

## 조중우호협조 및 호상원조조약에 대한 고찰\*

전 수 미\*\*

I. 서론

III. 조중우호조약의 국가승계 문제

II. 조중우호조약에 대한 검토

IV. 맺음말

### 국 문 초 록

한국의 사드배치로 인한 한중갈등, 미국 트럼프정부의 북한 선제공격설이 우세하더니 최근 남·북·미 대화에 대한 기대로 한반도에 훈풍이 불고 있다. 하지만 북미대화의 결과에 따라 미국의 선제공격이 대두될 수 있다는 점에서 한반도의 정세는 안정적이지만은 않다. 이러한 시대적 배경을 바탕으로 본 연구는 중국과 북한 간 체결한 “조중우호협력 및 호상원조 조약”(이하 조중우호조약)의 내용을 분석하고 한반도 안보의 불확실성을 상쇄시키기 위해 조약 상 중국의 역할을 제고하려 하였다. 조중우호조약의 제2조에 따른 자동개입조항은 국제관습법상 자위권의 행사에 따라 필요성과 비례성 요건을 충족해야 하며, 절차상으로는 UN헌장 제51조에 따라 UN안전보장이사회가 필요한 조치를 취하기 전까지만 자위권을 행사해야 한다. 한반도 유사 시 조중우호조약에 따른 중국의 개입은 UN헌장 제48조와 제103조에 따라 한계를 가진다. 체제이행기 후 조중우호조약의 승계는 조중우호조약이 북한과 중국 간 역사적 배경을 바탕으로 체결된 특수한 조약이고 현재 중국은 비동맹외교노선을 채택하고 있다는 점에서 향후 위 조약이 승계될 여지는 없어 보인다.

• 주제어 : 북한, 중국, 조중우호조약, 자위권, 중국의 개입, 국가승계

\* 본 논문은 2017년 한국국방연구원(KIDA)의 The Korean Journal of Defense Analysis에 투고한 내용을 일부 수정 보완하여 2018년 북한법연구회 제244회 월례발표회에서 발제한 拙稿입니다. 발표회에서 고견을 주신 호문혁 원장님과 이근관 교수님, 그리고 익명의 세 심사위원분들의 고견에 깊은 감사의 말씀 드립니다.

\*\* 법무부 통일법무과 사무관, 변호사, 정치학 박사(Ministry of Justice, Unification Legal Affairs Division, Deputy Director / Attorney at Law / Ph.D. Politics). 대표 논문으로는 ‘비대칭동맹국가의 약소국 붕괴 시 개입에 대한 연구 - 북한급변 시 중국의 개입을 중심으로 -’가 있다.

## I. 서론

남북의 기류가 심상치 않다. 풀리지 않을 것 같던 한반도 비핵화와 북미대화는 문재인 정부의 적극적 추진으로 2018년 4월 27일 남북정상회담이 성사 되었다. 북미뿐만 아니라 남북미 정상회담의 타결 또한 점쳐지고 있는 상태에서 한반도 통일과 평화는 그리 멀지 않게 보인다.

하지만 북미대화가 틀어지면 이는 미국의 트럼프에게 또 다른 전쟁의 빌미, 즉 선제공격설이 제기될 수 있다는 점에서 한반도 안보정세는 급격하게 변화할 수도 있다.

한반도 유사시 중국은 북한과의 정치적, 경제적 결속을 이유로, 무엇보다 중국의 다른 국경지역과 다르게 한반도는 중국 수도 베이징의 근거리에 위치하고 있어 한반도 유사 시 중국에게는 단순한 국경방어가 아닌 수도방어라는 급박한 사태로 발전할 것이기에, 적극 개입하려 할 것<sup>1)</sup>이다. 중국의 관영매체인 환구시보에서도 박근혜 전 대통령의 ‘북한정권 붕괴’라는 단어 사용을 언급하며, 한반도 유사시 자국의 이익을 위해 개입할 수 있음을 경고<sup>2)</sup>하기도 하였다. 중국이 북한에 개입할 수 있는 국제법적 논리 중 하나가 바로 ‘조중 우호협조 및 호

1) 이러한 북한급변 시 중국개입에 대한 당위성은 중국공산당 중앙당교 장롄구이(장이) 국제전략연구소 교수가 한국, 미국, 중국과 같은 주변국가들에게 북한 급변사태에 대한 준비는 당연한 것이다. 중국정부는 한반도 안정화를 꾀하면서, 동시에 급변사태에 대한 준비도 해야 하며, 만약 중국정부가 급변사태에 대비하지 못한다면 그것은 정부로서 자격이 부족하다고 언급하고 있다는 점, 기밀해제된 문서에서도 중국은 북한 급변 시 북한의 지정학적 이익과 대량의 난민유입때문에라도 반드시 개입할 것이라고 기술되어 있는 점에서도 확인할 수 있다. 문정인, 『중국의 내일을 묻다』, 삼성경제연구소, 2010, 285-287면; 『军情观察』, “朝鲜崩溃的后国, 朝鲜估计崩溃时间”, 2014년 12월 1일, <http://www.jqgc.com/jmda/47706.shtml>(검색일 2017. 3. 28.); 『百科观察』, 解密朝鲜 金氏政权“即将崩溃”, 2014년 10월 10일, [http://toutiao.baik e.com/article-1572347.html?prd=shouye\\_guancha](http://toutiao.baik e.com/article-1572347.html?prd=shouye_guancha)(검색일: 2017. 4. 1.); 『铁血社区』, “假设朝鲜政权崩溃...东北怎么办”, 2016년 2월 17일, [http://bbs.tiexue.net/post\\_11287857\\_1.html](http://bbs.tiexue.net/post_11287857_1.html)(검색일: 2017. 4. 1.)

2) 『環球時報』, “中国需加强东北军事部署防半岛生乱”, 2016년 2월 17일 <http://opinion.n.huanqiu.com/editorial/2016-02/8550411.html>(검색일: 2017. 3. 25.)

상원조에 관한 조약(朝中友好合作互助条約, Treaty of Friendship, Co-operation and Mutual Assistance Between the People's Republic of China and the Democratic People's Republic of Korea. 이하 조중우호조약)'이다.

지금까지 한국정부는 방법에 차이가 있을 뿐, 평화롭고 점진적 방법이나 전쟁 및 급변이라는 상황을 전제로 한반도 통일을 준비해 왔다. 한반도 유사 시 중국의 개입에 대한 연구는 김열수(2012), 박희락(2013), 신진(2014), 황성칠(2014)이 있다. 하지만 기존의 중국의 개입에 대한 연구는 조중우호조약의 조문 자체 분석이나 국제법적 타당성을 검토함으로서 조약 자체의 실효성 여부를 검토하기보다는, 주로 중국의 군사적 개입에 따른 한미공조를 분석하여 안보위협 해소라는 전략적 접근에서 그친다.

지금까지 법학계에서는 통일이후 법제 통합에 대한 연구가 지속되어왔는데, 법제통합 분야뿐만 아니라 조약의 승계 여부도 연구되어 있다. 조약의 승계에 대해서는 주로 영토나 채권·채무의 승계문제에 대해 논의되었으며<sup>3)</sup>, 조중우호조약처럼 고도의 정치적 국제조약은 영토승계국으로 승계되지 않는다는 것이 국가관행이라는 논의<sup>4)</sup> 또한 존재한다. 본 연구는 한반도 유사시 중국이 한반도에 법적으로 정당하게 개입할 수 있는 조중우호조약 자체를 법적으로 분석하여 조약 상 중국의 역할을 제고하고, 개입의 범위와 한계에 대해 명확하게 고찰함으로써 이에 대한 한국의 준비를 환기시키려 한다.

먼저 조중우호조약이 어떠한 시대적·정치적 배경에서 체결되었는지 조약 체결의 배경을 간단하게 고찰하고, 중국이 위 조약의 군사동맹조항에 근거해 행사

3) 국경조약은 이현조, “조중국경체계에 관한 국제법적 고찰.” 『국제법학회논총』 제52권 제3호, 국제법학회, 2007; 한명섭, 『남북통일과 북한이 체결한 국경조약의 승계』, 한국학술정보(주), 2011; 채권, 채무에 대한 연구는 통일부, 『통일 시 북한의 대외관계 승계 문제에 대한 연구』, 2010; 한명섭, “남북통일과 북한의 대외채무 승계에 대한 고찰”, 『경희법학』 제47권 4호, 경희대학교, 2012. 등 참조.

4) 한명섭, “북한의 조약체결 현황 및 향후 처리 방안”, 『제36차 남북법령연구특별분과위원회 학술회의 자료』, 법무부, 2010, 51면.

할 집단적 자위권을 국제관습법 상 자위권 행사(내용적), UN헌장 제51조에 근거한 자위권의 행사(절차적)로 분류하고 체제이행기 후 조약의 국가승계 문제까지 검토한 다음 그 한계 및 의의를 논의할 것이다.

## II. 조중우호조약에 대한 검토

### 1. 조약 체결의 배경<sup>5)</sup>

중공군은 6.25 참전과 전후 복구지원으로 인해 북한에 영향력을 확장하고 있었다. 특히, 1956년 20차 세계 공산대회를 통한 스탈린 격하 운동과 흐루시초프(N. KHRUSHCHEV)의 평화공존 노선은 중소 갈등의 심화와 소련과 북한 간 관계의 악화를 불러왔는데, 이 시기 중국은 소련과의 경쟁에 있어 북한을 자신들에게 유리하게 활용하기 위해 군사지원과 경제지원을 강화하게 되었고, 특히 1958년 북한 주둔 중국군이 철수하면서 북한의 군사력 약화를 보강하기 위해 대규모 군사지원까지 하였다.<sup>6)</sup>

당시 북한내에는 ‘빨치산파’, 연안의 공산주의자들을 근거로 하는 ‘연안파’, 소련에서 활동하다 귀국한 자들이 중심이 된 ‘소련파’, 국내에서 활동하는 박헌영을 중심으로 하는 ‘남로파’등 각 계파간의 세력이 형성되어 있었고, 김일성은 이중 친중인사 배제작업을 통해 중국인민군의 내정간섭을 배제하고자 하였다.<sup>7)</sup> 이렇게 북한 내부 정치적 구조에서 배제당한 ‘연안파’를 중심으로 1956년 8월 종파사건이 발생하게 되고 김일성은 중국의 압력으로 인해 결국 연안파를 복귀

5) 중조우호조약의 체결배경(중조정치외교관계에 대한 연구)에 대한 자세한 내용은 权红(취엔홍), 『中朝政治外交关系研究(1949-2009)』, 延边大学, 2010, pp. 20-58 참조.

6) 최영일, “북-중 동맹관계와 군사협력관계의 변화”, 고려대학교 대학원 석사학위 논문, 2007, 38면.

7) 최명해, 『중국·북한 동맹관계』, 오름, 2009, 74-95면.

시킨다.<sup>8)</sup> 이러한 배경으로 인해 북한은 중국에 대해 불만을 가지고 있었으나, 앞서 언급한 제20차 소련 공산당 대회에서 스탈린의 개인숭배에 대한 비판이 나오면서 중국과 소련의 갈등이 표면화되고<sup>9)</sup>, 이러한 비판은 김일성 우상화 작업을 하고 있는 북한에게도 불편한 주제였다. 하지만 북한은 중소 분쟁을 이용해 소련으로부터 최대한의 경제적 원조로서 차관의 일부면제, 기술지원 협약 등을 체결하여 실리를 취할 수 있었다.<sup>10)</sup>

나아가 북한은 중소 분쟁을 이용해 군사적 이익도 취했는데, 흐루시초프와 김일성은 1961년 7월 6일 ‘조소 우호협력 및 상호원조 조약’(Treaty of Friendship, Co-operation and Mutual Assistance Between the Union of Soviet Socialist Republics and the Democratic People's Republic of Korea)을 체결하였다. 결국 북한의 김일성은 주체사상을 확립하는 과정에서 흐루시초프의 ‘평화공존’ 노선과 ‘개인숭배 비판’에 대해 불만이 있었던 점, 1951년 미일안보조약(Security Treaty Between Japan and the United States of America), 1953년 한미상호방위조약(Mutual Defense Treaty between the United States of America and the Republic of Korea)의 체결로 한·미·일 공조체제가 이미 형성되어 안보의 위협에 따른 공조의 필요성을 인식하게 된다. 이에 1961년 7월 11일 북한과 중국 간 조중우호조약이 체결된다.

8) James F. Person, "We need Help from Outside: The North Korean Opposition Movement of 1956", In Cold War International History Project Working paper #52, ed. Christian F. Ostermann. Washington, DC: Woodrow wilson International Center for Scholars. 2006, p.2, 46.

9) 이종석, 『북한-중국관계: 1945-2000』, 중심, 2000, 206-218면.

10) 이종석, 『북한-중국관계: 1945-2000』, 중심, 2000, 221-222면.

## 2. 조중우호조약의 내용

### 1) 조중우호조약의 법적 성격

조중우호조약은 1961년 7월 11일 조선인민민주주의공화국의 김일성 주석과 중화인민민주주의공화국의 주은래 주석이 베이징에서 체결하였다. 일반적으로 국제법에 의해 규율되는 국제적 합의를 ‘조약’<sup>11)</sup>이라고 하는데, 1969년 UN조약법회의에서 채택된 ‘조약법에 관한 비엔나협약(Vienna Convention on the Law of Treaties, VCLT, 이하 조약법 협약)’ 제2조에 따르면 ‘조약’이라 함은 단일의 문서에 또는 2 또는 그 이상의 관련 문서에 구현되고 있는가에 관계없이 또한 그 특정의 명칭에 관계없이, 서면형식으로 국가 간에 체결되며 또한 국제법에 의하여 규율되는 국제적 합의<sup>12)</sup>를 의미한다. 물론 동 협약 제3조(C)에 의하면 ‘국가 간의 조약’이라 함은 오로지 국가만이 당사자인 조약을 지칭하는 것이 아니라고 명시하여<sup>13)</sup>, 국가가 아닌 다른 국제법 주체<sup>14)</sup>에 의한 조약 체결을 부인하고 있지 않고 있다.

조중우호조약의 효력을 고찰하기 위해서는 위 조약이 조약의 기본요건을 충

11) “조약이란 국가·국제기구 등 국제법 주체 사이에 권리의무관계를 창출하기 위하여 서면형식으로 체결되고 국제법에 의하여 규율되는 합의”, 헌법재판소 2008. 3. 27. 선고 2006헌라4 결정.

12) Article 2 (a) 'treaty' means an international agreement concluded between States in written form and governed by international law, whether embodied in a single instrument or in two or more related instruments and whatever its particular designation.

13) Article 3. (c) The application of the Convention to the relations of States as between themselves under international agreements to which other subjects of international law are also parties.

14) 예를 들어 국제기구나 교전단체 등이 이에 해당된다. 비엔나 협약이 국가간의 조약에만 적용되는 한계를 극복하고자 1986년 3월 21일 “국가와 국제기구 또는 국제기구 상호간의 조약법에 관한 비엔나 협약(The Vienna Convention on the Law of Treaties concluded between States and International Organizations and between International Organizations)”이 채택된 바 있다.

족하는지 검토해야 한다. 우선적으로는 조중우호조약의 명칭이 ‘조약’이기 때문에 1969년 조약법 협약에 의해 규율되는 조약으로 추정될 수도 있다.<sup>15)</sup> 하지만 조약이라는 것은 협정, 규약, 규정 등 명칭과 관계없이 국제법의 당사자를 법적으로 구속하는 합의<sup>16)</sup>라고 할 것이어서 조중우호조약이 조약인지 여부는 1969년 조약법 협약의 정의 중 ① 문서로 체결되었는지, ② 국제법에 의해서 규율되는 것인지에 대한 기본조건을 충족하는지 검토하고 나아가 마지막 조건으로 국제법 주체 간에 체결 된 것인지를 검토해야 한다.

먼저 1961년 7월 11일 중국과 북한은 조중우호조약이라는 이름으로 조약을 문서로 체결하여 서로 교환<sup>17)</sup>하였다. 따라서 문서로 체결한 조건은 충족한다. 다음으로 위 조약은 중국과 북한의 합의문서로서 당사자 일방이나 제3국의 국내법을 준거법으로 규율하지 않으므로 국제법에 의해 규율된 조약에 해당한다. 마지막으로 조약의 국제법 주체간의 체결 여부인데, 북한은 일제 해방 후 1948년 9월 8일 조선인민민주주의공화국 헌법을 채택하고, 9일 김일성을 수상으로 하는 내각을 조직하여 같은 날 조선인민민주주의공화국 창건을 선포하였다.<sup>18)</sup> 중국은 내전 후 1949년 10월에 중화인민공화국이 수립된 후 북한과 수교를 맺

15) 하지만 헌법재판소는 대한민국과 아메리카 합중국 간의 상호방위조약 제4조에 의한 시설과 구역 및 대한민국에서의 아메리카 합중국 군대의 지위에 관한 협정 (Agreement under Article 4 of the Mutual Defence Treaty between the Republic of Korea and the United States of America, Regarding Facilities and Areas and the Status of United States Armed Forces in the Republic of Korea, 이하 한미주둔군 지위협정)과 1965년 체결된 한일어업협정(韓日漁業協定)등의 법적 성격에 대해 ‘조약’이라고 판시한바 있으므로 명칭에 따라 법적 성격이 규정되는 것은 아니라 할 것이다.

16) Malcolm N. Shaw. 2003. International Law, 5th. Cambridge University Press. p.88.

17) 第七条

本条约须经批准，并自互换批准书之日起生效。批准书在平壤互换。

本条约在未经双方就修改或者终止问题达成协议以前，将一直有效。

本条约于一九六一年七月十一日在北京签订，共两份，每份都用中文和朝文写成，两种文本具有同等效力。

18) 김성보, 이종석 공저, 『북한의 역사 1 - 건국과 인민민주주의의 경험(1945~1960)-』, 역사비평사. 2014, 133-134면.

으면서 북한을 국가로 승인하게 된다. 따라서 북한과 중국은 서로를 국가로 승인하였기에 국가승인의 효력에 따라 상호 간에 국가로 인정된다.<sup>19)</sup> 즉, 국제법 주체에 의해 체결된 문서인 것이어서 위 조중우호조약은 조약의 일반적인 요소를 충족하고 있다.

## 2) 조중우호조약의 구조 및 해석론<sup>20)</sup>

### (1) 조중우호조약의 구조

조중우호조약은 전문과 전체 7개 조항으로 구성되어 있다. 전문<sup>21)</sup>은 조선민주주의인민공화국 최고인민회의 상임위원회와 중화인민공화국 주석은 국가주권을 존중하고 내정 불간섭, 불가침에 대해 상호 원조 및 협조를 규정하고 있다.

결국 이는 제3국이 조약의 당사자 국가를 침략할 경우 이에 대해 다른 당사자 국가가 원조와 지지를 제공할 것이라는 것으로 해석된다.

### (2) 조중우호조약에 대한 해석

본문인 제1조에서 제6조까지는 체약 쌍방에 대한 의무나 권리의 제한이 명시되어 있으며, 마지막 제7조는 위 조약의 효력을 명시하고 있다. 제1조는 ‘체약

19) 물론 한국에게 북한은 헌법재판소의 결정, 대법원 판례에 따르면 한반도 이북의 영토를 불법점유하고 있는 반국가단체이다.

20) 전수미, “북한 급변 시 중국의 개입에 대한 법적 고찰”, 『중국법연구』 제29집, 한중법학회. 2017, 86-90면 일부 수정 및 보완.

21) <<中华人民共和国和朝鲜民主主义人民共和国友好合作互助条约>>

中华人民共和国主席和朝鲜民主主义人民共和国最高人民会议常务委员会, 并且深信, 两国之间的友好合作互助关系的发展和加强, 不仅符合两国人民的根本利益, 而且也符合世界各国人民的利益。为此目的, 决定缔结本条约, 并各派全权代表如下: 中华人民共和国主席特派中华人民共和国国务院总理周恩来; 朝鲜民主主义人民共和国最高人民会议常务委员会特派朝鲜民主主义人民共和国国内阁首相金日成。双方全权代表互相校阅全权证书, 认为妥善后, 议定下列各条。



쌍방은 아세아 및 세계의 평화와 각국 인민의 안전을 수호하기 위하여 계속 모든 노력을 다할것이다。(締約双方将继续为维护亚洲和世界的和平和各国人民的安全而尽一切努力。)’고 명시하고 있으며, 제2조는 ‘체약 쌍방은 체약 쌍방 중 어느 일방에 대한 어떠한 국가로부터의 침략이라도 이를 방지하기 위하여 모든 조치를 공동으로 취할 의무를 지닌다. 체약 일방이 어떠한 한 개의 국가 또는 몇 개 국가들의 연합으로부터 무력침공을 당함으로써 전쟁상태에 처하게 되는 경우에 체약 상대방은 모든 힘을 다하여 지체 없이 군사적 및 기타 원조를 제공한다. (締約双方保证共同采取一切措施, 防止任何国家对締約双方的任何一方的侵略。一旦締約一方受到任何一个国家的或者几个国家联合的武装进攻, 因而处于战争状态时, 締約另一方应立即尽其全力给予军事及其他援助。)’라고 명시하여 체약 당사자국의 유사시 쌍방의 의무로서 집단적 자위권을 행사할 수 있음을 나타낸다. 위 군사동맹조항에 대해서는 아래에서 자세히 후술하도록 한다.

제3조는 체약쌍방의 상대방을 반대하는 동맹불체결과 관련 행동금지(締約双方均不締结反对締約双方的任何同盟, 并且不参加反对締約双方的任何集团和任何行动或措施。)를, 제4조는 양국 공통의 공동이익과 관련되는 중요 국제문제에 대한 협의해야 한다(締約双方将继续对两国共同利益有关的一切重大国际问题进行协商。)고 규정하고 있다. 중국은 제4조를 통해 양국의 공동이익과 관련된 사항을 협의하도록 함으로써 조약을 통해 북한의 안보를 보장해주는 대신 한국전쟁 이후 북한의 전쟁과 관련된 단독행동을 통제하려 하였다. 이러한 행보는 대한민국과 미합중국간의 상호방위조약(Mutual Defense Treaty between the Republic of Korea and the United States of America, 이하 한미상호방위조약)에서도 나타난다. 이승만 대통령은 한국 전쟁 후 휴전협정 자체를 거부하며 북진통일을 주장하며 미국을 위협하고, 휴전협정 중 반공포로를 석방하여, 결국 미국은 한미상호방위조약을 체결하게 된다.<sup>22)</sup> 미국은 한미상호방위조약 체결

22) 권영근, “대한민국의 안보와 자율성에 관한 미국의 인식과 행태 연구”, 『전략연구』 제23권 제3호(통권 제70호), 한국전략문제연구소, 2016, 96면.

후, 북진통일과 같은 한국의 단독행동을 제재하기 위해 본 조약의 양해사항(Understanding of the United States)으로 양국은 외부로부터의 무력공격이 있을 때를 제외하고는 타방국을 원조할 의무를 지지 않는다.(neither party is obligated... to come to the aid of the other except in case of an external armed attack against such party)는 문구를 넣어 남한의 선제공격에 따른 전쟁 연루를 피하고자 하였다.

특히 2016년까지 북한이 5차 핵실험을 마쳤고, 2017년 7월 28일에 대륙간 탄도미사일(ICBM) 발사에 성공함에 따라, 제4조가 부각되고 있다. 본 조약의 체결배경을 비추어 볼 때 제4조의 ‘공동이익’은 두 지역의 평화와 안전유지를 의미하기 때문이다. 따라서, 전쟁 개시행위 뿐만 아니라, 북한의 도발로 인한 동북아 평화 위협도 제4조의 ‘공동이익’을 해치는 것으로 볼 수 있다. 이러한 이유로 중국은 북한에게, 북한의 국제사회에 대한 대대적인 도발행위가 제4조의 ‘공동이익’을 해한다는 점을 이유로 본 조약 위반이라는 경고를 할 수 있다.

제 5 조는 ‘체약 쌍방은 주권에 대한 상호 존중, 내정에 대한 상호불간섭, 평등과 호혜의 원칙 및 친선 협조의 정신에 계속 입각하여 양국의 사회주의 건설 사업에서 상호 가능한 한 모든 경제적 및 기술적 원조를 제공하여 양국의 경제, 문화 및 과학기술적 원조를 계속 공고히 하며 발전시킨다.’(缔约双方保证共同采取一切措施, 防止任何国家对缔约双方的任何一方的侵略。一旦缔约一方受到任何一个国家的或者几个国家联合的武装进攻, 因而处于战争状态时, 缔约另一方应立即尽其全力给予军事及其他援助。)를 언급하고 있다. 전문과 제5조에 명시된 자주권 존중, 평등호혜, 내정불간섭의 원칙은 저우언라이(周恩来)의 외교 기조가 중국 및 기타 국가의 주권과 영토 보전을 위한 상호 존중(国与其他国家互相尊重主权和领土完整), 상호 불가침(互不侵犯), 상호 내정불간섭(互不干涉内政), 평등과 상호이익(平等互利), 평화로운 공존(和平共处) 이라는 다섯 가지 원칙을 기본으로 한다는 점에서 중조우호조약에도 이러한 점이 반영되어 있음을 알 수 있다. 위 원칙은 북한의 조약법 제2조<sup>23)</sup>에도 명시되어 있으며, 조약체결권자인

김일성이 당시 중국으로부터 자주성을 보장받는 것에 상당한 심혈을 기울였음을 알 수 있다.

다음으로 제 6 조 ‘체약쌍방은 조선의 통일이 반드시 평화적이며 민주주의적인 기초 위에서 실현되어야 하며, 그리고 이와 같은 해결이 곧 조선 인민의 민족적 이익과 극동에서의 평화 유지에 부합된다고 인정한다.(缔约双方认为, 朝鲜的统一必须在和平民主的基础上实现, 而这种解决正符合朝鲜人民的民族利益和维护远东和平的目的。)’는 내용으로서 북한과 중국 사이 조약에서 한반도 통일의 방법을 평화적이며 민주주의적인 기초라는 것으로 구체적으로 명시하면서 범위를 제한하고 있다. 이는 1948년 6.25전쟁 이후 남한의 발전과 미국의 압력에 따른 남한 위주의 흡수통일을 지양하고자 하는 양국의 의지가 반영된 것으로 해석된다.

마지막으로 제 7 조는 위 조약의 체결일과 효력에 대해 규정(本条约须经批准, 并自互换批准书之日起生效。批准书在平壤互换。本条约在未经双方就修改或者终止问题达成协议以前, 将一直有效。)하고 있다. 조중우호조약의 효력여부에 대해 많은 이견이 존재했으나, 최근 중국 중앙TV 국제전문채널인 CCTV4가 2011년 7월 11일 “조중우호조약은 1961년 7월 11일 김일성 주석과 저우언라이(周恩來) 총리가 베이징에서 만나 체결한 것으로 같은 해 9월 10일 발효됐다. 이 조약의 유효기간은 20년으로 1981년과 2001년 2차례 자동연장 됐다”고 밝혔다.<sup>24)</sup> 그러면서 현재 이 조약의 유효기간은 오는 2021년까지로 돼있다고 언

23) 조선민주주의인민공화국 조약법이 정식 명칭이다. 제2조 조약은 국가의 대외정책을 실현하는 중요수단이다. 국가는 조약체결에서 자주권 존중, 평등과 호혜, 내정불간섭의 원칙을 견지한다.

24) 《中朝友好合作互助条约》是1961年7月11日由金日成主席和周恩来总理在北京签署的, 同年9月10日起生效。条约在1981年、2001年两次自动续期, 现在有效期至2021年。条约规定, 在互相尊重国家主权和领土完整、互不侵犯、互不干涉内政、平等互利、互相援助和支持的基础上, 尽一切努力, 进一步加强和发展中华人民共和国和朝鲜民主主义人民共和国之间的兄弟般的友好合作互助关系, 共同保障两国人民的安全, 维护和巩固亚洲和世界的和平.新闻链接: 《中朝友好合作互助条约》<http://news.cntv.cn/china/20110711/103392.shtml>(검색일: 2016. 12. 17).

급하여, 조중우호조약은 여전히 법적인 효력을 상실하지 않았음을 보여준다<sup>25)</sup>. 이러한 7조의 명문에 의거할 때 조중우호조약의 수정 또는 폐기에는 양국의 합의가 전제되므로, 어느 일방이 조약의 폐기를 주장하여도 타방이 동의하지 않으면 조약의 효력은 유지된다 할 것이다.

조약의 유효기간에 대해 한미상호방위조약은 ‘본 조약은 무기한으로 유효하다. 어느 당사국이든지 타 당사국에 통고한 후 1년 후에 본 조약을 종지(終止)시킬 수 있다.(This Treaty shall remain in force indefinitely. Either Party may terminate it one year after notice has been given to the other Party.)’ 라고 명시되어 있다. 이승만 대통령은 조약 체결당시 조약의 ‘무기한’을 주장하였으나 미국은 1951년 체결한 미합중국과 필리핀 공화국간의 상호방위조약(Mutual Defense Treaty Between the United States of America and the Republic of the Philippines, 이하 미·필리핀상호방위조약) 제8조<sup>26)</sup>에도 조약의 유효기한을 명시했음을 이유로 이를 거절했고<sup>27)</sup> 결국 원안대로 조약이 체결된다.

### 3) 조중우호조약의 군사동맹조항 분석<sup>28)</sup>

조중우호조약은 주로 ‘혈맹’, ‘Buffer Zone’등으로 표현되면서 동맹관계가 묘

25) 조약의 유효성과 함께 중조우호조약의 집단적 자위권 행사 가능성을 분석한 내용은 李俊波. 中国依《中朝友好合作互助条约》享有的集体自卫权. 湘潭大学法学院 湖南湘潭. p.20. 참조; 중조우호조약의 체결이유 및 조약연장에 따른 안정성과 효력에 대한 내용은 王木克, 『中朝互助条约的存与废』, 世界知识, 2016, p.64. 참조.

26) 1951년 체결된 미·필리핀상호방위조약 제8조에서도 ‘This Treaty shall remain in force indefinitely. Either Party may terminate it one year after notice has been given to the other Party.’라고 명시되어 있으며, 이는 1953년 체결된 한미상호방위조약 제6조 조문과 완벽히 일치한다.

27) 김창수, “한미상호방위조약과 한미행정협정”, 『역사비평』 제54호, 역사비평사, 2001, 430면; 한표옥, 『이승만과 한미외교』, 중앙일보사, 1996, 175면.

28) 전수미, “북한 급변 시 중국의 개입에 대한 법적 고찰”, 『중국법연구』 제29집, 한중법학회, 2017, 88-90면 일부 수정 및 보완.

사되어 왔는데 그 근거는 위 조약의 제2조 군사동맹의 조항 때문이다. 하지만 냉전 이후 한중 국교정상화, 중국의 설득에도 불구하고 북한의 지속적인 핵개발이 있었고, 최근 중국 중앙TV 국제전문채널인 CCTV4가 조중우호조약의 유효기간을 공식적으로 명시함에 따라 조중우호조약 제7조(本条約须经批准, 并自互换批准书之日起生效。批准书在平壤互换。本条約在未经双方就修改或者终止问题达成协议以前, 将一直有效。本条約于一九六一年七月十一日在北京签订, 共两份, 每份都用中文和朝文写成, 两种文本具有同等效力。)에 따른 효력의 유무와 함께 북한과 중국은 더 이상 혈맹관계로 보기 어려운 것이 아니냐는 평가까지 받고 있다.<sup>29)</sup>

하지만 김일성은 중소 분쟁을 통해 공산주의의 분열양상을 일찍이 간파했다.<sup>30)</sup> 김일성에게 중요한 것은 ‘미 제국주의’라는 공동 위협에 대항할 수 있는 중국과의 ‘단결’이었으며<sup>31)</sup>, 특히 한미일 동맹체제에 대항할 수 있는 북·중, 북·소 동맹이 긴요하다는 전략적 판단으로 인해 조중우호조약이 체결된 것이다. 따라서 이러한 시대적, 상황적 배경이 반영된 조중우호조약 제2조는 비슷한 시기 체결된 조소 우호협력 및 상호원조 조약(Treaty of Friendship, Cooperation, and Mutual Assistance between the Union of Soviet Socialist Republics and the Democratic People's Republic of Korea)과 같으면서도 다른 차이가 있다. 먼저 체약 일방이 어떠한 국가 또는 국가연합으로부터 무력침공을 당함으로써 전쟁상태에 처하게 되는 경우 조소 우호협력 및 상호원조 조약<sup>32)</sup> 제1조

29) 북한과 중국 혈맹관계가 실제적 효력을 결하게 되었다는 결론의 연구는 박주진, 김용호, “북·중 동맹관계의 재고찰”, 『한국정치학회보』 48(1), 한국정치학회, 2014, 141-162면; 박규태, “중국의 대북관계: 「전통적 우호협력관계」의 특성”, 『중국연구』 제22집, 건국대학교 KU중국연구원, 2003, 53-70면 등 참조.

30) 최명해, 『중국·북한 동맹관계』, 오름, 2009, 150면.

31) 최명해, 『중국·북한 동맹관계』, 오름, 2009, 150면.

32) 참고로 조소우호조약은 1991년 소련의 해체와 함께 러시아가 1995년 9월 7일 위 조약의 연장을 더 이상 희망하지 않는다고 북한에 통보하여 조약의 효력은 1996년 9월 10일 이후 상실되었다. 이후 북한과 러시아는 2000년 2월 「조·러 우호·선린 및 협력조약」(일명 “북·러 신조약”) 체결하였는데, 이는 1961년 조약이 자동군사개입을 담은 군사동맹을 강화하는 내용이었던 비해, 2000년 신조약에서는 “주권국가로서의

후반부는 “...체약 상대방은 지체없이 자기가 보유하고 있는 온갖 수단으로써 군사적 및 기타 원조를 제공한다.(...Should either of the Contracting Parties suffer armed attack by any State or coalition of States and thus find itself in a state of war, the other Contracting Party shall immediately extend military and other assistance with all the means at its disposal.)” 고 명시하고 있는 반면, 조중우호조약은 동내용을 “...체약 상대방은 모든 힘을 다하여 지체없이 군사적 및 기타 원조를 제공한다.(the other Contracting Party shall immediately render military and other assistance by all means at its disposal.)”라고 규정하고 있다. 조소우호조약에는 ‘should’, 조중우호조약은 ‘shall’이라고 명시하고 있는데, 조소우호조약상의 should는 조중우호조약상의 shall보다 그 법적 강제성이 약하다. 따라서 조중우호조약에 따라 중국과 북한 당사국 중 일방이 타국의 침략을 받아 전쟁에 돌입했을 경우 쌍방은 의무적(shall)으로 모든 노력을 다해 군사적 지원 등을 제공해야하는 것이다.

그리고 조중우호조약의 군사동맹조항은 대한민국과 미합중국간의 상호방위조약(Mutual Defence Treaty between the Republic of Korea and the United States of America, 이하 한미상호방위조약)과도 대조된다. 조약의 상대방 국가가 침략을 받을 시 ‘자동개입조항’은 조중우호조약 제2조에만 명시되어 있다. 이러한 자동개입조항은 이승만 대통령이 1953년 한미상호방위조약을 체결 시 한국이 침략을 받을 경우 미국이 자동적으로 개입하는 내용을 포함시킬 것을 요구했으나, 미국은 의회가 전쟁선포권을 가지고 있으며, 자동개입 조항이 포함될 경우 상원의 비준을 받기 어려울 것이라는 이유를 들어 이승만을 설득했고<sup>33)</sup>, 결국 한미상호방위조약은 자동개입조항 없이 체결되었다.

상호존중과 내정불간섭, 동등성, 호혜성, 영토권 그리고 다른 국제법원칙 아래 우호 관계를 지지·발전시켜 나아간다”고 하여 즉각적인 군사개입 및 지원 보다는 국제법에 입각한 협력관계임을 강조하고 있다.

33) 온창일, “한국전쟁(6·25전쟁)과 한미상호방위조약”, 『군사지』 제40호, 국방부 군사편찬연구소, 2000, 131면.

### 3. 조중우호조약에 따른 개입의 한계<sup>34)</sup>

#### 1) UN헌장 제51조에 따른 자위권의 행사 제한

국제법 상 자위권은 피공격국의 요청이 있을 시에만 행사 가능한 권리이나, 1951년 미일안전보장조약, 1953년 한미상호방위조약 등과 같이 국가들이 조약을 통해 유사시 집단적 자위권의 행사를 의무적으로 합의할 수 있다는 점에서 조중우호조약의 집단적 자위권은 피공격국의 요청유무에 상관없이 자동개입이 인정된다. 하지만 UN헌장 제51조에서 명시되어 있듯이 중국과 북한이 조약을 통해 집단적 자위권을 합의했어도, 이러한 조치는 UN안전보장이사회가 국제평화와 안전을 유지하기 위해 ‘필요한’ 조치를 취할 때 까지만 허용되는 권리(If an armed attack occurs against a Member of the United Nations, until the Security Council has taken measures necessary to maintain international peace and security)라는 점에서 보충성을 가진다. ICJ는 Armed Activities on the Territory of the Congo 사건<sup>35)</sup>에서 무력공격(armed attack)의 선행이 자위권 행사의 전제조건이라 명시하고 있으며, UN헌장 제51조<sup>36)</sup>에서 자위권의 행사는 즉시 UN안전보장이사회에 보고되어야 허용된다고

34) 전수미, “북한 급변 시 중국의 개입에 대한 법적 고찰”, 『중국법연구』 제29집. 한 중법학회, 2017, 98-101면. 일부 수정 및 보완.

35) Armed Activities on the Territory of the Congo. (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment, International Court of Justice Reports 2005. para. 147.

36) Article 51. Nothing in the present Charter shall impair the inherent right of individual or collective self-defence if an armed attack occurs against a Member of the United Nations, until the Security Council has taken measures necessary to maintain international peace and security. Measures taken by Members in the exercise of this right of self-defence shall be immediately reported to the Security Council and shall not in any way affect the authority and responsibility of the Security Council under the present Charter to take at any time such action as it deems necessary in order to maintain or restore international peace and security.

규정하고 있다.

자위권에 대한 ICJ의 이러한 태도와 UN헌장 제51조를 종합해 볼 때 북한 급변 시 중국의 북한 개입의 조건은, 먼저 무력공격이 선행되어야 하고, 그 무력 공격에 따른 국제관습법 상 자위권 행사는 UN안전보장이사회에 그 이행이 즉시 보고되어야 하며, 무력대응의 ‘필요성’과 ‘비례성’이 요구된다는 점, 나아가 UN안전보장이사회가 피공격국에 대해 실효적인 조치를 먼저 취하고 있을 경우에는 상기 조건들을 충족한다 하더라도 자위권의 행사가 허용될 수 없다는 점에서 그 실행이 제한적이다.

## 2) 한미연합군의 투입이 무력공격인지 여부

한미 양국은 상호방위조약을 체결한 이래 우발계획(Contingency Plane)을 수립하여 북한의 위협에 맞서 만일의 경우에 대비하고 있다. 이러한 우발계획의 수립목적은 ‘전쟁억제(戰爭抑制)와’ ‘위기관리(危機管理)’가 그 골자이다.<sup>37)</sup> 이러한 우발계획의 실체는 2004년 국회의 국정감사에서 언급된 유사 시 북한에 머물고 있는 우리 국민의 철수와 북한 피난민 수용계획을 주요내용으로 하는 ‘충무 3300’과, 유사 시 북한 수복통합 계획인 ‘충무 9000’, 북한 급변사태에 대비하여 ‘부흥’이라는 코드명의 통합적 우발계획을 작성<sup>38)</sup>한 것으로 알려졌다.

조중우호조약의 실효성은 한미연합군이 북한에 개입한 것만으로도 무력공격으로 간주할 수 있는지 여부를 전제로 한다. 중국의 자위권 행사를 위해서는 먼저 무력공격(armed attack)의 정의와 범위에 대한 해석이 선행되는데<sup>39)</sup>, UN총회의 1979년의 ‘침략정의(Definition of Aggression)’ 제2조와 제3조<sup>40)</sup>에 따르

37) 김동욱, 『한반도 안보와 국제법』, 한국학술정보, 2010, 241면.

38) 문화일보, “코드명 ‘부흥’ 북 급변사태 지원플랜 만들었다”, 2010. 1. 13.

39) 1974년 UN총회결의 3314(XXIX)는 자위권의 전제인 무력사용(armed attack)의 해석론으로서 ‘침략정의(Definition of Aggression)’를 채택하였다.

40) Article 2 The First use of armed force by a State in contravention of the



면 특별한 일이 없는 한 먼저 무력을 사용하거나 무력에 의한 타국 영토의 점령이나 병합은 침략행위로 간주된다.

이러한 침략과 무력사용이 동일시 될 수 있는지 자체가 문제되는데, ICJ는 Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua 사건<sup>41)</sup>에서 ‘그 규모와 효과에 있어 상당한 수준의 무력사용(use of force)’을 무력공격으로 보고 있다. 따라서 ‘침략’과 ‘무력공격’의 개념과 동일시 할 근거는 명확하지 않다는 점, 한미연합군이 북한에 도달이 ‘침략’으로 간주되고 나아가 ‘무력공격’으로 상정한다 하더라도 무력에 의해 북한을 강제 점령하거나 상당한 규모의 무력을 사용하지 않는 한, 한미연합군의 북한 투입만으로 중국이 자위권을 행사하는 것은 ‘필요성’과 ‘비례성’에 어긋난다 할 것이다.

또한 대한민국 헌법 제5조 제1항에 따르면 ‘대한민국은 국제평화의 유지에 노력하고 침략적 전쟁을 부인한다.’라고 국제평화주의를 명시하고 있는 바, 이에 따라 한국군이나 한미연합군의 침략적 북한침투는 자제될 수 밖에 없어 중국의 자위권에 따른 개입은 한계가 있다. 또한 대한민국은 헌법 제4조에 따라 평화적 통일을 지향하고 있는 바, 통일의 방법을 평화적인 것으로 규정한 헌법 정신에 따라 한국군이나 한미연합군의 침투는 공격적이 아닌 평화적인 이유에서 가능하다는 점에서 자체 제한을 가진다는 점에서 중국의 자위권 행사 또한 제한이 있다 할 것이다.

---

Charter shall constitute prima facie evidence of an act of aggression although the Security Council may, in conformity with the Charter, conclude that a determination that an act of aggression has been committed would not be justified in the light of other relevant circumstances, including the fact that the acts concerned or their consequences are not of sufficient gravity.

Article 3 Any of the following acts, regardless of a declaration of war, shall, subject to and in accordance with the provisions of article 2, qualify as an act of aggression: (a) The invasion or attack by the armed forces of a State of the territory of another State, or any military occupation, however temporary, resulting from such invasion or attack, or any annexation by the use of force of the territory of another State or part thereof,

41) ICJ Reports (1986), para. 191.

## 3) UN헌장 제48조와 제103조에 따른 의무

UN헌장 제48조 제1항<sup>42)</sup>에 따르면 국제평화와 안전의 유지를 위한 UN안전보장이사회의 결정을 이행하는 데 필요한 조치는 UN안전보장이사회가 정하는 바에 따라 UN회원국의 전부 또는 일부에 의하여 취하여지는데, 북한은 최근까지 핵실험과 미사일발사를 강행함에 따라 UN안전보장이사회의 결정을 지속적으로 위반하고 있다. 이러한 점을 이유로 UN안전보장이사회가 북한에 대한 무력적 제재를 결정하여 UN군이 북한에 대한 무력제재를 이행할 경우, 이는 UN회원국의 헌장 상의 의무와 다른 국제협정 상의 의무가 상충되는 경우 헌장 상의 의무를 우선으로 한다는 헌장 제103조<sup>43)</sup>와 결합하여 중국의 조중우호조약에 근거한 집단적 자위권의 행사는 유보된다 할 것이다.

또한, 중국의 자위권 행사는 중국과 북한 양 당사자의 조약에 근거한 무력사용이고, UN헌장 상의 의무가 조약보다 우선하므로 UN헌장 제51조를 준수하여 충돌을 방지해야 한다. 따라서 북한에 한미연합군이 투입되고 무력사용을 할 경우 중국은 UN헌장 제51조에서도 승인한 국제관습법 상 자위권(특히 조약에 따른 집단적 자위권)을 행사할 수 있으나, 중국의 자위권은 동 조항에 따라 UN안전보장이사회가 국제평화와 안전 유지와 회복을 위해 피공격국인 북한에 대한 실효적 조치를 취한다면 더 이상 행사할 수 없다.

결국, 한국은, 한미연합군이 북한 침투를 이유로 중국이 자위권을 행사하려 할 때, 먼저 중국의 자위권 행사는 UN헌장 제51조에 따라 UN안전보장이사회

42) Article 48(1) The action required to carry out the decisions of the Security Council for the maintenance of international peace and security shall be taken by all the Members of the United Nations or by some of them, as the Security Council may determine.

43) Article 103 In the event of a conflict between the obligations of the Members of the United Nations under the present Charter and their obligations under any other international agreement, their obligations under the present Charter shall prevail.

가 조치를 취하기 전까지만 발동 가능하며, 이를 간과하고 조중우호조약에 따른 자위권을 행사하는 것은 UN회원국이 준수해야 할 의무인 UN헌장 제103조 위반이라는 점을 근거로 대응해야 한다. 또한, 한미연합군의 북한 침투가 상당한 수준의 무력사용을 하지 않는 이상, 침투 자체를 무력사용으로 간주할만한 직접적인 근거가 없다는 점에서 한미연합군의 북한 침투에 대한 중국의 자위권 행사는 행사의 필요성과 한미연합군 투입과 비례하는 비례성 요건을 충족시키지 못한다는 점에서 정당화될 수 없다.

### Ⅲ. 조중우호조약의 국가승계 문제

#### 1. 국가승계의 정의

조약법에 관한 비엔나 협약(Vienna Convention on the Law of Treaties, VCLT) 제6조에 따르면 모든 국가는 조약체결능력을 가지고 있다(Every State possesses capacity to conclude treaties). 기존의 국제법의 주체가 국가로 한정하여 규정하고 있는 것을 보완하기 위해 1986년 3월 21일 채택된 “국가와 국제기구 또는 국제기구 상호간의 조약법에 관한 비엔나 협약(The Vienna Convention on the Law of Treaties concluded between States and International Organizations and between International Organizations)까지 고려한다면, 국가나 국제기구, 기타 실체들은 국제법 주체가 될 수 있는데, 국제법의 주체 중 하나인 국가가 변경되면 조약 또한 변경 후 국가로 승계되는지가 문제된다.

조약의 국가승계 여부를 검토하기 위해서는 먼저 조중우호조약이 조약인지 여부를 검토하고, 다음으로 국가승계의 정의와 함께 가능여부를 검토해야 하는바, 앞서 조중우호조약이 조약인지 여부를 검토한 만큼, 여기서는 국가승계가

무엇인지 검토하도록 한다. 국가승계의 정의는 1978년 조약에 대한 국가승계에 관한 비엔나 협약(Vienna Convention on Succession of States in Respect of Treaties) 제2조 제1항(b)에서 “영토의 국제관계에 대한 책임에 대해 한 국가가 다른 국가를 대체하는 것(the replacement of one State by another in the responsibility for the international relations of territory)”이라고 명시하고 있다는 점에서, 국제법 상 ‘국가승계’는 일정한 영역에 대한 주권이 한 국가로부터 다른 국가로 변경될 경우, 변경 영역에 대해 변경 전까지 주권을 행사하던 선행국(predecessor state)의 조약·국가재산·문서·채무 등 기타의 권리·의무가 승계국(successor state)에게 승계되는 것<sup>44)</sup>이라 정의 될 것이다. 아래에서 북한 급변 이후 조중우호조약의 승계성을 논의하기 위해 북한의 국가 여부와 위 조약이 승계가능한 조약인지 여부를 검토하도록 한다.

## 2. 조중우호조약의 국가승계

### 1) 국내법에 근거한 북한에 대한 국가승인 문제

국가승인은 승인하는 국가의 ‘일반적 재량행위’<sup>45)</sup>이기에 각 국가에 의해 개별적으로 행해지고 있다. 한국 정부는 대한민국 헌법 제3조 영토조항에 따라 북한을 국가로 승인하지 않고 반국가단체로 간주하고 있다.<sup>46)</sup> 이러한 북한에 대

44) Lord McNair, 1961, *The Law of Treaties*, 2nd ed., Oxford: Clarendon, pp. 589-590; Robert Jennings and Arthur Watts (eds.), 1992, *Oppenheim's International Law*, 9th ed., Vol. 1, London: LongMan, pp.208-209; Wilfried Fiedler, 1986, “State Succession,” in Rudolf Bernhardt(ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 10, Amsterdam: North-Holland, pp. 446-447.

45) Shabtai Rosenne, 2004, “The Perplexities of Modern International Law”, Leiden/Boston, MA, Hague Academy of International Law, Brill & Martinus Nijhoff, p. 246.

46) 헌법재판소는 남북한 특수관계론에 근거하여 “북한은 조국의 평화적 통일을 위한 대화와 협력의 동반자임과 동시에 대남적화노선을 고수하면서 우리 자유민주체제의 전복을 획책하고 있는 반국가단체라는 성격도 갖고 있음이 현실인 점을 비추

한 국가승인 여부는 북한의 UN동시가입, 남북 사이의 화해와 불가침 및 교류협정에 관한 합의서(이하 남북기본합의서), 국가보안법과 연관이 있다. 먼저 남 북한 UN동시 가입이 남한의 북한에 대한 국가승인을 한 것이 되어 대한민국 헌법 제3조를 위반하는 것은 아닌지 문제된다. 남한이 북한과 UN에 동시가입을 함으로 인해 외견상 국가승인을 한 것으로 보일 수 있으나<sup>47)</sup>, 국가 승인의 국내적 효과는 각 국가의 국내법에 의하여 결정된다. 한국의 경우 대한민국 헌법 제3조의 영토조항에 따라 조선국적 취득 후 북한법에 의하여 북한국적을 취득하여 중국 주재 북한대사관에서 해외공민증을 발급받은 자가 대한민국 국민이라는 대법원의 태도<sup>48)</sup>나 북한을 반국가단체로 명시한 헌법재판소 결정<sup>49)</sup>을 볼 때, 국가승인의 학설 중 ‘무승인, 무존재의 원칙(no recognition, no existence doctrine)’에 근거한 창설적 효과설에 기반하여 북한의 국가성 불승인과 함께 북한을 반국가단체로 간주하고 있음을 보여준다.

조약의 체결주체인 국제법 주체 중 하나가 국가이기 때문에, 남북기본합의서를 조약으로 본다면, 본 조약의 체결로 인해 북한을 묵시적으로 국가승인한 것은 아닌지 여부에 대해 논란이 있다. 헌법재판소는 남북기본합의서는 신사협정에 준하는 성격을 가지며,<sup>50)</sup> 국가 간의 조약으로 볼 수 없다<sup>51)</sup>고 명시하고 있고, 남북기본합의서 전문에도 “...쌍방 사이의 관계가 나라와 나라 사이의 관계

어...”(1993. 7. 29. 선고 92헌바48)라고 판시하고 있다.

47) UN가입은 어디까지나 UN헌장의 공동 당사자가 됨을 의미한다. 예를 들어 미국과 동독은 1963년 체결된 부분핵실험금지조약(Partial Test Ban Treaty, PTBT)이라는 다자조약의 공동당사자였음에도 불구하고 미국은 1973년까지 동독을 국가로 승인하지 않았다. UN가입과 회원국 간의 국가승인은 별개로 간주되고 있는 것이다.

48) 강제퇴거 명령처분 무효 확인 등(대법원 1996. 11. 12. 선고 96누1221) 판례.

49) 남북교류협력에관한법률 제3조 위헌소원(헌재 1993. 7. 29. 선고 92헌바48), 국가보안법 제7조에 관한 위헌심판(헌재 1990. 4. 2. 선고 89헌가113).

50) ‘남북합의서는 남북관계를 나라와 나라사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계로서 일종의 공동성명이나 신사협정이 준하는 성격을 가짐에 불과하다.’(헌재 1997. 1. 16. 선고 92헌바6, 26, 93헌바34, 35, 36(병합))

51) 남북합의서는... 법적구속력이 있는 것은 아니어서 이를 국가 간에 조약 또는 이에 준하는 것으로 볼 수 없고(헌재 1999. 7. 23. 선고 98두14525).

가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계”<sup>52)</sup>라고 선언<sup>53)</sup>하고 있다. 또한 형식적으로는 국회가 대한민국 헌법 제60조 제1항<sup>54)</sup>에 따라 동 조항에 열거된 조약에 대해 비준동의권을 가지고 있으나, 남북기본합의서는 상호원조 및 안전보장에 해당됨에도 국회의 비준동의를 받지 않았다는 점에서 위 합의서는 국내법적 효력이 있는 조약으로 보기 힘들다.

마지막으로 대한민국 헌법 제3조 영토조항과 헌법 제37조 제2항의 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위한 기본권 제한 규정에 따라 국가보안법의 규범적 근거가 인정되고 있는데, 이러한 국가보안법의 존재가 헌법 제4조 평화통일조항에 위배되는 것은 아닌지 문제된다. 헌법재판소는 이에 대해 국가보안법을 합헌으로 보고 있다.<sup>55)</sup> 또한 국가보안법 제2항에서 반국가단체를 ‘정부를 참칭하거나 국가를 변란할 것을 목적으로 하는 국내외의 결사 또는 집단으로서 지휘통솔체제를 갖춘 단체’라고 정의한 점, 북한에 대해 대법원이 “적화통일노선을 고수하면서 우리의 자유민주주의 체제를 전복하고자 획책하는 반국가단체 성격을 가지고 있다”(대법원 2010. 12. 9, 선고, 2007도10121 판결 등)고 판시<sup>56)</sup>하고 있으며 이러한 견해는 확립된 견해임을 고려 할 때, 한국은 북한을

52) 남북한 특수관계에 대한 판례의 태도는 서독의 빌리 브란트 수상의 국제법상 동독의 국가승인은 인정될 수 없으며, 동독과 서독 둘 사이의 관계는 특수한 관계일 수 밖에 없다는 특수관계론이 반영된 것으로 보인다.

53) 이러한 남한과 북한의 특수관계에 대한 관점은 2005년 12월 29일 제정되어 2006년 6월 30일에 시행되고 있는 남북관계 발전에 관한 법률 제3조 1항에서도 확인할 수 있다.

54) 헌법 제60조 ① 국회는 상호원조 또는 안전보장에 관한 조약, 중요한 국제조직에 관한 조약, 우호통상항해 조약, 주권의 제약에 관한 조약, 강화조약, 국가나 국민에게 중대한 재정적 부담을 지우는 조약 또는 입법사항에 관한 조약의 체결, 비준에 대한 동의권을 가진다.

55) 국가보안법 위헌소원(헌재 1997. 1. 16. 선고 92헌바6, 26, 93헌바34, 35, 36(병합)), 국가보안법위반, 전투경찰대설치법위반, 공문서위조, 공문서위조행사(대법원 1990. 9. 25. 선고 90도1451 판결).

56) “북한은 조국의 평화적 통일을 위한 대화와 협력의 동반자이기도 하지만 다른 한편 남·북한 관계의 변화에도 불구하고 여전히 적화통일노선을 고수하면서 우리의 자유민주주의 체제를 전복하고자 획책하는 반국가단체로서의 성격도 아울러 가지고 있고, 그 때문에 반국가단체 등을 규율하는 국가보안법의 규범력도 계속 유효하다”는

국가로 승인하지 않고 있으며, 반국가단체로 간주한다 할 것이다.

## 2) 국제법에 근거한 조약의 국가승계 여부

### (1) 국제법상 북한의 국가적격 여부

한국의 국내법으로 인해 한국 정부는 북한을 국가로 승인하지 않고 있다. 그렇다면 한국은 체제이행기 이후 북한이 중국과 체결한 조약에 대한 승계자가 될 수는 없는 것인가. 먼저 1933년 국가의 정의에 대해 국가의 권리와 의무에 관한 몬테비데오 협약(Montevideo Convention on the Rights and Duties of States) 제1조에 따르면, 국제법의 인격자로서 국가는 ① 항구적 인구(a permanent population), ② 제한된 영토(a defined territory), ③ 정부(government)와, ④ 다른 국가와 관계를 맺을 수 있는 능력(capacity to enter into relations with the other states)<sup>57)</sup>이 있어야 한다.

북한은 휴전선 이북지역에 2,500만 명이라는 주민들과 3대 세습 정부가 있고, 전 세계 160개 국가와 외교관계를 형성하고 있다. 그렇다면 국가승인이 문제가 되는데 위 1933년 협약 제3조에 따르면 “국가의 정치적 존재는 다른 국가의 승인과 무관하다(The political existence of the state is independent of recognition by the other states)”고 명시되어 있다. 이 조항은 기존의 국가승인에 대한 창설적 효력과 선언적 효력 중 국가나 정부의 성립은 사실 그 자체이지 승인 여부와 관계없으며, 승인은 정치적 행위에 불과하다는 선언적 효력이론을 체계화하는 이론이라 할 수 있다.<sup>58)</sup> 위 협약은 기존의 국제관습법을

것이 대법원의 확립된 견해이다. 국가보안법위반(찬양·고무등), 대법원 2010. 12. 9. 선고 2007도10121 판결.

57) Article 1. The state as a person of international law should possess the following qualifications: (a) a permanent population; (b) a defined territory; (c) government; and (d) capacity to enter into relations with the other states.

58) Hersch Lauterpacht, 2012, Recognition in International Law. Cambridge

성문화한 것이기 때문에 위 협약에 서명한 국가뿐만 아니라 모든 국가에게 적용된다고 할 것이어서,<sup>59)</sup> 국제법적으로 북한은 한국의 국가승인 없이도 국가에 해당한다.<sup>60)</sup>

## (2) 국가승계 형태 및 승계여부

먼저 1978년 조약의 국가승계에 관한 비엔나협약(이후 1978년 비엔나 협약)에 따르면 국가승계의 형태를 영토의 일부 이전(succession in respect of part of territory, 제15조), 신생 독립국(newly Independent states, 제16조~제30조), 국가 통합(uniting of state, 제31조~제33조), 국가 분리(separating of state, 제34조~제37조)와 같이 4가지 형태로 분류하고 있다. 1978년 비엔나 협약 제31조 제1항에 따르면 국가통합(uniting of state)이란 기존에 존재하는 2개 또는 그 이상의 국가가 통합하여 1개의 승계국이 되는 것(two or more States unite and so form one successor state)이라 정의하고 있음을 볼 때, 북한이 중국과 체결한 조중우호조약에 대한 국가승계 형태는 1978년 비엔나 협약 제31조 제1항에 정의된 국가통합에 해당된다.<sup>61)</sup> 이러한 ‘국가통합’의 범위는 합병(merger)뿐만 아니라 병합(annexation), 흡수(absorption)도 포함된

---

University Press. p.419.

59) Harris, D.J., 2004, Cases and Materials on International Law, 6th Ed., London: Sweet & Maxwell, p. 99.; Castellino, Joshua, 2000, International Law and Self-Determination: The Interplay of the Politics of Territorial Possession With Formulations of Post-Colonial National Identity, Martinus Nijhoff Publishers, p.77.

60) 실제로 유럽연합(EU)의 Badinter 중재위원회(The Badinter Arbitration Committee)는 EU 회원국의 승인을 요청한 크로아티아, 마케도니아 및 슬로베니아 공화국의 국가여부를 판단하면서 몬테비데오 협약에 따른 국가의 정의를 확인하고, 국가의 존재는 사실 그 자체이며, 다른 국가에 의한 인정은 선언적이지 국가의 결정적인 요인이 아니라는 결정을 내렸다.

61) 한국은 국내법에 의해 북한을 국가로 승인하고 있지 않지만, 국제법 상 북한은 북한인민이 있고, 한반도 이북지역이라는 영토를 실효적 지배하고 있으며 전 세계 195개 국가 중 160개 국가와 외교관계를 형성하고 있어 국가로 인정되기 때문이다.



다<sup>62)</sup>는 점에서 향후 예상가능 한 남북한 통합형태는 모두 포함된다 할 것이다.

다만, 조중우호조약은 한국전쟁 이후 한미상호방위조약의 체결, 휴전선 근처의 미군인계철선, 전술핵 배치 등으로 인해 북한과 중국이 안보위협을 근거로 체결한 조약이다. 독일연방공화국과 독일민주공화국간의 독일 통일의 완성에 관한 조약(Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands, 이하 통일조약) 제11조가 통일독일은 과거 동독이 제3국과 통일 전에 체결한 조약의 효력은 통일독일과 제3국간 협의로 정한다고 규정하고 있다는 점<sup>63)</sup>, 위 비엔나 협약 제31조에 따라 국가통합의 경우 별도의 합의가 없을 때 계속 적용된다고 규정하고 있는 점 등을 비추어 본다면, 향후 한반도통일 조약에서도 북한이 제3국과 체결한 조약의 배경과 취지, 내용, 당사국사이의 합의 등을 검토하여 조약의 승계여부가 결정 될 것이다. 하지만 평화적인 발전을 추구하는 중국의 지도자들은 전통적인 ‘동맹’관계를 거부하고 있으며, 조중우호 조약에 따른 북한과의 관계 또한 역사적 기반으로 형성된 특수한 이웃관계로 정의<sup>64)</sup>하고 있다. 이러한 정황을 볼 때 한국이 중국과 합의를 진행한다 하더라도, 비동맹을 추구하는 중국의 외교정책, 한미상호방위조약의 존재 등을 고려해 볼 때 조중우호조약을 한중우호조약으로 합의를 할 가능성은 높지 않아 보인다.

#### IV. 맺음말

중국은 개혁개방정책으로 사회주의의 이상에서 탈피했으며, 경제대국인 미국

62) Arthur Watts, 2000, *The International Law Commission 1949-1998: Volume Two: The Treaties*, Clarendon Press, p.1154.

63) Jochen Abr. Frowein, 1992, “The Reunification of Germany”, *The American Journal of International Law*, Vol. 86, No. 1, pp. 157-159.

64) 왕리(王黎), “중국 외교의 ‘비동맹-동반자’ 이념”, 『성균차이나브리프』 3권 2호, 성균관대학교 성균중국연구소, 2015, 142면.

과 함께 글로벌 리더로서 국익 극대화를 추구하고 있다. 중국은 한반도의 전략적 가치 때문에 지속적으로 영향력을 유지하고 있으며, 중국 특유의 실용주의 노선 추구를 위해 한반도 유사 시 절대적인 영향력을 행사하려 할 것이다.

중국은 북한 급변 시 한미연합군의 개입을 무력사용으로 간주하고 조중우호 조약에 근거하여 UN헌장 제51조의 자위권을 행사할 수 있다. 하지만 이러한 자위권의 행사에 대해 ICJ는 Armed Activities on the Territory of the Congo 사건에서 무력공격(armed attack)이 선행이 자위권 행사의 전제조건이라 명시하고 있으며, UN헌장 제51조<sup>65)</sup>에서 자위권의 행사는 즉시 안전보장이사회에 보고되어야 허용된다고 규정하고 있다. 자위권에 대한 ICJ의 이러한 태도와 UN헌장 제51조를 종합해 볼 때 북한 급변 시 중국의 북한 개입의 조건은 먼저 무력공격이 선행되어야 하고, 그 무력공격에 따른 국제관습법 상 자위권 행사는 안전보장이사회에 그 이행이 즉시 보고되어야 하며, 무력대응의 ‘필요성’과 ‘비례성’이 요구된다는 점, 나아가 UN안전보장이사회가 피공격국에 대해 실효적인 조치를 먼저 취하고 있을 경우에는 상기 조건들을 충족한다 하더라도 자위권의 행사가 허용될 수 없다는 ‘보충성’을 가진다는 점에서 그 실행이 제한적이다.

또한 남·북·미 대화여부에 따라 북한 본토에 한미연합군이 침투하게 되면, 중국은 한미연합군의 침투를 국제법상 자위권의 발동요건으로 보고 집단적 자위권 행사를 하려할 수 있다. 중국의 이러한 자위권 행사를 위해서는 먼저 무력공격(armed attack)의 정의와 범위에 대한 해석이 선행되는데<sup>66)</sup>, UN총회의

65) Article 51 Nothing in the present Charter shall impair the inherent right of individual or collective self-defence if an armed attack occurs against a Member of the United Nations, until the Security Council has taken measures necessary to maintain international peace and security. Measures taken by Members in the exercise of this right of self-defence shall be immediately reported to the Security Council and shall not in any way affect the authority and responsibility of the Security Council under the present Charter to take at any time such action as it deems necessary in order to maintain or restore international peace and security.

1979년의 ‘침략정의(Definition of Aggression)’ 제2조와 제3조<sup>67)</sup>에 따르면 특별한 일이 없는 한 먼저 무력을 사용하거나 무력에 의한 타국영토의 점령이나 병합은 침략행위로 간주되므로, 중국의 자위권 행사는 한미연합군의 북한 선투입을 전제로 할 때 실행이 가능하다. 따라서 한미연합군의 자동투입은 중국의 조중우호조약에 따른 자위권의 행사에 국제법적인 정당성을 부여하게 될 것이기에 자제될 수 있다. 그러나 중국은 자국의 국가이익에 따라 평화를 목적으로 하는 한국군이나 한미연합군의 북한투입까지 침략행위로 간주하고 자위권을 행사하려 할 수 있다는 문제가 있다.

향후 남북통일이 이루어진다 하더라도 중국이 비동맹 외교노선을 견지하고 있는 한, 북한과의 특수한 역사적 배경으로 인해 체결된 조중우호조약이 승계될 여지는 없다 할 것어서 조중우호조약은 북한과 중국간의 관계에서는 유효하다 할 것이다. 이러한 유효성은 실질적으로 조중우호조약이 사장되었다는 평가 속에 현재 북미대화 이후 논의될 카드 중 하나인 북한 선제공격설에 맞서 중국이 국제법적으로 정당하게 북한에 침투할 수 있는 유의미한 조약이 될 수 있다는 점에서 통일의 주체인 한국에게도 의미가 크다.

66) 1974년 UN총회결의 3314(XXIX)는 자위권의 전제인 무력사용(armed attack)의 해석론으로서 ‘침략정의(Definition of Aggression)’를 채택하였다.

67) Article 2 The First use of armed force by a State in contravention of the Charter shall constitute prima facie evidence of an act of aggression although the Security Council may, in conformity with the Charter, conclude that a determination that an act of aggression has been committed would not be justified in the light of other relevant circumstances, including the fact that the acts concerned or their consequences are not of sufficient gravity.

Article 3 Any of the following acts, regardless of a declaration of war, shall, subject to and in accordance with the provisions of article 2, qualify as an act of aggression: (a) The invasion or attack by the armed forces of a State of the territory of another State, or any military occupation, however temporary, resulting from such invasion or attack, or any annexation by the use of force of the territory of another State or part thereof.

## 참고문헌

### 1. 국내문헌

- 통일부, 『통일 시 북한의 대외관계 승계 문제에 대한 연구』, 2010.
- 김성보, 이종석 공저, 『북한의 역사 1 -건국과 인민민주주의의 경험 (1945~1960)-』, 역사비평사, 2014.
- 김열수, “북한 급변사태시 중국의 군사개입”, 『신아세아』 제19권 제2호, New Asia Research Institute, 2012.
- 김창수, “한미상호방위조약과 한미행정협정”, 『역사비평』 54호, 역사비평사, 2001.
- 문정인, 『중국의 내일을 묻다』, 삼성경제연구소, 2010.
- 박휘락, “북한 급변사태와 통일에 대한 현실성 분석과 과제.” 『국가전략』 제16권 4호, 세종연구소, 2010.
- 신 진, “북한의 급변사태와 국제안보: 중국의 역할”, 『대한정치학회보』 22권 4호, 대한정치학회, 2014.
- 온창일, “한국전쟁(6·25전쟁)과 한미상호방위조약”, 『군사지』 제40호, 국방부 군사편찬연구소, 2000.
- 이종석, 『북한-중국관계: 1945-2000』, 중심, 2000.
- 이현조, “조중국경체계에 관한 국제법적 고찰.” 『국제법학회논총』 제52권 제3호, 국제법학회, 2007.
- 전수미, “북한 급변 시 중국의 개입에 대한 법적 고찰”, 『중국법연구』 제29집. 한중법학회, 2017.
- 최명해, 『중국·북한 동맹관계』, 오름, 2009.
- 최영일, “북-중 동맹관계와 군사협력관계의 변화”, 고려대학교 석사 학위 논문, 2007.

- 한명섭, “북한의 조약체결 현황 및 향후 처리 방안”, 『제36차 남북법령연구특별분과위원회 학술회의 자료』, 법무부, 2010.
- 한명섭, 『남북통일과 북한이 체결한 국경조약의 승계』, 한국학술정보(주), 2011.
- 한명섭, “남북통일과 북한의 대외채무 승계에 대한 고찰”, 『경희법학』 47권 4호, 경희대학교, 2012.
- 한표옥, 『이승만과 한미외교』, 중앙일보사, 1996.
- 황성칠, “북한 급변사태 시 중국의 군사력 개입에 관한 연구: 정당전쟁론 사례 분석을 중심으로”, 『한국군사학논총』 6권, 미래군사학회, 2014.

## 2. 외국문헌

- Arthur Watts, 『*The International Law Commission 1949-1998: Volume Two: The Treaties*』, Clarendon Press, 2000.
- Castellino, Joshua, 『*International Law and Self-Determination: The Interplay of the Politics of Territorial Possession With Formulations of Post-Colonial National Identity*』, Martinus Nijhoff Publishers, 2000.
- Harris, D.J., 『*Cases and Materials on International Law*, 6th Ed.』, London: Sweet & Maxwell, 2004.
- Hersch Lauterpacht, 『*Recognition in International Law*』, Cambridge University Press, 2012.
- Jochen Abr. Frowein, “The Reunification of Germany.” 『*The American Journal of International Law*』, Vol. 86, No. 1, 1992.
- Lord McNair, 『*The Law of Treaties*』 2nd ed., Oxford: Clarendon, 1961.
- Person, James F., "We need Help from Outside: The North Korean

Opposition Movement of 1956", 『Cold War International History Project Working paper』, edited by Christian F. Ostermann, Washington: Woodrow Wilson International Center for Scholars. 2006.

Robert Jennings and Arthur Watts (eds.), 『*Oppenheim's International Law*』 9th ed., Vol. 1, London: Longman. 1992.

Shaw, Malcolm N., 『*International Law*』, New York: Cambridge University Press, 2003.

Shabtai, Rossene, 『*The perplexities of Modern International Law*』, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2003.

Wilfried Fiedler, "State Succession", in Rudolf Bernhardt(ed.), 『*Encyclopedia of Public International Law*』 Vol. 10, Amsterdam: North-Holland, 1986.

权红(취엔홍), 『中朝政治外交关系研究(1949-2009)』, 延边大学, 2010.

李俊波(이진보), 『中国依《中朝友好合作互助条约》享有的集体自卫权』, 湘潭大学法学院, 2015.

王木克(왕무커), 『中朝互助条约的存与废』, 世界知识, 2011.

環球時報, "中国需加强东北军事部署防半岛生乱.", 2016年 2月 17日.

军情观察, "朝鲜崩溃的后国, 朝鲜估计崩溃时间.", 2014年 12月 1日.

## Abstract

### Explaining the Sino-North Korean Mutual Aid and Cooperation Friendship Treaty

Jeon, Su-mi

The ROK-China conflicts due to THAAD deployment in South Korea and the U.S. Trump administration's preemptive strike doctrine toward the DPRK have put the security of the Korean Peninsula in a grave state. At the same time, positive expectations for ROK-DPRK-U.S. talks have been growing recently. However, since whether the U.S. will conduct a preemptive strike or not depends on the results of the U.S.-DPRK talks, the security of the Korean Peninsula is in a precarious state.

This paper, therefore, attempts to analyze the Sino-North Korean Mutual Aid and Cooperation Friendship Treaty (hereon referred to as the Sino-North Korean Friendship Treaty) that will allow for reconsideration of China's role in nullifying the uncertainty on the Korean Peninsula according to the treaty. The Automatic intervention, according to Article 2 of the Sino-North Korean Friendship Treaty, is an exercise of the right of self-defense that can be implemented when the requirements of necessity and proportionality of Customary International Law are met, and only until the UN Security council takes appropriate measures, according to Article 51 of the UN Charter. China's intervention in case of contingency on the Korean Peninsula, according to the Sino-North

Korean Friendship Treaty, has limitations in compliance with Articles 48 and 103 of the UN Charter. It is a special treaty based on the historical background between North Korea and China. Also, since recent China has adopted 'non-alignment' as a foreign policy, it is unlikely that the Sino-North Korean Friendship Treaty will be succeeded after the regime transition.

**Keywords:** North Korea, China, the Sino-North Korean Friendship Treaty, self-defence, Chinese intervention, state succession