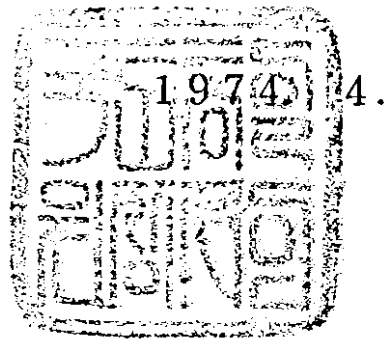


分斷國家 一般理論에서 본 우리
再統一問題 解決方案의 輪廓



國 土 統 一 院

이 報告書는 國土統一院 74年度 上半期
學術用役に 關한 最終 報告書로 提出합니다

1974. 4.

研究責任者 : 김 준 희

서 문

이조말기부터 지금까지 우리들의 조국은 진정한 평화를 단 한번도 누린적이 없다. 이 사실은 아주 불행한 일이다.

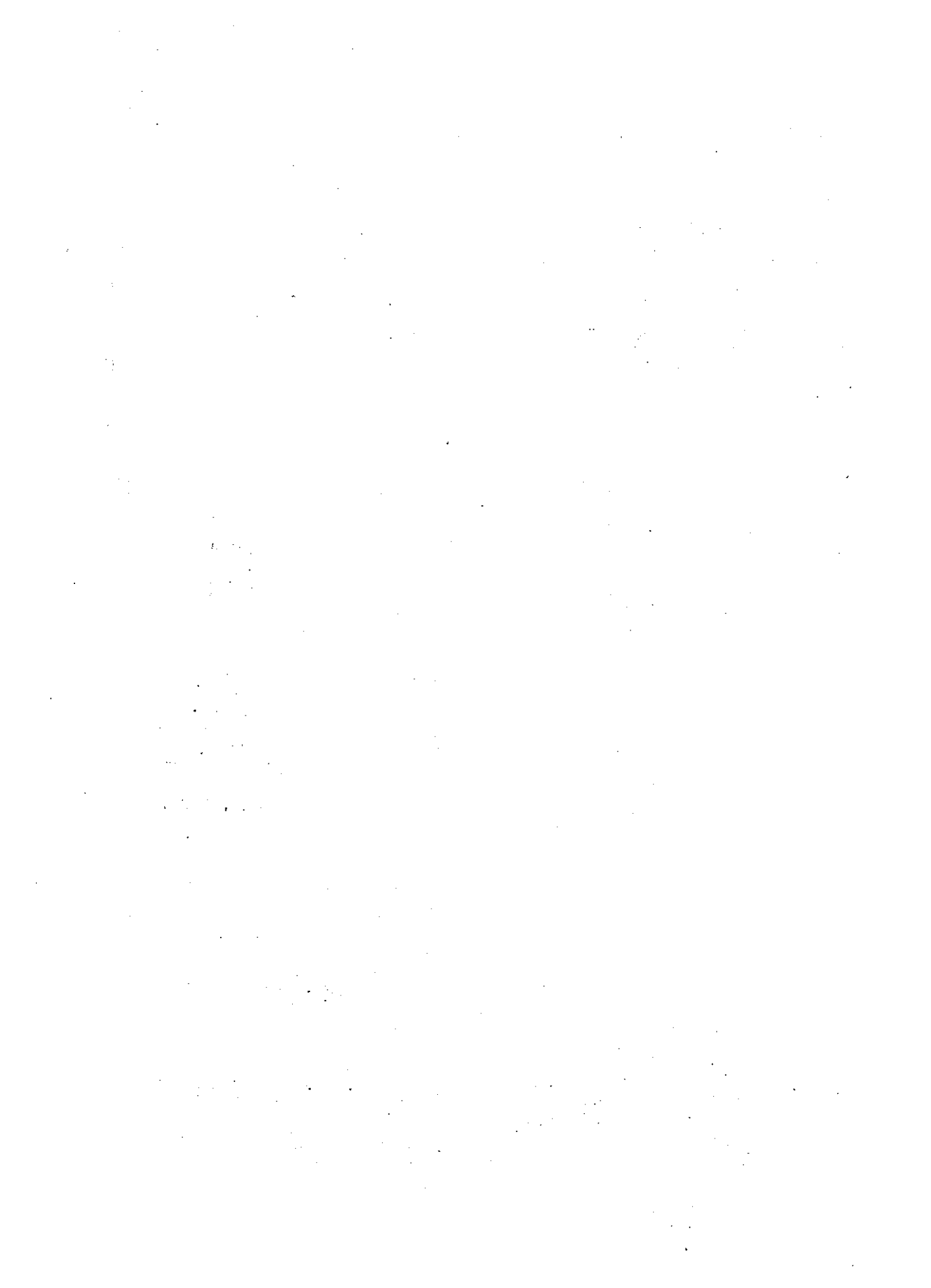
우리 한반도에 있어서의 분단국가에 관한 연구의 발전이 조금이라도 우리 재통일문제의 해결에 도움이 되기를 바라는 마음에서 통일원의 청탁을 기꺼히 받아드린다.

당초의 계획은 우선 제1부에서는 분단국가 개념의 정의, 그 일반적 특징과 한반도, 「베트남」 및 독일등에 나타난 구체적 형태, 분단원인 및 분단국가에 관한 해결책등을 내용으로한 일반이론의 개략을 하나의 『총괄국가』의 지속과 두개의 부분국가와의 관계를 중심으로 설명한 다음, 제2부에서는 1954년 「제네바」회의에서의 우리 재통일 문제에 관한 평화적 해결의 실패원인을 분석 규명한 후 마지막으로 재통일 해결방안의 개요를 소개하려고 했었다.

그런데 제1부를 완성하고 보니, 약속한 원고량도 넘겨지고 우리 한반도에서 긴장상태가 완화되어간다는 물적증거가 없는 현 단계에서 제2부를 쓴다는 것은 적절하지 못하다고 믿어짐으로, 후일에 미루기로 하였다.

1974년 4월 10일

서울 정능 우거에서. 김 준 희



목 차

서 문

I. 분단국가에 관한 일반이론	3
✓ A. 분단국가의 정의	3
✓ B. 일반특징과 그 구체적인 표현양상	13
○ a) 일반 특징	13
○ b) 구체적 형태	15
✓ 1. 독일	15
✓ 2. 한반도	23
✓ 3. 베트남	28
C. 분단원인	31
a) 내란에서 생긴 분단국가 「베트남」	33
b) 생전에서 생긴 분단국가 한반도, 독일	34
1. 한반도	35
2. 독일	37
D. 일반해결책	43
a) 분단국가의 정의에 관한 보충설명	43
b) 총괄국가와 부분국가와의 관계에 관한 제학설	44
1. 총괄국가와 부분국가	44
2. 국가핵심론과 축소국가론	46
c) 일반해결책	54

1. 「다나카 나오끼찌」 교수의 『조선문제』 해결방안과 그에 대한 평가	57
2. 「고마니 쓰루지」 교수의 분단국가 해결방안에 대한 비판	60
3. 「L·말띠데즈-아구로」의 해결제안과 그에 대한 비판	64
4. 「G·까띠」의 해결방안과 그에 대한 평가	67
결 어	71

I. 분단국가에 관한 일반이론

무엇을 분단국가라고 하느냐? 그 일반 특징은 무엇이며, 그것은 실제적으로는 어떻게 나타나고 있느냐? 또 분단국가 문제의 해결을 위한 일반 원칙은 무엇이나? 등을 규명한 뒤에 우리 재통일 문제 해결을 위한 과거의 노력에 대한 반성을 해보려고 한다.

A. 분단국가의 정의

우리나라에서 『분단국가』라는 말은 자주 쓰여지고는 있지만, 잘 생각해 보면 그 내용은 애매한 것 같다.

마치 우리나라에서는 재통일 문제가 정치, 외교, 법률, 경제, 사회, 이데올로기, 인도주의, 역사, 지리, 군사, 국제관계, 교육, 국가안보, 국력배양, 국민총화 등등... 극히 다기 다양한 견지에서 다루어지고 있는 것처럼 『분단국가』란 무엇이냐? 라는 문제에 대해서도 물론 이와같은 견지에서 다룰 수는 있다.

그러나 이에 관한 보다 더 정확한 정의는 법률적인 관점을 기준으로 하는 방법 이외에서는 찾아내기가 용이하지 않을 것이다.

「모리스·프로리」 교수는 『분단국가의 범주는 순수한 법적 기준에 의지하고 정치학의 방법을 이용하면서 정의하는 것이 더 용이할 것이다』(주1) 라고 말하고 있다.

주1 Gilbert Caty, Le statut juridique des Etats divises, Paris, Editions A. Pedone, 1969, p.5.

분단국가(Etat divise, divided state, geteilter staat)의
기원은 냉전이며 (주2) 분단국가들은 현재의 국제관계에 있어서 새롭
고, 중요하고 또한 오래동안 계속되는 현상을 나타내게 하고 있다.

「고다니 쓰루저」교수는 『분단국가』라고 하지않고 『분열국』이
란 용어를 쓰고 있는데, 그는 『분열국』은 『국가가 분열상태에
있는것을 가르킨다』 (주3)고 정의를 내리고 있다.

그는 또 『...분열국은 독일, 중국, 조선 및 「베트남」을 말하며...
한 국가안에서 두 정부가 서로 다투기를 계속하고 있는 상태에
불과하다』 (... so-called Divided States, such as Germany,
China, Korea and Viet-Nam. It is nothing but the situa-
tion that two governments continue to conflict with each
other in one state.) (주4) 고도 설명하고 있다.

특기할 점은 이와같은 정의를 내리는데 있어서 동 교수가 『분
단국가』는 제2차 세계대전과는 무관하다는 입장을 취하고있는 점
이다. 즉 그는 『...이상 네가지 경우(필자주 : 독일, 중국, 조선,
「베트남」)가 실재하는 분열국으로서 인용되는 것이 보통인데, 모

주2) Hammerbacher, Die volkerrechtliche Stellung Vietnams
(Ein Beitrag zur problematik der volkerrechtlichen
Situation geteilter Staaten), Vaduz, 1960; fundamentale-
ment, Teilung und Wiedervereinigung Eine weltgeschi-
chtliche Ubersicht, 1962 참조.

주3) 「고다니 쓰루저」 분열국의 법적 지위, 국제법외교잡지, 제 618
권 제 1호, 1 페이지.

주4) 전제서 152 페이지.

두 다 제 2 차 세계대전 이후에 생겨진 것이기는 하지만, 혹은 전 패국 자신 또는 전승국 자신이, 혹은 전패국의 식민지 또는 전승국의 식민지가 분열되고 있어 전쟁과의 관계는 결코 동일하지 않다. 즉, 분열국이라는 것은 전쟁의 승패라는 것과는 직접 관계가 없고 따라서 또한 전쟁 그 자체와도 직접 관계가 있는 것이라고는 생각되지 않는다. 다만 하나의 국가이어야 할 것이 둘로 나누어져 있다는 것 자체가 분열국이 의미하는 것이며...』(주5) 라고 주장하고 있다.

그러나 동 교수의 『분단국가』에 대한 정의는 결국은 『분단국가』라고 불려지고 있으니까 『분단국가』다 라는 순환론이 되고있지 않나 생각되며, 『분단국가』란 무엇이냐는 해명이 충분하다고는 말하기 어려울것 같다. 또 분단국가들은 제 2 차 세계대전 전후 처리과정에서 생긴것인데, 엄격한 순 법리론에서 분단국가와 대전과는 무관하다고 주장하는 입장은 사실과는 거리가 먼 수증하기 어려운 주장이라고 하지않을 수 없을것이다.

뿐만아니라 동 교수는 독일, 중국, 한국, 「베트남」 등이 『분열국』임은 자명한 사실인것 처럼 단정하고 있는것 같으나, 이점에 관한 학설은 그렇게 단순치는 않다. 즉 「W·골드」는 독일만을 분단국가라고 인정한다. (주6)

주 5) 전계서 2 페이지.

주 6) W.Gould, An Introduction to International Law, New York, 1957, p.87.

미 국무성(주7) 「B. 폴」(주8) 「N. J. G. 파운즈」(주9) 「G. 까띠」(주10) 「G. 솅체」(주11) 등등은 중국을 제외한 독일, 한국, 「베트남」 세 나라만을 분단국가로 취급한다. 「O. 가브렌츠」는 독일과 한국만을 분단국가로 취급하고있는데(주12) 바로 그가 제외한 「베트남」을 「G. 함머바셔」는 한국과 같이 분단국가로 다루고 있다.(주13) 「몽끄」교수는 분단된 동기에 의하여 분단국가군을 분류하고 있는데, 그에 따르면, 민족해방이 동기가되어

-
- 주7) State Department, 4.3.1966, "The legality of U.S. participation in the Defence of Vietnam", Dpt. St. Bul., 28.3.1966, No 1396 et A.J.I.L., 1966, P.565.
- 주8) B. Fall, The Second Indochina's war, International Affairs, 1. 1965.
- 주9) N.J.G. Pounds, History and Geography: a perspective on partition, Journal of International Affairs, VI, 18(1964), no2: the politics of partition.
- 주10) Gilbert Caty, Le statut juridique des Etats divises, Paris, 1969.
- 주11) G. Schutze, Vietnam, in Teilung und Wiedervereinigung, eine weltgeschichtliche Uebersicht (herausgegeben von G. Franz, Gottingen, 1963).
- 주12) O.H. von der Gablentz, Teilung und Wiedervereinigung von Nationalstaaten, in: Koreana Quarterly, Winter 1965- Spring 1966, p. 16.
- 주13) G. Hammerbacher, Die volkerrechtliche Stellung Vietnams, Augsburg, 1960.

「베트남」이 내란에 의하여 중국이, 민족자결이 동기가 되어 「캐시미르」가 국제전쟁의 여파로 한국과 독일이 각각 분단되고 있다는 것이다. (주14) 뿐만아니라 「D. P. 오코넬」은 인도와 「파키스탄」을 분단국가라고 부르고 있다. (주15)

따라서 「고다니」 교수처럼 우리는 자명한 사실로 단정하여 독일, 중국, 한국, 「베트남」 4개국을 분단국가라고 부를수 없으며 분단국가에 관한 정의의 필요성을 느끼지 않을수가 없다.

「L. 말티베즈-아구로」는 이와같이 애매한 『분단국가』의 개념을 밝히기 위하여, 차례차례로 내란과 분단국가, 영토의 부분적 군사점령과 분단국가, 무력장복과 분단국가, 영토분할과 분단국가, 합병과 분단국가, 연방현상과 분단국가, 세력 또는 이권보호 지대와 분단국가, 각각 다른 국가에 의한 두 세력권을 형성하는 국가, 보호령, 위임통치령 또는 신탁통치령의 구분과 분단국가, 분단국가 이외의 분단현상을 실례를 들어가면서 낱말이 분석 검토한 후, 다음과 같이 분단국가 개념을 정의하고 있다.

『분단국가는 제 2차 세계대전 이후에 나타난 새로운 현상이며, 내란상태에 있는것은 아니나, 국제관계에 있어서 두 진영간에 현존하는 긴장을 광범위하게 반영한 긴장을 느끼는 한 국가안에 있는

주 14) Munch, A propos de la question allemande, dans:
Journal du droit international, 1962, p.5.

주 15) D.P. O'Connell, The law of state succession, Cambridge, 1956, pp. 5-6.

동등한 2개의 완전한 권력체계의 존재에 의하여 특징지어진다』

(L'Etat divise est un phenomene nouveau, ne apres la seconde guerre mondiale et que est caracterise par l'existence a l'interieur d'un Etat de deux systemes complets de pouvoir du meme ordre qui, sans etre en etat de guerre civile, connaissent une tension qui est, dans une large mesure, le reflet de celle qui existe actuellement dans l'ordre international entre les deux blocs.) (주16)

이 정의에 대하여 「질벨·까띠」 박사는 그의 학위논문인 『분단 국가의 법적지위』 안에서 『그 법적분석 (필자주: 분단 국가의 법적 분석) 을 우연한 정치적 기준을 근거로 하는 것을 주저하지 않고 있다』 (주17) 고 평하고 있다. 또한 「까띠」는 「말티베즈-아구로」가 분단국가는 내란상태에는 있지 않다고 주장한 점에 관해서는 동의하고 있다. 즉 그는 『분단 국가의 분단된 각 부분은 내란중에 있는 국가들에서는 찾아볼 수 없는 안정성을 보이고 있다.

고러기 때문에 독일에서 냉성내란 (冷性内乱), 잠재적 내란이란 말을 쓴다』 (Les portions d'Etats divises presentent une stabilite inconnue des Etats en guerre civile. C'est pourquoi on parlera en Allemagne de "Kalter Burgerkrieg", de

주 16) Luis Martinez-Agullo, L'Etat divise, op.cit., p.277.

주 17) Le statut Juridique des Etats divises, pp.cit., pp.11-12.

“Bürgerkriegsähnlicher Zustand” ou de “latenter Bürgerkrieg” guerre civile “froide” guerre civile latente.) (주18) 고 지적하고 있다.

「G. 까띠」 박사는 『총괄국가의 지속』과 『국제법상의 부분적 두개의 주체』라는 두 부분으로 구성된 전기의 그의 학위논문에서 『분단국가』 개념을 다음과 같이 정의하고 있다.

『분단국가는 법적으로 지속되는 하나의 국가가 국제법상 양자 다 부분국가의 동등한 지위를 가진 두개의 국제적인 주체로 잠정적으로 분단되어 있는 국가다』 (… est un Etat divise l'Etat qui, persistant en droit, est provisoirement divise entre des sujets internationaux qui, tous deux, possèdent le meme statut d'Etat partiel du droit international.) (주19)

또한 그는 계속해서 분단국가의 구성요소를 다음과 같이 설명하고 있다.

『첫째로, 「제잠트슈타트」(총괄국가, 원천국가, 잠재적 또는 내재적인 국가)라고 불리는 분단국가의 지속은 국제적 상속을 배제한 다. (이실은, 독일의 경우 또는 때로는 「베트남」의 경우에 지지되고 있음) 이 지속은 단일한 민족적 의사에 근거를 두는 것이 아니라 (기껏해서 재통일에 대한 도덕적인 권리에 근거를 둠)

주 18) ibidem, p.91.

주 19) ibidem, p.112.

당사자 간, 즉 극동에 있어서는 분단국안에 있는 각 정부들, 독일에 있어서는 연합국간의 법적행위, 국제적 결정에 근거를 둔다.

이 지속은 법적으로는 다만 국제적인 행위능력의 표현방법이 전혀 없는데에서 나타나고 있다. 시간적으로 본 총괄국가의 계속성과 공간적으로 본 분단국가의 단일성은 일치한다. 환언하면, 그 원인이야 어떻든간에 분단행위는 그 국가자신에게 작용하여야 한다.

따라서 중국은 분단국가에서 제외된다. 분단국가의 지위는 1차적일 수도 있고(독일의 경우) 2차적일 수도 있는데(한국, 베트남의 경우) 후자의 경우에는 분단국안의 자기 정부들 사이의 합의에 근거를 두고있다.』 (-la persistance de l'Etat divise qualifie de Gesamtstaat (Etat global, Etat originaire, Etat latent,ou encore immanent) exclut une succession internationale (soutenue pour l'Allemagne, mais aussi parfois pour le Vietnam). Cette persistance repose non sur une volonte nationale unitaire(portant tout au plus sur un droit moral a la reunification) mais sur un acte juridique,un accord international, entre parties interessees:les gouvernements de l'Etat divise en Extreme-Orient, des Allies en Allemagne.

Cette persistance s' exprime juridiquement dans le seul maintien d'une capacite internationale d'action deppurvue de tout moyen d'expression. A la continuite de l'Etat

global dans le temps, repond l'unite de l'Etat divise dans l'espace:un acte de division, quelque soit son origine, doit affecter un meme Etat ce qui exclut la Chine.

Le statut de l'Etat divise peut etre originaire(Allemagne) ou derive (Coree, Vietnam), reposant alors sur un accord des autorites de l'Etat divise;)(주20)

『물째로, 비록 재통일을 기다리는 동안 그들의 존재가 잠정적이라 할지라도 국제법상의 두개의 부분적인 주체는, 안정되어있으며 그들이 영토적으로 확정되고 또 자치적인 공동체를 지배하는 한 동등한 국가다. 자치적이라 함은 이 두개의 부분적인 주체가 지상적(至上的)인 것이 아니라는 뜻이다. 그 이유는 그들의 권리와 권한은 다만 잠재적인 국가와의 관계에 있어서만 행사될 수 있기때문이며, 그들중 자기 홀로서는 대표할 수도, 약속할 수도 없기 때문이다...』 (-les deux sujets partiels du droit international sont des Etats egaux dans la mesure ou, quoique provisoires dans l'attente de la reunification, ils sont stables et regissent une communaute territorialement definie et autonome. Autonomes, ils ne sont pas souverains car leurs droits et pouvoirs ne peuvent s'exercer que par reference a l'Etat immanent qu'ils ne peuvent représenter

주20) ibidem, pp.112-113.

ou engager a eux seuls ...) (주21)

우리는 조건부로 장차의 연구의 완성을 기다리면서 「질벨·까띠」 박사의 이 정의를 받아드리기로 한다. 조건부라 함은 「까띠」는 『분단국가는 법적으로 지속되는 하나의 국가가...』라고 정의를 내리고 있는데 이 표현은 독일의 경우에는 부합되지만 한국과 「베트남」의 경우는 문제가 있기 때문이다. 즉 독일의 경우는 현재는 두개의 부분국가(독일연방공화국과 독일 민주공화국)가 하나의 분단국가를 형성하고 있는데 이 분단국 직전에 존재했던 국가는 즉 원천국가는 「라이히」다. 따라서 거기에는 헌법적 계속성이 있고 「까띠」가 말하는 『법적으로 지속되는 하나의 국가』가 존재한다. 그러나 한국과 「베트남」의 경우는 전혀 사정이 다르다.

이 두경우에는 헌법적중단이 있다. 즉 한반도에는 현재 두개의 부분국가들 즉 대한민국과 소위 『조선민주주의 인민공화국』이 형성되어 하나의 분단국가를 이루고 있는데, 이 분단국가 직전에 있었던 국가 즉 원천국가는 없다. 있었던 것은 국가가 아닌 조선총독부에 의하여 통치되었던 일본제국의 식민지다. 마찬가지로 「베트남」의 경우도 현재 인도지나에는 두개의 부분국가들, 즉 「베트남」공화국과 『베트남 민주공화국』이 하나의 분단국가를 구성하고 있는데, 이 분단국가의 원천국가는 없고, 있었던 것은 다만 국가가 아닌 「프랑스」의 식민지다.

주 21) ibidem, p.113.

그러므로 「S·바스티드」 교수는 독일의 경우는 분명히 분단국가
의 범주에 들어가지만 한국과 「베트남」의 경우를 분단국가라고
하기에는 의심할 여지가 있다고 지적하고 있다. (주22)

그렇기 때문에 「카띠」의 정의중 『법적으로 지속되는 하나의
국가...』은 문제이며 한반도와 인도지나에도 적용될수 있는 『분단
국가』개념의 정의가 정립되어야 하겠으나 그때까지는 이런 문제가
있음을 인식하면서 앞서 말한바와 같이 짐정적으로 「카띠」의 정
의를 차용하기로 한다.

B. 일반특징과 그 구체적 표현양상

a) 일반특징

헌법적 계속성의 문제를 차지한다면 분단국가의 구조적 일반
특징은 잠재적인 하나의 총괄국가(또는 원천국가)를 중심으로한
국내적인 면과 대외적인 면의 두 측면에서 찾을 수 있는데 국내
적으로는 원천국가의 대내권한의 독점을 중심으로, 대외적으로는 원
천국가의 대외권 독점을 중심으로 두개의 부분적인 주체가 각각
대립하여 경쟁하는 상태에 있다는 점에 관해서는 대체로 의견의
일치를 보이고있는 것 같다. 「모리스·프로타」 교수도 분단국가에 관
한 『추론은 아주 단순한 두가지 생각을 중심으로 뚜렷해 진다.

주 22) S.Bastid, Cours de droit international public,
Paris, 1966-1967 참조.

즉 분단국가는 총괄국가의 지속을 가정하는데 이 지속은 국제법상의 두개의 부분적인 주체의 존재를 허용한다.』(La demonstration s'articule autour de deux idées très simples: 1' Etat divisé suppose la persistance d'un Etat global qui autorise l'existence de deux sujets de droit international.) (주23) 라고 지적하고 있다.

그렇다면 우리나라에 있어서의 종래의 분단국가에 관한 연구는 그 중심과제에서는 매우 동떨어진 곳에서 행해지고 있는것이 아닐가? 공산권에 관한 연구 특히 북한과 중공에 관한 연구, 강대국들의 극동정책에 관한 연구 등등은 분단국가 그 자체에 관한 연구와는 다른 문제다. 또 독일문제를 연구해나가는데 있어서도 이와같은 분단국가의 일반적인 구조적 특징의 파악을 출발점으로 할 때에만 정확한 관찰과 적당한 평가를 할수 있을 것이다.

이하에서는 이와같은 분단국가의 구조적 특징을 토대로하여 그 일반적인 특징을 밝힘과 동시에 그것이 한반도, 「베트남」 및 독일의 경우 (주24) 에 구체적으로 어떻게 나타나고 있는가를 찾아보

주 23) Le statut juridique des Etats divisés, op.cit., p.6.

주 24) 중국에 관해서는 필자는 국내에 있어서의 다수설과는 반대로 구주에 있어서의 다수설을 따라 중국은 분단국가가 아니다라는 입장을 취한다. 그이유는 1951년 9월 8일의 「샌프란시스코」 평화조약에 의하여 권한을 행사하는 영토가 대만정부에 부여되어 새로운 국가 중화민국이 성립되었다고 보기 때문이며, 만일 중국이 분단국가가 되기 위해서는, 이 평화조약 서명후에 장개석이 중국대륙에서 물리어 나왔어야 할것이다. Le statut juridique des Etats divisés, op.cit., pp. 23-30 참조.

기로 하겠다.

두개의 부분국가와 하나의 총괄국가와의 관계를 꺼꾸로 설명한다면 국내면에서는 일반국가의 경우와는 달리 두개의 정치적인 주체, 즉 두개의 부분국가들을 합해야 비로서 하나의 잠재적인 총괄국가 가 될수 있고, 대외적으로는 이 또한 일반국가의 경우와는 상이하 여 국제법상의 두개의 부분적인 주체들을 합하므로써 하나의 주체로서의 총괄국가를 대신할 수 있는데, 국내적으로나 국제적으로나 두개로 분리되어 있는 한, 총괄국가를 대신할 수는 없다. 이 점이 분단국가 이론에서 특히 강조되어야 할 점이다.

그런데 국내적 면에서 두개의 부분국가가 각기 충분히 그 능력을 발휘해도 하나의 총괄국가를 대신할 수 없다함은 바로 지속되고 있는 하나의 총괄국가의 정통성이 결여되어 있음을 의미하며 국제적 면에서는 두개의 부분적인 주체가 제아무리 능력을 발휘해도 하나의 주체인 총괄국가를 대신할 수 없다함은 바로 국가독립의 결여를 의미하게 된다.

b) 구체적 형태

1. 독일

독일의 경우 하나의 독일국가의 존속 즉 잠재적인 하나의 독일 총괄국가의 존속은 「포츠담」 선언 동서 양독의 헌법, 국제관계의 실제 및 학설에서 찾아볼 수 있다.

단일한 독일국가를 유지하겠다는 연합국의 의도는 1945년 6월 5일의 「포츠담」 선언에서 다음과 같이 표명되어 있다.

『독일인민을 소멸시키거나 노예상태로 떨어뜨리거나 하는 것은 연합국의 의도는 아니다. 연합국의 의도는 경우에 따라서는 민주적이고 또한 평화적인 토대를 근거로한 그들의 생활을 회복하기 위하여 그들 자신이 준비하는 능력을 독일인민에게 주는 데에 있다.

만일 그들의 노력이 이 방향으로 확고하게 향한다면 독일인민이 적당한 시기에 세계의 자유스럽고 평화적인 인민들 사이에 그자리를 차지한다는 것은 가능한 일이다.』 (주25)

잠자고 있는 하나의 독일 총괄국가의 지속은 동서 양독의 헌법에는 다음과 같이 표현되어 있다.

독일 연방공화국의 1949년 5월 23일의 기본법 전문에서는 『...그의 민족적 및 국가적 단일성을 옹호하는 의지에 불탄...독일 인민은...이 사업에 협력하는 가능성이 거부되었던 독일사람들을 위해서도 행동했었다. 전 독일 인민은 자신이 자유스럽게 준비하면서 독일의 단일성과 자유를 완전한 것이 되게하도록 권유되어 있다.』 (주26)라고 되어있으며, 동 제 23조에는 『...독일의 기타 지역(필차주:독일연방공화국 직할영토이외의 지역)에 대해서는, 현 기본법은 그들(지역)의 (독일 연방공화국에의) 가입후에 적용될 것이

주 25) Textes et documents pour l'organisation du monde, Centre d'etudes politique etrangere, Hartmann, 1956, p.80.

주 26) Maurice Duverger, Constitutions et documents politiques, Presses Universitaires de France, 1957, p.295.

다.』(주27) 라고 규정되어 있다.

따라서 독일민주공화국 헌법, 즉 1949년 10월 7일 법률은 그 전문에서, 『…이 헌법은 전체 독일인민의 참가와 더불어 인민위원회에 의하여 기초되었었다.』(주28) 라고 되어있으며 동 제1조에는 『독일은 분할할 수 없는 하나의 공화국이다.』(주29) 라고 뚜렷하게 규정되어 있다.

외교의 실제면에 있어서 하나의 독일총괄국가의 지속은 다음과 같이 나타나고 있다.

1945년 5월 8일 서서 연방회의는 『서서 연방의 입장으로서는 법률상 독일은 국가로서 존속한다. 그러나 독일은 이미 국제적 강국으로서의 능력은 갖지 않는다. 그반면 서서와 독일사이에 체결된 조약들은 법적으로 유효하다』(“En droit, l'Allemagne est restée pour la Confédération helvétique un Etat, mais elle n'a plus la capacité en tant que puissance internationale. En revanche, les traités conclus entre la Suisse et l'Allemagne restent juridiquement valables.”)(주30) 라고 명백히

주 27) ibidem, p.300.

주 28) Notes et Etudes Documentaires, No1249, 21 decembre 1949.

주 29) ibidem.

주 30) M.E.Bathurst et J.L.Simon, Germany and the North Atlantic Community, London, 1956; R.Schuster, Die Deutsche staatliche Existenz im Widerstreit politischer und rechtlicher Gesichtspunkte, Munchen, 1963.

선언했었다. 「로마」 교황청도 1924년과 1932년 사이에 각 주들과 1933년에 「라이히」와 체결한 협약에 관하여 동일한 견해를 확인했었다. 1959년 5월 18 ~ 19 양일간의 「제네바」 회의에서, 미국대표 「허터」와 영국대표 「S. 로이드」는, 평화 교섭을 할 때는 오로지 「라이히만」이 연합국과의 조약체결 당사자가 될 수 있다고 언명했었다. 「스페인」 정부도 그의 각서교환을 통하여 동일한 태도를 취했었다. (주31) 1945년 5월 7일의 독일의 항복과 동년 6월 5일의 「베를린」 선언 이후에도 대부분의 연합국들은 독일의 국제적 인격을 인정하여 전쟁상태가 연장되고 있다고 간주했었다. (주32)

「프랑스」의 경우는 처음에는 「라이히」가 국제적면에서는 사라졌으니까 모든 조약은 무효라는 견해를 표명했었으나 그후 태도를 바꾸어 독일의 국제적 인격을 승인하는 데로 기울어졌었다. 즉 「프랑스」의 외무장관은 그 보고에서 『1945년 6월 5일의 「베를린」 선언에 비추어...연합국들과 독일간의 전쟁상태는 국가들 간의 관계라는 면에 있어서는 종결되었다고 보아야 한다.』

주 31) ibidem.

주 32) H. Mosler, Die Beendigung des Kriegszustandes mit Deutschland und die Entwicklung des volkerrechtlichen Kriegs begriffs (sous la direction de), Max-Planck Institut, 1963 (vol.37), Beitrage zum auslandischen, offentlichen Recht und Volkerrecht.

따라서 이제는 다만 국내법의 면에서만 존속하고 있는 전쟁상태 문제를 해결할 수 있다』(“Compte tenu de la Declaration de Berlin du 5 juin 1945 ... on doit considerer que l'etat de guerre entre les Puissances allies et l'Allemagne a pris fin sur le plan des rapports entre Etats, il est maintenant possible de regler le probleme de l'etat de guerre qui ne subsistait des lors que sur un plan de droit interne.”)^(주33)고 언명했었다. 따라서 1957년 10월 29일의 「프랑스」 정부의 외교문서는 『이와같은 소멸의 필연적인 귀결은 모든 조약과 협정의 실효다』(la consequence necessaire d'une telle disparition est la caducite de tous les traites et conventions.)^(주34)라고 결론을 내리고 있다. 그런데 1956년에 이미 「프랑스」 정부는 공식적으로 이와같은 입장을 변경하고 있었다. 즉 「수에즈」 운하 사건을 계기로 개최된 1956년 8월의 국제회의에는 독일 연방공화국은 1888년 10월 29일의 「콘스탄티노플」 조약의 서명국가 자격으로 초청되었었는데, 연방정부가 「라이히」의 법적 인격의 표현이다라는 주장은, 회의 개막시의 「프랑스」 외무장

주33) Le statut juridique des Etats divises, op.cit., p.39.

주34) ibidem.

관의 선언에서 명백히 인정되었었다. (주35) 얼마후 「자아르」 지방문제의 해결을 위한 1956년 10월 27일 서명된 불-독 조약에서는 「프랑스」는 연방정부에게 「라이히」의 대외 대표권은 인정하였으나, 「라이히」가 가졌었던 국경에 대한 주장은 거부했었다.

환언하면 「라이히」의 국경이 연방공화국 국경으로 축소된 데에다가 잠재적인 「라이히」의 대외권을 부여하고 있으나, 동시에 「라이히」의 대외권과 연방정부의 그것이 전혀 동일하다는 견해는 아니다.

이 「프랑스」정부의 관점은 『독일 연방공화국이 그의 사실상의 국경을 넘어서 독일의 모든 이익을 대표한다는 권리를 승인한다는 것은, 「라이히」의 소멸을 확인하는 것과는 양립되지 않는다.

그 이유는 신 국가는 다만 그의 1949년의 국경안에서만 창설 되었을 수 있었기 때문이며 따라서 탄생당시의 영토 이상으로 주장을 내세울 수는 없을 것이다.』 ("Reconnaitre le droit de la R.F.A. a représenter les interets allemands au dela de ses frontieres effectives est difficilement conciliable avec l'affirmation de la disparition du Reich car le

주 35) Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht — Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg(R.F.A.), 1957-58 (vl. 18), Völkerrechtliche Praxis der B.R.D. im Jahre 1956.

nouvel Etat ne pouvait qu'avoir été créé dans ses frontières de 1949 et ne pouvait donc élever de prétention au delà du territoire originaire. 7) (주36)라는 표현에 뚜렷이 나타나고 있다.

다수국가 간 관계의 실제에 있어서는 세계우편연합(U·P·U)은 독일은 신 가맹국가에게 불가결한 3분의 2의 전 가맹국들의 승인을 필요로하지 않고, 비준서 기탁국가에 대한 외교형식의 단순한 통지에 의하여, 관계되는 협정과 협약에 가입할 수 있다고 결정하였다. (주37)

그러나 이경우에 하나의 총괄국가와 두개의 부분국가, 즉 「라이히」와 독일 연방공화국과 독일 민주공화국과의 관계는 명백치 않으며 이와같은 처리방법은 편의적인 것, 또는 임시적인 것이라고 하겠다. 따라서 두 부분국가가 설사 이기구에 가입된다 할지라도 그 법적지위는 안정되어있다고 할수는 없다.

이상에서 우리는 독일에서 분단국가의 일반적인 특징이 어떻게 구체적으로 나타나 있는가를 하나의 총괄국가와 두개의 부분국가와의 관계를 중심으로하여 보아 왔었는데 이것을 요약하면 두개의

주 36) Le statut juridique des Etats divises, pp.cit., 39, note 19; cf. F. Munch, Zum Saarvetrag V. 27.10.1956, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 1957-58 (vol. 18).

주 37) Le statut juridique des Etats divises, op.cit., p. 39.

부분국가 즉 독일 연방공화국과 독일 민주공화국의 존재는 하나의 총괄국가 즉 잠재적인 또는 실존하지 않지만 그러나 지속되고있는 「라이히」와의 관계에서만 찾을 수 있으며 전기 두부분 국가들은 아무리 능력을 다 발휘해도 「라이히」를 대신할 수는 없다는 것이었다. 바로 이 점이 부분국가의 한계선이다.

분단의 구체적 사실과 분단국가에 관한 해결책은 후술하겠음으로 이 정도의 극히 소박한 「스컬치」로 끝나는 수밖에 없으나, 좀 더 이 방면의 연구를 완성하기 위해서는 분단국가의 국내적 면에서는 첫째로 영토의 변경과 정치적 협상에 의하여 성립된 각 부분국가가 가지고 있는 권한의 영토적 배타성(총괄국가가 행한 국제적 약속 특히 채권, 채무중 분리가 가능한 부분과 불가능한 부분과의 관계, 국가상속문제, 국적문제, 재산문제등)이, 둘째로 같은 분단국가내의 두 부분국가간의 관계(협력관계, 국내적면과 국제적면, 대립관계 - 법적충돌, 무력충돌)가 상세히 검토되어야 하며, 국제적면에서는, 다수국가 간의 관계(rapports multilateraux)와 2국가 간의 관계(relations bilaterales)(독일의 경우는 「할슈타인」 원칙을 적용하고 있었음)로 나누어서, 특히 전자에 있어서는 국제기구 가입에 있어서의 지장 또는 그 한계, 가입된 경우라도 그 법적지위의 안정성 여부등이, 후자에 있어서는 동격(parite)문제등이 구체적으로 파악되어, 분단국가의 국제관계에 있어서의 한계선이 부각되어야 할 것이다.

이 기회에 강조할 점은 앞서서도 말한바 있지만 분단국가를 형성

하고있는 우리 한반도에서, 이와같은 연구가 거의 미개척상태로 남아있고 현상기술의 범위를 벗어나지 못하고 있던지 혹은 분단국가에 관한 연구를 단문제에 관한 연구와 혼돈하고 있음은 매우 유감스러운 일이다.

2. 한반도

한반도에 있어서의 분단국가 문제는 얼핏 봐서는 잘 연구되어있는듯 하나 실은 그렇지 못하고 피상적이고 어느 의미에서는 그 이론구성이 거의 없다고도 말할 수 있다.

그이유는 일반대중은 우리가 통일을 원하니까 한국은 분단국이다라고 생각하고 있거나 혹은 「카이로」선언이나 「포츠담」선언에서 한국의 독립이 약속되어 있었는데 38선이 한반도를 분단해 놓았기 때문에 재통일되어야 한다고 단순하게 생각하고 있는듯 하다.

이와같은 생각은 비단 우리 한국사람들 뿐만아니라 외국의 전문가들 가운데에서도 많이 찾아볼 수 있다.

소위 민족적 지상명령이기 때문에 우리는 통일을 해야하고, 또 아직은 통일이 안되어있기 때문에 한국은 분단국가다라는 극히 단순한 주장에 대해서는 전술한 바와 같이 「질벨·까띠」는 총판국가의 『지속은 단일한 민족적 의사에 근거를 두는 것이 아니라, (기껏해서 재통일에 대한 도덕적인 권리에 근거를 둬) 당사자간 즉 극동에 있어서는 분단국안에 있는 각 정부들, 독일에 있어서는 연담국 간의, 법적행위, 국제적 결정에 근거를 둔다.』(주38)

주38) Le statut juridique d'Etats diuises, op.cit., pp. 112-113.

고 잘라 말하고 있다. 그렇다면 한반도에 있어서의 하나의 총괄 국가의 법적근거를 어디서 찾아야 할 것인가?가 문제되어야 한다.

후자는 직각적으로 우리 통일의 법적 근거는 「카이로」선언이나 「포츠담」선언에 있지않느냐고 반문할 것이다. 「루이스·말뎀베즈-아구로」는 우리의 재통일의 법적 근거를 국제적면과 국내적면의 두 종류로 분류하여, 전자에서는 「카이로」선언과 「포츠담」선언을, 후자에서는 남북한의 헌법(1948년 7월 12일의 대한민국 헌법의 전문, 제4조, 제7조 제2항과, 『조선민주주의 인민공화국』의 1948년 9월 8일의 헌법(제1조와 농지 개혁법 제1조와의 대조)을 들고 있다. (주39)

그런데, 이 처럼 태산 같이 믿고있는 「카이로」 선언이나 「포츠담」 선언은 법적 구속력을 가진 국제적인 약속이 되지 못하고, 『처칠』로서는 「카이로」 선언은 다만 『공동목적에 관한 성명』(a statement of common purpose)이고, 『이든』으로서는, 이 성명은 단순히 『의도에 관한 성명』(statement of intention)이고, 『J. 포스터·덜레스』로서는 「카이로」선언과 「포츠담」선언은 몇몇 연합국 정부들 간의 『비공식적 이해』(private understanding)에 불과한 것으로서, 하등에 법적 구속력을 갖지 않는 것이다. (주40) 그렇다면, 우리의 재통일의 법적근거를 어디서 찾

주39) L'Etat divise, op. cit., pp. 268-269 et note (23).

주40) Le statut juridique d'Etats divises, op. cit., P. 25
K. Zemanek, Die Volherrechtliche Stellung Formasas, archiv des Valhorrechts, 1955-56, P. 308.

아야할 것인가가 문제다.

우리 재통일의 법적근거에 관해서는 일본 학자들은 극히 애매한 태도를 취하고 있다. 예를 들면, 「고다니」 교수는 전술한 논설에서 『전쟁전 부터 국가의 존속이라는 면을 내포하고 있는 독일이나 支那의 경우와는 다르지만, 기본적으로는 이것과 구별할 필요를 느끼지않는 조선의 경우……』(주41)라고 말하고 있는데 헌법적 계속성이 문제되는 중국과 독일과의 경우와, 이것이 없는 한반도와 「베트남」의 경우와는 명백히 다르다. 다만 여기서 문제의 초점은 분단국가 일반이론에서 쓰는 『총괄국가』 개념의 법적근거를 한반도와 「베트남」의 경우, 어디서 찾느냐에 있다.

첫째로, 총괄국가라고 할 때, 독일의 경우에는 그 실존형태, 즉 「라이히」가 있고, 헌법적 계속성이 문제된다. 그러나 「베트남」의 경우와 마찬가지로 한반도의 경우에는 이 내재적인 총괄국가는 가공적인 존재다. 환언하면, 독일의 경우에는 내용이 있고 역사가 있는 존재 이지만, 한반도와 「베트남」의 경우에는 다만 명목적인 존재에 불과하다.

둘째로, 따라서, 독일의 경우에는 하나의 *gesamtstaat*가 있었고 동시에 현재 지속되고 있기 때문에, 여기서 두 개의 부분국가 (*Etat partiel*)가 나오고 있지만, 「베트남」의 경우와 마찬가지로 한반도의 경우는 두 개의 부분국가가 있기 때문에, 여기서 주41) 「고다니 쓰루지」, 전제 분열국의 법적지위, 19 페이지.

가공적인 총괄국가 개념이 구성된다. 즉, 천자의 경우에는 반대로 먼저 두 개의 부분국가가 생기고 그후에 여기서 총괄국가가 나오게 된다.

그래서, 「질벨·까머도」 『분단국가의 지위는 1차적일 수도 있고(독일의 경우), 2차적일 수도 있는데(한국, 「베트남」의 경우)……』(주42) 라고 지적하고 있다.

셋째로, 총괄국가의 지속은, 독일의 경우는 관계 당사자인 연합국의 합의에 그 법적근거를 두고 있는데, 한반도, 「베트남」 경우에는 분단국가 안의 두 정부 간의 합의에 그 법적근거를 둔다.

한반도의 경우는 휴전협정이다. 즉, 휴전협정 전문에는, 이 조항들은 『한국분쟁의 평화적이며 결정적인 해결에 이를 때 까지』(주43) 유효할 것 이다라고 표현되어 있으며, 등 제5조 제62항

에서는 『본 휴전협정의 각 조항은 쌍방이 다 같이 수락하는 정정 및 보충에 의하여 또는 양 당사자 간에 체결된 정치적면에서 평화적인 해결을 위한 적당한 합의를 대상으로 하는 특별규정들에 의하여 명백히 교체될 때까지는 계속 효력을 갖는다.』(주44) 라고 규정되어 있다.

「질벨·까머도」 『한반도에 있어서는, 평화협정이 이나라의 운명을 결정하지 않는 한, 휴전협정에 의지하여야

주42) Le statut juridique des Etats divises, op. cit., P. 113.

주43) Notes et Etudes Downtentaires, n^o 1.791 (6 October 1953), P. 9.

주44) ibidem, P. 18.

한다』(주45) 라고 강조하고 있다.

넷째로, 평화조약과 총괄국가 개념은 양립되지 않는다. 즉 만일, 한반도와 「베트남」의 경우에, 또한 독일의 경우에도, 각 부분국가 사이에 평화조약이 체결된다면, 총괄국가라는 가정은 없어진다.

「G. 까디」는 『따라서 「베트남」과 한반도 두 경우에는 다만 평화조약 만이 총괄국가라는 가정을 멀리할 수 있다. 유일한 차이는, 극동에서는 관계자들은 직접적으로 또는 전적으로 문제의 결정적인 해결에 참여할 권리가 있는데 대하여, 독일에서는 항복조약시에 연합국은 엄청난 권한을 획득했었던 점에 있다.』(주46) 라고 단정하고 있다.

끝으로 강조할 점은, 한반도에 있어서는 남북한의 각 정부는 총괄국가와의 관계에 있어서 사실상 부분적인 (또는 지방적인) 것으로 고찰되어야 하는데, 그 이유는 각기의 헌법의 형태에 의해서나, 또 각기가 인수받은 연합국에 의존되고 또 그가 행사하고 있었던 그 권한에 의해서나, 영토 전체를 통치하기 위한 권한이 부여되었다고는 할 수 없기 때문이다. 만일 이와같은 권한이 부여되어 있다고 주장한다면, 한반도에는 분단국가의 형성이 불가능하며, 따라서 총괄국가의 지속이란 가정도 무용지물이 될 것이다.
(주47)

주45) Le statut juridique des Etats divises, op. cit., P. 56.

주46) ibidem, P. 57.

주47) cf. ibidem, P. 98.

3. 「베트남」

「베트남」의 경우는, 한반도의 경우를 다룰 때 언급한 점은 여기서는 생략하기로하고, 또한 「베트남」의 분단은 한반도와 독일의 경우와는 달리 내란에 기인하고 있는 정도 후술하겠으므로 여기서는 제외한다.

첫째로, 만 분단국가와 다른 「베트남」에 있어서의 특징은 다음과 같다. (1) 제 2 차 세계대전에 기인한 적국의 배제. (2) 식민지로 부터의 해방과정. 이 동안 「프랑스」가 1964년 1월 27일 중공을 승인하고 적극적인 대 극동정책을 취할 때 까지, 『서양의 이익 옹호를 위하여』, 미국이 「프랑스」를 대신함. (3) 전쟁상태의 계속 까지의 기간동안, 「베트남」의 2진영간의 긴장상태의 참여(주48)
(4) 1960년 12월 20일, 남「베트남」에서의 『민족 해방 전선』 (Front National de Liberation; F.N.L.)의 창설(주49)
(5) 1965년 2월 7일 이후 현재 까지의 미군의 개입. (주50)

둘째로, 한반도와 독일의 경우에는 분단이 있는 다음에 두 개의

주48) L'Etat divise, op. cit., P. 269.

주49) Roger Pinto, Problemes juridiques et esquisse d'un reglement de Paix du Conglit Vietnamien, (dactylographie), P. 10.

주50) ibidem, P. 28.

헌법적 질서가 확립되었었는데, 「베트남」의 경우에는 두 개의 정부가 수립된 후에 분단현상이 발생하게 되었다. 즉, 두 개의 정치적 주체가 형성된 것은, 1946년 12월 19일에 동경에서 일어난 폭력행위에 의하여 「하노이」 정부가 소멸된 것을 계기로 하고 있는데, 『감정적인 군사 경계선』인 17도선이 확정된 것은 1954년 7월 20일의 인도지나에 있어서의 휴전에 관한 협정에 의한 것이었다. (주51)

셋째로, 앞서 설명한 한반도의 경우와 마찬가지로, 「베트남」에 있어서의 총괄국가의 법적근거는 1954년의 「제네바」 협정에 있다. 즉, 동 휴전협정에서는, 한반도의 경우보다도 더 명백히 평화적 해결에 관하여 규정되어 있는데, 동 제 14조에는 『……「베트남」의 단일성을 실현할 충선거를 기다리면서……』으로 되어있고, 동 제 65조에는 『……양 당사자들 간에 정치적 협정이 체결될 것이다.』라고 되어있다. (주52)

뿐만아니라, 『남북 간의 「베트남」의 분단은, 국내법의 어느

주51) Le statut juridique des Etats divises, op. cit., P. 42.

주52) Le statut juridique des Etats divises, op. cit., PP. 53 et 56.

부분에 있어서도 하등 인정되지 않고 있다』 (주53)

넷째로, 미국의 군사적 관여에 관해서는, 사회학적 관점에서 혹자는 『북쪽에서 17도선 이남으로의 군사적 행동은 『외국의』 행동이 아니며, 베트남에 있어서의 유일한 외국 군사력은 미국군대다』라고 단정할 수도 있겠으나, 그 법적근거는 희박하다. (주54)

이점에 관해서 특기할 점은, 지난해의 휴전으로, 지금은 중단되고 있는 북 「베트남」에 대한 미군의 폭격인데, 그 효과는 군사적이라기 보다는 심리적이며 정치적이라는 것이다. 「A. 『이든』은 다음과 같이 강조하고 있다.

"Its influence on the actual fighting is probably more remote than its protagonists will admit. This reservation also applies to attempts to disrupt Vietcong supply lines in South Vietnam and in Laos by air action ... I suspect that in the conditions of the present fighting in Vietnam, the claims for the military, as apart from horror, influence of bombing are also exaggerated." (주55)

주53) ibidem, P. 44.

주54) Roger Pinto, op. cit., P. 30.

주55) H. Eden, Towards Peace in Indo-China, 1966, P. 28.

끝으로, 다섯째로, 미국의 주장은 「베트·콩」의 군대와 북「베트남」의 군대를 동일시하고 있는데, 사실과는 부합되지 않는 것 같다. 즉, 남베트남에는 『민족 해방 전선의 남베트남 군대』, 『그것을 보좌하는 간부들』 및 『북베트남의 조직된 대부대』(주 56) 등이 있다. 이 문제는 군대 철수문제를 해결하는데 있어서 중요하다.

C. 분단원인

영토의 분단을 기준으로해서, 베트남, 한반도, 독일의 경우에 언제 두 개의 헌법질서가 수립되었는가를 생각해 보면, 「베트남」의 경우는 영토분단 전에 이미 이것들이 존재했었고, 기타의 경우에는 분단 후에 성립하게 되었다. 뿐만 아니라 전자의 경우는 원래는 하나의 헌법질서가 그 후 두 개로 되었었는데 반하여, 한반도와 독일의 경우는 처음부터 두 개의 헌법질서가 수립되었었다.

그 원인은 「베트남」에 있어서는 반(反)식민지 운동에서 나온 반란이며, 기타지역에 있어서는 영토의 분단 그 자체, 즉 미소 양 최대강국의 세력권 확장정책의 충돌이다. 따라서 「베트남」에서는 2개의 헌법질서의 성립은 폭력에 의한 반정부운동, 즉 내란에서 나왔고, 한반도와 독일의 경우는 냉전에서 나온 것이라고 볼 수 있다.

주 56) Roger Pinto, op.cit., p.31.

「L. 말티네즈 - 아구로」는 중국, 「베트남」, 한반도의 경우를 내란에 기인한다고 보고, 독일의 경우는 무력정복(Debellation)에서 왔다는 견해를 취하고있는데, 그는 『내란은 국가 전체를 정복하려는 분쟁중의 두 당사자들의 의사, 또는 양자중 하나의 분리하려는 의사를 표현할 수 있다』(주 57)라고 이해하고 있다.

그러나, 만일 이와 같이 이해한다면, 첫째로 「베트남」을 일방으로 하고 한반도와 독일을 타방으로 하여, 왜 전자에서는 영토의 분할 이전에 하나에서 두 개의 헌법질서가 성립되고, 후자의 경우에는 분할 후에 두 개의 헌법질서가 동시에 창설되었는가를 설명할 수가 없고, 둘째로, 독일의 경우를 무력정복에서 나온 것 이라고 한다면, 四국판리에서 왜, 한반도의 경우 처럼, 다만 두 개의 헌법질서의 탄생을 보게되었는가에 대한 설명이 결여되어 있으며, 끝으로, 셋째로, 중국의 경우를 분단국가로 보고있는데, 그렇다면 대만은, 1945년 9월 2일 일본항복부터 1951년 9월 8일 서명된 「상프란시스코」평화조약까지는 법적으로는(de jure) 일본 영토 이었고, 또한 장개석 정부는, 이 평화조약 체결 이후에 중국 대륙에서 떨어져 나온 것도 끊임으로 중국은 전술한 바와 같이 분단국가가 아닌데, 대만의 법적지위를 잘못 인정하고 있는 것 같다.

주 57) L'Etat divise, op. cit., p.272et p.274.

a) 내란에서 생긴 분단국가 - 「베트남」

1954년 7월 20일 제네바에서 서명된 「인도차이나」에 있어서의 휴전에 관한 협정에 의하여, 「베트남」의 17도선이 확정되었는데, 이 『군사경계선은 잠정적이며, 어떠한 경우에 있어서도 정치적 또는 영토적 제한을 가져오는 것으로 해석되어서는 안된다』(동년 7월 21일 「인도차이나」에 있어서의 평화회복에 관한 「제네바」회담 최후 선언, 제 6항)라고 규정되어있는 분단선이다.

이 군사경계선이 그어지기 전의 「베트남」의 정치적 사정은 다음과 같다. 종전에 존속하고 있었던 「안남」왕국은 1888년에 프랑스와 체결한 보호조약에 의하여 『프랑스』의 보호령이 되어, 1945년 일본군의 동지역에의 개입까지 지속되었으며, 1945년 3월 11일 「안남」황제 「바오다이」는, 동조약을 폐기했다. 곧 「안남」 및 「통킹」을 영토로하고 「호지민」을 정부수반으로 한 신 국가가 탄생하게 되었다. 그후 1946년 3월 6일 『퐁메느브르』협정이 맺어졌었는데, 동 협정은 「안남」제국을 다시 「프랑스」 보호령으로 하되, 자치를 허용하고 주민투표에 의하여 「코친차이나」를 동지역에 포함시키기로 하는 것을 내용으로 하고 있었다. 그러나 이 협정은 실행되지 않고, 동년 12월 6일 「호지민」을 수반으로 한 「베트남」민주공화국이 탄생했었고, 동년 12월 19일에는 「통킹」반란이 일어나, 과도정권이 수립되게 되자 종전에 있던 「하노이」정부는 지하로 숨게 되었다. 1948년 5월 28일에는 친불 임시 중앙정부가 수립되었는데, 이 정부는 자신을 「호지민」전 정부의 후계자로 생각하

고 있었고, 그 수도는 「사이공」이었으며, 이것이 「베트남」공화국의 기원이다.

이동안 「하노이」정부는 늘 지하에 숨어있었는데, 1949년의 그 헌법 전문에는 「랑송」부터 「까모」까지에 이르는 「베트남」은 하나다...그러나 조국의 남반부는 아직도 제국주의자들의 지배하에 있다』라고 표명되어 있었으며, 그 제1조는 「『베트남』의 영토는, 북극부터 남극까지 하나이며, 또한 불가분이다』라고 규정하고 있었다.

17도선 획정 이후의 양 부분국가의 국내법적 기반은 다음과 같다. 즉 1956년 10월 26일 「베트남」공화국 헌법 전문에는 「헌법은 「까모갑(岬)」부터 「낭강」협로까지의 전 국민의 열망을 만족시켜야 한다...』라고 되어있고 그 제1조에는 「『베트남』은 하나의 결합되고 불가분의 독립된 공화국 이다』라고 규정되어 있다.

「타방」 1959년 12월 31일의 「베트남」민주 공화국 헌법 전문에는 「『베트남』은 「랑송」에서 「까모까지」에 이르는 하나의 유일한 정치적 본체다...조국의 평화적 재통일 문제는 틀림없이 승리할 것이다』라고 표현되어있고, 그 제1조에는 「『베트남』의 영토는 북극에서 남극까지 하나이며 불가분 이다』라고 규정되어 있다.

보충할 것은, 1954년 「제네바」회담의 최후선언에서 예정되었던 1956년 7월의 총선거는 실행되지 안했었다.

이상이 내란에 기인한 분단국가 「베트남」의 구체적 양상 이다.

(b) 냉전에서 생긴 분단국가 - 한반도 · 독일

「빨·로델」교수는 미소 양국의 균형을 유지하기 위하여, 미국에서 체계화된 방식에는 (1)세계의 분할 (11)세력권, (111)기본적인 인권의 상호존중 (1111)비군사투쟁 방식의 사용등 네 가지를 들고

있는데, 이 마지막 항목에는 경제적 조치, 정권전복, 승인 거부 및 냉전등불 포함시키고 있다. (주58)

또한 『냉전』(Guerre froide, Cold War, Kalter Krieg)은 『다만 무기의 사용만을 제외한 적의를 품은 행동』이다. 또한 『냉전은 위험 계산에 관한 기술(또는 정책)의 도움을 구하는데, 이 기술은 쉬지않고 적을 위협하던지, 자극하던지, 사면에서 괴롭히든지 하는데에 있다. 통상금지(Embargo), 봉쇄(Blocus), 「보이콧」(Boycottage), 기지(基地)에 의한 포위, 대기권 또는 영해의 침범, <<벽>>(murs) 등이, 냉전이 흔히 잘 이용하는 적을 골탕먹이는 방법이다. 1953년 「스타린」 사망직후, 특히 1959년 「존·포스터·덜레스」가 죽은 뒤, 냉전에 있어서의 <<휴진>>, 또는 <<해빙>>(Degel)이 논의되었다. 한편으로는, 위험 계산을 공존정책으로 대체하려고 시도했었다.』(주59)

1. 한반도

우선, 우리 조국의 독립문제가 제2차 세계대전 이후 현재 까지 걸어온 기구한 우여곡절은 다음과 같다. 즉, 「카이로」선언 및 「포츠담」선언에 의한 독립 약속→일본식민지로 부터의 해방→ 38선의 획정→미소 양국에 의한 남북한의 군사점령→신탁통치안 실

주58) Paul Reuter, Institutions Internationales, P.U.F. Paris, 1969, P.58.

주59) J.Malignon, Dictionnaire de Politique, Editions Cujas, Paris, 1967. P.179.

행의 실패→미소공동위원회회의의 결렬→『남북협상』의 실패→U.N의 개입→두개의 헌법적 질서의 형성→형제살육전인 6.25 동란→휴전→「제네바」회담→남북 적십자 회담→남북 조절위원회의 구성등등...

그 발생원인이야 어떻든 간에, 한반도를 분단한 군사경계선인 38도선의 물적 근거는, 연합국 최고사령관 총사령부의 지령 제1호에 첨부된 일반명령 제1호 제1조 제2항 및 제5항이다. 따라서 38도선에 의한 한반도의 미소 양국의 군사점령은 하등의 법적인 근거를 갖지 않는 단순한 군사적 성격을 가진 것이었다.

이 출발점에 있어서의 미소 양국에 의한 단순한 군사적인 영토의 구분과, 이것을 기반으로 한, 이 또한 순전히 군사적인 성격이 되는, 사실의 축적 위에서만 그 후에 전개된 우리 조국의 독립문제의 화신(化身)을 이해할 수 있다. 환언하면, 한반도에 있어서의 미소 양국의 세력권 확장정책인 순전히 군사적 성격만을 가진 최초의 형태와 그 후의 발전 형태의 철저한 관찰이 없이는 현재의 우리 재통일 문제의 파악은 거의 불가능할 것이다.

「레이몽·아롱」은 그의 저서인 『국가간의 평화와 전쟁』에서 『두 진영이 그들의 목적을 달성할 때, 제3국은, 독일처럼, 분단되던지, 또는 내란 중에 있게 된다. 때로는 나라가 분단되고 공산주의가 승리를 거두지 못한 지역은 내란 중에 있게 된다. (남한, 남「베트남」)』(주60)라고 지적하고 있는데, 그가 여기서 말하고 있는 「내란」(Guerre civile)은 엄격한 국제법상의 용어가 아니라, 「국내적 혼란」정도의 의미로 쓰고있는듯 하다.

주60) Raymond aron, Paix et guerre entre les nations, Calmann-Lévy, Paris, 1962, P.555.

2. 독일

독일이 분단되게 된 과정과 그 시기는 한반도의 경우와 흡사하다. 또 1948년, 4개국 대표들로 구성된 연합국 관리 위원회로부터의 소련대표의 이탈은 결과적으로 독일을 분단으로 몰고가는 결정적인 계기를 주는 행위가 되고 있다.

1947년의 모스크바 외상회의는 결국 「포츠담」선언의 결정에 따라서 독일 전체를 하나의 경제적 단위로 생각하는 데에 대한 연합국 간의 합의가 불가능하게 되고 말았었다. 그리하여 다음해 3월 20일에는 4국(미, 소, 불, 영) 대표로 구성된 연합국 관리위원회에서 소련이 이탈하게 되자, 동 기구는 기타 국가대표들의 노력에도 불구하고 마비되고 말았었다.

그런데, 이 소련대표의 탈퇴 2일 전에 소련 점령 구역에서는, 공산당원들과 공산당 산하단체 대표들이 이 지역에서 뿐만 아니라, 기타의 모든 점령구역들에서도 파견되어, 제 1차 『인민대표회의』가 개최되었었는데, 소련 점령 구역에서 온 대표들이 자연적으로 더 많이 참가하게 되었었다.

이 회의에서는 축소된 『독일 인민 대표 회의』(Deutsches Volksrat)가 임명되었었는데, 헌법초안을 기초하는 것이 임무이었었고, 위원장에는 Otto gratewothl이 선출되었었다.

이 제 2차 인민대표회의는 그 후 그가 작성한 헌법초안에 대한 『독일 인민』의 의견을 묻게 되었었는데, 여기에 대해서는 사회통일당(Sozialistische Einheitspartei, S.E.D.)의 지원하에 적국

적인 참여가 있었다. 그 내용은 회합수 9000, 결의문 15000, 수정 제안 500이다.

그리하여 약간의 수정이 가해진 후, 『인민 헌법』안이 최종적으로 마련되고 입헌 국회의 역할을 할 제3차회의에 참가할 대표 선거에 들어갔다. 그런데 후보자의 자격은 공산당원, 제1차와 제2차 회의에 참가한 대중단체들이 선출한 자로 되어 있었고 그 이유는 『진정한 민주주의에 대한 열망이 보장』되어야 한다는데 있었다. 선거방법은 단일 리스트에 의했었다. 그리하여 선거가 실시되었다. 참가율은 95.2%, 득표율은 66.1%였었다.

이리하여 1949년 5월에 소집된 제3차 인민대표회의에서, 동년 5월 30일 헌법안이 찬성 2,087표, 반대 1표(바비엘 주)로 최종적으로 통과 승인되어, 이 인민대표회의는 임시 인민 대의원 회의라고 자칭하게 되었었다. 그러나 그 후 즉시 있었어야 할 총 선거는, 이 회의에 의하여 1950년 10월 15일로 연기되었었다.

이와 같은 경로를 밟아, 1949년 10월 7일에는, 드디어, 「벨린」에서, 독일 민주 공화국(Deutsche Demokratische Republik)이 탄생함에 이르렀다.

다음으로, 이 독일 민주 공화국의 헌법 중, 분단국가에 관련된 규정을 간주려 보면 다음과 같다. 즉, 이 헌법에서는 수도를 「벨린」으로 정한다고 규정하고 있는데, 이 규정은, 암암리에, 독일 전체를 통치하겠다는 사명을 가진 것 이며, 분단을 불문에 붙이고 있고, 또한 재통일을 위한 헌법적 절차에 관한 규정이 결여되고

있다. 그러나, 반대로 신헌법의 잠적적인 성격이 지적되고 있다.

이와 같은 일반특징을 좀더 구체적으로 본다면, 전문에는 『독일 인민은 이 헌법을 자신에게 준다』. 『이 헌법은 전체 독일인민의 참여 하에 인민대표회의에 의하여 완성되었다』라고 표명되어 있어 전체 독일인민을 대표한다는 입장을 밝히고 있다. 제1조에는 『독일은 하나의 나눌 수 없는 공화국이다』라고 규정하여 독일의 불가분성이 명시되어 있다. 즉 전체 독일은 단 하나의 헌법에 의하여 통치되는 하나의 국가적 테두리 안에서 조직되었다고 규정하고 있는 것이다. 따라서 『독일국적은 다만 하나다.』 『독일은 상업상 또 관세상 단 하나의 영토를 형성한다』라고 규정되어 있는 것이다. 제114조에는 『독일 일반법은 주법에 우선한다』라고 정해져 있는데, 연방공화국 헌법 제23조가 사실상의 제한을 인정하고 있는데 반하여, 이 조항은 민주 공화국의 법령은 독일 전 영토를 지배할 능력이 있다고 규정하고 있다.

그렇기 때문에 제1조 2항에서 『전체 독일 인민의』 생존과 발전에 불가결한 일들을 결정할 권한을 중앙정부에 부여하고 있다.

끝으로, 1968년 4월 7일의 국민 투표에 의하여 채택된 신 헌법에서는 『두 국가』라는 표현을 쓰고는 있으나 그러나, 이 『두 국가』는 『하나의 독일 민족』이라는 테두리 안에서의 『두 개의 국가』라고 특기되어 있어, 연방공화국을 외국처럼 취급하는 것을 거부하고 있다.

현단계에서 동독은 두개의 독일 국가라는 입장을 취하고 있다고,

신문 지상에 보도 되어 있으나, 이와같은 법적 근거에서, 또한 분단 국가에 관한 일반원칙에서, 이와같은 독일 민주 공화국의 입장이 정확하게 파악되어야 할 것이다.

다음으로, 현재 동독의 이와같은 입장과는 달리 『한 국가 안의 두 개의 정부』라는 견지에 서있는, 서독의 헌법적 질서 확립까지의 과정 및 헌법 그 자체의 관련조항을 보면 다음과 같다.

서독에서는 1948년 7월 1일, 서부의 3 점령지역의 11개 주 대표들이, 마인강 연변에 있는 「프랑크푸르트」에서 첫 회합을 갖고 3개 점령연합국에 의하여 발표된 헌법적 기본원리, 그 적용형태 및 장차의 제도에 관한 연구를 시작하여 1948년 9월 1일에는 의회가 소집되게 까지 이르렀었는데, 여기에는 65명의 서독 대표와 5명의 「벨린」대표가 옵서버 자격으로 참가했었다. 그리하여 1949년 5월 초에는 헌법초안의 완성을 보게 되었고, 곧 각 주의 군인으로 구성되어 있는 주지사 들의 승인과 각 주 의회(Landtag)의 바준을 거쳐, 1949년 5월 24일에 공포하게 되었고 그날부터 효력을 발생하게 되었는데, 이 헌법이 바로 기본법(Grundgesetz)이다. 이 『기본법』이라는 용어는 독일 연방공화국의 창설 그 자체의 과도적이며 부분적인 성격 때문에, 연방공화국을 서독에 창설된 새로운 국가로 인정받는 것을 거부한다는 명백한 정치적 의도의 표현이다. 환언하면 이 헌법은 결정적인 헌법이 아니라

2차적인 헌법이라는 것이다.

그 내용을 보면, 전문에 『민족적이며 국가적인 단일성을 옹호할 의지에 불탄』 독일인민은 『이 사업에 협력하는 가능성이 거부된 독일인들을 위하여서도 행동한다……』라고 규정하고는 있으나, 반면 헌법제정에 참가한 11주를 열거하고 있음은 헌법적 권한의 한계를 제한하고 있다고 볼 수 있을 것이다.

기본법 전문에 나타난 이와같은 제헌 의원들의 정치적 의도는 법적인 구속력을 갖느냐가 문제되는데, 다수의 학설은 긍정적으로 기울어져 있고, 대법원도 전문의 법적 효력을 인정하고 있다.

즉, 대법원은 공산당 금지 사건에 관한 사건관결문안에서 『만일 전문에 정치적 의의를 부여한다면, 그 성질 자체에 비추어 이 전문은 법적내용을 가지고 있지않는 것은 아니다』라고 긍정적인 견해를 취하고 있다.

요컨대, 독일연방 공화국의 독일 민주공화국에 대한 입장은, 이 기본법을 통해서 보는 한, 후자의 합법성을 인정치 않고 연방공화국만이 합법적이라는 것인데, 기본법 제 23조에 공화국의 직할 영토가 아닌 만 독일지방에 대해서는 그의 연방 가입 시부터 이 지역에 대하여 기본법이 적용된다는, 헌법의 단순한 확대 방법을 적용하고 있음은, 이와같은 헌법원칙에서 나온 것이라고 하겠다.

이와 같은 헌법원칙은 서독의 입장에서 본 등가지 사실에 대한 해석을 근거로 하고 있는데, 하나는 민주 공화국 헌법은 그 제정 과정에 있어서 합법성이 결여되어 있음으로 전체 독일인민을 대표할 권한이 없는데, 반대로, 서독은 주의회를 기반으로 하여 합법적인 제정절차를 밟아왔음으로 독일연방만이 독일인민의 합법적인 대표권을 가지고 있다는 주장이다. 만 하나는 서독에는 전 독일인구의 다대수가 거주하고 있는데, 소련구역에는 불과 1800만의 독일사람들이 살고있는데 불과하다는 주장이다. 따라서 합법적인 대표권을 가진 독일연방 정부에게 이 1800만에 대한 책임이 있다고 단정하게 된다.

독일 연방 공화국만이 전체 독일인민을 위하여 말할 수 있는 권한을 가지고 있다는 주장의 이면에는 이와같은 이론적 근거를 가지고 있다. 특히 여사한 주장은 총선거 때의 후보자들의 연설 내용에 두렸이 나타나고 있다.

이상 우리는 냉전에서 생긴 독일분단의 대략을 사실면과 법적면에서 고찰해왔는데, 독일문제의 쟁점은, 영토분단은 법적으로는 잠정적 이기는하나 시간이 경과됨에 따라 단일성과는 용납되지 않는 국가체제를 가춘 두개의 법적질서가 굳어져가고 있는지의 여부가 바로 문제되는 것이다. (주 61) (주 62)

주 61) G. Caty, op. cit., pp. 47~51 L'Etat divire, op. cit., pp. 266~267.

주 62) 「벨린」문제도 마땅히 취급되어야 하나, 여기서는 오로지 독일이 냉전에서 생긴 분단국가라는 면을 증명하는 데에 불과하므로, 「벨린」문제를 생략함.

D. 일반해결책.

a) 분단국가의 정의에 관한 보충설명.

우리가 현재 가지고 있는 『분단국가』개념에 관한 정의는 앞서 상세히 설명한 바와 같이 『법적으로는 존속하고 있는 하나의 국가가 국제법상 부분국가로서의 동일한 지위를 가지고 있는 두 개의 국제적인 주체로 잠정적으로 나누어져 있는 국가』다.

그런데 여기서 재삼 강조할 점은 『법적으로는 존속하고 있는 하나의 국가』라고 함은 독일의 경우에는 기왕에 존속되어 왔었던 라이히가 법적으로는 잠재적으로 계속 존재하고 있다는 의미이며 한반도와 베트남의 경우에는 『아직은 실현을 보지 못한 약속된 하나의 국가가 법적으로는 존재하고 있다는 뜻』이다.

한반도에 있어서의 이와같은 법적근거에 관해서는 나는 카이로 선언과 포스담 선언에는 법적구속력이 없음을 인정하고 다음 두 개의 국제적인 합의에서 이것을 찾을 수 있다고 본다. 즉 1951년 9월 8일 서명된 「상프란시스코」 평화조약 제2조 (a)항에는 『일본국은 대한의 독립을 승인하여 제주도 거문도 및 울릉도를 포함한 대한에 대한 일체의 권리, 권원 및 청구권을 포기한다』 (방점 필자) 라고 규정되어 있는데 이 『대한』은 하나의 대한이지 두 개의 대한은 결코 아니다. 다음으로 1953년 7월 27일에 판문점에서 서명된 한국휴전협정 전문에는 『휴전은 한국분쟁이 평화적이며 또한 최종적인 해결에 이를 때까지 전 한반도에 있어서의 적대행위와 일체의 무력행위의 완전한 정지를 보장한다……』

라고 규정되어 있으며 동 제 5 조 제 62 항에는 『본 휴전협정의 각 조항은 공동합의에 의하여 수리된 수정 또는 추가에 의하여 또는 정치적 면에 있어서 평화적인 해결을 위한 양당사자들간에 체결된 적절한 협정의 대상이 되는 특별조항에 의하여 명백히 교체될 때까지 계속 유효하다』라고 규정되어 있음으로 휴전이 계속되고 있는 한 즉 정치적으로 평화적이며 최종적인 해결을 보기까지에 이르지 않는 한 환언하면 전 한반도에 있어서 통일된 국가가 창설될 때까지는 맞서 있는 두 개의 체제는 잠정적인 존재라는 의미다.

다음으로 이 정의를 얼핏보면 분단국가의 대외적인 면에 치중하여 『두 개의 국제적인 주체』를 중심으로 하고 있는 것 같지만 국제법상의 주체는 국내법상의 주체이어야 가능하며, 또 표현상으로도 『잠정적으로 나누어져 있는 국가』라고 되어 있음으로 국내적인 면도 대외적인 면과 동시에 충분히 정의되어 있다고 본다.

b) 총괄국가와 부분국가와의 관계에 관한 제 학설.

1. 총괄국가와 부분국가

만일 『부분국가』개념에 대한 이와같은 정의를 받아들인다면 대한민국은 분단국가다 라는 표현은 잘못된 것이고, 대한민국은 전 한반도에 형성된 하나의 분단국가의 일부분이다 라고 말하는 것이 정확하다. 분단국가는 원래 하나의 국가로 되어 있어야 할 영토와 헌법적 질서가 두 개의 부분적인 실체로 분리되어 있는 상태를 말함으로 대한민국은 분단국가다 라는 표현은 곧 대한민국

은 분단국가가 아니라는 뜻으로 귀결된다. 요컨대 분단국가라는 용어를 쓰는 이상 두 개의 부분적인 질서를 인정해야 할 것이다.

또한 여기서 분단국가 일반이론에서 사용되는 용어를 총정리할 필요가 있다고 생각되는데 『분단국가』(Etat divisé geteilertstaat divided State)에는 『총괄국가』(gesamtstaat, Etat global)와 『부분국가』(Etat Partiel)가 존재하는데 후자는 분단국가 안에서 실제로 공존하고 있는 두 개의 부분적인 헌법질서를 가르키는 개념인데, 대외적 면에 있어서도 완전한 하나의 국제법상의 주체가 될 수 없고 하나의 분단국가에서 나왔기 때문에 부분적인 주체가 된다.

『총괄국가』는 이 『부분국가』에 상응하는 개념인데 분단국가 안에 존재하는 두 개의 부분국가의 영토와 권한을 총합제한 가공적인 개념이다. 물론 대외적인 면에 있어서도 두 개의 부분적인 주체를 총괄국가는 하나로 대체할 수 있다. 원래 이 『총괄국가』라는 개념은 연방국가에서 나온 것인데 연방에 있어서는 가맹한 각 방(邦)에 대하여 그들의 공동관심사를 처리하는 중앙정부가 있다.

또 분단국가의 감정적인 성격을 기준으로 해서 분단직전, 즉 두 개의 부분국가가 탄생하기 전의 국가를 『원천국가』(Etat originaire)라고 하는데 이 원천국가는 1차적일 수도 있고 파생적일 수도 있다. 즉 독일에 경우에는 라이히가 실존했었으나 한반도와 베트남의 경우에는 하나의 국가창설이 약속되어 가공적으로 존재하

고 있다.

·실효성 또는 실체성을 기준으로 해서 원천국가를 『내재적인 국가』 (Etat immanent) 또는 『잠재적인 국가』 (Etat latent) 라고 한다. 원래 이 『내재적인 국가』는 「P·보나시스」 (Bonassies) 교수의 『지붕 이론』 (Dachtheorie) 에서 온 것인데, 동교수는 독일의 두 부분국가와 라이히와의 관계를 조정하기 위하여 『계속해서 존재하고 있는 라이히 안에 있는 (두 개의) 특수한 부분적인 질서들』 (eigenständige Teilordnung im fortbestehenden Reich) (주63) 라고 설명하고 있다. 그의 『지붕 이론』의 『지붕』이 라이히를 은연중에 함축하고 있음은 물론이다. 요컨대 총괄국가, 부분국가, 원천국가, 내재적인 국가 또는 잠재적인 국가 등등의 특수한 용어가 분단국가 이론에서 사용되게 된 것은 정치학에서나 헌법에서나 또는 국제공법에서 정립된 일반국가 이론을 그대로 분단국가의 내부에나 또는 분단국가의 이국가간의 관계 혹은 다수국가간의 관계에 적용할 수 없게되어 분단국가에 적절한 특수한 일반국가론을 필요로 하게 된 데에서 온 것이다.

2. 국가핵심론과 축소국가론.

·총괄국가와 두 개의 부분국가 간의 관계에 관한 이론을 어떻게 구성하느냐는 기본적인 문제에 대한 학설은 다양하고 또한 구구하다. 특히 독일학계에 있어서 그렇다.

주63.) cite dans: L'etatut Zuridique dis Etats divises op cit p.101

그러나 이 다기다양한 학설들은 결국은 두 개의 가능성을 중심으로 총괄국가의 존속을 문제 삼고 있는 것 같다. 즉, 하나는 총괄국가를 그의 전 공간 안에서 지속시키는 가능성이다. 이 경우에는 총괄국가가 점유하는 전 공간과 그의 전 권한은 일치한다. 만하나의 가능성은 두 개의 부분국가 중의 하나만의 실제적인 영토에 국한해서 총괄국가를 부합시키는 방법이다. 환언하면 첫째 방법은 총괄국가의 권한과 영토를 각각 양 부분국가에 걸치게 하는 것이고, 둘째 경우에는 총괄국가와 부합될 부분국가를 양자택일해야 한다. 전자를 대표한 학설이 축소국가론이고, 후자를 대표한 학설이 국가핵심론이다.

『축소국가론』(Schumpfstaattheorie, theorie de l'Etat réduit)과 『국가핵심론』(Kernstaattneorie, theorie de l'Etat-noyau)은 양자 다 중대 국제공법에서 발전된 이론에서 출발하고 있다. 즉, 국제공법에 있어서는 국가의 영토가 축소될 때 또는 정부의 영토가 예컨대 내란의 경우 줄어들게 될 때 국가의 존속 또는 정부의 대표성이 문제되지 않는다.

이와같은 동일한 사실에 양설이 다같이 착안하여 출발은 하고 있으나 논리의 전개나 부분국가의 법적지위와 통일해결 방법에 관해서는 그 내용이 전혀 다르다.

축소국가론에 있어서는 두 개의 부분국가를 동등하게 취급하여 각기를 완전한 국가로 간주한다. 그리하여 총괄국가의 권한과 영토를 각 부분국가가 가지고 있는 실제적 영토에 부합토록 배분한다.

따라서 총괄국가 자체의 전 권한과 전 영토가 그대로 두 개의 부분국가에게 옮겨지게 된다. 결국 축소국가론은 필연적으로 국제법상의 『분열』(dismemberment, dememdrment)이나 『분리』(secession, diszonction)에 귀결하게 된다. 각기의 부분국가들의 법적 지위는 둘 다 합법적이며, 재통일 문제에 관해서는 법적가치가 없는 민족자결을 원칙으로 내세운다. 실제로 인도공화국과 파키스탄과의 관계를 들 수 있는데, 이 경우에는 재통일에 관한 가능성이 포기되지 않고 있기 때문에 과거의 총괄국가(인도제국) 또는 장래의 총괄국가가 살아 있으나 현재로서는 총괄국가는 없어졌다. 왜냐하면 한 국가영토 상의 두 개의 정치적 단위의 창설은 그중 한 단위가 원천국가로부터 분리되어 부분상속이 행하여지기 때문이다.

이 축소국가론은 동독에서 채용되고 있는 이론인데, 독일의 경우에는 연합국인 4대강국이 독일은 하나다 라고 못을 박아 놓았기 때문에 인도의 경우와는 달리 총괄국가의 지속 여부를 독일사람들의 임의로 결정할 수 없는 점을 특히 유의할 필요가 있다.

그러나 한반도와 베트남의 경우는 만일 휴전협정을 포기한 후 양 당사자 중의 일방이 원한다면 이 축소국가론을 적용할 수가 있을 것이다.

이와같은 축소국가론에 대하여 국가책임론은 영토의 축소현상을 권한의 축소로 보지 않고 불평등 원칙을 적용하여 일방을 합법적인 질서로 타방을 비합법적인 질서로 구분한다. 이 경우에 영토영역 그 자체에는 하등의 변함이 없고 다만 그것을 대표하는 주체가

각기의 정부가 실제적으로 점유하고 있는 공간으로 축소된다. 축소 국가론이 분단을 법적으로 인정하는데 반하여 국가핵심론은 국가적 단일성을 각 부분국가의 구성요소에서 유지하고 있다.

그러기 때문에 「W. 마샬· 폰· 비벨슈타인」은 『연방공화국은 국가가 아니라 다만 그 정부의 실제적인 권한 밑에 있는 총괄국가의 부분이다』(주 64) 라고 주장하고 있고, 헌법재판소는 「공괄다」(Concordat)에 관한 사건 판결에서 『비록 기본법에 의하여 창설된 기관이 라이히의 영토의 일부에 잠정적으로 유효하게 제한되어는 있지만 그렇다고 해서 독일연방공화국이 라이히와 동일하지 않은 것은 아니다』(Das deutsche Reich...bestand auch 1945 Weiter;wenn auch die durch das G.G. geschaffene Organisation Vorlaufig in ihrer Geltung auf einen Teil des Reichsgebiets beschränkt ist,so ist doch die B.R.D.identisch mit dem Deutschen Reich) (주 65) 라고 명백히 판시하고 있다. 또한 기본법 제 23 조는 『독일의 기타 지역에 관해서는 그들의 연방에의 가입 이후에 본법이 적용될 것이다』라고 규정되어 있어

주64) W.Marschall von Bieberstein.-Zum Problem der volkerrechtlichen Anerkennung der beiden deutschen Regierungen.Ein Beitrag Zur Diskussion über die Rechtslage Deutschlands.-Berlin,1959,P.140.

주65) Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts,Bd 6, S 338.

원범 적용범위의 단순한 확장에 의하여 독일의 기타 지역의 연방정
 서의의 가인이 예속되고 있다.

요컨대 국가행정권의 핵심은 하나의 부분국가 안에 있는 두 개의
 부분국가 간의 불평등한 법적지위에 있다. 독일의 경우에는 단적으로
 말해서 오로지 서독의 질서만이 합법적이고 동독의 질서는 비합법적
 이라는 것이다. 그러기 때문에 독일연방은 공식적으로는 동독을 『소
 련 점령지구』(sozialistische Besatzungszone; S.B.Z.) 『소위 독
 일 민주공화국』(die sogenannte D.D.R.) 『중부독일』(Mittel-
 deutschland)이라고 부르고 있으며, 비공식적으로는 『피뢰정부』,
 『피뢰체제』, 『위성정부』, 『사실상의 정부』, 『외국점령지구』, 『위
 스톨링 정부』 등으로 부르고 있는데, 이것은 마치 1954년과 19
 55년 사이에 프랑스가 북 베르타를 공식적으로는 『적 사령부』,
 『베르타민 사령부』, 『베르타민 지도자들』, 『베르타민 당국』, 『베르타
 인민군 당국』이라고 불렀던 것과 유사하다.

서독정부가 인정하는 동독의 법적지위는 점령, 사실상의 정부이며,
 학술상으로는 상황을 내란의 경우와 유사하게 생각하여 사실상의
 정부로 보고 있다.

따라서 국가행정권에 따르면 국가의 핵심은 합법성에 있는데 그
 근원은 총판국가의 잠재적인 헌법인 기본법과 연방내에 형성된 법
 질서이며, 독일의 계통은 이와같은 국가행정권에 의한 비합법적인
 질서, 환언하면 명분상은 계통해서 총판국가에 속하고 있는 영토이
 지만 현재로서는 아직 연방의 권한이 실제적으로 미치지 못하고

있는 지역, 즉 동독의 흡수에 의해서 이루어진다는 것이다.

「할슈타인」원칙은 상대방의 부분질서를 정부 또는 국가로 승인한 제3국과는 어떠한 외교관계도 유지하지 않는다는 것을 골자로 하고 있으며 한국도 1965년 5월 12일 콩고 부라자빌과의 외교단절에서 1964년 12월 5일의 모리타니와의 외교단절에 있어서 이 원칙을 적용했었는데 이 「할슈타인」원칙은 국가핵심론의 무조건 적용에 불과하다.

그런데 이 국가핵심론을 그대로 적용한다면 다음과 같은 결과를 초래하게 될 것이다. 즉, 첫째로 총괄국가의 법적생활을 관리하는 즉 총괄국가 안에 포함되어 있는 사람과 재산을 관리하는 권한이 오로지 합법적인 정부에게만 부여되게 될 것이다. 둘째로 그가 체결한 모든 협약은 국가 전체(두 부분국가)를 구속하게 될 것이다. 셋째로 국내에 있어서는 모든 국민(두 부분국가내의 전 국민)에게 이 정부의 법률이 적용될 것이며 해외에 있어서는 모든 국민에게 그 관할권이 행사될 것이다. 끝으로 넷째로 상대방 당국은 국제적 주체가 아니기 때문에 당연히 조약에 서명할 수 없게 될 것이다.

그러나 이처럼 예측되는 엄격한 이론적인 결과는 실제적 면에 있어서는 많은 「뉘앙스」를 띄게 된다. 기본법은 다만 연방의 영토 상에만 적용된다고 주장하고 있다. 「비벨슈타인」이나 F·A·만 같은 독일연방공화국의 법질서와 총괄국가 즉, 라이히와의 동일성을 인정하는 사람들도 다음과 같이 이 동일성은 국가 전체를 통치하

는 사명 (vocation) 이며, 기관 (organisation) 으로서의 동일성이며
외부적 표현으로서의 동일성이라고 「뉘앙스」를 붙이고 있다. 즉,

독일 민주공화국을 사실상의 정부 (gouvernement de facto) 로
보고 있는 「비벨슈타인」은 『Die Identitätstheorie stellt
sich also nicht eine Identität zwischen B.R.D. und deuts-
chem Reich vor, sondern nur eine Identität der organschaft-
lichen Stellung der ehemaligen Reichsregierung』 (주 66)
라고 표현하고 있으며 F. A. Mann 은 『The Federal Republic do -
es not exercise control over, nor can it govern or legisl-
ate for the Soviet Zone... It is only in international af-
fairs that the Federal government has the sole right of
Speaking for and representing Germany as a whole, both We-
st and East... This prima facie includes the right to ent-
er into treaties. But the Federal Government is not the
Government in the East. It is therefore unable to render a
treaty effective in respect of the East. Hence it cannot
conclude treaties which require implementation in the Ea-
st. Nor it appears, has the Federal Republic ever attempted
to do so.』 (주 67) 라고 주장하고 있다.

주 66) Marschall, op. cit., p. 219

주 67) F. A. Mann, Germany's present legal status revisited,
dans: The international and comparative law quarterly,
1967, p. 796.

따라서 여기서 잠깐 언급해 둘 점은 국가핵심론과 동일성론 (Identitatstheorie: doctrine dite de l'identite) 즉 원천국가 또는 총괄국가와 양 부분국가 중의 하나가 동일하다는 주장은 각기의 이론적 출발점이 다르고 전자는 합법성에, 후자는 동일성에, 역점을 두고 있는 점에 차이는 있으나 결국은 같은 결과를 가져오게 된다는 점이다.

요컨대 국가핵심론은 그 기본이론에 있어서는 두 부분국가중 일방을 합법적인 법질서 총괄국가와 동일성을 가진 존재, 즉 국가핵심으로 타방을 비합법적인 사실상의 체제로 엄격하게 구분하고 있으나, 이 이론에서 예측되는 결과에 대해서는 영토의 실효성 (effectivity) 을 고려에 넣어 이론의 엄격성을 많이 완화하고 있다.

실제에 있어서도 독일 연방공화국의 법원들은 연방과 동일하게, 동독의 법률과 법적결정을 적용할 것을 원칙으로 하고 있으며 국제적 협약에 의하여 총괄국가를 결정적으로 구속하는 것을 거부하고 있다. 독일 연방공화국은 가능성이 그에게 부여되어 있을 때에 한해서만 총괄국가의 권리를 행사하고 그것을 옹호할 수 있으며, 또한 후견인 (tuteur, guardian, vormund) 의 입장에서 총괄국가의 의무를 수행할 것을 약속할 능력을 가질 수 있다.

연방공화국은 상대방에게 그 이상을 거부하지 않고 있다. 독일 민주 공화국은 그가 통치하는 공동사회에 필요한 행정에 관한 모든 법령을 내릴 수 있으며 오로지 그가 통제하는 영토관할과 주민에 직접적으로 관계되는 문제에 관해서는 국제협정을 맺을 수

있다고 연방공화국은 인정하고 있다.

1972년 12월 독일 연방공화국과 독일 민주공화국 간에 기본조약이 체결되고 1973년 9월에는 제 28차 유엔 총회에서 동서독의 동시가입이 만장일치로 가결되고, 금년 3월 14일에는 양독 간에 상주 대표부 교환 협정이 체결되었으므로 이제는 한 국가 안의 두 개의 정부라는 본의 입장과 한 민족안의 두 개의 국가라는 『벨린』의 입장과의 대립만이 남게 되었는데 이 대립의 근원과 여기까지의 발전은 국가핵심론과 축소국가론의 대립적 발전과 그 적용에 있어서의 발전을 파악함이 없이는 충분히 이해하기가 용이치 않을 것이다.

또한 국가핵심론에 관해서는 『독일의 이름으로 말하고 국제관계에 있어서 독일 인민을 대표한다』는 점에 있어서 사명과 권리를 명백히 구분해야 한다. 결국 국가 핵심론은 국제적인 면에 있어서 총괄국가의 대표권이 다만 한 사람에 의해서만 실현될 수 있는 경우에 국한해서 즉 총괄국가의 단일성(unicite:uniquity)이 그가 현재 당하고 있는 분단(division)보다 우세할 때에만 의의가 있다.

c) 일반해결책

분단국가는 성질상 잠정적인 존재다.

이 잠정적인 현상은 하나의 부분국가 안에서 서로 맞대고 있는 두 개의 부분국가가 하나로 흡수되는 진화과정을 밟던지 그렇지 않으면 그와 반대로, 원천국가 또는 총괄국가로 부더의 분리를 가져

오는 진화과정을 밝게 된다. 분단국가에 관한 이론은 이와같이 예상되는 신축 현상을 고려해야 한다.

이론구성에 있어서는 총괄국가와 두개의 부분국가와의 3자 간의 관계를 어떻게 규정하느냐가 근본적인 문제다.

따라서 『신라, 프러시아, 이태리 및 오스트리아 등 통일에 성공한 국가들의 실패를 분석, 검토』해 보더라도 분단국가의 해결에 도움이 되기는 힘들 것이고, 이러한 연구방법은 분단국가에 관한 근본적인 문제를 잘못 파악한데서 나온 것이 아닌가 생각된다. 「L. 말티네즈-아구로」도 『폴랜드 문제와 이탈리아의 통일 문제는 분단국가 문제와는 하등의 유사성이 없다』(주68) 고 단언 하고 있다.

「총괄국가」와 두 개의 부분국가 간의 관계를 어떻게 규정하고 있느냐를 기준으로 하여 현재 까지 발표된 이론들을 대별하면 다음 세 종류로 분류할 수 있을 것이다. 즉, 첫째 범주는 총괄국가와 두 부분국가와의 관계를 전혀 무시하는 이론들이다. 이 경우에는 총괄국가를 하나의 가능성 또는 잠재력(potentialite, potentiality)으로 보고 상황이 재통일이란 수단을 통하여 이 가능성을 구현한다고 주장한다. 말하자면 상항설이다. 따라서 그때 그때의 상황이 여기서는 중요한 요소가 되어 있기 때문에 총괄국가와 두 부분국가 3자 간에 있어서 중심과제로 되는 총괄국가의 대표권도 원칙이 없이 상황에 따라서 변동될 수 있게된다. 그러므로 이와

주 68) L'Etat divise, op. cit., p.277.

같은 견지에서는 이론이 불필요하고 사실을 정당화하기 위한 논건만이 요구된다.

둘째 범주는 총괄국가와 두 부분국가들 3자 간의 관계를 후 2자를 택일하여 총괄국가의 대표권을 인정함으로써 문제를 해결하는 방법이다. 이 종류의 이론으로서는 전술한 「동일성론」(Identitatstheorie, doctrine dite de l'identite)과 「국가핵심론」(Kennstaattheorie, theorie de l'Etat-noyau) 등이 있다.

국가의 동일성을 결국은 민족적 의식의 동일성에 의존시키고 있는 「동일성론」은 도덕적인 면에 치중하고 있고, 국가핵심론은 법적인 면에 토대를 두고 정치적인 면에 치중하고 있다.

세째 범주는 총괄국가와 두 부분국가들 삼자간의 관계를 후양자를 동등하게 취급함으로써 총괄국가와의 관계를 해결지으려고 하고 있다.

이 부류에 속하는 학설로는 전술한 「축소 국가론」(Schrumpftaattheorie, theorie de l'Etat reduit) 「조정론」(theorie dite de coordination) 또는 「부분 동일성론」(theorie dite de l'identite partielle) 「지붕 이론」(Dachtheorie, theorie du toit) 또는 「내재적인 국가론」(theorie de l'Etat immanent) 등등이 있다.

「축소 국가론」이 법률-정치적 면에 치중하고 있는데 반하여, 「지붕 이론」 또는 「내재적인 국가이론」은 두 부분국가의 복잡한 구조에 착안한 설이 아니라 총괄국가 그 자체의 성질에 치중

한 때 조선문제는 국제적 규모의 있어서 해결되어야 하며 또한 하고 있는 것이다. 따라서 이 남북 조건의 국제적 지위에서 생각하면 정부라고 호칭하와 동서 양 진영의 최전선 기지임을 특징으로 그 각기가 상이한 사회체제를 가진 국가를 형성하와 서로 유일한 「분열국가」라고 할 수 있을 것이다. 즉 하나의 민족이 분할되고 관한 결론으로서 남북 조건의 국제적 지위는 동서 양 진영의 산물인 의 정치적, 경제적, 군사적 현상(現狀)을 의미하는 것이라면 이미 『국가의 국제적 지위가 국제적 관계에 있어서 차지하는 그 국가 국제적 지위』라는 논설에서 다음과 같이 결론을 맺고 있다. 즉 의 전망이라고 하는 점이 적절하겠나. 동 교수는 「남북 조건의 한국 문제의 해결방안 이라고 하기 보다는 오히려 한국문제

방안과 그에 대한 평가

1. 『다다카 나오키외(田中直吉)』 교수의 「조선 문제」 해결

다음으로 이에 관한 몇가지 제안을 소개하고 비판하려고 한다. 필요가 충분해 있다고 생각하지 않을 수 없다. 하계 각종 각색으로 내외인사들에 의하여 제창되었기나한 객점으로 할 가 해결방안, 특히 한반도에 있어서의 재동일 해결책이 그동안 허다 이와 같은 분단 국가 일반이론이란 전문분야에서 볼 때는 분단국 계몽으로 지향한다는 중대한 타당성문제에 불과한 이론이다. 일어나는 진화는 자동적으로 또한 필연적으로 이 가상적인 점, 즉 계몽이란 단일 요소를 자동적으로 구성해 놓고 무 부분 국가에서 하여 구성된 이론이며 「조정 이론」 또는 「부분 동일성론」은

동서 냉전의 완화에 의하여 비로서 그 해결의 실마리를 찾을 수 있을 것이다.

또 일국의 국제적 지위가 그 국가의 국제적 현상(現狀)을 의미할 뿐만 아니라 그 장래의 가능성적 지위 까지도 포함하는 것이라면 그 가능성을 결정하는 것은 민족적 에너지라고 할 수 있을 것이다. 그것은 남북 조선에 있어서는 조선민족으로서의 통일에의 지향이며 그 내쇼널리즘이다. 이 조선 민족의 에너지가 만일 냉전의 테두리를 뚫고 고조(高潮)하여 민족적 자주성이 회복되는 움직임으로 변한다며는 조선문제의 해결을 조선인 자신의 손에 의하여 달성하는 것이 기대되지 않는 바는 아니다.

요컨대, 「두개의 조선」은 「두개의 독일」, 「두개의 『베트남』과 같이 동서 냉전이 낳은 기형아이며 그 해결은 동서 대립이 해소하여 민족적 자주성을 회복하지 않는 한, 예측할 수 없는 곤란에 차 있다. 조선의 현상 유지가 동서양 진영의 기본노선으로 되어 있는 이상 현재의 남북 조선의 국제적 지위는 상당히 길게 계속되는 것으로 생각된다』(주69)라고 표명하고 있다.

우선 동 교수는 한반도에 형성된 두 개의 질서를 하나의 「분단 국가」로 보지 않고 「분열 국가」(分裂國家) 보고 있는데 이 「분열」(dismemberment, demembrement)이란 개념은 종래 국제

주 69) 일본 국제문제 연구소, 남북 조선의 국제적 지위(해설편), 도쿄, 1964, 45~46 페이지

공법에서 사용되는 용어로서 하나의 국가가 여러 나라로 나누어지는 현상을 말하며 전에 있던 국가가 소멸되고 그 대신에 새로운 국가들이 성립하는 경우에 사용되는 말이다. 한반도의 경우에는 두 개의 법질서 이전에 있었던 사실은 하나의 국가가 아닌 일본 제국의 식민지인 「조선」이었고, 미·소 양국의 군사점령이었기 때문에 「분열」의 모체인 하나의 국가가 없다. 따라서 「분열국가」라는 용어의 사용은 한반도의 경우에는 부당하다.

둘째로, 한반도의 재통일의 근거를 『민족의 비원 일뿐만 아니라 아세아의 평화와 원천』^(주70)에다 두고 있는데 이와 같은 근거는 도덕적인 기준은 될지언정 법적 구속력을 가진 근거로 될 수는 없다.

셋째로 한반도에 있어서의 재통일을 「동서 대립의 해소」와 「민족적 자주성의 회복」에서 오는 「가능성」으로 보고 있는데 이 역시 단순한 도덕적인 전지 또는 순수논리에 불과하며 법적 구속력이 전혀 없다.

넷째로, 동 교수는 『조선의 현상 유지가 동서 양 진영의 기본 노선으로 되어 있다』고 지적하고 있는데 그 법적 근거를 알 수 없으며 UN에서의 실제와도 상반된다.

요컨대 이 주장은 전술한 상항론과 탁상공론인 조정론의 범주에 속할 뿐더러 제2차 세계대전 후에 나타난 「분단 국가」라는 새

주 70) 전제서, 44 페이지

로운 현상을 종래 사용되어 왔던 「분열」이란 국제법상의 개념으로써 해명하려는 방법 그 자체가 무리한 것이라 하겠다.

2. 『고마니 쓰루지』(小谷鶴次) 교수의 분단국가 해결방안에 대한 비판

고마니 교수는 다나카 교수와 마찬가지로 분단국에 국제법상의 「분열」이란 개념을 적용하여 「분열국」이라고 부르고 있는데 그의 분단국가에 관한 해결방안도 따라서 순전히 법적견지에 국한되어 있다.

그는 분단국가의 법적지위의 불안정성이 현재의 국가승인제도에 기인 한다고 보고, 미·소의 대립에 의하여 국제법도 「다원적 구조」를 갖게 되었으므로 국가 승인제도의 운영을 조정한다면 분단국가의 법적지위의 불안정성을 다소 완화할 수 있지않느냐고 다음과 같이 제안하고 있다.

『분열국의 법적지위가 불안정한 것으로 되어 있는 점에 관해서는 분열국에 있어서의 신사태에 대하여 행하여지는 승인이 창설적인 것으로서 승인국의 자유에 일임되어 있는 데에서 오는 것이라고 말할 수 있을 것이다. ……미소의 대립에 의하여 국제법도 다원적 구조를 나타내게 되어 각기의 진영이 자기와 동류에 속하는 분열당사자와 법적관계를 유지하고 있다고 보고 적어도 어느 정도는 불안정성을 제거하는 관찰을 할 수도 있을 것이다.

그러나 한발 더 나아가서 미소 양 진영의 여러나라가 분열국의 대립 당사자 쌍방을 국가로서 승인할 수는 없을가. ……대립 당사

자는 서로 국가로서 승인될 요건을 구비하고 있으며 쌍방과 정식으로 법적관계를 계속 유지하고 있는 국가가 없는 바도 아니고 또 공상주의제의 분열당사자를 승인하고 있으면서도 국제연합에 있어서는 자유주의제의 당사자와도 관계를 유지하고 있는 예도 있다.

직접으로 대립당사자 쌍방을 승인하는 것이 그 당사자의 의사에 반한다는 점만이 장애가 되는 것이 아닐까. 확실히 피승인자의 의도에 반대되는 승인을 행할 수 없음은 앞서 말한바와 같다. 그러나 대립당사자에 관하여 그가 현재 지배하고 있는 영역을 기초로 하여 장래 지배력을 미칠 수 있는 지역까지 포함시킨 국가로서 승인한다는 것은 그 당사자의 의사에 반드시 반대되는 것이라고는 생각되지 않으며 두 당사자에 대한 이와 같은 승인은 충분히 양립 가능한 것이 아닐까. 일반적으로 국가가 할양응에 의하여 그 영역을 확대하는 경우에 재차 승인을 필요로 하지 않고 오히려 영역의 확대를 예정한 승인이라고도 생각할 수 있는 것과 별로 차이가 없는 것이 아닐까. 다만 대립당사자 상호간의 관계가 이로 인하여 곧 정상적인 2국관계로 된다는 것은 아니지만 제3국이 행하는 2국 병존 승인에 의하여 당사자 간의 관계도 조정할 수 있게 될 것이 아닐까...』 (주71)

우선 말할 수 있는 것은 동 교수의 입장은 「분단국가」라는 용어의 존재를 인정하면서도 분단국가 현상을 「분열」에 의하여

주 71) 고타니 쓰루지, 전계서, 32 ~ 34, 페이지

새로 생긴 두 개의 완전한 국가로 보고는 있으나 그렇게만 분단국가 현상을 처리할 수가 없어 「분리」(secession, desgongction) 또는 한 국가 안에서의 두 정부의 대립이란 변도 있다고 인정하고 있다. 즉, 동 교수는 『만일 선언적 효과설이 지배한다면 분열국에게는 명확히 2국으로서의 지위가 인정될 것이다.』(주72)

『대립 당사자는 둘 다 국가로서 승인될 수 있는 요건을 구비하고 있다』(주73) 『However, the divided states may be analyzed as the case of dismemberment, secession, or simple conflict of two governments in one state, which give rise to different interpretation of several phases of such states.』(주74)라고 표현하고 있다. 따라서 이와같은 방법은 분단국가의 핵심문제인 재통일, 즉 총괄국가와 두 개의 부부국가들 간의 관계를 도외시한 애매한 것이라 하겠다.

둘째로 설사 한 분단국가 안에 있는 두 부분국가들을 동서 양진영 국가들 모두가 각각 승인한다 하더라도 총괄국가의 대표권 문제는 미해결로 남게된다. 바로 여기에 분단국가 문제의 쟁점이 있는데 동 교수는 이점을 연구대상에서 제외하고 있다.

셋째로 분단국가의 법적지위의 불안정성을 제3국이 행하는 2국병존 승인에 의하여 다소간 덜 불안정한 것으로 만들 수 있음은

주 72) 전제서, 32 페이지

주 73) 전제서, 33 페이지

주 74) 전제서, 152 페이지

인정하나 두 부분국가를 각각 『분열국』으로 취급하고, 이에 대하여 세계 전 국가들이 2국병존 승인을 하게된다면 자동적으로 분열국가의소멸을 초래하게 될 것이다. 그 이유는 이와같은 경우에는 총괄국가는 이미 『분열국』이 성립될 때 소멸되어버렸기 때문이다.

이상 「다나카」교수의 한반도에 있어서의 재통일 해결에 관한 견해와 「고따니」교수의 분단국가에 관한 해결 방안을 검토해 왔는데, 양 교수의 견해에 있어서 공통된 점은 『분단국가』 그 자체에 대한 정의가 없고, 『분단국가』를 『분열국』으로 잘못 인식하고 있고, 해결 방안은 전술한 사항론에 속하고 있다. 그런데 이와 같은 견해는 일본 정부가 취하고 있는 입장인 듯도 하므로 신중한 고려를 할 필요가 있다고 생각한다.

한 예를 들면 일본 내각관방 내각조사실에서 발행하는 『조사월보』 1965년 7월 호에 T·O라는 이름으로 『조선의 남북 통일문제』라는 논설이 실려 있는데 그 결말에서 『이 나라의 통일문제는 한국 및 북조선 자체의 문제인 동시에 미·소 미·중 등 복잡한 국제사회와 관련되는 문제이기도 하다. 조선민족이 통일을 바라는 나머지 남북 어느쪽인가가 강압적인 수단을 취하게 되는 일이 생기게 되면 그것은 그대로 동서간의 전쟁으로 발전할 공산(公算)이 많다. 따라서 한국도 북조선도 장기적인 경쟁적 병존을 작오하고 쌍방 다같이 경제력의 향상에 힘써서 민생의 안정을 기하는 동시에 정국의 안정에 충분한 배려를 할 필요가 있을 것이

다』(주75)라고 주장하고 있다.

3. 「L. 말머베즈-아구로」의 해결제안과 그에 대한 비판.

그는 처음으로 분단국가 개념의 정의를 정립하려고 시도하였다는 점에서 공헌이 있는 1964년에 발표된 그의 논설 『분단국가』에서 그에 관한 일반적인 해결방법을 다음과 같이 제안하고 있다.

『분단국가 상태를 종결시키는 가능성에는 재통일 (neunification)과 분리 (Accession)의 두 가지가 있다.

첫째번 재통일은 양 당사자들을 대립시키고 있는 적대의식 때문에 어렵게 되어 있다. 그러나 양 당사자 중의 하나에 의한 전체의 흡수 (absorption)를 생각할 수 있다. 즉, 재통일은 힘에 의한 해결에 기인한 것인데 이 해결은 양 진영 중의 하나의 소멸과 파괴를 가정한다. 만 해결 방법은 분명히 자유 선거 결과로 생기게 되는데 현재까지는 이것이 불가능함을 보여주고 있다.

재통일은 「오지러」의 실례가 보여주는 방식을 즉, 「라오스」 문제의 해결에도 적용되었던 중립화 (neutralisation)를 이용하므로써 실현될 수 있던지 또는 유리하게 할 수 있을 것이다. 그와 같은 방식은 틀림없이 한반도에 있어서는 실현 가능성이 있을 것이나, 독일이나 중국에 있어서는 실현될 수가 없을 것 같다.

주75) T. O. 조선의 남북통일문제, 조사월보 (내각관방 내각조사실 발행), 제115호 (제10권 제7호), 1965년 7월. 41페이지.

에만, 또한 현재의 양극적 분단이 계속 유지되는 경우에만 분리를
 이베롤로기의 유대가 민족적 공동사회의 유대 보다 우세한 경우
 에의 「투스」주의, 「이베롤로기」의 완전한 침투는 그와 같은
 변화가 필요하다. 동방 진영에 의존되는 분단국가 두 부분 내부
 실현되기 위해서는 모든 가설에 있어서 현재의 국제적 환경의
 혹은 재동일의 의하여 또는 분리의 의하여 분단국가의 소멸이
 시할 수가 없다.

해결 방식인 듯 하나 이 방법이 부딘치는 여러가지 곤란들은 무
 다. 독일에 있어서 분리는 인민 공화국의 의하여 추구되고 있는
 식으로 하여금 그와 같은 해결은 받아드리도록 설득해야 할 것이
 새로운 국가가 창설될 수 있으나 그러기 위해서는 모택동과 작게
 원칙을 무시하고 분리가 강요될 것이다. 중국에 있어서 대만의
 법이다. 「베트남」에 있어서와 마찬가지로 한반도에 있어서도 자결
 분리에 의하여 현존하는 분단을 인정하는 것은 둘째번 해결 방
 의를 포함한다는 것은 확실하다.

한 일관적인 동토 안에서만 생각할 수 있는 강대국들의 자결 등
 실현이 어렵은 것 같이 보이지만 오로지 국제적인 긴장완화를 위
 어떠한 가정(假定)에 있어서도 공동일 정책은 적어도 담장에는
 유리하다고 할 것이다.

프랑스」의 정책은 중립적 지위를 기반으로 한 재동일에 오히려
 있는 중립화 정책에 반대하는 미국정책과는 정 반대로 현재의 「
 「베트남」의 경우에는 남 「베트남」 지도자들의 관동에 부딘치고

가능하게 할 것이다. 그렇게 되면 상대방 진영에 속하는 나라들은
기정사실 앞에 굴복하지 않을 수 없게 될 것이다. 두 부분의 승
인을 지향하는 제3 세계에 속하는 국가들의 정책은 이와 같은 해
결을 유리하게 할 것이다. 만 편으로 양 진영 간의 일반적인 합
의는 통합(unity)을 허용할 것이다』(주76)

이와같은 제안에 대한 필자의 평가는 다음과 같다. 첫째로 모처
럼 종전에 애매하게 사용되어 왔던 『분단국가』 개념에 관한 정
의를 정립하려고 시도하고 또한 분단국가의 본질을 법-정치적으로
해명하려고 시도한 「말띠네즈-아구로」는 그 정의와 각론과는 차
원을 달리하여 해결 방안을 제안하고 있다. 즉, 해결 정책면에 들
어가는는 갑자기 상항론으로 변화되고 있다.

둘째로 종팔국가와 두 개의 부분국가 3자간의 관계가 뚜렷하게
나타나 있지 않다. 그렇기 때문에 용어에 있어서도 『당사자』 또
는 『부분』, 『진영』이라고 되어 있고 『재통일』과 『통합』(un-
ification) 과의 구분도 확실치 않을 정도로 애매하고 혼잡하며,
재통일의 근거도 법적면에 두는 것이 아니라 『자결 원칙(prin-
cipe de l'autodetermination)에 두고 있다.

셋째로 분단국가의 진화방향을 그는 하나는 『재통일』로 만 하
나는 그와 상반되는 『분열』이 아닌 『분리』로 보고 있는데 그
렇다면 이 『분리』는 무엇으로 부터의 『분리』인가 분명치가 못

주76) Letet divise op cit pp.283 ~ 284.

이 인력의 안배에 있어서 혹은 국제공동사회에 있어서도 혹은

정된 성격과를 조정하여야 한다.

비선재성(ineffectivite)에 장애가 되는 부분적인 조직들의 안
배가 되는 이 부분적인 조직들의 잠정적인 성격과 이 원천국가의
인력(引力)을 안배하여야 한다. 즉, 원천국가의 영속(永続)에 강
분단국가 이론은 분단국가 개념의 구성요소들을 지키기 위하여 이
분단국가와 분단국가들 간의 이와 같은 신속관계를 고려하여야 한다.
membership)로 변화하는 잠정적인 현상이다. 분단국가 이론은 총
는 분분적자들의 해소(nesonbtion)로 혹은 원천국가의 문명(de-
『분단국가는 성질상 혹은 동일한 국제적 단위 안에 담겨져 있
된 부분 뿐만 아니라 전문을 다음에 인용하겠다.

만한 가치가 있다고 생각됨으로 좀 건기는 하나 해결방안에 관련
이 결론은 분단국가 일반이론을 연구해 나가는데 있어서 참고할
가의 법적 지위』의 결론에서 일반적인 해결방안을 제시하고 있다.
그는 1969년에 통과된 전술한 그의 학 논문인 『분단국

4. 「D·가떠」의 해결 방안과 그에 대한 평가.

다.

방안 역시 결코 못만 상항문에 빠지게 된 것이 아닐까 추측된
그의 분단국가에 관한 이론 그 자체도 영성해서 결국은 그 해결
요권에 전술한 그의 분단국가 개념의 정의가 보여주는 것 처럼
로 하여야 적당한 것이 아닌가.

한데 여기서 바로 그는 무의식적으로나마 총관국가의 존재를 전제

진술한 이론의 단 하나만의 요소를 각기 보존하고 있는 부분적인 질서들에 의해서도 어떠한 곳에서도 인정되지 않는 하나의 지위 (statut) 를 가정하는 약간의 주장이 있을 수 있는데 혹자는 총괄국가의 지속을 인정하는 데에 기준을 두고 있고 (동일성 이론) 혹자는 이 부분적인 공동체들이 가진 유일한 국가적인 성격을 보존하는 데에 기준을 두고 있다 (상속론). 그러나 법적으로 상상할 수 있는 동일한 영토·영역 안에 있는 국가적이며, 자치적인 세계의 법적 질서의 존재를 인정하는 이론이 가장 현실과 잘 부합되는 것 같다. 이 이론은 당장에는 분단국가를 공유하고 있는 인간 공동체들을 옹호하는 이중 이익이 있다. 즉, 하나는 그들의 기본적인 요구와 부합되는 지위를 그들에게 마음대로 이용할 수 있게 하며, 또 하나는 유일한 정책수립자에 속하는 앞날의 해결을 속단하는 것을 경계하는 것이다. 유일한 정책수립자라 함은 이 본체들의 결정적인 지위는 다만 평화조약에 의해서만 확정되기 때문이다. 법률가는 가능한 해결들을 제시하는 것만으로 만족하여야 하며, 해결을 기다리는 동안 이 본체들의 법적존재를 보장하여야 한다.

장차 어떻게 평화조약에 이르는가가 문제다. 평화조약의 체결은 토의에 있어서의 그들의 평등을 보장하기 위하여 대적자들 (antagonistes) 사이의 상호승인에 의해서만 가능한 것 같은데 그것은 동일성 이론의 포기를 전제로 한다. 독일의 경우에는 문제의 해결에 있어서 연합국들이 간섭권을 마음대로 행사한다는 한도내에서 평화협정이 혹은 사건에 통일된 정부에 의하여 또는 사후에 재통

일의 방식에 관하여 동의하는 부분국가들의 두 정부들에 의하여 서명될 것인가가 문제다. 보류된 가정이 어떠한 간에 유일한 미결정 요소는 「라이히」의 지속이나 또는 소멸이나 라는 것이고 결국은 두 개의 동등한 법적질서의 존재를 인정할 수 밖에 달리 도리가 없다. 그러나 보류된 해결방안이 어떠한 간에 미해결 중인 「라이히」의 권리와 의무에 관한 이전(移轉) 방식이 필연적으로 논의되어야 할 것이다.

이론적으로는 비실재적인 국가(내재적인 국가)는 그의 행동능력의 보존에 의하여 존속할 수 있다든가 한(부분) 국가에 대하여 생존권을 거부한다 생각할 수 있으나 분단국가의 지위에 관한 정의는 국제적 인격의 요소인 실재성(effectivite) 개념을 중심으로 하여 내려지게 된다. 우리들의 입장에서는 우리들은 주체성(subjectivite)과 국제적 승인의 성질에 관한 가장 넓은 의미의 주장들을 채택하여야 한다고 믿는다. 그리하여 우리는 한 분단국가 테두리 안에서 두 국가에 대한 승인은 그 분단국가의 존재에 대하여 의심을 품게 하는 것은 아니다 라고 단정하는 데에 이르게 되었다』(주77).

이 결론은 주로 독일 문제를 「모델」로 해서 내려져 있으며, 사실 「까머」박사의 전기 논문에 있어서 한반도와 「베트남」이

주77) G.Caty, op.cit, pp.239 ~ 240.

차지하는 비중은 상대적으로 약하다 하겠다.

그러나 독일의 경우와 비교할 때, 한반도와 「베트남」의 경우에는 악화된 긴장 상태가 분단국가 진화과정에 여하히 작용하느냐가 고려되어야 하며 그대신 상속문제의 비중은 약하다고 할 것인데 이와 같은 점에 대한 고려가 결여되어 있지 않나 생각된다.

결 어

무력에 의한 분단국가의 해결이 요구되고 있는한, 이론은 불필요하다. 거기에는 다만 전략과 논전만이 필요하고, 오로지 사실과 행동을 정당화하기 위한 주장들만이 절대 지배적이고, 합리적인 이론의 참여가 거부되고 묵살되고 배척되기 때문이다. 왜냐하면 거기서는 힘 그자체가 정통성의 원천이 되어있기 때문이다.

『분단국가는 이론적인 연구대상이 될 가치가 없다』느니, 『분단국가 문제에는 이론이 없다』느니 하는 사람들이 많지마는, 분단국가의 본체를 구조적, 기능적 특징을 포착하여 체계화 할려는 법정치적 방법을 채택하지 않을 수 없고, 그러자면은 결국 총괄국가와 두개의 부분국가들 3자간의 관계 규명에서 출발하지 않을 수 없다.

한반도에 있어서의 악화된 긴장상태는 너무나도 오래 지속되고 견고하다. 만일 이대로 긴장상태가 고질화되어간다면 무력충돌 재발의 가능성이 있고, 그렇게되는 경우에는, 휴전협정이 휴지화되고, 원상(Statu quo ante) 복귀를 초래하여 분단의 전적인 폐지를 가져오던지, 분단강화로 지향하여 총괄국가의 소멸을 가져오던지 할 것같이, 이론적으로는 생각할 수 있으나, 6.25의 경험으로 비추어 보아, 전 한반도의 완전한 군사적 점령이 불가능한 한, 무력에 의한 이 지역에 있어서의 총괄국가의 소멸은 불가능하다.

「베트남」, 독일의 경우와 마찬가지로, 평화조약만이 한반도에 있

어서의 총괄국가의 가정을 배제할 수 있다. 두가지 경우를 추측할 수 있는데, 하나는 긴장상태가 개선된다면, 평화조약 체결후 또는 체결전에 재통일 또는 분열방향으로 갈 수 있을 것이며, 또 하나는 긴장상태의 고질화는 직접 이해관계국들의 간섭을 유발하여 중립화된 재통일로 가든지, 또는 분열로 가든지 할 수 있을 것이다.

그러나 현재 같이 악화된 긴장상태에서는, 설사 평화조약이 남북간에 체결된다 할지라도, 무력에 의한 해결의 가능성이 여전히 잠재하고 있는 이상 평화조약은 무의미하며, 총괄국가의 소멸은 무력대결을 일층 격화시킬 우려가 있다고 할 것이다.

단편으로, 독일에 있어서는 재통일에 의해서만 내재적인 국가의 실제적인 활동이 회복될 수 있지만, 한반도와 「베트남」의 경우에는, 한 부분국가의 『분리』에 의하여 그것이 가능할 수 있을 것이다.

요컨대 한반도에 있어서는 여하한 경우가 있더라도 휴전협정에 의존해야하고, 휴전기구를 이용하여 분단국가의 진화과정을 밟아나가야 한다. 실질적인 긴장완화, 즉 무력대결의 완화와 남북간의 인적 및 물질 왕래가 있을때까지는, 평화협정에 관한 논의는 하등의 의미를 갖지 못할 것이다.

1974. 4. 10.

정능 우거에서.