

통일 및 관련법제의 쟁점과 전망

- 남북관계의 변화와 영토조항 및 북한주민의
법적지위 논쟁을 중심으로 -

장명봉*

차 례

- I. 머리말
- II. 영토조항의 규범적 의미의 변화
 - 1. 남북관계의 변천
 - 2. 역대 헌법상 영토조항의 규범성
- III. 영토조항과 북한주민의 법적 지위문제
 - 1. 대법원 판결과 북한주민의 국적문제
 - 2. 영토조항과 북한주민의 법적 지위문제에 대한 해석론적 접근
- IV. 북한이탈주민의 법적 지위 문제
 - 1. 북한이탈주민의 개념과 유형
 - 2. 북한이탈주민의 법적 지위에 관한 문제점
 - 3. 북한이탈주민의 법적 지위 문제에 대한 대응
- V. 맺음말

* 국민대 명예교수, 북한법연구회장

I. 머리말

우리 헌법은 아직도 제3조에서 “대한민국의 영토는 한반도와 그 부속 도서로 한다”고 규정하고 있다. 그러나 북한은 국제사회에서 자신의 영토를 가진 엄연한 주권국가로 인정받고 있으며, 대한민국 정부도 1972년의 남북공동성명, 1991년의 UN동시 가입과 남북기본합의서 채택 등을 통해 북한을 ‘사실상의 국가’로 인정해 왔다. 게다가 남북기본합의서 제1조는 “남과 북은 서로 상대방의 체제를 인정하고 존중한다”고 규정하였다.

특히 2000년 6월 분단 55년만에 이루어진 역사적인 첫 남북정상회담(김대중-김정일)과 2007년 10월 이루어진 두번째 남북정상회담(노무현-김정일)의 개최는 한반도에 남과 북을 각기 지배하는 두 정부가 존재함을 상호 인정한다는 것을 의미한다. 즉 남과 북이 분단의 현실을 인정하고 서로 상대방의 국가체제를 존중한다는 것이다. 더욱이 6·15남북공동선언(제2항)을 통해 남과 북은 상호 체제의 인정과 공존·공영의 단계를 거쳐 점진적으로 통일에 접근해 나아가기로 합의하였다. 이것은, 분단의 현실을 개선하고 통일이라는 현상변경적 목표를 달성하기 위해 필요한 것은 오히려 분단의 현실을 인정하고 두 체제의 공존·공영을 공식화하는 작업이라는 것을 뜻하는 것이다.

오늘날 남북관계는 냉전적 적대관계에서 통일을 향한 동반자관계로 변화하였다. 이제 남북한은 서로 반목과 대결의 ‘분단시대’를 넘어 화해와 협력의 ‘통일시대’를 향하여 나아가고 있다. 그러므로 남북관계에 관한 문제(북한 및 북한주민의 법적지위문제, 통일문제 등)는 통일시대에 상응한 논리에 의해 설명되어야 하며, 따라서 남북관계에 관한 문제에 대한 법리적 접근에도 과거의 냉전적 대립관계에 입각한 자세를 지양하고 새로운 남북관계의 발전을 위한 입장과 통일지향적인 사고를 요한다. 우리 헌법상 영토조항의 적용과 관련한 법적 문제를 해결함에 있어서도 영토조항에 대한 새로운 시각에서의 접근이 요청된다.

이에 본고에서는 통일시대의 영토조항과 북한주민의 법적지위에 관한 헌법적 문제에 대하여 고찰해 보고자 한다. 먼저 남북관계의 현실변화에

따른 남북관계의 특수성과 영토조항의 규범성의 변화에 관하여 논급한다. 다음에 이러한 논의에 기초하여 북한주민의 법적지위문제를 총괄적으로 다루고, 이어 북한이탈주민의 법적지위문제에 대해서 살펴보기로 한다.

II. 영토조항의 규범적 의미의 변화

1. 남북관계의 변천

(1) 남한의 대북정책의 변화

남북한은 1945년 해방과 동시에 분단된 후 서로 상충되는 이념과 질서에 의해 분열과 대립이 심화되었으며, 서로 양보하기 어려운 가치와 목표의 설정에 의해 이질적인 체제를 형성하였다. 이런 대립체제하에서 남북한의 통일은 당연히 어느 일방에 의한 상대방의 흡수적 상황을 상정한 방향으로 추구되었다. 남한의 ‘북진통일론’과 북한의 ‘남조선적화통일론’은 남북한의 적대적인 통일을 향한 입장을 잘 나타내주는 것이었다.

이 시기에 남한은 북한의 실체를 인정하지 않았으며, 따라서 북한을 실지회복의 대상으로 인식하였다. 이러한 대립적 남북관계는 정치적·경제적·사회적·문화적인 전부문에서의 대결양상을 보였고, 한반도에서 분단의 고착화의 현상이 전개되는 결과를 가져왔다. 그러다가 1970년대에 들어서서 국제질서가 냉전적 양극체제에서 다극체제로 변화하여 긴장완화의 국면전환이 이루어지고 남한에서는 경제력의 도약과 더불어 대북관계의 변화를 시도하게 되어 통일정책에 있어서도 변화의 방향을 모색하기 시작하였다. 이에 남한은 북한의 정치적 실체를 인정하고 남북대화를 통해 통일문제를 해결하려는 정책적 전환을 시도하게 되었다.

이러한 대북인식과 자세의 변화는 1971년의 남북적십자회담에 의한 남북대화의 물꼬를 트게 되었고, 1972년 『7·4 남북공동성명』에 의해 ‘자주·평화·민족대단결’이라는 통일3원칙에 합의하게 되는 계기를 마련하였다. 이 성명은 남북관계의 새 장을 여는 계기를 만드는 중요한 사건이며, 여기서 밝힌 자주·평화·민족대단결의 원칙은 이후 통일정책의

원칙을 이루는 요소가 되었다. 이후 남한은 1973년 북한에 대해 '6·23 평화통일 외교정책선언'을 발표하고, 1974년 '남북상호 불가침협정 체결'을 제의하고(1월 18일), '평화통일 3대기본원칙'을 천명하여(8월 15일) 남북의 교류와 협력을 통한 평화적 통일환경을 조성하여 민족의 신뢰와 동질성을 회복하여 남북이 공존공영하는 가운데 통일을 이룩하자라는 의지를 표명하였다.

이러한 일련의 통일정책의 입장전환에 의해 남북관계는 종래의 남북한이 서로 상대방의 실체를 부정하는 입장에서 벗어나 서로 동반자적 관계에서 통일을 이룩한다는 공동목표를 지향하는 협력관계로 전환하게 되었다. 이로써 남북한이 상호 흡수통일을 배제하고 평화통일이란 정책적 목표를 설정하는 중요한 전기를 마련하게 되었다.

1980년대에 들어서서 1980년 1월 12일 전두환 대통령은 새 해 국정연설을 통해 남북한 당국 최고책임자의 상호방문을 제의하였다. 이 제의는 남북한 쌍방 사이의 신뢰조성을 통한 분쟁해결에 극적인 전기를 마련하고 남북대화 재개의 계기를 마련한다는 데에 의의를 둘 수 있었다. 이어 1982년 1월 22일 이른바 『민족화합민주통일방안』을 발표하고, 같은 해 2월 1일에는 『민족화해를 위한 20개 시범실천사업』을 발표하였다. 이 통일방안은 노태우 정부에서 보다 구체적으로 체계화되어 제의되었다. 그것은 1988년 7월 7일 『민족자존과 통일번영을 위한 특별선언』(약칭 '7·7선언')과 1989년 9월 11일 『한민족공동체통일방안』이다. 또한 이에 대한 실천조치로 1990년 8월 1일 『남북교류협력에관한법률』(이하에서는 『남북교류협력법』이라고 함)을 제정하여 남북한의 인적·물적교류협력시대를 여는 계기를 마련하였다. 이러한 대북관계의 입장변화로 북한이 반국가단체이며 수복의 대상이라는 논리는 설득력을 잃게 되었으며, 따라서 북한의 실체를 부정하는 영토조항의 규범성에 대한 문제가 강하게 제기되었다.

더욱이 1980년대 후반 구소련연방의 해체 및 동구사회주의국가들의 변혁은 동서냉전체제의 종식을 가져왔고, 이러한 변화는 북한 사회주의체제의 변화를 요청하였다. 이러한 와중에 1990년 동서독 및 남북예멘의 통일은 남북한의 통일가능성에 대한 기대를 크게 하였다. 특히 이갈

은 대내외적 환경변화에 대해 북한은 나름대로의 대응책을 모색하기 시작하였으며, 남북관계에 대해서도 유연한 입장을 보였다. 이에 남북한은 남북대화를 재개하면서 UN에 동시가입하였으며(1991. 9), 『남북사이의 화해와 불가침 및 교류·협력에 관한 합의서』(1991. 12. 13 채택, 1992. 2. 19 발효, 이하에서는 『남북기본합의서』라고 함)를 채택하여 남북관계의 새 장을 열었다. 이로써 남북한은 교류·협력의 당사자 및 상대방으로서 교류·협력시대를 열 수 있었다. 이러한 기초와 원칙하에 김영삼 정부에서는 1993년 2월 25일 『3단계 3기조 통일론』을 통해 점진적이고 국민합의에 의한 통일, 이념보다 민족우선, 정상회담을 통한 통일촉진의 의지를 표명하였다. 그리고 1994년 8월 15일 『한민족공동체건설을 위한 3단계통일방안』(줄여서 『민족공동체통일방안』이라고 함)을 제의하였는데, 이는 대체로 『한민족공동체통일방안』의 기초와 원칙을 유지하는 것이었다.

이어 김대중 정부는 ‘햇볕정책’으로 불리는 대북포용정책을 추진하면서 북한에 대한 흡수통일을 배제하고 평화적인 방법에 의한 합의통일을 원칙으로 삼고 대북화해와 협력의 기반을 구축하기 위해 노력하였다. 2000년 6월 남북정상회담과 『6.15선언』이후 남북관계는 합의이행 차원의 분야별 남북회담 추진을 통해 남북경제공동체 형성의 토대를 마련하고 인적·물적 교류를 증대시킴으로써 한반도 평화와 화해 분위기 조성에 기여하는 방향으로 전개되어 왔다. 이에 따라 남북관계의 현실은 과거 냉전질서하의 적대관계에서 보인 대립관계와는 현저한 차이를 보여주었다. 한반도를 둘러싼 통일환경의 변화는 남북관계에 대한 남북한 당국의 입장변화를 유도해왔고, 화해와 협력을 통한 발전을 추구하는 국제사회의 움직임에 맞춰 남북관계는 새로운 상황전개의 계기를 맞았다. 다시 말해 남북관계는 분단시대의 대립적인 갈등을 완화하고 통일시대의 협력관계로 진입하게 됨으로써 새로운 발전의 전기를 맞게 되었다.

노무현 정부는 동북아와 한반도 안보환경이 급변하는 상황 속에서 출범하였다. 북한 핵문제 등 급격히 변화하는 국제안보질서와 북핵문제 등 어려운 상황 속에서도 참여정부는 ‘평화번영정책’을 일관되게 추진하였다.

1) 노무현 정부는 출범과 동시에 ‘평화번영정책’을 통해 한반도에서의 평

화체제 구축을 본격적으로 추진한다는 입장을 밝혔다. 이에 따르면, 불안정한 정전체제 하에서의 상호 불신 및 남북 적대 관계를 청산하고 평화공존과 화해협력의 남북관계를 정착시켜 나감으로써 한반도의 항구적인 평화를 실현하고자 하는 것이었다. 이를 위해 당면한 북한 핵문제의 평화적 해결과 함께, 남북간 교류·협력의 심화·확대 및 군사적 긴장 완화와 신뢰 구축을 통해 한반도 평화정착 기반조성에 주력하였다. 이러한 노력의 결과 2007년 10월 제2차 남북정상회담을 개최하여 ‘10.4 남북정상선언’ (‘남북관계발전과 평화번영을 위한 선언’)이 나왔고, 이에 따른 후속 조치들²⁾을 진행함으로써 향후 차기정부의 남북관계 발전의 토대를 제공하였다.

이명박 정부의 대북정책은 ‘상생과 공영의 대북정책’으로 명명되었다.³⁾ 2008년 7월 11일 국회 개원연설에서 이명박 대통령은 “우리의 대북정책은 북한의 비핵화를 최우선으로 하면서 남과 북 모두에게 이익이 되는 상생과 공영의 길을 개척해 나가는 것”이라고 밝힌 바 있다. 통일부는 “상생·공영이 거시적인 비전이라면 ‘비핵·개방·3000’ 정책은 상생·공영이라는 목표를 달성하기 위한 수단”이라며 ‘비핵·개방·3000’을 ‘상생·공영’의 하위개념으로 정리하였다. 이명박 대통령은 2008년도 통일부 업무보고에서 상생·공영 정신의 뿌리로서 남북기본합의서의 중요성을 강조하였다. 이 대통령은 “남북관계에 있어서 1991년에 남북기본합의서가 체결되었고 1992년부터 효력이 발생했으며 지금 북한에서도 남북기본합의서가 공식 인정되고 있다”면서, “그 이후에 남북 정상은 새로 합의한 것이 있으나 가장 중요한 남북한 합의 정신은 1991년에 체결된 기본합의서로서 그 정신이 지켜져야 한다”고 지적하였다. 이와 관련하여 한 논자는, 상생·공영은 1991년에 채택된 ‘남북기본합의서’(‘남북 사이의 화해와 불가침 및

1) 이에 관하여 상세한 것은 통일부, 『2008 통일백서』, 2008, 15~34면 참조.

2) 후속 조치로서 『남북관계 발전과 평화번영을 위한 선언』 이행을 위한 제1차 남북총리회담 합의서, 남북경제협력공동위원회 제1차 회의 합의서, 『남북관계 발전과 평화번영을 위한 선언』이행을 위한 남북국방장관회담 합의서, 서해평화협력특별지대추진위원회 제1차 회의 합의서 등은 위의 책, pp.327~347.

3) 통일부 발간, 『상생과 공영의 대북정책』(팜플렛) 참조; 상생과 공영의 대북정책의 목표와 기본방향, 그리고 중 점추진과제에 대하여는 통일연구원, 『이명박정부 대북정책은 이렇습니다』, 통일연구원, 2008.8, 7~33면.

교류·협력에 관한 합의서)의 키워드인 ‘화해’와 ‘협력’을 ‘상생’과 ‘공영’ 지향으로 발전시킨 것으로 볼 수 있다고 한다.⁴⁾ 이명박 정부의 대북정책설 명자료에 따르면⁵⁾, 정부의 공식적인 통일방안은 여전히 『민족공동체 통일방안』이다. 이는 1989년 국민적 합의로 마련되었고, 1994년 김영삼 정부에서 일부 보완되었으며, 김대중 정부와 노무현 정부에 의해 공식적으로 승계되어 오늘에 이르고 있다. 완전한 통일은 화해협력단계와 남북 연합단계를 거쳐 점진적으로 이루어지는 과정이 될 것이다. 이명박 정부는 이러한 기본방향에서 『실용과 생산성에 기초한 상생과 공영의 남북관계 발전』을 추구해 나갈 것이다.

(2) 남북관계의 ‘특수성’ : 분단국 특유의 법적 관계

『남북기본합의서』는 그 前文에서 남과 북 쌍방 사이의 관계가 “나라와 나라 사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계라는 것을 인정”한다고 규정하였다. 현재의 남북관계의 법적 성격을 규명하는데 있어서 남북의 특수관계의 설정은 남북한의 특수한 이중적 관계를 반영한 개념이다. 이러한 특수관계의 성격은 전통 국제법 이론상 설명하기 어려운 분단국 특유의 관계라고 할 수 있다. 전통 국제법 이론으로는 분단국의 특수관계의 법적 성격에 대해서 명확한 설명을 할 수가 없다. 분단국의 특수관계는 분단국의 특유한 관계로서 통일지향적인 동적인 개념을 가지는 것으로 볼 수 있으므로 특수관계에 관한 새로운 국제법 이론의 정립이 필요하다. 아무튼 남북한 정부는 분단 시절 서독 연방헌법재판소가 동서독기본관계조약에 관한 판결⁶⁾에서 양독일의 관계를 ‘내부관계’로 이해한 바와 같이 쌍방간의 관계를 설정하고 있다. 즉, 양정부는 남북합의서에서 상호관계에 관하여 명시적으로 합의하면서 그 전문에 남북한의 관계를 잠정적인 민족내부의 특수관계로 규정하였다.⁷⁾ 이

4) 서재진, “상생·공영으로 남북경제공동체실현”, 『통일시대』, 민주평화통일자문회의 사무처, 2008년 9월호, 5면.

5) 통일연구원, 전계서, 37면.

6) 서독 연방헌법재판소의 기본조약 판결(Grundvertragsurteil)에서 양독일의 관계를 “내적관계”(inter-se-Beziehungen)로 파악하여 동서독기본조약은 이러한 특수관계를 규율한다고 판시하였다. BverfGE 36, 1 ff (17, 23 ff).

에 의하면 남북한의 관계는 이른바 “내부관계” (inter-se-Beziehungen)로 알려진 ‘특별성’으로 특징지워진다.

이미 국제사회에서는 상당수의 국가들이 남북한과 동등한 국제법주체로서 외교관계를 맺고 있는 것처럼 남한과 북한은 국제사회에서 이미 주권국가로 인정되는 국제법적 의미에서의 국제법주체이다. 남북한간의 관계는 그러나 순수한 국제법적 관계가 아니다. 남북간의 거래는 국제거래가 아닌 것처럼⁸⁾ 북한은 대한민국과의 관계에서 외국으로 될 수 없다.⁹⁾ 남북간의 내부관계는 순수한 국내법과 국제법의 중간에 위치한다.¹⁰⁾

이에 『남북기본합의서』상의 특수관계를 나름대로 개념화해보면, 대체적으로 통일과정상 설정되는 과도적 관계로서 통일지향적인 특징을 가지고 있고, 정적이기 보다 동적이며 발전지향적인 관계로서 잠정적 성격을 가지며¹¹⁾, 남북한만의 특유한 분단배경과 통일환경에 바탕한 특수관계로서의 성격을 내포한다고 볼 수 있다. 남북한은 분단을 극복하고 통일로 나아가는 과정에서 분단국으로서의 특유한 법적 관계를 형성하고 있다. 그것은 남북한이 국제적으로 두 개의 국가로 활동하는 현실과 장차 통일 국가를 이룩해야 하는 당위라는 이원적 구조에서 연유한다.

(3) 『남북관계발전에 관한 법률』의 제정

2000년 6·15 남북정상회담 이후 남북간 화해·협력의 분위기가 고조되면서 남북대화가 증가하고, 각 분야의 교류·협력이 급격히 확대되었다. 2005년 말에 이르러서는 연간 남북 왕래 인원이 분단 이후 60년간 왕래 인원을 상회하는 9만명에 육박하고, 연간 교역액이 1조원(10억 달러)을

7) 남한의 국무총리는 1991년 10월 남북 총리회담 제4차 회의 당시 남북합의서에서 남북한의 관계를 특수한 임시관계로 명명하였다. 북한의 총리도 이에 남북관계를 “국가간의 관계가 아니라 임시관계”로 파악하였다. 그리고 북한정부의 견해에 의하면 남북간의 특수성은 “비국제성”, “통일로의 발전성”과 “임시성” 등으로 특징지워진다는 것이다. 자세한 사항은 『남북대화』, 제56호(통일원 남북대화사무국, 1992), p.34 ff. 이와 같은 견해는 남북한간의 관계를 이른바 ‘내부관계’로 이해하는 것이라 할 수 있다.

8) BVerfGE 18. S. 353 (354) 참조.

9) 독일의 경우 BVerfGE 36, S. 17 참조.

10) 독일의 경우 BVerfGE 36, 1 (20 ff).

11) 유병화, “남북한 UN가입과 한국통일의 법적 문제”, 『통일문제연구』, 제3권 제3호 (통일원, 1991 가을, 49-50면).

넘어섰다. 이렇듯 남북관계가 활성화되면서 변화된 현실을 뒷받침할 제도적 장치의 필요성이 대두되었다. 그동안 남북관계는 민간차원의 교류·협력 절차를 규정한 『남북교류협력법』에 의해 규율되어 왔지만, 남북관계 현실을 포괄적으로 규율하지는 못한 것이 사실이다. 즉 남북회담 대표의 임명, 남북합의서의 체결, 공포, 공무원의 북한 지역 파견 등에 대한 명확한 법적 근거 부재했었다. 특히 개성공단 개발 등 남북간 경제협력이 대폭 확대되고 있는 상황에서 각종 남북간 경협 합의서 등에 법적 효력을 부여할 제도적 장치가 미흡했다. 이런 상황에서 정부가 추진하는 여러 대북정책에 대해 국민적 공감대를 형성하고, 국회에서 여야가 협력할 수 있는 제도적 장치로서 기능할 법률의 필요성이 대두되었다. 『남북관계발전에 관한 법률』(이하 『남북관계발전법』이라 함)은 바로 이러한 상황 속에서 제정되었다. 남북관계발전법은 2005년 12월 29일 제정되어, 6개월이 경과한 2006년 6월 30일 시행되게 되었다.¹²⁾

『남북관계발전법』은 남북관계발전을 추진하는 기본원칙으로 ‘자주·평화·민주’의 통일원칙, 투명과 신뢰의 원칙에 따른 남북관계 추진, 정치적·과당적 목적을 위한 남북관계 이용 금지 등을 명시적으로 규정하여, 대북정책이 국민적 지지와 공감대를 바탕으로 추진되도록 하였다.

남한과 북한간의 관계를 ‘통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계’로 규정함과 아울러 남북간 거래는 국가간 거래가 아닌 ‘민족내부거래’임을 명시하여 남북기본합의서 등을 통해 합의된 정신을 국내법으로도 재확인하였다. 남북관계발전을 위한 정부의 책무로 한반도 평화 증진, 남북경제공동체 구현, 민족동질성 회복, 인도적 문제 해결, 대북지원을 제시하고 이를 실현하기 위해 5년 단위의 남북관계발전기본계획 및 연도별 시행계획을 수립·추진하도록 의무화하였다.¹³⁾

그리고 남북회담 대표와 대북특사의 임명 근거와 절차, 대표 권한 등을 명시함으로써 법적 절차에 따른 권한 행사와 대북정책 추진의 합법성을 제고하였다. 또한 남북합의서에 대한 법제처 심사 및 국무회의 심의,

12) 제정 경위에 관하여는 신영석, 『역대정권의 통일정책 변천사』, 평화문제연구소, 2008, 415-420면.

13) 통일부, 『2008 통일백서』, 251면.

국가나 국민에게 중대한 재정적 부담을 지우거나 입법사항이 포함된 남북합의서에 대한 국회의 동의 등 남북합의서 체결·비준절차를 상세히 규정하였다.

이로써 헌법의 평화통일조항(제4조)과 남북평화공존을 현실화할 수 있는 법체계를 갖추게 되었다.

『남북관계발전법』 제1조는 “대한민국 헌법이 규정한 평화적 통일을 구현하기 위하여 남한과 북한의 기본적인 관계와 남북관계 발전에 필요한 사항을 규정”한다고 되어 있다. 이 법의 제정 의의는 다음의 다섯가지로 설명할 수 있다.

첫째, 『남북관계발전법』은 남북관계를 포괄적으로 규율한 최초의 법률이자 남북간 평화공존을 상징하는 법률이다. 『남북관계발전법』은 남한과 북한과의 기본적 관계와 남북관계 발전을 위한 정부의 책무, 남북회담대표 및 남북합의서의 체결·비준 등의 절차를 포괄적으로 규율하고 있다. 또한 기존의 『남북교류협력법』이 민간 차원의 교류협력에 관한 절차를 규정한 절차법이라면, 『남북관계발전법』은 대한민국 헌법의 평화통일 조항(제4조)을 구체화한 법률로서 남북 간의 기본적 관계와 당국 차원의 대북협상·합의 등에 대해 규율한 법으로 실체법적 성격이 강한 것이다. 종합해 보면, 이 법은 2000년 남북정상회담 이후 진전된 남북관계 현실을 법적으로 반영한 남북 평화공존을 상징하는 법률이다. 또한 북한의 정치적 실체성을 법적으로 인정하고, 한반도 평화 증진과 남북경제공동체 건설을 정부의 책무로 규정하고 1991년 남북 기본합의서의 정신을 법적으로 구현한 법률인 것이다.

둘째, 『남북관계발전법』의 제정으로 법적 근거에 입각한 투명한 대북정책 추진의 확고한 토대가 구축되었다. 남북회담 대표 및 대북 특별 사절의 임명, 남북 합의서의 체결, 비준 등 대북정책 관련 절차를 법적으로 규율함으로써 그간 통치 행위 차원에서 이루어져 온 대북정책을 법치 행정의 영역으로 전환한 것은 획기적인 일이 아닐 수 없다. 또한 예산이 수반되는 ‘남북관계발전기본계획’의 국회동의, 연도별 시행 계획의 국회 보고 등을 통해 대북정책의 투명성을 강화할 수 있는 제도적 장치를 마련한 것도 의의가 크다.

셋째, 『남북관계발전법』의 제정으로 대북정책이 초당적 협력과 국민적 동의 하에 추진될 수 있는 발판이 마련되었다. 즉 남북관계가 국민적 합의를 바탕으로 추진되도록 하고, 정치적·당파적 목적을 위한 방편으로 이용되는 것을 금지하고 있다. 특히 ‘남북관계발전위원회’에 국회의장 추천 인사를 포함한 민간 전문가를 참여토록 함으로써 대북정책이 수립 단계부터 국민적 합의에 기반할 수 있도록 하는 장치를 마련하였다.

넷째, 중장기적 비전에 따른 일관된 대북정책을 추진하는 데 있어서 『남북관계발전법』의 기여가 예상된다. 남북관계 발전의 기본 원칙과 이를 위한 정책 방향을 규정하고, 5년 단위로 ‘남북관계발전기본계획’을 수립토록 함으로써 정부가 중장기적 비전에 따라 대북정책을 추진하도록 규율하였다. 이는 대북정책의 기본 방향을 명시적으로 규정함으로써 대북정책이 국내 정치적 상황 변화에 영향을 받지 않고 일관된 방향성을 가지고 추진되도록 유도한다는 의미를 가진다.

다섯째, 『남북관계발전법』은 대북정책의 체계적·종합적 추진을 도모하는 데 도움을 줄 것이다. 예를 들어 남북관계 발전 기본 계획 및 연도별 시행 계획 수립 과정에서 유관 부처와의 조율, 남북회담 운영 등에 대한 통일부 장관의 지휘·감독권 등을 규정함으로써 대북정책이 범정부 차원에서 통일되게 추진되도록 규율하였다.

2. 역대 헌법상 영토조항의 규범성

우리 헌법상 영토조항은 제헌헌법에서부터 현행헌법까지 같은 내용으로 규정되어 왔다. 영토조항은 제헌헌법의 제4조에 규정되었고, 제2공화국헌법부터 현행헌법까지는 제3조에 규정되었다. 여기서 우리 헌법상 영토조항이 줄곧 역대헌법에 규정되어 왔으나 영토조항의 최초 제정당시의 규범성이 현재에도 그대로 유지되고 있는지 대해서는 강한 의문이 제기된다. 이러한 의문제기의 이유의 하나는 역대헌법상 영토조항의 규정은 변하지 않았지만 통일관련조항의 변천과 관련하여 규범상 모순 내지 상충됨으로써 실제로 그 규범상의 의미는 변화되었다는 것이다.

(1) 제헌헌법과 영토조항

제헌헌법은 제4조에서 “대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다”고 규정하였다. 이 규정에 의해 헌법의 효력은 한반도전역에 미치는 것으로 되고, 따라서 북한지역도 당연히 대한민국의 영토에 포함되게 되었다. 이 영토조항은 남북한의 분단상황에서 대한민국의 헌법이 대한제국 이래 북한지역을 포함한 우리나라 고유의 영토 전체에 시행되는 것을 헌법에 명시한다는 의미에서 필요하였던 것이라 볼 수 있다. 여기서의 영토조항은 대한민국헌법이 남한 뿐만 아니라 북한에도 적용되어 한반도 전체에 그 효력을 보유한다는 명백한 헌법적 표명이라고 볼 수 있다.¹⁴⁾ 그래서 제헌헌법 제정 당시 유진오 박사는 영토조항에 대하여 “대한민국 헌법은 결코 남한에서만 시행되는 것이 아니고 우리나라의 고유의 영토 전체에 시행되는 것이라는 것을 명시하기 위하여 특히 본조를 신설”한 것이라고 설명하였다.¹⁵⁾

이렇게 제헌헌법에 영토조항을 둔 것은 남북분단이란 사실을 인정하지 않는 이른바 ‘완전헌법’의 형식을 취한 것이었다. 이처럼 완성국가를 전제로 한 대한민국헌법은 분단국가헌법이었던 구서독기본법과 그 구조에 있어서 차이가 있다. 즉, 구서독기본법은 前文에서 ‘독일재통일의 명제’(Wiedervereinigungsgebot)를 규정하고, 제23조에서 기본법의 효력범위를 11개 Land에 국한시키고, 그리고 제146조에서 통일헌법의 제정과 함께 기본법의 실효를 규정하여 서독이 ‘잠정국가’(Provisorium)임을 전제로 하여 제정되었다.¹⁶⁾ 이러한 규정에 의해 구서독기본법은 잠정적으로 구서독영역에서만 효력을 갖는 것으로 규정되었다. 이는 구서독이 동서독의 분단현실을 인정하는 바탕위에서 이른바 ‘1민족 2국가론’에 입각하여 통일문제에 접근하고, 이를 헌법적 차원에서도 뒷받침하였다는 점을 보여준다.

이에 비해 우리의 제헌헌법에서의 영토조항은 분단현실을 부정하여 북한지역을 규범적으로 남한의 영토로 간주하는 입장에서 규정한 것이다.

14) 최대권, 『통일의 법적 문제』, 법문사, 1990, 45면.

15) 유진오, 『신고헌법해의』, 일조각, 1959, 50면.

16) 김도창, “헌법과 국가통일문제”, 『법학』, 제8권 2호, 서울대 법학연구소, 1966, 33-42면.

그래서 우리의 영토조항은 대한민국의 영역의 한계를 규정한 것일 뿐만 아니라 한반도문제와 관련하여 시사적인 의미를 가진다. 대한민국의 통치권은 현재 휴전선 이남에서만 행사할 수 있고, 그 이북에는 미치지 못하고 있다. 그럼에도 영토조항을 두고 있는 것은 대한민국이 구한국시대의 국가영역위에 건립되었다는 것과 대한민국이 한반도의 유일합법정부이며, 휴전선 이북지역은 북한이 불법적으로 점거하고 있는 ‘미수복지역’이라는 것을 의미한다.¹⁷⁾ 즉, 이른바 ‘구한말영토의 계승논리’, ‘미수복지역논리’, ‘반국가단체지배지역논리’, ‘유일합법정부론’ 등을 내세워 북한지역을 남한영토로 간주해왔으며,¹⁸⁾ 이는 통일정책에도 반영되어 정책적 기반을 형성하였다. 이 같은 논리에 의해 대법원의 판례도 “북한영역은 대한민국의 영토에 속하는 한반도의 일부를 이루는 것이므로 이 지역에는 대한민국의 주권이 미칠 뿐 대한민국의 주권과 부딪치는 어떠한 주권의 정치도 법리상 인정될 수 없다”¹⁹⁾고 하여 이러한 입장을 명백히 하였다.

이러한 헌법규정과 판례는 법논리상 대한민국의 헌법과 법률이 북한지역에도 적용되게 된다는 점을 의도하고 있다. 그래서 소위 ‘조선민주주의인민공화국’의 지배체제를 찬양하거나 지지하는 자는 국가보안법에 저촉되어 처벌된다. 영토조항은 북한을 ‘반국가단체’로 규정한 『국가보안법』의 근거가 되고 있다.²⁰⁾ 이에 영토조항은 한반도가 ‘사실상’ 분단되어 있는 것과 별개로 ‘법률상’으로는 분단되어 있지 않다는 것으로 대한민국의 영토는 통일되어 있다는 인식에 기초한 것이다. 이에 따라 영토조항은 북한을 국제법상 국가로 승인하지 않음은 물론 북한의 국가성 또는 국가적 실체성까지도 부인하는 근거조항이 되어 왔다.

(2) 헌법상 통일조항과 영토조항

우리 헌법상 영토조항은 제4공화국헌법에서 평화통일원칙과 관련한 통일조항을 처음으로 통일조항과 상충문제를 야기시켜 처음의 규범성은 상실되기 시작하였다. 우리 헌법은 제4공화국헌법(1972)에서 최초로 ‘통

17) 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 1990, 143면; 김철수, 『헌법학개론』, 박영사, 1988, 101면.

18) 허영, 『한국헌법론』, 박영사, 1998, 184면.

19) 대판 1961. 9. 28, 4292행상 48.

20) 김철수, 전계서, 101면; 권영성, 전계서, 143면.

일'이라는 용어를 사용함으로써 통일시까지의 '잠정헌법'임을 암시하였을 뿐만 아니라 통일의 방법과 내용에 있어 평화통일의 원칙을 명시하였다.²¹⁾ 제5공화국헌법(1980)도 제4공화국 헌법상의 통일관계규정을 승계하였으며, 여기에 몇조항을 추가 또는 폐지하였다.²²⁾

그리고 제6공화국헌법은 제5공화국 헌법상 前文, 대통령의 평화통일의무(제66조제3항), 취임선서(제69조), 국민투표회부권(제72조), 대통령의 자문기구로서 「민주평화통일자문회의」(제92조) 등에 관한 규정에서 대체로 그 내용을 승계하고, 특히 제4조에서 “대한민국은 통일을 지향하며, 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책을 수립하고 이를 추진한다”고 하여 이른바 ‘평화통일조항’을 신설하였다. 이러한 통일규정은 헌법이 조국의 평화적 통일을 국가적·국민적 과제로 규정하였음을 의미하는 것이다. 통일조항은 남북한의 분단이라는 현실인정을 전제한 것으로 영토조항과는 논리적으로 모순된다.²³⁾ 이러한 통일조항²⁴⁾으로 인해 영토조항의 제헌헌법 제정 당시의 규범적 의미는 변화하게 되었다.

(3) 영토조항의 규범성의 변화

이러한 헌법상 통일조항의 신설 및 발전은 제헌헌법상 영토조항이 엄격한 규범성을 유지할 수 없도록 하였다. 당초의 영토조항이 가졌던 북한에 대한 국가성의 부정 내지 북한지역에 대한 실지회복론은 현재의 통

21) 이를 구체적으로 보면, “조국의 평화적 통일의 역사적 사명에 입각하여”(전문)라는 대목을 신설하여 현재가 미통일상태임을 간접적으로 밝히고, 제3장에서 「통일주체국민회의」의 조직과 구성, 권한 등에 관하여 규정하고(제35조~제42조), 대통령에게 ‘조국의 평화적 통일을 위한 성실한 의무’를 부담지우고(제43조 제4항), 대통령의 취임선서시 “조국의 평화적 통일을 위하여 대통령으로서의 직책을 성실히 수행할 것을 국민 앞에 엄숙히 선서”하도록 함으로써(제46조) 통일의 의지를 천명하였다. 또한 부칙에서 “이 헌법에 의한 지방의회는 조국통일이 이루어질 때까지 구성하지 아니한다”(제10조)고 규정하고 있었다.

22) 이 헌법은 전문과 대통령의 평화통일의무(제38조 제3항), 취임선서(제44조)와 동일한 규정을 두고, 대통령이 필요하다고 인정할 때 국가안위에 관한 중요정책을 국민투표에 붙일 수 있도록 하는 규정에 ‘통일’에 관한 정책도 포함시키고(제47조), 「평화통일자문회의」를 둘 수 있도록 하였다(제68조). 한편 「통일주체국민회의」는 폐지하였다.

23) 권영성, 전거서, 143면.

24) 우리 헌법상 통일관련조항에 관한 상론은 김철수, “한국통일과 통일헌법제정문제”, 『헌법논총』, 제3집, 헌법재판소, 1992, 124-138면.

일관관조항에 비추어 볼 때 그 규범적 의미를 상실하고 있다고 할 수 있다. 현행헌법은 통일과 관련한 헌법질서에서 남북한의 분단국가상황을 전제로 하고 조국의 평화적 통일을 그 가치질서로 삼고 있다. 이는 북한 지역에 대한 남한의 통치권이 미치지 못하는 엄연한 현실을 반영한 것이고, 남한의 영토고권이 미치지 못하는 남한의 국가권력의 사각지대인 북한지역은 명목상으로는 대한민국의 영토라는 사실을 인식한 것이라 할 수 있다.

이 점에 있어 권영성교수는, 현실적으로 휴전선북방지역에는 대한민국의 국가권력이 못미치는 엄연한 사실에도 불구하고 헌법 제3조에서 북한지역을 우리의 영토라고 주장하는 것은 명목적일 뿐이라고 하였다.²⁵⁾ 즉, 국제법상 원칙에 의하면, 한국가의 영역은 국가권력이 미치는 공간적 범위에 한정되는데 우리의 영토조항은, 대한민국의 국가권력이 휴전선 남방지역에서만 실효적으로 행사될 수 있고 그 북방지역에는 미치지 못하고 있는 현실에도 불구하고 북한지역에도 실효적으로 지배하고 있다고 보는 데에 문제가 있다고 지적한다. 따라서 한나라의 주권은 현실적으로 국가권력이 미칠 수 있는 공간적 범위에 국한되어야 한다는 국제법상 원칙에서 볼 때, 우리의 영토조항은 국제법상 영역의 원칙에 반하는 비현실적 규정이라고 한다. 그러면서 영토조항과 헌법현실의 모순관계는 헌법해석론이나 헌법변천론에 의하여 설명함으로써 그 모순을 해결하여야 한다고 주장한다.²⁶⁾ 또한 양건교수도 영토조항은 1972년 『7·4공동성명』에서부터 남한의 통일정책의 실제와 부합되지 않는 점에서 그러한 한도내에서 영토조항의 엄격한 법적 효력은 상실한 것으로 보고 있다.²⁷⁾ 허영교수도 분단국가상황을 전제로 하고 조국의 평화적 통일을 그 하나의 가치지표로 삼고 있는 우리 헌법질서 내에서 과연 경직된 사고의 논리만으로 조국통일의 대업을 달성할 수 있을 것인지 의문이 생기지 않을 수 없다고 하면서, 이 점은 우리와 마찬가지로 분단 상황에 처해 있는 서독기본법이 분단 현실을 인정하는 바탕 위에서 ‘1민족 2국가론’으로 통

25) “문익환복사 방북, 좌우대결 구실 안된다”(대답), 『신동아』, 1989. 5월호, 137면; 권영성, “국가보안법, 왜 개폐를 미루는가”, 『신동아』, 1989. 10월호, 188-189면.

26) 권영성, 『헌법학원론』, 전개서, 141면.

27) 양 건, 『입헌주의를 위한 변론』, 고시계, 1987, 20-21면.

일문제에 접근했던 것과는 큰 차이가 있다고 하고 있다.²⁸⁾

결국 영토조항은 남북관계의 현실에 입각하여 북한의 실체를 인정하고 있는 통일규정과의 관계에서 볼 때 명목화되고 말았다. 허영교수의 주장처럼 북한을 하나의 실제적인 통치집단으로 인정하고, 북한지역까지를 대한민국의 영토로 보려는 경직되고 비현실적인 사고에서 탈피하여야 할 것이다.²⁹⁾ 그래야만 영토조항의 통일조항과의 괴리 내지 모순을 해결하여 통일정책의 실제 및 통일조항과의 조화로운 해석을 통해 통일정책의 헌법적 정당성을 확보할 수 있다. 그것은 냉전시대의 경직된 형식논리에서 벗어나 남북통일이란 미래지향의 헌법적 가치질서를 존중하는 자세로부터 나올 수 있는 것이며, 이는 명목화된 영토조항에 대한 새로운 인식을 요구하는 것이다.

Ⅲ. 영토조항과 북한주민의 법적 지위문제

1. 대법원 판결과 북한주민의 국적문제

(1) 판결 요지

1996년 11월 12일 대법원은 북한 국적의 주민도 대한민국 국민이라는 요지의 판결을 내렸다. 대법원은 북한국적의 중국거주동포인 이영순씨가 법무부 산하 서울외국인보호소장을 상대로 낸 강제퇴거명령처분 무효확인등 청구소송 상고심³⁰⁾에서 “헌법상 이씨는 외국인이 아닌 대한민국 국민”이라며 원고 승소판결을 내린 원심³¹⁾을 확정하였다. 재판부는 판결문에서 “이씨가 중국여권을 갖고 입국했으나 중국주재 북한대사관에서 발급한 해외공민증을 갖고 있는 만큼 중국인이 아닌 북한주민”이라며 “헌법 제3조 규정의 취지에 비추어 북한주민은 대한민국 국민으로 인정해야 한다”고 밝혔다.

28) 허 영, 전계서, 184-185면.

29) 상계서, 185면.

30) 대판 1996. 11. 12, 96 누 1221.

31) 서울고등법원 1995. 12. 8, 94 구 16009.

(2) 대법원 판결의 문제점

이번 대법원 판결은 지금까지 우리 헌법의 영토조항과 관련하여 북한을 반국가단체로 보는 종래 법원의 입장을 벗어나지 못한 것이다. 우리 대법원은 일찍이 냉전시대에 영토조항과 관련하여 “북한지역은 대한민국의 영토에 속하는 한반도의 일부를 이루는 것이므로 이 지역에는 대한민국의 주권이 미칠 뿐 대한민국의 주권과 부딪치는 어떠한 주권의 정치도 법리상 인정될 수 없다”³²⁾는 판결을 내린바 있다. 이 판결에 의할 때 영토조항의 의미는, 대한민국이 구한국시대의 국가영역 위에 건립되었다는 것과 대한민국이 한반도의 유일합법정부이며 휴전선 이북지역은 북한이 불법적으로 점거하고 있는 ‘미수북지역’임을 나타내는 것이라 할 수 있다. 이에 따라 북한정권은 반국가단체가 된다.

이같은 법원의 태도는 이번의 이영순 사건에도 그대로 나타났다. 그 결과 “북한주민도 한국국민”이라는 판결이 나오게 되었다. 결국 이번 대법원 판결은 종래의 북한에 대한 법원의 입장을 그대로 반영한 것으로 남북관계의 대내외적 변화에 따른 현실을 간과하고 있다는 점에서 많은 문제점을 안고 있다. 그 문제점의 하나로서 국내실정법상의 문제점에 대하여 출입국관리법을 예로 들어 살펴보기로 한다.

첫째, 출입국관리법상 북한국적자는 한국국민으로 취급되지 않으며, 또 외국인으로도 취급되지 않고 있다. 따라서 출입국관리법에 의해 북한국적자가 대한민국에 출입할 수 있는 방법은 없다고 할 수 있다. 출입국관리법과는 별도로 「남북교류협력에 관한 법률」(이하에서는 「남북교류협력법」이라 한다)이나 「북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률」(이하에서는 「탈북자지원법」이라 한다) 등에 의해 북한국적자의 출입국이 허용되며,³³⁾ 그밖의 난민 및 정치적 망명자의 국제법상 제도에 의해 출

32) 대판 1961. 9. 28, 4292 행상 48.

33) 「남북교류협력법」에서는 통상적인 경우 북한주민이 남한을 왕래하고자 할 때는 대통령령이 정하는 바에 의하여 통일부장관으로부터 증명서를 발급받아 입국할 수 있다(제9조 1항). 그런데 외국국적을 보유하지 아니하고 대한민국의 여권을 소지하지 아니한 해외거주 동포가 남한을 왕래하고자 할 때에는 여권법에 의한 외교통상부장관 발급의 여행증명서를 소지하여 입국할 수 있다(제10조).

입국이 허용되고 있으나, 이는 단순히 북한국적자는 한국국민이라는 법적 지위하에서 출입국하는 경우와 다르다.³⁴⁾

둘째, 국적은 개인(국민)과 국가를 연결시키는 법적 유대라고 할 수 있으며, 국적은 국가와 국민간의 통치적 법률관계를 나타낸다.³⁵⁾ 이 법적 유대에 의해 국민에게는 국가에 대한 충성의무가 생기게 되고, 국가에게는 국민에 대해 보호의무가 생기게 된다. 이 경우 북한국적자에게 대한민국에 대한 충성의무를 부여할 수 없으며, 역으로 우리 정부는 북한국적자에 대하여 외교적 보호권을 행사할 수 없는 것이 현실이다. 이러한 점에서도 북한국적자를 곧바로 대한민국의 국민으로 보는 것은 현실적인 문제를 외면한 것이다.

2. 영토조항과 북한주민의 법적 지위문제에 대한 해석론적 접근

남한헌법상 영토조항과 관련하여 한반도에는 대한민국의 국적만이 존재하며 북한주민은 당연히 대한민국의 국적을 취득하고 북한국적은 인정될 수 없는 것인가의 문제와 북한주민은 북한국적을 갖는 외국인으로 인정될 수 있을 것인가의 문제 등에 관한 검토가 필요하다.

첫째, 북한주민의 법적 지위를 대한민국의 국민으로 보는 견해이다. 국민의 자격인 국적은 국가의 실효적 통치권이 미치는 인적 범위에 한정한다는 원칙³⁶⁾에서 보면, 북한주민은 한국국민과 같은 민족이라고 할 수 있지만 한국국민과 같은 국적을 가진다고 볼 수 없다. 현실적으로 남한의 통치권이 미치지 않고 남한의 대인고권이 실효적으로 행사되지 못하

그리고 『탈북자지원법』에서는 북한이탈주민이 남한에 입국하려면 재외공관장에게 보호신청(제7조)을 하고, 통일부장관의 보호결정(제8조)을 거친 후, 외교통상부장관이 보호대상자의 국내입국을 위한 당해주재국과의 교섭 및 그의 신병이송에 관하여 필요한 사항을 정하고 이를 통일부 장관에게 통보하는 절차를 밟는다(동법 시행령 제19조). 이러한 절차를 거친 북한이탈주민은 여권법 제10조에 의해 외교통상부장관으로부터 여행증명서를 발급받아 입국할 수 있다.

34) 김찬규, “북한국적자의 입국과 출입국관리법”, 『법률신문』, 1996년 2월 5일, 15면.

35) 국적의 개념과 법적 성격에 관해서는 나인균, “한국헌법의 영토조항과 국적문제”, 『헌법논총』, 제5집, 헌법재판소, 1994, 454-456면.

36) 상계 논문, 456-457면. 이와 관련하여 국제사법재판소의 ‘노테봄사건’ <The Nottebohm Case, ICJ(Liechtenstein v. Guatemala, 1955)> 판결 참조.

는 북한의 인적 구성원인 북한주민에게 한국국민의 국적을 부여할 수 없는 것이다.³⁷⁾

둘째, 북한주민의 법적 지위를 외국인으로 보는 견해이다. 북한은 국제사회에서 일반적으로 법적 승인을 받고 있으며, 국제사회의 일원으로서 국제법적인 주권국가이다. 북한주민은 그들에게 국적을 부여한 『조선민주주의인민공화국』과 법적 유대를 맺고 있으므로 일응 북한의 국적을 갖는 외국인으로서의 지위를 갖는다고 볼 수 있다.³⁸⁾ 여기서 남북관계의 법적 성격을 감안할 때 북한주민에 대해 외국인으로서의 법적 지위를 인정하는 것도 문제가 있다. 북한의 국가성에 대해 법적으로 승인하지 않는 것과 관련되어 있는 것이다.

셋째, 북한주민의 국적 문제는 바로 남북한의 특수관계에 있다는 현실과 연관하여 이해할 필요가 있다. 『남북기본합의서』는 남북관계가 특수관계라는 법적 성격을 규정하였다. 이와 관련하여 북한주민의 국적문제에 접근하여야 할 것이다. 그래서 북한주민의 국적문제는 국내법적 접근뿐만 아니라 국제법적 접근이 필요하다.³⁹⁾ 이에 따라 북한주민의 국적문제는 한국국민, 외국인, 재외국민 등으로 그 특수한 상황에 따라 나누어 다룰 필요가 있다.⁴⁰⁾

남북한의 특수관계는 남북관계를 국제법내의 특수관계로서 내적 관계를 형성하는 것으로 보아 국제법과 국내법간의 중간적인 위치에 있는 관

37) 도희근, “헌법과 통일문제”, 『사회과학논집』, 제5권 3호, 울산대학교, 1996, 62면.

38) 국제법상 지위로서 북한공민이 외국에의 합법적인 출입국을 하는 경우 외국인의 지위를 갖는다. 제성호, “북한 탈출동포의 법적 지위와 처리방안”, 『북한연구』, 제5권 3호, 대륙연구소, 1994 가을, 105~108면.

39) 이와 관련하여 중국에서 망명한 북한의 황장엽비서의 법적 지위는 남북관계의 특수관계성에 따라 판단할 수 있다. 즉, 국내법상으로는 대한민국 국민이며, 국제법적 측면에서는 중국입장에서 볼 때 사실상 북한 국적을 가진 자로서 이중적 신분을 가진 자로 보아야 할 것이다. 또한 이 경우 황비서에 대해 정치적 망명자 또는 귀순자의 지위에 있는가의 판단은 남북한의 특수관계의 입장에서 보면 형식논리라고 할 수 있다. 이 경우 국제적 차원에서 정치적 망명자의 지위를 통해 국제법적 보호를 받고, 이후 대한민국의 관할권이 완전하게 미치게 되면 내국민으로 보아 귀순자로서 처리가 가능하기 때문이다. 제성호, “황장엽 비서의 정치적 망명사건과 국제법”, 대한국제법학회 세미나 발표논문, 1997. 4, 3면.

40) 제성호, 『남북한 특수관계론: 법적 문제와 그 대책』, 한울 아카데미, 1995, 163- 172면.

계라 할 수 있다. 이에 따라 탈북자의 법적 지위를 판단함에 있어서도 한반도에는 상이한 국제법주체인 남한과 북한이라는 두 개의 국가가 존재함에 따라 두 개의 국적이 존재하고 있음을 부인할 수 없으나, 남북한 간에는 단순한 국제법만이 적용되지 않는 특수관계를 형성하고 있다고 할 것이다. 따라서 북한주민은 국내법상으로는 남한국민이면서 국제법상으로는 사실상 북한국적을 갖는 특수한 지위로 보는 것이 현실적 대안이라 할 수 있다. 그래서 북한주민은 곧바로 한국국민이라 할 수 없으며, 영토조항은 북한주민에게 당연히 한국국적을 취득하게 하는 법적 근거가 될 수 없다. 오히려 영토조항은 제헌헌법의 제정 당시와는 다른 변화된 남북관계의 현실을 고려하면 북한을 외국으로 보지 않는 남북한의 특수관계성을 인정하고 북한주민을 외국인으로서가 아닌 내국민으로서 대우하는 근거규정이 될 수 있다.⁴¹⁾ 이는 남북관계의 법적 성격에 대하여 견해에 따라 적대관계 혹은 동반자관계로 파악되는 상황에서 현실적 대안으로서의 잠정적인 성격을 규정한 것이라 할 수 있다.

또한 『남북기본합의서』는 제1조에서 남북은 서로 상대방의 체제(제도)를 인정하고 존중한다고 하였다. 이에 따르면, 북한주민의 북한에 대한 통치관계를 규정하고 있는 북한국적법⁴²⁾을 완전히 부인할 수 없게 된다. 또한 국제사회에서 국제법 주체로서 활동하는 북한의 입장을 고려하여야 한다. 그래서 북한주민이 제3국으로 탈출하는 경우 난민의 자격을 획득하고 난민의 지위를 가지고 국제법적인 보호를 받을 수 있도록 하여야 한다. 대한민국은 제3국에 체류하는 북한주민에 대해 헌법상의 보호의무(제2조 2항)는 없으며, 북한주민이 남한으로 귀순하는 경우 당연히 한국국적을 회복한다고 볼 수 없고 일정한 국적취득절차를 거쳐야 한국국민으로서의 국적이 부여될 수 있다.

한편 북한주민이 북한국적을 포기하고 한국국적을 취득하기를 원하는 경우 북한주민을 외국인으로 보지 않는다. 만약 북한탈출주민이 남한과

41) 나인균, 상계 논문, 479-481면.

42) 북한의 『국적법』(1963. 10. 9 최고인민회의 상임위원회 결정)은 ‘조선민주주의인민공화국 공민’을 “조선민주주의인민공화국 창건 이전에 조선의 국적을 소유하였던 조선인과 그의 자녀로써 본법 공포일까지 그 국적을 포기하지 않은 자”(제1조 1호)라고 하고 있다. 북한의 새 국적법(1995년 3월 23일 최고인민회의 상설회의 결정으로 개정된 국적법)도 같은 내용으로 되어 있다(제2조 1호).

의 단독수교국에서 남한으로의 망명을 요청하는 경우 국내법상 귀순절차에 따라 국내적 수용을 하게 될 것이다.⁴³⁾ 『탈북자지원법』도 남한에 호적(가족관계등록부)을 가지지 아니한 탈북자에 대하여는 본인의 의사에 따라 통일부장관이 본적(가족관계등록기준지)을 정하고 서울가정법원에 직권으로 취적허가신청서(가족관계등록창설허가신청서)를 제출하여 호적(가족관계등록부)을 취득하도록 하였다(제19조). 『남북교류협력법』은 남북한 주민의 왕래에 있어서 출입국관리법상의 출입국의 요건과 절차를 거치지 않고, 통일부장관이 발급하는 증명서를 소지하도록 하였다(제9조). 이러한 조치는 남북관계의 특수성을 반영한 것으로서 북한주민이 바로 한국국민이라는 것을 의미하는 것은 아니라고 보아야 한다. 따라서 헌법상 영토조항을 근거로 하여 북한주민에게 한국국적을 부여하여야 한다는 견해는 합당하지 않다.

IV. 북한이탈주민의 법적 지위 문제

남북관계의 법적 성격과 관련한 하나의 문제는 바로 이른바 ‘북한이탈주민’⁴⁴⁾의 법적 지위에 관한 것이다. 이는 궁극적으로 남북한의 법적 지위문제와 관련된 것이며, 북한주민의 법적 지위문제와 연관되어 있다. 따라서 우리의 현행 헌법체계하에서 논란이 되는 북한이탈주민에 대한 법적 지위문제를 검토하고 그 대응방안을 모색해 보기로 한다.

1. 북한이탈주민의 개념과 유형

(1) 북한이탈주민의 개념

『탈북자지원법』은 ‘북한이탈주민’이라 함은 “북한에 주소, 직계가족, 배우자, 직장 등을 두고 있는 자로서 북한을 벗어난 후 외국의 국적을 취

43) 『귀순북한동포보호법』은 남한에 본적을 가지지 아니한 귀순북한동포에게는 외국인과 달리 국적법상 귀화절차를 거치지 않고 본인의 의사에 따라 보건사회부장관의 직권으로 취적할 수 있는 특례를 인정하고 있었다(제11조).

44) 북한을 탈출하여 제3국 또는 남한에 머물고 있는 사람들은 귀순자, 탈북자, 북한이탈자, 탈북동포 등 여러 가지 명칭으로 불려왔다. 본고에서는 『탈북자지원법』에서 사용하고 있는 ‘북한이탈주민’이라는 용어를 사용한다.

득하지 않은 자를 말한다”(제2조 1호)라고 정의하고 있다. 첫째, 북한에서 가족과 직장을 두고 있던 자로서 북한지역을 벗어난 자이어야 한다. 여기서 북한을 벗어난다고 하는 행위는 반드시 북한당국의 법령에 반하는 불법적인 것이어야 할 필요는 없을 것이다. 북한당국의 출입국관리상의 절차에 의해 합법적으로 제3국에서 북한당국의 지배를 이탈할 수 있기 때문이다.⁴⁵⁾

둘째, 대한민국의 보호를 받고자 하는 의사를 표시하는 북한이탈주민이 해당된다(제3조). 이는 본인의 의사를 존중한다는 의미를 지니는 것으로 북한이탈주민 본인에게 진정한 의사가 있고 이를 남한 정부에 표시한 경우에 『탈북자지원법』이 적용될 수 있다는 것을 뜻한다. 여기에 북한이탈주민이 스스로 제3국으로 가거나 현지국에 체재할 것을 희망하는 것도 포함하는 것으로, 이 경우에 본인의 희망에 따라 제3국에 체재하거나 제3국의 국적을 취득하게 할 수 있는 여지를 남겨놓겠다는 취지도 포함된 것으로 볼 수 있다.⁴⁶⁾

이를 볼 때, 『탈북자지원법』에서 정하고 있는 북한이탈주민의 범위는 전체 북한이탈주민을 포괄하지 못하고 그 범위를 한정하고 있음을 알 수 있다.

(2) 북한이탈주민의 유형

북한이탈주민이 북한의 영역을 벗어난 방식을 보면, 북한당국의 승인과 법절차에 따라 월경하는 경우와 북한당국의 승인없이 북한법을 위반하여 탈출하는 경우로 크게 대별할 수 있다. 북한주민이 북한을 이탈한 후 남한으로 입국하는 경로는 대체로 다음과 같은 몇가지로 나누어 볼 수 있다.

첫째, 북한주민이 직접 군사분계선을 넘거나 임진강 내지 동·서해를 통해 남한으로 넘어오는 경우로서 일반적으로 귀순자로 처리되어 왔다.

둘째, 북한주민이 제3국 현지에서 또는 제3국으로 탈출하여 외교적 망명을 요청하는 경우이다.

45) 제성호, 전계서, 156-163면.

46) 이상철, “북한이탈주민의 보호·지원법제 현황 및 문제점”, 『법제연구』, 제12호, 한국법제연구원, 1997, 41면.

셋째, 러시아 별목장을 탈출했거나 북한에서 중국으로 탈출하여 남한으로 입국하는 경우를 들 수 있다.

여기서 제3국에 머물고 있는 북한이탈주민의 법적 지위문제를 들 수 있다. 이들의 대다수는 남한으로의 입국을 희망하고 있다. 그래서 제3국에 진출한 노동자들이 직장을 이탈하여 남한으로의 입국을 희망하는 경우와 제3국으로 탈출하여 도피생활을 하고 있는 북한이탈주민의 법적 지위문제가 대두되고 있다.

2. 북한이탈주민의 법적 지위에 관한 문제점

북한이탈주민의 유형에서 보았듯이 북한이탈주민은 국내 및 재외의 경우로 나누어 볼 수 있다. 따라서 북한이탈주민의 법적지위문제는 국내법적 및 국제법적 차원에서 이해되어야 할 것이며, 전자는 현행헌법 및 실정법상의 지위를 의미하며, 후자는 제3국에서의 보호에 관한 지위를 의미하게 된다. 다음에 북한이탈주민의 법적 지위문제를 국내법적 및 국제법적 차원에서 검토해본다.

(1) 북한이탈주민의 국내법적 지위의 문제점

우리의 현행헌법은 통일과 관련하여 북한지역을 남한의 헌법질서내로 흡수할 것을 명시하는 영토조항을 존치시키고 있는(제3조) 한편 평화통일조항을 두고 있다(제4조). 이 두 헌법조항은 규범간 상충하는 내용을 포함함으로써 법리적 문제점을 내포하고 있다.

이와 관련하여 영토조항에 의거해 북한의 실체를 인정하지 않고 반국가단체로 보는 경우에 북한주민의 한국국민으로서의 권익을 보호받아야 하지만, 현실적으로 이들에 대한 처리와 처우는 이를 충족시키지 못하고 있다. 이에 북한이탈주민이 그 차별적 대우 내지 국민보호의 국가의무의 불이행으로 문제를 제기하는 등 한국국민으로서의 권익보호를 요구하는 경우 위헌의 문제가 제기될 수 있다는 점을 생각하여야 할 것이다.

남한에서는 1948년 5월 11일 남조선과도입법의원이 제정한 『국적에 관한 임시조례』(남조선 과도정부 법률 제11호, 이하에서는 ‘임시조례’라

고 함)가 있었다. 그리고 제헌국회에서 1948년 12월 20일 국적법이 제정되었으며, 이에 따라 ‘임시조례’는 폐지되었다. 국적법은 그 사이에 세차례의 부분적인 개정을 거쳐 1997년 12월 13일 대폭 개정된 새로운 국적법이 나오게 되었으며, 그 이후 몇차례 부분적 개정을 거쳐 2008년 3월 14일 전문개정되었다. 한편 북한은 1963년 10월 9일 최고인민회의 상임위원회 정령으로 『조선민주주의인민공화국 국적법』을 채택하였다. 이 법은 1995년 3월 23일 최고인민회의 상설회의 결정 제57호로 개정되었다.

국제법상 국적에 관한 사항은 기본적으로 해당국가의 배타적 재량사항이라는 면에서 북한국적법과의 상충문제, 해외교포의 국적문제와 관련하여 현안이 되고 있다. 첫째, ‘최초의 대한민국 국민의 범위’에 관한 기준을 제시하지 않고 있다. 남한국적법은 혈통주의 원칙에 입각하면서도 제정당시부터 ‘최초의 한국인’의 범위를 설정하는 규정을 두지 않고 있다.

둘째, 남한국적법은 북한주민의 국적문제에 대한 아무런 명시적 규정을 두지 않음으로써 북한국적 소지자의 처리에 있어서 문제를 안고 있다.

셋째, 남한국적법상 해외교포와 관련하여 이중국적을 포기하도록 하고 있는 단일국적주의에 관한 조항(제10조)과 국적선택제도(제12조)와 관련한 문제가 있다. 아직도 해외에서 거주국의 국적 또는 남·북한의 국적도 취득하지 않고 ‘조선국적’ 또는 무국적상태로 살고 있는 해외교포들의 국적문제에 관하여 우리의 국적법은 과제로 남기고 있다.

한편 남한의 국적법에 비해 북한의 1963년 국적법과 1995년 국적법은 “공화국 창건 이전에 조선의 국적을 소유하였던 조선인과 그의 자녀로서 그 국적을 포기하지 않은 자”라는 규정을 둠으로써 재외교포들 뿐만 아니라 남한국민도 북한국적법상 ‘북한공민’의 범주에 포함되고 있음을 시사하고 있다. 북한의 국적법이 북한주민의 범위에 관한 기준을 제시하고 있는 것은 남한의 국적법이 한국국민의 범위에 관한 규정을 두지 않고 있는 점과 다르다.

현행 헌법상 영토조항에 의해 남한의 한반도의 유일합법성에 근거하여 북한이탈주민의 법적 지위는 대한민국 국적을 갖는 한국국민으로 인정해야 한다. 그러나 국내 실정법상 북한이탈주민에 대한 법적 보호는 제대

로 되지 않고 있다. 『출입국관리법』은 ① 국민과 외국인에 관해서만 정의를 내리고 있어(제2조), 북한국적자를 국민 아니면 외국인으로 단정하여 판단하기 어렵다는 문제점과 ② 출입국관리법상 북한국적자는 한국국민으로도 외국국민으로도 취급되지 않으므로 출입국시 국민에게 요구되는 법적절차(제3조, 제6조)도, 또 외국인에게 요구되는 법적절차(제7조, 제12조, 제28조)도 북한국적자에게는 유효할 수 없다는 문제점이 있다. 따라서 출입국관리법에 의해 북한국적자가 대한민국에 출입하는 방법은 없다고 할 수 있으며, 다만 북한국적자의 출입국은 『남북교류협력법』이나 『탈북자지원법』 등에 의해 허용되거나, 그 밖의 난민 및 정치적 망명자의 국제법상 제도에 의해 허용되고 있다.

(2) 북한이탈주민의 국제법적 지위의 문제점

국제법적 차원에서 볼 때, 북한은 국제사회에서 하나의 국가로 인정되고 있다. 북한은 UN에 가입하였으며 세계 여러 나라들과 외교관계를 설정하고 있다. 남한은 러시아 및 중국체류 북한이탈주민에 대한 외교적 보호권을 행사할 수 있어야 하지만, 그러나 현실은 그렇지 않다.

러시아의 시베리아 북한별목공의 경우 북한별목공에 대한 북한당국의 통제와 별목공이 별목장을 이탈하는 경우 북한법에 따른 처벌이 가해진다는 점을 보여준다. 이를 보면, 러시아의 작업장을 이탈한 북한별목공에 대한 법적 보호에 있어 남한이 이들에 대해 남한국민의 지위에 입각한 외교적 보호권을 주장하기는 어려운 실정임을 알 수 있다.

한편 북한과 중국은 1960년대 초에 비밀협정으로 체결한 이른바 「중국·북한 탈주자 범죄자 상호인도협정」(『밀입국자 송환협정』이라고도 한다)과 1986년 8월에 체결한 「변경지역에서의 국가안전 및 사회질서유지 협력에 관한 의정서」(『국경지역업무협정』이라고도 함)에 따라 중국은 북한이탈주민을 북한으로 강제송환하게 된다.⁴⁷⁾ 또한 중국의 길림성은 「변

47) 김찬규, “북한탈출자의 난민자격과 그 처우에 관한 고찰”, 『인권과 정의』, 제214호, 1994년 4월호, 대한변호사협회, 1994, 17면; 『북한인권백서 1997』, 민족통일연구원, 1997, 173면.

경관리조례』를 제정하여 북한이탈주민을 북한으로 강제송환하는 것으로 알려졌다.⁴⁸⁾

따라서 이들은 국제법상 보호를 받지 못하고, 체포되는 경우 밀입국에 대한 책임을 면하지 못하게 되고 북한에 강제송환되어 처벌을 받게 된다. 이 부분에 대해서도 남한정부는 재외국민보호차원에서 이들에 대한 법적 지위보장을 중국측에 제기하지 못하는 실정이다.

3. 북한이탈주민의 법적 지위 문제에 대한 대응

(1) 북한이탈주민의 국내법적 지위 문제에 대한 대응

남북관계의 변화된 현실은 영토조항의 규범성에 대한 법원의 기존태도가 남북통일이 민족적 과업으로 인식되고 남북관계의 현실이 변화된 만큼 과거의 냉전논리에 바탕한 해석논리에서 벗어날 것을 요청하고 있다. 따라서 영토조항에 대한 새로운 해석론적 접근을 통해 북한이탈주민의 법적 지위와 관련하여 발생하는 법적 문제점을 해소하는 방안을 찾을 수 있다.

남한의 국적법은, 북한국적법과 같이 최초의 대한민국국적자의 범위를 명확히 하여 남북한주민과 해외동포들을 포괄할 수 있는 근거조항이 없다. 이를 해결하기 위해 『남조선과도정부』의 임시조례의 법원성⁴⁹⁾과 이에 관한 법원의 판례취지를 명확하게 하는 차원에서 임시조례에서 정한 최초의 한국국민에 관한 범위를 인정하는 조항을 입법화하는 방안⁵⁰⁾ 등이 입법론적 차원에서 제기되고 있다.

48) 이 『길림성변경관리조례』는 1993년 11월 12일 통과되었다.

49) 임시조례와 국적법의 관계에서 그 임시조례의 법원성의 인정여부에 관련하여 견해가 나뉘어지고 있다. 부정적인 입장은 노영돈, “우리나라 국적법의 몇 가지 문제에 대한 고찰”, 『국제법학회논총』, 제41권 2호, 대한국제법학회, 1996, 54-56면 ; 권영설, “헌법의 국민조항과 국적법”, 『고시계』, 1997년 7월호, 고시계사, 1997, 97면. 한편 긍정적인 입장은 석동현, “국적법의 개정방향”, 『서울국제법연구』, 제4권 2호, 서울국제법연구원, 1997, 3면, 14-16면.

50) 이를 좀 더 보면, 임시조례에 의해 조선의 국적을 가진 자는 대한민국 정부 수립과 동시에 대한민국이 국민으로 본다는 취지의 규정을 포함하는 방안이다. 이에 관해서는 석동현, 위의 논문, p.25; 이장희, “통일시대를 대비한 국적법 개정방향”, 아시아사회과학원 주최 학술포럼, 1997. 10. 17, 주제발표 논문, 노영돈, “1997년 국적법 개정안의 검토”, 『서울국제법연구』, 제4권 2호, 서울국제법연구원, 1997, 52면.

『남북교류협력법』과 『탈북자지원법』은 실무적 절차에서 북한이탈주민이 한국국민이라는 판단을 그대로 충족시키지 못하고 있다. 따라서 헌법상의 영토조항을 근거로 하여 북한주민에게 한국의 국적을 부여하여야 한다는 견해는 이 경우에 합당하지 않다.

한편 북한이탈주민의 처리와 관련한 실정법과 그 보호와 지원을 위한 『탈북자지원법』의 실무적 관행과의 괴리현상에 의한 위헌론의 소지는 남북한의 특수관계의 법적 성격의 인정을 통해 그 해결방안을 모색할 수 있다. 남북한 특수관계의 법적 성격을 보면, 북한이탈주민의 국내법적·국제법적 차원의 지위보호를 위한 해결방도의 모색을 가능하게 해준다.

(2) 북한이탈주민의 국제법적 지위 문제에 대한 대응

제3국에 체류하고 있는 재외 북한이탈주민에 대하여 남한은 이들이 한국국민임을 내세워 제3국에 외교적 보호권을 주장하는 것은 현실적으로 가능하지 않다. 따라서 북한이탈주민의 의사를 확인할 수 있는 공정하고 객관성 있는 국제기구의 개입을 통해 북한이탈주민의 보호방안을 마련하는 것이 현실적인 대안이 되고 있다. 그 제도가 바로 『UN난민고등판무관실』(UNHCR)의 활용이다.⁵¹⁾ 이에 북한이탈주민을 국제법상 난민의 지위로 간주하게 되는 경우, 북한이탈주민을 외국인으로 보게 되어 북한주민을 한국국민으로 간주하고 있는 현행 법체제 및 판례와는 상반되는 문제가 발생하게 된다.

국제법상 난민자격에 관해서는 『난민의 지위에 관한 협약』(Convention Relating to the Status of Refugees)⁵²⁾ 과 『난민의 지위에 관한 의정서』(Protocol Relating to the Status of Refugees)⁵³⁾가 적용된다.⁵⁴⁾ 우선 러시아와 중국은 난민협약 및 난민의정서에 가입국으로서 국제조약상 의무를 지고 있다는 점에서 이들 국가에 체류하고 있는

51) 박기갑, “북한이탈주민(탈북자)의 법적 지위에 관한 연구”, 『외교』, 제42호, 한국외교협회, 1997, 136면.

52) 1951. 7. 18 채택, 1954. 4. 22 발효.

53) 1967. 1. 31 작성, 동년 10. 4 발효.

54) 이 난민협약 및 난민의정서에 중국은 1982년, 러시아는 1993년에 가입하였으며, 남한도 1992년에 가입하였다.

북한이탈주민의 난민지위 인정에 의한 국제법적 보호조치를 가능하게 할 수 있다.

V. 맺음말

우리의 헌법은 제4공화국헌법에서 처음으로 통일조항을 둔 후 현재까지 통일관련규정을 발전시켜왔으며, 이에 따라 정부의 대북정책 및 통일정책도 전향적으로 전개되어 오늘에 이르고 있다.

오늘날 헌법상 평화통일조항과 통일정책의 실체는 분명 영토조항의 최초의 규범적 의미와는 동떨어져 있다. 전자는 미래지향적 요소를 담고 있는 반면 후자는 과거지향적인 속성을 가지고 있다고 볼 수 있다. 여기서 우리가 지향하는 바가 통일국가의 수립이고, 그것이 평화적으로 민주적 절차와 방법에 의해 이루어져야 한다는 전제는 바로 통일이란 미래지향적인 목표를 향한 것임은 두말할 나위가 없다. 이는 과거 냉전적 대립과 적대적 대결상황에서는 결코 이루어질 수 없는 것이다.

따라서 남북의 통일이 헌법상 통일원칙에 따라 평화적 방법으로 달성되어야 한다는 면에서 북한의 남한체제로의 흡수적 상황을 상정하여 마련된 영토조항에 대한 해석론은 새로운 접근방안을 모색할 필요가 있다. 영토조항에 관한 새로운 해석론적 접근방안의 모색에는 변화된 남북관계의 현실을 인정하는 바탕 위에서 과거의 냉전적 사고의 틀에서의 탈피가 절실히 요청된다. 이에 통일과 관련된 헌법규범 상호간의 상충관계 및 통일정책의 실제와 헌법규범사이의 괴리현상을 전향적으로 해결하기 위하여 새로운 헌법해석이 필요하다. 그러한 전향적인 헌법해석을 통해 현 단계에서 통일정책의 수립과 집행이 헌법의 영토조항의 해석과 관련된 문제로 위축되는 것을 막고 통일정책의 적극적인 추진을 뒷받침하여야 할 것이다.

이러한 새로운 접근자세와 관점을 가지고 북한주민의 법적 지위(국적) 문제 해결을 위한 입법방안으로 다음과 같은 것을 생각해 볼 수 있다.

첫째, 탈북자의 귀순, 제3국 거주 북한공민증소지자의 영주허가, 러시아 벌목공 처리 등의 문제해결을 위하여 북한주민의 국적문제와 관련해

탈북자의 권익을 보호하는 방법을 생각할 수 있다. 이 점에서 우리 국적법에 북한주민의 국적에 대하여 한국국적취득에 관한 특례규정을 두는 방안 또는 남북관계의 특수성을 반영할 내용을 규정하는 방안 등을 생각할 수 있다.

둘째, 남북관계의 현실을 반영하여, 즉 『남북기본합의서』의 전문에서 남북관계가 “나라와 나라 사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계”라고 합의한 바에 따라 외국인도 아니고 한국국민도 아닌 북한주민의 특수한 법적 지위를 규정하는 특별법의 제정을 검토할 수 있다.⁵⁵⁾

이와 관련하여 우리의 국적법의 개선방향에 대하여 조금 살펴본다면, 현행 국적법은 통일에 대비한 방향으로 정비되지 않아 여전히 문제점을 안고 있다. 이 국적법은 여성차별해소를 위해 부모양계혈통주의 채택, 국적선택제도 신설, 여성과 미성년자의 독자적 국적선택보장, 위장 결혼방지 등을 규정하여 이전보다 발전된 면모를 보여주고는 있다. 그러나 이 법은 혈통주의 원칙에 입각하면서도 ‘최초의 한국인의 범위’를 규정하지 않고 있어 국적법 제정 이후에 후천적으로 한국국적을 소유하게 된 자를 제외하고는 혈통에 의해 한국인들이 한국국적을 가지는 근거가 불명확한 상태가 되고 있으며, 북한주민의 국적문제에 관하여도 아무런 명시적 규정을 두고 있지 않아 북한주민의 법적 지위에 관하여 견해가 분분하다. 따라서 앞으로 국적법에 명시적으로 ‘최초의 한국인의 범위’를 규정하고, 남북한의 특수관계를 고려하여 북한주민의 법적지위를 규정하는 방법도 강구해야 할 것이다.

주제어 영토조항, 통일조항, 평화통일, 화해와 협력, 규범적 의미, 북한주민의 법적지위, 통일정책

55) 장명봉, “북한주민의 법적지위 문제의 고찰-대법원 판결(이영순 사건)과 관련하여”, 『법조』, 통권504호, 법조협회, 1998, 61면.

참 고 문 헌

- 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 1990.
- 김철수, 『헌법학개론』, 박영사, 1988.
- 신영석, 『역대정권의 통일정책 변천사』, 평화문제연구소, 2008.
- 양 건, 『입헌주의를 위한 변론』, 고시계, 1987.
- 유진오, 『신고헌법해의』, 일조각, 1959.
- 제성호, 『남북한 특수관계론: 법적 문제와 그 대책』, 한울 아카데미, 1995.
- 최대권, 『통일의 법적 문제』, 법문사, 1990.
- 허 영, 『한국헌법론』, 박영사, 1998.
- _____, 『2008 통일백서』, 통일부, 2008.
- 통일부 발간, 『상생과 공영의 대북정책』, 팜플렛.
- 통일연구원, 『이명박정부 대북정책은 어떻습니까』, 통일연구원, 2008.8.
- 『북한인권백서 1997』, 민족통일연구원, 1997.
- 『통일시대』, 민주평화통일자문회의 사무처, 2008년 9월호.
- 권영성, “국가보안법, 왜 폐지를 미루는가”, 『신동아』, 1989. 10월호.
- 권영설, “헌법의 국민조항과 국적법”, 『고시계』, 1997년 7월호, 고시계사, 1997.
- 김도창, “헌법과 국가통일문제”, 『법학』, 제8권 2호, 서울대 법학연구소, 1966.
- 김찬규, “북한탈출자의 난민자격과 그 처우에 관한 고찰”, 『인권과 정의』, 제214호, 1994년 4월호, 대한변호사협회, 1994.
- _____, “북한국적자의 입국과 출입국관리법”, 『법률신문』, 1996년 2월 5일.
- 김철수, “한국통일과 통일헌법제정문제”, 『헌법논총』, 제3집, 헌법재판소,

- 1992.
- “문익환목사 방북, 좌우대결 구실 안된다”(대답), 『신동아』, 1989. 5월호.
- 나인균, “한국헌법의 영토조항과 국적문제”, 『헌법논총』, 제5집, 헌법재판소, 1994.
- 노영돈, “우리나라 국적법의 몇 가지 문제에 대한 고찰”, 『국제법학회논총』, 제41권 2호, 대한국제법학회, 1996.
- _____, “1997년 국적법 개정안의 검토”, 『서울국제법연구』, 제4권 2호, 서울국제법연구원, 1997.
- 도희근, “헌법과 통일문제”, 『사회과학논집』, 제5권 3호, 울산대학교, 1996.
- 박기갑, “북한이탈주민(탈북자)의 법적 지위에 관한 연구”, 『외교』, 제42호, 한국외교협회, 1997.
- 서재진, “상생·공영으로 남북경제공동체실현”, 『통일시대』, 민주평화통일자문회의 사무처, 2008년 9월호.
- 석동현, “국적법의 개정방향”, 『서울국제법연구』, 제4권 2호, 서울국제법연구원, 1997.
- 유병화, “남북한 UN가입과 한국통일의 법적 문제”, 『통일문제연구』, 제3권 제3호, 통일원, 1991 가을.
- 이상철, “북한이탈주민의 보호·지원법제 현황 및 문제점”, 『법제연구』, 제12호, 한국법제연구원, 1997.
- 이장희, “통일시대를 대비한 국적법 개정방향”, 아시아사회과학원 주최 학술포럼(1997. 10. 17).
- 장명봉, “북한주민의 법적지위 문제의 고찰-대법원 판결(이영순 사건)과 관련하여”, 『법조』, 통권504호, 법조협회, 1998.
- 제성호, “북한 탈출동포의 법적 지위와 처리방안”, 『북한연구』, 제5권 3호, 대륙연구소, 1994 가을.
- _____, “황장엽 비서의 정치적 망명사건과 국제법”, 대한국제법학회 세미나 발표논문, 1997. 4.

법제연구 / 제35호

대판 1961. 9. 28, 4292 행상 48.

대판 1996. 11. 12, 96 누 1221.

서울고등법원 1995. 12. 8, 94 구 16009.

BverfGE 18.

BVerfGE 36.

The Nottebohm Case, ICJ(Liechtenstein v. Guatemala, 1955).

Development in South–North Korean Relationship and Constitutional Problems of Territorial Clause and North Koreans’ Legal Status

Chang, Myung - Bong*

According to our constitution, territorial clause set unification clause related to peaceful unification principle starting from the 4th republic and because of that it causes contradicting problems with unification clause thus first norm became disqualified. Our constitution first used the word “unification” in the 4th republic constitution (1972) suggesting that not only it was “provisional constitution” but also it suggested the principle of peaceful unification in methods and in contents. The 5th republic constitution (1980) also succeeded to the articles concerning constitutional unification relation and some articles were added or abolished.

The 6th republic constitution(1987) generally succeeds to the contents of the 5th republic constitution. Especially under the Article 4 establishing ‘peaceful unification clause’, it reads “The Republic of Korea shall seek unification and shall formulate and carry out a policy of peaceful unification based on the fundamental principles of liberal democracy.” This kind of unification provision implies that the constitution recognizes the peaceful unification as a national and state goal. The unification clause logically contradicts with the territorial clause because it preconditions acknowledgement of division of Korean peninsula. Because of the unification clause, the normative meaning of the territorial clause has changed.

* Prof. Emeritus, Kookmin University / President, Korea Society of North Korean Law Studies

Nowadays, the relationship between South and North Korea has changed from hostile relationship to companion relationship toward unification. Especially since June 2000, upon South-North summit meeting which was held after 55 years since the partition of the Korean peninsula, South and North Korea are heading for “unification era” of reconciliation and cooperation leaving “division era” of hostility and confrontation. Therefore, problems concerning South-North relationship should be explained based on logic corresponding to unification era thus legal approaches about problems concerning South-North relationship also needs different viewpoint for new growing relationship and different thought for unification. In order to solve legal problems concerning application of our territorial clause based on constitution, new approach to territorial clause is needed.

In this paper, territorial clause of unification era and North Koreans’ legal status are discussed. First, normative problems of territorial clause depending on changes of South-North relationship will be focused. Second, based upon this argument, North Koreans’ legal status problems will be discussed.

In Short, unification - related articles were added first to the constitution under the 4th Republic and until now they have been developed as provisions related to unification. According to this, government’s policy towards North Korea and unification policy have been conversed up to now. Therefore, new approach upon territorial clause is needed. In order to do so, it is necessary to cast off cold war thought that existed in the past. Establishment of unification policy and its execution should not be blocked by the matters related to interpreting territorial clause.

Key Words territorial clause, unification clause, peaceful unification, reconciliation and cooperation, normative meaning, North Koreans’ legal status, unification policy
