

주제가 있는 통일문제 강좌 **06**

남북관계발전의 법적 이해



CONTENTS



| | |
|---|-----------|
| 1. 들어가며 | 5 |
| 〈깊이 보기 ①〉 법사회학이란? | |
| 2. 남북관계변화에 대한 법해석학적 접근 | 9 |
| ◎ 2국가분열론 | 11 |
| ◎ 2국가분리론 | 11 |
| ◎ 국가연합론 | 12 |
| ◎ 1국가존속론 | 12 |
| ◎ 상호국가론 | 12 |
| 3. 남북관계변화에 대한 법사회학적 접근 | 13 |
| ◎ 남북관계변화에 대한 시대적 접근 | 14 |
| 〈깊이 보기 ②〉 헌법상 남북한의 법적 지위 | |
| 〈깊이 보기 ③〉 ‘6·23평화통일의교정책선언’ 과 북한의 사실상 정부 인정 | |
| 〈깊이 보기 ④〉 남북기본합의서 | |
| ◎ 남북관계변화에 대한 사회현상적 접근 | 24 |
| 〈깊이 보기 ⑤〉 제3조와 제4조에 대한 학설 | |
| 〈깊이 보기 ⑥〉 국가보안법 개폐론 | |
| 〈깊이 보기 ⑦〉 남북교류협력법의 효력 | |
| 〈깊이 보기 ⑧〉 법안에 대한 정부의 입장 | |



| | |
|--|----|
| 4. 남북관계발전을 위한 법인식전환의 필요요소 | 33 |
| ◎ 남북한 기본관계와 통상관계의 탄력적 접근 | 35 |
| <깊이 보기 ⑨> 국제법상 기본관계와 통상관계 | |
| ◎ 『남북평화조약』 체결의 당위적 접근 | 38 |
| <깊이 보기 ⑩> 한반도의 법적 상태와 국제법상 평화상태의 유형 | |
| <깊이 보기 ⑪> 한반도 평화조약 체결에 대한 북한의 주장 | |
| <깊이 보기 ⑫> dominium과 imperium | |
| ◎ condoperium 관계의 발전적 접근 | 43 |
| 5. 제언 | 45 |
| <참고문헌> | 48 |

1. 들어가며



1 [들어가며]

우리들이 일반적으로 알고 있는 법이란 제정목적에 부합되도록 법조문의 의미를 명백히 하여 사실에 적용함으로써 실제적으로 그 법이 효력을 발휘할 수 있도록 하는 것이라고 이해하고 있으며, 이를 법해석학이라고 한다.

하지만 이 법해석학과는 달리 법사회학이란 법이 사회현상과 부합되게 발전되고 또 변화·변모하는지, 아니면 사회발전과는 달리 역행하여 작용하는지를 사실적이고 현상적으로 파악하여 향후 법현상의 진화·발전방향을 연구하고 제시하는 학문을 말한다.

깊이 보기 ① : 법사회학이란?

전통적인 법해석학과는 달리 법이 사회 속에서 어떻게 표현되고 있느냐 즉, 사회구성원이 실제로 법이라고 인식하고 그에 따라 행동하는 것이 무엇이나에 관심을 기울이는 것이다. 따라서 법사회학의 연구대상은 법으로 인해 어떠한 사회변화가 일어나느냐, 그리고 사회변화에 따라 법이 어떻게 그 사회에서 자리 잡고 있느냐에 관심을 기울이는 것으로서, 사회적 개혁과 변혁을 요구하는 여러 가지 인식에 대해 무엇보다도 먼저 법의 변화가 필요하다는 인식에서 사회현상을 이해하는 것이다.

여기서 제시하고자 하는 것은 1948년 정부수립 이후 헌법과 국가보안법을 통해 나타났던 남북관계의 사회변화를 좀 더 완성된 변화로 예측하고 또 선도해 나갈 수 있도록 법시각의 변화필요성을 강조하려는 것이다.

또 나아가 이를 통해 향후 남북관계를 어떻게 보아야 하는지의 국민의식 변화까지도 새롭게 정립해 나가기 위한 필요요소를 제공하고자 하는 것이다.





2. 남북관계변화에 대한 법해석학적 접근



2 [남북관계변화에 대한 법해석학적 접근]

남북관계에 대한 법해석학적 접근은 1948년 정부수립 이후 남북분단을 놓고 “대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다”라는 헌법 제3조의 규정에 따라 북한지역은 대한민국 영토의 일부로서 대한민국의 주권이 미치고, 이에 반하는 어떠한 주권의 실체도 부인되는 것으로 해석해 왔다.

그리고 국가보안법체계 내에서는 북한의 존재가 정부를 참칭하는 반국가단체일 뿐만 아니라 남북한 주민 간에 이루어지는 일체의 행위조차 전부 반국가행위로 규제해 왔다.

이렇듯 법해석학상 남북관계라고 하면, 남 또는 북이 상호 상대방을 법률상의 주체로 인정하느냐에 대한 것을 규명하여 이를 이해하는 것이다. 그러나 남북관계에 대한 법해석학의 입장은 견해에 따라 여러 가지의 형태로 해석된다.

◎ 2국가분열론(남·북을 국가로 승인한 제3국의 해석)

남북에 각각 수립된 두 정부의 실체를 국가로 파악하여 대한민국의 영토는 남한지역에 한정되고, 북한의 영토는 북한지역에 한정된다고 하는 해석론이다. 따라서 남북분단의 법적 성격은 분열을 의미하며, 대한제국은 소멸되고 한반도에는 대한민국과 북한이라는 2개의 신생국이 존재한다고 이해하는 것이다.¹⁾

◎ 2국가분리론(남한만 국가로 승인한 제3국의 해석)

대한민국의 정부수립으로 대한제국의 법인격을 승계한 것이며, 이후 북한정부의 수립은 새로운 국가탄생이라고 이해하여 이를 대한민국으로부터 분리·독립된 것으로 해석하는 것이다.

따라서 남북분단의 법적 성격은 분리를 의미하며 대한제국은 소멸하지 않고 대한민국이 이를 승계하여 한반도에는 대한민국과 북한이라는 2개의 국가가 존재한다는 것이다.²⁾

1) 국가가 탄생하면 국가로서의 권리능력은 인정되나 행위능력이 없고, 타국가가 승인을 함으로써 비로소 국가의 행위능력은 인정되며, 그 효과는 권리능력의 시기까지 소급한다는 것이다(국가승인의 선언적 효과설).

2) 위의 선언적 효과설과는 달리, 타국가가 승인을 함으로써 비로소 국가의 권리능력과 행위능력이 인정된다는 것이다(국가승인의 창설적 효과설).

◎ 국가연합론(유엔 동시가입의 해석)

남북한 유엔 동시가입 이후 남북관계는 대내적·대외적으로 이원적 성격을 갖는 관계로, 대내적으로는 국가관계는 아니면서 대외적으로는 독립된 별개의 국가로서 존재하는 병렬적 국가결합의 하나인 특수유형의 국가연합에 해당한다고 이해하는 것이다.

◎ 1국가존속론(현행 법체계상 해석)

한반도에는 대한제국의 법통성을 계승한 대한민국이라는 1개의 국가가 존재하는 것이며, 따라서 대한민국의 영토는 남북한 전역이 되고, 북한은 북한지역을 불법적으로 지배하는 단체에 불과한 것으로 이해하는 것이다. 따라서 남북분단의 법적 성격은 대한민국은 법률상의 정부이나 북한은 사실상의 정부에 불과한 것으로 북한지역은 북한정권에 의한 불법적 통치로 대한민국의 통치권행사가 사실상 제한된 곳으로 해석하는 것이다.

◎ 상호국가론(통합론의 해석)

남북한이 상호 국가로 승인하지는 않았다 하더라도 각자의 국가성은 부인되는 것은 아니며, 유엔가입에 대한 협의가 있었다면 이를 묵시적 승인으로 인정해 유엔가입 이후 남북한 상호간의 관계는 상호 국가로 보아도 무방하다고 이해하는 것이다.

이 같은 시각은 남과 북이 상호 상대방을 부정하는 상태에서는 통일을 달성하기 힘들다는 점에 착안한 것이며, 남북한이 유엔에 동시 가입한 것을 계기로 상호 상대방을 국가로 인정할 상태에서 통일을 달성해 보려는 정치학에서의 통합이론에 법적 기초를 제공한 해석이다.

3. 남북관계변화에 대한 법사회학적 접근



3 [남북관계변화에 대한 법사회학적 접근]

◎ 남북관계변화에 대한 시대적 접근

■ '70년대

‘자주·평화·민족대단결’이라는 원칙에 입각한 7개항에 달하는 ‘7·4 남북공동성명’의 채택으로 남북관계는 급진적으로 변화하기 시작하여 남북의 분단체가 실질적으로 대등한 위치에서 서로의 관계를 정치적으로 조절하게 됨으로써 그 동안 절대적 적대관계로만 머물러 있었던 대상에서 평화통일의 대상이 되었다. 그러나 이것 역시 성명발표와 동시에 발표된 우리정부의 입장은 남북공동성명이 북한에 대한 어떠한 법적 지위를 인정하는 것은 아니며 법리상으로 남북간의 관계에는 아무런 영향을 주지 않는다는 것이었다.

1972년 ‘7·4남북공동성명’이 채택되기 이전까지만 해도 남북관계는 유엔의 감시 하에 자유총선거를 실시하여 하나의 정부를 수립하자거나, 반공을 국시로 하는 북진통일의 주장, 나아가 북한과의 국력경쟁에서 우위를 차지하려는 원칙과 방향으로 전개되었다.

이는 남북관계가 서로 정권의 정통성을 주장하는 경합관계에 있으면서 다 같이 단일국가의 존재를 주장하는 남북한 각자의 기본적 입장이라는 공통성을 지니고 있다고 여겨졌다.

깊이 보기 ② : 헌법상 남북한의 법적 지위

〈대한민국 헌법〉

제3조 : “대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다”

〈조선민주주의인민공화국 헌법〉

제1조 : “조선민주주의인민공화국은 전체 조선인민의 리익을 대표하는 자주적인 사회주의국가이다”

제2조 : “……조국의 ……전통을 이어받은 혁명적인 국가이다”

* 남한과 북한은 공히 각자가 ‘한반도 전체를 대표하는 정통국가’임을 나타내고 있다.

하지만 이 같은 변화는 결국 분단의 현실을 받아들이기를 거부하는 헌법을 개정하게 하여 유신헌법에서는 헌법전문에서 뿐만 아니라 제35조(통일주체국민회의), 제43조 3항(대통령의 의

무), 제46조(대통령의 취임선서) 등에서 ‘조국의 평화적 통일’이라는 내용을 법조문으로 받아들이게 되면서 분단의 현실을 인정하고 평화적 통일노력을 추구한다는 점을 처음 법적으로 반영하기 시작하였다.

또한 헌법이 조국의 평화적 통일을 명시적으로 언급함에 따라 정부의 대북정책도 적극성을 띠게 되어 1973년 ‘6·23평화통일외교정책’에서는 북한의 지위를 사실상의 정부로 인정하기까지에 이르렀다.

깊이 보기 ③ : ‘6·23평화통일외교정책선언’과 북한의 사실상 정부 인정

‘6·23평화통일외교정책선언’ 제2항의 ‘상호내정불간섭’과 제5항의 ‘유엔동시가입제의’ 자체로만 볼 때, 이는 국가로서의 지위를 전제로 하는 것인 만큼 이에 대한 명시적 유보가 없는 한 국제법상 묵시적 국가승인의 효과는 발생한다고 보아야 하지만, “대북한 관계사항은 통일이 달성될 때까지의 과도적 기간 중의 잠정적 관계로서 이는 결코 우리가 북한을 국가로서 인정하는 것이 아님을 분명히 한다”라고 하는 단서로 국가승인의 효과는 발생하지 않으나, 적어도 북한을 지방적 사실상의 정부로 인정하는 효과는 발생한다.

1973년 6월 26일 당시의 김종필 국무총리는 국회의 질의답변에서 “우리는 휴전선 이북지역을 사실상 지배하고 있는 공산정권이 있다는 현실을 인정한다. 그러나 이것을 국제사회에서는 소위 두 개의 한국이라고 할지 모르나, 우리로서는 민족적 통일의 염원에 비추어 북한을 하나의 국가로 인정하는 것은 아니다”라고 하였다.

그러나 이 같은 '70년대의 획기적인 대북정책변화에 따라 헌법은 개정을 통하여 분단의 현실을 간접적으로 인정하였으나 영토조항에 관해서는 별다른 이의 제기가 이루어지지 않았다.

또한 정치적으로 북한을 사실상의 정부로 인정하였음에도 불구하고 국가보안법은 1980년 신군부의 국가보위입법회의에서 반공법과 통합되는 개정만을 거쳤을 뿐 사회변화를 전반적으로 반영하지는 못하였다.

■ '80년대

1980년대 후반에 들어서면서 남북관계의 변화는 점차 더 발전하였고, 마침내 1988년 '7·7선언'을 통해 '7·4남북공동성명'의 '자주·평화·민족대단결의원칙'이 재천명되면서 남북한관계를 상호 실체인정의 관계로 발전시키게 되었다. 이어 새로운 통일방안에서는 남과 북의 관계를 대등한 민족구성체의 하나로 보고 남북연합을 구성할 것이 제의되었다.

이를 통해 남과 북은 대외적으로는 독립된 국가로 보지만 대내적으로는 하나의 민족개념으로 보는 한반도에서의 1민족 2체제가 있다는 것을 명시적으로 선언함으로써 분단국 특유의 이원적 특수관계를 인정하게 되었다.

이로써 1988년 12월에는 헌법의 개정을 가져오게 되었고 마침내 헌법 전문에 '조국의 분단을 인식하면서 우리 민족의 평화적 통일에 관한 사명을 천명' 하는 것과 동시에 '평화통일조항'(제4

조)을 신설하게 되었다.

이 같은 헌법의 개정은 그 동안의 정부주도의 일방적인 통일 정책에서 벗어나 '80년대 민주화를 기반으로 분출한 통일운동과 통일논의를 헌법이 그대로 수용하는 것으로, 정부의 적극적인 대북정책 추진을 추동하였을 뿐만 아니라 그 법적 근거를 제시하는 기능을 담당하게 되었다.

또한 헌법의 개정과 함께 국가보안법에 있어서도 당시 정부와 국회는 북방정책의 보다 적극적인 추진을 제도적으로 뒷받침하고 국민의 인권보장을 더욱 강화한다는 취지에서 1991년 5월 31일 제11차 개정을 실시하게 되었다.

이에 따라 국가보안법의 해석적용에 있어서 자의적 해석금지 와 기본적 인권의 부당한 제한 해석금지 등을 제1조 목적에 추가 함으로써 대폭적인 개정이라는 변화를 나타내었다.

■ '90년대

남북관계의 획기적 변화로 '90년대에 들어와서는 남북교류협력법의 제정과 남북한유엔동시가입, 남북기본합의서의 채택, 1993년 7월 1일 '3단계·3기조통일정책'의 천명을 통하여 남북관계를 화해협력단계, 남북연합단계, 통일국가단계에 이르는 발전적 정책을 수립하게 되었다.

1990년대 들어서면서 우리 사회에는 '7·7선언'을 구체화하기 위한 분야별 조치와 동 선언의 정신을 지속적으로 살리면서

실천해 나가기 위한 법제도적 장치의 필요성이 대두되었다.

남북간의 교류협력이 적극적으로 추진되어야 한다는 이러한 분위기에 따라 1990년 8월 1일 남북교류협력법이 제정·공포되었다.

남북교류협력법은 남북간의 인적 왕래·북한주민접촉·교역·협력사업을 촉진한다는 정신에 기초하여 이에 필요한 사항을 규정하고 있다는 점(제1조)과 다른 법률에 우선하여 이 법이 적용된다(제3조)는데 그 의미가 있다.

또한 기존의 정치논리에 입각한 남북관계를 법적 근거와 법적 통제에 따르는 즉, 정부의 헌법상 법치주의에 입각한 대북정책 및 통일정책 추진의 의지가 담겨져 있다고 할 수 있다.

이와 아울러 1991년 남북한 유엔 동시가입으로 한반도에 대외적으로는 2개 국가, 대내적으로는 1개 국가가 존재하는 현실이 발생함에 따라 남과 북은 지금까지 1국가 존재만을 견지해 왔던 정책에서 벗어나 현실의 남북관계를 규범 짓기 위해 1992년 남북기본합의서를 체결하여, 한반도에는 대외적으로는 2개 국가가 존재하나, 대내적으로 기존의 1국가 내에 2개의 체제가 존재하는 특수한 상황임을 확인하고 있다.

이처럼 '90년대의 남북관계는 남북교류협력법과 남북기본합의서가 채택된 이후 크게 활기를 띠게 되었고, 10개에 달하는 부속합의서 또는 후속합의서가 채택되면서 기본합의서를 발효시키기 위한 빈번한 접촉이 이루어졌다.

결국 남북교류협력법과 남북기본합의서는 헌법규정에 의한 추상적인 남북관계를 통일을 지향하는 과정에서의 평화공존체제로 실질적으로 제도화함으로써 남북관계를 발전시키는 상승작용 역할을 하였다고 할 수 있으며, 그 결과 남북간의 관계는 민족내부간의 관계로 정착되게 되었다.

깊이 보기 ④ : 남북기본합의서

남과 북은 분단된 조국의 평화적 통일을 염원하는 온 겨레의 뜻에 따라, 7·4 남북 공동성명에서 천명된 조국통일 3대원칙을 재확인하고, 정치 군사적 대결상태를 해소하여 민족적 화해를 이룩하고, 무력에 의한 침략과 총돌을 막고 긴장완화와 평화를 보장하며, 다각적인 교류·협력을 실현하여 민족공동의 이익과 번영을 도모하며, 쌍방 사이의 관계가 나라와 나라사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계라는 것을 인정하고, 평화통일을 성취하기 위한 공동의 노력을 경주할 것을 다짐하면서, 다음과 같이 합의하였다.

제1장 남 북 화 해

- 제1조 남과 북은 서로 상대방의 체제를 인정하고 존중한다.
- 제2조 남과 북은 상대방의 내부문제에 간섭하지 아니한다.
- 제3조 남과 북은 상대방에 대한 비방·중상을 하지 아니한다.
- 제4조 남과 북은 상대방을 파괴·전복하려는 일체 행위를 하지 아니한다.
- 제5조 남과 북은 현 정전상태를 남북사이의 공고한 평화상태로 전환시키기 위하여 공동으로 노력하며 이러한 평화상태가 이룩될 때까지 현 군사정전협정을 준수한다.
- 제6조 남과 북은 국제무대에서 대결과 경쟁을 중지하고 서로 협력하며 민족의 존엄과 이익을 위하여 공동으로 노력한다.

제7조 남과 북은 서로의 긴밀한 연락과 협의를 위하여 이 합의서 발효 후 3개월 안에 판문점에 남북연락사무소를 설치·운영한다.

제8조 남과 북은 이 합의서 발효 후 1개월 안에 본회담 테두리 안에서 남북정치분과 위원회를 구성하여 남북화해에 관한 합의의 이행과 준수를 위한 구체적 대책을 협의한다.

제2장 남 북 불가침

제9조 남과 북은 상대방에 대하여 무력을 사용하지 않으며 상대방을 무력으로 침략하지 아니한다.

제10조 남과 북은 의견대립과 분쟁문제들을 대화와 협상을 통하여 평화적으로 해결한다.

제11조 남과 북의 불가침 경계선과 구역은 1953년 7월 27일자 군사정전에 관한 협정에 규정된 군사분계선과 지금까지 쌍방이 관할하여 온 구역으로 한다.

제12조 남과 북은 불가침의 이행과 보장을 위하여 이 합의서 발효 후 3개월 안에 남북군사공동위원회를 구성·운영한다. 남북군사공동위원회에서는 대규모 부대이동과 군사연습의 통보 및 통제문제, 비무장지대의 평화적 이용문제, 군인사교류 및 정보교환 문제, 대량살상무기와 공격능력의 제거를 비롯한 단계적 군축 실현문제, 검증문제 등 군사적 신뢰조성과 군축을 실현하기 위한 문제를 협의·추진한다.

제13조 남과 북은 우발적인 무력충돌과 그 확대를 방지하기 위하여 쌍방 군사당국자 사이에 직통전화를 설치·운영한다.

제14조 남과 북은 이 합의서 발효 후 1개월 안에 본회담 테두리 안에서 남북군사분과위원회를 구성하여 불가침에 관한 합의의 이행과 준수 및 군사적 대결상태를 해소하기 위한 구체적 대책을 협의한다.

제3장 남북교류협력

제15조 남과 북은 민족경제의 통일적이며 균형적인 발전과 민족전체의 복리향상을 도모하기 위하여 자원의 공동개발, 민족내부교류로서의 물자교류, 합작투자 등 경제교류와 협력을 실시한다.

제16조 남과 북은 과학·기술, 교육, 문화·예술, 보건, 체육, 환경과 신문, 라디오, 텔레비전 및 출판물을 비롯한 출판 보도등 여러 분야에서 교류와 협력을 실시한다.

제17조 남과 북은 민족구성원들의 자유로운 왕래와 접촉을 실현한다.

제18조 남과 북은 흩어진 가족·친척들의 자유로운 서신거래와 왕래와 상봉 및 방문을 실시하고 자유의사에 의한 재결합을 실현하며, 기타 인도적으로 해결할 문제에 대한 대책을 강구한다.

제19조 남과 북은 끊어진 철도와 도로를 연결하고 해로, 항로를 개설한다.

제20조 남과 북은 우편과 전기통신교류에 필요한 시설을 설치·연결하며, 우편·전기 통신 교류의 비밀을 보장한다.

제21조 남과 북은 국제무대에서 경제와 문화 등 여러 분야에서 서로 협력하며 대외에 공동으로 진출한다.

제22조 남과 북은 경제와 문화 등 각 분야의 교류와 협력을 실현하기 위한 합의의 이행을 위하여 이 합의서 발효 후 3개월 안에 남북 경제교류 협력공동위원회를 비롯한 부문별 공동위원회들을 구성·운영한다.

제23조 남과 북은 이 합의서 발효 후 1개월 안에 본회담 테두리 안에서 남북교류·협력 분과위원회를 구성하여 남북교류·협력에 관한 합의의 이행과 준수를 위한 구체적 대책을 협의한다.

제4장 수정 및 발효

제24조 이 합의서는 쌍방의 합의에 의하여 수정·보충할 수 있다.

제25조 이 합의서는 남과 북이 각기 발효에 필요한 절차를 거쳐 그 문본을 서로 교환한 날부터 효력을 발생한다.

■ 2000년대

2002년 6월 15일 '남북공동선언'에서는 남북관계의 발전과 평화통일의 실현을 위한 5개항에 합의하면서 통일문제의 자주적 해결, 통일방안의 공통성 인정 등을 명시하여 통일에 관한 한 일방에 의한 흡수통일을 지양하고 합의에 의한 통일을 서로 확인하게 되었다.

'6·15공동선언' 이후 남북관계의 점진적 발전이라는 사회분위기에 편승해 남북은 민족내부관계의 구체적인 확인과 시행을 추진하게 되어 남과 북은 경제·군사분야에서 뿐만 아니라 사회 전반에 걸친 교류협력으로 이어져 현재는 무려 20여개 이상의 분야별 합의가 이루어지고 있다.

특히 2003년 8월부터 국내법과 동일한 효력을 갖게 된 4대 정협합의서의 채택은 남북관계 발전에 이정표를 제시하는 아주 중요한 남북간 합의서로 남북한의 관계를 더 이상 과거 지향적 경쟁관계가 아닌 미래 지향적 협력관계로 발전시키는 변수와 시금석으로 작용하고 있다고 할 수 있다.

따라서 남북관계의 발전에 대한 우리 사회의 공통된 인식은 교류협력이라는 실질적인 이행과 이 같은 이행을 위해서 걸림돌로 작용하고 있는 헌법 및 국가보안법의 냉전적 규정이 폐지되어야 한다는 논란에 다다르고 있다.

◎ 남북관계변화에 대한 사회현상적 접근

■ 헌법개정의 논란

우리 헌법상 논란이 되고 있는 것은 제3조(영토조항)와 제4조(통일조항)이다. 여기서의 영토조항은 대한민국의 영역권을 법으로 규정한 것이며, 통일조항은 대한민국의 통일정책을 법으로 규정한 것이다.

1948년 7월 제정 이래 지금까지 존속되고 있는 헌법 제3조의 규정에 의하면 북한지역은 대한민국 영토의 일부인 것으로서 어떠한 주권적 실체의 존재도 부인되는 것이다.

그러나 1980년 12월에 개정된 헌법은 제4조에서 “대한민국은 통일을 지향하며, 자유민주주의적 기본질서에 입각한 평화통일정책을 수립하고 이를 추진한다”고 규정하고 있어 법리상 한반도의 법적 분단을 부인하는 영토조항과 분단을 전제로 하는 통일조항은 서로 상충된다는 것이다.

다시 말해 제3조의 해석에 의하면 법률상 대한민국의 영토는 한반도 전역이라고 하여 대한민국의 영유권이 남한을 포함한 북한지역에도 미친다고 할 수 있지만, 제4조의 해석에 의한다면 남한지역에 대한 통치권은 대한민국이 행사하고 있고, 북한지역에 대한 통치권은 북한이 행사하고 있는 것으로 된다는 것이다.

결국 제3조가 가지고 있는 법 규정의 의미를 분석하면 현실적으로는 분단되어 있으나, 법률적으로는 분단되어 있지 않다고 하여 사회현상을 법으로 제한하고 있는 것이 된다. 반면, 제4조

는 분단되어 있는 한반도의 현실을 통일된 한반도로 지향할 것을 법률로서 규정함으로써 향후 사회현상의 변화발전을 추구하고 있다고 볼 수 있다.

현실적인 면에서도 영토조항이 그간 한국정부의 통일정책의 실제, 즉 헌법현실과 어느 정도 괴리현상을 보여 온 것도 부인할 수 없는 사실이다. 그 동안 '7·7선언'의 천명, '한민족공동체 통일방안'의 대북제의, 8차에 걸친 남북고위급회담 개최, 남북한 유엔동시가입, 남북기본합의서의 채택 등은 영토조항과 통일정책의 실제 간의 모순을 잘 보여주는 단적인 예들이다. 이러한 모순은 특히 남북한 유엔동시가입 후에 더욱 심화되고 있다.

특히 남북한이 유엔에 동시가입하고 기본합의서를 채택함에 따라 이제 상호체제 인정 및 존중, 즉 제한적이거나 '국가적 실체성'을 인정할 수밖에 없는 상황에 이르렀다.

따라서 앞으로도 현재의 영토조항을 존치하면서 기존의 해석론을 고수할 경우, 법리상의 모순을 피할 수 없게 된다. 왜냐하면 영토조항의 법리를 그대로 따르면 유엔회원국의 하나인 조선민주주의인민공화국이 다른 유엔회원국인 대한민국 영토 중 군사분계선 이북지역을 불법으로 영유한다는 것이 되기 때문이다.

더 나아가 영토조항의 형식논리에 따르면, 현행헌법상 가능한 통일방안은 결국 대한민국헌법이 존속하는 가운데 북한정권이 소멸되어 스스로 남한정부의 지배 하에 들어오는 것 즉, 흡수통

일 이외에 다른 통일방식의 여지가 없게 된다.

따라서 이러한 통일방안은 냉전 이데올로기에 입각한 것으로서, 남북한의 현실에 비추어 실현가능성이 희박한 것이며 정부의 통일정책과도 부합되지 않는다는 것이다.

깊이 보기 ⑤ : 제3조와 제4조에 대한 학설

① 제3조의 규범력 인정론

- i) 유일합법정부론(김철수, 강경근), ii) 상호조화론(최대권, 이성환, 제성호),
- iii) 남북관계특수론(권영성), iv) 통일조항폐지론(홍성방)

② 제3조의 규범력 불인정론

- i) 통일조항우선론(계희열, 도회근), ii) 통일조항현실론(최창동),
- iii) 영토조항변천론(양건)

이상과 같은 헌법규범과 현실 간의 모순과 괴리가 나타나고 있음을 감안할 때, 영토조항에 대한 형식적 법해석론을 고수한다는 것은 남북관계를 화해·협력 및 평화공존의 관계로 형성해 나가는 사회전반의 인식을 제한하고 있다고 볼 수 있을 뿐만 아니라 통일과 관련해 영토조항의 개폐문제까지 대두되고 있는 상황에 대한 능동적인 대처를 할 수 없는 것으로 나타난다.

■ 국가보안법의 개폐

국가보안법은 남북분단이라는 특수한 상황에서 국가질서를 유지하고 간첩과 좌익세력의 활동을 억제하는등 나름의 역할을 해왔다. 그러나 모호한 법조문과 지나친 법집행으로 사상범을 양산했다는 비판을 받아왔다. 이 때문에 그 존폐를 둘러싸고 보수와 진보 진영이 첨예하게 대립하고 있다.

국가보안법은 정부수립 직후인 1948년 12월 1일 우리사회에 팽배해진 좌우익 간의 이념적 갈등을 극복하고 공산주의 활동을 통제함으로써 자유민주주의의 체제를 수호하기 위해 법률 제10호로 제정· 공포되었다.

그 후 국가보안법은 1980년 12월 31일 국가보안법과 반공법을 통합하는 제6차 개정을 계기로 지금까지 11차에 걸친 개정을 거쳤으며, 현행 국가보안법은 북방정책의 보다 적극적인 추진을 제도적으로 뒷받침하고 국민의 인권보장을 더욱 강화한다는 취지에서 대폭 개정된 1991년 5월 31일의 개정 법률을 그 기본 골격으로 하고 있다.

깊이 보기 ⑥ : 국가보안법 개폐론

① 존치론

현행 국가보안법에 손을 대서는 안 된다는 입장이다. 이는 보수적인 입장으로 현재 만연하고 있는 간첩과 좌익세력에 효율적으로 대처하기 위해서는 현행 국보법도 부족하다는 주장이다.

② 부분개정론

전면폐지는 아직 이르다는 입장이다. 반국가단체 규정과 찬양·고무죄, 불고지죄 등 문제조항은 개정하되, 나머지 부분은 일단 존치시키면서 추가 검토가 필요하다는 것이다. 그래서 제2조의 조항을 '국가변란을 목적으로 하는 결사'로 개정하여, 대남적화활동을 하지 않는 한 북한을 반국가단체가 아니라 화해·협력의 대상으로 보아야 한다는 주장이다. 특히 제7조의 찬양·고무는 현재 국가보안법 위반사범의 90% 이상이 이 조항과 관련되어 있는 것으로 국가의 존립과 안전이나 '자유민주적 기본질서를 위태롭게 하는 점을 알면서 행한 경우'에 대한 엄격한 해석적용으로 헌법상 표현의 자유에 대한 적극적인 침해가 문제가 되고 있다는 것이며, 그 외 제10조의 불고지죄도 헌법상 양심의 자유를 침해하는 조항이라는 문제점을 안고 있다는 것이다.

③ 폐지론

시대가 변한 만큼 인식의 기준도 달라져야 한다는 시각에서 국가보안법을 폐지하고 이 법을 대체할 새로운 법을 제정하자는 입장이다.

이를 정리하자면 보수의 입장은 자유민주주의 체제를 수호하기 위한 폐지반대의 입장이며, 진보의 입장은 법근원적으로 국가보안법이 위헌성, 반통일성, 반민주성을 내포하고 있어 이를 폐지하자는 입장으로 나타나고 있다.

결과적으로 국가보안법의 개폐논의도 북한의 실체를 어떻게 인정하여야 하는가하는 문제로부터 발생하는 것으로 향후 남북 관계의 안정적 발전을 위해서는 북한을 규정하는 법적인 근거가 반드시 필요함을 보여주고 있는 것이다.

■ 남북교류협력법의 개정

남북간 정치적·경제적·사회적 교류가 확대되고 있는 현실에 있어서 남북교류협력법으로 남북간의 모든 관계를 규정하는 것은 많은 문제점을 내포한다고 할 수 있다. 따라서 보다 구체적이고 현실적인 법의 개선이 이루어져 남북관계가 제도화되고 발전될 수 있는 밑거름이 되어야 한다는 것이다.

과거 남북관계를 규율하는 법이 모두 북한과의 적대관계를 상정하고 제정된 것인데 비해 1990년 8월 1일 제정·공포된 남북교류협력법은 북한과의 동반자적 관계를 규율하는 법이라는 점에서 중요한 의미를 가진다.

이 법이 제정되기 전까지는 남북간 주민간의 회합·접촉·왕래 등 일체의 행위는 국가보안법에 따라 반국가활동으로 간주되어 엄격한 법적 규제대상이 되었다. 그러나 남북교류협력법은 이 같은 행위를 전면적으로 개방한다는 정신에 기초하여 그 절차를 규정하고 다른 법률에 우선하여 이 법을 적용함으로써 헌정사상 최초로 남북간 교류협력을 법적으로 보장함과 동시에 헌법에 규정되어 있는 국민의 기본권을 확대·발전시켰다.

깊이 보기 ⑦ : 남북교류협력법의 효력

① 특별법이라는 견해

법해석적 시각에서 '정당하다고 인정되는 범위 내'(제3조)와 관련하여 국가보안법이 적용되지 않는다는 점을 들어 국가보안법에 우선적으로 적용되는 특별법으로서의 지위를 갖는다는 주장

② 일반법이라는 견해

경제적·인적·물적 교류는 물론 사회교류 전반에 관한 사항을 포괄적으로 규정하고 있을 뿐만 아니라 근본적으로 대북인도지원도 동법을 준용하여 적용해 오는 등 남북관계를 다양하고 광범위하게 규율해 왔다는 점을 들어 그 성격이 남북교류협력에 관한 기본법으로서의 지위를 갖는다고 하는 주장이다. 같이 남북교류협력법은 북한을 교류와 협력의 당사자로 인정하고 남북교류와 협력의 근거가 되는 법으로 작용하고 있지만, 남북교류협력에 있어서는 우선적으로 적용되는 특별법으로 존재하느냐 아니면 권리·의무의 내용을 가진 기본법으로 존재하느냐에 대한 논란이 있다.

■ 남북관계발전기본법의 제정

남북교류협력의 증진과 함께 정부의 대북정책을 제도화된 틀 속에서 객관적이고 투명하게 추진할 수 있는 법제도적 기반의 마련이 시급하다는 논의에 따라 여당과 야당은 공히 남한과 북한 사이의 기본적인 관계와 국가의 책무를 규정하는 법안을 국회에 제출하고 있다.

남북관계발전기본법의 제정은 남북간의 기본적 관계를 규율하는 법으로 남북합의서의 발효절차 등을 법률에 의하도록 함으

로써 투명한 대북정책의 추진과 국민적 신뢰 강화에 기여한다는 데 그 주목적을 두고 있다.

이는 남북간 합의서의 법적 효력부여를 위한 절차의 제도화 필요성에 그 큰 의미가 있을 뿐만 아니라 그간 입법적 불비로 인하여 투자보장합의서 등 13개 합의서가 예외적인 조약절차를 준용하여 국회동의절차를 밟아 효력을 발휘하고 있는 행정상의 절차를 법적으로 보완함으로써 남북관계와 통일환경에 부응하고 향후 남북관계발전을 더욱 촉진할 수 있는 제도적 장치 마련이라 할 수 있다.

이번에 제출된 이 법안들은 남북관계가 급속하게 발전함에 따라 대북정책을 법적 기초 하에 투명하게 추진할 필요성이 증대되고 있고, 특히 남북간 합의서가 법적 효력을 갖게 됨으로서 점차 남북관계의 안정성과 일관성의 확보를 위한 것이라는 점과 남한과 북한간의 기본적 관계를 법률로써 규정함으로써 향후 남북관계의 발전을 촉진해 보자는 점에 그 제정취지가 있다고 밝히고 있다.

깊이 보기 ⑧ : 법안에 대한 정부의 입장

입법적 불비로 인하여 투자보장합의서 등 13개 합의서가 예외적인 조약절차를 준용하여 국회동의절차를 밟아 왔기 때문에, 남북간 합의서의 법적 효력부여를 위한 절차를 제도화하는 것이 필요하고, 급변하는 남북관계와 통일환경에 부응하고, 향후 남북관계발전을 더욱 촉진할 수 있는 제도적 장치 마련이 시급

또한 법리적으로 볼 때 남북관계의 개선이나 교류협력을 위해 현행법령체계를 도외시하고라도 우선적으로 추진해보자는 것이 기존의 법이었다고 평가한다면, 남북관계발전기본법의 제정을 통해서 기대해 볼 수 있는 것은 남북관계나 교류협력의 틀과 체계를 법으로 정리하면서 그 기본적인 골격과 방향을 제시하고 있다고 볼 수 있다.

나아가 기존의 남북교류협력법이 절차적이나 형식적인 것에 너무 치우쳐 있어 실질적인 교류협력 보다는 실적위주의 교류협력이 되어 이제는 남북교류협력에서의 보다 나은 탄력성이 필요하고 또 그 법적 근거로 기본법을 제정함으로써 나타나는 법적 안정성과 남북교류협력법령에 대한 보완성을 확보하고 있다는 데 그 의미가 있다고 할 수 있다.

남북관계발전기본법의 제정은 민족통일의 과정에서 야기될 수 있는 사회구성원들 간의 이념적 대립인 남남갈등을 조화롭게 해결하는 것은 물론 일관성 있는 대북 및 통일정책을 창출하는데 도움이 될 것으로 보인다.

4. 남북관계발전을 위한 법인식전환의 필요요소



4 [남북관계발전을 위한 법인식전환의 필요요소]

남북교류협력이 진행되고 발전되는 상황에서 오늘의 대한민국은 발전적 남북관계를 위해 남과 북의 관계를 ‘나라와 나라사이의 관계가 아닌 특수관계’로 규정해 법이 사회현상과 부합되게 발전하고 또 이를 통해 사회를 변화시키려 노력하고 있다. 하지만 법의 변화를 통한 사회변화를 추구하기에 앞서 그 보다도 먼저 본질적인 문제가 해결되지 않는다면 남북관계의 발전은 한시적인 것에 머물거나 그 지속성이 담보될 수 없다. 즉, 발전적 남북관계를 위해 법률로써 남과 북의 관계를 ‘나라와 나라사이의 관계가 아닌 특수관계’로 규정해 법이 사회현상과 부합되게

발전하고 변화한다 해도 사회변화와 발전이 이와 달리 작용한다면 그 법은 실효성을 거두기 어렵다. 따라서 남북관계를 규율하고 있는 법이 사회변화에 따라 그 사회에서 어떻게 자리 잡고 있느냐 또는 그 같은 법제도로 인해서 사회에 어떤 변화가 일어나느냐에 관심을 기울여 사회변화를 수용하는 법으로 거듭 발전해야 할 것이다.

그러기 위해서는 먼저 다음과 같이 남북관계발전을 위한 법인식 전환이 필요하다.

◎ 남북한의 기본관계와 통상관계의 탄력적 접근

유엔헌장 제4조를 보면 유엔에 가입하기 위한 자격을 평화애호국으로 규정하고 있으며, 그러한 국가에 대한 승인은 총회의 결정으로 이루어진다고 하고 있다. 따라서 어떤 정치적 실체가 유엔에 가입하게 되면 이는 유엔으로부터 국가승인을 받은 것이 된다.

이에 따라 북한이 유엔에 가입하기 전까지 북한은 유엔과의 관계에서 국가도 아니고 평화애호국도 아니었지만³⁾, 북한이 유엔에 가입함으로써 북한은 유엔으로부터 국가승인을 받은 것이 된다.

3) 유엔은 1948년 12월 12일 총회의 결의에서는 한반도에서 대한민국만이 유일한 합법정부라고 했고, 1950년 6월 25일 안전보장이사회의 결의에서는 남한을 '대한민국정부'라고 했고 북한을 '북한당국'이라고 하여 남한은 국가이나 북한은 국가가 아니라 '교전단체'인 것으로 보았으며, 6월 27일의 결의와 7월 7일의 결의에서도 북한을 '평화의 파괴자'라고 보았을 뿐만 아니라 심지어 1951년 2월 1일 총회의 결의에서는 북한을 '침략자'로까지 보았다.

그러나 북한의 유엔가입은 유엔 자체가 북한을 국가로 승인하여 한반도에는 2개의 국가가 존재한다고 보고 있는 것일 뿐, 모든 가맹국을 포함해 대한민국도 북한을 국가로 승인한 것은 아닌 것으로 이해해야 한다.⁴⁾

왜냐하면 대한민국과 북한이 각각의 헌법을 통해서 분단초기부터 극단적인 1국가론적 해석에 의해 상대방의 지위를 부정해 왔다는 점에서도 알 수 있으며,⁵⁾ 정책적으로도 각자를 아직 국가로 보고 있지 않는 것을 통해서도 잘 나타나 있다.⁶⁾

하지만 북한의 유엔가입으로 북한은 유엔으로부터 국가로 승인받은 것이 되어, 이 같은 극단적인 1국가론적 해석에 의한

4) 유엔총회의 결의는 일반적으로 가맹국에게 법적 구속력이 없다는 견해가 지배적이다(Brownlie, Principles of Public International Law, 3rd ed.(Oxford : Claredon, 1979), p.11 ; G. Schwarzenberger, A Manual of International Law, 6th ed.(London : Stevens, 1976), p.289.).

5) "1950년 6월 25일의 전쟁은 북한이 미국의 대리역을 하고 있는 불법적인 남한 정권을 무력으로 섬멸하여 남한지역의 민족을 미국 또는 남한정권으로부터 해방시키기 위한 민족해방전쟁이었다" 라고 주장하는 것은 바로 이 같은 논리에 의한 것이다.

6) 북한이 우리의 자유민주적 기본질서에 대한 위협이 되고 있음이 분명한 상황에서 우리 정부가 북한당국자의 명칭을 쓰면서, 남북동포간의 화해와 협력, 그리고 통일을 논의하기 위한 정상회담을 제의하고, 7·4남북공동성명과 7·7선언 등 정부의 대북관련 개방정책선언이 있었으며, 남·북한이 유엔에 동시가입하였고, 이로써 북한이 국제사회에서 하나의 주권국가로 승인받았거나, 남·북한 총리들이 남북사이의 화해, 불가침 및 교류·협력에 관한 합의서에 서명하고 위 합의서가 발효되었다고 하더라도 북한이 국가보안법상의 반국가단체가 아니라고 할 수는 없다(대법원 94도930).

상대방 지위의 부정은 점차 그 경직성이 완화되어 온 것 또한 사실이이라고 보아야 한다.⁷⁾

이와 관련하여 남한과 북한 간에는 상호 국가로 승인하는 기본관계조약은 체결되지 않았지만, 상호간의 경제교류협력을 위해 2000년 12월 16일 민족내부거래에서 발생하는 법률관계를 규율하는 4개 경협합의서는 체결한 바 있다. 이 4대 경협합의서는 모두 전문에 “남북공동선언에 따라 진행되는 경제교류협력이 나라와 나라사이가 아닌 민족내부의 거래임을 확인”한다고 하고 있어 경협합의서가 외교관계의 수립을 위한 기본조약이 아닌 통상조약임을 확인하고 있다.⁸⁾

요컨대, 북한의 유엔가입과 남북간 통상조약을 놓고 이를 법사회학적 입장에서 볼 때, 현재 남북분단을 2국가로 볼 것인가 아니면 1국가로 볼 것인가 하는 문제는 양분단체가 결정·선언하는 정책의 문제와도 깊은 관련이 있다고 할 수 있다.

7) 남북한이 유엔에 동시가입하면 통일지향적인 평화공존체제를 위해 현행헌법이 완성헌법에서 잠정헌법으로 시대정신에 맞게 신중한 개정을 고려해야 한다고 주장하는 학자도 있다(이장희, “독일통일이 남북한통일에 주는 법적 의미”, 한반도평화정착을 위한 법적 관계, 대한국제법학회 학술세미나발표문, 1991. 10. 19, p.18).

8) 4대 경협합의서는 효력발생에 대해 모두 남북한 각기 발효에 필요한 내부절차를 거쳐 그 문본을 교환한 날로부터 효력을 발생하는 것으로 합의하고 있으며, 이에 따라 남한은 2003년 6월 30일 국회의 본회의 가결과 2003년 8월 20일 발효통지문을 남북이 상호 교환함으로써 현재는 국내법과 동일한 효력을 발생하고 있다.

깊이 보기 ⑨ : 국제법상 기본관계와 통상관계

① 기본관계란?

국가와 국가간에 수립되는 외교관계를 의미하며, 이는 주권국가의 상호합의에 따라 국가승인의 결과를 가져오는 것이다.

② 통상관계란?

국제법 주체간의 경제적·사회적·문화적 관계, 특히 유리한 상사교섭에 의해 당사자간의 우호의 결속을 강화하기 위한 목적으로 주로 통상조약 또는 우호통상항해조약의 체결로 이루어지는 관계를 말한다.

통상조약은 국가와 국가간에 체결되는 것이 보통이지만 국가와 미승인국가간에도 체결되는 것이 일반적이다. 따라서 통상관계는 반드시 국가와 국가간에만 성립되는 것이 아니다.

◎ 『남북평화조약』 체결의 당위적 접근

한국정전협정을 일반적인 휴전조약과 동일하게 해석하여 순수한 군사적 문제에만 한정되어 있다고 보기는 힘들다.

왜냐하면 한국전쟁과 한국정전협정은 세계적인 이데올로기의 대립 속에서 주변강대국이 개입했다는 점, 유엔차원에서의 공산측과 공방이 뒤얽힌 가운데 체결되었다는 점에서 군사적 성질에 정치적 특성을 내포하고 있는 이른바 ‘휴전을 위한 정치목적적 특성의 잠정적 휴전협정’ 이라고 볼 수 있기 때문이다. 또한 외형상 휴전협정다운 형태를 갖추고 있으나, 휴전 직후부터 계속된 위반사례가 두드러져 마침내 1957년 6월에 벌써 유엔군측이 협정의 일부폐기를 공산측에 통고했다는 점과 공산측도 장기전을 대비한 모든 준비를 강화하기 위한 수단으로서 한국정전협정을

체결하였다는 점⁹⁾ 그리고 빠른 시일 내에 정치문제를 해결하기 위한 정치회담을 개최한다고 제4조 60항에 명시적으로 규정하고 있는 점 등을 보더라도 정치문제가 혼재된 군사적 성질의 정치협상적 협정이며, 따라서 지금까지도 한국정전협정은 정치적 수단으로도 사용되고 있음이 사실이다.

따라서 평화조약의 당사자문제를 기존의 법해석학적 입장에서 머무를 것이 아니라 남북한 현상을 고려해 이를 판단해야 할 것이다. 특히 실제로 현대에 와서는 휴전협정의 당사자와 평화조약의 당사자가 일치하지 않는 것이 관행이며, 특히 연합군을 편성하여 작전하는 경우 평화조약의 당사자는 각기 개별적으로 정해지는 것 또한 국제사회에 정립된 관행이다.¹⁰⁾ 그러므로 휴전협정의 당사자가 반드시 평화조약의 당사자가 되어야 하는 것은 아니며, 연합군을 편성하여 작전하였던 한국전쟁의 특성과 지금의 남북한의 현상을 고려하여 평화조약의 체결은 한반도 문제의 당사자인 남과 북이 체결되어야 한다는 것이다.

9) 공산측은 '휴전회담 초기부터 휴전회담에만 기대를 걸고 평화적 분위기에 사로잡힐 것이 아니고……, 장기전에서 최후승리를 이룩하기 위한 모든 준비를 계속강화해 나가고……, 장기전에서 승리를 쟁취해야만 한다는 입장을 이른바 협정으로 엮은 것이 5개조 63개항의 정전협정이었다' 라는 입장을 취하고 있었다(북한사회과학원 역사연구소, 조선전사 27, 현대편(서울 : 백과사전출판사, 1981), p.25.).

10) 제2차 대전종결 이후 휴전협정에 해당하는 '대일본항복문서'의 당사자는 일본군사령관과 연합군군사령관이었으나, '대일평화조약'의 당사자는 48개국과 일본간에 체결되었으며, 소련은 일본과 별개로 '일소공동선언'이라는 평화조약을 체결하였다 ; 월남전쟁의 경우 휴전협정은 1973년 1월 27일 미국·월남공화국임시혁명정부·월남민주공화국간에 체결되었으나, 평화조약은 1973년 3월 2일 그 외 9개국이 참여하였다 ; 1978년 중동전쟁의 경우 휴전협정에 해당되는 일명 '캠프데이비드협정'의 당사자는 이집트·이스라엘이었으나, 1979년 평화조약에는 미국이 당사자로 참여하였다.

깊이 보기 ⑩ : 한반도의 법적 상태와 국제법상 평화상태의 유형

① 한반도의 법적 상태

1953년 7월 27일 체결된 한국정전협정은 유엔군사령관과 북한군·중공군사령관간에 체결되었으며, 이는 한반도에서의 적대행위를 일시적으로 정지시킬 목적으로 체결된 것이다. 따라서 전쟁을 완전히 종료시키는 평화조약이 체결되지 않는 한, 그 기간이 상당히 경과했다 하더라도 아직 한반도는 법률상 전쟁상태의 계속을 의미하며 아직 평화상태는 아닌 것이다.¹¹⁾

② 국제법상 평화상태의 유형

i) 평화유지에 의한 평화상태

전쟁발발을 사전에 예방하기 위한 안전보장조약 또는 불가침조약 등을 체결함으로써 나타난다.

ii) 평화회복에 의한 평화상태

전쟁이 발발된 후 그 적대행위를 종료하기 위한 평화조약을 체결함으로써 나타난다.

* 따라서 남북평화조약이라 함은 한국정전협정이 체결된 이후 남북한간의 적대관계를 종료하고, 상호 평화관계를 회복하기 위한 법적 구속력의 합의 문서를 말하며, 그 목적은 평화유지가 아닌 평화회복을 위한 합의를 의미한다.

11) 북한은 남북한의 법적 상태를 정치적으로 해석하여 외세의 침략에 의해 통일이 방해되어 있는 상태라고 말하고 있으며, 평화상태를 '전쟁이나 무장충돌 같은 것이 없는 상태'라고 규정하고 있다(사회과학출판사, 『조선말대사전』(평양:사회과학출판사, 1992), p.802).

깊이 보기 ⑪ : 한반도 평화조약 체결에 대한 북한의 주장

① 『남북평화협정』 체결 주장

북한은 한반도 평화조약에 대해 1962년 최초로 『남북평화협정』의 체결을 주장

② 『북미평화협정』 체결 주장

1974년부터 계속 『북미평화협정』의 체결을 주장하고 있고, 또 1995년에 들어와서는 북미평화협정의 체결을 한반도 평화체계수립의 한 방법으로써 제의하고 있다.

이후 북핵문제가 정치적으로 부상하면서 북한은 공식적으로 평화조약에 대해 전혀 언급이 없었으며, '94년 체결된 북미제네바핵합의서의 폐기 선언 이래 2002년 10월 15일 외무성대변인의 담화를 통해 『북미불가침조약』을 체결하자고 공식적으로 제의했을 뿐이다.

그리고 2004년 2월 25일부터 28일까지 중국 북경에서 열린 2차 6자회담에서 핵문제 해결의 담보로 『북미불가침협정』을 계속 제의하였고, 3월 8일자 노동신문은 2차 회담을 평가하면서 '문제해결의 열쇠는 미국의 태도변화에 있다'라는 개인필명의 논평을 통해 미국의 태도변화에 따라 『북미평화협정』을 체결할 수 있다고 역설하고 있다.

그 외 정치적으로 한반도 평화정착, 반핵평화애호정책 등의 표현을 사용하고 있어 일반인들로 하여금 정치적 개념과 법률적 개념을 착각하게 하고 있을 뿐, 공식적으로 『북미평화협정』을 체결하자고 제의하거나 주장하는 것은 그 어디에도 찾아 볼 수 없다.

* 반면, 대한민국에 대해서는 '92년 남북기본합의서에서 '현재의 정전상태를 평화상태로 전환하도록 노력한다'고 합의한 이후, 2000년 '6·15 남북공동선언'을 통해 남북관계를 재개하였지만 남북공동선언 내용의 그 어느 부분에서도 평화조약에 대해서 언급한 일이 전혀 없고, 하물며 지금까지 공식적으로 어떠한 제의를 한 바도 없다.

북한의 이 같은 북미평화협정 체결의 주장근거는 한국정전협정의 당사자 문제를 법해석학적 입장에서 접근하는 것으로써, 한국정전협정은 유엔군사령관과 북한군·중국군사령관 간에 체결되었지만 유엔군사령관은 곧 미군사령관이기 때문에 한국정전협정의 일방당사자는 미국이며, 따라서 한반도 평화체계의 수립은 북미간에 체결되는 평화협정을 통해서 달성되어야 한다는 논리이다. 결국 북한의 논리는 평화조약의 체결이라는 점에서 대한민국은 그 당사자가 아니며, 또 이를 근거로 대한민국은 한반도 문제에 있어서도 당사자가 아니라는 것이다.¹²⁾

깊이 보기 ⑫ : dominium과 imperium

국내법상 소유를 dominium이라 하고 점유를 imperium이라고 한다.

국제법상으로는 이 두 가지 권리를 합하여 영역권이라 하며, 국가가 국제법에 의하여 제한되지 않는 범위 내에서 배타적으로 지배하는 권리라고 한다. 여기서 배타적 지배란 영역 내에서 영역자체와 영역상의 물(物)을 사용·처분할 수 있는 권리를 dominium이라 하며, 영역상의 인(人)을 통치할 수 있는 권리를 imperium이라 하고 있으며, 이는 나라의 구속을 받지 않고 절대적으로 지배할 수 있는 국가권한행사의 공간적 권리라고 한다.

따라서 영역권은 영토, 영수, 영공으로 구성되어 이들은 각기 그 법적 지위를 달리 하며, 이 중 영역권이 가장 강하게 미치는 곳은 영토이다.

12) 김영철·서원철, 『현대국제법연구』(평양:과학백과사전종합출판사, 1988, p.168.)

◎ condoperium 관계의 발전적 접근

헌법 제3조(영토조항)와 제4조(통일조항)를 법해석학적 입장에서 보면 한반도에 대한 dominium은 대한민국이 행사하면서 imperium은 남과 북이 분할해서 행사하고 있는 상태에서 하나의 통일체를 이룬다는 것이 된다. 이는 결국 남과 북이 분할해서 행사하고 있는 imperium을 대한민국 일방이 행사하게 되는 시기가 곧 통일이라는 의미를 내포하고 있는 것이 되며, 이렇게 될 경우 대한민국은 흡수통일을 지향하는 것이 된다.

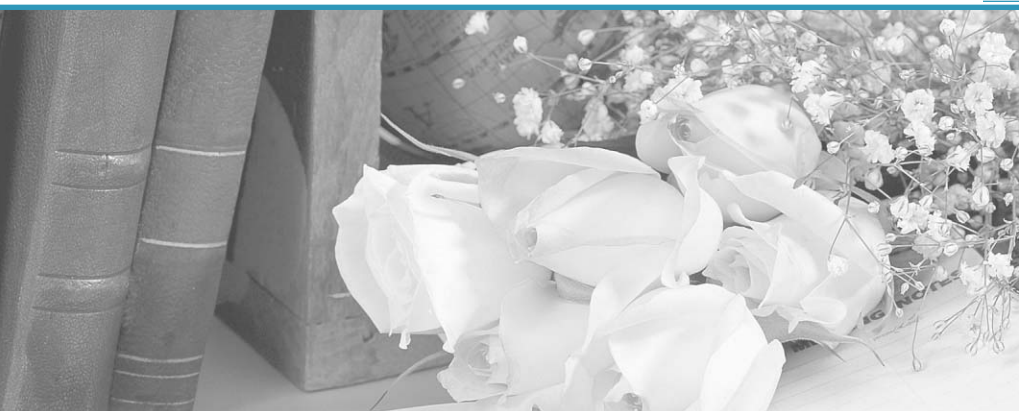
이는 남북관계를 통일을 지향하는 과정에서의 평화공존체제로 보고 있는 현실의 사회상황과 흡수통일을 지양하고 합의에 의한 통일을 서로 확인한 6·15 남북공동선언과 상호 모순된다는 점이다.

따라서 현재의 대한민국을 관념적으로 통일한국이라고 상정하고 통일한국에 대한 영유권과 통치권을 대한민국과 북한이 공동으로 행사하고 있다는 condoperium 관계의 접근이 필요하다고 본다.

이렇게 될 경우 헌법 제3조의 영토조항은 통일한국을 위한 선언적 의미로 보아 제4조 통일조항과의 충돌을 피할 수 있고, 현재 남북간 거래를 남북한 특수관계에서의 민족내부교류로 보는 관련법령을 개정 또는 제정할 때의 기본방향을 제시할 수 있으며, 남북관계를 통일을 지향하는 평화공존체제로 제도화함으로써 남북관계의 사회변화를 좀 더 완성된 변화로 예측하고 또 선도해 나갈 수 있는 법인식이 자리 잡게 될 것이다.



5. 제언



5 [제언]

남북관계발전을 위한 새로운 접근시각으로서 법사회적 접근의 필요성은 먼저 남북관계를 사회변화와 함께 질적으로 발전하고 있는 법의 변화를 통해 좀 더 완성된 남북관계의 변화를 선도해 나갈 수 있도록 법에 대한 시각변화의 필요성을 강조하려는 것이다.

또 나아가 이를 통해 향후 남북관계를 어떻게 보아야 하는지에 대한 법의식은 물론 국민의식의 변화까지도 새롭게 정립해 나가기 위해 필요한 요소를 제공하고자 하는 것이다.

이것은 중국적으로 민족통일의 당위성과 필연성의 법적 기초

이론을 제공함과 동시에 남북통합은 경제·사회문화 등의 모든 분야에서의 교류협력을 활성화시켜 나가되 거기에만 머물지 않도록 정치적 조정을 통해 남북관계가 한 단계 올라설 수 있도록 하자는 기능주의와 신기능주의적 통합이론의 한 측면을 법적 관점에서 보완하고자 하는 것이다.

남북관계발전을 놓고 이를 다각적으로 이해하고자 하는 것은 결국 남북간 교류협력이 확대되고 축적되면 상호의존성이 생기고 거기서 평화가 이루어진다는 당연한 진리를 재확인하고자 하는 것이며, 동시에 법인식과 국민의식의 전환으로 사회적 혼란과 충돌이 아닌 민족적 통합을 바라는 것이다.



< 참고 문헌 >

1. 국내문헌

- 1) 강경근, 『헌법학』, 서울 : 법문사, 1998.
- 2) 권영성, “우리헌법의 영토조항과 통일조항”, 『판례월보』, 제228호, 1998.
- 3) 계획열, 『헌법학(상)』, 서울 : 박영사, 1995.
- 4) 김명기, 『국제법상 남북한의 법적 지위』, 서울 : 화학사, 1980.
- 5) ———, 『국제법원론(상)』, 서울 : 박영사, 1996.
- 6) 김성남, “국회 국가보안법 개폐에 관한 공청회 의견서”, 『인권과 정의』, 제162호, 1990.2.
- 7) 김영철 · 서원철, 『현대국제법연구』, 평양 : 과학백과사전종합출판사, 1988.
- 8) 김정균, “남북한 협정형태에 관한 연구”, 국제법학회논총, 제30권 1호, 1985.
- 9) 김철수, 『헌법학개론』, 서울 : 박영사, 2002.
- 10) 노영돈, “통일에 따른 법적 문제연구”, '89신진학자통일연구, 국토통일원, 1989.
- 11) 도희근, “헌법제3조의 해석”, 『헌법규범과 헌법현실』, 권영성교수 정년기념논문집, 1999.
- 12) 박원순, 『국가보안법연구 1: 국가보안법변천사』 2판, 서울:역사비평사, 1990.
- 13) 박윤흔, “남북기본합의서 이행에 따른 남북교류협력법령의 보완·발전방향”, 『법학』, 제34권 제1호, 서울대학교, 1993.
- 14) 배재식, “남북한의법적 관계”, 국제법학회논총, 제21권 1·2호, 1976.
- 15) 북한사회과학원 역사연구소, 조선전사 27, 현대편, 서울 : 백과사전출판사, 1981.

- 16) 사회과학출판사, 『조선말대사전』, 평양:사회과학출판사, 1992.
- 17) 양양건, “남북한의 통일방안을 어떻게 볼 것인가?”, 『공법연구』, 제22집 1호, 1994.
- 18) ———, “남북한관계의 새로운 방안제시와 법적 문제”, 국제법학회논총, 제26권 2호.
- 19) 유병화, “한국통일에 관련된 몇 가지 국제법적 문제”, 국제법학회논총, 제33권 2호, 1988.
- 20) 이동복, “국가보안법 개폐문제검토”, 새정치국민회의 인권위원회·정책위원회, 「국가보안법 개정을 위한 대토론회」에서의 토론문, 1999. 9. 29.
- 21) 이영준, “남북한의 유엔동시가입과 한반도의 법적 관계”, 한반도평화정착을 위한 법적관계, 1991년 국제법학술세미나 발표문.
- 22) 이성환, “대한민국 국민의 범위”, 『법학논총』, 국민대, 1997.
- 23) 이장희, “독일통일이 남북한통일에 주는 법적 의미”, 한반도평화정착을 위한 법적 관계, 대한국제법학회 학술세미나발표문, 1991. 10. 19.
- 24) ———, “비무장지대의 평화적 이용시 제기되는 국제법적 문제”, 한겨레통일문화재단 주최, 2000년 DMZ 현지 국제학술회의 발표자료 참조(<http://www.koreahana.net>).
- 25) 이한기, “한국휴전협정의 제문제”, 국제법학회논총, 제3권 1호, 1958.
- 26) 장기봉, “남북한 평화통일의 기초조건”, 국제법학회논총, 제35권 1호, 1990.
- 27) 제성호, “헌법상 통일관련조항의 개폐문제”, 『통일연구논총』, 창간호, 민족통일연구원.
- 28) ———, 『법·제도분야 통일인프라 실태연구』, 서울:통일연구원, 2003.
- 29) ———, 『남북교류협력 활성화를 위한 법제도 개선방안』, 연구보고서 96-13, 민족통일연구원, 1996. 12.
- 30) ———, “국가보안법과 남남갈등”, 『중앙법학』, 제4집 제3호, 2002.
- 31) 최대권, 『헌법학강의』, 서울 : 박영사, 2001.

- 32) 최창동, “통일을 앞둔 남북한의 법적 지위”, 『분단국가의 법적 지위』, 서울 : 법률행정연구원, 1996.
- 33) 한인섭, “국가보안법 개폐론에 대한 대화적 접근”, 『인권과 정의』, 통권 제280호, 1999. 12.
- 34) 한형건, “서독과 동독과의 법적 관계”, 국제법학회논총, 제26권 2호, 1982.
- 35) 홍성화, “남북한접촉이전의 법적 관계”, 국제법학회논총, 제26권 2호, 1982.
- 36) 홍성방, 『헌법학』, 서울 : 현암사, 2002.

2. 국외문헌

- 1) Blumenwitz, D., “Treaties of Friendship, Commerce and Navigation” , in Rudolf Bernhardt(ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol.7, Amsterdam:North-Holland, 1984.
- 2) Brownlie, I., *Principles of Public International Law*, 3rd ed., Oxford : Claredon, 1979.
- 3) Higgins, R., *United Nations Peacekeeping, 1946~1947, Documents and Commentary II, Asia*, London : Oxford Univ., Press, 1970.
- 4) McNair, A., “The Stimson Doctrine of Non-Recognition”, *British Yearbook of International Law*, Vol.14, 1933.
- 5) Mugerwa, N., “Subject of International Law,” in *Manual of Public International Law*, Max Sørensen ed., London : Macmillan, 1968.
- 6) Rosenne, A., “Recognition of States by the United Nations,” *B. Y. I. L.*, Vol.26, 1949.
- 7) Schwarzenberger, G., *A Manual of International Law*, 6thed., London : Stevens, 1976.

- 8) Starke, J., *An Introduction to the science of Peace*,
Leyden:Sijthoff, 1968.
- 9) Sohn, L., "Peace, Means to Safeguard," *Encyclopedia of
Public International Law*, Vol.4, 1982.
- 10) Thomas, A. V. W. and Thomas, A. J., *Non-Intervention*,
Dollas : S. M. Univ., Press, 1956.

