

평양국제토론회 토론회

이훈재
7-11

1905년 《보호조약》의 효력에 관한 고찰

런던대학 초빙연구원

변 호 사

도즈까 에프조

1905년 《보호조약》의 효력에 관한 고찰

머리말

1905년 《보호조약》의 효력에 대해서는 일본의 국제법학회에서는 거의 논의된 일이 없었다. 일본의 국제법학사가 이 문제에 대하여 발언한적이 없지는 않았으나 그것은 주로 정치적 측면에서 한것이지 국제법상의 논점에 대하여 상세한 분석을 시도한것은 아니였다.

필자를 포함한 일본의 변호사들도 마찬가지고

1992년초까지는 거의 논의한적이 없었다. 일본과 조선사이의 기본관계에 대하여 이처럼 중요한 문제에 대하여 최근까지 아무런 관심을 가지지 못한데 대하여 매우 유감스럽게 반성하면서 조선민주주의인민공화국과 남조선의 여러분들에게 사죄하는바이다. 저는 이 문제에 대하여 연구를 진행하면서 역사적진상을 규명하며 일본의 법적, 도의적, 정치적 책임을 밝히고 그에 상응한 해결을 함으로써만 두 나라 인민들사이에 참다운 우호관계를 맺을수 있겠다는 생각을 가지게 되였다. 기본관계를 옳게 해결함으로써 우리는 문제를 아들대 에나 손자대 에 물려주지

않게 할수 있을것이다. 그것이 실현되면 일본이 복귀될 수 있으며 우리 일본사람들에게도 매우 유익한 일이라고 생각한다.

제가 이 문제를 연구하게 된 계기는 첫째로 1992년 9월중순 남조선보도에 대한 소식을 들은것이다. 둘째로 같은해 9월 《중군위안부》강제런행재판 및 일조회담과 정에서 일본제국에 의한 식민지 지배하에서의 일본법이 논의된것이다. 필자는 당시 일본법이 국제법상 어떤 근거로 제정되었는가 하는데 관심을 가졌는데 당시 는 막연하게 구조선제국과 일본제국간에 조약을 체결하고 스스로의 의사에 의하여 일본의 《보호국》으로 되었다는 인식밖에는 없었다. 그런데 연구를 진행하는 과정에 예상치 않았던 문헌을 발견하여 놀라지 않을수 없었다. 그것은 후에 말하려는 유엔국제법위원회에서 1963년의 유엔총회 앞으로 보낼 보고서였다. 연구의 성과를 요약하면 다음과 같다. (《보호조약》 강제사건과 국제법)

결론부터 말하겠다. 대일본제국이 독립국가였던 구조선제국의 주권(외교권)을 빼앗아 《보호국》으로 만든 1905년의 《보호조약》은 군대를 거느린 대일본제국 정부대표들이 구조선제국 황제는 물론 참정대신(수상),

외부대신과 그밖의 국가를 대표하는 개인들에게 직접 승인과 서명을 강요한것인바 당시의 국제관습법에 비추어 《체결당초부터 효력을 발생하지 않았다.》고 이해할수 밖에는 없다고 생각하게 되었다.

참고삼아 말한다면 효력을 발생하지 않은 조약은 그 자체가 조약으로서 존재하지 않은것이므로 후에 승인한다는것은 있을수 없다. 상대국이 적용함으로써 비로소 《무효》로 되는 《상대적무효》와는 다르다. 애당초 전혀 효력을 발생하지 않은 조약이므로 《절대적무효》의 실례로 된다. 조약의 체결방식에 따라 《당신은 유효, 지금은 무효》라고 그 효력을 좌우할수 있는것은 아니다.

일본측은 이 조약을 《보호조약》이라고 한다.

조선측에서는 《을사조약》이라든가 《1905년 한일 협약》 등으로 부르고있다. 이 조약이 극히 중요한것은 그것이 구조선제국의 주권독립국가로서의 존재를 국제적으로 완전히 말살시킨 중대한 조약이기때문이다. 조선을 식민지화하는데서 일본으로서는 필수적인 조약이었다.

이 조약을 리행하여 대일본제국 정부가 임명하는 《통감부》가 조선에 설치되었으며 그것이 구조선제국의 외교에 관한 사항을 관리하고 그 외교관계와 사무는 도

표의 외무성과 일본의 외교대표자, 령사가 행사하게 되었다. 통감이 내정에 대하여 실권을 쥐고 구조선제국 정부를 움직이게 되었다.

황제 고종은 이 조약은 《자기의 의사에 어긋나게 일본정부로부터 강요되었다.》고 하면서 이 조약을 무시하였으며 일본에 의한 《보호》가 아니라 국제적공동보호를 실현하는 방향에서 국제사회에 조선을 지지해줄것을 요청하였다. 그러나 성공하지 못하였다.

(결론의 영향)

첫째로 효력을 발생하지 않고있는 조약을 전제로 하여 《확립》된 1910년의 《일한합병조약》과 그밖의 주요조약들도 사상무각이었다고 해야 할것이다.

그 상세한 내용에 대해서는 다른 기회에 론하겠다.

그 결과 일본의 조선지배에 대한 국제법적근거가 무너지게 되면 국제법적으로 효력을 발생하지 않고있는 지배체제하에서 만들어진 대일본제국의 조선지배관계립법들은 모두 그 합법성을 상실하고말것이다. 일본정부는 대일본제국에 의한 인권침해를 일본국내법을 근거로 하여 《적법적》이라고 주장하며 정당화할수 없게 된다.

조선에서의 징병 등 경우에 따라서는 국제법상 정당

화될수 있는 강제령행행위도 (페컨데 강제로동조약에서는 징병은 강제로동에 포함시키지 않고있다.) 국제법적으로도 《위법》적인 강제로동으로 평가될 가능성도 있다.

둘째로 조선에 대한 대일본제국의 지배는 국제법상 다른 나라에 의한 위법적인 군사강점지배였다는것으로 된다. 말하자면 한국가에 의한 다른 국가의 국제적인 《강탈》이다. 이렇게 놓고보면 조선에 대한 지배전체가 국제적불법행위로서 국가에 대한 《배상》지불의무가 성립될 원인으로 되는것은 부정할수 없을것이다.

셋째로 《보호조약》이 효력을 발생하지 않고있었다면 조선인민 전체가 위법적으로 일본의 지배를 받은것으로 된다.

일본은 1945년 7월 26일부 포츠담선언을 수락하였을 때 이 선언의 제8조에 인용된 카히라선언도 수락하였다. 1943년 11월 27일부 카히라선언은 일본에 의한 조선인민의 《노예상태에 류의》하였다.

이 3대동맹국 (미국, 중국, 영국)의 법적평가는 더욱더 강화되어 《노예상태》라는 문구는 단순한 정치적표현이 아니다 강한 법적효력을 발생하지 않았다는 평가는 일본이 진행한 식민지지배행위 전체에 더욱 강한 위법성을

따게 하며 당시 이미 국제법으로 보호되었어야 할 조선
인민전체의 《노예로부터의 자유》를 침해했다는 법적평가
를 더욱 확고부동하게 하여줄것이다. 또한 유엔에서 많
은 비정부기구가 종군위안부, 강제런행에 대하여 주장하는
일본에 의한 《노예》(성적노예뿐만아니라 강제로동도 포함)
라는 주장도 몇 배나 설득력이 강한것으로 되게 할것이다.

첫째로 효력이 발생하지 않은 《보호조약》에 의하여
위법적으로 식민지로 되었으며 둘째로 압정, 탄압, 차별에
의하여 현실적으로 조선인민전체가 《노예상태》에 놓여있
던데다가 개인적으로는 3종의 《노예》적취급을 당한 종
군위안부 등 피해자들이 받은 피해의 비법성의 정도는
나치스에 의한 유대인의 피해와도 비길수 있는 극히 고
도의 위법성을 띤 행위라고 할수 있지 않겠는가.

(조약의 절대적무효원인 《나라의 대표자개인의 강제
에 의한 체결》에 관한 국제법의 원칙)

이 경우와 같은 나라의 대표자에 의한 강제와 조약
의 효력에 대해서는 어떻게 고찰되고있는가 《나라의 대
표자에 의하여 개인적으로 강제가 가해지고 그에 의하여
조약의 서명, 비준, 수락, 승인이 이루어진 경우에 그렇게
하여 이루어진 동의가 무효임은 일반적으로 인정된것이다》

라고 하는 견해는 이 문제에 전적으로 부합된다.

이 국제관습법의 원칙에 비추어보면 앞에서 지적한 《보호조약》에 대한 북조선측의 동의 《형식적으로는 외 부대신의 동의, 실질적으로는 내각회의의 동의 및 황제의 동의》는 모두 《전적으로 무효》이며 《그 어떤 법적효과도 없는》 《절대적무효》였다고 평가할 수밖에 없는것을 이해할수 있을것이다.

1875년에 발행된 《국제법》(5권)(테오돌드와이 토 우르씨 저, 미사꾸 린쇼번역, 도표서림 제100조 제4))에서 관계부분을 인용해보자

《...위력에 의하여, 강박하여 맺은 조약은 그 효력이 없는것으로 한다.

... 위력에 의하여 강박하였을 때에는 자유의사에 의하여 그 조약을 체결한것이 아니다.》고 그 책에는 지적되어있다.

우르씨의 원서는 1860년에 출판된것이므로 명치 1년(1866년) 보다는 오래도

당시로서는 영국에서도 권위있는 최신연구소였을것이다.

《보호조약》의 체결은 1905년이므로 그보다 30년 전에 출판된것이였다.

이 국제관습법의 원칙은 일본어로 된 국제법교과서에 기재되고 있었다.

그 국제관습법은 아무리 늦잡아도 1860년에는 이미 확립되어있었던 국제적원칙이었던 것이다.

앞에서 언급한 1963년의 유엔총회앞으로 보낼 유엔국제법위원회 보고서 (유엔문건 A 15509 유엔총회에 제출된 위원회 보고, 1963년 5월 6일부터 7월 12일까지 진행된 제15차회의 사업과 관련한 국제법위원회의 보고)에 대하여 보고하였다.

이것은 유엔에서 출판된 국제법위원회의 정기보고서 1963년 제2권 (유엔문건 국제법위원회 년감 1963년판 유엔총회에 제출된 위원회 보고를 포함한 위원회 15차회의 문건, 197페이지)에 실려있다.

유엔국제법위원회는 유엔총회가 선정한 국제법의 세계적인위자들이 위원 (당시 25명)으로 ^{활동}사업하고있는 전문가회의이다.

이 자료는 《조약의 서명, 비준, 수락 또는 승인을 받기 위하여 개인의 인신 또는 개인적인 능력에 대하여 강제 또는 강박을 가하는 행위는 국가가 조약의 무효성을 주장하는것을 필연적으로 정당화하는데 대해서는 일반

적으로 인정된 것이라고 생각된다. 력사는 교섭자뿐아니라,
외무부의 성원에 대해서도 비준을 받기 위하여 강박을
가했다고 비난된 많은 실례를 제공하고 있다.

그가운데서도 하바드연구초안은 아래와 같은 실례를
들고 있다.

... 보호조약의 수락을 받기 위해 한국 황제 및 그
각료들에게 가해진 강박...》이라고 지적되어 있다.

(연구에 대한 반향)

앞에서 말한 연구의 결과는 다행히도 유엔비정부기구
인 국제화해단체 (I F O R) 의 지지를 받았다.

국제화해단체는 1993년 2월 유엔인권위원회에 대
하여 그 연구내용을 전면적으로 받아들인 서한을 제출하
였다.

이것은 일본내외에서 보도되어 상당한 충격을 주었다.

(8)

뿐만아니라 이것은 같은해 3월 모또오까쇼지 참의원
의원회에 의하여 제기되어 일본국회에서도 논의되었다.

그리고 같은해 유엔현대노예제부회에서도 논의가 계속
되었다. 같은해 7월에는 도쿄에서 《지금 생각하는 강
제〈종군위안부〉강제런행문제》를 주제로 《국제토론회》가

열렸으며 남조선의 이 문제의 권위자인 리태진 서울대학교 교수도 참가하여 광범한 논의가 진행되었다.

저에게도 토론할 기회가 마련되었다.

평양에서 진행되고있는 국제토론회에서도 이것이 취급되어 논의가 계속되고 있는것은 기쁜일이다.

저는 일본정부가 이 연구결과를 부정할수 없을것이라고 생각하고 있었다.

그 예상은 틀리지 않았던것이다.

이 문제에 대한 일본 정부의 주장의 전형적인 예로서 같은해 ^{1930년} 3월 23일 참의원예산위원회에서의 일본정부위원의 답변 및 같은해 9월 19일 유엔현대노예제부회의에서 한 답변을 들수 있다.

그러한 자리에서 일본 정부는 충분히 논박할 기회가 있었음에도 불구하고 앞에서 지적한 연구결과의 골자인 본질적내용에 대하여 아무런 반박도 하지 못하였다.

두가지점에 대하여 중시하여야 할것이다.

첫째로 구조선제국의 정부대표 개인에 대한 강제가 있었던 사실에 대하여 아무런 반론도 없었다.

둘째로 이러한 국가대표 개인에 대한 강박에 의하여 이루어진 조약이 효력을 발생하지 않는다는 확립된 국제관

습법이 당시부터 존재했다는 법적 사실에 대해서도 한마디의 반론도 하지 않았다.

일본정부는 본질적인 문제점을 피하고 유엔국제법위원회가 유엔총회에 제출한 년차보고서의 기재성격에 언급한 데 불과하다.

일본정부는 1963년 그 위원회의 보고서의 앞에서 지적한 기재가 있었던 사실은 인정하지 않을 수 없었다.

그러나 일본정부는 이것은 《잠정적으로 종합한》 것이지 그 위원회가 조약법조약초안을 제출한 1966년의 최종보고서에는 《1905년의 보호조약은 실례로 들지 않았》으므로 국제적으로 보호조약의 무효가 확정되었다고 말할 수 없다고 주장했다.

지금 유엔국제법위원회가 보호조약의 효력에 대하여 유엔으로서의 최종적 견해를 내놓았다고 주장하지는 않는다.

그 위원회가 조약법조약초안의 심의과정에 국가대표 개인에 대한 직접적인 강제에 의하여 이루어진 조약이 효력을 발생하지 않는 실례로서 이 문제를 든 중요성을 지적하고 있는데 지나지 않는다.

이 사실이 있기때문에 그 누구도 저의 연구결과가 《변호사의 개인적 견해에 지나지 않는다》고 하면서 무시

할수는 없는것이다.

또한 이 위원회의 심의과정에 이 문제가 《실례로서 적합치 않다.》는 등의 논의는 전혀 없었다.

그러므로 최종단계에서 실례를 들지 않았다는것을 가지고 그것이 실례로서 적합하지 않았다는 판단이 있었다는것으로는 되지 않을 것이다.

흥미있는것은 침묵을 지키고있던 국제법학자의 일부로부터 반응이 있는것이다.

신진국제법학자의 한 사람인 가나가와대학 아베 조고는 최근에 발표한 논문에서 《조약이 효력을 발생하지 않았으므로 〈합병〉이 실현되지 않았다고 하여도 합병이 외의 다른 법리에 의하여 합법화되어있었다고 해석하는 여지는 없겠는지, 예컨대 거기에 《정복》이라는 법리가 작용했다고는 생각할수 없겠는가》라고 지적하였다.

이것은 앞으로 충분히 고찰해야 할 매우 중요한 지적이다. 사실 《정복》이 성립되었다는것이 일본정부에 의하여 주장되고 입증된다면 이 법리에 의하여 당시의 국제법상으로는 구조선제국에 대한 지배를 《합법화》할수 있을것이다. 그러나 이 아베논문의 주석에 지적되고있는 바와 같이 《정복》이 성립되자면 무력에 의하여 다른

나라의 《령역을 병합하는 의사를 표시하는것》 및 《실력에 의한 지배가 실효적이며 확정적》이라는것이 필요하다.

그리고 《정복》에 의한 합법성을 주장하고 입증하는 책임은 일본측에 있다.

문제를 세가지 들자고 한다.

첫째는 지금까지 일본정부는 무력에 의한 《정복》을 주장한적도 입증한적도 한번도 없는것이다. 그것이 없으면 합법화는 이루어질수 없는것이다. 그러므로 앞으로 법정에서도 일조회담에서도 새로 그런 취지의 주장과 입증의 진행되겠는지 주목해야 할것이다. 만약 이것이 진행된다면 일본정부가 역사상 처음으로 무력에 의하여 구조선제국의 《령역 전부를 빼앗았다》는것은 승인하는것으로 된다. 지금까지의 일본정부 및 전후일본정부의 구조선제국지배에 관한 일관한 주장은 구조선제국의 의사에 의한 합의에 기초하여 《보호국화》 《합병》이 진행되었다는것이였다. 그러므로 지금에 와서 《정복》을 주장하는것은 그것만으로도 조일, 한일간의 기본관계를 근본적으로 뒤집어엎는것으로 되며 그 법적, 도의적, 정치적 영향은 헤아릴수 없을것이다.

둘째로 아무리 빨리 보아도 1910년까지는 일본제국 정부는 구조선제국에 대한 《합병》의사는 표명하지 않고있으므로 일본의 구조선에 대한 《보호국》으로서의 식민지 지배는 《정복》을 가지고는 정당화할수 없을것이다.

1905년부터 5년간의 무력에 의한 비법강점이라는 평가는 면할수 없지 않겠는가

셋째로 가령 일본정부가 새로이 《정복》이 성립되었다는것을 주장하고 입증했다하여도 1910년 이후 어느 단계에서 《실효적이며 확정적》인 《실력에 의한 지배》가 확립된것으로 되는가 하는것은 쉽게 판단할수 없을것이다. 일조 량국간에서는 사실 및 법적 평가의 두 측면에서 론쟁이 계속 될것이다.

이 문제를 합법적으로 누가 보아서도 공정하고 객관적으로 해결하기 위하여서는 일조 두 나라 정부가 《유엔사법재판소의 판단에 맡긴다》는 취지의 합의를 하고 사법판단에 맡기는것보다 더 좋은 길은 없을것이 아니겠는가