

韓國에서의 國際法の 生成 (I)

表 載 混*

1. 序 言

韓國에서의 國際法の 生成, 發展에 관한 本小考는 작년 3월에 University of California (Berkeley)에서 개최된 바 있는 Korean Legal Institutions and Attitudes 에 관한 學術會議에서 筆者가 發表한 論文 “Foundation of International Law in Korea”에 약간의 修正과 增補를 加한 것이다.⁽¹⁾

위의 學術會議에서 筆者에게 주어진 論題, “Foundation of International Law in Korea”의 意味內容을 한국말로 이해하고 번역하는 데에는 다소의 어려움을 느끼지만, 필자는 그것을 “The Growth of the Law of Nations in Korea”라는 뜻으로 풀이하였다. 즉, 그것은 본래 西歐基督教文化圈의 基盤위에서 生成, 發達해 온 歐洲公法(the public law of Europe) 또는 近代 國際法이 언제(時期) 어떠한 背景 아래에서 처음으로 韓國에 導入되었으며, 또한 그것이 어떻게 한국의 傳統的 法體系 속에 受容되고 또는 變型되었으며, 더 나아가서 그것이 現實로 韓國의 전통적 國家體制와 對外問題에 있어서 어떻게 解釋·適用되었는가 하는 문제들을 主된 內容으로 하는 것이다. 이러한 問題들은 國際法史, 특히 近代後期에 있어서의 國際法の 發達史에 관한 課題이며, 동시에 韓國의 法制史 또는 法史學의 중요한 課題의 하나라고 생각된다.⁽²⁾

여기서 「韓國」(Korea)이라 함은, 물론 舊 韓國(李朝·Yi-Korea——大韓帝國·The Empire of Korea)과 1948년에 主權을 回復한 現在の 韓國(대한민국) 사이에는 國家의 同一性 또는 繼續性(the identity or continuity of a State)이 유지되고 있다는 前提下에서 사용되는 概念 또는 用語이다. 여기에 대해서는 傳統 國際法の 制度和 理論에 있어서 問題가 있을 수 있고,

* 서울大學校 法學研究所 所長, 法科大學 教授

- (1) 上記 學術會議는 Institute of East Asian Studies (U.C. Berkeley)가 主催한 것으로서, 그 근본 취지는 韓·美間의 法律文化交流의 促進에 이바지함에 있었던 것으로 알며, 그러한 觀點에서 同會議는 매우 有益한 成果를 낳았다고 본다.
- (2) 筆者가 알고 있기에는 종래 韓國에서는 일반적으로 國際法の 歷史에 관한 講義(또는 教科書)에서 西歐에서의 國際法の 生成과 發達에 관해서는 비교적 소상이 다루면서도 韓國에서의 國際法の 生成過程에 관해서는 소홀히 하는 경향이 있었는데——筆者도 그렇게 해 왔다——그 주된 이유는 資料의 貧困과 問題意識의 부족에 起因한다. 최근에 이 分野에 관한 귀중한 연구로서 李漢基博士의 「韓國과 日本의 國際法 發達에 관한 약간의 比較研究」(大韓國際法學會論叢 20卷 1號) 및 「韓國 國際法學 30年の 回顧」(서울대 「法學」 19卷 1號)가 발표되었다. 그리고, 法史學의 觀點에서 이러한 문제의 重要性을 示唆한 論文으로서 Chong-ko Choi, “The Reception of Western Law in Korea”, Korea Journal, No. 5, Vol. 20 (1980), UNESCO 를 들 수 있다.

또한 現實로 1965년의 韓·日 間의 「基本關係條約」(Treaty on Basic Relations) 第2條의 規定(「1910年 8月 22日 및 그 以前에 大韓帝國과 大日本帝國 間에 체결된 모든 條約 및 協定이 이미 無效임을 確認한다.」 “It is confirmed that all treaties or agreements concluded between the Empire of Korea and the Empire of Japan on or before August 22, 1910 are already null and void.”)의 意味內容에 關係서 兩當事國 政府는 잇갈린 주장과 解釋을 내리고 있다.⁽³⁾

本論으로서 첫째로, 韓國에서의 國際法의 生成, 즉 舊韓國時代에 있어서의 西歐公法의 受容과 그 實際的 適用, 둘째로, 韓國에서의 國際法의 暗黑期, 즉 1905년의 이른바 韓·日(乙巳)保護條約에 의하여 半主權國으로서 行爲能力(外交能力)을 喪失하고 또한 나아가서 1910년의 이른바 韓日合併條約에 의하여 사실상 主權을 빼앗긴 韓國과 國際法과의 關係, 그리고 끝으로 제2次大戰後의 새 韓國(대한민국)에서의 國際法의 定着과 國際法學의 發達에 關係서 考察하기로 한다.

2. 舊韓國時代에 있어서의 國際法의 受容과 生成

제 1 期 : 1870年代

近世의 歐洲 國際體制(European States System)에 妥當하는 法規範으로서 生成하여 發展해 온 歐洲公法 또는 西歐國際法(the Public Law of Europe or the Western law of nations)이 近代後期에 이르러서는 점차 그 外延(妥當範圍)을 擴大하여 19세기 後半에는 마침내 非基督教 文化圈인 東洋世界에까지 미치게 되었다.⁽⁴⁾

이 時期에 있어서의 東아세아 諸國,⁽⁵⁾ 특히 中國, 日本 그리고 韓國의 共通된 當面課題는 다 같이 西歐勢力의 進出앞에 門戶를 開放하는 문제였다. 당시의 이들 諸國의 門戶開放(開國)은 一面에 있어서 자기 自身들을 未知의 外部 世界에 露出시키는 동시에 他面에 있어서 그것은 그들의 傳統的 封建體制의 內部的 構造의 變革을 의미하는 것이 있다. 그러므로 당시에 있어서 이들 諸國이 門戶를 開放한다는 것은 國家의 運命을 左右할 수 있는 모험으로 간주었으며, 특히 中國과 韓國에 있어서는 그것은 「開國」으로서 새로운 建國을 의미하는 것으로 받아들여 졌다.⁽⁶⁾ 이와 같은 背景 아래에서 이들 3國은 開國의 時期, 方法 그리고 그 效果에 있어서 顯著한 차이가 있었으나, 다 같이 西洋諸國과의 政治(外交), 經濟(通商)

(3) 여기에 關係서는 拙稿 「韓日基本條約研究」, 大韓國際法學會論叢 제15卷 1號, 246-259面 참조 : S. Oda, “The Normalization of Relations Between Japan and the Republic of Korea”, 61 American Journal of International Law (1967), pp. 40-41 참조.

(4) A. Nussbaum, A Concise History of the Law of Nations (Rev. Ed.), pp. 194-196.

(5) 이 時期에 있어서 東아세아 諸國(朝鮮, 安南, 暹羅, 미마, 日本 등)은 中國의 領導下에 또 하나의 family of nations을 구성하고 있었다는 見解 (Immanuel C.Y. Hsü, China's Entrance into the Family of Nations, 1968, pp. 4-5)가 있으나, 西歐의 family of nations의 本質은 近代의 主權國家를 構成員으로 하는 主權平等的 分權의 構造라는 데에 있으므로, 당시의 中國 周邊의 諸國의 關係를 family of nations로 表現하거나 이례하는 것은 정확한 것이 아니다.

(6) 李漢基, 「韓國과 日本의 國際法 發達에 관한 약간의 比較的 考察」(前揭論文), p. 205.

關係의 創設을 통해서 國際社會(family of nation or community of nations)에 加入하고 그 社會를 規律하는 「國際法」이란 새로운 法制度를 受容하게 되었던 것이다.

그런데, 이같은 開國의 當面문제에 效果的으로 對處하여 成功한 나라는 日本뿐이며, 中國과 韓國은 이 문제의 해결에 失敗하였다.⁽⁷⁾ 壓倒的인 힘을 배경으로 한 西歐勢力的 進出에 直面하여 日本은 自身の 存立을 維持하기 위해서는 西歐諸國과의 武力的 對決을 避하고 그들의 要求에 굴복하여 門戶를 開放하고, 나아가서 西歐와 交流함으로써 友好關係를 수립하고, 同時에 可及的 速히 西洋의 文明(특히 技術)을 導入하여 그 國力の 強化를 促進하지 않으면 아니된다는 것을 제빨리 自覺했던 것이다.⁽⁸⁾ 그리하여 1854년의 神奈川條約(Kanagawa Treaty 또는 Perry Treaty)에 의해서 門戶를 開放하고, 곧 이어 이른바 「明治維新」을 斷行한 日本은 歐美의 近代資本主義文明을 果敢하게 導入하여 國政 全般에 걸친 一大改革을 決行함으로써 強力한 中央集權體制下에서의 近代化를 促進하였는데, 이러한 過程에서 日本은 西歐國際法을 受容하여 그것을 國家近代化의 推進力으로서, 또한 國家의 獨立을 守護하는 法的 手段으로서 效果的으로 活用했다는 것은 注目할 만한 일이다.⁽⁹⁾

한편, 당시의 舊韓國은 李氏王朝의 封建的 專制君主體制 아래에서 海外事情에 눈과 귀를 가린채, 日本이 開國한지 22年(1842년의 南京條約에 의해서 中國이 開國한 以後 34年)이 지나도록 鎖國政策⁽¹⁰⁾을 固守하고 있었다.⁽¹¹⁾ 그 동안 中國에 進出한 西歐勢력은 점차 韓國에도 눈을 돌리기 시작하였다. 처음에는 外國商船들이 韓國 沿岸에 와서 通商을 要求하는 정도에 그쳤으나 1866년부터는 樣相이 아주 달라졌다. 즉, 프랑스(1866年 프랑스艦隊의 江華島攻擊에서 發端한 이른바 丙寅洋擾), 영국(英船 2隻의 西海岸 및 漢江入口 侵入), 미국(Sherman號 事件에 이은 1868年의 China號와 Greta號의 侵入 및 1971年의 Rogers提督 引率下의 美太平洋艦隊의 江華島攻擊), 그리고 露國등이 잇달아 武力을 背景으로 하여 門戶開放을 強要해 왔던 것이다. 이 모든 경우에 있어서 李氏朝鮮은 단연 武力으로써 對抗하고 그들을 擊退하는 데에 일단은 성공한 셈이었다. 그리하여 大院君을 中心으로 한 당시의 朝廷은 「洋夷」(“Western barbarians”)에 대한 일련의 勝利에 도취하여 더욱 더 鎖國政策을 強化하게 되었다.⁽¹²⁾ 그리하여 李氏朝

(7) 中國의 경우에 관해서는 Hsü, op. cit. 참조. 그리고 外交史의 편집에서 H. B. Morse, International Relations of the Chinese Empire (1918), vol. I 참조.

(8) 丸山眞男, 日本の思想 (岩波新書 434), 10-11面

(9) 李, 前掲論文 (比較的考察), p. 207; 住吉良人, 「明治初期における國際法の導入」, 日本國際法外交雜誌, 第71卷 第 5·6合併號, p. 64 (486)

(10) 당시의 李氏朝鮮의 鎖國政策은 政策의 次元을 넘은 國是로 되어 있었다고 보는 것이 다당할 것이다. Martina Deuchler, Confucian Gentleman and Barbarian Envoys--The Opening of Korea, 1877~1885, p. 109 참조.

(11) 그와같은 鎖國政策을 계속해 온 당시의 背景(이유)과 또한 그것을 그토록 가능케 했던 複合的인 事由에 관해서는 董德模, 韓國의 開國과 國際關係, 서울대학교 출판부, pp. 3-5; Deuchler, op. cit., pp. 1-9 참조.

(12) 당시의 國王(高宗)도 斥和論으로 「和平을 論하는 者は 賣國律으로써 다스릴 것이라」는 嚴命을 내리고, 大院君은 京鄕各地에 斥和의 碑石을 建立케 하였다고 한다. 李瑄根, 韓國史: 最近世篇, pp. 305-306.

鮮은 끝내 「隱遁의 나라」(“hermit nation”)⁽¹³⁾로서 알려지게 되었다.

이와같은 鎖國政策을 계속하고 있는 가운데, 1875년에는 東亞세아의 新進帝國 日本이 20年前에 Perry提督에게서 배운 手法으로 굳게 닫힌 한국의 門을 두들겼다. 日本軍艦 雲揚號의 示威에서 발단된 江華島事件(또는 雲揚號事件)⁽¹⁴⁾이 바로 그것이다. 이 事件의 實體는 水路測量이라는 口實아래 軍事的 示威로써 한국의 門戶를 열게 하려는 일본의 計劃된 作戰이었다.⁽¹⁵⁾ 이리하여 1876년 일본의 武力앞에 屈伏한 李朝는 이른바 江華條約(Kangwha Treaty)이라는 「韓日修好條規」를 체결(2月 26日, 交換은 27日)하고야 免었다(同年 8月 24日에는 修好條規 附則 Additional Articles Appened to the Treaty of Kangwha와 韓·日貿易規則 the Trade Regulations가 체결되었다). 그리고 보면, “treaty”라는 西歐國際法の formula를 통해서 한국이 外國과 法律關係를 맺은 것은 이것이 최초의 일이다.

이와같이 한국은 江華條約의 체결을 통해서 처음으로 條約制度를 受容한 것이지만, 그러나 그것에 의해서 一般國際法の 存在를 認識할 수 있었던 것은 아니며, 그것에 대한 이해나 認識은, 다음에 보는 바와같이, 대체로 1980年代에 이르러 西歐諸國과의 條約의 締結, 그리고 國際法書籍의 導入에 의하여 비로소 가능하게 되었다고 할 수 있다. 당시의 朝廷은 마음에 들지 않는 江華條約을 맺고 日本에 대해서는 門戶를 열기로 하였으나 그것은 國是인 鎖國政策에 終止符를 찍는다는 것을 의미하는 것이 아니었다.⁽¹⁶⁾ 한국은 同條約을 좁은 眼目으로 보았으며 그것이 特別히 중요한 意義를 갖는 것으로는 보지 않았던 것 같다. 즉, 한국은 그것이 韓·日間에 貿易의 길을 트고 西歐勢力의 侵入에 對備하는 安全裝置로서의 部分的 意義를 갖는 것으로 여겼으며, 또한 그것에 의하여 종래의 對外關係에 質的인 變化를 出 意向이 없었던 것이다.⁽¹⁷⁾ 그리하여 한국은 江華條約에 의하여 自主(獨立)權과 平等權이 認定되었으나,⁽¹⁸⁾ 中國(淸)에 대해서는 如前히 「事大」로써 對하고, 日本에 대해서는 「交隣」 즉, 對等한 關係로써 對하는 것이 한국의 傳統的 態度와 合致하는 것으로 보았던 것이다.⁽¹⁹⁾

이와같이 당시의 朝鮮은 江華條約의 重要性을 認識하지 않았으며, 또한 그 內容의 履行에 있어서도 매우 消極적이었기 때문에 거기에는 많은 問題들이 提起되었고, 따라서 同條

(13) “hermit nation”이라는 表現은 William E. Griffis, *Corca, the Hermit Nation* (New York, 1882)에서 비롯한다.

(14) 이 사건의 記述을 잘 要約한 것으로서 M. Deuchler, *op. cit.*, pp. 23-25 참조.

(15) 李, 前揭論文(比較考察), p. 218; 渡邊勝美, 朝鮮開國外交史研究(1973), p. 169.

(16) M. Deuchler, *op. cit.*, p. 49.

(17) *Ibid.*

(18) 同條約 제 1條에서 日本이 韓國의 自主權과 平等權을 認定한 것은 國交條約의 基本條項으로서 近代國際法上의 國家의 基本的 權利·義務의 概念을 導入하면서 동시에 政治的으로는 傳統的인 韓·中關係(朝貢關係 너지 從屬關係)의 斷切을 꾀했던 것이다. 源邊, 前揭書, p. 389; 李, 前揭論, p. 25.

(19) M. Deuchler, *op. cit.*, p. 49.

約이 제대로 施行되기까지는 數年이 걸렸다고 한다.⁽²⁰⁾ 江華條約에 대해서 한국이 이토록 소극적 태도를 보인 데에는 그럴만한 理由가 있었던 것으로 풀이된다. 즉, 그것은 첫째로, 당시의 朝廷이나 一般知識層도 國際法이나 國際關係에 관한 知識이 거의 없었으며,⁽²¹⁾ 둘째로, 同條約의 체결이——部分的인 것이긴 하지만——바로 開國을 의미하는 것으로서, 그것은 必然的으로 정통적인 鎖國政策(國禁)을 變更 내지 破棄하는 것이라하여 開國을 한사코 反對하는 守舊派와 그것을 支持하는 開國論者(주로 閔妃派)間的 갈등과 對立으로 인하여 國內政治가 混亂에 빠져들었으며,⁽²²⁾ 셋째로, 同條約의 規定內容이 한국에게 不利(不平等)한 것이고 또한 不便한 것이라는 것을 짐차——막상 조약의 내용을 履行해 보려고하니——自覺하게 되었던 까닭이다.⁽²³⁾

그러나, 歷史的으로 볼때, 江華條約은 비록 日本의 強壓에 의하여 체결된 不平等條約이기는 하나, 1880年代에 이르러 歐美諸國이 한국과 條約을 체결하게 되는 데에 先導的 役割을 한 것으로 볼 수 있으며,⁽²⁴⁾ 그러한 의미에 있어서 同條約은 한국 땅에 처음으로 심어진 國際法の 苗木이었다고 할 수 있고, 동시에 그것은——日本을 通해서이지만——한국과 西歐法(Western law)의 최초의 接觸이었다고 할 수 있다.⁽²⁵⁾

그러면, 當時의 한국에 있어서 西歐公法으로서의 國際法이 어느 정도로 이해되고 있었던가. 여기에 관해서는 文獻이 없어 정확히 알 수가 없으나, 「오랜동안 鎖國政策을 통하여 外國과의 交涉도 없이 條約이 무엇이고 主權이 무엇인지 모르는 朝鮮官吏들은 “모든나라에 통하는 公法”(a public law common to all nations)으로 알려진 國際法の 새로운 威竹 앞에서 당황과 공포에 直面하지 않을 수 없었다」⁽²⁶⁾고 보는 견해에 비추어, 당시의 韓國사람들에게는 國際法이란 전혀 생소한 것으로 받아들여졌으리라는 것을 짐작할 수 있다.

李瑄根박사의 「韓國史」에 의하면, 江華條約이 체결된 다음 해인 1877년에 駐韓 日本代理公使 花房(Hanabusa)가 中國(北京)에서 Martin(미국인 宣教師, 中國名 丁禮良)에 의하여 번역·

(20) Ibid., pp. 49-50.

(21) Pyong Choon Hahn, Korea's Initial Encounter with the Western law 1866~1910 AD, Korea Observer, Vol. 1, No. 2, p. 81.

(22) 李, 前揭論文(比較考察), p. 219.

(23) 江華條約의 施行에 따른 많은 問題의 解決을 위한 交涉經緯에 관해서는 Deuchler, op. cit., pp. 54-65 참조.

(24) 李, 前揭論文, p. 218.

(25) 한국의 西洋法과의 접촉은 17世紀부터 實學派 學者들에 의해서 間接的으로 中國을 통하여 이루어졌다고 보는 견해(Choi, op. cit., p. 34)도 있으나, 「漢譯 西學書」(Western Literatures in Classical Chinese)라고 하는 것은 儒敎的 漢字文化世界인 漢族社會에서 天主教의 宣敎에 從事한 西洋聖職者들이 漢族에 대하여 天主教를 傳導함과 아울러 他面에서는 西洋文明을 傳授하기 위하여 西洋의 宗教, 倫理 및 地理, 天文, 曆算, 科學과 技術關係에 관한 書籍을 漢文으로 번역, 또는 漢文으로 著述한 書冊」(李元淳, “明清時代流入漢譯西學書의 韓國思想史的意義”, 韓, Vol. 5, No. 11, p. 34. 東京 韓國研究院發行)으로서, 西洋의 敎育制度와 法制度에 관해서도 말及을 하고 있으나, 그것을 통해서 「西洋法과의 접촉」이 이루어졌다고 보기는 어려운 것이다.

(26) Choi, op. cit., p. 36

出刊된 「星軹指掌」(1876) (*Hsiang-Yao Chih-Chang* — Guide Diplomatic, edited by B.C. de Martens)⁽²⁷⁾과 「萬國公法」(*Man-Guk Kong-bup*, the Public Law of Nations, translated from H. Wheaton's *Elements of International Law* into Chinese) 2卷을 禮曹判書 趙寧夏에게 贈呈했다는 기록이 있다. 이에 관련하여, 李瑄根은 그 以前에 이미 그 책들이 들어왔을 것이라고 말하나,⁽²⁸⁾ 文獻의 不足으로 정확한 것은 알 수가 없다. 앞서(註 25) 言及한 바와같이 17世紀부터 北京에 드나들던 朝鮮의 使臣들을 통해서 漢譯「西學書」들 (*Western Literatures in Classical Chinese*)⁽²⁹⁾이 朝鮮에 들여져와 實學派學者들을 통해서 널리 流布되었다는 歷史的 사실로 미루어 보아, 上記한 國際法書籍들이 中國으로부터 이미 들어와 있었을 것으로 짐작되나, 그런 것에 관한 記錄을 찾아 볼 수 없는 것은 아마도 당시의 엄격한 鎖國體制下에서는 그러한 書籍을 읽는 것은 물론 禁忌로 되어 있었을 것이며, 따라서 그것에 관한 記錄도 하지 못했을 것으로 짐작할 수 있다.

당시의 朝鮮은, 앞에서 言及한 바와같이, 國內의으로 開化派와 保守派間의 끊임없는 反目과 對立으로 因하여 混亂을 겪고 있었는데, 兩班儒林 가운데는 아직도 朱子學을 내세우고 鎖國과 斥洋을 주장하고 있었던 데에 反하여, 少壯政治人이나 知識層에서는 丙子年(1876)에 修信使로 日本을 다녀온 金綺守가 얻어 온 世界全圖에 큰 흥미를 느꼈으며, 또한 前記「萬國公法」도 읽고 싶어하였다. 그리하여 당시의 開化人士들은 萬國公法이나 世界全圖를 몰라서는 아니되겠다는 自覺이 생겼다고 한다⁽³⁰⁾.

그러나 한편 勉庵 崔益鉉⁽³¹⁾ 등의 保守派人士들은 開國을 反對하고 開國論者들을 격렬히 非難하면서, 「萬國公法」을 邪書로 規定하여 「이런 冊子들은 일일이 索出하여 鍾街(鍾路)에서 불살라 버려야 한다」⁽³²⁾고 極言했다. 또한 儒生 洪在觀은 그의 上疏에서, 『所謂「中西聞見」, 「泰西聞見」, 「萬國公法」 등의 허다한 邪書가 나라 안에 充滿해 있고, 소위 有名한 선비(名士儒儒)와 新奇함을 좋아하는 무리들이 邪書의 內容 속에 빠져 서로 좋다고 칭찬을 한다』⁽³³⁾라고 하였다. 이와같은 上疏文으로 미루어 보아 「萬國公法」 등은 당시의 開化派 내지 開國論者들에게 널리 流布되어 열심히 읽혀지고 있었다는 것을 알 수 있다. 이러한 가운데서 幼學 池錫泳, 典籍 卞燾 등은 上疏속에 「萬國公法」 등의 書籍은 時務를 아는 데에 도움이

(27) 同書는 “Diplomatic Guide”라는 英譯이 있고, 이것이 다시 1870년에 日本에서 「外國交際公法」으로 重譯, 出版되었다고 한다. 住吉, 前揭論文, p. 55 (477). 同論文에서 筆者(住吉)는 「星軹指掌」의 出版年度를 「光緒4年(1877)」으로 記述하고 있는데, 그것은 「光緒2年」을 誤記한 것으로 본다.

(28) 李瑄根, 前揭書, pp. 432-433.

(29) 漢譯 西學書들의 內容과 그것들이 朝鮮에 流布되게 된 經위에 관해서는 李元淳, 前揭論文 참조; 西學書들을 法史學的 觀點에서 考察한 것으로는 Choi, op. cit., pp. 34-35 참조.

(30) 李瑄根, 前揭書, p. 443; 李漢基, 前揭論文, p. 219.

(31) 崔益鉉의 開國反對論과 行蹟에 관해서 Deuchler, op. cit., pp. 43-44 참조.

(32) 洪時中の 上疏文中의 一部, 『承政院 日記』, 高宗 18年(辛巳) 3月 28日條——李光麟, 韓國開化史研究, 39-40面.

(33) 同上, 39面.

되며 또한 그것들은 오늘날 天下에 通用되는 책들이니 四都와 八道에서 刊行되어야 한다고 주장한 것이다⁽³⁴⁾.

그런데, 당시의 朝廷이나 萬國公法의 必要를 느낀 開化思想의 所有者들이 이 생소한 西歐公法을 어떻게 이해하고, 또 그것을 실제의 外交나 國政에 活用했는지는 소상하게 알 길이 없다. 다만 金玉均⁽³⁵⁾, 朴泳孝와 같은 開化派人士들이 「萬國公法」을 통해서 國際關係에 있어서의 勢力均衡에 관한 知識을 알고 있었으며, 동시에 그 法の 效力의 限界까지도 정확히 인식하고 있었다는 사실은 주목할 만하다.⁽³⁶⁾ 金玉均은 그의 「治道略論」에서 「오늘날 무엇보다도 먼저 힘써야 할 일들 중의 하나는 門戶를 開放하고 이웃 나라들과 友好關係를 맺는 것」이라고 하였다⁽³⁷⁾. 그리고 朴泳孝의 「開化에 관한 上疏」에 「비록 萬國公法이나 勢力均衡의 公義가 있다 하더라도 국가가 스스로 自存의 힘을 갖지 않으면 維持될 수 없다」⁽³⁸⁾고 하였는데, 이는 國際法과 國際關係에 있어서 power politics를 제대로 본 것이었다. 이러한 開化派人士들의 萬國公法에 관한 知識과 國際關係에 대한 識見이 당시의 朝廷에 의해서 얼마만큼 받아들여 졌는지는 정확히 알 수 없으나, 적어도 1880年代初까지의 朝鮮은 如前히 萬國公法의 原產地인 西歐社會와는 無關한 상태로 있었으며, 따라서 一般國際法の 存在를 認識하지 못하고 있었던 것이다.

그러나, 1880年代에 들어서면서 韓國의 周邊情勢는 한국으로 하여금 더 이상 鎖國政策을 持續할 수 없게 만들었다.⁽³⁹⁾ 그리하여 한국은, 뒤늦게나마 스스로 나라의 힘을 길러야 한다는 것을 自覺하게 되었으니, 그것은 國政을 改革하기 위하여 政府組織을 改編하는 데서 현실로 나타나기 시작한 것이다. 이것이 1881年 正月에 設置된 「統理機務衙門」(Office for the Management of State Affairs)의 起源이다.⁽⁴⁰⁾ 이 새로운 政府機構는 外務를 비롯한 軍務, 通商등의 12개의 部로 構成되어 廣凡한 職能을 擔當하는 것이었다. 그리고, 이 時期에 이르러서는 前記 「萬國公法」이 知識層에 浸透했다는 公式的인 記錄(承政院日記)⁽⁴¹⁾이 있으며, 또한 中國에서 번역, 出版된 Bluntschli의 「公法會通」(Das moderne Völkerrecht der civilisierten, Staaten als Rechtsbuch dargestellt, 1867)이 統理機務衙門에서 널리 活用되었다고

(34) 同上, 50-51面.

(35) 開化派의 代表의 人物로서, 그의 開化思想과 國民運動, 그리고 그가 中心이 된 「甲申政變」에 관해서는 特集: 金玉均研究, 韓(東京 韓國研究院發行), Vol. 3, No. 6 참조. 特集속의 소년 學者 G.D. Chagai, "Kim Ok-kyun and Korean Nationalism"은 이채롭다.

(36) 李漢基, 前掲論文, p. 221. 金玉均, 朴泳孝 등의 開化思想과 萬國公法에 관한 知識은 당시 日本의 開化派의 旗手였던 福澤諭吉에게 배운 바가 많다고 한다: 田鳳德, 「開化期의 法思想——西歐法思想의 受容」, 韓國思想大系 Ⅱ, pp. 648-569.

(37) 李光麟, 開化黨研究, p. 46.

(38) 同上, p. 46, 註 146.

(39) Deuchler, op. cit., p. 85.

(40) Ibid., p. 92.

(41) 李光麟, 韓國開化史研究, pp. 26-28.

하는데, 그것은 다음에 보는바와 같이 1890年代 後半의 일이라고 생각된다.

第 2 期 : 1882年以後—1905

이와같은 開國의 몸부림 속에서 朝鮮은 1871년에 만들어 세운 各地의 斥洋碑들을 스스로 부숴버리고, 1882年(5月 22日)에는 韓美友好通商條約(Treaty of Friendship and Commerce)⁽⁴²⁾을 체결함으로써 드디어 西歐 國際社會에 進出하는 새로운 時代에 들어서게 된 것이다. 그런데, 여기에 特記할 것은, 韓美條約의 交渉過程에서 그 條約의 체결을 위해서 周旋한 中國과 미국사이에 朝鮮의 國際法的 地位에 관한 難問題가 提起되었다는 것이다. 그것은 中國측이 앞으로 체결될 韓美條約 속에 朝鮮國에 대한 中國의 宗主權을 인정하는 條項을 두어야 한다고 주장한 데서 발단된 것인데, 여기에 대하여 美國은 朝鮮을 獨立國家로서 인정한다는 것을 前提로 하여 條約을 체결하려는 것이므로 中國과 朝鮮과의 傳統的인 關係는 別個의 문제라 하여 中國측의 要求를 받아들이지 않았던 것이다. 그 問題는 결국 「朝鮮國王이 미국 大統領에게 보내는 公翰」(“a Despatch from the King of Korea to the President of the United States of America”)에서 朝鮮과 中國과의 如斯한 關係를 記述하는 것으로서 妥結이 이루어진 것이다.⁽⁴³⁾ 여기에 따라 朝鮮國王(高宗)이 미국 大統領에게 보낸 公翰(親書)은 다음과 같은 것이다.

His Majesty, the King of Chosen, herewith, makes a communication. Chosen has been, from ancient times, a state tributary to China; yet hitherto full sovereignty has been exercised by the King of Chosen in all matters of internal administration and foreign relations. Chosen and the United States, in establishing now by mutual consent a treaty, are dealing with each other upon a basis of equality. The King of Chosen distinctly pledges his own sovereign power for the complete enforcement in good faith of all the stipulation of the treaty in accordance with international law. As regards the vairous duties which devolve upon Chosen as a tributary state to China, with these the United States has no concern whatever. Having appointed envoys to negotiate a treaty, it appears to be my duty, in addition thereto, to make this preliminary declaration.

To the President of the United States,
May 15th, 1882.⁽⁴⁴⁾

이 國王의 公翰은 당시의 朝鮮王國의 國際法的 地位를 明確히 한 것으로서, 특히 中國과 朝鮮과의 關係는 朝貢關係에 지나지 않고, 朝鮮의 歷代 國王은 그의 主權을 충분히 行使해 왔다는 것을 분명히 함으로써 朝鮮王國이 主權國家임을 宣言한 것이다. 또한 國王은 그의 主權으로써 國際法을 尊重하여 條約을 誠實히 履行할 것을 宜誓하고 있는데, 이 대목은 朝

(42) 同條約의 交渉 및 成立의 過程에 관해서는 Deuchler, op. cit., pp. 110-122; 董, 前揭書, 제 2 편 참조.

(43) Deuchler, op. cit., p. 112; 董, 前揭書, p. 39.

(44) 이 原文은 다음에 論及한 O. N. Denny, China and Korea (pamphlet, Shanghai, 1888), pp. 18-19에서 引用한 것.

鮮王國이 條約締結의 能力(條約의 成立要件)이 있음을 宣言한 것이다. 이와같은 내용의 公翰은 당시의 미국 政府를 困難하게 만들어 끝내 公開되지 않을만큼 重大한 政治的 意味를 갖는 것이며, (45) 동시에 그것은 當時의 朝鮮國王이나 朝廷(특히 統理機務衙門)이 萬國公法의 原理와 原則 등을 이해하는 데에 있어서 이미 상당한 水準에 도달하고 있었음을 말해주는 것이다.

같은 해 6月 6日에는 韓英條約(46)이 調印되었으며, 잇따라 同月 30日에는 韓獨條約(47)이 調印되었다. 이 두 條約은 關稅率의 문제로 批准되지 않고 있다가 다음 해(1883年 9月)에 다소의 修正을 加하여 締結되었다. (48) 이 過程에는 前年 12月에 부임한 朝鮮政府의 최초의 外人法律顧問 P. G. von Möllendorff가 깊이 關與한 것 같다. (49) 이어 다음 해에는 韓露條約과 韓伊條約이 체결되었는데, 이 두 條約이 체결되게 된 데에는 Möllendorff의 영향이 크게 작용한 것 같다. (50) 또한 1885년 5월에 英國軍艦 4隻이 巨文島에 不法碇泊(占領)하고 山峰에 英國旗를 꽂는 事件이 發生하였는데, 朝鮮政府는 Möllendorff를 통하여 英國艦長에게 強力히 抗議하고 또한 그를 日本에 파견하여 그곳의 英國提督과 직접 談判케 하여 同事件이 해결(英艦撤收)된 것은 널리 알려진 이야기이다. 要컨대, 1883~1885年사이의 朝鮮의 外交問題에는 Möllendorff가 직접 또는 간접으로 關여하지 않은 것이 없었으며, 그를 통하여 朝鮮 政府는 國際法을 실제로 援用 또는 利用하는 기술적 方法을 많이 體得했을 것으로 짐작된다. 그리고 그에 관해서 特記할 것은 그가 朝鮮國王의 총애를 받고 朝鮮의 실질적 獨立과 利益을 위해 獻身의으로 노력한 點으로 그를 추천한 中國(李鴻章)의 米위에 거슬러 1885年 12月에 北京으로 召還돼 갔다는 것이다.

1886년에는 數年동안의 交涉 끝에 韓佛條約이 체결되었는데, 그 交涉過程에 있어서 가장 어려운 問題로 提起된 것은 佛側이 要求한 宗教의 自由와 宣敎의 自由에 관한 것이었다. 이 條約의 交涉에는 Möllendorff의 後任으로 부임한 美國人 法律顧問 Owen Nickerson Denny(判事와 領事를 歷任한 사람으로, 韓名은 德尼)가 關여하여 妥協案을 提示하고 佛側이 이

(45) Deuchler, op. cit., p. 122.

(46) 同條約은 韓英條約의 내용과 同一하나, 附屬文書로서 朝鮮의 中國에 대한 dependency를 記述한 議定書(Protocol)와 "Communication from the King of Korea to the Queen of England"가 붙어 있다. 이것은 말할 것도 없이 淸國(李鴻章)의 要請에 따른 것이었다. Deuchler, op. cit., pp. 122-125.

(47) 同條約에도 上記 韓英條約의 附屬文書와 同一한 "Commication from the King of Korea to the King of Prussia"가 붙어 있다. Ibid.

(48) 崔鍾庫, 法史와 法思想(博英社), p. 457, 註 42.

(49) Möllendorff(韓名 穆麟德)가 朝鮮政府의 고문으로서 雇聘되게 된 背景과 그의 行蹟에 關해서는 高柄翊, 「穆麟德의 雇聘과 그 背景」, 震植學報 제25, 26 合併號와 高柄翊譯 「穆麟德의 手記」, 震植學報 第24號 참조. 그리고 그의 法律家로서의 思想과 韓國에서의 業績에 關해서는 崔, 前掲書, pp. 449-485에 示상하다.

(50) 同上.

(51) 同上, pp. 494-97.

를 受諾함으로써 同條約의 成立을 보았다고 한다. Denny가 1885年 12月에서 1890年 12月까지 朝鮮政府의 顧問으로서 奉職하는동안에 이루어 놓은 업적 가운데 가장 두드러진 것은 朝鮮의 內政에 대한 中國의 干渉을 排除하고 朝鮮의 獨立과 主權을 옹호함으로써 그 國際法上的 地位를 確固하게 만들려는 데에 있었다. 그것은 앞서 註 44에서 言及한 그의 有名한 「清韓論」(China and Korea, 1888)⁽⁵²⁾이 雄辯으로 말해주고 있다. 이 「清韓論」과 여기에 대한 Möllendorff의 反論(A Reply to Mr. O.N. Denny's Pamphlet entitled: "China and Korea")⁽⁵³⁾은 당시의 朝鮮王國의 國際法的 地位를 考察함에 있어 빼놓을 수 없는 貴重한 資料이다.

1880代에 들어와서 歐美諸國과 條約을 체결하고 門戶를 널리 開放한 舊韓國은 곧 列強의 勢力의 角逐場으로 化했다. 처음에는 淸國과 日本과의 충돌의 焦點이 되었고, 이어서 日本과 露國과의 對決에 英國이 加勢하는 勢力투쟁의 무대가 되었다. 이와같은 소용돌이 속에서 1890年代末에 이르러 韓國은 스스로의 存立을 지키기 위하여 國政을 革新하고 새로운 出發을 다짐하였다. 그리하여 1897年 10月 25日 高宗은 國號를 「大韓帝國」이라 宣言하고 皇帝로 即位하여 獨立國임을 천명하였다. 그리고 立憲君主國으로서의 體制를 갖추기 위하여 1899年 8月에는 「大韓帝國國制」를 宣布하였으니 이는 韓國 最初의 近代的 憲法이라고 할 수 있는 것이다.⁽⁵⁴⁾ 그런데 9個條로 된 이 「國制」의 내용과 構成이 田鳳德박사의 法史學的 분석⁽⁵⁵⁾에 의하면, 前記한 Bluntschli의 「公法會通」(1896년에 韓國에서도 出版되었다)의 그것과 文言上으로도 合致된다는 것이다. 이러한 사실은 당시의 韓國이 西歐의 近代的 國家體制와 法理論을 萬國公法을 통해서 受容하고 그것을 실제로 國政改革에 援用했다는 것을 의미하는 것이다.

그러나 大韓帝國은 결국 1905년에 日本의 被保護國으로 轉落함으로써 사실상 國際法上的 行爲能力을 喪失하고 半主權國家가 되고 말았다.

(52) 本論文(pamphlet)은 1888年 上海에서 出版되었는데, 1890년에는 日本에서 「清韓論」으로 번역, 出版되었으며, 우리나라에서는 1963年 柳永博譯의 「清韓論」이 나왔다.

(53) 前掲, 「穆麟德의 手記」; 崔, 前掲書, pp. 476-481 참조. 이 反論은 Möllendorff의 박식함을 알려 주면서도 그의 思想과 中國에서의 行蹟에 많은 疑問을 던져주고 있다. Deuchler, op. cit., p. 164.

(54) 崔, 前掲書, p. 431.

(55) 田, 「大韓帝國國制의 制定과 基本思想」, 法史學研究, 제 1號.