

南北會談과 合意의 法的 諸問題

1992. 12

統 一 院

이 冊子는 統一院의 政策研究計劃에 依據, 外部專門學者에게 委囑한 統一政策 發展方案 樹立을 위한 基礎研究 資料입니다.

수록된 內容은 當院의 見解와 반드시 一致하는 것은 아니며, 統一에 관련된 研究 및 政策樹立의 參考資料로 提供되는 것입니다.

南北會談과 合意의 法的 諸問題

崔 大 權*

1. 머리말
2. 南北韓關係의 法的性格
3. 맺는말 : 「特殊關係」를 中心으로

1. 머리말

北韓의 法的地位는 무엇이나, 이와 不可分의 關係에 있는 南北韓關係의 法的性格이 무엇이나 하는 문제가 우리를 괴롭혀 온 셈이다. 다만 南과 北이 斷絶과 對立으로 交流없이 살아온 동안에는 이 문제가 마치 없는 듯이 지날 수 있었지만, 과거 한때(1972년) 南北共同聲明이 나왔을 때에 그리고 지난 年末(1991년)과 금년에 걸쳐 合意에 이르고 發效되기에 이른 「南北合意書」의 채택 및 그 附屬合意書의 채택 등 본격적인 南北交流協力の 단계에 이르게 되자, 새삼스럽게 우리를 짓누르는 문제로 再浮刻하게 되었다. 그리고 이 문제는 그 성격상 우리나라 憲法 제3조 「領土條項」의 이해에 관련된 문제일 수 밖에 없다.

우리나라 憲法의 영토조항에 관한 지금까지의 지배적인 생각은 大韓民國의 主權이 南北地域을 포함한 全體 韓半島에 미치며 따라서 북한지역에 事實上 存在하는 北韓政府는 기껏하여야 國際法상의 「交戰團體」 또는 「叛亂團

* 서울大 法科大學 教授

體」이고 國內法的으로는 「不法團體」일 수 밖에 없고, 바로 그러한 까닭에 이러한 不法團體와 交流·接觸하는 일체의 행위 등이 不法일 수 밖에 없고 이러한 불법행위를 犯罪로 규정하여 처벌하는 法體系가 國家保安法이라는 것이다. 이러한 이해에 따를 때 國家保安法の 憲法上 根據條項이 領土條項이라는 생각에 이른다는 것은 너무나 당연하게 보인다. 그리고 이러한 생각에 바탕을 둘 때에 北韓地域은 「未收復地域」일 뿐이고 따라서 北韓地域에 대하여 大韓民國 政府로서 할 수 있는 일은 失地回復(收復)이거나 北進統一밖에 없는 것으로 생각되어 왔다. 이러한 생각은 더 나아가 북한지역에 사실상 존재하는 북한정부의 實體를 認定하고 그 위에서 이와 交流·接觸하여 平和적으로 統一에 까지 이른다는 일은 領土條項에 근거하여 적어도 法的으로는 不可能하다는 생각으로 이어진다. 그러므로 「南北交流協力에 관한 法律」(1990)이 예정하고 있는 南北交流接觸行爲들도 이 法 제3조를 두어 國家保安法の 적용을 배제하였기에 망정이지 그렇지 아니하면 모두 國家保安法에 저촉되는 행위라는 것이다.

이러한 이해에 바탕을 둘 때에 본격적인 南北交流協力の 基礎가 될 「南北合意書」와 그 附屬合意書 採擇 등의 사실을 어떻게 받아들여야 할지 당혹스럽게 만들 것이라는 점은 쉽게 이해할 수 있다.

그러한 만큼 새삼스럽게 北韓의 法的地位가 무엇이나, 南北韓關係의 法的性格이 무엇이나와 같은 質問이 거듭 제기되는 것도 너무나 當然해 보인다. 그리고 이러한 질문을 答辯하는 方便의 하나로 舊소련과 東歐圈의 몰락 등 전세계적인 차원에서의 소위 社會主義國家體制의 退潮와 함께 장차 統一을 향한 南北交流接觸이 역사적인 요청으로 등장하는 이 마당에 國家保安法이란 역사의 진행을 막는 惡法으로 부각되어 그 廢棄를 주장하는 것이 마치 時代的 使命인 것같이 주장되고 있다. 왜냐하면 장차 統一을 향하여 장려하여야 할 南과 北의 交流와 接觸행위를 처벌하는 法이라고 주장되고 있기 때문이다.

한편 북한의 對南戰略戰術의 하나로 일관되게 주장하여 온 國家保安法 폐기 주장도 국내 國家保安法 주장의 助長要因의 하나로 작용한 점도 솔직히

是認하지 않을 수 없다. 아무튼 國家保安法の 廢棄 主張⁽¹⁾은 國家保安法の 根據條項으로 생각되는 憲法の 영토조항의 改正에 의한 廢棄 主張⁽²⁾으로 이어지고 있다. 憲法 領土條項의 改正·廢棄 주장의 그럴사한 論據로서 이 영토조항이 「平和的 統一」條項과 서로 衝突한다고 주장되고 있다.⁽³⁾ 우리의 「領土條項」하에서는 未收復地域의 收復만이 가능한 까닭에 「平和的 統一」과는 양립할 수 없다는 것이다. 평화적 통일은 한반도상에 2개의 實體를 인정하고 이 兩實體間의 合意 등을 통한 통일을 前提하기 때문이라는 것이다. 그리하여 더 나아가서는 憲法改正 節次에 의한 「領土條項」의 削除가 실제로 불가능한 실정에 비추어 領土條項의 「憲法變遷」을 주장⁽⁴⁾하는데 까지 이르고 있다. 憲法變遷이란 法文句는 바뀌지 아니하여도 그 의미가 바뀌는 경우를 뜻한다.

그런가 하면 설사 國家保安法을 立法節次에 의하여 공식으로 폐기하지 아

-
- (1) 金哲洙, “統一을 위한 憲法만들자,” 「중앙일보」, 1987년 6월15일자 時評; 權寧星, “國家保安法, 왜 改廢를 미루는가,” 「新東亞」, 1989년 10월호, 189면; 張明奉, 「한민족공동체統一方案, 그 法的 體系化 研究」(國土統一院, 1989), 60-76면; 李長熙, “南北合意書의 法制度的 實踐課題”, 「南北合意書의 後續措置와 實踐的 課題」, (아시아사회과학연구원, 제 1회 統一問題學術세미나 제출논문, 1992), 4~5면; “변화하는 남북한관계와 법적문제-남북한 UN동시 가입을 계기로,” 특집, 남북한관계와 법적문제 공개토론, 「법과 사회」, 5권(1992), 79면 등 참조.
- (2) 金哲洙, 前掲 “統一을 위한 憲法만들자,”; 張明奉, “南北韓基本關係 定立을 위한 法的對應,” 「유엔加入과 統一의 公法問題」(韓國公法學會, 1991), 131면 및 토론부분 148면; 張明奉, 前掲 「한민족공동체 統一方案, 그 法的體系化 研究」, 70~71면; 李長熙, 前掲 “南北合意書의 法制度的 實踐課題,” 3면; 前掲 “변화하는 남북한 관계와 법적문제,” 76~78면 등
- (3) 權寧星, 前掲 “國家保安法, 왜 改廢를 미루는가,” 189면; 權寧星, 「憲法學原論」(法文社, 1992), 143면; 金哲洙, 前掲 “統一을 위한 憲法만들자,”; 張明奉, 前掲 「한민족공동체 統一方案, 그 法的體系化 研究」, 60~76면; 張明奉, 前掲 “南北韓基本關係 定立을 위한 法的對應,” 132면 및 토론부분 149면; 前掲 “변화하는 남북한관계와 법적 문제,” 76~78면 등. 이에 반대하여 兩條項이 相衝하는 것이 아니라는 주장으로 張明奉, 前掲 “南北韓基本關係 定立을 위한 法的對應”에 대한 許營의 時論: 前掲 「유엔加入과 統一의 公法問題」(韓國公法學會, 1991), 162면.
- (4) 張明奉, 前掲 “南北韓基本關係 定立을 위한 法的對應,” 133~134면 및 토론부분 150면; 張明奉, 前掲 「한민족공동체 統一方案, 그 法的體系化 研究」, 73~74면; 前掲 “변화하는 남북한관계와 법적 문제,” 76면 등

니하더라도 南北交流接觸의 필요에 의하여 제정된 南北交流協力에 관한 法律에 의하여 사실상 폐기된 것이나 다름없다⁽⁵⁾는 주장까지 나오고 있다. 남북간의 交流와 協力이란 바로 國家保安法의 規律對象인데 南北交流協力에 관한 法律은 국가보안법보다 우선하게 되어 있기 때문이다.(제3조) 이러한 국가보안법을 아직도 유지하여야 할 이유는 없어 보인다.

이러한 일련의 理解나 主張은 한결같이 北韓의 法的地位, 南北韓關係의 法的性格의 문제와 관련되어 있다. 그러한 만큼 憲法의 領土條項, 平和的統一條項, 國家保安法, 南北交流協力에 관한 法律, 南北合意書 등의 올바른 이해에 의하여 南北合意書에서 이야기하는 南과 北의 「特殊關係」의 올바른 이해에 도달할 수 있다고 믿는다. 그리고 사실 위에서 적시한 일련의 이해나 주장을 면밀히 分析的으로 살펴보면 現實과 當爲, 事實과 法規範,⁽⁶⁾ 그리고 法規範 가운데서도 最高法規範인 憲法에 바탕을 둔 주장과 下位法規範인 法律(國家保安法, 南北交流協力에 관한 法律 등), 南北合意書(후술하는 바와 같이 法的 拘束力을 가지는 合意라면)등에 바탕을 둔 주장이 서로 분간할 수 없을 정도로 혼합되어 있음을 주의할 필요가 있다고 생각한다.

세계적인 차원에서 社會主義國家體制가 무너졌다고 하여 北韓에서도 무너진 것이 아니고 南北間에는 아직도 냉전체제가 지속되고 있으며, 統一이라는 當爲 命題앞에서는 現實이라든지 實定法規範이 돌연 무의미해 지는 것도 아니다. 더

(5) 權寧星, “北韓, 조건없는 ‘자유왕래’ 선언하라—보안법 통일논의 장애물이란 논리 설득력 없다,” 「全教學新聞」, 1990년 8월15일자 卷頭論壇; 張明奉, 前掲 「한민족공동체 統一方案, 그 法的 體系化 研究」, 81면 등

(6) 統一論議에 있어서의 當爲와 事實의 문제에 관하여 崔大權, 「統一의 法的問題」(法文社, 1990), 110~116면 참조

(7) 憲法規範이 法律보다 上位하는 最高法規範이라는 命題에도 불구하고 法律단계의 論議에 비추어 憲法(條項)의 意味나 效力을 論하는 態度가 의외로 우리 주변에서 발견되고 있는데 놀라움을 금할수 없다. 소위 惡法으로 지목되고 있는 國家保安法의 根據라고 하여 憲法의 領土條項의 改正·廢棄를 주장하는 論議가 그 한가지 대표적인 예라고 생각된다. 南北交流協力에 관한 法律이라든지 남북합의서에 있어서의 交流·協力 또는 合意의 相對方이 되고 있는 北韓을, 혹은 UN會員國이 되어 있는 北韓을 不法團體·反國家團體로 보는 憲法의 領土條項이 역시 時代에 역행하는 條項으로 改廢되어야 한다는 주장도 한가지 예가 된다고 생각한다. 李張熙,

구나 「南北合意書」라든지 「南北交流協力에 관한 法律」등의 시각에서 憲法規範을 바라보는 立場이나 傾向(예컨대 남북합의서가 채택된 마당에 領土條項은 改正·廢棄되어야 한다는 등의 주장)⁽⁷⁾은 우리 憲法體制下에서는 있을 수 없다.

그러면 아래에서 北韓의 法的地位, 南北韓關係의 法的性格의 규명을 통하여 남과 북의 「特殊關係」의 의미를 살펴보자. 이러한 意味糾明作業의 하나로 과연 憲法의 領土條項은 남북교류접촉 및 통일의 걸림돌이어서 改正·削除되어야 할 條項인가, 領土條項은 과연 平和的統一 條項(제4조)과 衝突하는 條項인가, 國家保安法の 根據條項이 과연 領土條項일 수 있는가,⁽⁸⁾ 國家保安法은 과연 統一論議를 억압하는 ‘惡法’이며 따라서 우리 憲法下에서 발붙일 수 없는 立法인가, 아니면 存在根據와 憲法的 正當性을 가지는 立法일 수 있는가, 國家保安法은 과연 「南北交流協力에 관한 法律」과 相衝하는 관계에 있는 것인가 (만약 제3조가 없었더라면)하는 질문들이 해명되어야 한다고 생각한다. 나아가 우리가 제기하는 질문 가운데 하나는 「南北合意書」의 채택에 의하여 종래의 北韓의 法的地位, 南北關係의 法的性格에 變化가 일어났는가 하는 질문도 포함되고 있다. 그리고 南과 北이 統一을 이룩하는 경우를 포함하여 「南北合意書」에서 합의한 바를 이행하여 나아가는 과정에서 새롭게 形成될 南北關係를 「特殊關係」의 概念이 어떻게 포섭하는 것인지 아닌지의 질문도 探究되어야 한다고 생각한다.

“남북합의서의 국제법적 성격,” 「民族統一」, 1992년 1·2호, 10면; 金哲洙, “南北유엔시대의 改憲논의, 統一을 대비한 改憲생각할때,” 「中央日報」, 1991년 9월19일자 등 참조
私法의 論理에 비추어 憲法을 論하는 태도도 역시 마찬가지로 태도의 반영이라고 생각한다. 國有(雜種)財産에 대하여 民法上의 取得時效 條項의 適用을 배제한 國有財産法 규정이 憲法(平等條項)에 反한다고 한 憲法裁判所의 決定(1989. 1. 25. 88 헌가 7)도 또 다른 예가 된다고 생각한다. 崔大權, “國有財産法 제5조 제2항의 違憲與否,” 「法學」, 32권 3·4호(서울대학교, 1991), 46~60면. 참조

(8) 領土條項이 國家保安法の 憲法的 根據條項이라고 보는 見解로 金哲洙, 「憲法學概論」(博英社, 1992), 106면; 權寧星, 前掲 「憲法學原論」, 143면; 權寧星, 前掲 “國家保安法, 왜 改廢를 미루는가,” 188면; 張明奉, 前掲 「한민족공동체 統一-方案, 그 法的 體系化 研究」, 68면 및 82면; 張明奉, 前掲 “南北韓基本關係 定立을 위한 法的對應,” 132면; 前掲 “변화하는 남북한관계와 법적문제,” 77면 등

2. 南北韓關係의 法的性格

(1) 北韓의 法的地位이든 南北韓關係의 法的性格이라고 하였든 우리가 제기한 이 두 問題는 실은 같은 問題의 相異한 表現에 지나지 않는다고 생각한다. 왜냐하면 하나는 다른 하나를 규정한다고 생각되기 때문이다.

이 問題는 결국 大韓民國이란 무엇이나, 어떠한 나라이나, 그리고 大韓民國에 대한 關係에 있어서 北韓地域, 北韓住民, 北韓政府란 각기 무엇이나 하는 問題에 귀결된다고 생각한다.

그러면 우선 大韓民國이란 어떠한 나라인지를 우리가 한번 생각하여 보자. 결국 大韓民國이란 우리(즉 韓國民)가 세운 나라가 아닌가? UN總會의 決議에 근거하여 행한 UN機構監視下의 自由選舉를 통하여, 우리의 自由意思에 의하여 大韓民國 政府를 수립하고 이에 대하여 國民의 自由意思에 따라 수립된 韓半島上의 唯一合法政府로서의 UN의 承認을 얻어낸 나라가 아닌가? 國民이 자기 스스로의 運命을 決定한다는 原理(民族自決主義: 民族自決主義의 英語語幹인 Nation이란 國民을 의미한다. 그러한 의미에서 실질적으로 國民主權의 原理와 통한다고 할 수 있다)⁽⁹⁾가 지배하는 時代(즉 民主主義의 時代)에 國民이 自由意思에 따라 決定하였다는 것은 중요한 의미를 가진다고 믿는다.

이 問題를 생각함에 있어서 한편으로 北韓政權이나 한때 우리의 左傾知識人의 主張처럼 大韓民國 政府가 과연 美帝國主義者 및 그 앞잡이가 세운 政

(9) 崔大權, 前掲「統一의 法的問題」, 141~143면 및 142면의 註(1)에 인용된 UN總會決議「植民地獨立에 관한 宣言」(Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples)(Dec.14, 1960); 民族自決의 問題를 集合的 權利의 問題로 규정한「市民的 및 政治的 權利에 관한 國際規約」(International Covenant on Civil and Political Rights, 1967) 제1 조; 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」(統一方案論文輯, 2輯, 統一院, 1990), 134~142면; 그리고 張孝相의 영어논문 “Right of Self-Determination in Divided Countries: Its Applicability to Korean Unification,” *Osterreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol.35, 1984, pp. 177~196 등 참조

府이며 다른 한편 蘇聯시절, 특히 스탈린時代의 對韓半島 關聯자료가 근래에 공개되면서 밝혀진바 대로 金日成政權이 누가 세운 政權인지⁽¹⁰⁾를 살펴보자. 北韓地域住民에 의한 자유스런 政治意思決定의 기회가 있었는가? 社會主義의 표방에 의하여 이러한 중대한 政治的, 歷史的 史實이 糊塗되어서는 안된다고 생각한다. 500萬이라고 추산되는 北韓住民이 죽음을 무릅쓰고 南쪽을 택하였다는 사실도 유념하여야 한다. 그리고 2次大戰 參戰國政府 代表로서의 자격은 부여받지 못하였지만 當時 政府要人の 대부분이 서울로 귀환하였다는 사실도 주목하여야 한다. 그리고 韓民族의 過半數가 南韓地域에 居住하여오고 있다는 사실, 이러한 韓民族이 汎世界機構인 UN의 축복하에 大韓民國 政府樹立에 參與하였다는 사실, 북한주민도 이 決定에의 參與에 초청되었으나 蘇聯 및 金日成集團의 방해에 의하여 參與妨害를 받았다는 사실에도 주목하여야 한다고 생각한다.

이처럼 아직도 북한지역에 남아있던 住民이 蘇聯 및 金日成집단의 방해에 의하여 韓民族으로서의 政治意思 決定過程 參與機會가 박탈되었을 뿐 韓民族이 스스로 자기의 政治的 運命을 大韓民國 政府樹立의 모습으로 決定하였다는 사실을 부인할 수 있을 것인가? 大韓民國 政府는 이렇게하여 수립된 것이다.

우리 憲法의 前文 및 제1조는 바로 이것을 보여주고 있다. “悠久한 歷史와 傳統에 빛나는 우리 大韓國民은…이 憲法을 制定한다”(制憲憲法前文)는 文句와 “大韓民國의 主權은 國民에 있고”(제1조 제2항 전단)라는 규정이 그것이다. 憲法 제1조 제2항 전단(制憲憲法 제2조 전단)은 단순한 直稱에 그치는 것이 아니고 憲法制定權의 行使와 같은 主權的 權力의 行使는 國民이 행한다는 것을 뜻한다. 主權의 擔當者로서의 國民(nation)과 民族(na-

(10) 蘇聯 Stalin이 民族主義者 曹晩植先生이나 自生的 共產主義者 朴憲永 등을 제끼고 金日成을 찍어 북한 지도자로 앉혔다는 사실은 대개 다 아는 사실이지만 蘇聯의 붕괴와 함께 옛 蘇聯側 자료에 의하여 확인되고 있다. 중앙일보의 「秘錄: 조선민주주의인민공화국」시리즈, 특히 이 시리즈 3회 “入北前 金日成 「면접」”(1991년 8월19일자) 및 東亞日報, 1992년 10월19일자 9면 기사 등 參照

tion)이 同意語임을 거듭 주의할 필요가 있다. 그리고 이점이 社會主義國家의 (전체 國民이 아닌) 勞動者·農民이 主體가 되는 人民主權과 다른 點임을 주의할 필요가 있다. 歷史的 斷絶을 전제로하는 「社會主義革命」으로 主權의 擔當者가 된 勞動者·農民(人民)과는 달리 “悠久한 歷史와 傳統에 빛나는”, 즉 歷史와 傳統으로 연면히 이어져오는 韓民族(大韓國民)이 이 憲法을 제정하고 이 憲法에 따라 大韓民國 政府를 樹立하였다는 사실이 의미가 심장하다.

大韓民國 政府의 수립으로 우리나라가 새로 創立된 것이 아니고 舊大韓帝國으로부터 이어져 내려온 우리(韓國民)의 主權이 완전히 원상회복되었다⁽¹¹⁾는 사실을 주의할 필요가 있다고 생각한다. 日帝支配時期(1910-1945) 및 聯合軍에 의한 軍政期間(1945-1948) 동안에는 主權을 行使할 수 없었을 뿐인 상태에 있었다. 그러므로 우리의 主權은 潛在的인 狀態로 있었다가 大韓民國 政府의 수립과 함께 顯在的인 狀態로, 즉 行爲能力까지 갖춘 상태로 회복된 것이다. 今世紀 初 韓·日間에 체결된 두개의 條約, 즉 韓國을 被保護國의 地位에 두기로 한 1905년의 條約과 韓國을 日本에 併合시킨 1910년의 條約은 의심의 여지없이 그 締結時로부터 이미 無效(null and void abinitio)였다고 간주되고 있다. 위의 두 條約은 그 당시의 韓國政府代表에 대하여 日本이 強迫(duress)을 행사함으로써 체결되기에 이르렀기 때문이다.⁽¹²⁾ 위 條約들은 露·日戰爭(1904-1905)을 치른 日本軍隊가 韓國의 宮城을 완전히 포위한 상황에서 억압으로 체결되었으며, 더구나 大韓帝國의 皇帝 자신에 의하여 직접 批准·署名되지도 않았다는 것은 이미 잘 알려진 확고한 歷史的 事實인 것이다.⁽¹³⁾ 결국 韓國의 主權은 결코 日本에게 빼앗긴 적이 없으며

(11) 崔大權, 前掲 「統一의 法的問題」, 47~50면. 참조

(12) 裴載湜, “降壓으로 締結된 條約의 性質 및 效力,” (서울대학교 「法學」, 10권2호, 1968), 48~64면; 洪性化, “南北韓接觸 以前の 法的關係,” (國際法學會論叢, 26권2호, 1982) 53~54면. 그리고 조약법에 관한 비엔나협약 제51조 참조

(13) 東亞日報의 1992년 5월12일자 기사 및 慎鎬廈교수의 특별기고 “「허위문서」로 韓半島 강점”; Korea Herald의 1992년 6월14일자 Special Report: German document found in Hungary Shows 1905 Korea-Japan treaty void 기사 등 참조.

日本の 韓國에 대한 一方的 強壓에 의하여 韓國이 日本에게 不法的으로 占領 당하였고 그 主權行使를 방해 당하는 상태(즉 潛在的인 狀態)에 놓이게 된 것이다. 이러한 상태에서 大韓民國政府의 수립과 함께 主權行使를 방해 받음이 없이 행할 수 있는 상태로 主權이 회복된 것이다. 이러한 사정은 「大韓民國과 日本國間의 基本關係에 관한 條約」의 裏面에도 깔려있다. 동 條約 제2조는 “1910년 8월 22일 및 그 以前에 大韓帝國과 大日本帝國間에 체결된 모든 條約 및 協定이 이미 無效임을 확인한다”고 宣言하고 있고, 同 條約 제3조는 “大韓民國 政府가 國際聯合 總會의 決議 第195(111)號에 明示된 바와 같이 韓半島에 있어서의 유일한 合法政府임을 確認한다”라고 선언하고 있다. 이 條約에 앞서 1951년 9월 8일 체결된 對日本 「샌프란시스코 平和條約」도 특히 제2조 ㉠항에서 韓國에 관하여 동일한 사정을 또한 확인한 것으로 해석되어 지고 있다. 아마도 「카이로宣言」과 「포츠담宣言」도 역시 大韓民國이 大韓帝國을 承繼하였다는 命題를 지지하는데 援引될 수 있으리라 믿는다.

(2) 政府란 主權의 한 表現形態 내지 組織形態라고 생각한다. 그러한 만큼 우리가 大韓民國의 政府를 수립함으로써 우리의 主權을 새롭게 組織함에 있어서 主權의 所在가 우리(國民)에게 있다는 것과 함께 우리의 主權이 미치는 領域을 憲法에 宣言하는 것은 너무나 당연하다고 판된다.

그렇다면 大韓帝國과 동일한 나라의 領土가 大韓帝國의 領土일 수 밖에 없지 않은가? 우리 憲法 제3조 領土條項은 바로 이 당연한 사실을 宣言한 것에 불과하다. 大韓帝國과 동일한 나라로서의 우리의 領土가 全韓半島라는 主張이 우리의 主權行使가 당초에는 蘇聯軍, 後에는 北韓政府에 의하여 北韓地域에서 사실상 방해받고 있었다는 사실에 의하여 조금도 지장을 받지 않는다고 생각한다. 즉 大韓民國의 主權은 北韓地域에 관한 한 그 行使能力을 北韓政府의 存在에 의하여 制約받고 있을 뿐이다. 그러므로 北韓地域에

관한 한 大韓民國의 主權은 潛在的인 狀態에 놓여있다는 것이 된다.⁽¹⁴⁾ 그렇다면 우리 憲法 제3조 領土條項은 첫째로 大韓民國은 大韓帝國과 同一한 나라로서 大韓帝國의 主權이 미치던 領域(이것은 곧 韓半島와 그 附屬島嶼이다)을 자기의 主權이 미치는 領域으로 하는 나라임을 宣言·主張한 條項이다. 다만 主權行使에 있어서는 처음에는 蘇聯의 北韓地域占領, 傀儡政權의 수립, 후에는 北韓政權의 존재에 의하여 사실상 制約당하고 있을 뿐이다. 主權行使에 있어서의 이러한 事實上의 制約을 領土條項에 의하여 없는 것으로 할 수 있다는 것을 의미하지는 않는다고 믿는다. 領土條項에 의하여 主權行使에 가하여진 이러한 歷史的 地理的인 事實상의 制約을 없는 것으로 할 수 있는 것은 아니지 않는가? 그러므로 領土條項의 의미는 다음과 같은 뜻을 포함하는 것이라고 믿는다. 즉 北韓地域에서 主權을 行使하는데 장애를 주는 요인이 소멸할 때에는 새삼스럽게 憲法改正 내지 制定이나 北韓의 加入(獨逸基本法 제23조 및 제146조에 있어서와 같이)등 다른 특별한 憲法的 措置없이도 당연히 大韓民國의 主權的 權力(主權行使能力)이 그곳에 미친다.⁽¹⁵⁾ 그러나 그러한 시점까지는 大韓民國의 主權은 北韓地域에 대하여는 潛在的인 狀態에 있게 된다.

北韓住民이 南韓地域에 移住하는 경우에는 새삼스럽게 國籍變更의 措置(大韓民國 國籍의 取得)없이도 당연히 大韓民國의 國民이 된다.⁽¹⁶⁾

北韓地域에 대하여 潛在的인 狀態에 놓여있던 主權이 顯在化하게 되는 것이 統一이다.(平和的統一條項과 함께) 領土條項은 北韓地域에 대하여 潛在的인 狀態에 있는 主權을 顯在化할 責務를, 즉 統一의 責務를 大韓民國, 특

(14) 崔大權, 前掲「統一의 法的問題」, 27~30면, 45면, 91면, 및 123면; 崔大權, “韓國憲法の 座標: 領土條項과 平和的 統一條項,” (법제연구, 2권1호, 1992), 8~9면; 崔大權, “남북교류 협력 본격화시 예상되는 국내법체계상의 문제점과 그 대책”과 南北交流協力の 本格化過程에서 提起될 法的問題點 및 對策,” 서울대학교 法學研究所 주최 南北交流·協力關聯 法制度 發展세미나 제출논문, 1992) 52~53면.

(15) 崔大權, 前掲 “韓國憲法の 座標,” 9면; 崔大權, 前掲 “南北交流·協力 本格化時 豫想되는 국내법체계상의 문제점과 그 대책,” 52면

(16) 前掲 註(15)

히 大韓民國政府에게 부과하는 것이라고 믿는다.⁽¹⁷⁾ 主權은 統一을 要求한다. 主權이란 對外的으로는 獨立이요 對內的으로는 最高인 權力이기 때문이다. 다만 統一方案으로 武力에 의한 統一을 주장한다면 그 한에 있어서 領土條項은 平和的統一 條項과 衝突한다고 할 수 있다. 그러나 후술하는 바와 같이 비록 平和的統一 條項이 없다고 하더라도 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 衝突하는 것이 아니고 오히려 이와 調和되는 條項이라고 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 主張이 구체적으로 무엇을 이야기하고자 하는 것인지 반드시 분명한 것은 아니지만, 만약 北韓의 實體를 認定치 아니하던 것으로부터 그 實體를 認定하고, 주장에 따라서는 北韓을 國家로서 承認하는데 까지 이르고 있는 變化를 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.⁽¹⁸⁾ 「憲法變遷」이라는 개념은 憲法條文의 表現은 바뀌지 아니하였으나 그 의미가 바뀐 경우를 이야기하는 개념인데⁽¹⁹⁾ 우리가 이해하는 바에 의하면 領土條項에 의미변화가 일어난 것은 없다. 北韓地域에 대한 主權的 權力은 北韓政府의 존재에 의하여 大韓民國 政府樹立 당초부터 제약되어 왔기 때문이다. 그러한 의미에서 北韓政府를 하나의 交戰團體로 보아온 견해도 하나의 비유라면 몰라도 歷史的으로 반드시 정확한 것은 아니라고 판단된다. 왜냐하면 大韓民國 政府가 北韓地域에 대하여 처음부터 支配力을 미치고 있었는데 그후에 共產革命이 일어나 北韓地域에서 事實上的 支配力을

(17) 崔大權, 前掲「統一의 法的問題」, 29~30면; 崔大權, 前掲“韓國憲法の 座標,” 9면; 崔大權, 前掲“남북교류협력 본격화시 예상되는 국내법체계상의 문제점과 그 대책,” 52면

(18) 崔大權, 前掲“韓國憲法の 座標,” 9면; 崔大權, 前掲“남북교류협력 본격화시 예상되는 국내법체계상의 문제점과 그 대책,” 53면

(19) 金哲洙, 前掲「憲法學概論」, 985~987면; 權寧星, 前掲「憲法學原論」, 60~61면; 許營, 「韓國憲法論」(博英社, 1990), 52면. 등 참조

행사하는 政權이 들어섰기 때문에 부득이 이 政權을 사실상의 地方政府로 받아들이지 않을 수 없다고 하는 경우이나 붙일 수 있는 交戰團體 또는 叛亂團體의 定義는 우리의 歷史的 狀況에는 맞지 아니한 까닭이다.

領土條項이 가지는 또 하나의 의미는 領土條項이 大韓帝國→大韓民國臨時政府→大韓民國으로 이어지는 正統性을 주장하는 條項이라는데 있다.⁽²⁰⁾ 즉 領土條項을 통하여 우리의 正統性을 주장을 하고 있는 것이다. 領土條項을 통한 이러한 正統性 주장은, 이미 지적인 바 있는 臨時政府의 要人을 비롯한 주요 愛國志士들이 서울로 귀환하였다는 사실, 韓民族의 過半數가 '남한'에 거주하고 있다는 사실, 수백만 북한 동포가 위험을 무릅쓰고 남쪽을 선택하였다는 사실, 大韓民國 政府樹立의 法的基礎를 UN總會決議, 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 UN總會의 唯一合法政府로서의 承認 사실 등에 의하여 強化되고 있다. 그러한 만큼 領土條項을 改定·削除하자는 주장은 大韓民國(및 大韓民國 政府)의 正統性을 포기하자는 주장이라고 생각된다.

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 살펴보자. 北韓政權은 자기의 正統性 주장을 共產革命論, 人民主權論에 根據지우고 있음을 주의할 필요가 있다고 생각한다. 北韓憲法의 “조선민주주의인민공화국은 전체 조선인민의 이익을 대표하는 자주적인 사회주의 국가”(제1조)이고 그 主權은 “로동자, 농민, 병사, 근로인테리에 있다”(제7조)는 조항 등이 그것을 보여주는 것이다. 領土條項이 아니고 거주지가 북한이나 남한이나에 상관없이 「全體」 조선인민의 「人民主權」을 거론하고 있는 것이다. 근래에 北韓에서 憲法改正作業이 이루어지고 있다고 하니까 헌법의 어떤 조항이 바뀔지 알 수는 없으나 북한의 正統性 主

(20) 崔大權, 前掲「統一의 法的問題」, 29~30면, 122~123면; 崔大權, 前掲“韓國憲法の 座標,” 9~10면; 崔大權, 前掲“남북교류협력 본격화시 예상되는 국내법체계상의 문제점과 그 대책,” 53~54면.

張에 관련된 조항의 改正까지 이루어질지는 의문이다. 아무튼 領土條項은 북한의 人民主權論에 상응하는 正統性 主張條項인 만큼 혹시 相互主義에 입각한 改正·削除 주장이라면 몰라도 一方的인 改正·削除 주장이라면 우선 政治的 提議로서도 설득력이 없다고 생각한다.

領土條項이 가지는 세번째 의미는 韓半島상에 大韓民國 이외의 또 다른 國家의 존재를 부인하는 것이라고 생각한다.⁽²¹⁾ 概念上 한나라에 두개의 國家가 있을 수 없는 것이다. 그러한 만큼, 北韓地域에 있어서의 北韓政權의 存在(소위 實體)를 부인할 수는 없지만 결코 北韓을 「國家」로서 「承認」할 수는 없다. 이 점은 「1民族·1國家·2政府·2體制」라는 公式으로 잘 표현·정리해 낼 수 있다고 생각한다. 즉 南北韓關係는 「1民族·1國家·2政府·2體制」公式에 의하여 요약될 수 있다고 생각한다.

이 공식은 우리 헌법에서 뿐만 아니라 北韓憲法에서도 도출되어 나오는 공식이라고 판단된다. 북한은 人民主權의 원리에 바탕을 두고 「전체 조선인민」의 이익을 대표하는 唯一의 自主的인 社會主義國家임을 標榜하고 있는 까닭에 北韓憲法의 시각에서는 南韓政府란 “북반부에서 사회주의의 완전한 승리를 이룩하여 전국적 범위에서 외세를 물리치고 민주주의적 기초위에서 조국을 평화적으로 통일하며 완전한 민족적 독립을 달성하기 위하여 투쟁”(제5조)함을 목표로 하고 있는 조선민주주의인민공화국의 鬪爭對象인 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 언사에 더 강력하게 표출되고 있는 것으로 보인다. 「하나의 조선」논리가 그 대표적인 것이다. 이에 비하여 남쪽 言論媒體의 報道나 主張을 보면 남쪽의 實體를 북측으로부터 인정받으려고 구걸하는 듯한 인상을 남쪽이 주고 있다. 이러한 입장이나 태도는 對北戰略戰術로서도 바람직하지 않을 뿐만 아니라 바로 우

(21) 崔大權, 前掲 「統一의 法的問題」, 91면 등; 崔大權, 前掲 “韓國憲法의 座標,” 10~11면; 崔大權, 前掲 “남북교류협력 본격화시 예상되는 국내법체제상의 문제점과 그 대책,” 54~57면.

리 憲法(특히 領土條項)에 “反한다고 생각한다.

「1民族·1國家·2政府」의 公式은 「南北合意書」에 여실히 표현되고 있다. 「南北合意書」序文에서 “...민족공동의 이익을 도모하며, 쌍방 사이의 관계가 나라와 나라 사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계”라고 한 표현이 그것이다. 남북 쌍방이 장차의 南北關係 形成의 기틀이 될 「南北合意書」를 채택하였다고 하여 상대방을 國家로서 承認하는 것이 아님을 분명히 하고 있으며,⁽²²⁾ 이것은 領土條項의 적어도 한 가지 의미, 즉 2개 국가의 成立否認의 意味를 충실히 실현·반영하는 것이라고 생각한다. 「南北合意書」에 서명한 남북의 두 總理는 이를테면 政府의 代表이지 두 國家의 代表는 아닌 것이다.

「南北合意書」의 이러한 점은 1972년의 東西獨間의 基本關係條約의 경우와 명백히 다른 점이라고 생각한다. 동서독간의 기본관계 조약에서는 國家間의 關係임을 序文 및 제1조 以下 여러 조항에서 분명히 하고 있으며 國家間의 正式의 條約發效에 필요한 議會의 批准·同意 등 절차를 다 밟고 있다. 그럼에도 불구하고 東西獨間의 關係를 民族內部관계(소위 特殊關係)라고 하면서⁽²³⁾ 예컨대 兩獨間의 經濟去來 등을 內國去來로 간주하여 GATT로 부터 그러한 의미의 승인까지 받고 있었다는 사실 등은 示唆하는 바가 많다.

그런데 「南北合意書」를 東西獨間의 基本關係條約과 동일시하여 南北 2個 國間의 條約으로 보는 見解가 없지 않다.⁽²⁴⁾ 그러나 「南北合意書」가 東西獨間의 基本關係條約과 다르다는 점은 두 文件을 대조하여 보면 분명해진다고 생각한다. 그러한 만큼 批准 등 「南北合意書」의 發效節次를 東西獨間의 基

(22) 金明基, “南北基本合意書의 法的性格,” (國際問題, 23권4호, 1992) 17면 및 19면 등 참조

(23) 李長熙, “남북합의서의 국제법적 성격,” (民族統一, 1·2호, 1992년), 5~6면; 李長熙, “東西獨 基本條約에 대한 研究,” 「國際法學會論叢」, 35권2호(통권68호), 81~104면, 특히 83면 및 101~102면(1990); 이장희, “남북한 UN가입과 국제법적 과제—남북한 기본조약의 틀 모색,” 「법과 사회」 5호, 8~12면; 「BVERFGGE36」, I (16~17) 등 참조

(24) 예컨대 李長熙, 前掲 “南北合意書의 法制度的 實踐課題,” 1~4면 참조

本關係條約의 경우와 다르게 한다고 하여 이상하다고 하여야 할 理由가 없을 것이다.(東西獨間 基本關係條約 제10조 참조)

以上에서 보아온 바와 같이 韓半島上에 大韓民國이라고 하는 하나의 國家가 있을 뿐인 까닭에 「南北合意書」가 國際社會에 實在하는 두 國際法實體間的 「條約」일 수는 있어도 國內法(憲法)的으로 國家間 條約(즉 國際條約)일 수는 없다.

이곳에서 우리는 國際法의 시각에서 바라본 南北韓關係와 國內法(憲法)의 시각에서 바라본 남북한관계 사이의 乖離에 주목하여야 한다고 생각한다. 사실 南韓에 大韓民國이 수립되고 북한에 조선민주주의인민공화국이 들어선 이래 韓半島上에 國際的으로 事實上 2개의 國家가 存在하여 왔다는 엄연한 사실을 부인할래야 부인할 수는 없다. 그런데 위에서 이미 지적한 바와 같이 憲法은 하나의 國家만이 존재할 수 있을 뿐인 體制로 구성되어 있다. 더구나 大韓民國憲法은 韓國民이 그 主權的 權力(憲法制定權力)을 행사하여 채택한 헌법인 것이다.

그러면 大韓民國 및 조선민주주의인민공화국의 등장과 함께 형성되어 오늘에 이르고 있는 이러한 兩法의 乖離가 南北韓의 UN同時加入에 의하여 바뀌었는가, 특히 南北合意書의 채택에 의하여 바뀌었는가, 혹은 그 乖離가 소멸되었는가? 남북한의 UN가입에 의하여, 그리고 南北合意書의 採擇·發效에 의하여 남북한간의 關係에 관한 國際法과 憲法의 乖離構造에 바뀐 것이 아무것도 없다는 것이 우리의 결론이다. UN가입을 전후한 남북한 정부의 聲明書·發表文을 살펴보든지 「南北合意書」의 採擇·發效를 전후한 兩政府의 聲明書·發表文들을 보아도, 그리고 「南北合意書」自體에서도 남북한은 相對方을 「國家」로서 승인하는 것이 아니라는 점을 분명히 하고 있다. 相對方을 國家로서 默示的으로나마 承認하는 것으로 보게 만들 수 있을지 모를 言動도 삼가하고 있음을 살펴볼 수 있다.

이 점에서 남북한 정부는 각자의 憲法上的 원칙을 충실히 따르고 있음을 보여주는 것이라고 생각된다. 그러한 만큼 憲法的으로 南北關係는 혹시 國家間的 關係에 「準」하는 關係일 수는 있어도 결코 國家間的 關係일 수는 없

다. 그러므로 「南北合意書」는 아마도 國內法上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.⁽²⁵⁾ 이것이 「南北合意書」에서 南北關係를 나라와 나라 사이의 관계가 아닌 「特殊關係」라고 지칭하고 있는 것의 의미라고 생각한다.

바로 그러한 까닭에 「남북합의서」가 넓은 의미의(國際法上의) 條約이긴 하여도 (國內法=憲法上)「國家間」의 「條約」이 아니기 때문에 國會의 批准·同意를 요하지 아니한다는 결론이 가능하다. 즉 「남북합의서」는 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 默示的 承認行爲의 징표 가운데 하나로 풀이 될 수도 있을 것이기 때문에 國會의 批准·同意를 행하지 아니함으로써 「남북합의서」의 국가간 조약으로서의 性格을 부인하고 있음을 보여주는 것이 된다고 생각한다. 그리고 가령 「남북합의서」가 條約이라고 가정하더라도 美國의 行政協定(executive agreement)⁽²⁶⁾의 예에서 보듯이 한정된 범위내에서 憲法上 要求되는 國會(美國의 경우에는 上院)의 批准·同意 없이도 구속력을 가지는데 지장이 없는 國際條約의 成立을 인정하는 憲法慣行도 가능하다고 생각한다. 서로 상대방을 國家로 승인하지 아니하는 남북한간의 「南北合意書」 등에서는 더욱 그러하지 아니하겠는가?

더구나 國家間的 條約이라고 하더라도 國會의 批准·同意가 다 요구되는 것이 아님은 憲法上 분명하다(제60조 제1항 참조). 우선 「남북합의서」가 憲法 제60조 제1항에서 열거하고 있는 카테고리인 조약, 즉 相互援助 또는 安全保障에 관한 條約, 중요한 國際組織에 관한 條約, 友好通商航海條約, 主權의 制約에 관한 條約, 講和條約, 國家나 國民에게 중대한 財政的 부담을 지우는 條約 또는 立法事項에 관한 條約의 어느 하나나 들에 해당하는 조약이냐의 질문이 가능하다. 그리고 이곳에 열거한 카테고리의 條約을 牽強附會하여 아주

(25) 崔大權, 前掲 “統一論議의 法的分析,” 144~145면; 崔大權, 前掲 “韓國憲法の 座標,” 12면; 崔大權, 前掲 “남북교류협력 본격화시 예상되는 국내법체계상의 문제점과 그 대책,” 56면 등 참조

(26) Encyclopedia of The American Constitution, v.2에 실린 Executive Agreement 欄 참조

너그럽게, 넓게 해석하는 것이 아닌 한 「南北合意書」는 自體로서는 그 어느 것에도 해당되지 않는다고 판단된다. 이를테면 그 施行을 위한 附屬合意書나 法令의 制定없이 그 자체로서는 직접 國民에게 財政的 負擔을 지우거나 義務를 부과하는 아무것도 없다.

아주 최근(1992년 8월 24일)에 서명·발효시킨 「大韓民國과 中華人民共和國간의 外交關係 樹立에 관한 共同聲明」은 공동성명이라는 이름에 상관없이 두나라간의(넓은 의미의) 條約(즉 합의)임에 틀림없는데 國會의 批准·同意를 요하는 조약인가 아닌가? 이 공동성명은 과거에 敵對적이었던 나라와의 外交關係 수립과 동시에 臺灣과의 斷交, 그리고 과거 國會의 同意를 얻어 체결한 條約까지 포함한 臺灣과의 條約의 포기 내지 폐기를 포함하는 「합의」인데 어떻게 國會의 批准·同意없이 가능할 수 있는가? 「남북합의서」는 남북「兩國」간의 외교관계 수립에 관한 合意는 결코 아니지만 이를테면 韓中간의 이 共同聲明에 비견될 수 있는 합의라는 것이 우리의 생각이다. 그러므로 「남북합의서」와 관련하여 國會의 批准·同意가 없었다거나 批准·同意가 요구되지 않는다고 하여 그것이 兩當事者를 구속하는 法的 效力을 가진다는 데 대하여 아무런 지장도 없다고 믿는다. 그리고 우리 政府 側 인사가 처음에 제시하였던 것처럼 「남북합의서」가 정치적 便宜에 따라 언제나 一方的으로 폐기할 수 있는, 따라서 拘束力이 없는 하나의 ‘紳士協定’에 불과한 지에 대하여는 의문이 있다. 「남북합의서」의 合意內容이라든지 「남북합의서」와 함께 나온 南北 兩側 發表文을 보아도 이러한 紳士協定에 그친 합의를 체결하고 南北統一을 향한 巨步라고 부르지는 않았을 것이다.

그러면 條約에 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 重要條約과 관련하여 大統領이 가지는 條約締結權(제73조) 행사에 대한 國會의 統制裝置라고 생각한다.⁽²⁷⁾ 만약 그것이 國會의 立法的 權限이라

(27) 權寧星, 前掲「憲法學概論」, 171면 및 759면; 金哲洙, 前掲「憲法學概論」, 752면; 許營, 前掲「韓國憲法論」, 882면 등

면 國會의 批准·同意를 요하지 아니하는 條約의 경우에는 國內法的인 效力을 전혀 가질 수 없다는 결론이 가능해진다. 그렇다고 批准·同意權이 國會가 大統領의 條約締結權 行使에 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, 國政監査·國政調査權의 발동 등의 장치나 방법을 통한 국회의 政府統制가 그것이다. 「남북합의서」와 관련하여서도 이러한 統制裝置를 활용할 수 있음은 물론이다.

위에서 南北韓關係의 法的性格, 北韓의 法的地位를 이해하는 방법의 하나로 「남북합의서」를 통하여 남과 북은 相對方을 國家로 승인한 것이냐, 「남북합의서」의 法的性格이 무엇이냐의 문제를 다루었거니와 이러한 문제를 가름하는 요소 가운데 하나로 지금은 둘다 UN會員國인 남과 북이 「남북합의서」를 UN憲法の 規定(제102조)에 따라 UN에 登錄하는 문제를 어떻게 처리하고 있는가 하는 점도 살펴보아야 한다고 생각한다.

原論의 문제로 契約이든 國際條約이든 當事者가 意慾한 것 이상일 수도 그 이하일 수도 없는, 當事者의 意思가 지배하는 것이 原則인 법인데, 當事者의 意思는 UN에의 登錄의 문제에도 표출될 것이기 때문이다. 그런데 남과 북은 「南北合意書」를 UN에 登錄하지 아니하기로 합의하고 있다. 이 문제에서 표출된 남과 북의 의사는 「南北合意書」에 대하여 남과 북이 부여하려고 하는 뜻의 하나의 가늠자가 되지 않겠는가 하는 것이다. 이 가늠자에 의하면 「南北合意書」는 國家間의 條約(國際條約)이 아님을 밝히고 있는 것이라 할만 하다고 생각한다. 그렇다고 단순한 ‘紳士協定’으로만 보려는 뜻의 表出은 아닐 것임에 틀림없다. 왜냐하면 남북은 각각의 國內外事情에 비추어 「南北合意書」의 채택에 대단히 중요한 意味를 부여하고 있으며 그러한 뜻이 「南北合意書」 자체 뿐만 아니라 發表文 등에서도 나타나고 있기 때문이다. 즉 「남북합의서」 어디에도 이것을 紳士協定으로 보게 만드는 意思의 表出은 없는 것이다.

위에서 본 바와 같이 南北韓關係가 ‘나라와 나라 사이의 관계’가 아닐 뿐만 아니라 (이것이 「南北合意書」에 표출되고 있다) “통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는” 관계일 뿐이다. 즉 「南北合意書」가 아무리 훌륭하고 「南北合意書」에 따른 南北交流協力 등이 아무리 잘 이루어진다고 할지라도 그것이 目標나 能事가 아니고 統一이라고 하는 目標達成을 指向하는 것이어야 한다는 것이다. 바로 이러한 統一目標達成에의 지향성이 남북관계를 나라와 나라 사이의 關係가 아닌 관계로 규정짓게 만들고 있다고 할 수 있다. 왜냐하면 나라와 나라 사이의 관계는 비교적 永續的인 관계(分斷狀態)를 전제로 하기 때문이다. 이것이 「特殊關係」의 또 하나의 의미임을 물론이다.

(3) 그러면 이러한 시각에서 憲法의 「平和的統一」條項의 의미를 살펴보자 우선 統一의 의미는 무엇인가? 言語의 統一, 經濟的 統合 등 機能的 統合(functional integration)의 用語例에서 보듯이 다양한 統一을 생각할 수 있지만 法的으로 의미있는 統一, 즉 제4조에서 이야기하는 統一은 남과 북이 하나의 法體制, 이 法體制를 擔保하는 하나의 政府 밑에 들어가는 것을 의미한다고 생각한다.⁽²⁸⁾ 하나의 法體制, 하나의 政府란 「主權」의 속성이자 징표이다. 그러한 의미에서 하나의 主權 밑에 남북이 들어가는 것이 統一이다.

그러면 統一은 왜 하여야 하는가, 統一의 目標는 무엇인가? 北韓의 시각에서 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 각기 다른 나라로 구성된 世界秩序, 世界歷史 속에서 우리나라가 추구하는 國家目標가 무엇인가 하는 문제와 밀접하게 관련되어 있다고 생각한다. 이 문제를 극적으로 再構成해 표현하면 우리나라가 어떠한 나라가 되어야 남들이

(28) 統一의 意義에 관하여 崔大權, 前掲「統一의 法的問題」, 76~77면, 116면이하, 138면; 崔大權, 前掲“統一論議의 法的分析,” 119면이하; 崔大權, 前掲“韓國憲法の 座標,” 14면 등

모두 부러워하는 나라가 될 것인가 하는 問題가 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(憲法 제10조 참조) 밖으로는 世界平和와 人類共榮에 艱요한 몫을 담당하는 나라(憲法前文 및 제5조)라야 남들이 다 부러워하는 나라가 될 수 있으며, 그러한 나라를 이룩하는 것이 우리나라의 國家目標가 되어야 한다고 믿는 것이다. 즉 이것은 憲法前文을 비롯하여 우리나라 憲法 전체에서 도출되어 나오는 國家目標이기도 하다. 그리고 이러한 國家目標가 결국 우리의 統一의 목표가 되는 것이라고 생각한다.⁽²⁹⁾이것을 逆으로 표현하면 남북이 分斷된 상태에서는 이러한 國家目標를 실현하는 것이 불가능하거나 그 실현이 막대한 支障을 받게 되는 것을 의미하게 된다. 分斷에 의한 民族力量의 分散과 낭비적인 경쟁에 따르는 소모, 分斷의 아픔과 고통, 世界平和를 위협하는 戰爭危險地域으로서의 위치 등이 그 단적인 표현이다.

사람이 人間으로서의 尊嚴과 價値를 가지고 살 수 있는 나라가 되기 위하여는 일정한 精神的·物質的 基盤과 立憲主義(基本權의 保障·權力分立 등)와 같은 制度的인 基盤이 요구되는데, 이 점에 있어서 앞선 나라만큼 우리가 잘하고 있는 것은 아니며 이직도 앞으로 나아갈 길이 먼 것은 사실이지만, 그러나 日帝의 혹독한 支配時代, 解放後 그리고 6.25動亂後, 그리고 60·70년대의 어려웠던 시대를 돌아보면, 꾸준히 우리가 참으로 많은 것을 이룩하였으며 장차 더 나아지리라는 데에 상당한 自信心을 가지기에 충분하다. 미래는 지금보다 더 나아지리라는 樂觀論은 이 점에서 北韓이 이룩한 것, 예상되는 北韓의 未來像과 비교하면 단순한 自信心에서 더 나아가 使命感까지 가지게 한다. 우리가 이룩한 경제적 富 뿐만 아니라 우리가 이룩한 自由의 성과를, 아직도 「고깃국에 이밥」이 理想인 北韓 동포에게, 아직도 1人獨裁·

(29) 崔大權, “統一칼럼 : 인간尊嚴과 價値 그리고 統一,” 「世界日報」, 1992년 7월15일자; 崔大權, 前掲 “남북교류협력 본격화시 예상되는 국내법체계상의 문제점과 그 대책,” 47~49면 參照

1黨獨裁下에 自由를 모르는 북한 동포와 함께 나누어 가지자는 것이 統一의 그리고 南北交流協力の 目標여야 한다고 믿는다. 한편 民族構成員 한 사람 한 사람의 尊嚴과 價値의 增大와 民族全體力量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는 그간 소극적으로 파악되어 “分斷의 고통과 아픔을 덜자”는 말로 표현되어 온 것이 사실이지만 民族이 統一된 國家 속에서 뭉칠 때 分斷의 고통과 아픔의 해소를 넘어 한 民族으로서의 力量을 極大化할 수 있을 것임은 물론이다. 우리의 憲法의 基盤이 되는 理念 가운데 하나가 民族主義인데 우리의 民族主義가 統一을 요청하고 있는 것이다. 이러한 점을 역설적으로 표현하면 北韓에 物件을 팔아먹고 工場을 지어서 돈이나 벌자는 것이 「南北合意書」를 채택하고 北韓과 交流協力を 벌이는 목적일 수는 없지 않은가 하는 것이 될 것이다. 南北交易이니 投資니 家族訪問이니 하는 것은 사실 統一 없이도 할 수 있는 일들이다.

그러면 문제는 어떻게 그렇게 待望해 마지않는 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. 아마도 대체로 다음과 같은 세가지 過程 내지 方案을 상정할 수 있을 것이라고 생각한다.⁽³⁰⁾

첫째로는 武力使用에 의한 일방적인 상대방의 屈伏·統合을 생각할 수 있다. 둘째로는 일방에 의한 타방의 吸收統合을 상정할 수 있는데, 이 경우에는 대체로 吸收 당하는 측 체제내에서의 民衆蜂起 → 體制顛覆 → 吸收統合의 과정을 거치리라 생각된다. 왜냐하면 體制內 既得權勢力들이 民衆蜂起 등으로 인하여 자기 체제를 지켜내지 못하는 상황이 아닌 한 吸收統合이 일어날 수 있다고 생각되지 아니하기 때문이다. 셋째로는 남과 북이 합의하여 통일에 이르는 경우도 理論적으로 상정할 수 있다. 다만 이 경우도 既得權勢力을 대변하는 政府次元의 合意를 통한 통일과 남북을 모두 포섭하는 憲法制

(30) 崔大權, 前掲「統一의 法的問題」, 118면이하; 崔大權, 前掲“統一論議의 法的分析,” 127면 이하; 崔大權, 前掲“韓國憲法の 座標,” 14면 이하

定權力에 의한 통일의 경우를 나누어 생각할 수 있는데, 前者인 政府次元의
合意에 의한 통일이란 實際로는 있을 수 없으며, 있을 수 있다면 既得權勢
力등이 자기 체제를 수호해 낼 수 없는 상황의 경우일 것이고(獨逸統一은
실은 이 과정을 밟았다), 기득권세력이 자기 체제를 지켜낼 수 있는 상황
이라면 體制聯合 또는 南北聯合(실질적으로는 國家聯合이지만 韓半島上에 2
개의 나라가 있을 수 없는 까닭에)에의 合意가 고작일 것이라고 생각된다.

南北 쌍방이 자기 체제를 본질적으로 훼손하지 아니하면서 統一에 이를
수 있는 제3의 體制는 없다고 생각한다.⁽³¹⁾ 즉 北의 唯一體制, 一黨獨裁體制
와 南側의 多元主義體制 모두를 포섭하는 혹은 양체제 모두를 조화할 수 있
는 第3의 體制란 있을 수 없다고 생각되기 때문이다. 그렇다면 남과 북의
합의에 의한 통일이란 南北韓 住民 모두를 포함하는 韓民族의 憲法制定權力
行使(統一憲法 채택)에 의한 통일 뿐이다. 다만 形式節次 過程으로는 남북
兩政府가 合意하여 韓民族 전체의 憲法制定權力 行使의 節次와 方法을 결정
할 것이고 이에 따라 憲法制定權力이 行使되리라 예상된다. 그리고 이러한
경우란 실제로는 政府가 민중의 요구에 굴복하는 경우라고 생각된다.

아무튼 첫째로 우리의 領土條項이 武力使用에 의한 統一만을 요구하는 것
이라면 憲法 제3조와 제4조는 相衝하는 條項이라 할 수 있다. 그러나 또 한
번의 전쟁을 원하지 아니하는 國民情緒와 韓半島의 주변 國際情勢에 비추어
남한이 주도하는 武力에 의한 統一이란 상상하기 힘들거니와 통일을 위한
것이라 하더라도 武力使用(戰爭)이야말로 가장 組織的인 대규모의 人權侵害
를 동반한다는 점에서 人間의 尊嚴과 價値의 존중을 최고의 價値로 생각하
는 우리의 憲法上으로는 武力에 의한 統一은 제4조를 떠나서라도 허용될
수 없다고 믿는다. 그렇다면 제3조와 제4조는 外見上의 衝突에도 불구하고
아무런 衝突도 실제로는 惹起되는 것이 아니라고 판단된다. 오히려 兩條項
은 서로 조화될 뿐만 아니라 서로 補完的인 관계에 서 있다.⁽³²⁾ 문제의 어려

(31) 崔大權, 前掲「統一의 法的問題」, 119면 이하 및 특히 119면의 註(5); 崔大權, 前掲“統
一論議의 法的分析,” 141~142면 참조

움은 武力에 의한 統一의 뜻을 북쪽에서는 아직도 버리지 아니하고 있다는 데 있다고 생각한다.

둘째로, 남쪽에 의한 북측의 吸收統合은 아무런 憲法的 어려움을 제기치 아니한다고 생각된다. 북측이 獨逸 基本法 제23조에서와 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. 북측에 의한 남측의 吸收統合이란 理論的으로는 몰라도 세계적인 차원에서의 共產主義體制의 沒落과 우리 사회내부의 社會主義思想의 退潮 및 그간의 우리의 社會內部的 民主化 등에 힘입어 실제로 일어나리라 생각되지 아니하지만, 가령 그것이 가능하다고 하는 경우에 새삼스럽게 憲法的인 問題點이 제기될 여지는 없을 것이다. 그것은 우리 憲法體制 전복 후의 일이기 때문이다.

可能性·現實性을 가지고 이야기하면 오히려 南側에 의한 北의 吸收統合이 일어날 可能性이 크다고 보아야 할 것이다. 실제로 이러한 가능성에 대한 우려가 북측으로 하여금 그 필요성에도 불구하고 남측과의 經濟交流協力, 離散家族再會, 故鄉訪問 등의 허용을 꺼리게 만들고 있는 것이라고 우리가 이해하고 있다.

아무튼 남측에 의한 북측의 吸收統合이 실제로 일어났다고 하는 경우에 타당하여야 할 大原則은 大韓民國의 法令을 北韓地域까지 擴大適用하는 일이라고 생각된다.⁽³²⁾ 위에서 이미 지적한 바와 같이 北韓住民은 憲法上 특별 조치 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, 이러한 과정에서 여러가지 어려움이 생겨나리라 생각되는데 그러한 어려움 가운데 하나로서 원래의 북한 지역 주민으로 越南하여 남쪽에서 새 가정을 이루고 살고 있는 사람의 北韓

(32) 崔大權, 前掲 “統一論議의 法的分析,” 142~149면; 崔大權, 前掲 “韓國憲法の 座標,” 14~17면.

(33) 崔大權, 前掲 “남북교류협력 본격화시 예상되는 국내법체제상의 문제점과 그 대책,” 62면 이하

의 直系家族과 南韓의 直系家族을 어떻게 처리하여야 할 지에 관하여 個人選擇의 문제로 취급하여야 할 지, 特別立法으로 民法·戶籍法上 例外를 인정하여야 할 지에 관한 選擇의 問題들이 있으리라 믿는다.

그곳의 土地를 어떻게 처리 내지 취급할지에 관하여는 특히 어려운 문제점을 던져 준다고 생각한다. 이 문제는 일차적으로는 「조선민주주의인민공화국」을 어떻게 보느냐에 관련이 있다고 생각한다. 가령 북한을 不法團體로, 그리고 法的으로 無의 存在로 취급한다면 북한정부가 들어서기 직전의 私有地는 모두 私有로 환원되어야 하리라 생각된다. 그렇더라도 道路나 政府建物敷地가 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 適法狀態를 인정한다)는 경우이냐의 차이는 있어도 반드시 不法團體로 보지 아니하는 경우에 북한이 행한 國有化措置(私有財産 沒收措置)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 特別立法에 의하여 그리고 예전의 南韓의 敵産拂下의 경험이나 원칙에 비추어 북한지역의 土地 중 拂下할만한 土地만을 選別的으로 예전의 所有者(또는 그 相續人)에게 私所有權을 회복케 하는 것이 타당하리라 생각된다. 이것은 特別立法의 制定전에 옛 所有主의 무조건적인 私所有權回復은 장차의 北韓地域의 더 나은 개발을 위하여 留保되어야 한다는 것, 잠정적으로 그러한 立法時까지의 國有의 原則이 견지되어야 한다는 것을 의미한다.

셋째로, 南北韓 全住民을 포용하는 韓民族의 憲法制定權力 行使에 의한 統一이란 실질적으로는 남북한 모두에 걸친 民主化, 그리고 이에 더하여 남북한 주민 모두에 의한 統一要求의 噴出과 같은 條件을 필요로 하리라 믿어진다. 아무튼 이러한 경우의 憲法制定權力 行使에 의한 統一(統一憲法の 採擇)은 既存의 南北政府의 解體를 前提로 하리라 믿어진다. 그렇다면 이러한

통일이 現行憲法上 어떻게 評價될 것이냐 하는 問題가 이론상 제기될 수는 있을 것이다. 그렇더라도 만약 이러한 過程을 통하여 통일이 진정으로 이루어진다면 현행의 우리 憲法の 시각을 통한 評價 내지 乖離의 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 실현을 의미하기 때문에 이러한 경우의 헌법의 해체는 우리 헌법의 發展的 解體를 意味한다고 생각하는 까닭이다. 나아가 남북한 전주민을 포용하는 憲法制定權力은 현행 헌법의 제정권력보다 우월하는 권력이며 따라서 이같은 發展的 解體를 正當化하고도 남음이 있다고 믿는다.⁽³⁴⁾

다만 전체 한민족을 포용하는 憲法制定權力이 이같은 優越的 權力을 주장할 수 있기 위하여는 다음과 같은 두가지 節次的 條件을 갖추어야 한다고 생각한다.⁽³⁵⁾ 첫째는, 남북한 주민이 多數者이든 少數者이든, 심지어는 反對者까지도 자유스럽게 憲法制定權力 形成에 참여할 수 있는 기회(機會均等)가 주어져야 하고, 둘째로는 완전한 言論·出版·集會·結社의 自由, 政黨設立의 自由, 身體의 自由 등이 보장되어야 한다. 우리 憲法の 「平和的 統一條項」(제4조)의 「自由民主的 基本秩序에 立脚」한 통일정책이란 바로 이러한 憲法制定權力 行使를 위한 節次的인 틀을 의미한다는 것이 그 하나의 뜻이고, 이러한 憲法制定權力 行使를 의하여 제정될 (統一)憲法の 內容이 自由民主的 基本秩序에 입각하여야 한다는 것이 또 다른 두번째 뜻이라고 생각한다.

즉 統一의 目標 가운데 하나가 全體 韓半島上의 自由民主的 基本秩序의 건설인 점은 이미 언급한 바이다. 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으로 하는 憲法이 되지 않을 수 없다고 믿는다.

아무튼 이곳에서 摘示하는 憲法制定權力 行使를 위한 두가지 節次的 條件

(34) 崔大權, 前掲「統一의 法的問題」, 137면 이하 및 146면; 崔大權, 前掲“統一論議의 法的分析,” 136면; 崔大權, 前掲“韓國憲法の 座標,” 16~17면

(35) 崔大權, 「憲法學—法社會學的 接近」(傳英社, 1989), 96~101면, 특히 100~101면; 崔大權, 前掲「統一의 法的問題」, 143면

이 특히 중요한 이유는 이러한 두가지 條件이 갖추어지지 아니한 상태에서 採擇된 決定(憲法採擇이라는 決定)이라면 그것은 진정으로 國民(民族)이 自由意思로 행한 決定이라고 할 수 없기 때문이다. 그리고 少數者나 反對者의 意思까지 존중되는 節次過程을 거쳐 채택된 결정의 내용에는 少數者나 반대자의 의사에 대한 尊重의 原理까지 포섭되리라고 생각되는 것이다. 북한 헌법이 북한주민의 自由意思에 따라 채택한 것이 아니라는 것은 이같은 節次的 條件이라든지 內容上의 原理에 따르지 아니한 채 채택한 때문인 점은 異論의 여지없이 너무나 분명하다고 생각한다.

(4) 이상에서 헌법의 領土條項과 平和的統一條項을 살펴 보았거니와 그러한 문제의 國家保安法의 正當性의 根據를 어디에서 어떻게 찾을 것인가, 아니면 正當性의 根據는 없으며 따라서 폐기되어야 하는 것인가?

첫째로 解釋論 문제로서 國家保安法에 관한 종래의 지배적인 생각은 國家保安法을 헌법의 領土條項에 根據지우고 있다. 그러나 이러한 생각에 바탕을 둘 때에는 여러가지 憲法解釋上의 어려움에 부딪히게 되는데, 그 하나가 「基本權의 制限과 限界」에 관한 憲法 제 37 조 제 2 항과 제 3 조를 어떻게 조화시킬 것이냐 하는 것이 그것이고, 또 하나는 제 37 조 제 2 항의 근본취지가 基本權을 公共의 必要性 때문에 부득이 하게 制限하여야 하는 경우에도 부득이 하고 꼭 필요한 最小限만을 法律로 制限할 수 있을 뿐이라는 基本權制限에 대한 制約이 있는데, 國家保安法을 領土條項에 根據지울 때 基本權制限에 대한 制約의 原則을 어떻게 관철시킬 것이냐 하는 문제라고 생각한다. 바로 이러한 어려움 때문에 北韓을 무조건 不法團體로 보고 나아가 이를 犯罪團體(즉 反國家團體)로 규정한 것이 國家保安法이라고 보고 있는 것으로 생각된다.

그러나 憲法條項의 體系的 調和的 解釋의 原則⁽³⁶⁾에 비추어 國家保安法과

(36) 金哲洙, 前掲「憲法學概論」, 30면; 許營, 前掲「韓國憲法論」, 75면 이하; 桂壽悅, “憲法の解釋” 「公法研究」 20號, 145~213면.

같은 國民의 基本權을 制限하는 法律의 憲法的 根據는 언제나 제37조 제2항이며 따라서 國家保安法도 基本權制限을 制約하는 제37조 제2항의 原則에 따라야 한다.⁽³⁷⁾ 따라서 領土條項이 國家保安法の 根據라는 主張은 잘못된 주장이라고 생각한다. 만약 領土條項을 國家保安法の 根據條項이라고 한 大法院의 判決이 있었다면 그것은 憲法의 관계조항을 잘못 이해한 判決이라고 생각한다. 領土保全의 必要性(우리의 경우에 統一 또는 領土回復의 必要性)을 누가 부인할 수 있을까 마는, 領土保全의 必要性은 제37조 제2항상의 必要性(國家安全保障, 秩序維持 또는 公共福利의 必要性)의 오로지 한가지 例에 지나지 않는다.

그러한 의미에서 基本權制限의 根據條項으로서는 領土條項은 제37조 제2항과 별개의 조항도 혹은 特別法關係에 있는 조항도 아니고, 제37조 제2항의 例示條項에 불과하다. 그리고 基本權制限의 必要性만으로 그 基本權制限이 正當化될 수 없음은 제37조 제2항의 「制限의 制約의 原理」에 비추어 분명하다. 그러한 만큼, 國家保安法은 憲法 제37조 제2항의 限界內에서만 正當化될 수 있다. 이것이 國家保安法 제7조에 관한 憲法裁判所 決定⁽³⁸⁾ 이다. 憲法裁判所의 決定은 法院을 비롯한 國家機關을 拘束하는 등의 效力을 가지는 까닭에(憲法裁判所法 제47조 1항 참조) 위 國家保安法제 7 조에 관한 憲法裁判所 決定이 가지는 效力에 비추어 비록 國家保安法の 여러 條項의 文面은 혹시 違憲主張의 소지가 있을 만큼 ‘광범위하게’ 혹은 ‘막연하게’ 규정되어 있을지라도 위 憲法裁判所 決定이 선언한 원칙의 범위내에서만 效力을 가진다.

國家保安法 제7조에 관하여 憲法裁判所 決定이 선언한 原則이란 실은 憲法 제37조 제2항의 原則으로서 이것을 재천명한 것에 지나지 않는다고 생각된다. 아무튼 國家保安法은 이제 憲法裁判所 決定이 限定(解釋)한 範圍內

(37) 崔大權, 前掲「憲法學」, 189~213면, 특히 203면 이하

(38) 1990년 4월2일 결정, 89 헌가 113. 그리고 이 決定에 관한 연구로 崔大權, “刑法의 解釋과 憲法의 效力,” 「法學」 31권1·2호(서울대학교, 1990), 209~221면. 참조

이 특히 중요한 이유는 이러한 두가지 條件이 갖추어지지 아니한 상태에서 採擇된 決定(憲法採擇이라는 決定)이라면 그것은 진정으로 國民(民族)이 自由意思로 행한 決定이라고 할 수 없기 때문이다. 그리고 少數者나 反對者의 意思까지 존중되는 節次過程을 거쳐 채택된 결정의 내용에는 少數者나 반대자의 의사에 대한 尊重의 原理까지 포섭되리라고 생각되는 것이다. 북한 헌법이 북한주민의 自由意思에 따라 채택한 것이 아니라는 것은 이같은 節次的 條件이라든지 內容上의 原理에 따르지 아니한 채 채택한 때문인 점은 異論의 여지없이 너무나 분명하다고 생각한다.

(4) 이상에서 헌법의 領土條項과 平和的統一條項을 살펴 보았거니와 그러면 문제의 國家保安法의 正當性的 根據를 어디에서 어떻게 찾을 것인가, 아니면 正當性的 根據는 없으며 따라서 폐기되어야 하는 것인가?

첫째로 解釋論 문제로서 國家保安法에 관한 종래의 지배적인 생각은 國家保安法을 헌법의 領土條項에 根據지우고 있다. 그러나 이러한 생각에 바탕을 둘 때에는 여러가지 憲法解釋上의 어려움에 부딪히게 되는데, 그 하나가 「基本權의 制限과 限界」에 관한 憲法 제 37 조 제 2 항과 제 3 조를 어떻게 조화시킬 것이냐 하는 것이 그것이고, 또 하나는 제 37 조 제 2 항의 근본취지가 基本權을 公共의 必要性 때문에 부득이 하게 制限하여야 하는 경우에도 부득이 하고 꼭 필요한 最小限만을 法律로 制限할 수 있을 뿐이라는 基本權制限에 대한 制約에 있는데, 國家保安法을 領土條項에 根據지울 때 基本權制限에 대한 制約의 原則을 어떻게 관철시킬 것이냐 하는 문제라고 생각한다. 바로 이러한 어려움 때문에 北韓을 무조건 不法團體로 보고 나아가 이를 犯罪團體(즉 反國家團體)로 규정한 것이 國家保安法이라고 보고 있는 것으로 생각된다.

그러나 憲法條項의 體系的 調和的 解釋의 原則⁽³⁶⁾에 비추어 國家保安法과

(36) 金哲洙, 前掲「憲法學概論」, 30면; 許營, 前掲「韓國憲法論」, 75면 이하; 桂禧悅, “憲法の解釋,” 「公法研究」 20輯, 145~213면.

같은 國民의 基本權을 制限하는 法律의 憲法的 根據는 언제나 제37조 제2항이며 따라서 國家保安法도 基本權制限을 制約하는 제37조 제2항의 原則에 따라야 한다.⁽³⁷⁾ 따라서 領土條項이 國家保安法の 根據라는 主張은 잘못된 주장이라고 생각한다. 만약 領土條項을 國家保安法の 根據條項이라고 한 大法院의 判決이 있었다면 그것은 憲法의 관계조항을 잘못 이해한 判決이라고 생각한다. 領土保全의 必要性(우리의 경우에 統一 또는 領土回復의 必要性)을 누가 부인할 수 있을까 마는, 領土保全의 必要性은 제37조 제2항상의 必要性(國家安全保障, 秩序維持 또는 公共福利의 必要性)의 오로지 한가지 例에 지나지 않는다.

그러한 의미에서 基本權制限의 根據條項으로서는 領土條項은 제37조 제2항과 별개의 조항도 혹은 特別法關係에 있는 조항도 아니고, 제37조 제2항의 例示條項에 불과하다. 그리고 基本權制限의 必要性만으로 그 基本權制限이 正當化될 수 없음은 제37조 제2항의 「制限의 制約의 原理」에 비추어 분명하다. 그러한 만큼, 國家保安法은 憲法 제37조 제2항의 '限界內'에서만 正當化될 수 있다. 이것이 國家保安法 제7조에 관한 憲法裁判所 決定⁽³⁸⁾ 이다. 憲法裁判所의 決定은 法院을 비롯한 國家機關을 拘束하는 등의 效力을 가지는 까닭에(憲法裁判所法 제47조 1항 참조) 위 國家保安法제 7 조에 관한 憲法裁判所 決定이 가지는 效力에 비추어 비록 國家保安法の 여러 條項의 文面은 혹시 違憲主張의 소지가 있을 만큼 '광범위하게' 혹은 '막연하게' 규정되어 있을지라도 위 憲法裁判所 決定이 선언한 원칙의 범위내에서만 效力을 가진다.

國家保安法 제7조에 관하여 憲法裁判所 決定이 선언한 原則이란 실은 憲法 제37조 제2항의 原則으로서 이것을 재천명한 것에 지나지 않는다고 생각된다. 아무튼 國家保安法은 이제 憲法裁判所 決定이 限定(解釋)한 範圍內

(37) 崔大權, 前掲「憲法學」, 189~213면, 특히 203면 이하

(38) 1990년 4월2일 결정, 89 헌가 113. 그리고 이 決定에 관한 연구로 崔大權, “刑法의 解釋과 憲法의 效力,” 「法學」 31권1·2호(서울대학교, 1990), 209~221면. 참조

에서만 (즉 憲法 제 37 조 제 2 항의 範圍內에서만 有效한 法律인 까닭에 새삼스럽게 그 改正을 論議하지 아니하여도 무방한 法律이라 할 수 있다.

이러한 立場에 설 때에 北韓地域에 주소를 둔 北韓政府가 무조건 國家保安法上的 「反國家團體」가 되는 것이 아니고 「國家의 存立安全이나 自由民主的 基本秩序를 위태롭게」하는 行爲 등과 결부될 때에 犯罪構成要件上的 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(顯在化)에 어긋나는 狀態에 있다는 의미에서 不法이긴 하여도 不法이라고 하여 다 犯罪가 되는 것은 아닐 것이다.

國家保安法の 문제를 이렇게 이해하는 이상 「南北交流協力에 관한 法律」 제3조의 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 犯罪構成要件에 해당할 이유가 없다고 생각한다. 그것은 “國家의 存立·安全이나 自由民主的 基本秩序를 위태롭게”하는 行爲가 아니기 때문이다. 그러나 비록 南北交流協力에 관한 法律에 따라 政府의 승인을 얻어 北韓과 交流·接觸을 하는 行爲이더라도 그것이 大韓國民의 政府 또는 體制의 顛覆行爲의 일환으로 행한다고 함과 같은 경우에는 「南北交流協力에 관한 法律」 제3조에 관계없이 國家保安法の 규율대상이 된다고 생각한다.

둘째로는 立法論의 문제로서 위의 憲法裁判所의 決定의 결과로 굳이 國家保安法을 改正하지 아니하더라도 무방한 것이라는 점은 이미 지적한 바이지만, 만약 國家保安法을 改正하기로 하는 경우에는 말할 것도 없이 國家保安法 제7조에 관한 사건에서 憲法裁判所가 천명한 原則(이것은 곧 憲法 제 37 조 제 2 항 明白現存危險의 原則)에 따라 改正하여야 한다고 생각한다. 사실 그동안 오래 國家保安法 改正主張이 지속되어 왔었기 때문에 改正을 위한 改正이 마치 要請되고 있는 듯이 보여지고 있는 측면도 있다.

또 憲法裁判所의 決定例만으로는 國家保安法에 불명확한 채 남아있는 부분도 있을 수 있다. 이러한 문제점을 짚고 넘어가는 방편으로 國家保安法의 改正을 생각해 볼 수 있다. 그리고 國家保安法을 改正한다고 하는 경우에는 刑法上의 內亂·外患의 罪와 별개로 굳이 國家保安法을 따로 두어야 할 이유가 있는지에 관하여도 의문이 있을 수 있다. 만약 國家保安法을 새삼스럽게 改正하려 한다고 하는 경우에는 國家保安法上의 實體規定은 內亂·外患의 罪에, 節次規定은 刑事訴訟法에, 그리고 補償援護規定은 다른 補償援護規定에 포섭, 규정하는 문제를 진지하게 검토하여야 한다고 생각한다. 그리고 이러한 과정에서 刑法에 포섭되지 아니하는 國家保安法 제6조의 潛入·脫出罪 부분은 政府의 승인없이 북한과 교류접촉하였을 때의 處罰規定인 南北交流協力에 관한 法律 제27조 제1항 제1호 등의 규정에 포섭하여 규정되어야 한다고 생각한다.

결론적으로 이야기하면 合法的으로 성립된 政府를 顛覆하려고 하거나 자신이 信奉하고 지키려 하는 자기의 政治體制 (우리의 경우 自由民主的 基本秩序)를 破壞하려는 行爲를 法으로 엄하게 다스리지 아니하는 나라가 이 세상에 어디에 있을 것이며, 또 이러한 行爲를 法으로 다스리려는 마당에 刑法의 內亂罪, 外患罪 規定을 두고도 國家保安法이라는 特別法으로 대처한다고 하여 안될 것이 무엇이 있는가? 문제는 刑法에 의하였든 國家保安法에 의하였든 그것이 政治彈壓 등을 위하여 남용될 수 있으며, 이러한 남용만 저지될 수 있는 것이라면 國家保安法이라는 特別法에 의한다고 하여 조금도 잘못이 없다고 생각한다.

이러한 濫用을 방지하는 장치의 하나가 憲法 제37조 제2항이며 또 하나의 장치는 憲法裁判所의 憲法裁判이다. 그러므로 國家保安法에 관한 憲法裁判所의 限定合憲 決定이 나와 있는 마당에 중요한 것은 이 決定이 천명한 範圍內에서 國家保安法을 운영하는 일이며 이 範圍를 벗어나 國家保安法이 適用(즉 濫用)되는 일이 없게 경계하고 방지하는 일이라고 생각한다.

다만 憲法裁判所 決定이 拘束力 등의 效力을 가진다는 學說, 理論이나 憲

法裁判所法の 關係規定에도 불구하고 과연 保安事犯 등을 다스리는 警察·檢察, 그리고 法院으로 하여금 이를 따르게 하는 힘(執行力)이 있는지에 대하여 의문이나 의구심이 있을 수 있는 까닭에⁽³⁹⁾ 憲法裁判所 決定의 취지에 따라 문제점을 분명하게 하여 두는 國家保安法 改정이 필요하리라 생각된다. 위의 憲法裁判所 決定이 내려진 이후 國家保安法 改正作業이 일어나 1991년 5월 31일의 改正으로 “國家의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 점을 알면서”라는 目的條項을 여러 條文에 삽입함으로써 종래의 犯罪構成 要件에 비해서는 상당히 限定的으로 규정하기에 이른 점은 의문의 여지가 없다. 그러나 과연 憲法 제37조 제2항의 뜻에 맞을 만큼 限定的인지의 疑問은 남는다고 생각한다. “國家의 存立·安全이나 自由民主的 基本秩序를 위태롭게 한다는 점”을 가졌더라도 그 소정의 行爲가 “國家의 存立·安全이나 自由民主的 基本秩序에 實質的 害惡을 明白한 危險性”이 없다고 판단되는 경우도 있을 수 있는 까닭이다. 그리고 마지막으로 이러한 취지에 따라 기왕에 國家保安法을 改正하려고 손을 대기로 작정하는 경우라면 刑法의 內亂·外患의 罪 規定이외에 따로 國家保安法을 두어야 할 이유는 없어 보인다는 것이 우리의 입장이다. 다만 차제에 刑法의 內亂·外患罪 條項도 함께 손을 보는 改正作業이 이루어져야 하리라는 것이 또한 우리의 입장이다.

(39) 崔大權, 前掲 “刑法의 解釋과 憲法の 效力,” 217~218면 참조

3. 맺는말 : 「특수관계」를 중심으로

(1) 이상에서는 憲法 제3조 및 제4조, 國家保安法 등 法條項을 중심으로 하여 南北韓關係의 法的性格을 살펴 보았거니와 이곳에서는 「南北合意書」의 「特殊關係」개념에 초점을 맞추어 論議를 전개하여 보자.

「特殊關係」의 意味는, 첫째로는 南北韓關係가 國家와 國家間의 關係가 아니라는 것인데, 이점에 관하여는 위에서 충분히 살펴보았다고 생각한다. 「南北合意書」에서 나라와 나라 사이의 관계가 아니라고 한 것이 그것인데, 위에서 살펴본 바와 같이, 憲法의 領土條項의 의미에 따른 南北韓關係의 法的性格을 충실히 반영한 것이라고 생각된다. 아무튼 소극적으로 나라와 나라 사이의 관계가 아니라면 그러면 적극적으로는 무엇과 무엇의 관계인가? 완곡하게 표현하여 두 實體間의 관계임에는 틀림없다. 그러면 두 實體란 무엇인가? 아마도 두 政府를 의미한다고 보아야 하리라 믿는다. 다만 大韓民國政府의 正統性을 감안하면 北韓政府는 위에서 본 바와 같이 地方自治團體에 비유될만 한 地方政府(local government)로 보아야 하리라 생각된다.

그렇다면 「특수관계」의 두번째 의미는 (正統)政府와 (地方)政府間의 관계일 것이라고 생각된다. 위에서 이미 지적한 바와 같이 한반도에는 「1民族·1國家·2政府·2體制」의 공식이 타당함을 주의할 필요가 있는 것이다. 「南北合意書」는 바로 이러한 두 政府間의 合意이다. 이 「南北合意書」를 채택한 南北政府間의 관계와 「南北合意書」가 예정하고 있는, 즉 「남북합의서」가 제대로 이행된다고 하는 경우에 형성되는 南北政府間의 關係를 개념상 구별하여야 한다고 생각한다. 이 후자의 관계는 남북관계가 國家와 國家間의 關係라고 가정한다면 「國家聯合」의 關係에 불과하다. 다만 남북관계가 國家와 國家間의 關係가 결코 아닌 까닭에 國家聯合일 수 없을 뿐이다. 그것은 이를테면 「政府聯合」이요 相異한 體制間의 聯合이라는 의미에서는 「體制聯合」이라 할 수 있다. 다만 「政府聯合」이라는 用語가 익숙치 아니한 만큼 「南北聯合」 혹은 「體制聯合」이라고 지금까지 불러온 것 뿐이다. 이곳에서 우리가

「政府聯合」이란 造語를 사용하더라도 이것이 반드시 잘못된 用法이라고 생각되지는 않는다.

「남북합의서」에서 예정한 구체적인 사업(예컨대 軍縮, 經濟交流協力, 離散家族의 再會·再結合·相互訪問, 相互核統制 등)을 공동으로 수행하기 위한 體制(附屬合意書의 채택, 共同委員會의 구성 등)를 (그나마도 부분적으로) 구축하여 놓았을 뿐 지금 이 순간 아직은 이 體制를 가동시켜 실제로 사업을 펼쳐나가지 못하고 있으나, 이러한 體制가 가동되어 공동의 機構(예컨대 共同委員會)를 중심으로 위의 공동의 사업을 수행하여 나간다고 하는 경우에는, 그러한 경우의 남북관계는 實質的인 意味의 國家聯合의 관계에 지나지 않는다. 그러한 만큼 「남북합의서」의 「特殊關係」란 發展的 變化를 예정하고 있다고 할까 그것을 전제한 남북관계를 의미한다. 그러므로 「특수관계」의 세번째 의미는 「南北聯合」 또는 「體制聯合」으로의 進入을 豫定하고 있는 관계를 의미한다.

나아가 「南北聯合」 또는 「體制聯合」이 終局的 目標가 아니라는 점도 위의 「특수관계」는 예정하고 있다. “통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는”, 관계라는 것이 그것이다. 즉 「특수관계」의 네번째 의미는 南北關係變化의 窮極的 目標인 統一을 지향하는 과정에서 暫定的으로 形成되는 관계라는 것이다. 즉 「남북합의서」가 예정하고 있는 南北聯合 내지 體制聯合도 終局的 目標인 統一이라는 發展的 變化를 전제로 한 관계라는 것이다. 그리고 南北聯合 또는 體制聯合도 처음에는 대단히 느슨한 聯合으로부터 시작하여 좀더 밀접한 聯合을 거쳐 統一에 이르게 되리라고 예상된다. 「特殊關係」는 결코 고정된 또는 확정된 관계가 아니며 또 그래서도 안된다. 이것이 「特殊關係」의 의미라고 생각된다.

(2) 이상에서 본 바와 같이 ‘特殊關係’에 있는 南北關係는 發展的 變化를 전제로 한다고 할까 이를 豫定하고 있는 관계이다. 남과 북은 사실 「南北合意書」를 바탕으로 하여 그곳에서 합의한 대로 統一을 이룩하는 경우를 포함

하여 어떠한 關係로도 그들의 관계를 發展시켜 나갈 수 있다.

남북이 그들 사이의 관계를 새롭게 형성·발전시켜 나갈 수 있는 것 가운데 하나가 休戰體制를 平和狀態로 전환시키는 일이라고 생각한다.(남북합의서 제5조 참조) “남과 북은 現 停戰狀態를 남북 사이의 공고한 平和狀態로 전환시키기 위하여 공동으로 노력”한 결과 ‘평화상태가 이룩’되면 충분하며 새삼스럽게 休戰體制를 종식할 平和協定을 체결하여야 할 필요나 이유는 없다. 그리고 남북 사이에 平和狀態가 이룩될 때까지는 現 軍事停戰協定을 준수하면 족하다. 「南北合意書」 제5조는 그간의 平和協定에 관한 論議를 확정적으로 終結시킨 조항이라고 판단된다. 이제는 平和協定締結의 문제가 아니라 「남북합의서」 제5조 履行의 문제만이 남았다고 할 수 있다. 그리고 남북 사이에서 「鞏固한 平和狀態」가 구축되었다고 하는 경우에 혹시 國際政治的인 力學關係 때문에 주변 強大國들이 이 「平和狀態」를 받아들일지나 어떠한 문제가 있을 수는 있으나, 이 문제는 남과 북이 “現 停戰狀態를 남북 사이의 공공한 平和狀態로 전환시키는” 문제와 별개의 문제이며, 이 문제를 해결하기 위하여는, 남한측을 지원하기 위한 UN軍의 파견이 UN決議에 의거하였던 만큼 이에 상응하여 남북사이에서 이룩한 평화상태를 지지하는 UN決議를 얻어내는 것이 正道가 아닐까 생각한다.

그동안의 남한 사회 내부에서의 平和協定論議는 북한의 美國을 상대로 하는 平和協定 제의를 어떻게 대응할 것인가하는 문제를 해결하겠다는 強迫觀念에 의하여 촉구된 바가 많았다. 그리하여 南韓 人士 가운데서도 平和協定 없이는 冷戰體制의 產物인 한반도상의 休戰體制를 종결시키고 平和狀態를 조성하는 일이 마치 불가능한 것처럼 생각하는 사람이 많았다. 그리고 그러한 사람 사이에서는 남한과는 상대하지 않겠다는 북한을 어떻게 남북간의 平和協商 테이블로 끌어들이느냐의 문제를 가지고 고민하여 왔다고 할 수 있다.

말할 것도 없이 북한의 미국을 상대로 한 平和協定締結의 提議는 美軍撤收 등의 주장을 골자로 하는 對南戰略의 일환이었다. 休戰協定의 當事者도

北韓과 美國이니까 平和協定の 當事者도 北韓과 美國이어야 한다는 論理에 바탕을 두고 있는 것이다. 일견하여 이 이론이 그럴듯 하기 때문에 사실 남한에서도 이 이론의 동조자가 적지 않았다고 할 수 있었다. 그러나 엄밀히 法的으로 이야기하면 休戰協定은 UN軍司令官과 북한人民軍司令官 및 中共人民志願軍司令官 사이에 체결된 協定에 불과하다. 韓國戰 및 休戰協定에 介在된 나라로 치자면 UN軍 깃발 아래 싸운 韓國 및 美國을 위시한 參戰 16個國과 中國이 포함되며⁽⁴⁰⁾ 따라서 平和協定도 韓國 및 參戰 16個國과 北韓 및 中國 사이에 체결되어야 할 것이고, 아니면 UN을 一方 當事者로 하고 북한 및 중국을 他方 當事者로 하여 체결되어야 하리라. 한편 한국전쟁이 한반도에서 전개되었고, 이 한반도의 반을 차지하며 韓國戰爭의 가장 중요한(參與人員이나 被害人員, 被害財産 등의 점에서) 當事者이자 휴전협정의 (UN軍司令官에 의하여 代表되었다는 의미에서 이를테면 간접적인) 체결 당사자인 남한을 배제하고 한반도상에 실제로 어떻게 平和體制를 구축할 수 있다는 것인지, 북한의 對南戰略의 시각에 서지 아니하는 한 도저히 理性的으로 이해할 수 없는 것이다. 한국은 UN軍司令官에게 스스로 作戰統制權을 이양하여 UN軍의 기치 밑에서 싸웠기 때문에 休戰의 문제에 있어서 휴전협정에 서명·날인한 UN軍司令官에 의하여 代表되었다고 할 수 있음은 물론이다. 그러한 의미에서 한국도 휴전협정의 당사자라 할 수 있음은 물론이다. 나아가 비록 전쟁 수행상 外國軍의 지원이 있었다고 할지라도 한반도상에서 한 民族끼리 남북으로 나뉘어 싸운 전쟁을 최종적으로 마무리짓고 平和體制를 구축하는 문제는 外勢가 아니고 한 民族끼리 해결하는 것은 民族主體의 立場에서 너무나 당연하다고 단언할 수 있다. 즉 한반도상에 平和를 정착시키는 문제는 한반도의 주인인 韓民族끼리 해결하여야 함은 물론이다. 「남북합의서」 제 5 조는 이러한 입장에서 理解하여야 할 조항이라고 생각한다.

北韓의 平和協定 主張은 그들의 對南戰略에 비추어 그렇다고 하더라도 南

(40) 白珍鉉, “누가 休戰 당사자인가,” 「朝鮮日報」 1991년 9월 24일자 時論. 참조

韓에서의 平和協定 主張은 아래에서 전개하는 논거에 비추어 하나의 年센스라고 생각한다. 平和協定은 그야말로 交戰國間의 戰爭狀態를 종결하고 平和의 回復을 규정함과 동시에 平和回復에 즈음한 交戰當事國間의 法的關係를 규정하는 것이 보통이다.⁽⁴¹⁾

平和協定은 첫째로 나라사이의 戰爭狀態의 종결과 平和回復을 내용으로 한다. 나라안의 戰爭을 종결하고 平和를 회복하는데 있어서 그것이 예컨대 內亂을 거쳐 分離獨立한 新生國(以前의 國土의 일부)과의 전쟁종결, 평화회복을 위한 합의가 아닌 한 어떠한 平和‘協定’이 요구되는 것인지 이해하기 힘들다. 예컨대 美國 南北戰爭의 경우에 平和協定에 의하여 戰爭終結, 平和回復이 이뤄진 것이 아니다. 남북관계가 나라와 나라 사이의 관계가 아님은 이미 충분히 지적되었다.

둘째로 평화협정은 交戰國間의 戰爭終結, 平和回復에 필요한 조치들을 택하고 취하기 위하여 체결하는 것이다. 즉 當事國間의 法的關係를 규정하는 것이다. 그러므로 평화협정은 占領했던 地域의 반환, 國境線의 확정 등 領土 문제, 動產財產權의 귀속문제, 國籍選擇權의 규정 등 國籍問題, 그리고 戰爭賠償問題들을 규정함이 보통이다. 이같은 전형적인 平和協定의 내용인 領土問題, 國籍問題, 戰爭賠償問題 등이 남과 북 사이에서 논의될 여지가 없다는 점에 우리가 주목하여야 한다고 생각한다. 平和協定의 문제는 무엇보다도 「機能的」으로 이해하여야 한다고 생각한다. 交戰國間에 전쟁종결, 평화회복을 위하여 반드시 짚고 넘어가야 할 문제해결을 위하여 평화협정이 체결되는 것이며, 경우에 따라서는 形式的인 평화협정 없이도 교전국간의 전쟁종결, 평화회복이 이루어질 수 있다.(소위 「默示의 合意」에 의한 戰爭終結) 內戰을 종결시키고 평화를 회복하기 위하여는 그것에 필요한 조치(一方的인

(41) 平和協定(條約)의 意義에 관하여 Wilhelm G. Crewe, "Peace Treaties" in *Encyclopedia of Public International Law*, v.4, 그리고 같은 책에 실려있는 Stephan Verosta, "Peace Treaties After World War I"과 Ellinor von Puttkamer, "Peace Treaties of 1947" 그리고 Werner Morvay, "Peace Treaty with Japan"(1951); 李漢基, 「國際法學(下)」(博英社, 1961), 402면 이하. 등 參照

特赦와 같은 措置 또는 內戰當事者間의 休戰合意, 民主的인 方法에 따른 政府構成方法과 그 參與에의 合意 등)가 필요한 것이다. 우리의 南北關係에서는 南北間에 요구되는 조치나 합의가 필요한 것이다. 그러한 의미에서 圖式的으로 전쟁상태를 종결하기 위하여 無條件 平和協定이 필요하다고 할 것이 아니고 남과 북이 (사실상의)전쟁상태를 종결하고 평화회복에 필요한 조치에 合意하면 충분한 것이다. 「機能的」으로 이해하면 「남북합의서」는 남북간의 平和協定에 지나지 아니한다. 對南赤化戰略 등 서로 相對方을 인정하지 아니하고 각기 자기 주도하의 統一을 주장하고 추진하는 것이 문제이지 현재 존재하는 그대로 相對方을 인정하면서 남과 북이 (사실상의)戰爭狀態를 종결하고 平和를 정착시키는데 있어서 「남북합의서」에서 합의한 것 이상으로 다른 어떠한 것이 더 要求되는 것인지 상상할 수 없다. 한편으로는 서로 相對方을 인정하고 존중하면서(제1조 이하) 다른 한편으로는 武力衝突 등 전쟁의 가능성을 배제하고(제2장) 物的·人的交流가 아무 장애없이 자유스럽게 이루어진다면(제3장) 남과 북이 統一이 되지 아니한 상태(즉 분단된 상태)에서 이룩할 수 있는 最大限이라고 생각된다. 그 이외에 그 어떠한 것을 平和協定이라는 이름으로 합의한다는 말인가? 統一이외에는 말이다. 그러므로 문제는 결코 평화협정이 아니고 「남북합의서」의 충실한 履行이라고 생각한다.

다음으로 현재의 休戰協定은 어떻게 하느냐 또는 어떻게 되느냐 하는 문제를 살펴보자. 어떠한 條約이나 協定 또는 合意라고 하더라도 반드시 當事者사이의 합의에 의하여서만 종결되고 또는 폐기되는 것이 아니다. 예컨대 中國과 修交合意로 인하여 臺灣과 맺은 條約이나 協定이 臺灣과의 그 종결을 위한 協定없이도 사실상 종결된 것이 그것이다. 남과 북 사이에서 「남북합의서」가 잘 履行되어 「남북합의서」에서 예정하였던 남북관계가 형성되면 현재의 休戰協定은 그 폐기를 위한 明示的인 합의가 없다 할 지라도 事實上 종결될 수 있다고 생각한다. 왜냐하면 休戰狀態와 兩立할 수 없는 남북관계가 형성되어 있는 까닭이다. 위에서 이미 지적한 바와 같이 남북관계의 형

성에 대하여 혹시 周邊 強大國에서 異議를 제기하고 나올 수는 있을 것이다. 그러나 이 問題의 처리도 남과 북이 解決하여야 할 문제라고 생각한다.

(3) 마지막으로 「남북합의서」의 國內施行에 관한 문제를 고찰할 단계가 되었다고 생각한다. 「남북합의서」가 南北政府間의 協定이고 그리고 當事者(兩政府)를 구속하는 힘이 있다고 하는 점은 이미 위에서 검토하였다. 그러나 當事者를 拘束하는 效力(拘束力)이 있다고 하여 어떠한 協定이나 合意가 國內施行力 또는 執行力을 당연히 가지는 것이 아니라는 점을 주의할 필요가 있다고 생각한다. 이것은 條約이나 協定の 自己執行力의 문제로서 條約이나 協定에 따라서는 國內施行을 위한 法律의 制定 없이도 國內法으로서 직접 國民의 權利, 義務에 영향을 미치는 條約이나 協定(self-executing treaty)이 있는가 하면, 施行을 위한 立法없이도 實施되지 아니하는 條約이나 協定(non-executing treaty)이 있을 수 있다. 어떠한 것이 前者에 속하고 혹은 後者に 속하는지의 명확한 基準이 있는 것은 아니지만 대체로 協定の 主題나 性格에 비추어 판단되어야 한다고 생각한다. 「남북합의서」를 分析하여 보면 차라리 원칙들을 宣言하고 이 원칙들을 준수, 이행 한다는 政府間의 합의이지 직접 內國人的 權利, 義務에 관하여 合意한 것은 없다. 그러므로 남북정부가 國內施行을 위한 立法 등의 조치없이 그 자체로서 직접 國民의 權利·義務에 영향을 미치는 그러한 합의에 이른 것은 없다. 그러한 의미에서 「남북합의서」는 自己執行力을 가지는 協定이라고 할 수 없다. 즉 「남북 합의서」는 합의한대로 성실히 이행할 義務를 南北政府에게 부과한 것이지만 직접 國內의 國民의 權利, 義務에 영향을 미치는 協定이라고는 할 수 없는 것이다.

그러한 만큼 「남북합의서」의 조항에 따라서는 政府次元의 履行으로 충분한 것도 있지만 國內施行을 위한 立法措置가 요구되는 것도 있다. 「南北交流協力에 관한 法律」은 時間的으로는 「남북합의서」의 채택 以前에 制定된 法律이지만 論理的으로는 「남북합의서」의 교류·협력에 관한 合의를 施行하

고 國民의 權利, 義務에 직접 영향을 미칠 수 있도록 한 이를테면 「남북합의서」의 施行法律의 하나라고 할 수 있다. 「南北交流協力에 관한 法律」이 규율하는 사항 이외에도 「남북합의서」의 國內施行을 위한 立法措置가 요구되는 사항이 있을 수 있다. 예컨대 비방·중상의 금지 등이 그것이다. 그런데 「남북합의서」의 國內施行을 위한 立法措置가 요청될 때마다 法律을 制定하여 해결하는 방법도 있을 수 있다. 그러나 그때 그때 필요한 國內施行措置를 大統領令으로 制定할 수 있는 權限(委任條項)을 부여하여 주는 根據法律을 國會立法으로 마련하여 두고, 이 根據法律에 따라 그때 그때 필요한 國內施行事項을 大統領令으로 制定케 하는 方法도 있을 수 있다고 생각한다. 그리고 이 後者의 方法은 여러가지 의미에서 편리한 方法일 수 있다고 생각한다.

첫째는 政治적으로 그동안 「남북합의서」의 國會의 批准·同意 논의가 많았던 사실에 비추어 이러한 施行根據法을 國會立法으로 制定케 함으로써 간접적으로 「남북합의서」에 대한 國會同意 욕구를 충족시킬 수 있으리라고 생각한다.

둘째는 國內施行이 요청될 때마다 國會의 施行法律을 얻어낸다는 것은 時宜適切하게 대응해 나가야 할 南北協商의 性格에 비추어 대단히 불편하고 시간걸리는 일이라고 생각한다. 그러므로 이러한 根據法律을 마련해 놓고 國內施行을 위한 措置는 大統領令으로 制定케 하는 것이 유리하리라 판단된다. 다만 根據法律은 「南北交流協力에 관한 法律」과 別個로 제정하는 것도 방법이고 「南北交流協力에 관한 法律」의 改正의 方法으로 根據條項을 이 法律에 삽입하여 두는 方法도 있을 수 있다고 생각한다.

南北會談과 合意의 法的 諸問題

(統政 92-12-66)

1992年 12月 23日 印刷

1992年 12月 24日 發行

發行處 統一院 統一政策室

印刷處 進明印刷公社
