리를 부여하는 것을 금지할 수 있는 법적인 장애 사유를 찾기 어렵다.²⁵⁾ 베르사유조약 제308조를 비롯한 여러 규정들, 국제운하에서의 자유통항권을 설정하는 조약들, 유엔 헌장 제32조 및 제35조 제2항 등에서 보듯이 당시의 국가관행들도 이미 조약을 근거로 제3국이 법적 권리를 취득하는 것을 허용하고 있었다.²⁶⁾ 당시 각국의 국내법에서도 제3자 권리 부여 약정이 규정되어 있으므로 이는 일종의 법의 일반원칙이라고도 볼 여지도 있다.²⁷⁾ 1935년의 조약법에 관한 하버드 초안에서도 제3국이 권리를 취득할 수 있는 것으로 규정하고 있었다.²⁸⁾ 이러한 점들을 고려할 때 대일강화조약이 체결될 당시의 국제관습법상으로도 조약이 제3국에게 권리를 부여한 경우 그 제3국은 이를 근거로 유효하게 법적 권리를 취득할 수 있었음을 알 수 있다.

앞서 살펴본 조약법상의 해석원칙에 따른 해석 결과를 종합해 보면, 대일강화조약 제21조는 한국에게 대일강화조약 제2조의 이익을 가질 법적 권리를 부여하였다고 볼 수 있다.

4. 한국이 가지는 권리의 내용

당시의 국제관습법에 의하더라도 조약이 제3국에게 권리를 부여할 수는 있지만 제3국이 이를 수락하지 않으면 법이 제3국에게 권리 취득을 강요할 수는 없다.²⁹⁾ 그렇다면 한국은

24) Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex 사건에서 PCIJ도 "The question of the existence of a right acquired under an instrument drawn between other States is therefore one to be decided in each particular case : it must be ascertained whether the States which have stipulated in favour of a third State meant to create for that State an actual right which the latter has accepted as such"라고 하였다. Series AB, No. 46(1932), pp.147-148.

25) Special Rapporteur Waldock, Third Report of the Law of Treaties, *Yearbook of the International Law Commission*, vol.II(1964), p.21. PCIJ도 Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex 사건에서 국가들이 조약을 통해서 제3국에게 실제적인 권리를 창설하는 것을 막을 수 없다고 하였다. "It cannot be lightly presumed that stipulations favourable to a third State have been adopted with the object of creating an actual right in its favour. There is however nothing to prevent the will of sovereign States from having this object and this effect." Series AB, No. 46(1932), p.147.

26) Eduardo Jiménez de Aréchaga, *supra* note 21, pp.349-351, Alexander Proelss, *supra* note 8, pp.666-667.

27) Eduardo Jiménez de Aréchaga, *supra* note 21, pp.346-349.

28) 하버드 초안 Article 18 (b)조의 원문은 다음과 같다. If a treaty contains a stipulation which is expressly for the benefit of a State which is not a party or a signatory to the treaty, such State is entitled to claim the benefit of that stipulation so long as the stipulation remains in force between the parties to the treaty.

29) Alexander Proelss, *supra* note 8, pp.606-607.

제21조의 권리를 명시적 또는 묵시적으로 수락한 것인가?

한국 정부는 일본에 보낸 1959년 1월 7일자 각서에서 “우리의 견해는 일본국이 한국의 독립을 승인하고 또한 원래의 한국 영토 일체를 대한민국에 반환할 것을 연합국에 엄숙히 약속하였으며 동시에 대한민국은 권리로서 제2조의 이익을 주장할 수 있다는 것이다.”라고 하였다.³⁰⁾ 비록 여기서 대일강화조약 제21조가 언급되지는 않았지만 다른 특별한 반대 사정이 없는 이상 이것은 한국이 제2조의 이익을 받을 권리를 수락하였음을 의미한다고 볼 수 있을 것이다.

대일강화조약 제21조를 근거로 한국이 가지는 권리의 내용은 무엇인가? 일차적으로는 제2조 (a)에 따라 일본이 포기해야 하는 ‘제주도, 거문도, 울릉도를 포함한 한국에 대한 모든 권리, 권원 및 청구권을 가질’ 권리라고 할 수 있다. 여기서 더 나아가서 한국이 일본에게 위와 같은 권리 등을 ‘포기할 것을 청구할 수 있는’ 권리도 있다고 볼 수 있는지에 대해서는 문언상 모호한 점이 있어서 견해가 갈릴 수 있을 것이다.

한국이 제2조의 (a)의 이익을 가질 권리를 가진다고 해서 독도 영유권과 관련하여 제2조 (a)가 한국에게 이익이 되는 방향으로 해석이 되어야 한다고 주장할 수 있는 것은 아니다. 제21조의 취지는 제2, 4, 9, 12조를 해석한 결과 한국에게 이익이 되는 부분이 있는 경우에 그것에 대해 한국이 반사적 이익이 아니라 법적인 권리를 가진다는 취지이지 제2, 4, 9, 12조에 대한 해석 자체가 한국에게 유리하게 이루어져야 한다는 취지는 아니기 때문이다.

이 권리의 내용을 독도 영유권을 둘러싼 대일강화조약 제2조 (a)의 해석과의 관계에서 살펴보자. 먼저, 제2조 (a)가 독도를 한국령으로 결정한 것으로 해석될 경우 한국은 독도를 포함한 한국 영토에 대한 권리 등을 가지게 되고 일본에게는 한국의 독도를 포함한 영토에 대한 권리를 인정해야 하는 의무가 발생한다.

반대로 대일강화조약 제2조 (a)가 독도를 일본령으로 결정한 것으로 해석될 경우³¹⁾ 한국이 제21조에 기하여 가지는 권리에는 독도에 대한 권리나 권원 등이 포함될 수 없다. 그러나 그렇다고 해서 대일강화조약상 한국에게 일본의 독도 영유권을 인정해야 하는 의무가 발생하는 것은 아니다. 한국은 대일강화조약의 당사국이 아닐 뿐만 아니라 제2조 (a)가 한국에게 의무를 부여하는 조약규정이 아니기 때문이다. 다만 독도 영유권에 대한 사법적 판단이 이루어질 경우를 가정할 때 대일강화조약이 독도를 일본령으로 결정했다는 점이 정황적인 근거로서 영향을 미칠 가능성은 제기될 수 있다.³²⁾

30) 외무부, 『독도관계자료집』 (I)-왕복외교문서(1952-76), 1977, p.196.

31) 이것은 대일강화조약 제2조에서 독도가 일본령으로 인정되었다고 전제하는 것이 전혀 아니고, 단지 이론적 검토를 위해 가정한 것에 불과하다.

대일강화조약 제2조 (a)가 독도 영유권에 관한 결정을 내리지 않은 것으로 해석될 경우에도 한국이 제21조에 기하여 독도에 관한 권리를 주장할 수는 없다. 이 경우에는 일본도 제2조 (a)를 근거로 독도에 대한 영유권을 주장할 수는 없다.

III. 대세적 효력 존부

대일강화조약 제2조 (a)와 관련하여 이 조항이 대세적 효력이 있다고 주장하는 경우들도 적지 않다. 앞서 살펴본 바와 같이 대일강화조약 제21조에 의할 때에는 한국이 권리만을 가지는데 반해 제2조 (a)에 대세적 효력이 있다면 한국은 권리와 의무를 모두 가지게 될 것이다. 그런데 과연 제2조 (a)는 대세적 효력을 가질 수 있는 것인가?

1. 객관적 체제를 창설하는 조약의 대세적 효력

대세적 의무(erga omnes)를 가지는 객관적 체제(objective regimes)를 창설하는 조약에 관한 논의가³³⁾ 있다. 이에 입각하여 대일강화조약도 동북아 영토에 관한 객관적 체제를 창설하는 조약에 해당한다고 보아 대세적 효력을 가진다고 할 수 있는가?³⁴⁾

먼저 주지하다시피 국제법위원회가 1969년 조약법협약을 기초하는 과정에서 특별보고

32) *Case concerning Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2001*, pp.91-92, paras.163-165. 스카핀 677호의 법적 함의도 이런 차원에서 평가될 수 있다고 본다.

33) Francesco Salerno, "Treaties Establishing Objective Regimes", in Enzo Cannizzaro (ed.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention* (Oxford Univ. Press, 2011). pp.225-243, A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice* 2nd ed. (Cambridge University Press, 2007), pp.258-259, Rosenne, *Developments in the Law of Treaties* (Cambridge University Press, 1989), pp.73-74, Maurizio Ragazzi, *The Concept of International Obligations Erga Omnes* (Clarendon Press Oxford, 2000), pp.37-41, Alexander Proelss, "Article 34", *supra* note 8, pp.622-642.

34) 이석우, 전계논문, 127-129쪽 및 전게서 74-76쪽은 일부 국가들이 대세적 효력을 창설한다는 것 자체가 수용되기 어렵고, 대일강화조약 작성자들의 의사에 비추어 비체약국들에게 객관적 체제의 적용을 상정하고 있다고 보기 어렵다고 한다. 박현진, 전계논문, 135-137쪽은 수에즈 운하와 같은 국제수로, 우주 또는 스텔바드 체제 등만이 객관적 체제에 해당한다는 이유로 대일강화조약의 영토 조항은 객관적 체제에 해당하지 않는다고 한다. 정민정, 전계논문, p.123은 평화조약이 일반적으로 국제 레짐을 형성하는 조약이라고 보아서 대일강화조약도 제3국의 동의 없이도 제3국에 대하여 의무 또는 권리를 창설할 수 있다고 한다.

자 Humphrey Waldock이 객관적 체제를 창설하는 조약에 관한 규정을 포함시키려고 시도한 바 있었다. 그러나 이를 인정할 경우 일부 강대국들이 자신들의 의사를 국제사회의 다른 구성원들에게 강제할 위험이 있다는 등의 반대 의견이 적지 않아 좌절되었다. 이후 1978년 국가 승계에 관한 비엔나 협약을 기초하는 과정에서도 객관적 체제를 창설하는 조약에 관한 논의가 재연되었다. 그 결과 상당한 논란과 수정을 거쳐 국경 체제(제11조)³⁵⁾와 영토적 체제(제12조)³⁶⁾에 대한 조약에 관한 규정이 삽입되었다. 하지만 이는 국가승계의 경우에만 적용되는 것일 뿐만 아니라 국가승계에서의 승계국은 조약의 제3국이 아니므로 이를 두고 객관적 체제를 창설하는 조약이라는 범주가 일반적으로 받아들여졌다고 볼 수는 없다.³⁷⁾

학계에서도 객관적 체제를 창설하는 조약에 대해서는 여전히 논란이 있는 상태이다.³⁸⁾ 일부 학자들은 여전히 객관적 체제를 창설하는 조약이 대세적 효력을 발휘하는 현실을 부인할 수 없고 그 밖의 효용들이 있다는 등의 이유로 대세적 효력을 가지는 객관적 체제를 창설하는 조약의 범주를 인정해야 한다고 주장하기도 한다.³⁹⁾

물론 Åland Islands의 비무장화에 관한 조약이나 수에즈 운하에 관한 조약 등 대세적 효력을 부정하기 어려운 경우들도 있다. 그렇다고 해서 대세적 효력을 오로지 '객관적 체제를 창설하는 조약'의 틀로만 설명할 수 있는 것은 아니다.⁴⁰⁾ 객관적 체제를 창설하는 조약

35) Article 11 Boundary regimes

A succession of States does not as such affect:

- (a) a boundary established by a treaty; or
- (b) obligations and rights established by a treaty and relating to the regime of a boundary.

36) Article 12 Other territorial regimes

1. A succession of States does not as such affect:

- (a) obligations relating to the use of any territory, or to restrictions upon its use, established by a treaty for the benefit of any territory of a foreign State and considered as attaching to the territories in question;
- (b) rights established by a treaty for the benefit of any territory and relating to the use, or to restrictions upon the use, of any territory of a foreign State and considered as attaching to the territories in question.

2. A succession of States does not as such affect:

- (a) obligations relating to the use of any territory, or to restrictions upon its use, established by a treaty for the benefit of a group of States or of all States and considered as attaching to that territory;
- (b) rights established by a treaty for the benefit of a group of States or of all States and relating to the use of any territory, or to restrictions upon its use, and considered as attaching to that territory.

37) Francesco Salerno, *supra* note 33, pp.227-228, Rosenne, *supra* note 33, pp.74-75, Maurizio Ragazzi, *supra* note 33, pp.37-40, Alexander Proelss, "Article 34", *supra* note 8, pp.624-627.

38) Maurizio Ragazzi, *supra* note 33, p.41, Alexander Proelss, "Article 34", *supra* note 8, p.628.

39) Francesco Salerno, *supra* note 33, pp.225-243.

이 대세적 효력을 가진다는 것은 현상 그대로를 기술한 순환론에 불과하기 때문에 그런 조약이 무슨 근거로 대세적 효력을 가지는가 하는 문제는 또 다시 제기된다.

객관적 체제를 창설하는 조약이 널리 받아들여진다고 하더라도 대일강화조약의 영토 조항이 이러한 유형의 조약에 해당하는지는 의문이다. 특별보고자 Waldock에 따르면 객관적 체제를 창설하는 조약이 되기 위해서는 당사국들이 국제공동체의 일반적인 이익(*general interest*)과 관련하여 객관적 체제를 창설할 의도가 있어야 한다.⁴¹⁾ 그러나 대일강화조약의 경우 한국, 중국, 대만, 소련 등 구 일본을 둘러싼 영토에 대하여 주요 이해관계를 가지는 국가들이 체결 과정에서 모두 배제되었다. 특히 중국은 1951년 8월 15일과 9월 18일 두 차례에 걸쳐 명시적으로 대일강화조약의 효력을 부정하였고 이러한 입장은 조어도 문제와 관련하여 지금까지도 변함이 없다.⁴²⁾ 대일강화조약의 핵심 당사국인 일본은 러시아에 대하여 쿠릴 열도의 영유권과 관련하여 대일강화조약의 문언과 다른 주장을 하고 있다.⁴³⁾ 앞서 본 바와 같이 대일강화조약 제2조와 관련하여 한국과 일본도 서로 이견을 가지고 있다. 이런 상황들을 고려할 때 대일강화조약의 당사국들이 일본을 중심으로 한 동북아시아의

40) Alexander Proelss, "Article 34", *supra* note 33, pp.628-642는 기존에 객관적 체제를 창설하는 조약의 예들로 알려진 대부분의 조약들에 대해서 그 효력의 근거를 다른 방식으로 설명해내고 있다.

41) Special Rapporteur Waldock, Third Report of the Law of Treaties, *Yearbook of the International Law Commission*, vol.II(1964), p.26.

42) 중화인민공화국 외교부 홈페이지 "The issue of Diaoyu Dao"의 "Full Text: Diaoyu Dao, an Inherent Territory of China" 중 "On August 15, 1951, before the San Francisco Conference, the Chinese government made a statement: "If the People's Republic of China is excluded from the preparation, formulation and signing of the peace treaty with Japan, it will, no matter what its content and outcome are, be regarded as illegal and therefore invalid by the central people's government." On September 18, 1951, the Chinese government issued another statement stressing that the Treaty of San Francisco is illegal and invalid and can under no circumstances be recognized." 부분. <http://www.fmprc.gov.cn/eng/topics/diaodao/t973774.shtml>, 2013. 3. 13. 방문. 한편 대만의 경우에는 당시 미국과의 관계를 고려하여 대일강화조약에 대하여 명시적으로 반대를 하지 않았다. Chi Manjiao, "The Unhelpfulness of Treaty Law in Solving the Sino-Japan Sovereign Dispute over the Diaoyu Island", *East Asia Law Review*, 2011, pp.170-171. 참조.

43) 러시아는 알타협정에서 쿠릴 섬이 소련에게 할양되는 것으로 합의되었고 일본도 포츠담 선언을 통해 이를 인정한 후 대일강화조약을 통해서 쿠릴 섬에 대한 모든 권리, 권원 및 청구권을 포기했다고 주장한다. 이석우, 전거서, 95쪽. 이에 대해 일본 외무성은 대일강화조약에서 일본이 쿠릴 열도에 대한 권리를 포기한다는 부분은 구 소련이 대일강화조약에 서명하지 않았기 때문에 효력이 없다고 주장하고 있다. 일본 외무성 팸플릿 "Japan's Northern Territories" 중 "Under the San Francisco Peace Treaty of 1951, Japan renounced all right, title and claim to the Kurile Islands, and to the southern part of Sakhalin which it had acquired by the Portsmouth Peace Treaty of 1905. However, the islands of Etorofu, Kunashiri, Shikotan and Habomai are not included in the Kurile Islands. In addition, the Soviet Union did not sign the San Francisco Peace Treaty." 부분, <http://www.mofa.go.jp/region/europe/russia/territory/index.html>, 2013. 3. 15. 방문.

일반적인 이익과 관련하여 객관적 체제를 창설하였다고 보기는 어렵다.⁴⁴⁾

2. 홍해 도서 분쟁에 대한 중재판정에서의 대세적 효력

강화조약의 대세적 효력에 관해서는 로잔평화조약 제16조의 대세적 효력을 언급한 1998년 에리트리아와 예멘 사이의 홍해 도서 분쟁 사건에 대한 중재판정⁴⁵⁾이 많은 시사점을 준다. 로잔평화조약 제16조⁴⁶⁾는 본 조약에서 특별히 터키령으로 규정하지 않은 영토와 섬들에 대한 모든 권리와 권원을 터키가 포기한다는 것과 이들 영토와 섬들에 대한 처분은 관련 당사국들에 의해서 결정된다는 취지를 규정하고 있다.

에리트리아는 이를 근거로 해당 섬에 대한 분쟁은 국제법상 영도 취득에 대한 일반적인 법리에 따라 결정되어야 한다고 주장하였다.⁴⁷⁾ 반면 예멘은 해당 섬에 대하여 시원적, 역사적, 전통적 권원을 여전히 보유하고 있다고 주장하면서 로잔평화조약 제16조는 예멘의 권원에 아무런 영향을 미치지 못한다고 보았다.⁴⁸⁾

이에 대해서 먼저 중재판정부는 로잔평화조약이 예멘에게 법률적으로 유해하지도 않고 유익하지도 않다는 것을 전제로 두었다. 나아가 로잔평화조약 체결 당시 분쟁영토에 대한 권원이 예멘에게 있었다면 로잔평화조약은 그 권원을 당사국이 아닌 예멘의 동의 없이 처분할 수 없다는 점도 분명히 하였다. 그러나 검토 결과 로잔평화조약이 체결될 당시 해당 섬에 대한 권원은 예멘이 아니라 터키에게 있었다고 보았다. 아울러 국경이나 영토에 관한 조약들도 본래 당사국들 사이에서만 유효한 것이지만 법적 현실에서는 이들이 대세적 효력

44) Ian Brownlie, *Public International Law*, Sixth edition, (Oxford University Press, 2003), pp.130-131, 는 알타회담, 포츠담선언 등과 같이 제1,2차 세계대전 이후 전승국들이 패전국의 영토를 공동의 결정으로 처분하였고, 이러한 처분은 평화조약이 발효되기 전에 효력이 발생하는 것으로 여겨지는데, 이러한 처분을 할 수 있는 전승국들의 권한의 근거가 무엇인지에 대해서는 만족스러운 설명을 제시하기 어렵다고 한다. 그러나 이 부분은 평화조약이 아니라 평화조약체결 전의 전승국들의 결정에 관한 것이고, 일부 국가들이 한 처분의 유효성을 인정하는 것을 전제로 한 논의라는 점에서 평화조약의 대세적 효력 자체가 의문시되는 대일강화조약의 영토 처분과는 직접적인 관련성이 없다.

45) AWARD OF THE ARBITRAL TRIBUNAL IN THE FIRST STAGE OF THE PROCEEDINGS (TERRITORIAL SOVEREIGNTY AND SCOPE OF THE DISPUTE)[이하, '홍해도서분쟁 중재판정'이라 한다.] http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1160, 2013년 3월 3일 방문.

46) 원문은 다음과 같다. Turkey hereby renounces all rights and title whatsoever over or respecting the territories situated outside the frontiers laid down in the present Treaty and the islands other than those over which her sovereignty is recognized by the said Treaty, the future of those territories and islands being settled or to be settled by the parties concerned...

47) 홍해도서분쟁 중재판정, para. 19.

48) Ibid. para. 31, 34.

(*erga omnes*)을 가지는 경우가 있다고 하였다. 그 근거는 만약 어떤 국가 A가 B에게 권원을 이전하였다면 C가 A보다 강한 권원을 가지고 있지 않은 이상 C가 A와 B 사이의 양도가 효력이 없다고 주장하는 것은 법적으로 무의미하기(*legally without purpose*) 때문이라고 하였다.⁴⁹⁾

여기서 주목할 부분은 중재판정부가 평화조약이라고 하더라도 제3국의 동의 없이 제3국의 권원을 처분할 수는 없다는 점을 분명히 하였다는 점이다. 오로지 평화조약의 당사국들이 해당 영토를 유효하게 처분할 수 있는 권원이 있었던 경우에 한해서 그 영토를 처분하는 조약이 대세적 효력이 있다고 보았다.⁵⁰⁾ 이때 대세적 효력이 생기는 근거는 제3국이 그 효력을 부인하는 것이 법률적으로 무의미하기 때문이라는 것이었다.

이 사건 판정에서 보듯이 대세적 효력이 반드시 제3국의 의사에 반해서 권리를 박탈하거나 의무를 부과하는 효력을 의미하는 것은 아니다. 즉, 제3국의 의사에 반해 권리를 박탈하거나 의무를 부담시키는 효력을 대세적 효력이라고 부르는 경우가 많지만, 그 정도에 해당하지 않더라도 제3국이 그 효력을 부인하는 것이 법적으로 무의미한 경우도 제3국에게 법적인 영향을 미친다는 점에서 이러한 효력을 대세적 효력이라고 부를 수 있는 것이다.

홍해 도서 분쟁에 대한 중재판정의 취지를 대일강화조약 제2조에 적용해 보면, 대일강화조약은 동의 없이 비당사국의 영토를 처분할 수 없다. 다만 일본이 본래 관련 영토에 대하여 적법한 권원을 보유하고 있었던 경우에는 대일강화조약에 따른 영토 처분은 비당사국들이 이를 부인하는 것이 법률적으로 무의미하다는 차원에서 대세적 효력을 가진다. 따라서 독도가 본래 한국령이었을 경우에는 설사 대일강화조약 제2조 (a)가 독도를 일본령으로 결정하더라도 이는 한국에 대하여 유효할 수 없다. 반면 독도가 가정적으로나마 본래 일본령이었던 경우에는 대일강화조약 제2조 (a)가 독도를 일본령으로 결정한 것이든, 한국령으로 결정한 것이든 관계없이 한국에 대해서도 대세적 효력을 가진다.

49) *Ibid.* para. 153.

50) 사건으로는 이 경우에도 조약 자체가 대세적 효력을 가지는 것이 아니라 그러한 유효한 영토 처분 자체가 대세적 효력을 가지는 것으로도 볼 수 있다고 생각한다.

IV. 결론

본 논문에서는 대일강화조약 제2조 (a)의 효력이 제3국인 한국에 대해서도 미치는지에 대하여 제3국에게 권리를 부여하는 조약규정의 법리와 대세적 효력의 법리의 관점에서 각각 살펴보았다.

대일강화조약 제2조 (a)는 일본의 의무만을 규정하고 있을 뿐 한국에게 아무런 권리나 의무를 발생시키지 않는다. 그러나 제21조는 한국에게 제2조 (a)의 이익을 가질 권리를 부여하고 있다. 제21조를 해석하는데 있어서는 시제법 이론과 제3국에게 권리를 부여하는 조약규정의 유효성에 관한 과거 국제관습법도 관련이 있다.

제2조 (a)와 제21조에 따르면, 제2조 (a)가 독도를 한국령으로 결정한 것으로 해석될 경우 한국은 제21조에 기하여 일본에 대하여 독도에 관한 권리를 주장할 수 있다. 반면 제2조 (a)가 독도를 일본령으로 결정한 것으로 해석될 경우에는 당사국이 아닌 한국에게 일본의 독도 영유권을 인정해야 하는 의무가 발생하는 것은 아니다.

한편, 객관적 체제를 창설하는 조약에 관한 법리는 일반적으로 널리 받아들여지고 있다고 볼 수 없고, 이를 인정하더라도 당시 한국, 소련, 중국, 대만 등이 취한 태도를 고려할 때 대일강화조약이 이러한 조약에 해당한다고 보기는 어렵다.

다만, 홍해 도서 분쟁에 관한 중재판정의 취지를 대일강화조약에 적용하면, 독도가 본래 한국령인 경우에는 설사 대일강화조약 제2조 (a)가 독도를 일본령으로 결정하였다고 하더라도 이는 한국에 대하여 유효할 수 없는 반면, 독도가 가정적으로나마 본래 일본령인 경우에는 한국을 포함하여 대세적 효력을 가진다.

이상에서의 논의를 종합하면 다음과 같은 네 가지 경우를 나누어 볼 수 있다. 첫째, 독도가 본래 한국령이었고 대일강화조약이 독도를 한국령이라고 결정하였다면, 일본은 대일강화조약 하에서 독도를 한국령으로 인정해야 하는 조약상 의무를 부담하게 되고 한국은 이에 상응하는 법적 권리를 가지게 된다. 둘째, 독도가 본래 한국령이었는데 대일강화조약이 독도를 일본령으로 결정하였다고 가정하면, 당사국이 아닌 한국은 독도를 일본령으로 인정해야 하는 조약상 의무를 부담하지 않을 뿐만 아니라 이 조약규정이 대세적 효력을 가질 수도 없다. 셋째, 독도가 본래 일본령이었는데 대일강화조약이 독도를 한국령으로 결정하였다고 가정하면, 당사국인 일본은 독도를 한국령으로 인정해야 하는 조약상 의무를 부담하고 이러한 조약규정은 대세적 효력도 가진다. 넷째, 독도가 본래 일본령이었는데 대일강화조약이 독도를 일본령으로 결정하였다고 가정하면, 당사국이 아닌 한국은 조약상의 의무를 부담하

지는 않지만 그러한 내용의 대세적 효력을 받게 된다.

이렇게 보면 일본이 대일강화조약을 독도 영유권의 법적 효력 있는 근거로 주장할 수 있는 것은 네 번째 경우에 국한된다. 다시 말해서 일본이 한국에 대하여 대일강화조약을 독도 영유권에 관한 법적 효력 있는 근거로 제시하기 위해서는 대일강화조약에서 독도가 일본령으로 확정되었다는 것뿐만 아니라, 독도가 본래 일본령이었다는 것까지 모두 입증해야만 하는 것이다.⁵¹⁾ 이렇게 볼 때 독도 영유권을 둘러싼 논의에 있어서는 대일강화조약 자체보다는 그 이전의 사정이 결정적임을 알 수 있다.

51) 이 두 가지 전제 모두 충족되기 어렵다고 보지만 이 문제들은 본고가 상정한 논의 밖이므로 여기서는 상술하지 않는다.

◀ 국문초록 ▶

본 논문에서는 대일강화조약 제2조 (a)의 효력이 당사국이 아닌 한국에 대해서도 미치는지 여부를 제3국에게 권리를 부여하는 조약규정의 법리와 대세적 효력의 법리의 관점에서 각각 살펴보았다.

대일강화조약 제2조 (a) 자체는 한국에게 법적 효력을 발생시키지 않지만 제21조는 한국에게 제2조의 이익을 가질 법적 권리를 부여한다. 따라서 대일강화조약 제2조 (a)가 독도를 한국령으로 결정한 것으로 해석된다면 한국은 제21조에 기하여 독도에 대한 권리를 일본에 대하여 주장할 수 있는 반면, 대일강화조약 제2조 (a)가 독도를 일본령으로 결정한 것으로 해석된다고 하더라도 당사국이 아닌 한국은 이에 구속되지 않는다.

한편, 대세적 효력을 가지는 객관적 체제를 창설하는 조약에 관한 법리는 일반적으로 널리 받아들여지고 있다고 볼 수 없고, 당시 한국, 소련, 중국, 대만 등 구 일본 영토에 대한 주요 이해관계국들의 태도에 비추어 대일강화조약이 객관적 체제를 창설하는 조약이라고 보기도 어렵다.

다만, 홍해 도서 분쟁에 관한 중재판정의 취지를 대일강화조약에도 적용하면, 독도가 본래 한국령인 경우에는 설사 대일강화조약이 독도를 일본령이라고 결정하였다고 하더라도 이는 한국에 대하여 유효할 수 없는 반면, 독도가 본래 일본령인 경우에는 대일강화조약의 영토 조항은 한국에 대해서도 대세적 효력을 가질 수 있다.

이런 내용을 종합해보면 일본이 한국에 대하여 대일강화조약 제2조 (a)를 독도 영유권의 근거로 제시하기 위해서는 대일강화조약이 독도를 일본령으로 확정했다는 것뿐만 아니라 독도가 본래 일본령이라는 것까지 입증해야 한다. 이렇게 볼 때, 독도 영유권 문제는 대일강화조약보다는 그 이전의 사정이 결정적으로 좌우함을 알 수 있다.

◀ 주 제 어 ▶

대일강화조약, 대일평화조약, 샌프란시스코 평화조약, 독도, 대세적 효력,
객관적 체제, 제3국에게 권리를 부여하는 조약, 조약의 제3자적 효력, 조약법
에 관한 비엔나 협약, 조약법협약.

◀ABSTRACT▶

The Legal Effect of Article 2 of the Peace Treaty with Japan on Korea

Jaemin Choung

This thesis focuses on whether Article 2 (a) of the Peace Treaty with Japan has legally binding effect on Korea which has not been a party to the Treaty on the grounds of international laws relating to stipulations favourable to a third State and treaties having the effect of *erga omnes*, respectively.

Although Article 2 itself does not have legal effect on Korea, Article 21 provides Korea with a legal right to have the benefits of Article 2. Therefore in the case that Article 2 (a) of the Treaty is construed to recognize Dokdo as a Korean territory, Korea shall be entitled to claim the title of the island to Japan, whereas even if the Treaty is interpreted as recognizing Dokdo as Japanese territory, Korea is not bound by the Treaty, because Korea is not a party to the Treaty.

The Peace Treaty with Japan cannot be regarded as a treaty which creates an objective regime, because countries, such as Korea, China, and Russia, which had vested interests in disposing former Japanese territories did not accede to the Treaty.

According to the reasoning of the award of arbitration over the case of the Red Sea Islands, Article 2 of the Treaty could have the effect of *erga omnes* only when it is proved that Japan originally had acquired the title to Dokdo before the Treaty was concluded. As a consequence, in addressing the issues of sovereignty over the island, what is most critical is not the Treaty itself, but the circumstances prior to the conclusion of the Treaty.

◀Key words▶

Dokdo, Takeshima, Peace Treaty with Japan, San Francisco Treaty, *erga omnes*, objective regime, Treaty Stipulations in Favor of Third States.