

헌법과 통일문제

도희근
법학과

<요 약>

우리 헌법은 통일에 관련된 조항을 몇군데 두고 있다. 그 중 영토조항(제3조)와 평화통일조항(제4조)이 서로 상충되는 것처럼 규정되어 있어 이의 해석에 대하여 서로 다른 학설이 대립되어 왔다. 다수설과 판례는 북한지역도 대한민국의 영토라고 해석하고 북한의 국가성을 인정하지 않을 뿐만 아니라 불법반국가단체로 보아왔다. 그런데 이러한 해석은 오늘날의 국내외 상황과 부합되지 않으므로 헌법개정론, 헌법변천론 등이 제기되었다. 영토조항은 대한민국이 앞으로 달성해야 할 목표를 제시하고 있는 이념적·역사적·미래지향적·프로그램적 성격의 조항이고, 평화통일조항은 그 목표를 달성하기 위한 절차와 방법과 내용을 규정하고 있는 구체적·법적 성격의 조항이라고 보아야 한다. 이러한 우리 헌법의 해석에 따르면, 남한주도의 흡수통일방안과 제3의 체제로의 합의통일방안만이 헌법에 합치되는 통일방안이 된다. 정부는 헌법에 합치되는 통일방안을 수립·추진하여야 할 것이다.

The Constitution and Reunification

Do, Hoe-Kun
Dept. of Law

<Abstract>

There are several clauses related to reunification of Korea in the constitution. In them, two clauses, the territory clause (art. 3) and the peaceful reunification clause (art. 4) look contradictory each other, so there are several views on their interpretation. Majority views and the Supreme Court decision deny North Korea as a state, and say that the northern part of the Korean Peninsula is a part of territory of the R.O.K. As for today's domestic and international situation, such an interpretation cannot be justified. So some say that the constitution should be revised, others

explain the territory clause as a theory of constitutional change.

But I interpret two clauses as following;

The territory clause with ideologic, historical, future-oriented, and programmatic character prescribes a goal that Korea should attain in the future, and the peaceful reunification clause with concrete and legal character prescribes a procedure, method and content that Korea should follow in order to attain such a goal.

According to our interpretation, two methods of reunification are constitutional. One is absorption of North Korea by South, the other is reunification to the 3rd system on the basis of consensus between South and North Korea. Korean government should formulate and carry out the constitutional reunification policy.

I. 머리말

통일문제는 이제 정부나 일부 특정인들의 관심사가 아니라 전국민의 관심사로 바뀌었다. 한때 통일논의는 정부나 소수 관변학자들만의 독점물이었던 때가 있었고, 그 후 어느 시기동안에는 정치권과 일부 학자가 이에 가세하였다. 국민들이 자유롭게 통일논의에 참여할 수 있게 된 것은 노태우정부의 외견적 민주화조치가 이루어진 1980년대 후반부에 이르러서였다. 학계의 통일논의는 초기에는 주로 정치학이 주도했으며, 법학을 비롯한 다른 분야에서 통일문제에 관심을 갖게 된 것은 역시 80년대 후반부부터였다고 할 수 있다. 소련의 페레스트로이카정책, 동구권의 붕괴, 독일의 통일, 소련의 해체 등의 국외적 변화와 이에 영향을 받은 남북한의 접근과 UN 동시가입 등 급격하고 근본적인 국내외적 상황변화와 함께 통일에 대한 가능성과 기대가 한층 높아진 때문일 것이다.

통일과 관련하여 그간 법학계에서의 논의를 살펴보면, 70년대와 80년대 초반까지는 국제법적인 측면에서 남북간의 관계에 대한 연구와 통일헌법에 관한 연구가 많이 발표되었다. 80년대 중반 이후에는 기존 연구분야에 대한 후속연구와 함께 통일에 저해가 될 수 있는 국내법, 특히 국가보안법 등에 관한 연구들이 시국상황과 함께 다수 발표되었고, 「남북교류협력에 관한 법률」(1990)의 제정과 「남북사이의 화해와 불가침 및 교류협력에 관한 합의서」(이하 「남북합의서」라 함)(1992)가 발효된 90년대부터는 이 법률과 합의서의 성격과 실행문제들에 관한 논의와 함께 통일논의가 활발하게 전개되었다. 그리고 최근에는 우리 헌법상의 통일관련조항들에 대한 검토, 통일과정 및 통일 이후를 대비한 국내법의 정비와 대비책에 관한 분야에까지 관심이 넓혀지고 있다. 이 같은 통일과 관련된 법적 연구들이 깊이와 폭을 더해가고 있는 시점에서, 특히 우리 헌법상의 통일관련조항들을 검토 분석하여 통일에 대한 우리 헌법의 태도를 확인하고, 헌법상 통일관련조항들에 대한 상호 조화적, 친통일적 해석방법을 제시하고, 이를 토대로 우리나라 통일정책수립의 방향을 제시하며, 통일에 대비한 국내법해석과 세정 또는 개정에 대한 지침을 제공하려는 목적을 가지고 있다.

II. 헌법상 통일관련조항들의 검토

1. 역대헌법의 통일조항

우리나라의 건국헌법(1948)은 대한민국이 분단국가라는 사실을 전혀 전제하지 않고 제정되었다. 어떠한 유보나 제한조항도 없이 “대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다”(제4조)라고 하여 우리나라가 완성된 국가인 것처럼 규정되어 있다.¹⁾ 이같은 헌법의 태도는 제2차 헌법개정에서 더욱 확고히 드러났는데, “대한민국의 주권의 제약 또는 영토의 변경을 가져올 국가안위에 관한 중대사항은 국회의 가결을 거친 후에 국민투표에 부하여 민의원의원선거권자 3분의 2 이상의 투표와 유효투표 3분의 2 이상의 찬성을 얻어야 한다”(제7조의 2)라는 조항을 추가함으로써 영토조항의 변경을 더욱 어렵게 한데서도 나타난다. 이와 같이 분단사실을 무시한 헌법은 제2공화국까지 계속되다가, 이른바 제3공화국 헌법(1962.12.26)의 부칙에 슌그머니 “국토수복 후의 국회의원의 수는 따로 법률로 정한다”(부칙 제8조)라는 조항이 삽입됨으로써, 현재 상태가 ‘미수복’상태임을 암시적으로 인정하였다. 통일문제가 헌법에 명시적으로 규정된 것은 1972년의 이른바 유신헌법이 처음이었다. 전문에 “조국의 평화적 통일의 역사적 사명에 입각하여 자유민주적 기본질서를 더욱 공고히 하는 새로운 민주공화국을 건설함에 있어서...”라는 구절을 삽입하여 현재가 ‘미통일’상태임을 간접적으로 밝힌 후, 제3장에서 조국의 평화적 통일을 추진하기 위해 창설된 통일주체국민회의의 조직과 구성, 권한 등을 규정하였다(제35조-42조). 그밖에도 대통령에게는 ‘조국의 평화적 통일을 위한 성실한 의무’를 지웠으며(제43조 제3항), 취임시 “...조국의 평화적 통일을 위하여 대통령으로서의 직책을 상실할 것을 국민 앞에 엄숙히 선시”하도록 함으로써(제46조) 통일의 의지를 적극적으로 표명하였다. 그리고 부칙에서는 “이 헌법에 의한 지방의회는 조국통일이 이루어질 때까지 구성하지 아니한다”(부칙 제10조)고 규정하였다. 1980년헌법에서는 전문의 규정, 대통령의 평화통일의무(제38조 제3항), 취임선서(제44조)에서 1972년헌법을 대체로 승계하였고, 대통령이 필요하다고 인정할 때 국가안위에 관한 중요정책을 국민투표에 붙일 수 있도록 하는 규정에 통일에 관한 정책도 포함시켰으며(제47조), 대통령의 자문기구로 평화통일정책자문회의를 둘 수 있도록 하고(제68조) 통일주체국민회의는 폐지하였다(부칙 제4조).

현행 1987년헌법에서는 전문, 대통령의 평화통일의무(제66조 제3항), 취임선서(제69조), 국민투표회부권(제72조), 대통령의 자문기구로서 민주평화통일자문회의(제92조) 등에서 이전 헌법을 대체로 승계하고, “대한민국은 통일을 지향하며, 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책을 수립하고 이를 추진한다”(제4조)라고 하여 국가에 평화통일정책수립 및 추진의무를 부과하는 조항을 신설하였다.

이와 같이 우리 헌법은 처음에는 국토분단사실을 명시하지 않았다가, 1962년헌법에서

1) 이에 반하여 서독은 제2차세계대전에서 패전후 1949년 연합군 점령하에 새 헌법을 제정하였는데, 이 헌법은 널리 알려져 있듯이 서독(독일연방공화국)이 잠정적인 국가임을 처음부터 명시하고 있었다. 헌법(Verfassung)이란 용어 대신 기본법(Grundgesetz)이란 용어를 선택한 점, 헌법 전문에 과도기 국가생활을 위해 기본법을 제정하였고, 전국민은 통일의 성취를 요구받고 있다고 명시한 점, 통일의 방법으로써, 기본법은 서독지역에만 적용되지만 기타 지역이 서독에 가입함으로써 기본법의 효력을 확장시켜 통일을 이룰 수 있도록 한 통일방법(제23조)과, 독일국민이 자유로운 방법으로 의결되는 헌법이 발효하는 날 기본법의 효력이 상실된다고 함으로써 새로운 헌법제정을 통한 통일방법(제146조)을 각각 두고 있다는 점에서 서독의 잠정적 성격을 말해 준다. 이에 대한 자세한 설명은 김도창, “헌법과 국가통일문제,” 법학(서울대학교 법학연구소) 제8권 제2호, 1966, 33-42; 김철수, “분단국헌법과 통일관계조항”, 한국공법의 이론, 목촌 김도창박사 고회 기념, 1993, 25-39; 박수혁, “통독에 있어서의 동서독 헌법통일,” 법제연구(한국법제연구원) 제2권 제1호, 1992, 125-144; 전광석, “동서독통일의 방법론에 대한 헌법논의,” 허영 편저, 독일통일의 법적조명, 박영사, 1994, 11-36 참조.

처음으로 부칙에 미수복지역이 있음을 암시하였고, 1972년헌법에 와서야 처음으로 ‘통일’이라는 용어를 씀으로써 비로소 미통일(분단)상태임을 인정하고 통일을 국가적 과제로 설정하였으며, 이후 평화통일의무를 더욱 적극적으로 규정하면서 오늘에 이르고 있다. 건국헌법 제4조에 있던 영토조항의 내용은 조항이 1962년헌법부터 제3조로 바뀐 것을 제외하고는 처음 그대로 지금까지 유지되고 있다.²⁾

2. 통일관련조항의 해석

남북분단을 명시하지 않았던 건국헌법과 1960년헌법은 분단과 통일문제를 어떻게 보고 있었는가. 이미 보았듯이 건국헌법은 대한민국이 완성국가임을 전제하고 있다. 분단 또는 통일에 관한 어떠한 표현도 없고, 대한민국의 영토는 한반도 전체로 규정하고 있다(제4조).³⁾ 이러한 영토조항은, 대한민국헌법은 남한 뿐만 아니라 북한에도, 즉 전환반도에 걸쳐 그 효력을 보유했다는 명백한 헌법적 선언의 표명이라고 해석된다.⁴⁾ 이에 관하여는 건국헌법기초자로서 참여하였던 유진오박사의 설명도 하나의 지표가 될 수 있다. 유박사는 헌법 제4조의 영토조항에 관하여 “대한민국헌법은 결코 남한에서만 시행되는 것이 아니고 우리나라의 고유의 영토 전체에 시행되는 것이라는 것을 명시하기 위하여 특히 본조를 설치한 것이다”라고 설명하고 있다.⁵⁾

1962년헌법은 국토수복이라는 표현을 삽입하여 현재의 상태가 미수복상태임을 인정하였음은 이미 설명한 바와 같다. 이 헌법에서는 ‘수복’이라는 용어를 선택했다는 점에서 헌법제정권력자의 다음과 같은 의도를 엿볼 수 있다고 생각한다. 대한민국은 한반도에서 정통성 있는 국가이며 북한당국은 수복의 대상으로서 협상상대가 아닌 불법단체에 불과하다는 점, ‘수복’을 통해 현재 미완성인 대한민국을 완성상태로 회복시키는 것이 국가적 과제라는 점, 현재는 물론 수복 이후에도 현행헌법이 당연히 북한지역에도 적용된다는 점 등이 그것이다.⁶⁾

1972년헌법에서부터는 남북문제에 대한 헌법의 태도가 상당히 바뀌었다고 생각된다. 이전 헌법들의 분단무시적 또는 분단암시적 태도에서 벗어나 헌법에 ‘평화적 통일의 사명’ ‘평화적 통일의 의무’ 등의 표현을 씀으로써 명시적으로 통일의 의지를 밝히고 있고 방법에 있어서도 평화적 통일을 강조하고 있다는 점이다. 반면에 영토조항은 그대로 유지되고 있다.⁷⁾ 그 이후 몇차례의 헌법개정으로 통일에 대한 헌법의 의지는 더욱 더 단호해졌음에

2) 역대헌법의 통일관련조항들에 대한 더 상세한 설명은 김철수, 앞의 글, 39-50; 김철수, “한국통일과 통일헌법제정문제,” 헌법은총(헌법재판소) 제3집, 1992, 124-138 참조.

3) 김도창교수는 헌법기초 당시에 완전헌법을 전제하였다는 것을 다음과 같은 점에서 찾을 수 있다고 한다. 첫째, 헌법명칭을 기본법이나 임시헌법 등 임시성을 표시하는 명칭을 사용하지 않았다. 둘째, 전문에서 헌법제정권력의 주체가 대한민국민임을 명백히 하고 있고 민족국가의 재건을 강조하고 있다. 셋째, 국호를 대한민국이라 하고 영토를 한반도 전역으로 규정하였다 (앞의 글, 42-43 참조).

4) 최대권, 통일의 법적 문제, 법문사, 1990, 45.

5) 유진오, 신고헌법해의, 일조각, 1959, 50. 같은 취지의 설명이 1948년 6월 26일, 헌법안 제1특별회에서 또 명되었다. 김도창, 앞의 글, 43의 각주 50) 참조.

6) 김도창교수는 이 조항의 의도를, 통일후 국회의원수의 증가를 복잡한 헌법개정절차를 거침이 없이 법률개정만으로 해결하려고 한다는 점, 국토수복이 이 헌법절차에 따라 실현된다는 점, 수복후에 통일한국은 계속 이 헌법체제 아래 있게 된다는 점을 예상한 것이라고 하며, 이는 초생달의 잠재부분이 현현됨으로써 만월이 되는 것처럼 어떤 단일체의 부분적 가사상태를 ‘수복’함으로써 정상적 상태로 복귀시킨다는 논리라고 설명하고 있다. 나아가 국가안전보장회의를 설치한 것(제83조)도 적극적 통일의지를 뒷받침하는 준비조치로 이해하고 있다 (앞의 글, 44).

7) 윤세창교수는 개헌안 심의과정에서 영토조항의 개정문제가 논의되었으나 개정되지 않았다고 한다. “대한

도 불구하고, 영토조항에 근거하여 대한민국 헌법이 북한지역에도 효력이 미친다는 해석은 오늘날까지도 다수의 학설과 판례에 의하여 지지되어 왔다.⁸⁾ 그러다가 1972년의 7·4남북공동성명 이후부터 주류해석론에 대한 반론이 제기되기 시작하였다.⁹⁾ 그리고 1987년의 헌법개정 이후 국제적으로는 동구권의 붕괴와 독일통일, 냉전체제의 해소, 국내적으로는 「남북교류협력에 관한 법률」(1990)의 제정, 남북한의 UN 동시가입(1991), 「남북합의서」(1992)의 체결과 발효 등의 일련의 해빙분위기 속에서 특히 영토조항(헌법헌법 제3조)에 관하여 새로운 해석론이 제시되기 시작하였다.

영토조항을 둘러싼 헌법조항에 관한 기존의 견해와 새로운 견해를 정리해 보면 다음과 같다. 제1설은 기존의 다수설과 판례가 지지해온 학설로서 유진오박사의 설명의 연장선상에 있는 것이다. 즉 대한민국의 헌법은 북한지역을 포함한 한반도 전체에 대하여 효력을 미친다는 것이다. 이 설에 의하면 영토조항은 다음과 같은 의미를 가지고 있다고 해석된다. 즉 대한민국은 구한말 대한제국의 영토를 승계한 국가이며, 대한민국정부는 한반도에서 유일한 합법정부이고, 북한지역은 이른바 ‘조선민주주의인민공화국’이라 불리는 불법단체에 의하여 점령되어 있는 미수복지역으로 대한민국의 주권은 당연히 미치나 통치권이 현실적으로 미치지 못하고 있다고 본다.¹⁰⁾

제2설은 헌법의 영토조항이 평화통일조항(제4조)과 상호모순되므로 개정 삭제하여야 한다는 설이다. 이 설은 한반도에 현실적으로 두 개의 국가가 존재한다는 전제에서 출발한다. 영토조항은 헌법제정 당시 북한지역에 대하여 실지수복의지를 담고 규정되었던 것인데, 오늘날에는 ‘국가’만이 가입자격을 인정받는 UN에 남북이 아무 유보없이 동시에 가입하였고, 「남북교류협력에 관한 법률」이 시행되고 있으며, 「남북합의서」의 체결로 서로 상대방의 실체를 인정하였고(비록 남북합의서의 전문에서 남북간의 관계를 “쌍방 사이의 관계가 나라와 나라 사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계”라고 규정하여 서로간에 법적 관계가 국가간의 관계임을 인정하지 않았다고 할지라도) 평화통일의 상대방으로 대화를 하고 있는 마당에 여전히 북한지역에 남한의 헌법이 효력을 미치며, 따라서 북한은 불법단체라고 해석할 수 있는 근거인 영토조항을 존치시키는 것은 우리의 헌법현실과 모순된다는 것이다. 또 제3조에서 전한반도를 한국영토라고 하면서 제4조에서는 통일을 지향한다고 하여 분단이라는 현실을 인정하는 것도 논리적으로 모순이라고 본다. 이러한 모순을 해결하기 위하여 헌법개정을 통한 입법론적 방법을 생각할 수 있고 그 중 가장 바람직한 방법은 영토조항을 수정 또는 삭제하는 것이라고 한다.¹¹⁾

제3설은 영토조항과 평화통일조항간의 모순을 해결하기 위하여 평화통일조항의 영토

민국의 통치권이 사실상 휴전선 이남에만 미치고 있음을 고려하고, 영토의 법적 성격을 창작할 때에 서독의 영토규정이 법적으로 타당한 것이 될 것이다. 개헌안 심의중에서도 주로 국제법학자가 남북한의 국제연합의 동시가입을 생각하면서 서독기본법과 같은 규정이 필요하다는 것을 주장하였지만, 북한헌법이 남북한의 전 국토를 그의 영토로 하였다는 점과 잠정적인 것을 항구적인 헌법에 규정하는 것은 부당하다고 주장되어 종래대로 규정하였다”(전정판 신헌법, 일조각, 1983, 23).

- 8) 1955.9.27. 대판 4288 형상 246; 1961.9.28. 대판 4292 행상 48; 1965.8.24. 대판 65 다 1034; 1972.12.7. 서울고법 제2형사부 71 노 998; 1983.3.22. 대판 82 도 3036; 1990.9.28 대판 89 누 6396; 헌재결 1990.4.2. 89 헌가 113. 1991.3.11. 91 헌마 21 등 참조.
- 9) 최대권, “한국통일방안에 관한 국내법적 고찰,” 최대권, 통일의 법적 문제, 11-32, 특히 29 참조. 이 글은 1972년에 발표되었던 것을 재수록한 것이다.
- 10) 김철수, 헌법학개론, 박영사, 1995, 103; 구병식, 신헌법원론, 박영사, 1995, 82; 장명봉, 김철수 외, 주석헌법, 법원사, 1994, 64. 판례는 각주 8) 참조.
- 11) 장명봉, “남북한 기본관계정립을 위한 법적 대응,” 유엔가입과 통일의 공법문제(한국공법학회), 1991, 131, 148; 이장희, “남북합의서의 법제도적 실천과제,” 남북합의서의 후속조치와 실천적 과제(아시아사 회과학연구원 제1회 통일문제 학술세미나), 1992, 3.

조항에 대한 우월적 효력을 인정하는 설이다. 즉, 양조항이 충돌한다면 어느 한 조항의 우선적 효력을 인정함으로써 그 상충을 해결할 수 있다는 것이다. 이 설에는 구법(영토조항)에 대한 신법(통일조항) 우선의 원칙, 비현실(분단사실과 국제법상의 원칙의 외면)에 대한 현실(남북분단사실인식과 영토범위는 국가권력이 미치는 공간까지라는 국제법상의 원칙수용) 우선의 원칙에 따라 해결해야 한다는 설,¹²⁾ 일반법과 특별법의 관계에 따라 제4조가 우선한다는 설,¹³⁾ 평화통일은 우리 헌법이 지향하는 이념이고 통일정책의 기본성격이므로 헌법이념과 헌법정책상 평화통일조항의 효력이 우선한다는 설¹⁴⁾ 등이 있다.

제4설은 영토조항을 헌법변천 또는 그 과정에 있다고 보는 설이다. 이 설은 헌법개정론과 같은 전제하에서 출발하지만 헌법개정이 현실적으로 힘든 것이므로 해석론을 통하여 해결하려고 제기된 이론이다. 이 설은, 우리 헌법 초기에는 영토조항에 의하여 북한을 불법단체로 보았으나 40여년이나 분단상태가 지속되는 동안 시대상황의 변화에 따라 우리의 통일정책도 변화하였고, 따라서 북한을 불법단체로 보던 영토조항의 본래의 의미는 더 이상 유지될 수 없을 만큼 실질적으로 변화하였다고 보고, 그래서 헌법현실이 헌법규범에서 이탈하게 되어 헌법규범을 변경하겠다는 직접적 의사 없이 헌법규범을 다르게 적용함으로써 헌법에 실질적 변화를 발생시키는 '헌법의 변천'을 가져왔다고 보는 것이다.¹⁵⁾

제5설은 영토조항과 평화통일조항이 조화된다고 보는 설이다. 이 설에는 다시 두 가지가 있는데, 그 첫째 견해에 의하면, 영토조항은 대한민국이 대한제국의 영토에 기반을 둔 정통성 있는 국가이며, 북한지역은 장애로 인하여 대한민국의 주권적 권력의 실현이 방해되고 있으나 장애요인이 소멸할 경우 당연히 대한민국의 주권적 권력이 북한지역에도 미치는 것이고, 나아가 헌법은 북한지역에 주권적 권력의 실현, 즉 통일의 책무를 대한민국 정부에 부과하고 있는 것이라고 본다. 이렇게 해석하는 한, 통일방안으로 무력통일을 포함한다면 그 한에 있어서는 영토조항과 평화통일조항이 충돌하지만, 그것이 평화적 통일방안이라면 우리 헌법은 무력통일방안을 배제하고 있다고 믿기 때문에 두 조항은 상충되지 아니하고 상호조화된다는 것이다.¹⁶⁾

조화된다고 보는 둘째 견해는 헌법의 특성에 착안하여 두 조항의 외견상 모순상태를 해소하려는 것이다. 즉, 헌법만이 상반대조적인 구조를 가질 수 있는 특징을 가지고 있다는 전제 아래, 영토조항은 역사성의 표현이고 평화통일조항은 가치지향개념으로 보거나,¹⁷⁾ 영

12) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 1996, 122.

13) 계획열, 헌법학(상), 박영사, 1996, 163.

14) 장명봉, 앞의 글, 133.

15) 장명봉, 앞의 글, 133-134; 양건, 헌법연구, 법문사, 1996, 725-726. 다만 양건교수는 국가보안법의 규정 및 그 해석·집행에 의해 북한이 여전히 '반국가단체'로 취급되고 있어, 이러한 사실이 계속되는 한, 영토조항의 규범적 의미의 변천이 완료되었다고는 할 수 없어 헌법변천의 과정에 해당한다고 보고 있다(같은 책, 726).

16) 최대권, "한국헌법의 좌표 -- 「영토조항」과 「평화통일조항」 --," 법제연구(한국법제연구원) 제2권 제1호, 1992, 8-9; 허전, "남북기본합의서와 헌법," 법학연구(충북대학교 법학연구소) 제5권, 1993, 200-201; 계획열, 앞의 책, 163. 계획열교수는 양규정이 각기 그 나름대로 의미를 갖고 있고 서로 조화될 수 있다고 전제하고, 논거는 동일하지 않지만 결과는 최대권교수와 동일하다고만 하고 있는데, 그 구체적인 거를 밝히지 않은 점이 아쉽다.

17) 즉, 평화통일이 되었을 때 대한민국영토는 궁극적으로 한반도 전역에 걸친다는 미래지향적 suggestion을 하고 있는 것이라 보고, 영토조항 속에 담겨 있는 하나의 역사성 또는 평화통일이라고 하는 가치지표 그리고 헌법이 담을 수밖에 없는 여러 상반구조적인 원리를 볼 때, 헌법 자체는 상호모순되는 것과 같은 규정을 담고 있으면서도 그것이 조화를 이루어 나가는 과정이라고 볼 때는, 대한민국 영토를 한반도라 하고 또 평화통일을 추구한다고 하더라도 두 조항이 반드시 상충되지는 않는다는 것이다(허영, 장명봉의 앞의 글에 대한 토론, 유엔가입과 통일의 공법문제, 162). 허영교수는 또 「남북합의서」 발효등으로 북한지역의 통치질서를 사실상 인정하는 결과가 되었다면서, 이제는 북한을 하나의 실제적인 통치집단으로 인정하고 북한지역까지를 대한민국의 영토로 보려는 경직되고 비현실적인 냉전시대의 사고에서 하루 속히 탈피할 필요가 있다고 한다(한국헌법론, 박영사, 1996, 185).

토조항은 명목적·선언적 규정으로, 평화통일조항은 통일의 방법을 명시한 조항으로 보아 서로 상충되지 않는다고 한다.

영토조항과 평화통일조항과 관련하여 이상과 같이 대체로 5가지 확설이 대립되고 있다. 위의 5가지 확설 이외에도 제6설로서 축소해석론을 생각해볼 수 있을 것 같다. 한반도라는 단어의 통상적 의미는 북한지역까지 포함하는 개념이지만, 우리 헌법 제3조를 해석할 때에는 그 의미를 통상적 의미보다 축소하여 휴전선 이남지역만을 가리킨다고 해석하는 것이다. 논의의 여지가 있다고 본다.¹⁹⁾

3. 통일관련조항의 해석에 대한 비판적 검토

여러 설 가운데 어느 설을 따르느냐에 따라 우리나라의 대북한정책을 수립하는데 고려해야 할 요소들에서 차이가 나는 것은 물론이고 통일과정이나 그 이후에 밟아야 할 절차나 내용이 달라지게 된다. 쉬운 예를 들어서 남북간의 무역거래를 할 때 적국과 거래를 할 수 있느냐 여부를 비롯하여, 국가간의 거래이나 한 국가안에서의 지방간의 거래나 하는 문제, 러시아나 중국에 나와 있는 북한주민이 현지에서 문제를 일으킨 경우, 러시아나 중국은 북한과도 국교를 맺고 있으므로 그 나라들과 북한간의 외교적 문제를 국한되겠지만 그 북한주민이 우리나라 대사관에 보호를 요청해 온 경우에는 어떻게 되는가, 남북간 교류가 진행되는 과정에서 북한의 관리나 경제인, 연예·스포츠인이 남한에 내려왔다가 북한으로 돌아가지 않겠다고 고집할 경우 이는 망명인가, 단순히 거주이전의 자유라는 권리의 행사인가. 이러한 문제들은 물론 영토조항의 검토로만 해결될 수 있는 문제는 아니다. 남한(대한민국)과 북한(조선민주주의인민공화국)의 국가성격과 관계, 국적문제, 국제법규와의 지속문제 등을 포괄적으로 살펴보아야 정확한 해결책을 제시할 수 있을 것이다.²⁰⁾ 그러나 이 글에서는 통일관련조항만을 중심으로 논의를 전개하고 나머지 문제는 관련되는 범위내에서만 살펴보기로 한다. 제1설부터 검토해 보기로 한다.

제1설의 핵심은 북한은 불법단체라는 점과, 대한민국의 주권은 북한지역에도 미치지 않지만 현실적 장애로 인하여 통치권이 미치지 않는다는 점이다. 결론부터 말하자면, 이 설은 역사적·현실적 사실관계와 일치하지 않는다. 우리 건국헌법의 제정 당시부터 대한민국의 헌법제정권력은 남한국민에 한정되어 있었고, 우리의 주권이나 통치권도 남한지역에 한하여 미쳤으며 북한지역에까지 확장된 적은 없었다.²¹⁾ 북한주민 역시 남한의 헌법제정권력의 행사에 참여했거나 하려는 의사도 없었다고 생각된다. 간도나 만주지역을 대한민국의

-
- 18) 제성호, “헌법상 통일정책과 자유민주주의 -- 제3조 영토조항과 제4조 통일조항,” 자유공론, 1994.1. 210. 제성호박사는 남북관계가 본질적으로 변화하고 있는 현실을 감안할 때 이제는 영토조항이 더이상 규범력을 갖지 않는 조항으로 보고, 그에 기초한 기존의 형식논리를 고수하는 대신 영토조항은 당위적 명제를 친명한 명목적·선언적 규정으로 해석하고, 평화통일조항은 영토조항에서 강조된 통일을 이룩함에 있어서 그 방식이 특별히 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 방법일 것을 명시한 것이라고 해석한다.
- 19) 이 설은 학자들이 제시한 것이 아니고, 필자가 1995학년도 제1학기, 울산대학교 법학과 4학년 학생들을 대상으로 강의한 ‘공법연습’ 강좌에서 수강학생 중 일부가 제시한 것이다. 소박하기는 하지만 고려해 볼 만한 가치가 있다고 판단되어 이 글에서 소개해 본다.
- 20) 이 중에서 남북한의 국적문제에 관하여 상세한 논의는 나인균, “한국헌법의 영토조항과 국적문제,” 헌법논총(헌법재판소) 제5집, 1994, 451-481 참조.
- 21) 다만 6·25 전쟁 당시 일시적으로 북한의 상당한 지역까지 국군과 유엔군이 점령하여 남한의 통치권이 실질적으로 미친 적이 있으나 그것은 점령으로 인한 영토변경에 의하여, 또는 부분적으로 점령지역에 대하여 남한의 법규를 적용함에 의하여 우리 통치권이 미친 것이고 주권이 당연히 회복된 것이었다고 생각할 수는 없는 것이다.

영토라고 헌법에 규정한다고 해서 우리의 주권이 그 지역에 미치게 되는 것이 아닌 것처럼, 한반도를 영토라고 규정했다고 해서 우리의 주권이 북한지역에 당연히 미치는 것은 아니다. 영토조항은 당시 남한국민과 정부의 일방적이고도 간절한 소망을 헌법이라는 문서에 담아내었을 뿐이라고 보는 것이 역사적 사실에 부합하는 논리일 것이다. 따라서 북한지역에 남한의 통치권행사의 장애요인이 제거된다고 해서 ‘당연히’ 남한의 통치권, 다시 말하면 헌법의 효력이 미친다는 논리적 근거는 없다. 다만 북한지역에 어떤 사유로 인해서 실효적인 통치권력의 공백이 생겼을 때, 주변의 중국이나 러시아, 일본 등의 국가에 우선해서 같은 언어와 문화와 역사를 가진 같은 민족이며 구대한제국의 영토 위에 나란히 존재해 오면서 정통성의 경합을 벌여 온 다른 한 세력(남한)이 그 관할권을 주장할 수는 있을 것이지만, 그 경우에도 ‘다른 특별한 헌법적 조치 없이 당연히’ 남한헌법을 적용할 수 있는 것은 아니라고 생각된다.

현실적으로도 북한을 불법단체 내지 반국가단체로만 보는 데에는 문제가 생긴다. 대한민국정부는 평화통일정책의 수립과 추진의무를 지고 있으므로 이를 수행하기 위해서는 그 상대방의 실체를 인정하고 교류와 협력을 해야 하는데, 상대방을 반국가단체로 규정해 버리면 강화조약을 체결하는 것이 아닌 이상 논리적으로 모순에 빠져버리게 된다. 우리 영토안에 존재하는 불법적이고 반국가적인 단체에 대하여 굳이 평화적인 방법만을 사용하도록 명령하는 그런 헌법의 태도는 비논리적이고 비현실적인 것이 되기 때문이다. 실제로 우리 정부는 북한을 한편으로는 평화적 통일을 위한 대화와 협력의 동반자, 또 한편으로는 대남적화노선을 고수하면서 국가전복을 꾀책하고 있는 반국가단체라는 두 가지 상반되는 존재로 인식하고 있는 것이 사실이다.²²⁾ 「남북교류협력에 관한 법률」이나 「남북합의서」의 체결 등이 그런 태도를 전제하고 있는 것이다. 영토조항의 의미를 현실적으로 받아들이기 때에는 위와 같은 논리적 모순을 해결할 길이 없게 된다. 주권과 통치권을 개념상 분리하는 것은 물론 가능하지만, 그 효력범위가 서로 다르다는 것은 설득력이 약하다고 생각된다. 영토의 범위는 영토고권이라고 하는 국가권력이 미치는 범위로 이해하는 것이 타당하며,²³⁾ 그렇게 보게 되면 대한민국의 영토는 실제로 남한지역만을 의미한다고 보아야 한다.²⁴⁾ 대한민국이 한반도의 유일한 합법정부라는 해석도 더 이상 타당성을 주장할 수 없을 것 같다. 지금까지 그렇게 해석해온 UN의 결의의 진의에 대해서도 논란이 있지만²⁵⁾ 이미 북한도 UN에 합법적으로 가입하였기 때문에 이제 유일한 합법정부론 주장은 무의미한 것이 되었다.

이상과 같은 논지에서 제1설은 오늘날 타당성을 잃었다고 보아야 한다.

제2설의 헌법개정론은 입법론적 해결방안이라는 점에서 그밖에 다른 해석론들과 구별된다. 헌법조항이 상충되고 또 그것이 해결될 수 없을 때에는 헌법을 개정하는 것이 바람직하지만, 의견상 상충되는듯이 보일지라도 헌법의 조화적 해석을 통해서 해결점을 찾을 수 있다면 그것이 헌법개정보다 더 바람직하다는 것은 말할 필요도 없다. 그래서 헌법변천론까지 주장되고 있는 것일 것이다.²⁶⁾ 우리는 헌법의 조화적 해석이 가능하다고 보고 있으므로 제2설에 대한 검토는 유보하기로 한다.

제3설의 평화통일조항 우월적 효력론은 영토조항 자체의 문제를 해결하기 위한 이론이

22) 헌법재판소도 그렇게 보고 있다. 현재결 1993.7.29. 92 헌바 48.

23) 권영성, 앞의 책, 122; 윤세창, 앞의 책, 22; 강경근, 헌법학강론, 일신사, 1993, 50-51.

24) 허영, 앞의 책, 185; 나인균, 앞의 글, 476.

25) 이에 관해서 자세한 것은 김명기, “국제연합총회결의 제195(III)호에 관한 연구,” 국제법학회논총 제28권 제1호, 1983, 23-25 참조.

26) 이를 주장한 이들 중 장명봉교수도 헌법개정의 현실적 곤란성 때문에 평화통일조항의 우월적 효력론과 헌법변천론이라는 해석론을 통한 해결을 시도하고 있다.

라기보다는 두 조항의 상충관계를 해결하기 위한 해석론으로 제기된 이론이다. 이 설은 두 조항이 상호모순충돌된다는 것을 전제로 출발한 이론이므로, 두 조항이 서로 충돌되지 않고 조화된다고 보는 우리의 입장에서는 이 설의 전제 자체를 동의하지 않으므로 이 설에 대한 검토도 유보한다.

제4설의 헌법변천론에 관하여는 다음과 같은 비판을 가할 수 있다. 이 설은 영토조항이 처음에는 북한을 불법단체로 보다가 상황변화에 따라 지금은 남북 상호간에 명시적으로 상대방을 국가로 인정하지는 않고 있지만 적어도 상대방을 불법단체로 보지는 않는 단계에까지 이르고 있으므로, 이는 실질적으로 헌법의 의미변화를 가져온 것으로 보아 헌법변천이라고 보자는 것이다. 그러나 그렇다면 그것은 영토조항의 의미변천이 아니고 영토조항을 가탁하여 전개한 정부의 대북정책의 변화에 지나지 않는 것이라는 비판은²⁷⁾ 타당한 지적이다. 영토조항의 의미변경이 아닌 대북정책의 변경을 헌법변천으로 볼 수는 없는 것이다.

제4설은 헌법규범을 일의적으로 해석하지 아니하고 가능한 한 조화적으로 해석하려 했다는 점에서 일단 바람직하다고 생각된다. 이 설 중 첫째 견해는 영토조항과 통일조항을 다음과 같이 해석한다. 즉, 대한민국이 정통성 있는 국가이며, 북한지역에는 대한민국 주권실현이 방해받고 있으나 그 장애요인이 소멸되면 당연히 대한민국 주권이 그 지역에 미치게 되고, 한반도에서 대한민국 이외의 다른 국가의 존재는 인정되지 아니하며, 헌법은 대한민국에게 통일의 책무를 부과하고 있다는 것이다. 그런데 이 견해가 주장하는 내용 중에는 다시 한 번 살펴보아야 할 점이 있다고 생각된다. 첫째로, 이 설에 의하면 북한지역에 대한민국의 주권적 권력을 행사하는데 장애를 주는 요인이 소멸할 때에는 헌법개정이나 가입 등 다른 특별한 헌법적 조치 없이도 당연히 대한민국의 주권적 권력이 그곳에 미치며, 북한주민이 남한에 이주하는 경우에는 국적변경의 조치 없이도 당연히 대한민국의 국민이 된다고 한다.²⁸⁾ 또 다른 설명에 의하면 북한주민도 대한민국국민으로 보아야 하지만, 그렇다고 하여도 그런 의무를 부과시키는 대한민국법률이 북한지역에 사실상 시행되지 않기 때문에 북한주민이 어떠한 의무를 지는 것은 아니라고 한다. 그러나 북한주민이 남한에 들어온 경우에는 모든 국민에게 적용되는 권리의무를 적용받되, 다만 선거권이나 병역의무 같은 능동적인 권리나 의무는 남한에 주소를 가질 경우에만 가지게 된다고 한다.²⁹⁾ 이 견해도 기본적으로 제1설과 거의 비슷한 관점에서 출발하고 있는 것 같다. 즉, 제1설과 마찬가지로 대한민국의 주권(적 권력)이 북한지역에도 미친다는 전제 아래 이론을 전개하고 있는 것이다. 또 이 견해는 독일연방헌법재판소의 판례이론을 빌어, 북한지역에 대하여는 대한민국이 권리능력(Rechtsfähigkeit)은 가지고 있으나 완전국가로서의 조직 특히 제도화된 기관의 흠결로 인하여 그 행위능력(Handlungsfähigkeit)이 현재화되지 못하고 잠재적인 상태에 있다고 설명하기도 한다.³⁰⁾

북한지역에 남한의 주권(적 권력) 행사의 장애요인이 소멸된다고 해서 남한의 주권이

27) 최대권, 앞의 글, 9.

28) 같은 곳.

29) 허전, 앞의 글, 195.

30) 앞의 글, 187, 200-201. 남기환교수는 제1설의 입장을 취하는 듯하면서도, 분단상태에 있는 남북한의 법적 상태에 대하여는 권리능력, 행위능력의 이론으로 설명하고 있다(“헌행헌법과 「남북한 상호불가침협정」, ”울강박일경박사화갑기념 공법논총, 1981, 136-137). 한편 강경근교수도 “대한민국은 통일을 지향(4조 전문)하는 바 그것은 북한지역에 대한 잠재적 주권상태를 현재화시켜서 완전한 국민적 주권국가를 성취할 것을 요구하는 것”이라고 하고 있다(헌법학강론, 81). 그러나 또한 “대한민국은 임시정부의 범용을 계승했다고 했기 때문에 우리 공동체(Gemeinwesen)나 국가(Staat)의 영토로서는 한반도와 그 부속도서이지만 국가권력이나 주권이 현실적으로 미치는 범위는 국사분계선 이남지역으로 보는 것이 올바른 헌법해석이다”(같은 책, 51)라고 하고 있어 정확히 어떤 입장을 취하는지는 분명치 않다.

당연히 북한지역에 미친다는 해석의 논리적 근거가 없음은 앞서서도 이미 살펴보았지만, 이같은 논리가 성립되기 위해서는 남한이 북한지역에 대하여 권리행사를 할 수 있다는 당위성이 전제되어야 한다. 그래서 이 견해는 UN 결의에 의한 유일합법정부론, 한민족 과반수 남한거주론, 대한민국 임시정부요인 대다수의 남한입국론 등을 이 당위성, 다시 말해서 대한민국의 정통성 주장의 근거로 삼는다.³¹⁾ 이들은 엄밀히 말하면 다분히 주관적 평가라는 점을 부인할 수 없다. 이미 살펴본 바와 같이 유일합법정부론은 받아들이기 어렵게 되었고, 거주민 또는 귀환동포수의 다수만으로 정통성을 입증할 수 있는 것도 아니기 때문이다.³²⁾ 북한측도 여러가지 논리를 동원하여 똑같은 주장을 할 수 있다는 점을 감안하여야 한다.³³⁾ 북한주민이 남한에 들어오는 경우에도 당연히 대한민국 국민이 된다거나 남한 국민에게 적용되는 권리의무를 적용할 수 있다는 설명에 대하여도 찬성할 수 없는 것이다. 국민의 자격인 국적도 원칙적으로 국가의 실효적 통치권이 미치는 인적 범위에 한정하는 것이 올바른 국적이해라고 생각된다.³⁴⁾ 아무 조치도 없이 ‘북한의 주민’에게, 원하지 않는 사람에게는 더욱 더, ‘남한의 국민’의 지위를 부여할 수는 없다고 생각된다. 권리능력 과 행위능력 분리론도 주권과 통치권의 분리론과 매우 비슷한 논리구성을 하고 있고 결국 같은 결론에 이르고 있다는 점만 지적하고자 한다.³⁵⁾

물론, 이 견해는 영토조항이 한반도내에 대한민국 이외의 또 다른 국가의 승인을 거부한다고 본다.³⁶⁾ 「남북합의서」 전문에서 쌍방 사이의 관계를 “나라와 나라 사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계”라고 규정한 것도 남북 쌍방이 서로 상대방을 국가로 승인하지 않고 있고, 이는 한반도내에 2개 국가의 성립 부인이라는 영토조항의 의미를 충실히 실현·반영하는 것이라고 한다. 물론 그렇다고 북한의 실체를 부인하는 것은 아니고 이러한 관계는 ‘1민족, 1국가, 2정부, 2체제’라는 공식으로 잘 표현될 수 있을 것이라고 한다.³⁷⁾ 요컨대 이 견해는 한반도내에 국제법상으로는 엄연히 2개의 국가가 존재하지만, 국내법상으로는 서로 상대방의 국가성을 부인함으로써 국제법과 국내법간에 인식상의 불일치가 있음을 인정한다.

한반도내에 국제법상으로는 2개의 국가가 존재해 온 것이 사실이었고 남북한의 UN 동시 가입은 이 사실을 결정적으로 확인해 준 사건이었다. 그럼에도 불구하고 남북한은 서로의 국가성을 인정하지 않고 있는데, 그 이유는 아마도 서로가 한반도내에서의 정통성 주장과 통일외지를 포기할 수 없기 때문일 것이다. 또한 서로 국가성을 인정하지 않음으로써 상거래관계에서 관세나 기타 국가간의 거래일 경우에 생길 수 있는 불리한 요소들을 배제할 수 있다는 장점이 있기도 하다. 대한민국의 입장에서는 헌법의 영토조항이 그 유일한 근거는 아니지만 이러한 논거의 유력한 근거를 제공한 것은 분명하다. 영토조항이 한반도내에서 대한민국 이외의 다른 국가의 존재를 인정하지 않는다면 북한을 어떤 집단으로 보아야 할 것인가가 문제된다. 북한이 국가가 아니라면 반국가단체나 불법단체(제1설), 지방자치단체에 준하는 국내법상의 공법단체(제4설),³⁸⁾ 또는 국가가 아닌 국제법주체³⁹⁾ 중 어느

31) 최대권, 앞의 글, 10; 최대권, 통일의 법적 문제, 45-49 참조.

32) 필자도 남한측이 정통성 있는 국가라는 점을 ‘믿고’ 있다. 그러나 그렇게 믿는 것과 논리적으로 이를 입증하는 것은 별개의 문제이다.

33) 최대권, “한국헌법의 좌표,” 10 참조.

34) 나인균, 앞의 글, 456-457 참조.

35) 국가가 외국에 의해 전령을 당한 경우처럼 통치권을 행사할 수 없을 때에는 권리능력을 보유하되 행위능력이 제한받는다고 설명할 수 있지만, 남북관계를 그렇게 보는 것은 일방적·주관적인 주장이라고 생각된다.

36) 최대권, 앞의 글, 10-12; 허전, 앞의 글, 201.

37) 최대권, 앞의 글, 10-11.

38) 최대권교수는 남북간에 체결된 「남북합의서」는 국내법상의 두 공법단체(예컨대 지방자치단체)간에

하나일 것이다. 반국가단체 또는 불법단체론에 대하여는 제1설의 비판에서 이미 지적하였다. 국내법상 지방자치단체에 준하는 공법단체로 보려면 일단 남북 쌍방에 공히 적용되는 상위법질서의 존재가 전제되어야 할 것이다. 국내법 중 이같은 요건을 충족시키는 법은 헌법인 수밖에 없고, 우리 헌법이 현실적으로 북한지역에 실효성이 없음을 이미 누누히 살펴본 바와 같으므로 국내법상의 공법단체로 보는 데에는 한계가 있다. 북한을 국가 아닌 국제법주체로 본다면 대한민국 영토 안에 존재하는 정치적 실체로서 사실상의 통치권을 행사하는 사실상의 지방정부 정도로 규정지을 수 있을 것이다.⁴⁰⁾ 북한을 국가로 보지 않는 한 이렇게 보는 것이 현실을 가장 충실하게 반영할 수 있는 것 같다. 그러나 그렇게 보더라도 북한지역에 남한의 통치권이 현실적으로 미치지 않는다는 점에서는 결국 북한을 국가로 보는 경우와 마찬가지로 결론에 이르게 된다. 영토조항이 북한지역에 국가의 존재를 인정하지 않는다면 국가 아닌 국제법주체도 역시 인정하지 않는다고 해석해야 할 것이다.

이와 같이 제5설의 첫째 견해는 헌법규정을 상호조화적으로 보면서도 그 구체적 내용에 있어서는 몇가지 문제점을 드러내 보여주고 있다. 그래서 우리는 제5설의 두번째 견해에 주목하게 된다.

이 견해가 가지는 장점은 헌법규정들을 상호조화적으로 보려 한다는 점 외에도 헌법의 특수성에 착안하여 헌법규정을 개방적으로 이해하려 한다는 점에 있다. 헌법의 모든 조항이 구체적·현실적·법적 의미를 가지고 있는 것은 아니며, 완결된 상태에 있는 것도 아니다. 역사적·이데올로기적 내용을 규정하고 있는 부분이 있는가 하면 방침적·프로그램적 의미를 가지고 있는 부분도 있고, 기본적 원리나 원칙을 규정하고 있는 부분도 있다. 헌법도 ‘법’인 만큼 헌법규정들이 모두 현실적으로 법적 구속력을 발휘할 수 있으면 바람직하겠지만, 헌법은 또한 국가의 이념이나 장래에 달성하고자 하는 목표나 가치를 담을 수밖에 없는 문서이기 때문에 그만큼 추상적이고 미완성적·미래지향적·가치지향적·정치적·이데올로기적·프로그램적인 성격을 가진 규정들이 있을 수 있는 것이다. 이러한 규정들은 현실적·구체적인 법적 효력을 발생하지 못하는 경우가 대부분이다.⁴¹⁾ 이 견해는 영토조항을 해석할 때 위와 같은 헌법의 특성을 첫째 견해보다 더 강조함으로써 제5설의 첫째 견해가 가지고 있는 문제점을 상당부분 해소하고 있다.⁴²⁾

체결된 협정과 비슷한 것으로 개념화할 수 있을 것이라고 한다(앞의 글, 12). 그러나 최교수도 북한을 국내법상 공법단체로 보아야 한다고 주장한 것은 아니고, 「남북합의서」의 성격을 국내법상 두 공법단체간에 체결된 협정과 유사한 것으로 볼 수 있다고 설명하였을 뿐이다.

- 39) 국제법주체가 반드시 국가일 필요는 없다. UN이나 WTO같은 국제조직은 물론이고, 교전단체(belligerency)나 반도단체(insurgency), 분단국을 구성하는 정치실체, PLO같은 민족해방운동단체도 국제법주체성을 갖는다는 것이 국제법학의 통설이다.
- 40) 북한의 법적 성격과 지위에 대하여는 특히 「남북합의서」에 관한 논의에서 집중적으로 거론되었다. 이에 대하여 김명기교수는 “북한영역에 대해 ‘사실상 통치권’을 행사하는 ‘지방적 사실상 정부’(de facto local government)로 구성된 교전단체 또는 반도단체”라고 설명하고 있고(“남북기본합의서의 법적 성격,” 법학논총(숭실대학교) 제6집, 1993, 182-183), 정세현교수는 「남북합의서」를 “국제법상 상호인정한 국가간 조약은 아니나 분단국을 구성하는 대한민국과 조선민주주의인민공화국이라는 두 정치실체간에 체결된 당국간 합의서”라고 하여 북한을 ‘정치실체’라고 표현하고 있다(“「남북기본합의서」의 법적 성격과 정치적 의의,” 통일문제연구(통일원) 제4권 1호, 1992 봄, 11).
- 41) 그렇다고 하여 아무런 효력이 없다는 것은 물론 아니다. 가치지향적·이데올로기적·프로그램적 성격을 가진 조항의 경우, 국가가 그 내용에 합치되는 정책을 구체화하지 않는(부작위) 때에는 그것이 바로 헌법위반으로 되지는 않겠지만, 국가가 적극적으로 그 내용과 반대되는 가치나 이데올로기를 표방하거나 그러한 정책을 추진하는 때에는 헌법에 반하는 것이 된다. 그러한 의미에서 이념적·프로그램적 헌법조항도 일정한 효력을 가진다고 보아야 한다.
- 42) 최대권교수는 이미 1972년에 다음과 같은 논리를 발표한 바 있다. 즉, 대한민국 헌법이 북한지역을 포함한 전한반도에 타당하다는 명제는 우리 헌법의 효력(타당성)의 범위를 선언한 법적 의미를 가진 헌법원칙이라고기보다는 전한반도에 정통성을 주장하는 정치적 선언이라고 보는 것이 타당하다는 것이다

다만, 이 견해 중 사소한 부분이지만 더 분명히 해두고 싶은 부분이 몇군데 있다. 영토 조항은 미래지향적인 역사성의 표현으로, 평화통일조항은 가치지향개념으로 설명하는 경우, 후자의 해석에는 약간의 의문점이 있다.⁴³⁾ 평화통일조항의 진단부분은 “대한민국은 통일을 지향하며”라고 하여 통일이라는 가치를 지향하고 있다고 볼 수 있지만, 후단부분은 대한민국은 “자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책을 수립하고 이를 추진한다”고 규정되어 있는데, 이 부분까지 가치지향개념 또는 가치지표라고 해석할 수는 없을 것 같다. 이 부분은 대한민국에게 적극적 의무를 부여하고 있는 것으로 보는 것이 타당하다고 생각된다. 그러므로 이 조항은 구체적·법적 효력을 가지는 조항으로 보는 것이 타당하고, 만약 자유민주적 기본질서에 반하는 통일정책을 수립·추진할 경우에는 헌법위반이 된다고 보아야 할 것이다.

가상의 설이지만 제6설의 축소해석론에 대하여도 잠시 언급할 필요가 있을 것 같다. 이 설은 가장 단순하고 명쾌하다. 그러나 한반도를 휴전선 이남의 남한지역만을 뜻한다고 축소해석하는 것은 첫째, 영토조항을 사실상 폐지된 것처럼 보게 된다는 점, 둘째, 헌법제정자의 확고한 의지를 무시한다는 점에서 불만스러운 해석이라고 생각된다.

4. 조화적 해석론의 재구성

헌법은 고도의 이념성·역사성·미완성성·개방성·추상성·정치성 등을 특성으로 하는 규범이다. 따라서 의견상 비현실적이거나 상호모순되는듯이 보이는 규정이 있다 하더라도 이를 바로 개정해야한다거나 지나치게 협소하고 폐쇄적으로 해석하려고 하는 것은 바람직하지 않다. 이러한 헌법의 특성을 감안하여 가능한 한 조화적으로 해석하도록 노력하는 자세가 바람직하다고 생각한다.

위에서 살펴본 바와 같이 여러 학설 중 제5설의 조화적 해석론이 가장 바람직하며 그 중에서도 둘째설이 비교적 헌법규범의 특성과 헌법현실을 조화있게 반영하고 있다고 생각된다. 이 설을 기초로 조화적 해석론을 재구성하여 통일관련조항들의 내용과 의미를 밝혀 보고자 한다.⁴⁴⁾

영토조항과 평화통일조항은 각각 별개의 조항으로 해석할 것이 아니라 상호조화적으로 해석해야 한다. 영토조항은 한반도 전체를 영토로 하는 국가형성이라는 미래 달성하여야 할 목표를 제시하고 있는 미래지향적·역사적·미완성적·개방적·프로그램적 성격을 가진 조항이다. 반면 평화통일조항은 대한민국은 통일을 지향한다고 선언함으로써 영토조항이 제시하고 있는 목표를 재확인한 후, 이를 달성하기 위하여 현재 국가가 취해야 할 절차와 방법과 내용을 규정하고 있는 현실적·구체적·법적 성격을 가진 조항이다. 이렇게 보면 두 조항은 서로 조화되며, 평화통일조항이 없던 1972년 이전의 헌법들에 비해 현행 헌법은 통

(통일의 법적 문제, 29 참조). 이 논리가 나중에 발표한 논리(“한국헌법의 좌표”)보다 오히려 설명력이 높다고 생각된다.

43) 이 견해는 학술대회의 토론과정에서 허영교수가 제시한 견해인데(주 13 참조), 매우 간결하게 진술되었기 때문에 그 구체적 의미나 내용을 자세히 알 수는 없지만, 필자는 위와 같은 취지로 이해하였다. 혹시 본 뜻이 잘못 전달되었으면 필자의 오해에서 비롯된 것임을 밝혀둔다.

44) 필자는 몇년 전에 다소 거칠게 이 견해를 발표한 적이 있다. 이 글은 당시의 주장을 약간 수정하여 보완, 발전시킨 것이다. 그 당시의 해당부분을 옮기면 다음과 같다. “헌법이 이념성·역사성·추상성·개방성 등을 그 특성으로 하고 있다는 것은 두말할 필요도 없겠지만, 헌법의 영토조항이 바로 이러한 특성을 잘 보여주는 사례라고 생각되기 때문이다. 영토조항은 우리 헌법의 정책목표와 이념을 나타내는 것이고 평화통일조항은 바로 그 방법을 제시한 조항이라고 볼 수 있다.”(도회근, “통일관련법정책의 문제점 비판,” 법과 사회 제7호(창작과 비평사), 1993 상반기, 8).

일에 대한 더 발전된 규정형식을 갖춘 것으로 여겨진다. 이같이 성격이 다른 조항을 함께 해석할 때, 이 조항들은 다음과 같은 의미를 가진다고 생각된다. 영토조항은 대한민국의 영토가 한반도 전체가 되어야 한다는 것을 선언하고 있다. 이는 현실적으로 그렇다는 것이 아니고 규범적으로, 장래 어떤 시점에 그렇게 되어야 한다는 것을 나타낸다. 이는 또 대한민국이 구대한제국의 영토인 한반도에 기반을 두고 성립된 정통성 있는 국가임을 뜻하고 있다.⁴⁵⁾ 한편 평화통일조항은 현재 북한지역이 조선민주주의인민공화국이라고 하는 정치적 실체에 의하여 장악되어 있음으로 해서 대한민국의 주권과 통치권이 북한지역에 그 효력을 발휘하지 못하고 있음을 인정하고, 이념적으로 통일을 지향하는 것이 대한민국에게 부여된 과제임을 선언한 후, 구체적으로 대한민국에게 평화적 통일정책을 수립·추진하여 북한지역을 포함하는 한반도 전체를 영토로 하는 통일국가를 실현시키도록 하는 과제를 부과하고 있다. 또 헌법은 ‘자유민주적 기본질서에 입각한’ 평화통일정책을 수립·추진할 것을 요구하고 있다. 이는 평화통일정책의 내용, 즉 통일된 국가의 헌법질서가 자유민주적 기본질서에 입각해야 할 뿐 아니라 그 수립·추진의 과정도 그러해야 한다는 것을 뜻하는 것이다.⁴⁶⁾ 만약 대한민국이 평화통일정책을 수립·추진할 때 자유민주적 기본질서에 입각하지 아니하고 사회주의나 전제 또는 독재주의적 질서에 입각할 경우에는 위헌이 된다.

이렇게 해석할 때 몇가지 헌법문제는 다음과 같이 설명할 수 있다. 첫째, 대한민국의 영토는 대한민국의 주권과 통치권이 현실적으로 미치는 남한지역에 한한다. 북한지역은 1948년 대한민국 수립 당시부터 대한민국의 영토가 아니었고 현재도 아니다. 헌법(영토조항)은 다만 북한지역까지 대한민국 영토가 되어야 한다는 열망을 선언하고 있을 뿐이다.

둘째, 북한은 국가인가 아니면 다른 성격의 단체인가. 헌법은 이에 관하여 중립적인 태도를 보이고 있다고 생각된다. 현실적으로 북한지역은 대한민국의 영토가 아니기 때문에 북한을 국가라고 보아도 관계없고 아니라고 보아도 마찬가지다. 국제법상 북한은 엄연한 국가이므로 대한민국도 북한을 그렇게 취급할 수 있다. 다만 통일을 전제로 그해야 한다는 제한이 있을 뿐이다. 대한민국이 분단을 고착 또는 영구화하려는 정책을 추진한다면 그 정책은 위헌이 되고, 평화통일의 의무를 지고 있는 대통령이(제66조 제3항) 위헌적인 정책을 추진할 경우 탄핵의 대상이 된다. 「남북합의서」에서 나라와 나라 사이의 관계가 아니라고 표현된 남북관계가 북한을 국가로 인정하지 않는 영토조항의 뜻을 반영한 것이라고 설명되기도 하지만, 영토조항을 구체적·현실적·법적 성격을 가진 조항이라고 보지 않는 우리의 입장에서는 반드시 그렇게 설명할 필요가 없다고 본다. 그것은 단지 쌍방간의 정치적·이념적·편의적 목적에 따라서 그렇게 된 것이고 헌법의 규정 때문에 그렇게 된 것은 아니라고 보아야 한다. 남북 모두가 상대방을 국가로 인정하지 않으려는 것은 서로간의 헌법규정을 충실히 지키겠다는 의도라기보다 서로 자신의 정통성을 주장하면서 통일의 의지가 강력하다는 사실을 대내외적으로 알리고자 하는 데 목적이 있는 것으로 보인다. 상대방을 국가로 인정할 경우 분단고착화와 반통일지향적이라는 의심을 받을 수 있기 때문이다. 이러한 ‘정치적’ 입장과 이해관계는 양측이 같기 때문에 양측은 「남북합의서」에 남북관계를 그러한 표현으로 합의할 수 있었을 것이다. 그러므로 남북관계에 관한 「남북합의서」의 표현처럼 서로 상대방을 국가가 아닌 정치적 실체로 보는 것은 위와 같은 ‘정치적’ 배려까지를 포함할 수 있는 적절한 관계설정일 수도 있으나, 반드시 그해야만 한다

45) 권영성교수는, 이 영토조항은 대한민국 영역이 구한말시대의 국가영역을 기초로 한다는 것과 우리나라의 영토의 범위를 명백히 함으로써 타국의 영토에 대한 야심이 없음을 표시하는 국제평화지향적인 의미를 가지고 있다고 한다(앞의 책, 121).

46) 양건, 앞의 책, 727; 제성호, 앞의 글, 206 참조.

는 것은 아니다.⁴⁷⁾ 국가로 보든 국가 아닌 국제법주체로 보든 ‘헌법적’으로는 모두 문제가 없다고 본다.⁴⁸⁾

북한을 불법단체 또는 반국가단체로 일의적으로 규정짓는 것은 문제가 있음을 이미 살펴본 바 있다. 그것은 사안에 따라 정해야 할 문제이다.⁴⁹⁾ 대한민국에 대한 테러행위, 간첩남파 등 적대행위를 하는 때에는 국가보안법 또는 형법의 불법반국가단체로 취급되는 것이고, 거래관계를 맺을 때에는 그에 상당하는 합법적 상대방으로 취급되어야 하는 것이다.⁵⁰⁾

셋째, 북한주민은 대한민국의 국민과 같은 민족이기는 하지만 대한민국의 국민과 같은 국적소지자는 아니다. 북한주민에 대해서는 대한민국이 실질적인 동지권을 행사하지 못하고 있고, 국가의 대인고권이 실질적으로 미치지 못하는 한 북한주민에게 대한민국 국민의 자격(국적)을 부여할 수는 없다. 그러므로 북한주민은 남한의 입장에서는 외국인(북한을 국가로 인정할 경우)이거나⁵¹⁾ 무국적자(북한을 국가가 아닌 정치적 실체로서의 국제법주체로서만 인정할 경우)가 되는 것이다. 대한민국은 제3국에 체류하는 북한주민에 대하여 헌법상의 보호의무(제2조 제2항)가 없다. 북한주민이 남한으로 귀순하는 경우, 당연히 대한민국의 국적이 회복된다고 볼 수는 없고 망명 또는 귀화 등의 일정한 절차가 필요하다. 다만 귀순자가 ‘원하는’ 경우에는 망명이나 귀화절차가 아닌 다른 간편한 절차를 통해서 대한민국국적을 취득하도록 하는 것은 가능하다고 생각된다. 한 나라가 다른 나라의 주민에게 귀화 또는 체류에 있어서 특별한 지위를 인정하는 것은 국제법에 저촉되지 않으며 그 나라에 대한 주권평등의 원칙을 침해하는 것도 아니기 때문이다.⁵²⁾

47) 국가 아닌 다른 국제법주체로 볼 때 무역거래에서 관세면제 등 국내법관계에서 적용되는 혜택을 볼 수 있음도 이미 지적한 바 있다. 그러나 반드시 그래야만 하는 것은 아니다. 독일의 경우에는 ‘1민족 2국가’를 인정하면서 쌍방간의 관계는 상호 외국이 아닌 관계로 보았고 국제적으로도 그렇게 인정받은 바 있다. 독일의 경우를 우리나라에 적용하려는 시도도 있지만 독일과 우리나라는 경우가 다르다고 생각된다. 통일 이전의 독일의 경우에는 1972년의 「기본조약」을 통하여 1민족 2국가론에 입각한 국가론을 전개한 바 있고 이는 독일연방헌법재판소의 판결로도 확인된 바 있다(독일연방헌법재판소의 1973.7.31 판결, BVerfGE 356, S.1ff 참조). 서독은 잠정적 성격의 국가임을 헌법(기본법)에 명시하고 있지만, 우리 헌법은 분단상태만을 인정하고 있을 뿐 국가의 잠정성이나 제한성의 어떤 유보사항도 인정하지 않고 있으므로, 독일의 예를 우리나라에 적용하는 것은 적절하지 않은 것이다. 서독이 제시하였던 1민족 2국가론은 대체로 다음과 같은 내용을 담고 있다. 즉, 과거 독일제국영토안에 서독과 동독이라는 2개의 국가가 존재하며 서독은 동독과 공동으로 독일제국을 승계하였다. (서독은 1969.10.28, 브란트의 동방정책선언 이전까지 서독이 독일제국의 단독승계자라는 입장을 유지하였다가 이같이 부분적 동일성이론으로 변경한 것이다.) 양국은 서로간에 외국이 아니다. 서독은 그의 시각에서 존속하는 독일제국의 새로운 조직으로 보며, 동독은 그의 시각에서 독일제국과의 관계를 정한다(이에 관한 자세한 내용은 허전, 앞의 글, 187-188; 이창희, “독일통일의 국제법적 조명,” 허영 편저, 독일통일의 법적 조명, 59-64 등 참조). 독일은 이와 같이 대외적으로는 2개의 국가를 인정하고 대내적으로는 상호국가성을 부인하였던 것이다.

48) 영토조항과 평화통일조항의 해석에 있어서 필자의 견해와 대체로 일치하고 있는 제성호박사는 「남북합의서」의 남북관계규정의 해석에서, 이는 남북한이 자기 상대방을 국가로 승인하지 않는다는 의사를 표명한 것이라고 보고 이것이 평화통일조항에 합치되는 것이라고 설명하고 있다는 점에서(앞의 글, 198), 필자와 약간 다른 입장에 있는 것 같다.

49) 최대권, 앞의 글, 21-22 참조.

50) 이와 관련하여 영토조항이 국가보안법의 근거라는 주장이 상당수 제기된 바 있다(김철수, 앞의 책, 103-104; 장명봉, 앞의 글, 132; 장명봉, 김철수 외, 우석헌법, 65). 북한지역을 대한민국의 영토로 보게 되면 북한당국을 반국가단체로 볼 수밖에 없으므로 그러한 해석이 가능할 수도 있다. 그러나 필자는 북한지역을 대한민국의 영토로 보지 않기 때문에 국가보안법의 근거가 영토조항이라는 주장에 동의하지 않는다. 국내외의 어떠한 국가나 단체든지 대한민국에 적대적인 행위나 태도를 취하는 한 그 범위 안에서 국가보안법상의 반국가단체가 될 수 있는 것이고 북한 역시 마찬가지라고 보아야 한다(최대권, 앞의 글, 21-22 참조).

51) 나인균, 앞의 글, 479.

52) 앞의 글, 480. 우리나라의 「귀순북한동포보호법」(1993 개정)은 귀순자가 남한지역에 본적을 가지지 않은 경우에는 보건복지부장관이 본인의 의사에 따라 본적을 정하고 서울가정법원에 직권으로 취적허

III. 헌법과 통일방안

우리 헌법의 통일관련조항들, 특히 영토조항과 평화통일조항의 해석을 둘러싼 논의들을 살펴 보았다. 우리 헌법은 전한반도에 걸친 통일국가형성을 목표로 제시하고 있고, 이의 달성을 국가의 과제로 삼고 있으며, 이를 위한 절차와 방법, 그리고 통일될 국가의 내용은 자유민주적 기본질서에 입각할 것을 규정하고 있다. 헌법을 위와 같이 해석할 때, 헌법이 예상하고 있는 통일의 방법과 내용은 어느 정도 짐작해 낼 수 있다고 생각된다. 여기서는 일반적인 통일의 방법들 중에서 우리 헌법에 합치되는 방법을 찾아내고, 현재 우리 정부의 3단계 통일방안이 헌법에 합치되는 방법인가를 검토해 본다.

남북통일의 방안에는 개략적으로 다음과 같은 몇가지 방안을 생각할 수 있는데 크게 무력통일, 흡수통일, 합의통일로 나누어 볼 수 있을 것이다. 우리 헌법은 전문에서 ‘평화적 통일의 사명’을 선언하고 제4조에서 “대한민국은 통일을 지향하며, 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책을 수립하고 이를 추진한다”고 규정하고 있다. 나아가서 대통령은 “조국의 평화적 통일을 위한 성실한 의무를” 지며(제66조 제3항), 취임에 즈음하여 “...조국의 평화적 통일...에 노력”할 것을 선서한다(제69조). 또 우리 헌법은 “침략적 전쟁을 부인”한다(제5조 제1항). 따라서 무력통일방법은 명백히 헌법에 위반되는 방법이므로 이 글의 논의대상에서 제외한다. 다만 북진통일이 아닌 북한의 남침으로 인한 방어적 전쟁의 결과 남한이 북한을 제압하고 통일하게 된다면 이는 후술할 흡수통일의 한 형태로 논의될 수 있을 것이다. 우리가 헌법과 관련하여 논의할 수 있는 것은 흡수통일과 합의통일방안 뿐이다. 흡수통일의 경우에도, 북한의 주도에 의한 남한의 흡수합병은 대한민국이 붕괴되는 경우이므로 논의할 필요도 없다. 남한의 정부당국이 스스로 북측체제를 채택함으로써 통일에 이른다면 이는 또한 명백히 헌법 제4조, 제66조 제3항, 제69조에 위반되므로 검토대상에서 제외한다.

문제는 남한 주도로 북한을 흡수통일하는 경우인데 (이는 물론 북한이 가장 경계하는 것이기도 하다) 이 경우에는 북한정권이 스스로 붕괴하여 남한에 흡수되든지, 합의에 따라 남한에 흡수되든지(동독의 경우), 북한의 침략에 의한 방어적 전쟁 결과 북한을 흡수하든지 모두 우리 헌법하에서 통일되는 것이므로 특별히 헌법위반문제는 발생하지 않을 것이다.⁵³⁾ 첫번째와 세번째의 경우에는 북한지역에 대하여 남한이 일방적으로 남한의 헌법과 법률을 적용하거나 조치를 취할 수 있겠지만, 두번째의 경우에는 통일과정에서 독일통일 과정에서 볼 수 있는 바와 같이 북한지역에 어떠한 법을 어떻게 시행할 것이냐 하는, 행정·화폐·금융·재산·가족관계 등의 분야에 대한 법률적 차원의 합의와 검토가 반드시 요구된다.

합의통일방안 역시 우리 헌법의 평화적 통일의 요구에 합치되는 통일방안이다. 북한의 고려연방제 통일안을 비롯하여 남한의 역대정부의 통일방안과 재야인사들의 많은 통일방안들이 모두 합의통일방안에 해당될 것이다.

합의통일방안에서 양당사자 합의하에 어느 일방체제로 통일하는 경우를 상상할 수 있으나 이는 사실상 흡수통일에 해당한다. 따라서 논의대상이 되는 유형은 합의하에 제3의 체제로 전환하는 통일방안과(예멘의 경우),⁵⁴⁾ 양쪽체제를 상호인정하는 가운데 통일을 이루

가신정서를 제출하여 호적을 편제받도록 하고 있다(제11조). 이와 같이 북한주민이 귀순해 올 때에 특별한 절차를 규정한 것은 북한주민도 대한민국국민으로 해석하여 그렇게 정한 것이라고 해석할 수도 있지만, 국제법이 인정하는 특별절차로 이해하는 것이 더 바람직하다고 생각된다.

53) 최대권, 앞의 글, 15.

54) 예멘은 남북의 자본주의와 사회주의적 헌법질서를 모두 지양하고 이슬람교에 입각한 새로운 헌법질서로 합의통일하였다.

는 방안(중국식 일국양제안)의 두 가지를 상상할 수 있다. 제3의 체제로의 통일에는 다음과 같은 절차와 내용이 예상된다. 절차적으로는 남북한 정부당국이 합의하여 각자의 헌법을 해체시키고 새 헌법을 창설하는 것이며, 내용상으로는 남북한의 헌법질서를 넘어서서, 즉 각자의 헌법개정한계를 넘는 내용으로 새로운 헌법질서를 수립하는 것이 될 것이다. 이때 새로운 헌법질서는 남북한 각 헌법과 본질적 동일성을 공유하지 않는 헌법이 될 것이므로 전통적인 헌법개정이론으로 설명할 수 없고 헌법제정의 이론으로 설명이 가능하다. 즉, 남한의 관점에서 보면, 종래 헌법은 남한주민만이 헌법제정권력자로서 제정했던 헌법이지만, 새 통일헌법은 북한주민까지를 포함하는 더 포괄적이고 상위의 헌법제정권력에 의해서 제정된 새 헌법이 되므로 새로운 정당성을 획득할 수 있게 되는 것이다. 이같이 새롭고 더 고차적인 헌법제정권력이 발동하여 새 통일헌법질서를 창설하는 때에는 과거 남북한 헌법은 발전적으로 해체된 것이고, 이점에서 우리 헌법 제4조 위반의 문제, 즉 자유민주적 기본질서에 입각하지 않은 새 헌법질서로의 통일에 대한 헌법적 문제는 해소된다 할 것이다.⁵⁵⁾

다음으로 양측체제가 공존하는 통일방안을 검토해 보기로 한다. 북한이 주장하는 고려연방제 통일안과 중국이 대만·홍콩·마카오와의 통일방안으로 제시하고 있는 일국양제(一國兩制)안이 이 방안에 해당될 수 있을 것이다. 중국의 일국양제안은 중국 사회주의헌법을 상위법으로 하고 대만·홍콩·마카오에 적용될 법을 하위의 특별법으로 하여 서로 다른 두 가지 제도를 공존시킨다는 개념이다.⁵⁶⁾ 이 이론은 중국내에서도 하나의 사회주의 헌법질서 아래 특별법으로 상위법과 다른 자본주의법질서를 허용하는 것이 위헌이 아닌가 하는 논의가 있다고 한다.⁵⁷⁾ 이 방안은 상위법을 사회주의헌법으로 하고 하위 특별법을 자본주의법으로 한다는 점, 자본주의법의 존속기간을 50년간 한시적으로 설정한다는 점 등에서 우리나라와는 사정이 다르다. 우리의 경우에는 한쪽은 자본주의, 한쪽은 사회주의를 유지하는 가운데 양제도를 통합적으로 규율하는 또다른 상위법질서를 창설해야 한다. 통일이란 법적으로 하나의 법질서, 하나의 헌법 아래 분단구성단위들이 들어가는 것을 뜻하는 것이라고 한다면,⁵⁸⁾ 아마도 북한의 고려연방제안이나 남한의 각종 연방제안들이 이에 해당한다고 생각되는데, 이러한 상태를 규율하는 상위법질서의 창설이 현실적으로 가능한지 여부는 차치하더라도,⁵⁹⁾ 이 결합형태가 도대체 어떤 법적 성격을 갖는 단체인가가 문제된다. 이를 전통적인 연방(federation)형태로 볼 수는 없을 것이다. 북한이 고려'연방'제라고 하고는 있으나 역사적으로 전례가 없고, 과거 소련, 유고슬라비아, 체코슬로바키아같은 사회주의국가에서 시행하였던 연방제도 서방국가의 연방제와는 다른 개념이었으나 서로 다른 체제를 통합하는 형태는 아니었다. 이런 형태는 국가연합(confederation)으로 보는 것이 가장 적합할 것이다. 그렇다면 이때 양자간을 규율하는 상위법질서를 헌법이라고 부를 수는 없고, 그것은 국가간의, 좀더 넓게 보면 국제법주체간의 조약에 다름아니다.⁶⁰⁾ 이런 형

55) 최대권, 앞의 글, 16-17 참조. 최교수는 이같은 헌법의 발전적 해체와 새 헌법제정권력의 발동이 정당성을 갖추기 위해서는 두 가지 절차적 조건을 갖추어야 한다고 한다. 첫째, 남북한주민이 다수자이든 소수자이든 심지어는 반대자까지도 자유스럽게 헌법제정권력형성에 참여할 수 있는 기회가 주어져야 하고, 둘째, 완전한 언론·출판·집회·결사의 자유, 정당설립의 자유 등이 보장되어야 한다는 것이 그것이다(같은 곳, 17).

56) 허승덕, "일국양제와 중국의 통일방안," 공법연구 제22권 1호, 1944.4, 9-31.

57) 앞의 글, 24-26.

58) 최대권, 앞의 글, 14; 제성호, 앞의 글, 201-202.

59) 서로 이질적인 체제를 가진 구성단위간에 연방국가의 형성은 사실상 불가능하다고 생각된다. 이에 관한 자세한 논의는 최대권, 통일의 법적문제, 101-102; 한태연, "한국헌법사 서설," 한태연 외 공저, 한국헌법사(상), 한국정신문화연구원, 1988, 91-92 참조.

60) CIS 같이 이 단계의 법질서를 헌법이라고 부르는 예도 있지만 이는 헌법으로서의 실효성이 전혀 없어 적절한 예로 보기 어렵다.

내는 통일국가로 나아가는 과정에서 나타나는 과도적 형태로 볼 수는 있어도 하나의 통일 국가라고 부를 수는 없을 것이다.

지금까지 살펴 본 결과, 우리 헌법하에서 가능한 통일방안은 남한주도의 흡수통일과 제 3의 체제로의 합의통일 뿐이라는 결론에 이르렀다.

이제 현재 대한민국 정부의 3단계 통일방안에 대해서도 간단히 검토해 보기로 하자. 3단계 통일방안의 첫단계는 화해협력단계로 1992년 2월에 발효된 「남북합의서」를 규범으로 하고 있다. 이 단계는 현재의 바람직한 연장단계이므로 별문제가 없다. 제2단계는 남북연합단계인데 정부의 설명에 의하면 이 단계는 “국가간의 관계가 아닌 민족 내부의 특수관계”라고 하며, 이 상태를 규율하는 규범은 「남북합의서」가 발전된 ‘민족공동체헌장’이라고 한다. 이 단계에서 헌장에 의해 구성된 남북연합기구가 ‘통일헌법’을 준비하게 된다. 그러므로 민족공동체헌장은 헌법의 성격을 갖는 문서는 아니다. 이 때의 상태를 국가와 국가간의 관계는 아니라 할지라도 두 국제법주체간의 관계라고는 볼 수 있으므로 헌장은 일종의 조약이라고 보아야 할 것이다. 이 단계는 통일을 준비하는 단계이고 남과 북은 여전히 독자적인 국가로서 존재하며 남북연합은 일종의 국가연합의 형태라고 볼 수 있다. 이 단계에서 제3의 체제 또는 남한의 자유민주적 기본질서에 입각한 통일헌법의 제정을 기대할 수 있는 한 헌법적으로 문제될 것은 없다.⁶¹⁾ 그러나 사회주의적 통일헌법을 준비하게 된다면 이를 추진하는 남한당국은 위헌의 책임을 질 수밖에 없다. 제3단계는 통일국가단계로서, 제2단계에서 제정한 통일헌법에 의한 새로운 헌법질서에 따라 새로운 통일공화국이 수립된 단계이다. 이 단계에 도달한 이후 현행헌법과의 부합여부는 더이상 논의의 대상이 되지 못한다.

우리나라의 3단계 통일방안은 제2단계에서 구체적으로 단일한 통일국가를 형성하기 위한 논의가 벌어지게 되어 있다. 이 단계에서 평화통일조항의 ‘자유민주적 기본질서’가 통일국가수립의 절차와 내용에 대한 규범적 기준이 될 것이다.

IV. 맺는말

이 글은 최근에 헌법학계에서 논의되어온 통일관련조항들에 대한 개방적·조화적 해석을 시도한 것이다. 기존의 판례와 다수설은 헌법 제3조 영토조항의 해석에서 북한도 대한민국의 영토로 보아왔고, 따라서 북한의 국가성을 부인하고 북한을 반국가단체로 보는 입장을 지켜왔다. 이러한 다수설의 태도는 오늘날 북한에 대한 대한민국의 태도와 관점을 정립하는데 혼란을 주고 있는 것이 사실이었다. 남북이 동시에 UN에 가입함으로써 국제사회에서 북한도 합법적인 국가로 인정받고 있으며, 「남북합의서」를 체결·발효시켜 놓고 있고, 남북이 상호교류를 추진하고 있는 오늘날, 과거의 북한에 대한 법적 판단을 그대로 유지한다는 것은 결코 바람직스럽지 않은 것이다. 그렇다고 하여 헌법의 영토조항과 평화통일조항이 서로 상충되고 헌법현실에도 부합하지 않으므로 헌법을 개정해야 한다는 주장은 더욱 바람직하지 않다고 생각한다. 법규정들이 외견상 상호모순되는 것처럼 보일지라도 체계적·조화적 해석을 통해서 서로 조화되도록 해석할 수 있는 방법이 있다면 그 방법을 찾아내는 것이 법학자의 임무 중의 하나라고 생각되기 때문이다. 그래서 이 글에서는 헌법의 개방성·추상성·미래지향성·미완성성 등의 특성에 착안하여, 영토조항은 미래 달성하

61) 양건교수는 우리 정부의 통일방안이 남북합의로 자유민주주의에 입각한 통일헌법을 제정하여 통일하는 방안이고, 이 방안은 영토조항과 조화되지 않는다고 본다(앞의 책, 727). 그러나 필자는 영토조항을 앞에서 설명한 바와 같이 해석하므로 자유민주적 기본질서하의 합의통일방안에 문제가 없다고 본다.

여야 할 목표를 제시하고 있는 미래지향적·역사적·미완성적·개방적·프로그램적 성격을 가진 조항이고, 평화통일조항은 영토조항의 목표인 통일을 재확인하고 이를 달성하기 위하여 국가가 취해야 할 절차와 방법과 내용을 규정하고 있는 현실적·구체적·법적 성격을 가진 조항이라고 보아, 이 두 조항은 상호조화되고 통일된다고 해석하였다.

이러한 헌법해석론에 의하면, 헌법이 예상하거나 인정하고 있는 통일방안은 남한이 주도하여 북한을 평화적으로 흡수하는 방법과, 현실적으로 가능한지는 별도로 하더라도 제3의 체제로 합의통일하는 방법 뿐이다. 고려연방제같이 남북 양체제를 상호인정하는 상태에서 연방제로 통일하는 방법은 통일로 가는 과정에서 과도적으로 나타나는 형태일 수는 있어도 법적 의미에서 최종적 통일국가의 형태는 아니다. 대한민국의 3단계 통일방안의 경우, 제1,2단계에서는 통일정책의 수립과 추진의 전과정이 자유민주적 기본질서에 충실하고, 제정할 통일헌법의 내용 또한 그러하다면 그 통일정책은 헌법에 합치된다고 할 수 있다. 최종 3단계는 그 결과일 뿐이다.

통일은 이 시대 우리에게 맡겨진 지상의 과제이며 헌법도 이를 분명히 선언하고 있다. 그러나 통일 그 자체가 절대적 가치인 것은 아니다. 적어도 우리 헌법은 통일의 절차와 방법, 그리고 내용이 '자유민주적 기본질서'에 입각할 것을 규정하고 있고 이것은 법적 의무이기도 하다. 통일로 나아가는 과정에는 정치·경제·사회·문화적으로 많은 문제들이 쌓여 있을 것이다. 이 모든 문제들을 실타래 풀듯 하나하나 풀어나가야 하겠지만, 그 모든 것이 결국에는 법적 형태로 표현될 수밖에 없다. 이러한 사태를 대비하여, 우리 헌법을 지나치게 경직되게 해석함으로써 통일에 걸림돌이 되기 보다는, 오히려 개방적·미래지향적으로 해석하여 친통일적인 결론을 유도하는 것도 우리에게 맡겨진 바 사명일 것이다.