乙巳條約·韓國併合條約의 有無効論과 歷史認識

鄭 昌 烈

乙巳條約·韓國併合條約의 有無効論과 歷史認識

鄭昌烈

- I. 머리말
- Ⅱ. 구조약 유무효론
 - -국가와 국가대표에의 강박의 문제
- Ⅲ. 구조약 유무효론과 제국주의 인식
- IV. 관습국제법 논의와 역사 인식

I. 머리말

1910년으로부터 1945년에 이르는 기간에 일본과 한국은 지배·피지배 관계에 있었다. 이 관계는 일본과 한국 양쪽에 모두 커다란 왜곡과 상처를 남겼다. 이러한 왜곡과 상처는 1945년 이후의 한일간의 국교정상화와 한일 양국인간의 우호관계의 수립을 어렵게 만들었다. 북조선과 일본사이에는 국교정상화 교섭이 아직도 답보상태에 있으며, 한국과 일본 사이에는, 한일기본조약이 1965년에 체결되었음에도 불구하고 일본의 역사교과서 문제, 일본 수상의 야스쿠니신사 참배문제 등으로 갈등이 불거지고 있다. 1995년 10월에는 한국 국회에서 '대한제국과 일본제국간의 勒約에 대한 일본의 정확한 역사인식을 촉구하는 결의'가 채택되기도 하였다. 여기에서는 을사조약과 한국병합조약의 원천적 무효가 제기되고 있었다.

1951년에 시작된 한일회담은 1965년의 한일기본조약 체결로써 일단 결실되었다. 그러나 이 기본조약 제2조의 "1910년 8월 22일 이전에 대한제국과 대일본제국 간에 체결된 모든 조약 및 협정은 이미 무효라는 것이 확인된다"의 "이미"를 둘러싸고, 한국은 체결 당시의 시점으로 해석하고, 일본은 대한민국이 성립되는 1948년 8월 15일의 시점으로 해석함으로써 커다란 간격을 나타내고 있다. 을사조약과 한국병합조약의 유무효 문제에서 엄청난 격차가 드러나고 있다.

이와 같이 한일간의 새로운 우호관계의 수립의 문제에서는 을사조약·한국병합조약 등의 유무효 문제가 key로서의 위치를 점하게 되었다. 특히 1992년 5월에 서울대학의 李泰鎭 교수가 을사조약 관련문서가 조약의 구비조건을 결여하고 있음을 들어서 을사조약의 원천적 미성립의 문제를 제기하였고, 이어서 1995년에는 을사조약과 한국병합조약에 관한 본격적 실증논문을1) 발

표하여, 을사조약에 강압이 개재되었고 한국병합조약에는 비준이 완결되지 않았음을 들어서, 두조약이 원천적으로 不成立되었고 따라서 不存在함을 강력하게 주장하였다. 1996년에는 위 내용들을 종합 요약하여 <한국병합은 성립하지 않았다─일본의 대한제국 國權침탈과 조약강제>를²〉발표하였고, 이 논문이 1998년에 일본의 종합지 ≪世界≫에 번역 게재되었던 바,³〉한일관계의 새로운 정립문제에서는 을사조약과 한국병합조약의 유무효문제와 그것에 따른 일본의 한국식민지지배의 법적인 성격문제가 핵심 의제로 떠오르고 굳어지게 되었다.

예컨대 伊藤成彦 교수는 "1910년의 한국병합조약은 국제법적으로 합법이라고 하는 일본 외무성의 입장은 과연 타당한가. (중략) 이 점을 학문적으로 깊이 검토하지 않고는 현재 일어나고 있는 문제의 근본적인 해결은 있을 수 없다고 생각한다"라고⁴⁾ 하였고, 운노 후쿠쥬 교수는 "그러나 아직도 구조약 무효·유효론은 법률적 해석·논의 없이 해결할 수는 없다. 그리고 구조약의 위치지움은 일본의 조선지배를 역사적으로 어떻게 규정하는가라는 역사학에서 중요한 문제에 직접 관련된다"라고⁵⁾ 하여, 구조약6) 유무효론의 중요성을 강조하였다.

사카모토 시게키 교수도, 1905년 '조약'의 효력과 관련해서는 비준의 문제도 제기되고 있으나 문제의 본질은 그것이 강제에 기초한 조약인가의 여부라는 결론을 내리고, 이 조약이 강제에 의한 조약이었는지를 엄밀하게 검증할 필요가 있다고 하면서 "결국 국제법상의 논의의 초점은 어떻게 하더라도 여기(을사조약의 강제의 문제--인용자)에 수렴된다"라고?) 하여, 을사조약의 유무효론 그 중에서도 강제의 문제 논의를 매우 중요한 의제로 파악하였다. 왜냐하면 한국합병조약의 일본측 조인자인 統監이 을사조약에 근거하여 성립된 것이니까, 을사조약이 무효라면 한국합병조약의 일본측 조인자가 공중분해 되어버리고 따라서 한국병합조약도 공중분해 되어버려서한국병합도 不成立・不存在하게 되기 때문이다.

이러한 구조약의 유무효 문제, 일본의 한국 식민지 지배의 合·不法性 문제 등에 대한 종래의 논의의 개황을 유형별로 살펴보면 대체로 다음과 같이 네 유형으로 나뉘어진다고 보인다.

A. 구조약 유효·식민지지배 합법·식민지지배 정당.

한일기본조약 체결 당시 일본 수상 佐藤榮作은, 구조약의 효력 문제에 대하여 "조약인 한에

¹⁾ 이태진, 1995, <조약의 명칭을 붙이지 못한 "을사보호조약"> ; <통감부의 대한제국 寶印 탈취와 순종황제 서명 위조> ; <공포 칙유가 날조된 "일한병합조약"> ≪일본의 대한제국 강점-"보호조약"에서 "병합조약"까지≫ 까치.

²⁾ 이기백 편집, 1996, ≪한국사시민강좌≫ 19, 일조각.

³⁾ 이태진, <한국병합은 성립하지 않았다> 上, 下, ≪세계≫ 650, 1998년 7월호, 651, 1998년 8월호.

⁴⁾ 海野福壽 坂元茂樹 高崎宗司 伊藤成彦, 1996, 《日本의 朝鮮侵略을 國際法・歷史學에서 再考한다》, 조선문제간담회, 7쪽.

⁵⁾ 운노 후쿠쥬, 1996, <'한국병합조약' 무효론을 둘러싸고> ≪季刊 戰爭責任研究≫ 12, 24쪽.

⁶⁾ 여기서 구조약은, 1904년 2월 23일의 한일의정서, 1904년 8월 22일의 한일협정서, 1905년 11월 17일 의 을사조약, 1907년 7월 24일의 한일협약, 1910년 8월 22일의 한국병합조약들을 총칭하는 개념으로 쓰여지고 있는데, 필자도 그런 개념으로 쓰려고 한다.

⁷⁾ 坂元茂樹, 1998, <日韓保護條約의 效力> ≪法學新報≫ 104 卷 10·11 合併號, 中央大學法學會 ; 박 배근, 2003.12, <한국병합관련조약 유무효론의 의의와 한계> ≪부산대학교 법학연구≫ 제44권 제1 호, 통권 52호, 387쪽 주85)에서 재인용.

있어서 이것은 양자(한국과 일본--인용자)의 완전한 의사, 평등한 입장에서 체결된 것"이고8) 따 라서 체결 당시에 법적으로 유효하였다고 하였고, 일본의 정치 지도자들도 일반적으로 한국병합 은 어디까지나 동양 평화를 위한 것으로 도덕적으로나 법적으로 아무런 문제가 없다고 인식하 였다.9)

B. 구조약 유효·식민지지배 유효·식민지지배 부당.

1995년 10월 5일 참의원 본회의에서 일본 수상 村山富市는 "한국병합조약은 당시의 국제관계 등의 역사적 사정 속에서 법적으로 유효하게 체결되고 실시되었다"라고 말하였고, 10월 13일의 중의원 예산위원회에서는 "일한 양국의 힘 관계에서 격차가 있었고 평등한 입장에서 체결된 것 은 아니었다"라고10) 말하였으나, 한국병합조약에 기초한 통치에 대해서는 정치적 도의적 평가로 서 깊은 반성과 유감의 뜻을 나타내었다.11)

구조약과 식민지지배는 법적으로 유효하였지만 식민지지배는 도의적으로는 부당한 것이었다 는 것으로 A 유형과는 도의적 평가에서 크게 다른 것이었다. 식민지지배에 대한 역사적 평가에 서 객관적으로는 크게 한걸음 앞으로 나아간 것이었다고 할 수 있다. 운노 후쿠쥬 교수도 "한국 병합은 형식적 적법성을 가지고 있었으니 즉 국제법상 합법이었고 일본의 조선지배는 국제적으 로 승인된 식민지이다 (중략) 우리들이 생각해야 할 문제의 본질은 병합에 이르는 과정의 합법 성 여하가 아니라 이웃나라에 대한 일본과 일본인의 도의성의 문제라고 생각한다"라고12) 하고, 또, "나의 주장은 말하자면 <합법·부당>론이다. (중략) 여하히

<합법>을 강조하더라도 한국병합을 정당화하거나 식민주의를 미화할 수는 없다"라고13) 하여, 한국병합과 식민지지배는 역사적으로는 부당한 것이었다고 말하고 있다.

사카모토 시게키 교수도 "과거에 우리들이 그다지 자랑할 수 없는 것을 이웃 나라에 행해온 것은 부정할 수 없는 사실이다. 그리고 우리들의 지금까지의 대응이 반드시 충분한 것이 아니라 는 점은 상대방의 반응으로부터도 분명하다. 이러한 논의가 현재도 의연히 제기되고 있다는 사 실에 일본국민은 눈을 돌릴 필요가 있다"라고14) 하고, "필자가 국제법 연구자의 한 사람으로서, 구조약은 무효로까지는 말하지 않는 결론을 가지면서도, 그것은 한국에 대한 식민지지배를 조금 의 반성도 없이 긍정하는 것을 의미하지는 않는다는 것을 강조해 두고 싶다. 양자는 별개의 문 제라는 것이 필자의 인식이다"라고15) 하여, '유효 부당론'의 입장에 서면서, 식민지지배 긍정설 을 보강하는 기능이라는 오해를 불식시키기 위해서도 결과적으로 국권 침탈과 식민지지배를 정 당화하지 않도록 '유효 부당론'을 精緻化해야 한다고 강조하였다.16)

⁸⁾ 사카모토 시게키, 1996, <일한조약의 효력>, 주4)의 책, 19쪽.

⁹⁾ 이태진, 2001, <한국병합은 성립하지 않았다> ≪한국병합, 성립하지 않았다≫ 이태진 편저, 태학사, 30

¹⁰⁾ 운노 후쿠쥬, 1996, <'한국병합조약' 무효론을 둘러싸고>, 주5)의 책, 24쪽.

¹¹⁾ 운노 후쿠쥬, 2001, <한국병합의 역사인식>, 주9)의 책, 151쪽.

¹²⁾ 운노 후쿠쥬, 1995, ≪한국병합≫암파서점, 244-45쪽.

¹³⁾ 운노 후쿠쥬, 주5)의 논문, 29쪽.

¹⁴⁾ 사카모토 시계키, 2001, <日韓은 구조약문제의 함정에 빠져서는 안된다>, 주9)의 책. 95쪽.

¹⁵⁾ 위의 논문, 96쪽.

C. 구조약 무효·식민지지배 유효·식민지지배 부당.

白忠鉉 교수는 "1905년 을사조약 이후 1910년 병합조약에 이르기까지 일련의 한일간 조약들은 일제가 한국 대표를 강박하여 얻어낸 조약들이므로 당시의 국제법에 의하더라도 무효라는 해석"을17) 취하면서도, 그 조약들의 "효력 발생을 이론상 부인할 수 있을지라도, 이를 현실화시킬 수 있는 국제체제가 확립되어 있지 않아 강박으로 체결된 조약은 애초에 행사된 강박의 힘이유지되는 한 실효성을 유지하였던 것이다. 즉, 일본은 한국에 대하여도 병합조약을 성사시킨 것과 동일한 강제력에 의하여 병합조약은 35년간 통용되었으며, 이러한 사실을 바탕으로 일체의 대내외적 법률관계가 진행되었다. 후일 강박이 해제되어 조약의 원인무효를 주장할 수 있게 되었다 하여도 이미 진행된 모든 사태를 소급적으로 무효화하고 원상회복시킬 수 없는 현실적 한계를 맞게 된 것이다. 그런 의미에서 국제법상의 무효라는 개념은, 私法上의 무효가 당초부터 효력이 없음을 지칭하는 용어로서 取消나 撤回와는, 동일시되는 것과 같은 내용을 갖기는 어려울 것이다"라고18) 하였다.

'구조약 무효'에서 '식민지지배 무효'에로 논리적으로 직행하지 않고 '강박의 힘에 의해 유지된 실효성'이라는 되돌릴 수 없는 역사현실을 직시하여 '구조약 무효'지만 '식민지지배

유효'이고, 그러나 역사적으로는 '식민지지배 부당'이라는 내용이었다. 구조약의 유무효에서는 다르지만, 식민지지배의 유무효에서는 B 유형과 크게 어긋나지는 않는 인식이었다. 이와 같이 B, C 유형에서는 한일간에 종래에 비해서는 접근되는 모습도 나타나고 있었다.

D.구조약 무효·식민지지배 무효·식민지지배 부당

1965년의 한일기본조약의 조문의 내용과 성격에서는 구조약 무효와 식민지지배 무효를 관철 시키지 못한 한국 정부의 일관된 주장이었다. 지금에도 한일기본조약 제2조의 해석에서 한국정 부는 이 입장을 견지하고 있다.

1991년에 시작된 日朝 국교정상화교섭은 아직도 타결되지 못하고 있다. 1991년의 제1회 회담 때에 북조선은 한국병합조약 등의 불법·무효 확인을 요구하고 보상문제는 교전국간의 배상형 태와 재산청구권형태의 적용을 요구하였는데, 요는 구조약은 무효이고 병합은 불성립이며 따라서 식민지가 아니었고 부당한 군사점령 중의 일본과 조선 인민과의 교전상태가 1945까지 계속되었다는 인식이었다.19)

1995년 10월 9일자 북조선노동당 기관지 <노동신문>은 "구조선과 일본과의 사이에는 공식적으로 체결된 조약은 없고, 따라서 구조선과 일본과의 사이에는 어떠한 법률적 행위도 존재하지 않고, 일제에 의한 조선의 점령은 철두철미 무력에 의한 침략과 점령에 의한 주권강탈 행위였다"라는20) 견해를 나타내었다. 일본의 침략과 식민지지배가 역사적으로 부당하다는 인식에서 법

¹⁶⁾ 위의 논문, 97쪽.

¹⁷⁾ 백충현, 1996, <국제법으로 본 1900년대 한일조약들의 문제점>, ≪한국사시민강좌≫ 19, 78쪽.

¹⁸⁾ 위의 논문, 79쪽.

¹⁹⁾ 운노 후쿠쥬, 주5)의 논문, 25쪽.

적인 무효가 도출되는 논리전개방식이었다.

이 주장에서는 35년간의 조선의 상태를 식민지가 아니라 군사점령이었다고 매우 날카롭게 구 별하고 있는데, 군사점령이라면 조선에 주권이 남아있게 되고 따라서 대한제국에 주권이 남아 있게 되고, 점령국 일본의 사실상의 주권 행사는 권한 없는 代行으로서 違法으로 된다. 그러나 식민지라면 피식민지 조선의 주권이 소멸하고 식민국 일본이 합법적으로 주권을 행사하는 것으 로 된다. 논리적으로 피점령국의 주권이 존재하는가 존재하지 않는가에 따라 군사 점령인가 식 민지인가가 결정적으로 구별된다.21)

이태진 교수는 을사조약과 한국병합조약 등에서 국가대표에게 강박이 작용되었고, 그 형식과 절차에서 기만이 개재되는 등 치명적인 하자가 있었다는 점에서 그 조약들이 국제법적으로 무 효이고 성립하지 못했음을 주 1) 2) 3)의 글에서 실증적으로 해명하였다. 말하자면 구조약 무 효·식민지지배 무효· 식민지지배 부당설의 완결판이라고 할 수 있겠다. 현재의 논의 상황은 B 와D 의 논쟁 상황이라고 할 수 있겠다. 식민지지배 부당에서는 양자는 같은 궤도에 있고, 구조 약 유효 · 무효 문제에서 날카롭게 대립되고 있는 상황이다.

Ⅱ. 구조약 유무효론-국가와 국가대표에의 강박의 문제

이태진 교수는, 고종황제가 스스로 무효화운동을 벌이면서 1906년 6월 22일자로 그간 수호조 약을 체결했던 9개국 원수들에게 보낸 친서에서 '국가 대표에 대한 강제의 사실'은 명확히 밝혀 졌다고 실증적으로 해명하였다.22) 고종은, 친서에서 한국정부 대신의 조인은 강박에 의한 것이 고, 고종이 정부의 조인을 허락하지 않았으며, 정부의 희의는 일본인의 한국정부대신의 납치와 강제에 의한 것이고, 이 "늑약은 公法(국제법)에 위반되어 저절로 무효가 된다"고 밝혔음을 실증 하였다. 사카모토 교수는 이에 대하여 친서에 사용된 어새가 미등록 인장이고 花押이 없는 것을 들어서 문서 형식상 진위에 문제가 있다고 하였다.23)

이태진 교수는, 그 어새는 밀서에만 사용했던 것으로 대한제국 때 공용인장들의 장부로 작성 된 것으로 보이는 ≪보인부신총수≫에는 올라 있지 않으며, 내대신 경유의 절차를 밟지 않는 밀 서는 御押없이 황제가 직접 소지한 어새의 날인으로 완결성을 지니게 된다고 해명함으로써 국 가 대표에 대한 강제의 사실을 입증하였다.24)

백충현 교수도 주 17)의 논문에서와 같이, 그리고 또 "이 조약(을사조약--인용자)의 체결과정 에서는 한국의 황제 및 정부 책임자들에 대한 강박의 수단이 동원되었으며, 국제법 규범을 위반 한 강박의 수단으로 체결된 이 조약으로 한국의 대외 자주 및 독립권을 완전히 박탈하였다"라 고25) 하여, 국가 대표에 대한 강박의 사실을 들어서 구조약의 무효를 주장하였다.

²⁰⁾ 위의 논문, 24쪽.

²¹⁾ 운노 후쿠쥬의 토론, 1996, 주4)의 책, 35-36쪽.

²²⁾ 이태진, 2001, <한국침략 관련 협정들만 격식을 어겼다>, 주9)의 책, 105쪽.

²³⁾ 사카모토 시게키, 2001, 주14)의 논문, 88쪽.

²⁴⁾ 이태진, 2001, 주22)의 논문, 106-107쪽.

사사카와 노리카츠 교수도, 이토오 히로부미의 복명서와 하야시 곤수케 등 일본인의 1905년 당시의 기록물을 자료로 하여 어디에도 동의의 자유가 없는 강박의 사실과, 고종과 대신들에게 강박이 가해졌음을 들어서 을사조약의 무효를 주장하였다.26)

이러한 구조약 무효론의 전제는, 을사조약이 체결되었던 1905년에는 관습국제법이 있었고, 거 기에서는 국가 대표자에 대한 강제는 조약의 무효 원인으로 승인되어 있었다는 것이었다. 현재 의 논의 상황은, 을사조약과 한국병합조약에서의 절차와 형식상의 결함에 대하여 운노 후쿠쥬 교수가 조약의 불성립이나 무효를 내세울만한 결함은 못된다는 주장이 제기되고 있으나27) 을사 조약에서 국가 대표에게 강제가 가해졌다는 것은 대체로 이의가 없는 것으로 보인다.

국가 대표에게 가해진 강제와 국가 자체에게 가해진 강제의 구별의 문제로 논의의 초점이 옮 겨지고 있다. 사카모토 교수는 우선 국가 대표에의 강제의 문제에 대하여, "일본도 한국도 당사 국(참가국--인용자)인 조약법에 관한 '빈조약(조약법조약)'(1969 성립--인용자)은, 조약의 무효 원인으로 1. 국가 대표에 대한 강제(제51조)와 2. 國聯(유엔)헌장에 위반되는 무력에 의한 위협 또는 무력의 행사에 의한 국가에 대한 강제(제52조), 두 가지 경우를 인정하고 있다. 동조약의 적용에 대해서는 당사국이 된(조약법에 참여한--인용자) 후에 체결하는 조약에 한해 적용한다 고 하는 불소급의 규정이 있으나, 관습국제법의 규칙은 (불소급 규정의) 예외로 되어 있다(제4 조). '제2차 일한협약(을사조약-인용자)'이 체결되었던 1905년에, 관습국제법상, 조약의 무효 원 인으로 승인되어 있었던 것은 국가 대표자에 대한 강제만이었다"라고²⁸⁾ 하여, 1905년 당시 국가 대표에의 강제는 당시의 관습국제법에서 조약을 무효화시키는 원인으로 존재하였음을, 바꾸어 말하면 관습국제법이 규범으로 존재하고 있었음을 명백히 하였다. 이 점에 대하여서는 김봉진 교수도 같은 견해를 나타내었다.29)

사카모토 교수는, "당시에 금지되어 있었던 것은 국가 대표자에 대하여 과거의 잘못된 행적을 폭로한다든지 권총을 들이대는 등의 협박에 의하여 조약의 체결을 강박하는 행위였다"라고 하 여, 대표에의 강박 형태를 상당히 한정하면서, "국제법상 동협약(을사조약--인용자)의 효력을 논할 때 문제가 되는 것은, 그것이 당시의 국제법이 금하는 것과 같은 형태의 조약 강제를 수반 했는가 어떤가 하는 점이다"라고 하고, 일본은 "그러한 '劇的인' 사태(과오 행적 폭로나 권총 협 박 등--인용자)를 필요로 하지 않는 형태로 교묘하게 대한제국에게 압력을 가했다고 생각된다" 라고 하고, 괄호 안에서 대한제국에의 강제는 확고한 자신은 없음을 시사하면서, 을사조약은 국 가에의 강제로 성립되었다는 견해를 제기해보면서도, 오히려 논의의 초점을, "당시의 국제법은 국가 자체에 대한 강제는 조약의 무효 원인으로 삼지 않았다고 했으나, 이 점은 조금 더 깊이 파 고 들어가 검토할 필요가 있다. 왜냐하면 국가는 團體人格이므로, 국가에 대한 강제라고 할 경 우, 구체적으로는 국가 원수나 大臣이라고 하는 직무상의 기관에 강제가 가해졌을 경우를 말하 는 것으로, 무효 원인으로 승인되어 있던 국가 대표자 개인에 대한 강제와 구별을 어디에 둘 것

²⁵⁾ 백충현, 2003, <일본의 한국병합에 대한 국제법적 고찰> ≪한국병합의 불법성연구≫, 이태진 외 편, 서울대학교출판부, 218쪽.

²⁶⁾ 笹川紀勝, 2001, <日韓의 法的 '대화'를 목표하여-'제2차 일한협약' 강제문제를 보는 관점>, 주9)의 책, 145-46쪽.

²⁷⁾ 운노 후쿠쥬, 2001, 주11)의 논문.

²⁸⁾ 사카모토 시게키, 2001, 주14)의 논문, 83-84쪽.

²⁹⁾ 김봉진, 2001, <'한국병합 유효·부당론'을 묻는다>, 주9)의 책, 252쪽.

인가 하는 문제는, 실로 쉽지 않기 때문이다"라고 하여, 두 경우의 구별의 문제로 옮겨 갔고, "동 협약(을사조약-인용자)에 대한 구체적인 적용을 생각할 경우에, (을사조약 무효론에-인용자) 당 시의 국제법이 충분한 기준을 제공하고 있었는지 어떤지 의문이 없지 않다. 다만 국제법상은 조 약의 무효를 주장할 경우, 해당 주장국에 입증의 책임이 배분되는 점을 잊어서는 안된다"라고 하여,30) 을사조약에는 국가에의 강박과 국가 대표에의 강박이 혼효되어 있으니까 국가 대표에의 강박이라고 專一化시켜 말할 수 없고. 전일화시키는 입증 책임은 한국 쪽에 있다는 주장이었다. 나아가서 "일본이 한국에 행했다고 하는 조약 강제의 실태가 어느 쪽의 무효 원인에 해당하는가 로 결론은 크게 달라지게 된다"라고31) 하여, 혼효되어 있는 강박이 대표에의 강박으로 전일화됨 이 입증되지 않는 한 을사조약은 유효임을 벗어나지 않는다고 하였다. 국제법학적으로 매우 정 치한 이론적 전개라고 생각된다.

이태진 교수는, 을사조약 체결 몇 개월 후인 1906년에 프랑스 파리대학 법과대학 강사인 프랑 시스 레이(Francis Rey)가 <대한제국의 국제법적 지위>라는 논문에서, 일본이 을사조약에서, 한일의정서에서의 영토와 독립의 보장이라는 약속을 어겼고 또 조약 대표에 강박이 가해졌다는 이유로, 그 조약이 무효임을 주장한 사실32), 1935년에 하버드대학 법대가 국제조약법 제정을 위 한 초안을 마련하면서 낸 보고서에서, 프랑시스 레이의 이론을 그대로 채택하여 을사조약에서 대표에 강박이 가해졌다는 이유로 무효라고 규정한 사실,³³⁾ 1963년 UN 국제법위원회가 대표에 강박이 가해졌다는 이유로 을사조약이 무효라고 평가한 사실30들을 들고, 국가에의 강제와 대표 에의 강제라는 "두 개의 요소가 다 혼입된 것이 당시의 실제 상황이라면, 그 자체로서 국가 대표 에 대한 강제는 인정되는 것이"라는35) 을사조약 무효론을 유지하였다.

사사카와 노리카츠 교수는, 국가에의 강제와 대표에의 강제 양자를 합쳐서 '강국이 약국에 자 신의 의사를 압박'하기 위한 수단으로서 '국가 원수나 대신이라는 직무상의 기관'에 강제를 가한 다는 사고방식은, 20 세기 초의 것이 아니라,36) "제2차 세계대전 후의 국제법위원회에서의 문제 의식을, 어느 순간에 1905년의 '제2차 일한협약(을사조약-인용자)'의 의논에로 소급시킨 것"으로 서37) "'국가 원수나 대신이라는 직무상의 기관'은 무효 원인이 되는 국가 대표자에 대한 강제를 말할 때의 대표자(개인)에 다름 아니다"라고38) 하여, 사카모토 시게키 교수의 견해를 반박하면 서 을사조약 무효를 주장하였다.

김봉진 교수도 "국가 대표자는 公私 양면의 개인이자 동시에 직무상 기관 또는 국가이기도 하 다. 이것이야말로 사실상의 국가에 대한 정당한 이해에 다름이 아니다. 때문에 직무상 기관과 국 가 대표자 = 개인과의 구별은 '쉽지 않은' 것이 아니라 그 자체가 무용이다"라고39) 하여, 사카모

³⁰⁾ 사카모토 시게키, 2001, 주14)의 논문, 85, 86, 87쪽.

³¹⁾ 위의 논문, 84쪽.

³²⁾ 이태진, 주9)의 논문, 69쪽 ; 프랑시스 레이/최종고 남효순 역, 1995(1906), <대한제국의 국제법적 지 위> ≪일본의 대한제국강점≫ 이태진 편저, 까치, 292-311쪽.

³³⁾ 위의 논문, 69쪽.

³⁴⁾ 이태진, 주22)의 논문, 119쪽.

³⁵⁾ 위의 논문, 105쪽.

³⁶⁾ 사사카와 노리카츠, 주26)의 논문, 139쪽.

³⁷⁾ 위의 논문, 143쪽.

³⁸⁾ 위의 논문, 131쪽.

³⁹⁾ 김봉진, 2001, <'한국병합 유효· 부당론'을 묻는다>, 주9)의 책, 251-52쪽.

토 시게키 교수의 견해를 반박하였다.

조약무효화의 원인이 관습국제법에서 문제되는 원인은 기본적으로는 체결 주체의 '자유로운 의사'의 원칙에 어긋나기 때문이었다. 국가 대표에 강박이 가해졌을 경우에는 이 원칙이 바로 적 용되어 조약 무효화로 되는 것이었다. 국가 자체에 강박이 가해졌을 경우에도 그 원칙이 적용되 어 조약 무효화로 되어야 하지만, 전쟁 해결 수단으로서의 강화조약도 무효화될 우려가 있다는 이유로서 유효화로 귀결되었던 것이다. 말하자면 국가 자체에의 강박의 경우에는 소극적인 양상 에서, 최저 레벨의 이유로서 유효화로 귀결되었던 것이다. 따라서 국가에의 강박과 국가 대표에 의 강박이 혼효되었을 경우에는, 소극적인 양상에서의, 최저 레벨에서의 유효화의 원인이, 적극 적인 양상에서의, 최고 레벨에서의 무효화의 원인을 제압하여 조약 유효화로 귀결될 수가 없다 고 생각된다. 즉 조약 유효화로 귀결되는 것은 조약 유무효에 관한 관습국제법의 법정신을 짓밟 는 것이라고 생각된다.

국가 대표에 강박이 가해졌다는 이유로 을사조약이 무효라는 주장에는 또 다른 각도에서 비판 이 제기되었다. 박배근 교수는, 1905년 "당시 조약의 무효 원인에 관한 국제법이 존재하였다면 그것은 관습국제법의 형태로 존재하고 있었다고 볼 수밖에 없"는데 "국가의 대표자 개인에 대한 강박에 의하여 체결된 조약을 무효로 하는 국제법 규칙의 존재에 관해서는 그것이 관습국제법 으로 성립되어 있었다는 충분한 증거를 제시하고 있는 것으로는 생각되지 않"으며, 따라서 조약 무효의 二分論은 "이미 존재하고 있는 국제법 규칙을 확인한 것이라기보다는 오히려 이들 (국제 법--인용자) 저자들의 思辨의 결과들이며, 오히려 이러한 思辨의 결과가 국가의 관행에서 事後 的으로 존중된 것이라고 볼수 있"다고40) 하여, 20 세기 초 당시에는 국가 대표에의 강제를 이유 로 하는 조약 무효화의 관습국제법은 實在하지 않았다고 함으로써, 위에서와 같은 여러 논의의 비현실성을 비판하였다. 머리말에서 예시한 네 가지 유형의 논의 모습과도 크게 다른 유형의 논 의로 보인다. 그러나 이에는 관습국제법의 존재 형태에 대한 파악에서 문제를 안고 있는 측면이 있다고 생각된다.

예컨대 우선, 국가 대표자 개인에 대한 강박에 의한 조약을 무효로 하는 관습국제법 규칙이 귀 납적 방법을 통하여 실증적으로 밝혀져 있지 않으므로 결국은 국제법 저술자들의 思辨의 결과 에 불과하다는 인식이다. 관습국제법은 국제관계들이 전개되는 현장에서 규칙을 관철시키는 강 제력을 동반한 법으로서 존재하는 것이 아니라, 국제관계의 당사자들의 의식의 세계에서 規範으 로서 존재하는 것으로서, 현실의 현장에서는 힘의 논리에 밀려나는 것이 常態라고 생각된다. 현 실에서 자기를 관철시킬 수 있는 강제력은 결여하고 있지만 規範이라고 보편적으로 인식됨으로 써, 名分이나 理念의 영역에서 국제관계 당사자들의 영위를 規律하는 法規範으로 존재하게 되 고, 따라서 국제관계 전개의 현실 현장에서보다는 사후적으로 국제관계 전개에서의 갈등과 분쟁 을 조정하고 타결하는 基準으로서 존재하는 것이 常態가 아닌가 생각된다. 따라서 관습국제법은 思辨의 측면도 있고, 事後的으로 존중된 측면도 있지만 명분과 이념의 영역에서 規範으로서 實 在하였다고 보아야 할 것이라고 생각된다. 따라서 관습국제법 규범이 국제관계를 규율할 수 있 는 영역은 협소할 수밖에 없었고, 그 표현이 국가 대표에의 강제만이 조약 무효화의 원인으로 규범화되어 있었다는 사실이었다고 생각된다.

을사조약 당시에 프랑시스 레이(Francis Ray)가 을사조약은 이미 무효라고 말하였다는 사실

⁴⁰⁾ 박배근, 앞의 논문 384쪽.

이 조약무효화의 관습국제법이 실재하였다는 증거라고 생각되고, 1935년에 하버드대학 법대의 초안에서 을사조약이 같은 원인에서 무효라고 확인되고 1963년에 UN 국제법위원회가 같은 이 유에서 을사조약을 무효로 확인하였고, 1969년의 실증법국제법으로서의 빈조약법에서 제51조로 명문화되었다는 사실이, 20 세기 초에 조약무효화의 관습국제법이 실재하였음을 객관적으로 증 명하고 있다고 생각된다. 특히 그 제4조에서 관습국제법의 규칙은 불소급 규정의 에외로 하고 있다는 사실은 조약무효화의 관습국제법의 실재성을 더욱 강화하는 것이라고 생각된다.

박배근 교수는 또 강제의 구분에 따라서 유뮤효를 논하는 논의는 "유럽 중심적이고 제국주의 적인 성격에 대한 비판이나 반성의 결여를 의미하며 그러한 유럽 중심적이고 제국주의적 성격 을 은폐하는 기능을 수행할 수 있다"라고41) 하여, 조약무효화의 관습국제법을 근거로 하여 을사 조약 무효성을 주장하는 논의를 왜곡하고 있지 않나 하는 우려를 사고 있다.

박배근 교수가 무효화의 관습국제법이 실재하지 않았다는 주장을 하게 되는 바탕에는, 무효론 논의가 제국주의를 결과적으로 정당화하고 있다는 오인이 깔려 있지 않은가 여겨진다.

그런데 이러한 박배근 교수의 논의에서 전제되어 있는 것은, "일본의 강점으로부터 발생한 양 국의 과거 청산 문제를 법적인 차원에 국한시켜 한국병합 관련조약의 효력문제에 몰두하는 것 에 내포된 이러한 위험(제국주의 비판 반성의 결여나 은폐의 기능-인용자)"이라는42) 데서 드러 나듯이, 유무효론을 법적인 차원에만 국한하고 보다 넓은 역사적인 인식을 아예 배제하는 논의 로 오인하고 있다는 점이다. 필자는, 머리말에서 예거된 B, C, D 유형의 모든 논의들은 일정하게 제국주의에 대한 비판과 반성을 저변에 깔고 있다고 생각한다.

1906년 당시에 고종은 한국과 통상수호조약을 맺은 9개국 원수들에게 1906년 6월 22일자의 친 서를 보내면서, 을사조약이 무효이므로 공사를 다시 파견해 줄 것을 요청하면서 을사조약은 公 法(국제법)에 위배되어 저절로 무효가 된다라고 밝혔다.43) 을사조약 체결 9일 후인 11월 26일 侍 講院 侍讀 朴齊璜은, 조인된 조약이라도 반드시 국왕의 비준이 있어야 준행되고, 비준되기 전에 는 폐기할 수 있으며(제405장), 체결된 조약이라도 비준되지 않으면 그 조약은 폐기되고(제406 장), 비록 국왕이 친필로 花押을 手決하였더라도 만일 강박을 당하여 자유로울 수 없었다면 그 조약도 역시 폐기되며(제409장), 체결된 조약이 亡國이나 衰弱을 초래할 경우 조약은 폐기할 수 있다(제415장)는 등의 ≪公法會通≫의 조문들을 조목조목 인용하여 을사조약의 무효를 논증하 고, 고종에게 만국공법에 의거하여 을사조약을 폐기하라고 上疏하였다.44) 이와 같이 당시 한국 의 국왕과 관료들이 만국공법이라는 국제법이 국제관계를 규율하고 있다고 의식하고 있었으며 그 규범에 의하여 한국의 국제관계를 조정할려고 의식하고 있었다는 점은 중시되어야 한다고 생각된다. 즉 관습국제법의 규범으로서의 실재가 증명되고 있다고 생각된다.

⁴¹⁾ 위의 논문, 385쪽.

⁴²⁾ 위의 논문, 18쪽.

⁴³⁾ 이태진, 주9)의 논문, 67쪽.

^{44) 《}高宗純宗實錄》 下, 〈고종실록〉 광무 9년 11월 26일, 탐구당, 1986, 404-405쪽.

Ⅲ. 구조약 유무효론과 제국주의 인식

위에서 이미 구조약 유무효론과 제국주의 인식의 문제가 제기되었다. 박배근 교수는 당시의 관습국제법이 가지고 있는 제국주의적 성격, 예컨대 국가 자체에의 강박은 제국주의의 국제관계 에서의 가장 전형적인 행태임에도 불구하고 조약 무효화 원인에서 제외되고 있는 양상은 捨象 내지는 外面하면서, 국가 대표에의 강박만을 조약 무효화의 원인으로 갑론을박하는 것을 경계하 는 관점에서, 관습국제법의 실재성에 의문을 제기하였다고 생각된다.

이와는 다른 각도에서 제국주의 事情論이 주로 일본의 연구자들에 의하여 제기되고 있다. 운 노 후쿠쥬 교수는 자신의 결론은 "한국병합은 형식적 적법성을 가지고 있었으니 즉 국제법상 합 법이었고 일본의 조선지배는 국제적으로 승인된 식민지이다라는 평범한 견해이다. 그러나 오해 하지 않았으면 좋겠다. 당시 제국주의 諸國은 분쟁해결 수단으로서의 전쟁이나 타민족 지배로서 의 식민지지배를 정당시하고 있었다. 그들의 合意의 표현인 국제법·국제관습에 비추어서 適法 이라고 함에 지나지 않는다"라고45) 하여, 당시의 '국제법·국제관습'을 분쟁해결수단으로서의 전쟁이나 타민족에 대한 식민지지배를 정당시하는 것으로 전일화시킴으로써, 조약무효화의 관 습국제법의 원천적 不在를 주장하고, 침략이나 식민지 지배를 道義性의 문제로 협소화하고 있 다. 이러한 논의를 제국주의 사정론이라고 이름 붙인 것은, 그 논의의 바탕에는, 당시의 세상이 제국주의가 판치는 객관적 정세였는데, 일본의 조선지배만이 관습국제법이라는 이름으로 조약 무효화의 덫에 걸리는 것은 지나치게 억울하다는 心象이 깔려 있다고 보이기 때문이다. 박배근 교수와는 다른 각도에서 관습국제법의 실재를 부정하고 있다. 박교수는 제국주의를 강하게 추궁 하려는 의도였고, 운노 후쿠쥬는 세상이 제국주의 판이었다는 객관적 정세에 기대어 일본의 제 국주의 행위에 대한 현실적이고 역사적인 책임추궁을 유보하려고 하였다.

사카모토 시게키 교수는 제국주의 사정론과는 약간의 거리가 있다. 예컨대 병합 무효 내지는 불성립론에 대하여 당시의 국제법은 강국이 약국을 식민지화하는 것을 허용하는 '강자의 법'이 었다고 지적하는 것으로 병합 무효 불성립론을 납득시키기는 어렵다고 하여 사정론에 약간 거 리를 두면서도, 병합 무효・불성립론에는, "당장에 (병합과 식민지화-인용자) 유효설의 입장으 로부터 근대 국제법의 그러한 성질에 대한 책임을 왜 일본만이 져야 하는가 하는 반발이 등장할 수 있을 것이다. 쉽게 답이 나오지 않는 문제다. 필자를 포함하여 국제법의 연구자가 진지하게 고민할 바다"라고46) 하여 사정론에 접근하고 있다.

박배근 교수와는 약간 다른 각도에서 조약무효화의 관습국제법의 실재가 부정되고 있는데, 당 시의 관습국제법은 국가에 강박이 가해진 조약은 유효라는 데에서 나타나듯이 전형적으로 제국 주의를 정당화하고 있었지만, 그렇다고 하여 관습국제법이 전면적으로 오로지 제국주의적 성격 만을 가지고 있는 것은 아니었다고 생각된다. 조약 무효화의 관습국제법은 자신을 관철시킬 수 있는 강제력이 없는, 국제관계 행위 주체들의 의식상에서의 規範일 뿐이어서, 제국주의적 행태

⁴⁵⁾ 운노 후쿠쥬, 주12)와 책, 244-245쪽.,

⁴⁶⁾ 사카모토 시게키, 주14)의 논문, 96쪽.

를 현실에서 막아낼 수는 없었지만, 規範으로서는 제국주의적 행태를 규제하는 측면도 가지고 있었다고 생각된다.

김봉진 교수는 "근대는 正負의 양측면을 지니고 있었기 때문에, 또 근대 국제법도 '강자의 법' 과 '국제정의의 법'의 양측면을 지니고 있었"으며47) "근대 국제법은 오로지 '강자의 법'이었던 게 아니라 '도의의 법'이기도 했다. 또 그 자체가 내재적으로 발전하여-보다 보편적인-현대 국제 법으로 바뀌어 왔다"라고48) 하였고, 이태진 교수도, 19 세기 말 20 세기 초의 국제법이 "<강자의 법>이란 통설도 그(有賀長雄-인용자)에게서 나온 것이라고 믿어지는데, 그것은 순전히 한국을 침략하는 일본의 입장을 호도 내지 합리화하기 위해 만들어낸 것으로, 당시 구미의 국제법 세계 가 그랬던 것은 결코 아니다"라고49) 하여, 당시의 국제법이 專一的으로 제국주의를 정당화만 하 는 것은 아니었음을 주장하고 있다. 말하자면 조약무효화의 관습국제법이 가지고 있는 극히 좁 은 영역에서나마의 反帝國主義的 측면을 '국제정의의 법' '도의의 법'이라고 표현한 것이 아닌가 하는 생각이다. 그렇기 때문에 앞에서와 같이 고종과 시독 박제황은 국제법에 비추어서 을사조 약은 무효라고 확신하고 나아가서는 국제법에 의지하여 을사조약을 무효화시킬려고 하였던 것 이다. 이와 같이 제국주의 사정론은 제국주의를 정당화하는 성격을 가지지 않을 수 없다고 생각 한다.

Ⅳ. 관습국제법 논의와 역사 인식

관습국제법의 실재를 부정하는 논의에 공통되어 있는 것은 국제법적 논의와 역사 인식을 완전 히 차단하고 있다는, 즉 양자의 내면적 유기적 관련을 적극적으로 부정하고 있다는 현상이다. 구 조약과 식민지지배는 법적으로는 합법이고 유효하지만 역사적 평가에서는 부당하다는 B, C 유 형에서 단적으로 나타나고 있다. 바꾸어 말하면 양자를 차단하지 않으면 B, C 유형의 담론은 그 자체 모순 되어서 성립할 수 없게 된다.

사카모토 시게키 교수는 "양자는 별개의 문제라는 것이 필자의 인식이다. 식민지 지배에 대해 반성하는 것이라면, 그것을 초래하였던 법적 조치에 대해 단죄해야 한다는 주장도 있지만, 그러 한 주장은, 결국은 양자, 즉 역사인식과 법적 의론을 불가분의 것으로 보는 입장에 틀림없다. 올 바른 역사인식의 필요성을 부정하는 것은 아니지만, 역사인식이 법적 논의를 규정해야 한다는 생각을 가지고 있는 것은 아니다. 가령 양자가 동일하지 않으면 안 된다고 하면, 거기에는 법적 논의가 성립할 여지가 존재하지 않을 것이기 때문이다"라고50) 하여.

국제법적 논의와 역사인식을 차단시키고 있다. 여기에는 역사인식이 법적 논의를 규정하는 관 계와 역사인식과 법적 논의가 동일해지는 관계만이 양자의 있을 수 있는 관계의 전부로서 전제 되고 있다는 점에서, 문제를 극히 협소화하여 제기하고 있다.

⁴⁷⁾ 김봉진, 주39)의 논문, 258쪽.

⁴⁸⁾ 위의 논문, 267쪽.

⁴⁹⁾ 이태진, 주22)의 논문, 121쪽.

⁵⁰⁾ 사카모토 시게키, 주14)의 논문, 96쪽.

이렇게 법적 논의와 역사인식을 분리·차단시키면서도, "일한의 구조약의 효력 문제는, 확실히 일한의 과거 역사의 상징적인 사안이지만, 과거 청산이라는 문제를 이 효력 문제에 집약시켜야 하는가, 개인적으로는 의문을 금하지 못한다. 왜냐하면 역사의 문제를 구조약의 효력 문제, 즉 유효인가 무효인가라는 이분법 안에 가두는 것은 저절로 한계가 있으리라고 생각되기 때문이다. (중략) 필자는 감히, 문제의 본질은 무엇인가를 물을 필요가 있다고 주장한다. 왜냐하면 효력 문제의 틀에 밀어 넣는다는 것은 일한의 과거에 일어났던 다른 많은 역사적 사실을 捨象시킨채, 효력 문제에 관련된 요건 사실(조약 무효라는 법효과의 발생에 필요한 사실)만으로 양국의과거를 말하는 것이 되어버리기 때문이다. 양국의 국민간에 공유해야 할 것은 이러한 좁은 법적사실로부터 도출되는 효력 문제의 회답이 아니라, 식민지 지배의 가혹한 실상과 그런 역사를 어떻게 청산할 것인가 하는 보다 넓은 과제라고 생각하기 때문이다"라고51) 하여, '식민지 지배의 가혹한 실상' '역사 청산'과 법적 논의를 연관시키고 있다고 보이는데, 그러나 '식민지 지배의 가혹한 실상' '역사 청산'의 정체가 모호한 측면이 있다고 보인다.

그것은 "과거에 우리들이 그다지 자랑할 수 없는 것"52) "한국에 대한 식민지 지배를 조금의 반성도 없이 긍정하는 것을 의미하지 않는다는 것"53) "일한 양국 사이에는 불신감을 조장하기에 충분한 일이 과거에 일어났었"다는54) 것, 정도의 것으로 나타나고 있다. 바꾸어 말하면 왜 반성해야 되는지, 어떻게 가혹했다는 것인지가 매우 모호하다. 이것은 역사 인식의 空洞性 때문이라고 생각되며, 그렇기 때문에 법적 논의와 역사인식을 차단시키지 않을 수 없고, 반성의 문제를 "사람들은 각각, 우선 자기 쪽에서 자신의 잘못을 고치는데 착수해야 한다"라거나55) 평화, 우호, 열린마음, 성실, 솔직함 등등의56) 心象의 영역으로 가지고 가지 않을 수 없었다고 생각된다. 즉 역사인식의 空洞性 때문에 법적 논의와 역사 인식을 차단시켰고 그 결과 반성의 문제를 心象의 영역으로 밀어 넣었다고 보인다. 두 문제는 차단되어서는 안된다는 反證이기도 하다고 생각된다.

역사 인식과 법적 논의의 연계 문제는 운노 후쿠쥬 교수도 제기하였다. "일본은 그 適法의 줄을 더듬어서 국제적 간섭을 회피하면서 한국을 침략하고 조선 민족을 지배하여 <조선 인민의노예상태(카이로 선언)>를 만들어 내었던 것이다. 우리들에게 있어서 생각해야 할 문제의 본질은 병합에 이르는 과정의 합법성 여하가 아니고 이웃나라에 대한 일본과 일본인의 도의성의 문제이지 않을까 하고 생각한다"라고⁵⁷⁾ 하여, 국제법적 논의와 도의성의 문제 내지는 역사적 평가를 완전히 차단하여 인식하고 있다고 보인다.

그러나 운노 후쿠쥬 교수의 논의는 복잡한 구조로 되어 있는데, "조약 무효 = 식민지 불법론은 제2차 세계대전 후 일본을 포함하는 舊식민국·종주국이 식민지 지배는 합법적으로 이루어 졌으므로 사죄할 필요도 배상 책임도 없다고 우기면서, 반성조차 하지 않았던 논리와 동일한 思考 틀 안에서 그 주장만 뒤집은 것에 불과하지 않을까. 다시 말해서 만약에 조약 무효 = 식민지 지배 불법이라면 사죄・배상해야 하지만, 만약 조약 유효 = 식민지 지배 합법이라면 사죄・배

⁵¹⁾ 위의 논문, 97-98쪽.

⁵²⁾ 위의 논문, 95쪽.

⁵³⁾ 위의 논문, 96쪽.

⁵⁴⁾ 위의 논문, 99쪽.

⁵⁵⁾ 위의 논문, 99쪽.

⁵⁶⁾ 위의 논문, 98-99쪽.

⁵⁷⁾ 운노 후쿠쥬, 주12)의 책, 244-45쪽.

상을 하지 않아도 좋다는 排中立的인 논리가 '과거 청산'에 과연 유효한 방법으로서 작용할 것인 지가 의문스럽다. 만약 한국 · 북조선에 대해서는 사실 판단으로서 조약무효=식민지 지배의 '불 법'을 인정하여 사죄・배상을 한다 하더라도, 다른 한편 일청전쟁의 결과로 1895년 양국간에 체 결된 강화조약에 의하여 유효ㆍ합법적으로 식민지화한 대만에 대해, 일본은 사죄도 배상도 필요 없다는 말이 될 수 있기 때문이다. (중략) '불법적인 식민지 지배'와 '합법적인 식민지 지배'를 구 분한 채, 전자에 대해서만 책임이 있다고 주장한다면, 그것은 오늘날 세계적인 규모로 우리들에 게 요구되고 있고, 제2차 세계대전의 전후 처리가 외면해버린, 식민지주의의 해체와 극복이란 과 제에 답할 수 없기 때문이다"라고58) 하여, 구조약 무효론을 역사 인식의 차원과는 차단된 채 법 적인 문제만 천착하는 논의로 치부하고 있는데, 이것은 오해가 아닌가 생각된다.

구조약 무효론은 모든 제국주의적 행태가 역사적으로 부당한 것임은 말할 것도 없고, 관습국 제법에서 조약 유효화의 원인으로 되어 있는 국가 자체에의 강박에 의한 조약도 제국주의적 행 태로서 역시 부당한 것임은 자명하지만, 국가 대표에의 강박에 의한 조약은 당시의 관습 국제법 에서 조차 무효화되도록 되어 있었다는 사실을 주목하려는 것이다.

그런데 운노 후쿠쥬 교수는 주57)의 경우에는 법적 논의와 도의의 차원을 차단시키면서도 여 기에서는 '식민지주의의 해체와 극복이란 (역사적-인용자) 과제'를 제기하여, 법적 논의와 역사 적 과제의 수행을 유기적으로 접합시키고 있다. 일단 이렇게 유기적으로 접합시키니까, "<불법> 이건 아니건, 사람이 다른 나라 사람의 의사를 지배하고 민족이 타민족을 종속시켰다는 의미에 서, '부당한' 식민지 지배-정당한 식민지 지배는 없다-에 대해 구식민국 · 종주국은 깊은 반성 에 근거한 사죄와 배상을 행하는 것이 '과거의 청산'이라고 생각한다"라고59) 하여, 식민지 지배 의 역사적 성격을 명백히 하고, 따라서 사죄와 배상을 명백하게 주장하였다. 사카모토 시게키 교 수와는 달리 법적 논의와 역사적 과제의 수행을 유기적으로 접합시켰기 때문에 사죄와 배상이 라는 원칙이 제시될 수 있었다고 생각된다.

그러나 운노 후쿠쥬 교수는 다시 "이태진이 검증하려 한, 일본의 '불법적인' 식민지 지배의 전 제인, 구조약의 무효 원인이 되는 조약 체결의 절차상의 잘못과 형식상의 하자에 대하여, 이태진 과 마찬가지로 역사학(史料學)의 입장에서 재검토하고 싶다"라고60) 하면서, 주58)에서처럼, 역사 인식과 밀접히 연계되어 있는 구조약 무효론을 역사 인식과 차단된 논의로 왜소화시켰고, 자신 의 논의의 내용에서는 제국주의 事情論에 기울어짐으로써 제국주의에 면죄부를 부여하였고, 따 라서 식민지주의 해체와 극복이라는 역사적 과제의 수행에도 역행하는 결과를 초래하였다고 생 각된다. 역사 인식의 영역과 법적 논의의 영역을, 유기적으로 연계시키는 것이 아니라 바로 그대 로 겹치게 하였고, 그러면서도 역사적 과제의 수행과는 다시 차단시키고 있기 때문에 이렇게 문 제가 착잡하게 얽히게 되었고, 법적 논의 · 역사 인식과 역사적 과제의 수행을 차단 · 분리시킴으 로써 결국은 반성과 배상의 문제를 도의의 차원으로 넘기게 되었다고 생각된다. 즉 주58)의 식 민지주의의 해체와 극복, 주59)의 부당한 식민지 지배에 대한 사죄와 반성이 모두 '道義'에서 導 出되고 있을 뿐이다. 물론 도의에서 이끌어지는 극복・사죄・배상도 귀중한 것이지만, 그 주체 가 도의를 지키는 여부는 전적으로 그 주체의 선택에로 귀속될 뿐이다.

⁵⁸⁾ 운노 후쿠쥬, 주11)의 논문, 152쪽.

⁵⁹⁾ 위의 논문, 152-53쪽.

⁶⁰⁾ 위의 논문, 153쪽.

필자는 법적인 논의와 역사 인식은 각각 독자적인 영역을 가지고 즉 종속·피종속 관계나 규정·피규정 관계에서가 아니라 別立되어서 논의되어야하지만 양자는 내면적·내재적·유기적으로 連繫되어서 논의되어야 한다고 생각하고 있다. 왜냐 하면 아무런 내재적 연계없이 별립된 차원에서 논의되면, 사카모토 시게키 교수가 우려하는 '구조약 문제의 함정에 빠'지는 결과로, 그리고 운노 후쿠쥬 교수가 우려하는 排中立的인 논리로 귀결되기 쉽기 때문이다. 바꾸어 말하면한일 양국이 서로 공유할 수 있는 역사 인식 논리와 구조약 유무효론이 내면적, 내재적으로 연계되어야, 유무효론에서 양국이 공유할 수 있는 영역이 확대될 수 있으며, 그것에 기반하여 여러갈등 관계를 조정할 수 있는 가능성의 영역이 확대될 수 있을 것이기 때문이다.

양국이 공유할 수 있는 역사 인식 논리는 이미 운노 후쿠쥬 교수가 제기한 '식민주의의 해체와 극복'의 논리라고 생각된다. 一國내에서는 自者가 他者를 他者化시키지 않고 各自의 差異와 獨自性을 확고하게 유지하고 增大시키면서 共存共榮하는 논리가 관철되어야 하고, 국가간의 國際에서는 自國이 他國을 他者化시키지 않고 각국의 差異와 獨自性을 확고하게 유지하고 增大시키면서 共存共榮하는 논리가 관철되는 것이 오늘날 바람직한 질서 원리라고 생각된다. 근대사 속에서 이 질서 원리를 생각할 때, 그것은 제국주의와 식민주의의 해체와 극복으로 될 수밖에 없다고 생각된다.

역사 인식과 역사 서술에서는 근대사를 통하여 제국주의와 식민주의가 인간의 삶을 어떻게 왜 곡하고 역사의 진전을 어떻게 왜곡하였는지, 그리고 제국주의와 식민주의를 제압·극복하려는 인간의 의지·투쟁·부분적인 성공·대세에서의 좌절 등이 어떻게 전개되었는지를 realistic하게 형상화하여야 할 것이라고 생각된다. 여기에서 특히 제압·극복·성공의 가능성들이 있었다면 그 가능성을 부각하고, 좌절하였다면 성공의 현실적 가능성이 어떻게 좌절하면서도 미실현의 계기로서 역사에 어떻게 자신을 각인하였으며, 그 미실현의 계기는 오늘의 우리들의 현실에는 어떻게 계승되면서 우리들을 규정하고 있는지 등을 논리적으로 정합성이 있게 체계화하여야 할 것이라고 생각된다. 이러한 각도에서 볼 때, 역사인식·역사 서술에서, 조약 무효화의 관습국제법은 제국주의·식민주의에 대한 아주 조그마한 비판·극복의 계기로서 소중한 위치를 차지한다고 생각되고, 따라서 구조약 유·무효론은 역사 인식·역사 서술·역사학에서 결코 소홀히 할수 없는 문제이며, 한일간의 역사 인식의 공유의 문제에서도 key로서의 위치를 차지한다고 생각된다.

끝으로 일본의 한국에 대한 賠償의 문제에 대하여 생각해 보려고 한다. 운노 후쿠쥬 교수는 "병합조약의 유효·무효 또는 합법·불법의 문제가 불거진 원인은 일본측에 있다. 補償問題를 깔끔하게 했다면 이러한 문제는 일어나지 않았다고 생각한다"라고 61) 말하고, "종속지역의 사람들이 구종주국에 대하여 식민지 지배의 사죄와 賠償을 요구하면서 決起하는 날이 오는 것도 그리 멀지 않을 것이다. 남북 분단하의 한국・북조선의 사람들이 일본에 대하여 요구하고 있는 식민지 지배의 책임 문제도 이러한 세계사적 상황의 일환으로서 파악하지 않으면 안 된다. <일한 기본조약>에서 식민지 지배책임을 시치미 떼고 <과거의 청산>을 행하지 않았던 일본에게 30년 간의 죄값을 치르게 되었다"라고62) 하여, '식민지 지배'에 대하여 배상을 해야 한다고 주장하면

⁶¹⁾ 운노 후쿠쥬, 1996, <역사학에서는 어떻게 보는가>, 주4)의 책, 12쪽; 주5)의 논문 30쪽에서도 같은 내용의 말이 있다.

⁶²⁾ 운노 후쿠쥬, 주5)의 논문, 30쪽.

서, 그랬다면 한국 쪽에서 구조약 무효론이 제기되지 않았을 것이라고 하였다. 여기에서는 두 가 지의 문제가 제기된다고 보인다.

첫째는 '식민지 지배'에 대한 배상 문제인데, "일본 정부는 이러한 인식(주62 와 같은 인식-인 용자)에 입각하여 <일한기본조약>에 식민지 지배의 잘못을 명기한 부속문서의 추가를 제안해 야 할 것이다. 그 경우, 한국측이 요구하고 있는 <한국병합조약> 등의 무효 확인을 불가결의 전 제로 하지 않으면 안 될 이유는 없다고 나는 생각한다. 오히려 구조약에 근거하는 식민지 지배 가 실효적으로 기능한 역사적 사실을 인정한 위에서 일본이 행한 부당한 정책·행위가 조선 반 도의 사람들에게 입힌 손해에 대하여 사죄하고 배상하지 않으면 안 된다"라고63) 하여, 일본의 식민지 지배는 '실효적으로 기능한 역사적 사실로서 인정'함으로써, 유무효나 合不合法은 묻지 않고, '식민지 지배의 잘못' 즉 식민지 지배 과정에서의 '부당한 정책이나 행위'가 '조선 반도의 사람들에게 입힌 손해에 대하여'서만 배상해야 한다는 것이었다.

즉 타민족에 대한 침략에 의한 식민지화 자체는 책임 추궁의 범위 바깥으로 밀어내어 버리고 있다. 식민주의의 해체와 극복이라는 역사적 과제의 해결과는 동떨어지고 있다.

둘째는 한국측의 구조약 무효론 제기를 일본측의 배상 문제와 유기적으로 관련시키고 있는 문 제이다. 心象의 차원에서는 충분히 그럴 수 있다고 생각한다. 필자의 심상에서도 배상이 이루어 지지 않은 것에 대하여 마땅치 않게 생각하고 있다. 그러나 배상 문제와 깊이 유착되어 있지는 않다. 이태진 교수의 "진실을 존중하여 불법성을 인정한다면 배상금 문제는 다른 차원에서 해결 점을 얻을 수도 있다. 예컨대 한국 정부에 대한 일본의 국가 차원의 배상금은, 1965년 협정에 따 라 지불된 '경제협력금'을 '독립축하금'이 아니라 '배상금'으로 고쳐 밝히는 선에서 끝내고, 개인 에 대한 피해 보상과 북한에 대해서는 원칙적으로 해결하는 방안 같은 것이 제시될 수 있다"라 는64) 견해에 필자는 전적으로 찬성이다.

구조약 무효론의 제기는 배상금의 문제와 깊이 연관되어 있지는 않다. 이태진 교수는 "지금까 지 양국 학자들이 이 문제에 대해 거의 관심을 두지 않은 것은 하나의 '실수'였다고 할 정도로 많은 중요성을 가지는 문제들이 부각되었다"라고65) 하였는데, 그 중요한 문제들에는 구조약의 무효 문제도 들어 있지만, 역사 인식의 문제에 관련되어서, 제국주의와 식민주의를 근원적으로 넘어서지 못하는 구미중심의 근대주의적 역사 인식 방법에 대한 반성의 문제도 부각되었다고 생각된다. 즉 근대주의적 역사 인식 방법에 대한 반성과 비판에서 구조약 무효론이 발생된 측면 도 있다는 말이다. 예컨대 김봉진 교수는 "한일 양국은 과거의 역사를 성실하게 청산하고 서로 근대의 주박을 풀어야 한다. 이 과정에서 구미중심적 근대주의, 오리엔탈리즘 등에 입각된 視點 을 내성하고 자기비판하여 - 혹은 탈구축하여 - 올바른 視點을 재구성해 나가지 않으면 안 된다" 라고66) 하여, 역사 인식 방법에서 유럽중심주의, 근대주의, 오리엔탈리즘 등을 넘어서고 그리고 탈식민주의 할 것을 제기하고 있는데, 시야를 넓혀서 보면 이러한 방향에서 구조약 무효론이 제 기되고 있기도 하다는 것을 우리는 주목해야 할 것이다.

⁶³⁾ 위의 논문, 30쪽.

⁶⁴⁾ 이태진, 주9)의 논문, 74쪽.

⁶⁵⁾ 이태진, 주22)의 논문, 120쪽.

⁶⁶⁾ 김봉진, 주29)의 논문, 267쪽.

[비평문]

하라다 다마키

본 논문은 일본과 한국 사이에 체결된 을사조약(제2차 한일협약, 1905)과 한국병합조약(1910)을 둘러싼 유·무효론 논쟁과 역사인식에 대해 검토한 것이다.

(내용)

1. 이태진은 1992년에 을사조약(1905)이 조약으로서 성립되지 않는다고 문제 제기를 하고, 또한 1995년에 을사조약은 한국 대표에게 일본이 큰 압력을 가하였고, 한국병합조약(1910)은 비준이 완전히 행해지지 않았기 때문에 조약으로서 성립되지 않으며, 존재하지 않는다는 <한국병합은 존재하지 않았다>를 발표하였다. 이 1995년의 논문은, 일본의 잡지 ≪世界≫ 1998년 7월호에게재되어, 을사조약과 한국병합조약의 유·무효문제와 일본의 한국식민지지배의 법적 성격 문제를 제기하였다.

이러한 문제를 둘러싼 지금까지의 논의는 다음 4유형으로 분류할 수 있다.

- A. 구조약 유효, 식민지 지배 합법, 식민지 지배 정당
- B. 구조약 유효, 식민지 지배 유효, 식민지 지배 부당
- C. 구조약 무효, 식민지 지배 유효, 식민지 지배 부당
- D. 구조약 무효, 식민지 지배 유효, 식민지 지배 부당

A는 사토 에이사쿠(佐藤榮作), B는 무라야마 도미이치(村山富市)와 ≪세계≫지상의 이태진과의 논쟁에 참가하였던 운노 후구주(海野福壽), 사카모토 시게키(坂元茂樹), C는 백충현, D는 한국정부를 들 수 있다. 이태진의 여러 논고는 D의 완결판이다.

2. 구조약의 유·무효론-국가와 국가대표에 대한 협박의 문제

이태진은, 고종이 1906년 6월 22일 부로 9개국 원수에게 친서를 보내었던 것을 들어서, 을사조약 체결에 임하여 조선 대표에게 일본의 강제가 있었음을 실증적으로 밝히고, 을사조약이 늑약이며, 국제법상 무효라고 하였다. 여기에 백충현, 사사카와 노리카쓰(笹川紀勝)도 동조하였다. 을사조약 무효설의 전제로는 국가 대표자에 대한 강제로 맺어진 조약은 무효라는 1905년 당시의 관습국제법이 있다.

현재의 논쟁상황은 을사조약 체결에 임하여 한국정부 대표에게 일본의 강제가 가해진 점에 대해서는 거의 異議는 없지만, 조약 그 자체가 성립되지 않는다거나 무효라는 점에 대해서는 운노 등은 부정적이다.

사카모토는 관습국제법의 국가대표에 대한 강제 범위를 한정시킴과 동시에, 다음과 같이 말했다. 을사조약에는 국가에 대한 강제와 국가대표에 대한 강제가 혼재하고 있었으므로, 한국 국가대표에 대한 강제라고 단순화할 경우에는, 국제법상 조약의 무효를 주장하는 한국에 그 입증 책

임이 있으며, 이를 입증하지 못하는 한, 을사조약은 유효하다라고.

여기에 대해서 이태진은 1906년의 프랑시스 · 레이의 논문, 1935년의 하버드 대학 법학부의 보고서, 1963년의 국제연합국제법위원회의 논의 등을 들어, 을사조약체결에 임하여 조선의 대표 에게 협박이 가해진 점을 들어 을사조약 무효론을 계속 전개하였다.

사사카와는, 사카모토가 말한 국가에 대한 강제와 국가대표에 대한 강제의 구별은 제2차 세계 대전후의 국제법위원회에서의 논의라고 비판하고, 이태진설을 지지하여 을사조약의 무효를 주 장하였다. 김봉진도 두가지의 강제를 구별하는 것은 용이하지 않다고 하여 사카모토에게 반론하 였다.

한편, 박배근은 제국주의를 경계하는 입장에서, 20세기 초에는 국가대표에 대한 강제를 이유 로 하는 조약 무효화의 관습국제법은 실재하지 않았다고 하고, 을사조약 무효론을 비판하였다. 그러나 이는 관습국제법의 존재형태 파악에 문제가 있다. 앞서 프랑시스 레이의 논문. 하버드대 학 법학부의 보고서, 국제연합국제법위원회에서의 논의, 1969년의 빈 조약 제51조의 명문화 등 에 의해 국가대표에 대한 강제가 조약무효화의 원인으로 규범화되었다고 보아야한다.

1906년 6월 22일에 고종이 9개국 원수에게 친서를 보낸 것, 동년 11월 26일에 시강원 시독 박 제황이 고종에게 상소하여, ≪공법회통≫에 의거하여 을사조약의 무효와 폐기를 주장하였던 것 은, 당시 한국 황제와 관료가 국제법이 국제관계를 규율하고 있다고 인식하고 있었던 증거이며, 관습국제법의 규범으로서의 실재는 증명되고 있다.

3. 구조약의 유·무효론과 제국주의 인식

운노는, 한국병합은 국제법상 합법으로, 일본의 조선 지배는 국제적으로 승인받은 식민지이 며, 이는 당시 제국주의 여러나라의 합의인 국제법·국제관습에 비추어 적법하다고 하였다. 이 논의는 조약 무효화의 관습국제법의 부재를 주장하는 것이며, 침략이나 식민지 지배를 도의성의 문제로 왜소화한 제국주의 事情론이다.

사카모토는, 당시의 국제법이 <강자의 법>이었음을 인정하면서도, 근대국제법의 <강자의 법>으로서의 성질에 대한 책임을 일본만이 짊어져야 하는가 라는 유효·성립론의 입장에서의 병합무효ㆍ불성립론에 대한 반발에 용이하게 대답할 수 없는 문제라고 말하고, 일본에 대해서만 <강자의 법>의 문제성을 추궁하는 것에 대해 문제라고 제기하였다. 박배근과는 약간 다른 각도 에서 조약 무효화의 관습국제법의 실재를 부정하고 있다.

4. 관습국제법 논의와 역사인식

조약무효화의 관습국제법 실재를 부정한 사카모토와 운노의 논의의 공통점은, 국제법적 논의 와 역사인식을 완전히 구분한 점이다. 운노는 구조약무효론을 역사인식의 차원과는 떼어서 법적 문제만으로 왜소화시키고 있으며, 식민지주의의 해체와 극복이라는 과제의 제기에 대해서는, 법 적 논의와 역사적 과제의 수행 문제가 결합된 도의적인 사죄와 배상을 보여주고 있다.

구조약 유·무효론과 역사인식을 내면적·내재적으로 연관시켜 파악함으로써, 일한 양국은 역사인식을 공유할 수 있다. 구조약 무효론의 제기는 배상금 문제와 깊은 관련이 있는 것은 아 니며, 이태진이 말하는 데로 서구중심의 근대주의적인 역사인식 방법에 대한 반성과 비판이라는 측면도 있다.

(비평)

1) 역사적 사실에 대해서

필자는 이태진의 연구에 의거하여, 소위 을사조약과 한국병합조약의 역사적 사실관계가 이미실증적으로 해명되었다고 보고, 을사조약의 강제와 무효론을 중심으로 입론하고 있다. 그러나을사조약 체결에서 한국대표자에 대한 일본의 강제 문제 하나를 예로 들어도, 졸고 <제2차 한일협약 조인과 대한제국 황제 고종>(≪청구학술논집≫ 24, 한국문화연구진흥재단, 동경, 2004)에서 조약체결을 향한 고종 황제의 리더십을 분명히 한 것처럼, 양조약에 대한 역사적 사실관계는 아직 명확하지는 않다. 을사조약 체결에서 한국 대표에 대해서 일본의 강제가 있었다는 것에 대해서는 거의 이견이 없다고는 말할 수 없다. 따라서 본고와 같이 이태진설 만으로 입론을 하는 것은 무리가 있다.

또 필자가 일본인에 의한 연구의 인용 주를 보는 한, 이들 연구는 이태진편 《한국병합은 성립하지 않았다》(태학사, 서울, 2001)에 기본적으로 의거하고 있는 듯 하다. (이 책은 일본 《세계》 지 誌上에서 1998년 7월호에서 2000년 11월호에 이르기까지 일한병합을 둘러싸고 논쟁되었던 이태진, 사카모토, 사사카와, 운노, 아라이 신이치(荒井信一)의 여러 논고에, 김봉진의 논고를 더하여 한국어로 출판한 것이다. 내용은 일한조약 불성립을 주장하는 이태진, 笹川紀勝, 荒井信一, 김봉진과 성립을 주장하는 坂元茂樹, 海野福壽의 논고로 되어 있으므로, 책 제목은 내용과일치하지 않는다.)

이 ≪한국병합은 성립하지 않았다≫(2001) 이후, 다음과 같은 논고와 자료집이 일본에서 출간 되었다.

- ① 海野福壽 <韓國併合條約等無效説と國際法 條約の形式と締結手續について ->(≪日本植 民地研究≫ 14, 2002)
- ② 海野福壽 편 ≪外交史料 韓國併合≫ 전2책, 不二出版, 東京, 2003년
- ③ 原田環 <第2次韓日協約調印と大韓帝國皇帝高宗>(≪青丘學術論集≫ 24, 韓國文化研究振興 財團, 東京, 2004)
- ④ 坂元茂樹 ≪條約法の理論と實際≫, 東信堂, 東京, 2004

《세계》 지상에서 벌어진 일한병합을 둘러싼 논쟁은, 그 후에도 2001년에 열린 한국병합 재검토 국제회의 등을 비롯하여 오늘날까지 계속되고 있고 아직 결착을 보지 못했다. 2001년에 多摩, 호노룰루, 켐브리지(미국)에서 계 3번 열린 한국병합 재검토 국제회의의 한국측 보고는, 이태진외 《한국병합의 불법성 연구》(서울대학교 출판부, 2003년)로 간행되었다(단 간행의 전말에 대해서 기술된 서문의 기술은 정확하지는 않지만).

2) 관습 국제법을 둘러싸고

사카모토는 관습국제법에서 국가대표에 대한 강제의 범위를 한정한다고 하고 있으므로, 관습 국제법 자체를 부정하고 있지는 않다. 그러나 필자는 다른 장소에서 사카모토와 운노는 관습국 제법의 실재를 부정하고 있다고 서술하고 있다. 이는 사카모토에 대해 모순된 기술이 아닌가. 운 노도 부정하고 있지는 않다.

3) 국제법과 역사인식에 대해서

사카모토와 운노는 국제법논의와 역사인식을 완전히 분리시켜 놓았다. 이 논의의 전제에는, 두 사람이 관습국제법을 부정하고 있다는 인식이 있는 듯 하다. (상술한 바와 같이 이는 사카모 토에 대해서는 모순된 평가이지만). 그러나 국제법 논의와 역사인식의 관계에 대해 설득력이 있 는 설명은 없다. 이미 본 바와 같이 을사조약과 한국병합조약을 둘러싼 지금까지의 논쟁은, 실증 연구에 기초한 역사적 사실관계의 확인과 그 위에 당시의 국제법에 비추어 검토하는 작업이 현 재 진행중이다. 사카모토와 운노 두 사람의 연구는 이 작업에 종사하고 있는 것이며, 최근에 이 르기까지 두 사람의 구체적 연구 내용을 필자가 한 번 읽어보면 알 수 있듯이, 두 사람은 국제법 과 역사인식을 연관시키면서 질이 높은 연구 성과를 내고 있다.

[집필자 답변]

鄭昌烈

하라다 타마키(原田環)교수의 진지한 비평에 감사한다. 세 가지 점을 비평하였는데, 그 하나 하나에 대하여 답하고자 한다.

1. 하라다 교수는 을사조약의 체결과정에서 한국 대표자에 대한 일본의 강박이라는 사실관계는 아직 명확하지 않다고 하고, 자신의 논문 <第2大韓日協約 調印과 大韓帝國皇帝高宗>(≪靑丘學術論集≫ 24, 한국문화연구진흥재단, 동경, 2004)에서, <日省錄>의 <5大臣上疏文>과 伊藤博文의 <奉使記事摘要>의 '日韓新協約調印始末'을 주요 자료로 구사하여, 고종은 을사조약 체결과정에서 일본측과의 협상타결을 강조하였고 문안의 수정까지도 주도하였으며, 그 결과 조인이 성공적으로 이루어졌다고 규명하였다. 종래에는 등한시되었던 <5대신상소문>을 새로운 자료로서조명함으로써 연구를 크게 한걸음 전진시켰다.

동시에 1906, 1907년에 고종이 취한 을사조약 무효화운동도 사실로서 인정하면서, 그 이중성에 대하여서는, 伊藤博文大使를 통해 전달된 일본정부의 강요에 대해서는 협상과 타협으로 대응하면서 국제적으로는 무효를 주장하는 "노련한 宮廷政治家"로서의 고종의 老獪性으로서 봉합하였다. <5대신상소문>이 자료로서 신빙성이 있다면 그러한 설명도 성립할 수 있다. 그러나 <5대신상소문>이나 <일한신협약조인시말>은, 대외적으로 을사조약의 합법성을 분식하기 위해 事後에 짜맞춘 것이며, 이 목적 아래 많은 사실왜곡과 과장이 가해졌기 때문에 기술된대로 믿을 수있는 자료가 아니라는 것이 명백하게 밝혀졌다고 보인다(李泰鎭 <1905년 <保護條約>에 대한高宗皇帝의 協商指示說 批判> 《Was the 1905 "Convention" between Korea and Japan Concluded under Duress ?》 Jan. 29 - Feb.2, 2005, at Hawaii, pp. 18-19).

따라서 을사조약 체결의 진실을 가장 극명하게 밝혀주는 자료는, 1906년 6월 22일자 9개국 국 가원수들에게 보내는 고종의 친서와 1907년 6월 27일 헤이그만국평화회의에 제출한 控訴詞이며, 이 자료들에서 을사조약은 한국국가대표에게 가해진 일본의 强迫에 의하여 체결된 것임이 명백하게 드러나고 있다. 필자는 그 강박성을 전제로 하여 입론하였다.

2. 하라다 교수는, 사카모토 시게키(坂本茂樹) 교수와 운노 후쿠쥬(海野福壽) 교수는 慣習國際 法 그것을 부정하고 있지는 않은데, 필자는 두 교수는 관습국제법의 實在를 부정하고 있다고 말하고 있으니, 그것은 필자의 誤讀이라고 비판하였다.

물론 두 교수는 관습국제법 자체를 부정하고 있지는 않다. 그러나 예컨대 운노후쿠쥬 교수는 "한국병합은 형식적 적법성을 가지고 있었으니 즉 국제법상 합법이었고 일본의 조선지배는 국제적으로 승인된 식민지이다라는 평범한 견해이다.그러나 오해하지 않았으면 좋겠다. 당시 제국주의 諸國은 분쟁해결수단으로서의 전쟁이나 타민족지배로서의 식민지지배를 정당시하고 있었다. 그들의 合意의 표현인 국제법·국제관습에 비추어서 適法이라고 함에 지나지 않는다"라고하였고, 이에 대하여 필자는 "당시의 국제법·국제관습을 분쟁해결수단으로서의 전쟁이나 타민

쪽에 대한 식민지지배를 정당시하는 것으로 專一化시킴으로써, 조약무효화의 관습국제법의 원천적 不在를 주장하고, 침략이나 식민지 지배를 道義性의 문제로 협소화하고 있다"라고 비판하였고, 사카모토시게키 교수는, 위의 운노후쿠쥬 교수와 같은 논리로서 병합 무효・불성립론을 납득시키기는 어렵다고 하면서도, 병합 무효・불성립론에는 "당장에(병합과 식민지화 --인용자) 유효설의 입장으로부터 근대 국제법의 그러한 성질에 대한 책임을 왜 일본만이 져야 하는가 하는 반발이 등장할 수 있을 것이다. 쉽게 답이 나오지 않는 문제다. 필자를 포함하여 국제법의 연구자가 진지하게 고민할 바다"라고 하였는데, 필자는 이에 대하여 "조약무효화의 관습국제법의 實在가 부정되고 있"다라고 비판하였다.

제국주의 시대의 實相에서 조약무효화의 관습국제법은 자기를 관철시켜 현실화시키지는 못하였고, 그러한 實在했던 현실에 비추어서, 타민족지배로서의 식민지지배는 適法이고(운노후쿠쥬교수), 不法이라고 말하기 어렵다(사카모토시게키 교수)고 파악되고 있으므로, 두 교수는 결과적으로는 조약무효화의 관습국제법의 무효를 제기하는 것으로 귀결된다고 하는 것이 필자의 입론이었다.

3. 하라다 교수는 필자가 "坂本茂樹와 海野福壽는 국제법 논의와 역사인식을 완전히 차단하고 있다고 하고 있다. 이 논의의 전제에는 兩氏가 관습국제법을 부정하고 있다고 하는 인식이 있는 것 같다.(중략) 兩氏는 국제법과 역사인식을 연관시키면서 질 높은 연구성과를 올리고 있다"라고, 필자를 비판하였다.

필자가 말하고 싶었던 바는, 두 교수가 위에서와 같이, 제국주의 시대의 實際相에서 식민지지배가 정당시되고 있었기 때문에 식민지지배가 適法이라고 하면서도 도의적으로는 식민지지배가부당하다고 말함으로써, 適法과 不當으로서 對極化시키면, 제국주의를 비판하는 역사의식(운노후쿠쥬 교수가 힘주어 강조하고 있고, 사카모토시케키 교수도 긍정하고 있다고 보임)에 기반하는 역사인식은 설자리가 없어지게 된다는 것이 필자의 생각이고, 필자의 차단설의 기반이다.

이 문제는 정말 사카모토시게키 교수의 말처럼 "쉽게 답이 나오지 않는 문제다. 필자를 포함하여 국제법의 연구자가 진지하게 고민할 바다"라듯이, 역사연구자가 진지하게 고민할 바이라고 생각된다. 왜냐하면 제국주의를 비판하는 역사의식이야말로, 제국주의 시대의 실제상과 도의성을 차단시키지 않고 매개지을 수 있는 역사인식을 가능하게 하기 때문이라고 생각되고, 그 매개의 줄이 튼실할수록 일본과 한국의 역사연구자들이 근대의 한일관계 인식에서 共同의 領域을 넓혀갈 수 있다고 생각된다.