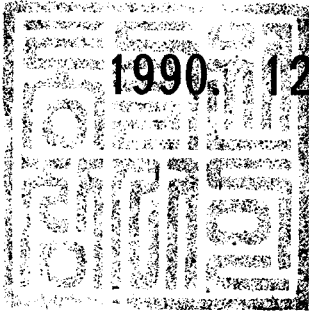


3012  
5850

- I. 이 책자는 국토통일원의 정책연구계획에 의거한 특수과제 연구보고서임.
- II. 수록된 내용은 간행처의 의견을 반드시 반영하는 것은 아니며, 통일문제에 관련된 연구 및 정책수립의 참고자료로 제공되는 것임.

# 통일지향적 남북한관계의 법이론 연구



916

연구책임자 : 유 병 화  
(고려대학교수, 국제법학)

국 토 통 일 원  
통 일 정 책 실

# 차 례

요 지 .....	5
제1장 통일지향적 남북교류를 위한 법적 기본관계 정립 및 법적 정비 .....	8
I. 한국휴전협정체제의 국제법적 분석 .....	8
1. 문제의 내용 .....	8
2. 한국휴전협정과 한국전쟁의 종료 .....	9
1) 휴전협정성격의 시대적 변천 .....	9
2) 한국휴전협정과 전쟁의 종료문제 .....	11
3. 한국휴전협정과 한국의 법적 관계 .....	13
1) 한국휴전협정의 외견상 문제점 및 한국의 동 의와 참여 .....	13
2) 휴전협정의 현대적 체결방식 .....	14
3) 한국휴전협정과 연합군이론의 적용 .....	15
II. 한국UN군 사령부의 해체에 관한 남북한의 견해와 올바른 법적해석 .....	18
1. UN군 사령부의 현황과 남북교류와의 법적관련 .....	18
1) UN군 사령부의 현황과 문제점 .....	18
2) UN군 사령부와 남북교류의 법적관계 .....	19
2. UN군 사령부 및 그 해체에 관한 남북한의 견해 .....	20

1) 북한의 견해 .....	20
2) 한국의 견해 .....	21
3) UNCURK의 해체와 UN군 사령부 문제 .....	22
3. UN군 사령부의 해체와 휴전협정의 유지 .....	23
<b>Ⅲ. 분단국의 법적 지위 .....</b>	<b>25</b>
1. 분단국의 지위와 그 다양성 .....	25
1) 분단국의 개념 .....	25
2) 분단국의 다양성 .....	25
2. 분단한국의 법적지위와 남북교류의 법적의의 .....	26
1) 한국분단의 법적성격 .....	26
2) 남한과 북한의 법적지위 .....	27
3) 남북한 교류의 법적지위 .....	28
3. 남북교류와 통일목표의 추진 .....	30
1) 통일지향적 남북교류의 법원칙 .....	30
2) 통일지향적 남북교류의 구체적 시행문제 .....	31
<b>Ⅳ. 통일지향적 남북교류를 위한 기본협정의 정립 및</b>	
<b>남북한의 법령정비.....</b>	<b>35</b>
1. 통일지향적 남북교류와 법적제도 .....	35
1) 통일지향적 남북교류와 법적제도의 필요성 .....	35
2) 남북교류와 관련하여 논의되는 여러협정의 검토 .....	37
2. 남북한 기본협정 .....	41
1) 남북한 기본협정의 의의 .....	41
2) 남북한 기본협정의 내용 .....	41
3. 통일지향적 남북교류와 북한의 법령정비 .....	44

1) 통일지향적 남북교류와 북한의 법령정비 필요성	44
A. 법치주의의 확립필요	44
B. 교류와 통일에 장애가 되는 법령의 정비필요	45
2) 통일지향적 남북교류에 장애가 되는 북한법령의 내용과 정비방안	46
A. 북한의 법치주의 상태	46
B. 헌법분야	50
C. 민사법 분야	53
D. 형사법 분야	55
<b>제2장 남북한 분쟁해결제도의 마련과 운영</b>	57
<b>I. 남북한 분쟁해결제도의 확립</b>	57
1. 분쟁해결제도의 중요성	57
2. 분쟁해결제도의 내용	59
1) 교섭의 제도화	59
2) 주선 및 중개	60
3) 사실심사(국제심사)	61
4) 조    정	64
5) 중재재판	67
<b>II. 남북한 분쟁해결제도의 운영</b>	70
1. 남북한분쟁해결기구의 설치	70
1) 남북한 분쟁해결기구 설치를 위한 협정체결	70
2) 남북한 분쟁해결기구의 개요	70
2. 남북한 분쟁해결기구의 구체적 운영	72

1) 교섭위원회 .....	72
2) 사실심사위원회 .....	73
3) 조정위원회 .....	73
4) 중재법원 .....	74

## 요 지

통일지향적 남북한 교류를 원활히 수행하기 위하여는 먼저 이러한 남북한 교류를 뒷받침하여 주는 법적 기본관계를 남북한간에 정립하고 또한 현행 북한의 법적체제중 이에 장애가 되는 것을 정비해 나가야 한다. 남북한간의 남북교류를 위한 법적 기본관계를 정립함에 있어서 전제가 되는 국제법적 문제를 몇가지 먼저 검토할 필요가 있다.

첫째 남북한간의 협정과 관련, 불가침협정이나 평화조약을 늘 거론하는 데 이러한 배경에는 현재의 휴전협정에 관한 정확하지 못한 인식이 깔려 있다. 휴전협정이 남북한간에 무력분쟁의 발생을 방지하기 위한 상세한 장치를 마련하고 있는데도 또 다시 불가침협정을 주장하는 것은 휴전협정을 잘못 파악하고 있기 때문이다. 우선 휴전협정에 관한 현대적 개념에 의하면 휴전협정만으로 전쟁을 종료하고 평화조약을 체결하는 예가 드물다. 그것은 현실 국제사회에서 교전자중 어느쪽도 전쟁원인을 해결할 만큼 압도하지 못하기 때문에 전쟁원인을 해결함이 없이 전쟁을 포기하고 현상을 유지하는 것이 휴전협정의 현대적 개념이다. 그러므로 한국휴전협정으로 1950년에 발생한 한국전쟁을 종료하였으며 이러한 내용은 휴전협정 규정중에 나타나 있다. 구체적으로 비무장지대 설정등이 그 예이다. 또한 한국이 의견상 한국휴전협정의 당사자가 아닌 것 처럼 보인다고 하여 한국을 휴전협정의 당사자로 생각지 않는 견해가 있으나 이는 잘못

된 것이다. 양차 대전은 교전당사자들이 연합군(coalition army) 관계를 이루고 전쟁을 수행하였으며, 휴전협정도 연합군관계의 대표가 체결하면 연합군을 구성하는 모든 국가들이 당사자가 되었다. 한국전의 경우 한국군과 UN군은 연합군을 형성하고 있었으며 한국군과 UN군간의 내부적 합의에 따라 UN군 사령관이 서명하면 한국과 UN은 모두 휴전협정의 당사자가 되어야 한다.

둘째 한국에 존재하던 UN군 사령부는 UNCURK가 해체되면서 사실상 해체되고 관계 당사자들에게 모든 것을 위임하고 UN이 한국문제에서 손을 떼었다. 그러므로 한국문제에 주된 당사자인 한국과 북한이 한국문제에 주된 당사자이고 미국과 중국이 관련국으로 참여하고 있다. 한국휴전협정이나 전쟁원인을 해결하는 모든 문제에 있어서 한국과 북한이 주된 당사자이고 미국과 중국이 관련국이라고 해야 한다.

세계 분단국은 그동안 여러나라가 있었으나 그 법적 성격이 다양하며 따라서 분단한국의 법적 지위는 그 고유한 입장에서 다루어야 한다. 분단한국은 원래 당위적으로 보면 당연히 하나의 한국으로 통일되어야 하나 현실 사회에서 두개의 국제법 주체로 활동하고 있다. 그리고 존재의 상태에서 당위의 상태로 한국이 발전하는 것을 어떤 국가도 방해해서는 안된다. 한국도 하나의 한국을 법적으로 공고히 해 나가면서 남북교류를 통해 북한 사회의 체질 변화를 추진하고 이러한 교류와 협력을 통해 동질성을 확보, 당위의 상태인 하나의 한국을 이루도록 해야 한다.

남북한의 통일지향적 교류를 발전시키기 위하여는 남북한간에 그 법적 제도를 수립하여야 한다. 다시말해서 남북한의 기본관계를 규정하고 통일을 지향하는 기본협정을 체결하고 아울러 남북한간에 교

류가 적극화 함에 따라 많이 발생할 분쟁을 해결하는 법적 제도를 마련해야 한다. 또한 통일과 남북교류에 장애가 되는 북한의 법령을 개정하고 그 법적 제도를 정비해야 한다. 이러한 북한의 장애적 법령은 기본적 법치주의 제도에서부터 헌법, 민사법, 형사법에 이르기 까지 다양하다. 그러므로 여기서는 이러한 문제점과 정비방향을 제시하였다.

남북한의 통일 지향적 교류를 추진하기 위하여 가장 중요한 것은 이러한 교류를 원활히 하기 위한 분쟁해결제도를 마련하고 운영하는 것이다. 남북한 분쟁해결제도에는 교섭, 사실심사, 조정, 중재재판이 요구되며 이러한 법적 제도를 마련하는 종합적 분쟁해결을 위한 협정을 체결해야 한다. 또한 남북한간에 분쟁해결제도를 운영하기 위하여 분쟁해결기구를 설치하고 교섭, 사실심사, 조정, 중재재판이라는 분쟁해결방법을 다시 통상, 투자, 어업, 가족법관, 일반민사관계, 형사관계등 전문분야별로 위원회나 법관을 선임하여 운영하고 중립적 위원이나 법관은 전문적 지식을 가진 교포를 활용하는 방법을 검토할 필요가 있다. 이러한 분쟁해결기관은 우선 판문점에 본부를 두고 필요에 따라 휴전선 근처 중립지역에 지부를 두고 남북관계가 발전하면 서울과 평양에 그 지부를 두는 것도 검토할 수 있다. 또한 분쟁해결위원이나 법관의 공정성과 독립성을 보장하기 위하여 일정한 신분보장을 하고 동시에 외교관에 준하는 특권과 면제를 부여하여야 한다.



# 제1장 통일지향적 남북교류를 위한 법적 기본관계 정립 및 법적 정비

## I. 한국휴전협정체제의 국제법적 분석

### 1. 문제의 내용

남북한의 교류를 시작하기전에 늘 언론이나 남북 당사자간의 주장을 통하여 가장 많이 논란이 되는 법적 문제중의 하나는 한국휴전협정체제의 법적 해석과 그에 대한 법적 정비문제다. 예컨대 현재의 휴전협정체제가 전쟁을 아직 종결짓지 못한 비정상적 상태이므로 이를 정상화하기 위하여 평화협정을 체결해야 한다는 견해, 남북간에 평화를 법적으로 정착시키기 위하여 불가침협정을 체결해야 한다는 주장, 남북은 두개의 국가가 아니므로 불가침선언을 해야 한다는 견해, 휴전협정의 실질 당사자 끼리 먼저 회담을 하여 정상화시켜야 한다는 견해 등 많은 것이 한국휴전협정체제의 법적 견해와 연결되어 있다. 그러므로 좋은 싫든 한국 휴전협정의 법적 성격과 그 당사자 문제를 간단히 정리하는 것은 남북한 교류의 모든 법적 문제를 다루기 위한 선결문제다.

남북한 교류와 관련된 법적 문제로서의 한국휴전협정문제는 대체로 두가지여서 하나는 한국휴전협정과 한국전쟁의 종료문제이고,

다른 하나는 한국휴전협정과 한국의 법적 관계문제, 다시말해서 한국은 한국휴전협정의 당사자인가, 아니면 무엇인가 하는 문제이다. 그러므로 여기서는 남북교류를 위한 법적 기본관계의 정립을 위하여 이 두가지 문제를 간단히 정리하여 보겠다.

## 2. 한국휴전협정과 한국전쟁의 종료

### 1) 휴전협정 성격의 시대적 변천

원래 휴전협정의 고전적 견해에 의하면 전쟁행위의 임시적 중단을 내용으로 하는 군사협정이다. 어원적으로도 휴전협정이라는 armistice는 라틴어 arma(무기)와 interstitium(틈, 사이)의 합성어로 절대적인 무력행위의 일시적 중단을 의미하였다.<sup>1)</sup> 실제로 제2차대전 이전의 국제법이나 여러나라 군대의 전시규범도 이러한 고전적 휴전협정 개념에 기초하여 규정되어 있었다. 구체적으로 1907년 육전법규 및 관습에 관한 Hague협약(IV) 부속규칙 36조에 의하면 휴전협정이란 교전 당사자들 사이의 상호합의에 의하여 군사작전을 중단하는 것이며 기간이 규정되지 않은 경우에는 휴전협정에 따라 상대방에 예고하는 조건하에서 언제나 군사작전을 재개할 수 있다. (An armistice suspends military operations by mutual agreement between the belligerent parties, and that if its duration is not defined, the belligerent parties may resume operations at any time, provided always that the enemy is warned within the time agreed upon, in accordance with terms of the armistice)<sup>2)</sup>

이러한 고전적 휴전협정 개념에 의하면 휴전협정만으로는 전쟁이

종료하는 것이 아니고 전쟁을 종료시키기 위하여는 별도로 평화협정을 체결하여 하는 것으로 되어 있었다. 평화조약(Treaty of Peace) 내지 평화협정은 합의에 의하여 전쟁원인을 해결함으로써 전쟁을 법적으로나 사실적으로나 모두 종료시키는 것이다. 다시말해서 고전적 개념에 의하면 휴전협정은 전쟁원인을 해결하지 않는다는 점과 전쟁을 법적으로 종료시키지 않고 단지 중단한다는 점에서 평화조약과 다르다. 과거에는 휴전협정을 체결하고 나서 보통 가까운 기간내에 평화조약을 체결하여 전쟁을 법적으로나 사실적으로나 종료시키는 것이 일반적이었다.<sup>3)</sup>

그러나 제2차대전후 국제사회의 여건변화에 따라 휴전협정의 법적 성격도 본질적으로 변천하였다. 국제사회의 여건변천이란 국제사회가 미국·소련 양대진영으로 분열되어 대부분 국제분쟁에 이들 강대국들이 개입됨에 따라 교전당사자중 어느쪽도 상대방을 완전히 압도하는 경우가 별로 없게 되었다. 그러므로 전쟁원인의 합의에 의한 해결은 거의 기대할 수 없게 되고 결국은 오랜기간 해결없는 전쟁에 시달리다 지쳐서 교전 당사자들이 전쟁행위를 포기하게 되었다. 이와같이 제2차대전 후에는 휴전협정이 단순한 전쟁의 임시 중단이 아니라 전쟁행위 자체의 영구적 포기이다. 다만 평화조약과 달라서 전쟁원인 그 자체를 합의에 의하여 해결하지 못했다는 점에서 평화조약과는 다르다. 실제로 현대적 휴전협정에는 전쟁의 재발을 막기 위한 비무장지대(demilitarized zone)의 설치, 군비 제한과 그 감시제도등 여러가지 장치를 마련하고 있다. 이와같이 현대적 의미의 휴전협정은 전쟁원인의 해결없이 전쟁의 포기에 따라 전쟁행위를 영구히 포기함으로써 전쟁을 종료시킨다. 실제로 일정한 기간이 경과함에 따라 특별한 평화조약없이도 교전당사자들 사이에 정상관계가 회

복된다. 구체적 실례를 보아도 제2차대전후, 휴전협정이 체결되고 나서 평화조약이 체결되는 예는 극히 예외에 속한다. 1979년 이스라엘과 에집트간의 평화협정등 몇가지 경우만이 있을 뿐이다. 그러므로 이러한 현실에 기초하여 현대적 의미의 휴전협정은 평화협정없이 도 실제로 전쟁을 종료시킨다는 것이 대부분 국제법학자들의 견해다.<sup>4)</sup>

## 2) 한국휴전협정과 전쟁의 종료문제

앞에서 현대적 휴전협정의 법적 성격에 의하면 휴전협정으로 그 전쟁은 전쟁원인의 해결없이 실제로 종료한다고 하였다. 그러면 1953년 한국 휴전협정은 어떠한가를 한국 휴전협정의 규정내용에 의하여 분석하여 볼 필요가 있다.

1953년 한국휴전협정은 전문(Preamble), 5개조문(63개 항목)과 2개의 부속서로 구성되어 있다. 먼저 한국휴전협정의 전문에 의하면 그 목적에서 한국전쟁의 종료를 분명히 표시하고 있다. “쌍방의 막대한 고통과 유혈을 초래한 한국(무력) 충돌을 정지시키기 위하여 최후적인 평화적 해결이 달성될 때까지 한국에서 적대행위와 일체의 무력행위의 완전한 종료를 보장하는 휴전을 확립할 목적으로…” (the Commanders of both sides)… in the interest of stopping the Korean conflict… and with the objective of establishing an armistice which will insure a complete cessation of hostilities and of all acts of armed forces in Korea… do individually, collectively, and mutually agree to accept and to be bound and governed by the conditions and terms of armistice…) <sup>5)</sup> 그 다음에 1953년 한국휴전협정 제1조에서는 전쟁의 종료와 함께 그 재발을 방지하기 위한 군사분계선과 비무장지대(demilitarized zone)를 규정한다. 이러한 군사분계선은 휴전당시의

양측 군대의 접촉선을 기초로 설정하였고 비무장지대는 군사분계선에서 양측이 2km씩 물러서서 설정하였다. 그리고 이러한 비무장지대에서도 그를 향해서는 어떠한 적대행위도 할 수 없고, 또한 군사정전위원회의 허가를 받은 사람이 아니면 어떤 군인이나 민간인도 이 지역에 들어 올 수 없다. 그뿐 아니라 제2조에서는 휴전을 시행하고 무력충돌의 재발을 막기위한 구체적 조치들을 규정하고 있다. 다시 말해서 휴전협정이 제대로 시행되고 준수되는지에 대한 감시제도, 전쟁을 실제로 억제하기 위한 군비제한조치등이 매우 상세하고 실제적으로 규정되어 있다.<sup>6)</sup>

물론 한국휴전협정 제4조에서 전쟁원인을 합의에 의하여 해결할 수 있는 정치회담을 규정하고 있고 이 규정에 의하여 실제로 1954. 4. 26-6. 15간 Geneva 정치회담이 개최되었으나 전쟁원인의 해결 전망은 전혀 없이 실패로 끝나고 말았으며 그후 40년 가까이 지났다. 실제로 휴전협정만으로 평화를 보장하려는 의도를 가지고 있었다.<sup>7)</sup>

결론적으로 현대 휴전협정의 법적 성격에 의하면 휴전협정만으로 전쟁은 종료한다는 것이 국제법학자의 이론이며 국제관행이고 한국의 휴전협정은 특히 이러한 휴전협정의 대표적 예로서 휴전협정 규정에서 전쟁의 포기와 종료를 규정한 다음 비무장지대나 군비제한 기타 전쟁의 재발을 방지하는 여러가지 조치를 세밀하게 마련하였다. 또한 그후 40년 가까운 세월이 큰 무력의 재발없이 지나갔다. 이제 전쟁이 다시 일어날 가능성은 점점 희박해지지만 만일 전쟁이 다시 일어난다면 1950년 전쟁의 계속이라고 생각하는 사람은 없다. 그것은 틀림없이 새로운 전쟁이다. 법이란 항상 현실에 적응하는 것이지, 시대에 뒤진 법에 현실이 적응하는 일은 없다. 그러므로 1950년 한국전쟁은 1953년 한국휴전협정으로 종료하였고 한국휴전협정은 무

력행위의 재발을 방지하는 중요한 법적 도구이다.

### 3. 한국휴전협정과 한국의 법적관계

#### 1) 한국휴전협정의 외견상 문제점 및 한국의 동의와 참여

1953년 한국휴전협정의 표제나 전문에 보면 UN군 사령관을 한쪽 당사자로 하고, 인민군사령관과 중공군 사령관을 다른 당사자로 하여 휴전협정을 체결하였으며, 또한 휴전협정 끝에는 UN군 사령관과 인민군 및 중공군 사령관의 서명만이 있다. 그러므로 휴전협정의 현대적 체결방식이나 그 법적 조예가 없는 사람들은 일견하여 한국은 한국 휴전협정의 당사자가 아니라고 하며 실제로 북한은 한국이 휴전협정의 당사자가 아니라면서 미국과 전쟁을 마무리짓기 위하여 평화협정을 체결하고 한국과는 불가침협정 내지 불가침선언을 하겠다고 주장하여 왔다. 그러나 이러한 주장은 휴전협정이 전쟁을 실제로 종료시킨다는 휴전협정의 현대적 법적 성격에서 보아도 타당하지 않고 또한 한국의 참여없이 한국휴전협정의 체결이나 이행이 어렵다는 현실성에서 보아도 문제가 있다.

한국분단에 대하여 한국인 모두는 매우 거부적이었고 특히 막대한 희생을 치른 보람도 없이 UN군 측이 공산측과 휴전을 추진하자 한국민이나 한국정부가 강력히 반발하고 반대한 것은 당연하다. 그러나 처음에 이와같이 강력히 반대하였음에도 불구하고 UN군 측의 휴전의도가 확고하고 미국등이 군사적, 경제적 지원을 약속하면서 끈질기게 설득하자 결국 한국이 이에 동의하고 실제로 휴전에 참여하여 온 것도 또한 확실한 사실이다. 그러면 휴전협정의 외견상 당

사자와 이러한 현실을 어떻게 법적으로 조화시킬 것인가? 이러한 문제는 휴전협정의 현대적 체결방식에 따라 한국 휴전협정의 체결과정을 분석하여 올바른 법적 해석을 하면 해결될 것으로 보인다.

## 2) 휴전협정의 현대적 체결방식 : 연합군이론

두개의 세계대전은 거의 모든 국가들이 직접, 간접으로 전쟁에 관련되었다는 점에서 과거의 전쟁과 다른 특성을 보인다. 이와같이 많은 국가들이 전쟁에 참여하여도 전쟁의 성격상 자연히 두개의 그룹으로 갈리어 전쟁행위를 전개하게 된다. 그러므로 전쟁행위를 종료하는 휴전협정을 교섭, 체결하는 과정에서도 두개의 그룹으로 구분하여 수행한다. 이러한 교섭, 체결을 모든 국가대표가 다 참여하여 수행한다는 것은 매우 번거롭고 복잡하기 때문에 실제로 대표를 선정하여 수행하고, 각 그룹의 내부의견은 별도의 교섭과 회합을 통하여 조정하여 가는 것이 관례가 되었다. 이와 같이 다수의 교전자들이 두개의 그룹으로 나누어, 각 그룹간의 내부적인 합의(internal agreement)를 통해 대표를 선정하고 대표자로 하여금 휴전협정을 교섭체결하는 것이 휴전협정 체결의 현대적 방식이다. 그리고 연합국(coalition army)을 형성하는 대표가 내부적 합의에 따라 휴전협정을 체결하면 그 연합군을 구성하는 모든 국가들은 당연히 그 휴전협정의 당사자가 된다. 이러한 휴전협정 체결의 연합군 원리(principle of coalition army)는 두개의 세계대전 이후 보편적으로 확산되었다. 구체적으로 제1차대전을 종결하는 여러 휴전협정들이 이러한 연합군 이론에 따라 체결되었다. 예컨대 1918. 11. 3 연합군과 오스트리아·헝가리 휴전협정은 연합군측 대표인 이탈리아의 Badoglio 사령관과 오스트리아·헝가리의 Webnau 사령관간에 체결되었으나 이탈

리아 뿐 아니라 미국, 프랑스, 영국등 모든 연합군 구성국들이 당사자가 되었다. 또한 제2차대전을 종결하는 여러 휴전협정들도 같은 방식으로 체결되었다. 예컨대 연합군과 이탈리아의 휴전협정은 연합군측의 Eisenhower 사령관과 이탈리아의 Badoglio 사령관이 서명하였으나 연합군을 구성하는 미국, 영국등이 모두 당사자가 되었다.<sup>8)</sup>

### 3) 한국휴전협정과 연합군이론의 적용

한국휴전협정의 체결도 위에서 말한 연합군(coalition army) 이론을 적용할 수 있다. 우선 한국전쟁에 참여한 여러 교전자들은 UN군 사령부측과 공산측이라는 2개의 그룹으로 구분된다. 공산측은 북한군과 중공군으로 구성되고, UN군 사령부 측은 UN군과 한국군으로 구성된다. 한국전쟁에 참여한 한국군은 정확히 말해서 UN군의 일원이라기 보다는 UN군과 연합군을 이루고 있었다. 첫째 한국은 UN군이 결성되기 전에 이미 북한의 공격을 막기 위하여 전쟁에 참여하였다. 또한 한국은 UN안보이사회 결의에 의하여 참여한 것이 아니다. 한국은 UN의 회원국도 아니며, UN안보이사회 결의가 있기 전부터 북한의 불법침략에 대항하여 그 생존을 위하여 전쟁을 하였다. 다른 나라들이 UN안보이사회 결의에 의하여 북한의 불법침략을 막고 평화를 회복하기 위하여 그 군대의 일부를 보내, UN군을 결성하자, 한국의 대통령은 작전의 효율을 도모하기 위하여 한국군의 작전지휘권을 UN군 사령관에게 이양, 단일 지휘체제를 마련한 것이다. 그러므로 UN군과 한국군은 연합군을 형성하였다고 보는 것이 정확하다.<sup>9)</sup>

이와같이 한국군과 UN군이 연합군을 형성한 다음, 휴전협정을 교



쉽하여 체결하였다. 한국정부와 한국국민들은 막대한 희생을 치른 보람도 없이 분단을 해결함이 없이 다시 휴전하는 것에 반대하는 것은 당연한 일이다. 그러나 일반적으로 한국이 휴전에 반대하는 사실을 너무 강조한 나머지 나중에 한국정부가 휴전에 동의하고 참여한 사실을 간과하는 경향이 있다. 그러나 이것은 매우 잘못이다. 그 당시 진행사실을 정확히 분석하면 한국은 미국정부의 끈질긴 설득에 따라 군사 및 경제적 지원등을 조건으로 휴전에 동의하고 휴전에 참여하였으며 그 후 40년 가까이 휴전협정을 수행하는 책임을 분담하여 온 것은 너무나 잘 알려진 사실이다. 좀더 구체적으로 1953년 6월 미국은 Robertson 차관보를 대통령 특사로 파견하여 2주간이나 한국정부를 설득하였다. 미국은 한미방위조약의 체결, 군사적 지원, 경제적 지원 등을 제공하기로 하고 한국으로 하여금 휴전에 동의하고 이에 참여하도록 강력히 요청하였으며 한국은 마침내 동의하고 이에 참여하였다. 이러한 사실은 1953. 7. 11 한국의 이승만 대통령과 미국의 Robertson 특사간에 교섭, 합의된 한미 공동성명에 잘 나타나 있다 : “During the past two weeks we have had many frank and cordial exchanges of views which have emphasized the deep friendship existing between the Republic of Korea and the United States and have gone far toward achieving mutual understanding of the troubled questions which have arisen in connection with arrangements for an armistice...”<sup>10)</sup>

이러한 한국과 미국간의 휴전에 대한 합의는 그 후 여러 문서에 나타나 있다. 예컨대 1953. 7. 24 이승만 대통령이 미국 국무장관에 보낸 서한, 1953. 7. 27 이승만 대통령이 Eisenhower 미국 대통령에게 보낸 서한에는 매우 구체적으로 그 내용이 들어 있다.<sup>11)</sup> 더구나 북한

측도 한국의 반공포로 석방이후 한국의 동의나 참여없이 휴전협정에 서명할 수 없다고 주장하였으며, 1953. 7. 11 한미 공동성명내용을 미국의 교섭실무대표인 Harrison이 공산측 대표인 남일에게 알려주고 한국의 동의 보장을 확인시킨 다음에야 휴전협정의 체결절차가 다시 진행되었다.<sup>12)</sup>

이와같이 한국휴전협정의 체결과정을 분석하여 보면 분명히 한국과 UN군은 연합군을 형성하였고 한국과 UN군측의 내부 합의에 따라 UN군측 대표가 한국휴전협정을 교섭, 서명하였다. 그러므로 한국은 제1차대전이나 제2차대전시 체결된 연합군 관계 휴전협정들에서 보는 바와 같이 연합군의 구성국으로 연합군의 대표인 Mark Clark 사령관을 통하여 한국휴전협정 체결에 참여하였다. 그러므로 연합군관계 이론에 따라 한국은 당연히 한국 휴전협정의 당사자이다.<sup>13)</sup>

## Ⅱ. 한국UN군 사령부의 해체에 관한 남북한의 견해와 올바른 법적 해석

### 1. UN군 사령부의 현황과 남북교류와의 법적관련

#### 1) UN군 사령부의 현황과 문제점

1950. 6. 25 북한의 불법남침으로 한국이 위기를 맞자, 미국의 주도하에 UN 안보이사회는 결의 83과 84를 채택하여 북한을 응징하고 이 지역의 평화와 안전을 회복하기 위하여 UN군 사령부를 설치, 운영하였다. 그러므로 UN군 사령부의 기능은 불법침략에 대한 무력적 강제조치를 위한 군사작전이었다. 그리고 이러한 UN군 사령부는 16개국 군대로 구성되었으며 병력이 가장 많을 때는 70여 만명이나 되었다.

그러나 1953. 7. 27 한국 휴전협정이 성립하자 UN군은 곧 철수하기 시작하여 2년이내에 병력의 2/3가 한국을 떠나, 본국으로 돌아갔다. 이러한 철수는 그 후에도 계속되어 이미 1970년대 초에 거의 완료하였다. 1975년 UN총회에서 미국 대표인 Moynihan은 UN군 사령부가 사실상 해체되었음을 공식적으로 시인하였다: “오늘날 UN군 사령부는 UN군 사령부의 휴전협정 이행을 위하여 직접 관련된 군병력만을 포함하고 있다. (한국인이 아닌) 외국인은 300명 미만이 있을 뿐이다. 이들중 대부분은 UN군 사령부 자체의 간부로 배속된 미군들이며 나머지는 행사를 위한 사령부의 의장대(honor guards)

이다. 한국에 주둔하는 미군은 1954년 한미 상호 방위조약에 따라 군무하는 것으로 UN군 사령부의 소속이 아니다.”<sup>14)</sup>

이와같이 1950년 안보이사회 결의 83, 84에 의하여 설립된 전투부 대로서의 UN군 사령부는 사실상 존재하지 않는다. 미군이 겸임하는 사령부 간부와 의장대를 포함해서 모두 300명밖에 안되는 비전투병력을 가지고 UN군 사령부를 논의하는 것 자체가 매우 이상하게 보일 것이다. 그러면 실제로는 존재하지 않는 형식적 UN군 사령부의 존재를 놓고 무엇때문에 그 해체문제를 심각하게 생각하고 논란을 전개한 것인가? 그것은 휴전협정의 당사자 문제와 관련하여 그릇된 해석을 전제로 UN군 사령부의 존재가 휴전과 안보체제 유지의 필수적 요인으로 생각하기 때문이다. 또한 이러한 해석을 전제로 남북교류와 남북 기본관계의 수립을 논의함에 있어서 UN군 사령부의 존립을 놓고 남북간에 심각한 의견대립을 보여 온 것도 검토해 볼 일이다. 그러므로 여기서는 먼저 남북교류의 법적 제도를 수립함에 있어서 UN군 사령부 해체문제가 어떠한 법적 관계가 있는지 살펴보고 이어서 UN군 사령부 해체에 관한 남북간의 견해를 비교 검토하고 마지막으로 올바른 견해를 정립하여 보겠다.

## 2) UN군 사령부와 남북교류의 법적 관계

한국휴전협정의 당사자 문제와 관련, 한국이 당사자가 아니라고 생각하는 북한은 동시에 UN군 사령부를 미군 사령부의 위장된 형태로 생각하면서 먼저 미국과의 평화조약을 통해 정상화하고 이어서 남북간의 불가침 협정내지 선언을 전쟁상태를 정상상태로 바꾼다는 것이다. 이에 비하여 한국은 UN군 사령부의 법적 지위에 관한 명확한 견해를 표시하지 않고 적어도 휴전협정을 유지하고 그 운영을 위

하여는 필수적 수단으로 생각하는 것 같다. 그러므로 휴전과 안보체제의 유지를 위하여 적당한 기구로 대체할 것을 주장하여 왔다. 남북한은 이러한 견해를 가지고 있기 때문에 남북 교류나 그 기본관계를 정상화함에 앞서서도 상당히 다른 견해를 보이고 있다. 북한은 UN군 사령부의 해체와 함께, 북한과 미국간의 관계 정상화를 위한 교섭 및 평화조약의 체결을 요구하고 남한에 대하여는 불가침협정 내지 불가침 선언의 교섭을 요구하여 왔다. 그러므로 남북교류의 법적 체제를 연구함에 있어서 UN군 사령부의 법적 문제도 아울러 검토해야 할 문제다.

## 2. UN군 사령부 및 그 해체에 관한 남북한의 견해

### 1) 북한의 견해

UN군 사령부와 그 해체가 법적으로 어떠한 의미를 가지는가에 관한 북한의 견해는 북한이 남북한 문제에 관련하여 UN에 제출한 각종문헌에 나타나 있다. 예컨대 1975년 제30차 UN총회에 북한이 한국문제와 관련하여 제출한 Memorandum에서 북한은 UN군 사령부가 한국 휴전협정의 서명자이기 때문에 UN군 사령부가 해체되면 휴전협정도 더이상 존재하지 않는다는 것이다. 또한 북한에 의하면 휴전협정은 두 교전자간의 불안정한 상태인 잠정적 정전이기 때문에 정상화를 위하여는 평화협정으로 대체하여야 한다. 특히 북한에 의하면 현재 한국에 있는 UN군은 실제로 미군이기 때문에 휴전협정의 실질 당사자는 미국과 북한이라는 것이 북한의 주장이다.<sup>15)</sup>

이러한 북한의 견해는 여러가지로 잘못되어 있다. 우선 북한은 휴

전협정의 현대적 법개념을 전혀 파악하지 못하고 있어서 평화조약이 체결되어야 전쟁이 종료하는 것으로 잘못 생각하고 있다. 또한 UN군 사령부는 UN안보이사회의 산하에 있는 보조기관(subsidiary organ)에 불과하고 법인격이 없기 때문에 조약이나 휴전협정의 당사자가 될 수 없다. 그러므로 UN군 사령부가 해체하여도 휴전협정이 소멸하는 것으로 보는 견해는 매우 잘못된 것이다. 특히 앞에서 연합군 이론에 의하면 한국이 한국휴전협정의 당사자라는 것이 확실하기 때문에 이러한 북한의 주장은 여러가지 관점에서 그릇된 견해이다.

## 2) 한국의 견해

UN군 사령부의 법적 지위에 관한 한국의 입장은 모호하다. 한국 및 그 지지국들이 UN에 제출한 여러 문서에 의하면 한국은 UN군 사령부가 적어도 1953년 휴전협정을 이행하기 위한 필수적 도구라고 생각하는 것 같다. 또한 한국도 스스로가 한국휴전협정의 당사자가 아니라고 생각하는 것 같다. 한국의 정확한 입장은 확인하기 어려우나 위의 입장은 한국 외무부장관의 성명이나 UN에 제출한 문서에 의하여 대체로 확인된다.<sup>16)</sup>

그러나 한국의 이러한 견해도 옳지 않다. 앞에서 상세히 논증한 바와 같이 한국은 분명히 연합군 이론에 따라 한국휴전협정의 당사자이며 UN군 사령부가 UN의 보조기관에 불과하기 때문에 해체되어도 한국휴전협정 유지에 큰 영향이 없다. 또한 나중에 설명하는 바와 같이 UN군 사령부는 사실상 해체되었으며 UN도 사실상 한국 문제에서 손을 뗀지 오래기 때문에 이러한 한국의 견해는 현실과는 상당히 거리가 있다.<sup>17)</sup>

### 3) UNCURK의 해체와 UN군 사령부 문제

한국통일 및 부흥을 위한 UN기구인 UNCURK (United Nations Commission for the Unification and Rehabilitation of Korea)는 1950. 9. 15 인천상륙작전의 성공이후 한국의 통일이 가시화하자 한국의 통일 및 전후복구를 구체적으로 추진하기 위하여 1950. 10. 7에 설립한 UN보조기관이다. 그러나 중공군의 개입으로 이러한 낙관과는 달리 전세가 악화하여 결국 한국의 통일없이 휴전이 성립하였다. 그후 UNCURK는 한국의 전후 복구를 위하여 많은 기여를 하였으나 통일 문제는 1954년 Geneva정치회담이 실패로 끝난 다음 논의조차 이루어 지지 않았다. 더구나 북한측은 전쟁이 끝나자마자 UNCURK의 해체를 주장하여 왔다. 처음에는 이러한 주장이 거의 의미가 없었으나 1960년대 이후 수많은 신생국이 식민지에서 해방되어 나오고, 70년대에 중국이 UN에서 대만을 대체함에 따라 UN이 구조적 변천을 겪게 되자, UN에 대한 미국의 영향력 감소와 제3세계의 부상에 따라 UN은 더이상 한국문제를 해결할 능력도 없고 또 그럴 여건도 아니었다. 한국은 이러한 UN의 구조변천에 대응하여 UNCURK 해체에 동의하였으며 UN총회는 1973. 11. 28 표결없이 총의(Consensus)에 의한 성명(Statement)을 채택, UNCURK를 해체하고 한국문제 해결을 직접 당사자들에게 맡겼다.<sup>10)</sup>

이와같은 UNCURK의 해체는 UNCURK의 목적과 기능에 비추어 볼 필요가 있다. UNCURK의 목적과 기능은 한국의 통일과 전후복구인데 전후 복구는 한국경제의 발전으로 더이상 필요없게 되었고, 한국의 통일은 UN의 구조변천으로 UN에서 다룰 능력과 여건을 갖추지 못하였다. 그러므로 UNCURK를 해체한 Consensus Statement

에 잘 나타나 있는 것처럼, 결국 UN이 한국문제의 해결은 그 당사자들에게 맡기고 손을 떼는 것으로 보는 것이 가장 적절하다.<sup>19)</sup>

그러면 UN이 UNCURK를 해체하고 한국문제 해결을 그 당사자들에게 맡겼다면 UN군 사령부 문제는 어떻게 되는가? UN이 한국문제에서 손을 떼면서 UN군 사령부를 유지한다는 것도 법이론상 일관성이 없다. 특히 한국휴전협정의 유지 운영과 관련하여 UN군 사령부의 기능은 어떻게 되는가? 이 문제에 관하여는 항을 바꾸어 설명하기로 한다.

### 3. UN군 사령부의 해체와 휴전협정의 유지

북한은 UNCURK를 해체하고 나서도 한국의 합법성 내지 정통성과 UN을 단절시키고 미군철수에 압력을 가하려는 속셈으로 UN군 사령부의 해체를 주장하였다. 북한의 이러한 주장은 1974년 제2차 UN총회에서부터 본격적으로 추진되었다. 이에 대하여 한국측은 한국휴전협정의 유지 운영을 위하여 UN군 사령부의 기능이 필수적이라면서 먼저 적절한 대안을 마련하여야 한다고 주장하였다. 불행히도 1975년 제30차 UN총회에서는 이 두가지 상반된 주장이 모두 채택되어 UN의 권위를 실추하고 UN의 결의를 어떻게 실현해야 하느냐에 관하여 혼선을 가져왔다. 구체적으로 제30차 UN총회는 한국측이 제시한 결의 3390A와 북한측이 제안한 결의 3390B를 모두 채택하였던 것이다.

어쨌든 이러한 UN총회결의로 한국에 있던 UN군 사령부의 해체는 현실문제로 대두하였기 때문에 한국휴전협정의 유지등 관련된 법적 문제를 검토할 필요가 있다. 이러한 휴전협정의 유지운영문제와 관



련하여 문제가 되는 것은 형식상 휴전협정의 서명자가 UN군 사령관 명의로 되어 있고 휴전협정의 구체적 시행과 관련하여 휴전(정전) 위원회의 구성도 관련이 있기 때문이다.

위의 문제와 관련한 북한측의 입장을 보면 UN군사령부가 한국휴전협정의 서명자이기 때문에 UN군사령부가 해체되면 휴전협정도 더이상 존재할 수 없다고 주장한다.<sup>20)</sup> 또한 한국에 있는 UN군이라는 것은 실제로 미국군이기 때문에 미국이 실질당사자라고 하기도 한다.<sup>21)</sup>

이에 관한 한국측의 입장은 UN군 사령부가 적어도 한국휴전협정의 시행과 운영을 위하여 필수적이므로 해체전에 적절한 대체조치를 마련하여야 한다는 것이다. 구체적으로 휴전협정 17항에 규정된 사령부의 계승을 위하여 미군 및 한국군장교를 임명할 준비가 되어 있다고 한다.<sup>22)</sup>

그러나 우선 UN군사령부는 UN의 보조기관에 불과하며 법인격이 없기 때문에 그것이 해체된다 하여도 휴전협정의 당사자가 소멸하는 일은 없기 때문에 휴전협정의 소멸을 가져오지는 않는다. 또한 1973년 UNCURK의 해체로 UN이 한국문제해결을 그 당사자들에게 맡기고 손을 떼었기 때문에 UN이 계속 관련 당사자로 남아 있다는 것도 현실과 상반된다. 그러면 UN이 말한 당사자들은 누구인가? 그것은 가장 직접적으로는 남북한을 의미한다는 것이 consensus Statement에서도 간접적으로 표시되어 있다. 또한 한국전의 관련이나 휴전협정의 교섭체결과 그후 운영관계를 보아도 미국과 중국을 보조적으로 생각할 수 있다. 그러므로 UN군사령부의 기능은 법적으로 한국과 미국이 승계하였다고 보면 무리가 없을 것이다. 이런 것이 북한의 주장이나 한국의 주장에 간접적으로 표시되어 있음을 위에서 설명하였다.<sup>23)</sup>

### Ⅲ. 분단한국의 법적지위

#### 1. 분단국의 지위와 그 다양성

##### 1) 분단국의 개념

일반적으로 분단국이란 역사적, 사회적, 인종적, 정치적으로 보아 원래는 하나의 국가이던 것이 순전히 정치적, 이념적 이유등으로 그 주민 다수의 의사에 반하여 두개의 국가적 실체로 나뉘어 활동하며 두개의 분단 실체중 적어도 하나는 통일이 되어야 한다고 주장하는 경우이다. 국민 대다수가 통일을 원하지 않는다거나 두개의 분단 실체중 어느 쪽도 통일되어야 한다고 주장하지 않는 경우는 분단국이라 할 수 없다. 쉽게 말해서 당위적으로(Sollen)는 하나의 국가인데 현실적으로(Sein)는 구개의 국가적 실체로 활동하고 있는 경우이다. 현재 전형적인 분단국에는 한국과 독일을 들 수 있다. 중국과 대만도 대체로 분단국이라 하지만 역사적, 인종적으로 대만 주민의 대다수는 대만인이라는 특성을 간직하고 있어서 한국과 독일의 경우와는 성격이 좀 다르다.<sup>24)</sup>

##### 2) 분단국의 다양성

분단국이라 하여도 구체적으로 분단의 배경 내지 이유나 분단의 현황, 두 분단 실체들의 규모등 현황이 매우 다양하다. 예컨대 독일은 침략으로 세계전쟁을 일으킨 다음 패전과 그 이후 정치적 상황에

따라 분단이 되었고, 한국은 침략의 희생에서 벗어나는 과정에 강대국들의 잘못으로 분단이 강요되었으며, 중국과 대만의 경우는 중국 본토에서 밀려난 일부 세력이 대만을 주도하여 중국과 대립하여 분단이 되었기 때문에 대만 원주민들의 태도에 따라 분단의 성격 자체가 모호할 수 있다.

이와같이 분단국이라 하여도 그 실상은 매우 다양하기 때문에 분단국의 법적 지위를 일률적으로 다루기는 어려운 면이 있다. 그러므로 분단국의 대체적 개념을 위에서와 같이 정립하고 그 구체적 법적 지위는 개별적으로 파악하는 것이 오히려 정확하다고 본다. 한국, 중국, 독일을 똑같이 다루기는 매우 어려운 점이 있다. 여기서는 분단 한국의 고유한 법적 지위를 검토하고 그 해결방법을 모색하여 보겠다.<sup>25)</sup>

## 2. 분단한국의 법적 지위와 남북교류의 법적 의의

### 1) 한국분단의 법적 성격

앞에서 설명한 것 처럼 한국의 분단은 한국민의 의사나 그 행동 또는 그 잘못과는 아무 관계없이 외적 요인에 의하여 강요되었다. 우선 일본의 침략으로 1905년에 희생이 된 한국은 제2차 대전의 패망국 일본을 무장해제시키는 과정에서 미국과 소련의 정치적 교섭과 대립으로 분단이 되고 말았다. 구체적으로 미국이 일본에 핵무기를 투하하고 나서 일본의 항복이 거의 확실해지자 소련이 참전하고, 이어서 기대보다도 쉽게 무너지는 일본군을 밀어내며 소련이 급속히 남하하였다. 당황한 미국은 한반도의 38선을 미국·소련간의 군사

분계선으로 삼아, 일본군을 무장해제 시키자고 제의하였고 소련이 이를 수락하였다. 이와같이 일본군을 무장해제시키기 위하여 제안된 미국·소련간의 군사분계선이 그후의 미소대립과 정치적 상황에 의하여 한반도의 분단을 가져왔다.<sup>26)</sup>

그후 북한의 남침으로 한국전쟁이 발생하고 이어서 휴전이 성립하자 38선은 휴전선으로 바뀌었다. 이 휴전선은 휴전당시 양측 군대의 접촉선(contact line)을 기초로 만든 것인데 그 법적 성격은 군사적 분계선이다. 물론 휴전선은 비무장지대의 설치등 전쟁의 재발을 방지하기 위한 여러가지 장치를 마련하고 있으나 국경선은 아니며 군사적 성격의 분계선임은 1953년 한국휴전협정이나 그 교섭문헌에 잘 나타나 있다.<sup>27)</sup>

이 모든 것을 종합하여 보면 남북한은 당연히 통일되어야 할 하나의 국가임에도 불구하고 우연한 정치적 상황에 의하여 현실적으로 불합리하게 두개의 정치적 실체로 분단되어 활동하고 있는 국가이다.

## 2) 남한과 북한의 법적 지위

한국은 당위적으로 보아 하나의 국가로 통일되어야 함에도 불구하고 실체는 두개의 정치적 실체로 나뉘어 활동하고 있다. 한국은 동구권을 포함하여 전세계의 대다수 국가와 외교관계를 갖고 있다. 또한 한국은 처음부터 UN의 후원아래 정부를 수립하였으며 1948. 12. 12 UN총회 결의 195(III)에 의하여 그 합법성을 공식 인정받았다. 1948년 UN총회 결의에 의하면 한국정부는 UN의 감시하에 자유로운 총선거에 의하여 구성된 합법정부이며 이러한 정부가 한반도에는 하나밖에 없다고 하였다. 또한 이 결의는 회원국들로 하여금 한국과 외

교관계를 수립하도록 권장하였다.

다른 한편 북한도 한국에는 뒤지지만 100여개 국가와 외교관계를 수립하고 국제사회에서 국가적 실체로서 활동하고 있다. 물론 북한은 초기에 UN에서 부정적 대우를 받았으며 한국에 대한 침략으로 응징까지 받았다. 그러나 한국전쟁후 40년 가까운 세월이 흐르는 동안 북한도 국제사회에서 그 법적 지위를 확립하는데 노력하였다. 그리하여 북한도 국제사회에서 국제법주체로서 활동하고 손색없이 활동하고 있다.<sup>26)</sup>

### 3) 남북한 교류의 법적성격

위에서 상세히 고찰한 것 처럼 한국은 당위적으로 하나의 통일 국가이어야 함에도 현실적으로 국제사회에서 두개의 국제법 주체로서 활동하고 있다. 다시말해서 남한과 북한은 서로 합쳐서 하나의 통일된 국가를 형성해야 함에도 남한과 북한 각각이 국제사회에서 국제법주체로서 활동하고 있다. 그러면 남한과 북한간의 교류는 법적으로 어떤 성격을 갖는가? 우선 한반도 주민의 대다수는 하나의 국가로 통일하기를 염원하고 있다. 또한 남한과 북한의 정부들도 각각 통일을 강력히 주장하나 각각 자신의 주도하에 통일을 이루기를 원하는 것으로 보인다. 그러므로 통일을 해야한다는 당위성이나 그 목표에는 모두가 일치한다. 다만 그 방법에 있어서 시장경제 체제하의 통일을 하느냐, 북한체제하의 통일을 하느냐의 방법상 문제가 있다. 다행히 동구권의 와해로 북한체제가 언제 무너지느냐가 결국은 시간 문제로 보이는 현실에서 한국의 통일은 그 전망이 매우 밝아 보인다. 이러한 현황하에서 남북한의 교류를 법적으로 어떻게 모아야 하는가? 분단한국은 당위적 측면(Sollen)과 현실적 측면(Sein)의 두가지로

구분되며 이 두가지를 연관하여 법적으로 규명해야 한다. 반복하여 말하지만 당위적 측면에서 한반도는 분명히 하나의 통일 국가를 형성해야 한다. 현실적 측면에서 보면 두개의 국가적 실체로서 활동하고 있으면서 하나의 통일국가를 주장하고 이를 달성하기 위하여 노력하고 있다. 다시말해서 한국은 현실적인 두개의 정치적 국가적 실체에서 하나의 통일국가로 발전하여 가려고 노력하고 있다. 이것은 분단한국의 고유한 특성이다. 국제사회의 다른 국가들은 이러한 분단한국의 노력을 간섭하거나 방해해서는 안된다. UN총회도 1973년 UNCURK를 해체하는 consensus statement에서 한국의 통일은 외부의 간섭없이 한국인 스스로 해결해야 한다는 것을 분명하게 선언하고 있다.<sup>29)</sup>

남북교류인 남북한 상호간의 관계는 남북한 각각이 대외적으로 갖는 국제관계와는 구별해야 한다. 분단한국의 고유한 성격상 현실의 두개의 실체에서 하나의 국가로 발전하려고 노력하고 있기 때문에 남북한 상호관계를 국제관계로 볼 수는 없다. 남북한이 그동안 공식적으로 표명한 것을 보아도 남북한을 두개의 국가로 표시한 적은 없다. 1972. 7. 4 남북공동성명에서는 두나라 정부라고 표시하지 않고 분명히 “쌍방”이라는 용어를 사용하고 있다. 또한 상대방의 정부를 부르는 경우도 책임있는 당국자 등으로 표시하고 있다. 이러한 배경에는 남북한이 결국 하나의 통일 국가가 되어야 한다는 것과 남북교류나 통일은 한국의 내부문제이지 국제관계가 아니라는 것이다.<sup>30)</sup>

또한 남북한이 각각 국제사회에서 갖는 대외관계와 남북상호간의 내부관계는 매우 유동적인 상관관계를 갖고 있다. 남북한의 내부관계가 발전하여 통일로 접근하면 할수록 남북한 각각이 대외적으로

갖는 대외관계는 약해져서 퇴색되어 갈 것이다. 반대로 남북 내부관계가 취약하고 대외관계가 강화되어 가면 결국 두개의 국가로 발전하여 갈 것이다. 그러므로 남북교류를 정책적으로 추진함에 있어서 이러한 법적 관계를 고려하여 장기적 정책을 확립하여 신중하게 추진하는 것이 매우 중요하다.

### 3. 남북교류와 통일목표의 추진

#### 1) 통일지향적 남북교류의 법원칙

남한과 북한은 다 같이 통일을 적극적으로 추진하고 있으므로 통일 목표에 있어서는 이론이 없다. 다만 위에서 설명한 것처럼 한국이 시장경제적 체제하에서 통일추구하려는 데 반하여 북한측은 공산체제하에서 자신의 주도하에 통일하려고 때문에 쉽게 진전이 되지 않는다. 그러나 동구권 자체가 이미 붕괴되어 체질변화를 급속히 전개하기 때문에 북한의 이러한 정책이 붕괴되는 것도 결국은 시간문제로 볼 수 있다. 그렇다면 결국 시장경제적 체제하에서의 통일이고 한국이 주도하는 통일이 될 수 밖에 없는데 이러한 통일을 추구하기 위하여는 그 법적 이론 형성과 아울러 법원칙을 확립하고 이를 기초로 하여 통일정책을 수립, 추진하여야 할 것이다.

그러면 남북한이 통일을 추구함에 있어서 기초가 되는 기본 법원칙은 무엇인가? 다시말해서 통일지향적 남북교류의 주요 법원칙은 무엇인가? 이러한 법원칙은 1972. 7. 4 남북공동성명에서 찾을 수 있다. 7.4 공동성명은 한국통일의 3가지 기본원칙을 천명하였다: —통일은 외세에 의존하거나 간섭을 받지 않고 자주적으로 한다.

—통일은 무력행사를 지양하고 평화적으로 한다.

—통일의 전 단계로 하나의 민족적 단결을 도모한다.<sup>31)</sup>

이러한 통일지향적 남북교류의 기본 법원칙은 국제사회에서 공식적인 인정을 받고 지지를 받았다. 예컨대 1973년 UNCURK를 해체하는 consensus statement에서도 한국문제는 한국인 스스로 외세의 간섭없이 해결해야 하며 이를 국제사회에서 존중해 주어야 한다고 분명히 밝히고 있다.

그러므로 현실사회에 존재하는 두개의 국가적 실체에서 하나의 통일국가로 발전해 나가는 것이 분단국의 특성이고 이러한 현실에서 당위로의 발전을 다른 국가들이 존중해주어야 한다는 분단국의 특성, 7. 4 공동성명과 같이 남북한이 확립한 법원칙, 그리고 이를 공인한 1973년 UN총회의 consensus statement를 종합하여 보면 외세의 간섭없이 한국인 스스로 통일지향적 남북교류를 추진하여 결국 통일 목표를 달성하는 것은 분단한국의 기본적인 고유권한이다. 이러한 통일지향적 남북교류의 기본원칙에 기초한 기본적 통일정책은 하나의 한국을 지향하는 정책(one Korea policy)이다. 그러므로 법적으로 하나의 한국 정책에 어긋나는 것은 지양하고 모든 통일정책을 이러한 하나의 한국정책에 기초하여 추진하여야 한다.<sup>32)</sup>

## 2) 통일지향적 남북교류의 구체적 시행문제

통일지향적 남북교류의 기본 법원칙은 외세의 간섭없이 한국인 스스로 남북교류를 통하여 통일에 접근한다는 것이고, 이에 기초한 기본 통일정책은 하나의 한국정책(one Korea policy)라고 하였다. 이러한 정책을 구체적으로 시행하는데 있어서 논의되는 몇가지 문제를 검토하여 볼 필요가 있다.



그 하나는 이른바 교차승인문제이다. 교차승인이란 공산권의 소련과 중국이 한국을 승인함과 동시에 미국, 일본 등 시장경제체제의 국가들이 북한을 승인한다는 것이다. 한국이 이러한 교차승인을 주장한다는 것은 정책적으로 미숙하며 법적 지식이 결여되어 있다는 느낌이 든다. 우선 한국이 소련이나 중국의 승인을 받는다는 발상 자체가 시대에 뒤떨어진 생각이며 통일지향적 남북교류의 기본 원칙에도 벗어난 것이다. 솔직히 한국은 소련과 중국의 승인을 받을 필요는 없으며 경제적, 정치적 상호 필요성이 있으면 상호 외교관계를 수립하면 되는 것이다. 승인이라는 개념자체를 강조하는 것이 현실 국제법과 거리가 있는 것이다. 어느 국가가 남의 승인을 받아야 성립한다는 이른바 국가승인의 창설적 효과설은 매우 시대에 뒤떨어진 것으로 요즘에는 그런 것을 주장하는 중요 국제법학자는 별로 없다. 국가는 국가의 요건을 갖추면 성립하는 것이고 승인은 국제관계를 원활히 수행하는데 도움이 되는 것이다. 그러므로 소련과 중국이 경제적으로나 정치적으로 필요하면 한국과 외교관계를 수립하고 경제적 정치적 관계를 증진시켜 나갈 것이다. 승인 문제는 솔직히 형식적인 것에 지나지 않는다. 한국이 소련이나 중국과 외교관계를 수립하고 상호관계를 발전시켜 나가면, 결과적으로 미국이나 일본도 북한과 외교관계를 수립하고 상호관계를 발전시켜 나갈 가능성이 많다. 그러나 그렇다고 한국이 교차승인을 주장하는 것은 별로 의미없는 일이다. 북한을 국제사회에서 개방하도록 유도하고자 한다면, 교차승인이라는 용어를 피하고 차라리 북한과 서방세계와의 관계개선을 반대하지 않으면 충분하다. 교차승인이라는 용어가 시대에 뒤떨어진 용어일 뿐 아니라, 그런 것을 주장한다고 해서 북한이 개방할 것도 아니고 고마워 할 것도 아니다. 한국으로서는 그저 소련이나 중

국과 외교관계 수립을 추진하면서 북한이 다른 국가와 관계를 개선하는데 반대하지 않으면 그것이 개방을 돕는 것이고 통일지향적 남북교류의 기본 원칙이나 그 정책에도 어긋나지 않는 것이다. 통일지향적 남북교류의 기본정책은 하나의 한국정책인데 이른바 교차승인을 주장하는 것은 모양도 좋지 않고 시대에도 뒤떨어진 생각이며 두 개의 한국을 주장한다는 북한의 비난의 구실을 주기도 한다. 한국은 그저 필요한 나라와 외교관계를 추진하면서 북한을 개방으로 유도하고 꾸준히 남북교류를 통하여 북한사회를 개혁하여 나가면 된다. 동구권 국가들의 다양한 개혁 형태를 통하여 볼 수 있듯이, 북한이 스스로 합리적인 개혁을 추구하든지 아니면 개방의 물결에 갑자기 무너지든지 둘중의 하나다. 어느 경우에도 시장경제체제하에서 한국통일은 한국 주도하에서 추진되어 갈 것이다. 이 경우에 외세의 간섭을 가능한 배제하여야 하고 그러한 간섭을 막을 수 있는 법적 무기가 바로 하나의 한국정책이다. 다시말해서 남북교류나 한국통일은 한국 내부 문제로 한국인 스스로 해결하여야 하고 외부 국가들은 이를 지원하고 도와 주는 것은 타당하나 이를 방해해서는 안되는 것이다. 독일이 통일을 추진하면서 당면하는 대외적인 문제들을 참고할 필요가 있다. 한국과 독일은 다르다. 독일은 과거에 두번씩이나 주변국가들은 침략하였고 그 결과로 분단된 것이다. 독일이 통일된다고 할 경우 다른 국가들은 독일이 위협이 되지 않을 보장을 원하는 것이며 이는 당연하다. 그러나 한국은 한국인의 불법행위없이 일본의 불법행위의 희생이었고, 미국·소련의 대립으로 인한 희생이었다. 그러므로 법적으로 이러한 희생된 지위의 회복을 주장할 권리가 있으며, 한국의 통일을 다른 나라가 방해하는 것은 이중으로 불법행위를 하는 것이 된다.

이른바 UN 동시가입문제도 비슷하다. 한국이 UN에 가입을 추진하면 그만이다. 자신도 가입하지 못했으면서 북한의 가입까지 거론할 필요가 없다. 한국의 UN가입이 실현되면 북한도 가입할 것이다. 그러면 결과적으로 둘 다 가입하게 되는 것이지만 한국 스스로 동시 가입을 주장하는 것은 하나의 한국정책에도 모양이 좋지 않고 또한 북한이 반대할 경우 소련이나 중국의 입장이 더 어렵다. 한국이 UN 가입을 주장하면 소련과 중국이 반대하지 않고 기권하면 실현된다. 그것이 오히려 법률적으로나 정책적으로 타당한 길이다.

## IV. 통일지향적 남북교류를 위한 기본협정의 정립 및 남북한의 법령정비

### 1. 통일지향적 남북교류와 법적제도

#### 1) 통일지향적 남북교류와 법적제도의 필요성

남북한이 각각 강력히 통일을 주장하고 또한 그 나름대로 추진하고 있으나 자신의 주도하에서 추구하거나 자신의 방식대로 추구하기 때문에 이에 관한 남북교섭이나 교류나 큰진전이 아직은 없다. 1972. 7. 4. 남북공동성명이 발표되고 나서 얼마간 통일지향적 남북교류가 추진되기를 기대하였으나 이러한 공동노력은 얼마 안되어 중단되고 그후는 남북한의 대립된 주장이 별로 해소되지 않았다.

그러나 1980년대 말부터 시작된 동구권의 체질변화가 급속히 진행됨에 따라 한국과 동구권 여러나라의 관계가 급속히 개선되자 남북교류와 통일에 대한 전망은 새롭게 대두되고 있다. 특히 국제사회가 하나의 생활권으로 조직되어 가자 국제사회의 모든 구성원들간의 상호 의존관계는 매우 긴밀화하고 있다. 이러한 동구권의 변화 및 국제화 현상으로 북한의 체질변화는 강력한 압력을 받고 있다. 현재는 주로 외부에서 압력을 받고 있으나 동구권의 변혁이 북한사회에 침투되면 북한사회의 개혁에 대한 내부적 요구가 강력히 분출될 것으로 예상되고 있다. 그러므로 북한은 현명하게 대처하여 스스로 개방과 개혁을 단행하든지, 아니면 내외적 압력에 따라 현체제가 붕괴되

든지 두가지 가능성이 있다. 어떤 경우라도 북한의 개방과 개혁은 불가피한 것이다. 다만, 그것이 언제 일어나느냐 하는 시간적 문제만이 남아 있다. 한국측으로서는 물론 북한사회를 개방으로 이끌어 내어 가능한 빠른 시일내에, 그리고 비교적 합리적이고 평화적으로 북한사회가 개혁되도록 지원해야 한다. 어쨌든 북한사회의 개방과 개혁은 그 전망이 거의 확실해 지고 있기 때문에 통일지향적 남북교류를 위한 법제도를 여러 분야에서 치밀하게 마련해야 한다.

위에서 말한 통일지향적 남북교류를 위해 필요한 법적제도 마련의 구체적 내용은

첫째, 남북한의 기본관계, 안전과 평화 유지, 교류의 법적근거와 기본방향등을 규정하는 남북한의 기본협정이 필요하다. 다만 휴전협정이 있기 때문에 안전과 평화유지에 관한 법규정은 상당히 마련되어 있는 셈이다. 통일원에서 마련중인 민족공동체헌장과 같은 것이 이러한 남북 기본협정의 대표적 예다.

둘째, 통일지향적 남북교류의 시행을 위한 구체적 법규정을 담은 협정이 필요하다. 이러한 법규정에는 사람의 왕래를 위한 출입국관리, 남북한간의 교역을 위한 여러가지 법규칙, 남북한간의 투자관계를 규율하는 법규칙, 남북한간의 서비스시장 상호개방을 위한 각종 법규칙, 남북한간의 방송관리, 남북한간의 우편 및 통신교류를 규율하는 협정 등 그 내용이다.

셋째, 통일지향적 남북교류를 시행하기 위하여 위에서 말한 기본협정 및 구체적 시행 협정에 기초하여 남북한의 각각의 국내법규칙 마련 및 정비가 필요하다. 특히 북한의 경우는 이러한 남북교류를 원활히 발전시키기 위하여 근본적인 체제 개혁이 필요하며 많은 법령의 개혁과 정비가 필요하다. 남한의 경우는 최근에 남북교류협력

에 관한 법률과 시행령이 마련되었으며 아울러 보안법등 일정한 법령의 정비를 요구하는 의견이 있다.

네째, 통일지향적 남북교류의 원활한 발전을 위하여는 남북한간의 분쟁해결에 관한 법제도를 마련해야 한다. 모든 사회활동을 위하여는 각종 행위를 규율하는 법규정도 중요하나 동시에 그러한 법규정을 유지하고 수호하기 위한 법에 기초한 분쟁해결제도가 아울러 마련되어야 한다. 남북한간의 관계도 마찬가지로 객관적이고 효율적인 분쟁해결제도가 마련되어야 한다.

통일지향적 남북교류를 위한 위의 여러 법적 제도의 내용중 분쟁해결제도는 제2장에서 상세히 설명하고 기본협정과 남북한의 법령마련 및 정비는 항목을 바꾸어 아래서 설명하기로 한다.

## 2) 남북교류와 관련하여 논의되는 여러 협정의 검토

남북한의 기본협정이나 법령정비를 설명하기 전에 통일지향적 남북교류에 필요한 법제도를 분명히 하기 위하여 남북교류와 관련하여 논의되는 여러 협정의 성격과 문제점을 검토하여 볼 필요가 있다. 첫째, 북한이 1960년대와 1970년대에 주장한 것은 평화협정이다. 북한이 주장하는 평화협정도 시대에 따라 차이가 있어서 1963년에서 1970년대 초까지는 남북한 평화협정을 주장하였다. 이러한 평화협정제 의는 북한 최고인민회의 결의, UN총회에 제출한 한국통일방안 등 여러기회 및 방법을 통하여 표시되었다.<sup>33)</sup> 이러한 제의의 구체적 내용은 미군철수, 군비제한, 무력행사포기 등을 담고 있다. 예컨대 1973. 4. 5. 최고인민회의 제5기 2차회의에서 제의된 내용을 보면 남북한의 군사적 대치 상태와 긴장을 완화하기 위하여 군비를 제한하

고 외군을 철수하며 남북한의 병력을 10만 이하로 감축하고 무력불행사를 보장하기 위하여 남북한 평화협정을 체결한다는 것이다. 그러나 이러한 표면적인 주장에도 불구하고 북한이 1950년 불법남침을 감행한 데다가 특공대의 남파 등 기회있는대로 무력을 도발하여 왔기 때문에 북한에 대한 불신이 매우 컸으며 실제로 남침용 땅굴의 굴착등이 발견되면서 이러한 불신은 매우 근거있는 것으로 나타났다. 이러한 상황에서 북한의 주장을 그대로 받아 들일 수는 없었으며 결국 별다른 효과를 얻지 못하였다. 또한 1974년 이후 북한의 평화협정 제의에도 변화가 생겨, 한국을 그 협정 당사자에서 제외하고 대신 미국을 당사자로 하여야 한다고 주장하였다. 예컨대 1974. 3. 25. 북한 최고인민회의의 제의에 의하면 우선 미군을 한국에서 철수하고 미국과 북한간의 평화협정을 체결하자면서 이를 위한 교섭회의를 열자고 주장하였다.<sup>34)</sup>

북한이 이와같이 한국을 제외하고 미국과 평화협정을 체결하자고 주장하는 형식적 명분은 한국이 휴전협정의 당사자가 아니고 미국이 실질 당사자라는 그릇된 전제에서 출발한데다가, 휴전협정은 전쟁의 임시적 중단이므로 전쟁상태를 종료하려면 평화협정을 체결해야 한다는 현대적 휴전협정에 대한 잘못된 인식에 있다. 앞에서 설명한대로 휴전협정의 현대적 개념에 의하면 휴전협정으로 전쟁이 종료한다. 또한 남북분단이라는 전쟁원인이 해결되지 않는한 평화조약의 체결은 사실상 어려울 수 밖에 없고 형식적으로 체결되어도 그 실효성이 의문시된다. 또한 앞에서 설명한대로 한국은 연합군(coalition army) 이론에 따라 연합군 사령관의 서명으로 당연히 한국 휴전협정의 당사자라는 것도 이미 설명하였다. 그러므로 북한이 주장하는 평화협정이나 그 형식적 명분은 매우 잘못된 지식에 기초하고 있는

것이다.

북한이 이와 같이 미국과 평화협정을 제의하고 나오자 한국은 1974년도 대통령 연두기자회견에서 남북불가침협정을 제의하였다. 한국은 이러한 남북불가침협정을 제의하면서 북한의 평화협정 제의의 속셈이 뒤편에 있다고 비난하였다. 구체적으로 북한의 속셈은 미군철수 및 한국의 병력감축을 실현한 후 무력남침을 하려는 것이라고 하였다. 또한 한국은 남북불가침협정의 구체적 내용으로 남북한이 절대로 무력침범을 하지 않는다고 대외적으로 서약하자는 것과, 남북한 상호간에 내정간섭을 하지 말자는 것, 현행 휴전협정을 그대로 유지해 나가자는 것의 3가지 주요 내용으로 되어 있다.<sup>35)</sup> 이러한 제의는 그후에도 계속 반복되었다.

한국의 이러한 주장은 우선 분단한국의 현실위에서 휴전협정체제를 기초로 평화를 정착시키면서 남북 교류를 추진하여 가자는 점에 서 적절하다. 그러나 휴전협정의 법적체제를 유지하면서도 남북불가침협정을 다시 체결하자고 한 것은 휴전협정의 법적 성격이나 한국의 당사자 문제에 관하여 무언가 불완전한 요소를 전제로 하는 것이다. 그러나 휴전협정의 현대적 성격에 의하면 전쟁을 종료시키며, 한국은 연합군 이론에 따라 한국휴전협정의 당사자이다. 그러므로 휴전협정이외에 불가침협정을 다시 제의하는 것은 휴전협정에 규정된 무력행사의 금지를 다시 확인하는 의미 밖에 없다.

1988년에 개최된 남북 국회회담 준비 접촉회의에서는 북한이 불가침선언을 하자고 제의하고 남한측은 불가침협정을 추진하자고 주장하여 대립한 적이 있다. 북한측 주장에 의하면 협정이란 국가간에 체결하는 것이기 때문에 이러한 협정을 체결하면 2개의 국가로 인정되는 결과가 되기 때문에 적절하지 않다면서 불가침협정을 주장하였



다.<sup>36)</sup> 그러나 남한측의 주장이나 북한측의 주장이나 둘다 법적 지식이 부족하다고 생각된다. 우선 1969년 조약법에 관한 Vienna조약2조1항이나 1986년 국제기구가 참여한 조약법에 관한 Vienna협약2조1항에 의하면 조약이란 어떤 명칭을 사용하든 상관없다. 다시 말해서 조약이라고 하든, 협정이라고 하든, 선언이라고 하든 그 내용이 조약을 요건을 갖추면 조약이 되고 조약의 요건을 갖추지 못하면 조약이 되지 못하는 것이다. 그러므로 중요한 것은 명칭이 아니라 그 내용 및 요건이다. 또한 북한측이 조약을 국가간에만 체결되는 것으로 생각하는 것은 매우 시대에 뒤떨어진 생각이다. 조약은 국제법주체간에 체결되는 것이며 남북한이 국제법 주체라는 것은 부인할 수 없다. 다만 북한이 제외하고자 하는 것은 그 주장을 검토하여 보면 남북한 국회에서 공동으로 선언을 채택하지는 것으로 행정수반이 체결하도록 되어 있는 조약체결절차와는 상당히 다르다. 1969년 및 1986년 조약법에 관한 Vienna협약에 규정된 조약체결절차를 보면 정부수반이 그 자신 또는 대표를 임명하여 조약체결을 교섭하고 조약문을 인준한 다음, 구속을 받겠다는 동의를 표시하는데 이 과정에서 국회의 동의를 받는 경우도 있고 받지 않는 경우도 있는 것이다. 국제기구의 경우는 설립헌장에 규정된 조약체결기관이 조약을 체결한다. UN의 경우는 보통 UN총회의 결의에 따라 사무총장이 수행하고, 전문기구를 설립하는 경우에는 경제사회이사회가 수행하며, 국제평화와 안전의 경우는 안전보장이사회가 수행한다. 또한 유럽공동체의 경우는 위원회(Commission)가 교섭하고 이사회(Council)가 조약의 구속을 받겠다는 동의를 표시한다.<sup>37)</sup> 그러므로 남북한의 국회가 단순히 선언한 것은 조약이라고 할 수 없다.

## 2. 남북한 기본협정

### 1) 남북한 기본협정의 의의

남북한은 분단이 제도화된 이후 주로 대립과 긴장속에서 대치하여 왔지 일반적인 교류는 아직 이루어지지 않고 있다. 다만 1972. 7. 4. 남북공동성명 이후 이산가족의 모임이나 고향방문단등 매우 단편적이고 제한적인 교류가 있었으나 불특정 다수인 간의 일반적인 교류는 전혀 이루어진 적이 없다. 그러나 앞으로 국제사회의 변화 특히 동구권의 개방과 변혁에 따라 북한은 스스로 개방을 하든, 개방을 강요당하든 결국 체제의 변혁과 개방을 하지 않을 수 없다는 것은 위에서 설명하였다. 이러한 전제하에서 앞으로 북한사회의 일반적 변혁과 개방이 이루어진다고 보고, 이에따라 남북교류도 일반화한다고 보면 가장 시급한 것이 남북교류에 관한 법제도의 마련 및 정비다. 그중에서도 우선 여러분야 남북교류의 일반적인 근거가 되는 남북한의 기본관계 협정이 이루어져야 한다. 이러한 기본협정의 명칭은 여러가지로 표현할 수 있으며 실제로 중요하지 않다. 가령 정부에서 구상하는대로 민족공동체헌장이라고 해도 좋고 또한 직접적으로 남북한 기본협정이라고 해도 좋다.

### 2) 남북한 기본협정의 내용

명칭이 어떻든 남북한 기본협정이 근본적으로 갖추어야 할 내용은 다음으로 요약할 수 있다.

첫째, 남북한이 서로 상대방의 실체를 인정하는 것이다. 그것을 반드시 국가라고 부르든 안부르든 남북한이 각각 현실 국제사회에서

국제법 주체로 활동하고 있는 현실을 인정하고, 여기서 출발하여 상호교류와 협력을 증진하도록 해야 할 것이다. 다만 상대방을 국가라 부르는 것은 우선 북한에서 2개의 국가를 획책한다는 비난의 구실을 줄 뿐 아니라 앞으로 자주적으로 통일을 주도하여 나갈 경우 외세의 간섭을 배제하기 위하여서도 현명하지는 못한 방법이다. 또한 남북한 관계가 급진전 될 경우 생각보다 빠른 기간내에 통일목표가 가시화할 수도 있으며 이런 경우 남북한의 내부관계가 강화되는 만큼 북한의 대외관계는 반비례적으로 축소하여 갈 것이다. 그러므로 남북한 관계를 동적으로 생각하여 상대방을 국제법주체로 인정하고 필요에 따라당국, 북한정부라고 불러도 무방할 것이다.

둘째, 남북교류를 추진할 공동기구를 마련하는 것이다. 공동기구의 명칭은 상관없다. 중요한 것은 공동기구의 기능과 조직이다. 남북한 공동기구는 일반적인 남북교류의 수행을 담당할 기구로서 그 기능은 남북교류, 통일목표의 추진등 민족적 과업을 모두 포함하기 때문에 궁극적으로는 통일국가의 기능을 수행할만큼 중요하다. 그러므로 그 구성은 고정적이기 보다는 탄력있고 융통성이 있어야 한다. 다시말해서 그 기관에는 필요에 따라 정상회의, 일반각료회의, 전문분야별 각료회의, 실무를 담당하는 공동사무국, 또한 양쪽 국회를 대변하는 자문적 기관등을 모두 두어 필요에 따라, 사항에 따라 융통성있고 탄력성있게 운영하여야 한다. 이와 관련하여 유럽공동체의 이사회(Council)을 참고하면 매우 도움이 된다. 유럽공동체이사회(Council)는 우선 정상회의인 유럽이사회(European Council)와 각료이사회(Council of Ministers)가 있다. 유럽이사회는 국가 및 정부수반들이 외상을 수반하여 모이며 EC위원회와의 협력을 위하여 위원회 의장도 참석한다. 유럽이사회는 1년에 3회이상 모이며 필요

하면 수시로 개최하게 되어 있다. 각료이사회는 다시 일반이사회(General Council Meetings)와 전문이사회(Specialized Council Meetings)로 구분된다. 일반이사회는 회원국 외상들로 구성되고 전문이사회는 관계분야 각료들이 모인다.<sup>38)</sup> 남북교류를 담당할 남북한 공동기구를 구성함에 있어서도 오랜 경험이 축적된 유럽공동체의 이사회를 참고하여, 탄력성있는 조직을 통해 운영의 효율을 달성할 수 있을 것이다.

세째, 기본협정에는 무엇보다도 남북교류와 협력의 기본원칙을 포함해야 한다. 남북한의 공동번영과 통일의 기반을 조성하기 위하여, 또한 남북한간의 긴장완화와 신뢰구축을 위하여, 또한 남북한의 동질성회복과 경제발전을 위하여 모든 분야에서 남북한간에 교류와 협력을 추진한다는 남북교류의 목적과 원칙을 표명해야 한다.

네째, 기본협정은 상호 무력행사의 금지와 분쟁의 평화적 해결을 규정해야 한다. 물론 무력행사의 규정은 휴전협정에 상세히 규정되어 있으나 휴전협정에는 남북한 이외의 요소도 있으므로 남북한만의 기본관계 협정에서 이를 규정하는 것은 의의가 있으며 또한 분쟁의 평화적 해결을 규정하는 전제규정으로서는 무력행사의 금지는 필요하다.

다섯째, 남북한이 국제사회에서 대외적 활동을 함에 있어서 지켜나가야 할 협조 및 조정과 공동협력의 원칙을 표명해야 한다. 구체적으로 남북한이 언젠가 통일을 지향하고 이에 도달하기 위하여 함께 노력해야 하기 때문에 우선 통일에 역행하는 활동은 지양하도록 협력해야 하고 동시에 공동이익을 위하여 협력해 나가야 한다.

여섯째, 남북한이 상대방의 실체를 인정하고 존중한다고 하여도 하나의 민족으로서 공동의 동질성을 발전시켜 나가고 언젠가는 통일

국가를 달성해야 하기 때문에 기본적인 인간의 존엄성과 기본권은 보장하도록 해야 한다. 이러한 인간의 기본권 보장없이는 궁극적으로 남북교류의 수행이 성공할 수 없다.

### 3. 통일지향적 남북교류와 북한의 법령정비

#### 1) 통일지향적 남북교류와 북한 법령의 정비필요성

##### A. 법치주의의 확립 필요

통일지향적 남북교류를 추진하기 위하여는 우선 남북한의 법치주의가 확립될 필요가 있다. 물론 남북교류는 남북한의 현재 실체를 상호 인정하는 데서 출발하며 교류를 통하여 동질성을 강화하여 나가는 것이다. 그러므로 현격히 다른 상대방의 현재 체제를 일방적으로 바꾸도록 전제조건을 제시할 수는 없다. 그러나 우리가 현실적으로 교류를 수행하려면 다음과 같은 것들이 전제되어야 한다.

첫째, 최소한의 법제도를 전제로 할 수 밖에 없다. 이러한 최소한 법제도가 존재하고 시행되어야 상대방에 대한 신뢰와 예측 가능성을 기초로 지속성있는 교류를 수행할 수 있다. 또한 통상이나 투자의 교류가 수행되려면 그러한 통상이나 투자가 이루어질 수 있는 최소한의 법제도적 장치가 선행되어야 한다.

둘째, 통일지향적 교류란 남북한 통일을 점차 수행하여 가는 것을 목적으로 하는 교류로서 통일의 개념을 정립할 필요가 있다. 여기서 통일이란 단순히 분단된 국토의 물리적 통합만을 의미하는 것은 아니다. 여기서 통일이란 체제와 이념을 떠나서 최소한의 기본권을 보장해주고 시장경제체제를 갖춘 국가로의 통일을 의미한다. 이러한

최소한의 기본권과 시장경제체제가 보장되지 않는 통합은 일반적으로 생각하고 바라는 통일이 아니라 억압에 의한 통합일 뿐이다. 정상적인 사람이라면 그러한 억압에 의한 통합을 바라지는 않을 것이다.

세제, 통일지향적 남북교류란 남북교류를 통하여 동질성을 강화하면서 점차 하나의 제도로 발전하는 것을 의미한다. 그런데 이러한 동질성의 강화와 발전이란 결국 객관적인 제도의 동질화를 의미하는 것이며 객관적인 제도란 법적 제도를 의미하는 것이다. 그러므로 남북한이 이러한 제도적 동질화를 추구하려면 남북한 각각의 통치구조나 그 시행, 최소한 기본권 보장등이 법에 기초할 것을 전제로 한다. 만일 어느 쪽이 이러한 법치주의가 아니라 통치자 개인의 생각이나 감정에 따라 좌우된다면 객관적 신뢰가 없어서 제도적 동질화가 진행되기 어렵고 따라서 통일지향적 교류가 지속적으로 발전할 수 없다.

그러므로 통일지향적 남북교류를 성공적으로 수행하려면 남북교류를 수행하면서 상대방의 법치주의 확립을 점차적으로 요구해 나가야 한다. 이러한 제도적 개선이 없으면 제도의 동질화는 이루어지지 않을 것이다.

## B. 교류와 통일에 장애가 되는 법령의 정비 필요

통일지향적 남북교류를 발전시켜 나가려면 이러한 교류와 통일에 장애가 되는 남북한 법령을 점차적으로 정비하여야 한다. 구체적으로 남북교류가 발전하여 가려면 최소한의 여행의 자유, 언론의 자유, 집회 및 결사의 자유, 종교의 자유가 보장되어야 하며 또한 통상이나 투자가 시행될 수 있는 법제도적 보장이 선행되어야 한다. 이와같이 사람의 교류, 물자의 교류, 서비스의

교류가 이루어지려면 이에 장애가 되는 남북한의 법령은 점차 정비되어야 한다. 이러한 법령의 정비가 없으면 남북교류는 구호에 불과하거나 일시적으로 시행되어도 곧 교착상태에 빠지고 말 것이다.

그러므로 여기서는 통일지향적 남북교류를 발전시키기 위하여 필요한 북한의 법치주의 상태와 분야별 법령의 문제점을 간단히 검토하여 보겠다.

## 2) 통일지향적 남북교류에 장애가 되는 북한법령의 내용과 정비방안

### A. 북한의 법치주의 상태

북한의 법치주의 상태를 정확히 검토할 구체적인 자료들은 구하기가 매우 어렵다. 북한이 매우 폐쇄적인 체제이기 때문에 형식적인 주요 법령이나 북한당국이 발표한 공식자료 이외에는 이에 관한 최근 연구자료가 별로 없다. 그러므로 북한에 관한 객관적 자료는 주로 북한을 방문한 사람들이 저술한 것이나 외국의 정보기관들이 수집한 각종 정보를 기초로 만든 자료들이다. 이러한 자료에 따라 북한의 사회를 검토하면 법치주의의 기본적 요건을 갖추지 못하고 있다. 김일성 개인숭배를 기초로 전국민을 군사적 또는 준군사적 요원으로 교육하고 조직하고 있으며 사회 전체를 공산주의 통제하에 집단화하고 기계화하고 있다 :

“외형적으로 북한사회는 매우 질서있고 청교도 사회와 비슷하다. 단순하고 근검절약하며 정부에 철저히 복종하고 근면이 사람들의 특징적 생활양식이다. 사람들은 매우 부지런하여 주당 6

일 노동하며 휴일에도 흔히 무보수로 국가에 노동을 바친다. 이른 봄에는 오전 7시에 일을 시작하여 5시30분까지 계속한다. 바쁜 계절인 5월에서 10월까지의 오전 5시에서 오후 7시 내지 8시까지 노동을 한다. 오전과 오후에 한번씩 휴식시간이 있으며 점심시간은 12시에서 오후 2시까지다. 모든 노동자들이 낮잠을 자는지는 모르나 공무원들은 대체로 오후 1시에서 3시까지 낮잠을 자고 저녁 9시 내지 10시까지 일한다. 또한 하루에 두번학습시간이 있어서 한번은 노동을 시작하기 전에, 다른 한번은 저녁에 있다. 17~45세의 남자와 17~35세의 여자는 하루에 10~12시간씩, 한달에 10번 강제 군사훈련을 받는다. 노동자 농민은 적위대에 속한다. 매우 엄격한 보안관계가 유지되며, 철조망을 치고 검문소가 도처에 있다. 어린이들도 등교, 하교시간에 군인처럼 줄을 서서 행진한다. ...”<sup>39)</sup>

이러한 집단사회를 유지해 나가기 위하여 여러가지 감시제도와 특별한 교육제도가 필요하다. 국민과 군인에 대한 공식적 통제 및 감시기관은 사회안전부와 국가보위부다. 사회안전부는 경찰, 민방위, 교도소운영, 교통행정, 소방, 간첩작전등을 운영한다. 이에 대하여 정치보위부는 비밀경찰을 운영하고 김일성에 직접 보고한다.<sup>40)</sup> 또한 효과적으로 국민을 감시하기 위하여 전체국민을 그 정치적 성분에 따라 51개 그룹으로 분류하고 다시 3개의 큰 그룹으로 분류하고 있다 :

첫째, 핵심그룹으로 조선노동당 당원, 혁명가 및 이른바 애국자들의 자손이다

둘째, 의심스런 그룹으로 월남한 사람들의 친척, 상인등이다.

셋째, 요주의 인물로 반동분자, 정치적 및 경제범, 종교 신봉



자들이다.<sup>41)</sup>

위에서 언급한 여러 공식감시기구 이외에도 사회통제를 강화하기 위하여 여러가지 사회조직을 운영하고 있다. 구체적으로 사회주의 노동청년연맹, 조선민주여성동맹, 노동조합, 노동자농민적위대 등 각종 사회조직을 통하여 모든 계층의 국민에 대한 감시체제를 유지하고 있다.<sup>42)</sup>

또한 사회생활을 완전히 통제하기 위하여 국내여행도 엄격히 제한하고 있다. 여행자들은 미리 여행허가를 신청하여 허가를 받고 동시에 식료품배급을 신청하여 쿠폰을 받아야 한다. 또한 여행일정은 허가를 받아야 하며 여행자들은 도로와 호텔, 여관에서 검문을 받는다. 여행자들은 이에 따라 여러가지 신분증과 각종 증명서를 휴대하여야 한다. 구체적으로 거주에 관한 신분증, 식료품 배급카드, 당 또는 노동조합관계 증명서, 고용관계 증명서, 군대관계 증명서등이 그 예다.<sup>43)</sup>

1974년에 북한을 방문한 한국계 미국인 Andrew Nahm 교수는 북한사회의 특성을 이렇게 표현하였다 :

북한에서 가난한 사람들의 물질적 생활을 향상하고 사회복지를 증진한 것은 사실이다. 그러나 이들은 인간의 기본적 자유와 권리를 완전히 박탈당하였으며 개인적 선택의 자유가 전혀 없다. 지식인들은 그들 고유의 사고를 갖고 있지 않은 것 같은 방식으로 세뇌되어 왔으며 개인의견을 표시하지 않도록 훈련되어 왔다. 사람들은 그들의 직업을 선택할 자유가 없고 학생들은 학교를 선택할 자유가 없으며, 소수 특권층을 제외하고는 가족이 함께 살 권리마저 없다. 사람들은 그들 자신이 되는 것이 아니라 집단적 전체의 부품이 되도록 되어 있다.<sup>44)</sup>

북한의 법치주의를 가장 저해하는 요인중의 하나는 김일성 개인 숭배다. 북한사회에서 김일성은 사회의 상징인 동시에 모든 권한의 근원이다. 김일성에 대한 복종은 절대적이며 무조건적이다. 김일성의 말은 곧 법령이며 북한인들에 대한 지상명령이다. 모든 정부 및 행정기관은 모든 국민들이 김일성의 뜻과 말을 엄격히 준수하도록 확보하는 것이 그 첫째기능이다. 그러므로 이러한 여건속에서 김일성의 말과 다른 의견을 제시하는 것은 불가능하다. 이러한 철저한 전체주의, 독재주의하에서 효율적 행정을 기대할 수 없다. 특히 김일성의 개인숭배는 놀라울 정도여서 그를 신격화하고 있다. 모든 언론매체들은 김일성의 이러한 이미지를 대중의 마음속에 심어주는데 가장 큰 노력을 하고 있다. 모든 문화행사도 김일성의 숭배가 지배적 요인이다. 김일성의 업적을 과장하거나 허위로 만들어서까지 그를 숭배하도록 강요한다. 그 출생지는 매년 수백만명이 방문하는 일종의 성지다. 전국에 37,950개의 김일성도서관이 있으며 그의 동상은 35,000개가 넘는다. 김일성의 개인숭배를 조장하기 위하여 한국의 근대사를 왜곡하였다. 김일성의 배경을 과장하기 위하여 김일성의 부모, 조부모등 조상에 대하여 허위로 전설을 만들어 내는등 근대사를 크게 왜곡하였다. 구체적으로 김일성일가의 모든 구성원은 반일 애국자이며 반제국주의 지도자였다는 것이다. 예컨대 김일성의 증조부 김응우는 반미투쟁의 상징으로 1886년 General Sherman 호를 격파하였다고 왜곡하였다. 또한 김일성의 장남인 김정일의 우상화도 추진하고 있다.<sup>45)</sup> 이러한 김일성일가에 대한 광신적 숭배는 개인의 창의적 기능을 막고 정상적인 남북교류를 저해한다.

남북한교류가 발전하고 북한사회의 개방과 성숙을 신속히 달성하기 위하여는 무엇보다도 이러한 비정상적인 사회체제를 벗어나서 법에 의하여 운영되는 건전사회로 전환하여야 한다. 남북교류가 북한사회에 끌고루 파고들어 합리적 원칙과 효율성을 제고하기 위하여는 이러한 발전을 북한사회 스스로 소화하고 발전시킬 수 있는 체질개선이 선행되어야 한다. 이러한 체질개선 없이 남북교류가 추진되면, 폐쇄속에서 피상적 교류가 진행되거나 북한사회의 쿠데타와 같은 혼란이 상당기간 계속되면서 심한 진통을 겪게 될 가능성이 높다.

## B. 헌법 분야

남북교류가 자발적이고 자연스럽게 추진되어 남북의 동질화와 신뢰회복을 가져오기 위하여는 무엇보다도 국민 개개인의 최소한의 인간적 지위를 보장해 주는 기본권의 보장이 선행되어야 한다. 이러한 의미에서 북한사회의 기본권 보장현황을 보면 매우 한심스럽다. 물론 북한헌법도 제4장인 49—72조에서 국민의 기본권리와 의무를 규정하고 있다. 그러나 49조에 명시된 대로 “하나를 전체를 위하여”라는 전체주의 내지 집단주의 원칙에 기초하여 개인의 기본권은 심각하게 거부당하고 있다.

기본권 중에서도 가장 기초적인 종교의 자유를 보면 매우 한심하다. 1948년 북한헌법 14조에서 공민은 종교적 신앙의 자유와 종교의식거행의 자유를 갖는다고 규정하였다. 1972년에 개정된 북한헌법 54조에 의하면 공민은 신앙의 자유와 반종교선전의 자유를 갖는다. 이러한 변화는 북한의 종교활동이 이미 무기력화하여 더이상 위협이 되지 않는다는 것과 정권유지를 위하여 더

이상 취약한 종교단체의 지원이 필요없다는 뜻이 된다. 특히 공산정권하에서 탄압을 받던 그리스도교 신자들이 1950년 한국전쟁이후 대량을 한국으로 넘어오고 난 다음, 북한하에는 북한의 종교정책에 저항을 할만한 세력의 그리스도교 신자들이 남아 있지 않다. 물론 북한에도 조선 불교연맹, 기독교연맹, 천도교 조직등이 있어서 국제종교회의에도 참여하나 거의 대외선전을 위한 관제조직일 뿐, 북한사회내부에 종교적 뿌리를 굳게 내리지 못하고 있다.<sup>46)</sup> 한마디로 북한사회에서 진정한 종교활동이 김일성의 이상승배로 대체되었다는 것이다.

그 밖의 기본권도 형식적으로는 북한헌법에 명시되어 있다. 51조는 평등권을 규정하고, 52조는 참정권을 규정하고 있다. 그러나 북한의 대의원선거를 예로 들면 선거구마다 1명의 후보를 놓고 선출하는 단일후보제라는 점, 노동당이 단일 후보를 지명하게 되었다는 점, 1962년 선거 이후 모두 100%투표율에 100%찬성이라는 불가능한 결과를 놓고 볼때 선거제도나 국민의 참정권이 순전히 허구에 불과하다는 것을 쉽게 알수 있다.<sup>47)</sup> 또한 53조는 언론, 출판, 집회, 결사 및 시위의 자유가 있으나 북한에 관영언론 이외에 아무런 언론기관도 없으며 집회결사도 관제조직 이외에 아무런 자발적 조직이 존재하지 않는다. 56조는 노동의 권리와 직업선택의 자유를 규정하고 있으며, 60조는 과학과 문화예술활동의 자유를 갖는다고 규정하고 있다. 그러나 북한과 같은 폐쇄적이고 전체주의 사회에서 직업선택의 자유가 있을 수 없으며 김일성 개인승배와 국가선전에 초점을 준 문화예술활동을 문화예술이라고 부를 수 있는지가 의문이다. 창의성을 생명으로 하는 문화예술활동이 북한과 같은 전체주의사회에서 가능

하지 않은 것은 당연하다. 또한 북한에서는 거주이전의 자유를 규정하고 있지 않으며 앞에서 설명한대로 국내여행도 극도로 통제되는 매우 독특한 사회다.<sup>40)</sup> 북한헌법은 기본권조항 이외에도 주권조항이나 정치체제를 선언한 조항중 진정한 남북교류를 심하게 저해하는 규정이 많다. 우선 북한헌법 7조에 의하면 북한의 주권은 노동자, 농민, 병사, 근로인테리에 있다. 그러나 주권은 모든 국민에게 있어야 하며 어떤 계층이나 직업인도 배제되어서는 안된다. 이러한 규정은 남북교류를 심각하게 저해한다. 국가의 주권은 특정한 계층에만 국한시키는 것은 다른 계층을 근본적으로 적대시한다는 것이며 이러한 적대감속에서 상호발전을 위한 교류를 추진한다는 것은 앞뒤가 맞지 않는 것이다. 노동자, 농민, 병사, 근로인테리중 근로인테리가 정확히 무엇을 의미하는지 분명하지는 않지만, 상인, 기업인, 스포츠인, 순수한 학자, 순수한 예술가, 문학인, 종교인, 그리고 변호사나 의사와 같은 자유직업인등 개방사회에서 가능한 많은 직업그룹이 배제되어 있거나 적대시 되는 것은 진정한 교류를 저해할 수 밖에 없다.<sup>41)</sup>

북한헌법 10조에서 북한은 프로레타리아 독재를 실시하며 계급노선과 균중노선을 관철한다고 되어 있다. 균중노선을 관철한다는 것이 무엇인지는 모르나 프로레타리아 독재를 실시하며 계급노선을 관철한다는 것은 프로레타리아 계급의 독재를 시행하고 다른 계급을 적대시하며 투쟁한다는 것이다. 이것은 남북이 교류를 통하여 복지를 지향하고 상호발전에 기여하려면 우선 북한에 모든 사람의 권익이 보장되는 민주주의 제도가 그 목표로 추구되어야 한다. 기업인이나 상인 또는 자유직업인등을 적대시하고 그 투쟁대상으로 삼으면서 한국의 기업인이나 상인등과 협

력을 하자는 것은 이율배반이다. 진정한 남북교류를 추진하려면 프롤레타리아 독재를 포기하고 특정계층을 적대시하는 기본제도를 수정하여야 한다. 또한 북한헌법 14조에서 북한군대가 근로 인민의 이익을 보호하며 혁명의 전취물을 보위한다고 규정한 것도 같은 배경에서 개정되어야 한다.<sup>50)</sup>

### C. 민사법 분야

남북한의 원활한 교류를 위하여 장애가 되는 주요 분야가 민법 분야다. 우선 북한헌법 18조에 의하면 북한에서 생산수단은 국가 및 협동단체의 소유이다. 또한 북한헌법 4조에서는 Marx-Lenin 주의를 북한현실에 수용한 이른바 주체사상을 지도적 지침으로 삼는다고 하고 있다. Marx에 의하면 현실사회의 발전은 생산관계 제도의 변증법적인 발전을 통하여 실현된다. 생산관계가 기본적으로 사회구조를 형성하는 하부구조(Unterbau)이다. 그 이외에 정치, 법, 종교등은 경제구조의 부산물인 상부구조(Uberbau)이다. 다시 말해서 Marx에 의하면 법이란 현존하는 물질관계의 상부구조중 하나이며 그 생산관계를 반영할 뿐이다. 법은 지배계급이 자신들의 이익을 보호하기 위한 지배계급의 지배수단이다. 그러므로 이상사회인 소위 공산사회가 충분히 실현되면 탄압과 착취의 도구인 국가와 법은 사라져 버린다는 것이다.<sup>51)</sup> 그러나 생산관계와 법, 정치등 다른 관계는 상호의존적이지 경제관계만이 모든 것을 좌우하고 나머지는 부산물이라는 것은 현실과 매우 다르다. 경제구조가 중요한 것은 사실이나 동시에 법이나 정책에 의하여 경제구조를 변경하는 것도 가능하기 때문에 Marx의 주장은 처음부터 비현실적이다. 또한 Marx는 이상사회

의 정의를 “각자는 능력에 따라 일하고 필요에 따라 충족되는 사회”라고 하였으나 결국 이것은 매우 비현실적이다. 각자가 일한 대가와 관계없이 필요에 따라 가져간다면 이러한 사회가 유지될 수 없음은 인간사회에 관한 간단한 관찰을 통해서도 명백해진다. 오늘날 동구권의 몰락은 공산주의 체제의 문제점을 가장 분명히 증거하는 것이다.<sup>52)</sup>

어떻든 북한은 Marx의 이론을 받아들여 생산수단의 개인소유를 배제하고 있다. 그러므로 개인의 소유관계를 기초로 하는 민법이 제대로 확립되어 있을 수 없다. 그러므로 개인의 소유를 전제로 하는 계약이나 부동산의 불권관계가 없고 모든 것이 공법화되어 있다. 물론 소비를 위한 매우 한정된 개인의 소유가 인정된다. 그러나 한국민법에서 중요시 다루어지는 것이 생산수단의 개인소유관계를 중심으로 이루어지는 것이고 보면 이러한 소비를 위한 개인 소유관계는 법적 의미가 미미하다. 또한 개인의 생산수단의 소유가 배제되기 때문에 모든 재화는 배급제도에 의하여 분배되지, 상거래행위가 통용되지 않는다. 그러므로 상법분야가 거의 존재하지 않는 것도 당연하다. 그러므로 앞으로 남북한이 경제교류를 추진하는 경우 이러한 법제도의 결여때문에 많은 장애가 예상된다. 북한은 이러한 미비된 분야의 법적 제도를 보완하여야 무리없이 경제교류가 시행될 것이다. 남북한 경제교류가 추진되면 한국측에서는 주로 민간기업이 교류의 상대자가 되고 시장경제체제를 바탕으로 하는 거래관행에 따라 경제교류를 추진할 것이기 때문에 계약에서 대금결제에 이르기까지 많은 문제가 제기될 것이다.<sup>53)</sup>

#### D. 형사법 분야

북한형법에 있어서 가장 문제가 되는 것은 죄형법정주의가 제대로 시행되지 않는 점이다. 북한의 형법은 75. 2. 1. 부터 개정 시행되고 있는데 일반에 공개되지 않고 시행되고 있는 것이 특징이다. 1990년에 북한연구소가 편집한 북한형법의 실상이 발행되면서 한국언론에 널리 알려진 내용에 의하면 북한형법은 우선 유추해석을 허용하고 죄형법정주의를 준수하지 않으며 체제를 유지하기 위한 목적에서 이에 반하는 행위를 매우 광범위하게 사형 및 재산 몰수등 극형에 처하는 것이 특색이다. 구체적으로 말해서 북한형법 15조에 의하면 형사법에 직접 해당하는 조항이 없는 범죄행위에 대하여는 사회적 위험성으로 보아 비슷한 행위를 규정한 조항에 따라 형벌을 정한한다고 하여 유추해석을 정면으로 인정하고 있으며 민주주의 국가에서 보편화되어 있는 죄형법정주의를 정면으로 위반하고 있다. 또한 51-63조의 반혁명죄 처벌규정은 우선 형량이 사형 및 전재산 몰수인데다가 그 처벌범위가 매우 광범위하여 심지어 다른 나라나 적의 편으로 도망치는 행위, 적에게 체포된 다음 투항 변절하는 행위, 적이 나 반대하는 사람에게 길안내, 통역, 물질적 지원을 하는 행위도 모두 사형 및 전재산 몰수에 처한다. 또한 그 범죄구성에 관한 형법규정이 혁명적 인민을 적대시하는 행위, 맡겨진 사업을 조잡하게 하는 행위, 반동적 사상을 조작 유포하는 행위와 같이 매우 모호하다. 이러한 모호한 규정에 유추해석까지 허용하면 형법의 남용은 무한정하다고 할 수 있다. 심지어 149조에서는 불손하고 유치한 발언, 행동도 처벌하며 농경지를 묵힌 죄, 노력조직을 함부로 해 국가에 손실을 끼친 죄 등 매우 다양하다. 또한 재판관계자들이 사실을 왜곡하



거나 양형을 그릇되게 하는 경우도, 부당재판죄로 5년이하의 징역에 처할 수 있게 하여 사법제도의 독립을 실제로 부정하고 있다.<sup>54)</sup> 이러한 형법을 가지고는 국민기본권의 최소한 보장도 기대할 수 없다.

## 제2장 : 남북한 분쟁해결제도의 마련과 운영

### I. 남북한 분쟁해결제도의 확립

#### 1. 분쟁해결제도의 중요성

법적 공동체가 원시사회와 다른 것은 첫째, 법률제도가 매우 정비되어 있고 둘째, 구성원들이 반드시 법을 지키도록 하는 장치가 완비되어 있으며 셋째, 구성원간에 분쟁이 있을 경우 개인의 무력이 아닌 분쟁해결제도에 의하여 해결하도록 되어 있는 것이다. 특히 개인이 무력을 사용하여 분쟁을 해결하는 일이 없도록 하려면 그만큼 분쟁해결제도가 잘되어 있고 또한 잘 운영되어야 한다. 다시말해서 개인들이 무력을 사용하지 않도록 규정하는 것도 중요하지만 개인의 분쟁을 개인간의 무력으로 해결할 필요가 없을만큼 객관적으로 공평하게 해결하여 주는 제도를 마련하는 것도 중요하다.

남북한간에 거론되는 협정을 보면 주로 불가침협정, 평화조약, 불가침선언등 주로 남북한의 개별적 무력사용을 억제하는 것에 치중되어 있다. 그러나 남북한간에 무력사용을 억제하는 법적장치는 1953년 한국휴전협정이 마련되어 있다. 특히 한국휴전협정은 비무장지대의 설정, 공격적 군비증강의 억제등 무력분쟁의 발생을 억제하는

규정이 잘 정비되어 있고 또한 이러한 규정을 시행하기 위하여 정전위원회를 설치·운영하는 등 큰 문제가 없다. 그러나 남북한이 교류 없이 상호 대치되어 있는 경우에는 이 정도의 법적 제도만으로도 그 운영에 큰 문제를 야기하지 않을 수도 있다. 그런데 남북한이 본격적으로 경제교류, 문화교류, 스포츠교류, 사회적교류등 다방면의 교류가 급속히 추진되면 분쟁해결제도가 전혀 마련되어 있지 않아서 매우 큰 혼란과 긴장이 야기될 수 있다. 그뿐 아니라 원활한 남북교류 자체가 불가능할 수도 있다. 문제는 남북한이 무력을 행사하지 않도록 규정해 놓는 것만으로는 부족하다. 남북한간의 분쟁을 객관적으로 공평하게 해결할 수 있는 제도만 마련된다면 무력분쟁의 발생 원인되는 분쟁을 객관적으로 해결하여 주는 분쟁해결제도의 마련이 더 중요하다.

국내법 사회에서는 국가가 개인의 분쟁을 해결하여 주는 매우 정비되고 구체적인 사법제도를 마련하여 운영하고 있다. 얼마나 많은 법원이 설치되어 있거나 얼마나 많은 법관들이 활동하는지를 검토하면 분쟁해결이 얼마나 복잡하고 필요한지를 쉽게 이해한다. 국제사회는 국내사회에 비하여 매우 부족하기는 하지만 점차 분쟁해결제도를 정비하여 가고 있으며 특히 많은 국제기구의 등장과 유럽공동체와 같은 지역공동체의 등장으로 커다란 발전을 하고 있다.

남북한간에 교류를 추진하려면 이러한 분쟁해결제도를 새롭게 만들어야 할 형편이다. 현재까지는 휴전협정의 분쟁을 위하여 정전위원회가 운영되는 것 이외에는 제도적 장치가 거의 없는 실정이다. 남북한의 분쟁해결제도는 국내사회의 분쟁해결제도를 모방하여 남북한 분쟁해결제도를 운영하는 수밖에 없다. 남북한의 관계가 긴밀해지면 자연히 분쟁해결제도도 유럽공동체의 분쟁해결제도처럼 정

비되어 갈 것이다.

## 2. 분쟁해결제도의 내용

### 1) 교섭의 제도화

국제사회에서 분쟁해결을 위하여 가장 많이 사용되고 또 효과적인 방법은 당사자들간의 직접교섭(direct negotiation)이다. 국제사회에서 국가들은 자신의 권한을 제한받기 싫어하고 동시에 남의 간섭을 꺼려하기 때문에 당사자들이 직접 만나서 교섭을 통하여 해결하는 것이 일반적이다. 국가수반 또는 정부수반이 직접 교섭에 나설 수도 있고 대사나 외무장관 또는 대표를 내세워 교섭을 할 수 있다. 이러한 교섭이 성공하면 가장 간단하고 편리한 분쟁해결 방법임에 틀림없다.<sup>59)</sup>

직접교섭이 이와같이 편리하고 간편한 장점은 있으나 반대로 당사자들의 대립이 심하고 상호감정이 악화되어 있는 경우에는 서로 자신의 주장만 내세워 진행이 어려운 경우가 있다. 이러한 점을 보완하기 위하여 이러한 국제교섭도 제3자가 참석한 국제회의를 통하여 진행하는 방식이 사용되기도 한다. 제3자가 참석한다는 점에서 주선과 비슷하나, 주선은 분쟁 당사국들의 접촉을 성립시키는데 중점이 있으나, 국제회의를 통한 교섭은 교섭의 공개라는 점에 중점이 있다. 또한 교섭의 진행이 제3자와 분쟁당사자들간에 회의형식으로 진행된다는 점에서 그 특성이 있다. 이 방법의 장점은 논쟁의 공개적 성격이 국제여론의 압력하에서 상호 양보의 요인으로 작용할 수 있다는데 있다. 국제회의를 통한 교섭의 예로는 1954년, 1962년

Indochina문제에 관한 Geneva회의가 대표적이다.<sup>60</sup>

남북한간의 분쟁이 제기된 경우에도 이러한 직접교섭이 가장 많이 이용될 것은 확실하다. 그것은 남북관계가 매우 독특하고 미묘하여 제3국의 개입이 소망스럽지 못하기 때문이다. 그러므로 남북한 분쟁의 원활한 해결을 위하여는 이러한 교섭을 미리 제도화하는 것이 중요하고 또한 필요하다. 가장 바람직한 것은 분쟁해결의 교섭을 전담하는 위원회를 설치하여 운영하는 것이다. 말하자면 분쟁이 발생하는 경우 자동적으로 분쟁해결을 다룰 전문적인 교섭위원회의 설치가 필요하다. 교섭위원도 정치적 인물보다는 법률지식등 전문지식을 갖춘 전문가들로 구성하는 것이 바람직하다. 교섭위원은 한쪽이 2-3명씩 복수로 하고 그중 한명정도는 분쟁의 내용에 따라 관계분야의 전문가를 포함시키도록 하는 것이 좋다. 나머지 위원들은 미리 정해져 있어서 분쟁이 발생하면 자동적으로 만나서 교섭을 진행할 수 있도록 해야 효과적이다. 또한 남북교류가 활발해지면 그만큼 분쟁도 많아지기 때문에 교섭위원회도 여러개 설치하여 분쟁해결을 신속히 다루도록 해야 한다.

## 2) 주선 및 중개

주선(good office)이란 국제사회에서 분쟁해결을 위하여 제3자가 개입하여 분쟁당사자들의 접촉이 성립하도록 노력하고 협력을 제공하는 것이다. 분쟁당사자들의 대립이 심하여 접촉 자체가 어려운 경우 제3자가 당사자들을 설득하여 우선 만나도록 알선하는 것이 주선이다. 원칙적으로 주선은 분쟁당사자들이 접촉하는데 그치고 교섭 내용에는 직접 참여하지 않는다. 이에 비하여 중개(mediation)는 제3자가 분쟁당사자들을 만나게 할뿐 아니라 교섭의 기초를 제공하고

또한 교섭내용에 참여하여 당사자들이 서로 양보하도록 설득한다. 그러므로 제3자의 개입정도가 주선에 비하여 강하며 적극적이다. 주선이나 중개는 다같이 제3자가 개입하여도 분쟁당사국들의 입장을 존중하여 그들에게 의무를 설정하지 않는다. 다시말해서 분쟁당사자들은 주선이나 중개를 하는 제3자의 의견이나 권유를 거절할 수 있다. 예외적으로 강제주선이나 강제중개도 있으나 이 경우에도 주선이나 중개를 거쳐야 한다는 것이지 당사자들이 반드시 제3자의 의견을 수락해야 한다는 것은 아니다.<sup>57)</sup> 주선이나 중개는 함께 사용되거나 주선으로 시작하여 중개로 끝나는 경우도 많다.

남북한간의 분쟁을 해결하기 위해서도 이러한 국제사회의 주선이나 중개를 이용할 가치가 있다. 그러나 남북한의 법적 지위나 그 성격이 독특하여 제3자를 선정하는데 문제가 있다. 남북한의 교류가 빈번하지 않고 분쟁의 내용이 심각한 경우에는 주선이나 중개를 하는 제3자도 국제적으로 비중이 있고 객관적으로 공평한 인물이 효과적이다. 예컨대 UN사무총장이나 국제사법법원장, 교황 등 여러 인물을 생각할 수도 있다. 또한 스위스처럼 중립국의 대통령을 고려할 수도 있다. 그러나 남북한 교류가 빈번하여 그 분쟁이 매우 많아지는 경우에는 신속히 분쟁을 해결하는 방법을 마련해야 한다. 이런 의미에서 주선이나 중개를 할 후보자를 제3국인이나 교포중에서 상당수 선정하여 두는 것도 고려해 볼만하다.

### 3) 사실심사(국제심사)

남북한간의 분쟁해결을 위하여 가장 효과적으로 이용될 수 있는 것중의 하나가 국제심사 또는 사실심사(international inquiry)이다. 국제심사 또는 사실심사란 분쟁당사자들이 미리 선정한 국제심사위

원회라는 공정한 국제기관이 분쟁의 원인이 된 사실내용을 분명히 밝히므로써 당사자들간에 얽힌 오해를 풀고 감정을 완화하여 분쟁의 원인을 제거하고 분쟁을 자연스럽게 해결하는 방법이다. 국제사회에서 분쟁의 해결이 잘 안되는 것은 사실관계에 관한 당사자들간의 오해가 커서 사실관계를 보는 시각이나 견해가 대립되어 서로 자신의 주장만 내세우는 경우가 많다. 그러므로 분쟁당사자들이 신뢰할 수 있는 공정한 국제기관이 개입하여 사실관계의 내용을 객관적으로 분명히 밝혀내면 당사자들도 이에 수긍하고 분쟁이 해결되는 것이다. 절차내용이 사전에 예정되어 있는 공정한 국제기관에 의하여 분쟁을 해결한다는 점에서 주선이나 중개와는 다르고 또한 분쟁의 원인이 된 사실의 내용만을 분명히 한다는 점에서 해결의 내용 자체를 제시하는 국제조정과는 다르다. 국제심사 내지 사실심사는 국제사회에서 분쟁해결 수단으로 매우 많이 이용되고 있는 방법이다. 대표적인 것은 1899년 및 1907년 Hague협약에 의하여 창설된 국제심사위원회가 있고 그밖에도 1911년 미국, 영국, 프랑스가 체결한 Knox조약, 미국이 다른 나라들과 1914—1915년에 체결한 Bryan조약등이 있고 근래의 것으로는 1949년 Geneva협약에 대한 1977년 제1추가의정서 90조에서 설정한 국제심사위원회가 있다.<sup>58)</sup>

국제심사위원회의 구성과 운영을 보면 보통 5명으로 구성된다. 분쟁당사국이 각각 2명의 위원을 선정하는데 보통 그중 1명은 자국인으로 하고 나머지 1인은 외국인으로 한다. 이들 4명이 모여 제3국인 중에서 위원장을 선임한다. 위원장 선임에 관한 합의가 이루어지지 않으면 국제사법법원장이나 UN사무총장등에 부탁하는 방법을 사용한다.

남북한간의 분쟁해결과 관련하여 가장 효과적인 방법중 하나가

사실심사제도이다. 남북교류가 활발해짐에 따라 남북한간에 많은 분쟁이 발생할 것으로 예상되는데 특히 문제가 되는 것이 분쟁의 원인이 된 사실관계를 어떻게 객관적이고 공평하게 밝혀 내느냐이다. 남북한 관계가 매우 미묘하고 그 법적 성격이 복잡하기 때문에 특히 객관적인 분쟁해결제도를 마련해야 하고 특히 사실관계를 규명하는 사실심사위원회의 설치 운영은 매우 중요하다. 남북한 사실심사위원회는 객관성, 신뢰성, 효율성을 위하여 정치적 인물보다는 법률가 등 전문가로 구성되어야 한다. 남북교류가 다양하고 빈번해짐에 따라 분쟁도 복잡다양하고 빈번해질 것이므로 우선 분야별로 사실심사위원회를 구성하고 관계전문가를 참여시켜야 한다. 예컨대 통상관계, 투자관계, 어업관계, 통행관계, 가족법관계, 형사관계 등 여러 분야를 생각할 수 있다. 구체적으로 예를 들면 남북관계가 크게 진전되는 경우 한국기업의 북한진출이 활발해질 것이며 여러가지 투자 분쟁이 발생할 수 있다. 이러한 경우 북한당국에 의존할 수도 없고 한국의 기관이 해결할 수도 없다. 결국 사실문제를 객관적으로 밝히기 위하여는 관계 투자 당사자들과, 남북한 당국, 그리고 공평한 중립적 전문가들로 구성된 투자관계 사실심사 위원회를 운영하면 효과적이다. 또한 남북관계가 진전되어 어업협력이 이루어지고 한국의 어선이 북한수역 가까이서 조업을 하게 되는 경우 어업관할권을 둘러싼 여러가지 분쟁이 예상된다. 이런 분쟁을 해결하기 위하여는 어업관계, 해양법관계 전문가를 포함한 어업관계 사실심사위원회를 이용하면 효과적으로 분쟁을 해결할 수 있다.

남북한간의 사실심사위원회를 구성함에 있어서 가장 어려운 것은 중립적 사실심사위원장을 어떻게 선임하느냐이다. 한국과 북한측 인사만으로 구성하면 서로 자신의 주장을 반복하여 분쟁이 해결되지



않을 가능성이 있다. 그러므로 중립적 위원장이 필요한데 그 선임하는 방법과 어떤 종류의 인사로 선임하느냐가 중요하다. 몇가지 생각할 수 있는 방법은 미국, 소련, 일본, 중국등 인접국 외국인 전문가 중에서 선발하는 경우, 스위스등 중립국 전문가중에서 선임하는 경우, 스위스등 중립국 전문가중에서 선임하는 경우, 일본, 중국, 미국, 소련에 거주하는 교포 전문가중에서 선임하는 경우, UN사무총장이나 국제사법법원장등 국제적 인물에게 선임을 부탁하는 방법등 다양하다. 우선 공정하고 효율적으로 분쟁을 해결하기 위하여는 정치적 인물이 아닌 전문가로 구성해야 한다는 것이 중요하다. 그 다음으로는 언어문제등을 생각하면 교포들을 활용하는 것도 생각할 수 있다. UN사무총장등 국제적 인물에게 부탁하는 것은 객관적 인물을 선임할 수 있으나 문제해결에 구체적으로 적합한 사람을 선발한다는 보장이 없다. 그러므로 남북한이 선임한 4명의 위원들이 모여서 합의를 통하여 그 전문분야에 적합한 외국인이나 교포를 선정하는 것이 타당하리라 본다. 물론 이러한 선임은 사전에 보수로 선임하여 놓는 것이 효과적이다.

#### 4) 조 정

국제조정(international conciliation)이란 분쟁 당사국들이 조약에 의하여 미리 설정한 국제기관에 분쟁해결을 맡기고, 이 기관이 제시하는 분쟁 해결 내용에 따라 분쟁을 평화적으로 해결하는 제도이다. 분쟁의 사실문제만이 아니라 법률적 쟁점까지도 다룬다는 점에서 국제심사와는 다르다. 조정은 조약에 의하여 미리 설정된다. 해양법 협약이나 조약법에 관한 협약처럼 어떤 조약을 체결하면서 부속서로 조정제도를 마련하여 그 조약의 해석, 적용과 관련하여 분쟁이 생기

는 경우 그 분쟁을 해결하는 경우도 있고, 처음부터 중재제도와 함께 일반적 분쟁 해결을 위하여 별도의 조약으로 마련해 놓는 방법도 있다. 남북한간에 분쟁 해결제도로 조정제도를 마련하는 경우에도 두가지가 다 가능하나 여기서는 일반적 분쟁해결제도로서의 조정제도를 검토하겠다.<sup>59)</sup>

조정을 시행하기 위하여는 미리 조약에 의하여 조정제도를 마련해야 한다. 조정위원회의 구성은 사실심사위원회의 구성과 비슷하다. 그러나 조정위원회의 권한은 사실 내용을 조사함에 그치지 않고 분쟁의 내용까지 포함해서 모든 측면에서 개입한다. 그러나 조정절차는 사법적 성격을 갖지 않고 정치적 분쟁해결의 성격을 지닌다. 다시말해서 조정위원회에서 제시한 해결이 분쟁 당사국에 대하여 법률적 강제력을 갖는 것이 아니며 또한 그 해결도 법규정에 기초한 옳고 그름보다는 상호절충을 통한 해결에 중점을 둔 것이 특성이다. 참고로 1969년 조약법에 관한 Vienna 협약66조 4항과 1986년 국제기구가 참여한 조약법에 관한 Vienna 협약 66조 4항에 의하여 그 부속서에 마련된 조정위원회의 구성 절차를 검토한다. Vienna 협약 당사국들은 각각 2명의 조정위원을 선임하여 UN사무국에 통보하고 UN사무총장은 그 목록을 작성, 유지한다. 위원의 임기는 5년이고 연임될 수 있다. 분쟁 당사국들은 분쟁이 발생하면 자기 나라의 조정위원 1명과 다른 나라 출신 조정위원 1명을 각각 조정위원 목록에서 임명한다. 조정위원의 임명은 UN사무총장이 분쟁 해결을 위임받은 때로부터 60일 이내에 임명해야 한다. 4명의 위원은 그들이 모두 임명된 때로부터 다시 60일 이내에 조정위원 목록에서 조정위원장을 임명한다. 위의 기간내에 조정위원이나 위원장이 임명되지 않으면 그 기간 종료로부터 60일 이내에 임명한다. UN사무총장이 위원장을 임

명하는 경우 그 위원장은 조정위원 목록이나 국제법위원회 위원중에서 임명한다. 조정위원회가 구성되면 그 조정절차는 조정위원회에서 결정한다. 위원회는 그 구성을 완료한 때로부터 12개월 이내에 보고서를 작성하여 UN사무총장에게 제출하고 사무총장은 당사국에 전달한다. 보고서는 당사자들을 법률적으로 구속하지 않으나 분쟁 해결을 위한 권고의 성격을 갖고 국제여론의 압력을 받게 된다.<sup>60)</sup>

1982년 UN해양법 협약상의 조정절차도 이와 비슷하다. 부속서 V에 마련된 이 조정절차에 의하면 조정위원 임명기한이 당사자들은 21일, 사무총장은 30일로 단축되어 있다. 조정위원회는 당사자들의 동의를 받아 당사국에 구두나 서면으로 진술을 요청할 수 있다. 보고서 작성 기한은 역시 12개월이다.<sup>61)</sup>

남북한의 분쟁해결을 위하여서도 조정제도가 매우 효과적이라고 판단된다. 남북관계가 미묘하기 때문에 당사자들이 참여하는 분쟁 해결제도를 선호하므로 사법제도보다는 설치에 합의하기가 쉽다. 다만 사실심사위원회의 경우와 마찬가지로 조정위원회 구성문제가 쉽지 않다. 우선 남북한이 2명씩 선임하되 그 중 1명은 교포중에서 조정위원장을 선임하는 방법이나 남북한이 2명씩 선임하되 그 중 1명은 교포중에서 선임하고 그 4명이 모여 교포나 외국인 중에서 조정위원장을 선임하는 방법을 생각할 수 있다. 많은 분쟁을 신속히 해결하기 위하여는 국제사회에서 사용되는 국제조정위원회를 그대로 적용하기 어려운 점이 있다. 국제사회에서는 어쩌다 생기는 분쟁을 해결하는 것인데 남북한 교류가 제대로 추진되면 각종의 분쟁이 끊임없이 발생하리라는 것이 쉽게 짐작이 간다. 그러므로 남북한의 분쟁을 해결하는 조정위원회는 많은 분쟁을 신속히 처리하는데 중점을 두어야 한다. 그러므로 분야별로 여러가지 조정위원회를 두어서

전문화할 필요가 있고 또한 한국어를 사용하는 전문가를 조정위원장으로 선임하여야 하기 때문에 외국인 보다는 교포를 활용하는 방법을 고려할 수 있다. 사실 심사위원의 경우처럼 통상관계, 투자관계, 어업관계, 가족법관계, 형사관계등 각종 전문분야별 조정위원회를 구성하는 것이 좋다. 조정위원장의 경우 남북한이 모두 신뢰할 수 있는 교포를 그렇게 많이 찾아내는 것이 어렵겠지만 남북한 관계가 개선되면 우선 상호 신뢰가 개선되므로 현재의 여건과는 달라질 것으로 보인다.

## 5) 중재재판

국제사회에서 중재재판(arbitration)이란 당사자들이 선정한 법관이 당사자들이 합의한 절차에 따라 법에 근거하여 재판하고 당사자들에게 법적 구속력을 갖는 판결을 내림으로써 분쟁을 해결하는 제도이다. 법에 근거하여 당사자들에게 법적 구속력을 갖는 판결을 선언한다는 점에서 재판에 의한 해결이고 정치적 해결과는 구별된다. 또한 당사자들이 직접 법관을 선정하고 재판절차도 합의한다는 점에서 당사자들의 의사와 관계없이 사전에 객관적으로 확립된 절차와 제도에 따라 미리 구성되어 있는 법관들이 재판하는 좁은 의미의 사법재판과는 구별된다. 국제사회에서는 국내사회에 비교하여 덜 조직된 사회이기 때문에 국내사회와는 달리 이렇게 당사자의 의사를 많이 반영하는 중재재판제도가 더 많이 이용된다.<sup>62)</sup>

중재재판제도를 설정하려면 중재기관을 미리 설정하여야 한다. 중재기관은 여러가지 형태이나 가장 발전된 것은 합의체 기관인 중재법정(arbitral tribunal)내지 중재법원이다. 중재법원이라고 하여 사법법원처럼 상설기구가 아니다. 가장 보편적인 것은 보통 중재관

명부를 미리 작성하여 사무국에 보관하는 것이다. 각 당사국이 2명씩 중재관을 선임하여 사무국에 통보하면 사무국은 국별명부를 작성하여 보관한다. 이들의 임기는 보통 6년이며 연임할 수 있다. 사건이 중재법원에 제기되면 각 당사국은 2명씩 중재법관을 선임하는데 그 중 1명은 다른 국가 명부에서 선임해야 한다. 이와같이 선임된 4명이 모여서 중재재판장을 선임한다. 중재재판절차는 당사들 합의에서 정하나 보통 관례화 되어 있으며 사법제도를 모방하여 가는 것이 일반적 추세다. 심의 절차는 서류를 심사하는 예심과 구두변론의 두단계로 되어 있다. 또한 교차변론제도를 도입하여 활용하는 것이 근래의 추세다. 그러나 당사자들의 의견을 존중하므로 쉼석재판절차는 인정하지 않는다. 판결을 성언하는 절차나 그 효력(기판력) 등은 사법재판과 비슷하다.<sup>69)</sup>

남북한의 분쟁해결 방법중 가장 제도화 한 것을 생각한다면 역시 중재재판이다. 남북한이 현재와 같이 갈라져 있는 동안 좁은 의미의 사법재판의 설치 운영은 사실상 불가능하다. 그러므로 남북한 당국의 의사를 존중해 주며 재판을 하는 중재재판을 고안하여 이용하는 것이 가장 바람직하다. 남북한이 중재재판을 설치 운영한다면 판문점등 경계선에 상설하여 운영하는 것도 생각할 수 있다. 남북한의 교류가 많고 분쟁이 많을수록, 남북한의 관계가 긴밀하고 상호 신뢰가 커질수록 이러한 제도화는 용이하고 또한 필요할 것이다. 또한 남북한의 분쟁을 해결하기 위한 중재재판 제도를 설치 운영하려면, 각 분야별로 전문화하는 것이 바람직하다. 조정제도의 경우처럼 통상관계, 투자관계, 가족법관계, 어업관계, 형사관계, 일반 민사관계등 남북한 관계의 증진에 따라 점차 세분화하여 갈 필요가 있다.

남북한의 분쟁 해결을 위한 중재절차 마련은 국제중재제도나 상

사중재제도가 보편화하여 있으므로 이러한 보편적 제도를 도입하고 남북한 특성을 고려하여 필요한 수정을 가하면 큰 문제는 없을 것이다. 가장 어려운 것은 중재기관의 구성이다. 한가지 예시적 의견을 제시한다면, 우선 남북한 당국이 각 분야별로 각각 4명씩 중재법관을 선임한다. 그중 2명씩은 전문지식을 갖춘 교포로 한다. 이들 8명이 모여 다시 4명의 중립적 중재법관을 교포중에서 합의 선임하여 중립 중재법관명부를 구성한다. 사건이 제기되면 남북한은 각각 자신의 중재법관 명부중에서 2명씩 선임하되 그중 1명은 교포로 한다. 4명이 모여서 중립 중재법관 명부에서 1명을 합의 선임하여 중재법원장으로 한다. 이와같이 구성된 5명의 합의체적 중재법원에서 재판을 수행하면 된다. 만일 중립 중재법관 명부 작성이나 중립 중재법원장 선임에 관하여 남북한측이 합의를 하지 못하면 어떻게 할 것인가? 중립 중재법관 명부 작성에 합의를 하지 못하면 교포출신 4명만이 모여서 합의를 하도록 하고 그래도 합의를 하지 못하면 UN사무총장의 도움을 받는 방법을 생각할 수 있다. 중재법원장 선임에 합의를 하지 못하는 경우에도 교포출신만으로 선임을 하도록 하고 그래도 안되는 경우에는 역시 UN사무총장의 도움을 받도록 하는 방안을 생각할 수 있다.

## Ⅱ. 남북한 분쟁해결제도의 운영

### 1. 남북한 분쟁해결기구의 설치

#### 1) 남북한 분쟁해결기구설치를 위한 협정체결

앞에서 남북한의 교류가 본격적으로 추진되면 다양하고 많은 분쟁이 발생할 전망이다. 남북 교류를 원활히 하려면 이러한 분쟁을 해결하기 위한 다양한 분쟁해결제도를 마련해야 함을 검토하였다. 그 구체적 방안으로 직접 교섭, 주선, 중개, 사실심사, 조정, 중재제판을 제시하였다. 이러한 남북한 분쟁 해결제도는 그 하나 하나를 위하여 별도의 조약을 체결하여도 되나 보다 효과적인 제도를 마련하기 위하여는 남북한의 모든 분쟁해결제도를 총괄하여 설치하는 종합적인 분쟁해결에 관한 협정을 체결하는 것이 적절하다. 이러한 남북한 분쟁해결에 관한 협정은 남북 교류가 본격적으로 추진되기 전에 마련되어야 한다. 그러므로 남북한의 교류가 활발해질 경우에 생겨날 각종 분쟁을 분야별로 예상하여, 그에 알맞는 분야별 전문적 분쟁해결제도와 기구를 마련하여야 한다. 분쟁해결방법에 관하여는 앞에서 설명하였으므로 여기서는 구체적 분쟁해결 방법을 수행해 나갈 분야별, 방법별 기구의 설치 운영에 관하여 검토하겠다.

#### 2) 남북한 분쟁 해결기구의 개요

남북한의 분쟁해결을 위한 종합적인 기구는 우선 방법별로 교섭

위원회, 주선 및 중개위원회, 사실심사위원회, 조정위원회, 중재법원으로 구성된다. 남북한 관계의 성격상 주선 및 중개는 그리 효과적이지 아니라면 제외하여도 큰 문제가 없을 것이다. 그러므로 여기서는 교섭, 사실심사, 조정, 중재재판을 중심으로 분쟁해결 기구를 구상하여 보겠다. 또한 각 위원회는 전문분야별로 분과위원회를 두는 것이 좋다. 예컨대 교섭위원회는 통상분과위원회, 투자분과위원회, 어업분과위원회, 가족법분과위원회, 형사분과위원회, 일반 민사분과위원회등 분쟁을 효과적으로 처리할 수 있는 전문분야를 세분하여 가면 된다. 마찬가지로 사실심사위원회나 조정위원회도 필요에 따라 전문분야별로 분과위원회를 설치 운영하는 것이 적절하다. 중재법원도 분야별로 재판부를 세분하여 운영할 수 있다.

남북한 종합 분쟁해결기구는 우선 판문점에 본부를 두고 필요에 따라 휴전선을 따라 여러개 지부를 설치하여 운영할 수 있을 것이다. 남북관계가 더욱 진전된다면 이러한 분쟁해결기구의 지부를 서울, 평양등 남북한 각 내부 주요 도시에 설치 운영할 수 있을 것이다.

남북한 종합분쟁해결기구의 운영체제는 남북한국가수반 직속으로 설치 운영하는 것이 기구의 성격상 적절하다. 또한 분쟁해결이 공평하고 독립적으로 운영되기 위하여 각종 위원이나 법관의 신분보장을 확실히 하고 동시에 다른 기관의 간섭을 받지 않도록 해야 한다. 각종 위원 및 법관과 직원의 보수를 포함하여 분쟁해결기구의 운영경비는 남북한의 분담금으로 충당한다. 남북한 종합분쟁해결기구의 사무처는 그 예산을 편성하여 운영하며 남북한 당국이 공동으로 구성된 심사위원회의 감사를 받는다. 또한 교섭위원회, 사실심사위원회, 조정위원회, 중재법원간의 유기적 협조관계는 유지하되 각 분쟁해결방법상의 특성을 살리고 효율적 운영을 위하여 너무 획일적인



행정운영체제는 피해야 한다. 분쟁기구에 사무처를 두어 분쟁기관 운영을 위한 지원행정업무를 수행하는 동시에 분쟁해결기관간의 조정 및 협조를 유지해 나간다. 사무처장은 장관급으로 하고 법관등 전문인을 임명하여 분쟁해결의 전문성과 공평성을 강조한다. 사무처장은 남북한이 각각 임명하여 공동으로 합의하여 운영하도록 한다.

## 2. 남북한 분쟁해결기구의 구체적 운영

### 1) 교섭위원회

남북한 종합 분쟁해결기구중 가장 간편하고 중요한 기관은 교섭위원회다. 남북한 교류에서 각종 분쟁이 발생하는 경우 제3자의 개입없이 간편하고 신속하게 해결할 수 있는 방법이기 때문에 분쟁해결기관중 가장 많이 활용될 것으로 보인다. 교섭위원회는 남북한 각각 별도 위원회를 두고 위원회별로 행정 위원장은 법관이나 국제법 학자등 전문가로 하고 그 밑에 전문분야별로 통상, 투자, 어업, 가족법관계, 일반민사관계, 형사관계등 전문분야별 분과위원회를 두고 분과위원회에는 다시 분과위원장을 둔다. 남북한 교류가 발전되어 분쟁이 많이 제기되면 분과위원회에 다시 여러개의 부를 둘 수도 있으나 당장에는 그럴 필요가 없고 앞으로 진전상황을 보아 확대하여 나가면 된다. 교섭위원회는 각 분과위원회별로 교섭의 개시, 진행, 합의를 효과적으로 수행하여 나가기 위하여 교섭에 관한 일반규칙을 마련하는 것이 좋다. 분쟁이 발생하면 이러한 규칙을 적용하여 비교적 신속하고 효과적으로 분쟁해결 교섭을 진행할 수 있을 것

이다.

교섭위원회 행정 위원장 및 위원임명은 남북한 당국이 각각 임명 하되 다만 임명이나 교체가 있을 경우에는 신속히 상대방에 통보하도록 한다. 교섭위원이 상대방의 내부를 통행하거나 체류하는 경우에는 외교관에 준하는 특권과 면제를 부여한다.

## 2) 사실심사위원회

사실심사위원회는 국제심사위원회를 모방한 것이나 남북한간의 심사위원회를 국제심사위원회라고는 할 수 없으므로 남북한 사실심사위원회라고 한다. 사실심사위원회는 남북한 별로 각각 행정위원장을 임명하여 공동위원장을 두고 합의하여 운영한다. 남북 사실심사위원회에는 사무국을 두고 사무국은 사실심사위원들이 효율적으로 그 직무를 수행하도록 지원행정업무를 수행한다. 사실심사위원은 통상, 투자, 어업, 일반 민사관계, 가족법관계, 형사관계등 분야별로 분과위원을 두고 분과위원회별로 다시 한국측위원, 북한측위원, 중립위원을 유지한다. 중립측위원은 교포중에서 임명한다. 사실심사위원은 그 업무의 공정과 독립성을 유지하기 위하여 특별한 신분보장을 한다. 구체적으로 심사위원은 6년 임기동안 근무하며 연임할 수 있다. 심사위원은 외교관에 준하는 특권과 면제를 누리며 직무상 행위에 관하여 처벌을 받지 않는다.

## 3) 조정위원회

남북조정위원회도 사실심사위원회와 마찬가지로 공동 행정위원장을 두고 합의하여 운영하게 한다. 또한 공동 행정위원장 밑에 사무국을 두어 지원행정업무를 담당하게 한다. 그리고 조정위원도 통상,

투자, 어업, 일반민사관계, 가족법관계, 형사관계 분과위원을 두고 분과위원은 다시 한국측위원, 북한측위원, 중립위원을 둔다. 중립위원은 남북한 위원이 모여서 선임하되 합의에 이르지 못하면 UN사무총장의 도움을 받는다. 남북조정위원들은 분과위원회별로 운영규칙이나 분쟁해결의 구체적 절차를 마련한다. 조정위원은 6년의 임기로 임명하며 연임할 수 있다. 또한 조정위원은 외교관에 준하는 특권과 면제를 누리며 직무상 행위에 관하여 처벌을 받지 않는다.

#### 4) 중재법원

중재법원행정국장은 남북한이 각각 임명하며 합의하여 공동으로 운영하게 한다. 법원에는 사무국을 두며 법원의 지원행정업을 담당하게 한다. 사무국에는 중재법관의 명부를 유지한다. 중재법관의 명부는 통상, 투자, 어업, 일반민사관계, 가족법관계, 형사관계 등 전문분야별 분과를 두고 분과별로 다시 한국측 중재법관, 북한측 중재법관, 중립중재법관의 명부를 유지한다. 중립중재법관 명부는 남북한 중재법관 명부에 있는 사람들이 모여 합의하여 교포중에서 정한다. 합의가 이루어지지 않으면 UN사무총장의 협조를 받는다.

사건이 중재법원 사무국에 제기되면 우선 전문분야별로 분류한다. 그 다음 중재법원행정국장은 남북한 각각의 중재법관을 2명씩 임명하되 그중 1명은 중립위원명부에서 임명해야 한다. 이들 4명이 모여 중재법원장을 중립법관명부중에서 합의하여 선임한다. 합의가 이루어지지 않으면 4명의 중립법관이 합의하여 선임하고 그래도 합의를 못하면 4명중에서 추첨에 의한다.

중재법원의 재판절차 및 판결에 관한 규칙은 중재법원 명부에 있는 법관들이 모여서 분과별로 정한다. 중재법관은 남북한 당국에서

독립하여 직무를 수행하며 직무중의 행위에 관하여 처벌을 받지 않는다. 중재법관은 재판기간중에는 외교관에 준하는 특권과 면제를 누린다. 중재법관의 임기는 6년으로 하고 연임할 수 있다.

중재법원의 판결은 법적 구속력을 가지며 남북한 당국은 그 판결의 집행을 수행하여야 한다. 중재법원의 판결은 남북한 당국의 사법기관에 의뢰하여 집행한다. 판결의 집행에 관하여 이의가 있으면 중재법원행정국장은 협의하여 해결한다.

## 〈주〉

- 주1) M. Sibert, "L'Armistice", *Revue General du Droit International Public*, tome VII, Paris, 1933, p. 657; S. Levie, "Nature and Scope of the Armistice Agreement", *AJIL*, vol. 50, No. 4, October 1956, p. 881; Lyou, Byung-Hwa, *Peace and Unification in Korea and International Law*, Occasional Papers, School of Law, University of Maryland, 1986, p. 36.
- 주2) A. Roberts and R. Guelff, *Documents on the Laws of War*, 2nd ed., London: Oxford University Press, 1989, p. 55.
- 주3) 柳炳華, 國際法Ⅱ, 진성사, 1990, pp. 715—718.
- 주4) *Ibid.*, p. 718; Levie, *supra* note 1, p. 135; Julius Stone, *Legal Controls of International Conflict*, New York and London, 1973, p. 644; J. G. Starke, *Introduction to International Law*, London, 1984, p. 546.
- 주5) 1953년 한국휴전협정 前文.
- 주6) 한국휴전협정 제1조.
- 주7) U. S. Department of State, *Foreign Relations of the United States*, vol. XV, Korea and China, part one, p. 598.
- 주8) U. S. Department of State, *Treaties and Other International Agreements of the U. S. A., 1776—1949*, Vol. 2, Charles Bevans, pp. 1—8; 769—784; Clive Parry, *Consolidated Treaties Series 1918—1919*, Vol. 224, New York: Oceana, pp. 169—171; 286—299.
- 주9) Lyou, Byung-Hwa, *supra* note 1, pp. 58—61.
- 주10) Korean Ministry of Foreign Affairs, *Documents on Korea-United States 1943—1971*, p. 85.
- 주11) U. S. Department of State, *Foreign Relations of the United States, 1952—1954*, Korea, vol. XV, PP. 1368—1373.
- 주12) *Ibid.*, p. 1378.
- 주13) Lyou, Byung-Hwa, *supra* note 1, pp. 63—66.
- 주14) UN Document A/C.1 PV1065, October 23, 1975.
- 주15) UN Document A/C.1/1054, 24 September 1975, p. 12.
- 주16) UN Document S/11737, 27 June 1975; Korean Ministry of Foreign

- Affairs, The Question of Korea at the 30th Session of the U. N. General Assembly, vol. 1, pp. 198—200.
- 주17) 柳炳華, 國際法Ⅱ, 진성사, 1990, pp. 591—593.
- 주18) UN Document A/C. 1/L661; A/9030; A/9341.
- 주19) Lyou Byung-Hwa, *supra* note 1, pp. 79—81.
- 주20) UN Document A/C. 1/1054, 1975, P. 12.
- 주21) UN Document A/C. 1/1054, 24 September 1975.
- 주22) UN Document S/11737, 27 June 1975; Luou Byung-Hwa, *supra* note 1, pp. 83—85.
- 주23) Lyou Byung-Hwa, *supra* note 1, pp. 93—98.
- 주24) *Ibid.*, p. 140.
- 주25) *Ibid.*, p. 140.
- 주26) U. S. Department of State, Foreign Relations of the United States, 1945, vol. IV, The British Commonwealth and the Far East, p. 1039; Lyou Byung-Hwa, *supra* note 1, p. 141; John Gunther, *The Riddle of MacArthur*, New York, 1950, p. 178.
- 주27) U. S. Department of State, Foreign Relations of the United States, 1951, vol. VII, pp. 598—600; 744—846.
- 주28) Lyou Byung-Hwa, *supra* note 1, pp. 143—144.
- 주29) U. N. Document A/9341; A/9030 November 1973.
- 주30) Lyou Byung-Hwa, *supra* note 1, pp. 146—147.
- 주31) 외무부, 한국외교30년, 1979, p. 362.
- 주32) Lyou Byung-Hwa, *supra* note 1, pp. 158—159.
- 주33) 국토통일원, 남북한 통일 대화 제의 비교, 1945—1987, pp. 77—89.
- 주34) *Ibid.*, p. 153.
- 주35) 국토통일원, 남북한의 통일대화관계 주요 제의, 1970. 1-1988. 1, pp. 18—21.
- 주36) 국토통일원, 남북 국회회담 제2차 준비 접촉회의록, 1988. 8, p. 74.
- 주37) 柳炳華, 國際法Ⅰ, 진성사, 1990, pp. 172—173.
- 주38) *Ibid.*, pp. 552—553.
- 주39) Andrew C. Nahm, *North Korea: Her Past, Reality, and Impression*,

- Center for Korean Studies, Western Michigan University, 1978, pp. 100—101.
- 주40) U. S. Department of the Army, North Korea: A Country Study, Washington, GPO, 1981, p. 255.
- 주41) Ibid., pp. 76—77.
- 주42) Ibid., p. 214.
- 주43) Ibid., p. 215.
- 주44) Andrew Nahm, *supra* note 35, p. 103.
- 주45) Ibid., p. 36; North Korea, *supra* note 36, p. 96; Naewoe Press, Some Facts about North Korea, Seoul, 1984, pp. 33—35.
- 주46) North Korea, *supra* note 36, pp. 98—99.
- 주47) 법무부, 북한법 연구 I, 1985, p. 24.
- 주48) Andrew Nahm, *supra* note 35, pp. 103—215.
- 주49) 북한법연구 I, *supra* note 48, p. 75.
- 주50) Ibid., p. 76.
- 주51) 柳炳華, 法哲學, 박영사, 1987, pp. 409—411.
- 주52) Ibid., pp. 410—413.
- 주53) 법무부, 북한법연구 IV, 1986, pp. 23—29.
- 주54) 북한연구소, 북한형법의 실상, 1990; 조선일보 1990. 9. 15; 한국일보 1990. 9. 15.
- 주55) 柳炳華, 國際法 II, 진성사, 1990, p. 483.
- 주56) Ibid., p. 484.
- 주57) Ibid., pp. 484—485.
- 주58) Ibid., pp. 486—489.
- 주59) Ibid., pp. 491—494.
- 주60) Ibid., pp. 492—494.
- 주61) 1982 UN 해양법협약부속서 V 참조.
- 주62) 柳炳華, *supra* note 56, pp. 518—519.
- 주63) Ibid., pp. 524—529.

## 통일지향적 남북한 관계 법이론 연구

---

---

1990년 12월 20일 인쇄

1990년 12월 26일 발행

발행처 국 토 통 일 원

인쇄처 서라벌인쇄주식회사

---

---

비매품