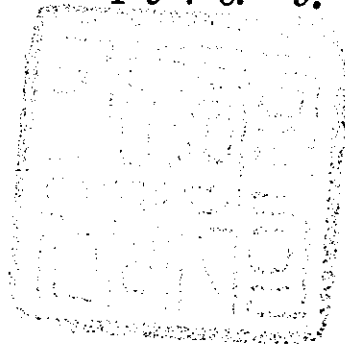


大韓民國의 正統性에 관한 法的根據

1975. 9.



國 土 統 一 院

이 報告書는 國土統一院 75年度
學術用役に 關한 最終報告書로 提出합니다

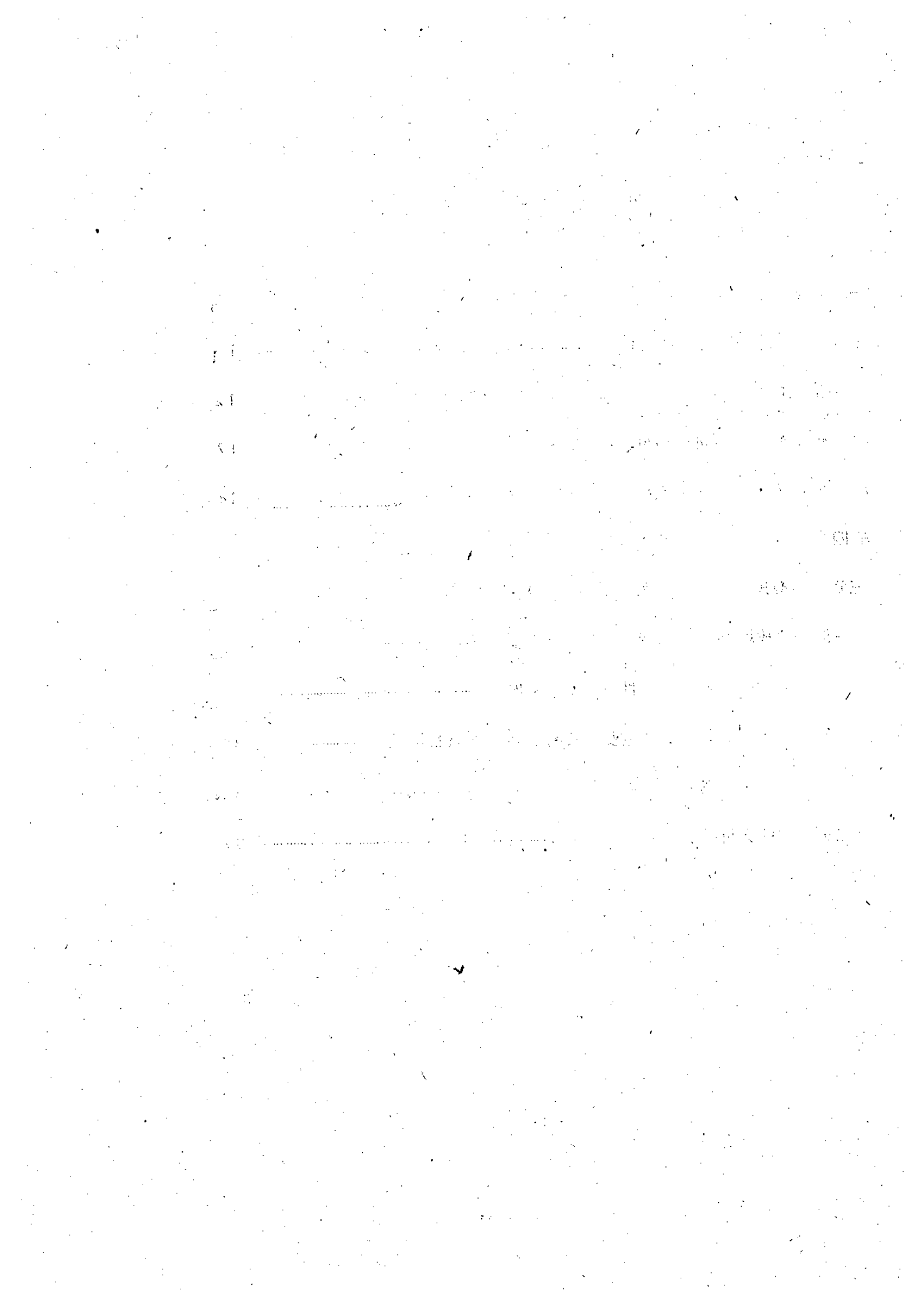
1975. 9.

서울大學校 法學研究所

金 東 熙

目 次

第一章 總 語	3
第二章 旧韓国の 存続問題	11
第一節 史的事実	12
第二節 韓・日合併条約の 法的問題	17
第三節 韓・日合併条約の 有効性 問題	18
第四節 合併条約の 無効確認	20
第三章 大韓民国の 正統性問題	23
第一節 解放以後 分断時까지의 史実的 考察	24
第二節 大韓民国の 正統性の 法的根拠	29
第四章 1970年 以後의 主要政策宣言과 正統性問題	35
第一節 史実的 考察	36
第二節 法的分析	39



第一章 總 語 1)

分断國問題는 國際社會에서는 비교적 최근에 나타난 현상인 바, 그것은 周知하는 바와같이 同問題는 基本的으로 二次大戰後의 美·蘇를 兩大頂點으로 하여 形成된 冷戰體制의 產物이기 때문이다.

從來 一般的으로 分断國으로서는 韓國, 獨逸, 越南 및 中國²⁾을 드는 것이 보통이었다. 그러나 적어도 法的觀點에서는 中國을 分断國의 範疇에 包含시키는 데에는 問題가 있지 아니한가 한다.³⁾ 따라서 分断國으로서는 韓國, 獨逸, 越南이 남게 되나, 越南의 경우는 今年에 그것이 自由陣營으로서는 바람직하지, 많은 方向이었기는 하나 分断問題는 實質적으로 解消되었거나 아니면 적어도 不遠間 解消될 것으로 보아야 할 것이다. 따라서 결국 현재 典型的인 分断國으로서는 다만 韓國과 獨逸만이 남게 되는 것이다.

그런데 韓國과 獨逸은 分断原因과 兩國의 民族이 이러한 分断狀態를 決定的인 것으로 認定하지 아니하고 항상 祖國의 統一을 이룩하려는 意志를 간직하고 있다는 데에 그 基本的共通性이 있다 하겠다. 이점에 관하여 1970年 5月16日의 記者會見에서의

「셀」外相의 發言은 일단 引用할 만하다. 그는 同會見에서 韓國과 獨逸問題에 관하여 言及하면서 兩國에 있어 「서로 共通되는 것은 두나라가 다같이 民族의 自決權을 認定하고 두나라가 다같이 民族의 統一을 지킨다는 것이며 이같은 目的이 韓國에서와 마찬가지로 또한 獨逸에 있어서도 추구하고 있다는 事實이다」⁴⁾

前記한 바와같이 分斷國으로서 韓國과 獨逸은 基本的共通性을 共有하고 있으나 他面에 兩國間에는 多數의 實質的인 相異點이 介在하고 있음도 또한 否認할 수 없다. 우선 分斷 以前에 있어서의 歷史的背景에 있어서 韓國은 서기 7세기에 新羅에 의한 統一國家의 形成 以來 單一民族에 의한 統一國家로 계속되어 온 데 비해서 獨逸은 1870년에 비로서 統一國家를 形成하였다는 事實이다.

또한 獨逸의 경우는 1870年の 單一國家의 形成이 同年의 普仏戰爭 및 以後의 世界 第一・二次大戰을 誘發하는 하나의 契機가 되었다고 볼 수 있는 바, 그것은 換言하면 獨逸統一은 歐羅巴내지는 國際平和에 대한 不安定的 要因이 되었다는 것이다. 反面에 韓半島에 있어서는 그 分斷이 6.25事變을 惹起하여 國際平和에 대한 不安의 要因을 造成하였다는 것이다. 끝으로 現時點에 있어 兩國의 統一에 관련된 周邊國家 및 其他 主要強大國의 利害關係에

서 볼 때에 韓國의 경우에 있어서는 이들 國家의 利害關係는 中立的性格을 띄었다고 볼 수 있는데 반해서 獨逸의 경우는 過去의 歷史的經驗으로 어느 國家도 獨逸이 統一되어 다시 強大國으로 登場하는 것을 환영하지는 않을 것이라는 事實이다.

이 중에서 특히 周邊國家 및 其他 強大國의 獨逸統一에 대한 否定的인 立場이 西獨의 對東歐 및 對東獨政策에 있어서의 從來 *Hauptein Doktrin*으로 表現되는 法的 原則論的 接近方法을 止揚하여 現實的 實質的 接近方法인 東方政策 (*Ostpolitik*),을 採択하게 한 主因이었다고 해도 誇言은 아닐 것이다. 특히 對東獨關係에 있어서는 從來의 唯一合法政府主張을 堅持한다는 것은 主要強大國의 統獨問題에 대한 否定的인 態度와 關聯시켜 볼 때 그것은 그 基本目的과는 달리 오히려 統獨의 可能性을 보다 적게 할 可能性이 컸던 때문이다.⁵⁾

以上에서 分斷國으로서의 韓國과 獨逸의 分斷의 背景을 이루는 與件을 檢討하여 보았거니와 이제 끝으로 韓獨兩國이 현재 處하여 있는 分斷現狀을 考察함으로써 本稿의 研究目的을 劃定하고 序論에 代身하고자 한다.

獨逸의 경우 東西獨關係는 「브란트」에 의하여 代表되는 所謂

「東方政策 (Ostpolitik)」의 抬頭 以前까지는 制限的인 經濟交流
를 除外한다면 同關係는 對立 乃至는 敵對關係이었다고 할 것이다.

그러나 1966年 「키징거·브란트」大聯政이 形成되면서 우선 對
東歐圈에 대한 活潑한 接觸이 展開되기 始作하였는 바, 이러한 西
獨政府의 政策變化는 다음의 두가지 基本的問題에 대한 西獨國民의
傳統的思考方式의 變化에 基礎한 것이었다. 그것은 우선 東獨의
광복할만한 經濟成長으로 인하여 從來 그存在를 無視해 오던 態
度를 止揚하고 그에 直面하여야 할 必要性을 느끼게 되었다는 것
이다.

다음은 獨逸國民의 大多數가 西方陣營에 의한 統獨努力이 實際,
實効性이 欠如되어 있음을 점점 더 確信하게 되었다는 것이다.

이러한 二大要素의 結合으로 東方政策이 탄생되었다고 볼 수 있는
바 그 具體的結果가 「루마니아」와의 國交樹立(1967.1.27),

「유고」와의 國交再開(1968.8.3) 및 「체코」와의 通商協定締結

이라 할 것이다. 이러한 西獨政府의 活潑한 對東歐接觸이 同時에

東獨과의 關係를 改善하는 要因이 된 것은 아니었다. 오히려 東

方政策의 初期에는 前術한 西獨의 對東歐圈 接近의 結果로, 東獨은

所謂 「울브리히트」政策을 公表하였는바, 同原則은 東獨과 國交關係

에 있는 第三국에 의한 西独과의 모든 接近行爲는 東独으로서는 非友好的行爲로 看做한다는 것을 미동으로 하는 것이었다.

兩独間의 緊張이 緩和되고 그 關係가 改善되기 始作한 것은 「브란트」政權(1969.10)의 樹立 以後라고 할 것이다. 卽, 以前에 있어서는 西独政府에 의한 對東歐圈接近에 있어 原則적으로 東独은 除外되어 있었으나 「브란트」時代에 이르러서는 東独과도 直接的이며 上位水準의 政治的接觸이 開始되었다는 것이다. 「브란트」는 그의 首相 就任演說에서 東西独間의 關係에 관한 그의 基本政策을 다음과 같이 闡明하였다.

- ① 独逸內에 二個國家의 存在는 認定하나 이는 東独에 대한 國際法上的 承認이 아니라 國法上的 承認이다.
- ② 兩独은 相互 外國이 아니라 特殊關係이며 他國과의 條約과 同一한 効力을 가지는 武力行使拋棄條約을 締結할 용의가 있다. 6)

이렇게 「브란트」首相이 公式적으로 独逸內 二個國家의 存在를 認定하게 되자 西独의 唯一合法政府性을 基調로 하는 「할슈타인」原則이 그 翌日 公式적으로 廢棄되게 되었다. 이에 관하여 「셀」外相은 「次後로는 어떠한 國家에 의한 東独의 承認도 西独에 대

한 非友好的行爲로 看做되지는 않을 것이다」라고 宣言하였던 것이다. 7)

以後 東西獨間의 關係는 비교적 급속한 進展을 보여 1970年 兩次의 「에어푸르트」·「카셀」 東西獨首相會談(3·19 및 5·21) 이 行하여 졌으며 그 후 兩獨關係 樹立에 있어 必須的 豫備段階로 볼 수 있는 獨(西獨)·蘇條約(1970.8.12)과 獨(西獨)·波條約(1970.12.7)의 締結過程을 거쳐서 1972年 12月에는 兩獨間에 東西獨基本條約이 正式調印되었으며 1973年 9月에는 第28次 UN總會에서 東西獨의 UN同時加入이 滿場一致로 可決되었다. 또한 今年 3月에는 基本條約 第8條에서 規定하고 있는 「常駐代表部」 交換協定이 締結되어 東西獨에 各己 「常駐代表部」가 設置되게 되었다. 이로써 兩獨間의 關係에 있어 從來의 緊張, 對立關係를 止揚하고 協調體制로 向한 一連의 作業이 一但 成功的으로 結果를 맺었다고 할 수 있다. 그러나 이러한 東西獨接近類型이 반드시 肯定的인 것은아니다. 가장 問題點은 獨逸國 二個國家 存在의 公式認定과 그에 의거한 東西獨의 UN同時加入 및 兩獨間의 基本條約의 締結이 궁극적으로는 두개의 完全한 獨立國家를 惹起할 危險性이 크다는 것이다. 이에 관해서는 뒤에서 다시 考察할 것

이므로 여기서는 우선 問題点만 提起하여 둔다.

以上에서 本稿와는 一応 直接的인 關係가 없는 独逸問題를 概觀한 것은 本題의 意義를 劃定하기 위한 것이다. 確實히 東西獨接觸事例는 韓國과 一応 共通的性格을 가지고 있는 分斷國으로서 分斷의 解消는 아니라도 적어도 그 苦痛을 緩和시킨 하나의 成功的 前例로서 韓國에 있어서의 南北韓關係에 관한 接近方法에 있어 하나의 有力한 指針을 提示하여 주고 있음은 事實이라 할 것이다. 然이나 前述한 바와같이 韓國과 独逸은 그 分斷背景에 있어看過할 수 없는 많은 相異點을 內包하고 있으며 또한 兩獨接近類型은 궁극적으로 國際法上의 完全한 두개의 國家의 形成이라는 否定的인 현상을 惹起할 우려가 크다는 점에서 이러한 接近方式의 基本的인 限界性이 있다 하겠다. 또한 하나의 暫定的措置라는 留保下에 同方式을 援用하는 경우도 그에 입하는 北韓側의 誠實한 態度가 欠如되어 있는 限 그것은 大韓民國의 一方的인 讓步가 끝날 危險性도 또한 높은 것인 바, 1970年 8月 15日 大統領宣言 以後의 南北赤十字會談과 1972年 7·4 共同聲明 以後의 南北調節委員會에 있어서의 北韓側의 不誠實한 態度와 그 以後 6·23 平和宣言 및 7·18 特別宣言에도 不拘하고 北韓當局에 의한 數次에 걸친 軍事分界線 以南의 領空 및 領海上의 挑発的行

為 및 땅굴事件 등은 南北對話에 임하는 그들의 態度가 어떠한 것
인가를 너무 잘 實証하는 것이라 하겠다.

本質적으로 口述한 두가지 理由에서 자칫하면 소홀히 取扱할 수
도 있는 大韓民國의 正統性에 관한 法的根拠를 定立하여 韓半島에
서의 唯一合法政府로서의 우리의 法的地位를 明白히 하여 두는 것
은 매우 緊要한 일이라 하겠다.

以上에 考察한 것으로 序論에 代身하고 다음 本語에서는 먼저
舊韓國의 存統問題를 檢討하고 다음에 嚴格한 意味의 法的觀點에서
의 大韓民國의 正統性에 관한 問題를 考察한 다음 끝으로 1970
年 以後의 南北韓關係에 있어서의 一連의 聲明과 關聯된 北韓의
法的地位를 檢討함으로써 本稿를 모두 끝내고자 한다.

第二章 旧韓國의 存統問題

大韓民國의 正統性이란 問題를 檢討하기 爲해서는 必히 그 豫備的 段階로 旧韓國의 存統如否에 대한 問題에 관한 檢討가 先行되어야 한다. 그것은 旧韓國이 1910年의 韓日合併條約의 結果로 法上 消滅되었다고 想定하는 경우에는 大韓民國의 正統性問題는 論議될 餘지가 없기 때문이다.

即, 그 경우에 있어서는 1945年 以來 韓半島國에 하나 또는 두개의 新生獨立國이 樹立되었는가만이 問題되는 것이기 때문이다.

이 問題에 관하여 먼저 結論부터 적는다면 旧韓國은 1910年 日本에 의한 合併에도 不拘하고 적어도 法的으로 消滅하지 않았다는 것이다.

이 問題에 관해서는 우선 史的事實을 본 後에 그에 관한 法的인 分斷을 하기로 한다.

第一節 史 的 事 實

1905年의 日露戰爭이 日本의 勝利로 終結된 後, 日本은 美国, 英国 및 露西亞로 부터 韓國에 대한 排他的支配權에 대한 諒解를 얻어서, 韓國의 궁극적 併呑野慾을 보다 露骨化하기 始作하여 同年 11月에는 朝鮮政府의 外交權剝奪과 統監府設置를 內容으로 하는 乙巳保護條約을 締結하게 된다. 그런데 旧條約의 主要內容은 다음과 같다.

第一條 日本政府는 在東京外務省을 經申하여 今後에 韓國이 外國에 對하는 關係 及 事務를 監理, 指揮할 것이요, 日本國의 外交代表者 及 領事는 外國에 있어서의 韓國의 漁民 及 利益을 保護할 것임.

第二條 日本政府는 韓國과 他國間에 現存하는 條約의 履行을 完遂하는 任務에 當하고 韓國政府는 今後에 日本政府의 仲介에 經由를 얹고서 國際的 性質을 가진 何等의 條約이나 또는 約束을 하지 않기를 相約함.

第三條 日本政府는 其 代表者로 하여금 韓國皇帝階下의 閣下에 一 名의 統監을 置하되 統監은 全히 外交에 관한 事項을 管

理하기 爲하여 京城에 駐在하고 親히 韓國皇帝陛下에게 內
謁하는 權利를 有함。」

그런데 이러한 乙巳條約이 締結된 當時의 狀況은 다음과 같다.

乙巳保護條約의 締結을 目的으로 同條約案을 가지고 來韓한 伊藤
大使는 日本서 派遣된 增援軍으로 宮內外를 警戒하게 하고 11月
11日에 高宗皇帝를 만나 먼저 日本天皇의 親書を 전하고 同 15日
에는 다시 高宗에게 미리 準備된 條約案을 提出하고 이에 同意할
것을 要請하였다.

同面談은 4·5時間 계속되었으나 高宗은 결국 「此條約을 認許
하면 卽, 亡國과 一般이니 朕은 寧宗社에 殉절지 언정 결코 認許치
못하리라」고 하며 拒絕하였다. 10) 高宗의 同意에 失敗한 伊藤은
翌日 參政大臣 以下 8名의 大臣을 그의 宿所인 孫扶호텔로 招請
하여 條約에 同意하도록 威脅하였으나 다시 失敗하자 同夜에 다시
御前會議를 開催하였으나 外交權의 委任은 獨立國의 體面에 關係된
다 하여 역시 아무런 決定도 보지 못하였다. 그러나 伊藤과 林
公使는 條約締結을 強行하기로 決定하고 있어서 그翌日 林公使는
各大臣을 自己官邸로 召集하여 保護條約을 強行하려 하였으나 大臣
들만으로는 決定할 수 없는 重大事件이라 하여 同日 午後 3時에

御前會議가 召集되어 밤 8時까지 계속되었으나 結論을 얻지 못하자 林公使, 伊藤大使, 長谷川司令官 등은 大臣들에게 強制로 會議를 열게 하여 翌日 새벽 1時까지 大臣들을 強迫하여 皇帝와 參政(首相)이 不參한채로 強制로 條約에 調印하도록 하였다. 이와같이 條約의 調印을 強行하기 위하여 伊藤과 林은 온갖 甘言, 脅迫은 勿論이고 軍隊를 示威하게 하여 恐怖雰圍氣를 造成하고 數十名의 憲兵을 闕內로까지 데리고 와 日本憲兵監視下에 撤夜會議를 強行하고 決死反對하던 韓圭高參政大臣을 監禁까지 하였던 것이다. 12)

그러나 이러한 乙巳保護條約은 韓國內閣의 最高責任者인 韓圭高參政을 비롯하여 3人의 大臣이 反對하였을 뿐만 아니라 高宗皇帝自身도 그無効를 宣言하였는 바 1907年의 「헤그」萬國平和會議에는 李儼, 李偉鍾 및 李相高 3人의 密使를 派遣하여 同條約의 無効를 主張하게 하였던 것이다. 이들은 日本의 妨害와 列強의 無關心으로 會議에 正式으로 參席하지는 못하고 李偉鍾이 萬國記者協會에서 「韓國을 爲한 呼訴」라는 題目으로 日本의 侵略相은 暴露 규탄하여 많은 注目を 끌었으나 外交的支援는 얻지 못하였다.

日本은 同事件을 契機로 高宗을 退位시키고 「內政에 관한 全權을 掌握」하는 縮結하기로 決定하였다. 長谷川司令官은 宮城內外에

多數의 日兵을 配置시키고 李完用一派로 하여금 退位를 強奏하게 하자 高宗은 결국 7月19日 皇太子에게 讓位할 수 밖에 없었다.

그러나 그 背景的事實로 보아 이러한 高宗의 讓位는 伊藤, 長谷川, 林등과 李完用一派가 共同으로 恣行한 一種의 Coup d'état 라고 할 것이다. 13)

高宗을 強制로 退位시킨 伊藤은 韓國의 內政權剝奪을 內容으로 하는 新條約案을 李完用에게 伝達하자. 李는 2次에 걸쳐 純宗을 謁見하여 同條約에의 同意를 強奏하고 7月25日에는 李完用과 伊藤間에 新條約이 調印되었다. 이러한 韓日新條約(或은 七條約)의 結果 韓國은 日本에게 內政에 관한 거의 모든 權限을 넘겨 주었는 바, 그 主要內容을 보면 「韓國政府는 施政政策에 관하여 統監의 指揮를 受할 事(第1條)」, 「法會制定 및 主要한 行政上의 處分은 豫히 統監의 承認을 經할 事(第2條)」, 「高等官吏의 任免은 統監의 同意로써 此를 行할 事(第4條)」등이다.

이로써 韓國은 1905年의 乙巳保護條約으로 外交權을 剝奪당하고 1907年의 七條約으로 內政權이 상실되어 결국 「名目上의 獨立」만이 3年間 더 持續되었다.

그러나 이러한 名目上의 獨立도 1909年 10月의 安重根義士에

依한 伊藤의 暗殺事件을 契機로 하여 1910年 8月 22日 李完用과 寺內統監間에 締結되고 同 29日 日本 憲兵의 삼엄한 警戒속에서 李完用을 首班으로 하는 內閣의 의결을 거쳐 調印을 完了함으로써 終了되어 韓國은 日本의 植民地의 地位로 전락하기에 이르렀던 것이다.

第二節 韓日合併條約의 法的問題點

위에서 우리는 1905年の 乙巳保護條約 以來 1910年の 日本에 의한 韓國의 併呑까지의 過程을 概觀하여 보았거니와 따라서 적어도 事實的으로는 韓國은 1910년에 消滅하였다고 볼 것이다.

그러나 모든 事實이 法的 效果를 發生하는 것은 아니고 다만 그 事實이 法現範의 要件을 充足하는 경우에 비로서 그에 法的 效果가 부여되는 것이다. 따라서 결국 問題는 1910年の 韓日合併條約의 國際法上の 有効性 如何의 問題로 귀착되는 것이다.

第三節 韓日合併條約의 有効性問題

一般적으로 國際條約은 一定한 法的效果를 目的으로 하는 二者
以上の 國際法主体間의 合意라고 定義될 수 있다. 그런데 이러한
條約이 - 특히 雙務條約의 경우에 있어서는 - 完全한 效果를 發生
하기 위해서는 合意의 過程에 있어 瑕疵가 없어야 하는 바, 이와
關聯되어 提起되는 것이 錯誤, 詐欺, 濫職, 強迫 등의 問題이나 本題
와의 關係에서는 強迫에 관해서만 考察하기로 한다.

傳統國際法上 一定한 경우에 있어서는 強迫의 結果 締結된 條約
도 그 有効性이 認定되고 있는 바, 그것은 그러한 強迫이 國家全
體에 대하여 加하여 진 경우이다. ¹⁴⁾ 그러한 條約의 例로는 戰後
에 勝戰國과 敗戰國間에 締結된 下部 講和條約을 들 수 있을 것
이다.

이에 反해서 強迫行爲가 條約締結權者 個人 또는 그 代表에게
加하여 진 경우에는 同條約은 瑕疵있는 條約으로 無効로 認定되고
있다. ¹⁵⁾ 이에 관해서는 學說上 약간의 異論이 없는 것은 아니
나 大部分의 學者는 그 無効를 認定하고 있으며 또한 基本的으로
는 條約法에 관한 Leges latae의 成文化로 볼 수 있는 1969年

의 條約法에 관한 「비엔나」協約도 그 無効를 宣言하고 있다.¹⁶⁾

따라서 同原則은 實定法上 確立된 國際法上の 原則으로 보아야 할 것이다.

以上에 檢討한 것을 理論的背景으로 하여 1905年 以後의 諸條約에 관하여 檢討하기로 했다.

우선 1905年의 乙巳保護條約과 1907年의 七條約에 관한 限條約締結權者 個人에 ...대하여 強迫이 加하여 졌다는 點에 있어서는 의문의 餘地가 없다. 이에 反해서 1910年의 韓國合併條約에 관한 한皇帝와 大臣들에게 直接的인 強迫이 加하여 졌다는 言及은 없다. 그러나 同條約은 1905年과 1907年의 再條約의 結果 外交權과 內政權을 모두 剝奪당한 후에 締結되었다는 點과 또한 同條約의 調印을 위한 內閣會議가 日本憲兵의 삼엄한 警戒속에서 행하여 졌다는 點을 감안하면 同條約이 自由로운 意思에 기한 合意라고는 도저히 볼 수 없으며 그 締結過程에 있어 皇帝 및 大臣들에게 心理的強迫行爲가 있었음은 否認할 수 없을 것이다.

이러한 觀點에서는 1905年의 乙巳保護條約, 1907年의 七條約 및 1910年의 韓日合併條約은 모두 條約締結權者 個人에 대한 強迫의 結果로 締結된 것이므로 無効라고 할 것이다.

第四節 合併條約의 無効確認

上述한 韓日合併條約의 國際法上의 無効原則은 二次大戰 終戰前後의 韓國關係 國際宣言 또는 條約에서 確認되었다고 볼 수 있는 바, 다음에 關係文書를 보기로 한다.

우선 1943年의 「카이로」宣言은 「日本國은 暴力 및 野慾에 의하여 侵略한 一切의 地域으로부터 驅逐될 것이며」……「韓國은 適當한 時期에 獨立될 것이다」라고 規定하고 있다. 이는 換言하면 當時 韓國은 國際法上 消滅한 것이 아니고 다만 主權行使의 停止 또는 行爲能力이 欠如되어 왔었음을 示唆하는 것으로 볼 것인 바, 이는 以後 「포츠담」宣言에서 明白히 表明되는 바, 同宣言은 「日本國의 主權은 本州, 北海道, 九州, 四國 및 우리들 (「포츠담」宣言 當事國) 이 결정하는 諸小島에 局限될 것」이라 하여 日本의 主權이 韓國에는 미치지 않음을 確認하였는 바, 이는 換言하면 1910年의 合併條約의 無効性을 確認한 것이다.

日本은 1945年의 降伏文書에서 「포츠담」宣言의 規定을 誠實히 遂行」할 것임을 誓約하였으며 1951年의 對日平和條約 第2條(a)項에서 「日本은 韓國의 獨立을 承認하고 濟州도, 거제도, 울릉도를

韓國에 대한 權利, 權原 및 主張을 拋棄한다」라고 規定하고 있다. 여기서 「포기한다」라는 語句의 解釈은 問題가 없지 않겠으나 위의 二大宣言과의 關聯下에서 보면 日本의 韓國占領은 不法한 것이었으므로 그에 대한 權利를 主張할 수 없음을 確認한다라는 意味로 해석하여야 할 것이다. 이러한 해석의 妥當性은 1965年에 締結된 韓日基本條約에 依해 再確認되었다고 할 수 있는바, 同條約 第2條는 1910年 8月22日 및 그 以前에 大韓帝國과 大日本帝國間에 締結된 모든 條約 및 協定이 이미 無効임을 確認한다」라고 規定하고 있다. 同條는 그 締結過程에 있어서 韓日兩國間에 많은 意思對立이 있었고 또한 現在도 그해석만 兩國間에 見解의 差異가 있는 것은 사실이다. 17)

然이나 條約의 해석에 있어서의 基本原則은 그條約의 用語의 通常的意味 (Ordinary meaning) 에 따라야 하는 것으로 18) 이러한 觀點에서는 韓日基本條約 第2條의 「無効」는 同用語의 通常的意味인 「始初부터 効力を 發生하지 않는 것」으로 해석하고 그앞의 「이미」라는 文句는 그를 다시 強調한 것으로 보는 것이 妥當한 해석일 것이다.

以上에 檢討한 事實을 背景으로 하여 볼 때에는 旧韓國은

1910年の 合併条約에도 不拘하고 國家로서 그대로 存続하고 있었으며 다만 日本의 事實上의 軍事占領으로 因하여 그 主權行使가 停止되어 있었다고 하여야 할 것이다. 또는 달리 表現하면 旧韓國은 權利能力은 가지고 있었으나 行為能力만이 欠如되어 있었다고도 할 수 있다.

旧韓國의 不消滅原則은 또한 南北韓關係에 있어서의 基本文響라 할 수 있는 7·4 共同声明書에도 宣言되어 있다. 同声明書에서는 數次에 걸쳐 「祖國統一」에 관하여 言及하고 있는데 여기서 「祖國」은 단순히 感傷的表現으로 볼 수는 없고 어떠한 韓半島 全体에 걸친 法的實體를 想定하는 것으로 解釋하여야 하기 때문이다.

第三章 大韓民國의 正統性問題

앞에서 우리는 舊韓國이 法的으로는 그대로 存続하고 있음을 보
았거니와 本章에서는 그러한 舊韓國을 分斷된 兩政治體制, 即, 南北
韓中에서 어느 것이 代表하는가의 問題를 檢討하기로 한다. 그를
위해서 우선 1945年의 解放以後 分斷의 固定時까지의 過程에 대
한 事實的考察을 先行하기로 한다.

第一節 解放以後 分斷時까지의 事實的考察

終戰이 가까워 오에 따라 聯合國은 1943年 카이로宣言에서 韓國이 「適當한 時機에 獨立될 것」을 宣言하고 이는 以後 1945年의 「포츠담」宣言에서 再確認되었다.

여기서 「適當한 時機」란 表現은 韓國을 一定期間 信託統治下에 두려는 「루즈벨트」案의 反影이었다.

그러나 同年 8月 日本이 無條件降伏하자 軍事的便宜에 따라 韓半島에서는 38° 線을 基準으로 하여 그 以北에서는 蘇聯軍이 그 以南에서는 美軍이 日本軍의 降伏을 接受하고 그 武裝解除에 當하기로 決定하고 이를 同年 9月2日 聯合軍 「一般命令 第一号」로 布告하였다.

이러한 과업이 完遂된 以後 同年 12月에 「모스크」에 美·英·蘇 三國의 外相이 모여 韓國問題 處理에 관하여 協議한 결과 韓國에 原則적으로 5年間の 信託統治制度의 實施 및 다음의 몇가지 사항에 合意하였다.

- ① 韓國民主臨時政府를 樹立한다.
- ② 韓國民主臨時政府의 樹立을 爲해 美·蘇占領軍司令部의 代表들

로 構成되는 共同委員會를 設定한다. 이 委員會는 韓國의

「民主的」諸 政黨 및 社會團體와 協議한다.

- ③ 韓國民主臨時政府와 韓國의 民主的 諸團體의 參加아래 韓國人
民의 政治的, 經濟的, 社會的進歩와 民主的自治의 發展 및 韓國의 國家的
獨立의 達成을 協力, 援助하는 方法을 作成하는 것도 共同委의 課題이다.

上記한 目的으로 1946年 3月에 第一次 美·蘇共同委員會가 召
集되었으나 共委에 參加할 韓國의 政黨 및 社會團體代表의 資格問
題에 關하여 合意를 보지 못하고 無期休會되었으며 그 이듬해인
1947年 5月에 召集된 第二次共委에서도 同一한 問題로 論難을
거듭하다가 同年 8月에 同共委는 마침내 결렬되고 말았다.

그 결과 交渉은 다시 政府間交渉으로 옮겨져 同年 8月29日
美國務長官代理 「로버트」는 「워싱턴」에서의 四大國會議 開催를
提案했으나 蘇聯은 이를 拒否했으며 美國은 결국 同年 9月17日
韓國問題를 正式으로 UN에 上정하였던 것이다. 이에 대하여
UN總會는 蘇聯의 反對에도 不拘하고 韓國問題를 政治委員會에 회
부하였으며 (贊41, 反6) 以後 다시 同委員의 결의를 거쳐 總會
는 「UN 韓國臨時委員團」의 設置와 南北韓總選에 關한 決意를 採
択하였는 바, (贊43, 反9) 그 要旨는 다음과 같다.

① 韓國에서 同委員國의 監視下에 總選舉를 實施하고 ② 選舉後
가급적 빨리 國會를 構成 政府를 樹立하며 ③ 政府는 南北韓의
軍政當局으로 부터 政府의 諸機能을 移讓받는 다는 것이다. 20)

同委員國은 1948年 1月부터 서울에서 活動을 開始하였다. 그
러나 北韓에 관한 한 蘇軍의 入北拒否로 그 完全한 機能을 遂行
할 수 없게 되자 결국 南北地域만에서라도 總選을 實施하기로 決定
하였다. 이 당시 北韓地域에는 이미 共産黨의 单独政權의 独裁體
制가 이미 確立되어 있었고 政府樹立은 다만 形式的·節次만이 남
아 있는 형편이었으므로 UN監視委員國에 대한 入北拒否는 당연한
것이였다. 21)

이러한 蘇聯側의 UN韓國委員國에 대한 入北拒否로 결국 1948
年 5月10日 南韓地域에서만 總選舉가 實施되어 198名의 議員을
選出하였는 바, 5月31日에 最初의 制憲國會가 召集되었고 同國
회는 7月에 大韓民國 憲法을 制定하고 李承晩을 初代大統領으로
選出하였다. 이에 관련하여 美國은 新政府가 「1947年 11月14
日의 UN總會決意에 의하여 構成된 韓國의 政府로 간주된다」라고
宣言함으로써 默示的承認의 意思를 表明했으며 翌年の 1949年 1
月1日자로 韓國政府를 公式的으로 承認하였다. 22) 이어서 8月15日

大韓民國樹立이 宣布되자 「하지」將軍은 同日로 美軍政은 終結된
다고 發表하였다. 同年 9月12日 制憲國會는 將次 UN監視下에
大韓民國國會로 選出될 北韓地域의 代表를 위하여 國會에 百席을
留保하여 두었다.

이렇게 大韓民國政府가 樹立되자 UN總會는 同政府가 韓國의
唯一한 政府임을 宣言하는 決意를 1948年 12月12日에 48對6
이라는 圧倒的多數로 採択하였는 바, 이에 관해서는 뒤에 다시
구체적으로 檢討하기로 한다.

이렇게 南韓에 政府가 樹立되자 北韓地域에서는 1948年 4月에
人民會議特別會議에서 憲法을 통과시키고 그에 따라 同年 8月25
日에 最高人民會議 代議員選舉가 實施되어 그 結果로 最高人民會
議가 構成되었으며 同會議는 9月3日 北韓憲法을 公式적으로 採
択하여 同9日에 金日成을 首相으로 하는 소위 「朝鮮民主主義人
民共和國」의 樹立을 宣布하였다. 23)

結果적으로 韓半島에는 南쪽과 北쪽에 事實上 두개의 政府가
樹立되게 되어 当初에는 軍事的便宜主義에 따라 暫定的으로 劃定
되었던 38°線은 固定的인 性格을 띄우게 되어서 결국 韓國은
결코 바람직한 것이 못되는 分斷國으로 등장하게 되었던 것이다.

以上에서 韓半島의 分斷過程을 事實的側面에서 檢討하여 보았거니와, 一般的으로 分斷國의 特徵으로서는 分斷되어 있는 事實上으로는 國家의 性格을 띄우고 있는 두개의 政治體制가 그 分斷狀態를 既定 事實로 받아 들이지 아니하고 항상 統一에의 意志를 堅持하면서 그 相互間의 關係에 있어서는 排他的인 正統性을 主張하는 데에 있다. 따라서 法的인 觀念에서는 그 正統性의 歸屬主体가 어느 것인가는 필히 解決되어야 하는 問題로 提起되는 바, 다음에 韓半島와 關係하여 同問題를 考察하기로 한다.

第二節 大韓民國의 正統性的 法的 根拠

從來 大韓民國政府는 北韓과의 關係에 있어 排他的正統性 即 大韓民國만이 唯一合法政府라는 原則을 견지하여 왔고 이는 1970년 以來의 一連의 基本政策宣言과 南北共同聲明에도 不拘하고 그 基本 原則은 不變인 것이 없다. 다만 後者에 관하여는 章을 달리하여 구체적으로 검토하고자 한다. 그러면 大韓民國政府의 唯一合法性 原則은 法的인 根拠에 基한 것인가 또는 순전히 政治的 考慮에 의한 主張에 不過한 것인가가 문제되는 바, 이에 관하여 먼저 결론부터 적는다면 同原則은 具體的인 法的根拠에 依拠한 것이라는 것이다. 그런데 그 法的根拠는 非本的으로는 南北韓의 成立過程과의 關聯下에서 찾아 볼 수 있으며 副隨的으로는 上海臨時政府와의 關係에서도 찾을 수 있을 것이다. 다만 後者에 관해서는 우선 현재 당시 臨的의 活動에 관한 연구가 尙속 부진한 편이고 더욱이 解放外後 南韓地域에 臨的^政의 要員의 大部分이 오기는 했으나 大韓 民國政府의 수립은 同臨的^政의 美軍的으로 부터의 政權引授에 의한 것이 아니라 總의 一의 問題가 있으므로 이 문제는 追後의 研究로 미루기로 하고 여기서는 南北韓의 成立過程과의 關係에서만

大韓民國의 正統性에 관한 根拠를 검토하여 보기로 한다.

이러한 觀点에서의 大韓民國의 正統性은 北韓當國에 비하여 大韓民國은 政府樹立形式을 살피하고 있다는 점이다.

앞의 事實檢討에 본 것과같이 大韓民國政府는 南北韓總選舉에 의하여 新政府가 구성되어야 한다는 1947年 11月の UN總會의 決意에 따라 거행된 總選에 따라 樹立된 것이다. 이에 反하여 北韓當局은 當初부터 이러한 國際機構의 決意를 違反한 상태에서 형성되었던 것이다. 따라서 UN總會도 이러한 점을 勸案하여 1948年 12월 12일자의 決意 第195号(Ⅱ)로써 大韓民國政府가 唯一合法政府임을 宣言하였다. 따라서 大韓民國政府의 正統性 또는 合法性은 現存 國際社會의 가장 代表的 國際機構인 UN에 依하여 一種의 集團的 承認을 받을 것이다. 이러한 점에서 韓國政府의 正統性은 다만 美, 英, 仏外相의 共同宣言에서 그 正統性이 確認된 西獨政府에 비하여 훨씬 더 客觀的인 承認을 받은 것이라 하겠다.

그런데 1950年 9월 3일자의 同宣言은 다음과 같이 되어 있는 것이다. 「獨逸이 統一되지 아니하는 限, 三國政府(美, 英, 仏)는 聯邦共利國 西獨政府만이 自由롭고 合法的으로 樹立되었으며 따라서 同政府만이 獨逸을 代辯할 수 있고 國際關係에서 獨逸民族을 代表할 수 있는 것으로 간주할 것이다. 24)

여기서 잠깐 UN 總會決意의 法的性格과 同決意 195 (III) 号의 내용에 대해서 어느정도 구체적으로 검토하기로 한다.

먼저 UN 總會決議 第 195 (III) 号에 관하여 보기로 한다. UN 韓國臨時委員團의 報告書에 基하여²⁵⁾ 採択된 同決議에서 UN 總會는 「 國際聯合 臨時韓國委員團이 監視하고 協議할 수 있었으며 또한 韓國國民의 大多數가 居住하고 있는 韓國地域에 效果的인 統治와 管轄權을 가진 合法政府 (大韓民國政府) 가 樹立되었으며, 同政府는 韓國의 大部分의 選舉人의 自由로운 意思의 妥當한 表現인 選舉에 基한 것으로 그것이 韓國內의 如斯한 (sult) 唯一의 合法政府임을 宣言」하고 있다.²⁶⁾ 同決意에서 UN 總會는 또한 會員과 餘他의 國家에 대하여 「 大韓民國政府의 外交樹立에 있어서는 (前記한) 事實을 勘案하도록 勸告」하고 있다.²⁷⁾

이와같이 UN 總會는 大韓民國政府가 以前의 總會의 決意 (第 112 号) 에 따라서 UN 監視委員團의 監視下에 韓人의 大多數의 參與下에 實施된 自由選舉에 基하여 수립되었음을 확인하고 따라서 大韓民國政府는 韓國의 唯一의 合法政府임을 宣言하고 있다. 同決意에서 大韓民國의 唯一合法政府的 性格에 대한 몇몇의 制限的表現은 同決意의 前文에서 밝히고 있듯이 「 韓國統一이 아직 成就되지 않았다는 事實을 留意」한 데에 基因하는 것이고 그것이 韓半島의 唯一

合法政府로서의 大韓民國의 基本的인 法的地位에 어떠한 修正을
加하는 것은 아니라고 할 것이다.

以上에서 UN總會決意 第195(Ⅲ)號의 내용에 관하여 檢討하여
보았거니와 다음에는 總會決意의 法的性格에 관하여, 考察하여 볼
것이나 이에 앞서 우선 1947年 9月の 韓國問題의 UN總會에로의
移管이 合法的인 것이었는가를 검토하여 보기로 한다. 그것은
換言하면 總會는 韓國問題에 대한 管轄權이 있는가의 문제인 바,
筆者의 見解로는 總會는 당연히 그러한 權限을 가지고 있다고
보는 바, 그것은 UN憲章 第14조에 基한 것이다.

그런데 同條項은 總會는 그 根源이 어떠한 것이든 그것이 一般福
利 또는 國家間의 友好的關係를 阻害할 性질의 모든 事態에 대한
平利的調整을 이룩할 수 있는 措置를 勸告할 수 있다.」고 規定
하고 있다. 그런데 1947年 8월의 美蘇共同委員會의 決裂後의
韓國事態가 同條에 규정된 「事態」에 해당함은 의문의 여지가
없는 것이다. 따라서 1947年 9월의 UN總會에로의 韓國問題의
移管은 合法的인 것이었다 할 것이다. 以上으로 前提的考察을
마치고 다음에 總會決意의 法的性格에 관하여 考察하기로 한다.

UN總會의 決意는 豫算事項 및 一定的 對內의問題에 관한 것을
除外하고는 法的 拘束力이 없다는 것이 一般的으로 認定된 見解

이다. 28) 그러나 어떠한 見解가 絶對的인 것도 아니고 또한 그것이 總會의 決意에 대하여 어떠한 拘束力도 否認하는 것은 아니다. 이에 관하여 Sloan 氏는 「UN總會決議의 拘束力」이라는 그의 論文에서 다음과 같이 論述하고 있다. UN憲章에서 總會의 決議의 拘束力에 관한 直接的인 規定을 찾을 수는 없으나 그렇다고 해서 同決議의 「非拘束性이…… 決定的으로 確立된 것도 아니다. (現段階에서의) 最大限의 主張은 拘束性에 反對的인 把握이 成立될수 있다는 것이다. 그러나 그것은 번복될수 없는 성질의 것은 아니다. 또한 總會의 決議에 대하여 法的拘束力을 否認하는 경우에도 多數의 見解에 의하면 最少限 Moral Force는 인정하여야 한다는 바 이러한 道德的 拘束力이란 用語는 法的인 拘束力이 없다는 것의 間接的인 外交的表現은 아니고 보다 實質的인 내용을 가지는—것이다. 總會決議의 拘束力의 根拠는 그것이 國際社會의 大部分의 國家로 구성된 國際聯合의 主要機關의 意思 表現이며 또한 그것은 實定 國際法의 基調를 이루고 있는 것과 同一한 多數의 考慮에 의하여 支持되고 있다는 점에 있다. 또한 集團的 國際意思로서의 總會의 判斷에는 特定國家의 個別意思와는 区分되는 힘이 있는 것이다. 이러한 몇가지 理由에 基하여 Sloan은 다음과 같은 結論을 내리고 있다.

「總會(決議)의 Moral Force는 生成中の 法的拘束力인 것이며 그것은 國際社會가 그에게 法的性格을 부여할 때까지는 法和道德의 中間的領域의 性格을 가지는 것이다.³⁰⁾

이러한 Sloan의 見解는 그 자신이 인정하고 있듯이 lege lata가 아니라 基本的으로는 lege ferenda의 觀點에 선 것이기도 하나 그가 이러한 결론에 到達함에 있어서 그 根拠로서 提示한 몇가지 理由는 상당히 客觀的 妥當性을 가지고 있는 것으로 보이며 따라서 그의 見解는 精確할만한 價值가 있는 것이라 한 것이다.³¹⁾

위에서 우리는 UN總會 決議 第195(Ⅲ)號에 의하여 大韓民國이 韓國의 唯一合法政府임을 國際社會에 의한 一種의 軍國的承認을 받았음을 보았거니와 이러한 大韓民國政府의 正統性은 以後의 國際條約에서도 確認되고 있는 바 그것이 1965년의 韓國基本條約으로 同條約의 第3條는 「大韓民國政府가, 國際聯合 總會의 決議 第195(Ⅲ)號에 명시된 바와같이, 韓半島에 있어서의 唯一한 合法政府임을 確認한다.」라고 규정하고 있는 것이다. 同條는 總會決議 第195(Ⅲ)號의 性 內容 即 大韓民國政府의 唯一合法性原則의 客觀的 妥當性을 確認했다는 意味에서 그 基本的 意義가 있다 하겠다.

第四章 1970年以後의 主要政策宣言과 正統性問題

Nixon의 中共訪問을 契機로 하여 美·中, 美·日의 接近으로 급변하는 國際情勢와, 北韓側의 緊요한 平和攻勢에 能動的으로 對処하고 궁극적으로는, 祖國의 平和統一을 成就하기 위하여 政府는 1970년에 접어들어 周知하는 바와 같이 一連의 翻期的인 宣言을 하게 되었는데, 이들 宣言으로 大韓民國의 正統性에 어떠한 修正이 加하여 졌는가 與否가 여기서 高찰하려는 問題이다. 이를 위해서 이들 宣言을 우선 事實的 側面에서 본 후에 그에 대한 法的分析을 하고자 한다.

第 1 節 事實的考察

1. 8.15宣言

1970년 8.15慶祝辭에서 朴正熙大統領은 以後의 南北關係의 共調가 될 劃期的인 宣言을 發表하였는 바, 여기서 朴大統領은 「①北韓은 武装共匪南派등의 모든 戰爭挑發行爲를 即刻中止하고 소위 武力에 의한 赤化統一이나 暴力에 의한 大韓民國의 전복을 기도해 온 從前의 態度를 완전히 拋棄하겠다는 점을 明白하게 内外에 宣言하고 이를 行動으로 實踐하고 ② 이러한 우리의 要求를 北韓이 受諾 實踐하고 있다는 것을 우리가 確實히 認定할 수 있고 또한 「유엔」에 의해 明白하게 認定될 경우에는 나는 人道的見地와 統一共盤造成에 기여할 수 있으며 南北韓에 가로 놓인 人爲的障壁을 段階的으로 除去해 나갈 수 있는 劃期的인 方案을 提示할 用意가 있음」을 밝혔던 것이다.

이러한 朴大統領의 劃期的인 8.15宣言以後 그 翌年 8월 12일에 大韓赤十字社 總裁가 「南北韓離散家族찾기운동」을 위한 南北赤十字 會談을 北韓側에 提議하였는바, 北韓側이 이를 受諾하여 以後 豫備 實務者會談을 거쳐 서울과 평양에서 一連의 會談이 開催되었음은 周知하는 바이나 이問題는 本稿와의 關係에서는 一応 특별한 考察을 要하지 않는다고 사려되므로 더 以上 부연하지 않기로 한다.

2. 7.4 共同声明

1972년 7월 4일 「서로 上部的 뜻을 받들어」 「서울」의 情報部長 李厚洛과 「平壤」의 組織部長 金英柱의 共同名義로 서울과 平壤에서 同時에 발표된 同声明은 7個項으로 되어 있으나 그主要骨字는 다음과 같다.

① 外勢依存없이 平和的인 祖國統一

우선 하나의 民族으로서의 民族的 大團結 圖謀

② 相互 中傷없고 軍事衝突 積極防止

③ 多方面的인 積極交流 實施

④ 南北赤十字會談 成事되도록 積極協調

⑤ 統一위한 南北調節委員會 구성

3. 6.23 宣言

1973년 6월 23일 朴正熙大統領은 궁극적인 祖國統一에 앞서 南北韓의 平和共存, 平和競爭의 條件造成을 위하여 7個項의 特別宣言을 發表하였는 바 그 骨字는 다음과 같다.

① 祖國의 平和統一 위해 모든 努力 계속

② 韓半島 平和維持 南北韓間의 內政 不干涉

- ③ 誠實과 忍耐로 南北對話 계속
- ④ 緊張緩和 위해서라면 北韓의 國際機構參與 不反對
- ⑤ 統一에 障礙안되면 南北韓 「유엔」同時加入 不反對
- ⑥ 互惠平等原則 아래서 모든 國家에 門戶開放
- ⑦ 友邦과의 既存紐帶 더욱 공고화

4. 不可侵協定締結提議

1974년 1월 18일 年頭記者會見에서 朴大統領은 韓半島에의 平和定着을 위하여 南北韓間의 相互不可侵協定의 締結을 提議하였는 바 同提議는 다음의 세 가지를 그 主要骨字로 하고 있다.

- ① 相互間에 武力侵略意圖의 明示의 拋棄
- ② 內政干涉排除
- ③ 休戰協定은 存続

第二節 法的分析

위에서 1970年以後의 一連의 劃期的인 措置의 검토하여 보았
거니와 本稿와 관련에서의 同宣言措置가 제기하는 문제는 承認의
문제인 것으로 다음에 그러한 観点에서 이들을 檢討하여 보기로
한다.

1. 7.4 共同声明

同声明의 共同發表가 北韓에 對한 默示的承認을 意味하는가의
문제는 同声明書가 嚴格한 意味의 條約인가 또는 單純히 政治的
意圖를 밝힌 声明書인가의 문제로 代替될 수 있는 바, 그것은

後者の 경우에는 承認의 문제는 제기되지 않기 때문이다. 32)

그런데 同声明書의 條約性을 金總理에 의하여 明示的으로 否認되었
을 뿐만 아니라 또한 内容的으로 同声明을 條約으로 볼 수는

없기 때문이다. 33) 따라서 同声明書에 依한

2. 6.23 特別宣言

6.23 平和宣言에서 가장 問題가 되는 것은 北韓의 國際機構 參與 및 南北韓 「유엔」同時加入 條項이다. 그런데 前者는 後者에 準해서 考察될 수 있는 것이므로 後者에 關係서만 考察하기로 한다. 여기서 問題點은 南北韓의 궁극적인 「UN」에의 同時加入이 北韓에 대한 默示的承認을 意味하는 것이 아닌가인 것이다.

이에 關係서도 嚴格한 法的觀點에서는 그러한 可能性은 否認되어야 할 것이다. 그것은 承認은 個別的 行爲이고 또한 原則的으로는 承認意思의 明示的 表示行爲이기 때문에 特定國家에 대한 「UN」에의 加入決定이라는 國際機構의 어느 特定機關의 集團的決定과는 區別되어야 하기 때문이다.³⁴⁾

더욱이 6.23 平和宣言은, 同宣言이 「對北韓關係事項은 統一이 成就될 때까지 過渡的 期間中の 暫定措置로서 이는 결코 우리가 北韓을 國家로 認定하는 것이 아님을 分明히 한다.」는 明示的 留保와 함께 公書된 것이므로 北韓에 대한 承認問題는 어떠한 意味에서든 提起되지 아니한다고 보아야 할 것이다.

따라서 6.23 平和宣言에 依해서도 北韓의 承認문제는 제기되지 아니하고 다만 事實上的 政治集團으로서는 北韓의 存在가 좀더 부각

되었다고 할 것이다.

3. 1. 18 特別宣言

끝으로 1974년 1월 18일자의 朴大統領의 對北韓 不可侵協定 締結提議가 北韓에 대한 國家로서의 承認을 意味하는 것이 아닌가 라는 문제가 남는데 이에 대하여도 原則적으로는 그러한 可能性의 否定인 바, 그것은 다음의 몇가지 現中에 在한 것이다.

우선 南北韓間에 궁극적으로 체결될 수 있는 不可侵協定 自体가 國際法上的의 嚴格한 條約形式으로 체결되어야 할 必然的理由는 없는 것이고 또한 이들 條約으로 國際法上的의 條約으로 看做하여야 하는 경우에도 條約은 항상 獨立된 國家間에만 체결되는 것은 아니고 例컨대 聯盟 또는 聯邦과 그 構成員間, 또는 그 構成員 相互間的 關係도 條約으로 規制될 수 있으며 또한 特定國家와 特定聯邦國家의 構成員間에도 條約은 締結될 수 있는 바 불란서와 「캐나다」의 「퀘벡」州와의 文化協定 締結의 그 最近의 事例인 것이다.

끝으로 承認은 基本的으로는 그 對象國을 國家라 認定한다는 明示的 意思表示이고 特定한 경우에 一応 默示的 承認으로 간주될 수 있는 行為도 明示的인 反對意思의 表示에 의하여 그러한 可能性은

排除된다는 것이다. 그런데 朴大統領의 不可侵協定 締結提議에 관한 聲明에서 金總理는 「우리는 休戰線 以北地域을 事實上 支配하고 있는 共產政權이 있다는 事實을 認定한다.…… 우리로서는 民族的 統一의 念願에 비추어 北韓을 「하나의 國家」로 認定하는 것은 아니다.」라고 함으로써 北韓에 대한 默示的 承認의 可能性을 排除하였던 것이다.

以上에서 檢討한 바를 要約하면 1970年 以後의 一連의 宣言에도 不拘하고 北韓에 대해서는 國家로서의 地位가 부여된 것은 아니고 다만 休戰線 以北을 事實上 支配하고 있는」政治集團으로서의 存在가 認定되었을 뿐이다. 그 以前에 있어서는 大韓民國과의 關係에 있어서는 「괴뢰集團」 또는 「叛亂團體」에 불과한 것이었으나 1970年 以後의 一連의 宣言으로 北韓은 「地方的 事實上の 政權 (de facto local government)」으로서 默示的으로 承認되었던 것이다. 이는 傳統國際法에 의하면 對韓은 「交戰團體」로서의 默示的承認을 받았다 할 것이다. 그러나 內亂狀態에 있어서는 母國政府와 叛徒集團 또는 交戰團體와의 境界線은 항시 流動的인 데 反해서 現在의 南北韓間의 境界線은 相對的이기는 하나 固定的 性格을 띄우고 있다는 점에서 傳統國際法上の 內亂理論을 南北韓關係에 그대로 적용할 수 없는 문제점이 있다.

따라서 이를 補充하기 위하여 주로 西獨에서 形成된 冷戰的內亂說 (Kalter Bürgerkriegstheorie)를 援用할 수도 있겠으나 이러한 冷戰的內亂은 적어도 傳統國際法上으로는 生소한 문제로 그에 관한 確立된 法原則이 存在하지 아니한다는 데에 또 다른 문제점이 있는 것이다. 이러한 여러가지 문제점은 分斷國이라는 비교적 새로운 현상을 傳統國際法的으로 說明하려는 것 自体에 無理가 있다는 점에 基因한다 할 것이며 分斷國 문제가 그대로 支統되는 限 그에 妥當하는 새로운 國際法原則이 形成된 것이라고 믿는다.

以上の 檢討에서 UN總會 決議 195(III)호에 의하여 一種의 國際的承認을 받고 以後 韓日基本條約에 의하여 확인된 大韓民國의 正統性은 1970년 以後의 一連의 宣言에 의해서도 本質的인 修正을 겪지 아니하고 그대로 지속되고 있음을 알 수 있을 것이다.

그러나 이는 嚴格한 法的觀點에서 導出한 結論이며 실제에 있어서 앞으로 北韓이 多數의 國際機構에 加入하고 또한 南北韓이 同時에

UN에 加入하고 또한 南北韓間에 不可侵協定이 체결되는 경우

韓國의 友邦國까지도 北韓과의 外交關係를 수립할 可能性은 크다

할 것이다.

그것은 결국 國際社會에서는 두개의 韓國이라는 否定的現象을 야기
함을 의미하는 것이다. 그러나 前記한 궁극적인 諸措置로 南北韓
間에 緊張이 緩和되고 韓半島에 平和가 定着되어 그것이 궁극적인
祖國의 平和統一을 促進시키는 要素가 될 수 있다면 이러한 위험
은 감수해 볼만한 충분한 가치가 있는 것이다.

脚 註

1. 本稿에서는 脚註部分이 相對的으로 큰 比重을 차지하게 될 것이다. 그것은 論理의 明確性이라는 觀點에서 本論의 展開에 있어 不可欠한 것이 아닌 部分은 原則的으로 脚註에서 다루었기 때문인 바, 이에 관해서는 미리 諒解를 구하는 바이다.
 2. 本稿에서는 南北韓, 東西獨이라는 用語代身에 意識的으로 韓國, 獨逸 등의 表現을 쓰고 있는데 그것은 이들 分斷國이 적어도 法的으로는 여전히 하나의 國家로 存統하여 있음을 잘 나타내 주기 때문이다.
 3. 中國을 分斷國의 範疇에 包攝시킬 수 없는 理由는 다음의 두가지로 要約될 수 있다. 그 하나는 中國의 경우 分斷의 形成過程이 韓國, 獨逸등에 比해서 相異하다는 것이며 보다 基本的인 것으로는 1949年 蔣介石 政府軍의 上陸時 대만의 法的地位 문제인 바, 당시 대만이 中國領土의 一部를 이루고 있었다고 보기는 어렵다는 것이다.
- G. Caty, Je statnt juridique des Ecats divises, Paris

1967, pp.22-37

T.P. Marelllo, *Me international legal status of Formosa*,
Me Hague, 1966, pp.94 et ss.

4. 최정호, 서독의 통일정책이 한국통일에 미치는 영향과 우리의
태도, 국토통일원, 1970.9. pp.22에서 再引用 다만 著者は
同發言의 reference를 적고 있지 아니한다.

5. R.Papiui & G.Cortese, *Ja ruptwe des relations diploma-
tiques et ses consequences*, Paris, 1972. pp.45-72.

本書에서 Papiui와 Cortese는 西獨의 對東歐 및 東獨政策
의 變化를 Hallstein doctrine과의 關聯에서 考察하고 있는
바, 이들에 의하면 同原則이 1955년 西獨의 公式外交政策으로
闡明되었다가 1969년에 廢棄되게 된 要因은 대개 다음의
몇 가지로 要約된다.

① 同原則이 처음부터 蘇聯을 例外로 한 결과 이미 基本的인
限界性を 內包하고 있었다는 것.

② 同原則의 實効性を 確保하기 위한 手段으로서의 後進國에
대한 經濟協助, 技術援助 등의 方式의 限界性.

- ③ 西獨의 東歐圈과의 積極的인 政治的 經濟的交流 展開慾求
- ④ 西獨國民에 의한 西方障營의 統獨努力의 非現實性, 非效率性의 確信
- ⑤ 國際的인 一般的 緊張緩和 潮流와 그의 歐洲에 대한 영향

6. 이에 관한 「브란트」演說의 主要部分은 다음과 같다.

「우리 앞에 놓여 있는 實際政治의 課題는 西方이 現在의 難關을 克服하고 民族의 單一性을 어떻게 維持해 나가느냐 하는 데 있다. 獨逸人들은 그들의 言語나 그들의 榮光과 不幸을 가진 歷史에 依해서만 결부되어 있는 것은 아니다. 우리는 모두 獨逸을 집으로 하고 있다.

우리는 아직도 우리들 안에 그리고 歐洲안에서의 平和라는 共同的인 課題와 責任을 가지고 있다. 獨逸聯邦共和國과 獨逸民主共和國이 樹立된지 20년동안 우리는 獨逸民族의 앞으로의 分離生活를 막아야 하며 그러므로 規制된 共存(Nebeneinander)을 거쳐 相互體制間에 배우는 共存(Miteinander)에 이르도록 試圖하여야 한다. 西獨政府는..... 東獨의 內閣에게 政府의 次元에서 條約上 合意되는 協力을 초래할 差別없는 兩側의 協商을 提議한다.

東獨에 대한 西獨政府의 國際法的承認은 考慮될 수 없다.

비록 獨逸안에 두개의 國家가 存在하고 있지만 그 두國家는 다만 特殊한 性質의 것에 不過하다. 西獨政府는 先任者의 改策과 연결하여 東獨에 대해서 武力의 行使 또는 威脅을 相互間에 拋棄하는 것에 대한 拘束的인 協定을 체결할 用語가 있음도 宣言하는 바이다.

7. 參 照 : (註 5)

8. 日露關係에서는 1965년 兩國間에 締結된 講和條約에서 日本의 韓國에 대한 支配權을 認定하고 있는 바, 同條約 제 2 조는 韓國에서 日本이 「政治上 軍事上及 經濟上の 卓越한 利益을 갖는 것을 承認하고 있다.

英日間에서는 第二次英日同盟條約(1905년 8월 2일 調印) 第三條에서 「日本은 韓國에서 政治上, 軍事上及 經濟上の 卓越한 利益을 有하는 故로 英國은 日本이 該利益을 擁護增進하기 위하여 正當且 必要로 認하는 指揮 監理及 保護의 措置를 韓國에서 執行하는 權利를 承認」한다고 규정하고 있다. 美日間에서는 Taft - 桂覺書(1905.7.29)에서 美國은 韓國이 「日本의 許諾없이는 如何한 對外條約도 締結할 수 없는 要求를

할 수 있는 程度의 保護를 日本軍隊로써 樹立하는」 것에
同意하고 있다.

9. 伊藤의 謁見 (11 월 15 일), 伊藤博文伝, 下卷, pp.683-691 ;
大韓每日新報, 11 월 17 일 ; 大韓日報, 11 월 16 일 ; 日本外交文書,
第 38 卷, 第 1 冊, pp.499-503.

McKenzie, Korea's Fight for Freedom, pp.89-90; 国史編
委, 韓國獨立運動史, I, pp.67-68.

董德模, 保護條約부터 七條約까지의 韓日關係, p.13 에서 再引用

10. 上 同

11. 日本外交文書, 第 38 卷, 第一冊, pp.488-492, 大韓日報, 11 월
19 일, 董德模, op.cit, p.14 에서 再引用.

12. 大韓每日申報 1905.11.27 号外; 皇城新聞, 11.20 ; Mcken-
zie, Korea's Fight for Freedom, chap.5 ; Mckenzie,
The Tragedy of Korea, pp.130-141; Hulbert, The Passing
of Korea, chap.14; Herbert Croly, Williard Straight,
pp.176-189; 伊藤博文伝, 下卷. pp.683-698 等, 以上은 董德模
op.cit, p.15 에서 再引用.

13. 董德模, op.cit., p.26

14. Briery, Me law of nations, 5th ed, pp.243-245 ; 李漢基
國際法講義, p.327, 裴載滉, 強迫으로 締結된 條約의 性質 및
効力, 法學 卷 10 권 2 호, p.49.

15. P. Gusgenheim, Troite de Droit international Public,
T.I. pp.191-192 ; Ch.Rousseau, Oroit international
public, T.I. pp.147-149. 裴載滉, op.cit., p.49, 52-53.

同論文에서 裴教授는 同聯學說을 多數學者의 說을 引用하면서
比較적 자세히 分析 檢討하고 있다.

16. 이문제에 관하여 우선 「하바드」大學의 條約法草案 (Draft
Convention of the Hayarad Research on the Law of Tre-
aties) 제 32 조는 다음과 같이 規定하고 있다.

[An the term used in this Conlention, duress involues
.the employment of coercion directed against Nersous
signing a treaty on behalf of a slate or against the
person engaged in ralifying or acceding to a treaty
on behalf of a State ; Providel that, if the Coercion

has been directed against a person signing a treaty on behalf a State and if with knowledge of this fact the treaty signed has later been ratified by that State without coercion, the treaty is not to be considered as having been entered into by that State in consequence of duress.] Supplement to the American Journal of International Law Vol. 29, 1935, pp.663-664.

한편 1969년의 條約法에 관한 「비엔나」協約 제 51 조는 「全權代表에 대한 強迫」이라는 題目下에서 다음과 같이 規定하고 있다.

[The expression of a State's consent to be bound by a treaty which has been procured by the coercion of its representative through acts or threats directed against him shall be without any legal effect.

17. 裏載湜, 強迫으로 締結된 條約의 性質 및 効力, op.cit., pp.60-62.

18. 條約法에 관한 「비엔나」協約은 「(조약)해석의 一般原則」이라는 題目下에서 제 31 조 1 항은 다음과 같이 규정하고 있다.

[A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.]

19. 韓日合併 以後의 狀態를 日本의 事實上的 軍事的 占領狀態라고 보고 보는 경우에 있어서도 韓國의 消滅問題는 如前히 提起될 수 있다. 即 軍事的 占領의 경우에도 完全占領(de bellatis)의 경우에는 국가가 소멸할 수 있는 것이다.
- 當時 日本의 韓國合併 意思는 明白히 表明된 바 있었고 또한 어떠한 韓國의 中央 또는 地方政府形態도 存在하지 아니하였다는 점에서는 完全 占領의 要件이 一応 充足되었다고도 볼 수 있을 듯하다. 그러나 1919년 以後는 一種의 亡命政權으로서 上海臨時政府가 樹立되어 계속 活動하여 왔다는 점에서 完全 占領에 依한 旧韓國의 消滅은 妥當한 主張이 될 수 없는 것이다. 完全占領에 관하여는 參照 P.Reuter, Droit international Pubalic, Paris, 1963 pp.113 et ss.

20. U.N., Official Record G.A.Res.112 (II).

21. 金学俊, 韓半島分断의 背景 및 分断固定化 過程에 관한 研究,
統一政策, 一 권 一 호, P.92.

22. Press release, Aug. 12 1948, XIX Bulletin Department
of state, no 477, Aug. 22 1948, P.242 ; White House press
release, Jan. 1 1949, XX Bulletin, Department of State,
no. 497, Jan. 9 1949, pp. 59-60

23. 金学俊, op.cit., pp. 94-95.

24. 팔호속의 語句는 필자가 첨가한 것임. 同宣言은 以後 北大
西洋条約松構의 會員國들도 수락한 것이다.

이에 관해서는 參照 : G. Caty. Le statut juridique des
Erats divisés, 1969, pp. 83-84.

25. General Assembly Official Report, III, Supplement of
(A 1575 and Add 1-4) 同報告書에서 UN 韓國臨時委員團은
「 1948 年 5 月 10 日에 實施된 總選舉의 結果는 同委員團이
接近可能하였으며 全韓國 國民의 約 3 分之 2 의 人口를 가지
는 地域에 있어서의 有權者들의 自由意思의 正當한 表示 」라고
宣言하고 있다.

26. GAOR. III 1, Resolutions (ALSIO) Res.195 (III)

제 2 항.

27. 팔호속의 語句는 筆者가 첨가한 것임. 決意 제 195 (III) 号

제 8 항.

28. F.B.Slan, He Biuding Farce of a " recommendation "

of the general Assembly of the United Nations, British

Yearbook of Mlernational Law, 1948, pp.21 et ss.

L.D.Qual, Les effects des resolutions des Nations Unies

1967, pp.109-130.

29. F.B.Slan, op.cit., p.24.

30. Ibid., P.33

31. Sloan의 論文의 關係部分을 原文대로 적으면 다음과 같다.

The force of a recommendation is not derived from a judgment made in an internal court of conscience but from a judgment made by an organ of the world community and supported by many of the same considerations

which support positive international law. The judgment by the General Assembly as a collective world conscience is itself a force external to the individual conscience of any given state. It is submitted that in view of these considerations the "moral force" of the General Assembly is in fact a nascent legal force which may enjoy, in the rounded words of Justice Cardozo, a twilight existence hardly distinguishable from morality or justice until the time when the imprimatur of the world community will attest its jural quality. *ibid*, pp.32-33.

32. Hackworth, Memorandum, Dec 13 1940 Department of state.

" Political recognition of a foreign State or government is primarily a matter of intention. Such recognition may be express or implied, but to bring about recognition by implication, the act must be an unequivocal one and of such character as clearly to indicate

that recognition was intended or is inescapable, as for example, by the exchange of diplomatic and consular officers, the negotiation of a treaty, etc."

33. 그 主要한 理由로 同聲明에서 雙方의 公式名稱이 使用되지 않았고 또한 各者의 職責이 聲明書의 끝에 記載되지 않았으며 條約의 一般形式인 條文形式으로 되어 있지 아니하고 끝으로 聲明書의 內容이 法的인 權利義務를 規定한 것으로는 지나치게 一般的이고 抽象的이라는 것이다.

34. Lauterpacht, Recognition in International Law, B.Y.B. I.L., pp.370-371, 405-406.

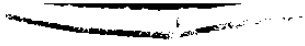
"...As often happens, the doctrine of implied recognition has been more conspicuous in the writings of authors than in the practice of states. In the literature of international law it has often appeared under the more innocuous name of modes of recognition. It is true, that recognition may be granted in a manner other than an express and formal declaration to that effect. In this we are justified in referring to various modes

of recognition. But it is permissible to speak of modes of recognition only so long as we keep in mind the fact that we are entitled to treat a particular act as amounting to recognition only when there is no doubt as to the intention to recognize. Otherwise, and this is what happens with perplexing regularity, we run the danger of introducing the vagaries of implied recognition through the backdoor of modes of recognition. Recognition is primarily and essentially a matter of intention. Intention cannot be replaced by questionable inferences from conduct. Such inferences particularly inappropriate when the general attitude of the State in question points to its continued determination to deny recognition."

UN軍務總長의 메모판담, 1950, S / 1466, SCOR.V.Supp.

pp.18-23 보다 最近의 事例로는 불란서의 「몽고」의 UN加入申請에 대한 불란서의 贊成投票가 없는 바, 불란서는 이것이承認行為와는 別個의 문제란 立場을 가지고 있었던 것이다.

L. D. Qual. op. cit., p.122.



THE UNIVERSITY OF CHICAGO

PHILOSOPHY DEPARTMENT

1100 S. EAST ASIAN AVENUE

CHICAGO, ILLINOIS 60607

TEL: 773-936-3700

FAX: 773-936-3700

WWW.PHIL.DEP.UCHICAGO.EDU

PHILOSOPHY

PHILOSOPHY

PHILOSOPHY

PHILOSOPHY

PHILOSOPHY

PHILOSOPHY

PHILOSOPHY

PHILOSOPHY

PHILOSOPHY

PHILOSOPHY

PHILOSOPHY

PHILOSOPHY

PHILOSOPHY

PHILOSOPHY