

3215
340.911

- 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 아
니며 統一問題에 關聯된 研究에 資料로 提供되는 것임.

南北韓分断解消의 法論理



刊行責任

金 洪 柱

(調査研究室 補佐官)

북한중앙연구소
분당구분
남한중앙연구소
평리중앙연구소
남한 "

國土統一院 調査研究室

目 次

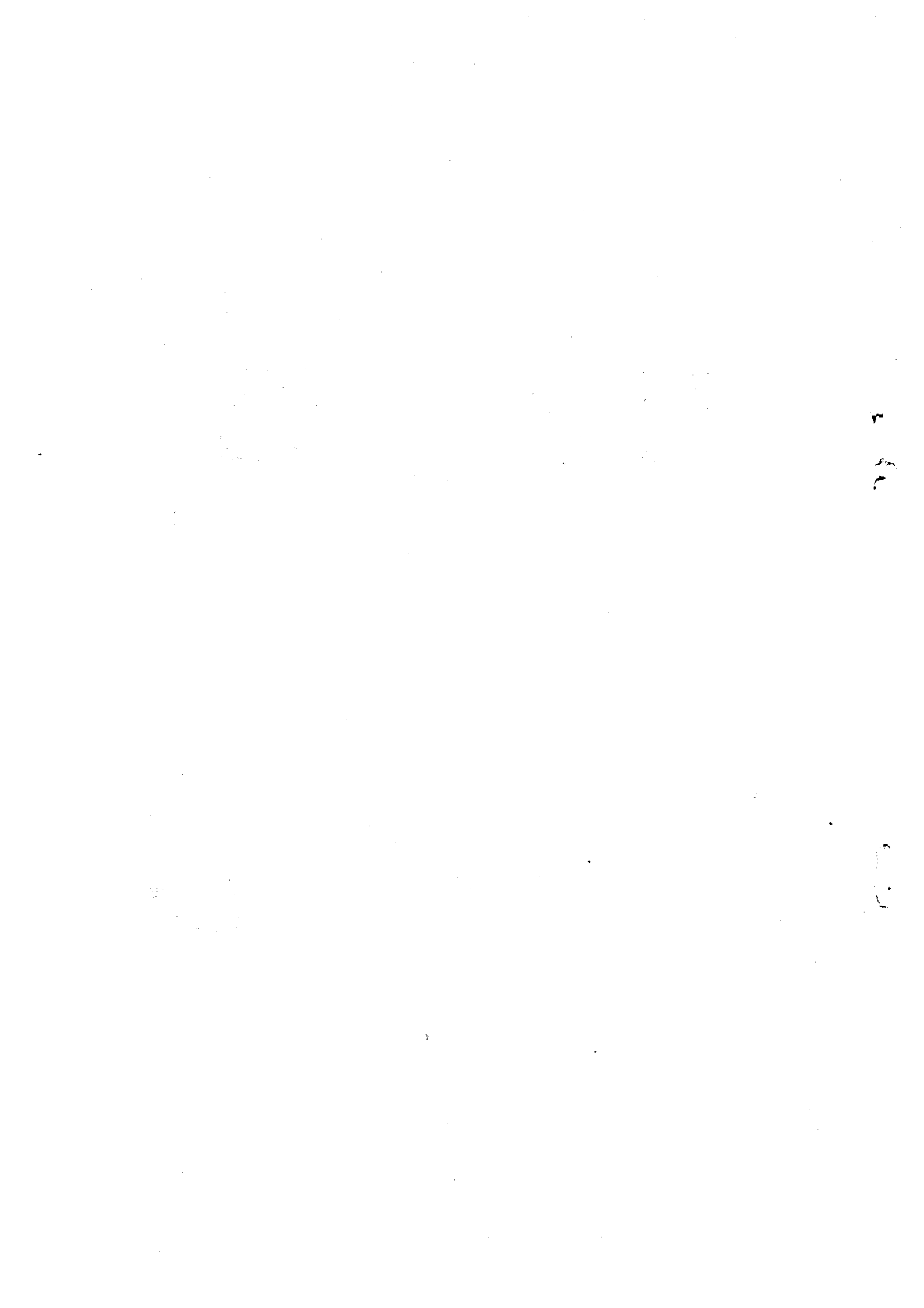
- I. 西獨과 東獨의 法的關係..... 1
— 南北韓關係와의 比較를 위한 考察 —
- II. 南北韓 接觸以前의 法的關係..... 53
- III. 和解政策과 南北韓의 法的關係..... 129
- IV. 南北韓關係의 새로운 方案提示와 法的問題..... 167

西獨과 東獨의 法的關係

—南北韓關係와의 比較를 위한 考察—

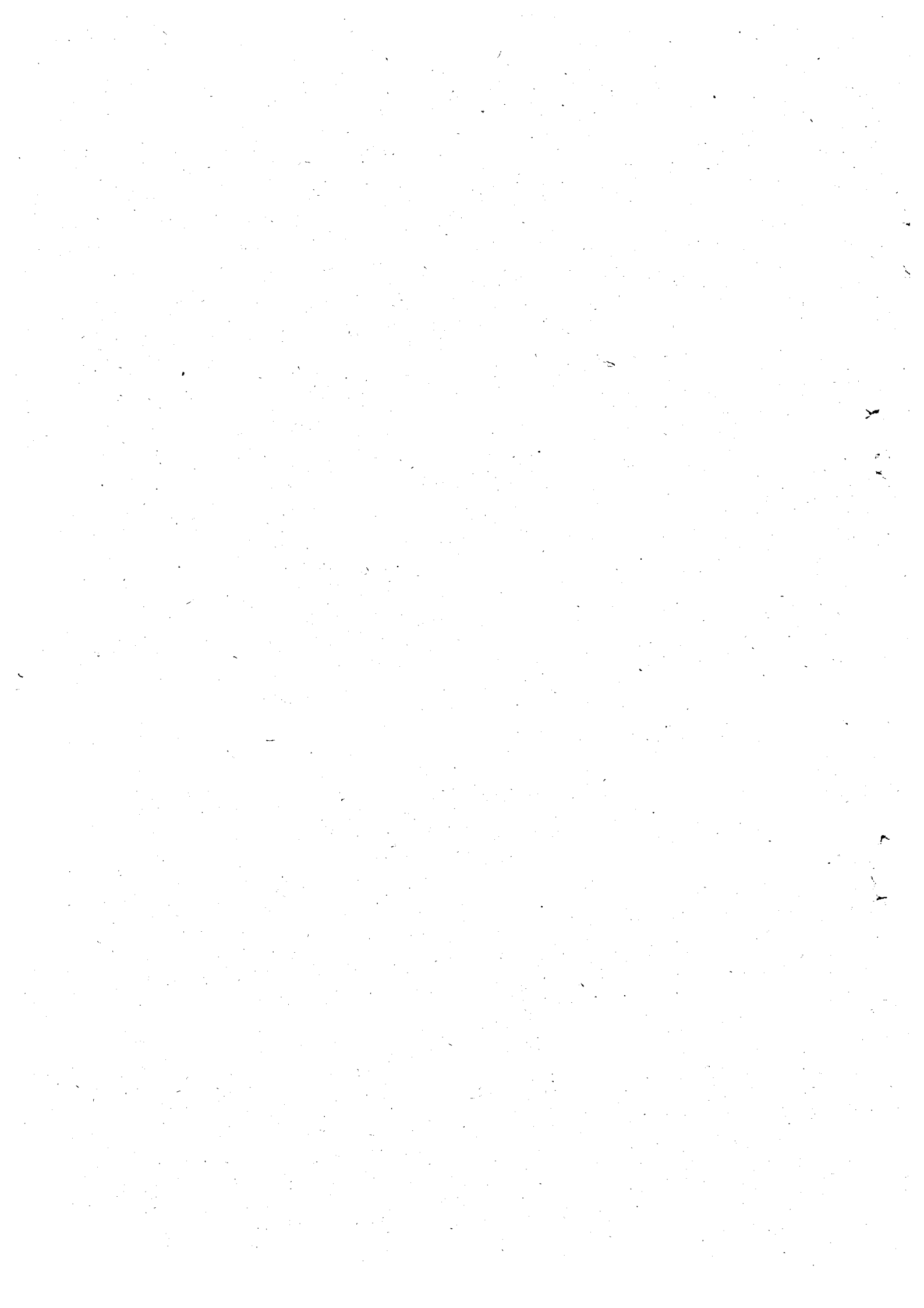
研究執筆責任 韓 亨 健

(仁荷大教授)



目 次

1. 序 說
2. 東·西獨政府樹立時 까지의 獨逸의 法的地位 (1945-1949)
3. 東·西獨의 法的 關係
 - i) 東獨의 法的 見解
 - a) 法的 地位에 관한 學說
 - aa) 二國家說
 - bb) 變態的 二國家說
 - b) 東獨政權의 實際
 - ii) 西獨의 法的 見解
 - a) 法的 地位에 관한 諸學說
 - aa) 部分秩序說
 - bb) 同一說
 1. 核心國家說
 2. 部分同一說
 3. 內亂說
 - b) 西獨政府의 實際
4. 民族概念에 依據한 兩獨 關係
5. 南·北韓 關係와의 比較考察
6. 結 論



1. 序 說

독일의 敗戰後 數 많은 學者들은 독일의 法的 地位에 關係 意見을 被歷하였다. 그들中 極端的인 立場을 取하는 學者는 독일이 無條件 降服을 함으로써 독일국가는 국제법상으로 보아 消滅되었다고 보고 있다. 이러한 主張에 對해 大多數의 學者들은 독일의 降服이라는 사실에도 不拘하고 獨逸國은 如前히 存續한다는 見解를 堅持하고 있다.

뿐만 아니라 1949年에 이르러 舊獨逸帝國의 領土上에 西獨과 東獨이라는 두개의 國家形態 (Staatsgebiete)가 成立됨으로써 이들 國家形態와 舊獨逸國과의 關係는 勿論, 이들 相互間의 法的關係는 如何히 보아야 할 것인가 하는 問題가 提起된다.

이러한 복잡한 法的 問題를 考察함에 있어 筆者는 우선 第2次 大戰後 부터 東·西獨이라는 兩政權이 수립 될 때 까지의 독일국가, 즉 獨逸帝國 (Deutsches Reich)의 國家로서의 存續如否에 關係 高찰한 然後, 독일의 法的 地位를 究明하기 위해 독일의 學者들이 主張한 諸學說의 內容을 소개하고자 한다.

2. 東·西獨政府 樹立時 까지의 獨逸의 法的地位 (1945~1949)

1945年 5月 8日의 독일군의 無條件 降服¹⁾과 同年 5月 23日에 이르러 그 때 까지 獨逸帝國의 政府를 領導하였던 Dönitz 提督이 체포됨으로써²⁾ 獨逸國의 國權行使는 中斷되고, 進駐한 4大 管理國이 1945年 6月 5日의 伯林宣言에 의하여 독일의 最高行政權 (Supreme Authority) 을 掌握하였다.³⁾

이러한 事實로 말미암아 獨逸帝國은 그의 國家性을 消滅하였는가 또는 敗戰에도 不拘하고 국가의 存續性을 維持하였는가 하는 問題가 提起된다.

Hans Kelsen 은 獨逸帝國이 1945年의 敗戰 (debellatio) 에 의하여 消滅되었다고 主張하였다⁴⁾. 즉 그에 의하면 獨逸軍 最高司令官의 無條件 降服書에의 署名은 戰勝國에게 독일의 主權을 移讓한 것으로 보아야 한다는 것이다. 그렇게 보지 않은 경우 독일은 無主國 (no state's land) 이 된다는 것이다. 또한 그는 한 國家의 消滅은 국제법 理論이 認定하는 征服者에 의한 併合 뿐만 아니라, 歷史上의 共同統治 (Kondominium) 의 實施에 의해서도 초래될 수 있다면서 1864-66年의 Schleswig-Holstein에 대한 오스트리아-프로시아, 1898年 以來의 Sudan에 대한 英國-에집트, 1914年 以來의 New Hebride 에 대한 英國-프랑스, 그리고 1909-18年의 Bosnia 와 Herzegovina 에 대한 오스트리아-항

가리의 共同統治등을 그 例로써 指摘하고 있다.

그러나 그의 主張에는 다음과 같은 理由로 찬성할 수 없다.

첫째로, 獨逸軍 最高司令官의 항복은 軍事的인 分野에 限定된 것으로서 이에 관한 降服文書는 軍事的인 降服行爲 (act of military Surrender) 5) 를 意味하게 된다. 따라서 독일의 國權에는 하등의 影響을 받지 않는다.

둘째로, 獨逸國의 마지막 政府였던 Dönitz 政權의 붕괴후 4大 管理國이 伯林宣言에 의하여 독일국의 最高行政權을 掌握하였으나 이로써 독일국의 國家性에는 何等의 變化도 없는 것이다. 이들 聯合國에 의한 最高行政權의 行使는 어디까지나 聯合國이 保有하는 自己 固有의 國權行使로 보는 見解 6)와 연합국이 독일의 國權을 掌握하였다고 보는 見解 7)로 區分할 수 있다. 어느 見解에 의하든 간에 그들이 行使하는 最高統治權에 대해 獨逸國民이 全히 同意한바 없으므로 正統성이 缺如되어 있는 것이다 8).

따라서 그들의 統治權 行使는 오로지 國際法에서 由來된 것으로서 獨逸國이 保有하는 固有한 統治權과는 無關한 外勢에 의한 것에 不過하다고 보는 것이 妥當할 것이다 9).

伯林宣言에는 4大 管理國이 독일의 最高行政權을 行使하겠다고 하면서도 이것이 곧 독일국의 併呑을 意味하는 것은 아니라고 明示되어 있다. 이것은 1945年 2月 11日의 Jalta 宣言에서 10) 獨逸國民이 抹殺되어서는 아니 된다는 内容에 符合되는 것이다.

結論적으로 보아 Dönitz 政權의 붕괴는 독일국의 國家性에 何等의 影響을 미치지 않았을 뿐더러 獨逸國民의 抹殺도 의미하지

않는다. 獨逸國民은 國家權力의 擔當者로서 如前히 남아있는 것이다. 이런 意味에서 Stalin 은 第2次 大戦中 " 히틀러는 왔다가 가지 만, 獨逸國民과 獨逸國家는 남는다는 것을 역사의 敎訓이 가르치고 있다 " 11)고 말하였다.

오늘날 西獨의 學者는 勿論, 外國의 學者들과 外國의 實際는 1945年의 敗戰에도 不拘하고 獨逸帝國은 國家로서 存續한다는 見解를 取하고 있다 12).

3. 東·西獨의 法的 關係

1949년에 西獨과 東獨政權이 수립됨으로써 兩獨間의 法的 關係와 兩獨과 獨逸帝國間의 法的 問題가 提起되었다.

이러한 두개의 法的 問題를 綜合하여 독일의 法的 地位라고 稱할 수 있겠다. 독일의 法的地位를 解明함에 있어 大略 다음과 같은 세가지 可能性을 豫想해 볼 수 있다¹³⁾.

첫째로, 獨逸帝國은 消滅되고, 消滅된 이 국가의 領土上에 西獨과 東獨이라는 自主新生國家들이 成立되었다고 보는 見解와,

둘째로, 獨逸帝國은 여전히 存續하되, 權利能力만 保有할 뿐, 行爲能力이 없는 하나의 總括國家이며, 이는 部分秩序로서의 두개의 共和國, 즉 西獨과 東獨, 위에 지붕(Dach)으로서의 役割을 擔當한다는 것이며,

셋째로, 獨逸帝國은 국가로 存續하고 西獨政府나 경우에 따라서는 東獨政府가 그 국가의 正統政府가 된다는 것이다.

따라서 두 政府中 하나만이 帝國政府의 後繼者로서 獨逸帝國을 代表하게 되는데 反하여, 다른 政府는 非合法的 政府로 看做한다는 것 들이다.

위에서 본 세가지 可能性을 土臺로 하여 二國家說 乃至 分離說, 지붕說, 部分秩序說 및 同一說이라는 學說이 導出되었다.

i) 東獨의 法的 見解

a) 法的地位에 관한 學說

東·西獨간의 法的 關係와 이들과 獨逸帝國과의 關係에 대해 東獨이 主張하고 있는 國法上이나 국제법상의 見解를 考察해 보기로 하겠다.

東獨은 西獨의 見解와 마찬가지로 1945年의 敗戰에도 不拘하고 獨逸帝國은 국가로서 여전히 存續하였다는 立場을 取하였으나, 1949年의 政權樹立을 契機로 하여 獨逸帝國의 消滅을 主張하기에 이르렀다. 즉 1949年 5月 23日에 西獨, 그리고 同年 10月 7日에 東獨이라는 두개의 新生 自主國家가 成立됨으로써 獨逸帝國은 分裂(Dismembration)에 의해 消滅되었다는 것이다. 그런가 하면 東獨은 1949年의 政權樹立과 同時에 獨逸帝國에서 分離(Separatio)하여 東獨地域에 第2의 독일국가를 수립한데 反하여 獨逸帝國의 國家性은 그와 同一視되는 西獨에 의해 存續된다고 한다 15). 歷史上 이와 類似한 例는 印度로 부터 分離, 獨立한 Pakistan에서 찾아 볼 수 있다. 1947年 Pakistan은 單一的인 國家性을 保有한 印度로 부터 分離하여 그가 掌握한 地域에 新生國家를 수립한데 反하여, 印度는 單一的인 印度國家의 主된 領域에서 國法上은 勿論, 國際法상의 同一性을 維持하였다 16).

aa) 二國家說

위에서 본 東獨의 見解를 總稱하여 二國家說(Zweistaatentheorie)이라고 하는데 이를 要約하면 大略 다음과 같다.

이 學說은 "分裂說" (Dismembrationstheorie) 뿐만 아니라 "分離說" (Separationstheorie)의 形態로도 言及되기도 한다 17). 즉 이 二國家說에 의하면 1949年 독일내에 東·西獨이라는 두개의 新生國家가 수립됨과 同時에 完全主權國家가 되었다는 것이다. 이로 말미암아 獨逸帝國(旧獨逸國)은 消滅되었다는 것이다. 따라서 두개의 新生國家는 以前의 獨逸帝國의 部分的인 相續國으로 看做하자는 것이다. 國家相續의 理論에 따라 두 新生國은 旧國家의 權利와 義務를 繼承받았다는 것이다.

bb) 變態的 二國家說

東獨은 對內外的인 政策面을 고려하여 하나의 變態的인 二國家說(Modifizierte Zweistaatentheorie)을 主張하고 있다. 對外的 政策이나 國際法上的 見地에서 東獨은 西獨과 並行하여 獨逸帝國의 後繼者임을 自處하는가 하면 對內的 政策이나 國法上的 見地에서는 全獨逸內에 있어서 始初의 社會主義國家이며, 完全히 變更된 社會構造와 目標設定을 가진 국가이므로 以前의 독일제국과는 同一하지 않다는 것이다. 그러므로 東獨은 旧國家와 同一할 수 없을 뿐더러 그의 後繼者도 아니라는 것이다 18).

東獨이 主張하는 變態的 二國家說은 Marx의 國家理論을 독일

의 狀況에 그대로 適用한 것에 不過하다. 즉 Marx가 主張하는 국가이론에 의하면 국가라는것은 그 本質上 오직 하나의 階級을위해 從事하는 權力 및 強制裝置으로써 그 階級の 支配를 維持하고 그 階級の 장래를 보장하는데 奉仕한다는 것이다 19). 그러므로 資本家階級の 國家裝置가 붕괴되어 勞動者階級の 手中에 들어오는 경우 根本적인 變化를 일으켜 舊國家와 新國家間에는 同一性이나 法的相續을 認定할 수 없게 된다는 것이다. 따라서 Marx가 主張한 바에 의하면 對內 國家的인 面에 있어서 국가의 繼續성은 論議의 對象도 되지 않는다는 것이다.

이러한 國內적인 事實에도 不拘하고 國家의 國際法的 主体성은 如前히 存續한다는 立場을 그는 取하였다. 다시 말하여 國際法 主体성은 權力裝置로서의 국가와는 同一하지 않다는 것이다. 舊權力裝置를 파괴하고 成立된 새로운 國家裝置는 國際法主体로서 自動적으로 그 국가의 權利와 義務를 承繼하게 된다 20).

이러한 意味에서 본다면 東獨이 主張하는 變態的 二國家說은 그 나름대로의 妥當성이 어느 程度 認定된다. 즉 東獨은 國法上 獨逸帝國에 대해서는 根本적으로 變更된 국가, 즉 權力裝置라는 點에 依據하여 同一性이나 法的相續을 拒否하면서도 國際法共同社會에서는 權力裝置의 變更에도 不拘하고 西獨과 並行하여 獨逸帝國의 法的 後繼者로서의 地位를 차지하고 있다는 것이다 21).

東獨은 變態된 二國家說에 의하여 東·西獨間의 相互關係를 第3 國家와의 關係처럼 國際法上的 關係로 보아야 한다고 하면서도 東·

西獨이 志向하는 全獨逸 統合이라는 大課業의 遂行을 考慮하여 第3國家와의 關係와는 區別되는 特別한 것이라는 立場을 取하고 있다²²⁾. 이 學說에서 力說되고 있는 全獨逸 統合은 독일의 국가적 統合이라기 보다는 獨逸民族의 統合을 意味하는 것이다²³⁾.

b) 東獨政權의 實際

全獨逸의 統合에 관심을 가진 東獨은 政權樹立後 부터 1955年 까지 "東獨問題" (Deutschland-Frage)의 해결은 國法上의 문제로 보았다. 따라서 이 문제를 國際法的으로 取扱되는 것을 願치 않았다.

東獨은 1955年 까지 "독일문제"에 國法的인 性格을 強調하기 위하여 "再統一" (Wiedervereinigung), 또는 結合 (Vereinigung)이라는 概念을 混用하였다²⁴⁾. 1955年 3月 25日 소련에 의해 東獨의 國家性이 再確認되고, 同年 10月 6日에 東獨과 소련 間의 關係를 規律하는 獨逸條約이 發効되자, 東獨은 主權國家로 自處하면서도 獨逸問題를 國法的인 것에서 국제법적인 것으로 移讓 하는 것에 주저하였다. 그러나 1956年 여름부터 1957年에 이르 러 그는 그 때 까지의 立場을 止揚하고 새로운 主張을 하였다. 즉 1956年 여름부터 主張하기 始作한 그의 새 見解에 의하면 國法上이나 國際法上으로 보아 東·西獨 兩國家는 1945年 5月 8日 消滅된 獨逸帝國의 後繼國으로 본다는 것이다. 따라서 獨逸問題의 解決은 國家聯合 (Staatenbund)의 理論에 의해서만 可能하다는

것이다 25). 이러한 國家聯合의 主張은 여러 가지 形態로 表現되었다 26). 그 한 例로 1963年 1月에 東獨共産党(SED) 第6次 全党大會에서 決議된 政黨綱領을 들 수 있다. 이에 "독일에 있어서 平和 共存의 實現을 위한 가장 適合한 形態는 兩獨逸國의 國家聯合이다"는 것을 明示하였다 27).

그러나 1966年 西獨의 基民黨-社民黨 大聯合政府가 수립되자 東獨의 國家聯合思想은 점차적으로 그 자취를 감추기 始作하였다. 1967年 1月에 東獨 共産黨幹部가 發表한 "東獨共産黨" 第7次 全党大會 준비를 위한 討論資料에서 "社會主義的 獨逸民主共和國(東獨)과 帝國主義的 西獨과의 結合(Vereinigung)은 現實的 이 아니다. 東獨으로서는 資本主義에로의 復歸는 있을 수 없다. 兩獨國家의 結合은 우리의 目標이다. 그러나 우리는 結合이 오직 社會主義 바탕下에서만 可能하게 되리라는 것과, 그리고 西獨에 社會主義를 實現하는 길은 멀고도 험악하리라는 것을 잘 알고 있다. 또한 兩獨의 平和 共存을 結合과 混同함으로써 "독일문제의 해결"이라는 概念을 結合의 뜻으로 보아서는 안된다"고 지적하였다 28). 1967年 4月 17日의 東獨共産黨 第7次 全党大會에서 東獨 共産黨首 Ulbricht도 獨逸結合의 非現實性을 非難하면서 西獨의 民主的 改編만이 兩獨國家의 結合의 前提條件이 될 수 있다는 것을 主張하였다 28). 그는 이러한 表現으로써 독일의 國家聯合이라는 概念을 使用하는 것을 回避하였다.

이러한 見解는 1968年 4月 6日의 東獨 헌법 第8條 2項에서 찾아

볼 수 있다. 同條의 規定에 의한다면 東獨은 독일의 국가적 統合을 完全히 拋棄하였다고 볼 수 없는 것이다. 즉 東獨은 平等의 原則에 의거한 兩獨間의 正常的인 關係樹立은 勿論, 維持 및 協調가 그의 국가적인 所望이라는 点과, 그와 그 국민은 독일민족이 제국주의에 의하여 强要된 독일의 分斷을 克服하고 民主主義와 社會主義에 立脚하여 結合할 때 까지 兩獨의 着實한 接近을 위한 努力을 게을리 하지 않겠다는 것이다.

1974年 10月 7日에 發効된 改正 憲法 第8條에서는 독일의 結合 (Vereinigung)에 관한 上記 旧憲法條項이 全部 削除되었다. 따라서 독일의 結合은 西獨에 있어서의 政治的, 經濟的 및 社會的인 革命에 의해서만 이루어질 수 있다고 해석하는 것이 新憲法에 대한 東獨學者들의 見解이다. 즉 西獨地域에서 軍國主義, 나찌主義 및 帝國主義가 除去되어야 하고 西獨에서 勞動者 階級과 人民層이 西獨國家의 政治에 決定的인 影響을 獲得하지 않으면 안된다는 것이다. 東獨共産黨의 見解에 의하면, "民主主義"와 "社會主義"의 土台에 立脚하여 發展한 것은 西獨이 아니라 東獨뿐이라는 것이다. 그러므로 "민주주의"와 "사회주의" 兩概念에 대한 論議는 東獨에서는 絶對로 許容되지 않는다는 것이다. 그러나 이 兩概念이 어떠한 뜻을 가지고 있는가를 正確하게 判斷하려면 兩獨住民이 自由로운 自決原則에 의해 決定해야 한다는 것이다. 이러한 原則을 主張한 東獨이 이것을 원치 않는 것이 또한 過去와 現在의 實情이다 29).

1969年 10月 28日의 "새로운 獨逸政策"에 관한 西獨聯邦政府 聲明에서 Willy Brandt 首相은 東獨을 第2의 독일국가로 尊重

하지만 그에 대한 國際法上的 承認은 있을 수 없으며, 兩獨 相互間的 關係를 " 特殊한 性質의 것 " (von besonderer Art) 이라는 點을 力說하였다. 30). 그의 表明에 대해 東獨은 西獨이 그의 單獨代表權 主張에 의한 後見人的 不遜이라고 反駁하였다 31).

結論적으로 보아 1972年 12月 21日의 東·西獨間的 關係를 規律하는 基本條約이 체결되기 前의 東獨의 獨逸政策은 東獨首相 Stoph가 1970年 3月 19日과 同年 5月 21日 32) Brandt 首相과의 兩次會談에서 分明히 表明한 바와 같이 兩獨間에 國際法上的 原則에 立脚한 平等하고, 排斥받지 않는 關係 正常化가 이루어져야 한다는데 重點을 두었다.

또한 東獨은 西獨이 基本條約에 署名함으로써 東獨에 대해 自身을 外國으로 만들었다고 主張하고 있는 것이 오늘의 持論이다.

ii) 西獨의 法的 見解

a) 法的 地位에 관한 諸學說

위에서 본바와 같이 東獨이 主張하고 있는 二國家說은 獨逸帝國이 독일의 敗亡과 더불어 消滅되고 旧獨逸內에 西獨과 東獨이라는 두개의 國家形態가 새로 成立하였다고 보는가 하면, 他面 變態된 二國家說에 의해 西獨은 獨逸帝國의 後繼者인데 反해, 東獨은 分離하여 新生國家를 形成하였다고 보는 것이며, 어느 경우이든 兩獨間的 關係는 國際法上的 국가間的 關係로 보자는 것이다.

그러나 西獨의 學者들은 이러한 二國家說에 立脚한 獨逸帝國(旧

獨逸)의 消滅을 否認하고 如前히 獨逸帝國의 存續을 是認하고 있다. 그러나 存續되어온 국가의 領土上에 西獨과 東獨이라는 두개의 國家形態가 存立하고 있는 現實을 여하히 法的으로 究明하여야 할 것인가 하는 點에서 旧國家의 存續을 前提로한 여러가지 學說이 主張되고 있다. 독일의 法的 地位를 究明하기 위한 學說을 大分하면 部分秩序說과 同一說등으로 볼 수 있겠다.

aa) 部分秩序說

이 學說은 一名 " 部分國家說 (Teilstaatstheorie) 또는 지붕說 (Dachtheorie)이라고도 불리워지고 있다³³⁾. 이 學說은 東·西獨 相互間의 관계와 그들과 獨逸帝國과의 관계를 法的으로 解明하는데 그 重點을 두고 있다. 즉 東·西獨이라는 두개의 國家形態는 不可視的으로 存續하고 있는 "帝國지붕" (Reichsdach) 下에서 準構成國家들이므로 독일의 法的地位는 하나의 準聯邦國家的인 秩序로 보는 것이 妥當하다는 것이다.

이 두개의 國家的 部分秩序 (Staatliche Teilordnungen)는 總括國家 (獨逸帝國)를 위해 對外的인 代表權을 行使할 수 있는 것이다. 두 部分秩序들은 各自가 外國과 國際法的行爲를 할 수 있다. 두 部分秩序의 一方이 그 自身을 위한 行爲를 하게 되면 그것은 獨自的인 國際法的 主体로서 行爲를 한 셈이 된다.

이에 反해 그 中 一方이 總括國家를 위해 行爲를 하게 되면 그것은 獨逸帝國의 代表로서 한것을 意味하게 된다.

이런 경우에 있어 그의 行爲는 제한을 받게 된다. 즉 그는 독일제국이 保有한 權利를 주장하고, 義務를 인정할 수는 있으나 독일제국을 위한 새로운 權利를 設定하거나 그의 權利를 포기할 수는 없는 것이다. 34).

비록 이 學說은 東·西獨을 準聯邦國家로 보고 있으나, 實際上存續하고 있는 獨逸帝國은 三段階로 構成되어 있다. 즉 國家性格을 가진 最下位의 單位는 西獨聯邦을 구성하고 있는 州(Länder)들이다. 國家성격을 가진 西獨의 11個州는 獨逸聯邦共和國에 歸屬되고 있다. 東獨도 成立 當時에는 國家性格을 가진 州로 構成되었으나 1952년에 이르러 單一國家로 改編하였다. 이 東·西獨의 위에 最上位 段階로서의 독일제국이 있는 것이다.

그러나 이 學說이 지니고 있는 缺點으로는 非國家的 性格을 가진 西伯林, 東伯林과 Oder-Neibe 線 以東의 地域에 관한 法的地位를 如何히 解明하여야 할 것인가 하는 點이다. 이러한 地域은 이 學說로서 說明될 수 없는 特別한 法的 性格을 지니고 있다 35).

結論적으로 보아 東·西獨의 國法的 및 國際法的 行爲能力은 그들이 獨逸帝國과 同一하다는데서 찾을 것이 아니라, 그들 部分秩序의 固有한 國家性에서 導來된 것이라고 보는 것이 妥當할 것이다.

따라서 이 學說을 적용하여 東·西獨의 法的地位를 해명하기에는 너무나도 未洽한 點이 많다. 특히 西獨을 "帝國지붕" 下에 있는 하나의 部分秩序로 본다는 것은 西獨에서의 通說인 同一說에 의한 西獨政府의 實際에도 符合되지 않을 뿐더러 東獨이 主張하는

二國家說을 外面한 쓸모없는 學說이라 할 수 있겠다 36).

bb) 同一說

1950年 以來 Ulrich Scheuner 37)에 의해 主張된 同一說 (Identitätstheorie)은 오늘의 通說일 뿐 아니라 西獨政府의 公式 態度도 이에 따르고 있다. 이 學說에 의하면 獨逸帝國은 獨逸聯邦共和國 (西獨)에서 하나의 獨立的이고 正統적인 새로운 國家機關을 發見하였는데 이 機關이 獨逸帝國과 同一하다는 것이다.

그러나 이 學說에 贊同하는 學者들간에도 兩獨이 독일제국과 同一하다거나, 또는 兩獨中 한쪽이 독일제국과 同一하다고 하는등, 그들의 견해에 따라 여러가지 學說로 나누어지고 있다.

즉 同一說이라는 全体概念 밑에 核心國家說 (Kernstaatstheorie), 部分同一說 (Theorie der partiellen Identität) 및 內亂說 (Bürgerkriegstheorie) 등이 있다.

1. 核心國家說

同一說의 範疇에 屬하는 核心國家說 (Kernstaatstheorie)에 의하면 西獨의 基本法이 適用되는 地域에 있는 獨逸聯邦共和國 (西獨)만이 獨逸帝國과 同一하다는 것이다 38). 따라서 西獨은 독일제국의 核心國家로서 독일제국을 위해 國法上이나 國際法上의 모든 權限을 行使하게 된다.

이 學說에 따르면 "最少獨逸의 解決" (Kleinstdeutsche Lösung)³⁹⁾이라는 바람직스럽지 못한 結果를 초래할 우려가 있다. 즉 西獨을 總括國家인 독일제국과 同一視한다면 結果적으로 東獨地域과 그 住民을 독일제국에서 除外하게 된다는 것을 意味한다. 뿐만 아니라 西獨政府가 이 核心國家說에 의하여 西獨을 "核心國家"로 보아야 한다고 固執하는 경우, 東獨은 그의 持論인 二國家說, 特히 分離說, 에 의하여 新生獨立國임을 自處할 수 있는 機會를 갖게 되는 것이다. 이러한 경우, 獨逸帝國과 同一한 西獨과 國際法上的 主体로 새로 登場한 東獨國家라는 두개의 獨逸國家가 成立하게 되는 것이다.

이런 意味에서 볼 때 核心國家說은 二國家說과 類似한 點을 多分히 가지고 있다. 즉 核心國家說은 西獨이 總括國家인 獨逸帝國과 同一한데 反하여 東獨은 總括國家에서 分離한 新生國家로 看做함으로써 西獨을 Elbe 江에서 Rhein 江에 限定된, 現 西獨地域內에 "收縮된" (Zusammengeschrumpftes) 國家形態로 是認하는 셈이 된다⁴⁰⁾.

어떻든 이 學說은 독일의 分斷이 終局的으로 確定되었을 경우에 限하여 適切히 適用될 수 있는 것이다. Scheuner 는 이 學說의 內容에 該當된 國際法上的 先例로서 1947年 印度로 부터 分離獨立한 Pakistan 을 指摘하고 있다⁴¹⁾.

印度는 國際法上 既存 自治領으로서의 印度와 同一視한데 反해, Pakistan 은 新生國家로 보았다. 이로써 그는 實効性的 原則에 立脚한 東獨의 二國家說이 西獨에 의해 終局的으로 受諾되지 않으

면 안될 경우 核心國家說 또는 分離說에 歸依하여 西獨만이 독일 제국과 同一한 것으로 보는 反面, 東獨은 新生國家로 보자는 含蓄性있는 態度를 取하고 있다 42).

위에서 본 바와 같이 核心國家說은 二國家說, 특히 分離說, 과 마찬가지로 독일의 法的 地位를 해명하기 위해 主張될 수 있을 것이다. 그러나 이 學說은 독일의 現實은 勿論, 西獨政府의 實際에도 符合될 수 없는 無用之物에 不過한 것이다.

2. 部分 同一說

部分同一說 (Teilidentitätstheorie, oder Theorie von der Partiellen Identität)에 의하면 獨逸帝國의 法人格性은 東·西獨이라는 두개의 部分形態에 各각기 部分的인 法主体로서 存續되고 있다는 것이다 43).

따라서 西獨과 東獨은 各自가 自己 地域内の 事項에 關係 獨逸帝國으로서 權限을 行使할 수 있는 것이다. 뿐만 아니라 總括國家인 獨逸을 위한 行爲는 各自가 獨自的으로, 또는 兩者가 共同으로 할 수 있을 것이며, 경우에 따라서는 兩者中 어느 누구에게도 이러한 權限이 부여되지 않을 수도 있을 것이다 44).

어떻든 部分同一說과 關聯하여 新生國家와 舊國家가 어떤 面에서 同一한가 하는 法的 問題를 檢討해 보기로 하겠다.

法的으로 論議되는 同一性은 數學的으로 要求되는 相互 一致하고는 判異하게 다르다. 즉 法的인 側面에서 要求되는 同一性은 두개의

形態가 同一하지 않는데도 不拘하고, 그것을 同一한 것으로 본다고 主張하는데 核心이 있다. 이러한 法的 同一性은 大略 다음과 같은 두가지 경우에 그 特性을 잘 나타낸다고 할 수 있겠다.

첫째로, 外部的으로 相當한 變化가 있었다 하더라도 그 形態나 形相이 아닌 本質이나 實體가 最少限 存續하는 限 同一性의 可能性이 排除되지 않는 것이다.

둘째로, 事物的인 面에서 同一성을 볼 때 한 국가내에 있어서 相當한 部分의 領土가 喪失되었다 하더라도 그 국가의 同一성을 否認할 何等의 根據가 없는 것이다⁴⁵⁾. 또한 국가의 構造面에서 過激적인 變更이 招來되었다 하더라도 그 국가의 實體, 즉 國民이 그대로 存續하는 限 同一성을 認定하는 것이 오늘날의 見解이다⁴⁶⁾.

위에서 본 바와 같이 法理論上으로는 東·西獨이 독일제국과 部分的으로 同一하다고 할 수 있겠으나 西獨聯邦을 構成하는 11個州(Länder)를 爲始하여 東·西伯林 및 Oder - NeiBe 江 以東의 獨逸地域등에 대해서는 部分同一說로 說明될 수 없는 모순을 나타내고 있다. 따라서 이 學說은 독일의 法的 문제를 解明하는데 있어 너무나도 未洽한 點이 많다.

3. 內亂說

內亂說(Bürgerkriegstheorie)에 의하면⁴⁷⁾獨逸帝國의 領土上에 存立하고 있는 東·西獨이라는 두개의 政府는 各기 對外的으로 全獨逸을 代表하려는 優位를 차지하려는 鬪爭을 하고 있다는

것이다.

여기서 말하는 鬪争은 "熱的인" (heiBen)의미에 있어서의 内亂이라기 보다는 法的으로 規定된 節次에 따라 決定되어야 하는 것이므로⁴⁸⁾ 이러한 것은 하나의 "冷的인" (Kalten) 内亂狀態라고 말할 수 있는 것이다⁴⁹⁾.

이러한 독일에 있어서의 "冷的인 内亂狀態"와 좋은 對照를 이루는 것으로 1861年 부터 1865年 까지 持續되었던 南北戰爭에서 經驗한 "熱的인 内亂"을 들 수 있다. 그 當時 南部의 "暴徒政府"는 그가 支配하였던 地域을 總括國家로 부터 分離하여 그곳에 自主獨立國家를 樹立하려고 하였다. 그러나 南部政府가 이러한 試圖를 함에 있어 그地域의 住民으로 부터 全幅的인 支持를 받음으로서 民主的 正統性을 獲得하였다는 점이 注目된다.

위에서 본 바와 같이 이 學說은 독일의 法的 地位를 冷的인 内亂狀態에 比喩하고, 독일내에 存立하고 있는 두개의 政府중 하나만이 獨逸帝國의 法的 政府로 보는 反面, 다른 하나는 準暴徒的 (quasi-aufständische)인 政權에 不過하다고 보는 것이다.

이에 따라 이 學說은 세가지로 해석될 수 있다.

첫째로, 西獨政府가 독일제국의 法的 政府 (de jure Regierung)의 地位를 차지 함으로써 東獨은 準暴徒的인 政權으로 格下되는가 하면, 反對로 東獨이 法的 政府가 되고, 西獨은 準暴徒的인 政權으로 格下될 수 있다는 것도 생각해 볼 수 있다. 그러나 東獨이 主張하는 二國家說이나 국가간의 慣例에 의한다면 後者の 경우에 찬성하는 者は 아무도 없다.

둘째로, 東·西獨 兩政府를 독일제국의 地域的 事實上 政府 (locale de facto Regierung) 로 보자는 것이다⁵⁰⁾. 이 見解에 의하면 독일제국의 國際法的 主体性を 인정하고, 이 總括國家는 제각기 一部地域에 限定된 두개의 政府가 代表하고 있다는 것이다. 즉 그들은 제각기 차지하고 있는 部分에 關係 全獨逸國家의 國際法的 主体性を 代表한다는 것이다. 이들 제각기의 政府는 總括國家를 위한 사무적인 代表者는 될 수 있으나 限定된 行爲能力만을 保有하게 되는 것이다. 그리고 그는 總括國家를 위한 現事務만 執行하고 그 範圍內에서만 責任을 지게 되는 것이다.

이러한 職務를 벗어나서 總括國家의 國際法的 地位에 關係되는 拘束力있는 義務를 지는 行爲는 許容되지 않는다. 따라서 兩獨政府는 獨逸帝國을 위한 現事務만 執行할 수 있으며 軍事同盟, 國境線이나 기타 獨逸帝國의 地位 變更을 招來할 수 있는 如何한 協定도 체결해서는 안된다는 것이다.

그러나 東獨이 Poland 와의 協定을 通해 Oder-NeiBe 線을 認定한 事實이라든지, 또는 西獨이 西方側 국가와 체결한 北大西洋 防衛同盟 및 기타의 여러가지 조약등으로 미루어 보아 東·西獨 兩政府가 地域的 事實上 政府로서의 地位를 떠나 제각기 法的 政府로서 國際社會에 있어서 完全한 行爲能力을 가진 當事者로 自處하려고 하는 事實을 否認할 수 없다.

셋째로, 現獨逸의 法的 地位에 있어 西獨政府가 국제법상 차지하는 位置를 고려하여 그를 地域的 法的 政府 (lokble de jure Regierung) 로 본다는 것이다⁵¹⁾.

즉 冷的인 内亂狀態下에서 西獨政府만이 總括國家의 法的 代表者로서 對外外으로 이 국가를 代表한다는 것이다.

이런 意味에서 西獨政府는 事實上的 政府보다는 優位에 놓이게 된다. 그러나 그는 그에 反對하는 東獨政權을 武力으로 抑圧할 意思는 없는 것이다. 따라서 그는 總括國家의 領土의 一部地域에서만 이 總括國家의 國家權力을 行使하게 되 그에 대한 正統性도 오직 그 地域의 人民에 의해 부여된 것에 不過하다.

이러한 見解에 의하면 西獨政府는 地域的 法律上的 政府로 보는 反面, 東獨政府는 地域的 事實上的 政府로 보자는 것이다. 國際法上으로 보아 法的 政府에 대한 地域的 事實上的 政府라는 概念은 쿠데타나 革命을 契機로 하여 理解되나 위에서 본 바와 같은 概念, 즉 地域的 法律上的 政府에 대한 地域的 事實上的 政府, 같은 것은 生疎한 概念으로서 이에 贊成하기 곤란한 점이 있다.

따라서 올바르게 理解되어야 할 同一說은 兩獨 政府中 어느 쪽에 民主的 正統性(demokratische Legitimation)이 부여되었는가에 달려 있는 것이다. 兩政府中 西獨政府에만 全体國民의 大部分을 차지하는 西獨住民에 의해 그의 民主的 正統性이 認定됨으로써 法的 政府로서의 地位를 차지하게 되는 것이다 52).

그러나 西獨政府가 民主的 正統性에 依據한 政府라고 하지만 1,700 萬이라는 東獨住民이 西獨政府의 樹立에 있어서의 投票過程에 直接的으로 參與할 수 있는 機會가 부여되지 않았으므로 部分的인 正統性만을 保有한데 不過하다고 主張하는 者도 있다 53).

비록 이러한 主張에도 不拘하고 西獨政府는 獨逸帝國의 法的 政

府의 地位를 차지하는데 反하여, 東獨政府는 總括國家로 부터 分離하여 東獨地域에 수립된 自主的인 新生國家라고 自處하고 있다.

이런 意味에서 볼 때 東獨政權은 하나의 "準暴徒的인" (quasi-aufständische) 地域的 事實上的 政府에 該當되는 것이다 54).

다시 말하여 독일제국의 法的 政府인 西獨政府가 支配하고 있는 獨逸, 獨逸聯邦共和國 (Bundesrepublik Deutschland), 은 하나의 新生國家가 아니므로 獨逸帝國과 同一하다고 말 할 수 없는 것이다. 萬一 이 聯邦共和國이 독일제국과 同一한 것이 있다면 그것은 오직 存續되어 온 總括國家인 독일제국의 國際法的 主体性뿐이며, 그 主体의 唯一한 合法的인 機關이 바로 聯邦政府 (西獨政府)가 되어야 한다는 것이다 55). 그러므로 同一說이 主張하는 바는 聯邦共和國과 독일제국과의 同一을 意味하는 것이 아니라 聯邦政府의 機關的인 地位 (organschaftliche Stellung) 가 독일제국 政府의 機關的인 地位와 同一하다는데 있다 56).

즉 西獨政府는 旧帝國政府의 法的 後繼者로서 독일제국과 同一視되는 總括國家의 代表로 委囑된 機關이다. 이렇게 聯邦政府는 全獨逸國의 法的 政府로서의 地位를 차지하고 있으나, 독일내에 支配되고 있는 "冷的 內亂狀態" 下에서 東獨地域에는 準暴徒的인 地域的 事實上 政府가 存續하고 있으므로 聯邦政府의 統治權은 오직 基本法이 適用되고 있는 西獨內에서만 行使되고 있는 實情이다 57).

이제 그럼 끝으로 內亂說과 核心國家說이 어떤 差異點을 가지고 있는가를 살펴 보기로 하겠다. 內亂說과 核心國家說이 모두 總括國家의 存續을 認定한다는 點에서는 差異가 없다.

그러나 內亂說에서는 하나의 法的 政府와 하나의 準暴徒的인 地域的 事實上 政府가 冷的인 內亂狀態에 있다고 보고 있다. 이에 反해 核心國家說에서는 內亂은 이미 終了된 것으로 보고, 分裂은 事實上에서 뿐만 아니라 暫定的이기는 하나 法的으로도 完了된 것으로 看做하고 있다. 뿐만 아니라 이 核心國家說은 總括國家의 法 主体性은 東·西獨이라는 두개의 新生國家에 部分的으로 存續되는 것이 아니라 그 中 한 쪽 국가, 즉 西獨, 에만 存續된다는 것이다. 이런 意味에서 볼 때 核心國家說은 東獨이 主張하는 二國家說의 範疇에 屬하는 分離說과 相通하는 點을 內包하고 있다 58).

b) 西獨政府의 實際

위에서 본 바와 같이 西獨의 學者들은 독일의 法的 地位에 대해 여러가지의 學說을 展開하고 있으나 오늘날 通說로 볼 수 있는 것은 內亂說로 集約되는 同一說이다. 西獨政府는 이 學說에 바탕을 두고 東獨政策(Deutschland-Politik) 및 對外政策을 遂行하고 있다.

1949年の 西獨政府 수립 후 부터 1966年の 大聯立政府 수립시 까지의 Adenauer 및 Erhard 政府는 一貫하여 西獨政府의 單獨代表權을 主張하였다. 즉 西獨政府는 東獨政府에 대해 어떠한 法的 地位도 부여하는 것을 拒否할 뿐 아니라, 全獨逸人民의 唯一하고도 合法的인 代辯人은 西獨政府라는 것을 明白히 하였다. 따라서 그는 國際關係에 있어서도 東獨住民까지 包含해서 代表하게 됨으로 總括

國家의 部分秩序에 該當될 수도 있는 聯邦共和國(西獨)을 위한 政府가 아님은 勿論, 西獨地域內에 収縮된 核心國家도 아니라는 立場을 取하였다.

西獨政府는 機會있는 대로 그의 單獨 代表權을 主張하였으며 이에 대하여 西方側 3大國(美·英·仏)도 1950年9月19日의 New York 外相會議의 聲明을 通하여 처음으로 이 主張을 支持하였다 59). 1950年代에 西獨政府와 西方側 3大國間에 發表된 重大聲明에서 늘 西獨政府의 單獨代表權이 強調되었다. 뿐만 아니라 Adenauer 首相은 西獨과 소련과의 外交關係樹立時 소련 首相 Bulganin 앞으로 發送한 1955年9月13日의 書翰에서 兩國間에 外交關係樹立에 관한 合意가 이루어 졌다 하더라도 이로써 西獨政府가 국제관계에 있어서 全獨逸 人民을 代表하는 權限에는 何等의 變化가 없다는 것을 分明히 하였다 60).

또한 Adenauer 의 後任者인 Erhard 首相도 1965年11月10日 西獨 聯邦下院에서의 演說에서 西獨政府 樹立 以來 全獨逸人民을 위한 單獨代表權을 堅持하고 있다는 것을 再闡明하였다 61).

西獨政府의 이러한 單獨代表權은 소위 Halstein 主義로 表現되기도 하였다. 그러나 이 主義는 政治的이나 學問的인 面에서 誤用되기도 하였다. Halstein 主義라 함은 西獨을 國際法上으로 承認한 國가가 後에 東獨을 또한 국제법상으로 承認하는 것을 저지하기 위한 하나의 獨逸政策을 말하는 것이다.

따라서 이 主義는 하나의 非承認政策에 不過한 것이다 62). 非承認政策을 意味하는 이 主義는 Adenauer 首相이 소련과의 外交

樹立 合意에 관한 1955年9月22日 聯邦下院에서 行한 政府聲明에서 찾아 볼 수 있다. 西獨政府는 그와 國交關係를 맺고 있는 第3國이 東獨과도 國交關係 맺을 경우 이것은 바로 독일의 分斷을 深化하고 西獨에 대한 非友好的인 行爲로 看做한다는 立場에는 추호의 變함이 없다는 것을 그는 表明하였다. 63).

結論적으로 말하여 Halstein主義는 特定の 경우에 있어 外交關係의 斷絶이라는 法的 自動力을 意味하기 보다는 具體적인 경우에 있어 그에 適合한 政治的 決斷을 내릴수 있는 多様な 段階的인 對應措置를 모색할 수 있는 政治라고 말할 수 있는 것이다. 64).

1949年 부터 1966年 까지 西獨政府의 政治的 및 法的 立場은 獨逸帝國과의 同一性, 單獨代表權, Halstein主義 및 東獨非承認政策등으로 一貫하였다.

Adenauer首相 在任時 그의 獨逸政策 및 東方政策은 東獨地域內에 居住하는 獨逸人에 대한 "人間的인 고통의 輕減" (menschliche Erleichterung) 程度에 限定되었으며, 독일의 統一을 위해서는 아무런 計劃도 없었다 65). 이러한 "人間的인 고통의 輕減"을 위한 政策도 아무런 成果를 견우지 못하였다.

大聯立政府(1966年-1969年)가 試圖한 獨逸政策 및 東方政策도 同一性の 原則및 單獨代辯權(Allein-Sprecher-Berechtigung) 등으로서 滿足하였다. 즉 Kiesinger首相은 1966年12月13日 聯邦下院에서 行한 政府聲明에서 "聯邦政府는 自由롭고 合法的이며 民主적으로 選出된 唯一한 獨逸政府이므로 全獨逸人民을 위해 代辯할 수 있는 權限을 가지고 있는 것으로 본다.

그러나 이것은 자유롭게 決定할 수 없는 독일의 다른 地域(東獨)에 居住하고 있는 우리의 同胞를 後見하려고 하는 것은 아니다" 라고 말하였다⁶⁶⁾. 또한 이 聯立政府도 前政府의 獨逸政策등을 이어 받아 東獨 非承認政策, 東獨住民의 "人間的인 고통의 輕減" 등에 努力하는 한편, 內獨間의 對話를 모색하였으나, 이에 대한 東獨政府의 冷淡한 태도로 말미암아 아무런 成果도 얻을 수 없었다⁶⁷⁾.

社民黨-自民黨(SPD/FDP)으로 構成된 聯立政府(1969年 부터 現在까지)의 독일정책은 독일내에 두개의 國家가 存在하고 있다는 것을 是認하는데 그 特色이 있다. 1970年1月14日 西獨 聯邦下院에서 發表한 "民族의 地位에 관한 報告書"에서 Brandt 首相은 "독일내의 兩國家", "독일내의 兩部分", "兩獨國家" 그리고 "獨逸地域內의 兩 국가" 등 네가지의 表現方法을 使用하였다⁶⁸⁾.

Brandt 聯立政府는 그 以前의 政府가 固守하였던 同一說에는 贊同하였으나, 西獨政府의 單獨代表權 主張에는 더 以上 追從하지 않았다.

1970年 3月19日의 東獨首相 Stoph 와의 Erfurt 會談에서 그는 "우리들의 關係는 差別없는 待遇와 平等에 立脚하여 수립되어야 한다는 것과 아울러 우리들 어느 누구도 다른 쪽을 위하여 行爲한다거나 對外的으로 독일내의 他地域을 代表할 수 없다는 것을 表明하였다⁶⁹⁾.

Brandt 政府도 先任者와 마찬가지로 東獨에 대한 국제법적 承認을 拒否하였다. 聯立政府의 東獨非承認政策은 首相室의 次官인

Egon Bahr 의 TV 인터뷰에서 歴々히 찾아 볼 수 있다. "萬一 두개의 독일국가와 平和條約이 체결되는 경우에는 국제법상의 承認은 不可避할 것이다. 그러나 이러한 平和條約이 체결되지 않은限 東·西獨 相互間에 국제법상의 承認은 있을 수가 없을 것이다. 勿論 사람들이 4大 管理國의 權利를 終熄시키려고 한다면 別個問題이지만, 이런 일은 어느 누구도 願치 않을 것"이라고 그는 말하였다 70).

1972年 東·西獨間의 關係正常化를 위한 基本條約이 체결함에 앞서 西獨政府의 立場은 이 조약에 獨逸民族의 單一性의 存續, 全獨逸에 대한 4大 管理國의 權利, 義務 및 독일의 국가적 單一의 回復이 沮害되어서는 안된다는 内容이 規定되어야 한다는 것이었다.

그러나 1972年 12月 21 日의 基本條約에는 많은 문제점을 內包하고 있다. 우선 이 조약에 表示된 "獨逸"이라는 用語가 무엇을 意味하는가가 分明하지 않다. 조약에서 찾아 볼수 있는 "獨逸"은 단지 西獨의 公式的 名稱인 "獨逸" 聯邦共和國에 限定되고 있을 뿐이다.

그리고 이 조약에서 독일의 單一性을 強調하고 있으나 大多數의 外國人들은 이 條約의 체결로써 獨逸內에 存立하고 있는 두 國家를 確認한 것으로 보고 있다 71). 野黨議員이며 聯邦下院 基民黨-基社黨 (CDU/CSU) 院內總務였던 Karl Carstens (現聯邦 大統領)은 基本條約이 두개의 自主的, 獨立主權的인 독일국가의 存立을 分明히 確認하고 있다는 点を 指摘함과 同時에 독일의 分斷에 관한 條項部分은 明白하게 規定되고 있는데 反하여, 독일의 單一 存續性

에 관한 事項은 음폐되거나 一方的이라고 斷言하였다 72).

東獨을 包含한 共產側 諸國家들은 이 조약을 獨逸分斷에 대한 하나의 批准으로 看做하고 있으며, 기타 大部分의 국가들도 獨逸問題는 이 조약으로서 해결된 것으로 보는 傾向이 濃厚하다 73). 이러한 國內외의 態度에 대해 西獨政府는 이 조약이 決코 分斷條約이 아니라는 点を 強力히 主張하고 있으나 74) 結果적으로 보아 이 조약으로써 "獨逸問題" 를 終局的으로 해결할 수는 없었다.

全獨逸과 伯林을 위한 4大 管理國의 權利와 義務에 관한 內容이 基本條約에 明示되어야 한다는 西獨政府의 主張은 貫徹되지 않았다. 흔히 "不抵觸條約" (Nichtberührungsklausel)이라고 指稱되는 第9條에 의하면 東·西獨은 그들이 以前에 체결하였거나, 그들과 關聯된 雙務條約 및 多邊條約과 國際協定은 이 基本條約에 의해서도 抵觸되지 않을 것이라는데 合意하였다.

그들은 相互間的 書信交換 內容에 따라 西獨은 西方 3大國, 東獨은 소련에 上記 第9條와 關聯된 4大國의 權利, 義務 및 이와 關聯된 4大國의 合意, 決議 및 實務등이 이 條項에 저촉되지 않을 것임을 通告하였다 75). 그러나 上記 條文은 勿論, 東·西獨間에 交換된 書信에도 權利, 義務의 內容에 관해 아무런 言及이 없다.

東·西獨의 通告에 대한 答辯으로서 4大 管理國은 1972年 1月 9日의 聲明에서 76) 그들의 權利, 義務에 관한 內容에 대해서는 아무런 言及이 없고 오직 東·西獨이 UN에 同時加入을 申請하는 경우 이를 支持할 것이며, 그들의 同時加入이 4大 管理國의 權利, 義務, 그리고 이와 關聯된 4大國의 合意, 決議 및 實務에 何等

저촉되지 않을 것이라는 데 합의하였다는 점을 通告하였다. 이러한
점으로 미루어 보아 4大 管理國의 權利와 義務는 "目的이 없거
나" 또는 "抽象적인 것"에 不過하다고 말하는 사람도 있다⁷⁷⁾.

基本條約이 西獨의 基本法(Grundgesetz)에 符合될 수 없으므로 無効라고 主張한 Bayern 州政府의 規範統制訴訟에 따라 西獨
聯邦憲法裁判所는 1973年 7月 13日의 判決에서 特히 독일의 法的
地位, 基本條約의 法的 二重性格, 基本法에 規定된 統一에 관한 要
求權, 獨逸國民과 獨逸民族 그리고 4大國의 責任問題 등에 관해
解明하였다.

그중 독일의 法的地位 및 基本條約의 二重性格에 관해서만 言及
하고, 독일 國民과 독일民族에 관해서는 다음 項에서 說明하기로
하겠다.

재판소는 同一說에 依據하여 독일제국의 存續, 聯邦共和國의 機關
이 旧帝國의 그것과 同一하다는 점을 強調하면서도 地域적으로 보
면 聯邦共和國은 "部分 同一的"이라고 判示하였다. 이로써 그는
Brandt 政府가 主張한 二國家形態論을 合理化하려는데 있었다. 그러
나 Kewenig 가⁷⁸⁾ 適切하게 말했듯이 同一性和 非同一性的의 中間段階
는 있을 수 없는 것이다. 따라서 재판소가 "部分 同一的"이라
는 文句를 使用함으로써 部分同一說에 加擔한 것 처럼 보이기
하나, 그 實은 늘 完全同一性에 贊同하고 있는 것 같다. 이렇게 模
糊한 判示를 援用하여 東獨도 그의 地域적인 面을 고려하여 독일
제국과 部分 同一的임을 主張할 수 있을 것이라고 보는 者도 있
을 수 있다. 그러나 西獨이 東獨으로 하여금 그 自身도 西獨과

같이 "部分 同一的"인 것으로 보라고 强要할 權限은 없는 것이다 79)。

재판소는 基本條約이 二重性格을 가지고 있다고 判示하였다. 그것은 그 種類面에서 본다면 國際法的 條約이며, 그 特殊한 內容面에서 본다면 主로 内部的關係(Inter-se-Beziehungen)를 규율하는 條約이다. 國際法的 條約에서 内部的 關係를 規定한 것은 독일의 경우처럼 總括國家가 瓦解됨으로서 國法上的 秩序가 缺如되었을 때 特히 必要한 것이다.

基本條約의 特性이 두 國家間에 適用되는 双務條約이라는 點으로 미루어 보면 東獨은 國際法上的 意味에 있어서의 國家라고 볼 수 있을 것이다. 그러나 그는 독일에 屬하며 西獨에 대한 關係에 있어서 外國으로 看做될 수 없다. 따라서 東獨과 西獨사이에 存在하는 境界線은 獨逸聯邦共和國(西獨)을 形成하는 州들 간의 境界線의 性格과 같은 것으로 본다는 것이다.

또한 재판소는 두개의 國家라는 것을 指摘하면서도 그들은 存續하고 있는 獨逸帝國의 基盤위에 存立하고 있다는 點을 喚起시켰다. 그러므로 西獨이 東獨을 國際法上的 國家로 承認하는 것을 拒否한다고 判示하였다 80)。

4. 民族概念에 依拠한 兩獨關係

民族概念 (Nationsbegriff) 에 있어서 Brandt 政府는 무엇보다도 " 獨逸民族 " (deutsche Nation) 을 念頭に 두었다. Brandt는 民族概念이 독일내에 있는 두 국가간의 特殊한 關係와 밀접한 關聯性이 있다고 보았다. 따라서 그는 民族概念을 " 國家民族 " (Staatsnation) 으로서가 아니라 言語, 歷史 및 文化의 共通性을 浮刻시키는 " 文化民族 (Kulturnation) 으로 規定지으려고 하였다. 즉 그는 兩獨에 있어서의 民族은 아직도 헤아릴 수 없는 家族的 身分的인 紐帶에 의하여 生生하다 指摘하였다⁸¹⁾. 그러나 國土의 分斷과 兩獨間의 關係에 國家民族이나 文化民族概念을 適用하는 것이 不可能함을 直面한 그는 獨逸民族의 單一性을 守護하기 위해 다른 基準을 考察하였다. 1970年 3月 19日의 Erfurt 會談에서 Brandt 首相은 다음과 같이 말하였다. " 누구도 회피할 수 없는 共同으로 體驗하고, 共同으로 責任져야하는 역사의 강한 紐帶, 家族이나 言語 및 文化의 紐帶와 우리로 하여금 結合體임을 느끼게 하는 限量없는 모든 것들은 하나의 現實이다.

이러한 民族的 實存의 기초를 否定하거나 輕蔑하려고 試圖하는 政策은 나의 確信에 의하면 失敗라고 말할 것이다 " ⁸²⁾.

그의 이러한 趣旨의 民族概念을 世稱 " 意識民族 " (Bewubts-einsnation) 이라고 하는데⁸³⁾ 여기에서 문제되는 民族意識 (Nationalbewubtsein) 은 人間이 서로 交換하는 情報에 의해 비로써 얻어진다. 따라서 이 概念은 意思 疎通的要素를 內包한다. 이民

族概念에서 派生되는 특별한 義務는 意思疎通(Kommunikation)과 自己定立(Selbstoporientierung)의 도움으로 국가를 建設하는 獨逸과 獨逸人에 관한 共通的인 像想을 提供하는데 있다 84).

內獨關係의 特殊性을 "民族" 概念"으로써 特徵지우려는 Brandt 首相의 構想에 대해 東獨은 猛烈히 非難하였다. 東獨의 見解에 의하면 自主的 國際法의 主体인 兩獨逸國家는 서로 內國이 아니라 外國인 것이다. 1968年 헌법의 採擇에 의해 東獨의 人民은 自身の 自決權을 행사하였다. 이로써 東獨은 外部에 대한 境界設定과 內的 秩序에 있어서 自主的인 民族國家로 樹立되었다는 것이다. 東獨의 市民은 東獨의 國家 및 社會秩序에 의해 "社會主義的 民族" (sozialistische Nation)으로 되었다. 이 概念에 따라 東獨은 그 地域에는 "社會主義的 民族"과 西獨에는 "市民的 資本主義的 民族" (bürgerliche Kapitalistische Nation)이 있다고 보고 있다.

그런가 하면 Brandt 首相이 1970年 1月 14 日에 民族의 地位에 관한 첫번째 報告에서 民族을 "意識民族"의 概念으로 表明하자 85) Ulbricht 는 이에 對應하여 同年 1月 19 日의 記者會見에서 東獨은 "社會主義的 獨逸民族國家" (sozialistischer deutsche Nationalstaat)인데 反하여 西獨 聯邦共和國은 制限된 國家主權을 가진 "資本主義的 NATO 國家" (Kapitalistischer NATO-Staat)라고 하였다 86). 그의 後繼者인 Honecker 는 "社會主義的 獨逸民族國家"라는 用語代身 "社會主義的 獨逸民族"이라고 말하고 있다 87).

이러한 概念定立과는 달리 Alfred Kosing 은 獨逸民族과 獨逸國籍을 社會史的 見地에서 區別하려고 하였다. 獨逸民族은 15 ~ 16世紀에 태두된 資本主義的 生産樣式의 土台위에 形成되었다고 보고 있다. 이에 反해 獨逸國籍은 資本主義的 獨逸民族의 形成보다 훨씬 以前인 9 ~ 10世紀에 이미 이루어 졌다는 것이다. 이로써 그는 單一的인 獨逸民族이란 "擬制" (Fiktion)에 不過하다는 것이다 88). 이러한 主張은 國籍概念을 格上시키려는 意圖임이 틀림이 없으며, 東獨共産黨指導層들도 그의 見解에 따라 독일에서의 現法的 地位를 "한 國籍의 두 民族" (Zwei Nationen einer Nationalität)으로 보고 있다 89).

위에서 본 바와 같이 民族概念에 대한 兩獨間의 意見差異는 基本條約 前文에서도 表示되었는데 여기에 規定되어 있는 兩當事者間의 "相違한 見解"는 즉 "民族에 관한 문제"라고 明示하고 있다.

이제 그럼 끝으로 Brandt 政府가 처음부터 "獨逸國民" 代身에 "獨逸民族" 이라고 指稱하고 있는데 대하여 聯邦憲法裁判所는 어떠한 法的 해석을 부여했는가를 살펴 보기로 하겠다. 오늘날 "獨逸民族"이라는 概念을 使用할 때 引用符號을 使用한다 하더라도 이에 대해 反對할 아무런 理由도 없다. "獨逸民族"이라 하여도 이것은 "獨逸國民"을 暗示하는 것으로 解得되므로 아무리 政治的인 面을 考慮하여 다른 概念을 使用하여도 "獨逸國民"으로 해득된다. 法的 性格은 變함이 없는 것이다. 政治的인 面에서 使用되는 "獨逸民族"이라는 새로운 概念의 背後에는 오로지 住民의 意識속

에 存在하는 言語의 單一과 文化의 單一이 潛在하고 있는 경우
는 法的으로 拋棄할 수 없는 法的 性格의 課題가 있다는 것을
그는 判示하였다 90).

5. 南·北韓 關係와의 比較考察

韓國의 法的地位는 大韓帝國이라는 舊國家의 存續如否에 따라 그 윤곽을 잡을 수 있다. 大韓帝國이 韓·日併合이라는 事實에도 不拘하고 如前히 存續하였다는 結論이 얻어진다면 그의 領土上에 大韓民國과 北傀라는 두개의 政府는 어떻게 보아야 하는가 하는 문제가 提起된다. 韓·日併合 條約은 日本의 強迫에 의해 체결된 것이므로 無効가 되는 것이다. 따라서 1910年の 併合 부터 1945年の 解放時까지 大韓帝國은 國家로서의 權利能力은 潜在的으로 保有하고 行爲能力은 日本에 依해 代行되었다.

1945年 8月の 해방부터 1948年 8月 15日 大韓民國의 수립, 그리고 北韓地域에서 同年 9月の 金日成政權의 수립시까지는 駐屯軍 미·소에 의해 大韓帝國의 行爲能力이 代行되었다.

1948年 8月 15日의 大韓民國政府 수립으로써 그 때 까지 代行되었던 大韓帝國의 行爲能力, 즉 統治權을 大韓民國政府가 行使하게 됨으로써 大韓帝國의 法的 政府가 되었다. 여기서 "大韓民國"이라 하면 "大韓帝國" 代身 國號를 變更한 것에 不過하며 이로써 決코 大韓民國이 國家라고 볼 수 없을 것이다. 다시 말하여 大韓民國政府는 大韓帝國政府와 機關的인 面에서 同一하다고 보아야 할 것이다.

大韓民國이 大韓帝國의 後繼者라 함은 國家의 相續에 의한 後繼者가 아니라 그 政府와 大韓民國의 政府가 同一하다는 것이다. 萬一 大韓民國이 大韓帝國을 繼承하였다고 한다면 이는 곧 東獨이

主張하는 二國家說을 援用한다는 誤解를 받게 되는 것이다. 즉 이 學說의 內容에 따르면 첫째로 1948년에 南·北韓이 제각기 新生國家를 수립함으로써 潜在的으로 存續되었던 大韓帝國은 이로써 消滅되었다는 것이다. 그런가 하면 두번째로 分離說에 따라 大韓民國은 大韓帝國의 後繼國인데 反해 北傀는 大韓帝國으로 부터 分離 獨立하여 새로운 主權國家를 수립하였다고 北傀는 主張할 수도 있다. 이 二國家說의 어느 경우도 北傀의 對南政策에 該當된다는 點을 指摘하고 싶다. 北傀는 소위 高麗聯邦制를 主張함으로써 南·北韓에 두개의 主權國家가 存立하고 있음을 強調하고 있다. 또 한편 北傀는 北韓地域에 "人民主義" 体制의 新生國家를 수립한데 反하여 南韓에는 舊國家의 政府와 同一한 大韓民國政府가 資本主義体制로 構成되고 있다는 것을 主張하고 있다.

그러나 大韓民國政府의 立場은 西獨이 主張하고 있는 內亂說을 核心으로 하는 同一說을 取하고 있다고 보는 것이 妥當할 것이다. 즉 大韓民國政府는 5.10 선거에서 民主的 正統性을 부여받았음은 勿論, 유엔에서 韓半島에 있어서의 唯一 合法政府임을 承認받음으로써 이 政府만이 大韓帝國의 法的 政府인데 反해 北傀政權은 北韓地域을 實効적으로 强占하고 있는 하나의 地域的 事實上的 政權에 不過하다.

이러한 事實에도 不拘하고 北傀는 6,25 動亂을 惹起함으로써 "熱的"인 內亂을 圖謀했는가 하면 現在도 자기만이 唯一한 法的 政府임을 自處함으로써 "冷的 內亂狀態를 持續시키고 있다.

따라서 北傀의 法的 地位는 하나의 "準暴徒的인" 地域的 事實上

政權에 不過한 것이다. 北傀가 赤化統一의 野慾을 버리지 않는限 內亂說에 依據하고 있다고도 말 할 수 있을 것이다. 그러나 그가 이러한 野慾을 포기하는 경우 그는 核心國家說에 의해 국토의 永久的 分斷을 主張할 可能性도 排除되지 않고 있다.

民族概念에 있어서 大韓民國政府의 見解는 南北韓에 居住하는 韓民族間에 交流를 通한 單一民族, 單一言語, 單一文化 및 單一歷史등을 維持하는 "意識民族" 概念에 두고 있다. 金日成이도 기획있는 대로 이와 類似한 主張을 함으로써 韓半島에 있어서는 獨逸에서 보는 바와 같은 "社會主義的 獨逸民族" 의 概念은 아직 싹트고 있지 않는것 같다.

그러나 金日成이가 赤化野慾의 實現이 不可能하다고 判斷하는 경우 東獨이 主張하고 있는 "社會主義的 民族" 概念을 導入하여 그를 社會主義的 韓民族이라고 自處할 可能性도 아울러 排除되지 않고 있다.

6. 結 論

東·西獨의 法的 關係를 해명하기 위해 독일의 學者들은 제각기 自己가 屬하고 있는 國家에 有利한 學說을 展開하고 있다. 東獨은 그의 法的 地位를 正當化하는 方法으로 소위 二國家說을 主張하였는데 이에 是 分裂說과 分離說이 있다. 즉 分裂說은 獨逸帝國은 1945年 獨逸의 無條件 降服으로 말미암아 消滅하고 그領土上에 東·西獨이라는 두개의 新生國家가 成立되었다고 보는 것이다. 그리고 分離說은 西獨政府가 總括國家인 獨逸帝國과 同一한데 反하여 東獨은 이 國家에서 分離하여 東獨地域에 새로운 主權國家를 수립하였다는 것이다.

이러한 二國家說에 立脚한 東獨은 主權國家로 自處하고 있다. 또한 그는 民族概念에 있어서도 "社會主義的 獨逸民族" 國家로 主張하는 反面, 西獨은 "資本主義的 NATO 國家"로 보고, 그 民族은 "市民的 資本主義的 民族"이라고 하고 있다.

이에 反하여 西獨의 學者들은 獨逸의 法的 地位를 위해 여러가지의 學說을 展開하고 있다. 그중에서도 內亂說을 內包한 同一說이 오늘날의 通說이다. 즉 독일제국은 敗戰에도 不拘하고 國家로서 存續한다고 前提하고, 東·西獨이라는 두개의 정부중 西獨政府만이 民主的 正統性에 의하여 독일제국과 同一하며 法的 政府가 된다는 것이다.

따라서 東獨政府는 하나의 準暴徒的 地域的 事實上的 政府로 格下되는 것이다.

同一說에 立脚한 西獨政府의 獨逸政策은 獨逸內에 두개의 국가가 있다는 現實은 認定하나 그들간의 關係를 國際法上的의 국가간의 關係로 보지 않고 國法上的의 關係로 보고 있다. 따라서 東獨의 國家主權性을 否認하고 있다. 西獨政府의 民族概念은 言語의 單一, 文化의 單一 및 民族의 單一등을 標榜하여 東·西獨에 居住하는 독일 인간에 疎通(Kommunikation)이 이루어 져야 한다는 뜻에서 "意識民族"의 概念을 앞세워 統一에로의 길을 앞당기려고 하고 있다.

<註>

- 1) 獨逸軍의 無條件 降伏文書는 Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland, Ergänzungsblatt Nr. k, S. 6, Hrsg. Vom Alliierten Sekretariat, Berlin, 에 收錄
- 2) Vgl. Ludde-Neurath, Regierung Donitz. Die letzten Tage des Dritten Reiches, 2. Aufl. Gottingen 1953.
- 3) 4大管理國의 最高行政權의 管掌에 관한 1945年 6月 5日字의 伯林宣言은 Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland, a.a. O.S.F.
- 4) Hans Kelsen, The legal status of Germany according to the declaration of Berlin, in: American Journal of International Law, Bd. 39 (1945) S. 518 ff.
- 5) Georg A. Zinn, Das Staatsrechtliche Problem Deutschland-in: Suddeutsche Juristenzeitung, Jahrgang II, 1947, S. 8.
- 6) Vgl. Rudolf Laun, Hat Deutschland Rechte?, Reden und Aufsätze zum Völkerrecht und Staatsrecht, Hamburg 1947, S. 87; Gunther Jaenicue, Der Abbau der Kontrollratsgesetzgebung, Köln und Berlin, 1952, S. 12ff.
- 7) Wiehelm Grewe, Ein Besatzungsstatut für Deutschland, Stuttgart 1948, S. 81.
- 8) Vgl. V.D. Heydte, Deutschlands Rechtslage, in: Die Friedens-Warte, Bd. 50, S. 3285; Rolf Stodter, Deutschlands Rechtslage, Hamburg 1948, S. 183, 203 ff.
- 9) Ulrich Scheuner, Die Entwicklung der völkerrechtlicher Stellung Deutschlands seit 1945, in: Die Friedens-Warte, Bd, 51 (1951/53), S. 1, 3; ders. Verf., Die staatliche Kontinuität in Deutschland, in: Deutsches Verwaltungshlatt, 1950, S. 482. 戰時占領 (occupatio hellica)의 本質에 관해서는 Karl Strupp, Das internationale Landkriegsrecht, Frankfurt 1914, S. 95 f, 에서 다음과 같이 말하고 있다 : "Vorübergehende, durch Herstellung der tatsächlichen Herrschaft begründete und nur durch Normen des Kriegsvölkerrechts und durch zeitliche Schranken begrenzte Ausübung von Staatsgewalt auf dem Gebiet eines feindlichen Staates ... die Kriegerische Besetzung beruht zwar auf einer vom (objektiven Völker-) Recht erteilten Gewährung, ist also an sich rechtmäßig, sie bewirkt aber

keinen rechtlichen Übergang der Staatsgewalt auf den besetzenden Staat (das wäre Gebietserwerb!), sondern verleiht lediglich ein subjektives Recht zur faktischen Ausübung aller, nicht von Völkerrechtsnormen verwehrter, aus dem Begriffe der Staatsgewalt entglieBender Befugnisse." (Vgl. auch ders. Verf., Das Völkerrechtliche Delikt, Stier-Somlo, Handbuch des Voekerrechts, Bd. 3, Abt. 3, Stuttgart 1920, S. 95).

- 10) Amtblatt des Kontrallrats in Deutschland, a.a.O.S.4. 美國 Roosevelt 大統領은 1945年 3月 1日 美國議會에서 行한 演說에서 "우리들은 獨逸의 無條件 降服이 獨逸 國民을 奴隸化 하는 것이 아니라伯林에 單一的이고 中央的인 하나의 管理委員會 (Kontrollrat) 를 設置하여 獨逸에 대한 暫定的인 統制를 意味한다는 것을 Jalta에서 거듭 闡明했다"는 것을 力說하였다. (Amerika und Deutschland, S. 100ff Zinn, a.a.O.S.8f).
- 11) "Die Erfahrungen der Geschichte hesagen, daß die Hitler Kommen und gehen, aber das deutsche Volk, der deutsche Staat, bleibt." (Aus dem Befehl des Volkskommissars für Vertedigung, Nr. 55, vom 23, Feb. 1942; abgedruckt in: Stalin, Über den Großen Vaterlandischen Krieg der Sowjetunion, 3. Auflage, Berlin (Ost) 1952, S. 50.
- 12) Siehe Walther Freiherr Marschall von Bieberstein, Zum Problem der volkerrechtlichen Anerkennung der heiden deutschen Regierungen. Ein Beitrag zur Duskussion über die Rechtslage Deutschlands, Berlin 1959, S. 78 ff.
- 13) Vgl. Theodor Maung, Deutsches Staatsrecht, 1. Auflage, 1951, S. 15.
- 14) Wilhelm R. Beyer, Zum gegenwartigen volkerrechtlichen Status Deutschlands, Neue Jurist, 1952, S. 535ff; Hans Reuther, Bundesrepublik Deutschland und Deutsches Reich (Identität oder Staatennachfolge), Diss. Erlangen 1951, S. 106 f.
- 15) Reuther, a.a.O

- 16) Ulrich Scheuner, Die Funktionsnachfolge und das problem der Staatsrechtlichen Kontinuitat, in: Festschrift fur Hans Nawiasky, Munchen 1956, S. 27 Anm. 56.
- 17) Von Bieberstein, a.a.O.S. 113.
- 18) Wilhelm R. Beyer, a.a.O.S. 535.
- 19) Vgl. Lein, Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staates, 6. Suflage, Berlin-Ost 1953, S. 169 ff; ders. Verf., Uber den Staat, 8. Suflage, Berlin-Ost 1955, S. 12 ff.
- 20) Scheuner, Die Funktionsnachfolge, a.a. O.S. 15).
이러한 理論과는 相反하여 소련은 1917年의 共產革命後부터 1921年까지 러시아帝國의 國際法的 國家의 存續性を 否認함과 아울러 舊帝國의 Zar政府에 부과된 모든 義務의 受諾을 拒否하였다. (Ulrich Scheuner, Die Funktionsnachfolge, a.a. O.S.15).
- 21) Ulrich Scheuner, a.a.O.S. 12, 14; von Bieberstein, a.a. O.S. 12, 14; von Bieberstein, a.a.O.S. 115.
- 22) Vgl. Herbert Kroger, Die nationale Frage in Deutschland die Aufgaben der deutschen Staatswissenschaft, in: Staat und Recht, 1953, S. 686 ff.
- 23) Von Bieberstein, a.a. O.,S. 117, Anm. 192.
- 24) Siehe, Jens Hacker, Deutsche unter sich. Politik mit dem Grundvertrag, Schriftenreihe der Studiengesellschaft fur Zeitprobleme e.v. Bonn-Bad Godesberg 1977, S. 52 f.
- 25) Jens Hacker, a.a.O.S. 53; von Bieberstein, a.a.O.S. 119 Anm. 200.
- 26) Vgl. Jens Hacker, Die "deutsche Konfederation". Ein untaugliches Mittel fur die Wiederherstellung eines freien und demokratischen Gesamtdeutschlands, in: Sus Politik und Zeitgeschichte. Beilage zur Wochenzeitung Das Parlament B #2 vom 19. Oct. 1968. S. 3-30.

- 27) Text bei A. Riklin/K. Westen, Selbstzeugnisse des SED-Regimes. Das Nationale Dokument, das Erste Programm der SED, das Vierte Statut der SED, Köln 1963, S. 106.
- 28) Jens Hacker, a.a.O.S. 54 f. Text der Rede Ulbricht, in; "Neues Deutschland" vom 18. April 1969; Auszug, in; SBZ-Archiv 1967, S. 123-128.
- 29) Jens Hacker, a.a.O.S. 56 f.
- 30) Auszug der Erklärung, in: Zehn Jahre Deutschlandpolitik. Die Entwicklung der Beziehungen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik 1969-1979, Bericht und Dokumentation, Bundesministerium für innerdeutsche Beziehungen, 1980, S. 119.
- 31) Auszug des Referats Ulbrichts, in: Deutschland-Archiv, 1970, 1970, S. 101-105.
- 32) Ausführungen des Ministerpräsidenten Willi Stophs, in: Zehn Jahre Deutschland Politils, a.a.O.S. 123-130, 136.
- 33) Mangoldt-Vlein, Das Bonner Grundgesetz, 2. Auflage 1957, S. 35; G. Dahm, Volkerrecht, Bd. 1, 1959, S. 94; v.d. Heydte, Deutschlands Rechtslage, in: Friedens-Warte, 1950/51, S. 33 333.
- 34) Vgl. Gerhart Scheuer, Die Rechtslage des geteilten Deutschland, 1960, S. 82f.
- 35) 이 學說에 대한 詳細한 批判은 Ulrich Scheuner, Die staatsrechtliche Kontinuität in Deutschland, in: Deutsches Verwaltungsblatt, 1950, S. 481 以下 參照.
- 36) "지봉說"을 主張하는 學者로서는 Mangoldt-Klein, a.a.O.S. 35-38; v.d. Heydte, Deutschlands Rechtslage, in: Friedens-Warte, 1950/51, S. 333-335; Ipsen, Über das Grundgesetz, 1950, S. 12, 40-41, 등이 있다.
- 37) Die Staatsrechtliche Kontinuität in Deutschland, a.a.O.S. 481 u. 514: Anmerkungen zur Frage der Beendigung des Kriegszustandes, in: Archiv des öffentlichen Rechts, Bd. 77, S. 318; Die Entwicklung der volkerrechtlichen Stellung

Deutschlands seit 1945, a.a.O.S. 1ff: Die Funktionsnachfolge, a.a.O.S. 9-48.

- 38) E. Kaugmann, Die These von den zwei deutschen "Teilstaaten oder "Teilvolker", in: Bulletin des Presse- und Informationsamtes der Bundesregierung, Nr. 3, Vom 4. Januar 1955, S. 19; Wacke, Das Finanzwesen der Bundesrepublik, 1950, S. 95; Grewe, Das Grundgesetz, DRZ 1949, S. 315; Granow, Ausländische Kriegsschadenansprüche und Reparationen, AoR, Bd. 77 (1950/52) S. 67 (75 f); BVFG 6, 309 (338); BVFG vom 26. März 1957, NJW 57, S. 707.
- 39) v.d. Heydte, Deutschlands Rechtslage, a.a.O. 335 Anm. 19.
- 40) V. Bieberstein, a.a.O.S. 132f, Anm. 246.
- 41) Scheuer, Die Funktionsnachfolge, a.a.O.S. 27 Anm. 56.
- 42) 이런 意味에서 그를 核心國家說의 贊同者로도 보고 있다(Scheuer, a.a. O.S. 78; V. Bieberstein, a.a.O.S. 183 f. Anm. 247).
- 43) Herbert Kruger, Bundesrepublik Deutschland und Deutsches Reich, in: Süddeutsche Juristenzeitung, Jahrg. v. 1950, S. 113-122.
- 44) Gerhart Scheuer, a.a.O.S. 78.
- 45) Herbert Kruger, a.a.O.S. 114.
- 46) Herbert Kruger, a.a.O.S. 115; Merkl, Deutschland und die Verfassung der UN in volkerrechtlicher Sicht, in: Deutsche Rechtszeitschrift, 1947, S. 73.
- 47) 이 學說의 主唱者는 Ulrich Scheuer, Die Entwicklung der Volkerrechtlichen Stellung Deutschlands seit 1945, in: FW Bd. 51, 1951/53, S.S 11 u. 15; Die staatliche Kontinuität in Deutschland, DVBI 1950, S. 514-516; Die Funktionsnachfolge, a.a.O.S. 26/27,이며, 그는 이러한 東·西獨의 關係를 "內亂과 類似한 狀態"(Kriegsähnlicher Zustand)로 보았다. 그의 이러한 理論에 대해 Klein이 "內亂說"이라고 指摘하였다. (Mangoldt-Vlein, Bonner Grundgesetz, a.a.O.S. 32; ders. Verf., Bonner Grundgesetz und die Wiedervereinigung Deutschlands, in: Gedachtnisschrift für Walter Jellinek, 1955, S. 119 (122).

- 48) Abendroth, Die volkerrechtliche Bindung Gesamtdeutschlands durch Verträge seiner Staatsfragmente, in: Festschrift für Rudolf Raun, 1953, S. 160.
- 49) E. Menzel, Die Diskussion über die gegenwärtige Rechtsstellung des Saarlandes, in: Europa Archiv 1954, S. 6615.
- 50) Abendroth, a.a.O.: Ders. Verf., Die volkerrechtliche Situation Deutschlands, AP 1953, S. 651; v.d. Heydte, Deutschlands Rechtslage, a.a.O.S. 334 ff.
- 51) V. Bieberstein, a.a.O.S. 148f.
- 52) V. Bieberstein, a.a.O.S. 127 f.
- 53) 이에 관해 西獨 聯邦 下院議員 Dr. Arndt는 1955年 1月 19日의 第40次 憲法 및 法律關係 委員會에서의 演說에서 다음과 같이 말하였다: "... Das wird auch für die Frage der Legitimation sehr wichtig sein, wie auch die Bundesregierung keine Legitimation für das deutsche Volk als Ganzes besitzt, sondern nur eine Teillegitimation besitzt. Auch der Bundestage besitzt keine demouratische Legitimation für das deutsche Volk als Ganzes, sondern nur eine Teillegitimation, solange die 18 Millionen in der Zone druben, solange Berlin nicht zum Bundestag wählen Vonnen." (v. Bieberstein, a.a.O.S. 147 Anm. 303).
- 54) 韓亨健, 大韓民國의 正統性, 栗山 韓泰淵博士 回甲紀念論文集, 法文社, 1977, 67面.
- 55) Hans Holtakotten, Erläuterungen zu Art. 134 des Bonner Grundgesetzes im "Bonner Kommentar", Anm. II A2. zu Art. 134.
- 56) V. Bieberstein, a.a.O.S. 129f.
- 57) V. Bieberstein, a.a.O.S. 130; Michel Virally, La condition internationale de la Republique federale d'Allemagne apres les accords de paris, in: Annuaire Fransais de Droit International, 1955. S. 44.
- 58) v. Bieberstein, a.a.O.S. 141 Anm. 282.

- 59) Text des New Yorker Kommuniqués über Deutschland vom 19. Sept. 1950; Europa-Archiv, 1950, S. 3406f (3406).
- 60) Text, in: Die Bemühungen der deutschen Regierung und ihrer Verbündeten um die Einheit Deutschlands 1955-1966, Herg. vom Auswärtigen Amt. Bonn, April 1966, S. 82.
- 61) Text, in: Die Bemühungen, a.a.O. S. 551.
- 62) D. Schwarzkopf-O.v. Wrangel, Chancen für Deutschland. Politik ohne Illusionen, Hamburg 1965, S. 37.
- 63) Text, in: Die Bemühungen, a.a.O. 89.
- 64) W. Grewe, "Halstein Doktrin", in: Staatslexikon. Hrsg. von der Gorres-Gesellschaft, 6. Auflage, 10/ Bd., Freiburg 1970, Sp. 266-274 (Sp. 268); Jens Hacker, Der Rechtsstatus Deutschlands aus der Sicht der DDR, Köln 1974, S. 362 Anm. 242.
- 65) Vgl. Hans-Peter Schwarz, Adenauers Wiedervereinigungspolitik-Zwischen nationalem und realpolitischem Zwang, in: Die politische Meinung, 1975, H. 163, S. 163, 475.
- 66) Text, in: Texte zur Deutschlandpolitik, Bd. I, Hrsg. vom Bundesministerium für gesamtdeutsche Fragen, Bonn und Berlin, 1968, S. 24.
- 67) Jens Hacker, Deutsche unter Sich, a.a.O.S. 35 u. 40.
- 68) Vgl. Jens Hacker, Der Rechtsstatus Deutschlands, a.a.O.S. 427 f; ders. Verf., Deutsche unter sich, a.a.O.S. 43.
- 69) Text, in: Deutschland-Archiv, 1970, S. 522. 同一한 내용이 1970年5月21日Kassel 會談에서 Brandt Stoph 간에 합의된 20個 項目中 第6項에 規定되었다: "Keiner der beiden deutschen Staaten kann für den anderen handeln oder ihm vertreten". (Text, in: Deutschland-Archiv, 1970, S. 623)
- 70) Text, in: Bulletin des Presse-und Informationsamtes der Bundesregierung, Nr. 110 vom 79. August 1970, S. 1157-55 (1158).

- 71) Jens Hacker, Deutsche unter sich, a.a.O.S. 77f u. 173 Anm. 152.
- 72) Karl Carstens, Die Erfolge ostlicher Westpolitik. Politische Wirkungen des Grundvertrages, in: Die politische Meinung, 1973, H. 147, S. 5-15 (12).
- 73) Jens Hacker, a.a.O.S. 80; W. Wagner, Ein Modus vivendi in Deutschland, in: Europa-Archiv, 1973, S. 1-6.
- 74) Text der Stellungnahme des Bundesministers für innerdeutsche Beziehungen, Egon Franke, am 24. November 1972, in: Der Grundvertrag. Seminarmaterial des Gesamtdeutschen Instituts-Bunderanstalt für gesamtdeutsche Sufgaben, Bonn O.J. S. 11f.
- 75) Text, in: BGBI, 1973 II. S. 429.
- 76) Text, in: Zehn Jahre Deutschlandpolitik, a.a.O.S. 205.
- 77) 詳細한 것은 Jens Hacker, Der Rechtsstatus Deutschlands aus der Sicht der DDR, a.a.O.S. 441
- 78) W. Kewenig, Auf der Suche nach einer neuen "Deutschland-Theorie", in: Die öffentliche Verwaltung, 1973 S. 798.
- 79) Otto Kimminich, Das Urteil über die Grundlage der staatlichen Konstruktion der Bundesrepublik Deutschland, in: DUBI, 1973, S. 662; J.A. Frowein, Legal Problems of the German Ostpolitik, in: The International and Comperative Law Quatery, 1974, Vol. 23, S. 123.
- 80) 聯邦憲法裁判所の 判決의 內容은 Hyong-Rion Han, Die Rechtslage geteilter Volker in volkerrechtlicher Hinsicht unter besonderer Berücksichtigung des geteilten Korea, 延世行政論叢, 第5輯, 延世大學校 行政大學院, 1978, 99面 以下 參照.
- 81) Jens Hacker, Der Begriff der Nation aus der Sicht der DDR, in: Gegenwartskunde, 1972, S. 391f.
- 82) Grundsatzliche Ausführungen von Bundeskanzler Willy Brandt, Siehe, in: Die Entwicklung der Beziehungen Zwischen der Bundesrepublik Dentschland und der Deutschen

Demokratischen Republik. Bericht und Dokumentation, Hrsg. vom Bundesministerium für innerdeutsche Beziehungen, 1977, S. 84f.

- 83) Karlheinz Nicolau, Kontroverse Deutschlandpolitik. Die politische Auseinandersetzung in der Bundesrepublik Deutschland über den Grundlagenvertrag mit der DDR, 1977, S. 121f.
- 84) Materialien zum Bericht zur Lage der Nation 1974, Hrsg. vom Bundesministerium für innerdeutsche Beziehungen, Berlin, S. 84.
- 85) Jens Hacker, Deutsche unter sich, a.a.O. S. 62 f.
- 86) Text, in: "Neues Deutschland" vom 20. Januar 1970; Deutschland Archiv 1970, S. 182.
- 87) Jens Hacker, a.a.O.S. 81 u. 157 Anm. 157.
- 88) Alfgred Kosing und Walter Schmidt, "Nation und Nationalität in der DDR", in: Neues Deutschland vom 15. Februar 1975' Deutschland Archiv, 8. Jg. Heft 11, 1975, S. 1221 ff.
- 89) Vgl. Hyong-rion Han, a.a.O.S. 102.
- 90) K. Niclaus, a.a.O.S. 110, 112; Han, a.a.O.S. 100.

南北韓 接觸以前의 法的 關係

研究執筆責任：洪 性 化
(建國大教授)



目 次

第一章 序 論

第二章 南北分斷의 史的背景

第 1 節 戰後處理에 대한 聯合國 態度

第 2 節 戰時會談과 韓半島

第 3 節 38 線의 誕生과 國土分斷

第 4 節 南北分斷의 法的 關係

第三章 6·25 事變과 南北韓 法的 關係

第 1 節 韓國事變의 國際法的 性質

第 2 節 國際聯合軍의 法的 地位

第 3 節 休戰協定体制과 南北韓의 法的 關係

第四章 南北韓의 法的 地位

第 1 節 序論的 考察

第 2 節 南北間의 法的 當事者

第 3 節 南北間의 法的 現狀態

第 4 節 大韓民國의 正統性의 根據



第 1 章 序 論

國際社會에 있어서 分斷國問題는 基本的으로 第二次 大戰後의 美蘇間에 形成된 冷戰体制의 產物이라 할 수 있다.

韓半島도 例外는 아니다. 韓國이 南北으로 分斷된 이래 이 分斷으로 부터 發生한 諸法的問題들은 未解決의 현실적 문제로 남아 있었다.

이 論文은 南北間의 未解決의 法的問題중에서 南北韓 接觸以前의 (1945 年 前後에서 ~ 1970 年 7.4 共同聲明以前까지) 法的關係를 分析한 것이다. 이 論文은 主로 歷史的 接近方法에 입각했으며 敘述的인 方法 (descriptive method) 을 취하고 있다.

이 論文은 대체로 1945 年 第二次 大戰末期의 聯合國의 韓半島에 대한 論議로 부터 始作하여 南北韓의 法的 地位에 이르기까지 主로 當事者문제를 中心으로 다루었다. 國際法上 南北韓의 當事者가 누구인가의 문제는 앞으로 南北間에 論議될 不可侵協定이나 平和條約의 締結, 休戰協定の 代替나 平和統一을 위한 前提가 될 것이다.

또한 韓半島의 統一政策의 樹立하는데 있어서 先決되어야 할 課題라고 본다.

이에따라 本 論文의 構成은 第一章을 序論 (問題의 提起) 으로 하고 第四章에서 南北韓의 法的地位를 論하는 것으로 끝을 맺었다. 第二章에서는 南北分斷의 史的 背景을 戰後處理에 대한 聯合國의 態度를 비롯하여 南北分斷의 過程을 敘述하고 南北分斷의 法的關係를 分析 검토하였다. 그리고 第三章에

서는 6·25 事變과 南北韓의 法的關係를 韓國事變의 國際法的 性質, 國際聯合軍의 法的地位 그리고 休戰協定體制와 南北韓의 法的關係를 國際法的 見地에서 南北韓의 当事者가 누구인가를 中心으로 考察하였다.

이 論文을 作成함에 있어서 H.Kelsen 教授를 비롯하여 本 論文에 引用된 外國學者들의 多數의 論文과 國內學者로서 李漢基, 朴在滌, 裴載湜, 金明基 諸教授의 業蹟에서 많은 도움을 받았고 理論과 發想을 얻었다. 또 本稿는 筆者의 獨創的 研究라기 보다 本論題의 關係된 既存 研究의 整理分析임을 밝혀두는 바이다.

第二章 南北分斷의 史的背景

第1節 戰後處理에 대한 聯合國의 態度

韓民族에게 다시없는 비통과 苦難 그리고 형극의 試練을 가져다 준 南北分斷은 누가 가져다 주었으며 어떤 經路를 거쳐 어떤 目的으로 이루어 졌는지 光復 36年이 지난 오늘날까지 명확하지 않다.

한가지 확실한 것은 第2次 大戰의 말기에 聯合國에 의한 戰後 處理 過程에서 列強의 恣情에 의한 副産物임을 생각할때 驚악을 금지 못한다.

따라서 韓半島의 分斷의 經緯도 第2次 大戰의 外交史의 흐름속에서 찾지 않을 수 없다.

第2次 大戰 初期의 危機는 1942年 後半에 있는 美軍의 積極적 반격으로 好轉되어 43年 초부터 戰後의 世界平和를 위한 새로운 國際機構의 設置와 재건 부흥의 大事業계획이 시작되고 있었다. 이때 부터 聯合國 특히 美國은 아시아에 있어서 日本의 占領下에 있었던 植民地 地域의 戰後處理문제에 關係 關心을 갖게 되고 이와 아울러 韓國의 장래 문제도 고려하기 시작하였다.¹⁾

第2節 戰時會談과 韓半島

第2次 大戰中 韓國의 獨立문제가 聯合國 首腦사이에서 최초로

論議된 것은 1943년 「루즈벨트」美國大統領과 「힐」(Cordell Hull) 美國務長官이 「안토니이든」英國首相과 가졌던 會談때였다.²⁾

主議題는 만주, 대만, 인도차이나와 韓國등의 戰後復歸에 관한 문제였다. 여기서 「루즈벨트」는 滿洲와 台灣은 中國에 반환되어야 하며 인도차이나와 韓國은 信託統治(International Trustship)에 놓여져야 한다는 意見을 내 놓았다.³⁾ 韓國에 관해 이들은 信託統治委員國으로 美國, 中國, 蘇聯을 들었으며 그후 韓半島의 문제가 論議된 內容은 대체로 다음과 같다.

첫째, 日本이 장차 팽창정책을 再開하지 못하도록 그힘을 大幅縮小시켜야 한다고 고려하고 이 考慮에서 韓國을 비롯한 日本占領地域의 獨立을 약속하였다.

둘째, 美國의 關東軍을 비롯한 日本의 戰力을 과대 평가한 나머지 소련軍의 極東參戰을 적극 장려하였고 이를 위해 戰後處理에 관한 戰時的 協商에서 소련에게 不必要한 양보를 거듭하여 韓國問題를 비롯한 極東문제에 소련의 介入을 가져오게 되었다는 것이다.

세째는, 第2次 大戰중에 수립된 소련과 聯合國사이에 協調가 戰後에도 계속되리라는 믿음위에서 戰後處理에 관한 協定이 이루어졌다는 것이다.

마지막으로 「루즈벨트」대통령의 戰時會談에 있어서 國務省과의 協議없이 지나치게 軍部側의 助言에 依存했다는 것이다. 이에 따라 중요한 결정들이 장기적 眼目에서가 아니라 단기적인 軍事 目的에 의해 이루어졌던 것이다. 이러한 要素들이 複合적으로 韓國問題

處理와 韓國分斷에 直接的인 영향을 미쳤음은 말할 나위도 없다.⁴⁾

一. 카이로 宣言

제 2 차 대전이 진행중 1943년 11월 22일에서 26일 사이에 에집트 카이로에서 美國의 「루즈벨트」, 英國의 「처칠」 中國의 장개석 3巨頭가 戰後 日本문제에 관한 이른바 「카이로」宣言을 행하였다.

그 주요내용은 주로 日本의 領土문제에 관한 방침을 명백히 하고 있다. 第一次 大戰後 日本이 강탈한 太平洋諸島의 박탈, 만주, 대만등의 中國에의 반환 일체의 占領地에서의 日本勢力을 구축한다. 특히 韓國의 獨立을 밝히고 있다. 同宣言은 특히 韓國문제에 대하여 「3大國은 韓國民의 奴隸狀態에 유의하여 적당한 時期에 韓國이 解放되고 獨立하게 될것을 決議한다.」고 다짐하였다.⁵⁾

이 宣言으로 韓國의 獨立이 聯合國으로부터 公式으로 확인되었다. 그러나 「카이로」宣言의 法的性質은 同會談에 參加한 3國의 一方的 宣言으로써 日本에 대하여 어떠한 法的拘束力도 갖지 않는다.⁶⁾

따라서 同 宣言에 의해서 日本으로 부터 韓國이 獨立을 찾은것은 아니다.⁷⁾

二. 포츠담 宣言

1945년 7월하순 英·美·소 首腦間에 개최된 포츠담會談은 제

2차 大戰중의 마지막 會談이었으며 이 會議에서는 韓國問題는 論議되지 않았다. 그러나 7월 26일 公布된 포츠담 宣言은 카이로 宣言을 再確認하면서 「韓國이 적당한 時期」에 獨立되어야 한다는 것을 재확인하였다.⁸⁾

그러나 그 이상으로 終戰後 韓半島의 政治的 將來에 관하여 구체적인 設計를 마련하지 못하였다. 이 會談에 수행한 美國과 소련의 高級將星사이에 개최된 軍事會談에서 소련이 對日戰爭에 參加한 뒤 兩軍의 海空作戰 범위로 日本 東北部로 부터 韓半島 北端을 연결하는 線을 劃定하였다. 그러나 이 軍事會談에서 美軍이나 소련이 아주 가까운 장래에 韓半島로 進공할 것으로는 예상하지 않았기 때문에 美·蘇兩軍의 地上 作戰의 限界線이나 軍事占領地에 대해서는 論議가 없었다.⁹⁾

포츠담 宣言도 카이로 宣言과 같이 四大國에 의한 一方的 宣言에 不過하며 그 自体가 日本에 대하여 어떠한 法的拘束도 갖지 않는다.¹⁰⁾

三. 日本의 降服

1945년 8월 6일 최초로 原子彈이 廣島에 投下되었고 3日後에는 長崎에 제 2의 原子彈이 投下되어 두 都市는 재담이가 되었다.

그러나 日本政府는 8월 10일에 이르러서야 「스위스」政府를 통

하여 포츠담宣言文이 主權國으로서 天皇의 大權을 축소시키는 것이 아니라는 해석하에 同 宣言을 수락할 용의가 있다는 것을 聯合國에 通告해 왔다. 그러나 聯合國은 이 條件을 받아들일 수 없다고 拒否하고 오직 無條件 항복만이 있을 따름이라고 強調하였다. 궁지에 이른 日本은 드디어 8월 14일 포츠담宣言을 수락하고 8월 15일 天皇의 이름으로 終戰의 詔勅을 내리고 그리고 「맥아더」元帥는 「트르만」大統領의 命令을 받아 滿洲, 台灣, 北緯 16度線 이상의 佛領 인도지나를 除外한 中國領土에 주둔하고 있는 日本軍 司令官에게 中國國民軍에 항복할 것을 지시하였다. 한편, 滿洲 北緯 38度線이상의 韓國 樺太에 주둔한 日本軍은 소련軍에게 항복할 것을 포고하고 4년간에 걸친 太平洋戰爭은 드디어 막을 내리게 되었다.¹¹⁾

한편 同年 9월 2일 東京灣의 Missouri 艦上에서 「맥아더」元帥는 日本의 무조건 항복 文書에 대한 調印이 있었다.

그 內容은 「日本은 1945년 7월 26일 포츠담에서 美國, 中國, 英國 政府首相에 의하여 발표되고 그후 소련에 의해 지지된 宣言에서 提示한 諸規定을 수락한다」「그리고 우리는 이후 日本政府와 그 계승자가 포츠담 宣言의 規定을 성실히 수행할 것을 確約한다」로 되어 있다.¹²⁾

이로써 포츠담 宣言은 日本에 대하여 法的拘束力을 갖게 되었고 韓國은 日本으로부터 獨立을 하게 되었다.¹³⁾

第 3 節 38 線의 誕生과 國土分斷

一. 알타 회담

1945年 2月 8日부터 루즈벨트, 처칠, 스탈린 3巨頭가 소련의 對日參戰과 戰後處理問題를 論議하기 위해 모인 알타회담에서 소련은 對日參戰 條件으로 東北亞에 있어서의 舊領土 및 諸權益(그중에는 한국의 將來에 있어서 歷史的 소련의 利益이 포함되어 있다)의 回復을 確약 받음으로서 戰後 이 地域에 대한 세력팽창의 소지를 마련하였던 것인데 이 알타회담때 韓半島의 信託統治에 대하여 「루즈벨트」大統領과 「스탈린」首相 사이에 未確定的인 양해가 이루어졌던 것으로 알려지고 있다.¹⁴⁾

흔히 韓半島의 分斷이 이 알타會談에서 모종의 흥정이 있었던 것으로 보는 見解¹⁵⁾가 있으나 同會談의 內容에 관한 公式文書에는 韓國分斷에 관한 言及이 전혀 없다. 韓半島에 관한 內容은 위에서 言及한 바와같이 信託統治案에 대한 것이 그 全部이다.¹⁶⁾

二. 一般命令第 1 號의 背景

1945年 8月 6日과 9日 廣島에 原子爆彈이 投下됨으로서 日本은 獨안에 든 쥐가 되었고 이에따라 美陸軍省은 「맥아더」元帥로 하여금 日本則에 제출할 日本軍 항복방법의 절차에 관한 訓令을 作成하게 되었다.

8月 11日에는 38線 以北의 日本軍은 소련군에 그 以南은 美軍

에 각각 항복하라는 지령 草案이 國務, 陸軍, 海軍 三省調整委員會에서 討議되었고 이 草案은 8月 12日 부터 14日까지 3日間 統合參謀本部에서 재검토되고 있었다.¹⁷⁾

그러나 8月 12日에는 벌써 北韓에 대한 소련군은 大功勢가 개시되었고 낙하산 부대와 더불어 北韓의 웅기 나진에서는 大規模的인 上陸作戰이 벌어졌고 一部는 元山 上陸戰까지 감행하고 있었다.

이때, 美國은 韓半島 部近에 진주할 수 있는 部隊가 없었고 韓國에서 최단거리에 있었던 美戰鬪部隊는 600里이나 떨어진 곳에 있었다.¹⁸⁾

당시 美陸軍은 兵力不足으로 도저히 韓國에서의 作戰을 생각할 수 없었다. 이때 美 「빈스」美國務長官은 「実行可能한한 조금이라도 더 北쪽에 있는 日本軍의 항복을 美軍이 責任져야 할 것이다」고 제안하였지만 軍事指導者들은 소련이 作戰上의 理由로 반대하면 38線 以南까지도 美軍이 항복을 받기 어려울 것이라는 悲觀的인 見解를 피력하고 있었다.

이러한 狀況下에서 訓令 第1號의 草案者들은 이미 소련軍이 北韓에서 作戰開始를 하고 있는 이상 美軍이 韓半島 전체를 점령한다는 것은 불가능하다는 결론을 내렸고 次善策으로서 가능한 한 소련軍의 全韓半島 占領을 저지해야 하겠다는 結論을 내린 것 같다.

그들은 首都 서울만은 美軍이 占領하기를 바랐고 소련軍은 이미 元山까지 진출하고 있는 이상 서울 북방 45哩의 지점인 38線을 境界線으로 제시할 수 있었던 것 같고 이리하여 38線 境界線案은

統合參謀部の 찬성을 얻게 되었다.¹⁹⁾

이 38線의 確定을 포함한 「맥아더」元帥에 보낼 訓令 草案은 統合參謀部에서 검토를 받고 다시 國務, 陸軍, 海軍調整委員會에서 검토를 받아 최종으로 「트르만」大統領의 승인을 받아 英·소兩國政府에 전달되었다.

스타린은 訓令 草案에 약간의 修正을 要求해 왔지만 38線確定案에 관해서 아무런 異議도 첨가하지 않았다.

위의 訓令은 8月 15日 一般命令 第1號로 당시 마닐라에 주둔하고 있었던 「맥아더」元帥에게 급송되었다. 동시에 소련 정부에도 통보되었다. 이 訓令에 대해서 「스트린」으로부터 「트르만」대통령에게 반신이 있었고 「안토노프」 소련군 사령관으로부터 「맥아더」元帥에게 書信이 있었지만 이중에서 한국 占領을 위한 38線 境界문제에 관해서 어떠한 논평도 질문도 없었다. 나중에 가장 비극적인 문제로써 發表되어진 이 38線에 대하여 미·소兩側이 토의되거나 흥정거리가 되지 않았던 것이다.²⁰⁾

韓國에 비애와 고통을 안겨준 이른바 一般命令 第1號는 「맥아더」元帥에 의하여 9月 2日 宣布되었다.²¹⁾

「트르만」大統領은 「38線이란 日本軍의 급속한 붕괴로 말미암아 韓國에 진공 상태가 일어 났을때 이 진공상태를 메꾸기 위한 實際的 解決手段으로서 우리(美側)가 제안한 것이다」라고 말하고 「한국을 항구적으로 분할한다는 것은 생각해 본적이 없었다고」 그의 회상록에서 말하고 있다.²²⁾

따라서 美國이 38 線을 제안한 것은 어디까지나 軍事上의 考慮에서 나온 것이지 政治的 結果를 考慮한 것은 아니라고 한다. 어쨌든 美國은 軍事占領의 境界線으로써 38 線을 제안함으로써 極東政策에 크나큰 과오를 범한 것이다. 또한 責任이 크다고 아니 할 수 없다. 그러나 소련은 처음부터 政治的인 것으로 생각했던 것 같다.

사실 38 線이 美國에 의한 提案이었다는 것은 우리 民族에게는 놀라운 일이 아닐 수 없다. 결국 分斷은 明示的인 國際的 合意가 없이 韓國은 軍事主義에 立脚한 감정적 조치로써 어처구니 없이 分斷되고 말았다.²³⁾

三. 모스크바協定과 美·소共同委員會

가. 모스크바協定과 韓半島에 관한 合意

1945 年 12 月 16 日 모스크바에서 열린 美·英·소 三個國 外相會議에서 韓半島의 將來에 관한 문제가 論議되었다.

이 論議에서는 「번즈」美國務長官이 내놓은 「韓半島에 관한 美·英·中·蘇, 四大國 信託統治案」 및 「韓國政府樹立」을 위한 「韓國統一政府樹立案」을 임시정부 수립과 이를 위한 「美·蘇共同委員會創設案」을 절충하여 12 月 27 日 韓國問題에 관한 모스크바協定을 발표하였다.²⁴⁾

그 主要内容은 (1) 韓國임시政府의 樹立, (2) 美·蘇共同委員會設置 (3) 5 年 以內의 信託統治實施, (4) 美·蘇軍司令官 代表者會議 개최

등이다.²⁵⁾

모스크바 協定에는 그후 中國도 加入하였는데 이러한 內容의 모스크바協定은 처음부터 實現 가능성이 희박한 것이었다. 이때 이미 美·蘇 兩國間에는 주로 東歐問題를 둘러싸고 不和가 고조되어 第2次 大戰중의 協調關係에 금이가고 있었고 특히 즉각적인 自主獨立을 믿고 希願해 오던 韓民族에 있어서 5年間の 四大國 信託統治를 규정한 모스크바協定은 「民族的 매장이며 청청벽력과 같은 충격이 아닐 수 없었다. 그리하여 이 信託統治에 극력반대 하는 거족적인 運動이 全國적으로 전개되었다. 그러나 共產主義者 들은 불과 數日 사이에 소련의 指令으로 태도를 돌변 信託統治 贊成으로 돌아갔다. 1946年은 南北을 통해 右翼勢力은 反託으로 右翼勢力은 贊託으로 갈려 격렬한 斗爭이 전개되었다.²⁶⁾

나. 美·蘇共同委員會와 南北韓 狀況

1946年 1月 16日 美·蘇兩軍의 대표회의가 反託案에 대한 贊反의 對決속에 서울에서 개최되어 2月 5日의 최종합의까지 도합 15回의 정식회의가 열렸다. 이 회의를 통해서 양측대표는 벽두부터 見解차가 벌어졌다. 美國側은 南北韓의 行政的 統合을 主張하였으나 소련側은 南北間의 物物交換등 南北문제를 행정적으로 完全히 分離된 別個의 地域間의 交流와 調整에 관한 것으로 보았다. 그리하여 이 會議에서는 書信交換, 南北往來와 같은 지역적인 사항에 관해서만 合意를 보았다.²⁷⁾

그후 1946年 3月 20日부터 第1次 美·蘇共同委員會가 서울에서

개최되었다. 이회의 目的은 韓國임시정부 수립에 協助하기 위한 基本的 문제에 合意가 있었는데 이날 소련대표 「스티코프」는 「앞으로 樹立될 임시 民主政府는 모스크바三相會議의 決定을 지지하는 民主的 諸政黨 社會團體만을 協議대상으로 한다」고 말하고 소련의 目的은 「朝鮮이 소련에 대한 공격基地로 되지 않는 友好的 民主國家가 되게 함에 있다」고 宣言하여 反託右翼勢力을 임시정부 수립에서 배제하려고 하였다.²⁸⁾

한편 美國代表는 「앞으로 임시정부 수립은 모스크바協定の 모든 條項을 지지하는 表現의 自由는 절대적이어야 하며 소련측 主張의 수락은 言論自由와 民主主義的 節次에 違反되는 것이라는 見解를 表明하였다.²⁹⁾

이것은 反託 右翼진영에도 임시정부 수립에 관한 發言權을 주어야 하며 左翼勢力에 의한 韓國支配는 방지하여야 한다는 美國側의 立場이었다. 또한 美國은 임시정부 樹立에 앞서 兩地域의 行政과 經濟의 統合을 제안 實質的 接近을 취한데 반해 소련은 임시정부의 수립이 最優先的 課題이며 行政과 經濟統合은 그뒤의 일이라는 政治優先의 接近方式을 취함으로써 會議는 조금도 進전을 보지 못한채 5月 8日 無期休會로 끝나고 말았다.³⁰⁾

이후에 美·蘇共同委員會의 再開를 위한 기초를 마련하고자 노력하던 「하지」中將은 1947年 2月 美國務省에 대해 「韓國의 統一을 위해 美·蘇양국 政府가 즉각적인 조치를 취하지 않는 한 韓國國內에 內亂속에 들어갈지 모른다」고 보고하였다.³¹⁾ 이에따라 美國

務省은 소련 外務省과 직접 第2次 共同委員會가 1947年 5月27日 서울에서 열리게 되었다. 이 會議의 초기에 모스크바協定을 준수하며 共同委員會와 協調하고 同委員會 決定을 준수한다는 설명서에 署名한 南北韓의 모든 政黨 및 團體에 대해 統一韓國政府樹立에 관한 協議대상 資格을 부여한다는데 합의함으로써 거의 성공하는것 같이 보였다. 그러나 7월초에 이르러 소련대표가 信託統治에 반대하는 政黨과 個人들은 協議對象이 될 수 없다는 그들의 1946年의 主張을 되풀이 함으로써 회의는 정돈상태에 빠졌으며 결국 8月 12日에 會議는 다시 열리지 않게 되고 말았다.³²⁾

다. 南北韓政治狀況

제1차 美·蘇共同委員會가 失敗로 돌아가자 소련의 北韓內에서 新蘇政權樹立에 방분하게 되었고 美國은 南韓內에 反共民主政府의 樹立을 서둘게 되었다. 北韓의 소비에트化는 이미 급속도로 진행되고 있었다. 1946年 2月 8日에는 單獨政府의 性格을 띤 「北朝鮮臨時人民委員會」가 發足함과 同時에 土地改革의 實施를 포함한 10個 綱領을 發表하였고 3月 23日에는 이를 擴大한 20個 綱會 등 北韓의 소위 民主基地를 建設할것을 표명한 基本政策이 發表되었다.³³⁾

이어 第1次 美·蘇共同委員會 결렬후 7月 22日에는 이른바「北朝鮮民主主義 民族統一戰線」이 결성되고 이 基盤위에 8月 30日에는 「朝鮮共產黨北朝鮮分局」과 新民黨이 合黨하여 「北朝鮮勞動黨」이 結成되었다. 이러한 韓國內의 事態에 당면한 「하지」 中將은

만일 共産黨과의 合作없이도 諸愛國政黨의 만족스런 統合이 달성될 수 있다면 모스크바協定에 의한 統一된 임시정부의 樹立 이전에 自身の 權限아래 法令을 制定할 權限을 갖고 韓國人이 參與하는 立法機關과 行政機關을 創設할 계획을 밝혔다.³⁴⁾

1946年 5月 25日 民主議員의 金奎植씨와 民主主義民族戰線의 呂運亨씨 사이에 시작된 左右合作運動은 美軍政庁의 이러한 政策에 따른 것이다. 美軍政庁이 지지했던 이 左右合作運動은 결국 信託 統治와 土地改革문제 때문에 共産黨과 李承晩, 金九씨 등의 右翼勢力을 끌어들이지 못하고 中間勢力의 統合으로 그쳤으나 美軍政庁은 이를 근거로 1946年 12月 12日 南韓過渡立法院을 발족시키고 1947年 6月 3日 이를 南韓過渡政府로 稱하였다.³⁵⁾

이에 자극된 李承晩박사는 1946年 12月 渡美하여 소련이 全朝鮮을 위한 自由主府의 樹立에 同意하지 않을 것이 명백한 이상 南韓만이라도 單獨政府를 세울것을 호소하고 국제연합에 의한 韓國問題解決을 처음으로 제의하였다.

같은 時期에 金九씨는 다시 反託運動을 벌여 각처에서 충돌이 일어났고 1947年 초에는 重慶임시정부의 主權宣言이 云胄되는등 혼란이 거듭었다. 이러한 混亂은 南韓内の 共産勢力의 暴力斗爭으로 加重되어 갔다.

四. 韓國問題에 대한 國際聯合의 努力

美·蘇共同委員會를 통하여 모스크바協定의 理想을 實現시키려한

美國의 努力은 모두 水泡로 돌아가고 그다음 方案으로 모스크바協定の 關係諸國인 四國會談에서 문제의 解決策을 모색하려고 한 제안도 또한 소련에 의하여 拒否당하고 말았다. 따라서 문제 解決을 위한 最後의 試圖로써 남겨진 길은 國際聯合에 韓國문제를 上程하기에 이른것은 充分한 理由가 있었다고 보아야 할 것이다.

1947年 9月 17日 國聯총회에서 「마샬」國務長官은 「美國政府는 約2時間에 걸쳐 美·蘇共同委員會 기타 회의를 통해 모스크바協定에 입각한 韓國의 獨立을 達成하는 方法에 대하여 소련정부와 合意하려고 努力하였다」고 설명하였다. 그리고 이는 이제까지의 共同委員會의 經過를 상세히 설명한후 同協議에 參加하는 政黨과 團體에 관하여 韓國問題를 어떠한 方法으로 해결하든 간에 그것이 意思表示의 自由라는 民主主義的·基本原理를 결코 侵害해서는 안된다고 強調하였다. 계속하여 「마샬」국무장관은 「美·蘇양국의 交涉에 의하여 韓國문제를 해결하려는 이 以上の 試圖를 統一된 韓國政府의 수립을 지연시키는데 도움을 줄뿐이며, 최후로 남겨진 방도는 오로지 國聯의 役割뿐이라」고 上程理由를 밝혔다.³⁶⁾

美國이 韓國문제를 國聯에 上程하게 된 意圖는 어떤 의미에서 본다면 美·蘇兩國의 冷戰의 實態를 國際與論에 호소하고 이를 東歐諸國에서의 소련의 행동과 관련시킴으로써 소련의 不合理性을 규탄하려는데 있었는지도 모른다.

國聯에서 「마샬」의 제안이 있은후 소련의 外務長官인 「비신스키」國聯 소련首席代表는 美國의 제안에 대하여 全面的으로 이를

반대하고 그것은 모스크바協定에 違反하는 행위라고 공박하였다. 이어서 그는 韓國문제를 國聯에 上程한것 自体가 不法이며, 따라서 國聯은 이것을 受理해서는 안된다고 主張하면서 소련은 그 심의를 거부할 것이라고 하였다.³⁷⁾ 과연 9月 23日 國聯總會에서 韓國問題를 審議할 議事日程이 提起되었을때 비신스키는 강력히 이에 反對하고 國聯憲章 第10條 및 第11條를 引用하여 韓國問題의 取及은 國聯의 權限內에 속하지 않는다는 法理論까지 전개해 가면서 끝까지 이를 저지하려고 하였다.³⁸⁾

그러나 國際總會는 그의 강경한 反對를 무릅쓰고 드디어 41대 6 기권 6이라는 압도적 다수의 찬성으로 韓國문제를 國聯에서 심의할 것을 可決하였다.³⁹⁾

國際聯合 政治委員會는 1947年 10月 28日 韓國문제를 심의하였다. 여기서도 美·蘇는 날카롭게 對立하였다. 소련은 「한국인은 外國軍隊의 撤收後에 外國의 干涉없이 自己들의 政府를 樹立할 수 있도록 한다」는 主張을 거듭하였다.⁴⁰⁾

美國側은 먼저 정부를 수립한 후에 外國軍隊의 撤收를 主張하였다.⁴¹⁾

한편 소련은 國聯의 討議過程에서 南北韓代表들의 同時招請을 우선적으로 내세웠고 여기에 대해서 美國은 南北韓代表들의 선출을 위한 國聯 韓國臨時委員團의 設置를 主張하였다. 소련의 美·蘇양군의 撤收에 관한 소련案을 表決에 붙인 결과 36대 6 기권 10으로 否決되었다. 그러나 美國案은 40대 0 기권 4로 可決되었다.

이와같이 하여 韓國문제는 政治委員會의 심의를 거쳐 1947년 11월 13일 총화로 移管되었다. 총회에서는 소련과 그 衛星 諸國의 치열한 反對와 抗議에도 不拘하고 國聯韓國臨時委員會 (United Nations Temporary Commission on Korea)를 韓國에 파견하여 다음해 3월 31일까지 同委員會의 監視下에 總選舉를 實施함으로써 政府를 樹立한다는 美國案이 43대 0기권 6으로 가결되었다.⁴²⁾

이 결의에 따라 설치된 國聯韓國臨時委員團은 1948년 1월 12일 서울에서 최초의 會晤를 갖고 활동을 시작하였다. 그러나 소련軍사령관이 同委員團의 入北을 거부하자 同委員團은 南韓에서만 총회의 決議事項을 실시할 수 있었는지 아닌지를 小總會에 자문을 구하고 小總會는 1948년 2월 19일부터 이 문제를 검토하기 시작 2월 26일 同委員會의 접근이 가능한 南韓에서만이라도 선거를 實施하여야 한다는 美國側 決議案을 31대 2 기권 2로 가결하였다.(총회 결의 제 583호 A)

五. 大韓民國政府와 北韓政權의 樹立

(一) 大韓民國政府의 樹立

1948년 5월 10일 역사적인 총선거가 實施되었다. 여러 정당의 입후보자가 당선되어 制憲國會는 실제로 198명으로 구성되고 5월 31일에는 최초로 國회가 개최되었고 7월 17일에는 憲法을 制定 공포하게 되었다. 同憲法은 第1條에서 國體가 民主共和國임을 宣言하고 第4條에서 그 領土가 韓半島와 그 附屬島로써 構成

된다는 것을 명백히 하였다. 이어 국회는 7월 20일 李承晩博士를 初代 大統領으로 選出하고 8월에 組閣을 完了 軍政 3년만인 1948년 8월 15일 大韓民國의 樹立을 内外에 널리 宣布하게 되었다.⁴³⁾

大韓民國 政府가 수립되자 國聯韓國臨時委員團은 1월 8일 총회에 제출한 最終報告書를 採擇하였다. 이 報告書는 大韓民國이 國民 스스로가 選출한 代表에 의하여 成立되었다. 同 政府의 機能은 점차 발전되고 있으며 全國聯加盟國의 돈독한 협조아래 韓國의 獨立과 統一을 達成할 수 있는 方法을 강구할 것을 권고하였다.⁴⁴⁾

한편 그해 12월 13일 프랑스 파리에서 개최된 國聯總會에서 48대 6이란(기권 1) 절대적 多數로 大韓民國이 韓國에 있어서 「唯一한 合法政府」임을 승인하였다.⁴⁵⁾ 이러한 國聯의 承認은 國際的인 뒷받침이 없었던 北韓政權에 비해 大韓民國 政府에 正統性을 부여하기에 充分한 것이었다.

이로써 36년간에 이룬 國權喪失과 3년간의 軍政을 거쳐 大韓民國 政府는 다시 國際社會의 一員으로써 堂堂히 出帆하게 되었다.

(二) 北韓政權의 樹立

統一과 獨立된 政府를 概立하기 위하여 총선거를 實施한다는 國際聯合의 決議를 소련이 拒否하였기 때문에 選舉는 事實上 南韓에서만 實施되었음은 앞서 말한 바와 같다.

共産黨의 主導下에 개최되었던 이른바 南北協商會議는 4월 30일 共同宣言에서 「本 성명서에 署名한 政黨, 社會團體는 南韓에서 實

施한 單獨 選舉의 結果를 인정치 않고 이 선거에 의하여 정부가 수립되었다. 하드라도 이를 승인하지 않으며 또 지지하지 않는다.]⁴⁶⁾ 고 宣言하였다. 그리고 國聯의 決議를 否定하는 態度를 취하였다.

그러면 共產主義者들은 1946년 11월에 北韓에서 實施한 選舉에 대하여 어떻게 설명하고 있는가.

이 選舉의 結果로 構成되었다는 傀儡最高機關으로서의 「人民會議」라든가 「北朝鮮人民委員」등은 事實에 있어서 그들의 造作한 單獨 傀儡國會 및 政府라고 밖에 인정할 수가 없다.⁴⁷⁾

그들은 政治協商會議가 있은후 6월 29일부터 7월 5일까지 사이에 평양에서 제 2차 南北諸政黨, 社會團體 指導者會議를 개최하여 「南北朝鮮을 통한 총선거를 實施한 후에 朝鮮最高人民會議를 創設하여 南北 朝鮮 代表者로서 朝鮮中央政府를 樹立한다」고 결정하였다.⁴⁸⁾

그리하여 7월 10일의 第5次 人民會議는 그 결정을 채택한다는 형식을 취하였다. 그리고 選舉期日은 8월 25일이라고 發表하였다. 그들이 企圖한 이와같은 選舉의 目的은 이 選舉에 全國的 性格을 부여하려는데 있었다. 共產主義者들은 全國的인 것이라 하여 最高人民會議의 代表員數(人口 5萬에 대해 1名 비율)를 572명으로 정하고 그것을 소련軍 占領地域에서 212名 南韓을 위하여 360명을 활당하였다.⁴⁹⁾

또한 이 선거에서 代議員의 활당방법은 人口比例로 정한 것은 美蘇共同委員會에서 소련側이 南北同數의 代議員을 고집한 결과 比較

하면 論理의 비약일뿐만 아니라 그들의 虛構成을 잘 나타내고 있다.⁵⁰⁾

뿐만아니라 北韓의 代議員 212명의 選出은 別問題로 하고라도 南韓地域에서 360명의 代議員을 「民主主義的 方法」에 의하여 選舉한다는 것은 무엇을 意味하는 것일까 그들은 北韓에서 212명을 선출하기 위하여 보다많은 227명의 후보자를 공산당이 지명하는 것으로 自由選舉가 된다고 생각한 것이다. 자유로운 입후보라는 표면적인 干판을 내세우고 其實은 불과 15명의 입후보수를 더한데 불과하다. 이것이야 말로 눈감고 야웅식의 자유선거 위장이라 아니할 수 없다. 그리고 소위 中央選舉委員會는 이 選舉의 結果 投票者 總數는 全有權者의 99.97%이고 찬성투표 총수는 98.49%라고 발표하였다.⁵⁷⁾

이와같은 共產主義者들의 公式發表가 의미하고 있는 것은 南北地域에서 全有權者의 77%가 投票에 參加하고 그 結果 代表者로써 1,080명을 선출하여 그중 1,002명이 8월 21일부터 38선 北方海州에서 개최된 「南朝鮮人民代表者會議」에서 비밀투표를 행하여 最高 人民會議의 代議員을 360명이나 선출하였다는 것이다. 이러한 選舉가 北傀의 憲法과 選舉法에 의거한 것인가 어떤가에 대한 法律論을 제쳐놓고라도 南韓에서 全有權者중 77.5%가 投票에 參加하여 1,080명의 대표를 선거하는 것이 가능하였다고 한다면 360명의 代의원을 직접선거하는 편이 훨씬 容의하고 妥當한 方法이라고 하겠다. 문제는 南韓에서 全有權者의 77%가 投票에 參加하였

다는 것은 事實上 허구에 지나지 않으며 회극이라 아니할 수 없다.⁵²⁾

이와같은 南北 총선거를 거쳐서 9월 2일 「朝鮮人民共和國 最高人民會議」을 개최하고 9월 8일 傀儡憲法을 공식 채택하고 「朝鮮民主主義人民共和國」을 정식으로 發足하였다.⁵³⁾ 이야말로 叛徒도 아닌 徒黨의 무리라고 아니할 수 없다.

第 4 節 南北分斷의 法的 關係

一. 日本으로부터 分離의 法的 關係

1905年 日露戰爭이 日本의 勝利로 終決된 후 日本은 美國, 英國 및 러시아로부터 韓國에 대한 배타적 支配에 대한 양해를 얻어서 韓國의 궁극적 併合野慾을 노골적으로 나타내에 同年 11월에는 大韓帝國의 外交權의 박탈과 統監部 設置를 內容으로 하는 乙巳保護條約을 締結하여 侵略의 마수를 빠치기 시작하였다.

그후 1907년의 丁未 7條約, 1910년의 韓日合併條約에 의하여 侵略을 完成하였다. 이와같은 合併은 國家消滅의 하나임으로 大韓民國은 消滅한것 같이 보인다.⁵⁴⁾

一般的으로 國家條約은 일정한 國際法上的 効果 즉 國際法上的 權利, 義務의 發生, 變更, 消滅을 目的으로하는 國際法主体間의 明示的인 合意이다.⁵⁵⁾

따라서, 條約은 雙方的 國際法律行爲이며 單獨意思表示에 의하여

法的 효과를 發生하는 一方的 法律行爲에 對應한다. 또 雙務條約의 경우에 있어서 完全한 効果を 發生하기 위해서는 合意의 過程에 있어서 시비가 없어야 한다. 이와 관련하여 제기되는 것이 錯誤, 詐欺, 瀆職, 強迫 등의 문제이다. 다만 여기서는 強迫에 관해서만 고찰하기로 한다. 傳統國際法上 一定한 경우에 있어서 強迫에 의하여 締結된 條約도 그 強迫이 國家全体에 대하여 加하여진 경우에는 有効하다.⁵⁶⁾ 이에 대하여 強迫行爲가 條約의 締結權者 또는 代表者 自身에 加하여졌을 때에는 同條約은 瑕疵있는 條約으로 無効로 認定되고 있다.

1969年 條約法에 관한 비엔나條約도 그 無効를 宣言하고 있다.⁵⁷⁾ 1910年 日本의 大韓帝國의 合併諸條約은 條約의 締結權者인 皇帝와 大臣에 대한 強制에 의하여 締結되었기 때문에 國際法에 의하여 당연히 無効이다. 오늘날에 와서 보면 韓日基本關係에 관한 條約 第2條의 規定에 의하여 1910年 8월 22日 以前 또는 그 以後에 大韓帝國과 日本國間에 맺은 모든 條約 및 協約은 「이미無効」라고 宣言함으로써 上記條約은 처음부터 効力이 없다고 본다.

1910년의 여러條約은 無効임으로 日本에 의한 大韓帝國 合併은 合法的이고 有効한 條約에 依據한 併合이 아니라 法的根據가 없는 日本의 一方的인 強迫에 의한 違法한 占領에 不過한 것이다. 그리고 当事者의 意思를 缺한 併合 즉 一方的 併合(Unilateral annexation) 또는 “違法한 占領”(Illegal occupation)에 의하여 法的效果는 귀속되지 않는다.⁵⁸⁾

따라서 1910년 合併條約에 의해 大韓帝國의 法人格이 消滅된 것은 아니며⁵⁹⁾ 다만 侵略省에 의하여 自由스럽고 自主的이지 못했을 뿐이다. Brierly가 적절히 지적했듯이 「國家가 存在하는 것은 法的(de jure)으로 存在하는것」을 의미하기 때문이다. 그러므로 1948년 12월 12일 國聯總會에 의한 大韓民國 政府승인의 決議(S/ 195 II)는 「韓國이라는 國家가 存在했다는 것을 확인한 것으로 본다.⁶⁰⁾ 같은 취지의 뜻은 카이로宣言에서도 찾아볼 수 있으며 카이로宣言을 履行할것으로 약속한 포츠담宣言을 수락한 日本이 항복文書에 調印함으로써 大韓民國은 日本으로부터 分離되어 強制에 의하여 강탈당했던 主權을 回復하게 된 것이다.

二. 南北分斷의 法的關係

(一) 分斷의 形態와 分斷의 法的關係

(1) 두國家로 본 分斷의 法的關係

1945년 36년의 오랜 日帝의 植民地 生活에서 解放과 더불어 한나라의 領土위에 大韓民國과 北韓政權 두개의 새國家가 樹立되었다고 보는 것이 두國家로 보는 說이다. 그리고 이 두政府를 두개의 實體로 파악한다는 것이다. 따라서 大韓民國의 領土는 實際로 南韓에 限定되게 되며 北韓의 領土는 實際로 北韓地域에 限定하게 된다는 것이다. 이와같이 보았을때 南北分斷의 法的關係는 대체로 다음같이 볼 수 있다.

첫째는 大韓帝國이라는 1個의 國家가 大韓民國과 北韓이라는 두개

의 國家로 分立되어 樹立된 것이다. 이에따라 南北分斷의 法的關係는 하나의 國家가 두개의 國家로 「分裂」되었다고 보게되며 두개의 新生國家가 成立함으로써 大韓帝國의 法人格은 自然히 消滅한 것으로 본다.⁶¹⁾

또 하나는 大韓民國 政府가 樹立됨으로써 自然히 大韓帝國의 法人格을 계승한 후에 北韓政權이 樹立됨으로써 새國家를 樹立하여 大韓民國으로 부터 分離하여 獨立된 것으로 본다면 南北分斷의 法的關係는 「分離」를 뜻하게 된다. 이 경우에는 北韓政權이 새로운 國家를 成立 獨立하였다 하더라도 大韓帝國의 法人格은 消滅되지 않는다.

따라서 두개의 獨立된 國家論에 의할때 南北分斷으로 大韓帝國이 消滅한 것으로 본다면 分斷의 法的關係는 「分裂」이며 南北分斷에 不拘하고 大韓帝國의 法人格이 消滅하지 않은 것으로 생생각한다면 그것은 "分離"의 法的 性質을 갖는다고 할 수 있다.⁶²⁾

(二) 一個의 國家說과 分斷의 法的關係

一個의 國家說에 의하면 韓半島 全領土內에 大韓民國만이 國家로써 存在하는 것으로 보고 大韓民國의 領土는 南北韓 全域에 미치게 된다. 반면에 韓半島 全領土內에 北韓政權이라는 國家가 存在한다고 본다면 역시 北韓의 領土는 南北韓 全域에 미치게 된다. 大韓民國의 立場에서 볼때는 北韓은 하나의 事實上 政府 (de-facto government) 에 不過함으로 國家性은 否定되며⁶³⁾ 北韓地域을 事實上 政府인 北韓政權에 의한 統治權의 행사로 인하여 大韓

民國의 統治權 행사가 事實上 미치지 못하고 있는 것이 된다.

따라서 一個의 國家論에 의할때 南北分斷의 國際法上的 性格은 "分裂" 또는 "分離" 도 아니며⁶⁴⁾ 단지 統治權이 事實上 制限되고 있을 뿐이다. 그리고 大韓帝國의 法人格은 大韓民國 또는 北韓에 의해 계승된 것으로 되며 消滅된 것은 아니다.

그러면 南北分斷을 一國家로 볼 것인가 아니면 두개의 國家로 볼 것인가의 문제는 理論의 문제일 뿐만 아니라 兩分斷 自体가 決定 宣言하는 政策의 문제인 것이다.⁶⁵⁾ 東·西獨의 경우 分斷初期에는 東·西獨雙方이 獨逸을 하나의 國家로 보았으나 오늘날에 와서는 分斷의 地位를 對等한 두개의 國家로 보고 있다.⁶⁶⁾

이와같은 政策의 決定은 東·西獨基本條約 第1條 및 第6條에 의해 宣言되었다.

韓國에 있어서 南韓과 北韓은 分斷의 初期부터 極端的인 하나의 國家論에 執着하여 相對方의 地位를 排他的으로 否定해 왔으며 國際聯合에 의한 韓半島에 있어서 大韓民國의 唯一한 合法政府로 승인함으로써 이를 더욱 固定化시켜 왔다. 따라서 大韓民國은 北韓 政權을 暴徒들에 의해 不法으로 强占하고 있는 것으로 보아 왔을 뿐이다. 그러므로 南北分斷과 法的關係는 "分裂" 도 "分離" 도 아니다. 1972년 7·4 南北共同聲明 以前까지는 南北은 서로간의 存在를 긍정하지 않았으며 南北이 하나의 國家論에서 후퇴하지도 않았다.⁶⁷⁾

第三章 6.25 事變과 南北韓의 法的關係

第1節 韓國事變의 國際法的 性質

韓國事變의 國際法的 性質에 관하여는 6.25 事變의 特性으로 인하여 論難이 많은 문제이다. 그것은 6.25 事變이 國際法上 戰爭인가 또는 內亂인가 아니면 國際聯合에 의한 制裁行動으로서의 強制措置인가 또는 國際聯合加盟들의 集團的 自衛를 위한 武力행사인가 그리고 韓國에 派遣된 國聯軍의 地位는 무엇이며, 休戰協定體制와 當事者問題 등 여러가지 問題가 얽혀져 있다.

일반적으로 韓國事變에 대한 國際聯合諸機關의 態度와 學者들의 見解에는 韓國事變을 國際法上的 戰爭이 아니라는 觀念을 가지고 있는 것으로 보인다.⁶⁸⁾

實際에 있어서 北韓이나 中共이 韓國에 대해서 「宣戰布告」를 한 바도 없으며, 반대로 韓國에 軍隊를 派遣한 諸國도 北韓이나 中共에 대해서 宣戰布告를 한바도 없다. 또 然示的으로나마 「戰意」가 있었다고 할만한 証拠도 찾아보기 힘들다. 그리고 國際聯合과 參戰諸國은 憲章 第七章에 의한 集團的措置를 戰爭으로 보지도 않았다. 이에 대한 解答을 얻기 위하여 學者들의 見解, 各國行政府 및 司法府의 態度, 그리고 國際聯合軍의 法的地位를 考察하려고 한다.

一. 學者의 見解

Lauterpacht⁶⁹⁾는 韓國事變의 國際法的 性質에 關係 다음과 같이 말하고 있다.

國際法 특히 國際聯合憲章의 集團的, 強制措置의 實施를 위한 軍事行動이 事實상 戰爭의 特徵과 外觀을 보이고 있으나 그것은 一般的으로 受諾되고 있는 의미에 있어서 戰爭으로 보는 것은 正確하지 않을 뿐만 아니라 바람직한 것도 아니라고 한다.

Kelsen⁷⁰⁾은 國際聯合에 있어서도 戰爭概念을 完全히 배제하지는 못하였다. 1950년 6월 25일 安全保障理事會의 決議를 보면 同理事會가 撤収를 要求한 對象者는 北韓當局 (authorities of north Korea) 이었고 北韓政府는 아니었다. 이 段階에 있어서는 事變은 戰爭으로 보지 않는 것이 分明하다. 왜냐하면 上記 決議를 통하여 國際聯合은 國家로 (國家의 類似 團體) 로도 看做하지 않는다고 보기 때문이다.

그러나 6월 27일의 理事會의 決議에는 「國際平和와 安全을 유지하기 위하여 緊急한 軍事措置가 必要함을 決定한다고 기록되어 있는데 「國際」라는 文句는 國家間이란 말로써 이와같은 用語의 使用은 戰爭의 概念에 입각한 것이라고 한다.⁷¹⁾

Charles de Visscher⁷²⁾는 1950년 發生한 敵對行爲는 적어도 雙方이 다같이 戰爭法에 의한 拘束을 받는다고 認定한 한에 있어서 그것은 國際的 戰爭을 形成한 것이라고 한다.

李漢基 教授⁷³⁾는 韓國事變은 內亂이라기보다 戰爭이라고 보는 것이 適當하다. 戰爭이란 원래 國家間에 實行되는 強制手段인 同時에 그것은 一般的으로 國際法規下에서 實行되는 團體相互間的 強制手段이라고 할 수 있다. 이러한 團體는 반드시 一定 國家를 넘어서 國際적으로 成立되고 또는 承認된 團體를 지칭할 뿐만 아니라 國家의 內部에서 그 國家自体에 대하여 斗争을 시도하는 이른바 叛徒團體도 一定한 경우에 戰爭當事者로 認定된다. 이리하여 韓國事變은 第一 北韓叛徒團體와 大韓民國間的 戰爭이며 第2 參戰國(國際聯合參戰國)과 北韓(및 中共)政權과의 斗争이라고 한다.

朴在溟 教授⁷⁴⁾는 韓國事變을 內亂으로 보는데는 無理가 있으며 國家아닌 徒黨의 공격으로서 일어난 徒黨과 國家사이의 충돌이라고 보는 것이 적당한 것이라고 한다. 실제로 韓國事變에 있어서 國際聯合軍의 행동이나 共產軍의 그것이 實質에 있어서 戰爭의 양상을 띠고 있었으며 또한 그것에는 戰爭法規 특히 - 人道法規가 적용되었다는 事實도 韓國事變의 戰爭的 性格을 말해 주는 것이다.⁷⁵⁾

Stone⁷⁶⁾은 1950년 6월 25일 安全保障理事會의 決議에 의하여 交戰團體로 默示적으로 승인된 北韓의 武力공격에 대한 大韓民國의 自衛를 위한 武力행사는 國際法上的 戰爭으로 인정될 수 있다는 것이다.

橫田教授⁷⁷⁾는 北韓은 事實上的 國家, (즉 國聯에 의하여 그 合法性이 認定되지 않는 政治集團으로 보고) 그러한 事實上的 國家와 國際聯合이 승인한 國際法上的 國家(大韓民國)와의 武力충돌을

事實上의 모든 實質的 戰爭으로 볼 수 있다는 것이다.

이상에 보아온 바와 같이 Lauterpacht 교수의 戰爭性的 否定的인 見解를 例外로 하고는 대체로 韓國事變의 國際法的 性質을 「事實上」, 「本質上」 戰爭으로 보고 있다.

二. 國際聯合의 見解

韓國事變에 대한 1950년 6월 25일 國際聯合安全保障理事會의 決議에서 北韓 集團을 北韓當局 (authorities of north korea) 이라고 호칭한 것은 北傀의 國家的 性格 또는 政府로 보지 않았다는 것을 의미한다. 이것은 同決議가 大韓民國의 唯一한 合法性을 전제로 하고 있었다고 할 수 있다.⁷⁸⁾ 이단계 있어서는 上述한 바와같이 大韓民國에 대한 北傀軍의 武力 공격을 國家間的 戰爭으로 보지 않았다고 볼때 內亂의 性格을 띠게 된다.⁷⁹⁾

한편 武力功擊을 戰爭으로 看做하지 않았다고 해석되나, 한편 그 武力功擊이 「平和의 破壞를 구성하는 것으로 決定한 것은 同時에 그것을 순수한 內亂으로 보지도 않았다는 해석은 배제하지 않는다.⁸⁰⁾ 더욱이 6월 27일 決議에서 「國際平和」라는 用語는 일반적으로 「國家間的 平和」를 意味하는 것으로 그와같은 用語의 使用은 일단 戰爭概念에 입각한 것이라는 해석을 可能케 한다.⁸¹⁾ 그러한 해석의 하는 앞에서 Stone이 그의 所論에서 밝힌 바와같이 6월 25일의 決議에 의하여 交戰團體로써 默示的으로 승인된 北韓의 武力功擊에 대한 大韓民國의 自衛를 위한 武力行使는 國際法上 戰

争으로 認定될 수 있다는 것이다. 그러나 앞에서 言及한 두 決議는 加盟国에 대한 第 42 条에 의한 軍事的 措置가 아니기 때문에 法的義務는 없고 政治的 意味가 内包한 것으로 보는 것이 옳다.⁸²⁾ 따라서 上記 두 決議는 大韓民国과 北韓間의 武力衝突을 戰爭으로 규정하지 않았고 또 内亂이라고도 하지 않았으나 實際的 政治的 見地에서 그것이 國際性을 띤 美소의 局地的(韓國에서의) 武力斗争으로써 平和의 破壞를 構成하는 事實上的 戰爭이라고 判断하는 것 같다.⁸³⁾ 따라서 6월 27일의 결의는 平和의 破壞와 진압을 위한 有効한 集團的 조치로써 분명히 根拠는 明示되지 않았으나 憲章 第 39 條에 根據한 것이다.⁸⁴⁾

三. 韓國事變에 參加한 各國의 態度

(一) 美 国

美国은 行政府 司法的 다같이 韓國事變을 戰爭으로 보지 않는다. 事變이 일어난 1950年 12월 6일 「트르만」 大統領은 「國家非常事態의 存在」를 宣言하고 陸海空軍 및 民間의 신속한 防衛를 要求하였다. 「非常事態」는 과거에도 美国大統領이 數次 宣言한 바 있으나 그것은 国内 또는 國際法上으로 戰爭의 宣言을 의미하지 않았다.

한편 美国 司法府의 見解는 1952年의 Youngstown Sheet and Tube Co., V. Sawyer 事件을 통해서 間接的인 시사를 하고 있다.⁸⁶⁾

이 事件의 事實을 1951年 前記 鋼鐵会社와 勞働者間에 고용조

건에 관한 紛爭이 發生하여 解決을 보지 못하고 1952년 4월 9일 午前 0時를 기하여 同盟罷業에 돌입할 態勢가 確立되자 「트르만」 大統領은 商工長官에게 同會社를 接受하도록 行政命令을 發布한데서 비롯되었다. 政府의 主張은 美國軍隊와 他國聯加盟國의 軍隊가 韓國에서 侵略軍과 死斗하고 있는 차제에 鋼鐵生産의 停止는 國防을 위태롭게 한다. 鋼鐵의 계속적 生産과 利用을 確保하기 위해서는 前記 行政命令이 必要하다. 이 중대한 非常事態에 対処하기 위하여 大統領을 行政 首班 및 美軍總사령官의 資格으로 憲法上 權限의 總和 (aggregate) 내에서 행동한 것이다. 大統領은 過去에 행한 바를 行할 수 있는 「固有의 權限」 (inherent power) 을 가지고 있으며 이 權力은 「歷史的 實例와 裁判所의 判決에 의하여 支持되고」 있다는 것이다.

이에 대하여 會社側에서는 前記 行政命令이 立法機能에 相當하여 이 機能은 憲法上 國會에 속하고 大統領에게 屬하는 것이 아니기 때문에 이 命令은 無効라고 主張하는 一方 이 命令의 實施를 抑制하는 永久的 내지 임시적 差止命令 (injunction) 을 발표하도록 요구하였다.

이 訴請을 받은 地方法院은 4월 30일 工場 接受의 계속과 行政命令 10340 號의 行동을 금지하는 예비적 差止命令을 發表하였으며 다시 高等法院에서도 이 命令이 지지되었으므로 聯邦大法院은 5월 3일 이 事件의 移送命令을 발하였다. 이 事件은 結局 會社側의 勝訴로 낙착되었다.

특히 韓國事變과 관련하여 注目할만한 判決理由의 內容은 Frank-futher 判事의 贊成意見에서 찾아 볼 수 있다. 同判事는 接受의 權限은 언제나 制限된 時期 또는 特定된 非常事態下에서만 부여되고 그 時期 以後에는 撤回되는 것이라고 하고 그 權限의 行사는 特別한 환경 例컨데, 「戰時」(Time of war) 또는 「戰爭이 급박한 경우」라고 하였다. 이와 같은 美最高法院의 判決論旨를 통하여 볼진대 前記 鋼鐵会社の 接受는 韓國事變이 戰爭은 아니며 「戰爭의 급박한 경우도 아니기 때문에」 不法이라고 단정한 것이다. 한편 1952年 美펜실베이니아州 高等法院의 判決도 앞에서와 同一한 입장을 취하고 있다.⁸⁷⁾ 그러나 1951年 原子間諜 Rosenberg 夫妻에게 死刑을 宣告하였을때 同判決이 戰時라는 概念을 적용하지 않고서는 正當化 될 수 없었다는 說도 있다.

(二) 英國의 態度

英國은 美國과 더불어 韓國事變에 參戰한 나라이면서도 中共과는 戰爭關係에 들어가지 않았을 뿐만아니라 外交關係조차도 하지 않은 나라이다.

그리고 1951年 2月 1日 國聯總會에서 中共을 侵略者로 규정하고 또한 「韓國內의 侵略者들에게 어떠한 원조도 삼가하여야 한다」라는 決議에 의거하여 5월 18일 中共과 北韓에 戰爭器材와 그 生産에 必要한 物品을 禁輸」하기로 決議하였음에도 不拘하고 英國政府는 中共에 대한 禁輸緩和를 發表하였으며 6월 5일 法的 措置의 効力 發生을 宣言하였다. 憲章 및 前記 決議에 違反되는 이 英國

의 行動은 韓國事變의 戰爭性 否認과 休戰期間의 「平時說」에 근거한 것이라고 해석 하지 않을수 없다.⁸⁸⁾ 그러나 이와는 反對로 英國檢察總長은 1950年9月 Daily Worker 紙의 通信員이 北韓軍에 派遣된 事實에 대하여 北韓이 當時 英國과 戰爭關係에 있음으로 그 者를 反역죄로 처벌할 수 있다는 見解를 표명한 바 있다.⁸⁹⁾ 또한 다음해에 Falton 夫人이 北韓으로 갔을 때에도 같은 입장을 취하였다. 英國法에 의하면 戰時에 「王의 敵」에 대하여 원조를 부여 하는 者는 反역죄를 構成하는 것으로 死刑에 처하기로 되어 있다.⁹⁰⁾ 이것은 英國檢察當局이 事變을 戰爭으로 본 것이라고 하겠다.

(三) 오스트랄리아

오스트랄리아에 있어서는 立法府, 行政府 및 司法府사이에 韓國事變의 法的 性質에 見解 差異가 있었다. 한때 호주 共産黨事件(1950~1951)에서 裁判所는 自國이 韓國戰에 參加하고 있으나 國內法上으로는 平時狀態에 놓여 있다고 判示한 일이 있다. 그러나 結局 裁判所는 Burns Case에서 外務當局의 意見을 좇아 韓國事變을 「事實上 戰爭」이라고 규정하여 종래의 態度를 變更하였다.⁹¹⁾

(四) 大韓民國의 態度

大韓民國政府의 韓國事變에 대한 公式立場을 밝힌 바 없다. 우리 憲法에 의하면 國務會議의 審議(第65條)을 거쳐 大統領이 宣

戰布告(第48條)을 할 수 있다. 그러나 韓國은 아직까지 「戰時」라고 宣言한 例가 없다. 다만 戒嚴法에 의하여 非常戒嚴을 宣布함으로써 間接적으로 戰時 또는 이에 準하는 非常事態의 發生을 宣布한 前例가 있을 뿐이다.⁹²⁾

한편 大法院에서는 1957年 1月 11日에 이른바 姜文奉中將 事件의 裁判管轄權을 裁定함에 있어서 休戰期間을 戰時라고 규정하고 이 事件의 管轄權이 軍法會議에 있다는 裁定을 내린 바 있다.⁹³⁾

즉 軍人이라 할지라도 平時에 殺人罪 또는 強姦罪를 犯한 경우에는 이를 軍法會議에서 審判할 수 없고 一般法院에 그 裁判權이 있다고 해석되는 旧国防警備法(第3條 1項)에 의거하여 同事件의 弁護人側에서는 現在가 「戰時」가 아니고 平時임으로 이 事件은 一般法院에 裁判權이 있다고 主張함으로써 管轄權의 裁定을 申請한 것이었는데 위의 大法院裁定은 이에 대한 有權解釋을 보여준 것이다.⁹⁴⁾ 弁護人側의 申請理由를 보면 다음과 같다. 즉 「法理論上 平時라 함은 事實上 全面的으로 戰鬥行爲가 終了되어 政府機關에 의하여 治安이 完全히 回復되고 社會秩序가 平時狀態로 復舊된 狀態를 말하는 것인바 이른바 6.25 事變 발발후 北韓傀儡集團에 대하여 國際法上 交戰團體로써 明示的 承認은 없었다 할지라도 그 所屬 戰鬥員에 대한 同一한 規模와 方式으로 武力斗争을 행한 交戰狀態가 休戰協定의 締結로 말미암아 完全히 終식되어 社會秩序가 平常狀態로 回復된 現狀態는 이를 平時라고 解釋함이 妥當하다」고 하였다.

이에 대한 大法院의 裁定理由는 「動亂以後 우리政府가 斗争의 終了를 宣明한 事實이 없음은 勿論, 交通關係가 전혀 두절 되었을 뿐만 아니라 休戰協定은 戰斗의 一時的 停止에 不過하며 戒嚴解除가 있고 国内治安이 一時的 平溫을 얻었다고 할지라도 이것만으로는 戰時狀態가 終了되었다고 할 수 없다」는 것이다.⁹⁵⁾

이상에서 考察한 바와같이 韓國事變에 參戰한 各國의 韓國事變에 대한 見解가 一致하지 않으며 各양각색이다. 韓國에서는 大法院의 見解나 弁護人側의 見解가 다같이 戰爭的 性格을 認定하면서도 한편 休戰의 法的 地位에 대해서는 見解의 差異가 있는 것 같다. 大法院의 見解는 大体로 休戰期間을 戰時로 보는 傳統法의 해석에 입각한 것이며 弁護人側의 見解는 實際的 見地에 입각한 現代的 理論과 一致하는 것이라 할 수 있다.⁹⁶⁾

이 문제에 대한 解答은 韓國에 派遣된 國際聯合軍의 法的 地位를 考察함으로써 더욱 明白해 지리라고 본다.

第2節 國際聯合軍의 法的地位

一. 國際聯合의 諸決議와 國際聯合軍의 出動

1950년 6월 25일 새벽 4時를 기하여 北韓政權에 의한 38線一帶의 南侵은 瓮津地方에 대한 포격에 이어 6時 보병부대의 공격으로 개시되었다. 國際聯合 美国代表는 駐韓美国大使로 부터 이 報告를 받고 즉시 Trygve Lie 사무총장에게 통고하였다. Lie

事務總長은 韓國에 있는 國聯韓國委員會에 事態를 알아보고 事態가 重大하다는 것을 確認하였다.

安全保障理事會는 6월 25일의 美國政府의 提訴에 의하여 이날 발한 韓國事態에 대하여 審議한 結果 다음과 같은 최초의 決議案을 채택하였다. 97)

「理事會는 北韓으로 부터의 大韓民國에 대한 무력공격이 平和의 破壞를 構成하는 것으로 결정하고 敵對行為의 即時 中止와 南韓으로 부터의 軍隊를 38 度線 以北으로 即時 撤退할 것을 「北韓當局」(the autharities of north Korea)에 요청한다. 그리고 加盟國은 決議實施에 있어서 國際聯合에 모든 원조를 부여 할 것이며 北韓官憲에 대하여는 援助提供을 삼가야 할 것을 요청한다.」는 것이다.

6월 25일의 安全保障理事會의 第1次 決議에도 不拘하고 韓國에서 敵對行為가 계속됨으로 「트르만」 大統領은 6월 27일 安全保障理事會의 決議에 따라 韓國援助를 위한 海空軍의 出動을 命令하였다. 98)

같은날 理事會도 國聯加盟國은 北韓의 공격을 격퇴하고 韓國地域의 國際平和와 安全을 回復하는데 必要한 援助를 大韓民國에 提供하도록 권고하는 決議를 채택하였다. 99) 第2次 決議에 의한 加盟國의 행동은 安全保障理事會自體의 軍事行動은 아니지만 理事會는 이 決議에 따라 各 加盟國의 軍事行動의 統一성과 集團성을 부여하기 위하여 安全保障理事會는 세번째의 決議를 채택하였다.(S/1588)

이 決議에서 理事會는 「武力功擊에 대하여 自己를 방위하고 있는 大韓民國을 援助하며 따라서 이 地域에 있어서 國際平和와 安全을 回復하기 위하여 1950년 6월 25일 및 27일의 두 決議에 대하여 國際聯合의 政府 및 人民이 提供한 신속하고 熱意있는 支援을 환영한다.」 그리고 國際聯合의 加盟國이 大韓民國을 위한 원조의 요청을 國際聯合에 傳達하였다는 것을 注目한다. 또한 앞에서 安全保障理事會의 권고에 따라 軍隊와 기타 援助를 美國의 統合司令部 (Unified Command) 를 설치하도록 권고 요청하고 參戰國의 國旗와 아울러 「國際聯合旗」를 사용하도록 認許하였다. 그리고 美國에게 統合司令部下에 취해진 조치과정을 安全保障理事會에 적당한 보고를 提供할 것을 요청하였다. 그후 7월 8일 「트르만」 大統領은 理事會의 決議에 의하여 맥아더元帥를 國際聯合軍 司令官으로 任命하고 國際聯合 加盟國들이 美國의 統一指揮下에 설치한 軍隊의 總指揮官을 맞도록 하였다.¹⁰⁰⁾

한편 7월 15일 韓國의 李承晩大統領은 「맥아더」 國際聯合司令官에게 「大韓民國의 全陸海空軍의 指揮權을 현상의 적대 행위가 계속되는 동안 委任」하였다.¹⁰¹⁾

이리하여 國際聯合 16個國과 大韓民國軍으로 構成된 國際聯合軍 (United Nations forces) 이 誕生하게 되었다.

國際聯合軍 總司令部 (United Nations Command) 는 그 總本部를 東京에 두고 그해 7월 25일 正式으로 發足하였다.

이 國際聯合軍總司令部的 法的性格은 國際聯合憲章 第7條2項에 의

하여 國際聯合은 必要한 경우 憲章에 따라 補助機關을 들 수 있다. 또한 憲章第 29 条는 安全保障理事會가 必要한 경우 그 任務遂行을 위하여 補助機關을 들 수 있도록 규정하고 있다.

國際聯合軍이 安全保障理事會의 諸決議에 의해 設置된 것과 같이 國際聯合軍司令部도 安全保障理事會의 必要에 따른 決議(S/1588)에 의거하여 設立된 것이므로 憲章第 29 条에 의한 補助機關에 該當된다.¹⁰²⁾

二. 國際聯合軍의 法的性質

韓國 事變에 대해 安全保障理事會에 의하여 취해진 憲章 第 43 条에 의한 特別協定이 締結되어 있지 않음으로 憲章이 安全하게 效力을 發揮할 수 없었다. 만일 特別協定이 締結되어 있었다면 韓國의 경우에는 憲章 第 42 条가 發動되어 加盟國에 대하여 拘束力 있는 軍事援助義務가 부과되었을 것이다. 그러나 理事會의 議決은 第 39 条에 의거하여 조치를 취한 것으로 決定된다.¹⁰³⁾

그러면 韓國에 파견된 國際聯合軍은 어떠한 性格을 띤 軍隊인가 문제가 제기된다. 이에 대하여 憲章上 國際聯合軍의 定義規定이 없을 뿐만 아니라 또한 國際聯合 諸機關의 有權의 해석도 없다.

Stone 에 의하면 國際聯合軍 出動의 性格을 다음 네가지로 나누어 설명하고 있다. 첫째로 憲章 第 7 章에 의한 安全保障理事會의 措置, 둘째로 國際聯合 加盟國의 國際聯合 機關으로서의 協調的인 措置, 셋째로 憲章에 의해 默認許用되는 個別的인 國際聯合 加盟國의

協調的인 措置, 네째로 憲章에 違反된 國際聯合 加盟國의 措置라고 한다.¹⁰⁴⁾

이와같은 Stone의 4가지 설명 가운데 첫째와 둘째의 경우는 法的 論點 즉 문제된 韓國에 관한 決議들이 加盟國들에 행동할 의무를 부과 할수 있는 性質이 있느냐 없느냐에 귀착하는데 法的 義務를 부과할 수 없는 것이기 때문에 이 두가지의 可能性은 排除된다는 것이다.¹⁰⁵⁾ 네째의 경우는 韓國에 있어서의 加盟國들의 행동은 北韓의 領土保全 또는 政治的 獨立에 대한 北韓의 武力행사에 대한 것이기 때문에 不法은 아니라는 것이다.¹⁰⁶⁾ 결국 남는것은 세번째의 경우인데 韓國에서의 會員國들의 권고 행동을 憲章 第51條에 의한 集團的 防衛로 보거나 憲章에 의하여서도 許用되는 國際慣習法下에서의 戰爭의 自由를 최대한으로 해석하는 것인데 後者가 더 妥當하다는 것이다.

이와같은 論理에 이르는데는 몇가지 基本的인 前提가 Stone의 所論에서 찾아 볼 수 있다. 우선 Stone은 憲章 第2條4項 등에 의한 武力行使의 禁止를 될수 있는 한 制限하여 해석하고 一般國際慣習法에 의한 戰爭의 自由를 적어도 國際法規의 해석이 可能한데 까지 널리 인정하여야 한다는 입장을 취하고 있다. 다음 Stone은 韓國에 관한 國際聯合의 決議는 소련의 缺席중에 행하여 졌으므로 理事會의 決議로써 効力이 없는 것이며 따라서 決議는 加盟國의 個別的 또는 協調的 行동을 지지하는 共同意思의 表現이라는 것이다.¹⁰⁷⁾ 끝으로 Stone에 의하면 憲章 第39條의 規定에 「國

際平和 및 安全의 維持 또는 回復을 위하여 권고한다.]는 것은 平和的 手段을 권고하는 것을 의미하며 強制措置의 권고를 포함하지 않으며, 따라서 1950년 6월 27일의 決議에서 理事會가 加盟國에 韓國에 대한 軍事援助등을 建議한 것은 憲章에 立脚한 것이 아니라 는 것이다.

그러나 첫째의 경우는 國際聯盟規約이 一定한 範圍에 있어서 戰爭을 戰止한데 대하여 國際聯合 憲章을 明文으로 原則적으로 모든 戰爭(正式 및 實効的)을 禁止하고 있을 뿐만 아니라 戰爭에 이룰수 있는 武力에 의한 威脅내지는 平和에 대한 威脅까지도 禁止하고 있음으로 慣習國際法上的의 戰爭이나 傳統國際法上的의 戰爭은 否認되고 있는 것이다. 다만 國際聯合의 憲章의 規定에 따라 취하는 보다 實効的이며 強力한 集團的 強制措置의 制度만이 許用된다고 보는 것이 妥當하다.¹⁰⁸⁾ 두번째의 경우 소련이 缺席中에 理事會의 決議가 행하여 졌음으로 그 決議가 無効라고 하는 論旨은 憲章第 28條 1項에 의거하여 보나¹⁰⁹⁾ 國際聯合의 慣行으로 보나¹¹⁰⁾ 安全保障理事會가 北韓의 大韓民國에 대한 武力 공격을 평화의 破壞로 인정한 것 또 군사적 원조를 제공하도록 권고한 것, 그리고 國際聯合軍의 編成이 모두 無効라는 結果를 가져 오기 때문에 無意味한 論拋라 아니할 수 없다고 본다.

마지막의 경우 本來 39條에 의해 意圖된 것은 Stone의 말이 옳다고 보는 것이 合理的이다.¹¹¹⁾ 문맥상으로 보아 強制措置를 加盟의 自發的 協力에 呼訴하여 권고하는 것이 배제되는 것은 아니다.

또 韓國에 있어서와 같이 明白히 侵略行爲가 행하여 지고 있으며 이것을 阻止 格퇴하는 것이 國際聯合의 가장 緊急한 任務인 것이 明白한데 이 任務를 遂行하는데 必要한 節次를 취할수 없을때 (즉 43 條에 의한 特別協定이 締結되어 있지 않을때) 侵略에 對항하기 위한 加盟國의 自發的인 協助를 권고하는 것은 第 39 條에 의하여 許用되지 않는다고 보는 것은 妥當하지 않다.¹¹²⁾

따라서 問題된 韓國에 관한 理事會의 決議와 그 決議에 따른 加盟國들의 행동은 憲章自體의 措置라고 본다. R. B. Russell은 韓國에 대한 加盟國의 軍事援助는 國際聯合에 의한 制裁作成 (Sanctions Operation) 이라 하며¹¹³⁾ M. Greenspan은 警察措置 (Police action) 이라고도 한다.¹¹⁴⁾ Starke는 韓國에서의 國際聯合의 行動은 名目的인 것이며, 實質的인 것이 아니다 라고 하나¹¹⁵⁾ 이것도 名目的 즉 國際聯合의 措置로 보는듯 하다. Visscher는 集團的 安全保障措置로 보며,¹¹⁶⁾ Friedman은 韓國의 경우 소련의 缺席으로 實現될수 있는 唯一한 國際聯合軍이라 한다.¹¹⁷⁾ 따라서 이 軍隊를 國際聯合軍이라고 본다.¹¹⁸⁾

그리고 韓國事變에서는 國際聯合軍對 北韓軍, 中共軍間의 敵對행위에서 雙方이 다같이 戰爭法에 의한 拘束을 받는다고 認定하는 한에 있어서 그것은 國際的 戰爭을 形成한 것이었다. 유엔軍은 戰爭法 特히 1949 年의 捕虜條約을 遵守할 意思를 宣言 하였고 共產側도 同一한 宣言을 함으로써 雙方은 傳統國際法에 依拠하였다. 傳統 法規下에서 행하여 지는 團體 相互間의 武力斗争을 戰爭이라고

부를진대 韓國事變은 戰爭以外的 다른 概念으로 把握하기 困難하다.¹¹⁹⁾

이리하여 韓國事變은 國際聯盟規約에서 實現可能性에 그쳤던 國際組織체에 의한 武力的 集團措置를 國際聯合 憲章에 立脚하여 韓國戰線에서 최초로 實施되었고 이것은 이른바 「實質的 戰爭의 하나의 形態」¹²⁰⁾ 이고 「事實上的 本質은 戰爭이며」¹²¹⁾ 「實質的 事實上的 戰爭」¹²²⁾ 이 었다.

第三節 休戰協定体制와 南北韓의 法的關係

一. 처음에

1950년 6월 25일 未明 38度線의 全沿線에 걸쳐 別안간 熾烈한 戰火가 일어 났다. 國際聯合은 安全保障理事會의 決議에 따라 16個국이 韓國을 援助 參戰했으며 한편 中共은 北傀軍을 도와 韓國戰線에 參戰하게 되었다. 그리고 3年餘의 격전 끝에 1953년 7월 27일 軍事停戰協定이 締結됨으로써 雙方的 敵對行爲는 停止되었다. 이하에서는 먼저 休戰協定의 締結過程, 休戰會談의 進行過程 그리고 休戰協定의 當事者問題와 관련하여 考察하고자 한다.

二. 休戰協定의 締結過程

(一) 休戰의 提議

1950년 9월 15일 國際聯合軍이 仁川上陸作戰을 成功的으로 遂行하고 一連의 반격에 의해 北傀軍은 敗退하기 始作하였다. 韓國

軍은 10월 1일 38線を 넘어 北進했으며, 10월 7일 國際聯合會는 總會의 決議에 의해 38線 以上에 대한 作戰令을 승인하였다. 신속히 진격한 國聯軍의 一部는 10월 26일 이 韓·滿國境인 압록江에 到達하였다.¹²³⁾

그러나 11월 5일 國聯軍司令官은 놀랄만한 事實 즉 中共軍이 韓國戰線에 介入한 事實을 國聯에 報告하게 되었다. . 실제에 있어서 中共軍은 10월 14일 이미 압록江을 넘어섰고 10월 25일에 國聯軍과 처음으로 接觸했으며, 11월 27일에는 30個師團 以上の 兵力으로 國聯軍의 側面과 후방에 대해 기습 공격을 가하였다.¹²⁴⁾ 이에 國聯總會는 戰爭의 防止를 擴大하기 위하여 12월 12일에 印度代表 「라우」가 13個國의 提議에 따라 停戰 三人委員會를 設置하고 이 委員會가 滿足할 만한 停戰決議案을 제시하도록 하자는 決議를 채택하였다.¹²⁵⁾

共產軍의 不意의 侵功으로 부터 1년이 되는 1951년 6월 23일 國際聯合會의 朝鮮代表 「말리크」는 國聯放送을 통하여 共產側은 停戰의 用意가 있다고 内外에 申明하였다.¹²⁶⁾ 이에 대하여 美國의 「트르만」 大統領은 6월 25일 「美國은 韓國事變을 平和적으로 解決하는데 參與할 準備가 되어 있다.」는 성명을 發表하였다.¹²⁷⁾ 한편 中共政權은 人民日報의 社說을 통하여 「모든 外國軍隊의 撤収를 條件으로」 「말리크」의 提議를 수락한다고 申明하였다.¹²⁸⁾

한편 大韓民國 政府는 6월 27일 성명을 發表하고 休戰交渉에 應하려는 國聯軍의 態度에 대하여 強力히 反對의 立場을 취하였다.¹²⁹⁾

그이후 소련 外相과 美大使의 會談의 結果 相互軍司令官間的 停戰은 이루어질 수 있으나 共產主義代表와 總會間에는 그것이 成立될 수 없다는 것이 명백해졌다.

이에 1951년 6월 30일 國際聯合司令官은 共產側에게 元山港에 정박하고 있는 「덴마크」病院船에서 「停戰 및 休戰을 實施하는데 必要한 保障問題를 討議할」 用意가 있음을 통고하였다. 130)

7월 2일 北京과 平壤放送은 朝鮮人民軍總司令官 金日成과 中共義勇軍司令官 彭德懷의 共同名義로 國聯軍司令官의 提案을 受諾할 뜻을 回答하였다. 다만 會談場所로 元山港을 拒否하는 代身 開城을 指定하고 7월 7일부터 15일사이에 會議를 개최할 것을 提議하였다. 131)

(二) 休戰會談의 進行

1951년 7월 1일부터 休戰會談은 開城에서 그 幕을 올렸다. 國際聯合軍側 代表와 共產軍側 代表가 이날 처음으로 對座하게 되었다. 이 會談은 國聯側에서 美海軍中將 C. T. Toy, 美空軍少將 L. C. Burke, 韓國軍 白善燁將軍이 수행했으며 132) 共產側에서는 北韓軍 南日大將을 위시한 中共軍代表를 포함한 5名の 代表가 參加하였다. 133) 國際聯合代表는 M. B. Ridguay 司令官으로부터 指針을 받았으며 그에게 責任을 지고 있었다. 休戰交渉에 있어서 安全保障理事會는 國際聯合司令部로부터 報告를 받았으며 總會도 이에 介入하지 않았다.

同會談의 討議主題의 하나인 捕虜에 관한 문제는 1951년 11월 「軍事境界線」은 兩軍의 實際 接觸線으로 한다는 3個項의 妥結을 보았으며¹³⁴⁾ 1953년 6월 8일 捕虜에 관한 條項에 完全히 同意함으로써 休戰成立의 條件이 갖추어졌다. 이리하여 休戰에 曙光이 비치자 지금까지 交涉의 進行過程을 注意깊게 보아오던 韓國政府는 다시 이에 反對하는 強力한 態度를 취하였다. 돌연 6월 18일 李承晩大統領은 「제네바 協定과 人權의 基本的 精神에 의해 反共 韓國人 捕虜를 석방한다는 성명을 發表하였다.」¹³⁵⁾

이에 따라 自然히 休戰協定의 妥結은 늦어지게 되었으며, 한편 美國의 「아이젠 하워」大統領은 覺書를 韓國에 보내 美國에 의한 政治的, 經濟的, 軍事的 支援을 韓國政府에 約束」하였다.¹³⁶⁾ 이리하여 韓國事變이 始作된 以來 3年1個月이 되는 1953年7月27日 雙方의 軍事司令官 即 國際聯合軍을 一方으로 하고 北傀軍 및 中共軍 司令官을 他方으로 하는 休戰協定 調印이 이루어 짐으로써 드디어 休戰이 成立되었다.¹³⁷⁾

三. 休戰協定과 當事者

(一) 當事者로서의 國際聯合

1953년 7월 27일에 締結된 休戰協定의 공식 名稱은 「國際聯合軍을 一方으로 하고 朝鮮人民軍最高司令官 및 中共人民支援軍司令官은 一方으로 하는 韓國軍事停戰에 관한 協定으로 되어 있다. 이 協定의 署名은 兩側 代表團體의 首席代表에 의하여 행하여지고, 다

시 署名한 協定文을 相互交換하여 兩側 司令官이 署名하여 다시 相互交換하였다.

署名한 首席代表는 共產側의 南日과 國際聯合軍側 交渉代表 W.K. Harrison Jr. 이었으며 最終署名한 兩側 司令官은 美陸軍大將 M. W. Clark이며 北傀軍 司令官 金日成, 中國人民支援軍司令官 彭德懷 이었다.

따라서 休戰協定の 法的 当事者는 國際聯合과 北傀·中共으로 된 것이다. 그 理由로서는 Kelsen은 다음과 같이 설명하고 있다.

7月7日의 決議(S/1558)에 의거하여 成立된 國際聯合軍司令部는 國際聯合의 主要機關인 安全保障理事會의 補助機關이며, 또 同決議에 의거한 同司令部의 機關 担当者인 國際聯合軍司令官의 任命은 美國에 委任되었으며, 이에 따라 美國은 國際聯合의 代理人으로써 國際聯合軍司令官을 任命한 것이다. 그러므로 休戰協定の 一方当事者는 安全保障理事會의 補助機關인 國際聯合 司令部가 아니라 바로 國際聯合이다. 그리고 國際聯合軍司令部는 國際聯合 機關이며, 國際聯合軍司令官은 國際聯合 機關의 担当者에 不過하며, "特定機關에게 他機關을 設立하도록 許可하는 憲章의 規定은 權限을 委任하는 意味로 해석되기" 때문이다. 138)

條約의 当事者가 되려면 法律行爲를 自己의 名義로 할 수 있고 權利義務의 主体가 될 수 있는 法人格을 가져야 한다. 그러면 國際聯合은 國際法上 法人格者로써 그의 機能을 위해 條約을 締結할 能力이 있는가.

國際聯合 憲章 第 104 條는 國際聯合의 法人格을 明示하고 있으며, 1946 年 條約의 登錄과 公刊에 관한 總會의 決議 第 4 條 第 1 項(a)에서 國際聯合의 條約締結의 能力이 確認되었고 한편 1949 年 國際聯合 職員의 補償事件에 대해서 國際司法裁判所는 이를 肯定하는 권고적 意見을 表示했다. 139)

그런데 國際聯合司令官은 國際聯合의 補助機關에 지나지 않으므로 休戰協定을 締結할 能力이 있느냐 문제이다. 1951 年 7 月 7 日 安全 保障理事會의 決議 (S/1588)에서도 國際聯合司令部를 設置하고 그 司令官의 任命을 美國에 委任했으나 休戰協定의 締結權을 同司令官 에게 委任한 바 없고 또 國際聯合의 또다른 主要機關인 總會나 事務總長도 이를 同司令官이나 美國에 委任한 바 없기 때문이다. 140)

條約의 締結權이란 條約當事者(國家 또는 國際組織)를 代表하여 현실적으로 條約締結의 權限을 가진 機關을 말한다. 國家의 條約 締結權者는 國內法(憲法)에 의하여 규정되며 國際法은 이에 대하 여 직접관여 하지 않는다.

國際組織의 경우에는 그 基本法이 國際法(基本條約)이므로 條約 締結權者도 각각 그 基本條約에 의해 정해진다. 國際聯合憲章은 第 43 條에 安全保障理事會가 特別協定을 締結할 수 있음을 규정하고 있 으며, 第 63 條에서는 經濟社會 理事會의 條約 締結權을 규정하고 있 다. 다만 條約을 締結할 特定機關을 明示하고 있지 않다. 國際聯 合의 모든 機關은 國際聯合의 任務에 관한 特殊한 分野에서 國際 聯合을 代身하여 條約을 締結할 權能을 갖는다. 國際聯合이 締結

하는 大部分의 條約을 事務總長이 署名하였으나 그중 行政的인 事項이나 特權과 免除같은 事項은 事務總長 自身の 兇意에 의한 것이 아니고 其他 事項은 總會의 許可나 要求에 의한 것이었다.¹⁴¹⁾

앞에서 言及한 바와 같이 國際聯合軍司令部는 國際聯合의 補助機關에 지나지 않으며, 國際法上 法人格이 없으므로 當事者 能力이 없다고 하여야 할 것이다. 이러한 경우에는 安全保障理事會나 總會의 경우도 그 機能이 얼마나 重要하느냐와는 關係없이 國際聯合의 機關에 不過하고 法人格은 갖지 못하고 있다. 그러므로 國際聯合軍司令部의 休戰協定에 대한 署名은 國際聯合司令部 그 自体를 위해서가 아니라 國際聯合을 위해서 事務總長의 代理人으로 署名한 것으로 볼 수 있다. 그러나 見解를 달리하여 一線의 軍司令部에게 條約締結權을 부여하는 것은 國內法の 규정이나 國際機構의 基本法の 規定에서가 아니라 直接 國際法에 의하여 부여 된다.¹⁴²⁾ 따라서 休戰協定の 主務機關인 外務長官이나 外交官들이 그 交涉에 參與할 수 있지만 戰爭이라는 特殊狀況의 技術的 理由때문에 軍事機能의 介入이 必要한 것이며, 軍司令部가 主務機關이 되는 것은 너무나 當然하다 할 것이다. 따라서 M.W. Clark 將軍의 休戰協定에의 署名은 事務總長의 代理人으로서가 아니라 軍司令部이라는 直接機關으로써 행한 것으로 理解되어야 할 것이다. 이러한 見解와 關係해서 看過해선 안될 점은 國際法에 의해서 直接 부여되는 軍司令部의 條約締結權은 軍事的 事項에 限定되며, 政治的 問題에 관한 것은 그의 權限外에 있다고 보는 것이다.¹⁴³⁾

休戰協定에는 政治的 事項의 規定이 없으며 오직 軍事的 事項에 관한 것만을 解決할 權限이 부여 되어 있다. 또한 休戰은 이른바 “一般的 休戰”이며, 一般的 休戰은 軍司令官만이 締結할 權限이 있다. 따라서 國際聯合軍司令官의 休戰協定에의 署名은 그의 權限內의 行爲로 認定된다. 그리고 休戰協定을 締結하는데 當然히 國家元首의 同意를 받아야 하겠지만 이러한 同意도 署名前에 介入되어야 하고 이러한 國家元首의 意思에 違反하여 軍司令官이 恣意대로 權限밖의 休戰協定을 締結한 경우 다른 條約과 다른 점은 休戰協定은 締結하자마자 履行되어야 한다는 점에 있다.¹⁴⁴⁾

이와 같이 國際聯合軍司令官은 國際聯合의 特別援權없이 國際聯合을 위하여 (on behalf of the United Nations) 休戰協定을 締結할 權限을 당연히 갖는다. 이는 休戰協定의 締結을 締結當日 事務總長에게 報告했을 때 國際聯合은 그것을 權限外의 行爲라고 指摘된 事實이 없을 뿐만 아니라 事務總長의 發刊되지 않은 覺書에도 特別援權 없이 美國은 休戰協定을 締結할 權限이 있음을 認定한다는 事實이 確認되었다.¹⁴⁵⁾ 따라서 休戰協定의 當事者는 國際聯合의 補助機關인 國際聯合司令部가 아니라 國際聯合의 산하에 있는 모든 機關의 法律行爲는 國際聯合自体에 귀속된다. 그러므로 休戰協定의 當事者는 바로 國際聯合自体이다. 他方の 當事者는 北韓과 中共이다.¹⁴⁶⁾

(二) 韓國은 休戰協定の 当事者인가

休戰協定과 南北間의 法的關係를 올바르게 이해하기 위해서는 南北間의 關係를 公式적으로 규정한 休戰協定締結의 經緯와 그 根拠를 考察함으로써 알 수 있다. 國際聯合司令官이 休戰協定에 署名한 權限과 그 根拠는 韓國休戰에 參戰한 16個国과 國際聯合사이에 어떠한 特別協定이나 個別的 委任에 의한 것이 아니라 1950년 7월 7일 安全保障理事會의 決議에 의한 것으로 理解되고 있다는 것은 前述한 바와 같다. 그리고 韓國과의 關係에 있어서는 作戰指揮權移讓, 公翰에 의해 休戰協定을 締結할 權限이 作戰指揮權 속에 包含되어 移讓된 것으로 보아야 한다.¹⁴⁷⁾ 비록 國際聯合軍司令官에 대한 作戰 指揮權속에 休戰協定을 締結할 權限이 包含되어 있지 않다고 하더라도 이는 韓國과 國際聯合軍司令官과의 關係이며 國際聯合과 北韓 및 中共과의 關係에서는 그 効力を 다룰 수 없는 것이다. 뿐만 아니라 軍司令官은 一般國際法에 따라 直接軍事에 관한 條約을 締結할 權限이 부여되어 있기 때문에 國際聯合軍司令官이 韓國軍을 위한 休戰協定을 締結한 것은 北韓 및 中共政權과의 關係에서 또한 다룰 수 없다. 國際聯合軍 司令官의 署名에는 韓國을 구체적으로 밝힌 바 없으며 大韓民國은 休戰協定에 反對했다는 점을 고려할 때 韓國은 休戰協定の 法的 当事者가 될 수 없다. 또 韓國代表가 軍事 停戰委員會의 委員으로 參與해 왔으나 이는 國際聯合司令官이 署名한 休戰協定の 규정(第20項)에 의해서 國際聯合軍司令官이 任命한 것이며, 休戰協定の 直接規定으로 委員으로 參加한 것은 아니다. 그

리고 國際聯合軍司令官이 美軍委員으로 任命한다고 해서 美軍이 休戰協定の 当事者는 될 수 없다는 論理와 같다. 이에 대해서는 休戰會談進行中 韓國이 当事者로 包含되지 않는다는 兩側代表의 確認이 있었다.¹⁴⁸⁾ 이것은 어디까지나 軍事的 側面에서 본 것이며, 政治的 側面에서는 韓國은 當然한 当事者가 되는 것이다.¹⁴⁹⁾

(三) 國際聯合軍司令部의 解体와 休戰協定

韓國에 있어서 國際聯合軍司令부의 目的은 1950년 6월 27일 安全保障理事會의 決議(AS/83)에 의하여 南韓을 侵略한 北韓軍을 격퇴하고 國際平和와 安全을 유지하고 回復하는데 있다. 따라서 國際聯合司令부의 主任務는 侵略을 격퇴하기 위한 強制措置를 위한 軍事作戰인 것이다. 그러나 韓國에 파견된 國際聯合軍은 憲章 第42條와 第43條에 의하여 出動된 國際聯合 本來의 國際聯合軍이 아니라 는 것은 前述한 바와 같다.

이 聯合軍은 憲章 第39條에 의거한 安全保障理事會의 有効한 決議에 의하여 出動되고 國際聯合旗의 使用이 許可된 것이므로 國際聯合軍이라 할 수 있다. 이러한 見解에 대해서는 國際聯合을 비롯하여 美国등 16個国 參戰国 뿐만 아니라 北韓과 中共까지도 이를 認定하고 있다. 이러한 國際聯合軍은 國聯本來의 예정한 憲章 第43條에 依 拋한 特別協定이 締結될 수 없는 불가피한 狀況에서는 최선의 集團的 措置의 하나였다.¹⁵⁰⁾

앞에서도 설명한바와 같이 國際聯合軍司令部는 國際聯合의 補助機關일 뿐이며, 어떠한 法的性格도 갖지 않기 때문에 法律行爲의 当事者가 될 수 없다. 따라서 休戰協定の 一方当事者는 國際法上 法人格을 갖는 國際聯合團自身이다. 그런고로 비록 國際聯合軍司令部가 解体된다고 하더라도 國際聯合이 존속하는 한 当事者 問題는 일어나지 않는다.

第四章 南北韓의 法的地位

第一節 序論的 考察

韓國의 統一問題는 단지 우리民族의 至上 課題일 뿐만 아니라 共產陣營에 對決하는 民主陣營의 커다란 課題이기도 하다. 分斷된 韓半島에 있어서 南北의 法的 關係를 論함에 있어서 가장 중요한것 중의 하나가 國際法上 当事者 문제이다. 이문제는 앞으로 南北關係의 諸問題를 다루는데 있어서 先決문제이다. 그것은 不可侵協定 또는 平和條約 締結등 南北間의 法的문제를 풀어나가는데 基本的 土臺가 되기 때문이다. 오늘날 南北問題는 國際聯合司令部라는 畸型物¹⁵¹⁾이 存在하고 있으며 北쪽으로는 北傀政權이라는 地方的 事實上的 政府 (Local De Facto Government) 또는 地方的 政府와 一般的 政府가 各各 主体로 되어 있다.¹⁵²⁾

第二節 南北間의 法的當事者

南北間의 法的 當事者 문제는 매우 미묘한 성격을 띠고 있다. 앞에서도 敍述한바와 같이 韓國事變은 처음에는 內亂의 性格을 띠고 있었으나 韓國을 위하여 國際聯合의 介人과 美國을 위시한 16個國의 參戰이 있었으며 北韓을 위해서 中共이 參戰 하였기 때문이다.

南北은 서로 國家로 승인하고 있지 않으나 大韓民國만을 國家로 보는 國家와 北韓만을 國家로 보는 國家 그리고 南北을 모

두 國家로 보는 國家가 있기 때문이다.

北韓政權이 6월 25일 처음으로 南韓에 대하여 38線 一帶에서 侵略 공격을 개시한 當時의 南北關係는 大韓民國과 北韓政權간의 內亂이었다고 본다. 그 敵對行爲의 主体는 國際聯合에서 唯一한 合法政府로 승인받은 大韓民國과 叛徒團體로서 北韓政權이었다.

北韓政權을 叛徒團體로 보는 理由는 北韓政權을 叛徒團體 (Insurgency)로 승인하는 明示的宣言은 없었다고 하더라도 交戰團體로는 더욱이 보기 어렵기 때문이다. 그리고 叛徒가 交戰團體로서 必要한 要件을 갖추지 못했을 경우라도 一定한 地域을 事實上 占領하고 一定한 政治組織을 가지고 戰爭法規를 遵守하면서 正統政府와 鬪爭할때 그 正統政府 또는 第3國에 의하여 叛徒團體로 승인될 수 있다.¹⁵⁴⁾

한편 6월 25일 같은날 國際聯合安全保障理事會는 北韓當局에 대해 38線 以北으로 즉시 撤軍할것과 敵對行爲의 停止를 要求하는 決議 (S/150)를 함으로써 北韓政權을 國際聯合에 의해 交戰團體로 승인되었다고 본다. 따라서 이와같이 決議가 있는후에 비로서 南北間의 法的關係는 戰爭狀態에 들어가게 되었다. 따라서 그法的主体는 國際法上 主體인 大韓民國과 交戰團體인 北韓政權이다.

1950년 6월 27일 安全保障理事會는 侵略軍의 行動을 저지하기 위하여 國聯加盟國에 대해 武力 공격을 격퇴하고 韓國에 必要한 원조를 提供하라는 決議 (S/1511)를 하였다. 이때의 南北關係는 16個 參戰國의 支援을 받은 大韓民國과 北韓政權間의 戰爭이며

그 法的主体는 또한 国家로써 大韓民国과 交戰团体로써 北韓政權이다.

1950년 7월 7일 安全保障理事會는 北韓의 南韓에 대한 공격은 「平和의 破壞 (A beah of Peace)라고 하고 韓国内의 國際聯合軍을 美国의 統一指揮下에 두고 任務述行중 國際聯合旗의 使用을 승인한다는 결의를 채택하였다. 그후 「트르만」 美国 大統領은 「맥아더」 장군을 國際聯合軍 司令官으로 任命하고 國際聯合軍이 設置되었으며 한편 韓國은 韓國軍의 作戰指揮權을 美国에 移讓하게 되었다. 大韓民国은 作戰指揮權을 美国에 移讓함으로써 그地位는 國際聯合에 자연히 흡수되게 되었다.¹⁵⁵⁾

이때의 南北關係는 國際聯合과 侵略者와의 關係로 되고 이기간의 南北間의 鬭爭은 國際聯合에 의한 侵略者에 대한 集團的 強制指置로 이해되고 法的 当事者는 國際聯合과 侵略者인 北韓政權이다. 그러므로 이當時의 南北關係를 國際聯合軍司令部의 法的存在를 否定하고 16個 參戰國의 存在만을 認定하는 입장¹⁵⁶⁾에 의하면 16個國 參戰國을 포함한 大韓民国 즉 17個國 國家와 交戰 團體인 北韓政權과의 關係로 볼 수 있다.

그러나 1953년 7월 27일 一方을 國際聯合司令官 他方을 北韓軍最高司令官 및 中国人民支援軍司令官으로 하는 軍事休戰協定이 締結되었음으로 公的인 主体는 國際聯合과 北韓政權 및 中共으로 表明 確認 되었다. 國際聯合軍司令官이 休戰協定을 締結할 수 있는 權限은 16個國 參戰國과의 關係에서는 國聯과 參戰國間에

特別協定이나 國家別 委任에 의한 것이 아니라 1950年7月7日 安全保障理事會의 決議에 의하여 한 것으로 되어 있다.¹⁵⁷⁾ 따라서 國際聯合 安全保障理事會의 國際聯合軍司令部 設置決議 및 國際聯合 軍司令官에 의한 作戰指揮權 移讓公翰에 의해 軍事的 側面에서 南北間의 關係는 國際聯合과 北韓政權 및 中共이 法的 主体가 되는 것이다. 그렇다고 韓國이 國際聯合軍이 되는 것도 아니며 또한 韓國이 北韓政權 및 中共과의 關係에서 休戰協定の 法的 当事者が 되는 것은 아니다.¹⁵⁸⁾ 그러므로 軍事的인 側面에서의 法的 当事者和 政治的側面에서의 法的 当事者は 同一한 것이 아니다. 따라서 大韓民國은 政治的 側面에서 南北問題의 当事者인 것이다.

第三節 南北間의 法的 現狀關係

여기서 南北間의 法的 現狀關係란 오늘날 南北關係가 戰時狀態에 있느냐 아니면 平時狀態에 있느냐 하는 문제이다.

筆者는 앞에서 韓國事變의 法的性質을 論하면서 韓國事變에 있어서 國際聯合軍의 행동은 國際聯合軍 對 北韓國軍과 中共軍과의 敵對行爲는 戰爭法이 實際로 適用되었기 때문에 事實上 實質的 戰爭이라는 것을 論述하였다.

韓國事變이 1953年7月27日 休戰協定の 發効로 終止 되었다는 事實은 南北間의 法的·現實的 狀態가 休戰임을 意味한다. 事實的 側面에서 생각해 볼때 休戰協定에 의해서 設置된 軍事停戰委員會가 運營되고 있으며 또한 北韓政權이 平和條約을 提議하여 왔으

며 한편 韓國側에서는 北傀의 提議를 担否하고 있다는 現實을 國際法上 南北間의 關係가 平和的 狀態가 아니며 단지 敵對行爲가 一時的으로 停止된 休戰狀態라고 본다.¹⁵⁹⁾

休戰이란 敵對行爲의 停止를 意味할 뿐만 아니라 戰爭의 終了를 뜻하지 않는다는 것은 一般國際法上의 確立된 原則이며 多數學者에 의하여 是認되고 있다.¹⁶⁰⁾

그외에 美國의 戰爭法¹⁶¹⁾ 英國의 戰爭法¹⁶²⁾에서도 休戰은 部分的 또는 一時的 平和가 아니라 이는 戰爭을 終了함이 없이 단순히 敵對行爲를 停止할 뿐이라고 규정하고 있다. 그리고 各國의 判例에서 보더라도 美國大法院은 Kahn V Anderson, Warden Case (1921)서 '休戰과 敵對行爲의 停止의 結果에 의해 法的意味의 完全한 平和는 招來되지 않는다는 것은 다룰 수 없는 것이다.' 라고 判示했다.¹⁶³⁾ 프랑스 法院은 1944年 11월 3일에 休戰協定은 交戰當事者間의 單純한 敵對行爲의 잠정적 停止를 結果 하며 이는 戰爭狀態의 終了를 가져오지 못한다'고 하였다.¹⁶⁴⁾

이상에서 敍述한바와 같이 南北間의 法的 現實的 狀態는 戰時라고 보아야 할 것이다.

第四節 大韓民國의 正統性根拠

오늘날까지 大韓民國은 北韓과의 關係에 있어서 排他的 正統性 즉 大韓民國만이 唯一合法政府라는 基本立揚을 견지하여 왔다.

1970年 以來 一連의 基本 政策宣言과 共同聲明등 여러宣言이

있었음에도 불구하고 그 基本原則은 不變인것 같다. 後者에 관한 문제는 本橋의 論議의 範圍가 아니기 때문에 여기서는 論外로 하겠다.

그러면 大韓民國政府의 唯一合法性의 原則은 法的인 根據가 있는 것인가 또는 단순한 政治的 考慮에 의한 것인가의 문제가 있다. 筆者는 이에 관하여 具體的인 法的根據가 있다고 본다. 그法的 根據는 基本的으로 南北의 成立過程과 關聯해서 大韓民國의 正統性에 관한 根據를 考察해 보기로 한다.

우선 大韓民國政府의 樹立이 1947年 11月 國際聯合總會의 決議에 따라 實施된 總選舉에 따라 樹立되었다는 事實이다. 이에 반하여 北韓은 처음부터 國際聯合總會의 決議에 반하는 상태에서 형성되었다는 事實이다.

1947年 11月 國際聯合 總會決議 第 195(Ⅲ)號는 다음과 같다.¹⁶⁵⁾ 韓國臨時委員團의 報告에 의하여 채택된 決議에서 總會는 「國際聯合 臨時委員團이 監視하고 協議할 수 있었으며 또한 韓國國民의 大多數가 거주하고 있는 韓國地域에 效果的인 統治와 管轄權을 가진 合法政府가 樹立되었으며 政府는 韓國의 大部分의 選舉人의 自由로운 意思의 妥當한 표현인 選舉에 의한 것으로 그것이 韓國內의 여하한 唯一의 合法政府임을 宣言」하고 있다.

總會는 또 同決議에서 加盟國과 여타의 國家에 대하여 「大韓民國 政府의 外交樹立에 있어서는 (同決議) 그 事實을 감안 하도록 권고 하고 있다.

이決議에 따라 大韓民國 政府가 唯一合法政府임을 宣言한 것이

다. 이것은 一種의 國際社會에 있어서 集團的承認을 받은 것이라 할 수 있다.¹⁶⁶⁾

同決議에서 大韓民國이 唯一한 合法的 政府이라는데 약간의 制限的인 表現이 없는 것은 아니다. 그것은 同決議 前文에서 表現하고 있듯이 「韓國統一이 아직 成就되지 않았다는 事實을 留意」란 표현이다. 그러나 이것이 大韓民國이 合法政府으로써의 基本的인 法的地位에 영향을 준다고는 할 수 없다.

다음 同決議 第 195 (Ⅲ)號의 法的性格에 관하여 검토해 보기로 한다. 이문제와 관련하여 前提가 되는 것은 國際聯合은 韓國問題에 대하여 管轄權이 있는가, 統合의 決議는 法的拘束力 있는가의 문제이다.

먼저 國際聯合은 韓國問題에 관한 管轄權이 있는가. 이문제는 國際聯合 憲章 第 14 條와 관련하여 管轄權이 있다고 본다. 同條는 「總會는 原因如何를 不問하고 一般的 福祉와 各國間의 友好關係를 害할 우려가 있다고 決定하는 어떠한 事態에 대하여서라도 平和的으로 調整하기 위한 조치를 권고할 수 있다」고 규정하고 있다. 本橋 第二章 第三節에서 상세히 敘述한 바와 같이 1947年 미·소共同委員會 결렬후의 韓半島에 있어서 國內事情을 고려할때 前記憲章 第 14 條의 事態에 해당함은 두말할 나위도 없다고 본다. 따라서 國聯總會는 韓半島에 管轄權이 있다고 보아야 할 것이다.¹⁶⁷⁾

다음 國際聯合 總會의 決議는 法的拘束力이 있는가.

總會의 決議는 一般的으로 加盟國에게 法的拘束力을 갖지 못한다. 그러나 이러한 見解가 반드시 絶對的인 것도 아니다. 이에 관해서는 Sloan氏의 「國際聯合 總會決議의 拘束力이라는 那論文에서 다음과 같이 論述하고 있다.¹⁶⁸⁾

「國際聯合 憲章에서 總會의 決議의 拘束力에 관한 直接的인 規定을 찾을 수는 없으나 그렇다고 해서 同決議의 非拘束性이 決定的으로 確立된 것도 아니다. 現段階에서 최대의 主張은 拘束性에 反對的인 推定이 될 수 있다는 것이다. 또한 總會의 決議에 대하여 法的拘束力을 否認하는 경우에도 多數의 意見에 의하면 最小限 Moral Force는 인정하여야 한다는 바, 이러한 道德的 拘束力이란 用語는 法的拘束力이 없다는 것의 間接的인 外交的 表現은 아니라고 본다. 實質的인 내용을 가지는 것이다. 總會決議의 拘束力의 根拠는 그것이 國際社會의 大部分의 國家로 構成된 國際聯合의 主要機關의 意思의 表現이며 또한 그것을 實定國際法의 基調를 이루고 있는 것과 同一한 多數의 考察에 의하여 支持되고 있다는 점에 있다. 또한 集團的 國際意思로서의 總會의 判斷에는 特定國家의 個別意思와는 區分되는 힘이 있는 것이다.」라고 論하고 그는 總論的으로 總會決議의 直接的拘束力은 生成중의 法的拘束力인 것이며 그것은 國際社會가 그에게 法的性格을 부여할 때까지는 法과 道德의 中間的 性格을 갖는다고 한다. 이와같은 觀點은 *Leges latae*가 아니라 *Leges Ferenda* 로써 相當한 客觀的 妥當性이 있다고 볼 수 있다.

이외에도 大韓民國의 正統性의 法的根拠가 되는 條約 및 기타 宣言에 의한 승인을 들 수 있다. 그것은 1949년 1월 1일 美國이 大韓民國 政府를 承認하는 聲明을 發表한 바 있으며 條約으로서는 1965년의 韓日基本關係에 관한 條約 第3條에서도 「大韓民國 政府가 國際聯合總會의 決議 第195(Ⅲ)號에 明示된 바와 같이 韓半島에 있어서 唯一한 合法政府임을 確認한다」고 규정하고 있다. 이것은 韓國의 正統性이 大韓民國에 있음을 法的으로 確認한 것이다. 以上과 같은 南北韓 接觸以前의 法的關係에서 1972年 7月 4日 歷史的인 南北韓 共同聲明이 發表됨으로서 南北關係는 새로운 次元으로 접어들게 되었다.

- (1) 金學俊, 韓半島分斷의 背景 및 分斷固定化 過程에 관한 연구
統一政策 第1卷1號 1975.p.74.
- (2) 外務部, 外交30年 1979.p.14.
- (3) Anthony Eden, The memories of Anthony Eden: The Reckoning
(Boston: Houghton mifflin Co)., 1965, p. 438; Cordell. Hull,
Memories (New York Macmillan Co)., 1948 II. p. 1596.
- (4) 趙淳昇, 38의 誕生과 韓國의 悲劇, 思想界, 11.8. pp.133-145.
- (5) United States, Department of States, Bulletin, Vol. IX
(Washington: U.S GPO), 1943. p. 393.
- (6) 朴觀淑, 獨島의 法的地位에 관한 연구 (延世大學校 大學院), 1968.
p.52: 李漢基, 韓國의 領土 (서울大學校 出版部), 1969.p.264.
- (7) 金明基, 國際法上 南北韓의 法的地位 (萃學社), 1980.p.8.
- (8) U.S. Congress, Senate Committee on Foreign relation, A
decade of American Policy: Basic document, 1941-1949
(Washington D.C U.S. GPO), 1950, p. 50.
- (9) Ibid.
- (10) 金明基, o.p. cit. p. 9.
- (11) 趙淳昇, o.p. cit., p. 140
- (12) W.C. Longsom, Historic Documents of World War II (West-
point: Greenwood) 1958, p. 152.
- (13) 李漢基, op. cit., p. 264: 金明基, o.p. cit., p. 10.
- (14) Robert E. Sherwood, Roosevelt and Hökins: An Intimate
History, (New York: Harper & Bros), 1948, p. 778.
- (15) L.M. Goodrich, Korea: A Study of United States Policy
in the United Nations, (New York: Council on Foreign
Relations), 1956. pp. 11-12: 金明基, op. cit., p. 15.
韓國 分斷에 관해 暫定的인 理解 (Provisional Understanding)
에 도달했다고 본다. New York Times, March 1948 (韓國의 南北
分斷은 알타會談에서 決定되었다고 본다)

- (16) Ibid. 趙淳昇, op. cit., pp. 140-141
- (17) U.S. Department of States, Foreign Relations of the United States, 1945 (Washington D.C, U.S. G.P.O.), 1969. VI P. 1039.
- (18) Ibid.
- (19) J.F Schnadel, United States Army in Korea War: Policy and direction (Washington, U.S. G.P.O), 1972 pp. 8-10.
- (20) Ibid.
- (21) Ibid.
- (22) Harrys Truman, Memories: Years of Trial and Hope Vol. II. (New York Doubleday and Co).., 1956 II. pp. 317-318.
- (23) James F. Byrnes, Speaking Frankly (New York: Haper & Bros), 1947. pp. 221-222.
- (24) 外務部, 韓國外交 30年, p. 18.
- (25) U.S. Department of States, Mosco Meeting of Foreign Minister: December 16-26 1945 (Washington D.C., U.S.G.P.O) 1946. pp. 14-16.
- (26) 外務部, o.p. cit, pp. 19-20.
- (27) Ibid.
- (28) D.G. Tewksbury (comp), Source materials on Korean Politics and Ideologies, (New York: Institute of Pacific Relations 1950) p. 78.
- (29) U.S. Department of States, Korea's Independence (Washington D.C. U.S.G.P.O), 1947, pp. 3-5.
- (30) 金學俊, op. cit., p 87. 外務部, op. at. pp. 20-21.
- (31) U.S. Department Bulletin April, 20, 1947, p. 716
- (32) U.S. Department, Bulletin, Spet. 28, 1947. p. 623.
- (33) 外務部, op. cit., pp. 20-21.

- (34) Ibid.
- (35) Ibid.
- (36) George M. McCune, Korea Today (Cambridge Harvard U. Press 1950) p. 69: 마샬장관의 演說文 全文은, U.S. Dept of States, Korea's Independence, (Washington, U.S.G.P.O) 1947 pp. 15-16.
- (37) Soviet News (ed.,) The Soviet Union and Korean Question (Document) (London: Soviet News 1950) pp. 33-34.
- (38) David, J. Dallin, Soviet Russia and Far East (New Haven: Yale U. Press), 1948. p. 380.
- (39) George, M. McCune, op. cit., p. 69.
- (40) U.S. Dept of state, The Record on Korean Unification (Wash. U.S.G.P.O. 1960) pp. 63-64; Soviet News((ed) op. cit., pp. 39-40.
- (41) Ibid.
- (42) 同決議案의 內容은 다음과 같다.
 (1) 1948年3月31日 이전에 韓國에서 同委員會의 監視下에 人口 比例에 따라 普通選舉 原則과 秘密投票에 의한 總選舉를 實施하고 (2) 選舉後 可及的 빨리 國會를 構成 政府를 樹立하며 (3) 政府는 南北韓의 軍政當局으로부터 政府의 諸機能을 移讓받고 (가) 自體의 保安軍을 組織하며 (나) 가급적 빨리 가능하면 90日 이내에 占領軍이 撤收하도록 한다. (U.S. Official Record, Second Session General Assembly Resolution 112(II), pp.16-18).
- (43) Ibid
- (44) Yearbook of the United Nations, 1948-49, p. 116
- (45) U.N. Document A/806.
- (46) 崔錫, 韓國統一問題에 대한 模索, 新文化社, 1968. p.123.

- (47) 朴東雲, 北韓政治機構論, (고려대학교) 1965. p. 194. 여기서
 朴東雲氏는 「共產主義者들이 이미 1946年부터 單獨政府를
- (48) 樹立하였다고 보고 있다」
 崔 錫, op.cit, p.124.
- (49) Ibid.
- (50) 金昌順 北韓 15年史, 서울 知文閣, 1961. p.215.
- (51) Wilbert. B. Dublin, The Political Evolution of the Pyong
 Yang Government: Pacific Affairs (Dec. 1940). p. 382.
- (52) John, N. Wasburn, The, Soviet Press Views, North Korea
 "Pacific Affairs, March, 1949, pp. 54-55.
- (53) Ibid. pp. 55-56.
- (54) H. Lauterpacht, Oppenheim's International Law, Vol. I.
 8th ed. (Londong: Longmans), 1955. p. 156.: 金明基,
 op. cit., p. 11.
- (55) 條約法에 관한 비인協約 第1條 參照.
- (56) L. McNair, The Law of Treaties, 1961. pp. 207-209.: J.
 Brierly, the law of nations, 1963. pp. 318-319.
- (57) 同條約 第51條 參照.
- (58) 金明基, op. cit., p. 12
- (59) H.W. Briggs, The law of Nations, Cases, Documents and
 Notes, 2nd ed. (New York Appleton), 1952. p. 82.
- (60) Ibid.: 金明基, op. cit., p. 13.
- (61) 金明基, op. cit. p. 22.
- (62) Ibid.
- (63) 배재식, 南北韓의 法的關係 (大韓國際法學會論叢 第21卷),
 1976. p. 228; 大韓民國憲法 第3條 參照.
- (64) 金明基, op. cit. p. 23.

- (65) Ibid.
- (66) G.V. Glahn Law among Nations 3rd ed. (New York Memillan) 1976. p. 71: 배재식, op.cit, p.229.
- (67) 1973年6月23日의 平和統一外交宣言 第7項에서 “...우리가 北韓을 國家로 認定하는 것이 아님을 明白히 해둔다”고 표시했으며, 1974年1月18日 大韓民國의 南北韓不可侵協定 締結提議에 대해 北韓의 1月26日 勞動黨 機關紙인 “勞動新聞”에서 “이는 두개의 韓國을 永久化하는 것이라고 한것은 南北이 相互 國家로 承認하지않고 있음을 意味한다 (金明基, op,cit,p.25.note.86.)
- (68) 裊載湜, 韓國休戰의 法的諸問題, 法學, 第16卷第1號, p.40.
- (69) Lauterpacht o.p. cit., p. 224.
- (70) H. Kelsen, Recend Trends The of the United Nations, 1951. pp. 927-931.
- (71) Ibid. p. 934.
- (72) Charles de Visscher, Theory and Reality in Public International Law: Translated from the French by P.E Corbett, p. 113.
- (73) 李漢基, 韓國休戰協定の 諸問題, (大韓國際法學會論叢 第3號) 1958. pp.63. 79.
- (74) 朴在攝, 戰爭과 國際法 (一潮閣), 1964.p.226.
- (75) Ibid, pp. 284-289.
- (76) Stone, Legal Controls of International Conflict, New York: Holt), 1954. p. 230.
- (77) 橫田喜三郎, 韓國問題와 日本의 將來, pp.27-37 및 pp.68-78.
- (78) Kelsen, op. cit., pp. 927-931.
- (79) 共產主義諸國은 大韓民國의 正統性を 否認하면서 內亂說을 主張한다.

또한 蘇聯은 第428次會議에서 韓國에서의 鬪爭은 内亂이며 國際聯合이 介入하는 것은 違法이라고 力說하였다. (Higgins, United Nations Peace Keeping, 1946-1967, Documents and Commentary II, (Asia, London: Oxford U. Press) 1970. p.175.)

- (80) 裴載湜, op. cit., p. 41
- (81) Kelsen, op. cit., p. 934: 李漢基, op. cit, 50: 裴載湜, op. cit, p. 42.
- (82) 李漢基, op.cit,p.48. 裴載湜, op.cit,p.42.
- (83) 裴載湜, pp. cit. p. 42
- (84) Ibid.
- (85) Ibid. p. 44.
- (86) Constitutional Law Cases and Other Problems, edicted by proferssors of Havard Law School., Vol. III 1953 p. 1629-1651.
- (87) Ibid.
- (88) 李漢基,op. cit., p. 54.: 裴載湜, op. cit, 45
- (89) The Yearbook of world affairs, 1953. p. 62. 李漢基, op. cit. 54.: 裴載湜, op. cit., 45.
- (90) Ibid.
- (91) Ibid.
- (92) 李漢基, op. cit, p. 55
- (93) Ibid.: 法政 第12卷2號 參照.
- (94) Ibid.
- (95) Ibid.

- (96) Ibid.
- (97) Kenlsen, op. cit, p. 927
- (98) Stone, op. cit., p. 234.
- (99) R. Higgins, op. cit., pp. 161-162.
- (100) Military Situation in the Far East, Hearings Before the senate Committee on armed services and the committee on Foreign Relations, 82 Congress I sess. Pt. 5, p. 3373.
- (101) U.S. Dept. Bulletin, Vol. 23 (Aug 7. 1950) p. 206.
- (102) D.M. Bowett, United Nations Forces (London: Stevens), 1964, p. 32.
- (103) Kolsen op. cit. p. 929.
- (104) Stone op. cit, pp. 231-232.
- (105) Ibid.
- (106) Ibid pp. 234-235.
- (107) Ibid pp. 232-233.
- (108) 朴在攝, op. cit., p 234.
- (109) 憲章第28條1項에 의하면 安全保障理事會는 항상 그機能을 遂行할 수 있도록 모든 理事國은 代表를 常駐시켜야 할 義務가 있다. 이와같은 義務를 疎忽히 하고나서 缺席中の 決議에 대하여 合法性如否를 論할 수 있을런지 의문의 여지가 있다.
- (110) 國際聯合의 慣行에 대해서는 贊否兩說이 對立하고 있으나 一般的으로 常任理事國의 棄權은 拒否權의 行使로 보지 않았다. 安全保障理事會가 그 活動을 開始한후 蘇聯이 1950年 1月 13日부터 安全保障理事會에 出席하지 않을때까지 實質事項에 대한 大多數의 決議가 一部 常任理事國의 棄權에도 不

또한 蘇聯은 第428次會議에서 韓國에서의 鬪爭은 内亂이며 國際聯合이 介入하는 것은 違法이라고 力說하였다. (Higgins, United Nations Peace Keeping, 1946-1967, Documents and Commentary II, (Asia, London: Oxford U. Press) 1970. p.175.)

- (80) 裴載湜, op. cit., p. 41
- (81) Kelsen, op. cit., p. 934; 李漢基, op. cit, 50; 裴載湜, op. cit, p. 42.
- (82) 李漢基, op.cit, p.48. 裴載湜, op.cit, p.42.
- (83) 裴載湜, pp. cit. p. 42
- (84) Ibid.
- (85) Ibid. p. 44.
- (86) Constitutional Law Cases and Other Problems, edicted by proferssors of Havard Law School., Vol. III: 1953 p. 1629-1651.
- (87) Ibid.
- (88) 李漢基, op. cit., p. 54.: 裴載湜, op. cit, 45
- (89) The Yearbook of world affairs, 1953. p. 62. 李漢基, op. cit. 54.: 裴載湜, op. cit., 45.
- (90) Ibid.
- (91) Ibid.
- (92) 李漢基, op. cit, p. 55
- (93) Ibid.: 法政 第12卷2號 參照.
- (94) Ibid.
- (95) Ibid.

- (96) Ibid.
- (97) Kenlson, op. cit, p. 927
- (98) Stone, op. cit., p. 234.
- (99) R. Higgins, op. cit., pp. 161-162.
- (100) Military Situation in the Far East, Hearings Before the senate Committee on armed services and the committee on Foreign Relations, 82 Congress I sess. Pt. 5, p. 3373.
- (101) U.S. Dept. Bulletin, Vol. 23 (Aug 7. 1950) p. 206.
- (102) D.M. Bowett, United Nations Forces (London: Stevens), 1964, p. 32.
- (103) Kolsen op. cit. p. 929.
- (104) Stone op. cit, pp. 231-232.
- (105) Ibid.
- (106) Ibid pp. 234-235.
- (107) Ibid pp. 232-233.
- (108) 朴在攝, op. cit., p 234.
- (109) 憲章第28條1項에 의하면 安全保障理事會는 항상 그機能을 遂行할 수 있도록 모든 理事國은 代表를 常駐시켜야 할 義務가 있다. 이와같은 義務를 疎忽히 하고나서 缺席中の 決議에 대하여 合法性如否를 論할 수 있을런지 의문의 여지가 있다.
- (110) 國際聯合의 慣行에 대해서는 贊否兩說이 對立하고 있으나 一般的으로 常任理事國의 棄權은 拒否權의 行使로 보지 않았다. 安全保障理事會가 그 活動을 開始한후 蘇聯이 1950年 1月13日부터 安全保障理事會에 出席하지 않을때까지 實質事項에 대한 大多數의 決議가 一部 常任理事國의 棄權에도 不

拘하고 採擇되었다. 따라서 常任理事國의 棄權은 拒否權의 행사로 볼수 없다는 國際聯合의 慣行이 成立되었다고 볼수 있다. (Kelsen., op cit, p.241.: W.Bowett, op.cit., p.29.: 金明基, op.cit.p.54.note.101.參照)

- (111) Kelsen op. cit., 932: 朴在攝, op. cit., p. 275
- (112) Ibid.
- (113) R.B. Russell, The United Nations and United States Security Police (Washington: Brooking Institution) 1964 p. 339.
- (114) M. Greenspan, the Mordern Law of Lond Warfare, (Berkely and Losangeles: Calif. U. Press), 1959, pp. 10. 25.
- (115) Starke, An Introduction to Int'l Law, (Butterworth) 1958 p. 458.
- (116) Visscher op. cit., p. 115
- (117) Friedman, W. The Changing Structure of Int'l Law, (London: Stovens), 1973. p. 256.
- (118) 金明基, op. cit., pp. 66.
- (119) Stone, op. cit., p. 305.
- (120) 朴在攝, op. cit., p. 291
- (121) 李漢基, op. cit., p. 63.
- (122) 裴載湜, op. cit., p. 52
- (123) R.C.W. Thomas, the War in Korea, 1950-53, (Alder Shot: Gale and Polden 1954, pp. 44-46.
- (124) Ibid, p. 52.
- (125) 이 決議에 따라 停戰三人委員會의 委員으로 國際事務總長 Nasrollah Entesam, Benegal Rav, Lester. B. Pearson이 임명되었다)

- (126) Max. Beloff. Soviet Policy in the Far East (London Oxford U. Press, 1953) p. 204.
- (127) D.W. Bowett, op. cit., p. 47.
- (128) 人民日報 1951年6月25日 및 평양방송 1951.6月27日:
金明基, op.cit, p.87.
- (129) 京鄉新聞 1951年6月28日字 參照 同聲明에서, 韓國政府는 「人爲的 境界로써 韓國을 分割시키려는 平和案은 南北은 勿論 全韓國民이 絶대로 이를 受諾할 수 없다. 韓國의 어느 部分이라도 侵略者의 手中에 남게 하는 提案은 韓國에 對한 侮辱이다. 蘇聯의 指導者들이 現在 追求하고 있는 平和는 그들이 敗戰을 自認하는 것이며 그들은 武力에 의해 達成하지 못한 것을 外交의 陰謀에 의해 成就하려고 하는 것이다」라고 하였다.
- (130) U.S. Dept of Bulletin, 9 July 1951 p. 43.
- (131) Ibid.
- (132) 金明基, op. cit., p. 89.
- (133) New York Times 9 July 1951.
- (134) U.S. Dept of Bulletin, 24 December 1951. p. 1037.
- (135) Ibid, 29 June 1953, p. 906
- (136) Ibid.
- (137) U.S. Dept of Bulletin 3 August, 1953, pp. 132-140.
- (138) Kelsen, op. cit., p. 142.
- (139) I.C.J. Report, 1949 p. 188: UN. Administrative Tribunal Case I.C.J. Report, 1954, p. 57.
- (140) 金明基, op. cit., p. 92
- (141) Ibid.

拘하고 採擇되었다. 따라서 常任理事國의 棄權은 拒否權의 행사로 볼수 없다는 國際聯合의 慣行이 成立되었다고 볼수 있다. (Kelsen., op cit, p.241.: W.Bowett, op.cit., p.29.: 金明基, op.cit.p.54.note.101.參照)

- (111) Kelsen op. cit., 932: 朴在攝, op. cit., p. 275
- (112) Ibid.
- (113) R.B. Russell, The United Nations and United States Security Police (Washington: Brooking Institution) 1964 p. 339.
- (114) M. Greenspan, the Mordern Law of Lond Warfare, (Berkely and Losangeles: Calif. U. Press), 1959, pp. 10. 25.
- (115) Starke, An Introduction to Int'l Law, (Butterworth) 1958 p. 458.
- (116) Visscher op. cit., p. 115
- (117) Friedman, W. The Changing Structure of Int'l Law, (London: Stovens), 1973. p. 256.
- (118) 金明基, op. cit., pp. 66.
- (119) Stone, op. cit., p. 305.
- (120) 朴在攝, op. cit., p. 291
- (121) 李漢基, op. cit., p. 63.
- (122) 裴載湜, op. cit., p. 52
- (123) R.C.W. Thomas, the War in Korea, 1950-53, (Alder Shot: Gale and Polden 1954, pp. 44-46.
- (124) Ibid, p. 52.
- (125) 이 決議에 따라 停戰三人委員會의 委員으로 國際事務總長 Nasrollah Entesam, Benegal Rav, Lester. B. Pearson이 임명되었다)

- (126) Max. Beloff. Soviet Policy in the Far East (London Oxford U. Press, 1953) p. 204.
- (127) D.W. Bowett, op. cit., p. 47.
- (128) 人民日報 1951年6月25日 및 평양방송 1951.6月27日 :
金明基, op.cit., p.87.
- (129) 京鄉新聞 1951年6月28日字 參照 同聲明에서, 韓國政府는 「人爲的 境界로써 韓國을 分割시키려는 平和案은 南北은 勿論 全韓國民이 絶대로 이를 受諾할 수 없다. 韓國의 어느 部分이라도 侵略者의 手中에 남게 하는 提案은 韓國에 對한 侮辱이다. 蘇聯의 指導者들이 現在 追求하고 있는 平和는 그들이 敗戰을 自認하는 것이며 그들은 武力에 의해 達成하지 못한 것을 外交的 陰謀에 의해 成就하려고 하는 것이다」라고 하였다.
- (130) U.S. Dept of Bulletin, 9 July 1951 p. 43.
- (131) Ibid.
- (132) 金明基, op. cit., p. 89.
- (133) New York Times 9 July 1951.
- (134) U.S. Dept of Bulletin, 24 December 1951. p. 1037.
- (135) Ibid, 29 June 1953, p. 906
- (136) Ibid.
- (137) U.S. Dept of Bulletin 3 August, 1953, pp. 132-140.
- (138) Kelsen, op. cit., p. 142.
- (139) I.C.J. Report, 1949 p. 188: UN. Administrative Tribunal Case I.C.J. Report, 1954, p. 57.
- (140) 金明基, op. cit., p. 92
- (141) Ibid.

- (142) Kelsen, op. cit., p. 463
- (143) D.W. Bowett, op. cit., p. 47.
- (144) 柳炳華, 國際法總論, 一潮閣, 1981.p.804. 共通된 問題로써
비엔나協約 第47條에 規定하고 있다.
- (145) 金明基, o.p. cit, p. 94.
- (146) Ibid.
- (147) Ibid.
- (148) Conference at Panmanjom en Armstice Proposal 17, 12 July,
1953. pp. 1442-1443.
- (149) 金明基,o.p. cit. p. 95
- (150) R. Higgins, o.p. cit., pp. 176-177.
- (151) L.M. Goodrich, op. cit., p. 119.
- (152) Ibid.
- (153) 金明基, op. cit., p. 101.
- (154) Kelsen, Principle of International Law, 1968 pp. 75-76:
金明基, op. cit., p. 50 Note 9參照)
- (155) U.S. Dept of Bulletin, 7 Aug. 1950 p. 206.
- (156) 1950年6月29日字로 蘇聯外務長官이 國聯事務總長에게 보낸
電文에 의하면 6月27日의 決議(S/1511)는 中國政府와
蘇聯의 兩常任理事國이 不參한 가운데 가결된 이決議는 法的
效果가 없으며 國聯憲章을 破壞하는 것이라고 主張했다.
(R.I.I.A. Documents for 1950.p.655: 金明基, o.p.cit.,
p.54. note 19).
- (157) L.M. Goodrich, op. cit., p. 183; 金明基, op. cit., p.
54
- (158) Ibid.
- (159) 여기서 말하는 南北은 休戰協定の 法的 當事者를 말한다.

韓國은 作戰指揮權 移讓에 의한 南側 法的 當事者인 國際聯合과 連結되어 있다. (金明基, o.p.cit, p.106. note.19, 19a. 參照)

- (160) C.G. Fenwick, *International Law*, 4th ed., (New York: Appleton), 1965 pp. 690-91; L. Monair, *Legal Effect of War*, (Cambridge: Cambridge U. Press), 1938, p. 5. H. Kelsen, *Principle of International Law*, 2nd ed., (New York: Holt, 1967, pp.92-93. G.V. Glahn op cit., pp. 547-75. : 다만 Stone은 休戰은 戰爭終了方法의 하나로 보고 있다. (J.Stone.Op cit., pp.639-46.)
- (161) U.S. Dept of the Army, *the law of Londwarfare* (Washington: U.S.G.P.O, 1957) p. 172.
- (162) Great Britain, War Office, *The Law of War on Lond* (London: H.M.S.O. 1958), p. 127.
- (163) 金明基, op. cit., p. 108.
- (164) Ibid.
- (165) GA/195 II
- (166) 承認의 集團의 性格에 如否에 關係서는 金明基, op.cit, p.155. 參照.
- (167) 金東熙, 大韓民國의 正統性에 關한 法的 根據, 國土統一院, 1976.p.32.
- (168) Ibid. pp. 33-34 에서 再引用.

和解政策과 南北韓의 法的 關係

研究執筆責任：張 基 鵬
(成均館大 教授)



目 次

I. 序 論

II. 南北赤十字会谈과 南北韓의 法的 關係

1. 南北赤十字会谈의 成立背景

2. 南北赤十字会谈 合議의 法的 性質

3. 南北赤十字会谈 合議에서 發生하는 法的 問題

III. 7.4 共同声明과 南北韓의 法的 關係

1. 7.4 共同声明의 合意内容과 合意의 法的 性質

2. 7.4 共同声明에서 發生하는 法的 問題

IV. 6.23 宣言과 南北韓의 法的 關係

1. 6.23 宣言의 内容과 法的 性質

2. 6.23 宣言에서 發生하는 法的 問題

V. 結 論



I . 序 論

위의 問題에 關하여 이 글을 씀에 있어서 먼저 ‘南北韓’이라는 말과 ‘和解’라는 말의 뜻을 밝힐 必要가 있다.

西紀 676年 新羅가 韓半島에서 統一國家를 이룩한 이래 高麗, 朝鮮을 거쳐 1897年 以後의 大韓帝國 隆熙 4年 1910年에 이르기까지 여러번의 외침에도 불구하고 韓民族은 單一民族國家體制 밑에서 共同生活을 하였다.

그러나 1910年 8月 22日에 日本의 強壓으로 이루어진 日韓併合條約에 의하여 韓民族은 36年間の 日本의 植民地統治를 받았다.¹⁾

1945年 8月 15日에 日本은 韓國의 自由와 獨立保障을 包含한 Cairo 宣言(1943.12.1)과 Potsdam 宣言(1945.2.26)의 降服文書를 受諾함으로써 韓國에 對한 統治權을 喪失하였고, 그 반면에 韓半島는 38°線을 境界로 南에는 美軍, 北에는 蘇聯軍이 進駐하여, 南과 北으로 分斷되어 各各 그들의 占領軍統治를 받게 되었다. 이러한 分割占領을 終息시키고, Cairo, Potsdam 宣言의 決議에 따라 韓國을 자유로운 獨立國으로 만들기 위하여, 1945年 12月 27日에 Moscow에서 열린 美·英·蘇 三國外務長官會議는, 全體 韓民族의 큰 失望과 極烈한 反對運動을 불러일으킨, 韓半島에 對한 信託統治案을 採択하였고, 그것을 實現하기 위하여 1946年 3月에 서울에서 ‘美·蘇共同委員會’를 開催하였으나 失敗로 끝나고, 결국 韓半島 統一 獨立政府 樹立問題는 UN으로 이관되었다. UN總會는 1947年 11

月 14 日에 ‘UN 臨時韓國委員團’ (United Nations Temporary Commission on Korea) 의 設置와 ‘韓國總選舉’ 에 관한 決議를 採択하였다.

위의 決議에 따라서 38° 線 以南에선 1948 年 5 月 10 日에 UN 臨時韓國委員團의 監視 아래 總選舉가 實施되어 國會가 組織되고, 같은 해 7 月 17 日에 大韓民國 憲法이 制定 宣布되어, 그 憲法에 따라 8 月 15 日에 大韓民國의 樹立이 内外에 宣布되었다.²⁾ 그 반면에 UN 臨時韓國委員團의 진입이 蘇聯의 軍政當局에 의하여 拒否된 38° 線 以北에선 共產主義라는 思想的 武器와 物理的 武器로 교묘하게 남의 國家를 侵略하여 支配權을 擴張하는데 능숙한 霸權主義 國家 蘇聯이 訓練시켜서 그의 軍隊를 北韓 地域에 進주시킬 때 함께 들여보낸 金日成 (本名 김성주) 이³⁾ 北韓 住民의 意思에 의해서가 아니라 蘇聯의 武力의 뒷받침으로 1948 年 9 月 9 日에 소위 ‘朝鮮民主主義人民共和國’ (아래에서 北韓이라고 부른다) 이라는 蘇聯의 꼭두각시, 傀儡政權을 樹立하였다.

以上과 같은 經路를 거쳐서, 日本의 植民地統治에서의 解放과 더불어 單一國家를 樹立하였어야 할 韓民族은 美·蘇 兩國의 外勢에 의하여 38° 線을 境界로 大韓民國과 北韓으로 分斷되었으며, 이러한 分斷은 6.25 動亂으로 38° 線이 ‘韓國軍事停戰協定’ (1953.7.27) 의 軍事分界線으로 代치된 이후에도 여전히 狀態이다.

이 글에서 ‘南北韓’ 이라는 말은 위에서 說明한 大韓民國과 北韓을 줄여서 쓴 것이다.

‘和解’라는 말은 우리말큰사전(을유문화사)에 ① 어수선하던 다
툼질을 품, ② (法) 訴訟当事者が 서로 양보하여 紛爭을 풀어
버림이라고 정의내려졌는데, 이 글의 問題에서 쓰인 ‘和解’(Ami-
cable Settlement)라는 말은 南北韓이 統一에 관하여 서로 엇
갈린 見解를 가짐으로써 發生하는 紛爭(Dispute), 摩擦(Fricti-
on) 또는 事態(Situation)를 서로 양보 妥協함으로써 平和的으
로 解決하는 것이라고 정의내릴 수 있을 것이다.

南北韓 統一問題의 解決에 관하여 다음과 같은 다섯가지 方法을
생각할 수 있다.

첫째 意見의 對立이 너무 極烈하여 全然 타결될 展望이 없으므
로 統一을 断念하여야 한다.

둘째 一방이 相對方의 主張을 그대로 受諾하여 締結한다.

셋째 一방이 相對方의 主張을 認定하지 않지만 平和를 위하여 자
기의 主張을 拋棄하여 解決한다.

넷째 雙方이 서로 讓步 妥協하여 解決한다.

다섯째 一방이 相對方에게 武力의 威脅 또는 使用을 하여 자신
의 解決方法을 相對方에게 強要한다.

위에서 다섯가지 方法을 提示하였지만 南北韓 사이의 對立狀況에
비추어 볼 때, 둘째 方法은 期待할 수 없는 것이라고 할 수 있
고, 셋째 方法은 경우에 따라서는 있을 수도 있는 것이지만 역시
期待할 수 없는 것이다. 따라서 첫째, 넷째 및 다섯째 方法이 檢
討의 대상이 될 수 있다.

첫째 방법은 統一方法이라고 하기 보다 오히려 統一拋棄論이다. 北韓의 6.25 南侵, 頻繁한 休戰線 侵犯, 武装게릴라와 間諜의 南派, 對南誹謗放送 및 不穩宣傳文 撒布등의 사실을 고려한다면, 北韓과 統一을 위한 어떤 妥協을 圖謀한다는 것이 無意味한 정력의 浪費이므로, 周辺情勢나 그들 内部에 어떤 本質的 큰 變動이 생기지 않는 한 北韓과 一體의 接觸을 할 必要가 없다는 主張이 成立된다. 그러나 이런 고식적이고 消極的인 主張은 第5 共和國 憲法 前文의 '祖國의 平和的 統一과 民族中興의 歷史的 使命' 같은 憲法 第38 條 ③의 "大統領은 祖國의 平和統一을 위한 誠實한 義務를 진다" 그리고 5,000 萬 은 겨레의 한결같은 統一의 渴望등에 비추어 볼 때, 修正 變更되어야 마땅하다는 結論에 이르게 된다.

다섯째 방법은 쉽게 말해서 武力統一論이다. 고래로 統一되어야 마땅한 要素를 갖춘 分裂 또는 分斷된 國家들이 平和的 方法이 아니라 武力으로 統一된 歷史的 事實에⁵⁾ 비추어 볼 때 武力統一이 分裂 또는 分斷된 國家들을 쉽고 간결하게 統一하는 方法이 된다는 主張이 있을 수 있다. 1950年 6月 25日에 北韓이 大韓民國을 侵攻한 것이 바로 그런 主張에서 연유된 것이라고 할 수 있다. 그러나 20世紀前의 國家 사이의 武力鬪爭은 주로 職業戰士들 사이의 局限된 鬪爭으로 勝負의 판가름이 났었지만, 第1次 世界大戰以後의 國家間의 鬪爭은 全面總力戰의 樣相을 띠게 되었으며 특히 最近에 이르러 現代武器의 殺傷 破壞能力은 鬪鬪員과 非鬪鬪員, 鬪鬪地域과 非鬪鬪地域의 區別없이 交戰當事者의 國民과 財産에 大하

여 형언하기 어려운 程度의 비참한 結果를 發生시킬 수 있다. 이러한 事實을 銘心한다면 民族의 統一이 아무리 重大한 課業이라고 하더라도, 武力統一은 바람직한 것이 못된다는 結論을 내릴 수 있다.

위에서 첫째와 다섯째 方法을 檢討함으로써, 南北統一問題는 '雙方이 서로 讓步 妥協하여 締結한다'는 네째 方法으로 解決되는 것이 가장 바람직하다는 結論을 얻게 되었으며, 이 글에서 '和解政策과 南北韓의 法的關係'라는 論題를 다루게 된 것도 바로 그런 結論에 順應되는 것이라고 할 수 있다.

南北韓의 統一問題는 여러 方法으로 檢討될 수 있다. 이 글에선 '和解政策과 南北韓의 法的關係'라는 論題 밑에서 ① 南北赤十字會談과 南北韓의 法的關係, ② 7.4 共同聲明과 南北韓의 法的關係, ③ 6.23 宣言과 南北韓의 法的關係라는 세 局限된 問題를 주로 法的 角度에서 차례로 檢討하고 끝의 結論 部分에서 大韓民國이 北韓과 接觸하는데서 發生하는 法理論上的 矛盾點을 解消시킬 수 있는 方法을 檢討하기로 한다.

Ⅱ. 南北赤十字會談과 南北韓의 法的 關係

1. 南北赤十字會談의 成立背景

第2次 世界大戰以後의 世界情勢는 冷戰時代라고 불리워졌드시, 東西 兩陣營이 예리하게 對立하여 妥協을 하지 않으려는 兩極化 現象을 形成하였다. 이와 마찬가지로 第2次 世界大戰의 結果로 獨逸은 獨逸聯邦共和國 (Die Bundesrepublik Deutschland) 과 獨逸民主共和國 (Die Deutsche Demokratische Republik) 으로, 大韓帝國의 領土이었던 韓半島는 大韓民國과 北韓으로 分離되어 各各 서로 날카롭게 對立하여 相對方의 國際的 人格을 全然 認定하지 않는 非妥協的 政策을 취하였다. 西獨은 그 當時의 그런 政策을 Hallstein Doktrin (西獨과 公式 外交關係를 맺고 있는 第3國이 다시 東獨과 外交關係를 맺는 것은 獨逸의 分割을 심화하는 非友好的 行爲로 看做한다는 原則) 으로 正형화하였으며⁶⁾, 大韓民國은 憲法 第3條에서 “大韓民國의 領土는 韓半島와 附屬島嶼로 한다” 로 北韓은 그의 憲法 第103條에서⁷⁾ “朝鮮民主主義人民共和國의 首都是 서울이다” 라고 規定하여 南北韓이 서로 各各 唯一合法性和 單一主權 (單一代表權) 을 主張함으로써 相對方을 不法團體로 看做하는 極端的인 對立狀況을 이루었고 이런 對立狀況은 6.25 動亂을 契機로 東西獨關係에 比할 수 없을 정도로 한층 더 날카롭게 極烈化 되었다.

以上과 같은 극심한 對立狀況은 東·西 兩陣營의 對立의 副産物 이라고 할 수 있으므로 그런 對立狀況의 變遷에 따라 變更될 수도 있는 것이다. 1956年의 蘇聯의 第20次 全党大會에서 Khrushchev가 “帝國主義가 存在하는 한 戰爭은 불가피하다”는 Marx-Lenin主義를 뒤엎고 “戰爭은 宿命적으로 불가피한 것이 아니다”라는 平和共存理論을 提唱한 後 東西의 極端的 對立은 점차로 緩和하기 시작하여 兩極化에서 多極化의 現象이 일어나게 되었고 드디어는 1970年代에 들어서면서 社會體制를 달리하는 國家 사이의 對立과 紛爭을 平和적으로 解決하려는 緊張緩和現象, 다시 말하면 데탕트(détente) 現象이 나타났으며⁸⁾, 이런 現象은, 獨逸의 경우, ① 1960年頃부터의 Hallstein原則의 變更 또는 弛양, ② 1972年 12月 21日의 ‘獨逸聯邦共和國과 獨逸民主共和國間의 關係의 原則에 관한 條約’締結⁹⁾, ③ 1973年 9月 18日의 東·西獨逸의 UN 同時加入등의 東·西獨 關係에 있어서 統一을 위한 友好的이며 發展的 業績들을 이룩할 수 있도록 하였으며, 韓半島의 경우는, 1970年 8月 15日의 朴大統領의 ‘平和統一의 基盤造成을 위한 接近方法에 관한 構想宣言’을 기점으로 하여, ① 1971年 8月 12日의 大韓赤十字社 崔두선총재의 南北赤十字會談 提議, ② 1972年의 7.4 共同聲明, ③ 1973年의 6.23 宣言등이 연이어 發表되면서, 南北韓 사이의 和解의 門을 열리게 하였다.

2. 南北赤十字會談·合議의 法的 性質

大韓赤十字社는 ‘大韓赤十字社 組織法’ (1949.4.30 - 法律 第25号)에 의하여 組織된 準 政府團體 (Semi-governmental Organization)라고 할 수 있지만, 그 組織法 第6条의 “大韓赤十字社는 法人으로서의 当事者能力 訴訟能力 其他 모든 能力을 保有하는 외에 다음의 權限을 保有한다……”는 規程에 비추어 볼 때 民法上的 法人이며, 北韓赤十字會도 北韓에서 대체로 그와 같은 法的 性質을 가지는 團體라고 할 수 있을 것이다. 따라서 1971年 8月 12日에 大韓赤十字社가 北韓赤十字會에 대하여 1,000萬 南北 離散家族들의 實態를 確認하고 이들의 소식을 알려주며 再會를 알선하는 ‘가족찾기운동’을 協議하기 위하여 會談할 것을 提議한 것은 民法에서 말하는 請約에 該當되는 것이며, 8月 14日에 北韓赤十字會가 그 提議를 受諾한 것은 承諾에 該當되는 것이므로 그런 請約과 承諾에 의하여 雙方 当事者間에 契約이 成立된 것이라고 할 수 있으나 嚴密한 뜻에 있어서 그 契約의 効力은 雙方 赤十字社의 代表들이 1971年 8月 20日 12時에 板門店에서 請約과 承諾의 聲明書를 서로 交換하였을 때 (請約, 承諾의 도달주의) 發生하였다. 그러나 그 契約의 內容(目的)은 大韓赤十字社가 提案한 것과 어느 정도 다른 것으로 變更된 것이라는 解釋이 있을 수 있다.

北韓赤十字會가 8月 14日의 承諾 聲明에서 ‘가족찾기운동을 포함하여’ 다음과 같은 問題도 討議하자고 提議를 하였다.

첫째, 南北으로 흩어진 家族들과 親戚, 親友들의 자유로운 來往과 互相訪問을 實現하는 問題,

둘째, 南北으로 흩어진 家族들과 親戚, 親友들의 자유로운 書信去來를 實現하는 問題,

셋째, 貴下가 提議한 家族들을 찾아주고 상봉할 수 있는 기회를 마련해 주는 問題¹⁰⁾,

위의 세 가지 提議中 셋째 提議는 大韓赤十字社의 것과 같은 것이므로 첫째, 둘째 提議가 承諾에 添附된 條件이라고 解釋되며, 그 두 條件은(다시 大韓赤十字社의 承諾으로 契約의 効力を 發生할 수 있는) 北韓赤十字會의 새로운 請約에 該當된다. 따라서 大韓赤十字社가 8月20日에 板門店에서 雙方 聲明書를 交換할 當時 그 두 條件에 대하여 아무런 言及이 없었다면 그 두 條件을 묵시적으로 承諾한 것으로 解釋할 수 있다.

이상과 같은 南北赤十字社 사이의 契約에 의하여 비록 그것이 南北韓의 法 秩序안에서 各各 存在하는 法人 사이에서 이루어진 것이라 하더라도, 雙方 当事者는 그 契約을 遵守할 法的 義務를 지며, 南北韓 雙方 政府도 離散家族 相互間의 소식전달이나 再會를 위한 조회의 편의를 提供하여야 하며 그런 事業에 從事하는 團體의 事業을 獎勵할 法的 義務를 지고 있다.¹¹⁾ 뿐만 아니라 1952年 1957年 및 1965年에 開催된 '赤十字國際會議' (ICRC)에서 '離散家族의 再會'라는 表題의 決議를 연쇄적으로 採択하여 위에서 說明한 제네바協約 規程의 具體적인 實踐을 締約國 政府와 國內 赤

十字社들에게 建議, 要求 또는 促求하였다는 事實과, 1974년에 開催된 ‘國際人道法專門家會議’가 決議 第2号에서 離散家族 再會에 관한 專門家會議는 “大韓赤十字社와 北韓赤十字會가 1971年8月以來 會談을 開催하여 南北으로 흩어진 家族들과 親戚들의 住所와 生死의 調査 및 通報, 그들 사이의 자유로운 訪問과 자유로운 상봉 및 자유로운 書信去來의 實現 그리고 人道的으로 解決할 問題를 討議하기로 合議한 것을 지극히 만족하게 여기며, …………… 會談 雙方은 赤十字 基本原則과 위에서 든 赤十字國際會議에서 採択된 離散家族에 관한 諸 決議事項 뿐만 아니라 人權 및 國際人道法의 基本原則을 견지하여 會談을 이끌어 나가기를 권고한다”¹²⁾는 決議를 採択하였다는 것은, 南北韓 政府나 雙方 赤十字社들에게 嚴密한 뜻에 있어서의 法的 義務를 지우는 것은 못된다 하더라도, 그들이 ‘離散家族 問題를 어떻게 다루고 처리해야 한다는 當爲的 方向을 잘 提示해 주는 것이라고 하겠다.

3. 南北赤十字會談 合議에서 發生하는 法的問題

大韓赤十字社 최두선총재가 北韓赤十字會에 대하여 會談을 提議한 것과 관련하여 두가지 問題를 생각할 수 있는데, 그 하나는 崔總裁의 그런 行爲가 大韓民國法 第3條, 國家保安法(1960.6.10-法律 第549号) 第1條 및 反共法(1961.7.3-法律 第643号) 第4條등에 비추어 어떻게 解釋되어야 하느냐 하는 것이고, 다른 하나는 政府가 崔總裁의 그런 行爲를 許諾하고 會談 進行에 協助한

사실을 위에서 든 法들에 비추어, 어떻게 評價하여야 하느냐 하는 것이
것이다.

大韓民國 憲法 第3條의 “大韓民國의 領土는 韓半島와 附屬島嶼
로 한다”라는 규정에 비추어 볼 때 軍事分界線 以北에서 統治權
을 행사하고 있는 北韓은 國家保安法 第1條에 規定된대로 政府를
잠칭하거나 國家를 變亂할 目的으로 組織된 結社 또는 團體, 다시
말하면 ‘反國家團體’이며 그런 團體의 法에 따라 組織되고 監督
을 받는 北韓赤十字會도 名稱이야 어떻든 같은 범주에 속하는 團
體라고 解釋할 수 있다. 이런 解釋論을 따른다면, 崔總裁가 가족
찾기운동을 위하여 그런 團體에게 會談을 提議한 것은, 그 團體를
人道的 問題의 協議相對로 부각시켜 줌으로써 그것을 이루게 하는
行爲로 看做될 수 있는 것이므로, 反共法 第4條에 저촉되는 行爲
로 解釋될 수 있다.

崔總裁가 南北赤十字會談 提議의 聲明을 發表하고 記者들과의 會
談에서 “南北赤十字社 代表會議 提議는 政府와 事前 協議한 것인
가?”라는 質問에 崔總裁가 “……이러한 悲劇의 解消를 위한 赤
十字社로서의 努力과 所望을 政府에 表示한 結果 政府는 순수한 人
道的 견지에서 積極 協助해 줄 것을 確約해 주었다”고 대답하였
는데 이런 答辨의 內容은 崔總裁의 그런 提議를 政府가 事前에 許
諾한 것으로 解釋할 수 있다. 그렇다면 政府도 崔總裁의 경우나
마찬가지의 法에 저촉되는 行爲를 한 것이라는 解釋이 있을 수 있
다. 그러나 政府는 앞에서 說明한 바와 같이 ‘戰時 民間人의 保

護에 관한 條約' 第 25 條와 第 26 條에 의하여 赤十字社의 그런 人道的 事業을 協助 獎勵할 法的 義務를 지고 있으므로, 그런 許諾을 한 것이 '國際法도 國內法과 同一한 効力을 가진다'는 當時 現行 憲法 第 5 條 1 項의 規程에 의하여 合法的인 것으로 解釋될 수 있다는 견해가 있을 수 있다. 그러나 이렇게 解釋할 경우에도 法律과 國際法의 優先順位 그리고 憲法의 領土 條項과 國際法의 優先順位에 관한 複雜한 問題가 提起될 수 있는 것이다.

崔總裁의 南北赤十字會談 提議의 適法性 与否에 관하여 정계, 법조 조계 및 一般社會에서 아무런 論議가 提起된 사실이 없고, 온 國民이 大韓赤十字社의 그런 가족찾기운동에 대하여 열광적인 찬의를 표명하였다는 것은 사실이다. 그러나 그런 사실들은 崔總裁의 會談提議나 政府의 그것의 許諾을 適法化하는 直接的 効力을 가질 수 없는 것이다.

南北赤十字會談 合議에 관하여 이상과 같은 난처하고도 거북한 法 解釋이 成立되었는데, 이런 거북한 法 解釋을 克服하여 줄 수 있는 突破口가 1972年 11月 24日에 改正된 憲法에 의하여 열리게 되었다. 그 改正 憲法 前文에 '..... 우리 大韓民國은..... 祖國의 平和統一의 歷史的 使命에 입각하여.....' 라는 문구가 插入되었고, 第 43 條③에 "大統領은 祖國의 平和統一을 위한 誠實한 義務를 진다"는 條項이 설정되었다. 만일에 이런 條項이 南北赤十字會談 合議 當時에 있었다면, 崔總裁가 南北赤十字會談을 提議한 것과 大統領(政府)이 그 提議를 許諾한 行爲가 法的 根拠에 입각

된 것이라는 解釋이 可能하다. 大統領은 그의 祖国의 平和的 統一을 위한 誠實한 義務의 遂行方法으로 그런 會談提議를 許諾할 수 있으며, 이런 大統領의 憲法에 입각한 權限은 法律의 상위에 있는 것이므로, 國家保安法이나 反共法에 입각하여 論議될 性質의 것이 아니며, 그 權限이 領土條項과는 여전히 저촉되는 것으로 생각할 수도 있으나, '祖国의 平和統一의 歷史的 使命'이라는 憲法 前文의 基本精神에 비추어 볼 때 그런 大統領의 權限은 領土條項의 拘束을 받지 않는 것으로 解釋할 수 있으며, 따라서 崔總裁가 그런 權限의 행사에 該當하는 許諾을 받고 南北赤十字會談을 提議한 것도 당연히 適法化될 수 있다.

이상과 같이 南北赤十字會談의 合議가 大韓民國側에서는 1972年의 憲法改正으로 法的 뒷받침을 받게 되었으며, 平和統一의 原則이 명문으로 憲法에서 천명되었다. 이런 平和統一을 위한 法的 制度의 裝置는 1980年 10月 25日의 第5共和國 憲法에서도 그대로 繼承되었다.

Ⅲ . 7.4 共同聲明과 南北韓의 法的 關係

1. 7.4 共同聲明의 合議內容과 合議의 法的 性質

서울側 이후락 情報部長과 平壤側 金英柱 勞動黨組織指導部長 사이의 非公式會談으로 合議되어 1972年 7月 4日에 公표된 이른바 7.4 共同聲明은 다음과 같이 要約될 수 있을 것이다.

(1) 祖國統一의 原則 合議

- ① 統一의 自主的 解決
- ② 平和的 統一方法의 實現
- ③ 民族的 大團結

(2) 相對方에 대한 非暴과 武力挑發의 拋棄와 防止

(3) 南北間의 諸般交流의 實施

(4) 南北赤十字會談의 支援

(5) 直通電話 架設

(6) 南北調節委員會 設置

(7) 合議事項의 誠實한 履行

7.4 共同聲明의 內容을 以上과 같이 要約하였지만, (7)의 ‘合議事項의 誠實한 履行’은 UN憲章 第2條 2項의 “모든 會員國은 ……이 憲章에 따라서 지워진 義務를 誠實하게 履行하여야 한다”는 規定과 같은 意義를 가지는 것으로서 ‘약속은 지켜야 한다’(Pacta Sunt Servanda)는 根本規範이 國際的 合議나 國內的 合議의 前提條件이 되어 있다는 理論에 비추어 볼 때 約束遵守를 約束當事

者들이 공언 確認하는 宣言的 效果를 가지는 것이고, (5)와 (6)의 内容은 目的 達成을 위한 手段 또는 制度的 意義를 가지는 것이며, (4)는 이 声明에선 부수적 뜻을 가지는 것이라고 할 수 있으므로, (1), (2) 및 (3)이 이 声明의 核心内容을 이룬다.

7.4 共同声明의 合議는, 그 声明의 끝에서 表現된 바와 같이 形式上으로는 이후락과 김영주 사이에서 이루어진 것으로 보이지만 實質적으로 보면 그들이 '서로 상부의 뜻을 받들어' 合議한 것이고 그 서로의 상부가 大韓民國의 大統領 그리고 北韓의 首相이라고 할 수 있으므로¹³⁾, 결국 大韓民國과 北韓의 代表者 사이에서 權利, 義務를 設定한 声明(Declaration), 形式의 条約(Treaty) 또는 協定(Agreement)이라고 할 수 있다.¹⁴⁾ 그렇다면 왜 条約締結의 경우와 같이 국가원수로부터 全權위임장(Full Powers)을 부여받은 雙方의 全權대사(Plenipotentiary)들이 會談하여 条約内容을 確定하고 全權대사의 名의로 서명을 한 후 국가원수의 基準으로 条約을 締結하는 것과 같은 정상적 方法을 쓰지 않았느냐 하는 疑問이 있을 수 있다. 그러나 그런 疑問에 대한 答辨은 분명하다. 南北韓은 앞에서 說明한 바와 같이 서로 相對方을 國家로 相對하여서는 안 될 憲法의 領土條項을 가지고 있으며, 서로 正統性을 가지고 있다고 主張하고 서로 相對方을 傀儡政權이라고 불려온 터이므로 7.4 共同声明 合議文書의 끝에 '大韓民國 全權대사 이후락', '朝鮮民主主義人民共和國 全權대사 김영주'라고 記入하고 서명할 수 없기 때문에 '서로 상부의 뜻을 받들어'라는 어물적인 용어를 쓰

게 된 것이라고 할 수 있다.

7.4 共同声明이 南北韓 사이의 公式合議라고 하는데는 위에서 說明한대로 이후락과 김영주가 '서로 상부의 뜻을 받들어' 그 声明에 서명하였기 때문만은 아니다. 그 共同声明 第(6)에서 統一問題를 解決할 目的으로 設置될 南北調節委員會가 國家의 重要한 公적 任務를 띤 이후락 中央情報部長과 김영주 勞動黨組織指導部長(副首相 박성철로 대리될 수 있는 정도의 職位)을 共同委員長으로, 構成하도록 合議된 것과 별도의 '合議書'에서 雙方은 南北調節委員會會議의 委員(副委員長, 幹事委員, 委員)들을 「長官 또는 次官(北韓의 경우는 상 또는 부상)級으로 任命하기로」 合議한 사실은¹⁵⁾ 이 声明의 合議가 雙方 当事者 사이의 公式合議라는 것을 잘 입증하여 준다.

위의 說明에서 7.4 共同声明은 國際的 合議의 性格을 띤 條約이 된다는 것이 밝혀졌다. 따라서 이 声明의 雙方 当事者인 南北韓은 그 声明에 의하여 지워진 義務를, 그 声明 第(7)에서 表現된대로, 誠實히 履行하여야 할 法的 義務를 지고 있다.

이 声明의 合議를 '政治的 合議'라고 하는 見解가 있는데 그런 見解는, 어디까지나 일정한 政治的 目的에서 나온 것으로서, 이 声明의 合議를 法の 테두리 밖에 있는 無意味한 것으로 만드는 것이라고 할 수 있다.

2. 7.4 共同声明에서 發生하는 法的 問題

南北赤十字會談 合議는, 그 合議의 当事者가 各各 그들의 最高 当局者의 許諾을 받아서 한 것이라 하더라도, 民事法上의 法人들 사이에서 一定한 國한된 目的을 위하여 이루어진 契約인데, 7.4 共同 声明의 합의는, 雙方 代表者들이 南北赤十字會談의 支援을 包含하여 統一問題 全般에 關하여 條約을 締結한 것이므로, 內容으로나 法的 性質로 보아 앞에 것보다 훨씬 더 중요하다.

7.4 共同声明의 合議가 提起하는 法的 問題는 國內法的인 것과 國際法的인 것으로 나누어진다. 7.4 共同声明의 合議가 國內的으로 提起하는 問題는 大統領이 그런 合議를 한 行爲가 憲法 第3條의 領土條項, 國家保安法 및 反共法 등에 비추어 어떻게 評價되어야 하느냐 하는 것인데, 이 問題는 앞에서 南北赤十字會談 合議에서 發生하는 法的 問題를 說明할 때 — 어느 정도 따르기는 하지만 — 說明된 것으로 치고 아래에서는 國際法的 次元에서 그 合議를 한 行爲가 北韓의 國際的 人格(國際法 主體性)에 어떠한 影響을 미치느냐 하는 問題를 檢討하기로 한다.

7.4 共同声明의 發表를 보고 大韓民國이 北韓의 國際的 人格을 다시 말하면 北韓을 國家로 承認한 것이 아니냐 하는 의문을 提起할 수 있다. 그러나 7.4 共同声明의 合議로 그 合議의 雙方 当事者 서로가 相對를 國家로 承認한 것이 아니라는 것을 立證하여 주는 다음과 같은 사실들을 들 수 있다:

- ① 7.4 共同声明에서 正式 国号의 使用을 避하고 ‘南北關係’ ‘南北사이’ 라는 用語를 使用한 것
- ② 國家 사이의 國交를 여는 共同声明에서 ‘主權의 相互尊重’ ‘內政 不干涉의 原則’ 이라는 用語들이, 서두에서 쓰여지는 것이 상식인데 그런 用語가 쓰여지지 않은 것
- ③ ‘전권대사’ 라는 用語의 使用을 피하고 ‘서로 상부의 뜻을 받들어’ 라는 表現을 쓴 것
- ④ 이후라 情報部長이 声明을 發表하는 同時에 그것이 北韓에 대한 어떤 法的 地位를 認定하는 것이 아니라는, 것을 언명한 것

以上과 같은 不承認 政策에도 不拘하고 雙方 当事자가 非公式的 使節을 시켜서 그런 合議를 이룩하였다는 事實은 서로가 相對의 國際的 人格, 다시 말하면 國際法 主體性을 묵시적으로 또는 事實上으로 承認하는 結果를 發生시킨다는 主張이 成立될 수 있다. 國際法學에서 어떤 國家가 새로 成立된 國家를 承認함에 있어서 宣言, 外交通信 또는 條約, 規程 등의 文書에 의하여 承認의 意思를 直接 표명하고 그 새 國家와 公式關係를 맺을 때 명시적 승인(Express Recognition) 또는 法的 承認(De Jure Recognition) 이 이루어지는 것이라고 하고, 이런 명시적 承認이 없이 통상조약과 같은 어떤 條約(名稱에 關係없음)을 締結하던가 外交關係 또는 緊急한 問題를 解決하기 위하여 非公式的 關係를 맺을 때 묵시적 承認(Tacit Recognition) 또는 事實上的 承認(De Facto

Recognition)이 이루어지는 것이라고 한다. 이런 묵시적承認의 정의에 비추어 볼 때 7.4 共同声明의 合議가 묵시적承認이 된다고 할 수 있다. 그러나 위에서 든 것과 같은 묵시적承認에 該當되는 事實만 發生하면 곧 묵시적承認이 되는 것은 아니며 그런 묵시적 승인을 하는 國家가 묵시적 승인에 該當되는 行爲를 할 때 承認의 意思를 유보(Reservation)하면 묵시적承認의 効力이 發生되지 않는다.¹⁶⁾ 이후락 情報部長이 7.4 共同声明을 發表하는 同時에 그것이 北韓에 대한 어떤 法的 地位를 認定하는 것이 아니라 하는 것을 언명한 것은 위에서 말한 유보에 該當되는 것이다. 이런 理論에 대하여 그렇다면 承認의 效果는 어떤 客觀的 事實에 의하여서가 아니라 오로지 承認國家의 意思(자유재량 - 政治的考慮)에 달려있는 것이므로 承認의 效果에 관한 理論은 法理論이 되지 못한다는 主張이 있을 수 있다. 이런 主張에 대하여 다음과 같은 理論으로 答辨할 수 있다.

國際法 秩序는 執權化되지 않은 不完全한 法秩序이기 때문에 그 法規의 實施를 自身の 機關을 통하여 하지 못하고 國家들에게 委任하고 있다. 이런 委任의 경우에 國際法 秩序는 上部機關이고, 그 秩序의 實施를 委任받은 國家는 下部機關으로 볼 수 있다. 어떤 法秩序에 있어서나 上部機關이 下部機關에게 法規의 實施를 委任할 때 그에게 자유재량의 여지를 주는 수도 있고, 上部機關의 無能力할 경우에 下部機關이 濫權行위를 하여도 속수무책으로 버려두게 되는 狀態도 있을 수 있는 것이다. 이런 理論을 國際法 秩序에 適

用하면, 國際法 秩序가 承認에 관한 法規의 實施를 國家에게 委任함에 있어서 國家들에게 広範圍한 자유재량의 여지를 준 것이라고 解釋하는 것이 可能하며, 國際法 秩序에 中央機關이 거의 없는 狀態에 있어서 國家가 그런 재량의 限界를 무시하고 行動할 경우도 있을 수 있다고 보는 것이 法理論만이 아니라 國家 承認의 現實에도 부합되는 理論이라고 할 수 있다.¹⁷⁾

앞에서 7.4 共同声明의 合議가 大韓民國과 北韓 사이의 權利 義務를 설정한 声明 形式의 條約 또는 協定이라고 하였다. 이런 合議의 정의가 北韓의 條約 當事者 能力, 다시 말하면 國際法 主體性을 認定하는 것이 되어 결국 묵시적으로 北韓을 國家로 承認하는 理論이 된다고 할 수 있다. 그러나 이런 理論의 경우에 있어서도 위에서 말한 承認의 法的 效果에 대한 유보의 可能性을 排除하지 않는다.

위의 說明을 綜合하여 7.4 共同声明의 合議와 北韓의 法的 地位와의 關係에 관한 다음과 같은 세가지 效果를 생각할 수 있다.

- ① 그 合議가 非公式의 事절(밀사)에 의하여 '서로 상부의 명을 받들어'라는 變則的인 모호한 方式으로 이루어진 것이므로 그것은 政治的 合議에 不過하며 따라서 그것에 의하여 北韓의 國際的 人格의 承認의 效果가 發生할 수 없었다.
- ② 北韓의 國際的 人格을 前提하지 않고서는 合議가 이루어질 수 없는 것이므로, 北韓의 國際的 人格을 묵시적으로 承認하고 合議를 成立시킨 다음 다시 北韓의 國際的 人格의 承認을 유

보하였다.

- ③ 北韓과 그런 合議를 한 것은 北韓의 國際的 人格을 묵시적으로 承認한 것이다.

7.4 共同声明의 合議와 北韓의 法的 地位와의 關係에 관하여 以上과 같이 理論이 갈라지게 된 까닭은, 憲法 第3條의 領土條項, 國家保安法, 反共法 그리고 韓國의 正統性理論¹⁸⁾ 등이 北韓의 國際的 人格을 認定하여서는 안되도록 되어있는데 國內外情勢는 南北赤十字會談의 合議나 7.4 共同声明의 合議등이 이루어질 정도로 和解의 方向으로 變化되어 從來의 高식적 不承認政策만 가지고는 이 發展되어가는 事態에 適應할 수가 없기 때문이다. Hallstein 原則을 外交政策으로 實現하던 西獨이 東獨과 締結한 基本條約(1972.11.8) 第1條에서 “獨逸聯邦共和國과 獨逸民主共和國은 平等原則에 입각하여 善隣友好關係를 增進한다”, 第2條에서 “獨逸聯邦共和國과 獨逸民主共和國은 모든 國家의 獨立과 主權平等, 獨自性, 領土保存 및 自決權과 人權尊重 또는 無差別등과 같은 國際聯合憲章의 諸 原則과 目的을 雙方關係의 基準으로 삼는다”는 合議를 하였다는 事實은 獨逸民族(東·西獨)이 統一을 위하여 이룩한 큰 業績이라고 할 수 있으며 어느 정도 같은 처지에서 統一을 이룩하여야 할 南北韓에 대하여 하나의 좋은 方向을 시사해 주는 것이라고 할 수 있다.

Ⅳ. 6.23 宣言과 南北韓의 法的 關係

1. 6.23 宣言의 內容과 法的 性質

南北赤十字會談 合議와 7.4 共同聲明의 合議에서 어느 정도 成功한 것으로 자신하게 되고, 西獨과 東獨이 위에서는 基本條約의 締結(1972.12.21)로 그들의 統一問題를 成功的으로 이끌어 나가는 데 자극을 받은 大韓民國 大統領은 1973年 6月 23日에 平和統一을 위한 또 하나의 革新的인 이른바 6.23 宣言을 發表하였는데 그 內容을 要約하면 다음과 같다.

- (1) 祖國의 平和統一 努力 繼續
- (2) 南北韓 서로 內政不干涉 不侵略
- (3) 南北對話의 誠實한 努力
- (4) 北韓 國際機構 參與 不反對
- (5) 南北 UN 同時加入
- (6) 모든 國家와 相互 門戶開放
- (7) 友邦과의 既存紐帶 鞏固히

以上과 같은 7個 政策을 밝히고 이어서 大統領은 以上에서 밝힌 政策中 對北韓 關係事項은 統一이 成就될 때까지 과도기간중의 暫定的 措置로서 北韓을 國家로 認定하는 것이 아니라는 것을 分明히 밝혔다.

위에서 든 7個 政策中 가장 核心이 되는 것은 '南北韓 UN 同時加入'이라고 할 수 있지만 國際法的 次元에서 볼 때 '南北韓

서로 内政不干涉 不侵略'이라는 平等한 主權國家 사이에서 쓰이는 用語를 썼다는 것이 重大한 意義를 가지는 것이다.

大統領이 以上과 같은 內容의 6.23 宣言을 한 것은 ① 앞에서 說明한 바와 같이 北韓政權이 蘇聯에 의하여 UN 總회의 韓國總選舉에 관한 결의를 拒否하고 그의 計劃에 맞추어 세워진 것이며, ② 北韓이 1950年 6月 25日의 不法南侵으로 UN 安全保障理事회에 제재를 받았고, 뿐만 아니라 ③ 1953年 7月 27日의 停戰協定에 休戰以後에도 北韓은 韓國問題가 UN 憲章 第2条 7項과 第107条에 의하여 民族内部問題이며 戰後處理問題라고 고집하면서 韓國問題에 대한 UN의 干여를 배격하고 UN의 권위를 繼續 無視하는 態度를 견지해 왔었다는 事實등에 비추어 볼 때 매우 革新的인 것이며, 1970年代에 들어서면서 發生하게 된 UN 안에서의 勢力變動에 적절하게 対応하기 위한 措置였다고 할 수 있다.¹⁹⁾

앞에서 說明한 바와 같이 南北赤十字會談 提議는 北韓赤十字會의 受諾으로 契約이 成立되어 그 当事者 사이에서 그 合議를 지킬 法的 義務가 發生하였을 뿐만 아니라 南北韓 政府도 그 合議의 目的事業인 가족찾기사업에 協助할 法的 義務를 지고 있으며, 7.4 共同聲明은 비록 그것이 非公式 代表에 의하여 非公式文書의 形式으로 이루어졌다 하더라도 南北韓 사이에서 이루어진 國際條約에 該當되는 것이므로 雙方 当事者는 당연히 그 合議內容을 遵守하여야 할 法的 義務를 지게 하는데, 6.23 宣言의 對 北韓 關係條項은 北韓의 受諾으로 條約이 될 수 있는 것이며 그런 受諾이 없을 경

우에는 政治的 意義는 큰 것이라 하더라도 法的으로는 無意味한 것이 된다.

이 宣言 (2)의 '서로 侵略을 하지 않아야 한다'는 것과 7.4 共同声明 (2)의 '불의의 軍事的 挑發을 防止'라는 비슷한 문구가 있는데, 앞의 것은 合議가 될 경우에 不可侵條約의 原則的 合議가 될 수 있는 것이지만, 뒤의 것은 全面的 戰鬪가 아닌 불의의 국지적 局限된 수의 武力衝突을 말하는 것이므로, 國際法上 복시적 方法에 의한 戰爭 終結의 한 方式으로서 그 效果를 認定할 수는 없는 것이라고 하겠다.

2. 6.23 宣言에서 發生하는 法的 問題

6.23 宣言에서 發生하는 法的 問題도 國內法的 次元에서 보는 것과 國際法的 次元에서 보는 것으로 나누어진다. 6.23 宣言의 內容中에서 對北韓 關係事項이 國內法에 비추어 어떤 問題를 提起하느냐 하는 問題는, 南北赤十字會談 合議와 7.4 共同声明의 合議에서 發生하는 法的 問題를 다룰 때 說明한 바와 같이 그런 事項이 憲法 第3條의 領土條項, 國家保安法 및 反共法과 어떤 關係에 놓이게 되느냐 하는 것이다. 南北赤十字會談 合議와 7.4 共同声明의 合議 當時의 憲法에는 平和統一에 관한 條項이 없었으므로 그런 合議들이 위에서 말한 法들과 저촉된다는 解釋이 可能하였다. 그러나 그런 거북한 法解釋의 可能性을 解消하기 위하여 1972年 11月 24日의 改正憲法에서 平和統一 條項들이 설정되게 되었다.²⁰⁾

國際法的인 次元에서 볼 때 6.23 宣言의 ‘南北韓은 서로 內政에 干涉하지 않아야 한다’라는 문구와 ‘北韓이 UN에 加入하는 것을 反對하지 않는다’는 두 문구가 北韓을 國家로 承認하는 效果를 가져오는 것이라고 解釋할 수 있다. 따라서 그런 解釋을 排除하기 위하여 大統領이 “나는 以上에서 밝힌 政策中 對北韓 關係事項은 統一이 成就될 때까지 과도적 期間中의 暫定措置로서 이는 결코 우리가 北韓을 國家로 認定하는 것이 아님을 분명히 하여 둡니다”라는 언명을 하였는데 이런 언명은 어떤 國家가 다른 國家와 묵시적 國家承認에 該當되는 使節交換이나 條約締結 같은 것을 하면서 그 相對를 國家로 承認하는 것이 아니라고 언명하는 것과는 다르다. 왜냐하면 어떤 國家들 서로가 相互 內政不干涉을 約定하는 것 自體가 相對方의 國際的 人格을 認定하는 처지에서만 가능한 것이기 때문이다. 뿐만 아니라 UN 同時加入과 北韓 不承認 언명은 論理的으로나 法理論的으로 兩立할 수 없는 것이다. UN 憲章 第4條의 “UN 會員國 資格은 이 憲章에 包含된 義務를 受諾하는 모든 平和愛護 ‘國家’ 들에게 開放된다……………”라는 規程에 의하여 UN 加入 資格이 國家에 限定되어 있다는 것을 알 수 있는데, 北韓이 이 宣言을 受諾하여 南北韓이 UN에 同時加入하게 되면 南北韓은 다같은 國家라고 할 수 있으며 南北韓 相互間에는 UN 憲章에서 나오는 權利, 義務關係가 成立하고, UN 會員國 相互間에는 UN 의 테두리 안에서는 相對方을 國家로 承認하지 않는다는 것이 可能하지 않다.²¹⁾

V. 結 論

앞의 序論에서 說明한 바와 같이 1948년에 38°線 以南에는 大韓民國, 以北에는 朝鮮民主主義人民共和國이 樹立됨으로써 韓半島는 南과 北으로 分斷되어 大韓民國은 그 憲法 第3條에서 “大韓民國의 領土는 韓半島와 附屬島嶼로 한다”라고 規定하여 北韓地域을 反國家團體가 不法占拠하고 있는 失地로 看做하고 그 失地의 回復을 바로 統一과 동일시하였으며 北韓도 그 憲法 第103條에서 “朝鮮民主主義人民共和國의 수부는 서울市이다”라고 規定하여 이른바 南半部의 解放을 統一과 동일시하였다. 그리하여 南北韓 雙方은 서로가 韓半島에 있어서의 唯一合法政府라고 主張하고 相對方을 傀儡政權이라고 부르는 極烈한 對立狀況을 이루었으며, 이런 對立은 北韓의 6.25 南侵으로 더욱 격화되었다. 그러나 이런 極烈한 對立은 1960年代 末期에 일기 시작하여 1970年代에 들어서면서 本格化된 國際情勢에 있어서의 和解雰圍氣에 휩쓸려 緩和되기 시작하여 드디어 1970年 8月 15日에 大韓民國 大統領이 ‘平和統一의 基盤造成을 위한 接近方法에 관한 構想宣言’을 하였고 그 宣言의 뒤를 이어, 이 論文에서 다루게 된 平和統一을 위한 措置라고 할 수 있는 南北赤十字會談 提議, 7.4 共同聲明 및 6.23 宣言이 發表되었다.

앞에서 平和統一을 위한 세 措置의 內容, 法的 性質 및 거기에서 發生하는 法的 問題등을 檢討하였는데, 이 措置들의 檢討에서 얻은 成果와 問題點을 들면 다음과 같다.

「成 果」

- (1) 大韓赤十字社의 南北赤十字會談 提議(請約)를 北韓赤十字會가 受諾(承諾)함으로써 그들 사이에 契約이 成立되었으므로 雙方 当事者는 그 會談의 目的事項인 '가족찾기운동'을 實現하여야 할 法的 義務를 지게 되었으며, 雙方的 政府도 그 일 에 協助할 法的 義務를 지게 되었다.
- (2) 7.4 共同聲明의 合議는 國際條約이므로 雙方 当事者는 그 聲明의 內容을 誠實하게 遵守할 法的 義務를 지게 되었다.
- (3) 6.23 宣言의 對北韓 關係事項을 北韓이 受諾하지 않았으므로, 北韓이 그것에 따라야 할 法的 義務는 지지 않았지만, 그 宣言에 의하여 平和統一을 위한 大韓民國의 合理的 努力이 國際社會에서 높이 評價되었으므로, 모든 國家에 대한 門戶開放은 상당한 成果를 거둔 것으로 볼 수 있다.²²⁾

「問題點」

- (1) 1972年 11月 24日의 改正憲法 以前의 憲法에는 平和統一에 관한 條項이 없었으므로, 大韓赤十字 總裁가 南北赤十字會談을 提議한 것이나 大統領이 그 提議를 許諾하고 그 가족찾기운동에 協力한 行爲와 大統領이 그의 使節을 시켜서 7.4 共同聲明이 合議를 하였다는 것은 憲法 第3條의 領土條項, 國家保安法 및 反共法에 저촉되는 것이었다.
- (2) 이후라 情報部長이 7.4 共同聲明의 合議를 發表하고 그런 行爲가 北韓의 어떤 法的 地位를 認定하는 것이 아니라는 것

을 언명하였는데, 그런 언명은北韓의 法的 地位를 認定하지 않고서는北韓과의 合議가 이루어질 수 없다는 理論과 矛盾 된다.

- (3) 6.23 宣言의 '서로 內政不干涉' 과 'UN 同時加入' 은 '北韓을 國家로 承認하는 것이 아니다' 라는 언명과 矛盾되는 것이다.

위에서 든 「成果」(2)는 1973年 8月 28日에 南北調節委員會 平壤側 共同委員長이 南北調節委員會 會談 拒否를 發表함으로써 無意味한 것이 되지 않았느냐 하는 判斷이 있을 수 있지만, 7.4 共同聲明이 南北韓의 代表者 사이에서 이루어진 條約이므로 일방 當事者의 對話中斷 宣言으로 그것이 無効로 될 수 없는 것이다. 따라서 大韓民國은北韓에 대하여 그 合議內容의 誠實한 履行을 繼續 促求할 法的 權利를 가진다.

위에서 든 「問題點」(1)은 1972年 11月 24日에 改正된 憲法의 前文에서 '祖國의 平和統一의 歷史的 使命' 과 第43條의 '大統領은 祖國의 平和統一을 위한 誠實한 義務를 진다' 는 條項의 設定으로 解消될 수 있는 法解釋이 成立되었다. 그러나 「問題點」(2)와 (3)의 矛盾性은 法的으로나 政治的으로 매우 複雜한 問題를 內包하고 있는 것이다. 7.4 共同聲明의 경우,北韓의 法的 地位의 認定을 유보도 할 수 있다는 國際法理論을 들었지만, 平和統一을 위한 發展的 措置를 合議하여 놓고 相對方의 法的 地位를 認定하지 않겠다는 것과 UN에 同時加入을 提議하면서北韓을 國家로 承認하지 않

겠다는 것과 UN에 同時加入을 提議하면서 北韓을 國家로 承認하지 않겠다는 것은 잘 남득이 안되는 처사라고 할 것이다. 이런 矛盾現象의 法的 原因은 南北韓 憲法の 領土條項에서 發見될 수 있다.

北韓 舊憲法 第103條에 “朝鮮民主主義人民共和國의 수부는 서울 市이다”로 되어있던 것이 1972年 12月 27日의 새 憲法 第147條에서 “朝鮮民主主義人民共和國의 수부는 平壤이다”로 바뀐 것을 國土分斷의 事實을 認定하고 武力赤化統一의 政策을 拋棄한 것으로 察 考하기 쉽다. 그러나 그 새 憲法 第5條에 “朝鮮民主主義人民共和國은 北半部에서 社會主義의 完全한 勝利를 이룩하며 全國的 範圍에서 外勢를 물리치고 民主主義의 基礎 위에서 祖國을 平和的으로 統一하며 完全한 民族的 獨立을 達成하기 위하여 鬪爭한다”라고 規定되었는데 이 조문이 領土와 統一에 關係되며 여기서 쓰인 ‘全國的 範圍’, ‘祖國’이라는 말이 韓半島 全體를 가리킨다는 것이 明白함으로 이 條文은 오히려 武力赤化統一의 의도를 더 積極的으로 表現한 것이라고 할 수 있다. 그리고 大韓民國의 第1共和國에서 第5共和國까지의 憲法에서는 “大韓民國의 領土는 韓半島와 附屬島嶼로 한다”는 領土條項에 變動이 없다.

南北韓의 以上과 같은 領土條項들은 平和統一과 正면으로 저촉되는 것이라고 할 수 있는데 南北韓은 多같이 1972年의 — 大韓民國은 또 다시 1980年의 — 憲法改正에서 (大韓民國은 분명하게 北韓은 어물적하게) 平和統一의 價値와 當爲性을 認定하면서도 그 平

和統一이 부합하도록 領土條項을 改正하지는 않았다. 以上과 같은 모순현상의 解消와 관련하여 大韓民國側에서 다음과 같은 세가지 方案이 提起될 수 있다.

- (1) 그런 矛盾은 南北韓 關係의 特殊性에서 생긴 것이며, 大韓民國의 領土條項은, 領土條項의 意義 뿐만 아니라, 大韓民國의 正統性의 表現이므로 그대로 두어야 한다.
- (2) 領土條項이 內包하고 있는 問題가 法的으로나 政治的으로 매우 複雜하고, 많은 國家에서 憲法에 領土條項을 설정하지 않고 있으므로 領土條項은 憲法에서 削除되어야 한다.
- (3) 平和統一에 부합되도록 領土條項이 改正되어야 한다.

以上과 같은 矛盾의 현상을 解消하기 위하여 필자는 1980年1月 8日에 發足한 ‘大韓國際法學會憲法改正試案研究委員會’의 領土, 統一問題의 研究委員으로 憲法 第3條의 領土條項을 “大韓民國은 大韓民族의 固有한 領土인 韓半島와 그 附屬島嶼가 南과 北으로 分斷되어 있다는 事實을 認定하고, 可能한 限 빨리 이 民族的 分斷의 悲劇을 平和的 方法으로 解決하여 統一을 이룩할 것을 國家의 基本政策의 하나로 삼는다”로 改正하는 案을 “大韓國際法學會憲法改正試案諮問委員會”에 提出하였으나 그것이 案으로서도 採択되지 못하여 關係機關에 提出되지 못하였다.²³⁾ 이 諮問委員들이 이 改正案을 採択하지 않은데는 대체로 다음과 같은 理由가 있었을 것이다.

- (1) 大韓民國 政府는 UN 總會의 결의에 따른 總選舉에서 자유로

은 민의로 當選된 議員들로 構成된 國會에서 採択된 憲法에 의하여 樹立된 合法, 正統政府인데 北韓政權은 蘇聯에 의하여 黑·白選擧로 조작된 不法 傀儡政府다.

(2) 北韓政權은 南北協商이니 美軍撤収를 내세우더니 美軍이 撤収하자 즉시 不法南侵을 하여, UN 安全保障理事會에 의하여 平和破壞者로 判定되어 制裁까지 받은 南北韓은 겨레에 대하여 씻을 수 없는 큰 罪를 지은 集團이다.

(3) 北韓集團이 南北赤十字會談과 7.4 共同聲明을 合議하여 놓고 各會談場所를 政治的 宣傳場으로 利用하였고, 그나마의 對話도 一方的으로 中斷하였으며, UN 同時加入이 民族의 分斷을 永久化시킨다는 구실로 6.23 宣言을 가법게 일축한 사실들을 北韓이 武力赤化統一의 政策을 버리고 있지 않다는 것을 잘 입증하여 주는 것이다.

以上과 같은 사리에 뚜렷하게 맞는 理由로 위의 領土條項의 改正案이 採択되지 않은 것을 당연한 처사로 認定하면서, 필자는 大韓民國과 같은 狀況에서, 같은 方式으로 分斷되고, 똑같이 極烈하게 對立하고 있던 西獨과 東獨이 그들 사이의 基本條約(1972.12.21) 第1條에 “獨逸聯邦共和國과 獨逸民主共和國은 平等原則에 입각하여 善隣友好關係를 增進한다”라고 規定하고 1973년에 UN에 同時加入하였다는 사실은 그들이 統一을 拋棄한 것이 아니라 가장 合理的으로 統一을 향하여 前進하고 있는 것이라고 단정한다.

註

- 1) 이기백, 韓國史新論, 1976, pp.84 ~ 89, 356 ~ 357, 370 ~ 371.
- 2) Office of Public Information of UN, Everyman's United Nations, 1964, pp.98 ~ 99.
- 3) 이명영, 김일성열전, 1974, pp.330 ~ 340, 이명영, 재만한인공산주의 운동, 1975, p.204, David Rees, 조치현역, 韓半島의 葛藤, 統一政策, 제 4 권 3 호, 1978, pp.143 ~ 144.
- 4) Oppenheim-Lauterpacht, International Law, 1952, p.7.
- 5) 宮崎市定, 中国史 上卷, 岩波, 1980, pp.232 ~ 236 (中国의 三國統一), 박관숙, 세계외교사, 1964, pp.58 ~ 65 (이태리 민족통일), pp.71 ~ 97 (独逸의 民族統一).
- 6) 김정균, Hallstein 原則과 分断국의 法人格, 國際法学会論叢, 제 17 권 제 2 호, 1972, pp.36 ~ 37.
- 7) 中央情報部, 北韓 新旧憲法比較研究, p.110.
- 8) 김병린, 소련의 데탕트 概念, 統一政策, 제 2 권 2 호, 1976, pp.148 ~ 149.
- 9) 손형중역, 東西独 基本關係 文献, 統一政策, 제 2 권 2 호, 1975, pp.236 ~ 238, 257 ~ 260.
- 10) 박봉식, 南北赤十字會談의 경과와 現況, 統一政策, 제 1 권 1 호, 1975, p.232.
- 11) 大韓赤十字社, 제네바 4 個協約集, pp.226 ~ 227 - 戰時民間人の

保護에 관한 協約(1949.8.12) - 第 25 条 衝突 当事國의 領域 또는 그 占領地域 안에 있는 모든 자에 대하여는 그들의 家族이 있는 場所의 如何를 불문하고 嚴密한 사적 性格을 가진 소식을 그들 家族들과 相互 傳達할 수 있도록 하여야 한다……” 第 26 条 “各 衝突 当事國은 戰爭 때문에 離散된 家族들이 相互 連絡을 回復하고, 될 수 있으면 재회하려는 目的으로서 行하는 조회에 대하여 편의를 提供하여야 한다……”, 大韓赤十字社人道法研究所, 제네바제협약 색인, p.164, 위에서 든 제 IV협약에 南北韓이 다같이 유보없이 加入하였으므로 南北韓은 그 條約上의 義務를 이행하여야 할 法的 義務를 지고 있다.

- 12) 大韓赤十字社, 이산가족백서, pp.405 ~ 407.
- 13) 이동복, 南北調節委員會의 現況; 統一政策, 제 1 권 1 호, 1975, p. 223.
- 14) 배재식, 南北韓의 法的 關係, 大韓國際法學會論叢, 제 21 권 12 호, p.238.
- 15) 이동복, 위에서 든 資料, pp.220 ~ 221.
- 16) Wesley L.Gould, An Introduction to International Law, 1957, pp.235 ~ 238.
- 17) 내가 쓴 '國際法學', 1976, p.86.
- 18) 이호재, 韓国外交와 正統性 概念, 統一政策, 第 1 卷 3 号, 1975, pp.36 ~ 41.
- 19) 이한기, 韓國 統一問題와 UN의 權能, 國際法學會論叢 제 21 권 1

호, 2호, 1976, pp.189 ~ 197.

박일경, 韓國 憲法上에 나타난 平和統一의 裝置, 統一政策, 제 2권 1호, 1976, pp.18 ~ 19.

21) H.Kelsen, Principles of International Law, 1967, pp. 398 ~ 399.

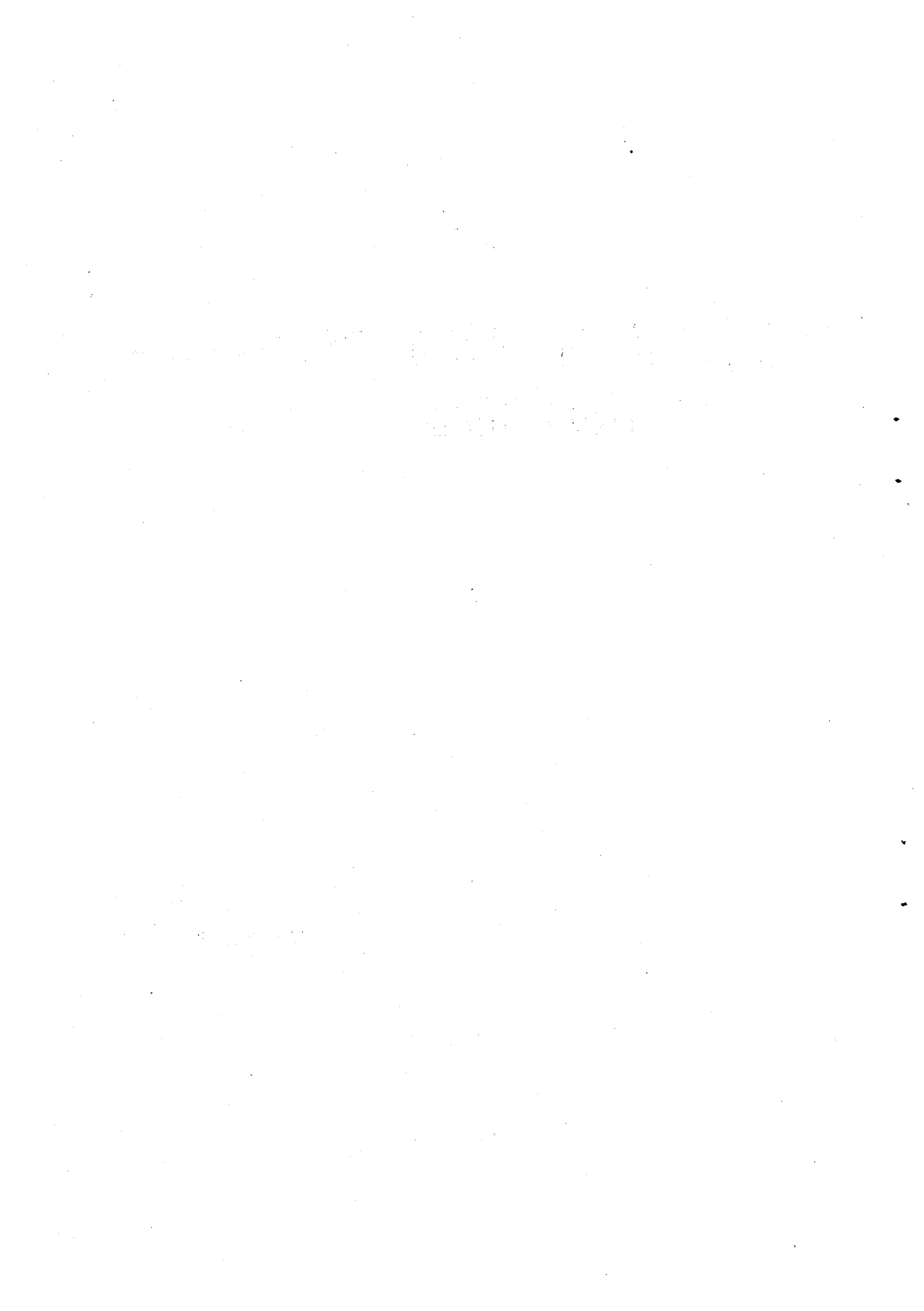
22) 박동희, 6.23 平和統一 外交政策宣言의 中間評價, 統一政策, 제 1권 3호, 1975, pp.16 ~ 18.

23) 장기봉, 領土, 統一問題 憲法改正 建議案, 國際法学会論叢, 제 24권 2호, 1979, pp.84 ~ 86.

南北韓關係의 새로운 方案提示와 法的 問題

研究執筆責任：梁 建

(崇田大教授)



要 約 文

南北韓間의 基本關係에 관한 北韓의 立場은 이른바 「高麗民主聯邦共和國」案으로 구체화되어 제시되고 있으며, 이에 對應한 韓國의 1.12 및 6.5提議는 聯邦制案의 虛構性을 잘 드러내주는 積極的인 統一政策의 전개로 평가된다. 다만 1.12 및 6.5提議는 그 자체로서는 南北韓의 實體的인 基本關係에 관한 내용을 담고 있지는 않으며, 이에 관한 限, 73年의 6.23宣言과 74年 8월 15日의 平和統一三大原則이 그 基底를 이루고 있는 것으로 풀이된다.

여기에서 基本的으로 지적될 수 있는 문제의 하나는, 73年의 6.23宣言과 74年의 平和統一三大原則을 土臺로 하여 南北韓間의 實體的인 基本關係에 관한 韓國의 立場을 좀 더 具體化 補完할 必要가 있지 않느냐 하는 점이다.

6.23宣言의 내용이 실현될 경우의 南北韓의 法的 關係는 對內的으로는 서로 國家와 國家와의 關係가 아니면서 對外的으로는 각각 별개의 獨立된 國家로서 存在하는 特殊한 二元的 關係로 요약될 수 있다. 南北韓의 法的 關係의 새로운 設定의 方向은 이러한 二元的 關係를 制度化 構成化하는 方向에서 모색될 수 있을 것이다. 이러한 制度化는 併列的 國家結合의 一類型인 「國家聯合」과 유사하지만 對內的으로 國家 對 國家의 關係가 아닌 特殊한 法的關係라는 점에서 차이가 있으며, 이를테면 「分斷國 特有的 準

國家聯合的인 關係」라고 말할 수 있을 것이다. 이같은 關係는 東西獨基本條約으로 정립된 兩獨의 法的 關係와도 同一하지 않으며, 역사적 배경은 전혀 달리하지만 「英聯合」의 構成國家內의 法的 關係와 많은 유사성을 지닌다.

이러한 관점과 분석을 토대로 假稱 「韓聯合」(the Korean Union)이라는 準國家聯合體案을 시도해 볼 수 있을 것이다. 그 기본적 성격은 南北韓의 完全한 統一國家 형성까지의 過度的인 中間段階의 結合體라는 데에서 찾을 수 있으며, 그 法的인 基本 構造는 7.4 共同聲明 및 그에 따른 南北調節委員會 設置合意의 內容을 기초로, 이를 6.23 宣言이 예상하고 있는 內的인 二元的 特殊 關係를 통하여 機構化한 것이라고 할 수 있다.

이러한 類의 構想은 本質的으로 長期的 統一政策의 일환으로 고려될 수 있겠으나, 상황에 따라서는 現實的인 意義를 지닐 수 있을 것이다.

위의 準聯合體案을 떠나서라도 南北韓 UN同時加入提案은 補完될 必要가 있다. 즉 同時加入이 永久分斷의 容認이 아님을 明示하기 위하여 國際的으로도 이를 確信시키는 조치가 必要하다. 구체적 方法으로서, 南北韓이 UN에 同時加入함에 있어 UN이 그 決議를 통하여 南北韓 法的 關係의 暫定的인 內的 特殊性을 明示的으로 認定토록 하는 方案을 고려할 必要가 있다.

아울러 統一政策과 關聯한 憲法問題에 대하여 認識을 새로이 할 必要가 있다. 現在의 상황은 일종의 「憲法의 變遷」에 해당한다고 볼 수 있다.

目 次

I. 序 言

II. 南北對話中斷 以後 第 5 共和國 成立까지의 南北韓關係의 展開

1. 韓國의 不可侵協定提議와 法的 問題
2. 北韓의 對美平和協定提議와 法的 問題
3. 韓國의 平和統一三大原則과 法的 問題
4. 韓國의 1.19 提議와 北韓의 全民族大會案
5. 10.26 事態 以後의 南北接觸

III. 第 5 共和國成立 以後의 南北韓關係

1. 北韓의 「高麗民主聯邦共和國」案

- (1) 提案의 內容
- (2) 종래의 聯邦制案과의 比較
- (3) 國際法上 國家結合의 類型과 聯邦制의 法的 性格
- (4) 北韓의 聯邦制案의 法的 性格 및 그에 대한 評價

2. 韓國의 1.12 및 6.5 提議

IV. 南北韓의 法的 關係의 새로운 定立

1. 새로운 法的 關係 設定의 必要性

2. 分斷國 特有의 準國家聯合의 關係의 設定

- (1) 現 南北韓 法的 關係의 再糾明
- (2) 새로운 法的 關係 設定의 方向

(3) 「英聯合」의 法的 關係와 그 適用 可能性

(4) 假稱 「韓聯合」의 構想

3. 統一政策과 憲法問題

V. 結 言

I. 序 言

韓國의 第5共和國憲法の 發効를 앞둔 80年 10月, 北韓은 노동당 제6차대회를 통하여 이른바 「高麗民主聯邦共和國」案을 제시하였다. 이에 대하여 韓國은 1.12 및 6.5提議를 통하여 積極的으로 對應하였으며, 이는 북한 聯邦制案의 虛構性을 잘 드러내 주는 것이었다. 다만 이 1.12 및 6.5提議는 그 자체로서는 南北韓의 實體的인·基本關係에 관한 내용을 담고 있지는 않으며, 이에 관한 限, 73年의 「6.23 平和統一外交政策宣言」과 74年 8月 15日의 「平和統一三大原則」이 그 基底를 이루고 있는 것으로 풀이된다.

여기에서 기본적으로 지적할 수 있는 문제의 하나는, 73年의 6.23宣言과 74年의 平和統一三大原則을 土台로 하여 南北韓의 實體的인 基本關係에 관한 韓國의 입장을 좀 더 具體化 補完할 必要가 있지 않느냐 하는 점이다. 오늘날과 같은 南北對峙의 현실에서 볼 때, 그러한 작업은 本質的으로 長期的 統一政策의 觀點에서 고려될 성질의 것이라고 하겠으나, 상황에 따라서는 現實的인 意義를 지닐 수 있을 것이며, 1.12 및 6.5提議의 補完的 意味도 가질 수 있을 것으로 생각된다. 그러한 觀點에서 本稿에서는 주로 法的인 觀點에서 하나의 試案을 모색해 보려고 한다.

아울러 統一政策과 關聯한 憲法問題의 기본적인 문제점도 지적하고자 한다.

Ⅱ. 南北對話中斷 以後 第5 共和國 成立까지의 南北韓關係의 展開

1. 韓國의 不可侵協定提議와 法的 問題

1972年 7月 4日의 南北共同聲明에 의거하여 分斷 4半世紀 만에 처음으로 시작된 南北韓間의 政治的 對話는 이듬해 1973年 8月 28日, 南北調節委員會 平壤側 委員長인 金英柱의 聲明을 통하여 일방적으로 중단되고 말았다.

그후 韓國側은 74年 1月 18日 大統領의 年頭記者會見을 통하여 北韓側에 대하여 ①相互 武力侵略의 拋棄 ②相互內政不干渉 ③現存 休戰協定の 効力存續을 기조로 한 南北韓不可侵協定の 체결을 제의하였다.

이 不可侵協定の 제의는 法的인 觀點에서 다음의 몇가지 점이 특히 주목된다.

첫째, 이 제의는 당시 朴正熙大統領 스스로가 北韓의 수뇌인 金日成에게 直接 하나의 法的인 條約의 체결을 제의하는 형식을 취하였다는 점이다.¹⁾ 이 점은 이 제의에 선행하였던 다른 제안들이나 선언과는 다른 중요한 차이이다. 7.4 共同聲明의 제 2항에서도 이미 상호 「武力挑發」을 하지 않을 것을 승낙한 바 있으나 同 聲明은 그 형식에 있어서 署名者의 公式 職位를 並記하지 않은 점을 비롯하여 그 法的 性格이 不明確하며, 法的인 權利. 義

務를 설정하였다고 해석할 수 없는 점에서 條約으로서의 성격이 인정될 수 없는 것이었다.²⁾

둘째, 위의 점과 관련하여, 南北韓間에 不可侵協定을 체결하는 것은 상호 國家承認을 하는 것이 아니냐 하는 문제가 있다.

條約當事者間的 關係를 包括적으로 규율하는 二邊條約의 체결은 默示的인 國家承認의 效果를 가져오는 것이지만, 不可侵協定이 그러한 包括的인 條約에 해당한다고 볼 것이냐에 문제가 있을 뿐만 아니라, 기본적으로 國家承認은 이른바 「意圖의 問題」(a matter of intention)이므로 條約締結에 있어서 그것이 默示的인 國家承認을 의미하지 않는다는 明示的인 留保를 함으로써 承認의 效果를 排除할 수 있는 것이다.

셋째, 不可侵協定 提議의 내용 가운데에 첫째 조항의 「相互武力侵略의 拋棄」와 둘째 조항의 「相互內政不干渉」은 이미 7.4 共同聲明이나 6.23 平和統一外交政策 宣言을 통하여 천명된 것으로 그 자체 새로운 내용은 아니었으나, 셋째 조항의 「休戰協定의 効力存續」은 南北韓關係의 성격에 대해 중요한 의미를 지닌다. 이것은 休戰協定의 當事者가 國際聯合과 北韓 및 中共임에 비추어, 不可侵協定이 체결되더라도 國際聯合과 中共에 의한 國際的인 保障을 통하여 平和體制의 유지를 보장받으려는 의도라고 볼 수 있다.

2.北韓의 對美平和協定提議와 法的 問題

한편 北韓은 南北不可侵協定の 제의에 대하여 74年 1月 26日의 「로동신문」 社說을 통하여 이는 “두개의 한국을 영구화하고 민족분렬을 조장하는 것”이라고 비난하면서 이를 거부하는 한편으로, 同年 3月 25日의 「최고인민회의」 제5기 제3차 전원회의에서 休戰協定을 폐기하고 平和協定으로 대체하기 위한 對美 直接協商을 제의하였다.

北韓의 平和協定 締結 제의는 1962年 6月 20日 「최고인민회의」 제2기 제11차 회의에서 제의된 이래로 누차에 걸쳐 반복, 주장되어 왔으며, 73年 6月 23일 金日成의 「祖國統一5大綱領」 제1항 속에서도 표시된 바 있으나, 74年 3月 25日의 제는는 한국을 배제하고 美國과의 直接協商을 주장한 점에서 주목되었다.

북한측이 提議한 美國과의 平和協定의 내용을 보면 ① 상호 侵犯치 않을 것과 直接的 武力衝突의 危險性을 제거할 것 ② 武力 增強과 軍備競争을 그만두고 한반도 境外로부터의 一切 武器와 장비의 반입을 중지할 것 ③ 한반도에 있는 外國軍隊는 UN軍의 모자를 벗고 빠른 時日 内に 모두 철거할 것 ④ 한국에서 外國軍隊가 철수한 후, 한반도는 어떤 外國의 軍事基地나 作戰基地로도 되지 않을 것 등으로 되어있다.

이 제의가 노리는 바는 결국 駐韓美軍撤收를 위한 壓力을 가해 보려는 것이며, 보다 直接的으로는 우선 유엔軍司令部의 解體를 의

도한 것으로 보인다.

이와 관련하여 法的인 관점에서 지적될 수 있는 것은 北韓側이 이 제의에서 韓國을 除外시키고 美國을 대상으로 한 이유의 하나로서, 한국군에 대한 統帥權을 미국이 가지고 있으며, 平和協定은 現在의 休戰協定을* 대체하는 것인 만큼 休戰協定の 當事者인 美國에게 直接 平和協定 會談을 제기하는 것이라고 말하고 있는 점이다.

그러나 先例를 보면 休戰協定の 當事者와 平和條約의 當事者는 반드시 一致하는 것이 아니며 이는 특히 兩次大戰에서 보는 것처럼 연합군을 편성하여 적대행위를 한 경우에 그러하다. 韓國戰爭³⁾의 경우에 休戰協定の 一方當事者는 國際聯合이고 他方當事者는 北韓과 中共으로 되어 있으며, 따라서 韓國은 軍事問題에 관한 한 當事者로서의 지위를 가지고 있지 못하다. 그러나 平和條約은 단순히 「군사문제」에 국한된 성격의 것이 아니라 「정치문제」를 包含하는 것이며, 또한 政治問題의 當事者로서 韓國을 排除할 수 없는 만큼, 平和條約의 當事者로서도 한국을 除外시킬 수는 없다고 할 것이다. 이것은 休戰協定 제 4 조 60 항에서 “雙方的 關係 各國政府에” “한층 더 高位의 政治會議를 소집하고……韓國問題의 平和的 解決 등 문제들을 협의할 것을 건의한다.”고 규정하고 있는 점 및 이 규정에 의거 1953年 8月 28日 국제연합 총회가 政治會談의 개최를 勸告하는 결의를 採擇하면서 聯合軍側의 당사자로서 韓國을 包含시켰으며⁴⁾ 이에 의거한 1954年の 제네바

政治會談에서 韓國이 當事者로 되었던 사실에 의해서도 뒷받침된다.

만일 北韓側의 對美 平和協定 提議가 休戰協定 第5조 62항 (“本 休戰協定の 各 조항은 雙方이 公동으로 접수하는 修正 및 增補 또는 雙方의 政治水準에서의 平和的 解決을 위한 적당한 협정중의 규정에 의하여 明確히 교체될 때까지는 계속 效力을 가진다.”)에 의거한 것으로, 休戰協定の 당사자간에 이를 대체하는 평화협정을 체결하자는 의미라고 한다면 그 一方當事者는 美國이 아니라 國際聯合이 되어야 할 것이며, 또 他方當事者도 北韓만이 아니라 中共도 包含되어야 할 것이다.

北韓의 對美 平和協定締結 提議는 그 후에도 주장되어 왔으며, 最近의 例로는 80年 9月 14日, 김일성의 후지이(藤井勝志) 아시아·아프리카 문제연구회 북한방문단장과의 회견을 들 수 있다. 특히 이 회견에서는 美國과의 平和協定이 체결되면 중공 및 소련과의 軍事同盟條約을 폐기하겠다고 표명하였다.

3. 韓國의 平和統一三大原則과 法的問題

74年 8月 15日 朴大統領은 光復節 기념사에서 「平和統一三大原則」을 제시하였는데, 그 골자는 ①南北間の 相互不可侵協定の 체결을 통한 平和定着, ②상호간의 門戶開放을 통한 신뢰회복과 이를 위한 南北對話의 성실한 진행 및 다각적인 交流와 協力, ③公正한 선거관리와 감시하의 土着人口比例에 의한 南北韓 自由總

選舉의 실시로 되어 있다. 이 平和統一三大原則은 오늘날 까지도 한국의 統一政策에서 지속적인 意義를 가지고 있는 것으로 평가되며, 「先平和 後統一」이라는 段階的 統一構想을 明示한 것으로 볼 수 있다.

이 原則 가운데 특히 法的인 觀點에서 주목되는 것은 세 번째의 내용이다. 제 1 공화국 이래로 한국이 제시한 여러 統一方案은 그 세부적인 내용이나 표현에 있어서 差異와 變容을 발견할 수 있지만, 그 基調를 이루어 온 것은 「UN監視下」 또는 「UN監視下 大韓民國憲法節次에 따른」 南北韓 自由總選舉의 실시라는 방안이었다. 이것은 종래 우리 憲法이 西獨의 경우와는 달리 統一時까지의 「暫定憲法」이 아니라 「完全憲法」의 형식을 취하여 온 점과 관련하여 상당한 憲法的 問題點을 제기하는 것이었다.⁵⁾ 그런데 72年の 제 4 공화국헌법에서 統一條項을 明示함으로써 暫定憲法的 性格을 갖게 됨과 아울러, 위의 「平和統一三大原則」에서는 종래와 달리 「UN監視下」, 또는 「UN監視下 大韓民國憲法節次에 따른」과 같은 制限的 表現이 削除된 채로 단순히 「土着人口比例에 의한 南北韓自由總選舉」라고 제시하고 있다. 이것은 統一方案의 憲法的 根據 내지 限界의 문제와 관련하여 중요한 法的(憲法的) 의미를 갖는 것으로, 이에 관해서는 뒤에서 詳論하기로 한다.

4. 韓國의 1.19 提議와 北韓의 全民族大會案

그 후 한국은 여러 기회를 통하여 북한측에 대하여 南北韓 不可侵協定の 체결을 거듭 제의하였다. 특히 75年 1月 14日의 大統領 연두기자회견에서는 南北韓 不可侵協定の 체결을 촉구하면서 休戰協定の 効力이 存續되는 전제라면 UN軍司令部의 解體도 반대하지 않는다고 밝혔으며, 77年 1月 12日의 大統領 연두기자회견에서는 南北不可侵協定の 체결 후 美軍撤收도 반대하지 않을 것과 對北 食量援助의 用意가 있음을 표명하였고, 78年 6月 23日, 6.23 宣言 5주년에 즈음한 大統領 특별담화에서는 不可侵協定締結을 추구하고 함께 南北間 民間經濟協力機構의 구성을 제의하기도 하였다.

이에 대하여 북한은 77年 7月 3日의 「7.4 共同聲明 발표기념보고대회」에서의 報告, 78年 6月 22日의 「김일성 5大綱領發表 5주년기념보고대회」에서의 報告 등을 통하여 駐韓美軍撤收, 對美平和協商, 反共法廢止 등의 주장을 반복하여 왔다.

南北對話가 中斷된 이후 한국이 제시한 제안 가운데 가장 劃期的인 것은 79年 1月 19日, 大統領 연두기자회견에서의 「責任있는 南北當局間의 對話提議」라고 할 수 있다. 이 제의에서는 “어떠한 時期나 어떠한 場所에서나 또 어떠한 水準에서든지 南北韓當局이 서로 만나 아무런 前제조건 없이 허심탄회하게 어떻게 하면 韓半島에서 동족상잔을 막고 5천만 민족의 번영을 이룩하며 평화

적으로 통일을 이룩할 수 있는가 하는 제반 문제, 즉 그동안 南北韓이 제시해 온 모든 분야의 문제들을 直接 論議하기 위해 대화를 가질 것」을 북한측에 제의하였다. 이 1.19 提議는 아무條件이나 留保를 붙이지 않고 對話再開를 촉구한 점에서 그 의의를 찾을 수 있다.

북한측은 이에 대해 4日 後인 1月 23日, 이른바 「祖國統一民主主義戰線」中央委員會의 이름으로 그 성명을 통하여 “南北의 각 정당, 사회단체 대표들과 각계 각층의 愛國的 人士, 그리고 海外同胞들의 組織 代表들과 個別的 人士들이 參加하는 全民族大會를 소집하고 정치, 경제, 문화, 군사 등 모든 분야에 걸친 다방면적인 合作과 交流의 실현문제와 통일문제 해결의 제반문제를 論議하자”고 주장하였다. 이것은 한국의 「當局間」 對話再開의 제의에 대해 「政治協商會議」를 갖자는 것이었다.

政府는 1月 25日 文公部長官의 성명을 통해 南北韓 「當局間의 豫備會談」을 개최할 것을 제의하였고, 이어 1月 31日에는 南北調節委 서울側 委員長의 성명을 통해 板門店에서 調節委의 재개를 촉구하였다.

이에 대해 北韓側은 이른바 「祖國戰線」의 성명을 통하여 「全民族大會의 召集을 위한 實務級代表會談」 또는 「民族統一準備委員會」를 개최하자는 주장으로 맞섰다.

결국 2月 17日 판문점에서 한국측의 調節委代表와 北韓側의 「祖國戰線」代表 사이에 「變則對座」가 성립되어 이후 3月 7日,

3月 14日에 걸쳐 3차례의 會談이 있었다. 그러나 當局間 會談을 거부하고 「政治協商會議」만을 고집한 북한측이 3月 28日로 예정되었던 會談에 不參함으로써 이 南北接觸은 유산되고 말았다.

5. 10.26 事態 以後의 南北接觸

以後 한국의 「10.26 事態」를 계기로 북한은 종래의 態度를 바꾸어, 79年 12月 20日에는 모스크바 올림픽 단일팀 구성을 위한 體育代表會議를 제의하는 등 對南平和攻勢를 펴기 시작하였다.

이에 당시 崔圭夏大統領은 79年 12月 21日의 취임사에서 평화정착을 위한 우리 政府의 政策基調에는 아무 變化가 없음을 강조하고, 북한측에 대해 南北調節委員會와 赤十字會談의 再開, 南北韓의 「責任있는 當局間 會談」의 開催를 거듭 촉구하였다.

그러자 북한측은 80年 1月 11日, 북한 副主席 兼 勞動党中央委員會 秘書이며 「祖國平和統一委員會」위원장인 金一의 명의로 國內 11人의 인사에게 보내는 서신과 함께, 처음으로 「大韓民國」 국호를 붙이면서 政務院總理 李鍾玉이 申鉉鎬 國務總理에게 “政治協商會議와 함께 南北當局間會談을 실현하며, 나아가 高位當局者會談도 성숙시켜 나갈 용의가 있다”는 내용의 書信을 판문점에서 받아오라고 일방적으로 통고하여 왔다.

한국은 이에 대해 80年 1月 18日의 崔大統領의 연두기자회견

을 통하여 南北韓의 總理會談을 積極的으로 검토중이라고 밝혔다.

이어 1月 24日 申총리는 對北書信을 통해 南北總理會談의 準備를 위한 實務代表의 接觸을 제의하였고, 이에 北韓이 응함으로써 다시 南北對話의 통로가 열리게 되었다.

이 實務代表會談은 80年 2月 6日 제1차 회의를 가진 이래, 한국의 5.17措置와 光州事態를 겪으면서 북한측의 內政干涉 發言이 더욱 노골화 되고, 결국 8月 20日의 제10차 회담을 끝으로 중단되고 말았다.⁶⁾

10.26事態 이후 이러한 일련의 南北接觸에서의 북한의 의도는 한국의 政治不安을 틈탄 偽裝平和攻勢와 對南政治宣戰에 있었음은 말할 것도 없다.

Ⅲ. 第5共和国 成立 以後의 南北韓 關係

1. 北韓의 「高麗民主聯邦共和國」案

(1) 提案의 內容

1980年 10月 10日에 개최된 勞動黨 제6차 全党大會에서 金日成의 연설을 통하여 북한은 이른바 「高麗民主聯邦共和國」案을 제창하였다. 이것은 韓國의 第5共和國의 출범을 겨냥하여 對南 基本關係의 문제에 관한 그들의 기본입장을 밝힌 것으로 주목된다. (한국의 제5공화국憲法이 公布. 施行된 것은 80年 10月 27日로, 위의 제안은 이 보다 앞선 것이나, 실질적 관점에서 「제5공화국 성립 이후의 南北韓關係」의 문제로서 다루기로 한다.)

이 연설에서 김일성은 종래부터 주장되어온 ①自主 ②平和統一 ③民族的 大團結이라는 이른바 「祖國統一三原則」을 재강조하고, 統一을 위한 對南 先行條件으로서 ①한국에서의 유신체제의 청산과 민주주의적인 정권으로의 교체 ②반공법과 국가보안법의 폐지 ③남북간의 군사적 대치상태의 해소와 이를 위한 美國과의 平和協定 締結 등을 주장하면서, 이와 함께 다음과 같은 내용의 聯邦制案을 제시하였다.

첫째, “南과 北이 동등하게 參加하는 민족통일정부를 조직하고 그 밑에서 南과 北이 같은 권한과 의무를 지니고 각각 地域自治制를 실시하는 연방공화국을 創立하여 통일한다”는 것으로,

둘째, 통일연방정부의 기구로서는, 南北이 같은 수의 대표들과 적당한 數의 海外同胞 代表들로서 最高民族聯邦會議을 구성하고 거기에서 聯邦常設委員會를 조직하며,

셋째, 연방정부는 정치, 방위, 교역 등 나라와 민족의 利益上 共同問題들을 토의, 결정하며 모든 분야에서 南北間 단결과 합작을 실현하는 등 연방국가의 전반적 사업단행과 南北의 지역정부를 지도하고, 이른바 10大施政方針을 집행하며,

넷째, 南北韓의 지역정부는 연방정부의 지도 밑에 전민족의 根本利益과 요구에 맞는 범위에서 獨自的인 政策을 實施하며 南北의 統一的 發展을 이룩하기 위해 努力해야 하고,

다섯째, 연방의 國號는 南北의 공통된 政治理念을 반영하여 「高麗民主聯邦共和國」으로하고,

여섯째, 통일된 연방국가는 어떠한 정치, 군사적 同盟이나 불려에도 가담하지 않는 中立國家로 하며, 연방정부의 10大施政方針으로서 ①國家活動의 모든 영역에서의 自主성의 견지와 自主政策의 실시, ②전지역 전사회의 민주주의 실시와 민족의 대단결 도모, ③南北間의 經濟的 합작과 교류의 실시 및 민족경제의 자주적 발전 ④남북간의 과학, 문화, 교육분야의 교류와 과학기술, 민족문화 및 예술과 민족교육의 통일적 발전, ⑤남북간의 교통, 통신의 연결과 교통, 통신수단의 전국적인 자유 이용, ⑥전주민의 生活安全과 부리의 증진 ⑦南北의 군사적 대치상태의 해소와 民族解放軍의 組織, ⑧海外同胞의 民族權利와 利益保障, ⑨통일전에 체결한 對外

관계의 처리와 두 지역정부의 對外活動의 통일적인 조정, ⑩ 모든 外國과의 우호, 평화애호적 대외정책 실시 등을 열거하고 있다.

위와같은 내용의 「고려민주연방공화국」안은 80年 11月 5日, 北韓 勞動黨 기관지 「로동신문」을 통하여 「통일 헌장」으로 선포되었고, 이어 동년 11月 11日에는 이른바 諸政黨·社會團體 連席會議라는 것이 開催되어 여기에서 聯邦案의 실현을 위한 「고려민주연방국 創立準備委員會」를 설치할 것과 우선 북한과 해외동포단체 대표간에 예비회의를 소집하자고 공식 제의되었다.

또한 81年 6月 16日에는 玄峻極의 東京發言을 통하여 「고려민주연방공화국」안은 통일의 과도적 대책이 아니라 통일의 종착이라고 주장되었으며, 81年 8月 6日에는 이른바 「조국통일민주주의전선」 중앙위의 성명을 통하여, 한국의 現政府당국을 배제하고 南北의 정당·사회단체 대표들과 해외동포들로 구성되는 「民族統一促進大會」라는 것을 開催하여 여기에서 聯邦案을 비롯한 모든 통일방안과 정치·경제·군사 등 合作과 交流의 實現問題 및 국제경기단일팀 參加問題도 論議하자고 제의하였다.

(2) 종래의 聯邦制案과의 比較

80年 10月 10日의 북한 노동당 6차대회에서 제시된 「고려민주연방공화국」안은 북한이 종전에 주장해 온 聯邦制案⁷⁾과 비교할 때 그 성격이나 구체적 내용에 있어서 다음과 같은 차이점을 발견할 수 있다.

첫째, 연방의 國號에 있어서 종래의 「高麗聯邦共和國」이라는

이름에다 「民主」라는 말을 첨가, 「高麗民主聯邦共和國」으로 하고 있다.

둘째, 연방의 기본적 성격에 관하여 종래에는 이것이 統一中央政府의 樹立을 위한 過度期的 措置라고 주장되었으나, 새로운 제안에서는 그 자체 統一聯邦國家로서 제시되어 있다. 이 점은 前記한 玄峻極의 東京發言을 통해서도 강조되고 있다.

셋째, 연방정부의 기구에 관하여, 종전에는 남북 政府가 임명하는 代表로 구성되는 最高民族委員會를 두는 것으로 되어 있었으나 새 提案에서의 最高民族聯邦會議은 그 구성상 종래의 政府代表라는 용어를 삭제하고 그냥 南北의 代表로 되어 있으며, 또한 종래와 달리 海外同胞 代表를 추가하고 있다. 아울러 현재의 案에는 聯邦常設委員會라는 상설기구를 두고 있다.

넷째, 연방정부의 권한 내지 기능에 관하여, 종래에는 民族共同關心事에 대한 協議, 調整 및 統一問題에 대한 論議를 하는 것으로 되어 있었으나, 현재의 案에서는 연방정부는 完全한 統一政府로서 南北地域政府를 指導하고 이른바 10大施政方針으로 구체화된 全般的 事業을 管轄하는 것으로 되어 있다. 말하자면 종래의 南北調節機能으로부터 실질적인 統治機能으로 전환되어 있다고 할 수 있다.

다섯째, 종래에는 南北韓 政府가 자기 獨自的 機能을 수행하는 것으로 되어 있었으나, 현재의 案에서는 南北 地域政府는 “민족 利益과 요구에 맞는 범위 내에서만 獨自的 政策을 實施”하는 地域自治制로 되어 있어서 남북한 정부가 地域政府로 格下되어 있다.

있는데, 이같은 對外關係에서의 單一國家的 성격은 일반적으로 聯邦의 유형에서 찾아볼 수 있는 요소이다. 다만 前記한 것처럼 聯合規約 (Articles of Confederation) 下の 北아메리카의 경우에서 보듯이 構成國에게 일반적으로 外交權・條約締結權이 인정되지 않는 國家聯合도 볼 수 있으므로, 위와 같은 對外關係의 單一性이 國家聯合의 유형과 概念的으로 상충하는 것은 아니라고 볼 수도 있다.

이렇게 보면 전체적으로 종전의 聯邦制案은 기본적으로 國家聯合 (Confederation) 의 유형에 속한다고 볼 수 있다.

한편, 새로 제시된 「고려민주연방공화국」案의 경우, 먼저 그 對內的 關係의 側面을 보면, ①共同的 最高機構인 最高民族聯邦會議은 統一聯邦政府의 기구로서 성격 지위 있고, 그 權限・機能도 南北 지역 정부를 지도하고 이른바 10大施政方針으로 나타나 있는 연방의 전반적 사업을 관할하는 것으로 되어 있으며, ②반면 남북 지역 정부는 “민족의 利益과 要求에 맞는 범위 내에서만 獨自의 政策을 실시할 수 있다.”고 되어 있어 地域自治政府로 격하되어 있는 점에서 볼 때, 中央政府와 支邦間의 일정한 權限分配와 일정한 相互 獨自性을 본질적 요소로 하는 聯邦 (federation) 의 유형에 부합함을 알 수 있다. 이른바 10大施政方針에 나타나 있는 내용을 보면 부분적으로 서로 상충되는 표현도 있는데, 전체적으로 보면 聯邦의 형태에 속한다고 볼 수 있다. 이 점은 종래의 聯邦制案이 過度的 조치라고 설명되어온 것과는 달리 새로운 제안에서는 그것이 統一의 종착인 듯이 선전되고 있는 사실과도

연결된다.

對外關係의 側面에서도 ①종래와 마찬가지로 對外關係의 統一的 조정 및 單一國號에 의한 UN加入 以外에, ②단일한 민족연합군의 創設을 내세우고 있는 점에서 對外關係에서의 單一性은 더 강화되어 있다고 볼 수 있다.

위에서 알 수 있는 것은, 종전의 案과 새로운 案을 비교할 때, ①對內關係에서는 종래의 國家聯合의 성격으로부터 聯邦國家의 성격으로 변용되어 있는 반면, ②對外關係에서는 종래와 마찬가지로 聯邦國家의 單一性이 유지·강화되어 있다는 사실이다. 결국, 새로운 「고려민주연방공화국」안을 포함하여 북한의 聯邦制 提案에서 一貫性있게 유지되고 있는 요소는 그 對外關係의 側面에서의 單一國家性에 있음을 알 수 있다. 이 점은 바로 北韓의 聯邦制案의 根本的 의도가 무엇이나 하는점과 관련하여 중요한 시사를 주는 것이 아닐 수 없다. 그것은 곧, 聯邦制提案의 주요한 의도의 하나가 그것이 실현되는 경우에 韓國問題를 國際法上的의 問題로 하지 않고 國內法上的의 問題化하려는 것, 구체적으로는 韓國의 安保에 대한 國際的 支援을 적어도 法理的 側面에서 저지하려는 것, 특히 한반도에서 무력충돌이 일어나는 경우 이를 內亂化하려는 것에 있음을 말해준다고 볼 것이다. 이것은 이른바 聯邦의 10大施政方針중에서 단일한 민족연합군의 설치를 비롯, 군사분계선의 제거, 外國과의 軍事條約 철폐, 한반도의 非核地帶化 등 安保外交에 관한 문제들을 중점적으로 부각시키고 있는 점에서도 뒷받침된다고 할

둘째, 이 제의에는 아무런 전제조건이 붙어있지 않다는 점이다. 이것은 북한의 聯邦制案에는 여러 前提條件이 붙어 있으며 특히 한국의 현 정부당국을 根本적으로 부정하고 있는 점과 대조를 이루며, 1.12 제의가 갖는 積極性을 더 보강해 주고 있다고 볼 것이다.

셋째, 이 제의 자체에는 남북한관계의 실제적 내용에 관한 특별한 내용을 담고 있지는 않으나, 74年 8月 15日 光復節 기념사에서 「平和統一三大基本原則」과 73年의 6.23 平和統一外交政策宣言 등은 1.12 제의의 경우에도 여전히 그 基底를 이루고 있는 것이라고 생각된다.

1.12 提議의 연장선상에서 이것을 補充하고 強化하는 의미로 나온 것이 6.5 提議라고 할 것이다. 81年 6月 5日 平和統一政策諮問會議 제1차 전체회의에서 全대통령은 북한측에 대해 南北韓 頂上會談의 조속한 실현을 위한 절차와 방법을 구체적으로 제시하면서, ① 「북한 김일성 주석」에게 아무런 부담과 조건없이 서로를 방문하도록 초청한 지난 1月 12日字 제의의 수작을 다시 한번 강조"하고, ② 나아가 남북 최고책임자회담의 장소와 시기의 選擇 北韓 당국에 일임하였으며, ③ 특히 議題에 관하여도 "그동안 남북한 당국이 제의했던 통일방안을 包含하여 雙方이 제기하는 모든 문제들을 허심탄회하게 論議"하자고 제의하였다. ④ 아울러 "남북의 현상과 체제를 관찰·검토하고 분석·비교할 수 있는 충분한 기회가 온 거래에게 주어져야 마땅할 것"을 강조하고,

“만일 북한측이 사회의 完全 개방을 당장에 할 수 없는 형편이라고 한다면 우선 체육·문화·학문·우편·경제교류부터라도 시작해서 차차 完全 交流 完全 開放으로 接近해 갈 수 있기를 希望하는 바입니다.”라고 천명하였다.

이 6.5 提議는 ① 1.12 提議의 내용을 보충·강화하였으며, ② 특히 議題에 관하여 모든 문제를 論議하고자 밝힘으로써 북한측의 이른바 「고려민주연방공화국」안도 다를 용의가 있음을 시사하였고, ③통일의 방법과 통일 한국의 體制選擇의 문제를 민족성원 전체의 권리라고 강조한 점 등에서 특별한 의의를 발견할 수 있을 것이다.¹³⁾

위와 같은 한국의 1.12 및 6.5 提議에 대하여 북한측은 全面 拒否의 태도로 대응하였다. 1.12 提議에 대하여 북한측은 81年 1月 19日, 이른바 「조국평화통일위원회」 위원장 김일 명의의 성명을 통하여 「현 한국정부와는 어떤 형태의 대화도 하지 않는다」는 기본 입장에서, 한국의 반공정책 포기, 6.23 평화통일외교정책선언의 철회, 주한미군의 철수 등 이른바 5개항 조건을 내세워 거부하였고, 6.5 제의에 대하여는 6月 10日字 「로동신문」論說을 통하여 역시 전면 거부의 태도를 취하였다.

이어서 북한측은 81年 8月 6日, 23개 단체의 이름을 나열한 이른바 「諸政黨·社會團體聯合聲明」을 통하여, 한국의 현 정부 당국을 배제한 남북한 정당·사회단체 및 해외동포 대표들로서 이른바 「민족통일촉진대회」를 개최하여 聯邦制案을 비롯, 남북간의

「平和統一三大原則」속에 나타나 있다. 여기에서는 「先平和・後統一」을 基調로 하여 土着人口 比例에 의한 南北韓 自由總選舉의 방안을 제시하고 있다.

북한의 聯邦制案의 虛構性은 한반도의 실정에 관한 약간의 지식만 갖고 있는 사람이라면 쉽게 알 수 있는 일이다. 相互間의 平和共存關係가 定着되어 있지 않음은 물론, 冷戰的 對峙關係로 회귀할 조짐마저 보이는 현실에서 당장 統一聯邦政府를 세우자는 것은 여간한 虛構가 아닐 수 없다. 한국의 1.12 및 6.5提議는 聯邦制案의 그러한 虛構性을 드러내주는 획기적 조치임에 틀림없다. 그럼에도 불구하고 남는 문제는 한반도의 실정을 잘 인식하지 못하고 있는 제3 세계의 국가들이나 일부 해외 동포들에게는 북한의 聯邦制案이 상당히 그럴듯하게 먹혀들어갈 수 있는 소지가 없지 않으며, 따라서 좀 더 적극적으로 이에 대응한 구체적인 代案이 제시될 必要가 있지 않느냐 하는 것이다.

前記한 것처럼 한국의 1.12 및 6.5提議는 그 자체로서는 남북한관계의 실체적 내용에 관하여 특별한 내용을 담고 있지 않으며 6.23 外交政策宣言과 平和統一三大原則에 입각하는 것으로 해석된다.

그런데 74年의 平和統一三大原則속에 제시된 통일방안에 대하여 오늘날의 현실에서 지적할 수 있는 기본적인 문제는 그것이 좀더 具體化되어 제시될 必要가 있지 않느냐 하는 것이다. 특히 同 原則에 있어서 두번째 原則인 F 상호간의 門戶開放을 통한

信賴回復」의 단계와 세번째의 原則인 「土着人口比例에 의한 南北韓 自由總選舉에 의한 통일 성취」의 단계 사이에 이 兩者를 連結시켜주는 中間的 段階의 設定을 고려해 봄직한 일이다. 물론 오늘날과 같은 南北對峙의 현실에서 그것이 당창 실현을 전제한 代案으로서 제시될 수는 없을 것이다. 그러나 長期的인 統一政策의 觀點에서 그러한 具體案의 작성이 必要할 뿐 만 아니라, 현실적으로도 北韓의 聯邦制案의 虛構性을 좀더 적극적으로 드러내고 1.12 및 6.5 提議의 意義를 補完해 주는 效果도 기대해 볼 수 있을 것이다.

2. 分斷國特有的 準國家聯合 關係의 設定

(1) 現 南北韓 法的 關係의 再糾明

南北韓의 法的 關係에 관한 새로운 방안의 모색에 앞서 지금까지의 南北韓 關係의 法的 性格을 大略 再整理하여 좀 더 분명히 해 둘 必要가 있다.¹⁵⁾

70年代初의 和解政策이 전개되기 以前에 있어서의 남북한의 法的 關係는 한마디로, 雙方이 모두 單一國家의 存在를 기본적인 전제로 하면서 단일한 全國家를 代表할 수 있는 政府의 合法性을 서로 競合的으로 주장하는 關係에 있었다고 말할 수 있다. 이를 大韓民國政府의 立場에서 보면, 大韓民國政府만이 韓半島에서 唯一한 合法政府이며, 대한민국에 대하여 北韓은 不法的인 反國家團體에 불

과한 것으로 把握되었다. 이것은 國內法上으로 憲法上의 領土條項 (“大韓民國의 領土는 韓半島와 附屬島嶼로 한다.”) 과 이에 根據한 反共法 등의 法律을 통하여 나타났으며, 한편 對外的으로는 西獨의 「할슈타인」 政策에 비견되는 絶對的 不承認政策으로 표현되었다.

여기에 變化의 계기를 던져 준 것이 72年의 7.4 南北共同聲明이다. 이 共同聲明은 그 특이한 형식으로 말미암아 그것의 法的性格이나 南北韓 法的 關係에 대한 影響 등에 관해서 여러 다른 해석의 可能性을 남겨 주는 것이었지만, 同 共同聲明과 동시에 발표된 한국측 대표 (당시 李厚洛 情報部長) 의 聲明을 통하여, 남북 공동성명이 북한에 대한 어떠한 法的 地位의 認定을 의미하는 것이 아니라는 「留保」를 붙임으로써 法理上으로는 南北間의 法的 關係에 아무런 效果도 가져오지 않는 것으로 해석되었다.

73年의 6.23 平和統一外交政策 宣言은 특히 제 2 항 (相互 內政不干涉), 제 5 항 (UN에의 同時加入) 및 제 6 항 (「理念과 體制를 달리하는 국가들」과의 相互主義 門戶開放) 의 내용으로 인하여 이것이 南北韓關係 및 對外的 關係에 있어서 어떠한 法的 效果를 가져오는 것인지 문제되었다.

먼저 南北韓間의 關係에 있어서는, 同 宣言이 일정한 但書, 즉 “對北韓 關係事項은 統一이 성취될 때까지의 過渡的 期間中の 暫定的 措置로서 이는 결코 우리가 北韓을 國家로서 認定하는 것이 아님을 분명히 한다.” 는 明示的 留保와 함께 행하여졌기 때문에

북한에 대한 默示的 國家承認의 法的 效果를 가져오는 것이 아님은 明白하다고 할 것이다.

그러나 6.23 宣言의 내용 중에 특히 제 2 항의 內政不干渉과 제 5 항의 UN에의 同時加入은 國際法上 國家로서의 地位를 전제하는 것인 만큼 反對의 明示的 留保가 없는 限 默示的인 國家承認의 效果를 발생시키는 것이라고 볼 것이며, 따라서 同 宣言은 북한에 대해 적어도 「地方的 事實상의 政府」(local de facto government)」로서의 實體를 인정한 것이라고 볼 것이다.

여기에서 「地方的 事實상의 政府」로서 인정했다 함은 國際法上 일정한 法的 主體性을 인정받기 위한 實體를 가지고 있음을 인정했다는 것이지 이것이 곧 國際法上 일정한 法的 主體性을 바로 인정한 것은 아니라고 할 것이다. 즉, 「地方的 事實상의 政府」라 함은 國際法上 일정한 制限的인 法的 主體性을 인정하기 위한 實體的 要件의 하나일 뿐이지 그 자체로서 일정한 法的 地位가 인정되는 것은 아니라고 볼 것이다. 그러므로 「地方的 事實상의 政府」라는 概念과 「交戰團體」라는 概念은 同一한 概念이 아니라 前者는 後者로서의 法的 地位를 인정받기 위한 實體的 要件의 하나에 불과하다.

그러면 6.23 宣言은 북한을 地方的 事實상의 政府로서 인정한 위에 구체적으로 어떠한 國際法的 效果를 발생시키는 것인가. 여기에서 특히 문제되는 것은 제 5 항에서 말하는 UN 同時加入이 실현되는 경우 이것이 어떤 法的 效果를 가져오느냐 하는 문제이다.

이와 관련하여 먼저 살펴 볼 문제는 일반적으로 어떠한 國際機構에 南北韓이 동시에 加入되어 있는 것이 어떠한 國際法的 效果를 발생시키느냐 하는 것이다. (예컨대 世界保健機構에는 南北韓이 모두 加入되어 있다.) 일반적으로 國際機構에 同時에 加入되어 있다는 事實 자체만으로 加盟國 相互間에 默示的인 國家承認의 效果를 가져오는 것은 아니다. 그러나 한 국제기구에 가입하고 있는 모든 국가는 그 국제기구의 根據가 되는 條約의 범위 내에서 상호 國際法的 關係에 들어가는 것이며, 또 그러한 限度 내에서 서로 國際法上 權利義務의 關係에 들어가게 된다. 이것은 그 국제기구의 既存 加盟國이 새로운 加盟國에 대해 그 가입을 반대했다고 하더라도 마찬가지이다. 위와 같은 결과를 달리 표현하면, 어떠한 국제기구에 가입하고 있는 국가들은 그 기구의 根據되는 條約의 범위 내에서 상호간에 限定된 法的 主體性을 인정하는 결과로 된다.

위와같은 法的 效果는 UN의 경우에도 마찬가지일 것이다. 다만 문제는 UN이라는 國際機構가 다른 국제기구와 달라 普遍的인 성격을 가지고 있을 뿐만 아니라, 그 憲章의 規定上 國家에 대해서만 加入이 인정되고(憲章 4條1項), 加盟國 상호간에는 一般國際法이 적용되며(헌장 前文 및 1條1項), 主權平等의 原則(2條1項)이 적용되기 때문에, 서로 國家承認을 행한 국가 상호간에 발생되는 一般國際法上的 效果는 UN加盟國家間에도 그대로 발생된다는 점이다. 여기에서 UN加盟國 相互間에는 默示的 國家承認의

효과가 발생하는 것이 아니라 하는 문제가 제기된다. 이 문제에 관하여는 國際法理論上 서로 대립된 견해의 여지가 있는 것이지만¹⁶⁾ 중요한 것은 慣行이다. UN의 慣行에 의하면, 이스라엘과 아랍국가들과의 관계에서 보는 것처럼 明示的 反對의 의사표시에 의하여 默示的 承認의 효과가 발생하지 않는 것으로 되어 있다.¹⁷⁾

이렇게 보면, 南北韓이 同時에 UN에 加入하는 경우, 國家承認 拒否의 明示的 留保에 의해 默示的 承認의 効果を 排除할 수 있는 것이지만, UN 憲章의 範圍内에서는 北韓의 國際法主體性을 인정하는 결과로 될 것이다. 그 範圍가 어느 정도인가, 특히 國家承認으로 인한 一般 國際法上 効果を 包含하는 것인가 아닌가 하는 것은 결국 憲章의 解釈에 달려 있을 것이다. 만일 承認으로 인한 一般 國際法上 効果を 包含하는 것으로 해석한다면,¹⁸⁾ UN에 同時加入하면서 承認拒否의 明示的 留保를 행하느냐 않느냐의 實質的 差異는, 결국 承認을 전제하여 행하여지는 外交關係의 設定을 하지 않겠다는 意思의 表明을 하느냐 않느냐의 차이에 귀결된다고 볼 수 있다. 다시 말하면, 南北韓이 UN에 同時加入하면서 北韓에 대한 承認拒否의 明示的 留保를 행하는 것의 實質的 意義는, 承認을 전제로 행하여는 外交關係 設定의 意思가 없음을 表明하는데 있지 않은가 하는 점이다.

한편, 6.23 宣言이 對外的 關係에 있어서 갖는 法的 意味는 다음과 같이 요약할 수 있을 것이다. 즉, 남북한이 개별적으로 동시에 UN에 가입하고, 또한 「理念과 體制를 달리하는 국가들」과

相互主義下에 門戶를 개방하는 경우, 國際社會에서 남북한이 각각 별개의 國際法主體로서 存在하게 되고, 이것은 종래 한국의 單獨代表權主義(唯一合法政府論) 대신에 남북한의 二重代表權을 용인하는 결과로 될 것이다.¹⁹⁾

6.23 宣言이 갖는 위와같은 法的 意味는 당시 金鍾泌국무총리가 국회의 답변에서 표명한 다음과 같은 政府의 公式的 解明과도 그 대로 부합한다. “우리는 休戰線 以北地域을 事實上 지배하고 있는 共產政權이 있다는 現實을 인정한다. 이것을 國際社會에서 소위 「두개의 韓國이라고 할지 모르나 우리로서는 민족적 통일의 영원에 비추어 北韓을 「하나의 國家」로 인정하는 것은 아니다.”

결국, 6.23 宣言으로부터 도출되는 南北韓의 法的 關係는 特殊한 二元的 關係로 分離되어 있음을 알 수 있다. 즉, 對內的으로는 서로 國家와 國家와의 關係가 아니면서 對外的으로는 각각 별개의 獨立된 國家로서 存在한다²⁰⁾는 特殊한 關係이다. 다만 이것은 6.23 宣言의 내용이 실현되는 경우의 관계를 말하는 것이며, 6.23 宣言 자체가 곧 위와 같은 특수관계의 설정을 가져오는 것은 아니다. 6.23 宣言 자체만으로는 北韓이 위와 같은 특수관계의 설정의 전제가 되는 現實的 實體, 즉 「地方的 事實上的 政府」로서의 實體임을 인정함에 그친다고 볼 것이다.

(2) 새로운 法的 關係 設定의 方向

한국의 統一政策에 있어서 6.23 宣言의 내용이 오늘날에도 여전히 그 基底를 이루고 있는 것이라고 본다면, 앞에서 살펴본

法的 分析은 현재에도 타당한 것으로 볼 수 있고, 따라서 앞으로의 方向設定에 있어서 그 밑바탕을 이룬다고 할 것이다.

앞에서 살펴 본 바와 같이, 6.23 宣言의 내용이 실현될 경우의 南北韓의 法的 關係는 對內的으로는 서로 國家와 國家와의 關係가 아니며 對外的으로는 각각 별개의 獨立된 國家로서 存在하는 特殊한 二元的 關係라고 요약할 수 있다. 앞으로의 남북한 法的 關係의 새로운 設定의 方向은 결국 이러한 二元的 關係를 制度的으로 機構化하는 方向에서 모색해 볼 수 있지 않을까 한다. 그것은 어느 의미에서는 새로운 法的 關係의 設定이라기 보다는 이미 6.23 宣言에서 豫想되어 있는 法的 關係를 制度化·機構化를 통하여 整備하는 것이 될 것이다.

이같은 制度化는 앞에서 언급된 併列的 國家結合의 하나의 유형인 國家聯合(confederation of states : staatenbund)과 유사한 형태를 취하게 된다. 특히 對外的으로 각각 별개의 獨立된 國際法主體로서 存在한다는 점에서 共通된다. 그러나 우리가 예상하는 制度에 있어서는 남북한이 對內的으로는 國家 對 國家의 關係가 아닌 特殊한 關係로서 구성된다는 점에서 既存의 國家聯合의 유형과 同一한 것으로 보기는 어렵다. 그것은 이를테면 「分斷國 特有의 準國家聯合的인 關係」라고 말할 수 있을 것이다. 앞에서도 언급한 것처럼 國際法上 國家結合의 일정한 定型이 있는 것은 아니며, 일반적으로 말하여지는 類型은 18세기 이래 현재에 이르기 까지 存在한 여러 國家結合을 기초로 分類해 본 것에 불과하

다. 그러므로 國家結合의 새로운 形態는 얼마든지 可能한 것이다.

우리가 예상하는 分斷國 特有的 準國家聯合은 東西獨基本條約으로 일단 정립된 東西獨間의 關係와도 差異가 있다. 現在의 東西獨關係의 法的 性格에 관하여는 여러 學說이 대립되어 있고 東西獨基本條約에 대한 西獨聯邦憲法裁判所의 判決의 의미에 관하여도 해석이 分분하지만²¹⁾ 「一民族·二國家」라는 圖式的 表現에서도 알 수 있는 것처럼 兩獨이 別個의 國家로서 定立되어 있는 점은 분명하다. 이것은 위의 聯邦憲法裁判所의 判決文 중에서 “獨逸民主共和國(東獨)은 國際法的 의미에 있어서 하나의 國家이며 또한 國際法的 主體인 것이다.” “「二國家論」이란 견해는 基本法秩序와 一致하지 않는다고 하는 주장은 正當하지 못한 것이라고 보아야 할 것이다.”²²⁾ 라는 표현에서도 明示되고 있다.

다만 同 判決의 또다른 부분에서 “獨逸民主共和國은 原則적으로 獨逸에 속하는 것이며, 따라서 獨逸聯邦共和國과의 關係를 檢討하여 볼 때 獨逸民主共和國을 外國으로 간주할 수 없다.”²³⁾ 라고 말하고 있는 것처럼, 兩獨間의 關係는 이른바 “內的 特殊關係”(inter-se-Beziehung)로서 설명되고 있다.

그러나 문제는 客觀적으로 나타나 있는 兩獨間의 關係이다. 東西獨基本條約의 체결에 있어서 明示的 承認留保가 없었을 뿐만 아니라, UN에의 同時加入에 있어서도 아무 留保가 붙여진 바 없다. 단지 東西獨基本條約 제8조에서 外交使節 대신에 「代表部」를 교환한다고 규정하고 있고, 條約文書의 교환과 함께, 西獨은 同

條約에도 불구하고 獨逸의 統一을 추구할 것이라는 취지의 公翰을 東獨政府에 手交하고 東獨政府가 이를 받았다는 確認書를 手交해 주었을 뿐이다.

요컨대, 東獨과 西獨은 對外的으로도 對內的으로도 두 개의 國家로서 存在하고, 다만 對內的 關係를 用語上 粉飾하고 있을 뿐이며, 兩者를 結合시켜 주는 法的 契機는 발견할 수 없다고 할 것이다. 이것은 國家結合의 형태로서는 통상의 國家聯合의 法的 關係보다 훨씬 弛緩되어 있을 뿐만 아니라 嚴格한 의미에서 國家結合의 一種으로 볼 수 있는가 자체에도 의문이 제기될 수 있다. 東西獨이나 南北韓이나 그 對內的 關係를 「內的 特殊關係」라는 같은 말로 표현할 수 있겠으나, 우리가 예상하는 南北韓關係는 結合의 法的 契機에 의해 뒷받침 되어 있는 그것이라는 점에서 차이가 있다고 하겠다.

(3) 「英聯合」의 法的 關係와 그 適用 可能性

既存의 國家結合의 형태 가운데에 우리가 예상하는 準國家聯合의 關係에 많은 시사를 줄 수 있는 것은 「英聯合」(British Commonwealth of Nations)이다. 勿論 英聯合의 成立契機는 分斷國의 그것과는 전혀 性格을 달리하는 것이지만, 客觀的인 法的 關係 자체로서는 상당한 類似性을 발견할 수 있다. 西獨에서도 兩獨關係를 英聯合의 關係와 같은 것으로 보는 견해가 있다.²⁴⁾

英聯合의 構成國家는 對外的으로는 각각 별개의 獨立된 國家로서, 자기 자신의 權限으로서 外交使節을 派遣·접수하고, 條約을 체결

결하며, 각각 별개로 UN에 加入되어 있어 完全한 主權行事を 하는 國際法主體이나, 構成國家 相互間에는 通常의 獨立國家 相互間에서 볼 수 없는 特殊한 關係를 형성하고 있다.²⁵⁾

첫째, 條約을 체결할 때에 事前에 이를 다른 구성국가에 通告할 義務가 있다. 이는 條約에 의해 影響을 받는 다른 구성국가에게 의견을 말할 기회를 주어 구성국가간에 利害를 調整하기 위한 것이다.

둘째, 구성국가 상호간에는 통상적인 外交使節을 교환하지 않고, 상호간을 대표하는 者로서 이른바 高等弁務官(High Commissioner)이 파견되어 있다. 오늘날에는 이들에게도 外交官과 마찬가지로의 特權이 부여되어 있다.

셋째, 구성국가 상호간의 紛爭은 일반적으로 通常의 國際紛爭과 구별되어, 國際裁判機關에 부탁하지 않는 것으로 되어 있다. 그러나 제 2 차대전 이후에는 이 原則도 점차 崩壞되어가고 있으며, 구성국가 상호간에 체결된 條約 중에 특정 사항에 관하여 國際司法裁判所의 管轄權을 인정한 例가 있고, 구성국가 상호간의 紛爭이 UN에 부탁되는 例도 보인다.

넷째, 通商·貿易에 관한 條約에서 볼 수 있는 이른바 Commonwealth Clause도 英聯合 構成국가 상호간의 특수한 결합을 나타내 주는 것이다. 이 조항은 英聯合 構成국가가 다른 外國과 통상·무역·항해에 관한 조약을 체결하고 最惠國民待遇條項이나 內國民待遇條項을 설정하면서 붙이는 留保로서, 英聯合 構成국가 상호간

에 인정되는 特惠關係는 거기에 包含되지 않음을 明白히 한 것이다.

다섯째, 구성국가의 모든 국민에 대하여 「英聯合市民」(Commonwealth citizen)이라는 地位가 公同적으로 인정된다. 오늘날에는 英聯合 구성국가도 各各의 別個의 國籍法을 가지고 있으나 英聯合市民에 대하여는 단순한 外國人과 다른 특별한 법적 대우가 주어진다. 그 특별한 지위의 내용은 각 구성국가의 國內法에 의해 규정된다. 그러나 「英聯合市民」이라는 지위는 國際法的 意味를 갖는 것은 아니며, 外交的 保護(diplomatic protection)를 행하는 權限은 각 구성국가에 있다.

여섯째, 각 구성국가의 首相들로 구성되는 英聯合會議(Commonwealth Conference)를 통하여 公同의 문제를 협의한다. 1966年 이후, 英聯合 事務局(Commonwealth Secretariat)이 설치되어 여기에서 會議를 관장한다. 事務總長(Secretary-General)은 執行的 機能은 수행하지 않으며 다만 情報傳達의 역할을 담당한다.

일곱째, 1949年 4月, 英聯合會議에서의 커뮤니케에 의하여 英國의 國王은 “英聯合의 獨立한 諸 構成國家의 自由로운 結合의 象徴이며 또 그러한 지위에서 英聯合의 首長”(the symbol of the free association of its independent member nations and as such the Head of the Commonwealth)으로서 위치 지워지고 있다.

英聯合의 法的 關係는 각 구성국가가 對外的으로는 完全한 獨立

國家로서의 國際法主體性을 가지면서, 그들 상호간에는 通常의 國家關係와 다른 特殊한 內的 關係를 형성하고 있다는 점에서, 우리가 예상하는 準國家聯合的 關係와 기본적으로 법적 성격을 같이 한다고 볼 수 있다. 東西獨間의 이른바 「內的 特殊關係」가 相互結合의 方向보다는 相互 分離的인 기본 속성을 가지고 있다고 말할 수 있는데 대하여, 英聯合 구성국가간의 內的 特殊關係는 비록 역사적으로 변천되어 가지만 相互 結合的인 方向에서 구성되어 있다는 점에서 차이를 발견할 수 있다.

(4) 假稱 「韓聯合」의 構想

앞에서의 分析을 토대로 準國家聯合的 性格을 갖는 다음과 같은 骨格의 聯合體案을 시도하여 본다.

첫째, 이 聯合體의 이름은 「韓聯合」(the Korean Union)이라고 부른다. 「韓」이라는 말은 우리나라의 古代史에 淵源을 가지고 있을 뿐만 아니라, 앞으로 이룩되는 統一國家가 大韓帝國의 法的 正統性을 維持하는 것이라는 의미에서도 적절하지 않은가 생각된다.

英語 表記의 "Union"은 國際法理論上의 用語는 아니나, 우리가 예상하는 案은 "federation" (聯邦)과는 전혀 다른 법적 성격일 뿐만 아니라, "Confederation" (國家聯合)과도 同一하지 않으므로 이들 用語는 피하는 것이 좋을 것이다. (北韓의 高麗聯邦制案은 "Confederation"으로 표기되고 있다.)

둘째, 「韓聯合」의 기본 성격은 南北韓의 完全한 統一國家 형성까지의 過渡的인 中間段階의 結合體이다.

政治學에서의 機能主義 統合理論에 의하면, 超國家的 官僚機構의 創設이 統合을 추진하는데 有利하며, 統合이 어느 정도 진행되면 中間形態로서의 聯合體(union)를 형성하는 것이 必要하다고 말하고 있다.²⁶⁾ 「韓聯合」은 우선 南北交流를 促進시키는 機能을 당면 과제로 하되, 이를 기초로 최종적인 統一方案을 추진하는 中間段階의 聯合體로서도 機能한다는 점에서 二重의 性格을 가진다고 말해도 좋을 것이다.

셋째, 「韓聯合」의 憲章을 採擇한다. 이 聯合憲章은 南北韓間의 基本條約으로서의 性格을 가지는 것이 될 것이며, 이른바 暫定協定(modus vivendi)에 해당한다고 볼 수 있다. 聯合憲章은 對外的으로는 國際法的 條約의 性格을 가질 것이나, 統一時까지의 內的 特殊關係를 설정하는 것인 점에서 구별되며, 그러한 취지를 憲章속에 明示하도록 한다.

憲章의 내용은 72年의 7.4 南北共同聲明을 기초로 하되, 이를 좀 더 具體化할 必要가 있다.

넷째, 「韓聯合」의 구성원인 南北韓은 對外的으로 別個의 獨立國家로서의 國際法主體性을 가진다. 따라서 UN에도 각각 加入하는 것으로 한다. 또한 外交政策도 獨自的으로 결정·수행하며, 다만 統合이 진행되는 정도에 따라 外交問題도 協議의 대상으로 한다.

다섯째, 南北韓關係가 相互 外國의 關係가 아니라 統一時까지의 暫定的인 內的 特殊關係에 있음을 明白히 하기 위하여 聯合憲章에 이를 明示할 뿐만 아니라, 國際的으로도 이를 確認하는 조치가 必

條項을 相互 調和的으로 解釋하는 結果로서 可能한 統一方案이란, 결국 대한민국 憲法이 存續되는 가운데 북한정권이 소멸하여 스스로 한국정부의 지배하에 들어오는 것 이외에는 남아있지 않다. 그러나 이것은 現實的인 통일방안으로서는 생각하기 힘들 뿐 만 아니라, 70年代 以後의 韓國의 統一政策의 實際와도 一致하지 않는다.

특히 6.23 宣言이 예상하는 남북한 法的關係는 종래의 唯一合法 政府論을 더 이상 유지하지 않는 것이며, 또한 74年 8月 15日의 平和統一三大原則에서 「大韓民國憲法節次에 따른」과 같은 制限的 표현이 없는 채로 단순히 「土着人口比例에 의한 南北韓自由總選舉」라고 제시하고 있는 것은 南北韓 憲法の 効力이 모두 소멸된 가운데 새로운 憲法の 制定을 통한 統一國家 樹立을 暗默的으로 容認하는 것으로 해석될 여지가 있다. (西獨基本法 제 146 조에서는 이같은 통일방법을 예상한 명시적 규정을 두고 있다.²⁹⁾)

이렇게 본다면 이는 모두 憲法の 領土條項과는 調和되지 않는 것이라고 볼 수 밖에 없다. 결국 이것은 憲法規範과 憲法現實間에 矛盾이 생기고 憲法現實이 憲法規範을 離脫하는 현상, 즉, 明示的인 憲法改正의 節次에 의하지 않고 憲法規範을 달리 적용함으로써 憲法에 실질적 變化를 가져오는 「憲法の 變遷」(Verfassung-

gswandlung)에 해당한다고 볼 수 있을 것이다.

만일 憲法改正節次를 통하여 領土條項을 削除하는 경우에는 憲法改正의 限界肯定論의 입장에서 이것이 憲法改正의 限界를 逸脱하는 것이 아니냐는 문제가 제기될 수 있을 것³⁰⁾이다. 그것이 그대로 실행되는 경우, 이는 실질적으로 新憲法の 制定이라고 보는 것이 옳다.

V. 結 言

이미 지적한 것처럼, 한반도의 실정을 조금만 인식하는 사람이라면 北韓의 「高麗民主聯邦共和國」案의 虛構性을 쉽게 납득할 수 있는 일이다. 1.12 및 6.5 提議는 그것을 잘 드러내주는 것이었다. 다만 南北韓關係의 實體的인 내용에 관한 새로운 提案을 통하여 이를 補完할 必要가 있지 않느냐 하는 점이 지적될 수 있고, 이러한 관점에서 주로 法的 側面에 主眼을 두어 시도해 본 것이 「韓聯合」의 構想이다.

그 法的인 基本構造는 6.23 宣言의 내용이 실현되는 경우의 南北韓의 二元的인 法的 關係, 즉, 對內的으로는 서로 國家와 國家와의 關係가 아니면서 對外的으로는 각각 별개의 獨立된 國家로서 存在하는 特殊한 內的 關係를 하나의 機構를 통하여 制度化하는데에 두고 있다. 달리 말하면 7.4 南北共同聲明 및 거기에 따른 南北調節委員會 設置 合意의 내용을 기초로, 이를 6.23 宣言이 예상하는 法的 關係를 통하여 機構化·制度化한 것이다. 이를 한마디로 分斷國 特有的 準國家聯合이라고 부를 수 있을 것이다.

특히 南北韓 UN 同時加入에 있어서 UN의 決議를 통하여, 南北韓 法的 關係의 統一時까지의 暫定的 內的 特殊關係性을 明示的으로 宣言토록 하는 방안은 위의 準聯合案의 構想을 떠나서도 南北韓 UN 同時加入提案을 補完하는 의미에서 고려해 볼 必要가 있을 것이다.

北韓의 聯邦制案과 위의 準聯合案의 본질적인 차이는 前者의 對外的 一國家性에 대해 後者の 對外的 二國家性에서 찾을 수 있을 것이다. 북한의 聯邦制案의 의도가 그 현실적인 虛構性은 떠나서라도, 이른바 「人民民主主義統一戰線」의 戰略에 입각하여, 한국문제를 國內問題化하고 大韓民國의 安保에 대한 國際的 支援을 차단하려는 데에 있음은 앞에서 지적한 바와 같다.

「韓聯合」의 구상과 같은 準聯合案의 본래적인 의의는 74年 8月 15日의 「平和統一三大原則」을 補完하는데에서 찾을 수 있을 것이며, 그러한 의미에서 長期的인 統一政策構想의 일환으로서 성격지을 수 있지만, 이러한 類의 提案의 現實的인 意義 내지 그 提案時期 등에 관하여는 對北關係 戰略專門家の 판단에 맡기는 것이 옳을 것이다.

아울러, 統一政策과 관련한 憲法問題의 基本的 問題點을 인식하여 統一政策의 樹立에 있어 이를 고려하여야 할 것임을 지적해 두어야 한다.

〈註〉

- 1) 李基鐸, 南北韓 不可侵協定과 安全保障, 「北韓」, 1974年 3月號, PP.54-62 參照
- 2) 7.4 南北共同声明의 法的 問題에 關하여는 裴載湜, 南北共同声明과 北韓의 法的 地位, 國土統一院, 1972.12.; 金明基, 南北共同声明과 國際法, 1975. P.7 ff. 參照
- 3) 韓國戰爭의 法的 性格에 關하여는 裴載湜, 韓國休戰의 法的 諸問題, 서울대학교 「法學」, 16卷1號, P.210ff 參照
- 4) 金明基, 北傀의 對美平和協定締結 提議의 國際法的 矛盾, 「國際問題」, 80年 12月號, P.17 參照
- 5) 상세한 분석으로 裴載湜, 崔大權, 盧明濬, 韓國統一方案의 法的 問題, 國土統一院, 1972.6. P.22ff. 參照
- 6) 그 상세한 경과와 평가에 關하여는 尹璟泰, 南北韓實務接觸의 結果와 南北對話展望, 「統一政策」 80年 6卷3.4號, P.64ff. 參照
- 7) 종래의 북한 聯邦制案의 경위 내용과 평가에 關하여는 宋榮大, 南北聯邦制論 批判, 「統一政策」, 80年 6卷2號, P.169ff. 參照
- 8) 李漢基, 國際法學(上), P.172ff. 參照
- 9) A.H.Birch, Approaches to the study of federalism, 14 Political Studies (1966), 15.

- 10) I. Bernier, *International Legal Aspects of Federalism*,
1973. P.5
- 11) Ibid., PP.81-2
- 12) 田畑茂二郎, 國際法 I (新版), 1973, P.506.
- 13) 1.12 및 6.5 提議의 意義에 關하여는 李相斗, 統一過程에 있어
頂上會談의 意味, 「統一論叢」, 81年 1卷1號, P.106ff. 參照
- 14) 閔丙天, UN軍撤收 또는 解體案 通過時 對備策, 國土統一院,
1976.12.; 金明基, 國際法上 南北韓의 法的 地位, 1980, P.95
ff. 參照
- 15) 일반적으로 裴載湜, 南北韓의 法的 地位, 「대한국제법학회논문총」
76年 12月, 21卷 1.2 합병호, P.227ff.; 金明基, 上揭書
參照.
- 16) Jens Hacker, *Premises and Forms of Diplomatic Repre-
sentation in International Organizations and Foreign
Capitals, Intersystem detente in Germany and Korea*,
1976 (ed. Gottfried-Karl Kindermann), P.74.
- 17) Ibid.
- 18) 李漢基, 國際法講義, 1973, P.104. 參照
- 19) 裴載湜, 前揭論文(註15), P.241.
- 20) 上揭, P.244.
- 21) 金哲洙, 東西獨基本條約과 東·西獨의 法的 地位, 서울대학교
「法學」, 16卷2號, PP.17-23 參照

- 22) 東西獨基本條約에 관한 判例, 國土統一院, 1976.12, PP. 605, 607.
- 23) 上揭, P. 598.
- 24) Kruger und Ranschnig, Die Gesamtverfassung Deutschlands, S. 17 f. - 金哲洙, 前揭論文, P. 10 參照
- 25) E. C. S. Wade and G. Phillips, Constitutional Law, 8th ed., 1970, PP. 431-460 參照
- 26) 李相, 機能主義統合理論과 南北關係, 國土統一院, 「統一理論研究論叢」, 1976.12, PP. 91-2 參照
- 27) Jens Hacker, op.cit., P. 76.
- 28) 統一政策과 憲法問題에 관한 분석으로, 金道昶, 憲法과 國家統一問題, 서울대 「法學」, 8卷2號, P. 32ff.; 裴載湜, 崔大權, 盧明濬, 前揭(註5), P. 22ff.; 金哲洙, 現代憲法論, 1979, PP. 3-21 參照
- 29) “本基本法은 獨逸國民에 의하여 그의 自由로운 決定으로 議決되는 憲法이 効力を 發生하는 날에 그 効力を 喪失한다.”
- 30) 金道昶, 前揭論文, P. 47 參照