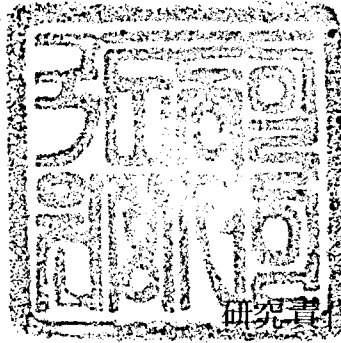


統一에 따른 法的 問題研究

1989



研究責任者：崔泰鉉 (서울대)
洪晟弼 (서울대)
盧泳墩 (陸士)

國 土 統 一 院

冊을 내면서

이 報告書는 國土統一院「統一 및 北韓問題 新進學者 育成事業」의 일환으로 추진된 研究結果 報告書입니다.

本 研究는 韓民族共同體統一 方案의 南北聯合의 法的 地位를 考察하였으며, 그리고 한반도 平和維持를 위한 南北韓間 不可侵宣言을 國際法的 側面에서 研究하였습니다.

이 책자가 關聯研究 및 政策樹立時 참고자료로 적극 活用되어 지기를 期待하면서, 아울러 여기에 收錄된 내용은 반드시 當院의 見解와 一致하는 것이 아님을 밝 혀두는 바입니다.

1989. 12.

調 査 研 究 室

南北聯合의 法的 地位에 관한 研究

洪 晟 弼 (서울대)
崔 泰 鉉

要 約 文

새로 발표된 「한민족 공동체통일방안」은 (The Korean National Community) 무리한 政治的單一化보다는 民族共同體로서의 共存形態를 확립하여 非政治的 次元에서의 統合을 통해 民族統合을 이루어가려는 現實主義에 바탕을 두고 있다.

무력적 방법이 아니라 협상을 통하여 실현하려는 것은, 문제의 중심이 ‘결과로서의 통일’보다는 ‘과정으로서의 통일(Unification as a process)’에 있다는 인식에서 비롯하고 있다고 할 수 있다. 협상에 의한 통일이란 敵對的 分斷體에서 共存的 分斷體로 다시 完全한 統一體로 변화하여 가는 현상을 의미한다. ‘한민족공동체통일방안’은 1차적으로 정상회담을 통하여 채택된 「민족공동체헌장」을 통하여 分斷體間의 敵對的 關係를 解決하고 2차적으로 ‘南北聯合’을 구성하여 分斷體間의 民族的 共存形態를 확립하며 ‘南北聯合’의 전개과정에서 채택된 통일헌법의 완성과 함께 ‘南北聯合’은 총선거를 통한 통일민주공화국수립으로 발전적인 해체를 하는 것으로 예정하고 있다.

7·4공동성명과 6·23특별선언등을 통하여 나타난 북한의 법적 지위는 ‘地方的’ 事實上의 政府(local de facto government)라는 것이 일반적인 해석이다. 이것은 ‘民族和合民主統一方案’에도 동일하게 적용하고 있는 시각이다. 한편 7·7특별선언’3항은 남북한 교역을 민족내부교역으로 간주하고 있고 ‘민족공동체헌장’은 국가와 국가간의 관계를 규율하는 條約과 다르며, ‘南北聯合’은 국가연합내지 연방국가의 고정적 개념과 달리 잠정적인 ‘국가간 관계가 아닌 민족내부의 특수관계’이며 ‘南北聯合’안에서 南과 北은 각자의 외교·군사권등을 保有한 주권국가로 남아있다 하여도 남북관계가 결국 국가간의 관계인 것은 아니라고 설명되고 있다. 따라서

南北聯合단계에 이르러서도 우리에게 있어 북한은 ‘事實上的 政府’— 法律上的 政府 내지 國家가 아닌 — 이상의 法的 實體는 아닌 것이다.

‘南北聯合’은 고정적 개념이 아니며 그 내용은 앞으로 남북정상회담의 합의를 통하여 구체화될 것이다. 또한 ‘南北聯合’은 단일국가의 완성을 전제로하는 결합으로서 상황의 전개에 따라 결합도가 강화되어 지는 ‘動的(dynamic)概念’이며 ‘動的 實體’이다. ‘南北聯合’내의 남북관계가 국가간의 관계인 국가연합이 아니라고 설명하는 것은 첫째, 현실적인 통일논의를 위하여서는 북한에 대하여 어느 정도의 相應하는 地位를 주어야 하고 둘째로 분단영구화를 저지하고 셋째로, 자유민주주의를 전제로 하는 체제적 정당성 및 정통성을 수호하여야 한다는 다양한 狀況的 要求를 合理的으로 표현하려는 노력이라고 할 수 있다. 따라서 ‘南北聯合’의 실체가 合意에 의하여 구체화되지 아니한 현재의 시점에서 그 고정적인 法的 地位를 규명하는 것은 커다란 의미를 지니는 우선과제라고 할 수는 없을 것이다. 오히려 ‘動的 實體’로서의 ‘南北聯合’전개의 대하여 制度的 側面에서 기능을 보완하는 法解釋論 및 立法論的 探究가 필요하다고 할 것이다.

‘연방주의’란 기본적으로 諸 政治勢力이 離合集散하는 力學關係를 표현는 개념이다. 法的인 의미에서의 ‘연방주의’역시 다른 것이 될 수는 없으며 ‘국가연합·연방국가’등의 완결형태는 다만 현실을 이해하는 하나의 모델로서 설정하고 있을 뿐이라고 보는 것이 오히려 적절한 해석이라 할 것이다. 현실에 있어 나타나는 諸 結合은 보다 완전한 결합을 향하여 나아가거나 아니면 결합이 약화되어가는 轉移的(transitional) 形態로서 존재하는 것이다. 따라서 統一을 위한 결합시도는 신중하여야 하고 失敗의 경험은 그 이후의 再結合을 가일층 어렵게 할 것이라는 점을 생각할 때, ‘南北聯合’의 성공적 운영을 위하여는 국가연합·유럽공동체를 포함한

‘연방주의적 결합실천’의 다양한 성공·실패 경험을 十分 活用하여야 할 것이다.

과거의 國家聯合들의 事例에 비추어 보면 첫째로, 意思決定方式의 決定이 중요하다고 할 수 있다. 全員一致의 方式을 채택할 경우 신속하고 융통성 있는 사태해결이 곤란할 것이며 一部の 意思로 決定할 경우는 결정된 정책의 실천이 어려울 것이기 때문이다. 이러한 것은 실제로 과거의 경험들속에서 나타나고 있으며 결국 강력한 결합와해 요인으로 작용하였던 것이다. 둘째로, 가장 중요한 문제들 중의 하나는 분쟁처리에 관한 것이다. 연방국가들은 最高製判所의 判決을 통하여 中央政府와 支分國들간의 분쟁을 해결하고 있으며 유럽공동체 역시 유럽사법재판소의 결정으로 회원국간 분쟁과 공동체 운영에 관한 분쟁들을 처리하고 있다. 이러한 先例들에 비추어 볼 때 南北聯合은 분쟁의 해결을 지나치게 정치적 타결과 협의에 맡기고 있는 듯한 인상을 주고있다. 일단 발생한 분쟁을 적절히 해결하고 또한 발생가능한 분쟁을 미연에 방지하게 위하여 가능한한 발생가능한 모든 분쟁을 예측하여 해결방법을 모색하고 동시에 ‘공정한 판단기관’으로서의 분쟁처리기관을 제도화하거나 ‘객관적인 제3자 해결(third-party settlement)’등의 方法을 使用할 수 있을 것이다. 이외에도 과거의 결합에 있어서의 성공·실패사례는 ‘南北聯合’이 그 「事實的·法的發展」을 위하여 취사선택 하여야할 중요한 교훈들을 指示하여 줄 것이다.

결국 ‘南北聯合’의 法的 地位는 여전히 — 지금으로서는 分명한 것은 아니나 — 分斷國들이 共有하고 있는 統一의 課題속에서 정책적 및 분석적 시각이 混在하여 교차하고 있는 ‘分斷國內部的 特殊關係’라 할 수 있을 것이다. 문제의 초점은 現狀(status quo)에 관한 정확한 규명보다는 미래의 발전적 전개에 대한 立法論的 制度論의 研究에 있다고 할 수 있다.

目 次

第1章 韓半島の 統一問題	9
I. 統一의 意義	9
(1) 統一의 當爲性	9
(2) 統一의 内容	11
(3) 統一의 形態	13
II. 「한 民共同體統一方案」의 意義	15
第2章 南北聯合의 法的 背景	17
I. 分斷國의 意義	17
(1) 分斷의 意義	17
(2) 分斷國의 意義	19
(3) 分斷國의 特徵	22
II. 分斷國의 法的 地位	23
(1) 全體國家・部分國家論	23
(2) 多體制國家論(Multi-System Nations Approach)	24
III. 南北韓의 法的 關係	28
(1) 南北分斷의 法的 性質	28
(2) 分斷國家 一般理論上 南北韓의 法的 關係	29
(3) 大韓民國의 正統性	30
(4) 7. 4共同聲明 및 6. 23特別聲明	31
第3章 南北聯合의 法的 地位	36

I. 南北聯合의 法的 地位	36
II. 分斷解消와 관련한 聯邦主義	40
(1) 國際法上 國家結合類型에 關聯한 聯邦國家(federalism)	42
(2) 政治學的 概念으로서의 聯邦主義	53
III. 高麗聯邦主義論	60
第4章 結論 — 南北聯合의 實踐	69

第1章 韓半島의 統一問題

I. 統一의 意義

(1) 統一의 當爲性

1897년의 이탈리아統一의 위대한 革命兒 조셉 마찌니는 千四百年에 걸친 이탈리아의 분열을 終息시키는 과정에서 다음과 같이 말하였다. ‘民族은 나에게 신성하다. 왜냐하면 나는 그 속에서 모든 人間의 利益과 發展을 위해 일할 수 있는 도구를 보기 때문이다. 民族은 人類의 위크샵이다. 民族이란 살아있는 課業이다. 民族의 生命은 그 自身の 것이 아니고 보편섭리적 계획 내에서의 힘이며 기능이다.’¹⁾

5천년의 民族史가운데 26세기는 가장 곤혹스럽고도 織烈했던 生存을 위한 투쟁의 章이었다. 우리 民族은 40년에 이르는 初有의 帝國主義的 侵略에서 벗어나자마자 곧 이어 통탄할 民族相殘의 비극을 체험하여야 하였고 또 다시 40여년의 세월을 分斷苦에서 헤어나지 못하고 있는 人間的 生存을 위한 처절한 몸부림으로 점철된 나날들이었다.

이러한 民族的 體驗을 人權尊重의 觀念이 強行規範으로 고양되고 있는 오늘날의 人類의 知性에 비추어 볼 때 韓民族의 統一의 課題는 뚜렷한 當爲性을 지니게 되고 單一體制로서의 生存을 위한 民族的 要求 역시 數

註 1) 볼튼 킹著. 黃義坊 : 宋宰源 譯「마찌니評傳」 한길사, 1980, pp. 220~221.

多한 辯舌을 압도하고 있는 것이다.²⁾ 長期化의 조짐을 예측하지 못했던 分斷의 狀況이 40년에 이른 지금, 이러한 統一에 관한 民族史的 命題의 現實性和 當爲性의 의미는 조금도 沒却되어서는 아니되며 오히려 그 情念이 倍加되어야 할 것이다. 그러나 40年の 分斷은 한편으로 統一問題에 많은 난점을 露呈하고 있고 이에 우리의 努力도 여기에 그 출발점을 두어야 하게 되었다.

分斷 40年이 빚어놓은 民族의 深化된 異質相을 고려할 때, 한반도의 統一의 모습은 하나의 全的으로 새로운 nation-building이 되어야 한다. 우리가 統一에서 38線 劃定 以前의 過去로 돌아가기를 願하는 것과 같으며 이는 分斷이 초래한 새로운 民族史的 狀況이라 아니할 수 없다.

韓半島의 統一은 5천년 民族史에서 한민족이 이루려고 하는 또 하나의 새로운 政治的 課業이며 이에 한반도의 統一問題를 論하는 것은 바로 民族史의 새로운 章을 여는 시도이자, 한민족의 미래에 관한 前無의 청사진을 그려보는 作業이 될 것이다.³⁾

本 論文은 이러한 作業의 一環으로 以後 우리가 처하고 있는 한반도의 현실이 어떠한 것인가를 法的 觀點에서 照明하여 보고, 平和의 統一이

註2) 南北統一에 관해 John.H.Merz는 「세계평화의 利益을 위해 조속한 통일에의 希望을 포기하여야 한다」고 권고하고 있고 Ray.E.E.Johnston은 「한국이 分斷되고 있는 한 영원한 平和는 있을 수 없다는 미신이 있으며 分斷과 分裂이 언제나 國民의 意思에 어긋난다고 하는 생각이 이에 관련되어 있다」고 주장한다.

John H.Herz, <Korea & Germany as Divided Nation : The systemic Impsct> p.970. Asian Survey Nov.1975, Jol.Xv, Ray.E.E.Johnston, <ProHems of International sttus & International Recgnition of New Nations Resulting From Partition> p.147. Asian Perspective Spring-Summer 1982, Vol.6, No.1. 그러나 이는 分斷을 겪고 있는 分斷國家國民의 立場을 전혀 도외시한 一方的인 견해라 아니할 수 없다. 離散家族의 비애와 跛行的인 發展相이 이를 證明한다

註3) 國家의 繼續性에 관한 法律的인 視點은 別度도 한다.

憲法的 課題인 現今의 狀況에서 과연 聯邦主義의 思考가 「南北聯合」이라는 제도적틀을 통하여 우리의 統一에 기여할 수 있을 것을 구체적으로 확인하는 것이 그 目的이다.

(2) 統一의 意義

分斷國의 統一問題에 관하여는 順序上 統一이 의미하는 바가 무엇인가를 명확히 하는 일이 先行되어야 할 것이다.

統一이란 法律的인 개념이라기 보다는 多분히 政治·文化的인 개념이다. 어떠한 狀態가 되면 統一이 되었다고 볼 것인가에 대하여는 여러 見解가 있으나⁴⁾ 대체로 「두 개 이상의 主權的 行爲主體가 하나의 行爲主體者로 된 狀態」라는 形式的 定義와 「一定 地域內의 人間集團內에서 個個人間의 利害와 견해차이를 平和的으로 調整하여 必要한 變更을 이룩할 수 있다는 믿음인 共同體意識(sense of community)이 구성원들 間에 形成되어 있고 또한 이러한 기대를 성취할 수 있는 機構가 制度化되어 있는 狀態」라는 다소 複雜한 定義로도 統一狀態를 표현할 수 있을 것이다.

무엇보다도 중요한 것은 政治的 統一이며 또한 그 정도에 있어서는 적어도 機關統合이 이루어져야 統一이 되었다고 생각할 것이라는 점을 감안한다면 대체로 다음과 같은 狀態가 「統一된 狀態」일 것이다.

첫째, 한반도내에는 主權을 가진 國家하나만이 存在하여야 한다.(單一主權國家)

둘째, 한반도내에 居住하는 사람(外國國籍保有者 제외)은 두 하나의 國民을 형성하고 主權行使에 있어서도 居住地域에 관계없이 同一한 權限을 가져야 한다.(國民統合)

셋째, 모든, 國民은 全 領土內에 걸쳐 居住移轉 및 通行의 自由를 가져

註 4) 李相禹, 「기능주의 통합이론과 남북한 관계 개선방안」 한국안보환경 제1집 pp. 545~596.

야 한다. (生活空間의 統一)

네째, 統一된 國家는 單一法體系와 單一軍隊를 保有하여야 한다. (法秩序와 軍隊統合)⁵⁾

全體的인 意味는 대체로 韓民族의 民族主義에 그 기초를 두고 「韓民族이 政治·經濟·社會·文化에 있어서 總體的인 生活을 共有하는 狀態, 또는 共同運命體로서의 存立」을 말하는 것이 될 것이다.

法律的인 觀點에서 南北統一의 內容을 把握하는 것은 어려운 일로서 分명한 定義를 찾아보기 힘들다. 이는 國內法的 視覺과 國際法的 視覺, 여기에 統一政策上의 視覺이 混存되어 亂脈相을 이루고 있기 때문일 것으로 생각된다.

순수히 分析的인 각도에서 대체적인 統一의 意味를 생각하여 보면 그것은 國內法的인 側面에서는 「單一한 對內的 主權과 統治權, 單一한 國籍法 아래 全民族이 服從하며, 單一한 領土內에서 完全한 居住移轉의 自由가 保障되는, 單一憲法下의 法律生活을 영위하는 狀態」를 의미하는 것이 될 것이고, 國際法的인 側面에서는 「單一한 代表權, 國際法人格의 取得, 統一的인 外交關係의 設定, 즉 單一한 對外的 主權의 行使」가 그 內容이 될 것이다.

이러한 分析은 客觀的인 立場을 前提로 한 것이고 統一政策에 비추어 보면 北韓의 地位가 「7·4共同聲明」, 「6·23聲明」에도 불구하고 事實上의 地方政府(de facto local government)이상의 것이 아니므로 北韓地域은 未收復地域이 될 것이고 統一의 意味 또한 「國法上 大韓民國의 領土이나 事實上 統活權이 미치지 아니하는 地域에 所在하는 反國家團體를 切滅하고

註5) 「民族和合民主統一論」I, 國土統一院, pp.62~64.

實效의 支配를 確立하는 일」에 類似한 것이 될 것이다.⁶⁾

그러나, 이러한 개념상의 我離는 統一을 向해 나아가려는 積極的 統一意志의 統一의 基礎를 공고히 하려는 內實化 意圖가 調和되어 가고 있는 現實을 반영한다는 사실 이상으로 擴大解釋되어서는 아니되며 統一을 向한 점진적인 狀況論理의 展開속에서 發展적으로 解消되리라고 생각되어 진다.

따라서 앞으로의 論文에서는 「統一」의 觀念이 내포하는 意味의 兩者的 側面을 「指導理念」으로 하여 適切히 論述을 전개하여 나가고자 한다.⁷⁾

(3) 統一의 形態

한국의 統一問題는 分斷의 直接的 要因이 國際政治의 產物인 冷戰에 있었던 만큼 世界平和와 安全의 維持와 直結된 國際問題인 동시에 直接的으로는 民族의 至上課題로서 國內問題라는 兩面性을 지니고 있다. 더불어 國內的 問題, 南北韓間 相互作用, 國際的 與件등을 3個의 축으로 나타나는 여러가지 狀況變數의 作用으로 누구도 단호히 예측할 수 없을 周知의 事實이다.

다만 주의할 것은 政治的 意味에 있어서의 統一이란 權力構造의 一元化를 의미하는 것으로서 社會·文化 그리고 經濟의 統合(integraton)과는 반드시 一致하지는 않다는 것이다. 概念上 政治的·法的 意味에 있어서의 統一과 社會·文化·經濟的 意味에서의 統合은 分明히 區別되어야 하는 것

註6) 大法 71. 1. 26判 (70고 2357), 서울 刑事地法 71.2. 11判 (70도 45085), 서울 刑事地法 71. 2. 15判 (70고 11034), 大法 71. 2. 23判(70도 2629)·(70도 2680), (71도 36), (70도 2417), (71도 45)등 參照.

7) 이 점과 관련하여 李榮一은 「만일 우리가 分斷國家에 살면서도 우리의 分斷國家性을 부인하는 입장에서 統一을 추구한다면 우리의 統一問題는 統一觀念과 統一條件의 庇離때문에 애매모호한 民族至上課題은 될 수 있어도 實踐性있는 實踐課題으로 具體化되지는 못할 것이다」라고 한다. 李榮一, 「平和統一의 政治理論序設」, 統一政策, 제1권1호 (서울 : 평화통일연구소, 1975)의 pp.13~14.

이다.⁸⁾ 南北韓關係의 進展에 따라서는 貿易·旅行등에 관한 雙務協定の 締結로 부터 E.C.와 같은 統一政府樹立을 目標로 하는 組織體의 形成은 물론 外交·國防등 共同의 問題를 위한 國家聯合(Confederarion)의 形成에 이르기까지 다양한 相互協定關係도 發生할 수 있으나, 이는 分明히 우리가 생각하는 統一의 概念, 形態와는 거리가 있는 것이다.⁹⁾

possible한 統一의 形態에 관하여는 갖가지 議論이 紛紛하나,¹⁰⁾ 대체로 大韓民國에 의한 北韓地域의 收復과 北韓에 의한 南韓赤化를 兩極端으로 하여 多様な 中間者的 存在를 생각할 수 있다. 單純히 可能性의 面에서만 본다면 武力에 의한 統一의 모형 역시 현실적인 것이고 실제로 北韓은 이러한 企圖에서 南侵을 하였던 前歴도 있으나 「보다나은 生存을 위한 것」으로서의 統一이어야지 「民族相殘의 破壞를 통한 건설」로서의 統一은 民族의 自滅을 의미하는 것으로 ‘전쟁을 통한 統一’보다는 ‘分斷속의 平和’에 先順位가 부여되어야 하고 平和統一은 이제 第9次 改正憲法의 憲法上 原則으로 자리하고 있다.

따라서 平和統一의 原則下에 現時代에 가능한 統一의 方法이 있다면 그것은 7·4共同聲明, 6·23特別聲明속에 적절히 涵축되어 있는 바와 같이 兩 分斷體의 相互性에 유의하여 어떤 형태이건 兩 分斷體의 存在를 前提로 그 기초 위에서 協商에 의해 해결하는 것일 것이다.

註8) 丁得圭·朴河一, 分斷國의 統一政策과 共存政策의 均衡紙持方案, p.17. 統一問題研究.

9) 裴載湜·崔大權, 韓國統一方案의 法的 問題, p.24. 國土統一院.

10) 李榮一은 統一形態로서 ① 一方에 의한 他方의 軍事적 正복 ② 分斷된 一方의 瓦解에 의한 他方에의 吸收合併 ③ 平和的 分斷解消의 方法등을 열거하고 있고, 李榮一, supra note 7, p.17. 李相禹는 統一모델과 平和共存모델로 ① 政治統合 ② 聯邦案 ③ 武力에 의한 북한해방 ④ 적대적 공존 ⑤ 中立의 共存 ⑥ 同盟的 共存등을 제시하고 있다. 李相禹, 平和統一의 狀況變數分析, 統一政策 No.1, No.1, Spring 1975.

요컨대, 統一은 두 개의 國家로 부터 하나의 國家로 뛰어넘는 것이 될 수는 없으며 여러가지 中間的 段階를 거쳐야 한다는 것이다. 그것은 이 方式이야말로 唯一한 ‘現實的 接近方法’이고 唯一한 ‘融通性’있는 方式이며 民族的 單一性만이 문제되던 시기에서 體制의 多樣性이라는 문제까지 複雜히 엮힌 지금의 狀況에서 두 개의 相異한 體制가 새로운 형태의 國家를 形成·共存할 수 있는 多元論的 接近方法이기 때문이다.¹¹⁾

이에 앞으로는 北韓側이 ‘高麗聯邦案’의 선전에 傾倒하고 있는 현 시점에서 上述한 平和的 多元論的 統一의 한model로서 2個의 敵對的·相互排他的 分斷體에서 2個의 協調的·共存的 分斷體로 다시 하나의 統一體로 轉化하는 과정을 論理的으로 想定하고¹²⁾ 「南北體制聯合」과 관계하여 聯邦主義的 思考의 效用性 提高方案을 모색하여 보도록 할 것이다.

II. ‘한 民族共同體 統一方案’의 意義

정부는 1989年 7月 7日의 소위「7·7특별선언」에 이어 1989年 9月 11日 제147회 정기국회에서의 대통령특별연설을 통하여 「한민족공동체(The Korean National Community:KNC)통일방안」을 발표하고 北韓側의 호응을 촉구하였다. 특히 이번의 통일방안은 7·7선언으로 인한 북방정책의 개방화와 시기적으로 연장선상에 있는 정치·사회적 분위기에 맞추어, 과거 「민족화합민주통일방안」이 통일의 장애가 되고 있는 현실에 있어서의 적대관계를 무시하

註11) 요한 갈통은 동시에 전통적인 정치학 또는 국가학 이론은 두 개의 국가가 한 개의 국가로 되는 과정을 연속적인 과정으로 파악하지 못하고 量的인 비약으로만 파악하여 統一로서의 過程에 1.9國, 1.8國, ... 1.2, 1.1, 1國의 과정이 있음을 인정하지 않는다고 비판한다. 요한 갈통, 過程으로서의 統一, 統一政策 1券, 1號.

12) 이러한 내용은 (한민족공동체) 통일방안의 논리구조와 동일한다.

였고 인구가 2:1의 비율로 유리한 남한사정만을 반영하였으며 통일안으로서의 구체성을 상실하고 있다는 비판을 수용한 것으로 알려지고 있다. 「한민족공동체통일방안」은 ① 정상회담을 통한 민족공동체헌장을 채택하여 남북통일의 전제가 되는 남북관계의 기본골격을 결정하고 ② 남북정상회의·남북평의회·남북각료회의·공동사무처리등의 기구를 가진 남북연합(The Korean Commonwealth)를 결성·운영하고 ③ 이러한 과도체제의 발전을 바탕으로 남북평의회에서 마련한 통일헌법에 따르는 총선거를 실시, 통일국회와 통일정부를 구성한다는 내용으로 되어 있다.

이 論文은 첫째의 민족공동체헌장이 거의 전적으로 정치적 타협과 결단의 대상임을 생각할 때, 2단계인 남북연합은 정치적·법률적 중요성과 구체적 실현을 위한 대비책의 필요를 인식하고 南北聯合의 法的 地位를 - 聯邦主義的 思考의 효용과 관련하여 - 현재와 미래, 해석론과 입법론(legiferenda)의 양 측면에서 主題上 一貫된 論述을 위해 主題와 관련되는 범위내에서만 制限的으로 一般論에 대해 서술하고자 한다.

第2章 南北聯合의 法的 背景

1. 分斷國의 意義

(1) 分斷의 意義

「分斷」이란 20세기 特有이 냉전적 정치구조의 產物로서¹³⁾ 單一國으로서의 體體를 유지하여 오던 國家가 勢力均衡을 위해 나누어진 상태로 存在하는 現象을 稱칭한다.

分斷이란 그 發生에 있어 任意性이 排除되어 있고 積極的인 概念規定에 관한 論議가 留保되어온 感이 있으며 이는 分斷國의 地位 기타 特徵이 傳統的인 國際法上 主體類型, 分化類型과는 比較할 수 없을 정도로 相異한 것이며 分斷國의 문제는 解消되어야 할 것이지, 現視點인 개념규정을 하는 것이 발함직하지 않다는 분위기에 연유한 것이라 것이다.

分斷國(Divided Nation)이라는 用語 字體도 定立된 것이 아니며 分斷의 意味와(Divided) 國家(Nation)의 意味가 混線을 빚고 있어 명확한 개념규정이 不可한 상태에 있다.¹⁴⁾

用語의 面에 있어서 Whiteman은 不統一國家(non-unified state)라고 하여 韓國과 獨逸을 例로 들고 있고,¹⁵⁾ J.H.W. verzihl은 2部分으로 分斷된 國

註13) John, H.Herz, supra note 2, p.958.

L.B.Orfrelid & E.D.Re (ed), Cases & Materials on International Law, 1956, pp.617~9.

董德模, 駐韓美軍撤收에 따른 韓國의 安保와 平和統一問題. 國際問題研究所 論文集 第5號, 1978. p.73. 外 參照.

14) John H.Merz, ibid. p.957.

15) M.M. Whiteman, Digest of International Law, Vol. I. II, 1968.

家(states divided into Two parts)로 한국, 독일, 베트남, 中國을 들고 있으며,¹⁶⁾ G.Henderson, P.N.Lebow, J.G. stoessinger는 分斷國家(Divided Nation)로 독일, 한국, 중국, 베트남, 몽고, 캄보디아, 파오스를, 分斷國家(Partitioned Countries)로 아일랜드, 인도, 파키스탄, 이스라엘, 루안다, 브룬디, 팔레스타인을 열거하고 있다.¹⁷⁾ J.Crawford는 Divided State라 명명하여 한국, 독일, 베트남, 中國의 4個國을 들며,¹⁸⁾ G.von Glahn이 같은 입장이다.¹⁹⁾

以外에도 分裂體制(fragment system), 分裂國家(Partitioned Nations)등의 用語가 있으며²⁰⁾ 곧 이어 불 多體制國家(Multi-system-Nations) 二元體制國家(Dual-system-Nations)등의 概念도 있다.²¹⁾

分斷國은 前例도 없고 自身할 수도 없는 형태로 여러가지 문제점을 일으키고 있는 바, 이러한 문제들을 相衡의인 承認의 곤란성·條約·外交的 交涉·國家債務에 대한 責任·領土의 劃定·國際機構의 會員權등에 있어서 持續的 效力(continuing force) 또는 國家承繼(state succession)와 관련된 다.

여하튼 分斷國은 領土가 他國에 移轉되는 것이 아니며 分割이나 分讓과

- 註16) J.H.W.Verzihl, International Law in Historical Perspective, Vol.2. 1969, p.307.
- 17) G.Henderson, R.N.Lebow, J.G.Stoessinger, Divided Nations in a Divided World, 1974.
- 18) J.Crawford, The Creation of state in International Law, 1977. p.271. Kim Youn-Soo & Friedrich BuBen, Korea & Germany The Status & Future Prospects of Divided Nations, Deutsch Korea-Studien Gruppe, Kiel, 1978.
- 19) G.von Glahn, Law among Nations, 4th. ed., 1981, p.67.
- 20) Ray, E.E.Johnston, supra note 2, p.133.
- 21) J.N.Moore, Occasional Paper/Reprints Series in Contemporary Asian Studies, No.8-1981(45), School of Law, University of Maryland.

다르며, 현실적으로는 어떠한 간에 分化의 約定이 永久的인 것이 아니라 一時的·暫定的인 점에서 이러한 諸類型과 相異하며 特히 國家承繼의 面에서 分斷國家에서는 全體國家(Gesamt staat)의 法統성이 繼續됨이 주장되고 이러한 類型들의 경우는 權利·義務가 量的으로 分割되어 承繼된다는 點에서 다르다.

그러나 이러한 개념들은 分斷의 現象이 現實적으로 長期化되어 實際로 分斷體들이 獨立·個別的인 듯한 外觀을 띠게 됨에 따라 점차로 分斷의 形態에 부응하는 點들이 나타나고 있으며 「分斷」현상의 法的 있어서의 方向을 提示하여주고 있다.

(2) 分斷國의 意義

分斷國에 관한 正義는 「基本的으로 戰後 미·소 양대국의 利害關係가 相衝하여 어느 한 쪽에도 넘길 수 없는 지역을 미·소가 占領하여 오늘날 別個의 政府를 구성하고 있는 國家」 또는 「한 국가로서의 전통과 역사를 가진 나라가 戰後 自國民의 意思에 反해 強大國政策에 의하여 分斷된 國家」라는 素朴한 개념규정에서부터²²⁾ 프랑스와 독일의 국제법학계에서 全體國家(Gesamt Staat)와 部分國家(Teilstaat)라는 도구개념을 통하여 一般理論으로 定說化되었고 이제 UN의 分斷國家 政策에서 實踐段階이른 Gilbert Caty의 定義가 있다. 그에 의하면 分斷國家(Divided Nations)는 「法的으로 持續되는 하나의 全體國家(Gesamt staat)를 잠재화시킨 가운데 이 分斷國家의 代表權을 가질 것을 競爭하지만 第3國으로 부터 全體國家로서의 單獨代表權을 認定받지 못하는 두 個의 部分國家로 分斷되어 있는 國家」이고, 分斷國家(Partitioned-Country)는 「法的으로 持續된 全體國家의 存在는 消滅하고 두 個의 部分國家가 각기 獨立하는 경우」를 말한

註22) 丁德圭, 朴河一, supra note 8, p.129.

다고 한다.²³⁾

이 概念에 따르면 分斷國家 에는 실제로 共存하는 두 個의 部分秩序를 가르키는 概念인 部分國家(Teilstaat)와 두 個의 部分國家 의 領土와 權限을 合한 假想의 개념인 全體國家(Gesamt staat)가 存在한다. 따라서 分斷國家의 法律行爲의 主體는 法的으로 持續되고 있는 全體國家와 두개의 部分國家에 각기 주어져 있으며 部分國家는 全體國家 를 單獨으로 代表할 수 없는 條件에서 對外的으로 有效한 法律行爲를 할 수 있다.

反面에 이러한 개념은 固定的인 것은 아니며 分斷國의 法的地位論이나 分斷國 各國이 政策에 따라 流動的이며 全體國家의 認定을 前提로 한 全體國家 와 部分國家 의 關係를 中心으로 學說의 多樣한 分立相을 보여주고 있다.

上述한 개념이 佛·獨을 中心으로 한 서구지역에서 발전된 것인데 반해 또하나 지목할 만한 執行方法은 J.N.Moore類의 多體制國家(Mult-System-Nations), 二元體制國家(Dual-System-Nations)理論이 아닌가 한다.²⁴⁾

全體國家 部分國家 概念을 둘러싼 유럽式的 개념이 論理的이고 狀況整理의 性格을 가지는데 反해, 多體制國家(Mult-System-Nations) 類의 개념은 英美式의 보다 現實的인 性格을 가지고 있다.

以外에 고다니 쓰루지는 分斷國은 「分斷國이 아니라 分裂國이며 이는 國家가 分裂狀態에 있는 것을 가리키는 것으로 독일·중국·한국 및 베트

註23) Gilbert Caty, Le statut Juridique des Etats divises, Paris, Editions A, Pedone, 1969, p.5를 引用한 金俊熙, 分斷國家一般理論에서 본 韓國統一問題의 法的 性質. pp.137~185.

G.Caty의 定義는 한국에서도 肯定的으로 받아들여지고 있는 것 같다. 分斷國家法과 統一問題. 서울대학교 法學, 18권1호, p.46. 그러나 分斷國에 관해 同一하게 Caty의 定義를 採用하면서도 金哲洙는 한국의 경우 分斷國家라 하고 金俊熙는 한국을 分斷國家에서 제외한다.

24) J.N.Moor, supra note 21, p. iii.

남을 말하며 한 國家에서 두 政府가 서로 다루기를 계속하고 있는 상태에 불과하다」고 하고 「以上 네 가지 경우가 實存하는 分裂國으로서 인용되는 것이 보통인데 모두가 第2次 世界大戰以後에 생긴 것이기는 하나, 혹은 戰敗國의 植民地 또는 戰勝國의 식민지가 分裂되고 있어 戰爭과의 關係는 결코 同一하지 않다. 즉 分裂國이라는 것은 戰爭의 勝敗와는 直接 關係가 없고, 따라서 또한 戰爭 그 자체와도 직접 관계가 있는 것이라고 생각되지 않는다. 다만 하나의 國家 이어야 할 것이 둘로 나누어져 있다는 것 自體가 分裂國이 의미하는 것이다」라고 주장하고 있으나²⁵⁾ 이는 金俊熙 教授의 지적과 마찬가지로 事實이 面에 있어, 分斷國家와 2次大戰이 無關하다고 보는 것은 無理이며 「分裂國이니까 分斷國」이라는 式의 定義는 하나의 논리적 순환론으로, 積極的 개념규정이 아니라고 보여진다.²⁶⁾ L. M. Agullo는 연역적인 分裂國의 概念定義가 아니라 歸納的인 입장에서 分裂國概念의 애매한 點들을 解明하기 위하여 주변개념들과 차례로 비교검토했던 후에 「分裂國家는 世界大戰以後에 나타난 새로운 현상이며 內戰狀態에 있는 것은 아니나, 國際關係에 있어서 두 진영간에 現存하는 긴장을 광범위하게 느끼는 한 國家안에 있는 同等한 2個의 完全한 權力體制의 存在에 의하여 특징지워 있다」고 定義하였는 바, 이 역시 決定인 것이라고는 보여지지 않는다.²⁷⁾

요컨대 分裂國家는 다 같이 第2次大戰의 終戰以後에 分裂된 共通點을 갖고 있으면서도 分解의 背景이나 分斷의 상태는 반드시 類似한 것이 아

註25) 고다니 쓰루지, 分斷國의 法的地位, 國際法外交雜誌, 第618卷 1號

26) 金俊熙, *ibid*, p.86.

27) Luis Martinez-Agullo, *L'Etat divise*, 1964, p.277. 金俊熙, *ibid*, p.87, 112-112.

Meinhard Hilf, *Divided States*, *Encyclopedia of Public International Law*, V.10, 1989, pp.126~131. 도 分斷國의 例로 4개국을 들고 있다.

니며, 分斷國家의 例로 들어지는 한국·독일·월남·중국의 4例로 또한 絶對인 것은 아니라고 할 것이다. 이는 바로 分斷國이 處하고 있는 狀況의 착 잡함을 시사하는 것으로서 分裂國問題에는 이와 같이 거의 一般論이 자리할 수 없을 정도로 個別性이 普遍性을 압도하고 있는 것이라 할 수 있을 것이다.

(3) 分斷國의 特徵

分斷國의 定義와 關聯하여 法律的인 側面에서 分斷國이 보여주고 있는 特徵은 有力한 學說의 지적에 의하면 다음과 같다.²⁸⁾

① 分斷은 첫째로 어느 정도 安定된 領域內에 實效的 國家權力을 行使하고 있는 對立된 두 개의 權力이 確立되어 있다.

② 各 政權은 外國과의 法的 關係를 유지하는 別個의 國家組織을 가지고 있다.

③ 分斷國內의 對立當事者는 自由·共產 兩大陣營의 세력균형하에서 일단 安定된 상태를 유지하고 있다.

④ 對立政權 各自은 自己中心의 國家 統一을 豫定하며 主觀的으로는 一國으로 存在한다는 入場을 취하고 있다.

⑤ 承認의 效果問題를 別途로 할 때 國際社會의 現實에서는 두 個의 國家로 存在하면서 當事者의 主觀에 의해 하나의 國家로 보고 있는 모순을 안고 있다.

⑥ 그러나 國家를 承認 또는 代表하는 正統性은 當事者의 主觀이 아니라 第3國의 承認에 依存할 수 밖에 없는 根本的인 弱點을 안고 있다.

⑦ 分斷當事者의 어느 一方이 新國家로 獨占할 可能性과 종래의 國家

註28) 裴載湜·白忠鉉, 南北共同聲明과 北韓의 法的地位, 統一院, 1972, pp.6~7.
裴載湜, 남북한의 法的關係統一方案의 比較考察.
金道稔 博士 華甲 記念論集, 現代公法의 理論, pp.20~21.

를 承繼할 他方에 統合될 可能性을 동시에 갖고 있다.

⑧ 뿐만 아니라 當事者間의 關係改善如何에 따라서는 지금까지 어느 一方만을 承認하고 있던 第3國이 雙方을 同時에 承認할 危險性이 存在하며 이 경우 結果的으로는 두 개의 國家로 固定될 것이다.

II. 分斷國의 法的 地位

(1) 全體國家 (Gesamt staat) 部分國家論²⁹⁾(Teilstaat)

本 理論은 주프 독일의 상황을 둘러싸고 발전되어 온 것으로 分斷國家를 「法的으로 지속되는 하나의 국가가 國際法上 兩者가 다「部分國家」의 同等한 地位를 가진 2個의 國際的 主體도 暫定的으로 分斷되어 있는 國家」로 정의하고 法的으로 지속되는 하나의 국가로서 潛在化되어있는 「全體國家」와 2個의 「部分國家」를 合하여 3個의 國際法的 主體로 構成하여 各部分國家는 잠재화 되어있는 「全體國家」의 對內外的 權限의 獨占을 目的으로 正面對決하고 있는 구조적 양상을 부여하고 있다. 따라서 國內的 側面에서는 2個의 政治的 主體, 즉 2個의 「部分國家」를 合해야 비로소 하나의 잠재적인 「全體國家」가 될 수 있고 對外的으로는 國際法上 2個의 部分的 主體를 合함으로써 하나의 主體로서의 「全體國家」를 代身할 수 있으므로 國內的으로나 國際的으로나 2個의 「部分國家」는 全體國家를 單獨으로 代身할 수 없게 되는 것이다.

다양하게 전개되어온 이 分斷理論은 여러기준에 의해서 分斷될 수 있는 바 첫째는, 全體國家의 法統的인 面에서의 계속성을 인정할 것인가. 둘째 인정한다면 部分國家와의 관계는 어떠한 것인가. 끝으로 이와 관련하여

註29) 이는 논의의 편의상 사용한 명칭이다.

국제법주체로서의 國家의 數를 어떻게 볼 것인가에 따라 나뉘어진다.

全體國家의 法統性이 分斷으로 消滅되었다는 견해인 不繼續說로는 消滅說³⁰⁾·分裂說³¹⁾·二國家說이³²⁾있으며, 繼續說로는 部分秩序說(Teilstaats Theorie 또는 Dach theorie)·同一說-核心國家說·部分同一說·內亂說³³⁾ 등이 있다. 이 중 內亂說은 全體國家의 영토상에 존재하는 두 個의 정부가 제각기 對外的으로 全體國家를 代表하는 優위를 차지하기 위한 「冷的內亂狀態」를 유지하여 오고 있다는 것이다. 따라서 全體國家의 國家性은 계속되며 西獨政府가 그에게 부여된 民主的 適法性에 의해 舊國家의 法的 政府(de jure Regierung)로서 舊獨逸을 對外的으로 代表하고 東獨은 準暴徒的인(quasi-aufstandische) 地域的 事實上的 政府(lokal de facto Regierung)이라고 하는 說이다.

(2) 多體制國家論(Multi-System Nations Approach)³⁴⁾

이 개념은 英美式의 觀點이 스며있는 접근방법으로서 지금으로서 확립된 이론이라기 보다는 모색적으로(exploratory) 시도되고 있는 이론이라 하겠다.³⁵⁾ 內容上 全體國家 部分國家등의 法的 도구를 사용하기 아니하고 分斷의 事實狀態에 充實하여 개념을 구성하는데 특징이 있으며 논의의 重點이

註30) Hans Kelsen The Legal Status of German to the Declaration of Berlin, AJIL., V.39, 1945, pp.5~18.

31) 金哲洙, 동·서독 기본조약과 동·서독의 법적 지위, 서울대학교 법학10권 2호 1975, p.6.

金哲洙·金芝雲, 分斷國의 問題 三星文化文庫 20, 1972, p.221.

32) Wilhelm Beyer, Zum gegenwertigen Volkerrechtlichen Status Deutschland, n·NJ 1952, s.535.

33) Gehart Sohener, Die Rechtlage des geteilten Deutschland, 1960, 5.78
韓亨健, 남북한관계의 진전에 따른 법적 지위문제(Ⅰ), 統一院, 1977, p.14.

34) John Norton Moore, supra n.21.

35) 이것은 政治科學(Political science)的인 用語로 法的 用語로서 確立한 것은 아니라 할 것이다.

分斷體의 現存狀況解釋에 있지 아니하고 주로 分斷解消 즉 統一 및 分斷國에 대한 國際政治的·法的 取扱問題에 두어지고 있다.

Yung Wei는 分斷國問題에 있어 中立성과 正確성을 띤 公同의 用語가 없음과 公산세력과의 투쟁이 포함되어 있지 아니한 경우도 分斷國研究속에 흡수하여 왔다는 것이 分斷國研究의 발전을 저해하였다고 주장하고 다음과 같이 多體制國家論을 제안한다. 「分裂國(Partitioned Nations)」이라는 용어는 中國과 같이 국제적 개입이나 협정이 아닌 內亂에 의해 分斷된 國家에 적합치 않고, 分斷國(Divided states)라는 用語는 分斷國보다는 넓은 개념이나 국제법상 分斷을 永久化시키는 듯한 인상을 주어 대개의 分斷國의 反對를 받아왔다. 이 점에 있어서는 두 個의 中國(two China's), 두 個의 韓國(two Korea's)도 마찬가지이다. (Divided Nations)의 경우는 分斷國內에 둘 이상의 民族이 존재하는 듯한 암시도 주어 적합치 않다. 分斷國(divided states, divided nations)이라는 用語대신에 「多體制國家(Multi-system-Nations)」를 사용하는 利點은 첫째 이 용어가 소위 分斷國이(divided nation) 하나의 國家(nation)를 둘 또는 2 이상의 國家(nation)로 나누는 것이 아니라, 國際協定이나 內亂에 의해 하나이상의 정치체제가 出現하였다는 현실을 分明히 表現하고, 또한 分斷의 진정한 의미와 分斷의 原因 즉 各國에서의 公산세력 대 비공산세력의 경쟁과 갈등을 표현하여 주고 있다는 것이다. 公산세력의 확장이 없었다면 3개의 多體制國家 - 독일·한국·중국 - 은 통일되었을 것이다.³⁶⁾

John N. Moore는³⁷⁾ 「多體制國家」라는 用語를 사용하여 分斷國의 문제를 설

註36) Yung Wei, Unificaton & Division of Multi-System Nation : A Comparative Analysis of Basic Concepts Issues, & Approaches, supra n. 21, p. 61.

37) J.N. Moore Supra n. 21, p. iii.

명하면서 국제법상 多體制國家의 가장 큰 두가지 쟁점으로 첫째 多體制國家를 둘러싸고 있는 갈등의 관리(conflict management)와 둘째 自決權(self-determination)의 多體制分斷國에의 적용 즉 自決原則이 어떻게 多體制國家에 적용되어 機能할 수 있을 것인가를 들고 있다.³⁸⁾

Ko Swan sik³⁹⁾은 「네덜란드의 慣行을 中心으로 한 多體制國家들과 國際法」이라는 논문에서 多體制國家의 개념을 使用하면서 多體制國家에 대해 「이 用語는 社會文化的인 의미에서 領域적으로 규정된 國家를 말한다. 이러한 國家는 謀種의 原因에서 國家構造위에 정치적으로 統一되지 않고, 하나 이상의 상호 충돌적인 政府體制에 의해 分占된 상태에 있다」라 定義의 더불어 分斷體間의 서로에 대한 태도를 기준으로 ① 相互不承認型 ② 一方的 承認型 ③ 相互承認型으로 나누어져⁴⁰⁾ ① 型은 순수한 多體制國家로 分斷體가 各各 全體領土에 대한 管轄권을 주장하고 分斷이 계속해서 全體國家에 대한 統活權을 획득하기위한 內亂에서의 單純한 휴식기처럼 보이는 경우이고 ② 型은 分斷體 一方이 전체영토에 대한 管轄권과 唯一代表權을 주장하는 反面 他方은 그의 事實上(de facto) 統制下에 있는 영토의 法的으로 獨立된 지위확보에 노력하는 경우로서 法律的인 의미에서는 分割(dismemberment)이나 分離(secession)에 해당하며 이는 全體國家에 대한 管轄권을⁴¹⁾ 주장하는 一方이 자신을 원래의 民族國家(the original nation state)와 同一하고 원래 國家의 繼續이라고 생각되는 가에 달렸다

註38) Hyo Song Chang, Right of Self - Determination in divided Countries : Its applicability to the Korean Unification, Osterreichisch Zeitschrift Fur offentliches Recht und Volkerrecht, Springer-Verlag 1984, pp.170~196.

39) Ko Swan Sik, Multi-System Nation & International Law, with special reference to Dutch practice, supra n.21, pp.75~110.

40) 이는 John H.Herz, supra n.2, pp.957~970식의 分類와 같다.

41) 原文에는 分割 즉 dismemberment라 되어 있으나 分裂(disunion)의 의미로 使用되지 않았는가 한다.

고 한다. 이 경우 물론 獨立的 地位를 확보하고자 하는 一方은 他方을 法的으로 平等한 個別體로 承認하려는 태도를 취하며 이는 後者에게 있어서는 自己破壞의인 것이다. ③ 型은 分斷體 雙方이 自身の 實效的 支配 下에 있는 부분에 관하여 獨立的인 地位를 주장하는 경우이다. 결과적으로 雙方은 他方을 승인하려는 태도를 취하나 統一(unification)과 관련하여 볼 때 法的인 의미에서는 分割(dismemberment)내지 分離에 해당한다고 본다.

Hungdah Chiu 역시 「承認의 國際法과 多體制國家」라는 題下의 논문에서 多體制國家 概念을 사용하고 있고, Morton A. Kaplan도 「多體制國家에 대한 承認政策 - 中國의 경우」에서 同 用語를 채택하고 있다.⁴³⁾

그러나 이에 대해 Ray E. Johnston은⁴⁴⁾은 「多體制國家에 있어 體制(system)란 人民과 地域的 領土에 대해 自決權과 合法的 權威를 주장하는 政府構造의 존재를 의미하나 民族(nation)의 의미는 애매하다」고 하고 이어서 「이를 用語가 全體적으로 의미하는 바가 分斷體가 各各 全體人民과 領土에 대한 主權을 주장하고 동시에 全體人民과 領土의 一部分에 主權을 行使하고 있는 경우를 의미한다면 이는 독일·한국·중국의 한정적인 側에서만 해당될 수 있을 것이고 이 중 二元體制國家(the dual-system nation)가 2個의 分斷體가 부분적인 영토와 人民에 대한 主權을 行使하고 이중 적어도 一方이 全體에 대한 主權을 주장하는 경우를 의미하고 多體制國家(the multi system nation)가 둘 또는 2 이상의 分斷體가 있고

註42) Hungdah Chin, The International Law of Recognition & Multi-System Nations - with special reference to Chinese case, supra n.21, pp.41~58.

43) Morton A. Kaplan, Recognition Policy with respect to Multi-Sytem nations: The case of China, supra n.21, pp.167~176.

44) Ray E.E. Johnston, Assessing the International Status of partitioned Nations: Theories & Findings, supra n.21, pp.1~36.

적어도 하나 이상의 分斷體가全體에 대한 主權行使를 주장하는 경우를 의미한다고 하면 이는 대단히 협소한 用語使用으로 학문적 언어로서의 一般性を 상실한다」고 주장하면서 「Political Partition(政治的 分裂)」이라는 廣義的인 개념의 使用을 勸告한다.

Ⅲ. 南北韓의 法的 關係

(1) 南北分斷의 法的 性質

分斷의 法的 性質을 國際法上 分裂로보는 分裂說은 分斷으로 대한민국과 北韓이라는 새로운 두 個이 國家가 分立된 것으로 觀念하는 것으로 이로써 大韓帝國의 法人格이 大韓民國에 承繼되고 이어 1948年 9月 9日 北韓政府가 새로운 國家를 形成하여 大韓民國으로부터 分離·獨立한 것으로 보아 결국 두 說은 南北分斷을 國際法上 分裂分離로 간주하여 二國家說의 立場에 서며 南北韓을 各各 獨立한 國家로 본다.

그러나 北韓分斷은 國際法上 分裂도 分離도 아니며 大韓民國의 統治權이 北韓政權의 不法占據에 의해 制限당하고 있는 狀況을 의미하는 것이다. 北韓의 경우는 이와 反對의 것을 주장하고 있다. 즉 南北韓이 各其 自己의 唯一合法的 國家性を 주장하면서 상대방을 非合法的 事實上的 政府로 보고 그 國家性を 否認하고 있는 것이다.

이러한 경우 國際法上 一國에는 一個의 法律的 政府밖에 成立할 수 없고 따라서 他方은 事實上(de facto)의 政府로 보아야 한다는 原則에 充實할 때 결국 論理의 矛盾이 發生하게 된다.

이러한 論理的 不合理要素를 排際하기 위하여 領土權의 구성요소로서 領有權(dominium)과 統治權(imperium)을 分離하여 南北韓은 各其 한반도 전체에 대해 共同으로 領有權을 갖고 占據地域內에서 統治權만을 行使한다고 說明

하는 「準condominium」理論이 있다. 따라서 南北韓은 分裂도 分離도 아니고 한반도의 準Condominium 下에 있으며 오로지 統治權의 分割 行使만이 存在하고 이러한 準Condominium의 상태는 統一에 의해 終了·解決되게 된다는 것이다.

여지껏 南北韓은 어느 一方도 한반도의 상태를 分裂 내지 分離도 파악하지 아니하고 있으며 따라서 分離說 내지 分裂說은 채택할 바 못되고 단지 一方의 獨在的 地位의 存在만을 주장하여 왔다고 할 수 있다.

(2) 分斷國家 一般理論上 南北韓의 法的 關係

分斷國家一般理論 - 특히 全體國家·部分國家論 - 에 한반도의 狀況을 비추어 보아 類型的 把握 통해 현재의 法的 民族를 살펴본다.

먼저 「分裂說」은 大韓帝國의 消滅을 前提하므로 不當하고 文離說에 의하면 1948年 8月 15일에 수립된 대한민국이 大韓帝國의 法人格을 承繼하였고 이어 9月 9일에 수립된 南北政府가 大韓民國으로부터 分離·獨立하였다 고 보게 되며 「部分秩序說」은 大韓帝國이라는 全體國家의 지붕아래에 大韓帝國과 北韓이라는 部分秩序가 存在하여 準聯邦國家로서의 實體를 가지고 있다고 把握하며 大韓帝國을 위해 對外的을 行使하고 自身을 위해 獨自的으로 國際法上 法律行爲를 할 수 있으나 全體國家에 대해 새로운 權利義務의 設定 및 拋棄를 할 수 없다고 본다.

「核心國家說」에 비추어 보면 대한민국이 바로 全體國家와 同一視되나 北韓地域에 대한 主權을 拋棄하게 되고 「縮少國家說」에 의하면 大韓帝國과 大韓民國과의 同一性은 유지되고 北韓地域은 美收復地域이 되며 「部分同一性」에 의하면 南北韓은 각각 部分的 法主體로서 部分的으로 大韓帝國의 法人格을 維持하고 南北韓이 各其 全體韓國의 立場에서 各 地域內 事項에

註45) 金明基, 國際法上 南北韓의 法的 地位, 1980, pp.22~23.

대해 權限을 行使하게 된다. 南北韓 關係를 비교적 妥當性있게 說明할 수 있다고 생각되는 內亂說에 의하면 南韓 - 또는 北韓 - 이 唯一한 法的 政府로서 準暴徒團體로서⁴⁶⁾ 地域的 事實上的 政府인 北韓 - 또는 南韓 - 에 대하여 全國土에 대한 實效的 支配를 확립하려는 內亂狀態에 있게 된다.

이러한 理論的 分類는, 그러나 正統性承繼者로서의 大韓民國의 地位를 前提로 한 正統性論議의 論脈에 포함시켜 고려되지 아니하는 이상 獨自的인 의미는 半減된다 할 것이다.

(3) 大韓帝國의 正統性⁴⁷⁾

Hallstein原則의 적용이 絶對的 不容說에서 實質的 承認主義時代로⁴⁸⁾ 變化하고, 「7·4共同聲明」 「6·23선언」등으로 北韓의 相對的인 地位를 인정하였음에도 불구하고, 大韓民國에 대한 北韓의 地位는 「地方的 事實上的 政府(local de facto regime)」에 불과하다는 것이 一般的인 견해이다. 이러한 것은 다음의 事實과 法的 意義를 理由로 하고 있다.

① 한국의 獨立을 保障한 諸 國際文書는 全 韓國民을 代表하여 法律上의 權利를 承繼한 正統政府의 樹立을 예정하고 있었다.

② 1947年 11月 14日의 UN총회결의는 그 施行過程에 있어 韓半島 全域을 代表할 政府의 樹立을 目的으로 한 것이어 이 決議에 의한 한국 국회는 全國政府를 組織할 權限이 있으며 施行上의 隘路는 法的 正當性을 저해하지 않는다.

③ 1948年 6月 25日 「UN한국임시위원단」의 決議와

註46) 韓亨健, 分斷國家인 韓國의 法的 地位, 문교부 학술연구 조성비에 의한 연구보고서, 1972. p.28.

47) 大韓民國의 正統性에 관한 文獻으로는 金明基, Ibid., pp.136~161., 民族史의 正統性研究論集, 統一院, 朴東熙, 남북관계진전에 따르는 諸般 法的 問題와 解消方案, 統一院, 外 多數.

48) 金正均, Hanstein 原則과 分斷國의 法人格, 국제법학회 논총, 10卷 1號, p.50.

④ 1948年 12月 12日の UN총회결의 195號(Ⅲ)은 集團의으로 대한민국정부의 合法性을 認定하였고

⑤ 1947年 1月 1日の 美國을 비롯한 37個國의 承認

⑥ 1963年 韓國基本條約 第3條가 바로 그것이다.

이는 서독이 「東方政策(Ostpolitik)」과 「東西獨 基本條約」에도 불구하고 同一說의⁴⁹⁾ 理論에 따라 東·西獨關係를 「内部的(Outer-se)特殊關係」 觀念하는 것과 類似하다 할 수 있을 것이다.

(4) 「7·4共同聲明」및 「6·23特別聲明」

72年の 「7·4南北共同聲明」과 73年の 「6·23特別聲明」은 결론적으로 말하여 「반란단체」에 불과하던 北韓의 地位를 「地方的 事實上的 政府(local facto regime)」로 승격시켰다고 볼 수 있는 南北關係의 중요한 轉換點이었다.

東西間의 해빙무드에 맞추어 남북긴장완화를 위한 현실적인 대응책이었고 北韓을 「협상당사자」로서 받아들인 平和統一을 向한 進一步였다.

1970年 8·15선언의 취지를 바탕으로한 7·4공동성명은 1972年 7月 4日 李厚洛 中央情報部長과 北韓의 金英柱의 이름으로 발표되었다. 다음의 7個 項에 대한 原則的인 合意를 內容으로 한다.

- ① 祖國統一의 原則
- ② 相互間 비방과 무력도발 방지를 위한 積極的인 措處
- ③ 南北韓의 제반 交流
- ④ 南北赤十字會談 成就를 위한 積極的 지원
- ⑤ 南北問題의 직접교섭을 위한 直接電話 가설
- ⑥ 統一의 實現을 위한 南北調節委員會 構成

註49) 1970年 7月 3日字 Bayern 州政府의 提訴에 대한 독일연방재판소 判決, 東西獨 基本條約에 관한 判例, 統一院, 1976, p.580.

⑦ 合意事項의 誠實한 覆行

위의 合意事項은 「上部의 뜻을 받들어」 署名되었다.

7·4共同聲明은 그 특이한 形式으로 말미암아 그것의 法的 性格이나 南北韓法的 關係에 대한 영향등에 關係 여러 다른 해석의 可能性을 남겨주는 것으로⁵⁰⁾ 첫째, 同 聲明이 條約인가에 대하여 政治的 合意說⁵¹⁾, 條約說⁵²⁾, 同 聲明과 그 一內容인 「南北直通電話의 說置」合意를 나누어 後者에 限해 條約임을 인정하는 說이 있고⁵³⁾, 둘째, 同 聲明에 따른 義務가 法的 義務인가에 대하여 同 聲明의 條約性 與否와 關係하여 의견의 대립이 있고, 셋째, 同 聲明이 南北關係에 미친 영향에 대하여 北韓을 「地方的 事實上的 政府」로 인정하였다는 견해와⁵⁴⁾ 적극적인 규명은 없어 종래의 南北韓 法的 關係에 아무런 效果가 없었다는 견해가 있다.⁵⁵⁾ 同 聲明을 條約으로 보아도 國家 또는 政府의 承認을 의미하지 않는다는 견해도 이와 靑을 같이 하고 있다.⁵⁶⁾ 여하튼 7·4공동성명으로서 인한 남북접촉의 진

註50) 梁 建, 南北韓關係의 새로운 方案提示와 法的 問題, 國際法學會 論叢 26卷 1號, p.103.

51) 金東熙, 大韓民國의 正統性 關係 法的 根據, 民族史의 正統性研究論叢, 統一院, 1976. p.390.

52) 裴載湜, supra note, 12, p.92.
張基鵬, 和解政策과 南北韓의 法的 關係, 國際法學會 論叢 26卷 1號, p.85.

53) 金明基, supra note, 45, p.17.

54) 裴載湜, supra note, 12, p.92.

55) 梁 建, supra note, 50, p.113.

56) 金明基, Ibid., p.24.

전에도 불구하고 「北韓當局의 法的 地位」⁵⁷⁾는 「事實上의 存在(de facto regime)」이상으로 變更될 수는 없었고⁵⁸⁾ 이러한 문제점은 다음의 6·23特別聲明에서 더욱 구체화되었다.

1973年 6月 23日 大韓民國政府는 「對北韓關係事項은 統一이 成就될 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 「平和統一外交政策에 관한 大統領特別聲明」을 公表하였다. 그 內容은 다음과 같다.

- ① 祖國의 平和的 統一을 위해 모든 努力을 계속한다.
- ② 한반도의 平和를 維持하고 南北韓間의 內政 不干涉
- ③ 誠實과 忍耐로 南北對話를 계속한다.
- ④ 緊張緩和를 위해서라면 北韓의 國際機構에의 參與에 反對하지 아니한다.
- ⑤ 統一에 障礙가 아니 된다면 南北韓이 「UN」에 同時 加入하는 것에 反對하지 아니한다.
- ⑥ 互惠平等原則아래서 모든 國家에 門戶를 開放한다.
- ⑦ 友邦과의 既存의 紐帶를 더욱 공고화 한다.⁵⁹⁾

同 宣言의 內容中에서 同 宣言이 實現될 경우 南北韓法的 關係에 어떠한 영향을 줄 것인가의 문제와 관련이 있는 것은 第2項과 第5項 및 第

註57) 張基鵬은 7·4공동성명의 合意와 北韓의 法的 地位와의 關係에 관하여 세가지 效果가 있다고 한다.

① 合意가 非公式的 使節에 의해 原則的인 方式으로 이루어져 政治的 合意에 불과하며 國際的人格承認의 效果가 발생할 수 없다.

② 北韓의 人格을 前提하지 않고서는 合意가 이루어질 수 없는 것이므로 北韓의 國際的 人格을 默示的으로 承認하고 合意를 成立시킨 후 北韓의 國際的人格의 承認을 留保하였다,

③ 北韓에 대한 國際的 人格의 默示的 承認을 의미한다.

58) 裴載湜, 白忠鉉, supra note. 44, p.64.

59) 盧重善 編, 民族과 統一 I- 資料編, 1985.

6項인바 이 3項은 서로 關聯性을 갖는 내용이다. 同 宣言의 端緒에서 보는 바와 같이 明示的 留保와 함께 行하여진 6·23宣言이 北韓에 대한 默示的인 國家承認을 의미하는 것이라고 본다는 것은, 承認이 「意思」의 問題인한 溫當치 못하다 할 것이다.

그러나 제2항의 內政不干涉과 5항의 UN에의 國際法上 로서의 地位를 前提하는 것인만큼 反對의 意思表示가 없는 한 默示的인 國家承認의 效果를 발생시키는 것이라고 볼 것이며, 따라서 同 宣言은 적어도 北韓에 대해 「地方的 事實上의 政府」(local de facto government)로서의 實體를 인정한 것으로 보아야 할 것이다.⁶⁰⁾

또한 南北韓이 同時에 UN에 가입하고 第5項의 내용이 實現될 경우 이는 종래 한국의 單獨代表權說(唯一合法政府說)代身に 남북한의 二重代表制를 容認하는 결과가 될 것이고 남북한의 UN동시가입과 同 宣言의 關係는 承認을 前提로 하는 正式 外交關係의 設定意思가 없음을 表明하는 것으로 해석된다.

결국 6·23선언에 의해 도출되는 南北韓의 法的 關係는 特殊한 二元關係 즉, 對內的으로 서로 國家와 國家의 關係가 아니면서 對外的으로는 각기 별개의 獨立된 國家로서 存在한다는 特殊한 關係이다.⁶¹⁾ 즉 「特殊한 二元的 關係」 또는 「內的 特殊關係」라⁶²⁾ 할 것이다.

6·23선언에 따른 이러한 南北韓의 法的 關係는 오늘날에도 여전히 效力을 維持하고 있어 統一韓國을 向한 制度的 骨格이라고 할 수 있다.

註60) 裴載湜, supra note, 12, p.94.

梁 建, supra note, 50, p.103.

金東會, supra note, 51, p.393.

61) 裴載湜, supra note, 12, pp.94~95.

梁 建, supra note, 50, p.104.

62) 朴東熙, supra note, 47, p.44.

7·7특별선언 제3항의 남북한교역을 민족내부교역으로 간주한다는 내용이
나 ‘한민족공동체통일방안’ 중 ‘민족공동체현장’이 국가와 국가간의 條約과
는 다르다고 지적하고 있는 것 역시 같은 궤에 있다고 할 수 있다.⁶³⁾

註63) 統一院, 한국민족공동체통일방안 〈기본해설자료〉, 1989. 9. pp.1~37.

第 3 章 ‘南北聯合’의 法的 地位

I. ‘南北聯合’의 法的 地位

새로 발표된 ‘한민족공동체통일방안’은 完全한 統一로 가는 中間的 過程을 비교적 상세히 표현하고 있다.

첫째, 정상회담을 통한 ‘민족공동체헌장’의 채택이다. 민족공동체헌장은 7.4 남북공동성명식의 단순한 원칙문제와 기구설치에 대한 합의차원을 넘어 통일헌법에 의해 민주공화국을 건설할때까지 남북관계를 규율하는 基本章典의 기능을 수행한다.

따라서 통일에 이르는 남북안의 잠정적인 內的 特殊關係를 구체적으로 설정한 것으로서, 국가와 국가안의 관계를 규율하는 조약과는 성격을 달리한다.

그 내용은 평화와 통일을 위한 기본방안과 상호 불가침에 관한 사항, 그리고 「南北聯合」의 설치 및 운영등에 관한 포괄적 합의를 담도록 한다.

민족공동체헌장은 정상회담을 통하여 남북이 합의, 확정하고 각기 국회의 동의를 얻어 동시에 공포함으로써 발효할 수 있을 것이며, 이로서 분단종식과 ‘南北聯合’의 출범을 맞이하게 한다.

‘南北聯合’(The Korean Common wealth)은 통일국가 실현의 중간과정의 성격을 가지며, 공존공영·민족사회의 동질화·민족공동생활권 형성의 역할을 하도록 예정되어 있다. 南北聯合은 최고결정기구인 남북정상회의, 집행기구인 남북각료회의, 대의기구인 남북평의회, 하위집행기구인 공동사무체등의 하부기관을 유지한다. 이 과정에서 남북평의회는 통일헌법초안을 민주적 方法과 節次를 거쳐 확정·공포하고 통일헌법이 정하는 바에 따라 총

선거를 실시, 통일국회와 통일정부를 구성한다. 통일국가는 양원제의 국회를 유지하는 單一國家로 한다.⁶⁴⁾

이러한 과도적 통일체제의 기본적인 틀 안에서 남과 북은 민족공동체라는 하나의 지붕밑에 연합의 형태로 연계됨으로써 잠정적으로 국가안의 관계가 아닌 민족내부의 특수관계를 가지게 되며, 안으로는 상호간의 관계를 협의·조절하고 밖으로는 소모적 경쟁을 지양하고 민족적 이익을 추구해 나갈 수 있도록 한다.

‘南北聯合’은 國家聯合(confederation)이나 聯邦國家(federal state)의 어느 쪽도 아니며, 기능적 측면에서 본다면 여러국가가 하나의 생활공간 형성을 통해 궁극적으로 정치통합을 지향해 나가고 있는 「유럽공동체」나 「노르딕연합체」와 그 성격이 유사하며, ‘南北聯合’안에서 남과 북의 각자의 외교 군사권 등을 보유한 주권국가로 남게 된다. ‘南北聯合’은 1민족 2국가를 의미하는 국가연합이 될 수는 없으며, 분단상황하에서 안전한 통일실현시까지 통일을 추구하는 잠정적 관계라는 특수한 결합형태로 설명되고 있다.⁶⁵⁾

이에 대하여 或者는⁶⁶⁾ 「비정치적 차원에서의 하나의 生活單位體로서 정치통일의 전제로 民族聯合을 추구하는 입장에서 과도상태의 설명을 위하여 만든 개념으로 유럽공동체(EC)와 유사하다고 설명하고 있고, 「비정치적 분야에서 통합을 이루어 나가는 과정을 말하는 것으로서 남북한간의 교류확대가 진행되는 상황을 표현한 것으로 이해되어지기도 한다.⁶⁷⁾

註64) Ibid.

65) Ibid.

1989년 9월 22일자 東亞日報, 동아인터뷰, 李洪九 長官이 말하는 새 統一方案 의미

66) 李相禹, 1989년 9월 16일자 조선일보, 새 통일안 진단 <下>, 李相禹·深好民 對談

67) 深好民, ibid.

결국 法的 分類에 있어서도 國家聯合(confederation)보다 動的인(dynamic)개념으로서 보다 자율성있는 결합형태인 공동체(common wealth)의 용어를 굳이 사용한 것은 動的개념을 표현하기 위한 것이며 공존적 생활상태 자체를 지칭하기 위한 노력의 표현이라 이해된다. 즉 南北聯合이 단순히 공동이익(common interest)의 존재를 기반으로 결합하는 우연적집합체가 아니라 單一國家(unitary state)의 완성을 전제로 하는 결합이므로 내용성 고정적인 개념형태가 아니라 점진적 상황논리의 전개에 따라 신축성과 탄력성을 가진다는 점을 강조하고 있는 것이다.

이것은 무리한 정치통합을 통한 단일화보다 평화를 보장하고 공존형태의 안전을 확보한 후에 전면적 통합을 달성하려는 현실주의(de factoism)의 표출이다.

다만, 이렇게 형태적으로 표현되어 있는 '南北聯合'의 구체적 내용을 파악하기 위하여 몇 가지 사실에 대한 비판적 검토가 요구된다.

첫째는 국제법상 이루어지고 있는 國家聯合(confederation)과 聯邦國家(federal state)의 분류는 講學上 일종의 모델로서 설정하여 놓고 있는 것으로 실제에 있어서는 轉移的(transitional)狀態에 있는 結合形態가 대부분이라는 것이다.

聯邦國家와 國家聯合의 두 모델은 실제의 결합형태들을 보다 적절히 규명하기 위하여 사용되는 일종의 도구개념인 것이다.

따라서 위의 두 교과서적 개념과 상이하다고 하는 것이 과연 특징으로 지적되고 중시되어야 하는 것인가 하는 것은 의문이다. 오히려 同 方案의 기본적 사고의 특을 받아들여지고 있는 '현실주의'적 가치를 떨어뜨리는 점이 있는 듯하다.

둘째로 '南北聯合'은 주권국가간의 결합인 國家聯合은 될 수 없으나 '南北聯合'안에서 남과 북은 각자의 외교·군사권등을 가지는 주권국가로

남아있다는 설명에 관한 것이다. ‘內外部關係가 다른 二元的인 特殊關係’라고 설명되고는 있으나 6.23선언이래의 북한에 대한 우리의 입장은 内部的으로나 外部的으로나 ‘國家性’을 부인하는 것이었으므로 이러한 시각의 일관성 유지의 점도 염려되는 바이며, 주권국가간의 결합은 아니나 주권국가로 남아있다는 해석도 석연치 않은 점이 있다고 할 것이다.

세제, ‘유럽공동체(EC)’적 통합에 관하여는, 기본적으로 유럽공동체는 ‘정치적통합’의 명문하에 ‘經濟的實利’라는 國家利益에 관한 목적을 달성하려는 결합이므로 결합의 강도가 강화할수록 오히려 개별국가의 국익(national interest)에 대한 고려가 침해화할 것이라는 예측이 행하여지고 있으며, 國家聯合보다 연약한 결합인 EC에의 결합의 원형(the original type)을 발견하고자 하는 것이 자칫 現實安住的인 태도의 노출인 것으로 오해될 소지가 있다는 것이다.

한편 유럽공동체의 경우는 유럽사법재판소(European Court of Justice)가 있어 EC法과 국내법의 관계를 포함한 제반 분쟁에 대하여 客觀的 判定機關을 통하여 결정하도록 하고 있는 것⁶⁸⁾에 반하여 우리의 ‘南北聯合’의 경우는 다소 정치적 해결에 의존하는 감이 있고 안정적인 제도적 분쟁해결 방안이 마련되어 있지 아니하다는 점이 우려되는 바가 있다고 하겠다.

‘南北聯合’의 法的 地位와 관련하여 보건데, 기본적으로 ‘南北聯合’은 정부의 해설과 같이 ‘動的 實體’를 가지고 있으므로 靜態的인 一時點에 있어서의 法的 性格을 구명하는 것은 特別한 實益이 있을 것 같지 아니하다.

오히려 ‘南北聯合’의 전개상황속에서 구체적으로 그 法的·事實的 進行에 도움을 줄 수 있는 前例와 價値, 制度的 要素의 발견이 보다 긍정적인

註68) G. von Glahn, supra n.19., Verzihl, supra n.16, pp.62 - 65.

작업인것으로 판단한다.

이러한 작업을 위하여는, 결국 國家聯合·聯邦國家·유럽공동체 등 정치적 세세력의 離合集散의 關係를 내용으로 하는 聯邦主義의 思考의 表現양식인 國家聯合·聯邦國家·기타 中間적 형태의 聯合의 諸側面을 검토함으로써, 상대적으로 完全統一을 향한 '南北聯合'의 성격규명과 아울러, 制度的 補完을 도모하는 方法을 취하도록 하여야 할 것이다.

이후로는 이러한 문제의식하에서 논의를 전개하여 가도록 할 것이다.

II. 南北聯合과 關連한 聯邦主義

國際法上 國家結合類型(Unions of states)에는 一般的으로 人的同君聯合(personal Unions), 物的 同君聯合(實質的 聯合)(real Unions) 國家聯合과 聯邦國家는 國際的 人的(international personality)를 가짐으로써 다른 結合類型들과 차이가 있고, 國家聯合(confederation)과 聯邦國家(federal state)는 聯邦主義(Federatism)와 關連되어 있다는 데서 特色이 있다.⁶⁹⁾

國家聯合과 聯邦國家는 국제법상 國家結合類型으로서 여러가지 點에서 區別되나 가장 뚜렷한 차이점은 結合時 構成國의 主權喪失與否에 있다. 즉 國家聯合은 複合國際人(composite international person)이 아니며 聯邦國家 複合國際人인 것이다.

이러한 理想型(Ideal Type)으로서의 原則的形態는 實際에 있어 많은 變用을 일으키고 있는 바⁷⁰⁾, 모범적인 聯邦國家인 스위스는 confederation이

註69) Verzihl, Ibid. p. 32. 물적 동군연합과 인적 동군연합은 이제 존재하지 아니하여 이러한 전통적 분류는 현실성을 잃고 있다.

70) Oppenheim-Lauterpacht, International Law Vol.2, 8th. ed. Longman p. 182.

라는 用語를 公式的인 명칭으로 사용하고 있고, 美國 역시 1787年 以前까지는 國家聯合의 상태로 존재하였고 1787年의 연방헌법에서도 연방(federal, federation)이라는 用語를 사용하지 않고 있다.⁷¹⁾

Federation(聯邦國家) 자체가 그 의미에 있어, International Federation으로서 國際聯盟(The League of Nations)와 國際聯合(The United Nations)과 European Federation으로서 구주공동체(The E.C.)등을 내포하는 廣義의 개념이며 國際法上國家統合類型으로서 國家聯合 역시 실제에 있어서는 매우 動的인 것이어,⁷²⁾ 1787年 以後의 美國이 「보다 完全한 結合을 形成키 위해서」(in order to form a more perfect union) Federation으로 轉化하였던 것과 같이,⁷³⁾ 統合이(integration)強化되거나, 1815~1866年의 The German confederation(Der Deutsch Bund)과 1947年 UN이 고려했던 The Jewish - Palestine Confederation 및 수많은 事例에서 보여진 것처럼 結合度가 強化되어 造成되는 것이 一般的이다.

따라서 國家聯合은 個別國家를 完全한 結合形態인 聯邦國家로 轉化하거나, 이것이 여의치 않을 경우 다시 개별국가로 화하는 하나의 過程이라고 보는 것이 오늘의 政治的 現實에 부합한다고 하겠다.⁷⁴⁾

한국의 통일문제에 비추어 볼 때 聯邦國家의 形成은 一個國家로서 完全한 統一과 分斷의 「解消」를 의미하며 國家聯合의 成立은 完全한 統一로 가기 위한 二次的인 分斷問題의 「解決」을 뜻한다. 즉 適對的인 두 個의

註71) 崔大權·桂喜悅, 세계 각 연방국가 헌법의 성립배경 및 유형별 비교연구 統一院. p.12.

72) 國家聯合(Confederation)과 聯邦國家(Federation)의 用語混用に 관하여는 J. Crawford Supra note, 18.p.292., 註 22) 參照.

73) 金正均, 國際法上的 分合모델과 分斷統一모델의 比較類形的 考察, 國際法學會論叢 20卷 1,2 合併號, p.113.

74) G. C. Fenwick, International Law, 4th. ed. New York : Appleton, 1965. pp. 214 - 242.

分斷體가 통일을 위해 相互協調인 2 個의 分斷體로 轉化하는 過程이 國家聯合의 形成이며 - 그 구체적인 내용은 별도로 하고 - 이러한 2 個의 分斷體가 하나의 통일체로 되는 과정이 聯邦國家의 形成 또는 單一國家의 成立인 것이다.

이렇게 볼때 統一은 하나의 過程(process)이라 할 수 있다.⁷⁵⁾

이러한 관점이 바로 '한민족공동체통일방안'을 통하여 나타나고 있다.

한국통일의 모델을 이러한 三段構造로 假定할때 聯邦主義(federalism)에 관한 論議는 聯邦國家보다는 一次的인 分斷問題解決案으로서 國家聯合에 重點이 맞추어져야 할 것이다. 즉 國家聯合(confederation)에 관한 國際法的 考察이 중심이 되어야 할 것이다. 上術한 바와 같이 國家聯合은 實際에 있어 個別國家와 聯邦國家사이의 過程的 存在인 만큼 많은 부분이 聯邦國家에 관한 論議와 중첩되고 있다. - 예를 들면 聯邦主義의 意味論과 條件論이다.

以後의 論議에서는 이 論文이 一次的 分斷問題解決案으로서 南北聯合에 관한것인 만큼 同一하지는 않으나 國家聯合을 中心으로 國家聯合과 관련되는 범위내에서 聯邦國家 내지 聯邦主義 理念的 制度的 側面들을 포섭하여 나갈 것이다.

(1) 國際法上 國家結合類型에 關聯한 聯邦國家(federalism)

國際法上 國家結合類型에 關聯하여 聯邦國家(federalism)를 論하는 것은 결국 聯邦國家(federal state)와 國家聯合(confederation)에 관하여 考察하는 것이 될 것이다. 이것은 分斷問題의 一次的 解決案으로서 國家聯合의 形成에 맞추어 보면 聯邦主義에 관한 動的 考察이라기 보다는 靜的 考察이며 形成過程論으로서보다는 形成結合論의 性格이 강하고 國家形態論 내지

註75) 요한 갈통, Supra note, 11.

制度論的 論議라 할 것이다.

1) 國家聯合(confederation)

國家聯合이란 人格(International Personality)를 維持하면서 特定한 權限을 가지는 中央組織을 가지고 새로운 法的 實體(Juridical Entity)를 구성하는 國家의 結合이다.⁷⁶⁾

Congress 또는 Diet로 불리우는 中央組織은 限定된 범위내의 사항에 관하여 구성국(member state)에 대해 法的 拘束力을 가지는 決定을 할 權限을 가지며 이러한 한도내에서 구성국의 主權에 대한 制約이 있게 된다.

聯邦國家와는 ① 結合 構成國家가 主權을 喪失하는가 하는 點에 가장 커다란 차이가 있으며 聯邦國家의 경우는 새로운 單一主權이 形成되는 데 대하여 國家聯合의 경우는 구성국의 主權에는 變動이 없다. ② 따라서 國家聯合의 自體는 國際的 人格(International personality)를 가지지 못하고 主權保有의 면에 있어 聯邦國家는 單一國家와 다른 點이 없다. ③ 國家聯合의 結合根據는 原則적으로 國家聯合의 구성국간에 締結되는 「條約」이다.⁷⁷⁾ 따라서 聯邦國家의 구성국은 單一의 聯邦憲法에 拘束되나 國家聯合의 구성국은 각기의 憲法을 갖는다. 즉 聯邦國家의 創設根據는 國內法이나 國家聯合의 設定根據는 國際法이다.⁷⁸⁾ 이 점은 聯邦國家에 관하여 特別한 注意를 기울이지 않아도 重要な 理由를 이룬다. ④ 國家聯合의 경우는 對內的으로 統治權이 全的으로 國家聯合의 구성국에 所在하므로 聯邦國家와 같이 中央政府와 支分國사이에 統治權의 分化問題가 발생하지 아니

註76) Verzihl, op.cit., p.159.

77) D.P O'connell, International Law, 2nd. ed. Vol.2, London : Stevens, 1970, p. 295.

78) H.Kelsen, Principles of International Law, 2nd. ed. New York, Holt : 1967, p.262.

한다. ⑤ 聯邦國家는 原則적으로 聯邦國家 自體가 對內的 主權을 保有하나 國家聯合의 경우는 合意된 特定事項에 대하여서만 對外的 主權을 行使한다.⁷⁹⁾ ⑥ 國際責任의 主體는 國家聯合의 경우 구성국에 全的인 責任이 있다. 또한 聯邦國家의 경우는 그 구성국 상호간에 外交史節을 파견하지 않으나 國家聯合의 경우는 相互間에 外交史節을 派遣·接受한다.⁸⁰⁾

이와 같이 순수한 형태에(pure form) 있어서는 國家聯合은 聯邦國家와 根本的인 차이점을 가지나, 聯邦國家가 地方分權化(decentralized)한 단일국 가(Unitary state)와의 엄격한 區別이 힘든 것처럼, 國家聯合과 聯邦國家 사이에는 많은 轉移的(transitional) 形態가 存在하는 것이 現實이다.⁸¹⁾ 이러한 轉移的 形態가 나타나는 계기는 中央組織(the confederal organ)이 防衛와 外交에 관한 最小目的을 超越하여 구성국의 國民에게 直接的으로 行政력과 司法管轄權을 行使하는 경우이다.

國家聯合은 항상 國際條約에 의거하여 成立하고 聯邦國家는 憲法(constitution)이나 構成에 관한 特別法에 의거하여 成立하는 것이 原則이나 많은 例外가 있다.

聯邦國家 역시 條約에 의해 成立하는 경우가 있으며 이 경우는 확실히 國際法의 관심대상이 된다. 國家聯合은 또한 君主國間에도 共和國間에도 成立하여 兩者가 混合되어 發生하는 경우도 있다.

1815年の The German Bund와 Swiss Confederation (1815 - 1848)이 그러하며 이것은 구체적인 경우에 따라 사정이 다르겠으나 國家聯合의 多理念的

註79) J.G.Starke, Introduction to International Law, 6th, ed. 1967, p.92.

80) H.Wheaton, Elements of International Law, Oxford : Clarendon, 1938, p.55.

81) Republic of the United Netherlands (1579 - 1798)는 國際法上 명백히 國家聯合의 類型에 속하나 States General에게 特定事項에 관해 各 구성국 (Province)에 대한 拘束力을 가지는 法令을 제정할 根據를 부여하는등 準聯邦(quasi-federal)的인 側面을 보여준다. Verzihl, op, cit., pp.176 - 177.

構成에 관한 事例라 할 수 있을 것이다.

國家聯合은 前述한 바와 같이 매우 流動的인 存在로서 有名한 國家聯合의 事例를 통해 성공적인 國家聯合은 結合度の 強化過程을 통하여 보다 協調的인 聯邦國家로 轉化하는 현상을 發見할 수 있다. 1776년에 구성된 The Original United States of America는 1787年 새로운 헌법하에 聯邦國家로 변모하며 발전적으로 변경되었고, 1815年 Bundes - Act에 의해 組織된 The German Confederation은 1867年 이미 聯邦國家의 形態를 갖춘 North - German Bund로 바뀌었다.

國家聯合은 結合構造에 있어 많은 다양성을 보이나 가장 중요한 結合目的은 共同防衛(Common defense)에 있다. 1776年 10月 4日 Philadelphia에서 合意된 聯邦規約 2條는 이 점을 明示하고 있다.⁸²⁾

다만 이러한 目的은 대개의 경우 국제관계에 있어서의 權限을 中央組織에 집중하는 結果를 초래한다. 이에 中央組織은 구성국에 대해 구속력을 가지는 결정을 할 수 있는 權限을 가지게 된다.

中央組織의 구성은 兩院制·單院制등 다양한 方法으로 이루어 진다.

國家聯合 自體의 條約締結權과 구성국의 締結權은 構成規約에 (Constitution Act) 의하여 個別的으로 決定되어지며 이 경우 구성국의 締約權이 全的으로 否認될 수도 있다.

國家聯合의 形成은 그 根據가 條約이건 法律이건 一種의 國際的 權原 (International Title)에 의거하는 反面에, 構成規約은 國家聯合의 解體에 관해 특별한 규율을 앎고 있으며, 法律外에서 임기응변적으로 해체가 이

註82) 1976年の 聯合規約 10條는 다음과 같이 규정하고 있다. "Each of the said states shall submit to the decisions of the Assembly of the United States, in all matters or questions reserved to that Assembly by the present act of confederation".

루어져 왔다.⁸³⁾ 이러한 것은 國家聯合 自體의 本質的인 危弱性에 관한 것 뿐 아니라 分斷問題의 一次的 解決을 위한 model로서 國家聯合을 고려할 때 중요한 점을 시사하고 있다.

構成國家間 및 構成國과 國家聯合과의 紛爭의 解決은 國家聯合의 유지에 있어 가장 主意를 기울여야 할 部分으로 이는 모든 種類의 國家結合이 共有하고 있는 問題點이다.

國家聯合의 意思決定節次가 國家聯合의 存續에 있어서 차지하는 중요성에 관하여는 Republic of the United Netherlands(1579 - 1798)가 雄辯的으로 말하여 주고 있다. 1579年 1月 23日 The Union Treaty of Utrecht에 의해 成立되었고, 各構成國의 代表로 구성된 中央組織(The Assembly of the States General)은 開戰·休戰·租稅·協約內容의 解釋과 修正에 관한 사항의 결정에 있어 만장일치제를 채택하였다. 各 構成國은 中央組織의 會議에 參與할 義務가 있었고 일부 構成國의 不參이 있어도 중앙조직의 결정은 중요한 事項이 아닌 한 全構成國을 拘束하였다. 이 경우 中央組織은 不參國에 參加에 관한 催告를 行한 後에야 最終的인 決定을 내릴 수 있었고 여기에서 이미 一次的인 遲滯가 초래되었다. 이와 같이 중요한 國際的 決定은 모든 구성국대표의 同意下에 내려질 수 있었고 條約은 國家聯合의 이름으로 締結되었으며 國際的 交渉은 國家聯合의 外交史節들에 의해 行하여졌다.

國際問題에 있어 구성국간의 침예한 利害對立은 신속한 行동을 좌절시켜 왔다. 이러한 난점은 구성국가 및 構成國과 國家聯合사이의 紛爭發生時 解決節次의 選擇에 있어 두드러 졌다.⁸⁴⁾ 결국 이러한 것이 體制 自體의 붕괴를 초래하였다.

註83) Verzihl, op.cit., p.159.

84) Verzihl, op.cit., p.176.

이러한 네델란드의 예는 南北韓이 南北聯合을 形成하였을 것을 가정할 때 中央組織의 意思決定方式과 國際的 行動樣式에 關하여 생각하게 하는 點이 있다. 만장일치제를 택할 경우 同 國家聯合은 원활히 국제사회에서 활동할 수 있을 것인가? 多數決制度를 채택하여도 代表들의 支分國代表性이 아니라 全體의인 單一民族으로서의 國民代表性이 확보되지 아닐 경우 과연 적절한 意見決定이 이루어져 질 수 있을까? 이러한 난점을 해결하고 신속한 國政運營을 위해 中央組織의 議長에게 casting-vote를 인정한다면 이는 오히려 Hegemony 투쟁을 불러일으켜 결국 南北聯合 自體의 存立을 阻害하는 要因이 되는 것은 아닐 것인가? 비록 군사·외교에 關한 문제를 각자 해결한다고 하여도 그외의 問題에 있어서는 집권기관인 南北各료회의나 代의기관인 南北평의회에서 모두 이러한 갈등이 발생할 수 있을 것이다.

2) 複合國家에(A composite state)에 있어서의 紛爭解決

複合國家에 있어서의 紛爭解決에 關하여 別度の 高찰을 하는 것은 첫째로, 州際法(interstate law)⁸⁵⁾이 國際法의 결정에 가장 커다란 影響을 미쳐왔던 分野의 하나가 紛爭解決에 關한 것이고⁸⁶⁾ 둘째로, 分斷體間에 設치되어야 할 紛爭解決機構의 性格과 役割의 파악에 있어서도 類推될 수 있는 바가 있기 때문이다.

먼저 紛爭解決機關에 關하여 보면 과거에는 1579年의 Union of Utrecht 에서와 같이 多數의 기관에 분쟁해결에 關한 권한이 주어져 權限範圍도 不明確하고 結果적으로 또 다른 紛爭의 소지를 남기는 例가 있었으나⁸⁷⁾ 현재의 대부분의 聯邦國家는 「聯邦最古裁判所」(Supreme court)를 통해 분쟁

註85) 高柳賢三·末廷三次, Anglo-American Law Dictionary 英米法辭典, p.244.

86) Bernier. op.cit., p.267.

87) Verzihl, op.cit., p.271.

을 해결하고 있으며 同 裁判所의 強制管轄이 인정되는 가에 대하여 國家마다 多少間의 차이는 있으나 근본적인 운영은 同一하다.

紛爭의 內容에 대하여는 때때로 상세히 分類되는 경우가 있다. 1900年の The commonwealth of Australia 헌법은 中央政府와 支分國사이의 紛爭과 支分國間의 終決을 區別하고 있고(75條) 1920~1945년까지 존재하였던 Austria는 兩 紛爭의 「管轄의 抵觸」에 관하여 규정하고 있다.(138條)

또한 Mexico의 헌법은 46條에서 支分國間의 가능한 領土紛爭에 관하여 明示하고 있다. 1949년의 The Union of India헌법은 131條에서 最古裁判所의 管轄이 미치지 않는 事項을 特別히 두 類型으로 나누고 있다. 例外的으로 Federal Republic of Germany는 支分國間및 支分國과 中央政府사이의 紛爭을 Bundes verfassungs gericht라는 特別한 「憲法裁判所」(Constitutional Court)를 두어 解決하고 있다. 이것은 1920年の The Republic of Austria에서도 同一하였다. The E.C., The Coal & Steel Community, The Common Market & Euratom(1957)의 6個國은 管轄事項을 상세히 규정하여 놓고 「The court of Luxemburg」를 두어 相互間의 紛爭을 解決하고 있다.⁸⁸⁾

한편 紛爭解決의 方法과 能率에 영향을 주는 要素에는 다음과 같은 것들이 있다. ① 中央組織의 根據이 強할수록 紛爭解決의 方法을 發見하는 것이 容易하고 紛爭解決 自體도 難點이 적다.

國家聯合보다는 聯邦國家의 경우가 紛爭解決이 훨씬 容易하다. ② 支分國의 數가 많을수록 紛爭解決에 유연성을 갖게하여 平和的으로 解決될 전망이 높다. ③ 政治的 方法이 더욱 效率的인 利害關係의 對立을 內容으로 하는 紛爭보다 法律的인 紛爭일 경우 解決이 더욱 容易하다. ④

註88) Verzihl, Id. p. 289.

紛爭解決에 있어 새로운 方法을 찾아야 하는 경우보다 단순히 傳統的 方式에 따를 수 있는 紛爭의 해결이 훨씬 용이하다.⁸⁹⁾

南北韓이 '南北聯合'을 형성하고 시간의 경과에 따라 南北聯合의 결합내용이 심화·강화될 경우 既存의 複合國家의 慣行을 따른다면 紛爭解決機關으로 最高裁判所 또는 司法的 機能을 수행하는 特別機關을 設置하게 될 것이며 이 경우는 이러한 司法機關의 公正성과 信賴性이 가장 큰 문제로 대두될 것이다.

이러한 關係에 대한 信賴가 同 機構가 行하는 決定의 拘束力과 나아가 複合國家 自體의 存續에 치명적인 영향을 줄 것이기 때문이다. 司法機關을 둘러 싸고 발생할 紛爭의 소지를 줄이기 위하여 可能한 한 同 機關의 決定의 拘束力과 發生possible한 紛爭에 대한 管轄權의 限界, 機構의 구성과 성격등에 대하여 明確하고도 詳細한 規定이 必要하다 할 것이다.

3) 聯邦法(Federal Law)과⁹⁰⁾ 國際法의 關係

1. 理論的 考察

理論上 基本的으로 聯邦法과 國際法의 關係에 대하여는 두 가지의 입장이 成立할 수 있다. 하나는 두 法體系 사이에는 근본적인 차이점이 있어 州際法(inter-state law)은⁹¹⁾ 國際法에 대해 아무런 기여를 할 수 없다는 입장이고,⁹²⁾ 다른 하나는 이미 연방법이 慣行에 있어 國際法 發達에 영향을 미쳐 왔다는 입장이다.

註89) Verziht, Id. p.270.

90) 州際法(interstate law)이라는 용어를 使用하는 것이 더욱 정확할 것이나 여기에서는 國際法에 대비되는 개념으로 「聯邦國家의 形成과 維持에 關聯된 法」이라는 의미에서 聯邦法(Federal Law)이라는 用語를 使用하였다. 이후에서는 州際法(interstate law)이라는 표현도 使用할 것이다.

91) 支分國間の 關係가 外交關係는 아니나 연방헌법상 支分國간의 條約締結이 慣例인 것을 감안할 때, 州際法의 發生은 自然的인 것이다.

92) Cohwarzenberger는 A. Manual of International Law, 4th ed. Vol I, 1960. p.105.

Mallmann에⁹³⁾ 따르면 支分國間에 適用되는 法の 本質에 관하여 세가지 기본적인 接近方法이 可能하다고 한다.

첫째는 州際法과 國際法을 同一視 하는 입장이다. 이에 의하면 支分國間에 發生하는 모든 關係는 國際法關係이다.

部分的으로 獨自的인 國際行爲能力을 가진 支分國은 그 한도 내에서 國際法의 主體인 것이다. 따라서 部分的 主體間의 規律 역시 國際法에 의해 이루어진다는 것이다.⁹⁴⁾ 또는 支分國과 中央政府는 다 같이 完全한 併存的 국제법주체인 것을 前提로 동일한 주장을 하는 경우도 있다.⁹⁵⁾

둘째는 國際法이 國內法으로 변형되거나 혼합되어야(incorporated) 支分國間의 法律關係에 적용될 수 있다는 견해이다.

支分國間에 적용되는 法律은 國際法인 것이다.⁹⁶⁾ 따라서 이론적으로 국제법과 州際法이 同一視될 수 없는 것이다.

끝으로 다른 法原則 存在하지 아니할 때 支分國間의 法律關係에 國際法이 보충적으로 적용된다는 입장이 있다.⁹⁷⁾

이것은 매우 妥協的인 견해이나 判例들에 의하여 지지되고 있다.⁹⁸⁾

註93) Mallmann, völkerrecht und Bundesstaat, in schochauer, Wörterbuch des völker reoht, Vol. III, p.647. Bernier, op.cit., p.240에서 再引用.

94) Ross, ALF., A textbook of International Law, London: Longmans, 1947, p.98 et seq.

註95) Nawiasky, Hans, Der Bundesstaat als Rechtsbegriff, Tübingen, 1920, pp.106&121. Bernier, p.240.에서 再引用.

96) 이러한 입장으로는 Kunz., International Law by analogy. American Journal of International Law, V.45, 1951, pp. 329-334.

97) Schindler, The administration of justice in the Swiss federal Court in intercantonal disputes. American Journal of International Law, V.15, 1921, p.149, pp. 159-60.

98) Kansas Vs. Colorado, 185, United States Reports p.125, 147, Scott, R, D., Kansas Vs. Colorado Revisited. 52 American Journal of International Law, (1958) Würtemberg & Prussia V. Baden, Annual Digest of International Law, 1927-28, Case No.86, 128, p.130.

2. 慣行

國際法과 州際法이 同一한 것인가의 문제와 州際法이 國際法發達에 영향을 미쳐 왔는가 하는 문제는 別個의 것이다. 이것은 實際에 있어 대부분의 國際法學者들이 國際法院의 判決을 國際法の 內容속에 포함시키고 있기 때문이다.⁹⁹⁾

L. Bernier는 특히 州際法이 國際法에 영향을 미쳐온 내용을 4個의 分野, 즉 領土劃定, 國際河川의 經濟的 利用·取得·時效·事情變更의 원칙으로 나누어 論하고 있다.¹⁰⁰⁾ 領土劃定の 문제에 있어 L. C. Green은 添附和 自然的 消失로 인한 分離에 관한 The Supreme Court of the U.S의 판례 Kansas VS. Missouri Case를 引用하고 있고¹⁰¹⁾ Schwarzenberger 역시 河川의 境界에 관한 美 最高法院의 多數 判例를 다루고 있다.¹⁰²⁾ 이것은 A. O. Cukwurah와 Colombos에¹⁰³⁾ 있어서도 마찬가지이다. 이 중 특히 前者는 州際法이 國際法の 先례로서의 性格을 갖는가 하는 것은 의문의 여지가 없다고 주장하고 있다.¹⁰⁴⁾

國際裁判所(international tribunal)의 결정에 있어서도 하천영역에 관한 支分國間 紛爭을 다룬 聯邦裁判所의 판결이 영향을 미쳤음을 볼 수 있다.

1911年 Chamizal Arbitration에서¹⁰⁵⁾에서 Mexico와 美國의 Chamizal 領域

註99) C. Parry, The Sources & Evidences of International Law, 1968, pp. 9-14. & 94-103.

100) Bernier, op. cit., p. 246.

101) L. C. Green, International Law Through the Cases, 2nd. ed., 1959, p. 375. 그러나 4th. ed., 1978.에는 除外하고 있다.

102) Schwarzenberger, International Law, Vol. II, London: Stevens & Sons Limited, 1968, pp. xxxvi - xxxvii.

103) Colombos, The International Law of the Sea, 6th. ed. 1967, p. 227.

104) A. O. Cukwurah, The Settlement of Boundary Dispute in International Law, 1963, p. 70.

105) American Journal of International Law, V. 2, 1911, p. 782.

의 분할에 있어 美最高法院의 Nebraska vs. Iowa¹⁰⁶⁾ 判決內容이 先例로서 引用되었고 美國側은 이러한 最高法院 判決의 引用에 反對意見를 表明하였던 바가 있다.

또한 取得時效(acquisitive prescription)에 있어 D.P.O'Connell은 最高法院의 判決을 引用하여 Louisiana와 Mississippi間的 境界問題에 있어 最高法院은 特別한 境界의 주장에 있어서 長期間의 默認(long acquiescence)은 決定的인 것이라고 判決하였다. 이러한 判決은 時效의 認定에 있어 論爭當事者 兩側이 보여 주어야 할 行動의 規則을 요약한 것이다」라고 주장하고 있다.¹⁰⁷⁾

國際法과 國內法の 分類를 絶對的인 것으로 받아 들이는 이상 순수히 理論的인 側面에서는 國內法の 一種인 聯邦法(federal law)내지는 州際法과 國際法을 同一한 角度에서 다룬다는 것은 無理한 일일수도 있다. 그러나 實際에 있어서는 州際法은 國際法の 決定에 直接的으로¹⁰⁸⁾ 또는 類推 - The trail Smelter Case와 The Chamizal Case - 등의 間接的인 方法을 통하여 影響을 미쳐 왔다. 支分國間的 紛爭이었다고 하여 獨立國間的 紛爭解決에 있어 그 本질이 變化하는 것은 아니기 때문이다.

3. 分斷體間法과 聯邦法

分斷體間에 적용될 수 있는 法規範은 從末의 一律的인 分類법에 의해

註106) 143. O.S. 359 (1892)

107) O'Connell, op.cit., Vol. I, p.423.

108) The Island of Palmas Arbitration에서 Max Huber는 다음과 같이 밝힌 바 있다.

「一定한 地域內에서 國家機能의 계속적이고 平和的인 行使가 領土主權의 구성 요소라는 原則은 獨立國家들과 그 들의 領域의 形成條件뿐 아니라 國際法과 널리 承認된 原則에 根據한다. 이 原則은 1개 聯邦國家 以上에서 널리 承認되었다. 이러한 경우는 필요에 의해 국제법원칙을 支分國間的 關係에 國際法原則을 適用하기 위하여 裁判權이 確立되었을 경우에 발생한다.」 United Nations Reports of International Arbitral Award, V.2, p. 840.

區分하기는 어려운 複合的인 性格을 띠고 있다. 分斷狀態下에서 南北韓에 利用될 수 있는 法的 土臺에 관한 種類는 대체로 私法, 國內法, 特殊法, 暫定協定(Modus Vivendi) - 不可侵協定이나 國家聯合형성을 위한 規約의 경우 - 로 集約될 수 있다.¹⁰⁹⁾ 그러나 分斷體間 適用법을 이들 중 어느 하나로 確定的으로 性質決定을 한다는 것은 無理한 일이다.

私法上 契約說의 경우 一國에 法的 政府는 하나 뿐이라는 原則에 비추어 볼 때 一方은 결국 私的 團體가 되어야 하며, 國內法院의 경우는 分斷體가 國際的인 측면에서 兩立하고 있는 現實을 無視하는 感이 있고 더욱이 國際法說은 分斷體가 各其 獨立國임을 前提로 하는만큼 統一과 관련할 때 받아 들이기 힘들며, 特殊法 내지 最小規範說 역시 消極性을 면치 못하고 있다. 이 점은 暫定協定說의 경우도 同一하다. 여하튼 分斷體間 適用법은 本質이 무엇이건 간에 그것은 國際法과 國內法, 公法과 司法이 섞이는 混合法的인 性格을 갖게 될 것이다.

이러한 경우 實踐的인 側面에서는 州 國際法上的 慣行과 원칙들이 南北韓이 分斷問題의 解決案으로서 국가연합에 類似한 형태를 取할 경우 많은 점을 示唆하여 줄 것이라 예상된다. 주재법이 國際法決定에 영향을 미쳤던 것과 같이 分斷體間法の 形成과 發達에도 하나의 지표가 될 것이기 때문이다. 어떤 의미에서는 一國內에서의 各州의 分立상황이 獨立國이 分立하고 있는 國際社會보다 分斷國狀況에 더욱類似한 側面을 가지고 있다고 할 수 있다.

(2) 政治學的 概念으로서의 聯邦主義

聯邦主義에 관한 政治學的 研究는 國家結合形態를 基準으로 하는 國際法上的 論議에 비해 相對的으로 深化되어 있다고 볼 수 있다.

註109) 朴東熙, Supra note, 47, p.25.

前者를 聯邦의 權限의 分配, 機能, 活動의 側面 즉 聯邦의 形成과 消滅에 관한 動的 考察이라 한다면, 後者の 論議는 國際法人格의 側面에서 把握하고자 하는 靜的·制度論的인 것이라 할 수 있다.

1) 聯邦主義의 定義

「聯邦國家」(Federation) 또는 「聯邦主義」의 用語는 Latin語인 「foedus」에서 유래한 것으로¹¹⁰⁾ 이 때의 foedus는 「人間과 神사이의 성스럽고 持續的인 盟約¹¹¹⁾ (the system of holy&enduring covenants between God and Man)¹¹²⁾」을 의미한다.

聯邦主義가 國家統合의 理論(The Integration Theory)으로 形成된 것은 近代에 이르러서이나, 聯邦主義的 國家結合의 實際는 이미 紀元前 古代希臘同盟 특히 아케아同盟(Achaean League, 251~146B.C)을 비롯하여 中世의 封建制·都市同盟·神聖 Rome 帝國등에서도 聯邦主義的 要素가 발견된다.¹¹³⁾ 대개의 경우 聯邦의 目的은 結束(Solidarity)내지 結合(Unity)에 있으나, 그 특질은 오히려 多樣性(Plurality)에 있고 結合 역시 理解와 調整에 대한 平等關係이며 自由·平等·平和의 정신이 깔려 있는 것이다.¹¹⁴⁾

聯邦主義에 관하여는 固定的인 定義가 存在하지 아니하며 視角에 따라 多様な 用語使用이 이루어 지고 있다.¹¹⁵⁾

註110) W.H.Riker, *Federalism in Governmental Institutions & Processes*, ed.F.I. Greenstein & N.W.Polsby, (Massachusetts): Addison Wesley, 1975. p.97.

111) 金明基, 聯邦制의 一般理論과 高麗聯邦制案 批判, p.94.

112) D.J.Elazar, *Federalism in International Encyclopedia of social Sciences*, Vol.5, ed. D.L.shills, New York: Macmillan, 1968, pp.353-354.

113) 崔大權. 桂喜悅, op.cit., p.67.

114) 이 점에 관하여는 「Pluralism&Federalism」特輯號, *International Political Science Review*, Vol.51 No.4, 1984.

115) A.H.Birch, *Approaches to the study of Federalism*, 14 *Political studies*, 1966, p.15.

古典의인 견해로 Wheare는 그의 制度論的 定義에 따라 「聯邦主義란 中央政府와 地方政府가 各自의 領域内에서 協調的이고 동시에 獨立的일 수 있도록 (Coordinate& independent) 權限을 分배하는 방법」¹¹⁶⁾이라 하고 「中央政府가 地方政府와 같이 人民에 대해 直接的으로 支配하는 것 뿐 아니라 두 政府가 各自의 制限된 領域内에서 서로로부터 獨立的이어야 할 것이 必修條件이라고 주장한다.¹¹⁷⁾

이에 대해 Friedrich는 「聯邦主義는 靜的 制度(static design)가 아니라 動的 過程(dynamic process)으로 把握되어야 하며, 이는 모든 제도 (design)는 계속적으로 進化하는 政治的 現實의 短期的 狀態로서, 하나의 局面(phase)에 不過하다는 것을 이유로 한다.」¹¹⁸⁾고 한다. 즉 過程으로서 (process) 聯邦主義를 바라보며 統合과 獨立性이란 두 方向에서 進行되는 諸 集團의 聯合은 國家 뿐 아니라 國家間의 機能的 結合, 國家内 諸 集團의 聯合에 까지도 「聯邦」이라는 用語를 사용한다.

社會學的 接近方法을 行하고 있는 Livingston은 「聯邦主義의 社會學」 (The sociology of federalism)이라는 項目에서 「聯邦主義의 本질은 法的 · 制度的 用語의 그늘에서 찾을 것이 아니라, 聯邦主義의 外形을 필수적인 것으로 만드는 政治·經濟·社會·文化的 動力에서 發見되어야 한다. 연방주의의 本질은 헌법적·制度的 構造에서가 아니라 社會 自體에 存在한다. 聯邦主義는 社會의 聯邦的 要素가 마련하고 保護해온 도구¹¹⁹⁾이다.」고 주장한다.

註116) K.C.Wheare, Federal Government, 4th.ed. 1963, p.11.

117) Ibid., p.15.

118) C.J.Fredrich, International Federation in Theory&Practice, in Plischke. ed., systems of Integrating the International Community, 1964. p.117.

119) W.S.Livingston, Federalism&Constitutional Change, Oxford: Clarendon Press, 1956, pp.1-2.

W.H.Riker는 연방국가의 형성을 「政治的인 決斷」의 問題로 본다. 그는 聯邦主義란 政治家들의 協商, 즉 「進就的인 國家指導者와 政府公務員들의 領土獲得과 나아가 보다 많은 相稅徵收와 軍隊陽性을 위한 協商」이라고 주장하고¹²⁰⁾ ① 中央政府와 地方政府가 同一한 領土와 人民을 支配한다. ② 各 政府가 적어도 自律的인(autonomous) 行動領域을 가진다. ③ 各 政府가 自身の 領域에 自律性을 가진다는 一定한 保障 - 헌법상 文憲에 不過하여도 - 이 있어야 한다는 것을 聯邦國家라 불리울 수 있는 헌법의 條件(the rule of identification)이라고 한다.¹²¹⁾ 나아가 그는 聯邦國家가 形成되는 必修條件으로 擴張條件(the expansion condition)과 軍事的 條件(the military condition)을 들고 있다.

이중 前者는 外部로부터의 軍事的 또는 外交的 威脅에 대처하기 위해, 또는 군사적·외교적 측면에서 正세를 취하기 위해, 평화적으로 영토를 확장하려는 욕구가 정치가에 있어야 한다는 것이고 후자는 외부적 威脅으로부터의 保護나 잠재적 侵略에 參與하려고 希望하기 때문에 單一國家로 獨立하는 것을 포기하는 交渉을 受諾하는 意志가 政治家側에 있어야 協商(bargain)이 이루어 진다는 것이다.¹²²⁾ 한편으로 1961年 M.J.C Vile은 中央政府와 地方政府間의 協同的 地位(Coordinate status)와 相互依存性(interdependency)에 유의하면서 연방주의에 관한 새로운 定義를 마련하였고 Wheare 式의 定義에 決定的인 變化를 가져왔다. 그는 中央政府와 地方政府間의 相互依存的인 政治的 關係(interdependent political relationship)에 重點을 둔다.

註120) William H.Riker, *Federalism: Origin, Operation, Significance*, Little Brown Company, 1964, p.1.

121) Ibid.

122) Riker, *op. cit.*, pp.12-13.

Riker, *Supra note*, 110, pp.113-124.

M.J.C.Vile, *The Structure of American Federalism*, 1961, p.199.

2) 聯邦主義의 條件(The conditions of federalism)

1. 聯邦主義의 特徵

연방국가의 공통된 특징에 관하여 D. J. Elazar는 成文憲法·非中央集權化·
權力の 地域的 分配를 重點的인 것으로 들고 있고,¹²³⁾ W. J. Livingston¹²⁴⁾·W.
J. Wagner¹²⁵⁾, Ursula K. Hicks¹²⁶⁾ 등 論者에 따라 어느 정도의 相違가 있는
바 小森義峯은 다음과 같이 統合的으로 설명하고 있다. ① 成文의 헌법
② 聯邦國家와 支分國도 다 같이 국가이다. ③ 聯邦 支分國間에는 聯邦憲
法에 의거하여 任務領域이 명확히 區分되어 있으므로 各自의 任務領域內에
서는 相互同格이며 獨立되어 있다. ④ 主權은 聯邦國家만이 갖는다. ⑤
支分國은 聯邦國家로부터 탈랑할 자유를 갖지 않는다 ⑥ 支分國은 어떠한
형태이든 聯邦國家의 意思形成에 참가하며 그것은 一般的으로 聯邦國家의
立法機關中에 某種의 支分國 代表機關을 設置한다는 形式으로 實現되어 있
다. ⑦ 聯邦과 支分國間 또는 支分國 相互間의 論爭을 裁定하는 機關 -
聯邦最高裁判所 - 이 設置되어 있다. ⑧ 支分國 相互間의 地位는 平等하
다¹²⁷⁾ 結論的으로 聯邦國家는 그 原理의 實踐을 위해 中央政府와 地方政府
間의 權限分配가 이루어져야 하고 兩院制國會는 全體國民과 支分國民의 意
見을 反映하고 나아가 制度維持를 위한 權限論爭解決制度를 가지고 있다고
보여진다.

이러한 특징에 관한 논의는 적어도 어느 國家의 政治的·法的 現實이

註123) D. J. Elazar, Supra note, 112, pp. 357 - 361.

D. J. Elazar, 'Federalism' in the New Encyclopedia Britanica, Vol. 7, 15th ed., London: Helen Hemingway Benton, 1982, p. 205.

124) William S. Livingston, Supra note, 119, pp. 10 - 11.

125) W. J. Wagner, The Federal States & Their Judiciary. Mouton & Co. 1959. Gravenhage.

126) Ursula K. Hicks, Federalism: Failure & Success. The Macmillan Press, Ltd., 1978, p. 7.

127) 小森義峯, 聯邦制度의 研究, 東京: 三晃社, 1958, pp. 23 - 24.

聯邦的(federal)으로 운영되고 있는가 하는 것을 측정하는데 중요한 기준을提示하고 있다.

2. 聯邦主義의 條件

聯邦國家의 形成이 어떻게 可能하였는가 하는 疑問은 必然的으로 聯邦國家의 形成에 어떠한 條件이 있을 것이라는 것과 이들 중 어떠한 條件이 必修의 일 것인가 하는 問題意識으로 歸結된다.

이러한 必修的 條件의 發見이 可能하다면 一國이 聯邦國家로 成立할 수 있을 것인가 하는 것은 論理的이기 때문이다. 이러한 論議는 聯邦國家를 (Federal state) 中心으로 進行되어 온 것이어서 國家聯合의 경우와 정확히 一致하지는 않으나, 적어도 統合이라는 角度에서는 國家聯合의 形成을 이해하는 데 決定的인 것이라 할 수 있다.

聯邦國家의 形成에 있어서 人間 내지 人間の 意思가 作用하는 側面과 주어진 狀況 내지 條件이 機能하는 側面을 나누어 본다면, 前者는 聯邦國家 形成의 主觀的 條件이 될 것이고 後者는 客觀적 조건이 될 것이다.

먼저 K.C.Wheare는 聯邦國家의 統合條件으로 다음의 여섯가지를 들고 있다. ① 軍事的 不安의 感知 및 공동방위의 필요성 ② 外部勢力으로부터 獨立하려는 欲求 ③ 經濟的 이익의 希望 ④ 약간의 先行된 政治的 交涉 ⑤ 地理的 隣近性 ⑥ 政治制度의 類似性.¹²⁸⁾ Deutsch는 細分하여 9個에 달하는 統合要因을 지적하고 있다.¹²⁹⁾ 한편 Birch는 一般的인 條件으로 ① 地理的 隣近性 ② 過去의 政治的 統合의 經驗 ③ 政治制度의 類似性 ④ 代表的 機關의 存在를 들고 다시 直接的인 要因으로 ① 軍事的 不安

註128) K.C.Wheare, op.cit., pp.37 - 43.

129) Karl Deutsch, Political Community & the North Atlantic Area, pp. 123 - 154.

(Military Insecurity) ② 獨立欲求(Desire for Independence) ③ 經濟的利益獲得의 希望 ④ 公共서비스의 經濟性 ⑤ 國際的 影響을 열거한다.¹³⁰⁾ 더불어 K.C.Wheare는 ① 歷史의 차이 ② 經濟的 利益의 격차 ③ 地理的 距 ④ 國民性的 差異 ⑤ 社會構造의 比類似性이라는 5가지 分化要因을 제시하고 있다.¹³¹⁾

한편 聯邦國家의 形成에 있어 主觀的인 側面을 重視하는 W.H.Riker는 聯邦國家 形成의 동기가 광범위하게 共有되어있지 않다고 하면서 前述한 바와 같이 擴張條件(the expansion condition)과 軍事的 條件(the military condition)을 들고 있다.¹³²⁾

上述한 여러 견해들이 지적하는 客觀的인 條件들은 論理적인 觀點에서는 條件이라고 말할 수 없다. 以前의 政治的 統合의 經驗이 있거나 地理적으로 가깝다고 하여 반드시 論理必然的으로 聯邦國家가 形成된다고 할 수는 없기 때문이다.¹³³⁾ 조건이라기 보다는 오히려 聯邦國家의 形成에 有利한 影響을 주거나 또는 不利한 影響을 주는 要因들이라고 보는 것이 妥當할 것이다. 이러한 의미에서 聯邦主義를 政治家들 사이의 協商(a bargain)이라고 주장하는 Riker의 主觀的立場이 좀더 事實에 附合한다고 하겠다. 聯邦國家의 形成은 自身의 政治的 體制를 決定지으려는 國民 내지는 民族과 특히 政治家들의 決斷의 結果라고 보는 것이 옳다는 것이다. 이를 分斷體에 적용한다면 分斷體 聯邦主義的으로 統合될 수 있는가 하는 것은 客觀的인 側面보다 主觀的인 側面에 核心이 있다고 말할 수

註130) A.H.Birch, Federation in East Africa: Opportunities & Problems, in Colin Leys & Peter Robson, ed. Nairobi: 1968, pp. 9-16.

Kim Dong hynn, Building a Model of Political Systems Integration - Toward Korean Unification - Korea & World Affairs pp.83-85.

131) K.C.Wheare, op. cit., pp.40-43.

132) W.H.Riker, Ibid.

133) 崔大權·桂喜悅, op. cit., pp24-39.

있다.

또한 Riker를 포함해서 과거의 경향은 聯邦國家가 아래로부터 동시에 안으로부터 形成되는 경우만을 想定하여 왔으나, 個別的 政治單位인 여러 政治集團이 結合하여 聯邦制度의 형태로 더 큰 政治單位를 形成하는 경우 聯邦國家가 위로부터 - 소련의 國家형태의 경우 - 또는 밖으로부터 - 西獨聯邦에 대한 列強의 태도 - 形成된다는 事實에도 注目하여야 할 것이다.¹³⁴⁾

이러한 것은 聯邦國家의 形成에 있어 主觀的 要素의 중요성을 이야기하는 論據를 이룬다.

Ⅲ. 高麗聯邦主義論

(1) 經緯

1960年 8月14日 解放 15周年 敬祝대회에서 金日成은 1957年 東獨이 提案했던 聯邦制案을 한반도의 實情에 맞추어¹³⁵⁾ 南北聯邦制를 최초로 제의하였다.¹³⁶⁾

이 제의는 崔庸健의 보고로 구체화되었는 바 유의할 점은 ① 南北聯邦制가 最初로 提議되었다. ② 南北聯邦制가 統一을 위한 여러 方法中의 하나로 제의되었다. ③ 過渡的 措置로 南北聯邦制는 「高麗民族委員會」를 구성하고 國家聯合(confederation)의 형태로 이룬다는것을 주장한 점이다. 여러 차례의 同一한 논조의 주장후에 1973年 6月 23日 金日成은 우리 政府의 6·23성명에 대응하는 措處로 「高麗聯邦共和國」을 주장하였고 내용

註134) Id.

135) New York Times, August 9, 1957.

136) 勞動新聞, 1960. 8. 14.

外務部 外交研究院, 統一問題研究, 1972, pp. 319 - 321.

은 다음과 같다.

- ① 먼저 大民族會議를 召集하고 民族的 團結을 이룩한다.
- ② 이 기초위에 南北韓의 現在 두 制度는 당분간 그대로 두고 南北聯邦制를 實施한다.
- ③ 聯邦國家의 國號는 「高麗聯邦共和國」이라 한다.
- ④ 高麗聯邦은 나라의 分열을 막고 南北韓의 연계와 合作을 全面的으로 實施하여 完全한 統一을 앞당긴다.¹³⁷⁾

이 연설의 특징은 첫째, 「高麗聯邦共和國」이라는 國號를 처음으로 내세운 것과 둘째, 「大民族會議」의 召集을 주장한 점이라 하겠다.

최근 들어 1980年 10月 10일 第 6 次黨大會에서 金日成은 이제까지의 聯邦制內容을 變色하여 統一에 이르는 過渡的 措處로서가 아니라 「統一의 完結形態로서의 聯邦制」를 주장하였다. 이 案은 「高麗民主聯邦共和國」이라 불리우며 「民主」라는 單語가 國號에 추가되고 「統一된 聯邦國家」로 國家聯合이 아닌 一種의 聯邦國家의 (Federal state)의 형태를 取하고 더불어 具體的인 10個의 方案이 提示된 것이 特色이다.

(2) 概念

1) 「高麗民主聯邦共和國」案 (1980.10.10)

이 提案은 종래 北韓이 주장했던 聯邦案중에서 比較的 정리된 형태이고 또한 가장 最近의 것이어서 어느 의미에서는 北側의 「聯邦案」의 綜合版이라 할 수 있다.

同 聯邦案의 內容을 요약하면 다음과 같다.

- ① 北과 南이 서로 상대방에 존재하는 사상과 제도를 그대로 인정하고 용납하는 기초위에서 북과 남이 같은 권한과 의무를 지니고 각각 지방자

註137) 1973. 6.23 체코공산당정부대표단 환연연설중 金日成의 祖國統一五大綱領, 朝鮮中央年鑑, 1974, p.52.

치제를 실시하는 연방공화국을 창립하여 조국을 통일해야 한다.

② 北과 南이 같은 수의 대표들과 적당한 수의 해외동포 대표들로 「最高民族聯邦會議」를 구성하고 거기에서 연방상설위원회를 조직, 北과 南의 지역정부들을 지도한다.

③ 연방국가의 국호는 통일국가의 이름을 살리고 민주주의를 지향하는 정치이념을 반영하여 고려민주연방공화국으로 한다.

④ 연방국가는 어떠한 정치적 동맹이나 블럭에도 가담하지 않는 中立國家가 된다. 서로 다른 사상과 제도를 가지는 北과 南의 두 지역을 하나의 聯邦國家로 통일하는 조건에서 中立國家이어야 할 것은 必須的이다.¹³⁸⁾

동시에 그는 현실을 위한 세가지의 前提條件을 밝히고 또한 聯邦國家의 수립한후에 執行할 10가지의 施政方針을 밝히고 있다.¹³⁹⁾

2) 「南北聯邦案」의 概念變化

60年以後 되풀이 되어 온 「南北聯邦制」는 同一한 內容을 다른 시간에 계속적으로 주장되어온 것 같으나 실제로는 情勢의 변화에 따라 內容上 많은 變化가 있었음을 볼 수 있다.

① 結合形態上的 變化이다.

초기의 제안은 統一的 聯邦國家를 이루지도 못하고 國家聯合이나 西歐의 聯邦國家와도 다른 매우 애매한 것으로 全體的으로 國家聯合에 유사한 것이었으나 73년부터는 國號를 「高麗」라 부르고 80년에 와서는 國家聯合의 性格에서 대체로 聯邦國家의 性格으로 바뀌어 가고 있다.

② 聯邦制가 統一政策으로 選擇的인 것이었으나 이제는 唯一한 方案으로 바뀌었다. 1972年 9月 17日 每日新聞과의 會見에서 金日成은 「남한이

註138) 勞動新聞, 1980.10.1 pp.9-10.

盧重善 編, 民族과 統一 I, 1985, pp. 568-572.

139) Id.

공산주의가 될까 두려워 자유로운 남북총선거를 받아들일 수 없다면」하는 前提와 聯邦制實施不可能時 「南北經濟委員會를 組織하자」는 選擇을 제거하여 南韓으로서는 수락이나 거부냐의 선택외에는 다른 方除가 없게 되었다.¹⁴⁰⁾

③ 「高麗民族委員會」의 機能變化이다.

④ 前提條件의 變化이다

초기에는 「남한이 공산주의가 될까 두려워서 自由로운 南北總選舉를 받아들일 수 없다면」이라는 선전적이고 추상적인 것이었으나 70年代以後 「各界各層의 協議」 「南北協商 會議進行」등¹⁴¹⁾으로 어느정도 구체화되고 73.6.23 소위 「平和統一 五大綱領」에서는 「大民族會議」開催를 내세웠고 80年代에 와서는 同案의 內容과의 사이에서 論理的 矛盾을 가지는 條件들을 提示하고 있다.

⑤ 外交政策의 變化이다.

1960年 최초의 제안에 의하면 「個別的 外交活動을 철저히 한다」라고 되어 있으나 80년에 와서는 比同盟外交路線과 U.N에의 單一國號 加入등 外交政策을 주장한다.

(3) 批判

이제부터는 이러한 北韓의 聯邦案이 과연 한반도 현실에서 可能的 統一方案이 될 수 있는가 하는 점을 檢討하여 보기로 한다.

첫째, 「南北聯邦制」가 「人民民主主義聯邦」戰略으로서 레닌적 聯邦主義와 관련된 것이라는 點이다.

註140) 尹炳益, 北韓의 聯邦制批判, 統一院 統一研究所.

141) 1971年 4月12日 最高人民會議 第4期 第3次會議에서 한 許鎔의 事業總和報告, 東亞日報社 安保統一問題基本資料準, 北韓篇, 서울: 安保統一問題調查研究會, 1972, p. 253.

Lenin은 1920年 「民族 및 植民地 半植民地 問題에 관한 체제」 第7項의 관점에서 「共產主義的 聯邦制」를 「하나의 民族社會에서 프롤레타리아트가 支配的 地位에 오르기까지의 過程의 있어서 過渡的 政權形式」이라고 규정하였다.¹⁴²⁾

이러한 戰略이 「形式은 民主的으로, 內容은 社會主義的으로」라는 Slogan과 함께 民族이 소위 「社會主義的 人民」으로 一體化하는 과정 속에서 「소비에트 社會主義共和國聯邦」을 가져 왔다는 것은 周知의 事實이다.

또한 北韓의 案은 과거 동독·중국에서 공산주의자들이 自勢擴大를 주장 하였던 聯邦案들과 內容이 유사하고 또한 주장되었던 時代的 背景이 흡사하다는 점에서도 同案이 진정한 統一意志의 所室인가 하는 疑心의 餘지를 남긴다.¹⁴³⁾

둘째는 北의 案이 聯邦國家를 말하는 것인지 國家聯合을 말하는 것인지가 不分明하다는 點이다. 北韓의 政治辭典은 國家聯合과 聯邦國家에 대하여는 分明한 개념구분을 하고 있는 盤面에¹⁴⁴⁾ 「高麗聯邦案」에 있어서는 이들의 性格이 不調和하게 混合되어있어 그 性格을 알 수 없다는 것이다. 물론 國家聯合과 聯邦國家의 區分은 明確한 것이 아니고 또한 實情에 맞는 獨창적 방안이라면 하등의 비난을 받을 여지가 없고 聯邦主義의 비난을 받을 여지가 없고 聯邦主義의 歷史와 全體分斷國問題解消에 새로운 공

註142) 柳錫烈, 北韓의 南北聯合制 分斷考察, 外交安保研究院, 1980, 5. pp.48 - 58.

43) 베트남, 동독, 中共 등 他國의 경우에 비교하여 考察한 研究로는 Id.

진덕주, Is the "Korean Confederation" Practicable? Korea & World Affairs Vol. 4, No.2, 1980.

宋英大, 南北聯邦制論 批判, 統一政策, 6권 2호, 平和統一研究所, 1980, p.199.

尹炳益, Supra note 140,

특히 Jens Hacker는 「北韓案이 東獨案의 模倣이나 東獨案이 內容면에서 우수하다고 이야기한다. Jens Hancker, Korea & Germany; Two different Cases of Divided States, Korea & World Affairs V.6, No.1, Spring 1982, p.185.

144) 政治辭典, 北韓 社會科學院, 平壤: 社會科學出版社, 1973, pp.313 - 314.

현이 될 수 있다고 할 것이나 유감스럽게도 「高麗聯邦案」은 여러가지점에서 現實性을 결여하고 있다고 할 것이다.

세째, 「南北이 同等하게 民族統一政府를 수립하고 각각 地方自治制를 실시하는 聯邦共和國」을 設立한다고 하는 바 만약 이것이 聯邦國家(Federation)을 의미한다면 당연히 그 節次에서 없어서는 아니될 全民族의 「總選舉」와 「國民投票」에 대한 내용이 80年案에서는 전혀 언급되지 않고 있다.

聯邦國家의 특징적 要素인 聯邦憲法과 聯邦裁判所등에 관한 論議도 排除되어 있다.¹⁴⁵⁾ 또한 「最高民族聯邦會議」가 國家聯合의 中央組織을 말하는 것인지 聯邦國家의 國會를 의미하는 지가 不明確하고 동 機構에 의해 組織되는 「聯邦常議委員會」의 성격 또한 不分明하다.

國家聯合과 聯邦國家의 定型을 굳이 따라야 할 필요는 없을 것이라는 점은 明白하나 적어도 機構의 기능과 위치등은 統一國家의 論議에 있어 一次的으로 確定되어야 할 것인바, 이러한 점 또한 진정한 統一意思의 존재를 의문시하게 한다.

金日成은 83年 9月 9日 北韓政權樹立 35周年 紀念宴會¹⁴⁶⁾에서 「최고민족연방회의」와 「연방상설위원회」의 운영에 대해 남북의 공동의장과 공동위원장을 각각 선택하여 윤번제로 운영토록 하는 것이 合理的이라 제의하였는¹⁴⁷⁾ 바 이 發言은 「高麗聯邦案」의 實體를 더욱 모호하게 한다.

다섯째, 內容上의 矛盾이다.

「서로 相對方의 思想과 制度를 그대로 인정하고 용납하며」 「外交政策으로 非同盟中立」을 지양하는 高麗聯邦案이 前提로 南韓의 思想과 制度를

註145) 裴載湜, 國家의 類型에 관한 研究, 서울대학교 法學 26卷 1號, p.101.

146) Ibid.

147) 盧重善 編, op.cit., p.585.

그들의 표현대로 하면 「끝장내야」된다고 주장하는 것은 너무도 矛盾된 것이라 아니할 수 없다.

여섯째, 高麗聯邦案이 聯邦國家(federal state)를 의미한다면 그것은 完全한 統一을 의미하는 바 同案에서 統一政府가 시행하여야 할 것으로 제시한 10대 시정방침은 오히려 統一國家의 수립전에 先行되어야 한다고 보는 것이 現實的이다.

統一國家가 할 수 있는 事業의 例示로서의 의미는 있을지 모르나 이러한 事業進行으로 인한 南北韓協調의 結果가 統一이라고 보는 것이 오히려 타당한 이상 統一方案으로서는 無意味하며 10대 시정방침의 제시는 다분히 선전적인 것이라 할 것이다.

이 점에서 82年 2月 1日「20개시범실천사업」제외는 우선적으로 統一을 위한 협조분위기를 진작시킨다는 點에서 제 자리를 잡고 있다고 할 수 있다.

일곱째, 「南北調節委員會」에 관한 것이다.

1972年 7月 4日 남북공동성명으로 출범한 남북조절위원회는 長次官級の 각료급 인사를 그 구성원으로 하고 있고 그 所管事項역시 統一問題, 軍事的 對峙狀態 解消, 南北의 政治的 交流等 重大事를 相互協調에 의해 決定하도록 하고 있다.¹⁴⁸⁾ 同 委員會는 비록 決定의 拘束力이나 紛爭解決 機關等 그 운영에 관한 상세한 事項의 規定 갖고 있지 않으나, 構成員이나 政治的 重要性에 비추어 볼 때 거의 國家聯合에 있어서 中央組織에 비견할 만한 것이라고 할 수 있다. 이는 同 委員會는 당시로서는 아직 始作에 불과하였고 충분한 발전가능성이 있었으며 民族의 自主的 平和統一을 그 第1事業으로 하고 있었던 점에 비추어 볼때 더욱 그러하다. 이러

註148) Ibid, pp. 494 - 497.

한 準國家聯合의 機構가 있고¹⁴⁹⁾ 同時에 「高麗聯邦案」이 만약 國家聯合에 유사한 것이라면, 南北調節委員會를 霧散시키고 새로이 「高麗民族聯邦會議」와 「聯邦常任委員會」등의 기구를 설치하는 것이 조속한 통일을 위해 과연 바람직하다 할 것인가?

여덟째, 聯邦主義(Federalism)는 民主主義를 必修的인 前提條件으로 하고 있다는 것이다. 多樣성과 自由·平等思想을 기초로 하는 聯邦國家는 一黨體制와도 兩立할 수 없으며, 立憲主義 내지 法治主義를 근거로 한다.¹⁵⁰⁾ 만약 「高麗聯邦案」이 연방국가의 형성을 의미한다면 공산당 이외의 정당에 自由로운 活動과 공산당과 同等한 地位를 부여할 수 있을 것인가? 聯邦國家를 形成하려면 적어도 두 支分國이 서로의 存在를 인정하는 人道主義的 精神이 共有되어야 하고¹⁵⁰⁾ 이는 完全한 統一로서 聯邦國家의 結成에 앞서 前提가 되는 분위기의 形成의 요구됨을 의미하는 것이다. C. J. Friedrich는 全體主義的 獨裁國家로서 東獨·北韓과의 聯邦國家 形成은 不可하다고 한다.¹⁵²⁾

아홉째, 聯邦主義 形成의 條件論 - 주로 客觀的 - 根據로 그러한 形成條件들이 不在한다는 것을 들어 「高麗聯邦案」의 한반도에의 적용을 實現不可能

註149) 1937年 金英鎭 教授의 「南北調節委員會」格上과 國家聯合의 形態 構成을 위한 提議에 北側은 否定的으로 대답하였고, 「정치·경제·외교·문화·경제分野등에서 실제로 문자 그대로의 合作이 일어날 때에만 그것이 可能하다」고 答辯했다. Young C. Kim, "North Korea's Reunification Policy," Young-Hoon Kang & Yong Soo Kim, eds., Politics of Korean Unification, Seoul: Research Center for Peace & Unification, 1976, p. 111.

150) 崔大權·桂喜悅, op. cit., p. 40.

151) 朴河一, 北韓의 聯邦制統一方案에 대한 對備策, 統一問題研究, p. 88.

152) C. J. Friedrich, op. cit., p. 152.

한 것으로 지적하는 견해가 지배적이다.¹⁵³⁾ 同案의 國家聯合을 규정하는 전덕주는 ① 理念上の 兩立性 ② 外交政策의 連帶性 ③ 구성국의 사회질서의 調和性을 國家聯合의 세가지 失敗事例 즉 1815~1866년의 The German Confederation(外交政策上 連帶性不在)과 1946年 The Unity of India(理念上 不兩立) 1947年の Jewish - Palestine Confederation(理念上 不兩立)등을 例示하고 있다.¹⁵⁴⁾

註153) 전덕주, Supra note, 143.

金明基, Supra note, 111.

宋英大, Supra note, 143.

姜聲允, 聯邦主義 統合理論에 관한 研究, 東國大學校 行政論集 第13輯

C. J. Friedrich, op. cit., p.152.

Richard, L. Walker, Korean Unification: The Functional Approach - What Prospects, Korea Observer Vol, XI, No.4, Winter, 1980.

Jens Hacker, op. cit.

O. K. Hicks는 ① 人種의 要因 ② 宗教의 要因 ③ 理念의 要因 ④ 特徵의 要因 (상호 의사소통의 불원활 · 경제적 · 재정적 요인)을 分裂의 要素로 지적한다.

U. K. Hicks, Supra note, 126, pp.11 - 15.

154) 전덕주, Ibid.

第 4 章 結語 - 南北聯合의 實踐 -

과거의 「民族化合 民主統一方案」은 주지하는 바와 같이 統一의 前提가 되는 敵對關係를 신중히 고려하지 않고, 인구가 2:1의 비율로 많은 우리 측의 사정을 '남북한국민투표'로 반영시킴으로써 비판의 대상이 되었었다.

이에 비하여 '한민족공동체 통일방안'은 무엇보다도 '民族共同體憲章'의 마련이라는 特色과 둘째로 사실주의에 입각하여 현재의 分斷現實을 비교적 과감하게 수용하고 최종단계인 統一로 가는 과정을 구체적으로 제시하고 있다는 것을 들수 있다. 다만 먼저의 「民族化合民主統一方案」이 단일국가의 정부형태를 協議에 의하여 決定하기로 하였던 것에 비해 이번 안은 구체적으로 통일정부의 형태와 비전을 제시하고 있다는 점도 특기할 만한 것이다. 결국 무리한 정치통합에 연연하기 보다는 단일성회복을 통하여 實質的 結合을 이룩하려는 것이 이번의 案의 特長이라면 特長이라 할 수 있을 것이다.

또한 이번의 統一案에 대하여 통일국가의 비전제시에 있어 북한과의 협의가능성을 봉쇄하였고, 大統領의 지위를 지나치게 부각시키고 있다거나, 정상회담에 의한 대타결은 사실상 어렵고 결국 가장 어려운 일을 맨처음 순서로 돌려놓았다는 등의 비판이 가하여 지고 있는 것도 사실이다.

그러나, 비록 통일이 民族構成員 전체의 自決權 行使의 對象이라 하여도 결국 구체적 兩國 政府 - 대통령을 포함한 - 의 결정을 요한다 할 것이므로 民族共同體憲章에 관한 논의를 별도로 한다면, 統一過程에 있어 가장 중요한 것은 '南北聯合'의 基本的 實踐에 어떻게 이루어 질 것인가 하는 것이며 관심도 비판도 바로 이 단계의 과정에 집중되어야 할 것이라고 판단되어진다.

결론적으로 실제에 있어서 '南北聯合'의 운영은 그때 그때의 정치적 상

황과 관련되어 이루어 질 것이지만, 무엇보다도 협력조절기구로서의 역할을 충실히 할 수 있도록 기능적 측면을 활성화여 나가야 할 것이다.

이러한 과정에 있어서 과거의 국가연합을 통하여 보다 강고한 결합으로 이어졌던 또는 성공·실패 사례에 대한 分斷과 제도적 측면에서는 聯邦國家·國家聯合·유럽공동체등에서 실시되고 있는 法律制度에 대한 심층적 연구가 요망한다고 할 수 있다. 특히 분쟁해결과 관련된 과거의 사례와 慣行들은 많은 불행으로부터 '南北聯合'의 미래를 견져올릴 수 있을 것이다. 만에 하나라도 결합시도가 일단 좌절되고 나면 또 다시 새로운 시작을 만들기는 너무나도 어려운 일이기 때문이다. 남북통일의 접근에 있어서 신중을 기하여야 할 것은 아무리 강조하여도 지나치지 않은 일인 것이다.

南北韓 不可侵 宣言 採擇斗 國際法

盧 泳 墩 (陸士)



要 約 文

(盧 泳 暉)

南北韓間의 不可侵은 알타-포츠담부터 오늘에 이르기까지 진지하게 논의 되어 본 적도 없고, 分斷過程에서 民族自決이 전혀 배제되었던 것처럼 休戰狀態도 단지 주변국들의 “divide and rule”의 교묘한 政策이나 “힘의 균형”의 冷戰的 論理에 의하여 “自意 半, 他意 半” 유지되어 온 터라서 이제 交流와 協力の 時代를 위하여는 상호간의 信賴回復을 통한 平和的 共存體制의 구축이 필요하다.

이와 관련하여 남북한간에는 不可侵문제를 두고 여러 차례의 提議와 交涉이 있었다. 1985년 南北韓 國會會談 準備接觸에서 종래의 不可侵 “協定 締結論”과 北韓側의 “宣言採擇論”이 공방되다가, 1988년 韓國은 北韓의 주장을 수용하여 일단 不可侵“宣言”問題로 議題를 確定하였다.

北韓이 고집하는 宣言이 무엇을 의미하는가에 대한 公式的인 確認이 未備한 狀態이지만 일단 양측이 합의한 不可侵의 본질적 내용인 侵略은 國際法上 어떻게 정의되어야 하는가와 國際法上 不可侵條約의 先例의 분석으로부터 南北韓의 경우에 합당한 不可侵保障類型을 예상해 보았다.

그런데 分斷體로서의 南北韓의 法的 地位는 양측의 公式見解에 의하면, 상호 상대방을 交戰團體쯤으로 보고, 자신이 大韓帝國을 承繼한 唯一正當 政府임을 주장하고 있다. 동시에 양측 모두가 長期화된 分斷의 現實에도 불구하고 法的 分斷을 否認하고 있는 괴이한 상황은 de factoism이 de jureism을 압도해 내는 國際法現實과 正統性에 대한 名分論 사이의 過不足이 理論과 實際의 現격한 不一致를 가져오고 있다.

이 논문에서는 이러한 문제에 당하여 分斷 또는 分斷國의 定義를 내리되 이를 de factoism이 이룩해 낸 國際法上的 概念으로 受容되어야 할 階梯에 있으며, 南北韓의 條約締結能力에 대하여는 상호간에 國家承認을 할 것인가 여부는 政府當局의 政治的 決斷에 의할 것이지만 그와 관계 없이 상호간에 交戰團體 내지 事實上的 當局으로 이미 인정하고 있기 때문에 國際法上 상호간에 상대방에 대한 條約締結能力을 認定하고 있는 것이며 따라서 南北韓間의 條約締結은 가능하며, 나아가서는 南北韓間에 不可侵條約을 締結하는 것이 政府當局의 意思에 관계없이 國家承認의 效果를 가져오지는 않는가에 대한 문제에 있어서 오늘날 國際法上 (默示的) 承認制度의 흔들림 속에서 만약 우리측 政府가 종래와 같이 그러한 效果를 배제하고자 할 경우 그 效果를 留保하는 意思를 명백히 하여야 한다고 하였다.

이러한 일반론의 기초 위에서 실제로 南北韓이 提議/交渉한 過程들을 특징적으로 단순화하여 그 의의와 내용들을 상세히 분석검토하였다.

끝으로 결론에 대신하여 장차 南北韓 不可侵宣言을 採擇하기 위하여 어떠한 문제점들이 제기될 것이며, 그에 대하여 어떻게 대처하여야 하는가를 진단하고, 또한 채택될 不可侵宣言은 어떠한 內容과 機能을 지니고 있어야 하는가를 제시하였다. 즉 남북한 不可侵의 國際的 保障과 우리의 自主統一原則과의 관계, 또한 남북한이 가지고 있는 用語와 概念의 차이에서 오는 불명확성이나 紛爭發生可能性에 대한 문제, 그것이 이미 合意한대로 宣言의 形式을 취할 때 그 法的 拘束力에 관한 문제 등을 검토하고 이러한 윤곽 위에서 南北韓 不可侵宣言의 내용으로 첫째 不可侵의 約束과 相互實體의 認定, 둘째 不可侵線의 明示, 셋째 紛爭의 平和的 解決, 넷째 不可侵의 國際的 保障, 다섯째 非武裝地帶의 緩衝地帶로서의 機能強化, 여섯째 軍備縮小 등을 들었다.

目 次

I. 序 論.....	77
II. 國際法上 不可侵條約의 一般的 概念.....	79
(1) 不可侵條約의 意義와 特徵.....	79
(2) 先例에서 본 侵略의 定義와 不可侵의 保障類型.....	83
III. 南北韓 不可侵協定締結과 관련한 問題點.....	88
(1) 分斷國의 國際法的 性格.....	88
(2) 南北韓의 條約締結能力.....	91
(3) 南北韓間의 國家承認問題.....	96
IV. 不可侵問題에 관한 南北韓의 提議.....	100
V. 結 論 —南北韓 不可侵宣言의 內容을 提案하며—.....	105

I. 序 論

韓國의 分斷은 제 2 차 세계대전 이후 自由/共產 兩陣營간의 冷戰的 對決로 인하여 民族自決原則이 전적으로 排除된 상태에서 強大國들이 행한 國際政治的 妥協의 產物이었다.

韓國의 分斷에 대한 責任의 所在를 밝히는 것은 아니더라도 당시의 狀況은 國際的으로는 自由/共產의 이데올로기 對立으로 표현되는 새로운 形態의 帝國主義的 膨脹과 國內的으로는 그 庇護아래 展開되었던 左右翼의 內爭으로 要約될 수 있다.

國際社會에서 國際法의 規律이 미흡한 부분이 아직도 많이 남아있는 것이 사실이고, 이러한 경우에는 法の 支配보다는 힘의 支配가 優越하게 작용하며, 동시에 國家의 意思決定 또는 行爲의 動機는 法이 아니라 國家利益인 것도 사실이다.¹⁾ 이러한 까닭에 韓國의 分斷은 強大國들이 각자의 國家利益을 追求하기 위해서 韓國國民의 民族自決을 排除한 채 힘의 論理를 適用시킨 것임은 알려진 사실이다. 오늘날의 國際法現實에 비추어 볼 때 이러한 現象은 國際法이 희망하는 바는 아니나 現實的으로 회피할 수 없는 狀況이며, 더우기 弱小國에게는 이러한 國際法現實에 항거할 法 規範的 手段이 만족스럽게 존재하지도 않는다.

이와 같이 韓國의 分斷이 民族自決의 原則 아래 自主的으로 成立된 것이 아닌 까닭에 우리 民族에게는 分斷의 解消, 즉 祖國統一은 民族的 宿願이 되었다.

그런데 現實에 있어서 생각해 볼 수 있는 統一方法으로는 기본적으로 두가지 밖에 없는데 武力(戰爭)에 의한 征服的 統一方法과 平和定着을 토

註 1) L. Henkin, How Nations Behave: Law and Foreign Policy, pp.24-28參照.

대로 한 統一方法이 그것이다.

武力의 使用이 오늘날 國際法上 原則적으로 禁止되어 있는 외에도 韓國 動亂은 韓國分斷의 國際性으로 말미암아 어느 一方에 의한 (武力) 征服的 統一은 不可能하다는 教訓을 주었다.

이와 같은 國際關係에서의 狀況의 連續과 狀態의 變化가 交錯되는 시점에서 우리가 취할 수 있는 南北韓의 平和定着을 위한 第1義的인 課題가 바로 不可侵의 保障이다. 그런데 南北韓의 相互不可侵을 約束하는 條約을 締結하는 意義는 그 속에서 이에 대한 周邊強大國들의 國際的 保障을 確保하는데 있다. 다시 말해서 南北韓의 관계에 있어서 不可侵(敵對行爲停止)은 이미 休戰協定 제2조에서 規定되어 南北韓 相互間에 不侵略義務를 지는 것은 國際法理論上 당연²⁾한 것으로 이러한 상태에서 南北韓間에 동일한 條約을 새로이 締結하는 것은 불필요하기 때문이다. 그러나 韓國休戰協定이 첫째로 參된 ‘戰意의 留保’는 물론이고, 敵對行爲의 事實上的 停止’라는 眞意를 찾아보기 힘든 政治協商的인 것이었고, 둘째로 그래서 軍事的 休戰條項들도 그 虛實이 지나치게 엇갈렸고, 셋째로 協定當事者도 크게 錯綜되는 등의 特性을 가지고 있으며³⁾, 現實적으로 그 遵守實態가 매우 不滿足스러워⁴⁾ 결국 休戰協定만으로는 相對方에 대한 不安과 不信, 그리고 아쉬움이 解消되지 않아 法理上으로도나 法現實上 韓國의 平和的 統

註2) 韓國休戰協定 第2條 12項은 “敵對雙方司令官은 陸海空軍의 모든 部隊와 人員을 包含한 그들의 統制下에 있는 모든 武裝力量이 韓國에 있어서의 일체의 敵對行爲를 完全히 停止할 것을 命令하고 또 이를 保障한다”고 規定하고 있다.

3) 金正均, 分斷韓國과 國際法(1987), p.9.

4) 休戰 直後부터 계속된 違反事例, 특히 主要條項인 제12조 13항의 共產側 違反이 두드러지자 마침내는 1957년6월에 벌써 UN軍側이 UN事務總長에의 報告를 거쳐 協定一部廢棄를 共產側에 通告한 적도 있다. (Ibid., p.10; 李漢基, “韓國休戰協定の 諸問題”, 國際法學會論叢, 第3卷 第1號 1958, p.66-68).

一을 위한 平和定着에 필요한 機能에 못미치고 있기 때문에 이를 補完할 수 있는 새로운 保障方案이 요구되는 것이다.

이러한 배경 속에서 南北韓이 不可侵問題를 두고 각각 추진해 온 政策過程들을 單純化시켜 보면 一方的 提議期와 相互的 協商期로 나눌 수 있다. 一方的提議期는 北韓의 不可侵協定締結 提議(1955.8.15)→韓國의 不可侵協定締結 提議(1974.1.18)→北韓의 不可侵宣言採擇 提議(1984.1.11)로 要約될 수 있는데, 이때는 南北韓이 각각 相對方의 呼應만을 促求하며 一方的인 提議만을 하는 段階였다. 相互的 協商期는 1985年 이후 2개의 國會會談을 위한 이른바 준비접촉(travaux preparatoires)과정에서 韓國의 不可侵協定締結 主張과 北韓의 不可侵宣言採擇 主張이 攻防되면서 相互間에 協商이 시도되는 段階로 轉換되었다. 南北韓의 接觸一般이 純粹하고 素朴한 民族의 統一念願과는 달리 그 뒤에는 複雜하고 豫測不可能한 戰略的 布石이 담겨 있어서 그 實質的 意味에는 未洽한 면도 있지만, 어쨌든 이러한 轉換은 南北對話에는 相對方이 存在하고 그 相對와의 對話 接觸 속에서 兩側이 受容할 만한 線을 發見하여 平和的 統一에 接近한다는 점에서 볼 때, 相互的 協商期로의 轉換은 일단 하나의 外形上의 發展이라고 할 수 있다.

이 論文에서는 檢討範圍를 相互的 協商期의 그것으로 制限하고자 한다. 그 理由는 南北韓問題의 하나로서 이 段階가 가지는 時間的 現在性, 內容의 包攝性, 그리고 設明의 便宜性 때문이다. 이러한 前提에서 南北韓間의 不可侵에 따른 問題들을 國際法(政策)的 側面에서 檢討해 보기로 한다.

II. 國際法上 不可侵條約의 一般的 概念

(1) 不可侵條約의 意義와 特徵

不可侵條約(treaty of non-aggression)이란 締結國 상호간에 武力에 의한

領土侵略을 하지 않는다는 義務를 負擔하는 國際法上的 明示的 合意를 總稱하는 개념이다. 그 구체적 내용은 條約마다 각기 다르나 대체로 領土의 不可侵 또는 現存國境의 尊重, 戰爭의 拋棄, 平和的 共存, 紛爭의 平和的 解決, 內政 不干涉 등을 포함한다. 따라서 이러한 내용을 담은 條約이면 그 名稱에 ‘不可侵’이란 표현이 없어도 不可侵條約이라 부른다.⁵⁾

不可侵條約은 締結國 상호간에 武力에 의한 侵略을 排除하기 위한 것임에 반하여, 同盟條約(treaty of alliance)은 第3國으로부터의 공격에 대비하여 공동으로 防禦하기 위하여나 第3國을 공동으로 攻擊하기 위하여 또는 양자 모두를 목적으로 하는 것이다. 역사상 많은 同盟條約들이 있었으나 戰爭을 誘發하거나 戰爭을 擴大시키기 쉬운 폐해가 있었으므로 제1차 세계대전 경부터는 국제적으로 비난을 받기 시작하였다. 그 후 LN이나 UN은 秘密同盟條約을 否認하고 있다.⁶⁾ 韓國이 美國과 締結한 1953년의 相互防衛條約⁷⁾이나 北韓이 1961년 蘇聯 및 中共과 각각 締結한 友好

註 5) 金明基, “不可侵 ‘宣言’인가 ‘協定’인가”, 北韓, 1988년10월호, p.179.

6) UN憲章 前文은 “共同利益의 경우를 제외하고는 武力을 行使하지 않는다는 原則을 受諾”할 것을 規定하고 第102條 第1項에서는 “모든 會員國이 締結하는 모든 條約과 國際協定은 事務局에 登錄되고 또한 事務局에 의하여 公表되어야 한다”고 規定하고 있다.

7) 同條約 第2條는 “어느 一方의 政治的 獨立 또는 安全이 外部로부터의 武力 攻擊에 의하여 危脅을 받고 있다고 認定될 때에는 언제든지 서로 協力”하고 또 第3條는 “地方의 領土에 대한 外部로부터의 武力 攻擊을 自國의 平和와 安全을 危殆롭게 하는 것으로 認定하고 共同의 危險에 對處하기 위하여 각자의 憲法上的 節次에 따라서 行動할 것을 宣言”한다고 規定하고 있으며, 이는 일종의 守備同盟을 의미한다.

協助 및 互相援助條約⁸⁾은 同盟條約에 속한다.

休戰協定(agreement of armistice)⁹⁾은 戰爭中 一時的으로 또는 暫定的으로 敵對行爲 또는 交戰行爲를 中止하기 위하여 交戰當事者간에 締結된다. 비록 休戰協定이 締結되어도 國際法上的 戰時狀態는 계속되며, 따라서 當事國간의 敵對關係나 第3國과의 中立關係도 계속된다.

不可侵條約과 休戰協定은 결국 敵對行爲의 豫防 또는 中止를 목적으로 하는 점에서 유사한 점도 있으나, 前者의 경우는 國際法上的 平和狀態가 계속되는데 반해 後者の 경우는 戰時狀態가 계속된다. 또한 條約締結權者에 있어서 前者의 경우 一般國際法原則에 따라 國家元首, 政府首班, 外務部長官, 外交使節團長(통상 大使, 公使), 그리고 全權委任狀을 제시하는 者(全權代表)¹⁰⁾가 되나, 後者の 경우 一般的 休戰은 政府 또는 軍總司令

註 8) 1961년 7월 6일 모스크바에서 締結된 朝蘇 友好協助 및 互相援助條約 第1條 2文에서 “체방일방이 어떠한 국가 또는 국가연합으로부터 무력침공을 당함으로써 전쟁상태에 처하게 되는 경우에 체약상대방은 지체없이 자기가 보유하고 있는 온갖 수단으로써 군사적 및 기타 원조를 제공한다”고 規定하고 있고, 동년 7월 11일 北京에서 締結된 朝中 友好協助 및 互相援助條約 第2條는 “체약쌍방은 체약쌍방중 어느 일방에 대한 어떠한 국가로부터의 침략이라도 이를 방지하기 위하여 모든 조치를 공동으로 취할 의무를 지닌다. 체약일방이 어떠한 한개의 국가 또는 몇개의 국가들의 연합으로부터 무력침공을 당함으로써 전쟁상태에 처하게 되는 경우에 체약상대방은 모든 힘을 다하여 지체없이 군사적 및 기타 원조를 제공한다”고 規定하고 있다. 이 두 條約도 守備同盟에 해당한다.

9) 休戰이라는 용어와 관련하여 休戰(armistice), 停戰(truce), 停火(cease-fire)를 구별하는 理論과 이에 대한 UN의 慣行에 의미를 두는 見解가 있다(J. G. Starke, Introduction to International Law, 1984, p. 547; S. D. Bailey, “Cease-Fires, Truces and Armistices in the U.N. Security Council”, 71 AJIL, 1977, pp. 462-463; J. Stone, Legal Controls of International Conflict, 1954, pp. 645-646; 金明基, 南北共同聲明과 國際法, 1977, pp. 27-28; 張孝相, 現代國際法, 1987, p. 477.).

10) 이에 관한 우리나라의 慣行은 外務部, 條約業務處理指針, 1985, pp. 44-46 參照.

官, 部分的 休戰은 軍總司令官이 된다.¹¹⁾

平和條約(또는 講和條約; treaty of peace)은 일반적으로 戰爭當事者간에 戰爭의 終了, 平和의 回復을 宣言함과 함께 講和條件(예컨대 領土의 割讓, 賠償金의 支給등)과 그 履行을 確保하기 위한 擔保手段을 규정한다.

不可侵條約과 平和條約의 特徵을 비교하면 첫째 前者가 戰爭의 豫防에 있다면 後者は 戰爭의 終結과 그 事後處理가 목적이며, 둘째 前者는 接境國間에 締結되지만 後者は 戰爭當事者간에 締結되는 것으로 接境하지 않는 國家간에도 締結되며, 셋째 前者는 現在秩序의 바탕 위에서 侵略을 豫防하는 措置이기 때문에 現在事實狀態를 確認 宣言하는 것임에 반하여 後者は 戰後處理를 위하여 새로운 國際秩序를 形成 創造한다.¹²⁾ 따라서 不可侵條約과 平和條約은 兩立할 수 있는 概念이다. 다만 平和條約도 새로이 形成되는 國際秩序를 維持하기 위하여 將來에 대한 戰爭再發을 防止하는 領土的 政治的 軍事的 諸措置를 규정하는 경우에는 내용상 不可侵條約과 공통되는 면도 있다.

不可侵條約이 이론상 위와 같은 特徵을 가지고 있는 반면, 실제로 있어서는 현실적으로 不可侵을 어떻게 保障하는가가 문제인 것이다. 과거 獨逸과 蘇聯이 締結한 많은 不可侵條約들처럼 戰略的 또는 勢力均衡上的 것이 아니라, 최소한 戰爭勃發 可能性이 있는 條約當事國들간의 平和秩序 維持를 목적으로 하는 한에서는 不可侵條約의 締結 자체만으로 만족할 수는 없고 그것이 일정한 방법에 의하여 實效적으로 保障되어야 하는 것이

註11) 金明基, 分斷韓國의 平和保障論, 1988, p.102; 柳炳華, 國際法總論, 1983, p.818; U.S. Department of the Army, The Law of Land Warfare, 1956, para.483. 또한 今世紀에 締結된 一般的 休戰協定の 實例은 金明基, Ibid. p.103-104 參照.

12) 金明基, Ibid, pp.137-138 參照; 閔丙天, “南北韓 相互不可侵協定の 論理에 관한 考察”, 統一政策, 第3卷 第1號, 1977, pp.62-63 參照.

다. 왜냐하면 國際法上 條約에 대한 違反이나 紛爭이 發生하였을 때, 일반적으로 그 救濟나 解決을 위하여 條約속의 關聯規定에 의하거나 아니면 國際法이 가지고 있는 紛爭의 平和的 解決을 위한 一般節次에 따르고 있으며, 이는 法的으로나 政治的으로 事後救濟가 實際的 意味를 가질 수 있는 경우인 것이다. 그러나 不可侵條約은 이와는 달리 그 條約의 違反은 바로 戰爭의 開始 또는 侵略을 意味하고 따라서 그러한 國際法上의 不法行爲에 대한 國家責任의 추궁은 불가피하게 戰爭的 解決에 呼訴할 수 밖에 없다. 그러므로 戰爭防止 平和維持라는 國際法의 大理念에 비추어나 被侵 또는 戰爭을 防止하고자 不可侵條約을 締結하는 當事國의 意圖에 비추어나 不可侵條約의 의의는 그 締結 자체의 意味보다는 締結 後 現實的으로 平和狀態를 實效性있게 保障하는 方案이 문제인 것이다. 요컨대 不可侵條約은 그 締結에 意義가 있는 것이 아니라 실제로 侵略을 防止하는데 目的이 있는 것이다.

(2) 先例에서 본 侵略의 定義와 不可侵의 保障方法

戰爭, 侵略, 安全保障은 서로 密接한 關係를 가진 概念이다. 戰爭이란 紛爭의 어느 一方이 他方 당사국을 屈服시켜 자신이 바라는 講化條件을 賦課하여 본래의 主張을 관철키 위해 武力을 行使하는 國家間的 鬪爭狀態이다.¹³⁾ 이러한 戰爭은 一方의 侵略으로부터 비롯되며, 國家들은 이를 防止하기 위하여 個別的으로 또는 集團의으로 安全保障을 위한 措置를 강구하고 있다.¹⁴⁾ 따라서 國際法上 戰爭의 不法化 또는 그 禁止를 制度化하는

註13) 金正均, 國際法, 1989. pp. 436-437.

14) 오늘날 UN의 國際安全保障은 크게 個別的 安全保障(憲章 第51條)과 集團의 安全保障(總會 및 安全保障理事會 條項)으로 兩分되면서 前者에는 個別的 自衛權과 集團의 自衛權이 있고 後者에는 一般的 集團安全保障과 地域的 集團安全保障(憲章 第33, 52, 53, 54條)의 制度가 있다. 특히 一般的 集團安全保障에는 平和的 解決努力(憲章 第11, 14, 26, 33, 34, 35, 37, 99條 等), 平和維持活動(憲章 第10, 37, 39, 40條 等), 平和強制活動(憲章 第27, 39, 41, 42條 等) 等 3段階措置가 있다(Ibid., p.411.).

것은 결국 侵略을 不法化 또는 禁止를 闡明하고 이를 排除하는 方法, 즉 安全保障을 確保하는 方法을 마련하는 것이다. 이러한 까닭에 오늘날 安全保障은 國際法의 가장 중요한 문제가 되어 있다.

國際法上 侵略의 防止 또는 安全保障의 確保에 관하여는 크게 두가지의 問題로 요약할 수 있는데, 첫째는 侵略의 定義를 規定하고 구체적인 경우에 侵略의 有無와 侵略者를 確定하는 것과 둘째는 現實적으로 侵略을 排除하는 方法에 관한 것이다.

모든 경우에 타당할 侵略의 法的 定義를 내린다는 것은 오늘날과 같이 錯綜된 國際關係에서는 至難한 일이고, 또한 이데올로기의 形態를 지닌 間接侵略¹⁵⁾의 方式이 혼용된 각종의 戰略戰術이 구사되고 있는 現今에 있어서 그 基準의 設定마저도 難題에 속해버리고 말았다.

이러한 狀況 속에서 侵略의 定義는 軍事的 側面과 法的 側面에서 規定되어왔다. 前者의 경우 一國의 兵力에 의한 他國 領土에의 侵入 또는 그 兵力등의 攻撃과 같이 일정한 攻撃的인 兵力行爲를 票準으로 하고 이를 敢行한 자를 당연히 侵略者로 規定한다. 예컨대 소련이 1933년7월3, 4, 5일 각각 각국과 締結한 ‘侵略의 定義에 관한 條約(Convention Defining Aggression)’이 이에 해당한다.¹⁶⁾ 後者の 경우 紛爭의 平和的 解決節次에의

註15) 侵略의 定義를 위한 UN特別委員會에서도 間接侵略을 規制하기 위하여 논의한 바 있으나 內戰, 테러리즘, 革命, 民主化運動, 對內 및 對外的 政權打倒鬭爭 그리고 被壓 또는 植民體制를 克服하려는 鬭爭 등과의 미묘한 구별 때문에 어려움이 많았다. 게다가 모든 不法한 干涉行爲가 항상 侵略을 構成하는가에 대한 문제도 間接侵略과 관련되어 논의 되었으나 合意를 보지 못했다. Benjamin B. Frencz, "Defining aggression: Where It Stands and Where It's Going", AJIL, Vol.66, 1972, p.499.

16) 이들 條約이 侵略으로 認定하는 경우는 모두 5가지로 다음과 같다.
① 他國에 대한 開戰의 宣言, ② 開戰宣言의 有無를 막론하고 兵力으로써 他國의 領土侵入, ③ 開戰宣言의 有無를 막론하고 陸海空軍의 兵力으로 他國의 領土 船舶 또는 航空機에 대한 攻撃, ④ 他國의 沿岸 또는 港口의 海上封鎖, ⑤ 自國領土 내에서 編成되어 他國領土에 侵入한 武裝軍隊에 대한 支援 또는 武裝軍隊로부터 모든 援助와 保護를 抑制키 위한 가능한 措置를 被侵國의 要求에도 불구하고 이를 拒絶하는 行爲 등을 侵略行爲로 規定하고 있다.

依賴, 國際的 判決 및 勸告에의 服從, 戰爭의 豫防措置를 拒絶하고 戰爭 그 밖의 武力行使에 呼訴하는 것과 같이 國際戰爭의 平和的 處理에 관한 國際法上的 義務를 違反함을 票準으로 하여 그 違反者를 侵略者로 規定한다. 예컨대 LN에서 1930년과 1931년 각각 採擇되었던 財政援助條約 (Convention on Financial Assistance)¹⁷⁾과 戰爭防止方法促進條約 (General Convention to Improve the Means of Preventing War)¹⁸⁾ 등이 이에 속한다. 이 두가지 側面的 定義는 언제나 相通되는 것은 아니나 補完的으로 相互併用되어야 할 것이다.

그 후 UN에서도 侵略의 定義를 위한 노력이 있었는데, 이를 위해 構成된 特別委員會에서 侵略의 定義에는 그것이 一國에 의한 他國의 領土의 完全性이나 政治的 獨立을 해하는 武力의 使用이라는 내용을 포함하는 것이어야 한다는 一般的 合意에는 도달했으나 具體的으로 어떠한 行爲가 侵略을 構成하는가에 대해서는 결국 合意를 보지 못하였다.¹⁹⁾ UN에 있어서는 憲章 제39조에서 安全保障理事會가 侵略의 存在를 宣言하도록 되어 있다.

다음으로 侵略의 排除方法에 관하여는 오늘날 세가지 方法이 고려되고

註17) 이는 1930년 國際聯盟總會에서 採擇되었는데 그 주요 내용은 不法的으로 戰爭에 呼訴한 國家의 相對國, 즉 被侵國에게 財政援助를 주어 侵略者에 대한 制裁를 가한다는 것이다. 여기서 不法한 戰爭이란 “어느 國家가 國際義務를 무시하고 이 條約의 當事國에 대하여 戰爭을 감행한 경우”(第1條)와 “國交斷絶에 이를 憂慮가 있는 戰爭에 관하여 理事會가 취한 平和의 確保에 필요한 措置를 어느 一方 當事國이 拒逆한 때”(第2條)를 의미한다. 그러나 이 條約은 여러 國家의 署名을 받았음에도 불구하고 效力을 發生하지 못했다.

18) 이는 1931년 LN總會에서 採擇된 것으로 國際聯盟 規約 第11條의 具體的 實施方法과 拘束力있는 戰爭豫防措置를 規定한 것이다. LN理事會가 戰爭의 防止를 위해 취한 豫防的 措置(第2-4條)를 違反하여 戰爭이 發生한 경우에는 그 違反國을 國際聯盟規約 第16條가 의미하는 戰爭에 呼訴한 것으로 看做(第5條)한다. 이도 效力發生要件인 10개국의 批准을 받지 못하여 發效되지 못했다.

19) B.B. Ferencz, op. cit. supra. note 15. p.497.

있다. 條約에 의한 侵略의 禁止, 侵略의 豫防(防止), 侵略에 대한 制裁가 그것이다. 그러나 條約에 의한 侵略의 禁止는 現實적으로 國際社會로부터 戰爭의 완전하고도 영원한 追放을 의미하는 것은 아니다. 따라서 그러한 條約의 實效性을 確保하기 위하여 예컨대 緩衝(中立) 地帶의 設置, 國境을 넘은 兵力의 撤收 또는 이와 같은 措置를 實行할 委員會를 現場에 派遣하는 등의 侵略을 豫防하는 措置와 이러한 侵略의 豫防措置에도 불구하고 侵略이 行해진 경우 직접적으로 侵略國에 대하여 軍事的 經濟的 制裁를 가하거나 間接적으로 被侵略國에게 財政的 支援을 하는 侵略에 대한 事後的 制裁措置가 고려되고 있다. 侵略을 排除하는 上記의 諸觀點을 規定하는 條約으로는 國際聯盟規約, 相互援助條約案, 不戰條約, 財政援助條約, 戰爭防止方法促進條約, 國際聯合憲章등의 一般的인 것과 로카르노條約을 비롯한 수개의 不可侵條約, 侵略定義條約, 北大西洋條約등의 個別的인 것이 있다.

다시 不可侵條約으로 초점을 되돌려 보면, 不可侵을 約束하는 類型은 不可侵條約의 先例의 대부분이 그렇듯이 주로 兩者條約에 의하여 條約當事國間의 不侵略을 宣言적으로 規定하는 形態와 해당초 不可侵의 義務를 지우려는 當事國 이외의 國家(주로 強大國)가 不可侵條約 자체에 當事國이 되어 그 不可侵의 遵守를 실효적으로 確保하는 形態가 있다. 前者의 경우 전술한 바와 같이 條約의 違反은 곧 侵略을 의미하고 이 侵略의 事後排除를 위한 個別的 自衛權 또는 集團的 自衛權의 行使나 UN의 強制措置는 古典的 概念인 戰爭, UN의 概念인 武力衝突을 意味한다는 점에서 勢力均衡의 平和概念보다도 못한 일면도 있다. 그리고 不可侵條約의 保障方法으로 同盟條約型이나 集團의 安全保障型을 포함하는 견해가 있는데²⁰⁾,

註20) 金明基, op. cit. supra. note 11, pp.144-145.

이들이 侵略의 排除와 함께 侵略의 抑制의 效果를 가져오기도 하나 이들이 직접 不可侵을 約束하는 條約은 아니라는 점에서 개념상 구별되어야 한다.

반면 後者の 경우는 同盟條約도 아니면서 前者와 같은 단순히 不侵略을 約束하는 不可侵條約보다는 실효적이고 진전된 형태라는 점이 특징이다. 이에는 保障條約型和 交叉不可侵條約型이 있다. 保障條約(treaty of guarantee)이란 일국이 타국의 특정한 王朝, 특정한 領土의 領有, 侵略으로부터의 保護, 영토일부의 非武裝化, 獨立과 領土의 보전, 永世中立등을 보장하는 조약²¹⁾으로 이를 위하여 제3국에게 일정한 사항을 강요하는 것이 보통이다. 이 保障條約의 實例로는 1856년 Paris條約, 1925년 Locarno條約, 1960년 Cyprus條約 그리고 1973년 越南平和條約 등이 있다.²²⁾ 交叉不可侵條約(cross non-aggression treaty)이란 不可侵의 당사국이 먼저 제1의 불가침조약을 체결하고 이와 별개로 각 상대국의 우방국과 제2, 제3의 불가침조약을 체결하여 결국 제1의 불가침조약의 실효를 거두려는 것이다. 交叉不可侵條約의 예로는 1972년 調印된 東西獨 基本關係에 관한 條約을 위한 그 전후에 西獨이 蘇聯 및 東歐諸國과 각각 체결한 불가침조약들을 들 수 있다.²³⁾ 不可侵條約의 締結目的이 전통적인 正戰論의 連續線에서 戰爭防止를 위해 파생된 消極的 形態로서가 아닌 平和秩序의 維持라는 積極的 必要에서 要求된 것이라면 後者的 形態가 바람직할 것이다.

註21) L. McNair, The Law of Treaties, 1961, p. 239.

22) 각 實例의 자세한 것은 金明基, op. cit. supra. note 11, pp. 145-147 參照.

23) J. A. S. Grenville, The Major International Treaties 1914-1973, 1974, pp. 530-531.

Ⅲ. 南北韓 不可侵協定締結과 관련한 問題點

(1) 分斷國의 國際法的 性格

分斷이란 것이 한 세대를 두고 冷戰의인 것으로 개념되어 온 터였으나 分斷의 장기적 진척에 따라 이제는 國家의 消滅事由인 ‘分割’, ‘割讓’, ‘分裂’, ‘分離’ 등에 견주어 吟味되기에 이르렀는가 하면, 그 分斷國의 統一을 위한 節次問題나 本質問題도 곧잘 複合國家인 聯合이나 聯邦모델의 그것에 견주어지는 階梯에까지 이르러 있다.²⁴⁾ 그러나 실상 ‘分斷/分斷國’의 概念이나 法的 性格에 대하여는 確立된 바가 없다. 이를테면 分斷國의 예로서 가장 많게는 獨逸, 韓國, 中國, 베트남, 라오스, 캄보디아, 캐시미르, 南北예멘, 印度와 파키스탄, 팔레스타인과 아랍, 아일랜드 등을 드는 견해가 있는가 하면²⁵⁾, 적게는 獨逸과 韓國(그리고 共產化前의 베트남)만을 分斷國이라 하기도 하며, 그 외에도 기준에 따라 광협의 중간을 취하는 견해가 다양하다. 이것은 아직 分斷/分斷國의 概念이 확립되지 않았음을 나타내는 것이고, 심지어는 分斷國의 概念定立을 保留하거나²⁶⁾, 또는 分斷解決의 決定的 措置가 없는 한 分斷國의 地位란 不確定的이고 不安定한 것이 오히려 正常일지도 모른다는 견해²⁷⁾도 있다.

註24) 金正均, *op.cit. supra. note 3, p.88.*

25) G.F. Hauke, “分斷된 獨逸과 기타의 分斷諸國”, *統一問題研究* 第1輯, 1970, pp.101-110.

26) G.F. Hauke, “現代世界의 政治的 및 知的 諸問題의 變遷과 分斷國家에 미치는 影響”, *統一論叢* 第2卷 第1號, 1971, pp.42-43.

27) 金正均, *op. cit. supra. note 3, p.61.*

이와 같은 양상은 일반적으로 分斷의 實例마다 過法の 分斷原因이나 條件의 차이, 分斷當事者 및 第3國의 分斷狀態에 대한 認識이나 理解의 차이 그리고 分斷國의 未來에 관한 論議와 政策의 차이 등에서 기인한다고 생각된다. 어쨌든 그들의 共通點은 애당초 分斷은 冷戰的 對決의 所産이고 결국 反民族自決의 이었다는 歷史와 따라서 分斷當事國은 現在의 分斷狀況을 不容하고 있으며, 어느 경우에도 分斷의 解消, 즉 統一을 指向하고 있다는 것이다.

分斷/分斷國의 法的 概念과 性格을 어떻게 볼 것인가에 대하여는 크게 이를 法の 領域밖의 것으로 보는 견해와 法の 領域 안으로 包攝하는 見解로 나눌 수 있다. 前者의 견해는 엄격히 말해 分斷國은 法的 用語로서는 타당하지 않으며, 본래 하나의 正當政府로 代表되고 하나의 國家로 존재하여야 할 國家가 外見上 또는 實際에 있어 두개로 나타나고 있기 때문에 分斷된 國家라고 부르고 있는 것이며, 그러므로 分斷國이란 分斷된 쌍방이 다같이 하나의 國家를 표방하면서 두개의 단위로 分裂되어 있는 상태, 즉 一國 내에 事實上 두개의 政府가 존재하면서 각기의 政府가 正當政府임을 주장하는 경우라고 본다.²⁸⁾ 반면 後者の 見解는 分斷國을 國家의 現代的 類型의 하나로까지 보고 分斷國家에 있어서는 각 分斷體가 潛在的 全體國家의 單獨代表權을 주장하지만 사실상 國家와 그리고 國家와 유사한 政治實體가 共存하고 있는 것으로 이 分斷體²⁹⁾의 法的 性格에 대하여 이것은 國家와 交戰團體의 중간쯤의 實體로 본다.³⁰⁾

註28) 白忠鉉, “法的 側面에서 본 南北韓關係의 相互不可侵協定の 意義”, 統一政策, 第3卷 第1號, 1977. p. 77.

29) 張孝相, “國際法上으로 본 北傀의 武力使用禁止義務와 違法行爲責任”, 국토정-78-12-1464, 국토통일원, pp. 22-25.

30) 張孝相, op. cit. supra. note 9, p. 83.

이와 같이 分斷/分斷國에 대한 개념차이의 폭은 크다. 그러면 國際法上 分斷/分斷國을 어떻게 이해할 것인가. 먼저 分斷과 分斷國의 用語를 구별하자. 즉 分斷國이란 쉽게 말해서 分斷된 상태에 있는 國家를 의미하지만 개념상 分斷은 國家의 分化모델과 관련하여, 또 分斷國은 경우에 따라 國家統合모델을 유의할 수 있는 國家類型과 관련한 개념으로 구분한다는 것이다.

먼저 分斷이란 본질적으로 國家의 分化 또는 그와 類似한 의미를 가지고 있지만 그것이 分割(dismemberment)과 割讓(또는 分讓, cession), 分離(secession)와 分裂(disunion)과는 개념상 구별된다는 것에는 대체로 견해가 일치하고 있다.³¹⁾ 分斷 자체의 성격을 든다면 첫째 그 原因이 冷戰의 힘의 均衡을 위해 冷戰의 主役들이 單一國이어야 할 國家를 나누어 놓은 것이라는 점, 둘째 따라서 分斷當事者들의 意思와 관련하여 民族自決의 原則은 適用되지 않았다는 점이다. 이와 관련하여 分斷過程에 있어서 內爭的 樣相이 가미되었다³²⁾ 하더라도 그것으로 內爭主體들이 分斷을 희망했다고 볼 수는 없다. 세째는 앞에 든 4가지 國家의 分化類型들이 “過程과 歸結”이 終了된 形態인 것과는 달리 分斷이란 것은 아직 “歸結”에 이르지 못한 “過程的 (分斷)狀態”를 의미한다는 것이다. 즉, 현재의 分斷상태가 永久的 分斷으로 歸結된 것도 아니면서 現實上의 分斷이 理念上 不容되고 있는, 그렇다고 分斷의 解消에 대한 어떠한 保障도 얻을 수 없는 “過程的 狀態”라는 것이다.

그리고 分斷國에 대한 설명은 外面上 1國이면서 内部的으로 2개의 事實上 政府(또는 當局)가 존재하면서 相互間에 또는 第3國에 대하여 자신이

註31) 이에 관한 자세한 설명은 金正均, op. cit. supra. note 3. p.58-59.

32) 韓國의 경우에 관하여는 金學俊, 韓國問題와 國際政治, 1987, pp.17-31 參照.

唯一正當한 政府임을 자처하고 있는 경우라는 데는 어느 견해나 유사한 데 반하여, 分斷國이란 것을 전술한 바와 같이 非法的인 用語라고 일축할 것인가 또는 現代的 國家類型的 하나로 볼 것인가는 de jureism과 de factoism의 문제이다. 왜냐하면 國際社會에 이른바 分斷된 國家가 존재하게 되었는데 이것은 종래 國際法이 알고 있는 國家類型에는 없던 것이기 때문이다. 사실 國際關係에서 de factoism의 進展이 de jureism을 壓倒해 내는 예는 아주 흔하다.³³⁾ 그러면 현실적으로 韓國과 獨逸과 같이 分斷의 狀態가 계속된 국가의 경우 이것을 國際法의 創造的 機能과 관련하여 de factoism의 압도라고 볼 수 있겠는가 문제가이다. 分斷體의 法的地位에 관한 長久한 30年 論爭도 時勢的인 效率과 邇及的인 效能으로써 “local de facto”쯤이던 것을 “de facto & de jure”나 “legal fact de jure”로 表現해 가는 여러 事實的 狀態에 이른 現實³⁴⁾ 이므로 적어도 de jureism만을 고집할 수는 없는 것 같다. 다만 이에 관하여 de factoism을 確立할 만한 事實의 確定 또는 解決이 문제인데 이는 각 分斷體의 當局의 公式的인 立場 또는 見解로부터 구할 수 밖에 없다. 그러나 分斷國을 現代的 國家類型的 하나로 보더라도 이는 결국 確定的이고 永遠한 것이 아니라 暫定的 一時的인 것일 수 밖에 없다.

(2) 南北韓의 條約締結能力

南北韓의 條約締結能力과 관련하여 먼저 南北韓의 法的地位를 검토해 볼 필요가 있다. 왜냐하면 國際法上 條約締結能力은 國際法 主體性的의 존재 위에서 성립되는 것이기 때문이다. 그런데 南北韓의 法的地位를 논함에 있어서 이를 南北韓 상호간의 관계와 第3國과의 관계라는 두측면으로 나누어 검토하여야 한다. 왜냐하면 실제로 남북한간의 正統性的의 是非

註33) 金正均, op. cit. supra. note 3, p.36.

34) Ibid. p.57.

가 엇갈리고 있는데다, 第3國들의 남북한에 대한 태도는 이러한 주장에는 주의하지 않고 나름의 國家利益과 그를 위한 政策에 따르고 있어 매우 복잡한 양상을 나타내고 있기 때문이다.

한편 南北韓의 法的 地位가 상호간에 또는 제3국과의 관계에서 어떻게 논의되고 있든간에 分斷國이 外面上 하나의 國家로 存在함은 일반적으로 인정되고 있는 바이다. 일반적으로 國際法이 가지고 있는 承認制度에 의하면 承認의 種類에는 國家承認, 政府承認, 交戰團體의 承認 및 叛徒團體(또는 叛亂狀態)의 承認이 있고, 承認方法에 따라 明示的 承認과 默示的 承認, 個別的 承認과 集團的 承認, 條件附 承認과 無條件的 承認이 있다. 그런데 外交關係의 樹立은 명시적이든 묵시적이든 國家承認의 문제인 것이다.³⁵⁾ 正式外交關係의 樹立은 비록 承認國이 宣言이나 通報를 통하여 명시적으로 국가로 承認하는 行爲가 없었다 하더라도 正式外交關係의 樹立만으로 묵시적으로 국가를 승인하였다고 간주되는 것은 국제법상 확립된 것이다. 이렇게 볼 때 南北韓의 地位에 대한 第3國들의 태도는 南北韓을 모두 국가로 승인하고 있는 부류와 韓國 또는 北韓만을 국가로 承認하고 있는 부류로 나뉘어진다.³⁶⁾ 그리고 南北韓 모두와 外交關係를 가지고 있지 않은 국가들의 입장은 해석상 韓國 또는 北韓을 交戰團體³⁷⁾ 또는 國家와

註35) 실제로 南北韓과의 外交關係樹立이 國家承認을 의미하지 않는다면 또는 국가가 아닌 交戰團體 또는 叛徒團體로 承認하는 것이라는 意圖(intention)를 명백히 밝힌 국가는 하나도 없었다.

36) 南北韓의 第3國과의 外交關係樹立現況을 보면 1982년10월 현재 韓國과 外交關係를 樹立하고 있는 국가는 총 118개국이고 北韓과 外交關係를 樹立하고 있는 국가는 총 105개국이다. 이 중 南北韓과 同時 修交하고 있는 국가는 67개국이고 韓國과 單獨으로 修交하고 있는 국가는 51개국, 北韓과 單獨으로 修交하고 있는 국가는 38개국이다. (北韓問題研究所 編, 北韓總覽, 1983, p. 484) 그런데 이러한 外交關係의 樹立이 무엇을 의미하는가를 분석해 볼 필요가 있다.

37) 金明基, 南北韓聯邦制統一論, 1988, p. 86, n. 118; J. Stone, op. cit. supra. note 9, p. 230.

交戰團體의 중간적인 어떤 實體³⁸⁾쯤으로 여기고 있다는 추측이 가능할 것이다.

반면 南北韓 相互間의 關係에서의 南北韓의 法的 地位는 서로 相對的이며 앞으로도 可變的이다. 그러나 현재에 있어서의 南北韓은 서로 자신이 韓半島에 존재하는 唯一合法政府임을 자처하고 상대방을 交戰團體로 격하시키고 있다. 이러한 속에서 韓國은 北韓에 대하여 1972년7월4일 南北共同 聲明時와 1973년6월23일 平和統一 外交政策宣言時, 1974년1월18일 南北相互 不可侵協定締結提議時 등에서 “對北韓關係事項은 統一이 성취될 때까지, 過渡的 期間中の 暫定措置로서 이는 결코 우리가 北韓을 國家로 認定하는 것이 아님을 명백히 한다”는 明示的 留保를 하였고, 최근에도 1984년12월 4일 당시 統一院長官의 東亞日報의 特別會見時 “南北韓關係는 民族内部의 두개의 政治的 實體間의 關係로서 統一對話의 상대로 北韓에 事實上的 政權當局이 존재하고 있으며, 그 존재를 이해하고 있다.”고 한 바 있다.

이러한 제조치의 의미에 관하여 이는 北韓에 대한 ‘地方的 事實上 政府(local de facto government)’인 實體의 認定이라는 견해와³⁹⁾ 交戰團體의 承認이라는 견해⁴⁰⁾가 있다. 위 두 견해의 차이를 두자면 前說은 ‘地方的 事實上的 政府’란 國際法上 일정한 法的 主體性を 인정받기 위한 實體를 가지고 있음을 인정했다는 것이지 이것이 곧 國際法上 일정한 法的 主體性を 바로 인정한 것은 아니라 할 것이며, 그러므로 ‘地方的 事實上 政府’라는 개념과 交戰團體라는 개념은 동일한 개념이 아니라 前者는 後者

註38) 張孝相, op. cit. supra. note 29, pp.22-25; Yung Wei, “Divided Nations and International Law; Political and Legal Practice”, Occasional Papers/Reprint Series in Contemporary Asian Studies, 1981, p.184.

39) 梁建, “南北韓關係의 새로운 方案提示와 法的 問題”, 國際法學會論叢, 第26卷 第2號, 1982, pp.102-105.

40) 金明基, op. cit. supra. note 37, p.83.

로서의 法的 地位를 인정받기 위한 實體的 要件의 하나에 불과하다⁴¹⁾고 한다. 이에 반하여 後說은 ‘地方的 事實上’의 政府와 交戰團體를 동일시한다.⁴²⁾

생각컨대 이 문제는 위와같은 韓國의 對北韓措置가 北韓을 ‘(地方的)事實上의 政府’로 인정한 것인데 이것이 國際法上 어떠한 의미를 가지는가, 즉 交戰團體인가 아닌가의 문제로 볼 것이 아닌 듯하다. 요컨대 위와같은 韓國의 措置는 北韓을 ‘事實上의 政府’가 아니라 이와 구별되는 ‘事實上의 政權(當局)’으로 인정한 것으로 보아야 한다. 그 이유는 첫째 하나의 國家에 2개의 政府가 존재할 수 없고 따라서 설사 法律上的 (de jure) 政府와 事實上的 (de facto) 政府의 共存形態라도 인정될 수 없기 때문이다. 둘째 國際法上 承認制度가 가지고 있는 國家承認, 交戰團體의 承認 및 叛徒團體의 承認은 政治組織(共同體) 自體의 存在를 確認하는 것임에 반하여 政府의 承認은 그 중 國家를 國際적으로 代表하는 資格에 대한 確認인 것이고, 暫定的 過度的 存在로 國家와 구별되는 叛徒團體나 交戰團體의 경우 이를 代表할 資格에 대한 國際法上的 確認이 바로 ‘事實上의 政權(當局)’⁴³⁾의 承認(認定)이기 때문이다.

이와 같이 北韓을 ‘地方的 事實上的 政權’으로 보는데 반하여 韓國의 國際法上 地位는 어떠한가. 물론 北韓은 韓國을 交戰團體로 보고⁴⁴⁾ 자신을 唯一正當政府로 주장하고 있지만, 韓國은 1948년8월15일 大韓民國 政府의 樹立으로 大韓帝國을 繼承하였으며⁴⁵⁾ 동년12월12일 UN總會 決議 제195(III)호

註41) 梁建, op. cit. supra. note 39, p.103.

42) 金明基, op. cit. supra. note 37, p.132.

43) 韓亨健, “大韓民國의 法統性 論究: 法的 地位를 中心으로”, 民族史的 正統性 研究論叢, 國統조 76-12-51, 1976, pp.363-364; 金東熙, “大韓民國正統性에 대한 法的 根據”, ibid., p.393.

44) 金明基, op. cit. supra. note 37, p.132.

45) 이에 관한 자세한 논의는 韓亨健, op. cit. supra. note 43, p.337-363 參照.

에 의하여 韓國內의 唯一合法政府임이 인정⁴⁶⁾되었고, 또 1965년2월22일 東京에서 締結된 韓日基本條約 제3조도 이를 확인⁴⁷⁾하였다.

正當한 法律上(de jure)의 政府인 韓國이 條約締結能力을 갖는데는 國際法上 의문이 없다. 그러면 地方的 事實上的 政權인 北韓이 國際法上 條約締結能力을 갖는가? 이는 北韓과 같은 事實上的 政權에 國際法主體性이 인정되는가의 문제이다. 이는 또 이미 전술한 바와 같이 事實上的 政權은 交戰團體를 代表하는 對外的 機關이기 때문에 交戰團體가 國際法主體가 될 수 있느냐의 문제인 것이다. 오늘날 國際法이 國家間的 關係를 規律하는 외에 國際機構와 個人의 權利義務를 規律하는 것으로 보고 이들을 모두 國際法主體로 보는데는 理論과 實際가 일치하고 있다.

그런데 國家의 事實的 存在要件은 일정한 사람(people), 일정한 領土(territoty)와 確立된 政府(government)의 세가지이다.⁴⁸⁾ 이 세가지 要件을 모두 갖춘, 즉 완전한 國家性을 가지는 國家가 완전한 國際法主體性을 가지는 것은 당연하고 그렇지 않은, 즉 불완전한 國家性을 가지는 國家類似의 政治共同體나 複合的 國際法人格을 갖는 合成國家의 構成國의 경우는 그들 나름대로의 支配規範에 의해서 制限的으로 國際法主體性을 갖는다.⁴⁹⁾ 따라서 交戰團體도 制限的이지만 國際法主體性을 가지며, 그 範圍內에서 條約締結能力을 갖는다. 실제로 南北韓關係나 東西獨關係가 國際關係는 아니나 이들간에 國際法이 部分的으로 適用된다는 것이 일반적으로 인

註46) 이에 관한 자세한 논의는 金明基, “國際聯合 總會의 決議 第195(III)號에 관한 研究”, 國際法會議叢, 第28卷 第1號, 1983, pp.5-29; 裴載滉, “大韓民國의 唯一合法性에 관한 法的 究明: UN의 承認과 그 效果를 中心으로”, op. cit. supra. note 43, p.411-429 參照.

47) 이에 관한 자세한 논의는 朴東熙, “大韓民國의 唯一合法性에 관한 法的 究明: 韓日基本條約을 中心으로”, op. cit. supra. note 43, p.395-409 參照.

48) 金正均, op. cit. supra. note 13, p.75.

49) Ibid. p.105.

정되고 있다.⁵⁰⁾ 따라서 韓國의 시각에서 北韓도 또는 北韓의 시각에서 韓國도 모두 條約締結能力을 갖는다. 다만 締結할 수 있는 條約의 範圍에 관하여는 검토해 보아야 한다. 南北韓의 狀態는 國際法上 일단 戰時라고 인정되는 것이 通例이고⁵¹⁾, 分斷國의 概念定義에서와 같은 특별한 지위에 있다는 점에서 完全한 主權國家로서만 締結할 수 있는 條約, 예컨대 領土處分條約, 被保護國이 되기 위한 保護條約 등의 一方的인 締結은 原則적으로 禁止된다고 보아야 한다.⁵²⁾ 어쨌든 南北韓 모두 相互間에 不可侵協定締結機能이 있음에는 의문이 없다.

(3) 南北韓間의 國家承認問題

현재 南北韓間의 關係는 부분적으로 國際法이 적용되고 있기는 하지만 상호간에는 交戰團體로 여기고 있어 國家와 國家의 관계가 아님은 전술한 바와 같다. 그런데 특히 지금까지 韓國의 태도에는 유의할 점이 있다. 즉 北韓이 상호간의 國家承認은 永久分斷 또는 分斷의 固着化를 의미한다는 주장으로 일관하는 반면 韓國의 태도는 南北韓 交叉承認이나 UN同時加入 등 특단의 사유가 없는 한 國家承認의 效果를 가져올 수 있는 對北提議를 유지하고 있는 것을 보면, 이미 1972년의 南北共同聲明, 1973년의 平和統一 外交政策宣言 및 1974년 南北 相互不可侵條約締結 提議시 北韓에 대한 國家承認與否의 意思를 명백히 한 바 있지만, 이것은 片務的이 아

註50) H. Kelsen, *Principles of International Law*, 1977, p.252; L. McNair, *op. cit. supra. note 21*, p.676.; I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 1979, pp.66-67; 金明基, *op. cit. supra. note 9*, p.17-20.; 張孝相, *op. cit. supra. note 9*, p.37.

51) 休戰을 戰爭終了方式의 하나로 보는 견해도 있다. J. Stone, *op. cit. supra. note 9*, p.639-646.

52) 따라서 北韓과 中共間 公式發表가 없는 일종의 秘密協定 때문에 어떠한 우여곡절을 겪으며 國境線을 劃定했는지는 알 수 없으나 저간의 報道를 통해서 결과를 추측할 수 있듯이 自頭山領有權에 관하여 北韓이 中共에 일부를 割讓한 合意는 인정될 수 없는 것이다.

닌 雙務的인 國家承認이라면 實行할 意思가 있다는 것이 아닌가 생각된다.

어쨌든 南北韓間에 相互國家承認을 한다면 그 效果는 다음과 같다. 지금까지 南北韓은 法的 分斷을 부정해 왔고, 그럼으로써 南北韓의 分斷狀況은 國家의 分合 理論과 分斷實際의 不一致, 統一方案과 관련한 法理와 政策의 不相應, 民族的 理想과 韓半島現實의 逆行등의 해결하기 어려운 면을 많이 가지고 있었다. 그러나 남북한간에 國家承認을 한다면 分斷이 合法化되어 이와 같은 문제점들이 많이 정리될 수 있어 좋으나, 반면 이는 또한 지금까지 우리가 주장해 오던 大韓民國의 正統性(唯一合法性)을 스스로 拋棄하는 셈이 된다.⁵³⁾ 이와 같이 國家承認의 損益計算이 단순하지만은 않은 까닭에 그 여부의 결정은 政府의 政治的 決斷에 달려 있다.

이러한 배경 속에서 南北韓間에 相互不可侵協定을 締結한다면 그것은 불완전한 國家性을 가진 國際法主體間에 國際法上 一般原則의 適用을 받는 條約을 締結하는 것으로 이는 곧 國家로의 默示的 承認이 되는 것이 아닌가 문제된다. 國家承認의 方法이 明示的이건 默示的이건 그 效果에는 차이가 없다.⁵⁴⁾

條約의 締結과 國家承認과 관련하여 종래의 國際法理論은 예컨대 通商航海條約이나 同盟條約과 같이 양국관계를 包括的이고 持續的으로 규율하는 兩者條約의 締結의 경우만을 默示的으로 國家로 承認한 것으로 보고, 기

註53) 金明基, op. cit. supra. note 37, p.154.

54) 金正均, op. cit. supra. note 13, p.83.

타의 條約의 締結은 國家承認으로 보지 않는 견해가 있었다.⁵⁵⁾ 이 견해에 의하면 自國이 아직 承認하지 않은 國家가 加入한 多者條約에의 加入이나 또는 이들이 參加한 國際協約을 위한 國際會議에의 參加는 국가를 승인한 것으로 보지 않는다. 따라서 南北韓 不可侵協定을 國際的 保障을 확보하기 위하여 周邊強大國을 끌어들일 경우는 多者條約을 締結한 것이기 때문에 默示的 承認이 될 수 없고, 南北韓만이 당사자가 되어 兩者條約을 締結할 경우 不可侵條約은 양국관계를 包括的이고 持續的으로 규율하는 條約이 아니기 때문에 비록 兩者條約이더라도 國家承認의 效果는 가져오지 않는다.⁵⁶⁾

그런데 최근에는 조약의 성격에 관계없이 兩者條約을 締結하면 默示的 承認을 한 것으로 보는 견해가 유력하다. 예컨대 그 兩者條約이 一時的인 것이 아닌 한 포괄적 관계를 규율하지 않더라도 默示的 承認을 의미한다고 보거나⁵⁷⁾ 政府의 下級官吏間의 단순한 技術協定의 締結도 당사국의 承認意圖에 대한 暗示(indication of intent to recognize)가 있으면 默示

註55) L. Oppenheim, *International Law*(8th ed.), Vol. I, 1958, pp.146-148; W.L. Gould, *An Interoduction to International Law*, 1957, p.235; C.W. Jenks, "Hersch Lauterpacht-The Scholar as Prophet", *BYIL* Vol.36, 1960, p.48. 그러나 Lauterpacht는 이와같은 구별을 단언하지 않고 당사국의 意思에 관하여 근거있는 의심이 없는 모든 兩者條約의 締結은 承認의 적절한 방법으로 보면서 특히 通商航海條約이나 同盟條約과 같은 包括的 條約을 그 예로 들고 있다. (H. Lauterpacht, *Recognition in International Law*, 1948, p.178.).

56) 1920년 헝가리 및 프랑스가 각각 蘇聯과 不干涉과 不侵略을 내용으로 한 조약을 체결하였는데 양국 모두 이것이 蘇聯을 默示的으로 承認한 것으로 보지 않았고(W. Friedmann, O.J. Lissitzyn and R.C. Pugh, *International Law: Cases and Materials*, 1969, p.169.), 같은해 英國과 蘇聯이 체결한 조약에서 英國도 이를 蘇聯에 대한 默示的 承認으로 보지 않았다. (M. Lachs, "Recognition and Modern Methods of International Co-operation", *BYIL*, Vol.35, 1959, p.253.)

57) J.G. Starke, *op. cit. supra.* note 9, p.131.

的承認이 되며⁵⁸⁾ 나아가서는 未承認政府와의 兩者條約의 締結은 그가 한 당사자가 되어 있는 多者條約에의 加入보다도 承認의 推定力이 훨씬 강하다고 하거나⁵⁹⁾ 交渉의 시작이나 이에 의한 條約의 締結에서 默示的承認이 推定된다⁶⁰⁾는 견해 등이 있다. 그리고 방향을 달리하여 未承認國家와의 條約締結은 國家承認이 아니라 條約締結能力을 인정한 것이라는 견해도 있다.⁶¹⁾

이와 같은 새로운 경향이 아직 國際慣習法으로 확립된 것도 아니며, 이에 대한 각국의 慣行이나 자국의 見解를 公式的으로 밝힌 사례도 미흡하다. 따라서 不可侵協定을 兩者條約으로 締結할 경우 그것이 默示的承認이 되는가에 대하여는 아직 단언할 수는 없다.

그러나 위에 든 모든 견해들이 공통적으로 인정하는 것은 承認 자체는 承認國의 意圖(intention of the recognizing state)에 달려 있으며, 兩者條約을 締結하면서 그것이 國家의 承認을 의미하는 것이 아님을 밝히는 明示的 留保가 있으면 默示的 承認의 效果를 排除할 수 있다는 것이다. 그러므로 韓國政府의 政治的 判斷이 北韓을 國家로 承認하고자 않는다면 不可侵協定을 締結하면서 그것이 北韓을 國家로 承認하는 것이 아니라는

註58) G.v. Glahn, Law among Nations, 1981, p.91

59) D.P. O'Connell, International Law, Vol. 1, 1965, p.168.

60) B.H. Weston, R.A. Falk and A.A. D'Amato, International Law and World Order, 1980, p.279.

明示的 留保를 두어야 할 것이다.⁶²⁾

IV. 不可侵問題에 관한 南北韓의 提議

南北韓間의 平和統一을 위한 相互不可侵의 提議는 여러 차례 있었다.

맨처음 1955년8월14일 金日成은 소위 ‘위대한 소비에트군에 의한 8.15해방기념 10주년 축하모임’에서 南北韓間의 武力不使用協定の 締結과 南北朝鮮의 軍隊를 각각 10만이하로 減軍하자는 提議등을 내용으로 하는 平和統一方案을 제시하였고, 그 후 1962년6월20일과 1963년9월8일, 동년12월9일에도 같은 提議를 하였다. 그러다가 1969년10월8일 제24차 UN總會에 提出한 그들의 備忘錄에서 南北韓을 當事者로 하는 平和協定の 締結을 提議하면서 그들의 對南提議속에는 기왕의 不可侵協定 대신에 平和協定이 代置되어 들어갔다.⁶³⁾

그 후 1972년7월4일 南北共同聲明에서는 그 제2항에서 武力行使와 平和

註61) M. Lachs, op. cit. supra. note 56, p.253.; M. Sørensen, Manual of Public International Law, 1968, p.281.

62) 그러나 이 점에 관하여는 國際法理論을 위하여 異論이 있다. 承認을 줄 것인가의 判斷은 전적으로 承認國의 意圖에 달려있다고 하더라도 默示的 承認制度의 취지가 明示的 承認이 없는 경우에 外部로 나타난 國家의 일정한 行爲態樣으로부터 承認한 것으로 看做 또는 推定하는데 있다면 그러한 行爲를 함으로써 默示的 承認은 인정되고 그 行爲와 동시에 또는 그 후에 그 효과를 留保 또는 否認하는 宣言으로 그 효과를 배제한다는 것은 첫째 默示的 承認制度의 意義를 否定하는 것이고 둘째 일단 승인한 후에 그 承認을 取消할 수 없다는 이미 確立된 原則에 반하기 때문이다. 이렇듯 위와 같은 理論은 과거의 國際社會에서 既成國인 西歐諸國의 承認國으로서의 優越的地位를 표현하는 것으로써 오늘날과 같이 國際協力時代로의 國際社會의 現實的 變化에 적절하지 못한 것으로 생각된다.

63) 그러나 1974년3월25일 그 南北平和協定을 朝美平和協定으로 바꾸어 주장하여 韓國의 當事者性을 배제하고 美國과의 直接接觸을 시도하려 하였다. 朝美平和協定 제의는 동년11월25일과 1976년2월30일, 1977년1월12일, 6월23일, 7월4일 및 10월19일 등에 반복되었다.

的方法으로의 統一을 천명하였다. 이로서 南北韓間의 相互不可侵은 國際法的 차원의 制度的 保障은 아니어도⁶⁴⁾ 미흡하나마 그 基本原則을 공동확인하는 것으로 일단락의 의의를 가지는 듯 하였다. 그러나 이것은 相互不可侵의 制度化와 나아가서는 그 國際約 保障을 확보하는 것과는 거리가 멀고, 또한 기왕의 北韓의 不可侵協定締結 提議는 그 구체적 내용과 절차 등은 언급이 없는 추상적인 명목뿐이었다. 더우기 당시 제2차 세계대전 이래 성립된 冷戰體制속에서의 對立關係는 퇴색되고 和解와 協力關係로의 發展과 韓國問題를 둘러싼 美日中蘇 4대국의 政策變化와 이로 말미암아 韓國問題가 周邊強大國들의 國際政治的 性格이 옹어지고 南北韓間의 問題로서의 性格이 짙어져 갔다.

이러한 배경 밑에 1974년1월18일 朴正熙大統領은 年頭記者會見에서 南北相互不可侵協定の 締結을 구체적으로 제안하였고, 그후 1974년8월15일, 1975년1월14일, 1977년1월12일, 6월23일, 7월4일, 및 10월19일 등에 이를 재촉하였다. 그러나 北韓은 이에는 미온적인 반응을 나타내다가 1984년1월11일 돌연 韓國, 美國, 北韓의 3者會談을 제의해 나오면서 먼저 朝美平和協定の 締結과 둘째로 南北韓 不可侵宣言 採擇을 주장하였다. 그 후 1985년4월9일 北韓의 南北國會會談開催 提議와 1988년7월21일 南北國會連席會談開催 提議에서 이를 반복하였다. 이로서 南北韓間의 不可侵問題는 協定の 締結이나 宣言의 採擇이나 하는 문제로, 그 표현에서 읽을 수 있는 미묘한 차이를 분석추측케 하는 상황에 놓이게 되었다.

이런 상태에서 1985년4월9일 北韓은 南北國會會談의 開催를 제의하여 不可侵에 관한 共同宣言採擇問題를 논의하자고 하였다. 이에 1,2차 豫備接觸을 통하여 韓國은 不可侵問題는 國際法上的 慣例가 政府當局의 管轄事項으

註64) 이에 관한 자세한 논의는 金明基, op. cit. supra. note 9, p.7-30 參照.

로 國會會談의 議題로서 부적절하다는 견해를 제시하였다. 3차 豫備接觸은 1986년1월20일 韓美合同軍事訓練을 이유로 北韓側이 모든 대화를 전면 중단한 채 결렬되었다.⁶⁵⁾ 그러나 그 후의 協商은 1988년7월18일 〈서울올림픽에의 北韓參加 促求決議文〉을 담은 韓國側 書翰에서 비롯되었는데, 北韓側은 이 書翰에 대한 答信을 통하여 동년7월21일 南北國會連席會議를 開催하는 제의를 해왔는데 이에 7개항의 〈남북불가침에 관한 공동선언 초안〉을 동봉하였다. 1988년8월19일 그 제1차 準備接觸에서 韓國側은 南北當局間의 不可侵協定の 締結을 勸告하는 것을 의제로 하자고 한 데 대하여 北韓側은 共同宣言에서 일보도 양보하지 않았다. 1988년8월20일 그 2차 準備接觸에서 韓國側은 의제에 대하여 北韓의 입장을 고려하여 ‘不可侵問題’나 ‘不可侵協定締結과 不可侵共同宣言 問題’로 수정제의하였으나 거절당하고, 결국 1988년11월17일 제6차 準備接觸에서 韓國側은 의제문제에 대하여 北韓側의 주장을 수용하여 ‘不可侵宣言問題’로 바꾸어 제안하였다. 그런데 북한측은 이러한 한국측의 제안에 긍정적인 반응을 보이면서도 그 내용에 있어서 外國軍撤收를 기본적으로 포함하여야 한다는 주장을 하였다.⁶⁶⁾

이러한 國會會談을 위한 準備接觸은 과거 一方的인 提議만으로 공전되어 오던 것과는 달리 相互間의 協商이 시도되었다는 점에서 外面相 發展의 意味를 가진다는 것은 앞에서 언급하였다. 이 과정 속에서 양측이 제안한 내용들을 살펴보면 다음과 같다.

먼저 韓國側 제안내용을 보면 첫째 武力不行使, 둘째 內政不干涉, 세째 현행 休戰協定の 遵守의 세가지이다. 첫째 항목은 원천적으로 先平和 後統一의 統一哲學에 따르는 安定的 現狀維持를 지향하는 것으로 不可侵條約

註65) 國土統一院, 南北對話白書, 1988, pp.293-304 參照.

66) Ibid., pp.404-424 參照.

의 기본적 내용이다. 둘째 항목은 內政不干涉을 바탕으로 상대방의 存在를 인정하고 兩實體가 平和的으로 共存하자는 것을 전제로 하여 南北韓間의 平和的 共存을 추구하기 위한 것이다. 셋째 항목은 남북간의 管轄線, 즉 休戰線을 軍事停戰委員會를 통하여서가 아니라 南北韓이 직접 管轄할 수 있도록 하는 법적 근거로서 원용될 수도 있다.

반면 北韓側 제안은 첫째 武力不使用 및 武力侵害 禁止, 둘째 對話 協商을 통한 紛爭의 平和的 解決, 셋째 상대방에 대한 外國의 武力侵略이나 武力干涉에의 不加擔 非協助, 넷째 不可侵의 境界線을 停戰協定の 軍事分界線으로 明示, 다섯째 武力的 段階的 縮小와 外軍 및 核武器의 段階的 撤去의 併行, 여섯째 現 非武裝地帶내에 中立國監視軍設置, 일곱째 不可侵宣言은 각기 타국과 締結한 條約과의 兩立 등이다. 북한측 제안내용 중에서 첫째 항목부터 넷째 항목까지는 한국측의 첫째 항목과 같은 내용으로 不可侵約束(協定이든 宣言이든)의 본질적 사항이다. 다만 넷째의 不可侵의 境界線을 구체적으로 명시한 것은 당연한 것이나 이를 재확인하고 명시한다는 점에서 의미가 있다. 다섯째 항목은 軍備縮小와 한국측의 駐韓美軍의 撤收를 요구하는 것으로 軍事戰略과 政治的 判斷이 수행되어야 할 것이다. 여섯째 항목은 不可侵의 國際的 保障을 확보하기 위한 방편으로 말 그대로 中立性이 보장되는 監視軍의 編成을 가진다면 不可侵의 實效的 保障에 도움이 될 것이다. 일곱째 항목은 한마디로 한국의 韓美 相互防衛條約과 북한의 朝蘇 및 朝中 友好協助 및 互相援助條約이 不可侵 宣言과 충돌하지 않는다는 것을 명시한 것으로 이론상 이는 당연한 것이다. 즉 이들 조약은 일종의 防禦同盟條約이므로 양자는 양립할 수 있고 또한 不可侵의 약속이 이들 條約의 存在와 效力에 영향을 주지 않기 때문이다.

그런데 양측의 제안을 기초로 協商過程에서 크게 문제가 되는 것은 두

가지이다. 하나는 形式 또는 名稱에 관한 것으로 韓國은 (비록 북한측의 입장을 고려하여 國際的 先例나 三權分立에 의한 統治構造上的 慣例에 대한 문제에도 불구하고 최근 北韓의 主張대로 宣言採擇으로 일단 양보하기는 하였지만) 조약의 한 형태인 協定을 締結하자고 하는 반면 北韓은 宣言을 採擇하자는 것이다. 이러한 形式이나 名稱이 문제가 되고 있는 것과 관련하여 국제법적 분석을 하여 보면 韓國側의 協定締結주장은 不可侵을 國際法上 條約의 形式으로 약속하자는 것으로 이론적으로나 그 先例에 비추어나 문제가 없다. 그러나 北韓의 宣言採擇주장은 일반적으로 宣言의 의미가 국제법적으로 拘束力이 있는 條約의 한 형태로서의 宣言과 그렇지 않은 단순한 政治的 表現으로서의 宣言이 있는데 北韓이 스스로 태도를 밝히지 않고 있기 때문에 그 중 어느 것을 의미하는지 아직 명확하지 않다. 미루어 보건대 일단 양측이 不可侵의 保障을 의도하고 있는 데는 일치하고 있다. 그런데 그 保障을 보편적인 예와 같이 法的 拘束力을 가지는 條約으로 하고자 한다면 韓國의 協定締結 주장에 北韓이 宣言採擇을 고집하며 이를 반대할 이유가 없다. 그러므로 北韓이 주장하는 宣言은 단순한 政治的 宣言을 의미한다고 볼 수 밖에 없고 그렇다면 北韓은 不可侵의 約束에 法的 拘束力을 배제하고자 하는 저의를 의심하지 않을 수 없다.

다른 하나는 內容上的의 것으로 不可侵宣言속에 美軍撤收를 포함시킬 것을 주장하는데 駐韓美軍은 國際法의 一般原則과 韓美 相互防衛條約에 의하여 외부의 侵略에 대한 防禦를 목적으로 하므로 美軍撤收가 어떠한 先決條件으로 요구될 수는 없다. 그럼에도 불구하고 美軍의 撤收를 요구하는 것은 軍事戰略的 陰謀가 유의된 것이 아닌가 의심스럽다. 이와 같은 분석이 적중한 것이라면 逆理的으로 韓國은 오히려 조속히 不可侵協定을 締結하여야 할 필요성을 느끼게 된다.

V. 結 論 —南北韓 不可侵宣言의 內容을 提案하며—

1. 南北韓間의 不可侵은 알타-포츠담 회담시부터 오늘날에 이르기까지 제대로 논의되어 본 적도 없다. 南北韓 相互不可侵의 保障은 궁극적으로 相互認定을 의미하며, 이를 바탕으로 平和的 共存과 平和的 統一에의 接近을 의도하는 것이다. 이는 또한 分斷의 歷史 이상으로 깊어진 相互不信을 解消하여 民族的 同質性의 원활한 回復을 가져올 것이다.

2. 남북한간의 不可侵保障에 있어서 가장 중요한 문제로는 不可侵條約 자체의 문제가 그렇듯이 不可侵의 保障方法에 있다. 앞서서도 언급한 바와 같이 不可侵의 實效的 保障을 위하여 불가피하게 國際的 保障形態를 취하는 것이 바람직한데, 그것이 남북한이 모두 표방하고 있는 自主統一原則에 위배되지 않는가하는 의문이 있을 수 있다. 그런데 불가침의 국제적 보장형태가 실질적으로 民族自決原則과 南北韓의 主體的 役割이 尊重되고 強大國이 國際平和를 위하여 補助的으로 이를 支援하는 형태라면 우리의 自主統一原則에 부응하는 것이라고 본다.

3. 남북한이 不可侵을 約束하기 위하여 고려되어야 할 기본적인 문제는 용어상의 의미차이이다. '平和', '統一', '侵略' 등의 용어에 있어서 남북한의 그것은 크게 다르다. 北韓은 美國을 帝國主義者로 規定하고 統一을 美帝로부터의 南朝鮮人民解放으로 定義하고 있으며, 또한 統一方法에 있어서도 韓國이 1982년 이래 현실을 인정한 漸進的 統一論을 제시하고 있는 반면 北韓은 아직까지도 武力統一論이나 一括統一論과 같은 吸收統一論을 주장하고 있고, '平和'나 '侵略'에 있어서도 예컨대 暴力革命이나 또는 間諜, 계렬라鬪爭과 같은 間接侵略은 平和的인 것이고 따라서 侵略을 構成하지 않는 것으로 보고 있다. 이러한 문제는 不信과 獨存的 對立이 사라지지 않는 南北韓間의 내부적 해결보다는 이미 성립된 예컨대 '侵略의 定義에

관한 條約'과 같은 國際的 條約을 원용하거나 UN에 의한 가능한 결정에 호소하는 방안을 모색하여야 할 것이다.

4. 그리고 南北韓 不可侵 協定이나 宣言이나의 문제는 (이미 國會會談 準備接觸過程에서 韓國側이 宣言으로 양보하였지만) 첫째 그것이 단순히 名稱의 문제라면 兩當事者의 意圖가 그것이 法的 拘束力을 가지는 것임을 명백히 하는 條項을 挿入함으로써 해결될 수 있고, 둘째 北韓이 政治的 宣言만으로 하여 그 法的 拘束力을 모면하고 싶은 것이라면 상대적으로 國際的 保障이 強化된 형태로 하여 일단 國際政治的 保障을 확보하여야 할 것으로 본다.

5. 이러한 윤곽에서 南北韓 不可侵宣言(協定)속에 담아야 할 내용들을 나열해 보면 다음과 같다. 첫째 不侵略의 約束과 相互實體의 認定, 둘째 不可侵線의 明示, 셋째 紛爭의 平和的 解決, 넷째 不可侵의 國際的 保障, 다섯째 非武裝地帶의 緩衝地帶로서의 機能強化, 여섯째 軍備縮小 등이 다. 이제 각각의 내용을 간단히 살펴보기로 하자.

(1) 不侵略의 約束과 相互實體의 認定 : 남북한이 상호불침략을 약속하는 것은 결국 서로 相對方의 支配權을 尊重하겠다는 것이므로 實體認定의 의미를 가지고 있으나 이를 명확히 천명함으로써 지금까지처럼 이론과 실제가 항상 어긋나는 남북한 관계를 개선할 수 있을 것이다. 왜냐하면 지금까지 남북한당국의 不信의 壁은 바로 當局간의 相互否認에서 유래되었다고 보아도 과언이 아니기 때문이다. 남북한이 不侵略을 約束하고 相互實體를 認定하면 內政不干涉은 당연한 것이 될 것이다.

(2) 不可侵線의 明示 : 不可侵線은 물론 현행 休戰線으로 하는 것이 당연하다. 그런데 이와 관련하여 1953년 休戰協定 제2조 13의 2항에 의하여 UN軍總司令官의 軍事統制下에 있는 西海5島 周邊水域에 대한 北韓의 領海管轄의 주장의 부당성을 인식케 하는 기회가 되었으면 한다. 北韓은

이러한 주장을 근거로 “水原 32호”와 “水原 33호”를 비롯하여 많은 한국 측 어선들을 擊破 拿捕해간 바 있다.

(3) 紛爭의 平和的 解決 : 武力不行使는 즉 紛爭의 平和的 解決을 요구한다. 그런데 紛爭의 平和的 解決原則을 宣言하는 것만으로는 不侵略을 實效性있게 보장할 수는 없다. 따라서 그 精神의 宣言과 함께 後續措置로 紛爭의 平和的 解決을 위한 機構와 그가 適用할 基準이나 運營에 관한 事項을 合意하도록 현실적으로 구체화하여야 할 것이다.

(4) 不可侵의 國際的 保障 : 이에 參戰16個國과 美日中蘇를 어떻게 活用하는가에 따라 크게 不可侵保障條約形과 交叉不可侵條約形으로 나누어진다. 國際的 保障이 상호 불침략을 절대적으로 담보하는 것일 수는 없으나 상호간에 강력한 心理的 強制作用을 할 것임에는 틀림이 없다. 그러므로 어떠한 형태이든 이들의 軍隊가 새로이 南韓 또는 北韓에 駐屯되어서는 안된다.

(5) 非武裝地帶의 緩衝地帶로서의 機能強化 : 休戰協定 제1조 1에 의하여 非武裝地帶가 설치된 것도 이를 緩衝地帶로 하여 敵對行爲의 再發를 방지하고자 함이었다. 양측은 이를 위하여 일단 非武裝地帶로 잠식해 들어간 각자의 兵力과 施設을 모두 撤收하여야 한다. 그리고나서 緩衝地帶로서의 기능을 어떻게 활성화할 것인가에 대하여는 完全武人地帶化나 中立國에 의한 監視團派遣등을 고려할 수 있으나 그 보다는 中立國과의 (非武裝)共同管轄下에 이 지역을 民間에게 開放하여 단기적인 滯留나 往來를 통한 交流와 協力を 가능하게 하는 것이 바람직할 것이다.

(6) 軍備縮小 : 지금까지는 비능률적인 軍備競爭에 의한 힘의 均衡으로 戰爭再開를 防止하여 온 것이므로 남북한간에 不可侵이 보장된다면 軍縮은 필연적인 것이 된다. 이와 관련하여 駐韓美軍이 문제가 되는데 그 法的地位에 대한 논의보다도 國際平和監視機能을 가진 그것의 UN적 성격과 民

族自決의 原則을 고려하여 軍備縮小와 같은 맥락에서 南北韓의 戰爭拋棄意思가 確認되어감에 따라 段階적으로 措置되어야 할 것으로 본다.

6. 남북한간의 不可侵의 約束은 무엇보다도 兩當局을 비롯한 相互間의 不信의 壁을 허물고 어떠한 경우에도 不可侵의 約束을 遵守하려는 성실한 노력이 근본적으로 요구되는 것이다. 또한 平和的 統一을 위하여는 不可侵의 保障을 시초로 交流와 協力の 增大를 통한 民族의 同質性回復을 위한 政治 經濟 社會 文化 등 諸般分野에 있어서 後續的 措置가 강구되어야 할 것이다. 이를 위하여 양측은 과거의 冷戰的 對決論理로부터 認識을 轉換하여 平和的 統一이라는 大義에 입각한 진지한 자세가 필요하다. 韓國은 이미 6.23宣言으로 Hallstein原則을 拋棄하였고 나아가서는 南北韓의 同伴者關係로의 轉換을 宣言한 바 있다.

統一에 따른 法的 問題 研究

1989년 12월 일 인쇄

1989년 12월 일 발행

발행처 : 국토통일원 조사연구실(제1연구관실)

서울 종로구 세종로 77번지

정부종합청사 405호 ☎720-2141, 2425

간행책임 : 보좌관 사 순 문

인쇄소 : 全 用 文 化 印 刷

TEL. 279-6901, 267-4421

〈非 賣 品〉

