

南北交流協力 本格化時 豫想되는 國內法 體系上の 問題點과 그 對策

崔 大 權*

1. 머 리 말

원만한 혹은 성공적인 南北交流協力關係를 形成維持하는 것이 능사도 아닐 것이며 더구나 그 자체가 목적일 수는 없을 것이다. 말할 것도 없이 南北交流協力關係의 궁극적인 목적은 統一일 수밖에 없다. 憲法 제 3조 「領土條項」의 적어도 한 가지 뜻은, 大韓民國政府는 이 條項에 의하여 統一을 실현하여야 할 義務를 진다는 것이라고 믿는다. 그러한만큼 南北交流協力は 그 내용이 어떠한 것이나 얼마나 지속되는 것이나 하는 문제는 있을 수 있어도 궁극적으로는 統一의 실현을 指向하는 과도적·잠정적인 성격을 지닌 交流協力일 수밖에 없을 것이다.

그러면 統一은 왜 하자는 것일까? 統一의 目標는 무엇인가? 北韓의 視角에서 統一의 目標는 분명하다. 南朝鮮解放이 그것이다. 그러면 우리의 統一의 目標는 무엇인가? 이것은 궁극적으로는 言語와 宗教와 種族과 理念이 자기 다른 나라로 구성된 世界秩序, 世界歷史 속에서 우리 나라가 추구하는 國家目標가 무엇인가 하는 문제와 벨래야 뿔 수 없이 관련되어 있다고 생각한다. 이 문제를 극적으로 재구성해 표현하면 우리 나라가 어떠한 나라가 되어야 다른 나라들이 모두 부러워하는 나라가 될 것인가 하는 문제가 될 것이라고 생각한다. 아마도 民族의 力量이 結集增大되어 안으로는 사람이 人間으로서의 尊嚴과 價値를 가지고 살 수 있고 밖으로는 世界平和와 人類文明의 暢達에 必要한 몫을 담당하는 나라라야 남들이 다 부러워하는 나라가 될 수 있으며, 그러한 나라를 이룩하는 것이 우리 나라의 國家目標가 되어야 한다고 믿는다. 이것은 憲法前文을 비롯하여 우리 나라 憲法 전체에서도 출되어 나오는 우리 나라의 國家目標이기도 하다고 믿는다. 그리고 이러한 國家目標가 결국 우리의 統一의 目標가 되는 것이라고 생각한다.

사람이 人間으로서의 尊嚴과 價値를 가지고 살 수 있는 나라가 되기 위해서는 일정한 정신적·물질적인 기반과 立憲主義(基本權의 保障·權力分立 등)와 같은 制度的 기반이 요구되는 것인데, 이점에 있어서 우리가 앞선 나라만큼 잘하고 있는 것은 결코 아니며 앞으로 나아가야 할 길이 아직도 먼 것은 사실이지만, 그러나 日帝의 혹독한 지배시대, 해방후 그

* 서울대학교 法科大學 教授

리고 6·25동란 후, 60·70년대의 어려웠던 시대를 돌아보면 우리가 참으로 많은 것을 이룩하였으며 장차 더 나아지리라 하는 데에 상당한 자신감을 가지기에 충분하다. 미래는 지금보다 더 나아지리라 하는 낙관론은 이 점에서 북한이 이룩한 것, 예상되는 북한의 미래상과 비교하면 단순한 자신감에서 더 나아가 사명감까지 가지게 된다. 우리가 이룩한 경제적 富뿐만 아니라 우리가 이룩한 自由의 성과를, 아직도 「고깃국에 이밥」이 理想인 북한 동포에게, 아직도 1인 독재·1당 독재하에 自由를 모르는 북한 동포와 함께 나누어 가지자는 것이 統一의, 그리고 南北交流協力の 한 가지 목표여야 한다고 믿는다. 한편 民族構成員 한 사람 한 사람의 尊嚴과 價値의 增大와 民族 전체 力量의 增大는 相互依存的 關係에 서는 것이라고 생각한다. 民族力量의 結集·增大의 目標은 그간 소극적으로 파악되어 「分斷의 고통과 아픔을 덜자」는 말로 표현되어 온 것이 사실이지만 分斷된 民族이 統一된 國家 속에서 몽칠때 分斷의 고통과 아픔의 해소를 넘어 한 民族으로서의 力量을 극대화할 수 있을 것임은 물론이다. 우리 憲法의 基盤이 되는 理念 가운데 하나가 民族主義인데 이러한 우리의 民族主義가 統一을 요청하고 있는 것이다. 우리 憲法은 「祖國의…統一」(前文·제66조 제3항 등)을 이야기하고 있는데 이것은 南北으로 나뉘어 있는 韓民族의 한 國家안에서의 統一을 뜻하는 것이라고 생각한다. 言語의 統一, 機能的(특히 經濟的) 統合 등 「統一」의 다양한 用法이 없는 것은 아니지만 우리가 의미하는 統一이란 南北으로 나뉘어진 우리 民族이 한 主權(=國家), 한 主權을 표방하는 公同의 法體制, 이 法體制를 담보하는 公同의 政府 밑에 들어가는 것을 의미하는 것이다.

그러면 이러한 統一은 어떻게 이루어지는 것인가. 의지적인 측면에서 바라보면 統一方案의 문제라 할 수 있을 것이며 의지적인 요소를 배제하면 統一過程이라 부를 수 있을 것이다. 그간의 대표적인 統一方案으로 北進統一, 「한민족공동체 통일방안」, 「高麗聯邦制」 통일방안을 들 수 있을 것이다. 西獨에 의한 東獨의 「흡수통합」을 統一方案이라고 부르기에 는 문제가 있지만 흡수통합을 統一政策의 방향으로 삼는다고 하는 경우에는 「흡수통합」方案이라고 하지 못할 이유는 없을 것이다. 여기서 주의할 것은 「方案」의 경우에는 北進統一과 같이 一方的으로 밀고 나갈 수 있는 경우를 제외하고는 그것이 아무리 훌륭하더라도 일방의 주장이나 提案 또는 政策의 方向에 불과한 까닭에 相對方의 호응이 없으면 그것은 단지 提案이나 政策宣言에 그치게 된다는 점이다. 사실 누구나 다 아는 바와 같이 구체적인 어떠한 過程을 거쳐서 중국에는 統一에까지 이르게 될지 정확히 예측할 수 있는 사람은 아무도 없다. 다만 어떻게 진전되고 혹은 전개될지 전망 내지 豫상을 하고 이를 전제로 提案을 하기도 하고 政策을 세워 이를 밀고 나가기도 할 뿐이다. 지금 현재 남과 북은 장차의 交流協力の 기본틀이 되는 「南北基本合意書」를 채택하고 이를 기초로 하여 앞으로 풀어나가야 할 여러 현안들, 즉 남북경제교류, 이산가족재회·고향방문, 동시핵사찰, 군비축소, 휴전협정을 대체할 평화체제의 구축 등의 문제를 풀어 나가려는 단계에 서 있을 뿐이다. 대

체로 이러한 현안들을 남북기본합의서의 틀 안에서 구체적으로 풀어나가며 따라서 附屬合意書는 이를 구체화하는 조치로 이끌어 나가려는 것이 남측의 입장인데 반해 기본합의서는 그대로 둔 채 기본합의서에서 양보하였던 종전의 자기측 입장이나 주장을 재확인하고 실현하는 방편으로 부속합의서 문제를 타결하려는 것이 북측의 전략이라고 할 수 있다. 그러한 만큼 그간의 총리급·실무급 회담, 기본합의서 채택, 북한총리의 남한경제시찰 이상으로 남북관계에 진전이 있는 것은 없다. 그러므로 남북교류협력 그 자체가 목적일 수는 없고 통일과정의 한 단계에 불과한 것이지만 그러한 남북교류협력조차도 아직 출발점에서도 있지 못한 것이 실정이다. 심지어 이산가족고향방문문제는 물론 아직도 교류협력을 구체화·제도화하는 아무런 합의에도 도달한 것이 없기 때문이다.

아무튼 남북 사이의 교류협력에 관한 합의든 직접적인 統一에 관한 합의든 그것은 장차 우리를 구속할 法을 형성하는 立法行爲가 된다고 생각한다. 그러면 이러한 立法行爲의 實體나 節次를 규율할 憲法原則은 없는지, 있다면 어떠한 것이 있는지 살펴보자.

2. 남북교류협력 및 통일을 규율할 憲法原理들

남북교류협력 및 통일에 관련된 憲法條項으로 가장 대표적인 것이 領土條項(제3조)과 平和的 統一條項(제4조)이라는 데에는 아무런 의문이 없다. 문제는 이 두 條項이 서로 衝突할 뿐만 아니라 平和的 統一을 위하여 그리고 平和的 統一에 이르게 할 南北交流協力을 위하여 領土條項은 改正削除되어야 한다는 주장이 꽤 강력하게 제기되고 있다는 데에 있다고 생각한다. 그리고 領土條項의 改正削除의 현실적인 어려움에 비추어 이를 극복하기 위한 解釋論으로 「기본합의서」의 채택에 즈음하여 領土條項의 「變遷」까지 論議되고 있다. 나아가 뜨거운 論議의 對象이 되고 있는 國家保安法의 憲法的 根據로 領土條項을 드는 見解가 꽤 널리 퍼져있는데 領土條項의 改正削除나 變遷論이 제기되는 만큼 國家保安法의 憲法的 根據가 흔들리고 있는 것으로 생각해 만든다. 그러면 과연 憲法的 領土條項과 平和的 統一條項은 서로 衝突하는 條項인가? 國家保安法의 憲法的 根據條項으로 領土條項을 드는 것이 과연 옳은 見解인가?

결론적으로 이야기하면 이 두 條項이 일견하여 相衡하는 듯이 보일는지 모르지만 두 條項의 의미를 좀 더 심층적으로 분석하여 보면 결코 그러하지 아닐 뿐만 아니라 실제로는 서로 調和的 補完的 關係에 있다고 생각된다. 또 國家保安法의 憲法的 根據를 찾자면 그것은 領土條項이 아니고 憲法 제37조 제2항이며 제37조 제2항상의 基本權 制限 내지 限界原則에 적합하는 한에서만 國家保安法은 有效할 수 있다고 믿는다. 이러한 주장은 領土條項과 平和的 統一條項의 의미, 그리고 領土條項과 제37조 제2항의 相關關係를 포함한 제37조 제2항의 의미에 따른 것임은 물론이다. 첫째로, 最高의 絕對的·排他的 權力인 主權(=憲法定制權力)도 주어진 歷史的·地理的인 限界에 의한 制約에 따르는 權力이라고 믿는

다. 領土條項은 처음에는 蘇聯의 北韓地域占領, 傀儡政權의 樹立, 후에 北韓政權의 존재에 의하여 우리(=憲法制定權力)가 어쩔 수 없이 제약된 것일뿐 全韓半島에 걸친 主權의 權力을 宣言主張한 條項이다. 主權에 관한, 그리고 憲法制定權力에 관한 어떠한 理論이나 主張도 이같은 엄연한 限界 내지 制約을 없는 것으로 할 수 있는 것은 아니라고 믿는다. 이를테면 高句麗의 故土인 滿洲를 우리의 領土로 憲法에 宣言한다고 하여 우리의 領土가 되는 것은 아닐 것이다. 그렇다면 領土條項이 의미하는 바는 다음과 같다고 생각한다. 北韓地域의 主權의 權力을 행사하는 데 장애를 주는 요인이 소멸할 때에는 새삼스럽게 憲法改正이나 加入(獨逸基本法 제23조 참조) 등 다른 특별한 憲法的 措置없이도 당연히 大韓民國의 主權의 權力이 그곳에 미친다. 그러한 시점까지 北韓地域에 대한 大韓民國의 主權의 權力은 潛在的인 狀態에 있게 된다. 北韓住民이 南韓地域에 이주하는 경우에는 새삼스럽게 國籍變更의 조치(大韓民國 國籍의 取得) 없이도 당연히 大韓民國의 國民이 된다. 나아가 領土條項은 北韓地域에 대하여 主權의 權力을 실현(顯在化)할 義務를 大韓民國, 특히 그 政府에게 부과하는 것이라고 생각한다. 北韓地域에 대한 主權의 權力의 實現이라 함은 統一 이외에 아무것도 아니다. 다만 統一의 方案으로 武力에 의한 統一을 포함한다면 그 限에 있어서 領土條項은 平和的 統一條項과 衝突한다고 할 수 있을 것이다. 그러나 후술하는 바와 같이 비록 平和的 統一條項이 없다고 하더라도 우리 憲法이 武力에 의한 統一을 排除하고 있다고 믿는 까닭에 領土條項은 平和的 統一條項과 相衝하는 것이 아니고 오히려 이와 調和되는 것이라고 생각한다.

領土條項의 의미를 이같이 이해하는 까닭에 일부에서 주장하는 바와 같은 領土條項의 憲法變遷이란 처음부터 문제가 되지 않는다고 생각한다. 우선 領土條項의 憲法變遷주장이 구체적으로 무엇을 이야기하고자 하는 것인지 반드시 분명한 것은 아니지만, 가령 北韓의 실체를 인정치 아니하던 것으로부터 그 실체를 인정하고 주장에 따라서는 北韓을 國家로서 승인하는 데까지 이르고 있는 변화를 보여주려는 것이라면, 그것은 領土條項의 憲法變遷이 아니고 領土條項을 빌려서 전개하였던 政府의 對北政策의 변화에 지나지 않는다. 北韓地域에 대한 主權의 權力은 北韓政府의 존재에 의하여 처음부터 제약되어 왔기 때문이다. 그러한 의미에서 北韓政權을 하나의 交戰團體로 보아온 견해도 하나의 비유라면 몰라도 정확한 것은 아니라고 판단된다. 왜냐하면 大韓民國이 北韓地域에 대하여 처음부터 지배력을 미치고 있었는데 그 후에 共產革命이 일어나 北韓地域에서 사실상의 지배력을 행사하는 政權이 들어섰기 때문에 부득이 이 政權을 사실상의 地方政府로 받아들이지 않을 수 없다고 하는 경우이나 불일 수 있는 交戰團體 또는 叛亂團體의 정의는 우리의 역사적 상황에 맞지 아니한 까닭이다.

둘째로, 領土條項의 또 하나의 의미는 (舊)大韓帝國→大韓民國臨時政府→大韓民國으로 이어지는 正統性의 주장에 있다고 생각한다. 즉 領土條項을 빌려 우리의 正統性 주장을 하

고 있는 것이다. 領土條項을 중심으로 한 이러한 正統性 주장은 임시정부의 요인을 비롯한 주요 애국지사들이 남한에 귀환하였다는 사실, 韓民族構成員의 과반수가 남한에 거주하고 있다는 사실, 大韓民國政府樹立의 法的 基礎를 UN決議, UN감시하의 自由選舉, 이 선거에 의하여 구성된 制憲議會・憲法制定・政府樹立에 두고 있다는 사실, 그리고 大韓民國 政府에 대한 UN의 唯一合法政府로서의 承認 사실 등에 의하여 補強되고 있다.

이같은 領土條項을 통한 大韓民國 政府의 正統性 주장에 대비되는 北韓政權의 正統性 주장을 살펴보는 것은 흥미롭다. 北韓政權은 자기의 正統性 주장을 共產革命論・人民主權論에 근거지우려고 하고 있는 것이다. 北韓憲法の「조선민주주의인민공화국은 전체 조선인민의 이익을 대표하는 자주적인 사회주의 국가」(제 1 조)이고 그 주권은「노동자, 농민, 병사, 근로인텔리에 있다」(제 7 조)는 조항 등이 그것을 보여준다. 領土條項이 아니고 거주지가 북한이냐 남한이냐에 상관없이「전체」조선인민의「인민주권」을 거론하고 있는 것이다. 이처럼 領土條項은 북한의 인민주권론에 상응하는 正統性 주장 조항인만큼 혹시 相互主義에 입각한 改正削除주장이라면 몰라도 一方的인 削除 주장이라면 우선 政治的 提議로서도 설득력이 없다고 생각한다.

세번째로, 領土條項의 또 다른 의미는 韓半島상에 大韓民國 이외의 또 다른「國家」의「承認」을 거부하는 것이라고 생각한다. 즉 北韓政權의 存在(소위 實體)를 부인할 수는 없지만 北韓政權을「國家」로서「承認」할 수 있다는 것을 의미하지는 않는다. 이 점은「1民族, 1國家, 2政府, 2體制」라는 공식으로 잘 표현・정리해 낼 수 있다고 생각한다. 이 공식은 우리 헌법에서 뿐만 아니라 북한 헌법에서도 도출되어 나오는 공식이라고 판단된다. 북한은 人民主權의 원리에 바탕을 두고「전체 조선인민」의 이익을 대표하는 유일한 자주적인 사회주의 국가임을 표방하고 있는 까닭에 북한 헌법의 시작에서는 남한정부란「북반부에서 사회주의의 완전한 승리를 이룩하여 전국적 범위에서 외세를 물리치고 민주주의적 기초위에서 조국을 평화적으로 통일하며 완전한 민족적 독립을 달성하기 위하여 투쟁」(제 5 조)함을 목표로 하고 있는 조선민주주의인민공화국의 투쟁대상인 反社會主義的, 親外勢的, 반민주주의적 집단일 수밖에 없다. 相對方을 國家로서 承認하지 아니하려는 태도는 오히려 北韓政權 담당자들의 언사에서 더 강력하게 표출되고 있는 것으로 보인다. 「1民族, 1國家, 2政府」의 공식은「남북기본합의서」에 여실히 표현되고 있다. 「남북기본합의서」서문에서「…민족공동의 이익을 도모하며, 쌍방 사이의 관계가 나라와 나라 사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계」라고 한 표현이 그것이다. 남북 쌍방이 장차의 남북관계형성의 기틀이 될「남북기본합의서」를 채택한다고 하여 상대방을 국가로서 승인하는 것이 아님을 분명히 하고 있으며, 이것은 領土條項의 적어도 한 가지 의미, 즉 2개 국가의 성립부인의 의미를 충실히 실현・반영하는 것이라고 생각한다. 「남북기본합의서」의 이러한 점은 1972년의 東西獨間의 基本關係條約의 경우와 명백히 다른 점이라고 생각한다.

동서독간의 기본관계조약에서는 國家間的 關係임을 서문 및 제 1조 이하 여러 조항에서 분명히 하고 있다.

그럼에도 불구하고 「남북기본합의서」를 東西獨間的 기본관계조약과 동일시하여 南北 2個 國間的 條約으로 보는 見解가 없지 않다. 「남북기본합의서」가 두 國際法實體間的 「條約」일 수는 있어도 두 國內法(憲法)적으로 國家間(즉 國際)條約일 수는 없다고 생각한다. 이곳에서 우리는 국제법의 시각에서 바라본 남북한관계와 국내법(헌법)의 시각에서 바라본 남북한관계 사이의 乖離에 주목하여야 한다고 생각한다. 사실 남한에 대한민국이 수립되고 북한에 조선민주주의인민공화국이 들어선 이래 한반도상에 국제적으로 2개의 국가가 존재하여 왔다는 엄연한 사실을 부인할래야 부인할 수는 없다. 그런데 위에서 이미 지적한 바와 같이 憲法은 하나의 국가만이 존재할 수 있을 뿐인 체제로 구성되어 있다. 대한민국의 수립 및 조선민주주의인민공화국의 등장과 함께 형성되어 오늘에 이르고 있는 이러한 兩法의 乖離가 그러면 남북한의 UN동시가입에 의하여 바뀌었는가, 특히 남북기본합의서의 채택에 의하여 바뀌었는가, 혹은 소멸되었는가? 남북의 UN가입에 의하여 그리고 기본합의서의 채택·발효에 의하여 남북한간의 관계에 관한 國際法과 憲法의 乖離構造에 바뀐 것이 아무 것도 없다는 것이 우리의 결론이다. UN가입을 전후한 남북한정부의 성명서·발표문을 살펴보면 「기본합의서」채택·발효를 전후한 양정부의 성명서·발표문들을 보아도, 그리고 「기본합의서」 자체에서도 남북한은 상대방을 「國家」로서 승인하는 것이 아니라는 점을 분명히 하고 있다. 이 점에서 남북한정부는 각자의 憲法상의 원칙을 충실히 따르고 있음을 보여 주는 것이라고 생각된다. 그러한만큼 남북관계는 헌법적으로 혹은 國家間的 關係에 「準」하는 關係일 수는 있어도 결코 國家間的 關係일 수 없다. 그러한만큼 「기본합의서」는 아마도 國內法上的의 두 公法團體(예컨대 地方自治團體)間에 체결된 協定에 유사한 것으로 概念化할 수 있으리라 믿는다. 이것이 「기본합의서」에서 남북관계를 나라와 나라 사이의 관계가 아닌 「특수관계」라고 지칭하고 있는 것의 의미라고 생각한다.

바로 그러한 까닭에 「기본합의서」가 (國際法上) 條約이긴 하여도 (國內法上) 「國家間」의 「條約」이 아니기 때문에 國會의 批准同意를 요하지 아니한다. 즉 國會의 批准同意를 요하는 條約이 아니다. 한편으로 國會의 批准同意는 대한민국의 북한에 대한 國家로서의 묵시적 승인행위의 징표 가운데 하나로 풀이될 수도 있을 것이기 때문에 國會의 批准同意를 행하지 아니함으로써 「기본합의서」의 국가간 조약으로서의 성격을 부인하고 있음을 보여 주는 것이 된다고 생각한다. 그리고 가령 「기본합의서」가 條約이라고 가정하더라도 美國의 行政協定(executive agreement)의 예에서 보듯이 한정된 범위내에서 憲法上 要求되는, 國會(美國의 경우에는 上院)의 비준동의 없이도 구속력을 가지는데 지장이 없는 국제조약의 성립을 인정하는 憲法慣行도 가능하다고 생각한다. 서로 상대방을 국가로 승인하지 아니하는 남북한간의 「남북합의서」 등에서는 더욱 그러하지 아니 하겠는가? 더구나 국가간의 조약

이라고 하더라도 國會의 批准同意가 다 요구되는 것이 아님은 憲法上 분명하다(제60조 제1항 참조). 그렇다면 조약에 대한 國會의 批准同意權의 의미는 무엇인가? 그것은 조약이 國內法的인 效力을 갖게 하는데 필요한 立法的 權限이 아니고 憲法에 열거한 중요 조약과 관련하여 大統領이 가지는 條約締結權(제73조) 행사에 대한 國會의 統制裝置라고 생각한다. 그렇다고 비준동의권이 國會가 大統領의 조약체결권행사에 대하여 가지는 유일한 對政府統制裝置가 아님을 주의할 필요가 있다고 생각한다. 國會決議案의 채택이라든지 그 조약의 시행과 관련하여 요구되는 豫算에 대한 豫算案議決權 決算審議權의 행사, 요구되는 施行法律에 대한 立法權의 행사, 國政調查權의 발동 등의 장치나 방법을 통한 국회의 정부통제가 그것이다.

그러면 「平和的 統一」條項의 의미를 살펴보자. 統一의 의미에 대하여 이미 언급한 바 있거니와, 제4조에서 말하는 統一이란 남과 북이 「主權」의 속성이자 징표인 하나의 法體制, 이 法體制를 담보하는 하나의 政府 밑에 들어가는 것을 의미한다. 문제는 어떻게 이러한 統一에 이르게 되느냐 혹은 이르게 하느냐 하는 統一의 過程, 統一의 方案 혹은 統一의 節次의 점이다. 대체로 다음과 같은 세가지 過程 내지 方案을 상정할 수 있다고 생각한다. 첫째로는 武力使用에 의한 일방적인 상대방 굴복·통합을 생각할 수 있다. 둘째로는 일방에 의한 타방의 흡수통합을 상정할 수 있는데, 이 경우에는 대체로 흡수당하는 측 체제내에서의 民衆蜂起→體制顛覆→吸收統合의 과정을 거치리라 생각된다. 기독교세력들이 民衆蜂起 등으로 인하여 자기 체제를 지켜낼 수 없다는 상황이 아닌 한 흡수통합이 일어날 수 있다고 생각되지 아니하기 때문이다. 셋째로는 남과 북이 합의하여 통일에 이르는 경우도 이론적으로 상정할 수 있다. 다만 이 경우도 기독교세력을 대변하는 정부차원의 합의를 통한 통일과 남북을 모두 포섭하는 헌법제정권력에 의한 통일의 경우를 나누어 생각할 수 있는데, 전자인 정부차원의 합의에 의한 통일이란 실제로는 있을 수 없으며 있을 수 있다면 기독교세력 등이 자기 체제를 수호해 낼 수 없는 상황의 경우일 것이고, 기독교세력이 자기 체제를 지켜낼 수 있는 상황이라면 체제연합(실질적으로는 國家聯合)에의 합의가 고작일 것이라 생각된다. 쌍방이 자기 체제를 본질적으로 훼손하지 아니하면서 통일에 이를수 있는 제3의 體制는 없다고 생각한다. 즉 북의 唯一體制·一黨獨裁體制와 남측의 多元主義體制 모두를 포섭하는 혹은 양체제 모두를 조화할 수 있는 제3의 體制란 있을 수 없다고 생각되기 때문이다. 그러므로 統一의 경우에는 兩體制間의 擇一이 있을 뿐이라고 생각한다. 그렇다면 남과 북의 합의에 의한 통일이란 남북한 주민 모두를 포함하는 韓民族의 憲法制定權力行使(統一憲法採擇)에 의한 통일 뿐이다. 다만 형식절차과정으로는 남북 兩政府가 合意하여 한민족 전체의 헌법제정권력행사의 절차와 방법을 결정할 것이고 이에 따라 헌법제정권력이 행사되리라 예상된다. 그리고 이러한 경우란 실제로는 정부가 민중의 요구에 굴복하는 경우라고 생각된다.

아무튼 첫째로, 우리의 領土條項이 武力使用에 의한 統一만을 요구하는 것이라면 제 3조와 제 4조는 相衡하는 條項이라 할 수 있다. 그러나 또 한번의 전쟁을 원하지 아니하는 국민정서와 韓半島의 주변 국제정세에 비추어 남한이 주도하는 무력에 의한 통일이란 상상하기 힘들거니와 통일을 위한 것이라 하더라도 무력사용(전쟁)이야말로 가장 조직적인 대규모의 인권침해를 동반한다는 점에서 인간의 존엄과 가치의 존중을 최고의 가치로 생각하는 우리 헌법상 무력에 의한 통일은 제 4조를 떠나서라도 허용될 수 없다고 믿는다. 그렇다면 제 3조와 제 4조는 의견상의 충돌에도 불구하고 아무런 충돌도 실제로는 야기되는 것이 아니라고 판단된다.

둘째로, 남쪽에 의한 북측의 흡수통합은 아무런 헌법적 어려움을 제기치 아니한다고 생각된다. 북측이 獨逸基本法(제23)에서와 같은 加入節次를 밟을 필요도 새로운(統一)憲法の制定도 바로 領土條項의 존재에 의하여 불필요한 것이다. 북쪽에 의한 남측의 흡수통합이란 이론적으로는 몰라도 세계적 차원에서의 공산주의체제의 몰락과 우리 사회 내부의 사회주의사상의 퇴조 및 그간의 우리 사회 내부의 民主化에 힘입어 실제로 일어나리라 생각되지 아니하지만 가령 그것이 가능하다고 하는 경우에 새삼스럽게 헌법적인 문제점이 제기될 여지는 없을 것이다. 그것은 우리 헌법체제 전복 후의 일이기 때문이다. 가능성·현실성을 가지고 이야기하면 오히려 남측에 의한 북의 흡수통합이 일어날 가능성이 크다고 보아야 할 것이다.

셋째로, 남북한 전주민을 포용하는 헌법제정권력행사에 의한 통일이란 실질적으로는 남북한 모두에 걸친 民主化 그리고 이에 더하여 남북한 주민 모두에 의한 통일요구의 분출과 같은 條件을 필요로 하리라 믿어진다. 아무튼 이러한 경우의 헌법제정권력행사에 의한 통일(통일헌법의 채택)은 기존의 남북정부의 해체를 전제로 하리라 믿어진다. 그렇다면 이러한 통일이 현행 헌법상 어떻게 평가될 것이냐 하는 문제가 이론상 제기될 수는 있을 것이다. 그렇더라도 만약 이러한 과정을 통하여 통일이 진정으로 이루어진다면 현행의 우리 헌법의 시각을 통한 평가 내지 피리의 문제는 실제로나 법적으로 제기되지 아니하리라 믿어진다. 이러한 통일은 첫째로는, 領土條項의 實現이며 둘째는, 平和的 統一條項의 實現을 의미하기 때문에 이러한 경우의 헌법의 해체는 우리 헌법의 발전적 해체를 의미한다고 생각하는 까닭이다. 나아가 남북한 전주민을 포용하는 헌법제정권력은 현행 헌법의 제정권력보다 우월하는 권력이며 따라서 이같은 발전적 해체를 정당화하고도 남음이 있다고 믿는다. 다만 전체 한민족을 포용하는 헌법제정권력이 이같은 우월적 권력을 주장할 수 있기 위하여는 다음과 같은 두가지 節次的 條件을 갖추어야 한다고 생각한다. 첫째는, 남북한 주민이 다수자이든 소수자이든 심지어는 반대까지도 자유스럽게 헌법제정권력형성에 참여할 수 있는 기회(機會均等)가 주어져야 하고, 둘째로는, 완전한 언론·출판·집회·결사의 자유·정당설립의 자유 등이 보장되어야 한다. 우리 헌법 제 4조의 「自由民主的 基本秩序에 입각」

한 통일정책이란 바로 이러한 헌법제정권력행사를 위한 節次的 틀을 의미한다는 것이 그 하나의 뜻이고, 이러한 헌법제정권력행사에 의하여 제정된 (통일)헌법의 내용이 自由民主的 基本秩序에 입각하여야 한다는 것이 또 다른 두번째 뜻이라고 생각한다. 그리고 실제로도 自由民主的 基本秩序에 입각한 節次過程을 거쳐서 形成行使된 憲法制定權力이 制定하는 憲法이라면 自由民主的 基本秩序를 內容으로하는 憲法이 되지 않을 수 없다고 믿는다.

3. 國家保安法, 南北交流協力에 관한 法律, 기타의 法問題들

이곳에서는 남북교류협력 및 통일과정에서 부딪히는 중요 法問題들을 제기하고 결론적인 언급으로 간략히 짚어가면서 넘어가려고 한다. 첫째로, 憲法條項의 體系的 調和的 解釋의 原則에 비추어 國家保安法과 같은 國民의 基本權을 制限하는 法律의 憲法的 根據는 제37조 제 2항이며 따라서 國家保安法도 基本權制限을 制約하는 제37조 제 2항의 原則에 따라야 한다고 생각한다. 따라서 領土條項이 國家保安法의 根據라는 主張은 잘못된 주장이라고 생각한다. 領土保全의 必要性(우리의 경우에 統一 또는 領土回復의 必要性)은 제37조 제 2항상의 必要性(國家安全保障·秩序維持 또는 公共福利의 必要)의 오로지 한가지 예에 지나지 않는다. 基本權制限의 必要性만으로 그 基本權制限이 正當化될 수 없음은 제37조 제 2항의 制限의 制約의 原理에 비추어 분명하다. 그러한만큼 國家保安法은 憲法 제37조 제 2항의 限界내에서만 正當化될 수 있다. 이것이 國家保安法 제 7조에 관한 憲法裁判所 決定의 취지라고 생각한다. 이러한 立場에 설 때에 北韓地域에 주소지를 둔 北韓政府가 무조건 國家保安法上的 「反國家團體」가 되는 것이 아니고 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 하는 行爲 등과 결부될 때에 犯罪構成要件상의 反國家團體가 되는 것이라고 생각된다. 法에 어긋나는 狀態에 있다는 의미의 「不法」이라고 하여 그것이 다 憲法上 正當化되는 犯罪構成要件에 해당된다고 생각하지 아니한다. 즉 不法이라고 하여 다 犯罪가 되어야 하는 것은 아니라고 생각한다. 北韓政權이 (大韓民國의) 潛在的인 主權의 實現에 어긋나는 狀態에 있다는 의미에서 不法이긴 하여도 不法이라고 하여 다 犯罪가 되는 것은 아닐 것이다. 國家保安法의 문제를 이렇게 이해하는 이상 南北交流協力에 관한 法律 제 3조의 규정이 없다고 하더라도 이 法律이 예정하고 있는 南北交流協力行爲가 國家保安法上的 構成要件에 해당할 이유가 없다고 생각한다. 그것은 「국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 하는 행위가 아니기 때문이다. 그러나 비록 南北交流協力에 관한 法律에 따라 정부의 승인을 얻어 북한과 교류·접촉을 하는 행위이더라도 그것이 대한민국의 정부 또는 體制 顛覆行爲의 일환으로 행한다고 함과 같은 경우에는 南北交流協力에 관한 法律 제 3조에 관계없이 國家保安法의 규율대상이 된다고 생각한다.

둘째로, 위의 여러 統一과정 가운데 남쪽에 의한 북측의 흡수통일의 경우를 가정하였을 때에 北韓住民과 그곳의 土地를 어떻게 처리 내지 취급할 것인가 하는 문제를 한번 짚어보

는 것이 재미있으리라 생각한다. 이러한 경우에 북한주민은 憲法上 특별조치 없이도 당연히 大韓民國 國民이 된다고 믿는다. 그렇다면 國籍法, 住民登錄法, 民法, 戶籍法, 刑法, 國家保安法 등 國內法 適用의 문제가 남을 뿐이라고 생각한다. 다만 원래의 북한지역 주민으로 越南하여 남쪽에서 가정을 이루고 살고 있는 사람의 북한의 직계가족과 남한의 직계가족을 어떻게 처리하여야 할지에 관하여 個人選擇의 문제로 취급하여야 할지 특별입법으로 民法・戶籍法上的 例外를 인정하여야 할지에 관한 선택의 문제와 같은 문제들이 있으리라 믿는다. 土地문제는 특히 어려운 문제를 제기하리라 믿는다. 이 문제는 일차적으로는 「조선민주주의인민공화국」을 어떻게 보느냐에 관련이 있다고 생각한다. 가령 북한을 不法團體로, 그리고 法的으로는 無의 存在로 취급한다면 북한정부가 들어서기 직전의 私有地는 모두 私有로 환원되어야 하리라 생각된다. 그렇더라도 道路나 政府건물부지가 되었다고 하는 경우에는 어떻게 할 것이냐 하는 문제는 남는다고 생각한다. 북한을 法的으로 無였던 상태로 취급하지 아니하고 國家로 承認하였던 것이냐 國家는 아니더라도 그 實體를 인정한다(즉 일정한 適法상태를 인정한다)는 경우이냐의 차이는 있어도 반드시 不法團體라고 보지 아니하는 경우에 북한이 행한 國有化조치(私有財産沒收조치)를 어떻게 평가할 것이냐의 문제가 있다고 생각한다. 그렇다면 무조건 예전의 私有地를 회복한다는 원칙도, 무조건 예전의 私有地를 인정치 않는다는 원칙도 문제가 있어 보인다. 아마도 특별입법에 의하여 그리고 예전의 南韓의 敵産拂下의 경험이나 원칙에 비추어 북한지역의 土地중 拂下할만한 土地만을 선별적으로 예전의 所有者(또는 그 相續人)에게 私所有權을 회복케 하는 것이 마땅하다고 생각한다. 이것은 特別立法의 制定전에 옛 所有主의 無條件的인 私所有權回復은 장차의 北韓地域의 더 나은 개발을 위하여 留保되어야 한다는 것, 즉 잠정적으로 그러한 立法時까지의 國有의 原則이 견지되어야 한다는 것을 의미한다. 이러한 문제점들은 남북한 주민에 의한 헌법제정권력행사를 통한 통일의 경우에도 대체로 비슷하리라 생각된다.

마지막으로 平和協定の 문제는 이제는 「남북기본합의서」 제 5조의 실현 내지 이행의 문제가 되었다고 생각한다. 이러한 상태에 이르기까지는 休戰協定을 준수하면 충분하다.