

休戰協定에 署名하지 않은 大韓民國  
主導下의 南北韓의 平和關係設定問題

1973. 8.



이 보고서는 국토통일원 73년도 상반기  
학술용역에 관한 최종보고서로 제출합니다

1973년 8월

연구기관 : 서울대학교 법학연구소

연구위원 : 책임자 裴 載 湜

위 원 白 忠 鉉



# 目 次

第一章 序論 - 問題의 性格과 所在 .....	1
第二章 韓国休戰의 特殊한 性格 .....	6
一. 休戰의 古典的 및 現代的 意味 .....	6
二. 韓国休戰의 法的 性質 .....	11
三. 韓国休戰의 終了 및 協定 消滅의 問題 .....	21
1. 休戰의 終了 問題 .....	21
2. 休戰協定 消滅의 問題 .....	25
第三章 南北韓間의 平和關係 設定問題 .....	27
一. 南北韓의 法的 關係 .....	27
1. 7.4 南北共同聲明以前의 關係 .....	27
2. 7.4 共同聲明以後 6.23 特別聲明까지의 關係 .....	37
3. 6.23 特別聲明以後의 關係 .....	39
二. 平和關係設定의 意味와 方法 .....	45
1. 平和關係設定의 法的 意味 .....	46
2. 平和關係設定의 一般的 方法 .....	47
3. 南北間에 妥當하는 平和關係設定 方案 .....	53



## 第1章 序論 - 問題의 性格과 所在

韓國의 統一과 平和의 問題는 安으로 國家의 至上課題로서 追求되어 왔으며, 同時에 그것은 國際聯合이 達成해야 할 主要한 目的的 課題의 하나로 다루어져 왔다.

그러한 意味에서 韓國의 平和 및 統一의 問題는 國內問題인 同時에 國際問題로서의 兩面性を 갖는다.

이와같은 韓國問題의 兩面性이라는 特性으로 因하여 南·北韓의 關係는 - 특히 6.25 特別宣言後 南北韓이 同時에 U.N에 加入하는 경우 - 對內的 및 對外的 關係의 二重性を 갖는 것이다. 따라서 이같은 南北韓의 特殊한 關係에는 國內法과 國際法의 規則이 二元的으로 妥當할 수 있으며, 거기에는 兩法體制가 調和되지 않는 矛盾的 現象이 일어날 수 있는 것이다.

이러한 不調和的 現狀은 이른바 分斷國의 過渡的 性格에서 衍유하는 暫定的 性質의 것임을 本質로 하는 것이다. 最近 한 外國記者가 韓國을 보고 돌아 가는 馬場에서 「지금 韓國에는 戰爭도 없고 平和도 없다」고 한 말은, 法的인 意味에 있어서 반드시 正確한 것은 아니나, 오랜 동안의 休戰狀態 아래에 있는 如斯한 南北韓의 不安한 關係의 現象形態를 適切히 表現한 것이라고 할 수 있다.

一般的으로 休戰은 戰爭狀態의 終結, 즉 平和關係의 設定을 意味하는 것이 아니다. 實在的 見地에 立脚한 現代의 法理論

에 따라 休戰이 戰爭의 事實上的 終結을 意味하는 것이라 하더라도 그것은 언제나 平和에 대한 潛在的 危險을 內包하는 것을 本質로 하는 것이다.

韓國에 있어서의 現存하는 緊張과 不安은 그것을 象徵하는 「休戰狀態」에서만 緣由하는 것이 아니라 오늘날 우리가 살고 있는 이 世代의 特徵이 全世界를 통해서 戰爭과 平和의 그 어느 것이라고 規定지을 수 없는 薄明속에서 방황하고 있다는 點에도 原因이 있는 것이다.

1953年 7月 27日 韓國休戰協定이 大韓民國의 署名없이 成立한지도 어언간 20年의 歲月이 흘러갔다. 그동안 休戰協定 第4條 60項에 따라 韓國問題의 平和的 解決을 위한 高位政治會議의 豫備會談이 協定當事者(유엔軍司令官과 北韓 및 中共志願軍司令官) 사이에 이루어 지기는 했으나, 會議의 構成, 時日 및 節次등에 관한 合意를 못한채 無期休會로 되고 말았다. 그後 美·英·仏·蘇 4個國外相會議에서의 合意에 따라 1954年 4月 27日부터 6月 15日까지 韓國問題에 관한 「제네바」政治會議가 開催되고 韓國의 平和的 統一方案과 外國軍隊의 撤収問題등이 討議되었으나 參戰16個國(및 大韓民國)의 見解(案)와 共產側(北韓·蘇·中共)의 主張이 妥協의 餘地없이 對立을 거듭함에 이르러 마침내 參戰 16個國은 討議의 中止를 宣言하고 問題를 다시 國際聯合에 移管하기로 決定함으로써 政治會談은 結局 流產되고 말았는 것이다.



그리고 그동안 共産側에 의한 休戰協定違反의 事例는 協定全體를 無効化할 段階에 까지 이르고 있다. 특히 軍裝備와 兵力의 不法的 增強은 이를 禁止한 協定の 規定을 事實上 廢棄한 것이나 다름이 없게 되었다. 이에 대해서 U.N軍司令部는 1957年 6月에 U.N軍의 裝備를 現代化하고 協定締結 當時의 軍事的 均衡을 回復하고자 決意한다는 覚書를 共産軍側에 傳達한바 있다.

이러한 現狀은 裝備增強의 禁止를 規定한 協定條項의 廢棄를 意味하는 것이었다. 그리고 公正한 觀察과 報告를 任務로 하는 中立國監視委員會의 폴란드 및 체코 代表들의 間諜行爲 등으로 因하여 同 委員會의 機能은 完全히 喪失되고 말았다.

이와같은 韓國休戰의 本質的 不安은 最近에 이르러 이른바 Nixon Doctrin의 展開를 背景으로 하여 急變하고 있는 國際關係의 動態속에서 보다 깊은 不安의 要素를 加味하게 되었다. 그것은 休戰線의 不吉한 오랜 沈黙이 그것을 半永久的인 事實上的 政治境界線으로 變質, 固定化할 可能性이 있다.

한편 우리와 歷史的, 現實的인 事情을 달리하면서도 分斷國의 特性을 같이 하는 獨逸聯邦共和國(西獨)은 이른바 平和共存의 國際的 潮流에 順應하여 外交政策의 基本을 이루고 있던 Hallstein原則을 마침내 止揚하고 對等한 次元에서 東獨을 對하는 새로운 東歐政策을 展開하기에 이르렀다.

如斯한 周邊의 狀況의 激變속에서 休戰協定에 署名하지 않은

大韓民國政府의 主導下에 1972年 7月 4日 歴史的인 「南北共同聲明」이 발표되었다. 이 共同聲明은 새로운 次元에서의 南北關係의 展開를 意味하는 것으로서 南北韓 사이에 祖國의 平和的, 自主的 統一을 위한 基本原則을 設定하고 이를 위하여 먼저 南北韓은 서로 誹謗과 武力的挑発을 中止하고, 南北關係를 平和的으로 調節해 나가기 위하여 常設的인 調節委員會를 통해서 政治會談을 열기로 合意한 것이다.

이 共同聲明의 內容은, 第3章에서 詳論하는 바와같이 默示的으로 南北間에 現存하는 休戰狀態 즉 「事實上的 戰爭狀態」의 終結에 合意한 것으로 推定되는 法的 意味(效果)를 갖는다고 해석될 수 있다.

韓國休戰協定の 當事者사이에는 形式上 여전히 協定の 効력이 持續되고 있는 가운데 南·北韓사이에는 休戰狀態의 終結이 默示的으로 合意되었다는 것은 바로 위에서 말한 韓國問題의 二重性이라는 特性에서 오는 하나의 不調和的 現象임을 意味하는 것이다.

南北共同聲明에 이어 지난 6月 23日 大韓民國政府는 「平和統一外交政策에 관한 大統領特別聲明」을 公表하였다. 이 特別宣言은 7.4共同聲明을 再確認하고 祖國의 平和的統一이 成就될때까지 過渡的期間의 잠정적 措置로서 韓半島에 平和를 安着시킬 수 있는 現實的이며 實効的인 方法을 提示하였으니 그것은 對外的으로 南·北韓이 동시에 國際聯合會員國으로 加入하여

憲障体制아래서 競争과 協力을 통하여 民族的 力量을 기루며  
나아가서는 祖国의 平和的 統一에의 길을 追求하자는 것이다.  
特別宣言은 同時에 전통적인 韓國的 한슈타인 原則(對共不容  
主義)을 止揚하고 이른바 平和共存의 原則을 受容하였다.

이와같은 劃期的인 政策轉換에 의하여 大韓民國政府는 對內的  
關係에 있어서 처음으로 北韓을 「地方的 事實上的 政權」으로  
서 默示的으로 認定하였다. 그리고 이와같은 南北關係에 있어  
야 할 平和의 定着方案을 구체적으로 提示했다. 이와같이 본  
다면, 形式的 意味의 戰爭狀態 終結은 이미 이루어졌고 따라서  
問題은 南北間의 平和를 實効的으로 維持, 保障할 수 있는 方  
法如何이다.

이상과 같은 問題意識으로써 다음에 韓國休戰의 特殊한 性格  
과 南北韓間의 法的關係 및 거기에 妥當할 수 있는 平和關係  
設定의 方法을 考察하기로 한다.

## 第二章 韓國休戰의 特性

### 一. 休戰의 古典的 및 現代的 意味

休戰이란 本來 國際法上의 概念으로서 交戰當事者間의 合意에 依하여 敵對行爲(戰鬪)를 停止하는 行爲 및 그것에 依한 敵對行爲의 停止狀態를 意味하는 것이다. 1907年의 「陸戰法規慣例에 關한 規則」 第36條에도 「休戰은 交戰當事者의 合意으로써 作戰行動은 停止한다」라고 規定되고 있다.

이와같이 休戰은 敵對行爲의 停止를 意味하는 暫定的 性質의 것으로서 <戰爭의 終了>를 意味하지 않는 것이 原則이다.

休戰에는 全般的 休戰, 部分的 休戰 그리고 停戰의 세가지 形態가 있어 各 形態에 따라 그것이 갖는 意味와 效果에 있어서 差異가 있다.

全般的休戰(*general armistice*)은 全軍隊의 戰鬪地域 全般에 걸친 戰鬪行爲의 停止를 말하는 것으로서, 그것은 戰爭 全体에 影響을 주는 政治的 重要性을 갖는 것이 보통이다. 例컨데, 1918年의 聯合國과 獨逸間의 休戰, 1953年의 韓國事變의 休戰이 그것이다. 이와같은 全般的 休戰은 흔히 「戰爭의 事實上의 終了」(*de facto termination of war*)와 같은 政治的 效果를 갖는 것이다. 이러한 政治的 重要性으로 因하여 一般的 休戰을 爲한 協定の 締結은 原則으로 交戰當事國政府 또는 軍의 總司令官에 依해서 行하여진다. 協定の 性質(政治

的 重要性)에 비추어 그것의 効力發生에는 批准을 要한다고 解釋되고 있으나, 最近의 慣行은 批准없이 發効케 하는 傾向으로 나가고 있다.

部分的休戰 (partial armistice)은 위에서 본 全般的 休戰과 같이 全軍隊의 戰鬪地域 全般에 걸친 戰鬪行爲의 停止를 意味하는 것은 아니나, 戰爭에 미치는 政治的 重要性和 政治的 效果를 갖는 것이 보통이며, 이 점에 있어서 一時的·局地的인 戰鬪行爲의 停止를 意味하는 停戰 (suspension of arms)과 區別된다. 停戰은 보통 傷病者의 收容, 死者의 埋葬, 防備地帶로부터의 撤収, 降服, 休戰 또는 上官으로부터 이러한 事項에 關한 訓令을 받기 爲한 目的으로 短期間 部分的으로 戰鬪行爲를 停止하는 것이며, 따라서 停戰에는 政治的인 目的이 없고 一時的인 局地的 意味를 갖는 데 不過하다. 交戰國 軍隊의 指揮官은 停戰에 關한 協定締結의 權限을 갖는다.

休戰의 一般的 性質에 關하여 무엇보다도 問題가 되는 것은 休戰中の 時期가 어떠한 法的地位에 있는가 하는 問題이다. 即, 그것은 戰時인가 아니면 다른 어떤 特殊한 狀態인가 하는 것이다. 古典的理論의 代表인 오펜하임 (Oppenheim)에 依하면 一般的 休戰期間中 交戰當事者 사이 및 交戰者와 中立國 사이에는 단지 敵對行爲의 停止 以外の 모든 點에 있어서 여전히 戰爭의 諸條件이 繼續한다. 休戰이 一時的 平和를 意味하는 것으로 解釋하는 學說이 있으나, 休戰은 暫定的인 戰鬪行爲의 停

止를 意味하는 것에 지나지 않고, 休戰 後에도 戰鬪行爲를 再開할 수 있으므로 休戰을 一時的 平和로 보는 것은 妥當치 않다는 것이다. 그리하여 國際法上 및 國內公法上의 諸關係가 休戰期間中 戰時로 規定되며, 그 期間이 아무리 長期에 이르지라도 그 동안의 法的 關係는 戰時法의 適用을 받아야 한다는 것이다. 이와같이 休戰은 事實上 및 法律上의 어느 意味에 있어서도 戰爭狀態를 終結시키지 않는 것으로 보는 것이 實定法制度의 原則이라 할 수 있다. 그리고 이 古典的 理論은 實際로 各國의 慣行 및 法院의 態度와도 一致되는 것이라고 볼 수 있다. 하나의 例를 들면 1944年 11月 3日 프랑스의 Cassation 法院은 Compiègne의 休戰(1940年 6月 22日)이 成立된 後 獨逸側과 連絡하였다는 혐의로 기소된 프랑스의 한 新聞記者 Suarez를 裁判함에 있어서, 休戰이란 敵對行爲의 一時的 停止를 이를 뿐이며 그 自体 戰爭狀態를 終結시키는 것이 아니라고 判示하고 被告를 死刑에 處한 바 있다. 이 判決은 위에서 본 休戰의 性質에 關한 國際法의 古典的 理論 및 實定法上의 原則과 一致하는 것이다.

이와같은 古典的 理論에 對하여 最近에 스톤(Stone)教授는 一般休戰協定에 關한 現代的 傾向을 分析하고, 休戰은 그것이 全般的 休戰인 한 그것은 單純한 戰鬪行爲의 一時的 停止에 그치는 것이 아니라 一種의 「戰爭의 事實上의 終結」을 結果하는 것이라고 한다. 그러한 實例로서 스톤은 베르사이유講和條

約이 締結되기 前 1919年 11月 11日의 聯合國과 獨逸 사이  
의 休戰이 戰爭의 「事實上의 終結」에 該當한 것이며 여러 法院  
의 判例에도 이러한 見解가 實地로 採用되었음을 들고 있다.  
同時에 그는 스에즈 運河의 封鎖에 關한 이스라엘-에집트 間  
의 紛爭에 對하여 1951年 國際聯合이 取한 態度가 兩國間의  
一般休戰協定이 戰爭狀態를 終結시키고 事實上의 一般的 平和狀  
態를 回復한 것이라고 하는 見解에 立脚한 것임을 指摘하였다.  
이러한 見地에서 스톤教授는 韓國休戰協定도 그 協定の 前文에  
는 이 條件 및 規定들의 의도는 <純軍事的> (purely mil-  
itary) 性質에 屬하는 것임을 明示하였으나 그것이 全般的인  
一般的 休戰이기 때문에 「戰爭」(協定에는 「動亂」 또는 「武  
力敵對行爲」라는 用語를 쓰고 있다)의 「事實上의 終結」에  
該當하는 것이라고 論하고, 陸戰의 法規慣例에 關한 1907年의  
해그 規則 第36~41條에 이르는 休戰에 關한 規定은 이와같  
은 새로운 傾向에 비추어 適應과 調節을 要한다고 提議하고  
있다.

위에서 본 이스라엘과 에집트間的 休戰協定の 執行에 關해서  
보건대, 에집트는 이스라엘에 對해서만 繼續하여 스에즈運河의  
封鎖를 實施하였으며, 한편 이스라엘은 이 紛爭을 國際聯合 安  
全保障理事會에 提訴하면서 同休戰協定이 交戰當事國 사이의 戰  
爭狀態를 事實上 終結시킨 것이라고 主張하였던 것이다. 이에  
對해서, 에집트는 戰爭關係의 繼續을 主張하면서 封鎖의 合法性

을 들어 反駁하였다. 이 事件을 다룬 安保理事會는 1951年 9月 1日 에집트에 對하여 同 封鎖의 撤回을 要請하는 결의를 採択하였다. 그런데, 同 理事會의 결의가 과연 一般的 休戰은 戰爭의 事實上의 終了를 意味하는 것이라는 解釋에 立脚한 것인지 疑問스럽다. 위의 결의는 傳統法의 變更을 企圖한 것이 라기보다는 오히려 平和에 對한 潛在的 危險狀態에 早速히 終止符를 찍고자 한 政治的 行動으로 보는것이 한층 妥當한 見解라고 할 것이다. 또한 實際로 지금까지의 이스라엘-에집트 休戰協定은 事實上의 意味에 있어서도 戰爭狀態의 終結을 가져오지 못하고 있음을 實證하고 있는 것이다.

이와같이 休戰은 戰爭의 終結을 意味하는 것이 아니다. 다만 前述한 스톤의 實際的 考察에 따라 一般的 休戰으로서 長期間에 걸치는 境遇 그것이 흔히 戰爭의 「事實上」의 終了를 結果하는 것이라고 볼 수도 있다. 그러나 法的으로는 休戰 自体가 「戰爭」을 終結시키는 것은 아니다. 休戰期間中 交戰 當事國 사이에는 여전히 戰爭狀態가 繼續하며, 따라서 交戰國과 第3國 사이에는 中立關係( 또는 非交戰狀態)가 存続하게 된다. 即, 休戰期間은 戰時로 規定되는 것이다. 그러므로 休戰 中에도 特別한 合意가 없는限 海上捕獲은 禁止되지 않는다.

그러나 最近의 戰爭이 大體로 世界的 規模의 이데올로기적 性格을 反映하여 複雜한 樣相을 띠우고 있음에 비추어 戰鬪行爲의 停止( 休戰)와 講和 사이에는 時間的 巨離가 점점 길어



지는 一般的 傾向을 볼 수 있으며, 이러한 距離는 - 韓國의 休戰에서 보는 바와 같이 - 더욱 멀어지고, 休戰이 平和로 連結될 可能性은 稀薄해지는 것이 特徵이다. 그러한 까닭에 「休戰期間」의 法的地位에 關한 傳統的인 制度에 對하여 再考할 必要가 있다는 說이 最近에 이르러 尤력해지고 있다. 卽, 休戰이 短期로 끝나는 境遇에는 그 期間을 戰時로 보는 것이 合理的이나, 그것이 長期化하는 境遇에는 國民의 生活과 國家의 活動에 莫大한 苦痛과 부담이 加重되기 때문이라는 것이다.

그러므로 現行法制度에서 오는 重大한 不合理을 避하기 爲하여 戰爭과 平和와의 사이에 中間的인 새로운 法制度를 設定할 必要가 있다는 見解에는 充分한 根拠가 있는 것이라고 할 수 있다. 個人이나 國家가 戰爭狀態에 얽매어 몇 年이고 不自由한 生活을 忍耐해야 한다는 것은 現實에 맞지 않는 일이라 할 것이다.

## 二. 韓國休戰의 法的性質

1953年 7月 27日 國際聯合軍 總司令官과 共產軍(北韓 및 中共) 總司令官 사이의 合意(協定)에 依해서 成立된 韓國休戰은 어떠한 法的性質을 가진 것인가. 休戰協定이 廢棄 또는 終了되지 않는 限 그 効力이 持續하는 동안은 平時인가 戰時인가. 또는 어떤 第3의 狀態인가. 이러한 問題들은 理論上 으로나 實際上으로 大端히 重要한 意味를 갖는다.

먼저 이른바 6.25 韓國事變( 또는 動亂 )을 「戰爭」으로 보는 境遇 두가지의 結論이 나온다. 하나는 앞서 본 스톤의 學說에 따르는 「平時」이고 또 하나는 傳統法의 解釋에 따르는 「戰時」이다. 그러나 韓國事變을 國家間의 全面的 鬪爭을 意味하는 「戰爭」이 아니고 國際機關에 依한 「警察行動」 또는 平和實施를 爲한 「制裁措置」라고 본다면 問題에 對한 結論은 簡單하게 나오지 않는다. 여기에 韓國事變 및 休戰의 特性이 있고 問題가 있다. 이 問題를 理解하기 爲해서는 우선 韓國事變의 性質을 檢討해 볼 必要가 있다.

問題에 對한 國際聯合의 態度와 學者들의 見解는 一般的으로 韓國事變을 國際法上의 「戰爭」이 아니라는 觀念에 立脚하고 있는 것으로 보인다. 實際에 있어서 國際聯合機構 및 韓國에 軍隊를 派遣한 諸國은 北韓과 中共에 對해서 「宣戰」을 하지 않았으며, 同時에 國際聯合은 憲章 第7章에 依한 強制措置를 戰爭으로 보지도 않는 것이다. 라우트팍트(Lauterpacht 前 國際司法裁判所 判事)에 依하면 憲章의 共同的 實施를 爲한 軍事行動이 事實上 戰爭의 特徵과 外觀을 보이고 있으나 이것을 戰爭으로 보는 것은 正確하지 않을 뿐만 아니라 소망스러운 것도 아니라고 한다. 人道的인 理由와 侵略者를 決定할 國際機關의 不備 또는 欠陥으로 因해서 軍事行動의 合法性 如何에 差別을 두지 않고 一律적으로 雙方이 다 같이 交戰法規의 適用을 받고는 있으나 이 事實이 바로 「戰爭」을 意味하는 것은

아니라고 보는 것이다. 예를 들면, 國際聯合軍側과 共產側은 다 같이 捕虜의 待遇에 關한 제네바條約을 遵守하기로 宣言하였으며, 또 實際로 이 條約에 따랐으나, 이와 같은 人道法規의 適用 自体만으로 韓國事變의 法的 性格을 「戰爭」이라고 規定할 수 없다는 것이다. 이리하여 國際聯合과 權威있는 專門家들은 分明히 유엔 安保理事會의 결의에 依한 國際聯合軍의 出動을 制裁行爲 또는 警察行爲로 보는 것이다.

한편, 國際聯合에 있어서도 戰爭의 概念을 完全히 排除하지는 못하였다고 할 수 있다. 即, 1950年 6月 25日 宇 安全保障理事會의 결의를 보면 이 社會가 撤退를 要求한 相對方은 Authorities of North Korea (北韓當局) 이었고 北韓의 「政府」는 아니었다. 이 段階에 있어서는 事變을 戰爭으로 보지 않았음이 明白하다. 왜냐하면 위의 결의를 通해서 國際聯合은 北韓을 國家( 또는 그 類似團體)로 보거나 또는 그 政治集團을 政府로 보지 않았다고 解釋되기 때문이다. 그런데, 同年 6月 27日 理事會의 결의에는 「國際平和와 安全」을 回復하기 爲하여 緊急한 軍事措置가 必要함을 認定한다고 記錄되어 있는데, 이와 같은 文구의 使用은 國家間의 戰爭概念에 立脚한 것이라고 解釋될 수도 있는 것이다.

이와같은 韓國事變에 對한 國際聯合의 態度는 반드시 始終一貫해서 確固不動한 것은 아니었다. 결의의 文面上의 解釋은 어 렷든 간에 安全保障理事會는 6月 26日의 결의에서 國際聯合에

容되는 것이라고 하였다. 이와같은 聯邦大法院의 判決理由에서 볼 때 前記 会社の 接受는 韓國事變이 「戰爭」은 아니며 「戰爭이 急迫한 境遇」도 아니기 때문에 不法한 것이라고 判示한 것이다.

또 1952年 7月 17日의 美國 펜실바니아州 高等法院의 判決에서도 이와 같은 判旨를 볼 수 있다. 同 判決에 依하면 「우리는 이에 國際聯合 憲章 第39條의 權威에 따르고 또 그 權威下에 있다고 認定되는 바, 大韓民國에 對한 武力侵略을 擊退하기 爲하여 韓國에 軍隊를 派遣할 수 있는 大統領의 憲法上의 權限은 論하지 않기로 한다. 우리의 關心은 이로써 美國이 司法府의 自發的認定(judicial notice)을 要하는 宣戰 없는 戰爭을 行하였는지 그 여부에 있다」고 말하고, 「韓國에 있어서의 軍事行動은 宣戰된 戰爭 또는 宣戰 없는 戰爭의 그 어느 것도 아니다」라고 判示하였다. 그 理由로서, 「韓國에 對한 공격과 이에 對処하기 爲한 行動은 美國에 對한 直接的 공격이었던 日本國의 真珠灣攻撃과는 다르다」고 論하였다. 이리하여 問題의 事件에 있어서 한 被保險者는 軍事訓練을 받기 爲하여 目的地로 가던 도중 列車事故로 死亡하였는데 保險契約에 規定된 「戰時」中の 軍服務가 아니라는 理由에서 二重補償金을 받지 못하였다.

그러나 한편에 있어서 美國의 저명한 判事들은 韓國事變의 戰爭的 性格을 完全히 否認하지도 않았다는 事實에 유의할 必

要件이 있을 것이다. 即, 위에서 본 鋼鐵会社事件에 있어서 빈손 首席判事가 리이드 判事, 민튼 判事와 함께 그 判決에 대한 反對意見을 提示하였는데, 그것은 事變을 明確히 戰時라고 規定하지는 않았으나 「非常時」라고 하였다. 빈손 判事は 말하기를, 世界가 아직도 第2次大戰의 破壞로부터 回復되지 않았고 다른 加一層의 進을 할 「全體的 衝突」(global conflict)의 威脅에 直面하도록 強要되고 있다. 美國議會는 國防과 同盟國에 대한 軍事援助費로 130 億弗을 計上하였다. 이러한 非常時에는 非常의 權力이 要求된다. 린컨 大統領은 南北戰爭의 발발과 同時에 宣戰布告없이, 그리고 制定法上의 權限없이 모든 軍事的 措置를 取했던 것이라고 하면서 트루먼 大統領의 侵略擧退를 爲한 韓國에의 派兵措置는 一種의 戰爭의 性格을 띤 것임을 示唆하였던 것이다.

다음에 韓國事變에 대한 英國의 態度를 보면, 英國은 美國과 함께 主要한 參戰國이면서 事變中 中共과 戰爭關係에 들어가지 않았을 뿐만 아니라 外交關係도 斷絶하지 않았다. 더욱이 1951年 2月1日 國際聯合 總會에서 中共을 侵略者로 規定하고 또한 「韓國內의 侵略者에게 如何한 援助도 參加해야 한다」라는 決議에 따라 同年 5月18日 「中共과 北韓에 戰爭武器와 그 生産에 必要한 物品을 禁輸」하기로 決定하였음에도 不拘하고 英國 政府는 1957年 5月30日에 中共에 대한 禁輸緩和를 發表하였으며 6月5日에는 同措置의 法的 効力發生을 宣言하였

依하여 承認된 大韓民國에 對한 北韓集團의 공격을 「平和의 破壞」(Breach of Peace)로 規定하고, 또한 6月 27日의 결의에 서는 그 공격을 「侵略行爲」라고 非難하였으나 그것이 國際戰爭 또는 內亂의 어느 것을 構成하는가에 關하여는 아무런 討議도 없었던 것이다.

다음에는 韓國事變에 對한 各國, 特히 軍隊를 派遣한 主要國과 大韓民國의 態度를 살펴 보기로 한다.

美國의 態度를 보면 行政府와 司法府가 다 같이 韓國事變을 戰爭으로 보지 않은 것 같다. 1950年 12月 6日 當時의 트루먼大統領은 「國家非常事態의 存在」를 宣言하고 陸海空 및 民間의 迅速한 防衛를 要求하였다. 「非常事態」는 過去에도 美國大大統領이 屢차 宣言한 바 있었으나 그것은 國內法上 또는 國際法上의 「戰爭」宣言을 意味하는 것이 아니었다. 例를 들면 歐洲大戰이 발발한 1939年에는 國民防衛를 強化할 目的으로 「制限的 非常事態」를 宣布하였으며, 樞軸國에 依한 危害가 뚜렷해진 1940年 5月에는 侵略을 擧退할 目的으로 國民防衛의 動員을 要請하는 「無制限非常事態」를 宣布한 바 있으나 그 어느 것도 戰爭으로 看做되지는 않았던 것이다.

韓國事變에 對한 美國 司法府의 見解는 Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer 事件에 對한 聯邦大法院의 判決을 通해서 間接적으로 알 수 있다. 事件의 事實은 1951年 위의 鋼鐵會社와 勞働者 사이에 雇傭條件에 關한 紛爭이 發生하여 원

만한 解決을 보지 못하고 1952年 4月9日 오전 0時를 기해서 同盟罷業에 들어갈 態勢가 確實하게 되자 大統領은 商工長官에게 同会社를 接受, 管理하도록 指示하는 行政命令을 發布한 데서 발단하였다. 政府의 主張은 美國 軍隊와 다른 國際聯合會員國의 軍隊가 韓國戰線에서 侵略軍과 死鬪하고 있는 이 즈음에 鋼鐵生産의 停止는 國防을 危態롭게 하는 것이며, 鋼鐵의 繼續的 生産과 利用을 確保하기 爲해서는 위의 行政命令이 必要하다. 이 重大한 「非常事態」에 対処하기 爲하여 大統領은 行政首班 및 美國軍總司令官의 資格으로 憲法上的 權限의 總和 內에서 行動한 것이다. 大統領은 過去에 行한 바를 行할 수 있는 高유의 權限을 가지고 있으며, 이 權限은 「歷史的 先例와 法院의 判例에 依하여 支持되고 있다」는 것이었다. 이에 對하여 会社側은 위의 行政命令이 立法機能에 該當하며, 이 機能은 憲法上 議會에 屬하고 大統領에게 屬하는 것이 아님으로 그 命令은 無効이라고 主張하였다. 이 事件은 地方法院, 高等法院, 聯邦大法院을 거쳐 結局은 会社側의 勝訴로 落着되었다.

그런데, 事變과의 關聯에서 特別히 注目할 만한 判決理由의 部分은 聯邦大法院의 프랑크홀터 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 이 時期 以後에는 撤回되는 것이라 하고, 그 權限行使는 特別한 環境, 例컨대 「戰時」 또는 「戰爭이 急迫한 境遇」(when war is imminent)에 限해서 許

다. 憲章 및 위의 결의에 위배되는 이같은 英國의 態度는 韓國事變의 戰爭的 性格을 否認하며 또한 休戰期間을 平時로 본 것이라고 解釈할 수 밖에 없을 것이다.

그러나 이와는 反對로 英國의 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 對하여 北韓이 當時 英國과 戰爭關係에 있으므로 그 자를 叛逆罪로 処罰할 수 있다는 見解를 表示한 바 있다. 또한 그 다음 해에 펠펠턴夫人이 北韓으로 갔을 때에도 같은 見解를 取하였던 것이다. 英國法에 依하면 戰時에 「王의 敵」에 對하여 援助를 부여한 者는 이틀, 叛逆罪를 構成하는 것으로 하여 死刑에 處하기로 되어있다. 이와같이 英國의 檢察當局은 韓國事變을 戰爭과 같은 것으로 보았다고 할 수 있다.

다음에 濠洲의 境遇를 보면, 行政府, 立法府 및 司法府의 各部 사이에 事變의 性格에 對한 見解의 差異가 있었던 것으로 보인다. 한때 濠洲 共産黨事件(1950~51)에서 法院은 濠洲가 韓國事變에 參戰하고 있으나 國內法上으로는 平和狀態에 있다고 判示한 바 있었다. 그러나 結局 法院은 Burns 事件에 있어서 外務當局의 意見에 따라 韓國事變은 「事實上의 戰爭」으로 規定하였다.

韓國事變에 對한 大韓民國의 態度는 어떠한 것인가. 지금까지 이에 關한 行政府의 公式的 態度는 表明된 일이 없는 것으로 알고 있다. 우리나라 憲法에 依하면 大統領은 國務會議



의 의결을 거쳐 宣戰을 포고할 수 있으나 政府樹立後 오늘에 이르기까지 「戰時」라고 宣言한 事例은 없으며, 다만 戒嚴法에 依하여 戒嚴을 宣布함으로써 間接的으로 戰時 또는 이에 準하는 「非常事態」를 宣布한 前例가 있다. 戒嚴法 第4条에 依하면 「非常戒嚴은 戰爭 또는 戰爭에 準하는 事變에 있어서 敵의 包圍攻撃으로 因하여 社会秩序가 극도로 攪亂된 地域에 宣布한다」고 되어 있다.

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 現在의 休戰期間을 「戰時」라고 規定하고 이 事件의 管轄權이 軍法會議에 있다는 裁定을 내린 바 있었다. 即, 軍人이라 할지라도 「平時」에 殺人罪 또는 強姦罪를 犯한 境遇에는 이를 軍法會議에서 審理할 수 없고 一般法院에 그 裁判權이 있다고 解釋되는 旧国防警備法(第3条1項 本文)에 依拠하여 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할 것이었는데, 위의 大法院裁定은 이에 對한 有權的 解釋을 보여준 것이다.

弁護人側의 申請理由를 보면 다음과 같다. 即, 「法理論上 平時라 함은 事實上 全面的으로 戰鬪行爲가 終了되어 政府機關에 依하여 治安이 完全히 回復되고 社会秩序가 平時狀態로 復舊된 狀態를 말하는 것인 바 所謂 6·25 事變 발발후 北韓傀儡集團에 對하여 國際法上 交戰團體로서 明示的 承認은 없었다

할지라도 그 所屬戰鬥員에 對한 捕虜處遇 等 事實上 交戰團體로 取扱된 北韓傀儡集團과의 사이에 國際戰爭과 同一한 規模와 方式으로 武力鬪爭을 行한 交戰狀態가 休戰協定の 締結로 말미암아 完全히 終熄되어 社會秩序가 平常狀態로 回復된 現狀態는 이를 平時라 解釋함이 妥當하다」.

이에 對한 大法院의 裁定理由는 「動亂 以後 我政府가 戰爭의 終了를 宣明한 事實이 없음은 勿論, 交通關係가 전혀 두절되었을 뿐만 아니라 休戰協定은 戰鬥의 一時的 停止에 不過하며 戒嚴解除가 있고 國內治安이 一時的 평온을 얻었다 할지라도 이것만으로는 戰時狀態가 終了되었다고 할 수 없다」는 것이다.

以上 보아온 바와 같이 韓國事變에 參戰한 各國의 「韓國事變의 法的性質」에 關한 見解가 구구하고 또한 그 內容에 있어서 모호한 點을 지니고 있다.

韓國에서는 大法院의 見解나 弁護人의 意見이 다 같이 事變의 戰爭의 性格을 認定하면서 다만 休戰의 法的地位에 關해서 見解의 差異가 있는 것으로 보인다. 大法院의 見解는 大體로 休戰期間을 戰時로 보는 傳統法의 解釋에 立脚한 것이며, 弁護人側의 意見은 實在的 見地에 立脚한 現代的 理論과 一致하는 것이라 할 수 있다.

### 三. 休戰의 終了 및 協定消滅의 問題

#### 1. 休戰의 終了問題

이미 본바와 같이 休戰은 法的으로 戰爭狀態의 終結, 卽 平時에의 轉化를 意味하는 것이 아니다. 그러나 複雜한 樣相을 지닌 現代的 戰爭 - 特히 事實上的 戰爭 - 에 있어서는 敵對行爲(戰鬪)의 終了와 戰爭의 終結(平和回復)間에 그 時間的 距離가 점점 멀어지는 一般的 傾向을 볼 수 있다는 것은 앞서 指摘한바와 같다.

그리하여 休戰期間이, 韓國의 境遇와 같이, 長期化하는 境遇(이것은 暫定的 性質임을 本質로 하는 休戰의 變質的 現象이다)에 있어서도 그 期間을 戰時로 보는대는 重大한 不合理가 따르지 않을 수 없으며, 따라서 休戰에 關한 傳統的 法制度에는 調節과 修正이 加해져야 한다고 主張하는 見解에는 充分한 根拠가 있다. 이러한 意味에서 實在的 見地에 立脚하여 韓國의 境遇를 「戰爭의 事實上的 終結」 狀態로 보는 現代的 法理論(前述의 Stone에 依하여 代表되고 있는 學說)의 現實的 妥當性을 認定할 수 있다.

休戰의 終了가 갖는 法的 意味(效果)는 다음의 두가지로 나누어 볼 수 있다. 그 하나는 休戰이 戰爭狀態의 終結(平和條約, 終戰에 關한 默示的 合意等)과 同時에 當然히 終了하는 境遇로서 平時로 轉化하는 意味를 갖는 것이다. 따라서 이

경우의 休戰은 戰爭終結의 豫備的, 또는 過渡的 措置로서의 의미를 갖는다. 그 둘째는, 休戰協定の 違反으로 인한 協定の 廢業, 또는 休戰期間이 設定되어있지 않은 경우에 있어서 休戰當事者의 一方이 一方的으로 敵對行爲를 再開하는것 등으로 因하여 休戰이 終了하는 경우로서, 이 경우는 前者의 경우와 反對로 戰爭의 繼續을 의미하는 것이다. 그리고, 協定에 効力期間이 規定되어 있는 경우에 그 期間의 滿了와 동시에 休戰이 終了하는데 이 경우는 둘째의 의미를 갖는다. 즉 戰爭終結에 관한 明示的 또는 默示的 合意없이 休戰이 終了한다는 것은 戰爭狀態의 繼續을 의미하는 것으로 해석되기 때문이다.

✓ 最近의 慣行은 休戰期間에 관한 約定이 없으며 또한 敵對行爲의 再開에 관해서도 아무런 규정을 두지 않는 것이 보통이다. 이같은 協定아래에서는 一方的으로 休戰當事者의 一方이 自身이 선택하는 時期에 敵對行爲를 再開할 수 있다고 해석한다. 1907年の 陸戰法規도 休戰協定에 期限이 設定되어 있지 않은 경우에는 언제든지 敵對行爲를 자유로이 재개할 수 있다고 규정하고 다만 그 意思를 相對方에게 通告해야 한다고 規定하였다.

최근의 休戰協定가운데 休戰의 期間에 관하여 明示的인 규정을 두고 있지 않는 것으로서 대표적인 것은 韓國休戰協定과 이스라엘-레바논 休戰協定이다. 前者는 「双方의 政治的水準에서의 平和的 해결을 위한 適當한 協定에 의하여 代值될 때 까지」, 그

리고 後者는 「当事者 사이에 平和的 해결이 이루어 질때 까지」 계속해서 効力을 갖는다고 규정하고 있다.

休戰의 効力에 관한 韓國休戰協定 第62項의 規定을 보면 다음과 같다.

本休戰協定の 各條項은 雙方이 共同으로 接受하는 수정 및 增補 또는 雙方의 政治水準에서의 平和的 해결을 위한 適當한 協定の 規定에 의하여 明確히 代替될 때 까지 계속 効力을 가진다.

이와같은 내용의 規定에 따르면 雙方의 協定当事者 (U.N軍總司令官과 北韓軍總司令官 및 中共志願軍司令官)間에는 아직도 形式上...실질적으로는 「戰爭의 事實上的 終結」狀態로 볼 수 있으나.....同協定の 効力이 계속하고 있는 것으로 볼 수 밖에 없을 것이다. 「雙方」의 当事者속에 大韓民國이 包含되느냐에 관해서는 定說이 없어 疑問이나 대한민국정부가 同協定에의 署名을 끝내 拒否했다는 事實로 미루어 대한민국이 協定当事者라고 보기는 어렵다. 協定締結 當時 韓國軍은 U.N軍總司令官의 作戰指揮아래에서 行動하고 있었기 때문에 同協定에 事實上 따르지 않을 수 없었으나 이것은 별개의 문제이다. (여기에 새삼 留意할 것은 同休戰協定에 北韓은 이른바 「朝鮮人民軍最高司令官 兼 朝鮮民主主義人民共和國元首 金日成」이 署名하였다는 사실이다. )

그러나 한편 第三章에서 論하는 바와 같이 南北韓사이에는 7.4 南北共同聲明을 通해서 默示的으로 韓國에서의 「事實上의 戰爭」狀態의 終結에 合意했다고 본다면 여기에는 協定當事者間의 休戰狀態의 繼續과 南北間의 戰爭終結이라는 法的으로 調和되지 않는 二元的 現象이 存在하게 되는데 이것은 앞서 論한 바와같이 바로 韓國問題의 兩面性이라는 特性에 緣由하는 過渡的 現象으로 理解된다.

休戰協定도 條約의 一種이므로 條法의 一般原則에 따라 終了한다고 解釋된다. 그 終了를 가져 오는 原因으로서 重要한 것은 協定の 違反이다. 前記 陸戰法規 第40條에 의하면 「當事者의 一方에 重大한 休戰協定の 違反이 있을 경우에는 他方 當事者는 協定廢棄의 權利를 가질뿐만 아니라 緊急의 경우에는 즉각 戰鬥을 再開할 수 있다」고 規定하고 있다. 그러나 問題는 어떠한 客觀的 基準에 의하여 「重大한 違反」과 「緊急의 경우」를 判定할 수 있느냐 하는 것이다. 有權의 判定機關이 없는 限 그것의 判定은 當事者의 主觀的 裁量에 依存할 수 밖에 없을 것이다.

앞에서 본바와 같이 韓國休戰協定은 그것에 대한 北韓側의 繼續的인 重大한 違反事例와 그것에 対応한 UN軍側의 協定一部分의 廢棄로 인하여 協定全体가 無効化할 段階에 까지 이르고 있는 것이 事實이나 어느 一方當事者가 協定全体의 廢棄를 明示的으로 宣言하거나 敵對行爲를 再開할 때까지는 協

정의 효력은 形式上 存続할 것으로 보인다. 1953年 7月 27日 韓國休戰協定이 調印되던 날, 參戰 16 國은 다음과 같은 共同宣言을 發表하였다.

國際聯合의 諸原則에 挑戰하므로써 武力攻撃을 再開하는 경우 우리는 또 다시 同盟하여 迅速히 對抗할 것이다. 休戰協定의 그와같은 破壞의 結果는 지극히 重大한 咎에 敵對行爲를 韓國 國境內에 限定하기가 거의 不可能할 것이다.

## 2. 休戰協定消滅의 問題

休戰協定도 一種의 條約이므로 條約法上의 一般的 原則에 따라 消滅한다고 풀이된다. 一般條約法上 條約의 消滅이라 함은 넓은 意味의 條約의 効力(拘束力과 實施力)의 消滅, 즉 條約의 終了를 말하는 것이다.

여기서는 특히 條約當事者의 消滅로 인한 條約의 消滅에 관하여 보기로 한다. 그것은 韓國休戰協定의 一方當事者인 國際聯合軍司令官이라는 機關이 國際聯合軍의 解体(또는 撤収)가 實現되는 경우 그것과 同時에 消滅할 可能性이 있기 때문이다.

一般 國際法上 條約當事國의 消滅에 의하여 條約도 당연히 消滅하는 것이 原則이다. 그러나 他 國家에 의한 相續이 行해진 경우에 非政治的 條約에 限하여 消滅하지 않고 相續될 수 있는 것이 原則이다. 當事國이 國際法上으로 完全히 消滅하지 않는 單純한 政府의 變更 또는 領土의 變原에 不過한 경우에는 條約의 實施가 可能的 限 그로 인하여 條約의 効力

은 아무런 影響을 받지 않는다. 政府의 非合法的 變更이 있  
은 후 新政府가 承認을 받지 못하여 外交的 断切의 狀態가  
繼續하는 경우에도 条約은 消滅하지 않고 그 効力이 停止  
( Suspension ) 될 뿐이며 外交關係의 再開와 더불어 부활하  
는 것이 原則이다.

이와같은 一般条約法上의 原則이 위에서 假定한 韓國休戰協  
定の 一方當事者의 消滅의 경우에 準用될 수 있을 것인지는  
疑問이다. 現實主義 내지 機能主義의 立場에서 보면 U N軍의  
解体에 따른 消滅은 同休戰協定이 다른 実体 ( 例 大韓民國 ) 에  
의하여 相續되지 않는 限 그것의 消滅을 가져 온다고 보는  
것이 妥當할 것이다.

한편 形式主義의 立場에서 본다면 國際聯合軍의 解体와 함께  
司令官은 消滅되나 그것의 創設機關인 國際聯合機構는 存続하는  
까닭에 同休戰協定自体는 당연히 消滅하지 않고 그 効力이 停  
止될 뿐이라고 할 수도 있을 것이다. 이러한 形式主義的 見解  
解는 前述한 國家에 있어서의 政府의 非合法的 變更의 경우를  
準用하는 무리한 理論構成이라고 할 것이다.



### 第三章 南北間의 平和關係設定問題

南·北間의 平和關係設定方案을 檢討하기 위하여는 먼저 南(大韓民國)과 北(北韓)의 法的關係가 前提로 되지 않으면 안된다. 왜냐하면 一般的으로 「平和關係」와 그에 対応하는 概念으로서의 「戰爭關係」는 國家 對 國家와의 사이에 設定되는 것이 原則이기 때문이다. 앞서 檢討한 바와 같이, 韓國 國亂의 性格이 戰爭이나 內亂이나에 관해서는 國際聯合機構의 一聯의 決議나 學說들이 각기 구구할뿐만 아니라 大韓民國이 休戰協定の 當事者로 되어 있지 않다는 點에서 大韓民國과 北韓의 法的地位에 따르는 兩者의 關係는 基本的으로 特殊한 意味을 갖는 것이다.

#### 一. 南·北韓의 法的關係

大韓民國과 北韓의 法的關係를 考察함에 있어서 便宜上 (1) 7·4 南北共同聲明 以前과 (2) 7·4 以後 6·23 宣言에 (3) 1973.6.23 (平和統一外交政策에 관한 大統領特別宣言) 以後 및 南·北韓이 同時에 U.N.에 加入하는 境遇에 있어서의 兩者의 法的關係로 나누어 보기로 한다.

##### 1. 7·4 南北共同聲明 以前の 關係

韓國의 獨立問題를 다룬 國際聯合 總會는 1947年 11月

14 日의 決議로서 全韓國을 代表할 政府의 樹立을 위하여 總選舉를 實施하도록 하였으며, 그 決議에 따라 施行된 總選舉의 結果로서 構成된 制憲國會는 全韓國을 代表할 政府를 組織한 것이었다. 上記 UN 決議가 그 施行過程에 있어서 北韓地域을 占領하고 있던 蘇聯軍에 의한 UN 監視團의 入北拒否로 인하여 부득이 一部地域(38 度以北)에서는 實施될 수 없었으나 이 事實이 大韓民國 政府의 正當性(合法性)을 排除하는 것은 아니다.

1948 年 6 月 25 日 「國際聯合 臨時韓國委員會」도 決議를 通해서 「1948 年 5 月 10 日에 實施된 總選舉의 結果는 同 委員會이 接近 可能하였으며 全韓國 國民의 約 3 分の 2 의 人口를 갖는 地域에 있어서의 有權者들의 自由意思의 正當한 表示」라고 하였던 것이다. 또한 같은 해 12 月 12 日 國際聯合總會는 決議 第 195 号(Ⅲ) 로써 大韓民國 政府가 韓國內의 唯一한 合法 政府임을 承認하였다. 同時에 同決議는 韓國의 統一이 아직 成就되지 않았다는 事實에 留意하면서 「國際聯合 臨時 韓國委員會가 監視하고 協議할 수 있었으며 또 韓國國民의 大多數가 居住하고 있는 韓國地域에 效果的인 統治와 管轄權을 가진 合法政府(大韓民國政府)가 樹立되었으며, 또한 그것은 韓國內의 如斯한 唯一의 政府임을 宣言」한 것이다. 즉 大韓民國 政府의 合法性(正統性)은 普遍的 國際機構인 國際聯合의 決議에 의하여 承認된 것이다. 이 점에 있어서 大韓民國과 獨逸聯邦

共和国(西獨)은 다 같이 分斷國의 特性을 지니고 있으면서도 그 法的地位를 달리한 것으로서 그것은 특히 分斷 雙方間의 內部關係에 있어서 더욱 明白한 差異를 보여주고 있다. 이러한 兩者의 差異는 完成國家를 前提로 한 大韓民國의 憲法構造(특히 維新以前의 舊憲法體制)와 暫定國家(Provisorium)를 前提로 한 西獨基本法(Grundgesetzy)의 構造에서 그대로 반영되고 있다.

1948年9月9日 蘇聯軍 占領下에 있던 38度線 以北地域에 는 이른바 「朝鮮民主主義 人民共和國」이라는 共產黨集團의 政權이 樹立되었다. 韓國의 一部地域에 이같은 政治集團의 組織(成立)으로 因하여 韓國의 國家性은 一般的으로 이른바 「分斷國」의 特性을 지닌 것으로 보여져 왔다. 大韓民國과의 關係에 있어서 如斯한 北韓政治集團의 法的地位는 어떠한 것으로 把握되는가 이 問題를 究明하기 위하여 먼저 分斷國의 特性을 分析해 볼 必要가 있다.

一般的으로 分斷國의 概念은 본래 하나의 正當(合法)政府에 의하여 代表되는 一國의 形態로 存在해야 할 것이 外見上 두 개의 國家形態로 나타나고 있을 때에 認定된다. 이러한 分斷狀態는 一般的으로 暫定的인 現象임을 特徵으로 하는 것이다. 즉 分斷國의 問題는 一時的으로 對立하는 두개의 政治權力이 競合하다가 單一의 政治組織으로 統一되거나 또는 어느 一方이 分離, 獨立하므로써 두개의 國家로 固定되어 그 分斷狀態가 終

結된 것으로 予見되는 경우에 存在한다. 그러므로 現存하는 分斷國이란 대체로 다음과 같은 共通된 特性을 지니고 있는 것이다.

첫째, 同一領域內에 實効的 政治權力을 行使하고 있는 두개의 對立한 政治組織이 確立되어 있다.

둘째, 各 政治組織은 第3國과의 外交關係를 維持하는 各己의 國家組織을 가추고 있다.

셋째, 各 政治組織은 자기 自己 路線의 國家統一을 追求하면서 主觀的으로는 1國으로 存在한다는 立場을 취하고 있다.

네째, 對立된 兩 當事者는 대체로 自由, 共產의 兩大障營의 勢力均衡關係에 의하여 일단 安定된 狀態를 維持하고 있다.

다섯째, 承認의 法的效果를 別途로 할 때 國際社會의 現象形態로서는 別個의 國家로 보이면서 當事者의 主觀으로는 單一의 國家性을 維持하고 있다. 이와같은 現象은 특히 各 當事者가 다 같이 一國(外國)에 의하여 同時에 承認되었을 경우에 생기는 矛盾이다.

여섯째, 國家를 代表할 수 있는 正統性은 당사자의 主觀이 아니라 國際機構와 個別國家의 承認에 依存할 수 밖에 없는 基本的 制約性을 안고 있다.

일곱째, 對立當事者의 어느 一方이 別個의 國家로 獨立할 可能性과 地方에 統合될 可能性을 同時에 갖고 있다.

여덟째, 最近의 現象으로서 지금까지 어느 一方만을 承認하고

있던 第3국이 雙方을 同時에 承認할 可能性이 있으며 . 또한 나아가서 兩 당사자가 別個의 單位로서 國際機構 특히 國際聯合會에 加入할 可能性이 짊어지고 있다.

以上과 같은 分斷國의 特性은 韓國의 경우에도 妥當한 것으로서 南北韓의 關係는 서로 政權의 正統性을 主張하는 競合關係에 있으면서 다 같이 單一 國家의 存在를 基本的 立場으로 삼고 있는 共通點을 지니고 있다. 이와 같은 南·北韓의 關係는 특히 70 年代에 이르기까지의 大韓民國 政府의 北韓에 대한 絶對的 不容政策 - 不承認政策에 의하여 現實적으로 具現되어 왔다고 볼 수 있다.

이러한 大韓民國 政府의 不容政策은 1952 年에 이르러 獨逸聯邦共和國 (基民黨政權)의 外交政策의 基本路線으로 設定되어 이른바 Hallstein 原則으로서 展開되게 되었던 것이다.

西獨은 1949 年 오랜 于余曲折 끝에 獨逸聯邦共和國 (Bundesrepublik Deutschland)으로 誕生하였다. 그 후 西方諸國의 承認으로 그 國際的 地位가 向上됨에 따라 同 共和國 政府가 對外關係에 있어서 全獨을 代表하는 唯一한 自由合法政府임을 宣言하였다. 그 후 1952 年에 이르러 基民黨政府는 公式的으로 W.Hallstein (56 年에서 58 年까지 西獨外務部의 政務次官)의 宣言文에 따른 이른바 Hallstein의 原則을 發表하였는데 그것은 「西獨과 外交關係를 設定하고 있는 第3국이 다시 東獨과 外交關係를 맺는 것은 獨逸의 分斷을 深化하는

非友好的인 行為로 看做한다」는 内容의 것으로서 单独代表主義 (Alleinvertretungspolitik)를 闡明한 것이다.

그러나 이와같은 西獨의 不容政策 즉 「할슈타인」原則은 대한민국의 絶對主義的인 二것에 比하여 柔軟性과 彈力性을 內包한 것으로서 말하자면 獨逸의 特性을 지닌 것이었다. 그리하여 그 原則이 比交的 嚴格히 實施된 時期는 대체로 1954年에서 60年에 이르는 동안이었다고 볼 수 있다. 이 동안에도 西獨은 1951年 이래 東獨과의 交易關係를 持續하였으며 또한 56年 以後에는 國際的 體育競技에 出戰할 全獨팀의 構成을 이루는 한편 統一追求의 한 方便으로서 蘇聯과 國交關係를 樹立하였던 것이다.

그러면서도 한편 獨逸의 分斷을 深化하는 要素를 排除하기 위한 努力으로서 「할슈타인」原則이 實行되었으니 그 代表的인 例를 「유고슬라비아」, 「큐바」, 그리고 「아랍」諸國과의 關係에서 볼 수 있었다. 특히 아랍諸國과의 關係에 있어서는 東獨總領事館의 「카이로」設置가 아랍諸國에 의한 東獨의 承認이나 外交關係의 設定을 意味하는 것이 아니라는 解明이 따랐음에도 不拘하고 끝내 그곳의 西獨公館이 撤収되었으며 또 西獨의 對 이스라엘援助問題와 關聯하여 아랍諸國도 西獨과 斷交하기에 이르른 것이다.

이와같은 「할슈타인」原則의 獨逸的 適用은 1960年代에 접어들면서 밖으로는 獨逸問題를 비롯한 美·蘇間의 冷戰 解消의

氣運과 안으로는 61 年の 總選舉의 結果로서 이루어진 聯立內閣에 의한 進歩的 外交政策의 樹立等 새로운 情勢의 變化에 따라 서서히 變質돼 갔던 것이다.

이러한 事情아래에서 Hallstein 原則은 무엇보다도 그 現實的 妥當性에 대한 批判을 받게 되었으니 그것은 특히 1961 年 6 月 西獨下院이 「西獨의 國家利益이 犧牲되지 않는 限 東獨을 承認한 諸國과의 國交關係를 正常化해야 한다」는 決議에서 엿볼 수가 있다.

그리고 「슈뢰더」外務長官이 「오늘날의 獨人들은 過去와 같이 歐羅巴가운데서 平和를 누리지 못하고 東西緊張속에서 苦痛을 겪고 있다」고 말하고 또 63 年 11 月에는 「戰後時代를 終結하고 東歐諸國과의 關係改善을 圖謀하는 것이 國家 利益에 合致된다」고 한 것이나 1964 年 Erhart 首相이 「國利를 위해 必要하다면 理念的인 原理에 拘碍됨이 없이 東歐諸國과도 外交關係를 맺을 勇의가 있다」고 한 것은 다 같이 現實을 外面하고 原則만을 내세운 結果로서 結局은 西獨의 東獨에 대한 不容主義가 共產圈의 結束을 強化시키고 있는지도 모른다는 批判을 받아 드린 것이라고 볼 수 있다. 그리하여 西獨은 이 時期에 東獨과 外交關係를 맺고 있는 폴란드, 루마니아, 헝가리, 불가리아, 유고슬라비아등과 通商關係를 設定함에 이르렀던 것이다.

이와같이 變質된 Hallstein 原則은 60 年代後半에 이르러 더욱 本質的인 變化를 보게 되었으니 그것은 變化라기 보다는

同 原則의 止揚을 意味하는 것이었다. 즉 66年 西獨政府의 새 外交政策에 의하면 종래 西獨外交政策의 基本으로 삼아 왔던 「할슈타인」主義는 完全한 失策이었다고 指摘되었으며 또 뒤이어 大聯政이 내세운 새 東歐政策으로서의 對東獨接近이나 對東歐接近은 「할슈타인」政策을 止揚한 새로운 次元의 實利的 外交의 追求이었다. 그리하여 69年 10月 마침내 Brand 西獨 首相은 「東獨에 대한 國際法上的 承認을 考慮될 수 없다.

실사 獨逸內에 두개의 國家가 在存한다 할지라도 이 두 國家는 서로를 위해 外國일 수는 없다. 그들 사이의 關係는 相互間에 特殊한 것임에 틀림이 없다」고 聲明하기에 이르렀던 것이다.

그리하여 1972年 11月 8日에 西獨과 東獨은 마침내 「兩獨關係의 基本原則에 關한 條約」에 假調印, 同年 12月 21日에는 正式調印을 마쳤으며, 同 條約은 予定대로 지난 4月에 드디어 發効하게 되었다.

이와같은 西獨政府의 急進的인 外交政策의 轉換 - 「할슈타인」原則의 止揚은 물론 周邊의 狀況의 變化에 適應한 것으로서 自然스러운 推勢라고 할 수도 있으나 거기에는 앞서 指摘한 獨逸의 特性 즉 非韓國的인 獨逸 特有的 要素의 作用이 있었



음을看過해서는 아니될 것이다. 그것은 現實的으로 獨逸聯邦共和國(西獨)과 UN과의 無関性, 韓國에서와 같은 分斷兩體間의 武力衝突로 인한 民族的 悲劇을 體驗하지 못했다는 사실 그리고 歷史的으로 變遷을 거듭해 온 獨逸特有的 分割的 國家形態(國家聯合 Staatenbund - 聯邦 Bundesstaat, 그리고 獨逸의 離合集散過程)와 民族的 또는 人種的 構成의 地方的 特性으로 인한 非單調性등의 複合的 作用이라고 할 수 있다.

그러나 如斯한 獨逸的 Hallstein原則의 變質, 止揚의 現象은 東西間의 解氷潮流속에서 같은 分斷國의 特性을 지닌 韓國에 전혀 無関할 수가 없었던 것이다. 1963年에 이르러 自發的인 試圖도 아니었고 또 決裂을 予見하면서도 國際올림픽委員會(I.O.C)의 提議로 「코잔느」에서 國際競技南北單一팀의 構成을 위한 세 차례의 南北會談을 가져 보았다. 이 會談은 비록 國際競技를 위한 體育分野에 限定된 것이기는 하나 南北間에 이루어진 최초의 直接交渉이었다는 데에 歷史的 意味가 있는 것이었다. (同 會談이 結局 「國旗」라는 政治的 및 法的 問題로 結말되었다는 事實에 留意할 必要가 있다)

그 후 70年代에 들어서면서 東·西間에 이른바 平和共存의 原則이 受容되는 가운데 大韓民國의 一貫된 對北韓 不容政策은 勿論 平和적인 變化現象은 아니나 祖國의 平和的 統一의 基盤 造成을 위한 先決條件으로서 「休戰」으로 象徵되고 있는 南北 間의 緊張과 不安을 解消하는 새로운 次元의 方策을 構想하게 되었으니 그것은 「北傀」에 對하여 「戰武力桃發을 拋棄」 할 것과 「開發과 建設과 創造의 競争에 나설」 것을 提唱한 70年 8月15日의 朴大統領의 聲明에서 表明되었던 것이다.

이 聲明은 同時에 「人導的 見地와 統一基盤造成에 奇與할 수 있으며 南·北韓에 가로놓인 人爲的 障壁을 段階的으로 提起해 나갈 수 있는 勸期的이고도 보다 現實的인 方案을 提示할 用意가 있다는 것」을 闡明하였는데 이 대목은 다음에 現實化된 南·北赤十字社間의 會談과 7.4 南·北 共同聲明에 따른 南·北政治會談의 展開可能性을 서사한 것으로서 政治的으로 重大한 意味를 갖는 것이었다.

이러한 가운데서도 이 段階에서는 아직 北韓의 公式 呼稱을 「北傀」로 하였으며 따라서 南·北關係는 本質的으로 前近代的 社會體制 아래에서의 嫡子(大韓民國)와 庶子(北韓)와의 關係에 비유할 수 있는 것이었다. 오랜 동안 담을 쌓고 욕설과 暴力으로 마구 덤비는 庶子同生의 마음가짐을 달래서 뜻이 맞으면 조용한 가운데서 다시 一家를 이루어 보겠다는 嫡子로서의 寬容的 意志와 進取性이 그 聲明에 담겨져 있다고 풀이

된다.

위의 8.15 声明이 示唆한 바 「人道的 見地」에서의 南·北 赤十字會談이 71年 8月 12日에 大韓赤十字社 總裁에 依하여 正식으로 提議되었으며 이를 후에 北韓(赤十字社)는 그 提議를 受諾하므로써 南·北間에 離散家族問題의 解決을 爲한 人道的會談이 展開되게 되었다. 이 會談은 表見上 人道를 爲한 非政治的 性格임을 本質로 하나 實質的으로는 政治的 統制 아래에서 單 可能的 準政治的 會談이며, 따라서 그것은 다음에 있을 南·北政治會談의 序曲을 意味하는 것으로서 世界的인 反應을 불러 일으켰다.

#### 2.7.4 南·北共同声明과 南·北關係

南·北赤十字社間의 人道的會談이 온 民族의 지대한 關心속에서 難 삼한 過程을 거듬고 있는 가운데 72年 7月 4日에는 李厚洛 中央情報部長과 北韓의 金英柱의 이름으로 南·北共同声明이 發表되었다. 그것은 「上부의 뜻을 받들어」가 署名되었음이 明示되었고, 다음과 같은 7項目의 合意事項을 內容으로 한 것이다.

- (1) 祖國의 平和的 統一을 위한 세가지의 基本 原則.
- (2) 相互間의 非暴力的 挑發을 하지 않을 것과 그것을 防止하기 위한 積極的인 措置를 取할 것.
- (3) 南·北間의 諸般 交流.

- (4) 南・北赤十字會談의 支援.
- (5) 南・北問題의 直接交涉을 위한 直通電話의 架設.
- (6) 合意事項을 推進하여 그 目的達成을 위한 南・北調節委員會의 設置.
- (7) 合意事項의 誠實한 履行.

이와 같은 內容의 南・北共同聲明은 앞서 言及한 바와 같이 8.15 聲明에서 이미 暗示된 것으로 풀이될 수 있었지만, 現實의 으로 거의 모든 사람들에게 놀라움과 충격을 주리만큼 그것이 갖는 政治的 意味의 重大性이 크게 評價되었던 것이다.

南・北共同聲明의 法的 意味 또는 性格은 論外로 하고 그것이 自主的 (非外勢依存的)이고 平和的인 方法으로 祖國統一을 成就할 것을 目的으로 하고 이 目的을 위한 最初의 그리고 基本的 合意라는데에 보다 近本的인 意義가 있으며, 따라서 同共同聲明은 南・北의 分斷體가 實質的으로 對等한 位置에서 서로의 關係를 政治的으로 調節해 나갈 수 있는 劃期的인 契機를 마련한 것이다.

이로써 南・北韓間에는 分斷 27年 休戰後 19年만에 처음으로 公式的인 政治會談이 열리게 되었으니 그 동안 세 차례의 調節委員會會議가 서울과 平壤을 번갈아 가면서 進行되고 있다.

그러면 이같은 南・北共同聲明은 어떠한 法的 意味와 性格을 가진 것이며 또한 그것은 종래의 南・北韓의 法的關係에 어떤

한 영향(效果)을 주는 것인가.

먼저指摘 할 것은 7.4南·北共同聲明이 李厚洛 中央情報部長에 依하여 發表되는 同時에 그것은 北韓에 對한 如何한 法的地位의 認定을 意味하는 것이 아니라는 것을 明示的으로 留保하였다는 것이다. 따라서 南·北間의 그러한 合意가 法理上 南·北韓의 法的關係에 아무런 영향을 주지 않았다는 것은 明白하다. 다만 종래의 「北傀」라는 公式的 呼稱을 「北韓」으로 改稱한 것은 相對方을 서로 比방하지 않기로 한 合意事項에 따른 것으로서 政治道義的 意味를 갖는 것으로 解析된다.

그러나 後述하는 바와 같이 南·北聲明은 그 形式에 있어서 만약 上述한 明示的 留保가 없다고 假定하는 경우, 國際法主體間의 共同聲明, 즉 合意를 形成하는 것으로서 넓은 意味의 條約의 性格을 갖는 것으로 解析되며, 따라서 北韓의 法的地位를 「限定的 主體」로서 「默示的」으로 承認하는 것이 될 것이다.

그리고 同 共同聲明의 內容은 政治的, 軍事的 事項을 비롯한 包括的 意味를 갖는 것이나, 다음에 論하는 바와 같이 그 속에는 特히 敵對行爲의 中止와 戰爭 意思의 拋棄가 內包되어 있는 것으로서 이것은 國際法上 默示的 方法에 의한 戰爭終結의 한 方式으로 認定될 수 있는 것이다.

### 3. 6.23 特別聲明과 南·北韓의 法的關係

1973年 6月23日 大韓民國 政府는 歷史的인 「平和統一外交政策에 關한 大統領 特別聲明」을 內外에 公表하였다. 이

政策宣言은 「對北韓關係事項은 統一이 成就 될 때까지 過渡的 期間中의 暫定措置로서 이는 결코 우리가 北韓을 國家로 認定 하는 것이 아님을 分明히 한다」는 明示的 留保(但書)와 함께 다음과 같은 7項目의 內容으로 構成되어 있다.

(1) 祖國의 平和的統一은 우리 民族의 至上課題이다. 우리는 이를 成就하기 위한 모든 努力을 繼續 경주한다.

(2) 韓半島의 平和는 반드시 維持되어야 하며, 南·北韓은 서로 內政에 干涉하지 않으며 侵略을 하지 않아야 한다.

(3) 우리는 南·北共同聲明의 精神에 입각한 南·北對話의 具體的 成果를 위하여 誠實과 忍耐로서 繼續 努力한다.

(4) 우리는 緊張緩和와 國際協調에 도움이 된다면 北韓이 우리와 같이 國際機構에 參與하는 것을 反對하지 않는다.

(5) 國際聯合의 多數會員國의 뜻이라면 統一에 障礙가 되지 않는다는 前提下에 우리는 北韓과 함께 國際聯合에 加入하는 것을 反對하지 않는다. 우리는 國際聯合加入前이라도 大韓民國 代表가 參席하는 國際聯合 總會에서의 「韓國問題」討議에 北韓側이 같이 招請되는 것을 反對하지 않는다.

(6) 大韓民國은 互惠平等의 原則下에 모든 國家에게 門戶를 개방 할 것이며 우리와 理念과 體制를 달리는 國家들도 우리에게 門戶를 開放 할 것을 促求한다.

(7) 大韓民國의 對外政策은 平和善隣에 그 基本을 두고 있으며 友邦들과의 既存의 友好關係는 이를 더욱 공고히 해 나

갈 것임을 再闡明 한다.

이 새로운 特別政策宣言은 위에서 본 7.4 南·北共同聲明을 再確認 하고 그 바탕 위에서 祖國의 平和의統一을 위한 그 때까지(過渡期)의 暫定的인 措置로서 南·北間에 平和的 關係를 安差, 維持할 수 있는 具體的인 政策方案을 提示한 것으로서 南·北關係의 劃期的인 進展을 도모한 것이며, 同時에 그것은 韓國的(名分的) 「할슈타인」原則을 止揚하고 平和共存의 國際潮流에 能動的으로 適應하면서 우리 民族이 스스로 나아가야 할 方向을 뚜렷이 設定한 것이다.

그러한 意味에서 6.23 特別宣言은 政治的으로 時期適切한 英斷的 조치로서 높히 評價되고 同時에 友邦國들의 積極的인 同調를 받고 있는 것이다. (北韓은 어려운 처지에 놓여 부드러운 拒否의 反應을 보였으며 蘇聯과 中共을 비롯한 東歐圈은 沈黙을 지키면서 觀望하고 있는 것으로 보인다)

이와 같은 特別宣言의 內容이 갖는 法的 意味는 무엇이거 또한 그것이 北韓의 地位에 미치는 영향과 同時에 南·北의 法的關係에 어떠한 영향(效果)을 주는 것인가. 이 點에 關해서는 法的인 觀點에서 疑問이 있을 수 있고 따라서 見解의 차이가 있을 수 있다.

問題를 考察함에 있어서 基本的으로 認識해야 할 것은 韓國의 統一과 그 地域에서의 平和의 回復은 안으로 民族的 念願을 바탕으로 한 國家의 至上課題로서 追求되어 왔을 뿐만 아

나라 그것은 同時에 國際聯合이 成就해야 할 重要한 目的的 課題의 하나로 되어 왔으며, 그러한 意味에서 韓國問題는 안으로 國內問題인 同時에 他面에 있어서 國際問題로서의 兩面性(二重性)을 갖고 있다는 것이다. 따라서 統一問題를 비롯한 韓國問題는 國內法과 國際法이 二元的으로 妥當하는 事項이며, 여기에 分斷된 韓國問題의 特性이 있는 것이다.

이러한 基本的 觀點에서 特別宣言의 法的 意味(效果)를 分析함에 있어서는 問題를 對內的(南北)關係와 對外的(國際的)關係로 나누어 생각해 볼 必要가 있다.

✓ 먼저, 對內的 關係를 보면, 앞서 본 바와 같이 同 宣言이 결코 北韓을 「國家」로서 認定하는 것이 아님을 明示的으로 留保하고 있는 限, 그것은 默示的方法에 의한 國家 承認의 效果가 發生하지 않음은 명백하다. 國際法制度에 있어서의 默示的方式에 의한 承認은 本質上 「承認意思에 疑心の 餘地가 없을 경우에 限하여」, 즉 「反對의 意思表示가 없는 限」 客觀的 行態를 통해서 間接으로 承認의 效果가 推定될 수 있는 경우를 말하는 것이다.

그러한 까닭에 南·北韓이 同時에 U.N 會員國으로 加入하는 경우 (이것이 問題의 핵심을 이루고 있으나)에 있어서도 大韓民國이 北韓을 「國家로서 承認하지 않는다」는 留保를 明示하는 限 南·北韓의 關係는 「國家間的 關係」로 轉化하는 法的 效果는 發生하지 않는 것으로 解析되며, 이러한 解釋論은 法



理上 一般的으로 받아 들여지고 있는 것이다. 이러한 경우의 實例로서 一部에서는 1949年 이스라엘共和國의 U.N. 加入에 있어서 아랍諸국이 留保를 행한 것을 들고 있으나, 그것은 「承認」의 留保가 아니고 「外交關係設定」을 留保한 것이었다.

그러나 이러한 留保는 法的으로 無意味한 必要以上の 行爲였다. 왜냐하면 一般的으로 新國의 U.N. 에의 加入의 受諾(許可)은, 「國家」로서의 承認을 留保하지 않는 限, 全 會員國(反對 投票國도 包含)에 의한 國家로서의 默示的 承認의 効果는 認定되나, 그것은 全 會員國에게 新加入國과의 外交關係의 設定을 義務化하는 것은 아니기 때문이다. 즉, 國家 承認과 外交關係의 設定은 別個의 行爲이다(外交關係의 設定은 同時에 默示的 承認의 效果를 수반하는 것, 즉 典型的인 默示的인 方法이기 때문에 흔히 兩者를 混同하는 수가 있다).

다음에 對外的關係에 있어서는 個別的으로 南·北韓을 同時에 承認하는 國家의 數가 增加해 감에 따라, 더우기 南·北이 同時에 U.N. 에 加入하게 되는 경우, 南·北韓은 各已 別個의 主体로서 存在하게 되며, 따라서 종래의 韓國의 單獨代表權主義는 「할슈타인」原則과 함께 止揚되고 一暫定的으로— 이른바 二重代表制가 設定 될 것이다. 이 方法이 後論하는바와 같이 韓半島에 「平和의 定着」을 가져올 수 있는 길이라고 同宜言은 말하고있다.

以上과 같은 問題의 分析과 檢討를 通해서 6.23 特別宣言이 對北韓關係에 있어서 갖는 意味(效果)는 다음과 같은 引用에 의해서 要約될 수 있다. 『우리는 休戰線 以北地域을 事實上 支配하고 있는 共產政權이 있다는 現實을 認定한다. 이것을 國際社會에서는 소위 「두개의 韓國」이라고 할지 모르나 우리로서는 民族的統一의 念願에 비추어 北韓을 「하나의 國家」로 認定하는 것은 아니다』(金總理의 記者會見 答辯). 이와 같은 政府의 公式的 解説을 法的으로 풀이해서 정비 해 보면 다음과 같은 것이 될 것이다.

위에서 본바와 같이, 特別宣言은 對外的 關係에 있어서는 北韓이 外交能力을 갖는 別個의 國際法主体로서 U.N 에의 加入을 認定하나, 對內的 關係에 있어서는 그것을 「國家」로서 認定하지 않고, 大韓民國의 「合法政府」( de jure government )에 대한 「地方的 事實上的 政權」( local de facto government )으로서 默示的으로 - 즉, 同特別宣言의 公表라는 密觀的 行態를 통해서 - 承認한 것이다. 따라서 同宣言以前에 있어서의 北韓의 地位는 大韓民國(政府)와의 關係에 있어서 反國家團體, 즉 「叛亂團體」以上の 것이 아니었다. 大韓民國政府가 休戰協定에 署名하지 않았던 理由의 하나도 同協定에의 署名에 의해서 默示的으로 當時의 北韓叛亂團體를 交戰團體로서 承認하게 되는 것을 기피하기 위한 것이었다고 해석된다.

國際法制度上 「地方的 事實上的 政權」이란 制限的 國際法主体性을 갖는 「交戰團體」로서의 地位를 말하는 것으로서, 暫定的 地位( 過渡的 現象)임을 本質로 한다. 지금까지 大韓民國(政府)를 承認한 諸國(最近에 北韓을 同時에 承認한 國家의 경우를 除外하고)은 北韓을 地方的 事實上的 政權으로 - 默示的으로 - 認定해 왔다고 볼 수 있다.

이와같은 南·北韓의 法的關係는 現단계에 있어서 東·西獨間의 그것과 同一한 것으로 볼 수 없을것 같다. 西獨과 東獨間에는, 前述한바와 같이, 이미 國家와 國家와의 關係設定에 적용되는 格式의 「條約」을 締結하고 또한 兩者가 同時에 U.N

에 加入하기로 合意하였다. 同條約에는 兩當事者가 相對方을 國家로서 承認하는 것이 아니라 明示的인 意思表示(留保)가 없다는 點에서 相互間에 默示的 承認이 있었던 것으로 推定할 수도 있다.

한편, 東西獨의 關係는 「特殊한 内部關係」라고 말한 註釈的 解明을 法的으로 分析하면 그것은 이른바 one nation, two states의 새로운 形態의 「國家聯合」(Staatenbund, Confederation of States)의 構成에 默示的으로 合意했다는 뜻으로도 解釋될 수 있을 것이다. 그러나 東·西獨의 對內的關係는 兩者가 앞으로 U.N에 加入함에 있어서 취할 態度(留保與否)에 따라 더욱 明確히 規定될 수 있을 것이다.

## 二. 南北韓間의 平和關係設定方案

一節에서 檢討한 바와 같이 南·北韓의 法的關係는 對內的 및 對外的 關係의 兩面性을 갖는데에 特性이 있다. 이 特性은 이미 지적한 바와 같이, 韓國問題(統一 및 平和)가 안으로 國家의 至上課題로서 追究되어 왔을 뿐만 아니라 그것은 同時에 國際聯合이 이룩해야 할 主要한 課題의 하나로 되어왔으며, 그러한 의미에서 韓國問題는 一面에 있어서 國內問題인 同時에 他面에 있어서 國際問題로서의 二重性을 갖는데서 緣유하는 것이다.

그러한 까닭에 韓國問題는 國內法과 國際法の 規則이 二元的으로 適用( 또는 準用) 되는 事項이며, 따라서 거기에는 兩法體制사이에 서로 調和되지 않는 모순적 現象이 일어나기도 하는 것이다. ( 이 問題에 關하여는 筆者가 1972年 6月에 國土統一院에 提出한 「韓國統一方案의 法的問題」에서 所상히 다루어지고 있다 ).

이와같은 基本的 認識아래에서 南北韓間에 平和關係를 設定한다는 것이 法的으로 어떠한 의미를 갖는 것이며 또한 南北間에 妥當할 수 있는 平和關係設定의 方式과 方案은 어떠한 것인가를 考察하기로 한다.

#### 1. 平和關係設定의 法的 意味

平和關係設定의 意味를 생각함에 있어서 먼저 留意해야 할 것은 韓國事變의 性格의 問題이다. 第二章에서 論한바와 같이 그 問題에 關해서는 學說이 區區할 뿐만 아니라 國際聯合機構의 諸措置도 明確한 規定에 依拠하고 있지 않은것 같다. 그리하여 國際聯合軍 司令官과 北韓人民軍 司令官 및 中共志願軍 司令官 사이에 「休戰協定」이 締結되었다. 이것은 重要的 意味를 갖는 事實이다. 이 事實에 의하여 韓國事變은 現實적으로 「事實上的 戰爭」으로 處理되고 있으며, 여기서도 일단 그러한 性格의 것으로 받아들인다는 것을 밝혀 둔다.

平和關係의 設定이란 一般的으로 國家間の 戰爭狀態를 終結하

는 것을 意味한다. 國家間의 法的關係는 基本的으로 平時와 戰時로 二分되며 따라서 戰爭의 終結은 곧 平和에의 轉化를 意味하는 것이다. 이러한 意味의 平和關係設定에 의해서 「事實上의 戰爭」狀態 (例컨데, 中日事變)의 終結을 가져온 例가 적지 않다. 이것은 一般國際法上의 戰爭終結의 方式이 事實上의 戰爭關係에도 妥當하다는 것을 意味하는 것이다. 그러한 平和關係設定의 一般의 方法이 어떠한 것인가를 보고, 그 어떠한 것이 南北關係에 妥當할 수 있는 것인지를 다음에 보기로 한다.

## 2. 平和關係設定의 一般의 方法

國際法上 戰爭狀態는 다음과 같은 方法에 의하여 終結된다.

- (1) 講和條約(平和協定)의 締結.
- (2) 交戰當事者 雙方이 事實上 敵對行爲를 中止하고 戰爭意思(animus belligerendi)를 拋棄한 경우.
- (3) 一方의 交戰者가 他方을 征服 併呑한 경우.
- (4) 一方의 戰爭狀態終結宣言(이것은 一般의方式이 아니며 또한 定說도 아니다).

위의 (1) 과 (2) 는 合意에 의한 戰爭終結方法인데, 특히 (1) 은 明示的方法이며, (2) 는 默示的 方法이다. 이에 대하여 (3)은 一方의行爲에 의한 方法인데, (4)가 여기에 해당하는 것인

지는 疑問이다.

講和條約(平和協定)의 締結

이것은 戰爭終結의 가장 一般的인 方法이다. 講和條約은 戰爭狀態의 終結을 目的으로 하는 條約으로서 平和條約이라고도 하나 그 名稱은 반드시 그것에 限定되지 않는다. 1956年의 日·蘇共同宣言도 一種의 講和條約이며 明示的 合意에 의한 戰爭狀態終結의 한 標本이라고 할 수 있다.

講和條約은 戰爭狀態의 終結과 平和의 回復을 規定함과 同時에 平和回復後의 當事國間의 法的關係를 規定하는 것이 原則이다. 平和條約속에 아무런 規定도 하지 않은 事項의 處理에 關해서는 學說의 對立이 있다. 慣行과 多數說은 講和條約締結當時의 現狀을 그대로 認定하는 것으로 한다. 이를 現有狀態原則(Principle of uti possidetis)이라고 한다.

이러한 性質과 內容을 갖는 平和條約은 國家 對 國家의 戰爭, 特히 法律上의 「戰爭」을 終結하고 平對를 回復하는 方法으로서 가장 典型的인 것이다. 周知하는 바와 같이, 北韓當局은 統一의 先決條件으로서 南北韓사이에 「平和協定」이 締結되어야 한다고 되풀이해서 主張하고 있는데, 그 主張의 底意(真意)는 平和協定(즉, 平和條約)이라는 國家間의 法律行爲의 格式을 取하므로써 北韓의 法的地位를 大韓民國의 그것과 對等하게 格上하고 나아가서는 하나의 國際法主體로서 默示的인 認定을 받고자 하는 것이라고 推定할 수 있다.

이와같은 北韓当局의 主張은 지금까지 그들이 시도하거나 實踐하고 있는 競合的外交路線(大韓民國政府를 承認하고 있는 國家로부터 同時에 承認을 받거나 外交關係를 設定하는것)과 表裏的으로 一致하고 있는데, 이러한 路線은 政略上 「單一國家」(one Korea)의 存在를 高집하고 있는 그들의 表面上의 主張과는 根本的으로 矛盾되는 것임을 쉽게 看破할 수 있다. 그리고 韓半島에 있어서의 「事實上的 戰爭狀態」의 形式的 意味의 終結은, 다음에 論하는 바와 같이, 7.4 南北共同聲明에 의하여 이미 이루어진 것이라고 解釋된다. 따라서 問題는 實質的인 見地에서 南北間의 平和를 實効的으로 維持, 保障할 수 있는 方法如何이다.

#### 默示的 合意에 의한 戰爭終結方法 ✓

이 方法은 交戰當事者가 戰爭狀態의 終結에 관한 形式的 節次를 取하지 않고 單純히 敵對行爲를 中止하고 戰爭意思를 拋棄함으로써 戰爭이 終結되는 경우이다. 이와같은 默示的 方法에 의한 戰爭狀態의 終結은 大體로 19世紀以前의 現象이다.

例컨데, 1716年의 Sweden-Poland 戰爭, 1702年의 Spain-France 戰爭, 1801年의 Russia-Persia 戰爭, 1867年의 Fran-

ce-Mexico 戦争, 그리고 같은 해의 Spain-Chile 戦争等이 이러한 방식에 의하여 終結되었다.

그런데, 여기서 留意할 것은 오늘날 國際聯合의 集團的 強制措置아래에서는 - 韓國動亂에서와 같이 現實적으로는 「事實上の 戦争」으로 處理되고 있는 現象에서 - 逆說적으로 이와같은 戦争終結方法이 새로이 利用(復活)될 可能性이 實地로 길어지고 있다는 것이다. 이미 論及한 바와 같이, 1972年 7月4日의 南北共同聲明은 包括的인 內容의 構成으로서 默示的으로 韓國에 있어서의 事實上の 戦争狀態를 終結할 것에 合意한 것으로 풀이될 수 있다.

즉, 7.4 共同聲明의 主要한 內容을 보면, 그것은 韓國統一을 成就하기 위한 基本的 原則을 設定하고, 그것을 위하여 南北韓은 7월 4日 共同聲明 第2項), 서로 비방과 「武力的 挑發」을 「中止」하고, 雙方間의 問題를 平和的으로 調節해 나가기 위하여 政治會談을 열 것에 合意하였다.

위의 第2項의 文面에 따르면 그것은 어떤 意味에서는 明示的으로 武力的 挑發, 즉 敵對行爲를 中止하고 戦争意思를 拋棄할 것. 즉, 南北關係를 平和的 方法으로 調節해 갈것을 共同으로 宣言(合意)한 것이라고도 볼 수 있다.



이와같은 默示的 方法에 의한 戰爭의 終結에 있어서는 戰爭이 終結한 時期가 不明瞭하기 때문에 交戰当事者간의 關係가 애매 하지 않을 수 없고 또한 戰爭狀態의 終結을 위한 当事者간의 諸條件이 明示되지 않기 때문에 交戰者간의 權利 義務는 戰爭 開始前(開戰當時)의 狀態 (Status quo ante bellum)로 回復할 것인지, 또는 戰爭終結後(終戰當時)의 狀態 (Status quo post bellum)를 維持할 것인지에 관하여 問題가 있게 된다. 多數說은 後者를 支持한다. 왜냐하면 平和條約을 締結치 않고 戰意를 拋棄하여 敵對行爲(戰鬪)를 中止한 当事國은 現況을 默認하면서 戰爭終結의 意思를 가진 것으로 보는 것이 妥當하기 때문이다.

#### 征服과 併合

征服에 의한 戰爭의 終結은 交戰当事國의 一方이 他方의 領土를 完全히 占領하고 그것을 併合하는 경우에 成立한다. 이 方法을 南·北間의 關係에 準用한다면 그것은 武力에 의한 鎮壓과 國土收復에 該當하는 것이다. 이것은 勿論 非平和的 方法의 問題이므로 여기서는 論外로 한다.

#### 戰爭狀態 終結宣言

交戰当事國의 一方(戰勝國)이 正式의 平和條約을 締結하기 前에 他方当事國에 대하여 戰爭狀態終結의 宣言(또는 措置)을 一方的으로 行하는 일이 있다. 이러한 宣言은 그 節次가 區區하며 또 그 法的 効果에 관해서도 定說이 없어, 과연 一方的

措置만으로 戦争狀態가 法的으로 終結할 수 있는 것인지는 疑問이다 ( Stone 教授는 이와 같은 一方的 宣言을 終戰의 한 方法으로 認定하고 있다 ).

第1次 大戰後 어떤 理由로 因하여 平和條約이 締結되지 않은 경우에는, 一方的으로 戦争終結의 措置를 取하는 例가 있었다. 美國은 1921年7月2日 먼저 獨逸과의 戦争을 終結하는 宣言을 上下兩院의 合同決議로써 行하고 그 後에 關係國과 平和條約을 締結하였으며, 中國도 Versailles 條約의 山東條項에 反對하여 그 條約에 署名하지 않았던 까닭에 1919年9月 總統令으로 獨逸과의 戦争狀態를 終結하고 21年5월에 이르러 獨逸과 「平和狀態回復」에 관한 協定을 締結하였다.

第2次 大戰後 英國은 1947年9月16日에 獨逸에 대하여 戦争狀態의 終結을 通告하였다. 또 西獨을 占領 管理한 美, 仏, 英 3國은 51年 7月9日獨逸에 대한 戦争狀態의 終結措置를 취했으며, 美國만은 議會節次上 同年 10月19日에 그 措置를 完了했다. 그러나 3國의 獨逸에 對한 占領管理는 그 대로 繼續되었으니 그것은 確實히 變態的 終結措置라고 아니 할 수 없는 것이다. ( 西獨은 그 前에 이미 國家樹立을 宣布하였음은 前述과 같다 ). 그 後 獨逸의 占領管理는 1954年10月23日 파리에서 調印된 「獨逸聯邦共和國에서의 占領制度의 終了에 관한 議定書」에 의하여 終結되었다. 蘇聯도 55年1月25日 獨逸에 대한 戦争終結의 宣言을 發表하였다.

이와같은 방식은 比較的 最近의 現象으로서 傳統的 慣習으로  
는 認定되고 있지 않는 方法이다. 위에서 본 諸先例의 大部  
分은 그 宣言 後에 새로히 平和條約을 締結하였다. 그러한  
까닭에 戰爭狀態終結의 一方的 宣言은 一種의 豫備的 性格의  
것으로서 戰爭의 「事實上」의 終了 (de facto termination  
of war)를 意味하는 것으로 解釋될 수 있으며, 그 確定的  
終了의 効果는 後日의 当事者間의 合意形成에 의하여 (또는 他  
方의 受落에 의하여 發生하는 것으로 보아야 할 것이다.

### 3. 南北韓間에 妥當하는 平和關係 設定 方案

以上과 같은 韓國動亂과 休戰의 特殊한 性格, 그리고 南  
北韓間의 特殊한 法的關係에 관한 考察을 통하여 結論적으로  
南北韓 사이에 妥當할 수 있는 平和關係의 設定方案을 提示해  
보려고 한다.

韓國에 있어서의 不安과 緊張을 象徵하고 있는 休戰狀態는  
오랜동안의 休戰期間을 통해서 「事實上」終了 (Stone 教授의 이  
른바 韓國戰爭의 「事實上의 終結」狀態)하고 따라서 休戰線은  
새로운 意味의 政治境界線으로 轉化하고 있다.  
이러한 狀態아래에서 統一을 追求하는 現實的인 段階的 方法으  
로서 그 不安과 緊張을 解消하기 위하여 大韓民國 政府의 主  
導下에 前述한 7.4 南北共同聲明이 公表됨에 이르렀던 것이다.  
이 聲明은 앞서 分析·檢討한 바와 같이 祖國統一의 基本原則  
을 設定하고 그것을 위하여 무엇 보다도 南北韓은 서로 「誹

謗과 武力的 挑發을 中止할 것」(第 項)과 앞으로의 南北 關係를 平和的으로 調節하기 위하여 常設的인 南北調節委員會에 의한 政治會員을 열기로 合意한 것이다.

이와같은 內容의 共同聲明은 兩當事者間에 敵對行爲를 中止하고 戰意를 拋棄하기로 合意한 것이며, 따라서 그것은 默示的으로 韓國에서의 「事實上의 戰爭狀態」의 終結에 合意한 것으로 推定되는 것이다. 또한 어떤 意味에 있어서는 위의 文面 그 대로 明示的으로 戰爭狀態의 終結을 宣言한 것으로도 解釋될 수 있다.

그러한 意味에서 共同聲明은 包括性을 지니면서도 具體的이며 實質的인 內容으로 構成되어 있는 것으로서, 특히 그 第2項은 위와같은 法的 意味를 含蓄하고 있는 것으로 풀이 된다. 이러한 見地에서 同聲明은 一般國際法上의 格式을 避하면서 南北韓의 特殊한 關係에 妥當할 수 있는 가장 適合한 「事實上의 戰爭」終結의 方法이라고 볼 수 있다.

이와 같이 본다면, 形式的 意味의 戰爭狀態의 終結, 即 平和 關係의 設定은 이미 7.4 南北共同聲明에 의하여 이루어진 것으로 解釋되며, 따라서 北韓이 固執하고 있는 이른바 南北間의 「平和協定」締結의 要求는, 앞서 指摘한 바와 같이, 그 真意에 있어서 南北關係를 「國家對 國家」의 關係로 轉化하여 對等한 國際法主體로서의 地位를 默示的으로 承認받고져 하는 것이라고 풀이 된다.

그러므로, 南北韓間에 平和協定이 締結되어야 한다고 主張하는 北韓當國의 態度는, 앞서 본바와 같이, 지금까지 北韓이 強力히 推進하고 있는 競合外交路線과 表裏적으로 一致하는 것이며, 따라서 그것은 表見上 北韓이 政略적으로 標榜하고 있는 韓國의 國家的 單一性과는 明白히 矛盾되는 것이다. 지난 7月21日의 朴大統領의 諭示(國防大學院 卒業式) 가운데 聯邦制나 「平和條約」의 提議도 窮極적으로는 우리의 安保를 破壞하려는 「政略적인 虛構성을 띤 것」이라고 指摘한 것은 바로 그러한 意味에서 正當한 見解를 보여준 것이다.

뿐만아니라 7.4 共同聲明에 이어 大韓民國政府는 지난 6月 23日에 「平和統一外交政策에 관한 大統領特別聲明」을 內外에 公表하여 統一이 이루어질 때까지의 過渡期間의 暫定的 措置로서 南北韓間에 實質적으로 있어야 할 平和關係를 具體적으로 提示했다. 그것은 7.4 南北共同聲明을 再確認하고 그 精神위에서 統一이 成就될 때까지의 平和維持의 方法으로서 對外的으로는 南北韓이 다 같이 別個의 國際法主體로서 國際機構, 特히 國際聯合會에 加入하므로써 憲章體制下에서 서로 善意의 競爭과 協力을 통하여 民族의 力量을 培養하고 窮極적으로는 祖國의 平和的 統一에의 길로 나아가자는 것이다.

이 特別宣言은, 一般的으로 指摘되고 있는 바와 같이, 大韓民國政府의 自信과 寬容과 進取性에 立脚한 現實적인 平和統一政策이며 同時에 南北間에 「平和」를 安着시킬 수 있는 實効的

方法이라 할 것이다.

이와같이 본다면 問題는 이미 設定된 形式的 意味의 南北間의 平和關係를 實質的으로 維持, 保障할 수 있는 方案이다. 卽 南北韓間의 平和維持를 保障할 수 있는 方法의 問題이다.

그 方法은, 첫째로 6.23 特別宣言에 의한 提議에 따라 南·北韓이 同時에 國際聯合에 加入하여 U.N.의 目的과 原則아래에서 統一을 위하여 協力해 나가야 할 것이며, 둘째로 國際聯合은 韓國의 平和를 維持, 保障하는 方法으로서 現在의 駐韓 U.N.軍을 「U.N. 韓國平和維持軍」(U.N. Peace Observation Forces)으로 改編하여 駐屯케 하여, 同時에 國際聯合總會의 「平和團結決議」(“Uniting for Peace” Resolution)에서 規定된 것과 같은 「平和監視委員會」(Peace Observation Commission)를 設置하여 南北間의 平和를 監視, 報告하는 機能을 갖게 하는 것이다. 둘째의 方案은, 最近에 美國國防省이 議會에 提出한 報告書의 내용을 分析하면, 現實的인 可能性을 갖는 것으로 展望된다.