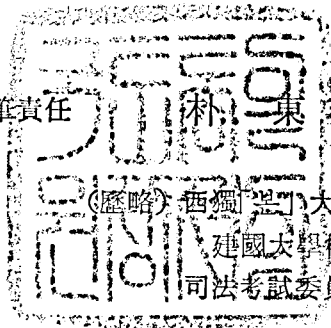


- I. 이 책자는 國土統一院의 政策研究調查計劃에 依據한 特殊課題 研究報告書임.
II. 收錄된 內容은 刊行處의 意見을 받드시 反映하는 것은 아니며 統一問題에 關聯된 研究에 資料로 提供되는 것임.

南北關係一統一政策

南北關係 進展에 따르는 諸般法的 問題와 解消方案

研究執筆責任



朴 東 熙

(歷略) 西獨₁大學校 大學院 修了 (法學博士)(1971)

建國大學校 法經大 副教授(1974~)

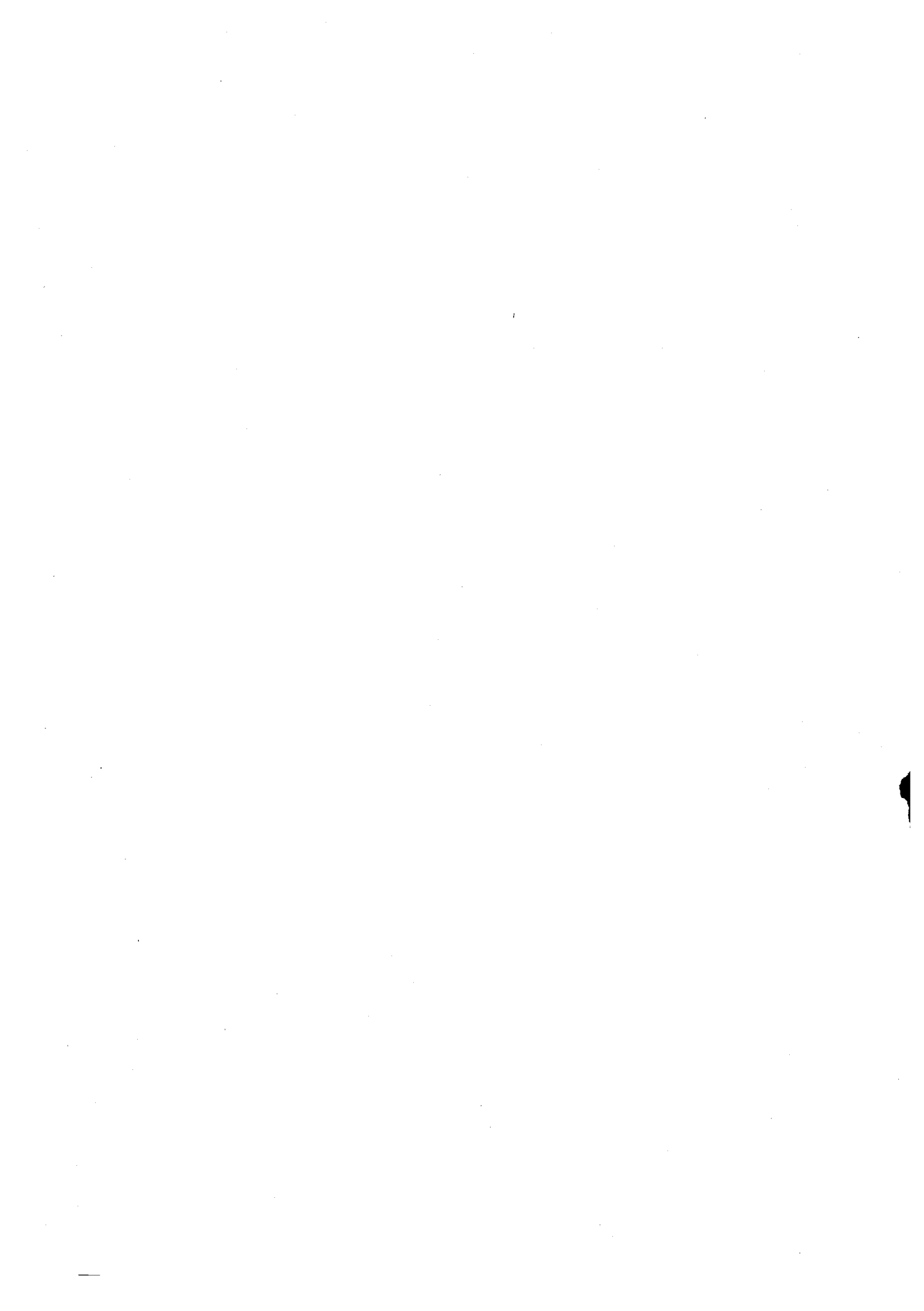
司法考試委員(1976)

刊行責任

朴 鏞 德

(政策企劃室 補佐官)

國土統一院 政策企劃室



目 次

序 言	3
第一章 大韓民國의 法的正統性	7
I. 國際法上으로 본 韓日合併	7
1. 合併理論에 대한 史的變遷	9
2. 強壓의 두 가지 類型	15
3. 瑕疵를 根拠로 한 條約	16
4. 合併時効	17
5. 同一性의 回復	19
II. 大韓民國의 唯一合法性	21
第二章 南北韓協定締結可能의 法的根拠	23
1. 協定締結의 方向	23
2. 協定 締結方法	24
① 協定締結의 土台가 되는 法的 種類	24
② 國家法下에서의 協定	25
③ 私法上의 協定	26
④ 特殊法秩序下에서 協定	27
⑤ 國際法的協定	28
⑥ 北傀의 國際法主体	32
⑦ 內的特殊關係	35

⑧ 實質的政府の 法的性格	43
⑨ 暫定協定	45
第三章 刑事法 適用の 原則	47
1. 問題の 提起	47
2. 適用の 大原則	48
① 一般刑法 適用の 原則	49
(ア) 内国 地域刑法	51
② 政治刑法 適用の 原則	54
※ 要約文	65

序 言

北傀의 武力侵略根性에 어떤 變化가 오고 民族과 國家를 위하겠다는 참다운 愛國心이 北傀에게 싹트여진다면 南北韓의 關係는 커다란 進展을 할 수 있다. 北傀의 軍事力, 經濟力이 우리 大韓民國에 比하여 엄청난 弱化를 초래할 때도 南北韓의 進展을 기대할 수 있다. 그러나 後者의 경우는 그의 進전이 많은 事實을 은폐하고 있다는데서 危險性을 內包하고 있다. 北傀의 軍事力, 經濟力이 大韓民國보다 弱하기 때문에 어떤 南北韓間의 合意를 본다면 內心으로는 北傀가 自体 軍事力과 經濟力이 強化될 때까지의 도피 수단으로 利用할 것이기 때문이다.

어떻든간에 이와같은 상황속에서의 南北韓間의 關係進展은 기대할 수 있음이 틀림없다. 이때 우리가 구체적으로 그리고 일차적으로 기대할 수 있는것은 6.23 宣言에 따른 南北韓 유엔 同時加入과 南北韓 不可侵協定締結이다. 이는 政治的 意義만을 뜻하는 것이 아니라 法的으로도 상당히 重要的 意義를 內包하고 있다.

이러한 나머지 어떠한 形態의 法的性格을 갖고 있는 協定을 南北韓이 締結해야할 것인가라는 중대한 法的 難關에 처하게 된다.

維新憲法前文規定에 따라 平和統一政策은 憲法的 命命이다. 이런말은 北傀를 國際法上的 國家로 인정하여 祖國의 永久分斷을 피해서는 안된다는 것임을 뜻한다. 이와같은 憲法的 禁止規定이 있는데도 南北韓이 유엔에 同時加入하고 不可侵協定을 締結한다는 것은 결과

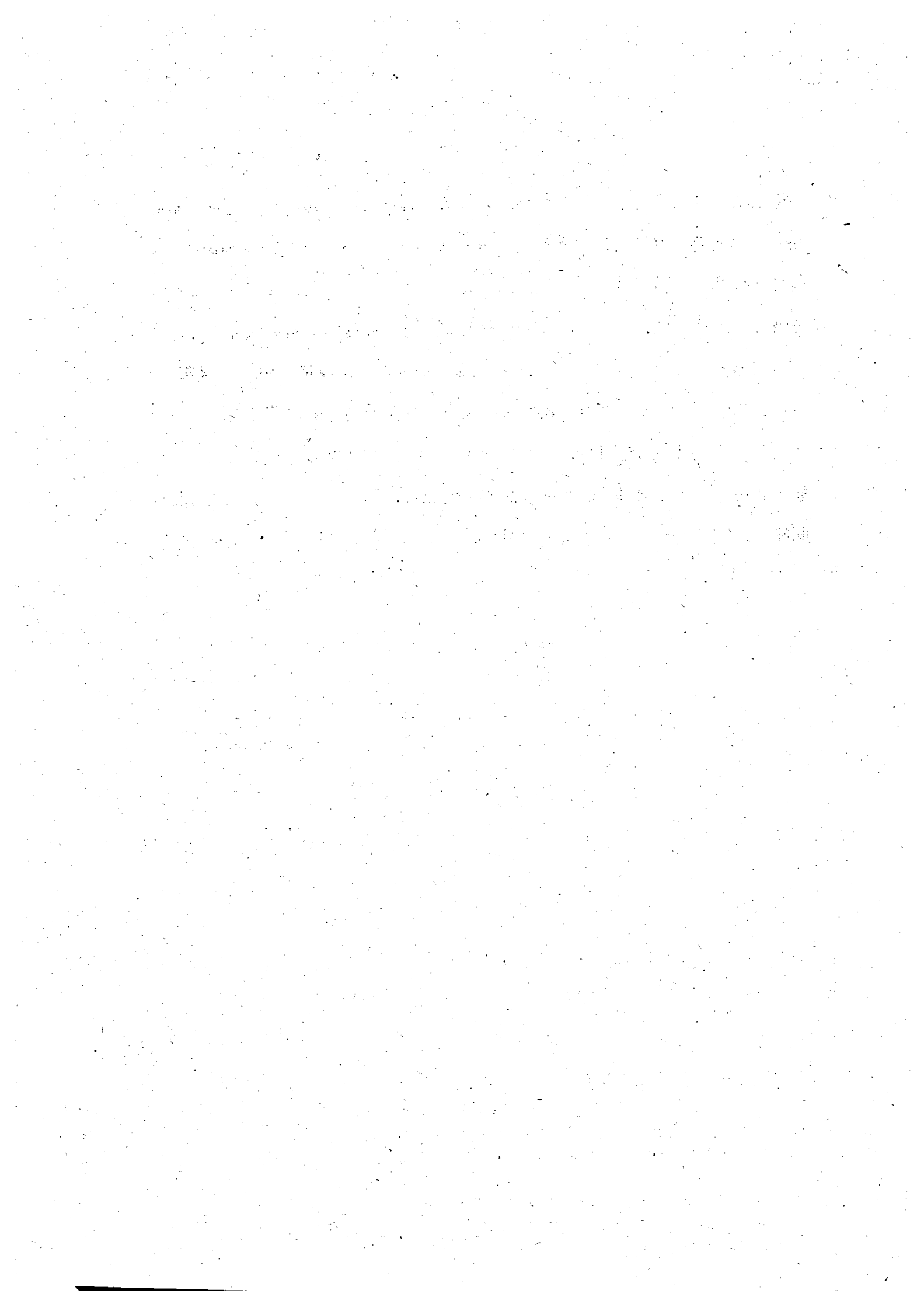
적으로北傀를 國際法の 主体로 만들었기 때문에 維新憲法前文에 違背되는 処事가 아니냐는 의문이 나올 수 있다. 이런 의문은 6.23 宣言과 南北韓不可侵協定提議가 朴大統領에 의하여 發表되자 金日成이가 생트집을 잡은것과도 어느정도 일치한다.

이러한 見解는 비단 金日成에 국한된 것도 아니다. 이미 우리 大韓民國內에서도 自由党政權 時代부터 南北韓의 國際法的關係가 두 개의 韓國을 뜻하는 것이 아니냐는 의문이 제기되었던 과거를 볼 때 이런 의문은 보통 상식적으로 제기된 것이었다고도 말할 수 있을 것이다. 法은 單一國家, 單一體制속에서 발전되고 운영되었던 것이 정상적이었다.

그러나, 해방과 더불어 우리 祖國이 分斷되어 單一國家內에서 두 개의 相異한 體制가 있겠음 強要받았다. 南北韓內에 두 개의 相異體制가 있다는 것은 1973年 6月 23日 金鍾泌 當時의 國務總理가 北傀를 가리켜 "事實上的 政權"이 있다는 發言으로 미루어 보아서 우리政府 自体도 認定하고 있는것으로 풀이된다.

이같은 相異한 體制아래서의 法은 우리에게 많은 生소함을 갖다 주고 있다. 특히 우리는 聯邦體制(美國이나 西獨처럼)를 경험한 바도 없기 때문에 聯邦州間에 適用되는 地方自治制下的 法理에도 生소하고, 또한 英聯邦諸國처럼 聯邦諸國體制下的 法理에도 어둡다. 이런 狀況下에서 南北韓間의 交流에 따른 法的 性格을 풀이하기란 더욱 어려운 것이다. 이 어려운 法的 問題를 새로운 法理를

바탕으로 타당성있게 설명했다고 해도 難解한 問題는 여전히 남는다. 그것은 생소하고 복잡한 分断狀態의 法理論을 一般國民은 勿論이려니와 法的知識이 어느정도 있는 사람도 잘 認識하고 있지 못하기 때문이다. 國民을 납득시켜야 할 弘報的 境地에서 어려움이 있을것이라는 경고는 7.4聲明後 당시의 李厚洛 中央情報部長이 北傀를 訪問한 것이 反共法違反이 아니냐는 國內輿論을 보아서 예측할 수 있는 일이다. 그러면 여기에서 먼저 간단히 밝혀야 할 점은 大韓民國과 北傀의 法的 地位다. 그 후 分断된 南北韓 間의 進展에 따른 法的 方向이다.



第一章 大韓民國의 法的正統性

韓半島 全域에 樹立되어 있는 大韓民國은 日本으로부터 派生된 新生國家인가, 또는 日本에 暫定的으로 支配받다가 다시 회복된 國家로서 大韓帝國과의 國際法的인 同一性이 유지되는 國家인가가 먼저 밝혀져야 한다. 이와같은 法的問題가 解明되어야 하는 理由는 大韓帝國이 1910年 強制로 日本에 의하여 合併당했기 때문이다. 만일, 이때에 國際的인 合併이 正當하였다면 大韓民國은 大韓帝國과 無關한 新生國家라는 法的 말이 成立된다. 이로 인하여 南北韓은 各自 分斷國이 아니라는 모순적 論理가 成立될 危險도 있게 된다.

또한 大韓帝國과의 同一性이 유지된다. 하여도 이 同一性을 어느 政府가 이어 받았는가가 밝혀져야 한다. 이는 唯一合法政府를 규명함에 重要한 理由가 되기 때문이다.

I. 國際法上으로 본 韓日合併

1910年 強制로 締結된 韓日合併條約이 有效하며, 이로 인하여 大韓帝國은 消滅되었다는 것이 日本側의 見解이다.

이러한 見解를 근거로 日本은 1965年 韓日基本條約을 締結할 당시 同條約 第2條가 밝힌 「이미 無効」라는 말을 1945年 以後부터를 뜻한다고 主張하였고, 日本側의 與論은 「앞으로부터의 無効이지 처음부터 無効가 아니다」라는 것이었다.

오늘날의 國際法の 一般原則에서 볼 때 「強壓에 의한 合併」은 國際法違反일 따름이다. 이와같은 國際法の 새로운 原則에 따라 日本側의 主張에도 다음과 같은 問題가 뒤따른다. 日本의 主張대로 1945年까지는 韓日合併이 有効하였다면 大韓帝國은 完全消滅하였으며, 오로지 日本國이었을 따름이다. 그렇다면 어떤 國際法的 理由에서 우리 大韓民國이 日本으로부터 獨立할 수가 있었는가 하는 의문이 발생된다. 大韓民國의 獨立은 日本의 意思에 反한 것이며 敗戰으로 인한 代價임이 틀림없다. 2次大戰에 대한 敗戰의 代價가 領土의 喪失이었다면(日本側의 立場에서 볼 때) 이는 國際法 違反의 強壓밖에 될 수 없다. 勝戰國인 聯合軍 또는 美軍에도 日本의 領土를 빼앗을 國際法的인 권한을 오늘날의 國際法이 부여하고 있지 않다. 따라서 大韓民國의 獨立을 明文으로 規定한 1951年 9月8日의 聯合國과의 平和條約 第2條가 國際法 違反이 아니냐는 問題가 發生될 수 있다. 이에 대한 國際法的 合法性은 오로지 韓日間의 合併條約이 원천적으로 無効였다는 데에서만 이 그의 正當性을 찾을 수 있다. 그러므로 「이미 無効」라는 韓日基本條約의 明文規定은 日本側의 見解와는 달리 「처음부터 無効」라는 것으로 풀이할 수 있어야 한다. 「이미 無効」가 「처음부터 無効」가 되기 위하여는 「強壓」에 의하여 締結된 國家間의 條約은 國際法的으로 어떤 性格을 지니고 있는가를 풀어 보아야 한다.

오늘날의 國際法的 理論으로 볼 때 強壓에 의한 合併條約은 無効이나, 韓日合併當時의 一般的 國際法的 見解는 그렇지가 못하였다.

따라서 이에 대한 本格的인 國際法的 理論을 전개하기에 앞서, 어찌하여 國際法的 理論이 이와같은 변천을 갖고 왔는가를 살펴 볼 必要가 있을 것이다.

1. 合併理論에 대한 史的變遷

歴史的으로 볼 때 合併은戰爭이나 또는 武力的 威協에 의하여 이루어진 例가 絶對多數를 차지한다. 그리고 이러한 強压的 合併은 國際法的合法性이 있음을 支配說은 認定하였다.

國際法の 元祖라고 말할 수 있는 Grotius는 Titus Lergius가 로마 議會에서 「우리 로마국이 戰爭에 의하여 습득한 領土는 가장 명예스러운 취득이며 合法的인 취득이라고 생각하며, 한번 습득한 領土를 다시 반환한다는 어리석은 생각을 해서는 안된다」라고 말하였다고 전하고 있다. 또한 國際法學者 Kohler는 戰爭이라는 것을 國際法이 認定하고 있는 한 領土의 습득권은 自然法을 근거로 한 것이며, 勝戰의 노획물로서 領土습득을 法的으로 認定해야 한다고 말하였다. 이와같은 見解는 強压에 의한 合併을 合理化하는 歴史的 背景임이 틀림없다. 이런 見解가 主張되어진 背景은 西洋史에서 흔히 볼 수 있는 格鬪다.

그러니까 1914年 以前의 戰爭은 두 무사의 格鬪로서 決定지은 적이 많이 있었다. 이때 패배를 당한者는 모든 非難과 侵害 및 強压을 감수해야 하였다.

그러나 이것이 無條件的인 것이 아니며 一律的인 것이 아니었다. 格鬪를

請한 者가 敗하였을 때는 肉体的인 上해를 감수해야 하나, 請하지 않은者가 敗하였을 때는 그렇지가 아니 하였다. 이는 바로 侵略的인 것을 뜻하는 것이었으며 侵略的 格闘申請은 보다 큰 非難性을 갖고 있다는데 근거를 둔 것이다. 그리하여 이러한 性格이 國際法에 반영되기 시작한 것이며 이를 根柢로 戰爭도 正当한 戰爭과 犯罪的인 不當한 戰爭으로 大別되기 始作한 것이다.

앞에서 이미 소개한 Lergius 및 Kohler가 認定하는 國際法的 戰爭은 모든 경우가 正当性を 띠고 있는 것이라고 보아서는 안된다는 것이다. 즉 戰爭을 통한 合併은 그 戰爭이 正当性を 결여하지 않았을때를 前提로 해야 한다는 것이다. 만일 그 戰爭이 不當한 侵略性을 갖고 있을 때는 이로 인한 強壓的 合併은 國際法 違反이 될 따름이다.¹⁾

따라서 不當한 侵略戰爭에 대한 自國防戰爭만이 國際法이 認定하는 戰爭이 될 따름이다. 侵略戰爭이건 侵略戰爭이 아니건 간에 勝戰國에는 強壓的으로 合併시킬 權利가 國際法的으로 認定된다는 論調는 戰爭自體의 目的이 敗戰國의 滅亡을 말하는 것이며 勝戰國에는 취득을 뜻하는 것이라고 보았기 때문이다.²⁾ 國際法効力の 安定, 바로 이것이 世界平和에 기여한다고 생각했던 當時의 強大國 國際法 學者들의 見解는 勝戰國이 斷行한 強壓的 條約의 변경은 世界平和에 逆行하는 것이며, 따라서 勝戰國의 強壓的 權力을 認定해야 한다고 생각했던 것이다. 그러나 不當한 侵略戰爭에 의하여 強制로 습득한 領土는 時間의 흐름에 따라 도로 찾을려는 敗戰國의

努力에 再排戰을 받았으며, 不當한 戰爭에 의하여 強制로 취득한 領土의 國際法的 認定은 勝戰國 學者들이 말한 것과 같은 國際法 安定에 기여하지 못하였다. 그리하여 오늘날은 이와 같은 行爲는 國際法 違反이란 것에 一致된 見解를 갖고 있다.³⁾

그리고 이는 Augustinus의 正當한 合法的 戰爭論에 의하여 발전된 理論이다. 이와같은 理論을 근거로 1908年 오자리-헝가리 國家가 Bosnien과 Herzegowina를 強制로 合併시켰을 때 끊임없는 터키의 반발에 부딪쳤으며 그로 인하여 終局에 가서는 合併이 無効化되었으며, 英國에 가서는 포기하고 말았다. 이 당시의 強大國들의 方法을 볼 것 같으면 合併의 法的正當性을 얻기 위한 手段으로 他國의 承認을 얻으려고 努力했거나 또는 國民投票形式을 扞하였었다. 그러나 이는 合併을 正當化시키지 못하였고 좌초하였던 것이다. 또한 外國으로부터 合併을 承認받았거나 또는 國民投票에 의하여 形式的인 合法節次를 밟았다 하더라도 無効化된 例를 볼 수 있다. 그것은 바로 1912年 터키가 이태리와 平和條約協商때 이태리가 트리폴리스(Tripolis)와 씨레나이카를 第3國들의 承認을 얻어 合併시킨 것을 無効化시킨 것이다.⁴⁾ German 法史에서 볼 때 強壓에 의한 合併은 國民의 저항이 언제라도 있을 수 있는 한 언제라도 無効가 될 수 있으며 그에 대한 時効가 없다.⁵⁾ 설사 武力에 의한 強壓的 合併이 國際法 違反이라는 一般說이 第一次大戰 以後에 支配說이 되었다. 하여도 이런 學說은 이미 1881年度에 表面化되어 있음을 알아 두어야겠다.

1881年 美 國務長官이었던 Blaine은 合併이란 國家利益에 가장 危險한 것이라고 宣言하였으며 이어서 1890年 워싱턴에서 開催되었던 美洲會議가 合併을 認定치 않기로 決議하고 合併은 國際法的으로 無効임을 宣言하였다. 이는 第一次大戰以後 國際法이 이를 一般原則으로 받아들이는 중요한 계기가 되었다. 그리하여 國際聯盟이 그의 憲章에다 그의 原則을 明文化하였다. 다만, 유감스러운 점이 있었다면 이 原則이 1930年代에 와서 支配說이 되었다는 점이다. 그리하여 2次大戰 以後의 Nürnberg 軍事裁判所의 判示는 이 原則이 1939년부터 있었다고 말하고 있다. 이와 같은 見解를 바탕으로 1945年 8月 8日에 체결된 4大強國 連年協定이 侵略戰爭의 拒否와 平和保護를 宣言하고 있는 것이며 UN 憲章 역시 侵略戰爭을 否定한 것이다.

이것으로 現代國際法은 侵略戰爭을 拒否하고 強壓的 合併을 國際法 違反으로 認定하게 된 것이다. 설사 古典學說이 強壓에 의한 合併을 認定하였다고 이에 대한 反對意見이 美洲에서 1881年에 처음으로 事實化하였다 하더라도 이에 대한 學說은 이미 1600年代로 거슬러 올라간다. 그것은 1600年代의 화란인 그로티우스다. 이를 이은 先覺者的인 學者들로서는 1800年 以前의 사람들로서 Vattel, Heffter, Amari, Laghi, Nipold 등을 들 수 있다. 理由는 如何든 간에 合併을 否定하게 된 背景이 侵略戰爭을 拒否하고 國家間의 紛爭은 平和的으로 解決해야 한다는데 기인한 것이다. 이런 原則이 國際社會에서 活氣를 띠고 實質的인 반영을

나타내기 始作한 것은 1920年代를 들 수 있다.

1929年 11月 5日 체결된 美洲 平等 및 調整條約, Saaverda Lamas 反戰協定(1933年 10月 10日), 1933年 12月 21日의 몬테비데오 國家들의 義務와 權利協定 등은 侵略戰爭을 포기한다고 하였다. 특히나 上記 두 개의 協定은 平和的 方法이 아닌 強壓에 의하여 合併시킨 行爲는 認定치 않기로 規定하고 있다. 그리고 2次大戰이 막바지에 이른 1945年 3月 6日 멕시코에서 開催되었던 美洲會議에서 모든 國家의 領土는 尊重하며, 強壓에 의한 合併은 認定치 않기로 決議하였으며 1948年 4月 30日의 보고타會議에서는 이를 再確認하였다.⁶⁾ 이러한 美洲의 움직임은 1938年 나치가 오지리를 強壓的으로 合併하고 다음해인 1939年 체코를 合併한 것을 認定하지 않았다. 또한 美國과 英國은 1940年 소련이 세계의 반탁國을 合併한 것을 오늘에 이르기 까지 認定치 않고 있는 實情이다.

以上の 例 以外에도 成功与否는 不問에 불이고라도 強壓的으로 체결된 條約에 대한 無効化鬪爭이 國際社會에 흔히 있음을 엿볼 수 있다. 그의 實例로서는 韓日合併條約이 우리 國民의 意思에 反하여 체결된지 5年後인 1915年 中國이 日本의 強壓에 의하여 체결된 21個 要求條約을 1922年 워싱턴 會議에서 無効라고 主張하였으며, 第1次世界大戰 以後 敗戰國인 對獨, 對오리지, 對항가리 및 對불가리아에 대하여 강제로 체결된 벨사이유條約(1919), 성게르만條約(1919), 트리다논條約(1920), 노이리條約(1919) 등의 취소

소동을 들 수 있다. 특히 美國의 Stimson主義는 中國과의 問題로서 重要한 位置를 차지한다. 이는 만주事件과 關聯된 것이다. 1932年1月7日 當時 美國務長官이었던 Stimson氏는 日本에 보낸 覚書에서 美國은 國際聯盟規定 및 不戰條約에 違反된 어떤 強制로서 체결된 條約, 約定 等 모든 것을 認定하지 않는다는 것을 明白히 하였다. 이러한 Stimson主義는 同年 3月11日 國際聯盟이 받아들이는 데까지 이르렀다.⁷⁾

Stimson主義의 發想은 앞에서 소개한 바 있는 1881年의 美國務長官 Blaine의 宣言을 기초로 한 것이라고 풀이할 수 있다. 그리고 Blaine의 宣言을 土臺로 合併을 認定치 않은 1890年의 美洲會議의 再確認으로 解釋된다. 또한 이는 1600年代의 Grotius의 主張을 뒷바침하는 것이다.

以上の 年代는 모두가 1910年의 韓日強制合併을 앞지르는 年代라는 데서 주목을 끌만하다. Stimson의 主張이 1881年의 Blaine의 연속이라고 볼 때 1943年의 카이로宣言에서 大韓民國의 獨立을 保障한 것을 위시하여 1951年9月8日 調印된 對日本 平和條約 第2條의 明文規定도 역시 1881年의 Blaine의 宣言을 근거로 한 것으로 解釋될 수 밖에 없다. 따라서 카이로宣言이나 또는 對日 平和條約을 1910年에 강제로 체결된 韓日合併條約을 「源泉적으로」 無効化시킨 것이라고 보아야 한다. 만일 이런 풀이가 成立될 수 없다고 한다면 앞에서 말한 바와 같이 카이로宣言이나 또는 對日平和條約이 國際法 違反이라는 말이 된다.

왜냐하면 第1次大戦以後의 國際法은 明白히 強圧에 의한 領土박탈을 금지하고 있는데도 日本領土를 박탈한 規定이라는 억지가 나올 수 있기 때문이다.

따라서 韓日基本條約 第2條 속에 「이미 無効」는 日本側이 我田引水格으로 解釈하듯이 1945年以後 또는 「앞으로의 無効」가 아니라 「처음부터 無効」일 따름이다.

2. 強圧의 두가지 類型

韓日基本條約締結 當時 日本은 「韓國合併條約이 強制로 締結된 것은 事實이나 그 強制가 國家全體 즉 大韓帝國 全體에 加한 強制였기 때문에 有効한 것이다」라고 主張했다. 이는 바로 國家全體에 加한 強制는, 有効하다는 國際法의 學說을 근거로 한 것이다. 이와같은 論理의 근거는 個人에 強圧을 加하여 問題의 條約이 成就되었다 하여도 當該國家의 全體國民이 이를 수락하지 않고 反抗하는 경우는 自然히 그의 効力を 상실하게 된다는 데서 理解할 수 있을 것이다. 이때 만일 國民全體의 反抗을 극복할 수 있으면, 이는 結果적으로 個人에 대한 強圧의 限界를 넘어 國家全體에 대한 強圧이라는 論理가 成立될 수 있으므로 다시 有効하다는 말이 될 수 있다.

이렇게 놓고 볼 때 國家全體에 加한 強制로 체결된 條約은 有効하다는 日本側의 主張은 어느 程度 남득할 수 있다. 그러나 果然 國家全體에 加하는 強圧이 있을 수 있을까 하는 의문이 발

생된다. 國家全體에 加하는 強壓에 의하여 체결된 條約이 國際的으로 有效하다는 見解는 強大國 爲主的인 見解에 不過하다. 이런 強壓正當論에 모순을 指摘하고 國家全體에 加하는 強制는 있을 수 없다는 學說을 主張한 사람이 獨逸의 Weinschel이다. 條約을 체결하기 위하여 國家가 強制를 當하였다는 말은 國家를 形成하고 있는 國民全體가 強制를 當하였다는 말이다. 國家에 加한 強制는 結果的으로 擬人인 國家個人(代表)이 強制 當한 것이지 國民全體가 強制當한 것은 아니다. 勿論 國家全體를 強壓할 수 있는 경우도 있을 수 있다. 이는 바로 그 國家의 國民全體를 武力으로써 監獄에서 투옥시키는 등의 경우라고 말할 수 있다. 그러나 이런 경우가 實質的으로 可能한가는 상당히 의심하지 않을 수 없다. 그러므로 國家全體에 대한 強壓은 있을 수 없고 거의 모든 경우가 國家代表個人이 強制를 當하여 條約을 체결하게 되니 強制에 의한 條約은 自然的으로 無効일 따름이다. 이것이 바로 Weinschel의 論調다.⁸⁾ 따라서 韓日合併條約은 첫째 不當한 侵略行爲로서 이루어진 것이기 때문에 無効이며 또한 日本側 主張대로 國家全體에 加한 強制가 아니고 서명當事者인 個人에게 加한 強制이기 때문에 無効이다.

3. 瑕疵를 根拠로 한 條約

過去의 國際法은 瑕疵있는 條約中에서 詐欺, 錯誤로 인한 條約은 無効라고 하였다. 그러나 유별나게 強制로 締結된 條約만은

有効하다고 主張되었던 것이다. 이러한 國際法的 理論에 커다란 모순이 있음을 指摘하지 않을 수 없다.

詐欺 그 자체가 嚴格한 意味에서 볼 때 強制性を 내포하고 있는 것이다. 왜냐하면 個人間的 詐欺는 該當國家間的 戰爭을 뜻할 수 있기 때문이다. 그리고 이로인하여 유발되는 戰爭을 극복할 수 있는 國家만이 詐欺를 할 수 있으므로 強制와 同一하다. 이에 대한 구체적인 例가 1970년에 있었던 伊藤博文의 詐欺에 의한 新皇帝即位式이다. 當時 伊藤博文은 皇太子代理攝政의 뜻이었는데도 日本은 讓位로 宣傳, 祝電까지 보내 日本의 뜻대로 되고 말았다. 실사 이것이 日本의 欺罔行爲였다 하더라도 結果적으로 強制로 말미암아 有効하였던 것이다. 強制는 결코 기망, 錯誤에 우선하는 고로 強制에 의한 條約은 認定하고 기망, 錯誤로 인한 條約은 認定치 않는다는 國際法의 과거 論調는 모순이 아닐 수 없다.

4. 合併時効

日本이 「이미 無効」라는 韓日基本條約 第2條의 明文을 解釋할 때 1945年 以後부터 또는 앞으로의 無効라고 말하고 있는 底意속에는 韓日合併條約이 36年間 有効했다는 것을 根拠로 하고 있다. 그렇기 때문에 日本은 1938年 3月 13日부터 1945年 5月 8日까지인 7年間 有効했던 나치 獨逸과 오지리간의 合併條約의 경우와 다르다는 것이다.⁹⁾ 다시 말하여 보자면, 合併期間이 7年밖에 되지 않는 오지리는 獨逸의 패망과 더불어 부활할 수 있었으나

36年間 지속된 韓國의 경우는 부활이 不可能하다는 것이다. 勿論 오지리의 경우와 우리의 경우가 상당히 차이가 있음을 否定 못한다. 問題가 되는 것은 強制로 條約이 締結된 以後 有効期間의 算出問題이다. 이에 대한 明白한 國際上의 理論과 規定은 없다. 따라서 이는 解釋上의 問題다.

첫째로 問題가 되는 것은 왜정치하 속에서 우리 國民이 國內外的으로 合併에 反對한 적이 있었던 것이다. 이는 바로 國家가 完全消滅한 적이 있던 것과 直結되는 것이다.

둘째로 考察될 것은 國際法의 時効와 國內法의 時効다. 前者의 경우 우리 國民이 國內外的으로 日本에 抗拒하고 鬪爭했다는 것은 여러 가지 例를 들 必要없이 在 重慶 大韓民國 臨時政府의 對日宣戰聲明(1941年12月9日) 및 1919年の 國內 3.1運動 等으로도 충분하다. 이는 바로 大韓帝國의 政府는 없어졌다 하여도 그와의 國家同一性을 유지한다는데서 國家의 消滅은 있었다고 말할 수도 있다. 이는 國際法의 一般原則을 根拠로 하는 論調다. 앞에서 이미 指摘한 바와 같이 美國과 英國은 소련이 1940년에 발틱國을 強制 合併한 것을 承認하지 않고 있다.

따라서 上記國家는 國家消滅을 아직까지 하지 않은 것으로 認定되고 있다. 더구나 이들 國家는 우리 國家의 경우처럼 抗拒도 없는데도, 그리하여 臨政의 承認与否 問題도 없는데도 이런 의문이 제기 되지 않는다. 따라서 臨政 또는 抗拒에 대한 外國으로부터의 承認与否 問題는 旧學說에서 強制에 의한 合併이 認定될 때

論할 問題이지 強制에 의한 條約을 認定할 수 없는 正當한 國際
法 理論에서는 論할 問題는 되지도 않는다. 後者의 경우는 즉
36年間 支配當했기 때문에 時間的으로 오지라의 경우와 다르다는
論調는 한 國家의 수명을 볼 때 不當함을 충분히 이해할 수 있
다. 私法上的 時効를 보아도 2年 내지 30年의 時効가 있는데
에 國家의 수명 時効를 36年間으로 본다는 것은 明白한 모순이
다. 國家의 수명은 世代가 바뀌어도 그의 國際法의 同一性이 유
지되는 것이며, 人間의 歷史가 지속되는 한 國家의 수명은 지속되
는 것이다. 또한 소련이 合併시킨 발틱國들이 合併된지 오늘에
이르러 36年이 되었어도 時効問題가 論難되지 않는다는 것을 볼
때 日本側의 論調가 不當함을 험사리 알 수 있다.

5. 同一性의 回復

日本이 36年間 韓國을 支配했고 大韓帝國과 合併條約을 締結
하였다 하더라도, 첫째, 앞에서 이미 考察한 바와 같이 「不當한
強制」로 合併條約을 締結한 것이기 때문에 國際法 違反이며, 두번
째, 36年間に 걸쳐 韓國國民의 獨立抗爭이 끊임없이 있었기 때문에
國民의 國家포기 意思가 없었으므로 大韓帝國은 지속된 것이었다.
이와같은 理由를 根拠로 Verdross는 韓日合併條約은 國際法 違反
이라고 말하였고,¹⁰⁾ 1904年의 第1次 韓日協約도 無効라고 Hans
Kelsen이 宣言하였으며,¹¹⁾ 1905年의 乙巳保護條約역시 國際法 違
反이라고 Guggenheim이 말하였다.¹²⁾

이는 바로 韓日基本條約 第2條가 1910년에 強制로 締結된 韓日合併條約만이 아니라 「…… 그 이전에 締結된 모든 條約 및 協定이 …… 無効다」라고 말한 것 과도 一致한다. 설사 合併이 되었다 하여도 強制에 의한 것이며 또한 國民의 抗拒가 있었던 限 合併시킨 國家가 (즉 日本) 戰爭에서 敗亡하고 敗亡시킨 勝戰國이 合併당한 國家를 合併시킬 意思가 없는 限 合併당한 國家는 國家로서 回復된다는 것이 오늘날의 國際法 通說이다.¹³⁾

이를 다시 말하여 보자면 日本이 強制로 大韓帝國을 合併하고 36年間 支配했다 하더라도 우리 國民의 지속적인 獨立鬪爭이 있었던고로 國家의 포기가 없었으며, 日本이 聯合國에 敗戰하고, 勝戰國인 聯合國이 日本으로부터 獨立을 도로 찾는 大韓民國을 合併할 의도를 갖고 있지 않았기 때문에 國家는 다시 回復되었다는 것이다. 따라서 大韓民國과 大韓帝國은 國際法上的 同一性을 유지하고 있는 것이다. 이와같은 國際社會에서의 實例는 우리 大韓民國의 경우가 처음이 아니라 上記原則에 따라 強制合併을 극복하고 再回復을 한 알바니아, 에치오피아, 오지리 및 체코의 경우 등을 들 수 있다.¹⁴⁾ 이러한 國際法的 見地에서 오지리는 1955年5月15日 소련과 締結한 國家條約 前文에다가 1943年10月30日 獨逸에 의한 強制合併은 「零」이며 「無効」라고 宣言하였다.¹⁵⁾

II. 大韓民國의 唯一合法性

韓日基本條約 第3條는 大韓民國이 唯一合法政府임을 明文으로 밝히고 있다. 이는 앞에서 밝힌 바와 같이 우리 憲法規定과도 一致하며, 1948年12月12日의 UN總會의 決議와도 合致된다. 法理論上으로 볼 때 우리 大韓民國의 樹立은 合法的인 國民投票 즉 主權者인 國民의 權力行使에 의하여 樹立된 것이며 이를 絶對多數의 外國과 UN이 承認한 것이므로 唯一合法上에 異議가 있을 수 없다. 그러나 國家의 唯一性이 반드시 國民의 投票에 의하여서만 이루어지는 것은 아니라는 反對說도 있다. 勿論 그렇지 않은 경우도 國際社會에서 종종 볼 수 있다. 그의 實例가 東歐 共產國家들이다. 만일 國民投票에 의해서만 한 國家의 唯一合法性이 成立될 수 있다고 한다면 東歐 共產國家는 國家가 아니라는 말이 나올 수 있다.

그렇지만 大韓民國과 北傀와의 關係에서 볼 때 北傀의 政權樹立은 東歐의 경우와 嚴然히 다르다. 그의 法的理由는 다음과 같이 說明할 수 있다. 國民投票에 의하여 樹立되는 政府와 國民投票 없이 세워지는 政權이 同一國家內에 있을 때는 國民投票에 의하여 樹立된 政府만이 合法性과 唯一性을 갖는다. 따라서 大韓民國과 北傀와의 法的關係에서 볼 때 大韓民國은 무엇에도 優先하는 自由國民投票에 의하여 樹立되었으므로 唯一合法政府가 된다. 이와같은 것에 비하여 東歐의 共產國家 內에는 한 國家內에 두 政府가 없으므로

北傀와 같지 않은 法的現象이 나타나는 것이다.

Ⅲ.

이상의 論調를 集約해 보자면 韓日基本條約 第2條에 「이미 無効」라는 말은 「처음부터 無効」임을 뜻한다. 그의 國際法的 理由로서 첫째, 大韓帝國意思에 反하는 武力的 強制에 의하여 締結 되었기 때문이다. 둘째, 侵略行爲(侵略戰爭)는 不法的 行爲였고 國際法上的 強制權이 認定되지 않기 때문이다. 셋째, 美國의 Stimson主義는 1881年의 Blaine 國務長官의 強制合併을 拒否하는 宣傳과 一致하며 이는 또한 1951年9月8日의 日本이 聯合國과 締結한 平和條約 第2條의 解釋에 대한 指針이 된다. 즉 同條約 第2條가 韓國의 獨立을 保障한 것은 日本의 領土를 剝奪한 것이 아니라, 日本이 強圧的으로 大韓帝國을 合併시켰기 때문에 Blaine 原則에 입각하여 無効化시킨 것이며 이는 「처음부터의 無効化」를 意味한다. 따라서 大韓帝國과 大韓民國은 國際法上的 同一性을 유지한다. 그런고로 韓日基本條約 第2條內의 「이미 無効」는 처음부터 無効」임을 確認한 것이다.

韓日基本條約 第3條는 大韓民國을唯一合法政府라고 明示的으로 밝히고 있다. 이는 國際法의 大原則인 國民에 의하여 이루어진 政府를 唯一合法政府로 認定하는 原則과 合致되는 것으로서 이에 대한 外交的 再確認이다.

第二章 南北韓協定締結可能的 法的 性格

1. 協定締結의 方向

不可侵協定이란 原則적으로 國家와 國家間에 사용되는 國際法的 對象이었음을 否定할 수 없다. 따라서 南北韓의 不可侵協定方向 역시 이의 契도를 벗어나기 어렵다.

歴史的으로 보아서 不可侵協定은 Kellog Pakt를 土臺로 하고 있다. Kellog協定이란 1928年8月27日 파리에서 締結된 不可侵協定을 말하는 것이다.

同協定 第1條에 따르면 "協定에 서명한 모든 國家는 그 國家의 國民의 이름으로 國家間的 紛爭을 해결키 위한 方法으로 이 용되는 戰爭을 부당한 처사라고 非難하며 國家政策遂行을 위하여 戰爭이라는 手段을 동원할 것을 포기한다."라고 規定하고 있다.

이런 內容의 協定에 南美諸國을 除外하고 당시의 強大國을 위시 하여 多數國家들이 서명했기 때문에 이 協定이 國際法의 一般原則으로 認定되고 있는 實情이다.¹⁶⁾ 이 協定은 당시의 불란서 外相 Briand와 美 國務長官 Kellog간의 1928年6月23日 字의 覚書 交換을 근거로 한 것이다. 따라서 Kellog協定이란 同 協定이 締結되도록 주도적 역할을 한 美國의 國務長官의 이름을 딴 것임을 알 수 있다.

우리의 南北韓關係에서도 Kellog協定과 같은 不可侵協定이 締結

될 수 있을 것인가가 문제될 수 있다. 同 協定 第1條가 밝힌 바와 같이 不可侵協定은 國家間의 協定이었지 同一國家인 分斷國에서 相互適用할 原則이 아님을 表面的으로 認知할 수 있다. 그러나, 이 國際法的 協定이 南北韓相互間에 締結할 수 있는 不可侵協定の 母體的 役割을 할 수도 있다. 故로 Kellogg協定은 하나의 方向을 提示하는 것이라고 評價될 수 있을 것이다.

2. 協定締結方法

南北韓不可侵協定은 法的性格을 가져야 한다. 此를 위하여는 法的拘束力이 있어야 한다. 法的 拘束力은 同 協定이 뜻하는 義務와 權利의 이행이며 義務가 履行되지 않을 때는 此의 履行을 위한 어떤 強制力이 있어야 한다. 만일 同 協定이 義務의 履行을 規定하지 않으면 이는 하나의 政治道德的 合意에 불과하게 된다.

① 協定締結의 土臺가 되는 法的 種類

相互 侵略하지 않겠다는 내용을 주축으로 하는 南北韓不可侵協定이 法的拘束力이 있기 위하여는 私法上的 協定으로도 締結할 수 있다. 이를 北傀가 마다할 때는 國內法인 國家法(Staatsrecht)을 근거로 締結할 수도 있다. 또한 分斷國의 特殊性에 따라 特殊法을 근거로 締結할 수도 있다. 이 特殊法이란 私法도 아니며, 國家法도 아니며, 國際法일 수도 없다. 이를 말하여 最少法秩序(Minirechtsordnung) 하에서 締結된 協定이라고도 한다.¹⁷⁾ 分斷國은 相互 外國關係가 아니지만 國家間에 適用되는 國際法을

근거로 南北韓의 不可侵協定을 締結할 수도 있다.

以上の 法秩序를 근거로 한 것 외에도 地崩설을 土臺로 한(Uberdoch-theorie) 南北韓不可侵 締結도 可能하다. 따라서 南北韓 分断狀態下에서 南北韓相互間에 締結할 수 있는 法的 土臺에 관한 種類는 大體로 私法, 國家法, 特殊法, 國際法 및 暫定協定 등 다섯 가지로 集約될 수 있으며 特殊法이라는 말 속에는 여러 形態의 것이 있음을 알 수 있다. 그러면 어떤 法的 性格 때문에 이상과 같은 法秩序를 土臺로 南北韓의 不可侵協定이 可能한가를 밝힐 必要가 있을 것이다.

② 國家法下에서의 協定

國內法을 근거로 한 國家法的인 條約 또는 契約, 協定 등은 西獨聯邦體制下에서 흔히 엿볼 수 있는 경우다. 이는 聯邦政府와 州政府 또는 州政府와 다른 州政府間의 締結에서 나타난다. 이는 관습법을 근거로 한 相互協力協定이라고 說明되고 있으나 學界의 完全한 見解의 一致를 보고 있는 것은 아니다. 다만 한 國家法下의 테두리에서 締結된 協定이라는 데는 反對說이 없다. 南北韓의 不可侵協定이 이상과 같은 테두리에서 締結될 수도 있다.

즉, 南北相互同等한 位置에서 州政府와 州政府가 締結하는 한 國家法下에서의 不可侵協定이다. 그러나, 이 또한 우리 維新憲法下에서는 많은 난관이 뒤따른다. 그것은 大韓民國政府가 維一合法政府라고 維新憲法 第3條가 못을 박고 있기 때문이다. 따라서 法的 正統性이 있는 우리 政府가 不法的인 北傀와 함께 同一한 州的인

位置에서 어떤 協定을 締結할 수 없지 않느냐는 것이다. 嚴格한 意味에서 볼 때 우리 憲法이 北傀内에서 現實的인 實効를 거두지 못하여 北傀가 對外的으로 國家行勢를 하고 있기 때문에 實効에 대한 어떤 法的 問題가 欠乏되어 있는 것이다. 이는 分斷이라는 現實에서 나온 不可避한 結果다. 따라서, 이곳에서 말하는 이 國家法이란 이런 欠乏된 點을 補完하려는 法理에서 나온 것이다. 그런고로 우리 大韓民國이 同一한 州는 아니나 그와 類似한 또는 州위에 位置한 聯邦政府的인 性格과 類似한 法的 位置에서 州와 類似한 北傀와 協定을 締結할 수 있다는 것이다.

西獨의 경우도 아테나워 政府가 唯一合法性을 主張하면서도 東獨과 과거에 通行協定을 締結한 것은 이와 類似한 例다(Kehler Hafenvertrag, Brerf. GE 2, S347ff)

③ 私法上的 協定

한 國家法下에서의 協定이 誕生될 수 있는 것은 私法上的 契約으로도 생각할 수 있다.¹⁸⁾ 우리政府가 어떤 個人의 團體 또는 公共團體와 私法上的 契約을 締結할 수 있기 때문이다. 이는 우리憲法이 禁止하지 않고 있다. 그러나 이런 方法 역시 어려움이 있다. 北傀가 우리 大韓民國政府를 公認하고 그들이 스스로 自己 政府를 個人團體로 보려고 하지 않을 것이기 때문이다. 이를 北傀가 認定하는 경우는 우리는 北傀와 同 協定 속에서는 同等하나, 다른 公法的 見地에서 볼 때는 大韓民國政府下의 어떤 個人

団体임을 認定하는 結果가 되기 때문이다. 그러나 北傀가私的的地位를 自認하지 않는다고 해서 不可能한 것은 아니다. 私的 地位問題는 北傀가 自認해야 하는 性格과 다르기 때문이다.

하지만 南北間의 協定에 이 協定은 私法을 근거로 한 것이라는 것이 어떤 形式으로든지 반영되어야 함으로 어려운 난관이 있는 것만은 事實이다.

④ 特殊法秩序下에서의 協定

따라서 南北韓不可侵協定은 最少法秩序(Mini-rechtsordnung) 또는 어떤 特殊法秩序下에서 締結될 수도 있다.¹⁹⁾ 이런 경우란 國家와 宗教團體와의 締結에서 나타나는 현상이다.

바티칸은 國際法의 主体이기 때문에 그와의 條約이나 또는 協定 締結은 國際法을 근거로 한 것이나 한 國家內에 있는 教會와의 締結은 國際條約 또는 協定이 될 수 없고 特殊法秩序下의 또는 最少法秩序下의 條約 또는 協定 밖에는²⁰⁾ 될 수 없다.

그러나 여기에서도 어려운 問題가 있다면 北傀가 最少法秩序下에서 教會的인 位置 즉, 大韓民國을 合法的인 政府로 認定하면서 協定을 締結하려고 하지 않을 것이라는 것이다.

南北韓 雙方間에 어느 한 편을 法的 優位로 認定하는 어떤 合意가 이루어지기란 거의 기대할 수 없다. 따라서 政治技術的으로 해결하는 方法이 모색될 수도 있다.

⑤ 國際法的 協定

南北韓不可侵協定은 國際法을 근거로 締結될 수도 있다. 維新憲法이 政府로 하여금 國際法的 條約 및 協定 등을 締結할 權利를 부여하고 있다는 것은 널리 알려진 사실이다. 國際法的으로 締結할 그의 權利가 무한한 것은 아니나 大韓民國의 體制를 否認하지 않는 範圍內에서는 可能하다.

南北韓相互內政不干涉原則을 前提로 하는 南北韓相互不可侵協定은 協定當事者들의 政治的 立場이나 政治的 解釈으로 이상의 方法이 可能할 수도 있으나 法的으로는 상당히 어려운 問題가 뒤따른다.

첫째, 南北韓 雙方이 서로 自己政權이 法的 優위에 있다는 見解下에서 協定을 締結하려고 할 것이기 때문이다.

둘째, 協定の 체결을 위하여 相互 法的 優위성이 되는 部分을 노출시키지 않고 묵시적으로 締結할 수도 있으나 「묵시적 事項」을 法的으로 解釋할 때 南北韓 雙方中 어느 한편이 法的 優위에 있었다고 解釋할 수 없는 난관이 뒤따르기 때문이다. 다시 말하자면 明示적으로 法的 優위를 밝히지 않는 경우는 해석상으로 優위에 있다고 主張되어 紛爭의 問題는 여전히 지속될 수 있다는 말이 된다.

그러나, 分斷國의 合意가 法的으로 完全無缺한 合意에 도달할 수 없고 언제든지 争점이 남을 수 밖에 없다는 國際的 先例를 생각할 때 南北韓不可侵協定도 이러한 法的인 난해한 問題를 明確히 定立함이 없이 締結할 수도 있다. 이는 政治技術上 必要한 手段이라고

말할 수 있다. 國際的 先例란 1971年9月3日에 締結한 4大 強大國 伯林協定 內容中 西伯林에 대한 法的 地位에 관한 規定을 들 수 있다. 同 四大強大國 伯林協定은 東西獨基本條約의 母體的인 역할을 한 協定이다. 四大強大國이 締結한 伯林的 法的 地位에 대하여 어떤 明示的 規定도 없다. 그리하여 解釋上의 問題로 남겨둔 것이다. 이와같이 해석상의 問題로 미루어 두게된 이유는 西方側이 소련과 完全한 合意를 볼 수 없다는데서 그의 근거를 찾을 수 있다. 이는 비단 서방측의 立場에서만 그런것이 아니었다. 소련 역시 同一한 見解에서 沈黙을 지키는 式의 變則行動을 취했던 것이다. 그렇지 않고는 四大強大國 伯林協定이 타결을 볼 수 없고 이로 因하여 東西獨基本條約이 誕生될 수 없기 때문이었다. 이러한 나머지 四大強大國 伯林協定과 東西獨基本條約이 締結된 오늘날에도 伯林通行에 대한 분규 問題는 여전히 남아 있는 것이다. 그리하여 東西獨 雙方이 서백림 通行에 대하여 自己側에 有利토록 解釋하고 있을 따름이다. 또 다른 國際的 先例는 東西獨基本條約속에서 찾을 수 있다. 이는 東西獨을 합친 獨逸國民이 아니라 西獨과는 다른 獨立된 東獨國民이라는 새로운 國籍法을 東西獨基本條約이 締結되기 전에 제정해 놓았다. 이에 비하여 西獨은 兩獨國民이 同一한 獨逸國民이라는 1936年의 獨逸國籍法을 西獨연방 政府가 樹立된 以後에도 適用한다는 明文을 西獨基本法에다 밝히고 있다. 이와같이 雙方이 相異한 國籍法을 갖고 있다는 것은 매우 重要한 的의를 갖는다.

東西獨基本條約締結 以後 相互 訪問時 東獨의 市民이 西獨에서 東獨으로 돌아가지 않을 때 西獨이 추방할 權利가 없고 이로 因하여 內政不干涉原則이 威脅 받을 수 있기 때문이다. 더구나 東獨의 立場에서 볼 때 西獨에 머무르는 東獨國民의 피난行爲가 상당히 예상되기 때문에 더욱 重要한 것이었다. 그러나, 이 問題가 雙方間의 完全한 合意에 도달할 수 없다는 것을 認定한 나머지 서로 默示的으로 다루지 않고 東西獨基本條約을 締結한 것이었다.

以上에서 본 바와같이 大韓民國政府가 北傀와 어떤 協定 또는 條約을 締結할 때 어떤 性格의 法을 根拠로 해야 하는가는 그의 制限이 있을 수 없다. 즉, 大韓民國政府는 大韓民國의 이름으로 北傀와 私法을 根拠로 協定 또는 條約을 締結할 수도 있고 國家法下에서도 맺을 수 있으며 또는 特殊法秩序下의 (Spezialrecht-sordnung)法을 土台로 締結해도 좋으며 國際法的으로 締結할 수도 있다는 것이다. 이에대한 前提條件은 우리 政府와 國民이 바라는 바와같이 「永久分斷이 아니다」라는 性格만 어떤 形式으로든지 反映되면 그로서 充分하다는 것이다. 어려운 問題가 있다면 앞에서 간단히 說明한 바와같이 北傀의 法的 地位 뿐이다.

다시 말하여 보자면 私法上의 協定 또는 條約을 北傀와 締結할 때 우리 政府는 어디까지나 大韓民國을 代表하는 政府이며 北傀는 私設團體 이어야 한다는 점이며 國家法下에서 締結할 때는 우리 政府가 主된 政府이며 北傀는 그 밑에 있는 어느 公共團體이어야 한다는 점이다. 特殊法秩序下에서의 締結일 때도 역시 類似한 法的

性格을 北傀가 지녀야 한다는 점이다.

이렇게 될 때 北傀가 이에 應하지 않을 것이라는 것은 充分히 予測할 수 있는 일이다. 또한 우리 政府 역시 政府의 法的 地位를 양보할 수 없다. 法的으로 볼 때는 憲法的 規範 때문이며 政治的으로 볼 때는 政府나 國民의 確고한 열망 때문이다. 反共이 우리의 死活問題라고 볼 때 어떤 側面으로도 양보할 수 없는 일이다. 다만 政治的 方法이 있다면 北傀와 妥協할 수 없는 점에 대하여 默示的 立場을 취하면서 協定이나 또는 條約에 도달한다는 점이다. 이렇게 될 때는 東西獨 경우에서 본 바와 같이 解 釈上의 論難으로 問題가 持續될 것이 予測된다. 分斷 自体가 南 北韓의 持續的인 論難을 意味한다고 생각할 때 解 釈上의 論難은 甘受할 수 있는 問題라고 보아 넘길 수 있다.

南北韓이 締結하는 어떤 協定이나 條約이 國際法的일때가 가장 顯명할 수도 있다. 北傀와의 國際法的 協定 또는 條約締結이 憲 法違反이 아니냐는 의문이 發生될 수 있으나, 北傀를 國家로 承認 한 것이 아니라는 前提下에서 可能하다고 할 때 또한 不可侵協定 과 같은 國際法的 內容은 憲法違反이라고 말할 수도 있다. 다시 말하면 北傀와 國際法的 協定을 締結할 수도 있으나 協定締結의 無限大性이 認定되지 않으며 그의 內容如何에 따라 合憲일 수도 있고 또는 違憲일 수도 있는 것이라는 말이 된다. 만일 北傀와 締結하는 不可侵協定이 두개의 韓國을 뜻할 때는 憲法違反이 된다. 그러나 大韓民國 政府가 두 개의 韓國을 前提하지 않는 속에서

不可侵協定을 締結할 것이 明白하므로 違憲이 될 수 없다. 이는 6.23 宣言 當時의 國務總理 金鍾泌氏가 「事實上的 政權」이 있다는 것만을 認定한다는 宣言 등으로 充分히 理解할 수 있는 일이다. 嚴格히 말하여 北傀를 가리켜 「事實上的 政權」 즉, de facto 라는 宣言 自体가 法的 表現으로는 잘못된 것이며 이는 「實質的 政權」 즉, tatsächliche Regierung 라고 했어야 했다. de facto가 內包하고 있는 意義는 한 國家로는 承認이 되어 있으나 合法政府로는 承認할 수 없다는 것을 뜻하는 것은 아니며 앞으로 情勢如何에 따라 合法政府로 承認할 수 있다는 것을 뜻하는 反面, 「實際的 政府」란 國際法의 國家承認, 또는 政府承認과 무관하기 때문이다.²²⁾ 그러나 金總理가 de facto라고 宣言했다고 해서 그리 問題가 되는것은 아니다. 이는 하나의 政治發言이며 法的 發言이 아니기 때문이다. 西獨의 경우도 역시 即興的인 發言을 政治家들이 말할 때 法的으로 正確하지 못한 경우가 흔히 있는 것이다.

大韓民國政府는 建國 以後 오늘에 이르기까지 北傀와의 어떤 國際法的 關係를 締結하는 것을 단연 거부해 왔다.

⑥ 北傀의 國際法 主体

그러나 嚴格한 意味에서 볼 때는 이미 國際法的 關係를 오래전부터 맺고 있는 것이다. 그것이 우리 政府의 希望에서였는지 또는 아닌지는 問題될 바가 아니다. 어떤 國際機構에 加入되어 그 國際機構가 國際法的 效果를 發生시킬 때는 이에 加入한

모든 國家는 相互關係에 있어서 國際法的 効力を 發生시킨다. 비단 이에 加入한 國家만이 아니라 加入하지 않았다 하더라도 이 機構와 接觸하는 國家自体도 그에 加入한 모든 國家와의 關係에서 國際法的 作用을 하는 것이다. 따라서 國際法的 効果는 國家承認 과도 무관하며 國際法的 効果를 希望 또는 希望하지 않는 것 과도 무관한 것이다.²³⁾ 다시 말하자면 國際機構에 加入하게 되면 그 機構에 加入한 모든 國家는 그 國際機構가 法律行爲를 하는 一切의 行爲 즉 他 機構나 또는 非加入國家 뿐만 아니라 加入한 어떤 會員國과의 條約締結, 條約變更, 條約內容의 履行 등에 있어서 그 加入한 會員은 國際法的 効력이 發生된다. 이는 甲이라는 會員國 이 乙이라는 加入國家를 상대로 乙國家와의 國際法的 効力を 希望 하지 않는다는 意思表示를 했다해도 그런 意思表示는 國際法的 効力에 아무런 影響을 주지 못한다는 것이다. 따라서 集團國際機構에 加入하여 集團的 國際條約(Völker rechtlicher kollektivvertrag)을 締結할 때는 甲이라는 會員國家가 乙이라는 會員國家 또는 丙이라는 集團條約當事國家를 상대로 國際承認 또는 政府承認을 아니했다 하더라도 國際法的 効果는 發生되는 것이다.²⁴⁾

또한 甲이라는 會員國이 乙이라는 加入國을 承認하고 싶지 않고 그와의 어떤 國際法的 關係를 맺고 싶지 않기 때문에 加入된 國際 機構가 그 會員國과의 協定이나 또는 條約을 締結하는 것을 反對 했다 해도 多數加入國들에 의하여 乙會員國과 國際法的 條約 또는 協定을 締結한 이상 이를 反對했던 甲會員國도 역시 乙會員國과의

國際法的 効力を 갖게 된다. 이 때의 反對는 政治的 性格을 지
 낼 뿐 國際法的 性格을 變更 시킬 어떤 法的 措置가 될 수 없
 기 때문이다. 國際法的 効力を 맺고 싶지 않을 때는 甲會員國이 그
 國際機構에서 脫退하는 수 밖에 없다. 예컨대, 아랍國家들이 UN
 에 加入했고 이스라엘 역시 UN會員國이다. UN會員國인 이스라엘
 과 아랍國家는 UN憲章에 따라 相互 國際法的 權利와 義務를 갖
 는 國際法的 關係를 갖고 있는 것이다. 이스라엘과 아랍國家들이
 相互 政府承認 또는 國家承認을 하지 않은 것과는 아무런 關係가
 없다. 또한 아랍國家들의 對 이스라엘政策으로 보아서 政府承認
 뿐만 아니라 源泉的인 國家承認도 拒否하고 있는 것이며 「事實上
 의 政權」도 承認치 않고 있는 상태다. 이리함에도 어떤 아랍國
 家도 UN속에서 UN憲章에 따른 對 이스라엘에 관한 國際法的 効
 力を 진정으로 무시한 적이 없다. 이와는 정반대로 아랍國家들이
 UN의 소집을 要求하면서 이스라엘이 먼저 侵攻하여 國際法을 違
 反했다고 非難하는 것을 종종 볼 수 있다. 이는 또한 東西獨의
 關係에서도 마찬가지다. 東西獨이 UN加入後 양국은 UN會員國이
 되었다. 西獨은 東獨과의 基本條約을 締結하기 前後하여 「東獨과
 의 關係는 外國과의 關係가 아니며 어디까지나 內國關係이다. 東獨
 을 한 國家로 承認하지 않는다」라는 不承認의 宣言을 數次에 걸
 쳐 밝혔다.²⁵⁾

심지어는 東獨과의 通行協定 또는 經濟去來協定을 締結하면서 「이
 集團協定은 國際法을 根拠로 締結된 것이나 이에 서명한 여러 國家

들중 東西獨은 그의 關係에 있어서 國際法을 土臺로한 것이 아니다」라고 留保的 宣言까지 하고 있다.²⁶⁾ 그러나 일단 國際法的 集團條約의 當事國家가 되면은 이와같은 留保的 宣言으로 國際法的 効力을 말소시킬 수 없다는 것이 支配說이다. 따라서 이는 政治的 發言에 不過하다는 것이다.²⁷⁾ 그러므로 양獨이 同一國際機構에 加入한 경우와 集團條約에 締結한 경우는 그에 한하여 國際法的 効力을 갖는다. 그러나 이는 어디까지나 分斷狀態下에서의 國際法的 關係이지 外國과 外國關係로서의 國際法的 關係가 아님을 알아야 하겠다. 西獨이 東獨을 外國으로 國際法的 承認을 하지 않기 때문이다.

우리 大韓民國의 경우도 역시 類似하다. 그것은 南北韓이 IPU에 加入되어 있고 世界保健機構에 加入되어 있기 때문이다. 이 機構는 國際法, 國際機構로서 加入會員國은 相互國際法的 關係를 갖고 있을 따름이다. 따라서 南北韓이 UN에 同時加入하면 두 개의 韓國을 뜻한다는 상투적인 金日成의 論調는 政治的 생트집이 될 수 있을지언정 法的 評價가 될 수 없다. 北傀와의 어떤 協定 또는 條約이 國際法的 性格만을 갖고 있을 때 문제가 아주 없는 것이 아니다.

⑦ 內的 特殊關係

法的 機能이 外國과의 關係를 規定하는 國際法的 性格만을 갖고있기 때문이다. 따라서 國家內的인 性格도 加味되어야 한다.

이는 分断국의 性格과도 一致하는 것이다. 分断국의 性格이 각기 獨立된 두 개의 國家인것 같기도 하면서 單一國家라는데서 그런 結論이 내려진다. 따라서 이에대한 法的 解決方法은 없는가가 問題된다. 이에선 'inter-se-Beziehung'라는 '內的 特殊關係'라는 方法이 있다.

原則적으로 國家는 單一國家인 것이 正常이다. 그러나 不幸히도 우리 祖國은 分断되었다. 祖國이 分断된 關係로 國家自体가 非正常 狀態가 되었던 것이다. 單一國家 體制에서 機能을 發揮해야 할 制度는 分断 體制下에 적합하도록 強要받았다. 이러한 強要는 모든 分野에 影響을 주어 政治는 分断政治를 해야했고 經濟政策 역시 그러하고 體育, 文化 또한 마찬가지 運命에 廻하게 되었다. 따라서 分断이 무엇인가를 먼저 解明할 必要가 있다.

分断政治란 北傀를 상대로 하는 政策으로서, 外交政策이 될 수 없고 또, 그렇다고 하여 完全한 对内政策일 수도 없다. 만일 國家가 單一國家 形態를 갖추고 있다면 이는 再論할 必要없이 对内 政策이지만, 分断으로 말미암아 이것도, 저것도 아닌 모호한 關係에 놓이게 된 것이다.

다시 말하면 統韓政策은 우리 民族自体의 問題이기 때문에 内國 政策의 問題이어야 하나, 北傀 當國 自体가 北韓을 支配하는 「實質上의 政權」이기 때문에 外國과 같은 外形上의 形態를 갖추고 있으며 이와 關聯하여 現 國際社會가 단순한 内國問題로만 許諾하지는 않기 때문에 对内關係도 對外關係도 아니나, 对内, 對外關係의

比重을 비교하여 볼때 对内的인 것이 보다 중요한 比重을 차지하기 때문에 「内的 特殊關係」를 形成하고 있다. 즉 分断狀態란 「内的 特殊關係」에 놓여 있다는 것이다. 따라서 分断政治란 「内的 特殊關係의 政策」임을 뜻한다고 말해야 한다. 이러한 政治의 奇現象은 法的 解釈面에도 영향을 주게 마련이다.

政治的 現實을 뒷받침했던 法學은 國家가 單一國家의 형태를 갖추고 있는 것이 正常的이었기 때문에 單一國家 體制下에서 발달되었다. 그러나 國家가 分断되고 이에 따라 分断政治가 행하여짐에 分断狀態下에서의 法學의 발달을 요했던 것이다. 따라서 「内的 特殊關係의 法學」을 요한다고 말할 수 있을 것이다. 이러한 現實的인 강요는 法的 解釈에 많은 난관을 갖다 주고 있는 실정이다

그 實例가 7. 4 共同聲明이 발표되자 國內여론은 李厚洛 당시 中央情報部長이 平讓을 다녀온 것이 反共法 및 國家保安法에 違反되는 것이 아니냐는 見解가 들끓었고 6. 23 宣言이 발표되고 南北韓의 UN 同時加入을 政府가 제의하자 北僞를 國家로 승인한 것이 아니냐는 여론이 대두되어 政府가 法的 解釈을 내린 적이 있음을 상기할 수 있다.

이러한 것은 모두가 다 分断의 高潮에서 나온 새로운 產物인 것이다. 이와 유사한 산물이 바로 南北韓 不可侵協定 제의라고 말할 수 있다.

그러면 앞에서 말한 南北韓 不可侵協定 제의가 分断상태하에서 어떠한 法的 性格을 띠고 있는 것인가를 풀이할 필요가 있다. 즉, 分断政府란 「内的 特殊關係의 政策」이라고 말했으므로 南北韓 不可侵協定 제의 역시 「内的 特殊關係의 法的 性格」의 영역에 속할 수 있는가의 여부가 문제된다. 「協定」이란 法的 用語는 國際法에서 사용하고 있는 用語이다. 그러므로 「南北韓 不可侵協定 提議」 자체가 一次的으로 國際法的인 性格을 띠고 있다고 말

할 수 있다. 그러나 이러한 국제법적 성격자체가 곧 北傀를 國家로 승인하여 두 개의 韓國을 뜻하는 것이라고 성급하게 말할 수 없는 것은 國家로 인정받으려면 明示的 承認을 요해야 하는데 우리 政府는 그 어느 때도 北傀를 明示的으로 國家로 承認한 적도 없고 그럴 의사도 없었으며 그와는 正反對로 「休戰線 以北地域을 事實上 支配하는 共產政權이 있다는 것을 인정할 뿐 國家로는 인정하지 않는다」라고 金鍾必 國務總理가 1973年 6月 23日 朴大統領이 6.23 宣言을 발표하고 난 직후 記者會見에서 政府의 見解를 뚜렷히 밝힘으로써 明示的인 부인만이 있었기 때문이다. 그렇다면 國際法上的 國家가 아닌 實질상의 支配政權과의 國際法的 性格을 띠고 있는 「協定」을 맺을 때 어떠한 法的 意義를 지니고 있는가가 문제될 따름이다.

원래 國際法은 국가간의 關係를 규정하는 法으로서 國家만이 國際法의 主体가 될 수 있는 것이 原則이나 國內問題에서도 國際法과 유사한 法이 適用되는 경우가 있다. 그 경우가 바로 聯邦體制를 갖추고 있는 國家에서 종종 볼 수 있는 것이다. 우리나라에서는 聯邦體制를 갖춘 적이 없기 때문에 이 문제가 낯설은 문제임이 틀림없으나 연방체제를 갖추고 있는 國家에서는 종종 볼 수 있는 현상이다.

원래 聯邦體制란 聯邦政府를 정점으로 하여 여러 州政府로 구성되어 있는 것을 뜻한다. 이때 聯邦體制를 구성하고 있는 구성원인 주정부는 하나의 獨立된 國家와 비슷한 自治行政, 立法, 司法權 등을 가지고 있다. 다만 聯邦政府는 軍事, 外交 등의 중요한 몇몇 개의 權限을 聯邦法으로 制定하여 연방정부에 이 權限이 예속되도록 하고 있는 것이다.

그런데 이때 聯邦法에도 州法에도 定하지 못하고 있는 法的인 問題가 종종 발생하는 특수한 경우가 있다.

실례를 들어 고찰하여 보자면 西獨의 경우를 말할 수 있을 것이다. 西獨聯邦法에 의하면 文化, 文教政策은 聯邦政府에 속하는 것이 아니다. 州政府의 權限에 속한다. 따라서 聯邦 文教部란 存在하지 않고 州 文教部만이 있는 실정이다. 文化, 文教行政이 연방정부에 예속되지 못하는 결과로 全國의 放送局을 管轄할 수 있는 中央放送局은 설치할 수 없고 各 州마다 放送局을 설치하고 있는 실정인데 이때 통일된 全國放送을 할 수 없는 난관이 발생하므로 各 州들끼리 協定을 締結하여 統一된 放送을 全國에 보내고 있는 것이다.

이와같이 聯邦法에 規定되어 있지 않은 各 州間에 締結한 協定은 國際法과 유사한 協定인 것이다. 이에 대한 원용이 「內的 特殊關係」다.

그러나 北傀는 하나의 州가 아니다.

南北韓의 不可侵協定 제의가 聯邦體制下에서의 州와 州間의 協定이나 條約이 될 수 없고 또한 北傀 當국이 EEC와 같은 國際法上의 團體도 아니므로 EEC와 國家間의 協定도 될 수 없는 것이나 이와 類似한 性格이면서도 大韓民國에 예속되는 內國關係를 맺고 있으므로 앞에서 말한 「內的 特殊關係」를 맺고 있는 協定이라는 結論이 내려진다.

이러한 法的 論理는 東西獨基本條約에서 보다 뚜렷하게 나타나고 있음을 엿볼 수 있다.

西獨의 UN 加入을 可能케 한 東西獨의 基本條約이 一九七二年十二月 二十一日에 체결된 後 西獨의 政界에서 이 條約에 대한 찬반의 여론이 떠들썩하게 논란되다가 급기야는 一九七三年 五月 二十八日 野黨이 支配하는 「바이에른州政府」에 의하여 西獨聯邦 憲法裁判所에 提訴되었던 것이다. 이 東西獨 基本條約이 提訴된 이유를 간추려 볼 것 같으면 同 條約이 兩獨의 UN 加入을 可能케 하고 相互 內政不干涉 原則은 규정하고 國際社會에서 相互同等한 위치에 놓이도록 規定함으로써 「두개의 獨逸」을 표방한 결과가 되므로 이는 西獨 基本法 前文과 同法 第一四六條에 明文化된 統獨 規定에 違背 된다는 것이 그 이유였던 것이다.

이에 맞선 브란트政府의 반론은 「바이에른州政府」의 提訴 理由는 政治的 理由는 될 수 있을지언정 法的 理由는 될 수가 없다는 것을 前提로 하면서 東西獨의 基本條約은 西獨基本法이 規定한 世界 平和 安全과 全世界 人類 平和 및 人道主義 정신에 一致되는 것으로서 東獨을 國際法上的 外國으로 인정하지 않고 「內的 特殊關係」에 놓여 있음을 밝히고 있고, 앞으로 兩獨間의 關係를 절차적으로 改善할 것 등을 規定하고 있으므로 違憲이 될 수 없다는 政府側 견해를 同 裁判所에 提訴했던 것이다.

이러한 反論과 正論이 엇갈린 속에서 同 條約의 違憲性與否를 심의한 聯邦憲法裁判所도 첫째로 第三獨逸帝國이 第二次大戰 敗戰後 國際法的으로 完全 滅亡했는가에 대한 문제를 다루었다.

一次的으로 이러한 문제를 다룬 同法은 「獨逸聯邦共和國이 西獨에 새로이 조직된 것은 새로운 西獨國家를 創建한 것이 아니라 全獨 領土上의 일부인 西部地域에 부분적으로 政府를 조직한 것에 불과하며 이는 第二次大戰後 敗亡한 第三帝國과 國際法的으로 부분적으로만 同一性을 유지하고 있는 것이다」라고 判示하면서 이어서 同法院은 「따라서 第三帝國은 敗戰後 國際法的으로 完全히 滅亡한 것이 아니기 때문에 東獨 역시 全獨의 일부에 속하는 것으로서 東西獨은 第三帝國을 정점으로 부분조직 되어 있는 것이기 때문에 相互 外國이 아니다」라고 判示했던 것이다.

이러한 判決의 근거는 第三獨逸 아래 두개의 政府가 存在한다.

그렇게 판시한 學問的 原因은 여하튼 간에 이상과 같이 判示함으로써 兩獨은 原則的으로 서로 外國이 아니기 때문에 西獨基本法이 規定한 統獨規定은 西獨政府가 嚴守해야 한다는 것을 못박은 判示이다. 따라서 基本條約이 東獨을 外國으로 인정한 경우는 違憲의 결과가 발생한다는 것을 먼저 밝힌 것이다. 그리고 同 裁判所가 두번째로 다룬 문제는 憲法(基本法)이 規定한 「統獨」에 대한 문제로서 「統獨을 위하여 政府가 어떤 政策的 手段을 樹立해야 하는가에 대하여도 基本法이 細密히 規定하고 있지 않기 때문에 이는 어디까지나 政府의 政策樹立 裁量權에 속하는 것」이라고 말하면서 이어서 세번째 문제로서 同 條約內容에 대하여 다음과 같이 판시했다.

「同 基本條約의 內容을 볼 것 같으면 상호 內政不干涉 原則을 採択하여 이와 關聯하여 兩獨이 國際社會에서 獨立的으로 活動할 것을 표방하고 있어 一面 東西獨은 서로가 外國인 것 같이 체결되어 있다. 그러나 이러한 내용만을 가지고 「두개의 獨逸」을 뜻한 것이 아니냐고 말하기가 곤란하다는 것은 東獨이 西獨을 國家로 승인하겠다는 明示的 宣言이 없을 뿐더러 오히려 東獨을 國家로 승인하지 않겠다는 明示的 宣言만이 있기 때문이다. 따라서 앞에서 말한 內政不干涉 原則의 規定과 兩獨의 國際社會에서의 동등한 위치에 대한 規定들은 정부조직이 부분조직으로 되어 있는 分斷國의 國家形態로서 全體 政府조직이 이루어 질 때까지의 暫定的 規定으로서 內的 特殊關係를 뜻하는 것으로 풀이할 수 밖에 없다」라고 判示하면서 「한 國家內에서도 國際法的 條約은 체결할 수 있으므로 同 基本條約이 國際法的 性格을 띠고 있다는 理由만으로 違憲의 문제는 발생될 수 없는 것이며 또한 한 國家內에 두개의 國家形態의 規定이 있다고 하여 違憲이라고 주장하는 것은 正當한 法的 解釋이 될 수 없다. 따라서 同 基本條約은 違憲이 아니다」라고 一九七三年 七月 三十一日 判示했던 것이다. 이 판시는 分斷國이 法的으로 어떠한 性格을 띠고 있는가를 말한 判例라고 볼 수 있으며 統一이 이루어질 때까지 分斷國家에서의 統一政策의 양상은 법적으로 어떠한 가를 밝힌 判例라고 말할 수 있다.

앞에서 본 바와같이 * inter-se-Beziehung * 는 二重的인 法的 性質을 갖고 있다. 그중 하나는 國際法的 性格이며 또 다른 하나는 國內法的 性格이다.

國際法的 性格을 갖고 있을 때는 分斷된 두개의 法律行為의 主體가 對外的인 法律關係를 나타낼 때이며 國內法的 性格을 나타낼 때에는 分斷相互間의 法律關係를 나타낼 때이다. 이와같이 二重的 法的 性格을 가져야 할 理由는 分斷으로 인하여 한 政府가 「異質的으로」 全體政府 역할을 하지 못할 때의 法的 方法이며 여기 에다가 分斷問題를 平和的으로 해결하려는 努力이 있을때의 法的 手段이 되기 때문이다.²⁸⁾

따라서 우리 憲法上 大韓民國이 統一合法政府이기 때문에 이러한 方法이 違憲的 처사라고 主張한다면 이는 옳은 견해라고 할 수 없다.²⁹⁾ 따라서 分斷國이란 한 國家內에 2개의 國家政府 形態가 存在하는 것을 요한다.

이상과 같은 分斷國間의 協定이나 條約은 그것이 對外的으로 國際法的 性格을 갖고 있다해도 分斷된 두 政府의 紛爭問題는 國際 司法裁判所의 심의대상이 될 수 없다.³⁰⁾

⑧ 實質的 政府의 法的 性格

南北韓은 하나의 國家다. 大韓民國은 앞章에서 밝힌 바와 같이 維一合法政府이다. 다만 分斷으로 인하여 大韓民國의 憲法이 實効를 거두지 못하고 있을 뿐이다. 이에 따라 南北韓은 두개의

政府形態와 國家形態를 갖추고 있을 뿐이다.

따라서 北傀를 國際法的인 國家나 政府로 인정할 수 없고 金鍾泌 前總理가 말한 바와같이 「實質的인 政府」가 있음을 인정하는 수 밖에 없으며 이로 인하여 北傀와 맺어질 協定이나 條約은 國際法的인 協定이나 條約이 아니고 「內的 特殊關係」하에 協定 또는 條約이 될 수 밖에 없다.³¹⁾

金 前總理의 宣言은 法的으로 評價할 때 政府行爲에 불과하다. 이 政府行爲는 北傀가 國際法的으로 de jure 도 아니며 또한 de facto 즉 國際法上的 合法政府도 實質上的 政府도 아니며 大韓民國을 구성하는 구성원이라는 것을 뜻할 뿐이다. 北傀가 大韓民國의 구성원인 이상 東歐의 共產國들이 國際法的으로 인정했다해도 국가일 수 없다. 形式的인 國際法上的 國家나 政府承認이 있었다고 하더라도 本質的인 國際法上的 하자가 있기 때문이다.³²⁾

이는 마치 大韓民國의 1個道를 다른 國家나 政府라고 共產國이 宣言하는 것과 같은 것이다.

內的 特殊關係는 英聯邦制와도 상당한 유사성을 갖고 있다. 과거의 英聯邦制는 自治植民地 (Autonome Domions, Selbständiger Kolonie) 로서 獨立된 主權國家制度이다. 따라서 對外的으로는 完全한 主權行使를 하며 國際法的 效果를 나타내고 있다. 그러나 英聯邦國間에는 相互 外國이 아니다. 그러므로 國際法的 効力이 없고 國內法的인 關係만이 있을 따름이다.

Strupp-Schlochauer의 國際法辭典에 따르면 「British
Commonwealth of Nations」의 法的關係를 國際法的 關係라고
만 말하기는 어려운 점이 많이 있다.

英聯邦諸國들은 相互 「特殊關係」에 (Sui generis) 있기 때
문이다」라고 설명되어 있다.³³⁾

그러나 앞에서 누누이 말한 바와같이 對外的으로는 國際法的
主體가 되며 國際法的 行為能力을 갖고 있기 때문에 「比較的
國際法的 行為能力 (relative Völkerrechtsfähigkeit)」이 인
정될 뿐이다.³⁴⁾

北傀의 國際法的 地位問題도 이와같이 「比較的 國際法的 行為
能力」이 있음이 인정된다. 이를 근거로 北傀가 UN에 同時
加入할 수 있는 것이다.

⑨ 暫定協定 (Modus vivendi)

南北韓이 締結할 協定이나 條約은 modus vivendi라는 暫
定的 國際法的 効力을 나타내는 法秩序下에서도 締結할 수 있다.

Modus vivendi라는 暫定協定이란 그의 文字가 말하듯이 暫定
的인 効力 즉 限定된 期間만이 有效하다는 것을 뜻할 뿐이다.³⁵⁾

Balok는 modus vivendi 라는 條約이나 協定은 暫定的 協定 또는 條約인데 二次大戰 以後로는 政治的 理念과 體制가 다른 두 개의 國家가 平和的 共存을 위하여 締結하는 協定이나 條約이라고 主張하고 있다. 36)

이와같은 暫定協定은 이런 성격외에도 一定한 內容을 制限하는 性格을 갖고 있는 것이라고도 說明되어진다. 37)

이에따라 南北韓의 關係는 內國關係라는 것을 明示的 또는 默示的으로 반영시켜 一定한 部分의 國際法的 性格을 制限시킬 수도 있는 것이다.

어떤 學者는 明示的으로 効力の 期限을 밝혀야 한다고도 하고 있으나 이는 支配說이 아니다. 38) 暫定이란 性格만이 暫定的이면 되었지 반드시 明示的일 필요가 없기 때문이다.

第三章 刑事法 適用의 原則.

1. 問題의 提起

앞章에서 말한 原則에 따라 南北韓이 어떤 協定이나 條約을 締結한다면 相互內政에 不干渉한다는 內容이 포함 될것이 예상된다. 그리고 南北韓의 通행이 빈번해질 것도 기대된다. 國民의 往來는 때로 刑事的 問題를 提起시킬 때도 있을 것이다. 이렇게 될때 우리의 刑事法을 어떻게 適用해야 할 것인가라는 어려운 문제가 발생한다. 엄격한 의미에서 볼때 비단 그때에 이르러서야 비로서 발생하는 의문은 아니다. 이미 이런難解한 문제는 오늘에도 있으며 7.4 南北共同聲明 當時에도 있었다.

구체적인 지적으로서 南北赤會談의 統開를 위하여 꾸준히 南北赤 實務者會談을 갖는 경우와 7.4 共同聲明을 전후하여 北傀를 訪問한 것등이 이에 해당된다. 前者의 경우는 北傀代表들과 會晤함으로써 反共法 第7條에 저촉될 염려가 있고 後者の 경우는 北傀를 訪問하였으므로 同法 第6條 脫出罪를 위시하여 여러條文에 該當되지 않는가 라는 의문이 발생할 수 있다.

南北韓關係가 進展되어 相互訪問이 이루어지는 경우는 그의 범위가 더욱 넓다. 앞에서 指適한 경우는 反共法등 政治刑法에 국한된 경우이지만 相互訪問의 경우는 一般刑法도 適用되어야 하는 경우도 발생될 수 있기 때문이다. 北傀에서 도둑질을 한者가 우리

大韓民國으로 월남했다고 해서 反共主義者라고 환영하는 우스꽝스러운 일이 있어서는 아니된다.

北傀에서 殺人, 竊盜, 強盜를 犯한 者는 역시 우리大韓民國 속에서도 殺人者요 強盜요, 도둑놈일 따름이다.

이와같이 되어야 할 이유는 刑事政策的인 면에서 보아도 우리大韓民國이 犯罪의 소굴이 아니며 범죄인의 은신처가 될 수 없다는 데서 당연한 것이며, 實定法上으로 볼 때 우리의 法이 北傀全域에 効力이 있다는 데서 당연할 귀결이다. 無條件 우리의 刑法이 北傀에서도 適用되어야 한다면 그의 實効의 難關과 「內的 特殊關係」 또는 기타 法秩序下에서 締結된 南北韓의 協定이나 條約이 커다란 위기에 직면함으로써 역시 어려운 문제가 발생한다. 따라서 刑法適用도 協定이나 또는 條約精神에 一致되도록 운영되어야 한다.

2, 適用의 大原則

이를 위한 刑法適用의 大原則에는 一般刑法適用의 原則과 政治刑法適用의 原則으로 区分된다. 一般刑法은 政治的인 理念과 관계없이 어느 體制속에서든지 犯罪라는데 共通點을 갖고 있고 萬人의 敵이라는데 비하여 政治刑法의 경우는 政治體制와 理念에 따라 規定되어 그 政治體制속의 特殊犯罪라는 性格을 갖고 있기 때문이다.

① 一般刑法의 適用의 原則

一般刑法適用의 原則은 政治刑法適用의 原則과 다르다. 도둑질을 하여도 좋다는 法的許容이 있을 수 없기 때문이다. 즉 違法性阻却事由가 없기 때문이라는 말이다. 따라서 北傀에서 一般犯罪를 犯한者는 역시 大韓民國內에서도 一般犯罪로 처벌받아야 한다.

이와같은 適用의 原則은 內國地域刑法(Interlokales Strafrecht)의 原則에서 파생되는 것이다. 內國地域刑法이라고 말할 수 있는 Interlokales Strafrecht는 國際法的關係를 맺고 있는 獨立國家間의 關係속에서 適用되는 國際刑法(Internationales Strafrecht)과 유사한 것이다. 이와같은 內國地域刑法은 同一國家內에 全國에 걸쳐 効力이 發生되는 單一刑法典이 없고 各地域마다 適用되는 地域別刑法典이 있을때 相互有機的 必要性에 따라 適用되는 刑法의 原則이다.

中央集權制가 아니고 地方分權制에 따라 聯邦州 制度를 갖고 있는 國家에서는 이런 刑法의 原則을 쉽게 찾을 수 있다.

이는 甲地域에서 罪를 犯하고 乙地域에서 處罰을 받아야 할때 어떤 地域의 刑法이 適用되어야 할 것인가 라는 문제를 다루는 原則이다. 이때 甲地域과 乙地域은 同一國家이기 때문에 國際刑法의 原則이 適用될 수 없는 것이다.³⁹⁾ 이와같은 原則은 分斷國相互間에도 適用되는 原則이다.⁴⁰⁾ 分斷國의 相互體制가 政治的 理念을 달리하고 있다하여도 相關없는 것이다.⁴¹⁾ 그러나 이 原則이 適用되어야 하는데 完全한 問題가 없는 것은 아니다.

內國地域刑法이란 全体國家의 立場에서 볼때 一部地域에 効力이 있음을 말하는 것으로서 南北韓 어느쪽을 막론하고 自体刑法이 一部地域刑法이라는 自認을 하지 않을 것이기 때문이다. 이와같은 어려움속에서도 하나의 타결 방법이 있다면 우리 政府가 北傀와의 타협없이 一方的으로 處理하는 方法이다. 이는 北傀地域을 大韓民國의 一部地域으로 認定하는 것으로서 大韓民國은 南北韓을 總管 轄하는 聯邦政府와 類似한 位置에 있다는 것을 意味하는 것이다. 이렇게 될때는 大韓民國이 唯一合法政府라는 憲法情神과 一致하는 行政行爲가 될 수 있고 상당히 이상적인 法的處理가 될 수 있다.

그러나 南北韓의 關係가 進展되어 南北韓相互 統一國家 意志를 明確히 表示하면서도 統一이 이루어 질때까지 相互 內政不干涉原則이 合意를 볼 때 어려운 問題가 發生한다. 이 때는 內國地域刑法의 原則이 適用될 수 없지 않느냐 하는 難關의 問題가 發生한다. 따라서, 이때 國際刑法 第2條以下の 原則이 準用되어야 한다는 說도 ⁴²⁾ 있다.

이런 결과로 西獨에서는 東西獨基本條約이 체결된 1972年以後부터는 西獨으로 脫出하려는 東獨避難民을 東獨의 감시병이 東西獨 分界線에서 사살하였을 때는 原則적으로 東獨刑法이 適用되어 処罰받지 않으나(東獨刑法에 따라 위법성이 조각되기 때문임) 만일 이때 被害者가 東獨分界線을 넘어 西獨內에서 사살 되었으면 東獨 監視兵이 西獨刑法 第9條 行爲地規定에 의거 殺人罪로 処罰된다는 것이다. ⁴³⁾ 이와 똑같은 규정이 우리 刑法에는 없지만 解釋上 우리

刑法 第2條에 該当된다. 그러나 支配說과 判例은 國際刑法은 外國과의 關係에서 適用되는 原則이기 때문에 東西獨 基本條約이 締結되었다 하여도 역시 內國地域 刑法의 原則이 適用되어야 한다는 것이다. 44)

그러면 內國地域刑法은 어떻게 運用되는 것인가를 살펴 볼 必要가 있다.

(가) 內國地域刑法 (Interlokales strafrecht)

刑法은 原則적으로 行爲地의 刑法을 適用하는 것을 原則으로 한다. 北傀刑法이 不法的이며 違憲的 刑法인 것은 事實이나 現實的인 面에서 볼 때 南北韓에는 두개의 刑法이 適用되고 있는 것이다. 違憲問題는 度外視하고 이 두개의 南北韓刑法을 共同으로 適用시키는 것을 重要視할때 行爲地 原則을 따라야 한다는 것이 內國地域刑法인 것이다. 즉 行爲地原則에 따라 南韓에서 行爲를 하여 刑法에 적용되는 자는 大韓民國刑法에 의하여 處罰되며 北傀地域에서의 犯行者는 北傀刑法에 따른다는 것이다. 이런 말은 管轄地에는 關係없어야 한다는 것이다. 예컨대 北傀에서 竊盜行爲를 한자가 大韓民國에서 체포된 경우에는 法律協助에 의하여 北傀로 引渡되거나 또는 大韓民國法院에 의하여 北傀의 竊盜條文이 適用된다는 것이다. 西獨은 東西獨 基本條約이 締結되기 前에 이러한 原則에 따라 刑法을 適用하였다. 그의 例를 소개하자면 다음과 같다.

例 1) 15 歲 少女의 繼父가 1955 年부터 1957 年까지 그의 딸과 私通하다가 西獨으로 避難왔는데 繼父女間의 私通은 西獨刑法

第173条 親族姦通罪에 의하여 処罰하게 되어 있다. 그러나 東獨은 行為前인 1955年11월에 이 法을 改正하여 當該罰條를 消除하였었다. 西獨의 聯邦法院 刑事部는 이 事件에 있어 東獨의 法을 適用하여 無罪를 言渡한 것이다. (1959. 11. 3) 이런 刑法의 原則을 適用한 事例는 戰後 分斷된 후부터 처음 일어난 것은 아니다. 일찌기 獨逸은 「프로시아」가 「하노바」와 聯邦國을 形成하였을 때도 그러하였고 1938年~1945年까지 사이에 히틀러 獨逸이 오지리를 合併하였을 때도 오지리法과 獨逸法을 각각 適用하였다.

이와 같은 例는 獨逸만이 그러한 것이 아니고 폴란드亦是 1次 大戰後 朝鮮, 오지리 및 獨逸等과 合併되자 1930年까지 獨, 壤, 蘇의 各 刑法을 適用한 적이 있으며, 1938年 체코는 오지리, 헝가리 刑法을 適用한 적이 있다.

例2) 西獨人이 東獨에서 自動車를 運轉하다가 사람을 치어 致死케 하고 西獨으로 脱出하였는데, 東獨 裁判所는 闕席裁判으로 2年の 実刑을 言渡하자 西獨政府는 犯人을 잡아 그대로 刑執行한 事例가 있다. (1955年3月22日의 例)

例3) 西伯林人이 1946年부터 6年間에 걸쳐 東獨의 配給通帳을 西伯林에서 偽造, 東獨에 가서 150万 마르크에 相當한 物品을 詐取한 일이 있는데 西獨當局은 이를 檢挙, 處罰한 일이 있다.

또한 東獨에서 犯行後 西獨으로 脱出한 者 東獨當局의 要求에 의하여 引繼해준 事例도 있다.

위에서 본 여러가지 判例나 各種刑事犯의 取扱節次에 있어서는 例外的인 一定한 基準이 있다. 즉 「美風民俗」과 人間の 尊嚴性이라고 하는 一定한 基準에 따라야 한다는 原則이 그것이다. 다시 말하면 「美風良俗과 人間の 尊嚴성에 違反된 것은 法治國家의 立法이 아니고 全体主義的 獨裁, 共產國家의 立法이기 때문에 이것에 違反하는 경우에는 西獨에서 処罰될 수 없다는 것이다. 또 東獨法에 의하여는 正當한 行爲라 하더라도 美風良俗과 人間の 尊嚴과 價値에 違反되는 不法的인 法일 때는 違法性阻却事由가 되지 않는다.」라는 判例를 간혹 찾아 볼 수 있다. 이에 關한 한두가지 例를 들어 보기로 한다.

例 4) 西獨으로 脱出하려는 東獨人을 逮捕, 監禁하였던 東獨秘密警察이 西獨으로 넘어왔기에 立件措置한 事件이다. 西獨法院은 「設使 東獨法에 依하여는 正當한 行爲였다고 하나 美風良俗과 人間の 尊嚴과 價値에 違反되는 不法的인 法이기 때문에 違法阻却事由가 되지 않는다.」라고 判示, 이를 処罰한 일이 있다.

또 1960年2月2日 聯邦法院刑事判例로서 다음과 같은 것이 있다.

例 5) 딸의 結婚을 反對해온 丈人甲은 사위가 西獨으로 脱出하고 싶다는 말을 듣고 自己의 딸과 離婚시킬 수 있는 좋은 機會라 생각한 나머지 사위의 어머니에게 이 事實을 東獨警察에 告發하겠다」고 威脅하였다. 이 事實을 어머니를 통하여 들은 사위는

即時 西獨으로 脱出하였다.

이 事件에 대하여 西獨의 裁判部는 「個人的 基本權인 居住, 移轉의 自由를 속박하는 法은 獨裁主義法이며 法治主義에 어긋나는 法이기 때문에 法令에 의한 正當行爲라 할지라도 合法的인 것이 될 수 없다」라고 判示하였다.

一般的으로 東西獨人의 許可없이 越境한 경우는 不法的인 越境이긴 하나 이것을 刑罰對象이 되는 것으로 보지 않는다. 그 理由는 兩獨間에 既히 通行協定이 있었더라면 法에 저촉되지 않았을 것이고 특히 避難의 權利, 通行의 自由, 居住移轉의 自由權 등은 通行協定以前에 人間이 가진 根源的인 權利라는 理論的 根拠로서 그와 같이 解釋하고 있다.

② 政治刑法適用의 原則

앞에서, 간단히 밝힌바와 같이 政治刑法適用의 경우가 一般刑法適用의 경우와 같을 수가 있다. 北傀內에서 愛國的인 反共을 하여 大韓民國으로 避身하였을때 行爲地原則을 適用한다면 앞의 例1) 처럼 大韓民國의 法院이 北傀親共法(北傀의 政治刑法, 즉 一般刑法 64條以下)에 따라 処罰해야 한다는 念센스가 노출 되기 때문이다.

(가) 政治刑法適用의 原則

우리는 反共國家다. 北傀의 1人永久體制의 侵略威脅을 받는 우리로서는 이와 같은 反共이, 法 以前의 自然主義的인 것이다. 따라서 一般刑法속의 政治刑法以外에도 特別法으로서 反共法과 國家保安

법이 있는 것이다. 平和統一을 拒否하였던 過去는 北傀와의 어떤 刑態의 접촉도 容납하지 않았다. 그러나 7.4 共同聲明以後 그의 양상이 많이 달라졌다. 北傀와의 接觸이 활발한 적도 있었고 계속 接觸하려고 여러모로 努力하고 있기 때문이다. 그러면 北傀와 接觸만 하여도 처벌하게끔 되어있는 反共法 國家保安法 등과의 관계는 어떻게 먼저 해명할 것인가 이다. 여기에서 적용의 한계가 나타나면 이것이 政治刑法의 適用原則이 될 수 있을 것이다.

1972年12月27日 改正된 維新憲法前文은 「祖國의 平和的 統一의 歷史的 使命」이 있다고 宣言하고 있다. 이는 統一의 手段이 平和的 이어야한다는 것을 뜻한다. 비단 이것만이 統一을 要求하고 있는 憲法的 要求라고 말할 수 있는것은 아니다. 同法 第3條가 「大韓民國의 領土는 韓半島와 附屬島嶼로 한다」고 하고 있으며 나아가서 同法 附則 第10條가 憲法에 의한 地方議會는 「祖國統一」이 이루어 질 때까지 構成하지 아니한다 라고 말하고 있다. 이로 미루어 보아서 祖國統一에 대한 憲法的 要求가 憲法前文으로 끝나는 것이 아니라 憲法全般에 걸쳐 要求되어진 命令으로 볼 수 있다. 이는 維新憲法 以前에도 同一한 정신이 깔려 있었다.

舊憲法 第3條는 維新憲法 第3條와 同一하고 舊憲法 附則 第8條 國土收復 後의 國會議員의 數는..... 이라고 되어 있기 때문이다. 다만 차이가 있다면 舊憲法에는 統一의 手段이 平和的 이었는지 또는 武力的 이었는지 不分明하여 政府의 政治手段에 委任한 데 反하여 維新憲法은 「平和的」이라는 점을 前文에다가 強調하였다는 점이다.

따라서 어느 누가 旧憲法에는 統一条項이 없었다고 主張한다면 이는 잘못이다.

憲法的 要求에 따라 平和的 統一을 成就시키기 위하여는 北傀와 타협해야 하고 접촉해야 한다. 이들 代表와의 會晤를 위하여 禮誼도 갖추워야 하고 그들을 「讚揚」도 해주고 「便宜」도 提供하여야 한다. 大韓民國을 訪問하게 하여 「潛入」도 시켜주어야 하고 평양을 訪問하기 위하여 「脱出」도 해야한다. 이모두가 反共法과 強力한 마찰이 발생한다. 이런 行為에 대하여 1972年7月 政府는 統治行為이기 때문에 違法性이 阻却되는 것이라고 國會에서 答辨하였다. 그러나 이는 옳은 法的答辨이 될 수 없다.

統治行為는 憲法制定權力이기 때문이다. 오늘날에는 維新憲法前文에 따라 違法性이 阻却된다고 答辨할 것이 대상된다. 이것이 틀린 말은 아니다. 그러나 과거에도 旧憲法前文을 위시로 하여 앞에서 指摘한 第3條 및 附則 第8條에 의하여 違法性이 阻却되었던 것이다. 이는 刑法 第20條 法令에 의한 行為에 該當되는 違法性阻却事由다. 아무튼간에 維新憲法前文이 平和統一을 明文으로서 要求함으로써 過去보다 違法性阻却事由가 두렵이 나타났다.

憲法前文은 平和統一을 命令하고 國家保安法, 反共法等 政治刑法은 北傀와의 일체의 接觸을 禁止하고 있는것 같은 인상을 풍긴다. 따라서 國家保安法, 反共法이 憲法違反이 아니냐는 생각이 일어날 수도 있다. 平和統一을 不可能하게 하는것 같은것이 強力한 政治刑法이 아니냐는데서 그런 疑問이 正當히 나올 수 있기 때문이다.

그러나 문제의 정치형법조문을 平和統一을 방해하지 않도록 해석 적용할 수 있을 때는 그와같은 의문은 정당치 않다는 해답이 성립된다. 따라서 平和統一에 방해되지 않는것이 우리의 政治刑法이라는 해답이 내려져야 한다.

政治刑法은 政治憲法을 保護하기 위하여 그의 存立意義가 있는 것이다. 따라서 憲法的으로 許容한 行爲에 대하여는 政治刑法이 관여하여서는 안되는 것이다. 여기에 바로 北傀와의 접촉이 憲法的的要求인 平和統一을 위한 것일 때는 그 行爲가 憲法規定에 따라 違法성이 阻却되는 法的理由가 있는 것이다. 따라서 反共法 國家保安法이 憲法的的要求行爲를 妨害하지 않는다는 結論이 나와, 違憲與否에 대한 시비는 그의 빛을 볼 수 없는 것이다.

憲法이 말 하는 平和的統一行爲가 無限한 것은 아니다. 無條件 平和的으로 統一만 시키면 된다는 無限한 行爲는 反共法과 國家保安法이 禁止하고 있다. 憲法前文이 말 하는 平和的統一이란 말은 그의 前提가 自由民主主義 즉, 우리 大韓民國의 主導下에 統一되어야 한다는 것을 뜻 하기 때문이다.

北傀의 代表가 우리 大韓民國을 訪問할 때도 또한 同一한 原理가 적용된다. 즉 그들이 大韓民國에 들어설 때는 간첩 미수 또는 침입죄가 될 수 있으나 政府의 許落下에서 平和統一을 위한 일환으로서 訪問한 것이므로 反共法の 침입죄가 成立될 수 없다. 그러나 문제가 되는것이 있다. 그것은 그들 北傀代表가 大韓民國을 訪問하기 前 北傀內에서 數年間 大韓民國에 대한 敵對行爲가 있기

때문이다. 그들의 敵對行為는 政治刑法을 違反한 것이며는 事前에 政府에 의하여 許諾받은 事項도 아니다. 그리고 그 行為가 平和 統一의 手段으로서도 認定될 수 없는 犯法行為이다. 따라서 어떤 면에서 高찰하여도 違犯성이 조각될 수 없다. 그러나 이들을 체포 처벌할 수도 없는 것이 政治的現實이다. 平和的 統一을 위한 協商이 처음부터 위협을 받기 때문이다.

이러한 경우 西獨은 「실사 內亂罪를 犯하였다. 하더라도 국가 및 公共利益에 보다 큰 害가 있을 것이라고 우려될 경우 檢察은 告訴를 즉시 포기하거나 수사 및 감시를 中止해야 한다」라고 獨逸刑事許訟法 第153條 0를 東西獨基本條約이 締結되기 前인 1969年 새로이 制定하였다. 西獨은 起訴法定主義라는데서 그와 같은 法이 꼭 必要하나 우리는 起訴便宜主義이기 때문에 그런 法이 必要없다고도 主張할 수 있다. 그러나 起訴便宜主義가 法治國家 原則이 侵奪되도록 濫용될 수 없다는데서 獨逸과 같은 것이 必要한 것이다.

東西獨基本條約이 締結되기 前에 西獨은 一般刑法 法適用의 原則에서 소개한 內國地域刑法原則에 따라 行為地原則을 適用하면서도 政治刑法 適用만은 例外로 하였다. 그 理由는 東獨의 一般刑法이 西獨憲法 精神에 違背되지 않으며, 東獨의 一般刑法이 西獨內에서도 適用될 수 있으나 東獨의 政治刑法은 西獨憲法에 違背되기 때문이라는데 있다. 여기에 바로 內國地域刑法 適用原則에 따른 行為地原則 適用의 例外的 法的 正當性이 있는 것이다.

東西獨基本條約締結 以前의 西獨政治刑法도 우리의 反共性 및 國家保安法과 유사한 強力한 政治刑法을 制定運營하였었다. 1969年에 이르러 대폭적인 改正을 하였으나 이에 대하여 참고적으로 소개 하자면 다음과 같다.

西獨은 1951年 韓國動亂으로 부터 자극을 받아 立法하게된 刑法 第100-a條(內亂罪條項中의 하나)에 의하면 「獨逸聯邦共和國에 反하려는 意思를 가지고…… 刑法의 効力圈外 地域에서 西獨政府에 反對하는 政黨 團體들의 構成員의 活動은 処罰한다」라고 되어 있어 東獨의 共產黨員뿐만 아니라 同刑法 第4條3項과 關聯하여 共產黨員도 西獨에 入國하였을 때는 逮捕, 処罰할 수 있게끔 되었다. 또한 西獨의 聯邦裁判所도 「反逆罪의 경우는 行爲地法主義에 拘得됨이 없이 外國人에게도 西獨法이 適用되는데 (刑法第4條3項參照) 하물며 東獨人이라는 明文이 刑法條文에 없다. 하더라도 反逆罪의 規定이 東獨人에 適用되지 않을 理由가 없다」라고 하며 西獨의 反逆罪에 관한 刑法條項이 東獨人에게도 適用되는 것은 當然한 것 이라고 判示하였다.

그러나 이러한 判例는 그 後에 刑法 改正과 더불어 180度 바뀌지게 되었다. 西獨은 反逆罪에 관한 條項을 1968년부터 1969年까지 사이에 數次 修正을 보게 되었는데 1968年의 改正刑法第100條는 反逆罪를 「國家背信罪」라고 改稱한 것이다. 여기 「背信」이라는 뜻은 무슨 뜻인가를 說明하는 判例를 들어 보기로 한다.

例1) 背信行為는 信任의 義務를 가지고 있는 者만이 할 수 있는 行為이다. 이와같은 信任義務는 西獨人이나 西獨에 常住하는 者만이 가질 수 있다. 그러므로 外國의 共產黨員이나 暫定的으로 西獨을 施行할때는 西獨政府와 信任關係가 없으므로 이 規定(刑法第100條)에 의하여서는 處罰할 수 없는 것이다.

위의 判示는 西獨의 學說에 의하여도 支持를 받은 것이다. 그런데 1969年 9月1日 再次 改正을 본 刑法第100條에 의하면 上記 判例의 趣旨를 이어받아 이것을 明文化시킨 것이라 볼 수 있다. 즉 同條는 「刑罰의 對象者는 西獨에서 生活基盤을 가지고 있는 獨逸人……」이라고 못박고 있는 것으로 보아서 알 수 있다. 따라서 이 規定은 東獨共產黨員이 西獨에 들어 왔을때 특별히 다른 罰條에 該當되지 않는 限 處罰되지 아니한다는 것을 明文化한 것이라 볼 수 있다.

< 註 釈 >

- 註 1) Schätzel Annexion im Völkerrecht. 1920. S.2
Scheuner. Die Annexion im Modernen Völkerrecht,
im Friedens Warte. Bd 49, 1949. S 826.
- 2) Fichte, Rechtslehre 1812.
- 3) Schätzel S. 10
- 4) Schätzel S. 15
- 5) Posse Über das Staatseigentum in den deutschen
Reichslanden. 1974. S. 16.
- 6) Soif, Friedenswarte. 1949, S. 42 ff.
- 7) Verdroß Völkerrecht 4 Aufl S. 172.
- 8) Weinschel Willensmängel bei Völkerrechtlichen
verträgen, ZV 15 (1930), S. 446.
- 9) 1943 年 오지리의 合併條約은 나치의 강제로 인한
條約이기 때문에 無効가 되었다.
- 10) Verdroß Völkerrecht S. 170.
- 11) Hans Kelsen; Zeitschrift für öffentliches Recht
13 Bd. 1932. s. 565.
- 12) Guggenheim, Völkerrecht, 1948, Bdl. S 68 및
Schlohauer, Das Wörterbuch des Völkerrecht, Bd 2,
S 307.
- 13) 이러한 判示로서 Züricher Berufungsgericht.

1945. 12. 1 AD 1946. No. 86, Schweizerischer
Gerichte, Schjir 3 (1946年), S. 204; 4 (1947年),
S. 143 및 10 (1953年), S. 205; E. Menzel, Deutschland-
ein Kondominium oder Koimperium? Jahrbuch für interat.
Und ausl. Recht I (1948年), S. 43.; Stödter,
Deutschlands Rechtslage (1948); Verdross Die Völkerre-
chtliche Stellung Deutschlands von 1945 bis zur Bildung
der westdeutschen Regierung, Arch VR 3 (1951), 129ff.
- 14) Verosta, Die internationale stellung Österreichs.
1938 bis 1947. (1947年) s. 1-9..
- 15) Cansacchi und Strebel, Festgabe für Makarov, Z. 19
(1958), S. 483-508.
- 16) Verdroß Völkerrecht 5 Auft 1964. S. 438.
- 17) Wengler, Das Gutachten über die Vereinbarkeit des
Grundvertrag mit dem Grundgesetz. S. 92.
- 18) Wengler. Völkerrecht S. 44. f.
- 19) Wengler Völkerrecht S. 46.
- 20) Wengler Völkerrecht S. 48.
- 21) Wengler Gutachten, S 94 f.
- 22) Kriele Ist die Einheit noch zuretten. S 4.

- 23) Wengler Gutachten S 96.
- 24) Wengler aao. S 96.
- 25) Recht sausschuß des Bundesrates 391. Sitzung S 51.
- 26) 例 1971. 2. 11 일자의 핵무기의 해상운반 금지 協定
Der Vertrag vom 77. 2. 1971 "über das Verbot der
Anbringung von Kernwaffen auf dem Meeresboden.
- 27) Wengler. Gutachten. S. 94.
- 28) Die Entscheidung des Staatsgerichtshofes für das
Deutsche Reich, Lam mers-Simons, I, 178ff; Die
Fortentwicklung nach dem Recht des Grundgesetzes,
Bverfge.
I, 14, 51 ; 34, 230ff.
- 29) 1973. 7. 31 일자의 東西独基本条約에 関한 西独聯邦憲法
裁判所の 判決文 S29 참조
- 30) Wengler Gutachten. S 98.
- 31) Martin Kriele, Ist Die Einheit noch zu retten. S 2.
- 32) Martin Kriele. S. 3.
- 33) Strupp-Schlochauer. Das Wörterbuch des Völkerrechts.
1950.
S 1261.

- 34) Martin Kriele. S. 4.
- 35) Bülow Wörterbuch des
Völkerrechts Bd. 2. S. 544
- 36) Bülow. S 545.
- 37) Dictionnaire de la Terminologie du
Droit International, 1960, S 392;
Wengler S 99 에 서
- 38) McNair, Law of treaties, 1961, S 24.
- 39) Tröndle, L.K. Vorbem. 65. Vor § 3.
- 40) Jescheck. Alleg. Str. 1972. S. 145.
- 41) BGHSt. 7. S53; BGHNJW 1952, S 1146; Lange Vorbem.
III A, B vor § 3,
- 42) Roggemann. Recht in Ost und West 1974, 197 f.; Gallas
ZstW 80, 15; H Schultz JR 1968, 44ff.
Grunwald. JZ. 1966, 633;
- 43) Dichgans NJW 1966, 2255; Schroeder NJW 1969, 81; JZ
1974, 116.
- 44) BGH. St. 7, 55; Jescheck. AT. 1972. S 145.; Tröndle
L.K. 65f Vorbem, 65f. vor § 3.

要 約 文

第一章 法 的 正 統 性

大韓帝國은 日本에 의하여 合併當했다. 合併이란 國際法的인 國家消滅을 意味한다.

1907 年의 日本과의 合併條約이 有效하다면 大韓帝國은 國家로서 消滅되었고 大韓民國은 大韓帝國과 아무런 關係가 없는 國家며 8.15 解放과 더불어 日本으로부터 분리된 新生國家일 수 밖에 없다.

이렇게 될 때 問題가 되는 것은 北傀와 우리의 關係가 同一한 國家냐는 의문도 제기 될 수 있다.

그러나 合併이 처음부터 無効일 때는 南北韓이 全體로서의 單一 國家로서 大韓帝國의 상속國가가 된다.

따라서 韓日合併條約이 처음부터 無効인가가 밝혀져야 한다.

원래 合併條約은 勝戰國家가 勝利의 노획물로서 領土 및 敗戰國을 강제적으로 취득하는 有效한 國際法的 手段이 있다

그러나 國際秩序와 國際平和維持를 위하여 強壓을 手段으로 하는 경우는 認定치 않게 되었고 國際法的 効力이 없음이 國際法的으로 認定되었다.

이에 따라 韓日合併條約은 처음부터 無効이며 大韓帝國이 國際法的으로 消滅된 것이 아니다.

36年間の日本の統治は 大韓帝国을 強占하고 있었던 状態였으나 8.15解放 以後 建立된 大韓民国政府가 이를 상속한 것이다. 大韓民国政府는 UN의 承認과 国民의 自由選舉에 의하여 樹立되었다. 이에 비하여 北傀政權은 国民의 選舉없이 이루어진 政權이다.

政府의 樹立이 반드시 国民의 選舉를 통해 이루어지기를 要하는 것은 아니나 한 国家内에 国民의 選舉를 통한 政府가 있을 때는 그 政府가 維一合法性을 갖는다. 따라서 大韓民国政府는 憲法에 明示한 바와 같이 維一合法政府이다.

第二章 南北韓協定締結可能的 法的性格

南北韓이 單一國家이나 分斷이란 狀態下에 있기 때문에 두 개 國家形態를 外的으로 갖고 있다.

北傀가 不法的인 政權이나 「事實上의 政權」이 아닌 「實質的인 政權」이므로 그와의 協定도 締結할 수 있다. 維一合法政府인 大韓民國과 北傀와의 協定은 私法을 근거로 締結할 수도 있으며 國家法을 토대로 締結될 수도 있고, 特殊法秩序下에서도 이루어질 수 있으며 國際法을 바탕으로 締結될 수도 있다.

이와 같은 先例는 가까움게는 東西獨의 協定 속에서도 찾을 수 있으며 英聯邦 諸國間의 協定에서도 엿볼 수 있다.

分斷國의 國家形態란 對外的으로 두개의 相異한 獨立된 國家行爲를 하는가 하면 內的으로는 同一한 單一國家行爲를 行使한다.

따라서 內的特殊關係에 處해 있는 것이다. 이에 따라 內的特殊法律關係를 土台로 南北韓間의 協定이 締結될 수 있다. 이상에서 본 바와 같이 南北韓의 協定은 여러가지의 法的理論을 근거로 締結의 可能性이 개방되어 있는 것이다.

第三章 刑事法 適用의 原則

南北韓의 協定이 탄생되고 平和가 定着되면 相互빈번한 往來가 予想된다. 이에 따라 刑事法 適用의 問題가 發生될 수 있다.

이는 北韓地域의 犯法者들이 大韓民國의 法이 實質적으로 効力を 發揮하는 南韓을 訪問했을때 問題가 되는 것이다. 이들 犯法者들 中에는 一般刑事法을 違反한 犯法者들과 政治刑法에 저촉되는 犯法者들로 大別된다.

一般刑事犯이란 竊盜, 詐欺犯들의 경우며 政治犯이란 反共法 및 國家保安法 違反犯들을 뜻하는 것이다.

一般刑事犯의 경우는 分斷國의 特殊性 때문에 「內國地域刑法原則」을 適用할 수 있다. 이는 國際刑法의 屬地主義와 유사한 것으로서 大韓民國의 刑法과 北韓의 刑法이 行爲地에 따라 併用된다는 것이다.

그러나 政治刑事犯의 경우는 오로지 國家保安法과 反共法の 適用原則만이 있을 따름이다.

이와 같은 國際的 先例로 가깝게는 東西獨의 경우를 들 수 있으며 멀리는 1, 2次大戰前後의 捷克, 헝가리, 오지리 및 蘇聯의 경우를 지적할 수 있다.