

法學碩士 學位論文

# 北韓의 法的 地位에 관한 研究

A Study on the North Korea's Legal Status in Perspective of  
South-Korean Legal System

指導教授 韓 柄 鎬

2006년 8월

韓國海洋大學校 大學院

海事法學科

方 仁 傑

# 〈目 次〉

## Abstract

第1章 序 論	1
第1節 研究의 目的	1
第2節 研究의 範圍와 方法	4
第2章 領土條項의 法的 意味	7
第1節 領土條項의 規範的 效力 論爭	7
第2節 學 說	9
1. 領土條項 正當化理論(第3條 優先論)	10
2. 領土條項의 現實的 解釋論(第4條 優先論)	12
3. 領土條項의 未來條項說	19
第3節 判例의 態度	21
1. 大法院 判例	21
2. 憲法裁判所의 立場	22
第4節 學說의 檢討	22
第5節 北方限界線(NLL)의 性格	25
1. 北方限界線의 發生 背景	25
2. 北方限界線의 設定 基準 및 經過	27

3. 北韓의 北方限界線 無效 主張 -----	29
4. 北方限界線에 대한 유엔司令部의 立場 -----	33
5. 北方限界線에 대한 南韓內 視覺 -----	35
6. 北韓의 NLL 無效 主張에 대한 評價 -----	38
7. 小結 -----	42
<b>第3章 國家保安法上 北韓의 地位 -----</b>	<b>45</b>
第1節 國家保安法 改廢論의 核心爭點 第2條(反國家團體條項) -----	45
第2節 反國家團體의 概念 -----	47
第3節 國家保安法の 憲法上 根據 -----	48
1. 憲法 第3條說 -----	48
2. 憲法 第37條 第2項說 -----	49
3. 憲法 第3條 및 第37條 第2項說 -----	50
第4節 反國家團體의 立法 論難 -----	50
1. 違憲廢止 論爭 -----	50
2. 國民의 政府의 代替立法 試圖 -----	51
3. 參與政府의 刑法補完案 推進 -----	53
4. 法務部の 反國家團體 削除 推進에 대한 意見 -----	55
第5節 判例의 立場 -----	57

1. 大法院의 判例 -----	57
2. 憲法裁判所の 判例 -----	59
第6節 私見 -----	60
<b>第4章 南北韓 유엔 同時加入 및 南北基本合意書의 法的 性格 -----</b>	<b>63</b>
第1節 南北韓 유엔 同時加入과 北韓의 國家承認 -----	63
1. 南北韓의 유엔加入 過程 -----	63
2. 유엔 同時加入後 南北韓의 國家承認에 관한 學說 -----	64
3. 私見 -----	66
第2節 南北基本合意書의 性格 -----	68
1. 南北基本合意書의 意義 -----	68
2. 南北基本合意書의 效力 論爭 -----	69
3. 判例의 立場 -----	72
4. 私見 -----	73
<b>第5章 脫北者의 法的 地位 -----</b>	<b>76</b>
第1節 脫北者의 現況 및 周邊國의 立場 -----	76
1. 脫北者 發生 原因 -----	76
2. 脫北者의 海外滯留 및 入國 現況 -----	78
3. 脫北者에 대한 韓半島 周邊國의 態度 -----	81

第2節 脫北者の 法的 地位 -----	91
1. 脫北者の 呼稱 問題 -----	91
2. 脫北者 定着支援 體制의 變化 -----	96
3. 脫北者の 難民地位 成立 與否 -----	99
4. 北韓 住民의 憲法上 地位 -----	102
<b>第6章 結論 -----</b>	<b>105</b>

### 〈도표 목차〉

〈도표 1〉 國保法에 대한 열린우리당 刑法補完案과 한나라당 改正案 比較 -----	54
〈도표 2〉 敵國 및 準敵國, 反國家團體 概念 比較 -----	55
〈도표 3〉 열린우리당의 ‘破壞活動禁止法’에 대한 法務部 意見 -----	56
〈도표 4〉 열린우리당의 刑法改正案에 대한 法務部 意見 -----	57

# Abstract

## A Study on the North Korea's Legal Status in Perspective of South-Korean Legal System

Ingeol Pang

Department of Maritime law

The Graduate School of Korea Maritime University

Busan, Korea

Supervised by Professor Byung-Ho Han

The June 15th South-North Joint Declaration enjoys a positive appreciation in respect of preparing a springboard for the age of reconciliation and cooperation from South-North confrontation by agreeing to 5 clauses such as the independent settlement for the reunification matter, the reunion of dispersed family members, the recognition of common feature between union system and confederation system for South and North, the revitalization of interchange in economic cooperation and various fields, the resumption of inter-authorities dialogue. However, last year a feverish controversy about nuclear development and human right of North Korea was developed between the conservatives who support a hard-line policy against North and the progressives who criticize the American pressure policy against North in our society, such ideology dispute between the conservative and the progressives is never desirable in respect that it might eventually lead to the internal disunion and the exhaustion of national strength.

There are differences shown in the definite means and approach method although the general aspect of human rights and the aiming objective with our policy toward North Korea in the progressive position seem to be the same as they hope the improvement of human rights.

This study presents an analysis theory of reality and logic in the system of South-North relationship law as an alternative for further development which can

recognize the political entity of North Korea to be a party for South-North talks able to back up the permanent and concrete practice of South-North interchange with the preservation of our national land and the more solidification of basic order for freedom and democracy at the same time, while it deals with the validity of constitutional territory clauses, the anti-national organization clause of the National Security Law, the simultaneous entry of both Koreas into the UN in 1991, the characteristic of South-North basic agreement and the June 15th South-North Joint Declaration, the meaning of Northern Limit Line(NLL) in the Western Sea and the status matter for escapees from North mainly around the system of our domestic laws of the Republic of Korea, and analyzes and criticizes the emptiness and inconsistency of political assertion beyond the constitutional foundation.

# 제1장 序 論

## 第1節 研究의 目的

1945년 8월 15일 일본 帝國의 패망은 미군과 소련군이 북위 38도선을 경계선으로 하여 일본군의 무장해제를 명분으로 한반도를 分割 占領함으로써 우리 민족에게 식민지 解放의 감격과 함께 分斷의 悲劇을 양산하였다. 이렇듯 우리 민족의 의지와 무관하게 갑자기 시작된 민족 분단은 동서 진영의 대립 격화로 同族相殘의 참화까지 초래하였고, 상호 비방과 무장 공작원 침투, 8. 18 관문점 도끼만행, 대통령 암살시도 사건 등을 거치면서 전쟁의 痛恨과 傷處가 미처 가라앉지 않은 채 적대적 긴장 대치와 체제 우월성 경쟁을 반세기를 넘어 유지시켜 왔다. 소련 등 공산권의 몰락과 김일성 死亡, 북한의 심각한 경제난 및 북한 주민의 대규모 탈북사태, 6. 15 南北 頂上會談 등은 한동안 북한 체제의 개혁과 남북교류 확대의 물꼬를 터뜨려 민족통일의 가능성을 획기적으로 높여주는 듯 했으나, 북한은 겉으로는 남북교류 협력에 호응하는 자세를 보이면서도 이면에서는 對南赤化 路線을 고수하는 二重戰略을 구사하고 있어 평화통일은 아직 요원한 실정이다. 김정일 체제 출범 이후 북한은 獨裁政權 生存과 經濟難 克服을 최우선 목표로 설정한 가운데 ‘強盛大國’, ‘先軍政治’ 노선<sup>1)</sup>을 정책 기조로 견지하여 경제 개혁에 수반되는 주민의 동요 차단 등 내부 단속에 골몰하면서도 미사일과 생화학무기 등 대량살상무기 개발을 지속적으로 추진함으로써, 체제 보장과 경제적 실리 획득에 주력하는 한편, ‘우리민족끼리’라는 民族共助를 내세워 우리 사회 일각의 親北勢力과 연대를 형성하여 反美·自主 통일투쟁을 선동함으로써 統一戰線 공작과 남한 사회의 교란을 도모하고 있다는 것이 대북안보 전문가들의 일반적인 분석이다.<sup>2)</sup>

오늘날 우리 사회는 북한 핵개발, 탈북자의 人權 問題 등과 관련하여 對北 강경정책을 지지하는 保守圈과 미국의 대북압박 정책을 비난하는 進歩圈간에 논란이 전개되고<sup>3)</sup>

1) 김정일의 先軍政治 방식은 “군사 선행의 원칙에서 혁명과 건설에서 나서는 모든 문제를 해결하고 군대를 혁명의 기둥으로 내세워 사회주의 위업 전반을 밀고 나가는 영도방식”으로 1998년부터 북한의 공식문헌과 로동신문 등에 빈번히 등장하였고, 強盛大國論은 북한이 1998년 9월 5일 헌법을 개정하고 김정일을 국방위원장으로 추대하기 앞서 1998년 8월 22일 로동신문 정론을 통해 김정일의 공식 지도이념으로 최초 발표하였다(장규운, 「북한의 체제위기와 생존전략에 관한 연구」, 동국대학교 행정대학원 석사학위논문, 2002, 45-53쪽).

2) 전경만, “북한의 이중전략을 경계하자 : 한반도 핵위기 어떻게 풀 것인가”, 「국방저널」 통권 350호(국방부, 2003. 2), 48-51쪽 ; 서재진, “2000년 북한의 대남정책 변화의 배경과 우리의 대응방향”, 「정책연구」 2000-01호, 통일연구원, 31-36쪽 ; 양점석, 「북한 김정일 정권의 대남전략 전술연구」, 동국대학교 행정대학원 석사학위논문, 2003, 51-58쪽.

3) 김권희, 「대북포용정책과 남북관계의 변화에 관한 연구」, 단국대학교 행정법무대학원 석사학위논문, 2003, 60-62쪽 ; 황정일, “대북지원 퍼주는 정책이 아니라 주름살 퍼주는 정책”, 「정경뉴스」 통권



있는 가운데 정치권의 國家保安法 폐지 논란<sup>4)</sup>에 이어 「한총련」 등 친북단체의 맥아더 동상 철거시위,<sup>5)</sup> 강정구 교수의 ‘6. 25는 北韓 지도부에 의한 統一戰爭’ 발언<sup>6)</sup> 등을 계기로 理念 論爭이 최근 재연된 바 있다. 6. 15 南北共同宣言이 통일문제의 자주적 해결과 이산가족 상봉, 남북간 聯合·聯邦制의 공통점 인정, 경제협력 및 다방면의 교류 활성화, 당국간 대화재개 등 5개항을 합의함으로써 南北對立에서 和解와 協力の 시기로 도약하는 발판을 마련했다는 점에서는 긍정적인 평가를 내리고 싶지만, 해방직후 남한 내 우파와 좌파 진영간의 信託統治 찬반투쟁을 연상시키는 보수세력과 진보세력간 이념 논쟁은 결국 내부분열과 국력소모로 이어질 우려가 높다는 점에서 결코 바람직하지 않다. 현재 한국 사회는 사회 양극화, 청소년 교육, 부동산 정책을 둘러싼 논쟁 못지않게 對北觀, 統一觀에 대해서도 사회적 합의를 이루고 있지 못하다. 특히 한국 사회에서 북한에 대한 認識의 差異를 가장 극명하게 보여주는 사안은 탈북자와 국군포로, 남북자, 정치범 수용소 등 북한 인권의 개선과 대규모 북한 경제지원 등 대북정책에 대한 接近 態度라 볼 수 있다. 이러한 문제에 대한 기존의 관심과 접근은 순수한 普遍的 人權 측면에서의 중립적 접근보다는 政治的 사안으로서의 보수와 진보적 취향이 많이 반영된 것이었다. ‘햇볕정책’ 추진 등 대북통일 정책에 대한 관심은 결국 북한 주민의 生活水準 및 人權狀況의 改善으로 집약될 수밖에 없다. 북한인권 개선을 위해서는 불가피하게 북한의 體制變化가 先行되어야 한다는 保守的 입장에서는 북한 인권의 열악한 원인은 構造的인 것으로서 사회주의체제와 김일성 부자의 獨裁體制에 기인한 것이기 때문에 根本的인 해결책은 民主化, 開放化, 世界化가 이루어질 수 있도록 현재의 북한 체제가 변화되어야 한다고 주장하지만,<sup>7)</sup> 進步的 입장에서는 북한 인권에 대한 外部의 介入은 오히려 역작용을 초래할 가능성이 있기 때문에 북한의 인권문제는 북한체제 스스로 개선할 수 있도록 역량을 제고시켜 주거나 北韓의 人權概念을 尊重하여 그들의

제28호(한국언론인연합회, 2002. 7), 140-143쪽 ; 김근식 “대북 퍼주기 논란과 남남갈등 : 현황과 과제”, 「통일문제연구」 제14권 제1호 통권 37호(평화문제연구소, 2002. 5), 157-175쪽.

4) 임종석, 「국가보안법은 없다」, 정기국회 정책자료집 4, 2004.10, 2-21쪽 ; 박록삼, “국가보안법 폐지되긴 되나? : 국가보안법 폐지가능할까? : 열린우리당 왜 이러나?”, 「민족21」 통권 제46호, 2005. 1, 70-75쪽.

5) SBS프로덕션, “맥아더 동상 철거 논란”(비디오 녹화자료), 「SBS 토론 시시비비」, 2005 ; 김성욱, “反美단체의 맥아더동상 철거운동”, 「월간조선」 제26권 제9호 통권 제306호(월간조선사, 2005. 9), 280-286쪽.

6) 김정은, “사회 양극화 현상의 고착화 두드러진 을유년 : 맥아더 동상 철거논란에서 강정구 교수 파문까지 심화된 남남갈등”, 「정경뉴스」 통권 제69호(한국언론인연합회, 2005. 12), 96-99쪽 ; 이지성, “정통 좌파 ‘강정구 파문’ 일파만파 : 2001년 ‘만경대 파문’ 등 잇단 논란”, 「정경뉴스」 통권 제68호(한국언론인연합회, 2005. 11), 42-44쪽.

7) 김상철, “북한 구원은 북한 민주화 방향으로”, 「북한」 통권 제392호(북한연구소, 2004. 8), 60-65쪽 ; 황장엽, “황장엽의 북한 민주화론 : 북한 민주화 없인 한국의 민주발전 없다”, 「월간조선」 제25권 제7호 통권 292호(월간조선사, 2004. 7), 356-359쪽 ; 유동열, “2005년 북한의 대남전술 전망”, 「민주사회연구」 제17권 제1호 통권 제87집(공안문제연구소, 2005. 2), 26쪽.

입장을 理解하려는 노력(이른바 內在的 接近法)이 필요하다고 주장한다.<sup>8)</sup> 이와 같이 대북정책이 지향하는 目標은 동일하게 북한 인권실태의 개선을 희망하는 것으로 보이지만 구체적인 手段과 接近方法은 차이를 보이고 있는데, 대북관의 차이는 대북지원 사업에 대한 適正性 여부에 대한 評價와 향후 남북관계 개선을 위한 구체적인 수단의 選擇에도 영향을 미칠 수 있기 때문에 그 意味와 效果가 학술적인 흥미 차원에 머물지 않는다. 예컨대 북한의 國家 인정 여부, 탈북자의 國內法的·國際法的 地位 등에 대한 논의는 헌법상 영토조항과 맞물려 통일정책의 취사선택 문제만이 아니라 憲法 規定의 조화적인 해석론 내지 개헌론 등 憲法政策의 문제이며, WTO 체제하에서 북한 개성공단내 생산물품의 韓國產 인정 여부 등 國際通商 문제로까지 연결될 수 있다. 남북화해 시대에 상응하여 平和共存, 民族統一 지향적인 새로운 남북관계법의 해석이 필요하다는 것은 누구나 수긍할 수 있으나, 남북한 유엔 同時加入과 南北基本合意書 채택 등을 근거로 사실상 우리가 북한을 국가로 승인한 것이며 한반도에 현실적으로 두 개의 국가가 존재한다는 견해<sup>9)</sup>는 超憲法的이며 政治偏向的인 의견으로서 체계적이고 합리적인 법해석 원칙에 어긋나며 중국의 東北工程,<sup>10)</sup> 일본의 독도 영유권 분쟁화 기도, 해외 체류 탈북자의 국내 입국 문제 등을 고려할 때 立法政策上으로도 實益이 거의 없다. 여기서는 우리나라의 국내법 체제를 중심으로 헌법상 영토조항의 효력 및 서해 北方限界線(NLL)의 의미, 국가보안법상 反國家團體 조항, 남북한 유엔 동시가입의 문제, 남북기본합의서의 성격, 탈북자의 지위 문제를 다루면서 헌법적 근거를 넘어선 정치적 주장의 허구성, 모순점들을 분석·비판하여 自由民主主義的 기본질서와 국가안보의 토대를 더욱 공고히 하는 한편 남북교류의 영속적, 구체적 실천을 뒷받침할 수 있도록 남북대화 상대로서의 북한의 政治的 實體를 전향적, 미래지향적으로 재검토하여 헌법과 남북관계법의 現實的, 論理的인 해석기준을 제시하고자 한다.

- 
- 8) 김부기, “북한연구의 내재적 접근과 민족공조”, 「민족사상연구」 제12호(경기대학교, 2005. 2), 279-291쪽 ; 송두율, 북한 : 내재적 접근법을 통한 전망, 「역사비평」 통권 제54호(역사비평사, 2001. 2), 115-125쪽.
- 9) 장명봉, “남북한 기본관계 정립을 위한 법적 대응”, 「유엔가입과 통일의 공법문제」(한국공법학회, 1991), 131쪽 ; 이장희, “남북합의서의 법제도적 실천과제”, 「남북합의서의 후속조치와 실천과제」, 아시아사회 과학연구원 제1회 통일문제 학술세미나 자료집, 1992. 3, 148쪽 ; 도희근, 「북한주민의 헌법상 지위에 관한 연구」, 헌법학연구 제4집 2호(한국헌법학회, 1998. 10), 347쪽 ; 이장희, 「남북기본합의서의 법적 성격과 실천방안」, (아시아사회과학연구원, 1998), 6-7쪽 ; 국가인권위원회, 「국가보안법 폐지권고 결정문」, 2004. 8. 23, 33쪽.
- 10) 중국은 개혁·개방 이후 국력신장에 부응하는 4대문명 발상국으로서의 위상을 강화하고 티베트족 등 소수민족 독립무력화를 위한 논리발굴 차원에서 「西北工程」·「西南工程」·「斷代工程」·「中華文明 探原工程」등 역사연구 「工程」을 추진중이며, 韓中 수교 이후 남한 관광객들이 고구려 유적이 많이 포함된 만주 지역을 방문하면서 고도 회복을 주장함에 따라 한반도의 통일후 영토분쟁 가능성 차단 및 조선족의 동요 방지를 위해 2002. 2부터 고구려·발해를 포함한 동북 지역의 모든 역사를 ‘중국의 지방 소수민족 정권사’로 왜곡하는 「東北工程」을 진행하고 있다.

## 第2節 研究의 範圍와 方法

2005년 12월 8일 제17대 國會는 한나라당이 불참한 가운데 본회의를 열어 南北關係를 1991년 체결된 남북기본합의서 前文에서와 같이 ‘南北 사이의 關係는 국가간의 관계가 아닌 統一을 지향하는 과정에서 暫定的으로 형성되는 特殊關係’로 규정하는 ‘남북관계 발전기본법’을 통과시켰다. 여기서 ‘나라와 나라 사이의 관계’가 아니라는 것은 남한 입장에서 보면 大韓民國은 국가이지만 북한은 국가로 승인할 수 없고, 북한의 입장에서 보면 朝鮮民主主義 人民共和國은 국가이지만 남한은 국가로 승인할 수 없을 뿐 아니라 남북기본합의서 체결로 어떠한 경우에도 쌍방을 外國으로 취급하지 않는다는 의미가 내포되어 있다. 남북관계발전기본법은 남북기본합의서의 法的 效力 부여를 위해 기존 남북관계 現實을 반영하여 ‘民族共同體의 構成員’으로 북한의 實體를 인정했으나 북한의 法的 地位를 명확히 규정한 것은 아니다. 또한 남북기본합의서에서도 남한과 북한이 相對方의 實體를 무엇으로 보느냐에 관해서는 전문과 본문의 각 조항에 아무런 규정이 없다. ‘민족공동체의 구성원’은 社會學的·政治的 概念이므로 법률학적으로는 이러한 개념은 인정되지 아니한다. 6. 15 남북 정상회담 이후 정치권, 진보세력 사이에서 북한의 유엔가입과 남북관계의 변화 등을 이유로 북한을 反國家團體로 취급하는 것은 冷戰的 對決을 확대 재생산함으로써 對北政策 推進에 걸림돌이 된다면서 통일지향적인 새로운 남북관계 정립을 위해 영토조항의 개정, 국가보안법의 폐지를 추진해야 한다는 주장이 제기되고 있다. 그러나 남북관계의 法解釋은 현재의 남북관계의 해결에만 국한되는 것이 아니라 통일추진 과정 및 통일후 國家戰略 수립 문제와 긴밀하게 결합되어 있는 만큼 영토조항 改廢 등 헌법과 법률의 개정 논의는 統一·反統一, 保守·進歩의 이념대결이나 政治的 立地 확보를 위한 政略的 接近 대상이 되어서는 안 된다.<sup>11)</sup>

본 연구는 헌법규범과 헌법현실간에 모순과 괴리가 지적되고 있는 헌법 제3조 領土條項과 헌법 제4조 평화통일조항의 해석론을 비롯한 국내법 체계를 중심으로 여섯 장에 걸쳐 북한의 법적 지위 문제를 다루고 있다.

제1장 서론에 이어서, 제2장에서는 헌법 제3조 영토조항의 規範的 效力 논쟁을 검토하면서 헌법 제3조 우선론·헌법 제4조 우선론·영토조항의 미래조항설 등 각종 學說, 대법원 및 헌재 判例의 태도를 종합적으로 살펴본 후 남북관계의 特殊性과 現實 變化를 모두 반영한 體系的, 論理的 해석론을 제시하였다. 그리고 1953년 정전협정 체결 이후 육상에서의 군사분계선과 더불어 남북간의 실질적인 해상경계선 역할을 해왔으나

11) 제성호, “헌법 영토조항 ‘발전적 개정’ 검토를”, 동아일보 2005. 3. 22 여론마당.

북한이 우발충돌 방지를 위해서 새로운 해상 불가침선 설정을 주장<sup>12)</sup>하고 있는 등 남북한간 紛爭 水域으로 등장한 서해 북방한계선의 발생 배경과 경과, 북한의 NLL 무효 주장, 북방한계선에 대한 남한내 시각 등 북방한계선의 法的 性格을 객관적으로 고찰하였다. 西海 북방한계선은 1973년 이후 남북간 영토분쟁의 핵심 부문을 이루고 있는 가운데 북한이 남한의 西海 5개 도서 영유권은 인정하면서 주변수역에 대해서는 자신의 영유권을 주장하고 있는데, 문제의 생성 및 진행과정, 법적 고찰을 통해 분쟁의 소지를 적극적으로 차단할 필요성이 있다고 보기 때문이다. 제3장에서는 국가보안법상 반국가단체의 概念, 국가보안법의 憲法上 根據, 위헌폐지론·대체입법론 등 반국가단체 입법 논란, 판례의 입장 등 法理的 問題點을 헌법과의 관련성을 중심으로 국가보안법상 북한의 법적 지위를 검토하였다. 제4장에서는 남북한 유엔 동시가입과 북한의 國家承認 문제, 국제법상 조약은 아니지만 남북한 內部關係에서만 不完全한 形態로 존재하는 특수규범으로서의 남북 기본합의서의 성격을 國際法的 見地에서 검토하였다. 일부에서는 남한이 북한과 함께 유엔에 가입하였고 남북한 정부 대표가 국제조약을 체결한 데 이어 6. 15 남북 정상회담까지 개최한 만큼 북한을 國家로 承認한 것이라는 주장이 있으나 이는 자칫 남북분단을 영구화시킬 수 있는 위험성이 있다고 여겨진다. 제5장에서는 탈북자의 現況 및 주변국의 態度를 사실적 측면에서 서술하고 탈북자의 用語 선정, 해외체류 탈북자의 外交的 保護 문제 등 북한이탈주민의 國內·外法的 地位를 비판적으로 검토하였다. 제6장에서는 이상에서의 연구결과를 바탕으로 하여 남북한은 ‘나라와 나라 사이가 아닌 특수한 관계’이며 국가보안법상의 반국가단체 조항에서 정부참칭 부분은 삭제하고, 북한을 事實上 정권으로서 전향적으로 인정하되 북한의 국가 승인은 헌법 등 現行 國內法 체계 및 국가정책상 타당성이 없음을 북한의 법적 지위에 대한 결론으로서 제시하였다.

또한 본 연구는 학자와 전문가의 저서와 논문을 중심으로 하는 문헌에 기초한 연구 방법에 의존하였으나 실제적 자료를 보충하는 實證的 연구방법도 부수적으로 활용하였다. 각종 통계 및 현황자료는 현실상 접근·획득에 여러가지 현실적 어려움이 있어 이미 출판된 단행본이나 논문 간행물, 인터넷 사이트 공개자료 등에서 주로 인용하였고 필요한 경우에는 일간지나 잡지에 실린 자료도 적극 참고하였다. 현실과 법적 안정성을 존중하고 새로운 해석을 통해 문제를 해결하는 실증적 연구 방법을 견지하여 법리적 문제점과 직접 관련이 없는 정책대안은 생략하였다. 6. 25사변 이후 남북미귀환자, 국군포로, 이산가족, 대한민국 정부의 정통성 문제도 法理的, 立法政策的 측면에서 포괄적으로 상술하고 싶었으나 ‘북한의 법적 지위’라는 論題와 다소 동떨어진 내용이고

12) 연합뉴스 2006. 5. 16 “장성급회담 서해상 경계선 설정 공방” 제하 보도.

중대하고 민감한 대북관계 현안에 대한 연구분석이 부족한 상태에서 學術的 차원에서 심층적으로 검토한다는 것은 부적절하다고 판단되어 본 연구의 대상에서 제외하였다.

## 第2章 領土條項의 法的 意味

### 第1節 領土條項의 規範的 效力 論爭

憲法 제3조는 ‘대한민국의 領土는 한반도와 그 부속도서로 한다’고 규정하여 대한민국 헌법이 미치는 場所的 적용 범위가 휴전선 이북지역을 포함하는 韓半島 全域임을 명시하고 있다. 이는 대한민국의 국가권력이 당위적으로 미치는 범위가 남한지역뿐만 아니라 북한 지역도 포함하는 한반도 전역이며 한반도 전체가 대한민국의 고유영토임을 표시하는 것으로 이해되어 왔다. 이에 의해 남한헌법은 전체 한반도를 대상으로 하는 完成憲法의 性格을 갖는데, 오늘날 통일지향론자들은 이러한 영토조항의 문제점을 아래와 같이 지적하고 있다.

첫째, 영토조항은 대북정책의 實際와 모순되고 있다고 한다. 영토조항에 따르면 남한 헌법의 完成憲法의 특징으로 인하여 그 가능한 통일방법은 남한이 존치한 가운데 북한이 소멸되어 스스로 남한정부의 지배하에 들어오는 것 이외의 다른 방법의 여지가 없게 된다. 그렇지만 이러한 통일 과정은 대한민국의 유일합법 정부론에 입각한 冷戰 이데올로기하의 반공통일관에 따른 觀念的인 방안으로서 남북관계의 現實과는 부합되지 않는다. 다시 말해 제2공화국에서부터 平和統一論이 주장되고 7. 4 남북공동성명,<sup>13)</sup> 6. 23 평화통일선언,<sup>14)</sup> 7. 7 선언,<sup>15)</sup> 韓民族 공동체 통일방안,<sup>16)</sup> 남북한 동시 유엔가입,<sup>17)</sup>

13) 1972. 7. 4 남북한 당국이 국토분단 이후 최초로 통일과 관련하여 합의 발표한 역사적인 공동성명으로 자주·평화·민족대단결의 3대 통일원칙을 공식 천명하였다(송종환, “7. 4 남북공동성명의 의의와 한계”, 북한 통권 제391호, 북한연구소, 2004.7, 55-63쪽 ; 이주철, “남북공동성명”, 내일을 여는 역사 제11호, 서해문집, 2002.겨울, 226-233쪽).

14) 1973. 6. 23 조국의 평화통일 및 개방선린외교를 표방한 7개항으로 구성된 박정희 대통령의 특별성명이다(민병휘, “6. 23선언과 한국외교의 평가”, 「평화연구」 제3호, 경북대학교 평화문제연구소, 1978. 6, 97-103쪽 ; 정대규, “6. 23 선언과 北傀, 그들은 왜 거부하는가”, 「時事」 제176호, 내외문제연구소, 1978. 6, 47-54쪽, 양홍모, “통일외교의 전환 : 6. 23 특별선언의 의의”, 「統一路」 제36호, 統一路社, 1974. 1, 62-67쪽).

15) 정식명칭은 ‘민족자존과 통일번영을 위한 특별선언’으로 1988. 7. 7 노태우 대통령이 남북관계를 함께 번영해야 할 민족공동체 관계로 규정하고 자주·민주·평화·복지의 원칙에 입각한 민족 전체가 참여하는 민족자존과 통일번영의 새 시대를 열 것을 제창한 6개항의 대북·외교선언이다(윤병익, “7. 7특별선언의 성과와 전망”, 「북한」 제223호, 북한연구소, 1990. 7, 88-93쪽).

16) 1988년 ‘민족자존과 통일번영을 위한 특별선언’을 계승하는 정책으로 1989. 9. 11 국회에서 노태우 대통령의 특별선언을 통해 발표하였다(이창현, “한민족공동체 통일방안의 특징과 평가”, 「통일문제연구」 제9호, 조선대학교 통일문제연구소, 1991. 12, 75-92쪽 ; 국토통일원, “한민족공동체 통일방안”, 「안전보장」 제237호, 1990. 9, 92-103쪽).

17) 1991. 9. 18 제46차 유엔총회에서 159개 전회원국의 만장일치로 남북한이 각기 별개의 의석을 가진 회원국으로 유엔에 동시가입한 사건이다(조명현, “국제환경 변화와 남북한의 UN가입”, 충남대학교 사회과학연구소 논문집 제2호, 1991. 12, 263-280쪽 ; 왕임동, “동시유엔가입이 남북한 관계에 미친

남북기본합의서<sup>18)</sup> 채택 등의 일련의 南北關係의 진전과 최근 남한의 통일정책에 비추어 볼 때, 영토조항은 實際와 괴리되어 헌법규범과 헌법현실간의 갭이 노정된 것이다. 더욱이 남북정상회담과 6. 15 남북공동선언에 의한 후속조치가 마련되는 현시점에서 종래의 영토조항의 規範的 意味는 상실되었다.

둘째, 영토조항은 헌법상 統一關聯條項과 모순되고 있다고 한다. 특히 현행헌법상 前文에서 평화적 통일의 명제를 규정하고 총강의 통일조항(제4조)에서 平和統一原則을 명시하고 있는데 이것은 영토조항과 모순되고 있다. 북한을 대등한 법적 당사자가 아니라 反國家團體로 전제하면서 평화통일을 실현한다는 것은 논리적으로 모순되는 것으로 영토조항과 통일조항간에는 相衝關係가 발생하게 된다는 것이다.<sup>19)</sup>

사실, 헌법 제3조의 영토조항은 대한민국이 完成國家임을 전제로 하여 制憲憲法 이래 줄곧 憲法典에 규정되어 왔다. 그 반면에 평화통일조항은 1972년의 이른바 維新憲法<sup>20)</sup> 당시에 대통령이 “조국의 평화적 통일을 위한 성실한 의무를 진다”라고 명시하는 등 처음으로 憲法典에 규정되기 시작하였는데, 현행헌법은 제4조에서 「대한민국은 통일을 지향하며, 自由民主的 기본질서에 입각한 평화적 통일정책을 수립하고 이를 추진한다」라고 규정하여 평화통일에 관한 원칙규정을 보다 명확히 하였다. 이 결과 영토조항에 따르면 북한을 반국가단체로 보게 되어 이는 北韓의 實體를 인정하는 것을 전제로 하는 평화통일조항과 상충되고 統一政策의 實際와 유리되어 있으며, 또한 영토조항은 分斷을 부정하는 입장에서 규정한 것이고 이는 분단현실의 인정을 전제로 한 평화통일조항과 論理的으로 모순된다는 주장이 끊임없이 제기되어 왔다.<sup>21)</sup> 특히 이러한 논쟁은 남북한이 유엔에 동시 가입하고 남북기본합의서를 채택한데 이어 국민의 정부에 접어든 이후 6. 15 남북공동선언 및 對北包容政策 추진 등 남북관계의 변화 내지 한반도 통일환경의 변천에 따라 한층 가열되고 있는 느낌이다. 정치권 및 학계 일각에

영향”, 「사회과학연구」 제17호, 조선대학교 사회과학연구소, 1994. 6, 1-13쪽).

18) 1991. 12. 13 서울에서 열린 제5차 남북 고위급회담에서 남북한이 화해 및 불가침, 교류협력 등에 관해 공동 합의한 기본 문서이다(안보문제연구원, “통일문답해설”, 「統一路」통권 제191호, 2004. 7, 74-85쪽 ; 김민서, “남북기본합의서의 법적 재검토”, 「국제법평론」 통권 제14호, 국제법평론회, 2001. 2, 57-81쪽).

19) 장명봉, 「6. 15 공동선언 실천과 통일지향적 공법적 정비과제」, 아시아사회과학연구원 학술포럼시리즈 2001-2, 8-9쪽.

20) 1972. 10. 17 초헌법적인 국가긴급법을 발동하여 국회를 해산하고 전국적인 비상계엄령을 선포한 뒤 평화적 통일지향, 한국적 민주주의 도착화를 특징으로 한 제7차 헌법 개정안을 동년 12. 17 국민투표로 확정된 제4공화국 헌법이다(성낙인, “유신헌법의 역사적 평가”, 「공법연구」 제31집 제2호, 한국공법학회, 2002.12, 1-23쪽 ; 김철수, “헌정50년의 회고와 전망”, 「법학논총」 제12호, 숭실대학교 법학연구소, 2000.2, 7-18쪽).

21) 최창동, “헌법상 ‘영토조항’과 ‘통일조항’의 올바른 헌법해석론”, 「정책연구」 통권 제144호(국제문제조사연구소, 2005), 289-327면 ; 장명봉, “헌정 57주년, 대한민국의 민주정치 : 명목화한 영토조항의 냉전적 해석 극복해야”, 「자유공론」 제40권 제7호 통권 제46호(한국자유총연맹, 2005. 7), 22-25쪽.

서 영토조항을 고치자는 의견이 있었으나<sup>22)</sup> 최근에는 통일부 장관 등 여권 핵심인사가 영토조항의 손질을 公開的으로 거론하고 있어 과장이 적지 않다. 즉, 2005년 10월 24일 국회 정치분야 대정부 질문에서 열린우리당 윤호중 의원이 “統一에 대비한 改憲을 고려해야 한다”고 주장하자 당시 정동영 통일부 장관은 “국회에서 적절한 시점에 개헌 문제가 논의된다면 그 동안 진전된 남북관계 등을 반영하기 위한 연구 검토가 있어야 하며, 대개 영토조항과 같은 것을 문제로 지적하고 있다. 그런 상황에서 平和體制 構築을 넘어서서 南北 聯合을 내다본다면 영토조항에 관한 지혜로운 검토가 필요하다”고 말했고, 그 당시 이해찬 국무총리는 이날 영토조항을 거론하지는 않았지만 “1987년 개헌 때에는 權力構造만 논의했기 때문에 큰 틀을 손대지 못했다”며 “이번에는 헌법의 構成要素 全般에 관해 검토해서 새로운 헌법을 만든다는 생각으로 충분한 토의와 검토가 필요하다”고 全面的인 改憲 必要性을 언급했는데, 이날 대정부 질문에서는 열린우리당 민병두 의원과 한나라당 안택수, 권철현 의원이 2007년 초 國民投票를 실시할 수 있도록 사전에 改憲 관련 논의 기구를 출범시키는 등의 준비를 하자고 제안하여 영토조항 개폐 논란은 정치권의 내각제 개편, 대통령 중임제한 철폐 등 政治的 利害關係에 따라 헌법 개정 추진시 立法化될 가능성이 잠재되어 있는 상태이다.<sup>23)</sup>

## 第2節 學說

학설은 전체적으로 영토조항의 現實的 規範力을 인정할 것인지 여부에 따라 나눌 수 있다. 영토조항이 평화통일조항과 논리적으로 모순되고 통일정책의 실제와도 조화되지 않기 때문에 立法論 혹은 憲法解釋에 의하여 영토조항의 현실적 규범력을 인정하지 않으려는 견해와 영토조항과 평화통일조항은 그 자체가 矛盾關係에 있는 것이 아니거나 오히려 그 모순 자체를 헌법이 정하고 있다고 하여 영토조항의 현실적 규범력을 인정하려는 견해로 갈린다.

22) 법제처, “2000년도 남북법제연구 연구보고서”, 법제처, 197쪽 ; 제성호, “헌법상 통일관련 조항의 주요쟁점과 개정문제 : 헌법 및 국제법적 검토를 중심으로”, 「서울국제법연구」 제11권 제1호 통권 제20호(서울국제법연구원, 2004. 6), 175-210쪽 ; 일간대한뉴스, “통일조항과 영토조항간의 모순 해결로 미래지향적인 헌법개정 이뤄져야 : 헌법개정을 위한 1차 심포지엄 개최”, 디지털시대를 선도하는 대한뉴스 vol.17(2005. 7), 14-15쪽 ; 한겨레신문 2002. 4. 12 (이부영 한나라당 경선후보) “영토조항 개헌 북체제 인정” 제하 보도 ; 한겨레신문 2000. 6. 23 “한나라당 ‘헌법 영토조항 개정’ 실현” 제하 보도.

23) 동아일보 2005. 10. 25 “鄭통일 ‘헌법 영토조항 손질 검토해야’ 제하 보도.



## 1. 領土條項 正當化理論(第3條 優先論)

북한을 反國家團體로 보는 입장에서는 헌법 제3조(영토조항)를 우선시하게 된다. 종래의 多數說<sup>24)</sup>과 判例<sup>25)</sup>가 지지해온 학설로서 헌법 제3조의 規範力에 의해 북한 지역도 대한민국 영토의 일부로서 대한민국의 주권이 북한지역을 포함한 한반도 전체에 미친다는 것이다. 즉, 대한민국은 舊韓末 大韓帝國의 영토를 계승한 국가이며, 대한민국만이 한반도의 唯一한 合法政府이며, 북한지역은 반국가단체인 이른바 ‘조선민주주의인민공화국’이 불법적으로 점령한 未收復地域으로 대한민국의 主權은 당연히 미치나 統治權이 현실적으로 미치지 못하고 있을 뿐이라고 본다. ‘唯一合法政府論’은 대한민국만이 유일한 합법정부이며 북한은 반국가단체로 여기는 점은 ‘吸收統一論’과 동일하지만 反國家團體와 平和統一할 수 있으므로 영토조항과 평화통일조항이 상호 모순되지 않는다고 보는 반면, ‘흡수통일론’은 북한지역은 不法的인 反國家團體가 支配하고 있는 미수복지역이므로 이북 지역을 收復해서 북한을 吸收統一해야 한다고 주장하는 점에서 차이가 있다.

헌법 제3조 영토조항은 남북한 분단직후 이승만 정권하에서 ‘北進武力統一論’에 대한 理論的 根據 역할을 하였고, 북한의 법적·사실적 지위를 부정하고 분단 이전에 존속했던 ‘全體로서의 韓國’(大韓帝國)의 동일성을 남한정부만이 계승하고 있는 것으로 인식하여 ‘남북한 평화통일론’만 제기해도 國家保安法 위반으로 처벌될 정도였다.<sup>26)</sup>

영토조항의 해석에 있어 북한의 실체를 부정하는 전통적인 입장을 견지하고 있는 대표적인 헌법학자는 김철수 교수이다. 김철수 교수는 영토조항에 대하여 아래와 같이 주장한다.

“대한민국의 統治權은 현재는 휴전선 남방에서만 實效的으로 행사되고 있고 그 북방에는 미치지 못하고 있으나 헌법 제3조(영토조항)는 그럼에도 불구하고 대한민국의 헌법과 법률이 北方 地域에도 적용된다는 것을 규정한 것이라고 보아야 할 것이다. 헌법 제3조는 우리 국법의 적용의 장소적인 範圍와 限界를 규정한 것뿐 아니라 다음과 같은 의미도 내포하고 있다. 즉 대한민국이 한반도의 유일한 합법정부이고 대한민국의 영역은 舊韓末 時代의 國家領域 위에 입각한 것이며, 휴전선의 북방 지역은 이른바 인민공

24) 구병삭, 「신헌법학원론」(박영사, 1998), 82쪽 ; 강경근, 「헌법학」(법문사, 1997), 90쪽 ; 육종수, 「헌법학신론」(형설출판사, 1996), 134쪽 ; 문홍주, 「제5공화국 한국헌법」(해암사, 1985), 146쪽 ; 김명기, 「북한주민의 인권과 국제법」(법서출판사, 2000), 40쪽 ; 이주현, “남북한 특수관계의 의미”, 「통일사법정책자료 2002-1」, 법원행정처, 38쪽.

25) 대법원 1955. 9. 27. 행상 246; 대법원 1957. 9. 20. 4290 행상 228; 대법원 1961. 9. 28. 4292 행상 48, 대법원 1965. 8. 24. 65 다 1034, 대법원 1983. 3. 22. 82 도 3036, 대법원 1990. 9. 28. 89 누 6396, 헌재 1990. 4. 2. 89 헌가 113, 헌재 1991. 3. 11. 91 헌마 21, 헌재 1997. 1. 16. 92 헌마 6 등 병합.

26) 최창동, 「남북한체제 통합의 법정정책 과제 : 법학자가 본 통일문제 I」(도서출판 푸른세상), 2002, 40쪽.

화국이 불법적으로 점령한 미수복지역이라는 것을 선언하고 있는 것이다. 따라서 헌법 제3조는 북한의 지배체제를 찬양·지지하는 행위를 처벌하는 國家保安法의 근거가 되고 있다. 또한 통일부장관의 허가없는 북한지역으로의 여행에는 脫出罪를 적용하고 있다.”<sup>27)</sup>

최대권 교수는 “영토조항이 가지는 논리로서 북한정권은 적어도 1972년 7. 4 남북공동성명 이전까지는 한국의 북반부를 불법적으로 점유하여 不法的이며 事實上(de facto)의 統治權力을 행사해온 反國家團體 또는 기껏해야 交戰團體의 지위를 가져왔으나 남북한 관계가 지금과 같이 변화하고 있는 法現實을 감안할 때 이제는 더 이상 영토조항을 규범력을 갖지 않는 조항으로 보고 그에 기초한 기존의 形式論理를 고수하기보다는 대한민국의 영토는 한반도와 부속도서로 구성되어야 한다는 當爲論的 命題를 선언한 규정으로 해석함이 법리상 더욱 타당하다”<sup>28)</sup>라고 주장하면서도 다음과 같이 영토조항을 북한의 실체를 부정하는 것으로 해석하고 있다.

“헌법 제3조는 북한지역도 대한민국의 영토임을 분명히 하고 있다. 다만 북한지역에 대하여 미치는 대한민국의 主權은 法的(de jure)인 것이지 事實上(de facto)의 支配力은 北韓政權의 존재로 인하여 그곳에 미치지 못하고 있다. 그러므로 대한민국의 북한지역에 대한 사실상의 支配力의 행사를 방해하는 요인이 제거되는 경우 가입이나 統一憲法의 제정과 같은 특별한 조치가 없어도 북한지역에 대하여 대한민국이 가지고 있는 潛在的인 權力이 당연히 現在化하게 된다.”<sup>29)</sup>

권영성 교수는 종래 헌법 제4조를 우선하는 입장이었으나<sup>30)</sup> 6. 15 南北頂上會談이 실현된 후 2000년 출판된 저서에서 영토조항에 대한 종전의 견해를 폐기하고 다음과 같이 傳統的인 解釋論을 주장하고 있다.

“영토조항이 갖는 政治的 意味는 첫째, 대한민국의 영역은 舊韓末時代의 국가영역을 기초로 한다는 것(舊韓末領土承繼論), 둘째, 우리나라의 영토의 범위를 명백히 함으로써 타국의 領土에 대한 야심이 없음을 선언하는 것(國際平和指向論)이라는 의미를 가진다. 또한 영토조항이 갖는 규범적 의미는 ‘한반도에서의 유일한 합법정부는 대한민국 뿐’(唯一合法政府論)이라거나 ‘휴전선 이북지역은 인민공화국이 불법적으로 점령한 미수복지역’(未收復地域論·反國家的不法團體論)이라는 해석론의 헌법적 근거로 삼을 수 있다는 점에 있다. 이러한 規範的 解釋論理에 따라 대한민국의 헌법과 법률은 休戰線

27) 김철수, 「헌법학개론」(박영사, 2000), 111쪽.

28) 최대권, “장차 전개될 남북관계의 형성과 통일의 법적 문제”, 「한반도 통일과 법적 문제」(한국공법학회, 1999), 26-30쪽.

29) 최대권, 「헌법학강의」(박영사, 1999), 89쪽.

30) 권영성, 「헌법학원론」(법문사, 1998), 122쪽 ; 권영성, “문익환 목사 방북, 좌우대결 구실 안된다(대담)”, 「신동아」(동아일보사, 1989. 5), 137쪽.

남방지역 뿐만 아니라 북방지역에도 적용되는 것이다.”<sup>31)</sup>

이러한 입장에서는 남북한이 유엔에 동시 가입하였다거나 南北基本合意書에 서명하였다고 하여 북한이 반국가단체가 아니라고 할 수 없다고 보며, 영토조항에 의한 통일의 책무실현에 있어 통일의 방안으로武力에 의한統一을 배제하는 한 영토조항은 평화통일조항과 衝突되는 것이 아니며 오히려 이와 調和된다고 한다. 또한 이 견해는 南北基本合意書의 채택이나 남북교류협력법률을 거론하며 헌법 제3조의 개정·삭제를 주장하는 논의도 있을 수 없다고 한다. 이는 憲法의 하위규범인 法律에 대하여 헌법을 개폐하는 효력을 인정하는 것과 같은 결과를 가져오기 때문이다.<sup>32)</sup>

## 2. 領土條項의 現實的 解釋論(第4條 優先論)

앞의 견해와는 달리 이러한 입장의 해석론들은 영토조항과 평화통일조항간의 모순을 해결하기 위하여 평화통일조항의 영토조항에 대한 우월적 효력을 인정하는 규범상호간 價値優先 順位 理論이 주류를 이룬다. 즉, 두 조항이 충돌하는 경우 헌법규범의 특성상 두개의 규범에 의해서 표현되는 가치 및 법익을 비교 형량하여 보다 큰 가치와 법익을 가지는 헌법규범에 우선적 효력을 인정함으로써 規範的 效力의 上下關係에 따라 그 상충을 해결할 수 있다는 것이다. 이 설에는 舊法(영토조항)에 대한 新法(평화통일조항)이 우선한다는 견해, 非現實(분단사실과 국제법상 원칙의 외면)에 대한 現實(남북분단 사실인식과 영토범위는 국가권력이 미치는 공간까지라는 국제법상 원칙수용) 우선의 원칙에 따라 해결해야 한다는 견해, 평화통일조항이 영토조항보다 憲法理念的 全體秩序와 憲法政策上 優先하므로 사실상 영토조항은 死文化되어 규범력을 잃어가고 있어 상호 모순되지 않는다는 견해, 일반법과 특별법의 관계에 따라 평화통일조항이 우선한다는 견해, 일본의 평화 헌법과 자위대와의 관계를 사례로 들어 ‘憲法變遷 理論’(Verfassungswandlung)으로 합리화하는 견해 등이 있다.

### 가. 新法·現實優先論

舊法(영토조항)에 대한 新法(평화통일조항)의 우선, 非現實(분단과 국제법상의 원칙 외면)에 대한 現實(분단현실과 국가권력의 현실적 영향범위) 우선이라는 입장에서는 대한민국의 영토는 남한지역에 한정되므로 영토조항을 개정해야 한다고 주장한다.<sup>33)</sup> 영

31) 권영성, 「헌법학원론」(법문사, 2003), 124쪽.

32) 최대권, 앞의 글, 100-101쪽.

33) 권영성, 「헌법학원론」(법문사, 1998), 122쪽.

토조항이 평화통일조항과 相互 矛盾되므로 통일지향적 평화공존적 체제의 실현을 위해 영토조항을 개정해야 한다고 주장하는 ‘立法的 解決論’<sup>34)</sup>이나 영토의 범위는 국가권력의 공간적인 효력범위에 국한한다는 국제법 원칙에 비추어 영토조항은 名目的인 규정에 불과하며 대한민국의 영토고권과 대인고권이 미치지 않는 북한지역은 대한민국 영토가 아니라는 주장<sup>35)</sup>도 이러한 견해와 비슷한 취지를 담고 있다고 생각된다.

권영성 교수는 2000년 저서에서 종래의 견해 변경전까지 “국가보안법이 근거하고 있는 헌법 제3조(영토조항)는 國際法의 대원칙상 국가의 영토는 국가권력이 미치는 데서 끝난다고 되어 있는데, 현실적으로 우리의 휴전선 북방지역에는 대한민국의 국가권력이 못 미치고 있는 엄연한 사실에서 북한 지역이 우리 영토라고 주장하는 것은 名目的인 것이어서 規範力이 없다. 국제정치면에서 이데올로기적 대결의 종식으로 동서 화해 분위기가 급속하게 확산되면서 그 동안 북한의 배후지원국으로 우리의 敵對國이었던 러시아와 중국과의 國交關係가 정상화되고 국내정치면에서도 남북한 통일이 조속히 성취되어야 할 民族的 課業으로 인식되어 가고 있는 현실에 비추어 볼 때 영역에 관한 종래의 解釋論理는 수정되어야 한다. 냉전논리에 바탕한 한반도에서 유일한 합법정부론적 헌법해석은 헌법의 평화통일조항(남북한분단이라는 현실인식을 전제로 하는)과 論理的으로 矛盾되고, 이러한 모순은 舊法(영토조항)에 대한 新法(평화통일조항) 優先의 원칙과 非現實(분단이라는 사실과 국제법상 원칙의 외면)에 대한 現實(남북분단이라는 사실인식과 영토의 범위는 국가권력이 미치는 공간까지라는 국제법상의 원칙수용) 優先의 원칙에 따라 해결되어야 하기 때문이다”라는 주장한바 있다.<sup>36)</sup>

이러한 견해는 헌법상 동일하게 규정되고 있는 헌법조항 상호간에 어떤 규정이 먼저 도입되었느냐의 여부가 헌법해석상 優先權 附與의 基準이 될 수 있다고 보기 어렵고, 무엇이 현실적이고 비현실적이냐의 문제도 主觀的인 基準이 될 가능성이 많아 헌법의 改正論理에는 부합할지 모르나 헌법해석의 합리적이고 일반적인 방안으로는 부적합하다. 아울러 독일식의 1民族 2國家論도 현실적인 남북한 관계상으로 상당한 참조 모델이 될 수 있겠으나 독일의 경우 애초에 기본법이 서독 지역에만 한정시켜 효력을 지니고 있음을 명문으로 밝히고 있었기 때문에 영토조항에 있어 독일과 다른 헌법조항을 가지고 있는 우리나라 헌법 해석론으로는 부적절하다는 비판이 따른다.<sup>37)</sup>

34) 제성호, 「남북한 특수관계론」(도서출판 한울, 1995), 111-117쪽 ; 이장희, “평화공존체제를 위한 법적 수정방향”, 「통일한국」(평화문제연구소, 1990. 7), 54쪽.

35) 장명봉, “통일정책과 헌법문제”, 「헌법논총」 제3집(국민대 법학연구소, 1990), 11쪽 ; 도회근, “북한 주민의 헌법상의 지위에 관한 연구”, 「헌법학연구」 제4집 제2호(한국헌법학회, 1998), 353쪽.

36) 권영성, 「헌법학원론」(법문사, 1998), 122쪽.

37) 성낙인, 「한국헌법연습」(고시계, 1997), 166-167쪽.

## 나. 對內·對外關係 規定論

이 견해는 헌법 제3조(영토조항)는 對內的 觀點, 헌법 제4조(평화통일조항)는 對外的 觀點으로 서로 다른 차원의 규정으로 보고 남한과 북한은 국가 대 국가의 관계가 아닌 한 民族 內部的 특수한 관계로 보는 입장이다.

이 학설은 “영토조항은 南北分斷의 現實과 괴리되어 있고 북한이 하나의 독립국가로 인정되는 국제법적 현실에도 맞지 아니하며 평화통일조항과도 외견상 충돌한다고 할 수 있으나 영토조항이 규범적 의미가 없다고 보기는 곤란하다. 즉 헌법 제3조가 대한민국의 영토를 한반도와 부속도서로 한 것은 첫째, 한반도에 있어 대한민국이 유일한 正統·合法國家이며, 둘째, 한반도 전역에 대해 대한민국의 통치권이 미쳐야 하고, 셋째, 북한과의 관계가 國家 對 國家의 관계가 아닌, 한민족 내부의 特殊關係라는 규범적 의미를 담고 있다고 할 것이다. 다만 현실적으로 그리고 국제법적으로 북한의 존재를 부정할 수 없고 대한민국의 통치권이 북한지역에 미치지 아니하여 남한지역으로 수축되어 있으므로 헌법은 대한민국의 統治權을 한반도 전역에 미치도록 하기 위한 방법으로 무력통일이 아니라 平和統一을 採擇하고 있다고 보아야 할 것이다. 그런 점에서 영토조항은 북한과의 관계가 국가 대 국가의 관계가 아닌, 한민족 내부의 관계이며 대한민국이 정통·합법국가임을 밝히는 憲法制定權力 主體의 의지적 표현이라면 평화통일조항은 이를 실현하기 위한 방법으로 북한을 武力에 의해 타도해야 하는 대상이 아니라 對話와 協力の 관계를 통해 하나의 국가로 나아가야 할 대상으로 인정하고 있는 것이라 보아야 할 것이다. 대한민국의 영토를 남한지역에 국한하는 견해는 북한의 존재를 인정하고 冷戰論理를 극복하며 헌법규범과 현실을 일치시킨다는 점에서 타당성을 가지기는 하지만 대한민국 영토를 한반도와 부속도서로 한다는 조항이 반드시 북한을 평화적 방법이 아닌, 무력에 의해 진압해야 할 단체로 규정하고 있다고 할 수 있겠으나, 비록 북한이 대한민국 헌법상 不法團體이긴 하지만 무력에 의하지 않고 평화적으로 협상을 통해 統一을 實現할 수 있지 않느냐, 북한을 불법단체라 한다 하여 북한과의 대화와 협상까지 허용되지 않는다고 할 수는 없지 않느냐, 그리고 이러한 북한과의 대화와 협상을 인정하는 것이 平和統一條項의 意味가 아닌가라고 해석할 수 있으며 이렇게 해석해야 만약 北韓이 자체 崩壞하는 경우에도 대한민국의 통치권이 북한지역에 미칠 수 있다”라고 주장한다.<sup>38)</sup>

38) 김문현, 「영토조항과 북한주민의 법적지위」(고시연구, 1999. 2), 84-85쪽.

## 다. 潛在的 主權論

이 견해는 북한을 국가보안법상의 反國家團體라기보다는 ‘事實上的 政權’(political regime de facto)으로 보아야 한다는 관점에서 북한지역에 대한 主權의 現實的 行使는 제한되고, 다만 潛在的으로만 主權이 북한지역에 미친다는 견해이다.

이 견해는 영토조항을 北韓의 實體를 부정하는 근거로 보는 것에 반대하면서 “1988년 7. 7선언상의 ‘韓民族共同體’ 논리에까지는 이르지 못하지만, 북한이 ‘조선민주주의 인민공화국’이란 명칭하에 존재한다는 사실 자체는 인정해야 한다는 점에서, 북한은 헌법 제3조에 대한 現實基準的 解釋 하에, 국가보안법상 반국가단체라기보다는 ‘事實上的 政權’으로 인식해야 한다”고 주장한다.<sup>39)</sup>

## 라. 特別法說

이 견해는 헌법 제3조와 헌법 제4조를 一般法과 特別法관계로 보아 특별법인 제4조(평화통일 조항)를 우선시키면 된다는 견해로서, 평화통일은 우리 헌법전문문의 ‘평화적 통일의 사명’이라는 문언에 따라 우리 憲法이 지향하는 理念이므로 평화통일조항이 영토조항보다 優越한 效力을 가진다고 주장한다.

제성호 교수는 영토조항의 문제점에 대한 해결방안으로 장기적인 면에서 입법론적 해결방안이 근본적인 代案이지만, 그 과정이 쉽지 않는 만큼 단기적 방안으로서 영토조항과 평화통일조항의 ‘合致的 解釋’, 헌법변천 이론에 입각한 해석론 등과 아울러 理念的·政策的인 면에서 ‘평화통일조항의 優越的 效力 인정’을 주장한다.<sup>40)</sup>

장명봉 교수도 또한 “영토조항과 평화통일조항의 상충문제에 있어 평화통일조항이 영토조항보다 우월적 효력이 있는 것으로 해석함으로써 양자의 효력문제에 대한 해결이 가능하다. 그 논거로는 첫째, 헌법은 前文에서 민주적 개혁과 함께 평화적 통일을 헌법이 지향하는 理念으로 삼고 이를 실현하는 것이 國家的 使命임을 밝히고 있다. 특히 현행헌법에서 평화적 통일에 대한 강한 의지의 표명으로 평화통일조항을 신설하였다. 따라서 평화통일조항은 영토조항보다 헌법상 우월하며 헌법규범간 序列理論 또는 段階構造의 理論으로 이를 해석하는 경우에 헌법이념상 우월한 위치에 있는 평화통일조항은 영토조항보다 우월적인 효력을 갖는다. 둘째, 헌법정책적인 측면에서 평화통일조항의 우월적 효력을 인정할 수 있다. 즉, 헌법적 논의와 평가의 대상이 되는 헌법적 문제들에 대해서는 비단 실정헌법뿐만 아니라 헌법이 추구하는 本質的 價値에 비추어

39) 강경근, 「헌법학」(법문사, 1998), 103쪽.

40) 제성호, 앞의 글(주 36), 111-117쪽.

접근해야 하며, 憲法政策 目標의 측면에서 통일문제와 통일관련 헌법규정을 인식해야 한다. 이러한 논거에 의해 해석론적 접근을 통해 영토조항의 문제점에 대한 해결방안을 모색할 수 있다.”라고 주장하여 이러한 견해를 지지하고 있다.<sup>41)</sup>

#### 마. 憲法變遷理論 解決論

이 견해는 60여년의 分段이라는 現實 아래 시대적 상황에 따라 한국 정부의 통일정책이 여러 차례 변화를 거쳐옴에 따라 영토조항의 헌법제정시의 규범적 가치, 의미와 내용이 실질적으로 변화되었다는 입장에서 영토조항을 憲法變遷으로 보는 학설이다. 즉, 헌법 제3조의 영토조항은 시대상황에 따라 우리의 통일정책이 변하면서 북한을 불법단체로 보던 영토조항의 本來의 意味는 더 이상 유지될 수 없을 만큼 실질적으로 변했다고 주장한다. 이 학설은 헌법 초기에는 헌법 초기에는 영토조항에 의하여 북한을 반국가단체로 보았으나 분단 상태가 장기간 지속되는 동안 時代狀況의 變化에 따라 우리의 통일정책도 변화하였고, 따라서 북한을 不法團體로 보던 영토조항의 본래의 의미는 실질적으로 변화하였다고 보고, 법집행 및 적용자가 헌법규범을 적극적으로 변경하겠다는 直接的 意思 없이 헌법규범을 달리 적용함으로써 憲法의 實質的 變化를 발생시키는 ‘헌법의 변천’을 가져왔다고 보는 것이다.<sup>42)</sup> 이러한 학설은 다시 영토조항은 사실상 死文化된 규정으로 보아야 한다는 견해와 통일조국의 영토조항으로 보아야 한다는 견해 등으로 나누어진다.<sup>43)</sup>

양건 교수는 “북한을 불법단체로 본다는 영토조항의 規範的 意味는 7. 4 남북공동성명, 6. 23 선언, 남북한 유엔동시가입 및 남북기본합의서 발효에 의해 훼손되었으며, 특히 남북기본합의서의 내용인 상대방 體制認定 및 尊重(남북기본합의서 제1조), 상대방에 대한 武力不使用 및 不可侵(남북기본합의서 제9조) 등을 고려할 때 남북한이 각기 상대방을 國家로 인정하지 않지만 적어도 상대방을 不法的 集團으로 보고 있는 것은 아니다. 따라서 북한을 불법단체로 본다는 영토조항의 본래의 규범적 의미는 더 이상 유지될 수 없으며, 이 같은 變化의 과정을 기존의 헌법학 이론에 따라 설명하자면 憲法變遷에 해당한다”고 주장한다.<sup>44)</sup>

장명봉 교수는 영토조항의 문제점과 관련, “법이론상 憲法變遷의 측면에서 제3조의

41) 장명봉, 앞의 글(주 19), 11쪽.

42) 양건, 「헌법연구」(법문사, 1995), 725-726쪽 ; 장명봉, 「남북한 기본관계에 대한 법적 대응」(한국공법학회, 1991), 133-134쪽.

43) 계희열, 「헌법학(상)」(박영사, 1996), 163쪽.

44) 양건, “남한의 통일 방안을 어떻게 볼 것인가”, 「공법연구」 제22집 제1호(한국공법학회, 1994), 223-225쪽 ; 양건, “입법주의를 위한 변론”, 「고시계」, 1987, 20-28쪽.

영토조항은 名目的인 규정으로서 오늘날에는 실효적 및 규범적 효력이 없는 규정에 불과하다고 해석하여 헌법 제3조와 제4조의 相衝問題를 調節함으로써 영토조항의 개정 문제를 해결함이 바람직하다”고 주장한다.<sup>45)</sup>

권영성 교수 역시 “한 나라의 주권은 현실적으로 국가권력이 미칠 수 있는 空間的 範圍에 국한되어야 한다는 國際法上 原則에서 볼 때, 우리의 영토조항은 국제법상 영역의 원칙에 반하는 비현실적, 명목적인 규정이라고 하면서 영토조항과 헌법현실의 모순 관계는 헌법해석론이나 헌법변천론에 의하여 설명함으로써 그 모순을 해결해야 한다고 주장한 바 있다.<sup>46)</sup> 그 밖에도 ‘법률상 이미 조선민주주의 인민공화국은 국가보안법상의 反國家團體는 아니며, 사실상 존재하는 軍事分界線 이북 지역으로 보는 등 존재하는 사실 자체는 인정한다는 점에서 이미 영토조항은 헌법변천이 되었다고 할 수 있다’는 견해,<sup>47)</sup> ‘영토조항은 대한민국 헌법의 效力 範圍를 나타내는 법적 의미의 선언이라기보다는 한반도 전체의 그 正統合法性을 주장하는 政治的 宣言으로 볼 수 있다’는 견해<sup>48)</sup> 등도 이러한 학설에 포함된다.

#### 바. 實在하는 統治集團 認定說

이 견해는 1988년 7. 7 선언(民族共同體), 1991년 남북한 유엔 동시가입, 1992년 남북기본합의서 발효 등으로 사실상 北韓의 統治秩序를 인정하는 결과가 되었다면서 이제 북한을 하나의 實際的인 統治集團으로 인정하고 북한 지역까지를 대한민국의 영토로 보려는 경직되고 비현실적인 冷戰時代의 思考에서 조속히 脫皮할 필요가 있다는 견해이다.

즉, 분단국가 상황을 전제로 하고 조국의 平和的 統一을 그 하나의 價値指標로 삼고 있는 우리 헌법질서 내에서 경직된 사고와 논리만으로 조국통일의 大業을 달성할 수 있을 것인지 의문을 품고 우리나라와 마찬가지로 분단 상황에 처해 있던 서독기본법이 분단현실을 인정하는 바탕 위에서 ‘1民族 2國家論’으로 통일문제를 접근했던 데서 교훈을 찾아 1991년 남북한 유엔 동시가입과 1992년 남북기본합의서 발효, 그리고 조국의 평화적 통일을 하나의 가치지표로 삼고 있는 헌법질서에 비추어 북한을 하나의 실제적인 통치 집단으로 인정하고 북한 지역까지를 대한민국의 영토로 보려는 경직되고 비현

45) 장명봉, “90년대 한국사회의 당면문제와 법적 대응방안”, 한국법제연구원 주최 법제세미나, 1991. 8. 22, 58-59쪽.

46) 권영성, 「헌법학원론」(법문사, 1994), 141쪽.

47) 강경근, “헌법적 국가의 존립조건과 권력양태”, 「고시계」, 1990. 12, 74쪽.

48) 최대권, “장차 전개될 남북관계의 형성과 통일의 법적 문제”, 「한반도 통일과 법적문제」(한국공법학회, 1993), 147쪽.



실적인 냉전시대의 사고에서 하루속히 탈피할 필요성이 있다는 주장으로<sup>49)</sup> 동독 주민이 서독 주권내에 들어온 경우 서독의 국민으로 본다는 점에서 우리나라의 전통적인 학설 및 판례와 실제 차이가 없다. 아울러 이러한 견해는 “특히 영토조항을 고쳐 북한은 우리 영토에 속하지 않는다고 헌법에 명문화한다면 탈북주민은 더 이상 우리 국민으로 볼 수 없게 되고, 북한이 우리 영토라는 전제 아래 만든 한국의 많은 실정법이 헌법상 근거를 잃게 된다면서 영토조항이 남북관계와 통일의 걸림돌이 된다는 주장은 지나친 형식논리이고 법실증주의적 사고방식”<sup>50)</sup>이라고 주장하여 영토조항의 개정 문제에는 매우 비판적인 입장을 취한다.

#### 사. 北韓政權의 二重的 性格說

남북한 관계의 特殊性인 二重的 性格이 헌법상 영토조항과 평화통일조항을 통하여 반영되고 있고, 두 조항 자체의 모순 자체가 憲法 意思로서 그때그때 時宜適切한 具體的 立法과 執行을 기대한 것이다. 즉, 이 견해는 영토조항을 근거로 하여 북한을 반국가단체로 규정하면서도 평화통일조항을 근거로 하여 북한을 對話와 協力の 同伴者로 규정하는 입장이다.<sup>51)</sup>

#### 아. 國家에 準하는 實體說

이 견해는 1988년 7. 7 선언, 1991년 남북한 유엔 동시가입, 1992년 남북기본합의서 발효 등으로 인해 북한에 대하여 國家에 準하는 實體를 인정하지 않을 수 없다는 견해이다.<sup>52)</sup>

제성호 교수도 남북한 유엔 동시가입이 결국 북한을 國家로서 승인한 효과를 가져왔다고 다음과 같이 주장함으로써 이러한 견해에 동조하고 있는 듯하다.

“규범적 측면에서 볼 때 현행헌법은 제4조에 평화통일 조항을 신설하여 평화적 통일 의지를 강조하고 있는바, 한반도의 법적 분단을 부인하는 영토조항과 분단을 전제로 하는 평화통일조항의 두 규범간에는 法理上 相衝되는 측면이 있다. 영토조항과 유엔 가입과의 관계만을 보더라도 남북한 유엔가입으로 남북한이 UN에 의해 각기 國家로 承認받는 결과를 가져오게 되었다. 남북한이 각각 유엔에 의해 국가로 승인받게 된다

49) 허영, 「한국헌법론」(박영사, 2000), 185쪽.

50) 허영, “북한을 법적 외국으로?(시론)”, 디지털 조선일보 2000. 6. 25.

51) 권영성, 「헌법학원론」(법문사, 2000), 126쪽.

52) 성낙인, 「한국헌법연습」(언약·고시계, 1997), 167쪽.

는 것은 대한민국의 영토가 현실적으로 統治權을 행사하고 있는 남한지역으로 한정되고, 북한정권이 事實上 統治權을 행사하고 있는 북한지역은 북한의 영토로서 유엔으로부터 승인받는다라는 것을 의미한다. 그러므로 대한민국이 북한과 같이 유엔에 동시가입하기 위해 가입신청서를 유엔에 제출하는 행위는 기존의 형식논리에 따를 때, 영토조항에 反하는 행위라는 해석이 가능하다. 이와 같이 우리 정부가 對北 및 統一政策의 추진 방법으로 남북한 유엔가입을 추진하고 남북기본합의서를 채택하는 행위 등은 엄밀히 말하면 헌법 제3조에 규정된 영토조항과 모순되는 행위였다고 볼 수 있는 것이다. 또한 남북한 유엔 동시가입과 평화통일조항의 관계에도 모순되는 점을 발견할 수 있다. 남북한 유엔 동시가입은 유엔이 과거 대한민국 정부가 한반도 전체의 유일한 합법정부라고 승인했던 입장을 변경하여 앞으로 북한과 유엔의 관계에서 북한을 국가로 승인 한다는 것을 의미한다. 유엔에 의한 북한의 국가 승인은 곧 유엔이 북한의 國民·領土·政府를 承認한다는 것을 말한다. 이는 결국 대한민국 정부를 남한지역과 주민을 관할하는 정부로, 북한 정부는 북한지역과 주민을 관할하는 정부로 각각 승인하는 결과를 초래하는 것이다. 따라서 남북한 유엔 동시가입은 한반도 내의 두 개의 政府를 하나로 통일하는 것이 아니라, 暫定的이나마 두 개로 그것도 合法的으로 分斷하는 것이며, 이를 기정사실화하는 것을 의미한다. 말하자면 이는 분단현상의 合法化이다. 유엔 동시가입에 따른 이러한 효과로 말미암아 우리 정부가 대북 및 통일정책을 추진하는 과정에서 북한과 동시에 유엔에 가입한 행위는 헌법 제4조의 평화통일조항과도 모순된다는 해석이 성립할 수 있다.”<sup>53)</sup>

### 3. 領土條項의 未來條項說

이 학설은 헌법 규정들을 相互調和的으로 보려 할뿐 아니라 헌법의 특수성에 착안하여 헌법 규정을 開放的으로 이해하려 한다. 헌법상 영토조항과 평화통일조항의 法的性格의 차이를 인정하여 영토조항은 미래에 달성해야 할 목표를 제시하고 있는 未來指向的, 未完成的 성격 가진 조항인데 반해, 평화통일조항은 영토조항이 제시하고 있는 목표를 달성하기 위하여 현재 국가가 취해야 할 現實的, 具體的 성격 가진 조항이라는 관점에서 대한민국의 영토는 주권과 통치권이 현실적으로 미치는 남한지역에 한정되고 북한지역은 대한민국의 영토가 아니라고 한다. 즉, 헌법의 특성에 착안하여 두 조항의 外見上 矛盾狀態를 해소하려는 견해로, 헌법만이 相反·對照的인 構造를 가질 수 있는 特性을 가지고 있다는 전제 아래 영토조항은 歷史上의 表現이고 평화통일

53) 제성호, 앞의 글(주 36), 108-110쪽.

조항은 價値指向 概念으로 보거나, 영토조항은 名目的·宣言的 규정으로, 평화통일조항은 통일의 方法을 명시한 조항으로 보거나, 영토조항은 미래지향적·역사적·미완성적·개방적·프로그램적 규정으로, 평화통일조항은 현실적·구체적·법적 규정으로 보거나<sup>54)</sup>, 영토조항을 평화통일조항의 최종목적 규정으로 보아<sup>55)</sup> 서로 상충되지 않는다고 해석한다.

도회근 교수는 영토조항은 평화통일조항과 상호 배치되는 것이 아니라 目的과 節次 및 方法의 관계에 있다고 보면서 다음과 같이 주장한다.

“대한민국이 한반도의 유일한 합법정부이고 북한지역은 대한민국의 일부이며, 북한정권은 불법·반국가단체라는 주장은 歷史的·現實的 事實關係와 일치하지 않을 뿐 아니라 오늘날 변화된 南北關係를 전혀 반영하지 못한다는데 문제가 있다. 영토조항은 헌법제정 당시 남한국민과 정부의 일방적이고도 간절한 統一韓國의 所望을 헌법이라는 문서에 담아냈을 뿐이라고 보는 것이 歷史的 事實에 부합하는 논리일 것이다. 헌법은 국가의 理念이나 장래에 달성하고자 하는 價値를 담을 수밖에 없는 문서이기 때문에 그만큼 추상적이고 未完成的·未來指向的·價値指向的·政治的·이데올로기적·方針的인 규정들이 있을 수 있는 것이다. 영토조항도 그런 조항중의 하나이다. 영토조항은 한반도 전체를 영토로 하는 國家 形成이라는 미래에 달성하여야 할 目標를 제시하고 있는 미래지향적·역사적·미완성적·개방적·방침적 성격을 가진 조항이다. 반면 제4조는 대한민국은 통일을 지향한다고 선언함으로써 영토조항이 제시하고 있는 목표를 재확인한 후, 이를 달성하기 위하여 현재 국가가 취해야 할 절차와 방법과 내용을 규정하고 있는 현실적·구체적·법적 성격을 가진 조항이다. 헌법의 모든 조항이 구체적·현실적·법적 의미를 가지고 있는 것은 아니며, 完結된 상태에 있는 것도 아니다. 역사적·이데올로기적 내용을 규정하고 있는 부분이 있는가 하면 방침적·프로그램적 의미를 가지고 있는 부분도 있고, 基本的 原理나 原則을 규정하고 있는 부분도 있다. 헌법은 또한 국가의 이념이나 장래에 달성하고자 하는 목표나 가치를 담을 수밖에 없는 문서이기 때문에 그만큼 추상적이고 미완성적·미래지향적·가치지향적·정치적·이데올로기적·프로그램적인 성격을 가진 규정들이 있을 수 있는 것이다. 이러한 규정들은 現實的·具體的인 法的 效力을 발생하지 못하는 경우가 대부분이다.”<sup>56)</sup>

54) 도회근, “헌법과 통일문제”, 「사회과학논집」 제5권 3호(울산대학교, 1996), 60-62쪽.

55) 최창동, 「분단국가의 법적 지위」(법률행정연구원, 1996), 186-187쪽.

56) 도회근, 앞의 글(주 35), 347쪽.

### 第3節 判例의 態度

#### 1. 大法院 判例

대법원은 ① “북한 지역은 대한민국의 영토에 속하는 한반도의 일부를 이루는 것이므로, 이 지역에는 대한민국의 主權이 미칠 뿐 대한민국의 주권과 부딪치는 어떠한 주권의 政治도 법리상 인정될 수 없다고 보아야 한다.”<sup>57)</sup> ② “북한 괴뢰집단은 우리 헌법상 국가로 볼 수 없으나 間諜罪의 적용에 있어서는 북한 괴뢰집단을 國家에 準하여 취급하여야 한다.”<sup>58)</sup> ③ “북한은 6.25 전쟁을 도발하여 南侵을 감행하였고, 휴전 이후에도 대한민국에 대하여 도발 행위를 계속하고 있으며, 그 헌법과 형법에 赤化統一의 의지를 드러내고 있을 뿐 아니라 막강한 군사력으로 대한민국과 대치하면서 대한민국의 자유민주적 기본체제를 전복할 것을 완전히 포기하였다는 명백한 징후를 보이고 않고 있어 우리의 자유민주적 기본 질서에 대한 위협이 되고 있음이 분명한 상황에서 대한민국의 헌법과 남북교류협력에 관한 법률이 평화통일원칙을 선언하고 제한적인 남북교류를 규정하고 있다거나 우리 정부가 북한 당국자의 명칭을 쓰면서 남북 국회회담과 총리회담을 병행하고 정상회담을 도모하여 유엔 동시가입을 추진하는 등을 한다 하여 북한이 국가보안법상의 반국가단체가 아니라고 할 수 없다.”<sup>59)</sup> ④ “북한으로 지칭되는 ‘조선민주주의 인민공화국’이 군사분계선 이북지역을 사실상 현실적으로 점거하고 있어 대한민국의 법질서 내지 국가권력의 실효성이 군사분계선 이남 지역에 한정되어 있다 하더라도, 이는 북한지역이 대한민국의 영토임에도 불구하고 불법점거단체인 북한정권이 사실상 불법으로 점거하고 있는 ‘未收復地域’이어서 대한민국의 경찰권이 미치지 아니할 뿐 북한의 영토고권이 미치는 그들의 영토라는 의미는 아니다.”<sup>60)</sup> ⑤ “대한민국은 영토조항상 한반도에서 대한민국 임시정부의 法統을 繼承한 정통성 있는 唯一의 合法政府를 지니는 국가다. 헌법 제3조에서 말하는 대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서이므로, 군사분계선 이북지역 즉 북한지역 역시 대한민국의 영토이다.”<sup>61)</sup> 라고 판시하여 전통적으로 남한 唯一合法政府論의 입장을 견지하고 있었다. 그러나 최근 대법원은 남북정상회담 성사 등으로 북한의 반국가단체성이 소멸하였다거나 국가보안법의 규범력이 소멸되었다고 볼 수 있는지 여부에 대해 ⑥ “북한이 여전히 우리나라와 대치하면서 赤化統一 노선을 완전히 拋棄하였다는 명백한 징후를 보이지 않고 있고,

57) 대법원 1961. 9. 28. 4292 행상48.

58) 대법원 1983. 3. 22. 82도3036.

59) 대법원 1990. 9. 25. 90도1451.

60) 대법원 1996. 11. 12. 96누1221.

61) 대법원 1997. 11. 20. 97도2021.

그들 내부에 뚜렷한 민주적 변화도 보이지 않고 있는 이상, 북한은 조국의 평화적 통일을 위한 대화와 협력의 동반자임과 동시에 우리의 자유민주주의 체제를 전복하고자 획책하는 반국가단체라는 성격도 아울러 가지고 있다”라고 판시하여<sup>62)</sup> 현재와 같이 북한의 二重的 地位를 인정한다.

## 2. 憲法裁判所의 立場

현재는 ① “우리 헌법이 지향하는 통일은 평화적 통일이기 때문에 자유민주적 기본질서에 입각한 통일을 위하여 때로는 북한의 政治的 實體를 인정함도 불가피하게 된다”<sup>63)</sup>라고 하거나 ② “현 단계에 있어서의 북한은 조국의 평화적 통일을 위한 對話와 協力の 同伴者 임과 동시에 대남적화노선을 고수하면서 우리 자유민주체제의 전복을 획책하고 있는 反國家團體라는 성격도 함께 갖고 있음이 엄연한 현실에 비추어, 헌법 제4조가 천명하는 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책을 수립하고 이를 추진하는 한편 국가의 안정을 위태롭게 하는 反國家活動을 規制하기 위한 법적 장치로서, 前者를 위하여는 남북교류협력에 관한 법률 등의 시행으로써 이에 대처하고 後者를 위해서는 국가보안법의 시행으로써 이에 대처하고 있는 것이다.”<sup>64)</sup>라고 판시하여 북한에 대해 ‘대화와 협력의 동반자이면서 대남적화 노선을 추구하는 반국가단체’라는 二重的 地位를 인정하고 있다.

## 第4節 學說의 檢討

대한민국 정부는 전통적으로 북한의 ‘조선민주주의 인민공화국’에 대해 그 法的 地位를 부정하고 ‘韓半島 唯一合法政府論’을 내세우며 북한을 反國家團體로 규정하여 왔다. 평화통일의 상대방이고 당사자인 북한에 대해 어떠한 법적 지위를 부여해야 하는가의 문제는 북한의 체제 불안, 중국의 동북아공정, 일본과의 독도분쟁 등 오늘날 한반도의 對內外的 情勢를 고려할 때 평화통일이념 실현에 있어 중대한 法的, 政策的 課題이다.

법학적인 관점에서 영토는 국가 통치권이 포괄적·배타적으로 미치는 공간적 범위로서 국가권력의 공간적 관할범위이며 국가존재를 위한 공간적 존재이다. 領土高權은 대인적인 성격을 띠므로 領有權이 아니라 統治權이라고 할 수 있는데, 대한민국의 통

62) 대법원 2004. 8. 30. 2004도212. 대법원 2003. 5. 13. 2003도604.

63) 현재 1990. 4. 2. 89헌가113.

64) 현재 1993. 7. 29. 92헌바48.

치권은 헌법 제3조의 영토조항에도 불구하고 실제에 있어서 남한지역에 한정되고 있으며, 오늘날 국제사회의 대부분의 국가들은 북한을 國家로 인정하고 있는 것이 현실이다.<sup>65)</sup> 영토조항의 규범력을 부정하는 견해는 국제법 상위설에 입각하여 2000. 6 남북정상회담 개최 등 남북관계의 개선을 내세우는 한편, 남북한이 유엔에 동시 가입해 있고 국제사회에서 북한이 국가 내지는 사실상의 정부로 승인되고 있기 때문에 북한도 주권을 가진 독립국가로 보아야 한다고 주장한다.<sup>66)</sup> 그러나 이러한 주장, 즉 북한을 국내·국제적으로 국가로 보는 견해 및 국내적으로는 국가로 볼 수 없으나 국제적으로는 1民族 2國家로 본다는 견해는, 1973년 6. 23 외교선언에서 한국통일문제는 남북한의 내부문제로서 국제문제가 아니라고 한 사실, 1991년 기본합의서 채택 등을 통해 남한이 북한을 對決과 反目的 대상으로 보지 않고 민족공존·공영의 한 부분체로 인식하면서 남북한 쌍방 사이의 관계는 나라와 나라 사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 暫定的인 特殊關係로 인정한 사실 등을 감안할 때, 아울러 헌법은 그 규범력을 제고하는 방향으로 해석해야 한다는 원칙 등을 고려할 때, 헌법해석상 타당하지 못하다. 그리고 영토조항과 평화통일조항 상호간에 新法優先의 原則을 적용하거나 헌법규범간 優劣을 인정하는 이론은 헌법해석상 찬동하기 어렵다. 영토조항은 헌법 제정시부터 존재하던 규정인 만큼 법단계설, 헌법 개정 권력의 한계 등을 고려할 때 평화통일조항에 우선적 효력을 인정하는 것은 헌법논리상 무리라고 본다.

영토조항은 남북분단의 現實과 괴리되어 있고 북한이 하나의 독립국가로 인정되는 國際法的 現實에도 맞지 아니하며 평화통일조항과도 外見上 衝突한다고 할 수 있다. 그러나 南北關係의 特殊性을 전제로 영토조항은 한민족 내부의 관계에 있어서 대한민국의 합법성을 인정하는 헌법제정권력 주체의 의지적 표현이며 통일조항은 북한이 대화와 협력을 통해 하나의 국가로 나아가야 할 대상임을 인정한 규정으로 보아야 한다.<sup>67)</sup> 독도와 서해안 유전개발 등 한국·중국·일본 등 한반도 주변 국가의 영토분쟁이 가시화되고 있고, 北韓 急變事態時 중국이 적극 개입하여 북한을 吸收·合併할 우려마저 제기되고 있는 시점에서 헌법에 명문으로 존재하는 영토조항의 효력을 부정하는 것은 헌법정책적으로도 결코 바람직하지 못하다. 따라서 領土條項을 개정, 삭제함으로써 立法論적으로 해결하자는 견해도 헌법 개정의 어려움은 차지하더라도 영토조항이 남북통일의 근거가 된다는 점, 간도·백두산 천지의 영유권 문제와<sup>68)</sup> 관련해서도 대한

65) 나인균, “한국헌법의 영토조항과 국적문제”, 「헌법논총」 제5집(헌재, 1994), 21쪽.

66) 김정건, 「분단한국과 국제법」(박영사, 1987), 153쪽 ; 양건, “남북한 유엔동시가입과 평화공존체제의 확립방안에 대한 토론요지”, 「유엔가입과 통일의 법적 문제」(한국공법학회, 1991), 21쪽 ; 주 55, 앞의 글(주 55), 188쪽.

67) 장윤미, “북한주민의 법적 지위”, 「고시연구」 2003. 5, 309쪽.

68) 이종석, 「북한·중국관계 1945-2000」(도서출판 중심, 2000), 227쪽, 231-235쪽 ; 노계현, 「조선의 영

민국이 당사국으로서 나설 수 있는 근거가 될 수 있다는 점 등을 고려할 때 바람직하지 않다. 영토조항에 있어 우리나라는 독일과 다른 헌법조항을 가지고 있고, 국제법상 他國은 內政干涉의 권한이 없으며, 民族이 같다고 해서 반드시 統一國家를 이룩해야 한다는 논리는 같은 게르만 민족인 독일과 오스트리아가 현재 두 국가로 분리 존재하고 있는 세계사적 경험 등을 고려할 때 근거가 상당히 박약하다. 1民族 2國家論 내지 北韓의 국가 승인론 등은 탈냉전 시대를 맞아 민족통일의 장애 제거를 실질적인 명분으로 내세우나 만약 한반도 周邊 強大國이 북한 지역을 強占한다거나 북한이 남한이 아닌 다른 국가와 合併을 推進할 경우 남한은 國際法上 他國에 불과하므로 북한의 내정문제에 간섭하지 못하며 이러한 사태를 수수방관해야 하는 처지로 전략하는 등 스스로 자기 모순의 論理的 陷穽에 빠져 민족통일론자들이 오히려 反統一의 입장에 빠질 우려가 있다고 본다.

영토조항은 우리 영토가 압록강 두만강을 잇는 구한말의 국가영역을 기초로 한다는 것(舊韓末 領土承繼論)과 우리나라가 현재의 영토 이외에 타국의 영토를 결코 침범할 야심이 없음을 천명하는 國際平和主義的 意義를 지닌다.<sup>69)</sup> 오늘날 남한 사회의 민주적 개혁과 개방, 남북화해 노력 등을 감안할 때 냉전이데올로기를 견지하여 영토조항을 북한의 실체를 부정하기 위한 근거로만 해석할 수 없다는 주장은 일응 타당성이 있지만,<sup>70)</sup> 북한을 우리 영토에 속하지 않는다고 해석한다면 국가보안법뿐만 아니라 남북교류협력법, 북한이탈주민정착지원법 등 국내의 南北 關係法의 憲法的 根據가 상실될 우려가 있다는 점에서 전적으로 찬성하기 어렵다.<sup>71)</sup>

영토조항은 대한민국이 대한제국의 영토에 기반을 둔 정통성 있는 국가이며, 북한 지역은 장애로 인하여 대한민국의 주권적 권력의 실현이 방해되고 있으나 障礙要因이 소멸할 경우 당연히 대한민국의 주권적 권력이 북한지역에도 미치는 것이고, 나아가 헌법은 북한지역에 主權的 權力의 실현, 즉 통일의 책무를 대한민국 정부에 부과하고 있는 것이라고 보아야 한다. 이렇게 해석하는 한, 통일방안으로 무력통일을 포함한다면 영토조항과 평화통일조항이 충돌하지만, 그것이 평화적 통일방안이라면 대한민국 헌법은 무력통일방안을 배제하고 있기 때문에 두 조항은 相互 調和된다.<sup>72)</sup> 또한 대법원 판

토」(한국방송대학교출판부, 1997), 53-56쪽, 229-256쪽 ; 이병태, 「북경, 연변 그리고 백두산」(思賢閣, 1991), 98쪽 ; 이일걸, “간도협약과 간도영유권 문제”, 「한국의 북방영토」(백산자료원, 1990), 42-100쪽 ; 이승현, “헌법의 영토조항 개정논의”, 「입법정보」 제195호(국회도서관 입법전자정보실, 2005. 12. 29), 6쪽 ; 정해범, ‘헌법 제3조 영토조항, 이대로 좋은가 : 간도는 우리땅’, 「마당」 제42호, (마당, 1985. 2), 145-160쪽.

69) 권영성, 「헌법학원론」(법문사, 2000), 124쪽.

70) 최창동, 앞의 글(주 28), 61쪽.

71) 허영, “북한을 법적 외국으로?(시론)”, 디지털 조선일보, 2000. 6. 25.

72) 최대권, “장차 전개될 남북관계의 형성과 통일의 법적 문제”, 「한반도 통일과 법적 문제」(한국공법

례를 영토조항에 근거한 것으로 긍정적으로 수용하면서, 이는 통일을 이룩하려는 현실적·이념적 가치를 그 기반으로 한 것으로서 남북분단은 ‘사실상의 분단’일뿐 ‘법률상의 분단’이 아님을 선언한 것이며, 헌법 제4조 등의 ‘통일’은 ‘사실상의 통일’(de facto unification)을 뜻한다.<sup>73)</sup>

헌재는 북한의 二重性을 인정하며, 유엔 동시가입이 남한이 북한을 국가로 승인한 것은 아니라는 입장을 보인바 있는데, 이는 북한이 반국가단체의 성격만을 지녔다는 既存 判例와 多數說의 입장을 탈냉전적 시각에서 어느 정도 轉向적으로 수정한 것으로 北韓의 實體를 인정하고, 별다른 헌법개정 절차없이 당연히 현재의 우리나라 주권이 북한지역에도 미치는 法理를 유지함으로써 南北交流 및 北韓離脫住民 입국 등 제반 南北關係 運營 實態와 부합하며, ‘분단체제의 특수관계’임을 천명한 6. 15 공동선언 등 남북합의서 내용에도 모순되지 않는다는 점에서 영토조항의 規範力을 인정하되 북한을 事實上 政府로 인정하려는 입장으로 가장 타당하다.

## 第5節 北方限界線(NLL)의 性格

### 1. 北方限界線의 發生 背景

한국정전협정은 제1조(군사분계선과 비무장지대) 제2항과 제3항의 부속지도에서 한국과 북한의 군사분계선 및 비무장지대를 명시하고 있다. 休戰으로 6. 25 전쟁이 사실상 종식된 한국과 북한의 육지경계는 결국 군사분계선이 되었으나 水域의 境界에 관하여 정전협정은 아무런 규정이 없다.<sup>74)</sup> 정전협정 체결 당시 해상경계선이 설정되지 않은 것은 북한의 요구 때문이었다. 1952년 1월말 집중적으로 전개된 沿海水域(coastal waters) 관련 협상 과정에서 유엔군측은 당시의 국제적 영해 관행에 따라 3海里를 주장했고, 유엔군측에 의한 해상봉쇄를 우려한 공산군측은 12海里를 주장했다. 유엔군측은 海上封鎖를 하지 않는다는 규정(정전협정 제15항)이 별도로 있기 때문에 문제가 없다고 주장했으나, 공산군측은 입장을 굽히지 않으면서 관련 조항의 전면 삭제를 요구했고 UN군측이 이를 수용함에 따라 해상경계선에 관한 규정은 정전협정 제13항 ㄴ목에 포함되지 못하였다. 그리고 1953년 정전협정 당시 한반도의 주변해역에 대한 制海

학회, 1993), 147쪽 ; 이상훈·김창섭, “헌법상 통일조항에 대한 법리적 고찰”, 「2004년도 남북법제 개선 연구보고서」, 법제처 행정법제국, 331쪽.

73) 김명기, “북한주민을 대한민국 국민으로 본 대법원 판결의 법이론”, 「저스티스」 제30권 제2호(한국법학원, 1997. 6), 205쪽.

74) 김영구, 「한국과 바다의 국제법」(21세기 북스, 2004), 140쪽.



權은 전적으로 국제연합군 측에 있었으므로 국제연합군 측은 해상에 군사분계선을 설정할 필요성을 절감하지 않았던 것으로 추정된다.<sup>75)</sup> 결국 1953년 7월 27일 정전협정 체결 당시 유엔군과 공산군측은 쌍방간의 견해 차이로 인하여 지상에서의 군사분계선(MDL : Military Demarcation Line)<sup>76)</sup>과 같이 명확히 구분될 수 있는 해상경계선에 관한 승意 도출에 실패하였기 때문에 해상 군사분계선은 아래와 같이 명시적 규정 대신에 ‘隣接海域 尊重’이라는 표현을 사용했다.<sup>77)</sup>

정전협정 제2조(停火 및 停戰의 구체적 조치) 제15항 : “본 정전협정은 적대중의 일체의 해상군사역량에 적용되며, 이러한 해상군사역량은 비무장지대와 상대방의 군사 통제하에 있는 한국지역에 인접한 海面을 존중하며 한국에 대하여 어떠한 종류의 封鎖도 하지 못한다.”

서해에서는 1953년 7월 27일 한국전쟁이 정전협정의 체결 발효로 武力行爲가 정지되자 유엔군 사령부는 정전협정 제2조에 따라 해상에서의 병력 철수 등 정전협정 내용의 이행과 해상 경비업무를 위한 海上境界線 설정의 필요성이 대두되었다.<sup>78)</sup> 이에 따라 북방한계선(NLL : Northern Limit Line)은 휴전 직후인 1953년 8월 30일 유엔사령관 Mark W. Clark 대장에 의해 한반도 해역에서의 어선과 선박의 被拉을 방지하고 함정과 항공기의 北上防止 등 해·공군의 哨戒活動을 限定하기 위해 서해5도로부터 3해리(5.5km) 북단을 북방한계선을 설정하였다. 북방한계선은 예성강 河口로부터 개시하여 북한의 봉화리(37°50' 00" N, 126°16' 15" E)와 남한의 교동도와 의 중간, 북한의 함박도와 우도의 중간을 거쳐 연평도 북쪽의 미령리도 중간 사이를 거쳐 대청군도 쪽으로 연결되면서 북한섬인 비염도, 하린도, 마합도와 대청군도 사이로 선이 그어져 있다.<sup>79)</sup> 또한 남북간 우발적 越境에 따른 武力衝突 발생 가능성을 방지하기 위해 북방한계선 남쪽 지역 폭 1-5km 구역에 완충지역(Buffer Zone)을 設定하였다. 서해5도와 북한지역 간 최단거리는 6-12해리로 NLL은 해양법상 엄격한 의미에서 남북 양측간의 等距離 중간선은 아니지만 대체로 中間線과 일치하고 있다. 이렇게 하여 설정된 NLL의 범위는 백령도 서쪽 42.5마일인 ‘西海 北方限界線’과 동해안 저진항 동쪽 218마일인 ‘東海 北方限界線’으로 되어 있다.<sup>80)</sup>

75) 김현기, “북방한계선과 서해교전”, 「軍史」 제47호(국방부 군사편찬연구소, 2002. 12), 59쪽 ; 최창동, 앞의 글(주 28), 87쪽.

76) 두 교전국 사이에 휴전이 제의되었을 경우 그어지는 군사행동의 경계선으로 한국의 경우 1953.7.27 성립한 한국군사정전에 관한 협정에 규정된 휴전의 경계선을 말하며, 이것이 이른바 휴전선이다. 그 길이는 모두 155마일로, 동해안의 杆城 북방에서 서해안의 江華 북방에 이른다.

77) 대한민국해군 [http://www.navy.mil.kr:8005/nll/nll\\_1.jsp](http://www.navy.mil.kr:8005/nll/nll_1.jsp).

78) 김영구, “북방한계선(NLL)과 서해교전 사태에 관련된 당면문제의 국제법적 분석”, 「strategy 21」 제9호(한국해양전략연구소, 2002. 8. 30), 2쪽.

79) 박종성, 「한국의 영해」(법문사, 1985), 385쪽.

80) 유완수, 「서해 북방한계선 분쟁 해결방안 연구」, 한국외국어대학교 정책과학대학원, 석사학위논문,

대청군도와 연평군도로 이루어진 서해 5도는 最東端에 위치하는 무인섬인 우도와 서북단의 전초인 백령도 사이에 100km에 걸쳐 북한의 해주만, 웅진만, 대동만과 대치하고 있어 간첩침투 방지를 비롯한 軍事作戰과 戰略要衝地 이외에도 중국 요동지방과 우리나라 인천항을 연결하는 海洋交通의 中心으로서 남북한과 중국 어선들이 꽃게잡이 등 어로작업에 종사하고 있어 NLL 지역은 경제적으로도 중요한 수역이다.<sup>81)</sup> 따라서 현재 NLL 지역은 남북한 모두 해군 함정과 해안포, 미사일, 공군력 등 ‘先制攻擊과 決死防禦’의 대결구도를 전제로 중화기를 집중 포진시켜 의도적 도발은 물론 非意圖的武力衝突의 可能性이 가장 높은 ‘海上火藥庫’이며, 유사시 백령도 점령 등 저장도 분쟁이 매우 우려되는 지역이다.<sup>82)</sup>

## 2. 北方限界線의 設定 基準 및 經過

북방한계선의 설정은 그 선포 당시 국제법적 영해 기준 3해리를 고려하여 서해 5개 도서와 북한지역의 개략적인 中間線을 기준으로 설정되었고, 동해상에는 군사분계선(MDL) 延長線을 기준으로 하여 “북방경계선”(NBL : Northern Boundary Line)이 설정되었다.<sup>83)</sup> 유엔군사령관의 NLL설정후 우리 해군은 「해본 기밀1235호(1953.08.30) 휴전기간중 한국해군 함정에 대한 작전지시」에 근거하여 북방한계선을 표시하고, 북방한계선과 서해5도에 함정을 배치하여 작전에 임하였다.

당시 북한은 우리의 북방한계선에 대해 별다른 이의를 제기하지 않다가 20년 후인 1973년 10월부터 11월까지 43회에 걸쳐 북방한계선을 意圖的으로 侵犯하는 이른바 “서해사건”을 誘發시켰다. 이 사건에 대한 사항을 논의하기 위해 1973년 12월에 개최된 346차 및 347차 군사정전위원회에서 북한측은 처음으로 황해도와 경기도 道界線의

2004, 6-9쪽 ; 최창동, 앞의 글, 88쪽.

81) 박종성, 앞의 글(주 79), 200쪽.

82) 북한은 이 지역에 해군사령부 예하 남포 소재 서해 함대사령부 6개 전대 420여척 함정중 60% 가량을 배치시켜 8전대 소속 경비정과 유도탄정 등 70여척이 등산곶, 순위도, 기린도, 사곶, 육도 등에서 활동중이며, 장산곶에는 구경 100mm(사정거리 27Km)와 76mm(사정거리 20Km)인 해안포를, 등산곶에는 인천 부근까지 사정권이 미치는 실크웍 미사일(사정거리 95Km)을 각각 배치하고, 대공포와 SA-5 장거리 지대공 미사일(사정거리 250Km)이 방공망을 형성한 가운데 불과 5분 출격거리에 있는 황해도 황주, 과일, 곡산 공군기지의 미그-19기와 21 등 전투기 150 여대의 군사적 위협을 가하고 있다. 남한은 이러한 북한의 위협에 대해 서산 공군기지의 KF-16 전투기의 24시간 경계 아래 해군 2함대사령부 소속의 고속정과 초계함이 전방에서, 호위함(FFK)과 한국형 구축함(KDX-I)이 후방에서 강화된 교전수칙(시위기동→경고사격→격과사격의 3단계)에 따라 NLL을 死守하고 있는데 1999년 6월 15일 연평해전, 2002년 6월 29일 연평교전 발발 등 최근 남북화해 기류에도 불구하고 특히 꽃게잡이 절기를 전후하여 북한 경비정의 빈번한 고의적 도발로 군사적 긴장이 지속되고 있다.

83) 국방부 <http://www.mmd.go.kr> 정책기획관실/대북안보현안/북방한계선 문제.

延長線 이북 수역은 자기들의 沿海라고 주장하면서 서북도서에 출입하는 선박에 대한 事前許可를 요구하였다.<sup>84)</sup> 이에 대해 유엔사는 정전협정 文句와 精神을 위반하는 것으로 ‘전적으로 용납할 수 없는 詭辯’이라고 반박하였다.

1977년 7월 1일에는 북측은 ‘200해리 경제수역’을 설정한 데 이어, 8월 1일에는 ‘해상 군사경계선’을 설정하였는데, “동해에서는 領海 起算線으로부터 50마일을, 서해에서는 經濟水域 境界線으로 한다”라고 하였다. 여기에 대해 우리 정부는 代辯人 聲明을 통해 이를 인정할 수 없다는 것을 분명히 하였다.

이러한 문제는 1992년에 체결된 남북기본합의서 및 불가침 부속합의서를 통하여 합의됨으로써 일단락되는 듯했다. 즉 남북기본합의서 제11조에서는 “남과 북의 불가침 경계선과 구역은 1953년 7월 27일자 군사정전에 관한 협정에 규정된 군사분계선과 지금까지 쌍방이 관할하여 온 구역으로 한다”고 명시하였고, 불가침 부속합의서 제10조에서도 “남과 북의 해상 불가침경계선은 앞으로 계속 협의한다. 해상 불가침구역은 해상 불가침경계선이 확정될 때까지 쌍방이 지금까지 관할하여 온 구역으로 한다.”라고 규정하였다. 그럼에도 불구하고 북한은 1999년 6월 서해 연평해전을 일으켰으며, 이 문제를 논의하기 위해 개최된 제9차 장성급 회담에서 북측은 북방한계선은 인정할 수 없다고 주장하면서 具體的인 基準點이 포함된 새로운 境界線을 제시하였다. 또한 해상경계선 문제를 장성급회담에서 논의하자고 주장하는 한편, 이 문제를 토의할 전문가 및 군사관계자를 포함한 북·미·남 實務會談을 제의하였다. 이에 대해 유엔군사는 NLL 준수가 필요하며 새로운 경계선은 남북군사공동위에서 협의할 사항이라고 대응하였다. 나아가 북한은 그 해 9월 2일에 “조선 서해 해상군사분계선”을 선포하고 북방한계선의 무효를 주장하면서 해상 군사경제수역의 범위를 제시하는 한편, 同 수역에 대한 자위권 행사를 할 것이라고 하였다. 또한 2000년 3월에는 서해 5개섬 통항질서를 발표하였다. 여기에서 북측은 서해 5개섬을 3개 구역으로 구분하여 각 구역으로 출입항하는 2개 수로를 지정하여 모든 미군함정, 민간선박 통항은 제 1, 2 수로만 이용토록 하고 통항 질서 미준수시에는 無警告 行動을 하겠다고 발표하였다. 이러한 북측 주장에 대해 우리 정부는 국방부 및 해군본부 대변인 성명을 통해 인정할 수 없다는 점을 분명히 천명하였다.<sup>85)</sup>

84) 통일연구원, “남북한 평화공존과 남북한 연합추진을 위한 법제정비 방안 연구”, 2001-08호, 67쪽 ; 대한민국해군, 앞의 글(주 77).

85) 대한민국해군 [http://www.navy.mil.kr:8005/nll/nll\\_2.jsp](http://www.navy.mil.kr:8005/nll/nll_2.jsp).

### 3. 北韓의 北方限界線 無效 主張

NLL에 대한 북측 입장은 1953년 정전 직후 유엔사측이 합의 없이 일방적으로 그어 놓은 ‘유령선’인 만큼 정전협정은 물론 국제법 위반이라는 관점에서 출발한다. 이에 따라 NLL 인근의 백령도, 연평도, 대청도 등 서해 5개 도서는 유엔사측 관할이지만 도서 周邊 水域은 북측 영해라고 주장해 왔다.

1973년 서해 사태시 1973년 12월 1일 제346차 군사정전위원회에서 북한측 수석대표 김풍섭은 최초로 NLL의 有效性을 公式 否認하기 시작했다.<sup>86)</sup> 그들의 주장은 특히 제 13항 ㄴ목 단서 말미에서 ‘상기 경계선 以南에 있는 모든 도서는’이라는 문구에서 황해도와 경기도의 道界線을 하나의 경계선으로 지칭하고 있는 점에 根據를 두고 있다. 유엔군 측은 즉시 북한측의 주장을 일축하고 휴전협정 정신의 준수를 요구하였으나, 이 회의 速記錄을 보면 사전준비 없이 휴전협정 조문에 대한 특이한 解釋論을 들고 나온 북한 주장에 유엔군 측이 다소 당황했던 것으로 평가된다.

서해에 관한 북한의 管轄權 주장은 1993년 ‘남북 사이의 화해와 불가침 및 교류, 협력에 관한 합의서’(이하 남북기본합의서) 附屬合意를 위한 협의에서 다시 한번 제기된 바가 있다. 남북한은 1992년 2월 19일 평양에서 열린 제6차 남북 고위급 회담에서 ‘남북기본합의서, ‘한반도의 비핵화에 관한 공동 선언’(이하 비핵화 공동선언) 및 ‘남북 고위급 회담 분과위원회 구성 및 운영에 관한 합의서’에 관한 批准書를 교환함으로써 분단 47년만에 양측 정부가 작성한 平和共存에 관한 최초의 정식 文書로서 이들을 발효시켰다. ‘남북기본합의서’ 제11조에 의하면 “남북불가침의 경계선과 구역은 1953년 7월 27일자 군사정전 협정에 규정된 군사분계선과 지금까지 쌍방이 관할하여온 구역으로 한다”고 명시하고 있다. 이 규정대로 불가침 경계를 정한다면 남북한의 육지 부분의 경계선은 한국 휴전협정에서 상세히 규정한 군사분계선이 명확히 존재하므로 합의에 어려움이 없을 것이나, 해상 부분의 경계선은 휴전협정에서 모호하게 규정하고 있어 남북간에 합의를 위한 명확한 基準이 되지 못하고 있다.

물론 해상에서도 휴전협정 성립 이래 ‘쌍방이 관할하여온 구역’은 존재하므로 동해에

---

86) 김풍섭 북한 수석 대표는 이날 발언에서 “정전협정의 어느 조항에도 서해 해면에서 界線이나 정전 해역이라는 것이 규정되어 있지 않았으므로 황해도와 경기도의 道界線 북쪽과 서쪽의 서해 6개 도서를 포괄하는 수역은 북한의 군사통제하에 있는 수역이다. 그리고 휴전협정 제2조 13항 ㄴ목의 해석에서 황해도와 경기도의 도계선의 서쪽 연장선을 하나의 境界線으로 상정하고 있으므로 그 북쪽은 우리의 연해이다. 따라서 남측은 휴전협정의 요구에 따라 해군 함선과 간첩선을 우리측 연해에 침입시키는 행위를 당장 그만두어야 하며, 앞으로 서해의 우리측 연해에 있는 백령도, 대청도, 소청도, 연평도, 우도에 드나들려하는 경우에는 우리측에 신청하고 사전 승인을 받아야 한다”라고 주장했다(「군사정전위원회 제346차 회의록」, 국방부, 1973. 12. 1).

서는 군사분계선 연장선을, 그리고 서해에서는 대체로 북방한계선(Northern Limits Line)을 남북한간의 海上 境界로 정하면 될 것이지만, 1993년 협의 당시에 북한은 서해측의 해상 경계선에 관한 협의에 있어서 서해 5개 도서 주변 해역에 관한 종래의 관할권 주장을 다시 내어놓음으로써 이른바 서해 5개 도서 주변 해역 관할권에 관한 종래 남북 간의 對立과 紛爭을 재연시킨 바가 있다. 이것은 남북기본합의서 논의 당시 우리측이 특별히 우려하던 바였다. 북한은 기본 합의서의 협의에서는 이 조항의 채택을 일단 받아들여 놓았다가 부속합의서의 협상 단계에서 양해되었다고 생각한 이 중요한 論點을 다시 제기하여 부각시켜 놓은 것이다. 이것은 북한의 전형적인 協商戰術이 그대로 적용된 예라고 할 수 있다.<sup>87)</sup>

NLL에 대한 공세가 본격화된 것은 1999년 6월 제1차 서해교전 이후부터이다. 북한은 6월 15일 발생한 西海挑發 事態에 이어 NLL의 철회를 요구하고 4자회담에서의 협상을 요구한데 이어 북한측 요청으로 1999년 8월 17일 개최된 유엔사령부·북한 관문점 장성급 회담에서도 “NLL을 휴전선 연장선상에서 재조정할 것”을 주장하다가 마침내 1999년 9월 2일 북측 인민군 총참모부는 현재의 NLL 무효화 선언과 함께 해상군사분계선을 내놓고 이 분계선 이북 수역을 인민군측 海上 軍事統制水域이라고 일방적으로 선포했다. 즉, 북한은 1999년 9월 2일 조선인민군 총참모부(총참모장 김영춘) 명의의 ‘서해상 군사분계선을 선포함에 대한 특별보도’를 통해 현재의 “서해 북방한계선은 미군측이 조선 인민협정과 국제법을 무시하고 일방적으로 우리 영해 안에 그어놓은 非法的인 線”이라고 주장하면서, “조선 서해 해상 우리의 영해 안에 제멋대로 설정한 미군측의 북방한계선은 無效임을 선포한다”는 NLL 무효화 선언을 발표했다.<sup>88)</sup> 이에 앞서 북한은 1999년 7월 11일자 ‘우리는 북방한계선이라는 것을 모른다’라는 제하의 로동신문 논평을 통해서도 NLL 자체를 부정하는 입장을 다음과 같이 밝혔다.<sup>89)</sup>

87) 김영구, 앞의 글(주 87), 4-5쪽.

88) 1999. 9. 2 북한 인민군 총참모부의 발표내용은 다음과 같다. “1. 조선 서해상 군사분계선은 정전협정에 따라 주어진 선인 황해도와 경기도의 도경계선(가-나)의 (가)점과 우리측 강령반도 끝단인 등산곶, 미군측 관할하의 섬인 굴업도 사이의 등거리점(북위 37도18분30초, 동경 125도31분00초), 우리측 관할 옹도와 미군측 관할하의 섬들인 서격렬비도·소협도 간 등거리점(북위 37도1분2초, 동경 124도55분), 그로부터 서남쪽 점(북위 36도50분45초, 동경 124도32분30초)을 지나 우리나라와 중국과의 해상경계선까지를 연결한 선으로 하며, 이 선의 해상수역을 조선인민군측 해상 군사통제 수역으로 한다. 2. 조선 서해 해상 우리의 영해안에 제멋대로 설정한 미군측의 강도적인 북방한계선은 무효임을 선언한다. 3. 조선 서해해상 군사분계선에 대한 자위권은 여러가지 수단과 방법에 의하여 행사될 것이다.”(최창동, 앞의 글, 92쪽 ; 연합뉴스 2004. 6. 4 보도).

89) 1999. 7. 11 노동신문 사설의 내용은 다음과 같다. “북방한계선이란 애당초 정전협정에도 없고 쌍방이 합의한 적도 없다. 그것은 그 누구도 인정하지 않는 유령선이다. 따라서 충돌사건이 발생한 문제의 해역은 괴뢰들이 저들 수역이라고 주장할 하등의 근거가 없다. 정전협정에는 영해의 모든 섬들이 협정체결당시 일방의 점령에 관계없이 조선전쟁 직전인 1950년 6월 24일 당시를 기준으로 하여 양측에 귀속되도록 규정되어 있다. 이로서 황해도와 경기도의 도경계선 북쪽과 서쪽에 있는 섬들 가운

그리고 2000년 3월 23일 ‘서해 해상군사분계선’ 설정에 대한 후속조치로 북측 해군사령부 명의로 ‘서해 5개섬 通航秩序’를 추가 발표, 남측 선박이 북측이 지정한 2개의 수로를 통해서만 서해 5개 도서로 運航할 수 있다고 주장하고 나섰다. 다음은 2000년 3월 23일 조선중앙TV를 비롯한 북한 언론들이 동시에 보도한 ‘조선 서해 해상 군사분계선 설정과 관련한 후속조치로서(5개섬 통항질서, 주체89년 3월 23일)를 공포함에 대하여’ 제하 ‘조선 인민군 해군사령부 중대보도’의 주요내용이다.<sup>90)</sup>

1. 우리 영해에 있는 미군측 관할하의 5개 섬들중 백령도, 대청도, 소청도를 포괄하는 주변 수역을 제1구역으로, 연평도 주변 수역을 제2구역으로, 우도 주변 수역을 제3구역으로 한다.
  - 1) 제1구역의 북쪽 계선은 북위 38도선으로 하고 동쪽과 남쪽, 서쪽 계선은 백령도, 대청도, 소청도의 領海 起算線으로부터 2km폭으로 평행되게 그은 선으로 한다.
  - 2) 제2구역의 북쪽계선은 북위 37도 41분 24초선으로 하고 동쪽과 남쪽, 서쪽 계선은 연평도의 領海 起算線으로부터 2km폭으로 평행되게 그은 선으로 한다.
  - 3) 제3구역 界線은 우도 영해 起算線으로부터 2km폭으로 평행 연결한 선으로 한다.
  - 4) 제1, 2, 3구역 안에서의 미군측 함정들과 민간선박들은 우리측에 적대적인 통항이 아닌 이상 通航의 自由를 가진다.
2. 제1구역으로 드나드는 모든 미군측 함정들과 민간선박들은 제1水路를 통하여, 제2구역으로 드나드는 모든 미군측 함정들과 민간 선박들은 제2水路를 통하여서만 통항할 수 있다.
  - 1) 제1水路는 서해 해상군사분계선상의 북위 37도 10분 3초, 동경 125도 13분 19초 지점과 소청도의 제일 높은 고지정점을 연결한 선을 축으로 하여 좌우 1마일 폭을 가진다.
  - 2) 제2水路는 서해 해상군사분계선상의 북위 37도 31분 25초, 동경 125도 50분 38초 지점과 대연평도의 제일 높은 高地 頂點을 연결한 선을 축으로 하여 좌우 1마일 폭을 가진다.
  - 3) 원칙적으로 우리측 영해에 있는 미군측 관할하의 섬들에 비행기들이 드나들 수 없

---

데서 5개의 섬만 미군 측이 관할하게 되었고 그 섬들과 우리측 지역 사이에 해상 분계선이나 한계선은 설정부터 되지 않았다. 괴뢰들 자체가 이것을 잘 알고 있다. 괴뢰들은 지금까지 휴전선 15마일이라고 하면서 군사분계선을 지상경계선에 한정시켜 왔으며, 그 서쪽 시작점에 대해서도 한강 하구라고 명백히 규정 하였다. 남조선 출판물 자료에도 휴전선은 서쪽은 한강 하구로 시작된다고 쓰여 있다. 그런데 이제 와서 똥만지같이 북방한계선이라는 말을 내들리며 소동을 피우는 것은 어처구니없는 노릇이다. 유엔 해양협약에는 영해가 12해리로 규정되어 있다. 괴뢰들의 영해법에 비추어 보아도 문제의 그 수역은 엄연히 우리 영해이다.”(연합뉴스 1999. 7. 15 보도).

90) 조선중앙TV 등 각종 북한 언론 2000. 3. 23 보도.

으며 부득이한 경우 모든 비행기들은 이 水路 上空을 통하여서만 비행할 수 있다.

3. 제1, 2, 3구역과 제1, 2 水路들에서 미군측 함선들과 민간선박들은 공인된 국제 航行規則들을 엄격히 준수하여야 한다.
4. 미군측 함정들과 민간선박 및 비행기들이 지정된 구역과 수로를 벗어나는 경우 그것은 곧 우리측 領海 및 군사통제 水域과 領空을 침범하는 것으로 된다.
5. 제정된 水路 通航時 우리측의 행동에 그 어떤 위협이나 지장을 주어서는 안 되며 이 수로들과 통항구역이 우리 함정들과 민간선박들의 통항을 가로막는 구역이나 수로로 될 수 없다.
6. 이번에 제정한 통항구역과 수로는 어디까지나 미군측 관할하의 섬들이 우리측 영해에 위치하고 있는 점을 고려하여 설정한 것이며 이 구역과 수로가 미군측 수역으로 는 될 수 없다.<sup>91)</sup>

또한 북한 조국평화통일위원회 서기국은 2002년 8월 2일 평양 조선중앙통신을 통해 이른바 북방한계선의 虛荒性을 暴露 斷罪한다는 白書를 발표하였는데 ‘조선반도는 공고한 평화가 아닌 정전상태에 있는 지역이고 북남 사이에 해상경계선을 설정하는 것은 참여하고 심각한 문제로 서해 경계선을 확정하자면 북과 미국이 마주앉아 토론을 하고 합의를 보아야 하며, 북방한계선은 서해해상 경계선이 아니라 무장충돌과 전쟁 발발의 화근이라는 내용을 再主張했다.<sup>92)</sup>

결국 서해 해상경계선과 관련하여 북한의 주장은 다음과 같이 요약된다.

첫째, 서해의 엄중한 상황에 비추어 해상경계선의 설정이 시급히 요구된다. 北方限界線은 유엔군측에 의해 일방적으로 설정된 비법적인 선이므로 경계선으로 인정할 수 없다.

둘째, 서해 해상경계선은 정전협정 관련 문제로서 정전협정 當事者인 미국과 북한간에 토의될 문제이며, 이를 위한 實務級 會談에 남한 대표도 포함할 수 있다. 현재 있지도 않는 軍事共同委員會에서의 토의 주장은 어불성설이다.

셋째, 서해 해상 군사분계선은 정전협정과 국제법에 입각하여 황해도와 경기도 道境界線의 끝점으로부터 남북한 기점간의 중간선과 중국과의 半分線까지 연결한 선으로

91) 인터넷남북통일! 주)조선인터넷 <http://www.dprk.com>.

92) 북측 해군 사령부는 2003년 6월 3일에도 대변인 담화에서 ‘최근 남조선 군부는 조선 서해 우리측 영해에 연일 전투함선을 침입시키는 군사적 도발을 감행하고 있다면서 남조선 군 당국자들이 비법적인 북방한계선을 고수한다면 정세를 전쟁 접경으로 몰아간다면 모든 후과에 대해 책임지게 될 것’이라고 경고했다. 또한 2004년 3월 11일에는 남측이 중국 어선의 불법조업에 대비해 NLL 부근에서 정부 및 군·경 합동훈련을 실시키로 한 것을 놓고 ‘이런 군사적 움직임은 새로운 西海交戰으로 이어지지 않으리라는 담보가 없다’고 주장했다(통일촌 <http://www.atongil.com> ; 범민련 남측본부 홈페이지 정세자료실 ; 도홍렬, “NLL 그것은 우리에게 무엇인가”, 충북대학교 사회과학대학 교수하계연수회 자료, 2003. 6, 6쪽 ; 연합뉴스 2004. 6. 4 보도).

하며, 이 선의 북쪽 해상 수역을 해상 군사경계수역으로 설정한다. 해상분계선에 대한 自衛權은 여러 가지 수단과 방법에 의하여 행사될 것이다.<sup>93)</sup>

#### 4. 北方限界線에 대한 유엔司令部의 立場

종래, 유엔군 사령부의 입장은 法的인 見解로서는 문제가 많았다. 유엔군 사령부는 서해교전 사태 이전까지, 황해도와 경기도 道界線의 延長線이 북한의 沿海 범위를 정하는 경계선이 된다고 하는 북한의 주장을 부인하면서도, NLL은 유엔군 사령부가 일방적으로 설정한 것이기 때문에 북한 함정들이 敵對的 行爲나 挑發的 態度를 취하지 않는 한 그들 북한 함정들이 이 NLL을 越線하는 것은 휴전협정의 위반이 아니라고 보았다.

유엔군 사령부가 1980년대 말까지 취한 軍事停戰委員會에서의 발언 등 자료에 의하여 유엔군 사령부의 입장을 정리하여 보면 다음과 같다.<sup>94)</sup>

① 유엔군 사령부는 그 군사통제 하에 있는 서해 5개 도서 주변 3해리를 유엔군사령부 관할의 隣接 水域으로 보고 북한 함정이 이를 침범하는 경우에는 이를 休戰協定 違反으로 본다.<sup>95)</sup>

② NLL은 유엔군사령관이 對決의 可能性을 減少하기 위하여 일방적으로 설정한 것이다. 그러므로 북한 함정들이 敵對的 行爲나 挑發的 行爲를 자행하지 않는 한, 그들 북한 함정들이 NLL을 越境하는 것은 휴전협정 위반이 아니라고 본다.<sup>96)</sup>

③ 황해도와 경기도 道界線의 연장선이 북한의 연해 범위를 정하는 境界線이 된다고 하는 북한의 주장은 휴전협정 제2조 제13항 ㄴ목 본문과 단서 및 첨부 지도의 주(註)(1) 및 (2)의 해석상 인정할 수 없다고 본다.<sup>97)</sup>

이러한 유엔군 사령부의 입장은 일관되지도 않고 論理的으로 정리되지도 못한 입장이었다. 더구나 서해 5도 주변의 3해리 수역만을 유엔군 사령부가 관할하는 인접수역으로 보고 북한 함정이 이를 침범하는 경우에만 이를 휴전협정 위반으로 보고 있었던 유엔군사령부의 交戰指針(Rule of Engagement : ROE)의 내용은, 한국과 북한의 영해 범위가 12해리로 시행되고 있는 현실을 무시한 대단히 非論理的인 태도라고 지적하지

93) 국방부 <http://www.mmd.go.kr> 정책기획관실/대북안보현안/북방한계선문제 ‘북방한계선(NLL)에 대한 국방부 입장’, 1999.

94) 신왕철, 「북방한계선(NLL)과 해상군사분계선」, 동의대학교 대학원, 석사학위논문, 2001, 60-61쪽 ; 김영구, 앞의 글(주 83), 11쪽.

95) 북한 함정들의 북방한계선 침범에 관한 1989.5.23 예정 국방부 회의의제에 대한 유엔사 군사정전위원회회의 견해, 1989. 5. 22, 4쪽.

96) 앞의 글(주 110), 2쪽.

97) 국방부, 「군사정전위원회 제346차 회의록」, 1973. 12. 1.



않을 수가 없었다. 미국의 일부 당국자가 1999년 6월 15일 남북한 함정의 交戰이 일어난 지점을 공해로 인식한 실수도 이러한 법적으로 정리되지 않은 미국의 시각에서 연유된 것이다. 그러나 미국 국무성은 1999년 6월 연평해전을 계기로 NLL에 관한 입장을 일단 논리적으로 새롭게 정리하였다고 볼 수 있다. 미국은 북한이 서해에서 도발적 행위를 자행하여 남북 간의 교전사태가 발발한 점을 유의하여, 북방한계선(NLL)이 한반도의 휴전체제상 지난 46년간 남북 간의 군사적 충돌과 긴장을 방지하는 효과적인 기능을 수행해 온 점을 중시하고, 북한도 당연히 현실적인 休戰線(cease fire line)인 북방한계선을 존중하여야 한다는 입장을 밝힌 바 있다.<sup>98)</sup>

연평해전이 발발하기 직전에 북한 경비정이 NLL을 침범하고 이를 우리 함정들이 저지함에 따라 남북한 함정들간에 긴장이 고조되자 유엔사는 1999년 6월 11일 북한에 장성급 회담을 제의하면서, “NLL은 46년 동안 북한과 한국군 사이의 軍事的 緊張을 방지하는 효과적인 수단으로 기여해 왔고 軍事力을 분리하는 데 기여해 온 실질적인 경계선으로 사용되어 왔다”.(The NLL has served as an effective means of preventing military tension between North and South Korean military forces for 46 years. It serves as a practical demarcation line, which has contributed to the separation of forces)”라고 발표하였다. 그리고 6월 15일 연평해전 발생 당시 개최되고 있던 유엔사와 북한 인민군간의 장성급 회담에서 유엔사측 대표는 “NLL은 실효적인 해상분계선이며 지난 40여년간 쌍방이 인정하고 지켜온 엄연한 해상경계선으로서 협상의 대상이 아니다. 그리고 새로운 해상불가침경계선은 남북간 군사공동위에서 협의해야 하며, 그 때까지는 現 NLL이 준수되어야 한다. 북측이 이 북방한계선을 월선하는 것은 挑發로 간주할 것이다”는 입장을 명확히 북한측 대표에게 전달하였다.

이로 볼 때, 북방한계선에 대한 유엔사의 입장은 북방한계선은 수십년 동안 남북한 軍 사이의 군사적 긴장을 예방하는 효과적인 수단으로서 그리고 군사력을 분리하는 데 기여해 온 實質的인 軍事分界線으로 그 역할을 수행해 왔다는 점을 인정하고 있다. 그리고 남북간의 새로운 해상경계선 설정 문제는 남북한간의 문제라는 데에 우리와 입장을 같이 하고 있다.<sup>99)</sup> 2002년 6월 29일 서해교전이 발발된 직후, 7월 1일 정오에 열린 미국무부 기자회견에서 代辯人(바우처)은 서해 교전은 북한의 武力挑發이라고 규정함으로써 지난 1999년 9월 미국의 입장을 재확인하였다.<sup>100)</sup>

98) 코리아타임즈 1999. 9. 3 보도.

99) 대한민국해군 [http://www.navy.mil.kr:8005/nll/nll\\_4.jsp](http://www.navy.mil.kr:8005/nll/nll_4.jsp).

100) 한국일보 2002. 7. 2 보도 ; 김영구, 앞의 글(주 83), 11쪽.

## 5. 北方限界線에 대한 南韓內 視覺

북방한계선은 停戰體制의 構成要素로 정해진 것이지만 일반적인 領海境界線이 아니다. 이 수역은 한국이 일제 해방 이후 實效적으로 관할해 왔다는 사실만으로도 한국의 排他的 領海라는 데 다른 논리가 있을 수 없다. 북방한계선을 설정한 主體가 유엔군사령관이라면서 미국을 상대로 새로운 경계선 협상을 하겠다는 북한측의 발상은 정전협정을 폐기하고, 이에 대신하는 새로운 平和協定을 미국과 체결하겠다는 의도로서 북한의 對南戰略을 반영하고 있다.<sup>101)</sup> 그러나 한국 내에서 NLL을 보는 시각은 실로 다양하여, 한마디로 극도의 混沌을 벗어나지 못한 상태라고 말할 수 있는데 이러한 현상은 우리 사회의 統一·反統一, 保守·革新의 대립 및 북한의 법적 지위 논쟁과 밀접한 관련이 있다고 생각된다.

### 가. 南北韓間의 事實上의 海上境界線으로 보는 見解

종래 한국 학자들의 주장으로 남북한간의 사실상의 海上境界는 휴전협정체제상 성립되어 있는 북방한계선(NLL)으로 確定되어 있다고 보는 것인데, 그 법적 근거에 관해서는 대체로 첫째, NLL은 유엔군 사령부가 일방적으로 설정한 것이나 휴전협정 내용을 시행하기 위한 必須的 措置로서 설정한 것이라는 점, 둘째, 이 선은 양측 관할 도서로부터 대체로 中間線에 해당되는 선이라는 점, 셋째, 유엔군 사령부가 이 NLL을 북한측에 정식으로 통고하였고 북한이 명시적인 이의를 제기함이 없이 휴전 성립 이래 1973년까지 약 20년간 事實上 兩側의 境界로 機能하여 왔다는 점 등을 들고 있다.<sup>102)</sup>

1999년 연평해전 이후, 이 심각한 사태를 초래한 원인이 된 서해5도 주변 해역에 대한 북한측의 관할 주장에 대해서 한국내의 학자들과 언론에서는 여러 가지로 그 주장의 不法性을 성토하는 취지의 글이 발표되었는바 이들의 전체적인 論旨는 북한이 북방한계선을 침범하는 것은 國際法上 不法이라는 것이었으며 그 논거는 위의 세 가지 사항에서 크게 벗어나지 않는 것이다.<sup>103)</sup>

101) 박완신, “북한의 NLL무효화 선언과 대남전략”, 국방일보 1999. 9. 7 논단.

102) 배재식, 「현 휴전협정 체제에서 본 서해5도의 문제점 발생원인 및 대책」(국토통일원, 1977), 20-22쪽 ; 김명기, 「서해5도의 법적 지위」, 「논총」 제23권 1·2합병호(국제법학회, 1978. 12), 135-136쪽 ; 박종성, 앞의 글(주 79), 386-387쪽 ; 유병화, 「동북아지역과 해양법」(진성사, 1991), 239-289쪽 ; 김정건, 「서해5도 주변 수역의 법적 지위」, 「논총」 제33권 2호(국제법학회, 1988. 12), 135-154쪽.

103) 김영구, 앞의 글(주 83), 8쪽 ; 통일연구원, 「남북한 평화공존과 남북한 연합추진을 위한 법제정비 방안 연구」, 2001-08호, 82-83쪽.

## 나. 南北韓間의 暫定的인 海上境界線으로 보는 見解

이러한 견해는 북측 선박의 NLL 월선은 분명히 남북기본합의서상 不可侵線의 위반은 되어도 국제법상 한국의 영해 침해는 아니다. NLL은 분명히 확정된 것이 아니라, 앞으로 계속 협의해야 할 暫定的 性格을 가진 경계선이지만 그것이 確定될 때까지는 남북한 모두 준수해야 한다는 입장이다.

이 견해에서는, ‘서해5도 사태는 북한이 남북기본합의서 상에서 未解決된 海上境界線을 新國際海洋法 제3조에 의거해 解決을 試圖하려는 데서 발생한 것이다’라고 정의하고 있다. 서해 해상경계선 문제는 南北基本合意書上의 문제로 북측과 협의해야 되며, 이를 한국 休戰協定 體制上의 문제로 처리하는 것은 現實的으로나 法的으로 맞지 않는다고 보는 것에 중요한 특징이 있다.<sup>104)</sup>

## 다. 南北韓間의 海上境界線이 될 수 없다는 見解

연평해전 이후 남측의 學者와 進步的 社會團體 인물들 사이에서 “북방한계선은 合法的인 分界線이 아니며, 이를 근거로 북한 선박을 봉쇄한 한국측의 행위가 不法이다”라는 주장이 나오고 있다.

이 견해는 대체로 북한측의 주장과 동일하나 이론적으로 북한측의 주장보다도 더 정교하고 치밀한 면을 보이고 있는데<sup>105)</sup> 그 주장의 골자를 보면 다음과 같다.

첫째, 북방한계선(NLL)은 유엔사(UNC)의 自己制限的이며 一方的 措置로 설정된 것이고, 정전협정 당사자간의 合意가 아니다. 그러므로 정전협정 제5조 제61항에 의거하는 정전협정의 내용이 될 수 없다. 북방한계선(NLL)의 前身은 소위 Clark Line인데, Clark Line은 유엔군 측의 一方的인 封鎖線이다. 한국전쟁 수행 중 설정된 이 봉쇄선의 適法性을 위하여 미국 정부는 유엔 총회의 승인을 요청하였으나 유엔의 승인을 받지 못했다. 이는 1952년 9월 27일 설치되었으며 1953년 8월 27일에 철폐되었다. Clark Line의 代替的인 機能을 갖는 북방한계선(NLL)은 정전협정 제2조 제15항의 봉쇄금지 조항의 정신에 정면으로 위배되는 불법적인 경계선이다. 북방한계선이 영해선이라는 冷戰 聖域은 虛構에 불과하다. 북방한계선은 이승만 정권 당시 해군의 北上沮止用이며, 북한에 대한 해상봉쇄적 성격의 海上包圍線 역할을 하고 있어 정전협정 제2조 제15항 및 제16항을 심대하게 위배하는 것은 물론 영해에 관한 12해리를 규정한 유엔海洋法을

104) 이장희, “서해5도 사태에 대한 국제법적 고려사항”, 「KTX」 1999년 7-8월호 시론 ; 김영구, 앞의 글(주 83), 9쪽.

105) 김영구, 앞의 글(주 83), 9쪽.

위반하고 있다. 1999년 서해충돌 당시 미국무부는 이 해역을 분쟁해역 또는 公海(open sea)라고 논평했고 제1차 서해교전 당시 남한 軍 당국은 처음에는 북한 선박의 침범이 아니라 越線으로 발표한 만큼 영해가 아니다.

둘째, 북한이 40년간 북방한계선(NLL)을 默示적으로 인정해 왔다는 한국측 주장은 성립될 수 없다. ① 북방한계선(NLL)을 유엔사 측이 북한에 公式 通報한 사실이 없고, 북한도 이를 承認한 사실이 없다. ② 북방한계선(NLL)은 實效性的 原則과 凝固의 效力으로 확정되었다는 한국측의 주장은 논리적으로 성립될 수 없다. 왜냐하면 이러한 占有는 暴力이나 隱秘에 의하지 않는 것이어야만 하는데, 한국 해군이 북한의 어선이나 북한 함정의 越線과 南行을 武力으로 저지, 격퇴해 왔으므로 이는 성립되지 않는다. 오히려 그 동안 북한 해군함정의 빈번한 북방한계선(NLL) 침범 사례는 이러한 實效的 현상의 確定이나 凝固를 저지하는 催告나 消滅時效의 中斷行爲에 해당된다.

셋째, 서해5도는 각기가 따로 하나의 幾何學的 點으로서 유엔군 통제하에 놓일 뿐, 군사 목적으로나 어업·산업적 또는 정치적 목적의 線으로 연결될 수 없다. 이 부분의 서해 해역 공간은 정전협정 발효후 3개월 이내에 참전국들의 政府級 政治會談(정전협정 제4조 제60항)에서 체결될 예정이었던 平和協定으로 性格이 결정되거나 國際海洋法의 解釋에 넘겨진 것이다. 1991년 12월 13일에 조인한 ‘남북사이의 화해와 불가침 및 교류협력에 관한 합의서’의 부속합의서 제3장 불가침 경계선 및 구역 제9조와 제10조에서 북한측이 이를 인정했다는 주장은 ‘한쪽’과 ‘양쪽’을 엄격히 구분한 用語의 解釋上의 오류로서 북한은 해상불가침 경계선이 未確定된 狀態임을 거듭 확인한 것이다.<sup>106)</sup> 정전협정상 인정될 수 있는 유일한 서해안 수역의 分界線은 황해도와 경기도의 道界線이다. 남북기본합의서 제11조 및 그 부속합의서 제9조의 ‘지금까지 쌍방이 管轄하여온 구역’으로서 북방한계선(NLL)이 인정될 수 없다. 쌍방이 공동으로 설치하고 인정해 온 것은 한강 하구수역의 황해도와 경기도의 道界線(가-나) 밖에는 없다.<sup>107)</sup>

#### 라. 韓國 政府(國防部)의 立場

NLL의 성격에 관해서 한국 정부측이 판문점 將星級 회담 등을 통해 표명한 입장은 대체로 아래와 같이 정리될 수 있다.

106) 리영희, “북방한계선은 합법적인 군사분계선인가”, 「통일시론」 통권 3호, 1999년 여름, 23-63쪽 ; 최창동, 앞의 글(주 26), 100쪽.

107) 리영희, 앞의 글(주 121), 23-63쪽 ; 장정구, “서해교전과 맹목적 냉전성역의 허구성”, 「진보평론」 제13호, 2002 가을호 ; 한겨레신문 1999. 7. 19 “북방한계선은 합법적 분계선이 아니다” 제하 보도 ; 김영구, 앞의 글(주 83), 9쪽.

첫째, 북방한계선은 1953년 휴전협정 성립 이래 북측도 북방한계선을 事實上 인정하고 준수해왔다는 점에서 實質上의 海上境界線으로서 효력과 기능을 유지해 왔을 뿐만 아니라, 특히 '92년 남북기본합의서와 불가침부속합의서에서도 이를 합의한 사항이다.

둘째, 이 NLL은 이 지역에서 상호간 충돌방지를 위한 군사분계선으로 존재해 왔으므로 휴전협정상 이 선의 적법성을 부정하거나 재론할 수는 없다.

셋째, 새로운 해상불가침 경계선 설정 문제는 남북간의 문제로 앞으로 軍事的 信賴 구축후, 새로운 해상 경계선 설정이 필요할 경우 남북기본합의서에 합의한 바와 같이 南北軍事共同委에서 논의되어야 한다.

넷째, 남북간에 협의를 거쳐서 새로운 해상불가침선이 확정될 때까지 지금의 NLL은 양측에 의해서 반드시 지켜져야 한다.

아울러, 북한의 소위 “조선 서해 해상경계선”과 “서해 5도 통항질서” 주장은 정전협정에 위반될 뿐만 아니라 國際法의 精神과 規定에 어긋나므로 이를 일체 수용할 수 없다. 우리는 북방한계선을 지상의 군사분계선과 같은 개념으로 인식하고, 새로운 해상불가침 경계선이 確定될 때까지는 이를 확고히 지켜나갈 것이며, 북측이 이를 침범할 경우 단호히 대처한다는 것이다.<sup>108)</sup>

## 6. 北韓의 NLL 無效 主張에 대한 評價

남측에서는 1953년 정전협정 체결이후 남북 쌍방이 지켜 온 實質的 海上境界線으로 NLL선을 보고 있다. 이는 엄연한 韓國管轄 海域이고, 정전협정 제2조 제15항에 의해서 존중되어야 하며, 어떤 종류의 봉쇄도 하지 못한다는 입장을 지켜 왔다. 그리고 NLL선의 미래는 남북 기본합의서에 따라 共同軍事委員會를 개최해서 논의해야만 한다는 것이다. 반면 북측에서는 NLL선을 미군측이 一方的으로 설정한 경계선으로 보고 있다. 그리고 관할권을 보면 서해 5개섬만 미국 측이 관할하고 이남 해역은 북측이 관할해야 한다고 주장한다. 정전협정 제2조 제13항에 의해 島嶼는 남측 통제하에, 나머지는 북측 통제하에 둔다는 것이다. 그러면서 NLL선의 철회, 해상경계선의 재설정을 위한 유엔시-北 將星級 會談을 개최하자는 입장을 보이고 있다. 즉 한편에서는 ‘분단국가 상호간에 경계선은 어차피 모두 暫定的인 성격을 지니므로 서해 5도 주변 일정 주변 수역을 平和統一의 시점까지 남북한 共同漁撈 水域으로 개발시킬 수 있다’고 주장하는 반면 다른 한쪽에서는 NLL선을 領海線으로 보고 있는 것이다. 이것은 남북한 관계에 대한 視

108) 대한민국해군 [http://www.navy.mil.kr/8005/nll/nll\\_6.jsp](http://www.navy.mil.kr/8005/nll/nll_6.jsp) ; 국방부, “서해 해상경계선 관련 북한주장의 부당성 및 우리의 입장”, 1999. 10, 18-22쪽.

覺의 差異로부터 유래하는 것이다.<sup>109)</sup> 북한은 1973년 12월 1일 군사정전위원회 제346차 본회의에서 서해5도 주변해역에 대한 관할권을 주장하며 기존의 NLL을 처음으로 공식 부인한 이후 수시로 북방한계선을 침범하면서 우리 해군과 매년 수차례 緊張關係를 유지하고 있지만 이러한 북한의 NLL 無效宣言은 법리상 인정될 수 없는 억지 論理로서 아래와 같이 批判될 수 있다.

### 가. ‘北方限界線은 非法的’ 主張에 대한 批判

‘북방한계선은 유엔군측이 일방적으로 설정한 비법적인 線이므로 인정할 수 없다’는 북한의 주장은 정전협상시 해상 경계선이 北側의 要求에 의해 설정되지 않았고, 북방한계선이 북측에게도 有益한 線이었기 때문에 1973년까지 전혀 이의를 제기하지 않았으며, 북한도 북방한계선의 존재를 분명히 인지한 가운데 現實적으로 遵守해 왔다는 점에서 적절치 못하다.

1952년 1월말에 집중적으로 전개된 연해수역(coastal waters) 관련 협상 과정에서 유엔군측은 당시의 국제적 영해 관행에 따라 3해리를 주장했고, 유엔군측에 의한 海上封鎖를 憂慮한 공산측은 12해리를 주장했다. 유엔군측은 해상 봉쇄를 하지 않는다는 규정(정전협정 제15항)이 별도로 있기 때문에 問題가 없다고 주장하였으나, 공산측은 입장을 굽히지 않으면서 관련 조항의 全面 削除를 요구했고 UN측이 이를 수용함에 따라 결국 해상경계선에 관한 규정이 정전협정 제13항 ㄴ목에 포함되지 못하였던 것이다. 또한 정전협정 협상과정에서 공산군측은 유엔군측으로부터 38도선 이남의 황해도 인접 島嶼群의 통제권을 얻었다. 당시 황해도뿐 아니라 북한 전체의 해역을 사실상 통제하고 있던 유엔군측은 早期 休戰 成立을 위해 38도선 이북의 주요 도서로부터 철수함은 물론 38도선이남 해역에서도 전략도서인 서해 5도를 제외하고 황해도 육지와 근접한 모든 도서 통제권을 북한에게 讓步하였다. 황해도 육지와 최근접 거리의 유인도만 확보하고 있던 북한은 휴전 성립과 동시에 NLL 북방에 있는 많은 섬들의 통제권을 확보할 수 있었다. 이처럼 북방한계선은 비록 유엔군사령관에 의해 설정되었지만 남북 군사력의 직접적 충돌을 막고 이 지역에서 平和와 安定을 유지하는 데 유용한 선이었기 때문에 당시 해군력이 미미하던 북한에게는 사실 유리한 선이었다. 이것이 북방한계선이 설정된 후 20년간 즉 1973년 西海사건이 있기 전까지 북한이 북방한계선에 대해 이의를 제기하지 않은 이유이다.

비록 유엔군 사령부가 NLL을 북한측에 정식 통보한 사실은 없으나,<sup>110)</sup> 북방한계선

109) 김광식, “서해교전의 원인과 합리적 해결방안”, One-Korea 민족공동체 추진본부(<http://www.one-korea.or.kr>) 시사해설 제5호.

이 설정된 후 북한측이 행동한 情況資料들을 두고 판단해 볼 때는 어떤 방법으로든지 直·間接적으로 북한측이 NLL을 인지하고 인정하였다는 것을 알 수 있다. 북한이 北方限界線을 인지하고 인정했다는 단적인 증거는 1959년에 발간된 조선 중앙연감에서 북한 스스로가 現 북방한계선을 軍事分界線으로 표기하고 있다는 점이다. 그 밖에도 북한이 북방한계선을 분명히 인식하고 준수해 온 사례는 많다. 2001년에도 서해 NLL 인근 해역에서 항로착오 및 조난으로 인해 NLL을 侵犯하여 우리측이 나포한 북한 어선을 송환하였고, 2002년 12월 조난된 북한 선박이 대청도에 좌초되었을 때 승선을 NLL 상봉점에서 북한 경비정을 遭遇하여 승선원을 인계한 것은 북한도 북방한계선을 인정·遵守하고 있음을 보여주는 것이다.<sup>110)</sup> 특히 ICAO는 NLL을 북쪽 한계선으로 하는 한국의 飛行情報區域 변경안을 1993년 1월 5일 처음 고시해 시범 운영하며 利害關係國들이 이의를 제기할 수 있는 기간을 충분히 주었으나 북한측의 反對 意見이 없어 1998년 1월 正式 發效시킨 사실은 국제무대에서 NLL 수역이 분쟁지역이 아니라 南韓의 領海로 취급받는 중요한 根據 事例이다.<sup>112)</sup>

#### 나. ‘海上 境界線은 美北間 論議事項’ 主張에 대한 批判

북한의 ‘서해 해상경계선은 미북간 논의사항’ 주장은 한국전쟁 當事者인 한국을 排除하려는 의도이며, 향후 해상경계선에 대한 문제해결은 남북간 協議하는 것으로 남북 기본합의서에서 이미 쌍방이 合意된 사항이라는 점에서 부당하다.

북한은 이 주장을 하면서 정전협정상(제61항) 協定에 대한 修正(amendment)과 增補(addition)는 반드시 적대 쌍방 사령관들의 상호 합의를 거쳐야 한다는 규정을 援用하고 있다. 그러나 협정에 대한 수정 또는 증보는 협정의 이행과 관련한 비교적 소규모 자구의 변경을 의미한다. 따라서 정전협정에 규정되지 않은 해상 군사분계선 문제는 수정 또는 증보의 수준을 훨씬 넘어서는 重大한 變化를 의미하므로, 단순히 당시 軍事 將領들의 협상 수준에서 결정될 수는 없다. 국제법적으로 정전협정의 체결 권한은 現地 軍事將領과 아울러 전쟁 當事國 政府에도 있다는 것이 定說이다. 한국전쟁 당시에는 우리를 지원하는 유엔 참전국이 16개국이나 되었기 때문에 유엔군 사령관이 대표가 되어 휴전협상을 추진하고 정전협정을 체결할 수밖에 없는 상황이었다. 비록 한국 대표가 정전협정에 직접 署名은 안했지만 한국이 전쟁의 主要한 當事者였다는 점에서 정전협정의 당사자임에는 틀림이 없다.

110) 김영구, 앞의 글(주 83), 19쪽.

111) 국방부 <http://www.mnd.go.kr> “북방한계선에 대한 국방부 입장”, 1999.

112) 최창동, 앞의 글(주 26), 101쪽.

북한의 주장은 또한 그들 스스로 1990년대 내내 정전협정을 사실상 死文化하려는 劃策을 일관되게 추진해 왔다는 점에 비추어 볼 때 自己 矛盾的이다. 북한은 1991년 3월에 군사정전위원회 유엔군측 수석대표에 한국군 장성이 임명되자 군사정전위원회 본회의 참석을 거부한데 이어 1994년 4월에 이른바 ‘평화보장 체계’라고 하여 정전협정을 대체할 미·북 평화협정을 체결하자고 하면서 군사정전위원회 북한측 대표단을 撤收시키고 ‘조선인민군 관문점 대표부’를 설치하였고, 군사정전위원회 중국대표단과 중립국감시위원회 공산측 위원국인 체코슬로바키아 및 폴란드 대표단을 1993년과 1995년에 각각 강제 철수시킴으로써 정전협정을 이행감독 및 관리하는 가장 중요한 관리주체인 군사정전위원회와 중립국감시위원회의 활동을 완전히 마비시켰다. 그뿐만 아니라 북한은 1996년 4월에 DMZ 관리 의무 불이행 선언 등을 통해 정전협정을 스스로 위반하고 無力化하는 조치도 취했다. 따라서 북한이 서해 해상경계선은 미북간 논의사항이라는 등 정전협정 체제에 의한 해결을 강조하고 나온 것은 一貫性이 없는 자기모순적인 북한식 억지 주장에 불과하다.<sup>113)</sup>

#### 다. 北韓의 ‘西海 5島 通航秩序’에 대한 批判

북한은 1955년 3월 5일 內閣決定을 통해 영해 범위를 12海里로 채택하였고, 1973년 10월 서해 5도 인접수역이 북한의 영해라고 주장한데 이어, 1977년 7월 1일 200해리 經濟水域을 발표하는 등 정전협정과 국제해양법에도 위배되는 恣意的이고 不法的인 주장을 일삼고 있다.<sup>114)</sup> 북한은 영해 및 해상 군사경계 수역에 대한 자신의 입장이 국제해양법에 근거한 것으로 주장하고 있으나 북한은 유엔해양법협약 締約國이 아니며, 오히려 이러한 국제해양법을 위반하고 있어 이를 원용할 자격이 없다. 국제해양법상 국가 공권력의 관할 범위는 內水와 領海에 국한되어 있으며, 그 밖의 接續水域과 排他的 經濟水域(EEZ)은 경제활동 및 보건 등 제한된 범위의 이익만 인정된다. 그러나 북한은 1977년 8월에 유엔 해양법에 완전히 어긋나는 해상 군사경계선을 발표함으로써 유엔 해양법 협약을 위반하였다.

아울러 국제 해양법에 準據한다고 해도 북한의 주장은 매우 허구적인 것이다. 유엔 해양법협약상 섬은 스스로의 領海를 가진다고 분명히 규정되어 있으며, 서해 5도 역시 多數 人口가 經濟活動을 하고 있는 국제법상의 섬으로 분명히 인정된다.<sup>115)</sup> 국제법상 12해리의 영해 관행을 인정할 경우 서해 5도와 북한 지역 사이는 모두 24해리 이내이

113) 국방부 앞의 글(주 126).

114) 최창동, 앞의 글(주 26), 101쪽.

115) 유엔해양법협약 제121조 2항 ; 이병조·이중범, 「국제법신강」(일조각, 1994), 397쪽.



므로 북한과 서해 5도 사이의 중간선에서 양쪽의 해상경계선이 규정되어야 한다. 이를 무시하고 서해 5도가 자신들의 연해 안에 있다거나 해상 군사통제구역 안에 있다는 주장은 분명히 反國際法적인 것이며, 서북 島嶼群을 무시하고 NLL 이남까지 북측의 관할 수역으로 주장하는 것은 국제법에 명백히 違背되는 행위이다. 더구나 對向國間의 중복된 영해의 경계선은 별도의 합의가 없는 한 中間線을 인정한다는 유엔 해양법협약(제15조)의 원칙에 비추어볼 때 서해 5도와 북한의 용진반도 사이의 거리는 6해리 내외로서 황해도 연안과 서북 5도군의 대략 중간지점을 연결하여 설정한 NLL은 영해의 폭을 3해리로 규정하던 당시 국제법을 충실히 반영하여 획정한 선이다.<sup>116)</sup>

북한은 1999년 9월 2일 선포한 소위 “서해 해상군사분계선”과 관련한 후속조치의 일환으로서 ‘서해 5도 통항 질서’를 공포하여 同 구역에 출입하는 미군 선박 및 일반 선박은 모두 북한측이 지정한 2개의 수로만을 이용하여 進出入하라고 주장하였다. 그러나 북한측이 道界線 연장선 以北 海域, 즉 북한측이 주장하는 소위 ‘서해 해상 군사분계선’에 대한 관할권을 주장하면서 서해 5개도서 출입에 대한 북한측의 승인이 필요하며 지정된 수로를 이용하라는 주장은 상대방의 여하한 지역에 대해서도 封鎖를 禁止한다는 정전협정(제2조 제15항)에 위배된다.<sup>117)</sup> 또한 통항질서의 대상을 미군측 함정과 민간 선박에 한정시켜 한국측 경비정의 출입을 전혀 고려하지 않은 점은 남북 분단 현실을 전혀 도외시한 일방적인 주장으로서 서해 경계선 문제 협의 당사자를 미국으로 특정하고 있어 문제점이 있다.<sup>118)</sup>

## 7. 小 結

국제법적으로 NLL은 영해를 규정하는 경계선은 아니라는 것이 국제법 학자들의 공통된 인식이다. 1970년대 이후 국제법상 영해의 범위가 12해리로 일반화된 것이 사실이지만 남북한간의 관계는 남북기본합의서에도 명시되어 있듯이 ‘國家間의 關係가 아니라 合意’했기 때문에 남북 쌍방은 영해의 범위에 관해서 유엔해양법상의 12해리설을 주장할 수 없다.<sup>119)</sup> 북방한계선을 1953년 7월 27일부터 1973년 10월까지 20년간 북한이 이를 事實上, 默示的으로 尊重하여 왔다는 점에서 歷史的 根源의 凝固의 原則(principle of consolidation), 實效性의 原則(principle of effectiveness), 默示的 合意의 遵守原則 등 국제관습법을 들어 적법성을 주장하는 이론은 법체계상 맞지 않으며 20년

116) 최창동, 앞의 글(주 26), 102쪽.

117) 국방부 앞의 글(주 126).

118) 김영구, 앞의 글(주 83), 11쪽.

119) 리영희, “북방한계선은 합법적 군사분계선인가”, 평통사 홈페이지 자료실, 2004. 7.

이상 평화적인 장기 점유의 성립과 묵시적인 승인을 입증하는 것도 어렵다.<sup>120)</sup>

남북기본합의서 제2장(불가침)의 부속합의서 제10조는 “남과 북의 해상 불가침선은 앞으로 계속 협의한다. 해상불가침구역은 해상불가침선이 확정될 때까지 쌍방이 지금까지 管轄하여 온 구역으로 한다”라고 명시하고 있다. 남측은 이 ‘구역’에 NLL이 포함될 것을 주장했고, 북측은 區域 대신에 地域으로 주장해 해상경계선을 제외시키려고 했다는 점에서 당시 NLL 인정 문제는 남북기본합의서 회담 지체의 큰 원인을 제공했다. 북한은 NLL이 군사적 경계선이 되기 위해서는 ‘쌍방이 관할하여온 구역’이란 ‘쌍방이 합의하고 동의한 구역’이라야 남북 양측에 경계선으로서 효력을 발휘할 수가 있다는 주장을 들어 남북기본합의서의 효력을 부인하고 있다.<sup>121)</sup> 남북기본합의서를 신협정에 불과하다고 보고 法的 效力을 부정하는 견해가 있고<sup>122)</sup> “쌍방이 관할하여온 구역”에 NLL 포함 여부를 둘러싸고 남북의 解釋이 엇갈리고 있는 실태를 감안할 때 남북기본합의서상 合意를 NLL의 근거로 제시하는 것은 合理的이지 못하다.

북방한계선은 유엔군 사령부가 일방적으로 설정한 것이나 휴전협정을 이행하기 위해 국제법의 일반적 慣例에 따라 남북한 양측의 관할 도서로부터 중간선을 채택하였고, 북한이 명시적인 이의를 제기함이 없이 휴전협정 성립 이래 약 20년간 실질적 해상군사분계선으로 기능해왔다.<sup>123)</sup> 황해도와 경기도의 도계선 연장선이 북한의 沿海 범위를 정하는 경계선이 된다는 북한의 주장은 휴전협정 제2조 13항 본문과 단서의 해석상 인정할 수 없으며, 북한이 서해 주변 3해리를 적대적 행위로 침범하는 것은 휴전협정 위반이다.<sup>124)</sup> NLL에 관한 논쟁과 분쟁은 본질적으로 정치적이며 군사적인 문제로서 국내법적인 문제가 아니다.<sup>125)</sup> ‘대한민국의 영토는 한반도와 부속도서로 구성되어야 한다’는 當爲的 命題를 선언한 헌법 제3조의 해석상 북한의 독자적인 영해는 인정할 수 없다. 북한은 우리의 자유민주주의 체제를 전복하고자 획책하는 군사적 위협이면서 평화공존과 평화통일의 대상이라는 이중적 지위를 갖고 있고, 해상의 군사분계선에 대해서는 남북 쌍방간의 의견이 대립되어 있는 현실상 NLL을 경계로 남북한이 각각 관할권을 행사하는 것이 평화공존과 평화통일로 나아갈 수 있는 길이다. 따라서 NLL은 정전협정에 위반하거나 전혀 근거없는 경계선을 一方的으로 설정한 것이 아니라 정전협정을 이행하기 위해서 당시 海洋法上 中間線 原則을 준수하면서 군사적 필요에 의해 유엔군 사령부에 의해 설정된 잠정적인 해상경계선으로 서해 5도의 관할권을 인정한 정

120) 김영구, 앞의 글(주 79), 144쪽.

121) 이장희, “언론다시보기 북방한계선을 둘러싼 오해” 기자협회보뉴스 제1149호 칼럼, 2002. 7. 10.

122) 최창동, 앞의 글(주 26), 83-92쪽.

123) 김영구, “북한이 주장하는 서해 해상경계선과 통항질서에 대한 분석”, 「서울국제법연구」, 제7권 1호, 2006. 6, 7쪽.

124) 한국정전위원회 제346차 회의 회의록, 1973. 12. 1.

125) 신왕철, 앞의 글(주 74), 67쪽.

전협정 체제가 지속되고 남북군사회담 등으로 남북 해상 경계선이 확정되지 않는 이상  
마땅히 유지되어야 한다.

### 第3章 國家保安法上 北韓의 地位

#### 第1節 國家保安法 改廢論의 核心爭點 第2條(反國家團體條項)

형법에 대한 特別法의 地位를 지닌 국가보안법의 역사는 형법보다도 오래된 것이다. 1948년 군내 좌익세력이 주도한 여순반란사건이 발생하자 당시 우리 사회에 광범위하게 분포한 좌익세력의 국가전복 가능성에 위협을 느낀 이승만 정부는 국가보안법 制定을 추진했다. 5년 후인 1953년 형법을 제정할 당시 내란죄와 외환죄 등 국가보안법의 관련 조항들은 형법 조항에 包括적으로 정비되었다. 당시 형법 초안자의 한 사람이었던 김병로 당시 대법원장이 “보안법 處罰 對象을 처벌하지 못할 형법 조문이 없다”고 발언할 정도였지만, 국가보안법의 생명에는 별다른 영향을 미치지 못했다. 이는 남북대치관계라는 특수한 상황과 국가보안법이라는 강력한 도구로 국민을 통제하려던 정권의 요구가 맞아떨어졌기 때문이었다. 이승만 정부는 6. 25 전쟁 이전에 2차례 국가보안법 개정을 통해 국가보안법 위반자에 대한 법정최고형을 사형으로 상향조정하고 적용범위도 확대하는 한편, 국가보안법 사범에 대한 재판을 단심제로 하는 改惡도 이뤄졌다. 군사혁명으로 집권한 박정희 및 전두환 정부는 권위주의 체제에 대한 반대를 국가보안법을 이용하여 진압하려 했다. 1980년대 후반을 지나 노태우, 김영삼 정부가 들어서면서 비로소 國內外的으로 국가보안법 廢止 輿論이 본격적으로 제기됐다. 특히 지난 1990년 헌재가 ‘국가보안법 제7조 제1항 및 제5항의 規定은 각 그 所定の 行위가 국가의 存立·安全을 위태롭게 하거나 自由民主的 基本秩序에 危害를 줄 명백한 危險이 있을 경우에만 縮小適用되는 것으로 해석한다면 헌법에 위반되지 아니한다’고 한 결정<sup>126)</sup>은 국가보안법 제7차 改正의 계기가 되었다. 김대중 前 대통령은 “人權을 침해하지 않는 방향으로 국가보안법을 고치겠다”고 선언<sup>127)</sup>했지만, 김대중 정부의 對北包容 政策에도 불구하고 통일전선 전술과 선전차원의 평화공세를 병행하는 二重的 對南戰略을 지속하는 북한 정권에 대한 국민의 불안감이 사라지지 않았기 때문에 국가보안법 개정은 이루어지지 않았다. 노무현 대통령의 참여정부 출범과 탄핵정국 이후 進步的 性向의 ‘열린우리당’이 국회 의석의 과반수를 차지하고 2004년 9월 5일 노무현 대통령도 ‘국가보안법은 한국의 부끄러운 歷史의 일부분이고 지금은 쓸 수도 없는 獨裁時代의 낡은 遺物이

126) 헌재 전원재판부 1990. 4. 2. 89헌가113(헌재 판례집 2, 49-74쪽).

127) 김대통령은 1999년 7월 5일 미국 필라델피아 자유메달 수상후 가진 기자회견에서 국가보안법 존폐 문제 질문에 ‘현행법에 독소조항이 있는 만큼 현행법을 대폭 개정하거나 독소조항이 없는 다른 법으로 대체하는 준비작업을 추진하고 있다’고 답변한데 이어 1999년 8.15경축사중 ‘민주화와 인권 보장은 일생의 변함없는 소신이라면서 자랑스러운 인권국가를 만든다는 결의로 국가보안법을 개정할 것’임을 표명하였다.

라며 낡은 유물은 폐기하고 칼집에 넣어 박물관에 보내는 게 좋다'는 말<sup>128)</sup>로 국가보안법 폐지에 힘을 실어줬지만 국민 여론에 힘입은 野黨의 反對에 부딪혔다. 우여곡절 끝에 2004년 12월 30일 與野 院內代表會談에서 현행 국가보안법은 '國家安全保障特別法'으로 명칭을 변경하는 代替立法의 目前까지 갔으나, 여당내 강경파들의 국가보안법 폐지 관철 주장과 야당의 국회본회의장 철야점거 등 極限鬪爭으로 결국 참여정부의 국가보안법 폐지 추진은 무산되고 말았다.<sup>129)</sup>

이러한 국가보안법 '개정론'과 '폐지론'의 핵심적 차이는 이 법 제2조 제1항의 반국가단체 조항을 그대로 둘 것이냐, 말 것이냐의 차이이다. 바꿔 말해, '북한을 여전히 반국가단체로 봐야 한다'는 쪽은 不告知罪 등 국가보안법의 나머지 惡法 條項들만 손질하자는 쪽이고, '이 규정이 시대적 상황에 맞지 않는다'고 보는 쪽은 법 자체를 폐지해야 한다고 주장하고 있다. 이것은 法理上의 問題라기보다는 남북한 관계를 바라보는 根本的인 哲學的 差異여서, 국가보안법 개정과 폐지 주장은 좀처럼 接點을 찾기 어려운 것이 사실이다.

국가보안법 존치론자 또는 일부 개정론자들은 '반국가단체를 부인하는 것은 大韓民國의 正統性을 부인하는 것'이라며, 제2조 가운데 '政府僭稱' 표현을 삭제하는 것도 양보할 수 없다고 주장하고 있다. 그러나 폐지론자들은 '북한은 국제법적으로 공식 인정된 獨立國家이며, 1991년에는 남한과 함께 조선민주주의 인민공화국이란 이름으로 유엔에 동시 가입했다'며, 이 조항의 實效性을 부인한다. 북한을 반국가단체라고 주장한다면, 6·15 남북 정상회담 등은 정부 首長과 官僚들이 반국가단체로 잠입·탈출(제6조)하거나 그 首魁와 회합·통신(제8조), 자진 지원(제5조)한 것이므로 처벌해야 한다는 모순이 발생한다는 것이다. 제7조의 '찬양·고무'나 제10조의 '불고지죄' 또한 모두 반국가단체 조항을 전제로 한 것이어서, 개정과 폐지 주장이 각각 '존치 또는 일부 삭제', '삭제 또는 형법에 보완' 의견으로 갈린다.<sup>130)</sup> 그러나 국가보안법을 둘러싼 改廢 論爭의 核心은 주로 제7조에 집중되어 있었으므로 국가보안법 제2조는 상대적으로 크게 關心 對象이 아니었다. 우리나라의 전통적인 法解釋學의 입장에서는 물론이고, 전체적인 法的 體系로 볼 때 단순한 概念規定으로 여겨질 수 있는 이 조항이 관심을 끌게 된 것은 비교적 최근의 일이다.<sup>131)</sup>

128) 2004. 9. 5 MBC 「시사매거진 2580」 500회 특집 “대통령에게 듣는다” 특별대담프로.

129) 연합뉴스 2004. 12. 30 “연내처리 무산된 국가보안법” 제하 보도.

130) 한겨레신문 2004. 9. 5 보도.

131) 김민배, “국가보안법 제2조 논의의 경과와 의미”, 민가협양심수후원회(<http://www.yangsimso.or.kr>) /국가보안법/관련글, 2001. 11. 29, 1쪽.

## 第2節 反國家團體의 概念

국가보안법 제2조 제1항은 ‘이 법에서 반국가단체라 함은 정부를 僭稱하거나 국가를 變亂할 것을 목적으로 하는 국내외의 결사 또는 집단으로서 指揮統率 체제를 갖춘 團體를 말한다’고 정의하고 있다.

개정전 국가보안법(1980. 12. 31. 법률 제3318호)에서는 반국가단체의 개념에 “공산계열의 노선에 따라 활동하는 국내외의 결사 또는 집단도 반국가단체로 본다”고 규정하고 있었으나(제2조 제2항), 이러한 공산계열 반국가단체와 비공산계열 반국가단체를 구분할 실익이 전혀 없다는 지적에 따라 1991. 5. 31 국가보안법 개정시 이 조항은 삭제되었다.<sup>132)</sup> 즉, 1991년 이 조항이 개정되기 이전에는 소련, 중국, 폴란드, 체코, 베트남 등 공산권 국가들도 반국가단체에 준하는 ‘國外 共產系列’로 규정하였고 금품수수, 잠입·탈출, 회합·통신 등 행위에 대해서 ‘自由民主的 基本秩序를 위태롭게 한다는 情을 알면서’라는 주관적 구성요건이 명시되지 않았다. 따라서 이들 국가에 여행하는 것도 국가보안법의 처벌대상이 되었는데, 1988년 서울 올림픽 때에 이러한 ‘國外 共產系列’ 조항 때문에 공산권 국가들의 올림픽 경기 참가도 국가보안법상 잠입 행위로 불법행위가 될 수 밖에 없었다.<sup>133)</sup> 또한 1987. 6. 29 이른바 6·29 선언 이후 국가보안법이 국가안보 및 체제수호를 위해 국민의 기본권을 지나치게 제한·침해한다는 違憲性 論難이 활발하게 제기되면서 국가보안법의 개정 또는 폐지론이 정치권과 법학계의 큰 爭點으로 부각되고 있던 중 1990. 4. 2 헌재가 국가보안법 제7조에 대해 한정합헌결정(89헌가 113호)을 내리기에 이르렀다. 따라서 1991. 5. 31 국가보안법의 개정은 헌재의 결정취지를 반영하여 국가보안법에 의한 처벌대상을 축소함으로써 기본적 인권을 최대한 보장하고 ‘민족자존과 통일번영을 위한 大統領特別宣言’(소위 7·7선언) 등에 따른 노태우 정권 당시의 대북정책의 효율적 추진을 뒷받침할 수 있도록 주요내용을 대폭 변경하는 방향으로 국가보안법을 개정하였는데, 특히 국가보안법 제2조 반국가단체의 범위가 축소되었던 것이다.<sup>134)</sup>

현행 국가보안법이 규정하고 있는 각 범죄행위는 모두 반국가단체와 관련성이 있을 뿐 아니라, 형법과 별도로 국가보안법이 存在해야 하는 根據가 된다는 점에서 그야말로 국가보안법의 핵심조항이라 할 수 있는데, 가령 국가보안법 제3조는 반국가단체를 구성했을 경우 2년 이상에서 사형 또는 무기징역까지 처하도록 하고 있다.

‘정부를 僭稱하거나 국가를 變亂할 것’이란 合法的 節次에 의하지 않고 임의로 정부

132) 황교안, 「국가보안법 해설」(집영출판사, 1998), 45쪽.

133) 최창동, 앞의 글(주 55), 202쪽.

134) 황교안, 앞의 글(주 144), 30쪽.

를 조직하여 진정한 정부인 것처럼 詐稱하거나 정부를 顛覆하여 새로운 정부를 구성하는 것을 말한다. 여기서 ‘정부’란 좁은 의미의 정부인 行政府를 의미하지 않고 立法府, 司法府를 포함하는 넓은 의미의 정부를 말한다. 한반도에 있어서 유일한 합법정부는 대한민국 정부뿐이므로 많은 反國家團體 중에서도 政府僭稱 형태의 반국가단체의 典型的인 예는 바로 북한이다. 판례가 ‘정부참칭 또는 국가변란’에 해당한다고 인정한 구체적 사례들은 대한민국의 領土 強占, 社會主義國家 建設, 대한민국 體制 및 政府 顛覆, 民衆이 국가권력을 장악하는 民族自主政權 수립 등이다.<sup>135)</sup>

### 第3節 國家保安法の 憲法上 根據

국가보안법의 憲法上 根據에 대해서는 헌법 제3조의 領土條項이라고 보는 견해와 제37조 제2항 一般的 法律留保條項으로 보는 견해 등으로 갈린다. 이러한 견해의 대립은 헌법 제3조의 영토조항과 관련하여 북한 지역에도 대한민국의 주권이 미치는지 여부, 다시말해 北韓의 憲法上 地位와 밀접한 관련이 있다.

#### 1. 憲法 第3條說

유일합법정부론, 미수복지역론은 이북지역을 북한이 점령한 未收復地域으로 보고 대한민국의 主權 및 憲法과 法律이 이북지역에도 적용되는 것으로 보는 입장이다. 따라서 헌법을 개정하거나 명시적으로 북한을 국가로 승인하지 않는 한 북한을 주권 국가로 볼 수 없으며, 국제관계에서는 하나의 사실상의 정부로, 국내법적으로는 反國家團體로 보아야 한다고 주장한다. 이러한 견해는 국가보안법의 헌법상 근거를 헌법 제3조(領土條項)에서 구한다.<sup>136)</sup>

아직도 국가보안법의 헌법적 근거를 제3조 영토조항에서 찾는 것이 通說이다. 傳統的 解釋論과 대법원 判例에 따르면, 대한민국의 영토는 韓半島 전체이므로 대한민국의 헌법과 법률은 휴전선 남방지역뿐만 아니라 북방지역에도 적용되어야 한다. 또한 대한민국 主權과 부딪치는 주권적 정치는 대한민국 영역 내에서 인정될 수 없다. 만일 대한민국 영토 내에서 대한민국의 주권과 배치되는 정권을 수립하거나 지배체제를 확립하려 할 경우 그러한 단체 내지 집단은 反國家團體가 된다. 반국가단체의 首魁는 물론 이러한 反國家團體를 지지 내지 지원하는 행위는 憲法違反으로서 마땅히 엄중하게 처

135) 황교안, 앞의 글(주 144), 46-64쪽.

136) 김철수, 「헌법학개론」(박영사, 2000), 104쪽.

별되어야 한다. 이것은 영토조항의 規範力을 인정할 경우 도출되는 당연한 결론인데 이러한 처벌 근거를 罪刑法定主義에 따라 제시·마련한 것이 국가보안법이다. 전통적 입장은 이와 같이 영토조항이 반국가단체의 개념을 인정하는 憲法的 出發點이라고 본다.<sup>137)</sup> 다만, 북한을 반국가단체로 보는 입장에 있으면서 국가보안법의 근거를 헌법 제 37조 제2항에서 구하는 견해도 있다.<sup>138)</sup>

## 2. 憲法 第37條 第2項說

國際法優位說의 입장에서 남북한이 유엔에 동시 가입해 있고 국제사회에서 북한이 국가 내지는 사실상의 정부로 승인되고 있기 때문에 북한도 主權을 가진 獨立國家로 보아야 한다는 견해가 있다. 이러한 견해는 대체로 국가보안법 제반 규정의 인권침해 및 남용 소지, 헌법 제4조의 우선론적 해석론에 입각하여 국가보안법의 違憲性을 들어 廢止論을 주장하지만, 일부는 국가보안법의 헌법상 근거를 제37조 제2항(一般的 法律留保條項)에서 구하기도 한다.<sup>139)</sup>

이 설은 헌법을 目的論的·體系의으로 解釋함으로써 국가보안법에 대한 憲法的 根據를 찾으려는 입장이라고 할 수 있다. 헌법 前文은 자유민주주의를 대한민국의 국가이념으로 규정하고 있고, 헌법 제37조 제2항은 “국민의 모든 자유와 권리는 국가의 안전보장·기본질서 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다”라고 규정함으로써 소위 기본권 제한의 一般的 法律留保條項을 두고 있다. 또한 민주적 기본질서에 反하는 이념을 綱領으로 하는 정당을 違憲政黨으로 간주, 해산할 수 있도록 규정함으로써(헌법 제8조 제4항) 국민의 정당설립의 자유를 제한하고 있다. 국가보안법은 바로 이러한 헌법 조항들에서 근거를 찾을 수 있다는 것이다.<sup>140)</sup> 이러한 입장에 서는 학자들은 국가보안법의 가장 대표적인 헌법적 근거는 국민의 자유와 권리를 제한하는 기본권 제한의 일반적 법률유보조항인 헌법 제37조 제2항이라고 본다. 영토조항이 더 이상 규범적 효력을 갖지 않는다거나 또는 象徵的 내지 名目的인 效力만을 인정하려는 학자들이 대체로 이러한 입장을 지지하는 경향이 있다. 요컨대 이 학설은 국가보안법은 국가안보를 목적으로 제정된 법으로서 그 효과적인 실천과 집행을 위해서는 不可不國民의 自由와 權利를 제한할 수밖에 없는 바, 이와 같은 점에서 헌법 제37조 제2항이

137) 제성호, “분단과 통일에 관한 법적쟁점”, 「중앙법학」 제6집 제2호(중앙법학회, 2004. 8. 31), 90쪽.

138) 최대권, 「헌법학강의」(박영사, 1999), 101쪽.

139) 이장희, “남북한 통일방안에 대한 법제도적 수렴 가능성”, 「사법행정」(한국사법행정학회, 1993. 6), 33쪽.

140) 최대권, “통일논의의 법적 분석”, 「통일방안 논문집」 제2집(통일원, 1990), 151-155쪽.



국가보안법의 존립 근거를 제공한다고 보는 견해라고 할 수 있다.<sup>141)</sup>

### 3. 憲法 第3條 및 第37條 第2項說

일각에서는 국가보안법의 헌법적 근거를 제3조의 領土條項과 제37조 2항의 一般的法律留保條項에서 함께 찾을 수 있다는 견해를 제시한다. 권영성 교수는 국가보안법의 헌법적 근거에 관해 제3조 영토조항설과 제37조 제2항 일반적 유보조항설이 대립되고 있는데, 제1차적으로는 헌법 제3조 영토조항이고 제2차적으로는 제37조 2항의 일반적 법률유보조항이라고 보아야 할 것이라고 주장한다.<sup>142)</sup> 法務部와 法制處의 실무자들도 대체로 이러한 입장을 취하고 있다고 한다.<sup>143)</sup>

## 第4節 反國家團體의 立法 論難

### 1. 違憲廢止 論爭

국가보안법 폐지론자들은 국가보안법이 법체제상으로는 憲法의 下位法이지만, 실제적으로는 헌법보다도 上位에 君臨하면서, 현행헌법이 보장하고 있는 인간의 존엄과 가치(제10조), 신체의 자유(제12조), 양심의 자유(제19조), 언론·출판·집회·결사의 자유(제21조), 학문·예술의 자유(제22조) 등을 철저히 蹂躪하여 왔다고 주장한다.<sup>144)</sup> 이들은 국가보안법 반국가단체 조항에 대해 “조국의 민주개혁과 평화적 통일의 사명에 입각 하여 정의·인도와 동포애로써 민족의 단결을 공고히 하고”라는 헌법 전문을 비롯하여 헌법 제4조, 헌법 제66조 제3항 등 우리나라의 평화적 통일추구 선언 조항을 근거로 국가보안법의 違憲性을 주장한다. 즉, 헌법 제3조의 영토조항은 유일합법 정부론의 허구, 헌법변천, 헌법의 단계구조론, 남북기본합의서 채택, 남북한 유엔 동시가입 등에 따라 이미 死文化된 名目上의 條項에 불과하므로 헌법 제3조 및 이에 입각한 모든 법질서는 타당성을 잃는 것이며, 국가보안법은 바로 북한을 ‘정부를 참칭하거나 국가를 변란하려는 것을 목적으로 하는 국내외 결사 또는 집단(反國家團體 = 敵)’으로 보는 논리에 서있는 것으로 헌법이 추구하는 平和的 統一指向의 理念에 違背된다고 주장한다.

141) 제성호, 앞의 글(주 143), 91쪽.

142) 권영성, 「헌법학원론」(법문사, 2000), 125쪽.

143) 제성호, 앞의 글(주 143), 91쪽.

144) 민주주의법학연구회, “남한 사회의 법현실과 법이데올로기 비판 : 1989 임시국회에 제안된 반민주 악법을 중심으로”, 「민주법학」 창간호, 1989, 15쪽.

결국 국민들에게 헌법이 지향하고 선언하는 평화적 통일 노력을 감히 포기하도록 강요하는 법이 국가보안법이며, 그와 같은 의미에서 違憲인 만큼 完全 廢止해야 한다는 것이다.<sup>145)</sup>

또한 폐지론자들은 반국가단체 조항이 ‘政府僭稱’ ‘國家變亂’ 등 불명확하고 모호한 개념을 사용하여 자의적 해석, 운영을 유발할 소지가 있다고 주장한다. 형법상 내란죄의 경우 ‘폭동할 것’이라는 보다 명확한 개념을 구성요건으로 규정하고 있음에도 제91조에 국헌문란의 정의 규정을 따로 두었는데 이보다 형량이 무거운 국가보안법은 그냥 단순히 국가변란이라고만 정의하고 있어 그 해석이 범용자에 맡겨져 있다면서 반국가단체의 抽象的, 多義的 概念을 문제 삼는다. 국가보안법 제2조는 恣意的인 反國家團體 判定을 유발할 가능성을 열어놓고 있으며 이러한 모호한 규정을 중심개념에 놓고 있는 국가보안법의 모든 조항이 덩달아 恣意的으로 解釋, 運營되어 온 것은 당연하다고 비판한다.<sup>146)</sup>

‘한총련’ 등 親北 性向의 단체들은 국가보안법 철폐의 논리중 하나로 국가보안법이 ‘헌법상 平和統一規定과 罪刑法定主義에 배치된다’면서 다음과 같이 주장하고 있다.

“국가보안법은 그 구성요건의 內容이 不明確하고 廣範圍하여 抽象的이어서 그 자체로서 죄형법정주의에 어긋난다. 이북을 敵國으로 간주하는 국가보안법상의 반국가단체 규정은 헌법의 평화통일 규정과 세계평화주의에 명백히 배치되는 違憲法律 條項인 것이다. 나라의 평화통일은 정부 당국자만이 해야 할 獨占的 課題가 아니고 민족적인 과제임을 명시한 것이다. 현실적으로 통일은 모든 국민이 자유롭게 논의하고 참여할 때 오히려 그 성과를 기대할 수 있고 민간인들의 統一運動이 活性化되면 될수록 평화통일은 더욱 앞당겨오게 되는 것이다. 그런데 역대 독재정권들은 이북을 반국가단체 즉, 적으로 규정하고 이에 기반해 민간통일운동을 국가보안법에 걸어서 무자비하게 탄압하고 차단해 왔던 것이다. 이북을 반국가단체로 규정하고 있는 50여년에 걸친 분단의 역사, 반북대결의 역사는 그대로 反統一的인 국가보안법의 罪惡을 날날이 까발리고 있다.”<sup>147)</sup>

## 2. 國民의 政府의 代替立法 試圖

1999년 3월 25일 박상천 법무부장관은 김대중 대통령이 참석한 법무부 국정보고회에서

145) 김승교, “국가보안법, 왜 폐지해야 하는가, 국가보안법 전면 철폐인가, 대체입법인가 : 국가보안법 철폐 논란의 현황과 대응 방안 모색”, 「통일연대 주최 국가보안법 토론회」 발표자료, 2004. 5. 24, 7쪽 ; 박원순, 「국가보안법연구 3」(역사비평사, 1992), 23쪽 ; 최창동, 앞의 글(주 55), 202-204쪽 ; 조국, “국가보안법 전면폐지론”, 「정치비평」, 통권 제8호(한국정치연구회, 2001. 12), 98-101쪽.

146) 박원순, 앞의 글, 66-68쪽 ; 조국, 앞의 글, 102쪽.

147) 한국대학총학생연합(<http://ihcy.net>) 자료실/「국가보안법 철폐 교양자료」, 1999. 8. 9, 9-10쪽

국가보안법이 북한을 反國家團體로 고착시켜 발생하는 문제점과 개정방향에 대하여 보고하였다. 즉 對北政策을 제약하고, 모호한 내용으로 安保와 무관한 내용까지 處罰할 수 있어 인권침해의 소지가 있어 막연히 북한을 이롭게 하는 행위가 아니라 우리 안보를 침해하는 행위를 처벌하는 쪽으로 국가보안법을 改正하겠다고 보고한 것이었는데 당시 박장관은 국가보안법의 폐지보다는 全面改正과 代替立法 마련에 힘을 실었다.

아울러 김대중 대통령은 1999년 8월 15일 光復節 경축사를 통하여 국가보안법의 개정 방침을 천명하였다.<sup>148)</sup> 특히 국가보안법 제2조가 북한을 반국가단체로 규정하여 북한에 이로운 행위를 처벌토록 한 법이 북한을 교류의 대상으로 보는 남북교류협력법과 배치된다는 점을 고려하여, 民主秩序保護法(案) 제3조 제2항은 반국가단체의 개념을 ‘政府僭稱’ 부분을 삭제하고 ‘대한민국에 敵對하는 國家 또는 國家에 準하는 集團’이라고 규정하여 북한의 태도 변화에 따라 북한을 반국가단체에서 제외할 수 있고 ‘安保侵害行爲’를 處罰하는 것으로 수정한다는 등의 내용이 담긴 方針을 발표하였다.

이러한 가칭 ‘民主秩序保護法(案)’에 대해 한나라당은 반국가단체의 개념에서 ‘정부참칭’을 빼는 것은 ‘영토조항의 憲法概念을 파괴하는 것’이라고 주장하였다. 물론 헌법의 평화적 통일지향원칙과 영토조항의 관계를 어떻게 해석해야 하는가에 대한 논의는 없었으나 반국가단체의 개념에서 ‘政府僭稱’을 제외한다는 국민회의의 방침은 공동 여당인 자민련과 야당인 한나라당의 의견 차이와 반대로 난항을 겪게 된다. 오히려 반국가단체 개념이 존재하는 상태에서도 남북교류가 가능하다는 자민련의 입장에 의해 국가보안법 개정의 문제는 수렁으로 빠져들고 있었다. 1999년 10월 25일 김용갑·권익현·김철 의원 등이 63명의 한나라당 의원이 참여하고 있는 ‘나라의 安保를 걱정하는 國會議員 모임’은 북한이 어떠한 변화도 보이지 않는 상황에서 대통령의 지시에 의해 일방적으로 추진되는 국가보안법의 개정에 決死反對한다는 입장을 분명히 하였다.

국가보안법 개정 문제가 다시 정치권의 懸案이 되어 대통령과 국회의 힘겨루기 양상으로 전개되었다. 1999년 12월 4일 김대중 대통령은 여당 정책위의장·총무단·국회 상임위원장 등과의 자리에서 국가보안법 改正意志를 피력하였다. 즉 법률의 내용에 결함이 있으며, 북한이 국가를 참칭한다고 반국가단체로 규정하면서 남북 정상회담이나 축구경기가 어떻게 가능하냐고 지적하였다. 그러나 국가보안법 개정 문제는 공동 여당간에도 合意點을 끌어내지 못하였고, 國家保安法 改正은 물론 反國家團體의 概念에 대한 改正 문제는 더 이상 진전되지 못하였다.<sup>149)</sup>

148) 김창석, “국가보안법 개폐작업 어디까지 왔나 : 여론논치보며 대체입법추진”, 「월간 말」, 1999. 8, 186쪽 ; 채병용, 「국가보안법의 존폐론에 관한 연구」, 창원대학교 행정대학원, 석사학위논문, 2003, 82쪽.

149) 김민배, 앞의 글(주 131), 4-5쪽.

### 3. 參與政府의 刑法補完案 推進

2004년 7월 열린우리당은 국가보안법 개정안 계획서를 통해 국가보안법 改正·廢止案을 동시에 마련하되 향후 對野 協商 과정에서 한나라당이 동의하지 않을 경우 개정을 추진하는 등 국가보안법 개폐 작업에 본격 착수했다. 법 적용 범위가 모호한 찬양·고무죄를 선전·선동죄로 바꿔 適用 範圍를 축소하고 인권침해 논란이 있는 불고지죄 등을 삭제하는 것 등이 골자였는데, 개정안은 특히 제2조 제1항의 反國家團體條項을 修正, 사실상 북한을 반국가단체에서 除外하는 방안을 추진키로 했다. 현행 국가보안법의 반국가단체 구성요건 중에서 ‘정부를 참칭하거나’라는 대목을 삭제하여 반국가단체의 범위를 ‘국가를 변란할 목적으로 하는 국내외 결사 또는 집단’으로 축소시킨 것이었는데, 열린우리당은 임종석 의원 등을 발의자로 국가보안법 廢止案도 추진하였다.<sup>150)</sup>

이러한 여당의 국가보안법 改廢 推進에 대해 한나라당은 국가보안법 폐지에는 반대하되 상당한 수준까지 개정할 수 있다는 입장이었다. 즉, 한나라당은 국가보안법중 핵심인 제2조 반국가단체조항에 대해서는 손을 댈 수 없지만 나머지 문제 조항에 대해서는 대폭 완화할 수 있다는 立場을 정리하고, 여권이 끝까지 국가보안법 폐지를 강행할 경우에는 강경 대응하겠다는 뜻을 분명히 했다. 한나라당은 ‘반국가단체는 정부를 참칭하거나 국가를 변란할 목적으로 한 국내외의 결사 또는 집단으로 지휘통솔 체제를 갖춘 단체’로 규정한 제2조 제1항을 개정 또는 삭제하면 북한을 반국가단체에서 제외하는 결과를 초래한다고 지적하면서 “대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서”란 헌법 제3조에 의거, 북한은 명백한 政府僭稱 團體이자 반국가단체인 만큼 국가보안법 제2조의 개폐는 대한민국의 正統性을 부인하는 것으로 절대 양보할 수 없다는 입장이었던 셈이다.<sup>151)</sup>

결국 국가보안법에 대한 열린우리당의 刑法補完案과 한나라당 改正案의 가장 큰 차이는 국가보안법의 반국가단체 정의(제2조)에 관한 것이었다. 당시 열린우리당은 형법에 ‘반국가단체’ 概念을 代替하는 ‘內亂目的團體’ 조항을 신설하겠다는 입장이었는바 이 경우 내란목적단체는 ‘폭동할 것을 목적으로 하는 집단’이므로 국토 참질 또는 국헌 문란을 위해 조직된 집단이라도 폭동을 일으킬 의사가 없으면 內亂目的團體에 해당되지 않는 반면, 한나라당 개정안의 반국가단체는 현행 국가보안법과 마찬가지로 ‘정부 참칭’ 조직 또는 ‘정부를 표방하면서 대한민국의 정통성을 부인하는’ 단체로서 반국가단체 구성 및 가입 혐의를 적용할 때 해당 단체의 폭동 의사 여부는 상관이 없던 것이었다. 만약 한나라당이 반국가단체 정의를 改正하기로 결정할 경우 兩 政黨의 案은 ‘북한

150) 한국일보 2004. 7. 15 보도.

151) 한국일보 2004. 9. 8 보도.

을 事實上 政府로 인정'하는 공통점을 갖게 된다. 열린우리당은 아예 '정부 참칭'을 삭제했고, 한나라당은 북한이 대한민국의 正統性을 인정하기만 하면 政府僭稱 여부와 무관하게 반국가단체로 보지 않겠다는 것이기 때문이다.

한편, 열린우리당이 한동안 검토했던 대체입법안에서는 현행 국가보안법의 반국가단체를 '國憲紊亂目的團體'로 대체했었다. 즉 '國憲紊亂을 목적으로 하는 국내외의 결사 또는 집단'을 구성하거나 이에 가입하면 처벌하도록 한 것이다. 이는 현행 국가보안법, 한나라당 개정안과 처벌 대상 및 가능성 측면에서 유사했다. 다만 '반국가단체'를 '國憲紊亂目的團體'로만 대체했는데 대체입법안의 법 명칭도 '國家安全保障特別法'으로 한나라당이 개정 명칭으로 고려했던 '國家安全保障法'과 비슷했다.<sup>152)</sup>

<도표 1> 국가보안법에 대한 열린우리당 형법보완안과 한나라당 개정안 비교<sup>153)</sup>

쟁점	현행 국가보안법	열린우리당 형법보완안	한나라당 개정안
반국가단체의 정의	정부 참칭 또는 국가변란 목적의 집단	국토침절 또는 국헌문란을 위한 폭동목적의 집단(내란목적단체로 대체)	①현행 유지 ②정부를 표방하면서 대한민국의 정통성을 부인하는 단체
반국가단체 구성 및 가입	유기, 무기징역, 사형 등 처벌	내란목적단체 가입시 금고, 징역, 사형 등 처벌	현행 유지
찬양·고무	자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서(중략) 찬양, 고무, 선전 또는 이에 동조한 자 처벌	내란목적단체조직죄를 범할 목적의 예비, 음모, 선동, 선동, 선전죄 처벌	자유민주적 기본질서를 위태롭게 할 목적으로(중략) 공공연히 찬양, 선전시 처벌
회합·통신	반국가단체 구성원 등과 회합, 통신, 연락한 자 처벌	폐지	현행 유지
불고지	수사기관 등에 고지하지 않은 자 처벌	폐지	폐지

152) 동아일보 2004. 12. 16 보도.

153) 동아일보 2004. 12. 16 보도.

〈도표 2〉 적국 및 준적국, 반국가단체 개념 비교<sup>154)</sup>

개 념	내 용	의 미
적국	선전포고가 없더라도 사실상 전쟁을 수행하고 있는 나라(통설), 적국 개념 명시한 형법 규정 없음	과거에는 中共 등 공산진영이 대상이었으나 현재 국제정세상 한국의 적국은 없음
준적국	대한민국에 적대하는 외국 또는 외국인 단체(형법 제102조)	교전상황이 아닌 경우 이적행위를 처벌할 수 있는 조항
반국가단체	정부를 참칭하거나 국가변란을 목적으로 하는 국내외의 결사 또는 집단으로, 지휘통솔체계를 갖춘 단체(국가보안법 제2조)	북한을 국가로 인정하지 않는 조항 한나라당은 존치 입장
적국 간주 단체	대한민국의 국헌을 문란할 목적으로 지휘통솔체계를 갖춘 단체는 적국으로 간주한다(열린우리당 형법 개정안 제102조 제2항에 신설)	북한을 대상으로 하는 조항인지, 북한을 국가로 불인정하는지 여부 불명확함

#### 4. 法務部の 反國家團體 削除 推進에 대한 意見

법무부는 2004년 9월 20일 열린우리당이 국가보안법을 폐지하고 국가보안법의 기본이 되는 반국가단체 개념을 刑法에 보완해 準敵國등의 조항에 포함시키거나 ‘破壞活動禁止法’이란 법을 새로 만들어 ‘국가에 준하는 적대적 국가 또는 단체’로 代替하려는데 대해 ‘현행 반국가단체보다 법적 개념이 넓고 애매해 過剩處罰禁止 原則에 반한다’는 의견을 여당에 제출했다. 여당인 열린우리당이 현행 국가보안법상 ‘스스로 政府라 칭하거나 국가 변란을 꾀하는 集團’이란 의미의 反國家團體 규정 대신 내놓은 準敵國과 ‘국가에 준하는 敵對的 團體’ 등의 개념이 오히려 더 광범위하고 애매해 濫用의 소지가 크다는 것이었는데, 이는 여당의 일방적인 국보법 폐지 논의에 제동을 거는 것이었다.

여당의 형법 보완 방안이 국가보안법상 반국가단체로 돼 있던 북한이나 친북단체 등을 형법상 내란목적단체로 규정하려는 데 대해서는 ‘폭동을 수반하지 않는 단순한 단체 구성을 내란죄와 같이 처벌하는 것은 傳統的인 內亂罪 概念에 반하고 過剩處罰이나 濫用 可能性이 높고 外患罪와도 중복된다’고 반대했다.

열린우리당이 추진했던 형법 개정안은 ‘대한민국에 적대하는 외국·외국인’이라는 의미의 기존 準敵國 조항에 ‘국헌을 문란할 목적으로 指揮統率 體制를 갖춘 단체’를 추가

154) 조선일보 2004. 9. 10 보도.

하고 있었다. ‘국헌을 문란할 목적으로 暴動을 일으킨 자’로 한정됐던 내란죄 대상에 ‘국헌문란 목적으로 지휘 통솔체제를 갖춘 단체’를 추가하여, 실제 폭동을 일으키지 않아도 그를 위한 단체만 구성하는 것으로 처벌하려는 의도였다. 반국가단체를 없애는 대신 準敵國 개념에 北韓이나 親北團體를 넣어 국가보안법의 空白을 메우려는 것이었으나, 그만큼 개념이 넓어지고 불분명해져 오히려 人權侵害 可能性이 높아질 뿐 아니라 이렇게 하면 북한을 현재의 반국가단체보다 더 直接的인 安保侵害勢力으로 간주하는 것이 돼 변화된 남북관계에 맞지 않는다’는 것이 법무부의 견해였다. 열린우리당이 삭제하려는 찬양·고무죄와 불고지죄도 處罰要件을 強化해 維持하는 안을 제시함으로써, 사실상 국가보안법 개정의 代替立法案에 무게를 둔 것으로 해석되었다.

여권이 한때 별도로 추진했던 대체입법인 ‘破壞活動禁止法’은 반국가단체의 代案으로 ‘대한민국의 존립·안전을 침해하는 활동을 하는 국가나 국가에 준하는 단체’라는 개념을 도입했다. 하지만 범위가 더 넓고 불분명해졌다는 비판을 제기했다. 특히 敵對的 團體 구성 및 가입행위에 대한 처벌 규정이 없어 ‘社勞盟’과 ‘朝總聯’ 등이 처벌 대상에서 제외될 수 있다는 지적도 뒤따른다. 결국 형법 보완이든 대체 입법이든 현행 반국가단체 개념보다 나은 게 없다는 것이 법무부의 논리였다. 대신 “反國家團體를 존치할 경우 ‘스스로 정부를 칭한다’는 조문을 빼는 것은 입법부의 선택문제”라며 反國家團體 개념 유지 입장을 밝혔던 것이다. 이러한 법무부의 의견에 대해 대체입법론자들은 ‘反國家團體 개념을 살리자는 법무부 취지에 공감하며 찬양·고무 등의 조항도 實務的으로 검토할 필요가 있다’고 평가했지만, 형법 보완론자들은 ‘刑法 補完만으로도 충분한데 과거 국가보안법의 加害者였던 법무부 등이 개혁을 막으려는 것 아니냐’고 엇갈린 반응을 보였다.<sup>155)</sup>

<도표 3> 열린우리당의 ‘파괴활동금지법’에 대한 법무부 의견<sup>156)</sup>

국가보안법	파괴활동금지법	법무부 의견
반국가단체 조항	① 반국가단체 규정 삭제 ② 적대적 국가 또는 단체(대한민국의 안전을 침해하는 활동을 하는 국가 또는 국가에 준하는 단체)로 대체	① 개념이 애매모호하고 오히려 ‘반국가단체’보다 개념이 확대 ② 적대적 단체 구성·가입에 대한 처벌 규정이 없어 사노맹·조총련·한총련 등은 처벌 대상에서 제외 ③ 반국가단체 유지가 좋지만 ‘참칭’ 조항 여부는 입법부가 선택할 문제

155) 조선일보 2004. 9. 21 보도.

156) 조선일보 2004. 9. 21 보도.

〈도표 4〉 열린우리당의 형법 개정안에 대한 법무부 의견<sup>157)</sup>

국가보안법	열린우리당의 형법 개정안	법무부 의견
반국가단체 조항	① 반국가단체 규정 삭제 ② 내란죄를 강화해 ‘국토를 침탈하거나 국헌을 문란할 목적으로 폭동하거나 지휘통솔체제를 갖춘 단체를 구성하거나 가입하는 자’ 규정 신설 ③ 외환죄상 ‘준적국’ 조항에 ‘국헌을 문란할 목적으로 지휘통솔체제를 갖춘 단체’ 추가	① 폭동을 수반하지 않는 단순한 단체 구성 단계의 행위를 내란죄와 동일하게 처벌하는 것은 전통적인 내란죄 개념과 과잉처벌 금지원칙에 반함 ② 내란죄 강화 안은 기존의 반국가단체 개념보다 더 넓어 남용 가능성이 있음 ③ 국헌문란은 내란죄의 구성요소이므로 외환죄 구성요건으로 두는 것은 부적절

## 第5節 判例의 立場

### 1. 大法院의 判例

국가보안법의 反國家團體 조항을 둘러싼 違憲 論爭에 대해 대법원은 ‘북한의 반국가단체성은 공지의 사실에 속하며 그 인정에 증거를 요하지도 않는다’라고 판시<sup>158)</sup>하는 등 다음과 같이 일관되게 북한을 政府僭稱의 反國家團體로 보고 국가보안법 제2조의 합헌성을 인정하고 있다.

“우리 헌법이 前文과 헌법 제4조, 제5조에서 천명한 국제평화주의와 평화통일의 원칙은 自由民主的 基本秩序라는 우리 헌법의 大前提를 해치지 않는 것을 전제로 하는 것이므로, 아직도 북한이 막강한 군사력으로 우리와 대치하면서 우리 사회의 자유민주적 기본질서를 전복할 것을 포기하였다는 명백한 징후가 보이지 아니하고 있어 우리의 자유민주적 기본질서에 威脅이 되고 있음이 분명한 상황에서, 국가의 안전을 위태롭게 하는 반국가활동을 규제함으로써 國家의 安全과 國民의 生存 및 自由를 確保함을 목적으로 하는 국가보안법이 헌법에 위배되는 법률이라고 할 수 없고, 국가보안법의 규정을 그 법률의 목적에 비추어 합리적으로 해석하는 한 국가보안법이 정하는 각 범죄의 구성요건의 개념이 애매 모호하고 광범위하여 죄형법정주의의 本質的 內容을 침해하는 것이라고 볼 수 없으며, 양심의 자유, 언론·출판의 자유 등은 우리 헌법이 보장하는 基本的인 權利이기는 하지만

157) 조선일보 2004. 9. 21 보도.

158) 대법원 1993. 9. 29. 93도1730호.



아무런 제한이 없는 것은 아니고, 헌법 제37조 제2항에 의하여 국가의 안전 보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에는 그 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해하지 아니하는 한도 내에서 이를 제한하는 데에 있는 것으로 해석하는 한 違憲이라고 볼 수 없다.”<sup>159)</sup>

“북한이 여전히 우리나라와 대치하면서 우리나라의 자유민주주의 체제를 전복하고자 하는 적화통일노선을 완전히 포기하였다는 명백한 徵候를 보이지 않고 있고, 그들 내부에 뚜렷한 民主的 變化도 보이지 않고 있는 이상, 북한은 조국의 平和的 統一을 위한 對話와 協力の 同業者임과 동시에 적화통일노선을 고수하면서 우리의 자유민주주의 체제를 전복하고자 획책하는 反國家團體라는 性格도 아울러 가지고 있다고 보아야 하고, 남북 사이에 정상회담이 개최되고 남북한 사이의 교류와 협력이 이루어지고 있다고 하여 바로 북한의 反國家團體性이 소멸하였다거나 대한민국의 안전을 위태롭게 하는 반국가활동을 규제함으로써 국가의 안전과 국민의 생존 및 자유를 확보함을 목적으로 하는 국가보안법의 規範力이 상실되었다고 볼 수는 없다는 것이 대법원의 확립된 견해이다. 이러한 견해와는 달리 북한이 이제는 우리의 자유민주주의 體制를 顛覆시키려는 시도를 할 가능성이 없다거나 혹은 형법상의 내란죄나 간첩죄 등의 규정만으로도 국가안보를 지킬 수 있다는 등의 이유로 국가보안법의 規範力을 소멸시키거나 북한을 反國家團體에서 제외하는 등의 轉向的인 立場을 취해야 한다는 주장도 제기되고 있다. 그러나 북한은 50여년 전에 적화통일을 위하여 불의의 무력남침을 감행함으로써 民族的 災殃을 일으켰고 그 이후 오늘에 이르기까지 크고 작은 수많은 도발과 위협을 계속해 오고 있다는 經驗的 事實을 잊어서는 안 될 뿐만 아니라, 향후로도 우리가 역사적으로 우월함이 증명된 자유민주주의와 시장경제의 헌법 체제를 양보하고 북한이 주장하는 이념과 요구에 그대로 따라갈 수는 없는 이상, 북한이 직접 또는 간접 등 온갖 방법으로 우리의 체제를 전복시키고자 시도할 可能性은 항상 열려 있다고 할 것이다. 이러한 사정이라면 스스로 일방적인 武裝解除를 가져오는 조치에는 여간 신중을 기하지 않으면 안 된다. 체제는 한번 무너지면 다시 회복할 수 없는 것이므로 국가의 안보에는 한치의 허술함이나 안이한 판단을 허용할 수 없다.”<sup>160)</sup>

한편 2005. 11. 16 국회 동의로 새롭게 대법관에 임명된 김황식, 박시환, 김지형 대법관을 비롯한 대법원의 대법관 全員이 국가보안법의 기본취지와 반국가단체 등 核心條項은 유지해야 한다는 견해를 갖고 있는 것으로 나타나 최근 대법원의 변화 바람에도 불구하고, 이러한 대법원 판례는 앞으로도 상당기간 변화가 없을 것으로 전망된다.<sup>161)</sup>

159) 대법원 1999. 12. 28. 99도4027호.

160) 대법원 2004. 8. 30. 2004도3212호.

161) 동아일보 2000. 11. 16 보도.

## 2. 憲法裁判所の 判例

현재는 舊 국가보안법 제7조 제1항·제5항의 위헌성에 관하여 이 조항에 해당하는 행위라 할지라도 그 가운데서 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 無害한 行爲는 처벌에서 제외하고, 이에 위해를 줄 명백한 위험성이 있는 경우에만 적용하도록 처벌범위를 縮小·制限하는 경우에는 헌법규정들에 合致되는 合憲的 解釋이 되고 그 위헌성이 제거된다고 하여 한정합헌 결정을 내린 사실이 있으나<sup>162)</sup> 대체로 반국가단체 조항 등 국가보안법의 위헌 여부에 대해서는 대법원과 비슷한 입장을 취하고 있다.

“북한이 남북한의 유엔동시가입, 소위 남북합의서의 채택·발효 및 남북교류협력에 관한 법률 등의 시행 후에도 적화통일의 목표를 버리지 않고 각종 挑發을 자행하고 있으며 남북한의 정치, 군사적 대결이나 緊張 關係가 조금도 해소되고 있지 않음이 현실인 이상, 국가의 존립·안전과 국민의 생존 및 자유를 수호하기 위하여 新·舊 국가보안법의 해석·적용상 북한을 反國家團體로 보고 이에 동조하는 반국가활동을 규제하는 것 자체가 헌법이 규정하는 국제평화주의나 평화통일의 원칙에 위반된다고 할 수 없다.”<sup>163)</sup>

“1998. 11 금강산 관광을 통한 남북교류협력이 시작된 이후 2000. 3 베를린선언을 통한 남북간 화해협력 분위기가 크게 조성되고 이에 따라 남북한 정상간의 만남, 대북사업의 활성화 등이 이루어지고 있는 등 최근 남북한 관계가 기왕의 對決的 冷戰構圖를 허물고 和解協力의 기조로 대폭 개선되고 있는 점은 인정되나 이러한 사정만으로 곧 그 결정을 변경할만한 특수한 事情變更이 있다고 단정하기는 어렵다.”<sup>164)</sup>

다만, 변정수 현재재판관은 국가보안법 제7조에 대한 위헌 심판에서 “국가보안법은 북한을 반국가단체로 규정짓고 있을 뿐만 아니라 특히 제7조 제1항 및 제5항은 반국가단체인 북한에게 이로운 것은 곧 대한민국에 해롭다는 相互排他的인 敵對關係의 논리를 강요하고 있어 헌법의 평화통일조항에 정면으로 違背된다”는 소수 의견을 피력하여<sup>165)</sup> 국가보안법 제2조 반국가단체 조항의 합헌성에 대해 批判的인 立場을 취하고 있는 듯하다.

162) 현재 1990. 4. 2. 89헌가113. 현재는 국가보안법 제7조 5항에 대하여 “그 소정행위에 의하여 국가의 존립안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 줄 명백한 위험성이 있는 경우에 처벌되는 것으로 축소, 제한 해석을 하는 것이 헌법전문, 제4조, 제8조 4항, 제37조 2항에 합치된다. 따라서 국가의 존립, 안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 줄 정도가 못된다거나 해악이 되는지 여부가 불분명한 때는 그 적용이 배제된다고 할 것이다.”고 판시했다.

163) 현재 1997. 1. 16. 92헌바6. 26, 93헌바34. 35. 36(병합).

164) 현재 2003. 5. 15. 2000헌바66.

165) 1990. 4. 2. 89헌가113.

## 第6節 私 見

국가보안법은 남북분단 상황을 전제로 한 臨時 刑事法으로 형법과는 체계와 성격이 달라 법적 구성을 위한 反國家團體라는 별도의 핵심개념을 도입하였다. 국가보안법 改廢 論難에서 중요 爭點중의 하나가 북한을 국가로 인정해야 할지 여부이다.

열린우리당의 대체 立法案인 가칭 ‘과외활동금지법’에는 북한을 ‘대한민국의 존립 및 안전을 침해하는 적국에 준하는 단체’의 범주에 포함시켰다. 법조계에서는 이에 대해 북한을 敵國 또는 準敵國 개념에 맞추는 것은 憲法體系에 맞지 않고 남북한 관계가 평화적으로 정착됐다는 열린우리당 자체의 現實 認識과도 맞지 않아 기형적이라는 지적이 나오고 있다. 敵國 개념은 交戰을 전제로 한다는 것이 법학계의 通說<sup>166)</sup>이기 때문이다. 準敵國은 ‘적국으로 간주되는 외국 또는 외국인의 단체’를 의미한다. 준적국은 교전 중이 아니면서도 우리 체제에 위협이 되는 외국 또는 외국 단체와 연관되는 활동을 처벌하기 위해 도입된 개념이다. 북한과 연계된 間諜罪에 대해 이 조항을 적용할 경우 북한을 (반국가) 단체가 아닌 국가로 간주하는 것을 전제로 하여 헌법과 충돌한다. 아울러 準敵國 개념은 공산권 붕괴 후 현실적으로 敵國이 사라진 뒤에도 적대적인 국가를 이롭게 하는 행위를 처벌하기 위한 것이어서 북한을 국가로 인정하지 않는 헌법과의 충돌이 일어나게 된다. 우리 헌법 제3조는 대한민국의 영토를 韓半島 全體로 규정하고 있으므로 북한의 국가성을 인정하는 것은 違憲이다. 형법 제102조에 의거하여 북한을 적국 내지 준적국으로 인정, 형법상 간첩죄로 처벌한 사례가 있으나<sup>167)</sup> 이러한 판결은 “북한 괴뢰집단은 우리 헌법상 반국가적인 不法團體로 국가로 볼 수 없으나”라는 단서를 부가하는 등 국가보안법이 북한을 반국가단체로 명확히 규정한 상황에서 나온 것이기 때문에 ‘我田引水格 解釋’이라는 비난이 있다.<sup>168)</sup> 또한 일부 국가보안법 전면 폐지론자들의 주장처럼 북한을 ‘外國 또는 外國人의 團體’로 간주하여 형법상 외환죄 등으로 처벌하면 된다는 논리는 擴大解釋 또는 類推解釋의 논란마저 우려된다.

현실적으로 내란죄, 외환죄, 범죄단체조직죄 등 형법상 규정 이외에 국가보안법상 反國家團體 概念이 필요한 이유는 첫째, 폭력을 수반하지 않는 우리의 자유민주주의 체제전복 활동에 대한 처벌 근거를 마련하고, 둘째, 형법상 간첩죄(제98조)는 敵國만을 대상으로 하고 있어, 대한민국 헌법상 국가가 아닌 북한을 위한 간첩행위에 대한 處罰 空白을 보완하고, 셋째, 형법상 범죄단체조직죄(제114조)의 범정형이 각 죄에 정한 刑

166) 조선일보 2004. 9. 10 “준적국은 국가 인정않는 헌법과 충돌” 제하 보도 ; 중앙일보 2004. 9. 10 “보안법 파란 검찰이 지적하는 문제점” 제하 보도.

167) 대법원 1971. 9. 28. 71도1498호 ; 대법원 1983. 3. 22. 82도3036호.

168) 조선일보 2004. 10. 18 “준적국조항 적용 허점 많다” 제하 보도.

에 불과하여 국가적 위협을 초래하는 반국가조직에 대한 처벌로는 부족하기 때문이다.

그러나 현행 국가보안법상 반국가단체 규정이 문제점이 없는 것은 아니다. 북한의 법적 지위를 둘러싼 논란 가운데 지난 1991년 남북한 유엔 同時加入은 일반적인 국제법 이론상 남한의 북한에 대한 國家承認 행위로 여겨질 수 없어 타당성이 없다고 생각되지만,<sup>169)</sup> 남북기본합의서 및 6·15 남북공동선언은 비록 이들을 남북간 紳士協定으로 보더라도<sup>170)</sup> 그 기본적인 취지로 볼 때 국가보안법상 반국가단체 개념은 어느 정도 개선이 필요하다고 판단된다. 남북한 기본합의서에서 “남과 북은 서로 상대방의 체제를 인정하고 존중한다”(제1조), “남과 북은 상대방의 내정문제에 간섭하지 아니한다”(제2조), “남과 북은 상대방을 파괴, 전복하려는 일체 행위를 하지 아니한다”(제4조)라는 내용은 냉전적 질서에 입각한 국가보안법과 衝突되는 양상이 있다.<sup>171)</sup> 즉 북한은 反國家團體, 敵이면서 동시에 통일을 위한 대화와 협상의 대등한 주체인 이중적 법적 지위를 갖고 있어 북한의 政府僭稱 사실만으로 반국가단체로 규정하는 것은 무리가 있다고 본다. 또한 북한이 노동당 규약을 개정하고 대남적화 노선을 不可逆的이며 명백하게 포기하더라도 정부를 참칭하는 한 현행 국가보안법상 반국가단체일 수밖에 없고, 정부참칭으로 인해 객관적 요건상 모든 북한지역을 왕래하거나 북한인을 접촉하는 행위, 일반 북한 주민이 반국가단체의 구성원으로 국가보안법의 적용대상이 되는 것도 문제점이다. 또한 정부참칭 부분이 삭제될 경우 반국가단체의 의미가 북한의 政權 責任者 및 對南工作 부서가 헌법상 대한민국의 政治的 基本秩序를 파괴 또는 변혁하는 경우로 축소되어 국가보안법 제3조 제1항 반국가단체의 구성·가입죄의 구성요건을 둘러싼 논란도 상당 부분 해소될 것으로 전망된다.<sup>172)</sup>

이상의 검토 내용으로 볼 때 북한의 명시적인 대남적화 노선 포기와 평화공존을 적극 유도하고 테러단체 등 國內外的 다양한 安保挑戰 세력에 능동적으로 대처하기 위해서 현행 국가보안법상 반국가단체 개념은 정부참칭 부분을 삭제하고 ‘대한민국의 國家的 安全을 침해하거나 헌법상 民主的 基本秩序를 파괴하는 國家 또는 團體’로 개념을 수정·보완하는 것이 中長期的으로 바람직하다고 여겨진다. 이러한 경우 국가보안법의 존재 근거는 헌법 제37조 제2항에서 찾아야 할 것이다.

국가보안법의 헌법적 근거를 제37조 제2항에 두더라도 영토조항의 現實的 規範力을 인정하지 않는다면 국가보안법의 주된 적용대상으로 북한이라는 반국가단체를 상정한

169) 현재 1997.1.16. 92헌바6등.

170) 현재 1997.1.16. 92헌바6등.

171) 배성인, “남북관계 발전과 국가보안법 폐지”, 「진보평론」 제21호, 2004. 가을 ; 박원순, 앞의 글(주 156), 125-128쪽.

172) 장명봉, 앞의 글(주 19), 16쪽.

구성요건 조항들이 직접적 根據 및 正當性을 상실하므로 결국 국가보안법은 그 存在 意義를 잃는다는 주장은 국가보안법 제1조 제1항 “이 법은 국가의 안전을 위태롭게 하는 반국가활동을 규제함으로써 국가의 안전과 국민의 생존 및 자유를 확보함을 목적으로 한다”는 立法目的에 비추어 볼 때 不當하다고 생각된다.<sup>173)</sup> 북한이 반국가단체인 것은 단순히 이북 지역을 不法占領했다는 사실이 아니라 북한의 1인독재 사회주의 정권이 남북분단 이후 6. 25 무력남침, 대남통일전선전술 등을 통해 지속적으로 우리 헌법이 지향하는 조국의 평화적 통일과 자유민주적 기본질서를 부인하면서 赤化變亂을 추구하고 있기 때문이다.<sup>174)</sup> 이는 해방직후 국가보안법이 남로당 및 그 지하조직의 각종 破壞活動과 怠業 등에 대처하기 위해서 형법(1953. 9. 18 법률 제293호)보다 먼저 법률 제10호로 1948. 12. 1 제정되었다는 입법 沿革상<sup>175)</sup>으로도 당연한 論理的 歸結이다. 북한이 반국가단체인 것은 그 存在 自體가 아니라 反國家的 行爲 때문이다. 다만, 현행 국가보안법 제2조 제1항은 ‘정부참칭’과 ‘국가변란’을 반국가단체의 목적성으로 규정하고 있는 만큼 국가보안법의 헌법적 근거를 제3조 영토조항과 제37조 제2항 法律的 一般留保條項 모두에서 찾는 것도 이론상 무리가 없다고 여겨진다.

---

173) 제성호, 앞의 글(주 143), 85쪽.

174) 이진우, “국회에 제출된 국가보안법 폐지 법률안과 동법 개정법률안에 대한 소고”, 「시민과 변호사 90」(서울지방변호사회, 2001. 7), 111쪽 ; 김용갑, 「국가보안법을 이야기한다」(도서출판 장막, 1999), 62쪽.

175) 황교안, 앞의 글(주 144), 24쪽.

## 第4章 南北韓 유엔 同時加入 및 南北基本合意書의 法的 性格

### 第1節 南北韓 유엔 同時加入과 北韓의 國家承認

#### 1. 南北韓의 유엔加入 過程

대한민국 정부는 유엔총회 결의 제112(II)B호에 따라 설치된 유엔 한국임시위원단 (UN Temporary Commission on Korea : UNTCOK)의 감시하에 실시된 總選을 통하여 1948년 8월 15일 정식 수립되었다. 신생 대한민국 정부의 최우선 외교과제는 유엔 및 모든 그 회원국으로부터 정부 승인을 얻고 유엔 정회원국으로 가입, 국제사회에서 정통성과 유일합법성을 인정받는 것이었다. 한편 북한은 1948년 9월 9일 조선민주주의 인민공화국을 선포, 유엔의 權能을 부인하고 유엔 한국위원단의 제반 사업의 추진을 방해하였다.<sup>176)</sup> 1949년 1월 19일 남한은 한반도에서의 유일한 합법 정부라는 대한민국의 지위를 확고히 하기 위하여 최초의 가입신청서를 제출했으나 부결되고, 북한도 이에 대응하여 1949년 2월 9일 가입신청서를 제출했으나 부결되었다. 1950년대에 들어와서 남한은 1951년 12월, 북한은 1952년 1월 신청서를 제출했으나 모두 부결되었는데, 특히 북한은 韓國 動亂의 侵略者로 규탄받은 터라 유엔 가입은 완전히 불가능한 상태였다. 이처럼 불리한 입장에서 남한의 가입을 효과적으로 저지하기 위해 소련은 남북한 동시가입을 제안했으나 남한과 西方 陣營은 이를 거부했다. 남한은 1949년에서 1975년까지 직접신청 5회, 우방국 권고결의안 제출 9회 등 모두 14회의 가입 시도를 했으나 모두 소련의 拒否權 행사로 封鎖되었고, 북한은 1949년에서 1958년까지 직접신청 2회, 우방국 권고결의안 3회 등 모두 5회의 시도를 했으나 실패했다. 이처럼 1950년 이후 남한의 유엔 가입 문제가 성사되지 못한 이유는 안전보장이사회 가입 심사권을 가진 소련이 미국을 중심한 다수파의 勢力 增大를 저지하기 위해 拒否權을 남용한 것이 주요인이었다. 1970년대에 들어와서 중국의 대표권 취득(1971년), 북한의 비동맹 그룹과의 친교관계 등 UN의 구조적 변화에 대응하기 위해 1973년 남한은 북한의 국제기구 가입 불반대 입장을 천명했으나, 북한은 分斷 固着化를 우려한다면서 종전 태도를 바꾸어 유엔에는 통일후 單一 議席으로 가입하자는 정반대의 정책을 제시했다. 이런 상황에서 1975년 남한은 가입신청 再審요청서를 냈으나 이사회에서 의제로조차 채택되지 못하였으며, 그 후 1980년대 후반까지 남한은 계속 同時加入을 주장했고 북한은 이를 거부함으로써 남북 양측은 가입 노력을 가시적으로 전개하지 않았다.<sup>177)</sup>

176) 외교통상부 홈페이지(<http://www.mofat.go.kr>) 국가/기구정보 국제연합 “한국과 유엔과의 관계”.

1990년대에 접어들어 美蘇의 和解와 남한의 활발한 北方外交로 인한 소련·동유럽 국가들과의 수교, 중국과의 교류 확대 등으로 국제정치 환경의 일대 변화가 이룩된 가운데 1991년 한국 정부는 유엔가입 실현을 最優先 外交課題로 책정하였다. 당시 노태우 대통령은 연두 기자회견(1991년 1월 8일)뿐만 아니라 ESCAP 서울총회 개막연설시(1991년 4월 1일)에서도 ‘남한은 1991년내 남북한 UN동시 가입이 여의치 않을 경우 단독 가입 신청도 불사한다’는 강력한 입장을 천명하였다. 우리나라가 비동맹국들의 협조를 얻어 남한의 유엔 단독가입 가능성이 확실해지자 1991년 5월 28일 국제관계에서 孤立을 우려한 북한도 부득이 단일국 가입 정책을 포기하고 별도로 유엔에 가입할 의사를 밝혔다. 1991년 9월 17일 제46차 유엔 총회에서 159개 전회원국의 만장일치로 남북한 유엔 동시가입이 승인됨으로써 분단후 46년만에 국명표기 알파벳 순서에 따라 북한은 160번째, 남한은 161번째 각기 독립된 국가의 자격으로 유엔 加入國이 되었다.<sup>178)</sup>

남북한 유엔 同時加入의 意義는 서로 남북한이 한반도의 유일한 合法政府라고 했던 주장이 일반적인 국제무대에서 더 이상 의미가 없어졌고 남북한의 國際的 地位 向上과 아울러 남북 관계의 정상화 및 대립과 대결보다는 和解와 共存의 가능성이 더욱 커졌다는 점에 있다. 그러나 북한이 남북한 동시가입 반대 입장을 철회한 의도가 남한에 의한 흡수통일을 두려워하여 자신의 體制를 방어하기 위한 수단이 아니었는가 하는 의문과, 양자간에 기본조약을 체결하여 그 관계가 국가간의 관계가 아니라 特殊한 關係임을 内外에 선포한 뒤 유엔에 가입했던 독일의 경우와는 달리 남북간에는 아무런 조약이나 협정도 없이 休戰狀態 그대로 유엔에 가입했다는 점에서 남북한 유엔 동시 가입은 南北分斷의 固着化라는 우려를 낳기도 한다.

## 2. 南北分斷의 法的 性格에 관한 學說

남북관계에 대한 法解釋學的 接近은 1948년 정부수립 이후 남북분단을 놓고 “대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다”라는 헌법 제3조 규정에 따라 북한 지역은 대한민국 領土의 일부로서 대한민국의 主權이 미치고, 이에 반하는 어떠한 主權의 실체도 부인되는 것으로 해석해 왔다. 그러나 이러한 전통적인 견해는 남북한의 유엔 同時加入, 남북한 기본합의서의 채택, 최근 남북한 화해 기류의 급진전으로 인해 남과 북이 상호 상대방을 國家로 承認하고 法律上 主體로 인정하느냐를 중심으로 국내외의 국제법과 국내법 학자들간에 다양한 입장이 등장함에 따라 그 通說的 위치를 도전받고 있는 실정이다.

177) 이병조·이중범, 앞의 글(주 115), 347-348쪽.

178) 통일원 통일정책실, 「통일백서」, 1992, 95-96쪽.

## 가. 2國家 分裂論

이 견해는 남북한에 각각 수립된 두 政府의 實體를 國家로 파악하여 대한민국의 영토는 남한 지역에 한정되고, 북한의 영토는 북한 지역에 한정된다고 하는 해석론으로 남북한을 국가로 승인한 제3국의 일반적 견해이다. 이 입장은 국가가 탄생하면 국가로서의 권리능력은 인정되나 행위능력이 없고 타국가가 승인함으로써 비로소 국가의 행위능력은 인정되며, 그 효과는 권리능력의 시기까지 소급한다는 국가승인의 宣言的 效果說에 근거하는 것으로, 남북분단의 법적 성격은 분열을 의미하며, 대한제국은 소멸되고 한반도에는 대한민국과 북한이라는 2개의 新生國家가 존재한다고 이해한다.<sup>179)</sup>

## 나. 2國家 分離論

위의 국가승인의 선언적 효과설과는 달리, 타국가가 승인을 함으로써 비로소 국가의 권리능력과 행위능력이 인정된다는 국가승인의 創造的 效果說의 입장에서는, 대한민국의 정부수립으로 대한민국이 大韓帝國의 법인격을 승계한 것이며, 이후 북한 정부의 수립은 새로운 국가의 탄생이라고 이해하여 이를 대한민국으로부터 분리·독립된 것으로 해석한다. 따라서 남북분단의 법적 성격은 分離를 의미하며, 대한제국은 소멸하지 않고 대한민국이 이를 승계하여, 한반도에는 대한민국과 조선민주주의 인민공화국이라는 2개의 국가가 존재한다고 본다.<sup>180)</sup>

## 다. 國家聯合論

남북한의 유엔 동시가입 이후 남북관계는 對內的·對外的으로 二元的 性格을 갖는 관계로, 대내적으로는 국가관계가 아니면서 대외적으로는 독립된 별개의 국가로서 존재하는 병렬적 국가결합의 하나인 特殊類型의 國家聯合에 해당한다는 입장이다.

## 라. 1國家 存續論

이 견해는 한반도에는 대한제국의 法統性을 계승한 대한민국이라는 1개의 國家가 존재하는 것이며, 대한민국의 영토는 한반도 전역이 되고 북한은 북한지역을 不法的으로

179) 최창동, 앞의 글(주 55), 188쪽.

180) 통일부 북한자료센터, “주제가 있는 통일문제 강좌 06 : 남북관계변화에 대한 법해석학적 접근” ([www.uniedu.go.kr/dataroom/book/2005/book31/book31\\_03.pdf](http://www.uniedu.go.kr/dataroom/book/2005/book31/book31_03.pdf)).



지배하는 단체에 불과한 것으로 이해하는 것이다. 따라서 남북분단의 법적 성격에 관해서는, 대한민국은 法律上の 政府이나 북한은 事實上の 政府에 불과하며, 북한지역은 북한 정권에 의한 불법적 통치로 인하여 대한민국의 통치권 행사가 사실상 제한된 곳으로 해석한다.<sup>181)</sup>

### 마. 相互國家論

이 견해는 남북한이 상호 국가로 승인하지 않았다 하더라도 각자의 國家性은 부인되는 것은 아니며, 유엔가입에 대한 협의가 있었다면 이를 默示的 承認으로 인정해 유엔가입 이후 남북한 상호간의 관계는 國家로 보아도 무방하다고 이해한다.<sup>182)</sup> 이 같은 시각은 남과 북이 상호 상대방을 부정하는 상태에서는 통일을 달성하기 어렵다는 점에 착안한 것이며, 남북한이 유엔 동시가입을 계기로 상호 상대방을 국가로 인정한 상태에서 통일을 달성해 보려는 政治學的 統合理論에 법적 기초를 제공한 해석론이다.<sup>183)</sup>

## 3. 私見

남북한 유엔 동시 가입이 곧 대내적인 측면으로 연결되어 남북한 당사자간에도 당연히 相互間 國家性을 인정하는 것은 아니며,<sup>184)</sup> 一般國際法上으로도 남한과 북한을 국가로 승인한 나라와의 관계에서는 국가이지만 남북을 국가로 승인하지 아니한 국가와의 관계에서는 국가가 아니다.<sup>185)</sup> 남북한은 서로 상대방을 국가로 승인하지 않았기 때문에 일반 國際法上은 물론이고 국제연합헌장과 남북기본합의서상으로도 국가가 아니라 交戰團體에 불과하다.<sup>186)</sup> 國家承認의 效果는 상대적인 것이므로 남한과 북한이 동시에 유엔에 가입해도 이는 북한과 유엔과의 관계에서 국가승인 효과가 발생해도, 남북한 상호간 관계에서 국가승인 효과는 발생하지 않는다.<sup>187)</sup> 국제연합헌장은 다변적 조약이며, 다변적 조약의 공동당사자가 되는 것이 당연히 默示的 國家승인으로 인정되는 것이 아니기 때문이다.<sup>188)</sup>

181) 구병삭, 앞의 글(주 23), 82쪽 ; 김명기, 앞의 글(주 23), 40쪽.

182) 박원순, 앞의 글(주 156), 125-130쪽.

183) 통일부 북한자료센터, 앞의 글(주 180).

184) 고민숙, “북한정부의 헌법적 지위”, 「고시연구」 2004. 5, 337쪽.

185) 정익용, “남·북한의 법적 지위”, 「고시계」 1993. 10, 371쪽.

186) 김영기, 「남한과 북한의 법적 기본관계와 통일후의 사법적용에 관한 연구」, 명지대학교 대학원 박사학위논문, 2001, 16쪽 ; 김명기, 「남북기본합의서 요론」(국제문제연구소, 1992), 120-121쪽.

187) 민족통일연구원, 「남북한 특수관계의 법적 성격과 운영방안」, 1994, 28쪽.

188) 김명기, 「분단한국의 평화보정론」(법지사, 1988), 96-97쪽 ; 엄정일, 「남북한통일조약의 체결에 관한 연구」, 명지대학교 대학원, 박사학위논문, 2000, 71쪽 ; Malcolm N. Shaw, "International Law",

제2차 세계대전 이후 탄생한 유엔은 국가만의 가입을 인정하고 회원국<sup>189)</sup> 상호간의 一般國際法에 의한 規律을 예정하고 있으므로 새로운 국가의 유엔 가입은 전회원국의 집단적 승인으로 보고 유엔의 개별 국가에 대해서는 묵시적 승인으로 보는 견해가 있다.<sup>190)</sup> 그러나 이러한 주장과는 달리, 집단적 승인은 개별적 승인의 偶然한 總和에 불과하며, 유엔의 국가 승인 행위는 개별 회원국의 행위와는 원칙적으로 별도의 法人格을 가진 국제법 주체의 행위이므로 새로운 국가의 유엔 가입을 全會員國의 集團的 承認으로 볼 수 없다는 주장도 존재한다. 後者는 현행 국제관행상 특정 국가의 유엔 가입을 반대한 소수 국가들은 개별적으로 국가 승인을 거부할 수 있으며, 특히 승인을 반대한 국가에게는 유엔 가입은 默示的 承認의 효과가 발생하지 않는다고 보아야 한다고 한다. 즉, 국제조직의 가입과 회원국의 국가 승인은 별개의 문제이며, 오히려 국가성 인정 문제는 각 국가가 자체적으로 알아서 결정할 문제라고 주장한다.<sup>191)</sup>

남한이 북한의 유엔 加入에 반대하지 않은 배경은, 북한이 정권수립 이후 휴전협정의 당사자 능력 부정, 평화협정 체결 및 미군철수, 남북대화 상대 불인정 등 남한의 실체를 부정하는 ‘하나의 朝鮮’ 전략에 맞서 유엔 동시가입을 관철시킴으로써 事實上 政府로서 인정하려는 것이었다고 분석된다. 외교관계 설정은 國家 承認의 한 가지 지표인데 현재 북한은 일본, 미국, 이스라엘, 뉴질랜드, 필리핀, 사우디아라비아, 아랍에미리트, 파나마, 바티칸, 우루과이 등으로부터 국가로 승인받고 있지 못하다.<sup>192)</sup> 따라서 남북한 유엔 동시 가입은 당연히 대내적 관계에서 국가 승인의 효력을 발생하지는 않으며,<sup>193)</sup> 제3국과의 관계에서도 남북한 동시 유엔 가입을 들어 모든 유엔 회원국에게 북한의 承認 效果를 주장하는 것은 잘못이다. 따라서 유엔 회원국은 국제법상의 주체인 주권국가만이 가입하는 것이고, 노태우 前대통령이 1991년 9월 24일 제46차 유엔총회 연설에서 북한의 유엔 가입을 축하한다는 연설함으로써 북한의 체제를 국제무대에서

4th ed, Cambridge University Press, 1997, 311쪽 ; M. Lachs, "Recognition and Modern Methods of International Cooperation", British Yearbook of International Law, Vol. 35, 1959, 253-259쪽 ; Ti-Chiang Chen, "The International Law of Recognition", London : Stevens, 1951, 191-216쪽 ; Ian Brownlie, "Principles of Public International Law, 4th ed., Oxford : Clarendon, 1998, 98-99쪽.

189) 2006년 4월 현재 유엔 가입국은 아태지역 34개국, 중동지역 20개국, 아주지역 46개국, 구주지역 53개국, 미주지역 35개국이며 나우루, 대만, 키리바시, 통가, 투발루는 유엔 미가입 상태이다.

190) 박원순, 앞의 글(주 156), 125-130쪽.

191) 이병조·이중범, 앞의 글(주 115), 149-150쪽.

192) 2006. 4 현재 남북 쌍방 수교국은 아태지역 24개국, 중동지역 16개국, 아주지역 45개국, 구주지역 45개국, 미주지역 23개국이며 북한 단독 수교국은 시리아, 마케도니아, 쿠바이며 남한단독 수교국은 아태지역 13개국, 중동지역 3개국, 아주지역 1개국, 구주지역 6개국, 미주지역 11개국이다(외교통상부(www.mofat.go.kr) 국가기구 정보/외교관계 수립현황).

193) 현재 우리나라는 북한을 국가로 인정하지 않으므로 북한을 호칭할 때 ‘북한정부’라 하지 않고 ‘북한당국’(남북기본합의서, 6.15 남북공동 선언)이라는 용어를 사용한다.

인정한 바 있으며, 미국과 북한이 맺은 제네바 합의서(1994년 10월 21일)는 국제법상의 조약에 해당하기 때문에 미국은 남북한 유엔 동시가입 이후 처음으로 북한을 주권국가로 인정하는 사실적인 국가승인 행위를 했다는 주장<sup>194)</sup>은 국가승인 및 교전단체의 조약체결 능력 등 국제법 원칙을 감안할 때 論理的 根據가 稀薄하다고 생각된다. 현재 판례도 “남북한이 유엔에 동시 가입하였다고 하더라도, 이는 유엔헌장이라는 다변조약에의 가입을 의미하는 것으로서 유엔헌장 제4조 제1항의 해석상 신규 가맹국이 유엔이라는 국제기구에 의하여 국가로 승인받는 효과가 발생하는 것은 별론으로 하고, 그것만으로는 곧 다른 가맹국과의 관계에 있어서도 당연히 상호간에 국가승인이 있었다고 볼 수 없다는 것이 현실 國際政治上의 慣例이고 國際法上の 通說的인 立場이다”라고 판시함으로써 국가승인의 상대적 효력을 지지하면서 남북한의 유엔 동시가입과 영토조항이 상호 모순되지 않는다고 본다.<sup>195)</sup>

## 第2節 南北基本合意書의 法的 性格

### 1. 南北基本合意書의 意義

‘남북 사이의 화해와 불가침, 교류협력에 관한 합의서’(약칭 : 남북기본합의서)는 민족통일을 한민족의 共同繁榮을 위한 과정으로 전제하고, 남북한 관계개선과 평화통일을 위한 기본틀을 마련했다는 데 제일 큰 의의가 있다. 또한 남북기본합의서는 제3자의 개입 없이 남북한간의 공개적 협의를 거쳐 채택, 발표된 최초의 자주적 공식합의라는 점과 남북한이 상호 체제의 인정과 존중을 약속함으로써 북한의 기존 對南革命 전략의 수정과 민족 내부의 교류·협력을 통한 북한 사회의 開放을 촉진시킬 가능성이 증대되었다는 점, 그리고 한반도 비핵화를 위한 실천 의지를 구체화했다는 점에서 의의가 있다.<sup>196)</sup> 1972년 7. 4 공동성명은 ‘자주, 평화, 민족대단결’이라는 조국통일 3대 원칙을 천명하였으나, 남북기본합의서는 남북 사이의 화해(정치), 불가침(군사), 교류협력(경제·사회·문화) 등을 골자로 하고 이를 구체화하는 화해·불가침·교류협력의 이행·준수합의서로 구성되어 있다는 점에서 차이가 있다. 6. 15 공동선언은 남북기본합의서의 내용보다 包括的인 性格이 떨어지며, 기존의 남북 합의내용의 구체적 이행과 실천에 중점을 두고 있다는 점에서 남북기본합의서 등과 전혀 무관한 새로운 내용의

194) 최창동, 앞의 글(주 55), 204쪽.

195) 현재 1997. 1. 16. 92헌바6등.

196) 국방부, 「남북기본합의서 해설」, 1992. 5, 10-12쪽.

합의가 아니라 그 延長線上에 있다.<sup>197)</sup> 남북기본합의서는 6. 15 공동선언과 함께 분단 이래 탄생한 남북간의 협정 및 선언 가운데 가장 중요한 통일헌장이지만 그 법적 구속력을 부정하는 것이 종래 통일부 등 國家機關과 判例의 태도였다.<sup>198)</sup>

남북기본합의서는 서문에서 남북한 관계를 “나라와 나라 사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 暫定的으로 형성되는 特殊關係”라고 밝히고 있다. 남북기본합의서의 법적 성격에 대하여는 그 채택 직후부터 국회 비준 절차의 필요성 등과 관련하여 논쟁의 대상이 되어 왔다. 특히 김대중 정부 이래 우리나라 여당은 6. 15 공동선언 등 남북합의서의 세부적 이행을 통해 남북간의 冷戰的 敵對關係를 청산하고 화해와 협력의 새로운 시대를 열고자 하는 의지를 보다 분명하게 표명하고 있는 만큼 그 법적 성격의 규명 노력은 6. 15 공동선언의 법적 성격과 동일한 결론에 이르게 마련이므로 아직도 상당한 논란과 관심의 대상이 될 수밖에 없다.

## 2. 南北基本合意書의 效力 論爭

남북기본합의서의 법적 성격에 대한 논의는 크게 정식의 國際條約으로 보는 견해와 조약이 아닌 일종의 政治的 紳士協定에 불과하다는 견해가 대립하는 가운데 折衷的인 입장인 特殊規範說도 일부 학자들 사이에서 제기되고 있다.

### 가. 國際條約說

이 견해는, 남북기본합의서의 내용이 국민의 基本權과 관련이 있는 중대한 事項이므로 국민적 동의를 모아져야 하고, 남북한이 유엔에 동시 가입하고 남북한 총리 자격으로서 합의서에 서명한 것은 事實上的 國家承認에 해당하며, 남북기본합의서는 헌법 제 60조가 규정하고 있는 ‘국민에게 重大한 財政的 負擔을 지우는 條約’이므로 조약의 발효에 준하여 國會의 同意를 거쳐야 한다고 주장한다. 즉, 남북기본합의서는 헌법에서 말하는 조약에 해당하므로 國內 法律과 同一한 效力을 갖는다는 견해로서 그 논거는 대체로 아래와 같다.<sup>199)</sup>

197) 장명봉, 앞의 글(주 19), 5-6쪽.

198) 통일원, 「남북기본합의서 해설」, 1992, 22-29쪽 ; 법제처, 「남북법제개선 연구보고서 2003」(법제처 행정법제국, 2003), 304-305쪽 ; 현재 2000. 7. 20. 98헌바63, 현재 1999. 1. 16. 92헌바6 ; 대법원 1999. 7. 23. 98두14525.

199) 이장희, 「남북기본합의서의 법적 성격과 실천방안」(도서출판 아사연, 1998), 6-7쪽 ; 김명기, 앞의 글(주 186), 64-65쪽 ; 정세현, “남북기본합의서의 법적 성격과 정치적 의의”, 통일문제연구 제13권, 1992. 3, 13쪽.

첫째, 조약은 국가간의 합의만을 말하는 것은 아니고 국가와 국제조직 등 소위 能動的 국제법 주체뿐만 아니라 交戰團體나 分斷國 構成體 등 國家類似 團體에 이르기까지 널리 국제법 주체간의 권리·의무의 발생·변경·소멸을 내용으로 하는 書面에 의한 合意를 말하는 것인바, 기본합의서는 그러한 관점에서 국제법 주체간에 체결된 條約에 해당한다고 볼 수 있다.

둘째, 기본합의서의 본문 앞에 序文(preamble)을 두고 있고, 본문 다음에 이른바 最終條項(final clause)을 포함하는 등 전부 5개 부분으로 구성되어 있는 등 국제조약으로서의 형식을 갖추고 있다.

셋째, 남북화해, 남북불가침, 남북교류협력 부분을 章(chapter)으로 편별하고 있고, 남북간 합의사항을 ‘項’의 형식이 아니라 ‘條’의 형식으로 구체적으로 명시하고 총 25개 조문을 배열하고 있는 것도 形式에 있어서 國際條約과 같은 점이다.

넷째, 국가간의 조약체결 節次에 따라서 남북한의 고위급 정부대표가 서명하였고, 각기 남북한의 내부절차를 거쳐 文本을 교환함으로써 기본합의서가 발효하게 되어 있다.

다섯째, 남북간 합의사항이 명백히 權利·義務의 설정을 內容으로 하고 있다.

여섯째, 남북한이 條約締結能力(capacity)을 구비하고 있고, 條約締結權者에 의하여 체결되었으며, 전권대표간의 瑕疵 없는 의사의 合致(consent)가 있었고, 가능하고 적법한 것을 조약의 對象(object)으로 하고 있으며 남북한 각자가 국내법상 조약체결절차에 따라 체결하는 등 條約의 成立要件을 모두 갖추고 있다.

## 나. 政治的 紳士協定說

이 견해는 남북기본합의서의 성격은 헌법상의 조약이 아니라 그것을 法的 拘束力 없는 紳士協定 또는 共同聲明으로 보는 견해로서 이 견해의 논거는 대체로 다음과 같다.<sup>200)</sup>

첫째, ‘조약법에 관한 비엔나협약’의 규정에 의하면 국제조약은 국가간에 체결될 것을 요구하는데 남한과 북한은 서로를 國家로 承認하지 않고 있다.

둘째, 기본합의서 자체에서도 쌍방의 관계에 대하여 ‘나라와 나라 사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 暫定的으로 형성되는 特殊關係’로 규정하여 국제법적 규율을 받을 의사가 없음을 분명히 하고 있다.

셋째, 남북기본합의서의 명칭을 조약이라 하지 않고 남북간의 慣例대로 ‘남북 사이의

200) 박운훈, “남북기본합의서 이행에 따른 남북교류협력법령의 보완·발전방향”, 「법학」 제34권 제1호(서울대법학연구소, 1993), 3쪽 ; 최대권, “남북교류협력의 본격화 과정에서 제기될 법적 문제점과 그 대책”, 「법학」 제34권 제1호(서울대법학연구소, 1993), 41쪽.

합의서'로 명기하고 있다.

넷째, 체결당사자와 관련하여 합의서의 前文과 本則에서 쌍방의 正式國號를 사용하지 않고 남과 북이라고만 표기하고 있다.

다섯째, 우리 정부는 남북기본합의서를 조약으로 보지 않고 大統領의 決裁만으로 발효시켰으며 그것이 조약이 아님을 거듭 표명한 바 있다.

여섯째, 남북기본합의서를 조약으로 볼 경우에 남북경제교류가 무역으로 인정되어 관세 부과 등 WTO 체제 및 국제관례에 따른 不利益을 초래하게 된다.

#### 다. 特殊規範說

남북기본합의서는 국제조약이 아니지만 신사협정도 아니며 남북한 사이의 特殊한 內部關係를 규율하는 법규범적 효력을 가지고 있는 協定이라고 하는 견해(특수규범설)로서, 이 견해의 논거는 대체로 다음과 같다.<sup>201)</sup>

첫째, 남북기본합의서는 남북한이 통일을 지향하는 과정에서 통일을 달성할 때까지 暫定的으로 적용할 것을 전제로 남북간의 특수한 內部關係를 규율하기 위하여 마련된 협정이다.

둘째, 남북기본합의서 자체에서도 위와 같은 南北間의 特殊關係를 강조하고 있다.

셋째, 남북한이 각각 국제사회에서 대외적으로 국제법 주체로서 활동하고 있는 것이 분명한 現實이라고 하여, 남북한 자신간의 內部關係, 다시 말해서 조속한 기간 내에 한 국가의 국내문제로 발전시켜야 하는 特殊한 暫定關係를 국제관계로 볼 필요는 없다.

넷째, 남북기본합의서가 조약이 아니라고 하여 그 법적 효력을 부인하고 신사협정에 불과한 것이라고 단정할 수는 없는 바, 그것은 체결 주체인 쌍방의 총리가 바뀌어도 현실적으로 계속 후임 협상자를 구속하고 있으며, 기본합의서 제25조에 발효 규정을 두고 있는 점만 보더라도 명백한 것이다.

다섯째, 남북기본합의서의 법적 효력은 현재 불완전한 상태에 있으나 앞으로 기본합의서에 기초한 附屬合意, 細部合意가 이루어져 나감에 따라 그 위반시 보장수단이 구성되어 가는 과정에 있다.<sup>202)</sup>

201) 이해완, “남북기본합의서의 법적 성격”, 남북나눔운동연구위원회 학술세미나 발표논문, 2000. 4, 5쪽.

202) 유병화, 「남북기본합의서의 법적 성격」, 고려대학교 법학논집 제27집(고려대학교 법학연구소, 1992. 4. 23), 72-74쪽 ; 김승대, “남북한간 특수관계의 법적 성격에 관한 一考察”, 「법조」 제44권 3호(법조협회, 1999), 36-38쪽.

### 3. 判例의 立場

#### 가. 憲法裁判所 判例

헌재는 국가보안법의 위헌 여부에 관한 재판에서 “소위 남북합의서는 남북관계를 ‘나라와 나라 사이의 관계가 아닌 統一을 지향하는 과정에서 暫定的으로 형성되는 特殊關係’임을 전제로 하여 이루어진 合意文書인바, 이는 한민족공동체 내부의 특수관계를 바탕으로 한 당국간의 합의로서 남북 당국의 성의 있는 이행을 상호 약속하는 일종의 共同聲明 또는 紳士協定에 준하는 성격을 가짐에 불과하다”고 판시하였는데, 이는 명백히 紳士協定說의 입장과 일치한다.<sup>203)</sup>

#### 나. 大法院 判例

남북기본합의서의 법적 성격에 대한 대법원의 입장은 대법원 1999. 7. 23. 선고 98두 14525판결에서 처음으로 표명되었다. 대법원은 이 판결에서 “남북기본합의서는 남북관계가 ‘나라와 나라 사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 暫定的으로 형성되는 特殊關係’(합의서 전문)임을 전제로 조국의 평화적 통일을 이룩해야 할 공동의 정치적 책무를 지는 남북한 당국이 특수관계인 남북관계에 관하여 채택한 合意文書로서, 남북한당국이 각기 政治的인 責任을 지고 상호간에 그 성의 있는 이행을 약속한 것이기는 하나 法的 拘束力이 있는 것은 아니어서 이를 국가간의 조약 또는 이에 準하는 것으로 볼 수 없고, 따라서 국내법과 동일한 효력이 인정되는 것도 아니다.”라고 판시하였다.

이러한 대법원의 견해는 기본합의서의 法的 拘束力과 條約性을 否定하는 근거로서 남북관계가 ‘나라와 나라 사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계’임을 전제로 한 합의라는 점을 들고 있다는 측면에서는 憲法裁判所 결정과 기본적으로 같다. 그러나 헌재 결정이 기본합의서의 법적 성격을 적극적으로 ‘일종의 공동성명 또는 신사협정’에 준하는 성격을 가진다고 밝힌 데 반하여, 대법원은 그러한 견해 표명을 하지 않고 있다는 측면에서는 다소 차이가 있다.<sup>204)</sup>

203) 헌재 전원재판부 1997. 1. 16. 92헌바6,26, 93헌바34,35,36(병합).

204) 이해완, “남북기본합의서의 법적 성격”, 남북나눔운동연구위원회 학술세미나, 2000. 4, 16-17쪽.

#### 4. 私 見

남북기본합의서 체결 이후 정부의 입장은 ‘남북기본합의서 전문의 정신에 비추어 볼 때 남북한 雙方의 關係는 나라와 나라의 관계가 아니기 때문에 국회 차원의 批准 절차를 거치기 어렵고, 정치적 지지 결의로 國會 차원의 節次를 마무리하여야 한다’는 것으로서 紳士協定說을 견지하고 있었으나, 이러한 정부의 기본입장은 ‘국민의 정부’ 출범으로 변화가 있게 되었다. 김대중 前 대통령은 과거 民主黨 共同代表 시절에도 ‘남북기본합의서 서명시 남북한 쌍방의 국호와 직책 사용, 남북한 유엔 동시가입, 남북합의서의 안보·경제 등 국민생활 전반에 대한 영향력 등을 고려할 때 조약과 같기 때문에 헌법 제60조에 의거한 國會 同意를 받아야 한다’는 주장을 피력해 왔는데, 당선 직후 월간지 인터뷰<sup>205)</sup> 및 대통령 취임사에서 그 정치적·법적 효력을 강조하였다.<sup>206)</sup> 그러나 남북기본합의서에 대한 국제조약설이나 신사협정설은 1999년 3월 8일 제201회 임시국회시 ‘남북기본합의서 이행·실천을 위한 결의안’의 滿場一致 可決<sup>207)</sup>이나 2005년 12월 8일 국회에서 제정된 ‘남북관계 발전에 관한 법률’<sup>208)</sup> 해석상 모두 받아들이기 어렵다고 생각된다.

남북기본합의서가 조약이 아니라고 하는 論據로서 기본합의서가 국제법상 상호 승인한 國家間의 條約이 아니라는 점을 드는 경우가 있으나, 조약은 이러한 국가와 국제기구 등 能動的 國際法 主體뿐만 아니라 交戰團體, 나아가 분단국 구성체 또는 민족해방운동 단체 등 이른바 國家類似團體(quasi-state organization)에 이르기까지 널리 조약 체결 능력을 인정하는 것이 國際法學者들의 一般的인 見解이므로 남북한이 서로를 국가로 승인하지 않았다는 이유만으로 기본합의서가 條約이 아니라고 보는 根據로 삼을 수는 없다.<sup>209)</sup>

그렇지만 남북기본합의서가 곧 조약이라고 단정할 수는 없다. 대한민국의 입장에서 볼 때 국제법상으로 남한의 실체는 中央的 法律上的 政府(de jure central government)로 구성된 실체, 즉, 國家이나 북한은 地方的 事實上的 政府(de facto local government)로 구성된 실체, 즉, 交戰團體(belligerency)로 볼 수밖에 없고 국내법상으로는 북한은 독립된 주권국가가 아닌 不法集團으로 인정된다.<sup>210)</sup> 남과 북은 남북기본합

205) 월간 신동아 “김대중 대통령 당선자 인터뷰” 1998. 1, 154-163쪽.

206) 최창동, 앞의 글(주 26), 81-82쪽.

207) 최창동, 앞의 글(주 215), 91쪽.

208) 한국일보 2005. 12. 9 보도.

209) 제성호, “기본합의서의 법적 성격과 효력”, 「국제법학회논총」 제37권 1호, 통권 제71호(국제법학회, 1992. 6), 148쪽 ; 이해완, 앞의 글(주 204), 7쪽.

210) 장영수, 남북관계발전기본법(안)에 대한 검토의견, 「남북관계발전기본법안 및 남북관계기본법안」 : 공청회자료, 국회통일외교통상위원회, 2005, 33-35쪽 ; 김명기, 앞의 글(주 24), 2000, 43-46쪽.



의서 체결로 각기 상대방을 국가로 승인한 것이 아니며, 남한이 북한을 承認하는 경우는 헌법 제3조 영토조항 위반이다. 民族共同體 統一方案에서 이른바 ‘南北 聯合’은 1 민족 2국가를 의미하는 국가연합이 될 수 없다. 南北 ‘民族共同體’는 분단 상황에서 완전한 통일 실현시까지 통일을 추구하는 민족 내부의 暫定的 결합관계라는 점에서 내부적으로 상호간의 관계를 협의·조절하고 외부적으로 소모적 경쟁을 止揚하고 民族 利益을 추구해 나갈 수 있는 특수한 관계이다.<sup>211)</sup> 결국 남북기본합의서는 채택 당시 또는 현재에도 南北 雙方이 이 합의에 의하여 國際法的 效果를 창출할 의사는 없으나 政治的 拘束力 이상을 요구하고 있는 것으로 보는 견해가 타당하며, 그 이유는 다음과 같이 정리될 수 있다.

첫째, 남북한 쌍방은 남북기본합의서를 채택한 무렵에 이 합의서가 國家間的 條約이 아니라는 점을 강조하면서 그것이 국제법적 효과를 가지는 문서가 아니라는 것을 표명한 바 있고, 基本合意書 序文과 南北關係 發展에 관한 法律에서 ‘남북관계를 쌍방 사이의 관계가 나라와 나라 사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 暫定的으로 형성되는 特殊關係’라고 명시하고 있다.

둘째, 그 명칭을 조약이 아니라 ‘합의서’라고 한 점과 합의서의 전문과 본칙에서 쌍방의 正式國號를 표기하지 않고 ‘南’과 ‘北’으로만 표시한 점 등도 동서독 기본조약과 다른 점들로서 남북한 당국의 條約締結 意思의 不在를 나타내주는 표징이라고 할 수 있다.

셋째, 남과 북은 모두 유엔회원국으로서 기본합의서를 조약으로 체결할 의사였다면 유엔헌장의 규정(제102조)에 따라 UN에 登錄하였어야 할 것인데, 쌍방은 이를 유엔에 등록하지 아니하기로 합의하고 있다.

넷째, 남북이 서로를 국가로 승인하지 않고 있는 것은 冷戰意識에서 비롯된 것만이 아니라 경제적인 측면에서 남북간의 인적·물적 교류에 대하여 국제무역이 아닌 民族 內部的 交易으로서의 특수한 취급을 받고자 하며, 정치·외교적인 차원에서도 한반도의 전체 주민이 分斷의 公式化, 固定化를 바라지 않고 평화적인 방법으로 분단 상태를 해소하고 하나의 국가를 이루려는 의지를 가지고 있음을 對外的으로 公認받고자 하는 現實的 必要와 利益에 기한 측면이 있는데, 기본합의서 체결 당시 남북한 당국은 國際 條約으로 체결하게 되면 이것에 반하는 결과를 가져 올 수도 있음을 경계하고 있었던 것으로 추정된다.

다섯째, 대북업무에 대한 合法性 부여와 남북관계 現實을 제도적으로 뒷받침하기 위해 마련된 남북관계발전특별법은 ‘남한과 북한’으로 호칭하는 등 북한의 政治的 實體를

211) 남북문제연구소, 「알기쉬운 통일문답」, 2005. 2, 14-15쪽 ; 국토통일원, 「한민족공동체 통일방안」, 1989, 24-25쪽.

인정하고 남북관계를 통일을 지향하는 과정에서 형성되는 特殊關係이며 개성공단 사업, 금강산관광 등 남북거래를 民族內部 去來로 규정하는 한편 남북합의서의 체결 및 비준 절차를 명문화했다.

결론적으로 남북기본합의서는 여러 가지 점에서 國際條約과 유사한 측면이 있으나, 2000년 6. 15 공동선언에도 불구하고 현재까지 남북한 당국의 태도로 볼 때 국제법상의 조약으로 보기도 어렵고, 그렇다고 當事國 내지 政權 次元의 信義誠實, 道德的 義務에 기한 자발적 이행에만 의존한다고 보기도 어렵다.<sup>212)</sup> 남북기본합의서는 남북한 양측에서 마련한 최초의 平和共存의 憲章이므로, 국제법적 효력이 있는 조약은 아니지만 아직 그 법적 효력이 남북한 내부관계에서만 매우 不完全한 形態로 존재하는 特殊한 規範으로 이해하는 것이 타당하다고 보며, 향후 남북한 政權交替가 되더라도 이와는 무관하게 후속 이행조치가 지속되기 위한 制度的 裝置가 보완되어야 한다고 본다.

---

212) 김승대, 앞의 글(주 202), 34쪽 ; 이해완, 앞의 글(주 204), 8-9쪽.

## 第6章 脫北者の 法的 地位

### 第1節 脫北者の 現況 및 周邊國의 立場

#### 1. 脫北者 發生 原因

북한은 1970년대 초까지는 經濟力에서 남한보다 優位에 있었으나 이후 북한은 持續的인 劣勢에 놓인 상태이다. 2004년 기준 현재 1인당 국민총소득(GNI)은 남한이 1만 2천 646달러, 북한은 818달러로 남한이 15.5배, 남북한 국민총소득 격차는 1995년 23.1배에서 2000년 30.4배로 계속 隔差가 벌어지고 있다.<sup>213)</sup> 또한 1990년대에 직면하였던 식량난으로 인한 餓死者는 ‘국경없는 의사회’(MSF)의 1995년~1998년 사이 약 350만명이 飢餓 및 疾病으로 死亡한 것으로 발표하는 등 북한 당국이 공식적으로 밝힌 22만명보다 훨씬 많은 것으로 추정되며,<sup>214)</sup> 에너지 부족과 식량난 등으로 인한 生産 및 配給體制의 癱痺로 인한 북한의 실업 내지 불완전고용은 30%에 달한다.<sup>215)</sup> 남한 입국 탈북자들은 북한의 경제난으로 기업소와 탄광 등의 가동이 중단되었는데 임금을 지불 받지 못하자 노동자들이 몰래 산업시설의 부품마저 뜯어 밀거래한 탓에 사실상 산업시설의 1/3 가량은 소실된 실정이라면서 북한 자체적인 경제 복구는 불가능하다고 증언하고 있다.

북한은 자신들이 겪고 있는 경제난을 1990년대 사회주의권의 붕괴, 핵문제를 둘러싼 북미간 갈등과 미국의 경제봉쇄, 자연재해 등 外部的, 環境的 要因에 의해 발생한 것으로 강변하고 있다. 그러나 북한이 주장하는 환경적 요인은 1990년대 이후 북한의 경제난, 식량난을 더욱 심화시키는 觸媒劑 役割을 했을 뿐, 북한 경제는 이미 사회주의 計劃經濟의 矛盾 때문에 1970년대 중반부터 성장이 둔화되고 물자 부족을 겪는 등 구조적 문제점을 안고 있었다. 이러한 북한 경제난의 원인은 대체로 다음 네 가지 요인으로 분석된다.<sup>216)</sup>

첫째 요인은 사회주의 계획경제 체제의 構造的 矛盾이다. 다른 사회주의 국가들과 마찬가지로 북한도 경제관리의 과도한 중앙 집중, 기업들의 손실과 무관심 등의 모순이 누적되어 經濟難을 경험하고 있다. 사회주의 경제체제는 농지의 무상 몰수·분배,

213) 중앙일보 2004. 12. 10 보도.

214) 통일연구원, 「북한인권백서」, 2005, 10쪽.

215) 연합뉴스 2004. 12. 1, “세계식량계획(WFP)과 유엔식량농업기구(FAO) 발간 2004년 11월 특별보고서” 보도.

216) 남북문제연구소, 앞의 글(주 211), 84-85쪽.

생산시설의 국유화, 전시동원 체제 등을 통해 農民과 無產者 등의 참여의식 증대로 초기 경제성장에는 비교적 효과적이지만, 강력한 독재자와 국가 기관에의 권력집중과 인간희생으로 말미암아 인간의 경제활동 동기와 創造的 能力을 가로막아 장기적으로는 경제가 쇠퇴할 수밖에 없다. 특히 전제주의적 통치행위는 제도적 문제점이나 결점에 대한 안전판이나 조기경보체계의 약화로 정책에 대한 公開的 代案의 모색을 어렵게 하고, 잘못된 정책에 대한 수정은 오로지 엄청난 慘禍<sup>217)</sup>가 있어야만 가능한데, 그나마 지도자의 교체는 政策의 성공과 실패보다는 권력의 효과적인 유지 장악에 좌우되는 특성이 강해 대체로 사회주의 국가의 지도자는 신체적, 정치적 생명이 다할 때까지 대부분 권력을 유지한다.<sup>218)</sup>

둘째 요인은 국제적인 분업체제를 무시한 自立經濟 路線이다. 북한은 내부의 소비 인구 규모가 작은 소규모 경제이고 일제시대 濫掘로 인해 비교적 풍부했던 지하자원이 질적으로 經濟性이 없는데다가 석유, 가스 매장량이 없기 때문에, 海外交易 시장을 활용하는 經濟成長 방식을 취하는 것이 바람직하다. 그러나 북한은 主體思想을 내세워 권력세습독재체제 고수를 위해 自力更生 路線을 채택하고 소련 등 사회주의 국가들간의 제한된 援助貿易에만 의존했기 때문에, 북한의 경제는 대외 경쟁력이 없는 경제구조로 전락될 수밖에 없었다.

셋째 요인은 1960년대부터 한반도 적화전략 수행을 위한 4大 軍事路線을 내세우는 등 군사·경제 병행 노선에 의해 과도한 軍事費를 지출하고 軍需産業 위주의 重工業中心 성장전략을 채택함으로써 소비재 사업과 연계성이 없는 중공업 우선 노선으로 산업발전을 왜곡시켜 産業 전반의 生産性을 저하시켰다.

넷째 요인은 해외무역시 물물교환 방식이 아닌 外貨決濟 方式을 요구받자 舊소련 등 사회주의 국가들간의 제한된 交易마저 중단되어 단순한 生必需品 生産마저도 어려울 정도로 외부로부터 공급이 급격히 줄어든 것이다.

이렇듯 동서냉전 체제 붕괴로 인한 러시아의 경제적 지원 중단 등으로 북한에서는 1990년대 이후 원자재 및 에너지 부족으로 인한 마이너스 經濟成長과 1995년~1997년 간 연속적인 자연재해로 食糧難이 극도로 심화되어, 식량배급과 공장 가동이 중단되는 사태가 발생하였다. 이러한 가운데 파라티푸스 등 각종 傳染病마저 창궐하는 바람에 중국 국경지역 북한 주민들은 텃밭농사나 장마당 되거리 장사로도 옥수수죽조차 얻지 못해 노동당 하급 당원 가족까지 餓死하는 지경에 이르자, 東北3省 지역의 중국동포

217) 스탈린 통치하 무리한 토지의 국유화, 집단농장체제 추진으로 1930년대초 ‘대기근’으로 수백만이 희생되었고 모택동은 1950년대 말-1960년대 초기 ‘대약진 운동’의 실패로 약2-3천만명의 농민이 희생되었는데 북한의 식량난은 김일성의 지시로 보급된 주체농법의 오류가 자연재해와 맞물려 상당 부분 악화시켰다는 전문가의 지적이 있다.

218) 통일연구원, 앞의 글(주 214), 11쪽.

친척의 경제적 지원 획득이나 돈벌이 목적 등 주로 飢餓 모면을 위해 탈북을 시도하였고, 북한 주민의 일부는 북한에 사회불안과 사회기강 해이로 社會逸脫 현상이 빈발하면서 범죄행위로 인한 처벌을 피하기 위해 탈북을 감행하였다.

## 2. 脫北者의 海外滯留 및 入國 現況

2004년 7월 27일과 28일 동남아 제3국에 체류중이던 탈북자 468명이 特別機를 타고 국내 입국하였다. 이와 같은 상황은 얼마 전까지만 해도 상상하기 어려웠으며, 북한과 동남아 당사국을 비롯하여 국내외적으로 상당한 충격을 주었다. 더구나 당시 집단 입국자 가운데는 여성과 어린이가 각각 70%와 20%를 차지하여 입국 규모와 방식 면에서 이전과 차이가 날 뿐 최근 탈북자의 입국시 構成 比率과 特性 등을 그대로 반영하고 있다.<sup>219)</sup>

탈북자의 국내 입국 추세는 1950~1960년대에는 연평균 15~20명 선에서 1970년대에는 3.8명 선으로 감소했다가, 1980년대에는 연평균 6명, 1990년대에 들어서는 연평균 33명선으로 증가하였다. 특히 지난 1995년부터 1997년 9월말까지 총 157명, 1999년 148명, 2000년 312명 등으로 김일성이 사망한 1994년도를 기점으로 2004년 1,899명에 이르기까지 매년 계속 급증해 오다가,<sup>220)</sup> 2005년에는 국내 定着金 支援 減少와 중국의 최근 탈북자 團束 強化 등으로 인해 1,385명을 기록하였다. 이러한 현상은 중국 등 해외체류 탈북자의 규모가 증가된 원인도 있지만 태국, 미얀마, 캄보디아, 몽골 등 입국 경로가 이전에 비해 다양화되고, 일가족이 동반 입국하거나, 먼저 입국한 가족이나 친척의 도움을 받아 북한·해외 현지 殘留家族이 입국하는 것도 중요한 증가 요인이라고 할 수 있다.<sup>221)</sup> 탈북과 국내 입국 추세는 북한의 정치·경제상황, 중국 등 滯留國의 여건 변화 등에 크게 좌우되므로 미래 추세를 정확히 예측하기란 쉽지 않다. 그리고 국내 입국의 경우 북한의 식량난이 최대 고비를 넘긴 이후부터 급증하고 있는 상황으로 볼 때 북한의 經濟狀況이 결정적인 요인으로 작용하지는 않으며, 오히려 중국 등 해외 현지 滯留國의 여건과 우리 정부의 定着支援 水準에 더 많은 영향을 받는 것으로 평가된다. 따라서 단기적으로는 더 이상 전체적인 탈북자 숫자가 증가할 가능성이 크지 않으나,

219) 이금순, “대규모 탈북자 입국과 남북한 문제”, 「정세와 정책」 2004년 9월호, 세종연구소, 5쪽 ; 통일부 집계에 따르면 2005년 기준으로 볼때 입국 탈북자의 대부분은 함경도 출신이고 직업은 노동자, 농민, 학생으로 신원성분은 과거와 유사하나 가족단위 입국자가 1/4 가량 되고, 여성 탈북자의 비율이 2003년 63%, 2004년 67%, 2005년 80%로서 매년 증가하는 추세이다.

220) 박종철·김영윤·이우영, 「북한이탈주민의 사회적응에 관한 연구 : 실태조사 및 개선방안」 (민족통일연구원, 1996), 6쪽 ; 외교통상부, 「한반도 문제 주요현안 자료집」, 2004. 7, 138쪽.

221) 북한이탈주민후원회 홈페이지/입국현황/일반자료(<http://www.dongposarang.or.kr/pds/life-reality.asp>).

체류국에서 외교시설 진입 등을 통한 國內 入國은 지속될 것으로 예상된다.<sup>222)</sup>

1990년 이후 북한을 탈출하여 중국이나 러시아, 동남아 등 제3국에 불법 체류하고 있는 탈북자들은 상당수에 달하는 것으로 추정되나, 이들은 중국 공안의 체포후 강제 북송 우려 등 불안정한 신분으로 공개적으로 도움을 요청할 수 없는 상황에 처해 있기 때문에 규모 등 정확한 실태 파악은 현실적으로 불가능하다. 우리나라 정부는 중국과 러시아 등 제3국에 소재하고 있는 탈북자가 약 2~3만명 수준으로 보고 있고<sup>223)</sup> 중국 정부는 대략 1~5만 정도로 추산하고 있으나, 중국 현지에서 탈북자들을 지원하고 있는 民間團體들은 탈북자들이 10만~30만 명에 이를 것으로 추정하였다. 難民 救護團體인 ‘좋은벗들’은 길림성, 요녕성, 흑룡강성 등 중국 東北3省 2,479개 마을에 대한 현지 조사를 통해 이들 지역에만 14~20만 명의 탈북자가 은신해 있다고 발표하였다. 한편 미국의 비영리 인권단체인 난민위원회(USCR)는 최근 발표한 ‘세계난민보고서’에서 중국에 체류하는 탈북자가 5만, 북한출신 유랑민이 10만 정도라고 밝혔다.<sup>224)</sup> 2003년 6월 루드 루버스 유엔 난민고등판무관(UHCR)은 중국지역 탈북자의 규모를 10만여 명으로 추정하여 제시하였다.<sup>225)</sup> 제외 탈북자의 전체적인 규모를 간접적으로 추산할 수 있는 자료중의 하나는 強制北送된 탈북자의 숫자이다. 중국 국무원 산하 국책연구소가 東北3省 지역 국경도시를 실사한 후 작성한 보고서에 따르면, 중국 공안 당국이 북한으로 송환한 탈북자 수는 1996년 589명, 1997년 5,439명, 1998년 6,300명으로 매년 증가하고 있는 것으로 나타나 있다. 또한 미국의 난민위원회(USCR)는 1999년 이후 중국 국경수비대에 체포되어 북한으로 송환된 탈북자가 증가하고 있으며, 2001년 봄 중국이 團束과 送還을 강화한 뒤 6월과 7월에 6천명이 체포되었다고 밝혔다.<sup>226)</sup> 북한의 식량난이 남한과 국제사회의 인도적 지원 등으로 완화되면서 새로운 탈북은 둔화되었으나, 중국 당국의 통계, 국내외 인권단체의 연구가들의 보고서 등을 고려해볼 때 일반적으로 탈북자 규모는 10만 여명에 이르는 것으로 추산된다.<sup>227)</sup>

탈북사태는 1997년부터 1999년 사이에 최대 규모로 발생했으나 그 이후 다소 소강상태를 보이고 있다. 1990년대 중반 탈북자들은 식량구입을 목적으로 단신으로 탈출하여 북중 국경지역의 朝鮮族과 漢族 농촌마을이나 연길 등 인근 도시지역에서 勞動力을 제공함으로써 은신처를 확보하였다. 이들은 노동력의 대가와 조선족 친척들의 지원으

222) 고경빈, 「국내외 탈북자를 위한 민간 지원 어디까지 왔나, 무엇이 쟁점인가」(도서출판 우양, 2005), 26쪽.

223) 한상우·배지숙, “북한이탈주민의 법적 지위와 보호방안”, 「2002년도 남북법제개선 연구보고서」, 법제처 행정법제국, 90쪽.

224) 중앙일보 2001. 6. 27 보도.

225) 조선일보 2003. 6. 20 보도.

226) USCR, 「World Refugee Survey 2002-North Korea」, 2002. 6. 6.

227) 통일연구원, 앞의 글(주 214), 245-246쪽.

로 식량과 생활필수품을 구입하여 일정기간 경과 후 북한으로 귀환하였기 때문에 중국 내 생활은 그리 열악하지 않은 상황이었으나 탈북자의 流入 規模가 급속히 증가하면서 사정은 달라졌다. 탈북자의 대량유입은 중국동포 사회의 自發的 支援 역량을 초과하였고, 이들이 일으키는 일탈행위와 범죄행각은 탈북자 노동력의 效用價値를 약화시켰다. 더구나 중국과 북한측의 지속적인 단속과 송환 정책은 탈북자의 생존 자체를 위협하였다. 그 후 탈북자의 생활환경은 극도로 악화되어 은신처와 기초 생계유지 수단을 확보하지 못한 경우 勞動力 搾取, 不法監禁, 人身賣買와 性暴行 등의 人權蹂躪 행위에 노출되는 것이 일반적인 현상이다. 대량탈북 초기 성인 남성과 꽃제비로 불리던 어린이와 청소년들이 일정 비율을 차지하고 있었으나, 이후 남성들의 경우 중국에서 노동력을 제공하고 은신처를 확보하는 것이 어려워지면서 그 비율이 낮아졌으며, 勞動力 供給 능력이 부족하여 조선족과 국내외 支援團體들의 지원으로 생계를 유지하던 꽃제비의 비율도 낮아졌다. 그 반면에 여성들은 노동력과 함께 性을 매개로 은신처를 확보하는 것이 용이하기 때문에 그 비율이 증가하기 시작하였다. 이와 같이 性을 매개로 은신처와 기초 생계 수단을 확보하는 유형과 방법은 몇 가지로 나누어 볼 수 있다. 우선 조선족 농촌지역의 총각이나 홀아비들과의 同居 形態를 들 수 있다. 이러한 경우 탈북 여성과 상대 남성은 自發的 必要에 의하여 결합하는 성격이 강하며, 일부는 탈북 여성에게 戶口(중국 공민증)를 제공하여 낮은 수준의 身分保障도 누리고 있다. 이 경우 자녀를 출산하고 정상적인 가족의 형태로 생활하는 경우도 있으나, 자녀의 출생신고와 같이 정밀한 身元調査가 실시될 경우 탈북자의 身分이 노출될 가능성이 높다. 또 다른 형태는 자발적 형태의 동거라기보다는 매매의 성격이 강한 漢族 또는 朝鮮族 老人 등과의 생활 형태이다. 이러한 경우 탈북 여성은 3,000~10,000위안 정도의 금액에 매매되고 있으며, 노예와 같이 賣買의 대상으로 전락하여 삶증이 나거나 순응하지 않을 경우 타인에게 되팔려가게 된다. 끝으로 전문적인 人身賣買 組織에 의하여 도심의 유흥가에 팔려 가는 사례이다. 탈북 여성들은 不法 滯留者라는 신분과 중국 당국의 체포와 북한 송환에 대한 두려움 때문에 인간에 대한 기본적 권리도 보장받지 못한 상태에서 성적 노예가 되고 있다. 중국내 탈북자의 60~70%는 20~40대의 젊은 여성들이 차지하고 있다는 것은 이들에 대한 중국 사회의 需要가 존재한다는 것이며, 그들의 생활실태가 매우 열악함을 보여주는 것이다. 탈북자들은 동남아시아 등 일부 지역에서는 한국정부 또는 관련 NGO와 개인 활동가들의 지원을 받을 수 있기 때문에 기본적인 기초생계는 보장될 수 있다. 그러나 중국 지역 탈북자의 경우 중국의 身邊保障 拒否와 북한의 逮捕威脅, 그리고 탈북자 지원 활동가들의 접근 제한 때문에 심각한 生存의 威脅 속에서 생활하고 있다. 이들의 불법 체류자 신분은 人權侵害 행위로 연결되고 있

다.<sup>228)</sup>■

북한 주민의 탈북 현상이 장기화되면서 탈북자 문제는 매우 미묘하고 복잡하게 전개되고 있다. 대부분의 탈북자들은 식량난을 피해 국경을 넘었으며, 인권침해와 強制送還의 危險 속에서도 중국 내에서 生存基盤을 마련하려고 노력해 왔다. 탈북자들은 은신처를 얻기 위해 현지 언어를 습득하고 다수의 탈북 여성들은 현지 중국동포나 한족들에게 人身賣買되어 同居하면서 아이까지 출산하는 경우도 적지 않으나 불안한 신분으로 인해 생활여건이 심각한 상황에서 현지 南韓 入國 斡旋組織의 도움을 받아 궁극적으로는 南韓行을 선택하게 마련이다. 중국 등지에 체류하고 있는 탈북자들의 규모와 현지의 생활실태, 남한 입국의 여건 변화, 최근 企劃脫北이나 먼저 입국한 탈북자의 권유와 지원으로 다른 가족, 친인척들이 입국하는 릴레이식 入國 등을 고려할 때 남한 입국을 시도하는 탈북자의 수는 앞으로도 지속적인 增加가 예상된다. 탈북자의 남한입국을 지원하는 인권단체와 브로커의 활동이 확대되고 人權問題가 국제적 이슈로 부각되는 가운데, 우리나라가 탈북자의 국내 수용을 거부할 정책적 수단이나 명분이 없다는 점에서 재외 탈북자 보호와 국내정착 문제는 우리사회의 主要 課題로 등장하고 있다.<sup>229)</sup>

### 3. 脫北者에 대한 韓半島 周邊國의 態度

#### 가. 北韓의 立場

북한은 2003년 7월 14일 중앙방송을 통해 ‘우리 제도에는 政治犯이나 人權 問題가 존재하지 않으며 難民이란 있을 수도 없다’는 반응을 보이면서 탈북자에 대한 政治的 難民 認定을 부인하고 있다. 또한 고위층 인사가 아닌 일반 탈북자의 한국 입국 사실에 대해서는 별 다른 감정을 드러내거나 큰 관심을 갖지 않은 채 ‘갈테면 가라’는 식의 냉담한 반응을 나타내거나<sup>230)</sup> ‘犯罪者’ ‘황장엽 등은 變節者’라는 입장을 보여 왔다. 그러나 북한은 2004년 7월 동남아 체류 탈북자 468명 입국 사건 이후 2004년 7월 29일 대남기구인 조국평화통일위원회(약칭: 조평통) 성명을 통해 “탈북자의 한국행은 남한 당국의 조직적이며 計劃的인 誘引拉致 行爲이자 백주의 테러범죄이며 後果(안 좋은 결과)는 전적으로 남한 당국의 책임이며, 다른 협조 세력도 비싼 對價를 치르게 될 것”이라고 경고한데 이어, “탈북자를 대량 남조선으로 끌어간 행위는 6. 15 공동선언에 대한

228) 윤여상, “북한이탈주민을 바라보며”, 『이화』, 2003. 9. 17, 116-121쪽.

229) 이금순, “대규모 탈북자 입국과 남북한 문제”, 『정세와 정책』 2004. 9호, 세종연구소, 5쪽.

230) 동아일보 2002. 8. 21 보도.



전면 위반이고 북한 체제를 허물어 보려는 최대의 敵對行爲로서 미국의 북한 인권법안 이 下院을 통과한 시점에 감행된 사실에 주목한다. 우리식 사회주의제도를 전복하기 위한 미국의 행위에 남한이 추종, 공화국의 권위를 깎아내리는 것은 反民族的 犯罪로서 용납할 수 없을 것”이라고 비방함으로써 이러한 입장은 크게 변경되었다.<sup>231)</sup> 또한 2004년 8월 18일 ‘조국전선’ 성명에서도 과거 입장과 달리 ‘남조선에 가고 싶어 간 사람들이 아니라 美國의 사주로 제3국에 파견된 남조선의 유괴범에 의해 강제로 유인 납치된 被拉者’, ‘일본에서 살다가 조국으로 귀국한 公民들과 자녀들, 在北 日本人 여성들에 대한 유괴, 납치사건을 背後에서 操縱했거나 직접 關與한 자들에 대해 체포영장을 발부한다’라고 발표하는 등 최근들어 이러한 기조는 유지되고 있다.<sup>232)</sup>

북한주민의 脫出이 증가하고 탈북자들의 人權問題에 대한 國際的 觀心이 더욱 고조되면서, 북한 당국은 해외 현지 공관을 중심으로 이른바 ‘국가안전보위부 그루빠’ 파견 등 탈북자 체포활동을 강화하고, 1995년 국경지대를 ‘전선지대’로 선포하고 이 지역 경비를 전담하는 제10軍團을 창설하는 등 탈북자 發生遮斷 방안을 강구해오고 있다. 북한 당국은 초기에는 강제북송된 탈북자들을 政治犯으로 看做하여 정치범 수용소에 特別 管理하고 가족들을 統制區域으로 強制移住 조치하였으나, 식량난의 악화로 탈북자 수가 급증하자 탈북후 체류기간과 탈북동기에 따라 처벌강도를 달리해 왔는데, 최근에는 생계형 단순 탈북자는 노동단련대에 수용하고 제3국에서 기독교 신앙생활이나 남한인 접촉, 남한 입국 시도 사실 등이 드러난 탈북자는 政治犯 收容所에 收監措置한다.

한편, 북한은 1992년 헌법 제86조에 조국과 인민을 배반하는 것은 가장 큰 죄악이며 조국과 인민을 배반하는 자는 법에 따라 엄중히 처벌한다고 규정하였으나, 1998년 개정 헌법에서는 이 부분을 삭제함으로써 국제사회의 인권 탄압에 대한 압력과 탈북자 급증 현실에 따라 그 처벌을 완화하였다. 1987년 북한 형법 제47조는 탈북을 조국반역 행위로 규정하여 7년 이상의 노동교화형에 처한다고 규정한 반면, 1999년 북한 형법은 탈북 행위를 두 가지 유형으로 나누어, 단순월경 행위 즉 ‘비법적으로 국경을 넘는 자’는 3년 이하의 노동교화형에 처한다(제117조)고 규정하고, 共和國 顛覆目的 脫出 行爲는 ‘公民이 공화국을 顛覆할 목적 밑에 다른 나라로 도망치는 것과 같은 행위를 한 경우에는 5년 이상 10년 이하의 勞動敎化刑에 처한다. 정상이 무거운 경우에는 10년 이상의 勞動敎化刑 또는 사형 및 전부의 재산몰수형에 처한다’고 규정하였다가 2004년 형법은 非法國境出入罪(제233조)의 법정형을 2년 이하의 노동단련형<sup>233)</sup>으로 완화시켰다. 탈북자들은 비법월경죄 이외에도 외국화폐매매죄(제104조), 외화관리질서위반죄(제

231) 동아일보 2004. 7. 29 보도.

232) 연합뉴스 2004. 8. 19 ; 한겨레신문 2006. 3. 29 보도.

233) 북한 형법 체계상 2년의 노동단련형은 1년의 노동교화형에 해당한다.

106조), 역사유적 밀수, 밀매죄(제198조)등으로 처벌받을 가능성이 있으며, 조선민주주의 인민공화국 출입국법(1996년 제정, 1999년 개정)상 국경지역 旅行證明書 없이 출입국을 한 경우로서 벌금을 물리거나 정상이 무거운 경우 형사처벌될 수 있다. 이와 같이 탈북자 처벌 규정에서 政治的 處罰이 대폭 완화되어 탈북자들의 難民 地位 認定이 더욱 어려워졌다는 평가가 있지만, 탈북자 개인의 출신지역, 출신성분, 연령, 탈북 체류기간뿐 아니라 김정일의 指示, 布告令에 의한 특별단속 등 政治的 環境變化에 따라 탈북 알선조직책(人身賣買犯)에 대한 공개총살형이 정식절차를 밟지 않고 멋대로 집행되는 등 處罰 強度가 수시로 가변적이기 때문에 탈북자 처벌의 위험을 일반화하는 것은 어렵다.<sup>234)</sup>

## 나. 韓國의 立場

대한민국 헌법 제3조는 한반도와 그 부속도서 전체를 우리나라 領土로 명시하고 있어 한국의 영토에 현재 거주하거나 과거에 거주하였기 때문에 속인주의 원칙상 탈북자들의 일종의 후견자로서 外交的 保護權을 행사해야 한다. 북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률에 따르면 북한 주민이 북한을 탈출하여 우리 정부에 보호를 요청하는 경우 항공기 납치·마약거래·테러·집단살해 등 國際刑事犯罪者, 살인 등 중대한 非政治的 犯罪者, 偽裝離脫 嫌疑者, 체류국에서 상당한 기간동안 生活 根據地를 두고 있는 자, 기타 보호대상자로 정하는 것이 부적당하다고 대통령령이 정하는 자가 아닌 경우 人道主義 原則에 입각하여 특별한 보호를 하도록 규정하고 있다.<sup>235)</sup>

법원은 탈북자의 법적 지위에 대해 ‘북한의 公民證을 소지한 사람은 대한민국의 국민과 같은 지위에 있다’라고 판결함으로써, 經濟難을 피해 중국 등 제3국으로 탈출한 후 難民의 地位를 인정받은 사람은 물론 단순 不法滯留者 신분의 북한 주민도 대한민국 國民으로 인정하여 별도의 국적취득 절차가 필요하지 않다고 밝히고 있다.<sup>236)</sup> 또한 검찰을 비롯한 법무부 관계자도 2006년 3월 13일 국내 입국 탈북자 이모씨(32세, 女)가 탈북후 태국에서 폭력 사건으로 고모씨(45세, 女) 등으로부터 상해를 입은 뒤 고소하였으나 경찰이 ‘대한민국 국적 취득 전의 일이라 사건을 각하해야 한다’는 의견을 첨부해

234) 통일연구원, 앞의 글(주 214), 248-251쪽 ; 국내 입국 탈북자들의 증언에 따르면 북한은 1999년 이전에는 생활고로 처음 탈북했다가 강제송환된 자에 한해서 노동단련대 6개월-1년 형으로 관대히 처벌했으나 2000년 이후 탈북자나 2회 이상 강제송환된 자는 노동교화형 2년 이상을, 특히 한국행을 기도한 자는 정치범 수용소에 수용하는 등 처벌을 강화하고 있고, 최근에는 김정일의 지시로 처벌 수위를 더욱 강화하고 있다고 한다.

235) 북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률 제9조 보호결정의 기준.

236) 서울고등법원 1995. 12. 8. 94구 16009 강제퇴거명령처분무효확인 등 판결 ; 대법원 제1부 1996. 11. 12. 96누 1221.

검찰에 송치한 것에 대해, “대한민국 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다”는 헌법 제3조를 근거로 ‘탈북자가 한국 국적을 취득하기 전의 사건이라 하더라도 한국 경찰이 다루어야 한다’며 계속 수사할 것을 지시했고, ‘탈북자는 대한민국 국민으로서 國籍을 취득하는 과정 자체가 籍을 옮기는 절차상의 과정일 뿐 설령 북한에서 일어난 범죄라 하더라도 한국의 법에 의해 수사할 수 있다’는 태도를 밝히고 있어 대법원과 동일한 입장이다.<sup>237)</sup>

그러나 현실적으로는 탈북자들이 체류하고 있는 중국, 동남아 등 국가들과 외교적 여건은 물론 북한을 지나치게 자극할 수 있다는 우려 등을 고려할 때, 우리 정부의 기본 입장은 탈북자가 우리나라 해외 공관에 歸順 또는 一時的 避難을 요청할 경우 人道主義 原則에 따라 전원 수용하되 탈북 또는 입국을 유도하지 않는다는 방침을 견지하고 있다.<sup>238)</sup> 즉, 정부는 남북 和解協力 政策을 일관되게 추진할 것인 만큼 북한 이탈주민의 탈북을 조장·유인하지는 않으나 국내법, 국제법, 인도주의 원칙 아래 한국행을 희망하는 탈북자는 전원 수용한다는 정책기조<sup>239)</sup>를 세우고, 국내 이송은 外交的 紛爭 소지가 없도록 주재국과 신중한 협조로 시행하고 있다. 탈북자 문제는 한반도 평화와 안전보장 및 통일환경 조성 차원에서 中長期的으로 접근해야 할 사안으로서 국제관례와 인도주의적 원칙에 따라 탈북자를 난민으로 인정해야 한다는 일관된 입장을 고수하고 있는 것이다. <sup>240)</sup> 그러나 이러한 ‘조용하지만 적극적인 외교’ 방식은 해외체류 탈북자의 실질적인 人權 改善과 체류국에서의 안전을 보장한다는 정부의 주장이 무색할 정도로 중국 등 체류국과 탈북자 처리 문제를 둘러싸고 가끔 갈등을 일으키는 경우가 발생하여 國際的 限界가 없지 않다.<sup>241)</sup> ■

## 다. 中國의 立場

중국 당국은 탈북자의 발생이 소규모일 경우 북한의 식량사정을 고려하여 묵인하는 입장을 보여 왔다. 그러나 탈북자 문제가 대규모화, 국제화, 인권문제화되고, 더구나 일시적 현안이 아닌 장기적 문제가 될 조짐을 보이면서 이들에 대한 단속과 송환을 강화하는 입장으로 선회하였다. 하지만 중국은 탈북자의 국제기구와 재외공관 진입과 같은 사태를 물리력으로 해결할 경우 국제사회로부터 받는 非難도 고려하고 있다. 이러한

237) 경향신문 2006. 3. 14 보도.

238) 1983. 4. 3 제정 외무부훈령 「재외공관에서의 망명자 처리지침」 ; 고경빈, 앞의 글(주 222), 27쪽 ; 2005. 10. 10 국회 통일외교통상위 통일부 국정감사시 김혁규 의원 질문에 대한 답변.

239) 동아일보 2004. 7. 29 보도.

240) 대전일보 2005. 3. 16 보도.

241) 이금순, 앞의 글(주 229), 6쪽.

결과 중국은 탈북자의 국제기구 및 재외공관 진입과 같은 국제적 이슈가 될 수 있는 사안에 대해서는 국제관례에 따라서 인도주의적 처리를 하되 국제적 이슈화가 되지 않도록 주요 지역에 대한 檢問과 事前 統制를 강화하고 있다. 이것은 탈북자에 대한 단속과 송환을 지속적으로 실시하여 궁극적으로는 탈북자의 수를 현격히 감소시킴으로써 탈북자 문제를 희석시키려는 것으로 보인다.<sup>242)</sup>

중국은 헌법 제32조 제2항에 “中華人民共和國은 政治的 이유로 피난을 요구하는 外國人에 대하여 보호받을 권리를 부여한다”라고 규정하여 政治的 難民의 존재를 인정하고 스스로가 난민의정서의 당사국임에도 불구하고, 중국은 1951년 난민의 지위에 관한 협약 등을 들어 정치적 박해가 아닌 經濟的 理由로 북한을 탈출한 탈북자는 난민이 아니라 밀입국, 不法滯留者로서 탈북자 처리문제는 중국과 북한간에 해결해야 할 중국의 主權事項이라고 주장한다. 즉, 중국은 탈북자를 政治的 難民이 아니라 식량을 구하기 위해 일시적으로 不法越境했다가 대부분 自進歸北하는 불법 입국·체류자로 간주하고 있으며, 중국공안의 적극적인 단속으로 적발된 탈북자들을 집단적으로 전원 강제북송하는 것을 기본방침으로 삼고 있다. 이러한 중국 정부의 탈북자 강제송환은 북한과 1960년대 초 북한과 비밀리에 체결한 ‘朝-中 密入國者 犯罪者 相互引渡 協定’(朝中協定, 일명: 밀입국자 송환협정)과 1968년 8월에 체결한 ‘국경지역관리협정’과 1993년 11월 제8기 인민대표회의 상무위원회 제6차 회의에서 통과된 ‘길림성 변경관리 조례선전제강’<sup>243)</sup> 등에 따른 조치인데, 1997년 3월 14일 전국인민대표회의에서 개정된 형법 제318조에 국경관리방해죄를 신설하여 탈북자를 도와주거나 숨겨주는 한국인, 중국동포나 밀입국 알선자 등 자국민에게 刑罰까지 부과하고 있다.<sup>244)</sup> 다만, 중국 정부는 점차 남한과 경제적, 외교적인 비중이 늘어나고 2008년 북경 올림픽과 2010년 상해 세계박람회 개최 국가로서 인권 문제에 대한 國際的 非難 여론을 의식하지 않을 수 없고, ‘북한 인권법’ 통과로 인해 미국의 중국내 탈북자 지원 민간단체에 대한 합법적인 예산 지원과 정치적 압력 등이 예상됨에 따라 탈북자 처리 문제가 중국의 人權 問題로 비화될 수 있다는 점을 憂慮하고 있는 만큼, 북경 주재 한국 영사관 등 서방 각국의 외교공관에 탈북자가 진입할 때에는 거의 모두 한국행을 허용하는 등 현실적으로는 탈북자

242) 윤여상, “탈북자 갈곳이 없다” 제하 칼럼, <http://www.iloveminority.com>, 2005. 3. 2.

243) 장민영, 「북한주민의 헌법상 지위에 관한 고찰」, 중앙대학교 대학원 석사학위논문, 2000, 93쪽 ; 김진환, 「국제법상 탈북자의 인권보호에 관한 연구」, 성균관대학교 대학원, 석사학위논문, 2000, 28쪽 ; 동아일보가 입수, 1996. 12. 26 보도한 ‘길림성 변경관리 조례선전제강’에 따르면 길림성 변경 관리조례가 통과된 이후 1994년-1995년간 중국에 체류중이던 탈북자 140명이 중국 공안당국에 체포되어 강제북송되었다고 한다.

244) 2003년 1월 중국 山東省 煙臺에서 석재현氏는 해상탈출을 시도하던 탈북자들을 추재하다 체포되어 징역 2년형 선고(동아일보 2003. 7. 8)되었고 재중 탈북자의 3국행을 돕던 김희태 전도사가 공안체포 후 2년간 수감된 바 있다(동아일보 2004. 7. 15).

문제를 비공식적, 선별적인 방법으로 처리하는 二重的인 態度를 취하고 있다.<sup>245)</sup>

중국이 이처럼 탈북자를 정치적 난민으로 인정하지 않는 이유는 傳統的 社會主義 友邦國家인 북한과 정치군사적, 외교적 관계를 유지하고 동북 국경지역의 대량 난민사태를 방지하려는 목적 이외에도 중국내 소수민족 문제와도 관련이 있다. 중국은 자국내 少數民族 問題를 중국의 국가 안전을 위협할 수 있는 중대한 안보문제로 인식하고 있는데, 탈북자에 대해 난민지위를 인정할 경우 제2차 세계대전 이후 強制合併한 티베트와 위구르 지역의 난민도 동일한 원칙에서 인정할 수밖에 없어 탈북자 문제가 자칫 중국의 인권문제로 비화될 우려가 있기 때문이다. 또한 중국의 눈부신 경제성장으로 현재 世界霸權國家인 미국과 군사적, 외교적, 경제적 분쟁 가능성이 점차 대두되고 있는데, 唇亡齒寒의 安保論理에 의해 사회주의 국가인 북한 체제의 붕괴를 원치 않는 중국의 政治戰略的 計算도 중국의 탈북자에 대한 태도에 작용하고 있는 것으로 추정된다.

이러한 중국 정부의 입장은, 우리나라 김하중 주중 대사가 2005년 10월 8일 중국 외교부 沈國放(선귀광) 부장조리를 만나 2005년 8월 29일 중국 산둥성 煙臺(엔타이) 소재 한국국제학교에 진입해 한국행을 요구한 탈북자 7명을 전원 연행한 후 한달여 만에 강제북송한 것과 관련하여 우리 정부의 유감 입장을 전달하자 중국은 ‘탈북자 7명은 불법월경자로서 중국 국내법과 국제법, 인도주의 등을 종합적으로 고려하여 취해진 조치로서 탈북자들이 중국내 국제기구와 국제학교 등에 진입하는 경우가 많아 정상적인 업무와 시설안전에 큰 威脅이 되고 있고 중국내 社會秩序 안정에 저해되어 중국 법률의 엄숙성을 지켜갈 필요가 있다’라고 설명한 사례에서 확인된다.<sup>246)</sup>

2006년 3월 21일 孔泉(쿵취안) 외교부 대변인은 정례 브리핑에서 중국의 탈북자 처리에 대해 ‘북한 탈북자는 불법으로 국경을 넘어온 사람들로서 중국은 국내법과 국제법 및 인도주의에 따라 처리한다’라는 기존 입장을 거듭 강조하면서 ‘앞으로 불가침권이 인정되는 외교기관에 진입한 경우를 제외하고 외교기관이 아닌 곳에서 한국행을 시도하다가 잡힌 탈북자들은 전원 強制北送하겠다’는 방침을 간접 시사했다.<sup>247)</sup>

## 라. 美國의 立場

미국 의회와 행정부의 북한 인권 문제에 대한 기본 입장은 批判的이며 強硬하다. 북

245) 조백기, 「국제법상 북한인권문제에 관한 연구 : 북한이탈주민의 국제법상 지위를 중심으로」, 한국해양대학교 대학원 박사학위논문, 2004, 147쪽.

246) 연합뉴스 2005. 10. 10 보도.

247) 중앙일보 2006. 3. 22 보도.

한을 ‘악의 축’의 하나로 규정한 부시 美 대통령은 기회가 있을 때마다 북한 인권문제를 강하게 비판하고 북한 주민에 대한 관심을 표시해 왔다. 특히 美 의회와 민간단체들의 북한 인권 및 탈북자들에 대한 관심과 활동은 상당히 적극적이며 활발한 편인데, 의회는 그동안 수차례 聽聞會를 개최하였고 2002년에는 중국에 탈북자의 강제복송 중단을 촉구하는 결의안까지 채택한 바가 있다. 그러나 탈북자에게 미국 망명의 기회를 주어야 한다는 美 의원들의 주장에 대해 미국 정부는 현행법상 미국 영토에 직접 들어와 망명을 신청하지 않는 한 亡命 資格이 없다는 기존 입장을 고수하고 있다.<sup>248)</sup> 또한 美 국무부는 미국 집단 이주의 길을 열어주는 우선범주 2(Priority 2) 지정이 사실상 어렵다고 밝혀, 중국 등 체류국의 협조와 미국에 친척이 있는 등 미국에 꼭 와야 할 이유의 입증을 요구하여 밀입국자의 망명이나 일반 탈북자들의 망명을 엄격히 제한한다.<sup>249)</sup> 미국은 2004년 9월 27일 중국 상하이 미국국제학교에 진입했던 탈북자들에게 곧바로 퇴거를 요구하고 미국 망명을 허용하지 않은 사례를 볼 때, 미국의 北韓人權法은 정치적, 정보적 가치가 높은 고위층 출신 탈북자들만을 대상으로 亡命을 허용할 것이라는 전망이 유력하다.<sup>250)</sup> 더구나 이러한 예상은, 2006년 초 대량살상무기(WMD) 관련 북한 과학자가 미국 망명을 신청했으나 관계 法規의 未備로 무위에 그친 사례가 있어, 美 공화당 샘 브라운백 상원의원의 발의로 ‘미국 정부나 법원에 大量 殺傷武器, 偽造紙幣 제작·유포, 국제테러 등에 관한 중요 정보를 제공한 외국인이 본국에서 탄압이 예상될 경우’ 미국 거주를 허용하는 S-2비자를 북한 주민이 받을 수 있도록 移民法 修正案을 제출해 여야 만장일치로 상원 법사위를 통과시킴으로써 이러한 인물에게는 가족 단위 망명까지 허용한 사례에서 충분히 그 信憑性이 뒷받침된다.<sup>251)</sup>

탈북자의 미국 망명을 가능하게 한 ‘북한인권법’의 공포 시행은 대량 탈북사태를 조장 및 지원함으로써 중국적으로는 김정일 體制의 崩壞를 유도하려는 시나리오로 분석된다. 북한인권법은 쿠바, 이라크, 이란의 民主化와 人權을 지원한 과거 특별법의 사례에서도 알 수 있듯이 미국의 국익에 해로운 독재정권의 붕괴가 기본목표이며, 미국은 중국내 탈북자 문제를 적절히 활용함으로써 북한과 중국을 동시에 압박할 수 있는 소재로 판단하고 있다.<sup>252)</sup> 2006년 3월 16일 스티븐 해들리 미국 백악관 국가안보보좌관이 “북한과 미얀마 등 난민의 미국 재정착 수용 정책이 그 동안 소극적이었음을 시인하고 더 적극적인 수용 정책을 추진할 것”을 시사한데 이어,<sup>253)</sup> 2006년 3월 31일 미국의 북

248) 동아일보 2003. 4. 4 “인권 암흑 떠도는 탈북자 <미국의 입장>” 제하 보도.

249) 한국일보 2004. 11. 25 ; 한겨레신문 2002. 5. 25 보도.

250) 동아일보 2004. 10. 1 보도.

251) 세계일보 2006. 3. 31 보도.

252) 최창동, “최근 탈북자 급증사태에 대한 대책 방안”, 「국제문제조사연구소 정책보고서 2004」, 9쪽 ; 오마이뉴스 2005. 12. 14 보도.

253) 연합뉴스 2006. 3. 17 보도.

한인권 특사 제이 레프고비치가 “미국 정부가 북한으로부터 탈출한 주민들을 받아들이는 방안을 추진할 생각이다. 미국은 독재정권하에 있는 難民들에게 避難場所가 되어야 한다. 상황이 정리되면 북한 난민을 받아들이는 입장을 취할 것이다”라고 밝혔는데, 대규모 탈북자들의 미국내 수용은 아직 그 실현 가능성이 의심스럽지만, 미국이 북한 핵문제의 해결을 위해 달러 위조 등 북한의 국제범죄와 인권탄압을 대북 봉쇄작전의 일환으로 제기하는 한편 탈북자 문제를 김정일 정권의 壓迫 手段으로 검토중인 것만은 분명하다.<sup>254)</sup>

#### 마. 日本의 立場

일본도 재중 탈북자들을 普遍的 價値를 내세워 인도주의적 차원에서 처리해 줄 것을 중국에 요구하고 있으나, 미국과 마찬가지로 일반 탈북자들의 亡命 申請은 받아들이지 않고 있다. 즉, 일본 역시 재중 탈북자를 經濟的 難民으로 보고 인도적 처리에는 찬성하지만, 대량탈북을 유도하는 保護政策이나 自國으로의 流入은 반대하는 입장이다.<sup>255)</sup> 이러한 사실은 2002년 5월 10일 중국 瀋陽 소재 일본 총영사관에 들어와 망명을 요청했던 탈북자 5명이 일본 영사관 직원들의 消極的인 對處 속에 중국 무장경찰에 의해 強制連行된 사건에 앞서 일본 외무성과 北京 주재 일본 대사관은 탈북자 진입을 막기 위해 각 공관에 警備態勢를 강화하라는 지시를 내렸고, 사건 직후 중국과 일본 정부가 이들을 제3국을 거쳐 한국으로 보내기로 합의한 先例가 있어 쉽게 짐작할 수 있다.<sup>256)</sup> 그러나 일본에 입국한 재일교포 출신 탈북자들의 경우 북송 당시 法的 地位를 감안하여 무국적자나 한국 국적자로 일본에 체류할 수 있도록 허용하고, 북송 일본인 처가 탈북했을 경우 북송 당시 포기한 일본 국적을 다시 인정해 주는 절차를 거치는 등 個人 事例別로 매우 제한적인 保護措置를 취하고 있다.<sup>257)</sup>

#### 바. 러시아의 立場

러시아는 탈북자 문제에 대한 한국 정부의 干涉을 원치 않으며 이는 북한과 러시아의 문제라는 것이 기본 시각이다. 러시아 정부는 별목공을 비롯한 북한 노동자들이 작

254) 독립신문 2006. 4. 3 보도.

255) 장보문, “재중 탈북자 문제에 대한 실질적 대안 모색”, 「대학생통일논문집 2002」(통일부 통일교육원, 2002), 210쪽 ; 진영, “탈북자 기획망명 사태에 대한 중국의 반응”, 「정세와 정책」 제72호(세종연구소, 2002. 7), 2-5쪽.

256) 동아일보 2002. 5. 12 ; 동아일보 2002. 5. 15 보도.

257) 조백기, 앞의 글(주 245), 153쪽.

업장을 이탈하여 불법적 활동을 벌이고 있음을 인식하고, 북한에 대해 현지 북한 보위부 파견 직원 등의 엄격한 團束과 措置를 요구하고 있다. 그럼에도 러시아는 UNHCR을 통한 탈북자의 한국행에 일부 묵인하고 있는데, 이는 UNHCR과 ICRC가 국제법과 국제관례에 따라 처리하는 사항이기 때문에 最小限의 協助를 하고 있을 뿐 탈북자를 정식 난민으로 인정하고 난민으로서 권리를 부여하는 것을 의미하지 않는다. 러시아 지방정부는 탈북자가 逮捕되거나 社會問題를 야기했을 경우 強硬한 立場을 보이지만 이들을 집중 단속하거나 강제송환을 公開的으로 하지는 않는다. 대부분의 러시아 체류 탈북자가 발생하는 극동지역의 경우 탈북자 발생시 기존 관행에 따라 북한측에 인계하거나 송환하는 사례도 계속 발생하지만, 지방 당국은 대체로 便宜的인 政策을 적용하면서 넓은 영토에 비해 인구가 부족하고 탈북자들이 不法的인 身分으로 인해 低賃金으로 러시아인들이 꺼려하는 劣惡한 勞動을 담당하고 있는 현실 등을 감안하여, 자신들의 必要에 따라 탈북자들을 默認하는 경향도 존재한다.<sup>258)</sup>

#### 사. 몽골의 立場

몽골은 ‘자유와 망명처를 찾아 북한을 탈출한 탈북자들의 숫자는 그다지 많지 않았고 人道的 方法으로 이들에게 亡命 希望地를 선택할 自由를 부여하였고 이는 민주국가로서 당연한 義務이며, 만약 탈북자 문제에 대한 유엔내 합의가 이루어질 경우 몽골 정부는 책임있는 유엔 회원국으로서 탈북자들을 돕는데 協力할 用意가 있다’는 입장이다. 그러나 몽골은 난민지위에 관한 국제협약 서명국가가 아니므로 몽골로 들어오는 어떤 종류의 난민들을 배려할 義務를 갖고 있지는 않다는 견지에서 미국 의원들중 일부가 추진중인 몽골내 臨時 脫北 難民 收容所를 건설하는 것은 不可能하다고 주장한다.<sup>259)</sup> 몽골 난민촌 건설은 2003년쯤 한국 선교사들과 미국 의원 보좌관들이 울란바토르에서 동쪽으로 480Km 떨어진 초이발산의 옛 소련 군사기지내 빈 막사와 아파트를 탈북자 임시수용소로 활용하려는 계획을 추진하였으나 세부적인 윤곽이 노출되자 북한의 강력한 반대로 무산된바 있다. 2004년 10월 기준으로 국내 입국 탈북자 6000여명 가운데 25%인 1500명 정도가 직·간접적으로 몽골을 거쳤는데,<sup>260)</sup> 최근 중국 공안의 단속 강화로 중국 주재 외교 공관 진입이 어려워졌고 동남아 국가들의 탈북자 密入國 增加에 대해 거부감을 표명함에 따라, 몽골 경유 한국 입국 탈북자가 증가하고 있다.

258) 윤여상, “재러시아 북한 난민의 실태 및 보호방안”, 「북한 인권·난민 문제 국제회의발표논문집」, 1999, 9-10쪽 ; 김진환, 「국제법상 탈북자의 인권보호에 관한 연구」, 성균관대학교 대학원, 석사학위논문, 2000, 31쪽.

259) 동아일보 2003. 9. 7 보도.

260) 조선일보 2004. 11. 16 보도.



몽골 경유 입국 탈북자는 대체로 중국 내몽골(네이멍구) 자치주 또는 하얼빈을 통해 중국 군인들의 감시망을 피해 몽골 국경으로 들어간 다음 國境 警備隊員을 만나 몽골 수도 울란바토르로 호송되는데, 초원 지대에 인적이 드물어 방향을 잃기 쉬운데다가 늑대 등 야생동물의 위협도 있어 탈북자 사이에서는 동남아, 중국 경유 한국 입국 루트보다 어려운 여행으로 알려져 있다.

#### 아. 유엔難民高等辦務官(UHCR)의 立場

유엔난민고등판무관은 국제앰네스티의 1996년 9월 9일자 ‘재러시아 탈북자에 관한 보고서’의 영향으로 러시아에 체류중인 북한 별목공을 난민으로 인정해 政治的 亡命을 허용해 왔으나, 1997년부터 북한과 중국 국경지대에서 탈북자에 대한 정기적인 조사작업을 벌여 중국내에 불법체류하고 있는 북한 주민 가운데 소수의 난민이 존재한다는 사실을 확인했다’라고<sup>261)</sup> 인터넷 홈페이지에 발표하였는데, 유엔난민지위에 관한 협약은 難民의 範疇에 정치적, 종교적, 인종적 박해를 피해 본국에 돌아가기를 원치 않는 사람들로 규정하고 있어 중국내 탈북자는 식량난을 피해 국경을 넘은 자로서 難民 資格 부여에 消極的이었다.<sup>262)</sup> 그러나 2000년대 들어 장길수 가족 등 해외체류 탈북자 및 국제적 人道的 機構들을 통한 북한의 인권실태가 국제사회에 널리 알려지자 북한 인권 문제에 대한 국제사회의 관심과 우려는 꾸준히 증대되었고, 유럽연합(EU)를 중심으로 한 서방국가들이 2003년 제59차 유엔인권위원회에 이어 2004년 제60차 유엔인권위원회에서도 대북인권결의안을 다시 채택하였다. 제60차 유엔인권위원회 대북인권결의안 내용은 제59차 결의안에 비해 좀더 강경한 조치로 북한 人權問題를 專擔하는 북한인권특별보고관 임명을 제청했고, 이에 따라 유엔인권위원회 의장은 2004년 7월 태국의 윗딧 문타폰(Vitit Muntarbhorn) 교수를 임명하였다. 문타폰 교수는 북한인권특별보고관 임명 이후 2004년 10월 28일 유엔 총회 첫 보고에서 ‘탈북자 가운데 정치적 억압이나 박해를 피해 북한을 떠난 사람은 傳統的인 難民의 정의에 부합되며, 또 다른 부류인 생계형 탈북자 역시 본국 송환시 출국비자 미소지 등을 이유로 處罰받을 우려가 있기 때문에 모두 난민으로 일단 분류될 수 있다’고 지적한 뒤, ‘이러한 난민을 보호하기 위한 核心的인 國際原則은 당사자의 의사에 반한 強制送還의 禁止인데 탈북자들이 입국하는 국가들중 일부는 이런 원칙 이행에 문제가 있다’면서 북한 인접국들의 인도적인 처우를 촉구했다.<sup>263)</sup> 이에 대해 중국 UN대표는 ‘難民과 不法入國은 전혀 다른 개념이며,

261) 동아일보 1999. 10. 14 보도.

262) 조백기, 앞의 글(주 245), 154쪽.

263) 조선일보 2005. 10. 4 보도.

각국이 불법 입국에 대해 自國法에 따라 처리하는 것은 당연하다'고 반박했는데, 문타 폰 교수는 '중국 정부가 지나치게 부담을 느낀다면 強制送還禁止 原則에 따라 북송 대신 탈북자들을 수용할 의사가 있는 제3국으로 보내면 된다. 북한은 탈북의 근본 원인에 대응해야 되며 귀환한 탈북자들을 迫害하지 말고 이들이 사회에 再統合될 수 있도록 노력하라. 북한 인접국은 非追放原則 遵守와 최소한 臨時 待避處 또는 保護所 提供을 통해 탈북자들을 보호하고 피난처를 찾는 이들의 생명을 위협에 빠뜨릴 兩者協定이나 그 밖에 조치들을 中斷해야 한다'라고 공식 견해를 피력했다.<sup>264)</sup> 이러한 UNHCR의 입장은 2005년 11월 17일 우리나라 정부는 棄權投票한 가운데 EU의 제의<sup>265)</sup>로 이루어진 제60차 유엔총회 北인권결의안 내용에서도 그대로 반영되어 있는데, EU의 유엔총회 인권결의안은 북한이 문타폰 유엔 북한인권 특별보고관의 임무를 인정하지 않은 채 협력을 제공하고 있지 않는 점과 북한에 송환된 탈북자에 대한 처벌 등 북한에서 體系的이고 廣範圍하며 重大한 人權侵害가 지속되고 있는데 대해 우려를 표명했다.<sup>266)</sup>

## 第2節 脫北者의 法的 地位

### 1. 脫北者 呼稱 問題

#### 가. 脫北者 概念과 用語의 混亂

정치적, 경제적인 이유로 국적국 혹은 거주국인 北韓을 탈출하여 일시적으로 제3국에 머물거나 대한민국 또는 제3국으로 망명, 입국 정착을 요청하는 북한 주민을 일반적으로 '脫北者'라고 일컫는다. 탈북자는 북한의 지역을 탈출한 북한 주민과 북한법에 따라 해외공관과 러시아 벌목장 등 해외 파견중 자신의 勤務地를 이탈하거나 해외여행 중 북한으로 歸國하지 않는 북한 주민을 말한다. 넓은 의미에서 탈북자란 북한이 아닌 중국, 러시아 등 제3국에서 불법적으로 은신·도피 행각을 벌이는 자나 無國籍·二重國籍者로 거주하거나 혹은 제3국에서 國籍을 보유하거나 한국으로 歸順한 자를 포함한다.<sup>267)</sup>

264) 세계일보 2004. 11. 3 보도.

265) 유럽연합 의회는 '국경없는 의사회' 등 유럽 비정부기구(NGO)들과 젠트 이바니 헝가리 의원 등의 주도로 미국에 이어 두 번째로 2006년 3월 23일 탈북자 청문회를 개최하는 등 그동안 북한 인권문제에 적극적인 활동을 해오고 있다(세계일보 2006. 3. 8).

266) 연합뉴스 2005. 11. 17 보도.

267) 조백기, 앞의 글(주 245), 136쪽.

탈북자가 일반인과 언론, 학계 등에서 통용되는 사회학적 개념이라면 북한을 탈출한 주민에 대한 정확한 法的 概念은 ‘北韓離脫住民’이다. 북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률은 군사 분계선 以北地域에서 벗어나 大韓民國의 保護를 받고자 하는 북한 주민이 정치·경제·사회·문화 등 모든 생활영역에 있어서 신속히 적응·정착하는데 필요한 保護 및 支援에 관한 사항을 규정함을 목적으로 1997년 1월 13일 법률 제5259호로 제정되었는데, 동법 제2조 1호는 ‘군사분계선 이북지역(북한)에 주소·직계가족·배우자·직장 등을 두고 있는 자<sup>268)</sup>로서 북한을 벗어난 후 외국의 국적을 취득하지 아니한 자<sup>269)</sup>를 北韓離脫住民으로 정의하고 있다.<sup>270)</sup> 따라서 북한 지역에서 태어나 성장하는 등 비록 북한 지역에 주소, 직장 등을 두고 생활하더라도 중국동포와 華僑 등의 경우 외국국적 취득자, 즉 법적으로는 엄연한 中國人이라는 점에서 북한이탈주민에 포함되지 않는다.<sup>271)</sup> 북한 국적을 가지고 중국에서 생활하는 ‘朝鮮人僑胞’(약칭: 朝僑)도<sup>272)</sup> 북한 지역에 주소·직계가족·배우자·직장 등을 두고 있지 않는 경우 북한이탈주민이 될 수 없다. 또한 탈북자가 중국 해외 체류생활중 중국동포, 외국인 사이에서 출생시킨 자녀는 중국 등 체류국에 취적하지 않는 등 대부분 無國籍 狀態이며, 부모중 한쪽이 한국인이면 국적법상 당연히 韓國人으로 귀국·거주의 자유가 보장되지만 북한이탈주민은 아니다.

탈북자를 지칭하는 용어가 歸順者, 越南 北韓同胞, 北韓脫出住民, 北韓 難民, 새터민 등 다양하게 출현하였고, 바람직한 用語 選定을 둘러싸고 論難도 적지 않은 실정이지만 아직까지 唯一한 法學的 用語는 ‘북한이탈주민’이다. 방송, 언론에서는 대체로 ‘脫北者’라는 말을 사용하는데, ‘북한이탈주민’이라는 법적인 용어가 음절 수가 너무 길고 發音이 불편하여 회피하는 경향이 있기 때문이다. 남북한 국어사전에는 모두 탈북자가

268) 1999. 4. 8 국무총리훈령 제382호로 제정된 북한주민사체처리지침 제2조 1호는 “북한 주민이라 함은 군사분계선이북지역(이하 ‘북한’이라 한다)에 주소·직계가족·배우자·직장 등을 두고 있는 자를 말한다”고 규정하고 있다.

269) 한국 사람이 외국 국적을 취득하면 국적법 제1조 5조에 따라 한국 국적을 상실하여 탈북자의 법적 지위를 상실하며, 지방자치법 제12조는 지방자치단체 구역에 주소를 가진 자라고 규정하고 있으므로 북한내 주소가 없는 자는 직계가족·배우자·직장 등이 있어야 북한이탈주민으로 취급받는다.

270) 북한이탈주민 정착 및 지원에 관한 법률 제1조(목적)는 군사분계선 이북지역을 북한으로 지칭함으로써 북한의 국가성을 부인하는 실정법적 근거가 된다.

271) 북한 거주 화교의 국내 밀입국시 출입국관리법 등에 따라 국적국으로 추방조치되며 본인이 한국적 취득을 원할 경우 국적법 제5조(일반귀화)·제7조(특별귀화) 등에 따라 귀화가능 여부를 판단한다.

272) 재중조선인총연합회(재중 조총련)는 재일본조선인총연합회(재일 조총련) 계열 동포들과 달리 정식으로 북한 국적을 갖고 중국에서 거주하는 조교들의 조직으로, 이들은 길림성, 요령성, 흑룡강성 등 대체로 중국 동북 3성에서 생활하며 1999년 국가정보원의 발표에 따르면 대략 7,000명 정도라고 한다. 이들 조교들은 중국의 문화대혁명기에 엄청난 박해를 받았으나 1993년까지는 중국으로부터 큰 불이익을 당하지 않은 채 중국 사회에 섞여 잘 살았으나 최근 북한과 중국과의 관계가 예민해지면서 북한의 간첩으로 지목돼 중국 공안의 감시를 받고 있다(조선일보 2002. 3. 27).

올림말로 수록되어 있지 않다.<sup>273)</sup>

이러한 탈북자의 국내 입국을 나타내는 용어 역시 매우 혼란스러운 실정이다. 일반인과 국내 언론은 망명, 귀순 등 다양한 용어를 혼용하고 있는 반면, 현재 외교통상부, 통일부, 법무부 등 정부부처는 保護申請 등 법적인 용어를 사용하고 있다. 亡命은 사전적으로는 ‘정치적 이유 등으로 제 나라에 있지 못하고 남의 나라로 몸을 피하는 일’<sup>274)</sup>, ‘혁명 또는 그 밖의 政治的인 이유로 자기 나라에서 迫害를 받고 있거나 받을 위험이 있는 사람이 이를 피하기 위하여 외국으로 몸을 옮김’<sup>을</sup><sup>275)</sup> 의미하지만, 법률상으로는 ‘정치학적 개념으로 정치범의 급박한 위험을 면해 주기 위하여 본국의 추적이 미치지 않는 외국 영토·공관 등에 亡命處를 제공해 주고 본국에 대해 引渡를 拒絕하는 것’<sup>276)</sup>으로 정의된다. 또한 歸順은 ‘적이었던 사람이 반항하거나 반역하려는 마음을 버리고 스스로 돌아서서 따라오거나 복종함’<sup>을</sup><sup>277)</sup> 의미하지만, 법률적으로는 ‘소속 부대에서 자발적으로 이탈하여 正統性있는 적국인 상대방의 권력 내에 들어가는 것’<sup>278)</sup>으로서 戰爭法上 概念이다. 통일부, 외교통상부, 법무부 등 정부 당국은 1997년 1월 ‘북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률’이 제정되고 탈북자 정착지원 업무가 보훈처, 보건복지부에서 1997년 7월 통일부로 이관되기 이전까지 탈북자 지원업무 처리시 歸順이라는 용어를 사용하였으나, 탈북자 정착지원 업무가 통일부로 變更된 이후 현재까지 대내외 업무처리시 歸順이라는 용어 대신 법률상 표현인 ‘북한이탈주민의 保護申請 내지 入國’이라는 용어를 사용하지만, 북한 군인 등이 휴전선을 넘어 월남한 경우 국방부, 국가정보원 등에서 이러한 사실을 언론에 발표할 때 歸順이라는 표현을 공식적으로 사용하는 경우가 있다.

## 나. 脫北者 名稱의 時代的 變遷

북한을 이탈한 북한 주민에 대해서 이렇듯 다양한 명칭이 등장한 것은 남북관계의 進展, 탈북자에 대한 인식, 탈북자의 정착지원 등 時代的 背景과 法律의 變遷 과정에서 그 이유를 찾을 수 있다. 歸順者라는 용어는 越南歸順者 또는 越南歸順勇士 등과 같은 용어로 사용되어 왔는데, 이는 1962년 4월 16일 ‘국가유공자 및 월남귀순자 특별원호

273) 한겨레신문 2004. 10. 5 ; 북한에서는 남한의 탈북자와 비교되는 개념이 월북자인데 북한조선말대사전은 월북자를 ‘의거 입북자’로 표기하면서 “남조선의 반동적 통치나 사회제도에 반대해 의롭게 거사해 공화국 북반부로 들어오거나 들어가는 것”으로 설명하고 있다.

274) 두산 엔사이버 국어사전(www.encyber.com/kordic).

275) 국립국어연구원 표준국어대사전(www.korean.go.kr/uw/dispatcher/search/dictionary/dic\_sear.html).

276) 1967년 UN총회시 채택된 “외국영토상의 망명권에 관한 선언”상의 개념이다.

277) 두산 엔사이버 국어사전(www.encyber.com/kordic) ; 국립국어연구원 표준국어대사전.

278) 이병조·이중범, 앞의 글(주 115), 1994, 909쪽.

법’(법률 제1053호)과 1978년 12월 8일 ‘월남귀순용사특별보상법’(법률 제3156호) 제정에서 유래되어 1993년 6월 11일 ‘귀순북한동포법’(법률 제4568호) 제정 과정을 통해 歸順北韓同胞라는 用語가 정부에 의해 公式的으로 채택되었다. 그런데 歸順勇士, 歸順同胞라는 호칭이 냉전적 이미지가 강하고 불쌍한 疎外階層을 나타내는 뉘앙스 때문에 사용상 論難이 많았기 때문에 기존의 ‘귀순북한동포보호법’이 폐지되고 1997년 1월 13일 ‘북한이탈주민의 보호 및 정착 지원에 관한 법률’(법률 제5259호)이 대체 입법되어 탈북자에 대한 공식 명칭은 다소 객관적인 의미를 지닌 北韓離脫住民으로 바뀌었다.<sup>279)</sup>

하지만 탈북자라는 말은 ‘탈영이나 탈법 등 북한에서 도망쳐 나왔다’는 의미를 연상케 하여 여전히 否定的인 느낌을 주고 있고, 일반 국민과의 差別性이 強調되어 있기 때문에 남한 정착생활에서 편견과 차별을 경험하는 탈북자 당사자들은 대부분 탈북자라는 호칭에 不滿 내지 拒否感을 갖고 있는 실정이다.<sup>280)</sup> 이와 같이 탈북자 용어에 대한 개선 요구가 지속됨에 따라 통일부는 2004년 9월 중순 ‘자유민’, ‘이주민’, ‘새터민’, ‘이향민’, ‘하나민’ 등 5개를 전자공청회(인터넷 투표)와 여론조사를 거쳐 脫北者의 代替用語 후보로 결정하는 등 대체용어 선정에 착수하여 2004년 말 ‘새터민’을 代替用語로 선정하였다.<sup>281)</sup> 그러나 현재 ‘새터민’은 정부 당국의 의욕과 달리 ‘특별한 의미없다’는 언론의 냉소적 비판과 ‘북한 체제를 거부하고 자유를 찾아온 사람이라는 의미가 거의 사라져 正體性 喪失과 함께 더 큰 卑下感을 느낀다’라는<sup>282)</sup> 탈북자 단체의 반발로 정식 법률용어가 아니라 정부 부처간 정책협의나 공문서에서 탈북자 대신에 사용되고 있을 뿐이며, 언론보도나 민간에서도 거의 사용되고 있지 않아 북한이탈주민(탈북자) 대신에 ‘새터민’을 도입하려는 통일부의 계획은 사실상 좌초된 상태이다.<sup>283)</sup>

## 다. 私 見

북한이탈주민이라는 호칭은 본인의 의사대로 한국행이 이루어지고, 한국에서 法的 保護와 支援을 받을 수 있는 사람을 지칭하고 아직도 중국이나 러시아 등 제3국에서 머물고 있는 流民(drifting people 또는 displaced people)에 대해서는 脫北者라고 부르는 것이 옳다는 견해가 있으나,<sup>284)</sup> 이러한 견해는 대략 두가지 이유로 찬동할 수 없다.

첫째, 북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 法律解釋上 問題點이 있다. 아마도

279) 연합뉴스 2004. 10. 17 보도.

280) 연합뉴스 2004. 11. 5 보도.

281) 동아일보 2005. 1. 9 보도.

282) 조선일보 2005. 1. 10 보도.

283) 한겨레신문 2005. 1. 12 ; 중앙일보 2005. 1. 17 보도.

284) 최창동, 앞의 글(주 215), 280쪽.

최창동 교수는 북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률 제3조도 ‘북한이탈주민’의 개념 정의 규정으로 잘못 이해한 듯하다. 동법 제3조는 ‘이 법은 대한민국의 보호를 받고자 하는 의사를 표시한 북한이탈주민에 대하여 적용한다’는 적용범위(효력) 규정일 뿐 ‘북한이탈주민’의 개념 정의와는 전혀 무관하다. 따라서 식량난 등의 사정으로 고향을 탈출한 북한 사람들에 대한 호칭으로 중국 등 제3국에 체류중인 사람에 대해서도 法律上 用語는 엄연히 北韓離脫住民일 뿐이다. 남한에 정착한 탈북자의 경우 가령 국내입국 또는 귀순 북한이탈주민으로 일컫고, 제3국 거주자는 해외 체류 또는 재외 북한이탈 주민으로 일컫는 방식으로 구분하면 행정실무상 전혀 混同과 不便이 없다고 본다. 歸順이라는 용어에는 理念的, 冷戰的 요소가 내포되어 있으므로 최근 남북화해 상황 등을 고려하여 외교부, 법무부 등 국가기관에서도 價値中立的이며 법률상 용어인 ‘국내 入國 북한이탈주민’ 내지 ‘保護申請 北韓離脫住民’ ‘海外滯留 北韓離脫住民’ 등을 공식적으로 사용하고 있다.

둘째, 탈북자와 북한이탈주민은 그 단어 속에 내포된 政治的인 意味가 크게 다르다. 사전적으로 ‘탈북자’의 ‘脫出’이 위기나 곤경으로부터 벗어난다는 積極的, 意志的 뉘앙스가 있는 반면 ‘북한이탈주민’의 ‘離脫’은 어떤 대상이나 대열 따위를 벗어난다<sup>285)</sup>는 다분히 無味乾燥하고 物理學的인 뉘앙스를 지닐 뿐이다. 예컨대 죄수나 포로 등 인간이나 동물의 경우 행동에 故意的, 意志的 요소가 작용한다는 점에서 ‘탈출’이 적절한 표현일 것이다. ‘이탈’이라는 표현은 기차나 인공위성 등 사물의 경우에 흔히 사용되는데, ‘軍務離脫’, ‘無斷離脫’ 등과 같이 인간의 행위에 사용될 경우 바람직하지 않은 상태로 나아간다는 否定的 價値判斷을 함축하거나 無意識的, 過失 行爲까지 포괄한다. 통일부 등 정부 당국은 과거 북한귀순동포 등이 이념적, 냉전적 의미가 내재되어 남북화해 분위기를 반영하여 가치중립적인 북한이탈주민을 법률상 용어로 도입, 사용하고 있으나, 私見으로는 脫北者라는 單語가 보다 훌륭한 용어라고 생각된다. ‘탈북자’라는 용어가 간결하고 발음상 부드러운데다가 실제 북한 주민들의 脫北動機 등 제반 현실을 정확히 반영하고 있기 때문이다. 특히 귀환 납북자의 경우 귀환 국군포로와 달리 아직 立法未備로 국내 정착의 보호 및 보상을 위해서는 북한이탈주민의 범주에 포함시킬 수밖에 없는데, 이들을 단순히 북한 경계선을 이탈한 사람들로 지칭하는 것은 북한 땅에서 겪은 苦痛과 犧牲을 무시하는 無關心 또는 人格冒瀆이라고 여겨진다. ‘북한이탈주민’이라는 용어에서 ‘離脫’은 ‘정상적인 軌道 또는 건전한 합법조직(단체)에서 벗어난다’는 개념이기 때문에 북한 체제가 싫거나 살기 힘들어 북한을 떠난 사람들에게는 어울리지 않는 용어이다. 북한의 김일성 父子 정권이 정당성을 확보한 민주주의 체제이고 국가

285) 야후 국어사전(<http://kr.dic.yahoo.com/search/korea>).

체제에 특별한 瑕疵가 없는 상태임에도 불구하고 개인적인 사정으로 인해 ‘독단적으로 북한을 이탈’한 것으로 되기 때문이다.<sup>286)</sup> 탈북자 관련 용어 論爭의 本質은 북한에 주소·직계 가족·배우자·직장 등을 두고 있는 자가 북한을 벗어난 후 제3국이나 대한민국 가운데 어디에 머물고 있는가에 따라 ‘탈북자’ 혹은 ‘북한이탈주민’으로 구분하는데 있지 않다. 그것은 오히려 북한 사람이 왜 목숨을 걸고 不法 越境을 하며, 한국 입국을 결행하느냐는 문제와 직결된 것이다. 우리는 정부의 공식명칭과는 무관하게 일상생활에서 탈북자라는 명칭을 아무런 불편없이 사용하고 있다는 점을 감안할 때 ‘탈북자’와 ‘북한이탈주민’이 병렬적으로 선택가능한 어휘라는 사실을 쉽게 이해할 수 있다. 하지만 이러한 두 낱말에 담긴 함축적 의미는 결코 동일하지 않다. 사회주의 체제에 대한 염증 또는 기아와 질병, 경제난을 피해 자신의 삶의 터전을 버리고 중국 등 제3국에 불법체류자의 신분으로 국제적 보호가 절실한 북한 사람에게는 北韓을 脫出한 사람이라는 ‘脫北者’이라는 표현이 적합하다. 북한을 ‘이탈’한 사람에게 國際法上 政治的, 經濟的 難民의 地位 부여를 주장하거나 제3국에게 國內 送還을 요구할 법적 근거는 아무래도 희박하다고 판단되기 때문이다.

## 2. 脫北者 定着支援 體制의 變化

脫北者가 소위 歸順者로 불리던 과거 南北 分斷 初期에는 탈북자는 지극히 소수에 불과했다. 그 당시 귀순자들은 대부분 인민군 전방부대의 하전사들로서 통상 범죄행위로 인한 처벌 회피 등 個人身上 問題로 死線을 넘어서 후 관계 당국의 보호 아래 장기간 비밀조사와 교육을 받고 인권침해와 체제불만 때문에 자유사회를 찾아 월남했다고 발표하는 내외신 기자회견을 갖는 등 국가적 필요에 따라 歸順英雄이 되어 체제선전의 수단으로 이용되는 경우가 적지 않았다. 이러한 국내외적 분위기 탓에 탈북자의 법적 지위나 남한사회 適應 및 定着 支援을 위한 제도는 마련되지 않았고 상황에 따라 臨機 應變式으로 특별한 보상을 하는 것이 정부 대책의 전부였다.<sup>287)</sup>

탈북자에 대한 정착 등 지원 법률은 1962년에 제정된 ‘국가유공자 및 월남귀순자특별원호법’으로부터 시작되었는데, 원호처가 탈북자의 관리 및 지원을 맡았다. 초기의 휴전선을 월남한 탈북자들은 한국전쟁 이후 남북한 치열한 理念戰爭과 體制競爭 속에서 북한체제를 벗어나 남한체제를 선택한 사람들로서 국가유공자에 상응하는 특별한 대우를 받았다. 당시 귀순자들은 높은 액수의 定着 資金을 받는 것 외에도 안정된 직장을 알선받았고, 국공립 주택의 우선입주권 배정과 양로 및 양육지원을 받았다.

286) 최창동, 앞의 글(주 215), 282쪽.

287) 최경옥, “한국헌법상 탈북자의 법적지위”, 「헌법학연구」 제5집 제1호(한국헌법학회, 1999. 5), 113쪽.

귀순자에 대한 지원제도는 1978년 12월 ‘월남귀순용사 특별보상법’이라는 완전한 獨立立法의 制定으로 더욱 체계화되었고, 국가보훈처가 귀순자의 관리 및 지원을 맡았다. 이 법에 따르면 당시 귀순자들은 신분과 정보제공 정도에 따라 금 1,900g에서 14,500g에 상당하는 보상금을 받았고, 휴대장비 유형에 따라 금 10g에서부터 807,700g에 상당하는 특별보상금을 받았다. 또한 기업체는 귀순자를 포함한 국가보훈자를 정원의 5~10% 까지 義務적으로 採用해야 했기 때문에 귀순자들은 자신의 학력이나 경력에 상관 없이 기업체에 거의 모두 취직됨은 물론 군인 및 공무원에도 특별 임용될 수 있었고, 15평 이상의 주택 무상제공, 의료보호, 양로 및 양육지원, 본인과 자녀를 포함한 5인까지의 취업알선, 본인과 배우자 및 자녀의 대학교육 등 국가유공자예우법에 준하여 정착지원 혜택을 받았다.

그러나 탈북자에 대한 이러한 관대한 사회적 대우는 ‘월남귀순용사 특별보상법’이 1993년 6월 ‘귀순북한동포보호법’으로 全文 改正되어 탈북자 정착 지원이 대폭 축소되는 한편 탈북자 지원 담당부처가 국가보훈처에서 보건복지부로 이전됨에 따라 커다란 轉換器를 맞는다. 1990년대에 이르러 사회주의권의 붕괴로 남한 자본주의 체제가 북한과 경제적으로 비교할 수 없을 만큼 체제 우위가 확고해져 體制 宣傳의 필요성이 크게 줄어들었고, 동유럽 유학생들과 러시아 벌목공들의 입국이 늘어나면서 향후 대규모 탈북자가 입국할 경우 더 이상 지속되기는 힘들다는 문제점이 제기되었기 때문이다. 특히 담당부처가 국가보훈처에서 보건복지부로 이전되었다는 것은 이들이 국가유공자가 아니라 生活保護對象者로 취급되고 있다는 사실을 보여준다. 그리고 북한의 자연재해와 경제난으로 북한-중국 국경지역 북한 민간인의 북한 탈출후 남한 입국 사례가 점차 급증함에 따라, 1994년에 개정된 ‘귀순북한동포보호법’에서는 정착금이 단신 탈북자인 경우 月 최저 임금의 20배, 2인 가족인 경우 30배, 3인 가족인 경우 40배로 축소되었다. 탈북자들이 가진 정보와 무기 등 북한 물품의 가치에 따라 定着金과 報勞金이 差等的으로 適用되었기 때문에 탈북자들이 받는 정착금 총액은 서로 다르지만, 대체적으로 1인당 평균 700만원의 정착금과 840만원의 住居支援金을 지급받았다. 주거 지원의 경우에도 주택용자에 필요한 자금을 용자 알선하는 형태로 변경되었고, 취업 알선에 있어서도 탈북자 자신에게만 국한되어 적용되었으며, 알선의 방식도 보건복지부 장관이 교육기관, 공사기관, 공사단체에 취업을 요청하는 형태로 바뀌어서 예전에 비해 拘束力이 크게 약화되었다.<sup>288)</sup>

1996년 12월에는 탈북자들의 사회적응 문제가 대두되면서 다시 ‘귀순북한동포보호법’이 폐지되고 ‘북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률’이 제정되었으며, 여러 부

288) 조정찬, “북한 주민의 법적 지위에 관한 연구”, 「2001년도 남북법제 개선 연구보고서」(법제처 행정법제국, 2001), 151-157쪽



처에 분산되어 있던 탈북자 보호관리 업무가 統一部로 一元化되었다. ‘북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률’에서는 물질적 지원 위주의 기존 정책에서 벗어나 남한 체제 적응을 위한 사회적응 프로그램과 職業訓練 등을 통해 탈북자들이 스스로 남한 사회에 적응해 나갈 수 있는 자생력을 기르는데 초점을 두었다. 이러한 프로그램에 따라 1999년 7월에는 하나원이 설립되어 탈북자들의 자본주의 사회 정착 교육과 직업 훈련을 돕고 있다. 이와 함께 人道主義와 社會福祉 증진 차원에서 1999년 1월부터는 탈북자들에 대한 정착지원금이 1인 기준 690만원에서 2,760만원으로 인상되었고, 직업훈련 수당이 月 12만원에서 月 35~51만원으로 인상되었으며 생계곤란자 특별지원금을 月 20~35 만원으로 3년 범위 내에서 지원하도록 하여, 탈북자들에 대한 물질적 지원의 폭이 확대되었다.<sup>289)</sup>

그런데 이와 같이 단독 입국시 주거 지원금을 포함해 3,600만원, 가족 동반입국시 1명당 800만원씩을 추가하는 등 現金一括支給 형태의 탈북자 정착금 지원제도는 국내 입국 탈북자들의 勤勞意慾 不足으로 인한 정착금 조기 탕진과 무직 생활자의 양산, 국내외 탈북자 입국 브로커의 정착금 중간 착취, 정착지원금을 노린 탈북자의 위장 망명 사건<sup>290)</sup> 등 적지 않은 폐해를 유발하였다. 예컨대 탈북자들은 정착금과 취업 지원 등 남한에서는 누구도 받아보지 못했던 後援을 받으면서도 자신보다 더 좋은 대우를 받는 사무 직원을 보고 직장을 그만두는 등 적극적 정착 의지도 없이 정부가 지원하는 영구 임대주택과 정착 지원금을 소모해가면서 정착금이 적다느니 불평을 일삼는 경우가 많다.<sup>291)</sup> 심지어 남한에서 전혀 適應하지 못하고 북한으로 다시 입북했다가 경제적 꺾박을 견디지 못하고 또다시 한국으로 입국해 들어와 남북교류협력법 위반으로 처벌되는 사례까지 등장하였다. 이에 따라 정부 당국은 탈북자에 대한 정착지원금을 낮추고 직업훈련과 취업상태 등 탈북자의 한국사회 적응 노력을 평가하는 등 인센티브제를 도입해 정착을 잘 하고 있는 탈북자들에게 더 많은 혜택이 돌아가도록 제도를 개선하였다. 즉, 정부는 2004년 12월 북한이탈주민 綜合對策을 발표하여 ‘북한에 대한 경제적 지원으로 북한 주민들의 삶의 질을 높여줌으로써 북한 주민의 탈북 원인을 원천적으로 제거하겠다’는 구상과 함께 정착금 지급 액수를 2,800만원에서 1,000만원으로 대폭 줄이고 브로커에 대한 강력한 團束과 處罰 의지를 피력하였다.<sup>292)</sup> 2005년 1월부터 시행된 이러한 조치로 인해 현재 혼자 국내에 들어온 탈북자의 경우 과거에는 3,590만원을 정착지원금으로 받았으나 앞으로는 2,000만원만 받을 수 있게 되었고, 취업능력이 없는

289) 유지용, “북한이탈주민의 사회계층상의 변화와 사회정치적 영향”, 「공안논총 제16집 1호」, 공안문제연구소, 2004. 6, 37-39쪽

290) 동아일보 2002. 7. 21 보도.

291) 서울대학교 행정대학원 통일정책연구팀, 「남과 북 뭉치면 죽는다」(랜덤하우스 중앙, 2005), 302쪽.

292) 동아일보 2004. 12. 24 보도.

탈북자에 대한 가산금은 月최저임금액의 40배에서 50배로 인상되었다. 또한 직업훈련 장려금과 자격취득장려금, 취업장려금 등 각종 장려금제도가 새로 도입되었는바 탈북자의 직업훈련과 취업을 유도하기 위해 기존 정착금의 일부가 인센티브형태로 지원된다. 즉 거주지 편입후 1년이 경과하면 일반영세민과 같이 自活事業에 참여해야만 생계급여를 지급함으로써 취업에 적극적인 탈북자는 1천560만원을 더 지원받게 되었다. 아울러 勤勞能力이 없는 자로만 구성된 가구에 대해서는 종전과 동일하게 일반영세민이 받는 월 32만원보다 많은 54만원으로 우대 지급하던 탈북자에 대한 사회안전망 생계급여 특례를 유지하되, 일반 탈북자의 경우 1단계 우대를 폐지함으로써 自活意志를 저해하는 생계급여에 대한 의존도를 낮추었는데 이는 기존 제도의 전반적인 骨格은 유지하되 그동안 탈북자 정착지원 정책의 시행상 나타난 問題點을 보완하는 방향으로 개선한 것으로 평가된다.<sup>293)</sup> 이러한 통일부의 정책 발표는 탈북자의 초기 자립정착 의지를 제고시킨다는 목적을 밝혔음에도 불구하고 국내 입국 브로커의 정착금 착취 차단 등을 통하여 결국 국내 입국자 규모를 줄이겠다는 의도도 작용한 것으로 인식된다.<sup>294)</sup>

탈북자가 국내에 입국하면 합동신문 조사시설에서 국가정보원, 경찰 등 관계기관 참여하에 탈북 동기와 입국 경위, 북한 주민 여부 등에 대한 개별조사를 받은 후에 하나원에 集團 入所하게 된다. 하나원에서는 3개월간 문화이질감 해소, 심리안정, 진로지도 상담, 남한 자본주의 이해 등 우리 사회 適應과 定着을 위한 기본적인 敎育을 받게 된다. 그리고 하나원 수료후에는 주민등록증 발급, 11~20평 가량의 임대주택 알선, 초기 정착금 지급 등 初期 定着基盤 提供과 함께 居住地에 편입되어 5년간 생활안정을 위해 신변 보호 담당관(경찰), 취업보호 담당관(고용안정센터), 거주지보호 담당관(지방자치단체)을 지정하여 다양한 정착지원 서비스를 제공하고 있다. 최근까지 국내 입국 탈북자의 숫자가 급증함에 따라 정착지원 정책의 중점이 보호 위주에서 自立과 自活 중심으로 전환하고, 정착지원 업무의 지방 위임 또는 이양이 모색되고 있으나 이러한 시스템도 국내 입국 인원이 지속적으로 증가할 경우 많은 어려움이 예상된다.<sup>295)</sup>

### 3. 脫北者의 難民地位 成立 與否

難民(refugee, 亡命者 또는 避難民)이라는 用語는 매우 오랜 역사를 가지고 있다. 이 용어는 1685년 루이 14세에 의해 낭트칙령이 폐지된 후 프랑스에서 추방된 프로테스탄

293) 연합뉴스 2004. 6. 13 ; 동아일보 2004. 7. 23 ; 연합뉴스 2004. 7. 28 ; 재정경제부 홈페이지 경제협력국 주요질문 “새터민 사회보장지원” 답변자료.

294) 윤여상, 앞의 글(주 242) ; 2005년 국내 입국 탈북자는 총 1,385명으로 전년 1,899명 대비 514명(27%)이 감소하였다.

295) 고경빈, 앞의 글(주 222), 27-30쪽.

트 위그노를 묘사하기 위해 처음으로 사용되었다고 한다.<sup>296)</sup> 오늘날 難民이란 용어는 廣義로는 박해, 정치적 폭력, 사회적 혼란, 자연재해, 생태적 재난, 빈곤 등으로 인해 자신의 일상적인 거주 장소를 본의에 반하여 떠난 모든 사람들을 의미하지만, 狹義로는 정치적 사상·인종·종교·국적 등을 이유로 국적국으로부터 박해를 받거나 박해받을 현저한 우려가 있어 외국에 居留하며 국적국으로의 송환을 희망하지 않고 外國의 庇護를 구하는 사람, 즉 政治的 難民을 지칭한다.<sup>297)</sup> 다만 평화·전쟁 범죄·인도에 대한 죄를 범한 자, 피난국에 입국하기 전에 중대한 비정치적 범죄를 범한 자, 유엔의 목적 및 원칙에 반하는 행위를 한 자는 난민으로서 그 보호대상에서 제외된다. 傳統的 難民은 난민의 지위에 관한 협약(UN 난민협약, Convention Relating to the Status of Refugees of July 28, 1951)에서 규정한 ‘政治的 難民’을 의미한다. 유엔 난민협약 제1조 제1항 (2)는 난민의 정의를 “1951년 1월 1일 이전에 발생한 사건의 결과로서 인종, 종교, 국적, 특정사회 집단의 구성신분 또는 정치적 의견을 이유로 박해를 받을 우려가 있다는 충분한 이유있는 공포로 인하여 자신의 國籍國 밖에 있는 자로서 그 국적국의 도움을 받을 수 없거나 또는 그러한 공포로 인하여 그 국적국의 보호를 받을 것을 원하지 아니하는 자 및 常駐國 밖에 있는 無國籍者로서 종전의 상주국으로 돌아갈 수 없거나 또는 그러한 공포로 인하여 종전의 상주국으로 돌아가는 것을 원하지 아니하는 자”라고 규정한다. 그리고 1967년 ‘난민의 지위에 관한 의정서’(Protocol relating to the Status of Refugees)는 ‘1951년 1월 이전에 발생한 사건의 결과로서’라는 시간적 제한 규정을 삭제했을 뿐 難民을 동일하게 정의하고 있다.<sup>298)</sup>

제3국에 방랑하고 있는 탈북자의 법적 지위에 대해서 특히 1990년대 이후의 탈북자들은 환경난민이면서도 동시에 정치적 난민의 성격도 내포하고 있어 古典的·傳統的 難民의 시각에서만 판단할 것이 아니라 政治的 環境難民이라고 부르는 것이 정확하다는 견해가 있다.<sup>299)</sup> 그러나 이러한 주장은 현재 1967년 ‘난민의 지위에 관한 의정서’ 등 국제난민 법규에서 經濟的 難民 내지 環境難民을 공식 난민(treaty-defined refugees)으로 인정하여 국제적 지원과 보호를 제공하지 않는다는 점에서 그 실효성이 의심스럽

296) W.Gunther Plaut, “Refugees and the Right of Asylum—Some Historical Notes”, The Living Law of Nations, Essays in Memory of Atle Grahl-Madsen, N.P. Ehngel Publisher, 1996, 75쪽.

297) Guy S. Goodwin-Gill, “The Refugee in International Law”, 2nd ed, Clarendon Press : oxford, 1996, 67-68쪽 ; 이병조·이중범, 앞의 글(주 115), 635쪽 ; 유엔고등판무관실 윌리엄 스펀들러 선임 공보관은 2006.6.13 자유아시아방송(RFA) 전화 인터뷰에서 2005년말 현재 남한의 제3국에서 난민으로 인정받은 북한 주민은 288명이라고 밝혔는데 2005년 북한 출신자의 난민신청 건수는 215건으로 이중 23명이 난민 판정을 받고 15명은 난민이 아닌 인도적 지위(humanitarian status)를 부여받았다고 한다.

298) 김명기, 앞의 글(주 24), 170-171쪽.

299) 최창동, 앞의 글(주 215), 287-294쪽.

다. 환경난민은 ‘삶의 質이나 생존을 심각하게 위협하는 천재지변 또는 인위적 재난으로 인하여 자신들의 거주지로부터 임시적 혹은 영구적으로 유리된 사람’으로서<sup>300)</sup> 오늘날 환경 변화오늘날 환경오염과 지구온난화, 생태계 파괴 등으로 대규모 자연재해가 빈발함에 따라 점차 現代的 重要性이 강조되고 있으나 아직 난민 헌장에 명문화되지 않았고 일반적인 국제법 학자의 견해도 아니기 때문이다.<sup>301)</sup>

개인적 생각으로는 탈북자는 스스로 북한을 탈출하여 북한 귀환이나 북한의 보호를 받을 것을 원하지 않는다거나 강제북송시 종교적, 정치적 이유로 박해를 받을 우려가 있는지 여부 등에 따라 類型別로 分類하여 정치적 난민 지위를 부여해야 한다고 생각된다. 즉, 한국사회에 대한 동경없이 생계 해결, 중국 정착생활 등 경제적인 이유로 북한 지역을 벗어난 단순 탈북자는 강제북송시 사형, 장기 수감생활, 산간오지 추방 등 중형이 아니라 비교적 가벼운 처벌만이 예상될 경우 환경적, 경제적 난민으로 취급하여야 한다. 제3국 망명 또는 대한민국에 귀순 입국 의사없이 北·中 접경지역을 월경한 자는 북한과 중국 등이 심각한 인권유린을 범하지 않는 한 우리나라가 自國民으로서 外交的 保護權을 행사하는 것은 國際法 原則이나 外交關係上으로 무리한 측면이 있기 때문이다. 그러나 선교사·남한 인사를 접촉하거나 남한 입국을 시도한 탈북자들은 북한 당국이 혹독한 고문을 거쳐 가족까지 정치범 수용소에 수용하거나 총살형에 처하는 만행을 북한이 저지르고 있으므로 모두 정치적 난민으로 처리해야 한다. 國際法上 難民은 입국거절 또는 추방하거나 國籍國에 強制送還하여서는 아니되므로 중국이 이러한 유형의 탈북자를 강제북송하는 행위는 國際法 原則과 人道主義에 반하는 처사라는 非難 소지가 있다. 또한 북한을 탈출한 주민들은 일반적으로 국가적 생산·배급 체계의 붕괴에 따른 극도의 굶주림과 출신성분 불량자로서 북한 생활에 대한 환멸 등으로 수차례 탈북과 강제북송을 되풀이한 탓에 귀환시 북한의 국가보위부 등 당국의 강력한 처벌에 대한 두려움을 갖고 있어 반체제범으로 간주되는 南韓歸順 入國이나 국외 亡命을 결심한 경우가 대부분이므로, 북한 복귀시 처벌 강도에 대한 객관적 평가, 망명 의사에 대한 개별적 심사없이 강제송환하는 것은 난민의 지위에 관한 國際法規 違反의 소지가 있다.<sup>302)</sup>

300) 유엔 환경프로그램(UN Environment Programme, UNEP) 1985년 보고서.

301) 최창동, 앞의 글(주 215), 284쪽 ; 김명기, 앞의 글(주 24), 175쪽.

302) 2004. 4. 14 스위스 제네바 유엔 유럽본부 개최 제60차 유엔인권위원회에서 국제헬싱키인권연맹 ‘조앤너 호사니악시’의 주장.

#### 4. 北韓 住民의 憲法上 地位

##### 가. 北韓 住民을 大韓民國 國民으로 보는 見解

이 견해는 종래 通說로서, 북한 지역도 대한민국의 領土에 속한다고 보는 입장에서 북한 주민을 외국인이나 무국적자로 보지 않고 북한 주민이 대한민국으로 귀순한 경우 국적 변경조치 없이도 당연히 大韓民國 國民이 된다고 한다. 즉 영토조항설은 북한 주민은 대한민국 국적을 가지므로 북한 주민이 남한으로 이주하는 경우에도 국적변경 절차 없이도 대한민국 국민이 되며 북한주민의 귀순은 入國의 自由에 의하여 보장된다고 본다. 이러한 견해는 평화적 남북통일을 지향하면서 중국 등 제3국에 탈북자의 인도적 처리를 요구할 경우 그 근거로 제시되고 있어 우리 國民情緒와 잘 부합되는 측면이 있다.

판례도 북한 주민 이영순의 한국 국적 인정에 관한 사건에서 “조선인을 부친으로 하여 출생한 자는 남조선 과도정부 법률 제11호 ‘국적에 관한 임시조례’의 규정에 따라 朝鮮國籍을 취득하였다가 제헌헌법의 공포와 동시에 大韓民國 國籍을 취득하였다 할 것이고, 설사 그가 북한법의 규정에 따라 북한국적을 취득하여 중국 주재 북한대사관 으로부터 북한의 해외공민증을 발급받은 자라 하더라도 북한지역 역시 大韓民國의 領土에 속하는 韓半島의 일부를 이루는 것이어서 대한민국의 主權이 미칠 뿐이고, 대한민국의 주권과 부딪치는 어떠한 국가단체나 主權을 범리상 인정할 수 없는 점에 비추어 볼 때, 그러한 사정은 그가 대한민국 국적을 취득하고 이를 유지함에 있어 아무런 영향을 끼칠 수 없다”고 판시하여 이러한 입장을 지지한다.<sup>303)</sup>

##### 나. 北韓 住民을 外國人으로 보는 見解

이 견해는 대한민국의 영토는 南韓에 限定된다고 보는 입장에서 주장되는 견해로서, 북한 주민이 남한으로 귀순하는 경우 당연히 대한민국의 국적을 회복하는 것으로 볼 수가 없고 亡命 또는 歸化 등의 일정한 절차가 필요하다고 한다. 즉 북한은 국제사회에서 일반적으로 법적 승인을 받고 있는 國際法的 主權國家이고 적어도 남북한이 유엔에 동시 가입한 이후부터는 북한지역에 대해서는 조선민주주의 인민공화국이 영토고권과 대인고권을 정당하고 적법하게 행사하고 있는 것으로 국제사회에서 받아들여지고 있으므로, 북한 주민은 조선민주주의 인민공화국의 국민으로서 北韓의 國籍을 갖는 外

303) 대법원 1996. 11. 12. 96누122.1.

國人으로 보아야 한다는 것이다.<sup>304)</sup>

이러한 견해는 국내·국제법적으로 북한은 남한과 별개의 獨立된 國家로서 북한 주민을 외국인으로 인정하므로, 北韓 公民權을 가진 탈북자가 제3국에 머물거나 거주하고 있을 경우 우리나라가 외교적 보호권을 행사할 수 없고 亡命者 處理 方式을 거쳐야 한다는 많은 제약과 문제점이 있고, 탈북자의 국내 입국시 여행증명서 발급, 남한내 본적이 없는 탈북자의 就籍 등 외교통상부, 법무부, 통일부, 국가정보원 등 國家機關의 실제 북한이탈주민 업무처리 방식과 상이하다는 비난이 있다.

#### 다. 二重的 地位라는 特殊한 地位를 附與하는 見解

이 입장은 남북한의 特殊關係에 비추어 탈북자의 법적 지위를 판단함에 있어 한반도에는 상이한 국제법 주체인 남한과 북한이라는 두 개의 國家가 존재함에 따라 두 개의 國籍이 존재함을 부인할 수 없으나, 남북한간에는 단순한 국제법만이 적용되지 않는 특수관계를 형성하고 있다고 할 것이므로, 북한 주민은 국내법상 남한 국민이면서 국제법상 事實上 北韓 國籍을 갖는 特殊한 地位로 보아야 한다고 주장한다. 즉 영토조항은 북한주민에게 당연히 한국국적을 취득하게 하는 法的 根據가 될 수 없고 오히려 북한을 외국으로 보지 않는 남북한의 特殊關係性을 인정하고 북한주민을 외국인으로서가 아닌 내국인으로 대우할 수 있는 근거규정이며, 남북기본합의서 제1조에 따라 서로 상대방의 체제를 인정하고 있다고 볼 수 있으므로 북한 국적법을 부인할 수 없고, 국제사회에서 국제법 주체로 활동하는 북한의 입장을 고려해야 한다는 주장이다. 이 견해는 북한 주민이 제3국으로 탈출하는 경우 難民으로서 國際法的 保護를 받을 수 있도록 하여야 하고, 북한 주민이 남한으로 귀순하는 경우 당연히 한국 국적을 회복한다고 볼 수 없으며 일정한 國籍取得 節次를 거쳐야 한국 국민으로서 국적이 부여될 수 있으나 북한 주민이 북한 국적을 포기하고 한국 국적을 취득하기를 원하는 경우 북한 주민을 外國人으로 보지 않는다고 한다.<sup>305)</sup>

#### 라. 私 見

남북한관계는 民族內部的 特殊關係로 봄이 타당하므로 북한주민을 완전히 외국인으로 이해하는 것은 북한이 독립국가로 존재하는 國際法的 現實만을 重視한 것으로 타당

304) 도회근, 앞의 글(주 35), 353쪽 ; 김문현, 앞의 글(주 38), 86쪽.

305) 김문현, 「사례연구헌법」(법원사, 2000), 33쪽 ; 장명봉, “대법원판결(이영순사건)과 북한주민의 법적 지위”, 「김철수교수 정년기념논문집」, 1998, 168-170쪽.

하지 않다고 생각된다. 따라서 북한 주민은 大韓民國 國民으로서 地位를 가지는 것으로 보고, 제3국에 있는 경우에는 國際法上 北韓 住民으로서의 지위가 先行된다고 할 것이지만, 외국 주재 한국 공관이나 한국에 귀순 요청한 경우에는 大韓民國 國民으로서의 地位를 가지며, 대한민국은 국민의 한 사람으로 保護하여야 할 義務가 있다고 보아야 할 것이라는 견해가 남북기본합의서의 효력, 통일전 서독의 동독민 국적의 부여 사례, 헌법상 영토 조항의 효력 등을 고려할 때 타당하다.<sup>306)</sup>

판례는 우리나라 헌법상 영토조항 이외에도 國籍法 제2조(출생에 의한 국적취득), 북한 국적법 제2조(공민의 요건), 제5조(출생에 의한 국적 취득) 등을 근거 규정으로 ‘헌법상 북한 지역은 대한민국 영토인 만큼 북한 公民權을 가지고 있으면 당연히 대한민국 국민이라고 판시하고 있다.<sup>307)</sup> 이와 관련 북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률 제19조는 북한이탈주민에 대해 당연히 한국 국적을 부여하는 것이 아니라 통일부장관이 ‘本人의 意思에 따라 本籍을 정하고 서울가정법원에 취적허가신청서를 제출’하도록 규정하고 있어 한반도에 사실상 2개의 國籍이 竝存하는 것을 인정하는 것이므로 헌법상 영토조항에 저촉되어 국적법을 재정비해야 한다는 지적이 있으나<sup>308)</sup> 이는 잘못된 견해라고 생각된다. 이러한 견해는 북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률에서 본적 취적을 국적 취득으로 오해한 것으로 보인다. 또한 우리나라 국적법은 최초의 한국인에 대한 명문 규정이 없어 북한 주민의 국적을 둘러싸고 논란이 있다는 주장도 있으나<sup>309)</sup> 1948. 5 남조선 과도정부 법률 제11호인 ‘국적에 관한 임시조례 제2조와 1948년 헌법 부칙 제100조 “현행 법령은 이 헌법에 저촉되지 아니하는 한 효력을 가진다”라는 규정에 따라 조선인은 대한민국 국민이 되었고 대한민국 영토는 이북지역도 포함하므로 북한 주민의 국적은 당연히 남한과 다를 것이 없다고 본다.

306) 최창동, 앞의 글(주 26), 316쪽 ; 김문현, 앞의 글(주 38), 88쪽.

307) 대법원 1996.11.12. 96누1221.

308) 최창동, 앞의 글(주 26), 317-322쪽.

309) 김태천, “대량탈북사태에 대한 국제법적 대응”, 「법학논고」 제14집, 한국인권재단, 1998, 2-4쪽.

## 第7章 結 論

본 논문은 현재의 南北分斷 상황에서 헌법 제3조(영토조항)와 제4조(평화통일조항)의 解釋論을 중심으로 남북한의 法的 關係 및 북한의 法的 地位에 대해 검토해 보았는바 이상의 연구 결과의 내용을 정리하면 다음과 같다.

첫째로, 남북분단은 사실상의 분단일 뿐 법률상 분단 상태를 받아들인 것은 아니므로 대화와 협력의 동반자이면서 반국가단체라는 북한의 二重的 實體를 인정하여 북한을 事實上 政府로 인정하는 것이 헌법 및 남북 관계의 법체계와 운영 실태에 부합한다. 평화통일조항은 武力統一 방안을 배제한 평화적인 통일 실현의 책무를 대한민국 정부에 부과하고 있을 뿐 결코 영토조항과 相衝되는 조항이 아니다. 소련의 38선 이북 지역 점령으로 남한에 自由民主國家를 수립한 대한민국은 統一祖國이 진정한 우리 민족의 未來라고 보면서 정부의 정통성을 주창하기 위해 제헌헌법에 영토조항을 명문화하였다. 領土條項은 우리나라나 중국과 같이 領土紛爭이 있거나 分斷狀態에 있는 나라에서는 존재 의의가 크다. 현행 영토조항은 冷戰時代의 遺物로서 북한의 실체를 부정하는 것이므로 헌법을 개정하여 영토를 남한에 한정한다면 남북통일은 論理必然的이지도 않고 憲法上 根據도 사라진다. 영토조항은 통일 이후의 우리나라의 영토를 확정하고, 현재의 남북 분단이 固着化되지 않도록 하며, 분단상황에서 남북간의 관계를 ‘民族 内部間의 關係’로 규정할 수 있게 한다. 영토조항은 南北統一의 헌법적 근거의 하나로써 韓民族의 통일 정책 추진시 외세의 국내문제 개입 배격의 명분이 되며, 일본의 독도 영유권 주장, 탈북자의 국내 입국, 중국의 한민족 고대사 왜곡 의도, 영토조항의 관습헌법화 유발 등을 살펴볼 때 그 조항 삭제는 국가 정책적으로도 바람직하지 않다. 또한 로마 제국의 동서 분할, 프랑크 제국의 분열, 미국 남북전쟁의 발발, 나찌의 오스트리아 병합 등 세계 역사적 경험과 최근 남한 사회의 多人種 多文化 추세<sup>310)</sup> 등으로 볼 때 헌법상 영토조항이 없어질 경우 인도와 파키스탄, 방글라데시의 분리와 같이 남북한 집권세력의 利害 關係와 國民的 無關心이 결합될 경우 남북한은 자칫 영원히 별개 국가로 竝立할 가능성도 배제할 수 없다. 민족통일 및 남북관계는 特殊性, 暫定性, 二重性 못지않게 국제적 성격도 지니므로 헌법상 영토조항을 비롯한 남북법제의 해석은 신중히 이루어져야 할 것이다.

둘째로, 국가보안법상 북한이 반국가단체인 것은 ‘政府僭稱’ 사실만이 아니라 사회주의 독재정권이 남북분단 이후 6. 25 무력남침, 각종 대남공작전술 등을 통해 지속적으로 우리 헌법이 추구하는 조국의 평화적 통일과 자유민주적 기본질서를 부인하면서 赤

310) 문화일보 2006. 4. 6 보도.



化變亂을 획책하고 있기 때문이다. 국가보안법 廢止論者들은 헌법 전문 및 제4조, 제66조 등을 근거로 국가보안법의 위헌적 요소를 강조하면서 撤廢를 주장하지만, 이러한 입장은 국가보안법의 근거가 제1차적으로 헌법 제3조, 제2차적으로 헌법 제37조 제2항을 바탕으로 하고 있고, 판례도 일관되게 국가보안법 제2조의 합헌성을 인정하고 있어 법리상 타당성이 없다. 북한은 해방이후 현재에 이르기까지 정권 목표인 전한반도의 적화통일을 달성하기 위하여 일관되게 攻勢的 對南戰略을 전개해 왔으나, 1980년대 말 동구권의 붕괴와 소련의 해체, 심각한 경제 파탄 등으로 현재 體制生存과 力量 保存에 주력하고 있는 형국이다. 북한의 ‘우리민족끼리’, ‘낮은 단계의 연방제 통일론’은 서로의 체제와 경계를 유지한 채 민족화해 분위기에 편승하여, 남한의 소모적 分裂로 인한 國力弱화 및 經濟的 對北支援 등 실질적 이익을 동시에 얻어내려는 統一戰術的 策動에 불과하다.<sup>311)</sup> 우리와 같은 분단국이었던 동서독은 통일 전에 현재 남북과 비교가 안될 정도로 다방면에서 교류·협력을 지속하였으나 동독은 통일 직전까지 서독에 2만~3만명에 달하는 간첩과 협조자를 심어두고 배후에서 반체제 활동을 선동했다고 한다.<sup>312)</sup> 국가보안법상 반국가단체 규정은 동서냉전 구조의 해체, 남북간 화해기류의 확산 등 국내외적 時代 狀況에 적극적으로 대처하는데 어려움이 예상되어 ‘政府僭稱’ 부분을 삭제하는 등 보다 전향적 자세로 국가보안법의 대폭 개정을 추진할 필요성은 인정되지만, 남북관계의 유동성, 불확실성, 이중성, 특수성, 잠정성 등을 고려할 때 그 폐지는 신중을 기하는 것이 좋겠다.

셋째로, 남북한은 서로 상대방을 국가로 승인하지 않았기 때문에 일반 國際法上으로는 물론이고 국제연합헌장과 남북기본합의서상으로도 국가가 아니라 交戰團體에 불과하다.<sup>313)</sup> 國家承認의 效果는 상대적인 것이므로 남한과 북한이 동시에 유엔에 가입해도 이는 북한과 유엔과의 관계에서 국가승인 효과가 발생해도, 남북한 상호간 관계에서 국가승인 효과는 발생하지 않는다. 남북기본합의서는 남북한이 나라와 나라 사이의 관계가 아니라고 규정함으로써 明示的으로 國家承認을 排除하였기 때문에, 남북기본합의서는 국제법적 효력있는 조약은 아니지만 남북한 내부관계에서만 매우 不完全한 형태로 존재하는 特殊規範이다.

넷째로, 남북한의 특수관계상 북한 주민은 대내적으로 남한의 통치권이 미치지 않는 지역에 거주하는 대한민국 국민이며, 대외적으로는 북한 공민이라고 할지라도 잠재적으로 대한민국 국적을 계속 보유한다고 보아야 한다. 탈북자는 스스로 북한을 脫出하

311) 서울대학교 행정대학원 통일정책연구팀, 앞의 글(주 291), 30-33쪽.

312) 제성호, “안보전선에 경보음이 울리고 있다” 제하 칼럼, 문화일보 2006. 4. 17.

313) 김영기, 「남한과 북한의 법적 기본관계와 통일후의 사법적용에 관한 연구」, 명지대학교 대학원 박사논문, 2001, 16쪽 ; 김명기, 앞의 글(주 186), 120-121쪽.

여 고향으로 歸還 또는 북한의 保護를 원하지 않는다면 강제북송시 종교적, 정치적 탄압 우려가 있을 경우 國際的 難民으로 취급해야 하며, 우리나라는 自國民으로 받아들여야 한다. 다만 남북한 관계는 민족내부의 특수관계로서 북한 주민이 제3국에 있는 경우에는 북한 주민의 지위가 先行하므로, 우리나라는 당사자의 自發的인 歸順 요청시에만 대한민국 국민으로 外交的 保護權을 행사해야 할 것이다.

헌법상 영토조항, 남북기본합의서 등 남북한 법체계를 綜合的으로 解釋할 경우 남북한은 ‘나라와 나라 사이의 관계가 아닌 特殊한 關係’로 규정할 수밖에 없다. 따라서 北韓의 實體는 긍정하되 국가가 아닌 事實上的 政府로 이해하여, 한반도 통일과 관련하여 북한 지역에 대한민국 주권을 행사하는데 장애요인이 소멸되면 국가 합병·병합 절차에 수반되는 국민투표나 헌법개정, 국적변경 절차 없이도 당연히 북한 지역이나 북한 주민이 우리 나라에 편입된다고 보아야 한다. 국제법상 分斷國이란 일반적으로 歷史的, 社會的, 人種的, 政治的, 文化的으로 원래는 하나의 국가이던 것이 순전히 政治的, 理念的 기타 특수한 사유에 의하여 그 住民 多數의 意思에 반하여 두 개의 政治的 實體가 對立하여 있으며, 대립된 정치적 실체 중 적어도 하나는 統一을 추구할 뿐 아니라 국제사회에서도 통일을 하는 것이 당연하다고 믿는 경우를 말한다. 국민 대다수가 統一을 원하지 않거나 두 개의 분단된 정치적 실체가 모두 統一을 반대하는 경우, 국제사회에서 전혀 統一의 當爲性을 인정하지 않는 경우 등은 분단국이라 할 수 없다. 우리나라는 제2차 세계대전후 한반도 주둔 일본군의 무장해제를 위한 美·蘇 양국의 軍事分界線 設定이 분단으로 확대되었으나 남북 양측과 국민 대다수가 모두 통일 추구를 천명하고 있고, 나아가 國際社會에서도 한반도 통일의 당위성을 널리 수긍하고 있다는 점에서 분명 남북한은 국제적으로 분단국의 지위를 가지고 있다.<sup>314)</sup> 분단은 우리 민족 모두가 평화롭게 살아왔던 과거로 돌아간다는 의미를 넘어 그 동안 韓民族이 겪어온 비극을 되풀이하지 않기 위해서는 물론 앞으로 自由, 福祉, 人間의 尊嚴性이 보장되는 先進 民主國家로 도약하기 위해서 반드시 극복해야 할 時代的 課題이다.<sup>315)</sup> 그러나 독일, 예멘, 베트남 등 분단국들의 통일과 교류 협력의 사례를 살펴볼 때, 통일준비를 해나가는데 있어 우리나라는 統一費用의 마련, 주도면밀한 국내외 법제의 검토, 감성적 통일론이 아닌 國家 戰略的 統一政策의 추진 등 통일역량 확보가 다소 미흡하다는 생각이 든다.

지금 우리 사회에는 ‘북한은 변화하지 않았고 여전히 우리 안보를 위협하는 대상이므로 人道的인 支援을 제외한 對北 經濟支援은 時機尙早’라는 보수 진영과 ‘脫冷戰이라는 세계사의 흐름에 비추어 북한을 더 이상 적이 아닌 민족구성원으로서 對北包容政策

314) 유병화, “남북기본합의서의 법적 성격”, 고려대학교 법학논집 제27집, 1992, 68쪽

315) 남북문제연구소, 앞의 글(주 211), 3-7쪽.

을 추진해야 한다'는 진보 진영간의 '南南葛藤'이 국민의 정부 이래 부각되고 있다. 결국 남북한의 통일은 북한이 개방화, 민주화의 필요성을 절감하고 중국과 같이 과감히 스스로 적극적인 改革을 시도하지 않으면 불가능한 것으로 판단되므로, 남북한의 통일은 북한의 급격한 붕괴 속에서 한반도 주변국들이 통일을 모두 지지하는 現實性없는 통일 시나리오를 제외한다면 不安定한 長期間의 路程을 거칠 수밖에 없다. 북한은 2000년 6. 15 공동선언 이후 체제생존을 위해 모든 자원과 역량을 동원하여 걸으려는 남북교류 협력에 호응하는 자세를 보이면서도 이면에서는 '하나의 조선'이라는 對南赤化革命 기본전략을 고수하는 등 남북한 관계는 북한의 대남정책과 대외정책, 그리고 대내정책이 상호 교차되어 境界가 과거보다 모호하며 향후 북한의 정권 및 체제의 進路는 정확히 예측하기 어렵다.

최근 일부 진보 성향의 학자들 사이에 해방후 북한 정권의 항일 빨치산 활동, 친일 청산 작업만을 내세워 대한민국의 정통성을 부정한 채 헌법상 평화통일조항과 남북기본합의서, UN 동시가입 등을 근거로 북한을 국가로 인정하여 헌법상 반국가단체 조항 삭제, NLL의 유효성 부정 등을 주장하는 견해가 있으나 이러한 해석론은 헌법상 조국의 민주개혁의 사명, 자유민주주의의 정체성을 부정하고 무조건 남북한간 민족통일만이 유일한 지상과제라는 違憲的 解釋論일 뿐이다. 한반도 주변 강대국들이 자국의 이익을 우선시하여 궁극적인 남북한의 통일을 적극 지지하지 않는 상황에서 북한의 한반도 적화전략을 효과적으로 차단하고 和解와 協力の 場으로 유인하는 과정에 튼튼한 安保基盤 確立은 필수적이기 때문에 성급한 헌법상 영토조항 삭제, 국가보안법 철폐, 북한의 국가승인 주장은 현행 憲法의 改正없이 현행 법체계의 해석상 도저히 양립할 수 없으며, 남북한의 二重的 地位를 슬기롭게 극복해 나가는 과도기적 과정에 있는 우리나라의 국익을 위해서도 바람직하지 못하다.

## 參考文獻

### 國內文獻

#### 1. 單行本

- 강경근, 「헌법학」, 법문사, 1997.
- 계희열, 「헌법학上」, 박영사, 1996.
- 구병삭, 「신헌법학원론」, 박영사, 1998.
- 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 1998.
- 김명기, 「남북기본합의서 요론」, 국제문제연구소, 1992.
- 김명기, 「북한주민의 인권과 국제법」, 법서출판사, 2000.
- 김문현, 「사례연구헌법」, 법원사, 2000.
- 김영구, 「한국과 바다의 국제법」, 21세기 북스, 2004.
- 김명기, 「분단한국의 평화보정론」, 법지사, 1988.
- 김용갑, 「국가보안법을 이야기한다」, 도서출판 장막, 1999.
- 김철수, 「헌법학개론」, 박영사, 2000.
- 문홍주, 「제5공화국 한국헌법」, 해암사, 1985.
- 문홍주, 「한국헌법」, 해암사, 1987.
- 박종성, 「한국의 영해」, 법문사, 1985.
- 박원순, 「국가보안법연구 3」, 역사비평사, 1992.
- 배재식, 「현 휴전협정 체제에서 본 서해 5도의 문제점과 발생 원인 및 대책」, 국토 통일원, 1977.
- 서동익, 「인민이 사는 모습」, 도서출판 자료원, 1995.
- 서울대 행정대학원 통일정책연구팀, 「남과 북 뭉치면 죽는다」, 랜덤하우스 중앙, 2005.
- 양 건, 「헌법연구」, 법문사, 1995.
- 유병화, 「동북아지역과 해양법」, 진성사, 1991.
- 육종수, 「헌법학신론」, 형설출판사, 1996.
- 이병조·이중범, 「국제법신강」, 일조각, 1994.
- 이영석·정유경, 「국내외 탈북자를 위한 민간지원 어디까지 왔나, 무엇이 쟁점인가」, 도서출판 우양, 2005.
- 임종석, 「국가보안법은 없다」, 정기국회 정책자료집 4, 2004. 10.

- 장명봉, 「남북한 기본관계에 대한 법적 대응」, 한국공법학회, 1991.
- 제성호, 「남북한 특수관계론」, 도서출판 한울, 1995.
- 최대권, 「헌법학강의」, 박영사, 1999.
- 최창동 편저, 「분단국가의 법적 지위」, 법률행정연구원, 1996.
- 최창동, 「남·북한체제 통합의 법정책적 과제 : 법학자가 본 통일문제 I·II」, 도서출판 푸른세상, 2002.
- 통일연구원, 「2005 북한인권백서」, 2005.
- 황교안, 「국가보안법 해설」, 집영출판사, 1998.
- 허영, 「한국헌법론」, 박영사, 1994.
- 허영, 「헌법이론과 헌법」, 박영사, 2000.

## 2. 論 文

- 김권희, “대북포용정책과 남북한관계의 변화에 관한 연구”, 단국대학교 행정법무대학원 석사학위논문, 2003.
- 김명기, “서해5도의 법적 지위” 국제법학회 논총 제23권 1·2합병호, 1978. 12.
- 김영기, “남한과 북한의 법적 기본관계와 통일후의 사법적용에 관한 연구”, 명지대학교 대학원 박사학위논문, 2001.
- 김정건, “서해5도 주변 수역의 법적 지위”, 국제법학회 논총 제33권 제2호, 1988. 12.
- 김진환, “국제법상 탈북자의 인권보호에 관한 연구”, 성균관대학교 대학원 석사학위논문, 2000.
- 김철수, “헌정50년의 회고와 전망”, 「법학논총」 제12호, 숭실대학교 법학연구소, 2000.
- 김태천, “대량탈북사태에 대한 국제법적 대응”, 「법학논고」 제14집, 한국인권재단, 1998.
- 나인균, “한국헌법의 영토조항과 국적문제”, 「헌법논총」 제5집, 헌재, 1994.
- 신왕철, “북방한계선(NLL)과 해상군사분계선”, 동의대학교 대학원 석사학위논문, 2001.
- 양점석, “북한 김정일 정권의 대남전략 전술연구”, 동국대학교 행정대학원 석사학위논문, 2003.
- 엄정일, “남북한통일조약의 체결에 관한 연구”, 명지대학교 대학원 박사학위논문, 2000.
- 유병화, “남북기본합의서의 법적 성격”, 고려대학교 법학논집 제27집, 1992. 4.
- 윤여상, “재러시아 북한 난민의 실태 및 보호방안”, 북한 인권·난민문제 국제회의발표논문집, 1999.
- 이해완, “남북기본합의서의 법적 성격”, 남북나눔운동연구위원회 학술세미나 발표논문,

2000. 4.

- 장규운, “북한의 체제위기와 생존전략에 관한 연구”, 동국대학교 행정대학원 석사학위 논문, 2002.
- 장명봉, “대법원판결(이영순 사건)과 북한 주민의 법적 지위”, 김철수교수 정년기념논문집, 1998.
- 장민영, “북한주민의 헌법상 지위에 관한 고찰”, 중앙대학교 대학원 석사학위논문, 2000.
- 장보문, “재중 탈북자 문제에 대한 실질적 대안 모색”, 「대학생 통일논문집 2002」, 통일부 통일교육원, 2002.
- 조명현, “국제환경 변화와 남북한의 UN가입”, 충남대학교 사회과학연구소 논문집 제2호, 1991.
- 조백기, “국제법상 북한인권문제에 관한 연구”, 한국해양대학교 대학원 박사학위논문, 2004.
- 채병용, “국가보안법의 존폐론에 관한 연구”, 창원대학교 행정대학원 석사학위논문, 2003.
- 최대권, “장차 전개될 남북 관계의 형성과 통일의 법적 문제”, 「한반도 통일과 법적 문제」, 한국공법학회, 1999.

### 3. 其他資料

- 경기대학교, 「민족사상연구」 제12호, 2005. 2.
- 경북대학교 평화문제연구소, 「평화연구」 제3호, 1978. 6.
- 공안문제연구소, 「공안논총」 제16권 제1호, 2004. 6.
- 공안문제연구소, 「민주사회연구」 제17권 제1호, 2005. 2.
- 국가인권위원회, 「국가보안법 폐지 권고 결정문」, 2004. 8.
- 국방부, 「남북기본합의서 해설」, 1992. 5.
- 국방부, 「국방저널」 통권 350호, 2003. 2.
- 국제문제조사연구소, 「정책연구」 통권 제144호, 2005년 봄.
- 국제법평론회, 「국제법평론」 통권 제14호, 2001 .2.
- 국토통일원, 「한민족공동체 통일방안」, 1989.
- 국토통일원, 「안전보장」 제237호, 1990. 9.
- 국회통일외교통상위원회, 「남북관계발전기본법안 및 남북관계기본법안」 공청회자료, 2005.

- 남북문제연구소, 「알기쉬운 통일문답」, 2005. 2.
- 내외문제연구소, 「時事」 제176호, 1978. 6.
- 민가협양심수후원회, 「국가보안법 제2조 논의의 경과와 의미」, 2001. 11.
- 민족 21, 월간 「민족 21」 통권 제46호, 2005. 1.
- 민주주의법학연구회, 「민주법학」 창간호, 1989.
- 법원행정처, 「통일사법정책자료 2002-1」, 2002.
- 법제처, 「2000년도 남북법제연구 연구보고서」, 2000.
- 법제처, 「2001년도 남북법제개선 연구보고서」, 2001.
- 법제처, 「2002년도 남북법제연구 연구보고서」, 2002.
- 법조협회, 「법조」 제44권 제3호, 1999.
- 북한연구소, 「북한」 통권 제223호, 1990. 7.
- 북한연구소, 「북한」 통권 제391호, 2004. 7.
- 북한연구소, 「북한」 통권 제392호, 2004. 8.
- 사회과학출판사, 「정치용어사전」, 평양, 1970.
- 서울국제법연구원, 「서울국제법연구」 제11권 제1호, 2004. 6.
- 서울대법학연구소, 「법학」 제34권 제1호, 1993.
- 서울지방변호사회, 「시민과 변호사 90」, 2001. 7.
- 서해문집, 「내일을 여는 역사」 제11호, 2002,
- 세종연구소, 「정세와 정책」, 2004. 9.
- 아시아사회과학연구원, 「남북합의서의 후속조치와 실천과제」, 아시아사회과학연구원 제1회 통일문제 학술세미나 자료집, 1992. 3.
- 아시아사회과학연구원, 「6.15 공동선언 실천과 통일지향적 법제정비 방향」, 아사연 학술포럼시리즈 2001-2, 2001. 7.
- 안보문제연구원, 「統一路」 제36호, 1974. 1.
- 안보문제연구원, 「統一路」 통권 제191호, 2004. 7.
- 역사비평사, 「역사비평」 통권 제54호, 2001. 2.
- 월간조선사, 「월간조선」 통권 제25권 제7호, 2004. 7.
- 월간조선사, 「월간조선」 통권 제26권 제9호, 2005. 9.
- 조선대학교 통일문제연구소, 「통일문제연구」 제9호, 1991. 12.
- 조선대학교 사회과학연구소, 「사회과학연구」 제17호, 1994. 6.
- 중앙법학회, 「중앙법학」 제6집 제2호, 2004. 8.
- 진보평론사, 「진보평론」 제21호, 2004.

- 청명문화재단, 「통일시론」 통권 제3호, 1999.
- 통일연구원, 「정책연구」 2000-01호, 2000.
- 통일원, 「남북기본합의서 해설」, 1992.
- 평화문제연구소, 「통일문제연구」 통권 제14권 제1호, 2002. 5.
- 한국공법학회, 「공법연구」 제22집 제1호, 1994.
- 한국공법학회, 「공법연구」 제31집 제2호, 2002. 12.
- 한국사법행정학회, 「사법행정」 1993. 6.
- 한국언론인연합회, 「정경뉴스」 통권 제28호, 2002. 7.
- 한국언론인연합회, 「정경뉴스」 통권 제68호, 2005. 11.
- 한국언론인연합회, 「정경뉴스」 통권 제69호, 2005. 12.
- 한국자유총연맹, 「자유공론」 제40권 제7호 통권 제46호, 2005. 7.
- 한국해양전략연구소, 「strategy 21」 제9호, 2002.
- 한국정치연구회, 「정치비평」 통권 제8호, 2002.
- 한국헌법학회, 「헌법학연구」 제4집 제2호, 1998. 10.
- 한국헌법학회, 「헌법학연구」 제5집 제1호, 1999. 5.
- SBS프로덕션, “맥아더 동상 철거 논란”(비디오 녹화자료), SBS토론 시시비비, 2005.

#### 4. 國內文獻

- Malcolm N. Shaw, *International Law*, 4th ed, Cambridge University Press, 1997.
- M. Lachs, *Recognition and Modern Methods of International Cooperation*, *British Yearbook of International Law*, Vol. 35, 1959.
- Ti-Chiang Chen, *The International Law of Recognition*, London : Stevens, 1951.
- Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*(4th ed.), Oxford : Clarendon, 1998.
- W. Gunther Plaut, *Refugees and the Right of Asylum - Some Historical Notes*, *The Living Law of Nations, Essays in Memory of Atle Grahl-Madsen*, N.P. Ehngel Publisher, 1996.
- Guy S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, 2nd ed, Clarendon Press : Oxford, 1996.