

韓國 憲法の 座標

—「領土條項」과 「平和的 統一條項」—

崔 大 權*

◇ 차 례 ◇

- | | |
|-----------------------------------|------------------------------|
| I. 문제의 제기 | III. 國家保安法 및 南北交流協力에
관한法律 |
| II. 우리 憲法の 領土條項과 平和的
統一에 관한 條項 | IV. 맺는 말 |

I. 문제의 제기

기왕에 개정되어야 한다고 지목되었거나 해석상 논란의 대상이 되어온 조항을 비롯하여, 비록 개정논의·해석논의는 아직 없었지만 반드시 이러한 논의의 대상이 되어 장차는 개정에 의하든 해석에 의하든 바로 잡혀져야한다고 생각되는 憲法條項을 거론하여 살펴보자는 것이 이 글의 목표이다. 그러한만큼 이 글을 쓰는 필자의 문제 의식에 따라 문제점이 있다고 판단되는 헌법조항에 관한 學論일 수 밖에 없다고 생각된다.

필자는 領土條項(제 3 조), 平和的 統一條項(제 4 조), 政黨에 대한 國家補助金制度(제 8 조제 3 항제 2 문), 大統領의 國民投票附議 制度(제 72 조), 헌법재판소의 기능 및 관할권과 관련된 제 107 조 제 1 항 및 제 2 항 등이 거론되어야 한다고 생각한다. 다만 지면의 부족때문에 이번에는 領土條項 및 平和的 統一條項만을 우선적으로 다루어 보고자 한다.

* 서울대학교 법과대학 교수, 법학박사.

II. 우리 憲法의 領土條項과 平和的 統一에 관한 條項

우리나라 憲法의 영토조항(제 3 조)에 관한 지금까지의 지배적인 생각은 대한민국의 주권이 북한지역을 포함한 전체 한반도에 미치며 따라서 북한지역에 사실상 존재하는 북한정부는 기껏해야 국제법상의 「交戰團體」이고 국내법적으로는 「不法團體」일 수 밖에 없고 바로 그러한 까닭에 바로 이러한 불법단체와 교류접촉하는 일체의 행위 등이 不法일 수 밖에 없고 이러한 불법행위를 범죄로 규정하여 처벌하는 법체계가 國家保安法이라는 것이다. 이러한 생각에 따를 때 국가보안법의 헌법상 근거조항이 영토조항이라는 생각에 이른다는 것은 너무나 당연하게 보인다. 그리고 이러한 생각에 바탕을 둘 때에 북한지역은 「未收復地域」일 뿐이고 따라서 북한지역에 대하여 대한민국정부로서 할 수 있는 일은 失地回復(收復)이거나 북진통일밖에 없는 것으로 생각되어 왔다. 이러한 생각은 더 나아가서 북한지역에 사실상 존재하는 북한정부의 실체를 인정하고 그 위에서 이와 교류·접촉하여 평화적으로 통일에 이른다는 일은 영토조항에 근거하여 적어도 법적으로는 불가능하다는 생각으로 이어진다.

이러한 생각은, 국민의 통일열망을 충족시키기 위한 것이었든 離散家族의 아픔을 달래기 위한 것이었든 또는 국내정치적으로 유리한 고지를 점령하기 위한 정치인등의 정치목적 때문이었든, 통일을 앞세운 南北接觸과 交流와 회동이 빈번해 지면서 대단히 곤혹스러운 짐으로 부각되기 시작했다. 이러한 곤혹스러움은 북한접촉이 눈에 보이는 구체적 이정표를 만들어내면서 점차(crescendo) 더하여가고 있는 모습을 관찰할 수 있다. 1972년의 南北共同聲明은 남한 국내적으로는 維新政局으로 이어졌고 이를 표현한 소위 維新憲法(1972)에 「祖國의 平和的 統一」이란 文言이 그 서문과 몇 개 조항에 삽입 등장하게 된 이래 현재 헌법의 평화적 통일조항(제 4 조, 그리고 서문; 제66조제 3 항 등)에 이어져 오고 있다. 특히 1991년 9월에 남북한이 UN에 동시에 가입하게 되고 그리고 1991년 12월에는 1972년의 東西獨基本關係條約에 비견되는 「남북사이의 화해와 교류협력에 관한 합의서」를 채택하고 1992년 2월 19일에 발효되기에 이르자 우리의 「영토조항」과 「평화적 통일조항」에 관한 해묵은 생각들이 거둬서 거둬서 그리고 큰소리로 표출되기에 이르고 있다.

우리 헌법의 「영토조항」과 「평화적 통일조항」은 서로 충돌하고 있다는 주장¹⁾

1) 權寧星, “國家保安法, 왜 改廢을 미루는가”, 「新東亞」, 1989년 10월호, 189面; 權寧星, 「憲

이 그 대표적인 것이다. 우리의 「영토조항」하에서는 未收復地域의 실지회복 내지 수복만이 가능한 까닭에 「평화적 통일」과는 양립할 수 없다는 것이다. 평화적 통일 은 한반도상의 2개의 실체를 인정하고 이 兩實體間의 합의 등을 통한 통일을 전제 하는 때문이다. 그리하여 더 나아가서는 憲法改正節次에 의한 「領土條項」의 삭제까 지 주장하고 있으며,²⁾ 「영토조항」의 개정삭제가 사실상 불가능한 실정에 비추어 「領土條項」의 「憲法變遷」을 주장³⁾하는데까지 이르고 있다. 겹하여 「영토조항」에 근거를 두고 있다고 지목되는 國家保安法の 폐기를 주장하고 있으며,⁴⁾ 설사 國家保安法을 입법절차에 의하여 공식적으로 폐기하지 아니하더라도 南北交流接觸의 필요 성에 의하여 제정된 「南北交流協力에 관한法律」(1990)에 의하여 사실상 폐기된 것 이나 다름없다는 주장⁵⁾까지 나오고 있다. 남북간의 교류와 협력이란 바로 국가보안 법상의 규율대상인데 「南北交流協力에 관한法律」은 국가보안법보다 우선하게 되어 있는 까닭이다(제 3 조). 이러한 국가보안법을 아직도 유지하여야 할 이유는 없어 보인다. 이러한 주장들을 들어보면 「영토조항」은 마치 통일의 걸림돌이나 되는 듯 이 비춰지고 있다.

그러나 첫째로는 「영토조항」 및 「평화적 통일조항」에 관한 이러한 기존의 고정 관념에 빠져서 이들 조항에 대하여 一義의인 의미만을 부여하고 이로부터 한발자욱 도 벗어나지 못하는 것이 과연 타당한 입장이며 또 그것만이 능사일 것인가 하는 질문이 제기된다. 심지어 상당히 한정적 구체적으로 규정되어 있는 刑法條項이라든

法學原論(新訂版)», (법문사, 1992), 143面; 金哲洙, “統一을 위한 憲法만들자”, 중앙일보, 1987년 6월 15일자 時評; 張明奉, “한민족공동체 統一方案 그 法的 體系化 研究”, (國土統一院, 1989), 60~76面; 張明奉, “南北韓基本關係定立을 위한 法的 對應”, 「유엔 加入과 統一의 公法問題」, (韓國公法學會, 1991), 132面 및 토론부분 149面 등. 이에 반대하여 兩條項이 상충하는 것이 아니라는 주장으로 張明奉의 “南北韓基本關係定立을 위한 法的 對應”에 대한 許營의 討論, 전계 「유엔加入과 統一의 公法問題」, 162面.

2) 전계 金哲洙, “統一을 위한 憲法만들자”; 張明奉, “南北韓基本關係定立을 위한 法的 對應”, 「유엔加入과 統一의 公法問題」, 131面 및 토론부분, 148面; 張明奉, 전계서, 70~71面; 李長熙, “南北合意書의 法制度的 實踐課題”, 「南北合意書의 後續措置와 實踐의 課題」, 아시아사회 과학연구원 92년 제 1 회 統一問題學術세미나 제출논문, 3面 등 참조.

3) 전계 장명봉, “南北韓基本關係定立을 위한 法的 對應”, 133~134面 및 토론부분 150面; 장명봉, 전계서, 73~74面.

4) 전계 金哲洙, “統一을 위한 憲法만들자”; 전계 權寧星, “國家保安法, 왜 改廢을 미루는가”, 189面; 張明奉, 전계서, 60~76面; 전계 李長熙, “南北合意書의 法制度的 實踐課題”, 4~5面 등.

5) 權寧星, “北韓, 조건없는 ‘자유왕래’ 선언하라 -보안법 통일논의 장애물이란 논리 설득력 없다”, 全教學新聞, 1990년 8월 15일자 卷頭論壇; 張明奉, 전계서, 81面 등.

지 民法條項을 놓고도 여러가지 해석의 여지가 있는 법이다. 하물며 광범위한 또는 다양한 뜻이 담길 수 있도록 抽象的·開放的으로 규정되어 있음이 특징인 憲法條項에 있어서라. 둘째로 刑事事件이나 民事事件에 있어서 法律家(예컨대 辯護士)의 역할은 자기가 옹호하는 原告 또는 被告측에 유리한(事實뿐만 아니라) 각종의 법적 주장을 발견·개발하여 전개하는 일일 것이다. 그런데 統一이라든지 國家安保와 같이 중대한 國家利益, 민족의 장래·민족의 운명이 걸린 憲法條項의 해석이나 運用을 놓고는 법률가, 특히 헌법학자의 役割은 무엇이어서 할 것인가? 그리고 셋째로는 다양한(解釋論을 포함한) 法的 論議를 통하여 좀 더 설득력을 가지는, 좀 더 합리적인 주장쪽으로의 發展, 새로운 法慣行의 탄생, 심지어는 憲法變遷도 생겨날 수 있는 것이 아니겠는가? 이러한 입장에서 문제를 바라볼 때 우리의 「領土條項」 및 「平和的 統一條項」에 대하여 행하는 고정관념적인 一義的 의미부여에 대하여 妥當性이나 說得力의 측면에서 그리고 헌법학자의 역할의 관점에서 동조할 수 없는 입장임을 지적하지 않을 수 없다.

그러면 「領土條項」과 「平和的 統一條項」은 과연 서로 衝突하는 條項인가? 결론적으로 이야기하면 一見하여 相衝하듯이 보이는 이 두 條項을 좀 더 심층적으로 그 의미를 분석하여 보면 결코 그러하지 아니하다는 것을 알 수 있다는 것이 우리의 주장이다. 이 주장은 말할 것도 없이 「領土條項」과 「平和的 統一條項」의 의미에 딸린 것임을 주의할 필요가 있다. 그리고 國家保安法의 憲法的 根據條項이 領土條項이라는 주장⁶⁾은 잘못된 것이며 領土條項이 아니라 憲法 제37조제 2 항이 그 根據條項이라는 것이 우리의 주장이며 따라서 憲法 제37조제 2 항의 制約을 따라야 한다—이러한 입장에 설 때 國家保安法과 南北交流協力에 관한法律은 서로 相衝하는 것이 아니다. 무엇보다도 最高의 絶對的·排他的 權力인 主權(=憲法制定權力)도 주어진 歷史的·地理的인 限界에 의한 制約에 따르는 權力이라고 믿는다. 우리가 즉 憲法制定權力이 처음에는 蘇聯의 北韓地域占領, 傀儡政權의 樹立, 후에 北韓政權의 존재에 의하여 어쩔 수 없이 제약될 뿐 全韓半島에 걸친 主權의 權力을 宣言·主張한 것이 우리의 領土條項이라고 믿는다.⁷⁾ 주권에 관한 그리고 憲法制定權力에 관한 어

6) 金哲洙, 「憲法學概論(全訂新版)」, (博英社, 1992), 106面; 전계 權寧星, 「憲法學原論」, 143面; 전계 權寧星, 「國家保安法, 왜 改廢를 미루는가」, 188面; 張明奉, 전계서, 68面 및 82面; 전계 張明奉, 「南北韓基本關係定立을 위한 法的 對應」 132面 등.

7) 崔大權, 「韓國統一方案에 관한 國內法的 考察」, 襄載湜·崔大權·盧明濬, 「韓國統一方案의 法的 問題」, (國土統一院, 1972), 41~45面; 崔大權, 「統一의 法的 問題」, (法文社, 1990), 27~30面 등.

떠한 이론이나 주장도 이같은 엄연한 限界 내지 制約을 없애는 것으로 할 수 있는 것은 아니지 않는가? 이를테면 高句麗의 故土인 滿洲를 우리의 領土로 憲法에 선언한다고 하여 우리의 領土가 되는 것은 아니지 않는가? 그렇다면 領土條項이 의미하는 바는 다음과 같다고 생각한다. 北韓地域의 主權的 權力을 행사하는데 장애를 주는 요인이 소멸할 때에는 憲法改正이나 加入(獨逸基本法 제23조 참조) 등 다른 특별한 憲法的 措置없이도 당연히 大韓民國의 主權的 權力이 그 곳에 미친다. 北韓住民이 南韓地域에 이주하는 경우에는 國籍變更의 조치없이도 당연히 大韓民國의 國民이 된다. 나아가 領土條項은 北韓地域에 대하여 主權的 權力을 실현할 義務를 大韓民國, 특히 그 정부에게 부과하는 것이라고 믿는다. 北韓地域에 대하여 主權的 權力을 실현한다 함은 統一 이외에 아무것도 아니다. 그러므로 領土條項은 統一의 義務를 부과하는 것이라고 믿는다. 다만, 統一의 방안으로 武力에 의한 統一을 포함한다면 그 限에 있어서는 領土條項은 「平和的」 統一條項과 衝突한다고 할 수 있다. 그러나 후술하는 바와 같이 비록 平和的 統一條項이 없다고 하더라도 武力에 의한 統一을 우리 憲法은 排除하고 있다고 믿는 까닭에⁸⁾ 領土條項은 平和的 統一方案과 相衝되는 것이 아니고 오히려 이와 調和되는 것이라고 믿는다.

領土條項의 의미를 이같이 이해하는 까닭에 領土條項의 憲法變遷이란 처음부터 문제가 되지 않는다. 우선 領土條項과 관련한 憲法變遷의 主張이 구체적으로 무엇을 의미하는지 반드시 명확한 것이 아닌 것이 두드러지고 있지만, 가령, 北韓의 실체를 인정치 아니한 것으로부터 그 실체를 인정-주장에 따라서는 北韓의 국가로서의 승인까지 주장하는 견해도 있다-하는데까지 이르게 된 사정을 보여주는 것이라면, 그것은 領土條項의 意味變遷이 아니고 領土條項을 假託하여 전개한 정부의 對北政策의 변화에 지나지 않는다. 北韓地域에 대한 主權的 權力은 北韓政府의 존재에 의하여 처음부터 사실상 제약되어 왔기 때문이다. 그러한 의미에서 北韓政權을 交戰團體로 보아온 견해도 하나의 비유로서라면 몰라도 정확한 것은 아니라고 판단된다. 왜냐하면 大韓民國이 北韓地域에 대하여 지배력을 미치고 있는데 그후에 革命이 일어나 北韓地域에서 사실상의 支配權을 행사하는 政權이 들어섰기 때문에 부득이 이 政權은 사실상의 地方政府로 받아들여지지 않을 수 없다고 하는 경우이나 불일 수 있는 交戰團體 또는 叛亂團體의 정의는 우리 역사적 상황에 맞지 아니한 까닭이다.

領土條項의 또 하나의 의미는 舊大韓帝國 → 上海臨時政府 → 大韓民國으로 이어지

8) 전계 崔大權, 「統一의 法的問題」, 124~125面 및 146面 등.

는 正統性의 주장에 있다. 영토조항을 중심으로한 이러한 정통성 주장은 당시 상해 임시정부의 요인을 비롯한 주요 애국지사들이 남한에 귀환하였다는 사실, 韓民族構成員의 과반수 이상이 남한에 거주하고 있다는 사실, 대한민국정부수립의 법적 기초를 UN결의,⁹⁾ UN감시하의 자유선거, 이 선거에 의하여 구성된 制憲議會·憲法制定·政府樹立에 두고 있다는 사실, 그리고 대한민국 정부에 대한 UN의 유일합법정부로서의 승인(사실)¹⁰⁾ 등에 의하여 보장되고 있다.

우리의 영토조항에 기초를 두는 정통성 주장에 대응하여 북한정권의 정통성 주장이 전혀 별개의 성격을 가지는 기초에 바탕을 두고 있음은 흥미롭다. 그것이 北韓憲法の 「조선민주주의인민공화국은 전체 조선인민의 이익을 대표하는 자주적인 사회주의 국가」(제 1 조)이고 그 주권은 「노동자, 농민, 병사, 근로인텔리에 있다」(제 7 조)는 조항이다. 즉 북한은 영토조항이 아니고 거주지에 상관없이 「전체」조선인민의 「인민주권」을 거론함으로써 자신의 정통성 주장을 뒷받침하고 있다. 舊大韓帝國의 영토·그 위에 실재하였던 주권의 계승자라는 주장이 아니고 共產革命論·人民主權論에 북한의 정통성 주장을 근거지우려고 하는 것이다. 이처럼 領土條項은 북한의 인민주권론에 상응하는 것인 만큼 영토조항의 일상적인 改正削除 주장은 우선 정치적 提議로서도 설득력이 없다.

엄연히 존재하는 歷史的·地理的 限界(즉 北韓政權의 존재)에 의하여 제약된 全韓半島에 걸친 주권적 권력의 선언으로 파악되는 우리 영토조항의 또 하나의 법적 의미는 한반도상에 대한민국 이외의 또 다른 「국가」의 「승인」은 거부하는 것이라고 믿는다. 즉 북한정권의 존재를 부인할 수는 없지만 이들 「國家」로서 승인할 수 있다는 것을 의미하지는 않는다. 이러한 사정은 「1 民族, 1 國家, 2 政府, 2 體制」¹¹⁾ 라는 공식으로 잘 표현·정리해 낼 수 있다고 생각한다. 이것은 우리 헌법에서 뿐만 아니라 북한 헌법으로부터도 도출되는 공식이라고 판단된다. 북한은 인민주권의 원리에 바탕을 두고 「전체 조선인민」의 이익을 대표하는 유일의 자주적인 사회주의 국가임을 표방하고 있고 남한정부란 북한 헌법의 시각에서는 「북반부에서 사회주의의 완전한 승리를 이룩하며 전국적 범위에서 외세를 물리치고 민주주의적 기초위에

9) 「UN韓國問題決議集」(Resolutions of the U.N. Principal Organs Relating to Korea, 1974~1976), (대한민국외무부, 1976), 39~41면; *Korean Unification: Source Materials with an Introduction*, (Seoul: Research Center for Peace and Unification, 1976), 101~102면.

10) 전제 「UN韓國問題決議集」, 58~60면; 전제 *Korean Unification*, 109~110면.

11) 이 점은 통일 이전의 동서독의 「1民族, 2國家」방식과 확실히 다르다고 생각한다. 우리의 경우에는 기껏하여 서로의 정부라는 실체로 인정하는 데 그치고 있다. 전제 崔大權, 「統一의 法的問題」, 45면(註 23), 66면(註 59), 79면, 91면, 105면, 121면 등 참조.

서 조국을 평화적으로 통일하며 완전한 민족적 독립을 달성하기 위하여 투쟁」(제 5 조)함을 목표로 하고 있는 조선민주주의인민공화국의 투쟁대상인 반사회주의적, 親外勢的, 반민주주의적 집단일 수 밖에 없기 때문이다. 「1 民族, 1 國家, 2 政府」의 공식은 「남북합의서」에도 잘 드러나 있다고 믿는다. 「남북합의서」 서문에서 「…… 민족공동의 이익을 도모하며, 쌍방사이의 관계가 나라와 나라 사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계」(방점은 필자)라고 하고 있음이 그것이다. 남북쌍방이 장차의 남북관계형성의 기본틀이 되는 「남북합의서」에 들어간다고 하여 상대방을 국가로서 승인하는 것이 아님을 분명히 하고 있으며, 이것은 위에서 지적한 바 있는 「영토조항」의 한가지 의미, 즉 2개 국가의 성립부인의 의미를 충실히 실현·반영하는 것이라고 생각한다(그렇다고하여 북한의 실체를 부인하는 것이 아님은 이미 충분히 지적한 바이다). 「남북합의서」의 이러한 점은 1972년의 東西獨間의 기본관계조약의 경우와 명백히 다른 점이라고 생각한다. 동서독간의 기본관계조약에서는 국가간의 관계임을 서문 및 1條 이하 여러 조항에서 분명히 하고 있다.¹²⁾ 이 점을 대표하듯이 兩獨은 상대방 정부소재지에 常駐代表部를 교환설치할 것을 합의하고 있다. 남북한의 경우에는 판문점에 남북연락사무소를 설치·운영할 것에 합의하고 있을 뿐이다. 그럼에도 불구하고 「남북합의서」를 동서독간의 기본관계조약과 동일시하여 南北 2個國間의 조약으로 보는 견해가 있다.¹³⁾

이곳에서 우리는 국제법의 시각에서 바라본 남북한관계와 국내법(특히 헌법)의 시각에서 바라본 남북한관계 사이의 괴리에 주목하여야 한다고 생각한다. 남한에 대한민국이 수립되고 북한에 조선민주주의인민공화국이 들어선 이래 한반도상에 국제적으로 2개의 국가가 존재하여 왔다는 엄연한 사실을 부인할래야 부인할 수는 없다. 남한과 외교관계를 수립한 나라가 몇개요 북한과 修交한 나라가 몇이며 동시수교국이 몇이라는 통계¹⁴⁾가 그것을 보여준다. 더욱 결정적으로는 남북한이 동시에 UN회원국이 되었다. 평화애호「國」만이 UN회원국이 될 수 있는 것이다(UN憲章 제 4 조). 그런데 위에서 누누이 지적한 바와 마찬가지로 헌법은 하나의 국가만이 존재 할 수 있을 뿐인 체제로 구성되어 있다. 이러한 국제법과 헌법의 괴리가 대한

12) 兩獨基本條約 참조. (國土統一院編), 「東西獨關係發展에 관한 報告 및 文書」, (國土統一院 南北對話事務局, 1981), 196~198面; 「獨逸統一關係法研究」, (法制處, 1991), 191~192面; *Völkerrechtliche Verträge*, 4. Aufl. (C. H. Beck, 1987), SS. 451~453.

13) 예컨대 전계 李長熙, “南北合意書의 法制度的 實踐課題”, 1~4面 참조.

14) 1991년 9월 1일 현재 대한민국과의 수교국 수가 149개국이고 朝鮮民主主義人民共和國과의 수교국 수가 108개국이며 동시수교국 수가 94개국이다.

민국의 수립 및 북의 조선민주주의인민공화국의 등장과 함께 형성되어 오늘에 이르고 있는 것이다. 그러한만큼 이러한 兩法의 괴리가 남북한의 UN동시가입에 의하여 바뀌었는가, 특히 「남북합의서」의 채택에 의해 바뀌었는가, 혹은 소멸되었는가 하는 각도에서의 질문도 가능하다고 생각한다. 이것은 UN동시가입행위에 의하여 남북한은 서로를 국가로서 승인한 것이나 다름없는가, 그리고 「남북합의서」의 채택을 통하여 남북한은 서로를 국가로서 승인한 것이라고 볼 수 있는가, 나아가 우리 헌법은 이 사실을 받아들일 수 밖에 없는 것으로 그 의미가 변질된 것이나 하는 질문으로도 대체될 수 있다고 믿는다. 그러나 UN가입을 전후한 정부의 성명서라든지 발표문을 살펴본다던지 「남북합의서」 채택 발표를 전후한 정부의 성명서·발표문들을 보아도, 그리고 「남북합의서」 자체에서도 남북한은 상대방을 「국가」로서 승인하는 것은 아니라는 점을 분명히 하고 있다고 판단된다. 즉 남북한은 각자의 헌법상의 원칙을 충실히 따르고 있음을 보여준다고 판단되는 것이다. 즉 남북한의 UN가입에 의하여 그리고 「남북합의서」의 채택·발효에 의하여 남북한간의 관계에 관한 국제법과 헌법의 괴리구조에 바뀐 것은 아무 것도 없다는 결론이 된다. 그러한만큼 영토조항의 헌법변천을 이야기할 아무 것도 없다는 결론도 된다. 나아가 「남북합의서」가 두 국제법실체간의 「條約」인 것은 틀림없지만 그것이 우리 국내법(헌법)에서 말하는 國家間(國際)條約(제60조제 1 항 참조)이 아닐 수 있다는 결론도 가능하다고 생각한다. 요컨대 남북관계는 국내법(헌법)적으로 혹은 국가간의 관계에 準하는 것일 수 있어도 결코 국가간의 관계일 수는 없다. 「領土條項」이 요구하는 것은 바로 이러한 것이라고 생각한다. 그러한만큼 아마도 그것(남북합의서)은 국내법상의 두 공법단체(예컨대 지방자치단체)간에 체결된 협정에 유사한 것으로 개념화할 수 있으리라 믿는다. 이것이 「남북합의서」에서 남북관계를 나라와 나라사이의 관계가 아닌 「특수관계」라고 지칭하고 있는 것의 의미라고 생각한다. 그러한 까닭에 「남북합의서」가 조약임으로 국회의 批准同意를 요하는 것도 아니고 조약이기는 하여도 국가「間」의 조약이 아니기 때문에 국회의 批准同意를 요치 아니한 것이다. 그리고 그것은 대한민국의 북한에 대한 국가로서의 묵시적 승인행위의 징표 가운데 하나로 풀이될 수도 있는 국회의 비준동의행위를 행하지 아니함으로써 「남북합의서」의 국가간 조약으로서의 성격을 부인하고 있음을 보여주는 것이 된다. 그리고 미국의 행정협정(executive agreements)의 예에서 보듯이 헌법상 요구되는 국회(美國의 경우에는 上院)의 비준동의 없이도 구속력을 가지는데 지장이 없는 국제조약의 성립을 인정하는 헌법관행도 가능하다. 서로 상대방을 국가로 승인하지 아니하려는 남북한간의 「남북합의서」에서라.

더구나 국가간의 조약이라고 하여 국회의 비준동의가 다 요구되는 것이 아님을 헌법상 분명하다. 그렇다면 조약에 대한 국회의 비준동의권의 의미가 무엇인지 살펴보자. 그것은 조약이 국내법적인 효력을 갖게 하는데 필요한 立法的 權限이 아니고 헌법에 열거한 중요 조약과 관련하여 대통령이 가지는 條約締結權에 대한 국회의 통제장치라고 생각된다.¹⁵⁾ 그런데 비준동의권이 국회가 대통령의 조약체결권 행사에 대하여 가지는 유일한 對政府統制裝置가 아님을 주의할 필요가 있다고 생각한다. 그렇지 아니하면 헌법상 국회의 비준동의가 요구되지 아니하는 조약에 대하여 국회는 아무런 통제권을 가지지 아니한다는 것을 의미하게 될 것이기 때문이다. 그러나 이러한 일이야 있을 수 없다. 비록 국회가 비준동의권을 가지지 아니하는 경우라고 할지라도 국회는 정부의 조약체결권 행사에 대하여 국회가 가지는 각종의 통제장치를 활용할 수 있음은 물론이다. 국회결의안의 채택이라든지 그 조약의 시행과 관련하여 요구되는 예산에 대한 豫算案議決權·決算審査權의 행사, 요구되는 시행법률에 대한 立法權의 행사, 國政調査權의 발동 등의 장치나 방법을 통한 국회의 정부 통제가 그것이다. 예컨대 美國聯邦大統領이 上院의 동의없이 외국과 행정협정을 체결할 수 있다고 하여 의회가 문제가 된 행정협정과 관련하여 대통령 또는 정부에 대하여 아무런 통제방법이 없는 것이 아님은 물론이다. 마찬가지로 「남북합의서」의 경우에 국회의 비준동의가 요구되지 아니한다고 하여 국회가 이와 관련하여 정부에 대하여 아무런 통제장치도 가지지 아니하는 것이 아니다. 그리고 「남북합의서」와 관련하여 국회의 비준동의가 없었다거나 비준동의가 요구되지 않는다고 하여 그것이 兩當事者를 구속하는 法的 效力을 가진다는 데 대하여 아무런 지장도 없다고 믿는다. 「남북합의서」를 비롯하여 남북사이에 체결되는 협정이 조약이고 따라서 국회의 비준동의가 요구되는 것인지 아닌지 아니면 하나의 “紳士協定”(이것이 과연 무엇을 의미하는 것인지에 대한 의문이 있다)이고 따라서 국회의 비준동의가 불필요한 것인지 아닌지에 관하여 영토조항 등을 지니고 있는 우리 헌법의 뜻이 반드시 「一刀兩斷」式으로 분명하지 아니하다는 사실을 가장 너그럽게 보아 우리가 시인하지 않을 수 없을 것이다. 그렇다면 이러한 때에 남북간에 체결되는 협정은 이로써 상대방을 국가로 승인하는 것도 국회의 비준동의를 요하는 것도 아닌 (넓은 의미의) 조약이 된다는 관행—이것은 헌법관행이라 하여야 할 것이다—이 장차 확립된다면 그 限에 있어서 우리가 미래를 향하여 헌법의 변천을 이야기할 수 있을 것이다.

15) 전계 權寧星, 「憲法學原論」, 171面 및 759面; 전계 金哲洙, 「憲法學概論」, 752面; 許營, 「韓國憲法論」, 882面 등.

그러면 「平和的 統一」조항의 의미를 분석하여 보자. 그리고 그것이 과연 영토조항과 충돌하는 것인지 아니면 조화될 수 있는 것인지 살펴보자. 우선 「統一」의 의미가 무엇인가? 언어의 통일, 경제적 통합 등 機能的 統合(functional integration)의 用例에서 보는 바와 같이 넓은 의미의 통일을 생각할 수 없는 것은 아니지만 법적으로 의미있는 통일, 즉 제 4 조에서 이야기하는 통일은 남과 북이 하나의 法體制, 이 法體制를 담보하는 하나의 정부 밑에 들어가는 것을 의미한다고 믿는다. 하나의 법체제·하나의 정부란 「主權」의 속성이자 징표이다. 그러한 의미에서 하나의 주권 밑에 남북이 들어가는 것이 통일이다.¹⁶⁾ 그러면 남과 북이 어떻게 통일의 상태에 이르게 되느냐 하는 방법, 절차 내지 과정의 사실은 더욱 문제라고 생각한다. 통일의 방법(안)¹⁷⁾으로 첫째는 무력사용에 의한 일방적 상대방 굴복·통합을 생각할 수 있고, 둘째로는 일방에 의한 상대방의 소위 흡수통합을 생각할 수 있는데, 이때에는 대체로 상대방 체제내에서의 民衆蜂起 → 體制顛覆 → 吸收統合의 과정을 거치게 되리라 생각된다. 왜냐하면 자기 체제하에서 혜택을 누리는 기득권자세력들은 자기 체제를 옹호하려고 갖은 노력을 다 할 것이고 따라서 자기 체제를 지킬 수 없는 경우가 아닌 한 자기 체제를 버리고 다른 쪽 체제에 자기 발로 들어가 흡수통합되는 경우를 상정하기 힘든 까닭이다. 셋째 방법으로 남과 북의 합의를 통하여 통일에 이르는 경우를 막연히 생각할 수 있는데, 이때에는 다시 두가지를 상정할 수 있다고 생각된다. 자기 체제를 옹호하려는 기득권자들, 이를 대변하는 정부 차원의 합의를 통한 통일의 경우와 남북을 모두 포섭하는 헌법제정권력(=南北을 통틀은 한민족의 자결권)에 의한 통일의 경우가 그것이다. 그러나 이러한 상정에도 불구하고 정부차원의 합의를 통한 통일이란 실제로는 있을 수 없다고 믿는다. 기득권자인 체제옹호자들이 자기 체제를 지킬 수 있는 능력이 있는데도 불구하고 자기체제를 전복하는 결과에 이르기 마련인 통일에 응할리는 없을 것이며 만약 자기 체제의 옹호를 고수하는 한 체제연합(=國家聯合)에의 합의에 이를 수는 있어도 과연 통일에 합의하리라고는 생각되지 아니하며, 남과 북 어느 쪽도 자기 체제의 본질을 훼손하는 일이 없이 통일에 이를 수 있는 제 3의 체제란 또한 있을 수 없기 때문이다. 즉, 북의 유일체제·일당독재체제와 남의 다원주의체제를 모두 포섭하는 또는 兩體制를 모두

16) 「통일」의 의의에 관하여 전계 崔大權, 「統一의 法的問題」, 76面 및 116~119面; 崔大權, 「統一論議의 法的分析」, 「한민족공동체 統一方案의 實踐과 制度化研究」, (통일원, 1990), 119~133面.

17) 전계 崔大權, 「統一의 法的問題」, 118~119面, 145~147面 및 77~102面; 전계 崔大權, 「統一論議의 法的分析」, 129面 이하.

조화할 수 있는 제 3의 체제란 없는 까닭이다. 그러므로 통일의 경우에는 兩體制間의 擇一만이 있을 뿐이라고 생각한다. 그렇다면 남과 북의 합의에 의한 통일이란 남북한주민 모두를 포함하는 한민족의 헌법제정권력행사에 의한 (통일헌법 채택을 통한) 통일 뿐이다. 다만 형식절차과정으로는 兩政府가 한민족 전체의 헌법제정권력행사의 절차와 방법 등에 관하여 합의하고 이에 따라 헌법제정권력이 행사되는 경우를 상정할 수 있으리라 생각된다. 그리고 이러한 경우란 실제로는 정부가 민중의 요구에 굴복하는 경우이라고 생각된다.

그러면 이러한 통일방법에 대하여 법적 분석을 가하여 보자. 첫째로 만약 영토조항이 무력사용에 의한 통일만을 명하는 것이라면 헌법 제 3조와 제 4조는 상충하는 조항이라고 할 수 있으리라. 그러나 또 다른 전쟁을 원하지 아니하는 적어도 남한국민감정, 동북아국제정세, 남북간의 무력에 의한 견제와 균형 등의 여러 사정 등에 비추어 남측이 주도하는 무력에 의한 통일이란 상상하기 힘들거니와 통일을 위한 무력사용(전쟁)이 가장 조직적인 대규모의 인권침해를 동반한다는 점에서 인간의 존엄과 가치의 존중을 최고의 가치로 생각하는 우리 헌법상 무력에 의한 통일은 제 4조를 떠나서라도 허용될 수 없다고 믿는다.¹⁸⁾ 만약 남한측의 무력사용에 의한 통일이 실제로 불가능할 뿐만 아니라 법적으로도 용납될 수 없는 것이라면 제 3조와 제 4조는 외견상의 충돌에도 불구하고 심층적으로 분석할 때 아무런 충돌도 야기하는 것이 아니라고 판단된다. 즉 둘째로 남쪽에 의한 북측의 흡수통합은 아무런 헌법적 어려움을 제기치 아니한다고 생각된다. 위에서 이미 지적한 바와 같이 북측의 독일기본법(제 23조)에서와 같은 가입절차도 새로운 헌법의 제정도 바로 영토조항의 존재에 의하여 불필요할 것이다. 「社勞盟」의 예에서 보듯이 남한에서의 사회주의혁명(남한체제의 전복)을 피하는 세력이 전혀 없는 것은 아니지만 남한에 사회주의혁명이 일어나고 북한에 의한 흡수통합이 일어난다는 것은 세계적인 차원에서의 공산주의체제의 몰락과 우리 사회내부에서의 社會主義退潮에 비추어, 그리고 그간의 우리 사회내부에서의 민주화에 비추어 대단히 비현실적이라고 생각되지만, 가령 가능하다 한다면 우리 헌법체제가 전복된 후의 이야기이기 때문에 새삼스럽게 우리 헌법상으로 문제될 수는 없다. 오늘의 시점에서 가능성·현실성이 큰 것은 오히려 남측에 의한 북의 흡수통합인데 바로 그러하기 때문에 북측은 남한에 의한 북의 흡수통합을 가장 경계하고 있다. 蘇聯 및 동구에서의 공산주의체제의 종말, 「이밤에

18) 전계 崔大權, 「統一의 法的問題」, 146面; 전계 崔大權, 「統一論議의 法的分析」, 129面 및 138面.

고깃국」도 그 주민에게 먹이지 못하고 있는 정도의 중앙집권적인 국가계획체제의 심각한 경제실패, 반세기에 가까운 1인독재체제에 의한 인민통제의 비인간성 등의 요인 등이 이 지구상에 몇 안남은 공산주의체제인 북한체제의 붕괴를 그들 체제의 조그마한 개방에 의하여서도 예측할 수 있게 만들어주고 있는 것이다. 경제개방이 삼시간에 주민의 정치체제개방요구로 이어질지 모른다는 우려가 경제개방도, 한정된 사회개방(예컨대 이산가족의 상봉·고향방문 등)도 꺼리게 만들고 있는 것이다. 북과의 경제교류를 통하여 북을 도와주는 것은 장차의 통일비용을 줄인다던지, 북한정부를 도와주고 체제를 지키게 만들어주어야 그들로 하여금 접촉·교류테이블에 나오도록 만들 수 있고 그렇게 하여야 궁극적으로는 북한의 개방을 유도할 수 있다는 논리하에 이를테면 현재의 「남북합의서」의 채택 등 북한정부를 상대로 하는 북한으로 하여금 그들 체제를 지켜나가는데 결과적으로 도움을 주게 되는 남측의 통일정책은 보기나름으로는 북한체제의 생명을 연장시켜줌으로써 그 체제하에 꺾박받고 혈벗은 북한주민의 고통을, 그리고 분단의 아픔·이산가족의 고통을 무한정 지속시키는 결과를 가져오는 것이라고도 할 수 있다. 이미 결말이 났다고 할 수 있는 체제는 그 연장이 아니고 그 붕괴를 촉진시켜야 북한주민의 고통과 이산가족의 아픔도 빨리 덜어주고 통일의 목표도 빨리 성취하는 것이 아닌가 하는 생각을 할 수 있는 까닭이다. 세번째의 政府레벨의 합의에 의한 「統一」政策은 실은 위에서 지적한 바와 같이 장차는 통일에 이를지 몰라도 적어도 단기적으로는 북한으로 하여금 그들 체제의 옹호 또는 강화를 가능케 하며 외형적인 통일열망의 제고효과에도 불구하고 통일에 이르는 것이 아니고 분단의 아픔·북한 주민의 고통을 이처럼 지속시키는 것이라고도 말할 수 있으리라.

그렇다면 마지막으로 남북한주민 전체를 포용하는 全 韓民族에 의한 헌법제정권력행사를 통한 통일에 대하여 법적 분석을 행하여 보자. 위에서 언급한 바와 같이 형식적 절차과정으로는 남북의 정부가 합의하여 이같은 헌법제정권력행사를 위한 절차·방법 등을 마련하고 제헌의회구성을 위한 선거 등을 관리하는 경우가 있을 수 있다. 그러나 이러한 일이 일어나기 위하여는 남북한 모두 양쪽 모두에서 民主化가 일어나 민중이 정부를 통제할 수 있는 상황이 전개되어야 한다.¹⁹⁾ 지금 남한사회에서는 그간의 민주화 결과로 북한사회에서도 이에 상응하는 민주화가 이루어진다면 사태진전에 따라서는 남북한주민 모두를 포용할 수 있는 憲法制定權力에 의한 통일헌법의 채택, 이를 통한 「統一」의 달성도 상정할 수 있게 되었다. 그러므로 이

19) 전개 崔大權, 「統一의 法的問題」, 124~131面 및 147~153面 참조.

러한 과정의 전개를 위하여는 북한사회의 민주화는 필수적이다. 그러나 지금 현재의 북한실정은 김일성·김정일 부자 및 그들이 이끄는 勞動黨이 주도하는 정부가 主體思想·唯一體制를 무기로 하여 철저한 주민통제에 성공하고 있는 까닭에 이러한 사태의 진전을 상상하기는 힘들다. 그러나 조심스럽게 예측되는 북한사회의 개방화가 중국적으로는 북한사회의 민주화로 이어지리라는 기대를 가질 수 있고 이러한 경우에 생겨날지도 모르는 남북한 전주민을 포용하는 헌법제정권력행사에 의한 통일도 상정할 수 있다고 믿는다. 이러한 경우의 헌법제정권력행사에 의한 통일(헌법의 채택)은 기존의 남북정부의 해체를 전제로 할 것이다. 그렇다면 이러한 통일이 우리 헌법상 어떻게 평가될 것이냐, 허용될 수 없는 것이냐 하는 것이 일응 문제될 수 있으리라 생각된다. 그렇더라도 만약 이러한 과정을 통하여 통일이 진정으로 이루어진다면 현행의 우리 헌법의 시각을 통한 평가랄까 피리의 문제는 실제로는 물론 법적으로도 문제로서 제기되지 않을 것이라고 믿는다. 왜냐하면 이러한 통일은 첫째로는 영토조항의 「實現」을 의미할 것이며 둘째로는 평화적 통일조항의 「實現」을 의미할 것이기 때문에 이러한 경우의 헌법의 해체는 발전적 해체를 의미할 것이라고 믿는 까닭이다. 더 나아가 남북한 전주민을 포용하는 헌법제정권력은 현행 헌법의 제정권력보다 우월적인 권력을 의미하는 까닭에 이같은 발전적 해체를 정당화하고도 남음이 있다고 믿는다. 다만, 전체 한민족을 포용하는 헌법제정권력이 이같은 우월적인 권력을 주장할 수 있기 위하여는 다음과 같은 두가지 절차적 조건을 반드시 갖추어야 한다고 생각한다. 첫째로는 남북한주민이 다수자이든 소수자이든 심지어는 반대자까지도 자유스럽게 헌법제정권력형성에 참여할 수 있는 기회(機會均等)가 주어져야 하고 둘째로는 완전한 언론·출판·집회·결사의 자유·정당설립의 자유 등이 보장되어야 한다.²⁰⁾

우리 헌법 제 4조의 「自由民主의 基本秩序에 입각」한 통일 정책이란 바로 이러한 헌법제정권력행사를 위한 절차적 틀을 의미한다고 믿는다. 그 권력행사를 위한 이같은 절차적 조건하에 행사된 헌법제정권력에 의한 통일을 가정할 때 현행 헌법 제 3조와 제 4조가 상충한다는 주장은 참으로 무의미하다고 생각한다. 오히려 이러한 통일을 통하여 제 3조와 제 4조의 뜻은 실현되며 「完成」되는 것이라고 판단된다.

20) 崔大權, 「憲法學-法社會學的 接近」, (博英社, 1989), 96~101面, 특히 100~101面; 전계 崔大權, 「統一論議의 法的分析」, 133~142面; 전계 崔大權, 「統一의 法的問題」, 139~147面. 武力使用·相對方 屈服에 의한 통일은 (統一) 憲法制定權力行使를 위한 이같은 節次的 原理에 反한다는 의미에서도 헌법상 容納될 수 없다고 믿는다.

III. 國家保安法 및 南北交流協力에 관한法律

이상에서 우리는 헌법의 영토조항이 평화적 통일조항과 충돌하는 것도 그리하여 통일의 법적 「걸림돌」이 되는 것도 아니라는 점을 살펴보았다. 그러면 이곳에서는 國家保安法이 통일의 「걸림돌」이나 하는 문제를 살펴보자. 국가보안법이 마치 통일의 걸림돌이나 되는듯이 논하는 사람들의 주장은 다음과 같은 헌법적 논의에 바탕을 두고 전개된다. 국가보안법은 「領土條項」에 헌법적 근거를 두고 있으며²¹⁾ 따라서 우리 영토의 북반부를 불법으로 차지하고 있는 북한이란 불법단체일 수 밖에 없고 나아가 그것은 국가보안법 제 1 조의 「反國家團體」일 수 밖에 없기 때문에 북한과 교류접촉하는 행위는 어느 것이나 국가보안법의 금지대상이 되며 따라서 통일을 위한 교류접촉까지도 범죄로 다스린다는 것이다. 따라서 통일노력을 금지하는 국가보안법은 폐기되어야 하며²²⁾ 나아가 국가보안법의 근거조항이 되는 영토조항도 폐기되어야 한다고 주장한다. 국가보안법의 이러한 이해에 입각하는 한 남북교류협력에 관한 법률은 국가보안법과 바로 충돌하게 되며 따라서 이 법률의 제정에 의하여 국가보안법은 사실상 폐기된 것이나 다름 없고²³⁾ 더욱이 이 같은 폐기된 것이나 다름 없는 국가보안법을 계속하여 붙들고 있을 이유는 조금도 없다고 할 수 있다.

이러한 주장이 제기하는 헌법적 문제의 하나는 국가보안법의 헌법적 근거는 무엇이나 또는 그 근거를 어디에 둘 것이냐 하는 점이고, 둘째로는 헌법에 근거를 두고 제정되는 법률의 헌법적 한계는 없는 것이냐 헌법에 근거를 두는 한 무제한의 刑罰法規를 제정할 수 있는 것이냐—영토조항에 그 근거를 두는 사람들은 마치 헌법적인 제한이나 한계없이 刑罰法規를 제정할 수 있는 듯이 생각하는 것으로 보인다—하는 점이고, 셋째로 國家保安法과 南北交流協力에 관한法律은 과연 상충하는 법률이나 하는 점이라고 생각한다. 그러면 첫째로 국가보안법의 근거를 과연 영토조항에 둘 수 있는 것이냐? 결론부터 이야기하면 이것은 대단히 잘못된 주장이라고 생각한다. 왜냐하면 국민의 기본권에 제약을 가하는 법률—국가보안법은 바로 이러한 법률이다—로서 헌법 제 37 조제 2 항에 근거를 두지 아니하는 법률이란 우리 헌법하에서는 불가능한 까닭이다.²⁴⁾ 우선 영토조항에 국가보안법의 근거를 두는 주장은 영토조항과 헌법 제 37 조제 2 항의 상호관계가 무엇이나 하는 질문을 제기케 만든다고

21) 전계 註(6) 참조.

22) 전계 註(4) 참조.

23) 전계 註(5) 참조.

24) 전계 崔大權, 「憲法學」, 189~213面(제 2 부제 3 장), 특히 195~196面, 198面 및 206面 참조.

생각한다. 나아가 영토조항에 국가보안법의 근거를 두는 주장은 명시적인 언급은 없지만 영토조항을 기본권에 대한 講學上的 헌법의 일반유보로 보는 것이라고 생각된다. 왜냐하면 개별적인 헌법의 留保이나 법률의 유보이상의 용어상의 차이는 있어도 「민주적 기본질서조항」(제 8 조제 4 항), 신체의 자유와 관련한 법률유보조항(제 12 조제 1 항), 언론·출판의 자유와 관련된 헌법유보조항(제 21 조제 4 항) 등의 경우에 있어서와 마찬가지로 또는 이와 평행되게 반드시 제 37 조제 2 항과 관련시키지 아니한 채 기본권 제약의 헌법적 근거로 거론하는 까닭이다. 그러나 영토조항이 되었든 개별적인 헌법 또는 법률유보조항이 되었든 제 37 조제 2 항에 의하지 아니하고 기본권 제약의 헌법적 근거로 삼는 견해는 영토조항·개별적인 헌법 또는 법률유보조항을 제 37 조제 2 항과 전혀 무관한 조항으로 보거나 제 37 조제 2 항에 대하여 특별법의 관계에 있는 조항으로 보거나 혹은 바로 헌법유보이기 때문에 제 37 조제 2 항보다 우선하는 효력을 가지는 조항으로 보는 견해가 되리라 생각된다. 그러나 만약 이러한 견해를 택한다고 하는 경우에는 헌법 제 37 조제 2 항은 거의 의미가 없는 유명무실한 조항으로 전락할 것이며, 그리하여 기본권의 제약을 정당화하는 필요성(예컨대 영토보전의 필요성)이 존재하는 경우이더라도 그 제약은 부득이한 최소한에 그쳐야 하며 더구나 그것은 반드시 법률에 의하여야 하고 그 경우에도 기본권의 본질적 내용을 침해할 수 없다는 원리에 의하여 지배되지 아니한다고 하여도 무방하리라 생각된다. 만약 이러한 견해에 입각하는 것이라면 이것은 우선 헌법의 통일적·체계적 해석의 원리에 반한다. 기본권제약의 원리로서의 영토조항(및 헌법 또는 법률유보조항)과 제 37 조제 2 항을 서로 조화가 되게 관련시켜 통일적·체계적으로 해석하여야 하는 것이 헌법의 뜻에 맞는 것이 아니겠는가? 그러므로 영토조항(및 헌법 또는 법률유보조항)은 기본권제약의 원리로 작용함에 있어서는 제 37 조제 2 항의 예시조항에 불과하다고 하는 것이 우리의 주장이다. 즉 영토보전의 필요성은 제 37 조제 2 항상의 「국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우」의, 특히 국가안전보장을 위하여 필요한 경우의 하나의 대표적인 예시에 불과하다고 생각하는 것이다.

바로 그러한 까닭에 두번째 문제에 대한 대답은 자동적으로 나온다고 생각한다. 즉 영토보전의 필요성 때문에 기본권에 대하여 일정한 제한이나 한계를 설정하는 경우라고 하더라도 그것은 법률에 의하여 부득이한 최소한의 제한이나 한계에 그쳐야 한다는 제한이나 한계에 대한 제약의 원리에 따라야 한다는 점이다. 이러한 원리는 말할 것도 없이 헌법상의 최고의 가치인 기본권을 가능한 한 최대한으로 보장하는 원리에 지나지 않는다. 이러한 원리는 영토보전의 필요성이 존재하는 경우라

고 하여 달라질 이유가 없다. 그리고 이러한 원리에 반하는立法은 違憲無效일 수 밖에 없다. 그렇다면 영토보전의 「必要性」의 판단, 「부득이」한 「최소한」의 제한 또는 한계설정의 판단은 누가 하느냐? 말할 것도 없이 1차적으로는 법률제정권자인國會가 하여야 하며 2차적으로 司法審査를 통하여 헌법재판소가 행하여야 하는 것이다. 그러므로 우선 국회가 기본권의 제한 또는 한계에 대한 제약의 원리에 맞는 입법을, 즉 국가보안법을 제정하여야 한다. 그런데 국회가 국가보안법을 제정하면서 그러하지 못하였기 때문에 헌법재판소가 위의 판단을 행하기에 이르렀다. 이것이 국가보안법 제 7 조에 관한 헌법재판소의 소위 限定合憲決定²⁵⁾의 취지이다.

이 결정에 의하면 “…… 소정행위에 의하여 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 줄 명백한 위험이 있는 경우”에 한정하여 國家保安法 규정(제 7 조)은 憲法(제 37 조제 2 항)상 正當化되며 따라서 유효하다. 이것은 헌법 제 37 조제 2 항에 기초하여 행한 형벌법규엄격해석의 결과라고 할 수 있다.²⁶⁾ 어쨌든 헌법재판소의 이 결정에 의하여 헌법 제 37 조제 2 항의 뜻에 맞는 국가보안법의 의미 내지 한계는 분명하게 설정된 점이다. 남은 문제는 분명하게 설정된 국가보안법의 의미 내지 한계에 맞게 국가보안법을 개정하거나 국가보안법을 집행적용하는 일이다. 이러한 문제는 국가보안법만의 문제가 아니고 더 근본적으로는 우리나라에 있어서의 입헌주의 내지 법치주의 확립의 문제가 되는 것이라고 생각한다.

국가보안법 개정의 문제에 이르면 그것은 헌법재판소가 해석한 바에 따라 헌법 제 37 조제 2 항의 뜻에 맞는 것이어야 한다는 점을 거듭 강조하지 않을 수 없다. 1991년 5월 31일의 개정에 의하여 「國家の 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서」라는 목적조항을 삽입함으로써 종래의 구성요건에 비해서는 상당히 한정적으로 규정한 것임은 의문의 여지가 없지만 그러나 과연 헌법 제 37 조제 2 항의 뜻에 맞을만큼 한정적인지의 의문은 남는다.²⁷⁾ 「국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정」을 가졌더라도 그 소정의 행위가 「국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 줄 명백한 위험성」이 없다고 판단되는 경우도 있을 수 있는 까닭이다(傍點은 필자). 둘째로 위에서 전개한 우리의 논의에 비추어 국가보안법을 폐기하여야 한다는 주장은 언센스라고 생각한다. 국가의 존립·안전이나 자기가 옹호하는 체제를 지키기 위하여 형법 및 기타 法的 防禦措置를 가지지 아니하는 나라는 없다. 헌법 제 37 조제 2 항에

25) 1990년 4월 2일 결정, 89 헌가 113.

26) 崔大權, “刑法의 解釋과 憲法の 效力”, 서울대학교 「法學」 31권 1·2호, 1990, 209~221面 참조.

27) 배종대, “다시 한번 국가보안법을 말한다”, 「법과 사회」 4호, 134~155面 참조.

의하여 설정된 한계를 벗어나서 집행·적용될 여지가 있다. 남용될 여지가 있다는 문제는 있을 수 있으나, 이것은 법 일반의 문제이다. 국가보안법 자체만의 문제는 아니라고 생각한다. 셋째로 국가보안법의 개정문제에 있어서 형법상의 內亂·外患罪와의 관계를 분명히 하여야 한다고 생각한다. 헌법재판소의 결정에 의하여 분명하여진 제37조제2항의 뜻에 맞는 국가보안법의 구성요건들이 형법의 內亂·外患罪의 포섭의 범위에 드는 것이라면 새삼스럽게 국가보안법을 존치하여야 할 이유는 없다고 생각된다. 그러나 불행하게도 내란·외환죄 규정의 文言의 오늘날의 뜻이 불분명하여 과연 국가보안법상의 구성요건을 모두 포섭하는 것인지의 판단이 또한 어렵다. 그리하여 헌법재판소는 그 결정에서 내란·외환죄의 규정이 “古典的”이라고 부르고 있다. 근래에 형법개정이 논의되고 있는 이 마당에 마땅히 내란·외환죄 조항을 심층 분석·검토하여 국가보안법의 존치여부와 연계시키면서 그 文言을 가다듬는 개정작업을 서둘러야 한다고 생각한다. 그러나 불행히도 이러한 작업은 진행되고 있지 아니한 것으로 보인다.

넷째로 국가보안법 제2조의 「反國家團體」란 북한지역에 주소지를 두었기 때문이 아니고 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 줄 명백한 위험성이 있는 행위를 목적으로 하는 단체이기 때문인 것으로 헌법 제37조제2항에 비추어 해석하여야 한다는 점²⁸⁾은 이상에서의 우리의 논의에 비추어 분명해진다. 북한정부가 반국가단체일 수 있는 것은 반드시 북한지역에 설립된 정부이기 때문이 아니고 대한민국 정부 및 체제(민주적 기본질서)의 전복과 공산화를 꾀하여 6·25 남침, 무장공비남파, 아웅산 폭파, KAL기 폭파 등 대한민국 정부 및 체제를 전복하려는 갖가지 「공작」을 꾀왔을 뿐만 아니라 「남북합의서」를 발효시킨 이 시점에서 실은 아직도 「남조선해방」의 꿈을 기본적으로 버리지 아니하고 있는 단체이기 때문에 反國家團體일 수 있는 것이다. 따라서 국가보안법의 근거를 영토조항에 두고 그리고 북한정부를 무조건 반국가단체로 규정하고 있는 것이 국가보안법이라고 하는 것은 잘못이라고 생각한다. 대한민국 정부 또는 체제의 전복과 관련되지 아니할 때에는 북한이라고 하여 반드시 반국가단체일 필요가 없다고 생각한다. 그리고 우리의 정부나 체제의 전복과 관련될 때에는 지금 현재 우리와 외교관계를 맺고 있는 나라의 정부나 단체라도 그리고 남한에 있는 단체라도 반국가단체일 수 있다. 따라서 북한지역도 대한민국영토이기 때문에 북한정부는 不法團體일 수 밖에 없고 나

28) 전계 崔大權, “刑法의 解釋과 憲法の 效力”, 212~213面; 전계 崔大權, “統一論議의 法的分析”, 152~153面 등.

아가 반국가단체가 되는 것이라고 하는 것은 논리의 비약이라고 생각한다. 우선 논리적으로 불법이 다 범죄가 되는 것도 또 그렇게 되어야 하는 것도 아니다. 북한정권의 존재가 영토조항과 상치되는 상태에 있다는 의미에서만 “不法”團體일 수는 있어도 언제나 국가보안법상의 「反國家團體」가 되는 것이 아니며, 그것이 추구하며 또는 목표로 하는 행위의 성격에 따라 반국가단체일 수 있을 뿐이다.

다섯째로 南北交流接觸行爲는 南北交流協力에 관한法律이 없었으면 모두 국가보안법상의 금지대상이 되는 행위인 까닭에 이 법의 제정으로 인하여 국가보안법은 사실상 폐기된 것이나 다름없다는 생각도²⁹⁾ 이상에서 논한 바에 의하여 잘못임이 분명하다고 생각한다. 南北交流協力에 관한法律의 제정에 관계없이 적어도 헌법 제37조제 2항(및 이를 풀이하여 국가보안법의 한계를 설정한 헌법재판소 결정의 효력)에 비추어 정부나 체제의 전복에 관련되지 아니하는 남북교류접촉 등의 행위가 국가보안법상의 금지처벌의 대상이 되어야 할 근거는 없는 까닭이다.³⁰⁾ 동시에 설사 南北交流協力에 관한法律에 따라 외형적으로는 정부의 승인을 얻어 북한과 교류접촉하는 행위라고 할지라도 그것이 대한민국의 정부 또는 체제 전복행위의 일환으로 행한다고 함과 같은 경우에는 南北交流協力에 관한法律(제 3조 참조)에 상관없이 그것이 국가보안법의 규율대상이 될 것임에 틀림없다.

IV. 맺는 말

우리는 이상에서 우리 헌법의 領土條項(제 3조)과 平和的 統一條項(제 4조)이 서로 양립할 수 없는 것이 아님을 살펴보았으며 더욱이 통일에 대비하기 위하여 영토조항을 改正廢棄하여야 할 이유를 발견할 수 없었다. 경우에 따라서는 우리 헌법의 영토조항이 이전의 서독기본법의 경우보다 통일에 더 유용할 수도 있다고 믿는다. 동시에 국가보안법의 헌법적 근거를 영토조항에 두는 것은 잘못이며, 국가보안법의 헌법적 근거는 영토조항이 아니라 헌법 제37조제 2항이고 나아가 국가보안법도 헌법 제37조제 2항이 천명하고 있는 기본권의 제한 또는 한계설정의 경우의 제약의 원리에 따라 제정되며 또 해석되어야 한다. 그러므로 기본권의 제약 또는 한계설정의 헌법적 근거로서는 영토조항은 제37조제 2항상의 기본권 제한 또는 한계설정의 필요성 발견의 대표적 예시에 불과하다.

29) 전계 註(5) 참조.

30) 전계 崔大權, “統一論議의 法的分析”, 154面.

통일을 위하여 영토조항을 폐기하자는 주장은 좋게 보아 우리나라 사회의 非法的文化(allegal culture)패턴의 한 표현형태이고 나쁘게 보면 자기 나라 最高法規範인 헌법에 대한 존중사상결여의 단적인 발로라고 생각한다. 이러한 태도가 궁극적으로는 헌법수호의지, 나아가 입헌주의의 문제로 이어지는 것이라고 생각한다. 마치 영토조항 때문에 통일이 안되는듯이 생각하는 태도를 다른 사람도 아닌 법률가가 견지하고 주장하는 것은 우리나라에 있어서의 헌법의 수호, 우리나라에 있어서의 입헌주의를 생각해 만드는 대목이라고 생각한다. 講學的인 명제로서는 나라의 最高法規範인 헌법은 존중되고 수호되어야 한다는 것을 모르는 사람이 없을 것이다. 어느 나라 헌법치고 우리처럼 자주 바꾸는 예를 보았는가? 그렇다면 領土條項을 改正廢棄하자는 주장은 헌법을 존중하고 수호하는 태도는 아니지 아니한가? 지금까지 집권자들이 자기의 정치적 편의에 따라 수없이 헌법을 바꾸어온 것을 우리가 개탄하여 마지않았는데 그때 그때의 편의에 따라 마치 하위법 바꾸듯이 헌법을 바꾸어나가려는 무리에 헌법학자를 위시한 법률가들도 동참하려고 하는 것이라고 보인다. 헌법은 언필층 나라의 最高法規範으로서 준수·존중되어야 하며 부득이하고 또 거기에 국민적 합의가 모아지는 경우가 아닌 한 함부로 바꾸어서는 안된다. 이것이 헌법의 개정을 일반 입법의 개정보다 어렵게 만든 이유의 하나이며, 동시에 바로 이 때문에 헌법은 쉽게 바뀌지도 않는다. 영토조항을 개정폐기하자는 주장은 헌법의 최고법규범성을 저버리고 헌법을 마치 하위법규처럼 다루려는 태도의 발로라고 생각된다. 남북의 UN동시가입 이전에 북한은 남북이 한 議席으로 가입하자고 주장하고 나오던 시절이 있었는데 이것이 불가능하도록 규정되어 있는 UN憲章을 개정해서라도 북한의 주장을 수용하는 방안을 검토하여 보자는 견해를 피력한 한 야당 지도자가 있었음이 신문가십난에 게재된 것을 본 기억이 있다. 그 개정을 우리가 주장한다고 하여 쉽게 개정되는 UN헌장이 아니지 않는가? 헌법도 그렇게 쉽게 바뀌어서는 안되는 것이 아닌가? 그러면 미국인들은 바보라서 농경사회였던 시대로부터 후기산업사회인 오늘에 이르기까지 200년간이나 같은 헌법을 가지고 살아왔다는 것인가? 영국은 硬性的인 성문헌법 자체가 없어도 헌법을 그렇게 쉽게 바꾸고 있지 않음은 어떻게 생각하여야 하는가? 이러한 질문들은 헌법을 다루는 법률가들의 역할이란 어떠한 것이어야 하는가 하는 문제를 새삼 제기한다고 생각한다. 우리나라 대통령의 임기가 5년이라고 함(제70조)과 같이 憲法條項 가운데는 의문의 여지가 없이 그 뜻이 분명한 조항도 있다. 그러나 다른 어느 국내법보다도 헌법은 그 조항 가운데 광범위하게 추상적으로 혹은 개방(open)적으로 규정된 조항이 많은 것이 그 특색이다. 이러한 때에 그 조항이 一義的인 뜻만을 가지는 것으로 주장하는 것은 어려울

뿐더러 위험하기까지 하다고 생각한다. 그러한 태도는 헌법의 발전을 저해하는 태도라고도 생각한다. 외국의 입법례나 판례·학설 등을 거론하는 태도 가운데 一義적으로 해석할 수 없는 우리 헌법조항을 외국의 예와 꼭 같이 一義적으로만 해석하는 태도를 흔히 발견한다. 독일통일에 관련된 조약을 포함한 입법례 등과 꼭 같은 차원에서 독일이 이러니까 우리도 이렇게 하는 식으로 우리의 문제를 접근하는 태도가 그것이다. 우선 독일의 사정이 우리의 것과 다를 뿐만 아니라 헌법 조약을 비롯한 관련 法 자체도 우리의 것과 다르다는 사실을 우리가 주목하지 않을 수 없다. 우리는 영토조항과 함께 출발하였으며 이와 함께 살아야 한다. 독일기본법이 제23조 등을 가지고 있는데 우리는 가지고 있지 않으며 독일에 없는 영토조항을 우리가 가지고 있는 것을 개탄할 것도 없으며 독일을 부러워할 것도 없는 것이다. 예컨대 재산권보장에 관한 조항은 우리의 것이나 독일의 그것(제14조)이 거의 꼭 같다. 그렇다고 하여 財產權保障에 관련된 독일의 입법례나 판례 학설을 우리는 그대로 따르면 충분하다고 말할 수 없게 만드는 것이 우리의 현실이다. 우리 사회에 갖가지 부조리와 왜곡을 야기하는 우리 특유의 부동산투기를 규제하기 위하여 우리가 내놓은 각종의 입법조치, 예컨대 택지소유상한제, 토지거래허가제, 토지초과이득세제의 위헌여부 등의 문제를 접근함에 있어서 독일에 없는 입법례이니까 일언지하에 違憲이라고 할 수 없는 것임은 물론이다.

바로 여기에 법률가의 창의적 역할이 요구되는 것이 아니겠는가? 한편으로는 일의적으로만 단정할 수 없는 광범한 추상적·개방적인 헌법조항을 놓고 다른 한편으로는 외국의 先例 등에 무비판적으로 의존하여서는 해결되지 아니하는 우리 특유의 현실을 놓고 법률가는 설득력있는 論議(argumentation)를 통하여 문제된 헌법조항의 뜻을 창의적으로 찾아나가야 하는 것이 그 역할이요 責務가 아니겠는가? 이같은 헌법학자의 창의적 역할없이는 헌법은 발전할 수 없다고 믿는다. 그러나 법학자의 이러한 창의적 역할이 요구되는 法領域은 실은 헌법에 한정되지 아니하며, 규정의 방식 때문이든 의존할 先例 등의 不存在 때문이든 아무튼 一義적으로 그 뜻을 단정할 수 있게 되어있는 경우가 아닌 곳에서는 어디서나 그러한 창의적 역할이 요구된다고 생각한다. 예컨대 국제법도 그러한 분야 가운데 하나라고 생각한다. 우리의 領土條項 및 平和的 統一條項에서야 말로 헌법학자의 이러한 창의적 역할이 요구된다는 것이 우리의 결론적 주장이다. 단정적으로 다른 어느나라 헌법에도 없는 우리의 이 조항들이 마치 한가지 뜻밖에 가지지 아니하는 것으로 주장하는 것은 나아가 그것의 폐기까지 어렵지않게 이야기하는 것은 참으로 바람직한 태도라고 하기 힘들다.