

1. はじめに—日韓の国際法受容の比較

日韓に締結された旧条約の効力問題を語る際に、忘れてならない視点は、同じ東アジアの国として近代国際法を受容する両国の間には、近代国際法を受容する速度において大きな隔たりがあったということである。それを生み出した背景には、両国の地理的な位置と国内体制の違いがあった。海路によって極東との交通を求めた西洋諸国が最初に着目したのは中国であり、次に日本であった。北方に入り組んでいた朝鮮半島は、経済的価値も乏しく最後まで取り残されていた¹。そのため、韓国は近代国際法に出会う時期が日本よりも遅れることになった。もう一つは、日本にあっては、ペリーの来航以降、鎖国政策が解かれ、幕藩体制の崩壊及び明治維新により近代化が飛躍的に進展した。明治維新による政治・社会制度の変革は、西洋における近代認識の一部を形成していた前近代との鋭利な「切断」という歴史意識を日本人がもつことを容易にすると同時に、新たな国家体制として、日本における西欧型の国民国家体制の創出に向かわせた²。幸い、近世日本の儒教において国家意識が強かったことも手伝って、それを受容する社会的基盤は、儒教的文化主義が貫徹していた韓国と比較すると、比較的構築されていた³。

このように、日本が国民国家体制にスムーズに移行しえたのに対し、韓国にあっては国内的事情により近代化が大きく遅れた。もちろん、金玉均のように、「日本が東洋のイギリスとなるならば、我々はわが国をアジアのフランスにしなければならぬ」と述べる思想家が現れ、西欧近代国家をそのモデルとして提示し、清国との間にある伝統的な朝貢体制⁴を打破して、近代的な条約(国際法)体制に一元的に移行することをめざす者もあったが、その壁は厚かった。その結果、韓国を呪縛していた旧来の制度(中国とその周辺の藩属国との位階的な東アジア秩序)を基盤とする朝貢システムから条約システムへの移行はスムーズになされなかった。同時に、日本と異なり、韓国は国家主義の基盤にも欠けていたといえる。申采浩による、「愛国する者は必ず国粋を重く知り、国

¹ 申國柱「韓国の開国—雲揚号事件をめぐる—」日本国際政治学会編『日本外交史研究 幕末・維新時代』有斐閣(1960年)124頁。

² 小谷汪之「序論—『近代』を人はどう考えてきたか—」歴史学研究会編『講座世界史7「近代」を人はどう考えてきたか』東京大学出版会(1996年)1-7頁。

³ 趙教授の表現によれば、「強固な朱子学的伝統と小中華の世界観の中で思惟していた朝鮮の場合は、文字どおりの儒教的文化主義が貫徹していた」とされる。趙景達「金玉均から申采浩へ—朝鮮における国家主義の形成と展開—」歴史学研究会編『前掲書』(注(2))333頁。

⁴ 華夷秩序を構成していたのは、朝貢関係と冊封関係であるが、そこでも儒教が中心的役割を果たしていた。すなわち、儒教圏からの代表使節を接遇する中国の機関が「禮部」であったのに対し、非儒教圏からの代表使節については「理藩院」が対応していたのである。大畑篤四郎「東アジアにおける国際法(万国公法)の受容と適用」東アジア近代史学会編『東アジア近代史』第2号(1999年)3頁。

粹を重く知る者は必ずその国を愛するものだ」という啓蒙活動が展開されるのは、後年のことなのである⁵。

これに対し、日本は朝貢システムから条約システムへスムーズに移行した。その要因は、華夷秩序における日本の地位の特殊性にあった。近世日本の政権であった徳川幕府もまた、7世紀以来の自主的意識(独自の年号を建て、中国を対等な国とみなす)を持っていたという意味で(例外は古代日本や足利幕府政権)、東アジアの伝統的な国際的秩序であった、いわゆる華夷秩序との不整合を抱えていた。逆に、このことが幸いし、中国が華夷秩序を清算することなく、西洋列強となし、くずしに条約関係(国際公法的秩序)に入っていく状況の中で、韓国とは異なり、日本は、独自の立場から迅速に対応しうる国際環境をもっていたといえる⁶。

こうした中で、日本は封建体制から「西欧型国家体制」への変革の努力を行った。明治国家は、国民国家体制の確立を目指し、プロシアにならった立憲君主制度を採用するとともに、官僚制度の導入や国民への教育の普及をはかった⁷。そこには、当然、国家主義は国民意識を前提としてこそ確固たるものになるとの認識が潜んでいた。こうして、日本は、西洋との比較による後進性の意識を媒介として、東洋の一国として「文明国」の地位の獲得をめざすこととなった。こうした「文明国」概念は、日本が19世紀末に邂逅した近代国際法(当時は、「万国公法」と呼称された)で用いられた概念である。ペリー来航に伴う⁸、鎖国政策の放棄と日米和親条約(1854年)や日米修好通商条約(1858年)の締結により、徳川幕府は「万国公法」の修得の必要性を認識した。それを受けるかのように、この時期(幕末から明治初期)、洪水の如く外国の国際法の著作が翻訳され、日本は国際法の受容に努めることになった¹⁰。

⁵ 趙「前掲論文」(注(3))347頁。もちろん、韓国においても、儒教の影響の著しい保守派に対して「開化」思想の運動が行われるが、そのモデルを日本に求める「親日派」とそれに強く抵抗した保守派との対立という図式、さらにモデルとした日本は韓国に対してもっとも強い野心を抱く国であったという矛盾が、韓国の近代化にとって桎梏となったように思われる。韓国における万国国際法の受容については、金容九(月脚達彦訳)「朝鮮における万国公法の受容と適用」『東アジア近代史』第2号(1999年)27-44頁参照。

⁶ この点については、中村栄孝「大君外交の国際認識—華夷秩序のなかの日本—」日本国際政治学会編『日本外交の国際認識—その史的展開』有斐閣(1974年)2-3頁参照。

⁷ 入江昭『日本の外交—明治維新から現代まで』中公新書(1966年)17頁。入江教授によれば、「三条実美が1882(明治15)年に記したように、今や『宇内の形勢に於て陸海軍の整備は実に已むを得ざる』状態になったと目されたのである。徴兵制度にもとづく常備軍が設置され、天皇による統帥権の施行機関として参謀本部が設立され」たのである。21頁。

⁸ もっとも、香西教授によれば、幕府との交渉において、ペリーが国際法に言及したり、援用した事実は記録にないとされる。その理由として、香西教授は、ペリーの関心が西洋の国際法秩序とは異なる朝貢制度にみられる東アジアの国際秩序観の打破にこそ向けられていたからだとする。香西茂「幕末開国期における国際法の導入」『法学論叢』第97巻5号(1975年)3-5頁。

⁹ この交渉の間、国際法に精通していない日本側は、交渉相手のハリスに対し、外交公使の派遣目的とその根拠、接受国が首都に駐在させる理由、公使と領事の職務の異同、外交官の特権免除、さらには任務終了の事由など基本的な事柄について質問している。万国公法の知識の習得に努めようとする幕府側の真摯な姿勢も手伝ってか、ハリスの説明は懇切を極めた内容になっている。この時、ハリスが参考にしたのは、日本への途中ロンドンで購入したマルテンス(Georg Friedrich von Martens)の『国際法提要』(Precis du droit des gens moderne de l'Europe fondé sur les traités et l'usage, 1789年)のコベット(William Cobette)による英語版(The Law of Nations, 1802年)であると思われる。

¹⁰ 実際、幕末から明治初期(1865年~1880年)の時期、日本では、マルテンス(Charles de Martens)、ウールジー(Theodor D. Woolsey)やヘフター(August Wilhelm Heffter)らの著作が次々と翻訳された。福地源一郎がマルテンスのDiplomatic Guideを『外国交際公法』(1869(明治2)年)に翻訳し、箕作麟祥

当初、日本は、儒教の知識と西欧の自然法の観念を結び付けて、「万国公法」を「正義公道之法」あるいは「至当公平之法」と理解していた¹¹。しかし、日本が近代国際法に出会った19世紀は「自然法の時代」(全人類に共通する普遍的法)から「意思国際法の時代」あるいは「実定法の時代」(妥当範囲を文明国に限定する法)へと移行し、国際法の妥当範囲が文明国概念によって制限される時代になっていた¹²。さらに「慣習法の時代」から「条約国際法の時代」に移行し、国際関係を規律するために条約が多用されるようになっていた¹³。しかも、国家それ自体に対する強制によって締結された条約であっても、かかる同意は国家の意思の表明とみなされていた。英国外交官オールコックの言葉を借りれば、「コンスタンチノーブルから江戸にいたる東洋の諸政府とかつて結ばれたすべての条約は、武力ないしそれに相当するものによって強要された¹⁴」ものであった。ペリーの砲艦外交による安政の5カ国条約のような不平等条約の締結もかかる法理によってはじめて可能であった。かかる不平等条約の存在が、国際関係における「力」の支配の優越というイメージを強化する根拠となったことは想像に難くない。岩倉使節団として、不平等条約の改正を拒む列強との交渉に失敗したとき、使節団を構成した岩倉や木戸が、「正義公道之法」から「強国が弱国を奪う道具」という国際法認識に転換するのは、ある意味で、容易であった。

かかる経験を通して、明治の政策決定者は国力の増強の必要性を認識するとともに、「力」の信奉者となって行く。他方で、脱亜入欧を旗印に、後発の近代国家として国力の増強をめざす日本にとって、近代化に乗り遅れた隣国韓国は格好の帝国主義実践の舞台であった。このようにして日本は、韓国よりも早く国際法を受容し、列強との条約締結の実践を通じて、近代国際法の知識を獲得できたのである¹⁵。雲揚号事件により韓国の開国を求める際、日本と韓国との間には、かつてのペリー来航の際の米国と日本のような国際法に対する知識の格差が生じていた。日韓の一連の旧条約の締結は、こうした構造の中で展開されたのである。もちろん、韓国と日本を隔てたのは、こうした国際法に対する知識のみでなく、軍事力を中心とした国力の相違であったことは、紛れもない事実である。

がウールジーの著作を『国際法、一名万国公法』(1873(明治6)年)として翻訳出版し、司法省がヘフターの著作を『万国公法』(1877(明治10)年)として、翻訳出版した。当時の明治期の主要著作の翻訳出版状況については、一又正雄「明治及び大正期における日本国際法学の形成と発展—前史と黎明期—」『国際法外交雑誌』62-64頁及び98-108頁参照。この他にも、大音龍太郎らによってトウイスの翻訳が「堅士氏万国公法」(1875(明治8)年)として、岸田吟香の訓点がついたブルンチュリの翻訳が『公法会通』(1881(明治14)年)として、ホールの翻訳が三宅恒徳訳で『ホール国際法』(明治21年(1888年))として、海軍参謀本部によって『オルトラン海上国際法規』(明治22年(1889年))が出版されている。一又「同上」99-101頁参照。住吉教授によれば、三宅訳以降、国際法の理解が自然法のそれではなく、実定法の時代に入ったとされる。住吉良人「西欧国際法学の日本への移入とその展開」『法律論叢』第42巻4・5・6合併号(1969年)364頁。日本の官僚や知識人はこれらの翻訳を通じて国際法の知識の修得に努めることになった。

¹¹ 尾佐竹猛『維新前後における立憲思想』文化生活研究会(1925年)282頁。

¹² 山内進「明治国家における『文明』と国際法」『一橋論叢』第115巻1号(1996年)32-33頁。

¹³ 田畑茂二郎『国際法I〔新版〕』有斐閣(1973年)39頁。

¹⁴ R・オールコック著、山口光朔訳『大君の都・下』岩波文庫(1962年)81頁。

¹⁵ ある論者によれば、「朝鮮の国際法受容は日本に比べて二十年も遅れた」とされる。徐賢燮『近代朝鮮の外交と国際法受容』明石書店(2001年)80頁。

ところで、これら一連の条約、とりわけ第2次日韓協約や日韓併合条約に対して、韓国の研究者は日本の強制によって締結されたことを強調し、その無効を主張する。はたして、当時、日本は国際法が禁ずるような形でこれらの条約を締結したのであろうか。まずは、強制による条約についての国際法の法理が当時いかなるものであったかを検討してみよう。

2. 強制による条約の法理—国際法の立場から

条約が強制によって締結されたことを理由として無効を主張する場合、はたしてそれが国家代表者に向けられた脅迫を指しているのか、それとも国家自体への強制を指しているのかによって、国際法上その結果は大きく異なってくる。なぜなら、当時の国際法はこの両者に対して異なる法理を用意していたからである。近代国際法は、強制による条約の法的効力について、国家の代表者に対して強制が加えられた場合と国家自身に対して強制が加えられた場合とに分け、前者の場合には条約は当然に無効とされるが、後者の場合には条約の効力に影響がないとしていた。その根拠として、しばしばもちだされたのが、戦争終結の際に戦勝国によって敗戦国に課せられる平和条約の問題であった。仮に国家自身に対し強制が加えられた場合を無効とすれば、平和条約の多くは無効ということになり、戦争終結の方式としては、相手国を屈服させる『征服』しか認められないことになってしまうというのが、その理由であった。19世紀の代表的国際法学者であるホール(W. E. Hall)の「かなりの程度の強迫が条約の有効性と調和するものとして認められない限り、戦争終了時に締結された又は戦争を防ぐために締結された条約は拘束力をもたないであろう¹⁶⁾」との記述が、このあたりの事情を端的に表明していた。問題は、第2次日韓協約が締結されていたときに、はたして国家代表者に対する強制が無効であるとの慣習国際法が成立していたかどうかである。

奇しくも第2次日韓協約が締結された年に、英国の権威ある国際法の教科書であるオッペンハイム(L. Oppenheim)の初版が刊行される。そこでは、強制による条約について、「真正の同意がない場合には条約は拘束力を欠くので、締約国には絶対的な行動の自由がなければならない。しかし、『行動の自由』という表現は、締約国の代表者に対してのみ適用される。当事国の代表者に対する脅迫に基づき締結された条約は、この者の代表する国家を拘束するものではない¹⁷⁾」との説明がみられる。このように同書では、国家代表者に対する強制のみが条約の無効原因となると記述されている。そうすると、第2次日韓協約や日韓併合条約の締結の際の事情に照らして、日本側の行為を、ここでいう国家代表者に対する強制とみるのか、強国による弱国に対する威圧とみるのが争点となる。いまでもなく、その認定の結果は重大である。なぜなら、前者であれば条約は無効であるが、後者の場合には条約は有効に成立していると、当時の法理からは結論できるからである。こうしたオッペンハイムの考えは、ホールによっても確認されている。彼は、「国際法においては、武力と脅

¹⁶⁾ W. E. Hall, *A Treatise on International Law* (edited by A. P. Higgins), 8th ed. (Oxford University Press, 1924), p. 382.

¹⁷⁾ L. Oppenheim, *International Law*, Vol. 1.1, (Longmans, 1905), p. 525. もっともオッペンハイムは、現実に国家代表者に対する強制を理由として、自国に不都合な条約上の義務を免れようとする国家があることを念頭に、「状況により屈辱的な文言を含む条約の締結を余儀なくされた国家には、その後、条約締結時に同国の行動の自由に対する干渉があったということを根拠にして、当然条約上の義務を免れる権利はない」と釘をさしている。

迫が不法行為による救済を獲得するための手段として許されており、救済を得るためにかかる手段を用いた結果締結された合意の価値を損なうものとして、このような武力や脅迫をみなすことはできない。〔しかし〕主権者、指揮官若しくは国家を拘束する権能を付与された交渉者に対する暴力や脅迫は、別の考え方に立つ。個人的恐怖の影響下に締結された約定はすべて、無効である¹⁸。と述べている。同じ見解がブルンチュリ(M. Bluntschili)¹⁹やフィオレ(P. Fiore)²⁰といった、同時代の学者たちによっても表明されている。このように、戦争が必ずしも違法ではなかった無差別戦争観の時代においては、国家そのものに対する武力による強制は条約の無効原因とはならず、国家代表者に対する強制のみが無効原因となるとの考えを、多くの論者²¹はとっていたのである²²。

日本においても状況は同じであった。日韓併合時に外務省政務局長であった倉知鐵吉は、日本法律学校での第4期講義録として、『國際公法完』なる書物を残しているが、条約が有効に締結されるための要件として、①当事者が条約締結能力を有すること、②合意に瑕疵がないこと、③条約目的が正当であることの三点を挙げており、この中で、②に関連して強制による条約の問題について、次のように記述している。「若シ國家カ強暴脅迫等ヲ受ケタリト理由ニ依リ條約ノ効力ヲ爭フコトヲ得ルモノトナストキハ開戦ヲ避クルカ爲メニ結ビタル條約及ヒ戦後ニ於ケル媾和ノ條約ノ如キハ到底有效ニ之ヲ締結スルコトヲ得サルヘケレハナリ然レトモ條約ノ締結ニ従事シタル者其レ自身ニ對シ強暴脅迫等ノ行ハレタルトキハ其者ノ發表シタル所ノ意志ナルモノハ到底之ヲ眞正ノモノト見做スコトヲ得サルヲ以テ合意ノ完全ハ茲ニ破フレタルモノト言ハサルヘカラス從テ此ノ場合ニ於テハ條約ハ決シテ有効ナルモノニアラサルナリ²³」。ここでも、国家自体に対する強制はともかく、国家代表者に対する強制は無効であるとの見解が示されている。この倉知の記述は、当時のわが国の通説的立場を紹介したものである²⁴。明治期のわが国を代表する国際法学者であった高橋作衛も、「私人間ノ法津行爲ニ於テハ強暴脅迫ハ常ニ契約ノ拘束力ヲ失ハシムルモノナリト雖モ強暴脅迫ニヨリテ締結セラレタル條約ハ原則上拘束力ヲ有ス例ヘバ總テノ媾和條約ノ如キ是ナリ。…此ノ如キモ主権者又ハ締結ノ全權ヲ有スレ人ガ強暴又ハ脅迫ヲ受ケ爲メニ條約ニ記名スルニ

¹⁸ W. E. Hall, A Treatise on International Law, 3rd. ed., (Oxford. 1890), pp. 325-326.

¹⁹ M. Bluntschili, Le Droit international Codifié (Traduite l' Allemand par M. C. Lardy), 3ème éd., Paris, 1881, §409, pp 246-247.

²⁰ P. Fiore, Nouveau Droit International Public (Traduite de l' Italian et annotée par C. Antoine), 2ème éd., Paris. Tome 2, 1885, §997. pp. 350-352.

²¹ マクネイアの著書にも同様の記述がみられる。McNair, The Law of Treaties. (Oxford University Press, 1961), p. 207. 他に、Amos S. Hershey, The Essentials of International Law and Organization. Revised ed. (New York. 1927), p. 443.

²² もっとも、立作太郎によれば、「千八百八十九年の第一回汎アメリカ會議に於て、戦争の脅威又は兵力の現存に因りて生じたる結果は之を無効とする旨の勧告が決議され」ていたとのことであり、19世紀末には、すでに条約法に関するウィーン条約第52条の規定に連なる理論の萌芽がみられるのである。立作太郎『現實國際法諸問題』岩波書店（昭和12年）51頁。

²³ 倉知鐵吉『國際公法完』日本法律學校、明治32（1899）年（？）、197頁。

²⁴ たとえば、同様の内容が、藤田隆三郎の『萬国公法』中にもみられる。すなわち、国家代表者に対する強制を別として、「或ル場合ニ於テハ往々強迫威壓ニ依リテ締結セラレタル條約ニシテ尚且有效ナル場合アリ」と記述されている。藤田隆三郎『萬国公法』岡島寶文館（明治24年）147丁参照。また、中村進午も、ホールやマルテンスの説を紹介した後に、「余輩も亦強暴によりて生じたる條約の締結は不當にあらずと思惟す。何となれば、若し之を正當なりとせされは、ホールの云ふか如く、殆んど凡ての戦後條約は悉く成立すること能はざるへければなり」と述べている。中村進午『國際公法論』東華堂（明治30年）596-597頁参照。

至リタルトキハ該條約ハ有効ニアラスル場合ニ於テハ國家ノ名ニ於テ條約ヲ為ス個人ハ強迫ヲ受ケ爲メ自由決定ノ能力ヲ失ヒタルモノナルヲ以テ其條約ハ拘束力ヲ生ズルモノニアラス²⁵」と述べていたし、千賀鶴太郎も、「脅迫トハ國家其者ニ對スル脅迫ニハアラスシテ主權者又ハ全權委員其人ニ對スル脅迫ナリ例ヘハ其條約ヲ結ハスハ汝ヲ殺戮スヘシト恐嚇シテ調印ヲ了リクル時其調印ハ無効ナルヘキモ若シ其條約ヲ結ハスハ開戦スヘシト恐嚇シタルニ止マル時ニハ其調印ハ有効ナルヘシ²⁶」と説明していたのである。先に紹介したオープンハイムの教科書とほぼ同様の内容が記述されているわけである。第2次日韓協約や日韓併合条約の締結にあたって、日本が韓国に締結を迫った行為は、倉知の記述に照らせば、国家代表者に対する強制というよりも、「若シ國家カ強暴脅迫等ヲ受ケタリト理由ニ依リ條約ノ效力ヲ争フコトヲ得ルモノトナストキハ開戦ヲ避クルカ爲メニ結ヒタル條約及ヒ戦後ニ於ケル媾和ノ條約ノ如キハ到底有効ニ之ヲ締結スルコトヲ得サル」との部分に該当すると思われる。すなわち、戦争に訴えることを国家の政策の最後の手段として禁止していなかった無差別戦争観が支配していた当時の国際法によって許容されていた行為となるように思われる。松原一雄は、「相手國が當方の主張に聴かなければ戦争をするぞとて最後通牒をつきつける如きは、國家に對する威嚇強壓であつて、普通國家機關たる人その者に對する強迫とは區別して扱はれる²⁷」と断じている。この点は、立作太郎の「國際法上の條約に於ては、國家の自由なる意思の一致無ければ、條約の無効を主張し得ると言ひ得ざる點に於て、國內法上の契約と異なるのである。國家が強國の威壓を受けたる結果又は戦争に敗れたる結果として結べる條約も、國際法上有效なるものと看做さるのである。是れ主として、國際法の未だ強力に依る紛争解決を禁ずる能はざるの状態に在るが爲に、強力に依り結ばれたる約束の效力を否認するを得ざるに出づるのである。現在の國際關係に於て、若し此種の條約を無効として主張するを得べしと爲す時に於ては、戦争の結果たる講和條約は、戰敗國が、何時にても、其欲する時に於て無効を主張し得るに至り、國際關係の安固が永久に維持さるるを得ざるに至るべきである²⁸」との記述においても確認できる。

このように、条約締結権限を与えられた国の代表者に対して個人的に加えられた強制または脅迫が、その結果結ばれた条約を無効とすることは、第2次日韓協約締結当時、慣習法として成立していた。しかし、当時の実証主義学者たちによって提唱されていた支配的見解は、強制による同意の瑕疵理論の適用を国家代表者個人に対する強制の場合に限定することによって、あらゆる平

²⁵ 高橋作衛『平時國際公法』清水書店（明治36年）647—648頁。他に、松原一雄『國際公法原論完』東京法學院大學（明治37年）290—292丁にも、遠藤源六『國際法提要全』清水書店（大正5年）160—161頁にも、同様の記述がみられる。

²⁶ 千賀鶴太郎『國際公法要義』弘文堂書房（明治42年）337頁。

²⁷ 松原一雄『國際問題及び國際法問題』斯文書院（昭和8年）70頁。

²⁸ 立作太郎『平時國際法論』日本評論社（昭和12年）554頁。立は、スティムソン主義を取り上げた別の著作においても、同様の趣旨を述べる。「スティムソン主義を廣く解して、強力に基く條約又は他の條約に違反する條約は無数なるの原則を包含するものとし、是の如き原則は、スティムソン主義の聲明に先つて國際法上已に根據を有するか、然らざるもスティムソン主義の實行に依りて根據を有するに至つたものと説くのである。然れども強力に基く條約が單に強力に基くとの理由に依つて國際法上無効と認めらるること無きは、講和條約の有効なることを認めらるることを以ても察し得べきである」と。立『前掲書』（注22）56頁。

和条約に法律上の根拠を与えるという実践的課題に答えるものであった²⁹。つまり、国際法は、敗戦国に課せられた条約の法的有効性と両当事国が自由に合意した条約のそれとを区別しなかったのである³⁰。安定性や形式的適法性に対する国際法の関心が、事実上、抽象的な正義に優先してきたのである。換言すれば、法が事実を追従せざるをえなかったのである³¹。

しかし、こうした状況にやがて大きな変化がもたらされた。第1次大戦後の武力行使違法化の動きとともに、かかる違法な武力行使によって国家に課せられた条約を無効とする規範意識が、次第に諸国家の間に醸成されていったのである³²。とくに、ファシズム国家による戦間期におけるいくつかの国家実行は³³、国家代表者に対する強制はともかく、国家そのものに対する強制は条約の無効原因とならない、という伝統的理論の矛盾を顕在化させ、これまでの理論状況からの脱却を要請した³⁴。そうした矛盾を克服する動きの一つとして位置づけられるものに、1932年1月7日のいわゆるスティムソン・ドクトリンがある³⁵。もともと、この米国による通牒は、中国における米国の権益を守る対外政策の表明という性格を第一次的に有しており、これをもって伝統的理論を転換させた新たな一般理論の成立とまで言い切ることはできまい。その点では、同じ内容であってもこうした国家の政策表明という性格を払拭した同年3月1日の国際連盟決議—「連盟規約又はパリ議定書に反する方法でもたらされたいかなる事態、条約又は協定も承認しないことが、連盟加盟国の義務である³⁶」—が、より重要である。またこうした動きは、不平等条約の問題をも視野におさめた形で2国間条約のレベルにおいても現れた。1921年3月16日に署名されたソヴィエト・トルコ友好条約が、それである。同条約はその第1条で、「各締約国は、他の締約国に対し、その意思に反して課せられたいかなる平和条約又はその他の国際条約を承認しないことに同意する³⁷」と規定した。残念ながら当時の国際関係に占める両国の地位の低さもあってか、この条約はさほどの注目を集めなかった。しかし、これら一連の動きが、少なくとも武力によって作られた法関係の否認という規範意識の形成において、先駆的意義をもったことは否定できまい。

ところが、こうした様々な動きにもかかわらず、1935年の条約法に関するハーヴァード草案は、

²⁹ C. Rousseau, *Droit International Public*, Tome I (Sirey, 1970), pp. 144-145. もともとヴァッテル(E. de Vattel)は、平和条約が同意の自由という一般規則の例外であることを認めるものの、平和条約の内容が不当に抑圧的である場合、強制の抗弁が正当化されるとの見解を既に表明していた。E. de Vattel, *Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle*, Liv. IV, chap. IV, p. 278, §37.

³⁰ たとえばイタリアと連合国との平和条約の解釈をめぐって争われた事件で、フランス・イタリア調停委員会は、「敗戦国は強制の下で同意を与えたけれども、やはり同意を与えており、条約はその同意から生じている」と判示して、条約の有効性を国家の同意に基づかせた。Re Rizzo and Others, *International Law Reports*, 1952, Case No. 107, p. 481.

³¹ W. W. Bishop, *International Law: Cases and Materials*, 3rd ed. (Little, Brown and Company, 1971), p. 122.

³² L. Oppenheim, *International Law* (edited by H. Lauterpacht), Vol. I, 5th ed. (Longman Co. Ltd., 1937), p. 703.

³³ 代表的事例としては、1939年、ヒトラーが、プラハ爆撃を脅しにボヘミアとモラヴィアをドイツの保護領とする協定に署名するようチェコスロバキアの大統領に強要した事例がある。なお、本事例は、現実には拳銃を突きつけて署名を強要しており、国家代表者に対する強制と国家それ自体に対する強制という2つの側面をもっている。G. von Glahn, *Law among Nations*, 4th ed. (Macmillan Publishing Co., INC., 1981), p. 500.

³⁴ Lord McNair, *op. cit.*, pp. 209-210.

³⁵ H. W. Briggs, *The Law of Nations: Cases, Documents, and Notes*, 2nd ed. (Appleton-Century Crofts Inc., 1952), pp. 847-848.

³⁶ League of Nations. *Official Journal*, 1932, Special Supplement, No. 101, pp. 87-88.

³⁷ *British and Foreign State Papers*, Vol. 118 (1923), pp. 990-991.

「強迫」と題されたその第32条で、これまでの伝統的理論を採用したのである³⁸。すなわち、「条約の拘束力の本質的要件としての同意の自由は、条約の作成に参加する個人が、強制されなければ条約を受諾しようとする時に、彼に受諾を強要する目的で直接彼に対して行われる精神的又は肉体的強制に関係する、という点については一般的合意が存在する。本草案で『強迫』という文言が用いられているのは、こうした狭い又は限定的な意味においてである。戦勝国が敗戦国に対してしばしば課する平和条約は除かれる³⁹」と説明する。結論からいえば、この草案が当時の国家実行を反映していたことは疑いない。たとえば米国は、先のスティムソン・ドクトリンにもかかわらず、この問題に対して、「敗戦国が実際に条約の署名を強要されたとしても、法の意図するところは、その署名を自発的なものとみなすことにある⁴⁰」(ヴェルサイユ条約に関する国務省法務官の覚書)として伝統的立場を踏襲していたし、この点は英国政府も同様であった。条約法の権威であるマクネイア(Lord McNair)は、英国がこうした伝統的理論に異議を唱えたことはない、と明言している⁴¹。要するに、「武力が条約上の約束に違反して不当に行使されたとしても、なおかつ強迫の観念が国家それ自体に対する武力の行使を含むべく拡大されたとはいえない⁴²」というのが、英米のみならず、当時の諸国家の一般的認識であったように思われる⁴³。

この点は、国際判例の面からも証明される。常設国際司法裁判所は、1815年の平和条約(自由地帯事件)および1919年の平和条約(ウインブルドン号事件、ダンチツヒ自由都市に関する事件等)が、すべて敗戦国に対する武力による強制であったにもかかわらず、それらの条約の適用をためらわなかった⁴⁴。それどころか、同裁判所のどの事件においても、敗戦国自体、自国の同意が武力の行使または武力による威嚇によって得られたことを理由に条約が拘束力をもたない、との主張を行っていないのである⁴⁵。

こうした国際法の状況を考えたとき、第2次日韓協約や日韓併合条約が締結された当時(20世紀の初頭)、違法な武力による威嚇又は武力の行使による国家自体に対する強制による条約の法理が慣習法として成立していたと主張することは困難である。少なくとも、かかる法理が、「締約国ハ、国際紛争解決ノ為戦争ニ訴エルコトヲ非トシ、且其ノ相互関係ニ於テ国家ノ政策ノ手段トシテ戦争ヲ放棄スルコトヲ其ノ各自ノ人民ノ名ニ於テ厳肅ニ宣言ス」(第1条)と規定した不戦条約(1928年)以前に成立していたと考えることは論理的にも不可能であろう。なぜなら、武力行使違法化以

³⁸ もっとも、侵略国の場合の国家の権利義務に関するハーヴァード草案は、第4条3項で、「侵略国の武力行使によってもたらされた条約は、有効としうる」と規定しており、異なる見解をとっていることが注目される。A.J.I.L., Vol.33 (1939), Supplement, pp.895-896.

³⁹ A.J.I.L., Vol.29 (1935), Supplement, pp.1148-1149.

⁴⁰ G.H. Hackworth, Digest of International Law, Vol. V (Washington, 1943), p.158.

⁴¹ Lord McNair, op. cit., p.208

⁴² G.H. Hackworth, op. cit., p.158.

⁴³ ファシズム国家は、まさにそれに乗じた。中国が、1921年のワシントン会議において、強制を理由として21カ条要求廃棄の主張を行ったのに対し、日本の幣原全権は、もし条約によって与えられた権利が許与国の自由意思ではなかったとの理由で廃棄できるという原則が是認されれば、それは「現存国際関係ノ安定ニ重大ナル影響ヲ及ボスヘキ極メテ危険ナル先例ヲ開クモノ」である、と反駁した。松井芳郎「日本軍国主義の国際法論—『満州事変』におけるその形成」東京大学社会科学研究所編『戦後日本の法体制』東京大学出版会、379頁。

⁴⁴ C. Rousseau, op. cit., p.148.

⁴⁵ Lord McNair, op. cit., p.209.

前に、かかる違法な武力による威嚇又は武力行使による国家自体に対する強制を無効とする法理が成立していたとは考えがたいからである。実際、マクネイアによれば、英国政府は、1910年の日韓併合条約について日本政府によって意見を求められた時、何らの異議も唱えなかったし、こうしたやり方の合法性について何の疑問も持たなかったとされる⁴⁶。そうすると、国家代表者に対する強制があったと立証できない限り、かかる条約の無効は主張できないことになる。李根寛教授は、「彼〔坂元を指す〕は当該協約が国家代表者に対する強迫を通じて締結されたものであることを立証する責任を韓国側に帰属させている⁴⁷」として非難するが、無効を主張する側に立証責任が帰属するのは法の一般原則であり、この批判はあたらないと思われる。いずれにしろ、国家代表者に対する強制を行えば条約は無効になると熟知していた日本が、第2次日韓協約や日韓併合条約の締結にあたって、かかる規則に抵触するような行為をあえて行ったとは考えにくい。これらの条約の締結にあたって、日本が大韓帝国に威圧を加えたことは確かではあるが、最後まで国家代表者に対する強制の類（例えば、1939年にボヘミアとモラビアに対するドイツの保護権を確立する条約の締結に際して行われた、チェコスロバキアの大統領と外務大臣に拳銃を突きつけるという行為）は用いなかったと思われる。

なお、韓国の研究者からは、こうした強制による条約以外の事由による無効が主張されている。次に、かかる主張の妥当性について考えてみよう。

3. 形式的瑕疵の議論—条約名と批准問題を中心に

明治憲法下における条約締結に関する法制は次のように規定されていた。まず、憲法13条において「天皇ハ戦ヲ宣シ和ヲ講シ及諸般ノ条約ヲ締結シ」と規定され、条約の締結は天皇の大権とされた。そして、より具体的には公式令(1907(明治40)年)が規律し、その8条で、「国際条約ヲ発表スルトキハ上諭ヲ附シテ之ヲ公布ス 前項ノ上諭ニハ枢密院顧問ノ諮詢ヲ経タル旨ヲ記載シ親署ノ後 御璽ヲ鈐シ内閣総理大臣年月日ヲ記入シ主任ノ国务大臣ト俱ニ之ニ副署ス」と規定されていた。さらには、批准書や全権委任状については、「国書其ノ他外交上ノ親書、条約批准書、全権委任状、外国派遣官吏委任状、名誉領事委任状及外国領事認可状ニハ親署ノ後国璽ヲ鈐シ主任ノ国务大臣之ニ副署ス外務大臣ニ授クル全権委任状ニハ内閣総理大臣之ニ副署ス」(13条)という形式がとられていたことがわかる⁴⁸。このように、日本における条約締結の国内的手続は日韓併合条約以前にようやく整ったことがわかる。それでは日本は、他の国との条約において、かかる国内手続に違反したことを理由に条約の無効を主張できるだろうか。答えは否定的なものにならざるを得ない。こうした国内法上の手続の違反のみをもって条約の無効を主張できないことは、国際法の確立した規則である。条約法条約27条の「当事国は、条約の不履行を正当化する根拠として自国の国内法を援用することができない」との規定は、かかる慣習法規則を法典化したにすぎないので

⁴⁶ Ibid., p.208. 当時、日本でも同趣旨の論稿がみられた。有賀長雄「日韓協約と強迫問題」『外交時報』第9巻5号、63-65頁。

⁴⁷ 李根寛「国際条約上の強迫理論の再検討—日本の韓国併合と関連して—」(翻訳版)(ソウル大学校韓国文化研究所『韓国併合の不法性研究』ソウル大学校出版部(2003年)所収)167頁。

⁴⁸ 条約局第一課『条約ノ締結、批准及公布ニ関スル調書』(昭和11年7月)3-4頁。

ある。

批准条項のない独立議定書の公布の形式については、1896(明治29)年6月の朝鮮問題に関する日露議定書を例にとれば、枢密院に諮詢されることもなく、また公布されることもなく、帝国議会において外務大臣答弁の形で明らかにされた例がある(なお、露西亜側は官報において公表した)⁴⁹。このように、どのような形で国内手続を進めるかは各国の国内法制に委ねられており、国際法は条約を締結した当事国同士が同一の国内手続を行うことを要求してはいない。そこで、第2次日韓協約につき、韓国の研究者からなされている無効の主張について、国際法の観点から反論したい

1) 第2次日韓協約(1905年)の名称問題

李泰鎮教授は、第2次日韓協約について、そもそも原文に名称がないのであれば、翻訳にあたって名称を付けるべきではないし、協約という名称を付けるのであれば“Convention”ではなく“Agreement”を用いるべきだと主張する。その理由として、「Convention は主に郵便協定、赤十字協定、著作権保護など特殊な事項に関する協定に使用される用語であり、形式としては Agreement より一段階格が高いものであるといえる⁵⁰」とする。しかし、そもそも、個々の文書にいかなる名称を用いるかについて、国際法上の規則が存在するわけではない。まして、“Convention”が特殊な事項に関する協定に使用されるといって規則も存在しなければ、かかる慣行も存在しない。現に、「海の憲法」と称される国連海洋法条約(United Nations Convention on the Law of the Sea)も、「条約法の基本法」とされる条約法条約(Vienna Convention on the Law of Treaties)もいわずとも、“Convention”という名称を用いた重要な国際文書である。

また、原文に名称がないのも、さほどめずらしいことではない。たとえば、国際条約の実践例を多くもつ英国にあっても、国際約束の調印に際して当該約束に表題を付さない慣行がある。日本はこれに倣い、第2次日韓協約締結の前年、1904(明治37)年8月29日に署名した日本・インド間の通商条約についても表題を付していない。ただし、その場合にも、条約中に“the present Convention”という用語が用いられていたため、本通商条約については、“Convention”という用語が付されているものとして扱ったのである⁵¹。

2) 第2次日韓協約(1905年)の批准問題

条約法条約によれば、「『批准』とは、そのように呼ばれる国際的な行為をいい、条約に拘束されることについての国の同意は、これらの行為により国際的に確定的なものとされる⁵²」(第2条1項(b))と定義される。このように、本条にいう「批准」とは国際法上の批准を指し、権限ある国家機関が署名により内容が確定した条約に拘束されることへの国の同意を最終的に表示する国際的な行為を

⁴⁹ 条約局第一課『条約ノ締結、批准及公布ニ関スル調書』(昭和3年12月)225頁。

⁵⁰ 李泰鎮「韓国併合は成立していない〔上〕」『世界』(1998年7月号)309-310頁。

⁵¹ 条約局第一課『前掲書』(注(48))5-6頁。

⁵² 山手治之・香西茂・松井芳郎『ベーシック条約集〔第5版〕』東信堂(2004年)239頁。

いう⁵³。他方、韓国の研究者が主張するのは、専ら国内法上の批准の問題である。第2次日韓協約締結当時、韓国において条約の締結資格等について規定していたのは大韓国国制である。同国制9条は、「大韓皇帝陛下は各有約国に使臣を派送、駐紮させ、宣戦、講和、及び諸般の約条を締結す。公法に請うところの自遣使臣なり」と規定し、1894年の勅令第1号公文式第18条は、条約批准書に皇帝の署名と国璽の捺印を要求していた⁵⁴。このように、当時の大韓帝国の国内法においては、条約の締結はその批准を含めて皇帝の大権に属しており、批准は皇帝の署名と国璽の捺印をもって完成する要式行為とされていた。かかる一定の方式を欠く批准は、無効とされていたのである。

そこで、韓国の研究者が主張する無効論を国際法的に検討してみよう。議論の出発点は、そもそも、第2次日韓協約が批准を要する条約であったかどうかである。全文5カ条からなる本協約には、いわゆる批准条項が存在しない。つまり、国家の同意が最終的に批准により表明されるとの規定が条約中に存在しない。換言すれば、条約の効力発生要件として、批准は明示には要求されていない。また、朴外部大臣の署名は批准を条件として署名されたものでもないし、そのことが交渉の過程において表明されたこともない。日本側の認識も同様である。「右協約は韓国外務大臣と日本公使とが其の平日の職権を以て調印したる所謂同文通牒の形式を取るものなり、双方より特に全権委員を派し議定調印の上、兩國君主の批准を経たる正式條約に非ず⁵⁵」（有賀長雄）というものであった。同協約は批准を要する条約ではないとの理解であった。現に、署名後まもなく、日本は11月23日に同協約を官報号外に外務省告示として公表している。韓国の研究者から、1904（明治37）年2月23日の日韓議定書についても批准書の欠如などを理由に無効の主張が行われているが、迅速な対応を要する条約については時間のかかる批准手続を避けるのは一般的傾向であり、本協約についてもそうした対応がなされたといえよう。

韓国の研究者が主張するように、同協約は国際法上の効力要件として批准を要するというのであれば、条約の安定性という見地からは交渉時か条約中にこの点が明らかにされている必要があったように思われる。とりわけ、国家の同意を確立する国際的行為である批准が、通常、二国間条約の場合には批准書の交換によって成立することを考えれば、当事国間の合意は不可欠であったように思われる。しかし、そのようなものは一切存在しない。また、韓国の研究者が、国内法上の批准の有無を問題にしているのであれば、かかる国内法上の意味における「批准」は国際的行為ではなく、純粋に国内的行為として、それ自体何らの国際的効力又は効果をもたないことに注意する必要がある⁵⁶。この国内法の手続と国際法の手続とを混同してはならない。韓国の研究者の主張の前提には、第2次日韓協約は保護条約という外交権（主権の一部）を他国に譲渡するという重要な条約であり、その締結にあたっては、当然に条約に拘束されることへの最も重い形式である批准が必要であり、皇帝の署名と国璽捺印を要するという論理が潜んでいる⁵⁷。大権をもつ皇帝が批准を

⁵³ 小川芳彦「条約の批准」（国際法学会編『国際関係法辞典』三省堂（1995年）所収）430頁。

⁵⁴ 西尾昭『韓国その法と文化』啓文社（1993年）142-3頁。

⁵⁵ 有賀長雄『保護国論』早稲田大学出版部（明治39年）202頁。

⁵⁶ Fitzmaurice, "Do Treaties Need Ratification?" B.Y.I.L., Vol.15 (1934), p.116.

⁵⁷ 実際、当時『保護国論』を著した有賀さえも、「而して外國の間に於ける同種の保護條約は大抵正式條約

拒否したのであるから、大韓帝国を拘束しないというのである。もし、そうであるならば、第2次日韓協約が、朴外部大臣によって署名された後、1905年12月16日に、韓国「官報」交渉事項欄にその全文が公布された事実をどう捉えるかという問題が生じる。国内法上皇帝の批准を要し、しかもそれが得られないままであるならば、官報での公布は差し控えるべきであつたらうと思われる⁵⁸。いずれにしろ、当時、漢城に公使館を置いていた各国は、第2次日韓協約を承認し漢城から公使館を撤退している。

なお、参考までに、どのような種類の条約に批准条項を付すべきかについての当時の日本の認識は、後年(昭和3年12月)、外務省条約局第1課がまとめた「条約ノ締結、批准及公布ニ関スル調書」によれば、次のようなものであつた。「要之国際上ノ慣例ヨリスルモ又各国ノ法制上ヨリスルモ批准条項ヲ付スヘキ国際約束ノ範囲ニ付テハ之ニ関シ一定ノ漠然タル範囲存在スト云フヲ得ヘキモ必スシモ確定セス」とし、「我国ニ於テ如何ナル国際約束ニ批准条項ヲ含マシムヘキヤニ付テハ前掲ノ重要ナル事項ヲ標準シテ国際慣例ニ依リ政府ニ於テ適宜処理スルコトト定ムルノ外ナシ」と記述されている。そして、「実質上ヨリ云ヘハ我国ニ於テモ(1)立法事項(国民ノ権義ニ関スルモノ及法律ヲ変更スルモノヲ含ム)、(2)財政上ノ負担ヲ課スルモノ、(3)通商条約等ハ必ス批准条項ヲ要スヘシ⁵⁹」と記述されている。なお、日本においては批准を必要としない国際約束の公布の形式については、明治18年の公文式にも、また明治40年の公式令にも何ら規定がなく、大正2年ころまでは必ずしも統一的な実行は行われていなかったといわれる。外務省告示の形や官憲彙報欄の形で公布されるものもあれば、稀に条約第何号(明治40年以前は勅令の形式をとったとされる)として公布されるものもあつたとされる⁶⁰。

なお、日韓の間で批准書交換が行われたいわゆる批准条約は、『日朝修好条規』(一八七六年)から『韓国併合条約』(一九一〇年)に至る五三件の日本と朝鮮・韓国との間に結ばれた〔条約〕のうち、……『日朝修好条規』と『日朝修好条規続約』だけで⁶¹ある。そこで、次に、日韓併合条約について検討してみよう。

4. 日韓併合条約(1910年)の締結

韓国併合の手続きについて、両国は条約の形式による併合方法を採用した。すなわち、1910(明治43)年8月21日小村外務大臣より、「韓国併合ノ件ニ関シ統監子爵寺内正毅ニ於テ韓国当局者ト商議ノ末別紙ノ通り併合条約案議定致候ニ付調印前御裁可相成様仕度」旨を天皇に上奏す

の體裁を取れる」との言を残している。有賀『前掲書』202頁。

⁵⁸ この議論は、韓国の論者からすれば形式論理との批判を免れえないであろう。なぜなら、条約の締結を強要した国家の強制力が条約締結後も続いている限りは、官報での公布もまた強要が働くのが合理的推定であるからである。但し、仮に条約の公布さえも強制により可能だつたというのであれば、何故に皇帝の批准を強制的に得ることだけができなかったのかが合理的に説明できなくなる。公布という形式約手続にこだわる一方で、批准について日本側が執着しなかつた態度からは、日本が当該条約を批准を要する条約とは考えていなかったことを窺わせる。他方、日本側が執拗に批准を求めたとの説も仄聞されるので、このあたりは歴史研究の成果を待つほかない。

⁵⁹ 条約局第一課『同上』(注(49))44-45頁。

⁶⁰ 条約局第一課『同上』(注(49))52頁。

⁶¹ 海野福寿「一九〇五年『第二次日韓協約』」『駿台史学』第91号(1979年)15頁。

るよう桂総理大臣に進達があった。同22日午前当該条約案が枢密院に諮詢され、裁可がなされた。他方、大韓帝国においても、同年8月22日の御前会議において韓国皇帝が統治権を譲渡する意思を明らかにするとともに、条約締結の全権委任状を李完用内閣総理大臣に付与した。これを受けて、同日午後、日本の全権委員である寺内正毅統監と大韓帝国の全権委員である李完用は、全8カ条からなる「韓国併合に関する条約」に漢城において署名した。同条約は、第1条で「韓国皇帝陛下ハ韓国全部ニ関スル一切ノ統治権ヲ完全且永久ニ日本皇帝陛下ニ譲与ス」とし、第2条で「日本国皇帝陛下ハ前条ニ掲ケタル譲与ヲ受諾シ且全然韓国ヲ日本帝国ニ併合スルコトヲ承諾ス」という形式を採用している。しかし、大韓帝国の国民の法的地位について明示の規定を設けてはいない。単に「同地(韓国)ニ施行スル法規ヲ遵守スル韓人ノ身体及財産ニ対シ十分ナル保護ヲ与エ且其福利ノ増進ヲ図ルヘシ」(6条)と規定するのみである。同月29日、本条約は日本において、条約第4号として公布された。なお、同条約は、「本条約ハ日本国皇帝陛下及韓国皇帝陛下ノ裁可ヲ経タルモノニシテ公布ノ日ヨリ之ヲ施行する」(8条)と規定されていた⁶²。

本条約の締結を受け、明治政府は韓国において最恵国待遇を享受していた10カ国(ドイツ、米国、オーストリア、ベルギー、清国、デンマーク、フランス、英国、イタリア及びロシア)に対し、次の宣言を通告した。すなわち、「該条約ハ八月二十九日ヲ以テ之ヲ公布シ同日ヨリ直ニ之ヲ施行スヘク日本帝国政府ハ同条約ノ結果朝鮮ニ関スル統治ノ全部ヲ担当スルコトナレルヲ以テ茲ニ左ノ方針ニ依リ外国人及外国貿易ニ関スル事項ヲ処理スヘキコトヲ表明ス」とし、「一 韓国ト列国トノ条約ハ当然無効ニ帰シ日本国ト列国トノ現行条約ハ其ノ適用シ得ル限朝鮮ニ適用セラルヘシ 朝鮮ニ在留スル諸外国人ハ日本法権ノ下ニ於テ事情ノ許ス限日本内地ニ於ケルト同一ノ権利及特典ヲ享有シ且其ノ適法ナル既得権ノ保護ヲ受クヘシ 日本帝国政府ハ併合条約施行ノ際ニ朝鮮ニ於ケル外国領事裁判所ニ係属スル事件ハ最終ノ決定ニ至ル迄其ノ裁判ヲ続行セシムルコトヲ承諾スヘシ」と通告した⁶³。また、韓国と条約関係はないが、日本と条約関係のある国(例えば、アルゼンチン、ブラジル、チリなど)に対しても、「明治四十三年八月二十二日日本国ト韓国トノ間ニ締結セラルタル条約ニ依リ韓国ハ日本国ニ併合セラレ本日ヨリ日本帝国ノ一部ヲ成スコトナレリ爾今日日本国ト列国トノ現行条約ハ其ノ適用シ得ル限朝鮮ニ適用セラルヘク該現行条約ヲ有スル列国ノ臣民又ハ人民ハ朝鮮ニ於テ事情ノ許ス限日本内地ニ於ケルト同一ノ権利及特典ヲ享有スヘシ⁶⁴」との通告を行った。

これに対して、日本による韓国併合それ自体につき異議を唱える国は存在しなかった。ただし、英国、フランス、米国、ドイツ、イタリアから領事裁判権撤廃後の司法制度の運用や鉱山採掘及び不動産所有に関する既得権の尊重などについて照会があり、日本は、併合の結果、これら列国と韓国との条約が失効したことに伴い、領事裁判権を廃止したいとの希望を伝えた。英国はこれを了

⁶² 韓国併合条約の締結の経緯については、海野福寿『韓国併合史の研究』岩波書店(2000年)368-395頁。

⁶³ 外務省条約局『国際法先例彙輯』(昭和8年10月調)26-28頁。なお、万国著作権保護同盟条約の事務局長から、日本に対して、日本が当事国である万国工業所有権保護条約及び著作権保護条約の朝鮮に対する適用に関して照会があり、日本側は、同条約は、日韓併合の結果として、その適用範囲が朝鮮にも及ぶとの回答を行っている。『同上』33-34頁。

⁶⁴ 『同上』32頁。

承し⁶⁵、他の国も自国民が刑事被告人の場合にその裁判及び刑の執行を漢城で行うことを条件に、領事裁判権の撤廃に賛成した。なお、大正2年在朝鮮韓国居留地制定廃止ニ関スル朝鮮総督府外事局長及当該国領事官協議会議議定書は、朝鮮総督府外事局長小松緑とドイツ、ベルギー、米国、露西亜、英国、フランス、イタリアの各国領事との間に締結されたが⁶⁶、全権委任状なくして署名された国際約束である。このように、議定書などの国際約束にあつて、常に全権委任状が要求されるものではない。

1) 調印資格の問題

李泰鎮教授は、日韓併合条約もまた条約の締結手続きの面から見て有効に成立していないと説く。周知のように、日韓併合条約の日本側の署名者は統監であつた寺内正毅であり、韓国側の署名者は内閣総理大臣であつた李完用であつた。この2人はそれぞれ自国を代表して条約に署名する立場になつたというのである。この点については、戸塚悦朗教授も同様の指摘を行っている。すなわち、『併合条約』締結は、外交に関する事項だつたから、その管理権限に属し、『統監』は、韓国側で韓皇・韓国内閣に決定的影響力を行使できた。だから、韓国側にあつて、自ら韓国政府に指示して、総理大臣に『併合条約』に署名させ、他方自分が日本側の代表者として署名するという異例の事態になっている。もし、双方代理的な要素を外形的にでも減らす配慮があつたなら、『統監』に日本側を代表させることはなかつたのではないだろうか。実際は、条約は単なる形式に過ぎず、法手続的外形も『どうでもよいこと』だつたのだろうか⁶⁷との疑問を提示している。しかし、これは、海野福寿教授が指摘するように、第2次日韓協約第3条の「日本国政府ハ、其代表者トシテ韓国皇帝陛下ノ闕下ニ一名ノ統監ヲ置ク。統監ハ専ラ外交ニ関スル事項ヲ管理スル」という表現に引きずられた誤解であると思われる。なぜなら、「第二次『日韓協約』第一条および第二条に明記されているように、韓国外交権を行使するのは日本政府であつて統監ではない」からである。実際、「一二月二〇日公布の『統監府及理事庁官制』で、『統監ハ韓国ニ於テ帝国政府ヲ代表』することを示し⁶⁸」、統監の外交事務を地方(韓国内)に限定したのである。したがつて、寺内正毅は統監として日本政府を代表する立場にあり、また李完用も内閣総理大臣として国を代表する資格を有しており、調印資格の問題は何ら生じないといえよう。

なお、そうだとしたら、「すでに韓国の外交権行使は日本の管理指揮のもとにあつたから、この条約は日本と日本が結びついた条約⁶⁹」だとの非難の余地があるかもしれない。しかし、これまた、海野教授の指摘によれば、日露講和条約の会議録に、「同国〔韓国〕ノ主権ヲ侵害スベキモノハ、韓国政府ト合意ノ上、之ヲ執ルベキコトヲ茲ニ声明ス」となっており、併合はまさしく韓国の主権侵害

⁶⁵ 『同上』37-38頁。英国は、1911(明治44)年1月27日、韓国における同国の領事裁判権を廃止する旨の枢密院令(Order in Council)を發布した。『同上』38-40頁。

⁶⁶ 外務省条約局第一課『前掲書』(昭和3年12月)265頁。

⁶⁷ 戸塚悦朗「乙巳保護条約の不法性と日本政府の責任」(『国際シンポジウム—『韓国併合』はいかにしてなされたか』所収)16-17頁。

⁶⁸ 海野『前掲書』(注(62))396-398頁。

⁶⁹ 君島和彦「植民地『帝国』への道」(浅田喬二編『「帝国」日本とアジア』吉川弘文館(1994年所収)75頁。

に相当するので、韓国総理大臣の署名を求めたと説明できる⁷⁰。いずれにしろ、この併合条約に異議を唱える列強は存在しなかった。しかしこうした第三国の承認の態度につき、かかる旧条約の効力に対しいかなる効果ももたないとの主張がある。白忠鉉教授の主張がそれである。

2) 第三国による承認の効果

白教授は、「こうした第三国の『承認』は併合という名で外国の領土を強制的に取得する国際不法行為を合法的行為に転換することはできないし、本質的に『絶対的無効』である条約の効力を、第三国の『承認』を絶対的要因として決定することはできない。韓国併合は当時の国際法の下で不法であっただけではなく、正当でもなかったし、第三国の『承認』はどのような法的効果も創設することはできない⁷¹」と主張する。しかし、当時の国際法においては、国家それ自体に対する強制による条約を絶対的に無効とする規則も、強行規範(*jus cogens*)の規則も存在しておらず、また、そうした認定を客観的に行う司法機関も存在していなかった。現に、条約法が契約法(私法)に淵源を持ち、その類推によって構築されていることを論じた、1927年に出版されたローターパクト(H. Lauterpacht)の有名な著書⁷²においても、強行規範についての言及は一切存在しない⁷³。かかる状況においては、大韓帝国と条約関係を結んでいた他の諸国が日韓併合条約をどのように評価していたかという点が、条約の効力問題について重要な示唆を与えるものと思われる。その意味で、第三国が日韓併合条約を有効なものとして取扱い、いずれの国も異議を唱えていないという事実は重みをもつように思われる。当時、大韓帝国と条約関係を有していた列強がかかる条約を無効なものともみなさず、有効なものとして扱ったという実行は、「絶対的無効」との認定がいずれの第三者機関によってなされていない以上、かかる条約の有効性の推定につき重要な役割を果たすといえよう。

なお、朝鮮人の日本法上の地位については、明治43年8月29日、在外の領事に訓令を送り、「本条約施行ノ日ヨリ朝鮮人ハ何等ノ手續ヲ要セス総テ内地人ト同一ノ取扱ヲ受クルヲ原則トスルモ實際問題起リタルトキハ其重要ナル点ハ訓令ヲ請ヒテ後処理ス可キ旨並ニ旅券ニ関シテハ従来ノ韓人専用旅券ヲ廃止シ朝鮮人ニ対シ内地人ト同一ノ取扱ヲナスヘキ⁷⁴」旨指示した⁷⁵。また、韓国併合に伴う法的問題の処理については、関係の勅令、制令を次々に発布した⁷⁶。

⁷⁰ 海野『前掲書』400頁。

⁷¹ 白忠鉉「日本の韓国併合に対する国際法的考察」(翻訳版)(ソウル大学校韓国文化研究所『韓国併合の不法性研究』ソウル大学校出版部(2003年)所収)14頁。

⁷² H. Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, Longmans, Green & Co., Ltd, 1927, especially pp.155-180.

⁷³ Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2nd ed., Manchester University Press, 1984, p.205.

⁷⁴ なお、これに加えて、在間島総領事に対しては、間島に在住する朝鮮人については、従来通り、間島協約の規定に従って処置するよう訓令した。

⁷⁵ もっとも、国籍法については本質上内地人に適用せられるものとして、朝鮮人に対しては国籍法の適用はないとした。実際、日本は台湾については明治32年勅令289号で、樺太については大正13年勅令88号でもって、国籍に関する事項を取り扱った。

⁷⁶ 明治43年8月29日に、韓国併合に関連する関係国内法令として制定されたものは以下の通りである。「朝鮮ヨリ移入スル貨物ノ移入税等ニ関スル勅令」、「内地、台湾及樺太ト朝鮮トノ間ニ通航スル船舶ニ関スル勅令」、「朝鮮ニ於ケル関税及輸出入税ニ関スル制令」、「特許法、意匠法及実用新案法ヲ朝鮮ニ施行スルコトニ関スル勅令」、「商標法ヲ朝鮮ニ施行スルコトニ関スル勅令」、「著作権法ヲ朝鮮ニ施行スルコトニ

5. おわりに

日本も韓国も当事国である条約法条約(1969年締結、1980年発効)は、その第52条で、「国際連合憲章に規定する国際法の諸原則に違反する武力による威嚇又は武力の行使の結果締結された条約は、無効である」と規定している。いわゆる違法な武力による威嚇や武力行使による国家自体に対する強制による条約を無効とする規則である。つまり、第2次日韓協約や日韓併合条約が締結された当時と今日では、国家自体に対する強制について、国際法においては古い規則と新しい規則が存在していることになる。このように、規則の内容に変更が生じた場合に、新規則と旧規則のいずれを適用すべきかという問題が生ずる。結論的にいえば、この新規則を第2次日韓協約や日韓併合条約にそのまま適用することはできない。なぜなら、条約法条約第4条は、「この条約は、自国についてこの条約の効力が生じている国によりその効力発生後に締結される条約についてのみ適用される」と規定している。いわゆる条約の不遡及の規則である。つまり、条約は効力発生後に効力をもつのであり、別段の合意がなければ、条約は遡及効をもたないのである。換言すれば、条約は、その国について効力が発生する以前に行われた行為、事実、または同日前に消滅した事態について、その国を拘束しないのである。もともと、第4条は、「ただし、この条約に規定されている規則のうちこの条約との関係を離れ国際法に基づき条約を規律するような規則のいかなる条約についての適用を妨げるものではない」と規定し、慣習法規則として成立していたものについてはその限りではないとする。第52条の草案を準備した国際法委員会は、連盟規約、不戦条約及び国連憲章第2条4項の武力行使違法化の発展によって、武力による威嚇又は武力の行使の結果締結された条約が無効であることは現行法であり、少なくとも国連憲章発効後に締結された全条約に本条が適用されることは明らかだとした。ところが、条約法条約採択のための外交会議において、社会主義国や途上国が、国連憲章以前に遡及して本条が適用される旨の修正案を提出し、採択された⁷⁷。その結果、この規則が正確にどの時点で慣習法規則として成立したかという問題が残ることとなった。しかし、武力行使禁止の慣習法規則成立以前に、かかる武力行使に基づく強制による条約を無効とする規則が成立していたとは考えにくく、換言すれば、不戦条約が締結された1928年以前に遡ることは考えにくい。つまり、国家自体に対する強制による条約は無効という規則は、第2次日韓協約や日韓併合条約には適用できないといえる。

さらに、国際法には時際法という考え方が存在する。今日からみて違法な行為が、過去にさかのぼりすべて無効になるわけではない。ある法律行為(すなわち、第2次日韓協約や日韓併合条約の締結)が有効に成立したかどうかは、その法律行為が行われた当時に有効であった国際法に照らして判断されねばならないという考え方である。もともと、領域取得の有効性が、法の発展を考慮

関スル勅令」、「統監府特許局官制廃止ニ関スル勅令」、「居留地ノ行政事務ニ関スル制令」。

⁷⁷ 1966年の国際法委員会の草案が、「国連憲章の諸原則に違反する(in violation of the principles of the Charter of the United Nations)武力による威嚇又は武力の行使の結果締結された条約は無効である」と規定されていたのに対し、社会主義国や途上国の14ヵ国修正案(A/CONF.39/C.1/L.289 and Add.1)は、「国連憲章に規定する国際法の諸原則に違反する(in violation of the principles of international law embodied in the Charter of the United Nations)武力による威嚇又は武力の行使の結果締結された条約は、無効である」と修正し、国連憲章以前にかかる国際法の原則は成立しており、国連憲章はそれを規定したにすぎないとしたのである。そのため、第52条は憲章以前に遡及することとなった。

して判断された場合がないわけではない。常設仲裁裁判所での米国とオランダとの間の領域紛争であったパルマス島事件判決(1928年)において、マックス・フーバー(Max Huber)仲裁人は、権利の創設と権利の存続を区別して、それぞれの時期の国際法に照らして判断するとの立場を採用した⁷⁸。この判決の立場によると、ある時点における領域取得が有効であっても、その後の国際法の発展により、領有権が否定されることもありうることになる⁷⁹。本事件について、かいつまんで説明すれば、米国の領有権主張の根拠は、1898年のパリ条約によるスペインからの割譲であり、争点となったパルマス島に対する権原はスペインによる発見であった。これに対し、オランダは、1677年以降のパルマス島に対する長期の継続的かつ平和的な権力の行使(いわゆる、実効的な占有)をその領有権の権原とした。これら両国の主張に対して、フーバー仲裁人は、「発見から生じる原始的取得はスペインにあるが、19世紀の国際法では、先占は実効的でなければならず、発見のみでいかなる後続的行為もない場合、主権の存在の十分な証明とならないとして、たとえ1898年に未成熟な権原がスペインに存在したとしても、これは他国(オランダ)による継続的かつ平和的な権力の発現には優先しえない」としてオランダの領有権を認めたのである。しかし、日韓併合条約の場合は、本条約により韓国は日本に併合されており、換言すれば、当該条約の締結によって法律行為は完成しており、領有権の競合が争われたパルマス島事件の法理をそのまま適用することは困難であろう。また、百歩譲ってこの法理を適用しようとしても、そこから得られる結論は、締結当時は有効であったが、現在は無効であるということであり、日韓基本条約(1965年)の「一九一〇年八月二二日以前に大日本帝国と大韓帝国との間で締結されたすべての条約及び協定は、もはや無効であることが確認される」(第2条)の規定に関する日本側解釈、すなわち、「もはや(already)という字句を入れることによって、少なくとも一時は有効であった時期があるというわがほうの立場を表明した次第です⁸⁰」という解釈に帰着するのみで、当初から無効であるとの韓国側の議論を補強するものではないと考える。

もつとも、白教授は、「たとえ時際法又は法規範の不遡及原則が国際法の確立された原則であるとしても、一般国際法の強行規範と緊密な関係がある事案に関しては例外の根拠とはなれない⁸¹」と主張する。日本の韓国併合は、正義に反し強行規範に違反するといっているのである。しかし、強行規範(jus cogens)の概念は、条約法条約第53条で法典化された概念であり、第2次日韓協約や日韓併合条約が締結された当時にすでに成立していたとは考えがたい。日本がペリーの砲艦外交によって締結を余儀なくされた神奈川条約を初めとする一連の列強との不平等条約は、いずれも武力あるいはそれに相当するものによる強要の産物であるが、近代国際法における条約法は、躊躇なくこれらの条約の効力を承認した。つまり、この当時、条約の効力を論ずる際に問題とされたのは、合意の形式的適法性のみであった。合意の内容や合意に至る当事国の意思の形成過程はまったく無視された。要するに、いかなる内容であれ、またいかなる強制が国家に対して用いられようと、

⁷⁸ The Island of Palmas (Miangas) Arbitration, Reports of International Arbitral Awards, Vol. II, pp 829 et seq.

⁷⁹ 松井芳郎他『国際法〔第4版〕』(有斐閣、2002年)117頁。

⁸⁰ 山田昭次「日韓条約の今日的課題点」(臨時増刊『世界 日朝関係—その歴史と現在』(岩波書店、1992年)30-42頁。

⁸¹ 白「前掲論文」7頁。

当事国の形式的合意さえ整っていれば条約は有効なものとみなされたのである。力の論理に依拠した近代国際法では、条約の無効原因として強行規範が語られることはなかった。シュワルツェンバーガー(G. Schwarzenberger)の表現を借りれば、「国内法と異なり、慣習国際法は強行規範又は公序の概念を欠いていた⁸²⁾」のである。国家は、その対外関係を自己の意思に従って整序する基本的な権能をもつ法主体として承認され、第三国の権利を侵害したり、第三国に義務を課したりしない限り、条約によって自らが望む法関係を自由に設定しうるものと考えられていた。別の見方をすれば、条約という法的文書の装いのもとに、自らの意思を押しつけようとする強国を阻むものは、国際法上にも存在しなかった。「特別法は一般法を破る」の法理に基づき、あらゆる一般法(慣習法)は特別法(条約)によって逸脱(contract out)が許された。言葉を換えて言えば、一般国際法はすべて任意規範(jus dispositivum)の形で存在していた。そこでは、条約自由を制限する規則は存在せず、いわば「条約自由の原則」が多くの場合機能してきた⁸³⁾。この原則が、その名のもとに、強国による弱国の支配という関係を構築する優れてイデオロギー的性格をもったことはたしかである。第2次日韓協約や日韓併合条約はこうした時代に締結された条約である。もちろん、国際法が法秩序である限り、公序の概念は存在するのであり、かかる国際法の基本原則は当事国の合意によっても逸脱できないという議論は、学者の間には古くからみられたが、実定法のレベルに到達することはなかったのである。実際、条約法条約成立以前に、強制による条約であり、「非道徳的」であることを理由に無効が主張されたのは、わずかに、1925～1926年のタクナ・アリカ仲裁裁判において、ペルーが、1884年のチリとの条約は不法に強制されて署名したに過ぎないと主張を行った例や、1920年、ボリビアとペルーが、連盟総会にチリとの諸条約の改正を要請する文書を提出し、要請の根拠として、条約は武力によって強制されたと主張した例があるにすぎない⁸⁴⁾。かかる主張は、十分な成功をおさめていない。以上の考察から、少なくとも、国際法の立場からは、日韓の旧条約、とりわけ無効が声高に主張されている第2次日韓協約や日韓併合条約も、有効に締結された条約であるとの結論にならざるを得ないのである。

最後に、一国際法学者として、付言しておきたい。過去にも指摘したことであるが、本稿で取り上げた日韓の旧条約の効力問題は、たしかに日韓の過去の歴史の象徴的な事柄ではあるが、過去の清算という問題をこの効力問題に集約できるかどうか、個人的には疑問を禁じ得ない。なぜなら、歴史の問題を、旧条約の効力問題、すなわち有効か無効かという二分法に閉じこめることには自ずから限界があるように思われるからである。こうした態度は、日韓の過去に起きた他の多くの歴史的事実を捨象し、効力問題にかかわる要件事実のみで両国の過去を語らしめることに他ならないからである。両国の国民の間で共有すべきはこうした狭い法的事実から導かれる効力問題の回答ではなく、植民地支配の過酷な実像とそうした歴史をいかに清算するかというもっと広い課題である⁸⁵⁾と考える。

⁸²⁾ G. Schwarzenberger, *Manual of International Law*, 1967, pp.29-30.

⁸³⁾ H. Kelsen, *Principles of International Law*, 1952, pp.322-323.

⁸⁴⁾ Franciszek Przetacznik, "Validity of Treaties concluded under Coercion," *Indian Journal of International Law*, Vol.15, No.2 (1975), p.176.

⁸⁵⁾ 拙稿「日韓は旧条約問題の落とし穴に陥ってはならない」『世界』(1998年9月号) 205頁。

批評文(金度亨)

1876年の「朝日修好条規」の締結以後、1910年の「韓日併合条約」に至る期間まで韓日間に結ばれた諸条約の締結過程と、各条約の性格を正確に把握することは、日本の朝鮮侵略と強占過程を明らかにするため必ず検討されなければならない問題である。その中でも日本の侵略的性格は、1904年の「韓日議定書」から1905年の「乙巳条約(訳注:第二次韓日協約)」を経て、1910年の「韓日併合条約」に至る一連の条約によく表れている。

これらの条約の性格をめぐる韓日の学界での論争は、最近数年間でかなり多くの研究者たちによって真摯に論議された。1965年に締結された韓日基本条約で、この条約が「すでに無効」とされたが、その無効の時点について韓日両国の立場が違うため、その火種が常に残っていたのである。全体的に韓国の学者はこれらの条約の不成立と無効を主張し、日本の学者の多くは「道徳的には不当であるが法的には有効」だという立場を示している。日本側の見解を代表する学者の一人が坂元教授である。

この論文は彼がすでに発表した論文を再び整理したもので、その論旨は大体次の通りである。(1) 日本と朝鮮の間には国際法に対する認識の差異(すなわち近代国際法を受容する早さの違い)と、軍事力、国力の違いが存在していた。(2) 「第二次韓日協約」(いわゆる乙巳条約)は「国家代表に対する脅迫をしたのではなく国家自体に対する強制」によって成立したものであるため、国際法上条約の効力には何の影響もない、すなわち有効なものである。国家代表者に対する強制を行えば「無効」であるということを知っていた日本が、条約締結過程で効力に影響を及ぼす行為を行ったとは考えにくい。日本が大韓帝国に威圧を加えたことは確かであるが、最後まで国家代表者に対する強制は行われなかった。万一国家代表に脅迫を加えたならば、これは韓国側の研究者が立証しなければならない。(3) 韓国の学者たちが論じる形式的瑕疵(条約名称および批准問題)も問題がない。すなわち国内的手続に違反したことを理由に条約の無効を主張することはできないのは国際法上確立された規則であり、また個々の文書にどのような名称を使用するかについても国際法上の規則はないためである。「第二次韓日協約」の規定には国家の同意が最終的に批准によって表明されるという規定が条約文の中になく、また外務大臣が署名しこれを12月16日の官報の交渉事項に公布し、各国公使がこれを承認し公使館を撤収した。(4) 併合条約を調印した人物の資格にも問題がない。統監は日本の政府を代表し、李完用は内閣総理大臣として朝鮮の国家を代表する資格だったため、調印資格に問題がなく、この条約に対しては第三国が承認した。

このような坂元教授の論旨は、当時の条約の有無効問題を単純に国際法の立場から分析した結果である。これらの条約の有無効問題、そして条約の性格を把握するためには、次のような点を考慮しなければならないだろう。

第一に、帝国主義の侵略と植民支配という歴史的事実は単純な国際法上の法理論争ではなく、より巨視的な次元からアプローチしなければならないだろう。国際法というもの自体が基本的に植民地、弱小国の利益のためのものではなく、侵略を恣に行う強大国の間の利益調整であるという次元から提起されたものが多いためである。韓日間の条約も国際法の法理としてのみアプローチする

ようになれば、日本の不法な侵略は当然隠蔽されてしまう。歴史的認識を欠いたまま植民支配の道徳的不当性のみを議論するのならば、帝国主義侵略を反省する次元ではなく、結局植民収奪を受けた国家に対する同情にすぎない。法理解釈的次元よりは歴史的観点からその性格究明にアプローチしなければならないだろう。

第二に、国際法の法理のみでこの問題にアプローチするとしても、「条約の有効」という点を論証し、韓国の学者を納得させる責任は日本の学者の役目である。韓国の学者は国際法の法理として調べてみても多くの問題点があると見ている。すでに多くの研究がこの点を指摘しているので詳しく言及する必要はないだろう。そうでありながらもこの論文で最も力点を置いたものが、まさに「脅迫の対象」の問題であるため、この点を指摘しないわけにはいかない。坂元教授は「国家代表者に対する脅迫」と「国家自体に対する強制」を区分している。もちろん、このような区分自体は戦争以後に結ばれることとなった講和条約の正当性を確保するためのものである。しかし、軍事的抑圧と侵略を受けていた当時の朝鮮としては、「強制の対象」を区分すること自体は意味のないことで、また区分することもできない。乙巳条約締結当時、日本は条約問題を協議したあらゆる人物を武力で圧迫した。大砲で武装した日本軍が王宮を包囲し、武力の示威を行い、また反対の意思を持った人物を別々に呼び出して脅迫し、最後まで同意しない人物は別室に監禁した。また会議の席上で伊藤博文は一人一人の名を挙げながら、脅迫的な雰囲気の中で、彼らの意思を確認した。これがまさに坂元教授が言う国家代表に対する抑圧である。そしてこれが論文で主張するように国家自体に対する強制だとしても、国家自体を脅迫したことはその構成員に対する脅しに他ならない。戦争に続いていこうという脅しもまた、個人への脅しとなりうる。これを抑止として区分しようとする論理自体が、戦争や侵略の不法性を覆い隠すための帝国主義的な論理にすぎない。強制の問題と区分はすでに韓国学界で十分に解明されており、今は日本側の研究者たちがこれに対して答えなければならないだろう。

第三に、大韓帝国皇帝だった高宗の条約締結以後の活動も考慮しなければならないだろう。当時大韓帝国は条約締結については皇帝が最終権限を持っていた。そしてそれ以前のあらゆる国際的な条約では、国王の委任状、批准書があった。しかし日本の主権侵奪過程で結ばれた条約ではこのようなものを見つけ出すことはできない。もちろんこのような文書はさらに探さなければならないだろうが、日本側でもこれについて明白に論証しなければならないだろう。また当時の大韓帝国の最高統治権、主権を持った高宗自ら乙巳条約が成立しなかったと判断し、これを国際社会に訴えた。このような点も同時に考慮しなければならないだろう。

最後に、この問題をめぐる論争は、韓日関係を新しい次元で設定するという歴史認識を共有しなければ解決できない。坂元教授が「両国の国民の間で共有すべきはこうした狭い法的事実から導かれる効力問題の回答ではなく、植民地支配の過酷な実像とそうした歴史をいかに清算するかというもっと広い課題である」とした点には同意する。このような観点から考えるならば、坂元教授自身も歴史の清算のためにこの条約問題に法理的にのみアプローチし、「合法、有効」だけを主張するのではなく、別の次元の認識を示さねばならないだろう。

執筆者コメント

金教授の私の論文に対する第1の批判は、日韓の旧条約の効力問題を「単純に国際法の立場から分析」しているという点である。すなわち、「法理解釈的次元よりは歴史的観点からその〔日本の帝国主義の侵略と植民地支配という歴史的事実の〕性格究明にアプローチしなければならないだろう」という批判である。

しかし、私は次のように考える。国際法の立場から、日韓の旧条約の有効性を肯定することと、韓国に対する植民地支配を反省なしに肯定することは別個の問題である。植民地支配について反省するのであれば、それをもたらした法的措置について断罪すべきだという主張もあろうが、そのような主張は、歴史認識と法的議論を不可分なものとする立場に他ならない。正しい歴史認識の必要性を否定するものではないが、歴史認識が法的議論を規定すべきだという考えに立つことはできない。仮に両者は同一でなければならないというのであれば、そこには法的議論の成立する余地は存在しないことになるからである。

第2の批判は、「国際法の法理のみでこの問題にアプローチするとしても、『条約の有効』という点を論証し、韓国の学者を納得させる責任は日本の学者の役目である」という点である。

この問題は、条約の効力について立証責任を負うのは、有効を主張する側か無効を主張する側かという問題である。この点について、私は、立証責任は条約の有効を主張する側に帰属するというのが国際法の立場であると考えている。条約の不遡及の原則により、日韓の旧条約に直接適用されるものではないが、日韓が当事国となっている条約法に関するウィーン条約第5部第4節でもこの方式が採用されている。

最後に、金度亨教授が私の論文を我慢強く正確に読んでいただいたことに感謝したい。