

일제의 한국침략과 국가책임

김 중 호*

국문요약

국제법의 법규범성을 둘러싼 논의는 현재도 계속되고 있는 국제법학상의 근본문제이다. 그리고 국제법의 법규범성과 책임개념은 밀접한 관계를 가지고 있다고 할 수 있다. 즉, 법규범의 특질은 법 주체에 대해 일정한 행위를 지시하거나 금지하는 행위규범과 해당 주체가 행위규범이 명하는 일을 하지 않는 경우의 제재를 정한 재판규범이라는 규범의 이중성에서 도출할 수 있다.

국제사회에 타당한 규범 중에는 법규범의 특수한 규범형식을 가진 것이 있다. 일반적으로 국제법규라 불리는 규범이 그것이다. 이러한 규범은 일정한 주체가 일정한 요건 하에 일정한 행위를 하여야 한다는 것을 정한 것이다. 만일 그것이 되지 않을 때에는 그 주체에 대해 다른 일정한 행위가 행해져야 한다. 주체의 책임을 묻고, 수정을 요구할 수 있다. 수정이 거절되면 일정한 경우에 국제재판에 호소할 수 있다. 일정한 강제적 수단을 취할 수도 있다. 이것을 전체적으로 보면, 일정한 주체는 일정한 요건 하에 일정한 행위를 해야 하며, 만약 그것을 하지 않으면 그 주체에 대해 다른 일정한 행위가 행해져야 한다. 그것은 바로 법규범의 특수한 규범형식이다.

일제가 한국을 침략하고 한국민에게 고통을 가한 것은 숨길 수 없는 역사적 사실이다. 본고는 일제의 한국침략과 국가책임을 검토하였다. 일제가 계획적으로 조선을 침략하기 위한 사상적 기반으로서의 정한론을 살펴보고 이어서 을사조약 법적 무효 근거를 밝힌다. 을사조약 법적으로 무효인 근거를 밝힌 후 일본 학자들이 주장한 병합조약 합법론의 모순을 지적한다. 일본 정부는 과거 한국에 대해 저지른 역사적 과오에 대해 성실한 사과와 개인보상의 책무가 있음을 지적하였다.

주제어: 일본제국주의, 한국침략, 정한론, 보호조약, 합방조약, 국가책임, 역사적 과오

논문투고일: 2021.12.07. 논문심사일: 2021.12.07. 게재확정일: 2021.12.17.

* 호서대학교 법경찰행정학과 교수, 법학박사(Ph.D & SJD).

목 차

I. 시작하며	IV. 한일합병조약 법적 무효의 근거
II. 일제의 계획적 조선침략	1. 전제가 무효인 2개 조약
1. 사상적 기반으로서의 정한론	2. 계엄(戒嚴) 태세에 의한 강제
2. 침략 책동으로서의 청일러 전쟁	3. 허위 조문
3. 규정 방침의 순차 강제	V. 한국병합조약 합법론의 모순
III. 을사조약 법적 무효의 근거	1. 이법(異法)지역으로서의 강권 지배
1. 대한제국 황제의 불명예	2. 실효지배론
2. 일본국 천황의 비준 부재	3. 미래지향론의 한계
3. 헤이그 밀사파견 사건	VI. 성실한 사죄와 개인보상의 책무

I. 시작하며

한일 국교정상화가 된지 올해로 56년을 경과하여 최근까지 양국의 교류는 모든 분야에서 꾸준히 확대되고 있다. 양국 정부도 미래 지향을 공통 인식으로 표명하여, 일본의 한국 침략과 식민지 지배에 대한 전후 처리는 우여곡절을 겪으면서도 겨우 화해의 지점에 도달한 것으로 보인다. 혹자는 여전히 미래를 향한 한 발짝도 내딛지 못하고 있다고 평가할 수도 있을 것이다. 그러나 현시점에서의 교류는 정치적, 경제적 측면이 앞서고 문화적 측면은 여러 가지 시도가 보이는 반면, 반드시 순조로운 발전이 기대되는 상황이라고 말하기는 어렵다. 정치적, 경제적으로는 타협이 성립되어도 문화적 교류와 우호 친선에는 타협이 없고, 항상 정신적인 화해가 기반으로 요구되기 때문이다. 이러한 정신적 화해가 한일관계에 있어서 아직도 미숙하다는 것을 지적하지 않을 수 없다.

제2차 세계대전 후 전승국인 미국은 점령군(GHQ)으로서 그들을 식민지 ‘해방인민’으로서 승자의 편에 서게 함과 동시에 제국주의 점령하의 질서를 어지럽히는 위험한 존재로서 패배자인 일본을 지배하고 관리해야 할 대상으로 보았다. 그리하여 일본인들의 식민지에 대한 기억과 체험은 밀봉되어 전후 사회의 의식 밖으로 쫓겨나고 만다. ‘식민지 시기의 망각은 미군을 중심으로 한 점령정책이

지향한 것이기도 했다.

전후 일본은 일종의 채국상태로 구식민지 제국과의 접촉은 금지되어 있으며, 그러한 경향은 한국전쟁 후 냉전구조가 진행되면서 한층 더 강화된 것이라는 의견도 있을 것이다. 일본인이 구식민지에 대해 반성적으로 생각하는 것도, 구식민지의 현상을 아는 것도 금지되어 있었다. 혹은 스스로 금지하고 있었다고 해야 할지도 모른다. 물론 이러한 입장은 자신들의 만행을 정당화하려는 소극적 이해인 것이다. 어쨌든 일본 학계의 주장은 미국 점령하에 ‘식민지 연구는 환영받지 못한 것’이라고 스스로 평가한다. 식민의 주체였던 자신들이 미군의 점령 자체가 일종의 식민지화라고 이해했으니까 당연히 그러했을 것이다. 하지만 이 점에서 미국의 점령정책은 극히 교묘했다고 비판할 것이다. 일본인입장에서 일본인에게 미국의 점령을 식민지화라고 느끼게 하지 않았으니까 그렇게 평가할 수 있을 것이다. 어쨌든 이런 시간이 지나고 일본은 평화헌법(신헌법) 체제로 이행되었다. 그러나 오늘날까지 여전히 일본의 식민지 역사에 대해서는 대부분 피지배국 입장에서는 부정적 평가가 압도적이다. 왜냐하면, 주권이 부정당한 상태에서 자신들의 주권사항에 대한 자주적 결정이 결여되었기 때문이다.

오래전 일본에서 발표된 아시아 6개 도시 여론조사(아시아신문사, 게재 1997년 6월 9일자)에 따르면 일본 혐오는 서울에서 54%, 베이징에서 41%에 달하며, 전후 처리에 대해 일본에 가장 강력하게 요구하는 것은 ‘역사교육의 충실과 마음으로 부터의 사회’이며, 각각 서울에서 50%와 32%, 베이징에서 27%로 37%의 높은 비율을 차지하고 있다. 이러한 반일감정이나 철저한 역사교육의 요구는 단적으로 말해 일본이라는 국가와 국민의 역사인식, 애매한 가해의식에 그 원인이 있음은 논할 필요도 없다.

일본의 근현대사는 상호이해를 가로막는 장벽으로서 잔존하고 있는 것이다. 한국민의 심정을 거스르는 일본 정치인의 잇따른 폭언과 망언도 그렇지만, 실체로서의 전후 처리의 미흡성과 반성의 희박함은 한국민의 일본에 대한 신뢰회복을 크게 방해하고 있다고 말하지 않을 수 없다. 한국 국민의 이러한 불신이 정치적 화해의 현상에 다시 그림자를 드리울 우려마저 있다. 왜냐하면, 이 불신은 본래 양국정부의 정치적 타협에 대한 불만과도 무관하지 않기 때문이다. 따라서 한일 문화교류를 촉진하는데 있어서 지금 가장 요구되는 것은 일본의 한국침략의

국가책임을 밝히고 애매한 역사인식을 불식하는 것이다.

가해의식의 회박함도 “과거를 물에 흘려보낸다”라고 하는 미래지향의 독선적 성격도 바꾸어 생각하면, 이 역사인식의 애매함에 그 원인이 있다. 진정한 미래지향이란 서로의 신뢰를 회복하는 것이다. 그러기 위해서는 사실을 직시하고, 애매함을 극복하는 것 이외에는 길이 없는 것이다. 그리고 이 국민적 과제의 달성에 있어서 학교교육이나 사회교육이 기여해야 함은 말할 필요도 없지만, 화해가 달성되는 과정 속에서 현재의 표면적인 사과로부터 성실한 사과로 나아가고, 사과의 표현으로부터 실질적인 보상으로 자연스럽게 길은 열리고 그것들이 인간적이며 문화적인 교류의 정신적 기반이 되어 가는 것을 기대할 수 있게 된다.

이 글은 일제의 한국침략이 있는 후 아직까지 제대로 된 공식 사과나 반성이 없고 국가의 책임 또한 명백히 밝히지 않은 것은 어떤 이유 때문이고, 이를 해결하기 위해서는 어떤 조치와 노력이 필요한지에 대해서 검토해 보기로 한다. 이러한 목적을 달성하기 위해 필자는 일제의 조선침략이 치밀한 계획 아래 이루어진 정치적인 사건이고, 이것을 법적으로 무효라는 것을 입증해야 가능하다고 생각한다. 따라서 본고에서는 일제의 계획적인 조선침략에 대한 그 역사적, 정치적 배경을 살펴보고, 이어서 을사조약의 법적 무효 근거에 대해서 고찰하기로 한다. 그리고 병합조약의 합법론이 모순이라는 점에 대해서도 법리적 측면에서 비판하고 필자 나름대로의 해석을 제시하기로 한다. 마지막에 일본 정부의 성실한 사과와 개인보상의 책무가 있음을 결론을 대신해서 제안하기로 한다.

II. 일제의 계획적 조선침략

우리가 지금 식민지라는 말에 집착하는 것은 봉인된 식민지 체험을 풀고, 과거의 진실을 아는 동시에 그러한 과거를 넘어 현재 전개하고 있는 움직임을 정확하게 파악하고 싶기 때문이다. 그리고 그러한 연구에는 어떠한 형태로든 우리들이 관여하고, 우리 자신이 말려들고 있는 새로운 식민주의에 대한 인식과 감성이 필요하다고 생각한다. 사실과 역사인식은 별개의 문제라는 지적은 중요하지만,

한일분쟁의 근저에 과거 식민지 통치에 대한 원념이 있음을 무시해서는 안 된다. 한일협정 체결에 이르기까지 아니 그 이후의 한일관계 속에서 우리가 일본에 대해 강한 거부반응을 보인 것도, 일본의 역사인식 문제가 근저에 있고 식민지배에 대한 원한이 깔려 있기 때문이다. 그래서 메이지(明治) 특히 러일전쟁 후, 다이쇼(大正)기 일본의 만한정책에 대해 혹독한 비판을 제기한 일본의 대표적인 논객(아사카와 간이치, 요시노 사쿠조, 이시바시 단잔)의 견해를 되새겨볼 필요가 있다. 이는 또한 일본이 쇼와(昭和) 시대에 만주사변과 중일전쟁을 거쳐 태평양 전쟁에까지 이른 실패의 근본원인을 묻는 것이기도 하다.

1. 사상적 기반으로서의 정한론

근대 일본과 아시아의 관계의 역사를 생각할 때, 그 출발점에 있는 것이 말할 것도 없이 정한론이다. 이미 메이지 원년 12월에는 기도 다카요시(木戶孝允)는 [사절을 조선에 보내 그의 무례를 따지고, 만약 불복시에는 명죄 공격기토(鳴罪攻擊其土), 크게 신주지위(神州)之威)를 신장할 것을 바란다]라고 말하였는바 이것은 후의 정한론이라 불리는 논의의 원형이라고도 할 만한 주장을 하고 있었다. 하지만, 이러한 주장을 그대로 외교론이라고 불러도 좋은가는 조금 의문이 될 것이다. 왜냐하면, 정한론(征韓論)에 관해서는 문자 그대로의 대외정략이라기보다 당시의 국내정략의 맥락 속에서 나온 면이 크기 때문이다. 실제로 여기서의 기도 다카요시(木戶孝允)의 정한론도 위에 인용한 문장 바로 뒤에 정한(征韓)을 하면 ‘천하의 나쁜 버릇(陋習)이 갑자기(忽) 일변(一變)하여 집안 싸움(內輪)에 나선다고 하는 악폐가 일세(一洗)되어, 반드시 ‘국지대익(國地大益) ‘불가언(不可言)이 있을 것이라고 하고 있다.

기도 다카요시(木戶孝允)가 여기서 [누습]이라든가 [악폐]라 부르고 있는 것은 그대로 방치하면 전국의 분열과 해체를 초래할지도 모르는 여러 번(諸藩)의 상호불신이며, 게다가 거기에는 그러한 여러 번(諸藩)을 말하자면 아래에서 휘두르고 있는 중에 보신전쟁(戊辰戰爭)²⁾으로부터 개선한 군대의 동향이 크게

1) 신국(神國)과 같은 말로 일본이나 중국에서 자기 나라를 자랑하여 일컫는 말이다.

2) 보신전쟁(戊辰戰爭)은 1868년부터 1869년 사이에 에도 막부의 세력과 교토 어소에 정치권력을 반환하기를 요구하는 세력과의 싸움으로, 일본에서 일어난 내전이다.

관계하고 있었다. 기도 다카요시(木戶孝允)는 유신직후 판적봉환(版籍奉還)의 단행을 설파한 글에서,³⁾ 여러 번은 ‘병력지강약이이(兵力之強弱而已)를 각자 상규(相竊) 및 조정(朝廷)은 스스로 사쓰나가(薩長)삿초는 사쓰마 번(薩摩藩)과 조슈 번(長州藩)의 준말)에게 기울고 사쓰나가는 또한 기병대(其兵隊)로 기울어 제번역개(諸藩亦概)격과 같은 류(類)로서 그 결과 미대지폐(尾大之弊)를 면할 수 없다고 말하고 있다.

사실, 이 시기의 메이지 신정부가 직면하고 있던 커다란 문제 중의 하나가 개선해 온 병정의 처우였다. 예를 들면, 사쓰마번에서는 개선병사의 의기가 왕성하여 종래의 신분적 질서를 타파하고 전공있는 병대(兵隊)들을 번정의 요직에 앉히는 개혁을 요구하자, 이에 곤혹스러워한 국부 시마즈 히사미츠(島津久光)는 병대에 인망이 있는 사이코 다카모리(西郷隆盛)를 불러내어 변경개혁을 실행 중이었다. 병정들은 200수십년 만에 도래한 문자 그대로 ‘무사’=‘싸우는 자의 면목을 발휘할 기회에 상봉했다는 흥분과 자각을 기초로 새로운 인재등용을 주장했다. 또, 기도 다카요시(木戶孝允)의 슬하의 쇼슈(長州)에서도, 기병대 아래의 서민까지 동원한 군대의 무장해제는 쉽게 진행되지 않고, 메이지 2년 12월에는 그러한 개선병사가 집단 탈주하는 사건(탈대 소동)이 일어났다.

일반적으로 보아, 격렬한 전투를 실제로 싸운 사람으로부터 보아, 총후나 전후의 생활이라고 하는 것은 훨씬 기대수준 이하이며, 산문적인 색채를 띠고 있는 것이다. 게다가 보신전쟁(戊辰戰爭)후의 상황 하에서는 권력기반이 확립되지 않은 신정부도 보신전쟁의 부담으로 피폐해진 각 번(藩)의 정부도 병정들의 명예롭고 안정된 전후생활을 보장해 줄 정도로 제도적 준비도 없고 재정적 기반도 없었다. 그에 반해, 그들의 동포의 일부가 정부 현관으로서 권세를 자행하고, 물질적으로도 풍족한 생활을 하고 있는 것이 그들의 불만을 강하게 했다. 이러한 개선병사의 충족되지 않은 기분은 그대로 사회적 상승을 지향하는 에너지를 내포하면서, 양이감정을 포함한 여러 가지 사회적 불만과 결합하게 되었던 것이다. 그런데 이와 같이 보면, 기도 다카요시(木戶孝允)의 정한론은 이러한 개선군대를 컨트롤하기 어려운 에너지를 대외전쟁에서 소비하고, 국내의 안정을 도모한다고

3) 明治 2년, 일본의 각 영주들이 그들의 영지(領地)와 인민을 조정에 반환한 사건으로 봉건제가 무너지고 중앙집권을 이루는 첫 단계 조치가 되었다.

하는 의도와 결부되어 있었다는 것이다.

세상에서 정한론 하면 바로 떠오르는 메이지 6년 정한론의 비등에도 그러한 배경이 있었다. 당시 정부는 개선한 병대(兵隊)를 포함하여, 폐번치현(廢藩置縣)에 의해서 실직하고, 징병령이나 질록처분(秩祿処分)의 진행 등으로 무용화하고 궁핍해진 다수의 사족들의 불평이나 불만에 둘러싸여 있었기 때문이다.

사이코 다카모리(西郷隆盛)가 이타가키 타이스케(板垣退助)에게 각의에서 스스로가 한국과견사절로 임명될 수 있도록 조력을 의뢰한 편지의 유명한 구절, “내란을 날개짓하는 마음을 밖으로 옮기고, 나라를 일으키려는 원탁”이라는 말도, 그러한 불만으로부터 발하는 에너지를 대외전쟁으로 향하여, 국가의 발전을 도모한다고 하는 것으로 일단은 해석할 수 있을 것 같다. 무엇보다 문제는 이와 같이 정한론을 국내정치 상황의 맥락으로부터 이해한다고 해도, 그런 점에서 즉시 정한론이란, 요컨대 국내 불평사족의 에너지를 발산시키기 위한, 말하자면 ‘가스 빼기’와 같은 치안대책이었다고 해석해도 좋은가 하는 점이다. 이와 같은 것도 이하에서 보듯이 정한론적인 논의는 그 대내적인 가스 빼기 정책효과라고 하는 이상으로, 이 시기의 사족들의 국내외에 걸친 정책을 둘러싼 특유의 정치철학의 표현으로서 이해할 수 있기 때문이다. 그런데 정한론이라고 하면, 당장 메이지 6년 시점에서의 사이코 다카모리(西郷隆盛)의 ‘진정한 의도’에 초점이 맞춰진다. 그리고 그에 대해서는 지금까지 여러 가지 논의가 이루어져 왔다.

근래에는 원래 사이코 다카모리(西郷隆盛)의 의도는 오로지 평화리에 한일국교를 여는 것에 있었고, 정한을 위한 전쟁 등을 최초부터 상정하고 있지 않았다는 설도 주장되고 있다. 이 설은 사이코 다카모리(西郷隆盛)의 정한론이라고 하면, 그것만으로 곧바로 조선에서의 전쟁을 연상하는 경향이 있었던 것에 대해 일정한 반성을 주는 효과가 있었다. 단지, 사이코 다카모리(西郷隆盛)가 ‘명분’ 없는 싸움을 혐오한 것은 사실이라고 해도, 그 점에서 즉시 그가 무엇보다도 평화적 해결 그 자체를 목적으로 하고 있었다는 것이 되는 것일까? 또, 사이코 다카모리(西郷隆盛) 이래 정한론적인 주장이라는 것이 실제로 존재하고, 많은 사족들에 의해 주장되고 있었던 것은 사실이며, 그러한 가운데 사이코 다카모리(西郷隆盛)만이 오로지 조선과의 현안의 평화해결을 지향하는 평화주의자였다고 하는 해석은 어느 정도로 가능한가? 그렇다고는 해도 여기서

‘거꾸로 사이코 다카모리(西郷隆盛) 자신이 앞장서서 정한을 단행한 군의 선구가 되려고 했다는 결론을 내릴 수도 없다.’라고 하는 것도 이 시기 사이코 다카모리(西郷隆盛)는 즉시 군사를 보내는 것을 비판하고, 자신이 사절로 파견되어야만 한다는 것을 오로지 주장하고 있었기 때문이다. 게다가 한국에 온 후 자신이 암살당하는 것을 상정하고 있는 말이 있는데, 이로 미루어 이때의 사이코 다카모리(西郷隆盛)의 의도는 여러 가지로 추측되는 것이다. 이 점에 대해 오쿠마 시게노부(大隈重信)는 사이코 다카모리(西郷隆盛)를 정한의 주창자가 아니라고 단정하고, 사이코 다카모리(西郷隆盛)의 행동에 대해서는 그가 조정(廟堂)에 복귀했지만, 자신의 정치적 지침을 실현할 방법을 찾아내지 못하고, 정치적인 속수무책 상태에 빠져 또한 구주, 시마즈 히사미츠로(島津久光)부터는 토책(吐責)을 받아, ‘실망 낙담의 극에 빠지게 되어, “전혀 인사를 근거로 하여 세상을 회피(遁避)할 뜻을 결정한다”에 이르렀지만, 때마침 정한의 한 건이 발발하여, 이것을 ‘비경(悲境)의 한 혈로(血路)’라고 하고, “최후의 담판을 해야 할 최후의 사절이 되어 한정(韓廷)을 살해하는 곳이 된다”는 것을 “자신의 괴로움을 감내해야 할 최후의 광명”이라고 했다고 전하고 있다. 말하자면 사이코 다카모리(西郷隆盛) 자살 원망설이다.

이에 대해서, 흑룡회(黒龍會)편의 세이난기전(西南紀傳)은 오쿠마 시게노부(大隈重信)의 견해를 비판하면서, 키리노 토시아키(桐野利秋)의 말을 인용하여, “우리나라로 하여금 각국과 배치(並馳)하여, 우내(宇內)에 독립시키는 것을 원할 때는 다만, 전투공벌(戰鬪攻伐)하여 해외로 건너가, 앞서 유럽 각국 사이에 종횡하며, 위력을 비교하여 관대하게 우내만국(宇內万国)에 병립하고, 열국의 경외(畏敬)를 끌어들이고, 대등한 조약을 맺어, 국권을 신장(伸暢)하게 할 것을 기한다”고 하는 웅대한 구상에 서는 것이 정한론이며, 사이코 다카모리(西郷隆盛) 등의 의견도 또한 동일한 것이라고 주장한다.

원래 “세이난기전(西南紀傳)”은 일본의 동아대륙에 대한 팽창적 국민의 정신의 계보를 더듬어 현창(顯彰)한다고 하는 의도에 서있었고, 그러한 입장에서는 메이지 6년의 정한의 일건을 사이코 다카모리(西郷隆盛) 개인의 자살원망이라고 하는 것으로 귀착시킬 수는 없는 것이다. 여기에서 자살원망설과 정한논설을 절충하여 사이코 다카모리(西郷隆盛)의 파견사절 임명요청은 불만을 토로하는 병정들의

우두머리로서 입장에서 그들의 의향을 대변하지 않을 수 없으며, 그 때문에 스스로가 조선에서 무례하게 대하거나 암살당함으로써 병정들의 정한을 위한 명분을 얻기 위한 것이었다는 견해가 있다.

이러한 사이코 다카모리(西郷隆盛)의 한 변주(variation)로서, 예를 들면, 나카에 조민(中江兆民)의 “삼취인 경륜문답(三醉人經綸問答)(메이지 20년)에 등장하는 호걸군(豪傑君)”이라는 인물을 들 수 있다. “이 호걸군은 명명부터 동양호걸적 인물로 무엇보다도 싸우는 것을 좋아하고, 그것을 보람으로 하고 있지만, 의외로 일본의 문명의 진보를 회구하는 것을 표명하고, 그러나 자기들과 같은 옛 존재는 국내에 있어서는 그 진보를 방해할 뿐이니까, 대륙진출의 선병(先兵)으로서 일본의 국위를 높이든가 혹은 그것에 의해 시체를 벌판(原野)에 옆으로 눕혀 이름을 이역에 남긴다”는 것으로, 어쨌든 일본의 발전을 위해서 보다 적극적인 역할을 완수할 수 있다고 말하고 있다.

나카에 조민(中江兆民)의 호걸군이 그리는 방법에는 물론 사이코 다카모리(西郷隆盛) 개인이라기보다 사족층 일반을 일본의 진보를 위한 부정적 매개체로서 자리 매김하려는 의도가 나타나 있지만, 그것을 사이코 다카모리(西郷隆盛)에 중첩시켜, 사이코 다카모리(西郷隆盛)의 의도는 자살적인 죽음을 통해 조국에 공헌하는 것에 있었다는 해석을 시도하고 있다고 볼 수도 있을 것이다.

정한론은 이와 같이 여러 가지 입장에서 여러 가지 해석이 펼쳐지는데, 여기서 중요한 것은 메이지 6년이라는 시점에서의 사이코 다카모리(西郷隆盛)의 실천적 의도나 소망과 정한론적인 논리 그 자체를 구별하지 않으면 안 된다는 것이다. 매우 극단적으로 말하면, 메이지 6년에 스스로 방한사절이 되는 것을 주장한 사이코 다카모리(西郷隆盛)가 만일 그 시점에서는 평화해결을 원했다고 해도 혹은 거기에 자살원망이 있었다고 해도 그 일은 그때까지 또 그 후에도 사이코 다카모리(西郷隆盛) 자신의 뇌리 속에 진짜 정한의 논리가 있었는가 하는 것과는 일단 무관하다는 것이다.

지금까지, 사이코 다카모리(西郷隆盛)라는 인물 자신이 매우 문제적이고 매력적이며, 그 때문에 정한의 일건 당시 사이코 다카모리(西郷隆盛)의 실제 의도나 목적에 대한 검토와 정한론이라 칭해지는 논의의 객관적 구조에 대한 논의가 특히면 중복되어 거론되는 경향이 있었다고 생각된다. 사이코 다카모리(西郷隆盛)의

파견사절로서의 평화적 의도를 추측하여, 거기에서 사이코 다카모리(西郷隆盛)가 정한론자는 아니었다고 결론짓거나, 그 자살원망에서 그의 정한론 자체를 부정한다고 하는 사고방식이 생겨나는 것은 모두 그 예이다. 그 점 위에서 본 절충설 등은 사이코 다카모리(西郷隆盛)의 현실적 의도와 그 정한의 사상의 존재를 나름대로 통합한 것이라고 말할 수 있지만, 여기서 우선 확인해야 할 것은 사이코 다카모리(西郷隆盛)의 사과의 회로 속에는 메이지 6년의 시점에서의 그의 구체적인 의도가 어떠한 것이든 정한론이라고 칭해질 수 있는 사고방식을 도출할 수 있는 논리가 내재하고 있었다고 한다. 실제로 사이코 다카모리(西郷隆盛) 자신이 가끔 쓰고 있는 것은 일반적으로 다른 논객들에 의해 전개된 정한론이라 칭해지는 논의와 공통의 논리를 포함하고 있다.

물론, 여기서 사이코 다카모리(西郷隆盛)가 쓰고 있는 것이라고 하는 것은 메이지 6년의 정한 논의가 검토될 때에 자료로서 인용되는 그 시점에서의 그의 이타가키(板垣退) 앞으로의 서한이나, 사후에 그것에 대해 기록한 문장에 한정되지 않는다. 보다 넓게 사이코 다카모리(西郷隆盛)의 정치관을 엿보게 하는 것을 가리키고 있다. 그리고 그것에 주목하는 한 메이지 6년 시점에서의 사이코 다카모리(西郷隆盛)의 의도가 무엇이든, 그가 다른 정한론자라고 불리는 사람들과 어떤 논리를 공유하고 있었음은 부정할 수 없다고 생각된다. 이러한 논리는 사이코 다카모리(西郷隆盛)의 사후에도 다른 형태로 계승되어 갔다. 즉, 정한론은 그때그때의 현실의 문맥으로부터 만들어진 단순한 대외 정략론 혹은 국내 치안대책론이라고 하는 이상으로 그 자체 객관적으로 유통되어 가는 하나의 정치철학에 뒷받침된 것이었던 것이다. 정한론 정변시에 있어서 사이코 다카모리(西郷隆盛)의 의도를 추측하기 전에 그러한 사이코 다카모리(西郷隆盛) 정치철학의 윤곽을 명확히 밝혀 두는 것이 우선 필요하다고 생각된다.

일본의 조선침략 야망은 메이지 유신 후의 정한론에서 비롯된 것이 아니라, 에도막부 말기의 사상이 요시다 쇼인(吉田松陰)에 의해 이미 명확히 확립되어 그의 제자들을 중심으로 하는 메이지 유신의 정치가들에게 계승되어 교묘하고 억지스러운 수법으로 그 사상의 실천이 도모되었던 것이다. 요시다 쇼인(吉田松陰)이 국제전략에 끼친 침략은 다음과 같다.

지금 급히 무비(武備)를 닦고, 함거(艦車)를 구비하고, 포(砲)를 보충하면서,

곶이 북해도(蝦夷)를 잘 개간하고, 제후를 봉건하고, 그 사이의 틈을 타서 갑자기와 호호츠크를 빼앗고, 류큐(琉球)를 티일러(諭) 조선을 책망하고, 질(質)을 납(質)하고, 공상을 바치는 것(貢奉), 옛 성시(盛時)처럼 하고, 북쪽은 만주 땅을 할애하고, 남쪽은 대만, 여송(呂宋·뽕)제도를 다스리고, 또 그런 연후에 백성을 사랑하여 선비를 양성한다. 노묵(魯·墨)(러시아·아메리카)을 강화하는 일정을 결연히 하여 내(我)로부터 이것(是)을 깨고, 신(信)을 이추(夷秋)에 잃지 말지이다. 사무집행을 엄하게 하고, 신의를 두텁게 하고, 그로 하여금 국력을 배양케 하며, 쉬운 조선·만주·지나(支那)를 베고, 교역에서 노묵(魯·墨)에게 실하는 곳은 또한 땅에서 선만(鮮滿)에게 보살할지이다.⁴⁾

정한론은 메이지기 국가의 정치적 방침으로 정착해 나가지만, 민간도 이를 비판하기는커녕 여기에 영합하여 강력하게 뒷받침했다. 예를 들면, 언론계 지도자의 한사람인 후쿠자와 유키치(福沢諭吉)는 유명한 ‘탈아론(脫亞論)’을 전개하고, 그 속에서 조선이나 중국에 대한 멸시사상을 드러내고 있다.

일본의 국토는 아시아의 동변에 있다고 하지만, 그 국민의 정신은 이미 아시아의 고치(固値)를 벗어나 서양의 문명으로 옮겨갔다. 그런데 여기에 불행하다는 것은 근처에 나라가 있고, -를 중국이라고 하며, -를 조선이라고 한다. 이 두 나라 사람들은 일신에 대해 또 일국에 관해서 개진(改進)의 길을 모르고, - 그 고풍구관(古風旧慣)에 연연하는 정은 백천년의 고(古)와 다르지 않다. 오늘의 모함을 이루자면, 일본은 이웃나라의 개명을 기다려 함께 아시아를 일으키는 것을 유예해서는 안 된다. 오히려 그 오를 벗어나 서양의 문명국과 진퇴를 같이하고, 그 지나(支那) 조선에 접하는 법도, 이웃나라이기 때문에 특별한 해석에 미치지 않고, 바로 서양인이 이것에 접하는 바람에 따라 처분해야 할 뿐이다. 악우(惡友)를 가까이하는 자는 악명(惡名)을 면치 못한다. 나는 마음속으로 아시아 동방의 악우를 사절하는 것이다.⁵⁾

4) 山田照美·朴鐘鳴共編, “新版·在日朝鮮人,” 明石書店, 1992, 65-66頁, 原典: “普及版 吉田松陰 全集 第一・八卷.”

5) 上同 77頁, 原典: 初瀬龍平, “脱亞論再考,” 東京大学出版会.

2. 침략 책동으로서의 청일·러 전쟁

청일전쟁은 조선을 전쟁터로 하고, 러일전쟁은 조선과 중국 동북부(만주)를 전쟁터로 하는 전쟁이었다. 그것은 조선을 둘러싼 제국주의적 권익의 충돌이기도 하였지만, 일본 측에 조선침략과 식민지화의 달성이라는 부동의 야망이 있었던 것은 분명하다.

갑오농민전쟁에 편승하여 내정개혁을 주창하고 간섭하며 조선으로부터 청국세력 일소를 기도한 청일전쟁의 기본전략은 외교상에 있어서 항상 피동자(被動者)의 지위를 잡으려는 것이고, 일단 사건 있는 날 군사상에 있어서 전체 기선을 제압하는 것(야마베 겐타로(山辺健太郎), “한일병합소사”)이라고 하는 정부차원에서 찬성하는 것이라고 하는 것이며,⁶⁾ 만약 청국정부에서 우리 의견에 찬동하는 때는 제국정부의 독자의 힘(獨力)을 바탕으로 조선정부에서 전술한 정치의 개혁을 위해 노력한 것으로 각의에서 결정하고, 또한 당면한 ‘대한전략으로서 명의상 독립국으로 하되 영구 혹은 장기간에 걸쳐 직간접으로 “그 독립을 부식(扶植)하여 타의 외侮(外侮)를 막는다.”(山辺健太郎, 上同 105-106頁)고 하여 조선을 사실상 일본의 종속국으로 하기로 각의 결정하여 조선정부와 ‘한일 잠정합동조약 및 ‘대일본대조선양국맹약을 체결하였는데, 외무상 무쓰 무네미쓰(陸奥宗光)는 이 맹약을 칭송하여 ‘한 면으로는 그들이 일개 독립의 국가(邦國)로서 공연히 어느 나라와도 공수동맹(攻守同盟)을 해야 할 권리를 표창함과 동시에 다른 면으로는 굳게 그들을 우리 손에 묶어 두고, 과감히 타고(他顧)하는 바 이를 막기에 일거양득의 계책에 나서는 것이 당연하다(山辺健太郎, 上同 106-107頁, 原典: 陸奥宗光, “塞塞録”)라고 적고 있다.

한국조선은 1897년, 국호를 대한제국이라고 개칭과 만주(滿州)의 권익을 둘러싼 10년 후의 러일의 충돌도 전쟁을 각오하고 한국의 완전 지배를 목표로 하는 일본의 강경한 자세가 러시아에 최후통첩을 보내는 형태가 되었기 때문이다. 이 강경자세의 배후에는 영일동맹(1902년)이 있었는데, 다음에 나타낸 가쓰라타로(桂太郎 수상)의 회고록은 당시의 불퇴전의 결의를 잘 전하고 있다.

6) 山辺健太郎, “日韓併合小史,” 岩波新書, 1969, 90頁.

년(메이지 36년)경 필자 주 1903년의 6월 23일 어전 회의를 열고 대 노국(魯國) 담판의 국사가 결정되었다. 이 결의안은 따로 있지만 대략 좌와 같다. 노나라(魯國)가 약정을 어기고 만주 특히 요서의 군사를 거두지 않는 데 있어서 이 기회를 이용하여 수년래 해결 가능함은 고사하고 한국문제를 이 기회에 있어서 해결할 것이라는 문제를 결정함에 우선 한국은 그 일부라도 어떠한 사정이 있어도 노나라에 양보하지 않을 것이고 이에 반해 만주는 이미 우세의 위치라면 다소는 양보할 것이며 담판은 도쿄에서 열 것(上同 150頁, 原典: 桂太郎, “自伝”).

3. 규정 방침의 순차 강제

청일, 러일전쟁의 승리에 의해 일본은 한국병합의 기반을 쌓아갔지만, 시기에 따른 ‘대한방참’을 차례차례 면밀히 검토하고 결정하여, 격렬하게 저항하는 한국에 무력을 배경으로 무리하게 밀어붙이려 했음은 간존하는 각의결정 등의 공문서에 의해 명백하게 드러난다. 여기서는 러일전쟁 후의 ‘한국 보호권 확립 실행에 관한 각의 결정의 건’(1905년)과 병합 전년의 각의 결정 ‘대한정책 확정’의 건(1909년)을 예로 들 수 있다.

- 한국보호권 확립 실행에 관한 국무회의 결정 건

한국에 대하여 우리 보호권을 확립한다. 이미 조정(廟議)의 일결로 처분(一決處)한 것이 실행되고, 오늘로써 가장 좋은 시기이니 뭐니 하는 것은 이것에 대하여 미영 양국 이미 동의를 받은 것이니 이외의 여러 나라들도 또한 한일 양국의 특수한 관계와 전쟁의 결과를 돌이켜 최근에 발표된 영일동맹 및 일러강화조약(Treaty of Portsmouth)의 명문에 비추어 한국이 일본의 보호국가인 것피해로 부터의 결과를 묵인(중략)으로 하여 위와 같은 방법순서에 따라 차례에 이를 결행하여 우리 소망을 관철할 것을 기약한다(上同 172頁).

- 대한정책 확정’의 건

제1. 적당한 시기에 있어서 한국의 병합을 단행할 것

한국을 병합하고 이를 제국 판도의 일부로 삼는다. 반도에 있어서의 우리(일본)의

실리를 확립하기 위하여 최고의 확실한 방법으로 제국이나 내외의 형세에 비추어 적당한 시기에 있어서 단연 병합을 실행하고 반도를 명실 공히 우리 통치하에 두어서 이 한국과 여러 나라와의 조약관계를 소멸시킨다. 제국 백년의 장계(長計)라 한다(上同 223頁).

이러한 방침에는 구체적인 강제 항목과 그 순서가 자세하게 기록되어 있는데, 후자에는 특히 ‘대한 시설 대강’이라는 것이 덧붙여져 있으며, 그것을 보면 군대의 주둔, 헌병경찰의 증과, 일본인 관헌의 권한 확장과 같은 기록이 있고, ‘한국철도를 제국철도원의 관할로 옮기고 동원의 감독 하에 남만주철도와의 사이에 밀접하게 연락을 부가하여 우리 대륙철도의 통일과 발전을 꾀하는 일’(上同 224頁)로부터 중국 동북부를 겨냥한 조선침략이었음을 명료하게 읽을 수 있다. 일본의 면밀하고 무리한 계획적인 침략이었음을 보여 주는 증거문서는 부족함이 없다.

Ⅲ. 을사조약 법적 무효의 근거

조약이 강제에 의해 체결되었다는 이유로 무효를 주장할 경우, 과연 그것이 국가 대표자에 대한 협박을 말하는 것인지 아니면 국가 자체에 대한 강제를 말하는 것인지에 따라 국제법상 그 결과는 크게 달라질 수 있다. 왜냐하면 그 당시 국제법은 이 둘에 대해 서로 다른 법리를 준비했기 때문이다.

근대 국제법은 강제에 의한 조약의 법적 효력에 관하여, 국가의 대표자에 대하여 강제가 가해진 경우와 국가 자신에 대하여 강제가 가해진 경우로 나누어, 전자의 경우에는 조약은 당연히 무효가 되지만, 후자의 경우에는 조약의 효력에 영향이 없다고 하고 있었다. 그 근거로서 자주 거론된 것이 전쟁 종결 시에 전승국에 의해 패전국에 부과되는 평화 조약의 문제였다. 만일 국가 자신에 대해 강제가 가해진 경우를 무효라고 한다면 평화조약의 대부분은 무효가 되어, 전쟁종결의 방식으로서는 상대국을 굴복시키는 ‘정복’밖에 인정받지 못하게 되어 버린다는 것이 그 이유였다.

1905년 을사조약은 일본군과 이토 히로부미가 대한제국의 정부대표 개인을

협박하여 체결의 형태를 만든 것으로 추완도 허용하지 않는 절대 무효조약이었다.)⁷⁾ 그런데 일본의 국제법학자는 을사조약의 ‘비준필요설’을 주창하는 연구를 지금까지 굳이 피하려고 해 왔다고 밖에 생각할 수 없다. 제2차 세계대전 전후를 통해 이러한 역사적 사실에 대해 침묵을 강요하는 상황은 없었을까? 식민지 지배에 대해서 일본의 상식을 뿌리부터 뒤집는 연구성과를 얻었을 경우, 연구자가 그것을 공표해 출판할 실질적인 자유가 보장되어 있지 않았기 때문에 위와 같은 의문을 제기할 수 있을 것이다. 어쨌든 일본에서는 최근에 양심있는 연구자들이 을사조약의 법적 무효를 주장하기 시작하였다.

1. 대한제국 황제의 불명예

한국의 사실상 식민지 지배는 제2차 한일협약(第二次韓日協約), 을사늑약(乙巳勒約)이라고 부르는 ‘병합’ 5년 전의 ‘보호조약’에서 비롯된다고 여겨진다. 그것은 외교권을 박탈하고 통감부를 두었기 때문이다. 그러나 대한제국 황제는 일본의 여러 위압에 굴하지 않고, 끝내 이 조약에 동의를 해주지 않았음이 오늘날 밝혀지고 있다.⁸⁾ 제2차 한일협약 체결 당시 한국에서 조약의 체결자격을 대해 규정하고 있었던 것은 대한국제이다. 제9조는 대한황제 폐하는 각 유약국(有約國)에 사신을 파송, 주찰(駐紮)하고 선전, 강화 및 제반 약조를 체결한다. 공법(公法)에 정하는 바를 자견사신(自遣使臣)이라고 규정하고, 1894년 칙령 제1호 공문식(公文式) 제18조는 조약비준서에 황제의 서명과 국새의 날인을 요구하고 있었다. 이와 같이 당시 대한제국의 국내법에서는 조약 체결은 비준을 포함해 황제의 대권에 속해 있었으며 비준은 황제의 서명과 국새의 날인으로써 완성하는 요식행위로 되어 있었다. 이러한 일정한 방식이 결여된 비준은 무효로 되어 있었던 것이다. 한편, 제2차 한일협약이 체결되었던 당시에 과연 국가 대표자에 대한 강제가 무효라는 관습국제법이 성립되어 있었는지 여부에 대해서는 논란이 있다. 고종에게 조약안을 제시한 이토 히로부미는

“한국은 어떻게 오늘에 생존할 수 있게 되었는가? 장차 한국의 독립은

7) 도시환, 「을사늑약의 국제법적 문제점에 대한 재조명」, 『국제법학회논총』 60(4), 2015, 125-149쪽

8) 박배근, 「韓國併合關聯條約-有無效論의 意義와 限界」, 『법학연구』 44(1), 2003, 371-392쪽.

몇 사람의 덕분인가 하는 일이 이것인데, 폐하 - 이를 알면서도 이와 같은 불만의 말씀을 누설하여 차체에 움직이는 것이 능히 가능하오. 제국정부가 확정회의를 하게 될 것이오. 오늘의 요점 - 다만, 폐하의 결심은 어찌 되시는지를 알고 계시고 또한 어찌하여 거절할지언정 제멋대로인 방패와 만약에 거절을 하여 서로 상대되는 제국정부는 - 자기에게 결심하는 바 있어 그 결과 - 과연 어느 근방에 달하는 것이오 뚜껑이 열리는 것은 귀국의 지위인데 - 이 조약을 체결하는 것보다 이상의 곤란한 처지에 처한 것은 한 층 불이익한 결과를 각오하셔야만 할 것이오.)

이와 같은 협박이나 다름없는 언사를 동원해 고종에게 동의를 구했다. 고종은 당황하여 국무회의에 자문해 주기를 바라며 동의를 거절했다. 이토 히로부미(伊藤博文)는 그 후 군대에 의해 포위시킨 궁정 내에서의 내각회의에 착수하여 각료의 한 사람 한 사람에게 찬부를 묻고, 찬성 다수로 결정해 조약의 ‘조인’을 획책했는데, 이 때의 조인자는 일본 측이 특명전권공사인 하야시 곤스케(林權助), 한국 측은 외부대신인 박제순(朴齊純)이었다. 하야시 곤스케(林權助)는 대신들의 고뇌에 냉소를 퍼붓는 잔혹한 회상기를 남기며, 순서에 따른 결말을 자랑스럽게 말하고 있다(上同 176-179頁, 원전: 林權助, “우리 칠십년을 말하다”). 그러나 여기서 우선 문제가 되는 것은 이러한 폭력적인 조인의 강요가 국제법상 유효한가 아닌가 하는 것이다. 강제에 의한 조약에 대해서 “진정한 동의가 없는 경우에는 조약은 구속력을 결여하므로, 체결국에는 절대적인 행동의 자유가 없으면 안 된다.” 강경하게 이에 반대한 참정대신각의 책임자인 韓圭南(생몰년 불상사)에 대해서는 폭력까지 자행되었다. 이러한 조인의 경위 때문에 보호조약은 국제법상 무효이며, 따라서 그것을 근거로 하여 진행된 1945년까지의 식민지 통치는 모든 기간을 불법점령 상태로 간주해야 한다는 입론이 가능하게 되는 것이다.

“실제로 후에 한일조약에 반대하는 남조선민중(한국인)은 그렇게 주장했다¹⁰⁾와 “보호조약뿐만 아니라 병합조약까지도 그 무효성이 엄격하게 지적되고 있는 것이다.” 더 큰 문제는 황제의 서명이 ‘조안에 없다’는 것이다. 고종이 재가 비준하지 않은 것은 다음에 기술하는 ‘헤이그 밀사 사건’에서도 명백하지만, 현재 서울대학교

9) 上同 174-175頁, 原典: 公文書 ‘伊藤博文 韓國奉使記事摘要’.

10) 梶村秀樹, “朝鮮史,” 講談社, 1982, 140頁.

규장각에 보관되어 있는 조약 원본에 그의 서명도 옥새도 없는 것이 가장 좋은 증거이다. 이 원본은 1992년 5월, ‘규장각 총서 근대법령편 3권을 인영·간행하는 과정에서 발견하였다.’¹¹⁾ 이에 대해 남북에 새로운 반향을 불러일으켜 ‘새로운 한일조약을 체결하도록 일본측에 요구해야 한다거나, ‘구한말 한국역사와 함께 한일관계사 재편성이 필요하다와 같은 주장이 필연적으로 전개되었다.¹²⁾

憤鋪屋교수의 논문에 의하면, 당시 대한제국은 전제군주 국가로서 모든 외국과의 조약과 칙령에는 황제의 친필서명과 옥새날인이 필수요건이었다. 현재 규장각에 보관되어 있는 국내용 법률과 칙령에도 장관의 서명 날인과 함께 그 좌측 상단에 황제의 친필 서명과 옥새가 찍혀 있다. 외국과의 조약에는 더 엄격한 것이 있다. 가령 1876년의 ‘조일수호조규(강화도 조약) 원문에는 양국 담당 전권대사의 서명날인 이외에도 조선왕 고종과 일본 천황의 비준을 의미하는 재가(裁可) 옥새(玉璽)인이 있으며, 그것으로 체결이 완료되었다¹³⁾는 것과 함께 그에 덧붙여 두 가지 새로운 사실을 들고 있다. 즉, ① 군사권을 포함한 모든 국가주권을 박탈한 1907년의 정미 7조약(제3차 한일협약)에도 고종의 서명과 옥새는 물론, 황태자 순종(고종은 조인 당시 퇴위를 강요당하고, 칙명에 의해 황태자에게 친정(親政)을 대행시키고 있었다)의 서명도 없어 무효인 것, ② 이 조약 후에 발표된 제48조의 칙령에도 신황제 순종의 서명이 없었으며, 옥새는 있으나 이미 일본이 관리소장하고 있던 것으로, 이러한 칙령도 무효인 것¹⁴⁾이 두 가지 점이다.

덧붙여서 말하면, “일본 정부는 지금까지 식민지 지배에 관해서는 유감스러운 과거이긴 하지만 당시로서는 합법적인 단계를 밟았다는 1965년의 한일국교정상화협정 성립시의 입장을 한 치도 바꾸지 않았는데, 이번 자료발표 등을 계기로 이 부분의 재증명을 요구해야 한다.”

11) 金順吉裁判を支援する会, “金順吉裁判資料集に,” 95頁, 同会發行, 1993, 原典: 憤鋪屋(ソウの大学教授)論文, “乙巳五條約は國際法上無効.”

12) 한국일보 1992년 5월 13일자 기사.

13) 앞서 서술한 “김순길 재판자료집,” 96頁, 憤鋪屋 논문 참조.

14) 위의 글, 98-100쪽, 憤鋪屋 논문.

2. 일본국 천황의 비준 부재

조약법 조약에 따르면 비준이란 그와 같이 불리는 국제적인 행위를 말하며 조약에 구속되는 것에 대한 국가의 동의는 이러한 행위에 의하여 국제적으로 확정적인 것으로 간주되는 것이다. 이처럼 ‘비준’이란 국제법상의 비준을 말하며 권한 있는 국가기관이 서명에 의해 내용이 확정된 조약에 구속되는 것에 대한 국가의 동의를 최종적으로 표시하는 국제적인 행위이다. 고 백충현 교수는 1905년 을사조약 및 1910년 한일합병조약을 포함하여 일본이 …대한민국의 주권을 단계적으로 강탈한 5개 조약에 대해 이 모든 조약의 내용은 국가의 주권 제한과 직접 관련된 사안이라며 당연히 조약체결을 위한 전권위임장 및 비준절차의 모든 요건을 갖춰야 했다고 ‘비준필요설’을 주창했다.¹⁵⁾ 이는 국제법학의 표준적인 해석이라고 본다. 한국 국내법상 조약체결 절차에도 규정되어 있는데, 당시 한국 국내법은 서명된 조약은 일정한 절차를 거친 후 고종황제가 조약 비준서에 서명하고 옥새를 날인하여 승인, 비준하도록 되어 있었다. 그러나 1905년 을사조약에 대해 어떠한 국내 절차도 밟지 않았으며 황제는 끝내 서명도 하지 않았고 옥새를 찍지도 않았다. 국내법상 완전히 비합법적인 조약체결 절차였다.

일본 측에도 당연히 보관되어 있는 해당 조약의 원본에서는 비준관계는 어떻게 되어 있는가 하면, 한국 보관의 것과 마찬가지로 대한제국 황제의 비준이 없는 것은 물론, 실은 일본국 천황의 그것도 없는 것이 판명되었다. 이것은 참의원 예산위원회(1993년 3월 23일)의 질의에서 밝혀진 것이지만, 외교자료관에 보관되어 있는 제 원본 중 천황의 비준이 있었던 것은 강화도 조약뿐이고, 그 외는 한국 병합조약을 포함해서 모두 친필도 옥새도 없는 것이다.

일본 구헌법 제13조는 ‘천황은 전쟁을 선포하고 화친을 강구하며 제반 조약을 체결한다고 규정하고,¹⁶⁾ 조약체결의 권리(외교대권)는 천황의 대권의 하나라고 하는 일본 헌법학자들(호즈미 야쓰카[穂積八束], 우에스기 신고[上杉慎吾], 미노베 다쓰요시[美濃部達吉], 마즈모토 시게토시[松本重敏] 등)의 해석도 이 점에 관하여

15) 金仁夙, 「1905년 乙巳條約 관련 批復問題에 관한 小考」, 『국제법학회논총』 50(2), 2005, 67-86쪽

16) 일본 신구 헌법에 대해서는 김종호, 「일본 헌법상 영토론에 대한 이해와 그 변화의 고찰 - 지정학을 기초로 한 헌법상 영토조항 해석의 새로운 시도」, 『단국대학교 법학논총』 41(1), 2017, 3-57쪽을 참조.

차이가 없었다. 즉, 천황의 비준은 조약확정의 절대요건이지만, 형식상 이것에 대신할 수 있는 것은 천황에 의한 ‘전권위임장이 조인자에게 부여되었을 경우에 한정되었던 것이다.

예산위원회의 회의록(제7호, 260-265면)에 따르면 정부위원은 보호조약에 관한 전권위임장은 ‘지금까지 기록으로는 발견되지 않았다고 하고, ‘당시 국무회의에서 하야시 곤스케(林權助) 공사에 대해 조약체결의 전권을 위임한다는 각의결정이 되어 있다고 답변했다. 그러나 정작 하야시 곤스케(林權助) 공사가 전권위임장을 실제로 소지했는지도 의심스럽다. 이와 같이, 일본 측의 원본으로 보아도 조약성립에 창증(唱症) 내지 미비점이 지적되는 것은 조약의 효력상 중대한 문제이다. 그러나 단지 쌍방의 창비(唱庇)라고 하는 것에 그치지 않고, ‘체결을 강요당한 측의 요건 미비는 ‘무효’의 결정적인 근거라고 하지 않으면 안 된다.

대한제국국제(1899년)에도 그 제9조에 황제가 제반조약을 체결한다고 정해져 있는바 황제의 비준이 없고 또한 전권위임장이 없는 것이 분명한 것이므로 ‘체결이 원초적으로 무효인 것은 논할 필요도 없다. 일본 측의 원본에도 천황의 비준이 없는 것은 그 자체로 중대한 미비라고는 해도, 천황의 양해가 있다는 것을 증명이라고는 도저히 생각할 수 없다. 조약체결 형식의 균형을 유지하는데 있어서의 작위(作為)로까지 해석된다.

한편, 규장각(奎章閣)에서 황제의 전권위임장이 통으로도 발견되지 않았던 것은 당연한 일이며, 다음 장에서 서술한 것처럼 황제 고종의 절대거부 자세는 의심할 여지가 없는 것이다. 그럼에도 불구하고, “전혀 한국 측의 국내사정인 사유를 근거로 하여 국제법상 무효라는 주장은 우리(일본)는 유효하게 말할 수 없다.”(같은 정부위원)라고 하는 것은 지금도 국제법을 왜곡하여 부끄러워하지 않는 논변이라고 할 수밖에 없다. 조약에 관한 국제법의 성문화로서 1969년에 채택된 비엔나 조약에 비추어 볼 때, 보호조약이나 병합조약 등 일본이 한국에 강요한 조약은 ‘다른 협상국의 사기행위로 인해 조약을 체결하게 된 경우(제49조) 및 ‘무력에 의한 위협 또는 무력의 행사 결과(제52조)에 해당하며, 무효가 되는 경우에 해당된다.

3. 헤이그 밀사파견 사건

보호조약에 대한 고종의 부재를 입증하는 최대의 근거는 고종이 - 헤이그에서의 제2회 만국평화회의에 이준, 이상설, 이위종과 이들을 도울 호머 힐버트(Homer Bezaeel Hulbert) 3명의 특사를 비밀리에 파견하여, 조약의 재가비준 사실무근을 이 회의를 이용해 세계에 알리고, 국제법을 위반한 일본의 횡포한 지배로부터의 탈피를 국제여론에 호소한 것이다.

평화회의에 주선을 의뢰한 러시아 황제 니콜라스 2세에게 친서는 “현시의 정세는 깊이 분개하여 마지않습니다. 폐하와 폐방의 까닭 없이 화를 입는 심정을 각별히 염려하시어, 짐과 사절로 하여금 폐방의 형세를 장차 해당 회의를 개회할 때 설명할 수 있도록 하고, 만국공연의 물의를 일으켜 - 즉지지로 말미암아 폐방의 원권(原權) 서탁(庶託)을 수회(收回)할 수밖에 없습니다.” 세 특사는 바로 보호조약에 의한 한국의 외교권 상실이라는 이유로 회의참석을 거부당했지만, 회의장 밖에서 일본의 불법지배를 웅변적으로 고발했다.

구미열강이 이 고발을 무시한 것은 일본에 의한 한국의 보호국화에 대해 사전에 승인을 해준 영일동맹과 가쓰라-테프트 비밀협정(1905년)이 배경으로서 기여했기 때문이다. 그러나 조약의 미비를 숙지하고 있던 일본은 국제무대에서 체면을 구기게 되자, 즉시 각의를 열어 “한국 황제의 밀사파견에 관한 조정(廟議) 결정의 대한 처리방침 통보의 건”(상동 195-197頁)을 결정하여 이토(伊藤) 통감에게 통보했다.

결과로부터 말하자면, 이 기회를 포착하여 고종을 퇴위시킴과 동시에 사실상의 병합 태세라 할 수 있는 제3차 한일협약(한일신협약 韓日新協約), 정미 7조약)을 강요하는 것이지만, 이토 히로부미는 “격렬함과 같은 음험한 수단으로 일본의 보호권을 거부하려 함은 오히려 일본에 대해 당당선전을 포고하라”는 고종의 접경이 되기에 이르렀다. 고종은 이때 단순히 이토(伊藤) 통감의 위압에 굴복하여 양위한 것이 아니라 양위냐 아니면 ‘보호조약의 재가나 양자택일을 강요받았고, 대한제국 황제는 을사조약(보호조약의 일)을 승인하거나 재가하여 국새를 찍는 쪽을 택하지 않고, 마침내 양위하는 쪽을 택해버렸다. 그러나 언론과 일부 연구는 (앞서 대한제국 황제는 을사조약의 일)을 승인하거나 재가하여 국새를 누르는

것을 선택하여 끝내 양위하는 쪽을 선택하고 말았다고 보고하고 있다.¹⁷⁾

일본은 고종을 양위시키는 데는 성공했지만, 조약의 재가에는 결국 실패했다고 해야 한다. 무력에 의한 조약의 강제는 그것만으로 무효라고 해야 할 것이나, 더구나 국가원수의 승인을 얻지 않은 조약은 무효라기보다 애초에 체결조차 완료되지 않은 것이다. 즉, 조약의 부존재라고 해야 할 것이다. 1963년 ILC 보고서는 1905년 을사조약 강제사건 등 네 가지 사건을 실례로 들면서 국가의 대표 개인을 협박하여 체결의 형태를 취했어도 그 조약은 절대적으로 무효인 조약으로 효력을 발생하지 않는다는 것을 관습국제법이 이전부터 인정하고 있었음을 보고한 바 있다.

IV. 한일합병조약 법적 무효의 근거

1905년 을사조약의 국제법상 법적 효력에 관한 논점은 ① 국가대표 개인의 강제에 의한 절대적 무효(UN Doc. 1963a), ② 일본 정부에 의한 조약의 위조(조작살), ③ 비준을 결한 조약은 무효(‘비준필요설’에 근거한다)의 3가지 점이다.¹⁸⁾ 국제법상의 조약의 ‘비준은 어떤 의미를 갖는가? 현재의 국제법상으로는 1969년 5월 23일에 채택된 “조약법에 관한 빈조약”의 제2조에 조약은 원칙적으로 ‘비준’ 등 국제적인 조약에 구속되는 것에 대한 국가의 동의행위에 의해 국제적으로 확정적인 것이 된다고 규정되어 있다. 그런데 이와 같은 비준에는 국제법과 국내법이 모두 교차하므로 주의가 필요하다. 양자의 관계에 관해서는 ‘조약의 체결 절차에 관하여 국제법은 몇 사람이 국가의 이름으로 조약체결 절차에 참가할 수 있는지의 결정을 각각의 국내 헌법 규정에 위임하고 있으며, 헌법에 의해 조약체결의 수권이 없는 경우에는 조약은 유효하게 성립하지 않도록 되어 있다고 하는 것에서도 알 수 있을 것이다. 국제법인 조약을 체결하기 위한 국내법 절차는 국제법에 따라 각국의 헌법에 위임되어 있다. 그러나 체결된 조약이 국제법상 유효한지는 국제법상의 문제이다. 을사보약의 무효 검토에 이어 이하에서는 한일합병조약의 무효에 대해서 검토하기로 한다.

17) 前掲, “金順吉裁判資料集,” 98頁, 憤論文, 原典: 大韓每日申報, 1907年 7月 19日, 号外 3号.

18) 노영돈, 「을사조약의 법적 효력에 관한 연구」, 『한국정치외교사논총』 28(1), 2006, 57-86쪽.

1. 전제가 무효인 2개 조약

전술한 바와 같이 보호조약(을사조약, 제2차 한일협약)과 그에 이은 ‘제3차 한일협약(한일신협약韓日新協約), 정미 7조약’의 무효는 명백하다.¹⁹⁾ 한일합병조약 또한 무효라고 해야 할 첫 번째 근거는 이것이 무효인 선행 2개 조약을 전제로 하고 있기 때문이다. 전자는 외교권의 박탈과 통감부의 설치, 후자는 법령 제정권이나 관리 임명권의 박탈을 명기하는 것이었지만, 후자는 이완용(총리)과의 사이에 체결된 비밀협정이 부속문서로서, 군대의 해산, 사법권 및 경찰권의 박탈이라고 하는 본문 이상으로 중요한 항목은 그 안에서 결정되었다.

군대해산의 구체적 계획은 비밀리에 진행되어, 도수훈련(徒手訓練)으로 위장하여 각 부대 일본교관(장교)·병기탄약을 압수하고 있는 위 군대를 인솔하고(아마베(山辺), 전게서 205頁), 일본군 포위 속에서 일거에 해산시키는 작전을 세웠다. 그러나 서울시위대 제1연대 제1대대를 비롯하여 해산의 음모를 알아차린 부대는 일체히 봉기하여 총격전을 벌였다.

서울에서의 부대봉기는 지방에 파급되어, 보호조약 이후 각지에서 전개되고 있던 의병부대(유학자의 반침략 무력투쟁에서 시작되어, 점차 민중 출신의 의장병이 증가)와 합류하여 일본군경과 교전했다. 진압은 쉽게 해결되지 않았다. 일본군은 철저한 초토작전과 살육을 지시했고 마을을 폐허로 만드는 것을 주저하지 않았다. ‘토벌대·이상의 고시에 의거하여 책임을 현재 범인의 손습으로 돌려 모살(謀殺)을 가하고, 만약 전촌을 소이(燒夷)하는 등의 조치를 실행하여 충청북도 제천지방과 같이 모두 위태롭게(目殆) 되어 마침내 초토화 할 수 있었다.’²⁰⁾

병합전년·하얼빈에서 이토 히로부미를 총살한 안중근도 군인이었지만, 법정에선 그는 암살을 도모한 것이 아니라 교전중의 군인으로서의 본분을 다한 것에 지나지 않는다고 주장하며, 조종일 삼국의 제후에 의한 동양평화를 낫히 설파했다. 그의 행위를 의거로 추앙하여 오늘에 전하는 조선민족의 심정에서 그에 대한 경모(敬慕)의 마음이 사라지지 않는다. 한일 간의 역사인식에 대한 격차는 단순히

19) 제1차 한일협약(第一次韓日協約, 第一次日韓協約)은 러일전쟁이 한창 진행 중이던, 1904년 8월 22일 대한제국과 일본제국 사이에 체결된 협약이다. 한일 외국인 고문 용병에 관한 협정서(韓日外國人顧問傭聘에關한協定書)라고도 한다.

20) 妻在彦, “朝鮮近代史,” 平凡社, 1992, 167頁.

조약의 합법성에 대해서만 있는 것이 아니다.

또한, 경찰권의 박탈에 대해서는 주재소·파출소의 수를 늘려, 사법경찰, 행정경찰 모두 간부직원의 일본인 비중을 현격히 높임으로써 저항운동을 탄압하고, 다가올 ‘병합’에 대한 대비를 게을리하지 않았다. 군대의 해산이라든지 경찰권의 박탈이라든지 법적으로 무효인 조약을 전제로 하여 강행된 것일 뿐만 아니라, 조선민족은 앉아서 이것을 묵인한 것이 아니라, 감연히 항일투쟁에 결기한 무수한 사람들이 있었음을 경시해서는 안 된다. 그들의 존재와 희생의 크기 자체, 한일합병조약의 대등·평등, 합법적 체결이라는 기만(欺瞞)을 뒤엎는 역사적 증명이라 해야 한다.

2. 계엄(戒嚴) 태세에 의한 강제

한일병합조약은 지난번 조약 때보다 더 철저한 경계 아래 체결을 강요했다. 즉, ‘기병 제2연대 본부병-중대를 용산으로 초치(招致)하고,²¹⁾ 보병에 대해서는 ‘총계 15개 중대를 모을 것’으로 결정하고, ‘극비 중에 준비를 갖추라. 또한 각 부대의 이동시각을 정확히 지정하고, 게다가 무엇보다도 한밤중에 큰 길을 지나가지 않고 용산에 도착시킬 것; 8월 이후로는 ‘저녁식사 후의 영외 산책을 금지하고, 이윽고 완전한 외출 금지를 해서, 조선 민중을 자극하지 않도록 했다.’ 그리고 ‘각 성문·요충(要衝)·각 왕궁·통감부·사령관저·각원저(關員邸) 등은 삼엄한 경비를 하고 있었다는 것이다. 그러나 서울의 계엄 태세만으로는 안심할 수 없었던 통감 지우치 마사타케(寺内正毅)는 종래의 불량배, 완미한 패거리, 적통이 출몰시 혹은 비모(非謀)를 기획하고 소요를 일으키는 자 등을 일러 제국의 군대 - 각 도에 주둔하고 사변의 준비를 한 헌병, 경찰을 각 도에 전하여 치안을 맡는가 하면 또 각지의 법정을 개정하여 임흥(妊兇)을 징벌하고 사곡(邪曲)을 제거하기 위한 것이었고, 더욱이 망상을 무릅쓰고 시설을 방해하는 자는 알려하지 않고 가차할 곳은 없다²²⁾고 하는 내용의 통감유고(統監諭告)를 발하여 조선전역에 계엄(戒嚴) 태세를 발령하였다.

21) 山辺, 前掲書, 235頁, 原典: 吉田源次郎, 騎兵大尉 “日韓併合始末.”

22) 金圭昇, “日本の朝鮮侵略と法制史,” 社会評論社, (1991), 158頁.

한국최후의 황제 순종의 ‘소극적 저항’에 대해서는 전술했지만, 분명히 무효인 선행 조약과는 달리, 병합조약에는 두 명의 서명자(테라우치 마사타케(寺內正毅)와 이완용)가 각각 전권위원인 취지가 그 전문에 쓰여져 있다. 또, 제8조에 양 원수의 재가를 명기하고 있다. 그러나 계엄 태세 안에서의 조인은 폭력적 강제라고 하는 것 외에는 없으며, 형식은 어쨌든 그 경위와 실황이 폭로되면서 국제사회에 통용되는 유효한 조약이라고는 도저히 말하기 어렵다.

3. 허위 조문

한국병합조약 제2조는 “일본 황제폐하는 전조에 계기한 양어를 수락하고 또 모조리(全然) 한국을 일본국에 병합할 것을 승낙한다”라고 되어 있다. 1876년의 강화도 조약 이래의 한일관계사를 되돌아볼 때, 특히 청일·러일전쟁 후의 독립쟁취에 거는 한국의 미증유의 신고를 검토해 볼 때, 이 조문이 역사의 왜곡담조(担造)를 두려워하지 않는 놀라운 속임수(欺端)로 가득 찬 것임은 역력하다.

이와 같이 명백한 허위사실을 내포하고 있는 것 또한 다른 선택의 여지가 없는 총검에 의한 강제를 뒷받침할 뿐만 아니라, 영일동맹조약(1902년)이나 한일의정서(1904) 등 선행된 여러 조약에서 ‘조선의 독립을 보장·승인해 온 것에 대한 모순이고 호도책(糊塗策)이라고도 해석되지만, 목적이야 어떻든 방만한 허위를 전제로 하고 있는 것 자체가 본래적으로 위법한 무효의 조약이라고 해야 한다.

V. 한국병합조약 합법론의 모순

1. 이법(異法)지역으로서의 강권 지배

식민주의란 ‘어떤 사람들의 다른 사람들에 대한 종속을 수반하는 지배(domination)의 실천’이라고 정의할 수 있다. 식민지는 토지점거 과정을 기초로 특수한 정치적·사회적인 인적 조직과 관련되어 있다. 보다 구체적으로는 식민의 핵심요소에 대규모 사람의 월경(越境)이나 정주(定住)를 상정하는 한편, 식민지에

대해서는 외래의 지배자가 그 식민지에 대한 배타적 소유권을 주장하는 원격의 모국 또는 제국의 중심에 대해 영속적인 종속관계에 있다는 점을 중시한다. 한일병합조약이 체결된 후 한국은 어떤 상황이었는가?

병합 후의 한국에는 일본의 헌법 및 법령이 적용된 것이 아니라 ‘조선에서는 법률을 요하는 사항-조선총독의 명령을 바탕으로 이를 규정할 수 있다(조선이 시행해야 할 법령에 관한 건 제1조)고 규정되어 총독이 절대권력자로서 법령을 발포할 수 있었다. 조선은 이법지역으로 여겨졌던 것이다.²³⁾ 이것은 병합조약이 불법·무효한 체결이었던 것의 필연적인 결과이며, 이법지역으로서 강권 지배하는 것 이외에는 방법이 없었음을 의미하고 있다. 일제는 조속히 무단정치를 하여 토지조사사업에 의해 조선인의 토지를 사거나 다름없이 다루었지만, 조선인을 일본인과 대등한 지위에 두지 않았기 때문에 사유재산의 침해가 가능했던 것이다.

제국주의는 ‘어떤 국가(nation), 영토(territory), 인민(people)이 다른 국가, 영토, 인민에 대해 공식적인 권위에 의한 것이든 비공식적인 컨트롤에 의한 것이든 불문하고 지배를 확대하려는 노력 일반이다. 식민지주의에 대해서 그러한 ‘세력 확대를 요구하는 노력이 성공을 거두어 종속된 영토, 인민에 대해서 지배권력이 공식적인 정치적 권위를 강요하는 정책을 선택했을 경우에만 제국주의라는 개념을 사용한다. 참고로 병합조약 제7조에는 ‘한국인의 신체 및 재산에는 충분한 보호를 주어 공차적인 복리의 증진을 도모 한다’라고 되어 있지만, 스스로 강요한 병합조약을 준수할 의지는 원래 일본에는 없었던 것이다. 토지 문제에 한정되지 않고, 식민지 지배의 전모를 보면, 병합조약의 불법·무효성은 결과로부터도 드러난다. ‘이법지역’으로서의 강권지배에 의해 착취와 탄압을 자행하는 동시에 노동자나 여성을 강제로 연행하여 노동노예나 일본군 성노예의 상태에 놓이기까지 했다. 이처럼 식민주의에는 인간집단 간의 지배관계(Herrschaftsbeziehung)가 핵심이다.

카이로선언(1943년)은 ‘전기 3강국(미영중)은 조선민중의 노예상태에 유의하여 적당한 시기에 조선을 자유롭고 독립적인 상태로 만들자는 결의를 가진다고 하며,

23) 이정선, “공간에 속박된 사람들: 식민지 조선의 민사법제와 공통법,” 한일일본학 제30집 제2권 (2018), 29-33면.

이 선언은 포츠담선언(1945년)에도 계승되었지만, 일제 강점은 조선민족을 그야말로 노예상태에 빠뜨리는 것이었다.

포츠담선언을 무조건적으로 수락한 일본정부가 이제 와서 병합조약을 합법·유효라고 주장하는 것은 체결의 경위, 지배상태의 어느 측면에서 보나 전혀 근거가 없는 것이다. 그리고 무엇보다도 조선민족을 모독하는 무반성의 주장이라고 해야 한다.

2. 실효지배론

일본에서는 한국 침략식민지 지배에 대해 불행한 시대라는 표현이 자주 쓰인다. 그리고 그 이상은 내딛지 않더라도 특별히 비판받지는 않는다. 그러나 이 표현에는 어딘지 모르게 역사인식을 애매하게 하고, 책임에 대해서는 일절 언급하지 않고 어물쩍 넘어가고 싶다는 일종의 소망이 담겨져 있는 것처럼 보이게 된다. 실은 병합조약의 법적 효력을 둘러싼 문제도, 아직까지 논의가 정해지지 않은 것은 이 역사인식의 애매함이 화가 된 것이라고 해도 과언이 아니다. 견해의 차이는 우선 두 가지로 크게 나눌 수 있다. 즉, ① 한일 쌍방이 대등한 입장에서 합법적으로 체결한 것으로 국제법상 유효, ② 무력을 배경으로 한 일본의 강제에 의한 것으로 국제법상 무효라고 하는 전혀 상반된 두 견해이다.

전자는 일본정부의 전후 일관된 입장이었고, 한일국교 정상화조약(1965년)을 배상협정으로 하는 것을 거부한 가장 큰 이유였다. 후자는 한국정부의 이 또한 일관된 입장이며 한일국교 정상화조약을 경제협력협정으로 한다는 점에서는 타협했지만, 병합조약의 당초부터의 무효에 대해서는 한 치도 양보하지 않고 ‘이미 무효’라고 주장했던 것이다. 이에 대해 일본 정부는 ‘이젠 무효’라는 표현으로 대항했고, 이 문제를 둘러싸고 조약 협상이 길어졌다는 것은 잘 알려져 있다. 무엇보다, 한일국교 정상화조약의 영어번역에서는 ‘이마도·이제’도 함께 *already*로 되어있기는 하지만, 이 한 단어에 담겨진 쌍방의 해석에는 하늘과 땅만큼의 차이가 있는 것이다. 앞 절에서 말한 것처럼, 총검으로 체결을 강요한 역사의 진실에 비추어 보면, 일본정부의 이 태도는 전전체질을 질질 끄는 국가이기주의의 발로라고 하지 않을 수 없다.

상기의 대립하는 두 견해 외에 또 하나의 실효지배론이라는 견해가 있다. 이것은 보호조약은 물론 병합조약도 당초부터 무효라고 하는 전제에 서 있으면서도 함께 실질적으로 한국을 지배하는 효력을 가졌다는 견해이다. 따라서 상기 ②의 견해의 연장선 상에 있는 것이지만, 실효지배가 있던 이상, ‘이제 와서 무효를 논해도 소용없다’라든지 ‘이제 와서 무효라고는 단언할 수 없다’라고 하는 함축이 있어 말하자면 ‘소극적 유효론’이라고도 말할 수 있다. 조약 자체의 국제법상의 효력과 현실의 지배력으로서의 효력과는 차원이 다른 문제임을 감안하여, 여기에서는 이 미묘한 실효지배론에 대해 검토를 하고자 한다.

확실히 보호조약이나 병합조약이 일정한 실효력을 발휘한 것은 일본의 장기간에 걸친 식민지 지배의 사실로부터도 부정할 수 없지만, 정세에 따라 격렬하게 변동된 그 정치적 실효력에 대해 우선 검토하고, 이어서 조선민족의 인심에 미친 정신적 실효력도 검토해야 한다. 그런 검토 없이 모두 실효적인 통치가 이루어졌다고 단정할 수는 없다. 게다가 만약 가해자 측이 지배의 합법성의 근거로서 실효지배를 강조하면, 협박행위의 정당화에 다름 아니라 피해자 측이 말하면 본의 아닌 복종의 추인이라는 뉘앙스를 띤다.

조선의 식민지 지배하의 정치적 지배가 부동한 것으로 보인 시점에서, 조선 민족의 압도적 다수가 심지어 본의였음을 입증하는 역사적 자료는 찾을 필요도 없이 방대하다. 그리고 이 본의는 무효인 조약에 의한 지배에 대한 저항의 증거이며, 행동으로서의 저항과 독립투쟁을 낳는 원점이었다. 그러므로 실효지배론은 일본의가 아닌 복종을 잘못 평가하는 것이라고 말할 수밖에 없지만, 나아가서는 실천적인 저항과 독립투쟁의 역사를 경시하는 경향을 부정할 수 없다.

여기서는 그 투쟁사의 상세한 내용은 언급하지 않겠지만, 이하 1910년 이후의 주요한 사건의 연표(전술한 조선근대사에서 작성)를 일별하는 것만으로도, 속출하는 저항자의 희생을 두려워하지 않는 투쟁과 일본의 가혹한 탄압의 연쇄 속에서 ‘실효지배론’이라는 논리의 피상성이 용이하게 떠오를 것이다.

1910 : 안악(安岳)사건, 105인사건

1914 : 독립의군부 사건

1918 : 조선국민회 사건

1919 : 조선청년독립단사건(도쿄), 3·1독립운동(사망자 7,509명, 부상 15,961명),²⁴⁾ 제암리 교회 소각사건(사망자 45명, 부상 17명), 대한민국 임시정부 수립(상하이), 강우규(姜宇奎) 폭탄투척 사건(총독암살 미수 사건) (사형), 독립군 갑산-혜산 진공, 독립군 만포진점령·자성(慈城)교전(사상 70명)

1920 : 부산 및 밀양경찰서 투탄사건, 일본수비대 간도습격, 휘춘(輝春)사건, 일본군 간도소탕(다음해 5월까지) (10-11월에만 사망자 3,000여명), 청산리 전투

1921 : 조선총독부 투탄사건

1922 : 다나카 기이치(田中義一) 대장 저격사건(상하이), 잡지 ‘신천지’ 주간들 검거, 동 ‘신생활’ 사장들 검거

1923 : 종로경찰서 투탄사건

1924 : 도쿄 중교(重橋) 투탄사건

1925 : 경상북도 의열단 사건, 치안유지법 조선 전역 적용(민족운동 탄압법의 성격도 부여), 신의주 사건(1차 공산당 사건)

1926 : 6·10만세 사건, 동양척식회사식산은행 투탄 총격 사건, 제2차 공산당 사건

1927 : 간도공산당 사건

1928 : 치안유지법에 사형조항 추가, 3차 및 4차 공산당 사건

1929 : 원산노동자 총파업, 광주학생사건(퇴학처분 682명), 화전민 추방사건

1930 : 간도 30 봉기(다음해 검거 880명, 사형 23명), 경성여학생사건, 단천농민봉기(3,000여명, 사망자 16명), 정평(定平)농민 항일시위투쟁(1,300여명), 부산방적노동자 총파업(2,270명), 장풍(長豊)탄광 노동자 봉기(150명, 검거 100여명)

1931 : 하마하라(浜原) 농민 항일시위투쟁(2,000여명), 영흥농민 군내경찰서 습격폭동, 삼척농민폭동 (2,000여명), 1차 태로(太勞)사건(검거 16명)

1932 : 제2차 태로(太勞)사건(검거 500여명, 고문학살 1명), 양산농민 항일폭동 (300여명), 성진(城津)농민 항일투쟁, 낭양(囊陽)농민 항일투쟁, 공산당 재건운동 (검거 99명), 사쿠라다몬(桜田門) 사건(도쿄), 홍커우(虹口) 공원 투탄 사건(상하이)

1933 : 제3차 태로(太勞)사건(검거 30여명 고문학살 1명)

1934 : 지하조직 ‘킴 그룹’ 검거(500명)

24) 한영우, “다시 찾는 우리역사,” (경세원, 2002년).

1935 : 동북인민혁명군 동흥진(東興鎭) 습격

1936 : 명천(明川)농민 봉기(38년까지) (검거 1,379명), 관동군 ‘치안숙정계획’ 실시(39년까지)

1937 : 수양동우회 사건(검거 150명, 옥사 2명), 제1차 혜산대 검거사건(검거 222명, 사형 6명), 동북항일연군 보천벽(東北抗日連軍普天壁) 진공

1938 : 제2차 혜산대 검거사건(검거 277명), 신사참배 거부(45년까지) (투옥 2,000여명, 순사 50여명)

1939 : 관동군 ‘치안숙정공작’ 실시(41년까지)

1942 : 조선어학회 사건 (검거 33명, 고문옥사 2명)

1944 : 평양사단 제42부대 내 비밀결사사건(체포 70여명), 대구 제24부대 독살미수사건

3. 미래지향론의 한계

앞서 말한 일본 국회의 질의에서 정부위원의 유효론 일변도와는 약간 색다른 정부 측 견해가 나오기 시작한 것도 사실이다. 즉, 이 위원회에 대한 와타나베(渡辺) 외상(당시)의 답변은 질문자인 모토오카 쇼지(本岡昭次) 의원의 ‘조약무효론’에 일정한 이해를 나타내면서도, 오늘날의 한일조약을 기반으로 ‘향후 더욱 한일 간 우호를 추진해 나간다’(참의원 예산위원회 회의록, 262면)는 것이 최선의 방법이라고 하는 것이며, 또, 미야자와(宮沢) 수상(당시)의 답변도 한일국교 정상화조약을 양국의 아슬아슬한 타협(상동 265면)이라고 평가한 다음, “한일합방 이래의 1965년까지의 역사라는 것은 결코 우리에게 있어서 자랑할 수 있는 것은 아니다. 이러한 일은 두 번 다시 되풀이하지 않겠다는 것이 국민의 결심이기 때문에 정부도 한일 간의 ‘우호친선에 노력을 아끼지 않는다’는 것이다. 이 견해는 ‘한일병합조약은 대등한 입장에서 또 자유의지로 체결한 것’이라고 단정한 한일조약 체결 당시의 사토(佐藤) 수상의 국회답변(1965년 11월 2일, 중의원 한일특별위원회)과는 역사인식에 있어서 미묘한 차이가 있다고 해도 좋다. 이것이 이른바 미래지향론이다.

확실히, 구 조약유효론의 입장을 무너뜨리고 있지는 않지만, 그렇다고 해서

논리와 자신감의 해소는 덮기 어렵고, 이 기회에 미래지향의 견지에서 과거를 물에 흘려보내자고 한국 측에 타협을 요구하고 있는 것이다. 반성의 말도 일부 섞어서 일견 전진하는 것처럼 보이지만 피해자를 설득하는 논리로서는 가해자에게 너무나 딱 알맞은 주장이다. 역사인식의 애매함은 구태의연해서 정치적인 임시방편이 될 수는 있어도 한국 국민들의 여론을 납득시키는 것은 불가능하다. 미래지향에도 진짜와 가식적인 것이 있다.

모토오카(本岡) 의원은 “일본의 한반도 식민지 지배가 도덕에 반하는 행위이며 국제법상 위법이었다는 것을 인정할 용기가 없는 한, 일본이 한국에 대해서 도덕적으로 대등한 입장에 서서 새로운 한일관계를 쌓아 올릴 수 없는 것이 아닌가”(상동 265면)라고 걸치레의 ‘미래지향’을 비판했지만, 역사를 애매하게 하지 않고는, 위법을 준법과 깨끗하게 인정하지 않고서는 화해와 우호를 목표로 하는 진정한 ‘미래지향’이 될 수 없는 것이다. 일본 국민 스스로 역사인식의 모호성을 불식하고 부당한 정부견해를 수정할 것을 요구하는 것이 꼭 필요하다. 역사를 계속 속일 수는 없다.

VI. 성실한 사죄와 개인보상의 책무

필자가 지금 여기서 일본의 한국침략에 대한 국가책임 문제를 고집하는 첫 번째 직접적인 이유는 제2차 세계대전 후의 일본에서는 식민지가 고찰의 대상이 되는 경우가 적고, 또 식민지 문제를 생각하는 것을 방해하는 의식적·무의식적인 힘이 작용하고 있었던 것에 대한 반성이 없기 때문이다. 이것은 일본인의 ‘역사인식’ 결여로 비난받는 문제와 관련되어 있다. 하지만 ‘역사인식’의 결여를 단지 비난만 하는 것만으로는 사태가 진전되지 않는다. 중요한 것은 그러한 상황이 발생한 역사적·사회적 조건을 밝히고, 그 대응책을 생각하는 것이라고 생각한다.

한일 양국은 복잡한 역사를 공유하고 있다. 적어도 7세기부터 단속적으로 전투를 계속하면서 일본은 반복적으로 한반도 침략을 시도했다. 임진왜란은 가장 큰 침략전쟁이었으며 급기야 1910년 일본이 한국을 병합하면서 식민지로 만들었다. 1930년대 후반 일본은 한국인을 대상으로 강제동원을 개시하여 공장이나 탄광에서

강제노역을 시키거나 일본군 병사로 징병하기도 했다. 일본은 아시아 각지의 여성 수만 명을 일본군 병사들에게 봉사하도록 하기 위해 군 매춘시설에 보냈다. 그 희생자는 ‘위안부’로 알려지게 되었다. 일본의 한국 지배는 1945년 패전으로 끝났다. 그러나 박정희 대통령이 수십 억 달러의 용자와 원조 대가로 일본과 국교를 정상화한 것은 그 20년 뒤였다. 일본은 외교관계 회복과 8억 달러 이상의 경제협력을 규정한 1965년 한일협정으로 문제가 해결됐다고 주장하고 있다. 그러나 해결과는 거리가 먼 상태다. 한일청구권협정 협상 과정에서 일본 정부는 식민지 지배의 불법성을 인정하지 않고 사죄하지도 않았다는 점은 분명하다. 사죄와는 별도로 왜 문제가 해결되지 않았는가? 하나는 1965년 조약은 ‘식민지 시대에 관한 모든 문제를 해결하지 않은 것이고, 다른 하나는 이 조약이 ‘개인의 배상청구권을 국민으로부터 빼앗은 것이다. 위안부 문제는 특히 논란이 끊이지 않는다.

이러한 이유 때문에 한국에서는 국민여론에 따라 한일협정 재검토 논의가 여야를 넘어 높아지고 있다. 대표적인 것은 “한국의 여야 국회의원 25명이 1965년에 체결한 한일기본조약을 파기하고 일본의 식민지배 등을 명기한 새로운 한일조약을 체결할 것을 촉구하는 결의를 국회에서 채택하도록 상신하는 건의서를 황낙주 국회의장에게 제출했다(아사히신문 1995년 7월 18일)는 기사에 의해서도 명백하다. 이 건의서는 신조약에서 한일합방이 당초부터 무효임을 명기할(이상) 것도 요구하고 있는데, 추진위원의 한 사람은 한일기본조약은 일본이 태평양전쟁을 일으킨 전쟁책임과 한반도를 불법 강압적으로 식민지화하고 잔인한 방식으로 지배한 책임을 제대로 묻지 않은 채 면죄부를 준 굴욕외교의 표본이라고 했다. 일본의 과거 죄악을 청산하는 근거가 되어 왔다는 것과 그와 같은 건의를 하는 이유를 설명하고 있다.

정부 간에는 정파 간 입장차가 있고 시국적으로 복잡한 이해가 얽혀 있는 만큼 정치일정에 올려 해결할 수 있는 시기는 예측하기 어렵지만, 한국정부로서도 일본의 무책임하고 무반성인 ‘전후 처리’의 기본자세에 불쾌감을 안고 있는 것은 쉽게 짐작할 수 있다. 역사인식에 관한 일본 각료의 폭언이나 교과서 문제를 둘러싸고 외교적으로 험악한 상태에 빠진 적도 종종 있다. 한일조약을 체결한 책임은 물론 한국정부에도 있고, 외교상 곤란한 문제를 안고 있지만, 병합조약의 무효확인파 침략 및 가해의 사실인식이라는 양보 불가능한 요구과제가 언제까지나 방치되는

것은 한국의 국민여론이 용서하지 않을 것이다. 일본의 한국침략과 식민지 지배가 허위와 총검에 의한 불법이고 무효의 을사조약 및 병합조약에 의해 개시된 것 그리고 그 속에서 언어를 초월하는 무수한 잔학행위가 반복된 것은 부정할 수 없는 역사적 사실이다. 일본정부 및 국민의 역사인식은 유감스럽게도 아직 충분하다고 할 수 없다. 한시라도 빨리 겸허하게 사실을 받아들이고 가해책임의 인식 위에서 성실히 사죄와 개인보상을 하는 것이 국가와 국민에게 부과된 책무이다. 광복 후 4반세기가 지나도, 그 실현만이 한국과 일본 나아가 아시아 제국민의 신뢰를 회복하는 유일한 길이다.

참고문헌

- 金仁夙(2005), “1905년 乙巳條約 관련 批准問題에 관한 小考,” 대한국제법학회
국제법학회논총, 50(2), p.67-86.
- 김종호(2017), “일본 헌법상 영토론에 대한 이해와 그 변화의 고찰 - 지정학을
기초로 한 헌법상 영토조항 해석의 새로운 시도,” 단국대학교 법학논총,
41(1), p.3-57.
- 노영돈(2006), “을사조약의 법적 효력에 관한 연구,” 한국정치외교사학회
한국정치외교사논총, 28(1), p.57-86.
- 도시환(2015), “을사늑약의 국제법적 문제점에 대한 재조명,” 대한국제법학회
국제법학회논총, 60(4), p.125-149.
- 박배근(2003), “韓國併合關聯條約-有無效論의 意義와 限界,” 부산대학교
법학연구소 법학연구, 44(1), p.371-392.
- 이정선(2018), “공간에 속박된 사람들: 식민지 조선의 민사법제와 공통법,”
한림일본학, 30(2), p.29-33.
- 한영우(2002), 『다시 찾는 우리역사』, 경세원.
- 山田照美·朴鍾鳴共編(1992), “新版·在日朝鮮人,” 明石書店, 65-66頁.
- 初瀬龍平, “脱亜論再考,” 東京大学出版会.
- 山辺健太郎(1969), “日韓併合小史,” 岩波新書, 90頁.
- 梶村秀樹(1982), “朝鮮史,” 講談社, 140頁.
- 金順吉裁判を支援する会(1993), “金順吉裁判資料集に,” 95頁, 同会発行, 原典:
憤鋪屋 (ソウる大学教授) 論文, “乙巳五條約は國際法上無効.”
- 金圭昇(1991), “日本の朝鮮侵略と法制史,” 社会評論社, 158頁.

Japanese Invasion of Korea and State Liability

Kim Jongho*

Abstract

The debate over the legality of international law is a fundamental problem in the academic international law that continues to this day. And it can be said that there is a close relationship between the legal norms and the concept of liability in international law. In other words, the characteristics of legal norms can be demanded from the duality of norms: a code of conduct that instructs and prohibits certain actions against a legal subject, and a judgment rule that sets sanctions for cases where the subject does not do what the code of conduct requires.

Among the norms that are valid in the international community, there are some that have a special normative form of legal norms. These are the norms commonly referred to as international laws. These norms stipulate that certain subjects must perform certain actions under certain conditions. If that is not the case, some other action must be performed on the subject. Anyone can ask for the liability of the subject and request corrections. If the amendment is rejected, an appeal can be made to an international tribunal in certain cases. Certain powerful measures may be taken. Looking at this as a whole, a certain subject must perform a certain action under certain conditions, and if not, another certain action must be performed on the subject. It is a special normative form of legal norms.

The fact that Japan invaded Korea and inflicted suffering on the Korean people is a historical fact that cannot be hidden. This paper examines the Japanese invasion of Korea and state liability. Korea conquest theory as an ideological basis for Japanese imperialism to deliberately invade Chosun will be examined, and then the grounds for invalidation of the Eulsa Treaty will be revealed. After revealing the legal grounds for invalidation of the Eulsa Protection Treaty, it points out the contradiction in the legal theory of the annexation treaty asserted by Japanese scholars. The Japanese government pointed out that it has a liability to sincerely apologize and compensate for the historical illegal acts it has committed against Korea in the past.

Keyword: Japanese imperialism, invasion of Korea, Korea conquest theory, treaty of protection, treaty of annexation, state liability, historical illegal acts

* Professor of Law at Hoseo University, Ph.D & SJD