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.

正統性理論

大韓民國의 正統性에 관한 法的根據

研究執筆責任 金 東 熙

(略歷) 서울大學校 法科大學卒業 (1957)
佛國"파리"大學 大學院卒業 (法學博士1971)
서울大學校 法科大學 教授

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

目　　次

第一章　総　語 3

第二章　旧韓国의　存続問題 11

　第一節　史的事実 12

　第二節　韓・日合併条約의　法的問題 17

　第三節　韓・日合併条約의　有効性　問題 18

　第四節　合併条約의　無効確認 20

第三章　大韓民国의　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의　正統性의　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 総 論

分断国問題는 国際社会에서는 비교적 최근에 나타난 현상인 바, 그것은 周知하는 바와같이 同問題는 基本的으로 二次大戦後의 美·蘇를 両大頂点으로 하여 形成된 冷戦体制의 産物이기 때문이다.

従来 一般的으로 分断国으로서는 韓国, 独逸, 越南 및 中国[2]을 드는 것이 보통이었다. 그러나 적어도 法的観点에서는 中国을 分断国의 範疇에 包含시키는 데에는 問題가 있지 아니한가 한다.[3] 따라서 分断国으로서는 韓国, 独逸, 越南이 남게 되나, 越南의 경우는 今年에 그것이 自由陣営으로서는 바람직하지 않은 方向이었기는 하나 分断問題는 実質的으로 解消되었거나 아니면 적어도 不遠間 解消될 것으로 보아야 할 것이다. 따라서 결국 현재 典型的인 分断国으로서는 다만 韓国과 独逸만이 남게 되는 것이다.

그런데 韓国과 独逸은 分断原因과 両国의 民族이 이러한 分断状態를 決定的인 것으로 認定하지 아니하고 항시 祖国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日字의 記者会見에서의

「셀」外相의 発言은 일단 引用할 만하다. 그는 同会見에서 韓国과 独逸問題에 관하여 言及하면서 両国에 있어 「서로 共通되는 것은 두나라가 다같이 民族의 自決権을 認定하고 두나라가 다같이 民族의 統一을 지킨다는 것이며 이같은 目的이 韓国에서와 마찬가지로 또한 独逸에 있어서도 추구되고 있다는 事実이다」[4]

前記한 바와같이 分断国으로서 韓国과 独逸은 基本的共通性을 共有하고 있으나 他面에 両国間에는 多数의 実質的인 相異点이 介在하고 있음도 또한 否認할 수 없다. 우선 分断 以前에 있어서의 歴史的背景에 있어서 韓国은 서기 7세기에 新羅에 의한 統一国家의 形成 以来 単一民族에 의한 統一国家로 계속되어 온 데 비해서 独逸은 1870年에 비로서 統一国家를 形成하였다는 事実이다.

또한 独逸의 경우는 1870年의 単一国家의 形成이 同年의 普仏戦争 및 以後의 世界 第一·二次大戦을 誘発하는 하나의 契機가 되었다고 볼 수 있는 바, 그것은 換言하면 独逸統一은 欧羅巴내지는 国際平和에 대한 不安定的 要因이 되었다는 것이다. 反面에 韓半島에 있어서는 그 分断이 6·25事変을 惹起하여 国際平和에 대한 不安의 要因을 造成하였다는 것이다. 끝으로 現時点에 있어 両国의 統一에 관련된 周辺国家 및 其他 主要強大国의 利害関係에

서 볼 때에 韓国의 경우에 있어서는 이들 国家의 利害関係는 中立的性格을 띄었다고 볼 수 있는데 반해서 独逸의 경우는 過去의 歷史的經驗으로 어느 国家도 独逸이 統一되어 다시 強大国으로 登場하는 것을 환영하지는 않을 것이라는 事実이다.

이 중에서 特히 周辺国家 및 其他 強大国의 独逸統一에 대한 否定的인 立場이 西独의 対東欧 및 対東独政策에 있어서의 従来 Hallstein Doktrin으로 表現되는 法的 原則論的 接近方法을 止揚하여 現実的 実質的 接近方法인 東方政策 (Ostpolitik) 을 採択하게 한 主因이었다고 해도 過言은 아닐 것이다. 特히 対東独関係에 있어서는 従来의 唯一合法政府主張을 堅持한다는 것은 主要強大国의 統独問題에 대한 否定的인 態度와 関聯시켜 볼 때 그것은 그 基本目的과는 달리 오히려 統独의 可能性을 보다 적게 한 可能性이 컸던 때문이다.[5]

以上에서 分断国으로서의 韓国과 独逸의 分断의 背景을 이루는 与件을 検討하여 보았거니와 이제 끝으로 韓独両国이 현재 処하여 있는 分断現状을 考察함으로써 本稿의 研究目的을 劃定하고 序論에 代身하고자 한다.

独逸의 경우 東西独関係는 「브란트」에 의하여 代表되는 所謂

「東方政策(Ostpotrik)」의 抬頭 以前까지는 制限的인 經済交流를 除外한다면 同関係는 対立 乃至는 敵対関係이었다고 할 것이다.

그러나 1966年 「키징거·브란트」大聯政이 形成되면서 우선 対東欧圈에 대한 活潑한 接触이 展開되기 始作하였는 바, 이러한 西独政府의 政策変化는 다음의 두가지 基本的問題에 대한 西独国民의 伝統的思考方式의 変化에 基礎한 것이었다. 그것은 우선 東独의 괄목할만한 經済成長으로 인하여 従来 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 것이다.

다음은 独逸国民의 大多数가 西方陣営에 의한 統独努力이 実際, 実効性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 具体的結果가 「루마니아」와의 国交樹立(1967.1.27), 「유고」와의 国交再開(1968.8.3) 및 「체코」와의 通商協定締結이라 할 것이다. 이러한 西独政府의 活潑한 対東欧接触이 同時에 東独과의 関係를 改善하는 要因이 된 것은 아니었다. 오히려 東方政策의 初期에는 前述한 西独의 対東欧圈 接近의 結果로 東独은 所謂 「울브리히트」政策을 公表하였는바, 同原則은 東独과 国交関係

에 있는 第三国에 의한 西独과의 모든 接近行為는 東独으로서는 非友好的行為로 看做한다는 것을 内容으로 하는 것이었다.

両独間의 緊張이 緩和되고 그 関係가 改善되기 始作한 것은 「브란트」政権(1969.10)의 樹立 以後라고 할 것이다. 即, 以前에 있어서는 西独政府에 의한 対東欧圏接近에 있어 原則的으로 東独은 除外되어 있었으나 「브란트」時代에 이르러서는 東独과도 直接的이며 上位水準의 政治的接触이 開始되었다는 것이다. 「브란트」는 그의 首相 就任演説에서 東西独間의 関係에 관한 그의 基本政策을 다음과 같이 闡明하였다.

① 独逸内에 二個国家의 存在는 認定하나 이는 東独에 대한 国際法上의 承認이 아니라 国法上의 承認이다.

② 両独은 相互 外国이 아니라 特殊関係이며 他国과의 条約과 同一한 効力을 가지는 武力行使抛棄条約을 締結할 용의가 있다. 6)

이렇게 「브란트」首相이 公式的으로 独逸内 二個国家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 公式的으로 廃棄되게 되었다. 이에 관하여 「셸」外相은 「次後로는 어떠한 国家에 의한 東独의 承認도 西独에 대

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

以後 東西独間의 関係는 비교적 급속한 進展을 보여 1970年 両次의 「에어푸르트」·「카셀」 東西独首相会談(3·19 및 5·21)이 행하여 졌으며 그 후 両独関係 樹立에 있어 必須的 予備段階로 볼 수 있는 独(西独)·蘇条約(1970.8.12)과 独(西独)·波条約(1970.12.7)의 締結過程을 거쳐서 1972年 12月에는 両独間에 東西独基本条約이 正式調印되었으며 1973年 9月에는 第28次 UN総会에서 東西独의 UN同時加入이 満場一致로 可決되었다. 또한 今年 3月에는 基本条約 第8条에서 規定하고 있는 「常駐代表部」 交換協定이 締結되어 東西独에 各已 「常駐代表部」가 設置되게 되었다. 이로써 両独間의 関係에 있어 従来의 緊張, 対立関係를 止揚하고 協調体制로 向한 一連의 作業이 一但 成功的으로 結実을 맺었다고 할 수 있다. 그러나 이러한 東西独接近類型이 반드시 肯定的인 것은아니다. 가장 問題点은 独逸国 二個国家 存在의 公式認定과 그에 의거한 東西独의 UN同時加入 및 両独間의 基本条約의 締結이 궁극적으로는 두개의 完全한 独立国家를 惹起할 危険性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 関係가 없는 独逸問題를 概観한 것은 本題의 意義를 劃定하기 위한 것이다. 確実히 東西独接触事例는 韓国과 一応 共通的性格을 가지고 있는 分断国으로서 分断의 解消는 아니라도 적어도 그 苦痛을 緩和시킨 하나의 成功的 前例로서 韓国에 있어서의 南北韓関係에 관한 接近方法에 있어 하나의 有力한 指針을 提示하여 주고 있음은 事実이라 할 것이다. 然이나 前述한 바와같이 韓国과 独逸은 그 分断背景에 있어 看過할 수 없는 많은 相異点을 内包하고 있으며 또한 両独接近類型은 궁극적으로 国際法上의 完全한 두개의 国家의 形成이라는 否定的인 현상을 惹起할 우려가 크다는 点에서 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 임하는 北韓側의 誠実한 態度가 欠如되어 있는 限 그것은 大韓民国의 一方的인 譲歩로 끝날 危険性도 또한 높은 것인 바, 1970年 8月15日 大統領宣言 以後의 南北赤十字会談과 1972年 7・4共同声明 以後의 南北調節委員会에 있어서의 北韓側의 不誠実한 態度와 그 以後 6・23平和宣言 및 7・18特別宣言에도 不拘하고 北韓当局에 의한 数次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 南北対話에 임하는 그들의 態度가 어떠한 것인가를 너무 잘 実証하는 것이라 하겠다.

本質的으로 口述한 두가지 理由에서 자칫하면 소홀히 取扱할 수도 있는 大韓民国의 正統性에 관한 法的根拠를 定立하여 韓半島에서의 唯一合法政府로서의 우리의 法的地位를 明白히 하여 두는 것은 매우 緊要한 일이라 하겠다.

以上에 考察한 것으로 序論에 代身하고 다음 本語에서는 먼저 旧韓国의 存続問題를 検討하고 다음에 厳格한 意味의 法的観点에서의 大韓民国의 正統性에 관한 問題를 考察한 다음 끝으로 1970年 以後의 南北韓関係에 있어서의 一連의 声明과 関聯된 北韓의 法的地位를 検討함으로써 本稿를 모두 끝내고자 한다.

第二章 旧韓国의 存続問題

大韓民国의 正統性이란 問題를 検討하기 為해서는 必히 그 豫備的 段階로 旧韓国의 存続如否에 대한 問題에 관한 検討가 先行되어야 한다. 그것은 旧韓国이 1910年의 韓日合併条約의 結果로 法上 消滅되었다고 想定하는 경우에는 大韓民国의 正統性問題는 論議될 여지가 없기 때문이다.

即, 그 경우에 있어서는 1945年 以来 韓半島国에 하나 또는 두개의 新生独立国이 樹立되었는가만이 問題되는 것이기 때문이다.

이 問題에 관하여 먼저 結論부터 적는다면 旧韓国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 史的事実을 본 後에 그에 관한 法的인 分析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 露西亜로 부터 韓国에 대한 排他的支配權에 대한 諒解를 얻어서 韓国의 궁극적 併合野慾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 乙巳保護条約을 締結하게 된다. 그런데 旧条約의 主要內容은 다음과 같다.

第一条 日本政府는 在東京外務省을 經由하여 今後에 韓国이 外国에 대하는 関係 及 事務를 監理, 指揮할 것이요, 日本国의 外交代表者 及 領事는 外国에 있어서의 韓国의 臣民 及 利益을 保護할 것임.

第二条 日本政府는 韓国과 他国間에 現存하는 条約의 履行을 完遂하는 任務에 当하고 韓国政府는 今後에 日本政府의 仲介에 經由를 않고서 国際的 性質을 가진 何等의 条約이나 또는 約束을 하지 않기를 相約함.

第三条 日本政府는 其 代表者로 하여금 韓国皇帝陛下의 闕下에 一名의 統監을 置하되 統監은 全혀 外交에 관한 事項을 管,

理하기 為하여 京城에 駐在하고 親히 韓国皇帝陛下에게 内謁하는 権利를 有함。」

그런데 이러한 乙巳条約이 締結된 当時의 状況은 다음과 같다。

乙巳保護条約의 締結을 目的으로 同条約案을 가지고 来韓한 伊藤大使는 日本서 派遣된 増援軍으로 宮内外를 警戒하게 하고 11月 11日에 高宗皇帝를 만나 먼저 日本天皇의 親書를 전하고 同15日에는 다시 高宗에게 미리 準備된 条約案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 「此条約을 認許하면 即, 亡国과 一般이니 朕은 寧宗社에 殉할지언정 결코 認許치 못하리라」고 하며 拒絶하였다。[10] 高宗의 同意에 失敗한 伊藤은 翌日 参政大臣 以下 8名의 大臣을 그의 宿所인 孫択호텔로 招請하여 条約에 同意하도록 威脅하였으나 다시 失敗하자 同夜에 다시 御前会議를 開催하였으나 外交権의 委任은 独立国의 体面에 関係된다 하여 역시 아무런 決定도 보지 못하였다。 그러나 伊藤과 林公使는 条約締結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 保護条約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

御前会議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 会議를 열게하여 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 条約에 調印하도록 하였다. 이와같이 条約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 恐怖雰囲気를 造成하고 数十名의 憲兵을 閣内로까지 데리고 와 日本憲兵監視下에 撤夜会議를 強行하고 決死反対하던 韓圭卨參政大臣을 監禁까지 하였던 것이다.[12]

그러나 이러한 乙巳保護条約은 韓国内閣의 最高責任者인 韓圭卨參政을 비롯하여 3人의 大臣이 反対하였을 뿐만 아니라 高宗皇帝 自身도 그無効를 宣言하였는 바 1907年의 「헤그」萬国平和会議에는 李儁, 李偉鍾 및 李相卨 3人의 密使를 派遣하여 同条約의 無効를 主張하게 하였던 것이다. 이들은 日本의 妨害와 列強의 無関心으로 会議에 正式으로 參席하지는 못하고 李偉鍾이 萬国記者協会에서 「韓国을 為한 呼訴라는 題目으로 日本의 侵略相을 暴露 규탄하여 많은 注目을 끌었으나 外交的支持는 얻지 못하였다.

日本은 同事件을 契機로 高宗을 退位시키고 「内政에 관한 全権을 掌握」하는 条約을 締結하기로 決定하였다. 長谷川司令官은 宮城内外에

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

그러나 그 背景的事実로 보아 이러한 高宗의 譲位는 伊藤, 長谷川, 林등과 李完用一派가 共同으로 恣行한 一種의 Coupd'etat라고 할 것이다.[13]

高宗을 強制로 退位시킨 伊藤은 韓国의 内政権剝奪을 内容으로 하는 新条約案을 李完用에게 伝達하자, 李는 2次에 걸쳐 純宗을 謁見하여 同条約에의 同意를 強奏하고 7月25日에는 李完用과 伊藤間에 新条約이 調印되었다. 이러한 韓日新条約(或은 七条約)의 결과 韓国은 日本에게 内政에 관한 거의 모든 権限을 넘겨 주었는 바, 그 主要内容을 보면 「韓国政府는 施政政策에 관하여 統監의 指揮를 受할 事(第1条)」, 「法会制定 및 主要한 行政上의 処分은 豫히 統監의 承認을 經할 事(第2条)」, 「高等官吏의 任免은 統監의 同意로써 此를 行할 事(第4条)」등이다.

이로써 韓国은 1905年의 乙巳保護条約으로 外交権을 剝奪당하고 1907年의 七条約으로 内政権이 상실되어 결국 「名目上의 独立」만이 3年間 더 持続되었다.

그러나 이러한 名目上의 独立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 寺内統監間에 締結되고 同29日 日本 憲兵의 삼엄한 경계속에서 李完用을 首班으로 하는 内閣의 의결을 거쳐 調印을 完了함으로써 終了되어 韓国은 日本의 植民地의 地位로 전락하기에 이르렀던 것이다.

第二節 韓日合併条約의 法的問題点

위에서 우리는 1905年의 乙巳保護条約 以来 1910年의 日本에 의한 韓国의 併合까지의 과정을 概観하여 보았거니와 따라서 적어도 事実的으로는 韓国은 1910年에 消滅하였다고 볼 것이다.

그러나 모든 事実이 法的効果를 発生하는 것은 아니고 다만 그 事実이 法規範의 要件을 充足하는 경우에 비로서 그에 法的効果가 부여되는 것이다. 따라서 결국 問題는 1910年의 韓日合併条約의 国際法上의 有効性 如否의 問題로 귀착되는 것이다.

第三節 韓日合併条約의 有効性問題

一般的으로 国際条約은 一定한 法的効果를 目的으로 하는 二者以上의 国際法主体間의 合意라고 定義될 수 있다. 그런데 이러한 条約이 -特히 雙務条約의 경우에 있어서는- 完全한 効果를 発生하기 위해서는 合意의 過程에 있어 瑕疵가 없어야 하는 바, 이와 関聯되어 提起되는 것이 錯誤, 詐欺, 瀆職, 強迫등의 問題이나 本題와의 関係에서는 強迫에 관해서만 考察하기로 한다.

伝統国際法上 一定한 경우에 있어서는 強迫의 結果 締結된 条約도 그 有効性이 認定되고 있는 바, 그것은 그러한 強迫이 国家全体에 대하여 加하여 진 경우이다.[14] 그러한 条約의 例로는 戰後에 勝戰国과 敗戰国間에 締結된 下部 講和条約을 들 수 있을 것이다.

이에 反해서 強迫行為가 条約締結権者 個人 또는 그 代表에게 加하여 진 경우에는 同条約은 瑕疵있는 条約으로 無効로 認定되고 있다.[15] 이에 관해서는 学説上 약간의 異論이 없는 것은 아니나 大部分의 学者는 그 無効를 認定하고 있으며 또한 基本的으로는 条約法에 관한 Lege lata의 成文化로 볼 수 있는 1969年

의 条約法에 관한 「비엔나」協約도 그 無効를 宣言하고 있다.[16]

따라서 同原則은 実定法上 確立된 国際法上의 原則으로 보아야 할 것이다.

以上에 検討한 것을 理論的背景으로 하여 1905年 以後의 諸条約에 관하여 検討하기로 했다.

우선 1905年의 乙巳保護条約과 1907年의 七条約에 관한 限 条約締結権者 個人에 대하여 強迫이 加하여 졌다는 点에 있어서는 의문의 餘地가 없다. 이에 反해서 1910年의 韓国合併条約에 관한 한皇帝와 大臣들에게 直接的인 強迫이 加하여 졌다는 言及은 없다. 그러나 同条約은 1905年과 1907年의 再条約의 결과 外交権과 内政権을 모두 剝奪당한 후에 締結되었다는 点과 또한 同条約의 調印을 위한 内閣会議가 日本憲兵의 삼엄한 警戒속에서 행하여 졌다는 点을 감안하면 同条約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 心理的強迫行為가 있었음은 否認할 수 없을 것이다.

이러한 観点에서는 1905年의 乙巳保護条約, 1907年의 七条約 및 1910年의 韓日合併条約은 모두 条約締結権者 個人에 대한 強迫의 結果로 締結된 것이므로 無効라고 할 것이다.

第四節 合併条約의 無効確認

上述한 韓日合併条約의 国際法上의 無効原則은 二次大戦 終戦前後의 韓国関係 国際宣言 또는 条約에서 確認되었다고 볼 수 있는 바, 다음에 関係文書를 보기로 한다.

우선 1943年의 「카이로」宣言은 「日本国은 暴力 및 野慾에 의하여 侵略한 一切의 地域으로부터 구축될 것이며」……「韓国은 適当한 時期에 独立될 것이다」라고 規定하고 있다. 이는 換言하면 当時 韓国은 国際法上 消滅한 것이 아니고 다만 主権行使의 停止 또는 行為能力이 欠如되어 왔었음을 示唆하는 것으로 볼것인 바, 이는 以後「포츠담」宣言에서 明白히 표명되는 바, 同宣言은 「日本国의 主権은 本州, 北海道, 九州, 四国 및 우리들(「포츠담」宣言 当事国)이 결정하는 諸小島에 局限될 것」이라 하여 日本의 主権이 韓国에는 미치지 않음을 確認하였는 바, 이는 換言하면 1910年의 合併条約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 誠実히 遂行」할 것임을 誓約하였으며 1951年의 対日平和条約 第2条(a)項에서 「日本은 韓国의 独立을 承認하고 제주도, 거제도, 울릉도를

韓国에 대한 権利, 権原 및 主張을 抛棄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 関聯下에서 보면 日本의 韓国占領은 不法한 것이었으므로 그에 대한 権利를 主張할 수 없음을 確認한다라는 意味로 해석하여야 할 것이다. 이러한 해석의 妥当性은 1965年에 締結된 韓日基本条約에 依해 再確認되었다고 할 수있는 바, 同条約 第2条는 1910年 8月22日 및 그 以前에 大韓帝国과 大日本帝国間에 締結된 모든 条約 및 協定이 이미 無効임을 確認한다」라고 規定하고 있다. 同条는 그 締結過程에 있어서 韓日両国間에 많은 意思対立이 있었고 또한 現在도 그해석만 両国間에 見解의 差異가 있는 것은 사실이다. [17]

然이나 条約의 해석에 있어서의 基本原則은 그条約의 用語의 通常的意味(Ordinary meaning)에 따라야 하는 것으로[18] 이러한 観点에서는 韓日基本条約 第2条의 「無効」는 同用語의 通常的意味인 「始初부터 効力을 発生하지 않는 것」으로 해석하고 그앞의 「이미」라는 文句는 그를 다시 強調한 것으로 보는 것이 妥当한 해석일 것이다.

以上에 検討한 事実을 背景으로 하여 볼 때에는 旧韓国은

1910年의 合併条約에도 不拘하고 国家로서 그대로 存続하고 있었으며 다만 日本의 事実上의 軍事占領으로 因하여 그 主権行使가 停止되어 있었다고 하여야 할 것이다. 또는 달리 表現하면 旧韓国은 権利能力은 가지고 있었으나 行為能力만이 欠如되어 있었다고도 할 수 있다.

旧韓国의 不消滅原則은 또한 南北韓関係에 있어서의 基本文書라 할 수있는 7·4共同声明書에도 宣言되어 있다. 同声明書에서는 数次에 걸쳐 「祖国統一」에 관하여 言及하고 있는데 여기서 「祖国」은 단순히 感傷的表現으로 볼 수는 없고 어떠한 韓半島 全体에 걸친 法的実体를 想定하는 것으로 解釈하여야 하기때문이다.

第三章 大韓民国의 正統性問題

앞에서 우리는 旧韓国이 法的으로는 그대로 存続하고 있음을 보았거니와 本章에서는 그러한 旧韓国을 分断된 両政治体制 即, 南北韓中에서 어느 것이 代表하는가의 問題를 検討하기로 한다. 그를 위해서 우선 1945年의 解放以後 分断의 固定時까지의 過程에 대한 事実的考察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 옴에 따라 聯合国은 1943年 카이로宣言에서 韓国이 「適当한 時機에 独立될 것」을 宣言하고 이는 以後 1945年의 「포츠담」宣言에서 再確認되었다.

여기서 「適当한 時機」란 表現은 韓国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 無条件降伏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 武装解除에 当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 「모스코」에 美·英·蘇 三国의 外相이 모여 韓国問題 処理에 관하여 協議한 결과 韓国에 原則的으로 5年間의 信託統治制度의 実施 및 다음의 몇가지 사항에 合意하였다.

① 韓国民主臨時政府를 樹立한다.

② 韓国民主臨時政府의 樹立을 為해 美·蘇占領軍司令部의 代表들

로 構成되는 共同委員会를 設定한다. 이 委員会는 韓国의 「民主的」諸政党 및 社会団体와 協議한다.

③ 韓国民主臨時政府와 韓国의 民主的 諸団体의 參加아래 韓国人民의 政治的, 經濟的, 社会的進步와 民主的自治의 発展 및 韓国의 国家的独立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·蘇共同委員会가 召集되었으나 共委에 參加할 韓国의 政党 및 社会団体代表의 資格問題에 관하여 合意를 보지 못하고 無期休会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 交涉은 다시 政府間交涉으로 옮겨져 同年 8月29日 美国務長官代理 「로버트」는 「워싱톤」에서의 四大国会議 開催를 提案했으나 蘇聯은 이를 拒否했으며 美国은 결국 同年 9月17日 韓国問題를 正式으로 UN에 상정하였던 것이다. 이에 대하여 UN総会는 蘇聯의 反対에도 不拘하고 韓国問題를 政治委員会에 회부하였으며 (賛41, 反6) 以後 다시 同委員의 결의를 거쳐 総会는 「UN韓国臨時委員団」의 設置와 南北韓総選에 관한 決意를 採択하였는 바, (賛43, 反9) 그 要旨는 다음과 같다.

① 韓国에서 同委員国의 監視下에 総選挙를 実施하고 ② 選挙後 가급적 빨리 国会를 構成 政府를 樹立하며 ③ 政府는 南北韓의 軍政当局으로 부터 政府의 諸機能을 移譲받는 다는 것이다.[20]

同委員国은 1948年 1月부터 서울에서 活動을 開始하였다. 그러나 北韓에 관한 한 蘇軍의 入北拒否로 그 完全한 機能을 遂行할 수없게 되자 결국 南北地域만에서라도 総選을 実施하기로 決定하였다. 이 당시 北韓地域에는 이미 共産党의 単独政権的 独裁体制가 이미 確立되어 있었고 政府樹立은 다만 形式的 節次만이 남아 있는 형편이었으므로 UN監視委員国에 대한 入北拒否는 당연한 것이었다.[21]

이러한 蘇聯側의 UN韓国委員国에 대한 入北拒否로 결국 1948年 5月10日 南韓地域에서만 総選挙가 実施되어 198名의 議員을 選出하였는 바, 5月31日에 最初의 制憲国会가 召集되었고 同国会는 7月에 大韓民国 憲法을 制定하고 李承晩을 初代大統領으로 選出하였다. 이에 관련하여 美国은 新政府가 「1947年 11月14日의 UN総会決議에 의하여 構成된 韓国의 政府로 간주된다」라고 宣言함으로써 黙示的承認의 意思를 表明했으며 翌年의 1949年 1月1日字로 韓国政府를 公式的으로 承認하였다.[22] 이어서 8月15日

大韓民国樹立이 宣布되자 「하지」将軍은 同日로 美軍政은 終結된다고 発表하였다。 同年 9月12日 制憲国会는 将次 UN監視下에 大韓民国国会로 選出될 北韓地域의 代表를 위하여 国会에 百席을 留保하여 두었다。

이렇게 大韓民国政府가 樹立되자 UN総会는 同政府가 韓国의 唯一한 政府임을 宣言하는 決意를 1948年 12月12日에 48対6이라는 圧倒的多数로 採択하였는 바, 이에 관해서는 뒤에 다시 구체적으로 検討하기로 한다。

이렇게 南韓에 政府가 樹立되자 北韓地域에서는 1948年 4月에 人民会議特別会議에서 憲法을 통과시키고 그에 따라 同年 8月25日에 最高人民会議 代議員選挙가 実施되어 그 결과로 最高人民会議가 構成되었으며 同会議는 9月3日 北韓憲法을 公式的으로 採択하여 同9月에 金日成을 首相으로 하는 소위 「朝鮮民主主義人民共和国」의 樹立을 宣布하였다。[23]

結果的으로 韓半島에는 南쪽과 北쪽에 事実上 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 韓国은 결코 바람직한 것이 못되는 分断国으로 등장하게 되었던 것이다。

以上에서 韓半島의 分断過程을 事実的側面에서 検討하여 보았거니와, 一般的으로 分断国의 特徴으로서는 分断되어 있는 事実上으로는 国家的性格을 띄우고 있는 두개의 政治体制가 그 分断状態를 既定事実로 받아 들이지 아니하고 항상 統一에의 意志를 堅持하면서 그 相互間의 関係에 있어서는 排他的인 正統性을 主張하는 데에 있다. 따라서 法的인 観念에서는 그 正統性의 帰属主体가 어느 것인가는 필히 解決되어야 하는 問題로 提起되는 바, 다음에 韓半島와 관련하여 同問題를 考察하기로 한다.

第二節 大韓民国의 正統性의 法的根拠

從来 大韓民国政府는 北韓과의 関係에 있어 排他的正統性 即 大韓民国만이 唯一合法政府라는 原則을 견지하여 왔고 이는 1970년 以来의 一連의 基本政策宣言과 南北共同声明에도 不拘하고 그 基本原則은 不変인 것이 었다. 다만 後者에 관하여는 章을 달리하여 구체적으로 검토하고자 한다. 그러면 大韓民国政府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 具体的인 法的根拠에 依拠한 것이라는 것이다. 그런데 그法的根拠는 基本的으로는 南北韓의 成立過程과의 関聯下에서 찾아 볼 수 있으며 副随的으로는 上海臨時政府와의 관계에서도 찾을 수 있을 것이다. 다만 後者에 관해서는 우선 현재 당시 臨政의 活動에 관한 연구가 尙今 부진한 편이고 더욱이 解放以後 南韓地域에 臨政要員의 大部分이 오기는 했으나 大韓民国政府의 수립은 同臨政이 美軍政으로 부터의 政権引授에 의한 것이 아니라는 점에서는 一応 문제가 있으므로 이문제는 追後의 研究로 미루기로 하고 여기서는 南北韓의 成立過程과의 関係에서만

大韓民国의 正統性에 관한 根拠를 검토하여 보기로 한다.

이러한 観点에서의 大韓民国의 正統性은 北韓当局에 비하여 大韓民国은 政府樹立形式을 달리하고 있다는 점이다.

앞의 事実検討에 본 것과같이 大韓民国政府는 南北韓総選挙에 의하여 新政府가 구성되어야 한다는 1947年 11月의 UN総会의 決議에 따라 거행된 総選에 따라 樹立된 것이다. 이에 反하여 北韓当局은 当初부터 이러한 国際機構의 決意를 違反한 상태에서 형성되었던 것이다. 따라서 UN総会도 이러한 점을 勘案하여 1948년 12월 12일자의 決議 第195号(Ⅲ)로써 大韓民国政府가 唯一合法政府임을 宣言하였다. 따라서 大韓民国政府의 正統性 또는 合法性은 現存 国際社会의 가장 代表的 国際機構인 UN에 依하여 一種의 集団的 承認을 받을 것이다. 이러한 점에서 韓国政府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 西独政府에 비하여 훨씬 더 客観的인 承認을 받은 것이라 하겠다.

그런데 1950년 9월 3일자의 同宣言은 다음과 같이 되어 있는 것이다. 「独逸이 統一되지 아니하는 限, 三国政府(美, 英, 仏)는 聯邦共和国 西独政府만이 自由롭고 合法的으로 樹立되었으며 따라서 同政府만이 独逸을 代辯할 수 있고 国際関係에서 独逸民族을 代表할 수 있는 것으로 간주할 것이다.[24]

여기서 잠간 UN総会決議의 法的性格과 同決議 195(Ⅲ)号의 내용에 대해서 어느정도 구체적으로 검토하기로 한다.

먼저 UN総会決議 第195(Ⅲ)号에 관하여 보기로 한다. UN韓国臨時委員団의 報告書에 基하여[25] 採択된 同決議에서 UN総会는 「国際聯合 臨時韓国委員団이 監視하고 協議할 수 있었으며 또한 韓国国民의 大多数가 居住하고 있는 韓国地域에 効果的인 統治와 管轄権을 가진 合法政府(大韓民国政府)가 樹立되었으며, 同政府는 韓国의 大部分의 選挙人의 自由로운 意思의 妥当한 表現인 選挙에 基한 것으로 그것이 韓国内의 如斯한 (Such) 唯一의 合法政府임을 宣言」하고 있다.[26] 同決意에서 UN総会는 또한 会員과 餘他의 国家에 대하여 「大韓民国政府의 外交樹立에 있어서는(前記한) 事実을 勘案하도록 勧告」하고 있다.[27]

이와같이 UN総会는 大韓民国政府가 以前의 総会의 決議(第112号)에 따라서 UN監視委員団의 監視下에 韓人의 大多数의 参与下에 実施된 自由選挙에 基하여 수립되었음을 확인하고 따라서 大韓民国政府는 韓国의 唯一의 合法政府임을 宣言하고 있다. 同決議에서 大韓民国의 唯一合法政府的 性格에 대한 몇몇의 制限的表現은 同決議의 前文에서 밝히고 있듯이 「韓国統一이 아직 成就되지 않았다는 事実을 留意」한 데에 基因하는 것이고 그것이 韓半島의 唯一

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

以上에서 UN総会決議 第195(Ⅲ)号의 내용에 관하여 検討하여 보았거니와 다음에는 総会決議의 法的性格에 관하여 考察하여 볼 것이나 이에 앞서 우선 1947年 9月의 韓国問題의 UN総会에로의 移管이 合法的인 것이었는가를 검토하여 보기로 한다. 그것은 換言하면 総会는 韓国問題에 대한 管轄権이 있는가의 문제인 바, 筆者의 見解로는 総会는 당연히 그러한 権限을 가지고 있다고 보는 바, 그것은 UN憲章 제14조에 基한 것이다.

그런데 同条項은 総会는 그 根源이 어떠한 것이든 그것이, 一般福利 또는 国家間의 友好的関係를 阻害할 성질의 모든 事態에 대한 平和的調整을 이룩할 수 있는 措置를 勧告할 수 있다.」고 規定하고 있다. 그런데 1947년 8월의 美蘇共同委員会의 決裂後의 韓国事態가 同条에 규정된 「事態」에 해당함은 의문의 여지가 없는 것이다. 따라서 1947년 9월의 UN総会에로의 韓国問題의 移管은 合法的인 것이었다 할 것이다. 以上으로 前提的考察을 마치고 다음에 総会決議의 法的性格에 관하여 考察하기로 한다.

UN総会의 決議는 予算事項 및 一定的 対内的問題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 絶対的인 것도 아니고 또한 그것이 総会의 決議에 대하여 어떠한 拘束力도 否認하는 것은 아니다. 이에 관하여 Sloan氏는 「UN総会決議의 拘束力」이라는 그의 論文에서 다음과 같이 論述하고 있다. UN憲章에서 総会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 反対的인 推定이 成立될수 있다는 것이다. 그러나 그것은 번복될수 없는 성질의 것은 아니다. 또한 総会의 決議에 대하여 法的拘束力을 否認하는 경우에도 多数의 見解에 의하면 最少限 Moral Force는 인정하여야 한다는 바 이러한 道徳的 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 実質的인 내용을 가지는 것이다. 総会決議의 拘束力의 根拠는 그것이 国際社会의 大部分의 国家로 구성된 国際聯合의 主要機関의 意思 表現이며 또한 그것은 実定 国際法의 基調를 이루고 있는 것과 同一한 多数의 考慮에 의하여 支持되고 있다는 점에 있다. 또한 集団的 国際意思로서의 総会의 判断에는 特定国家의 個別意思와는 区分되는 힘이 있는 것이다. 이러한 몇가지 理由에 基하여 Sloan은 다음과 같은 결론을 내리고 있다.

「総会(決議)의 Moral Force는 生成中의 法的拘束力인 것이며 그것은 国際社会가 그에게 法的性格을 부여할 때까지는 法과 道德의 中間的領域의 性格을 가지는 것이다.[30]

이러한 Sloan의 見解는 그자신이 인정하고 있듯이 lege lata가 아니라 基本的으로는 lege ferenda의 觀点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 妥当性을 가지고 있는 것으로 보이며 따라서 그의 見解는 경청할만한 価値가 있는 것이라 한 것이다.[31]

위에서 우리는 UN総会 決議 第195(Ⅲ)号에 의하여 大韓民国이 韓国의 唯一合法政府임을 国際社会에 의한 一種의 集団的 承認을 받았음을 보았거니와 이러한 大韓民国政府의 正統性은 以後의 国際条約에서도 確認되고 있는 바 그것이 1965년의 韓·日基本条約으로 同条約의 第3条는 「大韓民国政府가, 国際聯合 総会의 決議 第195(Ⅲ)号에 명시된 바와같이, 韓半島에 있어서의 唯一한 合法政府임을 確認한다.」라고 규정하고 있는 것이다. 同条는 総会決議 第195(Ⅲ)号의 性 内容 即 大韓民国政府의 唯一合法性原則의 客觀的 妥当性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 国際情勢와 北韓側의 집요한 平和攻勢에 能動的으로 対処하고 궁극적으로는 祖国의 平和統一을 成就하기 위하여 政府는 1970년에 접어 들어 周知하는 바와 같이 一連의 劃期的인 宣言을 하게 되었는 바, 이들 宣言으로 大韓民国의 正統性에 어떠한 修正이 加하여 졌는가 与否가 여기서 고찰하려는 문제이다.

이를 위해서 이들 宣言을 우선 事実的 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 南北関係의 基調가 될 劃期的인 宣言을 発表하였는 바, 여기서 朴大統領은 「①北韓은 武装共匪南派등의 모든 戰爭挑発行為를 即刻中止하고 소위 武力에 의한 赤化統一이나 暴力에 의한 大韓民国의 전복을 기도해 온 従前의 態度를 완전히 抛棄하겠다는 점을 明白하게 内外에 宣言하고 이를 行動으로 実践하고, ② 이러한 우리의 要求를 北韓이 受諾 実践하고 있다는 것을 우리가 확실히 認定할 수 있고 또한 「유엔」에 의해 明白하게 認定될 경우에는 나는 人道的見地와 統一基盤造成에 기여할 수 있으며 南北韓에 가로 놓인 人為的障壁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 総裁가 「南北韓離散家族찾기운동」을 위한 南北赤十字会談을 北韓側에 提議하였는바, 北韓側이 이를 受諾하여 以後 予備実務者会談을 거쳐 서울과 평양에서 一連의 会談이 開催되었음은 周知하는 바이나 이問題는 本稿와의 관계에서는 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의 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 祖国統一
우선 하나의 民族으로서의 民族的 大団結 図謀

② 相互 中傷않고 軍事衝突 積極防止

③ 多方面的인 積極交流 実施

④ 南北赤十字会談 成事되도록 積極協調

⑤ 統一위한 南北調節委員会 구성

3. 6.23宣言

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

① 祖国의 平和統一 위해 모든 努力 계속

② 韓半島 平和維持 南北韓間의 内政 不干渉

③ 誠実과 忍耐로 南北対話 계속

④ 緊張緩和 위해서라면 北韓의 国際機構参与 不反対

⑤ 統一에 障碍안되면 南北韓 「유엔」同時加入 不反対

⑥ 互惠平等原則 아래서 모든 国家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 年頭記者会見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하였는바 同提議는 다음의 세가지를 그 主要骨子로 하고 있다.

① 相互間에 武力侵略意図의 明示的拋棄

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를 검토하여 보았거니와 本稿와 관련에서의 同宣言措置가 제기하는 문제는 承認의 문제인 것으로 다음에 그러한 觀点에서 이들을 検討하여 보기로 한다.

1. 7.4 共同声明

同声明의 共同発表가 北韓에 대한 黙示的承認을 意味하는가의 문제는 同声明書가 厳格한 意味의 条約인가 또는 単純히 政治的 意図를 밝힌 声明書인가의 문제로 代替될 수 있는 바, 그것은 後者의 경우에는 承認의 문제는 제기되지 않기 때문이다.[32] 그런데 同声明書의 条約性을 金総理에 의하여 明示的으로 否認되었을 뿐만 아니라 또한 内容的으로 同声明을 条約으로 볼 수는 없기 때문이다.[33] 따라서 同声明書에 依한 北韓의 承認問題는 제기될 수 없는 것이다.

2. 6.23特別宣言

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

이에 관해서도 厳格한 法的観点에서는 그러한 可能性은 否認되어야 할 것이다. 그것은 承認은 個別的 行為이고 또한 原則的으로는 承認意思의 明示的 表示行為이기 때문에 特定国家에 대한 「UN」에의 加入決定이라는 国際機構의 어느 特定機関의 集団的決定과는 区別되어야 하기 때문이다.[34]

더욱이 6.23平和宣言은 同宣言이 「対北韓関係事項은 統一이 成就될 때까지 過渡的 期間中의 暫定措置로서 이는 결코 우리가 北韓을 国家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 事実上의 政治集団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 対北韓 不可侵協定 締結提議가 北韓에 대한 国家로서의 承認을 意味하는 것이 아닌가라는 문제가 남는데 이에 대하여도 原則的으로는 그러한 可能性의 否定인 바, 그것은 다음의 몇가지 理由에 基한 것이다.

우선 南北韓間에 궁극적으로 체결될 수 있는 不可侵協定 自体가 国際法上의 厳格한 条約形式으로 체결되어야 할 必然的理由는 없는 것이고 또한 이를 条約으로 国際法上의 条約으로 看做하여야 하는 경우에도 条約은 항상 独立된 国家間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의 関係도 条約으로 規制될 수 있으며 또한 特定国家와 特定聯邦国家의 構成員間에도 条約은 締結될 수 있는 바 불란서와 「카나다」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 対象国을 国家라 認定한다는 明示的 意思表示이고 特定한 경우에 一応 黙示的 承認으로 간주될 수 있는 行為도 明示的인 反対意思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 声明에서 金総理는 「우리는 休戦線 以北地域을 事実上 支配하고 있는 共産政権이 있다는 事実을 認定한다. …… 우리로서는 民族的 統一의 念願에 비추어 北韓을 「하나의 国家」로 認定하는 것은 아니다.」라고 함으로써 北韓에 대한 黙示的 承認의 可能性을 排除하였던 것이다.

以上에서 検討한 바를 要約하면 1970年 以後의 一連의 宣言에도 不拘하고 北韓에 대해서는 国家로서의 地位가 부여된 것은 아니고 다만 休戦線 以北을 事実上 支配하고 있는」 政治集団으로서의 存在가 認定되었을 뿐이다. 그 以前에 있어서는 大韓民国과의 関係에 있어서는 「괴뢰集団」 또는 「叛乱団体」에 불과한 것이었으나 1970年 以後의 一連의 宣言으로 北韓은 「地方的 事実上의 政権(de facto local government)」으로서 黙示的으로 承認되었던 것이다. 이는 伝統国際法에 의하면 対韓은 「交戦団体」로서의 黙示的承認을 받았다 할 것이다. 그러나 内乱状態에 있어서는 母国政府와 叛徒集団 또는 交戦団体와의 境界線은 항시 流動的인데 反해서 現在의 南北韓間의 境界線은 相対的이기는 하나 固定的 性格을 띄우고 있다는 점에서 伝統国際法上의 内乱理論을 南北韓関係에 그대로 적용할 수 없는 문제점이 있다.

따라서 이를 補充하기 위하여 主로 西独에서 形成된 冷戰的内乱說 (Kalter Bürgerkriegtheorie)를 援用할 수도 있겠으나 이러한 冷戰的内乱은 적어도 伝統国際法上으로는 생소한 문제로 그에 관한 確立된 法原則이 存在하지 아니한다는데에 또 다른 문제점이 있는 것이다. 이러한 여러가지 문제점은 分断国이라는 비교적 새로운 현상을 伝統国際法的으로 설명하려는 것 自体에 無理가 있다는 점에 起因한다 할 것이며 分断国 문제가 그대로 支続되는 限 그에 妥当하는 새로운 国際法原則이 形成된 것이라고 믿는다.

以上의 検討에서 UN総会 決議 195 (Ⅲ)号에 의하여 一種의 国際的承認을 받고 以後 韓日基本条約에 의하여 확인된 大韓民国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 厳格한 法的観点에서 導出한 結論이며 실제에 있어서 앞으로 北韓이 多数의 国際仮構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 韓国의 友邦国까지도 北韓과의 外交関係를 수립할 可能性은 크다 할 것이다.

그것은 결국 国際社会에서는 두개의 韓国이라는 否定的現象을 야기함을 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 祖国의 平和統一을 促進시키는 要素가 될 수 있다면 이러한 위험은 감수해 볼만한 충분한 가치가 있는 것이다.

脚　　註

1. 本稿에서는 脚註部分이 相対的으로 큰 比重을 차지하게 될 것이다. 그것은 論理의 明確性이라는 観点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, 東西独이라는 用語代身에 意識的으로 韓国, 独逸 등의 表現을 쓰고 있는데 그것은 이를 分断国이 적어도 法的으로는 여전히 하나의 国家로 存続하여 있음을 잘 나타내 주기 때문이다.

3. 中国을 分断国의 範疇에 包含시킬 수 없는 理由는 다음의 두가지로 要約될 수 있다. 그 하나는 中国의 경우 分断의 形成過程이 韓国, 独逸등에 比해서 相異하다는 것이며 보다 根本的인 것으로는 1949年 蔣介石 政府軍의 上陸時 대만의 法的地位 문제인 바, 당시 대만이 中国領土의 一部를 이루고 있었다고 보기는 어렵다는 것이다.

G. Cety, Je statnt juridiqus des Ecats divisee, Paris

1967, pp.22-37

T.P. Marello, 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는 同発言의 roference를 적고 있지 아니한다.

5. R.Papiui & G.Cortese, Ja ruptwe des relations diplomatiques et ses consequences, Paris, 1972. pp.45-72.
本書에서 Papiui와 Cortese는 西独의 対東欧 및 東独政策의 変化를 Hallstein doctrine과의 関聯에서 考察하고 있는바, 이들에 의하면 同原則이 1955년 西独의 公式外交政策으로 闡明되었다가 1969년에 廃棄되게 된 要因은 대개 다음의 몇가지로 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을 内包하고 있었다는 것.

② 同原則의 実効性을 確保하기 위한 手段으로서의 依進国에 대한 経済協助, 技術援助 등의 方式의 限界性.

③ 西独의 東欧国과의 積極的인 政治的 経済的交流 展開意求

④ 西独国民에 의한 西方陣営의 統独勢力의 非現実性, 非効率性의 確信

⑤ 国際的인 一般的 緊張緩和 潮流와 그의 欧洲에 대한 영향

6. 이에 관한 「브란트」演説의 主要部分은 다음과 같다.

「우리 앞에 놓여 있는 実際政治의 課題는 西方이 現在의 難関을 克服하고 民族의 単一性을 어떻게 維持해 나가느냐 하는 데 있다. 独逸人들은 그들의 言語나 그들의 栄光과 不幸을 가진 歴史에 依해서만 결부되어 있는 것은 아니다. 우리는 모두 独逸을 집으로 하고 있다.

우리는 아직도 우리들 안에 그리고 欧洲안에서의 平和라는 共同的인 課題와 責任을 가지고 있다. 独逸聯邦共和国과 独逸民主共和国이 国立된지 20년동안 우리는 独逸民族의 앞으로의 分離生活을 막아야 하며 그러므로 規制된 共存(Nebeneinander)을 거쳐 相互体制間에 배우는 共存(Miteinander)에 이르도록 試図하여야 한다. …… 西独政府는…… 東独의 内閣에게 政府의 次元에서 条約上 合意되는 協力을 초래할 差別없는 両側의 協商을 提議한다.

東独에 대한 西独政府의 国際法的承認은 考慮될 수 없다.
비록 独逸안에 두개의 国家가 存在하고 있지만 그 두国家는 다만 特殊한 性質의 것에 不過하다. 西独政府는 先任者의 政策과 연결하여 東独에 대해서 武力의 行使 또는 威脅을 相互間에 抛棄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. 日露関係에서는 1965년 両国間에 締結된 講和条約에서 日本의 韓国에 대한 支配権을 認定하고 있는 바, 同条約 제2조는 韓国에서 日本이 「政治上 軍事上及 経済上의 卓越한 利益을 갖는 것을 承認하고 있다.
英日間에서는 第二次英日同盟条約 (1905년 8월 2일 調印) 第三条에서 「日本은 韓国에서 政治上, 軍事上及 経済上의 卓越한 利益을 有하는 故로 英国은 日本이 該利益을 擁護増進하기 위하여 正当且 必要로 認하는 指揮 監理及 保護의 措置를 韓国에서 執行하는 権利를 承認」한다고 규정하고 있다. 美日間에서는 Taft - 桂覚書 (1905.7.29)에서 美国은 韓国이 「日本의 許諾없이는 如何한 対外条約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 (11월 15일), 伊藤博文伝, 下卷, pp.683-691 ; 大韓每日新報, 11 월 17 일 ; 大韓日報, 11월 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, 韓国独立運動史, I, pp.67-68.

董德模, 保護条約부터 七条約까지의 韓日関係, 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, 11월 19일. 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, Me Tragedy of Korea, pp.130-141; Hulbert, Me 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. Brierly, Me law of nations, 5th ed, pp.243-245 ; 李漢卨 国際法講義, p.327, 裵載滉, 強迫으로 締結된 条約의 性質 및 効力, 法学 제 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. 裵載滉, op.cit., p.49, 52-53. 同論文에서 裵教授는 同聯学說을 多数学者의 說을 引用하면서 비교적 자세히 分析 検討하고 있다.

16. 이문제에 관하여 우선 「하바드」大学의 条約法草案 (Draft Convention of the Havarad Research on the Law of Treaties) 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 siguing 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 comidered 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 条約法에 관한 「비엔나」協約 제 51조는 「全權代表에 대한 強迫」이라는 題目下에서 다음과 같이 規定하고 있다.

「Me 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 ancx legal effect.

17. 裵載滉, 強迫으로 締結된 条約의 性質 및 効力, op.cit., pp.60-62.

18. 条約法에 관한 「비엔나」協約은 「(조약)해석의 一般原則」이라는 題目下에서 제31조 1항은 다음과 같이 규정하고 있다.

「 A treaty shall be interpreted in good Jaith in accordance with the ordinareg 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 事実上의 軍事的占領狀態라고 보고 보는 경우에 있어서도 韓国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(debellatis)의 경우에는 국가가 소멸할 수 있는 것이다. 当時 日本의 韓国合併 意思는 明白히 表明된 바 있었고 또한 어떠한 韓国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 亡命政権으로서 上海臨時政府가 樹立되어 계속 活動하여 왔다는 점에서 完全占領에 依한 旧韓国의 消滅은 妥当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 recease, 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.491, Jan.9 1949, pp.59-60

23. 金学俊, op.cit., pp.94-95.

24. 괄호속의 語句는 필자가 첨가한 것임. 同宣言은 以後 北大西洋条約機構의 会員国들도 수락한 것이다.
이에 관해서는 参照 : G.Caty.Le statut juridique des Erats divisis, 1969, pp.83-84.

25. General Assembly Official Report, Ⅲ, Supplement of (A 1575 and Add 1-4) 同報告書에서 UN韓国臨時委員団은 「1948年 5月 10日에 実施된 総選挙의 결과는 同委員団이 接近可能하였으며 全韓国 国民의 約 3分之 2의 人口를 가지는 地域에 있어서의 有権者들의 自由意思의 正当한 表示」라고 宣言하고 있다.

26. GAOR. Ⅲ 1, Resolutions (ALSIO) Res.195 (Ⅲ) 제 2 항.

27. 괄호속의 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 関係部分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 hardily 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 goverment is primarily a matter of intention. Such recognition may be express or implied, but to bring about recognition by implication, the act must be ah 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 同声明에서 雙方의 公式名称이 使用되지 않았고 또한 各者의 職責이 声明書의 끝에 記載되지 않았으며 条約의 一般形式인 条文形式으로 되어 있지 아니하고 끝으로 声明書의 내용이 法的인 権利義務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 recogntion through the backdoor of modes of recognition. Recognition is primarily and essentially a matter of intention. Intention cannot be replaced by questionable interences from conduct. Such interences 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 메모랜덤, 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 賛成投票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.