

憲法上 統一關聯 條項의 改廢問題

諸 成 鑄*

◀ 目 次 ▶

- | | |
|----------------------------------|-------------------------------|
| I. 序 論 | IV. 憲法上 統一關聯 條項의 改廢
問題와 對策 |
| II. 憲法上 統一關聯 條項의 法的 意味 | |
| III. 南北關係變化와 統一關聯 條項
改廢問題의 提起 | V. 結 論 |

I. 序 論

1991년 9월 17일 남북한이 유엔에 同時加入하고, 같은 해 12월 13일 분단 40년만에 처음으로 남·북한 당국간에 「南北사이의 和解와 不可侵 및 交流·協力에 관한 合意書」(이하 基本合意書라 함)가 채택된 직후 현행헌법의 領土條項은 이제 더이상 현실에 맞지 않기 때문에 조속히 개정되어야 한다는 주장들이 法學界는 물론 社會一角에서 제기된 바 있다. 이와 함께 최근에는 통일에 대비할 수 있는 방향으로 헌법을 개정해야 한다는 논의도 제기된 바 있고, 여기서 한 걸음 더 나아가 統一憲法의 試案도 마련해 둘 시기가 되었다는 주장까지도 나타나고 있는 실정이다.

현행 제6공화국 헌법은 民族統一과 관련하여 前文에서 平和的 統一을

* 民族統一研究院 研究委員

國家의 基本政策의 하나로 선언하고, 대한민국이 임시정부의 法的 承繼者이며 통일주체가 대한민국 國民임을 명시하고 있다. 本文 제3조는 영토의 空間的範圍를, 제4조는 「자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일」을 규정하고 있다. 그밖에 헌법 제66조 3항, 제69조, 제92조¹⁾에서도 평화적 통일과 관련있는 규정을 두고 있다.

헌법 제3조의 領土條項은 한반도내에서 대한민국만이 유일한 국가임을 전제로 북한의 國家性을 否認하고 있는 바, 남북한 유엔동시가입, 南北基本合意書의 상호 체제인정 준중조항과 矛盾되는 측면이 있다. 따라서 앞으로 남북화해와 협력체제 및 통일지향적 평화공존체제에 부합하는 방향으로 영토조항을 改廢해야 하는가가 法理上의 問題로서 또한 統一政策과 관련된 憲法上의 問題로서 현실적으로 대두될 수 있다.

本稿에서는 이러한 점에 유의하여 향후 영토조항 개폐문제가 현실문제로 제기될 경우를 대비하여, 과연 영토조항의 개정이 필요한지 여부와 영토조항을 개폐할 경우 어떠한 방안들이 있는가를 검토하여 그중 가장 적실성 있는 代案을 제시하기로 한다. 領土條項의 改廢問題와 함께 헌법 제4조의 평화통일조항의 개폐문제도 논의되고 있는 바, 이 문제에 관해서도 아울러 검토하기로 한다.

이를 위해 本稿에서는 憲法學 및 國際法學의 관점에서 먼저 領土條項 및 平和統一條項의 法的 意味를 고찰하기로 한다. 이어 최근 남북관계의 진전에 따른 영토조항 개폐의 必要性과 當爲性이 있는가를 검토하고, 이에 대한 대책을 短期的 對策과 中·長期的 對策으로 나누어 고찰하기로 한다. 특히 중·장기적 대책의 경우 立法論的 次元에서 영토조항의 개정에 대비한 대안검토가 추가 될 것인 바, 代案 檢討時 동서독의 경우를 포함하여 영토

1) 헌법 제66조 3항은 “大統領은 祖國의 平和的 統一을 위한 誠實한 義務를 진다”, 69조는 “大統領은 就任에 즈음하여 다음의 宣誓를 한다. 나는 헌법을 준수하고 국가를 보위하며 祖國의 平和的 統一과 국민의 자유와 복리의 증진 및 민족문화의 창달에 노력하여 대통령으로서의 직책을 성실히 수행할 것을 국민 앞에 염숙히 선서합니다”, 제92조는 “平和統一政策의 수립에 관한 大統領의 諮問에 응하기 위하여 民主平和統一諮詢會議를 들 수 있다. 민주평화통일자문회의의 조직·직무범위 기타 필요한 사항은 法律로 정한다”고 각각 규정하고 있다.

조항을 存置하고 있는 국가들의 사례들에 대해서도 간단히 살펴보기로 한다.

II. 憲法上 統一關聯 條項의 法的 意味

1. 領土條項의 法的 意味

헌법 제3조는 영토조항으로서 “대한민국의 영토는 韓半島와 그 附屬島嶼로 한다”고 규정하고 있다. 領海와 領空은 영토에 당연히 종속하는 것이기 때문에 헌법은 이들에 관해서는 언급하지 않고 단지 영토에 관해서만 규정하고 있을 뿐이다.²⁾ 本條는 대한민국의 영역의 한계를 규정한 것일 뿐만 아니라 전 한반도문제와 관련하여 중요한 法的 意味를 갖는 條項이다.

國際法上의 一般原則에 따르면 一國의 領土는 국가권력이 미치고 국가권력이 통치할 수 있는 空間이라야 한다. 현실적으로 대한민국의 국가권력은 1953년 휴전협정에 의해 설정된 군사분계선 남방에서만 실효적으로 행사될 수 있고 그 북방에는 미치지 못하고 있다. 이러한 사실에도 불구하고 헌법 제3조가 “대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다”라고 규정한 것은 既存의 憲法解釋論에 의하면 다음과 같은 몇가지 法的 意味를 지니고 있다.

첫째, 大韓民國의 영토가 舊韓國인 大韓帝國時代의 國家領域에 입각하고 있음을 의미한다. 둘째, 대한민국 영토의 범위를 명백히 하여 타국의 영토에 대한 야심이 없음을 표시하는 國際平和主義의 意味가 있다. 셋째, 대한민국만이 한반도에 있어서 正統性과 法統性을 갖는 유일한 국가이고 “휴전선의 북방지역은 이른바 조선민주주의인민공화국이 不法的으로 占據하고 있는 未收復地域”이라는 것을 강조한 것이다.³⁾ 判例도 이러한 입장을 취하고 있다.

이것은 결국 한반도가 「事實上」(de facto) 分斷되어 있는 것과는 별개

2) 權寧星, 「憲法學原論(上)」(서울: 法文社, 1979), p.140.

3) 權寧星, 「憲法學原論」(서울: 法文社, 1988), pp.140~143.

로 적어도 「法律上」(de jure)으로는 分斷되어 있지 않다는 것, 다시 말하면 대한민국의 領土가 統一되어 있다는 것을 의미한다. 領土條項은 建國以來 北한을 國제법상 국가로 承認하지 않음은 물론, 北한의 国家性 또는 國가적 實체性까지도 否認하는 조항으로서 國家保安法의 根據規定으로 간주되어 왔다. 영토조항에 의하면 대한민국의 헌법과 법률은 휴전선 남방지역 뿐만 아니라 북방지역에도 적용되어야 하는 바, 이에 따라 소위 「조선민주주의인민공화국」이라는 國名을 僞稱하는 집단의 지배체제를 찬양하거나 지지하는 행위는 憲法違反行爲로서 처벌을 받아야 하는 것이다. 그에 관한 法的 根據를 제시한 것이 바로 國家保安法이다.⁴⁾

이와 같이 대한민국의 영토가 한반도와 그 부속도서라면 그 영토 안에는 대한민국 이외의 어떠한 국가도 存在할 수 없다. 만일 한반도내에 대한민국 이외의 어떤 政治集團이 존재하고 그것이 대한민국에 挑戰한다면, 그 집단은 國際法上 交戰團體의 승인대상이 되는 叛亂團體 또는 叛徒團體(insurgency)일 것이며, 國內法上으로는 국가보안법 제2조에 규정된 대로 정부를 僞稱하거나 國家變亂을 목적으로 하는 政治的 結社로서 「反國家團體」가 된다. 따라서 대한민국 대통령은 그 영토내의 反國家團體를 즉각 진압하여, 국가보안법 제3조의 규정에 따라서 그 단체의 首魁와 幹部들을 처벌해야 할 법적 의무를 지게 되며 대통령의 그러한 義務의 不履行이나 懶怠은 국가를 保衛하여야 할 그의 職責을遂行하지 않는 것으로서 職務遺棄가 된다.⁵⁾

大韓民國 憲法의 영토조항은 통일전의 대한민국 영토와 통일후의 그것을 구별하지 않고 있어 과거의 西獨基本法(Grundgesetz)과 중대한 차이를

4) 金哲洙, 「憲法學概論」(서울:博英社, 1988), p.101 참조. 이와 같은 맥락에서 1950년 1월 16일 國務院告示 제7호로 공포된 「國號 및 一部地方名 地圖色使用에 관한 件」은 북한을 「北韓傀儡政權」으로, 「越南歸順勇士特別報償法」, 「國家有功者禮遇 등에 관한 法律」, 「沒收 金品 등 處理에 관한 臨時特例法」등은 북한을 「北韓傀儡集團」으로 규정하고 있다.

5) 장기봉, “남북한 평화통일의 기초조건,” 「國際法學會論叢」, 제 35권 1호(1990), p. 24; 이러한 논리에 충실하면 韓國政府가 北韓當局과 南北對話를 하거나 基本合意書를 채택하는 行爲는 憲法 및 法律違反이 된다는 結論에 이르게 된다. 이러한 結論은 다시 헌법 제69조 및 「南北交流·協力에 관한 法律」과의 관계문제를 제기하게 된다.

보이고 있다. 서독기본법은 그 前文에서 서독의 통일노력을 규정하는 한편, 제23조에서 기본법의 효력범위를 11個州(land)에 국한시키고, 제146조에서 통일헌법의 제정과 함께 기본법의 失效를 규정하여, 서독이 「暫定國家」(Provisorium)임을 전제로 하고 있다. 따라서 西獨基本法은 서독영역 내에서만 效力を 가지는데 불과하였다. 이에 반해 대한민국 헌법은 대한민국이 잠정국가가 아니라 통일된 「完成國家」임을 전제로 하여 그 완성 국가의 場所的 範圍를 규정하고 있는 바, 이 점에서 서독기본법과는 그 구조에 있어서 상당한 차이가 있다.⁶⁾

2. 平和統一條項의 法的 意味

現行憲法 제4조는 평화통일조항으로서 “대한민국은 統一을 지향하며 自由民主的 基本秩序에 입각한 平和的 統一政策을 수립하고 이를 추진한다”고 규정하고 있다. 同條는 제6공화국 헌법에서 처음으로 신설·명문화된 규정이다. 그러나 아직까지 이 조항에 관해서는 憲法學者들간에 일치된 解釋이 존재하고 있지 않은 것 같다. 따라서 이하에서 筆者는 나름의 論理를 가지고 平和統一條項의 法的 意味를 간단히 整理해 보기로 하겠다.

平和統一條項은 다음과 같은 세 부분으로 구성되어 있다. 첫째, 대한민국은 統一을 지향한다. 둘째, 대한민국이 지향하는 통일은 自由民主的 基本秩序에 입각한 平和的 統一이어야 한다. 셋째, 대한민국은 平和的 統一政策을 수립하고 추진할 의무가 있다는 것이다.

첫째, “대한민국은 統一을 지향한다”는 것은 현재 대한민국의 국가영역인 한반도와 부속도서가 현재 사실상 통일되어 있지 않음(즉 分斷되어 있음)을 전제로 하는 것이다. 이는 한반도가 「事實上」(de facto) 地理的으로 分斷되어 있음을 부인할 수 없는 현실을 認定하고, 분단을 극복하여 통일을 이루하겠다는 강력한 統一意志를 천명한 것이라 할 수 있다. 여기에는 분단이 어디까지나 暫定的인 것이지 영구적인 것일 수 없다는 대한민국의 國家意思가 間接的으로 반영되어 있다.

6) 金哲洙(1988), 앞의 책, p. 101.

이와 같이 平和統一條項은 한반도가 분단되어 있음을 전제로 하고 있는 규정인 바, 이는 대한민국의 영토인 한반도가 法的으로 分斷되어 있지 않은(즉 統一되어 있는) 것으로 간주하는 제3조의 領土條項과 矛盾되는 것이 아닌가 하는 疑問이 제기될 수 있다. 이와 관련하여 金明基 교수는 평화통일조항은 영토조항과의 관계에서 一部 矛盾되는 규정이나, 그 모순을 피하기 위해서는 제4조의 통일을 다음과 같이 이해해야 한다고 주장하고 있다:

“국가의 3요소는 國民·領土·政府이다. 통일은 국가의 3요소인 국민·영토·정부의 분단을 전제로 성립되는 개념인데, 제3조는 적어도 法的으로는 領土의 分斷을 부정하고 있기 때문에 제3조는 제4조와 矛盾 또는 抵觸된다. 이 모순·저촉을 피하기 위해서는 제4조의 「통일」은 영토를 제외하고 국민과 정부의 통일, 그 중에서도 정부의 통일로 이해할 수 밖에 없다. 그러므로 제4조의 통일은 대한민국의 영토로부터 북한정권을 축출하는 것을 뜻하게 된다.”⁷⁾

주지하는 바와 같이 統一의 概念에 관해서는 보는 角度에 따라서 民族共同體의 完成, 單一 理念 및 生活圈의 形成 등 여러가지 입장이 있을 수 있다. 또한 統一의 對象이 무엇인가에 관해서도 國家統一, 民族統一, 經濟的統一, 政治的統一 등을 운위하기도 한다. 그러나 法的인 觀點에서 볼 때 헌법 제4조에서 규정된 통일의 개념 내지 실체는 무엇을 말하는 것인가?

國家는 國民·領土·主權으로 구성된다. 현재 북한지역의 주민에 대해 현실적으로 統治權이 미치고 있지 않음에도 불구하고, 北韓住民을 대한민국의 국민으로 보는 것이 대한민국 헌법의 태도이다. 이는 “大韓民國의 國民의 要件은 法律로 정한다”는 헌법 제2조와 제3조 영토조항으로부터 도출되는 論理的 歸結이다. 다시 말하면 대한민국의 국민이 「事實上」 分斷되어 있다고 할 수 있을지는 몰라도 「法的」으로는 결코 분단되어 있지 않다는 것이 憲法의 基本立場인 것이다. 다음 領土가 문제되는데, 영토는 헌법

7) 金明基, 「北方政策과 國際法」(서울: 國際問題研究所, 1989), pp. 142~143.

제3조의 法理에 따르면 法律上 분단되어 있지 않은 것으로 본다는 점은 이미 전술한 바 있으므로 이에 관한 설명은 생략하기로 한다.

문제의 핵심은 主權에 있다. 大韓民國의 主權 또는 主權的 意思가 現狀形態面에서 分裂되어 행사되고 있음은 명백한 사실이다. 法的으로 主權은 對內外的으로 확립된 政府에 의해 표시되는 바, 주권이 분열되어 있다는 것은 하나의 국가에 하나의 정부가 있어야 할 것이 2개 이상의 정부로 분열되어 있다는 것과 같은 의미이다. 이러한 점을 고려하면 결국 헌법 제4조의 統一이란 南北韓에 있는 2개 政府를 하나로 統一한다는 것을 말하는 것일 뿐 그 외에 아무것도 아니다. 2개 政府의 統一이란 곧 2개 政治權力의 統合을 의미하는 것이며, 이는 다시 남북한이 政治的・體制的인 面에서 하나의 法秩序하에 統合되는 것을 의미한다.⁸⁾

政治權力의 統合 내지 政府의 統一이 이루어지면 지금까지 현실적으로 行使되지 못하여 온 北韓住民에 대한 統治權(imperium)과 北韓地域에 대한支配權(dominium)이 回復되게 된다. 따라서 적어도 法的인 觀點에서 볼 때 統一의 實體는 民族의 統合도 國民의 統合도 아니며 領土의 統合은 더더욱 아닌 것이다. 요컨대 法的인 意味에서 대한민국이 지향하는 統一의 概念 내지 實體는 남북한에 현존하는 「2개의 政府와 法秩序」의 統合이라 할 것인 바, 本稿에서는 통일의 實體를 이와 같이 이해하기로 한다.

둘째, “대한민국이 지향하는 통일은 自由民主的基本秩序에 입각한 平和的 統一이어야 한다”는 부분은 「平和的 統一」과 「自由民主的基本秩序에 입각한 統一」이라는 2부분으로 나누어 생각할 수 있다.

먼저 「平和的 統一」에 관해서 보기로 하자. 國際政治的 觀點에서 보면 平和라는 개념은 現狀維持(status quo)를 의미한다. 이에 대해 통일, 특히 結果로서의 統一은 現狀의 變更 내지 打破를 의미한다. 이러한 점에 비추어 볼 때 대한민국의 평화적 통일이란 國際法의 전지에서 보면 「平和的 變更」(peaceful change)⁹⁾에 해당하는 것이라 할 수 있다.

앞에서 시사한 바와 같이 平和的 統一란 現狀維持와 現狀變更이라는

8) 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」, 統一方案 論文集, 第 2輯(서울: 통일원, 1990), p.119 참조.

一見 矛盾되는 것처럼 보이는 2가지 명제를 모두 포함하고 있는 개념이라고 할 수 있으나, 이는 결코 兩立할 수 없는 概念은 아니다. 평화적 통일이 의미하는 바는 결국 現狀維持의 方法에 의하여 –現狀(平和)의 急激한 變更 없이 점진적 단계적으로 현상을 변경 – 통일을 이룩한다는 것을 말한다고 보아야 한다. 이는 통일을 추구하는 방법으로서 소위 機能主義的 接近方法 또는 新機能主義的 接近方法에 의한 統一政策과 조화될 수 있는 개념이나 급격한 현상변경을 추구하는 構造主義의 接近方法과는 원칙적으로相容할 수 없는 것이라 하겠다.

다음으로 「自由民主的 基本秩序에 입각한 統一」이라고 할 경우 자유민주적 기본질서란 무엇인가, 그리고 그에 입각한 통일이란 무엇을 말하는가를 고찰하기로 한다. 自由民主的 基本秩序라 함은 모든 폭력적 지배와恣意的支配를 배제하고, 그때그때의 意思의 자유 및 평등에 의거한 國民의 自己決定을 토대로 하는 法治國家의 秩序를 의미한다. 이러한 자유민주적 기본질서는 國民主權主義의 原理를 기초로 하여 (1) 基本的 人權의 保障, (2) 權力分立의 原理, (3) 責任政治의 具現, (4) 行政의 合法律性의 原則, (5) 司法權의 獨立, (6) 複數政黨制, (7) 政黨活動의 自由 保障 등을 그 내용으로 한다.¹⁰⁾

학자에 따라서는 헌법이 이에 관해 명시적으로 규정하고 있지는 않으나, 이러한 자유민주적 기본질서와 조화·상용할 수 있는 經濟秩序는 社會的市場經濟秩序라고 보고, 통일의 내용은 자유민주적 기본질서에 입각한 政治秩序와 社會的 市場經濟秩序에 입각한 經濟秩序라야 한다고 주장하는 자도 있다.¹¹⁾

9) 평화적 변경의 개념, 역사적 사례 및 적용범위 등에 관한 일반이론에 관해서는 Encyclopedia of Public International Law, Vol.7(Amsterdam: North Holland Company, 1984), pp.378~384 ; Charles de Visscher, Theory and Reality in Public International Law trans by P. E. Corbett (Princeton: Princeton University Press, 1968), pp.333~354 참조.

10) 權寧星(1979), 앞의 책, pp. 148~149.

11) 權寧星, “우리 憲法의 「領土條項」과 「統一條項」,” 「判例月報」, 제228호(1989년 9월), p. 9 참조.

「자유민주적 기본질서에 입각한 통일」이라 함은 말할 것도 없이 統一의 方法이 자유민주적 기본질서에 합치하는 것이어야 함을 명시한 것이라 하겠다. 이와 관련하여 “대한민국이 추진하는 통일정책의 방법이 「自由民主的 基本秩序」에 반할 수 없음을 표명한 것이라면 사회주의 내지 공산주의 체제와 제도를 승인하는 방법에 의한 통일정책의 수립 추진은 憲法違反이 된다. 또한 남북한 人口比例에 의하지 않는 統一方案은 違憲으로 된다”¹²⁾고 주장하는 견해가 있다. 그러나 이러한 견해는 남북한이 상호 실체를 인정하는 행위까지 금지하는 것으로 판단함으로써 자유민주적 기본질서에 입각한 통일이라는 文言의 意味를 지나치게 좁게 解釋한 것이라고 생각된다.

민족구성원인 北韓을 「善意의 同伴者」로 포용하고, 그에게 상호 동등권을 인정하는 행위가 자유민주적 기본질서에 반하는 것이라고 속단할 수는 없을 것 같다. 북한의 실체를 認定하기로 하는 행위 또는 그와 같은 國家意思決定이 國民的 合意를 기초로 하여 이루어지고 자유민주적 기본질서의 내용과 모순되지 않는다면, 그것은 얼마든지 가능하다고 보아야 한다. 즉 남북한의 상호 체제인정행위를 하는 과정에서 國民主權主義의 原理, 구체적으로는 權力分立에 입각한 政府의 決定, 그에 대한 議會의 적절한 對政府統制, 國家意思決定에 대한 責任政治의 具現 등이 이루어진다면 자유민주적 기본질서와 모순되지 않는다는 것이다.

다시 말하여 북한의 존재를 있는 그대로 인정하는 행위가 자유민주적 기본질서에 반하는 것이라고 할 수는 없다. 물론 이것은 통일을 추진하는 과정에서 대한민국이 「內部的으로」 社會主義 내지 共產主義 體制와 制度를 인정하는 행위까지 정당화하는 것은 아니다. 가령 공산주의활동의合法化는 자유민주적 기본질서에 입각한 통일의 과정에서 필연적으로 요구되는

12) 金明基, 앞의 책, p.145. 김명기 교수는 이어서 남북한 유엔동시가입 과 자유민주적 기본질서조항과의 관계에 관하여, “남북한 유엔동시가입은 동시가입을 위해 대한민국이 북한과 합의를 해야 하는 바, 이는 대 한민국이 국제연합과의 관계에서 북한을 대한민국과 동등시 하고 공산 북한의 국가성의 인정을 전제로 한 것이므로 자유민주적 기본질서에 입각한 방법이 아니다. 따라서 남북한 유엔동시가입을 제의하는 대북 및 통일정책은 헌법 제4조에 저촉되는 헌법위반행위가 된다”고 말하고 있으나, 여기에는 동의하기 어렵다. 같은 책, pp. 145~146 참조.

방법이 아님은 분명하며, 더욱이 憲法이 지향하는 自由民主的 基本秩序를 파괴할 우려가 있기 때문이다. 또한 南北韓 人口比例에 의한 總選舉方式이 가장 바람직한 統一方案임은 분명하나 그 이외의 통일방안은 모두 違憲이라는 發想도 統一政策推進의 實際面을 도외시한 것으로서 지나치게 形式論理에 입각한 理論이라고 생각된다.

헌법 제4조의 平和的 統一에는 積極的 方式과 消極的 方式이 있음을 인식할 필요가 있다. 積極的 方式으로는 대한민국헌법이 전한반도에 그 효력을 미치게 하는 방식의 통일을 생각해 볼 수 있다. 이러한 통일은 동서독의 경우처럼 북한이 남한에 합류되는 통일, 즉 吸收統一을 이룩할 때 실현될 수 있을 것이다. 消極的 方式으로는 남·북한정부가 전한반도에 걸쳐憲法制定權力의 形成 및 行使를 가능하도록 만들어 통일된 憲法秩序를 창출하고, 이 헌법질서에 따라 통일정부를 수립함으로써 결과적으로 대한민국이 발전적으로 解消되는 방식의 통일, 즉 合併型 統一 또는 合議制 統一 을 들 수 있다.

대한민국 헌법의 效力은 엄밀히 말하여 1948년 제정 당시부터 始源의 으로 남한지역에 국한되는 것이었기 때문에 애초부터 法規範과 現實間에 乖離와 矛盾을 지니고 있었다. 따라서 이러한 모순을 극복하기 위해 全韓半島에 걸쳐 적용될 統一憲法의 制定權力を 形成하여, 이 헌법제정권력의 行使에 의하여 통일헌법을 制定하였을 때, 그 결과로 部分的 또는 下位의 秩序의 표현이었던 대한민국헌법이 발전적으로 해소되는 방식의 통일도 ‘그 方法과 節次가 민주적이고 평화적인 것이라면,’ 또한 그것이 ‘本質的으로 自由民主的 基本秩序에 반하는 내용의 통일이 아니라면,’ 그러한 통일은 헌법 제4조의 平和的 統一實現 義務의 성실한 履行이라고 보아야 한다.¹⁴⁾

「자유민주적 기본질서에 입각한 통일」은 통일의 「方法」뿐만 아니라 一應 통일의 「內容」도 자유민주적 기본질서에 위배될 수 없음을 선언한 것이라고 해석된다. 따라서 통일한국이 자유민주적 기본질서를 전면적으로 부정하는 사회주의 내지 공산주의의 정부형태를 갖도록 하는 통일정책의

14) 崔大權, 앞의 글, p. 148.

수립 추진은 憲法違反行爲임이 명백하다.¹⁵⁾ 이와 관련하여 자유민주주의와 공산주의를 折衷하는 방식의 統一은 違憲이라는 견해가 있다. 자유민주주의의 一部를 否定하고 공산주의의 一部를 肯定하는 「合併型 統一」은 통일한국이 「대한민국」으로도 「북한」으로도 통일되는 것이 아니며 새로운 主權國家를 創設하는 것이므로 이는 헌법 제4조에 반한다는 것이다.¹⁶⁾ 그러나 남북한이 합의를 통해 異質的인 理念과 體制를 折衷하는 내용의 통일정책이 반드시 違憲이라고 보기 어렵다고 생각한다. 대한민국의 자유민주적 기본질서를 전면 부정하지 않으면서도 적어도 兩體制의 공정적 측면을 折衷하는 방식의 統一, 가령 예멘식의 「合議制 統一」내지 「合併型 統一」¹⁷⁾도 그것이 평화적 방법으로 추진되는 한에서는 전술한 바와 같이 合憲이라고 보는 것이 대한민국 憲法精神이라고 보기 때문이다. 이러한 점에서 過渡的 統一體制로서 南北聯合의 設置를 예정하고 있는 「한민족공동체 통일방안」은 合憲이다.

이와 같은 자유민주적 기본질서에 입각한 統一論은 一部 在野勢力 및 운동권 학생들의 무분별한 親北韓 統一論에 대비하고 자유민주주의 체제수호를 위한 의미도 아울러 지니고 있다.¹⁹⁾ 또한 平和統一條項을 揿入·明文化한 것은 1980년대 중반 이후 소련의 고르바초프 서기장에 의하여 제창된 改革 및 開放政策의 진전을 목격하고 자유민주체제의 우월성에 대한 法的確信을 반영한 것이라고도 볼 수 있다.

셋째, “대한민국은 평화적 통일정책을 수립하고 추진할 의무가 있다”는 것은 대한민국을 대내외적으로 대표하는 정부가 통일정책의 수립 및 추진 의무를 가진다는 것을 의미한다. 이에 의거하여 제6공화국 정부는 강력한

15) 金哲洙 外, 「콤멘탈 憲法」(서울 : 法文社, 1988), p. 72.

16) 金明基, 앞의 책, p. 145 참조.

17) 한국이 추구하는 통일이 과거로 돌아가는 復古的 統一이 아니고, 21세기를 바라보는 未來指向의 統一, 특히 國家主權의 벽을 허물고 인류의 화합과 단결을 추구하는 새로운 人類共同體 속에서 「한민족공동체」를 형성하고자 하는, 이른바 new unification 을 의미하는 것이라면 마땅히 合併型 統一方式을 배제하여서는 아니될 것이라고 생각 한다.

18) 장기봉, 앞의 글, p. 24.

통일의지와 국민적 열망에 부응하여 1988년 7월 7일 「7·7宣言」을 발표하여 대북 문호개방 및 교류를 허용하였으며, 1989년 9월 11일에 「한민족 공동체 통일방안」을 발표하기에 이르렀다. 또 정부는 남북교류·협력을 활성화하고 이를 법적으로 뒷받침하기 위해 「남북교류협력에 관한 법률안」을 국회에 제출하였고, 국회는 1990년 8월 1일 이를 통과시켰다. 이와 같이 헌법 제4조의 평화통일조항은 남북간 인적·물적 교류의 활성화를 위해 제정된 「南北交流協力에 관한 法律」의根據規定이 되고 있다.

III. 南北關係 變化와 統一關聯 條項 改廢問題의 提起

1. 南北關係의 變化

前述한 바와 같이 領土條項은 한반도에 있어서 大韓民國만이 正統性을 갖는 「國家」이고, 休戰線 以北地域은 이른바 「조선민주주의인민공화국」이라는 國號를 僞稱하는 反國家團體가 불법적으로 점거하고 있는 「未收復地區」라는 의미를 지니고 있다. 이러한 논리에 입각하여 1991년 9월 17일 유엔에 同時加入하기 以前 남북한은 각기 分斷國을 구성하는 政治實體였을 뿐이며 상호간의 관계는 國際法上 國家間의 關係로 취급되지 아니하였다. 북한은 大韓民國 國內法上 어디까지나 反國家團體로 간주되었고, 일반국제 법상으로도 고작해야 交戰團體에 준하는 「地方的 事實上의 政權」(local de facto regime)에 불과하였다.

그러나 1988년 「7.7宣言」 이후부터 南北關係는 變化的 양상을 띠기 시작하였다. 대한민국정부는 南北關係를 더 이상 敵對關係로 보지 않고 앞으로는 북한을 善意의 同伴者, 民族共同體의 構成員으로 보겠다는 意思를 천명하였다. 그리고 대한민국은 남북간에 광범위한 인적·물적 교류와 협력을 추진하겠다는 입장의 표명과 함께 보다 轉向的인 對北政策을 추진하기 시작하였다. 대한민국이 北韓을 交流協力의 對象으로 보게 됨에 따라서 法

規範과 統一政策間에 乖離現象이 노정·심화되면서 領土條項과 國家保安法에 입각한 기존의 논리, 즉 北한이 反國家團體이며 征服 또는 收復의 對象이라는 논리는 점차 說得力を 잃게 되었다. 이와 함께 北韓의 實體認定을 전제로 하는 – 앞의 論理와는 정면 背馳되는 – 論理, 즉, 北한이 同伴者, 和解와 協力의 대상으로 간주되므로 더이상 收復의 對象일 수 없다는 論理의 성립도 가능하게 되었다.

이러한 二重的인 南北韓의 法的 關係와 兩論理間 矛盾은 1991년 9월 17일 남북한이 유엔에 同時加入함으로써 더욱 심화되었다. 한반도에 2개의 主權國家가 存在함이 유엔을 비롯하여 國際社會 一般에 의해 널리 인정받게 되었기 때문이다. 남북한 유엔 同時加入은 무엇보다도 領土條項에 입각한 「一國家論理」와 배치되는 모순을 초래하게 되었다. 뿐만 아니라 1991년 12월 13일 基本合意書가 채택되어 남북간에 基本關係가 설정됨에 따라서 北韓의 實體를 「法的으로」 더이상 부인할 수 없는 상황에 이르게 되었고,¹⁹⁾ 이에 따라 南北關係는 명실공히 새로운 국면에 접어들게 되었다.

유엔동시가입과 기본합의서가 채택된 지금 남북한은 단순히 相互 實體認定의 次元을 넘어서서 유엔憲章 尊重義務를 수락한 2개의 유엔회원국이라는 새로운 法的 構造와 關係에 있다. 그러나 남북한은 事實上 相對方의 實體를 認定하면서도 雙方 共히 統一을 政策目標로 설정하고 있어, 여전히 완전한 「2國家」로의 分裂을 피하고 있다. 이를 위해 남북한은 特殊한 形態로 相互 實體를 認定해야 하는 課題를 해결하지 않으면 안된다.²⁰⁾

이와 관련하여 基本合意書는 序文에서 “쌍방사이의 관계가 나라와 나라 사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 暫定的으로 형성되는 特殊關係라는 것을 인정하고”, 이어 제1조는 “서로 상대방의 체제를 인정하고 존중”할 것을 약속하고 있다. 그리고 署名欄에서는 남북한의 正式國號를

19) 물론 그이전에도 북한의 실체를 인정하겠다는 의사표시가 없었던 것은 아니지만 그것은 대한민국정부의 일방적인 정책선언에 불과한 것이어서 법적 구속력을 갖는 것은 아니었다. 가령 7·7선언의 法的 性格은 「政治的 宣言」에 지나지 않는 것이었다.

20) 吳俊根, “南北交流·協力에 관한 現行法制와 그 改善方向”, 「통일문제연구」, 제4권 1호(1992), pp. 27~28 참조.

사용하고 있다.

「나라와 나라사이의 관계가 아닌 잠정적 특수관계」의 法的 意味는 기본 합의서의 여타 규정과의 상호 관련하에서 파악되어야 한다. 상호 體制認定 · 尊重 및 正式 國號使用은 남북한의 「國家性」 내지 「國家的 實體性」 및 남북한 當局의 「政治的 實體性」²¹⁾의 인정 · 존중을 의미하는 것이다. 國家 承認과 관련하여 南北間 特殊關係는 二重的 側面에서 파악할 수 있다.²²⁾ 첫째, 남북한은 對外的으로 「1民族 2國家」의 관계에 있다. 즉 유엔동시가입 이후 각기 유엔회원국으로서의 국제적 지위와 일방을 승인한 제3국과의 관계에서 「國家」임을 인정 · 존중한다는 것이다. 둘째, 남북한은 對內的 으로 「1民族 相互國家性認定 2體制 2政府」의 관계에 있다. 남북한은 상호 특수한 의미의 「국가성」 또는 「국가적 실체성」을 인정하지만 그렇다고 해서 이는 결코 國際法上 國家承認에 해당되는 것은 아니다.

21) 필자는 政治的 實體와 國家的 實體라는 용어를 명확히 구별하여 사용하고자 한다. 國家는 法人格을 갖는 國際法主體인 반면, 政府는 國家를 對外的으로 代表하는 機關에 불과하다. 國家的 實體性의 認定이란 국가는 아니나 國家에 準하는 實體임을, 즉 事實上의 國家承認(de facto recognition)을 의미하는 것이다. 이에 반해 政治的 實體性의 認定이란 국민에 의하여 선출된 확립된 正統政府는 아니더라도 그와 같은 政府에 準하는 實체임을 인정한다는 것으로 봄이 타당하지 않을까 생각한다. 따라서 남북한이 상호 체제를 인정한다는 것은 먼저 북한을 國際法上 국가로 승인하지 않더라도 법인격을 갖는 북한의 国家적 實체성을 인정한다는 것이며, 이러한 전제하에 북한을 대외적으로 대표하는 平壤政權의 政治的 實體性을 인정한다는 것을 의미하는 것이라고 보아야 할 것이다.

그리고 북한의 「政治的 實體」를 認定한다는 것은 앞으로는 북한을 단순히 地方的 事實上의 政權(local de facto regime 또는 government)으로 보는 것에서 한걸음 더 나아가 一般的 事實上의 政府(general de facto government)로 보겠다는 의미가 내포되어 있다고 생각한다.同旨, 李長熙, 앞의 글, p. 134.

22) 相互 體制認定 · 尊重의 의미는 체제 또는 제도와 관련하여 정치 · 경제 · 사회 · 문화적 측면에서도 파악할 수 있다. 한국은 북한의 공산주의정치체제, 중앙통제계획경제체제, 전체주의적 · 일원주의적 사회 · 문화체제를 인정 · 존중하며, 북한은 한국의 자유민주주의 정치체제, 자본주의경제체제, 개인주의적 · 다원주의적 사회 · 문화체제를 인정 · 존중한다는 것이다. 물론 이는 상대방에 대하여 상대측 지역내에서 존재하는 체제와 제도를 인정하는 것일 뿐이며, 자기측 지역에서 까지도 상대방의 체제와 제도를 인정함을 의미하는 것은 아니다. 따라서 한국은 우리측 지역에서 공산주의체제를 신봉하는 사상까지 인정할 의무를 지는 것은 아니다.

이상을 종합하면 기본합의서의 序文에서 말하는 特殊關係의 意味가 보다 분명해진다. 결국 南北間 特殊關係²³⁾는 「1민족 2국가 2체제 2정부」의 東西獨式 民族內部 特殊關係를 의미하는 것이며, 앞으로 남북간 「民族共同體的 國家聯合關係」의 설정을 예정하는 것이라고 하겠다.²⁴⁾

2. 領土條項 改廢問題의 提起

規範的 側面에서 보면 제6공화국헌법은 제4조에 統一條項을 신설하여 평화적 통일의 의지를 강조하고 있는 바, 한반도의 法的 分斷을 부인하는 領土條項과 분단을 전제로 하는 平和統一條項의 두 規範間에는 法理上 相衝되는 側面이 있다. 現實的인 面에서도 영토조항은 그간 한국정부가 추진해 온 통일정책의 實際, 즉 憲法現實과의 乖離現象을 보여 온 것이 사실이다. 「7·7宣言」의 천명, 「한민족공동체통일방안」의 대북제의, 7차에 걸친 남북고위급회담 개최, 남북한 유엔동시가입, 기본합의서 채택 등은 영토조항과 통일정책의 실제간의 모순을 잘 보여주는 단적인 예들이다. 전술한 바와 같이 이러한 矛盾은 특히 남북한 유엔동시가입 후에 더욱 심화되고 있다.²⁵⁾

가령 領土條項과 유엔加入과의 관계만을 보더라도 남북한 유엔동시가입

23) 남북간 특수관계는 실천적 측면에서 볼 때 상호 대립·반복관계이어서는 안된다. 이와 관련하여 남북 기본합의서 서문은 “분단된 조국의 평화적 통일을 염원해 온 겨레의 뜻에 따라 정치·군사적 대립상태를 해소하여 민족적 화해를 이루하고, 무력에 의한 침략과 충돌을 막고 긴장완화와 평화를 보장하며, 다각적인 교류·협력을 실현하여 민족공동의 이익과 번영을 도모하여 통일을 지향, 궁극적으로 평화통일을 성취하기 위한 공동의 노력을 경주”하는 관계라고 규정하고 있다.

24) 「한민족공동체 통일방안」에 의하면 남북한의 법적 관계는 이중적인 관계로 규정되고 있다. 内部的으로는 남과 북이 상호 실체인정을 기초로 하여 南北聯合이라는 결합을 통해 민족공동체라는 특수관계를 형성한다. 그러나 對外的으로는 남과 북은 獨自의 國際法主體性을 향유하며, 2개의 주권국가로 각기 활동한다. 따라서 남과 북은 외교 및 국방권을 독자적으로 행사하게 되며 유엔 등 국제기구에도 각기 개별적으로 가입하게 된다. 이러한 점에서 南北聯合이라는 것은 제3국의 입장에서 보면 國家聯合이나, 대내적으로는 體制聯合에 지나지 않는다. 그러므로 남북연합은 대내외적으로 완전히 2개 주권국가간의 국가결합을 의미하는 보편적 개념의 국가연합은 아니다. 하나의 민족안에서 통일을 지향하는 과정에서 내부적으로 민족공동체 형성과 특수관계 설정을 지향한다는 점에서 特殊한 國家聯合이라 할 수 있다. 필자는 이를 「民族共同體的 國家聯合」이라고 부르고자 한다.

으로 南北韓이 유엔에 의해 國家로 承認받는 결과를 가져오게 되었다. 남북한이 각각 유엔에 의해 국가로 승인을 받게 된다는 것은 대한민국의 영토가 대한민국이 現實的으로 統治權을 행사하고 있는 南韓地域으로 限定되고, 北韓政權이 事實上 統治權을 행사하고 있는 北韓地域은 북한의 領土로서 유엔으로부터 승인받는다는 것을 의미한다. 그러므로 대한민국이 북한과 같이 유엔에 同時加入하기 위해 加入申請書를 유엔에 제출하는 행위는 기존의 形式論理에 따를 때, 영토조항에 反하는 행위라는 해석이 가능하다. 이와 같이 우리 정부가 對北 및 統一政策의 推進方法으로 남북한 유엔 동시가입을 추진하고, 基本合意書를 採擇하는 行爲 등은 엄밀히 말하면 헌법 제3조에 규정된 領土條項과 矛盾되는 行爲였다고 볼 수 있는 것이다. 물론 이를 의식한 이유 때문이었는지는 확실하지 않으나, 1973년 「6·23 平和的 統一政策聲明」(일명 6·23宣言) 이후 우리정부가 줄곧 추진해 오던 남북한 유엔동시가입정책이 최후 단계에서는 單獨加入政策으로 변화되어, 결국 남북한이 유엔에 個別的으로 單獨 加入하는 형태로 유엔가입이 실현되었음을 주목을 요하는 부분이다. 물론 이것은 남북한 유엔가입신청안의 同時處理에서 보듯이 결과적으로는 同時加入과 같은 것이 되었음을 주지하는 바와 같다.

또한 남북한 유엔同時加入과 統一條項의 관계에서도 矛盾되는 점을 발견할 수 있다. 남북한 유엔동시가입은 유엔이 과거 대한민국정부가 한반도 전체의 유일한 합법정부라고 승인했던 입장을 변경하여 앞으로 「北韓과 유엔과의 關係」에서 북한을 國家로 承認한다는 것을 의미한다. 유엔에 의한 북한의 國家承認은 곧 유엔이 북한의 國民·領土·政府를 承認한다는 것을 말하는 것이다. 이는 결국 대한민국정부를 남한에 한정된 정부로, 북한정부는 북한에 한정된 정부로 각각 승인하는 결과를 초래하는 것이다. 따라서 南北韓 유엔同時加入은 한반도내의 兩政府를 하나로 統一하는 것이 아니라 暫定的이나마 2개로, 그것도 合法的으로 分斷하는 것이며, 이를 既定事實化하는 것을 의미한다. 말하자면 이는 分斷現狀의 合法化이다. 유엔

25) 張明奉, “南北韓 基本關係 定立을 위한 法的 對應,” 南北韓 UN加入과 韓半島 統一問題에 관한 公法的 對應, 한국공법학회 제 21회 학술발표회(1991.11. 2). p. 45.

동시가입에 따른 이러한 효과로 말미암아 우리 정부가 대북 및 통일정책을 추진하는 과정에서 북한과 동시에 유엔에 가입한 행위는 헌법 제4조의 統一條項과도 모순된다는 해석이 성립할 수도 있다.

더욱이 남북한이 유엔에 동시가입하고 기본합의서를 채택함에 따라서 이제 相互 體制認定 및 尊重, 즉 「國家性」을 인정할 수 밖에 없는 상황에 이르렀다. 따라서 앞으로도 현재의 領土條項을 存置하여 기존의 解釋論을 고수할 경우 法理上의 矛盾을 피할 수 없게 된다. 왜냐하면 유엔회원국 일방인 조선민주주의인민공화국이 타방 유엔會員國인 대한민국 領土中 休戰線以北 地域을 不法으로 領有한다는 것이 되기 때문이다.²⁶⁾

뿐만 아니라 우리 헌법의 「完成國家的 特徵」과 전술한 바와 같은 領土條項의 形式論理에 따르면 현행헌법상 가능한 통일방안은 결국 대한민국헌법이 존속하는 가운데 北韓政權이 消滅되어 스스로 남한정부의 지배하에 들어오는 것, 즉 吸收統一 이외에 다른 통일방식의 여지가 없다. 그러나 이러한 통일방안은 어디까지나 冷戰이데올로기와 그에 입각한 韓國政府의 「唯一合法政府論」 및 反共統一政策에 따른 方案으로서, 남북한의 現實狀況에 비추어 實現可能性이 희박한 것이다. 또한 이것은 평화통일조항에서의 통일개념에 대하여 필자가 행한 解釋論 및 정부에 의한 統一政策의 實際推進過程과도 부합되지 않는 것이다.²⁷⁾

이러한 점에 비추어 앞으로는 영토조항에 대한 既存의 形式論理를 固守할 수는 없게 되었다. 그와 같은 해석은 지나치게 형식논리적인 것일 뿐 아니라 자기중심적인 것이며, 실제로 그동안 우리의 통일정책은 물론이고 民族史의 發展方向과도 거리가 먼 것이라고 하지 않을 수 없다. 이와 같이 영토조항의 形式論理와 統一政策의 實際間, 즉 憲法規範과 憲法現實間에

26) 이와 같은 입장을 지지하는 대표적 학자로는 裴載湜교수와 김찬규교수 등을 들 수 있다. 裴載湜, “南北韓의 國家性”, 法律新聞, 1991년 8월 15일 3면 및 金燦奎, “UN加入과 南北韓의 法的 地位” 法律新聞, 1991년 8월 19일 6면 참조.

27) 張明奉, “統一問題와 關係法의 乖離 –統一政策과 憲法問題를 中心으로 –”, 「思想과 政策」, 1989년 가을호, pp.6~7. 한편 대한민국 역대정부의 통일정책에 대한 법적 평가에 대해서는 같은 글, p.7 및 金哲洙, 「現代憲法論」(서울: 박영사, 1979), pp.11~19 참조.

모순과 괴리가 노정되고 있음을 감안할 때, 이제는 통일정책과 관련된 헌법문제에 대하여 새로운 해결책을 모색하지 않으면 안된다고 할것이다.

IV. 憲法上 統一關聯 條項의 改廢問題와 對策

1. 領土條項의 改廢問題

앞에서 본 바와 같이 앞으로 남북관계를 「1민족 2국가 2체제 2정부」의 特殊關係로 해석할 경우 특수한 의미에서나마 북한의 「國家性」 또는 「國家的 實體性」을 인정하게 되는 것인 바, 이는 法理上 북한의 국가성 내지 국가적 실체성을 否認하는 領土條項과 背馳된다. 남북한의 유엔동시가입과 기본합의서 채택에 따라 북한의 法的 存在狀態가 변화하였고 이와 함께 북한에 대한 우리의 認識도 달라지고 있는 바, 최근 제기되고 있는 領土條項의 개폐주장에 대하여 무조건 이를 백안시하는 태도는 바람직하지 않다고 생각한다. 새로운 現實狀態에 맞게 영토조항의 개폐문제를 비롯한 관련 憲法問題에 대처하는 것이 타당하다.

領土條項의 改廢問題에 관해서는 短期的인 對策과 中·長期的인 對策을 고려할 수 있다. 短期的인 對策이라 함은 당장에는 영토조항을 改正하지 않고 현행헌법의 테두리 내에서 영토조항과 평화통일조항과의 해석상의 모순을 피하는 새로운 解釋方法과 論據를 개발하여, 短期的으로 영토조항을 개정할 필요가 없는 것으로 政府의 입장을 정리함으로써 이에 대처하는 것이다. 이는 統一院 등 관련 정부부처에서 特別聲明이나 特別宣言을 통해 정부의 입장을 명백히 천명하는 방법(有權解釋의 賦與)에 의해 표명될 수도 있고, 憲法裁判所나 大法院의 관련판례에서 判決文을 통해 표명될 수도 있을 것이다. 이에 대하여 中·長期的 對策이라 함은 영토조항을 平和共存體制에 부합하도록 改廢하는 방법을 말한다.

가. 短期的 對策

領土條項의 改廢問題에 대해서는 憲法改正을 통한 立法論的 解決方法이 보다 근본적인 대응방안이라 할 수 있다. 그 구체적인 방안으로서는 후술하는 바와 같이, 제3조의 영토조항을 削除하는 방안, 대한민국의 영토를 단순히 「휴전선 이남」으로修正하는 방안, 한반도가 남한과 북한의 2개의 分斷體로 분단되었다는 現實의 認定과 동시에 平和統一의 當爲性을 강조하는 내용으로修正하는 방안 등을 포함하여 여러가지 方案을 고려할 수 있다.

그러나 이와 같은 立法論的인 方法에 의한 해결은 매우 힘든 課題임을 부인할 수 없다. 영토조항을 삭제하거나 수정하는 헌법개폐는 현실적으로 國民的 合意를 도출하기가 쉽지 않을 것이기 때문이다. 따라서 領土條項과 관련된 憲法問題에 대해서는 優先的으로 憲法解釋의 方法에 의해 그 解決策을 모색하여야 할 것이다.²⁸⁾ 여기서는 이러한 헌법문제들을 해결하기 위한 몇가지 憲法解釋의 方法을 강구해 보기로 한다.

1) 新로운 憲法解釋論의 摸索

가) 領土條項과 平和統一條項의 合致的 解釋

설령 영토조항과 평화적 통일조항이 서로 모순되거나 충돌된다고 하더라도 현행헌법의 틀 내에서 양자가 모순 충돌되지 않도록 조화롭게 해석할 수 있는 새로운 解釋論의 개발이 필요하며, 이는 法學者에게 요구되는 時代的 使命이기도 하다. 그러한 解釋論의 모색은 영토조항이 名目化되어 버린 現實을 인정함으로부터 가능하다고 할 수 있다. 영토조항과 관련하여 權寧星 教授는 “국가보안법이 근거하고 있는 헌법 제3조는 國際法의 大原則上 국가의 영토는 국가권력이 미치는 데서 끝난다고 되어 있는데, 현실적으로 우리의 휴전선 북방지역에는 대한민국의 국가권력이 못미치고 있는 엄연한 사실에서 북한지역이 우리의 영토라고 주장하는 것은 명목적인 것 이어서 규범력이 없다”²⁹⁾고 말하고 있다.

28) 張明奉(1991), 앞의 글, pp. 43~44.

南北關係가 작금의 상황에서 보듯이 本質的으로 변화하고 있는 法現實을 감안할 때, 이제는 領土條項에 기초한 기존의 形式論理를 고수할 것이 아니라 더이상 規範力を 갖지 않는 조항으로 보고, 단지 領土條項은 “대한민국의 영토는 한반도와 부속도서로서 구성되어야 한다”는 當爲的 命題를 선언한 宣言的 規定으로 이해함이 法理와 實際面에서 더욱 妥當하다고 생각한다.³⁰⁾ 즉 領土條項은 再統一(reunification)의 命題를 함축하는 조항으로 보아야 할 것이다. 그리고 平和統一條項은 제3조 영토조항에서 강조된 통일을 이룩함에 있어서 그 방식이 특별히 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 방법일 것을 명시한 것이라고 보아야 한다. 물론 統一의 實體는 전술한 바와 같이 남북한에 현존하는 2개의 政府를 하나로 통일하는 것이며, 하나의 法秩序를 創出하는 것을 말한다.

이와 같이 해석할 경우 영토조항은 굳이 改正할 필요가 없다는 논리가 성립할 수 있다. 영토조항의 존재가 결코 평화적 통일의 걸림돌이 되는 것도 아니다. 따라서 평화적 통일을 이룩하기 위해서 영토조항을 改廢하여야 할 필연적 이유는 없다고 할 수 있다.³¹⁾

나) 理念的・政策的인 面에서의 平和統一條項의 優越的 效力 認定

現行憲法은 前文에서 民主的 改革과 함께 平和的 統一을 헌법이 지향하는 理念으로 설정하고 이를 실현하는 것이 국가적 민주적 사명임을 밝히고 있다. 특히 통일과 관련하여 헌법은 제4조에서 平和統一條項을 신설하여 대한민국이 이를 구체적으로 실현할 것을 國家의 基本的 義務로 규정하고 있다. 이러한 점을 감안할 때 平和統一條項은 憲法的 價值이며 동시에 대한민국이 지향해야 할 基本理念인 통일에 대한 강한 意志를 표명한 규정이라고 할 수 있다.³²⁾

29) 權寧星, “文益煥牧師 訪北, 左右대결 구실 안된다”(對談)「新東亞」(1989년 5월호), p. 137.

30) 崔大權, 「統一의 法的 問題」(서울: 法文社, 1990), pp.26~30 참조.

31) 同旨, 崔大權, 앞의 책, p. 143, 149 참조.

32) 張明奉(1991), 앞의 글, p.45 ; 張明奉(1989), 앞의 글, p. 11 참조.

설령 일부 학자들이 주장하는 것처럼 평화통일조항과 영토조항간에 모순 또는 충돌이 발생한다 하더라도,³³⁾短期的으로는 평화통일조항이 영토조항 보다 優越的 效力を 갖는다고 解釋함으로써 영토조항의 개폐문제에 적절히 對應할 수 있다고 생각된다. 평화통일조항이 영토조항보다 우월하다고 볼 수 있는 論據로서는 다음과 같은 것이 있다.

첫째, 憲法規範의 特성과 관련하여 헌법규범간 憲法的 效力의 上下關係를 인정하는 理論이 있다. 憲法解釋의 문제에 있어서 헌법이 서로 상충되는 규범 내지는 원칙을 내포하고 있는 경우에 두개의 규범 또는 원칙에 의해서 표현되는 가치와 법익을 比較·較量해서 보다 큰 價值와 法益을 가지는 헌법규범 또는 원칙에 優先的 效력을 인정한다는 것이다.

현행헌법은 前文에서 民主的 改革과 함께 평화적 통일을 헌법이 지향하는 이념으로 삼고, 이를 실현하는 것이 國家的 使命임을 밝히고 있다. 특히 현행헌법에서 平和的 統一에 대한 강한 意志의 表明으로 平和統一條項을 신설하였다. 따라서 평화통일조항은 영토조항 보다 憲法理念上 優越하며, 憲法規範間 序列理論 또는 段階構造의 理論으로 이를 해석하는 경우에 憲法理念上 우월한 지위에 있는 平和統一條項은 領土條項 보다 優越의인 效力を 가져야 한다.³⁴⁾

둘째, 憲法政策의in 側面에서도 평화통일조항의 優越的 效력을 인정할 수 있다. 憲法學은 그 시대의 국가사회가 당면한 헌법문제를 해명하고 해결하는데 그 사명을 다하지 않으면 제 기능을 다한다고 할 수 없다. 이러한 전제에 입각할 때 통일문제의 해결을 위해서는 憲法政策論의 認識이 필요하다. 즉 憲法的 論議와 評價의 대상이 되는 헌법문제들에 대해서는 비단 實定憲法(憲法典) 뿐만 아니라 憲法이 추구하는 本質的 價值에 비추어 접근하여야 하며, 정책적인 측면에서 통일문제와 통일관련 헌법규정을 인

33) 李長熙 教授는 領土條項은 失地回復을 강조한 것인 바, 실지회복은 北한을 反國家團體로 보는 것이고, 平和的 統一條項은 북한의 실체를 인정하는 것이라는 점에서 양자는 상충된다고 보고 있다. 李長熙, “獨逸統一의 南·北韓統一에 주는 法的 意味”, 國際法學會論叢, 제36권 2호(1991), p. 132.

34) 張明奉(1989), 앞의 글, p. 11 참조.

식하여야 한다. 전술한 바와 같이 「平和的 統一」은 대한민국헌법이 지향하는 理念이며, 그것은 대한민국이 추진하는 統一政策의 基本性格을 규정한 것이다. 한국이 추진하는 통일은 남북한이 하나의 民族이라는 共通意識을 토대로 우리 민족의 自主的 意思에 따라 武力 또는 暴力を 배제한 平和的方法으로 통일국가를 건설하는 것이다. 이러한 통일정책의 추진은 國家的 責務이며 課題이다. 따라서 통일정책의 수행은 영토조항과 相衝된다고 하여 경시될 수 없다. 그러므로 憲法政策의 견지에서 平和統一條項은 領土條項에 優先하는 效力を 갖는다고 보아야 할 것이다.³⁵⁾

다) 憲法變遷理論에 의거한 새로운 解釋論

憲法變遷理論에 의해서도 영토조항과 평화통일조항의 理論的 矛盾을 해결할 수 있다. 憲法變遷理論이라 함은 憲法解釋이 단순한 의미의 條文解釋(法條文의 意味推定)을 뜻하는 것이 아니라 넓게 實踐的인 意慾의 作用까지 포함하는 것으로 이해하는 이론이다.³⁶⁾ 이 이론은 헌법해석을 통하여 實定憲法의 進化, 發展 및 改善을 도모한다는 점에서 憲法解釋論上 큰 비중을 차지하고 있다.

우리의 統一政策에 대한 價值評價에 있어서도 憲法의 變遷에 의거하여 一應 肯定的인 方向에서 평가할 수 있다고 생각한다. 그 동안 40년 이상의 分斷現實下에서 시대적 상황에 따라 우리의 통일정책이 여러차례 변화되어 왔다. 이에 따라 영토조항의 경우 最初의 憲法制定時 지나고 있던 본래의 規範的 價值, 意味와 內容은 실질적으로 변하고 말았다. 다시 말하면 영토조항의 본래의 가치와 규범의 의미가 그동안의 남북한 통일정책의 변화를 통하여 변한 것이다. 이것은 憲法現實이 憲法規範으로부터 離脫하였음을 의미한다. 즉 法執行 및 適用者가 헌법규범을 적극적으로 변경하겠다는 직접적인 의사 없이 憲法規範을 달리 適用함으로써 헌법에 實質的인 變化現象이 생기는 「憲法의 變遷」(Verfassungswandlung)을 가져온 것으로 볼 수

35) 張明奉(1991), 앞의 글, p. 45 ; 張明奉(1989), 앞의 글, p. 11 참조.

36) 헌법변천이론에 관해서는 丘炳朔, 「新憲法原論」(서울 : 博英사, 1988), pp. 51~56 및 權寧星(1988), 앞의 책, pp. 60~61 참조.

있다.³⁷⁾

영토조항을 헌법변천이론에 입각하여 평가해 본다면 그것은 이제 領土條項이 規範力を喪失하게 되었고, 다만 宣言的 意味만을 갖고 있다는 解釋으로 귀착하게 될 것이다. 領土條項에 관한 通說의 見解의 기초가 된 命題, 즉 대한민국헌법이 북한지역을 당연히 포함한 한반도 전체에 미친다는 명제는 대한민국헌법의 效力範圍를 宣言한 法的 意味를 가진 憲法原理라기 보다는 한반도 전체에 그 正統合法性을 주장하는 政治的 宣言이라고 보는 것이 가능하다는 것이다.³⁸⁾

2) 國家保安法의 憲法的 根據

이상과 같은 理論이나 새로운 解釋方法에 의해 영토조항과 평화통일조항의 모순을 해결하고자 할 경우 공통적으로 직면하는 문제가 있다. 이를 理論은 모두 영토조항이 規範력을喪失하여 名目化되어 버렸다고 보고 있기 때문이다. 그런데 지금까지 영토조항은 국가보안법의 근거조항으로 해석되어 왔는 바, 영토조항이 宣言的 意味만을 갖는 것으로 解釋할 경우 國家保安法과의 關聯問題가 당연히 제기될 것이다.

그것은 새로이 제기되는 憲法問題로서 國家保安法의 憲法的 根據를 어디에서 구할 것인가 하는 문제이다. 즉, 영토조항이 規範력을喪失하여 死文化되다시피 하였다면 과연 國家保安法은 어디에서 근거한 것으로 볼 것인가? 筆者는 헌법을 目的論的·體系的으로 解釋함으로써 이에 대한 해답을 찾을 수 있다고 본다. 憲法 前文은 자유민주주의를 대한민국의 國家理念으로 규정하고 있고, 헌법 제37조 2항은 “國民의 모든 自由와 權利는 國家安全保障, 秩序維持 또는 公共福利를 위하여 必要한 경우에 한하여 法律로써 制限할 수 있으며, 制限하는 경우에도 自由와 權利의 本質的인 내용은 侵害할 수 없다”고 규정하여, 國家의 安全保障 및 自由民主的 基本秩序의維持를 위해 국민의 자유와 권리를 제한할 수 있도록 하고 있다. 또한 민

37) 張明奉(1991), 앞의 글, pp. 45~46 참조.

38) 崔大權, 앞의 책, p. 147.

주적 기본질서에 반하는 이념을 강령으로 하는 정당을 違憲政黨으로 간주, 解散할 수 있도록 함으로써(헌법 제8조 3항) 국민의 政治的 結社의 自由를 制限하고 있다. 국가보안법은 바로 이러한 헌법조항들에서 그 근거를 찾을 수 있다고 생각된다.³⁹⁾

이와 같이 領土條項이 宣言的 意味를 갖는다고 볼 경우, 북한을 국가보안법상 반국가단체의 전형적인 예의 하나로 보아온 既存의 解釋論에도 變更을 가할 필요가 있다. 과거 대한민국은 북한의 國家性을 부인하여 북한을 국가보안법상의 반국가단체로 간주하였으나, 기본합의서가 채택된 후 북한의 국가성을 어느 정도 인정하지 않을 수 없게 되었다.

따라서 앞으로 法執行當局은 一律的으로 북한이 반국가단체라는 抽象的一般的 解釋에서 탈피하여야 한다. 南北韓이 상호 체제를 認定·尊重한다는 것은 앞으로는 북한을 반국가단체로 보지 않겠다는 意思를 내포하고 있다고 보아도 무방하지 않을까 생각한다. 물론 이것이 앞으로도 계속 북한이 대한민국의 체제를 破壞·顛覆하려 할 경우, 장래에 그와 같은 범죄행위와 관련하여 當該 事案에서 반국가단체로 간주될 수 없음을 의미하는 것은 아니다. 과거에도 반국가단체는 북한에 국한된 것은 아니었으며, 韓國內의 단체는 물론 제3국의 단체도 國家保安法上의 要件을 충족한다면 얼마든지 반국가단체가 될 수 있었기 때문이다.

한편 북한을 다시 반국가단체로 보는 경우에도 그것은 북한의 政權이나 社會團體, 住民集團까지 모두 반국가단체로 보아서는 안될 것이다. 어디까지나 대한민국의 국헌을 문란케 하거나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 하는 행위를 하는 북한의 團體만이라는 機能的인 立場이 필요하다고 생각한다. 「남북 교류협력에 관한 법률」에서도 인정하고 있듯이 북한이 交流協力의 對象인 경우도 있기 때문이다. 다시 말해서 북한정권의 담당자가 직접 또는 제3자를 도구로 하여 「대한민국의 국헌을 문란케 하거나 국토침절의 목적」을 가지고 특정의 범죄행위를 한 경우, 당해 행위의 처벌과 관련해서만 또한 이 경우에도 북한전체가 아니라 당해 범죄행위와 직접 관련

39) 崔大權, 앞의 책, pp. 151~155 참조.

이 있는 특정의 북한기관이나 단체만을 반국가단체로 보는 機能的 解釋을 하는 것이 타당하다고 할 것이다.

이와 관련하여 최근 基本合意書가 채택된 후 즉각 국가보안법이 개정되어야 한다는 주장이 제기된 바 있었다. 그러한 주장의 내용을 요약하면 대체로 다음과 같다. 남북한은 기본합의서 前文에서 南北關係를 민족내부의 特殊關係라고 친명하는 한편, 제1조에서 상대방의 체제를 인정·존중한다고 하고 있고, 署名欄에서는 남북한의 正式國號를 사용하고 있다. 상호 체제인정·존중은 國際法上 相互 國家承認을 하여 상대방이 「法律上」(de jure) 완전한 「主權國家」임을 인정하는 것을 의미하지는 않으나, 特殊한 意味에서 남북한이 각기 상대방의 일정한 「國家性」을 또는 「國家的 實體」임을 認定한다는 – 또는 事實上의 國家承認(de facto recognition of state)을 부여할 수는 있다는 – 意思表示를 내포한 것이라 할 수 있다.

그런데 한국의 對北關聯 法令中 基本法으로 간주되어 온 國家保安法은 指揮統率體制를 갖춘 反國家團體를 規制하고 있다. 國家保安法은 정부수립 후 지금까지 북한을 대표적인 반국가단체로 지목하여 북한과 관련된 반국가적 활동을 처벌하여 왔던 것이 사실이다. 이 국가보안법이 기본합의서와 모순·충돌되고 있는 바, 따라서 즉각 改廢되어야 하지 않는가가 문제로 될 수 있다. 국가보안법이 즉각 개폐되어야 한다는 주장에 대해서는 다음과 같은 論理로 短期的으로 對應할 수 있다고 본다. 과거 국가보안법상의 반국가단체의 범위에 북한이 당연히 포함되는 것으로 해석하고 북한과 직·간접 관련이 있는 반국가활동을 엄단하여 온 것은 부인할 수 없다. 그러나 어느 국가를 막론하고 모든 국가는 체제의 존립과 안전을 위협하는 세력이나 집단을 자유로이 규제할 수 있다. 이는 그 국가의 固有한 內部問題로서 다른 국가가 干涉할 수 없다. 體制維持를 위해 反國家團體를 규율하는 基本法은 기본합의서 採擇 以前이나 以後에나 변함없이 계속 必要한 것이다. 반국가단체는 우리사회 내부에서도 얼마든지 존재할 수 있으며, 이 단체의 규제는 항상 필요하기 때문이다. 다만 대한민국은 基本合意書 채택을 계기로 상호 체제를 인정·존중할 것을 약속한 합의서 정신에 따라 결과적으로 반국가단체의 범위에서 북한을 가능한 한 제외시키는 방향으로 彈

力的・伸縮의으로 國家保安法을 適用함⁴⁰⁾이 필요하다고 할 것이다.

다시 말하면 남북한의 인적・물적 교류・협력행위가 가급적 「正當하다고 認定되는 경우」로 判斷하여 「南北交流協力에 관한 法律」을 우선 適用한다면,⁴¹⁾ 法適用에 있어서의 어려움을 피할 수 있을 것이다. 요컨대 앞으로 남북 기본합의서의 정신에 부합되도록 국가보안법을 伸縮의으로 운용한다면 국가보안법을 반드시 改廢할 필요가 없는 것이다.⁴²⁾

그러나 북한이 남조선혁명노선을 抛棄하고 刑法上의 「반국가범죄」조항을 改廢한다면 우리도 相互主義와 善隣・友好의 精神에 입각하여 國家保安法을 점진적으로 改廢할 수는 있을 것으로 생각된다. 국가보안법 개폐문제는 性質上 기본합의서의 향후 실천에 따른 南北關係의 變化와 보조를 맞추어 이루어져야 할 문제이기 때문이다. 결국 國家保安法의 改廢問題는 時期選擇의 問題로 귀착되게 될 것이다.⁴³⁾

나. 中・長期的 對策

앞에서 제시한 憲法變遷理論은 그 나름대로 統一問題와 관련된 憲法規定間의 矛盾을 어느 정도 解決하고 보다 憲法現實에 부합하는 방향으로 헌법 규정을 해석할 수 있는 長點이 있다. 따라서 短期的 對策으로서 고려해 봄

40) 이는 개인의 인권보장적 측면에서 보면 역설적으로 국가보안법을 엄격히 적용한다는 것을 의미하는 것이다. 문제의 어떤 행위가 국가보안법상의 범죄구성요건에 해당하는가에 대해서 엄격하게 해석할 경우 개인의 인권보장은 증진될 수 있기 때문이다.

41) 「南北交流協力에 관한 法律」 제3조는 “남한과 북한과의 往來・交易・協力事業 및 通信役務의 提供 등 남북교류와 협력을 목적으로 하는 행위에 관하여는 正當하다고 認定되는 범위 안에서 다른 法律에 優先하여 이 법을 적용한다”고 규정하고 있다.

42) 그러나 憲法前文의 「平和的 統一의 使命」規定에 의거한 解釋論에 입각하여 領土條項과 平和統一條項間의 矛盾 또는 相衝을 解決하려 하는 대표적 학자인 張明奉 教授는 국가기관이 통일을 법적으로 방해하거나 불가능하게 하는 행위를 금지할 수 없음을 근거로 국가보안법의 개폐를 주장하고 있다. 張明奉, “「합의서」에 대비한 법적 정비문제”, 통일한국, 1992년 2월호, pp.16~18 및 張明奉(1991), 앞의 글, pp.47~48 참조; 이외에도 국가보안법을 개폐해야 한다는 주장에 관해서는 李長熙, “평화공존체제를 위한 법적 수정방향”, 통일한국, 1990년 7월호, pp.54~55 참조.

43) 丁世鉉, “南北基本合意書의 法的 性格과 政治的 意義,” 통일문제연구, 제 4권 1호 (1992), pp. 17~18 참조.

직하다.

그러나 이 理論을 비롯하여 단기적 대책들이 갖는 弱點은 영토조항을 있으나 마나 한 條項으로 본다는 점에 있다. 이는 法令의 各條項은 무의미하거나 불필요한 것이 아니라 제각기 모두 法的 意味를 갖는 것이며, 또한 그와 같이 개개의 條項이 意味와 效果를 갖도록 解釋해야 한다는 소위 「實效性의 原則」(principle of effectiveness)에 반하는 것이다. 또 한가지 약점은 그러한 立場의 延長線上에서 北韓을 機能的으로 파악하여 한편으로는 國家保安法上의 反國家團體로도 볼 수도 있고, 또한 다른 한편으로 南北交流協力의 對象으로 볼 수도 있다는 二重性을 인정한다는 점이다.

法은 法의 統一的 適用, 法의 安定性과 法受範者의 法規內容에 대한 豫測可能性 保障을 생명으로 하는데, 憲法變遷理論을 위시한 위의 여러 解釋論은 이러한 法의 理念과는 배치되는 면이 없지 않다. 엄격한 法理論的 觀點에서 볼 때 憲法變遷理論 등 상기 解釋論에 의거한 領土條項의 解釋에는 위와 같은 問題點을 피할 수 없다. 따라서 中·長期的으로는 이러한 문제점을 해결하고 統一指向의 平和共存體制와 부합될 수 있는 방향으로 영토조항을 改廢하는 방안을 積極的으로 고려해 볼 필요가 있다. 영토조항을 改廢할 경우 다음과 같은 5가지 方案을 생각해 볼 수 있을 것이다. 이하에서는 각 방안의 내용을 간단히 살펴 보고, 그 다음 각 방안을 綜合的으로 評價해 보기로 한다.

1) 但書規定設置方案

제1안은 현행헌법 제3조의 영토조항 後但에 다음과 같이 단서규정을 설치하는 방안이다 :

대한민국의 영토는 韓半島와 그 附屬島嶼로 한다. 다만 조국통일이 달성될 때까지 暫定的으로 대한민국의 領土의 管轄은 현재 休戰線 이남의 지역으로 한정한다.

제1안의 法的 根據로서는 다음과 같은 것을 들 수 있다.

첫째, 제1공화국 아래 40여년 이상 存續하여 온 영토조항을 전면적으로 개정하거나 이 방안의 단서에 해당하는 내용만을 규정하는 것으로 개정할 경우, 정부의 統一政策 意志가 결여되어 있다는 批判 및 分斷固着化라는 對內外的 非難宣傳을 초래할 수 있다. 이러한 비판을 피하기 위해서는 全面改正을 피하고 영토조항을 부분적으로 改正하는 것이 바람직하다.

둘째, 헌법의 場所的 效力과 관련하여 法理上 남북한의 領土的 管轄은 각기 統治權이 실효적으로 미치는 지역으로 한정하는 것이 타당하며 이는 法現實에도 부합하는 것이다. 이는 기존의 領土條項을 宣言的 規定으로 해석하고, 단서규정에 의해 남북한의 관할지역을 명시하는 방법으로써 가능하다.

셋째, 현실과 모순되는 既存의 南北關係 法令은 이 但書規定에 의해 정비가 가능하다.

넷째, 영토적 관할의 한정은 “국제사회에서 남북한 각자의 현실을 인정” 한다는 「7·7宣言」의 정신과 정부의 대북 및 통일정책을 憲法次元에서 구현하는 의미를 갖는다.

이와 관련하여 주목되는 것은 북한이 最高人民會議 제9기 3차 회의 (1992.4.8~4.10)에서 社會主義憲法을 改正하여 對南赤化統一과 관련된 부분을 削除한 것으로 알려지고 있다는 점이다.⁴⁴⁾ 대남적화통일의 意圖가 담긴 것으로 해석될 수 있는 북한헌법 제14조의 “조선민주주의인민공화국은 전인민적 전국가적 방위체계에 의거하며, 자위적 군사로선을 관철한다”는 내용중 「전국가적」이라는 표현을 삭제하였다는 것이다. 「전국가적」이라는 표현의 削除는 북한이 영토의 범위를 북한지역으로 한정하여, 一應 對南赤化統一路線을 포기하였음을 시사하는 것으로 보인다. 아울러 한국의

44) 1992년 4월 9일의 북한방송들은 로동신문에서는 단지 지난 1972년 “사회주의 헌법이 채택 공포된 이후 김일성동지와 우리(북한)당이 새롭게 제시한 사상과 이론들, 당과 수령의 현명한 영도 밑에 우리 인민이 혁명과 건설에서 이루한 성과들을 반영하여 헌법 일부를 수정 보충했다”고 밝혔을 뿐 지금까지 북한은 이에 관해 구체적인 내용을 밝히지 않았다.(내외통신, 1992.4.10. 報道版 제7788호 참조). 그런데 제7차 남북고위급회담에 참석한 북한측 인사들이 최근 북한헌법 제14조가 개정되었음을 언급하였다고 한다. 「毎日經濟新聞」, 1992년 5월 8일 2면 참조.

吸收統一을 우려한 나머지 대한민국헌법의 영토조항의 개정을 유도하기 위한 것으로도 볼 수 있을 것이다.

물론 南朝鮮革命의 法的 根據로 해석되어 온 북한의 사회주의헌법 제5조도 함께 改正 또는 削除되었는지는 알려지지 않았으나,⁴⁵⁾ 북한의 위와 같은措置가 事實이라면 그것은 우리에 대해서도 그에 상응하는 조치를 기대하는 것으로 쉽게 판단할 수 있다. 現段階에서 이것이 기본합의서의 상호체제인정 및 존중규정의 실천적 차원에서 이루어진 것인지는 아직 속단하기 어려우나, 一應 基本合意書의 精神에 부합하는 조치라고는 볼 수 있을 것 같다.

이와 함께 북한과 일본간에 현재 진행중인 修交交涉과 관련하여 1992년 5월 13~15일 열린 제7차 본회담에서 李三魯 北韓側 首席代表는 「하나의 조선과 평화통일」을 전제로 軍事分界線 以北을 北韓主權이 미치는 管轄權地域으로 인정할 용의가 있다고 처음으로 公開 發表한 바 있다는 사실⁴⁶⁾ 역시 주목할 부분이라 하겠다.

이상과 같은 점을 감안할 때 現行 領土條項의 後但에 但書規定을 설치하는 방안의妥當性과 必要性이 점차 증대되고 있다고 보아도 무방하지 않을까 생각한다.

2) 相互 實體認定을 전제로 한 全面改正方案

제2안은 영토조항을 다음과 같이 전면적으로 개정하는 방안이다:

대한민국은 한민족의 고유한 영토와 그 부속도서가 1953년 7월 27일의 휴전협정의 軍事分界線을 경계로 2개의 政治實體로 분단되어 있다는 사실을 인정하고, 가능한 한 조속히 이 分斷의 現狀을 평화적으로 해결하여 統一을 완수하는 것은 國家의 基本政策의 하나이다.

45) 북한헌법 제5조는 “사회주의의 완전한 승리를 이룩하며 전국적 범위에서 외세를 물리치고 민주주의적 기초위에서 조국을 평화적으로 통일하며 완전한 민족적 독립을 달성하기 위하여 투쟁한다”고 규정하고 있는 바, 동조에서의 「全國的範圍」도 같은 맥락에서 삭제하였는지는 확인되지 않고 있다.

46) 이에 관한 보다 자세한 내용에 관해서는 「東亞日報」, 1992년 5월 14일 2면 참조.

제2안의 法的 根據로는 다음과 같은 것을 들 수 있다고 생각한다.

첫째, 현행헌법과 같이 대한민국의 영토를 한반도와 그 부속도서로 제한할 경우 기타의 지역, 특히 間島는 대한민국의 영토가 아니라는 해석이 가능하게 된다. 이는 대한민국이 헌법에서 영토의 범위제한을 명시함으로써 간도에 대한 領有權主張을 默示的으로 抛棄하였다고 해석될 소지가 있음을 의미하는 것이다. 만일 統一韓國과 中國 사이에 장차 間島領有權紛爭이 발생할 경우 예상되는 그와 같은 주장에 대해 소위 「禁反言의 法理」에 의해 한국은 法적으로 명쾌한 反駁을 할 수 없게 될지도 모른다. 이처럼 현행의 영토조항은 장차 통일후 발생할지도 모르는 간도영유권 문제에 대한 대비가 미흡하다. 따라서 이 문제에 대비한다는 점에서 대한민국의 영토는 韓民族의 固有한 領土라고 改正함이 바람직하다.

둘째, 分斷의 克服을 위해서는 分斷의 現實을 인정하는 자세가 필요하다.

이는 독일통일의 견인차 역할을 한 소위 東方政策(Ostpolitik)과 統獨政策(Vereinigungspolitik)의 기본적인 배경이었다. 우리의 경우에도 국제사회에서 남북이 상호간에 서로의 위치를 인정한다는 「7·7宣言」의 정신을 천명한 바 있다. 이러한 정신을 헌법에 수용하여 한반도가 대한민국과 이른바 조선민주주의인민공화국의 두 國家的 實體로 分斷된 사실을 인정할 필요가 있다.

제2안의 특징은 현행헌법 제3조의 영토조항과 제4조의 평화통일조항을 통합한 단일조항 설치방안이라는 점이다. 이 방안을 제시하는 대표적인 학자로는 李長熙 教授를 들 수 있다. 그는 다음과 같이 말하고 있다:

“헌법 제3조의 영토조항은 失地回復을 선언한 규정인데, 이는 북한을 反國家團體로 보는 冷戰論理에 입각하고 있다. 이에 반해 平和的 統一은 북한의 실체를 인정함을 전제로 하는 것이라는 점에서 양자는 상충된다. 특히 헌법 제4조의 「자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일」의 지나친 강조는 吸收式 統一을 지향하는 동시에 反自由主義의 國가유사단체(북한)와의 타협은 평화공존체제에 입각한 生活圈의 統一과 전면 모순된다. 이러한 상충은 국가보안법의 違憲是Non-constitutional를 불러일으킬 뿐

만 아니라 실제로 통일지향적 평화공존체제를 구현하는 데 있어 큰 걸림돌이 된다.

或者는 規範相互間 優先順位 理論을 들어 「평화적 통일」의 헌법 제4조가 「失地回復」의 제3조보다 헌법전체로 보아 우선하므로, 사실상 제3조는 死文化되어 規範力を 잃어가고 있어 상호 모순되지 않는다고 한다. 또 日本의 平和憲法과 自衛隊 간의 關係를 예로 들어 憲法變遷(Verfassungswandelung) 理論으로合理化하기도 한다. 여기서 憲法變遷이란 憲法規定을 부정하지 않고 그 解釋만 새로운 狀況에 맞게 하는 것이다. 그러나 이러한 주장은 현행 國家保安法이 有效한 한 妥當性이 없다.

현행헌법의 통일조항은 너무 抽象的이어서 統一方法의 구체적 명시가 없다. 즉 헌법은 막연히 통일은 「平和的」方法이라고 언급했을 뿐, 統一方法의 기본원칙을 제시하지 못하고 있다.

뿐만 아니라 現行憲法은 統一後의 憲法의 效力에 관해서 아무런 구체적 언급을 하지 않고 있다. 즉 統一後에도 現行憲法이 계속 效力を 發生하는 것인지, 統一後에는 憲法이 效力を 잃고 새 憲法이 制定되는 것 인지도 의문이다. 이를 명확히 하고 統一指向의 平和共存體制의 實現을 위해 現行憲法을 完成憲法에서 暫定憲法으로 改正함을 신중하게 考慮해야 할 것이다.

특히 같은 分斷國인 西獨의 基本法은 前文에서 統一主體로서 全體獨逸民族을, 그리고 統一原則으로서 民族自決의 原則을 明示하고 있다. 또 基本法은 前文, 제23조, 제146조에서 暫定憲法임을 분명히 밝힘으로써 동서독의 人的·物的 交流에 法的 基礎를 제공하여 오늘과 같은 큰 성과를 가져온 것을 주목해야 한다.”⁴⁷⁾

이상과 같이 李長熙 教授는 南北分斷이 暫定의인 것이며, 永續의일 수 없다고 하면서, 分斷克服을 위해서는 평화통일의 당위성과 강력한 통일의 지의 강조가 필요하다고 주장함으로써 現行憲法을 暫定憲法으로 改正할 것

47) 李長熙, 앞의 글, p. 54.

을 提案하고 있다.

3) 國家承認을 전제로 하는 全面改正方案

제3안도 역시 영토조항을 전면적으로 개정하는 방안으로서 그 내용은 다음과 같다:

대한민국은 한민족의 고유한 영토인 한반도와 그 附屬島嶼가 1953년의 군사정전에 관한 협정의 군사분계선을 경계로 남에는 대한민국, 북에는 조선민주주의인민공화국의 두 국가로 分斷되어 있다는 사실을 認定하고 가능한 한 조속히 이 分斷의 現狀을 平和的 方法으로 해결하여 統一을 이룩할 것을 國家의 基本政策의 하나로 한다.

제3안은 제2안과 대동소이하나, 다만 남북한의 正式國號를 사용하고 있는 점만이 다를 뿐이다. 제3안을 제안하는 張基鵬 教授는 다음과 같이 말하고 있다:

“위의 개정방안은 ① 한반도가 대한민국과 조선민주주의인민공화국의 두 국가로 분단되었다는 사실의 인정과 ② 평화통일의 당위성 강조의 두 부분으로 요약될 수 있다.

①의 내용은 결국 대한민국이 조선민주주의인민공화국을 인정, 다시 말하면 國際法上 國家로 承認(recognition)한다는 것이다. 현재의 헌법 제3조가 북한을 반란단체나 반국가단체로 간주하고, 그 조문에 근거를 두고 있다고 할 수 있는 국가보안법이 반국가단체의 구성원이나 협조자를 중형에 처하도록 규정하고 있다는 사실에 비추어 볼 때 북한을 국가로 승인할 수 없다는 이론이 성립될 수 있다. 그러나 이러한 냉전체제의 유물인 법체제는 평화통일의 당위성에 입각하여 재고, 개정되어야 마땅하다.”⁴⁸⁾

48) 장기봉, 앞의 글, p. 26. 이와 관련하여 유의할 것은 어느 실체에 대한 국호사용이 국가로 인정한다는 의사표시를 추정케 함은 사실이나 그 자체만으로는 당연히 묵시적 국가승인의 效果가 발생하는 것이 아니라는 점이다.

張基鵬 教授는 平和統一의 當爲性에 근거를 두고 北韓을 國家로 承認하는것이 바람직하다고 하면서 다음과 같은 몇가지 이유를 들고 있다 :

첫째, 평화통일은 두 국가 이상이 협상, 양보, 타협하여 통일을 이룩하는 것이다. 한 국가안에서의 헌법정부와 반란단체 또는 반국가단체 사이에는 특수한 경우에 반란단체를 교전단체로 승인하는 제도가 국제법에 있기는 하지만 평화통일이 논의될 수 없는 것이며 대다수 국가들이 叛亂團體나 反國家團體를 刑法上의 內亂罪로 처벌하는 것이 通例로 되어 있다.

둘째, 북한이 현재 100개 이상의 국가와 수교하고 있고, 21개 公的 國際機構에 加入하고 있다. 북한은 남한보다 우월한 군사력을 가지고 있고, 1989년 7월에 115개 국가에서 2만여명이 참가한 제13회 평양세계청년학생축전을 개최한 사실 등을 감안할 때, 북한을 국가가 아닌 대한민국 영토 안의 반국가단체로 보는 것은 非現實的 억지이론이라고 할 수 있다.

셋째, 대한민국에서 평화통일 정책의 수립과 추진의 책임자인 대통령이 1988년 7월 7일의 「민족자존과 통일번영을 위한 대통령 특별선언」에서 “국제사회에서 남북은 상호간에 서로의 위치를 인정하고”라는 말을 한 것은 북한의 국가적 존재를 인정하는 것이 된다고 할 수 있다.

넷째, 統一政策을 合理的으로 추진하여 마침내 統一을 이룩한 西獨과 東獨은 基本條約(1972.12.21) 제1조에서 “독일연방공화국과 독일민주공화국은 平等原則에 입각하여 善隣友好關係를 增進한다”고 규정하고, 1973년 UN에 동시가입하였으며 1990년 5월 18일에 구체적 통일조치로 兩獨 財務長官이 서명한 「貨幣·經濟·社會統合에 관한 條約」을 체결하였으며 1990년 5월 22일에는 예멘아랍공화국(북예멘)과 예멘인민공화국(남예멘)이 「예멘공화국」이라는 國號로 統合한다는 宣言을 함으로써 통일을 추진 또는 완수한 역사적 사례는 그 국가들이 상대방을 국가로 인정하는 차지에서 통일과업을 추진하고 마침내 통일을 이룩하였다라는 것은 좋은 실례를 보여주는 것이다.⁴⁹⁾

49) 장기봉, 앞의 글, p. 27. 장기봉 교수는 명백히 언급하고 있지 않으나, 過渡的 統一體制로서 북한에 대한 國家承認을 전제로 하여 南北間에 對內外的으로 完全한 2개 主權

4) 法律에 委任하는 方案

제4안은 현재의 영토조항을 改正하여 憲法에서 憲法의 場所的 效力範圍를 명시하지 않고 이를 다음과 같이 法律에 委任하는 方案이다:

대한민국 헌법의 효력은 법률이 정한 特別시, 省以及 道에 미친다.

이 방안은 엄격히 西獨式 領土編入條項으로의 代替를 의미하는 것은 아 니나 法律이 규정하는 바에 따라서 領土의 範圍가 擴大될 수 있고, 향후 타 지역의 편입을 예정하는 것으로 해석될 수 있으므로 서독기본법 제23조⁵⁰⁾의 領土編入條項의 精神⁵¹⁾을 계승하고 있다 해도 무방할 것이다.

제4안의 法的 根據로서는 다음 몇 가지를 들 수 있을 것 같다.

첫째, 헌법의 효력이 미치는 영토의 구체적 범위에 관한 법률을 제정하여, 동 법률에서 각 道의 신설이나 편입, 나아가 북한, 간도 및 기타 지역

國家로 구성되는 普遍的인 國家聯合의 設定을 예정하고 있는 것으로 보인다.

50) 서독기본법 제23조는 「이 기본법은 우선은 바덴, 바이에른, 브레멘, 大伯林, 함부르크, 헛센, 니이더 작센, 노르트라인 베스트팔렌, 라인란트 팔츠, 슬레스비히 홀슈타인, 뷔르템베르크 바덴과 뷔르템베르크 호오 엔졸레른 제주의 영역에 효력을 가진다. 동독의 다른 부분에 있어서는 가입에 의하여 효력을 발생한다」고 규정하여 기본법의 효력 범위 내지 영역의 범의를 명시하였다. 이 규정은 基本法이 獨逸의 다른 부분이 加入 또는 編入(Beitritt, accession)함으로써 效力を 발생할 수 있도록 憲法機關에 委任하고 있는 것이며(Schmidt-Bleibtreu/Klein, Kommentar, Rdnr. 1, zu Art. 146), 나아가 기본법 제23조는 독일의 다른 부분이 가입할 수 있도록 개방해 둘 헌법상의 의무를 포함하고 있다. 金哲洙(1979), 앞의 책, p. 8.

51) 서독기본법 제23조의 加入은 自意에 의한 加入을 말한다. 서독은 무력의 사용을 금지하고 있으므로 강제적인 合併은 인정되지 않는다. 서독연방에 가입하기 위하여서는 서독기본법 제28조가 규정하고 있는 공화적·민주적·사회적 법치국가여야 한다. 따라서 동독의 주가 공산주의를 표방하는 한 가입이 혀용되지 않는다. 한편 다른 지역의 가입(가령 Oder-Neisse선 以東의 舊獨逸領域)도 서독의 권한이기보다는 외국이나 타 지역의 결정에 의존하는 만큼 가입시킬 사실상의 보장을 할 수는 없다. 따라서 서독기본법 제23조의 法的 意味는 서독정부기관이 타지역의 가입 가능성을 困亂하게 하거나 制限해서는 안된다는 것이며, 또한 法的인 加入可能性을 개방해 두어야 한다는 데에 있다. 金哲洙(1979), 앞의 책, p. 8.

의 韓國領土 編入可能性을 인정함이 現실적으로 타당하다.

둘째, 세계 각국헌법중 영토조항을 설정하고 있는 사례는 희소하며, 간혹 있다 해도 그것들은 연방국가의 경우 헌법이 적용될 州를 명시하는 것이 대부분이다. 이들에 있어서는 州의 확대개편 가능성에 대비하여 국민투표에 관한 규정만을 설치하고 있을 뿐이며, 구체적으로 영토의 범위를 명시하고 있지 않다.

5) 削除方案

마지막으로 제 5안은 領土條項을 削除하는 方案이다. 제 5안의 법적근거로서는 다음과 같은 논거를 들 수 있지 않을까 생각한다.

첫째, 오늘날 영토조항은 이미 實效性을 상실하였는 바, 이를 存置시킬 경우 法과 現實間의 乖離를 그대로 放置하는 결과가 되어 法의 權威를 실추시킬 뿐이다. 이와 같은 현행 國內法制의 相互 矛盾 및 問題點은 영토조항을 삭제함으로써 해소할 수 있다.

둘째, 세계 각국의 헌법중 영토조항을 두고 있는 사례는 매우 희소하며, 영토조항을 두고 있는 경우에도 그것은 대체로 聯邦國家들인데 우리나라라는 연방국가가 아니므로 굳이 영토조항을 設定할 필요는 없다.

세째, 현행헌법상의 영토조항은 통일이후 간도의 편입 등 영토변경가능성에 대한 대비가 미흡하다. 앞으로 남북한이 통일되면 그때 가서 통일한국의 영토조항을 얼마든지 新設할 수 있으므로 領土條項의 存置를 고집할 필요는 없다는 것 등이다.

金明基 教授의 경우 남북한 동시유엔가입, 기본합의서 채택, 또한 앞으로 있게 될 남북한 교차승인 등의 對北 및 統一政策은 대한민국헌법 제3조의 영토조항에 저촉된다고 보고 있다. 따라서 그는 앞으로 대북 및 통일정책을 合憲的으로 추진하기 위해서는 영토조항을 改正해야 한다고 주장한다. 이어서 그는 개정의 방안으로서 (1) 제3조의 대한민국의 영토를 “휴전선 이남(또는 38선 이남)의 한반도의 남부”로 수정하는 방안과 (2) 제3조를 삭제하는 방안이 있겠으나, (1)의 방안은 장차 併合型 統一에 장애가 될 수도 있으므로 (2)의 방안이 합리적인 것으로 보인다고 말하고 있

다. 그 이유로서 동서독의 경우 西獨憲法은 “本 基本法은 당분간 州에만 적용된다. 독일의 기타의 지역에 대해서는 가령에 따라 그 효력을 발생한다”고 규정하고 있었을 뿐이며(제23조), 東獨憲法에는 領土條項이 없었으나 서독에로의 吸收統一에는 아무런 장애도 없었음을 들고 있다.⁵²⁾

張明奉 教授도 이들 방안 중 여타 방안들은 다분히 「분단고착화」라는 대내외의 비난가능성을 배제할 수 없는 것들인 바, 削除方案이 비교적 바람직한 것이라고 주장하고 있다.⁵³⁾

6) 評 價

위에서 각 방안들의 주장 및 내용을 살펴 보았다. 이상의 方案들을 分析 · 評價하면 다음과 같다.

제1안은 現行憲法의 틀을 유지하면서 남북한 유엔동시가입 및 기본합의서의 채택 등 남북관계 변화의 현실을 인정하여 統一以前의 暫定的 期間 동안 현실적으로 統治權이 미치는 軍事分界線 以南地域으로 大韓民國의 領土의 管轄이 미침을 규정하는 방안이다. 이는 남북한의 相互 體制認定 및 尊重精神에도 부합하는 것이라 할 수 있다. 다만 이 방안을 채택할 경우 「以北 五道에 관한 特別措置法」을 대폭 정비하거나 폐지하여야 하는 문제가 제기될 수 있는데, 과연 越南 失鄉民들이 여기에 찬성할 것인지는 의문이다.⁵⁴⁾

제2안은 남북한의 상호 실체인정을 전제로 領土條項을 全面改正하는 방안이다. 여기서 실체인정이 의미하는 것은 북한의 國家的 實體를 의미하는 것일 뿐 결코 國家承認을 의미하는 것이 아니라는 점에서 기본합의서 序文의 특수관계규정과 상호체제 인정 · 존중조항과 합치된다. 특히 분단의 현실 인정(나아가 통일의 원칙 표명 부분)은 매우 바람직한 것이라 하지 않을 수 없다. 분단을 극복하기 위해서는 현실을 인정하는 것으로부터 출발

52) 金明基, 앞의 책, p. 157.

53) 張明奉(1991), 앞의 글, p. 43.

54) 필자는 이러한 정치적 고려를 捨象하고 순수한 法理的 觀點에서 보면, 이제는 동법이 개폐되어야 한다고 생각한다.

해야 한다.⁵⁵⁾ 그러므로 一次的으로는 이 방안의 채택을 신중히 고려할 필요가 있다. 다만 全面改正方案의 妥當性에도 불구하고 국민의 同意를 구하는 것은 그리 쉽지 않을 것으로 보인다. 保守的 人士들은 이 방안에 대해 거부감을 가질 소지가 없지 않다.

제3안은 남북한의 國家承認을 전제로 하는 영토조항의 전면개정방안이다. 이 방안이 어느 정도 현실성을 갖고 있으며, 法的 論理面에서도 명쾌함을 부인할 수는 없으나, 현재 남북관계의 방향과 우리의 대북 및 통일정책과는 모순되는 것이라 하겠다. 이 方案은 統一을 지향하면서도 그 중간 과정에서 완전한 2국가로서의 分裂, 그리고 그 이후 普遍的인 國家聯合의 設定을 예정하고 있는 바, 이는 기본합의서의 특수관계 규정과 背馳되는 것이라 하지 않을 수 없다. 이 방안은 國際法上 완전한 2개 주권국가로 「分裂」되는 것을 합법화하여 分斷의 固着化, 永久化 및 現狀의 합법화라는 대내외적인 비난을 초래할 가능성을 다분히 내포하고 있다는 점에서 수용하기 힘든 방안이라 하겠다.

제4안은 영토의 구체적인 범위를 法律에 委任하는 방안이다. 이 방안은 우리에게는 매우 생소한 것이며, 북한을 포함하여 대내외적으로 東西獨式吸收統一政策을 추구하는 것이라는 비판을 초래할 가능성마저 내포하고 있다. 특히 西獨基本法 제23조에 의한 통일은 사실상 異質的 體制下에 있던 東獨으로서는 受容不可能한 것이었고, 특히 동독의 國力이 강했을 때는 통일방안으로서는 더더욱 현실성이 적은 것이었음을 유의할 필요가 있다.

제5안은 削除方案이다. 領土條項과 平和統一條項間에 矛盾이 있다면 이를 積極的으로 解決하는 자세가 필요하다고 본다. 동조항을 삭제하자는 태도는 문제의 본질을 회피하려는 소극적인 입장이라고 할 것이다. 통일후 통일헌법에서 영토조항을 다시 둘 수도 있겠으나 그렇다고 해서 영토조항의 삭제가 합리화될 수 있는지는 의문이다.

또한 제4안과 제5안 共히 영토조항은 聯邦國家의 경우에나 찾아 볼 수 있는 것이라는 매우 異例的인 주장을 하나, 영토조항은 비단 연방국가에서

55) 이는 Brandt가 추진하였던 東方政策(Ostpolitik)의 基調이기도 하다.

만 찾아볼 수 있는 것은 아니다.⁵⁶⁾ 예컨대 削除方案은 남북분단의 특수한 현실을 도외시한 것이라고 하지 않을 수 없으며, 통일을 열망하는 우리 국민의 法感情과는 相馳되는 방안으로 여겨진다. 이와 관련하여 制憲憲法을 기초한 故 殷鎮午博士의 다음과 같은 말을 상기할 필요가 있다 :

“헌법에 영토에 관한 규정을 설치하는 것은 연방국가에서 특히 필요 한 것인데, 우리나라는 연방국가도 아니고 우리나라의 영토는 歷史上 명료하므로 헌법에 그에 관한 규정을 설치할 필요가 없다는 주장도 일리가 있다고 할 수 있다. 그러나 大韓民國憲法은 결코 남한에서만 시행 되는 것은 아니고 우리나라의 固有의 領土全體에 施行되는 것이라는 것을 명시하기 위하여 특히 本條를 설치한 것이다.”⁵⁷⁾

한편 만일 領土條項이 平和的 統一에 걸림돌이 되는 것이라 하더라도 남북관계의 현실에 비추어 볼 때 相互主義에 立脚하여 북한헌법의 관계조항(예컨대 제1조, 제5조, 제7조 등) 및 노동당규약의 삭제와 연계시켜 영토조항을 廢棄하는 것이 法政策的으로妥當하다는 見解가 있다. 북한헌법은 현재의 居住地에 관계없이 「로동자, 농민, 병사, 근로인텔리」에 의하여 구성되는 人民이 주체가 되는 인민주권을 표방함으로써 북한정권의 전한반도에 걸친 正統·合法性을 주장하고 있다. 또한 북한헌법 제5조와 노동당규약에서 사용되고 있는 「평화적」이라는 修飾語는 「남조선의 해방」을 의미하는 것이 사실이다. 그러한 만큼 대한민국헌법의 영토조항을 삭제하려면 통일이나 한민족공동체 형성을 위한 남북한간 大妥協의 일환으로서 북한헌법의 관계조항, 예컨대 제5조, 제7조 등과 함께 改正 또는 削除하는 것이 마땅하다는 것이다. 사실 현실적으로 制憲憲法(1948.7.17)에서부터 규정

56) 단일국가이면서도 영토조항을 두고 있는 국가로서는 자유중국, 코스타리카, 엘살바도르, 핀란드, 그리스, 이란, 필리핀, 터키 등을 들 수 있다. 權寧星, 「比較憲法學」, (서울 : 法文社, 1982), pp. 358~360 참조.

57) 殷鎮午, 「憲法解義」, (서울 : 明世堂, 1949), pp.22-23 : 제헌헌법안의 심의시 국회에서의 영토조항에 관한 論議는 「憲法制定會議錄」, 憲政史資料 제 1집(서울 : 국회도서관, 1967), pp. 133~134 참조.

되어 오늘에 이르고 있는 영토조항의 삭제제안을 자기의 政綱政策의 하나로 과감히 들고 나올 정당이나 정치세력이 과연 있을지도 의문이지만, 이 영토조항의 삭제주장은 한국정부의 正統性 主張의一方的拋棄만을 요구하는 것일 뿐이다. 民主主義의前提條件인 立憲主義에 비추어 憲法은 守護되어야 한다는 것이 미덕이다. 영토조항이라고 하여 달리 취급되어야 할 이유가 없는 바, 領土條項의 削除는 不當하며 國民의 法感情에도 부합하지 않는다는 것이다.⁵⁸⁾ 法政策의으로 一應妥當한 論理라고 판단된다.

이상의 方案들을 종합적으로 평가해 보건대, 領土條項의 發展的인 改正은 혹시 모르되 아예 삭제하는 것은 생각할 수 없다고 하겠다. 筆者는 결국 領土條項 改正時 北韓의 關聯法規의 改廢와 연계시켜 1차적으로 제2안의 採擇을 推進하도록 하되, 國民의 法感情, 國民의 合意 導出可能性 및 憲法現實을 고려하여, 2차적으로는 제1안을 채택하는 방안도 아울러 고려할 필요가 있다고 생각한다.

2. 平和統一條項의 改廢問題

헌법 제4조의 平和統一條項에 대해서는 이를 改正하자는 주장, 아예 削除해야 한다는 주장, 그리고 現行대로 存置해도 무방하다는 주장 등으로 나누어지고 있다. 먼저 改正하자는 主張을 하는 대표적 학자인 金明基 教授의 견해를 보면 다음과 같다 :

“제4조의 統一條項은 法的 分斷을 전제로 한 것이므로 領土條項을 존치하려 할 경우 제4조에서의 「統一」을 「民族의 再結合」으로 개정해야 한다. 그리고 自由民主的基本秩序에 입각한 統一은 合併型統一에 반하는 것인 바, 併合型統一政策을 끝까지 고집하려는 것이 아닌 한 ‘자유 민주적 기본질서에 입각한’이라는 문구를 전부 삭제하든가 또는 적어도 그중에서 「자유」를 삭제해야 한다고 한다”.⁵⁹⁾

58) 崔大權, 앞의 책, pp. 148~149.

59) 金明基, 앞의 책, p. 158.

다음으로 削除하자고 主張하는 학자들의 削除理由를 보면 대체로 다음과 같다:

“평화통일이 우리 민족에게 부과된 絶對的 命題라고 단언한다면 헌법 제4조의 價值에 대하여 의문을 제기하지 않을 수 없다. 평화통일이라 함은 남북한이 서로 무력이나 어떤 물리적 힘(군중집회나 화염병, 돌 및 봉동이 등을 이용한 폭력시위)을 사용하지 않고 서로 協商(negotiation), 讓步·妥協(compromise)하여 통일을 이룩하는 것이다. 그러므로 자유민주주의를 국가의 기초로 삼고 있는 대한민국과 사회주의를 국가의 기초로 삼고 있는 조선민주주의인민공화국의 平和的 統一은 자연히 자유민주주의와 사회주의의 양보와 타협에서 이룩될 수 있는 것이라고 하겠는데, 대한민국헌법에 자유민주주의의 기본질서에 입각한 평화적 통일정책을 수립하고 이를 推進한다고 못박아 놓은 것은 자유민주주의의 기본질서에 입각하지 않은 統一은 하지 않고, 사회주의 국가인 북한을 자유민주주의 국가인 남한에 吸收統一하겠다는 것으로 해석할 수 있다.⁶⁰⁾ 이는 남북한 서로가 상대방을 어떠한 방법으로라도 자기 체제에 吸收統一하겠다는 것을 의미하는 것이다. 이러한 냉전시대적 남북한 쌍방의 통일에 대한 基本原則이 변화하지 않는 한 남북한 평화통일을 기대할 수 없는 것이 자명한 이치이다. 남북한의 팽팽한 對立狀況을 완화하고 평화통일의 분위기를 조성하기 위하여 대한민국이 헌법 제4조를 삭제함으로써 인내, 아량 및 양보의 정책을 채택하는 것이 平和統一을 앞당기는 데 큰 도움이 되는 처사라고 하겠다.”⁶¹⁾

이상과 같이 ‘자유민주주의적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책을 수립하고 추진하는 것’은 統一理念과 統一國家形態와 관련하여 자유민주주의만을 고수하는 것이므로 吸收統一政策을 표방한 것으로 해석될 수 있는

60) 장기봉, 앞의 글, p. 24.

61) 장기봉, 앞의 글, p. 28.

바, 삭제되어야 한다는 주장이 있으나, 이는 「平和統一條項의 法的 意味」 항목에서 이미 고찰한 바와 같이妥當性이 없다고 하겠다.

平和統一條項을 改廢할 것인가 하는 問題는 영토조항의 개폐방안 중에서 어느 방안을 선택하는가와 맞물려 있는 문제로서 本質的으로 中·長期의 인對策으로 고려되어야 할 사항이다. 領土條項의 改廢方案 중 만일 제2안이 채택될 경우에는 그 방안에 이미 평화통일에 관한 사항에 관해서도 규정하고 있기 때문에 현재의 평화통일조항은 불필요하며 따라서 마땅히 삭제되어야 할 것이다. 그러나 제1안이 채택될 경우에는 다음과 같은 몇가지 이유에서 現行대로 존치하는 것이 타당하다고 생각한다.

첫째, 현재의 분단은 暫定的인 것이며 永續的인 것일 수 없다. 따라서 分斷克服을 위해서는 平和統一의 當爲性과 강력한 統一意志의 강조가 필요하다.

둘째, 平和統一은 일부 학자들이 주장하는 것처럼 반드시 吸收統一만을豫定하는 것은 아니며 남북간의 합의에 입각한 合議制 統一의 가능성도 예정하고 있는 것이다. 정부는 기회 있을 때마다 吸收統一을 排擊하고 있음을 수차 천명하여 왔는 바, 현행 평화통일조항은 이와 兩立할 수 있다.

셋째, 평화통일조항은 武力統一政策을 抛棄한다는 宣言的 意味를 내포하는 것인 바, 이는 平和的 統一의 歷史的 使命을 천명한 憲法前文과 侵略戰爭을 否認하는 國際平和主義 精神과도 부합하는 것이다.

넷째, 영토조항 개정과 동시에 평화통일조항을 삭제한다면 이는 통일의 지 결여와 분단고착화 추구로 인식될 가능성이 다분히 있다. 독일통일 이후 현재 각계에서 분출하고 있는 汎國民的 統一輿望에 부응한다는 점에서도 현행 평화통일조항의 存置는 바람직하다.

V. 結論

法現實과 法規範이 항상 一致하는 것은 아니며, 어떤 의미에서는 일치하지 않는 것이 자연스러운 것인지도 모른다. 靜態的인 法秩序가 항상 신속하게 動態的이고 變化無雙한 現實을 따라가기는 어렵기 때문이다. 그러나 그렇

다고 해서 지나치게 現實과 遊離된 規範을 존치시키고 그에 기초한 論理的 修辭(rhetoric)를 고수하는 것이 정당화될 수 있는지는 의문이다. 法規範이 法現實에 미치지 못하여 현실과 괴리가 를 경우 마땅히 그것을 현실에 맞추는 작업이 필요하다고 할 것이다. 그러한 작업은 法의 解釋을 發展的이고 動態的으로 解釋함으로써 해결할 수도 있고, 立法的으로 解決할 수도 있다. 前者は 解釋論에 의거한 방법으로서 단기적, 임기용변적 대응방법이며, 後者는 立法論에 의거한 방법으로서 보다 더 근본적인 해결책이라 할 수 있다.

現行憲法은 제4조에 平和統一條項을 두고 있는데, 이것은 남북한의 分斷이라는 現實認定을 전제한 것으로 法的 分斷을 부인하는 領土條項과는 理論的으로 矛盾된다. 영토조항과 통일정책의 실제간의 괴리가 남북한 유엔 동시가입과 기본합의서가 채택된 지금에는 더욱 심화되고 있다. 앞으로 남북관계가 명실공히 和解의 국면에 접어 들어 각종의 附屬合意書가 채택되면 양자의 괴리가 더욱 커질 것은 말할 필요가 없다. 따라서 統一問題와 관련된 憲法上의 問題에 대한 解決策 강구가 더 이상 미룰 수 없는 중요한 현안으로 부각되고 있다.

이에 대해서는 短期的인 解決方案과 中·長期的인 解決方案을 고려할 수 있다. 短期的 方案으로는 영토조항과 평화통일조항간의 모순을 해결하고, 양자를 合致되는 방향으로 解釋하는 방법 등이 있으며, 憲法理念과 憲法政策的 側面에서 평화통일조항이 영토조항에 優先하는 것으로 解釋하는 방법, 또는 憲法 前文의 「平和的 統一의 歷史的 使命」規定에 비추어 헌법규정간의 상충을 해결하는 방법⁶²⁾도 아울러 고려해 볼 수 있을 것이다. 특히

62) 이와 관련하여 張明奉 教授는 다음과 같이 주장하고 있다.

“헌법은 前文에서 祖國의 平和의 統一의 使命에 입각하고 있음을 선언하여, 조국의 평화적 통일이라는 민족적 대과업의 성취를 위한 역사적 사명을 국가와 국민에게 부여하고 있다. 이러한 헌법전문 규정의 法的性格은 西獨 基本法 前文에서 친명된 統一命題의 法的性格에 대한 西獨學界의 通說의 立場과 聯邦憲法裁判所의 判決에서와 같이 政治的 意義는 물론 法的 意義를 가지는 것이며, 이는 국가기관이 통일을 법적으로 방해하거나 사실상 불가능하게 하는 행위를 금지하는 것이라고 할 수 있다.”

우리 憲法前文의 「平和의 統一의 使命」規定에 관한 이러한 해석을 통하여 통일조항과 영토조항의 상충 및 통일정책의 실제와 영토조항간의 괴리의 문제를 어느 정도 해결할 수 있을 것이다. 張明奉(1991), 앞의 글, pp. 46~47.

모든 헌법규정이 동일한 효력을 갖는 것이 아니라 그들간에도 서열이 있다 는 소위 「憲法規範間 序列理論」에 따라 理念上 優越한 平和統一條項이 領土條項보다 優越的인 效力を 갖는다고 解釋하는 방안은 매우 참신한 아이디어라고 할 수 있을 것 같다.

그러나 우리의 窮極的 目的是 남북간의 화해와 협력이 아니라 어디까지나 統一이다. 통일을 이룩하기 위해서는 과거의 冷戰的 이데올로기와 對決的 姿勢를 버려야 한다. 이러한 자세와 발상 전환의 출발로서 이제는 북한을 적대시하고 불신하던 시대의 反共이데올로기와 북한의 法的 存在 否認論에 입각하여 제정된 영토조항의 改廢問題에 대해서 中·長期的인 次元에서 신중한 검토를 시작하지 않으면 안된다.

아울러 영토조항과 유기적인 관계에 있는 평화통일조항에 대해서도 그 法的 意味를 再吟味할 필요가 있다. 한반도에 얹힌 주변 강대국들의 이해를 슬기롭게 조화시키면서 통일을 달성하기 위해서는 統一의 原則으로서 民族自決의 原則을 憲法에 明示하는 것이 바람직하다고 할 것이다. 통일의 그날은 예상치 못한 시기에 갑자기 찾아 올 수 있는 바, 그때의 混亂을 막기 위해서는 어떠한 방식으로 통일을 추진할 것인지, 즉 統一方法에 대한 法的 根據를 헌법에 규정하는 것도 바람직하다고 생각한다. 예를 들면 段階的·漸進的 統一, 吸收式 統一 또는 合議制 統一 등의 다양한 통일방식의 가능성을 법적으로 보다 명백히 포용할 수 있는 규정을 두는 방안도 검토할 필요가 있다.

이러한 점을 감안할 때 앞으로 보다 根本的인 解決策으로서 北韓의 關聯法規 改廢와의 연계하에 中·長期的인 次元에서立法論의in 對應方案을 신중하게 고려해야 할 것이다. 그러한 방안으로서는 첫째, 領土條項을 統一指向의 平和共存體制에 부합되는 방향으로 全面改正하고 현재의 평화통일조항을 削除하는 방안, 둘째, 현재의 영토조항의 기본틀은 유지하되 後段에 但書規定을 두는 방안과 함께 현행 平和統一條項을 그대로 存置하는 방안을 들 수 있다. 이들 방안은 각기 長·短點을 모두 가지고 있다고 생각되므로 결국 國民의 選擇에 맡길 수 밖에 없다. 통일관련 헌법조항의 改廢問題와 관련하여 어느 방안이 채택되든 그것은 汎國民的 合意와 支持속에

서 이루어지지 않으면 안될 것이다. 그럴 때만이 政府가 추진하는 統一政
策에 대하여 正當性이 인정되고 實效性을 보장받게 될 것이기 때문이다.

The Issue of Amending of Constitutional Articles Relating to National Unification

Seong Ho Jhe, Ph. D. (RINU)

The Republic of Korea (South Korea) and the Democratic People's Republic of Korea (North Korea) were admitted to the United Nations simultaneously on 17 September 1991. After this historic event, the South and the North signed the Agreement on Reconciliation, Non-Aggression, and Exchanges and Cooperation. Now it can be seen that the two Koreas have entered a new stage of reconciliation and cooperation. Taking these fundamental changes of inter-Korean relations into consideration, some legal scholars insist on amending the Constitution's allegedly outdated articles relating to national unification.

The issue of amending constitutional articles mainly focuses on the third article (national territory clause) and the fourth article (peaceful unification clause). This is very controversial among scholars of constitutional and international law.

It is crucial at this point to find the best and most reasonable solution which will make peaceful national unification possible. I think it is proper to find the legal solution compatible with the direction of Korean national unification policy by taking a phased approach. With this point of view I suggest we adopt both a short-term policy and a long-term policy in coping with the amendment issue. The short-term policy means working out a new interpretation method capable of harmonizing the logical conflict underlying the two problematic articles. The long-term policy means amending or supplementing the

constitutional articles by taking *de lege ferenda* approach. From a long-term perspective, five alternatives may be considered. Among them I regard only two alternatives as desirable. One is to formulate a temporary limitation of territorial jurisdiction at the end of the third article and to maintain the existing fourth article. The other is to completely amend the third article in order to comply with the changing inter-Korean relations and support peaceful national unification legally and institutionally.

In my opinion I prefer the second alternative because of the novelty and appropriateness of its content; but notwithstanding its positive aspect it seems difficult for this alternative to obtain nationwide support due to its unfamiliarity and fundamental revision. So the first alternative is more likely to be adopted, but this also has some weaknesses in that it is hard to get much support from the dispersed families living in South Korea. Whether any one is selected or not, national consensus is the most important in constitutional amendment issues. This is because national consensus alone will guarantee the legitimacy and effectiveness of national unification policy which the Government is now pursuing.