

# 안중근과 이토 히로부미의 접점에 대한 법적 평가\*

- 日本人이 安重根을 兇漢으로 부르기 어려운 법리적 이유 -

明 淳 龜\*\*

## ▶ 목 차 ◀

I. 문제의 제기	1. 논의의 기본방향
II. 관할과 일본법 적용의 문제	2. 전쟁상태: 의병전쟁
1. 논의의 방향	3. 교전자격
2. 관할의 문제	4. 논의의 정리
3. 일본법 적용의 문제	IV. 맺 음 말
III. 국내법 적용의 문제	

## I. 문제의 제기

‘안중근과 이토 히로부미의 접점’이라 함은 1909년 10월 26일 중국의 하얼빈 역에서 安重根이 이토 히로부미(伊藤博文)를 사살한 사건<sup>1)</sup>을 말한다. 1910년 2월 14일 珲順(旅順)에 소재한 일본법원(관동도독부<sup>2)</sup> 지방법

\* “고려대학교 특별연구비에 의하여 수행되었음”(Supported by a Korea University Grant).

\*\* 고려대 법대 교수.

1) 이 사건을 우리나라에서는 보통 ‘하얼빈 의거’로 표현한다. 그런데 이하에서는 이를 ‘하얼빈 사건’으로 표현하기로 한다. 객관적 시각을 견지하기 위한 목적에서이다.

2) 일본은 러일전쟁에서 승리한 후 珲順(旅順)에 관동도독부를 설치하였다. 관동도독부는 1906년 칙령에 의해 설치되었다. 도독은 천황이 직접 임명하는 관리인 친임관으로서 육군대장 또는 육군중장 중에서 지명하였다. 도독은 군대를 통솔하고 외무성의 감독 아래 정무를 행하며 남만주철도를 보호하고 회사의 업무를 감독하였다. 관동도독부의 업무형태는 최소한 형식적으로는 ‘군정’은 아니었다. 러일전쟁 종결 후 일본 육군이 남만주에서 독주하는 조짐을 보이자 국제적인 비판이 있어 이토 히로부미가 제동을 건 결과이다(사키 류조 저/이성범 역, “안중근과 이토 히

원)은 일본형법을 적용하여 안중근에게 사형을 선고하였다. 안중근이 상소를 포기함에 따라 제1심판결이 확정되었고 판결일로부터 약 1달 후인 1910년 3월 26일 오전 10시 안중근에 대한 사형이 집행되었다.

우리 민족에게 있어서 안중근은, 세계 각지에서 선진열강들에 의한 제국주의적 침탈이 계속되던 20세기 초에 그러한 행위의 부당성에 항거하여 의기를 떨친 인물이다. 그렇다면 일본인들은 안중근을 어떻게 평가하고 있을까? ‘하얼빈 사건’에 대한 일본인들의 지배적인 생각은 우리의 그것과는 판이하다. 안중근에 대하여 일본의 교과서는 이토 히로부미를 사살한 인물 정도로 소개하고 있고, 그에 따라 ‘위인을 죽인 악인’ 정도의 인식이 일반적이라고 한다.<sup>3)</sup>

한국인에게 있어서 영웅으로 칭송받는 안중근이 일본인에게 있어서는 단지 위인을 죽인 兇漢에 불과한 사람일 뿐인가? “일본인들의 입장에서는 그렇게 평가할 수밖에 없겠지.”라고 양해하면서, 안중근을 흉한으로 보는 일본인들의 관념을 우리로서는 그대로 용인할 수밖에 없는 것인가? 이러한 의문점은 우리의 근대역사에 대한 인식에 있어서 매우 중요한 주제라고 생각한다. 한국인과 일본인은 안중근과 이토 히로부미에 대하여 각각 극단적으로 상이한 평가를 할 수밖에 없는 것인가? 만일 그러하다면 한국과 일본 두 나라 사이에 과거의 역사에 대한 진정한 화해는 불가능한 것으로 보아야 한다. 왜냐하면 안중근과 이토 히로부미의 관계는 단순한 自然人的 차원이 아니라 민족적·국가적 차원의 문제이기 때문이다. 양국 사이에 그와 같은 근본적인 인식차이가 정리되지 않는다면 진정한 의미에 있어서의 한일관계의 미래지향적 발전은 기대하기 곤란하다.

1909년 10월 26일 오전에 발생한 ‘하얼빈 사건’은 안중근과 이토 히로부미라는 두 사람의 접점임과 동시에 한국의 근대사와 일본의 근대사가 매우 극단적으로 충돌한 부분이기도 하다. 한국의 역사에 있어서 안중근

로부미”, J&C, 2003, 58면 참조).

3) 羅明淳·賈圭石 외, “大韓國人安重根”, 世界日報社, 1993, 313면 참조. 그 밖에 일본인들의 안중근에 대한 인식태도에 대해서는 國家報勳處·光復會, “21世紀와 東洋平和論”, 國家報勳處, 1996; 中野泰雄 著/ 金永光 譯, “일본의 지성이 본 안중근”, 慶雲出版社, 1984 등 참조.

은 조국애를 토대로 세계평화와 인류애라는 보편적 가치를 실천하고자 했던 인물로 평가되고 있다. 그런데 안중근의 행위에 대하여 단순히 민족주의적 관점 내지 감정적 관점에서만 접근하는 것은 그의 행위가 포함하고 있는 문명사적 가치를 격감시키는 원인이 될 수 있다.

이 글은 안중근이 왜 한국민족에게 영웅인가 하는 것을 논증하기 위한 것이 아니다. 이 글에서는 ‘하얼빈 사건’에 대하여 객관적 시각을 가지고 법적 관점에서 분석·평가하고자 한다. 그런데 ‘하얼빈 사건’을 법적으로 접근한다 하더라도 매우 여러 가지 사항이 논점으로 될 수 있다. 이 글에서 특히 논의하고자 하는 것은 다음의 두 가지 문제이다. 첫째는, ‘하얼빈 사건’에 대한 관할과 재판에 있어서 일본법을 적용한 법원의 태도의 정당성 문제이다. 둘째는, 보다 근본적인 문제로서 안중근이 이토 히로부미를 사살한 사건을 단순한 형사사건으로 접근할 수 있는가 하는 것이다.

## II. 관할과 일본법 적용의 문제

### 1. 논의의 방향

여기에서는 ‘하얼빈 사건’이 형사사건이라는 전제 위에서 두 가지 사항에 대하여 논의하고자 한다. 그 하나는, 이 사건에 대한 관할권이 일본의 관동도독부 지방법원에 속하는가 하는 것이다. 다른 하나는, ‘하얼빈 사건’에 대하여 日本法을 적용한 법원의 태도가 정당한가 하는 것이다. 다음에서는 이 두 가지 문제에 대하여 차례로 살펴보기로 한다.

### 2. 관할의 문제

관할이 문제된 원인은 대체로 이러하다: ① 피고인 안중근의 국적은 대한제국이다; ② 사건이 발생한 장소는 청국의 영토로서 러시아가 조차하여 관장하고 있던 하얼빈이다; ③ 사건이 발생하기 전에 한국·일본 내

지 한국·청국 사이에 재판관할권과 관련될 수 있는 사항에 관하여 특별한 조약이 존재하였다. ‘하얼빈 사건’의 관할에 대하여 검찰측에서는 이 사건이 관동도독부 지방법원의 관할임을 주장하였고 법원은 이를 인용하였다. 다음에서는 이 부분에 관하여 구체적으로 살피기로 한다.

검찰측은 다음과 같이 주장하였다.<sup>4)</sup>

“하얼빈은 청국 영토로서 동청철도(東淸鐵道)<sup>5)</sup> 부속지인 동시에 모든 나라에게 자유지역이었다. 청국에 대하여 치외법권을 갖는 각국은 이 지역에서 자국의 국민에 대한 법적 권리를 가진다. 일본 및 한국이 청국에 있어서 각 자국민에 대한 치외법권을 가지는 것은 조약상 명백하다. 따라서 러시아 또는 청국에 본 사건에 대한 재판권이 없다. 하얼빈 주재 일본총영사는 메이지 32년(1899년) 3월 법률 제70호와 메이지 33년(1900년) 4월 칙령 제153조에 의하여 일본국민을 관할한다.”

그런데 피고 안중근의 국적은 일본이 아닌 한국이었다. 그러므로 위의 논리만으로 이 사건이 관동도독부 지방법원의 관할임을 주장할 수는 없는 일이었다. 이에 관하여 검찰은 다음과 같이 주장한다.

“메이지 38년(1905년) 11월 17일 일한보호협약 제1조에 의해 한국외에 있는 한국인의 보호는 일본이 행하게 되어 있다. 그러므로 하얼빈 주재 일본총영사가 한국민도 관할하는 것이 당연하다. 따라서 이 사건이 하얼빈 주재 일본총영사의 관할에 속한다는 것도 명백하다. 한편, 메이지 41년(1908년) 법률 제52호는 외무대신에게 영사재판권의 관할이전에 대한 명령권을 인정하였고, 이에 따라 메이지 42년(1909년) 10월 27일 외무대신이 관동도독부로의 관할이전 명령을 하였으므로 이 사건이 관동도독부 지방법원의 관할에 속함은 이론의 여지가 없다.”

4) 이 부분은 李起雄 편역, “안중근 전쟁, 끝나지 않았다”, 悅話堂, 2000, 295면 이하 참조.

5) 중국의 분할을 둘러싼 국제적 대립관계가 전개되는 과정에서 러시아는 독일과 프랑스를 끌어들이어 ‘삼국간섭’에 의하여 일본의 만주 진출을 저지시키는데 일단 성공한다. 그 후 러시아는 1896년에 러청동맹밀약을 맺고 일본이 중국·한국·극동 러시아령을 침략할 경우 상호원조할 것을 약속하는 한편, 만주 북부를 관통하여 블라디보스토크에 이르는 동청철도(東淸鐵道)부설권을 획득하였다. 동청철도회사는 러시아가 프랑스의 자금협력을 받아 청국과 합작으로 설립하였다.

관동도독부 지방법원은 검찰측의 주장을 특별한 변경 없이 그대로 받아들여 자신에게 ‘하얼빈 사건’에 대한 관할권이 있는 것으로 판시하였다.<sup>6)</sup>

이 판결의 태도는 타당한 것인가? ‘하얼빈 사건’이 단순한 형사범죄라는 전제에서 관할권의 문제에 한정하여 말한다면, 법원의 판결에는 법리적으로 문제가 없다고 본다. ‘하얼빈 사건’을 단순한 형사범죄로 본다면 영사재판(consular jurisdiction)에 속하는 사안인데, 사건이 발생한 당시 한국은 1905년 11월 17일의 제2차한일협약 제1조 및 제2조에 따라 일본에 의하여 외교권을 상실한 상태에 있었기 때문이다.

### 3. 일본법 적용의 문제

#### (1) 재판의 경과

‘하얼빈 사건’을 단순한 형사범죄로 본다 하더라도 안중근에 대하여 적용될 법이 한국법인가 아니면 일본법인가 하는 문제가 발생하게 된다.

이 문제에 대하여 검찰측에서는 1905년의 제2차한일협약을 근거로 하여 적용법규는 일본형법이라고 주장하였다.<sup>7)</sup>

“메이지 38년(1905년) 11월 17일의 일한보호협약이 체결되었는데, 보호협약에 있어서의 소위 ‘보호’의 의미에 비추어 볼 때 일본형법에 준거하여야 한다.”

이에 대하여 변호인은 다음과 같은 취지로 검찰측의 주장을 반박하였다.<sup>8)</sup>

“일본정부가 일한보호협약 제1조에 의해 외국에 있는 한국신민을 보호하는 것은 한국정부의 위임을 받고 하는 것이기 때문에, 재판권은 일본 영사관에 있지만 적용법규는 한국이 제정한 법을 적용하여야 한다. 사안은 한국민이 국외에서 행위를 한 것으로 섭외적 형벌법규가 문제된다. 그런데 일본과 달리 한국에는 섭외적 형벌법규가 존재하지 않는다. 그러므

6) 李起雄 편역, 앞의 책 “안중근 전쟁, 끝나지 않았다”, 351-356면 참조.

7) 李起雄 편역, 앞의 책 “안중근 전쟁, 끝나지 않았다”, 296면 참조.

8) 李起雄 편역, 앞의 책 “안중근 전쟁, 끝나지 않았다”, 305-308면 참조.

로 죄형법정주의의 원칙상 무죄라고 할 수밖에 없다.<sup>9)</sup>

그러나 법원은 다음과 같은 이유를 들어 이 사건에 적용될 법은 일본 법이라고 판단하였다.<sup>10)</sup>

“일한보호협약 제1조의 취지는, 일본정부는 그 신민에 대해 갖고 있는 공권력 사용에 있어서 균등하게 한국신민도 보호해야 한다는 해석에 의해 공권력 사용의 일부에 속하는 형사법을 적용하는 것이다. 이 적용에 있어서 한국신민을 제국신민과 동등한 지위에 놓고, 그 범죄에 대해 제국 형법을 적용하는 것이 이 협약의 본뜻에 가장 잘 부합하는 것이다. 그러므로 한국형법을 적용할 것이 아니다.”

## (2) 판결의 정당성 판단: 부정

‘하얼빈 사건’에 대하여 일본형법을 적용한 검찰 및 법원의 태도에는 동의하기 어려운 부분이 많다. 가장 심각한 것은, 법원의 판결이 1905년의 제2차한일협약의 내용을 곡해하였다는 것이다.<sup>11)</sup>

제2차한일협약에 따라 한국은 일본의 보호국으로 전락하였다. 국제법상 ‘보호관계’란 두 국가 사이에 존재하는 계약관계이다. 일방 당사국(피보호국)은 자신의 주권국가로서의 존재를 그대로 유지하면서 자신의 대내적·대외적 주권에 속하는 일정한 권리를 타방 당사국(보호국)에 위임하고, 보호국은 피보호국을 대내적·대외적 공격으로부터 방어하고 제도를 발전시키는 데에 협조하면서 그 권리를 보호해 줄 의무를 진다.<sup>12)</sup> 어떠한 조약이 보호조약인가 여부는 조약의 실질적인 내용에 따라 판단되는 것인데, 제2차한일협약의 내용은 보호조약의 전형적인 모습을 갖추고 있다.<sup>13)</sup>

9) 그러나 이러한 상황을 들어 무죄라고 판단할 것은 아니라고 생각한다. 왜냐하면 영사재판권에 따라 한국형법상의 살인죄를 적용하는 것이 논리이기 때문이다.

10) 李起雄 편역, 앞의 책 “안중근 전쟁, 끝나지 않았다”, 356면 참조.

11) 제2차한일협약은 실제적·형식적 측면에서 무효라는 주장이 가능하다(이태진 편, “일본의 대한제국 강점”, 까치, 1995, 66면 이하 참조). 그러나 이 글에서는 그 협약의 유효성을 인정하는 전제 위에서 논의하기로 한다.

12) 프랑시스 레이 집필/최종고·남효순 역, ‘대한제국의 국제법적 지위’, 이태진 편, “일본의 대한제국 강점”, 297-298면 참조.

13) 프랑시스 레이 집필/최종고·남효순 역, 앞의 글 ‘대한제국의 국제법적 지위’, 298-299면 참조.

그리고 제2차한일협약에 따라 한국이 일본에게 위임한 중요사항은 외교권이 되었다.<sup>14)</sup> 즉 이 협약에 따라 한국은 외교권을 일본에 위임한 것이다. 이러한 사실에 유의하면서 ‘하얼빈 사건’에 적용될 법이 어떤 법인가 하는 것을 생각해 보자. 제2차한일협약에 따라 한국은 자신의 외교권을 일본에 위임한 것이지 주권을 상실한 것이 아니라는 점에 유의하여야 한다. 영사 재판권이 문제된 사안에 있어서 한국이 일본에 위임한 것은 사법권의 일부에 속하는 영사재판권인 것이지 당해 재판에서 적용할 법에 대한 판단까지 위임한 것은 아니다.<sup>15)</sup> 만일 제2차한일협약을 통하여 한국이 일본에게 형벌법규의 제정까지 위임하였다면 검찰과 법원의 입장이 타당할 것이다. 그러나 제2차한일협약에는 그러한 사항이 전혀 존재하지 않는다. 1905년 이후에 체결된 1907년의 정미7조약과 그에 따른 후속조치로서의 기유각서(1909년)<sup>16)</sup>에도 재판권을 언급하고 있는데, 여기에 있어서도 재판권은 일본에 양도하되, 한국민에게 적용되는 법규는 한국법으로 정하고 있다는 사실도 무게있게 고려되어야 할 부분이다.

게다가 제2차한일협약은 일본정부에 대하여 한국과 타국 사이에 현존하는 조약을 이행할 의무를 부과하였다(제2조). 이에 따른다면, ‘하얼빈 사건’에 적용될 법은 한국법이라는 결론에 이르게 된다. 왜냐하면 1899년 9월 11일에 한국과 청국 사이에 체결된 大韓國大清國通商條約<sup>17)</sup> 제5관에 따르면, 청국영토에서 한국민이 저지른 범죄는 한국법에 의하여 처벌하여야 하기 때문이다. 제2차한일협약의 유효성을 인정한다 하더라도, ‘하얼빈

14) 이 협약의 대부분의 조항이 외교권에 관계되어 있다.

15) 변호인도 이와 유사한 취지의 주장을 하였다(李起雄 편역, 앞의 책 “안중근 전쟁, 끝나지 않았다”, 307면 참조).

16) 1909년 7월 12일 한국의 사법권 및 감옥사무의 처리권을 일본정부에 위탁하는 각서를 말한다. 모두 5개 조항으로 구성되어 있는데, 거기에는 다음과 같은 내용이 있다: “재한국일본재판소는 협약 또는 법령에 특별한 규정이 있는 이외에 한국인에 대해서는 한국법규를 적용한다.”(제3조)

17) 대한제국의 외부대신 박제순(朴齊純)과 청국의 흠차전권대신 徐壽朋이 조인한 통상조약으로서 모두 14관으로 구성되어 있다. 양국이 서로 균등한 자격으로 거류민의 신분과 재산을 보호하며 이를 위해 전권대사(전권위원)를 교환하고 총영사관을 설치하도록 약정하였다. 개항한 지역에서만 무역하도록 정하고 범법이 발생할 때에는 양국 영사관을 통해 그 국법에 따라 처벌하도록 규정하였다.

사건'에 대한 법원의 판단은 국가간의 계약을 위반한 것이라는 점을 지적하지 않을 수 없다.

### Ⅲ. 국내법 적용의 문제

#### 1. 논의의 기본방향

임진왜란 당시에 조선의 장군 忠武公 李舜臣은 엄청나게 많은 수의 일본인을 죽였음에도 불구하고 그를 兇漢이라고 부르는 일본인은 존재하지 않는다. 그 이유는 무엇일까? 이유는 의외로 간단하다. 전쟁상태에서 교전중에 벌어진 사건이었기에 '죽은 자' 측에서도 충무공을 兇漢이라고 말할 수 없는 것이다. 이와 같이 '죽인 자'와 '죽은 자'의 법적 지위가 어떠한가에 따라 사망이라는 사실에 대한 법적 평가에 현격한 차이가 발생하게 된다. 만일 안중근이 이토 히로부미에게 총격을 가한 사실을 전쟁상태에서 교전중에 발생한 사건으로 본다면 일본인조차도 안중근을 兇漢으로 칭할 수 없을 것이다.

국제법에 있어서 일반적으로 전쟁이란 전쟁의사를 수반하는 국제법주체간의 무력투쟁이다.<sup>18)</sup> '交戰資格(facultas bellandi)'이라 함은 무력충돌시에 적을 공격할 수도 있고 공격을 당할 수도 있는 자격을 말하며, 교전자격을 가진 자를 '交戰資格者(belligerents)'라 한다.<sup>19)</sup> 교전자격자의 개념은 국제법상 武力衝突法에 있어서 전투를 局地化하기 위한 목적으로 고안된 것이다.<sup>20)</sup> 交戰資格이 없는 文民은 적을 공격할 수도 없고 공격의 대상이 될 수도 없다. 즉 문민의 지위에 있는 자가 적을 공격하다가 체포되면 포로의 대우를 받지 못하고 형사제재의 대상이 되며, 문민을 공격하다가 체포된 자는 비록 그 공격자가 교전자격자라 하더라도 포로의 대우를 받지

18) 柳炳華·朴魯馨·朴基甲, "國際法 II", 法文社, 2000, 657면.

19) 金正均·成宰豪, "國際法", 博英社, 2003, 731면 참조.

20) 金燦奎, '國際法上の 게릴라', "法律新聞" 제25559호(1996. 12.), 法律新聞社, 14면 참조.



못하고 형사책임을 부담하여야 한다. 반면, 교전자격자 사이의 공격은 正當行爲로서 형사처벌의 대상이 되지 않고 체포되는 경우에는 포로의 대우를 받게 된다.

旅順口 地方裁判所는 안중근에게 일본형법상의 살인죄를 적용하여 사형을 선고하였다. 그런데 이와 같은 법운용의 정당성에 대해서는 의문이 있다. 안중근 의사가 이토 히로부미를 사살한 시점이 교전상태이었고 이들 두 사람이 모두 교전자격자의 지위에 있었다면 안중근 의사에게 형사책임을 물을 수 없는 것이기 때문이다. 이러한 관점에서 아래에서는 크게 다음과 같은 두 가지 관점에서 논의를 진행하고자 한다. 첫째, ‘하얼빈 사건’의 발생시점을 전쟁상태로 판단할 수 있는가? 둘째, 안중근과 이토 히로부미는 교전자격자의 지위에 있었는가?

## 2. 전쟁상태: 의병전쟁

‘하얼빈 사건’ 당시의 상황이 전쟁상태이었던가를 판단함에 있어서 중심적인 논의대상은 의병<sup>21)</sup>전쟁이다. 당시 안중근 의사는 의병단체에 소속하고 있었고 그가 이토 히로부미를 사살한 것은 의병전쟁의 일환으로 행한 것이었기 때문이다.<sup>22)</sup> 旅順口 地方裁判所에서 진행된 심리과정 중에 안중근 의사는 다음과 같은 진술을 한다: “나는 개인 자격으로 남을 죽인 범죄인이 아니다. 나는 대한국 의병 참모중장의 의무로 소임을 띠고 하얼빈에 이르러 전쟁을 일으켜 습격한 뒤에 포로가 되어 이 곳에 온 것이다. 旅順口 地方裁判所와는 전연 관계가 없는 일인 즉, 만국공법과 국제공법으로써 판결하는 것이 옳다.”<sup>23)</sup> 이와 같은 진술을 통해 볼 때, 안중근 의

21) ‘義兵’이라는 용어는 동학농민군도 사용하였고 동학농민군을 진압하던 儒軍民兵도 의병과 비슷한 용어인 ‘義旅’라는 이름을 사용하였다(조동걸, “한말의병전쟁”, 독립기념관 한국독립운동사연구소, 1989, 14면 참조). 그런데 여기에서 말하는 의병이란 日帝의 침략에 대하여 봉기한 民兵을 의미한다.

22) 고종의 강제퇴위, 정미7조약의 체결, 군대의 해산이라는 일련의 사건을 목격한 안중근은 블라디보스토크로 들어간다. 이곳에서 그는 청년회에 가입하여 臨時査察로 선출되어 여러 지역을 돌며 유세하면서 의병과 의금을 모았다(羅明淳·曹圭石 외, 앞의 책 “大韓國人安重根”, 42면).

사는 자신의 법적 지위가 軍人이며, 자신의 행위는 교전중에 발생한 것이라는 점에 대하여 확고한 인식을 가지고 있었다.

어떠한 무력충돌 상황을 전쟁이라고 관념하기 위해서는 다음과 같은 요소가 구비되어 있어야 한다<sup>24)</sup>: ① 실질적 요소(즉 무력투쟁의 존재); ② 역사적 요소(즉 전쟁의사); ③ 주체적 요소(즉 국제법 주체간의 무력투쟁). 결론부터 말한다면, 한말의 의병전쟁은 이와 같은 요소를 모두 갖춘 것으로 평가할 수 있는데, 이에 대하여 보다 구체적으로 살펴보고자 한다.

첫째, 실질적 요소를 보기로 한다. 전쟁상태에 있다고 하기 위해서는 상당한 무력투쟁이 실질적으로 존재하여야 한다. 한말 의병전쟁은 이 요건을 충족하기에 충분하다. 의병전쟁은 1894년에 발단되어 1910년 이후 식민지시대에는 민족해방전쟁을 수행하는 독립군의 형태로 발전하였다. 의병전쟁에 있어서 전쟁의 구성요소인 무력투쟁이 포함되었음은 당연하였다. 의병전쟁의 물량적 공과에 대하여는 확실한 통계가 없다. 다만 일본군 측에서 ‘朝鮮暴徒討伐誌’라는 자료에서 발표한 자료에 따르면, 1906년부터 1911년까지 일본군의 사상자가 403명이고 의병의 사상자가 21,485명으로 되어 있다.<sup>25)</sup> 이 정도의 인명손상의 상황에 비추어 볼 때 의병전쟁은 전쟁의 실질적 요소로서의 무력투쟁을 수반한 것으로 판단하기에 충분하다.

둘째, 역사적 요소를 보기로 한다. 전쟁이 성립하려면 戰爭意思(animus bellandus)가 수반되어야 한다. 전쟁의사는 원칙적으로 선전포고나 최후통첩(ultimatum)과 같은 전쟁의 선언을 통하여 명시적으로 표시하여야 한다.<sup>26)</sup> 그런데 의병들의 투쟁행위에 있어서 일본측에 대하여 명시적인 전쟁의 선언을 하였는가 하는 것은 그리 중요한 문제가 아니라고 생각한다. 1904년의 러일전쟁에 있어서 일본이 선전포고 없이 뤼순의 러시

23) 安重根 著/ 安重根義士紀念館 譯, “安重根義士自敘傳”, 安重根義士紀念館, 1993, 111-112면 참조. 안중근자서전의 원본인 漢文本 “安應七歷史”는 市川安正, “重明根と日韓關係史”, 原書房, 1979, 553-667면에 실려있다.

24) 柳炳華·朴魯馨·朴基甲, 앞의 책 “國際法 II”, 658-660면 참조.

25) 보다 자세한 통계에 대해서는 조동걸, 앞의 책 “한말의병전쟁”, 212면 참조. 의병전쟁의 통계에 대해서는 李英煥, ‘安重根義士公判記’, 民事實務研究會, “民事裁判의諸問題” 제7권, 韓國司法行政學會, 1993, 859면도 참조.

26) 1907. 10. 18. 적대행위개시에 관한 Hague III협약은 이러한 취지를 정하고 있다.

아 함대를 공격함으로써 전쟁이 시작된 예에 있어서와 같이 국제사회에 있어서 전쟁선언이 전쟁의 본질적인 요소는 아니기 때문이다. 게다가 교전당사자를 의병과 일본군으로 보았을 때 전쟁을 개시한 것은 실질적으로 침략행위<sup>27)</sup>를 실행한 일본군이라고 보아야 할 것이므로,<sup>28)</sup> 전쟁의 선언이 요구된다면 이는 일본측에 해당하는 사항으로 보아야 한다.<sup>29)</sup>

셋째, 주체적 요소를 보기로 한다. 전쟁은 국제법 주체간의 무력투쟁이라는 점에서 단순한 내란 또는 사적인 무력투쟁과 구별된다. 여기에서 다음과 같은 문제가 제기된다: 의병항쟁을 국제법상의 전쟁으로 볼 수 있을 것인가? 이 문제는 교전자격의 시각에서 접근하는 것이 좋을 것 같다. 그러나 결론부터 말한다면 뒤에서 논의하는 바와 같이, 의병은 국제법상 교전자격자의 지위에 있다는 것이다.

### 3. 교전자격

위에서 ‘하얼빈 사건’ 당시의 상황은 전쟁상태의 요건을 구비하고 있음을 알 수 있었다. 여기에서 또 하나 판단하여야 할 사항이 있다. ‘하얼빈 사건’에 있어서의 공격자와 피격자가 모두 교전자격을 가지고 있었는가 하는 문제가 그것이다.

#### (1) 이토 히로부미의 交戰資格者性: 인정

이토 히로부미의 履歷<sup>30)</sup>을 고려하면서 그를 교전자격자로 판단할 수

27) 국제법상 침략의 의미에 대해서는 李仲範, ‘國際法上 侵略의 意義’, “考試界” 제25권 제1호(1980. 1.), 考試界社, 91면 이하 참조.

28) 일본은 영일동맹(1902)의 체결과 미국 등의 목인을 배경삼아 한국에 대하여 무력을 통한 식민지방침을 굳히고 있었는데, 1903년 12월 30일의 일본각료회의의 결의는 다음과 같은 내용이다: “한국에 관하여는 여하한 경우에 임하더라도 무력으로써 한국을 일본의 권세하에 두지 않을 수 없는 바는 물론이나...”(이태진 편, 앞의 책 “일본의 대한제국 강점”, 29-30면 참조)

29) 일제 침략에 관련된 주요 연구물의 목록에 대해서는 정일성, “이토 히로부미”, 지식산업사, 2002, 306-307면 참조.

30) 이에 대하여 자세한 것은 미요시 도오루 저/ 이혁재 역, “史傳 이토히로부미”, 다락원, 2002; 정일성, 앞의 책 “이토 히로부미”; 우지 도시코 편/ 이혁재 역, “일본

있는가 하는 것을 생각해 보기로 한다.

1841년에 출생한 이토 히로부미는 일본 근대화를 주도한 인물이다.<sup>31)</sup> 1875년 法制局 長官에 임명된 후 형법전과 헌법전의 기초에 있어서 주도적 역할을 하였고, 1885년 12월부터 1900년대 초 격동의 시기에 여러 차례 총리대신을 역임하였다. 갑신정변(1884년) 후 1885년 청국과 일본 사이에 조인된 텐진조약<sup>32)</sup>을 위하여 이토 히로부미는 특파전권대사로서 청나라를 방문하였다. 1895년 청일전쟁 강화회담에 있어서도 전권변리대사로 임명되어 청나라 전권대사인 리홍장과 회담하였다. 1904년에는 총리대신으로서 러일전쟁의 개전을 결정하고 특파대사로 대한제국을 방문하였다. 당시 일본의 국가적 과제인 대륙진출과 관련된 일련의 사무에 관하여 이토 히로부미는 국가원수이며 군통수권자<sup>33)</sup>인 天皇으로부터 전권을 위임받아 활동한 것으로 판단된다. 그리고 그에게 위임된 권한은 군사지휘권을 포함하여 외교권·행정권 등을 포함하는 매우 포괄적인 것으로 보인다.

이토 히로부미가 대한제국에 대하여 직접적 지배권을 명시적으로 표출한 것은 1905년 제2차한일협약 이후로 볼 수 있다. 제2차한일협약<sup>34)</sup> 제3

총리열전”, 다락원, 2002, 10-19면 등 참조.

- 31) 이토 히로부미는 그가 한창 활동하던 시기인 1885년 ‘곤니치(今日)신문’의 ‘일본의 현대 10걸’이란 제목의 각계 인물에 대한 인기투표에서 정치가 부문 1위를 차지하였다고 한다. 이토 히로부미는 그렇게 대중적인 인물로서 막강한 영향력을 가졌던 자이다.
- 32) 텐진조약의 주요내용은, 청·일 두 나라 군대가 조선에서 철수하고 장래 출병할 때는 서로 통고한다는 것이다. 이 조약을 계기로 하여 일본은 조선에 대한 영향력을 계속 확보해 나갔다.
- 33) 여기에서 메이지 헌법상의 군통수권을 둘러싼 권력상태를 살펴보자. 이토 히로부미는 그의 주도 아래 마련된 헌법초안을 1888년 천황에게 제시하고 추밀원을 신설해 직접 의장이 된 뒤, 헌법을 심의했고, 마침내 1889년 헌법을 제정· 공포하였다. 이 과정에서 이토는 초안 제12조에서 육·해군의 통수권은 천황이 갖되 그 편제는 칙령으로 정하도록 하였던 것을 모두 천황의 권한으로 바꾸었다. 이에 따라 군은 의회의 통제에서 벗어나게 되었다(미요시 도오루 저/ 이혁재 역, 앞의 책 “史傳 이토히로부미”, 338면). 이와 같은 행동경향은 군부독재를 우려하지 않을 정도로 이토 히로부미의 군부장악력이 확고했음을 보여주는 것이며, 이러한 헌법을 기반으로 이토 히로부미는 실질적인 군통수권자의 지위에 설 수 있었다(미요시 도오루 저/ 이혁재 역, 앞의 책 “史傳 이토히로부미”, 339면).

조에 따르면, 일본국 정부는 그 대표자로서 한국 황제의 아래에 1명의 통감을 두며, 통감은 전적으로 외교에 관한 사항을 관리하기 위하여 서울에 주재하면서 직접 한국 황제를 만나볼 권리를 가진다. 초대 통감으로 부임한 자가 바로 이토 히로부미이다. 1905년 12월 20일 일본국 칙령 제267호로서 통감부 및 이사청의 관제를 규정하였다. 이에 따르면, 통감은 한국에 대해 일본정부를 대표하는 존재로서, 일본주재 외국 대표자를 제외한 한국에서의 외국 영사관 및 외국인에 관한 사무를 통할하고, 한국에서의 일본관리 및 관청이 시행하는 여러 업무를 감독하는 지위에 있었다(칙령 제3조). 특히 통감은 한국의 질서를 유지하기 위하여 필요하다고 인정할 때에는 한국수비군 사령관에 대하여 병력 사용을 명령할 수 있는 권한을 보유했다(칙령 제4조). 이와 같이 통감에게 군사권이 주어졌다는 사실은 통감을 교전자격자로 파악하는 데에 아무런 장애가 없음을 의미한다.

그런데 여기에서 한 가지 유의하여야 할 점이 있다. ‘하얼빈 사건’이 일어나기 직전인 1909년 6월에 이토 히로부미는 통감의 직책을 사임한 상태에 있었다는 사실이 그것이다. 이러한 사실로 인하여 ‘하얼빈 사건’ 당시 이토 히로부미에게 교전자격이 없었다고 할 수 있겠는가? 부정하여야 할 것이다. 그 근거로는 다음과 같은 사항을 지적할 수 있다. 첫째, ‘하얼빈 사건’ 당시 이토 히로부미는 樞密院 의장의 직위에 있었다는 사실이다. 당시의 추밀원은 천황에 대한 최고자문기구로서 의회 및 내각에 대한 견제기능을 하는 등 관료제의 지배유지기구로 기능하였다.<sup>35)</sup> 추밀원은 국가의 중요정책에 실질적으로 관여한 기관이었는데,<sup>36)</sup> 이토 히로부미는 그 기관을 포함하여 일본정치를 이끌었던 인물이었다.<sup>37)</sup> 둘째, ‘하얼빈 사건’

34) 이 협약의 내용에 대하여 자세한 것은 이태진 편, 앞의 책 “일본의 대한제국 강점”, 60면 참조.

35) 1887년 이토 히로부미 주도하에 헌법 초안이 마련되고 1888년에는 완성이 되었다. 이토는 수상 자리를 구로타에게 주고 자신은 추밀원에 들어가 최초의 추밀원 의장이 된다. 추밀원의 위상을 잘 알 수 있는 대목이다.

36) 추밀원의 실질적 기능은 1910년 한일합병조약이 체결되던 당시 일본의 사정을 보면 쉽게 이해할 수 있다. 1910년 일본에서는 樞密院會議에서 일본 천황의 재가가 내려지고 동시에 ‘韓國併合詔書’와 ‘前韓國皇帝를 冊하여 왕으로 한다는 조서’, ‘이강(李綱) 및 이희(李熙)를 공으로 한다는 조서’ 등이 발표되고 일제의 합방선언이 공포되었다.

당시에도 이토 히로부미는 일본의 대륙진출과 관련된 사무에 있어서 여전히 실질적으로 천황으로부터 포괄적인 권한을 위임받아 활동하였다는 사실이다. 이토 히로부미는 러시아의 남하정책에 대한 대응책으로 러일전쟁을 개시하고 실질적으로 지휘하였다. 일본이 이 전쟁을 도발한 주된 목적은, 대한제국과 청국에서의 이권에 대하여 러시아에 대한 일본의 우선권을 확인·확보하고자 하는 것이었다.<sup>38)</sup> 일본의 한국 및 만주경영에 관한 계획은 러일전쟁의 승리만으로 완성된 것이 아니었다. 이토 히로부미가 1909년 6월 한국에서의 통감직을 사임하고 ‘하얼빈 사건’이 발생한 1909년 10월 만주사찰에 나선 것은, 하얼빈에서 러시아의 재무장관 코코프초프와 만나 한국경영<sup>39)</sup>을 위시한 대륙진출을 도모하기 위한 것이었다. 즉 이토 히로부미의 하얼빈 방문은 일본의 침략행위의 일환<sup>40)</sup>으로 보아야 한다.

요컨대, ‘하얼빈 사건’ 당시에 이토 히로부미는 교전자격자의 지위에 있었다.

## (2) 안중근의 交戰資格者性: 인정

일본은 한국을 경영하기 위하여 불법적인 군사력을 앞세우고 기만적인 외교전술<sup>41)</sup>을 이용하여 조약·의정서·각서·협약 등의 이름으로 한

37) 이토 히로부미가 기초한 소위 제국헌법에 의해 구성된 일본의 통치기구는 전체 주의적 성격이 강했다. 日王의 통치를 보좌하는 내각 외에 때로는 권력이 더욱 강한 추밀원 등과 같은 특권 관부가 행정부를 견제했으며, 권력의 소재가 극히 다원적이고 복잡하였다.

38) 러·일간의 ‘포츠머드조약’의 내용과 그 후의 상황에 대해서는, 김희영, “이야기 일본사”, 청아출판사, 1987, 424-425면 참조.

39) 이토 히로부미는 한국을 명실공히 식민지로 만들기 위해서는 러시아의 양해가 필요하다고 생각하였다(우지 도시코 편/ 이혁재 역, 앞의 책 “일본총리열전”, 16면).

40) 이토 히로부미가 사살당한 후 당시의 일본 언론이 그의 하얼빈 방문이 개인여행 및 유람이라는 점을 강조하는 논조를 보였다고 하는데, 이러한 언론의 태도는 정치적 침략목적의 의도적으로 은폐하기 위한 것으로 판단된다. 기타 ‘하얼빈 사건’과 관련한 각국 신문의 논조에 대해서는, 市川正明, 앞의 책 “安重根と日韓關係史”, 187-208면 참조.

41) 이재석, ‘문명사적 관점에서 본 안중근 의사의 의거’, “대한정치학회보” 제7집 제2호(1999년 겨울), 대한정치학회, 37면 참조.

국과 여러 합의를 하였다. 일본이 이러한 합의들을 체결한 이유는 최소의 군사력으로 한국을 경영하기 위한 것으로 평가하고자 한다.<sup>42)</sup> 그러므로 韓末 일본의 한국에 대한 기본전략은 군사작전을 주로 한 것이었다. 바로 이러한 측면에서 韓末 일본의 한국진출은 군사적 침략행위이고, 그에 맞선 의병부대의 투쟁은 단순한 싸움이 아닌 국제법상의 전쟁으로 파악할 수 있는 가능성이 열려 있는 것이다. 이와 관련하여 여기에서는 안중근이 국제법상 교전자격자의 지위에 있었는가 하는 문제를 논의하고자 한다.

교전자격의 문제는 전쟁법(jus in bello)의 분야에서 다루어지는 사항이다. 전쟁법은 관습법의 형태로 존재하여 오다가<sup>43)</sup> 19세기 중반부터 본격적인 성문화 과정에 이르게 된다.<sup>44)</sup> 그 예로서 다음과 같은 것을 들 수 있다: ① 해전에 관한 Paris선언(1856); ② 전쟁부상자·병자·위생병 보호에 관한 Geneva협약(1864); ③ 특정무기의 사용금지에 관한 St. Petersburg선언(1868); ④ 전투인과 비전투인의 구별에 관한 Bruxelles선언(1878); ⑤ Hague 평화회의(1899); ⑥ 제2차만국평화회의(1907년 Hague회의).

안중근의 교전자격과 관련하여 문제되는 사항은 다음과 같다: ‘하얼빈 사건’ 당시 안중근은 한 국가의 정규군이 아니었는데, 그럼에도 불구하고 교전자격자로 볼 수 있는가? 결론부터 말한다면, 안중근이 정규군의 구성원이 아니었다는 사실은 안중근을 교전자격자로 보는 데에 있어서 어떠한 장애요소로 작용하지 않는다. 아래에서 그 이유를 보기로 한다.

이에 관해서는 제2차만국평화회의(1907년 Hague회의)에서 채택된 陸戰規則의 내용이 실효성 있는 기준을 제공한다고 말할 수 있다. 그러므로 1907년의 Hague협약의 내용을 중심으로 논의하고자 한다. 이러한 태도에 대하여 혹자는 다음과 같은 의문을 제기할 수 있다: 1907년의 Hague협약은 연대조항(clause si omnes)<sup>45)</sup>을 포함하고 있었는데, 이 협약의 당사국

42) 유사한 취지의 서술에 대해서는 이태진 편, 앞의 책 “일본의 대한제국 강점”, 30면 참조.

43) Hugo Grotius의 ‘전쟁과 평화의 법’(1625)은 당시까지의 전쟁에 관한 관습법을 체계적으로 정리한 저술이다.

44) 이에 관하여 자세한 것은, 柳炳華·朴魯馨·朴基甲, 앞의 책 “國際法 II”, 781면 이하 참조.

45) 즉 교전자 쌍방이 Hague협약의 당사자인 경우에만 이 협약을 적용한다는 내용

이 아닌 대한제국과 이 협약을 어떻게 연결할 수 있겠는가? 그러나 그렇게 판단할 것은 아니라고 생각한다. 1907년의 Hague협약은 전쟁으로 인한 피해를 최소화하고 전쟁을 중국적으로 불식시키고자 하는 전쟁법의 이념에 기초하여 종래에 산재해 있던 관습 또는 단편적 실정규범을 체계화한 것으로 볼 수 있기 때문이다. 즉 어떤 국가가 이 협약의 당사국인가 여부와 상관없이 이 협약의 중요내용은 국제법의 법원인 관습<sup>46)</sup>으로서 그 전부터 이미 규범력을 발휘하고 있었다는 사실에 유의할 필요가 있다. 요컨대, 1907년의 협약의 내용, 특히 교전자격에 관한 사항은 ‘하얼빈 사건’ 당시에 관습법의 형태로 규범력을 보유하고 있었다. 그러므로 안중근의 교전자격을 판단함에 있어서 1907년의 Hague협약을 기준으로 삼는 것은 법논리의 허용범위 안에 있는 주장이다.

제2차만국평화회의(1907년 Hague회의)에서 채택된 陸戰規則은 정규군(armies)뿐만 아니라 비정규군(irregular armed forces)<sup>47)</sup>도 교전자격자가 될 수 있음을 인정하고 있었다. 다만, 국가의 법령에 의하여 조직된 정규군은 정규군이라는 사실만으로 교전자격이 인정되는데 반해, 비정규군의 경우에는 일정한 요건을 갖출 것을 조건으로 교전자격이 인정되었다. 대한제국의 군대는 ‘하얼빈 사건’이 발생하기 약 2년 전인 1907년 8월에 일본에 의하여 강제해산된 상태였다. 그러므로 ‘하얼빈 사건’ 당시에는 의병만이 존재하였다. 그렇다면 문제는, 한말의병이 1907년 Hague협약에서 말하는 비정규군에 포함될 수 있는가 하는 것이다. Hague협약에서 채택된 陸戰規則에 따르면, 비정규군에는 民兵(militia)과 義勇兵(volunteer)이 있는데, 이러한 비정규군은 다음과 같은 요건을 갖추는 것을 조건으로 교전자격이 인정되었다(1907년 Hague협약 육전규칙 제1조): 첫째, 부하의 행동에 대하여 책임을 질 수 있는 자의 지휘 아래에 있을 것; 둘째, 멀리서도 식별가능한 식별표지를 가지고 있을 것; 셋째, 공개적으로 무기를 휴

을 말한다.

46) 이에 대해서는 柳炳華·朴魯馨·朴基甲, “國際法 II”, 法文社, 2002, 86면 참조.

47) 비정규군은 흔히 ‘게릴라(guerrillas)’라고 부르기도 한다. 게릴라의 국제법적 지위에 대하여 자세한 것은, 金明基, ‘國際法上 게릴라전의 합법성에 관한 연구’, “육사論文集” 제6집(1968. 12.), 육군사관학교, 159면 이하 참조.



대할 것; 넷째, 전쟁법규에 따라 작전을 수행할 것. 한편, 1907년 Hague협약은 群民兵(mass uprising 또는 levée en masse)<sup>48)</sup>에 대해서도, 공개적으로 무기를 휴대할 것과 전쟁법규에 따라 작전을 수행할 것을 조건으로 교전자격을 인정하였다(1907년 Hague협약 육전규칙 제2조). ‘하얼빈 사건’ 당시 의병전쟁의 주체인 의병은 비록 정규군은 아니지만 비정규군으로서 국제법상 교전자격을 인정받기에 충분한 조건을 구비하고 있었다. 의병의 교전자격 요건과 관련하여 특기할만한 것을 몇 가지 들어보기로 한다. 첫째, 의병은 엄격한 위계에 따라 정밀한 軍組織을 구비하고 있었음은 주지의 사실이다. 특히 1907년 군대해산 이후부터는 의병조직이 고도로 조직화·대규모화 하였다. 그 대표적인 사례로 ‘관동창의대’, ‘13도창의대’와 같은 연합부대를 들 수 있다.<sup>49)</sup> 둘째, 1907년 12월 13도창의대가 서울진격작전을 실행하기 전에 각국의 영사관에 의병을 교전단체로 승인해 줄 것<sup>50)</sup>을 요구하는 것과 같이 국제법적 안목을 가지고 교전에 임했다. 안중근은 1908년 김두성(金斗星)을 총독, 이범윤(李範允)을 대장으로 한 의병부대에 참모중장으로 활동하였다. 한말 의병의 국제법적 지위와 안중근의 소속에 비추어 볼 때, ‘하얼빈 사건’ 당시 안중근은 국제법상의 교전자격을 보유하고 있었다고 보아야 한다.

또한, 일본군과 전투를 함에 있어서 안중근은 국제규범에 대한 인식을 잃지 않았었다는 점에 유의할 필요가 있다. 그 경과는 이러하다. 1908년 6월 300명의 의병을 지휘<sup>51)</sup>하여 두만강을 건너 경흥으로 진격하고 회령까지 진출하여 일본군과 전투를 벌였으나 병력규모상의 극심한 차이를 극복하지 못하고 패퇴한다.<sup>52)</sup> 그 과정에서 포로로 잡은 일본군을 방면해주었는데, 그 이유에 대하여 그는 다음과 같이 적고 있다<sup>53)</sup>: “현재 만국

48) ‘群民兵’이란 적의 침입이 예상되는 긴박한 상황에서 의용병단을 조직할 여유도 없이 급속하게 무기를 잡고 침입자에 대항하는 민중을 말한다.

49) 이에 대해서는 조동걸, 앞의 책 “한말의병전쟁”, 125면 이하 참조

50) 조동걸, 앞의 책 “한말의병전쟁”, 126면 참조.

51) 당시 안중근의 소속과 직책은 ‘聯合大韓義軍’의 참모중장이었다.

52) 羅明淳·曹圭石 외, 앞의 책 “大韓國人安重根”, 42-43면 참조.

53) 安重根 著/ 安重根義士紀念館 譯, 앞의 책 “安重根義士自敘傳”, 75면.

공범에 사로잡은 적병을 죽이는 법은 전혀 없다. 어디다가 가두어 두었다가 뒷날 배상을 받고 돌려보내 주는 것이다.” 이와 같이 안중근은 자신이 전쟁을 하고 있다는 사실을 인식하고 있었을 뿐만 아니라 전쟁법규에 대한 법적 확신을 가지고 있었다. 단순한 관습이 법원으로서의 관습법이 되기 위한 핵심요소인 ‘법적 확신’을 엿볼 수 있는 대목이다.

요컨대, 안중근의 교전자격자성 판단에 있어서는 1907년의 Hague협약의 관계규정의 내용이 거의 그대로 타당하며, 이에 의해 판단해 볼 때 안중근에게는 교전자격자성이 인정된다.

#### 4. 논의의 정리

앞에서의 논의를 정리하면 다음과 같다: ① ‘하얼빈 사건’이 발생한 시점에서 일본과 대한제국의 의병은 전쟁상태에 있었다; ② ‘하얼빈 사건’의 당사자인 안중근과 이토 히로부미 두 사람은 모두 국제법상의 교전자격을 구비하고 있었다. 이러한 사실로부터 다음과 같은 결론이 도출된다: ① 안중근은 군사작전 중에 적군을 공격하였고 그 과정에서 적군에게 체포된 것이다; ② 그러므로 안중근은 국제법상의 포로로서의 지위에 있었다. 그럼에도 불구하고 안중근은 그러한 지위에서 자신의 행위에 대한 법적 평가를 받은 것이 아니라 일본형법상의 살인죄가 적용되었다.

위에서는 국제법의 차원에서 논의를 전개하였다. 여기에서 다음과 같은 의문이 제기될 수 있다. ‘하얼빈 사건’ 당시에 앞서 언급한 국제법 규범이 통용되고 있었는가 하는 점이다. ‘하얼빈 사건’이 발생하기 오래 전부터 국내에도 국제법이 소개되어 법률교육기관에서 강의가 이루어지고 있었다. 그 예로서 현재 고려대학교 법과대학의 전신으로서 1905년에 설립된 普成專門學校 法律學專門科의 강좌내용을 들 수 있다. 이 학교에서는 ‘國際公法大義’, ‘外交官領事官制度’, ‘國際警察論’, ‘平時國際公法’, ‘戰時國際公法’과 같은 교과목을 개설하여 강의하였다.<sup>54)</sup> 또한, 19세기 말에 외

54) 이에 대해서는 高麗大學校, “高麗大學校七十年誌(1905-1975)”, 고려대학교출판부, 1975, 30면 이하; 高麗大學校, “高麗大學校九十年誌(1905-1995)”, 고려대학교출판

국에 대하여 문호를 개방한 이후 한국은 외국의 외교관을 받아들이고 외국에 우리의 외교관을 파견하였으며, 여러 국제회의에 대표를 파견한다든가 만국우편조약<sup>55)</sup> 등과 같은 다양한 국제조약에 가입함으로써 국제사회의 일원으로 활발하게 참여하였다.

요컨대, ‘하얼빈 사건’을 단순한 형사사건의 차원에서 접근한 법원의 판단은 사건에 대한 성질결정(qualification)을 바르게 하지 못한 결과이다.

#### IV. 맺음 말

‘하얼빈 사건’을 단순한 형사사건으로 전제한다 하더라도 관동도독부 지방법원의 판단에 정당성을 인정하기 어려운 점이 있다. 왜냐하면 안중근에게 적용할 법은 일본법이 아닌 한국법이었어야 하기 때문이다. 그런데 보다 근본적인 문제는 ‘하얼빈 사건’이 과연 단순한 형사사건인가 하는 것이다.

안중근에 대한 선고공판(1910년 2월 14일)이 있기 직전인 1910년 2월 12일의 공판에서 안중근이 행한 최후진술은 다음과 같다<sup>56)</sup>: “변호인의 말에 의하면, 광무 3년에 체결된 조약에 의해 한국민은 청국 내에서 치외법권을 가지니 본건은 한국의 형법대전에 의해 다스려져야 할 것이며, 한국 형법에 의하면 처벌할 규정이 없다고 했는데, 이는 부당하며 어리석은 논리라고 생각한다. 오늘날 인간은 모두 법에 따라 생활하고 있는데, 현실적으로 사람을 죽인 자가 벌을 받지 않고 살아남을 도리는 없는 것이다. 그렇다면 나는 어떤 법에 의해 처벌되어야 하는가의 문제가 남아 있는데, 이에 대해 나는 한국의 의병이며 지금은 적군의 포로가 되어 있으니 당연히 만국공법에 의해 처리되어야 할 것이라고 생각한다.” 1910년 3월 26일 뤼순에서 사형이 집행되기까지 안중근은 여러 점의 글씨를 남겼다. 그 중

부, 1995, 63면 이하 등 참조. 그리고 교전자격과 관련한 국제규범을 소개한 문헌으로는 大東法律專門學校의 교과서로 사용된 “戰時國際公法”, 81-86면 참조.

55) 1899년 10월 3일 가입.

56) 李起雄 편역, 앞의 책 “안중근 전쟁, 끝나지 않았다”, 342면.

에서 가장 최후의 유묵은 자신의 공판정 안내에 경호를 맡았던 일본군 헌병 지바 도시치에게 사형집행 당일에 써 준 것으로 ‘爲國獻身軍人本分’이라는 내용을 담고 있다.

이와 같은 일련의 의사표시는 ‘하얼빈 사건’에 대한 안중근 자신의 확신에 찬 신념을 반영하고 있다. 즉 그에게 있어서 ‘하얼빈 사건’은 의병전쟁의 일환으로서 국제법상 전쟁상태에서 교전중에 발생한 일이었다. 안중근의 이러한 인식은 법적으로 상당한 타당성을 가지는 것일 뿐만 아니라, 세계사적 시각에서 볼 때 오히려 ‘하얼빈 사건’의 본질에 해당하는 것으로 본다. 이렇게 본다면 ‘하얼빈 사건’에 대한 관동도독부 지방법원의 판단은 극히 중대한 법적 하자를 포함한 판결인 동시에 심각한 국제법위반 사례로 평가할 수밖에 없다. 당시 법원으로서 일본의 정규군과 한국의 의병이 전쟁을 하고 있다는 전제 위에서 ‘하얼빈 사건’을 심리하였어야 한다. 그런데 제국주의와 군국주의의 세계적 분위기에 편승하여 한국을 합병하고자 했던 당시에 일본의 법원에 대하여 그와 같은 판단을 기대하는 것은 불가능한 것이다.

실제로 안중근은 법 이전에 존재하는 이러한 현실적 장벽을 충분히 인식하고 있었던 것으로 보인다. 그럼에도 불구하고 안중근이 앞에서와 같은 내용의 최후진술을 하였다는 점에 대하여 각별히 유의할 필요가 있다. 여기에서 “하얼빈 사건에 대한 재판이 잘못되었으니 다시 재판을 하라!”라고 주장하는 것은 아니다. 그러나 최소한 잘못된 역사인식은 바로 잡아야 한다. 안중근의 최후진술대로 ‘하얼빈 사건’은 한국과 일본 사이의 교전중에 발생한 사건이었다. 일본인도 안중근을 ‘살인자’, ‘흉한’ 또는 ‘악인’ 등으로 일컬을 수 없는 이유가 여기에 있다.

1910년 3월 26일 오전 안중근은 형장으로 끌려갔다. 형장에서 구리하라 감옥서장이 말했다: “금년 2월 24일, 관동도독부 지방법원에서 언도된 판결이 확정되었으므로 명령에 따라 사형을 집행하기로 한다. 마지막으로 무언가 남길 말은 없는가?”<sup>57)</sup> 통역관이 이 말을 통역하자 안중근은 조용히 대답했다<sup>58)</sup>: “나의 행위는 동양평화를 위함이었다. 한일 양국민이 서로

57) 사키 류조 저/ 이성범 역, 앞의 책, “안중근과 이토 히로부미”, 281면 참조.

일치 협력하여 평화를 꾀하기를 바란다. 역시 마지막으로 교수대에서 동양평화를 위하여 기도하고 싶다.”<sup>59)</sup>

일본인이 안중근을 한국의 軍將校로 대할 수 있는 날, 그 날은 한국과 일본 사이에 진정하고 근본적인 화해의 단서가 열린 날이 될 것이다. 그리고 두 나라 사이의 진정하고 근본적인 화해는 아시아 평화의 빛이 될 것으로 믿는다.<sup>60)</sup>

---

58) 論語 泰伯編에는 다음과 같은 구절이 있다: “鳥之將死 其鳴也哀 人之將死 其言也善(새는 죽음에 당하여 그 울음이 슬프고, 사람은 죽음에 당하여 그 말이 참되다).” 사형이 집행되기 직전에 안중근이 한 말은 모든 것을 떠나 그의 진실된 마음을 읽기에 부족함이 없다고 본다.

59) 사키 류조 저/ 이성범 역, 앞의 책, “안중근과 이토 히로부미”, 281면 참조.

60) “한 나라의 영웅은 대개 다른 나라의 악당이다.” 최근 일본 고이즈미 총리의 야스쿠니 신사 참배에 대하여 주변국에서 비판이 일어나자 2004년 3월 27일 일본의 한 TV 방송에 출연하여 일본 총리가 한 말이다. 이러한 역사인식은 극히 감성적인 태도로서 한일간의 우호적 미래에 대한 걸림돌일 뿐이다. 역사인식은 이성적이고 발전적 미래를 추구하는 것일 필요가 있다.

[참고문헌]

1. 국내문헌

(1) 단행본

- 사키 류조 저/이성범 역, “안중근과 이토 히로부미”, J&C, 2003.  
나명순·조규석 외, “대한국인안중근”, 세계일보사, 1993.  
국가보훈처·광복회, “21세기와 동양평화론”, 국가보훈처, 1996.  
나가노 야스오/김영광 역, “일본의 지성이 본 안중근”, 경운출판사, 1984.  
이기용 편역, “안중근 전쟁, 끝나지 않았다”, 열화당, 2000.  
이태진 편, “일본의 대한제국 강점”, 까치, 1995.  
유병화·박노형·박기갑, “국제법 II”, 법문사, 2000.  
김정균·성재호, “국제법”, 박영사, 2003.  
조동걸, “한말의병전쟁”, 독립기념관 한국독립운동사연구소, 1989.  
정일성, “이토히로부미”, 지식산업사, 2002.  
미요시 도오루 저/이혁재 역, “사전 이토히로부미”, 다락원, 2002.  
우지 도시코 편/이혁재 역, “이분총리열전”, 다락원, 2002.  
안중근 저/안중근의사기념관 역, “안중근의사자술전”, 안중근의사기념관, 1993.

(2) 논문

- 김찬규, “국제법상의 게릴라”, 「법률신문」 제25559호, 1996.  
이영환, “안중근의사공판기”, 「민사재판의 제문제」, 한국사법행정학회, 1993.  
이중범, “국제법상 침략의 의의”, 「고시계」 제25권 제1호, 고시계사.

2. 국외문헌

(1) 단행본

- 市川正安, 「安重根と日韓關係史」, 原書房, 1979.

주제어(Key Words): 안중근(Ahn Joong-Keun), 이토 히로부미(Ito Hirobumi), 전쟁법(Law of War), 교전자격(facultus bellandi), 의병전쟁(Righteous Army Movement)

Legal Aspects of Ahn Joong-Keun's Killing of Ito Hirobumi  
- Can Japanese Rightly Regard Mr. Ahn as an Assassin? -

Prof. MYOUNG, Soon - Koo  
(College of Law, Korea University)

On October 26 1909, Ahn Joong-Keun killed Ito Hirobumi in Harbin, China. This "Harbin incident" is the event on which modern history of Korea and Japan conflict dramatically. This article is not to discuss why Ahn Joong-Keun is a hero to the Korean people, but to analyze and examine the "Harbin incident" through an objective point of view. This article mainly consists of two parts.

The first issue is concerned with the jurisdiction and the application of Japanese law. The Japanese local court of Kuandong proconsul, located in Lü-shun, applied Japanese criminal law to Ahn Joong-Keun and sentenced him to death. Even if we agree to the premise that the "Harbin incident" was a criminal case, there still are some problems in legal perspective: ① The jurisdiction should not have been subject to the Japanese local court of Kuandong proconsul; ② Japanese law should not have been applied in this case.

The second issue is whether the "Harbin incident" was a criminal case. The argument about this matter is as follows: in this case, both parties, Ahn Joong-Keun and Ito Hirobumi, had the *facultus bellandi* under international law. This fact leads to the following conclusions: ① Ahn Joong-Keun was captured while attacking an enemy during a military operation; ② Ahn Joong-Keun was in the status of a captive under international law; ③ Thus, instead of Japanese criminal law,

international law should have been applied to Ahn Joong-Keun.

There are sound legal reasons why the Japanese cannot regard Ahn Joong-Keun as a mere assassin. The Japanese should consider Ahn Joong - Keun as a Military Officer and it is a required historical attitude also for the development of the future-oriented relationship between Korea and Japan.