일한간 제 조약의 문제

—국제법학의 관점에서—

사카모토 시게키(坂元　茂樹)

Ⅰ. 서론－일한의 국제법 수용의 비교
Ⅱ. 강제에 의한 조약의 법리-국제법의 입장에서
Ⅲ. 형식적 하자(瑕疵)의 논의－조약 명칭과 비준 문제를 중심으로
Ⅳ. 일한병합조약(1910년)의 체결
Ⅴ. 결 론

Ⅰ. 서론 - 일한의 국제법 수용의 비교

일한간에 체결된 구 조약의 효력 문제를 논할 때 잊어서는 안 되는 관점은 같은 동아시아 국가로서 근대국제법을 수용한 양국 사이에는 근대 국제법을 수용하는 속도에 큰 차이가 있었던 것이다. 그것은 양국의 지리적 위치와 국내 체제의 차이에 기인한 것이었다. 해로에 의한 극동지역과의 교통을 요구한 서구 제국이 처음으로 생각한 것은 중국이고 그 다음은 일본이었다. 북방에 치우쳐 있는 한반도는 경제적 가치도 낮아 마지막까지 남겨져 있었다[1]. 그 때문에 한국은 근대 국제법을 만난 시기가 일본보다 늦어졌다. 또 하나는 일본은 페리 내항 이래 쇄국 정책을 그만두고 막번(幕藩) 체제가 붕괴되고 메이지유신(明治維新)에 의해 근대화가 비약적으로 진전되었다. 메이지유신에 의한 정치 사회제도의 변혁은 일본인들로 하여금 서양 근대 인식의 일부를 형성하고 있던 전근대와의 예리한 '단절'이라는 역사 의식을 갖게 함 과 동시에 새로운 국가체제로서 일본에 서구형의 국민국가체제를 창출시켰다[2]. 다행히 근세 일본의 유교가 국가 의식이 강하기도 하여 유교적 문화주의가 강했던 조선에 비해 비교적 그것을 수용하는 사회적 기반은 구축되어 있었다고 할 수 있다[3].

---

1) 申國柱 <韓國の開國—雲揚号事件をめぐって—> 日本國際政治學會編 ≪日本外交史研究　幕末・維新時代≫ 有斐閣 (1960年) 124쪽.
2) 小谷汪之 <序論—≪近代≫を人はどう考えてきたか> 歷史學研究會編 ≪講座世界史7<近代>を人はどう考えてきたか≫ 東京大學出版會 (1996年) 1-7쪽.
3) 조 교수의 표현에 의하면 "완고한 주자학적 전통과 소중화적 세계관 속에서 사고하고 있었던 조선

이처럼 일본이 국민국가 체제로 유연하게 이행한 데 비해 한국은 국내 사정으로 근대화가 크게 늦어졌다. 물론 김옥균과 같이 "일본이 동양의 영국이 된다면 우리는 아시아의 프랑스가 되지 않으면 안 된다"고 했던 사상가도 나타나 서구 근대국가를 모델로 제시하며 청국과의 전통적인 조공체제[4]를 타파하고 근대적인 조약(국제법)체제로의 이행을 지향하는 움직임도 있었으나 벽은 아직 두터웠다. 그 결과 한국을 속박하고 있던 구 제도(중국과 그 주변의 번속국과의 위계적 동아시아 질서)를 기반으로 하는 조공 시스템에서 조약시스템으로의 이행(移行)은 유연하게 이루어지지 않았다. 동시에 일본과 달리 한국은 국가주의의 기반도 결여되어 있었다고 하겠다. 신채호에 의하면 "애국하는 자는 국수(國粹)를 중히 여기고 국수를 중히 아는 자는 반드시 그 나라를 사랑하는 자이다"라는 계몽 활동을 전개하는 것은 후년의 일인 것이다.[5]

이에 비해 일본은 조공시스템에서 조약시스템으로 유연하게 이행하였다. 그 요인은 화이질서(華夷秩序)에서의 일본의 지위의 특수성에 있었다. 근세 일본의 정권이었던 도쿠가와막부(德川幕府)도 또한 7세기 이래로 자주적 의식(독자적인 연호를 가지고 중국과 대등한 나라로 인식하는)을 갖고 있었다는 의미에서 (고대 일본과 아시카가(足利)막부정권은 제외하고) 동아시아의 전통적인 국제적 질서였던 이른바 화이질서와는 부정합적이었다. 거꾸로 이것이 전화위복이 되어 중국이 화이질서를 청산하지 못한 채로 서양 열강과 봇물 터지듯이 조약관계(국제공법적 질서)에 편입되어지는 상황 속에서 한국과는 달리 일본은 독자적인 입장에서 신속히 대응할 수 있는 국제 환경을 갖고 있었다고 하겠다[6].

이러한 속에서 일본은 봉건체제에서 '서구형 국가체제'로 변혁하기 위해 노력했다. 메이지 국가는 국민국가체제의 확립을 지향하면서 프러시아를 모델로 한 입헌군주제를 채용함과 동시에 관료제도의 도입과 국민에 대한 교육의 보급을 시도했다[7]. 거기에는 당연히 국가주의는 국민의식을 전제로 해야만 확고한 것이 된다는 인식이 잠재되어 있었다. 그리하여 일본은 서양과 비교하여 후진성을 의식하면서 그것을 매개로 동양 의 일국으로서 '문명국'의 지위를 획득하고자 애쓰게 되었던 것이다. 이러한 '문명국' 개념은 일본이 19세기말에 해후했던 근대국제법(당시에는

의 경우는 문자 그대로 유교적 문화주의가 관철되고 있었다"고 한다. 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> 歷史學硏究会編 ≪前揭書≫ (注(2)) 333쪽.

4) 화이질서를 구성하였던 것은 조공관계와 책봉관계인데 거기서도 유교가 중심적인 역할을 담당하고 있었다. 즉 유교권에서의 대표사절을 접대하는 중국의 기관이 '예부'였던 것에 대해 비유교권에서의 대표사절에 대해서는 '理藩院'이 대응하고 있었다. 大畑篤四郎 <東アジアにおける國際法 (万國公法) の受容と適用>東アジア近代史學會編≪東アジア近代史≫1999년, 第2号 3쪽.

5) 趙<前揭論文> (注(3)) 347쪽. 물론 한국에서도 유교의 영향이 강한 보수파에 대하여 '개화'사상의 운동이 행해지는데 그 모델을 일본에서 구하는 '친일파'와 이에 강하게 저항하는 보수파와의 대립이라는 도식, 나아가 모델로 삼은 일본은 한국에 대하여 가장 강한 야심을 품은 국가였다고 하는 모순이 한국의 근대화에 있어서 질곡이 되었다고 생각한다. 한국에서의 만국국제법의 수용에 대해서는 金容九 (月脚達彦譯) <朝鮮における万國公法の受容と適用> ≪東アジア近代史≫ 第2号 (1999年) 27－44쪽 참조.

6) 이 점에 대해서는 中村栄孝<大君外交の國際認識－華夷秩序のなかの日本－> 日本國 際政治學會編 ≪日本外交の國際認識－その史的展開≫ 有斐閣 (1974年) 2-3쪽 참조.

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) 17쪽. 이리에(入江) 교수에 의하면 "산조 사네토미(三條實美)가 1882년에 기록했듯이 지금은 '국제 형세에 있어서 육해군의 정비는 실로 어쩔 수 없는(=반드시 해야 하는역자 주)' 상태가 되었다고 보고 있는 것이다. 징병제도에 근거한 상비군이 설치되어 천황에 의한 통수권 시행기관으로서 참모본부가 설립되었던" 것이다. 21쪽.

'만국공법'이라고 하였다) 에서 사용된 것이다. 페리의 내항에 따른[8] 쇄국정책의 방기와 일미화친조약(1854년)과 일미수호통상조약(1858년)[9]의 체결에 의해 도쿠가와막부는 '만국공법'의 습득이 필요하다고 인식하였다. 그것을 받아들이는 것처럼 이 시기(막부시대 말에서 메이지 초기)에는 외국의 국제법 저작이 봇물 터지듯이 번역되었고 일본은 국제법 수용에 노력하게 되었다[10].

당초 일본은 유교의 지식과 서양의 자연법 관념을 결부시켜 '만국공법'을 '正義公道之法' 혹은 '至當公平之法'이라고 이해하고 있었다.[11] 그러나 일본이 근대국제법과 만났던 19세기는 '자연법의 시대'(전 인류에게 공통되는 보편적 법)에서 '意思國際法의 시대' 혹은 '實定法의 시대'(타당한 범위를 문명국으로 한정하는 법)으로 이행하여 국제법의 타당한 범위가 문명국의 개념에 의해 제한되는 시대가 되어 있었다.[12] 나아가 '관습법의 시대'에서 '조약 국제법의 시대'로 이행하였고 국제관계를 규율하기 위해서 조약이 많이 채용되고 있었다.[13] 더구나 국가 그 자체에 대한 강제에 의해 체결된 조약이라고 하더라도 이러한 동의는 국가의 의사표명이라고 간주되고 있었다. 영국의 외교관 올콕의 표현을 빌리면 "콘스탄티노플에서 에도(江戶)에 이르는 동양의 제 정부와 일찍이 체결된 모든 조약은 무력 내지는 이에 상응하는 것에 의해 강요되었던"[14] 것이었다. 페

---

8) 더욱이 코오자이(香西) 교수에 의하면 막부와의 교섭에 있어서 페리가 국제법을 언급하거나 채용한 사실은 기록에 없다고 한다. 그 이유로서 코오자이 교수는 페리의 관심이 서양의 국제법질서와는 다른 조공제도에서 보여지는 동아시아 국제질서관의 타파에 향해 있었기 때문이라고 한다. 香西茂 <幕末開國期における國際法の導入> ≪法學論叢≫ 第97卷 5号 (1975年) 3-5쪽.

9) 이 교섭을 하는 동안 국제법에 정통하지 않았던 일본측은 교섭 상대인 해리스에 대하여 외교공사의 파견목적과 그 근거, 접수국이 수도에 주재시키는 이유, 공사와 영사의 직무의 차이점, 외교관의 면책특권, 나아가 임무종료의 사유 등 기본적인 사항에 대하여 질문하고 있다. 만국공법의 지식 습득에 노력하는 막부측의 진지한 자세도 도움이 되었지만 해리스의 설명은 매우 친절하고 자상한 내용으로 되어있다. 이 때 해리스가 참고로 하였던 것은 일본에 오는 도중에 런던에서 구입한 마르텡(Georg Friedrich von Martens)의 ≪國際法提要≫ (Precis du droit des gens moderne de l'Europe fonde sur les traites et l'usage, 1789년)의 코벳 (William Cobette)에 의한 영어판 (The Law of Nations, 1802년) 이라고 생각된다.

10) 실제로 막말에서 메이지초기(1865년-1880년)의 시기 일본에서는 마르텡(Charles de Martens) , 울시(Theodor D. Woolsey) 와 헤프터(August Wilhelm Heffter) 등의 저작이 차례 차례 번역되었다. 후쿠치 겡이치로(福地源一郎)가 마르텡의 Diplomatic Guide를 ≪外國交際公法≫ (1869 (明治2) 년) 으로 번역하였고 미쓰쿠리 린쇼(箕作麟祥)가 울시의 저작을 ≪國際法, 一名万國公法≫ (1873 (明治6)) 년으로 번역 출판하고 사법성이 헤프터의 저작을 ≪万國公法≫ (1877 (明治10) 년) 으로 번역 출판하였다. 당시 메이지시기의 주요 저작의 번역 출판 상황에 대해서는 이치마타 마사오(一又正雄) <明治及び大正期 における日本國際法學の形成と發展—前史と黎明期—> ≪國際法外交雜誌≫ 62-64쪽 및 98-108쪽 참조. 그 외에도 오오도 류타로(大音龍太郎) 등에 의한 투위스의 번역이 ≪堅土氏万國公法≫ (1875 (明治8)년)으로, 기시타 긴코(岸田吟香)의 훈점이 가해진 부룬칠리의 번역이 ≪公法會通≫ (1881 (明治14)년) 으로, 홀의 번역이 미야케 코우토쿠 번역 ≪ホール國際法≫ (明治21년 (1888년)) 으로, 해군참모본부에 의해 ≪オルトラン 海上國際法規≫ (明治22년 (1889년)) 이 출판되고 있다. 一又 <同上> 99-101쪽 참조. 스미요시(住吉) 교수에 의하면 미야케(三宅) 번역 이후 국제법의 이해가 자연법의 그것이 아니라 실정법의 시대에 들어갔다고 한다. 住吉良人 <西歐國際法學の日本への移入とその展開>≪法律論叢≫ 第42卷 4·5·6合併号 (1969년) 364쪽. 일본의 관료나 지식인은 이들의 번역을 통하여 국제법의 지식 습득에 노력한 것이다.

11) 尾佐竹猛 ≪維新前後における立憲思想≫ 文化生活研究會 (1925年) 282쪽.

12) 山內進 <明治國家における≪文明≫と國際法> ≪一橋論叢≫ 第115卷 1号 (1996년) 32~33쪽.

13) 田畑茂二郎 ≪國際法 I [新版] ≫ 有斐閣 (1973年) 39쪽.

리의 함포외교에 의한 안세이(安政)의 5개국조약과 같은 불평등조약의 체결도 이러한 법리에 의해 비로소 가능하였다. 이러한 불평등 조약의 존재가 국제관계에 있어서 '힘'의 지배의 우월성이라는 이미지를 강화하는 근거로 되었던 것은 상상하기 어렵지 않다. 이와쿠라(岩倉)사절단으로 파견되어 불평등조약의 개정을 거부하는 열강과의 교섭에 실패하였을 때 사절단을 구성한 이와쿠라(岩倉)나 기도(木戸)가 '正義公道之法'에서 "강국이 약소국을 빼앗는 도구"라는 국제법 인식으로 전환하는 것은 어느 의미에서 용이하였다.

이러한 경험을 통하여 메이지 정부의 정책결정자는 국력 증강의 필요성을 인식함과 동시에 '힘'의 신봉자가 되어간다. 한편으로 탈아입구(脫亞入歐)를 기치로 내걸고 후발 근대 국가로서 국력의 증강을 꾀하는 일본에게 있어서 근대화에 뒤처진 이웃 나라 한국은 안성맞춤의 제국주의 실천의 무대였다. 이와 같이 일본은 한국보다도 빨리 국제법을 수용하였고 열강과의 조약체결의 실천을 통하여 근대국제법의 지식을 획득할 수 있었던 것이다.[15] 운양호 사건에 의해 한국의 개국을 요구할 때 일본과 한국 사이에는 일찍이 페리 내항 당시에 미국과 일본과 같이 국제법에 대한 지식의 격차가 생겨났다. 일본과 한국이 체결한 일련의 구조약은 이러한 구조 속에서 전개된 것이었다. 물론 한국과 일본과의 간격은 이러한 국제법에 대한 지식만이 아니라 군사력을 중심으로 한 국력의 차이가 있었음은 틀림 없는 사실이다.

그런데 이러한 일련의 조약 중에서도 제2차 일한협약과 일한병합조약에 대하여 한국의 연구자는 일본의 강제에 의해서 체결되었다는 것을 강조하고 그 무효를 주장한다. 과연 당시 일본은 국제법이 금지하고 있는 형태로 조약을 체결한 것일까? 먼저 강제에 의한 조약에 대한 국제법의 법리가 당시에 어떠한 것이었던가에 대하여 검토해 보자.

Ⅱ. 강제에 의한 조약의 법리-국제법의 입장에서

조약이 강제에 의해 체결된 것을 이유로 무효라고 주장하는 경우, 과연 그것이 국가 대표자에 대한 협박을 가리키고 있는지 아니면 국가 자체에 대한 강제를 가리키고 있는가에 따라 국제법상 그 결과는 크게 달라진다. 왜냐하면 당시의 국제법은 이 양자에 대하여 다른 법리를 적용하고 있기 때문이다. 근대 국제법은 강제에 의한 조약의 법적 효력에 대하여 국가의 대표자에 대한 강제가 가해진 경우와 국가 자신에 대한 강제가 가해진 경우를 나누어 전자의 경우에는 조약은 당연히 무효가 되지만 후자의 경우에는 조약의 효력에 영향이 없다고 하고 있다. 그 근거로서 종종 예로 들어지는 것이 전쟁 종결 시점에서 전승국에 의해 패전국에 부과된 평화조약의 문제이다. 가령 국가 자신에 대해 강제가 가해진 경우를 무효로 하면 평화조약의 대부분은 무효가 될 것이며 전쟁 종결의 방식으로서는 상대국을 굴복시키는 "정복"밖에는 인정하지 않게 되는 것이 그 이유이다. 19세기 대표적인 국제법학자인 홀(W. E. Hall)이 "상당 한 정도의 강박이 조약

14) R・オーリコック著・山口光朔譯 ≪大君の都・下≫ 岩波文庫 (1962年) 81쪽.
15) 어떤 논자에 의하면 "조선의 국제법 수용은 일본에 비교해 20년이나 늦었다"라고 한다. 徐賢燮 ≪近代朝鮮の外交と國際法受容≫ 明石書店 (2001年) 80쪽.

의 유효성과 조화하는 것으로서 인정되지 않는 한에는 전쟁 종료시에 체결된 또는 전쟁을 막기 위해 체결된 조약은 구속력을 갖지 못할 것이다."[16]라는 기술이 이러한 사정을 단적으로 표명하고 있다. 문제는 제2차 일한협약 이 체결되었던 당시에 과연 국가 대표자에 대한 강제가 무효라는 관습국제법이 성립되어 있었는가 하는 점이다.

제2차 일한협약이 체결된 바로 그 해에 영국의 권위 있는 국제법의 교과서인 오펜하임(Oppenheim)의 초판이 간행되었다. 거기에는 강제에 의한 조약에 대하여 "진정한 동의가 없는 경우에는 구속력이 결여됨으로 체약국에게는 절대적인 행동의 자유가 없으면 안 된다. 그러나 '행동의 자유'라는 표현은 체약국의 대표자에 대해서만 적용된다. 당사국의 대표자에 대한 협박에 근거하여 체결된 조약은 그 사람이 대표하는 국가를 구속하는 것은 아니다."[17] 라는 설명이 보인다. 이처럼 본서에서는 국가대표자에 대한 강제만이 조약의 무효원인이 된다고 기술하고 있다. 그렇다면 제2차 일한협약과 일한병합조약의 체결 시점의 사정에 비추어 볼 때 일본측의 행위를 여기서 말하는 국가대표자에 대한 강제로 볼 것인가? 강국에 의한 약국에 대한 위압으로 볼 것인가가 쟁점이 된다. 말할 것도 없이 그 인정의 결과는 중요하다. 왜냐하면 전자라면 조약은 무효가 되지만 후자의 경우에는 조약은 유효하게 성립하고 있다고 당시의 법리에서는 결론지울 수 있기 때문이다. 이러한 오펜하임의 생각은 홀(Hall)에 의해서도 확인되고 있다. 그는 "국제법에 있어서는 무력과 협박이 불법행위에 의한 구제를 획득하기 위한 수단으로서 허락된 것이고 구제를 얻기 위해 이러한 수단을 사용한 결과 체결된 합의의 가치를 해치는 것으로 보는 것이지 이러한 무력과 협박을 인정하는 것이라고는 할 수 없다. 그러나 주권자나 지휘관 혹은 국가를 구속하는 권능이 부여된 교섭자에 대한 폭력과 협박은 별도의 사고 방식을 취한다. 개인적인 공포의 영향하에서 체결된 약정은 모두 무효이다."[18] 라고 말하고 있다. 같은 견해가 불룬츨리(M. Bluntschili)[19]나 피오레(P.Fiore)[20] 등 동시대의 학자들에 의해서도 표명되고 있다. 이와 같이 전쟁이 반드시 위법이 아니었던 무차별 전쟁관의 시대에는 국가 그 자체에 대한 무력에 의한 강제는 조약의 무효 원인이 되지 못하였고 국가 대표자에 대한 강제만이 무효 원인이 된다는 생각을 많은 논자[21]는 취하고 있었던 것이다.[22]

---

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*, Vo1. 1, (Longmans, 1905), p. 525. 다만 오펜하임은 현실적 으로 국가대표자에 대한 강제를 이유로 자국에 불리한 조약상의 의무를 피하려 하는 국가가 있다는 것을 염두에 두고 "상황에 따라서 굴욕적인 문구를 포함하는 조약 체결을 강요 당한 국가에는 그 후에 조약체결 당시 자국의 행동의 자유에 대한 간섭이 있었다는 것을 근거로 하여 당연히 조약상의 의무를 피할 수 있는 권리는 없다"라고 못박고 있다.

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

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

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

21) 맥네이어의 저서에도 같은 기술이 보인다. McNair, *The Law of Treaties* (Oxford University Press, 1961), p.207. 그 외에도 Amos S. Hershey, *The Essentials of International Law and Organization*. Revised ed., (New York, 1927), p.443.

22) 다만 다치 사쿠타로에 의하면 "1889년의 제1회 범아메리카회의에서 전쟁의 위협 또는 병력의 현존에 의해 발생한 결과는 이를 무효로 한다는 취지의 권고가 결의되었"다는 것이며 19세기말에는 이

일본에 있어서도 상황은 마찬가지이다. 일한병합 시에 외무성 정무국장이었던 구라치 데츠기치(倉知鐵吉)는 일본법률학교의 제4기 강의록으로서 ≪國際公法完≫이라는 책을 썼는데 조약이 유효하게 체결되기 위한 요건으로서 ① 당사자가 조약 체결 능력을 가질 것, ②합의에 하자(瑕疵)가 없을 것, ③조약 목적이 정당할 것 등 세 점을 들고 있다. 이 중에 ②에 관련된 강제에 의한 조약의 문제에 대해서 다음과 같이 기술하고 있다. "만약 국가가 강폭 협박 등을 받았다는 이유에 의해 조약의 효력을 구하려 할 때는 개전을 피하기 위해서 체결된 조약 및 전후에 강화 조약과 같은 것은 도저히 유효하게 이를 체결했다고 할 수 없게 되어 버린다. 그렇지만 조약의 체결에 종사한 사람 그 자신에 대한 강폭 협박 등의 행해진 경우에는 그 사람이 발표한 바의 의지는 이를 도저히 진정이라고 보기 어렵기 때문에 완전한 합의는 여기서 깨어진 것이라고 하지 않을 수 없다. 따라서 이 경우에는 조약은 결코 유효한 것이 되지 않는다.[23]" 여기서도 국가 자체에 대한 강제는 어찌되든 간에 국가 대표자에 대한 강제는 무효라는 견해가 나타나고 있다. 이러한 구라치(倉知)의 기술은 당시 일본의 통설적 입장을 소개한 것이라고 하겠다.[24] 메이지기의 일본을 대표하는 국제법 학자인 다카하시 사쿠에(高橋作衛)도 "개인간의 법률 행위에 대해서는 강폭 협박은 항상 계약의 구속력을 상실하게 만드는 것이라고 하더라도 강폭 협박에 의해서 체결된 조약은 원칙상 구속력을 가진다. 예를 들어 모든 강화조약이 그러하다. ……이와 같지만 주권자 또는 체결의 전권을 가진 사람이 강폭 또는 협박을 받음으로써 조약에 기명을 하게 된 때에는 해당 조약은 유효하지 않다. 이러한 경우에는 국가의 이름에 의해 조약을 체결하는 개인은 강박을 받아서 자유결정의 능력을 상실한 것이 됨으로 그 조약은 구속력을 가지지 못한다[25]"라고 서술하고 있다. 센가 츠루타로(千賀鶴太郎)도 "협박이란 국가 그 자체에 대한 협박이 아니라 주권자 또는 전권위원 개인에 대한 협박이며 예를 들어 그 조약을 맺지 않으면 너를 죽이겠다라고 공갈 협박하여 조인을 마치게 될 때는 그 조약은 무효가 된다고 하지만 만약 그 조약을 체결하지 않으면 전쟁이 시작될 것이라는 공갈 협박에 의해 조인되었을 경우에는 그 조약은 유효하다.[26]" 라고 설명하고 있다. 앞에서 소개한 오펜하임의 교과서와 거의 같은 내용이 기술되어 있는 것이다. 제2차 일한협약이나 일한 병합조약의 체결에 있어서 일본이 한국에게 체결을 강요한 행위는 구라치(倉知)의 기술에 비추어보면 국가 대표자에 대한 강제라고 하기보다는 "만약 국가가 강폭 협박 등을 받았다는 이유에 의해 조약의 유효성 여부에 대해 따질 수 있다고 할 경

미 조약법에 관한 빈조약 제52조의 규정에 관련된 이론의 맹아가 보여 지고 있다. 立作太郎 ≪現實國際法諸問題≫ 岩波書店 (昭和12年) 51쪽.

23) 倉知鐵吉 ≪國際公法完≫ 日本法律學校 明治32(1899)年(？)197쪽.

24) 예를 들어 같은 내용이 藤田隆三郎의≪萬國公法≫에서도 나타난다. 즉 국가대표자에 대한 강제를 별도로 하여 "어떤 경우에 있어서 종종 강박위압에 의해 체결된 조약으로 여전히 유효한 경우가 있다"고 기술하고 있다. 藤田隆三郎 ≪萬國公法≫ 岡島寶文館 (明治24年) 147쪽 참조. 또 나카무라 신고(中村進午)도 홀과 마르텡의 설을 소개한 다음 "만약 이를 정당하다고 하지 않는다면 나도 또한 강폭에 의해 맺어진 조약의 체결은 부당하지는 않다고 생각한다. 왜냐 하면 만일 그것을 정당하다고 하지 않는다면 홀이 말하는 바와 같이 거의 모든 전후조약을 하나도 성립할 수가 없게 되기 때문이다"라고 언급하고 있다. 中村進午 ≪國際公法論≫ 東華堂 (明治30年) 596-597쪽 참조.

25) 高橋作衛 ≪平時國際公法≫ 清水書店 (明治36年) 647-648쪽. 그 외에도 松原一雄 ≪國際公法原論完≫ 東京法學院大學 (明治37年) 290-292쪽에도 遠藤源六 ≪國際法提要全≫ 清水書店 (大正5年) 160-161쪽에도 같은 기술이 보인다.

26) 千賀鶴太郎 ≪國際公法要義≫ 弘文堂書房 (明治42年) 337쪽.

우는 개전을 피하기 위해서 체결된 조약 및 전후에 강화 조약과 같은 것은 도저히 유효하게 이를 체결했다고 할 수 없게 되어 버린다"는 부분에 해당된다고 하겠다. 즉 전쟁에 호소하는 것을 국가 정책의 최후의 수단으로 금지하고 있지 않았던 '무차별 전쟁관'이 지배하고 있던 당시의 국제법에 의해 허용되고 있었던 행위가 되는 것이라고 생각한다. 마츠바라 가즈오(松原一雄)는 "상대국이 이쪽의 주장을 듣지 않으면 전쟁을 일으키겠다고 최후 통첩을 들이 댈 경우에는 국가에 대한 위협 강압이며 보통 국가 기관인 사람 그 자신에 대한 생각과는 구별하여 취급된다."[27] 고 단정하고 있다. 이점은 다치 사쿠타로(立作太郎)의 "국제법상의 조약에 있어서는 국가의 자유로운 의사의 일치가 없으면 조약의 무효를 주장할 수 있다고 할 수 없는 점에서 국내법상의 계약과 다른 것이다. 국가가 강국의 위압을 받은 결과 또는 전쟁에서 진 결과로서 체결된 조약도 국제법상 유효한 것으로 간주되는 것이다. 이것은 오로지 국제법이 아직 강력한 힘에 의한 분쟁해결을 금지하고 있지 못한 상태에 있기 때문에 강력한 힘에 의해 체결된 약속의 효력을 부인할 수 없는 것에서 기인하고 있다. 현재의 국제관계에 있어서 만약 이러한 종류의 조약을 무효라고 주장할 수 있게 된다면 전쟁의 결과인 강화조약은 패전국이 언제라도 그들이 원할 때 무효를 주장할 수 있게 된다. 국제관계의 고정적인 안정이 영구히 유지될 수 없게 될 것이다.[28]" 라고 기술하고 있는 것에서도 확인된다.

이처럼 조약 체결권한을 부여 받은 국가의 대표자에 대해 개인적으로 가해진 강제 또는 협박이 그 결과 체결된 조약을 무효로 하는 것은 제2차 일한협약 체결 당시 관습법으로 성립되어 있었다. 그러나 당시의 실증주의 학자들에 의해 제창되고 있었던 지배적 견해는 강제에 의한 동의의 하자이론의 적용을 국가 대표자 개인에 대한 강제의 경우에 한정하는 것에 의해 모든 평화조약에 법률상의 근거를 부여한다는 실천적 과제에 대답하고 있는 것이었다.[29] 즉 국제법은 패전국에 부과된 조약의 법적 유효성과 두 당사국이 자유롭게 합의한 조약의 그것과를 구별하지 않았던 것이다.[30] 안정성과 형식적 적법성에 대한 국제법의 관심이 사실상 추상적인 정의보다 우선하게 되었던 것이다. 바꾸어 말하자면 법이 사실을 따르지 않을 수 없었던 것이다.[31]

---

27) 松原一雄 ≪國際問題及び國際法問題≫ 斯文書院 (昭和8年) 70쪽.

28) 立作太郎 ≪平時國際法論≫ 日本評論社 (昭和12年) 554쪽. 다치(立)는 스팀슨주의를 열거한 별도의 저작에서도 같은 취지를 언급하고 있다. "스팀슨주의를 널리 해석하여 강력에 근거한 조약 또는 다른 조약에 위반하는 조약은 무수한 원칙을 포함하는 것으로서 이와 같은 원칙은 스팀슨주의의 성명에 앞서 국제법상 이미 근거를 가지거나 그렇지 않으면 스팀슨주의의 실행에 의해 근거를 가지기에 이르렀다고 보는 것이다. 하지만 강력에 근거한 조약이 단지 강력에 근거하였다는 이유로 인해 국제법상 무효라고 인정되지는 않는 것은 강화조약이 유효하다고 인정되는 것을 가지고도 알 수 있는 것이다"라고. 立 ≪前揭書≫ (注22) 56쪽.

29) C. Roussau, *Droit International Public*, Tome I(Sirey, 1970), pp. 144-145. 단 바텔(E. de Vattel)은 평화조약이 동의의 자유라는 일반규칙의 예외인 것을 인정하지만 평화조약의 내용이 부당하게 억압적인 경우에 강제의 항변이 정당화된다는 견해를 이미 표명하고 있다. E. de Vattel, *Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle,* Liv.Ⅳ, chap.Ⅳ, p. 278, §37.

30) 예를 들어 이탈리아와 연합국과의 평화조약의 해석을 둘러싸고 다툼이 일어난 사건으로 프랑스 이탈리아 조정위원회는 "패전국은 강제 하에서 동의를 부여했지만 역시 동의를 부여하고 있고 조약은 그 동의에서 생겨난 것이다"라고 판시하고 조약의 유효성을 국가의 동의에 근거를 두었다. 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.

그러나 이러한 상황에 이윽고 커다란 변화가 초래되었다. 제1차 세계대전의 무력 행사 위법화의 움직임과 더불어 이러한 위법의 무력 행사에 의해 국가에 부과된 조약을 무효로 하는 규범의식이 점차 제 국가 사이에 조성되어 갔던 것이다.[32] 특히 파시즘국가에 의한 두 세계대전 사이에 발생했던 몇 가지 국가실행[33]은 국가 대표자에 대한 강제는 차치해 두고서도 국가 그 자체에 대한 강제는 조약의 무효원인이 되지 않는다 라는 전통적 이론의 모순을 현재화시켜 지금까지의 이론 상황에서 탈각할 것을 요청하였다.[34] 이러한 모순을 극복하는 움직임의 하나로 자리매김한 것으로 1932년 1월 7일의 이른바 스팀슨 독트린이 있다.[35] 다만 미국에 의한 이 통첩은 중국에 있어서 미국의 권익을 지키는 대외정책의 표명이라는 성격을 일차적으로 갖고 있었고 이것을 가지고 전통적 이론을 전환시킨 새로운 일반 이론의 성립이라고까지 단언할 수는 없다. 그 점에서 같은 내용이라고 하더라도 이러한 국가의 정책 표명이라는 성격을 불식시킨 같은 해 3월 1일의 국제연맹 결의- "연맹 규약 또는 파리의정서에 반하는 방법으로 초래된 어떠한 사태, 조약 또는 협정도 승인하지 않는다는 것이 연맹가맹국의 의무이다[36]"-가 보다 중요하다. 또 이러한 움직임은 불평등조약의 문제까지도 시야에 넣은 형태로 2국간 조약의 레벨에서도 나타났다. 1921년 3월 16일에 조인된 '소비에트 터키 우호조약'이 그것이다. 동 조약은 제 1조에서 "각 체약국은 다른 체약국에 대해서 그 의사에 반하여 부과된 어떠한 평화조약 또는 기타 국제 조약을 승인하지 않을 것에 동의한다[37]"라고 규정하였다. 유감스럽게도 당시의 국제관계에 점하는 양국의 지위가 약했던 탓도 있어 이 조약은 그다지 주목을 받지 못하였다. 그러나 이러한 일련의 움직임이 적어도 무력에 의해 만들어진 법관계의 부정이라는 규범의식의 형성에 있어서 선구적 의의를 갖는 다는 것을 부정할 수는 없다.

그런데 이러한 다양한 움직임에도 불구하고 1935년의 조약법에 관한 하버드 초안은 '강박'이란 제목의 그 제 32조에서 지금까지의 전통적인 이론을 채용한 것이다.[38] 즉 "조약의 구속력의 본질적인 요건으로서의 동의의 자유는 조약의 작성에 참가한 개인이 강제되지 않으면 조약을 수락하려고 하지 않을 때에 그에게 수락을 강요할 목적으로 직접 그에게 대해 행해지는 정신적 또는 육체적인 강제에 관계하는, 점에 대해서는 일반적으로 합의가 존재한다. 본 초안에서 "강박"이라는 문구가 사용되고 있는 것은 이러한 좁은 혹은 한정적인 의미에 있어서이다. 전승국이 패전국에 대해 종종 부과하는 평화조약은 제외된다[39]"라고 설명한다. 결론부터 말하자면 이 초

---

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

33) 대표적인 사례로서 1939년 히틀러가 프라하폭격을 위협하면서 보헤미아 모라비아를 독일의 보호령으로 하는 협정에 서명하도록 체코슬로바키아 대통령에게 강요한 사례가 있다. 또 이 사례는 현실적으로 권총을 들이 밀면서 서명을 강요하고 있고 국가대표자에 대한 강제와 국가 그 자체에 대한 강제라는 두 가지 측면을 갖고 있다. 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. (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.

38) 다만 침략국의 경우 국가의 권리의무에 관한 하버드초안은 제4조3항에서 "침략국의 무력행사에 의해 초래된 조약은 유효로 할 수 있다"고 규정하고 있어 다른 견해를 취하고 있는 점이 주목된다. *A.J.I.L.*, Vol.33 (1939), Supplement, pp. 895-896.

안이 당시의 국가실행을 반영하고 있었던 것은 틀림없다. 예를 들어 미국은 앞에서의 스팀슨 독트린에도 불구하고 이 문제에 대하여 "패전국이 실제로 조약의 서명을 강요당했다고 하더라도 법의 의도하는 바는 그 서명을 자발적인 것으로 간주하는 것에 있다[40]" (베르사이유조약에 관한 국무성 법무관의 각서) 라고 하면서 전통적인 입장을 답습하고 있었고 이 점은 영국정부도 같은 입장이었다. 조약법의 권위자인 맥네이어 경(Lord McNair)은 영국이 이러한 전통적인 이론에 이의를 제창하는 일은 없다고 명언하고 있다.[41] 요컨대 "무력이 조약상의 약속에 위반하여 부당하게 행사되었다고 하더라도 또 강박의 관념이 국가 그 자체에 대한 무력의 행사를 포함할 만큼 확대되었다고는 할 수 없다[42]"고 하는 것이 영국과 미국뿐만 아니라 당시의 제 국가의 일반적인 인식이었다고 생각된다.[43]

이 점은 국제판례라는 측면에서도 증명된다. 상설 국제사법 재판소는 1815년 평화 조약(자유지대 사건) 및 1919년의 평화조약(윔블던호 사건, 단찌히 자유도시에 관한 사건 등)이 모두 패전국에 대한 무력에 의한 강제였음에도 불구하고 그들 조약의 적용을 주저하지 않았다.[44] 오히려 국제사법재판소의 어떤 사건에서도 패전국 자체, 자국의 동의가 무력 행사 또는 무력에 의한 위협에 의해 얻어진 것을 이유로 조약이 구속력을 가지지 않는다는 주장을 행하고 있지 않다.[45]

이러한 국제법의 상황을 고려할 때 제2차 일한협약이나 일한병합조약이 체결된 당시(20세기 초엽)에 위법인 무력에 의한 위협 또는 무력 행사에 의한 국가 자체에 대한 강제에 의한 조약의 법리가 관습법으로서 성립되어 있었다고 주장하는 것은 곤란하다. 적어도 이러한 법리가 "조약국은 국제분쟁 해결을 위해 전쟁에 호소하는 것을 잘못이라고 하고 또 그 상호관계에서 국가의 정책의 수단으로서 전쟁을 방기할 것을 그 각자의 인민의 이름으로 엄숙하게 선언한다"(제1조) 라고 규정한 부전조약(不戰條約, 1928년) 이전에 성립되어 있었다고 생각하는 것은 논리적으로도 불가능할 것이다. 왜냐하면 무력행사 위법화 이전에 이러한 위법인 무력에 의한 위협 또는 무력행사에 의한 국가 자체에 대한 강제를 무효로 하는 법리가 성립되어 있었다고는 생각하기 어렵기 때문이다. 실제로 맥네이어에 의하면 영국정부는 1910년 일한병합조약에 대하여 일본정부에게 의견 요청을 받았을 때 아무런 이의도 제기하지 않았고 이러한 방식의 합법성에 대하여 아무런 의문도 갖지 않았다고 한다.[46] 그렇다면 국가대표자에 대한 강제가 있었다고 입증되지 않는 한 이러한 조약의 무효는 주장될 수 없게 된다. 이근관 교수는 "그(=사카모토를 지칭 함)는 해당 협약이 국가대표에 대한 강박을 통하여 체결된 것이라는 것을 입증할 책임을 한국측에 귀

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) 파시즘국가는 바로 그 점을 이용하고 있다. 중국이 1921년 워싱턴회의에서 강제를 이유로 21개조요구의 폐기를 주장한 것에 대하여 일본의 시데하라(幣原)전권대사는 만일 조약에 의해 부여된 권리가 허여국의 자유의사가 아니었다는 이유로 폐기될 수 있다는 원칙이 시인된다면 그것은 "현존 국제관계의 안정에 중대한 영향을 미칠 수 있는 위험한 선례를 만드는 것"이라고 반박하였다. 松井芳郎 <日本軍國主義の國際法論 —≪滿州事變≫におけるその形成> 東京大學社會科學研究所編≪戰後日本の法論制≫ 東京大學出版會 379쪽.
44) C. Rousseau, *op. cit.*, p. 148.
45) Lord McNair, *op. cit.*. p. 209.
46) *Ibid.*, p. 208. 당시 일본에서도 같은 취지의 논고가 보인다. 有賀長雄 <日韓協約と强迫問題> ≪外交時報≫ 第9卷 5号 63-65쪽.

속시키고 있다"[47]고 비난하지만 무효를 주장하는 측에 입증책임이 귀속되는 것은 법의 일반 원칙이며 이 비판은 맞지 않다고 생각된다. 어찌 되었건 국가대표자에 대한 강제를 행하면 조약은 무효가 된다고 잘 알고 있었던 일본이 제2차 일한협약이나 일한병합조약의 체결에 있어서 이러한 규칙에 저촉되는 행위를 감히 했다고는 생각하기 어렵다. 이들 조약의 체결에 있어서 일본이 대한제국에게 위압을 가했던 것은 확실하지만 마지막까지 국가대표자에 대한 강제의 종류(예를 들어 1939년에 보헤미아와 모라비아에 대한 독일의 보호권 확립 조약 체결에 있어서 체코슬로바키아 대통령과 외무대신에게 권총을 들이대었다는 행위)는 행해지지 않았다고 생각된다.

또 한국의 연구자들은 이러한 강제에 의한 조약 이외의 이유에 의한 무효를 주장하고 있다. 이어서 그러한 주장의 타당성 여부에 대해 검토해 보자.

Ⅲ. 형식적 하자(瑕疵)의 논의-조약 명칭과 비준 문제를 중심으로

메이지헌법에서 조약체결에 관한 법제는 다음과 같이 규정되어 있다. 우선 헌법 13조에 "천황은 전쟁을 선포하고 강화를 맺고 또 제반의 조약을 체결한다"라고 규정되어 조약의 체결을 천황의 대권사항으로 되어 있다. 그리고 보다 구체적으로는 공식령(公式令, 1907년)이 규정하며 그 8조에 "국제조약을 발표할 때에는 上諭(천황의 명령서)를 덧붙여 이를 공포한다. 上諭에는 추밀원 고문의 자문을 거쳤다는 내용을 기입하고 (천황이) 친히 서명한 다음 옥쇄를 찍고 內閣總理大臣, 年, 月, 日을 기입하고 주임 국무대신과 더불어 여기에 부서한다"고 규정하고 있다. 나아가 비준서나 전권위임장에 대해서는 "국서 기타 외교상의 친서, 조약비준서, 전권위임장, 외국파견관리위임장, 명예영사위임장 및 외국영사 인가장에는 친서한 다음 옥쇄를 찍고 주임 국무대신이 이에 부서한다. 외무대신에게 받는 전권위임장에는 내각총리대신이 이에 부서한다"(13조)라는 형식이 취해지고 있는 것을 알 수 있다.[48] 이처럼 일본에서 조약체결의 국내적 수속은 일한병합조약 이전에 겨우 정비되었던 것을 알 수 있다. 그렇다면 일본은 외국과의 조약에서 이러한 국내적 수속에 위반한 것을 이유로 조약의 무효를 주장할 수 있었을까? 대답은 부정적이지 않을 수 없다. 이러한 국내법상의 수속의 위반만을 가지고 조약의 무효를 주장할 수 없는 것은 국제법상 확립된 규칙이다. 조약법조약 27조의 "당사국은 조약의 불이행을 정당화하는 근거로서 자국의 국내법을 원용할 수가 없다"는 규정은 이러한 관습법규칙을 법전화한 것에 지나지 않는다.

비준조항이 없는 독립의정서의 공포 형식에 대해서는 1896년 6월의 조선문제에 관한 일러의정서를 예를 들면 추밀원에 자문하는 것 없이 또 공포되지도 않고 제국의회에서 외무대신 답변의 형식으로 분명하게 된 예가 있다.(한편 러시아 측은 관보를 통해 공포하였다) [49] 이와 같이 어떠한 형식으로 국내 수속을 진행시키는가는 각국의 국내법제에 위임되어 있고 국제법은 조약을 체결한 당사국 간에 동일한 국내 수속을 행할 것을 요구하고 있지는 않다. 거기서 제2차 일한

47) 李根寬 <國際條約上の强迫理論の再檢討—日本の韓國併合と關連して—> (飜譯版) (ソウル大學校韓國文化硏究所 ≪韓國併合の不法性硏究≫ ソウル大學校出版部 (2003年) 所收) 167쪽.
48) 條約局第一課 ≪條約ノ締結・批准及公布ニ關スル調書≫ (昭和11年7月) 3-4쪽.
49) 條約局第一課 ≪條約ノ締結・批准及公布ニ關スル調書≫ (昭和3年12月) 225쪽.

협약에 대해 한국의 연구자들이 제기하고 있는 무효 주장에 대해 국제법의 관점에서 반론하고 싶다.

1. 제2차 일한협약(1905년)의 명칭 문제

이태진 교수는 제2차 일한협약에 대해서 원래부터 원문에 명칭이 없는 것이라면 번역하면서 명칭을 붙여서는 안되며 협약이라는 명칭을 붙인다면 “Convention”이 아니라 “Agreement”라고 해야 한다고 주장한다. 그 이유로서 “Convention은 주로 우편협정, 적십자협정, 저작권 보호 등 특수한 사항에 관한 협정에 사용되는 용어이며 형식으로서는 Agreement 보다 한 단계 격이 높은 것이라고 할 수 있다.[50]”고 한다. 그러나 원래 개개의 문서에 어떠한 명칭을 사용하는 가에 대해서 국제법상의 규칙이 존재하는 것은 아니다. 더구나 “Convention”이 특수한 사항에 관한 협정에 사용된다고 하는 규칙도 존재하지 않을 뿐더러 이러한 관행도 존재하지 않는다. 실제로 ‘바다의 헌법’이라고 칭해지는 국제해양법조약 (United Nations Convention on the Law of the Sea)도 ‘조약법의 기본법’이라는 조약법 조약 (Vienna Convention on the Law of Treaties)도 다 “Convention”이라는 명칭을 사용한 중요한 국제문서다.

또 원문에 명칭이 없더라도 그다지 이상한 것이 아니다. 예를 들어 국제조약의 실천 예를 많이 갖고 있는 영국에서도 국제약속의 조인에 있어서 해당 약속에 표제를 부치지 않은 관행이 있다. 일본은 이를 모방하여 제2차 일한협약 체결의 전해인 1904년 8월 29일에 서명한 일본 인도 간의 통상조약에 대해서도 표제를 부치지 않고 있다. 다만 그 경우에도 조약 중에 “the present Convention”이라는 용어가 사용되고 있음으로 본 통상조약에 대해서는 “Convention”이라는 용어가 붙어 있는 것으로 취급되는 것이다.[51]

2. 제2차 일한협약(1905년)의 비준 문제

조약법조약에 의하면 ‘비준’이란 그렇게 불리는 국제적인 행위를 말하며 조약에 구속되는 것에 대한 국가의 동의는 이들 행위에 의해 국제적으로 확정적인 것으로 된다[52]” (제2조 1항(b))라고 정의된다. 이처럼 여기서 말하는 ‘비준’이란 국제법상의 비준을 말하며 권한 있는 국가기관이 서명을 하여 내용이 확정된 조약에 구속되는 것에 국가의 동의를 최종적으로 표시하는 국가적 행위를 말한다.[53] 한편으로 한국의 연구자가 주장하는 것은 전적으로 국내법상의 비준의 문제이다. 제2차 일한협약 체결 당시 한국에서 조약의 체결 자격 등에 대해 규정하고 있는 것은 대한국국제이다. 동 국제의 9조는 “대한 황제폐하는 각 유약국(有約國)에 사신을 파송하여 그곳에 주재시켜 선전, 강화 및 제반의 약조를 체결한다. 공법에 청하는 바 자견사신(自遣使臣)이 된다”라고 규정하고 있고 1894년의 칙령 제1호 공문식 제18조에는 조약비준서에 황제의 서명과 국쇄의 날

50) 李泰鎭 <韓國併合は成立していない〔上〕> ≪世界≫ (1998年7月号) 309−310쪽.
51) 條約局第一課 ≪前揭書≫ (注(48)) 5−6쪽.
52) 山手治之・香西茂・松井芳郎 ≪ベーシック條約集〔第5版〕≫ 東信堂 (2004年) 239쪽.
53) 小川芳彦 <條約の批准> (國際法學會編 ≪國際關係法辭典≫ 三省堂 (1995年) 所收) 430쪽.

인을 요구하고 있었다.[54] 이와 같이 당시의 대한제국이 국내법에서는 조약의 체결은 그 비준을 포함하여 황제 대권사항으로 되어 있고 비준은 황제의 서명과 국쇄의 날인에 의해 완성되는 요식행위로 되어 있다. 이러한 일정한 방식을 결여한 비준은 무효라고 되어 있었다.

그렇다면 한국의 연구자들이 주장하는 무효론을 국제법적으로 검토해 보자. 논의의 출발점은 원래 제2차 일한협약이 비준을 요하는 조약이었는가에 있다. 전문 5개조로 이루어진 이 조약에는 이른바 비준조항이 존재하고 있지 않다. 즉 국가의 동의가 최종적으로 비준에 의해 표명된다는 규정이 조약문 안에 없다. 바꾸어 말하자면 조약의 효력발생의 요건으로서 비준은 명확하게는 요구되고 있지 않다. 또 박제순 외부대신의 서명은 비준을 조건으로 서명된 것이 아니다. 그 점이 교섭과정에서 표명된 것도 없다. 일본측의 인식도 마찬가지이다. "위 협약은 한국 외무대신과 일본국 공사가 그 평소의 직권으로서 조인한 소위 동문통첩의 형식을 취하는 것으로 쌍방에서 특히 전권위원을 파견하여 협정을 조인하고 양 군주의 비준을 거친 정식 조약이 아니다.[55]" (아리가 나가오 (有賀長雄))라는 것이었다. 동 협약은 비준을 요하는 조약이 아니라는 이해였다. 실제로 서명 직후 일본은 11월 23일에 동 협약을 관보 호외에 외무성 고시로 공표하고 있다. 한국의 연구자들은 1904년 2월 23일의 일한의정서에 대해서도 비준서의 결여 등을 이유로 무효라는 주장을 하고 있는데 신속한 대응을 요하는 조약에 대해서는 시간이 걸리는 비준 수속을 피하는 것이 일반적 경향이었고 본 협약에서도 그러한 대응이 행해졌다고 하겠다.

한국의 연구자가 주장하듯이 동 협약은 국제법상 효력요건으로서 비준을 요하는 것이었다고 한다면 조약의 안정성이라는 견지에서는 교섭 당시 혹은 조약문 안에 이 점을 명기할 필요가 있었다고 생각된다. 우선 국가의 동의를 확립하는 국제적 행위인 비준이 통상 2국간 조약의 경우에는 비준서의 교환에 의해 성립하는 것을 고려하면 당사국간의 합의는 불가결했다고 생각된다. 그러나 그와 같은 것은 일체 존재하고 있지 않다. 또 한국의 연구자가 국내법상의 비준의 유무를 문제 삼고 있다고 한다면 이러한 국내법상의 의미에 있어서 '비준'은 국제적 행위가 아니라 순수하게 국내적 행위로서 그 자체가 아무런 국제적 효력 또는 효과를 갖지 못하는 것에 주의할 필요가 있다.[56] 이러한 국내법의 수속과 국제법의 수속을 혼동해서는 안 된다. 한국 연구자의 주장의 전제에는 제2차 일한협약은 보호조약이라는 외교권(주권의 일부)을 외국에게 양도하는 중요한 조약이며 그 체결에 있어서는 당연히 조약에 구속되는 것에 대한 가장 중요한 형식인 비준이 필요하며 황제의 서명과 국쇄의 날인이 있어야 한다는 논리가 내재되어 있다.[57] 대권을 가진 황제가 비준을 거부할 것이기 때문에 대한제국을 구속하지 못한다는 것이다. 만일 그렇다면 제2차일한협약이 박제순 외부대신에 의해 서명된 후 1905년 12월 16일에 한국의 '관보' 교섭사항 난에 그 전문이 공포된 사실을 어떻게 파악하고 있는가 하는 문제가 생긴다. 국내법상 황제의 비준을 필요로 하고 더구나 그것이 얻어지지 못하고 있었다면 관보에서의 공포는 보류되었을 것이라고 생각된다.[58] 어쨌든 당시 한성에 공사관을 두고 있던 각국은 제2차 일한협약을 승인하고

---

54) 西尾昭 ≪韓國その法と文化≫ 啓文社 (1993年) 142-143쪽.
55) 有賀長雄 ≪保護國論≫ 早稻田大學出版部 (明治39年) 202쪽.
56) Fitzmaurice, "Do Treaties Need Ratification?" , *B.Y.I.L.*, Vol.15(1934), p. 116.
57) 실제 당시 ≪保護國論≫을 저술했던 아리가(有賀) 조차도 "그리하여 외국간의 같은 종류의 보호조약은 대체로 정식조약 체제를 취한다"라고 하는 말을 남기고 있다. 有賀 ≪前揭書≫ 202쪽.
58) 이 논의는 한국의 논자 입장에서 보면 형식논리라는 비판을 면하기 어려울 것이다. 왜냐하면 조약의 체결을 강요한 국가의 강제력이 조약체결 후에도 계속되고 있는 한은 관보에서의 공포도 또 강

한성에서 공사관을 철수하고 있다.

또 참고로 어떠한 종류의 조약에 비준 조항을 붙일 것인가에 대한 당시의 일본의 인식은 나중에(1928년 12월) 외무성 조약국 제1과가 정리한 "조약의 체결, 비준 및 공포에 관한 조서"에 의하면 다음과 같이 되어 있다. "요컨대 국제법상의 관례에 의하지만 또한 각국의 법제상에도 의하고 비준조항을 붙여야 할 국제약속의 범위에 대해서는 이에 관한 일정한 막연한 범위가 존재한다고 할 수 있지만 반드시 확정된 것은 아니다"라고 하면서 "우리나라에서 어떠한 국제약속에 비준조항을 포함시킬 것인가에 대해서는 앞에서 든 중요한 사항을 표준으로 하여 국제관례에 의해 정부에서 적절하게 처리할 것이라고 정할 수밖에 없다"고 기술하고 있다. 그리고 "실질적으로 말하면 우리나라에서도 (1)입법사항 (국민의 권의(權義)에 관한 것 및 법률을 변경하는 것을 포함), (2)재정상의 부담을 부과하는 것, (3)통상조약 등 반드시 비준조항을 요할 것[59]"이라고 기술하고 있다. 또 일본에서는 비준을 필요로 하지 않는 국제약속의 공포 형식에 대해서는 1885년의 공문식에도 또 1907년의 공식령에도 아무런 규정이 없고 1913년경까지는 반드시 통일적인 실행은 행해지지 않았다고 한다. 외무성 고시의 형태나 관헌휘보 난의 형태로 공포되는 것도 있었고 드물게 조약 제 몇 호 (1907년 이전은 칙령의 형식을 취하고 있었다고 한다)로 공포되는 경우도 있었다고 한다.[60]

또 일한간에는 비준서 교환이 행해진 이른바 비준조약은 '일조수호조규'(1876년) 에서 '한국병합조약'(1910년)에 이르는 53건의 일본과 조선, 한국과 체결된 조약 중에… '일조수호조규'와 '일조수호조규속약'만[61]"이다. 이어서 일한병합조약에 대해 검토해 보자.

Ⅳ. 일한병합조약(1910년)의 체결

한국병합 수속에 대해 양국은 조약 형식에 의한 병합방법을 채용하였다. 즉 1910년 8월 21일 고무라(小村) 외무대신이 "한국병합의 건에 관하여 통감 자작 테라우치 마사다케(寺內正毅)에게서 한국 당국과 상의한 끝에 별지와 같이 병합 조약안을 논의하여 정하였으므로 조인 전에 천황의 재가를 받고 싶다"는 뜻을 천황에게 상주하도록 가츠라(桂) 총리대신에게 진언하였다. 당 조약안은 추밀원에 회부되어 재가를 받았고 대한제국에서는 같은 달 22일 오전 해당 조약안을 추밀원에 자문받아 재가를 받았다. 한편 대한제국에서도, 같은 해 8월22일 어전회의에서 한국황제가 통치권을 양도할 의사를 분명히 함과 동시에 조약체결의 전권위임장을 이완용 내각총리대신

요가 작용했다고 생각하는 것이 합리적인 추정이기 때문이다. 다만 가령 조약의 공포까지 강제에 의해 가능했다고 한다면 왜 황제의 비준을 강제적으로 얻는 것만이 불가능했는가는 합리적으로 설명될 수 없다. 공포라고 하는 형식적 수속에는 집착하면서 비준에 대해서 일본측이 집착하지 않았다고 하는 태도에서는 일본이 해당조약을 비준을 요하는 조약이라고는 생각하지 않았던 점을 알 수 있다. 한편으로 일본측이 집요하게 비준을 요구했다는 설도 들은 바가 있다. 이 부분에 대해서는 역사연구의 성과를 기다릴 수밖에 없다.

59) 條約局第一課 ≪同上≫ (注(49)) 44-45쪽.

60) 條約局第一課 ≪同上≫ (注(49)) 52쪽.

61) 海野福壽 <一九〇五年≪第二次日韓協約≫> ≪駿台史學≫ 第91号 (1979年) 15쪽.

에게 부여하였다. 이를 받아 같은 날 오후 일본의 전권위원인 테라우치 통감과 대한제국의 전권위원인 이완용은 한성에서 전문 8개조로 이루어진 '한국병합에 관한 조약'에 서명하였다. 동 조약은 제1조에 "한국 황제 폐하는 한국 전부에 관한 모든 통치권을 완전히 또한 영구히 일본 황제 폐하께 양도한다" 라고 하고 제2조에서 "일본국 황제 폐하는 전항에서 규정한 양도를 수락하고 또한 완전히 한국을 일본제국에 병합할 것을 승낙한다" 라는 형식을 취하고 있다. 그러나 대한제국 국민의 법적 지위에 대한 명시적 규정을 정하지 않고 있다. 단지 "한국에 시행하는 법률을 준수하는 한국인의 신체 및 재산에 대해 충분한 보호를 부여하고 또 그 복리의 증진을 꾀할 것이다"(6조)라고 규정하고 있을 뿐이다. 같은 달 29일 이 조약은 일본에서 조약 제4호로 공포되었다. 또 동 조약은 "본 조약은 일본국 황제 폐하 및 한국 황제 폐하의 재가를 거쳐 공포한 날로부터 이를 시행한다"(8조)라고 규정하고 있다.[62]

이 조약의 체결로 인해 메이지 정부는 한국에서 최혜국 대우를 향유하고 있던 10개국(독일, 미국, 오스트리아, 벨기에, 청국, 덴마크, 프랑스, 영국, 이탈리아 및 러시아)에 대해서 다음과 같은 선언을 통고하였다. 즉 "해당 조약은 8월 29일에 이를 공포하고 같은 날부터 이를 시행한다. 일본제국 정부는 동 조약의 결과 조선에 관한 통치의 전부를 담당하게 되었으므로 이에 따라 다음과 같은 방침에 의해 외국인 및 외국 무역에 관한 사항을 처리하고자 하는 바를 표명한다"라고 하면서 "첫째, 한국과 열국간에 체결된 조약은 당연히 무효가 되며 일본국과 열국간의 현행조약은 그 적용 가능한 범위 내에서 조선에 적용되어야 한다. 조선에 재류하는 제 외국인은 일본의 법권하에서 사정이 허락하는 한 일본 내지에서와 동일한 권리 및 특전을 향유하고 또한 그 적법한 기득권의 보호를 받는다. 일본제국 정부는 병합조약을 시행할 때 실제로 조선에서의 외국영사재판소에 관련되는 사건은 최종 결정이 나기까지 그 재판을 속행시킬 것을 승낙한다" 라고 통고하였다.[63] 또 한국과 조약관계는 없지만 일본과 조약관계가 있는 국가(예를 들어 아르헨티나, 브라질, 칠레 등)에 대해서도 "1910년 8월 22일 일본국과 한국간에 체결된 조약에 의해 한국은 일본국에 병합되어 오늘부터 일본제국의 일부가 되었다. 지금 일본국과 열국간의 현행조약은 그 적용 가능한 한 조선에 적용될 것이며 해당 현행 조약을 맺고 있는 열국의 신민 또는 인민은 조선에서 사정이 허락하는 한 일본 내지에서와 동일한 권리 및 특전을 향유할 수 있다[64]"라는 통고를 행하였다.

이에 대하여 일본에 의한 한국병합 그 자체에 대해 이의를 제창한 국가는 존재하지 않았다. 다만 영국, 프랑스, 미국, 독일, 이탈리아로부터 영사재판권 철폐 후의 사법 제도의 운용과 광산 채굴권 및 부동산 소유에 관한 기득권의 존중 등에 대하여 조회가 있었고, 일본은 병합의 결과 이들 열국과 한국간의 조약이 실효된 것에 따라 영사재판권을 폐지하겠다는 희망을 전달했다. 영국은 이것을 양해하였고[65] 다른 나라들도 자국민이 형사피고인의 경우 재판 및 형 집행을 한

62) 한국병합조약의 체결 경위에 대해서는 海野福壽 ≪韓國併合史の研究≫ 岩波書店 (2000年) 368-395쪽.
63) 外務省條約局 ≪國際法先例彙輯≫ (昭和8年 10月調) 26-28쪽. 또 만국저작권 보호 동맹조약의 사무국장으로부터 일본에 대하여 일본이 당사국인 만국공업소유권 보호조약 및 저작권 보호조약의 조선에 대한 적용에 관한 조회가 있었고 일본측은 동 조약은 일한병합의 결과로서 그 적용 범위가 조선에도 미친다는 회답을 행하였다. ≪同上≫ 33-34쪽.
64) ≪同上≫ 32쪽.
65) ≪同上≫ 37-38쪽. 영국은 1911년 1월 27일 한국에서의 영국의 영사재판권을 폐지 한다는 취지의 추밀원령(Order in Council)을 발포하였다. ≪同上≫ 38-40쪽.

성에서 행하는 것을 조건으로 영사재판권의 철폐에 찬성하였다. 또 1913년 재조선한국 거류지제도 제정폐지에 관한 조선총독부 외사국장 및 해당국영사관협의회의정서는 조선총독부 외사국장인 고마츠 미도리(小松綠)와 독일, 벨기에, 미국, 러시아, 영국, 프랑스, 이탈리아 등 각국 영사 사이에 체결되었는데[66] 전권위임장 없이 서명된 국제 약속이다. 이처럼 의정서 등 국제약속에서 항상 전권위임장이 요구되는 것은 아니다.

1. 조인 자격의 문제

이태진 교수는 일한병합조약도 조약 체결 수속 면에서 보아도 유효하게 성립되지 않았다고 주장한다. 잘 아는 바와 같이 일한병합조약 일본측 서명자는 통감인 테라우치였고 한국측의 서명자는 내각총리대신인 이완용이었다. 이 두 사람은 각각 자국을 대표하여 조약에 서명하는 입장에 있지 않았다는 것이다. 이 점에 대해서는 토츠카 에츠로(戶塚悅朗)교수도 같은 지적을 하고 있다. 즉 '병합조약' 체결은 외교에 관한 사항이었기 때문에 그 관리권한에 속하고 통감은 한국측에서 한국황제, 한국내각에 결정적인 영향력을 행사할 수 있었다. 따라서 한국측에 서서 스스로 한국정부에 지시하여 총리대신에게 '병합조약'에 서명시켰고 한편으로 자신이 일본측의 대표자로서 서명했다고 하는 이례적인 사태가 발생하였다. 만약 쌍방의 대리적인 요소를 외형적으로라도 감소시키는 배려가 있었더라면 통감에게 일본측의 대표를 시키는 일은 없었던 것은 아닐까? 실제로는 조약은 단순한 형식에 불과하고 법수속적인 외형도 "아무래도 상관없었던 것"이었을까?[67]"라고 의문을 제기하고 있다. 그러나 이것은 운노 후쿠주(海野福壽)교수가 지적하듯이 제2차 일한협약 제3조의 "일본국 정부는 그 대표자로서 한국 황제폐하의 궐하에 한 명의 통감을 둔다. 통감은 전적으로 외교에 관한 사항을 관리한다"라고 하는 표현에서 비롯된 오해라고 생각한다. 왜냐하면 "제2차 '일한협약' 제1조 및 제2조에 명기되어 있듯이 한국 외교권을 행사하는 것은 일본 정부이지 통감이 아니기" 때문이다. 실제로 "12월 20일 공포된 '통감부 및 이사청 관제'에서 '통감은 한국에 있어서 (일본) 제국 정부를 대표'한다고 명시되어 있고"[68], 통감의 외교사무를 지방(한국내)으로 한정시켰던 것이다. 따라서 테라우치 마사다케는 통감으로서 일본정부를 대표하는 입장에 있었고 또 이완용도 내각총리대신으로서 국가를 대표하는 자격을 가지고 있었기 때문에 아무런 조인 자격의 문제는 없었다고 할 수 있다.

또한 그렇다고 한다면 "이미 한국의 외교권 행사는 일본의 관리 지휘하에 있었기 때문에 이 조약은 일본과 일본이 체결한 조약[69]"이라는 비난의 여지가 있을 지도 모르겠다. 그러나 이 또한 운노교수의 지적에 의하면 일러강화조약 회의록에 "동국(한국)의 주권을 침해할 수 있는 것은 한국정부와 합의한 위에서 이를 집행할 것을 여기에 성명한다"고 되어 있고 병합은 바로 한국의 주권 침해에 해당됨으로 한국 총리대신의 서명을 요구한 것이라고 설명된다.[70] 아무튼 이 병합조약

66) 外務省條約局第一課 ≪前揭書≫ (昭和3年12月) 265쪽.
67) 戶塚悅朗 <乙巳保護條約の不法性と日本政府の責任> (≪國際シンポジウム—≪韓國併合≫はいかにしてなされたか≫ 所收) 16-17쪽.
68) 海野≪前揭書≫ (注(62)) 396-398쪽.
69) 君島和彦 <植民地≪帝國≫への道> (淺田喬二編 ≪<帝國>日本とアジア≫ 吉川弘文館 (1994年 所收) 75쪽.

에 이의를 제기한 열강은 없었는데 이와 같이 제3국의 승인의 태도에 관해 이러한 구 조약의 효력에 대해 어떠한 효과도 가지지 못한다는 주장이 있다. 백충현 교수의 주장이 그것이다.

2. 제3국에 의한 승인의 효과

백충현교수는 "이러한 제3국의 '승인'은 병합이라는 이름으로 외국의 영토를 강제적으로 취득하는 국제적 불법행위를 합법적인 행위로 전환할 수는 없으며, 본질적으로 '절대적 무효'인 조약의 효력을 제3국의 '승인'을 절대적 요인으로서 결정할 수는 없다. 한국병합은 당시의 국제법하에서 불법이었을 뿐만 아니라 정당하지도 않았고 제3국의 '승인'은 어떤 법적 효과도 창설할 수가 없다[71]"고 주장한다.(*역자주 사카모토 교수는 백충현 교수의 원문 내용 11행을 5행으로 요약하여 인용하고 있다. 또 내용 해석의 뉘앙스도 요약하여 인용한 탓인지 미묘하게 차이를 보이고 있다. 번역문에서는 사카모토 교수의 글을 그대로 번역했다. 원문과 대조하여 참조하기 바란다.) 그러나 당시의 국제법에서는 국가 그 자체에 대한 강제에 의해 조약을 무효로 하는 규칙도 강행규범(*jus cogens*)의 규칙도 존재하지 않았고 또 그러한 인정을 객관적으로 행할 사법기관도 존재하지 않았다. 실제로 조약법이 계약법(사법)에서 연원 되었으며 그 유추에 의해 구축되어 있다고 논한 1927년에 출판된 로터파흐트(H. Lauterpacht)의 유명한 저서[72]에서 조차도 강행규범에 대해서는 전혀 언급하고 있지 않다.[73] 이러한 상황에서 대한제국과 조약관계를 맺었던 다른 여러 국가가 일한병합조약을 어떻게 평가하고 있었는가 하는 점은 조약의 효력 문제에 대해 중요한 시사점을 부여하고 있다고 생각한다. 그런 의미에서 제3국이 일한병합조약을 유효한 것으로 취급하고 어느 나라도 이의를 제기하지 않았다는 사실은 중요하다. 당시 대한제국과 조약관계를 맺고 있었던 열강이 이러한 조약을 무효라고 간주하지 않았고 유효한 것으로 취급하였다는 실행은 '절대적 무효'라는 인정이 어떠한 제3의 기관에 의해서 이루어지지 않는 이상 이러한 조약의 유효성의 추정에 대해 중요한 역할을 담당하고 있다고 하겠다.

또한 일본법상의 조선인에 대한 지위에 대해서는 1910년 8월 29일 재외영사에게 보낸 훈령에서 "본 조약의 시행일로부터 조선인은 어떠한 수속을 거침이 없이 전부 내지인과 동일한 취급을 받는 것을 원칙으로 하지만 실제로 문제가 발생할 경우에는 그 중요한 사안에 대해서는 훈령을 요청한 다음 처리해야 한다는 점과 여권에 관해서는 종래 한국인 전용 여권을 폐지하고 조선인에 대하여 내지인과 동일한 취급을 해야 한다[74]"고 지시하였다[75]. 또 한국병합에 따른 법적문제

---

70) 海野 ≪前揭書≫ 400쪽.

71) 白忠鉉 <日本の韓國併合に對する國際法的考察> (飜譯版) (ソウル大學校韓國文化硏究所 ≪韓國併合の不法性硏究≫ ソウル大學校出版部 (2003年) 所收) 14쪽.

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) 또한 여기에 덧붙여 재간도총영사에 대해서는 간도에 살고 있는 조선인에 대해서는 종래대로 간도협정의 따라 조치하도록 훈령하였다.

75) 다만 국적법에 대해서는 본질상 내지인에게 적용되는 것으로, 조선인에 대해서는 국적법의 적용은 없다고 했다. 실제 일본은 대만에 대해서는 1899(明治32)년 칙령 289호에서 사할린에 대해서는 1924(大正13)년 칙령 88호를 가지고 국적에 관한 사항을 다뤘다.

의 처리에 대해서는 관련되는 칙령, 제령을 계속 발포하였다[76]

V. 결론

일본도 한국도 당사국인 조약법조약(1969년 체결, 1980년 발효)은 그 제52조에 "국제연합헌장에서 규정하는 국제법의 제 원칙에 위반하는 무력에 의한 위협 또는 무력행사의 결과 체결된 조약은 무효이다"라고 규정하고 있다. 이른바 위법인 무력에 의한 위협과 무력행사에 의한 국가자체에 대한 강제에 의한 조약을 무효로 하는 규칙이다. 즉 제2차 일한협약이나 일한병합조약이 체결된 당시와 오늘날과는 국가자체에 대한 강제에 대해 국제법에서는 예전의 규칙과 새로운 규칙이 존재하고 있는 것이다. 이와 같이 규칙의 내용에 변경이 발생한 경우에 새 규칙과 예전 규칙의 어느 것을 적용할 것인가라는 문제가 생긴다. 결론적으로 말하자면 이 새 규칙을 제2차 일한협약이나 일한병합조약에 그대로 적용할 수는 없다. 왜냐하면 조약법조약 제4조에 "이 조약은 자국에 대하여 이 조약의 효력이 살아있는 국가로부터 그 효력 발생 후에 체결된 조약에 대해서만 적용된다"라고 규정하고 있다. 이른바 조약 불소급의 원칙이다. 즉 조약은 효력발생 뒤에 효력을 가지는 것이며 별도의 합의가 없으면 조약은 역으로 소급할 효과를 가질 수가 없는 것이다. 바꾸어 말하자면 조약은 그 국가에 대해 효력이 발생하기 이전에 행해졌던 행위, 사실, 또는 효력발생일 이전에 소멸했던 사태에 대해서 그 국가를 구속하지 않는 것이다. 다만 제4조는 "다만 이 조약에 규정되어 있는 규칙 중에 이 조약과의 관계를 떠나 국제법에 기초한 조약을 규율하는 규칙의 어떠한 조약에 대해서도 그 적용을 방해하는 것은 아니다"라고 규정하고 관습법규칙으로서 성립되어 있던 것에 대해서는 그 범위 내에 있지 않다고 본다. 제52조의 초안을 준비했던 국제법위원회는 연맹규약, 부전조약 및 국제연합헌장 제2조 4항의 무력행사위법화의 발전에 의해 무력에 의한 위협 또는 무력행사의 결과 체결된 조약이 무효라는 것은 현행법이며 적어도 국제연합헌장 발효 뒤에 체결된 전 조약에 본 조항이 적용되는 것은 분명하다고 하였다. 그런데 조약법조약 채택을 위한 외교회의에서 사회주의국가와 개발도상국이 국제연합헌장 이전에 소급하여 본 조항이 적용된다는 취지의 수정안을 제출하였고 채택되었다.[77] 그 결과 이 규칙이

76) 1910(明治43)년 8월 29일에 한국병합에 관련하는 관계 국내법령으로서 제정된 것은 이하와 같다. <朝鮮ヨリ移入スル貨物ノ移入稅等ニ關スル勅令>・<內地・台灣及樺太ト朝鮮トノ間ニ通航スル船舶ニ關スル勅令>・<朝鮮ニ於ケル關稅及輸出入稅ニ關スル制令>・<特許法・意匠法及實用新案法ヲ朝鮮ニ施行スルコトニ關スル勅令>・<商標法ヲ朝鮮ニ施行スルコトニ關スル勅令>・<著作權法ヲ朝鮮ニ施行スルコトニ關スル勅令>・<統監府特許局官制廢止ニ關スル勅令>・<居留地ノ行政事務ニ關スル制令>.

77) 1966년의 국제법위원회의 초안이 "국제연합헌장의 제 원칙에 위반하는 (in violation of the principles of the Charter of the United Nations) 무력에 의한 위협 또는 무력의 행사 결과 체결된 조약은 무효이다" 라고 규정되었던 것에 대하여 사회주의국이나 개발도상국의 14개국 수정안(A/CONF.39/C.1/L.289 and Add.1)는 "국제연합헌장에 규정하는 국제법의 제 원칙에 위반하는 (in violation of the principles of international law embodied in the Charter of the United Nations) 무력에 의한 위협 또는 무력 행사의 결과 체결된 조약은 무효이다" 라고 수정하고 국제연합헌장 이

정확하게 어느 시점에서 관습법규칙으로서 성립하였는가 하는 문제가 남게 되었다. 그러나 무력행사금지의 관습법규칙 성립이전에 이러한 무력행사에 기초한 강제에 의해 맺어진 조약을 무효로 하는 규칙이 성립되어 있었다고는 생각하기 어렵고 바꾸어 말하면 부전조약이 체결된 1928년 이전으로 거슬러 올라가기도 어렵기 때문에 이러한 규칙이 제2차 일한협약이나 일한병합조약에는 적용될 수 없다고 생각한다.

나아가 국제법에는 시제법(時際法)이라는 생각이 존재한다. 오늘날에서 보면 위법 행위가 과거에 거슬러 올라가 모든 것을 무효로 하는 것은 아니다. 어떤 법률행위(즉 제2차 일한협약이나 일한병합조약의 체결)이 유효하게 성립하였는가 아닌가는 그 법률행위가 행해진 당시에 유효했던 국제법에 비추어 판단하지 않으면 안 된다는 것이다. 다만 영역 취득의 유효성이 법의 발전을 고려하여 판단된 경우가 없는 것이 아니다. 상설중재재판소에서 미국과 네덜란드간의 영역분쟁이었던 팔머스섬 사건 판결(1928년)에서 맥스 후버(Max Huber)중재인은 권리의 창설과 권리의 존속을 구분하여 각각의 시기의 국제법에 근거하여 판단한다는 입장을 채용하였다.[78] 이 판결의 입장에 의하면 어느 시점에 있어서 영역취득이 유효하였다고 하더라도 그 후의 국제법의 발전에 의해 영유권이 부정되는 경우도 있을 수 있게 된다.[79] 이 사건에 대하여 요약해서 설명하면 미국의 영유권 주장의 근거는 1898년 파리조약에 의한 스페인으로부터의 할양이며 쟁점이 되었던 팔머스섬에 대한 권리의 근원은 스페인에 의한 발견이었다. 이에 대해 네덜란드는 1677년 이후의 팔머스섬에 대한 장기적이며 평화적인 권력의 행사(이른바 실효적 점유)를 그 영유권의 원천이라고 하였다. 이들 양국의 주장에 대하여 후버 중재인은 "발견에서 생기는 원시적 취득은 스페인에 있지만 19세기 국제법에서는 선점이 실효적이지 않으면 안 되고 발견만 하고 이후 어떠한 후속적 행위도 없는 경우에는 주권의 존재는 충분히 증명되지 않는다고 하면서 가령 1898년에 미성숙한 권원(權原)이 스페인에 존재한다고 하더라도 이것은 타국(네덜란드)에 의한 지속적이며 평화적인 권력의 발현에는 우선할 수 없다"면서 네덜란드의 영유권을 인정한 것이다. 그러나 일한병합조약의 경우는 이 조약에 의해 한국은 일본에게 병합되었고 바꾸어 말하자면 해당 조약의 체결에 의해 법률행위는 완성되었고 영유권의 경합이 다투어진 팔머스섬 사건의 법리를 그대로 적용하는 것은 곤란할 것이다. 또 백보 양보하여 법리를 적용할 수 있다고 하더라도 거기서 얻을 수 있는 결론은 체결 당시는 유효했지만 현재는 무효라는 것이 되며 일한기본조약(1965년)의 "1910년8월 22일 이전에 대일본제국과 대한제국 사이에 체결된 모든 조약 및 협정은 이미 무효라는 것이 확인되었다"(제2조)는 규정에 관한 일본측 해석 즉 "이미(already)라는 문구를 넣음으로써 적어도 한시기는 유효였던 시기가 있었다는 우리측의 입장을 표명했던 바입니다."[80]라고 하는 해석에 귀착하는 것이고 당초부터 무효라고 하는 한국측의 논리를 보강하는 것은 아니라고 생각한다.

다만 백충현 교수는 "만약 시제법 또는 법규범의 불소급원칙이 국제법에서 확립된 원칙이라

전에 이러한 국제법 원칙이 성립되어 있었고 국제연합 헌장은 그것을 규정한 것에 불과하다고 한 것이다. 그 때문에 제52조는 헌장 이전으로 소급하게 되었다.

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

79) 松井芳郎他 ≪國際法［第4版］≫ (有斐閣, 2002年) 117쪽.

80) 山田昭次<日韓條約の今日的問題点> (臨時增刊 ≪世界 日朝關係－その歷史と現在≫ (岩波書店 1992年) 30-42쪽.

고 하더라도 일반국제법의 강행규범과 긴밀한 관계가 있는 사실에 관해서는 예외의 근거로는 되지 않는다[81]"라고 주장한다. 일본의 한국병합은 정의에 반하여 강행규범에 위반한다고 하는 것이다. 그러나 강행규범(*jus cogens*) 개념은 조약법조약 53조에서 법전화된 개념이고 제2차 일한협약이나 일한병합조약이 체결된 당시에 이미 성립되었다고 보기는 어렵다. 일본이 페리의 함포외교에 의해 체결할 수 밖에 없었던 가나가와조약(神奈川條約)을 비롯한 일련의 열강과의 불평등조약은 그 어느 것도 무력 혹은 이에 상당하는 것에 의한 강요의 산물이지만 근대 국제법에 있어서 조약법은 주저 없이 이들 조약의 효력을 승인하였다. 즉 이 당시 조약의 효력을 논할 때 문제가 되는 것은 합의의 형식적 적법성뿐이었다. 합의의 내용과 합의에 이르는 당사국의 의사형성 과정은 전혀 무시당한다. 요컨대 어떠한 내용이라고 하더라도 또 어떠한 강제가 국가에 대하여 사용되었다고 하더라도 당사국의 형식적 합의만 갖추어져 있으면 조약은 유효한 것이라고 간주되는 것이다. 힘의 논리에 근거한 근대 국제법에서는 조약의 무효 원인으로서 강행규범이 언급된 적은 없었다. 슈바르첸베르거(G.Schwarzenberger)의 표현을 빌리면 "국내법과 달리 관습국제법은 강행규범 또는 공서(公序)의 개념을 결여하고 있다[82]"는 것이다. 국가는 그 대외관계를 자기 의사에 따라 정서(整序)하는 기본적인 권능을 가진 법주체로서 승인하여 제3국의 권리를 침해하거나 제3국에 의무를 부과하지 않는 한 조약에 의해 스스로가 바라는 법 관계를 자유롭게 설정할 수 있는 것이라고 생각하고 있었다. 관점을 달리해 보면 조약이라는 법적 문서의 장식 속에는 스스로의 의사를 강요하려는 강대국을 방해하는 요소는 국제법상에 존재하지 않았다. "특별법은 일반법에 우선한다"는 법리에 근거하여 모든 일반법(관습법)은 특별법(조약)에 의해 일탈(逸脫 (contract out))이 허락되었다. 표현을 바꾸면 일반 국제법은 모든 임의 규범(*jus dispositivum*)의 형식으로 존재하고 있다. 거기에는 조약자유를 제한하는 규칙은 존재하지 않고 이른바 '조약자유의 원칙'이 많은 경우 기능해 왔다.[83] 이 원칙이 그 이름 아래서 강국에 의한 약국의 지배라는 관계를 구축하는 매우 강한 이데올로기적 성격을 갖는 것은 확실하다. 제2차 일한협약과 일한병합조약은 이러한 시대에 체결된 조약이다. 물론 국제법은 법질서인 이상 공서(公序)의 개념은 존재하는 것이며 이러한 국제법의 기본원칙은 당사국의 합의에 의해서도 일탈될 수 없다고 하는 논의는 학자간에는 예전부터 존재하였지만 실정법의 레벨에 이르는 경우는 없었던 것이다. 실제로 조약법조약 성립 이전에 강제에 의한 조약이며 '비도덕적'이라는 것을 이유로 무효가 주장된 것은 불과 1925에서26년의 Tacna Arica 중재 재판에서 페루가 1884년 칠레와의 조약은 불법으로 강제되어 서명한 것에 불과하다는 주장을 행한 사례와 1920년 볼리비아와 페루가 연맹총회에서 칠레와의 제 조약의 개정을 요청하는 문서를 제출하고 요청의 근거로서 조약은 무력에 의해 강제되었다고 주장한 예가 있을 뿐이다.[84] 이러한 주장은 충분히 성공을 거두지 못하였다. 이상의 고찰에서 적어도 국제법의 입장에서는 일한의 구 조약 그 중에서도 무효라고 소리 높여 주장되어 왔던 제2차 일한협약과 일한병합조약도 유효하게 체결되었던 조약이었다는 결론에 이르지 않을 수 없는 것이다.

마지막으로 한 사람의 국제법 학자로서 한마디 덧붙이고 싶다. 과거에도 지적하였지만 본고에

81) 白 <前揭論文> 7쪽.
82) G.Schwarzenberger, *Manual of International Law*, 1967, pp. 29-30.
83) H.Kelsen, *Principles of International Law*, 1952, pp. 322-323.
84) Franciszek Przetacznic, Validity of Treaties concluded under Coercion," *Indian Journal of International Law*, Vo1.15, No.2 (1975), p. 176.

서 다루고 있는 일한간의 구 조약의 효력 문제는 분명히 일한간의 과거사의 상징적인 것이지만 과거의 청산이라는 문제를 이 효력 문제로 집약할 수 있을까 없을까 라는 개인적인 의문을 금할 수 없다. 왜냐하면 역사의 문제를 구 조약의 효력 문제 즉 유효냐 무효냐 하는 이분법에 가두어 두는 것은 스스로 한계가 있다고 생각되기 때문이다. 이러한 태도는 일한간의 과거에 일어난 수많은 역사적 사실을 사상(捨象)하고 효력 문제에 관한 요건 사실만으로 양국의 과거를 말하는 것에 다름이 없기 때문이다. 양국의 국민 사이에 공유해야 할 것은 이러한 좁은 법적 사실에서 도출된 효력 문제에 대한 대답이 아니라 식민지 지배의 가혹한 실상과 그러한 역사를 어떻게 청산할 것인가 라는 보다 넓은 과제라고 생각한다.[85]

85) 拙稿 <日韓は旧條約問題の落とし穴に陥ってはならない> ≪世界≫ (1998年9月号) 205쪽.

[비평문]

김도형

1876년 '조일수호조규'의 체결 이후, 1910년 '한일병합조약'에 이르는 기간 동안 한일 간에 맺은 여러 조약의 체결과정과 각 조약의 성격을 정확하게 파악하는 것은 일본의 조선 침략과 강점 과정을 밝히기 위해서 반드시 검토되어야 할 문제이다. 그 가운데서도 일본의 침략적 성격은 1904년의 '한일의정서'에서 1905년의 '을사조약'을 거쳐 1910년의 '한일병합조약'에 이르는 일련의 조약에서 잘 드러난다.

이들 조약의 성격을 둘러싼 한일 학계의 논쟁은 최근 몇 년 사이에 꽤 많은 연구자들에 의해 진지하게 논의되었다. 1965년 체결된 한일기본조약에서 이 조약들은 '이미 무효'가 되었지만, 그 무효의 시점에 대해서 한일 양국의 입장이 다르기 때문에 그 불씨는 언제나 잔존하고 있기 때문이다. 대체로 한국학자들은 이 조약들의 불성립과 무효를 주장하고, 일본학자들은 대개 '도덕적으로는 부당하지만 법적으로는 유효'하다는 입장을 보이고 있다. 일본측의 견해를 대표하는 학자 가운데 한사람이 사카모도 교수이다.

이 논문은 사카모도 교수가 이왕에 발표했던 논문을 다시 정리한 것으로, 그 논지는 대강 다음과 같다. (1) 일본과 조선 사이에는 국제법 인식의 차이(곧 근대 국제법을 수용하는 속도에서의 차이)와 군사력, 國力의 차이가 존재했다. (2) '2차 한일협약'(이른바 을사조약)은 '국가 대표에 대한 협박을 한 것이 아니라 국가 자체에 대한 강제'로 이루어진 것이므로, 국제법상으로 조약의 효력에는 아무런 영향이 없는 것, 곧 유효한 것이다. 국가대표자에 대해 강제를 행하면 '무효'라는 점을 알고 있었던 일본이 조약 체결 과정에서 효력에 영향을 미치는 행위를 했다고 생각하기 어렵다. 일본이 대한제국에 위압을 가했던 것은 확실하지만 마지막까지 국가대표자에 대한 강제는 행해지지 않았다. 만약 국가대표에게 강박을 가한 것이라면 이는 한국측 연구자들이 입증해야 한다. (3) 한국 학자들이 거론하는 형식적 瑕疵(조약 명칭 및 비준 문제)도 문제가 없다. 즉 국내적 수속에 위반한 것을 이유로 조약의 무효를 주장할 수 없는 것이 국제법상 확립된 규칙이며, 또한 개개의 문서에 어떤 명칭을 사용하는 가에 대해서도 국제법상 규칙이 없기 때문이다. '2차 한일협약'의 규정에는 국가의 동의가 최종적으로 비준에 의해 표명된다는 규정이 조약문 안에 없으며, 또한 외무대신이 서명하고, 이를 12월 16일 官報 교섭사항에 공포하였으며, 각국 공사로 이를 승인하고 공사관을 철수하였다. (4) 합병조약을 조인한 사람의 자격에도 문제가 없다. 통감은 일본 정부를 대표하고, 이완용은 내각총리대신으로 조선 국가를 대표하는 자격이었기 때문에 조인 자격에 문제가 없으며, 이 조약에 대해서는 제3국이 승인하였다.

이런 사카모도 교수의 논지는 당시 조약의 유무효 문제를 단순하게 국제법의 입장에서 분석한 결과이다. 이들 조약의 유무효 문제, 그리고 조약의 성격을 파악하기 위해서는 다음과 같은 점이 고려되어야 할 것이다.

첫째, 제국주의 침략과 식민지배라는 역사적 사실은 단순하게 국제법 상의 법리 논쟁이 아니라 좀더 거시적인 차원에서 접근해야 할 것이다. 국제법이라는 것 자체가 기본적으로 식민지, 약소국의 이익을 위한 것이 아니라 침략을 자행한 강대국 사이의 이익 조정이라는 차원에서 제기

된 것이 많기 때문이다. 韓日 간의 조약도 국제법의 법리로만 접근하게 되면 일본의 불법적 침략은 은폐될 수밖에 없다. 역사적 인식을 결여한 채 식민지배의 도덕적 부당성만을 거론한다면 이는 제국주의 침략을 반성하는 차원이 아니라 결국 식민 수탈을 당했던 국가에 대한 동정일 뿐이다. 법리 해석적 차원보다는 역사적 관점에서 그 성격 규명에 접근해야 할 것이다.

둘째, 국제법 법리만으로 이 문제에 접근하더라도 '조약이 유효'라는 점을 논증하고, 한국학자들을 납득시킬 책임은 일본학자의 몫이다. 한국의 학자들은 국제법의 법리로 따져도 많은 문제점이 있다고 보고 있다. 이미 많은 연구들이 이 점을 지적하고 있으므로 더 언급할 필요는 없을 것이다. 그러면서도 이 논문에서 가장 역점을 둔 것이 바로 '협박의 대상'의 문제이므로 이 점을 지적하지 않을 수 없다. 사까모도 교수는 '국가대표자에 대한 협박'과 '국가 자체에 대한 강제'를 구분하고 있다. 물론 이런 구분 자체는 전쟁 이후에 맺게 되는 강화조약의 정당성을 확보하기 위한 것이다. 그러나 군사적 억압과 침략을 받고 있던 당시 조선으로서는 '강제의 대상'을 구분한다는 것 자체는 의미도 없고, 또한 구분할 수도 없다. 을사조약 체결 당시 일본은 조약 문제를 협의했던 모든 사람을 무력으로 압박하였다. 대포로 무장한 일본군이 궁궐을 포위하고, 무력 시위를 행하였고, 또한 반대 의사를 가진 사람을 별도로 불러내어 협박하였으며, 끝까지 동의하지 않는 사람은 별실에 감금하였다. 또한 회의석상에서 이또 히로부미는 한사람 한사람을 거명하면서 위협적인 분위기에서 각각의 의사를 확인하였다. 이것이 바로 사까모도 교수가 말하는 국가대표에 대한 억압이다. 그리고 이것이 논문에서 주장하는 바와 같이 국가 자체에 대한 강제라고 하더라도 국가 자체를 위협한 것은 그 구성원에 대한 위협일 수밖에 없다. 전쟁으로 이어질 것이라는 위협도 역시 개인에게 위협이 될 수 있다. 이를 억지로 구분하려는 논리 자체가 전쟁이나 침략의 불법성을 숨기기 위한 제국주의적 논리일 뿐이다. 강제의 문제와 구분은 이미 한국학계에서 충분하게 해명한 것이므로 이제는 일본측의 연구자들이 이에 대해 답을 해야 할 것이다.

셋째, 대한제국 황제였던 고종의 조약 체결 이후의 활동도 고려되어야 할 것이다. 당시 대한제국은 조약 체결에 대해서는 황제가 최종 권한을 가지고 있었다. 그리고 그 이전의 모든 국제적인 조약에서는 국왕의 위임장, 비준서가 있었다. 그런데 일본의 주권 침탈 과정에서 맺어진 조약에서는 이런 것을 찾을 수 없다. 물론 이런 문건은 더 찾아야 할 것이지만, 일본측에서도 이에 대해 명백하게 논증해야 할 것이다. 또한 당시 대한제국의 최고 통치권, 주권을 가진 고종 스스로 을사조약이 성립되지 않았다고 판단하고, 이를 국제사회에 호소하였다. 이런 점도 동시에 고려되어야 할 것이다.

끝으로 이 문제를 둘러싼 논쟁은 한일관계를 새로운 차원에서 설정한다는 역사 인식을 공유해야 해결될 수 있다. 사까모도 교수가 "양국의 국민 사이에 공유해야 할 것은 이러한 좁은 법적 사실에서 도출된 효력문제에 대한 대답이 아니라 식민지 지배의 가혹한 실상과 그러한 역사를 어떻게 청산할 것인가 라는 보다 넓은 과제라고 생각한다"고 한 점에 동의 한다. 이런 관점에서 본다면 사까모도 교수 자신도 역사의 청산을 위해 이 조약 문제를 법리적으로만 접근하여 '합법, 유효'만을 주장할 것이 아니라 다른 차원의 인식을 보여야 할 것이다.

[집필자 답변]

나의 논문에 대한 김도형교수의 첫 번째 비판은, 한일 구조약의 효력문제를 “단순히 국제법의 입장에서 분석”하고 있다는 점이다. 즉, “법리해석 차원보다는 역사적 관점에서 그 [일본 제국주의의 침략과 식민지지배라고 하는 역사적 사실의] 성격규명에 접근해야할 것이다”라는 비판이다.

그러나 나는 다음과 같이 생각한다. 국제법의 입장에서 한일 구조약의 유효성을 긍정하는 것과, 한국에 대한 식민지지배를 반성없이 긍정한다는 것은 별개 문제이다. 식민지지배에 대해 반성한다면 그것을 가져온 법적 조치에 대해 단죄해야한다는 주장도 있겠지만, 그러한 주장은 역사인식과 법적 논의를 불가분의 것으로 바라보는 입장과 다름없다. 올바른 역사인식의 필요성을 부정하지는 않지만, 역사인식이 법적 논의를 규정해야한다는 사고를 받아들일 수는 없다. 가령 양자가 동일해야 한다고 한다면, 거기에는 법적 논의의 성립 여지가 존재하지 않는 것이 되버리기 때문이다.

두번째 비판은 “국제법의 법리만으로 이 문제에 접근한다 해도 ‘조약의 유효’라는 점을 논증하고 한국의 학자들을 납득시킬 책임은 일본 학자의 역할이다”라는 점이다.

이 문제는 조약의 효력에 대해 입증할 책임을 지는 것이 유효를 주장하는 측인가, 무효를 주장하는 측인가라는 문제이다. 이 점에 대해서 나는 입증책임은 무효를 주장하는 측에 귀속한다는 것이 국제법 입장이라고 생각한다. 조약의 불소급 원칙에 따라, 한일 구조약에 직접 적용되는 것은 아니지만, 한일이 당사국으로 되어있는 조약법에 관한 비엔나조약 제5부 제4절에서도 이 방식이 채용되고 있다.

마지막으로, 김도형교수께서 내 논문을 깊은 인내심으로 정확하게 읽어주신 데 대해 감사드린다.