

統一狀況展開의 憲法的 對應

張 明 奉*

차 례

I. 머 리 말

II. 統一狀況展開에 따른 法的 問題와 解決方案

1. 北韓住民의 法的 地位(國籍) 問題에 대한 새로운 接近
2. 領土條項과 統一政策間의 問題에 대한 새로운 接近

III. 大量脫北事態에 대한 憲法的 對應

IV. 急變統一狀況에 대한 憲法的 對應

1. 統一命題로서 ‘自由民主的 基本秩序’의 再照明
2. 統一過程의 基本構圖
3. 統一國家의 憲法秩序의 再編

V. 맺 음 말

* 國民大學校 法科大學 教授, 法學博士

I. 머리말

근자에 북한 주민 이탈의 형태와 방법은 중국과 러시아 등의 제3국을 경유하거나 직접 남한으로 넘어오는 경우 등 다양해지고 있으며, 가족단위 등으로 확대되고 있다. 탈북자의 신분도 유학생, 외교관, 북한내 지도간부급 및 그 자제 등으로 상부계층 내지 핵심계층으로 확산되고 있다. 북한의 조선로동당 국제담당비서인 黃長燁의 망명사건은 이러한 사정을 극명하게 보여준다.

기실 탈북자의 급증은 북한체제에 대한 민심이반현상을 보여주는 한편 북한의 체제관리능력의 한계를 나타내며 나아가 체제붕괴를 가져올 것이라는 분석을 가능하게 한다. 배급통제사회인 북한에서 식량난은 북한의 통제력을 약화시키는 요인이 된다는 점에서 그 가능성은 더욱 크다고 할 수 있다. 따라서 북한체제의 붕괴 내지 와해과정에서 발생할 수 있는 대량탈북사태와 이에 따른 급변사태에 의한 통일상황에 대한 법적 대비는 시급한 과제로 등장하고 있다.

생각건대 남북관계의 변화된 현실은 통일에 대한 새로운 인식과 자세를 요청하고 있다. 이제 통일은 당위론이나 이상론을 넘어 ‘현실적 과제’로 대두하였으며, 독일통일에서 보듯이 통일이란 언제라도 다가올 수 있다는 점에서 그 대비가 필요하다. 대량탈북사태를 예상하고 그에 대한 대비책을 마련하는 것은 바로 통일의 실질적 준비를 의미한다. 나아가 이러한 상황설정을 통해 대량탈북사태는 물론 급변사태에 따른 통일을 대비하는 차원에서 법적 문제를 검토하고 그 대응책을 마련하는 것은 매우 중요한 일이다.

이에 본고에서는 먼저 통일상황전개에 관한 법적 문제와 그 해결방안을 고찰하되, 북한주민의 법적 지위와 헌법상 영토조항을 중심으로 논급한다. 다음 대량탈북사태에 대한 헌법적 대응에 관하여 살펴본 후 급변통일상황에 대한 헌법적 차원에서의 대응방안을 고찰한다. 여기서 구서독의 구동독주민에 대한 법적 처리와 궁극적으로 급변통일상황을 통일기회로 삼았던 독일통일과정에서 그 시사하는 바도 잠깐 살펴보기로 한다. 이러한 논구를 통해 대량탈북사태 내지 급변통일상황에 대한 헌법적 측면에서의 대응 방안을 제시함으로써 우리의 통일정책 추진에 일조하고자 한다.

II. 統一狀況展開에 따른 法的 問題와 解決方案

현재 탈북자의 증가에 대해 우리 정부는 그 대비책을 마련하고, 權五琦 통일원부총리는 통일비용문제를 거론함으로써(1997. 3. 7 국회답변) 북한체제의 붕괴에 대비한 준비를 하고 있음을 간접적으로 표명하였다.¹⁾ 또한 이른바 『탈북자지원법(‘북한이탈주민의보호및정착지원에관한법률’)』²⁾을 마련하여(1996. 12. 17 국회의결) 탈북자 처리에 대한 법적 대책을 보완하였다.

그런데 탈북자 처리 문제와 관련하여 검토를 요하는 것은 북한주민의 법적 지위(국적)에 관한 문제이어서 여기서 이 문제해결을 위한 새로운 접근을 시도하고, 동시에 통일상황전개와 관련하여 대두되는 문제가 헌법상 영토조항과 통일정책간의 문제이므로 여기서 이 문제해결을 위한 새로운 해석론적 접근을 하고자 한다.

1. 北韓住民의 法的 地位(國籍) 問題에 대한 새로운 接近

대법원은 우리 헌법의 영토조항과 관련하여 북한을 반국가단체로 보는 입장에서 “북한주민은 곧 한국국민”이라는 의미의 판결을 해왔다.³⁾ 그러나 북한국적자를 우리의 국적법상 국민으로 보는 입장에 대해 현실적인 관점에서 의문이 제기되고 있는데, 다음에 그 해결방안을 논급한다.

1) 각 일간지, 1997년 3월 8일.

2) 금년 7월 14일부터 시행되는 이 법은 『귀순북한동포보호법』을 대체한 것으로, 구법과 달리 ‘귀순자’라는 용어를 ‘북한이탈주민’이라는 객관적 용어로 바꿔 표기하였으며, 탈북자 정책을 ‘귀순에 대한 보상’차원에서 ‘자생력 배양을 통한 정착지원’에 중점을 두었다. 또한 탈북자보호시설 설치근거규정을 두고, 탈북자관련업무를 통일원으로 일원화하였으며, 탈북자의 국내정착을 지원하는 방안으로 탈북자의 학력 및 자격을 인정하고 직업 및 사회적응교육을 실시함으로써 탈북자의 정착지원사업에 중점을 두었다.

3) 최근의 판결로는 李英順씨 사건에 대한 판결이 있다. 여기서 대법원은 북한 國籍의 주민도 大韓民國 國民이라는 요지의 판결을 내렸다. 즉, 대법원 특별 1부(주심 李敦熙 대법관)는 이 판결에서 “북한지역 역시 대한민국 영토에 속하는 한반도의 일부를 이루는 것이어서 대한민국의 주권이 미칠뿐이고, 대한민국의 주권과 부딪치는 어떠한 국가단체나 주권을 범리상 인정할 수 없는 점에 비추어 볼 때, 원고가 대한민국 국적을 취득하고, 이를 유지함에 있어 아무런 영향을 끼칠 수 없다”고 판단하였다. 따라서 대한민국 국민인 李씨에 대한 강제퇴거 및 보호명령 취소의 원고승소판결을 내린 원심(서울고등법원 1995.12.8 선고 94 구 16009 판결)을 확정하였다. 대판 1996. 11.12, 96 누 1221.

(1) 解釋論的 對應方案

우리 헌법상 영토조항과 관련하여 한반도에는 대한민국의 국적만이 존재하고 북한주민은 당연히 대한민국의 국적을 취득하고 북한국적은 인정될 수 없는가의 문제와 북한주민은 북한국적을 갖는 외국인으로 인정하여야 할 것인가의 문제 등에 관한 검토가 필요하다.

첫째, 북한주민의 법적 지위를 대한민국의 국민으로 보는 견해이다. 그 근거로는 국적법의 보충적인 해석으로서 헌법의 영토조항에서 찾을 수밖에 없으며, 통일과정에서 사회통합의 장애요인을 제거할 수 있다는 점을 제시하고 있다.⁴⁾ 이는 영토조항의 해석에서 종래 단순형식논리에 입각한 것으로서 북한주민이 곧 한국국민이 된다는 견해는 받아들이기 어렵다. 국민의 자격인 국적은 국가의 실효적 통치권이 미치는 인적 범위에 한정한다는 원칙⁵⁾에서 보면, 북한주민은 대한민국의 국민과 같은 민족이라고 할 수 있지만 한국국민과 같은 국적을 가진다고 볼 수 없다. 현실적으로 남한의 통치권이 미치지 않고 남한의 대인고권이 실효적으로 행사되지 못하는 북한의 인적구성원인 북한주민에게 한국국민의 국적을 부여할 수 없는 것이다.⁶⁾

둘째, 북한주민의 법적 지위를 외국인으로 보는 견해이다. 북한은 국제사회에서 일반적으로 법적 승인을 받고 있으며, 국제사회의 하나의 일원으로서 국제법적인 주권국가이다. 북한주민은 그들에게 국적을 부여한 '조선민주주의인민공화국'과 법적 유대를 맺고 있으므로 일응 북한의 국적을 갖는 외국인으로서의 지위를 갖는다고 볼 수 있다.⁷⁾ 그러나 여기서 남북관계의 현실을 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 연

4) 鄭永和, “北韓移住民의 早期定着을 위한 法政策論”, 『公法研究』, 제24집 4호, 한국공법학회, 1996년, 467면, 469~470면.

5) 羅仁均, “韓國憲法の 領土條項과 國籍問題”, 『憲法論叢』, 제5집, 헌법재판소, 1994, 456~457면. 이와 관련하여 국제사법재판소의 ‘노테보흐사건’ <The *Nottebohm Case*, ICJ(Liechtenstein v. Guatemala, 1955) 판결 참조.

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

7) 국제법상 지위로서 북한국민이 외국에의 합법적인 출입국을 하는 경우 외국인의 지위를 갖는다. 제성호, “북한 脫出同胞의 법적 지위와 처리방안”, 『北韓研究』, 제5권 3호, 大陸研究所, 1994 가을, 105~108면.

관하여 이해할 필요가 있다. 바로 『남북기본합의서』에서 남북한이 남북관계를 통일까지 “잠정적으로 형성되는 특수관계”라고 합의한 만큼 이에 입각하여 북한주민의 국적문제를 판단하는 것이 바람직하다. 『남북기본합의서』는 남북한의 특수관계라는 법적 성격을 규정하였다. 이에 따라 북한주민의 국적문제에 접근하여야 할 것이다. 이는 최근 증가하고 있는 탈북자처리와 관련하여 중요시되고 있다. 이 문제는 남북관계의 문제만이 아니라 제3국과 결부됨으로써 국제적인 문제와도 연관되어 있다. 그래서 북한주민의 국적문제는 국내법적 문제 뿐만 아니라 국제법적인 접근이 필요하다.⁸⁾ 영토조항에 대한 법원의 입장에 따르면 북한주민은 한국국민으로서 대우받아야 하지만, 국제사회의 남북한 동시수교국에 있어서 북한주민의 입장을 고려하면 국내법적인 차원으로 이 문제를 해결할 수 없다. 이에 따라 북한주민의 국적문제는 한국국민, 외국인, 재외국민 등으로 그 특수한 상황에 따라 나누어 다룰 필요가 있다.⁹⁾

남북한의 특수관계는 남북관계를 국제법내의 특수관계로서 내적 관계를 형성하는 것으로 국제법과 국내법간의 중간적인 위치에 있는 관계라 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, 남북한간에는 단순히 국제법만이 적용되지 않는 특수관계를 형성하고 있다고 할 것이다.¹⁰⁾ 따라서 북한주민은 국내법상 남한국인이면서 국제법적 견지에서 사실상 북한국적을 갖는 특수한 지위로 보는 것이 현실적 대안이라 할 수 있다.¹¹⁾ 그래서 북한주민은 한국국민이 아니며, 영토조항은 북한주민에게 당연히 한국국적을 취득하게 하는 법적

8) 이와 관련하여 중국에서 망명한 북한의 黃長燁 비서의 법적 지위는 남북관계의 특수관계에 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. 3. 22), 3면.

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

10) 羅仁均, 전계논문, 480~481면.

11) 제성호, 『남북한 특수관계론』, 전계서, 148~149면.

근거가 될 수 없다. 오히려 영토조항은 제헌헌법의 제정 당시와는 다른 변화된 남북관계의 현실을 고려하면 오히려 북한을 외국으로 보지 않는 남북한의 특수관계를 인정하고 북한주민을 외국인으로서가 아닌 내국인으로서 대우하는 근거규정이 될 수 있다.¹²⁾ 이는 남북관계의 법적 성격에 관해 견해에 따라 적대관계 혹은 동반자관계로 파악되는 상황에서 현실적 대안으로서 잠정적인 성격규정이라 할 수 있다.

또한 『남북기본합의서』는 제1조에서 남북은 서로 상대방의 체제(제도)를 인정하고 존중한다고 하였다. 이에 따르면, 북한주민은 북한에 대한 통치관계를 규정하고 있는 북한국적법¹³⁾을 완전히 부인할 수 없게 된다. 또한 국제사회에서 국제법적 주체로서 활동하는 북한의 입장을 고려하여야 한다. 그래서 북한주민이 제3국을 경유하여 탈출하는 경우 난민의 자격을 획득하고 난민의 지위를 가지고 국제법적인 인도적 보호를 받을 수 있도록 하여야 한다. 대한민국은 제3국에 체류하는 북한주민에 대해 헌법상의 보호의무(제2조제2항)는 없으며, 또 북한주민이 남한으로 귀순하는 경우 당연히 한국국적을 회복한다고 볼 수 없으며 일정한 국적취득절차를 거쳐야 한국국민으로서의 국적이 부여될 수 있다.

한편 북한주민이 북한국적을 포기하고 한국국적을 취득하기를 원하는 경우 북한주민을 외국인으로 보지 않는다. 만약 북한탈출주민이 남한과의 단독수교국에서 남한으로의 망명을 요청하는 경우 국내법상 귀순절차에 따라 국내적 수용을 하게 될 것이다.¹⁴⁾ 『탈북자지원법』도 남한에 본적을 가지지 아니한 탈북자가 원하는 경우에 통일원장관이 본적을 정하고 서울가정법원에 직권으로 취적허가신청서를 제출하여 호적을 취득할 수 있도록 하였다(제19조). 『남북교류협력법』은 남북한 주민의 왕래에 있어서 출입국관리법상의 출입국의 요건과 절차를 거치지 않고, 통일원장관이 발급하는 증명서를 소지하도록 하였다(제9조). 이러한 조치는 남북관계의 특수성을 반영한 것으로서 북한주민이

12) 羅仁均, 전계논문, 479~481면.

13) 북한의 『국적법』(1963. 10. 9 최고인민회의 상임위원회 결정)은 ‘조선민주주의인민공화국 국민’을 “조선민주주의인민공화국 창건 이전에 조선의 국적을 소유하였던 조선인과 그의 자녀로써 그 국적을 포기하지 않은 자”(제1조제1항)라고 하고 있다.

14) 『귀순북한동포보호법』은 남한에 본적을 가지지 아니한 귀순북한동포에게는 외국인과 달리 귀화절차를 거치지 않고(국적법 제3조) 본인의 의사에 따라 보건사회부장관의 직권으로 취적할 수 있는 특례를 인정하고 있었다(제11조).

바로 한국국민이라는 것을 의미하는 것은 아니라고 보아야 한다. 따라서 헌법상 영토조항을 근거로 하여 북한주민에게 한국의 국적을 부여하여야 한다는 견해는 합당하지 않다.

(2) 立法論的 對應方案

우리 헌법상 국민요건법률주의 조항(제2조)과 『국적법』은 북한주민의 국적문제에 대한 구체적인 언급을 하지 않고 있다. 그래서 북한주민의 국적문제와 관련하여 그 법적 근거를 영토조항에서 찾게 되고, 이에 따라 북한주민의 한국국민 자격여부와 관련한 법리적 논의가 제기되었다.

분단국 국민의 국적문제와 관련하여 구서독은 구체적 입법을 하였다. 구서독기본법은 국민을 민족개념으로 이해하여 국민의 범위의 확대를 가능하게 하였다. 즉, 기본법상 독일인은 법률에 다른 규정이 없는 한 독일국적을 가진 자이거나, 1937년 12월 31일 현재 독일국 영역내의 독일 혈통을 가진 망명자, 피추방자 또는 그 배우자나 비속으로 받아들여진 자라고 하였다(제116조 제1항). 이 규정은 독일국민의 기본권향유의 헌법적 근거가 되었다. 즉, 동일한 독일국적의 보장은 국법의 공공질서의 범위내에서 동독국적의 취득에 대해서도 동등한 국적취득으로서의 법적 효력을 인정한 것이었다.¹⁵⁾ 구서독정부는 구동독주민의 국적문제와 관련하여 하나의 민족임을 내세워 제3국에서의 구동독주민에 대한 영사보호권을 주장할 수 있었으며, 이에 따라 구동독주민에 대한 구서독의 관할권에 대해 암묵적 전제를 함으로써 구동독주민들의 구서독 이주를 촉진하는 계기를 만들었다.¹⁶⁾ 특히 구서독은 구동독탈출주민의 구서독국적취득을 위해 이른바 ‘문호개방’(offene Tür) 이론을 전개함으로써 구동독주민의 국적문제를 해결하였다.¹⁷⁾ 그러나 이러한 헌법규정을 갖고 있

15) Bruno Schmidt-Bleibtreu, Klein Franz, *Kommentar zum Grundgesetz*, 7. Aufl., Luchterhand, 1990, S. 1332~1333 ; 鄭永和, “北韓移住民의 早期定着을 위한 法政策論”, 전계논문, 468면.

16) 동독이주민의 정착지원을 위한 구서독의 법정책과 지원정책에 관한 상론은 鄭永和, “북한주민의 대량이주에 대비한 법정책론”, 『統一研究論叢』, 제4권 2호, 민족통일연구원, 1995, 177~186면.

17) 이에 의하면, 구동독주민은 기본법상 독일인의 국적박탈금지조항(제16조)에 의해 독일(구서독)국적을 보유하지만, 구동독에 머무는 동안 독일국적은 정지상태에 있다. 구서독에 오면 그 효력정지상태에서 벗어나 아무런 등록 등의 절차없이 기본법상 권리를 향유하게 된다고 본다. 또한 구동독을 탈출하여 제3국에 체류하는 경우에도

지 않는 우리로서는 북한주민의 국적문제에 대해 논란이 일고 있고, 그 해결 방안을 모색하는 것이 과제로 떠오르고 있다.

다음에 북한주민의 법적 지위(국적) 문제해결을 위한 입법론적 방안을 살펴본다.

첫째, 탈북자의 귀순, 제3국거주 북한국민권소지자의 영주허가, 러시아 벌목공 처리 등의 문제해결을 위하여 북한주민의 국적문제와 관련해 남북관계의 현실을 감안하여 북한주민의 법적 지위문제를 우리 국적법에 규정함으로써 탈북자의 권익을 보호하는 방법을 생각할 수 있다. 이 점에서 우리 국적법에 북한주민의 국적에 대하여 한국국적취득에 관한 특례규정을 두는 방안 또는 남북관계의 특수성을 반영한 내용을 규정하는 방안 등을 생각할 수 있다.

둘째, 남북관계의 현실을 반영하여, 즉 『남북기본합의서』의 전문(前文)에서 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.

2. 領土條項과 統一政策間의 問題에 대한 새로운 接近

(1) 領土條項과 統一政策의 乖離

현행헌법상 영토조항(제3조)은 제헌헌법에서부터 현행헌법에 이르기까지 계속 규정되어 왔다. 현행헌법상 영토조항은 그 제정 당시 그 필요성에 대한 반대론이 있었지만,¹⁸⁾ 兪鎮午박사는 영토조항에 관하여 “대한민국헌법은 결코 남한에서만 시행되는 것이 아니고 우리나라의 고유의 영토전체에 시행되는 것이라는 것을 명시하기 위하여 특히 본조를 설치한 것이다”라고 설명하였다.¹⁹⁾

원칙상 자동적으로 독일국적을 회복하는 것으로 보았다. 다만, 동서독 기본조약에 따른 주서독 동독상주대표부의 구성원 및 구동독탈출의사가 없는 자에 대해서는 이를 적용하지 않았다. Otto Kimminich, *Der Grundvertrag*, Hamburg, 1975, S. 99~104; 김승태, “독일통일 전후과정과의 비교·고찰”, 『시민과 변호사』, 1997년 2월호, 서울지방변호사회, 1997, 70~71면.

18) 영토조항은 연방국가 또는 속령을 가지는 국가에서 연방과 지분국과의 관계, 본국과 속령과의 관계를 명확히 하기 위하여 필요하다는 점에서 우리나라와 같은 단일국가의 경우 필요하지 않다는 견해가 있었다. 이에 관해서는 兪鎮午, 『憲法解義』, 明世堂, 1949, 22~23면.

19) 상계서, 50면.

이것은 대한민국헌법이 남한은 물론 북한에도 효력을 미친다는 명백한 헌법적 선언을 표명한 것이라 할 수 있다.²⁰⁾ 이 조항에 따라 대한민국은 한반도에서 유일한 정통성 있는 국가이며, 북한은 수복의 대상으로서 불법단체에 불과하며, 수복을 통해 대한민국을 완성상태로 회복시키는 것이 국가적 과제이며, 수복이 후에도 현행헌법이 당연히 북한지역에도 적용된다는 점을 의미하게 된다.²¹⁾

그러나 오늘날 영토조항에 따라 대한민국은 구한국시대의 국가영역 위에 건립된 한반도의 유일합법정부이며, 따라서 휴전선 이북지역은 ‘미수복지역’이라고 보는 것은 종래의 견해이다. 대법원은 오늘날에도 여전히 이러한 종래의 입장을 취하고 있다. 즉, 법원은 아직 남북관계의 현실 변화에 입각하여 영토조항에 대한 기존의 논리를 수정하지 않고 있다. 대법원은 남한의 저작권법상 효력이 북한지역에도 미친다고 판결하면서 비록 북한이 국제사회에서 하나의 주권국가로 존속하고 있고, 우리 정부가 북한 당국의 명칭을 쓰면서 정상회담 등을 제의하였다 하여 북한이 대한민국의 영토고권을 침해하는 반국가단체가 아니라고 단정할 수 없다고 하였다.²²⁾ 또한 우리 정부가 북한당국자의 명칭을 사용하고, 남북동포간에 자유로운 왕래와 상호 교류를 제의하였으며, 남북국회회담 등과 같은 회담을 병행하고 남북한이 유엔에 동시가입하였다거나 남북기본합의서에 서명하였다는 등의 사유가 있다 하여 북한이 국가보안법상의 반국가단체가 아니라고 할 수 없다고 판시하였다.²³⁾

이러한 법원의 입장은 과거 냉전구조에 입각한 남북관계의 논리를 답습한 것으로서 남북관계의 변화된 현실을 고려하지 않고 있다. 제헌헌법 당시 북한지역에 대한 실지회복이라는 차원에서 규범화된 영토조항은 현재의 평화통일의 취지와 이념과는 배치되고 있다는 점을 간과한 것이다. 이것은 따지고 보면 불법단체인 북한을 수복하여 흡수통일한다는 과거 북진통일론으로의 회귀를 의미하는 것으로 현실과 동떨어진 판단이라 할 것이다. 또한 이 판례의 논지는 헌법의 해석에 있어서 헌법의 규범적 특성을 도외시한 것이라 할 수 있다.

한편 헌법재판소는 국가보안법에 대한 위헌 문제를 판단하면서 국가보안법의 일부 위헌을 인정함으로써²⁴⁾ 국가보안법의 일부조항에 대한 개정을 가져

20) 최대권, 『統一의 法的 問題』, 법문사, 1990, 45면.

21) 김도창, “분단국헌법과 통일관계조항”, 『법학』, 제8권 2호, 서울대 법학연구소, 1966, 44면.

22) 대판 1990. 9. 25, 90 도 1451 ; 대판 1990. 9. 28, 89 누 6396.

23) 대판 1992. 7. 24, 92 도 1148 ; 대판 1992. 8. 14, 92 도 1211.

왔지만, 북한이 남한의 자유민주적 기본질서에 대한 위협이 되고 있는 현실을 인정하고 있다. 또한 헌법재판소는 남북관계의 현실변화를 일부 반영하여 북한이 남북관계에서 ‘대화와 협력의 동반자’라는 법적 성격을 가지고 있다는 점을 인정하면서도, 그와 함께 여전히 ‘반국가단체’의 법적 성격을 가지고 있다는 논리에 입각하고 있다.²⁵⁾ 이는 남북관계의 이중적 관계를 인정하는 바탕에 기초하고 있다고 할 수 있다.

생각건대 영토조항은 남북관계의 현실변화에 따라 통일정책과 모순되고 현행헌법의 평화통일조항(제4조)과도 상충되는 문제점을 노정하게 되었고, 북한 주민지원정책에 있어서도 문제점을 내포하고 있다. 현재 남북한이 동시에 UN에 가입하고 『남북기본합의서』를 채택한 상황에서 북한을 적대관계로 보는 것은 사실상 북한을 국가로 보는 통일정책의 현실과 괴리되어 있다. 또한 분단을 부정하는 입장에서 규정된 영토조항은 분단의 현실인정을 전제하고 있는 현행헌법의 평화통일조항(제4조)과 논리적으로 모순되고 있다.²⁶⁾ 그래서 통일과 관련한 법적 문제를 해결하려면, 영토조항에 관한 새로운 시각에서의 접근이 요청된다. 영토조항에 의거해 북한을 반국가단체로 보는 경우 대북정책 추진과 관련하여 다음의 문제점이 거론될 수 있다.

첫째, 북한을 적대관계로 보는 냉전적 시각에서 벗어나지 못함으로써, 변화된 남북관계의 현실을 반영하여 북한을 교류와 협력의 상대방으로 인정한 바탕위에서 추진되고 있는 통일정책 내지 대북정책의 위헌성 문제가 일어날 소지를 안고 있다. 이는 형식적 법논리에 입각하여 통일정책 및 대북정책의 환경변화를 도외시함으로써 남북관계진전에 법적 장애문제를 야기시킬 수 있다.

둘째, 남북한간의 합의는 위헌이라는 문제가 제기될 수 있다. 『남북기본합의서』는 남북이 서로 상대방의 체제(제도)를 인정·존중한다(제1조)고 하였는

24) 헌재결 1990. 4. 2.(89 헌가 113) 및 1991. 3. 11.(91 헌마 21).

25) 남북교류협력법에 의해 남북간 교류협력을 위한 왕래가 이루어지고 있는 상황을 감안하여 “현단계에 있어서의 북한은 조국의 평화적 통일을 위한 대화와 협력의 동반자임과 동시에 대남적화노선을 고수하면서 우리 자유민주체제의 전복을 획책하고 있는 반국가단체라는 성격도 함께 갖고 있음이 엄연한 현실”이라고 하였다. 헌재결 1993. 7. 29. 92 헌바 48. 『헌법재판소판례집』, 제5권 2집, 헌법재판소, 1993, 75면.

26) 우리 憲法上 領土條項(제3조)과 平和統一指向條項(제4조)과의 상충문제 및 統一政策의 실제와의 矛盾問題에 관해서는 張明奉, “統一政策과 憲法問題”, 『法學論叢』, 제3집, 國民大 法學研究所, 1991, 82~85면; 權寧星, 『憲法學原論』, 法文社, 1995, 121~122면; 許 營, 『韓國憲法論』, 博英社, 1995, 184~185면.

데, 이것은 위헌론으로 다루어져야 할 것이며 그 법적 효력을 전면 부정하는 것이 된다. 나아가 북한을 대화와 협력의 상대방으로 인정하는 바탕 위에서 추진되는 통일정책 및 대북정책은 그 법적 근거를 상실하게 될 것이다. 『민족공동체 통일방안』도 그러한 입장에서는 위헌의 문제가 제기되어 평화통일정책은 전면 부정되는 결과를 빚게 될 것이다.

(2) 統一政策推進을 위한 領土條項 問題에의 새로운 接近

영토조항의 규범성에 대한 법원의 태도는 남북통일이 민족적 과업으로 인식되고 남북관계의 현실이 변화된만큼 과거의 냉전논리에 바탕한 해석논리에서 벗어나야 할 것이다. 한반도의 유일합법정부론에 입각한 헌법해석은 경직되고 현실을 도외시한 냉전적 사고로서 이로부터 탈각할 필요가 있다.²⁷⁾ 이에 다음에 영토조항의 문제점에 대한 해결방안을 언급한다.

먼저 입법론적 접근방법에서 생각할 수 있는 것은 헌법개정을 통한 입법론적 해결방법이다. 통일지향적인 방향으로 영토조항을 삭제하거나 수정하는 헌법개정은 가장 명확한 방법이라고 할 수 있다.²⁸⁾ 그러나 이와 같은 입법론적인 방법에 의한 해결은 매우 힘든 과제를 부인할 수 없다. 현실적으로 이러한 헌법개정에 대한 국민적 합의를 도출하기가 매우 어려울 것이기 때문이다.

다음 해석론적·정책론적 접근으로서 영토조항과 관련된 헌법문제의 해결은 결국 헌법해석의 방법에서 모색되어야 할 것이다. 이와 관련하여 다음의 몇 가지를 생각할 수 있다.

첫째, 이념적인 면에서의 평화통일조항의 우월적인 효력을 인정할 수 있다. 헌법해석의 방법에는 여러 가지가 있을 수 있으나, 헌법해석은 헌법 특유의 특질을 감안하여 일반법률의 기술법적 성격과 다른 차원에서 접근하여야 할 것이다. 즉, 가치법적 내지 이념법적 성격을 가지는 헌법을 해석해서 정치현실에 실현시킨다는 것은 어느 특정한 분쟁을 해결하기 위한 일반법률의 해석

27) 權寧星, 상계서, 122면; 許 營, 상계서, 185면.

28) 이 방법으로는 영토조항을 삭제하는 방안, 대한민국의 영토를 단순히 ‘휴전선 이남’으로 수정하는 방안, 한반도가 남한과 북한의 2개의 분단체로 분단되었다는 현실의 인정과 동시에 평화통일의 당위성을 강조하는 내용으로 수정하는 방안 등을 들 수 있다. 장기봉, “남북한 평화통일의 기초조건”, 『國際法學會論叢』, 제35권 1호, 大韓國國際法學會, 1990. 6, 26~27면; 이장희, “남북합의서의 법제도적 실천과제”, 『남북합의서의 후속조치와 실천적 과제』, 아시아사회과학원 제1회 통일문제 학술세미나 발표논문(1992. 3).

과는 그 차원을 달리하는 것이다.²⁹⁾ 헌법해석에 있어서 이념 또는 가치질서의 문제는 중심이 되며, 따라서 헌법조문을 분리 고립된 것으로서가 아니라 헌법전 전체의 구성과 헌법질서 전체와의 논리적 관련 등을 고려하여 헌법의 전체계내에서 논리적·체계적 해석방법을 취해야 할 것이다.³⁰⁾

즉, 헌법해석에 있어서 헌법조문에 한정하지 않고 헌법의 의의와 목적 또는 헌법현실이 해석의 바탕 내지 기준이 되어야 하며, 전체의 통일적인 각도에서 살핌으로써 헌법에 내재하는 규범 또는 헌법원칙간의 상충문제를 완화시켜 전체적인 면에서 조화를 이루도록 하여야 한다.³¹⁾ 다시 말해 헌법에서 통일성이 강조되는 것은 헌법에 내재할 수 있는 규범간이나 헌법적 원칙간의 상충문제를 완화시켜 이를 조화적인 전체가 되도록 한다는 데에 중요한 의미를 두어야 하는 것이다.³²⁾ 또한 헌법해석에 있어서 헌법이 상충되는 규범 내지 원칙을 내포하는 경우에 이들이 표현하는 가치 및 법익을 비교형량해서 보다 큰 가치 및 법익을 가지는 규범 또는 원칙에 우선적 효력을 인정하는 이론, 즉 헌법규범간 헌법적 효력의 상하관계를 인정하는 이론을 적용할 수 있다. 다시 말해 헌법해석에 있어서 법익교량의 원칙은 한 지침이며, 헌법규범내에도 규범의 단계구조가 존재하는 것을 전제로 상위헌법규범은 하위헌법규범의 효력을 정지시키는 힘을 가진다는 사상³³⁾에 입각하여 판단할 수 있다.

이에 비추어 현행헌법은 전문(前文)에서 평화적 통일을 헌법이 지향하는 이념으로 삼고, 이를 실현하는 것이 국가적·국민적 사명임을 밝히고 있다. 또한 평화적 통일에 대한 강한 의지의 표명으로 평화통일조항(제4조)을 신설하였다. 따라서 통일조항과 영토조항의 상충문제에 대하여 통일조항은 영토조항 보다 헌법이념상 우월하며, 헌법규범의 단계구조의 이론으로 해석하는 경우 이념상 우월한 통일조항은 영토조항보다 우월한 효력을 갖는다고 할 수 있다.³⁴⁾

둘째, 헌법정책적인 면에서의 평화통일조항의 우월적 효력을 인정할 수 있

29) 許 營, 『憲法理論과 憲法(上)』, 博英社, 1985, 88~89면.

30) 상계서, 100면.

31) R.Smend, "Verfassung und Verfassungsrecht", *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 2. Aufl.(1968), S. 188~196 ; 許 營, 『憲法理論과 憲法(上)』, 전계서 93면, 103면

32) 許 營, 상계서, 103면.

33) Th. Maunz, *Deutsche Staatsrecht*, 22. Aufl.(1978), §7, III(S. 51f) ; W. Leisner, *DöV*(1961), S. 641 ; 許 營, 상계서, 103~104면.

34) 張明奉, 전계논문, 86~88면.

다. 무릇 헌법학은 무엇보다 그 시대의 국가사회적인 헌법문제의 해명과 해결에 최대의 사명을 다하여야 한다는 전제하에 통일문제의 해결에는 헌법정책론적 인식이 필요하다.³⁵⁾ 평화적 통일은 우리 헌법이 지향하는 이념이며, 그것은 대한민국이 추진하는 통일정책의 기본성격임을 강조한다. 이에 따른 통일정책의 추진은 국가적 책무이며 과제가 된다. 따라서 통일정책이 영토조항과 상충된다고 하여 경시될 수 없다. 그러므로 헌법정책적인 견지에서 평화통일조항은 영토조항에 우선하는 효력을 갖는다고 할 것이다.³⁶⁾

셋째, 영토조항을 헌법현실론적 관점에서 해석할 수 있다. 영토조항은 제헌헌법으로부터 답습하여 규정됨으로써 현재의 통일정책과 영토조항은 조화되지 못하고 있다. 50여년간의 분단현실에서 우리의 평화통일정책에 비추어 볼 때 영토조항의 최초의 가치와 규범의 의미는 실질적으로 변하고 말았다. 현실적으로 휴전선 이북지역에는 대한민국의 국가권력이 미치지 못하는 것이 엄연한 현실임에도 불구하고 북한지역을 우리의 영토라고 하는 것은 명목적이며, 한 나라의 주권은 현실적으로 국가권력이 미칠 수 있는 공간적 범위에 국한되어야 한다는 국제법상 원칙에 반하는 비현실적인 규정이라 할 것이다.³⁷⁾ 또한 영토조항은 통일정책의 실제와 부합되지 않는다는 점에서 영토조항의 엄격한 법적 효력은 상실되었다고 할 수 있다.³⁸⁾

넷째, 헌법 전문(前文)의 ‘평화적 통일의 사명’ 규정의 명제에 관하여 헌법적 평가를 할 수 있다. 이 명제는 조국의 평화적 통일이라는 민족적 대과업의 성취를 위한 역사적 사명을 국가와 국민에게 부여하고 있다고 보아야 한다. 이 전문(前文)규정은 정치적 의의는 물론 법적 의의를 가지며, 따라서 국가기관이 평화적 통일을 법적으로 방해하거나 사실상 불가능하게 하는 행위를 금지하는 것이라고 볼 수 있다. 이와 관련하여 구서독연방헌법재판소는 구서독기본법 전문(前文)의 ‘독일재통일의 명제’에 대하여 모든 국가기관이 통일을 법적으로 방해하거나 사실상 불가능하게 하는 행위를 금지하는 것이라고 하였다.³⁹⁾ 또한 구서독연방헌법재판소는 동서독기본조약에 관한 판결에서 역시

35) 鄭宗燮, “憲法問題의 憲法政策論的 認識”, 『考試研究』, 1990년 8월호, 고시연구사, 1990, 200~203면.

36) 상계논문, 88~89면.

37) 權寧星, 전계서, 122면.

38) 梁 建, 『입헌주의를 위한 변론』, 考試界, 1987, 20~21면.

39) BVerfGE 5, 127/128.

구서독기본법 전문(前文)의 통일명제에 관하여 어떤 헌법기관도 정치적 목적으로 통일의 재현을 포기해서는 안되며, 모든 헌법기관은 그 정책수행에 있어서 이 목적달성을 위하여 협력하여야 하며, 재통일을 불가능하게 하는 모든 행위를 중지하여야 한다고 하였다.⁴⁰⁾ 이에 비추어 우리의 경우도 헌법상 통일명제는 통일정책과 헌법규범의 모순을 해소하고 남북관계발전의 법적 정당성을 확보하는 법적 근거가 된다. 이에 따라 통일지향의 이념과 상충되는 법제도의 창설은 금지되며, 또한 이 이념에 저촉되는 법제도는 개선되어야 할 것이다.⁴¹⁾

이러한 의미에서도 영토조항의 문제점을 해결하는 데 있어서 사법부에 의해 대북정책의 법적 정당성을 확보하는 것은 중요하다. 이 점에서 법원은 통일정책은 남북관계의 현실반영과 통일지향의 전향적인 자세에 입각해 추진된다는 점을 고려하여야 한다. 무릇 통일정책이 국가적·국민적 과제로 추진되고 있다는 점에서 이와 관련한 사법적 판단은 통일정책의 특수성을 감안하여 정부의 정책적 입장이 고려되어야 한다. 미국의 경우 정부의 대외조약체결 등의 정치행위와 관련하여 법적 판단을 할 필요가 있는 경우 법원이 국무부에 의견조회를 하고 있는 점은 시사하는 바가 크다.⁴²⁾

한편, 헌법재판소는 북한의 법적 성격에 대해 대화와 협력의 동반자인 동시에 반국가단체라는 이원적 평가를 내리고 있는데, 북한을 반국가단체로 보는 형식논리에 치우친 법원의 태도보다 유연한 입장에 있다고 할 수 있다. 여기서 구서독의 연방헌법재판소가 통일관련 법적 해석과 판결⁴³⁾을 통해 독일통

40) BVerfGE 36, 1.

41) 張明奉, 전제논문, 91~94면 ; 같은 필자, “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. 12, 131~134면.

42) 미국 법원은 사법심사(judicial review)를 통해 의회나 행정부에 대해 영향력을 행사하지만, 대외문제에 관해서는 의회나 행정부에 대한 통제를 회피하고, 나아가 정치부문(political departments)의 입장을 특별히 존중하는 원리를 발전시켜왔다. 이는 이른바 ‘정치문제의 원칙’(political question doctrine)에 따른 것으로 의회나 행정부의 정치부문의 행위가 헌법상의 요건이나 제한에 위반했다는 주장에 대하여 법원이 사법심사를 회피하는 경우에 적용된다. 특히 조약해석의 경우 재판에 있어 행정부(국무부)는 법정조언자로서 그에 관한 의견제시를 하고, 법원은 행정부의 견해에 큰 비중을 두고 판단한다. 梁 建, 『美國憲法과 對外問題』, 三英社, 1979, 139~185면.

43) 독일통일에 따른 구서독연방헌법재판소의 주요판결은 張明奉, “獨逸統一過程에 대한 憲法的 考察과 統一 3年後의 憲法狀況”, 『韓國統一政策研究論叢』, 제2권, 韓國統

일의 법적 장애를 제거하는데 크게 공헌하였다는 점을 상기할 필요가 있다. 우리의 경우도 통일의 법적 문제에 관하여 헌법재판소가 적극 판단함으로써 법적 장애를 해소하는 계기를 마련하여야 한다.

Ⅲ. 大量脫北事態에 대한 憲法的 對應

대량탈북사태발생시 평시적인 탈북자지원법체제로는 적절한 대비를 하기 어렵다. 대량탈북자의 수용은 현실적으로 곤란할 뿐만 아니라 이로 인한 사회불안을 초래할 수 있다는 면에서 무조건적인 대량 탈북사태를 방지하는 조치가 필요하게 될 것이다. 이 때는 이미 일종의 비상사태에 따라 대처할 필요성이 제기된다.

첫째, 대량탈북사태에 대비하는 입법적 해결방안의 모색이다. 이와 관련하여 구서독은 구동독지역으로부터 대규모이주에 따른 적절한 규제를 하기 위하여 1950년 8월 22일 이른바 『긴급수용법: Notaufnahmegesetz』(『독일인의 서독지역에서의 긴급수용에 관한 법』: Gesetz über die Notaufnahme von Deutschen in das Bundesgebiet)을 제정하였다. 이 법은 구서독기본법상 거주이전의 자유(제11조)와 국적조항(제116조)에 따라 서독으로 피난하는 구동독시민의 수용에 따른 국내법제정의 필요에 의해 마련되었다. 특히 구서독은 전후복구과정에서 당시의 경제상황을 고려하여 구동독으로부터의 지나친 피난민의 유입을 법적으로 통제하고 유입피난민을 각 주에 적절히 배분하여 이들을 신속히 새로운 체제를 적응시키기 위한 취지로 이 법을 제정하였다.⁴⁴⁾ 이 법상 구동독주민의 항구적 거주를 위해서는 특별허가증을 받아야 하며, 구서독기본법상 거주이전의 자유는 제한 적용한다는 조항(제1조제1항)이 구서독기본법상 거주이전의 자유(제11조)에 위배된다는 이유로 위헌심판을 받았다. 구서독연방헌법재판소는 거주이전의 자유는 구동독탈출주민에게도 적용되지만, 과도한 이주민의 유입을 규제하기 위하여 부득이하게 이주민의 선별을 규정한 이 법을 합헌으로 판결하였다(1953.5.7).⁴⁵⁾ 이후 구서독의

—政策研究會, 1993, 37~40면.

44) 『인권관련법규 및 동서독사례연구』, 통일원, 1994, 283~285면.

45) *BVerfGE* 2/266. 구서독의 경우 기본법 제116조에 의거하여 구동독을 탈출한 주민은 별도의 국적취득의 절차없이 독일국민으로서 기본권을 향유한다는 국민적 합의를 이루었다. 鄭永和, “北韓移住民의 早期定着을 위한 法政策論”, *전계논문*, 473~474면.

구동독주민의 체류불허에 따르는 문제는 구동독 공산정권의 불법화와 구동독의 국경폐쇄에 따라 구동독탈출주민에 대해 기본법상 권리를 당연히 향유하도록 함으로써 크게 논의되지 않았으며, 피난민의 수용절차도 ‘선별절차’ (Ausleseverfahren)에서 단순히 ‘등록절차’(Registerverfahren)로 바뀌게 되었다.⁴⁶⁾ 이런 점에서 우리의 경우도 대량탈북사태에 대한 대기입법으로서 이른바 ‘긴급탈북자수용법’(가칭)의 제정을 검토할 수 있다.

둘째, 대량탈북사태가 발생하는 경우 그 정치적·경제적 혼란에 대비할 필요가 있다면 현재의 군사분계선을 기준으로 북한주민의 남한이주를 통제하는 문제를 생각할 수 있다. 이 경우 현재의 법논리에 의하면 역시 탈북자의 법적 지위상 위헌문제의 소지를 안고 있다. 이에 대한 해결책으로 대량탈북자의 잠정적 통제를 인정하는 법적 근거를 헌법개정을 통해 마련하는 대안이 고려될 수 있으나, 이러한 입법론은 현실적으로나 법적으로 실효성을 확보하기 어렵다.⁴⁷⁾ 만약 대량탈북사태가 국가적 위기로까지 심각한 국면에 처한다면, 헌법적 차원에서 대량탈북사태에 직면하여 대통령은 긴급입법권과 긴급처분권(제76조제1항, 제2항)을 통한 비상사태에 대비할 수 있으며, 사태진전에 따라서는 계엄선포권(제77조)을 통해 사태를 수습해야 할 것이다. 실제로 대량탈북사태는 북한정권붕괴의 마지막 시기에 예상되는 일로서 최후의 상황까지도 고려해야 한다는 면에서 국가보위의 차원에서 대비하여야 할 것이다.

셋째, 통일정책적 차원에서 북한주민의 남한유입을 방지하는 방안을 마련하는 것이 바람직하다. 통일상황을 고려하면, 어느 정도의 혼란은 불가피하다는 면에서 북한주민의 유입을 물리적 조치에 의해 막는다는 것은 바람직하지 않다. 그런 면에서 북한주민이 북한내에서 생활의 안정을 유지하도록 함으로써 무조건적인 남한으로의 이동을 방지하는 방안을 마련하여야 한다. 대부분 경제적 측면에서 북한주민의 남한유입이 예상된다는 면에서 북한주민에 대한 경제적 지원정책은 그 효율적인 대책이 될 것이다.

IV. 急變統一狀況에 대한 憲法的 對應

북한체제의 동요 내지 변혁에 따른 사태진전이 있는 경우 급진전하는 통일 상황에 따른 구체적인 헌법적 대응책을 마련하여야 한다. 이 때의 상황은 사

46) 『인권관련 법규 및 동서독 사례연구』, 전게서, 285면.

47) 김승대, 전계논문, 77~78면.

실상 남한에 의한 북한의 흡수적인 통일의 형태를 상정할 수 있다. 그러한 통일상황은 무력에 의하거나 일방적인 힘에 의한 것이 아니라 북한과의 협의의 바탕에서 이루어지는 것이 바람직하다. 동서독의 통일상황을 보면, 구서독에 의한 구동독의 편입이라는 흡수적 통일을 이루면서도 양독간 협의의 바탕위에서 평화적인 통일을 완성한 사례는 우리에게 귀감이 된다. 다음에 독일통일의 상황에 비추어 우리의 헌법적 대응방안을 모색하기로 한다.

1. 統一命題로서 ‘自由民主的 基本秩序’의 再照明

현행헌법은 전문(前文)과 제4조에서 평화적 방법과 자유민주적 기본질서에 근거하여 통일을 달성하여야 한다고 하였다. 남북한의 통일은 평화적인 절차와 방법을 통해 헌법적 한계내에서 이루어져야 함을 의미한다. 자유민주주의의 이념을 바탕으로 하는 남한의 헌법질서는 바로 통일국가체제의 헌법적 방향을 제시한 것이라고 할 수 있다. 따라서 북한과의 통일국가체제를 논의하는 과정에서 이러한 헌법상의 한계를 일탈해서는 안된다. 만약 이같은 현행헌법상 한계를 극복하기 위해서는 새로운 국민적 합의가 필요하다. 현행헌법상 대통령은 통일에 관한 중요정책을 국민투표에 붙일 수 있다(제72조). 이 때에도 헌법상 ‘자유민주적 기본질서’는 헌법질서의 기초 내지 헌법핵으로서 국민투표에 회부할 수 있는 통일정책사항은 여기에 위배되지 않을 경우에만 가능한 것으로 보아야 한다.

한편 헌법개정을 통해 새로운 헌법질서를 창출할 수 있는데, 이 경우에도 헌법질서의 근본적 변화는 헌법개정의 한계를 벗어나는 것이다. 이 점에서 통일국가의 헌법질서가 자유민주주의와 조화될 수 없는 경우 본질적으로 헌법개정의 한계를 벗어나게 된다. 결국 현행헌법에 의하면, 통일 국가의 헌법질서로서 자유민주적 기본질서와 위배되는 체제를 구상하는 것은 헌법제정을 통하여 하는 것이다. 헌법 제정을 통한 새로운 체제에 대한 국민적 합의가 필요한 것은 물론이다. 헌법제정에 의한 헌법질서의 창출은 결국 헌법제정권력의 행사로서 주권자인 국민에 의해 결정되는 것이다.

2. 統一過程의 基本構圖

(1) 『南北基本合意書』의 合意精神 및 秩序의 尊重

남북한은 『남북기본합의서』에서 분단극복을 위한 제도적 장치에 관해 합의

하였다. 이에 의해 남북한은 쌍방간의 합의한 내용을 통일 과정에서 준수하고 실천할 의무가 있다. 남북한 사이의 화해·불가침·교류협력의 기틀을 마련한 법적 기초인 『남북기본합의서』는 대결과 반목에서 화해와 협력으로의 남북관계를 지향하는 계기를 확립한 것이다. 이는 바로 남북한의 평화적 통일의 기틀을 형성하는 것으로서 합의서의 정신과 질서를 이행·실천하는 일은 평화통일을 이루는 기본전제가 된다. 이를 위해 합의서상의 남북공동기구의 구성과 활동은 새로운 통일질서를 구축하는 첫걸음이 될 것이다. 한편 이는 남북한 공동체형성을 통한 평화적 통일실현을 앞당기는 길이기도 하다.

(2) 『南北共同體 憲章』의 採擇 - ‘價值共同體’ 形成

남북한의 체제통합의 전제는 남북한이 공동으로 참여하는 공동체를 형성하는 것이다. 이 공동체는 남북간의 체제차이의 극복을 위한 과제를 실천하여야 한다. 바로 통일국가체제를 확고히 하는 전단계로서 이른바 가치공동체 형성을 의미한다. 여기에는 독일통일과정에서 통일독일을 위해 동서독간에 합의한 『국가조약』과 『통일조약』이 시사하는 바가 크다.

동서독의 『화폐·경제·사회연합』 구성을 위한 합의인 『국가조약』은 독일통일의 경제적·사회적 토대를 다지는 제도적 장치를 마련한 것이라 할 수 있다. 이에 비추어 남북통일을 향한 다음 단계로의 진전을 위한 기본합의로서 북한의 남한헌법체제의 수용에 관한 합의를 도출하는 방안을 고려할 수 있다. 이를 위해 고려해야 할 사항을 다음에 간략하게 언급한다.

첫째, 남북한은 ‘화폐통합’을 통해 공동화폐를 사용하도록 한다. 동서독의 경우 화폐가치의 차이에도 불구하고 동서독의 화폐가치를 원칙적으로 1 : 1로 교환하였다. 이는 결과적으로 구동독의 경제적·사회적 안정에 기여하였다. 우리의 경우 통화가치의 격차를 신중히 결정해야 하지만, 통화단일화는 통일의 시금석이라 할 수 있다.⁴⁸⁾

둘째, ‘경제공동체’를 형성함으로써 남북간의 경제질서의 통합을 도모한다. 남북한 경제공동체는 사회적 시장경제원리를 기본원리로 하여 사유재산의 보장, 서비스간의 경쟁체제 유지, 자유시장 경제체제 및 노동·물자·자본의 자유 이동의 원칙을 보장한다.⁴⁹⁾

48) 동서독의 『국가조약』 前文 제4항 참조.

49) 상계조약 제1조제3항 참조.

셋째, ‘사회·문화공동체’는 시장경제원리에 따라 노동시장의 자유원칙과 능력에 따른 정당한 대우를 받을 권리 및 사회적 균등성의 원칙이 보장되는 체제를 구축한다. 이를 통해 남북한의 사회보장제도의 단일화실현의 토대를 마련한다.⁵⁰⁾

이러한 공동체 형성을 위한 법적 기초로서 이른바 ‘남북공동체 헌장’을 채택하여야 할 것이다. 이 공동체헌장의 합의는 단지 선언적인 효력이 아니라 법적 효력을 갖는 것으로서 헌장의 구속력 및 실효성에 대한 의지를 규정하는 점은 중요하다.⁵¹⁾ 따라서 남북한은 당사자로서 공동체 형성에 법적인 구속력을 인정해야 한다. 공동체의 구성원으로서 남북한은 서로 단일 규범질서의 창출을 위해 공동체헌장에 적합하도록 헌법개정 또는 필요한 법적 근거를 마련하여야 한다.⁵²⁾ 화폐·경제·사회문화공동체의 구성을 통해 남북한은 ‘기본질서’ 내지 ‘공동질서’를 창출하는 것이고, 보다 확고한 공동체를 형성하기 위한 근거를 마련하는 것이다. 화폐·경제·사회문화공동체 구성의 합의는 통일헌법의 필수요소인 공동질서의 내용을 구상하는 것이라 할 수 있다. 이 때 남북한이 이 공동체에 대해 합의하는 것은 바로 단일의 국가질서형성의 전단계적인 일이다. 이 또한 현행헌법의 기본질서로서 자유민주주의, 법치국가주의 등의 원리를 기본으로 해야 한다.

(3) 『統一憲章』의 採擇

‘남북공동체’의 형성을 토대로 단일국가로의 통일을 완성하기 위해 이른바 『통일헌장』을 체결한다. 이와 관련하여 동서독은 통일완성을 위한 법적 기초로서 『통일조약』을 체결하였다. 『통일조약』의 체결은 독일통일을 위한 결정적 과정으로서⁵³⁾ 동서독 사이의 국제적 조약의 성격과 동서독 모두의 헌법을 개정하는 성격을 포함하는 것이었다.⁵⁴⁾ 독일의 『통일조약』은 동서독의 헌법개정과 법적 공동체 형성에 필요한 조치 등을 규정한 것으로 통일의 완성을 위

50) 상계조약 제1조제4항 참조.

51) 상계조약 제4조 참조.

52) 상계조약 제2조제2항 참조.

53) Klaus Stern/Schmidt-Bleibtreu (Hrsg.), *Einigungsvertrag und Wahlvertrag*, S. 33 ff ; E. Klein, “Der Einigungsvertrag - Verfassungsprobleme und -anträge -,” *DöV*, 1991, S. 569 ff 참조.

54) Klaus Stern, “Der verfassungsändernde Charakter des Einigungsvertrages,” *DtZ* 9/1990, S. 289 ff 참조.

한 법적 조치들에 관하여 규정한 것이었다.⁵⁵⁾ 또한 이 조약에서 통일의 효과에 대하여 규정하고 이에 따른 동서독의 기본법개정에 관한 내용을 규정하였다.⁵⁶⁾ 실제로 『통일조약』에서 합의한대로 구동독은 통일직전까지 구동독헌법의 민주적 개혁작업을 계속하였으며, 구서독기본법은 통일과 동시에 통일상황에 적합하도록 관련조항을 개정하였다.

이에 비추어 우리의 경우 남북통일의 최종과정에서 통일의 절차와 경과에 관한 남북간의 합의를 규정하고, 이에 의거하여 통일국가를 수립하는 방안을 고려할 수 있다. 북한체제의 붕괴 내지 와해에 의한 급변상황의 통일을 상정하더라도 통일국가를 출범시키기 위해서는 통일의 원칙을 설정하는 한편 통일의 과도기적 조치를 마련해야 할 필요성이 제기된다. 이러한 배경아래 남북한의 『통일헌장』을 마련할 필요가 있다. 이는 비록 북한체제의 붕괴에 의한 남한체제로의 흡수적 통일상황에서도 평화적이고 민족적 이익에 입각한 통일을 성취하기 위해서는 남북한의 협의에 바탕한 통일체제를 구축하는 것이 바람직하다는 이유에 기인하는 것이다.

이에 『통일헌장』에는 남북한의 통일원칙과 통일에 따른 법제통합을 위한 조치 등에 관한 구체적 내용이 담겨야 할 것이다. 다음에 이에 관하여 좀 더 살펴본다.

첫째, 사실상 통일은 남한체제로의 흡수적 방법에 의해 이루어진다는 점을 감안하여 남북한의 통일이 ‘자유민주적 기본질서’에 입각한 평화적 통일이라는 원칙에 합의하여야 한다. 여기에는 북한 헌법상 기본질서가 이러한 통일원칙에 부응하도록 개폐될 것을 요청한다. 북한은 통일까지 북한내에서 통일을 전제한 헌법적 정비차원에서 스스로의 노력을 보여야 한다. 따라서 북한은 1당 독재체제 및 유일지배체제에 입각한 정치체제를 배제하여야 하며, 사회주의 계획경제원칙에 입각한 경제체제도 사회적 시장경제체제로 전환하여야 할 것이다. 이는 통일을 위한 사전적 정비원칙으로서 통일국가의 헌법질서를 위한

55) 『통일조약』 제4조부터 제6조. 이에 관해서는 E. Klein, *aa.O.*, S. 572 ff ; Busse, “Das vertragliche Werk der deutschen Einheit”, *DöV*, 1991, S. 347 ff.

56) 『통일조약』 제3장(제8조에서 제10조) 참조. 자세한 내용은 Grawert, “Rechtseinheit in Deutschland,” *Der Staat*, 1991, S. 209 ff (222 ff) ; Kloepfer /Kröger, “Rechtsangleichung nach Art. 8 und 9 des Einigungsvertrages,” *DVBt*, 1991, S. 1031 ff.

북한체제의 전환을 의미한다.

둘째, 남한의 현행헌법도 통일상황을 예상하여 규정된 조항들에 대한 정비 문제도 검토하여야 한다. 예컨대 평화적 통일과 관련한 전문, 평화통일조항, 대통령의 의무에 관한 조항들은 새로운 통일상황에 상응하는 방향에서 정비되어야 할 것이다. 또한 전문(前文)에서 통일의 역사적 전개에 따른 내용을 추가할 필요가 있을 것이다.

셋째, 통일 이후 과도기적 과정을 거쳐 안정기에 들어서게 되면, 새로운 통일국가의 헌법질서의 조정 및 미래지향적인 헌법질서를 정립하고, 실질적인 사회통합을 통한 통일의 완성을 위해 북한주민이 함께 참여하는 가운데 신헌법(통일헌법)을 제정하기 위한 정치적 일정에 관한 합의사항을 들 수 있다. 이처럼 『통일헌장』에서 남북한 헌법을 통일상황에 상응한 규정으로 개정하고, 통일 후 신헌법제정을 위한 근거조항을 두는 만큼 이 헌장의 법적 성격은 헌법적 효력을 갖는다고 보아야 할 것이다.

넷째, 남북한의 정치적·경제적·사회적 통합원칙을 정하고, 이에 따른 국가기관, 행정, 사법, 군사, 교육 등의 분야에서의 구체적인 통합내용을 정하여야 한다. 아울러 양자의 차이로 인한 인적·물적 통합의 과도기적 상황을 감안하여 이에 대한 법적 조치를 마련하여야 한다. 이와 관련하여 북한정권의 법적 조치에 대한 효력문제, 북한의 국제법상 권리·의무의 승계문제 등에 관한 원칙을 정하여야 한다.

다섯째, 북한의 사회주의체제의 남한의 자유민주주의체제로의 흡수적 통합이라는 면에서 사법상 사적 소유제에 바탕한 조치에 따른 법적 문제점을 고려하여야 한다. 예컨대 북한 공기업의 민영화, 북한내 재산 및 토지의 반환·처리문제 등에 관한 원칙을 정하여야 한다. 한편 남북주민의 통합에 따른 사법(私法)상 문제, 즉 중혼·상속·재산권행사 등의 문제해결을 위한 법적 해결 방안을 마련하여야 한다. 여기에는 남북한의 법제상 차이로 말미암은 문제가 고려되어야 하며, 남한법제의 적용원칙하에서도 북한의 법률적 상황을 고려할 필요가 있는 경우 양자의 효력을 구체적인 입법조치가 있기 전까지 인정할 필요가 있을 것이다.

이러한 내용의 『통일헌장』의 채택은 급변사태에 의한 통일상황에 직면하여 혼란을 방지하고 안정적 기조하에서 통일국가체제를 구축하는 계기를 마련할 수 있다. 『통일헌장』은 급변통일상황을 감안한 통일원칙과 통일일정을 마련하

면서도 이 규정의 범위내에서 남북한주민이 통일국가의 헌법질서형성에 참여할 수 있는 근거를 제공함으로써 통일국가의 안정과 미래를 건설하는 법적 기초로서 큰 의미를 가진다고 할 수 있다.

(4) 南北韓 總選舉 合意

통일국가수립에 있어서 남북한 주민이 모두 참가하는 총선거의 의미는 매우 크다. 선거의 방법은 여러 가지로 생각할 수 있으나 선거시행을 위해서는 남북한의 사전협약과 법적 근거를 마련하여야 한다. 통일한국의 단일 입법기관 구성을 위한 선거는 단일한 법적 근거하에 단일 선거법에 따라 실시되어야 한다.⁵⁷⁾ 남북한은 쌍방의 합의를 통해 통일 의회 구성을 위한 선거 시기와 방법을 구체적으로 명시한다. 이 경우 남북한의 합의사항을 전술한 『통일헌장』에서 정치적 통합의 원칙과 일정을 정하는 방법을 생각할 수 있다. 즉, 통일 후 일정한 시일안에 총선거를 실시하되, 그 선거법은 새로운 선거법을 제정하거나 혹은 남한의 현행 『통합선거법』을 기준으로 실시한다는 합의사항을 정할 수 있을 것이다. 이 때 남북한 정부가 합의한 선거법은 최초의 남북 공동선거에 관한 사항으로서 남북 전체에 그 효력을 미치는 것이다.

현실적으로 이 경우 남한의 선거관계법, 즉 통합선거법, 정당법 및 선거관리위원회 규칙 등이 적용될 수 있다. 남북통일과정상 통일의회구성에 있어서 남한의 선거법을 북한지역에 적용할 경우 북한지역의 과도적 상황을 고려하여 선거구 및 후보자수의 특례를 인정하는 등의 방향에서 적용하는 방안을 검토할 수 있다. 독일통일의 경우에도 서독의 선거법을 개정하여 전독일에 적용하였다.⁵⁸⁾ 선거법 개정에는 선거와 관련하여 정당에 대한 북한지역의 과도적 특례인정, 국회의원 수 및 선거연령의 조정 등이 고려될 수 있다.

3. 統一國家의 憲法秩序의 再編

급변사태에 의해 통일이 이루어지는 경우에도 통일국가의 새로운 헌법질서를 창출하기 위한 노력이 필요하다. 독일의 경우 『통일조약』을 통해 동서독은 통일독일의 헌법질서에 합의하였으며, 통일상황에 상응하도록 구서독의 기본법규정을 개정하였다. 그리고 통일이후 통일독일의 새로운 헌법질서의 정립과

57) 독일의 경우 『선거조약』 前文 제5항 참조.

58) 『선거조약』 제1조제1항.

관련하여 기본법의 개정과 신헌법제정이란 방향을 두고 논쟁이 전개되었으며, 결국 기본법을 개정하는 방향에서 통일독일의 헌법개혁을 마무리하였다.⁵⁹⁾

남북한의 경우에도 통일에 따른 헌법개혁에 있어서는 현행헌법을 개정하는 것과 통일국가의 헌법을 새로이 제정하는 것을 포함한다. 여기서 통일 이후 새로운 국가적 기본질서를 형성하는 과정에 남북한 주민이 모두 참여하는 기회를 마련하는 것이 바람직하다. 이 경우 헌법개정보다 신헌법제정을 고려하여야 한다. 통일국가의 새로운 헌법제정을 통해 남북분단상황에서 형성된 이념과 체제의 차이에서 발생하는 갈등을 치유하는 해결방향을 모색할 수 있다. 통일후 신헌법 제정은 북한주민에게 새로운 국가적 기본질서를 형성하는 데에 있어 통일한국의 국민으로서 동등하게 참여하게 함으로써 남한에의 흡수적 통일에 따른 북한주민의 열등감을 해소하고 국민적·사회적 통합을 이루는 데 크게 기여할 것이다.

새로운 헌법창출에 있어서 주권자로서 국민은 현행헌법에 구속되지 않고 “모든 국가권력의 원천”으로서의 헌법제정권력을 행사한다.⁶⁰⁾ 헌법제정권력의 주체는 자유롭게 주권자와 국가의 관계를 새로이 규정할 수 있다. 이 경우 대한민국의 국가체제와 질서에 관하여 규정하고 있는 현행헌법은 헌법제정권력의 행사에 법적 구속력을 행사할 수 없는 것이다. 더욱이 신헌법은 민주적 기본원칙에 입각하여 진정한 국민의 의사를 도출하기 위한 국민투표를 실시함으로써 새로운 헌법질서에 대한 정당성을 확보하면 통일국가의 헌법질서로서 확정된다.

V. 맺음말

무릇 통일준비에 있어서 평시는 물론 비상사태시에 대응하는 법적 대책을 마련하여야 한다. 특히 북한의 현실은 여타 사회주의국가들의 변혁에 비추어 그 변화의 길을 모색하여야 하는 기로에 서 있다는 점에서 우리에게 통일이 단계적이고 점진적인 과정을 통한 통일이란 예상과는 다른 상황으로 이루어질

59) 이에 관해서는 張明奉, “獨逸統一後 基本法改正의 論議와 內容에 관한 考察”, 『法學論叢』, 제8집, 國民大 法學研究所, 1996, 63~92면.

60) Dieter Blumenwitz, “Wie offen ist die Verfassungsfrage nach der Herstellung der staatlichen Einheit Deutschlands?”, *Aus Politik und Zeitgeschichte*, B 49/91, 29. November 1991, S. 4 ff.

가능성을 크게 하고 있다. 바로 이 점에서 급변통일상황에 대한 대비는 현안으로 제기되었으며, 이를 위한 법적 대비도 중요한 과제로 부각되었다.

우리의 통일준비 내지 대비에 있어서 독일통일의 사례는 시사하는 바가 많다. 아다시피 독일통일은 구동독의 구서독연방으로 편입되는 흡수적 형태를 띠면서도 평화적인 절차를 거쳐 이루어졌다. 독일의 평화적 흡수통일은 북한의 현실을 고려할 때, 남북한에도 바람직한 대안의 하나로 거론될 수 있다. 그래서 남북관계의 새로운 정립과 통일전망도 독일의 통일사례에 비추어 논의될 수 있다. 즉, 구동독붕괴에 따른 독일통일상황은 북한체제붕괴에 따른 남한체제로의 흡수적 통일의 가능성을 상징케 한다. 그렇다면 이러한 급변사태에 따른 통일상황에 대한 법적 대응책은 통일대비차원에서 충분한 검토가 있어야 한다. 이 점에서 구서독이 통일을 위해 마련했던 대비책은 우리에게 교훈이 되고 있다.

이를 감안할 때, 긴급사태에 대한 통일정책 및 대북정책은 원칙적으로 헌법적 테두리내에서 이루어져야 한다. 어떠한 상황의 통일에 대한 헌법적 대응책을 마련하는 데에도 우선 통일문제와 관련한 규범과 현실의 모순 내지 괴리현상을 해결하는 노력으로부터 출발하여야 한다. 그러한 문제의 해결은 과거의 냉전적인 자세에서 벗어나 통일과 관련한 헌법문제를 새로운 시각에서 접근하는 전향적인 자세를 필요로 한다.

끝으로 급변사태에 의한 통일을 상정하더라도 우리는 민족의 희생과 고통에 의한 통일을 원하지 않는다. 우리의 통일은 평화적이어야 하며 헌법적 규범하에서 이루어져야 한다. 여기서 급변사태에 의한 통일은 북한의 남한체제로의 흡수적 상황하에서 이루어지는 통일을 예상할 수 있다. 이 경우 독일의 통일과정은, 즉 평화적 흡수통일의 상황은 바로 우리에게 시사하는 바가 많다. 그 중에서 독일은 흡수통일을 이루면서도 그에 대해 법적 대응을 적절히 하였다. 결국 통일에 대한 준비된 법적 대응은 급박하게 전개되는 통일상황하에서 평화적이고 질서있는 통일을 가능하게 하는 모티브가 되는 것이다.