

2-12

북한의 법적 지위

양영희
(법원행정처 판사)

목 차

- I. 서론
 - II. 냉전체제하에서의 남북한 관계
 - III. 헌법의 해석과 북한의 법적 지위
 - IV. 남북한 특수관계
 - V. 독일의 법적 지위
 - VI. 결론
-

I. 서론

일반적으로 국가의 성립요소로는 영토, 주민, 정부의 3가지를 들기도 하며 여기에 주권을 추가하여 4가지를 들기도 한다. 1933년에 체결된 「국가의 권리와 의무에 관한 몬테비데오협약」(Montevideo Convention on Rights and Duties of States) 제1조는 국가의 성립요소로 영구 주민, 명확한 영토, 정부, 다른 나라와 관계를 맺는 능력을 들고 있다. 대한민국(이하 “남한” 또는 “우리나라”)과 조선민주주의인민공화국(이하 “북한”)은 각기 국가의 성립요소인 영토와 주민, 정부를 갖추고 있으며 많은 나라와 외교관계를 맺고 있다.¹⁾ 따라서 남한과 북한은 대외적

1) 북한은 2005년 1월 현재 155개국과 외교관계를 맺고 있다(통일부<www.unikorea.go.kr>, →북한연구→북한자료→일반현황→주요현황, 검색일: 2006년 12월 1일). 반면 우리나라는 2006년 4월 현재 150개국과 외교관계를 맺고 있다(외교통상부<www.mofat.go.kr>→국가/기구정보→재외



으로는 국가의 성립요소를 갖추고 있으며, 북한이 국제사회에서 국가로 인정되고 있음은 긴 설명을 필요로 하지 않는다.

북한의 법적 지위는 주로 남북한의 내부적인 관계, 즉 남북한 특수관계와 관련 하여 논의되고 있다고 할 수 있다. 잘 알려져 있는 바와 같이 우리나라는 헌법 제3조 영토조항을 근거로 북한의 국가성을 부인하고 있다.²⁾

한편, 1990년대 이후 남북한 유엔동시가입, 「남북사이의 화해와 불가침 및 교류·협력에 관한 합의서」(이하 “남북기본합의서”)의 체결, 남북교류협력에 관한 법률의 제정·시행, 2000년 6.15 남북공동선언, 2002년 이후 이른바 ‘4대 경협합의서’ 등을 비롯한 남북합의서의 체결과 발효, 개성공업지구의 개발 등으로 남북 사이의 인적·물적 교류가 활발해짐에 따라, 그동안 주로 이론적인 측면에서 논의되던 북한의 법적 지위를 새로운 각도에서 바라볼 필요가 생기게 되었다. 예컨대, 탈북자가 북한에 있는 배우자를 상대로 제기한 이혼소송,³⁾ 남북한 주민간의 불법행위 및 이로 인한 손해배상청구문제, 개성공단이나 금강산 관광지구와 관련한 분쟁 등 남북한 당사자 사이의 분쟁이 현실화되고 있고 향후에도 꾸준히 증가할 것으로 예상된다. 남북한 당사자 사이의 분쟁의 해결에 있어 북한법의 효력 및 북한법에 근거한 각종 제도(예를 들어 공증)를 인정하여야 할지의 여부에 대한 문제, 즉 우리나라가 북한을 국가로 인정하지 않고 있는 이상 북한의 법령 및 제도의 효력을 당연히 부인할 것인가 아니면 국가승인과는 별도로 북한의 법령 및 제도의 효력을 인정할 수 있는 것인가의 문제가 현실화될 것이다. 이는 남북 협력 사업으로 추진되고 있는 개성공단에서 발생한 분쟁 해결에 있어서 특히 중요한 의미를 갖는다. 왜냐하면 개성공단 입주기업들은 우리나라의 법이 아닌 북한의 「개성공업지구법」 및 그 하위규정에 따라 설립·운영되고, 기업활동 및 부동산의 취득, 양도 등 거래행위도 북한의 법령에 근거하여 이루어지고 있으므로, 개성공단 관련 분쟁이 법원에

공관→재외공관현황→외교관계수립현황, 검색일: 2006년 12월 1일).

2) 북한 헌법에는 영토조항은 없으나 제1조에서 “조선인민민주주의공화국은 전체 조선인민의 리익을 대표하는 자주적인 사회주의 국가이다”라고 규정하여 남한주민에게도 자신들의 대인고권이 미치는 것으로 해석될 수 있는 규정을 두고 있다.

3) 서울가정법원 2004. 2. 6 선고 2003드단58877 판결[이혼및친권자지정]에서는 국내정착 중인 탈북 여성이 북한에 있는 남편을 상대로 제기한 이혼소송에서 이혼이 가능하다고 판결한 바 있다.

제기되는 경우 필연적으로 북한 법령의 유효성 여부가 문제될 것이기 때문이다. 이러한 시점에서 법적 관점으로 남북한 관계, 특히 북한의 법적 지위를 검토하는 것은 남북한 당사자 사이의 분쟁 및 북한 관련 각종 분쟁의 해결방법을 찾는 데 있어 논의의 출발점을 제공한다는 측면에서 매우 중요하다고 할 것이다.

아래에서는 먼저 냉전체제하에서의 남북한 관계를 살펴보고, 이어 우리 헌법의 영토조항의 해석과 관련하여 북한의 법적 지위를 어떻게 볼 것인가의 문제와 남북한 특수관계의 의미에 대해 살펴본다. 마지막으로 우리와 유사한 관계에 있었던 구서독은 동독의 법적 지위를 어떻게 이해하였는가를 살펴본다.

II. 냉전체제하에서의 남북한 관계

1. 남한의 정통성 주장과 그 근거

우리 제정헌법 제4조는 “대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다.”고 규정하고 있다. 헌법은 지금까지 8차례 개정되었으나 영토조항은 개정되지 않고 현재에 이르고 있다.⁴⁾ 국가보안법은 영토조항에 근거하여 북한을 국가로 인정하지 않고 반국가단체로 규정하여 왔다.⁵⁾ 법원도 헌법상의 영토조항에 근거해 북한의 국가성을 부인하고 있다.

우리 정부는 지금까지 대한민국만이 한반도 전 지역에서 ‘유일한 합법정부’이고 북한은 영토조항의 해석상 우리의 영토인 군사분계선 이북 지역을 불법적으로 점거해 있는 반란단체라고 규정해 왔다. 이러한 유일합법정부론의 근거로서는 지금까지 다음과 같은 점들이 주장되어 왔다.⁶⁾

4) 영토조항은 제4차 개정까지는 제4조에 규정되었으나 1962년 12월 26일 제5차 개정부터 제3조에서 규정되고 있다.

5) 국가보안법은 1948년 12월 1일 법률 제10호로 제정되었다. 국가보안법상에 ‘반국가단체’가 명시된 것은 1960년 6월 10일 법률 제549호로 개정되면서부터이다.

6) 디터 블루멘비츠(저), 최창동(편), 『분단국가의 법적지위』(서울: 법률행정연구원, 1996), 175-180면 참조.



첫째, 1945년 8·15해방 이후 1919년의 3·1독립운동 이래의 정통성의 대변자인 상해임시정부 지도자들과 기타 많은 민족지도자들이 남한 지역에 운집했다. 즉 “대한민국이 대한제국의 승계국이며 대한민국정부가 한국에서의 유일한 합법정부라는 입장은, 다시 말하여 남한의 정통성확보의 입장은, 남한정부는 태평양전쟁 당시인 1941년 12월 9일 대일선전(對日宣戰) 성명서까지 발표한 대한민국임시정부의 법통(法統)을 계승하였다는 사실과 남하한 많은 북한주민을 포함하여 한국민의 절대다수인 약 2/3가 대한민국정부의 구성에 참여하였다는 사실에 있다.”고 한다.

둘째, 우리 헌법전문(前文)에 ‘대한민국 임시정부의 법통’을 계승하고 있음을 명시하고 있다.

셋째, 우리 헌법이 제정헌법 이래 현행 헌법에 이르기까지 일관되게 영토의 범위를 “한반도와 그 부속도서로 한다”고 규정함으로써 북한지역도 우리 헌법이 적용되는 지역으로 규정하고 있다.

넷째, 유엔 감시 하에 선거가 실시되고 대한민국임시정부가 수립되었으며, 유엔 총회결의에 기초하여 1948년 5·10 총선거가 실시되었다. 유엔 총회는 1947년 11월 14일 결의 제112호의 II로 유엔한국임시위원단(호주, 캐나다, 중국, 엘살바도르, 프랑스, 인도, 필리핀, 시리아, 우크라이나)을 구성하여 한국에서 선거를 실시하려고 하였으나 소련이 유엔한국임시위원단의 북한지역방문을 거부함에 따라 유엔한국임시위원단은 남한지역에서만이라도 유엔총회결의를 이행할 수 있는지 여부를 유엔 소총회에 자문을 구하였다. 그 후 유엔소총회는 1948년 2월 26일 “임시위원단이 접근가능한 한국지역에서만이라도(in such parts of Korea as are accessible to the Commission) 선거를 실시해야 한다”는 내용의 결의문을 채택했다.

다섯째, 한국의 유일합법정부성을 뒷받침하는 국제적 문서로서 1948년 12월 12일 제3차 유엔총회에서 채택된 결의문 제195(III)의 제2항이 있다. 해당 부분을 인용하면 다음과 같다.

“유엔총회는

2. 유엔한국임시위원단이 감시와 협의를 할 수 있었고 모든 한국민 대

다수가 거주하고 있는 한국 지역에 대해 실효적인 지배와 관할권을 가지고 있는 합법적 정부(대한민국 정부)가 수립되었음을 선언한다”

“The General Assembly,

2. Declares that there has been established a lawful government (the Government of the Republic of Korea) having effective control and jurisdiction over that part of Korea where the Temporary Commission was able to observe and consult and in which the great majority of the people of all Korea reside ...”

2. 북한정권의 정통성주장과 그 근거

국가승인의 효력에 대해서는 학설상 창설적 효과설(또는 부여적 효과설, constitutive theory)과 선언적 효과설(declaratory theory)이 대립되고 있다. 선언적 효과설이란 국가는 국내법상 성립되면 그 때로부터 당연히 국제법의 주체가 되는 것이지, 타국가의 승인은 다만 국가가 원래 가지고 있는 국제법적 지위를 확인·선언할 뿐이라는 견해인 반면, 창설적 효과설은 타국가의 승인이 있어야 비로소 국제법주체성이 인정된다는 견해이다.

국가승인제도에 있어서 북한은 창설적 효과설에 대하여 극단적인 반대입장에 있다. 즉, 미국을 비롯한 제국주의 국가들이 그 식민지 기반에서 승인하는 국가라야 국제법의 주체로서 국제무대에 등장할 수 있는 듯한 태도는 바로 창설적 효과설에 따른 것이라고 하면서 이를 부인한다. 이들은 국가의 자주권은 승인 여하에 달린 것이 아니라 국가의 탄생과 함께 생기는 국가의 본성적 권리라고 한다. 모든 국가는 평등하므로 국가의 자격을 창설적으로 심사하고 인정할 권한이 없다고 한다.⁷⁾ 북한은 이와 같이 국가승인에 있어서 선언적 효과설을 취하면서도 대한민국에 대해서는 예외를 두고 있다. 1971년 북한의 사회과학원 법학연구소가 발행한 법학사전에서는 국제법의 당사자를 언급하면서 대한민국의 실체성을 부인하고 있다. 이

7) 김한택, “북한의 국제법”, 강원대학교 비교법학연구소, 『남북한 법제 비교』(춘천: 강원대학교 출판부, 2003), 449면.



들은 김일성의 교시를 인용하면서 “조선인민은 단일한 민족으로서 하나의 국가, 하나의 정부를 가지고 있는데 조선민주주의 인민공화국이 유일한 조선민족의 유일한 국가이며 조선민주주의 인민공화국 정부만이 전체 남북조선인민의 참다운 민족적 리익과 의사를 대표한다.”고 하고, “남조선의 이른바 대한민국 정부는 그 어떤 자주권도 행사하지 못하는 미제의 허수아비”정권이라고 기술하고 있다.⁸⁾

북한이 주장하는 북한정권의 정통성 근거는 다음과 같은 점들을 들 수 있다.⁹⁾

첫째, 일제식민지시대 항일독립투쟁을 주도한 인물(김일성)중심으로 정부수립을 하였으며, 남한과는 달리 일제식민지통치하에서 중요한 역할을 한 친일분자들을 완전히 청산한 바탕위에서 정권수립을 했고, 남한지역에서는 미국의 군정체제가 실시되었으나 북한에서는 소련의 군정이 들어서지 않고 곧 바로 민족해방정권이 수립되었다는 점을 들고 있다. 특히 남한지역에서는 항일혁명세력들이 완전히 배제당한 채 친미 정권이 들어섰다는 점은 북한측으로서는 민족사적 정통성을 주장하는데 설득력 있는 근거가 될 수 있는 것으로 여겨지고 있다.

둘째, 일제시대 반일민족통일전선조직이었던 ‘조국광복회’의 ‘10대 강령’을 바탕으로 노동당 강령과 규약이 제정되었고 북한 헌법에도 큰 영향을 미쳤다는 점을 들고 있다. 조국광복회는 김일성이 창립을 선포한 일제하의 반일민족통일전선조직체로 북한정권의 탄생에 있어 중요한 바탕이 되었다. 조국광복회의 10대 강령의 주요내용은 일본제국주의 타도, 중국영토내의 조선인 민족자치 실행, 일본국경의 무장해체와 혁명군대 조직, 일본국가와 일본인 소유의 모든 시설과 재산몰수, 언론·출판·집회·결사의 자유전취와 정치범 석방, 인륜적 평등과 부녀의 인격존중, 노예노동 철폐와 의무교육실시, 8시간노동제실시와 근로조건 개선위한 노동법안 확정, 조선민족에 우호적인 국가 민족과 친선유지 등이다.

셋째, 북한의 정권수립과정이 민주적인 절차와 방법을 통해서 이루어졌다는 점을 들고 있다. 북한은 남한만의 단독선거 실시가 결정되자 1948년 4월 19일부터 23일까지 ‘남북 정당·사회단체 연석회의’를 평양에서 개최하고 남한의 5·10 단

8) 사회과학원 법학연구소, 『법학사전』(평양: 사회과학출판사, 1971), 85면.

9) 디터 블루멘비츠(저), 최창동(편), 앞의 책, 180-184면 참조.

독선거 저지결정서를 채택한 후, 1948년 6월 29일부터 7월 5일까지 평양에서 ‘남북조선 제 정당·사회단체 지도자협의회’를 개최한데 이어 같은 해 7월 9일과 10일에 개최된 북조선인민회의 특별회의에서는 8월 25일 북한지역에서 선거를 실시하기로 결정하여 북한측 대표 최고인민회의 대의원 212명을 선출하였다. 이와 동시에 남한에서도 남북한 제 정당·사회단체 지도자협의회의 결정대로 7월 중순에 비밀선거를 실시하여 남한대표 1,080명을 선출하였다. 이들 중 1,002명이 북한으로 가서 8월 21일부터 6일간 해주에서 ‘남조선인민대표자회의’를 열고 남한대표 최고인민회의 대의원 360명을 선출하여 남북한 대표 572명으로 최고인민회의를 구성하고, 9월 8일에는 헌법을 채택하였으며 9월 9일에는 내각을 구성하여 조선민주주의인민공화국 수립을 선포하였다.

넷째, 단군이 실제인물이라는 ‘단군실재론’에서도 북한은 민족사적 정통성을 이어나가고 있다고 한다.

Ⅲ. 헌법의 해석과 북한의 법적 지위

앞에서 살펴본 바와 같이 남한과 북한은 각각 상대방을 국가로 승인하지 않고 나름대로의 근거를 내세우며 서로 정통성을 주장해오고 있다. 그런데 1972년의 7·4 남북공동성명을 필두로 남북관계가 변화·발전되고 있다. 남북관계의 변화와 발전은 필연적으로 헌법에 대한 새로운 해석을 요구하게 된다. 아래에서는 먼저 남북관계의 변화와 발전을 간단히 살펴본 다음 헌법의 영토조항 및 평화통일조항의 해석을 중심으로 벌어지는 다양한 주장들을 살펴본다.

1. 남북관계의 변화와 발전

적대적인 남북관계가 변하기 시작한 계기가 된 것은 1972년의 7·4 남북공동성명이라고 할 수 있다. 이 성명은 모두 7개항으로 되어 있는데 남북한은 자주, 평화, 민족 대단결을 통일의 원칙으로 천명하고 있다(제1항). 특히 제2항에서는 서



로 신뢰의 분위기를 조성하기 위하여 상대방을 중상 비방하지 않을 것을 선언하고 있다. 1972년의 유신헌법에서는 헌법전문에서 뿐만 아니라 제35조, 제43조 제3항(대통령의 의무), 제46조(대통령의 취임선서) 등에서 '조국의 평화적 통일'이라는 내용을 법조문으로 받아들이게 되어 분단의 현실을 인정하고 평화적 통일노력을 추구한다는 점을 처음으로 반영하기 시작하였다. 1980년대 후반에는 1988년 7·7 선언을 통해 7·4남북공동성명의 자주·평화·민족대단결의 원칙이 재천명되면서 남과 북의 관계를 대등한 민족구성체의 하나로 보고, 1987년 10월에는 헌법 개정을 통해 평화통일조항이 새롭게 규정되게 되었다.

남북관계의 변화와 발전은 1990년대 냉전체제가 종식되면서 더 급속히 진전되었다고 할 수 있다. 1990년에 남북교류협력에 관한 법률과 남북협력기금법의 제정되었다. 남북교류협력에 관한 법률¹⁰⁾은 남북한 간의 상호교류와 협력을 촉진하기 위하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 하고 있으며(제1조), 남북교류협력추진협의회 설치(제4조-제8조), 남북한간의 왕래(제9조) 등을 규정하고 있고, 남북협력기금법¹¹⁾은 남북교류협력에관한법률에 의한 남북간의 상호교류와 협력을 지원하기 위해 남북협력기금을 설치하고 그 운용·관리에 관하여 필요한 사항을 정하는 것을 목적으로 하고 있다(제1조). 1991년에는 남북기본합의서가 채택되고 남북한이 유엔에 동시가입¹²⁾하였다. 1991년 12월 13일 채택된 남북기본합의서는 서로 상대방의 체제를 인정하고 존중할 것을 규정하고 있고(제1조), 서명란에 '조선민주주의인민공화국'이라는 정식 국호를 사용하고 있다.

새로운 천년을 맞이한 2000년에는 남북 정상 간에 6·15 남북공동선언이 채택되었다. 이 선언은 전문(前文)에서 "... 서로 이해를 증진시키고 남북관계를 발전시키며..."라고 규정하고 있다. 특히 2000년 남북정상회담 이후 남북한간 화해와 협력의 분위기가 본격화되면서 당국간 회담이 증가하고 각 분야의 교류·협력도 확대되었다.¹³⁾ 또한 현재까지 「남북사이의 투자보장에 관한 합의서」등 13개의 합

10) 1990년 8월 1일 제정, 법률 제4239호.

11) 1990년 8월 1일 제정, 법률 제4240호.

12) UN총회 결의 42/1에 의해 1991년 9월 17일 가입.

13) 금강산 관광객을 제외한 남북 왕래 인원은 2000년(7,986명), 2001년(8,742명), 2002년(13,877

의서가 국회 동의를 얻어 남북한 당국간에 체결되어 발효 중이며,¹⁴⁾ 2005년 12월 29일에는 「남북관계발전에 관한 법률」이 제정되어 2006년 6월 30일부터 시행되고 있다. 이 법은 남북관계를 포괄적으로 규율한 최초의 법률이자 남북한 간의 평화 공존을 상징하는 법률이라는 점에서 의의가 있다.¹⁵⁾

2. 헌법 제3조의 해석론

우리 헌법 제3조는 “대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다.”고 규정하고 있고, 대법원 및 헌법재판소도 일관되게 북한은 대한민국 영토의 일부라고 판시하고 있지만, 남북한 관계의 변화·발전에 따라 헌법 제3조의 영토조항의 규범력에 관하여 다양한 새로운 주장들이 제기되고 있다. 이러한 견해는 크게 헌법 제3조의 규범력을 인정하는 견해와 규범력을 부인하는 견해로 나뉘는데, 후자의 경우 북한의 국가성을 인정하거나 반국가단체 내지 불법단체성을 부인하게 된다.

가. 헌법 제3조가 규범력을 상실하였다는 견해¹⁶⁾

헌법 제3조의 영토조항은 북한지역에 대하여서는 비현실적이고 비논리적인 규정이므로 그 규범력을 이미 상실하였다는 주장이 있다. 이는 국가주권의 지역적인 효력범위는 국가가 실효적으로 지배함으로써 통치권이 현실적으로 미치는 영토에

명), 2003년(16,303명), 2004년(26,534명) 등 꾸준히 증가하다가 2005년에는 88,341명으로 급격히 증가하였다. 남북교역도 2001년(5.5억불), 2002년(5.7억불), 2003년(5.9억불), 2004년(6.3억불), 2005년(7.6억불)로 꾸준한 증가세를 보이고 있으며, 남북 간의 회담도 2000년(17회), 2001년(8회), 2002년(33회), 2003년(38회), 2004년(25회), 2005년(34회)로 꾸준히 개최되고 있다.

- 14) 13개의 합의서는 이른바 4대 경협합의서로 알려지고 있는 남북사이의 투자보장에 관한 합의서, 남북사이의 소득에 대한 이중과세방지에 관한 합의서, 남북사이의 상사분쟁 해결절차에 관한 합의서, 남북사이의 청산결제에 관한 합의서(이상 2003년 6월 30일 국회동의)와 개성공업지구 통관에 관한 합의서, 개성공업지구 검역에 관한 합의서, 개성공업지구와 금강산관광지구의 출입 및 체류에 관한 합의서, 남북상사 중재위원회 구성·운영에 관한 합의서, 남북사이 차량의 도로운행에 관한 기본합의서(이상 2004년 9월 23일 국회동의), 남북사이의 열차운행에 관한 기본합의서, 남북해운합의서, 남북해운합의서의 이행과 준수를 위한 부속합의서, 개성공업지구 통신에 관한 합의서(이상 2004년 12월 9일 국회동의)이다.

15) 통일부, 『남북관계 발전에 관한 법률』 해설자료(2005. 12. 8), 3면.

16) 윤명선·김병목, 헌법체계론, 법지사, 1998, 156면. 홍성방, 헌법학, 현암사, 2002, 46면.



국한된다는 것을 전제로 하고 있다. 이 견해는 1972년 남북공동성명이 나온 이후 북한의 존재를 부인하는 경직된 논리는 수용하기 곤란하고 남북한의 유엔 동시가 입, 1991년 남북기본합의서의 체결을 통하여 적어도 북한에 대한 정부승인을 한 것으로 인정되며 정치·경제·사회·문화 등 각 분야에서 남북한간 교류협력이 법 제도적으로 보장되고 있는 상황을 고려해야 한다는 것이다. 따라서 헌법 제3조에 대하여 그 규범력을 인정하는 것은 우리 헌법현실과 모순·상충될 뿐만 아니라 평화통일을 위한 남북 교류협력에도 장애가 되므로, 이를 해결하기 위해서는 헌법 제3조를 개정하여 영토조항을 우리 영토의 현실에 맞도록 군사분계선 이남으로 한정함으로써 북한지역은 우리 영토에 속하지 않는다는 것을 명문으로 솔직히 인정하여야 한다고 한다.

나. 헌법 제3조의 헌법변천을 주장하는 견해¹⁷⁾

헌법 제3조와 제4조가 서로 모순된다는 전제 하에 이를 해결하기 위한 방안으로 헌법을 개정하는 것은 그 절차의 곤란성·경직성 등의 이유로 현실적으로 기대하기 어려우므로 이를 헌법해석론을 통하여 해결하자는 견해이다. 헌법에 평화통일에 관한 규정이 반영되고 남북간에 남북기본합의서를 비롯하여 각종 남북합의서를 체결하고 있으며, 국제법적으로도 냉전체제의 해소에 따라 남북한이 동시에 유엔에 가입하고 있으므로, 북한은 더 이상 불법단체가 아니라 통일을 위한 대화와 협력의 상대방으로 전환되었다는 것이다. 즉 과거에는 영토조항에 따라 북한을 반국가단체 내지는 불법단체로 보아왔지만 시대상황의 급격한 변화에 따라 지금은 교류와 협력의 일방당사자로 보고 있는바, 이러한 북한에 대한 인식변화 및 통일정책의 변화는 영토조항에 대한 본래의 규범적 내용을 실질적으로 변경시켰으므로, 헌법 제3조의 규정은 실질적으로 사문화된 규정이라고 한다.

17) 장명봉, 남북한 기본관계 정립을 위한 법적 대응, 「유엔가입과 통일의 공법문제」, 한국공법학회, 1991, 133면 이하.

다. 헌법 제3조의 규범성을 완화·약화시키는 견해¹⁸⁾

헌법 제3조는 그 자체의 규범력은 인정되지만 제4조와의 관계에 있어서 제4조의 규범력에 비하여 그 규범력이 완화·약화되어 결과적으로 제3조의 규범력이 후퇴하여 규범력의 실효성을 상실하게 된다는 견해이다. 즉 헌법 제3조는 헌법의 효력범위 또는 주권의 공간적 범위를 정한 헌법원칙이라기보다는 대한민국의 정통성을 주장하는 당위적 명제를 천명한 정치적 선언으로서 대한민국의 영토가 대한제국의 영토를 승계한 것이며 타국에 대한 침략의사가 없음을 표시하는 선언적인 규정으로 보아야 한다는 것이다. 또한 북한지역에 우리의 주권이나 통치권이 미치지 못하고 있고, 현재 북한의 객관적 실체를 인정하고 교류화 협력을 수행하고 있으며 불법단체를 평화적 통일의 대상으로 삼는 것도 논리적 모순이라는 점 등을 감안하여야 한다고 한다. 따라서 헌법 제3조는 재통일에 대한 당위적 명제를 선언한 역사적·선언적·명목적 규정 또는 미래지향적·미완성적·개방적·프로그램적 규정으로 보아야 하고 헌법 제4조는 이러한 재통일에 대한 추진방법과 그 수단을 규정한 현실적·구체적·규범적인 조항 또는 구체적·구속적·법적 규정으로 이해하는 것이 타당하다고 한다.

라. 헌법 제4조의 우월적 효력 또는 특별법적 효력을 주장하는 견해¹⁹⁾

헌법 제3조는 규범력을 가지고 있으나 헌법 제4조와의 관계에 있어서 제4조의 규범력이 제3조에 비하여 우월한 효력을 가지므로 결과적으로 제3조의 규범력의 실효성이 상실한다는 견해이다. 헌법은 다양한 이해관계의 갈등과 대립을 바탕으로 하여 공존을 위한 긴장·타협의 결과로 성립하는 것이기 때문에 헌법에 내재할 수 규범 상호간 또는 헌법원칙 상호간의 긴장이나 부조화 등을 최대한 완화시켜 이를 조화적이고 통일적인 전체가 될 수 있도록 해석하여야 하여야 하고, 헌법

18) 장명봉, 앞의 논문, 133면. 계획열 헌법학(상), 박영사, 2004, 172면 이하.

19) 도회근, 헌법 제3조(영토조항)의 해석, 「헌법규범과 헌법현실」(권영성교수 정년기념논문집), 법문사, 1999, 853면 이하. 최경옥, 한국헌법 제3조와 북한과의 관계, 공법학연구(영남공법학회), 1999, 202면 이하.



이 서로 상반되는 내용의 규범이나 원칙을 내포하고 있는 경우에는 당해규범이나 원칙에 의하여 표현되는 헌법적 가치나 법익을 서로 비교형량하여 보다 큰 가치나 법익을 포함하고 있는 규범이나 원칙에 효력의 우선권을 인정하여야 한다고 한다. 따라서 영토조항과 평화통일조항의 경우 평화통일조항이 헌법이념상이나 헌법정책적 측면에서 보다 고도의 헌법적 가치 또는 이익을 내포하고 있으므로 영토조항에 비하여 우월한 효력을 인정할 수 있다고 한다. 헌법 제3조는 일반규범이고 제4조는 특별규범의 지위를 가지므로 제4조가 제3조에 비하여 우월하다는 견해도 있다.

마. 헌법 제3조의 규범력을 인정하는 견해²⁰⁾

헌법 제3조의 영토조항은 건국헌법부터 현행헌법에 이르기까지 일관되게 유지되어 오고 있는 조항으로써 현실적이고 실제적인 법적 구속력을 가지고 있으며, 제4조의 통일조항과의 관계에 있어서도 양자는 서로 모순되는 것이 아니라 헌법체제상 서로 규범적으로 조화된다는 견해이다. 이 견해는 헌법 제3조가 대한민국의 영토는 역사지리적으로 구한말 대한제국 시대의 국가영역에 기초하고 있는 것을 법적으로 확인하고 있고, 대한민국의 영토범위를 대내적·대외적으로 명백히 선언함으로써 다른 나라에 대한 침략의도가 없음을 나타내는 국제평화주의를 표명하고 있으며, 한반도에서의 유일한 합법정부는 대한민국밖에 없다는 것을 천명하고 있고, 대한제국, 대한민국 임시정부, 대한민국으로 이어지는 국가의 법통의 전제 위에서 대한민국의 영토도 그러한 역사적인 기반 위에서 형성·존립되어 온 것을 규범적으로 선언하는 조항이라고 한다. 따라서 남북분단은 법률상의 분단이 아닌 사실상의 분단으로서 대한민국의 주권 또는 헌법상의 효력이 당연히 한반도 전체에 미치는 것이지만 남북한의 분단상황에 따라 북한지역에 대한 효력이 사실상 제약당하고 있을 뿐이라고 한다. 즉 헌법 제3조는 이러한 남북분단 상황에 대하여 대한민국의 영토를 법률상으로 회복하여야 할 통일의 책무를 대한민국에 부과하는

20) 우리 헌법학계의 다수 의견임.

것으로 해석하여야 하고, 이러한 통일에의 책무에 대한 기본적인 추진방식과 추진 수단을 규정한 것이 헌법 제4조에 해당하는 것이므로 두 규정이 모순·저촉되지 않는다고 한다.

3. 대법원과 헌법재판소의 견해

대법원은 일관되게 북한을 반국가단체로 보고 있으나, 남북관계의 변화에 따라 그 판시내용에 변화가 나타나고 있다. 현행헌법 이전의 북한의 법적 지위에 관한 대법원의 판례에는 다음과 같은 것들이 있다.

“... 한반도 중 28선 이북인 피뢰집단 점령지역도 헌법상은 우리나라 영토이고 헌법에 의거하여 제정 시행된 모든 법령의 효력이 당연히 동 지역에 미칠 것임으로서 동 지역에서 국가보안법에 해당하는 행위를 한 자는 동법 위반 범으로 처벌을 받을 것은 물론이나...”²¹⁾

“북한지역은 대한민국 헌법 제4조에 의하여 대한민국의 영토에 속하는 한반도의 일부를 이루는 것이므로 이 지역에는 대한민국의 주권이 미칠 뿐이요, 대한민국의 주권과 부딪히는 어떠한 주권의 정치도 법리상 인정될 수 없다고 보아야 될 것이다...”²²⁾

이러한 대법원의 태도는 헌법에 평화통일 조항이 신설되고 남북교류협력에 관한 법률의 시행, 남북한 유엔 동시가입, 남북기본합의서의 체결 이후에도 기본적으로는 변하지 않았다.

“북한은 6.25전쟁을 도발하여 남침을 감행하였고 휴전 이후에도 대한민국에 대하여 도발행위를 계속하고 있으며, 그 헌법과 형법에 적화통일의

21) 대법원 1954. 9. 28. 선고 4286형상109 판결.

22) 대법원 1961. 9. 28. 선고 4292형상48 판결.



의지를 드러내고 있을 뿐 아니라 막강한 군사력으로 대한민국과 대치하면서 대한민국의 자유민주적 기본체제를 전복할 것을 완전히 포기하였다는 명백한 징후를 보이지 않고 있어 우리의 자유민주적 기본질서에 대한 위협이 되고 있음이 분명한 상황에서 대한민국의 헌법과 남북교류협력에 관한 법률이 평화통일원칙을 선언하고 제한적인 남북교류를 규정하고 있거나 우리 정부가 북한당국자의 명칭을 쓰면서 남북국회회담과 총리회담을 병행하고 정상회담을 도모하며 유엔 동시가입을 추진하는 등을 한다고 하여 북한이 국가보안법상 반국가단체가 아니라고 할 수 없다”²³⁾

“... 나아가서 남북한이 유엔에 동시 가입을 하였다거나 “남북 사이의 화해불가침 및 교류협력에 관한 합의서”에 서명하였다는 등의 사유가 있다 하여 북한이 국가보안법상의 반국가단체가 아니라고 할 수 없고...”²⁴⁾

그러나 대법원은 6.15 남북공동선언 이후 남북교류가 더욱 활발해짐에 따라 북한이 반국가단체로서의 지위와 함께 평화통일을 위한 대화와 협력의 동반자로서의 지위도 갖고 있음을 밝히고 있다.

“북한이 조국의 평화적 통일을 위한 대화와 협력의 동반자임과 동시에 대남적화노선을 고수하면서 우리 자유민주주의 체제의 전복을 획책하고 있는 반국가단체라는 성격을 아울러 갖고 있음이 현실인 점에 비추어.”²⁵⁾(밑줄은 강조한 것임)

“비록 남북 사이에 정상회담이 개최되고 그 결과로서 공동선언이 발표되는 등 평화와 화해를 위한 획기적인 전기가 마련되고 있다 하더라도 그에 따라 남북관계가 더욱 진전되어 남북 사이에 화해와 평화적 공존의 구도가 정착됨으로써 앞으로 북한의 반국가단체성이 소멸되는 것은 별론으

23) 대법원 1991. 4. 23. 선고 91도212 판결.

24) 대법원 1992. 8. 14 선고 92도1221 판결.

25) 대법원 2000. 9. 29. 선고 2000도2536 판결.

로 하고, 지금의 현실로는 북한이 여전히 우리나라와 대치하면서 우리나라의 자유민주주의체제를 전복하고자 하는 적화통일노선을 완전히 포기하였다는 명백한 징후를 보이지 않고 있는 이상 북한은 조국의 평화적 통일을 위한 대화와 협력의 동반자임과 동시에 적화통일노선을 고수하면서 우리의 자유민주주의체제를 전복하고자 획책하는 반국가단체라는 성격도 아울러 가지고 있다고 보아야 하고 남북정상회담의 성사 등으로 북한의 반국가단체성이 소멸하였다고 볼 수는 없다”²⁶⁾(밑줄은 강조한 것임)

위의 판례에 의하면, 남북 사이의 화해와 평화적 공존의 구도가 정착되면 분단이 유지되는 상태에서도 북한의 반국가단체성이 소멸될 수 있다고 할 것인바, 이는 헌법 제3조의 영토조항으로부터 북한의 반국가단체성이 도출되는 것이 아님을 명백히 한 것이다. 대법원은 최근에 남북한의 특수관계적 성격을 인정하여 북한을 외국에 준하여 취급하기도 하였다.

“우리 헌법이 영토조항을 두고 있는 이상 대한민국의 헌법은 북한지역을 포함한 한반도 전체에 그 효력이 미치고 따라서 북한지역은 당연히 대한민국의 영토가 되므로, 북한을 외국환관리법 소정의 ‘외국’으로, 북한의 주민 또는 법인 등을 ‘비거주자’로 바로 인정하기는 어렵지만, 개별 법률의 적용 내지 준용에 있어서는 남북한의 특수관계적 성격을 고려하여 북한지역을 외국에 준하는 지역으로, 북한주민 등을 외국인에 준하는 지위에 있는 자로 규정할 수 있다”²⁷⁾(밑줄은 강조한 것임)

정리하면, 대법원의 지금까지의 입장은 우리 헌법의 영토조항의 규범력을 인정하는 전제 하에 북한지역에도 우리 헌법의 효력이 당연히 미치고 북한을 국가로서 인정할 수는 없으나, 남북 사이의 화해와 평화적 공존의 구도가 정착되면 분단이 유지되는 상태에서도 북한의 반국가단체성이 소멸될 수 있다는 것이다.

26) 대법원 2003. 5. 13. 선고 2003도604 판결.

27) 대법원 2004. 11. 12. 선고 2004도4044 판결.



헌법재판소도 대법원의 견해와 그 궤를 같이 하고 있다. 헌법재판소의 판시 내용은 다음과 같다.

“현 단계에 있어서의 북한은 조국의 평화적 통일을 위한 대화와 협력의 동반자임과 동시에 대남적화노선을 고수하면서 우리 자유민주체제의 전복을 획책하고 있는 반국가단체라는 성격도 함께 있음이 엄연한 현실인 점에 비추어 헌법 제4조가 천명하는 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일을 수립하고 이를 추진하는 한편 국가의 안전을 위태롭게 하는 반국가활동을 규제하기 위한 법적 장치로, 전자를 위하여서는 남북교류협력에 관한법률 등의 시행으로써 이를 대처하고 후자를 위하여는 국가보안법의 시행으로써 이에 대처하고 있는 것이다.”²⁸⁾

“따라서 남북합의서의 채택·발효 이후에도 북한이 여전히 적화통일의 목표를 버리지 아니하고 각종 도발을 자행하고 있으며 남북한의 정치, 군사적 대결이나 긴장관계가 조금도 해소되지 않고 있음이 엄연한 현실인 이상 북한의 반국가단체성이나 국가보안법의 필요성에 관하여는 아무런 상황변화가 있었다고 볼 수 없다.”²⁹⁾

“우리 헌법이 영토조항을 두고 있는 이상 대한민국의 헌법은 북한지역을 포함한 한반도 전체에 그 효력이 미치고 따라서 북한지역은 당연히 대한민국의 영토가 되므로, 북한을 외국환관리법 소정의 ‘외국’으로, 북한의 주민 또는 법인 등을 ‘비거주자’로 바로 인정하기는 어렵지만, 개별 법률의 적용 내지 준용에 있어서는 남북한의 특수관계적 성격을 고려하여 북한지역을 외국에 준하는 지역으로, 북한주민 등을 외국인에 준하는 지위에 있는 자로 규정할 수 있다.”³⁰⁾

28) 헌법재판소 1993. 7. 29. 92헌바48 결정.

29) 헌법재판소 1997. 1. 16. 92헌바6·26 및 93헌바34·35 결정.

30) 헌법재판소 2005. 6. 30. 2005헌바114 결정.

4. 소결

지금까지 살펴본 바와 같이 남북한 관계에 있어 주목할 만한 변화와 발전이 있기는 하였지만, 북한을 국제법상의 반란단체 내지는 국내법상의 반국가단체로 간주해 온 우리 정부와 대법원, 헌법재판소의 입장이 바뀐 것은 아니다. 북한을 평화통일을 위한 대화와 협력의 동반자로 보는 경우에도 반드시 헌법 제3조의 규범력을 부인할 필요는 없다고 생각된다. 다만, 대법원과 헌법재판소의 판시내용과 같이 북한의 이중적 지위를 인정할 경우, 남북 교류 협력과 관련하여 북한의 법적 지위를 어떻게 보아야 할 것인지 문제된다. 헌법 제3조의 영토조항에 따라 우리 헌법이 북한지역에도 전면적으로 적용된다고 보면, 논리적으로 북한을 합법적인 실체로 인정할 수 없게 되며, 이에 따라 북한이 제정한 법률의 효력도 인정할 수 없게 된다. 그러나 이러한 논리를 관철하는 것은 많은 남한 기업 및 개인이 개성공업지구 등지에서 북한법에 따라 기업을 설립하고 경영활동을 하고 있는 현실에 반하고, 남북 당사자 사이의 분쟁 해결에 있어 구체적 타당성 있는 결론을 도출할 수 없게 하며, 남북 교류 협력 및 이를 통한 평화적 통일을 지향하는 우리 헌법정신에도 부합하지 않는다. 따라서 헌법을 남북관계의 변화상황에 맞추어 합리적으로 해석할 필요가 있고 남북한 특수관계에 따른 북한의 법적 지위를 명확히 할 필요가 있다.

Ⅳ. 남북한 특수관계

1. 남북한 특수관계의 법적 근거와 북한의 법적 지위

남북기본합의서 전문(前文)은 쌍방간의 관계를 “나라와 나라 사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수한 관계”라고 정의하고 있다. 그런데 남북기본합의서의 법적 성격에 대해 종래 학자들 간에 조약으로 보는 견해, 조약이 아닌 신사협정으로 보는 견해, 광의에 조약에 해당한다고 보는 견해



등 의견의 차이가 있었으나 대법원은 국가 간의 조약 또는 이에 준하는 것으로 볼 수 없다고 하여 신사협정에 해당하는 것으로 판시하였고,³¹⁾ 헌법재판소도 “한 민족공동체 내부의 특수관계를 바탕으로 한 당국간의 합의로서 남북당국의 성의있는 이행을 상호 약속하는 일종의 공동성명 또는 신사협정에 준하는 성격을 가짐에 불과하다”고 판시한 바 있다.³²⁾ 이와 같은 판시 내용에 따르면 남북기본합의서는 조약이 아니기 때문에 국내법적 효력을 가질 수 없었다. 따라서 그동안 남북한 특수관계를 논할 때 근거로 언급되었던 남북기본합의서는 법적인 근거로 원용하기에는 내재적인 한계를 지니고 있었다는 문제가 있었다. 그러나 「남북관계발전에 관한 법률」의 제정으로 남북한 특수관계의 법적인 근거가 보다 명확해졌다고 볼 수 있다.³³⁾ 남북관계발전에 관한 법률은 남북기본합의서와 마찬가지로 남한과 북한의 관계를 “국가간의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계”로 정의하고 있다(제3조 제1항). 차이점이라고 한다면 남북기본합의서 전문은 ‘나라와 나라 사이의 관계가 아닌’이라고 표현하고 있는 반면 남북관계발전에 관한 법률은 ‘국가간의 관계가 아닌’이라고 표현하고 있을 뿐이다.

남북한 특수관계론의 헌법적 근거는 헌법 제3조 영토조항과 헌법 제4조 평화통일조항에서 찾을 수 있다. 영토조항은 대한민국 영토가 한반도 전체임을 선언한 당연한 규정으로 통일의 책무를 대한민국 정부에 부과하는 것이고, 평화통일조항은 북한 지역과의 사실상의 분단상태를 극복하고 통일을 달성하기 위한 방법과 수단으로서 무력이 아닌 평화적인 방법을 추구하고 있으며 ‘자유민주적 기본원리’를 통일의 기본적인 원리로 삼고 있는 것이라고 해석하는 것이 타당하다.

남북한 특수관계는 이중적 측면에서 파악할 수 있다. 남북한은 대외적으로는 ‘1민족 2국가’의 독립된 주권국가이지만, 내부적으로는 ‘1민족 2체제 2정부’의 ‘내부적 특수관계’(inter se relations)에 있다고 할 것이다.³⁴⁾ ‘나라와 나라 사이의 관계

31) 대법원 1999. 7. 23. 선고 98두14525 판결[북한주민접촉신청불처분취소]. 관련 판시 내용은 다음과 같다. “남북 사이의 화해와 불가침 및 교류협력에 관한 합의서(이하, 남북기본합의서라고 줄여 쓴다)는 …(중략)… 이를 국가 간의 조약 또는 이에 준하는 것으로 볼 수 없고, 따라서 국내법과 동일한 효력이 인정되는 것도 아니다.”

32) 헌법재판소 1997. 1. 16. 92헌바6, 26, 93헌바34, 35, 36(병합)[국가보안법위헌소원].

33) 이규창, “남북관계발전에 관한 법률의 분석과 평가”, 「법조」 통권 제599호(2006. 8), 165-166면.

가 아닌 특수한 관계' 하에서 남북한의 법적 지위를 어떻게 이해하여야 할 것인가에 대해 두 가지 입장이 있다. 하나의 입장은 우리나라의 입장에서 남한은 남북한 전 영역을 법률상 통치영역으로 하는 국가이며 남한 정부는 '중앙적 법률상 정부'(de jure central government)인 반면에 북은 북한 영역만을 사실상 통치영역으로 하는 교전단체이며 그의 정부는 '지방적 사실상 정부'(de facto local government)에 불과하다고 보고 있다.³⁵⁾ 다른 하나의 견해는, 상호 체제의 존중과 인정을 규정하고 있는 남북기본합의서 제1조의 정신을 근거로 남한과 북한의 정부는 상호 동등하게 '일반적 사실상의 정부'(general de facto government)의 관계에 있다고 보고 있다.³⁶⁾ 생각건대, 대내적으로는 남한이 한반도에서 유일한 합법국가이며 북한은 대한민국의 영토 일부를 점령한 '지방적 사실상의 정부'로 인정하는 것이 타당해 보인다.

2. 남북한 특수관계의 의미

남북한은 국제법상 두 개의 국제법 주체로서 대외적인 측면은 국제관계이지만 남북한의 관계는 분단한국의 내부관계이며, 이러한 특수관계는 통일을 향한 발전적·동적 성격을 지니고 있다.³⁷⁾ 다시 말해 남북한 특수관계의 구체적인 의미 내용은 정태적으로 확정되어 있는 것이 아니라 통일을 지향하는 과정에서 개방되어 있어 남북관계의 발전양상과 정치적 상황에 따라 구체화되어 개개의 사건에 있어서 달리 적용된다고 할 수 있다. 남북한 특수관계는 개방성, 민족자결성, 상호성과 대등성, 통일지향의 잠정성, 동태적 발전성 등을 그 특징으로 한다. 따라서 향후 통일과정에 있어서 남북관계에서 발생할 수 있는 여러 가지 가능성과 법적 분쟁을 유형화하여 어떠한 경우에, 어떠한 범위에서 국내법 또는 국제법(원칙)이 적

34) 디터 블루멘비츠/최창동(편), 『분단국가의 법적 지위』(1996. 6), 188면; 제성호, “헌법상 통일관련 조항의 개폐문제”, 『통일연구논총』 창간호(1992), 276면.

35) 김명기, 『남북기본합의서 요론』(서울: 국제문제연구소, 1992), 123면.

36) 이장희, “북한의 조약체결당사자 능력인정에 따른 법적 문제 연구”, 『인도법논총』 제16호(1996), 84면.

37) 유병화, “남북한 UN가입과 한국통일의 법적 문제”, 『통일문제연구』, 1991 가을호, 49-50면.



용되는지에 대하여 구체적인 의미 내용을 부여함으로써 남북관계의 현실을 반영하고 통일을 이끌어가는 기본원칙으로 기능할 수 있도록 해야 할 것으로 생각된다.

3. 남북한 특수관계 하에서의 북한주민의 법적 지위

가. 북한주민을 대한민국 국민으로 인정한 판례

북한의 국가성을 인정하는 입장(헌법 제3조의 규범력을 부인)에 따르면 북한 주민은 대한민국 국민에 포함되지 않으며, 북한 주민이 대한민국의 국적을 취득하기 위해서는 망명 또는 귀화 등 별도의 절차를 거쳐야 한다. 반면 북한의 국가성을 부인하는 입장(헌법 제3조의 규범력을 인정)에 따르면 비록 법현실과는 상당한 괴리감이 있으나 법률적으로 북한주민도 대한민국 국민에 포함된다. 그러나 헌법 제3조 영토조항의 개폐문제는 별론으로 하더라도 현재 대법원과 헌법재판소가 영토조항의 규범력을 인정하고 있는 이상 북한주민도 대한민국의 국민이라고 해석하는 것이 영토조항의 해석상 논리적 귀결이라고 할 수 있다. 대법원도 헌법 제3조를 근거로 하여 북한 주민도 대한민국의 국민에 포함된다는 입장을 일관되게 유지하고 있는데 판시 내용은 다음과 같다.

“조선인을 부친으로 하여 출생한 자는 남조선과도정부법률 제11호 국적에 관한 임시조례의 규정에 따라 조선국적을 취득하였다가 1948년 7월 17일 제헌헌법의 공포와 동시에 대한민국 국적을 취득하였다 할 것이고, 설사 그가 북한법의 규정에 따라 북한국적을 취득하여 중국 주재 북한대사관으로부터 북한의 해외공민증을 발급받은 자라 하더라도 북한지역 역시 대한민국의 영토에 속하는 한반도의 일부를 이루는 것이어서 대한민국의 주권이 미칠 뿐이고, 대한민국의 주권과 부딪히는 어떠한 국가단체나 주권을 법리상 인정할 수 없는 점에 비추어 볼 때, 그러한 사정은 그가 대한민국 국적을 취득하고 이를 유지함에 있어 아무런 영향을 끼칠 수 없다”³⁸⁾

38) 대법원 1996. 11. 12. 96누1221 판결.

나. 재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률상의 지위

재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률 제2조는 재외동포를 “대한민국의 국민으로서 외국의 영주권을 취득한 자 또는 영주할 목적으로 외국에 거주하고 있는 자(재외국민)”와 “대한민국의 국적을 보유하고 있던 자 또는 그 직계비속으로서 외국 국적을 취득한 자 중 대통령령이 정하는 자(외국국적동포)”라고 규정하고 있다. 북한은 앞에서 살펴본 바와 같이 국내법상 ‘국가’가 아니므로 북한에 거주하는 북한주민은 ‘외국’에 거주하고 있는 재외국민 또는 ‘외국국적’을 취득한 자에 해당하지 아니한다고 할 것이다.

다. 북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률상의 지위

북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률은 북한주민도 당연히 대한민국 국민이라는 것을 전제로 귀화 등의 절차를 거치지 아니하고 서울가정법원의 허가 결정과 호적지 행정관청의 호적편제를 통하여 대한민국 국민으로서의 권리의무를 행사하도록 하고 있다.

라. 남북한 특수관계와 북한주민의 국적

북한이 평화통일을 위한 화해와 협력의 동반자로서 활동하는 규범영역에서는 북한주민은 남한과 동등한 지위를 갖는 실체로서 분단체의 일부분을 구성하는 북한의 주민인 특수한 지위를 갖게 된다고 할 것이다. 이 경우 북한주민은 외국인은 아니지만 현실적으로 남한주민으로서의 법적 지위를 누리고 있지도 않은 특수한 지위로서 원칙적으로 국제법원칙을 유추적용하거나 외국인에 준하는 지위를 인정해야 할 것으로 생각된다. 북한에서 생활하면서 북한법률에 따라 형성·유지되어 온 북한주민의 권리의무관계를 그대로 인정하는 것이 북한주민의 인권과 행복추구권을 보장하는 것이 될 것이다. 이와 같은 맥락에서 법률적으로 북한주민을 대한민국 국민으로 인정하면서도 형식논리적인 주장만으로는 현실적인 문제를 해결할 수 없다는 기능론적 입장에서 대한민국 국민에는 남한주민, 북한주민, 재외국민의



세 가지 유형이 있음을 전제로, 대한민국 단일국적을 유지하되 그 하위개념으로 '남한적'과 '북한적'을 상정할 필요가 있다는 견해가 있다.³⁹⁾

V. 독일의 법적 지위⁴⁰⁾

2차 세계대전의 패배, 전승국들의 점령 및 그에 따른 동·서독의 분단으로 인하여 독일에서는 독일통일에 이르기까지 수십 년 간 독일의 법적 지위에 대한 논의가 활발하게 전개되었다. 서독의 학자들과 정치인들은 대부분 '핵심국가이론', '국가수축이론', '지붕이론' 등 분단에도 불구하고 독일이라는 국가는 그 본질에 있어서 계속성을 갖는다는 계속성이론을 주장하였던 반면, 동독은 처음에는 내전이론에 기초하여 독일제국이 동독을 통해 계속하여 존재한다는 입장을 취하였으나 나중에는 '이국가(二國家)이론'에 근거하여 독일제국의 소멸을 주장하게 되었다.

1. 지붕이론(Roof Theory)

이 이론은 부분체제원칙(Partial Oder Doctrine)이라고도 하는데 존속하는 독일제국(German Reich)의 지붕(Reichsdach) 아래에 두 개의 국가조직(두 개의 부분질서)이 존재하며 이들 국가조직은 연방국가의 구성국가들과 비교될 수 있다고 한다. 개개의 부분질서는 기둥이 되어 그 위에 지붕과 같은 독일제국이 휴식하고 있고, 각 국가는 독일제국의 권한을 자신의 지배영역 안에서만 행사할 수 있으며, 존속하는 독일제국은 여전히 권리능력을 보유하고 있으나 고유한 국가기관이 없으므로 행위능력이 없다고 한다. 이 이론은 두 개의 국가적인 부분질서(staatliche Teilordnungen)가 스스로의 고권을 행사하고 고유한 기관을 조직할 수 있으며 제한된 국제법상의 주체성을 가지지만, 전체 독일국가의 유보 아래에 선다고 한다.

39) 제성호, "해외탈북자의 법적 지위와 처리방안", 『법조』 통권 556호(2003, 1), 59면 이하.

40) 이 부분은 임복규, "통일이전의 서독과 동독의 법적 지위", 법원행정처, 『남북교류에 관련한 법적 문제점(2)』(서울: 법원행정처, 2003), ; 디터 블루멘비츠(저), 최창동(편), 앞의 책, 184-186면을 토대로 작성한 것임.

이 이론에 의하면 서독과 동독은 독일제국에 있는 완전한 주권 밑에 동등한 수준 선상에서 함께 존재하고 있었던 셈이 된다.

2. 동일성이론(Identity Theory)

서독 내에서의 통설이며 서독정부가 지지해 온 이론으로, 이 이론은 기본적으로 독일제국이 1945년 패전에도 불구하고 존속하며 항복과 전승국의 국가권력의 행사로 인하여 소멸하지 않았다고 주장한다. 이 이론에서 다시 변형이론이 나오고 있는데 ‘핵심국가이론’, ‘국가수축이론’, ‘내전이론’, ‘이국가이론’, ‘수렴이론’, ‘부분적 동일성 이론’ 등이 그것이다.

가. 핵심국가이론(Kernstaatstheorie)

이 이론은 독일제국은 1937년 12월 31일의 경계 안에서 변화되지 않은 채 국가로서 존속하며, 독일제국은 서독기본법이 효력을 미치는 영역 안에서 현실화된 핵심국가를 갖게 된다고 한다. 따라서 서독이 독일제국의 핵심국가로서 독일제국의 모든 권한을 행사하게 되는 반면, 동독지역은 서독이 독일제국과 동일하다는 전제 아래에 독일제국의 국가영역에 속할 수도 있고(좁은 의미의 핵심국가이론), 그렇지 않으면 이미 다른 국가로 분리되었을 수도 있다고 한다(국가수축이론). 또한 이 이론은 독일제국과의 동일성으로부터 “서독만이 독일국민을 대표할 권한을 갖는다”는 유일한 대표권이 도출된다고 하고, 남은 부분(der Rest)은 국가로 간주되지 않는다고 한다. 그러나 서독은 동독법원의 판결과 동독공증인의 공증 그리고 동독관청에서 한 혼인신고의 효과를 승인했는데, 이는 서독이 일관되게 주장해 온 핵심국가이론과는 상치된다고 하겠다.

나. 국가수축이론(Schrumpfstaatstheorie, Shrunk State Theory)

이 이론은 국가로서의 독일제국이 서독기본법의 현실적인 효력범위 안으로 수축되어 상당히 축소된 형태로 존속한다고 한다. 따라서 동독은 독립한 국가 또는 독



립국가의 일부가 된다는 것이다. 이 이론은 서독과 독일제국의 동일성을 동독의 국가성과 결부시키는 것을 가능하게 하기 때문에 한 때 동·서독의 법적 지위를 해명하기에 가장 적절한 이론으로 보이기도 했다고 한다.

다. 내전이론(Bürgerkriegstheorie, Civil War Theory)

이 이론은 서독의 입장에서는 서독의 기관이 독일제국 기관의 후계자로서 독일제국을 대표하는 법적 정부이며, 동독정부는 내전상태의 정부처럼 독일제국 영토의 일부를 침탈하여 그 위에 독일제국과는 다른 새로운 국가를 설립하려 한다는 것이고, 동독의 입장에서는 이와 반대가 된다고 한다. 서독의 입장에 선 내전이론은 독일제국과 서독이 동일한 것이 아니라 서독의 기관적인 지위가 독일제국 정부의 기관적 지위와 동일하다고 주장하며, 동독지역에서는 지역적인 사실상의 정부가 지배하고 있으므로, 서독의 국가고권은 서독기본법이 적용되는 서독 내에서만 행사된다고 한다.

라. 이국가이론

이 이론은 독일제국은 1945년 국가권력의 제거로 인해 소멸하였고 그 영토 위에 두 개의 새로운 자주국가가 탄생하였으며, 두 개의 신생국가가 독일제국의 부분적인 상속국(Nachfolgestaaten)이 되어 독일제국의 권리와 의무를 승계하였다는 이론이다. 동독은 1945년 독일제국의 패전에도 불구하고 독일제국이 존속하며 동독과 독일제국이 동일하다는 견해를 취하였으나, 1949년 정권수립 이후부터는 위 이론을 지지하였다.

마. 수렴이론(Congruence Theory)

이 이론은 독일제국의 영토와 서독기본법에서 규정된 영토는 합치한다는 것이고, 서독의 영토는 동독의 영토를 함께 포함해서 수렴하고 있는 것이므로 서독의 기본법이 동독에서도 적용될 수 있다는 입장이다.

바. 부분적 동일성 이론(Partial Identity Theory)

이 이론은 서독이 전체로서의 독일제국과 완전히 동일할 수 없고 부분적으로 동일성을 갖는다는 입장이다.

3. 승계이론(Succession Theory)

이 이론은 서독이 독일제국의 '법적승계자'라는 주장이다. 법적승계자라는 견해는 두 가지 법적과제를 전제하고 있는데, 하나는 독일제국이 소멸하였다는 것이고 다른 하나는 그 독일제국을 서독이 상속하였다는 것이다.

4. 독일연방헌법재판소의 견해

1972년 12월 21일 양독간의 관계에 대한 내용을 담은 「독일연방공화국과 독일민주공화국의 상호관계에 관한 기본조약」(이하 “동·서독 기본조약”)이 체결되었다. 동·서독 기본조약 제1조는 “독일연방공화국과 독일민주공화국은 동등한 권리의 토대위에서 정상화된 선린관계를 발전시켜 나간다”고 규정하고 있다. 또한 동·서독 기본조약 제4조는 “독일연방공화국과 독일민주공화국은 양국의 어느 일방이 타방을 국제적으로 대표하거나 또는 자국의 명의로 상대방을 대신하여 행할 수 없다는데 의견을 같이 한다”고 규정하고 있고, 제6조는 “독일연방공화국과 독일민주공화국은 각국의 국가권력이 각자의 영토 내에서만 행사될 수 있다는 원칙에서 출발한다. 양국은 국내 및 국제문제에 있어서 상대방 국가의 독립과 자주성을 존중한다”고 규정하고 있다.

독일 연방헌법재판소는 1973년 7월 31일 동·서독 기본조약에 대하여 다음과 같이 판시하였다.

“서독기본법은 독일제국의 존속을 기초로 한다. 독일연방공화국의 설립과 함께 새로운 서독국가가 탄생한 것이 아니라 독일의 일부가 새로이 조직된 것이다. 따라서 독일연방공화국은 독일제국의 권리계승국이 아니라



국가로서 '독일제국'과 동일하다. 물론 공간적으로는 일부만 동일하다. 동시에 서독기본법은 제도적인 기관의 결핍으로 인하여 자유로운 행위능력이 없는 전체국가로서의 독일제국의 존속을 기초로 한다. 독일연방공화국의 국가고권은 '기본법이 효력이 미치는 범위'로 제한되나, 전체 독일에 대하여 책임이 있다. 독일민주공화국은 독일에 속하며 독일연방공화국과의 관계에서 보면 외국이 아니다. 따라서 예를 들어 동·서독 사이의 교역은 외국과의 교역이 아니다”

VI. 결론

북한의 법적 지위를 반국가단체 또는 불법단체로만 보는 것은 변화된 남북관계의 현실을 전혀 고려하지 않을 경우에만 가능하다. 「남북기본합의서」, 6.15 공동선언, 「남북관계 발전에 관한 법률」등은 모두 북한을 교류와 협력, 궁극적으로는 통일을 이루어야하는 상대방으로 인식하고 북한의 체제, 제도, 법률을 인정하는 전제에서 체결되거나 제정되었다. 또한 개성공단의 개발, 금강산 관광 등으로 남북간의 인적·물적 교류가 활발해지면서 남북 당사자 사이에 다양한 유형의 법적 분쟁이 발생할 것이고, 경우에 따라서는 북한법을 적용하지 않고는 해결할 수 없는 분쟁이 발생할 가능성도 높다.⁴¹⁾ 따라서 남북한의 교류·협력과 관련한 특수관계에 있어서의 북한의 법적 지위를 명확히 하는 것은 대단히 중요하다고 할 수 있는바, 앞에서 살펴본 바와 같이 북한을 국가로 인정할 수는 없지만 대한민국 영토 안에 존재하는 정치적 실체로서 사실상의 통치권을 행사하는 사실상의 지방정부로 규정함이 타당하다고 할 것이다.⁴²⁾ 이렇게 하는 것이 남북 교류·협력에 대한 법률적 장애요인을 제거하는 방법이 될 것이고, 남북 교류·협력 과정에서 발생할 수 있는 각종 분쟁을 합리적으로 해결할 수 있는 열쇠가 될 것이다.

41) 북한의 개성공업지구 법령은 북한의 법령이기는 하나 그 제정과정에서 남한과 협의를 하는 경우가 많고, 사실상 우리측이 주도하고 있는 개성공업지구 관리기관인 개성공업지구 관리위원회는 개성공업지구 관리·운영과 관련한 많은 수의 준칙을 제정하고 있다.

42) 도회근, 앞의 논문, 862면.