국제법적 관점에서 본 한·중 관계정상화

신 각 수

목 차

Ⅰ. 序 論
Ⅱ. 韓中 關係正常化와 韓中 兩國問題
Ⅲ. 韓中關係正常化와 對臺灣 關係
Ⅳ. 韓中 關係正常化와 承繼問題
Ⅴ. 結 論

Ⅰ. 序 論

韓國과 中華人民共和國은 지난 8월 24일 修交 共同聲明에 서명하므로써 公式 外交關係를 수립하였다. 韓中兩國은 1990년 서울과 북경에 貿易代表部를 교환설치하였었다는 점에서, 1972년 상하이 코뮤니케이후 1979년 公式 外交關係를 수립할 때까지 連絡事務所를 설치운영한 美國과 中華人民共和國간의 準公式關係와 상당히 유사한 관계에 있었다. 이러한 기존의 準公式關係를 公式關係로 전환시키는 韓中 關係正常化[1]는 우리 입장에서

1) 關係正常化(normalization)는 그 내용이 불확실하며 엄격한 의미에서 법률적 용어에 해당되지 않는다. 통상 外交關係의 수립을 지칭하는데 사용되고 있으나, 경우에 따라서는 단순한 大使의 交換만을 넘어 서는 友好協力關係의 일반적 상태를 의미하기도 한다. 本稿에서는 大韓民國과 中華人民共和國간의 외교관계의 수립과 이에 따른 交戰關係의 終了 및 兩主體간의 承認을 포괄하는 개념으로 사용하고자 한다.

볼 때 기존의 修交國인 中華民國과 外交關係를 단절하고 中華人民共和國과 새로이 外交關係를 수립한다는 점에서 承認, 承繼등 다양한 국제법적 문제와 관련된다. 특히 韓中 關係正常化와 관련된 國際法的 問題는 크게 다음과 같은 특징을 가진다.

첫째, 韓中 關係正常化는 國際法的 側面뿐만 아니라 外交政策的 側面도 동시에 내포하고 있다. 국제법상 承認은 국제사회의 分權的 構造로 인하여 법과 정치가 混在하는 분야에 속하여 關聯當事國의 정책적 고려가 우선하는 경향이 뚜렷하다. 그리하여 다른 어느 분야보다도 規範과 現實간의 乖離가 심한 것이 承認制度이며 各國 政府는 이러한 規範上의 空白을 최대한 활용하여 自國의 政策目標를 달성하려 하며, 韓中 關係正常化도 例外는 아니다.

둘째, 韓中 關係正常化는 한국과 중국이 공히 分斷國이라는 점에서 分斷國간의 外交關係樹立에 따른 복잡한 법률관계를 露呈한다. 兩當事者가 分斷國이라는 사실로 인하여 關係正常化에 수반되는 承認行爲가 國家承認인지 아니면 政府承認인지 與否가 문제가 되며 이는 기존의 外交關係를 맺고 있는 他方當事者——中華民國(大韓民國) 및 北韓(中華人民共和國)——와의 關係에 직접적 영향을 미치게 된다. 韓國의 입장에서는 中華人民共和國과 中華民國간의 상호관계를 기준으로 中華人民共和國의 承認에 관한 法的 性格을 판단하게 되며, 中華人民共和國의 입장에서는 南北韓간 상호관계를 기준으로 韓國의 承認에 관한 法的 性格을 판단하게 된다. 이에 따라 韓中 關係正常化는 다른 일반적 사례보다 복잡한 측면을 가지게 되어 獨創的인 접근이 요청된다.

셋째, 韓國과 中華人民共和國은 韓國戰爭의 交戰當事國이었다는 점에서, 兩國간의 關係正常化에는 交戰關係의 終了라는 측면이 부가된다. 韓國戰爭의 法的 性格에 관한 다양한 의견의 존재에도 불구하고, 中國이 1953년 休戰協定의 當事國이며 同協定이 아직 平和條約으로 대체되지 않았다는

사실은 韓國과의 交戰關係가 아직 法的으로 종료되지 않았으며, 關係正常化와 함께 이에 관한 처리가 병행되어야 함을 의미한다.

本稿의 목적은 韓中 關係正常化와 관련 韓-中華人民共和國간에 발생하는 問題, 금후 韓-中華民國 關係에 미치는 영향 및 承繼問題를 검토분석하는데 있다.

II. 韓中 關係正常化와 韓中 兩國問題

1. 韓中 關係正常化와 南北韓關係

韓中 關係正常化에 있어서 中華人民共和國은 기존의 對北韓관계를 그대로 유지한 채 韓國을 承認하므로써, 南北韓에 대하여 二重承認을 하고 있다. 韓中 關係正常化는 1990년 韓蘇 關係正常化와 함께 南北韓과 美, 日, 中, 露 四强大國간의 交叉承認을 결과할 것으로 예상된다. 四强大國과의 交叉承認은 南北韓에 대한 二重承認을 南北韓의 統一時까지 고정시킨다는 점에서 중요하다. 南北韓에 대한 二重承認의 固定化는 國際法上 韓半島내에 2個 國家의 존재를 결과한다는 점에서, 韓國을 韓半島의 唯一合法政府로 하는 憲法의 규정에 배치되며 韓民族의 民族自決에 의한 統一意志와 相衝된다. 따라서 우리는 韓中關係正常化를 계기로 韓半島周邊狀況의 現實認定을 전제로 한 北方政策의 추진에 부수하게 될 國內法 次元과 國際法 次元간의 乖離에 의한 逆機能을 검토하고 이에 대한 對備策을 강구하여야 한다.

南北韓關係는 기본적으로 分斷國關係이다. 分斷國關係의 특징은 兩實體의 法的 地位를 둘러 싸고 國內法規範, 雙方實體間 規範 및 國際法規範

:者간에 충돌이 존재하는 점이다. 南北韓은 南北關係의 진전과 南北韓 同時修交의 일반화에 따라 상대방의 존재를 인정하지 않는 國內法規範과 南北關係規範, 國際法規範간의 乖離에 직면하고 있다. 南北韓關係를 國內法的, 南北韓 相互關係規範的 및 國際法的 次元에서 포괄하는 理論構成은 불가능하다. 이는 分斷國關係가 본질적으로 統一時까지의 暫定的 性格을 가지고 있으면서도 內外的 與件으로 인하여 상당한 安定性을 가지고 있는데서 오는 불가피한 現象이다.

南北韓關係는 南北韓相互間에서 보는 側面과 第三國과의 關係에서 보는 側面으로 분리하여 고찰할 필요가 있다. 南北韓相互間에서 보는 南北韓關係는 南北 和解·不可侵·交流合意書(이하 南北 基本合意書라 略稱) 前文에 규정된 바와 같이, 나라와 나라 사이의 관계가 아닌 "統一을 지향하는 과정에서 暫定的으로 형성되는 特殊한 關係"이다. 南北韓關係는 쌍방 모두가 하나의 國家를 전제로 한다는 점에서, 별개의 國家資格을 주장하여 두개의 獨逸을 실현하려고 노력한 東獨때문에 이를 전제로 한 규정이 상당히 포함된 東西獨基本條約上의 兩獨關係와는 성격이 다르다.[2)]

南北韓은 南北 基本合意書에서 南北分斷의 現實認定이 한반도내 두개의 國家를 결과하는 것을 막기 위하여 조심스러운 文案을 채택하였다. 첫

2) 東西獨基本條約上 두개의 獨逸을 전제로 한 규정은 第 2條(兩獨間 유엔 憲章의 諸原則適用), 第 4條(兩獨間 相互代表權 不行使), 第 6條(兩獨 國家權力의 領土內 制限行使 및 相互獨立尊重)등이 있다. 그러나 西獨 政府는 i) 基本條約 前文에서 民族問題를 포함한 原則問題에 관한 兩獨간 異見의 존재를 명시하고, ii) 獨逸統一에 관한 書翰에서 基本條約이 西獨 政府의 民族自決을 통한 獨逸統一目標와 충돌하지 않는다고 규정하고, iii) 基本條約 第 9條(既存條約에 대한 영향배제)에 따라 독일에 관한 聯合國간의 諸條約 및 獨逸統一을 규정한 1954년 美, 英, 佛 三國과 西獨간 關係에 관한 協約의 효력이 그대로 남아 있고, iv) 基本條約에 관한 聲明에서 國籍問題는 同條約에 의하여 규율되지 않는다고 규정하였으므로, 同條約의 체결로 西獨이 東獨을 國家로 承認한 것이 아니라는 입장이며, 1973년 獨逸 聯邦憲法裁判所 判決도 이를 지지하였다. B. Simma, "Legal aspects of intra-(east-west)German relations", Chinese Yearbook of International Law and Affairs, Vol.4(1984), pp.153-155.

째, 南北 基本合意書는 해석상의 相違를 전제로 한 東西獨基本條約과 달리 南北關係가 國家間 關係가 아님을 前文에 명문으로 규정하였다. 둘째, 東西獨基本條約과 달리 條約이라는 명칭을 피하고 合意書라는 양식을 채택하였으며, 兩側의 國名을 사용하지 않았다. 셋째, 유엔 憲章의 諸原則을 직접 援用하지 않고 관련내용을 조항별로 풀어서 규정하였으며, 國家間 關係에서 사용되는 用語의 사용을 피하였다.[3] 넷째, 남북간의 相互 連絡協議機關으로 國家간에 교환되는 大使館, 代表部 대신에 連絡事務所를 설치하고 있다.

南北 基本合意書이후 南北關係를 검토하기 위해서는 東西獨基本條約이후의 兩獨關係와 비교하는 방법이 유용하다.[4] 西獨에서는 東西獨基本條約의 체결과 西獨憲法裁判所의 東西獨 基本條約에 관한 判決이후 兩獨關係를 지붕說(roof theory)에 의존하여 설명하고 있다.[5] 同說은 兩獨을 아직도 존재하고 있는 舊獨逸帝國을 上位 政治實體로 하는 지붕아래 상호관련된 實體로 본다. 지붕說은 國際法上 國家로서의 최소한의 資格을 갖추었다고 할 수 없는 舊獨逸帝國의 계속성을 전제로 하는 문제점이 있으나, 안정된 사실상의 실체로 부터 완전한 主權으로 발전하고 있으면서도 상호 英聯邦과 같은 紐帶를 가지는 兩獨關係를 비교적 잘 설명해 주고 있다.

---

3) 예컨대 i) 第 1條에서 상대방의 실체를 지칭하는 용어 대신에 '體制'라는 용어를 사용하고, ii) 第 2條에서 국제법상 사용되는 國內問題대신에 '內部問題'를 사용하고, iii) 第 11條에서 不可侵義務의 대상을 '領土'가 아닌 '쌍방이 관할하여 온 區域'으로 하고, iv) 第 15條에서 南北交流를 民族內部의 交流로 규정하고, v) 第 17條에서 자유왕래의 주체로 '國民, 住民'대신에 '民族構成員'을 사용하고 있다.

4) 우리 政府는 7·4 南北共同聲明과 6·23 宣言에 따른 南北韓關係를 一民族 一國家 二政府로 보아 一民族 二國家 二政府의 독일과 대비되는 典型的 分斷國關係를 想定하였었다. 1973년 6월 26일자 金 鍾必國務總理의 國會答辯 參照.

5) W.K. Geck, "Germany and contemporary international law," *Texas International Law Journal*, Vol.9(1974), pp.265-268; H. Meyrowitz, "Les deux état Allemands," *Annuire Français de Droit International*, Vol.16(1970), pp.93-103.

일반적으로 分斷의 완화를 위한 諸般措置는 現狀認定을 전제로 하므로 불가피하게 分斷의 安定化를 통한 遠心的 作用을 한다. 따라서 分斷國關係의 理論構成에서 가장 어려운 점은 이러한 現實的 接近方式이 당초 의도대로 兩實體간의 統合을 유도하는 求心力을 法的으로 어떻게 확보하느냐에 있는데 지붕說은 이 점을 적절히 해결하고 있다.[6]

지붕說은 南北 基本合意書이후 南北韓關係를 설명하는데 어느 정도 有用한 것으로 생각된다. 南北韓의 경우 지붕을 구성하는 全體國家가 舊大韓帝國인지 아니면 第2次 世界大戰 終戰과 함께 일본으로 부터 독립한 韓國인지 불분명하지만, 南北 基本合意書에서 상호 國家關係임을 부인하므로써 全體國家의 존재를 전제하고 있다. 한편 南北韓은 相互體制의 존중, 內部問題의 불간섭 및 相互 不可侵을 통하여 어느 一方도 全體國家와 동일할 수 없다는 점을 인정하고 있다. 이러한 特性은 지붕說의 要件에 부합한다. 다만 獨逸에서의 지붕說은 兩獨을 全體國家下의 別個 國家로 보고 있으나, 南北韓의 경우 상호 國家資格을 명시적으로 부인하므로써 別個 政府로서의 地位를 示唆하는 점에서 南北韓關係에 그대로 적용된다고 보기는 어렵다.[7]

그러나 이와 같은 南北韓相互間에서 보는 南北韓關係가 第三國과의 關係에서도 그대로 타당할 것인지는 의문이다. 國際法的 觀點에서 본 南北韓關係에도 一國家 二政府의 論理가 그대로 적용될 수 있는가의 문제이다. 국제법상 國家資格에 관한 객관적 기준이 존재함에도 불구하고 各國은

---

6) 分斷國에 관한 一般的 理論의 정립을 시도한 Caty教授는 지붕說을 分斷國關係에 적용하였다. G. Caty, *Le Statut Juridique des Etats Divisé*, Paris: Editions A. Pedone, 1969, pp.112-113.

7) 1989년 韓民族共同體統一方案에 제시된 南北聯合은 南北韓을 각각 主權國家이지만 國際法上의 관계가 아닌 國內法에 준하는 특수한 관계라고 하여 兩獨關係와 유사하게 정의하였다. 統一院, 統一白書 1990, pp.85-86. 그러나 南北 基本合意書의 경우 國家間關係를 부인하고 상대방의 '體制'만을 인정하였다는 점에서, 南北韓을 政府로 보았다.

실제 적용에 있어서 自由裁量을 행사하기 때문에, 第三國은 分斷國의 國家資格에 관한 주장을 존중할 義務를 부담하지 않는다. 물론 國家의 同一性과 繼續性을 결정하는데 있어서 關聯國의 意思와 決定이 중요한 考慮要素임에는 틀림이 없으나, 第三國을 국제법적으로 구속하는 힘은 없다.[8] 특히 分斷國의 兩實體가 第三國과 동시에 修交한 경우, 兩實體의 어느 一方도 明示的 留保를 행하지 않는 한 同第三國에 대하여 兩實體의 國家資格을 부인할 對抗性(opposibility)을 가지지 못 한다.

이러한 事實은 分斷國과 第三國간에 分斷國의 國家資格과 관련된 가장 현실적인 문제인 分斷國 兩實體住民의 國籍과 外交的 保護權의 行使問題에서 잘 나타난다. 分斷國의 雙方이 全體國家에 대한 代表權의 논리적 귀결로서 他方의 住民에 대한 自動的 自國籍 看做 및 第三國에서의 外交的 保護權을 주장하기 때문이다. 西獨 政府는 東西獨基本條約 체결이후에도 東獨住民을 舊獨逸國籍法에 따른 獨逸國民으로 간주하고 第三國에서 東獨住民에 대한 外交的 保護權을 행사하려고 노력하였다.[9]

南北韓의 경우 이 문제에 관한 明示的 政策宣言이 존재하는 것은 아니나 南北韓雙方이 모두 相對方住民의 政治的 亡命을 歸順으로 취급하는 관행에 비추어 동일한 입장으로 推定된다. 그러나 第三國이 南北韓의 相對方 住民에 대한 外交的 保護權의 행사를 용인할 義務는 없으며, 특히 同時修交國의 경우 더욱 그러하다. 따라서 南北韓은 第三國내에 있는 相對方住民에 대하여 外交的 保護權의 行使를 주장할 수는 있으나 현실적으로 第三國 政府에 의하여 수락될 가능성은 거의 없다.

南北韓이 分斷國이라는 특수한 관계를 援用하여 兩實體의 國家資格을

---

8) K. Marek, *Identity and Continuity of States in Public International Law*, 2nd ed., Geneva: Librarie E. Droz, 1968, p.129.

9) 西獨은 非社會主義國家와의 領事關係協約을 체결할 때, 同國에 있는 東獨住民에 대한 外交的 保護權의 行使를 내용으로 한 所謂 '開放政策(open-door policy)'에 관한 條項을 삽입하였다. B. Simma, op.cit., p.162.

부인하여도 第三國, 특히 南北韓 同時修交國에 대해서는 이에 따른 法的 效果를 拘束力있게 주장할 수 없다. 이러한 사실은 韓中 國交正常化이후에 급진전될 것으로 예상되는 同時修交國의 현격한 증가와 함께 南北韓의 國際法上 地位가 두 개의 國家로 凝固되어 감을 의미한다.

따라서 南北韓은 본래 南北交流協力에 의도되지 않은 國際法上의 二國化現象을 배제하기 위한 적극적 조치를 강구하여야 한다. 이러한 조치는 南北韓이 궁극적으로 통일을 지향하는 一國내에서 각각 독자적 行爲能力을 가지는 특수한 實體라는 사실을 第三國이 인정하도록 하는데 있으며, 구체적으로는 韓民族의 民族自決에 의한 統一追求의 權利를 인정받는데 있다. 西獨 政府가 1970년 獨蘇條約의 체결에 따라 유럽 國境線의 現狀을 인정하면서 獨逸統一에 대한 입장을 유보한 '獨逸統一에 관한 書翰'은 좋은 참고가 된다.

이와 관련 韓-中 修交 共同聲明은 第 5項에서 "中華人民共和國 政府는 한반도가 조기에 평화적으로 統一되는 것이 韓民族의 염원임을 존중하고, 한반도가 韓民族에 의해 평화적으로 統一되는 것을 支持한다"라고 규정하여, 韓民族에 의한 韓半島의 平和統一에 관한 中國의 支持를 규정하였다는 점에서 상당히 의미있다. 同條項은 共同聲明의 性格이 조약과 같은 法的 拘束力을 가지지 않고 同規定자체가 韓民族의 民族自決權이라는 명확한 法的 形態를 취하고 있지 않다는 한계에도 불구하고, 南北韓 同時修交에 따른 國際法上 한반도내 二國化效果를 완화하는 기능이 인정될 수 있다는 점에서 중요성을 가진다.[10]

10) 中華人民共和國은 1961년 北韓과의 友好協力 및 相互援助條約 第 6條에도 韓-中 修交 共同聲明과 유사한 韓半島統一에 관한 規定을 두었다.

2. 交戰關係의 終了

中華人民共和國은 유엔軍이 仁川上陸作戰의 성공이후 38度線을 넘어 北進을 계속하자 1950년 11월 人民志願軍의 형태로 韓國戰爭에 참여하였다. 그리고 中華人民共和國은 彭 德懷 中共人民志願軍 司令官이 1953년 7월 27일 休戰協定에 서명하므로써 同協定의 당사국이 되었다. 따라서 韓國과 中華人民共和國은 韓國戰爭의 交戰當事者이므로 關係正常化에 있어서 이러한 交戰關係의 처리문제가 제기된다. 이를 위해서는 韓國戰爭의 法的 性格, 中共軍 參戰行爲의 法的 效果 및 韓國休戰協定에 의한 戰爭終了與否등을 검토하여야 한다.

韓國戰爭의 法的 性格에 관하여는 事變, 動亂, 武力衝突, 戰爭등 다양한 명칭이 사용되는 점이 示唆하는 바와 같이 크게 內戰說과 國際戰爭說로 구분된다. 韓國戰의 法的 性格은 기본적으로 分斷國의 承認問題와 직결된다. 南北韓을 별개의 國家로 볼 것인가 또는 하나의 國家로 볼 것인가에 따라 內戰 또는 國際戰이 될 수 있기 때문이다. 韓國戰 당시 대부분의 국가가 南北韓중 어느 一方만을 승인하고 他方에 대한 승인을 거부하였으므로, 韓國戰은 分斷國내에서 叛徒團體의 適法政府에 대한 武力攻擊이라는 內戰으로서의 一面을 가진다고 할 수 있다.[11] 그러나 유엔 安保理의 勸告에 의하여 유엔軍이 파견되고 中國이 개입하면서 韓國戰은 內戰의 성격을 벗어나 國際戰爭으로 변화되었다고 보는 것이 타당하다.[12] 이러

---

11) 內戰說은 蘇聯 및 그 同盟國에 의하여 韓國戰에는 侵略의 개념이 적용될 수 없고 이에 따라 유엔의 關與도 배제된다는 主張의 論據로 이용되었다. 1950년 8월 3일 유엔 安保理 第482次 會議에서의 蘇聯代表 發言과 폴랜드政府의 1950년 6월 30일자 유엔 安保理앞 書翰 參照. R. Higgins, *United Nations Peacekeeping, 1946-1967: Documents and Commentary*, Vol.II(Asia), London: Oxford University Press, 1970, p.175. Kelsen, Starke, Schwarzenberger등도 韓國戰을 內戰으로 보았다.

12) Kelsen敎授는 韓國戰을 內戰으로 보면서도, 適法政府인 韓國에 대한 다른 國家

한 見解는 유엔軍의 일원으로 참전한 美國, 英國, 오스트레일리아, 카나다 등이 韓國戰을 國際法上의 戰爭으로 간주하였다는 사실에 의해서도 뒷받침된다.[13] 따라서 韓國戰에는 韓國과 유엔軍을 파견한 16個國을 一方으로 하고 北韓과 中華人民共和國을 他方으로 하여 雙方간에 交戰關係가 존재하므로, 韓國과 中華人民共和國간에도 交戰關係가 성립되었다고 보아야 한다. 그리고 中華人民共和國이 人民志願軍의 형태로 군대를 파견한 것이 交戰當事者로서의 지위에 영향을 미치는지 與否도 문제될 수 있다. 그러나 中共軍은 人民志願軍이라는 형식상의 명칭에도 불구하고 실질적으로는 國家의 권위하에 조직된 正規軍과 다름이 없으므로 中華人民共和國의 交戰當事者로서의 지위에는 영향이 없다. 그리하여 유엔 總會는 1951년 2월 1일 채택한 中華人民共和國을 한국에 대한 侵略者로 규탄하는 決議에서 人民志願軍이라는 명칭을 사용하지 않고 '中華人民共和國의 軍隊'라고 하여 人民志願軍이 中華人民共和國의 軍隊임을 명백히 하였다.[14] 그리고 英國 政府도 韓國戰중 中華人民共和國 政府를 도운 英國記者가 叛逆罪로 처벌될 수 있다고 하여 英國과 中華人民共和國간의 交戰關係를 示唆하였다.[15]

들의 원조는 國際戰으로 변모시킬 수 있다는 점을 인정하였다. H. Kelsen, *Recent Trends in the Law of the United Nations*, A Supplement to the Law of Nations, New York: Praeger, 1951, pp.934-935. Stone敎授도 韓國戰이 처음에는 內戰으로 시작되었으나, 유엔 安保理의 憲章 第39條에 근거한 韓國戰에 관한 勸告는 國際平和를 대상으로 하므로, 유엔 安保理와 同勸告에 찬성한 國家들은 北韓의 交戰資格을 묵시적으로 승인하였으며 이에 따라 國際戰으로 변모하였다고 보았다. J. Stone, *Legal Controls of International Conflict*, Sydney: Maitland Publications, 1959, pp.230, 305.

13) 美國 政府는 立法에 의하여 韓國戰을 戰爭으로 간주하였으며, 韓國戰參戰 英聯邦國家들은 行政府의 對議會答辯 또는 國內判決을 통하여 北韓과의 交戰關係를 인정하였다. L.C. Green, "The nature of the 'war' in Korea", The International Law Quarterly, Vol.4(1951), pp.462-468.

14) United Nations General Assembly, Official Records, 5th session, Supp. No.20A, p.1 (A/1775/Add.1).

15) L.C. Green, op.cit., p.462.

다음으로 韓國과 中華人民共和國간의 交戰關係는 1953년 체결된 韓國休戰協定에 의하여 어떠한 영향을 받았는가를 살펴 볼 필요가 있다. 일반적으로 國際法上 休戰은 敵對行爲의 停止를 의미하며 그자체로서 交戰當事者간 戰爭狀態의 終了와 平和關係의 회복을 의미하지 않는다. 韓國休戰協定은 前文에 "最終的인 평화적 해결이 달성될 때까지 敵對行爲와 일체의 武裝行動의 완전한 停止를 보장하는 停戰을 확립할 목적으로"와 "이 條件과 規定들의 意圖는 순수히 軍事的 性質에 속하는 것이며"(强調筆者)라는 귀절을 통하여 同協定의 平和條約的 性格을 부인하고 있으며, 本文 第 4條 60項에 韓國問題의 平和的 解決에 관한 政治會談의 개최를 규정하고 있다. 따라서 韓國休戰協定으로 인하여 交戰當事者간의 交戰關係가 종료되었다고 볼 수 없다.

이와 관련 休戰協定에 관한 최근의 경향을 분석한 Stone敎授는 韓國休戰協定과 같이 一般的 休戰(general armistices)의 경우에는 戰爭의 事實上 終了(*de facto* termination of war)를 구성한다고 본다.[16] 國際關係에 있어서 武力使用의 不法化로 복잡한 양상을 띠는 現代戰에서 休戰期間이 長期化되고 이에 따른 戰爭狀態의 지속으로 個人이나 國家가 장기간 부자유스러운 생활을 감내해야 한다는 것은 비현실적이므로, 이를 완화하기 위하여 戰爭과 平和의 중간단계를 상정하는 것이 바람직하다. 그러나 交戰當事者의 戰爭終了意思가 明示的으로나 默示的으로 표시되지 않는 한, 休戰協定의 체결만으로 交戰關係가 완전히 종료되었다고 보는 것은 곤란하다고 생각된다.

---

16) J. Stone, op.cit., p.641. 그리고 Pye敎授도 韓國戰을 1954년 8월(제네바회담)이후에도 계속된다고 보는 것은 實際的 考慮를 희생하게 되어 부당하다고 하였다. A.K. Pye, "The legal status of the Korean hostilities", Georgetown Law Journal, Vol.45(1956), pp.59-60. 최근 유엔의 慣行상 武力衝突은 일반적 휴전에 의하여 종결되는 경향이 있다는 이유로, 一般的 休戰이 戰爭終了를 구성한다고 보는 見解도 있다. L.Kotzsch, *The Concept of War in the Contemporary History and International Law*, Geneva: Libraire E. Droz, 1956, p.240.

그리하여 韓國과 中華人民共和國간에는 韓國戰이후 交戰關係가 계속 유지되어 왔다고 보는 것이 타당하다. 따라서 금번 韓中 關係正常化에서도 兩國간 交戰關係의 終了問題가 명시적으로 다루어지는 것이 바람직하였으나, 韓-中 修交 共同聲明에는 이에 관한 아무런 언급이 없다. 다만 第 1 項 外交關係의 樹立과 第 2項의 "항구적인 善隣友好協力關係를 발전시켜 나갈 것에 合意한다."는 규정에 비추어, 兩國은 상호간의 交戰關係를 默示的으로 종료시켰다고 볼 수 있다.[17]

3. 韓中間 領土問題

韓國과 中國간에는 間島地域 및 白頭山 龍王潭(天池)에 관한 領土紛爭이 존재한다. 間島地域에 관한 領有權問題는 1712년 白頭山定界碑가 세워진 후 1909년 淸日間 間島協約이 체결될 때까지 韓淸 兩國간에 분쟁상태에 놓여 있었다. 그후에는 日本의 植民支配, 南北分斷 및 中華人民共和國 政府와의 外交關係 不在로 현재까지 未決인 채로 남아 있다. 그리고 白頭山 龍王潭의 경우에는 白頭山定界碑의 規定對象에서 제외되어 韓中 兩國간에 國境劃定이 된 적이 없으므로, 國境劃定을 해야 한다.

韓中 關係正常化는 韓國 政府로 하여금 中華人民共和國 政府에 兩領土紛爭에 대한 請求를 필요로 한다. 國家承認 또는 政府承認이 반드시 확정된 領土를 전제로 하는 것이 아닌 만큼 中華人民共和國에 대한 承認이 間島地域에 대한 中國의 領有權을 인정하는 것은 아니다. 그러나, 領土

17) 日本 政府는 1952년 日華平和條約으로 日中간에 第2次 世界大戰이 종결되었다는 입장에서 1972년 日中 共同聲明에서는 '非正常的 狀態의 終了'라는 모호한 표현으로 中華人民共和國과의 戰爭終結問題를 처리하였다. 그러나, 中華人民共和國 政府는 1952년 日華平和條約이 無效이고 1972년 日中 共同聲明은 표현이 모호하다는 입장에서 戰爭終了時點을 1978년 中日 平和友好條約이 체결된 때로 본다. G. von Glahn, *Law among Nations*, 4th ed., New York: MacMillan Publishing Co., 1981, p.639.

紛爭에서 事實上 占有를 法的 領有로 전환하게 하는 默認에 의한 禁反言 또는 時效의 성립을 막기 위해서는 領有權을 주장하는 國家의 請求提起가 중요한 역할을 하기 때문에,[18] 外交關係가 수립된 시점에서 紛爭地域에 관한 領有權主張을 명시적으로 제기할 필요가 있다. 지금까지는 外交關係의 不在로 請求가 불가능하여 不請求에 따른 法的 效果가 귀속되지 않았으나, 關係正常化로 請求提起가 가능해진만큼 이를 게을리 할 경우 禁反言 또는 時效에 의한 領有權의 상실을 가져 올 수 있다. 또한 白頭山 龍王潭의 경우에도 아직 國境劃定이 이루어지지 않았으므로, 國境劃定의 必要性을 中華人民共和國 政府에 제기하여야 할 것이다.

다만 前記 領土紛爭對象地域은 中國과 北韓간의 接境地域인 관계로 韓國 政府가 직접 領有權을 주장할 수 있는지 與否가 문제된다. 韓國 政府가 正統政府로서 韓半島의 領土問題에 대한 代表權을 주장할 수 있으나, 현실적으로 南北韓 同時修交國인 中華人民共和國 政府가 이를 인정하지 않을 것이다. 그럼에도 불구하고 韓國 政府는 최소한 統一韓國이 韓中間 領土紛爭을 다룰 때까지 兩紛爭은 未決狀態에 있다는 意思表示를 해 둘 필요가 있다. 이러한 措置는 默認이나 時效의 진행을 막는다는 의미에서 뿐만 아니라, 北韓이 中華人民共和國과 체결한 것으로 알려진 國境條約의 效力問題와도 관련된다는 점에서 중요하다.[19] 최소한 장차 統一時 統一韓國이 間島地域 및 白頭山 龍王潭에 대한 領有權 主張을 제기할 것이라는 점을 명백히 유보해 놓아야 할 것이다.

日本 政府는 1972년 日中 國交正常化時에 尖閣列島(中國名은 釣魚島)에 관한 領有權紛爭을 中華人民共和國 政府와 직접 협상하지는 않았다. 그

18) 默認의 推定을 막기 위해서는 抗議와 反應을 필요로 하며, 時效의 경우에도 逆的 占有에 대한 적극적 抗議가 있어야만 時效의 成立에 필요한 時間의 經過를 배제할 수 있다.

19) 白頭山 一帶에 관한 中國-北韓간 國境交涉에 관하여는 下記 參照. 金 得榥, 白頭山과 北方疆界(1987), pp.28-31; 1982년 9월 30일자 中央日報 2面.

러나, 田中角榮 日本首相은 1972년 10월 1일 記者會見에서 자신이 日中會談에서 尖閣列島의 領有權問題를 확실히 하고 싶다는 意向을 中國側에 제기하였으나, 周恩來總理가 同會談에서 거론하는 것을 피하자고 제안하여 정면으로 擧論되지 않았음을 밝혔다.[20] 이러한 日本側의 對應은 日中國交正常化를 우선시키려는 政治的 判斷에 따른 것이나, 이미 다른 기회에 自國의 領有權을 분명히 하고 實效的 支配에 필요한 조치를 취하고 있다는 점에서 韓中間 領土紛爭의 경우와 성격을 달리 한다. 間島地域은 中國이 1909년 間島協約이후 사실상 占有를 계속해 왔고 白頭山 龍王潭의 경우에도 中國과 北韓간에 현실적으로 國境을 劃定·運用하고 있다는 점에서, 韓國 政府의 보다 적극적인 對應이 요청된다.

Ⅲ. 韓中關係正常化와 對臺灣 關係

1. 臺灣의 領土的 地位

臺灣[21]은 1895년 下關條約에 의하여 淸國으로 부터 일본에 割讓되어 일본의 植民統治를 받아 오다가, 1945년 일본의 無條件降伏과 동시에 發令된 聯合國 最高司令官 一般命令 第1號에 따라 中國 國民黨政府가 접수한 뒤에는 계속 中華民國이 統治하여 왔다. 당시 國民黨政府는 臺灣을 일본의 일부영역에 대한 戰時占領이 아닌 領土回復으로 보아 一省으로 編入하는

20) 高橋歷五郎, 尖閣列島ノート, 東京: 青年出版社, 1979, p.42.

21) 本稿에서 臺灣은 두 가지 槪念으로 사용하였다. 첫째는 地理的 槪念으로서 엄밀한 의미에서는 臺灣과 澎湖諸島이나 편의상 臺灣으로 통칭하였다. 둘째로는 韓國政府가 韓中關係正常化로 中華民國 政府에 대한 承認을 撤回한 이후의 中華民國을 지칭하는 用語로서, 領土的 槪念과 구별하기 위하여 臺灣當局으로 하였다.

조치를 취하였다.[22] 이러한 措置는 中華民國 政府의 국내적 조치이므로 國際法的 效力을 가지지 않는다.[23] 따라서 臺灣의 領土的 地位는 諸般 國際的 措置를 총괄적으로 검토하여 결정하여야 한다.

가. 對日平和條約以前 臺灣의 領土的 地位

臺灣을 戰後 日本의 영토로 부터 분리시켜 中華民國에 귀속시킨다는 聯合國의 方針은 1943년 11월 27일 美國, 英國 및 中國 3個國 首腦가 일본에 대한 聯合國의 방침을 정한 카이로宣言에서 처음으로 闡明되었다. 그후 1945년 7월 26일 美國, 英國 및 中國 3個國 首腦는 포츠담宣言 第8項(領土條項)에서 카이로宣言 諸條項의 履行을 확인하였다. 日本은 1945년 9월 2일 서명한 降伏文書에서 포츠담宣言을 수락하고, 同宣言의 성실한 이행을 약속하였다. 따라서 聯合國의 一方的 宣言인 카이로宣言과 포츠담宣言이 署名當事國간에 法的 拘束力을 가지며, 이를 日本이 受諾하므로써 臺灣을 중국에 귀속시키는 合意가 성립되었는지를 검토하여 보아야 한다.

上記 諸宣言의 拘束力과 관련 가장 중요한 當事國의 慣行은 상황에 따라 自國의 政策目標에 편리한 해석을 채택하여 일관성을 찾아 볼 수 없다.

美國은 終戰직후 카이로宣言과 포츠담宣言에 의하여 臺灣이 중국에 귀속되었다는 태도를 취하므로써 法的 拘束力을 인정하는 立場을 示唆하였다.[24] 그러나 韓國戰爭이후 冷戰이 격화됨에 따라, 中華人民共和國의 臺

22) 中華民國 政府는 1945년 9월 20일 臺灣省行政官公署組織條例를 통하여 臺灣에 省制의 실시를 공포하였으며 1945년 10월 25일 初代長官 陳儀가 접수하였다. 중국은 1945년 10월 25일을 기준으로 臺灣이 중국에 복귀한 것으로 보고 있다. 入江啓四郎, "臺灣の國際的地位", 世界 第112號(1955.4), p.91.

23) 高野雄一, "領土", 日本國際法學會刊, 平和條約の綜合研究, 東京: 有斐閣, 1952, 卷上, pp.84-85.

24) 애치슨 國務長官은 트루만大統領의 中國政策宣言(1950.1.5)과 관련, " 臺灣이 中國에 귀속되기 위하여 平和條約을 기다릴 필요는 없다. 어느 쪽의 中國이 승인이 되든 臺灣은 중국의 일부이다. 臺灣은 기술적으로 점령된 日本領土이므로 美國이 간섭할 수 있다는 주장은 法律家의 평계에 불과하다."라고 하였다. D.

灣 武力奪取企圖時 介入根據確保와 장차 '두 개의 中國' 주장가능성을 염두에 두고 臺灣의 영토적 지위를 未定이라 하여 法的 拘束力을 否認하는 입장으로 변화하였다.[25] 한편 中華人民共和國을 승인한 英國도 우방인 美國과 불편한 관계를 초래하지 않기 위하여,[26] 兩宣言의 法的 拘束力을 부인하는 입장으로 전환하였다.[27]

한편 中華民國과 中華人民共和國은 모두 兩宣言의 法的 拘束力을 근거로 臺灣이 中國의 영토라는 입장을 취하고 있다.[28] 兩宣言은 一國의 大統領과 首相等 국가를 대표하는 最高行政當局이 행한 국제적 합의로서 條約과 동일한 효력을 가지므로 美國, 英國, 蘇聯, 中國等 關係諸國을 구속한다고 본다.[29] 그리고 蘇聯의 경우에도 中華人民共和國의 입장을 존중하여

Acheson, "U.S. policy toward Formosa," *Department of State Bulletin*, Vol.22(1950), p.80.

25) J.A. Cohen, "Legal implications of recognition of the P.R.C.," *Proceedings of American Society of International Law*, 1978, p.241.

26) L.C. Green, "Representation versus membership: the Chinese precedents in the United Nations", *Canadian Yearbook of International Law*, Vol.10 (1972), p.123.

27) 1958년 11월 19일 英國外相은 議會에서, "포츠담 宣言에 의하여 확인된 카이로 宣言은 共同目標의 闡明에 불과하다. 同 2個 宣言은 中國을 대표하는 실체가 오직 하나였을 때 행하여졌다. 그후 중국에 內戰이 발생하여 누가 中國을 대표하는가에 관하여 의견이 엇갈리고 있다. 臺灣問題는 카이로 宣言과 포츠담 宣言에 의해서 해결될 수 없는 다수국가가 관련된 국제문제가 되었다."(强調筆者)라고 答辯하였다. E. Lauterpacht, "Contemporary practice of the United Kingdom on the field of international law——survey and comment, VII," *I.C.L.Q.*, Vol.8(1959), p.186.

28) 中華民國 政府 代辯人은 1959년 10월 16일 記者會見에서 兩宣言이 署名國을 법적으로 구속한다고 공식 선언하였다. Ministry of Foreign Affairs of the Republic of China, "News conference of October 16, 1959," p.1. 한편 周恩來 中華人民共和國 首相은 1950년 8월 24일자 유엔 事務總長앞 전문에서 "카이로 宣言과 포츠담 宣言은 美國政府가 준수하기로 약속한 구속력있는 國際協定이다"라고 하였다. U.N. Doc. S/1715.

29) 兩側은 下關條約의 無效를 근거로 日本降伏에 의한 臺灣의 자동적 中國回復主張도 병행하고 있다(中華民國政府 王 世杰 前外交部長의 主張參照). K. Zemanek, "Die völkerrechtliche Stellung Formosa," *Archiv des Völkerrechts*, Vol.5(1955), pp.309-310. 그러나 이러한 主張은 下關條約 無效의 근거가 박약

兩宣言의 법적 효력을 인정하고 일본의 降伏文書 受諾에 의하여 臺灣은 중국에 귀속되었다는 입장을 취하였다.[30]

결국 特定合意의 法的 拘束力 存否를 결정하는 것은 合意의 형식이 아니라 당사국의 意圖라는 점에서, 關聯當事國의 일관성이 결여된 慣行과 宣言文案의 불명확성은 카이로 宣言과 포츠담 宣言의 法的 拘束力에 관한 명확한 판단을 어렵게 한다. 다만 兩宣言의 대만에 관한 규정은 戰後處理過程에 있어서 中國이 다른 聯合國 當事國에게 臺灣에 관한 中國의 權原을 완성하는데 협력하도록 요청할 수 있도록 하는 未完成의 債權的 權利(jus ad rem)를 설정하는데 그쳤다고 보아야 한다.

한편 카이로 宣言과 포츠담 宣言이 법적 구속력을 가진다 하더라도, 聯合國이 日本領土에 관한 處分權을 가지고 있지 않다면 臺灣은 領有權移轉에 관한 별도의 措置가 행하여질 때까지 법적으로는 일본의 영토로서 계속 남아 있게 된다. 왜냐하면 國際法上 단순한 軍事占領만으로 領有權은 이전되지 않기 때문이다. 敗戰후 일본은 연합국의 軍事占領에 의하여 行爲能力의 一部에 제한이 부과되었으나 權利能力에 관하여는 아무런 제한이 부과되지 않았으므로, 舊日本領土에 관한 處分은 聯合國과 日本간에 체결되는 平和條約에 의하여 결정된다고 보아야 한다.[31]

하고 同條約이 處分的 性格임에 비추어 타당성이 의문시된다. F.P. Morello, *International Legal Status of Formosa*, The Hague: Martinus Nijhoff, 1966, p.89; Lung-chu Chen and W.M. Leisman, "Who owns Taiwan: a search for international title", Yale Law Journal, Vol.81 (1972), p.632; 高野雄一, op.cit., p.92; 黃昭堂·彭明敏, *臺灣の法的地位*, 東京: 東京大學出版會, 1976, pp.95-115.

30) 蘇聯 政府가 對日平和條約과 관련 Dulles 美國代表에 보낸 1950년 11월 20일자 備忘錄 第 2項 參照. M.M. Whiteman, Digest of International Law, Vol.3(1964), p.509.

31) 이 점이 征服(debellatio)의 可能性이 거론되던 獨逸과의 차이점이다. 聯合國은 전후 초기에 독일이 征服에 의하여 완전히 소멸되어 연합국간의 共同領有(condominium)가 되었다고 보았으나, 舊獨逸債務, 戰爭賠償, 戰犯裁判등 國家承繼에 따른 복잡한 문제의 대두에 따라 國家와 政府를 구별하여 舊獨逸은 존재하되 聯合國이 政府를 대리한다는 입장으로 후퇴하였다. D.P. O'Connell, *International Law*, 2nd ed., Vol.I, 1970, pp.441-2. 獨逸에 대한 聯合國의 통치

일본의 降伏文書와 포츠담 宣言의 諸規定에 의하면 聯合國의 일본에 대한 統治는 軍事占領을 전제로 하였으며, 舊日本領土에 관한 處分은 일본과 체결될 平和條約에 의하여 최종적으로 해결된다는 입장이었다. 이러한 사실은 오끼나와에 관한 일본의 殘存主權이 인정되었고, 1947년 6월 19일 極東委員會가 작성한 戰後對日基本政策에서 日本主權의 4大 島嶼로의 제한이 이미 이루어진 事實이 아니라 궁극적인 目標라고 규정하고 있는 사실에 의해서도 뒷받침된다.[32] 따라서 臺灣의 領土的 地位는 일본과 연합국간에 체결되는 平和條約에 의하여 결정된다.

그러나 1951년 샌프란시스코 對日平和條約은 臺灣의 영토적 지위와 관련 第2條 b項에서 日本의 臺灣에 대한 權原을 抛棄한다고 규정하였으나, 臺灣의 歸屬國에 관하여는 침묵하였다. 한편 1952년 日本-中華民國 平和條約도 臺灣의 영토적 지위와 관련 第2條에서 샌프란시스코條約 第2條를 단순히 승인하는데 그쳤다. 中華民國은 臺灣에 대한 領有權뿐만아니라 中國本土에 대한 代表權까지 확보하려 하였지만, 장차 中華人民共和國과의 관계를 염두에 두고 限定講和를 주장한 日本의 반대로 달성되지 못 하였다.[33] 前記 2個 條約上 臺灣의 歸屬이 결정되지 않은 상황에서, 臺灣에 대한 領土主權은 그 歸屬이 명확히 결정될 때까지 잠정적으로 日本의 舊領土에 대한 처리를 담당하였던 샌프란시스코條約 署名國의 共同領有로 있거나 또는 日本이 領有權을 포기한 이상 無主地의 상태에 들어 가는 2개의 可能性을 상정할 수 있다.

前者에 근거한 共同領有說에 따르면 臺灣은 샌프란시스코條約의 발효와 함께 同條約署名國이 별도의 결정을 하지 않는한 잠정적으로 條約署名國

는 軍事占領과 征服의 중간적 형태이다. Q. Wright, "The status of Germany and the peace proclamation," *A.J.I.L.*, Vol.46(1952), pp.299-308.

32) D.P. O'Connell, "The status of Formosa and the Chinese recognition problem," *A.J.I.L.*, Vol.50(1956), pp.408-409.

33) 植田捷雄, 『日華條約の解釋と批評』 ジュリスト, Vol.11(1952.6.1), p.10, 13.

의 共同領有에 속하게 된다. 그리고 대만에 대한 中華民國의 통치는 同政府를 中國政府 또는 臺灣을 지배하고 있는 政府로서 승인한 샌프란시스코條約署名國에 대신하여 권한을 행사하고 있는 것이 된다. 따라서 臺灣의 장래의 지위는 前記國家들이 유엔의 틀밖에서 集團的으로 결정하거나 유엔의 同意하에 共同領有를 유엔에 移管할 수 있다고 본다.[34] 그러나 同說은 軍事占領을 한 샌프란시스코條約 署名國이 日本領土에 관한 處分權을 가지고 있다고 볼 수 없고, 실제로 條約署名國이 臺灣에 대한 共同領有의 意思를 가지고 그 행사를 中華民國 政府에 위임하였는가는 의문이라는 점에서 정책적 목적을 위한 法的 擬制라는 批判을 면하기 어렵다.

따라서 臺灣은 샌프란시스코條約에 의하여 日本이 領有權을 포기하여 일단 無主地로 된 뒤, 中華民國의 실효적 지배에 의하여 中國領土가 되었다는 것이 國際法上 더 자연스러운 결론으로 생각된다.[35] 다만 이 경우 領土歸屬의 주체는 中華民國 政府가 아니라 中華民國 政府가 대표하는 中國이 된다.

한편 美國, 英國, 濠洲, 카나다, 日本등 主要國의 慣行은 단순히 臺灣의 영토적 지위가 未定이라는 입장에 머물고 있으며,[36] 前記 可能性가운데 어느 것이 타당한지에 관하여는 명확한 입장을 취하고 있지 않다. 이는 臺灣의 法的地位未定論이 명확한 法理的 根據에 입각한 것이라기 보다는, 中

34) Schwarzenberger의 1955년 2월 2일자 The Times紙 寄稿文 參照. G. Schwarzenberger, *International Law and Order*, London: Stevens & Sons, 1971, pp.272-273.

35) D.P. O'Connell, op.cit.(supra note 32), pp.413-414; F.P. Morello, op. cit., pp. 93-97; L.C. Green, op.cit.(supra note 26), pp.118-119; G. Caty, op.cit., p.30; A. Dean, "International law and current problems in the Far East," *Proceedings of American Society of International Law*, 1955, pp.95-96.

36) 美國 政府는 中華民國과의 相互防衛條約 체결이 臺灣에 대한 영토적 지위의 변경을 의미하는 것을 피하기 위하여 '統治(control)'라는 用語를 사용하였으며, 上院은 同條約의 批准審議時 同條約이 적용영토의 법적 지위 또는 주권에 영향을 미치지 않는다는 점을 諒解事項으로 附帶記錄하였다. D.P. O'Connell, op. cit.(supra note 32), p.410.

華人民共和國으로부터 대만의 안전을 확보하려는 政策的 考慮에 따른 것이라는 사실에 기인한다. 다만 無主地說의 경우 臺灣의 지위를 未定으로 하려는 諸國의 당초 意圖에 反하는 만큼, 논리적으로는 共同領有說이 法的 地位未定論의 延長線상에 있다고 보아야 할 것이다.

나. 諸國의 對中關係正常化와 臺灣의 領土的 地位

中華人民共和國은 1970년대에 유엔에서의 代表權 획득을 계기로 활발해진 未修交國과의 외교관계수립과정에서 臺灣의 中國領에 대한 국제적 승인을 확보할 목적으로 修交 合意文書에 所謂 '臺灣條項'의 삽입을 꾀하였다. 그러나, 臺灣條項은 關聯國이 臺灣을 실질적으로 지배하고 있는 臺灣當局과의 관계를 유지하려는 정도에 따라 다양한 형태로 변형되어 수용되었다.[37]

臺灣에 관한 中華人民共和國의 입장을 수락한 정도를 기준으로 臺灣條項을 類型化하면 i) '承認' 類型(보츠와나, 기니비소, 니제르, 몰디브, 보츠와나, 요르단, 포르투갈), ii) '理解·尊重' 類型(일본, 필리핀), iii) '尊重' 類型(화란), iv) '認知' 類型(뉴질랜드, 말레이지아, 美國, 西사모아, 스페인, 英國, 泰國, 피지, 濠洲), v) '留意' 類型(그리스, 레바논, 베네주엘라, 벨기에, 말타, 브라질, 아이슬랜드, 알젠틴, 에쿠아도르, 이태리, 칠레, 카나다, 페루), vi) 無言及 類型(西獨, 오스트리아, 터키등 일부 유럽국가와 상당수의 아시아·아프리카·中美 國家)으로 구분된다. 이는 크게 承認型(第1類型), 折衷型(第2類型부터 第5類型) 및 未承認型(第6類型)으로 구분할 수 있다. 留意, 認知, 尊重 및 理解·尊重은 순서에 따라 점차로 受諾의 정도가 강하여지고 있으나, 분명히 承認에는 이르지 않는다는 점에서 관련

37) Lyushun Shen, "The Taiwan issue in Peking's foreign relations in the 1970s: a systematic review," *Chinese Yearbook of International Law and Affairs*, Vol.1 (1981), pp.77-78.

된 意思表示를 한 당사국에 대한 法的 拘束力은 제한적으로 보아야 한다. 美國 政府는 臺灣問題와 관련 1972년 上海 共同聲明와 1978년 外交關係 樹立 共同聲明사이에 미묘한 立場의 轉換을 보이고 있다. 1972년 共同聲明은 臺灣條項의 대상과 관련 中華民國이나 中華人民共和國의 國家的 次元이 아닌 中國人이라는 民族的 次元으로 하고, 受諾의 정도와 관련 '承認'이 아닌 '認知'로 하여 臺灣의 영토적 지위에 관한 입장표명에 상당한 留保를 하였다. 한편 1978년 共同聲明은 中華人民共和國을 중국의 유일한 正統政府로 승인하면서 臺灣이 중국의 일부라는 中國側 立場을 認知하는 것으로 하여, 上海 共同聲明보다 좀더 명확한 입장을 표명하였다. 특히 中國語本은 上海 共同聲明에서 사용된 '認識'대신에 명확한 受諾의 의미를 내포하는 '承認'을 사용하므로써, 中國側에 의하여 美國이 中國의 입장을 수락하였다고 해석하는데 원용되고 있다.[38] 그러나 美國 政府는 同 共同聲明의 解釋은 英語本에 의거한다고 밝혔고,[39] 中華人民共和國 政府는 中國語本에 의존하고 있다는 점에서,[40] 同 共同聲明의 臺灣條項은 兩國의 國內的 目的을 위하여 강구된 一種의 '異見에 관한 合意(agreement to disagree)'에 불과하므로, 美國 政府가 臺灣의 中國歸屬을 승인하였다고 보기는 어렵다.

이러한 사실은 日本 政府의 對中 關係正常化에서도 동일하게 확인된다. 日本 政府는 1972년 日中 共同聲明의 臺灣條項에서 美國 政府보다 더 中華人民共和國의 입장을 지지하는 형태를 취하였다. 그러나, 同條項은 "포츠담 宣言 第 8項에 근거한 입장을 堅持한다"는 後段 但書를 통하여 臺灣의 中國歸屬을 명확히 인정하는 것을 유보하고 있다.[41] 또한 카나다

38) V.H. Li, *De-Recognizing Taiwan: The Legal Problems*, Washington D.C.: Carnegie Endowment for International Peace, 1977, p.18.
39) Senate Report, No.7, 96th Congress(1979), 1st Session, p.9.
40) 1978년 12월 22일자 中華人民共和國 政府聲明 參照. 同日字 Peking Review紙 8-9面.

政府도 카나다-中華人民共和國 修交 共同聲明과 관련 外務長官의 議會答辯을 통하여 臺灣의 領土的 地位가 未定이라는 종래의 입장에 아무런 변화가 없음을 강조하였다.[42]

이러한 美國, 日本, 카나다 政府의 입장은 장차 臺灣當局을 國際法人格을 갖춘 事實上의 實體로 대우할 가능성을 염두에 두고, 臺灣當局이 실질적으로 지배하고 있는 臺灣에 대한 中華人民共和國의 완전한 領土主權을 배제하는데 臺灣의 領土的 地位未定을 援用하고자 하는 것이다.

그러므로 對中 關係正常化時에 臺灣條項을 삽입하였더라도 承認型이 아닌 折衷型 내지는 未承認型을 채택한 국가의 경우, 이로 인하여 臺灣의 영토적 지위에 관한 기존입장에는 아무런 변화가 없었다고 보아야 한다. 다만 留意, 認知, 尊重등의 諸行爲가 일종의 默認을 구성하여 추후 各國의 諸般行爲와 결합하므로써, 당해국에게 禁反言의 義務를 발생시킬 여지를 배제할 수 없다.[43]

생각컨대 臺灣에 실효적 지배를 행사하고 있는 國際法主體는 中華民國 외에는 존재하지 않으므로, 臺灣은 中華民國(중국과 별개의 실체로 볼 경우) 또는 中國(하나의 중국을 인정할 경우)의 영토라고 봄이 타당하다. 그럼에도 불구하고 國際社會의 分權的 構造로 인하여 臺灣의 영토적 지위를 판정할 權限을 가진 國際機關이 존재하지 않는 것도 현실인 한, 臺灣의

41) 日中共同聲明 臺灣條項의 해석에 관하여는 日本 外務省 條約課長 解說資料 參照. 時事通信社 政治部編, 日中復交, 時事通信社, 1972, p.217.

42) L.C. Green, op.cit.(supra note 26), p.128.

43) Ko Swan Sik교수는 화란의 對臺灣 潛水艦 販賣事件과 관련, 1981년 화란 外相이 議會答辯에서 1972년 화란-中華人民共和國 修交 共同聲明은 中華人民共和國의 臺灣에 관한 입장을 承認한 것이라고 明言한 이상, 화란 政府로서는 이에 反하는 행위를 할 수 없는 禁反言의 義務를 부담한다고 보았다. Ko Swan Sik, "Multi-system nations and international law, with special reference to Dutch practice," H. Chiu ed., *Multi-system Nations and International Law: The International Status of Germany, Korea and China*, Maryland: Contemporary Asian Studies Inc., p.108.

영토적 지위를 未定으로 하는 法的 擬制는 계속 事實上의 效力을 가진다는 사실도 부인하기 어렵다. 따라서 臺灣의 영토적 지위 문제는 國際法上 일종의 空白地帶에 해당되며, 사실상 政策이 法을 선도하는 畸形을 연출하고 있는 셈이다.

韓國 政府는 韓-中 修交 共同聲明 第 3項에서 "오직 하나의 中國만이 있고 臺灣은 中國의 일부분이라는 中國의 立場을 존중한다"라고 하여, 화란 政府가 채택한 類型과 동일한 折衷型 臺灣條項을 채택하였다. 따라서 韓國 政府가 臺灣의 영토적 지위를 中國의 領土로 보는지 아니면 歸屬未定으로 보는지는 共同聲明의 文案만으로는 명확하지 않다. 앞으로 韓國 政府의 立場表明이나 關聯行爲를 통한 類推에 의하여 판단하는 수밖에 없다.

2. 中華民國의 國際法的 地位

中華民國의 國際法的 地位는 國共內戰의 결과로 共産黨의 中華人民共和國이 본토를 장악하고 國民黨의 中華民國이 臺灣으로 도피한 事實에 대한 法的 判斷의 문제이다. 中華民國은 國家成立의 基本要件인 일정한 人口, 일정한 領土, 실효적이고 영속적인 政府 및 國際法 遵守의 意思와 能力을 갖추고 있으므로 新國으로 承認받을 충분한 여건을 가지고 있다. 그러나, 中華民國 政府는 '하나의 中國' 政策에 따라 중국과 별개의 國家로서의 國際法人格을 否認하고, 중국을 대표하는 正統政府임을 표방하여 왔다.[44] 이와 같이 中華民國이 중국과 별개의 國家로서의 자격을 스스로 否認하

44) '하나의 中國' 政策은 表面上 大陸政權에 대한 正統性 競爭과 本土回復이라는 大義名分에 근거한 것이지만, 裏面에는 두 개의 中國을 주장할 경우 中華人民共和國에 의한 武力干涉의 위험이 있고 本土人과 臺灣族간의 內部分裂을 조장할 우려가 있다는 사실에 기인한다. R.N. Clough, "Taiwan's international status," *Chinese Yearbook of International Law and Affairs*, Vol.1(1981), pp.18-19.

는 상황에서, 國際法上 中華民國이 中華人民共和國과 별도의 새로운 國家로 성립되었다고 보는 것은 불가능하다.[45]

따라서 中華民國은 하나의 國家인 中國내에 존재하는 事實上의 地方的 政府(local *de facto* government)이거나 아니면 國共內戰의 延長線에서 交戰團體로서의 지위를 가진다고 보아야 한다. 그러나, 실질적인 무력충돌이 종료된 후 40여년이 경과하였고 그동안 中華民國 政府는 臺灣을 統治하여 왔다는 점에서, 中華民國을 단순히 內戰期間中에 일시적으로 부여되는 交戰團體로 보는 것은 곤란하다. 中華民國은 法律上의 一般的 政府(general *de jure* government)인 中華人民共和國에 대하여 事實上의 地方政府로서의 지위를 가진다고 보는 것이 가장 客觀的 妥當性을 지닌다.[46]

그러나 中華民國의 國際法主體性을 事實上의 地方政府로 範疇化하는 데에는 다음과 같은 어려움이 따른다. 첫째, 中華人民共和國의 中華民國 孤立化政策에도 불구하고 中華民國과 외교관계를 맺고 있는 20여개 國家에게 있어서는 이러한 範疇化가 불가능하다.[47] 이 경우 中華人民共和國과 中華民國의 입장이 바뀌어 中華民國이 法律上의 一般的 政府가 된다. 둘째, 中華人民共和國과 외교관계를 맺고 있으면서도 中華民國과 公式關係를 유지하고 있는 10여개 國家도 事實上 中華民國의 國家資格을 인정한 것으로 볼 수 있다.

이러한 문제들은 기본적으로 中國이 分斷國인 관계로 파생된다. 分斷國은 外形, 成立時期 및 成立背景上의 類似點에도 불구하고, 全體國家의

---

45) 高野雄一,"日中關係と國際法", ジュリスト, Vol.481(1971.6.15), p.96. 한편 Crawford교수는 中華民國이 실효적인 分離를 하는 것이 排除되는 것은 아니지만, 1949년 이래의 행위에 의하여 臺灣에 대한 별도의 主權을 주장할 수 없는 禁反言의 義務를 진다고 주장하고 있다. J. Crawford, *The Creation of States in International Law*, London: Oxford University Press, 1979, p.151.

46) L. Henkin et al.,International Law, St.Paul: West Publishing Co., 1980, p.208.

47) 中華民國은 1991년말 현재 亞太地域 4개국, 中南美地域 16개국, 아프리카地域 7개국, 유럽地域 1개국 등 총 28개국과 外交關係를 맺고 있다.

存否, 兩實體의 國家資格에 관한 態度 및 統一을 향한 經過措置 등에서 各各 相異하므로 一般化에는 일정한 限界가 있다.[48] 그러나 同 槪念이 第 2次 世界大戰이후 東西冷戰의 결과로 생겨난 韓國, 中國 및 統一이전의 獨逸과 베트남의 國際法的 地位를 분석하는 틀로서의 效用을 지니고 있음에는 틀림없다. 分斷國의 兩實體의 法的 地位는 理論上 크게 i) 分斷國의 兩實體가 각각 두 개의 서로 다른 國家로 分裂되었다고 보는 경우, ii) 分斷國의 一方實體는 그대로 과거의 國家와 同一性을 유지한 채, 他方實體가 이로부터 分離하여 새로운 國家를 형성하였다고 보는 경우, iii) 國家는 그대로 존재한 채 두 개의 政府가 각각 法律上 政體와 地方的 事實上 政府로 分割되어 統治되고 있다고 보는 경우로 나눌 수 있다. i)과 ii)는 2個 國家說이며, iii)은 1個 國家 2個 政府說이다.

이가운데 어느 것이 中華人民共和國과 中華民國간의 관계에 적용되는가를 결정하는데 있어서의 어려움은 國際法上 國家의 成立與否를 판단하는 수단인 國家承認制度가 承認國과 被承認國간의 兩者的 關係에서 이루어지는 法律行爲로서 第三者的 效力이 없기 때문에, 하나의 事實에 대하여 多重的인 法的 評價를 가져 온다는 사실이다. 특히 承認行爲의 相對的 效力은 承認行爲의 法的 性格과 관련 宣言的 效果說과 創設的 效果說의 대립을 가져 와 分斷國實體의 國家資格의 판단에 직접적인 어려움을 가져 온다.

宣言的 效果說에 따르면 分斷國의 兩實體는 第三國의 承認與否에 관계없이 國家로서의 成立要件을 갖추면 國家資格을 획득한 것으로 간주된다. 이 경우 分斷國의 兩實體는 分斷狀態의 지속에 의하여 實效性面에서 國家로서의 要件을 事實上 갖추게 되므로, 別個의 國家로 성립된 것으로 看做

48) Crawford교수는 分斷國을 一般國際法이 적용되지 않는 特殊槪念으로 보는데에 반대하고 있다. J. Crawford, op.cit., p.273. 또한 Waldock敎授는 條約의 國家承繼에 관한 國際法委員會 法典化作業에서 分斷國의 個別的 狀況이 각각 특수하므로 一般化가 어려움을 指摘하였다. Yearbook of I.L.C., 1972, Vol.II, p.43.

된다. 반면에 創設的 效果說은 分斷國의 各構成體의 國家資格을 第三國의 承認與否에 의존하여 판단한다. 따라서 分斷國은 同時修交國의 입장에서는 두 개의 國家가 되며, 어느 一方의 單獨修交國의 입장에서는 한 개의 國家에 法律上 政府와 地方的 事實上 政府가 존재하는 것이 된다. 그러나 宣言的 效果說은 國家의 權利能力과 基本的 權利에 관하여 타당한 반면, 創設的 效果說은 國家의 行爲能力과 國家간의 具體的 權利關係에 관하여 타당하다는 점에서, 어느 一說에 의한 國家資格의 決定은 곤란하다.

이에 따라 대부분의 國際法 學者들은 中華民國의 法的 地位를 '國際法上의 특수한(*sui generis*) 實體',[49] '독립된 實體',[50] '國際法人格을 가지는 事實上의 實體',[51] '非國家的 領土實體'[52]等으로 표현하여 中華民國이 國家 또는 政府인지 與否에 관하여 불분명한 입장을 취하고 있다. 결국 分斷國의 法的 地位는 分斷國의 兩實體와 第三國간의 관계에서 개별적으로 결정되며, 當事國의 裁量에 의하게 된다. 分斷國의 法的 地位는 關聯當事者 三者간에 결정된 政治的 決定을 法的으로 公式化한데 불과하며, 그 범위내에서 具體的 妥當性을 지닌다.[53]

따라서 韓國의 입장에서 본 中華民國의 法的 地位는 韓國과 中華人民共和國, 中華民國의 三者에 의하여 결정된다. 韓-中 修交 共同聲明에 의하

49) I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford: Oxford University Press, 3rd ed., pp.68-69.

50) G. von Glahn, op.cit., p.68.

51) V.H. Li, *The Future of Taiwan: A Difference of Opinion*, White Plains: M.E.Sharpe Inc., 1980, p.16.

52) M.N. Shaw, International Law, 2nd ed., Cambridge: Grotius Publications, 1986, pp.148-149.

53) Ko Swan Sik교수는 分斷國의 法的 地位는 1개의 國家내에 사실상의 領土主權을 행사하는 2개의 適法政府가 존재하는 것으로 보는 것이 理論的으로 가장 타당하지만 그 實行可能性은 政治的 영역에 속한다 점에서, 法的 代案은 政治的 代案의 法的 公式化에 불과하다고 보았다. Ko Swan Sik, "The Dutch-Taiwanese submarine deal: legal aspects," *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol.13(1982), pp.140-141.

면 韓國은 中華人民共和國 政府를 中國의 유일한 合法政府로 承認하고 오직 하나의 中國만이 있다는 中國의 입장을 존중한다고 하므로써, 中華民國의 國家資格을 부정하였다. 그러므로 臺灣當局은 韓國과의 관계에서 事實上의 地方的 政府로서의 지위를 가진다고 보는 것이 타당하나, 구체적 法的 地位는 금후 韓國과 臺灣當局간의 非公式關係가 어떻게 설정되느냐에 따라 결정될 것이다.

3. 承認撤回후의 韓-臺灣 關係

韓中 關係正常化로 承認이 撤回되는 臺灣當局은 더 이상 中國을 대표할 權能이 인정되지 않으므로, 韓國과의 公式關係는 韓中 關係正常化의 效力發生時點인 1992년 8월 24일자로 斷絶되었다. 그러나, 承認의 撤回에도 불구하고 臺灣當局이 臺灣에 대한 실질적인 지배를 행사하고 있는 事實上의 實體라는 점에서, 韓-臺灣간의 사실상의 關係까지 동결하는 것은 현실적으로 불가능하다. 그리고 中華人民共和國 政府는 중국을 대표하는 唯一合法政府임에도 불구하고 臺灣에 관한 실질적 지배를 행사하지 못 하고 있으므로, 韓國이 臺灣과 事實上의 關係를 유지한다고 하여 中國에 대한 內政干涉을 구성하는 것은 아니다.

國際法上 未承認實體와의 關係設定에 어떠한 제약이 있는 것은 아니다. 各國은 特定國 또는 特定政府에 대한 승인을 거부하면서 실질적으로 未承認實體와 外交交涉을 행하거나 條約을 체결하거나 公式關係에 準하는 관계를 설정할 수 있다. 美國政府는 1949년 이래 中華人民共和國 政府와 광범위한 교섭을 행하였으며, 1972년 上海 共同聲明이후 1979년 國交正常化까지 連絡代表部를 交換設置하였다. 그리고 英國 政府도 中華人民共和國의 承認이후에도 승인이 철회된 臺灣當局과 領事關係를 유지하였다. 또한 韓國과 中華人民共和國간에도 1990년이후 關係正常化이전까지 貿易

事務所를 交換設置하였다.

그러나, 臺灣當局의 경우 통상의 未承認實體와 다른 內在的 制約要素가 있다. 臺灣當局은 分斷國내의 代表權을 상실한 事實上의 政府라는 점에서 대립하는 실체의 존재를 전제로 하지 않는 未承認의 國家나 政府와는 다르다. 中華人民共和國을 唯一合法政府로 승인한 國家는 臺灣當局을 國家나 合法政府로 인정하는 행위를 하지 않을 義務를 부담한다. 中華人民共和國 政府는 하나의 中國政策에 저촉되는 第三國과 臺灣當局간의 關係를 용인하려 하지 않고 이러한 움직임에 대해서는 關聯國과의 關係斷絶을 통하여 저지하고 있다.[54] 물론 中華人民共和國은 하나의 中國政策을 엄격하게 적용하지 않고, 政治的 必要에 따라 어느 정도 탄력적으로 대응하고 있다.[55]

따라서 中華民國과 第三國간의 관계는 前述한 內在的 制約을 제외하고는 國際法的 側面보다는 中華民國-中華人民共和國-第三國간의 國際政治的 力學關係에 의하여 결정된다. 실제로 다양한 類型의 中華民國-第三國 關係가 존재하는 것도 이러한 이유에서이다. 韓-臺灣關係도 기본적으로 兩者간 교섭에 의하여 내용이 정하여지겠지만, 韓-中華人民共和國 關係가 중요한 고려요소임에 틀림없다. 韓-臺灣關係는 장차 교섭에 의하여 결정될 것이므로, 本稿에서는 臺灣當局이 主要第三國과 설정한 關係를 검토하기로 한다.

美國은 中華民國과의 깊은 經濟, 文化的 紐帶뿐만 아니라 中華民國의 防衛를 직접 책임져 왔다는 점에서 다른 어느 國家보다도 中華民國에 대한 깊은 이해를 가지고 있다. 그리하여 美國은 1979년 對中 國交正常化 共

54) 中華人民共和國 政府는 1980년대말 自國과의 修交國으로서 中華民國과 外交關係를 樹立하거나 再開한 그레나다, 라이베리아, 벨리즈, 레소토 4個國에 대하여 外交關係를 停止하는 報復措置를 취하였다.

55) 中華人民共和國 政府에 의한 하나의 中國政策의 탄력적 운용에 관하여는 前揭論文 參照. R.N. Clough, op.cit., pp.19-22.

同聲明에서 臺灣과의 通商, 文化 및 公式的 政府代表機能이 배제된 非公式關係를 유지할 것임을 明記하였다. 특히 美國은 臺灣當局의 지위가 合法政府로부터 事實上 實體로 변화하는데 따라 상실하게 되는 美國內法上의 權能을 보존하기 위하여, 1979년 臺灣關係法을 제정하여 美國內法上 臺灣에게 사실상 國家에 상응하는 대우를 부여하고 있다.[56]

臺灣關係法에 따르면 臺灣은 美國內法의 적용에 있어서 國家로 간주되고, 外交斷絶로 인하여 기존의 美國內法上 權利義務 및 財産所有權에 아무런 영향이 없으며, 美國內法廷에 出訴權이 있으며, 기존의 條約은 美國內法에 따라 終了되지 않는 한 계속 효력을 가진다. 그리고 美國과 臺灣은 각각 在臺灣美國協會와 北美事務調整委員會라는 民間機關을 설치하여 事實上 外交公館에 준하는 역할을 부여하고 있다.[57] 이러한 美國方式은 일반적으로 '日本方式(Japan formula)'이라고 불리는 日本-臺灣 關係를 기본으로 對臺灣關係를 보다 강화한 것이다. 中華人民共和國은 美國에 대하여 日本方式을 채택할 것을 요구하였으나, 美國 政府는 臺灣에 대한 政治的, 軍事的 利益을 최대한 보장하기 위하여 國內立法을 통하여 事實上

---

56) 美國 上院 外交委員會는 臺灣關係法 제정에 있어서 美國內法의 목적상 行政府는 臺灣을 國家인 것처럼 대우할 權限이 있고 실제로 同法案이 그렇게 규정하고 있음을 밝혔다. Senate Report, No.7, 96th Congress(1979), 1st session, p.17. 臺灣關係法이 승인이 철회된 臺灣을 사실상 立法的으로 再承認(re-recognition)하는 조치에 해당한다고 보는 견해도 있다. C.I. Gable, "Taiwan Relations Act: legislative re-recognition," *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol.12(1979), p.512. 中華人民共和國은 臺灣關係法이 臺灣當局을 새로이 승인하는 조치에 해당되어 1979년 美中修交 共同聲明 및 一般國際法에 反한다는 입장이다. Zhang Hongzeng, "U.S. Taiwan Relations Act viewed against international law," Chinese Society of International Law, *Selected Articles from Chinese Yearbook of International Law*, Beijing: China Translation & Publishing Corporation, 1983, pp.200-201.

57) 兩機關에는 政府所屬職員이 파견되고 經費는 政府豫算에 의해 충당되며, 兩機關 및 그 職員에게는 유엔機關에 準하는 特權免除가 부여된다. 臺灣關係法 第 6節-第11節 및 1980년 在臺灣協會-北美事務調整委員會간 特權免除에 관한 協定 參照.

國家로서의 대우를 부여한 것이다.[58]

日本方式은 日本政府가 1972년 對中 關係正常化이후 臺灣에 대하여 非公式民間關係를 유지하는 방안으로 채택되었으며,[59] 대부분의 國家는 이를 약간 변형한 형태의 對臺灣關係를 설정하고 있다.[60] 美國方式은 國內立法에 의하여 臺灣의 事實上의 國家로서의 지위를 명시하고 기존의 관계를 거의 그대로 유지하고 있는데 반하여, 日本方式은 순수한 民間實務次元에서 兩者關係를 규정하고 臺灣當局의 日國內法上 地位에 대해서도 국제법상 일반적으로 인정되는 未承認實體의 權利義務를 默示的,制限的으로 인정하였다. 이러한 接近方式의 차이는 1972년 日中共同聲明이 臺灣과의 非公式關係의 유지를 명기한 1978년 美中 共同聲明과 달리, 臺灣問題에 관하여 아무런 言及을 하지 않은 사실에서도 찾아 볼 수 있다.[61]

한편 中華人民共和國과 外交關係를 가지는 第三世界 開發途上國가운데

---

58) 美國 政府는 對臺灣關係의 處理方式으로서, i) 非公式關係를 유지하는 日本方式, ii) 1個國 2政府로 兩側과 公式關係를 유지하는 獨逸方式, iii) 臺灣을 中國과 별개의 獨立國家로 하여 兩側과 公式關係를 유지하는 臺灣獨立方式, iv) 하나의 中國을 인정하되 현재가 아닌 將來의 일로 하여 臺灣에 대한 安保義務 및 領事關係나 連絡代表部關係를 유지하는 條件附 一中國方式(one China, but not now formula), v) 中華民國과 外交關係를 유지하고 中華人民共和國과는 連絡代表部 관계를 유지하는 現狀維持方式등 5個 方案을 검토하였으나, 최종적으로는 日本方式과 條件附 一中國方式의 中間形態로 타결되었다. J.J. Chang, *United States-China Normalization: An Evaluation of Foreign Policy Decision Making*, Denver: University of Denver, 1986, pp.57-61.

59) 日本과 臺灣은 각각 民間機關인 交流協會와 亞東關係協會를 교환설치하여 兩者關係를 처리하고 있다. 兩機關은 兩國 政府의 지원(職員派遣과 基金提供)에 의해 운영되며, 일부 特權免除가 인정되고 있다.

60) 臺灣과 外交關係가 없는 第三國이 臺灣에 교환설치한 유사기관으로 英國-臺灣貿易委員會, 아시아交流센타(필리핀), 在臺北인도네시아商工會議所, 벨기에貿易協會, 佛亞貿易振興協會, 在臺灣그리스輸出機構, 요르단商務事務所, 화란貿易振興委員會, 싱가폴貿易代表事務所, 오스트리아貿易代表事務所, 泰國國際航空事務所, 세르반테스센타(스페인), 獨逸文化센타 等이 있다.

61) 高野雄一敎授는 兩者의 차이를 日本이 美國과 달리 敗戰國이기 때문이라고 보고 있으나, 美日간의 國際政治的 力學關係의 차이에서 비롯된다고 생각된다. 高野雄一, "日中平和友好條約のあとさき", 日本國際法外交雜誌, Vol.78(1979), p.148.

일부는 中華民國이라는 正式國號를 사용하는 使節이나 代表를 中華民國과 교환하므로써, 公式關係를 유지하는 경우가 있다.[62] 이러한 使節이나 代表는 통상 國家承認이 이루어진 國家간의 外交關係에는 못 미치지만 正式國號를 사용하는 公式機關이라는 점에서, 하나의 中國政策으로 부터 逸脫한 事例라고 보아야 한다. 이러한 方式이 中華人民共和國에 의하여 容認되는 것은 第三世界 開發途上國의 경우 美國, 日本, 유럽, 東南亞 等과 달리 中華人民共和國에 대하여 政治的, 經濟的, 戰略的 利害가 거의 없기 때문에, 中華人民共和國이 하나의 中國政策을 완전하게 집행할 충분한 지렛대를 가지고 있지 못 한데 기인한다.

Ⅳ. 韓中 關係正常化와 承繼問題

1. 一般原則

韓國 政府는 對中 關係正常化를 통하여 中國의 유일 合法政府로서 기존의 中華民國대신에 中華人民共和國 政府를 승인하였다. 이와 같은 中華民國 政府로 부터 中華人民共和國 政府로의 政府承認의 변경은 舊政府인 臺灣當局이 事實上 계속 존재하기 때문에 통상의 새로운 政府의 承認과 달리 복잡한 法律問題를 제기한다. 그리하여 對中 關係正常化에 있어서는 中華民國에 대한 承認의 撤回(de-recognition)가 개재되며, 中華民國 政府와 中華人民共和國 政府간 權利義務의 承繼에 직접적 영향을 미친다.

62) 바레인, 에쿠아도르, 피지, 쿠웨이트, 리비아, 모리셔스, 파푸아뉴기니아, 튀니지아, 아랍에미리트, 바누아투 等이 이에 해당한다. H. Chiu, "The international legal status of the Republic of China," *Chinese Yearbook of International Law and Affairs*, Vol.8(1988-89), pp.14-15.

分斷國내 政府承認의 변경에 관한 慣行은 中國이 유일한 사례이므로, 이에 관한 확립된 國際法規範의 존재를 찾기는 어렵다. 따라서 기존의 國際法規範에서 類推하여 판단하는 수밖에 없다.

理論上 分斷國내 政府承認의 변경에 따른 承繼問題는 承認이 撤回되는 實體를 어떻게 대우할 것인가에 따라 2개의 상반된 가능성을 상정할 수 있다. 中華民國이 承認의 撤回로 國際法主體性을 상실한다고 볼 경우, 통상의 新政府 承認時 承繼와 동일하게 새로이 승인된 中華人民共和國이 승인이 撤回되는 中華民國의 權利義務를 承繼하게 된다. 반면 中華民國이 承認의 철회에도 불구하고 事實上 國際法主體性을 계속 가진다고 볼 경우, 國際法상의 權利能力을 가지므로 兩實體간에 承繼는 발생하지 않으며 中華人民共和國은 白紙狀態(clean slate)에서 출발하게 된다.

그러나, 前述한 2개의 가능성은 모두 문제점을 가지고 있다. 우선 新政府 承認의 承繼理論을 그대로 分斷國내 政府承認의 변경에 적용하는 것은 다음과 같은 문제점이 있다. 첫째, 承認과 國際法主體性은 별개이다. 승인되지 않았으나 事實上의 國際法主體性을 가지는 實體도 國際法上 기본적인 權利義務를 향유한다.[63] 中華民國에 대한 승인의 撤回는 國際法主體性의 상실이 아닌 法律上 政府로서의 자격의 변경이다. 따라서 中華民國은 승인의 철회에도 불구하고 계속 사실상 존재하며 中華人民共和國의 지배가 미치지 않는다는 점에서, 舊政府가 완전히 소멸한 경우의 包括承繼理論을 그대로 적용하는 것은 부적당하다. 둘째, 中華民國 政府가 承認의 撤回이전에 행한 행위는 臺灣統治를 위한 것으로 中華人民共和國 政府의 이익에 배치되는 것이 적지 않은데, 이로 인한 국제법상의 權利義務關係를 中華人民共和國이 승계한다는 것은 부당한 결과를 초래한다.

63) 1933년 國家의 權利義務에 관한 몬테비데오協約 第 3條 參照. O'Connell교수는 승인되지 않은 政府의 행위도 국제법상 拘束力이 있다는 원칙은 상당한 傳統이 있다고 보았다. D.P. O'Connell, op.cit.(supra note 31), pp.89-90.

1947년 中國共産黨 中央委員會는 聲明을 통하여 國民黨 政府가 체결하였거나 장래에 체결하는 條約 및 外債에 대한 非承認政策을 闡明하므로써, 中華人民共和國의 성립이후 뿐만아니라 그 이전의 中華民國 政府에 의한 國際法상의 權利義務의 承繼까지도 부인하였다.[64]

한편 中華民國의 사실상의 國際法主體性을 이유로 中華人民共和國이 白紙狀態에서 출발한다고 보는 見解도 문제가 있다. 왜냐하면 中國의 兩實體에 대한 承認의 변경은 正統適法政府로서 全體國家 中國을 대표하는 資格의 이전을 의미하므로, 이와 관련된 權利義務의 承繼를 부인하는 것은 곤란하다. 그리고 中華人民共和國 政府가 '하나의 中國'과 '臺灣은 중국의 일부'라는 입장을 第三國에게 관철시키려고 노력하고 있는 현실에서, 中華民國의 사실상의 국제법주체성에 근거한 이러한 견해가 실현될 可能性은 거의 없다.

따라서 실제로는 事案의 성격에 따라 承繼와 非承繼로 구분적용되는 것이 합리적이라고 생각된다. 中國을 대표할 資格과 관련된 權利義務의 경우에는 承繼가 인정되고, 그밖의 權利義務는 中華民國이 사실상의 國際法主體로서 계속 보유하므로 中華人民共和國에 承繼되지 않는 것으로 보는 것이 타당하다. 이 原則은 '代表資格과 관련된 權利義務' 基準의 具體化를 필요로 하나, 事案別로 承繼與否를 판단하는데 충분한 機能을 가진다.

---

64) J.A. Cohen & H. Chiu, *People's China and International Law: A Documentary Study*, Vol.2, Princeton: Princeton University Press, 1974, pp.1120 -1121. 中華人民共和國 政府는 그후 중화인민공화국의 성립이전에 체결된 조약은 내용에 따라 承繼를 취사선택한다는 입장으로 변경하였으나, 그이후에 체결된 條約은 不法無效라는 입장을 堅持하였다. 中華人民共和國 外相의 1972년 9월 29일자 유엔 事務總長앞 書翰 參照. United Nations, *Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General: Status as at 31 December 1991*, New York, 1990, p.4.

2. 韓-臺灣 條約關係

韓國과 中華民國간에는 1992년 8월 24일까지 友好協定, 貿易協定, 航空協定, 海運協定등 總 11件의 조약이 발효중에 있었다. 韓中 關係正常化 직후 韓國政府는 韓-中華民國 條約關係의 民間關係로의 전환을 위한 交涉團의 파견의사를 발표하고, 臺灣當局도 對韓 貿易, 航空, 海運關係의 斷絶措置를 관련조약의 失效에 기인한 것으로 설명하였다는 점에서 兩側 모두가 關聯條約을 失效된 것으로 보는 것으로 推定되었다. 그러나, 1993년 2월 12일 韓國政府는 友好協定만이 폐기되었고 잔여 10개 協定은 韓-臺灣간에 새로운 協定에 합의할 때까지 계속 有效하며 臺灣當局도 이에 원칙적으로 同意하였다고 발표하므로써, 韓-臺灣간 條約關係가 계속된다는 입장을 취하였다.[65] 다만 이러한 韓國政府의 措置는 새로운 民間協定이 체결될 때까지의 時限附 臨時決定이고 關聯條約 內容의 國內的 效力만을 상호인정하는 것인지 분명하지 않다는 점에서, 韓-臺灣간 條約關係를 최종적으로 결정하였다고 볼 수 없다.

國際法上 分斷國의 승인변경이 舊政府와 체결한 조약에 미치는 효력에 관하여는 확립된 법원칙이 존재하지 않는다.[66] 왜냐하면 韓中 關係正常化에 따른 韓-臺灣간 旣存條約의 效力問題는 承認이 撤回되는 中華民國을 中國의 一部로 볼 것인지 아니면 事實上의 實體로 볼 것인가에 따라 달리 결정되기 때문이다.

---

65) 中央日報 1993년 2월 13일자 2面 參照.

66) Li敎授는 美中 關係正常化에 따른 美-臺灣 條約의 효력문제와 관련, "法律上의 承認을 철회하는 것이 臺灣의 地位와 기존조약이 계속 효력을 가지는지 與否에 대하여 어떠한 法的 效果를 가져 오는지 분명하지 않다. 國際法은 臺灣當局이 지배하는 영토에만 효력을 가지는 條約이 실효될 것을 요구하지 않는다. 반대로 기존관계, 특히 商事問題와 개인의 權利와 관련된 관계를 보호하여야 한다는 의견에 강한 支持가 있다. 美國 政府는 기본적으로 모호한 상황에 대하여 法的 正確性을 피하기 보다는 어느 條約이 계속 효력을 가진다고 선언할 수 있다."(强調筆者)라고 하였다. V. Li, op. cit.(supra note 38), p.34.

中華人民共和國과의 關係正常化를 中華民國으로 부터 中華人民共和國으로 中國에 대한 代表權이 변동되는 것이라고 본다면, 條約의 一方當事者인 中華民國이 法律上 더 이상 존재하지 않게 되므로 中華民國과의 條約은 자동적으로 失效되게 된다. 日本 政府는 이러한 입장에 따라 日中 關係正常化와 함께 大平外相의 聲明을 통하여 日-中華民國 平和條約이 종료되었다고 선언하였다.[67]

그러나, 中華民國을 承認이 철회되더라도 國際法人格을 가지는 事實上의 實體로 看做할 경우, 기존의 조약은 계속 효력을 가진다고 볼 수 있다.[68] 國際法上 조약의 체결이 반드시 默示的 承認을 결과하는 것은 아니라는 점에서 未承認關係에서도 조약이 체결될 수 있다.[69] 따라서 承認의 撤回가 반드시 기존조약의 효력을 종료시킬 이유는 없다. 中華民國과의 조약은 대부분 中華民國이 통치권을 행사하는 지역만을 적용대상으로 하고 있기 때문에 中華人民共和國과의 外交關係에 배치되지 않는다. 美國政府는 이러한 입장에서 中華人民共和國과의 關係正常化에도 불구하고, 조약내 效力終了規定에 따라 효력을 종료시킨 美-中華民國 相互防衛條約을 제외하고 58件의 中華民國과의 조약을 계속 유효한 것으로 처리하였다.[70]

---

67) 日本 政府는 그밖의 日-中華民國간 諸條約의 효력에 관하여는 아무런 立場을 표명하지 않았다. Iriye 敎授는 日中關係正常化에 따라 日-中華民國간 諸條約은 地方政府가 체결한 조약이 되므로 中央政府인 中華人民共和國이 同條約의 효력을 부인하는 한 종료되어야 하며, 默示的 同意가 있는 경우 계속 효력을 가질 수 있다고 본다. K.Iriye, "The Joint Communique of Japan and the People's Republic of China and the Taiwan issue," *Japanese Annual of International Law*, Vol.17(1973), pp.54 -55.

68) D.J. Scheffer, "Comments: The law of treaty termination as applied to the U.S. de- recognition of the Republic of China", *Harvard International Law Journal*, Vol.19(1978), pp.961-966.

69) 未承認實體와의 條約締結慣行의 一般化傾向에 관하여는 下記 書籍 參照. B.R. Bot, *Nonrecognition and Treaty Relations*, Leiden: Sijthoff, 1968.

70) Carter 美國 大統領은 1978년 12월 30일 모든 行政部署에 대한 通知文을 통하여 기존의 美-臺灣 條約을 계속 집행하여야 함을 宣言하였으며(Presidential memorandum of Dec. 30, 1978, Relations with the People on Taiwan, 44 Fed.

이러한 美國과 日本의 立場差異는 兩國의 對中國·臺灣政策의 差異를 그대로 반영하고 있다.[71] 따라서 中華人民共和國과의 關係正常化에 따른 中華民國과의 條約의 效力問題는 일종의 裁量事項으로서 關聯國의 정책적 고려에 따라 失效 또는 存續을 결정하게 된다. 다만 하나의 中國政策을 존중하고 臺灣과의 관계를 非公式次元에서 유지한다는 측면에서는 失效된 것으로 보고 동일한 내용의 民間協定으로 대체하는 것이 보다 합리적인 해결책이라고 생각된다.

3. 在韓臺灣財産

통상 政府의 변경에 따라 新政府에 대한 承認이 있는 경우, 新政府는 承認國내에 있는 大使館, 領事館, 預金, 投資 等 舊政府의 公的 財産 및 訴訟에 대한 권리를 취득하게 된다.[72] 그러나 이러한 一般原則은 舊政府가 완전히 소멸하고 新政府가 전영토에 대한 지배를 확립한 경우에 적용된다는 점에서, 承認이 철회되었으나 領土一部에 대한 실질적 지배를 행사하고 있는 臺灣에 그대로 적용하기는 것은 곤란하다. 그리하여 원래 政府承繼는 國家承繼와 구별되지만, 臺灣과 같이 舊政府가 事實上의 實體로서 남아 있는 경우에는 오히려 國家承繼에 있어서의 部分承繼와 매우 유사한 樣相을 보인다는 점에서, 통상의 政府承繼와 달리 不完全承繼를 인정하여야 한다.

이러한 사실은 日中關係正常化이후 中華人民共和國과 臺灣간에 日本 京

Reg. 1075, 1979), 美國 議會도 臺灣關係法에 동일한 취지의 규정을 마련하여 놓았다(第 4節 c).

71) 이 점은 美國 政府의 경우 對中修交 共同聲明에서 臺灣과의 非公式關係의 유지를 명시적으로 규정한데 반하여, 日本 政府는 田中角榮首相이 最終修交交涉에서 周恩來總理로 부터 非公式 臺灣關係의 유지에 관한 口頭言質을 받은데 불과하다는데서도 확인된다.

72) G. von Glahn, op. cit., p.103.

都소재 臺灣所有 기숙사의 所有權을 둘러 싼 분쟁인 光華寮事件에 관한 大阪 高等裁判所의 判決에 잘 나타나 있다.[73]

"原告가 事實上의 政府로서 臺灣과 주변도서를 실제로 통치하고 있다는 사실은 日中 關係正常化의 결과로서 발생하는 原告로 부터 中華人民共和國으로의 政府承繼를 不完全承繼로 만든다. 日本 政府가 중국의 유일한 適法政府로 中華人民共和國에 승인을 변경한 행위의 遡及效는 原告가 아직 日本 政府에 의하여 승인된 정부였을 때 取得하였고, 직접적인 國家機能과 관련이 없는 本件財産의 所有에 영향을 미치지 않는다. 中華人民共和國 政府는 政府承繼를 이유로 本件財産에 관한 所有權을 청구할 수 없다. 따라서 原告는 당연히 日中 關係正常化이후에 本件財産에 관한 所有權을 상실하지 않았다."(强調筆者)[74]

同判決은 舊政府가 소멸하지 않은 경우의 政府承繼는 성격상 不完全承繼에 해당한다고 보고, 承繼와 非承繼를 구분하는 基準을 問題財産의 國家機能과의 관련여부에서 구하고 있다. 이와 같이 對中關係正常化에 따른 第三國과 中華人民共和國-中華民國간의 法律關係에 國家承繼理論을 類推하여 적용하는 것은 對中關係正常化가 分斷國내의 경쟁하는 두 實體간의 代表權에 관한 承認을 변경하는 행위로서 代表權을 제외하고는 兩實體의 實效性에는 아무런 변화가 없다는 점에서 一見 타당하다고 보여진다.[75]

---

73) 同事件은 中華民國 政府가 1951년 光華寮를 구입하였으나 同寄宿舍에 계속 거주하여 온 학생들이 明渡를 거부함에 따라 1967년 同政府가 京都 地方裁判所에 提訴하여 발생하였다. 1審에서는 公有財産인 光華寮에 대한 所有權은 日中關係正常化이후 政府承繼에 따라 中華人民共和國에 이전되어야 한다는 이유로 原告敗訴 判決을 내렸다. 그러나 2審 大阪 高等裁判所에서는 原告勝訴의 原審破棄還送 判決을 내렸으며, 中華人民共和國 政府는 同判決이 두 개의 中國을 인정하는 행위라고 日本 政府를 강력히 비난하여 日中간의 중대한 外交問題로 비화하였다. 현재 同事件은 被告의 上告로 最高裁判所의 판결을 기다리고 있다.

74) 大阪 高等裁判所 判決, 1982. 4. 14, p.10.

75) 廣部和也, "光華寮事件의 法理と課題", ジュリスト, No.890, 1987.7.15, p.23; 村瀨信也, "涉外判例研究: 政府承認の切替えと公有財産の承認", ジュリスト, No.869(1986.10.1), p.127. 그러나 筒井若水 教授는 同判決이 國家承繼의 이론의

다만 國家承繼理論의 類推適用에는 다음과 같은 두 가지 문제점이 있다.

첫째, 國家承繼에 있어서 承繼對象인 公有財産의 범위에 관하여는 大陸法系 國家와 英美法系 國家가 상반된 입장을 보이고 있어 통일된 慣行이 존재하지 않는다.[76] 大陸法系 國家의 경우 主權의 行使와 관련된 公有財産은 승계되나 私的 性格이 강한 公有財産은 승계되지 않는다고 본다. 반면에 英美法系 國家에서는 公有財産의 성격을 구분함이 없이 모두 承繼되는 것으로 본다. 따라서 主權의 行使와 관련된 公有財産에 대한 承繼에 관하여는 國家慣行이 일치하고 있으나 그밖의 財産에 관하여는 承繼與否가 불분명하다.[77]

둘째, 承繼와 不承繼를 구분하는 기준인 '主權의 行使와 관련된 公有財産'의 구체적 범위가 분명하지 않다는 점이다. 大使館 또는 領事館과 같이 國家的, 外交的 機能을 행사하기 위한 公有財産이 前者에 속하는 것은 분명하나 다른 公有財産의 경우 반드시 性格規定이 용이한 것은 아니다. 이와 관련 1983년 國家財産·公文書·債務의 國家承繼에 관한 비엔나協約은 國家財産의 定義와 관련 類型化를 시도하지 않고 단순히 先行國의 國內法에 따른다고 규정하고 있다.[78] 따라서 비엔나協約에 의할 경우에는 中華民國의 國內法에 의하여 판단되어야 함을 의미하나, 과연 '主權의 행

類推適用에 있어서 최근의 慣行이나 國際立法動向을 무시하고 觀念論에 치우쳤기 때문에 國際裁判에 회부될 경우 지지를 받을 수 없을 것이라고 批判하였다. 筒井若水, "光華寮事件", ジュリスト 昭和六二年度 重要判例解說, 1988, p.264.

76) D.P.O'Connell, *State Succession in Municipal Law and International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, Vol.II, 1967, pp.199-204.

77) 中國 政府는 光華寮事件에 관한 大阪高等裁判所 判決의 不當性으로서 政府承繼에 國家承繼理論을 類推適用하는 것은 곤란하다는 점과 함께, 公有財産을 國家主權과 관련된 財産과 그렇지 않은 財産으로 구분하는 것이 先例에 反한다는 점을 지적하였다. 加藤一郎, "中國における光華寮問題の論議", ジュリスト, No.894, 1987.10.1, p.78.

78) 同協約 第 8條 參照. 한편 國際法委員會가 작성중인 國家 및 國家財産의 裁判權免除에 관한 協約草案도 第 2條에 國有財産의 定義와 관련 前記 國家承繼의 경우와 동일한 규정을 두었다. *Yearbook of I.L.C.*, 1980, Vol.II, Part.2, p.140.

사' 기준과 합치하는지는 의문이다.

그러나 對中關係正常化에 꼭 합치하는 國家慣行이나 國際判例가 존재하지 않는 상황에서 政府承認의 撤回에 따른 法的 效果問題는 同行爲의 성격에 부합하는 방향으로 기존의 法理論을 類推하여 해결할 수 밖에 없다는 限界를 고려한다면, 同判決에서 제시된 原則은 先例로서의 충분한 價値를 지닌다고 생각된다.

한편 臺灣 公有財産의 처리와 관련 美國 政府는 완전히 다른 接近方式을 취하였다. 美國 政府는 不完全承繼 理論이 아닌 政府承認의 遡及效의 制限라는 측면에서 中華民國 權利義務의 對中華人民共和國 移轉與否를 판단하였다. 美國 政府는 臺灣關係法이 제정되기 이전, 對中 關係正常化에 따른 法的 效果를 검토하면서, 中華人民共和國이 성립되기 이전에 中華民國이 취득한 公有財産은 中華人民共和國에 이전되고 그 이후에 中華民國이 취득한 公有財産은 中華民國이 그대로 유지하는 것으로 보았다.[79] 이러한 美國 政府의 입장은 中華人民共和國 政府에 대한 承認의 效力은 同政府가 성립한 때까지 遡及하지만, 그 遡及效는 이미 두 개의 政府가 상호 대립경쟁관계에 들어 간 이후 舊政府(中華民國)가 행한 행위에는 영향을 미치지 않는다는 論理에 입각하고 있다.

이 基準은 前述한 '主權의 行使' 基準보다 適用上 간단명료하다는 長點이 있다. 그러나, 이 基準은 對中 關係正常化의 基本的 屬性이 分斷國내 兩實體간 代表權의 變更이라는 사실에 부합되지 않는다. 中華民國 政府가 中華人民共和國이 중국의 合法政府로서 승인을 받을 때까지 중국의 合法政府로서 同一性을 계속 유지하여 왔다는 점에서, 中華人民共和國의 성립이전에 행한 행위와 그 이후에 행한 행위를 구별하는 論理的 妥當性이

79) Ying-Jeou Ma, "Two major legal issues relating to the international status of the Republic of China," *Chinese Yearbook of International Law and Affairs*, Vol.6 (1986-1987), p.178.

없기 때문이다. 그리고 이러한 美國 政府의 입장은 美國 議會가 臺灣關係法의 제정을 통하여 美國內法상 臺灣의 公有財産을 보호하는 立法措置를 취하므로써 실제 慣行으로 구체화되지 못 하였다.[80]

따라서 韓中 關係正常化에 따른 在韓臺灣財産의 처리는 中國을 대표하는 資格, 즉 主權의 행사와 관련된 財産에 관하여는 中華人民共和國의 承繼를 인정하고, 그밖의 재산에 관하여는 臺灣의 所有權을 계속 인정하는 것이 타당하다고 생각된다. 美國과 같이 立法措置를 통하여 公有財産의 귀속문제를 명확히 하지 않는 한 主權의 행사와 관련된 公有財産의 범위를 구체화하는 문제가 남지만, 事案別로 구체적 상황에 비추어 판단하는 수밖에 없다. 大使館과 領事館의 경우 명백히 主權의 행사와 관련되므로, 中華人民共和國 政府에 이전된다고 보아야 한다.[81] 이와 관련 韓國政府는 서울所在 舊中華民國 大使館에 대한 中華人民共和國의 承繼를 인정하였으며, 이에 따라 1993년 2월 5일자로 中華人民共和國 所有로 이전되었다. 그러나 장차 설정될 것으로 예상되는 韓-臺灣간 非公式關係의 범주에 속하는 臺灣當局의 在韓 公有財産에 대해서는 계속 所有權을 인정해 주는 것이 타당하다고 생각된다.

4. 在韓華僑의 國籍

韓國에는 91년말 현재 약 2만 2천명의 華僑가 거주하고 있다.[82] 이들

---

80) 臺灣關係法 第4節 b項 (3) (B)의 立法過程에서 同條項이 大使館 또는 領事館에 적용되는가라는 문제와 관련, 당초 上院草案에는 이를 제외하는 규정이 있었으나 立法過程에서 삭제된 경위에 비추어 모든 公有財産을 대상으로 한다고 보아야 한다. V. Li, op. cit.(supra note 51), p.19.

81) 中華民國 外交公館의 처리에 관한 各國慣行은 일관성이 존재하지 않는다. 日本은 中華人民共和國 政府에 이전하였으나, 美國과 카나다의 경우 中華民國 政府가 對中關係正常化이전에 명목적 가격으로 親臺灣系에 매각하여 中華人民共和國으로 이전되지 않았다.

은 韓中 關係正常化이전에는 中華民國 政府가 발행한 旅券을 소지하고 있었으며, 外國人登錄證의 國籍欄은 中華民國으로 되어 있었다. 따라서 韓中 關係正常化에 따라 이들의 國籍處理를 어떻게 할 것인가라는 문제가 제기된다.

國際法上 國籍은 쌍무적인 權利義務와 함께 歸屬의 사회적 사실 및 存在, 利害, 感情의 순수한 결합을 기초로 하는 法的 紐帶이다.[83] 國籍은 국제법의 主體인 國家와 국제법의 客體인 個人을 연결하여 주는 개념으로서 國家가 국제법상 主權에 內包된 對人高權, 구체적으로는 外交的 保護權의 행사를 매개하는 역할을 담당한다. 國籍은 기본적으로 主權을 전제로 하며, 外交的 保護權을 행사할 수 있는지 여부가 국제법상의 효력을 가름하는 기준이 된다.

在韓華僑의 國籍은 分斷國내 代表權의 변경이 各 實體의 外交的 保護權에 어떠한 영향을 미치는가와 관련된다. 韓中 關係正常化는 기본적으로 主權의 변경이 아니라 하나의 中國을 전제로 한 政府承認의 변경이므로 2개 國家간의 國家承繼의 경우와 같은 國籍變更의 문제는 발생하지 않는다. 따라서 在韓華僑의 국적은 하나의 中國에 대한 法的 擬制를 外交的 保護權에 연장하느냐 與否에 따라 中華人民共和國이 대표하는 中國 國籍 또는 無國籍의 두 가지 可能性을 생각할 수 있다.

中華民國은 政府承認이 철회되어 外交的 保護權을 행사하지 못 하게 되므로, 舊中華民國에 의하여 대표되었던 中國 國籍은 韓國에 관한 한 효력

82) 法務部, 出入國管理統計年鑑 1992年度版 參照. 在韓華僑는 지금까지 外國人登錄時 國籍欄을 中華民國으로 표기하여 왔다. 그리고 在韓華僑의 체류자격은 우리나라의 경우 永住權制度가 존재하지 않기 때문에, 出入國管理法 第9條 및 同法施行令 第9條 1項 16號(대한민국에 계속 거주하여 생활의 근거가 국내에 있는 자, 그의 배우자 및 출생자녀)에 근거하여 부여되고 있으며 3년마다 별도로 滯留許可를 갱신해야 한다.

83) Nottebohm事件 第2段階에 관한 國際司法裁判所 判決. I.C.J. Reports, 1955, p.23.

을 상실하게 된다. 반면에 中華人民共和國의 경우에도 臺灣에 대하여 실효적 주권을 행사하지 못 하고 있는 이상 舊中華民國 國籍所持者에 대하여 外交的 保護權을 행사할 수 없으므로, 中華人民共和國에 의해 대표되는 中國 國籍이 자동적으로 舊中華民國 國籍所持者에 부과될 수 없다.[84] 그러므로, 舊中華民國 國籍을 보유한 在韓華僑는 본인이 자의로 中華人民共和國의 國籍을 취득하지 않는 한 사실상 無國籍者의 지위에 놓이게 된다.[85] 이러한 사실은 對中 關係正常化를 한 대부분의 국가들이 臺灣國籍所持者를 無國籍者로 취급하는 慣行에 의하여 뒷받침된다.

日本 政府는 日中 關係正常化와 함께 承認이 철회된 臺灣當局이 발행한 旅券은 無效로 보고, 舊中華民國 國籍이었던 在日中國人에게는 法務大臣이 在留資格證明書를 발급하도록 하였다.[86] 그러나 日本 政府의 입장이 그들을 中華人民共和國이 대표하는 中國國籍者로 간주하는지 아니면 無國籍者로 처우하는 것인지 與否는 명백하지 않다. 다만 日本 政府가 朝總聯系 在日韓國人에 대해서는 無國籍者의 지위에 準하여 처우해 온 점에 비추어, 在日中國人을 포괄적으로 中華人民共和國이 外交的 保護權을 행사하는 中

84) 인도네시아 政府는 1955년 中華人民共和國-인도네시아간 二重國籍에 관한 조약 第5條(國籍不選擇 中國人의 中華人民共和國 國籍 취득간주)에도 불구하고, 어느 國籍도 선택하지 않은 中國人은 無國籍者로 간주하였다. H. Chiu, "Nationality and International Law in the Chinese Perspective," Ko Swan Sik ed., *Nationality and International Law in Asian Perspective*, Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1990, p.58.

85) 1980년 中華人民共和國 國籍法은 父母兩系血統主義를 채택하여 부모 또는 부모 가운데 한 명이 中國人인 在外華僑의 경우 外國國籍을 가지고 있지 않는 한 中華人民共和國 國籍을 가지는 것으로 보고 있다(第 5條). 그러나 同法은 國籍의 取得, 抛棄 및 回復에는 在外華僑의 外國國籍 취득에 따른 자동적 國籍喪失을 제외하고는 申請節次를 거치도록 하고 있으며(第 14條), 在外華僑의 경우 大使館 또는 領事館이 申請業務를 담당한다(第 15條). 따라서 中華人民共和國 國籍法상으로도 韓中 關係正常化에 따라 在韓華僑에게 자동적으로 中華人民共和國 國籍을 부과하는 것은 불가능한 것으로 생각된다.

86) 日中國交樹立후 日法務省出入國方針 說明資料. 1972년 10월 3일자 朝日新聞 夕刊 1面.

國國籍者로 看做하는 것은 아닌 것으로 판단된다.[87] 그러나 일본이 對中關係正常化이전 中華民國을 유일합법정부로 승인하고 있을 때에 모든 中國人을 中華民國 國民으로 간주하지 않았던 점에서 논리적 타당성이 없다고 보여진다. 실제로 中華人民共和國 政府가 日中 關係正常化이후 在日中國人으로 하여금 中華人民共和國 旅券을 취득하도록 적극 유도한 것은 日中 國交樹立이 在日中國人에게 자동적으로 中華人民共和國의 국적이 부여되는 것이 아님을 反證하는 것이다.[88]

한편 臺灣當局을 立法上 再承認한 美國의 경우에는 臺灣 國籍이 사실상 인정되고 있다. 臺灣關係法은 第 3節 b, 6의 규정에서 臺灣을 美國 移民國籍法상 사실상의 國家로 대우하고 있기 때문에, 臺灣 國籍所持者는 美國이 승인한 국가의 국민과 동일한 대우를 받는다. 그러나 이러한 사실상의 國籍은 國籍의 기능적 접근에 근거한 國內的 措置에 불과하므로 國際法상의 효력을 가진다고 볼 수는 없다.

따라서 韓中 關係正常化에 따라 在韓華僑는 中華人民共和國의 국적을 취득하지 않는 한 無國籍者의 지위로 전락하게 된다. 國籍은 개인이 外交的 保護權을 통하여 국제법상 권리를 확보하기 위한 本質的 要件이므로, 無國籍은 바람직하지 않은 현상이다.[89] 특히 舊中華民國 國籍을 소지한 在韓華僑가 無國籍者가 되는 것은 國籍의 喪失이 아니라 分斷國내 政府承

87) 일본정부가 中華人民共和國을 중국의 유일합법정부로 승인한 만큼 在日華僑를 포함한 모든 중국인은 中華人民共和國의 국민으로 보아야 한다는 見解에 관하여는 Iriye教授의 前揭 論文 參照. K. Iriye, op. cit., p.60.

88) Rowe教授는 1972년 日本 交流協會-臺灣 亞東關係協會간 民間協定에는 在日中國人의 地位에 관하여 아무런 規定이 없지만, 兩者간에 비공식적으로 종전과 동일한 지위를 부여하기로 諒解되었을 것이라고 하여 中華人民共和國의 外交的 保護權이 자동적으로 부여되지 않음을 示唆하였다. D.N. Rowe, *Informal diplomatic relations: the case of Japan and the Republic of China, 1972-1974*, Hamden: Shoe Strings Press, 1975, pp.16-17.

89) P. Weis, *Nationality and Statelessness in International Law*, Alphen aan den Rijn: Sijthoff, 2nd ed., 1979, p.162.

認의 변경에 따라 臺灣當局이 外交的 保護權을 행사하지 못 하게 되는데에 기인하는 만큼, 韓-臺灣 非公式關係의 범주내에서 이들의 법적 지위를 안정화하는 방안이 모색되어야 할 것이다. 中華人民共和國을 중국의 유일한 합법정부로 승인한 이상 臺灣當局의 在韓華僑에 대한 外交的 保護權 行使를 용인할 수는 없으나, 國籍의 기능적 접근을 통하여 안정된 법적 지위를 확보하는 것은 가능하리라고 생각된다.

V. 結　　論

對中 關係正常化는 국제법상 分斷國내의 두 실체간에 政府承認을 변경하는 행위이다. 中國을 대표하는 政府로 간주되어 왔던 기존의 中華民國 대신에 中華人民共和國을 중국의 유일한 合法政府로 승인하는 행위이다. 分斷國내의 政府承認의 변경은 중국이 유일한 事例로서 충분한 관행의 집적이 없다. 그리고 對中 關係正常化에 관한 기존의 慣行도 이러한 規範상의 공백을 활용하여 관련국의 정책적 의도를 충족시키려는 경향으로 인하여 복잡하고 다양한 樣相을 보이고 있다. 특히 承認理論에 내재된 政治性과 分斷國理論의 특수성은 對中 關係正常化에 관한 순수한 국제법적 접근을 어렵게 한다.

그러나 이러한 어려움에도 불구하고 對中 關係正常化가 기본적으로 政府承認의 변경이라는 法律行爲로서 이에 따른 法的 效果를 수반한다는 점에서 國際法的 接近을 필요로 한다. 對中 關係正常化에 적용될 국제법규범은 기존의 국제법규범에서 類推하는 수밖에 없다. 그리고 韓中 關係正常化는 韓國도 분단국이라는 점과 韓中 兩國이 韓國戰爭의 交戰當事者라는 점에서 다른 국가들의 對中 關係正常化와 다른 특성을 가진다. 1970년대이후 美國, 日本등 主要國家들의 對中 關係正常化 慣行 및 관련 國際

法規範의 類推를 통하여 韓中 關係正常化에 따른 國際法的 問題點에 관한 검토결과는 다음과 같다.

1) 韓中 關係正常化에 있어서 中華人民共和國은 北韓과의 기존관계를 그대로 유지하기 때문에 南北韓同時修交國이 되었다. 금후 韓中 關係正常化를 계기로 가속화될 同時修交國의 현격한 증가는 국제법상 南北韓의 法的 地位를 두개의 國家로 응고시켜 가게 될 것이다. 따라서 우리는 南北韓이 統一을 지향하는 一國내에서 각각 독자적 行爲能力을 가지는 특수한 實體라는 사실을 第三國으로 부터 인정받도록 노력할 필요가 있으며, 韓民族의 民族自決에 의한 統一追求의 權利를 명문화하는 방법을 통하여 구체화하여야 할 것이다.

2) 韓中 兩國은 韓國戰爭의 交戰當事者이다. 韓國戰爭은 內戰으로 발생하여 國際化된 戰爭으로 休戰協定에도 불구하고 國際法的으로는 종료되지 않았다. 韓-中 修交 共同聲明은 交戰關係의 終了 與否에 관하여 침묵하고 있으나, 關係正常化의 취지 및 共同聲明의 관련규정에 비추어 兩國은 默示的으로 交戰關係를 종료시켰다고 보여진다.

3) 韓中 兩國간에는 間島地域 및 白頭山 龍王潭(天池)에 관한 領土紛爭이 있으나 共同聲明에는 아무런 언급이 없다. 그러나, 中國이 현재 紛爭地域을 逆的 占有하고 있으므로 韓國 政府는 이에 대한 沈默이 默認을 구성하여 禁反言 또는 時效의 성립을 가져 오는 것을 막기 위하여 조속한 시기에 이에 대한 請求를 제기하여야 할 것이다.

4) 臺灣은 1952년 對日 平和條約에서 日本이 領有權을 포기한 이후 臺灣當局(中華民國)이 실효적 지배를 계속해 왔으므로 국제법상 中國에 귀속되었다고 보아야 한다. 그러나 美國, 英國, 日本등 主要國家들은 政策的 考慮에서 臺灣의 領土的 地位를 未定으로 보는 法的 擬制를 對中 關係正常化이후에도 계속하고 있다. 韓國 政府도 對中 關係正常化에서 화란型과 유사한 臺灣條項을 채택하고 있으므로, 中國의 臺灣領有權을 승인한 것

으로 반드시 해석되는 것은 아니다.

5) 中華民國은 分斷國내의 일방 실체이다. 韓國政府는 共同聲明에서 中華人民共和國을 중국의 유일한 合法政府로 승인하고 오직 하나의 중국이 있다는 中國의 입장을 존중한다고 하므로써 中華民國의 國家資格을 명시적으로 부정하였다. 따라서 臺灣當局은 한국과의 관계에 있어서 事實上의 地方的 政府로서의 지위를 가진다.

6) 韓中 關係正常化이후 韓-臺灣 關係는 中華人民共和國을 唯一合法政府로 승인함에 따라 부과되는 中華民國을 國家로 인정하게 되는 關係를 설정하지 않을 內在的 制約을 제외하고는 兩者간에 교섭을 통하여 결정된다.

7) 對中 關係正常化에 따른 臺灣과의 조약의 효력에 관하여는 확립된 國際法原則이 존재하지 않으므로 關聯國의 정책적 고려에 따라 失效 또는 存續을 결정하게 된다. 다만 하나의 中國政策을 존중하고 對臺灣關係를 非公式次元에서 유지한다는 측면에서 失效된 것으로 보고 새로이 民間協定으로 대체하는 것이 보다 합리적인 해결책이다.

8) 在韓臺灣財産의 처리는 中國을 대표하는 資格, 즉 主權의 행사와 관련된 財産(外交公館)에 관하여는 中華人民共和國의 承繼를 인정하고, 韓-臺灣간 非公式關係의 범주에 속하는 臺灣當局의 在韓 公有財産에 대해서는 계속 所有權을 인정하여야 된다.

9) 韓中 關係正常化에 따라 舊中華民國 國籍을 가졌던 在韓華僑는 中華人民共和國 國籍法에 따라 同國籍을 취득하지 않는 한 無國籍者의 지위에 놓이게 된다. 다만 國籍에 관한 기능적 접근을 통하여 韓-臺灣 非公式關係의 범주내에서 過去 中華民國 國籍을 계속 보유하는 在韓華僑의 법적 지위를 안정화하는 방안이 모색되어야 할 것이다.