



대일강화조약(1951년)과 조약해석의 보충적 수단

— 역사학적 연구의 중요성 —

오시진 삼육대학교 조교수

I. 서론

조약의 해석에 있어서 역사적 자료가 유의미한가? 즉, 조약법에 관한 비엔나 협약(1969) 제31조의 범위를 벗어나는 역사적 자료가 조약 해석에 어떠한 의의가 있을지 의문이다. 조약 해석의 보충적 수단을 정하고 있는 동조약 제32조의 범위가 상당히 넓다는 점을 주지해야 한다. 따라서 역사적 자료가 조약의 해석과 관련하여 생각보다 더 중요한 역할을 담당할 수 있다.

역사적 자료의 중요성은 대일강화조약(1951)의 해석 문제를 통해서 드러나는 부분이 있다.¹ 대일강화조약(1951) 제2조는 조약에 관한 비엔나 협약 제31조에 따라 살펴보았을 때, 한계가 따른다는 점을 지적하지 않을 수 없

* 논문 투고일: 2020. 2. 9. 심사 완료일: 2020. 5. 24. 재심사 완료일: 2020. 11. 13. 게재 확정일: 2020. 11. 25.

* 이 논문은 국제법평론회 2019년도 춘계학술대회에서 발표된 원고를 수정 및 보완한 것이다.

1 이 글에서 대일강화조약이란 1951년 9월 8일 샌프란시스코에서 일본과 제2차 세계대전 연합국 간에 체결한 Treaty of Peace with Japan을 지칭한다. 이를 샌프란시스코 강화조약 혹은 샌프란시스코 평화조약이라고도 하는데, 이 글에서는 원문에 충실을 기하며 편의를 위하여 대일강화조약(1951)이라고 칭하겠다.

다. 본 강화조약이 애매모호하게 규정되어 있기 때문에 어떤 결론을 내리기에는 한계가 있다는 것이다. 그렇다면 이 사안에 어떻게 접근해야 하는가? 이에 대하여 구체적으로 명시하고 있지는 않지만, 한일 양 정부는 SCAPIN 677과 Rusk 서한으로 접근하는 모습을 확인할 수 있다. 이런 접근이 조약에 관한 비엔나 협약 제32조에 해당하는 것이라면, 조약 해석 원칙과 관련하여 생각해 볼 부분이 없지 않다. 동 협약 제32조상 조약 해석의 보충적 수단으로 역사적 자료가 어떠한 의의가 있을지 살펴볼 필요가 있기 때문이다.

이 연구는 조약 해석의 보충적 수단으로 여겨져 왔던 조약 교섭 기록 등이 기존에 여겨진 것보다 더 강조된다는 점을 지적한다. 특히, 대일강화조약(1951) 해석의 보충적 수단으로 역사학적 연구가 의의가 있다는 점을 지적하고자 한다. 대일강화조약(1951)에 대한 역사학자들의 연구는 국제법학자들이 접근하기 용이하지 않은 사료를 발굴하고 다양한 역사적 설명을 첨언하여 국제법학적 분석에 도움이 된다. 예를 들어 대일강화조약(1951)의 초안은 조약 해석의 보충적 수단으로 중요한 자료임이 분명하다. 물론 조약 초안을 검토한 것이 역사학자들만의 몫은 아니다.² 또, 국제법학은 기본적으로 사실과 규범을 구분하여 그 규범성을 엄격하게 보고 있다. 국제법적 시각에서 보자면 국내법조차도 사실(fact)의 문제가 될 정도이다.³ 국내법의 존재 자체는 국제사회에 규범력을 갖지 않는다. 단지, 국내법은 국가의 의사나 행위를 반영하는 것이기에 추후 관습법을 논할 때 국가실행 등의 증거가 될 수 있다. 따라서 역사적 사실이 존재한다고 하여, 법적 분석 없이 판단을 내리는 것은 속단일 수 있다.

2 대일강화조약에 대한 연구는 국제법학의 전유물이 아니기 때문에 이러한 연구가 더 의의를 가진다. 다양한 학문분야의 학자들이 관련 연구를 진행하고 있고, 그중에서도 역사학계는 특히 독도 연구 측면에서 그 역사가 길다. 1948년 『史海』에 독도 영유권이 역사적으로 한국에 있다고 주장한 신석호의 글이 역사학계에 관심을 환기시켜 독도 연구의 태동기를 구성했고, 이후 관심기, 고조기, 확산기가 있었다는 주장도 있다. (한철호, 2007, 「독도에 관한 역사학계의 시기별 연구동향」, 『한국근현대사연구』, 제40집, 200~221쪽.) 이런 역사학계의 독도 관심은 대일강화조약(1951)으로 그 연구의 대상이 확장되어 있다.

3 *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*, (Germ. v. Pol.), 1926 P.C.I.J. (ser. A) No. 7 (May 25), p.19.

그럼에도 불구하고 역사학자들의 연구가 의의가 있는 것은 법학자들이 관심을 덜 가졌던 역사적 자료까지 검토하여 제시하는 경우가 있기 때문이다. 법적 접근은 조약 문언의 내용 자체에 대한 분석 측면에 집중한다고 한다면, 역사적 접근은 해당 조약 초안의 배경을 설명한다는 데에 의의가 있다는 것이다. 그런데 조약 문언을 해석하는 데에 보충적 수단에 불과하다고 여겨져 온 역사적 자료가 조약 해석에 생각보다 더 중요할 수 있다. 즉, 조약법에 관한 비엔나 협약 제32조의 보충적 수단이 조약 문언 검토에 중요하기 때문에, 역사적 연구의 중요성이 부각 된다는 것이다.

이를 위하여, 조약법에 관한 비엔나 협약의 구조를 검토하고 해석하며, 이어서 대일강화조약(1951)에 대한 역사학자들의 연구물을 검토하여 그 의의를 확인하고자 한다. 이 연구는 다음과 같은 측면에서 역사적 연구의 범위를 제한한다. 첫째, 역사학자들의 대일강화조약 관련 연구이지만, 법학적인 논의 보다는 정책적, 정치적, 사회적, 인식적 관점에 초점을 맞춘 역사학자의 연구는 이 글의 연구범위에서 배제하였다. 많은 경우 역사학자들의 연구가 법학과 직접적인 관련을 갖지 않는 경우가 상당하고, 대일강화조약에 대한 연구도 법학적인 논점과 관련이 없는 경우가 있다.⁴ 둘째, 역사학 관련 학술저널에 게재된 연구논문이지만, 법학자나 정치학자에 의해서 작성된 논문일 경우 연구 범위에서 배제하였다. 역사학 관련 학술지에 게재된 논문이라 할지라도 법학적 연구가 상당하고, 이들 연구는 역사적 연구라 하기에 방법론에서 차이가 있다. 이들이 역사적 연구를 진행하는 경우도 있지만, 새로운 역사적 사실에 초점을 맞춘 경우 보다는 기존 역사적 연구를 법

4 대일강화조약 관련 연구이지만, 법학적인 분석이라 할 수 없는 연구물 예시는 다음과 같다.
 김남은, 2017, 「강화와 안보를 둘러싼 미일 교섭과 일본의 전략 -요시다 시게루를 중심으로-」, 『일본근대학연구』 56,
 박진희, 2005, 「전후 한일관계와 샌프란시스코 평화조약」, 『한국사연구』 131,
 유지아, 2010, 「韓國戰爭 前後, 對日講和條約 論議에 의한 아시아 내에서 日本의 安保와 位相 - 韓國과의 關係를 中心으로 -」, 『한일민족문제연구』 18,
 하중문, 2001, 「천황제, 도쿄재판, 샌프란시스코 강화조약: 일본식 '과거극복' 과정의 세 계기」, 『아세아연구』 44-2,

적으로 분석하는 경우가 상당하다. 물론, 법학자나 정치학자가 여타 학문분과의 학술지에 논문을 게재하는 것은 전혀 문제가 되지 않고, 오히려 여타 학문분과에 기여하는 측면이 있을 것이다. 또, 학제간 소통은 바람직한 연구의 방향이다. 그러나 이 글은 역사학계의 연구 결과물에 초점을 맞추고 있기 때문에, 법학 박사나 정치학 박사를 취득한 연구자여서 전통적인 역사학자라고 할 수 없는 연구자의 연구는 형식적으로 배제하였다.⁵ 법학자나 정치학자의 역사적 연구는 다른 차원에서 학문적 기여가 있을 수 있고 추후 별도로 연구할 부분이다. 따라서 본 연구의 검토 대상은 전통적인 의미의 역사학자의 연구물로 제한하였다. 그중에서도 역사학 관련 저널에 투고된 논문이나 저서로 제한된다.⁶ 이렇게 보면 생각보다 연구대상의 연구물

- 5 법학자, 정치학자, 사회학자에 의해서 작성된 대일강화조약 관련 연구물 예시는 다음과 같다.
 김명섭, 2007, 「샌프란시스코평화체제의 변동과 6자회담」, 『국방연구』 50-2.
 김영수, 2008, 「한일회담과 독도영유권: 샌프란시스코 강화조약과 한일회담 「기본관계조약」을 중심으로」, 『한국정치학회보』 42-4.
 김태기, 2010, 「대일점령통치의 구조와 명령체계에서 본 SCAPIN 제677호의 의미」, 『인문사회과학연구』 29.
 남기정, 2008, 「샌프란시스코 평화조약과 한일관계 - '관대한 평화'와 냉전의 상관성」, 『동북아역사논총』 22.
 성기중, 1998, 「San Francisco 講和條約과 國際環境」, 『영남정치학회보』 8.
 신용하, 2000, 『독도영유권 자료의 탐구』, 독도연구보전협회.
 _____, 2005, 『한국과 일본의 독도영유권 논쟁』, 한양대학교 출판부.
 _____, 2012, 『독도영유의 진실 이해: 16포인트와 150문답』, 서울대학교 출판문화원.
 이성환, 2016, 「태정관지령과 샌프란시스코 조약의 관련성에 대한 검토」, 『독도연구』 21.
 유의상, 2015, 「샌프란시스코 대일강화회의와 한국의 참가문제 - 한국의 내재적(內在的) 요인과 그 영향 -」, 『사람』 53.
 정갑용, 2008, 「쓰카모토 다카시의 "샌프란시스코 평화조약에서 나타난 다케시마에 대한 취급"에 대한 비판적 연구: 2007년 일본 죽도연구회 최종보고서에 대한 비판」, 『인문연구』 55.
 최완, 2012, 「샌프란시스코강화조약에서 독도문제가 누락된 요인은 무엇인가? - 미국의 대일본정책 변화와 한국외교실책을 중심으로 -」, 『차세대 인문사회연구』 8.
 최장근, 2009, 「전후 일본영토 처리에 있어서 독도 지위에 관한 재고찰」, 한국일본어문학회 학술발표대회 논문집.
 _____, 2010, 「대일강화조약을 위한 일본정부의 영토인식에 관한 연구 - 국회속기록을 통한 <독도>의 영유권 인식을 중심으로」, 동북아시아문화학회 국제학술대회 발표자료집.
 호사가 유지, 2016, 「샌프란시스코 평화조약, 한일협정 및 신해양법과 독도해법」, 『독도연구』 21.
- 6 전통적인 역사학자의 대일강화조약 관련 연구물 예시는 다음과 같다.
 구선희, 2007, 「해방 후 연합국의 독도 영토 처리에 관한 한·일 독도연구 쟁점과 향후 전망」, 『韓國史學

이 적다는 것을 확인할 수 있다.

이 글에서는 위 연구물을 검토할 때, 국제법학에 도움이 될 수 있는 부분에 집중하였다. 역사학자들의 글에서 때로는 약간의 문제가 있다고 볼 수 있는 부분도 있다. 그러나 법학자들 간에도 있을 수 있는 정도의 문제이거나 역사학 접근방법에서 용인될 법한 설명인 경우도 있다. 본 연구는 이러한 문제에 초점을 맞추기보다는 역사학자들의 연구가 국제법학에 도움이 될 수 있는 부분에 초점을 맞추었다.

대한민국은 대일강화조약(1951)의 당사국이 아니기 때문에 한국에 구속력이 없는 조약이고, 조약 해석의 문제로 발전할 이유가 없다는 주장도 가능할 것이다. 그러나 한국의 영토는 대일강화조약 제2조에 의해서 확정되었다는 주장도 가능하기 때문에, 조약에는 구속되지 않지만, 그 조약의 법적 결과에는 영향을 받는다고 볼 수도 있다. 따라서 그 법적 결과에 영향을 받는다는 견해를 따를 때, 조약 해석의 문제는 중요한 사안이 될 수 있다.

이 연구는 제II장에서 국제법의 법리상 대일강화조약(1951) 제2조의 조약 문만으로는 어떤 결론을 내리기 어려운 한계가 있다는 점을 지적하였다. 나아가 조약법에 관한 비엔나 협약상 당시 관련된 역사적 자료의 배경에 대해서 검토 필요를 역설하였다. 제III장에서는 역사학의 연구가 국제법에 기여할 수 있는 부분을 예시적으로 언급하였다. 국제법학과 역사학의 대화는

報」28.

- 박병섭, 2014, 「대일강화조약과 독도·제주도·쿠릴·류큐제도」, 『독도연구』 16.
 _____, 2015, 「샌프란시스코 강화조약 전후 일본의 독도 정책」, 『독도연구』 19.
 _____, 2016, 「샌프란시스코 강화조약에서 독도가 누락된 경위와 함의」, 『독도연구』 21.
 _____, 2017, 「“일본 영역 참고도”와 일본 외무성의 독도 정책 모색」, 『영토해양연구』 13.
 정병준, 2005, 「영국 외무성의 對日평화조약 草案·부속지도의 성립(1951. 3)과 한국 독도영유권의 재확인」, 『한국독립운동사연구』 24.
 _____, 2010, 『독도 1947: 전후 독도문제와 한·미·일 관계』, 돌베개.
 _____, 2015, 「샌프란시스코 평화조약과 독도」, 『독도연구』 18.
 정영미, 2016, 「SCAPIN 677과 『1945년 칙령 제707호(중의원 의원 선거법 시행령 중 개정의 간중 개정의 건) - SCAPIN 677의 일본국내법화 과정에 대한 고찰』, 『일본역사연구』 44.
 정태만, 2015, 「“일본영역참고도”와 대일평화조약」, 『독도연구』, 제19호.
 _____, 2017, 「샌프란시스코 평화조약의 문언적 해석」, 『일본문화학보』 72.
 _____, 2018, 「샌프란시스코 대일평화조약과 관련된 일본 측 주장과 그 비판」, 『독도연구』 24.

지속되어야 할 것이고, 이 글에서 지적한 역사학의 기여는 예시적이라는 점을 주지해야 한다.

II. 대일강화조약 제2조의 법적 해석의 한계

대일강화조약은 조약이다. 따라서 본 조약에 대한 법적 연구는 “조약에 관한 비엔나 협약”(1969)에 의한 조약 해석론을 시작점으로 잡을 수 있다. 그러나 대일강화조약 제2조에 이런 조약 해석 방법론을 적용했을 때 쉽게 결론에 도달하지 못하는 부분이 있다. 이러한 부분을 고려했을 때 역사적 연구에 의의를 고찰해 볼 수 있다.

1. 대일강화조약 제2조와 조약법에 관한 비엔나 협약 제31조

대일강화조약(1951) 제2조(a)는 한국에 관하여 “일본은 한국의 독립을 승인하고, 제주도, 거문도, 울릉도를 포함한 한국과 그 부속도서에 대한 모든 권리, 권원, 주장을 포기한다.”고 규정하고 있다.⁷ 본 조항에서는 독도를 명시하고 있지 않다. 따라서 과연 일본이 포기하는 한국의 부속도서에 독도가 포함되는지 확인하기 어렵고, 조약의 해석이 필요한 부분이라 할 수 있다. 그러나 일반 조약 해석 방법론도 독도가 한국의 부속도서인지 여부를 결정하는 데에 큰 도움을 주지는 않는다. 조약법에 관한 비엔나 협약 제31조는 “조약의 문면에 부여되는 통상적 의미에 따라 성실하게 해석되어야 한다.”고 규정하고 있다.⁸ 조약의 문면에 부여되는 통상적 의미에 따라 판단해도

7 Article 2(a) of the Treaty of Peace with Japan,

“Japan recognizing the independence of Korea, renounces all right, title and claim to Korea, including the islands of Quelpart, Port Hamilton and Dagelet.”

8 Article 31(1) of the Vienna Convention on the Law of Treaties.

“1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.”

독도에 대한 언급 자체가 없는 상황에서는 영유권 귀속을 판단하기 어려운 상황이다.

이에 대하여 한국과 일본 정부의 해석은 나뉜다. 한국 외교부는 다음과 같이 설명한다.

동 조항은 한국의 3000여 개의 도서 가운데 제주도, 거문도 및 울릉도만을 예시적으로 열거하고 있으며, 동 조항에 독도가 직접적으로 명시되지 않았다고 하여 독도가 일본에서 분리되는 한국의 영토에 포함되지 않는다고 볼 수는 없습니다.⁹

한국 외교부는 먼저 대일강화조약 제2조에 독도가 열거되지 않은 이유는 동 조항이 예시적 규정이기 때문이라는 것이다. 한국에 3000여 개의 도서가 있는데, 물리적으로 이를 다 나열할 수 없다는 측면을 강조하였다. 따라서 제2조에 나열되어 있지 않다고 하여 당연히 한국의 도서가 아니라는 것은 아니라는 것이다. 물론 이 문장만으로는 한국에 귀속되는 3000여 개의 섬 중 독도가 포함되어 있어야만 하는 근거는 확인할 수 없다. 그러나 바로 다음 문장이 그 근거를 제시한다.

1943년 카이로 선언 및 1946년 연합국최고사령관 각서(SCAPIN) 제677호 등에 나타난 연합국들의 의사를 감안한다면, 동 조약에 따라 일본에서 분리되는 한국의 영토에는 당연히 독도가 포함된 것으로 보아야 할 것입니다.¹⁰

카이로 선언(1943)과 연합국최고사령관 각서(SCAPIN) 제677호에서 연합

9 외교부, “독도에 관한 일본일답”, Q.13 1951년 샌프란시스코 강화조약은 독도에 관해 어떻게 규정하고 있나요?, <http://dokdo.mofa.go.kr/kor/dokdo/faq.jsp>

10 *Ibid.*

국의 의사를 확인할 수 있다는 것이다. 한국 정부의 입장에 따르면, 카이로 선언 및 SCAPIN 677호를 고려하자면, 위 조약 제2조상 독도가 한국에 속하는 것이라는 것이다. 여기서 하나의 전제가 있다. 본 조약문을 해석하는 데에 카이로 선언 및 SCAPIN 677호가 의의가 있다는 것이다. 이 사안은 법리적으로 보았을 때, 고려해 볼 부분이 있다. 조약 해석의 원칙을 기준으로 보자면, 카이로 선언과 SCAPIN 677호가 어떠한 위치에 있는지 확인할 필요가 있기 때문이다.

한편, 일본 외무성은 다른 접근을 취한다. 논리적으로 보자면, 한국이 대일강화조약 제2조가 예시적이라고 주장할 때, 일본은 본 조항이 열거적이라고 주장할 법도 하다. 그러나 일본 외무성은 이를 직접적으로 언급하지 않는다. 일본 외무성 웹사이트에서 “샌프란시스코 조약상 다케시마의 대우”라는 소재목 하에 이 사안을 정리하고 있다. 제1문단에서는 앞에서 언급한 대일강화조약 제2조를 제시하였다.¹¹ 일본 외무성은 제2조에서 독도가 언급되어 있지 않다는 점을 지적하지 않고, 역사적 기록을 제시하여 이 사안에 대한 입장을 포하였다. 특히, 1951년 7월 미국과 영국의 초안 작업 중 독도가 빠져 있는 것을 인지한 한국이 항의 서한을 보낸 부분을 설명한다. 이때 한국 정부는 제2조 (a)에 “독도”와 “과랑도”를 포함하여 한국이 일본에 병합되기 이전 권원과 주장을 포기하라고 요청하였다.¹² 이에 대한 대응

11 “1. The San Francisco Peace Treaty, signed in September 1951, stipulated that Japan should recognize the independence of Korea, and that Japan should renounce all rights, titles and claims to 'Korea, including the islands of Quelpart, Port Hamilton and Dagelet.'” Ministry of Foreign Affairs of Japan, “Treatment of Takeshima in the San Francisco Peace Treaty”, https://www.mofa.go.jp/a_o/na/takeshima/page1we_000062.html.

12 “2. Upon learning of this section drafted by the United States and the United Kingdom, in July 1951 the ROK submitted a letter to Dean G. Acheson, the Secretary of State of the United States, from Yang Yu Chan, ROK Ambassador to the United States. This letter contained the following statement: 'My Government requests that the word 'renounces' in Paragraph A, Article Number 2, should be replaced by 'confirms that it renounced on August 9, 1945, all rights, titles and claims to Korea and the islands which were part of Korea prior to its annexation by Japan, including the islands [of] Quelpart, Port Hamilton, Dagelet, Dokdo and Parangdo.'” Ministry of Foreign Affairs of Japan, “Treatment of Takeshima in the San Francisco Peace Treaty”, https://www.mofa.go.jp/a_o/na/takeshima/page1we_000062.html.

으로 미국 국무부 극동 문제 담당 차관보 Dean Rusk가 양유찬 대사에게 서한을 보내었다. 이때 Rusk는 독도가 한국의 일부라 여겨진 적이 없고, 1905년 이후 일본의 시마네현의 관할권하에 있다고 반박하였다. 이를 근거로 오늘날 일본 외무성은 샌프란시스코 강화조약상 다케시마가 일본의 영토라는 것이 확인되었다고 주장한다.¹³ 또, 일본은 Van Fleet 대사가 1954년 한국을 방문하고 미국으로 귀환하였을 때 작성한 보고서에서 다케시마는 일본의 영토라고 결론을 내렸고, 샌프란시스코 강화조약에서 일본이 포기한 영토가 아니라고 결론 내렸다고 설명한다.¹⁴

일본 외무성의 이와 같은 주장에는 법리적으로 검토할 부분이 없지 않다. 미국 국무부 극동 문제 차관보의 서한이 샌프란시스코 강화조약을 해석하는 데에 직접적인 근거가 될 수 있을까? 또, Van Fleet 대사의 보고서는 1954년으로 샌프란시스코 강화조약이 발표된 1952년보다도 후의 일이다. 이런 역사적 자료가 본 조약 해석에 어떠한 의의가 있을지 의문이다.

한국 정부와 일본 정부에는 하나의 공통점이 있다. 한일 양 정부가 대일 평화조약 제2조의 문언적 해석의 한계를 역사적 자료로 해결하려는 시도

13 "3. In response to this request from the ROK, in August of the same year the United States submitted a letter (an excerpt of which is shown below) from Dean Rusk, United States Assistant Secretary of State for Far Eastern Affairs, to Ambassador Yang, and in it clearly denied the claims of the ROK. "...the United States Government does not feel that the Treaty [the San Francisco Peace Treaty] should adopt the theory that Japan's acceptance of the Potsdam Declaration on August 9, 1945 constituted a formal or final renunciation of sovereignty by Japan over the areas dealt with in the Declaration. As regards to the island of Dokdo, otherwise known as Takeshima or Liancourt Rocks, this normally uninhabited rock formation was according to our information never treated as part of Korea and, since about 1905, has been under the jurisdiction of the Oki Islands Branch Office of Shimane Prefecture of Japan. The island does not appear ever before to have been claimed by Korea." Based on this correspondence, in the San Francisco Peace Treaty, it is obvious that Takeshima was affirmed as a territory of Japan." Ministry of Foreign Affairs of Japan. "Treatment of Takeshima in the San Francisco Peace Treaty", https://www.mofa.go.jp/a_o/na/takeshima/page1we_000062.html.

14 "4. The report by Ambassador Van Fleet after visiting the ROK in 1954 and returning to the United States also states that the United States concluded that Takeshima was a territory of Japan and the island was not included among the islands that Japan released from its sovereignty under the San Francisco Peace Treaty." Ministry of Foreign Affairs of Japan, "Treatment of Takeshima in the San Francisco Peace Treaty", https://www.mofa.go.jp/a_o/na/takeshima/page1we_000062.html.

라 할 수 있다. 그렇다면 이러한 접근이 법적으로 어떠한 의의가 있는지 밝힐 필요가 있다. 엄밀한 기준을 적용하여 보자면, 역사적 자료는 그 자체로 규범이 아니다. 결국 역사적 자료는 사실에 불과하다. 그렇다면 이러한 사실에 불과한 역사적 자료가 법해석에 어떠한 의의가 있을까? 이 질문은 역사학자들의 연구 성과와 직결된 질문이다. 역사학은 역사적 사실 혹은 진실을 밝히는 것에 주안점을 두고 있다. 따라서 SCAPIN 677을 증거로 제시하는 것도 하나의 역사적 사실을 주장하는 것이고, Rusk의 서한 또한 마찬가지이다.

조약법에 관한 비엔나 협약 제31조 제2항은 “조약의 해석 목적상 문맥은 조약문에 추가하여 조약의 전문 및 부속서와 함께 다음의 것을 포함한다”고 적고 있다. 여기서 주시해야 할 점은 앞에서 언급한 SCAPIN 677과 Rusk 서한 등이 “조약의 해석 목적상 문맥”에 해당되느냐 하는 것이다. 이 “문맥”이 무엇에 해당되는지에 대해서 명확하지 않은 부분이 있다. 따라서 동 협약 제32조의 보충적 수단과 명확하게 구분이 되지 않는 부분이 있을 수 있다.¹⁵ 그러나 동 조항 (a)와 (b)는 다음과 같이 그 범위를 제한하고 있다.

- (a) 조약의 체결에 관련하여 모든 당사국 간에 이루어진 그 조약에 관한 합의
- (b) 조약의 체결에 관련하여, 1 또는 그 이상의 당사국이 작성하고 또한 다른 당사국이 그 조약에 관련되는 문서로서 수락한 문서

따라서 앞에서 언급한 SCAPIN 677과 Rusk 서한과 같은 자료는 제31조의 문맥에 해당되기 어렵다. 당사국 간에 이루어진 별도의 합의라 할 수 없고, 1 또는 그 이상의 당사국이 작성하고 상대국이 수락한 문서라고도 보기 어렵기 때문이다. 따라서 위와 같은 역사적 자료들은 조약법에 관한 비엔나 협약 제31조로 설명되기 어렵다.

15 Jean-Marc Sorel and Valérie Boré Eveno, 2011, “Article 31 Genral rule of interpretation”, in Olivier Corten and Pierre Klein, *The Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Oxford and New York: Oxford University Press, Vol. I, p. 824.

아래에서는 위와 같은 역사적 자료들이 법적으로 의미가 없지 않다는 점을 지적하겠다. 조약 해석의 원칙을 고려하여 보았을 때, 역사적 자료는 보충적 수단으로써 의의가 있을 수 있기 때문이다.

2. 조약 해석의 보충적 수단으로서 역사적 증거

1) 조약법에 관한 비엔나 협약 제32조의 법적 성격

1969년 조약법에 관한 비엔나 협약 제32조는 관습법을 반영할 것일까? 조약법에 관한 비엔나 협약 제32조는 조약 해석의 보충적 수단을 다음과 같이 정하고 있다.

제31조의 적용으로부터 나오는 의미를 확인하기 위하여, 또는 제31조에 따라 해석하면 다음과 같이 되는 경우에 그 의미를 결정하기 위하여, 조약의 교섭 기록 및 그 체결 시의 사정을 포함한 해석의 보충적 수단에 의존할 수 있다.

- (a)의미가 모호해지거나 애매하게 되는 경우, 또는
- (b)명백히 불투명하거나 불합리한 결과를 초래하는 경우¹⁶

즉, 제32조에 따라 보았을 때, 그 의미가 모호하거나 애매한 경우, 또는 불투명하거나 불합리한 결과를 초래하는 경우 그 의미를 확정하기 위하여 “조약의 교섭 기록 및 그 체결 시의 사정을 포함한 해석의 보충적 수단에 의존”할 수 있다고 정하고 있는데, 이러한 접근이 관습법적인가?

이러한 보충적 수단에 의존은 상식적으로 보일 수 있기 때문에 당시 관

16 Article 32 Supplementary means of interpretation of the Vienna Convention on the Law of Treaties, 원문은 다음과 같다. “Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the application of article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to article 31: (a)leaves the meaning ambiguous or obscure; or (b)leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable.”

습이 있었을 것이라 볼 부분이 있다. 그러나 본 조항은 조약의 교섭 기록 및 그 체결 시의 사정을 포함하여 조약 해석에 도움이 되는 역사적 사실을 법의 영역으로 포섭하고 있기 때문에 주의해서 보아야 할 부분이 있다. 해석에 도움이 된다면 모든 역사적 사실을 살펴볼 수 있을까? 아니면 이에도 기준과 규칙을 세울 수 있을까? 즉, 조약 해석에 역사적 자료를 적용하는 기준이나 규칙을 정할 수 있을까? 1960년대에 조약법 저서를 출간한 McNair는 이에 대해서 부정적이다. 국제 법원과 재판소가 준비문서를 검토할 때 규칙을 세워 적용하는 것은 불가능하다고 보았다.¹⁷ 이런 시각에 따르자면, 제32조는 관습법을 반영한 것이 아니고, 새로운 입법으로 보아야 할 것이다.

그러나 Fitzmaurice와 국제법위원회(ILC)는 조약 해석의 보충적 수단을 원용하는 과정에 기존 규칙을 확인할 수 있다고 보았다.¹⁸ 국제사법재판소(ICJ)가 1948년 이미 *Conditions of Admission of a State to the United Nations* 권고적 의견에서 이를 지지한 바 있기 때문이다.¹⁹ 사실 국제재판소들은 조약 문언 해석을 확인하기 위하여 준비문서를 종종 원용하고 있었다.²⁰ *Interpretation of the Convention of 1919 Concerning Employment of Women during the Night* 권고적 의견에서도 준비문서로 조약

17 Lord A. McNair, 1961, *The Law of Treaties*, Oxford: Oxford University Press, p. 411. "It is not possible to state any rules of law governing the question whether, and, if so, to what extent international courts and tribunals (and, not so often national courts when dealing with international instruments) are entitled to look at 'preparatory work'..."

18 Yves Le Bouthillier, 2011, "Article 32 Supplementary means of interpretation", in Olivier Corten and Pierre Klein, *The Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Oxford and New York: Oxford University Press, Vol. I, p. 844.

19 *Conditions of Admission of a State to Membership in the United Nations (Article 4 of the Charter)*, Advisory Opinion, [1948] ICJ Report 57, p. 63. "The Court considers that the text is sufficiently clear; consequently, it does not feel that it should deviate from the consistent practice of the Permanent Court of International Justice, according to which there is no occasion to resort to preparatory work if the text of a convention is sufficiently clear in itself."

20 A. Aust, 2007, *Modern Treaty Law and Practice*, 2nd ed., Cambridge: Cambridge University Press, p. 245.

의 원문 해석을 확인한 바 있다.²¹ 당시 이미 존재하였던 여러 관례와 권고적 의견을 고려하여 보았을 때, 조약법에 관한 비엔나 협약 제32조가 관습법을 조문화한 것이라 보는 견해가 타당하다.²² 이런 시각에서 보았을 때, 조약법에 관한 비엔나 협약이 1969년에 채택되었지만, 제32조는 대일강화조약(1951)에도 적용될 관습법이라 보는 것이 적절하다. 즉, 대일강화조약을 해석하는 데에 있어서, 조약법에 관한 비엔나 협약 제32조에서 정하고 있는 보충적 수단을 원용하는 것이 가능하다.

2) 조약의 교섭 기록의 범위

그렇다면 조약의 교섭 기록, 즉 교섭준비문서의 범위가 정해져 있을까? 조약 교섭 과정의 범위 설정이 문제 된다. 조약법에 관한 비엔나 협약 초안을 작성했던 국제법위원회(ILC)는 교섭준비문서의 개념을 설정하지 않았다. 당시 ILC 위원이었던 Rosenne에 따르면, 조약에 이르기까지의 협상과정에 본질적인 요소를 포함하는 문서라면, 해당 문서가 무엇이든지 간에 교섭준비문서라고 볼 수 있다.²³ 그러나 당시 ILC 위원이었던 Golsong이 지적하듯이, 다자조약의 준비과정에 일반규칙이라는 것이 존재하지 않는다.²⁴ 즉, 다자조약은 교섭 및 준비과정의 방법이 정해져 있지 않다. 따라서 다자

21 *Interpretation of the Convention of 1919 Concerning Employment of Women during the Night*, Advisory Opinion, 1932 P.C.I.J. (ser. A/B) No. 50 (Nov.15), p. 380. "The preparatory work thus confirms the conclusion reached on a study of the text of the Convention that there is no good reason for interpreting Article 3 otherwise than in accordance with the natural meaning of the words."

22 Yves Le Bouthillier, *supra* note 18, p. 845

23 *Ibid.*, p. 852.

24 Mr. Golsong, 1966, *Yearbook International Law Commission*, vol. I, 830th meeting, p. 51, para. 5. 원문은 다음과 같다. "The preparation of multilateral instruments on such a wide range of subjects by expert committees naturally raised delicate questions of treaty law, more especially as, pending the completion of the International Law Commission's work on the subject, there were no general rules governing the conclusion of inter-State treaties. That was one of the reasons why the Ministerial Committee of the Council of Europe, by its resolution (63) 29, had set up in 1964 the European Committee on Legal Cooperation, which had become responsible for the preliminary work on nearly all the legal problems considered by the Council."

조약이 체결되는 과정에 대한 일반규칙이 존재하지 않으며, 협상 당사국들은 해당 사안에 적합한 방법에 따라 자유롭게 협상 방법을 취할 수 있다는 것이다.²⁵

자유로운 협상과정에서 자유롭게 체결되는 조약이라 하면, 일반적으로 교섭준비문서에는 다음과 같은 문서가 포함될 수 있을 것이다. (1) 당사국 간의 공식 협상 기록, (2) 협상 과정에서 제안된 초안 문언, (3) 외교 문서 교환(diplomatic exchanges), (4) 반대가 없었던 초안 문언위원회의 의장의 해석 등이다.²⁶ 그러나 이는 예시일 뿐이다. 조약이 체결되는 협상과정과 관련된 기록은 모두 동 협약 제32조에서 정하고 있는 “조약의 교섭 기록”이라고 할 수 있다.

3) 조약 체결 시의 사정

한편, 조약법에 관한 비엔나 협약 제32조는 조약의 교섭 기록 이외의 보충적 수단을 정하고 있다. “그 체결 시의 사정”(the circumstances of its conclusion)이 대표적이다. 여기서 “그”는 조약을 의미하기 때문에, 조약 체결 시의 사정을 일컫는다. 그 사정은 조약 교섭 기록에 해당되지 않는 사정을 의미하고, 그 범위가 정해져 있지는 않다. 따라서 조약 체결 과정과 직접적인 관련성을 갖는 조약의 교섭 기록이 아니기만 하면 된다. 오직 조약을 해석하는 데에 관련성이 있는 당시 사정이기만 하면 된다.²⁷ Bouthillier에 따르면, 이 사정의 범위는 넓다. 조약의 성격에 따라 당사국들의 정치적, 경제적, 사회적 사정을 포함한 다른 사정도 검토될 수 있다.²⁸ 이렇게 볼 때 조약 해석

25 Yves Le Bouthillier, *supra* note 18, p. 852.

26 *Ibid.*

27 *Ibid.*, p. 859.

28 *Ibid.*, p. 860. “Was the treaty concluded to react to a new situation, to resolve a long running dispute, to rebalance a military or economic relationship, to prevent disputes by codifying the law? Depending on the nature of the treaty, the interpreter could examine the political, economical, social, or other situation of the parties at the time of conclusion. He or she will determine in each case which circumstances are relevant and what weight to give to them.”

에 도움이 되는 역사적 자료의 범위는 교섭 기록보다 넓고 구성하기 나름이라고 할 수 있다. 조약을 특정 방향으로 해석해야 할 정당한 근거를 갖는 당시 사정이기만 하면 요건은 성립한다고 할 수 있을 것이다.

4) 그 이외의 수단

그러나 조약법에 관한 비엔나 협약 제32조의 보충적 수단은 이에 그치지 않는다. 본 조약은 제31조에 따른 문언 해석을 우선으로 한다. 그러나 문언만으로는 그 의미가 모호하거나 애매한 경우, 또는 그 의미가 명백히 불투명하거나, 불합리한 결과를 초래하는 경우에는 그 의미를 결정하기 위해서 “조약의 교섭 기록 및 그 체결 시의 사정을 포함한 해석의 보충적 수단에 의존할 수 있다”고 정하고 있다. 즉, 조약의 교섭 기록과 조약 체결 시의 사정은 예시적인 수단에 불과하다. 따라서 제32조 문언만을 놓고 보았을 때, 상당한 재량이 있다고도 볼 수 있고, 다양한 역사적 자료를 원용할 수 있다. 그러나 현실에 있어서는 조약의 교섭 기록이 선호되어 온 것이 사실이다. 국제사법재판소 등이 다른 보충적 수단 보다 조약의 교섭 기록을 더 많이 원용하고 있다.²⁹ 따라서 조약의 교섭 기록 및 그 체결 시의 사정 이외의 보충적 수단은 예외적인 수단이라고 보는 것이 타당하다.

구조적으로 보았을 때, 사실 제32조는 제31조의 예외이다. 이런 측면에서 보았을 때에, 보충적 수단은 문언해석이 애매모호한 경우 등 예외적인 상황에서만 원용될 것이기 때문에, 조약 이외의 역사적 자료는 예외적인 상황에서만 살펴볼 문제라고 생각할 수도 있다. 또한 조약의 교섭 기록 및 그 체결 시 사정 이외의 보충적 수단은 예외 중 예외라 할 수 있다. 제32조의 문언이 어떻게 구성되어 있는지, 그 문언을 해석하는 관행이 조약의 교섭 기록을 더 중요하게 본다든 것이다.

²⁹ Ibid., p. 863.

5) 보충적 수단의 불가피성

그러나 제32조의 보충적 수단을 예외적인 것이라 치부할 수 없다. Bouthillier는 국제사법재판소와 중재재판소들이 조약 문언의 의미를 파악하기 위해서 준비문서에 의존하고 있다는 사실을 지적한다.³⁰ 실제로는 보충적 수단에 불과한 것이 아니라, 문언해석에 필수적이라는 것이다. 국제사법재판소 재판관이었던 Schwebel는 Qatar v. Bahrain 사건의 반대 견해에서 이러한 견해를 피력하였다.³¹ Schwebel은 제31조와 제32조가 위계질서로 구성되어 있다고 보는 것은 현실적이지 않다고 본다.³²

물론, 조약 문언이 충분히 명확한 경우 혹은 당사국 간에 이견이 없는 경우에도 준비문서를 살펴봐야 할 필요는 없을 것이다. 1948년 Conditions of Admission 권고적 의견에서 이를 확인해 주었다.³³ 그러나 국제사법재판소는 (1) 문언의 의미를 확증하기 위하여,³⁴ (2) 문언이 애매한 경우에,³⁵ (3) 문언이 침묵하고 있는 경우에,³⁶ (4) 당사국이 출석하지 않는 경우에,³⁷ (5) 당사국들의 관할권 주장과 관련하여 ICJ 규정의 내용을 확인하기 위하여 준비문서를 검토한 바 있다.³⁸ 이외에도 ICJ가 준비문서를 검토한 사례는 다

30 *Ibid.*, p. 847.

31 The dissenting opinion delivered by judge Schwebel in the *Case Concerning Maritime Delimitation and Territorial Questions Between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain)*, ICJ, Judgment of 15 February 1995, Jurisdiction and Admissibility.

32 Stephen M. Schwebel, 1996, "May Preparatory Work be Used to Correct Rather Than Confirm the 'Clear' Meaning of a Treaty Provision?", in J. Makarczyk, ed., *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, The Hague, Kluwer Law International, p. 543.

33 Conditions of Admission of a State to Membership in the United Nations, 1948 [C.]. 57 (Advisory Opinion).

34 Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turk.), 1978 [C.]. 3.

35 Rights of Nationals of the United States of America in Morocco (Fr. v. U.S.), 1952 [C.]. 176.

36 Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 1951 [C.]. 15 (Advisory Opinion).

37 Fisheries Jurisdiction (U.K. and N. Ir. v. Ice), 1973 [C.]. 3, 6~7, 9~10.

38 Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicar. v. U.S.), 1984 [C.]. 392, 406 (Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application).

수 존재할 것이다.

그렇다면 당시 조약법에 관한 비엔나 협약의 준비문서를 이를 무엇이라고 하는가? 본 협약도 조약이기 때문에, 조약 해석 방법에 따라 검토가 필요하다라고도 할 수도 있다. 조약법에 관한 비엔나 협약을 작성하던 1964년 ILC의 의장(chairman)이었던 Ago도 준비문서를 강조하였다.³⁹ 일반적으로 (다자)조약이 체결되는 과정은 수년이 걸릴 수 있는데, 이 과정에서 당사국들이 합의한 좁은 문언의 의미를 확인할 필요가 있다는 것이다. 당사자들은 특정 방향으로 해석될 문언에 합의했다는 것이다. 그리고 이런 좁은 의미는 교섭 기록인 준비문서를 확인하지 않고는 알 수 없다.⁴⁰ 동 조약 제31조에 따라 “조약의 문면에 부여되는 통상적 의미”는 조약의 체결과정을 확인하지 않고는 알 수 없다는 것이다.

조약에 관한 비엔나 협약 문안을 작성하던 당시 ILC 위원이었던 Rossene는 준비문서가 조약의 의미에 대한 견해를 형성하는 데에 매우 중요한 요인이 된다는 점을 지적한 바 있다.⁴¹ 사실 Rossene는 준비문서의 비중이

39 Roberto Ago, *Yearbook of International Law Commission*, Vol. I, 766th meeting, 1964, p. 288, para. 65. “The order of priority of the various subsidiary means of interpretation also varied from case to case. To give the same example again, a treaty on aerial navigation might use a rather vague geographic term. It might be that reference to subsequent practice would not provide a conclusive answer if it was evident from that practice that for some years the term had been interpreted narrowly — though without necessarily excluding a broader sense — and that the fact that it was open to different interpretations had only come to light later. In such a case, on the contrary, a study of the preparatory work might show that the negotiations had been spread over several years and that not until the State proposing the conclusion of the treaty had given a very narrow definition of the term in question had its proposal been accepted by the other States. In such a situation, it was clear that the treaty had eventually been concluded because the States which had at first been hesitant had been reassured by the knowledge that the term in question was to be taken in a narrow sense. Without reference to the preparatory work, it would be impossible to know on what basis the consent of the parties had been obtained.”

40 *Ibid.*

41 Shabtai Rosenne, *Yearbook of International Law Commission*, Vol. I, 766th meeting, 1964, p. 283, para. 17. “It was impossible to know by what processes judges reached their decisions and it was particularly difficult to accept the proposition that the *travaux préparatoires* had not actually contributed to form their opinion as to the meaning of a treaty which, nevertheless, they stated to be clear from its text, but which, as the pleadings in fact showed, was not so.”

더 크다고 생각했다. 제31조에 따라 조약의 문면에 부여되는 통상적인 의미를 파악하고, 제32조가 보조적으로 그 내용을 다시 확인하는 수준에 그친다고 보는 것은 “법적 소설”(Legal Fiction)이라고 치부하였다.⁴² 명문(text)이 명확하든지 그렇지 않든지 간에 법원과 중재재판소에서는 당사국들이 준비문서를 원용하고 있다는 것이다.⁴³ 당시 ILC 위원이었던 Yasseen도 해당 조약 문언이 명확한지 여부는 상대적인 것이라 하면서, 해당 조약 문언이 명확한지 여부를 판단하기 위해서라도 준비문서를 검토해야 하는 상황이 존재한다고 설명한 바 있다.⁴⁴ 당시 ILC 위원이었던 Waldock은 비록 때로는 국기들, 국제기구들, 재판소들이 준비문서를 검토한 이후에 마치 준비문서에 무게를 주지 않는 듯한 인상을 주는 경우도 있지만, 이들이 준비문서를 검토하지 않았다는 것은 비현실적이라고 주장하였다.⁴⁵ 즉, 이론적으로는 어쩔지 몰라도, 현실에서는 제32조가 보조적인 역할에 그치지 않고, 오히려 조약 해석에 핵심적인 역할을 한다는 것이다.

42 *Ibid.*, “In the circumstances, to state that the *travaux préparatoires* had been used only to confirm an opinion already arrived at on the basis of the text of the treaty was coming close to a legal fiction.”

43 *Ibid.*, “However, that case-law would be much more convincing if from the outset the Court or tribunal had refused to admit consideration of *travaux préparatoires* until it had first established whether or not the text was clear, but in fact, what had happened was that on all those occasions the *travaux préparatoires* had been fully and extensively placed before the Court or arbitral tribunal by one or other of the parties, if not by both. In the circumstances, to state that the *travaux préparatoires* had been used only to confirm an opinion already arrived at on the basis of the text of the treaty was coming close to a legal fiction”

44 Mustafa Kamil Yassen, *Yearbook of International Law Commission*, Vol. I, 766th meeting, 1964, p. 313, para. 56, “the clearness or ambiguity of a provision was a relative matter; sometimes one had to refer [to] the preparatory work or look at the circumstances surrounding the conclusion of the treaty in order to determine whether the text was really clear and whether the seeming clarity was not simply a deceptive appearance.”

45 Sir Humphrey Waldock, *Yearbook of International Law Commission*, Vol. I, 766th meeting, 1964, p. 314, para. 65, “In his view, it was unrealistic to imagine that the preparatory work was not really consulted by States, organizations and tribunals whenever they saw fit, before or at any stage of the proceedings, even though they might afterwards pretend that they had not given it much attention ... the reference to confirmation and, *a fortiori*, verification tended to undermine the text of a treaty in the sense that there was an express authorization to interpret it in the light of something else; nevertheless that was what happened in practice.”

위와 같은 조약법에 관한 비엔나 협약의 준비문서를 고려하여 동 협약 제31조와 제32조의 관계를 해석하자면, 흥미로운 결과에 이르게 된다. 형식적으로는 동 협약 제31조는 조약 해석의 주된 수단이고, 제32조는 보충적 수단이다. 그러나 실제 조약 해석 실행에 있어서는 제32조에 규정되어 있는 준비문서를 배제할 수 없다. 조약의 문언이 명확해 보인다고 할지라도 그 의미가 명확한지 확인하기 위해서라도 준비문서를 검토해야 하는 것이다. ILC 위원들의 견해는 협약 해석에 있어서 준비문서를 보지 않는 것은 현실에서 불가능하다는 것이었다.

요컨대, 법리적으로 보았을 때, 조약 해석의 보충적 수단인 준비문서와 같은 역사적 자료는 본 조약의 문언의 의미를 확인할 수 있게 한다. 그러나 실제로는 단지 애매모호한 문언의 내용을 명확하게 하는 확인 작업 정도가 아니라, 역으로 역사적 자료가 없이는 문언 내용을 알 수 없는 부분이 있다는 것이다. 일반적인 문언이라 할지라도, 당사자 간에 합의한 해석의 내용은 더 좁은 의미일 수 있기 때문이다. 이런 시각에서 보았을 때, 역사적 연구는 조약 해석에 있어서 필수적 자료가 된다.

III. 대일강화조약 해석에 기여 가능한 역사학적 연구

본 장에서는 역사학자의 연구가 국제법적으로 어떠한 의의를 가지고 있는지 검토하겠다. 아래에서 논의할 사안은 예시적이다. 따라서 역사학의 연구물이 기여하는 바에 대한 포괄적인 검토라 할 수 없다. 역사학자가 제시한 연구결과물이 법적으로 상당한 의의를 가져올 수 있는데, 일부 논의가 덜 되어온 부분을 제시한 것에 불과하다.

1. 예시적 조항이 된 배경

여기서는 역사적 기록에 따라 보았을 때, 대일강화조약 제2조가 예시적

조항으로 만들어졌다는 점을 지적하겠다. 즉, 조약에 관한 비엔나 협약 제 32조에 따라 교섭 기록을 확인했을 때, 제2조는 예시적이라는 것이다.

이 사안이 중요한 이유는 대일강화조약 제2조가 예시적 조항인지 열거적 조항인지에 대해서 한국과 일본의 입장이 나뉘고 있기 때문이다. 더 정확하게는 한국은 예시적 조항이라는 점을 강조하고 있고, 일본은 제2조에서 독도를 포기하지 않았다는 점을 우회적으로 주장하고 있다고 할 수 있다. 사실 법률 문언만을 놓고 보았을 때, 애매한 부분이 없는 것은 아니다. 역사학자 정태만은 본 조항에 대한 문언적 해석을 할 때 본 조항이 예시적이라고 주장한다.⁴⁶ 그 근거로 제시하는 바는 “포함하는”(including)이라는 단어가 들어가 있기 때문이라 본다. 대일강화조약(1951) 제2조 (a)의 원문은 “Japan, recognizing the independence of Korea, renounces all right, title and claim to Korea, including the islands of Quelpart, Port Hamilton and Dagelet”이다. 여기에서 including이 3개 섬을 예시하고 있다는 증거로 제시되고 있다. 그러나 이것은 영문을 오역한 것이다. 여기서 including은 3개의 섬을 포함하여 한국에 대한 권리, 권원, 주장을 포기한다는 의미로 해석되어야 한다. 따라서 including이라는 단어를 근거로 하여 본 조항이 예시적이라 해석할 수 없다.

물론 3,000여 개의 섬을 다 나열한다는 것은 불가능하기 때문에, 예시적이라 보는 것이 합리적인 추론이다. 그러나 이를 열거적이라고 볼 수 있는 근거도 없지 않다. 제주도, 거문도, 울릉도는 한국의 외측 섬 중에서 중요한 섬들이라 할 수 있고, 국가 간 국경선을 그은 것은 아니지만, 한국 영토의 경계를 확인시켜주는 근거가 될 수 있기 때문이다. 물론 제주도 이남에 한

46 정태만, 2017, 「샌프란시스코 평화조약의 문언적 해석」, 『일본문화학보』 제72집, 17쪽. 정태만의 글은 다음과 같다. “샌프란시스코조약에 명시된 섬은 제주도, 거문도, 울릉도의 3개이다. 샌프란시스코조약 제2조 (a)항의 ‘한국’은 명시적으로는 제주도, 거문도, 울릉도를 ‘포함하는(including)’ 한국이다. 여기에서 ‘including’의 사전적 의미는 ‘포함하여, 비롯하여, 위시하여’ 등이다. 3개 섬을 예시(例示)하고 있는 것이다. 즉, 동 조항은 열거규정(列擧規定)이 아닌 예시규정(例示規定)이다. 열거규정은 열거된 내용 이외에는 인정하지 않는 것인데 반해, 예시규정은 예시에 불과하여 예시된 것 이외에도 인정을 하는 것이다. 독도가 포기되는 섬으로 예시되어 있지 않다고 하여, 독도가 일본 땅인 것으로 해석되는 것이 아님은 두말할 필요도 없다.”

국 영토의 섬이 없다는 의미는 아니다. 그러나 한국 영토의 개략적인 그림을 그린 것에 불과하기 때문에, 이외의 섬들에 대해서는 그 소속이 명확하지 않은 부분이 있다는 것이다.

이 조항이 왜 이러한 형태로 완성되었는지 확인할 수 있다면, 본 조항을 해석하는 데에 도움이 될 수 있다. 이와 관련하여 정병준의 연구가 도움이 된다. 정병준에 따르면, 대일강화조약 초안은 1949년 12월 이전과 이후가 구분된다.⁴⁷ 1949년 이전에는 독도가 한국령으로 규정된 사례가 다수이고, 그 이후에는 그렇지 않다. 따라서 이를 고려해볼 필요가 있다. 특히, 일본에 대한 비징벌적 성격을 가진 초안이 작성되게 된 시기는 1949년 이후라 할 수 있다. 1948년 4월 16일 미국무성의 Kennan이 제안한 정책기조를 살펴보면, 정병준의 비징벌적 성격 지적은 설득력이 있다.⁴⁸ 당시 Kennan은 대일강화조약이 최대한 비징벌적(as non-punitive as possible)이어야 한다고 하면서, 조약에서 다룰 내용을 최소한으로 줄여야 한다고 제안하였다.⁴⁹ 물론, 독도 사안이 징벌 혹은 비징벌의 문제로 받아들여졌었는지는 더 연구가 필요한 부분이다. 독도 사안은 영유권의 문제로 징벌의 문제로 치환된다는 것은 법리적으로 문제가 있기 때문이다. 그러나 당시 미국 정부가 일본에 대한 비징벌적 정책을 취하면서 독도가 대일강화조약 초안에서 빠지기 시작했다는 부분은 당시 준비문서를 통해 확인되는 사실이다.

이러한 변화의 배경에는 제2차 세계대전 직후 냉전의 발발이 있었다. 그러나 강화조약의 최종 초안은 미국 혼자만의 결과물이 아니었다. 1951년 5월 3일자 영미합동초안이 결과적으로 최종 초안을 완성하는 데에 밑바탕이 되었

47 정병준, 2010, 『독도 1947: 전후 독도문제와 한·미·일 관계』, 돌베개, 522쪽 이하.

48 Kennan Report, Policy Planning Staff, Recommendations With Respect to U.S. Policy Toward Japan (Top Secret), Records Relating to the Treaty of Peace with Japan, 1945 - 1951 [Entry A1 1230], Record Group 59: General Records of the Department of State, 1763 - 2002.

49 *Ibid.*, "It should be our aim to have the treaty, when finally negotiated, as brief, as general, and as non-punitive as possible. Our aim should be to reduce as far as possible the number of questions to be treated in the peace treaty. This applies particularly to such matters as property rights, restitution, etc. Our policy for the coming period should be shaped specifically with this in mind."

다는 사실을 확인할 수 있다.⁵⁰ 5월 3일자 초안은 사실 같은 해 4월에 작성된 영국의 초안과 관련을 가지고 있는데, 영국은 본래 일본에 전쟁책임을 요구하는 배상적 성격을 가진 초안을 작성하였다. 5월 3일자 영미합동초안의 제2장 제2조는 다음과 같다.

제2조

일본은 한국(제주도, 거문도 울릉도를 포함한), [대만과 땡호도]에 대한 모든 권리·권원·청구권을 포기하며, 또한 위임통치체제 [혹은 남극지방에서 일본 국민의 과거 모든 활동에 기초한]과 관련된 모든 권리·권원·청구권을 포기한다. 일본은 신탁통치체제를 구일본위임통치령하에 있던 태평양도서로 확장한다는 1947년 4월 2일자 유엔안전보장이사회의 결의를 승인한다. 영국은 []안에 구절에 대한 입장을 보류했다.⁵¹

그러나 이러한 합의에 이르는 과정은 쉽지 않았다. 영국식 모델의 특징은 영토 문제에서도 드러난다. 영국식 모델은 영토 문제와 관련하여 상당히 명확한 경계획정을 상정하고 있었다. 즉, 위도와 경도에 따라 일본령을 명백하게 표시하고 있고, 부속지대로 문서상 표현되지 않는 부분을 시각적으로 명확하게 하는 특징을 가지고 있었다. 이러한 영국식 모델은 뉴질랜드 정부 등이 지지하였다. 뉴질랜드는 “일본에 인접한 섬들은 그 어느 것이라도 영유권 논란이 일어서는 안 된다”는 견해를 피력했다.⁵²

그러나 이에 대하여 일본의 반대가 있었고, 미국은 “일본을 울타리로 감싸는 것처럼 보이는 심리적 불이익을 지적”하였으며, 미국은 “한국 영토에

50 조약 초안의 정식 제목은 “Joint United States–United Kingdom Draft Prepared During the Discussions in Washington, April–May 1951”이다. (Joint United States–United Kingdom Draft Peace Treaty,” (1951. 5. 3), Tokyo Post Files’ 320.1 Peace Treaty, *FRUS*, 1951, Vol. VI, part 1, pp.1024~1037.)

51 정병준, 앞의 글 35, 526쪽. “Joint United States–United Kingdom Draft Peace Treaty,” (1951. 5. 3), *FRUS*, 1951, Vol. VI, p. 1025.

52 *Ibid.*, p. 534.

제주도, 거문도, 울릉도가 포함된다는 점을 조약에 열거하겠다고 자발적으로 제안함으로써 영국을 설득할 수 있었다”고 한다.⁵³ 한편, 정병준은 제1차 영미회담에 대한 미국 측 회담비망록에서 한국 영토를 열거하게 된 계기를 확인할 수 있다고 설명한다. 1951년 4월 25일부터 2일간 미국과 영국 측이 초안을 검토하였는데, 이때 영국이 “일본과 한국 사이의 섬들을 배치하는 것이 바람직하다”고 하였고, “이는 미국 제3조(U.S. Article 3)에 ‘한국’ 뒤에 (제주도를 포함하는)을 삽입함으로써 처리될 수 있었다”고 한다.⁵⁴ 따라서 “일본은 한국에 대한 모든 권리, 권원, 청구권을 포기하고”라는 문장이 “일본은 제주도를 포함하는 한국에 대한 모든 권리, 권원, 청구권을 포기하고”라는 문장으로 수정되었다.

이러한 방법이 문제가 없는 것이 아니다. 명확한 경계획정 자체를 포기한 것이기 때문이다. 그러나 본 사안에서 확인할 수 있는 것은 미국이 영국의 요구에 응하는 과정 속에서 몇 개의 섬이 언급되었을 뿐, 한국의 영토를 확정하기 위한 열거적 성격의 조항이 아니라는 것이다. 정병준은 다음과 같이 이를 설명한다.

즉, 미국 측은 한국과 일본 사이에 가장 상정적인 섬을 거명함으로써 영국 측 제안을 만족시키려 했던 것이다. 이는 훗날 일본정부와 학자들이 주장 하듯 이 미국과 영국이 일본령에서 배제되어 한국령으로 포함될 섬들을 특

53 *Ibid.*, p. 534-535, “Japanese Peace Treaty Working Draft and Commentary,” (1951. 6. 1), chapter II, territory, article 2, p. 1. 정병준의 번역문은 다음과 같다. “논평: 워싱턴에서 토론 중 미국이 일본 주위로 연속 선을 그어 일본을 울타리로 감싸는 것처럼 보이는 심리적 불이익 (psychological disadvantages)을 지적하자, 영국은 이 제안을 포기하는 데 동의했다. 일본은 동경에서 논의할 당시 영국 제안에 반대했다. 미국은 한국 영토에 제주도, 거문도, 울릉도가 포함된다는 점을 조약에 열거하겠다고 자발적으로 제안함으로써 영국을 설득할 수 있었다. 하보마이와 시코탄에 대해서는, 소련이 섬을 점령하고 있기에 이들의 일본반환을 특별히 명문화하지 않는 것이 보다 현실적으로 보인다.”

54 *Ibid.*, p. 536, 원문은 다음과 같다. “Article 2, British suggested omission of U.S. Article 2, questioned necessity of reference to territorial waters, British mentioned desirability of disposing of islands between Japan and Korea by specific mention. This might be done by inserting “(including Quelpart)” after “Korea” in U.S. Article 3. British accepted U.S. 29° for Ryukyus and U.S. provisions on Habomais and Shikotan.”

정한 것이 아니라, 미국이 영국의 요구에 대응하기 위해 대표적인 섬만을 언급하는 과정에서 삽입된 구절이었던 것이었다. 특별히 이 섬들의 귀속 여부는 논의되지 않았다. 미국 측 문서에는 영국 측 주장에 대해 제주도를 포함하는 방안이 기록되어 있으나, 어떤 경로를 거쳐 어느 시점에 제주도 뒤에 거문도와 울릉도를 넣기로 결정되었는지는 드러나 있지 않다. 그러나 영국 외무성은 워싱턴 회의과정에서 한국과 일본 사이에 존재하는 섬들의 명단을 넣자고 제안했고, 미국무부는 그 해법으로 제주도를 포함하는 방안을 제시했으며, 결국 거문도와 울릉도 등 대표적인 3개 섬을 특정하는 방법을 채택하게 된 것이었다.⁵⁵

따라서 당시 준비문서 등을 살펴보았을 때, 대일강화조약 제2조상 섬들은 열거적이라 볼 수 없다. 대표적인 섬들을 예시적으로 언급한 것에 불과하다는 한국 측 해석을 뒷받침하는 역사적 연구 사례라 할 수 있다. 따라서 조약에 관한 비엔나 협약 제32조에 따라 당시 교섭 기록을 확인하였을 때, 대일강화조약 제2조는 예시적 조항이라 보는 것이 타당하다.

2. 독도 명칭에 대한 사실의 착오

여기서는 당시 역사적 기록을 살펴보았을 때 독도 명칭에 대한 ‘사실의 착오’가 있었을 가능성이 있다는 점을 지적하겠다. 더 연구가 필요하겠지만, 여기서 언급할 역사적 사실이 법학에서의 ‘사실의 착오’가 된다는 것이 확실하다면, 한국은 착오를 근거로 대일강화조약 제2조를 제한적으로 해석해야 한다고 주장할 수도 있을 것이다. 대한민국은 대일강화조약(1951)의 당사국이 아니기 때문에 한국에 구속력이 없는 조약이고, 조약 해석의 문제로 발전할 이유가 없다는 주장도 가능할 것이다. 그러나 한국의 영토가 대일강화조약 제2조에 의해서 확정되었다는 주장도 가능하기 때문에, 조약에는

⁵⁵ *Ibid.*, p. 536-537.

구속되지 않지만, 그 조약의 법적 결과에는 영향을 받는다고 볼 수도 있다. 따라서 이에 대한 법적 논리가 준비되어야 한다. 따라서 대일강화조약 해석과 관련된 연구는 법정에서의 예비적 주장 차원에서 이해될 수 있다. 즉, 대일강화조약의 당사국이 아니기 때문에 한국에 구속력이 없다는 주장을 주위적 주장이라 한다면, 대일강화조약 해석과 관련한 연구는 예비적 주장 차원에서 이해될 수 있을 것이다.

일본 외무성은 대일강화조약 제2조에 독도가 언급되지 않은 이유에 대해서, 1951년 7월 한국의 항의 서한을 언급한다. 앞서서도 언급하였듯이, 한국 정부는 “독도”와 “파랑도”를 포함하여 한국이 일본에 병합되기 이전 권원과 주장을 포기한다라는 표현을 삽입할 것을 요청하였다. 일본 외무성은 이에 대한 대응으로 Rusk의 서한이 있었다는 점을 강조한다. Rusk 서한 자체의 문제점은 뒤에서 다루도록 하고, 당시 미국 정부가 독도 문제와 관련하여 조사를 한 사례가 있었다는 사실에 초점을 맞추도록 하겠다. 정병준의 연구에 따르면, 당시 조사에 착오가 있었던 것으로 보이고, 이러한 착오는 이후 Rusk 서한(1951년 8월 10일자)과 조약 초안 작성과정에 영향을 미쳤을 수 있다.

문제가 되는 문서는 Boggs의 보고서이다. 1951년 7월 19일 한미협의를 전후로 하여 미국 정부 내에서 대일평화조약 최종 초안 작성 중 논란의 여지가 있는 섬들에 대한 조사를 진행한 바 있다. 이 사안을 맡은 이가 국무부 정보조사국의 지리담당관이었던 Samuel W. Boggs이다.⁵⁶ 1951년 7월 13일에 Boggs가 작성한 첫 보고서에서 조사한 섬은 남사군도(Spratly Islands), 서사군도(Paracel Islands), 리앙구르암(Liancourt Rocks), 즉 독도였다.⁵⁷ 이와 같은 섬들이 논쟁의 중심에 있었기 때문에 이에 대한 조사가 이루어졌다고 할 수 있다. 이 때 Boggs는 독도를 한국령으로 포함하여 보고하였다. 첫 보고서 해당 부분은 다음과 같다.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 753-754.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 754.

2. 리앙쿠르암(Liancourt Rocks)

1949년 조약 초안에는 일본이 한국의 권리를 포기할 섬들 가운데 리앙쿠르암(다케시마)이 들어 있었다. 1947년 6월 일본 외무성이 간행한 「일본의 부속소도」라는 제목의 출판물 제IV부에는 리앙쿠르암이 포함되어 있다. 따라서 조약 초안 중 (조) 다음에 일정한 형식으로 이를 특정해서 언급해주는 것이 바람직할 것이다.

- (a) 일본은 한국의 독립을 승인하며, 제주도, 거문도, 울릉도 및 리앙쿠르암(추가부분)을 포함해 한국에 대한 모든 권리, 권원, 청구권을 방기한다.⁵⁸

정병준이 적절히 지적하였듯이, 본 문서에서 파악할 수 있는 중요한 사안들이 있다.⁵⁹ 첫째, 미 국무부 지리 전문가가 독도는 한국령이라 밝혔다. 둘째, 일본 외무성이 작성하여 배부한 팸플릿을 미 국무부가 인지하고 있었고, 그 팸플릿의 내용 중 잘못된 부분을 수정하고자 하였다. 정확하게는 Boggs가 팸플릿에서 독도 사안이 잘못 기재된 것을 인지하고 이를 수정하여 리앙쿠르암이 한국령이라고 밝혔다. 셋째, 독도 귀속 문제는 미 국무부 지리전문가의 조언이 필요하였고, 지리 전문가도 독도의 본명을 알지 못하여 리앙쿠르암이라 불렀다.

3일 후 1951년 7월 16일에 작성된 Boggs의 두 번째 보고서에서도 독도를 언급하고 있다.

58 *Ibid.*, p. 755–756. Memorandum by Boggs, OIR/GE to Fearey, NA. Subject: Spratly Island and the Paracels, in Draft Japanese Peace Treaty (1951. 7. 13), RG 59, Department of State, Decimal File, 694,001/7–1351. 이 번역문은 정병준의 번역에 따른다.

2. Liancourt Rocks, The Liancourt Rocks (Takeshima) were among the islands to which, in a 1949 draft treaty, Japan would have renounced claim to Korea. In a Japanese Foreign Office publication, entitled "Minor Islands Adjacent to Japan Proper", Part IV, June 1947, Liancourt Rocks are included. It may therefore be advisable to name them specifically in the draft treaty, in some such form as the following (Article 2):

(a) Japan, recognizing the independence of Korea, renounce all right, title and claims to Korea, including islands of Quelpart, Port Hamilton, Dagelet, and Liancourt Rocks,

59 *Ibid.*, p. 756.

2. 리앙쿠르암(Liancourt Rocks)

1949년 대일평화조약 초안 중 하나에 따르면 리앙쿠르암(다케시마)은 한국에 방기될 예정이었다; 거의 동일한 시기의 또 다른 초안에는 일본이 보유하게 될 지역으로 지명되었다. 1947년 6월의 「일본의 부속소도」 제IV부라는 제목의 일본 외무성 출판물에는 “리앙쿠르암(다케시마)”이 포함되어 있는데 다음과 같이 지적하고 있다.

“다즐렛(Dagelet, 울릉도)에 대해서는 한국 명칭이 있지만, 리앙쿠르암에 대해서는 한국명이 없으며, 한국에서 제작된 지도에서 나타나지 않는다는 사실을 특기해야 한다.”

만약 이 섬을 한국에 주도록 결정한다면, 제2조 (a)항 끝에 “및 리앙쿠르암”이라고 추가하기만 하면 될 것이다.⁶⁰ (밑줄은 원문 그대로)

두 번째 보고서는 첫 보고서와 차이가 있다. 먼저 “만약 이 섬을 한국에 주도록 결정한다면”이라는 조건을 달았다. 여기서 유의해야 할 부분은 Boggs는 독도의 한국명이 없다는 일본의 주장을 그대로 인용하고 있으며, 이를 받아들이고 있는 모습을 취하고 있다는 데에 있다. 즉, 한국명을 아예 인식하지 못하고 있었다.

세 번째 보고서는 1951년 7월 31일에 작성되었다. 이 보고서가 작성된 경위는 1951년 7월 19일 양유찬 대사가 독도와 파랑도를 한국령이라 주장한 사건 때문이었다. 일본 정부가 중요하게 보는 바로 그 사건이라 할 수 있다. Boggs는 이때 워싱턴에 있는 모든 자료들을 검토하였지만 이와 관련된

60 *Ibid.*, p. 758-759. Memorandum by Boggs, OIR/GE to Fearey, NA, Subject: Spratly Island and the Paracels, in Draft Japanese Peace Treaty (1951. 7. 16), RG 59, Department of State, Decimal File, FW694.001/7-1351. 이 번역문은 정병준의 번역에 따른다.

“It should be noted that while there is a Korean name for Dagelet, none exists for the Liancourts Rocks and they are not shown in the maps made in Korea.

If it is decided to give time to Korea, it would be necessary only to add “and Liancourt Rocks” at the end of Art. 2, par. (a).”

자료를 찾을 수 없었다고 보고했다.⁶¹ 즉, 한국이 주장하는 파랑도와 독도에 대한 자료를 워싱턴에서는 찾을 수 없었다는 것이다. Boggs는 이어서 당시 조약 초안에 언급된 섬들의 이름을 비교할 수 있게 대조표를 작성하였다. 이에 유럽 이름, 일본 이름, 한국 이름을 표로 작성하여 제시하였다. 중요한 점은 바로 이때 Boggs의 착오가 드러난다. 그 표는 다음과 같다.⁶²

H. O. Pub. No. 122B(1947) page	European name	Japanese name	Korean name
606	Quelpart	Saishu To	Cheju Do
584	"Port Hamilton"	Tonai Kai	Tonae Hae
534	Dagelet	Utsuryo To Matsu-shima(?)	Ullung Do
535	Liancourt	Take-shima	(none)
	?	?	Dokdo
	?	?	Parangdo

이 문서에서 확인할 수 있듯이, 유럽명으로 표기된 Liancourt의 일본명, 즉 Take-shima는 존재하지만, 한국명이 존재하지 않는다. 앞에서 언급하였듯이 Boggs는 첫 보고서와 둘째 보고서에서 Liancourt를 한국령이라 보았다. 그러나 한국이 주장하는 독도는 Liancourt와 관계가 전혀 없는 별개의 섬으로 인식했다.

이 부분은 사실의 착오 사안이 될 수 있다. 특히, Boggs의 보고서가 Rusk

61 *Ibid.*, p. 780, Memorandum by Boggs, OIR/GE to Robert A. Fearey, NA, Subject: Parangdo and Dokdo(Islands)(1951. 7. 31), RG 59, State Department, Records Relating to the Japanese Peace and Security Treaties, 1946-1952, Lot 78D173, Box 2, Folder "Protocol(Notes & Comments) Japan, July-September 1951."

"In response to your telephone requests for information regarding to Dokdo and Parangdo, two islands which Korea desires to have Japan renounces in favor of Korea in the treaty of peace, we have tried all resources in Washington which we have thought of and have not been able to identify either of them."

62 *Ibid.*

를 포함해서 대일강화조약 초안에 영향을 미쳤다고 한다면, 이 사실의 착오는 법적 분석이 필요한 사안이 된다. Boggs의 보고서가 1951년 7월 31일에 작성된 것을 고려하자면, 불과 10일 정도 후 8월 10일자 Rusk의 서신과 같은 해 9월 8일 체결된 대일강화조약에 영향을 미쳤을 가능성이 있다.

Rusk 서한이 작성되기 3일 전 8월 7일자 전문에서 보면 지리담당관의 영향을 확인할 수 있다. 대일강화조약 실무담당자였던 Acheson이 부산 주한미대사관의 Muccio 대사에게 보낸 8월 7일자 전문에는 다음과 같이 기록되어 있다.

딜레스가 무초에게

우리 지리담당관이나 한국대사관 모두 독도와 파랑도를 확인할 수 없었다.

따라서 (이 섬의 위치에 대해) 즉각 (정보를) 들을 수 없다면, 이들 섬에 대한 한국 주권을 확인해 달라는 한국 측의 이 제안을 고려할 수 없다. 애치슨.⁶³

Acheson이 Rusk의 전임자라는 사실을 고려하여 보자면, 이와 같은 전문은 의미가 없지 않다. 이에 대한 더 심도 있는 검증 작업이 필요하겠지만, 정병준의 연구결과물만 놓고 보았을 때, 본 사안은 착오에 해당할 수 있는 사안이다. 특히, Rusk 서한 자체가 착오에 의해서 작성된 것이라 볼 여지가 없지 않다.

일반적으로 조약이 체결되면 해당 조문은 확정적이라 판단하고, 그에 따른 법률분석에 들어간다. 그러나 조약 체결과정에 착오가 발생한 경우, 조약에 관한 비엔나 협약 제48조에 따라 판단할 부분이 생긴다. 동 조항 제1항은 “조약상의 착오는, 그 조약이 체결된 당시에 존재한 것으로 국가가 추정하는 사실 또는 사태로서, 그 조약에 대한 국가의 기속적 동의를 본질적 기초를 구성한 것에 관한 경우에, 국가는 그 조약에 대한 그 기속적 동의를 부

63 *Ibid.*, p. 775. Outgoing Telegram by Secretary of State(Acheson) to Amembassy, Pusan(Muccio)(1951. 8. 7).

적법화하는 것으로 그 착오를 원용할 수 있다.”라고 규정하고 있다.⁶⁴

본 사안이 동 협약 제48조에 해당되는 착오라고 판단한다고 단정할 수는 없다. 또, 한국이 대일강화조약의 당사국이 아니기 때문에 동 협약 제48조를 그대로 적용하는 것도 문제가 있다. 이에 대한 후속 연구가 필요할 것이다. 그러나 적어도 동 협약 제32조에 따라 교섭 기록 및 조약 체결 시 상황을 고려하여 보았을 때 착오를 확인할 수 있다. 따라서 동 협약 제48조의 착오가 아니더라도, 제32조에 따라 조약 해석을 할 때 착오를 고려하여 해석해야 할 부분은 있다. 특히, 만일 Boggs의 보고서가 Rusk와 대일강화조약 초안에 영향을 미쳤다고 결론이 나온다면, 이 사안은 국제법적으로 상당히 유의미한 사건이 된다. Rusk 서한이 Boggs의 착오에 기초한 문서로 볼 수 있다면, 일본이 Rusk 서한에 의존하는 입장에 반론을 구성할 수 있을 것이다. 이러한 사안은 더 정밀한 검토가 필요한 부분이고, 후속 연구가 필요한 부분이다. 더 심층적인 역사적 연구와 법적 연구가 필요한 사안이라 할 수 있다.

3. 조약의 미완결성

주지하듯이 조약 체결 시 사정도 조약의 보충적 해석 범위에 들어간다. 조약이 체결되는 상황은 다양하여, 정치적, 경제적, 사회적 사정을 포함한다. 다른 사정도 검토 대상이 될 수 있다는 점을 앞에서 밝혔다. 대일강화조약이 체결되던 배경으로는 일반적으로 냉전이 언급된다. 정병준은 다음과 같이 조약 체결 시 상황을 설명한다.

1947년 7월 미국이 제안한 대일평화회담의 조기 개최는 소련과 중국의 반

64 영어 원문은 다음과 같다. "Article 48 Error: 1. A State may invoke an error in a treaty as invalidating its consent to be bound by the treaty if the error relates to a fact or situation which was assumed by that State to exist at the time when the treaty was concluded and formed an essential basis of its consent to be bound by the treaty."

대, 다른 연합국들의 미온적 태도로 실패했다. 1948년 동아시아에서 냉전이 본격적으로 전개되면서 일본의 중요성이 부각되었고, 소련을 배제한 단독강화·다수강화가 주요 선택지로 부각되었다. 1949년 중국대륙이 공산화되자, 2차대전기 형성되었던 미·소·영·중 4대 연합국의 협력관계는 종막을 고했다.⁶⁵

일본이 주장한 '심리적 불이익'이 미국과 영국을 설득하는 주요 논리가 되었고, 그 배경에는 냉전의 격화와 한국전쟁의 발발에 따른 미국의 일본중시정책이 자리하고 있었다. 일본이 선호한 모호하고 두루뭉술한 영토규정이 채택되었고, "일본 영토에서 배제될 지역을 특정하는 방식을 채택"했다는 단서조항을 기록으로 남김으로써 이후 일본에 의한 국제적 영토분쟁의 빌미가 제공되었다.⁶⁶

이러한 냉전의 정치적 상황은 대일강화조약이 일본에게 유리하게 체결된 경위를 설명해주고 있다. 이론적으로 보았을 때, 이러한 정황도 조약을 해석할 때 보충적으로 고려될 여지가 있다. 그러나 이러한 사안은 상황을 설명해줄 법률해석이 직접적인 영향을 주기 어렵다. 당시 국제정치적 상황이 무엇이었던지 간에, 대일강화조약은 구속력을 가진 조약으로 체결된 것이고, 당시 냉전이었던 사정만으로 대일강화조약이 달리 해석되어야 할 근거는 없다.

그러나 대일강화조약이 냉전 시에 체결되면서 미완결적 성격을 가지게 된 부분은 유의미하게 볼 필요가 있다. 즉, 당시 조약 체결 시 사정상 본 조약이 미완결적이라 볼 근거가 있을시, 그 사정은 별도로 본 조약을 해석할 때 유의미한 자료가 된다는 것이다. 이를 고려해볼만한 대일강화조약의 체결 시점 사정이 있다. 박병섭은 그의 논문에서 다음과 같이 언급한 바 있다.

65 정병준, 앞의 글 35, 583쪽.

66 *Ibid.*, p. 606.

1951년 9월 8일 샌프란시스코에서 대일강화조약이 조인됐다. 조인식에 한국·중화민국·중화인민공화국 등은 초대받지 않았으며, 소련은 강화회의에 참가했으나 조인하지 않았다. 이는 미·소 대립, 냉전의 결과였다. 이 영향을 받아 강화조약에서는 구 일본영토의 처분은 딜레스가 조인식에서 연설한 바와 같이 완전히는 해결되지 않았다. 영토의 최종 처분이 애매하게 된 전형적인 예는 하보마이·시코탄이며 강화조약에는 아무 규정이 없었다. 딜레스는 앞의 연설에서 하보마이는 일본이 주권을 포기한 쿠릴제도에 포함되지 않는다는 것이 미국의 견해라고 말한 다음에 “이 점에 관해 분쟁이 있으면 제22조에 따라 국제사법재판소에 부탁할 수 있다.”라고 말하고 하보마이의 귀속에 문제가 있는 것을 밝혔다. 그러나 딜레스는 하보마이보다 훨씬 큰 시코탄에 대해서는 아무 말이 없었다. 한편 독도도 강화조약에서 아무 규정이 없었다. 그렇다면 독도·하보마이·시코탄에 관해 SCAPIN 677의 유효성이 어떻게 되느냐의 문제가 떠오른다.⁶⁷

박병섭은 이러한 설명을 “10. 강화조약과 SCAPIN, 독도의 해석”이라는 소제목 하에서 언급하고 있고, 이에 대한 별도의 출처를 달지 않았다. 그러나 Dulles가 조인식에서 구 일본영토의 처분 사안이 대일강화조약으로 완전히 해결되지 않았다고 한 부분은 의의가 있다. 대일강화조약 조인식에서의 연설은 조약 체결 시 사정의 직접적인 증거가 될 수 있기 때문이다.

박병섭은 직접 언급하고 있지 않지만, John Foster Dulles의 연설 원문을 살펴보면, Dulles가 대일강화조약 개별 조항에 대해서 코멘트를 하고 있다는 사실을 확인할 수 있다. 우선 대일강화조약 제1장 제1조에서 일본국민의 완전한 영토주권을 확인한다는 점을 밝히며, 포츠담 선언의 구속력을 언급했다.⁶⁸ 이러한 접근은 포츠담 선언이 본 강화조약의 법적 근거가 된

67 박병섭, 2014, 「대일강화조약과 독도·제주도·쿠릴·류큐제도」, 『독도연구』 제16호, 189쪽.

68 John Foster Dulles, 1951, “John Foster Dulles’s Speech at the San Francisco Peace Conference”, Gaimusho joyaku-kyoku hokika, Heiwa joyaku no teiketsu ni kansuru chosho VII, pp. 267-284. Available at <http://worldjpn.grips.ac.jp/documents/texts/JPUS/19510905,S1E.htm>(Accessed: Aug. 28,

다는 점을 밝혀준다. Dulles는 포츠담에서의 항복 조건(The Potsdam Surrender Terms)이 일본과 연합국이 합의한 유일한 평화 조건이며, 일본과 연합국을 구속한다고 강조하였다.⁶⁹ 그러므로 강화조약은 포츠담 선언의 항복 조건을 구체화한다고 하였다. 항복 조건은 일본의 주권이 혼슈, 홋카이도, 규슈, 시코쿠 그리고 몇 소도시로 제한된다는 것이고, 제2조에 포함되어 있는 포기(renunciations) 사안들은 일본의 항복 조건에 부합해야 한다고 강조하였다.⁷⁰

이어서 제2조상 쿠릴열도가 하보마이 섬을 포함하는지에 대해서 의문을 가지는 이들이 있지만, 미국은 그렇게 생각하지 않고, 분쟁이 있다면 제22조에 따라 국제사법재판소에 의뢰를 하면 된다고 정리하였다.⁷¹ Dulles는 어떤 연합국의 대표들이 강화조약 제2조가 더 구체적이어야 한다고 하고 있다는 점을 인식하고 있었다. 즉, 동 조약 제2조가 더 구체적으로 구 일본 영토를 구획해야 한다고 주장하는 국가들을 언급하였다.⁷² Dulles는 이리

2018). 원문은 다음과 같다. "Chapter 1 ends the state of war, with consequent recognition of the full sovereignty of the Japanese people. Let us note that the sovereignty recognized is the "sovereignty of the Japanese people". What is the territory of Japanese sovereignty? Chapter II deals with that, Japan formally ratifies the territorial provisions of the Potsdam Surrender Terms, provisions which, so far as Japan is concerned, were actually carried into effect 6 years ago."

69 *Ibid.* 원문은 다음과 같다. "The Potsdam Surrender Terms constitute the only definition of peace terms to which, and by which, Japan and the Allied Powers as a whole are bound, There have been some private understandings between some Allied Governments; but by these Japan was not bound, nor were other Allies bound."

70 *Ibid.* 원문은 다음과 같다. "Therefore, the treaty embodies article 8 of the Surrender Terms which provided that Japanese sovereignty should be limited to Honshu, Hokkaido, Kyushu, Shikoku and some minor islands, The renunciations contained in article 2 of chapter II strictly and scrupulously conform to that surrender term."

71 *Ibid.* 원문은 다음과 같다. "Some question has been raised as to whether the geographical name "Kurile Islands" mentioned in article 2 (c) includes the Habomai Islands. It is the view of the United States that it does not. If, however, there were a dispute about this, it could be referred to the International Court of Justice under article 22."

72 *Ibid.* 원문은 다음과 같다. "Some Allied Powers suggested that article 2 should not merely delimit Japanese sovereignty according to Potsdam, but specify precisely the ultimate disposition of each of the ex-Japanese territories."

한 접근이 더 명확한 것을 인정하였지만, 합의된 답이 없는 사안이기 때문에 문제를 일으킬 수 있다고 설명하였다. Dulles는 포츠담 항복 조건에 따라 일본에게 평화를 주든지, 아니면 일본에 평화를 부정하는 결과를 낳을 수 있다고 하였다.⁷³ Dulles는 본 사안과 관련된 의혹에 대해서는 본 조약 이외의 국제적 해소방법(international solvents)을 원용하여 미래세대가 해소하도록 하는 것이 더 지혜롭다고 단정하였다.⁷⁴

정태만은 Dulles의 연설을 원용하며, 대일강화조약(1951)이 예시적 조항이라는 바를 지적하고 있다.

예시되어 있지 않은 것을 가지고 '누락'되었다고 하는 것은 적절하지 못하다. 누락이라는 용어가 부적절한 또 하나의 이유는 샌프란시스코조약은, 예시규정일 뿐만 아니라, 독도와 같은 작은 섬들이 명시될 성격의 조약이 아니라는 것이다. 이는 샌프란시스코조약을 총괄한 덜레스(John Foster Dulles) 미국대표가 샌프란시스코 회의(1951년 9월)에서 한 연설을 통해 알 수 있다.⁷⁵

예시적 조항의 근거라 볼 수도 있겠지만, 연설문의 문언을 보았을 때, 그 근본 취지는 미래세대가 해결하도록 정하는 바를 설명하고 있다. 즉, 미완결성이 강조되고 있는 것이고, 그러한 측면에서 예시적이라고도 할 수 있다.

위 연설문은 두 가지 법적 사안을 확인해 준다. 첫째, 포츠담 항복 조건이 대일강화조약 제2조의 기준이라는 것이다. 이렇게 본다면, 대일강화조약

73 *Ibid.*, 원문은 다음과 같다. "This, admittedly, would have been neater. But it would have raised questions as to which there are now no agreed answers. We had either to give Japan peace on the Potsdam Surrender Terms or deny peace to Japan while the Allies quarrel about what shall be done with what Japan is prepared, and required, to give up."

74 *Ibid.*, 원문은 다음과 같다. "Clearly, the wise course was to proceed now, so far as Japan is concerned, leaving the future to resolve doubts by invoking international solvents other than this treaty."

75 정태만, 앞의 글 34, 19쪽.

제2조는 포츠담 선언의 정신에 따라 해석되어야 한다. 둘째, 대일강화조약 제2조는 미완성된 조항이라는 것이다. 조약에 관한 비엔나 협약 제32조 상보충적 수단 중 하나로 조약 체결 시 사정을 고려하여 보았을 때, 대일강화조약상 경계획정 사안은 의도적으로 완결시키지 않았다는 것을 확인할 수 있다. 그렇다고 하여, 대일강화조약 제2조 등이 경계획정에 아예 도움이 안 된다는 의미는 아니다. 단지, 의도적으로 완결을 시키지 않았다는 것이고, 본 조항을 해석할 때도 이를 고려할 수 있다. 대일강화조약 제2조가 미완결 혹은 미완성적 성격을 가지고 있다는 사실을 확인할 수 있었다는 데에 의의가 있다. 즉, 조약 체결 당시 사정을 역사적으로 검토하여 의도적으로 미완결 혹은 미완성으로 두었다는 것을 확인할 수 있었다는 데에 의의가 있다. 의도적으로 해석의 여지가 넓게 만들어진 본 조항을 어떻게 해석할지는 더 연구가 필요한 부분이다.

IV. 결론

이 연구는 조약 해석, 그중에서도 대일강화조약(1951)의 해석에 보충적 수단으로 역사적 연구가 의의가 있다고 제시하였다. 물론, 역사학의 관심사는 국제법학의 관심사와 차이가 있다. 특히, 역사학은 과거의 역사적 사실을 밝혀내는 것에 주안점을 두고 있기 때문에, 규범적인 접근을 취하지 않는다. 그럼에도 불구하고 역사학자들의 연구물이 법학적 의의를 갖는 이유는 조약 해석 과정에 당시 준비문서 등이 활용되기 때문이다. 그 중요성에 대해서는 견해 차이가 있을 수 있으나, 조약 문언의 정확한 의미를 파악하는 데에 교섭 기록 등을 배제할 수는 없을 것이다.

대일강화조약 제2조도 문언에 규정되어 있는 내용만으로는 독도의 귀속을 확인하기 어렵다. 조약에 관한 비엔나 협약(1969) 제32조에 따라 보충적 수단에 의존할 수밖에 없는 현실인 것이다. 한국 정부와 일본 정부 둘 다 동조약 제2조의 문언적 해석의 한계를 역사적 자료로 보충하고 있다. 조약법

에 관한 비엔나 협약 제32조는 조약 해석의 보충적 수단을 조약의 교섭 기록 및 그 체결 시의 사정을 포함한 보충적 수단을 제시하고 있다. 그러나 이러한 보충적인 수단은 보충적이지만은 않다. 실제로는 단지 애매모호한 문언의 내용을 명확하게 하는 확인 작업 정도가 아니라, 역으로 역사적 자료가 없이는 문언 내용을 알 수 없는 상황이 된다. 일반적인 문언이라 할지라도, 당사자 간에 합의한 해석의 내용은 더 좁은 의미일 수 있기 때문이다. 이런 시각에서 보았을 때, 역사적 연구는 조약 해석에 있어서 매우 중요한 자료이다. 조약에 관한 비엔나 협약 문안을 작성하던 당시 ILC 위원들은 준비문서의 비중이 크다고 생각했다. 동 협약 제31조에 따라 조약의 문면에 부여되는 통상적인 의미를 파악하고, 제32조가 보조적으로 그 내용을 다시 확인하는 수준에 그친다고 보는 것은 “법적 소설”(Legal Fiction)이라고 치부하였다. 이런 시각에서 보았을 때, 역사적 연구는 조약 해석에 있어서 필수적 방법론이 된다.

물론, 동 협약 제32조가 제31조보다 우선한다는 주장은 아니다. 단지 제32조가 2차적이고 부차적이고 보충적이지 않을 수 있다는 것이다. 또한 조약의 문언을 읽을 때 개별 단어 하나하나마다 준비문서에 따른 해석이 필요하다는 것도 아니다. 그러나 조약을 읽어 내려가는 독해(reading comprehension)와 법적 해석(legal interpretation)은 구분이 필요하다. 조약의 문면에 쓰여 있는 내용이 난해하지 않아서 독해만으로도 내용을 파악할 수 있는 경우에는 일반적으로 조약을 법적으로 “해석”한다고 하지 않는다. 물론 이에 대한 견해 차이가 있을 수 있다. “법적 해석”의 개념을 넓게 사용하는 법률가일 경우, 독해도 해석의 일환일 수 있다. 그러나 일반적으로 법적 해석이라고 할 때에는 그 의미가 명확하지 않거나 의미가 명확하더라도 전문적인 법적 분석이 필요한 경우를 상정한다. 이러한 의미의 법적 해석이라 할 때, 많은 경우 조약의 보충적 수단으로 여겨졌던 준비문서 등이 생각보다 더 중요하다는 것이다.

이 글에서는 역사학자의 연구가 국제법적으로 어떠한 의의를 가지고 있는지 예시적으로 검토하였다. 첫째, 정병준의 저서를 검토해 보았을 때, 대

일강화조약 제2조가 예시적 조항으로 만들어졌다는 점을 지적하였다. 즉, 조약에 관한 비엔나 협약 제32조에 따라 교섭 기록을 확인했을 때, 제2조는 예시적이라는 것이다. 대일강화조약 작성의 밑바탕이 된 1951년 5월 3일자 영미합동초안이 작성되는 과정을 살펴보았을 때 이러한 사실을 확인할 수 있다. 당시 미국이 영국의 요구에 응하는 과정 속에서 몇 개의 섬이 언급됨으로 합의에 이르렀을 뿐, 영토 경계를 명확하게 확정하기 위한 의도가 없었다. 따라서 대일강화조약 제2조의 섬들은 보충적 수단에 따라 보았을 때, 열거적 성격의 조항이 아니고 예시적이라 보는 것이 타당하다.

둘째, 정병준의 연구에 기초하여 당시 역사적 기록을 살펴보았을 때 독도 명칭에 대한 ‘사실의 착오’가 있었을 가능성이 높다는 점을 지적하였다. 문제가 되는 문서는 Boggs의 보고서이다. 1951년 7월 19일 한미협의를 전후로 하여 미국 정부 내에서 대일평화조약 최종 초안 작성 중 논란의 여지가 있는 섬들에 대한 조사를 진행한 바 있다. 이 사안을 맡은 이가 국무부 정보조사국의 지리담당관이었던 Samuel W. Boggs이다. Boggs는 첫 보고서와 둘째 보고서에서 Liancourt를 한국령이라 보았다. 그러나 세 번째 보고서에서 한국이 파랑도와 함께 주장하는 독도가 Liancourt와 관계가 없는 별개의 섬으로 인식했다. 당시 제시한 표에서도 Liancourt와 독도를 별개의 영역에 기재하였다. 결과적으로 이 둘이 같은 섬을 지칭한다는 것을 알지 못했다는 점을 보여준 것이다. 이 착오는 법적 분석이 필요한 사안이 된다. Boggs의 세 번째 보고서는 1951년 7월 31일에 작성되었다. 동년 8월 7일 대일강화조약 실무담당자였던 Acheson은 부산 주한미대사관의 Muccio 대사에게 “우리 지리담당관이나 한국대사관 모두 독도와 파랑도를 확인할 수 없고, (이 섬의 위치에 대해) 즉각 (정보를) 들을 수 없다면, 이들 섬에 대한 한국 주권을 확인해 달라는 한국 측의 이 제안을 고려할 수 없다”고 하였다. 한국이 독도의 영유권을 주장하였을 때, 독도가 Liancourt이 아니라고 판단한 근거가 앞에서 설명한 Boggs의 보고서라는 점을 고려하면, 문제가 없지 않다. 이런 정보와 시각이 3일 후 8월 10일자 Rusk의 서신과 동년 9월 8일 체결된 대일강화조약에 영향을 미쳤을 가능성이 있다. Rusk 서신이 Boggs

의 착오에 기초한 문서로 볼 수 있다면, 일본이 독도 영유권의 근거로 Rusk 서한에 의존하는 입장에 반론을 구성할 수 있을 것이다. 이에 대한 연구가 필요하다. 사실의 착오가 존재하였다는 것이 사실이라면, 한국은 착오를 근거로 Rusk 서한에 대응할 수 있을 것이다.

셋째, 박병섭이 대일강화조약이 냉전 시에 체결되면서 미완결적 성격을 가지게 되었다고 지적한 부분은 유의미하게 볼 필요가 있다. 박병섭의 글에서는 이 부분에 설명이 일부 부족했지만, Dulles가 조인식에서 구 일본영토의 처분 사안이 대일강화조약으로 완전히 해결되지 않았다고 한 부분은 의의가 있다. Dulles는 어떤 연합국의 대표들이 강화조약 제2조가 더 구체적이어야 한다고 하고 있다는 점을 인식하고 있었다. Dulles는 이러한 접근이 더 명확한 것을 인정하였지만, 합의된 답이 없는 사안이기 때문에 문제를 일으킬 수 있다고 설명하였다. Dulles는 본 사안과 관련된 의혹에 대해서는 본 조약 이외의 국제적 해소방법(international solvents)을 원용하여 미래세대가 해소하도록 하는 것이 더 지혜롭다고 단정하였다. 이러한 대일강화조약 조인식에서의 연설은 조약 체결 시 사정의 직접적인 증거가 될 수 있기 때문이다. 대일강화조약상 경계획정 사안은 의도적으로 미완결적으로 남긴 것이라 해석할 수 있다. 본 조항을 해석할 때에 이를 고려할 수 있다.

참고문헌

- 신용하, 2000, 『독도영유권 자료의 탐구』, 독도연구보전협회.
- _____, 2005, 『한국과 일본의 독도영유권 논쟁』, 한양대학교 출판부.
- _____, 2012, 『독도영유의 진실 이해 : 16포인트와 150문답』, 서울대학교 출판문화원.
- 정병준, 2010, 『독도 1947 : 전후 독도문제와 한·미·일 관계』, 돌베개.
- 구선희, 2007, 「해방 후 연합국의 독도 영토 처리에 관한 한·일 독도연구 쟁점과 향후 전망」, 『韓國史學報』 28.
- 김남은, 2017, 「강화와 안보를 둘러싼 미일 교섭과 일본의 전략 - 요시다 시게루를 중심으로 -」, 『일본근대학연구』 56.
- 김명섭, 2007, 「샌프란시스코평화체제의 변동과 6자회담」, 『국방연구』 50-2.
- 김영수, 2008, 「한일회담과 독도영유권: 샌프란시스코 강화조약과 한일회담 “기본관계조약”을 중심으로」, 『한국정치학회보』 42-4.
- 김태기, 2010, 「대일점령통치의 구조와 명령체계에서 본 SCAPIN 제677호의 의미」, 『인문사회과학연구』 29.
- 남기정, 2008, 「샌프란시스코 평화조약과 한일관계-‘관대한 평화’와 냉전의 상관성」, 『동북아역사논총』 22.
- 박병섭, 2014, 「대일강화조약과 독도·제주도·쿠릴·류큐제도」, 『독도연구』 16.
- _____, 2015, 「샌프란시스코 강화조약 전후 일본의 독도 정책」, 『독도연구』 19.
- _____, 2016, 「샌프란시스코 강화조약에서 독도가 누락된 경위와 함의」, 『독도연구』 21.
- _____, 2017, 「“일본 영역 참고도”와 일본 외무성의 독도 정책 모색」, 『영토해양연구』 13.
- 박진희, 2005, 「전후 한일관계와 샌프란시스코 평화조약」, 『한국사연구』 131.
- 성기중, 1998, 「San Francisco 講和條約과 國際環境」, 『영남정치학회보』 8.
- 외교부, “독도에 관한 일문일답”, Q.13 1951년 샌프란시스코 강화조약은 독도에 대해 어떻게 규정하고 있나요?, <http://dokdo.mofa.go.kr/kor/dokdo/faq.jsp>
- 유의상, 2015, 「샌프란시스코 대일강화회의와 한국의 참가문제 -한국의 내재적(內在的) 요인과 그 영향-」, 『사림』 53.

대일강화조약(1951년)과 조약해석의 보충적 수단

- 유지아, 2010, 「韓國戰爭 前後, 對日講和條約 論議에 의한 아시아 내에서 日本의 安保와 位相 - 韓國과의 關係를 中心으로 - 」, 『한일민족문제연구』 18.
- 이성환, 2016, 「태정관지령과 샌프란시스코 조약의 관련성에 대한 검토」, 『독도연구』 21.
- 정갑용, 2008, 「쓰카모토 다카시의 「샌프란시스코 평화조약에서 나타난 다케시마에 대한 취급」에 대한 비판적 연구: 2007년 일본 죽도연구회 최종보고서에 대한 비판」, 『인문연구』 55.
- 정병준, 2005, 「영국 외무성의 對日평화조약 草案·부속지도의 성립(1951. 3)과 한국 독도영유권의 재확인」, 『한국독립운동사연구』 24.
- _____, 2015, 「샌프란시스코 평화조약과 독도」, 『독도연구』 18.
- 정영미, 2016, 「SCAPIN 677과 『1945년 칙령 제707호(중의원 의원 선거법 시행령 중 개정의 건)중 개정의 건』 - SCAPIN 677의 일본국내법화 과정에 대한 고찰」, 『일본역사연구』 44.
- 정태만, 2015, 「“일본영역참고도”와 대일평화조약」, 『독도연구』 19.
- _____, 2017, 「샌프란시스코 평화조약의 문언적 해석」, 『일본문화학보』 72.
- _____, 2018, 「샌프란시스코 대일평화조약과 관련된 일본 측 주장과 그 비판」, 『독도연구』 24.
- 최 완, 2012, 「샌프란시스코강화조약에서 독도문제가 누락된 요인은 무엇인가? —미국의 대일본정책변화와 한국외교실책을 중심으로—」, 『차세대 인문사회연구』 8.
- 최장근, 2009, 「전후 일본영토 처리에 있어서 독도 지위에 관한 재고찰」, 『한국일본어문학회 학술발표대회 논문집』.
- _____, 2010, 「대일강화조약을 위한 일본정부의 영토인식에 관한 연구 - 국회속기록을 통한 <독도>의 영유권인식을 중심으로」, 『동북아시아문화학회 국제학술대회 발표자료집』.
- 하종문, 2001, 「천황제, 도쿄재판, 샌프란시스코 강화조약 : 일본식 ‘과거극복’ 과정의 세 계기」, 『아세아연구』 44-2.
- 한철호, 2007, 「독도에 관한 역사학계의 시기별 연구동향」, 『한국근현대사연구』 40.
- 호사카 유지, 2016, 「샌프란시스코 평화조약, 한일협정 및 신해양법과 독도 해법」, 『독도연구』 21.
- “Treatment of Takeshima in the San Francisco Peace Treaty”, https://www.mofa.go.jp/a_o/na/takeshima/page1we_000062.html
- A. Aust, 2007, Modern Treaty Law and Practice, 2nd ed., Cambridge:

- Cambridge University Press.
- Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turk.), 1978 I.C.J. 3.
- Certain German Interests in Polish Upper Silesia, (Germ. v. Pol.), 1926 P.C.I.J. (ser. A) NO. 7 (May 25).
- Conditions of Admission of a State to Membership in the United Nations (Article 4 of the Charter), Advisory Opinion, [1948] ICJ Report 57.
- Conditions of Admission of a State to Membership in the United Nations, 1948 I.C.J. 57 (Advisory Opinion).
- Fisheries jurisdiction (U.K. and N. Ir. v. Ice.), 1973 I.C.J. 3.
- Interpretation of the Convention of 1919 Concerning Employment of Women during the Night, Advisory Opinion, 1932 P.C.I.J. (ser. A/B) No. 50 (Nov.15).
- Jean-Marc Sorel and Valérie Boré Eveno, 2011, "Article 31 Genral rule of interpretation", in Olivier Corten and Pierre Klein, The Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary, Oxford and New York: Oxford University Press, Vol. I.
- John Foster Dulles, 1951, "John Foster Dulles's Speech at the San Francisco Peace Conference", Gaimusho joyaku-kyoku hokika, Heiwa joyaku no teiketsu ni kansuru chosho VII. Available at <http://worldjpn.grips.ac.jp/documents/texts/JPUS/19510905.S1E.htm>(Accessed: Aug. 28, 2018).
- Kennan Report, Policy Planning Staff, Recommendations With Respect to U.S. Policy Toward Japan (Top Secret), Records Relating to the Treaty of Peace with Japan, 1945-1951 [Entry A1 1230], Record Group 59: General Records of the Department of State, 1763 - 2002.
- Lord A. McNair, 1961, The Law of Treaties, Oxford: Oxfrud University Press.
- Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicar. v. U.S.), 1984 I.C.J. 392, 406 (Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application).
- Mr. Golsong, 1966, Yearbook International Law Commission, vol. I, 830th meeting.
- Mustafa Kamil Yassen, 1964, Yearbook of International Law Commission, vol. I, 766th meeting.
- Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 1951 I.C.J. 15 (Advisory Opinion).

- Rights of Nationals of the United States of America in Morocco (Fr. v. U.S.), 1952 I.C.J.
- Roberto Ago, 1964, Yearbook of International Law Commission, Vol. I, 766th meeting.
- Shabtai Rosenne, 1964, Yearbook of International Law Commission, vol. I, 766th meeting.
- Sir Humphrey Waldock, 1964, Yearbook of International Law Commission, vol. I, 766th meeting.
- Stephen M. Schwebel, 1996, “May Preparatory Work be Used to Correct Rather Than Confirm the ‘Clear’ Meaning of a Treaty Provision?”, in J. Makarczyk, ed., Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski, The Hague, Kluwer Law International.
- The dissenting opinion delivered by judge Schwebel in the Case Concerning Maritime Delimitation and Territorial Questions Between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain), ICJ, Judgment of 15 February 1995, Jurisdiction and Admissibility.
- Yves Le Bouthillier, 2011, “Article 32 Supplementary means of interpretation”, in Olivier Corten and Pierre Klein, The Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary, Oxford and New York: Oxford University Press, Vol. I.

국문초록

조약법에 관한 비엔나 협약(1969) 제31조의 범위를 벗어나는 역사적 자료가 조약 해석에 어떠한 의의가 있을지 의문이다. 조약 해석의 보충적 수단을 정하고 있는 동 조약 제32조의 범위가 상당히 넓다는 점을 주의해야 한다. 따라서 역사적 자료가 조약의 해석과 관련하여 생각보다 더 중요한 역할을 담당할 수 있다. 역사적 자료의 중요성은 대일강화조약(1951)의 해석 문제를 통해서 드러나는 부분이 있다. 이 연구는 조약 해석의 보충적 수단으로 여겨져 왔던 조약 교섭 기록 등이 기존에 여겨진 것보다 더 강조된다는 점을 지적한다. 특히, 대일강화조약(1951) 해석의 보충적 수단으로 역사학적 연구가 의의가 있다는 점을 지적하고자 한다. 대일강화조약(1951)에 대한 역사학자들의 연구는 국제법학자들이 접근하기 용이하지 않은 사료를 발굴하고 다양한 역사적 설명을 첨언하여 국제법학적 분석에 도움이 된다. 법적 접근은 조약 문언의 내용 자체에 대한 분석 측면에 집중한다고 한다면, 역사적 접근은 해당 조약 초안의 배경을 설명한다는 데에 의의가 있다. 그런데 조약 문언을 해석하는 데에 보충적 수단에 불과하다고 여겨져 온 역사적 자료가 조약 해석에 생각보다 더 중요할 수 있다. 즉, 조약법에 관한 비엔나 협약 제32조의 보충적 수단이 조약 문언 검토에 중요하기 때문에, 역사적 연구의 중요성이 부각 된다.

〈주제어〉

대일강화조약, 조약, 국제법사, 조약 해석의 보충적 수단, 독도

Abstract

Peace Treaty with Japan (1951) and the Supplementary Means of Treaty Interpretation: Focusing on the Importance of the Contribution of Historical Studies

Oh, SiJin

(Assistant Professor, Sahmyook University)

How much historical studies relevant to treaty interpretation? The scope of Article 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT) is broad, and there seems to be a room for historical studies to contribute to treaty interpretation. This aspect is noticeably manifested in the case of the Peace Treaty with Japan (1951). Article 2 of the treaty, for example, is vaguely stipulated, and it is difficult to conclude the interpretation with certainty. The arguments made by the Korean and Japanese governments also seem to rely on matters other than the text of the treaty to justify their position. If these modalities are in the realm of Article 32 of VCLT, we may need to consider the rules of treaty interpretation

This research emphasizes that supplementary means such as travaux préparatoires are more significant in treaty interpretation. It is suggested that historical studies seem to be relevant in treaty interpretation in the case of the Peace Treaty with Japan (1951). The concern of historical studies, which is oriented toward identifying facts, is different from that of the legal studies. Nonetheless, the practices manifest that it is almost impossible to rule out historical materials such as travaux préparatoires in interpreting treaties. In other words, the supplementary means of treaty interpretation are not so much supplementary in nature. The supplementary status of the supplementary means could be another myth.

Keywords

Treaty of Peace with Japan, Treaty, History of International Law, the Supplementary Means of Interpretation, Dokdo