Ⅰ. 이 책자는 國土統一院의 政策調査研究計劃에 依據한 特殊課題 研究報告書임.

Ⅱ. 收錄된 內容은 刊行處의 意見을 반드시 反映하는 것은 아니며 統一問題에 関聯된 研究에 資料로 提供되는 것임.

統一問題理論

分斷國家로서의 韓半島의 本質

研究執筆責任 金 俊 熙

經歷 日本東北 大學校 法學部卒業 (1953)
佛國 "파리"大學 法學部 大學院卒業(法學博士1970)
建國大學校 助教授 (1972)

刊行責任 金 仁 坤 (調査研究室 補佐官)

國土統一院 調査研究室

分断國家로서의 韓半島의 本質

金 俊 熙
〈建国大学校助教授, 政博〉

目 次

머리 말
Ⅰ. 分断国家의 定義
Ⅱ. 一般特徵과 그 具體的인 表現様相
Ⅲ. 分断 原因
Ⅵ. 一般解決策
結 語

머 리 말

우리 韓半島에 形成된 分断国家를 理解하고, 그 解決方案을 모색하는데에 多少라도 도움이 되기를 바라는 마음에서, 무엇을 分断国家라고 하느냐? 그 一般特徵은 무엇이며, 그것은 実際로 어떻게 나타나고 있느냐? 또 分断国家問題의 解決을 위한 一般原則은 무엇이냐?를 韓半島를 中心으로 説明해 나가려고 한다.

1. 分断國家의 定義

우리나라에서 「分断国家」라는 말은 자주 쓰여지고는 있지만 잘 생각해 보면, 그 内容은 애매한것 같다. 마치 우리나라에서는 再統一問題가 政治, 外交, 法律, 経済, 社会, 이데올로기, 人道主義, 歷史, 地理, 軍事, 国際関係, 教育, 国家安保, 国力培養, 国民総和 등등……극히 多岐多様한 見地에서 다루어지고 있는 것처럼, 「分断国家」란 무엇이냐?라는 問題에 대해서도 물론 이와 같은 見地에서 다를 수는 있다.

그러나 이에 관한 보다 더 正確한 定義는 法律的인 観点을 基準으로

하는 方法 이외에서는 찾아내기가 容易하지 않을 것이다. 그래서 모리스 프로리 (Maurice Flory) 教授는 「分断国家의 범주는 순수한 法的 基準에 의지하고, 政治学의 方法을 利用하면서 定義하는 것이 더 容易할 것이다」[1] 라고 시사하고 있다.

元来 分断国家 (Etat divisé, divided State, geteilter Staat) 의 기원은 냉전이며, 분단국가들은 現在의 国際関係에 있어서 새롭고 重要하고 또한 오랫동안 계속되는 現象으로 나타나고 있다. 그런데, 小谷鶴次 教授는 「分断国家」라고 하지 않고, 「分裂国」이란 用語를 쓰고 있는데, 그는 「分裂国」은 「国家가 分裂状態에 있는 것을 가르킨다」[2]고 定義를 내리고 있다. 또 그는 「……分裂国은 独逸·中国·韓国 및 베트남을 말하며…… 한 国家 안에서, 두 政府가 서로 다투기를 계속하고 있는 状態에 不過하다」(…… so-colled divided States, such as Germany, China, Korea and Viet-Nam. It is nothing but the situation that two goverments continue to conflict with each other in one state,)[3] 고도 説明하고 있다.

特記할 点은, 이와 같은 定義를 내리는데 있어서 同 教授가 「分裂国」은 第2次 世界大戦과는 無関하다는 立場을 取하고 있는 점이다. 즉, 그는 「……以上 네가지 경우 (필자 주…独逸, 中国, 韓国, 베트남) 가 実在하는 分裂国으로서 인용되는 것이 보통인데, 모두 다 第2次 世界大戦 以後에 생긴 것이기는 하지만, 或은 戦敗国 自身 또는 戦勝国 自身이, 或은 戦敗国의 植民地 또는 戦勝国의 植民地가 分裂되고 있어 戦争과의 関係는 결코 同一하지 않다. 즉, 分裂国이라는 것은 戦争의 勝敗라는 것과는 直接 関係가 없고, 따라서 또한 戦争 그 自体와도 直接 関係가 있는 것이라고는 생각되지 않는다. 다만 하나의 国家이어야 할 것이, 둘로 나누어져 있다는 것 ~~아니다~~. 다만 하나의 国家이어야 할 것이, 둘로 나누어져 있다는

1) Gilbert Caty, Le statut juridique des Etats divisés, Paris, Editions A. Pédone, 1969. p.5.
2) 小谷鶴次, 分裂国の法的 地位, 国際法外交誌, 第618巻, 第1号, p.1.
3) Ibidem, p.152.

것 自体가 分裂国이 意味하는 것이며……」[4] 라고 주장하고 있는 点이다.

그러나, 同 教授의 「分裂国」에 대한 定義는 結局은 「分裂国」이라고 불려지고 있으니까 「分裂国」이다 라는 순환론이 되고 있지 않나 생각되며, 「分裂国」의 本体에 対한 解明이 充分하다고는 말하기 어려울 것 같다. 또 分断国家들은 第2次 世界大戦 戦後 処理過程에서 생긴 것인데, 엄격한 純 法理論에서 分断国家와 大戦과는 無関하다고 主張하는 立場을 取하고 있는 것은 事実과는 거리가 먼 수긍하기 어려운 主張이라고 하지 않을 수 없겠다.

뿐만 아니라, 同 教授는 独逸·中国·韓国·베트남등이 「分裂国」임은 自明한 事実인 것처럼 断定하고 있는 것 같으나, 이 점에 관한 学説은 그렇게 단순치는 않다. 즉, W. 골드 (gauld) 는 独逸만을 分断国家라고 認定한다.[5] 그런데 美国務省[6] B. 폴 (Foll)[7], N.J.G., 파운드 (Pounds)[8], G. 까띠 (Caty)[9], G. 슈체 (Schutze)[10] 등등은, 中国을 除外한 独逸, 韓国, 베트남 세 나라만을 分断国家로 取扱한다. O. 가브렌쓰 (gablentz)

---

4) Ibidem, p.2.

5) W.Gould, An Introduction to Intetrnational Law, New York, 1957.p.87.

6) State Department, 4.3.1966. "The legality of U.S.participation in the Defence of Vietman", Dpt.St.Bul.28.3.1966. *No*. 1396 및 American Journal of International 1966.P.565.

7) B.Fall, The Second Indochina·s War, International Affairs, 1.1965.

8) N.J.G.Pounds.History and Geography :a perspective on partition, Journal of International Affairs, VI, 18(1964), *No*. 2 : The politics of partition.

9) Gilbert Caty, Le statut juridique des Etats divisés, Paris, Pédone.1969.

10) G.Schutze, Vietman, in Teilung und Wiedervereinigung eine weltgeschichtliche Uebersicht(herausgebon von G. Franz, Göttingen, 1963).

는 독일과 韓国만을 분단국가로 取扱하고 있는데[11], 바로 그가 除外한 베트남을 G. 함머바셔 (Hammerbacher) 는 韓国과 같이 分断国家로 다루고 있다. 12) 뭉끄 (Munch) 教授는, 분단된 動機에 의하여, 分断国家群을 分類하고 있는데, 그에 따르면 民族解放이 動機가 되어 베트남이 内乱에 의하여 中国이, 民族自決이 動機가 되어 케시미르가, 国際戦争의 餘波로 韓国과 独逸이, 각각 分断되고 있다는 것이다. 13) 뿐만 아니라, D.P. 오코넬 (O'Cconnell) 은 印度와 파키스탄을 分断国家라고 부르고 있다. 14)

따라서, 小谷 教授처럼, 우리는 自明한 事実로 断定하여 独逸·中国·韓国·베트남 4個国을 分断国家라고 부를 수 없으며, 分断国家에 관한 定義의 必要性을 느끼지 않을 수 없다고 하겠다.

그런데 L. 말티네즈-아구로 (Luis Martinez-Agullo) 는 이와 같이 애매한 分断国家의 概念을 밝히기 위하여, 차례차례로 内乱과 分断国家, 領土의 部分的 軍事占領과 分断国家, 武力征服과 分断国家, 領土分割과 分断国家, 合併과 分断国家, 世界 또는 利権保護 地帯와 分断国家, 各各 다른 国家에 의한 두 勢力圏을 形成하는 国家保護領, 위임통치령 또는 信託統治領의 区分과 分断国家, 分断国家 以外의 分断現象을 実例를 들어 가면서 낱낱이 分析 검토한 後, 다음과 같이 分家国家 概念을 定義하고 있다.

즉 「分断国家는 第2次 世界大戦 以後에 나타난 새로운 現象이며, 内乱状態에 있는 것은 아니나, 国際関係에 있어서 두 陣営間에 現存하는 緊張을 広範囲하게 反映한 緊張을 느끼는, 한 国家안에 있는 同等한 2개의

---

11) O.H.von der Gablentz,Teilung und Wiedervereinigung von Nationalstaaten,in Koreana Quarterly,Winter 1965-Spring 1966,P.16.

12) G.Hammerbacher,Die völkerrechtliche Stellung Vietnams, Augsburg,1960.

13) Munch,A propos de la question allemande,in Journal du Droit International,1962,P.5.

14) D.P.O'Cconnell,The law of State Succession,Cambridge,1956. pp.5~6.

完全한 権力体制의 存在에 의하여 特徵지워진다」(L'Etat divise eat un phenomene nouveau ne apres la seconde guerre mondiale et qui est caractrise par l'exsistence à l'intérieur d'un Etat de deux systèmes complets de pouvoir du même ordre qui,sans etre en état 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) [15] 라고.

이 定義에 対하여 질벨 까띠박사는, 그의 学位論文인 「分断国家의 法的地位」안에서, 「그 필자 주 : 분단국가의 法的 分析을 우연한 政治的 基準을 根拠로 하는 것을 주저하지 않고 있다.」[16] 고 評하고 있다. 그러나, 까띠는 말티네즈-아구로가 分断国家는 内乱状態에는 있지 않다고 主張한 点에 대해서는 同意하고 있다. 즉, 그는 分断国家의 分断된 各部分은 内乱中에 있는 国家들에서는 찾아 볼 수 없는 安定性을 보이고 있다는 見解를 表明하고 있는데, 그 根拠의 하나로서 독일에서 「冷性内乱, 潜在的 内乱이란 말을 쓴다」(…C'est pourquoi on parleraen Allemagne de << kalter Bürgerkring >> , de << Bürgerkriegsähnlicher Zustand >> ou de << latenter Bürger krieg >> guerre civile << froide >>,guerre civile latente.) [17] 고 지적하고 있다.

그런데 G.까띠박사는 총괄국가의 持続과, 国際法上의 두 개의 部分的 主体라는 두 部分으로 構成된 前記의 그의 学位論文에서 「分断国家」概念을 다음과 같이 定義하고 있다. 즉, 「分断国家는 法的으로 持続되는 하나의 国家가 国際法上 両者 다 部分国家의 同等한 地位를 가진 두 개의 国際的인 主体로, 잠정적으로 分断되어 있는 国家다」(…… est un Etat divisé l'Etat qui, persistant en droit,est provisoirement

15) Luis Martinez-Agullo,L'Etat divise,in Journal du Droit International,1964,T.91,p.277.
16) Le statut juridique des Etats divises,op.cit.,pp.11~12.
17) ibidem,p.91.

divisé entre des sutets internationanx qui, tous deux, possèdent le même statut d'Etat partiel du droit international)[18] 라고.

또한, 그는 계속해서, 分断国家의 構成要素를 다음과 같이 說明하고 있다. 즉, 첫째로, 「総括国家」, (Gesamtstaat, 源泉国家, 潜在的 또는 内在的인 国家)라고 불리는 分断国家의 지속은 国際的 相続을 배제한다(이 說은 独逸의 경우, 또는 때로는 베트남의 경우에 支持되고 있음). 또한 이 지속은 単一한 민족적 意思에 根拠를 두는 것이 아니라(기껏해서 再統一에 대한 権利에 根拠를 둠) 当事者間, 즉, 極東에 있어서는 分断国家 안에 있는 各 政府들, 独逸에 있어서는 聯合国間의 法的行為, 国際的 決定에 根拠를 둔다.

뿐만 아니라 이 持続은, 法的으로는 다만 国際的인 行為能力의 表現方法이 전혀 없는 데에서 나타나고 있는데, 時間的으로 본 총괄국가의 계속성과, 공간적으로 본 分断国家의 単一性은 일치한다. 換言하면, 그 原因이야 어떻든간에, 分断行為는 그 国家自身에게 作用하여야 한다. 따라서, 中国은 分断国家에서 除外된다. 그런데 分断国家의 地位는, 一次的일 수도 있고(독일의 경우), 二次的일 수도 있는데(韓国, 베트남의 경우), 後者의 경우에는, 분단국 안의 각 政府들 사이의 合意에 根拠를 두고 있다」

(—— la persistance de l'Etat divisé qualifié 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 volonaté nationale unitaire(portant tout au plus sur un droit moral à la réunification) mais sur un acte juridique, un accord international, entre parties intéressées:les governements de l'Etat divisé en Extreme-Orient, des Alliés en Allemagne.

---

18) Cahy, op.cit., p.112.

Cette persistance s'exprime juridiquement dans le seul maintien d'une capacité internationale d'action dépourvue de tout moyen d'expression. A la continuite de l'Etat global dans le temps, répond l,unité de l'Etat divisé dans l'espace:un acte de division,quelque soit son origine,doit affecter un même Etat ce qui exclut la Chine. Le statut de l,Etat divisé peut être originaire(Allemagne) ou dérivé(Corée,Vietnam),reposant alors sur un accord des autorités de l'Etat divisé…) [19] 라고.

「둘째로, 비록 再統一을 기다리는 동안, 그들의 存在가 잠정적이라 할지라도, 国際法上의 두 개의 部分的인 主体는 安定되어 있으며, 그들이 領土的으로 確定되고, 또 自治的인 共同体를 支配하는 限, 同等한 国家다. 自治的이라 함은, 이 두 개의 部分的인 主体가 至上的인 것이 아니라는 뜻이다. 그 理由는 그들의 権利와 権限은 다만 잠재적인 国家와의 関係에 있어서만 行使될 수 있기 때문이며, 그들 中 각기 홀로서는 代表할 수도, 約束할 수도 없기 때문이다……」(" - les deux sujets partiels du droit international sont des Etats égaux dans la mesure où,quoique provisoires dans l'attente de la réunification, ils sont stables et régissent une communaute territorialement définie et autonome.Autonome,ils ne sont pas souverains car leurs droits et pouvoirs ne peuvent s'exercer que par référence à l'Etat immanent qu'ils ne peuvent représenter ou engager à eux seuls…… ") [20]

우리는 条件附로 장차의 研究의 完成을 기다리면서 질벨·까띠박사의 이 定義를 받아들이기로 한다. 条件附라 함은, 까띠는 「分断国家는 法的으로 持続되는 하나의 国家가……」라고 定義를 내리고 있는데, 이 表現은 独逸의 경우에는 符合되지만, 韓国과 베트남의 경우는 問題가 있기

19) ibidem.pp.112～113
20) Caty,op.cit.,p.113.

때문이다. 즉, 独逸의 경우는, 現在는 두 개의 部分国家(독일연방국과 독일民主共和国)가, 하나의 分断国家를 形成하고 있는데, 이 分断国 直前에 存在했던 国家는, 즉, 源泉国家는 라이히다. 따라서, 거기에는 憲法的 継続性이 있고, 까띠가 말하는 「法的으로 持続되는 하나의 国家」가 存在한다. 그러나, 韓国과 베트남의 경우는 전혀 事情이 다르다.

이 두 경우에는, 憲法的 중단이 있다. 즉, 韓半島에는 現在 두 개의 部分国家들, 즉, 大韓民国과 소위 '朝鮮民主主義人民共和国'이 形成되어, 하나의 分断国家를 이루고 있는데, 이 分断国家 直前에 있었던 国家, 즉, 源泉国家는 없다. 있었던 것은, 国家가 아닌 朝鮮総督府에 의하여 統治되었던 日本帝国의 植民地다, 마찬가지로, 베트남의 경우도, 현재 인도지나에는 두 개의 部分国家들, 즉, 베트남 공화국과 베트남 民主共和国의 하나의 分断国家를 構成하고 있는데, 이 分断国家의 源泉国家는 없고, 있었던 것은 다만 国家가 아닌, 프랑스의 植民地다. 그래서 S. 바스띠드(Bastid) 教授는, 独逸의 경우는 分明히 分断国家의 범주에 들어가지만, 韓国과 베트남의 경우를 分断国家라고 하기에는 疑心의 餘地가 있다고 指摘하고 있다.[21]

따라서 까띠의 定義 中 「法的으로 持続되는 하나의 国家……」는 問題이며, 韓半島와 인도지나에도 적용될 수 있는 「分断国家」概念의 定義가 정립되어야 하겠으나, 그때까지는 이런 問題가 있음을 認識하면서 앞서 말한 바와 같이 잠정적으로 까띠의 定義를 借用하기로 한다.

Ⅱ. 一般特徵과 그 具体的인 表現様相

1. 一般特徵

憲法的 継続性의 問題를 且置한다면, 分断国家의 構造的 一般特徵을 잠재적인 하나의 総括国家(또는 源泉国家)를 中心으로 한, 国内的인 面과 対外的인 面의 두 側面에서 찾을 수 있는데. 国内的으로는,

---

21) S.Bastid,Cours de droit international public,Paris 1966～1967 참조.

源泉国家의 対内権限의 独占을 中心으로, 対外的으로는 源泉国家의 対外権独占을 中心으로, 두 개의 部分的인 主体가 각각 対立하여 경쟁하는 状態에 있다는 点에 관해서는 大体로 意見의 일치를 보고 있는 것 같다. 모리스 프로리 교수도 分断国家에 관한 「推論은 아주 単純한 두가지 생각을 中心으로 뚜렷해 진다. 즉, 分断国家는 総括国家의 持続을 仮定하는데, 이 持続은 国際法上의 두 개의 부분적인 主体의 存在를 許容한다.」("La démonstration s'articule autour de deux idées très simples:l'Etat divisé suppose la persistance d'un Etat global qui autorise l'existence de deux sujets partiels de droit international") 22) 라고 指摘하고 있다.

그렇다면, 우리나라에 있어서의 종래의 分断国家에 관한 研究는, 그 中心課題에서는 매우 동떨어진 곳에서 行해지고 있는 것이 아닐까? 共産圏에 관한 研究, 特히, 北韓과 中共에 관한 研究, 強大国들의 極東政策에 관한 研究 등등은, 分断国家 그 自体에 관한 研究와는 다른 問題다. 또, 독일 問題를 研究해 나가는데 있어서도, 이와 같은 분단국가의 一般的인 構造的 特徴의 把握을 出発点으로 할때에만, 正確한 관찰과 적당한 評価를 할 수 있을 것이다.

以下에서는, 이와 같은 分断国家의 構造的 特徴을 土臺로 하여, 그 一般的인 特徴을 밝힘과 同時에, 그것이 韓半島, 베트남 및 独逸의 경우 23) 에 具体的으로 어떻게 나타나고 있는가를 찾아 보기로 하겠다.

---

22) Caty,op.cit.,p.6.

23) 中国에 관해서는, 筆者는 国内에 있어서의 다수설과는 반대로, 유럽에 있어서의 다수설을 따라, 中国은 分断国家가 아니라는 立場을 取한다. 그 理由는, 1951년 9월 8일의 샌프란시스코 平和条約에 의하여 権限을 行使하는 領土가 臺湾 政府에 부여되어, 새로운 国家, 中華民国이 成立되었다고 보기 때문이며, 만일 中国이 分断国家가 되기 위해서는, 이 平和条約 署名 後에 장개석이 中国大陸에서 몰리어 나왔어야 할 것이다. Caty,op.cit.,pp.23～30 참조.

두 개의 部分国家와, 하나의 総括国家와의 関係를 거꾸로 説明한다면, 国内面에서는, 一般国家의 경우와는 달리, 두 개의 政治的인 主体, 즉, 두 개의 部分国家들을 합해야 비로서 하나의 잠재적인 総括国家가 될 수 있고, 対外的으로는, 이 또한 一般国家와는 相異하여, 国際法上의 두 개의 分断的인 主体들을 合함으로써, 하나의 主体로서의 総括国家를 대신할 수는 없다. 이 점이, 分断国家 理論에서 特히 強調되어야 할 점이다. 그런데, 国内的 面에서, 두 개의 部分国家가 各己 充分히 그 能力을 발휘해도, 하나의 総括国家의 正統性이 결여되어 있음을 意味하며, 国際的 面에서는, 두 개의 部分的인 主体가 제아무리 能力을 발휘해도, 하나의 主体인 総括国家를 대신할 수 없다 함은, 바로 国家独立의 결여를 意味하게 된다.

2. 分断의 具体的 形態

가. 독 일

독일의 경우, 하나의 독일国家의 存続, 즉, 잠재적인 하나의 독일 総括国家의 存続은, 포츠담宣言, 東西 両独의 憲法, 国際関係의 実際 및 学説에서 찾아 볼 수 있다.

単一한 独逸国家를 維持하겠다는 聯合国의 意図는, 1945年 6月 5日의 포츠담宣言에서 다음과 같이 表明되어 있다. 즉, 同 宣言에는 「독일人民을 소멸시키거나 노예상태로 떨어뜨리거나 하는 것은 연합국의 意図는 아니다. 연합국의 意図는 경우에 따라서는 民主的이고, 또한 平和的인 土臺를 根拠로 한 그들의 生活을 回復하기 위하여 그들 自信이 準備하는 能力을 独逸人民에게 주는 데에 있다. 만일, 그들의 努力이, 이 方向으로 確固하게 向한다면, 独逸人民이 適当한 時期에 世界의 自由스럽고 平和的인 人民들 사이에 그 자리를 차지한다는 것은 可能한 일

이다.」[24] 라고 明示되어 있다.

잠자고 있는, 하나의 독일 総括国家의 持続은, 東西 両独의 憲法에는 다음과 같이 表現되어 있다. 즉, 独逸聯邦共和国의 1949년 5월 23일의 基本法 全文에서는 「……그의 民族的 및 国家的 単一性을 옹호하는 의지에 불탄……독일 인민은……이 事業에 協力하는 可能性이 거부되었던 独逸사람들을 위해서도 行動했었다. 全 独逸人民은 自身이 自由스럽게 준비하면서 독일의 単一性과 自由를 完全한 것이 되도록 권유되어 있다.」[25] 라고 되어 있으며, 同 第23条에는 「……독일의 기타 지역(필자 주 : 독일연방공화국 직할영토 이외의 지역)에 대해서는 現 基本法은 그들(地域)의 (독일연방공화국에의) 加入 後에 適用될 것이다」[26]라고 規定되어 있다.

한편으로, 独逸民主共和国 憲法, 즉, 1949年 10月 7日 法律은, 그 前文에서 「……이 憲法은 全体 独逸人民의 参加와 더불어 人民委員会에 의하여 기초되었었다」[27]라고 되어 있으며, 同 第1条에는 独逸은 分割할 수 없는 하나의 共和国이다」[28]라고 뚜렷하게 규정되어 있다.

外交의 実際面에 있어서, 하나의 独逸 総括国家의 持続은 다음과 같이 나타나고 있다. 즉, 스위스가 독일 総括国家에 対하여 取한 態度를 보면, 1945년 5월 8일, 스위스 聯邦会議는, 「스위스 聯邦의 立場으로서는, 法律上 独逸은, 国家로서 存続한다. 그러나, 独逸은 이미 国際的 強国으로서의 能力은 갖지 않는다. 그 反面, 스위스와 独逸사이에 締結된 条約들은 法的으로 有効하다」(" En droit, l'Allemagne est restée pour la Confédération helvétique un Etat, mais elle n'a plus la

---

24) Textes et documents pour l'organisation du monde, Centre d'études politiques étrangères, Hartmann, 1956. p.80.

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

26) Ibidem p.300

27) Notes et Etudes Documentaires, No. 1249, 21 Decembre 1949.

28) Ibidem

capacité en tant que puissance internationale. En revanche, les traités conclus entre la Suisse et l'Allemagne restent juridiquement valables.")[29]라고 明白히 宣言했었다. 로마교황청도, 1924년과 1932년 사이에 各 州들과, 1933년에 라이히와 締結한 協約에 관하여, 同一한 見解를 確認했었다.

또한, 1959년 5월 18~19 양일간의 제네바 会議에서, 美国代表 허터와 英国代表 S. 로이드는, 平和交涉을 할 때는, 오로지 라이히만이 연합국과의 条約 締結 当事者가 될 수 있다고 言明했었으며, 스페인 政府도 그의 覚書交換을 通하여, 同一한 態度를 取했었다.[30] 뿐만 아니라 1945년 5월 7일의 독일의 항복과 同年 6월 5일의 베를린宣言 以後에도, 大部分의 聯合国들은, 독일의 国際的 人格을 認定하여 戰爭状態가 延長되고 있다고 간주했었다.[31]

프랑스의 경우는, 처음에는, 라이히가 国際的 面에서는 사라졌으니까, 모든 条約은 無効라는 見解를 表明했었으나, 그後, 態度를 바꾸어, 독일의 国際的 人格을 承認하는 데로 기울어졌었다. 즉, 프랑스外務長官은 그 報告에서, 「1945년 6월 5일의 베를린 宣言에 비추어……연합국들과 独逸間의 戰爭状態는 国家들간의 関係라는 面에 있어서는 終結되었다고 보아야 한다. 따라서 이제는 다만, 国内法의 面에서만 存続하고 있는 戰爭状態問題를 解決할 수 있다」(" Compte tenu de la Déclaration de Berlin du 5 juin 1945…… on doit cosidéren que l'état de guerre entre les

---

29) M.E.Bathurst et J.L.Simon, Germany and the North Atlantis Community, London, 1956, P.38:R.Schuster, Die Deutsche staatliche Existenz im Widerstreit politischer und rechtlicher Gesichtspunkte, Munchen, 1963.

30) Ibidem

31) H.Mosler, Die Beendigung des Kreigszustandes mit Deutschland nach dem zweiten Weltkrieg, Veröffentlichungen des Maxplanck Instituts für ausländischen öffentliches Recht und Völkerrecht, no/37(1963).

Puissances alliées et l'Allemagne a pris fin sur le plan des rapports entre Etats, il est maintenant possible de régler le problème de l'état de guerre qui ne subsistait dès lors que sur un plan de droit interne.") [32] 고 언명했었으며, 따라서, 1957년 10월 29일의 프랑스政府의 外交文書는, 「이와 같은 消滅의 必然的인 帰結은, 모든 条約과 協定의 失効다」("La conséquence nécessaire d'une telle disparition est la caducité de tous les traités et conventions." [33] 라고 結論을 내리고 있다. 그런데, 1956年에 이미 프랑스政府는, 公式的으로, 이와 같은 立場을 変更하고 있었다. 즉, 스에즈運河事件을 계기로 開催된 1956년 8월의 国際会議에서, 独逸聯邦共和国은, 1888년 10월 29일의 콘스탄티노플条約의 署名国家資格으로 招請되었었는데, 聯邦政府가 라이히의 法的人格의 表現이라는 主張은 会議開幕時의 프랑스 外務長官의 宣言에서 明白히 認定되었다. [34] 얼마 후 자아르地方 問題 解決을 위한, 1956년 10월 27일에 調印된 仏·独条約에서는 프랑스는 聯邦政府에게 라이히의 対外代表権은 認定하였으나, 라이히가 가졌었던 国境에 대한 主張을 拒否했었다.

換言하면, 라이히의 国境이, 聯邦共和国 国境으로 縮小된 데에다가, 잠재적인 라이히의 対外権을 부여하고 있으나, 同時에 라이히의 対外権과 聯邦政府의 그것이, 전혀 同一하다는 見解는 아니다. 이 프랑스政府의 観点은, 「독일 聯邦共和国이 그의 事実上의 国境을 넘어서 独逸의 모든 利益을 代表한다는 権利를 承認한다는 것은 라이히의 소멸을 確認하는 것과는 両立되지 않는다. 그 理由는 新 国家는 다만 그의 1949年의

---

32) Caty, op.cit., p.39.

33) ibidem

34) Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht-Max.Planck Institut für ausländisches offentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg(R.F.A), 1957~58 (Vol.18), Völkerrechtliche Praxis der B.R.D im Jahre 1956.

国境 안에서만 創設될 수 있었기 때문이며, 따라서, 탄생 당시의 領土 以上으로 主張을 내세울 수는 없을 것이다.」("Reconnaître le droit de la R.F.A.à representer les intérêts allemands au delà de ses frontières effectives est difficilement conciliable avac l'affirmation de la disparition du Reich car le nouvel Etat ne pouvait qu'avoir été crée dans ses frontières de 1949 et ne pouvait donc élever de prétention au delà du territoire originaire.")[35]라는 表現에 뚜렷이 나타나고 있다.

多数国家間 関係의 実際에 있어서는, 世界郵便聯合(U.P.U)은, 新 加盟国으로서의 独逸에게 不可欠한 全 加盟国들의 3分의 2의 承認을 必要로 하지 않고, 비준서 기탁국가에 대한 外交形式의 単純한 통지에 의하여 関係되는 協定과 協約에 加入할 수 있다고 決定했었다.[36]

그러나, 이 경우에, 総括国家와 두 개의 部分国家, 즉, 라이히와 独逸聯邦共和国과 独逸民主共和国과의 関係는 明白치 않으며, 이와 같은 処理方法은, 便宜的인 것, 또는 臨時的인 것이라고 하겠다. 따라서, 두 部分国家가 설사 이 機構에 加入된다 할지라도, 그 法的 地位는 安定되었다고 할 수는 없다고 하겠다.

以上에서, 우리는, 独逸에서, 分断国家의 一般的인 特徵이 어떻게 具体的으로 나타나 있는가를, 하나의 総括国家와 두 개의 部分国家와의 関係를 中心으로 하여 보아 왔었는데, 이것을 要約하면, 두 개의 部分国家, 즉, 独逸聯邦共和国과 独逸民主共和国의 存在는, 하나의 総括国家 즉, 潜在的인 또는 実存하지 않지만, 그러나 持続되고 있는 라이히와의 関係에서만 찾을 수 있으며, 앞서 말한 두 部分国家들은, 아무리 能力을 다 발휘해도, 라이히를 代身할 수는 없다는 것이었다. 바로 이 점이 部分国家의 限界点이며, 一般国家와 다른 点이라고 하겠다.

分断의 具体的 事実과, 分断国家에 관한 解決策은 後述하겠으므로, 이 程

---

35) Caty,op.cit.,p.39,note19.

36) Caty,op.cit.,p.39.

度의 極히 素朴한 스켓치로 끝나는 수밖에 없으나, 좀 더, 이 方面의 연구를 完成하기 위해서는, 分断国家의 国内的 面에서는 첫째로, 領土의 変更과 政治的 協商에 의하여 成立된, 各 部分国家가 가지고 있는 権限의 領土的 排他性(総括国家가 行한 国際的 約束, 特히 債権, 債務中, 分離가 可能한 部分과 不可能한 部分과의 関係, 国家相続問題, 国籍問題, 財産問題 등)이, 둘째로, 같은 分断国家内의 두 部分国家間의 関係(協力関係, 国内的 面과 国際的 面, 対立関係, 法的衝突, 武力衝突)가 詳細히 검토되어야 하며, 国際的 面에서는, 多数国家間의 関係(rapports multilatéraux)와, 2国家間의 関係(relations bilaterales)(独逸의 경우는 할슈타인 原則을 適用하고 있었음)로 나누어서, 특히, 前者에 있어서는, 国際機構加入에 있어서의 支障 또는 그 限界, 加入된 경우라도 그 法的地位의 安定性 여부 등이, 後者에 있어서는, 同格(parité)問題 등이 具体的으로 把握되어, 分断国家의 国際関係에 있어서의 限界線이 浮刻되어야 할 것이다.

이 機会에 強調할 点은, 앞에서도 말한 바 있지만, 分断国家를 形成하고 있는 우리 韓半島에서, 이와 같은 研究가, 거의 未開拓 状態로 남아 있고, 現象記述의 範囲를 벗어나지 못하고 있던지, 혹은 분단국가에 관한 研究를 딴 問題에 관한 研究와 混同하고 있음은 매우 유감스러운 일이라 하겠다.

나. 韓 半 島

韓半島에 있어서의 分断国家 問題는, 얼핏 보아서는 잘 研究되어 있는 듯하나, 実은 그렇지가 못하고, 皮相的이고, 어느 意味에서는, 그 理論構成이 거의 없다고도 말할 수 있다. 그 理由는, 一般大衆은 우리가 포츠담宣言에서, 韓国의 独立이 約束되어 있었는데, 38선이 韓半島를 分断해 놓았기 때문에, 再統一되어야 한다고 単純하게 생각하고 있는 듯하다. 이와 같은 생각은, 비단 우리 韓国사람들 뿐만 아니라, 外国의 専門家들 가운데에서도 많이 찾아 볼 수 있다.

소위 民族的 至上命令이기 때문에, 우리는 統一을 해야 하고, 또 아직

은 統一이 안 되어 있기 때문에, 韓国은 分断国家다라는 極히 単純한 主張에 대해서는, 전술한 바와 같이, 질벨·까미는「総括国家의 持続은 単一한 民族的 意思에 根拠를 두는 것이 아니라 (기껏해서 再統一에 대한 道徳的인 権利에 根拠를 둠), 当事者間 즉, 極東에 있어서는 分断国 안에 있는 各 政府들, 独逸에 있어서는 聯合国間의 法的行為, 国際的決定에 根拠를 둔다」[37]고 갈라 말하고 있다. 그렇다면, 韓半島에 있어서의 하나의 総括国家의 法的根拠를 어디서 찾아야 할 것인가?가 問題가 되어야 한다. 或者는 即刻的으로 우리 統一의 法的 根拠는 카이로宣言이나 포츠담宣言에 있지 안느냐고 反問할 것이다.

또한 루이스 말띠네즈-아구로는, 우리의 再統一의 法的根拠를, 国際的 面과 国内的 面의 두 種類로 分類하여, 前者에서는 카이로宣言과 포츠담宣言을, 後者에서는 南北韓의 憲法(1948년 7월 12일의 大韓民国 憲法의 前文, 第4条, 第7条 第2項과 所謂「朝鮮民主主義人民共和国」의 1948년 9월 8일의 憲法(第1条와 農地改革法 第1条와의 対照)을 들고 있다.[38]

그런데, 이처럼 泰山같이 믿고 있는 카이로宣言이나 포츠담宣言은, 法的 拘束力을 가진 国際的인 約束이 되지 못하고, 차어칠로서는, 카이로宣言은 다만「共同目的에 관한 声明」(A statement of common purpose)이고, 이든으로서는 이 声明은 単純히「意図에 관한 声明」(statement of intention)이고, J.포츠터 덜레스로서는 카이로宣言과 포츠담宣言은, 몇몇 聯合国 政府들간의「非公式的 理解」(private understanding)에 不過한 것으로서, 하등에 法的 拘束力을 갖지 안는 것이다.[39] 그렇다면, 우리의 再統一의 法的根拠를 어디서 찾아야 할 것인가가 問題다. 우리 再統一의 法的根拠에 관해서는, 日本 学者들은 極히 애매한 態度를 取하고 있다. 예를 들면 小谷 教授는 前述한 論説에서「戦争 前부터 国家의 存続이라는 面을 内包하고 있는 独逸이나 中国의 경우와는 다르지

37) Caty, op.cit., pp.112～113.
38) L'Etat divisé, op.cit., pp.268～269 et.note(23).
39) Caty, op.cit., p.25; K.Zemanek, Die Völkerrechtiche stellung Formasas, Archivdes Völkerrechts, 1955～56, p.308.

만, 基本的으로는 이것과 区別할 必要를 느끼지 안는 韓国의 경우……」[40] 라고 말하고 있는데, 憲法的 継続性이 問題되는 中国과 独逸과의 경우와, 이것이 없는 韓半島와 베트남의 경우와는 明白히 다르다. 다만, 여기서 問題의 초점은, 분단국가 一般理論에서 쓰는 「総括国家」概念의 法的 根拠를 韓半島와 베트남의 경우에 어디서 찾느냐에 있다.

첫째로, 総括国家라고 할 때, 독일의 경우에는, 그 実存形態, 즉 라이히가 있고, 憲法的 継続性이 問題된다. 그러나 베트남의 경우와 마찬가지로, 韓半度의 경우에는, 이 内在的 総括国家는 架空的인 存在다. 換言하면, 독일의 경우에는 内容이 있고 歷史가 있는 存在이지만, 韓半島와 베트남의 경우에는, 다만 名目的인 存在에 不過하다.

둘째로, 따라서 独逸의 경우에는, 하나의 総括国家가 있었고, 同時에 現在도 이 総括国家의 持続이 계속되고 있기 때문에, 여기서 두 개의 部分国家(Etat partiel)가 나오고 있지만, 베트남의 경우와 마찬가지로, 韓半島의 경우는, 두 개의 部分国家가 있기 때문에 여기에 根拠해서 架空的인 総括国家概念이 構成된다. 즉, 前者의 경우와는 반대로, 먼저 두 개의 部分国家가 생기고, 그 後에 여기서 上部概念인 総括国家가 나오게 된다. 그래서, 질벨 까띠도 「분단국가의 地位는 一次的일 수도 있고(독일의 경우), 2次的일 수도 있는데(韓国, 베트남의 경우)……」[41] 라고 指摘하고 있다.

세째, 総括国家의 持続은, 独逸의 경우는, 関係 当事者인 聯合国의 合意에, 그 法的 根拠를 두고 있는데, 韓半島와 베트남의 경우에는, 分断国家 안의 두 政府間의 合意에 그 法的 根拠를 두고 있다. 즉, 韓半島의 경우는 休戦協定이 바로 이 根拠인데 休戦協定 前文에는, 「이 条項들은 韓国紛争의 平和的이며 決定的인 解決에 이를 때까지」[42] 有効할 것이라

---

40) 小谷鶴次, op.cit., p.19.

41) Caty, op.cit., p.113.

42) Notes et Etudes Documentaires, №. 1, 791(6.October 1953), p.9. : 東亜日報社 安保統一問題調査研究会編, 安保統一問題 基本資料集, 서울, 東亜日報社, 1971, p.28参照.

고 表現되어 있으며, 同 第5条 第62項에서 「本 休戰協定의 各 条項은 雙方이 다같이 受諾하는 訂正 및 보충에 의하여, 또는 両 当事者間에 締結된, 政治的面에 있어서 平和的인 解決을 위한 適当한 合意를 対象으로 하는 特別規定들에 의하여, 明白히 交替될 때까지는 계속 効力을 갖는다」[43]라고 規定되어 있다. 질벨 까띠도 「韓半島에 있어서는 平和協定이, 이 나라의 運命을 決定하지 안는 限, 休戰協定에 依支하여야 한다」[44] 라고 強調하고 있다.

네째로, 平和条約과 総括国家概念은 両立되지 안는다. 즉, 만일 韓半島와 베트남의 경우에, 또한 独逸의 경우에도, 各 部分国家 사이에 平和条約이 締結된다며는, 総括国家라는 仮定은 없어진다. 그래서 G. 까띠도 「따라서, 베트남과 韓半島 두 경우에는, 다만 平和条約만이 総括国家라는 仮定을 멀리할 수 있다. 唯一한 差異는, 極東에서는, 関係者들은 直接的으로, 또는 全的으로 問題의 決定的인 解決에 参与할 権利가 있는데 대하여, 独逸에서는, 降服条約時에, 聯合国은 엄청난 権限을 獲得했었던 点에 있다」[45]라고 断定하고 있다.

끝으로, 강조할 点은, 韓半島에 있어서는, 南北韓의 各 政府는, 総括国家와의 関係에 있어서, 事実上 部分的인(또는 地方的인) 것으로 考察되어야 하는데, 그 理由는, 各其의 構成方式에 의해서나, 또 各其가 依存하고 있는 聯合国에게서 引受한 権限에 依해서나, 領土 全体를 統治하는 権限이 賦与되었다고는 할 수 없기 때문이다. 万一 이와 같은 権限이 賦与되어 있다고 主張한다면, 韓半島에는 分断国家의 形成이 不可能하며, 따라서 総括国家의 持続이란 仮定도 無用之物이 될 것이라 하겠다.[46]

다. 베 트 남

베트남의 경우는, 韓半島의 경우를 다룰 때 言及한 点은 여기서는 省

43) Ibidem,p.18 : 安保統一問題 基本資料集, op.cit.,p.43 参照.
44) Caty.,op.cit.,p.56.
45) ibidem,p.57.
46) cf.ibidem,p.98.

略하기로 하고, 또한 베트남의 分断은, 韓半島와 独逸의 경우와는 달리 内乱에 基因하고 있는 점도 後述하겠으므로, 여기서는 除外한다.

딴 分断国家와 다른 베트남에 있어서의 特徵은 다음과 같다. 즉, 베트남問題의 発展過程은 다음과 같다. ① 第2次 世界大戰에 기인한 척국의 배제 ② 植民地로부터의 解放 過程, 이 동안 프랑스가 1964년 1월 27일 中共을 承認하고 積極的인 対極東政策을 取할 때까지「西洋의 利益擁護를 위하여」 美国이 프랑스를 代身하였고 ③ 戰爭状態가 계속되는 동안, 베트남과 두 진영 勢力圈과의 直結[47] ④ 1960년 12월 20일 南베트남에서의 「民族解放戰線」(Front National de Libération: F.N.L.)의 創設[48] ⑤ 1965년 2월 7일 以後 現在까지의 美軍의 介入.[49]

둘째로, 韓半島와 독일의 경우에는, 分断이 있은 다음에, 두 개의 憲法的 秩序가 確立되었었는데, 베트남의 경우에는, 두 개의 政府가 樹立된 後에, 分断現象이 발생하게 되었다. 즉, 두 개의 政治的 主体가 形成된 것은, 1946년 12월 19일에 동경에서 일어난 暴力行為에 의하여, 하노이政府가 소멸된 것을 契機로 하고 있는데,「잠정적인 軍事경계선」인 17도선이 確定된 것은, 1954년 7월 20일의 인도지나에 있어서의 休戰에 관한 協定에 의한 것이었다.[50]

세째로, 앞서 설명한 韓半島의 경우와 마찬가지로, 베트남에 있어서의 総括国家의 法的 根拠는, 1954년의 제네바協定에 있다. 즉, 同 休戰協定에서는, 韓半島의 경우보다도 더 明白히 平和的 解決에 관하여 規定되어 있는데, 同 第14条에는 베트남의 単一性을 実現할 総選挙를 기다리면서……」로 되어 있고, 同 第65条에는 「……両 当事者들간에 政治的

47) Caty, op.cit., p.269.
48) Roger Pinto, Problèmes juridiques et esqisse d'un règlement de paix du Conglit vietnamien, (dactylognaphié), Paris, p.10.
49) Ibidem p.28.
50) Caty, op.cit., p.42.

協定이 締結될 것이다.」라고 되어 있다.[51] 뿐만 아니라,「南北間의 「베트남」의 分断은 国内法의 어느 部分에 있어서도 하등 認定되지 않고 있다.」[52]

네째로, 美国의 軍事的 関与에 관해서는, 社会学的 観点에서, 或者는 「북쪽에서 17度線 以南으로의 軍事的 行動은 「外国의 行動」이 아니며, 베트남에 있어서의 唯一한 外国 軍事力은 美国軍隊다」라고 断定할 수도 있겠으나 그 法的 根拠는 희박하다고 하겠다.[53]

이 점에 관해서, 特記할 点은, 지난 해의 休戦으로, 지금은 中断되고 있는 北베트남에 대한 美軍의 爆撃인데, 그 効果는 軍事的이라기 보다는, 心理的이며 政治的이라는 것이다. A. 이든은 다음과 같이 強調하고 있다. 즉, " It's influence on the actual fighting is probably more remote than it's protagonists will admit.This reservation also applies to attempts to disrupt Vietcong suply 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. "[54] 라고.

끝으로, 미국의 主張은 베트콩의 軍隊와 北베트남 軍隊를 同一視하고 있는데, 事実과는 符合되지 않는 것 같다. 즉, 南베트남에는 「民族解放戦線의 南베트남 軍隊」,「그것을 보좌하는 간부들」 및 北베트남의 組織된 大部隊」[55] 등이 있다. 이 問題는 軍隊撤収問題를 解決하는 데 있어서 重要하다고 하겠다.

---

51) ibidem,pp.53 et56.
52) ibidem,p.44.
53) Roger Pinto,op.cit.,p.30.
54) H.Eden,Towards Peace in Indo-China,1966,p.28.
55) Roger Pinto,op.cit.,p.31.

Ⅲ. 分斷原因

領土의 分斷을 基準으로 해서 베트남, 韓半島, 独逸의 경우에, 언제 두 개의 憲法秩序가 樹立되었는가를 생각해 보면, 베트남의 경우는, 領土分斷 以前에 이미 이것들이 存在했었고, 기타의 경우에는, 分斷 後에 成立하게 되었다. 뿐만 아니라, 前者의 경우는, 元来는 하나의 憲法秩序가 成立되었다가 그후 두개로 되었었는데 反하여 韓半島와 独逸의 경우는, 처음부터 두개의 憲法秩序가 樹立되었었다.

그런데 그 原因을 보면 베트남에 있어서는, 反植民地 運動에서 나온 反乱이며, 기타 지역에 있어서는, 領土의 分斷 그 自体 즉, 美·蘇 両 最大強国의 勢力圈 拡張政策의 충돌이 그 分斷原因이 되고 있다 따라서, 베트남에서는 2개의 憲法秩序의 成立은, 暴力에 의한 反政府運動 즉, 内乱에 기인하고 있으며, 韓半島와 独逸의 경우는 冷戦에 기인하고 있다고 볼 수 있다.

한편, L. 말티네즈-아구로는 中国, 베트남, 韓半島의 경우를 内乱에 基因한다고 보고, 独逸의 경우는 武力征服 (Debellation) 에서 왔다는 見解를 取하고 있는데,[56] 内乱에 対한 그의 見解는 「内乱은 国家 全体를 征服하려는 紛争 中의 두 当事者들의 意思, 또는 両者 中 하나의 分離하려는 意思를 表現할 수 있다」[57] 라고 보고 있다.

그러나, 만일 分斷状態를 이와 같이 理解한다면, 첫째로, 베트남을 一方으로 하고, 韓半島와 独逸을 他方으로 하여, 왜 前者에서는 領土의 分割 以前에 하나에서 두 개의 憲法秩序가 成立되고, 後者의 경우에는 分割 後에 두 개의 憲法秩序가 同時에 創設되었는가를 説明할 수가 없게 될 것이며, 둘째로, 독일의 分斷을 武力征服에서 나온 것이라고 한다면, 독일의 4国管理에서 왜 韓半島의 경우처럼 다만 두 개의 憲法秩序의 탄생을 보게 되었는가에 対한 説明이 欠如되어 있으며, 세째로 中国의 경우를 分斷国家로 보고 있는데, 그렇다면, 臺湾은, 1945年 9月 2日 日本降服부터 1951年 9月 8日 서명된 샌프란시스코 平和条約까지는 法的으로

56) L'Etat divisé, op.cit., p.272 et p.274
57) ibidem, p.272.

는 (De jure) 日本領土이었고, 또한 蔣介石政府는 이 平和条約 締結 以後에 中国大陸에서 떨어져 나온 것도 아니므로, 中国은 前述한 바와 같이 分断国家가 아닌데 臺湾의 法的 地位를 잘못 認定하고 있는 것 같다.

1. 内乱에서 생긴 分断國家 베트남

1954년 7월 20일 제네바에서 서명된, 印度支那에 있어서의 休戦에 관한 協定에 의하여 베트남의 17度線이 확정되었는데, 「이 군사경계선은 잠정적이며, 어떠한 경우에 있어서도 政治的 또는 領土的 制限을 가져오는 것으로 解釈되어서는 안 된다」(同年 7월 21일 인도지나에 있어서의 平和恢復에 관한 제네바会議 最後 宣言 第6項)라고 規定되어 있는 分断線이다.

이 軍事경계선이 그어지기 前의 베트남의 政治的 事情은 다음과 같다. 즉, 従前에 存続하고 있었던 「安南王国은 1888年에 프랑스와 締結한 保護条約에 의하여 프랑스의 保護領이 되어, 1945年 日本軍의 同 地域에의 介入까지 持続되었으며, 1945年 3月 11日 「安南皇帝 바오다이는 同条約을 폐기했었다. 곧 安南 및 통킹을 領土로 하고, 胡志民을 政府首班으로 한 新 国家가 탄생하게 되었다. 그 後 日本의 敗戦으로 1946年 3月 6일 퐁떼느브르協定이 맺어졌었는데, 同 協定은 안남제국을 다시 프랑스 보호령으로 하되, 自治를 許容하고 住民投票에 의하여 코친차이나를 同 地域에 포함시키기로 하는 것을 内容으로 하고 있었다. 그러나, 이 協定은 実行되지 않고, 同年 12월 6일 胡志民을 首班으로 한 베트남 民主共和国이 탄생했었고, 同年 12월 19일에는 통킹反乱이 일어나, 과도정권이 수립되게 되자, 従前에 있던 하노이政府는 地下로 숨게 되었다. 1948年 5월 28일에는 親仏 臨時中央政府가 수립되었는데, 이 政府는 自身을 胡志民 前 政府의 後継者로 생각하고 있었고, 그 首都는 사이공이었으며, 이것이 베트남共和国의 起源이다.

이동안 하노이政府는 늘 地下에 숨어 있었는데, 1949年의 그 憲法 前文에는 「랑송부터 까모까지에 이르는 베트남은 하나다……그러나 조국의 남반부는 아직도 帝国主義者들의 支配下에 있다」라고 表明되어 있었으며,

그 第1条에는 베트남의 領土는 北極부터 南極까지 하나이며, 또한 不可分이다」라고 規定하고 있었다.

17도선 확정 이후의, 兩 部分国家의 国内法的 기반은 다음과 같다. 즉, 1956년 10월 26일 베트남 共和国 憲法 前文에는 「憲法은 까모갑(岬)부터 낭깡峽路까지의 全 国民의 熱望을 満足시켜야 한다……」라고 되어 있고, 그 第1条에는 「베트남은 하나의 結合되고 不可分의 独立된 共和国이다」라고 規定되어 있다.

반면으로 1959년 12월 31일의 베트남 民主共和国 憲法 前文에는 「베트남은 랑송에서 까모까지에 이르는, 하나의 유일한 政治的 本体다…… 조국의 平和的 再統一問題는 틀림 없이 勝利할 것이다」라고 表現되어 있고, 그 第1条에는 「베트남의 領土는 北極에서 南極까지 하나이며 不可分이다」라고 規定되어 있다. 特히 注目할 点은 1954年 제네바会談의 最後宣言에서 豫定되었던, 1956年 7月의 総選挙는 実行되지 안했었다. 以上이 内乱에 基因한 分断国家 베트남의 具体的 様相이다.

2. 冷戦에서 생긴 分断國家-韓半島·独逸

뿔·로멜 教授는 美·蘇 兩国의 均衡을 維持하기 위하여 美国에서 体系化된 方式에는 ① 世界의 分割, ② 勢力圈, ③ 基本的인 人権의 相互尊重, ④ 非軍事闘争 方式 등 네 가지가 있다고 説明하고 있는데, 이 마지막 非軍事的 闘争方式에는 経済的 조치, 政権 顚覆, 承認 拒否 및 冷戦등을 포함시키고 있다.[58]

또한, 冷戦(Guerre froide, Cold War, Kalterkrieg)은 「무기의 使用만을 다만 除外한, 敵意를 품은 行動」이다. 또한 冷戦은 危険計算에 관한 技術(또는 政策)의 도움을 구하는데, 이 技術은 쉬지 않고 敵을 위협하든지, 자극하든지, 四面에서 괴롭히든지 하는 데에 있다. 通商禁止(Embargo), 봉쇄(Blocus), 「보이콧」(Boycottage), 基地에 의한

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

包囲, 大気圏 또는 領海의 侵犯, 壁등이 冷戦에 흔히 잘 利用되는 敵을 골탕먹이는 方法이다. 1953年 스탈린 死亡 直後, 特히 1959年 존 포스터 덜레스가 죽은 뒤, 冷戦에 있어서의 休戦, 또는 解氷 (Dégel) 이 論議되었으며, 그 後 위험計算을 共存政策으로 代替하려고 시도했었다.[59]

가. 韓 半 島

우선 우리 祖国의 独立問題가 第2次 世界大戦 以後 現在까지 걸어온 崎嶇한 우여곡절은 다음과 같다. 즉, 카이로宣言 및 포츠담宣言에 의한 独立約束→日本植民地로부터의 解放→38線의 획정→美·蘇両国에 의한 南北韓의 軍事점령→信託統治案 実行의 失敗→美·蘇共同委員会議의 決裂→南北協商의 失敗→UN의 介入→두 개의 憲法的 秩序의 形成→兄弟殺戮戦인 6·25動乱→休戦→제네바会談→南北赤十字会談→南北調節委員会의 構成 등등… 그 発生 原因이야 어떻든간에, 韓半島를 分断한 軍事境界線인 38度線의 物的根拠는, 聯合国総司令部最高司令官의 指令 第1号에 첨부된 一般命令 第1号 第1条 第2項 및 第5項이다. 따라서 38度線에 의한 韓半島의 美·蘇 両国의 軍事占領은 하등의 法的인 根拠를 갖지 않는 単純한 軍事的 性格을 가진 것이었다고 하겠다.

出発点에 있어서의 이와 같은 美·蘇 両国에 의한 単純한 軍事的인 領土의 区分과, 이것을 基盤으로 한, 이 또한, 純全히 軍事的인 性格을 띤 事実의 蓄積 위에서만, 그 後에 展開된 우리 祖国의 独立問題의 化身을 理解할 수 있다. 換言하면, 韓半島에 있어서의 美·蘇 両国의 勢力圏 拡張政策이었던 純全히 軍事的 性格만을 지닌 始初의 形態와, 그 後의 発展 形態에 対한 徹底한 観察 없이는 現在의 우리 再統一問題의 把握은 거의 불가능 하다고 하겠다.

레이몽 아롱教授는 그의 저서인 「国家間의 平和와 戦争」안에서 「두 強国이 그들의 目的을 達成할 때, 第3国은 독일처럼 分断되든지, 또는

59) J.Malignon,Diction nair de Politique,Paris,Editions Cujas, 1967.p.179.

內乱 중에 있게 된다. 때로는, 나라가 分断되고 共産主義가 勝利를 거두지 못한 地域은, 內乱 中에 있게 된다 (南韓·南베트남)[60] 」라고 지적하고 있는데, 그가 여기서 말하고 있는 「內乱」(Guerre civile) 은 엄격한 国際法上의 用語가 아니라, 「国內的 混乱」程度의 意味로 쓰이고 있는것 같다.

나. 独 逸

독일이 分断되게 된 過程과 그 時期는 韓半島의 경우와 흡사하다고 하겠다. 또 1948년 4개국 대표들로 構成된 聯合国 管理委員会로부터의 소련代表의 離脫은, 結果的으로 独逸을 分断으로 몰고가는 決定的인 契機가 된 行為가 되고 있다. 즉, 1947년의 모스크바 外相会議는 結局 포츠담宣言의 決定에 따라서, 独逸 全体를 하나의 経済的 単位로 생각하는 데에 대한 聯合国間의 合意가 不可能하게 되고 말았었다. 그리하여 이듬해 3월 20일에는 4国 (美·蘇·仏·英) 代表로 構成된 聯合国 管理委員会에서 소련이 이탈하게 되자, 同 機構는 기타 国家代表들의 努力에도 不拘하고 마비되고 말았었다.

그런데 이 소련代表의 脫退 2日前에 소련 점령 区域에서는 共産党員들과 共産党 傘下団体 代表들이, 이 地域에서 뿐만 아니라 기타의 모든 점령구역들에서도 파견되어 第1次 人民代表会議가 開催되었는데, 소련 占領区域에서 온 代表들이 自然的으로 더 많이 参加하게 되었었다. 이 会議에서는 縮小된 독일人民代表会議 (Deutscher Volkstrat) 가 임명되었었는데, 그 任務는 憲法草案을 基礎하는 것이었고, 委員長에서는 Otto Grotewohl이 선출되었었다.

이 第2次 人民代表会議는 그 後, 그가 作成한 憲法 草案에 대한 「독일人民」의 意見을 묻게 되었었는데, 여기에 대해서는 社会統一党 (sozialistische Einheitspartei,S.E.D.) 의 支援下에 積極的인 参

60) Raymand Aron,Paixet guerre entre les nations,Paris, Calmann-Levy,1962.p.555.

与가 있었다. 그 內容은 会合数9,000, 決議文 15,000, 修正提案 500이다.

그리하여 若干의 修正이 加해진 後 「人民憲法」案이 最終的으로 마련되고 立憲国会의 役割을 할 第3次会議에 參加할 代表選挙에 들어갔었다. 그런데 후보자의 資格은 共産党員, 第1次와 第2次 会議에 參加한 大衆団体들이 선출한 者로 되어 있었고, 그 理由는 「真正한 民主主義에 대한 熱望이 保障」되어야 한다는 데 있었다. 선거방법은 單一 리스트에 의했었다. 그러하여 선거가 実施되었는데, 참가율 95.2%, 득표율 66.1%였었다.

이리하여 1949년 5월에 소집된 第3次 人民代表会議에서, 同年 5월 30일 憲法案이, 찬성 2,087票, 반대 1표(바비엘 州)로 最終的으로 通過 承認되어, 이 人民代表会議는 臨時人民代議員会議라고 자칭하게 되었다. 그러나, 그 後 即時 있었어야 할 総選挙는, 이 会議에 의하여 1950년 10월 15일 연기되었다.

이와 같은 経路를 밟아, 1949년 10월 7일에는, 드디어 베를린에서 独逸民主共和国(Deutsche Demokratische Republik, D.D.R.)이 탄생하게 이르렀다.

다음으로, 이 독일民主共和国의 憲法 中, 分断国家에 関聯된 規定을 간추려 보면 다음과 같다. 즉, 이 憲法에서는 首都를 베를린으로 定한다고 規定하고 있는데, 이 規定은 암암리에 独逸 全体를 統治하겠다는 使命을 가진 것이며, 分断을 不問에 붙이고 있고, 또한 再統一을 위한 憲法的 節次에 관한 規定이 결여되고 있다. 그러나 반대로 新憲法의 잠정적인 性格이 지적되고 있다.

이와 같은 一般特徴을 좀 더 具体的으로 본다면, 前文에는 「독일人民은 이 憲法을 自身에게 준다」, 「이 憲法은 全体 独逸人民의 参与下에 人民代表会議에 의하여 完成되었다」라고 表明되어 있어 全体 独逸人民을 代表한다는 立場을 밝히고 있다. 第1条에는 「독일은 하나의 나눌 수 없는 共和国이다」라고 規定되어 独逸의 不可分性이 明示되어 있다. 즉, 全体 독일은, 단 하나의 憲法에 의하여 統治되는, 하나의 国家的 테두리 안에서 組織되었다고 規定하고 있는 것이다. 따라서 「독일국적은 오로지 하나다」,

「독일은 상업상 또 関税上 단 하나의 영토를 形成한다」라고 規定되어 있는 것이다.

第114条에는 「독일 一般法은, 州法에 우선한다」라고 정해져 있는데, 聯邦共和国 憲法 第23条가 事実上의 制限을 認定하고 있는데 반하여, 이 条項은 民主共和国의 法令은 독일 全 領土를 支配할 能力이 있다고 規定하고 있다.

그렇기 때문에, 第1条 2項에서 「全体 독일人民」의 生存과 発展에 불가결한 일들을 決定할 権限을 中央政府에 부여하고 있다.

끝으로, 1968년 4월 7일의 국민투표에 의하여 채택된 新 憲法에서는 「두 国家」라는 表現을 쓰고는 있으나, 그러나 이 「두 국가」는 「하나의 독일 民族」이라는 테두리 안에서의 「두 개의 국가」라고 特記되어 있어 연방공화국을 外国처럼 取扱하는 것을 拒否하고 있다.

현 단계에서 東独은, 두 개의 독일국가라는 立場을 取하고 있다고 新聞紙上에 報道되고 있으나, 上述한 法的 根拠에서 또한 分断国家에 관한 一般原則에서, 이와 같은 独逸民主共和国의 立場이 正確하게 把握되어야 할 것이다.

다음으로, 현재 東独의 이와 같은 立場과는 달리, 「한 国家안의 두 개의 政府」라는 見地에서 있는 西独의 憲法的秩序確立까지의 過程 및 憲法 그 자체의 関係条項을 보면 다음과 같다.

즉, 서독에서는 1948년 7월 1일 西部의 3占領地域의 11個 州 代表들이 프랑크푸르트에서 첫 会談을 갖고, 3개 점령 연합국에 의하여 발표된 憲法的 기본원리, 그 적용 형태, 将次의 制度에 관한 研究를 始作하여, 1948年 9月 1日에는 議会가 소집되기까지에 이르렀었는데, 여기에는 65명의 서독 代表와 업저어버 資格으로 5명의 베를린代表가 참가했었다. 그리하여 1949년 5월 初에는 憲法 草案의 完成을 보게 되었고, 곧 州議会의 비준을 거쳐, 1949년 5월 24일에 公表되어, 그날부터 効力을 발생하게 되었는데, 이 憲法이 바로 基本法 (Grundgesetz) 이다. 이 「기본법」이라는 用語는, 독일 연방공화국의 창설, 그 자체의 과도적이며 部分的인 性格때문에 연방공화국을 서독에 創設된 새로운 国家로 인정받을

것을 拒否한다는 明白한 政治的 意図의 表現이다. 換言하면, 이 憲法은 決定的인 憲法이 아니라 2次的인 憲法이라는 것이다.

그 內容을 보면, 前文에 「民族的이며 国家的인 単一性을 옹호할 意志에 에 불탄」 독일인민은 「이 事業에 協力하는 可能性이 拒否된 독일인들을 위하여서도 行動한다……」라고 規定하고는 있으나, 反面 憲法 제정에 참가한 11個 州를 열거하고 있음은 憲法的 権限의 한계를 제한하고 있다고 볼 수 있을 것이다.

기본법 前文에 나타난, 이와 같은 制憲議員들의 政治的 意図가 法的인 拘束力을 갖느냐의 与否가 問題되는데, 多数学説은 肯定的으로 기울어져 있고, 大法院도 前文의 법적 효력을 인정하고 있다. 즉, 大法院은 共産党 禁止事件에 관한 事件判決文 안에서 「万一 前文에 政治的 意義를 부여한다면, 그 性質 自体에 비추어 이 前文은 法的 內容을 가지고 있지 안는 것은 아니다」라고 肯定的인 見解를 取하고 있다.

요컨대, 독일연방 공화국의 独逸民主共和国에 대한 立場은, 이 基本法을 通해서 보는 限, 後者의 合法性을 認定치 않고, 연방공화국만이 合法的이라는 것인데, 기본법 第23条에 共和国의 直轄領土가 아닌 딴 独逸地方에 대해서는 그의 聯邦加入時부터 이 地域에 대하여 基本法이 적용된다는 憲法의 단순한 확대 방법을 적용하고 있음은, 이와 같은 憲法原則에서 나온 것이라고 하겠다.

이와 같은 헌법원칙은 서독의 立場에서 보는 두 가지 事実에 対한 해석을 根拠로 하고 있는데, 其1은 民主共和国 헌법은 그 制定過程에 있어서 合法性이 결여되어 있으므로, 全体 独逸人民을 代表할 権限이 없는데, 반대로 西独은 州議会를 基盤으로 하여 合法的인 制定節次를 밟아 왔으므로 독일연방만이 독일인민의 合法的인 代表権을 가지고 있다는 主張이다. 其2는, 서독에서 全 独逸人口의 대다수가 거주하고 있는, 소련구역에는 1,800만의 독일 사람들이 살고 있는데 불과하다는 주장이다. 따라서 合法的인 代表権을 가진 독일연방政府에게 이 1,800만에 대한 責任이 있다고 단정하게 된다. 독일연방 공화국만이 全体 独逸人民을 위하여 말할 수 있는 権限을 가지고 있다는 主張의 이면에는 이와같은

理論的 根拠가 있다. 特히 如斯한 主張은 총선거 때의 후보자들의 연설 내용에 뚜렷이 나타나고 있다.

以上 우리는 冷戰에서 생긴 独逸分断의 대략을, 事実 面과 法的 面에서 考察해 왔는데, 独逸問題의 焦点은, 領土分断은 法的으로는 잠정적이기는 하나, 時間이 경과함에 따라 단일성과는 容納되지 안는 国家体制를 가춘 두 개의 法的秩序가 굳어져가고 있는 지의 与否가 바로 問題되는 것이다.[61] [62]

Ⅳ. 一 般 解 決 策

1. 分断國家의 定義에 関한 補充説明

우리가 現在 가지고 있는 「分断国家」概念에 관한 定義는, 앞서 상세히 説明한 바와 같이 「法的으로는 存続하고 있는 하나의 国家가 国際法上 部分国家로서의 同一한 地位를 가지고 있는 두 개의 国家的인 主体로 잠정적으로 나누어져 있는 国家였다.

그런데 여기서 再三 強調할 점은 「法的으로는 存続하고 있는 하나의 国家」라고 함은 独逸의 경우에는, 기왕에 存続되어 왔었던 라이히가 法的으로는 잠재적으로 계속 存在하고 있다는 意味이며, 韓半島와 베트남의 경우에는 「아직은 実現을 보지 못한 約束된 하나의 国家가 法的으로는 存在하고 있다」는 뜻이다.

韓半島에 있어서의 이와 같은 法的根拠에 관해서는 筆者는 카이로宣言과 포츠담宣言에는 法的 拘束力이 없음을 認定하고 다음 두 개의 国際的인 合意에서 이것을 찾을 수 있다고 본다. 즉, 1951년 9월 8일 서명된 샌프란시스코 平和条約 第2条 (a)項에는 「日本国은 大韓의 独立을 承認하여 제주도, 거문도 및 울릉도를 포함한 대한에 대한 일체의 権利, 권원

---

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

62) 베를린문제도 마땅히 取扱되어야 하나, 여기서는 오로지 독일의 冷戰에서 생긴 分断国家라는 면을 증명하는 데에 불과하므로 베를린문제를 생략함.

및 청구권을 포기한다」라고 規定되어 있는데, 이 「대한」은 하나의 大韓이지 두 개의 大韓은 결코 아니다. 다음으로, 1953년 7월 27일에 판문점에서 서명된 韓国休戦協定 前文에는 「休戦은 韓国紛争이 平和的이며, 또한 最終的인 解決에 이를 때까지 全 韓半島에 있어서의 敵対行為와 일체의 武力行為의 完全한 정지를 보장한다……」라고 規定되어 있으며, 同 第5条 第62項에는 「本 休戦協定의 各 条項은 共同合意에 의하여 수리된 수정 또는 追加에 의하여, 또는 政治的 面에 있어서 平和的인 解決을 위한 両 当事者들간에 締結된 적절한 協定의 対象이 되는 特別条項에 의하여 明白히 교체될 때까지 계속 有効하다」라고 規定되어 있으므로, 休戦이 계속되고 있는 限, 즉 政治的으로 平和的이며 最終的인 解決을 보기까지에 이르지 안는 限, 換言하면 全 韓半島에 있어서 統一된 国家가 創設될 때까지는, 맞서 있는 두 개의 体制는 잠정적인 性格을 가진 存在라는 意味다.

다음으로, 까띠의 定義를 얼핏 보면 分断国家의 対外的인 面에 치중하여 「두 개의 国際的인 主体」를 中心으로 하고 있는 것 같지만, 国際法上의 主体는 同時에 国内法上의 主体이어야 可能하며, 또 現上으로도 「잠정적으로 나누어져 있는 国家」라고 되어 있으므로, 国内的인 面도 対外的인 面과 同時에 充分히 定義되어 있다고 본다.

以上과 같은 見地에서, 筆者는 까띠의 定義를 修正하여, 다음과 같은 分断国家에 対한 定義를 提議하려고 한다. 즉, 分断国家는, 法的으로는 持続되고 있는 하나의 国家, 또는 根源的으로는 単一의 国家形成을 想定하여 出発한 国家主権이, 現実的으로는 二分되어 国際法上 両者다 部分国家로서의 同等한 地位를 가진 国際的主体로 暫定的으로 区分되어 있는 国家다.

「法的으로는 持続되고 있는 하나의 国家」는 독일의 경우에 該当하며, 「根源的으로는 単一 国家形成을 想定하여 出発한 国家主権」은, 韓半島와 베트남의 경우에 該当한다. 그런데 後者의 경우에 있어서는, 民族的 統合性과, 法的으로 일단 消滅된 単一国家主権의 継続性에 対한 住民 多大数의 実在的인 社会-政治的 意識과 執念이 두드러지게 顕著하다고 하겠다.

2. 総括國家와 部分國家와의 関係에 関한 諸 学説

가. 総括国家와 部分国家

万一「分断国家」概念에 대한 이와 같은 定義를 받아들인다면 大韓民国은 分断国家다 라는 表現은 잘못된 것이고, 大韓民国은 全 韓半島에 形成된 하나의 一部分이다라고 말하는 것이 正確하다 하겠다. 分断国家는 元来 하나의 国家로 되어 있어야 할 領土와 憲法的 秩序가, 두 개의 部分的인 実体로 分離되어 있는 状態를 말하므로, 大韓民国은 分断国家다라는 表現은 곧 大韓民国은 分断国家가 아니라는 뜻으로 된다고 하겠다. 要컨대 分断国家라는 用語를 쓰는 以上, 두 개의 部分的인 秩序를 認定해야 할 것이다.

또한, 여기서 分断国家 一般理論에서 使用되는 用語를 総整理할 必要가 있다고 생각되는데, 「分断国家」(Etate divisé:geteiter Staat:divided State)에는 「総括国家」(Gesamtstaat,Etat globol)와 「部分国家」(Etat partiel)가 存在하는데, 後者는 分断国家 안에서 実際로 共存하고 있는 두 개의 部分的인 憲法秩序를 가리키는 概念이며, 対外的 面에 있어서는 하나의 分断国家에서 나왔기 때문에 完全한 하나의 国際法上의 主体가 될 수 없고 다만 部分的인 主体가 된다.

이처럼 「総括国家」는 「部分国家」에 상응하는 概念인데 分断国家 안에 存在하는 두 개의 部分国家의 領土와 権限을 総合計한 架空的인 (独逸의 경우에는 実在的인) 概念이다. 물론, 対外的인 面에 있어서도, 두 개의 部分的인 主体를 하나의 総括国家로 代替할 수 있다. 그런데 元来 이 「総括国家」라는 概念은 聯邦国家에서 나온 것인데, 연방에 있어서는 加盟한 各 邦에 대하여 그들의 共同関心事를 処理하는 中央政府가 있다.

또 分断国家의 잠정적인 性格을 基準으로 해서 分断 直前, 즉, 두 개의 部分国家가 탄생하기 前의 国家를 「源泉国家」(Etat originaire) 라고 하는데, 이 源泉国家는 一次的일 수도 있고 派生的일 수도 있다. 즉, 独逸의 경우에는 라이히가 実存했었으나 韓半島와 베트남의 경우에는

하나의 国家創設이 約束되어 架空的으로 存在하고 있다.

뿐만 아니라 実効性 또는 実体性을 基準으로 해서 源泉国家를 「内在的인 国家」(Etat immanent) 또는 「潜在的인 国家」(Etat latent) 라고 하는데, 元来 이 「内在的인 国家」는 P. 보나시이스(Bonassies) 教授의 「지붕 이론」(Dachtheorie)에서 온 것으로서, 同 教授는 独逸의 두 部分国家와 라이히와의 関係를 調整하기 위하여 「継続해서 存在하고 있는 라이히 안에 있는(두 개의) 特殊하고도 部分的인 秩序들」 (eigenständige Teilordnung im fortbestehemden Reich) [63] 이라고 説明하고 있다. 그의 「지붕 이론」의 「지붕」이 라이히를 말하고 있음은 물론이다.

요컨대 総括国家, 部分国家, 源泉国家, 内在的인 国家 또는 潜在的인 国家 등등의 特殊한 用語가, 分断国家理論에서 使用되게 된 것은, 政治学에서나 헌법에서나 또는 国際公法에서 定立된 一般国家理論을 그대로는 分断国家의 内部에나 또는 分断国家의 2国家間의 関係, 或은 多数国家間의 関係에 적용할 수 없게 되어, 분단국가에 적절한 특수한 一般国家論을 必要로 하게 된 데에서 온 것이라고 하겠다.

나. 国家核心論과 縮小国家論

総括国家와 두 개의 部分国家間의 関係에 관한 理論을 어떻게 構成하느냐 하는 基本的인 問題에 대한 学説은 다양하고 또한 구구한다. 특히 독일학계에 있어서 그렇다. 그러나, 이 다기다양한 학설들은 結局은, 두 개의 可能性을 中心으로 総括国家의 存続을 問題삼고 있는 것 같다. 즉, 하나는 総括国家를 그의 全 空間 안에서 持続시키는 可能性인데, 이 경우에는 総括国家가 占有하는 全 権限은 일치한다. 딴 하나의 可能性은, 두 개의 部分国家 中의 하나의 実際的인 領土에게만 局限해서 総括国家를 부활시키는 方法이다. 환언하면, 첫 번째 方法은 総括国家의 権限과 領土를 각각 양 部分国家에 걸치게 하는 것이고, 두 번째 경우에

63) Caty, op.cit., p.101. 引用.

는 総括国家와 符合될 부분국가를 両者択一해야 한다. 전자를 代表한 学説이 縮小国家論이고, 後者를 代表한 学説이 国家核心論이다.

「縮小国家論」(Schrumphfstaattheori, théorie de l'Etat réduit) 과 「国家核心論」(Kernstaattheorie, théorie de l'Etat noyau) 은 両者 다 従来 国際公法에서 발전된 理論에서 出発하고 있다. 즉, 国際公法에 있어서는, 国家의 領土가 縮小될 때, 또는 政府의 領土가, 例컨대 内乱의 경우, 줄어들게 될 때 国家의 存続 또는 政府의 代表性이 問題되지 안는다. 그런데 이와 같은 同一한 事実을 対象으로 하여 両説이 다같이 출발은 하고 있으나, 論理의 展開나 部分国家의 法的 地位와 統一解決 方法에 관해서는 그 内容이 전혀 다르다. 즉, 축소국가론에 있어서는 두 개의 부분국가를 同等하게 取扱하여, 각각 完全한 国家로 간주한다.

그리하여 総括国家의 권한과 영토를 각 分断国家가 가지고 있는 実際的 領土에 부합토록 배분한다. 따라서, 総括国家 自体의 全権限과 全領土가 그대로 두 개의 부분국가에게 옮겨지게 된다. 그리하여 結局 縮小国家論은 必然的으로 国際法上의 「分裂」(dismémberment, démembrement) 이나 「分離」(secession, diszonction) 에 帰結하게 되는데, 각 部分国家들의 法的 地位는, 둘 다 合法的이며, 再統一問題에 관해서는 法的 価値가 없는 民族自決을 原則으로 내세우게 된다.

実例로 印度共和国과 파키스탄과의 関係를 들 수 있는데, 이 경우에는, 再統一에 관한 可能性이 포기되지 않고 있기 때문에, 과거의 総括国家 (印度帝国) 또는 将来의 総括国家가 살아 있으나 現在로서는 総括国家는 없어졌다. 왜냐하면, 한 国家領土上의 두 개의 政治的 単位의 創設은 그 中 一部가 源泉国家로부터 分離되어, 部分相続이 행하여졌기 때문이다.

그런데 이 縮小国家論은 東独에서 採用되고 있는 理論인데, 独逸의 경우에는 聯合国인 4대강국이, 独逸은 하나다라고 못을 박아 놓았기 때문에, 인도의 경우와는 달리, 総括国家의 持続 与否를 独逸사람들이 任意로 決定할 수 없는 점에 特히 留意할 必要가 있다. 그러나 韓半島와 베

트남의 경우는, 만일 休戦協定을 포기한 후, 両当事者 中의 一方이 願한다면, 이 国家縮小論을 적용할 수가 있을 것이다.

이와 같은 縮小国家論에 대하여, 国家核心論은 領土의 縮小現象을 権限의 縮小로 보지 않고, 不平等原則을 적용하여, 일방을 合法的인 秩序로, 他方을 非合法的인 秩序로 区分한다. 이 경우에 領土領域 그 自体에는 하등의 変化가 없고, 다만 그것을 代表하는 主体가, 각 政府가 実際的으로 占有하고 있는 空間으로 縮小된다. 縮小国家論이, 分断을 法的으로 認定하는 데 反하여, 国家核心論은 国家的 単一性을 各 部分国家의 構成要素안에서 유지하고 있다. 그렇기 때문에 W. 마아셜 폰 비벨슈타인은 「연방공화국은 国家가 아니라, 다만 그 政府의 実際的인 権限 밑에 있는 総括国家의 部分이다」[64] 라고 主張하고 있고, 憲法裁判所는 콩코르다(Concordat)에 관한 事件 판결에서 「비록 基本法에 의하여 創設된 機関이 라이히의 영토의 일부에 잠정적으로 有効하게 制限되어 있기는 하지만, 그렇다고 해서 독일연방공화국이 라이히와 同一하지 않는 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 Reighsgebits beschrankt ist,so ist doch die B.R.D identisch mit dem Deutschen Reich)[65] 라고 明白히 判示하고 있다.

또한, 기본법 第23条는 「독일의 기타지역에 관해서는 그들의 연방에의 加入 以後에, 本法이 적용될 것이다」라고 規定하고 있어 헌법 적용범위의 단순한 拡張에 의하여 독일 기타지역의 연방질서에의 加入이 予想되고 있다.

---

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

65) Entscheidungen des Bundesverfassungerichts,Bd.6,p.338.

요컨대 国家核心論의 核心을 하나의 部分国家 안에 있는, 두 개의 部分国家간의 不平等한 法的 地位에 있다. 独逸의 경우에는 단적으로 말해서 오로지 西独의 秩序만이 合法的이고 東独의 秩序는 非合法的이라는 것이다. 그렇기 때문에 独逸聯邦은 公式的으로는 東独을 「소련 점령지구」(Sowjetische Besatyungs Zone ; S.B.Z) 「소위 독일민주공화국」(die Sogennante D.D.R) 「중부 독일」(Mitteldeutschland)이라고 부르고 있으며, 非公式的으로는 「괴뢰정부」, 「괴뢰체제」, 「위성 정부」 「사실상의 정부」, 「외국 점령지구」, 「퀴스링 정부」등등으로 부르고 있는데, 이것은 마치 1954년과 1955년 사이에 프랑스가 북베트남을 공식적으로는 「적 사령부」, 「베트민 지도자들」, 「베트민 당국」, 「베트남 인민군 당국」이라고 불렀던 것과 유사하다.

이와 같이 西独政府가 認定하는 東独의 法的 地位는, 첨령, 사실상의 政府이며, 学説上으로는, 状況을 内乱의 경우와 유사하게 생각하여 事実上의 政府로 보고 있다.

따라서 国家核心説에 따르면, 国家의 核心은 合法性에 있는데, 그 根源은 総括国家의 잠재적인 헌법인 기본법과 연방 내에 形成된 法秩序이며, 독일의 再統一은 이와 같은 国家核心에 의한 非合法的인 権限이 実際的으로 미치지 못하고 있는 지역, 즉 東独의 흡수에 의해서 이루어진다는 것이다.

그래서 할슈타인原則은, 상대방의 부분질서를 政府 또는 国家로 承認한 第3国과는 어떠한 外交関係도 유지하지 않는다는 것을 골자로 하고 있으며, 韓国도 1965년 5월 12일 콩고 부라자빌과의 外交断絶에서, 1964년 12월 5일의 모리타니와의 外交断絶에 있어서, 이 原則을 적용했었는데, 이 할슈타인原則은 国家核心論의 무조건 적용에 불과하다.

그런데, 이 国家核心論을 그대로 적용한다면 다음과 같은 結果를 招来하게 될 것이다. 즉, 첫째로, 総括国家의 法的 生活을 管理하는, 즉 総括国家 안에 포함되어 있는 사람과 재산을 관리하는 権限이 오로지 合法的인 政府에게만 부여되게 될 것이다. 둘째로, 그가 체결한 모든 협약은 国家 全体(두 部分国家)를 拘束하게 될 것이다. 세째로, 国内에

있어서는 모든 国民(두 部分国家内의 전 국민)에게 이 政府의 法律이 적용될 것이며, 海外에 있어서는 모든 국민에게 그 管轄権이 行使될 것이다. 네째로 相対方 当局은 国際的 主体가 아니기 때문에 当然히 条約에 서명할 수 없게 될 것이다.

그러나, 実際的 面에 있어서는 이처럼 예측되는 엄격한 理論的인 結果는 많은 뉘앙스를 띠게 되는 基本法은 다만 연방의 領土上에만 適用된다고 主張하고 있다.

비벨슈타인이나 F.A.만 같은, 독일연방공화국의 法秩序와 総括国家, 즉 라이히와 독일연방공화국과의 同一性을 認定하는 사람들도 다음과 같이 이 同質性은 国家 全体를 統治하는 使命(Vocation)이며, 기관(Organization)으로서의 同一性이며, 外部的 表現으로서의 同一性이라고 뉘앙스를 붙이고 있다. 즉, 独逸民主共和国을 事実上의 政府(Government De facto)로 보고 있는 비벨슈타인은 "Die Identitatstheorie stellt sich also nicht eine Idtentitat zwischen B.R.D. und deutschem Reich vor,sondern nur eine Identitat der organschaftlichen. Stellung der ehemaligen Reichsregierung"[66] 라고 表現하고 있으며, F.A.만은 "The Federal Republic does not exercise control over,nor can it govern or legislate for the Soviet Zone……it is only in international affaire that the federal government has the sole right of Speaking for and representing Germany as a whole,both West and East……This prima facie includes the right to enter into treaties.But the Federal Gavernment 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 East.Nor appears,has the Federal Republic ever attempted

66) Murschall,op.cit..p.219.

to do "[67] 라고 主張하고 있다.

따라서, 여기서 언급해 둘 점은 国家核心論과 同一性論 (Identitatstheronie:doctrine dite de lidentite) 즉. 源泉国家 또는 総括国家와 両 部分国家 중의 하나가 同一하다는 主張은, 各己의 理論的 出発点이 다르고, 前者는 合法性에, 後者는 同一性에 力点을 두고 있다는 데에 차이는 있으나, 結局은 같은 結果를 가져오게 된다는 点이다.

요컨대, 国家核心論은 그 基本理論에 있어서는 두 部分国家 中 一方을 合法的인 法秩序. 総括国家와 同一性을 가진 存在, 즉 国家核心으로, 他方을 非合法的인 事実上의 体制로, 엄격하게 区分하고 있으나, 이 理論에서 豫測되는 結果에 대해서는 領土의 実効性 (effectivity)을 고려에 넣어 理論의 엄격성을 많이 완화하고 있다는 点을 留意해야 하겠다.

実際에 있어서도, 독일 연방공화국의 法院들은 연방과 동일하게 東独의 法律과 法的決定을 적용한 것을 原則으로 하고 있으며, 国際協約에 의하여 総括国家를 決定的으로 拘束하는 것을 거부하고 있다. 독일 연방공화국은, 可能性이 그에게 부여되어 있을 때에 限해서만, 総括国家의 権利를 行使하고 그것을 옹호할 수 있으며, 또한 後見人의 立場에서 総括国家의 義務를 수행할 것을 約束할 能力을 가질 수 있다.

聯邦共和国은 相対方에게 그 以上을 拒否하지 않고 있다. 独逸民主共和国은 그가 統治하는 共同社会에 必要한 行政에 관한 모든 法令을 내릴 수 있으며, 오로지 그가 統制하는 領土管轄과 住民에 直接的으로 関係되는 問題에 관해서는 国際協定을 맺을 수 있다고 聯邦共和国은 認定하고 있다.

1972년 12월 독일연방공화국과 독일 民主共和国 間에 基本条約이 締結되고, 1973年 9月에는 第28次 유엔総会에서 東西独의 同時加入이 満場一致로 可決되고, 今年 3月 14日에는 両独間에 상주 대표부 교환협정이 締結되었으므로, 이제는 한 国家 안의 두 개의 政府라는 본의 立場과, 한 民族間의 두 개의 国家라는 베를린의 立場과의 대립만이 남게

67) F.A.Mann,Germanys present legal status revisied,in The international and comparative law quarterly 1967.p.796.

되었는데. 이 対立의 根源과 여기까지의 発展은. 国家核心論과 縮小国家論의 対立的 발전과 그 適用에 있어서의 발전을 把握함이 없이는 充分히 理解하기가 容易치 않을 것이다. 또한 国家核心論에 관해서는 「독일의 이름으로 말하고. 国際関係에 있어서 独逸人民을 代表한다」는 점에 있어서 使命과 権利를 明白히 区分해야 한다. 結局 国家核心論은 国際的인 面에 있어서 総括国家의 代表権이. 다만 한 사람에 의해서만 実現될 수 있는 경우에 局限해서 즉. 総括国家의 単一性이 그가 現在 当하고 있는 분단 (division) 보다 우세할 때에만 意義가 있다고 하겠다.

3. 一般 解決 策

分断国家는 性質上 잠정적인 存在다. 이 잠정적인 現象은 하나의 部分国家 안에서 서로 맞대고 있는 두 개의 부분국가가 하나로 흡수되는 진화과정을 밟든지. 그렇지 않으면 그와 반대로 源泉国家 또는 総括国家로 부터의 分離를 가져오는 진화과정을 밟게 된다. 分断国家에 관한 理論은 이와 같이 豫想되는 伸縮現象을 고려해야 한다.

理論構成에 있어서는 総括国家와 두 개의 部分国家와의 3者間의 関係를 어떻게 規定하느냐가 根本的인 問題이다. 따라서 「統一新羅. 프러시아, 이탈리아 및 오스트리아 등 統一에 成功한 国家들의 実例를 分析, 검토」해 보더라도 分断国家의 解決에 도움이 되기는 힘들 것이고. 이러한 研究方法은 分断国家에 관한 根本的인 問題를 잘못 파악한 데서 나온 것이 아닌가 생각된다. L. 말티네르-아구로」도 「폴란드문제와 이탈리아의 統一問題는 分断国家 問題와는 하등의 類似性이 없다」[68] 고 단언하고 있다.

「総括国家」와 두 개의 部分国家間의 関係를 어떻게 規定하고 있느냐를 基準으로 하여 現在까지 発表된 理論들을 大別하면 다음 세 종류로 分類할 수 있을 것이다. 즉. 첫째 범주는 総括国家와 두 部分国家와의

68) L'Etat divise. op.cit., p.277.

関係를 全혀 無視하는 理論들이다. 이 경우에는 総括国家를 하나의 可能力 또는 잠재력 (Potentialité, Potentiality) 으로 보고, 状況이 再統一이란 手段을 通하여 이 可能力을 具現한다고 主張한다. 이 立場이 말하자면 状況説이다. 따라서, 그때 그때의 状況이 여기서는 중요한 요소가 되어 있기 때문에 総括国家와 部分国家 3者間에 있어서 中心課題로 되는 総括国家의 代表権도 原則이 없어 状況에 따라서 変動될 수 있게 된다. 그러므로 이와 같은 見地에서는 理論이 不必要하고 事実을 正当化하기 위한 論戦만이 要求된다.

둘째 범주는 総括国家와 두 부분국가들 3者間의 関係를 後 2者 중 択一하여 総括国家의 代表権을 認定함으로써 問題를 解決하는 方法이다. 이 種類의 理論으로서는 前述한 「同一性論」(Identitätstheonie, doctnine dite de l'identité) 과 「国家核心論」(Kennstaattheonie, théonie de l'Etat-noyau) 등이 있다. 그런데 国家의 同一性을 結局은 民族的 意識의 同一性에 依存시키고 있는 「同一性論」은 道徳的인 面에 치중하고 있고 国家核心論은 法的인 面에 土臺를 두고 政治的인 面에 치중하고 있다.

세째 범주는, 総括国家와 두 部分国家들 3者間의 関係를 후 양자를 同等하게 取扱함으로써 総括国家와의 関係를 해결지으려고 하고 있다. 이 부류에 속하는 学説로는 前述한 「縮小国家論」(Schrumptstaattheonie, théorie de l'Etat réduit) 「調整論」(théorie dite de coondination) 또는 「부분 동일성론」(théorie dite de l'identité partielle) 「지붕 이론」(Dachtheorie, théorie du toit) 또는 「内在的인 国家論」(théorie de l'Etat immanent) 등이 있다.

「縮小国家論」이 法律·政治的 面에 치중하고 있는데 反하여 「지붕 이론」, 또는 「内在的인 国家理論」은 두 부분국가의 복잡한 構造에 着眼한설이 아니라, 総括国家 그 自体의 性質에 치중하여 構成된 理論이며, 「調整理論」 또는 「部分 同一性論」은 再統一이란 単一要素를 架空的으로 구성해 놓고 두 部分国家에서 일어나는 진화는 自動的으로 또한 必然的으로, 이 가상적인 점, 즉 再統一로 指向한다는 純全한 탁상공론에 불과한 이론이다.

이와 같은 分断国家 一般理論이란 專門的 見地에서 볼 때는, 分断国家 解決方案, 特히 韓半島에 있어서의 再統一 解決策이 그동안 許多하게 各樣 各色으로 內外 人士들에 대하여 제창되었지마는 再檢討할 必要가 充分히 있다고 생각하지 않을 수 없다.

가. 田中直古 教授의 「朝鮮問題」解決方案과 그에 대한 評価

韓国 問題의 解決方案이라고 하기 보다는 오히려 한국문제의 전망이라고 하는 편이 적절하겠다. 田中直古는 「남북조선의 국제적 지위」라는 논설에서 다음과 같이 結論을 맺고 있다. 즉, "국가의 국제적 지위가 国際的 関係에 있어서 차지하는 그 国家의 政治的, 経済的, 軍事的 現状을 의미하는 것이라면, 이미 말한 結論으로서 南北 朝鮮의 国際的 地位는 東西冷戦의 産物인 「分裂国家」라고 할 수 있을 것이다. 즉, 하나의 民族이 분할되고 그 각각 相異한 社会体制를 가진 国家를 형성하여 서로 유일한 合法政府라고 호칭하여 東西 両 陣営의 最戦線 기지임을 특징으로 하고 있는 것이다. 따라서 이 南北 朝鮮의 国際的 地位에서 생각할 때, 朝鮮問題는 国際的 規模에 있어서 解決되어야 하며, 또한 東西冷戦의 완화에 의하여 비로소 그 解決의 실마리를 찾을 수 있을 것이다. 또 일국의 国際的 地位가 그 国家의 国際的 現状을 의미할 뿐만 아니라, 그 장래의 가능적 지위까지도 포함하는 것이라면, 그 가능성을 決定하는 것은 民族的 에너지라고 할 수 있을 것이다. 그것은 남북 조선에 있어서는 조선민족으로서의 통일에의 지향이며, 그 내셔널리즘이다. 이 조선민족의 에너지가 만일 冷戦의 테두리를 뚫고 高潮하여 民族的 自主性이 회복되는 움직임으로 변한다며는, 조선문제의 해결은 조선인 자신의 손에 의하여 달성하는 것이 기대되지 않는 바는 아니다. 요컨대, 「두 개의 조선」은 「두 개의 독일」, 「두 개의 베트남」과 같이 東西冷戦이 낳은 기형아이며, 그 解決은 東西 対立이 해소되어 民族的 自主性을 회복하지 안는 한, 예측할 수 없는 곤란에 차 있다. 朝鮮의 現状 유지가 東西(洋) 陣営의 基本路線으로 되어 있는 이상 現在의 南北 朝鮮의 国際的 地位는 상당히 길게 계속되는 것으로 생각된

다"[69]라고 표명하고 있다.

우선 同 教授는 韓半島에 형성된 두 개의 질서를, 하나의 「分断国家」로 보지 않고 「分裂国家」로 보고 있는데, 이 분열(dismemberment, dēmembrement)이란 概念은 종래 국제 公法에서 使用되는 用語로서 하나의 国家가 여러 나라로 나누어지는 現状을 말하며, 前에 있던 国家가 소멸되고 그 대신에 새로운 국가들이 成立하는 경우에 使用되는 말이다. 한반도의 경우에는 두 개의 법질서 이전에 있었던 事実은, 하나의 国家가 아닌 日本帝国의 植民地인 「朝鮮」이었고, 美·蘇 両国의 군사점령이었기 때문에 「分裂」의 母体인 하나의 国家가 없다. 따라서 「分裂国家」라는 用語의 使用은 韓半島의 경우에는 不当하다.

둘째로, 韓半島의 再統一의 근거를 「민족의 비원일 뿐만 아니라, 아시아의 平和의 源泉」[70]에다 두고 있는데 이와 같은 근거는 道徳的인 기준은 될지언정 法的 구속력을 가진 근거가 될 수는 없다.

세째로, 韓半島에 있어서의 再統一을 「東西 対立의 해소」와 「民族的 自主性의 회복」에서 오는 「가능성」으로 보고 있는데. 이 역시 단순한 道徳的 견지 또는 순수논리에 불과하며 法的 구속력이 전혀 없다.

네째로, 同 教授는 「朝鮮의 現状 推持가 東西 両 陣営의 기본 路線으로 되어 있다」고 지적하고 있는데, 그 法的 근거를 알 수 없으며, 유엔에서의 실제와도 상반된다.

요컨대, 이 주장은 전술한 상항론과 탁상공론인 조정론의 범주에 속할 뿐더러, 第二次 世界大戦後에 나타난 「分断国家」라는 새로운 現状을 종래 使用되어 왔던 「分裂」이란 国際法上의 概念으로서 해명하려는 方法 그 自体가 無理한 것이라 하겠다.

나. 小谷鶴次 教授의 分断国家 解決方案에 대한 批判

小谷鶴次 教授는 田中教授와 마찬가지로 分断国家에, 国際法上의 「分裂」

---

69) 田中直吉編, 『南北朝鮮の 国際的 地位(解説編)』東京. 日本国際問題研究所, 1964. pp. 45～46.

70) ibidem, p. 44.

이란 개념을 適用하여 「分裂国」이라고 부르고 있는데, 그의 分断国家에 대한 解決方案도 따라서 순전히 法的 견지에 국한되어 있다고 하겠다.

그는 분단국가의 법적 지위의 不安定性이 現在의 국가승인제도에 기인한 한다고 보고, 미·소의 対立에 의하여 国際法도 「多元的 構造」를 갖게 되었으므로 国家 승인제도의 運営을 조정한다면 분단국가의 법적 지위의 不安定性을 다소 완화할 수 있지 않느냐고 다음과 같이 제안하고 있다. 즉, "分裂国의 法的 地位가 不安定한 것으로 되어 있는 점에 관해서는, 분열국에 있어서의 새로운 事態에 대하여 행하여지는 승인이 創設的인 것으로서, 승인국의 자유에 일임되어 있는 데에서 오는 것이라고 말할 수 있을 것이다……美·蘇의 対立에 의해서 国際法도 다원적 구조를 나타내게 되어 각 진영이 自己와 同類에 속하는 분열 당사자와 法的関係를 유지하고 있다고 보고 적어도 어느 정도는 불안정성을 제거하는 관찰을 할 수도 있을 것이다. 그러나 한발 더 나아가서 美·蘇 両陣営의 여러 나라가 분열국의 대립 당사자 쌍방을 国家로서 승인할 수는 없을까.……대립 당사자는 서로 国家로서 승인될 要件을 구비하고 있으며, 雙方과 정식으로 法的関係를 계속 維持하고 있는 国家가 없는 바도 아니고, 또 共産主義陣営의 分裂当事者를 承認하고 있으면서도 国際融合에 있어서는 自由主義陣営의 当事者와도 関係를 維持하고 있는 例도 있다. 直接 対立当事者 雙方을 承認하는 것이 그 当事者의 意思에 反한다는 点만이 障害가 되는 것이 아닐까. 確実히 被承認者의 意図에 反対되는 承認을 行할 수 없음은 앞에서 말한 바와 같다. 그러나 対立 当事者에 관하여 그가 現在 支配하고 있는 領域을 기초로 하여 将来 支配力을 미칠 수 있게 될 地域까지 포함시킨 国家로서 承認한다는 것은 그 当事者의 意思에 반드시 反対되는 것이라고는 생각되지 않으며, 두 当事者에 대한 이와 같은 承認은 充分히 両立 可能한 것이 아닐까. 一般的으로 国家가 割譲등에 의하여 그 領域을 拡大하는 경우에 再次 承認을 必要로 하지 않고 오히려 領域의 拡大를 예정한 承認이라고도 생각할 수 있는 것과 別로 差異가 없는 것이 아닐까. 다만 対立 当事者 相互間의 関係가 이로 인하여 곧 正常的인 2国関係로 된다는 것은 아

니지만, 第3国이 行하는 2国 竝存 承認에 의하여 当事者間의 関係로 調停할 수 있게 될 것이 아닐까……." [71] 라고.

우선 말할 수 있는 것은 同 教授의 立場은 「分断国家」라는 用語의 存在를 認定하면서도 分断国家 現状을 「分裂」에 의하여 새로 생긴 두 개의 完全한 国家로 보고 있으나, 分断国家現象을 그렇게만 処理할 수가 없어 「分離」 또는 한 国家 안에서의 두 政府의 対立이란 面도 있다고 豫定하고 있다. 즉, 同 教授는 "만일 宣言的 効果説이 支配한다면 分裂国에게는 明確히 2개국으로서의 地位가 認定될 것이다." [72] 라고 主張하고 있다. 또한 同 教授는 "対立 当事者는 둘 다 国家로서 承認될 수 있는 要件을 구비하고 있다." [73] "However, the divided States may be analyzed as the case of dismenberment, secession or simple conflict of two governments in one state, which give rise to different interpretation of several phases of such states" [74] 라고도 表明하고 있다. 따라서, 이와 같은 方法은 分断国家의 核心問題인 再統一, 즉 総括国家와 두 개의 部分国家들간의 関係에 対한 充分한 分析을 行하지 안은 데에서 온 것이 아닌가 생각된다.

둘째로, 설사 한 分断国家 안에 있는 두 部分国家들을, 東西 両 陣営 国家들 모두가 각각 承認한다고 하더라도 総括国家의 代表権 問題는 未解決로 남게 된다. 바로 여기에 分断国家 問題의 초점이 있는데, 同 教授는 이 点을 研究対象에서 除外하고 있는 것이 아닐가 생각된다.

세째로, 分断国家의 法的 地位의 不安定性을 第3国이 行하는 2国 竝存 承認에 관하여 다소간 덜 不安定한 것으로 만들 수 있음은 認定하나, 두 部分国家를 각각 「分裂国」으로 取扱하고, 이에 대하여 世界 全国家들이 両国 竝存 承認을 하게 된다면 自動的으로 分裂国家의 소멸을

---

71) 小谷鶴次, op.cit., pp.32～34.
72) ibidem, p.32.
73) ibidem, p.33.
74) ibidem, p.152.

招来하게 될 것이다. 그 理由는 이와 같은 경우에는 総括国家는 이미 「分裂国」이 成立될 때 소멸되어 버렸기 때문이다.

以上 田中 教授의 韓半島에 있어서의 再統一 解決에 관한 見解와 小谷 教授의 分断国家에 관한 解決方案을 검토해 왔는데, 양 교수의 見解에 있어서 共通된 点은 「分断国家」 그 自体에 대한 定義가 없고 「分断国家」를, 「分裂国」으로 잘못 認識하고 있는 것 같이 생각되며, 解決方案은 前述한 状況論에 속하고 있다고 하겠다. 그런데 이와 같은 見解는 日本政府가 取하고 있는 立場인 듯도 하므로 慎重한 考慮를 할 必要가 있다고 생각된다.

한 例를 들면, 日本 内閣 官房 内閣調査室에서 발행하는 「調査月報」 1965年 7月호에 T.O라는 이름으로 「조선의 南北統一問題」라고 表題의 論説이 실려 있었는데, 그 結論에서 「이 나라의 統一問題는 韓国 및 北朝鮮 自体의 問題인 同時에 美·蘇, 美·中등 複雑한 国際社会와 関聯된 問題이기도 하다. 朝鮮民族이 統一을 바라는 나머지 南北 어느 쪽인가가 強圧的인 手段을 取하게 되는 일이 생기게 되면, 그것은 그대로 東西間의 戦争으로 発展할 公算이 크다. 따라서 韓国도 北朝鮮도 長期的인 競争的 竝存을 覚悟하고 雙方 다같이 経済力의 向上에 힘써서 民族의 安定을 期하는 同時에 政局의 安定에 充分한 配慮를 할 必要가 있을 것이다」[75]라고 主張하고 있다.

다. L. 말머네즈-아구로의 解決提案과 그에 대한 批判

그는 처음으로 分断国家 概念의 定義를 정립하려고 試図하였다는 점에서, 学界에 貢献이 있는 1964年에 発表된 그의 論説「分断国家」에서, 分断国家에 관한 一般的인 解決方法을 다음과 같이 提案하고 있다.

즉, "分断国家 状態를 終結시키는 可能性에는 再統一(reunification)과 分離(Secession)의 두 가지가 있다. 첫번째, 再統一은 両 当事者

---

75) T.O.『朝鮮の 南北統一問題』, 調査月報, 東京, 第115号 (第10巻 第7号), 1965年 7月 p.4.

들을 対立시키고 있는 敵対意識때문에 어렵게 되어 있다. 그러나 両当事者 중에 하나에 의한 全体의 흡수(absorption)를 생각할 수 있다. 即, 再統一은 힘에 의한 解決에 기인한 것인데, 이 解決은 両陣営중의 하나의 消滅과 破壊를 가정한다. 딴 해결 方法은 分明히 自由選挙 結果로 생기게 되는데 現在까지는 이것이 不可能함을 보여주고 있다. 再統一은 오스트리아의 実例가 보여주는 方式을 즉, 라오스問題의 解決에도 적용되었던 中立化(neutralisation)를 利用함으로써 実現될 수 있던가 또는 有利하게 할 수 있을 것이다. 그와 같은 方式은 틀림없이 韓半島에 있어서도 実現 可能性이 있을 것이나, 독일이나 中国에 있어서는 実現될 수가 없을 것 같다. 베트남의 경우에는 南베트남 指導者들의 賛同에 부딪치고 있는 中立化 政策에 反対하는 美国政策과는 정반대로 現在의 프랑스의 政策은 中立的 地位를 기반으로 한 再統一에 오히려 有利하다고 할 것이다. 어떠한 仮定에 있어서도 再統一政策은 적어도 당장에는 実現이 허려울 것 같이 보이지만, 오로지 国際的인 緊張緩和를 위한 一般的인 風土 안에서만 생각할 수 있는 강대국들의 事前 同意를 包含한다는 것은 確実하다. 分離에 의하여 現在하는 分断을 認定하는 것은 둘째 번 解決方法이다. 베트남에 있어서와 마찬가지로 韓半島에 있어서도 自決原則을 無視하고 分離가 강요될 것이다. 中国에 있어서는 臺湾에 새로운 国家가 創設될 수 있으나, 그러기 위해서는 毛沢東과 蔣介石으로 하여금 그와 같은 解決을 받아들이도록 説得해야 할 것이다. 独逸에 있어서는 分離는 人民共和国에 의하여 追求되고 있는 解決方式인 듯하나, 이 方法이 부딪치는 여러 가지 困難들은 無視할 수가 없다. 或은 再統一에 의하여 또는 分離에 의하여 分断国家의 消滅이 実現되기 위해서는 모든 仮説에 있어서 現在의 国際的 환경의 変化가 必要하다. 東邦陣営에 依存되는 分断国家, 두 부분 내부에의 마르크스主義 이데올로기의 完全한 浸透는 그와 같은 이데올로기의 유대가 民族的 共同社会의 유대보다 우세한 경우에만, 또한 現在의 양극적 분단이 계속 維持되는 경우에만 分離를 可能하게 할 것이다. 그렇게 되면 相対方 陣営에 속하는 나라들은 기정사실 앞에 굴복하지 않을 수 없게

될 것이다. 두 부분의 承認을 지향하는 第3世界에 속하는 国家들의 政策은 이와 같은 解決을 有利하게 할 것이다. 만 편으로 両陣営間의 一般的인 合意는 統合을 許容할 것이다."[76]라고 主張하고 있다.

이와 같은 제안에 대한 筆者의 評価는 다음과 같다. 즉, 첫째로 모치럼 從前에 애매하게 使用되어 왔던 「分断国家」概念에 관한 定義를 정립하려고 試図하고 또한 分断国家의 本質을 法-政治的으로 解明하려고 試図한 말띠네즈-아구로는 그 定義와 各論과는 次元을 달리하여 解決方案을 提案하고 있다. 즉, 解決政策面에 들어가서는 갑자기 状況論으로 変化되고 있다고 말할 수 있겠다.

둘째로, 総括国家와 두 개의 部分国家 3者間의 関係가 뚜렷하게 나타나 있지 않다; 그렇기 때문에 用語도 「当事者」 또는 「部分」, 「陣営」이라고 되어 있고 「再統一」과 統合과의 区分도 애매하고 혼잡하며, 再統一의 根拠도 法的 面에 두는 것이 아니라 「自決 原則」에 두고 있다;

세째로, 분단국가의 進化方向을, 그는 하나는 「再統一」로, 만 하나는 그와 相反되는 「分裂」이 아닌 「分離」로 보고 있는데, 그렇다면 이 「分離」는 무엇으로부터의 「分離」인가 分明치가 못한데, 여기서 바로 그는 無意識的으로나마 総括国家의 存在를 전제로 하여 착안한 것이 아닐까.

요컨대, 前述한 그의 分断国家 概念의 定義가 보여주는 것처럼, 그의 分断国家에 관한 理論 그 自体도 엉성해서 結局은 그 解決方案 역시 전고치 못한 状況論에 빠지게 된 것이 아닐까 추측된다.

라. G : 까미의 解決方案과 그에 대한 評価

그는 1969年에 통과된 前述한 그의 学位論文인 「分断国家의 法的 地位」의 結論에서 一般的인 解決方案을 提示하고 있다.

이 結論은 分断国家 一般理論을 研究해 나가는 데 있어서 참고할 만

---

76) L'Etat divisé, op.cit., pp.283 ~ 284.

한 価値가 있다고 생각하므로 좀 길기는 하나 解決方案에 関聯된 部分뿐만 아니라 前文까지 다음에 引用하기로 하겠다.

즉,"分断国家는 性質上 或은 同一한 国際的 単位안에 담겨져 있는 部分秩序들의 解消(resorbtion)로 或은 源泉国家의 分裂(demembrement)로 変化하는 잠정적인 현상이다. 分断国家 理論을 総括国家와 部分国家들간의 이와같은 伸縮関係를 考慮해야 한다. 分断国家理論은 分断国家의 永続에 장애가 되는 이 部分的인 組織들의 잠정적인 성격과 이 源泉国家의 非実際性(ineffectivité)에 장애가 되는 部分的인 組織들의 安定된 性格과를 調整하여야 한다. 이 引力의 接配에 있어서, 或은 国際共同社会에 있어서도, 或은 前述한 理論의 단 하나만의 要素를 각각 保存하고 있는 部分的인 秩序들에 의해서도, 어떠한 곳에서도 認定되지 안는 하나의 地位(statut)를 仮定하는 약간의 主張이 있을 수 있는데, 혹자는 総括国家의 持続을 認定하는 데에 基準을 두고 있고(同一性 理論), 혹자는 이 部分的인 共同体들이 가진 唯一한 国家的인 性格을 보존하는 데에 基準을 두고(相続論) 있다. 그러나 法的으로 상상할 수 있는 同一한 領土 領域 안에 있는 国家的이며 自治的인 世界의 法的 秩序의 存在를 認定하는 理論이 가장 現実과 잘 부합되는 것 같다. 이 理論은 당장에는 分断国家를 共有하고 있는 人間共同体를 옹호하는 二重 利益이 있다. 즉, 하나는 그들의 基本的인 要求와 부합되는 地位를 그들에게 마음대로 利用할 수 있게 하며, 또 하나는 유일한 政策樹立者에 속하는 앞날의 解決을 速断하는 것을 경계하는 것이다. 유일한 政策樹立者라 함은 이 本体들의 決定的인 地位는 다만 平和条約에 의해서만 確定되기 때문이다. 法律家는 可能한 解決들을 提示하는 것 만으로 만족하여야 하며, 解決을 기다리는 동안 이 本体들의 法的 存在를 保障하여야 한다.

将次 어떻게 平和条約에 이르는가가 問題다. 平和条約의 締結은 討議에 있어서의 그들의 평등을 보장하기 위하여 대적자들(antagonistes) 사이의 상호 승인에 의해서만 可能한 것 같은데, 그것은 통일성 이론의 포기를 전제로 한다. 독일의 경우는 문제의 해결에 있어서 聯合国들이 간섭권을 마음대로 行使한다는 한도내에서 平和協定이, 혹은 事前에 統一된

政府에 의하여, 또는 事後에 再統一의 方式에 관하여 同意하는 部分国家들의 두 政府들에 의하여, 署名될 것인가가 問題다. 보류된 仮定이 어떻든간에 유일한 未決定 要素는 라이히의 持続이냐 라는 것이고, 結局은 두 개의 同等한 法的秩序의 存在를 認定할 수밖에 달리 道理가 없다. 그러나 보류된 解法方案이 어떻든간에 未解決 中인 라이히의 権利와 義務에 관한 移転方式이 必然的으로 論議되어야 할 것이다. 理論的으로는 非実在的인 国家(内在的인 国家)는 그의 行動能力의 보존에 의하여 存続할 수 있다든가, 한(부분) 국가에 대하여 생존권을 거부한다 생각할 수 있으나, 分断国家의 地位에 관한 定義는 国際的 人格의 要素인 実在性(effectivité)概念을 中心으로 하여 내려지게 된다. 우리들의 立場에서는 우리들은 主体性(subjectivité)과 国際的 承認의 性質에 관한 가장 넓은 意味의 主張들을 채택하여야 한다고 믿는다. 그리하여 우리는 한 分断国家 테두리 안에서, 두 国家에 대한 承認은 그 分断国家의 存在에 대하여 疑心을 품게 하는 것은 아니다 라고 단정하는 데에 이르게 되었다"[77] 라고.

이 결론은 주로 独逸問題를 모델로 해서 내려져 있으며, 事実 까베博士의 전기 論文에 있어서 韓半島와 베트남이 차지하는 비중은 相対的으로 弱하다 하겠다. 그러나 独逸의 경우와 비교할 때, 韓半島와 베트남의 경우에는 악화된 緊張状態가 分断国家 進化過程에 如何히 作用하느냐가 考慮되어야 하며, 그 대신 相続問題의 비중은 弱하다고 할 것인데, 이와 같은 점에 대한 고려가 결여되어 있지 않나 생각된다.

結　　語

武力에 의한 分断国家의 解決이 要求되고 있는 限, 理論은 不必要하다. 거기에는 다만 戦略과 論戦만이 必要하고, 오로지 事実과 行動을 正当化하기 위한 主張들만이 絶対 支配的이고, 合理的인 理論의 参与가 거부되

77) Caty, op.cit., 239 ~ 240.

고, 묵살되고, 배척되기 때문이다.

「分断国家는 理論的인 研究対象이 될 価値가 없다」느니, 「分断国家 問題에는 理論이 없다」느니 하는 사람들이 많지마는, 分断国家의 本体를, 構造的, 機能的, 特徴을 포착하여 体系化하려면 法-政治的 方法을 채택하지 않을 수 없고, 그러자며는, 結局 総括国家와 두 개의 部分国家 3자간의 関係究明에서 出発하지 않을 수 없다.

韓半島에 있어서의 악화된 緊張状態는, 너무나도 오래 持続되고 緊固하다. 休戦協定이 休紙化되고 元状復帰를 招来하여, 分断의 全的인 폐지를 가져오던지, 分단강화로 指向하여 総括国家의 消滅을 가져오던지 할 것 같이 理論的으로는 생각할 수 있으나, 6.25의 경험으로 비추어 보아, 全 韓半島의 完全한 軍事的 占領이 不可能한 限, 武力에 의한 이 地域에 있어서의 総括国家의 소멸은 不可能하다고 하겠으며, 여기에 바로 南北対話의 必要性이 있다고 하겠다.

그러기 때문에 베트남, 独逸의 경우와 마찬가지로 平和条約만이 韓半島에 있어서의 総括国家의 仮定을 排除할 수 있다. 이 경우에 다음 두 가지 경우를 추측할 수 있는데, 하나는 緊張状態가 改善된다면 平和条約 締結後 또는 締結前에 再統一 또는 分裂方向으로 갈 수 있을 것이며, 만 하나는 緊張状態의 고질화는 直接 利害関係国들의 간섭을 誘発하여 中立化된 再統一로 가든지, 또는 分裂 혹은 分離로 가든지 할 수 있을 것이다.

그러나 現在와 같이 악화된 緊張状態에서는, 設使 平和条約이 南北間에 締結된다 할지라도, 武力에 의한 解決의 可能性이 如前히 潜在하고 있는 以上 平和条約은 無意味하며, 総括国家의 消滅은 武力対決을 일층 격화시킬 우려가 있다고 할 것이다.

한편으로 独逸에 있어서는, 再統一에 의해서만, 内在的인 国家의 実際的인 活動이 回復될 수 있지만, 韓半島와 베트남의 경우에는 한 部分国家의 「分離」에 의하여 그것이 可能할 수 있을 것이다.

요컨대 韓半島에 있어서는, 如何한 경우가 있더라도, 休戦協定에 依存해야 하고, 休戦協定을 利用하여, 分断国家의 進化過程을 밟아 나가야 한다. 実

質的인 緊張緩和, 즉 武力対決의 緩和와 南北間의 人的 및 物的 往来가 있을 때까지는, 平和協定에 관한 論議는 하등의 意味를 갖지 못할 것이라고 판단된다.[78]

(1974.4.10. 貞陵寓居에서)

---

78) 印支赤化以後의 베트남事態에 関해서는 筆者의 分断国家로서의 韓半島의 将来(1)~(7), 기러기 1975年 9月号~1976年 3月号 参照.