

발 간 등 록 번 호

33-9750040-000204-01

통일과 헌법재판

3

- 통일에 관한 헌법이론 및 헌법재판소 결정 연구 -



헌법재판소
헌법재판연구원

발 간 사

통일법제에 관한 연구는 헌법재판소 헌법재판연구원의 설립취지 중의 하나이다. 이러한 취지에 따라서 우리 헌법재판연구원은 통일에서의 헌법적 쟁점에 관한 연구보고서를 발간해 왔으며, 매년 통일학술대회를 개최해 오고 있다. 유일한 분단국가로 남아있는 우리의 현실에는 통일의 계기가 늘 잠재되어 있다. 현재 남북한관계가 진전되면서 통일에 대한 희망도 점점 커져가고 있다. 한편 1990년 통일을 이룬 모범적인 국가인 독일의 통일과정과 그 이후의 헌법적 쟁점에 대한 해결 논의는 우리에게 통일의 미래를 예측하고 준비하는데 중요한 자료가 될 것이고 유용한 실례를 제공해 줄 것으로 평가되고 있다.

우리 헌법재판연구원은 2016년에 독일의 통일과정에서의 헌법적 쟁점연구를 기반으로 이를 반영한 통일연구계획을 3단계로 세우고 진행해왔다. 첫째 1990년 이전 독일의 분단상태 및 통일과정에서 제기되었던 헌법적 쟁점을 연구하고, 둘째 통일 후의 현실 상황 속에서 발생한 헌법적인 문제에 대처하는 데 필요한 독일의 경험에 대해 연구하며, 셋째 우리의 통일과 통합과정에서 참고가 될 수 있는 통일관련 헌법재판 및 법원의 판결을 연구하기로 하였다.

우리 연구원은 이러한 연구에 착수하기 위하여 선행 작업으로 독일의 분단 및 통일과 통합과정에 관한 중요 판례를 선정하는 일에 착수하였고 검토 작업을 위해 판례선정·발간위원회를 구성하였다. 이 위원회에서 약 100여개의 판례를 수집하였으며, 이 수집된 판례들 중에서 ‘통일과 헌법재판’ 제1권과 제2권에 수록될 대표적인 20개의 판례를 선정하였다. ‘통일과 헌법재판’ 연구를 위한 준비작업과 진행의 전 과정에서 판례선정·발간위원회가 핵심적 역할을 해왔으며, 이 과정에서 전 헌법재판연구원장이셨던 전광석 교수님께서 중추적인 역할을 해주셨다. 이 위원회에서 선정된 판례들에 대해 연구·분석하도록 외부연구자들에게 의뢰하였고, 이 분야에 전문성을 가진 연구자들이 선정된 판례를 검토하여 논문형태로 분석한 판례연구가 2016년 12월 ‘통일과 헌법재판’ 제1권으로 출간되었다. 제1권에 이어 2017년 12월 제2권도 완성되었다. 통일과정에서 중요한 헌법상 쟁점을 다루는 독일판례들을 분석·연구한 결과물이 ‘통일과 헌법재판’ 제2권으로 발간되

ii 발 간 사

었다. 제2권 출간에 앞서서, 2017년 6월 수집 검증한 독일사례 112건의 결정을 번역, 분석하여 요약해 담은 ‘통일과 헌법재판’ 제4권이 출간되었다. 제4권은 자료집의 형태로서 통일 후 헌법상 문제해결에 중요한 참고자료로 활용될 수 있다는 점에서 그 의의를 찾을 수 있다.

이제 ‘통일과 헌법재판’ 제3권의 출간을 앞두고 있다. 제3권은 한국에서 분단과 통일 과제에 대한 헌법이론적 분석, 통일과 관련된 헌법재판소의 판례 분석, 독일통일 사례분석 결과의 비판적 적용방안 검토 등을 주요 과제로 하여 수행되었다. 남북한관계와 통일에 관한 헌법학적 연구와 과제에 대한 총론적 논의를 선두로 하여, 이 분야의 전문연구가들에 의해 각각 연구 검토된 총 8건의 판례평석을 실고 있다. 외부전문가의 연구가 수집된 후에 특히 제3권 출간을 위해 편집과 교정 등 간행에 이르는 전 과정에서 특히 김현귀 책임연구관의 노고가 컸으며 이에 깊이 감사드린다. 판례선정과 발간의 전 과정에서 도움을 주신 판례선정·발간위원회 위원들(박정원 교수, 허완중 교수, 신동승 연구교수부장, 유미라 기본권연구팀장)에게도 감사의 마음을 전한다.

2018년 12월 27일

헌법재판소 헌법재판연구원장 **석 인 선**

차 례

▣	남북한관계와 통일에 관한 헌법학적 연구와 과제	[도 회 근]
I.	머리글	1
II.	북한과 사회주의국가 헌법에 관한 연구	3
	1. 북한법과 북한헌법에 관한 연구	3
	2. 사회주의국가 헌법에 관한 연구	5
	3. 소결	7
III.	영토조항과 통일조항의 관계 및 북한의 헌법상 지위에 관한 연구	10
	1. 국내의 환경의 변화와 헌법개정	10
	2. 역대 헌법상 영토와 통일관련 조항의 변화	10
	(1) 대한민국 임시정부 헌법	10
	(2) 건국헌법(1948)	11
	(3) 제5차 개정헌법(1962)	11
	(4) 제7차 개정헌법(1972)	12
	(5) 제8차 개정헌법(1980)	12
	(6) 제9차 개정헌법(1987)	13
	(7) 소결	13
	3. 영토조항과 통일조항의 관계 및 북한의 헌법상 지위에 관한 연구	14
	(1) 문제의 제기	14
	(2) 학설과 판례에 대한 검토	15
	(3) 소결	24
IV.	남북한관계와 남북교류협력에 관한 연구	26
	1. 남북관계의 변화와 남북한 특수관계론의 등장	26
	2. 남북기본합의서와 남북한 특수관계론에 관한 연구	27

3. 남북교류협력법과 남북관계발전법에 관한 연구	28
4. 소결	30
V. 통일헌법 제정에 관한 연구	33
1. 평화통일조항에 관한 연구	33
2. 통일헌법 제정에 관한 연구	34
3. 소결	35
VI. 앞으로의 과제: 다시 남북한 특수관계론으로	36

▣ 민주적 기본질서와 자유민주적 기본질서 [전 광 석]

헌재 2014.12.19., 2013헌다1, 통합진보당 해산

I. 문제의 제기 및 서술의 범위	46
II. 사건의 개요 및 주요 쟁점	51
III. 결정 요지	52
1. 다수의견 및 보충의견	52
2. 반대의견	55
IV. 결정의 의의와 학계의 평가	55
1. 결정의 의의	55
(1) 정치적 의의	55
(2) 이론적 의의	58
(3) 역사적 의의	60
2. 학계의 평가	63
V. 분석 및 평가	65
1. 정당해산심판제도에 대한 기본적인 이해와 적용의 불일치	65
2. 민주적 기본질서의 적극적 및 소극적 내용	66
(1) 민주적 기본질서	66
(2) 민주적 기본질서에 위배-진보적 민주주의	69

3. 피청구인 주도세력의 목적 및 활동과 민주적 기본질서	74
(1) 숨겨진 목적	74
(2) 목적과 활동	75
4. 북한 체제와 동일성 및 북한체제의 추종	78
5. 실질적인 해약과 구체적 위험성, 그리고 비례의 원칙	80
(1) 실질적인 해약과 구체적 위험성	80
(2) 비례의 원칙	81
VI. 정리; 민주적 기본질서와 자유민주적 기본질서	84
1. 초기 논의상황	84
2. 헌법재판소가 바라 본 자유민주적 기본질서	86
3. 자유민주적 기본질서	87
(1) 관련 규정의 비동시성과 이해방법	87
(2) 헌법해석 및 체계론적 의미	88
▣ 통일의 이념적 기초인 자유민주적 기본질서	[허 완 중]
현재 1990. 4. 2. 89헌가113, 국가보안법 제7조에 대한 위헌심판	
I. 서론: 자유민주적 기본질서 논의의 출발점인 현재 1990. 4. 2. 89헌가113 결정 ..	95
II. 사건 개요(사실관계) 및 주요 쟁점	97
1. 사건 개요(사실관계)	97
2. 주요 쟁점	98
III. 결정 요지	98
1. 법정의견	98
2. 재판관 변정수의 반대의견	99
IV. 분석 및 평가	100
1. 결정의 의의	100
2. 학계 평가 및 결정 이후 상황	101
3. 통일의 이념적 기초인 자유민주적 기본질서	102

(1) 자유민주적 기본질서의 개념	102
(2) 자유민주적 기본질서와 자유민주주의의 관계	104
(3) 자유민주적 기본질서와 민주적 기본질서의 관계	105
(4) 자유민주적 기본질서의 구성요소	113
(5) 자유민주적 기본질서에 입각한 통일의 의미	125
4. 합헌적 법률해석과 한정합헌결정	128
(1) 합헌적 법률해석의 개념	128
(2) 합헌적 법률해석의 결과로서 한정합헌결정	129
(3) 법발견이 아닌 법형성인 목적론적 축소	131
(4) 본 결정의 합헌적 법률해석에 관한 비판적 검토	132
V. 현재 1990. 4. 2. 89헌가113 결정의 의미와 한계	134

▣ 북한의 법적 지위

[이 장 희]

현재 1997. 1. 16. 92헌바6등, 국가보안법 위헌소원 사건

I. 서론	139
II. 사건 개요 및 주요 쟁점	140
1. 사건의 개요	140
2. 청구인의 주장과 주요 쟁점	141
3. 법원이 위헌제청신청을 기각한 이유	144
4. 법무부장관 및 검찰총장 등 관계 기관의 의견	145
III. 결정 요지	146
1. 개정절차로 인한 신·구법의 위헌 여부	146
2. 북한의 반국가단체성	146
3. 구법 제7조 제1항·제3항·제5항 및 제8조 제1항의 위헌 여부	148
4. 신법 제6조 제1항, 제7조 제1항·제3항·제5항 및 제8조 제1항의 위헌 여부	148
5. 신법 제4조 제1항 제2호 “나”목의 위헌 여부	148
6. 조승형 재판관의 반대의견	149

IV. 분석 및 평가	149
1. 결정의 의의 및 문제점	149
2. 관련 현재 판례	151
3. 북한의 법적 지위에 대한 대법원 판례의 입장과 변화	153
4. 헌법 제3조와 제4조의 관계 문제	158
5. 북한의 반국가단체성의 인정 근거와 변화 가능성	163
6. 최근 남북관계의 중대한 변화와 북한의 법적 지위의 변화 가능성	164
7. 한정위헌청구와 한정위헌결정을 통한 변화 가능성	165
8. 북한의 국가성 인정 여부와 남북 간 ‘특수관계’의 의미	167
9. 남북합의서의 법적 효력(구속력)의 문제	169
V. 결론	171

▣ 남북교류와 남북기본합의서

[박 정 원]

현재 2000. 7. 20. 98헌바63, 남북교류협력에관한법률 제9조 제3항 위헌소원

I. 서 언	175
1. 연구의 배경과 의미	175
2. 연구의 목적과 범위	178
II. 현재 2000. 7. 20. 98헌바63 결정 개관	180
1. 사건 개요	180
2. 청구인의 주장	182
3. 헌법재판소의 판단	183
(1) 입법경위 및 당해 사건 법률조항의 입법목적	184
(2) 법률조항의 위헌 여부	184
III. 헌법재판소 결정의 비판적 검토	188
1. 남북기본합의서의 법적 성격	188
(1) 남북기본합의서의 성격과 남북한 특수관계	188
(2) 남북기본합의서의 정치적 선언설의 비판적 논의	190
2. 남북기본합의서에 대한 정부 해석의 문제점	194

(1) 통일부장관 및 법무부장관의 의견 수용	194
(2) 초기 해설과 해석 변경	196
(3) 정부기관 해석의 문제점	197
3. 헌법재판소 판단 논거로서 법원의 판단	199
(1) 서울고등법원의 위헌제청 신청 기각이유의 인용	199
(2) 사법부의 판결	199
IV. 남북기본합의서와 동서독 기본조약	202
1. 남북관계와 동서독관계의 법적 성격	202
2. 남북기본합의서와 북한의 국가승인문제	205
3. 동서독 기본조약과 남북기본합의서	207
(1) ‘잠정적 특수관계’의 개념화	207
(2) 동서독 기본조약과 ‘남북합의서’상에 반영된 ‘특수관계’의 적용 사례	208
V. 결 어	210

▣ **대북정책과 사법심사**

[정 연 주]

헌재 2005. 6. 30. 2003헌바114, 구 외국환거래법 제27조 제1항 제8호 등 위헌소원

I. 서론	216
II. 사건개요 및 주요 쟁점(대법원 2004. 3. 26. 선고 2003도7878 판결 및 헌재 2005. 6. 30. 2003헌바114)	218
1. 대법원 2004. 3. 26. 선고 2003도7878 판결	218
2. 헌재 2005. 6. 30. 2003헌바114 결정	219
III. 통치행위와 사법심사	220
1. 학설의 입장	220
(1) 부정설	220
(2) 긍정설	221
(3) 학설에 대한 검토	221
(4) 소결	223

2. 사건	224
(1) 통치행위에 대한 사법심사의 의무	224
(2) 사법심사의 규범적 한계와 관련하여	229
IV. 분석 및 평가	231
1. 대법원	231
(1) 과거 판례의 추이	231
(2) 대법원 2004. 3. 26. 선고 2003도7878 판결에 대한 평석	232
2. 헌법재판소	235
(1) 헌재 1996. 2. 29. 93헌마186(긴급재정명령 등 위헌확인)	235
(2) 헌재 2004. 4. 29. 2003헌마814(일반사병 이라크파병 위헌확인)	239
(3) 헌재 2004. 10. 21. 2004헌마554등(신행정수도의건설을위한특별조치법 위헌확인)	246
V. 결론	250

▣ 남북교류협력에 대한 법률적용 기준 [이 효 원]
 헌재 2006. 7. 27. 2004헌바68, 구 관세법 제179조 제2항 제1호 등 위헌소원

I. 서론	253
II. 결정 요지	255
1. 사안개요	255
(1) 사안	255
(2) 심판대상	255
(3) 청구인의 주장	256
2. 결정 요지	256
(1) 주문	256
(2) 명확성의 원칙 위반 여부	257
(3) 헌법 제3조 위반 여부	259
(4) 과잉제한금지의 원칙 위반 여부	260
3. 분석과 평가	260
(1) 쟁점의 정리	260

(2) 남북교류협력에 관한 법률의 적용 여부	261
(3) 명확성의 원칙	262
(4) 헌법 제3조의 적용 여부	264
(5) 과잉제한금지의 원칙의 적용	266
III. 남북교류협력에 관한 판례	267
1. 유사 사례	267
(1) 사안 개요	267
(2) 청구인이 주장	268
(3) 결정 요지	269
2. 북한물품의 거래에 관한 주요 법률	271
(1) 남북교류협력에 관한 법률	271
(2) 관세법	272
(3) 대외무역법	273
(4) 외국환거래법	274
3. 북한물품의 반입과 관련된 주요 판례	275
IV. 남북관계를 규율하는 법체계	277
1. 남북한특수관계론	277
2. 남북관계에 대한 규범체계	279
(1) 남한법률	279
(2) 북한법률	280
(3) 남북합의서	282
V. 남북교류협력에 적용되는 법률체계	284
1. 기본원칙	284
2. 구체적 기준	285
VI. 결론	287

Ⅳ 북한주민의 법적 지위와 북한이탈주민에 대한 보호 및 지원의 방향

[손인혁]

- 탈북의료인에 대한 의료인 자격인정을 중심으로 -

현재 2006. 11. 30. 2006헌마679, 북한 한의사자격 불인정 위헌확인

I. 서론	290
II. 사건 개요 및 주요 쟁점	292
1. 사건의 개요	292
2. 주요 쟁점	292
III. 결정 요지	293
1. 주위적 청구와 관련하여	293
2. 예비적 청구와 관련하여	294
IV. 분석 및 평가	295
1. 결정의 의의	295
2. 대상결정에 대한 학계의 평가	297
3. 북한주민의 법적 지위와 북한이탈주민에 대한 보호 및 지원의 방향	298
(1) 문제의 제기	298
(2) 북한과 북한주민의 헌법적 지위	300
(3) 북한주민의 헌법적 지위에 근거한 북한이탈주민에 대한 보호 및 지원의 방향	313
4. 대상결정 이후 탈북의료인에 대한 의료인 자격의 부여	316
(1) 의료인 자격제도의 의의와 현행 자격제도의 개관	316
(2) 해외대학 졸업자에 대한 의료면허 부여 절차	317
(3) 탈북의료인에 대한 의료면허 부여 절차	319
(4) 독일통일과정에서 학력·자격의 인정 및 보건의료통합 준비와 그 시사점	325
V. 결론	328

▣ **납북자와 국가보상**

[김 정 현]

헌재 2009. 6. 25. 2008헌마393, 군사정전에 관한 협정 체결 이후 납북피해자의 보상 및 지원에 관한 법률 제1조 등 위헌확인

I. 서론	332
II. 헌법재판소 결정의 내용	334
1. 사건의 개요	334
2. 심판의 대상	334
3. 적법성 요건을 갖추었는지 여부	335
(1) 이 사건 심판청구의 성격	335
(2) 청구기간	336
4. 전후납북자법의 위헌여부	336
(1) 전후납북자법의 주요 내용	336
(2) 평등권 침해 여부	337
(3) 행복추구권 침해 여부	339
(4) 결 론	339
5. 반대의견	339
III. 헌법재판소 결정에 대한 평석	343
1. 평등원칙에 대한 검토	343
(1) 헌법재판소의 평등원칙 심사기준의 발전	343
(2) 헌법재판소의 평등원칙 심사기준에 대한 비판적 논의	348
2. 전후납북자법 관련 헌법재판소 결정(2008헌마393)에 대한 비판적 접근	354
(1) 이중심사기준의 적합성	354
(2) 이 사건에서 자의금지원칙 적용은 합당한가?	361
(3) 합리적인 차별인가?	364
IV. 결론	367
사향색인	371

남북한관계와 통일에 관한 헌법학적 연구와 과제

도 회 근*

I. 머리글

2018년은 대한민국 정부수립 70주년이 되는 해이지만 한편으로는 남북분단 70주년이 되는 해이기도 하였다. 1945년 해방부터 1948년 대한민국정부수립까지의 3년간 신탁통치기까지 더하면 73년이나 되었다. 그동안 남북한 간에는 6·25전쟁을 비롯하여 1·21사태, 울진삼척사태, 서해교전과 연평도 포격, 천안함 사건, 핵무기개발 등에 이르기까지 수많은 대립의 역사가 있었으며, 또 한편으로는 7·4남북공동성명, 남북한 UN 동시가입, 이산가족상봉, 남북기본합의서 체결, 남북정상 6·15선언, 10·4선언, 최근의 4·27판문점선언과 9·19평양공동선언, 금강산관광사업, 개성공단 설치 가동 등의 교류협력사업 등 남북 분단 극복을 위한 우리 민족의 많은 노력이 있어 왔음도 사실이었다. 이 모든 과정이 남북한 간의 자체적 노력만으로 된 것만이 아님은 물론이다. 남북분단이 우리 민족 내부문제로 인한 것이 아니라 제2차 세계대전의 종전과 승전국간의 이해관계에 따른 외세에 의한 분단이었던듯이, 남북 간의 대립과 대화·협력도 많은 부분 국제관계의 변화에 상응하는 것이었다. 2차대전후 자유진영과 공산진영의 동서냉전시대에 우리나라는 전쟁과 대립의 참혹한 시대를 겪었으나, 남북한관계가 큰 흐름에서 대화와 교류의 국면으로 전환한 것은 1970년대 이후 미중관계의 해빙으로부터 시작된 세계적 데탕트의 물결, 1980년대 후반 소련 고르바초프 대통령의 글라스노스트, 페레스트로이카 정책 이후 소련과 동구 공산체제의 몰락의 영향이 지대하였음은 부정할 수 없는 사실이다. 이러한 세계적 대변혁의 과정에서 우리나라처럼 자유진영과 사회주의진영으로 분단되었던 베트남, 독일, 예멘이 통일되었다. 세 나라 중

* 울산대학교 법학과 교수.

베트남은 사회주의체제로, 독일은 자유체제로 흡수통일 되었고, 예멘은 종교적 색채가 강한 제3의 체제로 합의통일 되었는데,¹⁾ 이 세 나라의 통일은 우리나라의 통일 노력과 연구에 영감과 자극을 주어 많은 연구들이 나오기도 하였다. 이제 양진영 간 대결로 분단된 채 남아 있는 나라는 중국-타이완과 우리나라뿐이다.²⁾

국내에서는 대한민국 역대 정부들이 모두 남북교류협력과 통일을 위한 정책을 수립 추진하였으며, 학계에서도 분단극복과 통일을 위한 수많은 연구들이 생산되었다.

이 글은 헌법학의 분야와 관점에서 그동안 분단극복과 통일 과제에 관하여 연구된 성과들을 살펴보고 앞으로의 과제를 제시해 보고자 한다.

헌법학의 관점에서 분단극복과 통일이라는 과제에 관한 연구는 논리적으로 다음과 같은 순서로 진행되어야 할 것이라고 생각한다. 첫째, 현재의 분단 상황에 관한 헌법적 규명, 둘째, 분단극복과 통일성취를 위한 남북한 간의 과도적 교류협력 방안의 모색, 셋째, 통일방안의 모색 및 통일헌법제정이 그것이다. 첫째 단계에서 우리나라 헌법상 북한의 지위 문제, 우리 헌법상 영토조항 해석의 문제, 남북한관계에 관한 헌법적 해명이 필요할 것이다. 이를 가리키는 개념이 남북한 특수관계론이다. 둘째 단계에서는 최종 통일에 이르기 전까지 과도적 단계에 적용될 남북한관계 관리방안의 모색단계이다. 통일은 어느 날 갑자기 이루어질 수도 있겠지만, 지금까지 지내온 경험으로 미루어 보거나 우리 헌법이 전제로 하고 있는 평화통일을 위해서라도 오랜 기간 대화와 교류가 필요할 것이라는 점을 생각한다면 최종적인 통일까지 이르는 과도적 기간 동안 남북한관계를 관리하는 방안, 즉 교류 협력과 분야별 갈등해소 방안의 모색도 필요하다고 할 것이다. 셋째 단계는 통일방안과 정책, 통일헌법제정이라는 과제가 도출될 것이다. 우리 헌법의 명령은 평화적 통일이므로 북한과 대화는 필수적 수순이 되어야 한다. 이 대화를 위해서 상대방, 즉 북한을 이해하여야 하므로 북한에 관한 일반적 이해와 북한법 및 북한헌법에 대한 이해도 당연히 필요할 것이다. 여기서 북한헌법과 이에 영향을 미친 소련 등 사회주의국가 헌법 연구의 필요성이 나오게 된다.

1) 예멘은 자유진영과 공산진영의 이데올로기적 대립을 지양하고 이슬람종교체제를 기반으로 통일을 이루었지만, 통일 후에도 끊임없이 갈등이 지속되다가 현재는 정치세력간의 갈등과 종파갈등으로 다시 내전 중에 있다. 향후 재분단 될지 재통일될지 예측하기 힘든 상황이다.

2) 중국과 타이완은 압도적인 힘의 불균형관계에 있어 분단국가로서의 관계가 잘 드러나지 않고 있는 상황이다. 통일이 된다 하더라도 중국으로 흡수통일 될 가능성이 높아 보인다. 그렇다면 우리나라가 사실상 유일한 분단국가라고 할 수 있을 것이다.

우리나라에서 이 분야에 관한 연구는 시기적으로 보면 셋째 단계가 먼저 시작되었다. 북한헌법과 사회주의국가헌법에 관한 연구가 1960년대부터 이루어졌고, 1970년대부터는 통일헌법제정에 관한 연구들이 발표되기 시작하였다. 1987년 현행헌법개정으로 제4조 통일조항이 신설된 후부터, 특히 1991년 남북한 동시 UN 가입과 남북기본합의서 체결 이후부터는 영토조항과 통일조항의 관계, 북한의 헌법상 지위와 남북한관계에 관한 연구가 본격적으로 이루어지기 시작하였다. 그리고 비슷한 시기에 남북교류협력과 헌법문제에 관한 연구가 시작되고 이후 김대중·노무현 정부 시절 남북한관계가 진전되면서 이 연구들도 더 발전되었다. 개성공단사업, 금강산관광사업, 이산가족 상봉과 연락 등 남북한 간 교류가 확대되면서 남북주민간의 재산문제, 가족문제, 거래상의 갈등해소문제 등 분야별로 여러 갈등이 발생하면서 이에 관한 연구도 활발히 이루어지고 있다. 이 분야는 사안에 따라 민법, 상법, 가족법, 소송법 등 개별법적 실무적 요소가 강한 분야인데 헌법적 원칙과 테두리 안에서 해석 적용되어야 함은 물론이다. 이 모든 분야는 서로 밀접한 관련을 맺고 진행되어 왔고 당연히 그렇게 되어야 함은 재론할 필요가 없을 것이다.

이 글은 시기적 순서에 따라 북한과 사회주의국가 헌법에 관한 연구, 우리 헌법상 영토조항과 통일조항의 관계 및 북한의 헌법상 지위에 관한 연구, 남북한관계와 남북교류협력에 관한 연구, 통일헌법 제정에 관한 연구의 순으로 그간의 연구 성과를 검토하고 마지막으로 앞으로의 과제를 제시하기로 한다.

II. 북한과 사회주의국가 헌법에 관한 연구

1. 북한법과 북한헌법에 관한 연구

분단국가의 한 당사자가 상대방에 대하여 관심을 가지는 것은 자연스러운 일이다. 법학계에서도 북한법에 관한 연구가 진행되었던 것 역시 그러하였다. 최종교 교수는 남한에서의 북한법연구는 크게 두 가지 형태로 이루어졌다고 회고한 바 있다. 하나는 분단국가에서 상대국에 대한 정보라는 실제적 목적에 의한 연구, 또 하나는 남한법학자들의 학문적 호기심 내지 사명감에 의해 이루어진 학문적 연구

였다고 한다.³⁾ 그러나 1987년 남한의 민주화 개혁이 이루어지기 이전까지 남한에서 북한을 비롯한 사회주의권에 관한 연구 환경은 그리 바람직한 것은 아니었다. 우선 국내에 그에 관한 자료 자체가 많지 않았을 뿐 아니라 그나마 있는 자료들에 대하여 일반연구자들이 접근하기도 쉽지 않았다. 어느 기관이 이들 자료를 소장하기 위해서는 시건장치가 있는 일정한 보관시설을 갖추고 당국의 허가를 받아야 했으며, 이 자료를 보기 위해서도 원칙적으로 당국의 인가증을 발급받은 후에 해당 장소에서만 열람이 가능하였다. 자료의 복사나 외부 대출도 원칙적으로 허용되지 않았다. 이런 환경 속에서도 연구가 진행될 수 있었던 것은 관계기관 실무자들의 호의와 당시 확산되었던 불법복사 문화의 덕이 컸다고 할 수 있겠다.

1960년 후반에 외국에서 공부하던 함병춘, 강구진 등 소수의 학자가 북한법에 관한 연구를 발표한 것이 이 분야의 효시라고 할 수 있을 것이다.⁴⁾ 이 연구들 중에는 북한헌법에 관한 부분이 일부 언급되어 있었다. 이밖에 1970년대부터 고려대학교 법과대학 부설 ‘북한법자료실’을 설치 운영한 최달곤 교수가 북한민사법 분야와 가족법 분야 연구를 주도하였고,⁵⁾ 1980년대에는 최종고 교수가 북한법이론에 관한 연구를 수행하였다.⁶⁾

대학에서의 연구는 초기에는 고려대학교가, 1980년대부터는 경남대학교 등이 조직적으로 북한법연구를 이끌었다. 고려대학교는 1960년대에 일찍이 행정문제연구소에서 북한법률행정논총을 발간하면서 북한법연구를 시작하였고, 경남대학교 극동문제연구소는 공산권연구를 진행하면서 북한법에 관한 연구서를 출간하였다.⁷⁾

한편 정부에서는 법무부, 법제처, 통일부 등에서 북한법에 관한 연구와 자료집을 출간하였고, 대법원에서도 북한법제에 관한 자료를 수집 연구하였다. 법무부에서는 검사와 연구위원들이 저술 출간한 북한법연구 시리즈가 초창기의 눈에 띄는 연

3) 최종고, 북한의 법학과 법사상, 최종고 외, 북한의 법과 법이론, 제1부 서론, 경남대학교 극동문제연구소, 1988, 3.

4) 함병춘 교수와 강구진 교수는 1969년 각각 Ideology and Criminal Law in North Korea, American Journal of Comparative Law 17 (1969), 77-93; Law in North Korea : an analysis of Soviet-Chinese influences thereupon, J.S.D., Harvard Law School, 1969 이라는 논문을 발표하였다. 최종고(각주 3), 5 참조. 강구진 교수는 이후 박사학위논문을 보완하여 저서로 출간하였다. 강구진, 북한법의 연구, 박영사, 1975.

5) 최달곤, 북한법에 관한 개설적 연구, 국토통일원, 1978.

6) 최종고 교수는 이후 10여 년 간의 연구결과들을 묶어 한 권의 책으로 출간하였다. 최종고, 북한법, 박영사, 1993.

7) 최종고 외, 북한의 법과 법이론, 경남대학교 극동문제연구소, 1988; 고려대학교 아세아문제연구소 공산권 연구실 편, 북한법률체계연구, 고려대학교 출판부, 1972. 앞의 책(공산권연구실 편, 1972) 안에는 김운룡, 최달곤, 강구진 교수가 각각 북한헌법, 가족법, 남북한법체계비교에 관한 논문을 게재하였고, 뒤의 책에는 10여명의 교수가 북한법철학, 헌법, 형법, 민사법, 국제법, 사회법, 경제법 분야의 논문을 게재하였다.

구자료이고, 법제처의 북한법제개요, 한국법제연구원의 북한법제관련문헌목록집, 통일부의 북한법에 관한 개설적 연구 등이 초창기의 주요 연구자료들이었다.⁸⁾ 법무부는 1992년 특수법령과를 설치하고 이후 통일법무과로 명칭을 변경하여 북한법과 통일관련법무 연구를 수행하고 있다.

북한헌법에 관한 연구는 1970년대 장명봉 교수의 연구가 독보적이었다. 장명봉 교수는 70년대 초반부터 각종 잡지에 북한헌법과 통일문제에 관한 연구나 에세이를 발표하였고 1975년 법학석사논문(법학석사논문)을 발표함으로써⁹⁾ 북한헌법에 관한 1세대 연구자가 되었다.¹⁰⁾ 이후 그는 북한헌법과 통일문제에 관하여 열거하기 힘들 만큼 수많은 논문과 저서를 발표하면서 이 분야 연구와 연구단체를 이끌었고 후배를 양성 배출하여 대한민국을 대표하는 학자가 되었다. 이후 여러 연구자들이 북한헌법에 관한 연구를 하였으나 그 수가 많지는 않다.¹¹⁾

2. 사회주의국가 헌법에 관한 연구

북한헌법에 관한 연구와 더불어 북한헌법 연구의 전제조건으로서 북한헌법에 영향을 미친 소련 등 사회주의국가들의 헌법에 대한 연구도 수행되었다. 그 중에서도 북한헌법과 사회주의국가헌법의 모델이 된 소련헌법에 관한 연구가 비교적

8) 법무부에서 발간한 ‘북한법연구’ 시리즈는 1984년부터 1990년까지 헌법, 형법, 형사소송법, 민법, 국제조약, 노동법, 그리고 신형법 등이 출간되었다. 그밖에 법제처, 북한법제개요, 법제자료 제157집, 법제처, 1991; 한국법제연구원, 북한법제관련문헌목록집, 한국법제연구원, 1993; 최달근(각주 5); 공산권문제연구소 편, 북한관계자료집, 공산권문제연구소, 1973 등이 있다.

9) 장명봉, 북한의 사회주의 헌법상 통치구조에 관한 연구, 국내석사학위논문, 서울대학교, 1975.

10) 장명봉 교수보다 먼저 김운룡 교수의 연구(『북한』, 헌법질서의 이론과 실제, 고려대학교 아시아문제연구소 공산권연구실 편, 북한법률체계연구, 고려대학교 출판부, 1972, 1-84)가 있었지만 김운룡 교수는 이후 북한헌법에 관한 연구를 지속하지 않았다.

11) 북한헌법으로 박사학위를 받은 이는 권영태(북한 헌법의 ‘국가목적규정’에 대한 연구, 국내박사학위논문, 동국대학교, 2015), 조재현(북한헌법의 변화에 관한 연구, 국내박사학위논문, 성균관대학교, 2012), 이용삼(남북한 헌법상 통치구조의 비교와 통일한국헌법의 통치구조에 관한 연구, 국내박사학위논문, 강원대학교 교육대학원, 2004), 박중순(북한헌법상의 기본권규정과 그 운용실체에 관한 연구, 국내박사학위논문, 건국대학교 대학원, 1997), 김동한(사회주의헌법상의 기본권에 관한 이념적 접근, 국내박사학위논문, 경희대학교, 1992) 신광휴(사회주의 국가의 헌법리론에 관한 연구, 국내박사학위논문, 단국대학교 대학원, 1988), 소진운(공산주의헌법상의 기본권에 관한 연구, 국내박사학위논문, 건국대학교, 1987) 등이 있는데, 이 중 계속 북한헌법관련 연구발표를 하고 있는 이는 김동한 박사 정도이다. 장명봉 교수의 지도로 통일헌법연구로 박사학위를 받은 박정원 교수(남북한 통일헌법에 관한 연구 : 통일헌법의 기본질서와 내용을 중심으로, 국내박사학위논문, 국민대학교 대학원, 1997)도 북한헌법 관련 연구를 지속적으로 발표하고 있다.

많이 발표되었다. 이 연구들은 독자적으로 수행되기도 하였지만 북한헌법과의 비교연구의 형태로 수행되는 경우가 많았던 것은 우리나라의 경우 당연한 것이었을 것이다.¹²⁾ 따라서 위에서 언급한 북한헌법 연구의 대부분에는 소련 등 사회주의헌법이론이 소개되어 있었다.

우리나라에서 사회주의헌법 이론이 독자적으로 소개 또는 연구된 것은 정치학 분야에 비해 다소 늦게 출발하였다. 그러므로 초기의 연구들의 참고문헌을 보면 소련 등 사회주의국가에 관한 정치제도적 연구서의 인용이 많이 눈에 띈다.¹³⁾ 물론 미국과 일본 등의 비교적 입수가 쉬운 자료들이 많이 인용된 것 또한 사실이다. 초기 자료들의 상당부분은 국가기관에서 수집·정리·출판하여 연구자들에게 도움을 주었다.¹⁴⁾

우리나라 헌법학 분야에서 사회주의헌법에 관한 연구는 1960년대 중반에 시작된 것으로 보인다. 김영수 교수의 동독헌법 연구가 1966년에 발표되었는데,¹⁵⁾ 그 이전 자료는 거의 없는 것으로 보아 이 연구가 아마도 처음이라고 추정된다. 이후 1970년대에 들어서면서 한웅길, 김운룡 교수의 연구가 나왔고,¹⁶⁾ 1970년대 중반부터 장명봉, 김철수 교수 등의 연구가 본격적으로 발표되었다.¹⁷⁾ 1980년대부

12) 대표적인 연구로 김철수, 북한헌법과 공산제국의 헌법과의 이동에 관한 연구, 국토통일원, 1978; 한웅길, 자유진영국가·공산진영국가 비교헌법론, 한국사법행정학회, 1976이 있다. 이 연구들은 이후 많은 연구들의 필수적 참고문헌이 되었다.

13) Hazard, John N., 박준규 옮김, 소비에트 정부형태론, 을유문화사, 1963; 김학준, 소련정치론, 일지사, 1976; Armstrong, John Alexander, 하경근 옮김, 소련의 이데올로기와 정치, 탐구당, 1964; Fainsod, Merle, 김준엽 옮김, 소련통치사, 육법사, 1981 등.

14) 국회도서관 해외자료국, 중공의 기본제도(I), 해외자료 제6집, 국회도서관 해외자료국, 1974; 공산제국의 헌법(IV), 해외자료 제8집, 국회도서관 해외자료국, 1975; 중공의 법제도, 해외자료 제22집, 국회도서관 해외자료국, 1976; 소련의 신헌법 초안, 해외문제 제6호, 국회도서관 해외자료국, 1977; 소련의 정치제도, 해외자료 제30집, 국회도서관 해외자료국, 1977; 중공의 신헌법·당헌·규약·강령 및 요강집, 해외자료 제44집, 대한민국 국회도서관, 1979; 법무부, 소련법연구(III) -사회주의법의 특성, 법제개혁, 사법제도-, 법무자료 제138집, 법무부, 1991; 소련법연구(VI) -헌법, 행정법, 세법, 법무자료 제147집, 법무부, 1992; 중국법연구(IV) -헌법-, 법무자료 제174집, 법무부, 1993; 중국법연구(VI) -사법제도-, 법무자료 제176집, 법무부, 1993 등.

15) 김영수, 동서독 헌법의 비교연구, 국내석사학위논문, 성균관대학교, 1966.

16) 한웅길, 자유진영국가와 공산진영국가의 헌법유형론 (상)/(하), 고시제 1972년 2월호/3월호, 32-40/12-24; 한웅길, 자유·공산진영국가의 기본적 인권제도 (상)/(중)/(완), 새법정 1972년 6월호/7월호/9월호, 17-24/39-45/13-19. 같은 해 발표된 김운룡 교수의 북한헌법연구(각주 10)도 소비에트헌법이론 소개에 많은 부분을 할당하고 있다.

17) 장명봉, Soviet 헌법에 대한 개관, 국민대학교 법정논총 1집(1979), 33-71; 共產圈 憲法の 理論과 憲法秩序 -소련헌법과 북한헌법을 중심으로-, 국민대학교 法政論叢 3집(1981), 133-187; 권영설, 브레즈네프 헌법의 규범과 현실, 중앙대학교 법학논문집 7집(1982), 59-73; 양승두, 동구제국의 통치조직과 기본권조항에 관한 고찰, 연세대학교 동서문제연구원 편, 공산국가에 있어서 정책 및 정책과정의 비교연구, 제5집

터는 학위논문을 비롯한 사회주의국가 헌법에 관한 연구들이 발표되었는데 북한 헌법과의 비교의 형태로 발표되는 경우가 많았다.¹⁸⁾ 1987년 시민항쟁 이후 헌법 개정과 민주화가 진행되면서 그동안 통제되었던 사회주의 관련 자료의 수집과 연구가 자유로워지자 사회주의법과 헌법에 관한 외국의 전문서적들이 여러 편 편집, 번역 또는 번안 출간되어 연구자들에게 도움을 주었다.¹⁹⁾

이후 우리나라에서 사회주의국가헌법에 관한 연구는 1989년 동독의 붕괴로 시작되어 1991년 소련의 붕괴와 동구 사회주의국가들의 해체로 이어지는 사회주의 체제의 퇴조와 함께 퇴조하였다. 오직 남아 있는 중국과 북한에 관한 연구만 이어지고 있을 뿐이다. 그리고 당연하게도 독일 통일과정에 영향을 받아 남북통일 방안 연구로 관심이 옮겨가게 되었다.

3. 소결

사회주의국가 헌법에 관한 연구의 의미는 지역연구의 일환으로 해당 국가를 이해하기 위함의 의미도 있을 것이지만, 우리나라에서는 1차적으로 헌법의 명령에 따라 통일의 상대방인 북한헌법을 이해하고 통일의 성취를 위해 활용하기 위함일 것이다. 그런 의미에서 사회주의국가와 북한의 헌법 연구자들은 남다른 사명감을 가지고 연구했음은 사실이었다. 그 결과 학문적 실천적 성과도 적지 않았다.

(1982), 연세대학교 동서문제연구원, 1983; 권영성, 소연방의 헌법제도에 관한 연구, 한국방송통신대학 논문집 1집(1983) 등.

18) 최용기, 공산주의 헌법상의 권력구조에 관한 연구, 국내박사학위논문, 고려대학교 대학원, 1982. 이밖에 석사학위논문을 비롯한 많은 논문들은 북한헌법과 관련하여 발표되었다.

사회주의국가헌법에 집중된 연구들로서 박사학위논문만 살펴보면 다음과 같다.

* 중국헌법: 장석권, 중화인민공화국헌법 연구, 국내박사학위논문, 동국대학교, 1986; 신우철, 중화인민공화국 국가체제에 관한 헌법학적 연구, 국내박사학위논문, 서울대학교 대학원, 1996; 강기원, 한국과 중국의 헌법상 경제질서의 비교 연구, 국내박사학위논문, 부산대학교 대학원, 2005; 정철, 중국 헌법상 사법제도에 관한 연구, 국내박사학위논문, 서울대학교 대학원, 2008 등

* 동독헌법: 김용화, 동구공산권헌법에 관한 연구, 국내박사학위논문, 충남대학교, 1990

* 소련헌법: 도희근, 소비에트제도에 관한 헌법학적 연구, 국내박사학위논문, 서울대학교, 1992; 심경수, 소련헌법의 발전과 그 변화에 관한 연구, 국내박사학위논문, 충남대학교, 1991.

19) Hans Kelsen, 장경하 옮김, 공산주의 법이론, 명지사, 1983; John N. Hazard, William E. Butler, Peter B. Maggs, 김정진, 이재곤 옮김, (자료중심)소련법률제도, 연세대학교출판부, 1988; William Elliot Butler, 박흥구 옮김, 자본주의법과 사회주의법, 일월서각, 1988; 김영수 편, 사회주의 국가 헌법, 인간사랑, 1989; 김철, 러시아-소비에트법, 민음사, 1989; W. E. Butler, 이윤영 옮김, 소비에트 법, 대륙연구소, 1990 등. 한편, 1980년대 이른바 운동권 법연구자들이 대두하면서 사회주의와 소련의 법이론도 여러 편 편집 번역 출간된 바 있으나 학문적으로는 별로 활용되지 않았다.

우선 사회주의국가 헌법과 북한헌법에 대한 이론적 접근을 통해서 그 헌법체제의 구조와 작동방식에 관한 객관적 지식을 획득할 수 있었다. 그 부수적 효과이기도 하지만 유신체제와 5공화국까지 지속되었던 사회주의권에 대한 감성적 적대감(이른바 red complex)에서 상당 부분 벗어날 수 있었던 것도 성과라고 할 수 있을 것이다. 다음으로 통일에 대한 사명감과 의지를 더욱 확고히 하게 되고 이를 위한 연구를 촉진시킨 것도 의미 있는 성과라고 할 수 있다. 더 나아가 아직 성사되고 있지는 않지만 앞으로 남북 헌법학자들 간의 학술교류의 토대를 마련할 수 있었다는 점도 중요한 자산이라고 할 수 있을 것이다. 한편으로는 정부 차원의 적극적 연구와 지원체계가 형성된 것도 이 분야의 적지 않은 성과라고 할 수 있다. 국토통일원 시절을 포함하여 통일부, 법무부, 법제처, 법제연구원 같은 정부기관들과 대법원 차원에서까지 북한법과 통일관련법제 자료수집과 정리, 출판, 연구지원 등을 수행하여 많은 성과를 거두고 있다. 법무부는 특수법령과에 이어 통일법무과를 설치 운영하면서 직접적인 연구 성과를 축적해가는 동시에 이 기구 출신의 전문연구자를 배출하는 기능도 수행하고 있다.²⁰⁾

그러나 이 분야 연구에서의 문제점도 여러 측면에서 드러나고 있다. 소련과 동유럽 사회주의국가들의 붕괴 이후 이 분야 연구는 사실상 소멸되었으므로 여기서는 북한(헌)법 연구의 문제점을 살펴보기로 한다. 일찍이 박정원 교수는 북한법제 연구의 문제점으로 “북한법 자료에 대한 접근의 곤란성, 연구목적과 연구방법의 제약성, 북한법 연구자의 절대부족”을 지적한 바 있는데²¹⁾ 이는 지금도 대체로 타당하다고 생각된다. 우선 연구자수의 절대적 감소를 지적할 수 있다. 1990년대 초 사회주의국가들이 붕괴와 더불어 사회주의국가 헌법연구를 수행했거나 학위를 받은 연구자의 상당수가 이 분야에서 떠나고 소수가 통일관련법제 연구자로 남아 있을 뿐이다.²²⁾ 둘째, 연구대상인 북한법관련 자료의 부족과 접근 곤란성의 문제이다. 과거 유신체제와 5공화국의 권위주의정부 시절에 비하면 크게 나아졌지만²³⁾ 원천적으로 복측 자료의 획득과 열람이 쉽지 않은 점은 연구자

20) 부산대학교 법학전문대학원의 김승대 교수, 서울대학교 법학전문대학원의 이효원 교수 등이 이 기관출신의 대표적 학자들이다. 이들은 후술할 중요한 연구성과들을 발표하였다.

21) 박정원, 통일법제 연구 현황과 향후 과제, 통일과 법률 1호(2010), 158.

22) 특히 통일관련법학과 북한법학계의 거목이었던 장명봉 교수의 서거(2018)는 이 분야의 큰 손실이라고 할 수 있다. 통일관련법학계는 여러 연구자들이 계속 충원되고 있지만 북한(헌)법학계는 구심점을 잃은 상태에서 연구자양성과 배출에 큰 어려움에 직면해 있다. 장 교수는 북한법학계와의 교류에도 적극적으로 나서 북한법학계와도 상당한 신뢰관계를 형성하고 있었는데 이 인적 교류관계도 끊어지게 되었다. 빈자리가 너무 커 보인다.

들의 연구의욕을 떨어뜨리는 중요한 요인이 되고 있다. 셋째, 북한(헌)법 연구방법론이 아직 정립되어 있지 않다는 점이다. 필자는 이 부분이 학문적으로 가장 중요한 문제점이라고 생각한다. 즉 대상을 연구하는 관점과 방법론이 거의 보이지 않는다는 점이다. 그 이유는 여러 가지로 설명할 수 있을 것이다. 한편으로는 북한법연구의 초기에는 소련이나 동독 같은 다른 사회주의국가의 이론을 차용하여 설명하는 방식과, 서구 학자들의 사회주의에 대한 비판적 설명방식이 주로 이용되었는데, 소련과 동유럽국가의 붕괴 이후 이 학문분야 자체가 사라졌기 때문일 것이다.²⁴⁾ 더 큰 이유는 북한의 법이론이 매우 낙후되어 있다는 점일 것이다. 북한법이론은 주체이론을 제외하면 거의 없는 것이 사실이다. 북한이론대로 북한법을 연구한다면 결국 북한법이론의 아류 내지 대변 수준에 지나지 않아 우리에게 별로 도움이 되지 못할 것이다. 따라서 외국이론으로 비유하자면 통합이론이든 결단주의이론이든 아니면 순수 법이론이든 법사회학적 이론이든 법분석의 관점과 방법론이 적용되어야 하는데 북한법연구에서는 이런 이론적 틀이 보이지 않는다는 말이다. 그러다보니 북한법 연구들은 대체로 저널리시틱한 입법배경이나 내용의 해설의 차원에 그치고 있고 학문적 분석과 평가가 미흡하다는 문제가 생기는 것이다. 우리 나름의 다양한 북한법 연구방법론의 개발이 필요하다고 하겠다.²⁵⁾

23) 통일부는 그동안의 북한법, 사회주의국가법제, 통일관련법제, 남북한관계법제 등을 ‘통일법제’라고 분류하여 이들에 관한 모든 법령과 연구자료들을 모아 ‘통일법제 데이터베이스’로 국민들에게 공개하고 있다 (<http://www.unilaw.go.kr/Index.do>).

24) 소련의 경우 헌법개정시마다 새로운 이론이 등장하고 맑스, 레닌 이론과 그 새로운 해석이론이 나왔다. 이른바 인민민주주의이론, 사회주의이론, 발전된 사회주의 이론, 전인민국가론 등 나름의 이론체계와 그에 따른 법이론이 제기되다가 고르바초프의 개혁 이후 소련의 붕괴로 소련식 사회주의이론체계의 발전이 종식되었다.

25) 박정원 교수가 지적한 ‘연구목적과 연구방법의 제약성’이란 문제점이 필자가 제시하는 문제점과 관련되는 것인지는 명확하지 않다. 박 교수는 이 점과 관련하여 “남북의 대립관계에 입각한 대북 인식과 자세에 의해 북한법 연구자들이 북한법의 기초를 이해하려는데 소홀히 하고 그 본질에 관해서도 깊이 분석하려 하지 않은 점은 북한법 연구에 있어 객관성을 잃게 된 연유”라고(박정원(각주 21), 158, 주 16) 부연설명하고 있다.

북한법 연구의 목적은 사실 단순화할 수 있다. 정책적 목적, 즉 통일 또는 교류협력의 촉진, 아니면 상대방 흡집잡기 등의 정책적 실천적 목적이 한쪽에 있을 수 있고, 다른 한편으로는 순수학문적 목적으로서 북한법 그 자체의 본질과 체계, 구조, 법이론 등에 대한 지식의 획득이 그것이다. 박정원 교수가 지적한 ‘연구목적과 연구방법의 제약성’의 문제에서 연구목적의 문제점이 혹시 북한법 연구자들의 연구목적의 대부분 정책적 목적에 치우쳐 순수학문적 목적이 소홀히 되고 있다는 점을 말하는 것이라면 필자도 동의할 수 있지만 사실 이 점은 필자가 지적하고자 하는 문제점과는 다소 거리가 있는 것이다.

Ⅲ. 영토조항과 통일조항의 관계 및 북한의 헌법상 지위에 관한 연구

1. 국내외 환경의 변화와 헌법개정

1970년대 초 동서 데탕트 시대가 열리면서 남북한 간에도 1972년 7·4남북공동성명이 발표되는 등 통일환경이 조성되기 시작하였다. 1987년 시민항쟁의 결과 민주개헌이 성취되고 이 헌법에서 통일조항의 신설되었다(헌법 제4조). 이후 1980년대 말부터 1990년대 초반 국제적으로는 소련과 동유럽 사회주의체제가 붕괴되었고 국내적으로는 1990년 「남북교류협력에 관한 법률」(이하 ‘교류협력법’이라 함) 제정, 1991년 남북한 동시 UN 가입과 「남북사이의 화해와 불가침 및 교류·협력에 관한 합의서」(이하 ‘남북기본합의서’라 함)의 체결 등 남북한관계에 큰 변화가 일어났다. 이에 따라 북한의 법적 지위와 남북한 간의 관계에 관하여 재정립할 필요가 발생하였고 이에 관한 연구들이 봇물처럼 제기되었다.

이하에서는 헌법상 영토와 통일관련조항의 변화와 영토조항과 통일조항의 관계 및 북한의 헌법상 지위에 관한 연구로 나누어 연구현황을 살펴보기로 한다.

2. 역대 헌법상 영토와 통일관련 조항의 변화²⁶⁾

(1) 대한민국 임시정부 헌법

헌법상 영토조항이 처음 들어간 때는 대한민국 임시정부의 헌법에서였다. 그 이전의 흥범14조(1894)와 대한국 국제(1899)에는 영토관련조항이 없었다. 3·1운동으로 건립된 임시정부의 첫 헌법이라고 할 수 있는 대한민국임시헌장(1919.4.11.)에는 영토조항이 없었지만, 1차 개정헌법인 대한민국임시헌법(1919.9.11.)에 영토에 관한 규정을 처음으로 삽입하였다. 제1조 “대한민국은 대한인민으로 조직함”, 제2조 “대한민국의 주권은 대한인민 전체에 재함”이라는 조항에 이어 제3조에

26) 이 부분은 기본적으로 도희근, 남북한관계와 헌법, UUP, 2009, 15-19의 내용을 토대로 수정 보완된 것이다. 역대헌법의 통일관련조항들에 대한 더 상세한 설명은 김철수, 분단국헌법과 통일관계조항, 목촌김도창박사고회기념논문집간행위원회 편, 한국공법의 이론, 청운문화사, 1993, 39-50; 한국통일과 통일헌법 제정문제, 헌법논총 3집(1992), 124-138; 김철수, 한국통일의 정치와 헌법, 시와진실, 2017, 299-313 참조. 김철수 교수의 앞의 두 논문은 뒤의 저서(2017)에 재수록 되어 있으므로 아래에서는 저서를 인용한다.

“대한민국의 강토는 구한국의 판도로 함”라는 조항을 둔 것이다.²⁷⁾ 임시정부의 헌법은 5차에 걸쳐 개정되었는데, 제2차 개정헌법(1925)에서 영토조항이 삭제되었다가 해방 직전의 제5차 개정헌법인 대한민국임시헌장(1944)에서 제1조 “대한민국은 민주공화국임”에 이어 제2조에 “대한민국의 강토는 대한의 고유한 판도로 함”이라고 하여 제1차 개정헌법의 내용과 거의 비슷한 내용으로 다시 규정되었다.

(2) 건국헌법(1948)

우리나라의 건국헌법(1948)은 대한민국이 한반도의 남쪽 지역에서 수립되었지만 분단국가라는 사실을 전혀 전제하지 않고 제정되었다. 어떠한 유보나 제한조항도 없이 “대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다”(제4조)라고 하여²⁸⁾ 우리나라가 완성된 국가인 것처럼 규정하였다. 헌법기초위원이었던 유진오 교수는 이 조항에 대하여 “대한민국 헌법은 결코 남한에서만 시행되는 것이 아니라 우리나라 고유 영토 전체에 시행되는 것이라는 것을 명시하고자 특히 본조를 설치한 것이다”라고 설명하였다.²⁹⁾ 제2차 헌법개정(1954)에서는 영토조항의 개정을 더 어렵게 하는 조항을 두어서 건국헌법의 태도를 더욱 확고히 하였다. “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 추가하였던 것이다. 이와 같이 분단사실을 무시한 헌법은 제2공화국까지 계속되었다. 헌법조문에 통일에 관한 언급은 전혀 없었다.

(3) 제5차 개정헌법(1962)

5·16 군사쿠데타에 이어 수립된 제3공화국헌법(1962)은 처음으로 영토가 완성

27) 임시정부의 헌법에 관해서는 김영수, *한국헌법사*, 학문사, 2000, 871-899 참조.

28) 건국헌법제정과정에서 나온 여러 헌법초안에도 다양한 영토조항이 있었다. 유진오 헌법초안은 “조선민주공화국의 영토는 조선반도와 울릉도, 제주도 기타의 부속도서로 한다”(제4조), 제2단계 헌법초안은 “한국의 영토는 조선반도와 울릉도 및 기타의 부속도서로 한다”(제4조), 법전편찬위원회 헌법초안은 “대한민국의 영토는 경기도·충청북도·충청남도·전라북도·전라남도·경상북도·경상남도·황해도·평안남도·평안북도·강원도·함경남도·함경북도이다”(제4조)로 규정하고 있었다.

29) 유진오, *신고헌법해의*, 일조각, 1959, 50; *국회속기록*, 제1회 제18호, 1948.6.26., 12.

되어 있지 않음을 암시적으로 표현하였다. 이전 헌법에 제4조에 있던 영토조항을 제3조로 변경하고 내용은 “대한민국의 영토는 한반도와 부속도서로 한다”고 하여 “그 부속도서”에서 “그” 자를 삭제하였다.³⁰⁾ 그리고 본문이 아닌 부칙 제8조에 “국토수복 후의 국회의원의 수는 따로 법률로 정한다”라는 조항을 삽입함으로써 현재 ‘수복되지 않은’ 영토가 있음을 인정한 것이다. ‘통일’이라는 표현 대신 ‘국토수복’이라는 표현을 쓴 이유는 공식적으로 분단을 인정하지 않기 위한 것이라고 생각된다.³¹⁾

(4) 제7차 개정헌법(1972)

1972년의 이른바 유신헌법은 헌법문언에 처음으로 ‘통일’문제를 규정하였다. 전문에 “조국의 평화적 통일의 역사적 사명에 입각하여 자유민주적 기본질서를 더욱 공고히 하는 새로운 민주공화국을 건설함에 있어서 …”라는 구절을 삽입하여 현재가 ‘미통일’상태임을 밝힌 후, 제3장에서 조국의 평화적 통일을 추진하기 위해 창설된 통일주체국민회의의 조직과 구성, 권한 등을 규정하였다(제35조-42조). 또 대통령에게는 ‘조국의 평화적 통일을 위한 성실한 의무’를 지웠으며(제43조 제3항), 대통령은 취임시 “… 조국의 평화적 통일을 위하여 대통령으로서의 직책을 성실히 수행할 것을 국민 앞에 엄숙히 선서”하도록 함으로써(제46조) 통일의 의지를 적극적으로 표명하였다. 그리고 부칙에서는 “이 헌법에 의한 지방의회는 조국 통일이 이루어질 때까지 구성하지 아니한다”(부칙 제10조)고 규정하였다.³²⁾

영토조항은 이전 헌법조항을 그대로 유지하였다.

(5) 제8차 개정헌법(1980)

1980년 헌법에서는 영토조항은 그대로 유지되었으며, 통일관련조항들은 전문의

-
- 30) 영토조항에서 ‘그’ 자가 삭제된 정확한 이유는 알 수 없다. 현행 1987년 헌법개정시 ‘그’ 자가 다시 들어갔는데, ‘그’ 자가 있던 없던 내용상 아무 차이도 없다고 생각되고 개헌 이유에도 아무 설명이 없는 것으로 보아 특별한 의미는 없는 것으로 보인다.
- 31) 이에 대하여 김철수 교수는 국토수복 후 헌법개정을 하지 않으면 의원을 늘일 수 없다고 하면 심히 불편하기 때문에 이를 예방하기 위한 것이고, 서독기본법과 달리 완전한 헌법임을 강조한 것이라고 평가하였다. 김철수(각주 26), 304.
- 32) 김철수 교수는 이 부칙 부분에 대하여 “제4공화국 헌법은 통일할 때까지만 적용되는 잠정 헌법임을 명확히 했다”고 평가하였다. 김철수(각주 26), 306.

규정, 대통령의 평화통일의무(제38조 제3항), 취임선서(제44조)에서 1972년 헌법을 대체로 승계하였다. 나아가 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).

(6) 제9차 개정헌법(1987)

현행 1987년 헌법은 영토조항(제3조)에서 “... 한반도와 ‘그’ 부속도서...”로 ‘그’ 자를 다시 추가하고 “대한민국은 통일을 지향하며, 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책을 수립하고 이를 추진한다”(제4조)고 하여 국가에 평화통일정책수립 및 추진의무를 부과하는 조항을 신설하였다. 전문, 대통령의 평화통일의무(제66조 제3항), 취임선서(제69조), 국민투표회부권(제72조), 대통령의 자문기구로서 민주평화통일자문회의(제92조) 등은 이전 헌법을 대체로 승계하였다.

(7) 소결

우리 헌법은 1948년 최초의 건국헌법 제4조에 한반도 전체를 대한민국 영토로 규정한 영토조항을 두었고 1962년 헌법(제5차 개정)에서 제3조로 바뀐 것을 제외하면 그 내용은 처음과 거의 그대로 유지되고 있다. 즉 처음부터 대한민국은 분단 국가가 아니라 완성국가임을 전제로 출발한 것이고, 대한민국헌법은 북한지역을 포함한 한반도 전역에 걸쳐 그 효력을 보유한다는 명백한 헌법적 선언의 표현이라는 것이다.³³⁾ 이점에서 종종 같은 분단국가였다가 통일된 서독헌법과 비교된다. 독일이 제2차 세계대전에서 패전 후 동서독으로 분단되자 서독은 1949년 연합군 점령 하에 새 헌법을 제정하였는데, 이 헌법은 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, 전 국민은 통일의 성취를 요구받고 있다고 명시한 점, 통일의 방법으로써, 기본법은 서독지역에만 적용되지만 기타 지역이 서독에 가입함

33) 최대권, 통일의 법적 문제, 법문사, 1990, 45; 유진오(각주 29), 50.

으로써 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 점 등이 서독헌법의 잠정적 성격을 말해 주었던 것이다.³⁴⁾

이와 같이 우리 헌법은 처음에는 분단국가임을 인정하지 않았다가, 5·16 군사쿠데타 이후 개정된 1962년 제5차 개정헌법에서 처음으로 부칙에 미수복지역이 있음을 암시하였다. 1972년 헌법에 와서는 처음으로 ‘통일’이라는 표현을 사용하면서 통일문제에 적극적으로 대처하게 된다. ‘평화적 통일의 사명’, ‘평화적 통일의 의무’ 등의 표현을 씌으로써 명시적으로 통일의 의지를 밝히고 있고 방법에 있어서도 평화적 통일을 강조하였다. 미국과 중국의 접근에 의한 세계적 대타트, 7·4남북공동성명 등 국내외적 환경의 대변화가 이러한 헌법적 변경에 영향을 미쳤음은 물론이다. 현행 1987년 헌법에서는 국가의 평화통일의무조항을 더 적극적으로 신설 규정하였는데, 이 조항이 앞의 영토조항과의 충돌문제를 일으키면서 우리 헌법이론의 큰 논쟁점이 되었다.

3. 영토조항과 통일조항의 관계 및 북한의 헌법상 지위에 관한 연구

(1) 문제의 제기

건국헌법 제정부터 1987년 헌법 개정 이전까지 영토조항에 근거하여 우리 헌법이 북한지역에도 효력이 미치고 북한은 국가보안법상의 반국가단체라는 해석은 학설과 판례를 통해 유지되었었다. 그러나 1987년 현행헌법개정으로 통일조항이 신설되고, 1990년 남북교류협력법 제정, 1991년 남북한 동시 UN 가입, 남북기본합의서 체결 등 남북한관계에 변화가 생기면서 기존의 학설과 판례에 대한 비판이론들이 나타나기 시작하였다.³⁵⁾ 그동안 이에 대해서는 참으로 많은 학

34) 이에 대한 자세한 설명은 김도창, 헌법과 국가 통일문제, 서울대학교 법학 8권 2호(1966), 33-42; 박수혁, 통독에 있어서 동서독 헌법통일, 법제연구 2권 1호(1992), 125-144; 전광석, 동서독통일의 방법론에 대한 헌법논의, 허영 편, 독일통일의 법적조명, 박영사, 1994, 11-36 등 참조.

35) 주류 해석론에 처음으로 비판적 입장을 표명한 것은 1972년의 최대권 교수였다. 최 교수는 1972년 국토 통일원 학술지원사업에 의해 작성된 논문(최대권, 한국통일방안에 관한 국내법적 고찰, 통일의 법적 문제, 법문사, 1990, 11-32)에서 다음과 같이 주장하였다. “우리는 시초부터 북한지역에 통치권을 미치지 못하였던 것이다. 따라서 … 반란으로 인하여 사실상 통치권이 미치지 못하는 반란지역에도 헌법의 효력(타당성)은 당연히 미친다는 이론을 우리의 경우에 적용하는 것은 논리의 비약이라고 생각할 수 있다”

설대립이 있었고 그 결과 몇몇 이론은 사실상 철회 내지 폐기되기도 하였다. 아래에서는 영토조항과 통일조항의 관계에 관한 학설과 판례를 정리해 보고 학설에 따른 북한의 헌법상 지위를 살펴보기로 한다.

(2) 학설과 판례에 대한 검토

영토조항과 통일조항과의 관계를 둘러싼 학설들은 수십 가지가 있다. 학자에 따라서는 한 분이 여러 가지 이론을 제시한 경우도 있고, 스스로 이론을 철회, 변경한 경우도 있다. 독립된 논문으로 이론을 상세히 제시한 경우도 있고, 교과서에 간략히 의견을 제시한 경우도 있다. 학설들 간에는 큰 틀에서 비슷한 것 같으나 논리구조나 효력에 차이를 보이는 경우도 많아서 이 학설들을 일일이 설명하는 것은 거의 의미가 없다 할 것이다. 일반화의 오류를 감수하면서 필자 나름으로 8가지 정도로 분류해 보기로 한다.³⁶⁾

제1설 북한 불법반국가단체설

이 설은 북한지역은 “헌법상 우리나라의 영토이고 헌법에 의거하여 제정·시행된 모든 법령의 효력이 당연히 미”치며, 북한은 국가보안법상 반국가단체 내지 불법단체라고 하는 과거 대법원의 판례³⁷⁾의 입장을 지지하는 과거의 다수설이다.³⁸⁾ 현재의 대법원판례는 헌법재판소의 이른바 북한의 이중적 지위론으로 변경되었다.

(앞의 책, 27). “대한민국헌법이 북한지역을 포함한 전한반도에 타당하다는 명제는 우리 헌법의 효력(타당성)의 범위를 선언한 법적 의미를 가진 헌법원칙이라기보다는 전한반도에 그 정통성을 주장하는 정치적 선언이라고 보는 것이 타당하다”(앞의 책, 29). 이러한 문제의식이 본격적으로 우리 학계에 대두된 것은 1987년 헌법개정 이후이다.

- 36) 이 부분은 도회근(각주 26), 21-53의 내용을 수정 보완한 것이다. 상세한 학설의 내용과 그에 대한 비판은 위 저서를 참조하기 바란다.
- 37) 대법원 1954.9.28. 선고 4286형상109 판결; 1955.9.27. 선고 4288형상246 판결; 1957.9.20. 선고 4290형상 228 판결; 1961.9.28. 선고 4292형상48 판결; 1965.8.24. 선고 65다1034 판결; 1983.3.22. 선고 82도3036 판결; 1987.7.21. 선고 87도1081 판결; 1990. 9.25. 선고 90도1451 판결; 1990.9.28. 선고 89누6396 판결; 1991.4.23. 선고 91도212 판결; 1993.19.8. 선고 93도1951 판결; 1999.12.28. 선고 99도4027 판결 등. 초기 헌법재판소도 그러한 결정례가 있다. 헌재 1990. 4. 2. 89헌가113, 판례집 2, 49.
- 38) 문홍주, 제5공화국 한국헌법, 해암사, 1985, 146; 김철수, (학설판례) 헌법학(상), 박영사, 2008, 169; 구병석, 신헌법원론, 박영사, 1996, 82; 육중수, 헌법학신론, 형설출판사, 1996, 134; 강경근, 헌법학, 법문사, 1997, 90; 조정찬, 남북통합과 21세기 법제, 법제 2000년 1월호, 22-23 등.

이 설의 핵심 내용은 대한민국정부가 한반도에서의 유일한 합법정부이고, 북한지역은 대한민국의 영토 일부를 북한이라는 불법단체가 점령하고 있는 미수복지역이며, 대한민국 주권은 당연히 미치지만 통치권이 현실적으로 제약되고 있다는 것이다.

그러나 대한민국정부의 유일합법정부론은 남북한이 동시에 UN에 가입함으로써 근거를 잃게 되었고, 북한의 헌법상 지위도 현재 대법원과 헌법재판소 판례가 이른바 이중적으로 변경됨에 따라 변경되었으므로 이 학설의 논거의 중요부분들이 타당성을 잃게 되었다.

제2설 영토조항 삭제·개정설

이 설은 남북한 동시 UN 가입, 남북교류협력 등 국내외적 환경변화로 인하여 헌법의 영토조항의 효력이 상실되었으므로 영토조항을 삭제하거나 개정하여야 한다는 설이다. 이 학설의 주장자들은 변화된 남북관계의 현실을 직시하고 그에 따라 영토조항과 통일조항 간에 모순관계가 있다는 문제를 사실상 최초로 제기한 이들이다.³⁹⁾ 현실적으로 한반도에는 두 개의 국가가 존재하게 되었으므로 영토조항의 효력이 상실되었으며, 규범적으로도 제3조에서는 대한민국영토가 한반도 전체로 이미 완성되어 있는데 제4조에서는 다시 통일을 해야 한다고 하니 논리적으로 두 조항이 상충된다는 것이다. 이후 이 학설에 동조하는 이들이 많이 늘어났다.⁴⁰⁾

이 설은 북한이 독립국가라는 점을 인정한다.

이 설은 입법론적 해결방안이라는 점에서 다른 해석론들과 구별된다. 헌법조항이 상충되고 또 그것이 해결될 수 없을 때에는 헌법을 개정하는 것이 바람

39) 장명봉, 통일정책과 헌법문제, 국민대학교 법학논총 3집(1991), 84; 남북한 기본관계정립을 위한 법적 대응, 한국공법학회 편, 유엔가입과 통일의 공법 문제, 한국공법학회, 1991, 131, 148; 이장희, 남북합의서의 법제도적 실천과제, 남북합의서의 후속조치와 실천적 과제, 아시아사회과학연구원(제1회 통일문제 학술세미나), 1992, 3.

40) 홍성방, 헌법학, 현암사, 2003, 63; 이준일, 헌법학강의, 홍문사, 2007, 122; 김승환, 기본권 규정 및 기타 분야의 개정과제, 공법연구 34집 1호(2005), 38-39; 이부하, 영토조항에 대한 규범적 평가, 통일 정책연구 15권 1호(2006), 330-331; 최우정, 한국헌법학, 진원사, 2008, 96; 장영수, 헌법총론, 홍문사, 2002, 174-176. 장영수 교수는 이후 현시점에서 잠정적이지만 영토조항 개정은 득보다 실이 많다면 헌법개정론을 철회하고(장영수, 헌법총강에 대한 헌법개정 - 국가의 기본적 구성요소 및 헌법의 기본원리와 관련한 헌법개정, 공법연구 34집 4호 2권(2006), 99), 양조항의 조화로운 해결만을 주장하고 있다(장영수, 헌법학, 홍문사, 2007, 123-124).

정치학자인 박명림 교수도 '순수 법리적'으로는 폐지를 고려해야 한다고 하나, '현실적'으로는 단서조항 추가 개정론을 제안한다(박명림, 87년 헌정체제 개혁과 한국 민주주의, 창작과 비평 33권 4호(2005), 47).

직하지만, 의견상 상충되는 듯이 보일지라도 헌법의 조화적 해석을 통해서 해결점을 찾을 수 있다면 그것이 헌법개정보다 더 바람직하다고 생각된다.⁴¹⁾

제3설 평화통일조항 우위설

이 설은 영토조항과 평화통일조항간의 모순을 해결하기 위하여 평화통일조항의 영토조항에 대한 우월적 효력을 인정하는 설이다. 즉, 두 조항이 충돌한다면 어느 한 조항의 우선적 효력을 인정함으로써 그 상충을 해결할 수 있다는 것이다. 이 설에는 다시 세분하여 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,⁴²⁾ 일반법과 특별법의 관계에 따라 제4조가 우선한다는 설,⁴³⁾ 평화통일은 우리 헌법이 지향하는 이념이고 통일정책의 기본성격이므로 헌법이념과 헌법정책상 평화통일조항의 효력이 우선한다는 설⁴⁴⁾ 등이 있다.

이 설도 명확한 것은 아니지만 대체로 북한의 실제, 즉 독립국가성을 인정해야 한다는 설이라고 이해된다.

이에 대해서는 다음과 같은 반론이 가능하다. 신법우선의 원칙이란 동일사항을 규율하는 두 법이 서로 다른 시점에 효력을 발생하는 경우에 적용되는 원칙인데 현행헌법은 동시에 발효하였으므로 신구관계를 인정할 수 없다. 비현실에 대한 현실우선의 원칙에 대하여도 규범충돌시 현실에 부합하는 법규가 언제나 우선한다는 법원칙은 존재하지 아니한다. 일반법-특별법관계론에 대하여는 규범충돌시 특별법우선의 원칙이 적용되려면 일정한 범위에서 적용범위가 중복되는 두 조항이 있어서 좁은 적용범위를 갖는 조항이 특별조항으로서 우선 적용되는 것인데 영토조항과 통일조항이 과연 광협이 다른 적용범위를 갖는 조항인지 의문이 있다. 헌법이념우선론에 대하여는 정책에 의한

41) 그래서 제2설의 주장자들 상당수는 해석론을 아울러 주장한다.

42) 권영성, (신판) 헌법학원론, 법문사, 1998, 122. 그러나 권 교수는 1999년 이후 종래의 이 견해를 철회하고, 북한의 이중적 성격을 인정한 헌법재판소의 결정례를 양조항의 규범조화적 해석을 시도한 견해라고 평가하면서 이 헌법재판소의 견해를 수용하여 학설을 바꾸었다(뒤의 제8설 참조, 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008, 124-125).

43) 계획열, 헌법학(상), 박영사, 2005, 174.

44) 장명봉(주 39), 남북한 기본관계정립을 위한 법적 대응, 133. 장명봉 교수는 제2설을 주장하면서 동시에 해석론으로 제3설과 아래의 제4설을 같이 주장하였다.

우열관계 인정은 법적 논거로 허용될 수 없고 두 조항 간에 이념상 우열관계는 분명치 않으며 통일정책 이전에 통일정책추진의 주체인 국가를 확정하는 조항을 통일정책조항보다 하위로 볼 수 없고 헌법조항 간 가치서열을 인정한다 하더라도 그것이 조항 간 효력관계에 영향을 주는 것은 아니라는 헌법재판소의 견해를 고려할 때 적절치 못한 해석론이라고 할 수 있다는 것이다.⁴⁵⁾ 이 설은 주장자 본인이 학설을 바꾸거나 더 이상 지지자들이 나타나지 않아 지금은 사실상 소멸된 학설이라 생각된다.

제4설 헌법변천설

이 설은 영토조항에 대하여 헌법변천이 일어났다고 보는 설이다. 우리 헌법 초기에는 영토조항에 의하여 북한을 불법단체로 보았으나 40여년이나 분단 상태가 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.⁴⁶⁾

이 설은 북한의 국가성을 인정하거나, 최소한 불법단체로 보지는 않는 정도의 단계에 있다고 본다.

이 설에 대해서는 북한에 대한 인식의 변화가 일어난 것은 영토조항의 의미 변천이 아니고 영토조항을 가탁하여 전개한 정부의 대북정책의 변화에 지나지 않는 것이라는 비판이 타당하다.⁴⁷⁾ 뿐만 아니라 우리 정부나 법원 및 헌법재판소가 아직도 북한(또는 북한정권)을 공식적으로 국가 또는 정부로 인정하지 않고 있는 것이 엄연한 현실임을 볼 때 헌법변천이 일어났다고 볼 수는 없다고 보아야 한다.⁴⁸⁾

45) 양건, 헌법강의, 법문사, 2009, 130; 김선택, 헌법과 통일정책, 한국법학교수회 편, 한국 법학 50년 - 과거 · 현재 · 미래 : 대한민국 건국 50주년 기념 제1회 한국법학자대회 논문집, 한국법학교수회, 1998, 361-362; 홍성광(각주 40), 63.

46) 장명봉(주 39), 남북한 기본관계정립을 위한 법적 대응, 133-134; 양건, 남북한관계의 새로운 방안제시와 법적 문제, 국제법학회논문총 26권 2호(1982), 110; 김승대, 남북한간 특수관계의 법적 성격에 관한 일고찰, 법조 44권 3호(1995), 45. 김승대 교수는 이후 제5설로 견해를 변경하였다.

47) 최대권, 한국 헌법의 좌표 : 「영토조항」과 「평화적 통일조항」, 법제연구 2권 1호(1992), 9.

48) 이 설의 주장자 중 양건 교수는 그래서 “국가보안법의 규정 및 그 해석·집행에 의해 북한이 여전히 ‘반국가단체’로 취급되고 있어, 이러한 사실이 계속되는 한, 영토조항의 규범적 의미의 변천이 완료되었

이 설이 처음 제기된 당시에는 비공식적으로 많은 지지자들이 나왔으나 위의 비판이 나온 이후 이 설에 대한 지지자는 더 이상 나타나지 않고 있고 이 설 주장자도 학설을 변경하고 있어 현재 이 설은 소멸되었다고 생각된다.

제5설 규범조화설 1(영토조항 효력인정설)

이 설은 양 조항이 상충되지 않으며 규범조화적으로 해석할 수 있다고 보는 입장에서 제1설을 발전시킨 이론이라고 볼 수 있다. 제1설과 마찬가지로 영토조항에 의하여 북한지역도 대한민국의 영토의 일부분이고 장애로 인하여 대한민국의 주권적 권력의 실현이 방해되고 있으나 장애요인이 소멸할 경우 당연히 대한민국의 주권적 권력이 북한지역에도 미치게 된다고 한다. 다만 통일조항과의 관계를 설명함에 있어서 제1설이 설명하지 않고 있는 부분을 보완하고 있는데, 그 논리적 근거는 다양하다. 대한민국이 통일방안으로 무력통일을 포함한다면 그 한에 있어서는 영토조항과 평화통일조항이 충돌하지만, 그것이 평화적 통일방안이라면 우리 헌법은 무력통일방안을 배제하고 있다고 믿기 때문에 두 조항은 상충되지 아니하고 상호 조화된다는 견해,⁴⁹⁾ 영토조항의 해석에 있어서 남북분단은 ‘사실상의 분단’일 뿐 ‘법률상의 분단’이 아님을 선언한 것이며, 헌법 제4조 등의 ‘통일’은 ‘사실상의 통일’(de facto unification)을 뜻하며 ‘법률상의 통일’(de jure unification)을 뜻하는 것이 아니라는 견해,⁵⁰⁾ 영토조항은 통일한국의 영역범위를 규범적으로 밝힌 것이고, 영토조항과 통일조항에 의하면 “우리의 통일방식은 통일합의서의 체결과 북한지역에 대한 우리 헌법의 효력을 사실상 확대하는 것”이라는 견

다고는 할 수 없어 헌법변천의 과정에 해당한다”면서 학설을 수정하였다. 양건, 남한의 통일방안을 어떻게 볼 것인가, 공법연구 22집(1994), 224-225.

그러나 양건 교수는 이후 학설을 변경하였다. 헌법변천설, 제4조 우위설, 북한의 이중적 성격론 등을 모두 비판하면서(양건(각주 45), 129-130, 137-138) 북한의 불법 반국가단체성을 주장하고 있어(앞의 책, 131) 제1설로 회귀한 듯한 태도를 보이고 있다.

49) 최대권(각주 47), 8-9; 최대권, (사례중심)헌법학, 박영사, 2001, 105(이 저서는 앞의 논문의 내용을 보완, 재정리하여 삽입한 것이다.); 허진, 남북기본합의서와 헌법, 충북대학교 법학연구 5권(1993), 200-201; 이성환, 대한민국 국민의 범위, 국민대학교 법학논총 9집(1997), 272-273; 이주현, 남북한 특수관계의 의미, 남북교류와 관련한 법적 문제점(1) -특수사법제도연구위원회 제6·7차 회의 결과보고, 법원행정처, 2002, 35-36; 이백규, 남북한 왕래에 관련된 법적 문제점, 남북교류와 관련한 법적 문제점(1) -특수사법제도연구위원회 제6·7차 회의 결과보고, 법원행정처, 2002, 280-281; 김학성, 헌법학강의 I, 강원대학교출판부, 2007, 113.

50) 김명기, 북한주민을 대한민국국민으로 본 대법원 판결의 법이론, 저스티스 30권 2호(1997), 205; 심경수, 영토조항의 통일지향적 의미와 가치, 헌법학연구 7권 2호(2001), 166.

해,⁵¹⁾ 남북분단은 사실상의 분단일 뿐 법리상의 분단이 아니라는 전제하에 제3조는 통일에의 책무를 부과하고 있는 목적적이고 가치적인 규정으로, 제4조는 이 책무에 대한 법적 확인이나 방향을 규정한 조항으로 보는 견해,⁵²⁾ 영토조항은 영토회복의 책무를 부과하고 있는 목적적이고 가치적인 규정이며 평화통일이 실현되었을 경우에 성립하는 통일국가의 최종적인 영토범위를 설정한 조항이고, 통일조항은 이 책무를 현실적으로 실천하기 위한 방법론적·수단적 성격을 가진 조항으로 보는 견해,⁵³⁾ 영토조항을 대외적 2국가, 대내적으로는 민족내부관계라는 규범적 의미를 내포하는 것으로 보면서, 영토는 한반도 전체이나 실질적 통치권이 한반도 전역에 미치도록 하기 위한 수단으로 무력이 아닌 평화적 방법을 추구하고 있다고 이해하는 것이 양조항의 조화적 해석방법이라는 견해⁵⁴⁾ 등이 있다.

이 설은 영토조항이 한반도내에 대한민국 이외의 또 다른 국가의 승인을 거부한다고 본다.⁵⁵⁾ 물론 그렇다고 북한의 실체를 부인하는 것은 아니고 이러한 관계는 ‘1민족, 1국가, 2정부, 2체제’라는 공식으로 잘 표현될 수 있을 것이라고 한다.⁵⁶⁾ 요컨대 이 견해는 한반도내에 국제법상으로는 엄연히 2개의 국가가 존재하지만, 국내법상으로는 서로 상대방의 국가성을 부인함으로써 국제법과 국내법 간에 인식상의 불일치가 있음을 인정한다.⁵⁷⁾

이 설은 북한의 헌법적 지위도 다양하게 설명한다. 대한민국에 대하여 적대행위를 하는 한에서 제1설처럼 불법 반국가단체의 성격을 갖지만, 남북기본합의서상으로는 지방자치단체에 준하는 국내법상의 공법단체,⁵⁸⁾ 또는 국가가 아닌 ‘지방적 사실상 정부’(de facto local government)로 구성된 교전단체 또는 반도단체”⁵⁹⁾ 등 다양하게 보고 있다.

이 설은 대체로 통일 이전 동서독 간에 적용하였던 대외적 2국가, 대내적 1

51) 김승대, 통일헌법이론, 법문사, 1996, 295, 300-301.

52) 이상훈, 헌법상 북한의 법적 지위에 대한 연구, 법제 2004년 11월호, 78-79; 이상훈, 금창섭, 헌법상 통일 조항에 대한 법리적 고찰, 법제저, 2004, 328-330(이 두 글은 같은 내용임).

53) 이효원, 남북교류협력의 규범체계, 경인문화사, 2006, 127-136, 특히 133.

54) 성낙인, 헌법학, 법문사, 2018, 310.

55) 최대권(각주 47), 10-12; 허전(각주 49), 201.

56) 최대권(각주 47), 10-11; 김명기(각주 50), 196.

57) 최대권(각주 47), 11; 이성환(각주 49), 275.

58) 최대권(각주 47), 12.

59) 김명기, 남북기본합의서의 법적 성질, 숭실대학교 법학논총 6집(1993), 182-183. 김학성 교수는 국제법상의 사실상의 정부라고 한다. 김학성, 헌법학원론, 피엔씨미디어, 2018, 114.

국가론에 우호적인 시선을 던지고 있다. 즉 국제적으로는 동·서독 2개 국가가 존재하지만 동서독 서로간의 관계는 상호 외국이 아닌 관계로 본다는 것이다. 분단국의 특수한 국제법 이론이라고 할 수 있다. 그러나 제5설이 독일 이론과 다른 점은 우리 헌법의 영토조항 때문에 북한의 ‘국가성’을 원천적으로 부인할 수밖에 없다는 문제점이 있다. 그러한 한 과거 독일처럼 국내법적으로는 1국가, 국제법적으로는 2국가라는 융통성 있는 분단국의 특수이론을 주장할 수도 없어 현실과 규범간의 불일치를 해소할 방법이 없게 된다는 문제점도 있다.

제6설 규범조화설 2(영토조항 효력부인설)

이 설은 헌법의 특성에 착안하여 두 조항의 외견상 모순상태를 해소하려는 것이다. 헌법의 추상성, 미완성성, 미래지향성, 개방성, 가치지향성 등 헌법만이 가지는 특성을 감안하여 양조항을 조화적으로 해석하려는 것이다. 이 설은 다시 여러 논리로 나뉜다. 영토조항은 역사성의 표현이고 평화통일조항은 가치지향개념으로 보는 견해,⁶⁰⁾ 영토조항은 명목적·선언적 규정으로, 평화통일조항은 통일의 방법을 명시한 조항으로 보는 견해,⁶¹⁾ 영토조항은 통일의 당위와 목표의 근거가 되고 통일조항은 통일의 방법을 규정한 조항으로 보는 견해,⁶²⁾ 영토조항은 미래지향적·역사적·미완성적·개방적·프로그램적 규정으로, 평화통일조항은 현실적·구체적·법적 규정으로 보는 견해,⁶³⁾ 영토조항은 최종목적(영토의 범위)으로, 평화통일조항은 이를 실현하기

-
- 60) 허영, 한국헌법론, 박영사, 2008, 188; 김상겸, 헌법상의 남북관련조항에 관한 연구-헌법 제3조와 제4조의 헌법해석론 관점에서, 헌법학연구 10권 3호(2004), 228, 236-237; 이승우, 헌법학, 두남, 2009, 150. 허영 교수는 이후 “영토조항의 역사성은 퇴역적인 성질의 것이 아니라 진보적이고 발전적인 것이어야 하기 때문에 언제나 북한지역까지를 우리의 영토로 통합하도록 설계한 미래지향적이고 초시대적인 청사진을 의미하는 규정”이라고 약간 변화된 입장을 보이고 있다(허영, 한국헌법학, 박영사, 2010, 194). 이승우 교수는 제4설(헌법변천론)과 제5설과 제6설에 모두 걸치는 듯한 표현을 하고 있어서 정확한 입장은 잘 모르겠다.
- 61) 제성호, 헌법상 통일정책과 자유민주주의 : 제3조 영토조항과 제4조 통일조항, 자유공론 통권 322호(1994), 210. 제성호 교수는 이후 저서(남북한 특수관계론, 한울아카데미, 1995)에서 남북한관계를 대외적으로는 1민족 2국가, 대내적으로는 1민족 1국가 2체제라는 특수관계로 인식하고 기존의 대법원판례의 태도를 인정하는 전제에서 논리를 전개하였다가, 다시 남북관계의 특수성과 이중성을 전제로 영토조항과 통일조항의 규범력을 모두 인정하는 견해를 취함으로써 제8설을 지지하는 듯한 입장을 취하고 있다(제성호, 헌법상 영토조항과 통일조항의 개폐문제, 헌법개정을 위한 심포지움, 헌법을 연구하는 국회의 원모임, 2005. 6. 14., 6-7).
- 62) 이규창, 「남북관계 발전에 관한 법률」의 분석과 평가 -남북한 특수관계 및 남북합의서 관련 조항을 중심으로, 법조 55권 8호(2006), 168 및 각주 20.
- 63) 도회근, 헌법 제3조(영토조항)의 해석, 권영성교수정년기념논문집간행위원회 편, 헌법규범과 헌법현실,

위한 수단 방법으로 보는 견해,⁶⁴⁾ 영토조항은 통일을 향한 하나의 정치적 선언적 규정으로, 평화통일조항은 그 수단으로 보는 견해,⁶⁵⁾ 영토조항은 통일조국의 영토범위를 단순히 추상적으로 선언하여 조국통일의 의지와 근거를 표명한 것이고 통일조항은 민주평화통일의 원칙을 선언한 것으로 보는 견해,⁶⁶⁾ 영토조항은 우리 헌법의 법통이 그 뿌리를 두고 있는 구한말 당시의 영토를 승계했음을 천명한 것이고, 통일조항은 현재 분단된 조국의 현실에서 볼 때 반드시 통일하여야 할 당위성(Sollen)이 있음을 규정한 것으로 보는 견해,⁶⁷⁾ 평화통일조항과 관련하여 영토조항은 통일의 목표와 과제를 부과한 조항으로 미래를 향하여 존재하고 미래에서 실현되는 조항으로 보는 견해⁶⁸⁾ 등이 있다. 이 설은 북한의 실체를 인정하는 전제에서 출발한다. 영토조항의 현실적 효력을 인정하지 않으므로 따라서 북한지역에 대한 대한민국의 주권과 통치권이 미치지 않는다고 본다. 북한의 헌법상 지위에 대하여도 미래 통일한국의 영토가 될 지역이라는 점 외에 헌법은 아무런 규정도 하지 않고 있다고 본다. 그러므로 북한을 독립된 국가로 볼 수도 있고, 국제적으로는 독립 국가이지만 남북한 간에는 국가가 아닌 것으로 볼 수도 있다는 것이다. 후자의 경우에는 국제법적으로는 북한의 독립국가성을 인정하고 남북기본합의서의 규정처럼 남북한 간의 거래관계에서만 북한을 국가로 보지 않는 것이 가능해질 것이라고 한다.⁶⁹⁾

이에 대하여 영토조항의 현실적·구체적 법적 효력을 부인하는 것은 헌법의

법문사, 1999, 867(이 논문은 도회근(각주 26), 13-53에 수정 보완되어 재수록되어 있다).

홍성방 교수와 이준일 교수는 영토조항은 궁극적으로는 개정을 통하여 현실에 맞도록 수정되어야 할 것이라고 하면서도, 개정시까지의 논리적이며 현실에 적합한 조화적 해석방법을 찾을 것을 제안한다. 두 교수는 영토조항을 통일 대한민국의 영토를 선언한 것으로 해석하는 것이 바람직하다며 미래지향적 견해와 거의 비슷한 결론을 제시하고 있다. 홍성방(각주 40), 63-64; 이준일(각주 40), 122; 방승주 교수도 앞으로 이루어질 통일의 영토적 한계를 명시한 조항으로 해석한다. 방승주, 헌법재판소와 대법원의 남북관계 관련 판례에 대한 헌법적 평가, 공법연구 39집 2호(2010), 206-207.

64) 최창동, 헌법상 '영토조항'과 '통일조항'의 올바른 헌법해석론, 정책연구(국제문제조사연구소) 통권 144호(2005), 322-323; 통일을 앞둔 남북한의 법적 지위, Dieter Blumenwitz 저, 최창동 편, 분단국가의 법적 지위, 법률행정연구원, 1996, 186-187.

65) 최경옥, 한국 헌법 제3조와 북한과의 관계, 공법학연구 창간호(1999), 202, 206.

66) 김영주, 남북공동체헌법의 헌법적 고찰, 경성법학 9권(2000), 62.

67) 박선영, 자유민주주의의 실현을 위한 헌법개정의 방향 -헌법 총강과 기본권조항을 중심으로, 헌법학연구 10권 1호(2004), 79-80. 박선영 교수는 제5절에 기초한 것인지 제6절에 기초한 것인지 정확하지 않다.

68) 한수웅, 헌법학입문, 법문사, 2017, 52-53. 다만 한 교수는 영토조항이 현실을 규율하는 조항이 아니라 미래에 실현되는 조항이라고 하면서도 북한의 국가적 성격은 부인하는 입장에 있다.

69) 도회근(각주 26), 50-52.

규범력을 제고하는 방향으로 해석하여야 한다는 헌법해석의 원칙에 반하고 종래 대한민국 국내법질서에서 대북관계에 관하여 법적 기초를 형성하였던 규범력을 부인함으로써 현행법질서의 전체적 재해석을 요구하게 되는 무리한 해석이라는 비판이 있다.⁷⁰⁾

제7설 국제법우위설

이 설은 국제사회에서 통용되는 국제법의 영토개념을 바탕으로 전개된 이론이다. 이 설은 실제로 한국의 관할, 영토고권 및 통치권은 남한지역에 한정되었고 오래전부터 국제사회에서 한국의 영토는 남한을 가리키는 것으로 인식되었으므로, 헌법의 영토조항에도 불구하고 남한지역만이 대한민국의 영토라고 본다.⁷¹⁾ 단순 규범논리를 배제하고 역사적·현실적 상황과 국제사회에서 통용되는 논리를 논거로 들고 있다는 점에서 사회과학적인 설득력을 지니고 있는 이론이라고 생각된다. 다만 국제법 이론을 기본으로 하고 있어 평화통일조항과의 관계를 전혀 언급하지 않는 등 헌법의 규범논리를 지나치게 고려하지 않고 있다는 아쉬움이 있다.

제8설 이중적 지위설

이 설은 두 조항의 효력을 모두 인정하는 학설이다. 이른바 북한의 이중적 지위를 인정하는 헌법재판소 판례⁷²⁾도 이 범주에 포함시킬 수 있다. 이 설은 어느 한 조항의 효력을 부인하는 제3설 및 제4설과 구분되고, 제5설과 제6설과 비슷하지만, 차이점은 두 조항의 상충모순관계를 인정하되 두 조항 모두 각자의 현실적 구체적 효력을 인정한다는 점에 있다. 여기에는 북한정권의 2중적 성격을 인정하면서 두 조항간의 규범조화적 해석을 시도하는 견해,⁷³⁾ 남북관계의 2중성이 영토조항과 통일조항을 통하여 반영되고 있다고 보고 모순되는 두 조항의 효력을 모두 인정하면서, 서로 다른 방향의 두 조항을 동시에 규정하는 상반구조적 입법기술이 헌법입법의 독특한 방식이고 어느 한 방향으로의 의사확정이 곤란할 때 일정한 헌법적 테두리를 그어놓고 그 한도 내에서 구체화입법에 의하여 그때그때 올바른 결정을 할 여지를 주기

70) 김선택(각주 45), 363.

71) 나인균, 한국헌법의 영토조항과 국적문제, 헌법논총 5집(1994), 476.

72) 헌재 1993. 7. 29. 92헌바48, 판례집 5-2, 65; 1997. 1. 16. 92헌바6 등, 판례집 9-1, 1.

73) 권영성(각주 42), 2008, 125.

위한 것이라고 설명하는 견해,⁷⁴⁾ 영토조항이 북한과의 관계에서 평화공존과 대립적 공존의 현실적 가능성을 모두 내포하고 있고, 통일조항은 규범적으로 통일의 과제를 다시 한 번 확인하고 평화적 통일과 자유민주주의를 통일의 방법과 기초로서 제시하는 것이라는 견해,⁷⁵⁾ 제3조는 남북한의 대내적 관계를, 제4조는 남북한의 대외적 관계를 규율하는 것으로 각기 적용영역이 구별되는 것으로 설명하는 견해⁷⁶⁾ 등이 있다.

이 설은 북한의 독립국가성을 인정하지 않는다.

이 설에 대해서는 법집행자나 해석자에게 지나친 자의를 인정할 수 있다는 문제점을 지적할 수 있다.⁷⁷⁾

(3) 소결

아마도 헌법의 영토조항에 관한 부분은 우리 헌법사상 가장 많은 이론대립이 제기된 분야일 것이다. 위에 소개한 8 가지 학설도 사실은 정확한 것이 아니다. 같은 학설로 분류했지만 자세히 보면 서로 다른 이론들도 적지 않음을 밝혀둔다.

이 분야에 관한 최초의 문제제기는 최대권 교수의 1972년 연구보고서에서였다고 할 수 있는데,⁷⁸⁾ 당시에는 별 주목을 받지 못하였다. 다음으로 1982년 양건 교수가 영토조항과 헌법현실 사이에 모순이 발생했는데 이를 헌법변천이라고 설명했던 이 분야의 선구적인 연구⁷⁹⁾도 당시에는 주목을 받지 못했었다. 이 분야에 관한 관심을 촉발시켰던 것은 1987년 헌법개정 이후 신설된 통일조항이 영토조항과 상충된다는 문제를 처음 제기한 장명봉 교수의 1990, 1991년 연구에서부터였다.⁸⁰⁾ 이후 많은 학자들이 이 문제제기에 참여하여 논의가 확산된 것이 위에서 살펴본 바처럼 전개된 것이다. 그러나 이 논의에 이론적 폭과 깊이를 획기적으로 바꾸게 한 연구는 최대권 교수의 1992년 연구⁸¹⁾였다고 할 수 있다. 이 연구는 영토

74) 김선택(각주 45), 366-369; 제성호(각주 61), 헌법상 영토조항과 통일조항의 개폐문제, 6-7.

75) 전광석, 한국헌법론, 법문사, 2007, 164-165.

76) 장영수(각주 40), 2007, 123-124.

77) 도회근(각주 26), 44.

78) 각주 35 참조.

79) 각주 46 참조.

80) 각주 39 참조.

81) 각주 47.

조항과 통일조항의 관계에 관한 기존 학설의 문제점을 지적하고 이에 대한 새로운 해석 가능성과 북한의 헌법적 지위에 대한 체계적이고 깊이 있는 이론을 전개함으로써 이후 연구들의 필수적 지침이 되었다.⁸²⁾ 이 과정에서 헌법재판소의 북한의 이중적 지위 결정이 나왔고, 이후 대법원도 같은 취지의 판결을 내렸다.⁸³⁾

위와 같은 여러 학설 중 현재까지 의미 있는 것은 제5, 6, 8설이다. 제2설 영토 조항 삭제·개정설은 입법론적 주장이므로 헌법해석론으로 발전된 현재의 학설 대립으로 설명하기에는 부적절하다고 생각된다. 나머지 설들은 제기한 학자들이 스스로 철회하거나 학설을 변경하거나 더 이상 주장자가 나타나지 않고 있어 사실상 소멸된 설이라고 할 수 있다.

제5설과 제8설은 모두 북한지역을 대한민국 영토의 일부로 본다는 점에서 판례와 기본적으로 같은 입장이고 제6설은 국가이든 다른 어떤 단체이든 북한의 존재를 규범적으로 인정한다는 입장에서 판례의 입장과 대조된다. 제5설과 제6설은 영토조항과 통일조항간의 상충적으로 보이는 관계를 조화적으로 해석하려는 학설임에 반하여 제8설은 상충적으로 보이는 관계를 그대로 인정하면서 양 조항의 병렬적 효력을 인정한다.

이 학설대립을 통해서 몇 가지 의미 있는 결과들이 나타났다. 첫째로 우리 헌법이론의 폭을 넓혔다는 점을 들 수 있다. 이 논의의 초기에는 일부 학자들만 관심을 가지고 논의가 전개되었는데 이제는 우리나라 헌법교과서의 대부분이 이 논의에 일정부분을 할당하여 기술하고 있는 데까지 이르게 되었다. 둘째, 영토와 통일문제가 과거에는 헌법학의 주변부에 있었다는 느낌이 많았는데 이제는 중심적인 문제로 인식되게 되었다고 생각한다. 그만큼 통일에 대한 관심도 확산되었다고 생각된다. 셋째, 헌법개정문제에 일정한 지침의 역할을 하였다는 점이다. 최근 십여 년 간 우리나라에서는 헌법개정에 관한 많은 논의가 있었는데 개헌논의 초기에는 영토조항과 통일조항이 북한과의 통일협약에 걸림돌이 되기 때문에 이를 삭제하여야 한다는 주장도 상당히 많았고 진보적 입장을 가지고 있는 경우일 수록 더 그러했던 것이 사실이었다. 그러나 보수와 진보를 떠나서 대체로 우리 헌법의 영토와 통일조항은 개정의 필요가 없다는 쪽으로 의견이 수렴되었다고 보인다.⁸⁴⁾ 이 학설토론을 통해서 영토조항과 통일조항의 의미를 더욱 확실히 할

82) 필자는 최교수의 연구를 제5설의 시작이라고 보고 있다.

83) 대법원 2000.9.29. 선고 2000도2536 판결; 대법원 2003.5.13. 선고 2003도604 판결.

84) 진보적 인사들이 많이 참여하였던 2017년 국회 헌법개정자문위원회의 자문내용과 2018년 대통령 제안

수 있었던 것이 헌법개정논의에 영향을 주었다고 생각한다.

이와 같은 의미 있는 결과들이 나왔음에도 불구하고 이 논의에서 일정한 한계 점도 눈에 띈다. 우선 논의가 더 이상 발전되고 있지 않고 있다. 여러 헌법 교과서들에 이 논의가 게재되는 것은 늘어나고 있으나 지금까지의 논의에서 심화발전된 이론은 더이상 나오고 있지 않은 실정이다. 지금까지의 논의가 북한의 헌법상 지위, 영토조항과 통일조항 간 상충관계냐 아니냐 같은 다소 추상적인 데 머물렀다면, 앞으로는 각 학설이 남북한관계가 진전됨에 따라 발생하는 구체적 사안에 어떻게 적용될 것인가 하는 데까지 나아가야 할 과제가 남아 있다 하겠다.

IV. 남북한관계와 남북교류협력에 관한 연구

1. 남북관계의 변화와 남북한 특수관계론의 등장

1987년 헌법개정 이후 남북한관계에도 큰 변화가 나타나게 된다. 이때 남북한 관계에 관하여 법적으로 의미 있는 것이 1990년 남북교류협력법 제정, 1991년 남북기본합의서의 체결이었다. 남북교류협력법은 남북 간의 교류협력을 우리 헌정 사상 처음으로 법적으로 보장함으로써 법체계상 북한을 교류협력의 대상으로 규정하였다는 점에서 큰 의의를 가진 것으로 평가되었다.⁸⁵⁾ 한편 남북기본합의서 체결은 1972년 7·4 남북공동성명 이후 남북한관계에 획기적인 전환점을 가져온 사건이며,⁸⁶⁾ 이후 남북관계를 규율하는 법체계의 방향과 내용을 지시하는 이정표가 되었다. 이 합의서 서문에서 남북 간의 관계를 “나라와 나라 사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계”라고 정의하였는데 이것이 이른바 ‘남북한 특수관계론’의 근거가 되는 규정이다. 이 ‘특수관계’라는 표현은 과거 분단 독일이 1972년 동서독 기본조약을 체결하면서 동서독관계를 규정한 용어에서 유래하였다. 서독은 이 기본조약을 잠정적으로 양 독일 간 관계를 상호 외국간의 관계가 아닌 민족내부의 특수관계(Besonderes Verhältnis)를

헌법개정안 모두에 영토와 통일조항 개정은 고려되지 않았다.

85) 장명봉(주 39), 남북한 기본관계정립을 위한 법적 대응, 135.

86) 정세현은 이를 “반세기에 이르는 남북분단사에 있어서 분수령을 이루는 획기적 사건”이라고 평가하였다. 정세현, 『남북기본합의서』의 법적 성격과 정치적 의의, 통일문제연구 4권 1호(1992), 9.

규정한 것으로 보았던 것이다. 남북교류협력법과 남북기본합의서를 기초로 이후 수백 건의 남북한 간의 합의서가 체결되고 교류협력사업이 진행됨으로써 교류협력의 시대가 열리게 되었다.⁸⁷⁾ 김대중 대통령 취임 이후 2000년 6·15 남북정상회담 개최 등 남북관계는 급속히 개선되었다. 2005년에는 「남북관계 발전에 관한 법률」(이하 ‘남북관계발전법’이라 함)이 제정되어 남북한관계에 관한 법적 기반이 더욱 견고하게 되었다.

2. 남북기본합의서와 남북한 특수관계론에 관한 연구

남북기본합의서가 체결되자 이에 대한 많은 연구가 발표되었는데 이에 대한 법적 접근은 합의서의 법적 성격 문제를 중심으로 법적 관련문제들을 다룬 것이 대부분이었다. 합의서의 법적 성격과 관련 법문제 등은 서로 관련되는 내용들이므로 같이 서술된 것이 많은 것은 물론이지만 ‘남북한 특수관계’의 의미와 내용에 관한 본격적인 연구는 상대적으로 적었다. 그 중에서 최대권, 제성호 교수의 연구는 남북한 특수관계에 관한 선구적이고 가장 폭넓은 연구라고 할 수 있다.⁸⁸⁾

남북기본합의서의 법적 성격에 관한 연구들이 많이 발표된 것은 이 합의서가 매우 독특한 것이었기 때문이다. 체결절차와 형식은 국가 간 조약과 매우 비슷하였으나, 체결 당사자인 남북한은 서로 상대방을 국가로 인정하지 않고 있는 분단의 당사자적이고, 문건의 명칭도 조약이나 협정이 아닌 합의서였던 것이다.⁸⁹⁾ 이에 대해서 많은 연구가 발표되었는데, 정부 관계자들은 법적 효력을 부인하는 편이었고 일반 학자들은 법적 효력을 인정하는 경우가 많았다.⁹⁰⁾ 합의서 체결 실무부

87) 그러나 2008년 금강산 관광객 피살사건, 2010년 천안함 폭침사건, 연평도 포격사건, 일련의 북한 핵실험과 미사일발사 등 이명박, 박근혜정부에서 일어난 사건들에 대한 정부의 강경대응으로 남북관계가 악화되었다가, 문재인 정부가 들어서면서 남북관계가 다시 복원되고 있다.

88) 최대권, 『남북합의서』와 관련된 제반 법문제 -특히 『특수관계』의 의미를 중심으로, 서울대학교 법학 34권 3호(1993), 1-38; 제성호(각주 61). 이후 김승대 교수와 이효원 교수의 연구가 중요한 연구라고 볼 수 있다. 김승대(각주 46), 이효원(각주 53) 참조.

89) 1990년 9월부터 1992년 2월까지 6차에 걸쳐 남북한 국무총리를 양측 수석대표로 진행된 남북고위급회담을 거쳐 최종적으로 양측 국무총리의 서명으로 체결된 이 문서는 전문과 25개 조항으로 구성되었는데, 북한은 이 합의서를 북한 최고인민회의 상설회의(현행 헌법상의 상임위원회)와 지금은 없어진 중앙인민위원회의 연합회의에서 승인을 받고 김일성주석이 최종 비준하는 절차를 밟았다고 알려져 있다. 우리나라는 국회 동의절차를 거치지 않았으므로 절차적 하자 문제가 제기되기도 하였다.

90) 정세현(각주 86), 12; 김병기(각주 59), 180-183; 이장희(각주 39), 1-4; 최대권(각주 47), 12; 박윤훈, 남북기본합의서 이행에 따른 남북교류협력법령의 보완·발전방향, 서울대학교 법학 34권 1호(1993), 3-4 ;

서인 당시 통일원과 법무부, 법제처 등 행정부측은 법적 효력을 부인하였다. 헌법재판소와 대법원도 결국 이를 법적 효력이 없는 일종의 ‘공동성명’ 또는 ‘신사협정’에 준하는 것으로 판단하였다.⁹¹⁾

3. 남북교류협력법과 남북관계발전법에 관한 연구

1987년 헌법개정 당시만 하더라도 남북 간에 발생하는 문제에 대처할 수 있는 법이 국가보안법 외에는 없었다. 처벌법인 국가보안법만으로는 변화하는 남북관계에 대처할 수 없게 되자 급히 제정한 법이 남북교류협력법이었다.⁹²⁾ 이 법률의 제정으로 과거에 각종 남북교류행위가 법적 근거가 없음으로 인하여 국가보안법의 처벌대상이 되거나, 통치행위라는 타당하지 않은 논리에 의하여 면책되는 등, 자의적인 법적용의 대상이 되었던 상태에서 어느 정도 벗어나게 되었으며, 정부의 승인을 얻고 필요성이 인정되는 경우에는 정부의 지원까지 받을 수 있게 되었다. 이 법 제정과정 및 초기에는 이 법의 성격, 문제점, 제정 또는 개정방향에 관한 연구들이 주로 발표되었다.⁹³⁾ 이 법률 제정과 함께 학문적으로 가장 논란이 되었던 점은 국가보안법과의 관계 문제였다. 즉 교류협력법이 국가보안법의 특별법인가 하는 점이였다. 제정 당시 교류협력법 제3조⁹⁴⁾에 기초하여 볼 때 이 법은 국가보안법에 대한 특별법으로 볼 수 있는 여지가 있었기 때문이었다. 초기부터 특별법론과 부정론이 대립하였으나 결국 헌법재판소는 양법은 상호 그 입법목적과

윤장근, 제6공화국 법제개선 추진상황, 법제 1993년 2월호, 38; 최창동, 남북기본합의서의 법적 효력 논쟁, 최창동, 법학자가 본 통일문제, 2. 북한의 급변사태와 법적 과제, 푸른세상, 2002; 86-92; 제성호, 남북합의서에 대한 국내법적 효력부여문제 : 국제법상 조약의 개념과 우리 헌법과의 관련성을 고려하여, 법조 53권 4호(2004), 57; 이효원(각주 53), 254-260; 방승주(각주 63), 225; 최윤철, 평화통일 관련 입법에 대한 헌법적 평가, 공법연구 39집 2호(2010), 305; 이석범, 남북기본합의서의 법적 성격과 헌법상 지위에 관한 연구, 통일과 법률 30호(2017), 1-37 등 참조.

법적 성격에 관하여 학자들의 견해에 대한 상세한 소개는 도희근(각주 26), 115-119 참조.

91) 헌법재판소와 대법원에 문제가 제기되었을 때 우리 통일부는 조약과 같은 법적 효력을 부인하는 입장을 밝혔으며 결국 헌법재판소와 대법원도 그렇게 결정하였다. 헌재 1997. 1. 16. 92헌바6 등, 판례집 9-1, 1; 2000. 7. 20. 98헌바63, 판례집 12-2, 52; 대법원 1999.7.23. 선고 98두14525 판결.

92) 이와 동시에 남북교류협력을 지원할 기금의 설치·관리·운용을 위한 남북협력기금법도 제정되었다.

93) 대표적인 연구로 장명봉(각주 39), 남북한 기본관계정립을 위한 법적 대응; 김성남, 남북교류협력법안검토, 인권과정의 통권 156호(1989), 35-39; 오준근, 남북교류·협력에 관한 현행법제와 그 개선방향, 통일문제연구 1992년 3월호, 26-49; 박윤훈(각주 90) 등을 들 수 있다.

94) 법 제3조 남한과 북한과의 왕래·교역·협력사업 및 통신역무의 제공 등 남북교류와 협력을 목적으로 하는 행위에 관하여는 정당하다고 인정되는 범위 안에서 다른 법률에 우선하여 이 법을 적용한다.

규제대상을 달리하고 있다고 판단하였다.⁹⁵⁾

남북교류협력법에 관한 가장 포괄적인 연구는 이효원 교수의 연구라고 생각된다.⁹⁶⁾ 이 연구는 남북한 특수관계론을 헌법적 규범으로 보고 그 틀 안에서 남북 교류협력법과 여러 남북관계관련 법률들 및 기타 남북합의서들의 체계와 내용을 설명하였다.

남북교류협력법에 관하여는 그동안 당국의 행정편의적 자의적 법해석과 집행문제, 각종 절차의 효율화 및 간편화 등 주로 실무적인 분야에서 여러 문제점이 제기되어 왔다. 남북관계 경색국면에서 개성공단 폐쇄 등에 따라 피해를 입은 경우 이에 대한 지원보상대책 보완 등의 문제도 제기되었다. 따라서 이후의 이 법률에 관한 연구는 주로 이러한 문제들에 대한 개정을 제안한 실무적인 연구들이 많았고 실제로 여러 차례 법 개정도 이루어졌다. 현재 문재인정부에서 남북관계가 개선되면서 이에 대한 제안들이 다시 부각되고 있다.

2000년 6·15 남북정상회담을 계기로 당국 간 회담이 증가하고 남북 간의 분야별 왕래와 교류협력이 급격히 확대되었는데, 이렇게 빠르게 변화하는 남북관계를 규율하고 이를 뒷받침할 법제도가 기존의 교류협력법 외에는 없다는 점이 문제였다. 남북회담대표의 임명, 남북합의서의 체결·비준, 국회동의와 공포, 공무원의 북한지역 파견 등의 절차가 법적 근거 없이 행해진다는 점 등이 그런 문제들이었다. 이에 따라 정치권을 비롯하여 많은 학자, 시민단체들은 남북관계를 규율할 기본법 제정의 필요성과 제정방안을 제기하였다.⁹⁷⁾ 이에 따라 제정된 법이

95) 장명봉 교수는 특별법론을 지지하였고, 최대권 교수는 부정론을 지지하였다. 장명봉(각주 39), 135; 최대권(각주 47), 22; 현재 1993. 7. 29. 92헌바48, 판례집 5-2, 65. 헌법재판소의 결정이 나온 후에도 특별법론을 지지하고 있는 사례로 성낙인(각주 54), 314.

96) 이효원(각주 53), 남북교류협력의 규범체계. 이 저서는 저자의 박사학위논문을 바탕으로 저술된 것이다. 이효원, 남북한특수관계론의 헌법학적 연구, 국내박사학위논문, 서울대학교 대학원, 2006.

97) 장명봉, 「남북관계발전기본법」(안)에 관한 고찰, 국제법학회논문총 48권 3호(2003), 333-356; 남북관계기본법 제정방향, 남북관계법 제도, 그 현황과 대안, [프레스센터 국제회의장], 민주평화통일자문회의, 대한변호사협회, 2004.10.20.; 이장희, 남북관계법안에 대한 의견서, 남북관계발전기본법안 및 남북관계기본법안, 국회 통일외교통상위원회 공청회, 2005.8.23.; 신현운, 남북한 교류·협력의 제도적 발전방향 - 동·서독 사례와의 비교 및 시사점을 중심으로, 법원행정처 편, 남북교류와 관련한 법적 문제점(3) : 특수사법제도연구위원회 제10·11·12차 회의 결과보고, 법원행정처, 2004; 제성호, 통일관련 법제의 주요 문제점과 개선방안, 통일문제연구 16권 1호(2004), 141-167; 박정원, 남북관계 발전을 위한 법제도 정비 방안, 17대 국회에서의 남북협력 법제도 정비 방안, [국회 의원회관 소회의실], 민족화해협력범국민협의회, 우리겨레하나되기운동본부, 우리민족서로돕기운동, 2004.6.22., 19-34; 이종무, 남북 협력관계 발전을 위한 17대 국회의 과제, 17대 국회에서의 남북협력 법제도 정비 방안, [국회 의원회관 소회의실], 민족화해협력범국민협의회, 우리겨레하나되기운동본부, 우리민족서로돕기운동, 2004.6.22., 4-18; 한국청년연합회 등, 남북관계기본법 제정에 관한 시민단체 의견서, 2005.10.18. <URL: <http://www.peoplepower21.org/Peace/571537>>; 최철영,

2005년의 남북관계발전법이다.

이 법은 남북기본합의서의 남북한 특수관계론을 수용하였다. 헌법재판소와 대법원판결로 남북기본합의서의 법적 효력이 부인됨으로써 남북한 특수관계론의 법적 기반도 불분명해졌다고 생각되었으나, 이 법에 수용됨으로써 헌법적 지위는 아니지만 법률적 지위를 인정받게 되었다. 즉 “남한과 북한의 관계는 국가 간의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계”(법 제3조 제1항)이고 “남한과 북한간의 거래는 국가 간의 거래가 아닌 민족내부의 거래로 본다”(제2항)고 규정된 것이다. 이로써 남북한 특수관계론은 법적으로 구속력을 갖추게 되었다고 볼 수 있을 것이다. 물론 이 법률은 남북한 간의 교류협력과정에서 남한 내부에서 따라야 할 국가의 책무와 절차 등을 규율한 것이고 남한에만 효력이 있는 법률이라는 점에서 남북 양측에 효력(법적 효력인지는 불분명하지만)을 가지는 남북기본합의서와는 다르다.

그밖에도 이 법에 따라 각종 남북회담이나 교류행위가 법적 뒷받침을 받고 투명하게 추진될 수 있게 되었고, 예산이 수반되는 남북관계발전기본계획 수립과 국가나 국민에게 중대한 재정적 부담을 지우는 남북합의서 체결 등에 국회의 동의를 받도록 함으로써 과거 논란이 되었던 일방적 퍼주기 문제를 상당부분 해소할 수 있게 되었다.⁹⁸⁾ 그러나 이 법의 제정에도 불구하고 몇 가지 해결을 필요로 하는 문제가 남아 있다고 생각된다. 즉, 남북합의서 등이 국회의 동의를 받았을 때 법적 구속력이 있는가, 있다면 법률, 대통령령, 부령 등 어느 단계의 효력인가, 다른 법률과의 충돌이 일어날 소지는 없는가 등의 문제와 이 법 위반에 대한 제재규정의 불비문제 등에 대해서는 더 많은 연구가 필요한 부분이다.⁹⁹⁾

4. 소결

남북교류협력법과 남북관계발전법에 관한 연구는 남북한관계가 경색되었던 기간

남북관계 발전을 위한 입법체계 연구, 북한연구학회보 8권 2호(2004), 249-273 등.

98) 이 법에 대한 상세한 분석과 평가는 도회근(각주 26), 129-183; 이규창(각주 62), 159-195 참조.

99) 이 법률은 제정 이후 두 차례 개정되었다. 2014.5.20. 박근혜 정부에서는 남북관계발전기본계획을 국무회의 심의사항으로 확대 규정하였고, 2018.3.13. 문재인 정부는 국민의 관심 확대를 위한 홍보방안을 마련하고 국민참여사업을 개발 시행하도록 하며, 남북관계발전기본계획과 연도별 시행계획의 국회보고 시점을 정기국회 개최 전까지로 명확히 규정하였다.

동안은 잠시 주춤하였다 하더라도 현재 진행형이자 실무적 실천적인 부분이기 때문에 학계는 물론 실무부서와 정치권, 시민단체 등에서 다양한 연구나 제안이 계속 나오고 있다. 남북관계가 진전될수록 이에 대한 연구도 더 촉진될 것이다.

이 과정에서 가장 중요한 부분은 남북한 특수관계론이라고 생각된다. 남북기본합의서에서 처음 제시되고 남북관계발전법에서 법적 지위를 획득한 남북한 특수관계론은 현재 남북한이 합의한, 남북한관계에 적용할 수 있는 유일한 규범적 개념이라 할 수 있다. 이는 남북한 간에 전개되는 모든 상황을 설명할 수 있는 중심개념이자 이 상황을 통제·규율하는 상위 규범적 성격을 가진 개념이라고 할 수 있다.¹⁰⁰⁾ 이 개념은 그러나 아직 이 개념의 구체적 내용은 확정된 것이 거의 없는 실정이다. 남북기본합의서상의 표현상 이 개념은 통일지향성, 잠정성, 상호국가관계의 부인, 남북 간 거래의 민족내부거래성 등 몇 가지만 규정되어 있을 뿐이다. 바로 그렇기 때문에 이 개념은 유연하고 개방적인 탁월한 개념이라 할 것이다. 북한의 이중적 지위론도 그런 유연한 관계의 한 표현일 수 있다. 특수관계론은 북한을 국가로 인정하지 않는 헌법재판소와 대법원 판례를 위반하지 않는 한 북한을 다양한 실체로 인정하고 관계를 발전시킬 수 있는 길을 열어놓을 수 있다. 예컨대 국제법상의 교전단체나 다른 어떤 주체, 또는 분단국의 한 당사자로서의 분단체, 지방자치단체에 준하는 단체, 연방국가의 구성단위간의 관계에 준하는 단체, 지방적 사실상의 정부(*de facto local government*), 외국에 준하는 지역¹⁰¹⁾ 등 다양하게 법적 창의력을 발휘할 가능성을 열어놓은 개념이라 할 것이다. 이 특수관계론 개념은 국가에게 자유민주적 기본질서를 정면으로 위반하지 않는 한 광범위한 정책형성의 자유를 허용하고 있다. 학계는 물론 행정실무와 법원, 헌법재판소의 창의적 이론개발과 적용이 필요하다고 생각된다. 남북한간 관계가 발전되어 가다보면 경우에 따라서는 헌법재판소가 북한을 외국 내지 외국에 준하는 지위로 보는 단계에까지 이르는 것을 부정할 이유가 없을 것이라고 생각된다.

남북관계발전법과 관련하여서는 남북합의서의 체결·비준에 대한 국회동의를

100) 이효원 교수는 헌법 제3조와 제4조를 헌법적 근거로 하여 그 해석을 통하여 도출되는 개념으로서 헌법적 규범이라고 한다. 이효원(각주 53), 156.

101) 대법원 2004.11.12. 선고 2004도4044 판결. 이 판결에서 대법원은 북한에 대한 외국환거래법의 적용에 대하여 헌법상 “북한을 외국환거래법 소정의 ‘외국’으로, 북한의 법인격체를 ‘비거주자’로 바로 인정하기는 어렵지만, 개별 법률의 적용 내지 준용에 있어서는 남북한의 특수관계적 성격을 고려하여 북한지역을 외국에 준하는 지역으로, 북한주민을 외국인에 준하는 지위에 있는 자로 규정할 수 있”다고 하였다.

효력 문제가 논란이 될 수 있다. 문재인 대통령은 지난 2018.4.27. 남북정상회담 합의 판문점선언을 남북관계 발전에 관한 법률의 절차(제21조 제2항)에 따라 국회동의를 요구하였다. 판문점선언은 형식이나 내용에서 과거 김대중 대통령과 노무현 대통령의 남북정상회담 선언문들과 비슷하다. 과거 선언문들의 경우 국회동의의 문제 자체가 제기되지 않았고 이에 대한 법적 효력 문제도 제기되지 않았다. 일반적으로 국가정상회담 이후 발표되는 선언문들은 법적 효력을 수반하지 않는 문자 그대로의 ‘선언’으로 정치적 문서로 인정될 뿐이고 법적 효력이 발생하려면 ‘조약’의 형식을 갖추어야만 한다. 따라서 판문점선언은 일단 역대 남북정상회담 이후 발표된 선언문처럼 법적 구속력이 없는 선언문이라 생각되지만 국회의 동의를 요구한 것이다. 이점에 대해서 이를 법소정의 합의서로 볼 수 있는가의 문제가 제기된다. 나아가서 이 선언문이 국회동의를 받게 되면 법적 효력을 가지게 되는가도 문제된다.¹⁰²⁾ 이 법 제정 당시 통일부와 상당수의 관찰자들은 국회동의를 받은 경우 남북합의서는 법적 효력이 있다고 보았다.¹⁰³⁾ 국내외적으로 볼 때 정치적 결의안이나 선언문 같이 국회의 의결 또는 동의를 있다고 하더라도 법적 효력이 없는 경우는 많다. 국회의 동의를 받은 남북합의문건의 효력에 대하여는 여러 이론이 있으나, 이를 일의적으로 판단할 수는 없고, 헌법재판소의 기존 판례를 고려하고, 국제법상 법적 효과를 창출하고자 하는 의도, 남북합의서의 내용, 체결절차와 형식, 합의서 체결 이후의 후속조치 여부와 그 내용 등을 종합적으로 고려하여 판단되어야 한다는 견해가 현재의 유력설로 보인다.¹⁰⁴⁾ 이 문제가 정치쟁점화하는 것은 앞으로의 남북관계발전에 전혀 도움이 되지 않을 것이다. 무엇보다 정치권의 대화와 타협, 청와대의 과욕 자제가 필요하다고 보이지만, 결국에는 사법부의 판결에 의해서만 논란이 종식될 것이다. 사법부의 판단에 이르기 전까지 학계에서는 면밀한 이론개발로 사법판단에 도움을 주는 것이 시급한 상황이라 할 것이다.

102) 과거 수백개 남북합의서들 중 13개 합의서는 국회의 동의를 받았고, 남북관계발전에 관한 법률 부칙에 따라 이 동의는 이 법률에 의한 동의로 간주되었다.

103) 도회근(각주 26), 167; 각주 69 참조.

104) 이효원(각주 53), 250-251; 이규창(각주 62), 181-182; 도회근(각주 26), 167-173.

V. 통일헌법 제정에 관한 연구

1. 평화통일조항에 관한 연구

법학계에서는 통일관련 법제에 관한 연구가 오래전부터 이루어져 왔고 이 분야에 대하여 통일법(제)라고 부르고 있다.¹⁰⁵⁾ 이 분야는 공사법을 포함하고 있는데, 이 중 헌법학 분야만을 보면 대체로 이 글에서 서술하고 있는 분야들로 분류된다. 그 중에서도 압도적으로 많은 연구는 통일헌법 제정 분야에 집중되고 있다. 그런데 1987년 개헌으로 통일조항이 신설되면서 통일헌법 제정 문제는 적어도 대한민국 내에서는 이 헌법조항과 연계되어 논의되게 되었다. 그러므로 먼저 헌법상 평화통일조항에 관한 연구부터 살펴보기로 한다.

현행헌법은 국가에게 “자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책”의 수립과 추진 의무를 부과하고 있다(제4조).¹⁰⁶⁾ 이 조항의 법적 성격에 관하여는 다양한 의견이 제시되고 있다. 헌법재판소는 이를 헌법상의 원칙으로 보기도 하고¹⁰⁷⁾ 국가의 의무로 보기도 했는데,¹⁰⁸⁾ 학계는 국가목표, 헌법의 기본원리, 국가의무 등 다양하게 표현하고 있다.¹⁰⁹⁾ 원칙이자 의무라고 보는 것이 타당할 것이다.

이 평화통일조항의 자유민주적 기본질서 부분이 흡수통일로 해석될 수 있기 때문에 통일논의에 지장이 될 수 있으므로 이 부분을 개정 또는 삭제하자는 주장이

105) 1998년에 장명봉 교수는 한 학술대회에서 이 용어를 사용하면서 그 분야로 독일, 예멘의 통일관련법제, 남북통일에 관련된 통일헌법제정, 사법적 문제, 형사법적 문제, 통일후 사법(司法)통합 문제, 남북교류 협력법제, 통일준비를 위한 입법 문제 등을 열거하고, 넓게는 북한법도 포함한다고 하였다. 장명봉, 통일법 연구의 동향과 과제, 한국법학교수회 편, 한국 법학 50년 - 과거 · 현재 · 미래(1) : 대한민국 건국 50주년 기념 제1회 한국법학자대회 논문집, 한국법학교수회, 1998, 315-321.

이후 이 용어가 관련학과 실무계에서 널리 사용되고 있다. 정부부처도 이 용어를 받아들여 법무부는 과거 특수법령과를 ‘통일법무과’로 명칭변경하였고, 통일부는 ‘통일법제 데이터베이스’라는 온라인 자료서비스 사이트를 운영하고 있다.

106) 현행헌법이 국가에게 평화통일의무를 처음 부여하였지만, 1972년헌법은 대통령과 통일주체국민회의에게, 1980년헌법은 대통령에게 각각 이 의무를 부과한 바 있다.

107) 현재 1997. 1. 16. 92헌바6 등, 판례집 9-1, 1.

108) 현재 2000. 7. 20. 98헌바63, 판례집 12-2, 52.

109) 권영성 교수는 국가목표, 헌법의 기본원리, 국가의무(헌법학원론, 법문사, 2010, 180), 김철수 교수는 평화통일의 원칙(김철수(각주 38), 328), 양건 교수는 국가의 책무(양건(각주45), 133), 허영 교수는 기본원리(한국헌법론, 박영사, 2010, 178), 성낙인 교수는 평화적 통일의 원칙(성낙인(각주 54), 306-307), 홍성방 교수는 통일의 기본원칙(헌법학(상), 박영사, 2010, 237), 이승우 교수는 헌법적 의무(이승우(각주 60), 287), 정재황 교수는 국가의무(신헌법입문, 박영사, 2010, 79)로 규정하고 있다.

제기되기도 하였는데,¹¹⁰⁾ 이에 대해서는 자유민주주의 개념은 다른 모든 민주주의 개념, 심지어 사회주의적 민주주의까지를 다 허용할 수 있는 포괄적 성격의 개념이라는 점, 평화통일조항에서 이 표현을 삭제한다 할지라도 우리 헌법의 다른 부분에서 명시하고 있는 자유민주주의 원리 규정에 의하여 우리 헌법의 기본 원리가 자유민주주의 이외에 다른 것으로 바뀔 수 없다는 점, 이는 우리 헌법개정의 한계에 해당한다는 점, 따라서 우리 정부가 통일정책을 수립 추진할 때에도 이 원리의 지배에서 벗어날 수 없다는 점 등의 이유로 개정불필요론이 현재 다수설로 보인다.¹¹¹⁾

2. 통일헌법 제정에 관한 연구

남북한관계와 통일문제에 관한 헌법학의 궁극적 관심은 통일헌법제정일 것이다. 이에 관한 연구는 매거하기 어려울 정도로 많다.¹¹²⁾ 확인 가능한 각종 자료상으로 가장 먼저 발표된 통일헌법관련 연구는 1966년 김도창 교수의 연구였다.¹¹³⁾ 김 교수는 이 연구에서 독일기본법의 통일관련조항과 관련하여 남북통일가능성을 살펴보았는데, 대한민국헌법을 유지하면서 헌법개정 방식을 통한 통일과 통일헌법 제정을 통한 통일의 제문제를 검토하였다. 이후 1970년대 후반 김철수 교수의 동서독 등 분단국헌법에 관한 연구와 통일헌법연구가 발표되기 시작하면서 통일헌법연구가 나타나기 시작하였는데 당시까지 연구자는 제한적이었다.¹¹⁴⁾ 이후 제5공화국의 민족화합 민주통일방안, 제6공화국의 한민족공동체 통일방안 등이 제시되면서 통일법제연구가 촉진되었고, 특히 1990년 동서독과 남북예멘의

110) 김병기, 북방정책과 국제법, 국제문제연구소, 1989, 158; 김병목, 남북한헌법상의 통일관계조항 비교연구, 경희법학 29권 1호(1994), 47-48; 장기봉, 남북한 평화통일의 기초조건, 국제법학회논총 35권 1호(1990), 28; 헌법연구자문위원회, (국회의장 자문기구) 헌법연구 자문위원회 결과보고서, 헌법연구자문위원회, 2009, 40 등.

111) 각주 109 및 도회근, 헌법 총강의 개정 필요성과 방향, 헌법학연구 16권 3호(2010), 13-15; 전광석, 제4조, 한국헌법학회 편, 헌법주석[1], 박영사, 2014, 140-141 등 참조.

112) 이에 관한 연구목록을 매우 자세히 소개한 것으로 장명봉(각주 105), 321-340; 김철수(각주 26), 377-384 참조. 장명봉 교수의 발표문에는 1998년까지의 북한법분야는 제외하고 통일법제에 관한 헌법 및 통일법제의 각 개별법분야에 관한 수백 건의 연구목록을 소개하고 있다. 김철수 교수의 저서에는 위 부분 외에도 통일문제에 관련된 정치학적 경제·사회학적 연구와 외국문헌도 여러 부분에서 소개하고 있다.

113) 김도창(각주 34), 32-53.

114) 김철수, 통일에 관한 동·서독헌법규정소고, 입법조사월보 1977년 5월호, 8-14; 분단국헌법과 통일문제, 서울대학교 법학 18권 1호(1978), 45-65; 통일한국헌법의 이념과 제도, 고시계 1980년 1월호, 12-29.

통일을 계기로 연구가 활발하게 되었다.¹¹⁵⁾ 장명봉 교수가 이때 통일 및 통일헌법제정과 관련된 많은 연구를 발표하였다.¹¹⁶⁾ 그밖에도 많은 연구자들에 의해 이 분야에 관한 저서, 학위논문, 기타 연구논문들이 계속 발표되고 있다.¹¹⁷⁾

통일헌법제정에 관한 연구들은 크게 통일헌법의 내용으로서 헌법의 기본원리, 기본권, 정부형태, 경제질서 등과 통일헌법제정절차로 나누어 살펴볼 수 있다. 우선 통일헌법의 기본원리에 관해서는 대부분의 연구가 남한헌법의 원리가 적용되어야 한다는 것으로 결론짓고 있다. 기본권과 경제질서도 대체로 남한헌법의 그것과 거의 같은 내용들이 제시되고 있다.¹¹⁸⁾ 정부형태에서는 모든 정부형태가 다 제시되고 있지만, 대통령중심제와 이원정부제안에 대한 선호가 좀 더 많아 보인다. 국회의 구성방법으로는 양원제안이 다수이다.¹¹⁹⁾ 국가형태로서 연방제 도입 안도 제기되고 있다. 통일헌법 제정절차와 방식에 관련해서는 합의통일시와 흡수통일시의 문제, 신헌법제정(통일헌법제정)방식과 남한헌법 개정방식에 관한 논의도 제시된다.

3. 소결

통일헌법제정에 관한 대부분의 연구는 자유민주적 기본질서, 복지국가원리와

115) 장명봉(각주 105), 315-316.

116) 장명봉 교수는 통일과 북한헌법에 관련된 논문과 에세이, 평론 등을 이미 1970년대 초반부터 여러 매체를 통해 발표한 바 있었는데, 1980년대에는 본격적인 통일법제 연구들을 발표하였다. 통일헌법관련 대표적인 연구서로 독일과 예멘의 통일사례를 연구한 장명봉, 분단국가의 통일헌법 연구, 국민대학교 출판부, 1998과 이 저서의 개정증보판인 장명봉, 분단국가의 통일과 헌법 : 독일과 예멘의 통일사례와 헌법자료, 국민대출판부, 2000이 있다.

117) 장명봉 교수의 저서(각주 116) 외에 통일헌법 관련 대표적인 연구저서를 소개하면 다음과 같다. 허영 편저, 독일통일의 법적 조명, 박영사, 1994; 김승대(각주 51); 최용기, 통일헌법, 창원대출판부, 1996; 신용호, 독일통일에 따른 법적문제 : 분단에서 통일까지, 전주대학교 출판부, 1998; 정영화, 평화통일과 경제헌법, 법원사, 1999; 김철수, 독일통일의 정치와 헌법, 박영사, 2004; 강현철, 통일헌법 연구, 한국학술정보, 2006; 최양근, 단계적 연방통일헌법 연구, 선인, 2011; 이효원, 통일법의 이해, 박영사, 2014; 이효원, 통일헌법의 이해, 박영사, 2016 등.

이 분야의 개척자 중 한 분인 김철수 교수는 최근 그간의 연구를 집대성한 연구서를 발간하였다(김철수, 한국통일의 정치와 헌법, 시와진실, 2017).

118) 통일헌법의 기본원리에 관한 여러 연구자들의 주장을 정리한 내용으로 박수혁, 통일 한국에서의 통일헌법상 통치구조에 관한 연구, 통일과 법률 2호(2010), 34-35 참조.

119) 정부형태에 관한 연구들을 정리한 것으로는 이효원, 통일헌법의 제정 방법과 국가조직, 서울대학교 법학 55권 3호(2014), 52-61; 도희근, 통일헌법의 권력구조, 공법연구 40집 2호(2011), 43-44, 각주 32, 33 참조.

법치주의, 자유시장경제질서 내지 사회적 시장경제질서 등을 기본으로 하는 현행 대한민국헌법의 기본원리에 입각하되 여러 가지 정부형태 중 어느 한 정부형태를 채택할 것인가의 문제로 귀결되고 있다고 보인다. 즉, 현행 대한민국헌법을 북한지역에 확대적용하자는 것과 다름없다고 할 수 있는 것이다. 이럴 수밖에 없는 이유는 규범과 현실의 양 측면에서 찾을 수 있을 것이다. 우선 규범적으로 우리 헌법은 “자유민주적 기본질서”에 입각한 통일정책의 수립과 추진을 명령하고 있다. 이 규정은 통일의 절차와 내용에 있어서 자유민주적 기본질서라는 한계를 설정한 것으로 해석된다.¹²⁰⁾ 따라서 자유민주적 기본질서에 입각한 통일헌법안을 제정할 때 이와 양립할 수 없는 북한헌법의 기본원리나 제도를 수용할 수는 없을 것이다. 현실적으로도 남한식 자유민주적 기본질서와 북한식 사회주의질서를 넘어서는 제3의 질서를 찾을 수 없기 때문이다.¹²¹⁾ 그래서 일부 논자는 고려연방제나 김대중 대통령이 제안한 바 있는 낮은 단계의 연방제 통일방식에 관심을 표명하기도 하지만, 남북 양 체제를 상호 인정하는 상태에서 연방제로 통일하는 방법은 통일로 가는 과정에서 과도적으로 나타나는 형태일 수는 있어도 법적 의미에서 최종적 통일국가의 형태는 아니라고 보아야 한다.¹²²⁾

그러므로 우리나라의 통일헌법제정에 관한 논의는 통일을 위한 대화 상대방인 북측을 설득하기에 대단히 어려운 내용을 가지고 있다는 문제점이 있다.

VI. 앞으로의 과제: 다시 남북한 특수관계론으로

통일은 우리 시대 우리에게 맡겨진 지상과제이다. 헌법도 이를 국가의 의무로 규정하고 있다. 그러나 통일 그 자체가 절대적인 가치인 것은 아니다. 헌법은 통일의 절차와 방법, 그리고 내용이 자유민주적 기본질서에 입각할 것을 명령하고 있다. 대다수의 연구자들은 이것이 단지 우리 헌법만의 가치가 아니라 인류보편의 가치이기 때문에 포기할 수 없는 통일한국의 기본질서가 되어야 한다고 보고

120) 다수설과 판례의 입장이다. 현재 1990. 4. 2. 89헌가113, 판례집 2, 49; 2000. 7. 20. 98헌바63, 판례집 12-2, 52.

121) 세계적으로 이 양체제를 제외하면 군주제나 종교에 기반한 신정체제가 있을 뿐이다.

122) 이에 관한 자세한 논의는 최대권(각주 33), 101-102; 한태연, 한국헌법사 서설, 한국정신문화연구원 사회과학연구실 편, 한국헌법사(상), 제1장, 고려원, 1988, 91-92; 도회근(각주 26), 227-228 등 참조.

있다. 통일헌법제정에 관한 연구가 이 기준과 내용을 가지고 있는 한, 남북한 간 통일헌법제정 협의단계에서 북측과 충돌할 수밖에 없을 것이다. 필자가 통일헌법에 관한 연구가 통일을 위한 헌법학이 되지 아니하고 분단의 헌법학에 머물지 않을까 염려했던 것도 이 때문이었다. 통일헌법에 관한 이 연구가 올바른 방향이라면, 통일헌법의 제정보다 더 중요하고 시급한 것은 북한이 하루빨리 개혁 개방을 통하여 현재의 북한헌법체제를 포기하고 자유민주체제를 수용하도록 돕는 일일 것이다. 우리 내부적으로는 대한민국의 민주주의와 헌정질서를 더욱 확고히 하고 더 높은 단계로 발전시킴으로써,¹²³⁾ 북한이 우리 체제를 스스로 수용하고 싶어지도록 하는 것일 것이다.

그래서 현재의 단계에서 중요한 것은 통일헌법제정의 단계에 이르기 전까지 남북한이 대화·교류·협력하면서 상호 동질감을 회복하고 상호 접근할 수 있도록 우리 내부 문제를 정비·보완하는 것이라고 생각한다. 이 단계를 지칭하는 법적 개념이 ‘남북한 특수관계론’이다. 남북한 특수관계론은 아직 완성되지 아니한 미완성적, 개방적 개념이다. 현재 가장 중요한 분야는 ‘남북한 특수관계론’의 심화 발전이라고 생각한다. 이 내용을 채워가는 것이 지금 단계에서 해야 할 일이다. 남북교류협력관계를 개선하고 남북관계에서 발생하는 제반 법적 문제에 대한 해결책을 다듬는 과정이 이 특수관계론의 내용이 될 것이다.

통일은 어느 날 갑자기 올 수도 있고 분단상태가 장기간 지속될 수도 있다. 두 가지 상황 모두에 대한 대비가 필요함은 물론이다. 최근의 국내외적 흐름은 후자의 쪽으로 흐르고 있다. 이 경우 통일정책의 중심은 통일방안작성(즉, 통일헌법제정) 문제보다 통일에 이르기까지의 기간 동안 추진해야 할 ‘통일과정관리’정책으로 이동해야 할 것이다. 현재 가장 중요한 분야는 다시 ‘남북한 특수관계론’ 분야이다.

123) 도회근(각주 119), 51.

참 고 문 헌

○ 단행본

강경근, 헌법학, 법문사, 1997.

강구진, 북한법의 연구, 박영사, 1975.

강현철, 통일헌법 연구, 한국학술정보, 2006.

계희열, 헌법학(상), 박영사, 2005.

공산권문제연구소 편, 북한관계자료집, 공산권문제연구소, 1973.

구병삭, 신헌법원론, 박영사, 1996.

국회도서관 해외자료국, 중공의 기본제도(I), 해외자료 제6집, 국회도서관 해외자료국, 1974.

_____, 공산제국의 헌법(IV), 해외자료 제8집, 국회도서관 해외자료국, 1975.

_____, 중공의 법제도, 해외자료 제22집, 국회도서관 해외자료국, 1976.

_____, 소련의 신헌법 초안, 해외문제 제6호, 국회도서관 해외자료국, 1977.

_____, 소련의 정치제도, 해외자료 제30집, 국회도서관 해외자료국, 1977.

_____, 중공의 신헌법·당헌·규약·강령 및 요강집, 해외자료 제44집, 대한민국 국회도서관, 1979.

권영성, (신판) 헌법학원론, 법문사, 1998.

_____, 헌법학원론, 법문사, 2008.

_____, 헌법학원론, 법문사, 2010.

김명기, 북방정책과 국제법, 국제문제연구소, 1989.

김승대, 통일헌법이론, 법문사, 1996.

김영수 편, 사회주의 국가 헌법, 인간사랑, 1989.

_____, 한국헌법사, 학문사, 2000.

김 철, 러시아-소비에트법, 민음사, 1989.

김철수, 북한헌법과 공산제국의 헌법과의 이동에 관한 연구, 국토통일원, 1978.

_____, 독일통일의 정치와 헌법, 박영사, 2004.

_____, (학설판례) 헌법학(상), 박영사, 2008.

_____, 한국통일의 정치와 헌법, 시와진실, 2017.

- 김학성, 헌법학강의 I, 강원대학교출판부, 2007.
- _____, 헌법학원론, 피앤씨미디어, 2018.
- 김학준, 소련정치론, 일지사, 1976.
- 도회근, 남북한관계와 헌법, UUP, 2009.
- 문홍주, 제5공화국 한국헌법, 해암사, 1985.
- 법무부, 소련법연구(III) -사회주의법의 특성, 법제개혁, 사법제도-, 법무자료 제138집, 법무부, 1991.
- _____, 소련법연구(VI) -헌법, 행정법, 세법-, 법무자료 제147집, 법무부, 1992.
- _____, 중국법연구(IV) -헌법-, 법무자료 제174집, 법무부, 1993.
- _____, 중국법연구(VI) -사법제도-, 법무자료 제176집, 법무부, 1993.
- 법제처, 북한법제개요, 법제자료 제157집, 법제처, 1991.
- 성낙인, 헌법학, 법문사, 2018.
- 신용호, 독일통일에 따른 법적문제 : 분단에서 통일까지, 전주대학교 출판부, 1998.
- 아세아문제연구소 공산권연구실 편, 북한법률체계연구, 고려대학교 출판부, 1972.
- 양 건, 헌법강의, 법문사, 2009.
- 유진오, 신고헌법해의, 일조각, 1959.
- 육종수, 헌법학신론, 형설출판사, 1996.
- 이상훈, 금창섭, 헌법상 통일조항에 대한 법리적 고찰, 법제처, 2004.
- 이승우, 헌법학, 두남, 2009.
- 이준일, 헌법학강의, 홍문사, 2007.
- 이효원, 남북교류협력의 규범체계, 경인문화사, 2006.
- _____, 통일법의 이해, 박영사, 2014.
- _____, 통일헌법의 이해, 박영사, 2016.
- 장명봉, 분단국가의 통일헌법 연구, 국민대학교 출판부, 1998.
- _____, 분단국가의 통일과 헌법 : 독일과 예멘의 통일사례와 헌법자료, 국민대출판부, 2000.
- 장영수, 헌법총론, 홍문사, 2002.
- _____, 헌법학, 홍문사, 2007.
- 정영화, 평화통일과 경제헌법, 법원사, 1999.
- 정재황, 신헌법입문, 박영사, 2010.
- 전광석, 한국헌법론, 법문사, 2007.
- 제성호, 남북한 특수관계론, 한올아카데미, 1995.
- 최달근, 북한법에 관한 개설적 연구, 국토통일원, 1978.

- 최대권, 통일의 법적문제, 법문사, 1990.
_____, (사례중심)헌법학, 박영사, 2001.
최양근, 단계적 연방통일헌법 연구, 선인, 2011.
최용기, 통일헌법, 창원대학교 출판부, 1996.
최우정, 한국헌법학, 진원사, 2008.
최종고, 북한법, 박영사, 1993.
최종고 외, 북한의 법과 법이론, 경남대학교 극동문제연구소, 1988.
최창동, 법학자가 본 통일문제, 2. 북한의 급변사태와 법적 과제, 푸른세상, 2002.
한국법제연구원, 북한법제관련문헌목록집, 한국법제연구원, 1993.
한수웅, 헌법학 입문, 법문사, 2017.
한용길, 자유진영국가·공산진영국가 비교헌법론, 한국사법행정학회, 1976.
허 영, 한국헌법론, 박영사, 2008.
허 영, 한국헌법론, 박영사, 2010.
허 영 편, 독일통일의 법적조명, 박영사, 1994.
헌법연구자문위원회, (국회의장 자문기구) 헌법연구 자문위원회 결과보고서, 헌법연구자문위원회, 2009.
홍성방, 헌법학, 현암사, 2003.
_____, 헌법학(상), 박영사, 2010.
Armstrong, John Alexander, 하경근 옮김, 소련의 이데올로기와 정치, 탐구당, 1964.
Butler, William Elliot, 박흥규 옮김, 자본주의법과 사회주의법, 일월서각, 1988.
Butler, W. E., 이윤영 옮김, 소비에트 법, 대륙연구소, 1990.
Fainsod, Merle, 김준엽 옮김, 소련통치사, 육법사, 1981.
Hazard, John N., 박준규 옮김, 소비에트 정부형태론, 을유문화사, 1963.
Hazard, John N., William E. Butler, Peter B. Maggs, 김정건, 이재곤 옮김, (자료중심) 소련법률제도, 연세대학교출판부, 1988.
Kelsen, Hans, 장경학 옮김, 공산주의 법이론, 명지사, 1983.

○ 논 문

- 권영설, 브레즈네프 헌법의 규범과 현실, 중앙대학교 법학논문집 7집(1982), 59-73.
권영성, 소련방의 헌법제도에 관한 연구, 한국방송통신대학 논문집 1집(1983), 325-359.
김도창, 헌법과 국가 통일문제, 서울대학교 법학 8권 2호(1966), 32-53.
김명기, 남북기본합의서의 법적 성질, 숭실대학교 법학논총 6집(1993), 179-189.

- _____, 북한주민을 대한민국국민으로 본 대법원 판결의 법이론, 저스티스 30권 2호 (1997), 186-205.
- 김병목, 남북한헌법상의 통일관계조항 비교연구, 경희법학 29권 1호(1994), 35-53.
- 김상겸, 헌법상의 남북관련조항에 관한 연구-헌법 제3조와 제4조의 헌법해석론 관점에서, 헌법학연구 10권 3호(2004), 221-241.
- 김선택, 헌법과 통일정책, 한국법학교수회 편, 한국 법학 50년 - 과거 · 현재 · 미래 : 대한민국 건국 50주년 기념 제1회 한국법학자대회 논문집, 한국법학교수회, 1998, 347-375.
- 김성남, 남북교류협력법안검토, 인권과정의 통권 156호(1989), 35-39.
- 김승대, 남북한간 특수관계의 법적 성격에 관한 일고찰, 법조 44권 3호(1995), 10-45.
- 김승환, 기본권 규정 및 기타 분야의 개정과제, 공법연구 34집 1호(2005), 19-48.
- 김영수, 동서독 헌법의 비교연구, 국내석사학위논문, 성균관대학교, 1966.
- 김영추, 남북공동체의 헌법적 고찰, 경성법학 9권(2000), 53-71.
- 김운룡, 『북한』 헌법질서의 이론과 실제, 고려대학교 아세아문제연구소 공산권연구실 편, 북한법률체계연구, 고려대학교 출판부, 1972, 1-84.
- 김철수, 통일에 관한 동 · 서독헌법규정소고, 입법조사월보 1977년 5월호, 8-14.
- _____, 분단국헌법과 통일문제, 서울대학교 법학 18권 1호(1978), 45-65.
- _____, 통일한국헌법의 이념과 제도, 고시계 1980년 1월호, 12-29.
- _____, 한국통일과 통일헌법제정문제, 헌법논총 3집(1992), 121-168.
- _____, 분단국헌법과 통일관계조항, 목촌김도창박사고회기념논문집간행위원회 편, 한국공법의 이론, 청운문화사, 1993.
- 나인균, 한국헌법의 영토조항과 국적문제, 헌법논총 5집(1994), 451-482.
- 도회근, 헌법 제3조(영토조항)의 해석, 권영성교수정년기념논문집간행위원회 편, 헌법규범과 헌법현실, 법문사, 1999, 849-869.
- _____, 헌법 총강의 개정 필요성과 방향, 헌법학연구 16권 3호(2010), 1-26.
- _____, 통일헌법의 권력구조, 공법연구 40집 2호(2011), 35-55.
- 박명립, 87년 헌정체제 개혁과 한국 민주주의, 창작과 비평 33권 4호(2005), 34-51.
- 박선영, 자유민주주의 실현을 위한 헌법개정의 방향 - 헌법 총강과 기본권조항을 중심으로, 헌법학연구 10권 1호(2004), 65-111.
- 박수혁, 통독에 있어서 동서독 헌법통일, 법제연구 2권 1호(1992), 125-144.
- _____, 통일 한국에서의 통일헌법상 통치구조에 관한 연구, 통일과 법률 2호(2010), 27-49.
- 박윤훈, 남북기본합의서 이행에 따른 남북교류협력 법령의 보완 · 발전방향, 서울대학교 법학 34권 1호(1993), 1-19.

- 박정원, 남북관계 발전을 위한 법제도 정비 방안, 17대 국회에서의 남북협력 법제도 정비 방안, [국회 의원회관 소회의실], 민족화해협력범국민협의회, 우리겨레 하나되기운동본부, 우리민족서로돕기운동, 2004.6.22., 19-34.
- _____, 통일법제 연구 현황과 향후 과제, 통일과 법률 1호(2010), 151-196.
- 방승주, 헌법재판소와 대법원의 남북관계 관련 판례에 대한 헌법적 평가, 공법연구 39집 2호(2010), 203-229.
- 신현운, 남북한 교류·협력의 제도적 발전방향 - 동·서독 사례와의 비교 및 시사점을 중심으로, 법원행정처 편, 남북교류와 관련한 법적 문제점(3) : 특수사법제도연구위원회 제10·11·12차 회의 결과보고, 법원행정처, 2004, 269-323.
- 심경수, 영토조항의 통일지향적 의미와 가치, 헌법학연구 7권 2호(2001), 131-168.
- 양 건, 남북관계의 새로운 방안제시와 법적 문제, 국제법학회논총 26권 2호(1982), 93-111.
- _____, 남한의 통일방안을 어떻게 볼 것인가, 공법연구 22집(1994), 205-228.
- 양승두, 동구제국의 통치조직과 기본권조항에 관한 고찰, 연세대학교 동서문제연구원 편, 공산국가에 있어서 정책 및 정책과정의 비교연구, 제5집(1982), 연세대학교 동서문제연구원, 1983.
- 오준근, 남북교류·협력에 관한 현행법제와 그 개선방향, 통일문제연구 1992년 3월호, 26-49.
- 윤장근, 제6공화국 법제개선 추진상황, 법제 1993년 2월호, 27-40.
- 이규창, 『남북관계 발전에 관한 법률』의 분석과 평가 -남북한 특수관계 및 남북합의서 관련 조항을 중심으로, 법조 55권 8호(2006), 159-195.
- 이백규, 남북한 왕래에 관련된 법적 문제점, 법원행정처 편, 남북교류와 관련한 법적 문제점(1) -특수사법제도연구위원회 제6·7차 회의 결과보고-, 법원행정처, 2002, 265-307.
- 이부하, 영토조항에 대한 규범적 평가, 통일 정책 연구 15권 1호(2006), 317-336.
- 이상훈, 헌법상 북한의 법적 지위에 대한 연구, 법제 2004년 11월호, 53-87.
- 이석범, 남북기본합의서의 법적 성격과 헌법상 지위에 관한 연구, 통일과 법률 30호(2017), 1-37.
- 이성환, 대한민국 국민의 범위, 국민대학교 법학논총 9집(1997), 243-280.
- 이장희, 남북합의서의 법제도적 실천과제, 남북합의서의 후속조치와 실천적 과제, 아시아사회과학연구원, 1992. [아시아사회과학연구원 편, 전환기에 선 한국 법치민주주의의 -남북기본합의서, 선거법, 자자법제를 중심으로-, 1993, 29-42.]
- 이장희, 남북관계법안에 대한 의견서, 남북관계발전기본법안 및 남북관계기본법안, 국회 통일외교통상위원회 공청회, 2005.8.23.

- 이중무, 남북 협력관계 발전을 위한 17대 국회의 과제, 17대 국회에서의 남북협력 법제도 정비 방안, [국회 의원회관 소회의실], 민족화해협력범국민협의회, 우리겨레하나되기운동본부, 우리민족서로돕기운동, 2004.6.22., 4-18.
- 이주현, 남북한 특수관계의 의미, 법원행정처 편, 남북교류와 관련한 법적 문제점(1) -특수사법제도연구위원회 제6·7차 회의 결과보고-, 법원행정처, 2002, 11-64.
- 이효원, 통일헌법의 제정 방법과 국가조직, 서울대학교 법학 55권 3호(2014), 31-66.
- 장기봉, 남북한 평화통일의 기초조건, 국제법학회논총 35권 1호(1990), 19-32.
- 장명봉, 북한의 사회주의 헌법상 통치구조에 관한 연구, 국내석사학위논문, 서울대학교, 1975.
- _____, Soviet 헌법에 대한 개관, 국민대학교 법정논총 1집(1979), 33-71.
- _____, 공산권 헌법의 이론과 헌법질서, 국민대학교 법정논총 3집(1981), 133-187.
- _____, 남북한 기본관계정립을 위한 법적 대응, 한국공법학회 편, 유엔가입과 통일의 공법 문제, 한국공법학회, 1991, 123-137.
- _____, 통일정책과 헌법문제, 국민대학교 법학논총 3집(1991), 81-98.
- _____, 통일법 연구의 동향과 과제, 한국법학교수회 편, 한국 법학 50년 - 과거 · 현재 · 미래(1) : 대한민국 건국 50주년 기념 제1회 한국법학자대회 논문집, 한국법학교수회, 1998, 314-345.
- _____, 「남북관계발전기본법」(안)에 관한 고찰, 국제법학회논총 48권 3호(2003), 333-356.
- _____, 남북관계기본법 제정방향, 남북관계법 제도, 그 현황과 대안, [프레스센터 국제회의장], 민주평화통일자문회의, 대한변호사협회, 2004.10.20.
- 장영수, 헌법총강에 대한 헌법개정 - 국가의 기본적 구성요소 및 헌법의 기본원리와 관련한 헌법개정, 공법연구 34집 4호 2권(2006), 83-111.
- 전광석, 동서독통일의 방법론에 대한 헌법논의, 허영 편, 독일통일의 법적조명, 박영사, 1994, 11-36.
- _____, 제4조, 한국헌법학회 편, 헌법주석[1], 박영사, 2014, 123-143.
- 정세현, 「남북기본합의서」의 법적 성격과 정치적 의의, 통일문제연구 4권 1호(1992), 9-25.
- 제성호, 헌법상 통일정책과 자유민주주의;제3조 영토조항과 제4조 통일조항, 자유공론 통권 322호(1994), 196-215.
- _____, 남북합의서에 대한 국내법적 효력부여문제 : 국제법상 조약의 개념과 우리 헌법과의 관련성을 고려하여, 법조 53권 4호(2004), 44-88.
- _____, 통일관련 법제의 주요 문제점과 개선방안, 통일문제연구 16권 1호(2004), 141-167.

- _____, 헌법상 영토조항과 통일조항의 개폐문제, 헌법개정을 위한 심포지움, 헌법을 연구하는 국회의원모임, 2005.6.14.
- 조정찬, 남북통합과 21세기 법제, 법제 2000년 1월호, 17-31.
- 최경옥, 한국 헌법 제3조와 북한과의 관계, 공법학연구 창간호(1999), 191-228.
- 최대권, 한국통일방안에 관한 국내법적 고찰, 통일의 법적문제, 법문사, 1990, 11-32.
- _____, 한국 헌법의 좌표: 「영토조항」과 「평화적 통일조항」, 법제연구 2권 1호(1992), 5-24.
- _____, 『남북합의서』와 관련된 제반 법문제 -특히 『특수관계』의 의미를 중심으로, 서울대학교 법학 34권 3호(1993), 1-38.
- 최윤철, 평화통일 관련 입법에 대한 헌법적 평가, 공법연구 39집 2호(2010), 289-317.
- 최종고, 북한의 법학과 법사상, 최종고 외, 북한의 법과 법이론, 제1부 서론, 경남대학교 극동문제연구소, 1988, 3-46.
- 최창동, 통일을 앞둔 남북한의 법적 지위, Dieter Blumenwitz 저, 최창동 편, 분단국가의 법적지위, 법률행정연구원, 1996, 171-198.
- _____, 헌법상 ‘영토조항’과 ‘통일조항’의 올바른 헌법해석론, 정책연구(국제문제조사연구소) 통권 144호(2005), 289-327.
- 최철영, 남북관계 발전을 위한 입법체계 연구, 북한연구학회보 8권 2호(2004), 249-273.
- 한웅길, 자유·공산진영국가의 기본적 인권제도 (상), 새법정 1972년 6월호, 17-24.
- _____, 자유·공산진영국가의 기본적인권제도 (중), 새법정 1972년 7월호, 39-45.
- _____, 자유·공산진영국가의 기본적 인권제도 (완), 새법정 1972년 9월호, 13-19.
- _____, 자유진영국가와 공산진영국가의 헌법유형론 (상), 고시계 1972년 2월호, 32-40.
- _____, 자유진영국가와 공산진영국가의 헌법유형론 (하), 고시계 1972년 3월호, 12-24.
- 한태연, 한국헌법사 서설, 한국정신문화연구원 사회과학연구실 편, 한국헌법사(상), 제1장, 고려원, 1988, 11-132.
- 허 전, 남북기본합의서와 헌법, 충북대학교 법학연구 5권(1993), 181-204.
- Hahm, Pyong Choon, Ideology and criminal law in North Korea, The American Journal of Comparative Law 17 (1969), 77-93.

○ 박사학위논문

- 강기원, 한국과 중국의 헌법상 경제질서의 비교 연구, 국내박사학위논문, 부산대학교 대학원, 2005.
- 권영태, 북한 헌법의 ‘국가목적규정’에 대한 연구, 국내박사학위논문, 동국대학교, 2015.

- 김동한, 사회주의헌법상의 기본권에 관한 이념적 접근, 국내박사학위논문, 경희대학교, 1992.
- 김용화, 동구공산권헌법에 관한 연구, 국내박사학위논문, 충남대학교, 1990.
- 도회근, 소비에트제도에 관한 헌법학적 연구, 국내박사학위논문, 서울대학교, 1992.
- 박종순, 북한헌법상의 기본권규정과 그 운용실체에 관한 연구, 국내박사학위논문, 건국대학교 대학원, 1997.
- 박정원, 남북한 통일헌법에 관한 연구 : 통일헌법의 기본질서와 내용을 중심으로, 국내박사학위논문, 국민대학교 대학원, 1997.
- 소진운, 공산주의헌법상의 기본권에 관한 연구, 국내박사학위논문, 건국대학교, 1987.
- 신광휴, 사회주의 국가의 헌법리론에 관한 연구, 국내박사학위논문, 단국대학교 대학원, 1988.
- 신우철, 중화인민공화국 국가체제에 관한 헌법학적 연구, 국내박사학위논문, 서울대학교 대학원, 1996.
- 심경수, 소련헌법의 발전과 그 변화에 관한 연구, 국내박사학위논문, 충남대학교, 1991.
- 이용삼, 남북한 헌법상 통치구조의 비교와 통일한국헌법의 통치구조에 관한 연구, 국내박사학위논문, 강원대학교 교육대학원, 2004.
- 이효원, 남북한특수관계론의 헌법학적 연구, 국내박사학위논문, 서울대학교 대학원, 2006.
- 장석권, 중화인민공화국헌법 연구, 국내박사학위논문, 동국대학교, 1986.
- 정 철, 중국 헌법상 사법제도에 관한 연구, 국내박사학위논문, 서울대학교 대학원, 2008.
- 조재현, 북한헌법의 변화에 관한 연구, 국내박사학위논문, 성균관대학교, 2012.
- 최용기, 공산주의 헌법상의 권력구조에 관한 연구, 국내박사학위논문, 고려대학교 대학원, 1982.
- Kang, Ku-jin, Law in North Korea : an analysis of Soviet-Chinese influences thereupon, J.S.D., Harvard Law School, 1969.

민주적 기본질서와 자유민주적 기본질서

헌재 2014.12.19., 2013헌다1, 통합진보당 해산

전 광 석*

I. 문제의 제기 및 서술의 범위

1987년 헌법 이전에는 물론이고 현행 헌법에서 헌법재판이 활성화된 후에도 1960년 헌법에 도입되어 현행 헌법 제8조 제4항에 이어지고 있는 정당해산심판이 진지하게 정치적 쟁점이 되지는 않았다. 또 학계에서 중심적인 연구 주제도 아니었다.¹⁾ 정당해산에 대한 사법적 판단은 민주주의의 이념적 다원성과 개방성, 그리고 가치의 상대성과 어울리지 않아 보였다.²⁾ 1958년 진보당 해산의 경험은 현재의 사고에 영향을 미치기에는 너무 먼 기억이었으며, 헌법학의 관심에서 멀어져 있었다. 또 권위주의의 지배를 거치면서 정당의 존속 보장 및 자유는 정치적 및 사회적 의제가 아니었다. 오랜 권위주의시대가 끝나고 1987년 이후 이전 시대에 비해서는 상대적으로 헌법에서 정당정치와 시민정치가 근접하고 정당정치의 이념 및 정책 지평이 (특히 경제사회정책으로) 확대되고 포용능력이 높아지면서 극단적으로 편향된 이념이 정당정치에 나타날 가능성도 낮아보였다.³⁾ 일반적으로 보면 정당이 새로운 시대의 문제를 흡수하는 능력이 높아졌고, 또 정당의 민주화, 특히 대내적 민주화(당내민주주의)가 1987년 헌법 초기의 중요한 관심사

* 연세대학교 법학전문대학원 교수.

- 1) 이 점에서 헌법재판소가 이 주제에 일찍이 관심을 기울인 것은 이례적이었다. 이성환 외, 정당해산심판제도에 관한 연구, 헌법재판연구 15권, 헌법재판소, 2004 참조.
- 2) 탄핵심판에 대해서도 마찬가지로의 예상을 하였지만 헌법재판소는 이미 2번의 탄핵심판결정을 한 바 있다. 헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 609 이하; 2017. 3. 10. 2016헌나1, 판례집 29-1, 1 이하 등 참조.
- 3) 사회적 다원성을 정치지형에 연계하는 집회의 자유의 기능에 대해서는 헌재 2003. 10. 30. 2000헌바67 등, 판례집 15-2하, 41, 52 이하 참조.

였다.⁴⁾ 또 우리 사회는 그동안 어느 정도의 정치적 일탈을 정치과정에서 순화시킬 수 있는 정도로 성숙해졌다. 이와 같은 시대상황에서 2010년 민주노동당 창당 이후 논란이 되었던 정당해산심판청구는 시대를 거스르는 논의로 보였다. 따라서 2013년 민주노동당과 어느 정도 동일성을 갖는 통합진보당(이하 ‘통진당’으로 줄임)에 대한 정부의 해산심판청구는 의외였으며, 학계에서는 청구의 인용 가능성과 효과에 대해서 우려를 표하는 문헌들이 나타났다.⁵⁾

2014년 12월 19일 헌법재판소는 정부의 정당해산심판청구를 인용하여 통진당의 해산을 결정하였다.⁶⁾ 통진당 해산결정 이후 되돌아보면 위에서 언급한 생각과는 달리 정당해산의 문제는 우리 사회에 어느 정도 잠재해 있는 뇌관(雷管)이었다. 민주주의는 어느 정도, 혹은 최소한의 정치적 및 사회경제적, 그리고 문화적 동질성을 갖는 다양한 이념과 가치가 자유 경쟁하는 장(場)이 조직되고, 헌법과 법률이 정한 절차에 따라서 국가의사를 결정하는 형태로 실현된다. 그런데 우리 사회에서 민주화 시대 이전에는 물론이고 이후에도 지배적인 가치를 일탈하는, 즉 이른바 민주주의의 적(敵)에 대한 과민한 의식이 계속 존재해 왔기 때문이다. 특히 북한과의 관계는 상시적 변수로서 안보위기의 상황에서뿐 아니라 일상적인 혹은 선거와 같은 경쟁의 국면에서 다른 정치적 의제를 흡수하는 경험도 있어 왔다. 과거 선거 때마다 불거졌던 북풍(北風) 혹은 총풍(銃風) 공작, 그리고 보다 일반적으로는 종북(從北) 논쟁이 이를 상징하는 용어였다. 이러한 의식이 잠재해 있는 상황에서 정당해산제도가 이른바 방어적 민주주의를 이념적 기초로 한다는 관점에서 보면 정당해산의 정치는 민주주의, 그리고 헌법을 보호하는 명목으로 얼마든지 현실화될 수 있었다. 통진당 주도세력이 북한 체제에 동조하고, 이를 추종하였으며, 부분적으로 북한과 연계되었고, 또 지원을 받았다는 논리는 헌법재판소가 정당해산결정에 이르는 결정적인 논거였다.⁷⁾ 이로써 정당해산에 관한 잠재적인 우려(뇌관(雷管))가 현실화된 것이었다. 절차적으로 보면 전형적인

-
- 4) 정당의 이념적 및 정책적 적응, 그리고 확장능력에 대해서는 예컨대 장훈, 서구 정당체제의 재정렬, 김재한 편, 정당구도론, 6장, 나남, 1994, 219 이하 참조. 2000년대 정당의 민주화 요청과 진전에 대해서는 예컨대 진광석, 정당의 내부질서와 민주적인 공직선거 입후보자 추천, 헌법학연구 6권 1호(2000), 130 이하 참조.
- 5) 통진당 결정 이전 해당 사안을 직접 대상으로 하는 연구로는 예컨대 김종철, 민주공화국과 정당해산제도, 공법학연구 15권 1호(2014), 49 이하; 송기춘, 통합진보당 정당해산심판 사건에 대한 비판적 분석, 민주법학 56호(2014), 97 이하; 이상경, 방어적 민주주의와 위헌정당 해산심판제도에 대한 비판적 고찰, 법과사회 46호(2014), 107 이하 등 참조.
- 6) 헌재 2014. 12. 29. 2013헌다1, 판례집 26-2하, 1 이하 참조.
- 7) 이 점에 대해서는 아래 V.4. 참조.

정치적 사법에 해당하는 탄핵심판이 국회의 탄핵소추의결이라는 여과를 거치는 반면 정당해산의 경우 이와 같은 순화 과정이 존재하지 않으며, 따라서 감성과 직관의 정치가 정치적 이성과 헌법논리를 압도할 우려가 있었다.⁸⁾ 물론 다음과 같은 균형적인 시각도 잊지는 말아야 할 것이다. 즉 정치의 사법화에 대한 비판의 논리 또한 정치적이일 수 있다는 것이다.⁹⁾

통진당에 대한 해산심판청구의 가능성이 현실화되면서 이에 관한 실체법 및 절차법, 이론적 및 실천적 문제가 모두 연구되어야 했다. 결정 이후에는 헌법 및 정치적 입장에 따라서 다양한 평가가 이루어졌다. 이로써 헌법 제8조 제4항 민주적 기본질서의 쟁점, 이해방법, 그리고 논의의 폭은 훨씬 넓어졌다. 다만 이 글은 헌법재판연구원이 기획하는 ‘통일과 헌법재판’의 취지에 충실하게 결정 전체가 아니라 ‘민주적 기본질서’ 및 ‘자유민주적 기본질서’에 관한 부분을 서술의 대상으로 한다. 예컨대 이 결정에서 중요한 쟁점이었던 피청구인 주도세력의 목적과 활동이 피청구인에 귀속되는가의 문제는 필요한 최소한의 범위에서 서술한다. 또 해산 결정된 정당에 소속한 국회의원의 신분을 상실시키는 문제는 서술의 대상에서 제외한다.¹⁰⁾ 이 글에서 서술의 범위는 다음과 같다.

첫째, 통진당 해산결정에서 ‘민주적 기본질서’에 대한 서술을 정리·평가한다. 민주적 기본질서의 내용을 명확히 하여야 하며, 동시에 민주적 기본질서에 위배되는 상황에 대한 이해가 필요하다. 실제 헌법재판에서 서술의 중점은 후자에 있

8) 1960년 헌법에서는 정당해산심판의 주체는 정부이지만 해산제소는 정당정치에서 초연한 지위를 갖는 대통령의 승인을 받도록 하였기 때문에 현행 헌법에 비해서 정치적 통제의 가능성이 있었다고 할 수 있다. 헌법개정회의록(제4대 국회), 국회도서관, 1967, 81 이하 참조.

9) 예컨대 대통령이 해외순방의 유고 중에 정당해산의 심판이 청구되었다는, 혹은 정당해산심판청구는 국회의 자율적인 결정에 위임할 수 있기 때문에 정당성이 없다는 지적 등이 정치적 논리에 해당한다.

10) 이 문제에 대한 최소한의 설명은 다음과 같다. 기본적으로 정당해산의 선고를 하면서 소속 국회의원의 신분을 상실시키는 결정은 다음과 같은 이유에서 헌법적 정당성이 없었다. 첫째, 규범형식의 기준에서 보았을 때 국회의원의 신분 박탈과 같은 중요한 헌법문제를 헌법 및 법률에 근거 없이 헌법재판소가 창설적으로 결정할 수는 없다. 둘째, 헌법해석의 기준에서 보았을 때 정당해산의 선고가 국회의원의 신분에 영향을 미치지 위해서는 정당과 해당 국회의원 간에 이념 및 목적과 활동이 있어서 일체성이 있어야 한다. 그러나 이와 같은 일체성은 현실적으로 존재하지 않고, 또 이에 대한 헌법적 근거도 없다. 셋째, 헌법이론적으로 보더라도 자유위임의 원칙에 의하여 국회의원은 정당의 대표보다는 국민 전체의 대표로서의 지위가 보장된다. 그런데 정당해산의 선고가 소속 국회의원의 지위를 상실시키는 결과를 갖는 경우에는 자유위임의 원칙은 더 이상 유지될 수 없다. 이에 대해서는 예컨대 전광석, 한국헌법론, 집현재, 2018, 134 이하; 정만희, 국회의원의 정당기속과 자유위임, 헌법재판연구 2권 1호(2015), 117 이하; 헌법재판연구원, 주석 헌법재판소법, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2015, 797 이하 등 참조. 이와 다른 견해로는 예컨대 박찬주, 정당해산결정에 부수하는 의원지위상실결정의 허용성, 헌법논총 27집(2016), 245 이하; 장영수, 통합진보당 해산결정과 소속 국회의원의 의원직상실 문제, 고려법학 76호(2015), 111 이하 등 참조.

었다. 다수의견보다 많은 분량을 서술한 반대의견은 민주적 기본질서 자체에 대한 이해에 있어서는 다수의견과 같았다.¹¹⁾ 그러나 피청구인의 목적과 활동이 민주적 기본질서에 위배되는가, 피청구인 주도세력의 목적과 활동이 피청구인과 동일한가, 그리고 피청구인 주도세력의 목적과 활동이 피청구인에 귀속될 수 있는가의 문제에 있어서는 뚜렷하게 차이가 있었다.

둘째, 헌법 제4조는 통일의 방법으로 ‘평화적’ 통일을, 그리고 통일과정 및 통일 후 질서로서 ‘자유민주적 기본질서’를 규정하고 있다. 그런데 헌법 제8조 제4항이 거의 동일한 용어로 정당해산의 요건을 표현하고 있기 때문에 ‘민주적 기본질서’에 대한 이해가 통일의 질서인 ‘자유민주적 기본질서’를 밝히는 중요한 단서가 된다. 실제 헌법재판소는 그동안 몇 번의 결정에서 ‘민주적 기본질서’와 ‘자유민주적 기본질서’를 혼용하여 사용한 바 있다.¹²⁾ 그러나 헌법 제4조 자유민주적 기본질서(그리고 헌법 전문의 ‘자유민주적 기본질서’), 제8조 제4항 민주적 기본질서는 우리 헌법에 도입된 역사적 배경 및 체계적 위상에 있어서 차이가 있다.¹³⁾ 이에 현재의 규범적 및 사실적 상황에서 이와 같은 역사적 및 체계적 상대성이 그대로 유지될 수 있는가, 혹은 상호 밀접한 관계를 갖게 되었는가를 검토할 필요가 있다.

셋째, 정당해산심판제도는 통일을 전후하여 새로이 검토를 필요로 할 것이다. 통일과정에서, 그리고 통일 후 북한 주민의 의사와 이익을 대변할 정당은 이들의 정치적 참여를 확대하고, 이를 기초로 사회경제적 동질성을 강화하는 정책을 추진할 것으로 예상된다. 경우에 따라서는 이념과 정책이 우리 헌법질서의 범주를 이탈하거나 경계선상에 위치할 수도 있다. 극단적으로는 일부 정치세력이 통일 후 과도기적 혼란 상황에서 북한의 과거로 회귀하는 목적과 활동을 전개하는 가능성도 배제할 수 없다. 거꾸로 독일 통일 후 특히 구동독지역에서 관찰할 수 있었듯이 북한 지역에 경제사회적 및 심리적 분단이 극복되지 못하면서 극우, 그리고 외국인 혐오를 조장하는 정당이 출현할 수도 있다. 아래에서 언급하듯이 독일에서 독일민족민주당(Nationaldemokratische Partei Deutschlands; NPD)에 대한 해산제소가 이러한 예에 해당한다. 이러한 문제가 정당해산을 청구하는 계기가

11) 헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1, 판례집 26-2하, 1, 115 참조.

12) 예컨대 헌재 1990. 4. 2. 89헌가113, 판례집 2, 49, 59; 2001. 9. 27, 2000헌마238 등. 판례집 13-2, 383, 400 이하 등 참조.

13) 이에 대해서는 아래 VI.3.(1)

될 것인가, 아니면 민주주의, 그리고 주권적 국민에 대한 신뢰에 기초하여 정치 과정 및 선거과정에 맡겨질 것인가는 통일 후 전개되는 정치상황과 밀접한 관련이 있을 것이다. 통일이 비교적 안정적으로 진행될 경우 어느 정도의 정치적 이탈은 정치과정에 포용되고, 또 정상화될 것을 기대할 수 있다. 경우에 따라서는 정당해산심판제도의 존속여부가 검토되고, 또 그렇지 않더라도 더 이상 유용성이 없는 제도로 평가될 것이다.¹⁴⁾ 이에 비해서 통일 후 정치 및 사회경제적 상황이 불안정하여 우리 사회가 정치적 구심력을 갖지 못하고 파편화될 경우에는 정당의 이념과 목적 및 활동, 정당이 추구하는 원칙과 제도는 예민한 사회적 및 정치적 반응을 일으킬 것이다. 이는 정당해산심판제도의 유용성을 다시 평가하고 제도의 이중적 성격, 즉 정당존속의 특권과 민주주의를 예방적으로 보호하는 수단의 성격을 진지하게 되돌아보는 계기가 될 것이다.¹⁵⁾ 헌법재판소의 통진당 해산 결정, 그리고 이에 대한 헌법적 평가는 이와 같은 문제를 접근하는데 필수적인 자료이며, 또 중요한 함의를 줄 수 있다.

헌법재판연구원의 기획의도에 따르면 이 글의 진정한 목적은 두 번째 및 세 번째 사항과 관련되어 있다. 즉 통진당 해산결정에서 민주적 기본질서에 대한 이해에 기초하여, 또 이와 비교하면서 전문 및 제4조의 자유민주적 기본질서의 개념과 이에 대한 해석 및 적용방식을 살펴보는 목적을 갖는다. 이때 첫 번째 문제에 대한 해명은 필수적이다. ‘민주적 기본질서’와 ‘자유민주적 기본질서’가 적용사안이 전혀 다르지만 실질적으로 같은 내용을 갖는다면 민주적 기본질서에 대한 서술을 통하여 연구의 목적은 어느 정도 달성된다. 위에서 언급했듯이 헌법재판소는 일부 결정에서 민주적 기본질서와 자유민주적 기본질서를 혼용하였다. 그러나 이와 같은 이해가 진지한 사고의 결과는 아니었다. 헌법 전문과 제4조, 그리고 제8조 제4항의 체계상의 차이를 주목하지는 않았기 때문이다. 이에 비해서 두 용어가 개념적으로 혹은 적용에 있어서 상당히 차이가 있다면 헌법 제4조 자유

14) 이에 대해서는 예컨대 김선택, 자유민주적 기본질서와 통일, 통일법연구 3권(2017), 24 이하; 도희근, 통일헌법의 기본원리, 법조 64권 10호(2015), 34 이하 등 참조. 정당해산심판이 더 이상 유용하지 않다는 점 외에 헌법이 직접 정당해산심판제도를 규정하고 있는 예가 드물다는 상황도 보충적인 논리가 될 수 있을 것이다. 이에 관한 간략한 비교법적 논의에 대해서는 이성환 외(각주 1), 28 이하; 헌법재판연구원(각주 10), 709 이하 등 참조. 이밖에 Hagen Martin Morlok, Parteiverbot als Verfassungsschutz - Ein unauflösbarer Widerspruch?, in: Neue Juristische Wochenschrift, 2001, S. 2936 이하 참조.

15) 정당해산제도의 실천적 유(무)용성과 이에 관한 사례에 대해서는 예컨대 Martin Morlok(각주 14), 2937; Uwe Volkmann, Dilemmata des Parteiverbots in: Die Öffentliche Verwaltung 2007, S. 580, 582 이하 등 참조.

민주적 기본질서는 독자적인 연구주제가 되어야 한다.

II. 사건의 개요 및 주요 쟁점

이 사건 피청구인은 통진당이다. 통진당은 기존의 민주노동당, 국민참여당, 진보신당 탈당파와 함께 2011년 12월 13일 창당되었다. 통진당의 창당과정에 대해서는 결정문에 상세하게 서술되어 있다.¹⁶⁾ 청구인 대한민국 정부는 2013년 11월 5일 국무회의의 심의·의결을 거쳐 통진당의 해산심판을 헌법재판소에 청구하였다.

청구이유는 세 가지였다. 첫째, 피청구인의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배된다. 이에 관한 심사에 있어서 정당의 목적과 활동이 모두 민주적 기본질서에 위배되어야 하는가, 아니면 목적 혹은 활동 어느 하나라도 민주적 기본질서에 위배되는 경우 해산사유를 충족하는가의 문제가 다루어져야 한다. 다음, 민주적 기본질서를 구성하는 요소는 무엇인가, 그리고 구성요소에 위배되는 정도가 해산결정에 영향을 미치는가의 문제가 해명되어야 한다. 보다 핵심적인 쟁점은 민주적 기본질서에 위배 여부를 판단하는 기준이다. 헌법재판소의 결정은 대부분이 문제에 집중되었고, 또 다수의견과 반대의견은 주로 이 점에 있어서 차이가 있었다. 둘째, 피청구인 정당의 해산을 선고하여야 한다. 사실 이 문제에 대한 독자적인 심사가 필요한가는 의문이다. 우리 헌법은 민주적 기본질서에 위배되는 경우 정당해산이라는 특별한 법적 효과를 직접 부여하고 있다. 따라서 민주적 기본질서에 위배되지만 정당해산을 피할 수 있는 가능성은 없기 때문이다. 이는 비례의 원칙과 관련된 문제이기도 하며, 이에 대해서는 아래에서 자세히 다룬다.¹⁷⁾ 셋째, 정부는 피청구인 정당의 해산을 선고하는 경우 피청구인 정당에 소속되어 있는 국회의원의 의원직이 상실되어야 한다는 청구를 하였다. 이 문제에 관하여 헌법, 또 공직선거법 및 헌법재판소법 등에 아무런 근거규정이 없었다. 그럼에도 불구하고 헌법재판소는 피청구인 정당 소속 국회의원 5명의 의원직을 상실시키는 선고를 하였다.¹⁸⁾

16) 현재 2014. 12. 19. 2013헌다1, 판례집 26-2하, 1, 28 이하, 136 이하 등 참조.

17) 아래 V.5.(2) 참조.

18) 현재 2014. 12. 19. 2013헌다1, 판례집 26-2하, 1, 231 이하 참조. 통진당 해산결정 이후 통진당에 소속되어 있는 지방의회의원직 역시 상실되어야 하는 문제가 제기되었으며, 중앙선거관리위원회는 비례대표의

III. 결정 요지

헌법재판소는 재판관 8명의 의견으로 정부의 청구를 인용하는 결정, 즉 통진당을 해산하는 결정을 하였다. 이중 2명의 재판관은 다수의견에 대한 보충의견을 제시하였다. 1명의 재판관이 반대의견을 제시하였다.

1. 다수의견 및 보충의견

다수의견은 결정문 도입부에서 정당해산심판제도의 의미를 지적하였다. 민주주의는 절대적 가치의 지배를 부정하고 가치의 상대성에 기초하여 다수의견을 형성하는 과정이다. 정당은 국민의 정치적 의사형성을 매개하며, 이 점에서 정당의 설립 및 활동의 자유는 민주주의의 필수불가결한 요소이다.¹⁹⁾ 헌법재판소는 민주주의, 그리고 정당해산심판제도에 대한 기본적인 입장을 밝힌 후 이는 우리의 과거 경험에 의하여 뒷받침된다는 점을 보충하였다. 즉 1958년 진보당이 행정 처분에 의하여 등록이 취소되었던 부정적 경험이 1960년 헌법에 정당해산심판제도를 도입하는 배경이 되었다.²⁰⁾ 이는 정당해산심판제도의 운용에 영향을 미쳐야 한다. 즉 정당의 목적이나 활동이 위헌적인 성격이 있다 하더라도 이는 우선 정치과정에서 논의를 거치고 국민의 정치적 판단을 받도록 하는 것이 원칙이며, 사법적 결정에 의한 정당해산은 엄격하고 제한적으로 운용되어야 한다.²¹⁾ 이는 정당이 민주주의에서 차지하는 위상을 충실히 이해하고 정당의 존속을 정치과정, 특히 선거과정에 맡기는 원칙에 비해서 사법적 결정에 의한 강제해산은 예외에 해당한다는, 원칙과 예외의 관계를 명확히 하는 전향적인 태도였다.

이와 같은 원칙과 예외의 관계는 헌법심사에 있어서 다음과 같이 구체화되었다.²²⁾ 첫째, 정당해산결정은 추상적인 이념이 아니라 구체적인 정당의 목적과 활동을 기준으로 판단되어야 한다. 둘째, 민주적 기본질서를 최대한 엄격히 이해하

원을 퇴직시키는 결정을 한 바 있다. 이에 대해서는 예컨대 장영수(각주 10), 134 이하; 헌법재판연구원(각주 10), 799 이하 등 참조.

19) 헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1, 판례집 26-2하, 1, 17 이하 참조. 이밖에 아래 각주 47 참조.

20) 아래 각주 54 참조.

21) 헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1, 판례집 26-2하, 1, 19 이하 참조.

22) 헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1, 판례집 26-2하, 1, 23 참조.

여야 한다. 민주적 기본질서는 현행 헌법의 민주주의의 구체적 모습과 동일한 것은 아니다. 정당이 추진하는 민주주의의 실질적 내용과 제도는 현행 헌법과는 얼마든지 다를 수 있으며, 이 점이 민주적 기본질서에 위배 여부에 영향을 주지는 않는다. 셋째, 민주적 기본질서에 위배는 단순한 위반이나 저촉으로는 충분하지 않다. 정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 '실질적인 해악을 끼칠 수 있는 구체적 위험을 초래'하는 경우에 비로소 정당은 해산될 수 있다. 이때에도 정당해산을 선고하기 위해서는 비례의 원칙이 적용되어야 한다.

이어서 헌법재판소는 피청구인 및 피청구인 주도세력의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배되는 여부를 심사하는데 집중하였다. 그런데 다수의견에서 외형적으로 다음과 같은 두 가지 특징이 눈에 띈다. 첫째, 피청구인 '정당'이 아니라 '피청구인 주도세력'의 행사와 발언이 주로 심사의 대상이 되었다. 이 점은 결정 이후 주도세력의 의미가 불명확하며, 또 주도세력의 목적과 활동이 피청구인에 귀속되는가 하는 문제를 제기하였다. 둘째, 핵심적인 심사의 대상은 민주노동당 강령에 도입되었고, 통진당의 강령이 계승한 진보적 민주주의였다. 그런데 이념에 대한 심사에 비해서 해당 이념을 실현하기 위한 현실적 방안과 행태가 집중적으로 서술되었다. 그리고 이때에도 피청구인 자체가 아니라 피청구인 주도 세력이 서술의 중심에 있다. 이에 비해서 피청구인 정당의 강령과 당헌, 그리고 피청구인의 공식적인 행사와 자료 등이 심사의 기초가 되었다는 흔적은 거의 찾아볼 수 없다. 피청구인 주도세력의 목적과 활동이 피청구인에 귀속되는가 여부는 다수의견과 반대의견이 현저한 차이를 보인 점이였다. 이와 같은 서술의 특징으로 인하여 결정문 전반부에서 피청구인의 목적과 활동을 읽으면서 독자가 가졌던 결정에 대한 예상이 후반부에서 피청구인 주도 세력에 관한 서술을 보면서는 바뀌게 된다.²³⁾

헌법재판소는 통진당 강령의 진보적 민주주의는 민주적 기본질서에 위배된다고 판단하였다. 헌법재판소는 이 점을 약 10면에 걸쳐서 서술하였다.²⁴⁾ 그러나 이와 같은 서술에서 아직 위헌판단을 하기 위하여 필요한 뚜렷한 단서가 발견되지 않는다. 이어 결정문 약 15면 정도는 피청구인 주도세력의 형성과정, 피청구인 주도세력이 민주노동당 창당 이전 시기에 관련된 (반제청년동맹 및 민혁당 사건, 일심회 사건, 실천연대 사건 등 형법적으로 유죄판결을 받은) 사건, 피청구

23) 이에 대해서는 아래 V.1. 참조.

24) 헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1, 판례집 26-2하, 1, 31 이하 참조.

인 주도세력의 성향 등을 서술하였다.²⁵⁾ 이후 비로소 진보적 민주주의의 내용이 설명되고 있다. 다수의견이 피청구인의 강령과 활동을 중심으로 민주적 기본질서에 위배 여부를 서술 및 평가하였다면 결정문은 훨씬 설득력이 있었을 것이다. 진보적 민주주의는 민중주권에 기초한 민중민주주의와 연방제통일방안으로 구성된다. 즉 1차적으로 폭력에 의하여 진보적 민주주의를 실현하고, 통일을 통하여 최종적으로는 (북한식의) 사회주의를 목표로 한다. 이어 헌법재판소는 북한식의 사회주의와 대남혁명전략을 소개하고 피청구인 주도세력의 목적과 활동은 북한의 민족해방 민주주의변혁론과 전체적으로 같거나 유사하다고 평가하였다.²⁶⁾ 마지막으로 피청구인 주도세력의 내란관련 사건, 비례대표 부정경선 사건, 중앙위원회 폭력사건 등 유죄판결을 받은 사건을 서술하였다. 피청구인 주도 세력이 피청구인을 장악하고 있었기 때문에 피청구인의 진정한 목적은 의도적·계획적·적극적·투쟁적으로 민주적 기본질서를 훼손 혹은 폐지하는 데 있다고 보았다.

피청구인의 활동은 민주적 기본질서에 실질적인 해악을 끼칠 구체적인 위험이 있다. 이와 같은 구체적 위험은 개별적인 형사처벌로 제거될 수 없기 때문에 정당해산 이외에 다른 대안이 없다. 또 해산결정으로 인하여 민주주의에서 정치적 다원성이 일부 제한되지만 민주적 기본질서를 수호하는 사회적 이익이 월등히 크기 때문에 비례의 원칙에 위배되지 않는다. 비례의 원칙에 대한 심사에 있어서 사회적 필요성의 개념이 중심이 되었다. 이는 아래에서 언급하는 베니스위원회의 ‘정당해산에 관한 기준’이 영향을 미친 것으로 보인다.²⁷⁾ 그러나 우리 헌법에서 사회적 필요성에 상응하는 심사기준이 무엇인가에 대한 설명은 없었으며, 또 이를 기준으로 하는 독자적인 심사의 의미가 명확하지도 않았다.²⁸⁾

보충의견은 아래에서 서술하는 반대의견과 진보적 민주주의 및 민중주권에 관한 이해를 뚜렷하게 달리하였다.²⁹⁾ 반대의견은 진보적 민주주의는 사회주의와 사회민주주의의 중간에 위치하며, 또 민중주권이 국민주권을 배제하는 것은 아니라고 보았다. 반면 보충의견에 의하면 진보적 민주주의는 사회민주주의와는 차이가 있으며, 민중주권은 특정 계층 이외의 국민을 적대하며, 계급독재 혹은 민중독재를 추구한다는 의미에서 사회주의에 해당한다. 진보적 민주주의와 민중주권은

25) 헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1, 판례집 26-2하, 1, 41 이하 참조.

26) 헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1, 판례집 26-2하, 1, 75 이하 참조.

27) 아래 각주 75 참조.

28) 이 점에 대해서 자세히는 아래 V.5.(2) 참조.

29) 헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1, 판례집 26-2하, 1, 242 이하 참조.

북한식 사회주의체제를 추구하고, 이는 민주적 기본질서에 위배된다.

2. 반대의견

반대의견에 의하면 진보적 민주주의 혹은 민중주권은 그동안 우리 사회에서 소외되었던 계급 및 계층을 특별히 배려하는 이념이며, 넓은 의미에서 사회주의를 지향한다. 진보적 민주주의가 국민주권을 부정하는 것은 아니며, 또 통진당의 이념과 강령은 북한식 사회주의와는 거리가 있다. 피청구인 주도세력의 발언이 부분적으로 민주적 기본질서에 위배된다고 할 수 있지만 이들은 통진당의 의사결정을 좌우하는 위치에 있지 않기 때문에 통진당의 활동에 귀속되지 않는다.³⁰⁾ 또 통진당 일부 구성원의 위법행위가 개별적으로 제재의 대상이 될 수 있지만 이를 통진당의 조직적·계획적·적극적·지속적인 행위라고 볼 수는 없다. 결국 통진당이 폭력을 통하여 민주적 기본질서를 변혁 혹은 전복하려고 했다는 점이 구체적으로 입증되지 않는다. 비례의 원칙을 적용한 결과도 정당해산결정을 정당화할 수 없다. 정당의 부분적인 위법행위에 대해서는 해당 행위자를 처벌하는 방법, 선거에 맡기는 방법 등이 우선적으로 적용되어야 하며, 정당해산결정은 최후적·보충적이어야 한다. 또 정당해산결정을 통하여 얻을 수 있는 이익은 상대적으로 미약한데 비해서 정당해산결정이 민주주의에 야기하는 해악은 매우 심각하기 때문에 정당해산결정은 비례의 원칙에 위반된다.³¹⁾

IV. 결정의 의의와 학계의 평가

1. 결정의 의의

(1) 정치적 의의

이 결정은 우리 헌법재판소에서 최초로 심리한 정당해산심판이었으며, 특별한 사정이 없는 한 희귀한 혹은 유일한 결정례로 남을 것이다. 이 결정을 통하여 정

30) 현재 2014. 12. 19. 2013헌다1, 판례집 26-2하, 1, 216 이하 참조.

31) 현재 2014. 12. 19. 2013헌다1, 판례집 26-2하, 1, 225 이하 참조.

당해산의 사유에 대한 유권적 해석이 내려졌다. 이 점에서 판례집 한권으로 묶여졌고, 255면에 달하는 이 결정은 전체가 헌법학의 중요한 소재이며, 이에 대한 충실한 독해가 필요하게 되었다.³²⁾ 이는 헌법재판소가 정당해산심판에 관한 연구를 선도할 수 있는 유용한 기회였다. 예컨대 ‘민주적 기본질서’가 민주주의에 한정되지 않고 법치국가원리를 포함한다는 이해방법은 기존의 사고를 보충하는 것이었다. 이는 민주적 기본질서가 자유민주주의 및 사회민주주의와 같은 민주주의 유형선택에 관한 문제를 중심으로 진행되었던 (그 의미가 제한적이었던) 기존의 논의와 차이가 있었다.³³⁾ 정당해산의 구체적인 사유는 ‘실질적인 해악을 끼칠 구체적 위협’이 있는 경우로 구체화되었고, 또 엄격하게 해석되었다. 민주적 기본질서에 대한 해석이 헌법 제4조 자유민주적 기본질서에도 동일하게 적용될 것인가는 새로운 논의를 필요로 하게 되었다. 헌법재판소 스스로도 이 결정의 사료(史料)로서의 중요성을 인식하고 자료집을 출간하였다. 주요 외국에서도 관심이 많아 자료를 요청하였으며, 또 이 점도 작용하여 보기 드물게 전문(全文)이 영문으로 번역되었다.³⁴⁾

통일 이후 정치적 안정과 통합, 혹은 과도기적 불안정과 분열의 정치적 상황에서 정당해산심판제도에 어떠한 기능과 역할이 부여될지는 아직 예상할 수 없다. 이 점에 대해서는 위에서 언급하였으며, 또 아래 VI.에서 다시 논의하기로 한다.³⁵⁾ 일반적으로 보면 정당해산심판청구는 소수정당을 대상으로 할 것이며, 이는 소수보호라는 민주주의의 가치를 훼손하는 개연성이 있다. 이에 비해서 다수정당에 대한 해산심판청구는 현실적이지 않다.³⁶⁾ 그러나 정당해산심판 제소 및 결정은 그 자체가 전체적으로 정치환경, 그리고 좁게는 정당정치에 적지 않은 부

32) 이 결정에 대한 비판적 독해의 예에 대해서는 김종현, 통합진보당 해산결정의 몇 가지 쟁점에 대한 연구, 헌법학연구 21권 3호(2015), 372 이하 참조.

33) 이에 대해서는 아래 각주 146 참조.

34) Constitutional Court of Korea, Constitutional Decision - Dissolution of the Unified Progressive Party, 2016.

35) 이에 대해서는 위 각주 14 참조.

36) 예외가 없는 것은 아니다. 1998년 터키의 복지당(Refah Partisi; The Welfare Party)에 대한 해산결정이 대표적인 예이다. 그러나 터키의 상황은 정치과정과의 관련성을 갖는 민주적 기본질서의 문제가 아니라 비교적 명확한 기준인 세속정치와 종교정치의 구분에 관한 문제라는 특수성이 있었다. 이 결정에 대해서는 예컨대 송석운, 정당해산제도의 딜레마 - 독일 연방헌법재판소의 독일 민족민주당 사건을 중심으로, 세계헌법연구 16권 3호(2010), 77 이하; 윤정인, 김선택, 유럽인권재판소의 정당해산심판 사례분석, 세계헌법연구 20권 2호(2014), 230 이하 등 참조. 터키의 정당정치를 중심으로 한 정치지형에 대해서는 예컨대 장지향, 90년대 터키의 정치변동 연구, 중동연구 16권 1호(1997), 7 이하 참조. 이와 같은 문제를 포함하여 정당해산심판의 새로운 양상에 대해서는 김종현, 방어적 민주주의에 대한 헌법학적 연구, 저스티스 통권 155호(2016), 10 이하 참조.

정적인 영향을 미친다. 다수정당에 대해서도 기존의 이념과 정책을 이탈하는 자유의 지평을 좁히고 그 결과 민주주의에서 공론의 장이 위축될 수 있으며, 이로써 정당의 이념적 및 정책적 확장성에 장애가 될 수 있다.³⁷⁾ 또 정당해산결정의 기준과 결론이 헌법적 및 사회적 설득력을 가질 수 없는 때에는 헌법재판에 대한 신뢰를 약화시킬 우려도 있다.³⁸⁾

일반적으로 보면 1950년대 독일과 같이 직전 시대 나치정당의 불법적 지배의 경험, 그리고 종전 후 공산주의와 체제경쟁에서 국가존속이 위협받는 특수한 정치적 상황이 있지 않는 한 정당해산이 사회적 설득력을 갖기는 어렵다. 정당해산심판은 사회통합에 기여하기 보다는 사회를 이념적으로 분열시키고, 또 우리 사회의 소수 혹은 주변적인 정치이념을 위축시킨다. 보다 넓은 시각에서 보면 정치적 개방성과 자유, 그리고 제도정치와 시민정치의 밀접한 관련성을 희생시킬 수 있다는 정치적 의미가 헌법재판에서도 인식되어야 한다. 이와 같은 정치적 우려는 통진당 해산결정 반대의견에서 충실히 서술되어 있다.³⁹⁾ 독일에서는 이미 1956년 독일공산당(Kommunistische Partei Deutschlands; KPD)에 대한 해산결정을 전후(前後)하여 정당해산에 대한 회의적인 견해가 널리 퍼져 있었다. 연방헌법재판소는 이후 정당해산에 기본적으로 소극적인 입장을 취했다.⁴⁰⁾ 독일 정부는 이후 오랫동안 해산된 공산당과 실질적으로 동일한 정당(Deutsche Kommunistische Partei; DKP)에 대한 해산청구를 주저하였다.⁴¹⁾ 2017년 독일민족민주당(NPD)에 대한 심판청구를 기각하는 연방헌법재판소의 결정은 정치적 및 사회경제적 상황의 변화와 함께 이론의 변용을 전달해 주기도 한다.⁴²⁾

우리 헌정 초기에 진보적 정치이념은 국회프락치 사건, 한국전쟁 등을 거치면서 제도정치에서 축출되었다. 그런데 이후 1958년 진보당 해산을 거치면서 진보적 정치이념이 우리 사회에 진입하는 기회는 또 다시 차단되었다. 이로써 우리 사회가 정치적 개방성과 다원성을 유지하지 못하고 시민정치와 제도정치가 가교

37) 위 각주 4 참조.

38) 정당해산심판이 초래하는 민주주의 및 헌법재판에 미치는 다양한 (부정적인) 문제상황에 대해서는 예견대 계획열, 헌법학(상), 박영사, 2004, 297 이하 참조. 이밖에 Uwe Volkmann(각주 15), 578 이하 참조.

39) 현재 2014. 12. 19. 2013헌다1, 판례집 26-2하, 1, 234 이하 참조.

40) 1994년 독일 연방헌법재판소는 민족명부(Nationale Liste; NL), 자유주의노동당(Freiheitliche Deutsche Arbeiterpartei; FAP)에 대한 심판청구를 해당 단체들이 정당의 속성을 갖지 않는다는 이유로 모두 각하하였다. BVerfGE 91, 262 이하; 91, 276 이하 등 참조.

41) DKP에 대한 독일 정부의 태도변화에 대해서는 차진아, 독일의 정당해산심판의 요건과 판단기준에 대한 연구, 고려법학 72호(2014), 110 이하 참조. 이밖에 Martin Morlok(각주 14), 2935 이하 참조.

42) 이에 대해서는 Uwe Volkmann(각주 15), 583 참조.

(架橋)될 수 없었던 경험을 한 바 있다.⁴³⁾ 이에 민주노동당 및 통진당 해산심판에 대한 논의가 시작되었던 시기에 현명한 정부라면 헌법 및 민주주의의 건전한 상식과 이에 대한 신뢰에 기초하여 정당해산심판의 청구를 하지 않을 것이라는 (되돌아보면 맞지 않은) 전망이 있었다.⁴⁴⁾ 그러나 현실적으로 정부는 정당해산심판의 청구를 하였고, 헌법재판소는 청구를 인용하는 결정을 하였다. 이제 우리는 결정의 의의를 재구성하여 이 결정이 앞으로 헌법 및 민주주의의 운영, 그리고 통일 후 정당지형을 정비하는데 건설적으로 기능할 수 있도록 하여야 한다.

(2) 이론적 의의

이 결정은 헌법, 민주주의, 정당제도에 대한 이론적·역사적 그리고 헌법체계와 해석에 관하여 복합적인 사고를 필요로 하는 소재이다. 근대 헌법 그 자체, 그리고 근대 헌법의 필수적인 요소인 민주주의는 국민주권을 이념적 기반으로 하였다. 그러나 주권의 주체인 국민은 이념적 통일체로서 국가권력의 정당성이 귀속되는 것으로 의제될 뿐이며, 실제 민주주의는 헌법 및 법률에 정한 절차 및 조직을 통하여 실현된다. 따라서 현실적으로 민주주의는 절차와 조직에 참여하는 국민의 의지와 능력에 그 실현 여부가 달려 있다. 그러나 이와 같은 민주주의의 실현조건을 헌법 자체가 보장할 수는 없다.⁴⁵⁾ 이는 넓게 보면 민주주의 자체뿐

43) 우리 헌정 초기에 국회에서 반공이념이 지배하면서 국회의 대표성이 편중되는 현상 및 이후에 정치과정에 미친 영향에 대해서는 예컨대 박찬표, 한국의 48년 체제, 후마니타스, 2010, 127 이하, 165; 박찬표, 한국의 국가형성과 민주주의·미군정기 자유민주주의의 초기제도화, 고려대학교 출판부, 1997, 281 이하 등 참조. 이 점은 1960년 4.19혁명 이후 진보세력이 정치권에 진입하는 매체가 결여되었기 때문에 우리 정치가 구심력을 찾지 못하고 파편화되는 원인이 되기도 하였다. 4.19 혁명 이후 정치적 분열의 상황, 그리고 이후의 정치상황에 대해서는 예컨대 박명림, 제2공화국 정치균열의 구조와 변화, 백영철 편, 제2공화국과 한국 민주주의, 7장, 나남출판, 1996, 221 이하 참조. 정치적 이념의 분화 자체가 제2공화국이 붕괴하는 원인이 되었다는 분석으로는 예컨대 한승주, 제2공화국, 한국정치학회 편, 현대한국정치론, 7장, 법문사, 1986, 194 이하 참조.

44) 이에 대해서는 전광석, 정당해산심판에 대한 헌법적 및 정치적 이해, 헌법판례연구 13권(2012), 140 이하 참조.

45) 이 점에 대한 적합한 지적으로는 Ernst-Wolfgang Böckenförde, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, in: Staat, Gesellschaft, Freiheit : Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht, Suhrkamp, 1976, S. 60 참조. 이에 이념적으로 보면 국민주권, 그리고 헌법제정권력이 규범적 효력을 갖는가에 대하여 다양한 이해방식이 존재한다. 이에 대해서는 Josef Isensee, Das Volk als Grund der Verfassung : Mythos und Relevanz der Lehre von der verfassungsgebenden Gewalt, Westdeutscher Verlag, 1995, S. 68 이하; Hans-Peter Schneider, Verfassungsgebende Gewalt, in: Josef Isensee, Paul Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band XII, C.F.Müller, 2014, S. 64

아니라 근대 헌법의 근본적인 문제였다.⁴⁶⁾

이와 같은 근대헌법의 근본문제는 정당해산심판제도에도 잠재해 있다. 오늘날 정당은 국민을 민주주의 의사결정에 참여하게 하는 필수적인 매체이다.⁴⁷⁾ 헌법 제 8조 제4항은 한편으로는 정당의 기능과 중요성을 고려하여 정당의 존속을 특별히 보호하며, 다른 한편 정당의 존속을 특정한 가치에 구속시켜 근대 헌법, 그리고 민주주의의 근본문제를 헌법 자체에서 극복하려는 시도이다.⁴⁸⁾ 그런데 이와 같은 민주주의, 정당의 문제가 헌법규범에 의하여 극복될 수 있다면 이는 더 이상 민주주의의 근본문제는 아니라는 점에 정당해산제도의 기능적·현실적 한계가 있다. 이와 같은 이론과 규범의 긴장관계는 다음과 같이 표현될 수도 있다. 한편으로는 국민의 민주주의에의 의지와 능력, 이에 대한 신뢰, 그리고 사회의 정치적 성숙의 정도에 따라서 이론이 규범을 압도할 수 있다. 이 경우 어느 시점에서는 제8조 제4항은 유용성을 상실하고, 특별한 계기가 발생하면 정당해산심판제도의 존속 여부가 검토될 수도 있다.⁴⁹⁾ 반대로 규범이 이론을 구축(驅逐)할 수도 있으며, 이 경우에는 헌법 제8조 제4항이 남용되어 민주주의가 위축되고, 국민 및 정당의 자유는 국가에 의하여 후견적으로 보호되는 현상이 나타날 것이다.⁵⁰⁾

위와 같은 정당해산심판제도에 내재해 있는 기능의 이중성이 통진당 해산결정에서 명확히 정리되지는 않았다. 정당해산심판제도는 정당의 존속보호의 특권, 이를 위하여 민주주의를 특정 가치에 구속시키는 모순, 그리고 최후적 수단과 예방적 수단의 긴장관계를 내포하고 있다. 특히 정당의 존속보장은 객관적으로 보면 정치적 개방성과 자유를 보장하는 관점으로 발전하여야 했다. 헌법재판소는 원론적으로는 정당의 특권과 최후적 수단의 성격을 중시하는 선언하였다.⁵¹⁾ 그러나 이와 같은 관점이 개별문제에 대한 구체적인 심사에 있어서는 유지되지 못했다.

이하; Ernst-Wolfgang Böckenförde, Die verfassunggebende Gewalt des Volkes, ein Grenzbegriff des Verfassungsrechts, Alfred Metzner, 1986, 26 이하 등 참조.

46) 복지국가원리에 적용되는 같은 문제에 대해서는 예컨대 전광석, 사회보장법과 헌법의 규범력, 사회보장법학 7권 1호(2018), 16 이하 참조.

47) 민주주의에서 정당의 위상과 기능에 대해서는 현재 2014. 1. 28. 2012헌마431 등, 판례집 26-1상, 155, 162 참조.

48) 정당해산심판제도의 이중적 성격에 대해서는 현재 1999. 12. 23. 99헌마135, 판례집 11-2, 800, 814 이하 참조. 이밖에 이 점에 대해서는 이명용, 헌법 제8조(정당조항)의 양면성, 헌법논총 13집(2002), 474 이하 참조.

49) 위 각주 14, 15 참조.

50) 민주주의에서 국민에 대한 신뢰와 후견적 민주주의의 관계에 대해서는 예컨대 현재 2003. 1. 30. 2001헌가4, 판례집 15-1, 7, 16 이하 참조.

51) 현재 2014. 12. 19. 2013헌다1, 판례집 26-2하, 1, 184 이하 참조.

개별적 심사에서는 오히려 방어적 민주주의의 관점과 예방적 기능을 주목했기 때문이다. 이로써 위에서 지적한 정당해산심판에 내재해 있는 긴장관계는 남은 과제가 되었다. 이에 이 결정은 정당해산심판의 특수성과 실제 헌법재판의 심리에서 서술된 논리의 정합성을 비판적으로 평가하여 이론을 형성하는 계기를 부여하였다. 이를 위해서는 역사적 상황 및 상황의 변화, 그리고 비교헌법적 연구에 있어서 비교되는 상황을 선택하는 문제가 이론형성에 미치는 영향이 검토되어야 한다.⁵²⁾

(3) 역사적 의의

정당해산심판제도의 이론적 문제, 그리고 예방적 기능과 최후수단성의 긴장관계는 헌법사에 대한 인식 및 평가와 밀접하게 관련되어 있다. 시대의 변화에 따른 제도변화의 필요성과 가능성이 탐색되어야 한다는 것이다.⁵³⁾ 우리 헌법에서 정당해산심판제도는 역사적 배경과 규범적 기원에 있어서 차이가 있었다. 1960년 헌법에 도입된 정당해산‘제도’는 역사적으로는 1958년 진보당이 공보실장의 등록취소처분에 의하여 해산되었다는 경험이 직접적인 배경이 되었다.⁵⁴⁾ 이에 비해서 정당해산심판에 관한 ‘규정’은 독일 헌법에서 차용하였다. 그동안 헌법학에서 정당해산제도는 주로 규범적으로 기원하였던 독일 헌법을 중심으로 이해되어 왔다. 예컨대 민주적 기본질서는 독일연방헌법재판소의 정당해산결정에서 이에 대한 서술에 기초하여, 그리고 이와 다르지 않게 이해되었다. 독일 연방헌법재판소의 정당해산결정은 우리 헌법학에 중요한 영향을 미쳤다. 초기 우리 헌법학에서는 1960년 헌법의 역사적 배경을 중시하여 정당보호의 목적이 압도적으로 강조되었다.⁵⁵⁾ 그런데 1970년대 후반 이후 독일 연방헌법재판소의 사회주의제국당(Sozialistisch Reichspartei; SRP) 및 독일공산당(KPD)에 대한 위헌결정이 정당해

52) 이론형성이 역사에서 분리될 수 없는 일반적인 상황에 대해서는 예컨대 Michael Stolleis, Christoph Gusy, Anna-Bettina Kaiser, Verfassungs(ge)schichten, Mohr Siebeck, 2017, 29 이하 참조.

53) 이에 대해서는 예컨대 김종현(각주 32), 105 이하 참조. 이에 비해서 민주주의의 보편성과 정당성을 중시하는 입장으로는 장영수, 통합진보당 해산결정의 주요 쟁점 -현재 2014. 12. 19. 2013헌다1 결정에 대한 평석, 법조 64권 3호(2015), 132 참조.

54) 1960년 헌법개정안 기초위원장(정헌주)의 이에 관한 지적으로는 헌법개정회의록(제4대국회), 국회도서관, 1967, 58 참조.

55) 예컨대 김기범, 헌법강의, 법문사, 1963, 253; 문홍주, 한국헌법, 법문사, 1968, 349 등 참조.

산심판의 전형으로 소개되었다. 그리고 정당해산제도가 방어적 민주주의의 이념에 기원하는 것으로 이해되었고, 정당해산사유의 목적과 내용에 관한 해당 결정이 우리 헌법의 해석에 차용되었다.⁵⁶⁾

통진당 해산결정은 우리 헌법학 연구의 기초가 되었던 독일의 역사적 경험 및 그 변화를 다시 한 번 되돌아보는 계기가 되었다. 다음과 같은 몇 가지 점이 새롭게 주목을 받았다. 첫째, 독일 헌법의 초기, 즉 1952년과 1956년 정당해산결정에서 연방헌법재판소는 민주적 기본질서에 민주주의와 법치국가원리의 핵심요소를 포함하였지만 경제질서의 요소는 배제하였다. 여기에는 적극적 의미와 소극적 의미가 있었던 것으로 보인다. 적극적으로 보면 독일의 정당해산제도는 직전 바이마르(Weimar) 헌법의 시대에 나치정당이 헌법을 폐지(Verfassungsdurchbrechung)하고 불법적으로 집권하였던 경험을 되풀이 하지 않겠다는 의지의 표현이었다. 이에 전체주의를 지향하는 극우정당이 정치과정에 참여하여 민주주의를 침해하는 것을 예방하고, 또 이를 경고하는 정치적 목적을 가졌다. 소극적으로 보면 정당해산심판제도가 당시 분단 상황에서 공산주의와 이념적 대립을 상정하고, 이를 극복하는 의도가 있는 것은 아니었다. 따라서 사회주의체제와 이질성을 징표하는 상징적·핵심적 기준인 경제질서의 요소가 정당해산심판에 적용되지 않았다. 이 점은 1949년 독일 헌법이 경제사회질서에 대한 판단을 후세대에 유보하고 헌법에서 이에 관한 규정을 의식적으로 배제하려고 했던 태도와도 관련성이 있다.⁵⁷⁾ 둘째, 정당해산심판제도를 도입하였던 역사적 배경에서 보면 사회주의제국당(SRP)에 대한 위헌결정은 쉽게 이루어졌다.⁵⁸⁾ 사회주의제국당이 실질적으로 나치정당을 계승했다는 점이 결정적인 논리였다. 이에 비해서 공산당(KPD)에 대한 해산심판은 매우 신중하게 진행되었다.⁵⁹⁾ 공산당 해산결정이 분단 직후 동독과의 관계에 부정적인 영향을 줄 수 있으며, 또 동독을 비롯한 동구권에 의하여 상징적 선전구실이 될 우려가 있다고 보았기 때문이다. 그러나 한국전쟁을 계기로 세계질서에서 이념대립은 첨예화되었고, 독일 사회에서 국가존속에 대한 긴장은 예

56) 예컨대 권영성, 헌법학원론(상), 법문사, 1979, 191 이하, 194, 238; 한태연, 헌법학, 법문사, 1978, 78 이하, 232 등 참조.

57) 이에 대해서는 예컨대 Werner Weber, Die verfassungsrechtlichen Grenzen sozialstaatlicher Forderungen, in: Der Staat, 1965, 413 참조.

58) BVerfGE 2, 1 이하 참조.

59) 독일 연방헌법재판소가 심리를 주저, 또 지체하였던 상황, 그리고 연방정부의 태도에 대해서는 예컨대 Martin Morlok(각주 14), 2934; Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, C.H.Beck, 2012, 310 이하 등 참조.

민해졌다. 이에 당시 아데나워(Adenauer) 정부가 연방헌법재판소에 심리진행을 강력하게 압박하였고, 또 연방헌법재판소는 불가피하게 정당해산제도의 예방적 성격을 중시하여 해산결정에 이르렀다.⁶⁰⁾ 이후 이 결정은 결정에 참여한 헌법재판관 조차 아쉬운 경험으로 회고하였으며, 학계에서 긍정적인 평가를 받지 못했다.⁶¹⁾

1950년대 이후 독일 사회는 급격하게 변화했으며, 변화의 핵심적인 요소는 다음과 같다; 신속한 전후경제의 복구와 이어지는 경제성장, 민주주의의 성숙과 이에 대한 신뢰, 민주주의를 지원하는 각종 법 및 제도에 대한 공감, 민주주의 의사결정에 따른 복지정책의 확대, 그리고 1960년대 후반 동방정책(Ostpolitik)의 추진과 동독 및 동구권 공산주의에 대한 체제 우월에 대한 확신, 이념적으로는 사회민주주의에 접근하는 유로커뮤니즘의 등장 등. 이 모든 요소는 함께 작용하여 독일은 1950년대 정당해산의 시대를 뒤로 하고 위헌정당 해산심판제도에 대한 이해를 전환하게 되었다.⁶²⁾ 즉, 이제 정당해산제도가 방어적 민주주의의 수단보다는 정당의 특권으로 이해되었다.⁶³⁾ 특히 2017년 독일민족민주당(NPD)에 대한 심판청구를 기각하는 연방헌법재판소의 결정은 이와 같은 변화를 확인하는 의미가 있었다. 연방헌법재판소는 민족민주당이 민주적 기본질서를 침해하려는 의도가 있었으며, 또 인종 혹은 민족공동체(Volksgemeinschaft)에 기반하여 계획적으로 국가를 변혁하는 목적이 있다는 사실을 확인하였다. 그러나 정치적, 그리고 사회적으로 이러한 목적이 실현될 수 있다는 구체적인 가능성이 존재하지는 않는다는 이유로 정당해산심판청구를 기각하였다.⁶⁴⁾ 이는 정당해산심판제도에 내재해 있는 예방적 목적과 최후수단성의 긴장관계에서 명확히 후자의 관점을 중시한 것이었다. 그리고 이 점에서 1956년 독일 공산당(KPD) 결정과는 큰 차이가 있었다.⁶⁵⁾

위와 같은 독일의 경험은 정당해산심판제도의 ‘규범적 기원’을 벗어나서 우리의 역사적 배경과 그동안의 변화에 기초하여 사고하는 계기가 되어야 한다.⁶⁶⁾ 우리

60) BVerfGE 5, 142 이하 참조.

61) 예컨대 Konrad Zweigert, Drei Jahre KP-Verbot, in: JuristenZeitung, 1959, 677 참조.

62) 특히 동방정책의 영향에 대해서는 예컨대 차진아(각주 41), 112 이하 참조.

63) 이에 대해서는 Uwe Volkmann(각주 15), 583 이하 참조.

64) 이는 2003년 독일민족민주당에 대한 위헌정당심판청구가 국가정보기관이 민족민주당 내부에서 활동하였다는 사실이 확인되어 절차를 종결한 후 다시 청구된 심판이었다. 2003년 절차종결된 사건에 대해서는 송석윤(각주 36), 112 이하 참조.

65) 연방헌법재판소 자신의 이에 관한 명시적인 표현으로는 NPD 결정 Randnummer 586 참조. 이와 비교되는 독일공산당결정으로는 BVerfGE 5, 143 참조. 이밖에 아래 각주 101 참조.

66) 우리 헌법에서 방어적 민주주의의 논리 자체의 타당성에 대한 의문에 대해서는 예컨대 김선택, 정당해산의 실제적 요건의 규범적합적 해석, 헌법연구 1권 1호(2014), 145 이하; 이재희, 전투적 민주주의(Militant

헌법에서 정당해산제도가 도입된 정치적 배경에 대한 이해가 필요하며, 또 상황의 변화 역시 이론형성에 영향을 미쳐야 한다는 것이다.⁶⁷⁾ 이와 같은 관점에서 보면 독일공산당 해산결정과 통진당 해산결정을 평면적으로 비교하는 작업은 의미가 제한적이다.⁶⁸⁾ 헌법재판소 역시 이 점을 표현하고는 있다. 즉 “... 우리 사회가 처해 있는 여러 현실적 측면들, 그리고 우리 국민들이 공유하는 고유한 인식과 법감정 등의 존재를 동시에 고려”하여야 한다.⁶⁹⁾ 그러나 실제 헌법재판에서 우리 사회 자체의 상황과 상황의 변화를 충실하게 고려되었다는 흔적은 없었다. (적어도 상대적으로는 이전 시대의 사고에 따라) 북한과의 적대대립관계를 배경으로 하는 특수성이 여전히 주로 주목되었기 때문이다. 외국 제도와와의 비교연구에 있어서 역사적 맥락에서 비교대상인 사실관계 및 규범을 재정렬하고, 또 이와 같은 재정렬의 의미가 충실히 고려되어야 했다.⁷⁰⁾

2. 학계의 평가

이 결정에 대한 학계의 평가는 전체적으로 보면 부정적이었다. 통진당 해산결정이 불가피했다거나 혹은 긍정적인 평가가 없는 것은 아니었다.⁷¹⁾ 부정적인 평가는 다음과 같이 몇 가지로 유형화할 수 있다. 첫째, 가장 포괄적인 평가는 헌법적

Democracy)로부터의 민주주의 수호, 공법학연구 15권 2호(2014), 114 이하; 이종수, 우리 헌법상 “방어적 민주주의”의 수용 부인론: 통합진보당에 대한 정당해산심판과 관련하여, 법과 사회 48호(2015), 233 이하 등 참조. 독일 자체에서 방어적 민주주의의 이념과 제도에 대한 역사적 평가에 대해서는 아래 각주 133 참조.

67) 위 각주 54 참조.

68) 두 결정을 비교하는 문헌으로는 예컨대 장영수, 통합진보당과 독일공산당의 비교, 고려법학 72호(2014), 155 이하 참조.

69) 현재 2014. 12. 19. 2013헌다1, 판례집 26-2하, 1, 26 참조.

70) 비교헌법학에서 비교의 대상을 선정하는 문제의 중요성에 대해서는 Sebastian Müller-Franken, Verfassungsvergleichung, in: Otto Depenheuer, Christoph Grabenwarter (Hg.), Verfassungstheorie, Mohr Siebeck, 2010, S. 911 이하; Karl-Peter Sommermann, Funktionen und Methoden der Grundrechtsvergleichung, in: Detlef Merten, Hans-Jürgen Papier (Hg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. 1, C.F.Müller, 2004, S. 660 이하; Christian Starck, Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht, in: juristenzeitung Juristen Zeitung, 1997, S. 1026 이하 등 참조. 이는 특히 현실관련성이 강한 사회보장법의 비교연구에서 중요한 방법론적 특성이지만 비교헌법의 연구에서도 마찬가지로 강조되어야 한다. 이 점에 대해서는 예컨대 Hans F. Zacher, Vorfragen zu den Methoden der Sozialrechtsvergleichung, in: Bernd von Maydell, Eberhard Eichenhofer (Hg.), Abhandlungen zum Sozialrecht, C.F.Müller, 1993, S. 342 이하, 369 이하 참조.

71) 예컨대 장영수(각주 53), 109 이하 참조.

논증이 결여된 정치적 판단이었다는 지적이다.⁷²⁾ 둘째, 민주적 기본질서를 우리 헌법의 해석보다는 북한 체제와의 비교를 통하여 이해하였으며, 이로써 심판의 기준이 왜곡되었다.⁷³⁾ 이는 동시에 헌법재판소가 통진당 강령과 당헌을 중심으로 진보적 민주주의를 우리 헌법의 기준에 따라 평가하는 작업을 소홀히 하였다는 비판이었다. 셋째, 통진당의 일부 구성원, 즉 피청구인 주도세력의 행동과 발언을 피청구인, 즉 통진당에 귀속시키는 논리는 비약이었다. 넷째, 세 번째 비판의 논리는 말을 바꾸어 하면 통진당을 중심으로 보면 아직 실질적 해악이 구체화되지 않았음에도 불구하고 이를 추정하는 논리로 정당해산사유를 느슨하게 해석하였다. 이로써 헌법재판소가 결정문 초기에 직접 언급한 정당해산심판에 임하는 기본적인 입장이 유지되지 못했다. 다섯째, 실질적 해악이 아직 구체적이지 않은 상태에서는 해당 당원에 대한 개별적인 제재를 통하여 목적을 달성할 수 있음에도 불구하고 정당 자체의 존속을 부정하는 과도한 수단을 사용하는 결과가 되었다. 이는 비례의 원칙이 충실히 적용되지 못했다는 지적이었다.

통진당 해산결정은 정당해산에 관한 국제기준을 존중하지 않았다는 비판도 있었다. 유럽인권재판소(European Court of Human Rights)는 터키와 스페인 등에서 이루어진 정당해산결정을 심사하는 기회를 가진 바 있다.⁷⁴⁾ 또 베니스위원회(Venice Commission)로 불리우는 유럽평의회(Council of Europe)의 ‘법을 통한 민주주의 유럽위원회(European Commission for Democracy through Law)’는 터키, 그리고 전환기 동부유럽국가들에서 정당해산심판이 남용되고, 그 결과 민주주의가 후퇴하는 문제를 주목하였다. 이에 ‘정당해산에 관한 기준(Guidelines on Prohibition and Dissolution of Political Parties and Analogous Measures, 1999)’을 작성하였다.⁷⁵⁾ 그런데 우리 헌법재판소가 이와 같은 기준을 충실하게 적용하지 못했다는 것이다. 이밖에 정당해산의 선고를 하면서 소속 국회의원의 신분을 상실시키는 결정에 대해서 찬성과 반대의 평가가 있었다.⁷⁶⁾ 이와 같이 일반적으로

72) 이 점에 대해서는 예컨대 임지봉, 헌법재판소의 통합진보당 해산결정에 대한 분석과 평가, 숭실대학교 법학논총 33집(2015), 370 이하 참조.

73) 이 점에 대해서는 예컨대 김종철, 헌법재판소는 주권적 수임기관인가?: 대한민국의 헌법적 정체성과 통합진보당 해산결정, 저스티스 통권 151호(2015), 41 이하, 59 이하; 송기춘(각주 5), 114 이하 등 참조.

74) 유럽인권재판소의 정당해산기준 및 사례에 대해서는 윤정인, 김선택(각주 36), 218 이하 참조.

75) 베니스위원회의 정당해산법리에 대해서는 예컨대 김종철(각주 73), 49 이하; 윤정인, 김선택, 유럽인권재판소의 정당해산 심판기준, 공법학연구 15권 3호(2014), 59 이하 등 참조. 이밖에 김종서, 정당의 금지와 해산 및 유사 조치에 관한 베니스위원회 지침, 민주법학 54호(2014), 431 이하 참조.

76) 이에 대해서는 위 각주 10 참조.

비판의 중심이 달랐지만 이 글이 서술하는 민주적 기본질서에 대한 헌법재판소의 이해방법을 되돌아보는 문헌은 거의 없었다.⁷⁷⁾

V. 분석 및 평가

1. 정당해산심판제도에 대한 기본적인 이해와 적용의 불일치

헌법재판소는 민주주의에서 정당해산심판제도가 정당의 존속을 보호하는 목적을 갖지만 동시에 정당이 민주적 기본질서를 폐지하거나 심각하게 훼손하는 것을 사전에 방지하는 제도라는 점을 상기시켰다.⁷⁸⁾ 이로써 앞으로 정당해산심판제도에 대한 원칙과 예외, 그리고 정당특권과 방어적 민주주의의 긴장관계가 심리에 실제 어떻게 반영될지 불명확하게 되었다. 위에서 언급했듯이 실제 결정문의 전반부 75면에 이르는 민주노동당 및 통진당의 강령과 당헌 및 주요 자료집에 수록된 진보적 민주주의에 대한 이해와 실현방안에 대한 서술을 읽는 독자는 헌법재판소가 청구를 기각할 것으로 예상하였을 것이다. 민주적 기본질서에 위배 여부와 관련하여 집권전략보고서에서 ‘선거를 통한 집권과 저항권을 통한 집권’이 언급되어 있고, 저항권을 ‘기존의 법질서에 의해 승인되지 않은 정당한 무력 행사’로 이해하였다는 점 정도가 눈에 띄는 부분이였다.⁷⁹⁾ 이에 비해서 결정문 75면 이후에서 104면까지 이르는 서술을 기준으로 보면 비교적 명확하게 해산결정을 할 수도 있다는 우려를 갖게 된다. 이와 같은 예측의 전환이 어떻게 설명될 수 있을까? 전환은 다중적이였다. 첫째, 결정문의 전반부는 피청구인 통진당 자체, 즉 통진당의 강령 및 당헌, 그리고 주요 자료집이 심리의 기초가 되었다. 반면 후반부에서는 ‘피청구인 주도세력’에 심리가 집중되었다.⁸⁰⁾ 둘째, 피청구인 주도세력의 목적과 활동은 피청구인 정당의 ‘숨겨진 상태’ 혹은 ‘진정한 목적’으로 표현되었으며, 결정문의 후반부는 이와 같은 ‘숨겨진 상태’ 혹은 ‘진정한 목적’이

77) 이에 관한 거의 유일한 연구로는 이황희, 민주적 기본질서 위배의 의미 -헌법재판소의 해석(2013헌다1)에 관한 분석, 법조 65권 5호(2016), 10 이하 참조.

78) 현재 2014. 12. 19. 2013헌다1, 판례집 26-2하, 1, 19 이하 참조.

79) 현재 2014. 12. 19. 2013헌다1, 판례집 26-2하, 1, 71 이하 참조.

80) 특히 이 점에 대한 비판으로는 임지봉(각주 72), 374 참조.

주된 서술의 대상이 되었다. 셋째, 75면 이하의 서술은 피청구인 주도세력의 목적과 활동을 북한의 이념 및 대남전략과 비교하면서 피청구인 주도세력이 북한의 체제에 동조하고, 또 이를 추종하였다는 서술에 역점을 두었다.

이와 같은 전환이 설득력을 갖기 위해서는 다음과 같은 설명이 보충되어야 한다. 첫째, ‘숨겨진 상태’ 혹은 ‘진정한 목적이 인정되기 위해서는 규범적 논리 및 사실적 상황이 검토되어야 했다. 둘째, 피청구인 주도세력이 형식적으로 정당의 대표, 중앙위원회, 원내의원총회 및 원내대표 등의 지위를 가지며, 동시에 실질적으로 피청구인 정당에 지배력을 행사할 수 있고, 또 정당의 목적과 활동을 지도하였기 때문에 통진당 자체에 귀속된다는 사실이 설명될 수 있어야 한다. 소속 정당 국회의원, 혹은 정당의 지도부를 구성하는 외형을 띠고 있는 경우에도 개별적인 차원의 행위로서 소속 정당과 실질적인 관련성이 없거나 옅은 경우, 혹은 정당의 통제력이 미칠 수 없는 상황에서는 정당의 목적과 활동에 귀속되지는 않는다. 그러나 이 두 가지 점이 헌법재판소의 결정에서는 추정되고 있을 뿐 명확히 실시되어 있지는 않다.⁸¹⁾ 특히 첫 번째 쟁점은 전혀 논의되지 않았다.⁸²⁾ 이는 헌법재판소가 정당해산심판에 있어서 ‘의심스러울 때에는 자유를 우선시하는(in dubio pro libertate)’ 원칙을 적용하겠다는 언명을 무색케 하는 것이었다.⁸³⁾ 그 결과 정당해산심판을 원칙에 대한 예외로서 이해하는 기본적 태도가 심리과정에서는 잊혀졌다.

2. 민주적 기본질서의 적극적 및 소극적 내용

(1) 민주적 기본질서

기존에 헌법재판소는 국가보안법 제7조 위헌심판사건에서 헌법 전문 및 제4조 ‘자유민주적 기본질서’는 경제질서의 요소를 포함한다고 이해한 바 있다. 즉 ‘자유재산과 시장경제를 골간으로 한 경제질서’가 자유민주적 기본질서를 구성한다.⁸⁴⁾ 이에 비해서 노무현대통령 탄핵심판결정에서는 경제질서의 요소가 자유민

81) 헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1, 판례집 26-2하, 1, 21 참조.

82) 이에 대해서는 아래 V.3.(1) 참조.

83) 헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1, 판례집 26-2하, 1, 21 참조.

84) 헌재 1990. 4. 2. 89헌가113, 판례집 2, 49, 64 참조. 이밖에 같은 내용의 결정으로는 헌재 2001. 9. 27.

주적 기본질서의 범주에서 제외되었다.⁸⁵⁾ 그러나 이와 같은 변화는 헌법 전문 및 제4조의 체계적 위상에 비추어보면 필연적인 것은 아니며, 또 헌법재판소가 이를 설명하고 있지도 않다. 사유재산제 및 시장경제는 경제질서와 관련하여 우리 헌법의 정체성에 해당한다. 또 북한 헌법과의 관계에서 보면 이를 정면으로 부인하는 통일질서가 용인될 수도 없다. 헌법재판소는 통진당 해산결정에서도 민주적 기본질서를 기본적으로 정치질서로 이해하였고, 기존에 (자유)민주적 기본질서에 포함시켰던 경제질서의 요소를 더 이상 열거하지 않는 태도를 유지하였다. 이로써 경제질서의 요소는 민주적 기본질서와 정합성 판단에서 제외되는가, 민주적 기본질서가 자본주의 외에 사회주의 역시 포용하는가, 혹은 정치질서와 정합성을 가질 수 없는 사회주의경제의 요소가 있는가 등의 문제가 제기되었다. 경제질서의 요소를 배제한 것은 헌법 제8조 제4항의 기능과 의미를 보면 충분히 설명될 수 있다. 이에 대해서는 아래에서 따로 다룬다.⁸⁶⁾

헌법재판소는 민주적 기본질서를 (법치국가, 복지국가 등과 함께) 헌법원리를 구성하는 민주주의에 비해서 넓은 개념으로 이해하였다. 그리고 이를 입헌적 민주주의로 표현하였다.⁸⁷⁾ 다만 개념의 넓고 좁은 문제와는 별개로 민주적 기본질서는 엄격하게 해석·적용되어야 한다.⁸⁸⁾ 이에 대한 헌법재판소의 이해를 검토해 보자. 민주적 기본질서는 민주주의와 법치국가원리의 필수불가결한 요소로 구성되어 있다. 민주적 기본질서의 실질적 내용과 제도 요소는 다음과 같다. 민주적 기본질서는 다원적 세계관을 존중하며, 가치상대주의 및 가치의 평등을 전제로 하고 있다. 민주적 기본질서는 모든 폭력적·자의적 지배를 배제한다. 구체적으로 국민주권의 원리, 권력분립 등 민주주의의 요소, 기본적 인권의 존중과 같은 법치국가원리의 요소, 그리고 복수정당제도 등이 민주적 기본질서를 구성한다.

민주적 기본질서가 기본적으로 정치질서에 해당하지만 헌법재판소가 이해하는

2000헌마238 등, 판례집 13-2, 383, 400 이하 참조.

85) 헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 609, 656 참조.

86) 아래 각주 91 참조.

87) 헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1, 판례집 26-2하, 1, 22 이하 참조. 다만 입헌적 민주주의가 타당한 용어인가는 의문이다. ‘입헌적 민주주의’가 헌법국가를 전제하고 있다고 볼 수 있지만 적어도 어의상 헌법을 제정한다는 의미 외에 실질적 내용을 담고 있지 않다. 다분히 법실증주의 시대에서 유래하는 용어라는 인상을 받는다. 또 실제 입헌주의는 일본에서 입헌적 군주시대를 지칭하는 용어였다는 역사적 한계가 있다. 이를 대체하는 용어에 대한 논의는 필요하지만 적어도 이 용어 자체는 오늘날 국민주권의 헌법국가 및 헌법원리와 어울리지는 않는다.

88) 헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1, 판례집 26-2하, 1, 19 참조.

바와 같이 경제질서와의 관련성이 전혀 없다고 볼 수는 없다. 법치국가원리는 재산권과 직업의 자유, 그리고 사유재산제도와 자유경쟁질서의 핵심적인 요소를 보호하는 목적이 있기 때문에 이를 배제하는 경우 민주적 기본질서와 정합성을 가질 수 없기 때문이다. 그럼에도 불구하고 (국가보안법 위헌심판사건 등 이전의 결정과 엄밀한 의미에서 비교의 대상이 될 수는 없지만) 헌법재판소가 이전의 결정과는 달리 경제질서의 요소를 민주적 기본질서에 포함시키지 않은 태도는 다음과 같이 설명될 수 있다. 정치질서로서 대의민주주의와 인민민주주의, 권력분립과 민주주의중앙집중제 등은 뚜렷하게 대립 및 상호배제의 관계에 있으며, 이는 헌법적 선택의 문제이다.⁸⁹⁾ 따라서 이들 요소는 민주적 기본질서에 위배 여부에 대한 판단의 기준이 될 수 있다. 이에 비해서 경제질서와 관련하여 우리 헌법은 기본적으로 개방적 혼합경제질서를 채택하고 있다.⁹⁰⁾ 따라서 경제질서의 원칙과 제도는 민주적 기본질서의 명확한 심사기준이 되기 어렵다. 사실 이와 같은 이유에서 헌법상의 경제질서에서 특정한 원칙과 제도 자체가 아니라 원칙과 제도의 구체적인 내용이 기본권과 정합성을 가져야 한다.⁹¹⁾

경제질서에서 체계선택의 기준이 불명확하다는 점은 경제적 기본권과 관련해서도 확인된다. 경제적 기본권, 특히 재산권과 직업선택의 자유는 사회적 관련성이 강하다. 재산권에 대해서는 이 점을 헌법이 직접 명시하고 있다. 즉 재산권의 한계뿐 아니라 내용 자체가 법률에 의하여 형성된다(제23조 제1항 제2문).⁹²⁾ 직업선택의 자유는 자유경쟁질서를 보장하기 위하여, 또 상품·재화·서비스가 생활의 필수적이거나 혹은 이에 관한 직업행사가 생명, 신체 및 건강에 위해성이 있는 경우에는 공공복리를 이유로 공권력의 개입 가능성이 넓게 열려 있다.⁹³⁾ 이와 같이 입법적으로 다양하게 형성될 수 있는 기본권의 내용 중 일부는 헌법에 편입될 수

89) 통일과정에서 제기될 수 있는 이와 같은 체계선택의 문제에 대해서는 예컨대 한국헌법학회 편, 헌법주석 [I], 박영사, 2013, 139 이하; 도회근(각주 14), 20 이하, 30 이하 등 참조.

90) 한국헌법학회 편, 헌법 주석[법원, 경제질서 등] : 제101조-제130조, 경인문화사, 2018, 1492 이하 참조. 따라서 대부분의 문헌 및 헌법재판소가 우리 헌법의 경제질서를 사회적 시장경제로 이해하는 것은 재검토가 필요하다. 헌재 1996. 4. 25. 92헌바47, 판례집 8-1, 370, 380; 1998. 5. 28. 96헌가4, 판례집 10-1, 522; 2001. 2. 22. 99헌마365, 판례집 13-1, 301, 315; 2001. 6. 28. 2001헌마132, 판례집 13-1, 1441, 1456; 2009. 9. 24. 2006헌마1264, 판례집 21-2상, 659, 676 등 참조.

91) 이 점에 대해서는 예컨대 한국헌법학회(각주 90), 1491 이하 참조.

92) 재산권의 특수성에 대해서는 예컨대 전광석(각주 10), 400 이하 참조.

93) 직업선택의 자유의 강한 사회적 관련성에 대해서는 예컨대 전광석(각주 10), 392 이하 참조. 이밖에 헌재 1996. 12. 26. 96헌가18, 판례집 8-2, 680, 694 이하; 2005. 3. 31. 2001헌바87, 판례집 17-1, 321, 327 이하 등 참조.

도 있다. 지난 헌법개정논의에서 재산권의 공공성, 토지공개념, 동일노동 동일임금의 원칙 등을 헌법에 도입하는 제안이 좋은 예이다. 그만큼 경제적 기본권과 관련하여 민주적 기본질서와의 정합성을 판단하는 기준은 명확하지 않다. 그러나 그렇다고 하더라도 재산권과 직업의 자유, 그리고 사유재산제도와 자유경쟁질서를 무의미하게 하는 경우에는 법치국가원리의 핵심적인 요소를 포함하는 민주적 기본질서를 벗어난다.⁹⁴⁾

(2) 민주적 기본질서에 위배-진보적 민주주의

민주적 기본질서에 위배는 한편으로는 진보적 민주주의, 민중주권 및 민중민주주의 등과 관련하여, 그리고 다른 한편으로는 북한 체제와의 동일성, 그리고 이를 추종하는가의 여부를 중심으로 검토되었다. 북한 체제와의 관련성에 대해서는 아래에서 따로 서술한다.⁹⁵⁾

1) 결정문의 재구성

진보적 민주주의는 이미 민주노동당의 강령작성과정에서 논란의 중심에 있었다. 민주노동당 내부에서 자주파와 평등파가 대립하였으며, 민주노동당 초기에는 평등파의 입장, 즉 ‘사회주의적 이상과 원칙’을 계승·발전시킨다는 목적이 강령에 도입되었다. 이후 자주파의 세력이 확대되면서 사회주의의 계승·발전 이전에 진보적 민주주의의 과도기를 거쳐야 한다는 주장이 지배하였다. 이에 따르면 우리 사회의 현실에서 사회주의는 발전대안이 아니며 ‘자유민주주의와 구분되는 노동자와 농민 등 민중을 중심에 두는 진보적 민주주의’의 과정을 거쳐야 한다. 진보적 민주주의가 공론화되기 전에는 ‘민주주의 혁명을 지향하는 진보적 민주주의 강령’에 따른 합의가 필요하다는 문구도 보인다. 진보적 민주주의는 제17대 대통령선거(2007)에서 민주노동당이 국가비전으로 내세운 ‘코리아연방공화국’의 이념적 기초로 공약에 포함되었다. 진보적 민주주의는 다음과 같이 함축적으로 표현되었다. 즉 절차적·형식적 민주주의에서 실질적·내용적 민주주의, 정치적 민주주의를 넘어 경제적 민주주의, 그리고 간접민주주의를 넘어 직접민주주의를 지향

94) 이에 대해서는 전광석(각주 44), 146 이하 참조. 같은 지적으로는 이황희(각주 77), 28 참조.

95) 아래 V.4. 참조.

한다. 이와 같은 논의를 거친 후 ‘진보적 민주주의 체제를 건설’한다는 문구가 강령에 자리 잡았다. 헌법재판소는 ‘진보적 민주주의’의 도입에 관한 대북보고문, 진보적 민주주의가 북한에서 기원하며, 또 북한 체제와 관련성을 갖는다는 일부 당원의 발언을 소개하였다.

진보적 민주주의에서 핵심적인 질문은 노동자 및 농민을 중심에 두었기 때문에 가치상대주의 및 가치의 평등, 그리고 이념적으로 보면 국민주권주의, 제도적으로 보면 복수정당제 등 민주적 기본질서의 요소에 위배했는가 여부이다. 헌법재판소는 진보적 민주주의, 그리고 민중주권 및 민중민주주의의 이념 자체를 검토하였다. 이에 비해서 민주주의 및 법치국가의 개별적인 요소들을 진보적 민주주의를 구성하는 당헌 및 강령의 해당 부분, 그리고 지도부의 이와 관련된 행동과 발언 등과 비교하면서 정당의 목적을 구체적으로 평가하지는 않았다. 결정문은 두 군데에서 진보적 민주주의를 진지하게 서술하고 있다. 진보적 민주주의가 민주노동당 및 통진당 강령에 도입되는 과정을 다루었다.⁹⁶⁾ 이어 진보적 민주주의의 내용이 서술되어 있다.⁹⁷⁾ 그런데 두 군데 모두 진보적 민주주의의 북한과의 관련성, 피청구인 주도세력이 이해하는 진보적 민주주의 혹은 이를 실현하는 방안이 주로 서술되었다. 이와 같은 결정문 구성은 다음과 같은 의구심을 갖게 한다. 헌법재판소가 진보적 민주주의 자체에 대한 평가를 간과했으며, 너무 쉽게 (예단에 기초하여) 활동에 대한 심사로 중점을 옮겼다. 혹은 진보적 민주주의에 대한 평가가 헌법재판소의 해산논리를 희석시킬 수 있기 때문에 이에 대한 판단을 회피한 것이 아닌가 하는 의구심도 있다. 이는 헌법재판소가 도입부에서 밝힌 입장, 즉 정당의 추상적 이념이 아니라 구체적인 목적이나 활동이 종합적으로 심사되어야 한다는 입장과는 거리가 있었다.

진보적 민주주의와 관련하여 다음과 같은 두 가지 쟁점이 반드시 검토되어야 했다. 첫째, 정당의 목적은 “정당이 추구하는 정치적 방향이나 지향점 혹은 현실 속에서 구현하고자 하는 정치적 계획”을 통칭하며, 이는 주로 “정당의 공식적 강령이나 당헌의 내용을 통해 드러”난다. 헌법재판소는 정당의 목적 자체가 민주적 기본질서에 위배되면 곧 정당해산의 사유에 해당한다고 보았다.⁹⁸⁾ 그러나 이는 지나치게 단정적이다. ‘현실적으로는’ 당헌 및 강령 등에 표현되는 정당의 목적은

96) 헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1, 판례집 26-2하, 1, 38 이하 참조.

97) 헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1, 판례집 26-2하, 1, 56 이하 참조.

98) 헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1, 판례집 26-2하, 1, 22 참조.

이념적·추상적이기 때문에 목적 자체가 민주적 기본질서에 위배되어 위헌이 되는 경우는 드물 것이다.⁹⁹⁾ ‘규범적으로는’ 정당의 활동은 목적을 실현하기 위한 외부적 행위이며, 이를 기준으로 민주적 기본질서에 대한 실질적인 해악을 가져올 구체적인 위협성의 존재 여부가 판단된다. 따라서 정당의 활동을 고려하지 않고 혹은 극단적으로 보면 활동은 민주적 기본질서에 위배되지 않지만 목적이 민주적 기본질서에 실질적인 해악을 끼칠 구체적인 위협을 가져오기 때문에 해산 사유를 충족한다고 볼 수는 없다.¹⁰⁰⁾ 정당의 목적 자체만을 기준으로 해산사유를 충족한다는 해석은 정당해산심판제도에 잠재해 있는 예방적 수단과 최후수단성의 긴장관계에서 극단적으로 전자의 관점을 중시하는 결과였다.¹⁰¹⁾ 헌법재판소는 통진당의 당헌 및 강령 등에 나타난 목적과 활동, 그리고 목적과 활동의 상호 관련성을 종합적으로 고려하여 민주적 기본질서의 요소를 기준으로 구체적으로 심사하여야 했다.

둘째, 통진당, 그리고 헌법재판소가 통진당의 전신(前身)에 해당한다고 보았던 민주노동당은 강령준비과정에서 사회주의와 진보적 민주주의의 첨예한 대립을 겪은 바 있다. 그렇다면 진보적 민주주의에 대한 이해, 그리고 진보적 민주주의가 민주적 기본질서에 위배되는가 여부를 판단하는데 있어서 두 이념, 즉 사회주의와 진보적 민주주의의 비교는 필수적이다. 적어도 비교를 통하여 진보적 민주주의에 대한 이해가 충실해질 수 있다. 다수의견과 달리 반대의견과 보충의견은 이 점을 상세히 다루었다. 다만 반대의견은 사회주의가 민주적 기본질서를 벗어나지 않는 넓은 범주이며, 진보적 민주주의는 여기에 포섭된다고 본 반면 보충의견은 진보적 민주주의가 사회주의와 다르지 않으며 사회주의가 민주적 기본질서에 포섭될 수 없다고 보았다.¹⁰²⁾ 사회주의에 대한 이해 자체에 있어서 근본적으로

99) 1956년 해산결정된 독일공산당(KPD)이 강령에서 이미 막스-레닌주의를 선언하고 있었던 예에 대해서는 BVerfGE 5, 148면 이하 참조. 이 결정과 통진당 해산결정이 이와 같은 차이가 있다는 점을 지적하였지만 이는 통진당의 숨겨진 혹은 진정한 목적에 의하여 극복될 수 있다고 보는 문헌으로는 예컨대 장영수(각주 53), 156 이하, 163 이하 참조.

100) 위와 같은 이유로 정당해산사유로서 목적 자체가 해산 사유가 될 수는 없으며, 정당의 목적과 활동에 대한 종합적인 평가가 필요하다는 견해로는 예컨대 이상경(각주 5), 121 이하; 이재희(각주 66), 129 이하 등 참조.

101) 독일 연방헌법재판소의 공산당(KPD) 결정에서 “정당의 위헌적 목적이 당분간 실현될 가능성이 없는 경우에도” 위헌정당이 될 수 있다는 표현이 보인다. BVerfGE 5, 143면 참조. 이와 같은 표현은 정당해산심판제도의 예방적인 기능을 주목한 것이었으며, 이 점은 2017년 NPD 결정에서 유지될 수 없었다. 이에 대해서는 위 각주 65 참조.

102) 현재 2014. 12. 19. 2013헌다1, 판례집 26-2하, 1, 145, 174 이하(반대의견), 251 이하(보충의견) 참조.

차이가 있었던 것이다.

2) 진보적 민주주의와 국민주권

진보적 민주주의는 노동자 및 농민 등 민중이 중심에 있어야 한다는 내용을 핵심으로 한다.¹⁰³⁾ 이는 헌법재판소가 통진당의 목적이 국민주권을 부인하며, 따라서 민주적 기본질서에 위배된다고 판단하는 결정적인 논리였다.

진보적 민주주의는 국민주권과의 관계에서 다양하게 이해할 수 있다. 먼저, 진보적 민주주의는 노동자 및 농민 이외의 국민을 민주주의의 운영에서 배제하는, 이른바 프롤레타리아 독재를 의미한다고 독해할 수 있다. 그러나 여러 자료에 산재해 있는 표현을 보면 진보적 민주주의를 이와 같이 이해하는 것은 무리이다.¹⁰⁴⁾ 우선 강령에서 통진당은 ‘노동자, 농민을 비롯해 모든 국민들이 적극적으로 참여하는 대중정당’을 선언하면서 동시에 ‘일하는 사람’을 변혁의 주체로 하였다. 이는 기본적인 정당의 성격과 실천강령을 분리하여 표현한 것으로 이해할 수 있다. ‘일하는 사람’의 개념을 정의하거나 범주를 정하지는 않았다. 강령해설집에서 이는 다음과 같이 구체화되었다. 즉 “일하는 사람은 … 국민 전체를 지칭하지는 않으며 … 특정지배계급을 제외하고 … 민중을 지칭하는 개념이다.” 일부 당원의 발언으로는 “프롤레타리아 독재정권으로 민족문제와 계급문제를 순차적으로 해결하는 노선”이라는 표현도 보인다. 이는 제17대 대선공약집에는 다음과 같이 구체화되었다. 즉 “민주노동당이 집권하면 … 국가헌법기구를 전면 개편하고 자주적 민주정부를 수립”한다. 헌법재판소는 이로부터 통진당이 주권자의 교체를 통해 현행 자유민주주의체제와는 다른 체제를 구상하고 있다고 보았다. 그러나 전체적으로 보면 통진당이 국민주권을 부인하였다고 평가할 수는 없다. 통진당의 입장은 우리 사회의 현실에 대한 비판에 기초하여 노동자, 농민 등 사회적 취약계층이 주권자로서 (그동안 소홀히 되었던 혹은 상실된) 국민의 지위를 되찾고 국가운영에 적극적으로 참여할 수 있어야 하며, 이로써 특권계층이 지배하는 사회가 변혁되어야 한다는 의미로 이해될 수 있기 때문이다. 국민주권에서 이념적 통일체로서의 국민과 현실에서 소외된 국민 간의 불균형을 교정하는 정

103) 통진당 강령에 대한 종합적인 검토로는 이상경(각주 5), 127 이하; 전광석(각주 44), 141 이하 등 참조.

104) 피청구인이 국민주권을 최종적으로 배제하는 의도가 있었는가에 대한 판단이 필요했다는 견해로는 김종현(각주 32), 372 이하; 송기춘(각주 5), 115 이하 등 참조.

당의 목적을 표현한 것으로서, 이는 헌법재판소의 국민주권에 관한 논의에서도 일반적으로 인식되고 있는 문제였다.¹⁰⁵⁾

진보적 민주주의는 (소극적으로 보면) 노동자 및 농민 등 사회적 취약계층 이외의 국민에게 주권자의 지위를 부정하는 것이 아니며, (적극적으로 보면) 특정 계급, 예컨대 프롤레타리아 계급독재를 목적으로 하는 것도 아니었다. 이는 2013년 6월 30일 통진당 정책당대회에서의 선언에 상징적으로 나타나 있다. 즉 통진당은 “국민이 주인 되는 진보적 민주주의 사회를 건설하기 위한 강령과 정책을 가진 정책정당”이다. 진보적 민주주의에 대한 평가에 있어서 이론적으로 보면 주권문제와 국가권력의 문제가 혼재해 있었다. 노동자 및 농민 등 특정 사회세력이 ‘집권의 중심’이 되어야 한다는 정당의 강령 및 집권전략은 민주주의의 이념 및 정치구도에 있어서 이질적인 것이 아니다. 이는 편향적인 국민주권의 현실과 소외된 민중주권의 불평등구조를 변혁하기 위한 정치적 수사이며, 이와 같은 맥락에서 권력구조의 개편, 새로운 민주주의, 자주적 민주정부의 수립을 지향하는 것으로 이해할 수 있다. 이 점은 특히 강령해설자료집에 자본가계급을 부정하지는 않는다는 표현에 나타나 있다.¹⁰⁶⁾ 민주노동당 모임에서 부분적으로 국민주권 자체를 변혁하는 발언(예컨대 프롤레타리아 독재)이 있었던 사실이다. 그러나 적어도 결정문을 보면 이는 일회적이었고, 또 통진당에서 강연자의 현실적 및 실질적인 지배력이 설명되어 있지는 않다.

제17대 대통령선거와 2009년 정책당대회 등을 거치면서 진보적 민주주의는 실질적 민주주의, 경제적 민주주의, 그리고 직접민주주의 등으로 축약되었다. 실질적 민주주의, 경제적 민주주의는 현행 헌법에서 실현될 수 있는 범주 내에 있다. 직접민주주의는 현행 헌법의 구상을 벗어나는 것은 사실이다. 그러나 헌법재판소도 확인하였듯이 민주적 기본질서가 현행 헌법의 구체적 내용과 제도에 구속되는 것은 아니기 때문에 직접민주주의를 강화하는 제안은 민주적 기본질서를 이탈하는 강령이 아니다.¹⁰⁷⁾

105) 이에 관한 헌법재판소의 입장에 대해서는 예컨대 현재 1989. 9. 8. 88헌가6, 판례집 1, 199, 207 이하 참조.

106) 현재 2014. 12. 19. 2013헌다1, 판례집 26-2하, 1, 69 참조.

107) 위 각주 22 참조.

3. 피청구인 주도세력의 목적 및 활동과 민주적 기본질서

(1) 숨겨진 목적

피청구인 주도 세력에 대한 서술이 시작되면서 민주적 기본질서에 위배 여부에 대한 평가는 새로운 국면을 맞는다. 특히 진보적 민주주의의 실현방안이 자세히 서술되었다.¹⁰⁸⁾ 이에 대한 평가에 앞서 우선 통진당의 강령이 구체적인 투쟁 혹은 집권방법을 언급하고 있지는 않다는 점을 다시 한 번 상기할 필요가 있다. 그렇다면 이제 피청구인 정당의 활동을 통하여 당헌과 강령, 그리고 공식적인 자료에 포함된 목적 외에 숨겨진 목적 혹은 진정한 목적이 추출될 수 있어야 한다. 그러나 이 점에 대해서는 이미 언급했듯이 피청구인 정당의 활동 자체가 서술되어 있지 않기 때문에 판단의 근거가 있지 않다. 헌법재판소는 피청구인이 폭력에 의한 집권 가능성을 인정하고, 또 피청구인 주도 세력이 북한에 동조하여 폭력·파괴 등을 통하여 대한민국의 존립에 위해를 가하는 것을 진정한 목적에 해당한다고 보았다.¹⁰⁹⁾ 그러나 숨겨진 목적이 확인되기 위해서는 다음 중 하나의 조건을 충족하여야 한다. 첫째, 반대의견이 지적하고 있듯이 공식 강령 이외에 비밀 강령이 존재하거나, 공식강령이 이와 같은 비밀강령을 위장하기 위한 목적으로 존재하는 경우이다.¹¹⁰⁾ 말을 바꾸어 하면 정당이 공개하지는 않았지만 정당 자체가 비밀로 추구하는 목표가 존재하여야 한다. 그런데 피청구인 정당의 경우 당헌과 강령 이외에 그밖에 중요한 자료 및 발언에서 민주적 기본질서에 위배되는 목적과 활동을 확인할 수 없었다. 둘째, 피청구인 자신이 아니라도 피청구인 주도 세력의 목적과 활동이 민주적 기본질서에 위배되며, 피청구인과 피청구인 주도 세력 간에 일체성이 존재하여야 한다.

피청구인 주도세력의 활동을 통하여 피청구인의 숨겨진 목적을 확인할 수 있기 위해서는 여러 단계에서 엄격한 논증이 필요하다. 첫째, 기본적으로 피청구인 주도 세력의 목적과 활동이 민주적 기본질서에 위배되어야 한다. 둘째, 피청구인 주도 세력의 활동이 피청구인의 목적을 실현하기 위한 것으로 인정되어야 한다. 셋째, 피청구인 정당이 피청구인 주도 세력과 밀접히 연계되어 있어야 한다. 즉 피청구인 정당이 피청구인 주도 세력의 활동을 실질적으로 인지하고, 또 적극

108) 헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1, 판례집 26-2하, 1, 68 이하 참조.

109) 헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1, 판례집 26-2하, 1, 105 이하 참조.

110) 헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1, 판례집 26-2하, 1, 116 참조.

적·계획적으로, 그리고 지속적으로 선도 또는 지원하는 사실이 확인되어야 한다. 통진당이 일부 구성원의 일탈 행위에 대해서 출당·경고 등의 조치를 통하여 거리를 두었다는 징표가 발견되지 않는다고 볼 수 있다. 그러나 이와 관련하여 다음과 같은 점이 고려하여야 한다. 통진당은 2차례의 분당사태에서 볼 수 있듯이 진보적 정치이념을 갖는다는 공통점이 있을 뿐 세부적인 정책 및 정책의 실현 방안에 대해서는 당내에서 이견이 있었기 때문에 적극적인 통제조치를 기대하기는 어려웠을 것이다. 또 일반적으로 보았을 때 정당이 현실적으로 구성원의 개별적인 일탈행위를 모두 통제할 수는 없으며, 따라서 규범적으로 이에 대한 책임을 물을 수도 없다.¹¹¹⁾ 통진당의 소극적인 태도가 적어도 적극적으로 숨겨진 목적을 실현하기 위한 행위라고 할 수는 없다. 이와 같이 피청구인 정당과 피청구인 주도 세력 사이에 숨겨진 목적에 대한 공감과 이를 실현하기 위한 의사소통이 확인하지 않는 상황에서 통진당이 의도적·계획적으로, 그리고 적극적·지속적으로 민주적 기본질서를 침해하였다고 볼 수는 없다. 무엇보다도 목적을 달성하기 위한 행위의 속성이 발견되지 않기 때문이다. 또 다수의견의 사실관계에 대한 이해가 전적으로 옳다고 볼 수도 없다. 반대의견이 지적하고 있듯이 민주노동당 시기, 그리고 통진당 내부에서도 일부 주도 세력의 내란관련 사건, 북한 체제 및 북핵 문제에 대한 입장과 거리를 두고, 또 부적절한 발언임을 밝힌 바 있다.¹¹²⁾

피청구인 주도세력의 활동이 피청구인에 귀속되는가의 문제는 민주적 기본질서에 위배 여부의 판단에 있어서 부차적이다. 피청구인 주도세력의 귀속 문제는 오히려 정당의 숨겨진 목적이 더 이상 쟁점이 될 수 없는 경우에 정당구성원 혹은 정당의 목적에 공감하는 비정당원의 광범위한 일탈행위가 정당 자체의 목적과 활에 해당하는가의 심사에 있어서 기준이 될 것이다.

(2) 목적과 활동

피청구인 주도세력의 형성과정 및 목적과 활동은 부분적으로 실정법 위반으로 유죄판결을 받은 바 있다. 반제청년동맹 및 민혁당사건, 일심회사건, 실천연대사건, 한국청년단체협의회 사건 등이 여기에 해당한다. 헌법재판소는 내란관련 사

111) 이에 대해서는 헌법재판연구원(각주 10), 744 참조.

112) 현재 2014. 12. 19. 2013헌다1, 판례집 26-2하, 1, 126 이하, 137, 150 이하 등 참조.

건 등 유죄판결을 받은 사건에 대해서 무려 20면의 분량으로 서술하였으며, 이를 피청구인 및 피청구인의 전체적인 목적과 활동에 연계시켰다. 피청구인 주도 세력의 목적과 활동은 다음과 같이 유형화할 수 있다. 첫째, 피청구인 주도세력은 민중의 힘으로 민중권력을 세우기 위하여 수구보수세력, 특히 미국을 변혁의 대상으로 하였다. 적극적으로는 진보적 연대전선과 대중단체들과 함께 정권을 장악하는 전략이 필요하다(민주전선체). 둘째, 헌법재판소는 피청구인 강령에 언급되어 있지는 않지만 집권전략보고서에서 선거를 통한 집권과 저항권을 통한 집권을 함께 언급하고 있는 부분을 특히 주목하였다.¹¹³⁾ 집권전략보고서는 민주노동당 시기 평등파가 대거 탈당한 후 자주파가 주도하여 작성한 문건이었다. 피청구인 주도 세력은 저항권이 혁명권과 명확하게 구분되지 않으며, 혁명적 저항권은 기존의 법질서에 의하여 승인되지 않은 정당한 무력행사라고 이해하였다. 헌법재판소는 이 점, 즉 저항권을 통한 집권은 내란관련 사건과 밀접한 관련이 있는 것으로 구성하였다. 셋째, 헌법재판소는 피청구인 주도세력의 목적과 활동을 북한식 사회주의 및 대남혁명전략과 연계하여 그 동질성과 유사성, 그리고 추종성을 확인하였다.

민중주권 및 민중민주주의의 민주적 기본질서와의 관계에 대해서는 위에서 설명한 바 있다.¹¹⁴⁾ 미국이 우리 현대사에서 차지하는 위상 및 역할, 그리고 향후 미국과의 관계 (재)정립의 문제는 새로운 쟁점이 아니며, 우리 사회에서, 그리고 좁게는 안보 및 외교정책의 항시적 의제였다. 따라서 이에 관한, 즉 반미적 활동과 발언이 민주적 기본질서와 직접적인 관계가 있지는 않다. 피청구인 주도세력의 우리 사회에 대한 인식과 미국과의 관계에 대한 이해는 뚜렷하다. 피청구인 주도세력은 우리 사회를 ‘민족분단국가’로서 외세에 ‘예속된’ ‘천민적’ 자본주의 또는 ‘종속적’ 신자유주의사회, ‘식민지반(半)자본주의사회’로 인식하였다.¹¹⁵⁾ 이와 같은 인식에서 미국은 민중주권을 실현하는데 핵심적인 장애요소이며, 따라서 미국은 한반도에서 축출되어야 한다. 이는 우리 사회에서 일반적으로 공감을 얻는 주장은 아니지만 소수 정당의 외교정책에 관한 입장으로 대의과정에서 존중되어야 하고, 또 순화될 수 있는 소재이다. 따라서 이와 같은 입장이 진보적 민주주의 및 민중주권에 대한 헌법적 평가에 영향을 주는 것은 아니다.

113) 현재 2014. 12. 19. 2013헌다1, 판례집 26-2하, 1, 71 이하 참조.

114) 위 V.2.(2).2) 참조.

115) 현재 2014. 12. 19. 2013헌다1, 판례집 26-2하, 1, 56 참조.

피청구인 주도세력의 목적과 활동 중 민주적 기본질서와 정합성과 관련하여 논의의 여지가 있는 부분은 (혁명적) 저항권의 문제이다. 저항권은 공권력이 헌법질서를 파괴하는 상황에서 국민이 헌법이 예정하지 않은 방법으로 저항할 수 있는 권리이다. 이는 헌법보호의 수단으로 일반적으로 인정되어 있다. 또 저항권이 기본적으로 제도화될 수 없다는 본질적인 특징이 있지만 헌법정책적인 이유에서 기본권으로 명시된 예도 있다. 1968년 국가긴급사태(Staatsnotstand)를 헌법에 도입하면서 이에 대한 국민적 통제를 위한 균형추로서 저항권을 함께 실정화한 독일이 대표적인 예이다(독일 헌법 제20조 제4항).¹¹⁶⁾ 우리 헌법에서도 저항권의 이념 및 정당성은 새롭지 않다. 1960년 헌법 개정의 계기였던 4.19혁명은 이승만정부의 통제되지 않는 권력과 권력행사에 대한 저항권의 행사로 설명되었다.¹¹⁷⁾ 1987년 헌법의 정치적 배경이었던 6월 민주화 운동은 저항권의 행사에 해당했다.¹¹⁸⁾ 또 저항권이 헌법에 명시되지는 않았지만 전문 중 ‘… 불의에 항거한 4.19 민주이념을 계승하고 …’ 부분은 저항권을 간접적으로 인정한 것으로 평가를 받았다. 이와 같이 저항권은 오히려 민주적 기본질서를 회복하기 위한 목적을 가지며, 이를 전제한다는 점에서 보면 민주적 기본질서의 위배 문제에 있어서 기본적으로 직접 관련성을 갖지는 않는다.

피청구인 주도세력의 집권전략인 저항권은 매우 넓은 의미로 사용되고 있다. 저항권은 민중이 중심이 되는 새로운 체제를 수립하기 위한 수단이며, 시민불복종을 기본으로 하여 새로운 정권을 창출하기 위하여 행사된다. 그리고 이와 관련하여 6월 항쟁을 예로 들었다. 이는 최근 헌법개정논의에서 촛불혁명을 전문에 도입하여야 한다는 논의를 연상케 한다. 저항권과 마찬가지로 시민불복종은 규범적으로 보면 법적 기준을 벗어나는 방법에 의한 정치적 항거와 헌법질서의 경계 선상에 있으며, 정치적 수사로서는 일상적으로 사용되는 개념이다.¹¹⁹⁾ 따라서 이 개념 역시 민주적 기본질서와 직접적으로 관련되어 있지는 않다. 헌법재판소는 저항권, 시민불복종의 문제를 내란사건과 같은 특수한 상황과 연계시키면서 이들 개

116) 이에 대해서는 예컨대 Joseph Listl SJ, Staatsnotstand und Widerstandsrecht, in: Arthur Kaufmann, Leonhard E. Backmann (Hg.), Widerstandsrecht, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1972, 539 이하 참조.

117) 1960년 헌법의 저항권적 성격에 대해서는 허영, 헌법이론과 헌법(상), 박영사, 1980, 61 참조.

118) 1987년 헌법의 저항권적 성격에 대해서는 민병로, 헌법전문과 5·18정신, 헌법학연구 14권 3호(2008), 281 이하; 정태호, 5·18 광주민주화운동과 저항권, 공법연구 28집 2호(2000), 217 이하 등 참조.

119) 시민불복종에 관한 법철학적 및 헌법적 논의에 대해서는 예컨대 박은정, 법치국가와 시민불복종, 법과 사회 3호(1990), 65 이하 참조.

념이 갖는 보편적인 가치는 약화되었다.¹²⁰⁾ 그러나 저항권 및 시민불복종은 피청구인 주도 세력 일부의 내란관련 사건과 직접 연관성을 갖지 않으며, 따라서 후자를 근거로 저항권의 행사가 민주적 기본질서에 위반된다는 평가는 논리의 비약이다.

4. 북한 체제와 동일성 및 북한체제의 추종

피청구인 혹은 피청구인 주도세력의 목적과 활동은 상당 부분 북한 체제와 연계하여 서술되었다. 이는 다음과 같이 정리될 수 있다. 첫째, 북한식 사회주의의 내용을 북한 헌법과 조선노동당 규약, 수령론과 선군사상, 그리고 북한의 대남혁명전략의 순서로 소개하였다. 둘째, 북한은 한국사회를 ‘식민지 반(半)자본주의사회’로 규정하고 ‘자주’를 민주와 통일에 비해서 우선적 과제로 보고 있다. 이러한 인식이 진보적 민주주의와 일치한다. 셋째, 자주적 민주정권을 수립하기 위하여 합법투쟁과 폭력투쟁을 결합하여야 한다. 자주적 민주정권은 북한과 연방제의 과도를 거쳐 통일에 이르러야 한다. 위에서 언급했듯이 결정문은 이어 내란관련 사건 등을 상세히 서술하고 있다.

민주적 기본질서에 위배되는가 여부를 북한 체제 및 주장과 동일한가, 그리고 이를 추종하는가를 기준으로 판단하는 것은 문제의 본질을 흐리게 한다.¹²¹⁾ 북한의 정치체제는 우리 헌법을 기준으로 보면 기본적으로 민주적 기본질서에 반하며, 민주적 기본질서에서 용인될 수 없는 요소를 가지고 있다.¹²²⁾ 그러나 통진당 및 피청구인 주도세력이 이를 구체적으로 추진하였는가, 그리고 그 결과 실질적 해악이 구체적으로 발생하였는가는 별개의 문제로서, 독자적인 판단을 필요로 한다. 예컨대 2017년 독일민족민주당(NPD)에 대한 정당해산심판에서 독일민족민주당이 과거 나치당과 본질적으로 동일하다는 사실 그 자체가 해산의 사유가 될 수 없다는 연방헌법재판소의 판단을 참고할 필요가 있다.¹²³⁾ 구체적으로 보면 헌법재판소는 우선 북한 체제의 특징과 내용을 민주적 기본질서의 핵심적인 내용으로 정렬하여야 했다. 예컨대 인민민주주의, 노동당의 영도적 지위, 민주주

120) 헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1, 판례집 26-2하, 1, 73 참조.

121) 북한 체제와의 동일성에 대한 판단은 헌법 제4조와의 관계에서 보면 이 결정에서 굳이 과도하게 강조할 필요는 없었다는 관점에 대해서는 아래 VI.3.(1) 참조. 독일의 예에 대해서는 아래 각주 123 참조.

122) 위 각주 89 참조.

123) NPD 결정 Randnummer 593 참조.

의중앙집권제 등이 대의민주주의, 복수정당제도, 권력분립의 원칙 등과 비교·평가되어야 했다.¹²⁴⁾ 그리고 이와 같이 정렬된 관계에 통진당의 목적과 활동을 포섭하여 다시 비교·평가하는 과정이 필요했다. 이때 비로소 피청구인 주도세력의 목적과 활동이 단순히 북한의 체제와 동일하거나 이를 추종한다는 추상적인 이념을 이유로 정당해산사유에 해당한다는 논리의 비약에서 벗어날 수 있기 때문이다. 이와 같은 논증이 없었기 때문에 헌법재판소의 북한 체제에 대한 설명은 다분히 이후 결론을 뒷받침하는 상징적인 예고였다는 인상을 갖게 된다.

우리 사회를 “식민지 반(半)자본주의사회”로 규정하고 ‘자주’를 민주와 통일에 비해서 우선하는 주장은 편향적이라는 비판을 받을 수 있다. 그러나 이는 우리 사회에서 여전히 진행 중인 담론이라는 점도 부인할 수 없다. 일반적으로 보면 북한의 우리 사회에 대한 현실인식, 그리고 북한의 국가보안법, 평화협정, 주한미군철수, 통일방안 등에 대한 태도와 부분적으로 동일 혹은 유사하다는 논리가 우리 사회의 담론을 차단하고, 그만큼 공론의 장을 협소하게 해서 안 된다. 헌법적으로 보면 북한의 통일 방안, 그리고 통진당의 이에 대한 태도를 기준으로 민주적 기본질서에 위배 여부를 평가하는 논리는 의도하지는 않았겠지만 우리 헌법의 독자성을 상실시키고, 또 우리 헌법을 기준으로 하는 헌법심사를 대체하는 결과가 된다.¹²⁵⁾ 자주적 민중정권을 수립하기 위하여 합법투쟁과 폭력투쟁을 결합하여야 한다는 북한의 대남전략에 대해서는 이 점이 통진당 자체 및 피청구인 주도세력의 목적과 활동에 포섭될 수 있는 사안인가, 또 이와 별개의 문제로서 형법상 내란죄 등의 사건으로 소진(消盡)되는가 등의 문제가 검토되어야 했다. 그런데 헌법재판소는 북한과 관련성을 서술하고, 이어서 내란관련 사건 등을 소개하면서 이를 통진당 및 피청구인 주도세력의 민주적 기본질서에 위배 여부와 연계시키면서 오히려 핵심 쟁점에 대한 판단은 덮어졌다.

다음과 같은 문제도 고려되어야 한다. 북한 체제와 체제요소를 기준으로 정당해산심판을 심리하는 태도는 헌법 제4조 통일의 과제에 우호적이지 않다. 헌법상 북한은 적대대립과 동시에 교류협력의 이중적 관계를 갖는다.¹²⁶⁾ 그런데 민주적 기본질서에 위배 여부를 북한체제 자체를 부정적인 기준으로 적용하여 판단하는

124) 북한 헌법의 기본원리와 통일헌법에서 수용 가능성에 대해서는 예컨대 도회근(각주 14), 12 이하 참조.

125) 이 점에 대해서는 전광석(각주 44), 144, 149 이하 참조. 북한의 통일방안과의 비교 및 민주적 기본질서와의 관련성에 대해서는 예컨대 장영수(각주 68), 166 이하 참조.

126) 현재 1993. 7. 29. 92헌바48, 판례집 5-2, 65, 75; 대법원 2000.9.29. 선고 2000도2536 판결; 2003.4.8. 선고 2002도7281 판결 등 참조.

것은 북한과 적대대립의 관계를 부각시키는 결과가 되기 때문이다. 이는 헌법적 평가를 떠나서 적어도 정치적으로 바람직하지 않다. 위에서 지적한 바와 같이 1956년 독일 연방헌법재판소는 공산당(KPD) 해산심리를 주저하고, 또 지체하였으며, 이는 당시 동독과의 관계를 고려한 것이었다는 점을 기억할 필요가 있다.¹²⁷⁾

5. 실질적인 해약과 구체적 위험성, 그리고 비례의 원칙

(1) 실질적인 해약과 구체적 위험성

헌법재판소에 의하면 피청구인의 목적과 활동은 의도적·계획적이며, 적극적·투쟁적인 방법으로 민주적 기본질서를 훼손하거나 폐지하고자 하였으며, 이는 민주적 기본질서에 실질적인 해약을 끼칠 수 있는 구체적인 위험성을 초래하였다. 피청구인은 당내 북한 추종세력을 묵인하거나 때로는 장려하여 왔으며, 또 그들의 이념과 활동의 정당성을 옹호하여 왔다.¹²⁸⁾ 그러나 이를 뒷받침하는 뚜렷한 근거가 제시되지는 못했다. 아직 실체가 없는 추상적인 위험이 쌓여서 실질적인 해약과 구체적 위험을 가져온다는 논리는 비약이다.¹²⁹⁾ 다음, 실질적인 해약, 구체적인 위험성을 논증하기 위해서는 사실관계가 충실하게 평가되어야 한다. 이에 대한 판단을 위해서는 정당의 현황, 그리고 정당이 사회적 및 제도정치에 미치는 영향력 등이 검토되어야 한다. 그러나 헌법재판소는 이 점을 거의 주목하지 않았다. 마지막으로 헌법재판소는 스스로가 제시한 정당해산제도의 기능과 의미에 충실하지 않았다. 아직 실질적 해약과 구체적 위험이 충실히 논증되지 않은 상태에서 이루어지는 정당해산결정은 정당보호의 역사적 기원, 그리고 정치사회적으로 변화된 상황에서 진행된 이론의 전환을 고려하지 않고 헌법 및 민주주의를 예방적으로 보호하는 기능을 중시하는 결과가 되었기 때문이다.

사실 위와 같은 논리에서 보면 오늘날 정당해산심판제도의 의미와 기능은 거의 찾아볼 수 없게 되었다.¹³⁰⁾ 민주적 기본질서에 실질적인 해약을 끼칠 구체적 위험성의 요건은 다수정당에 한하여 충족될 수 있다. 그런데 다수정당에 대하여 정당

127) 위 각주 59 참조.

128) 현재 2014. 12. 19. 2013헌다1, 판례집 26-2하, 1, 108 참조.

129) 이에 대해서는 예컨대 이덕연, 판단의 정오(正謬)가 아니라 '수사'(rhetoric)로 본 통진당 해산결정, 헌법재판연구 2권 1호(2015), 108 이하 참조.

130) 위 각주 15 참조.

해산심판이 제소·결정되는 것은 현실성이 없다.¹³¹⁾ 또 보다 근본적으로 보면 이러한 상황이 현실화된다면 이미 우리 사회는 민주주의의 의지와 능력을 상실하였다고 보아야 한다.¹³²⁾ 민주적 기본질서에 실질적으로 해악을 끼칠 수 있는 구체적 위험성이 있는 정당을 국민 다수가 지지하는 사회에서 민주주의가 실현될 수는 없기 때문이다.¹³³⁾ 통진당 및 통진당 주도 세력의 목적과 활동이 민주적 기본질서에 위배되는가에 대해서는 긍정 혹은 부정적인 평가가 있을 수 있다. 그러나 통진당과 같이 이념적·조직적으로 분열된 소수정당으로서 제도정치에서 지분이 낮고, 또 사회적 영향력이 제한적인 정당의 경우 실질적 해악과 구체적 위험성을 논증하기는 어렵다. 이 점에서 독일민족민주당(NPD)에 대한 연방헌법재판소의 기각결정은 중요한 비교법적 함의를 준다. 이 결정에서 연방헌법재판소는 독일민족민주당(NPD)의 목적과 활동이 자유민주적 기본질서를 침해한다는 점을 인정하면서도 실질적인 위험이 현실화될 구체적인 징표는 존재하지 않는다는 이유로 심판청구를 기각하였다.¹³⁴⁾ 이로써 정당해산심판제도가 민주주의를 예방적으로 보호하는 수단이라는 기본입장을 여전히 유지하였지만 실제로 이러한 입장은 포기된 것이나 마찬가지의 결과가 되었다. 그리고 이와 같은 엄격한 기준을 적용하면 정당해산의 가능성은 거의 없게 된다.

(2) 비례의 원칙

통진당 해산결정에서 헌법재판소가 비례의 원칙을 적용한 것은 베니스위원회가 제시한 ‘정당해산에 관한 기준’(제5호 및 제6호), 그리고 이에 기초하여 이루어진 유럽인권재판소에서의 정당해산심판으로부터 영향을 받은 것으로 보인다.

131) 예외적인 사례에 대해서는 위 각주 36 참조.

132) 위 각주 45 참조.

133) 이 점에서 방어적 민주주의가 기원하는 독일 헌법사를 정확히 이해할 필요가 있다. 바이마르헌법이 위험정당에 대한 자기방어의 기제를 결여하고 있다는 평가가 옳지 않다는 것이다. 이에 대해서는 예컨대 Martin Moprlök(각주 14), 2941 참조. 바이마르헌법이 기능할 수 없었던 것은 오히려 당시 독일 사회가 정치적 구심력이 없이 분열되었으며 그 결과 민주주의가 실현되기 위하여 필요한 사회적 동질성을 결여하였기 때문이었다. 이 점에 대해서는 예컨대 Ernst-Wolfgang Böckenförde, Weimar, vom Scheitern einer zu früh gekommenen Demokratie, in: Die öffentliche Verwaltung, 1981, 946 이하 참조. 이 점은 1960년 헌법이 일찍이 소멸하였던 우리 정치적 상황과도 비교될 수 있다. 이에 대해서는 위 각주 43 참조. 이밖에 최장집, 제2공화국하에서의 민주주의의 등장과 실패, 백영철 편, 제2공화국과 한국 민주주의, 2장, 나남출판, 1996, 67 등 참조.

134) 이와 같은 사실관계에 대한 평가에 대해서는 NPD 결정 Randnummer 587 참조.

헌법재판소 다수의견은 통진당 해산결정은 민주주의의 다원성을 일부 제한하는 결과가 되었지만 민주주의를 수호하는 사회적 이익이 훨씬 크기 때문에 비례의 원칙을 충족한다고 보았다.¹³⁵⁾ 그러나 우리 헌법의 경우 정당해산심판에서 비례의 원칙이 적용될 필요가 있는지, 그리고 비례의 원칙을 적용하여 심사가 강화되는 효과가 있었는지는 의문이다.

유럽인권재판소가 정당해산심판에서 비례의 원칙을 적용한 것은 유럽인권협약 및 관련 국가의 헌법규정에 비추어 보면 적합하다. 먼저, 유럽인권재판소에서 정당해산심판은 유럽인권협약 제11조 결사의 자유 및 제10조 표현의 자유를 기준으로 이루어진다. 정당해산은 이와 같은 기본권(인권)을 제한하는 조치이며, 따라서 기본권 제한의 일반적인 요건인 비례의 원칙을 적용하여야 한다. 또 유럽인권재판소는 여러 차례 터키 헌법에 따른 정당해산결정을 심리한 바 있다. 그런데 터키헌법은 정당의 목적과 활동이 헌법(제68조 제4항)에 위반하는 경우 해산 이외에 선택적으로 국고보조금의 전부 혹은 일부 박탈 등의 조치를 취할 수 있도록 하고 있다(제69조 제5항 및 제7항). 이와 같이 위헌정당에 여러 제재 방안을 두고 있기 때문에 목적과 수단의 관계를 비례의 원칙에 따라 심사할 필요가 있다. 우리 헌법 규정은 독일 헌법과도 차이가 있다.¹³⁶⁾ 독일 헌법에 따르면 자유민주적 기본질서를 침해하거나 국가의 존립을 위태롭게 하는 정당은 위헌이다(독일 헌법 제21조 제2항). 위헌결정의 효과로서 정당해산에 관한 규정은 헌법이 아니라 연방헌법재판소법에 두고 있다(독일 연방헌법재판소법 제46조 제3항). 따라서 순수히 헌법해석론적으로 보면 위헌정당에 정당해산과 금지 이외에 정당의 특권을 더 이상 향유할 수 없게 하는 다른 조치를 취할 수도 있다.¹³⁷⁾ 그리고 이 경우 비례의 원칙이 적용될 수 있을 것이다. 그러나 위헌정당에 해산의 효과만을 두었기 때문에 독일에서도 위헌정당해산심판에서 비례의 원칙이 적용될 여지는 없다.¹³⁸⁾

135) 헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1, 판례집 26-2하, 1, 108 이하 참조.

136) 탄핵심판에 있어서도 유사한 문제가 제기된 바 있다. 헌법재판소는 ‘헌법이나 법률에 위배한 때’라는 구성요건을 엄격하게 재구성하여 대통령에 대한 파면의 요건을 강화한 바 있다. 즉 사소한 범위만의 사실이 아니라 대통령이 헌법수호의 책무에 위반되는 중대한 범위만의 행위를 한 경우, 즉 법치국가 및 민주주의원리를 구성하는 기본원칙을 적극적으로 위반한 경우 혹은 국민의 신뢰에 반하여 권한과 지위를 남용한 경우에 비로소 파면될 수 있다. 헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 609, 655 이하 참조.

137) 독일에서 이에 관한 간단한 소개로는 Martin Morlok(각주 14), 2942 참조.

138) 독일에서 사회주의제국당(SRP)과 공산당(KPD) 해산결정에서 연방헌법재판소가 비례의 원칙을 적용하지는 않았다. 1999년 베니스위원회가 ‘정당해산에 관한 기준’을 채택한 후 청구된 독일 민족민주당(NPD) 해산결정사건에서도 비례의 원칙을 적어도 직접적으로 적용하지는 않았다.

우리 헌법은 민주적 기본질서에 위배되는 정당에 대해서 정당해산이라는 특별한 제재방법을 두고 있다. 따라서 정당의 존속 혹은 민주주의를 보호하기 위하여 선택된 수단이 적합한가, 그리고 헌법이 예정하는 다양한 수단 중 정당의 자유를 최소한으로 제한하는가에 관한 심사의 기준인 비례의 원칙이 적용될 여지가 없다.¹³⁹⁾ 이 점에서 정당해산심판과 관련하여 ‘최후적·보충적 수단’이라는 일반적인 표현은 전체적인 헌정운영에서 예외적이고 엄격한 적용이 필요하다는 의미이며, 헌법 제8조 제4항에 따른 정당해산심판에서 비례의 원칙이 적용되어야 한다는 요청은 아니다. 정당의 존속 여부는 정치과정 및 선거과정에 맡겨야 한다는 것은 일반적으로 올바른 지적이지만 이는 기본권을 제한하기 위하여 국가가 취할 수 있는 조치가 아니다. 이로써 우리 헌법에서는 정당해산사유인 민주적 기본질서에 위배 여부에 대한 해석이 쟁점이 될 뿐이다. 또 ‘실질적 해악을 끼칠 수 있는 구체적 위협성’이라는 정당해산의 사유에는 비례의 원칙에서 주로 문제가 되는 최소침해의 원칙 및 법익균형의 원칙이 어느 정도 포함되어 있다. 이와 같은 엄격한 해석과 적용을 통하여 정당의 존속을 최대한 보장하면서 동시에 민주적 기본질서를 보호하는 목적과의 균형관계가 고려될 것이기 때문이다.

헌법재판소가 비례의 원칙에 따른 심사를 충실하게 했다고 볼 수도 없다. 비례의 원칙에 따른 심사에서 사회적 필요성 혹은 사회적 이익이 핵심적인 기준이 되었다. 이는 우리 헌법, 그리고 지금까지 헌법재판에서 찾아볼 수 없었던 새로운 개념으로서 유럽인권협약 및 유럽인권재판소의 정당해산심판에서 사용된 개념을 차용한 것이었다. 그러나 사회적 필요성의 개념 자체가 불명확하며, 또 이에 따른 심사가 유용했는가는 의문이다. 굳이 사회적 필요성을 새로운 심사기준으로 적용하는 경우 이는 다음과 같은 의미를 가져야 한다. 즉 정당해산심판제도는 개별 정당의 존속을 보호하는 목적을 갖지만 다음과 같은 객관적 의미가 있다. 즉 정치적 다원성과 정치적 자유에 기초하여 사회의 다양한 이념이 형성되고, 이는 정당을 매개로 정치과정에 반영되어야 한다. 따라서 민주적 기본질서에 위배되는가의 여부는 정당의 현황, 정당정치 및 사회에서 정당의 위상과 영향력 등 사실관계가 함께 고려되어야 한다. 이때 비로소 정당의 목적과 활동이 제도정치뿐 아니라 사회의 정치적 다원성과 자유를 축소시키기 때문에 민주적 기본질서에 위배되는가, 따라서 정당해산결정이 사회적으로 필요한 조치인가를 판단할 수 있다.

139) 같은 견해로는 헌법재판연구원(각주 10), 761 참조.

그런데 헌법재판소는 비례의 원칙에 따른 심사에 있어서 이와 같은 사회적 필요성은 거의 검토하지 않았다.

비례의 원칙이 독자적인 심사기준이 될 수 없다는 논리가 결코 정당해산심판에서 심사기준이 완화된다는 의미는 아니다. 이 논리는 오히려 정당해산심판의 원칙과 예외의 관계에 다음과 같은 영향을 준다. 즉 정당해산심판에 있어서는 비례의 원칙이 적용될 여지가 없기 때문에 ‘실질적 해악을 끼칠 수 있는 구체적 위협성’에 대한 심사가 더욱 엄격하게 이루어져야 한다.

VI. 정리: 민주적 기본질서와 자유민주적 기본질서

1. 초기 논의상황

1960년 헌법에 정당해산의 사유로 규정된 민주적 기본질서는 당시 헌법학에서는 독일 연방헌법재판소의 정당해산결정에 영향을 받아 이해되었다. 그리고 해당 결정에서 서술된 자유민주적 기본질서의 요소가 충실하게 소개되었다.¹⁴⁰⁾ 독일 헌법과는 달리 정당해산의 사유로서 ‘자유’라는 수식어를 삭제하고 민주적 기본질서로 표현하였던 점을 해명하는 시도가 있지는 않았다. 이에 비해서 자유민주적 기본질서는 1972년 헌법 전문에 처음으로 규정되었다. 자유민주적 기본질서는 “조국의 평화적 통일의 역사적 사명”과 함께 헌법의 과제였다. 1987년 헌법은 통일의 과제와 방법에 관한 독자적인 규정을 두었다. 즉 “대한민국은 통일을 지향하며, 자유민주적 기본질서에 입각한 통일정책을 수립하고 이를 추진한다”(제4조). 이와 같이 민주적 기본질서와 자유민주적 기본질서가 혼재하면서 두 용어의 관계가 설명을 필요로 하게 되었다. 이에 대한 이해방법은 시기별로 차이가 있었다. 첫째, 위에서 언급한 바와 같이 정당해산사유로서 민주적 기본질서를 독일 연방헌법재판소의 자유민주적 기본질서에 대한 설명에 따라 이해하였다. 이에 민주적 기본질서는 자유민주적 기본질서와 다르지 않다고 보았다. 둘째, 1970년대 후반 이후 민주적 기본질서와 자유민주적 기본질서가 같은 내용이라는 입장을

140) 위 각주 55, 56 참조.

유지하면서 자유민주적 기본질서를 민주주의의 특정 유형으로 이해하고, 이는 평등을 지향하는 사회민주주의와 대립관계에 있다는 점을 주목하였다. 이에 자유민주적 기본질서는 사회민주주의를 포괄하는 넓은 의미로 이해될 수 있는가, 혹은 사회민주주의의 지향을 배제하는가 하는 질문이 제기되었다.¹⁴¹⁾

그러나 민주주의의 유형에 관한 논의는 다음과 같은 이유에서 헌법해석론적으로 의미가 있지는 않았다.¹⁴²⁾ 첫째, 우리 헌법은 처음부터 사회적 및 실질적 평등을 이념으로 하였고, 또 사회보장의 권리 등 다양한 사회적 기본권과 사회주의적 요소를 담은 경제질서에 관한 규정을 두고 있었다.¹⁴³⁾ 따라서 규범적으로 보았을 때 1972년 헌법에 도입된 자유민주적 기본질서가 평등에 비해서 자유의 이념에 우월한 효력을 부여하며, 사회민주주의의 요소를 배척하는 의미를 가질 수는 없었다. 둘째, 1972년 헌법의 자유민주적 기본질서가 민주주의의 유형을 염두에 둔 것은 아니었다. 오히려 이는 북한과의 체제경쟁을 위한 상징이었으며, 개인의 자유가 국가질서에 매몰되는 전체주의적 사고를 부정하는 의미를 가졌다.¹⁴⁴⁾ 이는 헌법질서의 전체적인 지향점이었기 때문에 민주주의에 한정되는 문제가 아니었다. 이와 같은 규범적 기원을 고려하면 자유민주적 기본질서를 민주주의의 범주와 유형을 중심으로 이해하는 시각은 협소하였다.

민주적 기본질서와 관련하여 자유민주주의와 사회민주주의를 대립 및 선택의 관계에 있다는 견해는 정당한 의도가 있기는 하였다. 즉 민주적 기본질서에 사회민주주의를 포함시키는 경우 사회민주주의를 부인하는 정당이 해산이 될 수 있다고 우려하였다.¹⁴⁵⁾ 이 점은 초기 우리 헌법학의 고민이었을 것이다. 그러나 이는 현실성 있는 고민은 아니었다. 국가의 사회적 과제를 내용으로 하는 사회민주주의의 요소를 전면적으로 부인하는 정치이념 및 정책이 존재할 수는 없을 것이기 때문이다. 또 이 문제는 이번 헌법재판소의 결정을 통하여 다음과 같이 정리

141) 이에 관한 논의에 대해서는 예컨대 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2007, 199 이하; 김철수, 학술관례 헌법학(상), 박영사, 2008, 230 이하; 도희근(각주 14), 30 이하; 김문현, 정당해산심판에 관한 소고, 성균관법학 19권 2호(2007), 6 이하; 이성환 외(각주 1), 138 이하 등 참조.

142) 이에 비해서 이 점에 대한 정치이념적 논의에 대해서는 예컨대 윤성현, 통일헌법의 기본원리로서의 민주주의 연구, 헌법학연구 24권 2호(2018), 256 이하 참조.

143) 이에 대해서는 예컨대 유진오, 신고헌법해의, 일조각, 1959, 81 이하 참조.

144) 이후, 즉 1980년 헌법과 1987년 헌법을 거치면서 자유민주주의의 이념적 지향의 변화에 대해서는 예컨대 송석윤, 정당해산심판의 실제적 요건 -정당해산심판제도의 좌표와 관련하여, 서울대학교 법학 51권 1호(2010), 50 이하 참조.

145) 이에 대해서는 권영성(각주 141), 199 이하 참조.

되었다. 헌법 제8조 제4항 민주적 기본질서는 정치질서를 말하며 주로 사회경제적 질서와 관련된 자유민주주의와 사회민주주의의 대립과 선택의 문제는 헌법 제8조 제4항의 담론에서는 제기될 필요가 없다는 것이다.¹⁴⁶⁾

2. 헌법재판소가 바라 본 자유민주적 기본질서

자유민주적 기본질서에 대한 이해는 헌법재판소의 결정에서 정리되었다. 이는 자유민주적 기본질서에 관한 초기 헌법학에서의 논의가 갖는 문제를 극복하는 성과였다. 민주적 기본질서는 민주주의와 법치국가원리를 포함하는 개념으로 이해되었으며, 자유와 평등의 상호 배제의 관계가 더 이상 의제가 될 필요가 없게 되었다. 이론적으로 보면 민주주의와 법치국가원리는 독자적인 헌법원리로서 서로 견제·보완하는 관계에 있지만 동시에 상호 간에 기능을 위한 조건관계에 있다.¹⁴⁷⁾ 따라서 민주주의는 필연적으로 법치국가원리를 전제로 한다고 이해할 수 있다. 다만 헌법 전문 및 제4조 ‘자유’민주적 기본질서라는 용어 자체가 헌법이해에 혼란을 가져 왔으며, 따라서 헌법정책적인 검토가 필요했다. 두 개념이 해석과 적용에 있어서 차이가 있지만 개념상 구분이 되지 않기 때문에 민주적 기본질서 이외에 ‘자유’민주적 기본질서의 용어를 사용하는 것은 오해를 불러올 뿐 의미가 없다.

자유민주적 기본질서에 대한 헌법재판소의 이해는 그동안 미세한 변화를 겪었다.¹⁴⁸⁾ 첫째, 자유민주적 기본질서에서 경제질서에 관한 요소가 제외되었다. 이로써 자유민주적 기본질서는 엄격하게 정치질서로 이해되었다. 정치질서에 비해서 경제질서는 자본주의와 사회주의, 그리고 시장경제와 계획경제 사이에 넓은 중간 범주가 있으며, 또 우리 헌법의 개방적 혼합경제질서에서 경제질서의 요소가 적극적으로 자유민주적 기본질서, 소극적으로 이에 위배되는 징표로서 적용하기에 적당하지 않다는 점도 작용하였을 것이다. 다만 그렇다고 자유민주적 기본질서가 경제질서에 무관심한 것은 아니다. 사유재산제도, 자유경쟁질서와 같은 객관적

146) 이와 같은 입장의 기본적인 타당성과 상대성에 대해서는 위 각주 94 참조.

147) 이에 대해서는 예컨대 허영, 헌법이론과 헌법, 박영사, 2013, 302 이하 참조. 우리 헌법학사에서 이 점이 있어서 나타났던 불균형에 대해서는 예컨대 전광석, 공법학연구 및 과제의 시대적 상대성과 통시적 계속성, 연세대학교 법학연구 26권 3호(2016), 7 이하, 23 이하 참조.

148) 이에 대해서는 V.2.(1) 참조.

질서요소, 그리고 재산권과 직업선택의 자유와 같은 주관적 권리를 부인하거나 무의미하게 하는 경우 민주주의가 기능하기 위한 조건이 상실되며, 또 직접적으로는 기본권 보장을 목적으로 하는 법치국가원리를 침해하기 때문이다. 둘째, 기존의 결정에서 민주적 기본질서 혹은 자유민주적 기본질서의 요소로 열거되었던 의회제도, 선거제도가 더 이상 언급되지 않았다. 이는 의회제도 및 선거제도는 그 자체가 아니라 구체적인 내용과 실현방법이 민주적 기본질서를 구성하기 때문이었을 것이다. 셋째, 민주주의의 이념적 기초로 절대적 세계관을 거부하고, 복수의 진리를 인정하는 가치상대주의를 제시하였다. 가치상대주의의 논리는 우리 헌법이 특정한 가치를 지향한다는 적극적인 기능보다는 다양한 가치를 인정하고 용인한다는 소극적인 기능을 수행할 것이 기대되었다. 넷째, 통진당 해산결정에서 국민주권의 원리가 처음으로 민주적 기본질서의 구성요소로 제시되었다. 이는 통진당 강령에 나타난 진보적 민주주의가 국민 전체가 아니라 민중이 주인이 되는 사회 및 국가건설을 추진했으며, 이를 심사하기 위한 기준으로 적용되었다. 그러나 통진당의 목적과 활동과 관련하여 핵심적인 쟁점은 민주적 기본질서에 위배 여부이며, 이는 기본적으로 헌법해석의 문제이다. 이에 비해서 국민주권은 헌법제정주체 및 헌법 자체의 정당성에 관한 문제이기 때문에 헌법심사의 기준이 되기에 적합하지 않다. 이와 같은 차이와 기능상의 한계를 고려하면 국민주권은 정치적 상징의 의미가 크다고 보았기 때문에 심사기준이 되었던 것으로 보인다.

3. 자유민주적 기본질서

(1) 관련 규정의 비동시성과 이해방법

우리 헌법에서 역사적으로 보면 민주적 기본질서와 자유민주적 기본질서는 비동시적(非同時的)이다. 정당해산심판제도는 1960년 헌법에서 지난 시대 정당의 존속과 자유가 침해되었던 경험을 배경으로 도입되었다. 이는 민주주의의 보편적 가치의 핵심적인 내용을 부정하는 정당에 한하여 엄격한 절차적 조건에 따라 존속이 부인될 수 있다는 선언이었다. 이에 비해서 자유민주적 기본질서에 관한 규정은 북한 체제를 대척점에 두고 도입되었다. 이 경우에도 전문과 헌법 제4조는 그 배경과 의미에 있어서 또 다른 차이가 있었다. 1972년 헌법전문은 자유민주적 기본질서는 헌정의 어두운 시대, 그리고 북한과 체제경쟁이 첨예한 상황에서 도입

되었다. 그런데 자유민주적 기본질서는 당시 상황에서는 현실설명력과 규범력이 모두 없었다. 자유민주적 기본질서는 현실적으로 보면 북한 체제와 관계에서 정치적 상징의 의미가 있을 뿐 우리 헌정의 실제와는 거리가 있었다. 규범적으로 보면 1972년 헌법 자체가 국민주권, 기본적 인권의 존중, 권력분립 등 민주주의의 보편적 가치와는 거리가 멀었다. 오히려 1972년 헌법은 자유민주주의의 보편적 가치가 아니라 위기상황을 재생산하면서 ‘한국적 민주주의’의 특수한 가치를 지향하였다.¹⁴⁹⁾ 이에 비해서 1987년 헌법 제4조에서 통일의 기본질서로서 도입된 자유민주적 기본질서는 체제대립의 사고라는 역사적 부담에서 어느 정도 벗어났으며, 이제 헌법의 보편적 가치를 중심으로 형성하고 해석될 수 있게 되었다. 우선 현실적으로 보면 1987년 헌법은 민주화 운동의 성과였고, 또 민주화를 지향하는 우리 사회의 의지를 표현하는 문서였다. 규범적으로 보면 자유민주적 기본질서는 통일의 방법으로서 평화통일, 그리고 북한의 이중적 지위를 함께 고려할 수 있게 되었다. 이 점에서 통진당 해산결정의 논증방법은 문제가 있었다. 민주적 기본질서에 위배 여부가 주로 북한과의 관계, 북한 체제에 대한 동조와 이를 추종하는가의 문제에 집중되었고, 또 이를 기준으로 판단되었다.¹⁵⁰⁾ 헌법재판소는 민주적 기본질서 및 자유민주적 기본질서에 대한 이해방법을 분단현실 및 통일의 과제와 관련하여 재정렬할 수 있는 소재를 오히려 부정적으로 활용하였다는 아쉬움을 남겼다.

(2) 헌법해석 및 체계론적 의미

통진당 해산결정에서 헌법 제8조 제4항 민주적 기본질서에 대한 개념 이해는 기본적으로는 헌법 제4조 자유민주적 기본질서에 차용될 수 있다. 다만 두 규정은 해석과 적용에 있어서는 차이가 있다. 헌법 제8조 제4항이 민주주의와 법치국가원리의 핵심적인 요소를 기반으로 엄격하게 해석되어야 하지만, 헌법 제4조의 해석이 이와 같은 구속을 받을 필요는 없다. 이 점에서 헌법 제4조는 제8조 제4항에 비해서 넓은 범위로 해석될 수 있고, 또 통일과정 및 통일 이후의 상황에

149) 이에 대해서는 예컨대 한태연, 위기의 헌법과 평화적 헌법 - 비상사태의 극복을 위한 현행 헌법의 현실 논리, 세대 1975년 4월호, 240 참조.

150) 위 각주 73, 124 참조. 이밖에 위 V.4. 참조.

따라서 개방적인 내용을 가질 수 있어야 한다. 이와 같은 차이를 보다 체계화하기 위해서는 헌법 제8조 제4항과 제2항의 관계에 대한 해명도 필요하다. 이 점에서 통진당 해산결정은 우리 헌법의 체계를 되돌아보고 해석론적 가능성을 풍부하게 하는 계기가 될 수 있었다.

헌법 제8조 제4항은 소극적으로, 그리고 협소하게 해석·적용되어야 한다. 이는 정당의 존속을 부정하는 타율적 판단이기 때문이다. 헌법 제8조 제4항은 제8조 제2항과 비교했을 때 보다 명확해진다. 헌법 제8조 제2항 정당의 목적·조직과 활동이 민주적이어야 한다는 요청은 다음과 같이 넓게 혹은 좁게 이해할 수 있다. 제8조 제2항의 민주적 요청은 정당질서를 형성하는 요소이기 때문에 입법형성의 여지가 넓다. 정당해산과 관련하여 보면 헌법 제8조 제2항은 민주적 기본질서에 위배되는 상태에 이르지 않지만 정당의 목적과 조직 및 활동에 관한 입법적으로 형성된 기준에 위반하는 경우 혹은 전체적으로 민주적 기본질서에 위배되는 정도에 이르지 않는 개별적인 일탈행위에 대해서 정당해산이 아닌 다른 형태의 제재 혹은 불이익을 가하는 근거가 될 수 있다. 제8조 제2항을 좁게 이해할 수도 있다. 즉 제2항은 국민의 정치적 의사형성에 기여할 수 있도록 정당의 목적과 조직 및 활동을 대외적으로 개방하고, 대내적으로 민주화할 것을 요청한다.¹⁵¹⁾ 따라서 법치국가원리 등 헌법 전체질서와의 관련성은 옳다. 다만 이때에도 제8조 제2항이 제4항과는 달리 정당질서를 형성하는 규정이기 때문에 입법형성의 여지가 넓다는 점에는 변함이 없다.

헌법 제4조 자유민주적 기본질서는 북한의 헌법체제와 비교를 전제로 한다는 점에서 제8조 제4항과 차이가 있다. 자유민주적 기본질서는 북한의 체제와 관련하여 보면 다음과 같이 적극적 및 소극적 의미를 갖는다. 적극적으로 보면 북한 체제의 핵심적인 내용으로서 우리 헌법질서와 조화될 수 없는 경우가 아닌 한 폭넓게 내용이 형성될 수 있다. 북한과 긴밀한 협의를 거쳐 통일에 이르는 경우에는 우리 헌법질서에 이질적이지만 기존 북한 체제에 친화적인 정책과 제도를 포함하여 자유민주적 기본질서의 외연은 더욱 넓어질 수 있다. 헌법재판소는 초기 결정과는 달리 민주적 기본질서에서 경제질서의 요소를 배제하였지만 이와 같은 변화가 자유민주적 기본질서 혹은 민주적 기본질서에 대한 이해의 변화인지, 아니면 위에서 지적한 바와 같은 체계적인 차이를 반영한 것인지는 명확하지 않다.

151) 이에 대해서는 예컨대 이명웅(각주 48), 490 이하; 한국헌법학회(각주 89), 249 이하 등 참조.

기존에 헌법재판소가 자유민주적 기본질서를 서술하면서 헌법 전문과 제4조 뿐 아니라 사안과 관련성이 거의 없는 헌법 제8조 제4항도 언급한 것은 보면 적어도 체계적인 차이를 인식한 결과는 아니라고 보인다. 정치적인 이유에서 이질적인 체제요소를 수용하는 것이 통일에 필수적인 경우에는 극단적으로는 헌법 제4조는 개정 혹은 삭제되어야 하며, 우리 헌법 전체가 재검토될 수 있다. 그러나 우리 헌법을 중심으로 남북한이 통일되는 경우에는 이와 같은 변화는 상징적인 의미를 갖는데 그치며, 또 그러한 현실이 나타날 가능성도 없을 것이다.¹⁵²⁾

152) 예컨대 독일 통일 후 헌법 일부조항의 개정 및 효력발생에 유예기간을 두었던 조치는 헌법개정의 성격을 가졌을 뿐이다. 이에 대해서는 예컨대 Hans-Peter Schneider(각주 45), S. 59, 74 이하 참조.

참 고 문 헌

○ 단행본

- 계희열, 헌법학(상), 박영사, 2004.
- 국회도서관 입법조사국, 헌법개정회의록 : 제4대국회, 국회도서관, 1968.
- 권영성, 헌법학원론, 법문사, 1979.
- _____, 헌법학원론, 법문사, 2007.
- 김기범, 헌법강의, 법문사, 1963.
- 김철수, (학설판례) 헌법학(상), 박영사, 2008.
- 문홍주, 한국헌법 (5판), 법문사, 1968.
- 박찬표, 한국의 국가형성과 민주주의, 고려대학교출판부, 1997.
- _____, 한국의 48년 체제, 후마니타스, 2010.
- 유진오, 신고헌법해의, 일조각, 1959.
- 이성환, 정태호, 송석윤, 성선제, 정당해산심판제도에 관한 연구, 헌법재판연구 15권, 헌법재판소, 2004.
- 전광석, 한국헌법론, 집현재, 2018.
- 한국헌법학회, 헌법주석 [I], 박영사, 2013.
- _____, 헌법주석 [법원, 경제질서 등] : 제101조-제130조, 경인문화사, 2018.
- 한태연, 헌법학, 법문사, 1978.
- 허 영, 헌법이론과 헌법(상), 박영사, 1980.
- _____, 헌법이론과 헌법, 박영사, 2013.
- 헌법재판연구원, 주석 헌법재판소법, 2015.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang, Die verfassunggebende Gewalt des Volkes, ein Grenzbegriff des Verfassungsrechts, Alfred Metzner, 1986.
- Isensee, Josef, Das Volk als Grund der Verfassung : Mythos und Relevanz der Lehre von der verfassunggebenden Gewalt, Westdeutscher Verlag, 1995.
- Stolleis, Michael, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland Bd.4, C.H.Beck, 2012.
- Stolleis, Michael, Christoph Gusy, Anna-Bettina Kaiser, Verfassungs(ge)schichten, Mohr Siebeck, 2017.

○ 논문

- 김문현, 정당해산심판에 관한 소고, 성균관법학 19권 2호(2007), 1-14.
- 김선택, 정당해산의 실체적 요건의 규범적합적 해석, 헌법연구 1권 1호(2014), 142-175.
- _____, 자유민주적 기본질서와 통일, 통일법연구 3권(2017), 1-31.
- 김종서, 정당의 금지와 해산 및 유사 조치에 관한 베니스위원회 지침, 민주법학 54호(2014), 431-459.
- 김종철, 민주공화국과 정당해산제도, 공법학연구 15권 1호(2014), 35-66.
- _____, 헌법재판소는 주권적 수입기관인가?: 대한민국의 헌법적 정체성과 통합진보당 해산결정, 저스티스 통권 151호(2015), 29-71.
- 김종현, 통합진보당 해산결정의 몇 가지 쟁점에 대한 연구, 헌법학연구 21권 3호(2015), 363-405.
- _____, 방어적 민주주의에 대한 헌법학적 연구, 저스티스 통권 155호(2016), 98-123.
- 도회근, 통일헌법의 기본원리, 법조 64권 10호(2015), 5-45.
- 민병로, 헌법전문과 5·18정신, 헌법학연구 14권 3호(2008), 271-298.
- 박명립, 제2공화국 정치균열의 구조와 변화, 백영철 편, 제2공화국과 한국 민주주의, 7장, 나남출판, 1996, 207-268.
- 박은정, 법치국가와 시민불복종, 법과 사회 3호(1990), 65-96.
- 박찬주, 정당해산결정에 부수하는 의원지위상실결정의 허용성, 헌법논총 27집(2016), 245-357.
- 송기춘, 통합진보당 정당해산심판 사건에 대한 비판적 분석, 민주법학 56호(2014), 97-135.
- 송석윤, 정당해산심판의 실체적 요건 -정당해산심판제도의 좌표와 관련하여, 서울대학교 법학 51권 1호(2010), 27-65.
- _____, 정당해산제도의 딜레마 -독일 연방헌법재판소의 독일 민족민주당 사건을 중심으로, 세계헌법연구 16권 3호(2010), 59-90.
- 윤성현, 통일헌법의 기본원리로서의 민주주의 연구, 헌법학연구 24권 2호(2018), 235-278.
- 윤정인, 김선택, 유럽인권재판소의 정당해산 심판기준, 공법학연구 15권 3호(2014), 45-77.
- _____, 유럽인권재판소의 정당해산심판 사례 분석, 세계헌법연구 20권 2호(2014), 211-248.
- 이덕연, 판단의 정오(正誤)가 아니라 ‘수사’(rhetoric)로 본 통진당 해산결정, 헌법재판

- 연구 2권 1호(2015), 67-115.
- 이명웅, 헌법 제8조(정당조항)의 양면성, 헌법논총 13집(2002), 471-512.
- 이상경, 방어적 민주주의와 위헌정당 해산심판제도에 대한 비판적 고찰, 법과 사회 46호(2014), 107-144.
- 이재희, 전투적 민주주의(Militant Democracy)로부터의 민주주의 수호, 공법학연구 15권 2호(2014), 105-141.
- 이종수, 우리 헌법상 "방어적 민주주의"의 수용 부인론: 통합진보당에 대한 정당해산심판과 관련하여, 법과 사회 48호(2015), 217-248.
- 이황희, 민주적 기본질서 위배의 의미 -헌법재판소의 해석(2013헌다1)에 관한 분석, 법조 65권 5호(2016), 5-56.
- 임지봉, 헌법재판소의 통합진보당 해산결정에 대한 분석과 평가, 숭실대학교 법학논총 33집(2015), 369-387.
- 장영수, 통합진보당과 독일공산당의 비교, 고려법학 72호(2014), 141-175.
- _____, 통합진보당 해산결정과 소속 국회의원의 의원직상실 문제, 고려법학 76호(2015), 111-148.
- _____, 통합진보당 해산결정의 주요 쟁점 -헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1 결정에 대한 평석, 법조 64권 3호(2015), 109-193.
- 장지향, 90년대 터키의 정치변동 연구, 중동연구 16권 1호(1997), 69-104.
- 장 훈, 서구 정당체제의 재정렬, 김재한 편, 정당구도론, 6장, 나남, 1994, 205-240.
- 전광석, 정당의 내부질서와 민주적인 공직선거 입후보자 추천, 헌법학연구 6권 1호(2000), 130-159.
- _____, 정당해산심판에 대한 헌법적 및 정치적 이해, 헌법판례연구 13권(2012), 133-153.
- _____, 공법학연구 및 과제의 시대적 상대성과 통시적 계속성, 연세대학교 법학연구 26권 3호(2016), 1-54.
- _____, 사회보장법과 헌법의 규범력, 사회보장법학 7권 1호(2018), 13-45.
- 정만희, 국회의원의 정당기속과 자유위임, 헌법재판연구 2권 1호(2015), 117-164.
- 정태호, 5·18 광주민주화운동과 저항권, 공법연구 28집 2호(2000), 217-239.
- 차진아, 독일의 정당해산심판의 요건과 판단기준에 대한 연구, 고려법학 72호(2014), 91-140.
- 최장집, 제2공화국하에서의 민주주의의 등장과 실패, 백영철 편, 제2공화국과 한국 민주주의, 2장, 나남출판, 1996, 31-70.
- 한승주, 제2공화국, 한국정치학회 편, 현대한국정치론, 7장, 법문사, 1986, 194-224.
- 한태연, 위기의 헌법과 평화적 헌법 - 비상사태의 극복을 위한 현행 헌법의 현실논리,

세대 1975년 4월호, 237-240.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang, Weimar, vom Scheitern einer zu früh gekommenen Demokratie, in: Die öffentliche Verwaltung, 1981, S. 946-949.

Böckenförde, Ernst Wolfgang, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, in: Staat, Gesellschaft, Freiheit : Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht, Suhrkamp, 1976, S. 42-64.

Martin Morlok, Hagen, Parteiverbot als Verfassungsschutz - Ein unauflösbarer Widerspruch?, in: Neue Juristische Wochenschrift, 2001, S. 2931-2942.

Müller-Franken, Sebastian, Verfassungsvergleichung, in: Otto Depenheuer, Christoph Grabenwarter (Hg.), Verfassungstheorie, Mohr Siebeck, 2010, S. 885-928.

Schneider, Hans-Peter, Verfassunggebende Gewalt, in: Josef Isensee, Paul Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band XII, C.F.Müller, 2014, S. 53-84.

SJ, Joseph Listl, Staatsnotstand und Widerstandsrecht, in: Arthur Kaufmann, Leonhard E. Backmann (Hg.), Widerstandsrecht, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1972, S. 539-547.

Sommermann, Karl-Peter, Funktionen und Methoden der Grundrechtsvergleichung, in: Detlef Merten, Hans-Jürgen Papier (Hg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. 1, C.F.Müller, 2004, S. 631-678.

Starck, Christian, Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht, in: Juristen Zeitung, 1997, S. 1021-1030.

Volkman, Uwe, Dilemmata des Parteiverbots in: Die Öffentliche Verwaltung, 2007, S. 577-584.

Weber, Werner, Die verfassungsrechtlichen Grenzen sozialstaatlicher Forderungen, in: Der Staat, 1965, S. 409-439.

Zacher, Hans F., Vorfragen zu den Methoden der Sozialrechtsvergleichung, in: Bernd von Maydell, Eberhard Eichenhofer (Hg.), Abhandlungen zum Sozialrecht, C.F.Müller, 1993, S. 329-375.

Zweigert, Konrad, Drei Jahre KP-Verbot, in: JuristenZeitung, 1959, S. 677-677.

통일의 이념적 기초인 자유민주적 기본질서

헌재 1990. 4. 2. 89헌가113, 국가보안법 제7조에 대한 위헌심판

허 완 중*

I. 서론: 자유민주적 기본질서 논의의 출발점인 헌재 1990. 4. 2. 89헌가113 결정

군주제 아래 신음하던 조선의 신민은 소극적 저항은 물론 적극적 투쟁도 주저하지 않았다. 이러한 과정에서 조선의 신민은 20세기가 되기 전에 이미 인민으로 각성하였다. 그러나 군주를 비롯한 지배층은 이러한 각성을 무시하고 자신의 이익만을 추구하며 근대화를 바라는 인민에 맞섰다. 이러한 추구의 방편으로, 즉 자신의 지위와 이익을 지키기 위해서 근대국가인 대한제국을 세우고자 하였다. 하지만 대한제국은 근대국가로 제대로 서지 못하고 20세기 들어서 자국민의 안전도 보장하지 못할 정도로 국가로서 제대로 기능하지 못하였다. 이에 따라 대한제국의 국민으로 자리 잡지 못한 대한제국 구성원은 민족으로 뭉쳐 근대국가를 수립하고자 하였다. 하지만 그러한 노력이 열매를 맺기도 전에 꺾이기만 남은 대한제국은 일본 제국주의의 희생양이 되어 사라졌다. 한민족은 이러한 일본 제국주의에 맞서 독립투쟁의 길을 걸었다. 한민족은 1917년 대동단결 선언¹⁾에서 보

* 전남대학교 법학전문대학원 교수.

1) 대동단결 선언에서 민족사적 전통에 근거한 주권불멸론을 이론화하여 1910년 순종 융희황제의 주권포기를 국민에게 주권을 넘겨준 것이라고 주장하면서 국민주권설을 정립하였다[“융희(隆熙) 황제가 삼보(三寶)를 포기한 8월 29일은 즉 우리 동지가 삼보를 계승한 8월 29일이니 그 사이 순간도 정식(停息)이 없다. 우리(吾人) 동지는 완전한 상속자이고 저 황제권 소멸의 때가 즉 민권발생의 때이다. 구한국 최초의 1일은 즉 신한국 최초의 1일이니 무슨 이유로 아한(我韓)은 무시(無始) 이래로 한인(韓人)의 한(韓)이고 비한인(非韓人)의 한(韓)이 아니다. 한국인(韓人間)의 주권수수(主權授受)는 역사 불문법의 국현이고, 비한인(非韓人)에게 주권양여는 근본적 무효로 한국민성(韓國民性)의 절대 불허하는 바이다. 때문에 경술(庚戌-1910)년 융희 황제의 주권포기는 즉 우리 국민동지에 대한 목시적 선위(禪位)이니

듯이 스스로 주권자임을 인식하고 스스로 독립한 민족국가를 만들려고 노력하였다. 결국 1919년 3·1 혁명²⁾을 계기로 상해에 임시정부를 세워 공화국인 대한민국을 세웠다. 하지만 독립한 민족국가를 어떻게 만들 것인지와 관련하여 좌·우익 대립이 발생하였다. 1945년 광복 이후에도 이어진 이러한 대립으로 말미암아 외부 개입을 자주적으로 극복하지 못하여 대한민국은 1948년 남·북으로 분단되고 말았다. 이후 통일은 대한민국 헌법의 중요한 국가목표가 되었다. 따라서 통일에 관한 규정은 국가목표규정으로 이해된다.³⁾

통일조항인 헌법 제4조는 “대한민국은 통일을 지향하며, 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책을 수립하고 이를 추진한다.”라고 규정한다. 통일은 국어학적으로 나누어진 것을 합쳐서 하나의 조직·체계 아래로 모이게 함을 뜻한다.⁴⁾ 헌법학적 측면에서 통일은 본래 하나였던 국가가 둘 이상으로 나누어진 것을 합쳐서 다시 하나의 국가로 만드는 것을 말한다.⁵⁾ 헌법은 통일의 방법적 한계를 제시한다. 즉 헌법 제4조 이외에도 헌법 전문은 ‘평화적 통일’의 사명을 언급하고, 헌법 제66조 제3항과 제69조는 대통령의 의무로서 ‘평화적 통일’을 명시하며, 헌법 제92조는 ‘평화통일정책’ 수립에 관한 대통령자문기관으로 민주평화통일자문회의를 둘 수 있다고 규정한다. 이러한 점에서 통일은 오로지 평화적 방법을 통해서만 달성할 수 있다. 이러한 평화적 통일은 1972년 헌법에서 처음 언급되고 나서 이러한 내용은 현행 헌법까지 줄곧 이어져 오고 있다. 그리고 헌법

우리 동지는 당연히 삼보를 계승하여 통치할 특권이 있고 또한 대통(大統)을 상속할 의무가 있다. 고로 2천만의 생명(生靈)과 삼천리의 구강(舊疆)과 사천의 주권은 우리 동지가 상속하였고 상속할 터이니 우리 동지는 이에 대하여 불가분의 무한책임이 중대한 것이다.”. 이것은 상해 임시정부 수립의 이론적 바탕이 되었다.

- 2) 이를 통해서 제국이 공화국으로 바뀌어서 인민이 신민이 아닌 국민으로서 비로소 주권자로 나섰다든 점에서 3·1 운동이 아니라 3·1 혁명이 적절한 용어라고 생각한다. 1944년 대한민국 임시현장 서문(“우리 국가가 강도일본에게 빼앗긴 뒤에 전 민족은 오메에도 국가의 독립을 갈망하였고 무수한 선열들은 피와 눈물로써 민족자유의 회부에 노력하여 삼일대혁명에 이르러 전민족의 요구와 시대의 추향에 순응하여 정치, 경제, 문화 기타 일절 제도에 자유, 평등 및 진보를 기본정신으로 한 새로운 대한민국과 임시의정원과 임시정부가 건립되었고 아울러 임시현장이 제정되었다.”)에도 ‘삼일대혁명’이라고 규정되었을 뿐 아니라 헌법기초위원회가 만든 1948년 헌법 초안 전문도 “유구한 역사와 전통에 빛나는 우리들 대한민국은 3·1 혁명의 위대한 독립정신을 계승하여…”라고 시작하였다.
- 3) 국가목표규정은 국가권력(입법부, 집행부, 사법부)에 특정 목적 추구를 법적으로 의무 지우는 헌법규정을 말한다(Karl-Peter Sommermann, Staatsziele und Staatszielbestimmungen, Tübingen 1997, S. 326).
- 4) 표준국어대사전: <http://stdweb2.korean.go.kr/search/View.jsp> (2018년 10월 4일 방문); 다음 한국어사전: <http://dic.daum.net/word/view.do?wordid=kkw000271343&supid=kku000346403> (2018년 10월 4일 방문).
- 5) 고일광, 한국의 통일에 관한 헌법적 좌표 개관, 통일과 사법 1호(2011), 9; 성낙인, 헌법학(제18판), 법문사, 2018, 305 참조.

은 통일의 가치적·내용적 한계로 자유민주적 기본질서를 규정한다. 그런데 헌법에서 말하는 자유민주적 기본질서가 무엇인지는 명확하지 않다. 특히 헌법은 전문과 제4조에서는 자유민주적 기본질서라고 규정하지만, 제8조 제4항에서는 민주적 기본질서라고 규정하여 자유민주적 기본질서의 의미를 파악하기 어렵게 한다. 이에 관련하여 학계에서는 오랫동안 자유민주적 기본질서가 무엇인지에 관해서 논의해 왔다. 이러한 논의는 주로 독일 논의, 특히 독일 연방헌법재판소 판례를 중심으로 이루어졌다. 헌법재판소도 이러한 논의를 바탕으로 현재 1990. 4. 2. 89헌가113 결정을 시작으로 자유민주적 기본질서의 내용을 구체적으로 살피고 있다. 이에 따라 현재 자유민주적 기본질서에 관한 논의는 주로 헌법재판소 판례를 비판적으로 검토하는 것에서 출발한다. 그런데 헌법재판소 판례에서 자유민주적 기본질서에 관한 내용은 핵심내용은 크게 달라지지 않은 것으로 보이지만, 구체적인 내용은 조금씩 달라졌다. 이러한 점에서 자유민주적 기본질서 논의의 출발점으로서 현재 1990. 4. 2. 89헌가113 결정을 꼼꼼히 살펴볼 필요가 있다.

II. 사건 개요(사실관계) 및 주요 쟁점

1. 사건 개요(사실관계)

제청신청인들은 1989년 10월 10일 마산지방법원 충무지원에 국가보안법 위반 등의 죄로 기소되었다(89고단625 사건). 기소된 내용 중에는 제청신청인들이 반국가단체를 이롭게 할 목적으로 도서와 표현물을 소지하고 이를 반포하여 국가보안법 제7조 제5항과 제1항⁶⁾의 범죄에 해당한다는 것이 있었다. 마산지방법원 충무지원은 제청신청인들의 제청 신청에 따라 1989년 11월 10일 헌법재판소에 89고단625 사건 재판의 전제가 되는 국가보안법 제7조 제1항과 제5항의 위헌여부심판을 제청하였다.

6) 국가보안법(1980.12.31. 법률 제3318호) 제7조 제1항: 반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자의 활동을 찬양·고무 또는 이에 동조하거나 기타의 방법으로 반국가단체를 이롭게 한 자는 7년 이하의 징역에 처한다.

동조 제5항: 제1항 내지 제4항의 행위를 할 목적으로 문서·도화 기타의 표현물을 제작·수입·복사·소지·운반·반포·판매 또는 취득한 자는 그 각 항에 정한 형에 처한다.

2. 주요 쟁점

본 결정의 쟁점은 크게 두 가지이다. 먼저 국가보안법 제7조 제1항과 제5항이 법문의 다의성과 광범성이 인정되는데, 이에 대해서 합헌적 법률해석을 통해서 한정위헌결정을 내릴 수 있는 지이다. 구체적으로 다의적이고 광범성이 인정되는 법률과 죄형법정주의의 관계, 합헌적 해석의 요건, 국가보안법 제7조 제1항 및 제5항(1980.12.31. 법률 제3318호)의 위헌 여부가 문제 된다. 다음 합헌적 법률해석의 기준과 관련하여 축소해석의 요건이 무엇인지다. 구체적으로 ‘국가의 존립·안전을 위태롭게 한다는 것’과 ‘자유민주적 기본질서에 위해를 준다는 것’의 의미가 무엇인지가 문제 된다.

여기서 헌법재판소가 다룬 내용 모두를 검토하지는 않는다. 통일과 관련하여 두 가지 쟁점을 다루고자 한다. 먼저 자유민주적 기본질서가 무엇인지이다. 본 결정에서 헌법재판소는 자유민주적 기본질서를 토대로 논의를 전개해 가면서도 정작 자유민주적 기본질서가 무엇인지는 정밀한 논의 없이 간단히 정의하듯 짧게 언급하는 것에 그친다. 하지만 자유민주적 기본질서가 무엇인지 명확하게 밝혀지지 않는다면 본 결정 자체가 뿌리째 흔들릴 수 있다. 게다가 본 결정이 선도 결정으로 의미 있는 것도 결국 자유민주적 기본질서가 무엇인지에 관해서 언급한 것이다. 따라서 이에 관한 검토에 집중하고자 한다. 다음 본 결정은 자유민주적 기본질서를 기초로 합헌적 법률해석을 시도한다. 본 결정은 합헌적 법률해석이 가능하다고 하면서 한정합헌결정으로 주문을 완성한다. 이러한 한정합헌결정이 가능한 것인지에 관해서는 그동안 별 논의가 없었다. 하지만 본 결정에서 전개한 합헌적 법률해석은 통상적인 합헌적 법률해석과 다르다. 따라서 이러한 합헌적 법률해석이 가능한 것인지를 꼼꼼하게 살펴보고자 한다.

Ⅲ. 결정 요지

1. 법정의견

- ① 위헌법률심판 대상에서 법문 내용이 다의적이고 그 적용범위에서 과도한

광범성이 인정된다면 법치주의와 죄형법정주의에 어긋나서 위헌 소지가 있다.

② 어떤 법률의 개념이 다의적이고 그 어의의 테두리 안에서 여러 가지 해석이 가능하면, 헌법을 최고법규로 하는 통일적인 법질서 형성을 위해서 헌법에 합치되는 해석, 즉 합헌적인 해석을 선택하여야 하고, 이에 따라 위헌적인 결과가 될 해석을 배제하면서 합헌적이고 긍정적인 면은 살려야 한다는 것이 헌법의 일반 법리이다.

③ 국가보안법 제7조 제1항과 제5항의 규정은 각 그 소정 행위가 국가의 존립·안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 위해를 줄 명백한 위험이 있을 때만므로 해석하여 축소 적용한다면 헌법에 위반되지 아니한다.

④ 국가의 존립·안전을 위태롭게 한다는 것은 대한민국의 독립을 위협·침해하고 영토를 침략하며 헌법과 법률의 기능과 헌법기관을 파괴·마비시키는 것으로 외형적인 적화공작 등을 일컫는다.

⑤ 자유민주적 기본질서에 위해를 준다는 것은 모든 폭력적 지배와 자의적 지배, 즉 반국가단체의 일인독재 내지 일당독재를 배제하고 다수의 의사에 의한 국민의 자치, 자유·평등의 기본원칙에 의한 법치주의적 통치질서 유지를 어렵게 만드는 것으로서 구체적으로는 기본적 인권의 존중, 권력분립, 의회제도, 복수정당제도, 선거제도, 사유재산과 시장경제를 골간으로 한 경제질서 및 사법권의 독립 등 우리 내부체제를 파괴·변혁시키려는 것이다.

2. 재판관 변정수의 반대의견

① 국가보안법 제7조 제1항 및 제5항은 너무 막연하고 불명확하여 죄형법정주의에 어긋나고 표현행위가 대한민국에 명백한 현실적인 위험이 있거나 없거나를 가리지 아니하며, 다만 반국가단체에 이रो울 수 있다는 이유만으로 무조건 표현행위를 제한하고 처벌대상으로 삼는다는 점에서 표현의 자유의 본질적 내용을 침해하는 명백한 위헌법률이다.

② 국가보안법은 북한을 반국가단체로 규정지을 뿐 아니라 특히 제7조 제1항과 제5항은 반국가단체인 북한에 이로운 것은 곧 대한민국에 해롭다는 상호배타적인 적대관계 논리를 강요하여 헌법의 평화통일조항에 정면으로 위반된다.

③ 결정주문의 “대한민국의 안전존립을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에

위해를 줄 경우”라는 표현 역시 매우 모호한 것이어서, 그렇지 않아도 불명확하고 광범위한 구성요건에다 또다시 불명확한 구성요건을 보태는 것이 되어 과연 신체의 자유나 표현의 자유보장을 위하여 어느 정도의 효과가 있을 것인지 의문이다. 위 법률조항들의 위헌성을 인정하였으면 헌법재판소로서는 마땅히 위헌을 선언하여야 한다.

④ 주문과 같은 형태의 이른바 한정합헌결정이나 변형결정이 우리 법제상 허용되지도 않을뿐더러 위 법률조항들처럼 그 위헌성이 너무도 뚜렷한 법률을 아무리 주문과 같이 한정적으로 제한해석하여 합헌결정을 내려도 그 위헌성이 치유되지 않는다.

IV. 분석 및 평가

1. 결정의 의의

먼저 본 결정은 현재 1989. 7. 21. 89헌마38 결정에 이은 두 번째 한정합헌결정이다. 그리고 국가보안법에 관한 총 8건의 한정합헌결정 중 첫 번째 결정이다. 본 결정에 관해서는 초헌법적 법률로 기능하였던 국가보안법을 헌법의 틀 안으로 끌어들이서 국가보안법의 이념적 토대에 관한 헌법적 검토를 하였다는 점에 특별한 의미를 부여하는 견해도 있다.⁷⁾ 그동안 반공을 국시라고 주장하면서 국가체제를 수호하는 중요 수단으로 기능하였던 국가보안법이 물론 일부이긴 하였지만, 그 위헌성이 확인되었다는 점에서 본 결정의 헌법사적 의미는 작다고 볼 수 없다. 그러나 국가보안법의 위헌성을 정면으로 인정하는 것이 아니라 축소해석을 통해서 그 존속을 보장해줌으로써 국가보안법 폐지나 최소한 개정으로 가는 길을 막았다는 점에서는 아쉬움이 큰 결정이다. 특히 이후 헌법재판소가 더 이상의 논의 진척 없이 본 결정의 내용을 되풀이하여 사실상 국가보안법에 관한 위헌논의를 중단시켜 놓은 것은 국가보안법의 폐해에 비추어 문제를 해결하기보다는 외면한 것으로 볼 여지가 대단히 크다.⁸⁾

7) 국순옥, 자유민주적 기본질서란 무엇인가, 민주법학 8호(1994), 127.

8) 국가보안법 제7조 제1항과 제5항은 지나치게 다의적이고 그 적용범위가 광범위하며, 헌법 제4조와 관련한

하지만 한정합헌결정의 이론적 토대를 마련하였다는 점에서 본 결정은 무시하지 못할 중요성이 있다. 그러나 본 결정의 진정한 의의는 자유민주적 기본질서에 관한 구체적 논의를 처음으로 시작한 결정이라는 점이다. 헌법은 전문과 제4조에서 ‘자유민주적 기본질서’를 규정한다. 하지만 자유민주적 기본질서가 무엇인지에 관해서 헌법을 비롯한 실정법은 침묵한다. 이에 그동안 독일 논의를 소개하는 수준에서 이에 관해서 단편적인 논의가 있었다. 그러다가 본 결정을 통해서 자유민주적 기본질서의 의미가 유권적으로 밝혀졌다.

2. 학계 평가 및 결정 이후 상황

헌법재판소는 총 17차례의 한정합헌결정을 내렸다. 합헌적 법률해석이 여러 해석 가능성 중 합헌인 것을 고르는 것이라는 점에서 합헌적 법률해석에 따른 전형적인 헌법재판소 결정유형은 한정합헌결정이라고 할 수 있다. 그러나 헌법재판소가 법률의 합헌성을 확인하는 것은 잠정적인 것에 불과하다는 점에서 그리고 한정합헌결정을 통해서 법률의 위헌인 부분이 명확하게 드러나기 어렵다는 점에서뿐만 아니라 법률의 위헌인 부분을 확인하고 제거하는 것이 규범통제의 목적과 기능이라는 측면에 비추어 한정합헌결정은 한계가 있을 수밖에 없다. 바로 이러한 점 때문에 헌법재판소는 한정합헌결정을 자주 활용하지 않았고, 2002년 4월 25일에 한정합헌결정을 선고하고 나서는 지금까지 한정합헌결정을 내리지 않고 있다.

본 결정 이후 헌법재판소는 헌재 2001. 9. 27. 2000헌마238등 결정을 통해서 자유민주적 기본질서를 구체화하였다. 본 결정이 내려지고 나서 본 결정을 평가하는 방식으로 자유민주적 기본질서에 관한 다양한 논의가 촉발되었다. 특히 본 결정이 자유민주적 기본질서의 의미를 구체적으로 제시함으로써 논의 방향도 구체적으로 진행될 수밖에 없었다. 따라서 논의도 이전과 비교하여 깊이 있게 진행되었다. 이러한 점에서 본 결정은 독창적이라고 할 수는 없어도 그동안 논의를 정리하여 일단 자유민주적 기본질서에 관한 중간결론을 내려줌으로써 이후 논의의

평화통일 및 자유민주적 기본질서에 어긋난다고 볼 수 있어 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 줄 명백한 위험성의 유·무에 따른 판단 이전에 마땅히 위헌선언을 하여, 적어도 현재와 같이 국민의 기본권 침해 개연성이 상당한 법률의 온전한 존치는 없도록 하여야 한다는 견해로는 김도현, 국가보안법 제7조, 한정합헌결정에 대한 평석, 단국대학교 법학논총 23권 1호(1997), 154-164.

기준점과 방향을 제시하고 이끌었다고 볼 수 있다. 학계는 본 결정과 관련하여 전체적인 내용에 관해서는 크게 반대하는 것 같지 않다. 하지만 여기서 제시된 구체적인 내용과 관련하여서는 비판적인 측면이 강한 것으로 보인다. 특히 본 결정이 많이 참고한 독일 연방헌법재판소 판결과 직접 비교하면서 달라진 내용의 타당성에 관해서 면밀한 검토가 이루어졌다. 이러한 과정에서 달라진 미묘한 의미 차이를 중심으로 헌법재판소 결정에 대한 비판이 이루어졌다. 특히 독일 연방헌법재판소 판결에서는 찾아볼 수 없는 ‘사유재산과 시장경제를 골간으로 한 경제질서’는 극심한 비판에 시달렸다. 이러한 과정에서 생소한 용어였던 자유민주적 기본질서가 일반인의 입에도 오르내릴 정도로 널리 퍼졌다. 하지만 이 과정에서 자유민주적 기본질서를 반공 딱지를 붙인 자유민주주의와 동일시하면서 그 의미를 왜곡하려는 시도도 있었다. 그에 따라 반공과 직접적 관련이 없는 자유민주적 기본질서가 실질적 의미와 상관없이 정치적 논란에 휘말리기도 한다. 하지만 통일의 이념적 기초로서 자유민주적 기본질서가 본격적으로 논의됨에 따라 통일의 이론적 토대는 훨씬 넓어졌고, 그 내용도 점점 구체성을 띠게 되었다. 이러한 과정에서 관련 논의가 성숙해지면서 헌법재판소도 이러한 흐름에 맞추어 조금씩이지만 바뀌고 있다.

3. 통일의 이념적 기초인 자유민주적 기본질서

(1) 자유민주적 기본질서의 개념

본 결정에서 헌법재판소는 자유민주적 기본질서를 “모든 폭력적 지배와 자의적 지배 즉 반국가단체의 일인독재 내지 일당독재를 배제하고 다수의 의사에 의한 국민의 자치, 자유·평등의 기본 원칙에 의한 법치주의적 통치질서”⁹⁾로 본다. 모든 폭력적 지배와 자의적 지배, 즉 반국가단체의 일인독재 내지 일당독재 배제는 전체주의를 배격함을 뜻한다. 여기서 공산주의가 아니라 전체주의가 배제 대상이다. 본 결정에서 모든 폭력적이고 자의적인 지배를 배제한다고 하면서 이것을 반국가단체의 일인독재 내지 일당독재와 동일시한 것은 이 사안이 국가보안법에 관한 것이기 때문일 것이다. 실제로 국가보안법과 관련이 없는 현재 2014.

9) 현재 1990. 4. 2. 89헌가113, 판례집 2, 49, 64.

12. 19. 2013헌다1 결정¹⁰⁾에는 이러한 내용이 없다. 그러나 반국가단체인 북한의 일인독재나 극좌 전체주의 일당독재만 폭력적이고 자의적인 지배인 것은 아니다. 자유민주적 기본질서를 침해하는 모든 전체주의적 지배도 폭력적이고 자의적인 지배이다.¹¹⁾ 다수의 의사에 의한 국민의 자치는 민주주의를 요약한 것으로 보인다. 그리고 자유·평등의 기본 원칙은 기본권 보장을 함축한 것으로서 법치국가원리를 가리킨다. 이것은 뒤의 법치주의를 통해서 확인된다. 자유와 평등을 강조한 것은 헌법재판소가 자유민주적 기본질서와 자유민주주의의 관련성을 강조하는 점에 비추어 ‘자유’민주주의를 표현한 것으로 볼 수도 있다. 이것은 현재 2001. 9. 27. 2000헌마238등 결정에서 명확하게 드러난다.¹²⁾ 이러한 헌법재판소 견해는 독일 연방헌법재판소 판례에서 비롯한 것으로 보인다. 독일 연방헌법재판소는 “기본법에서 내려진 헌법정책적 결단을 따르면, 결국 자유민주적 기본질서의 기초가 되는 것은 인간은 창조질서 안에서 고유의 독자적 가치를 지니며 자유와 평등은 국가적 통일의 항구적 기본가치라는 생각이다. 그러므로 기본질서는 가치구속적인 질서이다. 이것은 인간의 존엄과 자유와 평등을 거부하는 배타적인 통치권력으로서 전체국가의 반대개념이다. … 그러므로 자유민주적 기본질서는 모든 폭력적 지배와 자의적 지배를 배제하고 그때그때의 다수의사에 따른 국민의 자기 결정과 자유 및 평등에 기초하는 법치국가적 통치질서를 말한다.”라고 하였다.¹³⁾

다원성은 민주주의의 본질이다. 자유민주적 기본질서는 이러한 다원성에 최소한의 한계를 설정하는 근본가치이다.¹⁴⁾ 자유민주적 기본질서는 헌법질서와 구별된다. 즉 자유민주적 기본질서는 다양한 헌법질서 중 가장 기본적이고 핵심적인 내용을 가리킨다. 자유민주적 기본질서라는 개념은 독일 기본법상 ‘자유롭고 민주적인 기본질서’¹⁵⁾에서 비롯한다. 이러한 점에 비추어 자유민주적 기본질서는

10) 현재 2014. 12. 19. 2013헌다1, 판례집 26-2하, 1, 23.

11) 같은 견해: 정태호, 헌법 제8조 제4항의 정당해산사유에 관한 관견, 경희법학 49권 3호(2014), 288.

12) 현재 2001. 9. 27. 2000헌마238 등, 판례집 13-2, 383, 400: “먼저 우리 헌법은 전문에 “자유와 조화를 바탕으로 자유민주적 기본질서를 더욱 확고히 하여……”라고 선언하고, 제4조에 “자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책을 수립하고 이를 추진한다.”라고 규정함으로써 자유민주주의 실현을 헌법의 지향이념으로 삼고 있다. 즉 국가권력의 간섭을 배제하고, 개인의 자유와 창의를 존중하며 다양성을 포용하는 자유주의와 국가권력이 국민에게 귀속되고, 국민에 의한 지배가 이루어지는 것을 내용적 특징으로 하는 민주주의가 결합된 개념인 자유민주주의를 헌법질서의 최고 기본가치로 파악하고, 이러한 헌법질서의 근간을 이루는 기본적 가치를 ‘기본질서’로 선언한 것이다.”

13) BVerfGE 2, 1 (12).

14) 장영수, 헌법의 기본원리로서의 민주주의, 안암법학 창간호(1993), 137.

15) Freiheitliche demokratische Grundordnung (독일 기본법)이나 Freiheitlich-demokratische Grundordnung.

자유로운 기본질서와 민주적인 기본질서의 결합으로 이해되어야 한다.¹⁶⁾ 여기서 자유로운 기본질서란 자유가 보장되는, 즉 기본적 인권이 보장되는 기본질서를 말한다. 이때의 기본질서는 헌법질서를 가리킨다. 따라서 자유민주적 기본질서란 기본적 인권이 보장되는 민주주의 헌법질서를 뜻한다. 이러한 점에서 자유민주적 기본질서는 사회민주주의가 아니라 국민의 기본적 인권을 보장하지 아니하고, 민주적 정당성도 확보되지 아니하는 전체주의(특히 파시즘과 나치즘, 인민민주주의)와 대립한다. 즉 자유민주적 기본질서는 개인의 존엄성 및 자유와 평등을 부정하는 전체주의적 국가질서에 대한 반대개념이다.¹⁷⁾ 요컨대 기본적 인권 보장이 법치국가원리의 핵심내용인 점에 비추어 자유민주적 기본질서는 민주주의와 법치국가의 결합, 즉 법치국가적 민주주의를 가리킨다.¹⁸⁾ 이것은 민주주의원리와 법치국가원리가 헌법구조에서 서로 밀접한 연관관계에 있다는 점에서 당연한 결론이다. 결국, 자유민주적 기본질서는 좁은 뜻의 민주적 기본질서에 국한되지 않고, 법치국가는 자유민주적 기본질서 없이 있을 수 없다.¹⁹⁾ 이러한 내용은 헌법의 핵심사항이므로, 자유민주적 기본질서를 ‘요약한 헌법’이라고 부를 수도 있다. 따라서 자유민주적 기본질서는 헌법개정의 한계에 해당한다.²⁰⁾

(2) 자유민주적 기본질서와 자유민주주의의 관계

자유민주적 기본질서에 관한 해석론 대부분이 자유민주주의 전통을 계승한다는 점에서 외국어 어원상 다소 다른 부분이 있어도 자유민주적 기본질서와 자유민주주의의 밀접한 관련성이 인정되므로, 자유민주적 기본질서와 자유민주주의는 거의 같거나 최소한 밀접한 관련이 맺는다는 견해가 있다.²¹⁾ 본 결정에서는 자유민주적 기본질서와 자유민주주의의 관계가 명확하게 드러나지 않는다. 하지

16) 제4대 제35회 제34차 국회 본회의 회의록 17쪽 헌법개정안기초위원장(정현주): “그 다음에 물으신 것은 헌법에 민주적 기본질서의 한계는 무엇인가 이것을 물으셨는데 이것은 여러번 되풀이해서 말씀드리는 것입니다마는 자유스럽고 민주적인 사회질서와 정치질서를 말하는 것입니다.”

17) 김문현, 정당해산심판에 관한 소고, 성균관법학 19권 2호(2007), 8; 한수용, 자유민주주의에서 정당해산심판의 헌법적 문제점, 헌법재판연구 3권 2호(2016), 196.

18) 비슷한 견해: 한수용(각주 17), 195.

19) Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1995, Rdnr. 128 (Konrad Hesse, 계획열 옮김, 통일독일헌법원론, 박영사, 2001, 84).

20) 이상 허완중, 한국헌법체계에 비춘 헌법 제4조의 해석 헌법재판소 헌법재판연구원, 2014, 40.

21) 조한상, 자유주의, 민주주의 그리고 자유민주주의, 원광법학 31집 2호(2015), 71.

만 헌법재판소는 현재 2001. 9. 27. 2000헌마238등에서 자유민주적 기본질서와 자유민주주의의 관계를 구체적으로 확인하였다. 즉 헌법재판소는 국가권력의 간섭을 배제하고, 개인의 자유와 창의를 존중하며 다양성을 포용하는 자유주의와 국가권력이 국민에게 귀속되고, 국민에 의한 지배가 이루어지는 것을 내용적 특징으로 하는 민주주의가 결합한 자유민주주의를 헌법질서의 최고 기본가치라고 하고 나서 이러한 헌법질서의 바탕을 이루는 기본적 가치를 자유민주적 기본질서라고 하면서 본 결정이 이러한 내용을 천명하였다고 하였다.²²⁾

그러나 자유민주적 기본질서는 자유민주주의와 구별하여야 한다. 자유민주주의는 다양한 민주주의의 구체적 형태 중 하나이지만, 자유민주적 기본질서는 민주주의가 기능할 수 있게 하는 기초에 해당한다. 따라서 자유민주주의나 사회민주주의와 같은 민주주의의 구체적 형태는 자유민주적 기본질서와 직접적 관련성이 없다. 자유민주적 기본질서는 자유민주주의와 사회민주주의를 비롯한 모든 민주주의 형태의 토대가 될 뿐이다. 더욱이 자유민주주의 개념에 관해서는 다양한 견해가 있고, 구체적으로 자유민주주의의 내용이 무엇인지는 명확하지 않다. 따라서 자유민주주의는 핵심적 가치가 지녀야 할 명확성을 갖추지 못하였다. 나아가 가치상대주의를 강조하는 자유민주주의가 가치절대주의에 기반한 자유민주적 기본질서와 직접적 관련성이 있다고 보는 것은 타당하다고 보기 어렵다. 따라서 자유민주주의가 자유민주적 기본질서에 토대를 담은 당연하지만, 자유민주적 기본질서를 자유민주주의와 동일시하거나 자유민주적 기본질서와 자유민주주의의 직접적 관련성을 강조하는 것은 적절하지 않다고 생각한다.

(3) 자유민주적 기본질서와 민주적 기본질서의 관계

한국 헌법에서 민주적 기본질서라는 용어가 등장한 것은 1960년 헌법 제13조 제2항 단서²³⁾이다. 즉 정당해산제도를 도입하면서 해산요건으로 ‘민주적 기본질서’를 규정하였다. 1962년 헌법 제7조 제3항²⁴⁾도 이 조항을 이어받으면서 심판주

22) 현재 2001. 9. 27. 2000헌마238 등, 판례집 13-2, 383, 400-401.

23) “단, 정당의 목적이나 활동이 헌법의 민주적 기본질서에 위배될 때에는 정부가 대통령의 승인을 얻어 소추하고 헌법재판소가 판결로써 그 정당의 해산을 명한다.”

24) “다만, 정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배될 때에는 정부는 대법원에 그 해산을 제소할 수 있고, 정당은 대법원의 판결에 의하여 해산된다.”

체만 대법원으로 고쳤다. 1972년 헌법도 이 조항을 심판주체만 헌법위원회로 바꾸어 제7조 제3항²⁵⁾에 그대로 유지하였다. 그리고 전문에 평화통일을 규정하면서 ‘자유민주적 기본질서’라는 용어를 처음 사용하였다.²⁶⁾ 1980년 헌법도 전문에 자유민주적 기본질서를 규정하고,²⁷⁾ 정당해산과 관련하여 제7조 제4항²⁸⁾에 민주적 기본질서를 규정하였다. 1987년에 개정된 현행 헌법은 통일조항을 제4조²⁹⁾에 신설하여 자유민주적 기본질서를 규정하면서, 이전과 같이 전문³⁰⁾에 자유민주적 기본질서를, 정당해산과 관련하여 제8조 제4항³¹⁾에 민주적 기본질서를 규정한다. 이러한 내용을 종합하면, 한국 헌법은 통일과 관련하여서는 자유민주적 기본질서라는 용어를 사용하고, 정당해산과 관련하여 민주적 기본질서를 규정한다. 이러한 점에 비추어 자유민주적 기본질서와 민주적 기본질서가 어떠한 관계에 있는지에 관해서 확실 대립이 있다. 즉 자유민주적 기본질서와 민주적 기본질서가 같은 것인지 아니면 민주적 기본질서가 자유민주적 기본질서보다 상위의 개념인지가 다투어진다. 본 결정에서는 이에 관한 언급이 없다. 하지만 이후 헌법 제8조 제4항의 민주적 기본질서에 관해서 언급하는 내용³²⁾이 본 결정의 내용과 별반 차이가 없는 것으로 보아 헌법재판소는 자유민주적 기본질서와 민주적 기본질서를 같은 것으로 본다고 추정할 수 있다.³³⁾

25) “다만, 정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배되거나 국가의 존립에 위해가 될 때에는 정부는 헌법위원회에 그 해산을 제소할 수 있고, 정당은 헌법위원회의 결정에 의하여 해산된다.”

26) “...조국의 평화적 통일의 역사적 사명에 입각하여 자유민주적 기본질서를 더욱 공고히 하는 새로운 민주공화국을 건설함에 있어서...”

27) “... 조국의 평화적 통일과 민족중흥의 역사적 사명에 입각한 제5민주공화국의 출발에 즈음하여 정의·인도와 동포애로써 민족의 단결을 공고히 하고, 모든 사회적 폐습과 불의를 타파하며, 자유민주적 기본질서를 더욱 확고히 하여 정치·경제·사회·문화의 모든 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히 하고, ...”

28) “정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배될 때에는 정부는 헌법위원회에 그 해산을 제소할 수 있고, 정당은 헌법위원회의 결정에 의하여 해산된다.”

29) “대한민국은 통일을 지향하며, 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일 정책을 수립하고 이를 추진한다.”

30) “...조국의 민주개혁과 평화적 통일의 사명에 입각하여 정의·인도와 동포애로써 민족의 단결을 공고히 하고, 모든 사회적 폐습과 불의를 타파하며, 자율과 조화를 바탕으로 자유민주적 기본질서를 더욱 확고히 하여 정치·경제·사회·문화의 모든 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히 하고, ...”

31) “정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배될 때에는 정부는 헌법재판소에 그 해산을 제소할 수 있고, 정당은 헌법재판소의 심판에 의하여 해산된다.”

32) 헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1, 판례집 26-2하, 1, 22-23.

33) 헌재 2001. 9. 27. 2000헌마238 등, 판례집 13-2, 383, 401 참조: “... 어떠한 정당이 외형상 민주적 기본질서를 추구한다고 하더라도 그 구체적인 강령 및 활동이 폭력적 지배를 추구함으로써 자유민주적 기본질서를 위반되는 경우 우리 헌법 질서에서는 용인될 수 없는 것이다.”

① 민주적 기본질서가 사회민주적 기본질서까지 포함한다는 견해

먼저 (i) 민주적 기본질서는 자유민주적 기본질서와 사회민주적 기본질서의 공통개념이지 자유민주적 기본질서만이 유일한 민주적 기본질서는 아니고,³⁴⁾ (ii) 민주적 기본질서는 공산주의와 전체주의의 국가질서에 대한 반대개념이지 사회적 법치주의를 배척하는 개념이 아닌데, 민주적 기본질서가 곧 자유민주적 기본질서라는 것은 민주주의 이념을 자유와 평등만으로 국한하려는 사고로서 복지과 사회정의의 요청을 무시한 것이며,³⁵⁾ (iii) 한국 헌법의 민주적 기본질서는 독일 기본법상 자유민주적 기본질서와 구별하여야 하는데, 자유민주주의와 사회민주주의의 복합개념인 민주적 기본질서는 자유주의나 보수주의를 배척하는 것이 아니라 부익부·빈익빈을 조장하는 경제적 자유와 독점자본주의를 배척하는 것이고, (iv) 한국 헌법현실은 자유민주주의에 대한 수정을 의미하는데, 자유주의 요소를 절대적으로 고집하면, 한국 헌법현실은 민주적 기본질서에 어긋난다는 논리도 성립할 수 있어 모순이며, (v) 한국 정당의 정강·정책을 보더라도 고전적 자유민주주의를 채택하는 정당은 없고, 모두 복지주의적·사회적 법치주의를 지향한다는 점에 비추어 민주적 기본질서는 사회민주적 기본질서를 배척하는 것이 아니므로, 민주적 기본질서는 자유민주적 기본질서와 사회민주적 기본질서 중 선택할 수 있게 하는 공개된 민주질서라는 견해가 있다.³⁶⁾

그리고 헌법 제34조 제2항을 따르면 현대적 복지주의적 헌법으로서 복지주의를 헌법의 기본이념의 하나로 하므로 자유민주적 기본질서는 물론이고 이외에 복지주의 등을 그 내용으로 하는 사회복지적 민주적 기본질서(사회민주적 기본질서)도 민주적 기본질서의 중요한 다른 축으로 하므로 민주적 기본질서는 자유민주적 기본질서뿐 아니라 사회민주적 기본질서도 포함한다는 견해도 있다.³⁷⁾

② 민주적 기본질서는 자유민주적 기본질서라는 견해

먼저 헌법 제8조 제4항의 민주적 기본질서는 자유민주적 기본질서로 해석하여야

34) 김철수, 민주적 기본질서, 서울대학교 법학 20권 1호(1979), 102, 108; 같은 사람, (학설판례) 헌법학(상), 박영사, 2009, 381.

35) 김철수(각주 34), 민주적 기본질서, 108.

36) 김철수(각주 34), (학설판례) 헌법학(상), 386. 이에 따르는 견해로는 박영호, 민주적 기본질서와 통일조항, 세계헌법연구 6권(2001), 579.

37) 정재황, (신) 헌법입문, 박영사, 2018, 102, 136, 855.

한다는 견해가 있다.³⁸⁾ 이 견해는 (i) 국가적 기본질서가 자유민주주의와 사회민주주의를 포괄한다고 하더라도 정당의 해산사유까지 반드시 양자를 아우르는 것으로 볼 이유는 없는데, 현행 헌법이 사회민주주의의 중요한 내용을 따로 규정하므로, 헌법 제8조 제4항의 민주적 기본질서 중에 반드시 사회민주주의를 포함하여야 할 이유가 없고, (ii) 헌법 제8조 제4항은 정당의 존립과 활동의 자유에 일정한 한계를 설정하면서도 정당의 존립과 활동의 자유를 최대한 보장하려는 것이므로, 정당해산 구실을 극소화하기 위해서라도 이때의 민주적 기본질서를 자유민주적 기본질서만을 의미하는 것으로 제한적 해석을 하여야 하며, (iii) 자유민주적 기본질서는 한국 헌법질서의 중핵으로서 어떠한 때도 수호하지 않으면 아니 될 헌법의 최후보루인데, 이것을 정당조항과 관련지어 해석하면, 동 조항은 정당에 대해서 그 목적과 활동의 자유를 최대한 보장하지만, 자유민주적 기본질서를 부정하거나 전체주의를 지향하면 이를 방임할 수 없다는 민주주의를 위한 확고한 신념고백이라고 한다.

그리고 헌법 전문의 ‘자유민주적 기본질서’와 제8조 제4항의 ‘민주적 기본질서’를 해석할 때도 헌법의 통일성이라는 해석 지침이 그대로 적용되는데, 헌법 전문은 성문헌법규정에 들어 있는 규범적 내용의 연혁적·이념적 기초로서 헌법 전체를 이념으로 지배하는 성문헌법의 구성부분이어서, 그러한 범위에서 헌법 전문의 이념을 구체화하는 것이 헌법 본문의 규정이고, 이념을 구체화하는 개별 규정이 이념에 모순되거나 이념과 다른 내용이 있다고 할 수 없으므로, 문언상 서로 다른 민주적 기본질서와 자유민주적 기본질서는 같은 것을 뜻한다는 견해도 있다.³⁹⁾

또한, 독일 연방헌법재판소가 말하는 자유민주적 기본질서와 한국 헌법상 민주적 기본질서는 같다는 견해도 있다.⁴⁰⁾ 이 견해는 민주주의 유형을 여러 가지로 세분할 수 있으나(인민민주주의를 제외하면), 모든 유형의 민주주의는 본질에서 같고, 민주주의 앞에 붙인 여러 형용사는, 특히 자유민주주의나 사회민주주의는

38) 권영성, 헌법학원론(개정판), 법문사, 2010, 195-196.

39) 홍성방, 자유 민주적 기본질서, 헌법법학 FORUM 2권(1992), 12-13; 같은 사람, 헌법소송법, 박영사, 2015, 185; 같은 사람, 헌법학(상)(제3판), 박영사, 2016, 131-132, 196.

40) 계획열, 헌법학(상)(신정2판), 박영사, 2005, 298 주 207. 이에 동의하는 견해로는 김명재, 헌법상의 자유민주적 기본질서의 개념, 전남대학교 법률행정논총 23집 1호(2003), 81. 이 견해는 상대화할 수 있는 본질내용이 있고, 그 본질내용만 보면 자유민주적 기본질서와 민주적 기본질서는 결국 동일개념으로 보인다고 한다[김명재(앞의 글), 68].

민주주의 본질적 요소인 자유와 평등 중 어느 편을 더 강조하는 문제와 더불어 다른 유형의 민주주의와 구별하는 문제에 불과하여 본질에서는 같다고 한다. 여기서 ‘자유’민주적 기본질서라고 할 때 자유의 의미는 인민민주주의(공산주의)와 구별하려는 의미 이상이 있다고 보기 어렵다고 한다. 민주주의는 (자유민주주의든 사회민주주의든) 그 발전에서 자유주의사상에 영향을 받았다는 것에는 이의가 없으므로, 결국 민주적 기본질서에서는 명칭이 아니라 개별 헌법에 나타난 민주주의의 전체 내용이 문제 된다고 한다.

민주적 기본질서를 자유민주적 기본질서와 사회민주적 기본질서로 나누어 그 의미를 파악하고자 하는 논의는 불필요할 뿐 아니라 헌법이론적으로 받아들일 수 없으므로 헌법 제8조 제4항의 민주적 기본질서는 자유민주적 기본질서보다 상위의 개념이나 포괄적 개념이 아니라 자유민주적 기본질서와 같은 개념으로 보아야 한다는 견해도 있다.⁴¹⁾

그 밖에 현행 헌법 제8조 제4항의 ‘민주적 기본질서’는 곧 한국 헌법질서의 중핵을 뜻하는 ‘자유민주적 기본질서’로 이해하는 것이 타당하다는 견해도 있다.⁴²⁾ 이 견해는 독일 기본법상 정당조항의 ‘자유민주적 기본질서’ 개념을 한국 헌법에 도입하는 과정에서 ‘민주적 기본질서’라고 규정한 것으로 추정할 수 있고, 그것을 독일의 ‘자유민주적 기본질서’와 다른 의미로 의식적으로 규정하였다고 보기 어려우며, 1972년 헌법에 ‘자유민주적 기본질서’를 규정하면서 정당해산요건인 ‘민주적 기본질서’를 ‘자유민주적 기본질서’로 수정하지 않은 것은 의도적으로 ‘자유민주적 기본질서’와 개념구별을 하려는 것이라고 보기 어렵고, 단지 헌법개정과정에서 해당 조항의 수정 필요성을 간과한 잘못이라고 볼 수밖에 없다고 한다.

나아가 자유 없는 또는 자유가 제한되는 평등이 가능한지 나아가 무제한의 자유를 인정하지 않는 법치국가적 질서에서 양자의 구별은 의미가 없고 현실적으로 실익도 없다는 점에서 자유민주적 기본질서는 민주적 기본질서에서 자유를 강조하는 하나의 표현이라는 견해,⁴³⁾ 헌법이 지향하는 기본적인 질서가 자유민

41) 한수용, 헌법학(제8판), 법문사, 2018, 1544-1545.

42) 정만희, 헌법 제8조, 한국헌법학회 편, 헌법주석, 박영사, 2013, 261; 같은 사람, 정당해산심판의 헌법적 쟁점, 공법연구 42집 3호(2014), 124-125. 민주적 기본질서의 핵심은 자유민주적 기본질서이므로 민주적 기본질서는 자유민주적 기본질서라는 견해로는 양건, 헌법강의(제7판), 법문사, 2018, 199.

43) 김상겸, 헌법상의 남북관련조항에 관한 연구-헌법 제3조와 제4조의 헌법해석론 관점에서, 헌법학연구 10권 3호(2004), 229-230.

주주의에 입각한 사회복지국가원리를 도입하므로 민주적 기본질서와 자유민주적 기본질서는 서로 충돌하는 개념이 아니라 상호융합적으로 조응하는 개념으로 이해하여야 한다는 견해,⁴⁴⁾ 위헌정당해산제도가 정당을 보호하는 제도라는 측면을 고려하면 그리고 적어도 개념적으로는 민주주의원리와 사회복지주의(사회국가원리)가 구분된다는 점을 고려하면 자유민주적 기본질서에 국한한다는 견해,⁴⁵⁾ 우리 헌법의 정당조항에서 민주적 기본질서가 서독 기본법의 정당조항을 모방한 것이므로 우리 헌법에서 민주적 기본질서 개념도 독일 연방헌법재판소가 기본법 제18조·제21조의 그것에 관하여 개념 규정한 것과 같은 개념으로 보아도 무방할 것이라는 견해⁴⁶⁾도 있다. 민주적 기본질서가 자유민주적 기본질서만을 의미하느냐 혹은 사회민주적 기본질서도 동시에 포함하느냐를 논하는 종전 학설 대립은 실질적인 실익이 없다면서, 결국 민주적 기본질서가 자유민주적 기본질서와 각기 다른 별개의 개념이란 뜻이 아니고 민주적 기본질서란 자유민주적 기본질서와 사회민주적 기본질서를 함께 포함하는 상위개념 내지는 공동개념이며, 절충적인 입장에서 택일적일 수도 있다는 견해⁴⁷⁾와 기본적으로 자유롭고 민주적인 기본질서, 즉 ‘자유’와 ‘민주’라는 두 가치를 모두 인정하고 그 조화를 꾀하려는 입장에서 있다면 정치이념의 명칭은 부차적이므로, 정치적 또는 경제적 자유주의, 보수주의, 사회주의, 자유민주주의, 사회민주주의, 민주사회주의, 생태주의 등 어떠한 명칭의 이념을 추구하든 자유와 민주라는 두 가지의 가치를 모두 인정하는 기초에서 있다면 자유민주적 기본질서에 어긋나지 않는다는 견해⁴⁸⁾ 그리고 ‘자유민주주의’라는 개념이 결국 인간의 존엄을 위해 발전되고 그 내용을 확정·확장시켜온 것에 비추어 보면 그리고 헌법의 통일적 해석이라는 관점에서 보면 헌법 제8조 제4항의 ‘민주적 기본질서’의 의미는 헌법 전문의 ‘자유민주적 기본질서’와 같은 의미라는 견해⁴⁹⁾도 있다.

③ 사건

자유민주적 기본질서를 법치국가적 민주주의로 이해하면, 법치국가의 주요 내

44) 성낙인(각주 5), 146, 917; 성낙인 외, 헌법소송론, 법문사, 2012, 374.

45) 이준일, 헌법학강의(제6판), 홍문사, 2015, 222.

46) 박규하, 서독 기본법상의 자유민주적 기본질서, 고시연구 1990년 6월호, 108-109.

47) 김백유, 민주적 기본질서, 헌법학연구 9권 3호(2003), 95-97.

48) 김현철, 정당해산심판의 목적 및 해산사유, 헌법학연구 22권 2호(2016), 379.

49) 박규환, 정당해산 심판기준에 관한 연구, 헌법학연구 14권 4호(2008), 492-494.

용인 자유와 평등의 보장에서 평등은 실질적으로 이해된다. 이러한 실질적 평등으로 말미암아 헌법해석상 ‘자유민주적 기본질서’의 개념에는 사회국가원리의 핵심내용도 포함된다.⁵⁰⁾ 이러한 점을 고려하면, 민주적 기본질서에 사회민주적 기본질서가 포함되는지를 다투는 것은 무의미할 뿐 아니라 유해하기까지 하다.⁵¹⁾ 그리고 헌법 제8조 제4항의 주된 목적은 정당의 특별한 보호라는 점을 고려하면, 정당해산요건인 ‘민주적 기본질서’는 가능한 한 좁게 이해할 수밖에 없다. 특히 정당해산제도가 가치구속주의의 산물이라는 점에서 ‘민주적 기본질서’는 결코 포기할 수 없는 헌법의 핵심이어야 한다. 이러한 점에 비추어 헌법 제8조 제4항의 ‘민주적 기본질서’는 ‘자유민주적 기본질서’로 이해할 수밖에 없을 것이다.⁵²⁾

자유민주적 기본질서와 민주적 기본질서를 구별하는 것은 지나치게 문구에 집착하면서 자유주의와 민주주의를 서로 대립하는 것으로 보는 것에서 비롯한다. 적어도 현대 헌법에서 자유 개념 확대와 민주주의의 현실적 인식을 바탕으로 자유주의와 민주주의가 융합되었음을 잊지 말아야 한다. 민주적 기본질서는 다양한 가치의 수용과 공존을 전제한다는 점에서 특정 정치이념과 연관 지어 이해하는 것은 한계 기능을 수행하는 민주적 기본질서와 들어맞지 않는다.⁵³⁾ 민주적 기본질서가 특정 정치이념과 연동되면 그 자체로 명확성을 담보하기 어려운 정치이념의 유동성 때문에 민주적 기본질서의 내용이 바뀔 수 있기 때문이다. 민주적 기본질서는 다양한 정치이념이 자유롭게 서로 경쟁할 광장을 열어주는 정치과정에 불과하다.⁵⁴⁾ 나아가 민주적 기본질서와 자유민주적 기본질서를 구별하는 견해는 현대 민주주의가 법치국가원리와 결합한 자유민주주의로 귀결된다는 것을 부정한다. 민주적 기본질서와 자유민주적 기본질서가 다르다면 민주적 기본질서에 자유민주적 기본질서가 아닌 다른 것이 있다는 것인데, 이것은 자유민주주의에 기초하지 않은 민주적 기본질서나 자유민주주의에 다른 것이 더해진 민주적 기본질서가 있음을 뜻한다. 그러나 이것은 민주주의와 법치국가원리가 부정될 수 있거나 민주주의와 법치국가가 아닌 헌법적 핵심이 있다는 것으로 현대 헌법학

50) 한수용(각주 17), 192 참조.

51) 비슷한 견해: 김학성, 헌법학원론(전정2판), 피앤씨미디어, 2018, 171-172; 이성환 외, 정당해산심판제도에 관한 연구, 헌법재판연구 15권, 헌법재판소, 2004, 140-142; 헌법재판연구원, 주석 헌법재판소법, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2015, 747-748(정태호 집필부분).

52) 이상 허완중(각주 20), 44-45.

53) 이상 송석운, 정당해산심판의 실제적 요건 -정당해산심판제도의 좌표와 관련하여, 서울대학교 법학 51권 1호(2010), 54.

54) 정태호(각주 11), 284-286.

에서는 받아들이기 어렵다.⁵⁵⁾ 기존 ‘민주적 기본질서’에 ‘자유민주적 기본질서’를 추가할 때 특별한 이유가 있었는지는 확인되지 않는다. 다만, 냉전이 극에 달하였던 당시 상황에 비추어 반공주의에 기초한 권위주의 독재정권이 체제 유지를 위해서 강조하는 의미로 ‘자유’를 추가한 것으로 볼 수 있다.⁵⁶⁾ 하지만 이미 민주적 기본질서가 처음 도입될 때 자유민주적 기본질서로 이해하였던 사실에 비추어 이것은 민주적 기본질서에 특별한 의미를 더하는 것으로 보기 어렵다.

‘민주적 기본질서’는 국가의 정당보호의무를 원칙으로 규정한 한국 헌법에서 예외적으로 정당을 해산하는 데 적용되는 실체적 기준으로서 엄격하게 해석되어야 하므로, 독일 기본법의 자유민주적 기본질서와 개념범주적으로 가깝지만, 헌법 전문과 제4조의 ‘자유민주적 기본질서’는 대한민국의 국가체제 자체를 가리키는 개념으로서 북한의 인민민주주의 체제와 대립하는 개념으로 쓰여서 자유민주적 기본질서가 민주적 기본질서보다 넓은 개념이라는 견해가 있다.⁵⁷⁾ 그리고 헌법 전문과 제4조는 그 구조상 더욱 확고히 하여야 할 기본질서이자, 통일정책 수립·추진할 때 그러한 바탕에서 지향하여야 할 기본질서로서, 즉 적극적 지향 대상으로서 자유민주적 기본질서를 규정하고, 자유민주적 기본질서를 지향할 때 이들 규정을 해석하고 구체화할 여지도 비교적 넓지만, 헌법 제8조 제4항의 민주적 기본질서는 그것에 어긋나서는 아니 되고 어긋나면 정당을 해산까지 할 수 있는 한계선으로서 소극적 방어 대상인, 헌법의 민주주의 보장을 위한 최소핵심 개념이고, 이 규정은 가능한 한 엄격하게 해석하여서 정말 수호하여야 할 최소한의 핵심질서를 보장하고, 대신에 그 핵심질서에 대한 침해가 없다면 여하한 정치적 이념 차이로 정당을 합부로 해산시킬 수 없도록 보호하는 역할을 하여야 한다면서 헌법 제8조 제4항의 민주적 기본질서를 헌법 전문과 제4조의 자유민주적 기본질서와 구별하여야 한다는 견해도 있다.⁵⁸⁾ 그러나 처음 민주적 기본질서가 한국 헌법에 들어올 때 자유민주적 기본질서로 이해되었을 뿐 아니라 이후 자유민주적 기본질서라는 용어가 새로 한국 헌법에 수용될 때 자유민주적 기본질서를 민주적 기본질서와 구별하려는 시도는 찾을 수 없다. 오히려 민주적 기본질서를 자유민주적 기본질서와 같은 것으로 이해하여서 고치지 않은 것으로 보인다. 그

55) 이상 한수용(각주 17), 191 참조.

56) 이황희, 민주적 기본질서 위배의 의미 -헌법재판소의 해석(2013헌다1)에 관한 분석, 법조 65권 5호(2016), 20-21 참조.

57) 김선택, 정당해산의 실체적 요건의 규범적합적 해석, 헌법연구 1권 1호(2014), 153-158.

58) 이재희, 전투적 민주주의(Militant Democracy)로부터의 민주주의 수호, 공법학연구 15권 2호(2014), 124.

리면서도 굳이 자유민주적 기본질서라는 용어를 통일과 관련하여 사용한 것은 북한 체제와 대비시키기 위한 것으로 보인다. 그리고 정당해산과 관련하여 보호적 측면에서 엄격해석이 요구되어 민주적 기본질서가 자유민주적 기본질서로 이해될 수밖에 없는 것처럼 평화적 통일이라는 측면에서 북한과 합의하는 것이 필연적인 통일에서 자유민주적 기본질서는 결코 포기할 수 없는 최소한으로 이해될 수밖에 없으므로 두 의미를 달리 볼 수는 없다고 생각한다.

이러한 다툼과 관련하여 자유민주적 기본질서에서 ‘자유’를 삭제하자는 주장이나 심지어 자유민주적 기본질서에 관한 규정 자체를 삭제하자는 주장이 있을 수 있다. 이에 대해서 ‘자유민주적 기본질서’는 해석을 통해서 헌법상 가치를 포섭할 수 있고, 여기에는 사회민주주의 등 다양한 민주주의 유형이 배제되지 않으며, ‘자유’를 삭제하는 개정은 필연적으로 한국 사회에서 이념투쟁을 촉발할 수 있다고 하면서 이러한 개정이 시급하지 않다는 견해가 있다.⁵⁹⁾ 생각건대, 자유민주적 기본질서를 통일과정에서 포기할 수 없는 최소한의 가치적·내용적 한계로 이해하면 현대 헌법에 수용되거나 수용될 수 있는 다양한 가치가 배제되지 않고, 민주주의 역시 실제 그 실현형태는 너무나 다양하여서 민주주의의 본질적 요소만 배제되지 않으면 모두 포섭할 수 있으며, 문제를 해결하려고 민주적 기본질서로 개정한다고 할지라도 헌법 제8조 제4항에서 보는 것처럼 다시 자유민주적 기본질서로 축소해석할 수밖에 없고, 설사 자유민주적 기본질서를 삭제하여도 자유민주적 기본질서의 의미에 비추어 이를 배제하는 통일은 가능하지 않으므로, 이러한 개정은 큰 의미가 없다고 생각한다. 오히려 자유민주적 기본질서를 합리적으로 해석하여 통일의 걸림돌이 되지 않도록 하는 것이 더 중요하다고 생각한다. 나아가 불필요한 논쟁을 없애려면 오히려 헌법 제8조 제4항의 ‘민주적 기본질서’를 ‘자유민주적 기본질서’로 개정하는 것이 바람직하다고 생각한다.⁶⁰⁾

(4) 자유민주적 기본질서의 구성요소

1) 필요최소한으로서 자유민주적 기본질서

근대 이후 헌법은 가치상대주의에 기초한다. 하지만 자유민주적 기본질서를 떠

59) 전광석, 헌법 제4조, 한국헌법학회 편, 헌법주석, 박영사, 2013, 140-141.

60) 이상 허완중(각주 20), 44.

받치는 것은 가치절대주의이다. 이러한 가치절대주의의 그림자는 자유민주적 기본질서의 내용이 필요최소한으로 한정되어야 함을 요구한다. 특히 가치절대주의에 따른 정치적 불관용은 민주주의와 법치국가원리를 송두리째 무너뜨릴 수도 있음을 잊어서는 아니 된다. 이러한 점에서 자유민주적 기본질서는 민주주의와 법치국가원리를 살리기 위한 극약처분이다. 따라서 자유민주적 기본질서는 정상적인 상황에서는 문제 되지 않는다. 오로지 예외상태만이 자유민주적 기본질서가 작용할 수 있는 영역이다. 즉 민주주의와 법치국가원리가 정상적으로 작동하면 자유민주적 기본질서는 모습을 드러내서는 아니 된다. 자유민주적 기본질서는 헌법에서 반드시 수호하여야 할 가치를 적극적으로 규정하지 않는다. 오히려 헌법을 수호하고 유지하는 데 필요한 최소한의 요소만을 소극적으로 규정할 뿐이다.⁶¹⁾ 이러한 요소에 어떠한 것이 해당하는지는 ‘자유민주적 기본질서’ 해석을 통해서 밝혀질 수 있다.

2) 본 결정과 독일 연방헌법재판소 판례의 비교

본 결정에서 헌법재판소는 자유민주적 기본질서의 구성요소로 기본적 인권의 존중, 권력분립, 의회제도, 복수정당제도, 선거제도, 사유재산과 시장경제를 골간으로 한 경제질서 및 사법권의 독립을 나열한다.⁶²⁾ 독일 연방헌법재판소는 자유민주적 기본질서에 포함하여야 할 적극적 내용으로 기본법이 구체화하는 기본적 인권, 특히 생명권과 인격의 자유로운 발현권 존중, 국민주권, 권력분립, 정부의 책임성, 행정의 합법률성, 사법권 독립, 복수정당제의 원리와 헌법상 야당을 결성하고 활동할 권리를 포함하는 정당에 대한 기회균등을 열거한다.⁶³⁾

둘을 비교하면 기본적 인권의 존중, 권력분립, 복수정당제, 사법권 독립은 공통된다. 본 결정의 내용을 살펴보면 독일 연방헌법재판소 판례의 영향을 받았다는 것을 부정할 수 없다. 그런데 헌법재판소는 자유민주적 기본질서의 적극적 내용을 다소 다르게 구성한다. 즉 본 결정에서는 독일 연방헌법재판소 판례와 달리 의회제도, 선거제도, 사유재산과 시장경제를 골간으로 한 경제질서를 추가하면서 국민주권, 정부의 책임성, 행정의 합법률성, 헌법상 야당을 결성하고 활동할 권리를

61) 장영수(각주 14), 136 참조.

62) 현재 1990. 4. 2. 89헌가113, 판례집 2, 49, 64.

63) BVerfGE 2, 1 (12 f.); 5, 85 (140).

포함하는 정당에 대한 기회균등은 언급하지 않는다.⁶⁴⁾ 특히 본 결정이 정치질서에 해당하지 않는 사유재산과 시장경제를 골간으로 한 경제질서를 포함한 점이 특이하다.

3) 본 결정의 문제점

독일 연방헌법재판소가 언급한 요소 중 본 결정에서 배제된 정부의 책임성은 한국과 독일의 정부형태 차이로 말미암아 빠진 것으로 보인다. 의회에서 선출되고 의회에 대해서 정치적 책임을 지는 내각이 국정을 이끌어가는 정부형태인 의원내각제에서는 정부의 책임성이 중요한 요소이다. 그러나 의회에서 독립하고 의회에 대해서 정치적 책임을 지지 않는 대통령이 국정을 이끌어가고, 대통령에 대해서만 정치적 책임을 지는 국무위원이 구체적인 집행업무를 담당하는 정부형태에서는 입법부와 집행부의 관계가 상호독립적이라서 정부의 책임성이 그리 중요한 요소가 아니다. 따라서 의원내각제 국가인 독일에서는 정부의 책임성이 자유민주적 기본질서의 하나가 될 수 있지만, 대통령제 국가인 한국에서는 그렇지 않다.⁶⁵⁾

국민주권은 국가의사를 전반적·최종적으로 결정할 수 있는 원동력·근원이 국민에게 있고, 국가권력의 민주적 정당성 원천이 국민에게 있다는 것을 뜻한다(헌법 제1조 제2항).⁶⁶⁾ 국민주권은 민주주의의 출발점으로서 민주주의에서 절대 뺄 수 없는 핵심요소이다. 그런데 본 결정에서는 국민주권이 언급되지 않는다. 본 결정에서 언급한 ‘다수의 의사에 의한 국민의 자치’의 구체적 내용으로 국민주권이 도출될 가능성은 있다. 하지만 ‘다수의 의사에 의한 국민의 자치’는 본 결정에서 자유민주적 기본질서의 개념과 관련되어 언급된 것이다. 그러나 본 결정은 자유민주적 기본질서의 구체적 내용을 언급하면서 별도로 국민주권을 적시하지 않는다. 이러한 점에 비추어 ‘다수의 의사에 의한 국민의 자치’에 국민주권이 포함된다고 보기는 어렵다. 게다가 ‘다수의 의사에 의한 국민의 자치’는 주권의

64) 한국 헌법재판소가 민주화 이후 설립되었다는 점을 고려하면, 정치적 상황보다는 이해 부족에서 비롯된 것으로 보여 아쉽다는 견해로는 김선택, 자유민주적 기본질서와 통일, 통일법연구 3권(2017), 13-14.

65) 같은 견해: 이황희(각주 56), 15.

66) 헌재 1989. 9. 8. 88헌가6, 판례집 1, 199, 205: “우리 헌법의 전문과 본문의 전체에 담겨 있는 최고이념은 국민주권주의와 자유민주주의에 입각한 입헌민주헌법의 본질적 기본원리에 기초하고 있다. 기타 헌법상의 제원칙도 여기에서 연유되는 것이므로 이는 헌법전을 비롯한 모든 법령해석의 기준이 되고, 입법형성권 행사의 한계와 정책결정의 방향을 제시하며, 나아가 모든 국가기관과 국민이 존중하고 지켜 나가야 하는 최고의 가치규범이다.”

소재가 국민임을 반드시 전제하는 것은 아니다. 주권자가 아닌 사람도 주권자에게서 자치권을 인정받을 수도 있기 때문이다. 따라서 ‘다수의 의사에 의한 국민의 자치’에서 언제나 국민주권이 도출된다고 볼 수 있는 것도 아니다.⁶⁷⁾ 이러한 점에서 본 결정에서 국민주권을 언급하지 않은 것은 문제가 있다. 헌법재판소도 현재 2014. 12. 19. 2013헌다1 결정에서는 국민주권의 원리를 추가하였다.⁶⁸⁾

본 결정에서 자유민주적 기본질서의 구성요소로 언급된 의회제도와 선거제도는 먼저 다양한 모습으로 구체화할 수 있다. 심지어 자유민주주의와 무관한 형태로 나타날 수도 있다. 따라서 의회제도와 선거제도의 구체적 내용을 확정하기 어려워서 한계로서 기능하기 어렵다. 게다가 의회제도와 선거제도는 대의제 민주주의를 전제로 한다는 점에서 자칫 직접민주주의를 추구하거나 강조하는 것도 자유민주적 기본질서에 어긋나는 것으로 볼 위험도 있다. 민주주의는 대의제는 물론 국민투표와 같은 직접민주주의를 통해서도 실현될 수 있고, 둘 중 어느 것에 얼마만큼의 비중을 둘 것인지는 국민의사에 따라 결정될 것이다. 이러한 점에 비추어 의회제도와 선거제도를 자유민주적 기본질서의 요소로 보기는 어렵다.⁶⁹⁾ 현재 2014. 12. 19. 2013헌다1 결정에서 헌법재판소는 의회제도와 선거제도를 자유민주적 기본질서의 구성요소로 언급하지 않는다.⁷⁰⁾

본 결정은 독일 연방헌법재판소 판례와 달리 복수정당제만 언급하고 ‘헌법상 야당을 결성하고 활동할 권리를 포함하는 정당에 대한 기회균등’을 언급하지 않음으로써 정당을 설립하는 것뿐 아니라 정당이 현대 헌법국가에서 제대로 활동하려면 정당들 사이의 기회균등이 필요함을 간과한다. 정당 출현 이후 권력분립에서 야당의 역할이 중요해진 현실을 무시하는 것으로 볼 수도 있다. 특히 다원주의에 따라 인정된 복수정당제가 실질적 의미가 있으려면 복수 정당의 존재뿐 아니라 정당의 실질적 존립과 활동을 보장하여야 함을 잊지 말아야 한다. 이러한 점에서 복수정당제라는 제도를 넘어 ‘헌법상 야당을 결성하고 활동할 권리를 포함하는 정당에 대한 기회균등’이라는 실질적 가치가 자유민주적 기본질서에 포함되어야 한다.⁷¹⁾

법치국가는 행정을 법률에 기속시키는 것에서 출발하였다. 행정의 합법률성, 즉

67) 정태호(각주 11), 288.

68) 현재 2014. 12. 19. 2013헌다1, 판례집 26-2하, 1, 23.

69) 같은 견해: 이황희(각주 56), 34; 정태호(각주 11), 288.

70) 현재 2014. 12. 19. 2013헌다1, 판례집 26-2하, 1, 23.

71) 정태호(각주 11), 289.

법치행정은 행정작용이 합헌적인 법률에 따라 수행되어야 한다는 것이다. 이것은 일반적으로 법률 우위, 법률의 법규창조력, 법률 유보를 내용으로 한다. 법치국가 가 권력을 법 아래 두는 것이고, 권력은 1차적으로 행정을 통해서 행사된다는 점에서 법치국가원리는 먼저 행정의 합법성을 통해서 실현된다. 따라서 기본적 인권의 존중과 권력분립, 사법권의 독립과 더불어 행정의 합법성도 독일 연방헌법 재판소 판례처럼 자유민주적 기본질서의 요소에 포함하여야 할 것이다.⁷²⁾

4) 경제질서 포함 여부

본 결정에서 가장 특이한 점은 ‘사유재산과 시장경제를 골간으로 한 경제질서’를 자유민주적 기본질서의 구성요건으로 언급한다는 것이다. 다른 요소들은 모든 정치질서에 속한다는 점에서 ‘사유재산과 시장경제를 골간으로 한 경제질서’는 이질적이다.

본 결정을 바탕으로 자유민주적 기본질서가 사회민주적 기본질서와 상치된다는 주장이 있다.⁷³⁾ 독일은 자유민주적 기본질서를 폭력적 지배, 자의적 지배를 반대하는 개념으로 사용하지만, 헌법재판소는 자유민주적 기본질서를 자본주의 체제와 동일시한다는 평가도 있다.⁷⁴⁾ 그리고 정당 보호를 목적으로 도입한 정당 해산제도는 독일보다 더 엄격하게 해석하여야 하는데, 논란 대상이 될 수 있는 경제질서에 관한 것을 자유민주적 기본질서에 포함하여 내용을 넓히는 것은 도입 취지에 전혀 부합하지 않는다는 견해도 있다.⁷⁵⁾ 민주적 기본질서의 본질이 자유롭고 개방적인 정치 과정임에 비추어 보면 정치적 의사결정의 내용 문제인 경제질서가 민주적 기본질서의 불가결한 요소인지는 의문이라고 하면서 민주적 기본질서와 경제질서의 필연적 연관성이 없다면 경제질서를 민주적 기본질서에서 배제하는 것이 옳고, 경제질서를 민주적 기본질서에 포함할 때 정당해산에 관한 가측성 있는 기준을 제시하기 어려우며, 경제질서가 민주적 기본질서의 요소인 기본적 인권에 포함될 기본적인 경제적 자유 이상의 명확한 기준을 제시할 수 없을지도 의문이라는 견해도 있다.⁷⁶⁾

72) 정태호(각주 11), 289.

73) 김병목, 남북한헌법상의 통일관계조항 비교연구, 경희법학 29권 1호(1994), 47.

74) 이경주, 평화권의 이해, 사회평론, 2014, 161.

75) 이재희(각주 58), 127-128.

76) 정태호(각주 11), 291.

또한, 헌법 제8조 제4항의 민주적 기본질서와 자유민주적 기본질서를 달리 보아야 할 특별한 규범적 근거를 찾기 어렵고, 그 비교법적 기원이 되는 독일 기본법 제21조 제2항이 ‘자유롭고 민주적인 기본질서’라는 포괄적인 규범조건을 요건으로 하고 단순한 헌법질서와 구별되는 기본질서에 국한한 것에 비추어 특정한 정치철학에 직접 결부된 것으로 보는 해석론은 규범의 의의, 적용요건, 범위와 성격을 둘러싼 혼란을 초래할 위험이 크고, 특히 자유민주적 기본질서에서 ‘자유’의 의미는 한국 헌법을 체계적으로 해석하면 정치적 자유를 근간으로 새겨야 하고, 혹여나 고전적 자유민주주의가 재산권과 경제적 자유를 절대적으로 우월한 가치로 인정하는 ‘경제적 자유주의’를 근간으로 하는 것으로 오해하여서는 아니 된다는 견해도 있다.⁷⁷⁾ 이 견해는 정치적 자유와 자치의 최대한 보장이 자유민주적 기본질서의 핵심적 내용이 되어야 하고, 단순하게 자유주의와 민주주의라는 선별된 정치철학의 결합으로 박제화하여서는 입헌민주공화국을 근간으로 하는 헌법정신을 제대로 살리지 못하는 것이라고 하면서, ‘사유재산과 시장경제를 골간으로 한 경제질서’는 본질에서 정치적 자유주의 실현의 직접 요소가 아니므로 다원적 민주질서 유지를 목적으로 하는 정당해산 사유로 적정하지 않다고 한다.

그 밖에 헌법이 추구하는 경제질서는 자유방임적 시장경제와 계획통제경제제도가 아닌 그 사이의 사회적 경제질서인데, 이러한 개념 확정과 관련하여 입법자에게 광범위한 재량을 부여하므로 사회적 경제질서의 개념은 매우 포괄적이어서 불확정적이고, 이것을 자유민주적 기본질서에 포함하는 것은 적지 않은 어려움을 가져오며, 자유민주적 기본질서에 경제질서를 포함하면 경제적 기본권의 위헌성을 심사할 때 자유민주적 기본질서를 기준으로 삼아야 하여서 커다란 부담이 되며, 헌법재판소가 경제질서처럼 정치적 논란이 있는 부분까지 자기 해석권을 확대하는 것은 문제가 있다는 견해도 있다.⁷⁸⁾

그러나 자유민주적 기본질서는 자유민주주의에 입각한 사회복지국가원리를 포함하고, 이는 정치질서와 경제질서를 포괄하는 원리로 작용하므로 정치질서에 국한할 필요가 없다는 견해도 있다.⁷⁹⁾

본 결정은 독일 연방헌법재판소 판례와 달리 사유재산과 시장경제를 골간으로 한 경제질서를 자유민주적 기본질서의 적극적 내용으로 삼는다.⁸⁰⁾ 한국 헌법은

77) 김종철, 민주공화국과 정당해산제도, 공법학연구 15권 1호(2014), 44-48.

78) 송석윤(각주 53), 57-59; 이성환 외(각주 51), 149-155.

79) 이효원, 통일법의 이해, 박영사, 2014, 11.

80) 서독 연방헌법재판소가 자유민주적 기본질서의 내포로서 판시한 것 이외에 사회정의 실현·국민생활의

사유재산권과 시장경제를 제23조 제1항 전문과 제119조 제1항에서 각각 규정하여 보장한다. 그러나 ① 재산권과 직업의 자유라는 기본적인 인권으로 말미암아 경제질서가 자유민주적 기본질서에 포함되지 않더라도 시장경제질서가 아닌 다른 경제질서를 선택할 수 없고, 이러한 점에서 자유민주적 기본질서에서 경제질서가 배제된다는 것이 시장경제질서를 포기하는 것이 절대 아니며, ② 시장경제질서는 그 구체적 분류가 거의 불가능할 만큼 다양한 형태가 있어서 어디까지를 시장경제질서로 볼 수 있는지조차 명확하지 않으므로, 헌법상 경제질서는 사회국가원리로 말미암아 배제되는 순수한 시장경제질서와 재산권과 직업의 자유로 말미암아 배제되는 순수한 계획경제질서 사이에서 오로지 대한국민 전체의 대화와 타협에 따른 합의를 통해서 구체적으로 확정할 수밖에 없는데,⁸¹⁾ 시장경제질서를 구체화할 수 있는 특정가치로 이해하면 시장경제질서의 다양한 형태로 말미암아 불필요한 이념논쟁에 빠질 수 있고, ③ 좌우합작형태로 구성된 대한민국 임시정부가 1941년 11월 25일 발표한 건국강령이 대생산기관과 토지·어업·광업·은행·전신·교통기관 등을 국유로 하고, 토지의 상속·매매를 금지하며 “두레농장, 국영농장, 생산·소비와 무역의 합작기구를 조직 확대하여 농공대중의 물질과 정신상 생활 정도와 문화수준을 제고”한다고 하였으며, 좌파가 배제된 채 제정되었던 1948년 헌법 제6장 경제에서는 사회정의 실현과 균형 있는 국민경제 발전을 목표로 하면서, 통제경제를 중심으로 자연자원의 원칙적인 국유화와 공공성을 띤 기업의 원칙적인 국·공영제, 공공필요에 의한 사기업의 국·공유화와 경자유전 원칙에 입각한 농지개혁을 규정하였던 점에 비추어, 최소한 통일과 동시에 바로 남한 수준의 시장경제질서를 도입할 수 없는 북한지역에 (잠정적으로라도) 적용할 경제질서에 관한 선택의 폭은 매우 넓을 수밖에 없고(심지어 북한지역에 기존 계획경제질서를 당분간 유지하는 것이 불가피할 수도 있고), ④ 시장경제질서의

기본적 수요를 맞출 수 있게 하는 경제질서·인간다운 생활을 보장하는 생존권 존중·평화 보장을 포함하는 것이 좋을 것이라는 견해로는 박규하(각주 46), 109.

81) 홍성방(각주 39), 자유 민주적 기본질서, 32-34 참조: “헌법 제119조를 따르면, 우리 헌법은 경제적인 자유방임주의에서 벗어나고, 시장과 경제 메커니즘의 자율 조정 기능에 대한 전통적인 믿음을 완화해서 제한적이거나 시장 및 경제현상을 국가적인 규제와 조정의 대상으로 삼으며, 어떤 순수한 경제질서에 관한 근본적인 결단을 내리고 있다고 보기보다는 두 상반된 경제적 이념과 경제적 이익 사이의 조화로서 헌법적 양해에 근거한다고 할 수 있다. 즉 우리 헌법은 경제질서에 대해서 중립성을 지키고, 이로 말미암아 입법자는 그가 자유민주적 기본질서를 준수하는 한 그때그때 시의에 적절한 경제정책을 추구할 수 있다. 이와 같은 의미에서 우리 헌법은 필연적으로 자유민주적 기본질서와 배치하게 될 자유방위적 시장경제와 중앙관리경제의 양극을 배척한다.”

아버지인 애덤 스미스가 이미 지적한 대로⁸²⁾ 시장의 도덕성은 반드시 확보되어야 하며, 금융위기에서 신자유주의의 본국인 미국이 보여준 것처럼 시장에 대한 국가 개입은 불가피하여 오로지 그 개입 범위만 문제가 되므로 순수한 시장경제 질서는 채택할 수 없다는 것은 이미 경험적으로 명확하게 증명되었고, ⑤ 시장경제 질서는 자연발생적인 것이 아니라 인간의 필요에 따라 인위적으로 형성된 것이어서 국가가 이미 경제주체⁸³⁾의 하나이며, ⑥ 경제질서 자체가 정치의 결정 대상이라서 자유민주적 기본질서는 경제적 기본질서가 아니라 정치적 기본질서로 볼 수밖에 없다는 점에 비추어,⁸⁴⁾ 자유민주적 기본질서 위배는 ‘정치적 기본질서’로서 민주주의를 부인하는 것이어서 경제질서로서 사회주의나 사회민주주의를 주장하는 것 자체가 자유민주적 기본질서 위배로 볼 수 없고.⁸⁵⁾ ⑦ 자유민주적 기본질서에 경제질서를 포함하면 자칫 북한지역에 바로 시장경제질서가 도입되지 않으면 위헌이라는 결론이 도출될 수도 있으며, ⑧ 헌법에서 경제질서를 규정하는 것 자체가 비고헌법적으로 예외적이라는 점을 고려하면, 자유민주적 기본질서에 경제질서는 포함되지 않는다고 보는 것이 타당하다고 생각한다.⁸⁶⁾ 특히 경제질서는 민주주의원리와 법치국가원리 어디에도 속하지 않고, 사회국가원리와 관련하여 주로 논의된다는 점에서 비추어 보아도 법치국가적 민주주의로 이해되는 자유민주적 기본질서가 경제질서를 포함한다고 보기는 어렵다. 자유민주적 기본질서에 경제질서가 포함되지 않더라도 자유민주적 기본질서라는 정치적 기본질서가 수용할 수 있는 경제적 기본질서는 제한된다. 즉 자유민주적 기본질서에 경제질서가 포함할 때 배척되는 사회주의에 기반을 둔 순수한 계획경제질서는 경제질서가 제외된 자유민주적 기본질서에서도 당연히 수용될 수 없다. 다만, 경제질서를 자유민주적 기본질서에서 빼면 통일과정에서 불필요한 논쟁 없이 경제질서를 더 유연하고 탄력적으로 선택할 수 있게 될 것이다.⁸⁷⁾

82) EBS제작팀, (EBS 다큐프라임) 자본주의, 가나문화콘텐츠, 2013, 297-299.

83) 가계, 기업, ‘정부’, 외국이 경제주체이다.

84) 제4대 제35회 제34차 국회 본회의 회의록 17쪽 헌법개정안기초위원장(정헌주): “그 다음에 물으신 것은 헌법에 민주적 기본질서의 한계는 무엇인가 이것을 물으셨는데 이것은 여러번 되풀이해서 말씀드리는 것입니다마는 자유스럽고 민주적인 사회질서와 정치질서를 말하는 것입니다.

그렇기 때문에 이 경제적 질서를 말하는 것은 아닙니다 헌법에 들어가지도고 자유로운 기본질서라고 하는 것은 이것은 정치적 사회적 질서를 말하는 것이지 경제적 질서까지를 말하는 것은 아니다 이렇게 본위원회는 해석하고 있습니다.”

85) 전광석, 정당해산심판에 대한 헌법적 및 정치적 이해, 헌법판례연구 13권(2012), 137.

86) 같은 견해: 정만희(각주 42), 헌법 제8조, 261.

87) 이상 허완중(각주 20), 47-49.

헌법재판소는 헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1 결정에서 “구체적으로, 탄핵심판절차를 통하여 궁극적으로 보장하고자 하는 헌법질서, 즉 ‘자유민주적 기본질서’의 본질적 내용은 법치국가원리의 기본요소인 ‘기본적 인권의 존중, 권력분립, 사법권의 독립’과 민주주의원리의 기본요소인 ‘의회제도, 복수정당제도, 선거제도’ 등으로 구성되어 있다는 점에서(헌재 1990. 4. 2. 89헌가113, 판례집 2, 49, 64),”⁸⁸⁾ 라고 하여 자유민주적 기본질서를 법치국가원리의 기본요소와 민주주의원리의 기본요소로 나누어 이전 선례에서 언급한 요소들을 모두 그대로 반복하면서도, 두 기본요소 어디에도 포함하기 곤란한 ‘사유재산과 시장경제질서를 골격으로 하는 경제질서’만 빼버리고 있다. 헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1 결정에서도 “구체적으로는 국민주권의 원리, 기본적 인권의 존중, 권력분립제도, 복수정당제도 등이 현행 헌법상 주요한 요소라고 볼 수 있다.”라고 하여 ‘사유재산과 시장경제질서를 골격으로 하는 경제질서’를 언급하지 않는다. 이를 두고 종전 선례의 명시적인 변경절차가 없으므로 필요한 범위에서 종전 선례의 내용을 요약한 것으로 보는 견해도 있을 수 있다. 그러나 선례를 언급하면서 선례의 표현을 바꿀 때는 판례 표시 후에 참조 표시를 하여야 함이 일반적인 관례인 점에 비추어, 선례를 표시하고도 명백하게 표현을 바꾼 것은 헌법재판소가 견해를 바꾸어 자유민주적 기본질서의 요소에서 ‘사유재산과 시장경제질서를 골격으로 하는 경제질서’를 제외한 것으로 볼 여지도 있다.

5) 자유민주적 기본질서의 적극적 내용

자유민주적 기본질서는 절대 포기할 수 없는 헌법적 가치로 채워져야 한다. 이때 자유민주적 기본질서는 인류가 수천 년에 걸쳐 역사적으로 확인한 현대 헌법 국가의 보편적 가치만으로 구성되는지 아니면 대한민국의 전통과 역사적 경험에 비추어 자유민주적 기본질서에 고유한 내용이 추가될 수 있는지가 문제 된다. 대한민국의 전통과 역사적 경험에 비추어 보편적으로 인정되어 의심의 여지가 없는 내용은 자유민주적 기본질서에 포함할 수 있다. 즉 자유민주적 기본질서의 내용은 대한국민이라면 누구라도 반대할 수 없는 보편타당한 내용이어야 한다. 그리고 자유민주적 기본질서의 구체적 내용은 헌법전에 규정된 개념이라는 점에서

88) 헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 609, 656.

헌법전을 중심으로 파악되어야 한다.^{89) 90)} 이러한 점에서 자유민주적 기본질서는 나라마다 공통되는 내용도 있지만 모든 나라에 공통되는 내용만으로 구성되는 것이 아니라 전체 내용은 나라마다 다를 수 있다.

정치질서로서 자유민주적 기본질서는 본질적 측면에서 ‘정치의 내용’이 아니라 ‘정치과정’에 관한 질서이다. 따라서 자유민주적 기본질서는 정치과정의 자유롭고 개방적인 구조를 보장하기 위한 필수적 기본요소를 가리킨다. 즉 자유민주적 기본질서는 정치의 특정한 내용이 아니라 정치과정의 특정한 구조와 형식을 보장하려는 것이다.⁹¹⁾ 이러한 점에서 자유민주적 기본질서를 특별한 형태의 민주주의를 염두에 둔 것으로 볼 수는 없다. 따라서 자유와 평등의 균형을 강조하는 사회민주주의를 배제하는 것은 절대 아니다.⁹²⁾ 자유민주적 기본질서는 자유와 평등의 이념을 민주주의를 통해서 균형적으로 실현하고, 기본적 인권을 법치국가원리를 통해서 충실하게 보장하여야 한다는 의미 정도로 이해할 수 있다. 즉 민주주의와 법치국가는 불가분적 관계에 놓인다. 민주주의는 다원적 이해관계가 대립하는 민주적 의사결정과정에서 국민의 의사를 확인하고 반영하여 국가의사를 결정하는 기능을 한다. 민주적 의사결정과정은 국가공동체 안에서 발생하는 (이익 사이, 이익과 공익 사이, 공익과 공익 사이의 충돌 등) 수많은 이익 사이의 충돌과 갈등 가운데서 국민 개개인의 기본권이 조화롭게 실현될 수 있도록 조정하는 과정이다. 한편, 법치국가원리는 민주적 의사결정 과정과 민주적 의사결정 자체를 법적 형식으로 보장한다. 나아가 민주적 의사결정 자체를 (기본권적 가치를 이념으로 하는) 헌법에 기속시킨다. 오늘날 법치국가원리는 국민의 자유와 권리에 개입하는 집행부의 활동근거를 법률에 두는 것만으로 충분하지 않고 (민주적 의사결정의 결과물인) 입법까지도 헌법에 기속시킨다. 자유민주적 기본질서를 구현하는 제도적 다양성과 가변성을 고려하면서 자유민주적 기본질서를 충실히 실현하려면 부정할 수 없는 최소한의 핵심적 가치만을 소극적으로 규정할 수밖에 없다.⁹³⁾ 결국, 자유민주적 기본질서의 구체적 내용은 민주주의원리와 법치국가원리를 구성하는 핵심적 원리로 볼 수밖에 없다고 생각한다.⁹⁴⁾ 자유민주적 기본질

89) 같은 견해: 전광석(각주 59), 142.

90) 이상 허완중(각주 20), 50.

91) 이상 한수웅(각주 17), 196.

92) 전광석(각주 59), 140.

93) 정태호(각주 11), 287.

94) 같은 견해: 장영수, 남북통일과 헌법, (2011 특별학술회의) 한국정치의 쟁점: 헌법개정의 방향, 아산정책

서는 민주주의원리와 법치국가원리의 핵심영역이 침해되지 않도록 하는 것에 그 목적이 있다.

먼저 민주주의원리의 구성요소로는 국민주권, 대의제, 다수결원칙, 선거제도, 다원주의와 그에 따른 복수정당제 등이 언급된다. 여기서 국민주권은 민주주의의 출발점으로 민주주의가 성립하기 위해서 필수적인 요소이므로 자유민주적 기본질서에 당연히 넣어야 한다. 국민이 주권자일 때 민주주의는 비로소 논의될 수 있는 정치체제라서 국민주권 없는 민주주의는 상상할 수 없다. 대의제는 민주주의를 실현하는 보편적인 방법이지만 국민투표로 대표되는 직접민주주의가 대안으로 있을 뿐 아니라 국민주권의 바람직한 행사방법은 직접민주주의라는 점에서 자유민주적 기본질서에 넣기 어렵다. 대의제가 구현되는 형태는 다양할 뿐 아니라 일반적으로 대의제와 직접민주주의를 혼합하는 것이 일반적이라는 점에서 대의제를 중심으로 두지 않는다고 하여 자유민주적 기본질서에 어긋난다고 볼 수 없기 때문이다. 특히 최근 대두하는 전자민주주의를 고려하면 직접민주주의 실현 가능성은 그 어느 때보다 커졌다. 이러한 점에서 직접민주주의 강조는 더는 비현실적이라고 보기도 어렵다. 따라서 대의제가 민주주의를 실현하는 유일한 대안이라는 주장은 점점 설득력이 떨어지는 것으로 보인다. 더 많은 사람의 자유와 평등을 실현한다는 점에서 다수결원칙이 현재까지 인류가 발견한 가장 합리적인 의사결정방식이라는 것을 부정하기는 어렵다. 하지만 전문적인 지식이 필요한 사안과 같이 다수결원칙을 사용할 수 없는 때도 있고, 만장일치제와 같은 대안이 더 합리적일 때도 있다는 점에 비추어 보면 다수결원칙이 아닌 다른 의사결정방식을 주장한다고 하여 자유민주적 기본질서를 위반한다고 볼 수는 없을 것이다. 어쩌면 다수결원칙은 가장 보편적인 의사결정방식으로 볼 수도 있다. 선거제는 국민이 정치에 참여하는 일반적 방법이다. 하지만 먼저 선거제를 어떻게 형성할 것인지는 국민의 합의를 통해서 결정할 수밖에 없다. 따라서 선거제의 구체적 내용은 확정하기 어렵다. 그리고 고대 그리스와 로마에서 사용되었던 추첨제처럼 합리성을 담보할 대안도 있다. 그러므로 선거제가 아닌 추첨제와 같은 정치참여 방법을 주장한다고 하여 자유민주적 기본질서를 위협한다고 볼 수는 없을 것이다. 국민주권이 제대로 실현되려면 결국 국민이 자신의 의사를 어떻게 형성하고

연구원, 한국정치학회, 2011.4.7., 101. 자유민주적 기본질서는 자유주의에 기초를 두고 국가의사의 최종 결정권을 국민이 가지는 것을 헌법의 기본질서로 하는 것을 의미한다는 견해도 있다(최윤철, 평화통일 관련 입법에 대한 헌법적 평가, 공법연구 39집 2호(2010), 300).

표현할 수 있는지가 중요하다. 이러한 점에서 다양한 의사를 인정하는 다원주의와 그것을 집단적 측면에서 반영하는 복수정당제는 자유민주적 기본질서의 핵심으로 볼 수 있다. 더불어 다원주의의 바탕이 되는 국민의 정치적 기본권 보장과 정당 활동을 실질적으로 보장하기 위한 헌법상 야당을 결성하고 활동할 권리를 포함하는 정당에 대한 기회균등도 자유민주적 기본질서의 필수적 요소로 볼 수 있다고 생각한다.

다음 법치국가원리의 구성요소로는 헌법국가성, 기본권 보장, 권력분립, 국가권력의 법기속성, 사법적 권리구제와 사법절차적 기본권 보장, 공법상 손해보전체계, 비례성원칙 등이 거론된다. 영국의 예처럼 헌법이 성문 형식으로 모든 국가에 반드시 있어야 하는 것은 아니므로 헌법국가성이 자유민주적 기본질서로 보기는 어렵다. 게다가 현실적 측면에서 성문헌법을 제정하는 일반적인 상황에서 헌법국가성을 자유민주적 기본질서로 볼 실익도 크지 않다. 그러나 모든 헌법의 유일한 목적은 국민의 기본권 보장이고, 이러한 기본권을 보장하여야 하는 국가권력의 타락을 막기 위한 전제는 권력분립이라는 점에서 기본권 보장과 권력분립은 자유민주적 기본질서의 기본도대를 형성한다고 볼 수 있다. 그리고 법치국가원리의 출발점은 국가권력을 법규범에 구속하는 것이므로 국가권력의 법기속성도 자유민주적 기본질서에서 빼기 어렵다. 하지만 사법적 권리구제와 사법절차적 기본권 보장, 공법상 손해보전체계는 결국 합법성을 충실히 보장하기 위한 것이므로 합법성을 구체화하는 것으로 볼 수 있다. 게다가 권력분립의 보편적 구현 형태가 3권분립이라는 점에서 권력분립은 사법권의 존재를 전제한다고 볼 수 있고, 사법권의 존재는 결국 사법적 권리구제와 사법절차적 기본권 보장, 공법상 손해보전체계와 밀접한 관련을 맺을 수밖에 없다는 점에서 권력분립 보장을 통해서 이러한 내용을 간접적으로 도출할 수도 있다. 비례성원칙도 국가권력을 어떻게 행사하여야 하는 것에 관한 문제로서 결국 합법성의 한계를 확정하는 것이다. 따라서 비례성원칙은 국가권력의 법기속성을 실현하는 구체적 내용으로 볼 수도 있다. 이러한 점에서 법치국가원리에서 끄집어낼 수 있는 자유민주적 기본질서의 구체적 내용은 기본권 보장, 즉 기본적 인권의 존중과 권력분립 그리고 국가권력의 법기속성이다.

정리하면 민주주의에서 나오는 국민주권, 다원주의와 그것을 집단적 측면에서 반영하는 복수정당제, 헌법상 야당을 결성하고 활동할 권리를 포함하는 정당에

대한 기회균등과 법치국가원리에서 도출되는 기본적 인권의 존중과 권력분립 그리고 국가권력의 법기속성을 자유민주적 기본질서의 구체적 요소로 볼 수 있다. 그러한 이러한 요소들의 내용이 모두 자유민주적 기본질서의 내용을 구성한다고 볼 수는 없다. 즉 이러한 요소들도 핵심영역이 보장되어 본질이 훼손되지 않으면, 그 구체적 내용이 달라져도 자유민주적 기본질서에 어긋난다고 볼 수 없다. 예를 들어 기본적 인권 보장 자체를 부정할 수는 없으나 기본적 인권 목록을 조정하는 것은 가능하고, 권력분립만 이루어진다면 3권분립이든 4권분립이든 5권분립이든 그 실현방식에 구애될 것은 아니다. 그리고 자유민주적 기본질서 위배 여부는 구성요소별로 단편적으로 심사되어서는 아니 되고, 종합적으로 검토되어 판단되어야 한다. 자유민주적 기본질서의 개별요소 하나의 탈락만으로 자유민주적 기본질서가 바로 무너진다고 볼 수는 없기 때문이다.

(5) 자유민주적 기본질서에 입각한 통일의 의미

헌법 제4조는 자유민주적 기본질서에 입각하여 통일정책을 수립하고 이를 추진한다고 규정하여 통일의 이념적 기초로서 자유민주적 기본질서를 내세운다. 헌법 제4조가 도입되기 전에도 자유민주적 기본질서는 통일의 한계로 이해되었다.⁹⁵⁾ 자유민주적 기본질서는 통일의 기초에 관한 헌법 자체의 선언이라는 측면과 더불어 통일과 관련한 불안감을 표출하는 측면도 있다. 먼저 자유민주적 기본질서는 통일이 반드시 바탕으로 하여야 한다. 즉 자유민주적 기본질서는 통일의 가치적·내용적 한계로서 남한이 북한과 통일을 논의할 때 합의대상에서 배제되고 당연히 전제된다. 자유민주적 기본질서는 남한과 북한이 합의하여 제외할 수 있는 대상이 아니라 당연히 통일의 기초가 되어야 한다. 이러한 점에서 자유민주적 기본질서는 통일한국의 기본적 토대를 구성하여야 하는 요소이면서 북한이 이에 대한 수용을 거부하면 통일 논의 자체가 무산될 수밖에 없는 걸림돌이 될 수도 있다. 반면에 통일이 원하지 않는 방향으로 나아갈 때 자유민주적 기본질서는 최소한의 한계로서 기능한다. 이를 통해서 자유민주적 기본질서 밖에서 통일이 이루어지지 않는다는 것이 보장된다. 이러한 점에서 통일과 관련하여 자유민주적 기본질서는 최소한의 예측 가능성을 부여함으로써 통일과 관련한 불안감을

95) 김도창, 헌법과 국가 통일문제, 서울대학교 법학 8권 2호(1966), 44 참조.

어느 정도 제거해 준다.⁹⁶⁾

자유민주적 기본질서는 대한민국이 지향하는 통일의 이념적 기초이자 모든 통일정책의 헌법적 한계이다. 이러한 한계를 넘어서면 헌법에 어긋난다. 따라서 어떠한 국가기관도 이러한 내용의 통일을 추진할 수 없다. 그래서 통일은 자유민주적 기본질서를 부인하는 전체주의에 따라서 이루어질 수 없다. 통일은 반드시 자유민주적 기본질서에 기반을 두고 이루어져야 한다.⁹⁷⁾ 따라서 헌법 제4조로 말미암아 통일헌법은 현행 헌법을 개정하여 만들든 새로운 헌법을 제정하든 상관없이 반드시 자유민주적 기본질서를 바탕으로 하여야 한다. 즉 자유민주적 기본질서에 어긋나지 않는다면, 통일헌법은 현행 헌법을 개정하여 만들 수도 있고 아예 새로운 헌법 제정을 통해서 만들 수도 있다. 그러나 현행 북한헌법은 명백하게 자유민주적 기본질서에 어긋나므로 북한헌법을 개정하여 통일헌법을 만들 수는 없을 것이다. 그리고 자유민주적 기본질서가 민주주의원리의 핵심을 담고 있다는 점에서 통일은 남한과 북한의 합의를 통해서만 가능하다. 즉 남한 주민과 북한 주민을 비롯한 대한국민 전체 의사에 따른 통일만 허용된다.⁹⁸⁾

자유민주적 기본질서는 통일과정에 국가기관만이 아니라 대한국민 전체가 참여할 것을 요구한다. 이러한 점에서 자유민주적 기본질서에 입각한 통일은 남한 주민과 북한 주민을 비롯하여 (조선족과 고려인 등을 포함한) 외국에 사는 모든 대한국민 전체의 의사를 모아 통일을 달성하여야 한다는 것을 뜻한다. 이것은 통일 주체가 대한국민 전체이고, 통일정책의 수립과 추진이 반드시 민주적 정당성에 바탕을 두어야 한다는 점에서 비롯한다. 물론 이때의 참여가 대한국민 전체가

96) 이상 허완중(각주 20), 39.

97) 현재 1990. 4. 2. 89헌가113, 판례집 2, 49, 60: “셋째로 제7조 제1항의 찬양·고무죄를 문언 그대로 해석한다면 헌법전문은 “평화적 통일의 사명에 입각하여 정의·인도와 동포애로써 민족의 단결을 공고히 하고”의 부분과 헌법 제4조의 평화적 통일지향의 규정에 양립하기 어려운 문제점이 생길 수도 있다. 물론 여기의 통일은 대한민국의 존립과 안전을 부정하는 것은 아니고 또 자유민주적 기본질서에 위해를 주는 것도 아니며 오히려 그에 바탕을 둔 통일인 것이다.”

현재 2000. 7. 20. 98헌바63, 판례집 12-2, 52, 62: “우리 헌법은 그 전문에서 “……우리 대한국민은…… 평화적 통일의 사명에 입각하여 정의·인도와 동포애로써 민족의 단결을 공고히 하고……”라고 규정하고 있고, 제4조에서는 “대한민국은 통일을 지향하며, 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책을 수립하고 이를 추진한다”고 규정하고 있으며, 제66조 제3항에서는 “대통령은 조국의 평화적 통일을 위한 성실한 의무를 진다”고 규정하고 있다. 위와 같은 헌법상 통일관련 규정들은 통일의 달성이 우리의 국민적·국가적 과제요 사명임을 밝히고 동시에 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일 원칙을 천명하고 있는 것이다. 따라서 우리 헌법에서 지향하는 통일은 대한민국의 존립과 안전을 부정하는 것이 아니고, 또 자유민주적 기본질서에 위해를 주는 것이 아니라 그것에 바탕을 둔 통일인 것이다.”

98) 이상 허완중(각주 20), 51-52.

직접 참여하여야 함을 뜻하지는 않는다. 그리고 대한민국 전체가 사전적으로 통일과정에 참여하여야 하는 것을 요구하지도 않는다. 오히려 대표자 사이에서 합의된 내용을 대한민국 전체가 사후적으로 승인하는 것이 일반적일 것이다. 그러나 자유민주적 기본질서에 입각한 통일은 이러한 대한민국 참여에 한계를 설정한다. 즉 대한민국 다수가 합의한 통일이라고 하더라도 그것이 자유민주적 기본질서와 충돌하면 그러한 통일은 허용되지 않는다.⁹⁹⁾ 100)

자유민주적 기본질서를 근거로 헌법 제4조가 공산주의나 인민민주주의, 민중민주주의에 입각한 통일이 아닌, 자유민주주의에 입각한 통일을 요구한다고 하면서, 헌법 제4조가 사실적 측면에서 흡수통일을 요구한다는 주장도 있다.¹⁰¹⁾ 이에 대해서 자유민주적 기본질서에 따른 통일이 흡수통일을 암시하여서 평화적 통일과 모순된다는 주장은 타당하지 않다는 견해가 있다.¹⁰²⁾ 먼저 자유민주적 기본질서를 자유민주주의로 보는 것 자체가 타당하지 않고, 민주주의원리에 비추어 통일은 남한과 북한의 합의를 통해서 이루어지는 것이 원칙이므로 자유민주적 기본질서가 흡수통일을 요구하거나 암시한다는 것은 합리적 해석이라고 볼 수 없다고 생각한다.¹⁰³⁾

구동독 공산당(SED)은 독일통일 이후에도 민주사회당(PDS)으로 계속 존속하였고, 2007년 사민당에서 갈라져 나온 급진 좌파 성향의 ‘노동과 사회정의를 위한 선거대안’(WASG)과 통합하여 좌파당(Die Linke)이라는 이름으로, 과거 연정에 참여하였던 녹색당(Die Grünen)을 제치고 기독교연합[기독교민주연합(CDU)과 기독교사회연합(CSU)]과 사회민주당(SPD), ‘독일을 위한 대안당’(AfD), 자유민주당(FDP)에 이어 현재 원내 제5당이다. 게다가 1956년 연방헌법재판소가 위헌정당으로 해산한 독일공산당(KPD)도 1968년 동방정책과 함께 이름만 바꾸어(DKP) 재건되어 현재까지 활동하고 있다. 이러한 점에 비추어 한국의 통일과정에서도 자유민주적 기본질서와 관련하여 통일 이후에 공산당을 전면적으로 부정할 수 있는지가 문제 될 수 있다. 특히 북한노동당이 몰락하지 않는 이상 북한의 통일협상대표는 북한노동당 대표일 수밖에 없는데, 과연 통일과정에서 공산당을

99) 장영수, 통일헌법 논의의 의의와 필요성, 권영성 교수 정년기념논문집 간행위원회 편, 헌법규범과 헌법 현실 : 권영성교수 정년기념 논문집 법문사, 1999, 78-79.

100) 이상 허완중(각주 20), 52.

101) 배정환, 헌법을 무시하는 통일논의 - 헌법상의 자유 확대가 통일이다, 월간조선 2000년 8월호, 373-374.

102) 전광석(각주 59), 141.

103) 이상 허완중(각주 20), 52.

전면적으로 불법화하는 것이 사실적 측면에서 가능할 것인지는 의문이다. 특히 통일이 이루어지면 북한이라는 반국가단체가 사라져서 현재 공산당이 지닌 위험성과 같은 정도의 위험성이 있다고 보기는 어렵다. 이러한 점에서, 인민민주주의를 고수하는 공산당은 자유민주적 기본질서로 말미암아 당연히 불법화할 수밖에 없지만, ‘의회제도와 선거제, 복수정당제를 긍정하고 폭력성과 혁명성이 거세된’ 공산당의 허용 여부와 허용된다면 그 범위는 통일과정에서 사상의 자유의 충실한 보장과 관련하여 논란이 될 가능성이 크다고 생각한다.¹⁰⁴⁾ 다만, 가치상대주의에 기초한 사상의 자유와 정당의 자유 측면에서 이러한 공산당까지 금지하기는 어렵다.

4. 합헌적 법률해석과 한정합헌결정

(1) 합헌적 법률해석의 개념

합헌적 법률해석(헌법합치적 법률해석, 법률의 합헌적 해석)은 법률 문언이 다의적이어서 위헌으로도 합헌으로도 해석될 수 있으면, 합헌으로 해석될 여지가 있는 한, 이를 위헌으로 판단하여서는 아니 되고 헌법에 합치되는 쪽으로 해석하여야 한다는 ‘법률’의 해석원칙이다. 하지만 법률의 위헌 여부는 헌법해석을 전제로 한다는 점에서 합헌적 법률해석에서는 반드시 법률해석과 헌법해석이 결합한다. 합헌적 법률해석은 가능한 여러 해석 결과 중에서 헌법과 합치될 수 없는 것을 배제하여야 한다는 것이다. 따라서 해석자는 법률 문언이 품을 수 있는 다양한 의미 중에서 이론 없이 합헌으로 볼 수 있는 의미만 선택할 수 있다. 합헌적 법률해석은 법률에 처음에 부여된 의미가 그 위헌성으로 말미암아 형식적으로 폐지되는 것을 막는다. 그러나 그 법률은 합헌적 법률해석을 통해서 헌법합치적으로 (재)해석되는 결과에 이를 수 있다.¹⁰⁵⁾

통일은 분단국 사이의 문제라서 반드시 상대방이 있다. 따라서 통일은 분단국 사이의 합의를 통해서 이루어질 수밖에 없다. 이러한 합의는 구속력 확보를 위해서 법률이나 그와 비슷한 효력이 있는 법규범(예를 들어 국회 동의를 필요한 조약)으로 정립되는 것이 일반적이다. 그런데 이러한 법규범은 다양하게 해석될 수

104) 이상 허완중(각주 20), 52.

105) 이상 허완중, 법형성이 아닌 법발견(법해석)인 합헌적 법률해석, 사법 41호(2017), 560-561.

있고 그에 따라 그 위헌성이 문제 될 수 있다. 합헌적 법률해석은 이러한 때에 이러한 법규범의 효력을 유지함으로써 통일의 장애물을 없애는 유용한 수단이 될 수 있다. 특히 헌법재판소가 통일 논의에 개입하는 범위를 합의의 위헌성만을 제거하는 것에 국한하여 헌법재판소의 사법기관성을 철저히 지키는 유용한 방법이 될 수 있다. 이를 통해서 헌법재판소는 통일에 관한 합의의 합헌성을 담보하는 수호자의 길을 걸을 수 있다.

(2) 합헌적 법률해석의 결과로서 한정합헌결정

1) 단순위헌결정을 회피하는 수단으로서 합헌적 법률해석

법률에 대한 규범통제에서는 헌법에 어긋나는 법률을 제거하는 것이 원칙이다. 그래서 법률의 위헌성을 확인하였을 때 헌법재판소의 기본결정, 즉 정형결정은 단순위헌결정이다. 단순위헌으로 선언된 법률은 헌법재판소법 제47조 제2항과 제3항에 따라서 효력을 상실한다. 그런데 합헌적 법률해석은 헌법에 어긋나는 법률 폐기를 피하려는 것이다. 그러므로 합헌적 법률해석은 법률에 대한 규범통제의 한계로서 기능한다. 이때 합헌적 법률해석은 단순위헌결정을 되도록 피하려는 법률폐기의 변형이지 법률 의미를 탐구하는 수단이 아니다.¹⁰⁶⁾ 이러한 합헌적 법률해석은 법률 문구 축소가 없는 질적 부분폐기이고, “특별히 문제가 되는 해석을 제외하여 일반적으로 규범의 법적 유효성을 긍정하는”¹⁰⁷⁾ 해석으로 특징지을 수 있다.¹⁰⁸⁾ 즉 법률에 대한 규범통제절차에서 헌법적으로 문제가 있는 법률은 아직 헌법과 합치할 수 있는 해석을 통해서 존속하고 헌법적으로 승인된다.¹⁰⁹⁾ 그런데도 합헌적 법률해석은 법률을 옹글게(완벽하게) 폐기하지는 않더라도 법률결함을 제거하므로, 법률에 대해서 부정적 평가를 하는 법률에 대한 비난이다.¹¹⁰⁾ 이러한 점에 비추어 법률해석에서 ‘의문’이나 그 해석의 여러 가능성에서 출발하면, 합헌적 법률해석 원용은 법률에서 도출할 수 있는 의미 제거를 뜻한다.

106) Koriath Stefan, 허완중 옮김, 주문선택의 기술 - 규범의 위헌성을 확인하였을 때에 연방헌법재판소의 변형재판, 헌법판례연구 11권(2010), 230 참조.

107) BVerfGE 65, 132 (139).

108) Koriath Stefan(각주 106), 229.

109) Helmut Simon, Die verfassungskonforme Gesetzesauslegung, in: EuGRZ 1, heft. 5, 1974, S. 87.

110) Koriath Stefan(각주 106), 229.

그래서 합헌적 법률해석의 사실적 효력에 비추어 합헌적 법률해석은 법률의 부분적 폐지에 비견될 수 있다. 법률에 대한 규범통제절차에서 합헌적 법률해석은 법률을 (전부) 폐기하는 대신 (헌법적으로 가능한 범위에서) 입법자의 의사에 효력을 부여하여 입법자를 보호한다. 이로 말미암아 헌법합치성의 전통적 확인이 헌법합치성 창조로 대체된다.¹¹¹⁾ 그리고 합헌적 법률해석을 통해서 위헌상태를 발생시킬 수 있는, 단순위헌결정에 따른 법률 공백을 피할 수 있다.¹¹²⁾ 결국, 규범통제에서 합헌적 법률해석은 단순위헌결정을 회피하는 수단이 된다.¹¹³⁾

본 결정에서 다수의견은 “그러나 제7조 제1항의 그 다의성 때문에 위헌문제가 생길 수 있다고 해서 전면위헌으로 완전폐기되어야 할 규정으로는 보지 않으며 완전폐기에서 오는 법의 공백과 혼란도 문제지만, 남북간에 일찍이 전쟁이 있었고 아직도 휴전상태에서 남북이 막강한 군사력으로 대치하며 긴장상태가 계속되고 있는 마당에서는 완전폐기합에서 오는 국가적 불이익이 폐기함으로써 오는 이익보다는 이익형량상 더 클 것이다.”¹¹⁴⁾라고 하여 한정합헌결정이 전면위헌을 선언하는 단순위헌결정을 피하기 위한 것임을 명확하게 드러낸다.

2) 합헌적 법률해석에 따른 전형적인 헌법재판소 결정으로서 한정합헌결정

한정합헌결정은 심판대상이 된 법률이나 법률조항의 다양한 해석 가능성 중 일부의 합헌성을 확인하는 헌법재판소의 종국결정이다. 한정합헌결정은 심판대상이 된 법률이나 법률조항의 다양한 해석 가능성 중에서 위헌인 해석 가능성을 배제하고 헌법과 조화를 이룰 수 있는 방향으로 축소·제한 해석하여 그 법률이나 법률조항의 효력을 유지하는 결정유형이다. 즉 한정합헌결정은 법률이나 법률조항의, 양적으로 분리할 수 없으나 질적으로는 분리할 수 있는 일부는 합헌이고 다른 일부는 위헌임을 확인할 수 있으면 헌법재판소가 내릴 수 있다. 헌법재판소는 권력분립원리 때문에 국회의 입법권을 침해하지 않는 범위 안에서, 즉 법률의 문언과 입법목적에서 벗어나지 않는 해석 가능성을 채택하여 실질적 측면에서 입법에 이르지 않는 범위에서 한정합헌결정을 내릴 수 있다. 이러한 점에서 한정

111) Koriath Stefan(각주 106), 230.

112) Helmut Simon(각주 109), S. 86 참조.

113) 이상 허완중, 사법부의 합헌적 법률해석, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2015, 6.

114) 헌재 1990. 4. 2. 89헌가113, 판례집 2, 49, 61-62.

합헌결정은 전형적인 합헌적 법률해석의 결과물이다.

본 결정에서 다수의견도 “어떤 법률의 개념이 다의적이고 그 어의의 테두리 안에서 여러 가지 해석이 가능할 때 헌법을 그 최고 법규로 하는 통일적인 법질서의 형성을 위하여 헌법에 합치되는 해석 즉 합헌적인 해석을 택하여야 하며, 이에 의하여 위헌적인 결과가 될 해석을 배제하면서 합헌적이고 긍정적인 면은 살려야 한다는 것이 헌법의 일반 법리이다. 이러한 합헌적 제한해석과 주문례는 헌법재판제도가 정착된 여러나라에 있어서 널리 활용되는 통례인 것으로서 법률에 일부합헌적 요소가 있음에도 불구하고 위헌적 요소 때문에 전면위헌을 선언할 때 생길 수 있는 큰 충격을 완화하기 위한 방안이기도 하다.”¹¹⁵⁾라고 한정합헌결정이 합헌적 법률해석의 결과물임을 명확하게 표현한다.

(3) 법발견이 아닌 법형성인 목적론적 축소

법발견은 법관의 법해석이 ‘법문의 가능한 의미’ 안에 머무르면서 실정법에서 해당 사안에 관한 법을 찾아내는 것이다. 해당 사안을 규율할 실정법에 빈틈이 있어서(이른바 ‘법틈결’) 법관이 재판하려고 이러한 빈틈을 메우는 것이 법관의 법형성이다. 법발견과 법형성을 가르는 기준은 ‘법문의 가능한 의미’이다. 법형성은 유추와 목적론적 축소 등을 통해서 이루어진다. 목적론적 축소는 법문의 목적을 고려할 때 지나치게 넓게 파악된 법문을 그 목적에 맞게 축소 적용하는 것을 말한다. 즉 유추는 ‘같은 것은 같게’라는 원칙을 따라 법적용 범위를 확대하고, 목적론적 축소는 ‘다른 것은 다르게’라는 원칙을 따라 해당 법규범의 적용 범위를 축소한다. 목적론적 축소는 법규범의 적용범위를 법목적에 따라 축소한다. 이러한 방식으로 해당 사안에 법규범이 적용되지 않게 구성함으로써 사실은 법문과 정반대의 결과를 가져온다. 그래서 목적론적 축소를 통한 법형성은 대부분 법문에 어긋나는 법해석으로 보이기도 한다. 먼저 형법에서는 죄형법정원칙 때문에 목적론적 축소가 허용되지 않을 수 있다. 다음 법적 안정성 때문에 법규범을 엄격히 지킬 것을 요구하는, 예를 들어 형식적인 ‘질서규정’에서 목적론적 축소의 한계가 발견된다. 법적 안정성은 독자적인 법이념이므로 이를 위해서 구체적인 형평성을 고려하는 것이 허용되지 않기 때문이다. 다시 말해 ‘질서를 위한 질서’

115) 현재 1990. 4. 2. 89헌가113, 판례집 2, 49, 62.

는 어느 법질서도 포기할 수 없는 근본원리이고 이것은 그 자체의 법 지속성에 대한 신뢰보호라는 사회윤리적 가치가 있다.¹¹⁶⁾

합헌적 법률해석은 ‘법문의 가능한 의미’ 안에 있는 법발견이므로 당연히 허용된다. 하지만 목적론적 축소는 ‘법문의 가능한 의미’를 넘어가는 법형성 영역에 속한다. 따라서 목적론적 축소는 법치국가적 관점에서 그 정당성이 별도로 심사되어야 한다. 특히 형법해석과 같이 목적론적 축소 자체가 허용되지 않은 영역이 있다는 점에 유의하여야 한다. 다만, 목적론적 축소는 유추처럼 법문이 품은 의미를 벗어나는 것이 아니라 해석 결과 일부를 잘라낸다는 점에서 가능한 해석 가능성 중 일부를 배제하는 합헌적 법률해석과 비슷한 점이 있다. 그래서 합헌적 법률해석과 목적론적 축소를 명확하게 구별하기가 쉽지 않은 때가 있다. 결국, 차이는 해석 가능성 중 일부를 배제하여 법문의 의미를 확정하는 합헌적 법률해석인지 아니면 확정된 해석 결과 중 일부를 잘라내서 법문의 적용범위를 좁히는 목적론적 축소인지이다. 이론상 시기적 측면에서 목적론적 축소보다 합헌적 법률해석이 먼저 이루어진다. 하지만 이러한 해석과 축소가 차례로 일어나기보다는 동시에 일어나므로 실제로 그 경계가 모호할 때가 자주 있다.¹¹⁷⁾

(4) 본 결정의 합헌적 법률해석에 관한 비판적 검토

본 결정은 헌법재판소 다수의견은 어떤 법률의 개념이 다의적이고 그 어의의 테두리 안에서 여러 가지 해석이 가능할 때 헌법을 그 최고 법규로 하는 통일적인 법질서 형성을 위해서 헌법에 합치되는 해석, 즉 합헌적인 해석을 택하여야 하고, 이에 따라서 위헌적인 결과가 될 해석을 배제하면서 합헌적이고 긍정적인 면은 살려야 한다는 것이 헌법의 일반 법리라고 한다.¹¹⁸⁾ 이것은 전형적인 합헌적 법률해석을 표현한 것이다. 이러한 내용은 일반적인 내용으로서 여기에 별다른 문제는 없다. 다만, 주의할 것은 합헌적 법률해석의 전제는 헌법재판소 다수의견에서도 명확하게 드러나듯 법률 문언의 다의성이다. 즉 합헌적 법률해석은 법률이 다양한 방식으로 해석될 수 있고, 그러한 해석 결과 중 일부는 위헌이고, 다른 일부는 합헌일 때 비로소 문제가 된다.

116) 이상 허완중(각주 105), 562-564.

117) 이상 허완중(각주 105), 564.

118) 현재 1990. 4. 2. 89헌가113, 판례집 2, 49, 62.

헌법재판소 다수의견은 국가보안법 제7조 제1항과 제5항을 문언 그대로 해석·운영한다면 ① 헌법상 언론·출판, 학문·예술의 자유를 위축시킬 염려가 있고, ② 문리 그대로 적용범위가 과도하게 광범위하고 다의적인 것이 되면 법운영 당국의 자의적 집행을 허용할 소지가 생기며, ③ 헌법 전문의 “평화적 통일의 사명에 입각하여 정의·인도와 동포애로써 민족의 단결을 공고히 하고”의 부분과 헌법 제4조의 평화적 통일지향의 규정에 양립하기 어려운 문제점이 생길 수도 있다고 하면서, 이러한 문제는 법문의 다의성과 그 적용범위의 광범성에서 비롯한다고 한다.¹¹⁹⁾ 여기서 헌법재판소 다수의견은 법문의 다의성을 언급하였지만, 헌법재판소 다수의견의 해석을 보면¹²⁰⁾ 국가보안법 제7조 제1항의 문제점은 다의성이 아니라 광범성이다. 즉 여러 가지로 해석될 수 있는 것이 아니라 해석을 통해서 도출된 내용이 너무 넓어서 문제이다. 여기서 다양한 해석 가능성은 헌법재판소 다수의견의 언급과 달리 문제 되지 않는다. 따라서 합헌적 법률해석의 전제가 충족되지 않는다. 결국, 합헌적 법률해석을 할 수 있는 사안이 아니다.

헌법재판소 다수의견은 이러한 광범성을 제거하기 위해서 해석 결과에 ‘소정 행위가 국가의 존립·안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 위해를 줄 경우에 적용된다’는 특정 조건을 붙여 적용범위를 축소한다. 그런데 국가보안법 문구 자체에서 이러한 특정 조건을 도출할 수 없다. 물론 조건 중에서 ‘국가의 안전을 위태롭게 한다는 것’은 국가보안법 제1조에서 도출할 수 있다. 그러나 그렇다고 하여도 나머지는 국가보안법이나 다른 법률을 통해서 끄집어내기 어렵다. 설사 헌법 전문·제4조·제8조 제4항·제37조 제2항을 바탕으로 해석 결과를 이렇게 축소할 수 있더라도 이것은 법문을 그 목적에 맞게 축소 적용하는 것으로 합헌적 법률해석이 아닌 목적론적 축소에 해당한다. 그런데 국가보안법 제7조 1항과 제5항은 모두 형벌에 관한 규정이다. 하지만 형벌법규의 목적론적 축소는 죄형법정원칙 때문에 허용되지 않는다. 즉 형벌법규에 대한 목적론적 축소는 죄형법정원칙 중 명확성원칙에 어긋날 뿐 아니라 유추적용을 금지하는 취지에도 벗어난다.

요컨대 본 결정에서 국가보안법 제7조 제1항과 제5항은 합헌적 법률해석의 전제가 되는 다의성이 없다. 따라서 이 사안에서는 합헌적 법률해석이 문제 되지 않는다. 따라서 합헌적 법률해석의 결과물인 한정합헌결정도 헌법재판소는 내릴

119) 헌재 1990. 4. 2. 89헌가113, 판례집 2, 49, 57-61.

120) 헌재 1990. 4. 2. 89헌가113, 판례집 2, 49, 55-57.

수 없다. 헌법재판소 다수의견이 해석내용을 축소한 것은 국가보안법 제7조 제1항과 제5항을 그 목적에 맞게 축소 적용하는 것인데, 이것은 목적론적 축소이다. 그러나 국가보안법 제7조 제1항과 제5항은 형벌법규라서 죄형법정원칙 때문에 이러한 목적론적 축소는 허용되지 않는다. 결국, 헌법재판소는 이 사안과 관련하여 한정합헌결정을 내릴 수 없고, 죄형법정원칙 중 명확성원칙 위반을 근거로 단 순위헌결정을 내려야 한다.

V. 현재 1990. 4. 2. 89헌가113 결정의 의미와 한계

현재 1990. 4. 2. 89헌가113 결정은 자유민주적 기본질서를 다룬 최초의 헌법재판소 결정으로서 이후 논의의 출발점으로서 충분한 가치가 있다. 다만, 독일 연방헌법재판소 판결에서 많은 영향을 받은 것임이 분명한데도 구체적인 내용을 살펴보면 왜곡으로까지 볼 수 있을 정도로 헌법적 측면에서 정당성을 인정하기 어려운 수정이 있음이 확인된다. 아무래도 초창기 헌법재판소 결정이라서 군사독재 시절의 흔적을 철저히 제거하기에는 한계가 있었기 때문일 것이다. 하지만 이후 나온 헌법재판소 결정은 이러한 문제점을 하나씩 제거해 나간 점은 다행이라고 생각한다. 다만, 현재 1990. 4. 2. 89헌가113 결정은 결론적인 내용만을 담고 있을 뿐이지 그에 관한 충분한 논증이 수반되지 않은 점은 아쉽기만 하다. 간략하나마 논증이 있었다면 이후 논의가 더 생산적일 수 있었을 것이다. 더욱이 이후 결정에서도 충분한 논증이 있다고 보기 어렵다.

더하여 현재 1990. 4. 2. 89헌가113 결정에서 다수의견은 자유민주적 기본질서를 토대로 한 합헌적 법률해석을 통해서 한정합헌결정을 내렸다. 이로 말미암아 이후 한정합헌결정이 헌법재판소의 변형결정 중 하나로 자리 잡는 계기가 되었다. 헌법재판소가 내린 전체 17건의 한정합헌결정 중 8건이 국가보안법에 관한 한정합헌결정이요, 그러한 결정의 시작이 현재 1990. 4. 2. 89헌가113 결정이기 때문이다. 더욱이 국가보안법에 관한 나머지 7건의 한정합헌결정 논리는 모두 현재 1990. 4. 2. 89헌가113 결정의 논리를 반복한 것에 불과하기 때문이다. 하지만 현재 1990. 4. 2. 89헌가113 결정에서 국가보안법 제7조 제1항과 제5항에서 문제가

된 것은 해석의 다의성이 아니라 해석 결과의 광범성이라는 점에서 한정합헌결정을 내릴 수 있는 사안이 아니었다. 게다가 헌재 1990. 4. 2. 89헌가113 결정에서 다수의견이 한 해석은 합헌적 법률해석이 아닌 목적론적 축소였고, 국가보안법 제7조 제1항과 제5항은 형벌법규라서 목적론적 축소를 할 수 없는 대상이었다. 이러한 점에서 헌재 1990. 4. 2. 89헌가113 결정은 문제점이 있다.

참 고 문 헌

○ 단행본

- 계희열, 헌법학(상), 박영사, 2005.
권영성, 헌법학원론, 법문사, 2010.
김철수, (학설판례) 헌법학(상), 박영사, 2009.
김학성, 헌법학원론, 피앤씨미디어, 2018.
성낙인, 헌법학 (제18판), 법문사, 2018.
성낙인, 이효원, 권건보, 정철, 박진우, 허진성, 헌법소송론, 법문사, 2012.
양 건, 헌법강의, 법문사, 2018.
이경주, 평화권의 이해, 사회평론, 2014.
이성환, 정태호, 송석윤, 성선제, 정당해산심판제도에 관한 연구, 헌법재판연구 15권, 헌법재판소, 2004.
이준일, 헌법학강의, 홍문사, 2015.
이효원, 통일법의 이해, 박영사, 2014.
정재황, (신) 헌법입문, 박영사, 2018.
한수용, 헌법학, 법문사, 2018.
허완중, 한국헌법체계에 비춘 헌법 제4조의 해석, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2014.
_____, 사법부의 합헌적 법률해석, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2015.
헌법재판소 헌법재판연구원, 주식 헌법재판소법, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2015.
홍성방, 헌법학(상), 박영사, 2016.
EBS제작팀, (EBS 다큐프라임) 자본주의, 가나문화콘텐츠, 2013.
Hesse, Konrad, 계희열 옮김, (통일)독일헌법원론, 박영사, 2001.
Sommermann, Karl-Peter, Staatsziele und Staatzielbestimmungen, Tübingen 1997.

○ 논문

- 고일광, 한국의 통일에 관한 헌법적 좌표 개관, 통일과 사법 1호(2011), 1-36.
국순옥, 자유민주적 기본질서란 무엇인가, 민주법학 8호(1994), 125-165.
김도창, 헌법과 국가 통일문제, 서울대학교 법학 8권 2호(1966), 32-53.
김도협, 국가보안법 제7조, 한정합헌결정에 대한 평석, 단국대학교 법학논총 23권 1호

- (1997), 147-166.
- 김명재, 헌법상의 자유민주적 기본질서의 개념, 전남대학교 법률행정논총 23집 1호 (2003), 67-100.
- 김문현, 정당해산심판에 관한 소고, 성균관법학 19권 2호(2007), 1-14.
- 김백유, 민주적 기본질서, 헌법학연구 9권 3호(2003), 81-117.
- 김병목, 남북헌법상의 통일관계조항 비교연구, 경희법학 29권 1호(1994), 35-53.
- 김상겸, 헌법상의 남북관계조항에 관한 연구-헌법 제3조와 제4조의 헌법해석론 관점에서, 헌법학연구 10권 3호(2004), 221-241.
- 김선택, 정당해산의 실제적 요건의 규범적합적 해석, 헌법연구 1권 1호(2014), 142-175.
- _____, 자유민주적 기본질서와 통일, 통일법연구 3권(2017), 1-31.
- 김종철, 민주공화국과 정당해산제도, 공법학연구 15권 1호(2014), 35-66.
- 김철수, 민주적 기본질서, 서울대학교 법학 20권 1호(1979), 99-113.
- 김현철, 정당해산심판의 목적 및 해산사유, 헌법학연구 22권 2호(2016), 361-403.
- 박규하, 서독 기본법상의 자유민주적 기본질서, 고시연구 1990년 6월호, 93-113.
- 박규환, 정당해산 심판기준에 관한 연구, 헌법학연구 14권 4호(2008), 479-508.
- 박영호, 민주적 기본질서와 통일조항, 세계헌법연구 6권(2001), 565-602.
- 송석윤, 정당해산심판의 실제적 요건 -정당해산심판제도의 좌표와 관련하여, 서울대학교 법학 51권 1호(2010), 27-65.
- 이재희, 전투적 민주주의(Militant Democracy)로부터의 민주주의 수호, 공법학연구 15권 2호(2014), 105-141.
- 이황희, 민주적 기본질서 위배의 의미 -헌법재판소의 해석(2013헌다1)에 관한 분석, 법조 65권 5호(2016), 5-56.
- 장영수, 헌법의 기본원리로서의 민주주의, 안암법학 창간호(1993), 67-147.
- _____, 통일헌법 논의의 의의와 필요성, 권영성 교수 정년기념논문집 간행위원회 편, 헌법규범과 헌법현실 : 권영성교수 정년기념 논문집, 법문사, 1999, 78-108.
- _____, 남북통일과 헌법, (2011 특별학술회의) 한국정치의 쟁점: 헌법개정의 방향, 아산정책연구원, 한국정치학회, 2011.4.7., 94~124.
- 전광석, 정당해산심판에 대한 헌법적 및 정치적 이해, 헌법판례연구 13권(2012), 133-153.
- _____, 헌법 제4조, 한국헌법학회 편, 헌법주석, 박영사, 2013, 123-144.
- 정만희, 헌법 제8조, 한국헌법학회 편, 헌법주석, 박영사, 2013, 213-268.
- _____, 정당해산심판의 헌법적 쟁점, 공법연구 42집 3호(2014), 105-140.
- 정태호, 헌법 제8조 제4항의 정당해산사유에 관한 관견, 경희법학 49권 3호(2014), 269-306.

- 조한상, 자유주의, 민주주의 그리고 자유민주주의, 원광법학 31집 2호(2015), 69-92.
- 최윤철, 평화통일 관련 입법에 대한 헌법적 평가, 공법연구 39집 2호(2010), 289-317.
- 한수용, 자유민주주의에서 정당해산심판의 헌법적 문제점, 헌법재판연구 3권 2호(2016), 177-223.
- 허완중, 법형성이 아닌 법발견(법해석)인 합헌적 법률해석, 사법 41호(2017), 557-592.
- 홍성방, 자유 민주적 기본질서, 한림법학 FORUM 2권(1992), 1-40.
- Simon, Helmut, Die verfassungskonforme Gesetzesauslegung, in: EuGRZ 1, heft. 5, 1974, S. 85-91.
- Stefan, Korioth, 허완중 옮김, 주문선택의 기술 - 규범의 위헌성을 확인하였을 때에 연방헌법재판소의 변형재판, 헌법판례연구 11권(2010), 223-244.

북한의 법적 지위

헌재 1997. 1. 16. 92헌바6등, 국가보안법 위헌소원 사건

이 장 희*

I. 서론

1945년 광복 이후 어느새 분단 74년을 맞이하고 있다. 오랜 시간 남북은 서로를 적으로 간주하면서 적대적 관계에 있었으며, 국내법적으로는 대법원과 헌법재판소는 북한의 법적 지위를 ‘반국가단체’로 평가해 왔다. 이처럼 남북이 서로를 적대시한 원인으로는 분단의 과정에서 냉전의 영향을 심하게 받아 이데올로기적 대립구도 속에서 관계를 형성했던 점도 있었지만, 6·25 전쟁을 통해 서로 싸우면서 적대적 감정의 골이 깊어졌던 점도 간과할 수 없을 것이다.

하지만 1980년대 동서 냉전의 벽이 허물어지는 데탕트의 시대가 도래하였음에도 남북은 분단의 벽을 허물기는커녕 여전히 적대관계를 유지하였다. 특히 1972년 헌법 전문에서 “평화적 통일의 사명”을 신설했고, 1987년 현행 헌법 제4조에서 ‘평화적 통일’을 신설했으며, 또 1991년에는 남북이 함께 UN 회원국으로 동시에 가입하고, 「남북 사이의 화해와 불가침 및 교류·협력에 관한 합의서」(소위 남북기본합의서)의 체결을 통해 평화적 통일을 위한 교류·협력을 약속하는 상황에 이르렀음에도 불구하고, 대법원과 헌법재판소는 그 남북기본합의서를 단순히 ‘신사협정’에 불과하다고 보았고 또 UN 동시가입으로 남북이 서로 국가성을 인정해야 하는 것은 아니라고 하였다. 또 2000년 최초로 남북정상회담이 열려 「6·15 남북공동선언」이 발표되고 또 2007년 남북정상회담으로 「남북관계 발전과 평화번영을 위한 선언」(10·4선언)이 발표되어 남북관계에 실질적인 변화와 발전이 있었다고 볼 수 있었지만, 여전히 ‘북한의 지위’에 대한 법적 평가는 「국가보

* 국립중앙대학교 법학과 교수.

안법』상의 반국가단체였다.

결국, 남북관계의 현실이 어떻게 변하든 적어도 지금까지는 법적 의미에서의 ‘분단의 벽’은 쉽게 사라지지 않았다. 다만 1990년대 이후 남북관계의 변화와 발전 상황을 일부 반영하여, 북한을 “대화과 협력의 동반자”인 동시에 “반국가단체”라는 의미의 이중적 성격을 인정하는 정도에서 일부 변화가 있었을 뿐이다. 그러나 이것 역시 북한을 반국가단체로 보는 적대적 입장을 견지한 것이므로 대화와 협력의 과정에서 언제나 반국가단체에게 열었던 교류의 문을 다시 닫을 수 있다는 의미를 내포한 것이었으며, 실제로 남북관계는 수시로 변화하였고 또 악화되기도 하였다.

그러나 최근 한반도는 전쟁위기에서 극적으로 벗어나 남북미 간 한반도 비핵화와 평화체제의 구축을 위한 협상이 진행 중에 있다. 4·27 판문점선언을 통해 얻어낸 현 상황은 “역사적인 전환”이라 일컬어지고 있다. 만약 북한의 비핵화에 성공하여 남북미 간 평화협정이 체결되고 남북관계가 평화체제로 나아가게 된다면, 당장 북한의 지위에 대한 법적 평가의 문제가 대두될 것이다. 그래서 한편에서는 북한의 반국가단체성을 인정하는 판례와 특히 헌법 제3조의 해석이 평화체제의 구축에 중요한 법적 걸림돌이 되지 않을까 걱정하기도 한다. 한반도 평화체제의 정착에도 불구하고 북한의 반국가단체성을 법적으로 계속 인정할 수 있는지, 만약 상황의 변화에 맞게 바뀌어야 한다면 어떤 근거와 방법으로 바꿀 수 있는지를 따져볼 필요가 있다. 이러한 관점에서 ‘북한의 법적 지위’에 관한 헌법재판소의 중요 선례라고 할 수 있는 1997. 1. 16. 92헌바6 결정을 검토해 보려고 한다.

II. 사건 개요 및 주요 쟁점

1. 사건의 개요

이 결정은 국가보안법 제7조 제1항 등의 위헌 여부를 문제 삼아 청구한 5건의 헌법소원심판 사건을 병합하여 심리한 것이었다. 먼저, 92헌바6 사건의 청구인은 서울형사지방법원 91고합1357 국가보안법 위반으로 재판 중 청구인에 대한 공소 사실에 적용된 1991. 5. 31. 개정 전의 국가보안법(1980. 12. 31. 법률 제3318호로

전문개정된 것으로서, 1991. 5. 31. 법률 제4373호로 일부개정되기 전의 것, 이하 “구법”이라 한다) 제7조 제1항·제3항·제5항, 제8조 제1항 및 1991. 5. 31. 개정 후의 국가보안법(1980. 12. 31. 법률 제3318호로 전문개정되고, 1991. 5. 31. 법률 제4373호로 다시 일부개정된 것, 이하 “신법”이라 한다) 제6조 제1항, 제7조 제1항·제3항·제5항, 제8조 제1항이 각 헌법에 위반된다는 이유로 위 법원에 위헌 법률심판의 제청신청을 하였으나 1992. 1. 6. 그 신청이 기각되자(위 법원 91초 5079 사건), 같은 달 11. 헌법재판소법 제68조 제2항에 의하여 헌법소원심판을 청구하였다.

또 92헌바26 사건의 청구인은 서울형사지방법원 92노851 국가보안법 위반 사건의 피고인으로서, 청구인에 대한 공소사실에 적용된 구법 제7조 제1항·제5항 및 신법 제7조 제1항·제5항이 각 헌법에 위반된다는 이유로 위 법원에 위헌 법률심판의 제청신청을 하였으나 1992. 6. 16. 그 신청이 기각되자(위 법원 92초 1413 사건), 같은 달 23. 헌법재판소법 제68조 제2항에 의하여 헌법소원심판을 청구하였다.

그밖에 93헌바34 사건의 청구인은 서울고등법원 93노949 국가보안법 위반 사건의 피고인이고, 93헌바35 사건의 청구인은 같은 법원 93노1281 국가보안법 위반 사건의 피고인이며, 93헌바36 사건의 청구인은 같은 법원 93노936 국가보안법 위반 사건의 피고인인데, 이들은 각 피고사건의 공소사실에 적용된 신법 제4조 제1항 제2호 “나”목이 헌법에 위반된다는 이유로 위 법원에 각 그 위헌여부심판의 제청신청을 하였으나 각 신청이 모두 기각되었고 이들은 다시 헌법재판소법 제68조 제2항에 의하여 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 청구인의 주장과 주요 쟁점

첫째, 청구인들은 1991. 5. 31. 개정 전의 국가보안법(‘구법’)과 1991. 5. 31. 개정 후의 국가보안법(‘신법’)에 대해 각각 개정절차의 하자로 인한 위헌성을 주장하였다. 먼저, ‘구법’은 국회에서 개정된 것이 아니라, 국가보위입법회의법에 의해 구성된 ‘국가보위입법회의’에서 개정되었는데, ‘국가보위입법회의’는 국가보위비상대책위원회설치령(대통령령 제9897호)에 의하여 설치된 국가보위비상대책위원회에서 1980. 10. 28. 제정·공포한 ‘국가보위입법회의법(법률 제3260호)에

의한 것으로서, 국가보위비상대책위원회는 정당한 입법기관이 아니고 … 또 국가보위입법회의법에 의해 구성된 국가보위입법회의 역시 정당한 입법기관이 아님에도 위 ‘구법’을 개정하였다는 점에서 입법권이 국회에 속한다고 규정한 헌법 제40조와 국민주권의 원리를 천명한 헌법 제1조 제2항에 위반하여 무효라고 주장하였다.

또 ‘신법’이 경우 1991. 5. 10. 오후 속개된 제154회 임시국회 본회의에서 의장이 본회의장의 의장석이 아닌 본회의장 뒤쪽 중앙통로에서 “국가보안법 개정법률안”에 대한 제안설명, 심사보고, 수정제의보고 및 표결절차를 모두 생략한 채 야당의원들의 반대에도 불구하고 날치기로 위 법률안이 의결되었다고 선포하였는데, 이는 헌법 제40조(입법권의 국회귀속) 및 제49조(국회의 의결방법)와 국회법 소정의 의안에 대한 제안설명, 심사보고, 수정제의보고, 표결방법 등에 관한 여러 규정에 위반된 것이므로 신법 역시 위법한 절차로 개정되었으므로 위헌무효라고 주장하였다.

둘째, 청구인들은 신법과 구법이 모두 북한을 “반국가단체”로 규정하고 북한과의 모든 접촉·연락·대화 등을 처벌하는 것은 위헌이라고 주장하였다. 위헌이라고 주장하는 이유는 다음과 같다. (1) 이것은 헌법 전문(前文)의 “항구적인 세계평화와 인류공영에 이바지함으로써”라는 부분과 헌법 제5조 제1항, 제6조 제1항에서 천명한 국제평화주의에 위반된다고 주장하였다. (2) 헌법 전문의 “조국의 …… 평화적 통일의 사명에 입각하여”라는 부분과 헌법 제4조, 제66조 제3항에서 천명한 평화통일의 원칙에도 위반된다고 주장하였다. (3) 남·북한이 1991. 9. 17. 동시에 유엔(U.N)에 가입하고 남·북한의 정부당국자가 같은 해 12. 13. 소위 남북기본합의서(『남북사이의 화해와 불가침 및 교류·협력에 관한 합의서』)에 서명하여 이것이 발효된 이상 북한을 국가보안법상의 “반국가단체”로 볼 수 없게 되었으므로 북한이 반국가단체임을 전제로 제정된 국가보안법은 더 이상 효력을 유지할 수 없게 되었다고 주장하였다.

또한 청구인들은 남북한이 동시에 유엔에 가입한 것은 다음과 같은 의미가 있다고 보았다. ① 남·북한이 모두 유엔에 가입하였다는 것은 북한도 국제사회로부터 주권을 가진 국가임을 승인받은 것이며 남·북한 상호간에 있어서도 상대방을 “국가”로 인정한 것을 의미한다. ② 유엔헌장의 규정들에 비추어 보면 남·북한의 유엔가입은 국제평화와 안전을 위해 평화적 수단에 의한 국제분쟁해결

및 무력행사금지 의무를 남·북한이 성실히 이행할 것을 수락한 것이고 또 이에 대한 국제적 인정이라고 할 것인바, 그렇다면 북한을 더 이상 (남한) “정부를 참칭하거나 국가변란을 목적으로 하는 반국가단체”라고 할 수는 없다. ③ 그 동안 남한정부가 한반도에서의 유일한 합법정부임을 주장해 온 법적 근거인 1948. 12. 12.의 유엔총회결의 195호(대한민국의 승인 및 외국군대의 철수에 관한 결의)에 의하더라도 38선 이북지역에 대한 주권이 대한민국에 있다고 보기는 어려운 것이었으며, 가사 대한민국정부의 견해대로 대한민국이 한반도에 있어서 “유일한” 합법정부라고 하여도, 남·북한의 유엔 동시가입으로 인하여 남·북한이 각기 관할구역내의 주권국가임을 국제적으로 승인받은 이 시점에서는, 더 이상 북한을 “불법조직된” 반국가단체라고는 할 수 없다는 것이다.

또한, 남북기본합의서의 체결은 다음과 같은 의미가 있다고 보았다. 남북기본합의서는 1991. 12. 13. 대한민국 국무총리와 조선민주주의인민공화국 정무원총리가 서명을 하고, 1992. 2. 19. 발효되었는데, 이는 그 서명주체로 볼 때 법적 대표성과 권한을 가진 국무총리에 의하여 체결된 것으로서 당연히 국내법적 효력을 가지는 것이고, 그 내용을 보면 북한은 남북기본합의서의 서명을 통하여 공식적으로 대남적화통일 전략을 포기하였으며 또 이를 대한민국 정부대표자가 공식 확인한 것이라고 보아야 할 것이므로, 북한을 더 이상 국가보안법상의 “반국가단체”로 볼 수 없다고 주장한다.

셋째, 청구인들은 헌법재판소가 1990. 4. 2. 선고, 89헌가113 결정에서 구법 제7조 제1항 및 제5항에 대해 한정합헌결정을 한 것은 잘못된 것이므로 구법 제7조 제1항·제3항·제5항은 헌법에 위반된다고 보아야 하며, 위 조항들에 대한 헌법재판소의 판례는 변경되어야 한다고 주장하였다. … 적어도 위헌선언을 하면서 입법개선을 촉구하는 결정을 내렸어야 할 것이고, 위 결정의 논거로 든 이익형량의 논리는 국민의 기본권보다 국가의 형벌권을 더 우위에 두는 것일 뿐만 아니라 이익형량의 요소로 삼은 “휴전상태”와 “군사력의 대치에 의한 긴장상태”는 상황에 대한 설명이지 구체적인 불이익 그 자체는 아니므로 위 결정은 그 이익형량의 방법에도 잘못이 있다는 주장을 하였다.

넷째, 신법 제6조 제1항, 제7조 제1항·제3항·제5항 및 제8조 제1항은 위 헌법재판소의 한정합헌결정에도 위반되는 위헌규정이라고 주장하였다. 즉, 위 조항들은 그 구성요건으로 “국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게

한다는 정을 알면서”라는 문구를 삽입하였으나, 헌법재판소의 한정합헌 결정은 위와 같이 “정을 안다”는 것을 요구하는 것이 아니라 “실질적 해악을 미칠 명백한 위험성이 있는 경우”로 처벌을 축소·제한하자는 취지이므로, 개정된 위 조항들은 헌법재판소의 위 결정을 무시한 위헌규정들이라는 것이다.

다섯째, 청구인들은 신법 제4조 제1항 제2호 “나”목이 “가목 외의 국가기밀”이라는 불확정개념 내지 막연한 용어를 사용하여 그 의미를 추량(推量)할 수밖에 없도록 함으로써 처벌대상인 행위를 미리 고지하는 기능이 없으며, 그로 말미암아 법 적용기관의 자의(恣意)를 허용할 위험성이 높으므로, 죄형법정주의의 내용인 “막연하므로 무효”라는 법리에 위배된다고 주장하였다. … 또한 그 내용이 막연함으로 인하여 결국 “국가기밀”이라는 개념의 외연을 무제한으로 확대시키는 결과를 초래함으로써, 언론·출판의 자유의 본질적인 내용을 침해하는 것일 뿐만 아니라 헌법 제37조 제2항에 규정된 과잉금지의 원칙에도 위배된다고 주장하였다.

3. 법원이 위헌제청신청을 기각한 이유

법원은 다음과 같은 이유에서 청구인의 위헌제청신청을 기각하였다. 첫째, 1980. 10. 27. 개정된 구 헌법 부칙 제6조 제1항은 국가보위입법회의는 이 헌법에 의한 국회의 최초집회일 전일까지 국회의 권한을 대행하도록 규정하고 있고 같은 조 제3항은 국가보위입법회의가 제정한 법률 등은 그 효력을 지속한다고 규정하고 있으므로, 구법이 국가보위입법회의에서 제정되었다는 이유만으로는 위헌이라고 할 수 없다.

둘째, 국회가 법률안을 적법히 의결하였다 하여 정부로 이송하고 국무회의의 심의를 거쳐 대통령이 이를 공포하였다면 그 법률은 입법의 전과정에 걸쳐 적법하게 제정되었다고 인정되어야 할 것인바, 신법 즉 1991. 5. 31. 공포된 법률 제 4373호 “국가보안법 중 개정법률”은 국회에서 의결되어 대통령이 이를 적법히 공포하였으므로 위 개정법률이 그 입법절차에 하자가 있어 무효라고 할 수는 없다.

셋째, 국가보안법은 구법이건 신법이건 북한을 반국가단체로 직접 규정한 바 없으므로 남·북한간의 관계에 어떠한 변화가 있다는 사정만으로는, 북한이 국가보안법상의 “반국가단체”에 해당하느냐의 여부에 관한 사실인정 내지는 법해석론을 떠나, 국가보안법상의 위 법률조항들을 위헌이라고 볼 수는 없다. 남·북한의

유엔(U.N)동시가입이 상호간에 국가승인의 효력을 발생시킨다고는 볼 수 없고 남북기본합의서의 서명과 발효로써 북한이 대남 적화혁명노선을 명백히 포기하였다고 볼 수도 없으므로, 헌법재판소가 한정합헌결정을 한 후에 그 논리적 근거로 제시한 사실에 근본적인 변화가 있었다고는 볼 수 없다.

넷째, 신법 제6조 제1항, 제7조 제1항·제3항·제5항, 제8조 제1항의 규정들은 구법보다 그 구성요건을 명확히 한정하여 규정하였으므로 이와 같이 구성요건을 한정하여 규정하기 이전의 구법 조항에 대한 헌법재판소의 위 한정합헌결정의 취지에 위반된다고 할 수 없다.

다섯째, 신법 제4조 제1항 제2호 “나”목의 “국가기밀”은 다른 나라에 알려지는 것이 대한민국에 불리한 모든 정보를 포괄하는 개념으로서 가장 넓은 의미의 국가기밀 개념인바, 결국 대내외적인 모든 국면의 상황과 관계에 관한 정보 일체가 그들의 대남전략에 기여하게 된다는 점 등에 비추어 볼 때, 국가기밀의 개념을 위와 같이 넓게 파악할 필요가 있다. 또한 동 조항의 목적과 연혁에 조화되는 해석을 한다면 규범수명자인 “반국가단체의 구성원 또는 그 지령을 받은 자”가 무엇이 형벌에 의하여 금지되는지를 충분히 알 수 있도록 되어 있으므로 위 조항은 죄형법정주의에 위배되지 아니한다. 또 “자유로운 사상의 시장”을 전제로 하는 언론의 자유가 그러한 자유시장을 혁명에 의하여 파괴하려는 단체의 첩보활동을 위해서도 허용된다면 이는 방어적 민주주의의 개념에 상치될 뿐만 아니라 자유의 터전을 파괴하려는 자들에게 무기를 제공하는 모순이 생길 수 있다. 따라서 위 조항은 국가의 안전을 보호하고 공산집단의 공작원과 그 국내 동조세력에 대한 정보의 차단을 위하여 불가피한 규정이므로 헌법상 과잉금지의 원칙에도 위배되지 아니한다.

4. 법무부장관 및 검찰총장 등 관계 기관의 의견

법무부장관 및 검찰총장의 의견은 법원의 위헌제청신청기각이유와 대체로 같다고 하면서, 다음과 같은 의견을 덧붙이고 있다. 헌법재판소의 구법 제7조 제1항·제5항에 대한 한정합헌결정은 이 규정들의 내용에 관하여 위헌을 선언한 것이 아니고 합헌결정을 하면서 다만 그 규정들의 적용에 관하여 법해석론으로 그 한계를 제시하고 있을 뿐이다. 이 사건에서 심판의 대상이 된 신법조항들은 구법

에는 없던 “국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서”라는 주관적 요건을 추가하고 있을 뿐만 아니라 행위태양도 제한적으로 규정하고 있으므로 이 규정들이 헌법재판소의 위 한정합헌결정에 위반되는 위헌 조항이라고 볼 수는 없다는 것이다.

Ⅲ. 결정 요지

1. 개정절차로 인한 신·구법의 위헌 여부

첫째, 구법에 관하여 보면, 1980. 10. 27. 공포된 구 헌법 부칙 제6조 제1항은 국가보위입법회의는 구 헌법 시행일로부터 구 헌법에 의한 국회의 최초의 집회 일 전일까지 국회의 권한을 대행한다고 규정함으로써 국가보위입법회의에 한시적으로 입법권을 부여하는 헌법상의 근거규정을 두었고, … 또 현행 헌법 부칙 제5조는 현행 헌법 시행 당시의 법령은 현행 헌법에 위배되지 아니하는 한 그 효력을 지속한다고 하여 법령의 지속효에 관한 규정을 두고 있다는 점에서, 국가보위입법회의에서 제정된 법률은 “그 내용”이 현행 헌법에 저촉된다고 하여 이를 다투는 것은 별론으로 하고 “그 제정절차”에 하자가 있음을 이유로 하여 이를 다투는 수는 없다. (헌법재판소 1992. 4. 14. 선고, 90헌바23 결정 참조).

둘째, 신법에 관하여, 1991. 5. 10. 속개된 제154회 임시국회 본회의는 당시 의장이 야당의원들의 거듭된 실력저지로 정상적인 의사진행에 의한 표결이 사실상 불가능한 상황이 확인되며, 따라서 본회의장내에서 헌법 및 국회법 소정의 의결정족수를 넘는 다수 의원들이 당해 안건에 대하여 찬성의사를 표시함을 확인하고 “국가보안법중 개정법률안”이 가결되었음을 선포하였던 것으로 인정된다. 그렇다면 신법의 개정절차에 헌법 제40조 및 제49조 등을 위반한 위헌적 요소가 있었다고는 볼 수 없다.

2. 북한의 반국가단체성

첫째, 국가보안법은 구법이건 신법이건 모두 북한을 바로 “반국가단체”로 규정

하고 있지는 아니하다(구법 제2조, 신법 제2조 참조). 따라서 **국가보안법이 북한을 반국가단체로 규정하고 있음을 전제로 한 위헌주장**은 형사절차상의 사실인정 내지 법적용의 문제를 헌법문제로 오해한 것이어서, 이러한 주장은 남·북한관계의 변화 여부에 불구하고 이유없는 것이다.

둘째, 비록 남·북한이 유엔(U.N)에 동시가입하였다고 하더라도, 이는 “유엔헌장”이라는 다변조약(多邊條約)에의 가입을 의미하는 것으로서 유엔헌장 제4조 제1항의 해석상 신규가맹국이 “유엔(U.N)”이라는 국제기구에 의하여 국가로 승인 받는 효과가 발생하는 것은 별론으로 하고, 그것만으로 곧 다른 가맹국과의 관계에 있어서도 당연히 상호간에 국가승인이 있었다고는 볼 수 없다는 것이 현실 국제정치상의 관례이고 국제법상의 통설적인 입장이다.

셋째, 소위 남북합의서는 남북관계를 “나라와 나라 사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계”(전문 참조)임을 전제로 하여 이루어진 합의문서인바, 이는 한민족공동체 내부의 특수관계를 바탕으로 한 당국간의 합의로서 남북당국의 성의있는 이행을 상호 약속하는 일종의 공동성명 또는 신사협정에 준하는 성격을 가짐에 불과하다.

넷째, 남북기본합의서의 채택·발효 후에도 북한이 여전히 적화통일의 목표를 버리지 않고 각종 도발을 자행하고 있으며 남·북한의 정치, 군사적 대결이나 긴장관계가 조금도 해소되지 않고 있음이 **엄연한 현실인 이상**, 북한의 반국가단체성이나 국가보안법의 필요성에 관하여는 **아무런 상황변화가 있었다고 할 수 없다**.

또 1990. 8. 1. 법률 제4239호로 “남북교류협력에관한법률”이 공포·시행된 바 있으나, 이 법률은 … 국가보안법이 이 법률과 상충되는 것이라고는 볼 수 없다.

요컨대, **현단계에 있어서의 북한은** 조국의 평화적 통일을 위한 대화와 협력의 동반자임과 동시에 대남적화노선을 고수하면서 우리 자유민주주의체제의 전복을 획책하고 있는 반국가단체라는 성격도 함께 갖고 있음이 엄연한 현실인 점에 비추어, 헌법의 전문과 제4조가 천명하는 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책을 수립하고 이를 추진하는 법적 장치로서 … 남북교류협력에관한법률 등이 공포·시행되었다 하여 국가보안법의 필요성이 소멸되었다거나 북한의 반국가단체성이 소멸되었다고는 할 수 없다.

그러므로 국가의 존립·안전과 국민의 생존 및 자유를 수호하기 위하여 국가보안법의 해석·적용상 북한을 반국가단체로 보고 이에 동조하는 반국가활동을 규제하는 것 자체가 헌법이 규정하는 국제평화주의나 평화통일의 원칙에 위반된

다고 할 수 없다.

다섯째, 구법 제7조 제1항·제3항 및 제5항과 관련하여 헌법재판소는 1990. 4. 2. 선고, 89헌가113 결정, 같은 해 6. 25. 선고, 90헌가11 결정 및 1992. 1. 28. 선고, 89헌가8 결정에서 구법 제7조 제1항 및 제5항의 위헌성에 관하여 그 견해를 밝힌 바 있는데, … 위 1990. 4. 2. 선고, 89헌가113 결정 및 같은 해 6. 25. 선고, 90헌가11 결정 후에, 남·북한이 1991. 9. 동시에 유엔에 가입하고 또 남·북한의 정부당국자가 같은 해 12. 13. 소위 남북기본합의서에 서명하여 이것이 발효 되었으며 또 남북교류협력에관한법률 등이 공포·시행된 바 있으나, 위에서 본 바와 같이 이러한 사실들로 인하여 북한의 반국가단체성이 소멸되었다거나 국가보안법의 필요성이 없어졌다고도 볼 수 없으므로 위와 같은 사정변경만으로는 우리 재판소가 위와 같이 한정합헌결정을 한 후에 **그 결정의 논리적 내지 현실적 근거가 된 사실에 근본적인 변화가 있었다고 할 수 없고**, 지금에 이르러 위와 달리 판단하여야 할 다른 사정변경이 있다고도 인정되지 아니한다.

3. 구법 제7조 제1항·제3항·제5항 및 제8조 제1항의 위헌 여부

구법 제7조 제1항·제3항·제5항 및 제8조 제1항은, 각 소정의 행위가 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 해악을 끼칠 명백한 위험이 있는 경우에 적용된다 할 것이므로, 그러한 해석하에 헌법에 위반되지 아니한다.

4. 신법 제6조 제1항, 제7조 제1항·제3항·제5항 및 제8조 제1항의 위헌 여부

신법 제6조 제1항, 제7조 제1항·제3항·제5항 및 제8조 제1항은 모두 헌법에 위반되지 아니한다.

5. 신법 제4조 제1항 제2호 “나”목의 위헌 여부

신법 제4조 제1항 제2호 “나”목은 그 소정의 “군사상 기밀 또는 국가기밀”을

일반인에게 알려지지 아니한 것으로서 그 내용이 누설되는 경우 국가의 안전에 명백한 위협을 초래한다고 볼 만큼의 실질가치를 지닌 사실, 물건 또는 지식이라고 해석하는 한 헌법에 위반되지 아니한다.

6. 조승형 재판관의 반대의견

신법 규정에 “국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 점을 알면서”라는 주관적 구성요건이 추가됨으로써 확대해석의 위협이 거의 제거되었다고도 주장하나, 알고 있는 위태성이 명백하지도 않으며, 그 행위가 실질적으로 해악을 끼치지 아니하는 경우나, 반국가단체에 아무런 이득을 주지 못하는 경우에도, 위태롭게 할 수도 있다는 막연한 생각을 가지고, 찬양·고무·선전 또는 동조하거나 국가변란을 선전 선동만 하면, 처벌위험은 여전히 상존한다고 할 것이므로, 위 주관적 요건 이외에 “반국가단체를 위하여”라는 주관적 요건과 “반국가단체에 실질적인 이득을 제공한 때”라는 객관적인 요건을 추가하지 않는 한 위 결정이 지적하는 위헌성을 모면하기는 어렵다

따라서 위 신법조항들이 여전히 위헌성을 모면할 수 없고 위 종전결정(89헌가 113 결정) 중 그 결정이 지적하고 있는, 헌법상의 언론·출판·학문·예술 및 양심의 자유를 위축시킬 염려, 형벌과잉을 초래할 염려, 국가안전보장이나 자유민주적 기본질서의 수호와는 관계가 없는 경우까지 확대 적용될 만큼 불투명하고 구체성이 결여되어 헌법 제37조 제2항의 한계를 넘은 제한인 점, 법집행자에 의한 자의적 집행을 허용할 소지가 있는 점, 죄형법정주의에 위배된다는 취지의 종전 판시내용은 여전히 이 사건의 경우에도 타당하며 이에 반한 다수의견은 부당하다.

IV. 분석 및 평가

1. 결정의 의의 및 문제점

헌법재판소의 이 결정은 「국가보안법」의 부분적인 위헌성을 확인하였을 뿐만 아니라, 이 글에서 살펴보고자 하는 ‘북한의 법적 지위’에 관한 사항을 판시한

중요 선례에 해당한다. 1987년 현행 헌법에 제4조 평화통일 조항이 신설되고, 또 청구인이 주장처럼 1991년 남북한의 UN 동시가입, 남북기본합의서의 체결 등으로 남북관계의 현실이 급격히 달라졌음에도 불구하고, 이 결정은 “현단계에 있어서의 북한은 조국의 평화적 통일을 위한 대화와 협력의 동반자임과 동시에 대남 적화노선을 고수하면서 우리 자유민주주의체제의 전복을 획책하고 있는 반국가단체라는 성격도 함께 갖고 있음이 엄연한 현실”이라고 하여 북한의 ‘이중적 지위’를 인정하였다.

이 결정의 주요 의의는 다음과 같다. 첫째, 종래 대법원은 북한의 반국가단체성을 인정하면서 「국가보안법」 위반행위를 처벌하는 것이 헌법상 평화 통일의 원칙 등에 위배되지 않는다고 보았는데, 헌법재판소 역시 이 결정을 통해 「국가보안법」이 헌법상 국제평화주의와 평화통일의 원칙 등에 위배되지 않을 뿐만 아니라, 북한의 법적 지위를 ‘반국가단체’라고 인정하였다. 다만, 「국가보안법」 제7조 제1항 등의 조항은 기본권을 과도하게 침해할 위험이 있으므로, 각 소정의 행위가 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 해악을 끼칠 명백한 위험이 있는 경우에 적용된다고 해석하는 한 헌법에 위반되지 아니한다고 하여 ‘한정합헌’을 결정하였다.

둘째, 이 결정은 또한 헌법상 평화통일 조항의 신설 및 1990년 「남북교류협력에 관한 법률」의 제정, 1991년 남북한 유엔 동시가입과 남북고위급회담을 통한 ‘남북기본합의서’의 체결 등 남북관계의 현실에 중대한 변화가 있었음을 인정하여 북한이 “대화과 협력의 동반자”임을 동시에 인정하였다.

그러나 반국가단체이면서 어떻게 평화통일을 위한 대화와 협력의 동반자일 수 있는지, 즉 양자가 논리적 모순(矛盾)이 아님을 설득력 있게 설명해 주지는 못하였다. 오히려 남북기본합의서가 단순히 신사협정에 불과하다고 하여 법적 효력을 부인하는 등 남북관계의 발전을 법적으로 뒷받침하고 견인하기보다는 기존의 적대적 분단 현실을 유지하는데 그쳤다는 문제가 있었다.

셋째, 이 결정은 “국가보안법은 구법이건 신법이건 모두 북한을 바로 ‘반국가단체’로 규정하고 있지는 아니하다(구법 제2조, 신법 제2조 참조). 따라서 국가보안법이 북한을 반국가단체로 규정하고 있음을 전제로 한 위헌주장은 형사절차상의 사실인정 내지 법 적용의 문제를 헌법문제로 오해한 것이어서, 이러한 주장은 남·북한관계의 변화여부에 불구하고 이유없는 것이다.”라고 하였는데, 이 점에서 북한의 반국가단체성의 인정을 그 자체로는 헌법문제가 아니라 단지 「국가보

안법』이라는 법률의 해석·적용 문제라고 보았던 것으로 볼 수 있다.¹⁾

이것은 북한의 반국가단체성을 헌법 제3조에 관한 헌법해석적 결과로 보면서 『국가보안법』을 해석·적용하고 있는 대법원의 입장과 대비된다.

넷째, 이 결정은 “현단계에 있어서의 북한”이란 표현을 통해, 북한의 반국가단체성에 대한 근거가 되는 남북관계에 관한 현실을 언급하면서 별도로 헌법 제3조 영토조항의 해석론을 언급하지 않았다. 이것은 대법원이 헌법 제3조에 근거하여 북한의 반국가단체성을 인정하고 있어 결국 헌법 제3조의 해석론이 평화체제에 걸림돌이 될 수 있는 것과 비교해 볼 때, 헌법재판소는 헌법 제3조의 틀에서 벗어나 다만 ‘남북관계의 현실’에 근거하여 북한의 반국가단체성을 판단하고 있는 것이라 볼 수 있다.

다섯째, 이 결정에서 헌법재판소는 “그 결정의 논리적 내지 현실적 근거가 된 사실에 근본적인 변화가 있었다고 할 수 없고”라고 하였듯이, ‘남북관계에 관한 사실의 변화’에 따라 북한의 법적 지위에 대한 평가가 달라질 수 있다는 점을 내비쳤다. 이 점에서는 대법원 판례 역시 - 제3조에 관련한 부분에서는 다른 점도 있지만 - 마찬가지로 남북관계에 관한 현실에 중대한 변화가 있을 경우 북한의 지위에 대한 법적 평가가 변경될 수 있음을 보여주었다.

2. 관련 헌재 판례

이 결정에 앞서, 헌법재판소는 1993. 7. 29. 92헌바48 결정에서 “국가보안법은 국가의 안정을 위태롭게 하는 반국가활동을 규제함으로써 국가의 안전과 국민의 생존 및 자유를 확보함을 목적으로 하여 제정된 법률이고 남북교류협력에관한법률은 남한과 북한과의 상호교류와 협력을 촉진하기 위하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 하여 제정된 법률이므로 상호 그 입법취지와 규제대상을 달리하고 있을 뿐만 아니라, 구 국가보안법 제6조 제1항의 잠입·탈출죄는 … 남북교류협력에관한법률 제27조 제2항 제1호의 죄와 … 그 구성요건을 달리한다.”고 하면서, “이는 **현 단계에 있어서의 북한**은 조국의 평화적 통일을 위한 대화와 협력의 동반자임과 동시에 대남적화노선을 고수하면서 우리자유민주체제의 전복을 획책

1) 이효원, 남북한관계에 대한 판례 분석 - 국가보안법의 최근 변화 동향과 남북교류협력에 관한 판례를 중심으로, 서울대학교 법학 52권 3호(2011), 5.

하고 있는 반국가단체라는 성격도 함께 갖고 있음이 엄연한 현실인 점에 비추어, 헌법 제4조가 천명하는 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책을 수립하고 이를 추진하는 한편 국가의 안전을 위태롭게 하는 반국가활동을 규제하기 위한 법적 장치로서, 전자를 위하여는 남북교류협력에관한법률 등의 시행으로써 이에 대처하고 후자를 위하여는 국가보안법의 시행으로써 이에 대처하고 있는 것이다.”라고 판시하였다. 이로써 헌법재판소는 남북교류협력법과 국가보안법이 서로 구별된다고 하면서, 남북교류협력법이 헌법 제4조에 근거하는 반면 국가보안법은 자유민주체제를 위협하는 북한의 현실에 근거하고 있음을 분명히 하였다. 그래서 92헌바48 결정을 두고 “헌법재판소의 입장은 헌법현실 속에서 북한의 실체를 부분적으로 인정하는 경우도 있다는 점에서 조그마한 변화를 엿볼 수 있다”고 평가하는 견해²⁾도 있었다.

이 결정 이후 북한의 법적 지위에 관한 결정이 있었으나 헌법재판소의 입장은 달라지지 않았다. 예컨대, 1997. 1. 16. 89헌마240 결정에서는 “북한이 남·북한의 유엔동시가입, 소위 남북기본합의서의 채택·발효 및 『남북교류협력에 관한 법률』 등의 시행 후에도 대남적화노선을 고수하면서 우리 자유민주주의체제의 전복을 획책하고 지금도 각종 도발을 계속하고 있음이 현실인 점에 비추어, 국가의 존립·안전과 국민의 생존 및 자유를 수호하기 위하여 국가보안법의 해석·적용상 북한을 반국가단체로 보고 이에 동조하는 반국가활동을 규제하는 것 자체가 헌법이 규정하는 국제평화주의나 평화통일의 원칙에 위반된다고 할 수 없다.”고 결정하였다.

한편, 헌법재판소는 2012. 12. 27. 2011헌바117 결정에서 한정위헌청구의 적법성에 관한 종래의 선례를 변경하여 원칙적으로 한정위헌청구가 적법하다고 결정하였는데,³⁾ 2015. 4. 30. 2012헌바95 결정에서는 청구인이 “반국가단체 조항의 반국가단체에 북한이 포함된다고 해석하는 것이 헌법에 위반된다는 취지로” 국가보안법의 반국가단체 조항이 헌법에 위반된다는 주장을 하였으나, “반국가단체 조항의 반국가단체에 북한이 포함된다고 해석하는 것이 헌법에 위반된다는 취지의 주장은 사실인정 내지 법률조항의 포섭·적용, 법원의 법률해석이나 재판결과를 다투는 것에 불과하여 현행의 규범통제제도에 어긋나므로, 반국가단체 조항에

2) 김상겸, 헌법상의 남북관련조항에 관한 연구-헌법 제3조와 제4조의 헌법해석론 관점에서, 헌법학연구 10권 3호(2004), 228.

3) 헌재 2012. 12. 27. 2011헌바117, 판례집 24-2하, 387 참조.

대한 심판청구는 부적법하다.”고 결정하였다.⁴⁾

3. 북한의 법적 지위에 대한 대법원 판례의 입장과 변화

헌법재판소의 결정에서 언급되고 있듯이, 법적으로 북한을 반국가단체로 보는 것은 「국가보안법」 등의 법률에 규정된 것이 아니라, 대법원의 판례에 따른 것이다. 즉, 「국가보안법」은 제2조 제1항에서 “이 법에서 ‘반국가단체’라 함은 정부를 참칭하거나 국가를 변란할 것을 목적으로 하는 국내외의 결사 또는 집단으로서 지휘통솔체제를 갖춘 단체를 말한다.”고 규정하고 있을 뿐이며, 대법원은 대한민국의 자유민주적 기본체제를 전복하려고 하는 북한집단이 국가보안법상 최대의 현실적 위협집단이므로 반국가단체에 해당한다고 평가한 것이다.

“북한집단은 남북합의서의 발효와 유엔가입 후에도 여전히 대한민국과 대치하면서 대한민국의 자유민주적 기본체제를 전복할 것을 완전히 포기하였다는 명백한 징후를 보이지 않고 있고, 그들 내부에서의 민주적 변화도 없는 상태에서 대한민국에 대한 무력도발과 각종의 선전, 선동 및 이른바 통일선전술에 의하여 대한민국의 자유민주체제의 붕괴를 지속적으로 획책하고 있으므로, 국가보안법의 보호법익인 국가의 존립, 안전과 자유민주적 기본질서에 대한 최대의 현실적 위협집단으로서 반국가단체이고, 북한을 반국가단체로 본다 하여 헌법상 평화통일의 원칙에 배치된다 할 수 없다.”⁵⁾

“북한은 6.25전쟁을 도발하여 남침을 감행하였고, 휴전 이후에도 대한민국에 대하여 도발행위를 계속하고 있으며, 그 헌법과 형법에 적화통일의 의지를 드러내고 있을 뿐 아니라 막강한 군사력으로 대한민국과 대치하면서 대한민국의 자유민주적 기본체제를 전복할 것을 완전히 포기하였다는 명백한 징후를 보이지 않고 있어 우리의 자유민주적 기본질서에 대한 위협이 되고 있음이 분명한 상황에서, 대한민국의 헌법과 남북교류협력에관한법률이 평화통일원칙을 선언하고 제한적인 남북교류를 규정하고 있다거나 우리 정부가 북한당국자의 명칭을 쓰면서 남북 국회회담과 총리회담을 병행하고 정상회담을 도모하며 유엔 동시가입을 추진하는 등 한다 하여 북한이 국가보안법상의 반국가단체가

4) 헌재 2015. 4. 30. 2012헌바95 참조.

5) 대법원 1993. 10. 8. 선고 93도1951 판결; 대법원 1991. 12. 24. 선고 91도2419 판결; 대법원 1992. 8. 14. 선고 92도1211 판결; 대법원 1993. 2. 9. 선고 92도1711 판결 등.

아니라 할 수 없다.”⁶⁾

그런데 대법원 판례를 보면, 북한의 반국가단체성은 헌법 제3조에 근거한다고 보았다. 소위 영토조항이라 불리는 헌법 제3조는 “대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다”고 규정하고 있는데, 이로써 한반도 전체에 대한민국 헌법의 효력이 미치므로, 북한지역 역시 대한민국의 영토라는 것이다. 따라서 북한지역에서도 대한민국의 주권과 부딪히는 어떠한 국가단체나 주권이 인정될 수 없다는 논리이다.

“대한반도 중 38선 이북인 괴뢰집단의 점령지역도 헌법상 우리나라 영토이고 헌법에 의거하여 제정·시행된 모든 법령의 효력이 당연히 미칠 것이므로 동 지역에서 국가보안법에 해당하는 자는 동법 위반으로 처벌받을 것은 물론이다.”⁷⁾

“북한지역은 대한민국의 영토에 속하는 한반도의 일부를 이루는 것이므로, 이 지역에는 대한민국의 주권이 미칠 뿐 대한민국의 주권과 부딪치는 어떠한 주권의 정치도 법리상 인정될 수 없다.”⁸⁾

“조선인을 부친으로 하여 출생한 자는 남조선과도정부법률 제11호 국적에 관한임시조례의 규정에 따라 조선국적을 취득하였다가 제헌헌법의 공포와 동시에 대한민국 국적을 취득하였다 할 것이고, 설사 그가 북한법의 규정에 따라 북한국적을 취득하여 중국 주재 북한대사관으로부터 북한의 해외공민증을 발급받은 자라 하더라도 북한지역 역시 대한민국의 영토에 속하는 한반도의 일부를 이루는 것이어서 대한민국의 주권이 미칠 뿐이고, 대한민국의 주권과 부딪치는 어떠한 국가단체나 주권을 법리상 인정할 수 없는 점에 비추어 볼 때, 그러한 사정은 그가 대한민국 국적을 취득하고 이를 유지함에 있어 아무런 영향을 끼칠 수 없다.”⁹⁾

“우리 헌법이 대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다는 영토조항을

6) 대법원 1991. 4. 23. 선고 91도212 판결과 대법원 1992. 8. 14. 선고 92도1211 판결; 대법원 1995. 9. 26. 선고 95도1624 판결; 대법원 1996. 12. 23. 선고 96도2673 판결; 대법원 1998. 7. 28. 선고 98도1395 판결; 대법원 1999. 12. 28. 선고 99도4027 판결 등
7) 대법원 1954. 9. 28. 선고 4286형상109 판결
8) 대법원 1961. 9. 28. 선고 4292형상48 판결.
9) 대법원 1996. 11. 12. 선고 96누1221 판결.

두고 있는 이상 대한민국 헌법은 북한 지역을 포함한 한반도 전체에 효력이 미치므로 북한 지역도 당연히 대한민국의 영토가 되고, ...”¹⁰⁾

먼저, 헌법 제3조 영토조항이 탄생한 배경과 의미를 살펴본다. 우리는 1945년 일제의 침탈에서 벗어났으나 불행히도 정부를 수립하지 못한 상황에서 미·소 군정(軍政)이 실시되었다. 그러다가 1948년 UN총회에서 의결된 ‘한반도의 정치적 상태에 대한 결의 195호’에 따른 총선거를 시행하기로 하였는데, 북한은 이 총선거에 참여를 거부하였고, 결국 남한 지역에서만 5·10 총선거가 실시되었다.¹¹⁾ 이로써 구성된 제헌의회에서 『대한민국 헌법』이 제정되었다. 그러나 해방 이후 제헌의 과정까지 계속된 냉전 체제에 따른 이데올로기적 좌·우 대립은 헌법의 가치를 초월하는 새로운 이념을 탄생시켰으며, 그에 따른 싸움은 반공이라는 ‘적의(hostility)’를 만들어냈다.¹²⁾ 그때까지도 통일정부를 향한 희망과 노력이 없지 않았으나, 결국 1948. 9. 8. 북한에서도 『조선민주주의인민공화국 헌법』이 제정되면서 그러한 노력은 좌절되고 분단이 확정되고 말았다.¹³⁾

제헌헌법은 제4조(현행 헌법의 제3조에 해당)에서 “대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다.”고 규정하였다. 헌법 초안을 기초한 현민(玄民) 유진오 박사는 “대한민국의 헌법은 결코 남한에만 시행되는 것이 아니고 우리나라의 고유의 영토 전체에 시행되는 것이라는 것을 명시”하기 위한 것이라고 하였다.¹⁴⁾ 유진오 박사의 의도를 정확히 알 수는 없으나, 헌법 제정 당시만 해도 분단이 확정된 것은 아니었고 실제로 통일정부를 구성하려는 노력이 있었으며 언제든 북한이 통일정부로 참여하기만 한다면 그가 구상한 이 제헌헌법은 명실상부하게 한반도 전체에 효력을 가진 헌법이 될 수 있었다는 점에서 볼 때, 유진오 역시 분단의 극복과 통일정부의 구성에 대한 희망과 의지를 헌법 초안의 영토규정을 통해 담아냈던 것이라 볼 수 있다는 견해가 있다.¹⁵⁾

10) 대법원 2016. 1. 28. 선고 2011두24675 판결.

11) 5·10 총선거 전후의 역사적 상황에 대해 자세한 것은 장영수, 대한민국 헌법의 역사, 고려대 출판문화원, 2018, 63 이하; 서희경, 대한민국 헌법의 탄생, 창비, 2012, 262 이하를 참조.

12) 이영록, 우리 헌법의 탄생, 서해문집, 2006, 35. 이영록에 따르면 반공은 헌법을 능가하는 초월적 이데올로기로 자리매김하였다고 한다. 이후 6·25 전쟁을 거치면서 남북 간의 적대적 감정은 더욱 심화되었다.

13) 이장희, 한반도 평화체제의 구축에 대비한 북한의 법적 지위 관련 판례의 검토, 헌법학연구 제24권 제4호(2018), 53.

14) 유진오, 헌법해의, 명세당, 1949, 23.

15) 이장희(각주 13), 53-54.

어쨌든 제헌헌법 제4조가 북한지역을 포함하여 한반도 전체를 대한민국의 영토로 규정하게 되면서, 대한민국이 한반도 전체에서 ‘UN이 인정한 유일 합법정부’이고 따라서 북한은 ‘불법정부’라고 보는 ‘유일합법정부론’이 강력한 힘을 얻었다. 이에 따르면 비록 현실적으로 북한지역에 대한민국의 통치권이 미치지 못하고 있지만, 법적으로는 북한은 반국가단체이고 북한지역은 ‘미수복지역’이라고 보았다. 실제로 1963년 제3공화국 헌법의 부칙 제8조는 “국토수복 후의 국회의원의 수는 따로 법률로 정한다.”고 규정하였는데, 이는 헌법에서 직접 북한지역을 ‘미수복지역’으로 간주한 경우라고 할 수 있다.

다만, ‘한반도 유일합법정부’의 의미와 관련하여, 유엔 결의 195호III의 내용을 엄격히 해석하면 대한민국이 한국임시위원단의 감시 하에 해당 지역 주민의 자유로운 의사에 의하여 성립된 해당 지역의 유일한 합법정부라는 의미로도 해석될 수 있다는 견해가 있다.¹⁶⁾ 즉, 유엔 결의문에서 말한 한반도에서 유일한 합법정부(… this is the only such Government in Korea)라는 것은 문언을 잘 보면 당시 총선거가 실시된 남한 지역에서의 유일한 합법정부라는 의미로 볼 수 있다는 것이다.

한편, 남북관계가 점차 변해 감에 따라 북한의 실체를 인정하는 법질서의 변화가 나타났으며, 대법원 판례도 부분적이거나 변하였다. 남북관계의 변화는 분단 27년만인 1972년에 “자주·평화·민족대단결”이란 3대 통일 원칙을 선언한 「7·4 남북공동성명」을 발표하면서 함께 시작되었다. 그리고 1972년 12. 27. 시행된 소위 유신헌법은 전문에 “평화적 통일의 역사적 사명”을 처음 명시하였는데, 이것은 헌법상 처음으로 북한의 실체를 인정한 것으로 평가된다.¹⁷⁾ 마침내 1987년 6·10 민주항쟁의 국민적 요구에 따라 탄생한 현행 9차 개정헌법은 제4조에 ‘평화적 통일 조항’을 신설하였다. 이어서 1989년 9월에는 ‘한민족공동체 통일방안’이 발표되고, 1990년에는 「남북교류협력에 관한 법률」이 제정되었다. 1991년 9월 18일에는 제46차 유엔 총회에서 ‘만장일치’의 승인을 얻어 남한과 북한이 동시에 유엔에 가입하였다. 그리고 1991년 12월 13일에는 ‘남북고위급회담’을 통해 「남북 사이의 화해와 불가침 및 교류·협력에 관한 합의서」(남북기본합의서)를 체결하고 “남북의 화해, 불가침, 교류와 협력”을 약속하였다. 그 밖에도 이산가족 상

16) 전광석, 한국헌법론 (제13판), 집현재, 2018, 190.

17) 계획열, 헌법학(상), 박영사, 2005, 172.

봉 등 인도적 분야에서도 남북 간 대화와 교류가 이어졌다.

이처럼 남북관계의 법질서와 현실에 적지 않은 변화가 나타나자, 마침내 대법원 판례에서도 북한의 법적 지위에 관한 중요한 변화가 나타났다. 대법원은 판례로 확립되어 있던 북한의 반국가단체로서의 지위에 남북관계의 달라진 현실을 일부 반영하여, “대화과 협력의 동반자인 동시에 반국가단체로서의 성격을 아울러 가지고” 있다고 보았다. 즉, 반국가단체로만 보던 입장에서 북한의 ‘이중적 지위성’을 인정한 것이다.

“북한은 조국의 평화적 통일을 위한 대화와 협력의 동반자이기도 하지만 다른 한편 남·북한 관계의 변화에도 불구하고 여전히 적화통일노선을 고수하면서 우리의 자유민주주의 체제를 전복하고자 획책하는 반국가단체로서의 성격도 아울러 가지고 있고, 그 때문에 반국가단체 등을 규율하는 「국가보안법」의 규범력도 계속 유효하다는 것이 대법원의 확립된 견해이다”¹⁸⁾

그러나 북한의 이중적 지위에도 불구하고, 북한은 여전히 ‘반국가단체의 지위’를 가진다는 점에서 근본적으로 달라진 것은 없다. 단지 통일을 지향하는 의미에서 통일부장관의 승인·신고 등의 절차에 따른 남북의 교류·협력이 제한적으로 가능해졌을 뿐이며, 대법원에 따르면 「남북교류협력법」은 북한으로의 잠입·탈출이나 찬양·고무 등을 처벌하는 「국가보안법」과 상충되지 않는다고 보았다.

“「남북교류협력에 관한 법률」은 남북한 간의 왕래, 교역, 협력사업 및 통신 역무의 제공 등 남북교류와 협력을 목적으로 하는 행위에 관하여 정당하다고 인정되는 범위 안에서 다른 법률에 우선하여 적용하도록 되어 있어 이 요건을 충족하지 아니하는 경우에는 동법의 적용은 배제된다고 보아야 할 것이므로 「국가보안법」이 위 법률과 상충되는 것이라 할 수 없다.”¹⁹⁾

18) 대법원 1991. 2. 8. 선고 90도2607 판결; 대법원 1992. 8. 14. 선고 92도1211 판결; 대법원 1999. 12. 28. 선고 99도4027 판결; 대법원 2003. 5. 13. 선고 2003도604 판결; 대법원 2003. 9. 23. 2001도4328 판결; 대법원 2010. 12. 9. 선고 2007도10121 판결; 대법원 2010. 7. 23. 선고 2010도1189 전원합의체 판결 등 참조.

19) 대법원 1991. 12. 24. 선고 91도2419 판결. 또한 “남·북한의 정상회담이 성사되고, 남·북한 사이의 교류와 협력이 증대되고 있다고 하더라도 대한민국의 안전을 위태롭게 하는 반국가활동을 규제함으로써 국가의 안전과 국민의 생존 및 자유를 확보함을 목적으로 하는 국가보안법의 규범력이 상실되었다고 볼 수는 없다.” 대법원 2003. 4. 8. 선고 2002도7281 판결; 대법원 2003. 9. 23. 선고 2001도4328 판결; 대법원 2004. 7. 22. 선고 2002도539 판결

헌법재판소는 이러한 대법원의 입장과 마찬가지로, 이 결정에서 ‘북한의 이중적 지위’를 인정하면서 “대화과 협력의 동반자인 동시에 반국가단체”로 보았으며, 또 남북교류협력법과 국가보안법이 서로 상충하지 않는다고 판단하였다고 볼 수 있다. 그런데 뒤에서 다시 살펴보겠지만, 헌법재판소는 - 의식적인 것인지는 알 수 없으나 - 헌법 제3조의 해석론에서 벗어나 있으며, 남북관계 현실의 변화에 따라 판례가 변경될 가능성까지 열어두고 있다.

4. 헌법 제3조와 제4조의 관계 문제

1987년 현행 9차 개정 헌법 이전에는 어쨌든 헌법 제3조에 입각하여 북한의 반국가단체성을 인정하는데 별다른 어려움이 없었을 것이다. 하지만 현행 헌법에 제4조 평화통일 조항이 신설되면서 제4조와의 관계에서 기존에 제3조의 의미가 문제되기 시작하였고, 특히 북한의 실체 인정의 문제 내지 법적 지위의 문제가 새롭게 대두되었다. 적어도 기존처럼 대법원이 북한의 반국가단체성을 인정하는데 헌법 제3조의 해석론을 원용하는 것이 타당한지, 앞으로 평화적 통일의 과정에 헌법 제3조가 걸림돌이 되는 것은 아닌지가 문제되었다. 그래서 헌법 제3조와 제4조의 관계에 대한 비판적 견해가 다수 제기되었다.

영토조항이 현실에 부합되지 않는 점, 통일조항과 충돌하는 점, 남북통일에 걸림돌이 되는 점으로 인해 제3조의 효력을 부정하는 견해나 입법론적으로 제3조를 수정하거나 삭제해야 한다는 견해도 많았다.²⁰⁾ 그러나 개헌이 현실적으로 쉬운 일이 아닐 뿐만 아니라, 영토조항의 중요성과 필요성에 비추어 영토조항의 개정을 반대하는 목소리도 적지 않았다.²¹⁾ 그래서 해석론의 차원에서 헌법 제3조와 제4조의 모순과 충돌상황을 조화롭게 해결해 보려고 다양한 견해가 제시되었다. 이를 세 가지 유형으로 다시 분류해 볼 수 있겠다.

①유형: 헌법 제4조가 새로 신설되었으므로 제3조는 규범적 효력을 상실하고 단지 선언적인 의미만 있다는 입장이다. ‘헌법변천’의 의미로 제3조가 사문화(死文化)되었다고 보는 견해도 여기에 해당할 수 있다.

20) 예컨대 홍성방, 헌법학(상), 박영사, 2016, 83; 이준일, 헌법학강의, 홍문사, 2015, 111 등

21) 대표적으로 도희근, 헌법의 영토와 통일조항 개정론에 대한 비판적 검토, 헌법학연구 12권 4호(2006), 36 이하 참조.

②유형: 헌법 제4조의 신설에도 불구하고 제3조의 규범적 의미는 여전히 유효하다고 보는 입장이다. 다만 이 경우 제3조와 제4조의 조화를 위해 어떻게 양자의 관계를 설정할 것인지 문제가 여전히 남는다. 헌법 제3조에 근거하여 북한의 반국가단체성을 인정하는 대법원 판례의 입장이 여기에 해당하며, 다만 대법원은 헌법 제4조와 남북관계의 현실 변화에 근거하여 북한을 이중적으로 보고 있는 것이다.

③유형: 헌법 제4조의 취지에 맞게 제3조의 규범적 의미를 기존과 다르게 새롭게 해석하는 입장이다. 즉, 평화적 통일이라는 헌법적 당위와 남북관계의 현실 변화에 맞는 ‘해석’을 통해 제3조의 의미가 달라질 수 있다고 보는 것이다. 이것 역시 헌법 문구의 변화 없이 그 실질적 의미가 변한다는 점에서 ‘헌법변천’에 해당할 수 있다.²²⁾

우선, ①유형에는, “영토조항은 당위적 명제를 천명한 명목적·선언적 규정이고, 평화통일조항은 영토에서 강조된 통일을 이룩함에 있어 그 방식을 명시한 것”으로 보는 견해,²³⁾ “영토조항은 1948년 제헌당시의 역사성을 징표하고 있는 선언적인 규정”이라는 견해,²⁴⁾ 헌법 제3조는 현실에 맞지 않고 제4조와 충돌하므로 규범적 효력을 상실하였다고 보는 견해²⁵⁾가 포함될 것이다. 또 영토조항은 잠정적·정치적·선언적 조문이라는 견해,²⁶⁾ 구법과 신법 내지 비현실과 현실의 관계로 보면서 신법우선의 원칙 및 현실우선의 원칙에 따라 제4조가 우선된다는 견해도 여기에 해당할 것이다.²⁷⁾

만약 제3조와 제4조가 충돌하는 범위에서는 제3조가 효력을 상실하고 제4조가 우선한다고 보는 입장에 따른다면, 북한의 법적 지위를 판단할 때 헌법 제3조의 효력을 고려하지는 않을 것이므로 북한이 헌법 제37조 제2항의 국가안전보장을 해하지 않는 이상 헌법 제3조를 침해하는 반국가단체로 볼 이유는 없게 될 것이

22) 헌법변천은 헌법의 특성상 불가피하다. 다만 헌법변천에도 일정한 한계는 인정된다. 자세한 것은 허영, 한국헌법론 (전정13판), 박영사, 2017, 50-51; 장영수, 헌법학 (제10판), 홍문사, 2017, 63 등 참조. 반면, 헌법변천 개념의 필요성에 의문을 제기하는 입장으로 김하열, 헌법강의, 박영사, 2018, 37.

23) 정극원, 헌법상 평화조항에 관한 일고찰, 세계헌법연구 18권 3호(2012), 128.

24) 허영(각주 22), 199.

25) 李長熙, 남북합의서의 법제도적 실천과제, 아시아사회과학연구원 편, 전환기에 선 한국 법치민주주의, 아시아사회과학연구원, 1993, 31.

26) 최경옥, 한국 헌법 제3조와 북한과의 관계 - 현실과 판례를 중심으로, 공법학연구 창간호(1999), 202.

27) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 1996, 122. (이후의 판에서는 이 내용을 삭제하였음)

고, 따라서 이 견해에 따르면 북한은 대한민국의 영토고권을 침해하지 않기 때문에 헌법 제3조를 이유로 북한의 국가성을 부정할 이유도 없게 된다는 분석이 있다.²⁸⁾

또한, ②유형에는 대법원 판례가 제3조에 근거하여 북한을 반국가단체로 보는 ‘이중적 지위설’이 대표적이다. 여기에서는 제3조의 영토조항은 여전히 규범적으로 유효하고 따라서 대한민국 헌법의 효력이 북한지역에도 미치므로, 한반도에서 남한이 유일합법정부인 반면 북한은 반국가단체 내지 불법정부라는 입장이 유지된다.²⁹⁾ 이처럼 헌법 제3조의 규범적 효력을 그대로 인정하는 입장에 따른다면, 제3조는 북한을 국가로 승인할 수 없도록 저지하는 기능을 하게 된다고 분석된다.³⁰⁾ “통일에 관한 현실의 변화에 관계없이 헌법 제3조의 규범적 의미는 동일하다”는 견해,³¹⁾ “영토조항인 헌법 제3조는 현실 상황이나 변화에 상관없이 대한민국 영토를 규범적으로 확정한다”는 견해³²⁾ 등이 여기에 속할 것이다.

그래서 ②유형에서는 제3조와 제4조의 규범적 모순·충돌을 해결하기 위한 방법이 특히 문제된다. 예컨대 “일반법과 특별법의 관계에서 특별법인 제4조가 우선된다”는 견해³³⁾, “평화통일은 우리 헌법이 지향하는 이념이고 통일정책의 기본적인 성격이므로 헌법이념과 헌법정책상 평화통일 조항의 효력이 우선한다”는 견해³⁴⁾, “제3조는 남북한의 대내적 관계, 제4조는 남북한의 대외적 관계를 규율한다”고 보는 견해,³⁵⁾ 대한민국의 영토는 한반도 전체이지만 그 통치권을 한반도 전체에 미치게 하는 수단으로 무력이 아닌 평화적 방법을 추구한다고 이해하여 조화적 해석을 할 수 있다는 견해,³⁶⁾ “북한을 통일의 대상으로 하는 사안의 판단에 있어서는 제4조 통일 조항이 적용되고, 북한을 자유민주적 기본질서의 적과

28) 공진성, 통일과정과 헌법적 과제, 헌법연구 1권 1호(2014), 15 참조.

29) 최용진, 북한의 국내법적 지위와 북한인권법의 법적 기능, 토지공법연구 79집(2017), 823; 심경수, 영토조항의 통일지향적 의미와 가치, 헌법학연구 7권 2호(2001), 162. 특히 심경수(각주 29), 162은 “헌법 제3조를 고쳐 우리의 영토를 현실에 맞게 ‘휴전선 이남’으로 한정하지는 정치권과 학계일부의 주장은 매우 위험한 경거망동이며 너무 성급하고 경솔한 주장”이라고 비판하고 있다.

30) 공진성(각주 28), 16 참조.

31) 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2016, 115.

32) 허완중, 한국 헌법체계에 비춘 헌법 제3조의 해석, 저스티스 통권 154호(2016), 23.

33) 계획열(각주 17), 174.

34) 장명봉, 남북한 기본관계정립을 위한 법적 대응, 한국공법학회 편, 유엔가입과 통일의 공법 문제, 한국공법학회, 1991, 133(도회근(각주 21), 43에서 재인용)

35) 장영수(각주 22), 123.

36) 성낙인, 헌법학, 법문사, 2018, 310. 대한민국의 통일방안이 무력통일을 배제한 평화적 통일방안이므로 제3조와 제4조가 상호조화된다고 보는 입장인 최대권, 헌법학강의, 박영사, 2001, 105도 같은 취지이다.

관련된 사안의 판단에 있어서는 제3조가 적용된다”는 견해,³⁷⁾ 제3조와 제4조는 헌법에 독특한 ‘상반구조적 입법기술’에 따른 것이고 어느 한 방향으로의 의사확정이 곤란할 때 헌법적 테두리 안에서 그때 그때 올바른 결정을 할 여지를 주려는 것으로 볼 수 있다는 견해³⁸⁾가 이러한 모순적 관계를 설명하는 방법에 해당한다.

그리고 ③유형에는, 예컨대 헌법 제4조를 전제로 하여 제3조를 (제한적으로) 해석해야 한다는 견해,³⁹⁾ 헌법 제3조를 ‘통일 명령’으로 이해하는 견해,⁴⁰⁾ ‘통일 이후 영토’를 한반도에 국한하는 의미에서 헌법 제3조를 ‘통일의 영토적 한계’로 이해하는 견해⁴¹⁾ 등이 해당할 수 있다. “헌법 제3조를 규정한 것은 우리나라가 처한 특별한 상황과 관련이 있고, 북한지역도 대한민국의 영토에 포함되지만, 북한의 법적 지위에 관해서는 개방적”이라는 견해⁴²⁾는 헌법 제3조와 북한의 법적 지위를 분리하여 보았다는 점에서 여기에 포함시킬 수 있을 것이다. 그 밖에도 현실의 변화에 따라 영토조항의 의미가 (해석을 통해) 실질적으로 변할 수 있다는 ‘헌법변천설’⁴³⁾도 여기에 해당할 것이다.

헌법재판소는 북한의 ‘이중적 지위’를 인정하면서 한편으로는 남북 교류·협력의 헌법적 근거를 헌법 제4조에서 찾고 있지만, 다른 한편 반국가단체성의 근거로 ‘남북이 처한 현실’을 거론할 뿐 별도로 헌법 제3조를 언급하지 않았다. 따라서 헌법재판소가 헌법 제4조와의 관계에서 제3조를 어떻게 이해하고 있는지는 명확하게 드러나고 있진 않다. 헌법재판소가 ①유형처럼 적어도 제4조의 평화 통일에 관련해서는 제3조가 의미를 사실상 상실한 것으로 봤다는 평가도 가능하겠지만, ③유형처럼, 헌법 현실에 맞는 해석을 통해 제3조에서 실질적으로 변화된 의미를 확인할 가능성도 열려 있다.(해석을 통한 헌법변천의 가능성) 물론 ②유형처럼 제3조를 언급하지 않았을 뿐 여전히 제3조를 ‘전제’로 한 해석을 전개하

37) 표명환, 한반도 통일과 통일조항의 해석방향, 토지공법연구 59집(2012), 590.

38) 김선택, 헌법과 통일정책, 한국법학교수회 편, 한국 법학 50년 - 과거·현재·미래 : 대한민국 건국 50주년 기념 제1회 한국법학자대회 논문집, 한국법학교수회, 1998, 161-362(도회근(각주 21), 50에서 재인용)

39) 이상희, 통일 과정에서의 경제 통합에 관한 헌법적 검토, 헌법재판연구원, 2015, 57.

40) 김주환, 영토변증설, 세계헌법연구 17권 2호(2011), 21.

41) 방승주, 헌법재판소와 대법원의 남북관계 관련 판례에 대한 헌법적 평가, 공법연구 39집 2호(2010), 206-207.

42) 전광석(각주 16), 190.

43) 장명봉(각주 34), 133-134(도회근(각주 21), 44에서 재인용) 그러나 도회근에 따르면, 우리 정부나 법원이 북한을 국가로 보지 않고 불법단체로 보고 있는 상황이므로 헌법변천이 일어났다고 볼 수 없다는 비판을 하고 있다. 도회근(각주 21), 44 참조.

고 있다고 볼 가능성도 배제할 수는 없겠다. 그러나 각각의 유형에 따른 해석론 중 어느 것이 더 체계적이고 논리적이며 또 실제적인 타당성과 설득력이 있는 것인지, 그래서 헌법재판소가 남북이 적대적 분단체제에서 벗어나 ‘평화’와 ‘통일’을 실현하는 역사에 기여하도록 미래지향적으로 헌법 제3조를 해석해야 한다면 과연 어느 입장에 따라 봐야 할 것인지를 다시 따져볼 필요가 있다.

①유형처럼, 헌법전에 엄연히 존재하는 조항을 사실상 사문화시키거나 단순히 명목적·선언적 문구로 보는 것은 올바른 헌법해석이라 할 수 없다. 헌법해석의 원칙인 ‘헌법의 규범력의 원칙’에 따르면, 헌법 조항이 현실 속에서 규범력을 잘 발휘할 수 있도록 해석해야 하기 때문이다. 따라서 헌법 제3조를 사실상 사문화시키거나 정치적 선언에 불과하다고 보는 것은 타당한 헌법해석이라 보기 어렵다.

그렇다고 하여 ②유형처럼, 북한을 절대적인 반국가단체, 불법단체로만 보는 식의 해석을 고수하는 것은 남북관계에 관한 현실의 변화에 따라서는 타당성을 유지하기 어려울 수 있다. 헌법해석의 원칙에 해당하는 ‘통일적 해석의 원칙’은 헌법의 개별 요소들이 상호 관련되고 의존되어 있기 때문에 어느 개별 조항을 고립적으로 이해하거나 다른 규정과 모순적으로 해석해서는 안 되며, 다른 규정과의 전체적 관련을 고려하면서 해석해야 한다는 것이다. 따라서 헌법 제3조를 어떠한 경우에도 변하지 않는 불변적 내용으로 고정·고립시키면서, 헌법 전문의 “평화적 통일의 사명”이나 제4조의 평화 통일, 제66조의 대통령의 평화통일 의무, 또 헌법 제5조 침략적 전쟁의 금지 및 국제평화주의의 내지 평화국가의 원리 등에 모순·충돌되는 방향에서 해석하는 것도 타당한 해석이라 보기 어렵다. 비록 여러 학설에서 제3조와 제4조의 조화적 관계를 도모한 견해가 제시되었다고 하나, 마치 전쟁과 평화가 동시에 존재할 수 없듯이, 그 모순적 상황이 해소되었다고 보기가 여전히 어렵기 때문이다.

또한, 남북관계를 적대적으로 볼 수밖에 없는 제3조의 해석론, 그래서 헌법 제3조를 수정하거나 폐기하지 않는다면 둘 중 하나가 무너지기 전에는 통일은커녕 평화도 이루기 어렵다는 상황, 말하자면 헌법 제3조가 평화와 통일에 중대한 걸림돌로 해석되는 상황은 이성적이지 않을뿐더러 상식적으로도 납득하기 어려울 것이다.

결국, 헌법 제3조는 남북의 평화와 통일에 관한 헌법적 요구와 남북관계에 관한 현실의 변화에 맞추어 그 의미가 새롭게 해석되지 않을 수 없다. 그런 점에서

③유형이 타당하다. 해석을 통한 헌법변천의 가능성을 인정하는 관점에서, 헌법 제3조가 합리적인 헌법해석을 통해 새로운 의미를 획득해 나갈 수 있다고 보는 것이다. 그러한 새로운 해석의 가능성은 여러 가지로 나타날 수 있겠으나, 지금 으로서는 ‘통일 이전의 의미’와 ‘통일 이후의 의미’로 구분하여 보는 것이 타당할 것이다.

즉, 통일 이전의 단계에서 대한민국의 영토인 “한반도와 그 부속도서”는 ‘현실적으로 지배가능한 범위의 영토’를 뜻하면서 또한 한반도 전체를 향한 ‘통일 명령’을 내포한다고 이해하고, 통일 이후에 통일국가 대한민국의 영토는 한반도 전체로 확대된 의미의 “한반도와 그 부속도서”라고 해석하는 것이다.

5. 북한의 반국가단체성의 인정 근거와 변화 가능성

북한의 반국가단체성을 인정하는 근거로 ‘헌법 제3조에 근거하는 입장’이 있다. 대법원 판례나 앞서 본 ②유형에 해당하는 견해들이 그러하다.

반면, 이 결정으로 나타난 헌법재판소 판례는 ‘헌법적 현실에 근거하는 입장’으로 볼 수 있다. 따라서 현재의 입장은 ③유형에 가깝다고 볼 수 있다. ③유형의 견해에서 볼 때 북한의 반국가단체성은 헌법 제3조에 근거하는 것이 아니라, 북한이 남한의 체제를 붕괴시켜 적화통일을 하려 한다는 ‘헌법적 현실에 근거’하여 인정된다고 볼 수 있기 때문이다.

그런데 이러한 반국가단체성의 인정 근거별로, 북한의 지위에 대한 법적 평가의 변화 여부도 달라질 수 있다. ‘헌법적 현실에 근거하는 입장’에 따르면 남북관계가 획기적으로, 근본적으로 변하기만 하면 북한의 지위에 대한 법적 평가도 달라질 가능성이 있다. 그러나 ‘헌법 제3조에 근거하는 입장’에 따르면 남북관계에 관한 현실이 근본적으로 변하더라도 헌법 제3조의 해석론이 중요한 걸림돌로 남는다. ②유형에서 헌법 제3조는 변수가 아니라 상수(constant)이기 때문이다. ①유형처럼 헌법 제3조의 규범적 의미가 사실상 사라졌다고 보거나, 또는 ③유형처럼 제3조를 새로운 의미로 해석하지 않는 한, ②유형에 따른 해석론으로는 여전히 모순·충돌하고 걸림돌이 될 수밖에 없으며, 결국 헌법개정론으로 다시 귀결될 것이다.

6. 최근 남북관계의 중대한 변화와 북한의 법적 지위의 변화 가능성

헌법재판소는 “현단계에 있어서의 북한은 조국의 평화적 통일을 위한 대화와 협력의 동반자임과 동시에 대남적화노선을 고수하면서 우리 자유민주주의체제의 전복을 획책하고 있는 반국가단체라는 성격도 함께 갖고 있음이 엄연한 현실”이라고 하여 ‘헌법적 현실’에 근거한 이중적 지위론을 펼치고 있다.

따라서 헌법적 현실이 근본적으로 변하지 않는 한 헌법재판소의 입장은 유지될 것으로 예상된다. 그러나 헌법적 현실이 획기적으로 내지 근본적으로 변한다면 헌법재판소의 입장은 변하지 않을 수 없다.

우리나라는 최근 몇 년 간 북핵문제로 인해 북미 간 군사적 갈등이 심각하게 전개되면서 2017년 말에 이르러 한반도 전체가 전쟁 위협에 휩싸이는 공포를 경험하였다. 다행히 2018년 평창올림픽을 계기로 남북 대화의 물꼬를 트기 시작하였고, 마침내 남북정상회담을 통해 4. 27. 「한반도의 평화와 번영, 통일을 위한 판문점 선언」(판문점선언)을 발표함으로써 남북간에 사실상 종전을 선언하고 한반도 전쟁 위기를 해소하면서 북핵문제에 대한 해결의 실마리까지 마련하였다. 이후 6. 12. 북미정상회담이 사상 처음 개최되어 평화와 번영을 위한 새로운 북미관계를 수립하고, 한반도에 항구적이고 공고한 평화체제를 구축하는데 공동 노력하기로 합의하였다. 또 평양에서 제3차 남북정상회담이 열리고, 「판문점 선언」의 후속조치를 위해 9. 19. 「군사분야 합의서」가 체결되어 모든 공간에서 군사적 긴장과 충돌의 근원이 되는 상대방에 대한 일체의 적대행위를 전면 중지하기로 하였다. 이에 따라 최근 군사분계선 내 지뢰를 제거하고 GP를 철거하였으며, 남북 교류와 협력에 대비하여 끊어진 도로와 철도를 다시 연결하는 일에 착수하고 있다.

앞으로 북미 간 협상이 어떻게 전개될 것인지 좀 더 지켜봐야 하는 상황이지만, 한반도 비핵화를 달성하고 분단체제의 상징인 ‘정전협정체제’를 ‘평화협정체제’로 전환하는 목표가 다각적이고 숨가쁘게 추진되는 상황 속에 있다. 여기서 중요한 것은 ‘평화체제’라는 새로운 관계를 수립하기 위해 남북이 모두 ‘되돌아 갈 수 없는 길’을 나선 상태라는 점이다.

그렇다면 이러한 최근의 ‘남북관계의 현실’의 변화는 북한의 법적 지위에 관한 평가를 바꿀만한 중대하고 근본적인 변화라고 할 수 있을까. 이 점에 대해 아직

은 다양한 해석이 가능할 것이다. 하지만 74년이 넘도록 지속되어 온 적대적 분단체제에서 벗어나 이제야 처음으로 진지하게 평화체제를 위한 노력이 이루어지고 있음을 고려해 본다면, 정전협정을 대체하여 평화협정이 체결되는 중대하고 근본적인 변화가 성공하기를 기대하지 않을 수 없다.

7. 한정위헌청구와 한정위헌결정을 통한 변화 가능성

헌법재판소는 “국가보안법이 북한을 반국가단체로 규정하고 있음을 전제로 한 위헌주장은 형사절차상의 사실인정 내지 법적용의 문제를 헌법문제로 오해한 것이어서, 이러한 주장은 남·북한 관계의 변화 여부에 불구하고 이유없는 것이다.”라고 하였는데, 이것은 또한 「국가보안법」 조항 자체의 위헌성을 다투는 것이 아니라 「국가보안법」에 관한 법원의 해석·적용을 다투는 것이 부적법하다는 것을 의미하였다고 볼 수 있다. 헌법재판소가 스스로 한정위헌이나 한정합헌 등의 변형결정을 할 수 있는 것과 달리, 1997년 이 결정 당시만 해도 청구인이 직접 헌법재판소에 ‘법률의 해석·적용의 위헌성’을 문제 삼는 한정위헌청구가 허용되지 않았다. 그래서 「국가보안법」 조항 자체의 위헌성이 아니라, 북한을 「국가보안법」상의 반국가단체에 해당한다고 해석·적용한 것이 헌법에 위반된다는 주장은 일단은 법률의 위헌 여부를 판단하는 규범통제의 성질상 부적법하다고 볼 수 있었다.

그런데 지난 2012년에 헌법재판소는 한정위헌의 청구가 부적법하다고 보던 기존의 입장을 변경하여, “헌법합치적 법률해석의 원칙상 법률조항 중 위헌성이 있는 부분에 한정하여 위헌결정을 하는 것은 입법권에 대한 자제와 존중으로서 당연하고 불가피한 결론이므로, 이러한 한정위헌결정을 구하는 한정위헌청구는 원칙적으로 적법하다”고 하였다.⁴⁴⁾ “다만, 재판소원을 금지하는 헌법재판소법 제68조 제1항의 취지에 비추어, 개별·구체적 사건에서 단순히 법률조항의 포섭이나 적용의 문제를 다투거나, 의미있는 헌법문제에 대한 주장 없이 단지 재판결과를 다투는 헌법소원 심판청구는 여전히 허용되지 않는다.”고 판시하였다.⁴⁵⁾ 그렇다

44) 헌재 2012. 12. 27. 2011헌바117 참조. 그리고 이에 대한 자세한 내용은 김하열, 헌법소송법, 제3판, 박영사, 2018, 398 이하를 참조.

45) 헌재 2012. 12. 27. 2011헌바117 참조. 그리고 이에 대한 자세한 내용은 김하열(각주 44), 398 이하를 참조.

면 「국가보안법」의 반국가단체 조항에 북한이 해당한다고 해석·적용하는 것은 헌법에 위반된다는 주장으로 헌법재판이 가능할까 문제된다.

그러나 5·24조치로 남북교류가 중단되었던 지난 2015년에 「국가보안법」 제7조 제1항 등 위헌소원 사건에서 청구인은 “반국가단체 조항의 반국가단체에 북한이 포함된다고 해석하는 것이 헌법에 위반된다”는 헌법소원심판을 청구하였으나, 헌법재판소는 “북한이 반국가단체 조항의 ‘반국가단체’에 해당되는지 여부는 형사 재판절차에서의 사실인정 내지 구체적 사건에서의 법률조항의 포섭·적용에 관한 문제일 뿐이므로, 위 청구인의 주장은 당해 사건 재판의 기초가 되는 사실관계의 인정이나 평가 또는 개별적·구체적 사건에서 법률조항의 단순한 포섭·적용에 관한 문제를 다루거나 의미 있는 헌법문제를 주장하지 않으면서 법원의 법률해석이나 재판결과를 다루는 것에 불과하여 현행의 규범통제제도에 어긋나는 것으로서 허용될 수 없다”고 판시한 일이 있었다.⁴⁶⁾

물론 북한의 반국가단체성은 형식적으로는 「국가보안법」의 해석·적용 문제에 해당한다. 그러나 그것은 대법원 스스로 밝히고 있듯이 확립된 판례에 따른 것이지,⁴⁷⁾ 단순히 개별·구체적 사건에서 그때그때 달라질 수 있는 법조항의 포섭 또는 적용문제에 불과하거나 재판 결과를 다루는 것에 불과하다고 볼 수 없다. 다시 말해, 개별·구체적 사안에 따라 북한이 반국가단체라고 평가했다가 또 아니라고 평가하기도 하는, 그런 개별적인 법적용의 문제는 이미 아니라는 것이다. 게다가 대법원은 “북한이 대남적화통일을 기본목표로 설정하고 … 연공통일전선을 구축하고자 획책하고 있음은 공지의 사실에 속하는 것으로서 그 인정에 반드시 증거를 요하지 아니한다.”⁴⁸⁾고 보았다는 점에서도 역시 북한의 반국가단체성의 인정 여부는 단순히 개별·구체적 사안에 대한 법해석·적용의 문제는 아니며, 어떤 재판소원의 문제도 아닌 것이다. 또 헌법재판소 스스로 언급하였듯이, 그것은 ‘헌법적 현실’의 근본적 변화 상황에 따라서는 북한의 반국가단체성의 인

46) 헌재 2015. 4. 30. 2012헌바95 참조.

47) “북한은 조국의 평화적 통일을 위한 대화와 협력의 동반자이기도 하지만 다른 한편 남·북한 관계의 변화에도 불구하고 여전히 적화통일노선을 고수하면서 우리의 자유민주주의 체제를 전복하고자 획책하는 반국가단체로서의 성격도 아울러 가지고 있고, 그 때문에 반국가단체 등을 규율하는 「국가보안법」의 규범력도 계속 유효하다는 것이 대법원의 확립된 견해이다” 대법원 1991. 2. 8. 선고 90도2607 판결; 대법원 1992. 8. 14. 선고 92도1211 판결; 대법원 1999. 12. 28. 선고 99도4027 판결; 대법원 2003. 5. 13. 선고 2003도604 판결; 대법원 2003. 9. 23. 2001도4328 판결; 대법원 2010. 12. 9. 선고 2007도10121 판결; 대법원 2010. 7. 23. 선고 2010도1189 전원합의체 판결 등 참조.

48) 대법원 1993. 9. 28. 선고 93도1730 판결

정이 헌법상 평화 통일 및 평화국가 원리에 위반하는지가 문제될 수 있다는 점에서 ‘헌법문제에 대한 주장’을 내포한다고 볼 수 있다.⁴⁹⁾

만약, 2018년 4·27 「판문점선언」 이후 앞으로 남북관계가 획기적으로 전환되고 평화협정이 체결되는 등 평화체제가 정착된다면, 헌법재판소나 대법원이나 모두 북한이 「국가보안법」상 반국가단체에 해당하는지를 다시 판단해 볼 필요가 있다. 만약 그때도 여전히 대법원이 ‘북한을 반국가단체로 보는 입장’을 확고하게 고수하고 있다면, 「국가보안법」 위반으로 형사재판을 받는 피고는 법원에 위헌법률심판의 제청을 신청하면서 또는 법원이 위헌법률심판을 제청하면서 평화체제의 정착에도 불구하고 ‘(기존의 확립된 대법원 판례에 따라) 북한을 반국가단체에 해당한다고 해석하는 한 「국가보안법」의 반국가단체 조항은 헌법상의 평화적 통일의 사명과 제4조, 평화국가의 원리 등에 위반한다’는 취지로 다시 헌법재판소에 ‘한정위헌’을 청구할 수도 있을 것이다.

8. 북한의 국가성 인정 여부와 남북 간 ‘특수관계’의 의미

헌법 제3조에 따라 한반도 전체를 대한민국의 영토로 보는 입장에 따르면, 북한을 반국가단체로 보면서 자연스럽게 북한의 국가성까지 부정하게 될 것이다. 하나의 영토에 두 개의 주권체가 존재할 수 없기 때문이다. 헌법재판소는 제3조를 명시적으로 언급하고 있지는 않지만 북한의 국가성을 부정하는 입장을 취하고 있다.

즉, 헌법재판소는 “비록 남·북한이 유엔(U.N)에 동시 가입하였다고 하더라도, 이는 ‘유엔헌장’이라는 다변조약(多邊條約)에의 가입을 의미하는 것으로서 유엔헌장 제4조 제1항의 해석상 신규가맹국이 유엔(U.N)이라는 국제기구에 의하여 국가로 승인받는 효과가 발생하는 것은 별론으로 하고, 그것만으로 곧 다른 가맹국과의 관계에 있어서도 당연히 상호 간에 국가승인이 있었다고는 볼 수 없다는 것이 현실 국제정치상의 관례이고 국제법상의 통설적인 입장이다.”라고 판시하였다.

그런데 국가성의 부정이 반드시 헌법 제3조에 따른 반국가단체성에 근거하는 것은 아니다. 국가성의 부정은 한편으로는 북한이 남한의 체제를 위협하는 ‘헌법적 현실’에 근거하여 보면 국가성을 부정할 현실적 이유가 인정되므로 일견 타당

49) 자세한 것은 이장희(각주 13), 60.

할 수 있겠지만, 다른 한편으로는 반국가단체라고 하여 반드시 국가성까지 부정되는 것은 아니라는 비판이 가능하다. 국가성의 인정 문제와 국가보안법의 반국가단체성 간에 논리적 필연성이 있는 것은 아니기 때문이다.

남북이 상호 국가성을 인정하지 않는 것은 적어도 - 우리가 헌법 제3조를 더 이상 비현실적 영토의 규정으로 보지 않으면서 새로운 해석론을 채택한다면 - 지난 1991년 『남북기본합의서』에서 “쌍방 사이의 관계가 나라와 나라 사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계”라고 합의한 것에 근거한다고 볼 수 있다. 즉, 원래 본질·필연적으로 남북이 상호 국가성을 인정할 수 없기 때문에 ‘특수관계’로 규정한 것이 아니라, 국가성을 인정할 수도 있었지만 당시 남북은 서로의 관계를 국가 간의 관계가 아닌 ‘특수관계’로 보기로 합의한 것이라 볼 수 있다는 것이다. 이것은 서로 국가로 보지 않기로 한 ‘합의’ 내지 ‘법적 의제(legal fiction)’의 문제인 것이지, 원래부터 국가로 볼 수 없다는 식의 어떤 ‘본질’의 문제는 아니라는 것이다. 따라서 남북교류협력법이나 『남북관계의 발전에 관한 법률』 제3조에서 ① “남한과 북한의 관계는 국가 간의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계이다.”라고 하고, ② “남한과 북한 간의 거래는 국가 간의 거래가 아닌 민족 내부의 거래로 본다.”고 규정한 것 역시 이러한 남북 간 ‘합의’에 근거한 것으로 이해될 수 있다.

그러나 우리는 헌법 제3조를 의식해서인지 남북관계가 본질적으로도 ‘국가 간 관계’일 수 없다는 선입견에 빠져 있다고 보인다. 하지만 이러한 결론은 구체적·개별적 사안에 따라 다시 국가 간의 관계에 준하여 볼 수 있다고 하는 논리적 모순과 체계적 부정합성의 문제를 낳게 된다. 예컨대 남북 간 거래를 국가 간 거래가 아니라고 규정하면서도, 현행 『남북교류협력에 관한 법률』 제26조는 「대외무역법」이나 「외국환거래법」 등 국가 간의 무역거래에 적용되는 법률을 남북 거래에 적용하도록 하고 있으며, 「개성공업지구법」 제17조 제1항 역시 개성공업지구의 교역물품과 통행차량에 대해 「관세법」 조항을 준용하도록 규정하고 있는 것이다.⁵⁰⁾ 또 이러한 국가성의 부정은 사안에 따라서는 남북관계 대한 국내법적 이해와 국제법적 이해의 불일치 문제를 낳는다.⁵¹⁾ 그러나 남북관계가 본래 국가 간 관계성을 내포하고 있다고 볼 수 있다면 이것은 더 이상 모순이나 불일치가 아닐 수 있으며 실제로도 크게 중요하지 않다고 볼 수 있게 된다.

50) 이러한 지적으로 이장희(각주 39), 60.

51) 이장희(각주 39), 60 이하를 참조.

74년 가까이 적대적 분단 상황을 경험한 우리로서는 북한에 대한 국가성의 인정 문제는 논리의 문제보다는 오히려 ‘감정’ 내지 ‘자존심’의 문제에 가까워 보인다. 그러나 그것을 법적으로 권리·의무의 주체가 될 수 있는 ‘법인격성’의 문제라고 본다면 그렇게 애써 부정할 이유는 적어질 것이다. 오히려 우리는 북한의 지위를 ‘반국가단체’로 평가하면서도 언제든 남북정상회담을 개최해야 하고, 또 남북합의서를 체결해야 하며, 국제관계에서도 북한에게 유엔 회원국으로서 국제법적 권리를 주장하고 의무 이행을 요구할 수 있어야 한다.

다만 남북의 관계는 여타의 ‘국가 간 관계’와 달리, 민족적 동질성, 역사적 단일성 등, 냉전 이데올로기에 따른 희생, 2차 세계 대전의 종료 과정에서 일본을 대신하여 분단되었던 사정⁵²⁾ 등 ‘분단국가로서의 특수성’을 국제사회로부터 인정받을 필요가 있다. 또 현재의 유엔 대북제재 하에서도 남북 교류협력의 예외적 인정을 위해서도 남북관계에 분단국가로서의 특수성이 있다는 것을 국제사회로부터 인정받을 필요가 있다. 이러한 의미에서 남북관계는 국가 간의 관계가 아니라 “통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계”로 규정되기로 ‘합의’ 내지 ‘간주’될 필요가 있었던 것이고, 또 남북 간 거래는 ‘민족 내부의 거래’로 규정될 필요가 있었던 것이다.

요컨대, 남북 간에 국가성을 부정한 것은 헌법 제3조의 해석문제가 아니고, 어떤 ‘감정’의 문제도 아니다. 남북 간 국가성의 부정은 단지 남북 간 ‘합의’의 결과이고 또 현실적 필요에 따른 ‘실리(實利, practical interests)’이자 선택의 문제라고 볼 수 있다. 남북관계는 처음부터 국가로 볼 수 없기 때문에 국가성이 부정된 것이 아니며, 오히려 국제법적으로나 국내법적으로나 실제로는 국가로서 법인격성을 가지지만 다만 현실적 필요에 따라 ‘특수한 관계’로 설정된 것이라 보는 것이 타당하다.

9. 남북합의서의 법적 효력(구속력)의 문제

「남북관계 발전에 관한 법률」은 남북관계를 ‘특수관계’로 규정하고 ‘국가 간의

52) 한반도의 분단에는 어떠한 역사적 정당성도 없었으며, 오히려 일본이 분단되었어야 한다는 주장으로 Bruce Cumings, 김동노, 이교선, 이진준, 한기욱 옮김, (브루스 커밍스의) 한국현대사, 창작과 비평, 2004, 262.

관계'로 보지 않으므로, 남북 간 합의를 '조약'이 아니라는 의미에서 '남북합의서'라 칭하고 있으며, 동법률 제4조는 남북합의서를 “정부와 북한 당국 간에 문서의 형식으로 체결된 모든 합의”라고 정의하고 있는 것이다.

그러나 이것이 남북 간 합의의 법적 구속력을 부정하는 근거가 될 수는 없다. '약속'도 법이며, 약속은 지켜져야 하기 때문이다. 언제든 뒤집을 수 있는 남북 간 합의는 그것이 법이 아니어서 효력이 없거나 약한 것이 아니라, 그만큼 신뢰가 없거나, 지킬 의지가 없거나, 지킬 상황이 아니기 때문일 것이다. 오히려 평화와 통일로의 실질적인 진전과 성과를 내려면, 남북합의서에 구속적인 효력을 서로 인정할 필요가 있는 것이고, 그것이 바로 '법에 의한 통일 과정'에 부합하는 일이 되는 것이다. 다만 남북합의서의 개별·구체적인 내용과 성격상 '국회의 동의'가 필요할 수 있으며, 이에 대비하여 「남북관계 발전에 관한 법률」 제21조는 남북합의서의 체결·비준 절차를 규정하면서 제3항에서 “국회는 국가나 국민에게 중대한 재정적 부담을 지우는 남북합의서 또는 입법사항에 관한 남북합의서의 체결·비준에 대한 동의권을 가진다.”고 규정하고 있다.

그런데 헌법재판소는 남북기본합의서를 두고 남북관계를 “나라와 나라 사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계”임을 전제로 하여 이루어진 합의문서라고 보면서도, “이는 한민족공동체 내부의 특수관계를 바탕으로 한 당국 간의 합의로서 남북당국의 성의 있는 이행을 상호 약속하는 일종의 공동성명 또는 신사협정에 준하는 성격을 가짐에 불과하다.”고 보고 있다. 그러나 '특수관계'에서 체결된 남북합의서라고 하여 단순히 신사협정에 불과하다고 보는 것은 타당하지 않다. 오히려 남북합의서의 법적 구속력을 인정하면서 남북 간 평화체제의 구축을 위해 그 이행을 요구해야 하는 것이지, 의무성에서 벗어날 구멍으로 인식해서는 곤란하다.

이러한 점에서 남북합의서의 법적 성격에 관하여 볼 때, 이 헌법재판소의 결정이 남북합의서를 신사협정 등으로 단정하는 '선례'가 되어서는 곤란하다. 오히려 「남북관계 발전에 관한 법률」에 따라 체결·비준된 남북합의서의 법적 구속력을 존중하는 방향으로 판례의 변경이 필요하며, 무엇보다 헌법 제4조의 “자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일”처럼, 통일의 과정이 '법에 의한 통일 과정'이 될 수 있도록 법해석상의 논리적·체계적 기반을 조성해 나가는 것도 필요할 것이다.

V. 결론

지금까지 검토한 사항을 종합해 보면, 다음과 같은 내용으로 요약해 볼 수 있다.

1. 헌법재판소의 결정에서 나타난 북한의 법적 지위는 반국가단체성과 대화와 협력의 동반자를 동시에 내포한 이중적 지위이다. 그러나 그 반국가단체성의 근거는 대법원과 달리 헌법 제3조에 있는 것이 아니라, 남한의 자유민주적 기본질서에 대한 현실적 위협이 되는 점에서 인정되는 ‘헌법적 현실’에 있는 것이다.
2. 2018년 4·27 「판문점 선언」을 계기로 시작된 한반도 평화체제의 정착을 위한 노력은 기존의 남북관계에 관한 현실의 근본적인 변화로 나타날지 지켜 볼 필요가 있다. 만약 그것이 남북관계의 근본적이고 중요한 변화로 이어진다면, 북한의 지위에 대한 법적 평가 역시 달라질 가능성이 있다. 실제로 한반도 평화체제의 확립을 위한 변화의 노력이 성공한다면, 판례의 변경을 통해 북한의 법적 지위에 대한 평가를 바꿀 필요가 있다.
3. 다만, 대법원 판례는 기존에 헌법 제3조의 해석론에 입각하여 북한의 반국가단체성을 인정하는 입장을 취하였는데, 헌법 제3조에 대한 기존의 해석론에 문제가 있음을 확인할 수 있으며, 따라서 기존의 해석론에서 벗어나 다른 의미로 해석할 수 있는 헌법변천이 필요함을 확인할 수 있었다. 이로써 더 이상 헌법 제3조에서 북한의 반국가단체성을 도출하지 않게 된다면, 대법원 판례 역시 ‘헌법적 현실’이나 법질서의 변화에 맞게 변경될 수 있을 것이다.
4. 만약 대법원 판례가 변하지 않은 채 여전히 「국가보안법」에 따른 형사처벌이 이루어진다면, 헌법재판소로서는 「국가보안법」의 반국가단체 조항에 대한 ‘한정위헌청구’를 인정하고, 또 이에 대한 ‘한정위헌결정’을 할 수도 있을 것이다. 이것은 단순히 개별적·구체적 사례에 대한 법원의 법해석·적용에 불과한 것이 아니라, 확립된 대법원 판례에 따른 법의 해석·적용이고, 또 ‘헌법적 현실’의 평가로서 헌법 문제를 내포하였다고 볼 수 있기 때문이다.

5. 남북은 서로 국가성을 인정하지 않고 ‘특수한 관계’로 규정하고 있다. 그러나 이것은 본질적으로, 태생적으로 국가성을 인정할 수 없는 문제가 아니며, 단지 남북이 서로 ‘합의’한 결과일 뿐이다. 또 국가성의 문제는 감정적으로 평가될 수 없으며, 그것은 단지 법인격성에 관한 것일 뿐이다. 남북은 본래 법적 주체로서 법인격성(국가성)을 가지지만, 다만 서로 간에 실리와 필요에 따라 국가 간의 관계가 아닌 ‘특수 관계’로 보기로 합의하고, 이에 따라 남북 거래도 국가 간의 거래가 아닌 ‘민족 내부의 거래’로 ‘간주’한 것이라 볼 수 있다.
6. 남북합의서의 법적 효력을 단순히 신사협정으로 보서는 곤란하다. 남북합의서는 비록 서로 국가성을 인정하지 않은 결과 애써 조약으로 보지 않으려는 것에서 파생된 개념으로 보인다. 하지만 남북 간 국가성을 부정한다고 하여 남북합의서의 법적 구속력이 당연히 부정되어야 하는 것은 아니다. 『남북관계 발전에 관한 법률』에 의해 남북합의서의 체결·비준 절차가 마련되고 있는 만큼, 이제는 남북합의서에 관한 법적 효력을 새롭게 평가해 볼 필요가 있다. 또 이로써 남북의 통일 과정이 ‘법에 의한 통일 과정’으로 정착될 수 있도록 하는 것도 필요하다.

참 고 문 헌

○ 단행본

- Cummings, Bruce, 김동노, 이교선, 이진준, 한기욱 옮김, (브루스 커밍스의) 한국현대사, 창작과 비평, 2004.
- 계희열, 헌법학(상), 박영사, 2005.
- 권영성, 헌법학원론, 법문사, 1996.
- 김하열, 헌법강의, 박영사, 2018.
- 김하열, 헌법소송법, 박영사, 2018.
- 서희경, 대한민국 헌법의 탄생, 창비, 2012.
- 성낙인, 헌법학, 법문사, 2018.
- 유진오, 헌법해의, 명세당, 1949.
- 이영록, 우리 헌법의 탄생, 서해문집, 2006.
- 이장희, 통일 과정에서의 경제 통합에 관한 헌법적 검토, 헌법재판연구원, 2015.
- 이준일, 헌법학강의, 홍문사, 2015.
- 장영수, 헌법학, 홍문사, 2017.
- _____, 대한민국 헌법의 역사, 고려대 출판문화원, 2018.
- 전광석, 한국헌법론 (제13판), 집현재, 2018.
- 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2016.
- 최대권, 헌법학강의, 박영사, 2001.
- 허영, 한국헌법론, 박영사, 2017.
- 홍성방, 헌법학(상), 박영사, 2016.

○ 논문

- 공진성, 통일과정과 헌법적 과제, 헌법연구 1권 1호(2014), 11-39.
- 김상겸, 헌법상의 남북관련조항에 관한 연구-헌법 제3조와 제4조의 헌법해석론 관점에서, 헌법학연구 10권 3호(2004), 221-241.
- 김선택, 헌법과 통일정책, 한국법학교수회 편, 한국 법학 50년 - 과거 · 현재 · 미래 : 대한민국 건국 50주년 기념 제1회 한국법학자대회 논문집, 한국법학교수회, 1998.

- 김주환, 영토변증설, 세계헌법연구 17권 2호(2011), 1-27.
- 도회근, 헌법의 영토와 통일조항 개정론에 대한 비판적 검토, 헌법학연구 12권 4호(2006), 35-68.
- 방승주, 헌법재판소와 대법원의 남북관계 관련 판례에 대한 헌법적 평가, 공법연구 39집 2호(2010), 203-229.
- 심경수, 영토조항의 통일지향적 의미와 가치, 헌법학연구 7권 2호(2001), 131-168.
- 李長熙, 남북합의서의 법제도적 실천과제, 아시아사회과학연구원 편, 전환기에 선 한국 법치민주주의, 아시아사회과학연구원, 1993, 29-42.
- 이장희, 한반도 평화체제의 구축에 대비한 북한의 법적 지위 관련 판례의 검토, 헌법학연구 24권 4호(2018), 35-68.
- 이효원, 남북한관계에 대한 판례 분석 - 국가보안법의 최근 변화 동향과 남북교류협력에 관한 판례를 중심으로, 서울대학교 법학 52권 3호(2011), 1-36.
- 장명봉, 남북한 기본관계정립을 위한 법적 대응, 한국공법학회 편, 유엔가입과 통일의 공법 문제, 한국공법학회, 1991.
- 정극원, 헌법상 평화조항에 관한 일고찰, 세계헌법연구 18권 3호(2012), 119-138.
- 최경옥, 한국 헌법 제3조와 북한과의 관계, 공법학연구 창간호(1999), 191-228.
- 최용전, 북한의 국내법적 지위와 북한인권법의 법적 기능, 토지공법연구 79집(2017), 815-837.
- 표명환, 한반도 통일과 통일조항의 해석방향, 토지공법연구 59집(2012), 583-603.
- 허완중, 한국 헌법체계에 비준 헌법 제3조의 해석, 저스티스 통권 154호(2016), 5-57.

남북교류와 남북기본합의서

헌재 2000. 7. 20. 98헌바63, 남북교류협력에관한법을 제9조 제3항
위헌소원

박 정 원*

I. 서 언

1. 연구의 배경과 의미

최근 남북관계는 남북정상회담과 사상 첫 북미정상회담에 힘입어 한반도 평화 정착과 남북관계의 발전에 대한 희망을 현실문제로 제기하고 있다. 문재인 대통령의 한반도정책의 실천을 위한 행보는 북한의 김정은 국무위원장과와의 후속회담을 통해 남북관계의 발전과 한반도 평화를 향한 긍정적인 분위기를 만들어가고 있다. 문재인 정부에서 적극적으로 추진하는 대북정책 및 통일정책의 기초는 기존의 남북관계의 단절적 상황을 전환하는 결정적 동인이 되고 있다. 잘 알다시피 ‘4·27 판문점선언’과 ‘6·12 북미정상회담’은 북한의 부정적 대응조치에 대한 우려에도 불구하고 남북 간의 긴장을 해소하고 한반도의 평화 분위기를 만들어 북한의 핵문제로 야기된 군사적 긴장국면을 해소하는 데에 중요한 전기를 마련하였다. 북한의 비핵화의 구체적 실천이 전제되는 것이지만, 북한이 합의한 대로 비핵화조치를 이행하는 데에 따라 한반도 정세와 남북관계는 급속적인 발전의 가능성이 크다.

이러한 남북관계의 발전에 대한 기대는 보다 합리적이고 체계적인 정책추진을 통해 다방 면에서 각각의 노력이 경주되어야 현실로 완성될 것이다. 강조컨대 남북관계 발전이 현실적으로 이루어지려면 무엇보다 법제도적인 차원에서 접근되어

* 국민대학교 법과대학 교수.

체계적이고 합법적으로 전개되어야 한다. 물론 그동안 남북관계와 관련하여 단계적으로 변화된 환경에 상응하도록 법제정비를 통해 뒷받침하여 왔다. 앞으로 예상되는 남북관계의 진전은 보다 발전적인 법제정비를 요청하고 있다. 한반도의 정세와 남북관계의 환경변화는 필연적으로 관련 법령의 검토와 정비를 필요로 하기 때문이다.

무릇 남북관계는 분단이라는 특수한 사정과 이를 구명하는 논리적 배경에 의해 제기되는 시각에 의해 단적으로 법적인 정의를 구하는 일은 쉽지 않다. 남북한은 한반도 분단의 특수한 상황에서 각기 정권을 수립하는 과정에서 서로 상대방을 부정하고 자신만의 법적 정통성을 주장하여 온 데에서 기인한다. 남북관계의 법적 성격은 남북한이 각자의 법적 정당성 주장과 강한 주권적 지위를 강조하면서 필연적으로 남북은 각기 상대방의 법적 주체성을 부인하는 태도를 유지하여 왔다. 그러면서도 남북한은 서로 교류와 협력의 필요성에 의해 화해와 협력을 위한 관계로의 개선을 위해 공동체를 형성하는 노력을 기울여왔다. 일면 군사적 적대관계를 지속하는 가운데 한편으로 교류와 협력관계를 구축하여 온 것이다.

돌아보건대 남북관계는 1980년대 말부터 1990년대 들어서면서 화해와 협력이 라는 세계사적 조류 속에 새로운 관계를 형성하기 시작하였다. 특히 제6공화국의 출범과 함께 노태우정부는 북방정책을 통해 대북정책의 원칙과 방향을 전환하였다. ‘한민족공동체 통일방안’을 제시하고, 국내법으로서 남북교류협력법을 제정하여 남북관계의 새로운 활로를 모색하였다. 당시 국가보안법이 존치하는 가운데 대북한 관계는 일면 반국가단체로서의 대응과 함께 교류와 협력의 상대방으로서의 관계를 형성하는 이중적 관계를 가지게 되었다. 이른바 북방정책의 추진은 1991년 남북한의 UN 동시가입을 가능하게 하였다. 이로써 국제법적인 측면에서 남북한은 각기 국제법 주체로서 국제관계를 형성하는 동시에 국제무대에서 남북한이 공동 협력하는 체제를 갖출 수 있게 되었다. 그러나 남북한의 관계에서는 내적 특수관계로서 민족내부의 관계로서의 성격을 강화하였다. 잘 알다시피 이를 토대로 남북한은 ‘화해와 불가침 그리고 교류협력에 대한 합의서’(이하 ‘남북기본합의서’라고 함)를 채택하여 이러한 성격을 반영하였다.¹⁾

1) 남북기본합의서는 서문에서 남북관계는 “나라와 나라 사이의 관계가 아니라 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계”라고 규정하고 있다. 이른바 남북관계의 특수성이란 상황을 공유하는 인식에 합의하여 남북관계가 분단국가의 특수관계를 설정하는 가운데 남북 간 교류와 협력체제를 구축하고 궁극적으로 통일을 지향하고 있다.

이 합의서에서 남북관계의 법적 성격을 규정하고 통일을 향한 남북한의 추진 사항을 합의한 것이었다. 즉, 남북관계는 대결적인 적대관계에서 국내법적으로 교류협력의 상대방, 국제법적으로는 각기 한 국가로서 국제법 관계를 형성한다는 점을 제도적으로 명확히 하는 계기를 마련한 것이었다. 이른바 남북관계의 특수성에 대한 합의에 기초하여 남북한은 특수관계라는 이원적 지위를 형성하고 있다. 이후 남북관계는 국가 간의 국제법적 관계를 인정하지 않지만 민족내부의 관계라는 성격에 기초하여 이원적 관계를 기본적으로 설정하였다.

실제로 이러한 성격을 기반으로 하여 남북은 교류와 협력사업을 전개하면서 통일을 위한 협력의 기반을 다져왔다. 그러나 남북관계는 대내외적인 상황에 따라 정치적 판단과 결정에 따라 부침을 거듭하여 왔다. 남북이 합의하여 채택한 합의서가 그 실천과 이행에 실패하면서 당해 합의서를 부정하는 사태를 빚으면서 합의서를 사문화시키는 결과마저 발생시키고 있다.²⁾ 사실상 남북 간의 합의는 여러 가지 이유에 의해 남북이 모두 각자의 이익과 이해에 입각하여 남북합의서를 해석하고 그 효력 문제를 다루어왔다.³⁾

특히 남북경협은 남북의 공동번영을 위한 사업이고 남북협력의 상징적 사업으로 추진되었으나 정치적 판단에 의해 중단되거나 무산되면서 남북합의에 대한 제도적 개선조치를 강하게 요구하게 되었다. 비록 북한의 도발적 행위에 의해 금강산관광 사업이 중단되고, 개성공단도 북한의 핵무기개발 문제에 의해 문을 닫았던 사례는 안타깝다. 이러한 남북경협 중단은 명분상 합리적 배경을 가지고 있고 통치행위적 차원에서 합법적 성격을 갖는다고 할 수 있다. 그렇다고 하더라도 그러한 행위는 명백한 법제도적 근거를 가지지 않고 있다는 점에서 문제가 지적되었다.⁴⁾ 물론 이는 남한의 국내법적인 문제이기도 하지만 남북 간 합의가 제대로 작동하지 않는 효력의 문제이기도 한 것이었다.

-
- 2) 북한은 2009년 1월 30일 조국평화통일위원회(조평통)의 담화를 통해 남북사이의 정치군사적 대결상태 해소와 관련된 모든 합의사항들을 무효화한다고 하였다. 이러한 북한의 주장을 인정한다면 남북기본합의서의 군사부문 즉 불가침에 관한 합의서는 무효가 될 것이다. 이는 남북 간 명백한 합의를 이루지 못한 이른바 서해상의 NLL(북방한계선)을 두고 일어난 사안이라 할 수 있다.
 - 3) 이규창, 남북관계 발전 및 제도화를 위한 법제개선방안, 평화와 번영의 한반도 : 남북관계의 재정립과 한반도 신경제구상, 경제·인문사회연구회, 2018, 71~72.
 - 4) 개성공단 외의 남북경협사업의 중단 및 취소를 한 ‘5 24조치’와 개성공단의 폐쇄의 근거를 두고 구체적이고 명확한 법적 근거를 제시하지 못하였다는 분석에 따른 것이다. 명확한 법제도적 근거의 부재는 결과적으로 이러한 조치로 인한 대북투자기업의 손해 내지 손실 발생에 대한 구체적인 보상 내지 배상방법을 이끌어내지 못하고 특별지원 형태로 진행되었다.

이에 따라 남북관계의 법제도화를 위해서는 남북한 합의의 법적 기반을 조성하여야 한다. 이미 기존에 남북은 여러 분야의 합의를 채택하였는데 이에 대한 효력문제도 다시 살펴볼 필요가 있다. 또한 남북관계의 변화에 의해 새롭게 형성되는 남북 간 합의(서)의 법적 성격은 새로운 환경의 전개에 상응하여 검토할 필요가 있다. 이를 통해 남북한 합의서의 체계와 효력 면에서 그 법적 구속력의 미비점을 보완하여 나가야 한다.⁵⁾ 이점에서 당해 헌법재판소의 결정을 통해 그 내용과 의미를 분석하는 일은 남북관계의 새로운 전기를 마련하는 시점에서 큰 의미가 있다.

2. 연구의 목적과 범위

문재인 정부는 대북정책의 수립과 추진의 제도적 기반을 구축하는 것을 대북정책 및 통일정책의 주요 과제로 설정하였다. 지난 정부의 경험에 비추어 대북정책의 제도화를 통한 안정적인 정책추진에 기여하기 위해 정책기조의 하나로 강조한 것이다. 대북정책의 제도화는 현실적이고 지속적인 정책의 긍정적인 효과를 달성하기 위한 조건임을 잘 파악한 것이라 할 수 있다. 알다시피 남북관계는 2018년 4월 27일 문재인 대통령과 김정은 국무위원장 간의 남북정상회담에서 합의한 “한반도의 평화와 번영, 통일을 위한 판문점 선언”(이하 ‘판문점선언’이라고 함)⁶⁾의 그 구체적인 이행과 실천에 따라 새로운 발전적 계기를 맞고 있다.

무엇보다 이를 계기로 하여 남북 간의 법적 관계를 규명하고 합의서에 대한 정상적이고 법적인 효력을 부여하게 된다면 새로운 남북관계의 정착과 발전을 위한 남북 간 합의 모델을 제시할 수 있게 된다. 아울러 남북관계 개선에 장애요인에 대해 제도적인 해결방안을 모색하는 데에도 중요한 일이다. 결국 남북 간 합의와 합의문서에 대해 법적 효력을 부여하는 방안을 구체화하는 일은 ‘판문점선언’의 이행과 실천을 위해서도 중요한 과제의 하나로 보아야 한다. 이 연구는 한반도 평화정착과 통일기반 조성을 위한 법제도화 방안의 하나로 남북 간 합의

5) 이 연구에서 남북기본합의서의 효력문제에 대한 논의는 이미 논의된 바 있는 다음의 논문을 참고하여 보충하였다. 박정원, 이석범, ‘남북기본합의서’의 법적 성격에 관한 비판론적 검토, 국민대학교 법학논총 24집 1호(2011), 145-196; 박정원, ‘남북합의서’의 헌법적 쟁점과 과제, 헌법학연구 19권 4호(2013), 83-122에서 논의한 내용을 중심으로 보완하였음을 밝힌다.

6) 3개 장 13개 조항으로 이루어져 있으며, 남북관계 개선과 발전, 전쟁위험의 실질적 해소, 비핵화를 포함한 한반도의 항구적 평화체제 구축 등을 주요 내용으로 담고 있다.

(서)에 대해 법적 효력을 부여하기 위한 대안을 제시하는 데에 기본적인 목적을 둔다. 전술하였듯이 남북은 ‘판문점선언’에서 재차 남북의 적대행위 종식과 평화체제 구축에 대해 합의하였다. 이를 위한 조건의 하나로 남북의 화해 협력을 정착시켜 남북관계를 개선 발전시키고 한반도의 비핵화를 실현하여 평화체제를 구축하여야 한다. 이를 위한 선제적 조치는 이러한 합의에 대한 법제도화 방안을 마련하는 것이다. 그 가운데 ‘남북기본협정’의 체결이 중요한 과제의 하나로 제시되어 있다. 이 연구의 목적은 남북기본합의서의 체결과 관련하여 그 법적 성격과 효력 문제를 다루는 것이며, 법제적 기반을 강화함으로써 통일정책의 안정성을 확보하는 데에 기여하기 위한 것이다.

이러한 방안은 다음 사항을 실천함으로써 가능해질 수 있다. 다음에 몇 가지를 살펴본다.

첫째, 대북정책 및 통일정책이 법제도적 기초 위에서 수립되고 추진되도록 하여야 한다. 문재인 정부는 이미 대북정책의 제도화를 통해 안정적 정책추진을 위한 기존 정책의 변화를 강조하였다. 단적으로 대북정책 및 통일정책의 제도화는 현실적이고 지속적인 정책의 효과를 달성하는 데에 있어 필요한 과정이다.

둘째, 새로운 남북관계의 정착과 발전은 기존의 남북 간 합의의 문제점을 개선하는 발전적 모델을 제시하는 것이다. 과거 남북관계 개선의 장애요인을 제도적으로 해결하는 방안을 모색한다. 이로부터 남북대화과 북미 간 대화 재개에 따른 남북관계는 제도적 측면에서 관계개선을 이루는 정착적 기반을 구축할 수 있다. 이를 위해 이미 남북이 합의한 남북기본합의서의 법적 성격과 의미를 재론할 필요가 있다.

셋째, 한반도 평화정착을 위한 남북합의는 법제도적인 뒷받침을 통해 안정적인 추진이 가능하도록 하여야 한다. 남북의 기존 합의의 이행과 실천의 문제점을 보완하기 위해서는 제도적 관점에서 분석하고 이를 개선하는 방안을 제시할 수 있다. 이는 남북 간 합의의 법적 실효성을 확보함으로써 달성될 수 있다는 점을 깊이 인식하여야 한다.

넷째, 남북관계의 법적 성격은 보다 구체적으로 규명되어야 하고 이와 관련하여 남북합의의 법적 구속력은 실질적으로 보완되어야 한다. 남북한 특수관계의 법적 성격 및 북한의 법적 지위 문제는 남북관계가 발전되면서 상황에 따라 재고될 수 있다. 이 점에서 ‘남북기본합의서’의 체결절차와 방법, 그 내용 고찰을 통한 구체적 이행과 실천을 보장하는 법제도화 방안을 논구한다.

다섯째, 남북관계의 새로운 환경변화는 남북 간 합의의 이행과 실천적 기반을 조성하는 데에 기여할 수 있다. 2018년 4월 27일 판문점에서 열린 제3차 남북정상회담과 6월 12일 싱가포르에서 개최된 역사상 첫 북미정상회담 등을 계기로 한 북한과의 합의에 대한 법적 효력의 확보를 위한 제도화 방법은 적극 모색되어야 한다.

남북관계는 상황에 의해 거듭 변화하지만 발전적 국면으로 진행되어 간다는 점에 기초하여 남북기본합의서의 채택, 법적 성격 및 효력에 대한 문제점을 분석한다. 이에 관련하여 남북기본합의서의 법적 성격, 즉 조약으로서의 성격 부여문제에 대해서는 이미 많은 연구가 있다.⁷⁾ 이 연구들을 토대로 하여 기본적으로 문헌을 기초로 한 선행적인 경험적 연구를 중심으로 남북기본합의서에 대한 헌법재판소의 결정을 중심으로 그 의미를 논급하되 비판적 시각으로 향후 남북 간 합의서의 법적 의미를 강조하는 방향에서 논의한다. 특히 남북 간 합의 규정의 법적 성격을 구명하는 것에 중점을 두되, 북한의 법적 지위 문제와 남북관계의 법적 성격의 분석을 통한 남북합의의 법적 효력 인정 여부를 판단한다.

아울러 남북기본합의서의 효력은 합의서의 법적 효력 및 남북 특수관계의 성격에 따른 접근이 필요하다. 한편 남북 간 경험보장 합의서는 국회의 비준 동의 절차를 거쳐 효력을 발휘하였는데 그 배경과 의미에 대한 논급도 필요하다. 물론 이러한 논의는 헌법재판소의 다음의 남북기본합의서에 대한 결정과 그 판단 이유를 근거로 하여 고찰한다.

II. 현재 2000. 7. 20. 98헌바63 결정 개관

1. 사건 개요

헌법재판소는 “남북합의서는 남북관계를 ‘나라와 나라 사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계’임을 전제로 하여 이루어진 합의문서”임을 인정하였다. 그러면서 “한민족공동체 내부의 특수관계를 바탕

7) 정세현, 『남북기본합의서』의 법적 성격과 정치적 의의, 통일문제연구 4권 1호(1992), 9-25; 박정원, 이석범(각주 5), 145~196; 박종철, 남북기본합의서 체제의 평가와 유산 : 향후 대북 정책의 시사점, 통일로 2012년 9월호, 34-45; 이규창, 남북관계발전에 관한 법률의 분석과 평가, 남북교류와 관련한 법적 문제점(5), 법원행정처, 2006 등이 있다.

으로 한 당국간의 합의로서 남북당국의 성의있는 이행을 상호 약속하는 일종의 공동성명 또는 신사협정에 준하는 성격을 가짐에 불과”하다고 판시하였다. 위의 대법원의 판결을 인용하면서 남북합의서가 법률이 아님은 물론 국내법과 동일한 효력이 있는 조약이나 이에 준하는 것으로 볼 수 없다는 것을 명백히 하였다.⁸⁾ 또한 당해 법률조항이 남북합의서의 내용과 배치되는 점을 포함하고 있다고 하더라도, 그것은 이 사건 법률조항이 헌법에 위반되는지의 여부를 판단하는 데에 아무런 관련이 없다고 하였다.⁹⁾

헌법재판소는 남북합의서가 일종의 공동성명 또는 신사협정에 준하는 성격을 가짐에 불과하다고 판시하면서, 대법원의 관련 판결 중 당해 부분의 판단을 그대로 인용하고 있다. 따라서 헌법재판소의 판단은 이전의 서울고등법원과 대법원의 판결을 인용하였기 때문에 이들 판결에 대한 비판의 논지가 동일하게 적용될 수 있었다.¹⁰⁾

이들 판례는 당시 사법부가 남북기본합의서의 법적 성격과 효력의 쟁점들이 헌법의 영토조항과 평화통일조항 그리고 국가보안법과의 저축·상충 등의 문제를 야기할 것을 우려하여 정부(법무부와 통일부)가 제시한 법리적 의견을 그대로 받아들인 것이라는 점을 추론할 수 있다. 이것이 사실이라면 헌법재판소의 태도는 우리 헌법의 정신과 가치가 조국의 평화적 통일을 지향하고 있다는 통일조항(제4조)의 법적 의미를 애써 회피한 결과라는 비판을 받을 수 있다.¹¹⁾

이 사건은 다음과 같이 요약하여 볼 수 있다. 이 사건의 청구인¹²⁾은 북한주민의 기아해결을 돕기 위하여 북한에 쌀 또는 현금을 보내고자 1996. 8. 23. 통일부에 남북교류협력에관한법률 제9조에 따라 북한주민접촉신청을 하였으나, 통일부장관은 같은 해 9. 10. 위 신청이 민간차원의 대북지원에 관한 정부방침에 어긋난다는 이유로 이를 불허하였다.

이에 청구인은 서울고등법원에 위 불허처분의 취소를 구하는 행정소송¹³⁾을 제기

8) 헌재 1997. 1. 16. 89헌마240, 판례집 9-1, 45; 1997. 1. 16. 92헌바6 등, 판례집 9-1, 1.

9) 헌재 2000. 7. 20. 98헌바63, 판례집 12-2, 52.

10) 남북기본합의서의 법적 성격에 관한 사법부의 판례(헌법재판소의 결정, 대법원과 서울고등법원의 판결 등)가 절대적이 아니라는 견해는 판례가 법원성이 될 수 없다는 점을 근거로 들어 비판하고 있다. 이장희, 독일통일의 국제법적 조명, 허영 편, 독일 통일의 법적 조명, 박영사, 1994, 125.

11) 실제로 이러한 헌법재판소의 판단은 헌재 2005. 6. 30. 2003헌바114, 판례집 17-1, 879; 2001. 9. 27. 2000헌마238 등, 판례집 13-2, 383; 2010. 7. 29. 2008헌가19 등, 판례집 22-2상, 37 등에서 인용되었다.

12) 청구인은 청구 당시 ‘민주사회를 위한 변호사모임’(대표자 회장 최영도)이었다.

13) 대법원 1999.7.23. 선고 98두14525 판결.

한 후, 그 소송 계속 중이던 1998. 2. 19. 위 불허처분의 근거법률인 남북교류협력에관한법률 제9조 제3항에 대하여 위헌심판제청신청(98아280)을 하였다. 그런데 위 법원이 같은 해 7. 16. 위 취소청구 및 위헌심판제청신청을 모두 기각하였다. 이에 청구인은 불복하여 같은 해 7. 29. 헌법재판소에 이 사건 헌법소원심판을 청구하는 한편, 같은 해 8. 8. 대법원에 상고¹⁴⁾를 하였으나 1999. 7. 23. 상고 기각되었다.

다음에 당해 사건의 내용을 청구인의 주장과 헌법재판소의 판단근거를 중심으로 살펴본다.

2. 청구인의 주장

이 사건의 청구인은 다음의 이유를 들어 당해 법률조항에 대해 위헌 심판 청구를 하였다.

첫째, 우리 헌법은 통일에 관하여 ‘평화적 통일’을 민족적 사명으로 규정한 헌법 전문, 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책을 수립·추진하도록 규정한 헌법 제4조, 대통령의 평화적 통일을 위한 성실의무를 규정한 헌법 제66조 제3항, 대통령의 취임선서 중 평화적 통일직무를 규정한 헌법 제69조, 통일에 관한 중요정책을 국민투표에 붙일 수 있도록 규정한 헌법 제72조 등을 두고 있다. 이에 의하면, 정부는 통일을 위하여 노력할 의무가 있고, 국민들은 통일에 대한 기본권을 가진다. 그런데 이 사건 법률조항은 남북한의 자유로운 교류·협력을 지나치게 제한하여 결국 국민의 통일에 대한 기본권을 제한하는 결과에 이르러 헌법에 위반된다.

둘째, 평화적 통일을 이루기 위해서는 남북 간의 대화, 협조, 교류와 협력이 중요한 수단이다. 이러한 남북 간의 대화, 협조, 교류와 협력은 정부 간 뿐만 아니라 민간차원에서도 이루어져야 한다. 그런데 이 사건 법률조항은 조국의 평화적 통일을 위하여 필수적인 남북한의 자유로운 교류·협력을 지나치게 제한함으로써 정의·인도와 동포애로서 민족의 단결을 공고히 한다는 헌법 전문에 반하므로 위헌이다.

셋째, 자유민주적 기본질서는 국민의 참여를 기본으로 하고, 통일과정에 국민의

14) 대법원 1999.7.23. 선고 98두14525 판결.

참여를 보장하는 것이 자유민주적 기본질서에 입각한 통일을 선언한 헌법 제4조에 부합된다. 그럼에도 불구하고 이 사건 법률조항은 통일부장관의 자의적 판단에 근거하여 북한주민 접촉을 승인하도록 함으로써 국민의 참여를 배제하고 있어 헌법 제4조에 위반된다. 또 이 사건 법률조항은 국민들의 평화적 교류, 협력을 통일부장관의 자의적인 판단에 일임함으로써 법적 근거에 의하지 아니한 통일정책을 시행하게 하고 있다. 이에 의해 당해 조항은 법적 안정성을 해하고 있으므로 통일에 있어서의 법치주의 원칙을 선언한 헌법정신에 위반된다.

넷째, ‘남북기본합의서’는 헌법상 조국의 평화적 통일조항을 가장 이상적으로 표현하고 있는 법규범으로서 단순한 조약의 효력을 가지는 것을 넘어서 남북관계를 규율하는 법률 중 헌법 다음으로 최상의 법률에 해당한다. 남북기본합의서는 이 사건 법률조항 보다 후에 체결된 것이어서 신법우선의 원칙이 적용되어야 한다. 따라서 남북합의서의 자유로운 남북교류협력조항에 반하는 이 사건 법률조항은 헌법에 위반된다.

다섯째, 이 사건 법률조항은 남북관계의 발전을 위한 행위에 비추어 헌법 제10조의 일반적 행동의 자유, 제14조 거주·이전의 자유, 제18조 통신의 자유 등을 침해한다.

여섯째, 이 사건 법률조항은 북한주민 등과의 접촉에 관한 승인의 기준을 명시하지 아니한 채 포괄적으로 통일부장관의 일방적인 판단에 위임하고 있어 헌법 제75조 포괄위임금지원칙에 위반된다. 또한 다양한 목적에 의한 다양한 형태의 접촉을 모두 승인제로 규정하고 있기 때문에 남북이산가족의 자유로운 접촉을 제한하고 있다. 아울러 우리 나라가 가입하고 있는 세계보건기구 헌장에 명시된 각국의 국민들의 건강증진을 위한 협력의무에 따라 이루어지는 인도적 지원을 위한 접촉마저도 승인제로 운영함으로써 헌법 제37조 제2항의 과잉금지의 원칙에 위반된다.

3. 헌법재판소의 판단

헌법재판소는 당해 청구인의 취지와 주장에 대하여 다음과 같은 이유를 들어 판단하고 전원일치로 당해 법률조항은 헌법에 위반되지 않는다고 하였다.

헌법재판소의 판단은 다음과 같이 살펴볼 수 있다.

(1) 입법경위 및 당해 사건 법률조항의 입법목적

1988년 ‘7·7 선언’은 남북한 간의 인사교류를 적극적으로 추진하고, 해외동포들의 남북한 자유왕래를 위하여 문호를 개방하며, 이산가족의 서신왕래·방문 등 교류를 적극적으로 주선·지원하고, 남북한 교역의 문호를 개방하면서 남북교역을 민족내부 교역으로 간주하는 것 등을 주된 내용으로 하는 남북한 간의 화해를 위한 6개항의 대북한 제의로 발표되었다.¹⁵⁾ 위 선언에 따라 그 동안 원칙적으로 금지되었던 북한주민과의 접촉, 왕래 및 교류 등을 허용·지원하고, 국민들의 북한 방문 및 남북한 왕래·교류에 대한 요구를 적절히 수용하기 위한 법률적 후속 조치로서 남북교류협력법이 제정되었다. 동법 제1조는 남북한 간의 상호교류와 협력을 촉진하기 위하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다고 규정하고 있다. 그리고 제3조 및 입법제안 이유에 따르면, 남북한의 인적·물적 교류사업과 통신역무의 제공 등에 관하여는 다른 법률에 우선하여 이 법이 적용되고, 이 법에 따라 행하여지는 행위에 대하여는 국가보안법이 적용되지 아니하므로, 이 법은 남북한 간의 교류확대 및 긴장완화에 기여하는 역할을 하고 있다고 보았다.

한편, 이 사건 법률조항은 북한주민 접촉 등에 대한 승인 등의 업무를 통일부로 일원화하여 국민편익을 도모하고, 각종 남북교류협력이 일관성을 유지한 채 원활히 추진되도록 하기 위한 규정으로서, 정부의 책임소재를 명확히 하고 다양한 대북한 접촉과 협력이 일정한 기준 하에서 종합적, 체계적, 안정적으로 수행되도록 하려는 데에 그 입법목적이 있다고 보았다.

(2) 법률조항의 위헌 여부

이 사건 법률조항의 위헌여부에 대한 판단은 다음의 내용을 설명하면서 위헌성을 부인하였다. 다음에 헌법재판소의 판단 이유를 간략하게 살펴본다.

첫째, 우리 헌법은 그 전문에서 “…… 우리 대한국민은 …… 평화적 통일의 사명에 입각하여 정의·인도와 동포애로써 민족의 단결을 공고히 하고 ……”라고

15) 7.7선언은 다음의 의미를 가지고 있다. 첫째, 북한을 경쟁·대결·적대하는 대상으로서가 아니라 민족의 일부로 포용하고, 상호신뢰·화해·협력을 바탕으로 공동번영을 추구하는 민족의 일원으로 인식하여, 남북관계를 선의의 동반자 관계로 정착시켜나가는 것이었다. 둘째, 북한을 고립시키는 방식이 아니라, 북한의 국제사회 참여에 협조함으로써 북한 내부의 개방과 변화를 촉진시킨다는 것이었다.

규정하고 있다. 제4조에서 “대한민국은 통일을 지향하며, 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책을 수립하고 이를 추진한다”고 규정하고, 제66조 제3항에서 “대통령은 조국의 평화적 통일을 위한 성실한 의무를 진다”고 규정하고 있다. 이러한 헌법상 통일관련 규정들은 통일의 달성이 우리의 국민적·국가적 과제요 사명임을 밝힘과 동시에 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일 원칙을 천명하고 있는 것이다. 따라서 우리 헌법에서 지향하는 통일은 대한민국의 존립과 안전을 부정하는 것이 아니고, 또 자유민주적 기본질서에 위해를 주는 것이 아니라 그것에 바탕을 둔 통일인 것이다. 이러한 판단은 우리의 통일에 대한 헌법규범의 정당성과 규범성을 강조한 것이다.

그러나 헌법재판소는 평화적 통일을 위하여서는 북한과 적대관계를 지속하면서서 접촉·대화를 무조건 피하는 것으로 일관할 수는 없고, 자유민주적 기본질서에 입각하여 상호 접촉하고 대화하면서 협력과 교류의 길로 나아가는 것이 평화적 통일을 위한 초석이 되는 것이라고 하였다. 또한 순수한 동포애의 발휘로서 서로 도와주고 일정한 범위 내에서 경제적, 기술적 지원과 협조를 도모하여 단일 민족으로서의 공감대를 형성하는 것이야말로 헌법 전문의 평화적 통일의 사명에 입각하여 민족의 단결을 공고히 하는 방편으로서 헌법정신에 합치되는 것이라고 하였다.¹⁶⁾

둘째, 이 법은 기본적으로 북한을 평화적 통일을 위한 대화와 협력의 동반자로 인정하면서 남북대결을 지양하고, 자유왕래를 위한 문호개방의 단계로 나아가기 위하여 종전에 원칙적으로 금지되었던 대북한 접촉을 허용하며, 이를 법률적으로 지원하기 위하여 제정된 것이다. 그 입법목적은 평화적 통일을 지향하는 헌법의 제반규정에 부합하는 것이다. 이 법이 없다면 남북한 간의 교류, 협력행위는 국가보안법에 의하여 처벌될 수 있으나, 이 법에서 남북관계에 관한 기본적 용어정리, 통신·왕래·교역·협력사업 등에 관한 포괄적 규정(제9조 내지 제23조)과 타법률에 대한 우선적용(제3조) 등을 규정하고 있는 관계로 그 적용범위 내에서 국가보안법의 적용이 배제된다는 점에서, 이 법은 평화적 통일을 지향하기 위한 기본법으로서의 성격을 갖고 있다고 할 수 있다.

셋째, 북한과의 접촉이나 교류가 일정한 원칙이나 제한 없이 방만하게 이루어진다면, 국가의 안전보장과 자유민주적 기본질서의 유지에 어려움을 가져올 수

16) 헌재 1990. 4. 2. 89헌가113, 판례집 2, 49, 60-61 참조.

있을 뿐만 아니라, 평화적 통일을 이루어 나가는 데에 지장을 초래할 수 있다. 한편으로 북한주민과 접촉·교류하는 개개 당사자들의 목적달성이나 안전에도 장애를 가져올 수 있다. 따라서 정부가 남북한 간의 접촉과 대화, 교류·협력의 기본방향을 정하고, 그에 따라 각 분야에서 필요한 민간부문의 교류·협력을 지속적으로 지원하고 보장하기 위하여 북한주민 등과의 접촉에 대하여 일정한 조정과 규제를 하는 것은 헌법상의 평화통일의 원칙과 국가안전보장 및 자유민주주의질서의 유지, 그리고 국민의 기본권보장이라는 원리들을 조화롭게 실현하기 위한 방편이 될 것이다.

넷째, 이 사건 법률조항은 남한의 주민이 북한의 주민 등과 회합·통신 기타의 방법으로 접촉하고자 할 때에는 통일부장관의 승인을 받도록 하는 것을 그 내용으로 하고 있다. 북한주민 등과의 접촉은 대체로 남북한 간의 교류를 촉진시키고 민족의 동질성을 회복하여 평화통일의 길로 나아가는 데에 기여하겠지만, 때로는 접촉과정에서 불필요한 마찰과 오해를 유발하여 긴장이 조성되거나, 무절제한 경쟁적 접촉으로 남북한 간의 원만한 협력관계에 나쁜 영향을 미칠 수도 있을 것으로 보인다. 뿐만 아니라 접촉의 시기와 장소, 대상과 목적 등을 정부에서 전혀 파악하지 못하고 있다면 접촉 당사자의 안위에 관계되는 일이 발생하였을 때 시의 적절하게 대처하기 힘들고, 또한 북한의 정치적 목적에 이용되거나 국가의 안전보장이나 자유민주적 기본질서에 부정적인 영향을 미치는 통로로 이용될 가능성도 완전히 배제할 수 없다.

따라서 통일부장관이 북한주민 등과의 접촉을 원하는 자로부터 승인신청을 받아 그 접촉의 시기와 장소, 대상과 목적 등 구체적인 내용을 검토하여 승인 여부를 결정하는 절차는 현 단계에서는 불가피하다고 할 것이다. 그렇다면 국가의 안전과 자유민주적 기본질서를 보장하고 국민의 안전을 확보하는 가운데 평화적 통일을 이루기 위한 기반을 조성하기 위하여 북한주민 등과의 접촉에 관하여 남북관계의 전문기관인 통일부장관에게 그 승인권을 준 이 사건 법률조항은 평화통일의 사명을 천명한 헌법 전문이나 평화통일원칙을 규정한 헌법 제4조, 대통령의 평화통일의무에 관하여 규정한 헌법 제66조 제3항의 규정 및 기타 헌법상의 통일관련조항에 위반된다고 볼 수 없다.

또한 이 사건 법률조항은 헌법 제10조에서 유래되는 일반적인 행동의 자유나 제14조에서 규정한 거주·이전의 자유, 제18조에서 규정한 통신의 자유 등을 제한하는 측면이 있으나, 그것은 헌법 제37조 제2항에서 규정하고 있는 국가안전보

장을 위하여 필요한 경우의 제한으로서, 앞서 본 입법목적의 정당성, 방법의 적절성, 피해의 최소화, 법익의 균형성 등에 비추어 볼 때 과잉금지의 원칙에 위반된다고 볼 수도 없다.

다섯째, 청구인은 이 사건 법률조항이 국민의 통일에 대한 기본권을 침해하여 헌법상의 통일관련 조항들에 위반된다고 주장하나, 앞서 본 헌법상의 여러 통일관련 조항들은 국가의 통일의무를 선언한 것이기는 하지만, 그로부터 국민 개개인의 통일에 대한 기본권, 특히 국가기관에 대하여 통일과 관련된 구체적인 행위를 요구하거나 일정한 행동을 할 수 있는 권리가 도출된다고 볼 수는 없다.

여섯째, 청구인은 또 이 사건 법률조항이 남북합의서의 자유로운 남북교류협력 조항에 반하여 헌법에 위반된다고 주장하고 있으나, 일찍이 헌법재판소는 “남북합의서는 남북관계를 ‘나라와 나라 사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계’임을 전제로 하여 이루어진 합의문서인 바, 이는 한민족공동체 내부의 특수관계를 바탕으로 한 당국간의 합의로서 남북당국의 성의있는 이행을 상호 약속하는 일종의 공동성명 또는 신사협정에 준하는 성격을 가짐에 불과”하다고 판시하였다.¹⁷⁾ 대법원도 “남북합의서는 …… 남북한 당국이 각기 정치적인 책임을 지고 상호간에 그 성의 있는 이행을 약속한 것이기는 하나 법적 구속력이 있는 것은 아니어서 이를 국가 간의 조약 또는 이에 준하는 것으로 볼 수 없고, 따라서 국내법과 동일한 효력이 인정되는 것도 아니다”고 판시하여,¹⁸⁾ 남북합의서가 법률이 아님은 물론 국내법과 동일한 효력이 있는 조약이나 이에 준하는 것으로 볼 수 없다는 것을 명백히 하였다.

따라서 설사 이 사건 법률조항이 남북합의서의 내용과 배치되는 점을 포함하고 있다고 하더라도, 그것은 이 사건 법률조항이 헌법에 위반되는지의 여부를 판단하는 데에 아무런 관련이 없다고 할 것이다.

일곱째, 청구인은 이 사건 법률조항이 포괄위임금지의 원칙에 위반한다고 주장하고 있으나, 헌법 제75조에서 규정하고 있는 포괄위임 입법금지의 원칙이란 법률이 대통령령 등의 하위법규에 입법을 위임할 경우에는 법률로써 그 위임의 범위를 구체적으로 정하여야 하며 일반적이고 포괄적인 입법위임은 허용되지 아니한다는 것을 뜻하는 것이므로, 통일부장관의 승인권에 관한 기준이나 구체적 내용 등을 대통령령 등에 위임하지 아니하고 있는 이 사건 법률조항에 관하여 포괄

17) 헌재 1997. 1. 16. 92헌바6등, 판례집 9-1, 1, 23.

18) 대법원 1999. 7. 23. 선고 98두14525 판결.

위임금지의 원칙이 적용될 여지는 없다고 할 것이다.

Ⅲ. 헌법재판소 결정의 비판적 검토

1. 남북기본합의서의 법적 성격

(1) 남북기본합의서의 성격과 남북한 특수관계

남북기본합의서는 서문에서 남북관계를 국가관계가 아닌 잠정적 특수관계로 규정함으로써 합의서의 성격이 일반국가 간의 조약이 아니라 특수한 합의라는 점을 밝히고 있다. 국제법상의 조약에 관한 정의¹⁹⁾를 기본합의서에 적용해 볼 때 기본합의서는 국제법상 상호 승인한 국가 간의 조약은 아니나 분단국을 구성하는 대한민국과 조선민주주의인민공화국이라는 두 정치실체 즉, 국제법주체 간에 적법하게 이루어진 당국간 합의이다. 그러면서 어떠한 합의가 국제법상의 조약으로서 유효하게 성립·발효하기 위해서는 당사자 간의 진정한 의사합치가 필요하다고 본다. 이러한 의사합치의 요건으로는 조약당사자의 조약체결능력 보유, 조약체결권자의 직접적 조약 체결, 조약체결권자에 의해 임명된 대표자간 하자없는 합의 성립, 조약내용의 실현가능성 및 적법성 확보, 일정한 조약성립절차 완료 등²⁰⁾을 든다.

남북기본합의서를 보면, 위에 언급한 요건 중 앞의 네 가지를 충족하고 있다. 다만, 다섯 번째의 일정한 조약성립절차의 완료 문제에 대해 논란이 있다. 그것은 합의서의 효력과 관련하여 국회의 동의절차를 거치지 않은 데에서 비롯한다.

19) 통일원, 『남북기본합의서』해설, 통일원, 1992, 22. 1969년 ‘조약법에 관한 비엔나협약’과 1986년 ‘국가와 국제조직간 및 국제조직 상호간에 체결된 조약법에 관한 유엔협약’ 등에 비추어 국제법상 조약의 의미는 그 명칭 여하에도 불구하고 국제법주체간 권리·의무의 발생·변경·소멸을 내용으로 하고 법적 구속력을 갖는 합의를 말한다고 설명하고 있다.

20) 남북기본합의서는 다음과 같은 근거로 국제법상 조약으로서의 요건을 충족하고 있다. 첫째, 남북한은 분단국을 구성하는 두 정치실체이기는 하나 각기 유엔회원국으로서 100여개를 상회하는 국가들과 수교하고 있고 국제법상 다양한 법률행위를 하고 있다. 둘째, 우리 헌법(제73조)상 조약체결권자인 대통령과 북한헌법(제96조)상 조약체결권자인 국가 주석이 최종적으로 재가, 비준한 공식문서이다. 셋째, 조약체결권자 또는 조약체결의 권한을 가진 대표자간에 하자없는 의사의 합치로 이루어졌다. 넷째, 조약의 내용 자체가 실현 가능하고 적법한 것이며, 그 내용은 쌍방이 준수의사를 가지고 실천해 나간다면 별문제가 없다. 정세현(각주 7), 13 주 2) “L. Oppenheim, *International Law*, 8th ed., Vol. I (London: Longmans, 1955)”에서 재인용.

요컨대 헌법관행에 의하면 국회의 비준동의는 국가 간 또는 국제기구와의 조약에 대해서만 행하여졌기 때문이라는 요인에 의한 것이다. 남북기본합의서의 경우 남북관계가 잠정적 특수관계라고 규정하고, 그 성질상 국가 간 조약이 아닌 점을 고려하여 통상적인 국가 간 조약 체결절차인 국회의 비준동의를 받지 않았다. 이는 기본합의서를 일반적인 국제조약으로 취급할 경우 남북한을 두 개 국가 간의 일반관계로 기정사실화함으로써 남북관계에 부정적인 결과를 초래할 수도 있다는 사실을 감안한 것이었다.

또한 남북기본합의서는 통일의 개념을 하나의 실천과정으로, 통일의 방법을 단계적 접근방법이어야 한다는 점을 함께 인식하고 통일방법의 틀을 설정했다는 데 큰 의의가 있다는 점에 유의할 필요가 있다.²¹⁾ 아울러 기본합의서는 서문에서 현 남북관계가 통일을 지향하는 과정에서의 잠정적 특수관계라고 규정하고 있어 분단 실체로서의 남북 간에 적용되는 특수한 합의문서임을 밝히고 있다. 남북기본합의서는 내용상 효력기간에 관해 아무런 규정이 없으나 그 성격상 화해협력 단계의 남북관계를 규율하는 것이며 남북연합 형성 또는 통일국가 형성 이전까지의 효력을 가지는 것이므로 일종의 ‘잠정협정’(modus vivendi)²²⁾의 성격을 갖고 있다.

한편 남북 간 협의과정에서 우리는 남북한 관계의 특수성과 남북한 유엔동시 가입을 고려, 국제연합헌장의 정신을 합의서에 수용하여 분쟁해결의 준거로 할 것과 남북한 관계가 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계임을 강조하였다. 이에 대해 북한은 남북한 관계를 ‘나라와 나라사이의 관계가 아니라 명기할 것’과 ‘민족내부문제의 자주적 해결’을 강조하였다. 우리가 북한의 의견을 감안하여 남북한관계에 관한 쌍방의 주장을 절충함으로써 결국 기본합의서 서문에 명시된 바와 같은 잠정적 특수관계 규정에 합의하기에 이르렀다.²³⁾

이에 남북한은 국제법상 두 개의 국제법 주체로서 대외적인 측면은 국제관계이지만 남북한 간 관계는 분단한국의 내부관계를 형성한다. 이러한 특수관계는

21) 북측은 1992년 3월 27일 통일각에서 열린 남북정치분과위원회 제2차 회담의 기조연설에서 “북남합의서를 통하여 쌍방이 그 무슨 ‘단계적 통일’에 대해 ‘의견’을 같이 하였거나 ‘약속’한 것처럼 한다면 통일지향적인 북남합의서의 진의를 번질시키는 것으로 될 것” 이라고 발언하여 통일부의 입장과 다른 평가를 하고 있다. 제성호, 남북한관계를, 집문당, 2010, 35.

22) ‘잠정협정’이란 적대관계에 있는 쌍방이 과도적으로 상호 협력관계를 맺는 약속으로, 국제법상 분쟁해결을 위하여 당사자 간에 편의적으로 체결하는 협정을 가리키며 추후 영속적이고 상세한 협정으로 대체된다.

23) 이장희, 남북기본합의서의 법적 성격과 실천방안, 국제법학회논총 43권 1호(1998), 229-230. 남북기본합의서의 주요 내용에 대한 평가는 이상훈, 금창섭, 남북기본합의서 및 남북경협합의서의 법적 성격에 대한 고찰, 2003년도 남북법제개선연구보고서, 법제처 행정법제국, 2003, 275~279.

통일을 향한 발전적·동적 성격을 지니고 있다. 따라서 남북한 특수관계는 개방성, 민족자결성, 상호성과 대등성, 통일지향의 잠정성, 동태적 발전성 등을 특징으로 하고 있다.²⁴⁾ 바로 남북한의 분단상태에서 나타나는 특수한 성격을 내포하고 있기 때문이다.

(2) 남북기본합의서의 정치적 선언설의 비판적 논의

1) 신사협정설의 논거

남북기본합의서의 법적 구속력을 부인하는 신사협정설의 근거를 요약하면 대체로 다음과 같다.

첫째, 남한 정부는 남북기본합의서를 조약체결 법령상 절차를 따르지 않고 대통령의 비준없이 대통령의 결재만으로 발효시켰다. 또한 북한도 당시 1972년 사회주의헌법 제96조에 규정된 조약비준·폐기권자인 국가주석의 비준을 받지 않고 발효시켰다.

둘째, 남북기본합의서를 법률에 따라 ‘공포’하지 않고 대통령령으로 관보에 게재하였다.

셋째, 국회의 비준 동의 절차를 따르지 않았다.

넷째, 남북기본합의서 채택 후 실제로 합의사항이 제대로 지켜지지 않았으며 또 불이행에 대한 제재수단을 마련하지 않았다.

다섯째, 남북기본합의서 채택을 위한 남북한의 교섭 및 협의과정에서 “남북 간 상호문제를 해결함에 있어 국제연합헌장에 따라 이를 해결한다.”라는 당초 문안을 삭제하였다.²⁵⁾

이러한 논거들은 결과적으로 남북기본합의서의 법적 효력을 부여하는 문제와 관련하여 “국제법적 법률 효과를 창출할 의사”가 없었다는 근거로 제기되었다. 그러나 이러한 논거는 다음의 설명을 통해 비판적으로 검토할 수 있다.

24) 양영희, 북한의 법적지위, 통일사법정책연구(1), 법원행정처, 2006, 19. 남북한 특수관계의 성격과 의미에 관하여는 제성호(각주 21), 36~44; 이효원, 남북교류협력의 규범체계, 경인문화사, 2006, 158~164; 이주현, 남북한 특수관계의 의미 남북교류와 관련한 법적 문제점(1), 법원행정처, 2002, 61~62.

25) 이효원(각주 24), 243. 이주현(각주 24), 50. 이상훈, 금창섭(각주 23), 300.

2) 남북기본합의서의 신사협정설 비판

① ‘남북한 특수관계’의 성격

우리 정부가 완전한 조약체결 절차를 거치지 않은 것은 사실이나, 위와 같은 특수한 절차에 따라 남북기본합의서를 발효한 것은 남과 북이 각각 강력히 주장해온 “통일을 지향하는 잠정적 특수관계”와 “나라와 나라 사이의 관계가 아닌 관계”를 서로 수용한 배경과 이유를 간과하고 있다는 점에서 타당하지 않다. 당시 정부(통일부)가 언급하는 “남북 간의 분쟁해결을 국제연합헌장에 따라 해결하기로 하기로 한 점”이 채택되지 않은 것은 남북의 회담 대표들이 국제법적 규율을 받지 않기 위해서가 아니라 남북관계가 국가 간의 일반적 관계가 아닌 ‘특수관계’에 합의하였기 때문이라고 보아야 한다.²⁶⁾ 이는 남북고위급회담에 직접 참여하였던 남측 대표의 언급²⁷⁾과 당시 민족통일연구원 부원장이었던 정세현이 언급한²⁸⁾ 내용에서 찾아볼 수 있다. 즉, ‘남북한 특수관계론’에 입각한 사정에 의해 ‘대통령의 결재와 관보예의 공고’라는 특별한 발효절차를 거친 것이라는 것이다. 이는 결코 앞의 주장처럼 남북이 국제법 규율을 받을 의사가 없었다는 것과는 내용이 다르다는 점을 유의하여 보아야 한다.

② 남북의 최고통수권자의 비준

신사협정설은 북한이 남북기본합의서를 발효함에 있어 북한의 국가주석(김일성)이 비준한 적이 없다고 하고 있으나 사실과 다르다는 점이 확인되었다. 통일부는 1992년 3월 발간한 남북기본합의서 해설(16면)에서 “발효 직전에 김일성 주석이 이를 최종적으로 「비준」한 것으로 발표하였다.”고 언급하였으나, 1998년 11월 헌법재판소에 제출한 의견서에서는 김일성 주석의 비준사실을 언급하지 않아

26) 남측이 최종적으로 북측의 삭제안을 수용한 이유는 이미 남과 북이 유엔회원국으로 가입하여 회원국으로서의 의무가 중첩적으로 담보되어 있었으므로 “남북사이의 분쟁을 자주적으로 해결한다”(제10조)고 합의하더라도 무방하다고 판단했던 것으로 보여 진다.

27) 기본합의서하의 남북관계가 “나라와 나라사이의 관계가 아니다”라고 선언함으로써 남북 상호간의 직접적인 관계는 국제관계가 아닌 「민족내부관계」임을 분명히 했다. 바로 이 때문에 기본합의서는 결코 국가간에 체결되는 「조약」이나 「협정」이 아니며, 따라서 발효시키는 절차도 「조약」이나 「협정」과 달라질 수밖에 없었다는 것이다. 이동복, 남북기본합의서 무엇이 문제인가, 통일로 1992년 8월호, 22.

28) “이번 합의서의 경우, 대통령의 전권위임을 받은 총리가 남북고위급회담에서 합의한 사항에 서명하였으며, 남북관계가 나라와 나라사이가 아닌 잠정적 특수관계라고 한 서문의 규정에 비추어 성질상 ‘국가간’ 조약이 아닌 점을 고려하여 합의서 자체가 통상적인 국가간 조약체결절차를 밟을 것을 예정하지 않았다.” 정세현(각주 7), 14.

모순된 주장을 하였다.²⁹⁾ 그러나 당시 ‘로동신문’(1991. 12. 17과 동월 7)에 의하면 “발효 직전에 김일성(주석)이 이를 최종적으로 비준한 것”으로 발표하고 있었다.³⁰⁾

당시 김일성주석에 의해 비준된 사실은 1992년 2월 19일 평양에서 개최된 제6차 남북고위급회담의 대표의 증언을 통해서도 알 수 있다.³¹⁾ 이에 더해 김정일의 연설(1997. 8. 4),³²⁾ ‘민족 대단결 10대 강령’ 발표 5돌기념 평양시 보고대회(1998. 4. 6, 인민문화궁전) 당시 김용순 대남담당 비서의 기념보고³³⁾ 등의 북한 문헌에서 확인할 수 있다. 이에 따라 남북한이 동 합의서에 대해 조약으로서의 법적 지위를 부여하거나 국내적으로 법적 구속력을 가지는 규범으로 채택하겠다는 의사를 표명하거나 인정한 적이 없었다는 이유를 들어 남북기본합의서의 조약성을 부정하는 것은 견해³⁴⁾도 타당하지 않다.

③ 국회의 비준동의

국회의 동의절차 부재가 남북기본합의서의 국제법적 법률효과의 창출 의사를 부정하는 근거로 제시되었다. 그러나 이는 오히려 국회 비준동의 절차를 거쳤다면 법적 구속력이 인정되는 조약으로서의 성격을 인정한다는 점을 자인하는 것이라 할 수 있다.³⁵⁾ 당시 국회에서 야당(민주당)과 여당(민정당)의 일부(민주계)는 남북기본합의서의 비준동의를 강력 주장하였지만, 최호중(당시 부총리 겸 통일 장관)은 국회 외무통일위원회와 통일정책특별위원회 연석회의시 여야의원들의 질의에 지지결의안만을 채택해 달라고 답변하였다.³⁶⁾ 그러한 태도에 비추어 볼 때 정부가 당시 국회의 비준동의를 강력히 추진하지 않은 이유는 신사협정설의

29) “북한은 1991년 12월 24일 노동당 중앙위원회 제6기 제19차 전원회의에서 남북기본합의서를 지지·찬동한다는 내용의 결정서를 채택, 1991년 12월 26일 중앙인민위원회와 최고인민회의 상설회의 연합회에서 남북기본합의서의 승인(그러나 남북기본합의서를 비준한 바 없음)등의 절차를 거쳤습니다.”라고 하여 그 과정만을 언급하였다.

30) 허태수, 남북기본합의서의 법적 성격에 관한 고찰, 입법조사월보 1993년 2월호, 3주 4) 참조.

31) 남측의 경우 남북기본합의서에 대하여 당초 정부는 “국민의 기본권과 관련된 중대 합의사항이며 국제조약 못지않게 중대한 재정적 부담을 지우는 합의서이므로 국회의 비준동의를 원한다.”는 입장이었으나 당시 총선을 앞두고 있었을 뿐만 아니라 여야 간의 대립으로 국회를 개원할 수 있는 형편이 되지 못하자 정부는 ‘대통령제가’로 비준절차를 끝내는 수밖에 없었다고 하였다. 임동원, 피스메이커, 중앙북스, 2008, 245~246.

32) 민족통일연구원, (계간)북한동향, 민족통일연구원, 1997, 36~37.

33) 통일부, 『주간북한동향』, 제377호(1998. 4. 4 ~ 4. 10), 7면.

34) 이상훈, 금창섭(각주 23), 300.

35) 이주현은 정치적 선언 내지 신사협정설을 지지하면서도 “만약 정부가 남북기본합의서에 대하여 국회의 동의를 받으려 하였다면 그 조약성을 인정하는 것이 타당하다.”고 한다. 이주현(각주 24), 50.

36) 허태수(각주 30), 3.

주장처럼 국제법적 규율을 받지 않으려는 의사, 즉 국제법적 입장에서 보다는 오히려 국내 정치상황이나 국내법과의 상충문제 등 대부분 국내문제 때문이었다는 상황을 감안하여 처리하였다는 추론을 할 수 있다.

④ 불이행의 법적 효과

남북기본합의서 체결 당시 국제법적 효과를 창출할 의사가 없었다는 주장의 논거로 합의의 불이행에 대한 법적 효과에 대해 아무런 규정을 두지 않았고, 어떠한 법적 수단도 행사되지 않았다고 하는 것은 다음의 이유로 논리적이지 않다. 남북기본합의서는 “의견대립과 분쟁문제들을 대화와 협상을 통하여 평화적으로 해결한다”(제10조)는 원칙을 정한 명문규정을 두었다. 또한 남북은 각기 유엔회원국으로서 유엔헌장에 의거하여 국제사법재판소를 통한 분쟁해결의 길을 열어놓고 있다.³⁷⁾ 아울러 남북기본합의서의 이행과 준수를 위한 남북고위급공동위원회의 구성·운영과 정치분과위원회, 군사분과위원회, 교류·협력분과위원회의 설치와 후속 실천사업을 위한 부속합의서를 채택한 것은 남북의 분쟁을 위 기구들을 통하여 해결할 수 있는 방법을 마련한 것이다. 더욱이 그것이 여의치 않을 경우 수시로 고위급회담을 개최하여 해결할 수 있는 방안도 마련하고 있었다. 아울러 ‘6·15 공동선언’ 이후 남북 간 분쟁을 직접 교섭 뿐만 아니라 중재에 의해 해결한다는 합의 아래 ‘남북사이의 상사분쟁 및 해결절차에 관한 합의서’(2000. 12. 26)와 ‘남북상사중재위원회 구성·운영에 관한 합의서’(2003. 10. 23)를 각각 채택·발효시켰다. 이에 비추어 보면, 기본합의서 발효 당시 합의의 불이행에 대한 법적 효과나 강제제재 규정을 두지 아니한 것은 국제법적 규율을 받지 않을 의도에서가 아니라 합의사항에 대한 절대적 이행을 전제로 하였기 때문이라고 보는 것이 더 설득력이 있다. 그리고 국제사회의 분쟁은 무력의 행사나 봉쇄조치 등의 직접적인 해결보다는 협상과 타협에 의한 해결이 일반적인 방법이므로 남북 간에서 일반적인 국제관례를 적용한 것이라고 보아야 한다.

⑤ 남북기본합의서의 법적 구속력에 대한 당사자의 의도

남북기본합의서의 조약성은 학술적으로 평가되었다. 남북기본합의서는 전문과 본문, 최종조항 등을 포함하고 그 내용은 장으로 구분되고, 25개에 달하는 조로 구성되고, 내부절차를 거쳐 문본을 교환함으로써 ‘발효’하도록 되어 있다는 점에

37) 제성호(각주 21), 34 주 43)에서 재인용; 통일원(각주 19), 58.

서 통상적인 조약과 유사한 형식을 취하고 있다. 또한 남북한 당국의 의도가 분명하지 않은 경우에 이 문서의 실제의 문언에 주목한다면 법적 구속력을 구비한 조약으로 간주될 가능성이 높다.³⁸⁾ 그러면서 특정 국제문서의 법적 구속력의 유무에 관한 결정적인 판단기준은 당해 문서를 채택한 ‘당사자의 의도’라는 점에서 살펴보아야 할 필요가 있다. 남북기본합의서는 상대방에 대한 국가승인의 효과를 회피하고, 당시 남북한 간 정치적 긴장관계에 의해 신뢰구축이 결여되어 있었다는 점에서 남북한 당국은 위 기본합의서를 국제법상 법적 구속력 없는 정치적 합의의 의도로 채택하였다는 견해가 있다.³⁹⁾

그렇지만 이 주장이 조약 채택 당사자의 일방인 북한이 기본합의서의 국제법적 구속력을 부인한다고 단정적으로 평가하기는 어렵다.⁴⁰⁾ 이 점에서 남북관계가 잠정적 특수관계에 의해 상호 국가승인을 부정하는 상황과 남북기본합의서 채택의 시대적, 역사적 배경을 종합하여 보면 남북기본합의서의 조약적 성격을 배제하는 등의 상황은 반드시 남북 간 긴장이 적대적 관계를 유지한 상태로 지속되지 않을 것 이라는 점에서 모순될 수 있다.⁴¹⁾ 이에 비추어 보면 당시 남북기본합의서에 대한 정부의 견해는 건강부회적인 해석이라 할 수 있다. 오히려 조약 체결 당사자는 조약상 약속을 법적 구속력으로 간주하고 이러한 한도 내에서 ‘당사자의 의도’는 제한적일 수밖에 없다는 견해⁴²⁾에 비추어 보더라도 당시 정부에서 제기한 남북기본합의서의 조약성을 부정하는 논리는 미약하다.

2. 남북기본합의서에 대한 정부 해석의 문제점

(1) 통일부장관 및 법무부장관의 의견 수용

헌법재판소는 당해 사건의 판결을 하면서 통일부장관 및 법무부장관의 의견을 인용하였다. 여기서 당시 통일부장관 및 법무부장관의 남북기본합의서의 성격에

38) 이근관, 남북기본합의서의 법적 성격에 대한 고찰, 일감법학 4권(1999), 176.

39) 이근관(각주 38), 177.

40) 통일부가 헌법재판소에 제출한 의견서의 내용에 의하면, 대한민국이 기본합의서의 국제법적 구속력을 명백히 부인하는 점은 이교수의 논거에 따른 것은 아니지만 ‘당사자의 의도’로 판단해야 한다는 점을 들어 설명하는 결론에서는 동일하다.

41) 김영삼 정부 당시의 남북관계는 조문 파동 등으로 경색되었지만, 김대중 정부와 노무현 정부에 이르러서는 2차례나 정상회담을 개최함으로써 남북 간의 긴장은 완화되는 환경을 만들었다.

42) 이근관(각주 38), 174.

대한 판단을 간략하게 살펴본다.

첫째, 우리 헌법이 통일에 관한 정부의 의무를 규정하고 있다고 하여 그로부터 국민의 통일에 대한 기본권이 도출되는 것은 아니다. 일반 국민이 북한과의 무조건적인 접촉 및 교류를 할 수 있는 권리가 발생되지 아니하며, 설사 그러한 권리가 인정된다고 하더라도 남북관계의 특수성을 고려하여 적절한 수준에서 제한되어야 한다.

둘째, 이 법은 대한민국 국민의 북한주민 접촉을 금지한 국가보안법의 적용을 일부 배제할 수 있도록 하는 등 남북교류를 촉진하는 법률이고, 청구인의 주장과 같이 남북교류를 제한하는 법률이 아니다.

셋째, 통일의 대상인 북한이 우리의 체제존립을 위협하는 정치적 실체로서 존재하고 있는 만큼 정부가 국가안전보장과 평화, 그리고 통일의 측면을 종합적으로 판단하여 통일정책을 수립·추진하여야 하며, 그러한 한도 내에서 정부의 역할은 합법적이고 정당하다. 따라서 국민은 정부정책의 틀 속에서 질서 있게 남북교류협력을 추진하여야 할 법적 의무를 지고 있으므로, 이 사건 법률조항은 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책의 수립·추진을 선언한 헌법 제4조에 위반되지 아니한다.

넷째, 남북합의서는 법률이 아니고, 조약으로서의 성격을 가지고 있는 것도 아니므로, 남북합의서의 내용과 상반되어 이 사건 법률조항의 효력이 상실되었다는 청구인의 주장은 부당하다.

다섯째, 청구인이 주장하는 일반적 행동의 자유, 거주·이전의 자유, 통신의 자유 등의 기본권과 국민의 남북교류협력권을 인정한다고 하더라도, 이러한 권리는 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 범위 내에서 합리적, 합목적적으로 규제될 수 있다. 이 사건 법률조항에 의한 기본권제한은 합리적이며 국민의 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해하는 것이 아니다.

여섯째, 북한주민의 접촉에 대하여 통일부장관의 승인을 얻도록 하여 재량권을 인정한 것은 남북관계의 특수한 법현실로 인하여 그 요건을 구체적이고 명확하게 규정하는 것이 곤란하다. 또한 행정청의 정책적인 고려나 전문적·기술적 판단이 일정범위 내에서 우선되어야 한다는 점을 참작한 것이다. 실제 운용면에서도 남북관계의 진전상황에 따라 점진적 확대방향으로 운영되고 있으며, 대북접촉 교류허용기준(1995. 5. 16.) 등 일정한 처리기준에 따르고 있으므로, 헌법 제75조의 포괄위임금지원칙에 위반되지 아니한다.

일곱째, 이 사건 법률조항은 북한이 우리의 민주적 기본질서에 대한 위협이 되고 있는 상황에서 남북한주민의 접촉을 폭넓게 허용한다. 다만 남북관계의 현실과 대북정책의 틀 속에서 질서있게 이루어지도록 조정·유도하는 데에 그 입법목적이 있으므로, 그 목적의 정당성이 인정되고, 방법선택은 입법자의 입법형성의 자유에 속하며, 효율성을 위하여 통일부장관의 승인을 받도록 한 것이다. 따라서 그 방법의 적절성도 인정되고, 피해의 최소성 및 법익의 균형성의 원칙에도 부합하므로 과잉금지의 원칙에 위반되지 아니한다.

(2) 초기 해설과 해석 변경

통일부는 제6차 남북고위급회담(1992. 2. 19, 평양)에서 남북기본합의서가 채택·발효된 직후인 1992년 3월 14일 「남북기본합의서」해설서를 발간하였다. 이 해설은 정부의 공식적인 입장을 밝힌 것이라고 할 수 있다. 이에 의하면, 국제법상 조약의 성립요건으로 앞서 언급한 5가지 요건에 비추어 남북기본합의서의 법적 성격을 규명한 결과 앞의 네 가지의 요건은 충분히 충족하고 있는 것으로 판단되었다. 그러나 조약의 발효절차 요건 중 다섯 번째에 관하여는 남북관계가 ‘잠정적 특수관계’라고 한 서문과 그 성질상 ‘국가 간’ 조약이 아닌 점을 고려하여 통상적인 국가 간 조약 체결절차를 거치지 아니하고 특별한 절차를 거친 것이라고 하였다. 또한 어떠한 합의가 국제법상 조약으로서 유효하게 성립·발효하기 위한 당사자 간의 의사합치는 위에 언급한 다섯 가지의 요건을 충족하면 의사합치가 있는 것이라고 본다는 입장을 밝혔다.⁴³⁾

그러나 통일부는 1998년 7월 16일 ‘민변’이 통일부장관을 상대로 제기한 대법원 상고심⁴⁴⁾과 헌법재판소에 1998년 11월 각 제출한 의견서에서 위 해설의 공식 입장과 모순되거나 변경하는 주장을 하였다. 통일부는 “국제법 규율을 받을 의사의 부재”의 근거로 다음을 제시하였다. 이를 보면, 남북기본합의서 ‘서문’에 남북관계를 특수관계로 규정하고 민족내부문제를 자주원칙에 따라 해결할 것을 천명한 점, 체결당사자와 관련 정식국호를 사용하지 않고 남과 북이라고만 표기한 점, 그리고 합의서의 명칭을 ‘조약’이라 하지 않고 관례대로 ‘남북 사이의 합의서’라고 명기한 점 등을 들고 있다.

43) 통일원(각주 19), 22~26. 특히 해설의 “IV. 남북기본합의서의 성격 1. 남북 간의 특수한 합의” 내용 참조.

44) 대법원 1999. 7. 23. 선고 98두14525 판결.

그러면서 통일부는 법무부가 1992년 2월 17일자 “남북사이의 화해와 불가침 및 교류협력에 관한 합의서의 법적 성격”이라는 보도자료⁴⁵⁾의 내용을 언급하고 있다. 특히 위 의견서⁴⁶⁾의 ‘5. 남북기본합의서의 법적 성격과 효력’ 부분에서, “우리 정부는 기본적으로 남북한이 ‘국제법의 규율을 받을 의도’ 내지 ‘국제법상의 법적 효과를 창출할 의도’가 없는 상태에서 남북기본합의서를 체결하였습니다. 따라서 남북기본합의서는 신사협정으로서 유효하며, 남북한은 이를 성실하게 이행·준수할 정치적·도덕적 의무를 진다고 할 것이나, 이는 법적 구속력을 지는 의무는 아닐 것입니다.”라고 하였다. 이는 기존 남북기본합의서의 법적 성격을 인정하는 입장에서 부정하는 입장으로 변경하였음을 보여주었다.

(3) 정부기관 해석의 문제점

통일부는 일반적인 국가 간에 체결하는 조약은 법적 구속력이 있다고 전제하여 설명하였다. 그러면서도 민족내부의 특수관계에 있는 남북한은 상호 승인한 국가 사이도 아니고 또 합의사항을 조약의 형태로 체결한 적이 없기 때문에 남북기본합의서는 ‘조약’이 아니라고 하였다. 그렇다면 남북기본합의서의 법적 성격에 대한 주된 쟁점은 이른바 ‘조약’이 아닌 ‘남북기본합의서’에는 과연 어떠한 법적 구속력도 인정할 수 없는가의 문제로 볼 수 있다.

첫째, 통일부는 처음 남북기본합의서의 법적 성격에 대하여 L. Oppenheim이 주장한 조약 성립의 다섯 가지 요건에 따라 ‘법적 구속력’을 인정하는 태도를 취하였다. 그렇지만 1998년 의견서 제출 당시에는 P. Reuter가 주장한 조약성립의 요건인 “국제법의 규율을 받을 의도” 내지 “국제법상의 법적 효과를 창출할 의도”가 없는 상태에서 남북기본합의서를 채택하였기 때문에 ‘조약’이 아닌 ‘신사협정’에 불과하므로 국내법적으로 법적 구속력이 없다고 하여 당초의 의견을 변경하였다. 이같은 통일부의 입장변경은 그 근거에 있어 설득력이 결여되어 있고, 이에 의거하여 남북기본합의서의 법적 구속력을 부인하고 있다는 점에서 비판의 소지가 있다.

둘째, 통일부는 남북기본합의서의 체결 당시 정부가 이를 신사협정으로 체결할 뿐이고 조약으로 체결하지 않았을 것이라고 주장하였다. 그러나 그 주장은 객관

45) 법무부는 “남북기본합의서가 국제법적 강제력을 인정할 수 없는 일종의 신사협정에 준하는 성격을 갖는다.”고 명기함으로써 남북기본합의서의 조약성 및 법적 구속력을 공식적으로 부인하는 의견을 제시하였다.

46) 민주사회를 위한 변호사모임 통일위원회, 통일과 법률 I, 민주사회를 위한 변호사모임, 2001, 262~265.

적 근거가 미약하다. 남북기본합의서 서문이나 체결당사자와 관련한 주장은 서명 주체에서 국호를 사용하고 있다는 점에서 그 근거를 상실하고 있다. 또한 모든 조약이 ‘조약’이라는 용어를 사용하고 있지 않다는 점에서 ‘합의서’라는 표현이 조약이 아님을 나타내는 것이라는 주장 역시 근거로 보기에는 마땅하지 않다. 더욱이 법무부의 보도자료는 사후에 작성한 의견 또는 해석에 불과하므로 체결 당시 정부의 객관적인 진의를 나타내는 징표가 될 수 없다. 그리고 조약으로서의 체결절차를 밟지 않았다는 점도 역시 효력문제로 귀착되는 것이지 신사협정을 체결하고자 한 의사가 있었다는 점을 추단하는 것으로 보기 어렵다. 오히려 1998년 2월 김대중 대통령이 취임사에서 향후 남북관계를 남북기본합의서에 기초하여 풀어가겠다고 천명하고, 국회에서 「남북기본합의서의 이행·실천을 위한 결의안」을 만장일치로 채택(1999. 3. 9)하였다는 사실을 중시할 필요가 있다. 이는 정부가 남북기본합의서를 정치적 선언 내지 신사협정으로서가 아니라 법적 구속력을 부여한 법규로서 남북한 관계에 적용시키겠다는 ‘당사자의 의사’를 분명하게 공표한 것이라고 보아야 한다.

셋째, 남북고위급회담의 과정을 보면, 당시 노태우 대통령이 처음부터 법적 구속력이 없는 신사협정으로 남북기본합의서를 채택하려는 의사를 갖고 있었다고 하기는 어렵다. 노태우 정부는 ‘한민족공동체 통일방안’의 구상에 따라 남북고위급회담을 제안하였고 논의과정에서 법적 구속력을 부여할 사안이 나오더라도 남북 간의 합의를 성사시킬 강한 의사를 가지고 있었다고 보는 것이 객관적인 사실에 부합할 것이다. 이는 고위급회담 대표 일원의 증언을 통해 알 수 있다.⁴⁷⁾

넷째, 남북기본합의서 제10조의 합의과정에 대한 통일부의 주장은 “국제법적 법률효과를 창출할 의사가 없었다는 점”에 대한 충분한 근거가 될 수 없다. 조약 발효절차에 관한 국내법적 절차를 준수하지 않았기 때문에 창출의사가 없었다고 보아야 한다는 주장도 통일부의 ‘남북한 특수관계’론에 비추어 보더라도 설득력이 떨어진다. 당초 남북기본합의서 합의과정이나 채택·발효당시 법적 구속력까지 인정하려고 했던 남북한 ‘당국자의 의사’를 사후적으로 왜곡하는 것이므로 법리적으로 받아들이기에는 설득력이 약하다.

47) 당시 임동원 대표는 북한의 “연총리가 ‘김일성 주석의 지시이니 이번엔 꼭 합의하자. 합의서가 마련되면 정상회담도 가능해진다. 경제협력도 서둘러 추진하자’고 말했다. 대표접촉을 개최하여 타결하자.”라고 증언하였다. 임동원(각주 31), 219.

3. 헌법재판소 판단 논거로서 법원의 판단

(1) 서울고등법원의 위헌제청 신청 기각이유의 인용

헌법 전문과 제4조의 규정에 의하면, 헌법은 자유민주적 기본질서에 입각한 평화통일을 천명하고 있다. 반면에 북한은 평화통일을 위한 대화와 협력의 동반자임과 동시에 대남적화노선을 고수하면서 우리 자유민주체제전복을 꾀하고 있는 반국가단체의 성격을 가지고 있어 상호 신뢰, 협력관계가 발전하지 못하고 있다. 개인이나 민간단체가 독자적으로 북한과 접촉하는 것보다 국민적 합의 하에 추진하는 대북정책에 개인이나 민간단체가 협조하는 등의 대외적으로 결집된 모습이 요망되므로 정부의 통일정책을 담당하는 통일부장관에게 북한주민접촉승인권을 부여한 것이다. 따라서 이 사건 법률조항은 헌법상 법치주의, 헌법 제14조 거주·이전의 자유, 제18조 통신의 자유, 제37조 제2항 과잉금지의 원칙 및 제75조 포괄위임금지의 원칙에 위반되지 아니한다.

이러한 고등법원의 판결은 헌법재판소의 당해 사건 위헌성 부인에 대한 판단에 있어 적극적인 논거로 인용되었다.

(2) 사법부의 판결

1) 서울고등법원 판결

남북기본합의서의 법적 성격에 대한 사법부의 입장과 관련하여 서울고법의 판결⁴⁸⁾에 대해서는 다음과 같은 문제점을 제기할 수 있다.⁴⁹⁾

첫째, 원심판결은 “북한의 핵무기 개발의혹이 증폭되고” 있는 것을 “남북기본합의서”가 법적 구속력을 가지고 있다고 할 수 없는 사유의 하나로 제시하고 있다. 그러나 이는 ‘남북기본합의서’와 직접적으로 관계없는 것이며, 오히려 남북한이 공동으로 채택한 ‘한반도의 비핵화에 관한 공동선언’의 위반으로 제시되어야 한다. 따라서 위 사유는 남북기본합의서가 법적 구속력을 가지지 아니하는 근거로 적합하지 않다.

48) 서울고법 1998. 7. 16. 선고 97구18402 판결, ‘원심판결’로 지칭된다.

49) 민변이 대법원에 제출한 상고이유서(헌법재판소의 의견서와 동일)에서 제기한 의견이다. 민주사회를 위한 변호사모임(각주 46), 107-110.

둘째, “북한이 …… 대화를 재개할 의사가 없음을 선언”한 것을 그 사유의 하나로 제시하고 있다. 그러나 국제법상 어떤 조약도 체결 당사자 간에 대화의 있어야 법적 구속력이 있고 대화가 중단되면 그러하지 않다는 것은 논리적 설명이 될 수 없다. 국제법상 대화 중단이 조약의 법적 구속력을 가지지 못하게 하는 사유로 된다고 인정한다 할지라도, 남북 당국간 대화의 일시적 중단이 남북기본합의서의 규정 전부에 대해 법적 구속력을 상실하게 하는 사유로 될 수는 없다.

셋째, 원심법원은 “북한이 1993. 1. 29. 모든 남북당국 사이의 대화를 재개할 의사가 없음을 선언한 이래 아직까지 그 이행이 되고 있지 아니한 것은 공지의 사실”이라고 보고 있다. 그러나 이는 객관적인 사실에도 반한다. 즉, 1998년 4월 11일에서 17일까지 북경에서 제1차 남북당국 대표회담(남북차관급 회담)이 개최⁵⁰⁾되었고, 1998년 6월 10일 북한당국은 50주년 광복을 맞이하여 “통일대축전”을 8월 14일에서 15일까지 2일간 개최⁵¹⁾하자고 제의해 온 것을 보면 그러하지 않음을 알 수 있다.

넷째, 국제법상 어떤 조약의 일방 당사자가 그 조약의 의무를 이행하지 아니하는 것만으로 그 조약의 법적 구속력이 상실된다고 하였다. 그러나 그 조약의 타방 당사자가 일반 당사자에게 조약의 중대한 위반을 이유로 그 조약에 대한 폐기권을 행사함으로써 비로소 법적 구속력을 상실하게 된다. 북한이 남북기본합의서를 이행하지 아니한 것에 대해 남한은 지금까지 명시적으로 폐기권을 행사한 바 없으므로 기본합의서의 법적 구속력은 상실된 것이 아니다.

다섯째, “남북기본합의서가 법적 구속력을 가지고 있다고 할 수 없고”라 판단한 것은 정부의 공식적 견해도 부합되지 아니한다. 김대중 대통령은 1998년 2월 25일 취임사에서 남북기본합의서의 이행을 공언⁵²⁾했고, 통일부는 “국민의 정부 대북정책 추진기조”에서 남북 기본합의서의 이행·실천을 “대북정책 추진방향”의 첫 번째 사항으로 제시⁵³⁾한 바 있다(1998. 3. 26). 국방부는 북한 잠수정의 동해안 침투사건에 관해 발표한 “대북성명”(1998. 6. 26)을 통해 “명백한 영해침범이며 정전협정과 남북기본합의서를 위반한 침투행위”라고 표명⁵⁴⁾했고, 김대중 대통령

50) 통일부, 『통일속보』, 제98-2호(1998. 4. 18.), 1면.

51) 통일부, 『통일속보』, 제98-6호(1998. 6. 23.), 2면.

52) “남북관계 해결의 길은 이미 열렸습니다. 1991년 12월 13일에 채택된 남북기본합의서의 실천이 바로 그것입니다”, 『조선일보』, 1998. 2. 26. 8면.

53) 통일부, 『주간북한동향』, 제377호(1998. 4. 4 ~ 4. 10), 7면.

54) 『한국일보』, 1998. 6. 27, 4면.

도 같은 해 6월 29일 “북한잠수정의 영해침범과 침투사건은 명백히 정전협정과 남북기본합의서를 위반한 것으로 결코 묵과할 수 없다. …”라고 촉구하였다.⁵⁵⁾

여섯째, ‘법적 구속력’은 “국제법상 법적 구속력”을 의미하는 것인지 “국내법상 법적 구속력”을 의미하는 것인지 명백하지 않다. 그러나 “… 위 규정이 이에 배치됨을 전제로 …”라고 표시되어 있으므로 ‘위 규정’은 남북교류협력에 관한 법률 제9조 제3항, 즉 ‘국내법’의 규정을 지칭하는 것으로 보아야 한다. 결국 여기서의 ‘법적 구속력’이란 “국내법상 법적 구속력”을 의미하는 것으로 해석된다. 그런데 국내법상 법적 구속력이 인정되지 아니하는 사유로 국제법상 법적 구속력을 상실하게 하는 근거로 제시한 것은 국내법과 국제법의 체계를 혼돈한 것에서 비롯하는 것이라 할 수 있다.

일곱째, 원심판결에 적시된 ‘법적 구속력’이란 ‘타당성’을 뜻하는 것인지 ‘실효성’을 의미하는 것인지 명백하지 않다. 그러나 법적 구속력을 가지고 있다고 볼 수 있는 사유로 북한이 ‘남북기본합의서’를 이행하고 있지 아니한 것을 들고 있는 것으로 미루어 보면, ‘실효성’을 의미하는 것이라 할 수 있다. 일반적으로 ‘법의 효력’이란 ‘법의 실질적 효력을 뜻한다.’⁵⁶⁾ 법적 구속력이란 법의 규범적 타당성과 법의 사실적 실효성을 가지고 있는 힘을 뜻하나 일반적으로는 전자, 즉 규범적 타당성을 가지는 힘을 의미하므로 남북기본합의서가 실효성이 없다는 사유를 들어 타당성이 없다고 보는 것은 논리성을 결여한 판단이다.

위의 원심판결에 대하여, 남북기본합의서의 유효성(타당성)문제와 불이행의 문제(실효성의 문제)를 혼동하고 있다고 지적하면서 단지 이행되고 있지 않다는 사실(실효성의 부재 또는 미약)을 들어 기본합의서의 법적 구속력을 부인한 것은 논리의 비약이다. 따라서 원심법원의 판단은 법논리적으로 잘못된 것이다. 남북당국의 조약체결의사의 부재 여부, 기본합의서의 체결과정과 이행실태 등을 종합적으로 검토하여 위 합의서의 조약성 및 법적 구속력을 부인하는 판결을 내리는 것이 보다 논리적이라는 견해⁵⁷⁾도 원심판결을 비판적으로 보는 취지의 판단에 해당한다.

55) 『한국일보』, 1998. 6. 30, 1면.

56) ‘법의 실질적 효력’이란 일반적으로 규범이 사실로서 행하여지지 않으면 아니 된다고 하는 요구, 즉 ‘법의 타당성’과 규범이 실제로 사실로서 행하여지고 있다고 하는 상태, 즉 ‘법의 실효성’을 가지는 힘을 말한다.

57) 제성호, 남북기본합의서의 법적 성격 : 서울고등법원 97구18402판결(1998.7.16.선고)을 중심으로, 서울국제법연구 5권 2호(1998), 89~90.

2) 대법원 판결

대법원은 남북기본합의서를 남북관계의 특수관계임을 전제로, 조국의 평화적 통일을 이룩해야 할 공동의 정치적 책무를 지는 남북한 당국이 특수관계인 남북 관계에 관하여 채택한 합의문서라고 보았다. 그러면서 남북한 당국이 각기 정치적인 책임을 지고 상호간에 그 성의있는 이행을 약속한 것이기는 하나 법적 구속력 있는 것은 아니라고 하였다. 따라서 이를 국가 간의 조약 또는 이에 준하는 것으로 볼 수 없고, 따라서 국내법과 동일한 효력이 인정되는 것은 아니라고 하였다.⁵⁸⁾

이러한 대법원 판결은 사실 통일부의 관련 주장을 그대로 받아들인 것⁵⁹⁾이다. 결국 서울고등법원부터 대법원 판결에 이르기까지 사법부는 남북기본합의서의 법적 성격과 관련하여 그 법적 구속력을 부인함에 있어 법률적인 추론을 결여한 것으로 보인다. 대법원은 남북기본합의서의 조약성 또는 법적 구속력 부정의 논거에 관해 구체적으로 언급하고 있지 않다. 그렇지만 “원심이 남북기본합의서에 법적인 구속력이 없다고 판단하여 … 조치는 수궁이 간다.”라고 실시한 것을 보면 원심법원의 판결을 그대로 수용한 것으로 보인다. 따라서 대법원도 원심법원의 잘못된 추론을 근거로 남북기본합의서의 법적 구속력을 부정한 것을 그대로 따르고 있다고 할 수 있다. 그 부정의 논거에 관하여 ‘민변’의 상고이유서와 통일부의 의견서를 면밀히 검토하여 심리하였다더라면 충분히 판단할 수 있는 기회를 확보할 수 있었을 것이라는 아쉬움을 가진다.

IV. 남북기본합의서와 동서독 기본조약

1. 남북관계와 동서독관계의 법적 성격

남북기본합의서의 법적 성격에 관한 논란은 1992년 12월 채택 당시를 전후하여 법적 구속력을 인정할 수 있는가에 따른 조약성 인정여부에 대해 학계에서 논쟁이 제기되었다. 그 후 대법원이 1999년 7월 23일 남북기본합의서는 법적 구속

58) 대법원 1999. 7. 23. 선고 98두14525 판결.

59) 제성호, 남북기본합의서의 법적 성격 : 민변의 북한주민 접촉신청 관련 대법원판결 분석(대법원 제2부 1999.7.23. 선고, 98두 14525판결) 국제판례연구 1집, 서울국제법연구원 1999, 326-334.

력을 갖지 않는 신사협정에 불과하다는 판결에 따라 그 논쟁은 일단락되는 듯하였다. 그러다가 2000년 남북 정상들의 6·15선언 이후 남북관계가 진전됨에 따라 남북 간의 합의서가 급증하면서 남북합의서의 법적 성격은 다시 논의되기 시작하였다. 이러한 논의는 결과적으로 2005년 12월 29일 “남북관계 발전에 관한 법률”의 제정으로 입법적 해결방법을 가져왔다. 그렇지만 전술하였듯이 남북기본합의서의 법적 성격에 관한 사법부의 판결은 정부의 입장을 그대로 받아들인 것이었고, 정부의 입장은 당초의 남북기본합의서의 채택 당시의 시대적, 역사적 배경뿐만 아니라 남북한 당국자의 체결경위와 의사를 도외시한 일방적인 것이었음을 부인할 수 없다.⁶⁰⁾

이와 관련하여 남북기본합의서의 발효를 위한 내부절차와 관련하여 헌법 제60조 제1항에 규정된 국회의 비준 동의를 받아야 하는지에 대한 논란이 불거졌다. 즉, 헌법 제60조 제1항에 해당되는 조약이 국내법적 효력을 가지려면 국회의 비준동의를 받아야 하는데 남북기본합의서의 법적 성격을 어떻게 보는가에 따라 찬반의 견해가 달리 나왔다.⁶¹⁾ 아울러 국회의 비준동의의 여부는 법적 성격이 조약성 인정 여부와는 별개의 문제라고 보는 견해⁶²⁾가 있다. 통일부는 기본합의서 서문에 나라와 나라사이가 아닌 잠정적 특수관계라고 규정한 점에 비추어 성질상 ‘국가 간’ 조약이 아닌 점을 들어 합의서 자체가 통상적인 국가 간 조약체결절차인 비준동의를 받지 않았다고 한다.⁶³⁾ 그러나 위와 같은 논란은 현상적인 것에 불과하고 실제로 당시 통일부가 국회의 비준동의를 받지 않으려던 이유는 단순히 법리적인 문제 외에도 정치적이거나 정책적인 이유가 강하게 작용하였다고 볼 수 있다.⁶⁴⁾ 따라서 남북기본합의서의 국회 비준동의는 여전히 주요한 법적 쟁점

60) 실례로 통일부는 남북기본합의서에 대해 한편으로 북측은 김일성이 비준을 하였다고 해설하고 있으면서 다른 한편으로 남북한 당국자 사이에 법적 효과를 창출할 의사가 없었다고 주장하였다. 이를 이유로 삼아 남북기본합의서의 조약성 또는 법적 구속력을 부인하였다.

61) 법적 구속력을 인정하는 조약설에 따르면, 당연히 국회의 비준동의를 받아야 하고, 그렇지 않으면 받을 필요가 없다는 견해이다.

62) 유병화, 남북기본합의서의 법적 성격, 법학논집, 제27집(1992), 고려대학교 출판부, 74.

63) 통일원(각주 19), 25; 정세현(각주 7), 14.

64) 정부가 애초부터 비준동의 대신 정치적 지지결의만을 받을 것을 의도하였는데 그 이유는 만약 합의서가 조약으로 간주되어 비준동의를 받게 되면 국제법의 적용을 받을 수도 있어 그 부담을 피할 필요가 있었고, 특히 신법우선의 원칙에 따라 제기될 국가보안법과의 상충문제도 있었으며, 또한 남북관계의 급속한 진전을 달가와 하지 않는 미·일등과의 관계를 고려하였기 때문에 의도적으로 합의서 수준을 격하하였다고 분석하고 있다. 손학규, 남북합의서의 실천을 보장하는 방안에 대한 제언, 국회보 통권 305호(1992), 143.

으로 남아 있다.

한편 남북기본합의서의 법적 성격 여부에 대한 논의에 비추어 동서독이 1972년 통일을 위한 첫걸음으로 채택한 동서독 기본조약을 살펴볼 수 있다. 동서독 기본조약은 10개의 조문에 불과하고 그 내용 또한 추상적이며 원칙적인 합의에 그치고 있으나, 서독 의회의 비준동의 절차를 밟았다. 당시 야당의 반대가 있었으나 비준법률안은 연방회의(하원)에서 268대 217로 통과되어 법률의 효력을 갖게 되었다. 바이에른주 정부는 이 조약이 서독 헌법(기본법)에 위배된다고 주장하였으나 서독연방헌법재판소는 조약이 합헌이며 법적 구속력이 있음을 인정하였다. 이런 덕분에 동서독 기본조약은 사민당 정부가 기민당 정부로 교체된 뒤에도 동서독관계 및 통일정책의 법적 기준이 되었고, 동서독 통일을 위한 중요한 지렛대가 되었다.

동서독 사례를 보더라도 통일과정에서 법치주의적 접근과 원칙의 관철은 중요한 사안임을 인식하여야 한다. 이에 남북한은 규범력이 있는 ‘합의서’를 통해서 남북관계의 규칙을 만들어가야 하고, 당국간 합의는 준수되어야 한다는 원칙이 실현되어야 한다. 이러한 원칙준수는 북한으로 하여금 법치주의의 중요성을 인식시키고 합의를 준수하도록 촉구하는 의미를 가진다.

남북한 합의서를 단순히 신사협정으로 보고 규범력을 인정하지 않는 것은 남북합의를 소극적으로 만드는 요인이 된다. 1991년 체결된 남북기본합의서는 동서독기본조약과 마찬가지로 조약적 성격을 가지는 문서이고 통일의 기초가 되는 중요한 합의에 해당한다. 그럼에도 불구하고 남한의 통치권뿐만 아니라 법치의 수호자가 되어야 할 헌법재판소와 대법원이 이를 신사협정에 불과하다고 판단한 것은 소극적이고 아쉽다고 할 수 있다. 남북관계를 법치주의의 규범영역으로 끌어올릴 중요한 기회였는데 이를 활용하지 못한 것은 매우 안타까운 일이었다. 한편 북한의 입장도 그들의 사회주의헌법에 따라 비준절차를 거쳤지만 남북기본합의서를 준수하지 않아 사문화하려는 태도는 지적할 문제이다. 이런 과정 속에 6·15 공동선언과 10·4 선언도 모두 국회의 동의절차를 거치지 않았고, 다음 통수권자에 의해 쉽게 부정되는 일이 되풀이 되었다는 점도 합의에 대한 법적 구속력 확보라는 점에서 생각해볼 일이다.

무엇보다 국회의 비준동의를 통한 남북 간 합의서에 대한 규범력 부여는 남북 간 합의(서)의 민주적 정당성을 확보하기 위해서도 중요하다. 대통령은 국회에 동의를 얻기 위하여 여러 정당을 설득하기 위한 끈질긴 노력을 기울여야 한다.

민주적 정당성을 확보한 남북합의서는 정권이 교체된 이후에도 함부로 폐기할 수 없게 된다. “남북관계 발전에 관한 법률”(이하 ‘남북관계발전법’)에 따르면 국회의 체결, 비준 동의를 얻은 남북합의서에 대하여는 국회의 동의를 얻어야 비로소 대통령이 효력을 정지시킬 수 있다(제23조). 만일 ‘10·4 선언’에 대하여 국회의 비준동의를 얻었다면 이후 정부가 위 선언을 쉽게 부정하기 어려웠을 것으로 판단된다.

이러한 관점에서 ‘판문점선언’의 법적 성격과 국회 비준동의 여부를 긍정적으로 접근하여야 한다. 판문점선언의 후속조치로 제기되는 ‘남북기본협정’에 대해서도 남북 간 체결을 위해 보다 구체적인 준비가 요청된다. 대의제 민주주의원리에 의하면 국민적 합의란 결국 국회를 통하여 이루어져야 하고 이는 입법을 통해 실현되는 것이다. 따라서 남북 간 남북기본협정이 체결된다면 국회의 비준동의 절차를 거치도록 하는 것이 바람직하다. 국회의 비준 동의는 헌법 및 남북관계발전법을 모두 근거로 삼아 추진되어야 한다. 보다 바람직한 것은 헌법 제60조를 근거로 하여 동의를 이끌어내는 것이 중요하다. 나아가 국제사회의 지지를 얻기 위해서 남북기본협정에 대해 UN 지지결의도 이끌어내는 것도 하나의 방법이 될 수 있다.

2. 남북기본합의서와 북한의 국가승인문제

남북합의서의 체결은 그 명칭과 관련하여 이전 남북합의에 대한 논쟁과 연관하여 생각할 수 있다. 여전히 국가 간의 관계를 설정하는 조약 또는 협정이라는 명칭을 남북 간 합의(서)에 붙이는 데에는 기존의 의견차이에 따른 문제가 남아 있음을 감안하여야 한다. 이러한 문제들은 기본적으로 북한에 대해 법적으로 국가로 승인하는 문제와 연관되어 논의된다. 남북관계의 성격을 구명하면서 내적 특수관계를 설정하고 있어 남북한 사이에 체결된 문서에 대하여 ‘협정’(agreement) 또는 ‘조약’(treaty)이라는 명칭을 사용하는 여부는 기존의 의견에 따라 입장차가 있으며 여전히 논란의 가능성이 높은 편이다. 기실 남북한 간에 합의된 문서는 그동안 ‘합의서’란 명칭을 사용하였으며 국제법적으로 사용하는 ‘조약’ 또는 ‘협정’이란 명칭을 회피하여 왔다. 남북한 사이의 관계를 전제로 하는 협정이란 명칭의 사용이 남북관계를 분단의 고착화로 몰아갈 수 있다는 이유에서 적절치 않다는

판단에 따른 것이었다. 그래서 법적으로도 남북한 당국 차원에서 체결된 합의 문건은 ‘조약’이나 ‘협정’ 대신 ‘합의서’라는 용어를 붙여 왔다.

명칭에 있어 조약과 협정의 관계에 대해 보면, 조약이 일반적인 개념이라고 볼 수 있으며, 협정은 조약을 의미하는 여러 용어 가운데 하나이다. 조약이라는 명칭의 사용은 반드시 국가와 국가 간의 관계에서만 사용할 수 있는 것은 아니고 국가 이외의 국제법 주체인 국제기구, 교전단체, 반란단체(반도단체), 반국가단체 등 비국가적 실체에서도 사용할 수 있다. 이 점에서 남북한 간에 협정 또는 조약이라는 명칭을 사용하더라도 이를 법적으로 틀렸다고 단정적으로 판단하는 것은 타당하지 않다. 동서독의 통일사례에 비추어 볼 때, 분단국 특유의 특수관계라는 성격을 도출하였던 동서독 사이에서도 ‘동서독 기본조약’과 같이 조약이라는 명칭을 사용하였다는 점이다.

남북 간 합의문서에 조약이라는 명칭을 사용하는 것과 관련하여 북한에서의 논의와 인식도 살펴볼 필요가 있다. 북한은 종래 조약의 주체에 대해 엄격하게 보았지만, 최근 해석에서는 다양한 의미를 포함하고 있다는 점을 보여주고 있다. 북한의 법학사전에 따르면, 국제조약을 설명하면서 북한에서의 조약체결 주체는 ‘나라들간’으로 되어 있었다.⁶⁵⁾ 그러나 이후 북한학자의 한 논문에서는 조약을 “국제법 당사자들 사이에 서로 지켜야 할 행위규범”으로 정의하고 있다.⁶⁶⁾ 북한 역시 일반국제법 이론에 따라 국가 이외의 실체도 조약을 체결할 수 있음을 인식하고 있음을 알 수 있다. 이로부터 남북한 간에 체결된 문서에 조약 또는 협정이라는 용어를 사용하더라도 북한이 수용할 수 있음을 시사한다는 점에서 의미를 찾아볼 수 있다.

반면에 조약 또는 협정이라는 명칭이 붙은 남북한 사이의 기본관계를 규율하는 합의문서를 체결할 경우 국제법상 묵시적 승인으로 오해될 소지가 있다. 이를 위해서는 합의문 체결시 서문에 남북 간의 관계가 국가 간의 관계가 아님을 명확하게 명시함으로써 남북기본협정 체결이 묵시적으로라도 국가승인문제에 해당하지 않음을 분명히 해 둘 필요가 있다. 남북한 사이에 체결된 문서에 조약 또는 협정이라는 명칭을 사용할 경우 헌법 제3조와 관련하여 정치적인 논란이 제기될 수 있다. 이 점에서 남북관계 기본 문건의 명칭에 대해 ‘협정’의 사용을 고집하기

65) 법학사전, 평양: 사회과학출판사, 1971, 87.

66) 림동춘, 국제조약의 성립요건, 김일성종합대학학보 : 력사·법률 49권 3호(2003), 평양: 김일성종합대학출판사, 64.

보다는 남북대화 재개 및 남북합의서 체결과 준수를 통해 남북관계가 평화지향적, 미래지향적, 통일지향적으로 발전하는 데에 주력할 필요가 있다.⁶⁷⁾

3. 동서독 기본조약과 남북기본합의서

(1) ‘잠정적 특수관계’의 개념화

남북관계는 그 법적 성격에 대해 분단국 특유의 관계를 반영한 특수관계론에 의해 다루어져 왔다. 이미 남북기본합의서에 이러한 내용을 규범화하고 있다. 분단국의 특수관계라는 성격은 그 일반적 내용에 비추어 ‘남북기본합의서’상의 ‘잠정적 특수관계’를 개념화할 수 있다. 다음에 대체적인 특수관계의 성격을 간략하게 정리해 볼 수가 있다. 여기서는 동서독 기본조약에 반영된 동서독 특수관계의 내용과 비교하여 살펴본다.

첫째, 남북합의서상의 특수관계는 통일 과정상 설정되는 과도적 관계로서 통일 지향적인 특징을 가지고 있다. 동서독 기본조약에는 동독이 서독으로부터의 국가 승인을 전제한 분단논리를 내세움으로써 통일규정이 포함되지 못하였다. 이에 비해 ‘남북기본합의서’는 ‘잠정적인 특수관계’가 통일을 지향하는 과정에서 형성되는 것이라고 명시하였다. 또한 동서독의 특수관계는 기본조약의 해석에 의하여 인정된 것임에 비하여, 남북합의서상의 그것은 통일을 지향하는 특수관계임을 천명함으로써 분단고착화에 대한 우려를 불식시키고 강한 통일의지를 반영하여 명문으로 규정되었다.

둘째, 남북합의서상의 특수관계는 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 관계임을 밝혀 그 한시적 성격을 나타내고 있다. 그러므로 특수관계는 정적이기보다는 동적이며 발전지향적인 관계로 볼 수 있다.

셋째, 남북합의서상의 ‘잠정적 특수관계’는 남북한만의 특유한 분단배경과 통일환경에 바탕한 특수관계로서의 성격을 내포한다고 보아야 할 것이다. 이 점은 남북합의서와 동서독 기본조약상의 특수관계의 내용과 성격의 차이점을 살펴봄으로써 알 수 있다. 즉, 동서독 기본조약에서 ‘조약’이란 명칭과 공식 국호를 사용하고, 상호 동등권 인정(제1조), 영토보전의 존중(제3조), 단독대표권의 포기(제

67) 이규창, 남북관계의 안정적 발전을 위한 법적 쟁점(발표문), 2018년 남북정상회담 관련 공동학술대회, [서울 양재동 엘타워 8층 엘하우스홀], 법무부, 한국헌법학회, 통일과북한법학회, 2018. 5. 30., 60.

4조), 영역한정의 원칙(제6조) 등의 내용은 사실상 두 국가의 존재를 인정하는 것이다.

이에 비해 ‘남북합의서’에서는 ‘합의서’란 명칭을 쓰고 남북관계가 특수관계임을 밝히고 있으며, 상호 국가로 인정될 수 있는 조항을 포함하지 않고 있다. 따라서 남북의 ‘잠정적 특수관계’는 분단국 특유의 관계와 유사성을 갖지만, 동서독에서의 특수관계의 성격과 조금 다른 특수관계임을 인식하여야 할 것이다.

(2) 동서독 기본조약과 ‘남북합의서’상에 반영된 ‘특수관계’의 적용 사례

동서독은 기본조약 체결과정에서 통일정책의 기본입장이 대립함으로써 기본조약체결에 이르기까지 난항을 겪었다. 이점은 기본조약의 전문에서 “민족문제를 포함한 근본문제에 대하여 양독간의 의견 차이에도 불구하고”라는 대목이 들어가 있다는 점에서 명백히 나타났다. 서독은 기본조약을 통해서 동독의 국제법적 승인문제에 관한 언급을 피하면서 ‘1민족 2국가론’에 입각한 통일정책을 관철하였다. 다시 말해 동서독은 대외적으로 국제법적 국가로 인정되지만, 대내적으로 국제법상 외국이 아닌 특별한 관계에 있다는 것이다. 그래서 서독은 동독이 기본조약을 분단조약이라 한 데 대하여, 이 조약이 결코 분단을 합법화하는 것이 아니라 통일지향의 잠정적인 특별관계를 기본조약에 반영하고 있다고 하였다.

우선 기본조약상 양독의 동등권의 인정(제1조), 영토보전의 존중(제3조), 단독대표권의 포기(제4조), 대내외관계에 있어서의 독립과 주권 존중(제6조), 기 체결조약의 효력불변(제9조) 등의 규정은 동서독의 현실적인 두 국가의 존재를 인정한 것으로 볼 수 있다. 그러나 서독은 동독의 두 개의 독립주권국가 인정 요구에도 불구하고, 동독에 대해 국제법적 승인을 명시하지 않고, 동서독관계는 특별관계에 있다는 점을 기본조약에 반영시켰다.

동서독 간의 특별관계는, 동독이 국제법적 국가승인과 동서독 간 정상적 외교관계로서의 대사의 교환을 주장한 데에 대하여, 통상 국가 간 관계에서 보기 드문 상주대표부(Ständige Vertretung)를 설치한 데에서(제8조) 구체적인 의도를 찾을 수 있다. 아울러 양독의 불가침선을 국경선이라 하지 않고 경계선이라고 한 점(제3조)도 같은 맥락에서 이해할 수 있다. 더욱이 기본조약의 조문에서 외교적이나 국제법적인 용어를 가급적 피하고, 법적 의미가 적은 용어를 선택함으로써

기본조약을 분단고착화의 규범으로 해석할 수 있는 여지를 축소하는 세심한 노력을 기울였다. 예를 들면 주권존중(Achtung der Souveranität)(전문), 독립과 자주성의 존중(Respekt)(제6조)과 같이 승인(Anerkennung)보다는 법적인 의미가 약한 용어를 사용하였다.

이렇듯 서독은 동독의 국가로서의 정치적 실체를 인정하되 국제법상 승인문제를 회피하고 동서독 간의 내적 특수관계를 확립하려고 하였다. 이러한 면이 동서독기본조약에 반영되어 있다.

2) 남북기본합의서상의 특수관계

‘남북기본합의서’에서 설정한 ‘잠정적 특수관계’는 남북한이 분단국으로서 가지는 특유한 이원적 관계를 말한다. 남북합의서는 서문에서 ‘특수관계’란 국가와 국가 간의 관계가 아니며, 통일을 지향하는 과정에서 설정되며, 잠정적 시기에만 한정하여 형성된다고 하였다. 따라서 특수관계의 설정은 남북한 통일의 단계적인 발전과정의 면에서 보면, 통일의 포기가 아닌 강력한 통일의지를 표명한 것이며 통일지향성을 나타낸 것이라고 볼 수 있다. 이러한 ‘특수관계’의 성격은 남북기본합의서에 반영된 내용을 통하여 알아볼 수 있다.

첫째, 남북기본합의서 서명을 보면, 서명자의 남북한의 정식 국호와 직위를 명기하였다. 그런 반면에 남북관계가 국가와 국가 간의 관계가 아님을 강조하기 위하여 일반적으로 국가 간 합의를 의미하는 ‘조약’이라는 명칭 대신에 단순히 ‘합의서’라는 명칭을 사용함으로써 특수관계의 성격을 반영하고자 하였다. 또한 남북 간을 ‘쌍방 사이’라고 표현하였고(서문), 합의서의 당사자를 ‘남과 북’으로 표현(제1조~제23조)함과 동시에 남과 북 간의 대응 지칭도 ‘상대방’이라고 하였다. 남북의 정치적 실체를 인정하고 존중한다고 하면서도 자칫 국가로서의 성격을 인정하게 되므로 말미암아 분단고착화라는 인식을 주지 않기 위하여 ‘상대방의 체제’라는 용어를 사용하였다(제1조).

둘째, 판문점에 연락사무소를 설치하도록 한 점이다. 합의서 체결을 위한 협상과정에서 남한은 서울과 평양에 상주대표부를 설치할 것을 제의하였다. 이에 대해 북한은 두 개의 국가를 상징하는 정치적 기구를 상대방의 행정중심지에 설치하는 것은 통일지향노력과 양립할 수 없다고 주장함에 따라 이를 수용하여 연락사무소 설치에 합의한 것이다. 이는 남북 간의 특수관계를 설명하는 상징적인 부분

이라 할 수 있다.

셋째, 불가침의 경계선과 구역을 정하는데 있어서(제11조), 국경선이라는 용어를 쓰지 않고 현재의 군사분계선을 기준으로 하는 경계선이라고 표현하였다. 역시 국가성을 배제하고자 하는 의도가 반영된 규정이다.

넷째, 남북 간의 경제 및 물자교류 등의 추진을 국가 간의 무역거래방식에 의하지 않고 민족내부교류로 규정하였다(제15조). 남북의 직거래추진과 물자교류의 비관세화조치 등은 남북 간의 내적 특수관계를 의미하는 것이며 경제거래에서의 역내관계로서의 성격을 반영한 것이다.

다섯째, 이산가족 및 민족구성원의 자유로운 왕래와 접촉이 실현되어(제17조, 제18조) 남북통항의 자유가 보장되면, 외국과의 출입국관계에서 필요한 입국사증 제도가 면제되고 통항증만으로 자유왕래가 가능하게 될 것이다. 이것도 남북의 특수관계를 보여주는 한 예가 되는 것이다.

여섯째, ‘남북합의서’를 협상하는 과정에서 제시된 UN 가입국으로서의 UN헌장상의 의무준수조항의 채택을 제의를 반영하지 않았다. UN동시가입을 빌미로 남북관계를 국가 간의 관계로 기정사실화하여 분단을 고착화한다는 북한의 반대 의견을 받아들여 이를 유보한 것도 남북 간의 특수관계를 설명해 주는 주요한 한 예로 들 수 있다.

V. 결 어

남북기본합의서는 시기적으로 1990년대 초반 구소련과 동구 사회주의 국가가 붕괴하고 체제전환을 하는 과정에서 체결되었다. 남북관계의 대내외적인 환경이 크게 변화하는 분위기에서 채택된 남북기본합의서는 남북관계의 개선과 남북 간 교류협력을 위한 주요 협력분야를 망라하는 합의를 한 것으로 매우 전향적인 내용을 담는 것이었다. 현재 시점에서 보더라도 남북기본합의서의 내용은 기본적으로 충실하고 상세할 뿐만 아니라 몇몇 합의는 이상적인 내용을 담고 있다. 다시 말해 남북기본합의서는 남북 간 화해와 협력(정치), 불가침(군사), 경제 사회 부문의 교류협력(교류협력)에 관한 기본적인 협력의 틀을 남북이 합의하여 정한 것이었다. 무엇보다 이 합의를 통해 남북은 통일을 지향한다는 목표에 합의하고

이를 달성하기까지 남북 간 특수관계라는 잠정적 남북관계의 성격에 대해 기본적인 인식을 같이 한다는 점을 확인하였다.

더욱이 남북기본합의서는 이행과 실천을 뒷받침하기 위한 남북 간 여러 공동기구를 구성 운영하도록 하여 남북관계의 제도화를 위한 시스템 구축을 시도한 점은 주목된다. 예컨대 남북화해공동위원회, 남북군사공동위원회, 남북교류협력공동위원회 및 남북연락사무소 등 주요한 기구의 구성·운영을 위한 합의서는 남북 간 기본합의를 구체적으로 실행하기 위한 후속 조치 사항을 규정하여 일정기간 가동되기도 하였다. 관련 세부 합의서들은 분야별 집행능력을 발휘할 수 있도록 하여 합의사항의 이행과 실천을 향한 진전된 모습을 보였다. 그러나 이러한 진전도 남북기본합의서의 법적 효력이 뒷받침되지 않아 쉽게 그 기능과 역할이 중단되는 사태를 빚고 말았다.

무릇 남북기본합의서의 이행과 실천이 구체화되지 않아 남북 간 소중한 합의가 실현되지 않은 이유로는 우선 이 합의서에 대한 법적 효력을 부여하려는 당사자의 의지가 부족하였다는 점을 들 수 있다. 이렇듯 남북기본합의서의 법적 효력 발휘에 대한 의지가 약화되거나 결여되어 있는 것은 합의서의 법적 구속력을 확보하기 위한 법적 절차를 소홀히 하는 결과로 나타났다. 보다 구체적으로는 남북기본합의서에 대한 국회의 비준 동의 절차가 애써 회피되거나 누락되었다는 점에서 그러한 정치적 의도를 읽을 수 있다.

이에 비해 독일의 사례를 보면 우리와는 다른 점을 보여주었다. 동서독 기본조약은 제10조에서 “이 조약은 양독 의회의 비준을 요하며 비준 후 비준서의 교환과 함께 효력을 발생한다”고 명시하고 있었다. 이에 비해 남북기본합의서는 발효절차에 관한 규정만 있을 뿐이어서 남북 양측의 대외기관에서의 비준동의 절차에 관한 구체적인 절차규정을 두지 않았다. 결과적이지만 동서독 기본조약이 독일헌법재판소의 판결에 의해 합헌결정을 얻은 것과는 달리 우리는 남북기본합의서의 성격이 신사협정이라고 하여 법적 효력을 사법적으로 부정하는 판단을 내려 양자의 성격은 달리 나타났다. 다시 돌아보면, 남북기본합의서의 성격에 대해 우리 대법원, 헌법재판소는 이 합의서를 단순히 신사협정으로 평가하여 조약적 성격을 부인하고 있다. 또한 규범적으로도 남북기본합의서가 여타 남북관계 관련 법령의 근본규범으로서의 성격을 가지고 남북관계를 개선할 수 있는 결정적 역할을 하지 못하는 한계를 가질 수밖에 없었다.

이러한 경험에 비추어 볼 때 남북관계의 지속가능성을 확보하기 위해서는 남북

관계의 중요 사항을 합의서로 체결하고, 이 합의서는 남북 양측의 대의기관에서의 소정의 절차를 거쳐, 즉 국회의 비준동의를 거쳐 법적 규범력을 확보하는 것이 필요하다. 이러한 절차는 결국 통일정책을 헌법적 기초 위에서 펴는 일이고 종국적으로 남북관계의 발전을 법치적으로 추진하는 것이 된다. 강조하건대 종래 남북관계를 파탄에 몰아넣는 행위가 아무런 법적 근거 없이 취해지는 일이 없도록 하여야 한다. 남북관계는 법치의 예외적 조치로서 통치행위라는 잘못된 관념에서 벗어나 법치주의의 관점에서 재정립되고 법제도적 틀 속에서 추진되어야 한다. 이는 남북관계의 발전이 국민적 동의는 물론 국제사회의 지지를 이끌어내기 위해서도 필수적임을 깊이 인식하여야 한다. 민주주의국가에서 국민적 합의기반은 대의제 민주주의 하에서 국민의 대의기관, 즉 국회에서의 논의와 합의를 통해 완성되는 것은 당연하다. 주요 대북정책과 통일정책이 결과적으로 입법사항에 의해 법령에 따라 추진되면 국민적 합의 기반 인정이라는 의미를 부여할 수 있다. 그래서 남북 간 합의(서)에 대한 국회 동의문제를 논의하는 의미를 찾을 수 있다. 줄곧 강조되어왔듯이 통일정책에 대한 국민적 합의는 사회적 논의를 통해 결집되고 공론화되고 이것이 입법적으로 뒷받침되어야 바람직한 방안을 마련하게 된다.

이러한 남북 간 합의(서)에 대한 법적 효력을 부여하는 절차를 무시한 것은 이번 판문점선언에서도 반복되어 나타나고 있음은 우려된다. 이미 남북기본합의서의 체결과 효력문제에 대한 쟁점에 비추어 남북 간 합의문서에 대한 법적 효력을 확보할 수 있는 충분한 해결방법⁶⁸⁾을 찾을 수 있었다. 그럼에도 불구하고 판문점선언의 이행과 실천에 있어 국회 비준동의 문제가 정치화하는 것은 남북관계의 건전한 발전과는 거리가 있어 보인다. 남북관계의 법제도화와 대북정책의 법치주의화라는 원칙에서 보면 남북 간 합의(서)에 대한 법적 효력을 부여하는 것이 필요하다.

이러한 점은 우리와 함께 북한에도 시사하는 것이 많다. ‘판문점선언’ 이후 남

68) 판문점선언은 기존의 ‘10·4 선언’을 기초로 한 남북 간 합의 내용을 담고 있다. 이 선언을 채택하면서 남북기본합의서의 법적 효력 부여를 위해 필요한 조치를 잘 알면서도 이러한 논의가 경시된 점을 아쉽다. 판문점선언 채택과정에서 이론적으로 조약적 형식과 효력을 부여하는 법적 문서로서의 체재를 갖출 수 있었음에도 불구하고 이를 소홀히 한 것은 남북관계의 법제도화를 위한 대응과는 거리가 있었다. 형식적으로 선언이라고 명칭을 부여하고 있지만 조약적 성격을 갖추는 합의서 체계를 담을 수 있었다. 문재인 대통령이 판문점선언에 대한 국회 비준 동의를 강조하고 있는 점에 비추어 보면 더욱 그러한 면을 지적할 수 있다.

북관계는 새로운 환경을 조성하여 가지만 남북관계의 이상적 미래는 쉽게 확정되지 않는다. 실제로 한반도의 주변 환경은 남북 간 합의를 실행하는 과정에서 넘어야 할 많은 장애를 남기고 있다. 앞으로 남북 간 체결되는 합의(서)는 과거처럼 사문화될 수 없다. 남북기본합의서에 대한 법적 효력문제에 대해 다시 한번 논의하면서 향후 남북관계의 발전을 위해 체결될 남북 간 합의(서)의 중요한 법적 의의를 보장하여야 한다.

참 고 문 헌

○ 단행본

- 민족통일연구원, (계간)북한동향, 민족통일연구원, 1997.
- 민주사회를 위한 변호사모임 통일위원회, 통일과 법률 I, 민주사회를 위한 변호사모임, 2001.
- 이효원, 남북교류협력의 규범체계, 경인문화사, 2006.
- 임동원, 피스메이커, 중앙북스, 2008.
- 제성호, 남북한관계론, 집문당, 2010.
- 통일원, 『남북기본합의서』해설, 통일원, 1992.
- Oppenheim, L. F. L., Hersch Lauterpacht, International law. A treatise, New York: Longmans, Green & Co., 1955.

○ 논문

- 림동춘, 국제조약의 성립요건, 김일성종합대학학보 : 력사·법률 49권 3호(2003), 평양: 김일성종합대학출판사, 64-68.
- 박정원, ‘남북합의서’의 헌법적 쟁점과 과제, 헌법학연구 19권 4호(2013), 83-122.
- 박정원, 이석범, ‘남북기본합의서’의 법적 성격에 관한 비판론적 검토, 국민대학교 법학논총 24집 1호(2011), 145-196.
- 박종철, 남북기본합의서 체제의 평가와 유산 : 향후 대북 정책의 시사점, 통일로 2012년 9월호, 34-45.
- 손학규, 남북합의서의 실천을 보장하는 방안에 대한 제언, 국회보 통권 305호 (1992), 128-146.
- 양영희, 북한의 법적지위, 통일사법정책연구(1), 법원행정처, 2006, 1-26.
- 유병화, 남북기본합의서의 법적 성격, 법학논집, 제27집(1992), 고려대학교 출판부, 17.
- 이규창, 남북관계발전에 관한 법률의 분석과 평가, 남북교류와 관련한 법적 문제점 (5), 법원행정처, 2006.
- _____, 남북관계 발전 및 제도화를 위한 법제개선방안, 평화와 번영의 한반도 : 남북관계의 재정립과 한반도 신경제구상, 경제·인문사회연구회, 2018.
- _____, 남북관계의 안정적 발전을 위한 법적 쟁점(발표문), 2018년 남북정상회담

- 관련 공동학술대회, [서울 양재동 엘타워 8층 엘하우스홀], 법무부, 한국헌법학회, 통일과북한법학회, 2018. 5. 30.
- 이근관, 남북기본합의서의 법적 성격에 대한 고찰, 일감법학 4권(1999), 163-186.
- 이동복, 남북기본합의서 무엇이 문제인가, 통일로 1992년 8월호, 20-33.
- 이상훈, 금창섭, 남북기본합의서 및 남북경협합의서의 법적 성격에 대한 고찰, 2003년도 남북법제개선연구보고서, 법제처 행정법제국, 2003, 269-325.
- 이장희, 독일통일의 국제법적 조명, 허영 편, 독일 통일의 법적 조명, 2장, 박영사, 1994, 37-80.
- 이장희, 남북기본합의서의 법적 성격과 실천방안, 국제법학회논총 43권 1호(1998), 227-248.
- 이주현, 남북한 특수관계의 의미 남북교류와 관련한 법적 문제점(1), 법원행정처, 2002.
- 정세현, 『남북기본합의서』의 법적 성격과 정치적 의의, 통일문제연구 4권 1호(1992), 9-25.
- 제성호, 남북기본합의서의 법적 성격 : 서울고등법원 97구18402판결(1998.7.16.선고)을 중심으로, 서울국제법연구 5권 2호(1998), 83-93.
- _____, 남북기본합의서의 법적 성격 : 민변의 북한주민 접촉신청 관련 대법원판결 분석(대법원 제2부 1999.7.23.선고, 98두 14525판결) 국제판례연구 1집, 서울국제법연구원 1999, 315-335.
- 허태수, 남북기본합의서의 법적 성격에 관한 고찰, 입법조사월보 1993년 2월호, 1-16.

대북정책과 사법심사*

헌재 2005. 6. 30. 2003헌바114, 구 외국환거래법 제27조 제1항 제8호
등 위헌소원

정 연 주**

I. 서론

이 글은 대북정책에 대한 사법심사의 문제를 다룬 것이다. 즉 헌재와 대법원의 관련 판례에 대한 분석·평가를 통해 대북정책을 비롯한 고도의 정치성을 띤 통치행위에 대한 사법심사의 가능성 문제를 고찰해봄으로써 대북정책을 비롯한 모든 국가작용에 대한 사법적 통제와 법치주의 실현의 이론적 토대를 마련하는 것을 목적으로 한다.

여기서는 헌재 2005. 6. 30. 2003헌바114 구 외국환거래법 제27조 제1항 제8호 등 위헌소원 사건이 계기가 되었는데, 구체적으로는 대북정책의 일환으로서 북한과의 외국환거래가 실정법을 위반했는지의 여부가 문제된 사건이다. 그런데 이 사건의 발단은 대법원 2004. 3. 26. 선고 2003도7878 판결 외국환거래법위반·남북교류협력에관한법률위반·특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반 사건으로 여기서 대북송금이라는 고도의 정치성을 띤 통치행위가 사법심사의 대상이 될 수 있는지가 구체적으로 문제가 된 것이다.

이 사건에서 대법원은 통치행위라도 원칙적으로 사법심사의 대상이 될 수 있음을 확인하면서, 문제된 대북송금이 실정법에 위반되어 위법하고, 따라서 관련 법에 따라 처벌된다는 판결을 내렸다. 한편 헌재도 이 사건에서 통치행위에 대한

* 이 글은 필자의 논문 ‘통치행위에 대한 사법심사’ (저스티스 95호, 2006)를 [통일과 헌법재판] 제3권의 기획취지에 맞게 수정·보완한 것임.

** 성신여대 법대 교수.

별도의 법리적 언급을 하지는 않았지만, 결과적으로 대법원 판결을 수용하면서 고도의 정치성을 띤 이 사건을 사법심사의 대상으로 삼았다. 이는 그동안의 통치행위와 관련된 현재 판례의 기본적 흐름에—그 이전의 통치행위에 대한 현재의 입장이 항상 논리적으로 수미일관한 것은 아니지만¹⁾—부합되는 것이라고 하겠다.

사실 통치행위와 사법심사의 문제는 매우 오랜 역사를 가진 해묵은 문제이다. 그런데 과거에는, 특히 우리의 경우 이 문제를 매우 소홀이 다루어 고도의 정치적 행위를 통치행위로 정의하고 이를 사법심사의 대상에서 제외시키는—사법자제라는 미명하에—일종의 사법심사 회피용으로 악용하여 온 감이 없지 않다. 그 점에서 과거의 관련 대법원 판례는 지나치게 소극적이었고, 결과적으로 국민의 기본권 보호에 소홀했으며, 사법부의 직무유기와 권력통제 포기 및 헌정유린에 일조한 것이 되었다. 관련 학설도 이런 태도에서 크게 벗어나지 못했다. 그런 점에서 최근 현재와 대법원이 통치행위에 대한 사법심사에 비교적 적극적인 태도를 보이는 것은 고무적인 일이라고 하겠다. 그러나 다른 한편 아직도 판례의 법리구성과 학계의 태도에는 일부 문제점이 드러난다. 이 글에서는 대법원과 현재 판례의 추이와 내용을 살펴보면서 그 문제점도 살펴보고자 한다.

통치행위에 대한 사법심사의 문제는 국민의 기본권 보장, 권력통제 및 견제와 균형, 법치주의와 헌법정신의 구현이라는 점에서 대단히 중요한 문제이다. 따라서 여기서 이 문제를 관련 판례 평석을 통해 체계적으로 살펴보고 분석하며, 그 대안을 제시하는 것은 매우 의미있는 작업이라고 생각한다. 특히 대북정책과 관련하여 지금까지는 한반도의 안보위협이 국제사회에서 그 유래를 찾아 볼 수 없는 매우 특별한 상황이었고, 이에 따라 남북이 첨예하게 대립하면서 상호 접촉이 적었으며, 따라서 대북정책의 일환으로 상호간에 법적인 문제를 야기할 수 있는 정치적 행위가 적었으나, 최근 형성되고 있는 한반도와 주변국의 획기적인 긴장 완화와 항구적인 평화구축 및 통일을 준비하는 정치적·사회적 분위기 속에서 고도의 정치적이고 외교적인 다양한 대북정책 및 이에 따른 상호 접촉과 교류가 활성화될 것이라 기대되고, 따라서 이러한 대북정책의 일환으로 이루어지는 국가행위에 대한 헌법적 통제의 필요성도 증대되리라는 점에서 대북정책에 대한 사법심사의 문제를 고찰해보는 것은 매우 중요하고 시의적절하다고 하겠다.

아래에서는 먼저 이 사건 대법원 판례와 현재 판례의 요지를 간단히 살펴

1) 이에 대하여는 아래에서 관련 현재 판례들을 살펴보면서 언급하기로 한다.

본 후, 통치행위에 대한 사법심사의 법리를 논술한 다음, 그동안의 현재 및 대법원의 관련 판례에 대한 평석을 한 후 결론을 내리도록 하겠다.

II. 사건개요 및 주요 쟁점(대법원 2004. 3. 26. 선고 2003도 7878 판결 및 현재 2005. 6. 30. 2003헌바114)

1. 대법원 2004. 3. 26. 선고 2003도7878 판결

이 사건은 정부가 2000년 남북정상회담의 개최과정에서 북한측에 사업권의 대가 명목으로 송금한 행위가 사법심사의 대상이 된다고 판단한 원심판결(서울고법 2003. 11. 28. 선고 2003노2634 판결)을 대법원이 수긍하면서 송금행위의 남북교류협력에관한법률 위반 등을 이유로 관련 피고인들에 대한 유죄판결을 확정된 사건이다. 이 사건에서 원심은, 각 공소사실을 유죄로 인정하면서, 관련 피고인들의 대북송금행위 및 이에 수반된 각 행위들은 남북정상회담에 도움을 주기 위한 시급한 필요에서 비롯된 이른바 통치행위로서 사법부에 의한 사법심사의 대상이 되지 않는다는 피고인들의 주장에 대하여, 남북정상회담의 개최는 고도의 정치적 성격을 지니고 있는 행위라 할 것이므로 특별한 사정이 없는 한 그 당부를 심판하는 것은 사법권의 내재적·본질적 한계를 넘어서는 것이 되어 적절하지 못하지만, 남북정상회담의 개최과정에서 피고인들이 공모하여 재정경제부장관에게 신고하지 아니하거나 통일부장관의 협력사업 승인을 얻지 아니한 채 북한측에 사업권의 대가 명목으로 4억 5,000만 달러를 송금한 행위 자체는 헌법상 법치국가의 원리와 법 앞에 평등원칙 등에 비추어 볼 때 사법심사의 대상이 된다고 판단하였다.

이에 대해 대법원은 이러한 고도의 정치성을 띤 국가행위인 이른바 통치행위가 사법심사의 대상이 되는지 여부에 대하여 다음과 같이 판시했다.

“입헌적 법치주의국가의 기본원칙은 어떠한 국가행위나 국가작용도 헌법과 법률에 근거하여 그 테두리 안에서 합헌적·합법적으로 행하여질 것을 요구하며, 이러한 합헌성과 합법성의 판단은 본질적으로 사법의 권능에 속하는 것이고, 다만 국가행위 중에는 고도의 정치성을 띤 것이 있고, 그러한 고도의 정치행위에

대하여 정치적 책임을 지지 않는 법원이 정치의 합목적성이나 정당성을 도외시한 채 합법성의 심사를 감행함으로써 정책결정이 좌우되는 일은 결코 바람직한 일이 아니며, 법원이 정치문제에 개입되어 그 중립성과 독립성을 침해당할 위험성도 부인할 수 없으므로, 고도의 정치성을 띤 국가행위에 대하여는 이른바 통치행위라 하여 법원 스스로 사법심사권의 행사를 억제하여 그 심사대상에서 제외하는 영역이 있으나, 이와 같이 통치행위의 개념을 인정한다고 하더라도 과도한 사법심사의 자체가 기본권을 보장하고 법치주의 이념을 구현하여야 할 법원의 책무를 태만히 하거나 포기하는 것이 되지 않도록 그 인정을 지극히 신중하게 하여야 하며, 그 판단은 오로지 사법부만에 의하여 이루어져야 한다.”

2. 현재 2005. 6. 30. 2003헌바114 결정

이 사건 청구인은 재정경제부장관에게 신고하지 아니하고, 2000. 5. 3. 북한의 조선아시아태평양위원회(이하 ‘아태위원회’라 한다)와 체결한 경제협력사업권에 관한 잠정합의의 대가 명목으로 2000. 6. 9. 미화 2억 달러를 Bank of China 마카오지점에 개설된 아태위원회 지정의 3개 명의의 계좌로 송금하는 방법으로 그 지급을 하고, 같은 날 미화 5천만 달러를 Raiffcisen Zentral Bank의 Wien지점에 개설된 아태위원회 지정의 2개 명의의 계좌로 송금하고, 미화 1억 달러를 HSBC의 미국 RNNY 지점 등에 개설된 아태위원회 지정의 8개 명의의 계좌로 송금하는 방법으로 그 지급을 하였다는 공소사실 등으로 서울지방법원에 공소제기 되었다. 청구인은 위 재판 계속중 외국환거래법 제27조 제1항 제8호, 제15조 제3항에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나, 위 법원은 2003. 12. 12. 위 공소사실에 대하여 유죄판결을 선고하면서 위헌법률심판제청신청을 기각하였다. 이에 청구인은 같은 달 26일 헌법재판소법 제68조 제2항의 규정에 따라 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

이 사건의 쟁점은 심판의 대상인 외국환거래법 제27조 제1항 제8호 후단 및 제15조 제3항 중 각 미신고 외국환 지급의 금지 부분이 헌법에 위반되는지의 여부인데, 현재는 이들 법률조항이 헌법에 위반되지 아니한다고 결정했다.

따라서 이 사건에서는 통치행위에 대한 사법심사의 문제가 핵심은 아니다. 즉 현재는 이 사건에서 통치행위 및 그에 대한 사법심사의 문제에 대하여 언급을 하

지는 않았지만, 결과적으로 이러한 정치성을 띤 대북정책과 관련한 일련의 행위를 사법심사의 대상으로 삼았고 본안판단을 했다는 점에서 통치행위에 대한 사법심사의 가능성을 원칙적으로 긍정한 위의 대법원의 입장을 수긍한 것이라고 볼 수 있다.

Ⅲ. 통치행위와 사법심사

1. 학설의 입장²⁾

(1) 부정설

통치행위에 대한 사법심사의 가능성을 부정하는 대표적인 학설을 간단히 소개하면 다음과 같다.

1) 내재적 한계설

통치행위는 독립적이고 정치적으로 책임을 지지 아니하는 사법부가 심사하기에는 부적합한 것이고, 그에 대한 최종적 판단은 행정부나 국회 등 정치적 기관 또는 선거 등을 통해 국민에게 일임하는 것이 적당하다고 하면서, 통치행위는 성질상 사법권의 내재적 한계에 속한다고 한다.

2) 권력분립설

헌법상 입법·행정·사법권이 분리되어 있고, 통치행위는 행정부나 입법부의 전속적 권한에 속하는 사항이므로 사법심사의 대상에서 제외되어야 한다고 한다.

3) 재량행위설

통치행위는 민주적 정당성에 바탕을 둔 대통령이나 국회의 고도의 정치적 결단에 따른 재량행위³⁾이므로 사법심사의 대상에서 제외되어야 한다고 한다.

2) 정연주, 통치행위에 대한 사법심사, 저스티스 95호(2006), 31 이하.

3) 일반적으로 문헌과 관례에서는 ‘재량행위’라는 용어보다는 ‘자유재량행위’라는 용어를 사용하고 있는데

4) 사법부자제설

통치행위도 원칙적으로 사법심사의 대상이 되어야 하지만 사법심사가 오히려 사법부의 정치화를 초래해 사법권의 독립을 약화시키는 부정적 결과를 가져오거나, 또는 사법심사로 말미암아 커다란 국가적 손해가 발생할 수 있기 때문에 사법부 스스로가 정책적으로 통치행위에 대한 심사를 자제해야 한다는 입장이다.

(2) 긍정설

통치행위도 당연히 사법심사의 대상이 되어야 한다는 입장이다. 여기에는 통치행위라는 개념 자체를 부정하는 입장과 통치행위라는 개념은 인정하되 사법심사의 대상이 되지 않는 국가작용은 존재하지 않는다는 입장으로 나뉠 수 있다. 그 논거는 헌법상 법치주의와 권력분립의 원칙이 확립되어 있고, 개괄주의에 바탕을 둔 행정소송제도와 헌법재판제도가 보장되어 있는 헌법국가에서 어떠한 국가작용도 사법심사의 대상에서 제외될 수 없다고 한다.

(3) 학설에 대한 검토

1) 내재적 한계설

위헌·위법한 행위를 통제하고 침해된 기본권을 구제해주는 것이 바로 사법부의 권한이자 의무이기 때문에 통치행위라도 그것의 위헌·위법성과 국민의 기본권침해 여부가 문제된다면 당연히 사법심사의 대상이 되어야 하고, 그것이 바로 사법부의 본질적 직무에 속하는 것이다. 따라서 만일 그렇지 않다면 그것은 바로 사법부의 직무유기에 해당한다.

(예컨대 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2005, 1387; 허영, 한국헌법론, 박영사, 2017, 1074; 권영성, 한국헌법론, 법문사, 2004, 832; 대법원 1998. 10. 13. 선고 98두12253 판결; 2002. 10. 11. 선고 2001두151 판결; 2003. 3. 28. 선고 2002두11905 판결; 헌재 1993. 5. 13. 91헌마190, 판례집 5-1, 312; 1998. 7. 16. 96헌바33 등, 판례집 10-2, 116; 2004. 10. 21. 2004헌마554 등, 판례집 16-2하, 1 등), 이는 재량행위를 다시 ‘자유재량행위’와 ‘기속재량행위’로 구별하는 것에서 기인하는 것으로 볼 수 있다. 그러나 오늘날 이처럼 두 가지로 구별하는 것이 어렵고, 구별의 실익도 없으므로(김동희, 행정법 I, 박영사, 2004, 247 이하; 김남진, 김연태, 행정법 I, 법문사, 2004, 195) 여기서는 간단히 재량행위로 표현하기로 한다.

2) 권력분립설

국가권력 상호간의 견제와 균형을 통해 국가권력을 통제·순화시키고 기본권을 보장하는 것이 궁극적인 국가와 헌법의 목적이고, 권력분립원칙의 본질이다. 따라서 아무리 통치행위라고 할지라도 그것의 위헌·위법성과 국민의 기본권침해 여부가 문제된다면 당연히 사법심사의 대상이 되어야 하고, 그를 통해 위헌·위법한 통치행위를 통제하고 기본권을 구제해주는 것이야 말로 권력분립의 원칙을 구현하는 것이며, 그렇지 않는 것이 오히려 권력분립의 원칙에 위반되는 것이다.

3) 재량행위설

아무리 재량행위라고 하더라도 그것이 재량을 일탈할 경우 위헌·위법성을 초래하고, 따라서 사법심사의 대상이 되는 것은 당연하다. 그렇지 않을 경우 이는 국가권력의 자의와 남용 및 기본권과 법치주의의 침해를 초래할 것이다. 다만 재량을 일탈하지 아니하는 범위내의 정치적 또는 합목적적 판단은 사법적 통제의 범위에 속하지 않는 것이다. 왜냐하면 이는 단순한 부당이나 정치적 무능 내지 비효율성의 문제에 그치는 것으로 법적인 문제가 아니기 때문이다. 이러한 논리가 행정소송의 경우에 그대로 적용되어지는 것은 주지하는 바와 같다. 따라서 아무리 고도의 정치성과 재량성을 띤 통치행위라도 일단 사법심사의 대상은 되고, 다만 재량과 관련하여 사법심사의 구체적 범위와 밀도의 차이가 있을 수 있을 뿐이지, 정치적 재량행위라는 이유로 처음부터 사법심사의 대상에서 제외되어 각하될 수는 없는 것이다.

4) 사법부자제설

통치행위의 경우 헌법과 법률에의 위반이 문제되고, 그에 대한 사법심사의 잣대와 사법절차가 마련되어 있어 사법심사가 가능함에도 불구하고 정책적으로 사법심사를 자제한다는 것은 정치적 문제에 사법부가 관여하면 사법부가 정치투쟁의 장으로 변질되어 사법부의 독립성과 권위를 상실하게 되고, 또한 다양한 부작용, 예컨대 법적 공백이나 혼란의 발생, 또는 법적 안정성이나 긴절한 공익상의 문제 등이 발생될 수 있다는 것인데, 위헌·위법한 상태가 발생되었고 이에 대한 사법심사가 가능함에도 불구하고 정치적인 이유로 이를 회피하는 것이야 말로

사법부가 정치기관으로 변질되는 것이고, 사법부의 독립성과 권위를 무너뜨리는 직무유기이며, 사법자제로 추구 내지 보존할 수 있는 이익도 그를 통해 상실되는 기본권과 법치주의 등의 핵심적인 헌법적 가치보다 우선할 수 없다. 아울러 통치행위에 대한 사법심사를 할 경우 발생할 수 있는 부작용도 후술하는 바와 같이 사법심사를 하면서 그 인용시 다양한 변형결정 등을 통해 어느 정도 해소할 수 있을 것이다.

(4) 소결

최근의 학설은 통치행위를 가급적 사법심사의 대상으로 삼아야 한다는 입장을 취하고 있으며, 판례도 대체로 이러한 경향을 반영하고 있는 것으로 보인다. 예컨대 통치행위의 개념을 처음부터 부정하는 입장에서부터 통치행위의 개념은 인정하되 원칙적으로 사법심사의 대상이 된다는 입장, 통치행위를 부정하는 입장이 이론적으로 명료하고 타당하나 현실적 이유로 불가피하게 사법심사의 대상에서 제외시킬 수밖에 없는 행위를 예외적으로 인정한다는 입장, 그리고 통치행위는 사법심사의 대상에서 제외되나 그 범위를 축소해야 한다는 입장 등이 대체적인 흐름이라고 하겠다.

참고로 우리와 유사한 사법제도 내지 헌법재판제도를 가지고 있는 독일의 경우 이미 오래 전부터 통치행위에 대한 사법심사의 가능성에 대하여 비교적 적극적인 입장이 취하고 있다. 예컨대 연방헌법재판소는 고도의 정치성을 띤 외교에 관한 행위가 문제가 된 이른바 동·서독 기본조약(Grundlagenvertrag)에 대한 동의법에 대하여 바이에른 주정부가 제기한 추상적 규범통제 사건에서 문제된 동·서독 기본조약에 대한 사법심사를 긍정하면서 본안판단에 들어간 바 있다.⁴⁾ 아울러 국내의 대부분의 학자들이 사법심사의 대상에서 제외시키고 있는 대표적인 통치행위인 사면행위(Gnadenentscheidung)에 대한 사법심사의 가능성 여부에 대하여 연방헌법재판소(제2부)는 4 : 4의 가부동수의 결정⁵⁾을 내린 바 있다.⁶⁾ 이 사건에서 사면행위가 사법심사의 대상에서 제외된다는 4명의 재판관은 사면행위가 순수한 정치행위로서 국가의 법적인 공권력행사가 아니라는 이유로 법적인

4) BVerfGE 36, 1.

5) 연방헌법재판소법 제15조 제4항은 가부동수인 경우에는 위원임을 확인할 수 없다고 규정하고 있다.

6) BVerfGE 25, 352.

잣대로 사법심사를 할 수가 없다고 주장했다. 그러나 사면행위가 사법심사의 대상이 된다는 나머지 4명의 재판관은 비록 사면행위가 국가의 재량행위라고 할지라도 자의적으로 행사되어서는 안 되고, 당연히 사법심사의 대상이 되어야 하며, 따라서 평등원칙 등의 위반 여부를 심사해야 했다고 판시했다.⁷⁾ 그 후 이처럼 사면행위가 사법심사의 대상에서 제외된다는 연방헌법재판소의 4명의 의견은 학계에서 엄청난 비판을 받았다. 이에 따라 오늘날의 독일의 통설은 사면행위나 그의 취소는 법적 행위로서 당연히 사법심사의 대상이 되고 평등원칙 등의 위반 여부가 심사되어야 한다고 보고 있다.⁸⁾

2. 사건⁹⁾

(1) 통치행위에 대한 사법심사의 의무

위에서 살펴본 바와 같이 부정설은 그 어느 것도 설득력이 없음을 알 수 있다. 결론적으로 긍정설이 타당하다고 본다. 따라서 통치행위라도 그것의 헌법과 법률에의 위반이 문제되고, 그에 대한 사법심사의 헌법과 법률적 잣대와 사법절차가 마련되어 있다면 당연히 사법심사의 대상이 되어야 한다. 왜냐하면 통치행위를 포함한 모든 국가작용은 헌법과 법률의 테두리 내에서 이루어져야 하고, 그것이 바로 헌법과 법률의 존재이유이며 법치주의의 본질이기 때문에 통치행위라도 그것이 헌법과 법률에 위반된다면 결코 정당화될 수 없고 통제되어야 하며 그를 통해 침해된 기본권은 반드시 구제되어야 하는데, 이러한 국가권력의 통제와 헌법과 법률수호 및 기본권구제는 바로 사법부 본연의 임무이기 때문이다. 만일 그렇지 않다면 이는 법치주의의 포기로서 헌법과 법률을 파괴하고 기본권을 유린하며 결국 사법부의 직무유기에 해당하는 것으로 보지 않을 수 없다. 도대체 법치주의와 기본권을 능가하는 가치가 헌법국가에서 존재할 수 있을까? 헌법의 테두리 내에서 기능하는 국가작용이 그 헌법을 위반했을 때 과연 이를 어떻게 정당화

7) BVerfGE 25, 352(358ff.).

8) Vgl. Hans-Jürgen Papier, Rechtsschutzgarantie gegen die öffentliche Gewalt, in: Josef Isensee (Hg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VI Freiheitsrechte, Heidelberg 1989, Rdnr. 32; E. Stein, Staatsrecht, 11. Aufl., Tübingen 1988, S. 171.; Klaus Stern, Michael Sachs, Johannes Dietlein, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, München 1977, S. 1180f.

9) 정연주(각주 2), 32 이하.

시킬 수 있을까?

그동안의 통치행위에 대한 사법심사에 소극적인 국내외의 학설과 판례를 살펴 보면 다양한 문제점들을 발견할 수 있다. 예컨대 통치행위 중 사법심사의 대상이 되는 것과 그렇지 않은 것과의 구별이 모호하다는 점, 사법심사의 대상에서 제외시키는 논거가 불분명하고 설득력이 없다는 점, 판례의 일관성이 없다는 점, 재판관의 입장이나 정치적 성향에 따라서 결과가 달라진다는 점, 그리고 도대체 고도의 정치성과 관련하여 어떤 행위가 고도의 정치성을 띠고 어떤 행위가 고도의 정도에 이르지 아니하는 정치적인 행위인지의 구별이 사실상 불가능하다는 점¹⁰⁾ 등이 바로 그것이다. 그 중에서도 가장 큰 문제는 법치주의나 기본권 등의 가장 지고한 헌법적 가치를 포기하면서도 굳이 통치행위를 사법심사의 대상에서 제외시키는 그 정당화 사유 내지 이익을 발견할 수 없다는 것이다. 사실 이를 발견하기란 불가능한 일이다. 왜냐하면 헌법국가에서 이보다 더 중요한 가치와 이익은 있을 수 없기 때문이다. 만일 일률적으로 통치행위를 사법심사의 대상으로 함으로 해서 발생하는 다양한 문제—예컨대 법적 안정성의 파괴, 법적 공백이나 혼란의 발생, 제3자의 신뢰나 국가 간의 신뢰파괴, 기타의 공익침해 등—가 있다면, 이는 위에서도 언급했듯이 일종의 변형결정¹¹⁾ 등을 통해 상당 부분 해소할 수 있기 때문에 그를 이유로 처음부터 사법심사를 배제하는 것은 잘못이다. 예컨대 국가 간의 조약이 문제가 될 경우 그에 대하여 위헌을 주장하면서 위헌법률심판이나 헌법소원심판 등을 제기할 수 있는데, 그 경우 고도의 정치성을 띤 외교에 관한 행위라고 사법심사의 대상에서 제외시켜 사건을 각하할 것이 아니라 일단 심사하고¹²⁾ 그 결과 위헌이라면 현재는 위헌을 확인하고 무효화시킬 수 있다.

10) 정치적 행위와 비정치적 행위의 구별, 그리고 더욱이 정치적 행위 중 고도의 정치적 행위와 그렇지 아닌 정치적 행위의 구별이 모호하고 자의적이며, 따라서 사법심사의 대상이 되는 경우와 그렇지 않은 경우의 구별이 모호하고 자의적이며, 결국 여기에 사법권의 자의성이 개입될 소지가 필연적으로 존재할 수밖에 없다.

11) 우리 헌법재판소는 그동안 다양한 변형결정유형을 개발해 왔는데, 그에 대하여 자세한 것은 허영(각주 3), 899 이하 참조. 이러한 변형결정에는 행정소송의 경우에 공익적 견지에서 예외적으로 인정될 수 있는 사정판결도 포함될 수 있을 것이다. 즉 사정판결이란 행정소송의 경우 사법심사의 결과 위헌·위법이라고 판단되는 행정행위라도 취소 대신 기각하는 것인데, 이는 단순한 취소를 통해 야기될 수 있는 공익적 위해가 문제되어 그러한 공익도 아울러 보호하면서 위헌·위법을 확인하고 대신 원고에게 다른 방법으로 피해를 구제해주는 일종의 변형결정유형이라고 할 수 있다. 사정판결에 대하여 자세한 것은 박운훈, (최신) 행정법강의(상), 박영사, 2004, 1001 이하; 김동희(각주 3), 705 이하 참조.

12) 우리 헌재도 이러한 조약에 대하여 심사하고 있다. 예컨대 헌재 1999. 4. 29. 97헌가14, 판례집 11-1, 273; 2001. 9. 27. 2000헌바20, 판례집 13-2, 322; 2001. 3. 21. 99헌마139 등, 판례집 13-1, 676.

다만 그로 인해 국가 간의 신뢰 등이 문제될 수가 있는데, 그럴 경우에는 조약의 위헌을 확인하되, 그에 대한 단순위헌보다는 헌법불합치나 입법촉구 등의 변형결정을 내리는 것이 고려될 수 있을 것이다.¹³⁾ 따라서 이제 통치행위라는 미명하에 사법심사를 배제하는 반법치적·반헌법적 태도를 버리고 전향적인 태도를 취할 시점이 되었다. 왜 헌법에 위반되는 행위를 통치행위라는 이름으로 정당화시키고 사법심사가 가능함에도 불구하고 -그리고 그로 인해 파생되는 문제를 다양한 변형결정 등을 통해 해소할 수 있음에도 불구하고- 사법심사의 대상에서 제외시키는 어색하고 우스꽝스러운 작태를 법치주의와 기본권보장과 포괄적인 재판청구권과 헌법재판제도¹⁴⁾가 확립된 오늘날까지도 연출하는 것인가?

물론 고도의 정치성을 띤 행위에 대한 사법심사의 경우 그 심사의 범위가 제한되거나 심사의 밀도가 완화될 수 있고, 그 과정에서 그 정치적 결단에 대한 고려가 있을 수는 있다. 그러나 이는 사법심사 자체가 처음부터 배제되는 것과는 전혀 다른 것이다.¹⁵⁾ 즉 고도의 정치성을 띤 통치행위의 경우 사안에 따라 그 사법심사의 범위와 밀도에 있어서 그리고 심사결과에 있어서 다양한 정치적·공익적 고려가 있을 수는 있으나, 그를 이유로 처음부터 행위 자체를 사법심사의 대상에서 제외해서는 안 된다는 것이다. 따라서 통치행위를 비롯한 모든 국가작용은 헌법과 법률에의 위반 여부가 문제되고 그에 대한 사법심사의 잣대와 사법절차가 마련되어 있다면 통치행위를 이유로 각하시킬 것이 아니라 일단 사법심사의 대

13) 참고로 독일의 경우 고도의 정치성을 띤 외교에 관한 행위가 문제가 된 이른바 동·서독 기본조약에 대한 동의법에 대하여 바이에른 정부가 제기한 추상적 규범통제사건에서 연방헌법재판소는 문제된 동·서독 기본조약에 대한 사법심사를 하면서 -변형결정의 일종인- 합헌적 법률해석을 바탕으로 논리를 전개한 바 있다(BVerfGE 36, 1[36f.]). 동·서독 기본조약에 대하여는 Rojahn, Ondolf, Art. 59, in: Ingo von Münch, Philip Kunig, Brun-Otto Bryde (Hg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, München 2001, Rdnr. 17f. 참조.

14) 동·서독 기본조약에 관한 관례에서도 연방헌법재판소는 정치적 문제에 대한 사법적 자체의 원칙이 헌법재판소의 사법심사권의 축소나 약화를 의미하는 것은 결코 아니고, 국가작용이 헌법재판소의 심사절차를 벗어난다는 것은 포괄적인 헌법재판제도를 보장한 헌법의 결단에 위배된다는 점을 강조하고 있다(BVerfGE 36, 1[14f.]).

국제조약 등에 대한 독일 연방헌법재판소의 사법심사의 가능성 및 그 유형 등에 대하여 Vgl. Rudolf Bernhardt, Bundesverfassungsgericht und völkerrechtliche Verträge, in: Martin Drath, Christian Starck (Hg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz : Festgabe aus Anlass des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Zweiter Band: Verfassungsauslegung, Tübingen 1976, S. 154ff.

15) 이러한 논리는 통치행위가 아닌 일반 국가작용에 대한 사법심사의 경우에도 유사하게 적용될 수 있다. 예컨대 이른바 특별권력관계의 경우라도 그 특별권력 주체의 행위는 당연히 사법심사의 대상이 되고, 다만 그 심사과정에 있어서 그 심사의 범위나 밀도가 특별권력관계의 특성상 다소 완화될 수 있다고 보는 것이 그것이다. 김남진(각주 3), 116 이하; 김동희(각주 3), 112 참조.

상으로 삼고, 심사결과 위헌·위법이 확인되면 그를 확인해야 하며, 다만 그 다음 단계에서 정치적 이유에서 또는 행위 자체의 무효나 취소를 통해 야기될 수 있는 매우 중대한 공익상의 위해나 법적 공백 등을 이유로 정치적 고려 등 관련되는 총체적인 이익형량의 결과, 무효나 취소 대신 변형결정이 긴절히 요구된다면 이를 고려할 수 있고, 침해된 기본권이 있다면 이를 구제하되 그 구제가 오로지 행위 자체의 무효나 취소를 통해서만 가능하다면 예외적으로 손해배상 등 대체적 방법을 통한 구제가 고려될 수도 있을 것이다. 따라서 일단은 사법심사의 대상으로 삼고 문제된 통치행위의 위헌·위법을 확인하며, 이로써 공권력을 통제하고 추후 유사한 행위의 반복을 방지하며, 피해자의 명예회복과 침해된 기본권을—사안에 따라서는 예외적인 대체방법을 통해—구제하고, 사법심사를 통해 파생되는 다양한 부작용은 변형결정 등을 통해 해소하면서, 결국 이를 통해 법치주의와 기본권 보장을 실현시키는 것이 헌법의 정신과 헌법재판제도 내지 사법제도의 본질에 부합하는 것이다.

사법부에 의한 정치적 고려 내지 사법부에 의한 이익형량의 범위는 바로 이러한 구체적인 사법심사의 범위 등에 한정되는 것이지, 사법심사 자체를 배제하는 것에까지 미치는 것은 결코 아니다. 사법기관은 합법적 절차에 따라 제기된 사건에 대하여는 그 소송제기의 적법성 요건을 충족시키는 한 예외 없이 사법심사를 하여 기각이나 인용의 판단을 해야지, 정치적 고려를 이유로 사법심사를 자제하는 등 사법심사의 대상에서 제외시켜 사건을 각하시켜서는 안되며, 또한 그러한 재량과 권한이 사법부에게는 없다. 만일 그렇지 않다면 위에서 지적했듯이 그리고 후술하는 헌법재판소 판례에서도 볼 수 있듯이 이는 필연적으로 통치행위에 대한 사법심사 여부에 관한 사법기관 내지 재판관의—각각의 사안에 대한 자신의 정치적 입장이나 성향 등에서 초래되는—자의를 야기하게 되고, 이는 판례의 일관성 상실로 이어지며, 결과적으로 법적 안정성과 예측가능성의 파괴로 이어진다. 또한 이는 사법기관과 판례의 설득력과 권위의 실추로 이어진다.¹⁶⁾ 사실 앞서도 이야기 했듯이 고도의 정치적 결단이라고 했을 때 어떤 행위가 고도의 정치적인 것이고 어떤 행위가 그에 이르지 아니하는 정치적인 것인지의 구별이 사실상 어렵다. 그리고 정치적 사법기관인 헌법재판소에 제기되는 사건은 정도의 차

16) 사법부자제설이 주장하는 논거 중 하나가 정치적인 문제에 대하여 사법부가 관여를 하면 결국 사법부가 정치의 시너로 전락하여 권위를 상실하게 된다는 것인데, 그러한 우려는 오히려 사법부가 자제할 경우에 현실화되는 것이다.

이는 있으나 대체로 정치적이라는 점에서 더욱 그러하다. 이는 결국 필연적으로 재판관의 자의가 개입될 여지를 열어 놓는 것이다. 결국 정치적 행위라는 이유로 처음부터 사법심사를 배제하는 것은 어떠한 이유로도 정당화될 수 없고, 어디에서도 그 정당화사유를 발견할 수 없다.

한편 통치행위에 대한 사법심사를 긍정하는 학설 중 통치행위의 개념 자체를 부정하는 입장과 통치행위의 개념은 인정하되 사법심사의 대상이 되지 않는 국가작용은 존재하지 않는다고 보는 입장 사이에는 본질적인 차이가 없다고 하겠다. 왜냐하면 통치행위라는 개념을 사법심사의 대상 가능성 여부와 관련하여 의미가 있는 것으로 전제할 때 통치행위 개념 자체를 부정하는 입장과 개념은 인정하되 사법심사의 대상이 된다고 보는 입장은 결국 양자 모두 사법심사의 대상이 된다는 점에서 아무런 차이가 없기 때문이다.

한편 일정한 통치행위가 헌법과 법률에의 위반 여부가 문제되지 않거나, 그에 대한 사법심사의 잣대가 없는 경우, 또는 그에 대한 적절한 사법절차가 마련되어 있지 않은 경우에는 사법심사의 대상이 될 수 없거나 각하될 수밖에 없을 것인데, 이때 사법심사의 대상이 될 수 없는 이유는 그것이 통치행위이기 때문이 아니라 사법심사의 요건을 충족시키지 못하기 때문이다.¹⁷⁾

결국 아무리 고도의 정치성을 띤 통치행위라 할지라도 헌법과 법률에의 위반이 문제되고 사법심사를 가능케 하는 헌법과 법률의 잣대와 사법절차가 마련되어 있다면 반드시 사법심사의 대상으로 삼아야 하고,¹⁸⁾ 다만 인용결정을 통해 파생될 수 있는 극복하기 어려운 법적 혼란이나 공백, 법적 안정성 파괴 등을 예방하기 위하여, 또는 긴절한 공익이나 국가 간의 신뢰를 보호하기 위하여 불가피할 경우 일종의 변형결정 등이 고려될 수는 있을 것이고, 당사자의 기본권 구제도 예외적으로 다른 대체수단을 통해 이루어질 수 있을 것이다. 이러한 논리가 한편에서는 기본권 보장과 법치주의 및 헌법재판제도를 비롯한 사법제도의 이념과 정신을 구현하고, 아울러 다른 한편에서는 사법심사를 통해 파생될 수도 있는 다양한 부작용도 예방할 수 있는 일종의 규범조화적 해석의 결과라고 할 수 있겠다.¹⁹⁾

17) Vgl. Hans-Jürgen Papier(각주 8), Rdnr. 32.

18) So auch Hans-Jürgen Papier(각주 8), Rdnr. 31.

19) 현재도 이러한 규범조화적 해석을 강조한다. 예컨대 현재 1991. 9. 16. 89헌마165, 판례집 3, 518 참조.

(2) 사법심사의 규범적 한계와 관련하여

한편 이러한 맥락에 비추어 볼 때 헌법과 법률에서 명문으로 일정한 통치행위를 사법심사의 대상에서 배제한 것은 상황에 따라서는 재판청구권의 본질적 내용을 침해한 것으로 문제가 될 수 있다. 예컨대 헌법 제64조 제4항은 동조 제2항과 제3항에 따른 징계나 제명처분 등에 대하여 법원에의 제소를 금지하고 있다. 이 규정은 국회의 자율권과 독자성을 존중한다는 권력분립의 원칙의 정신에 바탕을 두고 있다고 볼 수 있는데,²⁰⁾ 물론 국회는 국민을 대표하는 대의기관이므로 당연히 그 결정에 대한 자율성은 존중되어야 하나 헌법과 법률을 위반해서는 안 된다는 한계를 벗어날 수는 없다. 따라서 헌법과 법률을 위반하는 국회의 행위는 정당화될 수 없는 것이다.²¹⁾ 그런 점에 비추어 볼 때 이 규정은 위헌의 소지가 크다고 본다. 왜냐하면 국회의원은 입법권 등의 국가권력의 주체이자 공무담임권 등의 기본권의 주체인데, 만일 예컨대 특정 정당 또는 특정 의원을 탄압할 목적으로 위헌적 절차에 따라 의원이 제명되었다면 그 의원은 위헌적으로 자신의 입법권 등의 헌법상의 권한과 공무담임권 등의 기본권이 박탈당한 것으로 권한쟁의심판이나 헌법소원심판 또는 상황에 따라서는 행정소송을 제기할 수 있어야 하는데, 이를 원천적으로 봉쇄한 것은 해당 의원의 입법권 등의 권한이나 공무담임권 등의 기본권을 침해한 것임과 동시에 재판청구권 등의 본질적 내용을 침해한 것이기 때문이다. 물론 이 경우에는 헌법 자체에 규정되어 있기 때문에 그에 대한 위헌시비를 제기하기에 이론과 실무상 어려움이 따르고, 실제로도 그동안 헌법재판소가 헌법규정은 위헌심사의 대상이 될 수 없다는 일관된 입장을 견지하고 있다.²²⁾ 그러나 이러한 현재의 태도는 마땅히 재고되어야 하고, 헌법규정이 라고 하더라도 그것이 헌법의 핵심적 규정이나 원칙 내지 가치를 침해한 것이라면 위헌심사의 대상이 되어야 한다고 본다.²³⁾ 차제에 헌법개정을 통해 이 규정이 삭제되어야 할 것이고, 현재도 헌법규정에 대한 위헌심사에 대한 전향적 태도를

20) 김철수(각주 3), 1383; 허영(각주 3), 988; 권영성(각주 3), 837.

21) 참고로 독일 연방헌법재판소도 의회의 자율권에 기한 의사결정이 절차상의 하자를 지닐 경우에는 헌법재판과정에서 그에 대한 심사가 가능하다고 한다. Vgl. BVerfGE 80, 188(217ff.).

22) 현재 1995. 12. 28. 95헌바3, 판례집 7-2, 841; 2001. 2. 22. 2000헌바38, 판례집 13-1, 289; 2005. 5. 26. 2005헌바28 결정.

23) 헌법규정에 대한 위헌심사의 문제는 정연주, 헌법 제29조 제2항에 대한 헌법소원-헌법재판소 1995. 12. 28. 95헌바3 국가배상법 제2조 제1항 등 위헌소원사건과 관련하여, 헌법학연구 5권 2호(1999), 472 이하 참조.

보여야 할 것이다.

한편 이와 관련하여 이 조항은 ‘법원’에 제소할 수 없다고 규정하고 있으므로, 헌법재판소에는 제소할 수 있다는 입장이 있는데,²⁴⁾ 이는 잘못된 견해이다. 여기서 말하는 ‘법원’은 좁은 의미의 법원, 즉 대법원을 정점으로 하는 각급법원만을 의미하는 것이 아니라, 헌법재판소를 포함하는 광의의 사법부를 의미한다고 보아야 한다. 왜냐하면 만일 그렇지 않다면 굳이 이 규정을 마련한 의미가 상실되기 때문이다. 이 규정의 취지는 앞서도 언급했듯이 국회의 자율권과 독자성을 존중한다는 것이고, 따라서 국회의 자율적 결정에 대한 그 어떠한 외부의 간섭도 배제하겠다는 것이다. 따라서 국회의 처분에 대하여는 헌법재판을 비롯한 모든 사법심사의 대상에서 제외시킨다는 것이지 유독 일반법원의 심사만을 배제한다는 것이 아니다. 만일 그렇지 않다면 실제로 국회의원의 제명처분 등에 대하여는 주로 헌법재판소의 권한쟁의나 헌법소원으로 제기될 공산이 크고, 특히 국회의 처분에 대한 행정소송의 가능성을 부정한다면 유일한 사법심사의 가능성은 헌법재판소만이 가지게 된다는 점을 감안할 때 사실상 재판관할권이 없거나 거의 없는 일반법원의 재판만을 배제한다는 것이 되어 이 규정의 의미가 상실될 수밖에 없고(사실상 사문화되는 것으로 보아야 할 것이다), 동시에 헌법재판소에서의 제소를 허용한다는 것은 국회의 제명처분 등에 대한 일체의 사법심사를 배제하겠다는 이 규정의 -비록 정당화 될 수는 없지만- 취지에 정면으로 반하는 것이 되기 때문이다. 따라서 여기서의 ‘법원’의 의미는 헌법재판소를 비롯한 광의의 사법기관을 총괄하는 개념으로 이해해야 할 것이다. 이 조항이 제정될 당시에는 헌법재판소가 존재하지 않았기 때문에 당연히 ‘법원’만으로 규정되어 있다가 헌법재판소가 창설된 이후에도 별다른 개정 없이 그대로 이어져 온 것으로, 아마 이는 이 규정이 정치적으로 별다른 주목을 받지 못하고, 동시에 학자들도 그동안 이 규정에 대하여 국회의 자율권이라는 미명하에 정당성을 부여해온 것에 기인한 것으로 보인다.

한편 백번 양보하여 이 규정에서의 ‘법원’이 일반법원만을 의미하고 따라서 헌법재판소에서의 제소는 인정된다고 하더라도 이 규정의 위헌성이 해소되는 것은 아니다. 왜냐하면 위에서도 지적했듯이 명백히 위헌·위법한 절차 등에 따라 이루어진 제명처분 등에 대하여 그의 행정처분성을 인정하여 일반법원에 행정소송의 제기가 가능하다면 마땅히 이를 인정하여 위헌·위법한 공권력을 통제하고

24) 권영성(각주 3), 837.

침해된 기본권을 구제해 주어야 할 것인데, 이를 원천적으로 봉쇄하는 것은 재판 청구권의 본질적 내용을 침해하면서 기본권 유린과 법치주의 파괴를 용인하겠다는 것이기 때문이다. 이러한 가치는 헌법의 핵심적 가치이자 모든 통치 권력의 존재목적이기 때문에 국회의 자율권에 우선한다고 할 것이고, 위헌·위법한 행위를 할 국회의 자율권은 헌법상 결코 인정될 수 없다고 보아야 할 것이다.²⁵⁾

IV. 분석 및 평가

과거 대법원은 대체로 통치행위를 사법심사의 대상에서 제외시킨 반면,²⁶⁾ 최근에 와서는 일정한 조건과 제약 하에서는 사법심사의 대상이 될 수 있다는 다소 전향적인 태도를 보이고 있고,²⁷⁾ 헌법재판소는 통치행위에 대하여 대체로 적극적인 심사의지를 보이고 있다.²⁸⁾

1. 대법원

(1) 과거 판례의 추이

1) 대법원 1964. 7. 21. 자 64초6 재정요지

당연 무효로 판단할 수 없는 계엄에 대하여서는 그 계엄의 선포가 옳고 그른 것은 국회에서 판단하는 것이고 법원에서 판단할 수 없다.

25) 이러한 맥락에서 볼 때 현행헌법 제64조 제4항에 대하여 그 위헌성의 문제점을 지적하지 아니하고, 천편 일률적으로 국회의 자율권에 의하여 정당화되는 것으로 보는 국내학자들의 입장은 잘못이라고 하지 않을 수 없다.

26) 예컨대 대법원 1964. 7. 21. 자 64초6 재정; 1979. 12. 7. 자 79초70 재정; 1981. 1. 23. 선고 80도2756 판결; 1981. 2. 10. 선고 80도3147 판결; 1981. 4. 28. 선고 81도874 판결 등.

27) 예컨대 대법원 1997. 4. 17. 선고 96도3376 판결; 2004. 3. 26. 선고 2003도7878 판결. 이러한 대법원의 입장선회는 통치행위에 대한 사법심사의 가능성을 원칙적으로 긍정한 그 이전의 헌법재판소 결정 들(예컨대 현재 1993. 7. 29. 89헌마31, 판례집 5-2, 87; 1996. 2. 29. 93헌마186, 판례집 8-1, 111)에 영향을 받은 것으로 보인다.

28) 예컨대 현재 1993. 7. 29. 89헌마31, 판례집 5-2, 87; 1996. 2. 29. 93헌마186, 판례집 8-1, 111; 1997. 7. 16. 96헌라2, 판례집 9-2, 154; 1998. 7. 14. 98헌라1, 판례집 10-2, 1; 2004. 10. 21. 2004헌마554 등, 판례집 16-2하, 1.

2) 대법원 1979. 12. 7. 자 79초70 재정요지

대통령의 계엄선포행위는 고도의 정치적, 군사적 성격을 띠는 행위라고 할 것이어서, 그 선포의 당·부당을 판단할 권한은 헌법상 계엄의 해제요구권이 있는 국회만이 가지고 있다 할 것이고 그 선포가 당연무효의 경우라면 모르되, 사법기관인 법원이 계엄선포의 요건 구비여부나, 선포의 당·부당을 심사하는 것은 사법권의 내재적인 본질적 한계를 넘어서는 것이 되어 적절한 바가 못된다.

3) 대법원 1997. 4. 17. 선고 96도3376 판결요지

대통령의 비상계엄의 선포나 확대 행위는 고도의 정치적·군사적 성격을 지니고 있는 행위라 할 것이므로, 그것이 누구에게도 일견하여 헌법이나 법률에 위반되는 것으로서 명백하게 인정될 수 있는 등 특별한 사정이 있는 경우라면 몰라도, 그러하지 아니한 이상 그 계엄선포의 요건 구비 여부나 선포의 당·부당을 판단할 권한이 사법부에는 없다고 할 것이나, 비상계엄의 선포나 확대가 국헌문란의 목적을 달성하기 위하여 행하여진 경우에는 법원은 그 자체가 범죄행위에 해당하는지의 여부에 관하여 심사할 수 있다.

(2) 대법원 2004. 3. 26. 선고 2003도7878 판결에 대한 평석

앞서 소개한 바와 같이 이 사건에서 대법원은 다음과 같이 판시했다.

“입헌적 법치주의국가의 기본원칙은 어떠한 국가행위나 국가작용도 헌법과 법률에 근거하여 그 테두리 안에서 합헌적·합법적으로 행하여질 것을 요구하며, 이러한 합헌성과 합법성의 판단은 본질적으로 사법의 권능에 속하는 것이고, 다만 국가행위 중에는 고도의 정치성을 띤 것이 있고, 그러한 고도의 정치행위에 대하여 정치적 책임을 지지 않는 법원이 정치의 합목적성이나 정당성을 도외시한 채 합법성의 심사를 감행함으로써 정책결정이 좌우되는 일은 결코 바람직한 일이 아니며, 법원이 정치문제에 개입되어 그 중립성과 독립성을 침해당할 위험성도 부인할 수 없으므로, 고도의 정치성을 띤 국가행위에 대하여는 이른바 통치행위라 하여 법원 스스로 사법심사권의 행사를 억제하여 그 심사대상에서 제외하는 영역이 있으나, 이와 같이 통치행위의 개념을 인정한다고 하더라도 과도한 사법심사의 자제가 기본권을 보장하고 법치주의 이념을

구현하여야 할 법원의 책무를 태만히 하거나 포기하는 것이 되지 않도록 그 인정을 지극히 신중하게 하여야 하며, 그 판단은 오로지 사법부만에 의하여 이루어져야 한다.”

주지하는 바와 같이 국가행위의 합목적성이나 정당성은 원칙적으로 사법심사의 대상이 되지 않는다. 이는 순수한 정치적 문제로서 국회나 국민에 의한 정치적 심판의 대상이 되는 것이지 사법적 판단의 대상이 되는 것은 아니다.²⁹⁾ 사법부는 어디까지나 헌법과 법률의 잣대로서 헌법과 법률의 위반 여부를 판단하는 기관이지 국가행위의 정치적 합목적성을 판단하는 기관은 아니며, 만일 그렇지 않다면 이는 권력분립의 원칙 위반이 될 것이다. 이는 행정소송의 경우에도 마찬가지이다. 즉 국가행위의 위법의 문제만 행정소송이라는 법원의 판단 대상이 될 수 있고, 합목적성이나 효율성 문제와 관련한 부당의 문제는 행정부의 행정심판의 대상이 될 수는 있지만 사법부의 행정소송의 대상이 되지 않는 것과 같은 논리이다.³⁰⁾

이러한 측면에서 대법원이 이 판례에서 “... 국가행위 중에는 고도의 정치성을 띤 것이 있고, 그러한 고도의 정치행위에 대하여 정치적 책임을 지지 않는 법원이 ‘정치의 합목적성이나 정당성’을 도외시한 채 합법성의 심사를 감행함으로써 정책 결정이 좌우되는 일은 결코 바람직한 일이 아니며, ...”라는 표현은 문제가 있다. 즉 합목적성 등의 문제는 사법작용의 본질상 그리고 권력분립의 원칙상 처음부터 사법심사의 대상이 아니기 때문에 본래 이에 대한 사법심사의 문제가 제기될 수 없다. 그렇기 때문에 이러한 사안에 대한 사법심사의 자제 문제가 처음부터 제기될 여지가 없는 것이다. 즉 국가행위의 합목적성 등의 문제에 대하여 사법부가 심사를 자제할 지의 여부를 판단할 권한이 처음부터 없는 것이다. 따라서 고도의 정치성을 띤 통치행위 중 순수한 합목적성이나 정치적 정당성의 문제는 처음부터 사법심사의 대상에서 제외되고, 헌법과 법률 위반 여부가 문제되는 법적인 부분에 대해서만 법적 잣대를 기준으로 사법심사의 대상이 되는 것이다. 결국 통치행위로 분류되더라도 원칙적으로 사법심사의 대상이 되고, 다만 그 중 순수한 정치적 영역만 제외되는데, 이는 통치행위이기 때문에 제외되는 것이 아니라 그 순수 정치적

29) Vgl. Hans-Jürgen Papier(각주 8), Rdnr. 31.

30) 사법부의 사법적 통제는 국가작용의 합법성 준수여부에 까지만 미치며, 국가작용의 합목적성은 사법심사의 대상이 되지 아니한다. 정연주, 독일의 사법제도 : 행정 및 헌법재판의 특성과 일반재판과의 관계를 중심으로, 전남대학교 법률행정논문집 창간호(1991), 79 이하 참조.

영역이 본질적으로 처음부터 법적 잣대로 판단할 수 없는 부분이기 때문이다. 따라서 이러한 대법원의 논리전개는 타당하다고 보기 어렵다.

한편 모든 통치행위가 사법심사의 대상이 된다면 일반 국가행위와의 차이가 문제될 수 있는데, 일반 국가작용과 통치행위가 모두 사법심사의 대상이 된다는 면에서 본질적인 차이는 없다고 하겠다. 다만 고도의 정치성을 띤 통치행위의 경우 일반 국가작용과 비교하여 국가권력의 이른바 재량과 판단의 여지가 상대적으로 크다고 볼 수 있고, 그에 비례하여 사법심사의 밀도가 상대적으로 약화될 수 있다고 하겠다.³¹⁾

아울러 대법원이 “... 고도의 정치성을 띤 국가행위에 대하여는 이른바 통치행위라 하여 법원 스스로 사법심사권의 행사를 억제하여 그 심사대상에서 제외하는 영역이 있으나, 이와 같이 통치행위의 개념을 인정한다고 하더라도 과도한 사법심사의 자제가 기본권을 보장하고 법치주의 이념을 구현하여야 할 법원의 책무를 태만히 하거나 포기하는 것이 되지 않도록 그 인정을 지극히 신중하게 하여야 하며, 그 판단은 오로지 사법부만에 의하여 이루어져야 한다.”라고 판시한 부분도 문제가 있다. 즉 대법원에 따르면 고도의 정치성을 띤 국가행위라는 통치행위에 대하여는 사법부가 스스로 자제하여 사법심사의 대상에서 제외시킬 수 있고(사법부자세설), 다만 이러한 판단은 사법부가 신중히 내려야 한다고 주장하는데, 그렇다면 분명히 통치행위가 헌법과 법률의 위반소지가 있고, 그에 대한 사법심사가 절차적으로 가능함에도 불구하고 심사대상에서 제외시킬 수 있다는 것인데, 이는 사법권의 직무유기이자 권한 남용이라고 보지 않을 수 없고, 결국 법

31) 공권력행사에 있어서 국가기관에 재량의 여지(Ermessensspielraum)가 부여되어 있을 경우에는 이에 대한 사법심사가 제한된다. 이 경우 사법부는 국가기관의 재량행사가 법적 한계를 일탈하지 않았는가 그리고 재량권이 그 재량권 수여 목적에 상응하는 방법으로 행사되었는가만을 심사할 수 있다. 한편 이러한 재량의 여지와 불명확한 법적 개념의 해석에 있어서 국가기관에게 부여된 이른바 판단의 여지(Beurteilungsspielraum)는 구별된다. 국가기관이 법률상 규정된 구성요건과 전제조건이 충족됐을 경우 그 법률에 의해 내정된 국가작용을 발하거나 발하지 않거나 하는 선택의 자유를 재량의 여지가 행정청에게 부여하는 반면, 판단의 여지의 문제는 범규범의 구성요건적 전제조건 그 자체와 관련되어 있다. ‘적합성’, ‘신뢰성’, ‘현저한 위협’ 등등의 불명확한 법적 개념은 판단의 여지가 없는 명확한 개념과는 달리 다양한 해석가능성을 남겨놓고 있다. 이 경우 사법부에게는 원칙적으로 법적인 통제권만이 부여되기 때문에 일정한 불명확한 법률개념의 해석이 해당 법률의 목적과 기타의 법원칙과 일치하는지의 여부만이 사법심사의 대상이 되고, 따라서 이 한도에서 국가기관에게는 사법적 통제가 제한되는 일정한 판단의 여지가 부여된다. 그러나 국가기관은 이러한 판단의 여지를 자의적으로 행사해서는 아니 되며 평등의 원칙의 준수 하에서 행사하여야 한다. 평등원칙의 준수여부는 사법심사의 대상이 되는 법적 문제이므로 국가기관에게 부여되는 판단의 여지는 사실상 매우 좁다고 할 수 있다. 이에 대하여 자세한 것은 정연주(각주 30), 79 이하 참조.

치주의를 훼손하는 것이다. 그리고 그러한 판단이 사법부의-비록 신중해야 한다고 하지만, 과연 지금까지 사법부가 신중하지 않았다고 인정한 적이 단 한번이라고 있었던가?-재량이 맡겨져 있다는 말인데, 이는 판결의 일관성과 법적 안정성 및 예측가능성을 심히 해치는 것으로 그때그때의 정치적 상황과 사법부 구성원의 정치적 성향에 따라 사법심사의 대상 여부가 달라질 수 있는 매우 위험하고 모호한 판시라고 하지 않은 수 없다. 앞서도 강조했지만 통치행위가 헌법과 법률의 위반소지가 있고, 그에 대한 사법심사가 절차적으로 가능하다면 반드시 사법심사를 해야 하는 것이며 이에 대한 사법부의 재량은 있을 수 없다. 그리고 사법부자제설이 가지고 있는 문제점과 그의 극복방안에 대하여 위에서도 언급했듯이 사법부자제설은 그 타당성을 인정하기 어렵다는 점에서 대법원 판례의 논리는 더욱 문제가 있다고 하겠다.

2. 헌법재판소³²⁾

(1) 헌재 1996. 2. 29. 93헌마186(긴급재정명령 등 위헌확인)

1) 결정요지

헌법재판소가 통치행위에 대한 사법심사의 문제를 본격적으로 다룬 가장 직접적인 판례는 긴급재정명령 등 위헌확인사건이라고 할 수 있다. 그 결정요지를 살펴보면 다음과 같다.

“대통령의 긴급재정경제명령은 국가긴급권의 일종으로서 고도의 정치적 결단에 의하여 발동되는 행위이고 그 결단을 존중하여야 할 필요성이 있는 행위라는 의미에서 이른바 통치행위에 속한다고 할 수 있으나, 통치행위를 포함하여 모든 국가작용은 국민의 기본권적 가치를 실현하기 위한 수단이라는 한계를 반드시 지켜야 하는 것이고, 헌법재판소는 헌법의 수호와 국민의 기본권 보장을 사명으로 하는 국가기관이므로 비록 고도의 정치적 결단에 의하여 행해지는 국가작용이라고 할지라도 그것이 국민의 기본권 침해와 직접 관련되는 경우에는 당연히 헌법재판소의 심판대상이 된다.”

32) 정연주(각주 2), 32 이하.

2) 평가

① 통치행위에 대한 사법심사의 긍정

현재는 이 사건에서 통치행위의 개념은 인정하되 그것이 국민의 기본권 침해와 직접 관련되는 경우에는 당연히 헌법재판소의 심판대상이 된다고 판시함으로써 통치행위에 대한 사법심사에 대하여 소극적인 입장을 취했던 그때까지의 학설과 대법원 판례와는 매우 다른 적극적이고 바람직한 태도를 보였다고 평가된다. 현재도 지적하고 있듯이 통치행위를 포함하여 모든 국가작용은 국민의 기본권적 가치를 실현하기 위한 수단에 불과한 것이고, 따라서 헌법의 수호와 국민의 기본권 보장을 사명으로 하는 헌법재판소는 당연히 통치행위라 할지라도 그것의 기본권 침해여부를 심사해서 침해된 기본권을 구제해주고 공권력의 통제와 헌법수호라는 본연의 임무를 완수해야 할 것이다.³³⁾ 다시 말해 국가와 모든 국가기관 그리고 모든 국가권력이 자기목적적인 것이 결코 아니고 국민의 기본권 보장을 위한 수단이며, 따라서 헌법을 비롯한 모든 법제도가 결국 기본권 보장을 위한 것이라면 아무리 고도의 정치성을 띤 통치행위라도 그것이 헌법에 부합되고 기본권을 실현할 때 비로소 정당화되는 것임은 당연하고, 따라서 그것이 헌법에 위반되어 기본권을 침해했을 때 마땅히 사법심사의 대상이 되어 통제되고 침해된 기본권을 구제해야 하는 것 역시 당연하다고 하겠다. 또한 이러한 공권력 통제와 헌법수호 및 기본권 구제가 사법제도의 본질적 임무라는 점을 상기할 때 만일 통치행위라는 미명하에 이를 사법심사의 대상에서 제외한다면 이는 바로 사법부의 직무유기라고 하지 않을 수 없다.

② 현재결정의 문제점

앞서도 언급했듯이 이 사건 현재판례는 통치행위에 대한 매우 타당한, 따라서 여타의 유사사건의 귀감이 될 수 있는 판례라고 하겠다. 다만 헌법재판소는 “헌법의 수호와 국민의 기본권 보장을 사명으로 하는 국가기관이므로 비록 고도의 정치적 결단에 의하여 행해지는 국가작용이라고 할지라도 그것이 ‘국민의 기본권 침해와 직접 관련되는 경우에는’ 당연히 헌법재판소의 심판대상이 된다.”라고 판시함으로써 통치행위에 대한 사법심사의 조건으로서 통치행위가 ‘국민의 기본권 침해와 직접 관련되는 경우’로 한정하는 듯한 언급을 하고 있다. 물론 헌법소원

33) 김철수(각주 3), 1392.

등 기본권 침해로 전제로 하는 소송절차의 경우에는 당연히 기본권 침해와 직접 관련되어야 할 것이지만, 반드시 이러한 요건으로 제한할 필요는 없다고 하겠다. 왜냐하면 문제되는 통치행위가 비록 기본권 침해와 직접 관련되지 않는 경우라고 하더라도 그것이 헌법과 법률 위반의 소지가 있고 사법심사의 잣대가 마련되어 있어 사법심사의 요건을 갖추고 있다면 당연히 사법심사의 대상이 되고 통제되어야 하기 때문이다. 그리고 그럴 경우에만 공권력 통제와 헌법수호를 사명으로 하는 헌법재판의 임무가 완수되고 법치주의가 실현될 수 있을 것이다.

예컨대 만일 대통령이 과거 일부 정치권에서 주장되었던 바와 같이 지역구도 극복이라는 명분하에 선거법개혁을 국회의 입법이 아닌 헌법 제72조에 따른 국민투표를 통해 실현하고자 할 때 국회는 이러한 시도가 헌법 제72조의 국민투표 실시대상에 속하지 않는 위헌적인 조치로서 자신의 입법권을 침해하는 행위라고 주장하면서 권한쟁의심판을 제기할 수 있을 것이다. 여기서 대통령의 조치가 위헌인지 그리고 국회의 주장이 타당한지를 별론으로 한다면 대통령의 조치가 비록 고도의 정치성을 띤 결단으로 통치행위에 속한다 하더라도 헌법 위반이 문제되는 행위로서 마땅히 권한쟁의심판의 대상이 되어야 할 것이다. 여기서 이러한 대통령의 행위가 결국 또는 간접적으로 국민의 기본권과 관련될 수는 있겠으나 직접적으로는 국회의 입법권이라고 하는 국가권력이 문제되는 것이지 국민의 기본권 침해와 직접 관련되는 경우라고 할 수는 없을 것이다.

이와 유사한 사례가 현재의 관련판례에서도 확인된다. 예컨대 국회에서의 의안 처리과정을 문제 삼아 국회의장을 상대로 야당국회의원들이 제기한 입법권침해 등에 대한 헌법소원사건³⁴⁾에서 현재는 입법권은 기본권이 아니므로 기본권주체가 아닌 국가기관의 구성원인 청구인들이 제기한 헌법소원심판청구는 부적법하다고 각하시켰다. 이 사건은 고도의 정치성을 띤 국회 내의 의안처리행위가 문제된 것으로 이는 국회의 자율권에 속하는 전통적인 통치행위에 속하는 국가작용이라고 할 수 있다. 여기서 심판청구가 각하된 이유는 사안이 통치행위에 해당되기 때문이 아니라 기본권의 침해에 해당되지 않기 때문에, 즉 기본권 관련성이 없어 헌법소원심판청구의 요건을 충족하지 못하여 각하된 것이다. 이처럼 통치행위 중에는 그것이 비록 헌법과 법률에의 위반 여부 문제되지만 기본권과의 직접적인 관련성이 없는 경우도 얼마든지 있을 수 있다. 따라서 이 경우에는 기본권

34) 현재 1995. 2. 23. 90헌마12 결정. 유사한 판례로서는 현재 1995. 2. 23. 91헌마231, 공보 제9호, 175.

침해를 요건으로 하고 기본권구제를 목적으로 하는 헌법소원심판이라는 사법심사가 아니라 그에 대한 적절한 다른 사법심사, 예컨대 권한쟁의심판이 고려될 수 있는 것이다. 실제로 헌재는 야당의원들에게 개의일시를 통지하지 않음으로써 출석의 기회를 박탈한 채 본회의를 개의, 법률안을 가결처리해서 자신들의 법률안 심의·표결권이 침해했다고 야당 국회의원들이 국회의장을 상대로 제기한 국회의원과 국회의장간의 권한쟁의사건³⁵⁾에서 심판청구를 인용했다. 이 사건 역시 위의 입법권침해 등에 대한 헌법소원사건의 경우처럼 고도의 정치성을 띤 국회 내의 의안처리행위가 문제된 것으로 국회의 자율권에 속하는 전통적인 통치행위에 속하는 국가작용이라고 볼 수 있다. 그리고 이 역시 기본권 관련성이 없는 사안으로서 국가기관간의 권한에 대한 다툼이 문제되어 권한쟁의심판이 적절한 심판절차라고 할 수 있는 사안이었다. 결국 통치행위 중에도 기본권과의 직접적인 관련성이 없는 국가작용이 있을 수 있고, 그 경우에는 기본권구제를 목적으로 하지 아니하는 사법절차에 의한 사법심사가 가능하고 또한 가능해야 한다는 것을 알 수 있다.³⁶⁾

물론 일반적인 사법심사는 국민의 기본권 구제를 직접적인 목적으로 하기 때문에 통치행위에 대한 사법심사는 대체로 국민의 기본권 침해와 직접 관련되는 경우에 문제가 되겠지만, 위에서 예를 들은 바와 같이 국민의 기본권 침해와 직접 관련이 없는 경우에도 그에 대한 사법심사를 배제할 필요는 없는 것이다. 문제는 일정한 통치행위가 헌법 등을 위반하고 따라서 그에 대한 사법심사의 법적 잣대가 존재하며, 그에 대한 사법심사절차가 마련되어 있는지의 여부라 하겠다. 이러한 점에 비추어 볼 때 이 사건 통치행위에 대한 사법심사의 조건에 관한 판시는 아쉬움을 남긴다고 하겠다.³⁷⁾

35) 헌재 1997. 7. 16. 96헌라2, 판례집 9-2, 154.

36) 독일의 경우에도 추상적 규범통제절차로 제기된—기본권 침해와 아무런 직접적인 관련성이 없는—동·서독 기본조약에 관한 사건을 연방헌법재판소가 본안심사까지 한 것을 그 예로 들 수 있다(BVerfGE 36, 1).

37) 이러한 점에서 “통치행위 중에서 대통령이 국가의 원수 또는 국정이 최고책임자로서의 지위에서 행하는 고도의 정치적 결단에 속한다고 볼 수 있는 국정행위(예컨대 외교행위, 중요정책의 국민투표부의행위, 헌법개정발의행위, …)로서 국민의 기본권침해와 직접적인 관련이 없고 그 행위에 대한 정치적 통제수단이 따로 마련되어 있는 경우에는 법원은 그러한 행위에 대한 사법적 심사를 스스로 자제하는 것도 헌법의 규범조화적 실현을 위해서 허용된다고 할 것이다. 이렇게 볼 때 원칙적으로 통치행위라는 개념을 인정하는 바탕 위에서 통치행위에 대한 사법적 심사를 긍정하는 긍정설이 옳지만, 기본권침해와는 무관한 통치행위의 영역에서는 사법적 자제설도 충분한 설득력을 갖는다고 생각한다.”고 하는 주장(허영(각주 3), 1073)은 설득력이 없다. 왜냐하면 위에서 언급했듯이 통치행위 중 기본권침해와 직접 관련이 없는 행위라도 그것이 헌법을 위반하고 그에 대한 사법심사의 잣대와 절차가 마련되어 있다면 당연히

(2) 현재 2004. 4. 29. 2003헌마814(일반사병 이라크파병 위헌확인)

대통령이 2003. 10. 18. 국군(일반사병)을 이라크에 파견하기로 한 결정에 대하여 이는 침략적 전쟁을 부인한다고 규정하고 있는 헌법 제5조에 위반될 뿐만 아니라 특히 의무복무를 하는 일반 사병은 급여를 받는 직업군인인 장교 및 부사관과 달리 실질적으로 급여를 받지 못하는 일반 사병을 이라크에 파견하는 것은 국가안전보장 및 국방의 의무에 관한 헌법규정에 위반되고 행복추구권을 침해한다고 주장하면서 일반국민의 한사람인 청구인이 제기한 일반사병 이라크파병 위헌확인사건에서 헌법재판소 다수의견은 이 사건 대통령의 파견결정이 고도의 정치성을 띤 행위로서 이에 대한 사법적 심사가 자제되어야 한다는 이유로 심판청구를 각하했다. 이에 반해 별개의견은 이 사건에서 청구인이 파견결정에 대해 적법하게 헌법소원을 제기할 수 있는 자기관련성이 없다는 것을 이유로 심판청구를 각하해야 한다는 주장을 하고 있다.³⁸⁾ 그 결정요지를 살펴보면 다음과 같다.

1) 결정요지

① 법정의견

i) 외국에의 국군의 파견결정은 파견군인의 생명과 신체의 안전뿐만 아니라 국

사법심사의 대상이 되어야 하고 사법부는 사법심사를 해야 할 의무가 있기 때문이며, 만일 그렇지 않다면 그것이야말로 헌법과 법치주의 위반이요, 사법부의 직무유기이기 때문이다. 한편 이러한 “기본권침해와는 무관한 통치행위의 영역에서는 사법적 자제설도 충분한 설득력을 갖는다고 생각한다.”는 입장에 대한 “국민의 기본권침해와 관련이 없는 국가행위를 가정하는 것은 논리적으로 모순이 있다고 생각한다. 왜냐하면 … 모든 국가작용이 기본권적 가치를 실현하기 위한 수단이라면 당연히 모든 국가작용은 기본권과 관련이 있고 또한 있어야 하기 때문이다.”라고 하는 비판(홍성방, 헌법학, 박영사, 2002, 888)도 문제가 있다. 물론 위에서도 지적했듯이 모든 국가작용은 자기목적적인 것이 아니고 기본권적 가치를 실현하기 위한 수단임에는 틀림없고 따라서 결국은 직접·간접적으로 기본권과 관련이 있기는 하지만 위에서 예를 들은 권한쟁의심판사안에서도 보는 바와 같이 국가작용 중 직접적으로는 기본권과 관련이 없고 타 국가기관의 권한침해와 관련이 있는 행위가 있으며, 이 경우에는 기본권 침해를 전제로 하는 헌법소원이 아니라 권한쟁의심판만이 사건해결의 절차로서 고려될 수 있기 때문이다.

38) 이 사건은 이라크전쟁 파견결정 등 위헌확인, 이라크전쟁 파견동의안 등의 위헌확인사건(2003. 12. 18, 2003헌마255·256(병합))과 유사하다. 즉 양자 마찬가지로 대통령의 국군이라크파견결정 등에 대하여 기본권 침해를 이유로 헌법소원심판을 청구한 사건이다. 다만 2003헌마255·256(병합)사건의 경우에는 5인의 다수의견이 청구인의 자기관련성이 없음을 이유로 심판청구를 각하했고, 4인의 별개의견은 문제된 사안이 고도의 정치적 행위이므로 사법적 심사가 자제되어야 한다는 이유로 심판청구를 각하해야 한다는 주장을 한 반면, 이 사건에서는 다수의견과 별개의견이 바뀌어서 5인의 다수의견이 문제된 사안이 고도의 정치성의 띤 행위이므로 사법적 심사가 자제되어야 한다는 이유로 심판청구를 각하했고, 4인의 별개의견은 청구인의 기본권과의 자기관련성이 없음을 이유로 심판청구를 각하시켜야 한다는 주장을 했다. 따라서 이 사건에서의 논의와 평가는 바로 2003헌마255·256(병합)사건의 경우에 그대로 적용될 수 있기 때문에 2003헌마255·256(병합)사건에 대한 소개와 평가는 생략한다.

제사회에서의 우리나라의 지위와 역할, 동맹국과의 관계, 국가안보문제 등 궁극적으로 국민 내지 국익에 영향을 미치는 복잡하고도 중요한 문제로서 국내 및 국제정치관계 등 제반 상황을 고려하여 미래를 예측하고 목표를 설정하는 등 고도의 정치적 결단이 요구되는 사안이다. 따라서 그와 같은 결정은 그 문제에 대해 정치적 책임을 질 수 있는 국민의 대의기관이 관계분야의 전문가들과 광범위하고 심도 있는 논의를 거쳐 신중히 결정하는 것이 바람직하며 우리 헌법도 그 권한을 국민으로부터 직접 선출되고 국민에게 직접 책임을 지는 대통령에게 부여하고 그 권한행사에 신중을 기하도록하기 위해 국회로 하여금 파병에 대한 동의 여부를 결정할 수 있도록 하고 있는바, 현행 헌법이 채택하고 있는 대의민주제 통치구조 하에서 대의기관인 대통령과 국회의 그와 같은 고도의 정치적 결단은 가급적 존중되어야 한다.

ii) 이 사건 파병결정이 헌법에 위반되는지의 여부 즉 국가안보에 보탬이 됨으로써 궁극적으로는 국민과 국익에 이로운 것이 될 것인지 여부 및 이른바 이라크 전쟁이 국제규범에 어긋나는 침략전쟁인지 여부 등에 대한 판단은 대의기관인 대통령과 국회의 몫이고, 성질상 한정된 자료만을 가지고 있는 우리 재판소가 판단하는 것은 바람직하지 않다고 할 것이며, 우리 재판소의 판단이 대통령과 국회의 그것보다 더 옳다거나 정확하다고 단정 짓기 어려움은 물론 재판결과에 대하여 국민들의 신뢰를 확보하기도 어렵다고 하지 않을 수 없다.

iii) 이 사건 파병결정은 대통령이 파병의 정당성뿐만 아니라 북한 핵 사태의 원만한 해결을 위한 동맹국과의 관계, 우리나라의 안보문제, 국·내외 정치관계 등 국익과 관련한 여러 가지 사정을 고려하여 파병부대의 성격과 규모, 파병기간을 국가안전보장회의의 자문을 거쳐 결정한 것으로, 그 후 국무회의 심의·의결을 거쳐 국회의 동의를 얻음으로써 헌법과 법률에 따른 절차적 정당성을 확보했음을 알 수 있다. 그렇다면 이 사건 파견결정은 그 성격상 국방 및 외교에 관련된 고도의 정치적 결단을 요하는 문제로서, 헌법과 법률이 정한 절차를 지켜 이루어진 것이 명백하므로, 대통령과 국회의 판단은 존중되어야 하고 헌법재판소가 사법적 기준만으로 이를 심판하는 것은 자제되어야 한다. 이에 대하여는 설혹 사법적 심사의 회피로 자의적 결정이 방지될 수도 있다는 우려가 있을 수 있으나 그러한 대통령과 국회의 판단은 궁극적으로는 선거를 통해 국민에 의한 평가와 심판을 받게 될 것이다.

② 재판관 윤영철, 재판관 김효종, 재판관 김경일, 재판관 송인준의 별개의견 헌법재판소법 제68조 제1항은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 규정하고 있고 여기서 기본권을 침해받은 자라 함은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 자기의 기본권이 현재 그리고 직접적으로 침해받은 자를 의미하며 단순히 간접적이거나 사실적인 이해관계가 있을 뿐인 제3자는 이에 해당하지 않는다. 청구인은 이 사건 파견결정으로 인해 파견될 당사자가 아님은 청구인 스스로 인정하는 바와 같고 현재 군복무중이거나 군입대 예정자도 아니다. 그렇다면 청구인은 이 사건 파견결정에 관하여 일반 국민의 지위에서 사실상 또는 간접적인 이해관계를 가진다고 할 수는 있으나, 이 사건 파견결정으로 인하여 청구인이 주장하는 바와 같은 행복추구권 등 헌법상 보장된 청구인 자신의 기본권을 현재 그리고 직접적으로 침해받는다고는 할 수 없다.

2) 평가

① 법정의견의 문제점

현재의 별개의견이 타당하다고 본다. 왜냐하면 이 사건 파병으로 인하여 청구인들의 기본권이 현재, 직접 침해되었다고 볼 수 없고, 따라서 청구인들은 이 사건 파견결정에 대해 적법하게 헌법소원을 제기할 수 있는 자기관련성이 있다고 할 수 없어 마땅히 이 사건 헌법소원 심판청구는 각하되어야 하기 때문이다. 따라서 이 사건은 심판대상인 대통령의 파병결정이 고도의 정치성을 띤 통치행위이기 때문이 아니라 심판청구의 적법성요건을 결했기 때문에 각하되어야 하는 것이다.

그러한 맥락에 비추어 볼 때 이와는 달리 사법부자제를 이유로 이 사건 심판청구를 각하시킨 법정의견은 대단히 잘못됐다고 하겠다. 즉 “이 사건 파견결정은 그 성격상 국방 및 외교에 관련된 고도의 정치적 결단을 요하는 문제로서, … 대통령과 국회의 판단은 존중되어야 하고 헌법재판소가 사법적 기준만으로 이를 심판하는 것은 자제되어야 한다. … 설혹 사법적 심사의 회피로 자의적 결정이 방치될 수도 있다는 우려가 있을 수 있으나 그러한 대통령과 국회의 판단은 궁극적으로는 선거를 통해 국민에 의한 평가와 심판을 받게 될 것이다.”라고 판시함으로써 고도의 정치적 결단에 대하여는 사법심사가 자제되어야 하고 이는 결국

국민에 의한 정치적 판단에 맡겨야 한다는 것인데, 법정의견도 이 사건에서 대통령의 파견결정이 헌법과 법률이 정한 절차를 지켜 이루어진 것임을 전제하고 있듯이 아무리 정치성을 띤 통치행위라도 그것의 헌법과 법률 위반이 문제되고 그에 대한 사법심사의 잣대와 사법심사절차가 마련되어 있다면 당연히 사법심사의 대상이 되어야 한다는 점에서 법정의견은 대단히 잘못된 것이고, 고도의 정치적 결단에 의하여 발동되는 행위이고 그 결단을 존중하여야 할 필요성이 있는 대통령의 행위라도 그것이 국민의 기본권 침해와 직접 관련되는 경우에는 당연히 헌법재판소의 심판대상이 된다고 판시한 앞서 소개한 긴급재정명령 등 위헌확인사건의 판시와도 모순된다. 왜냐하면 긴급재정명령 등 위헌확인사건의 판시대로라면 이 사건의 경우에도 비록 고도의 정치성을 띤 통치행위라도 그것이 국민의 기본권 침해와 직접 관련되는 경우에는 심판대상이 되기 때문에 먼저 문제된 대통령의 행위가 국민의 기본권 침해와 직접 관련되는지의 여부를 판단한 후 그것이 인정된다면 마땅히 사법심사를 해야 했을 것이고, 이 사건의 경우처럼 청구인들의 기본권 관련성이 부정되는 경우라면 고도의 정치성을 띤 대통령의 행위 내지 통치행위라는 이유 때문이 아니라 바로 기본권과의 자기관련성이 없어 부적법한 헌법소원심판제기라는 이유로 심판청구를 각하해야 한다는 논리를 전개했어야 했기 때문이다.

그리고 법정의견의 “... 설혹 사법적 심사의 회피로 자의적 결정이 방치될 수도 있다는 우려가 있을 수 있으나 그러한 대통령과 국회의 판단은 궁극적으로는 선거를 통해 국민에 의한 평가와 심판을 받게 될 것이다.”라는 판시는 헌재가 헌법적 문제를 방치하고 스스로 정치기관이 되고자 한다는 우려를 낳을 수 있다. 왜냐하면 통치행위라도 그것에 헌법적 문제가 있다면 이는 헌재가 판단을 해야지 이를 자제하고 국민의 심판에 넘긴다는 것은 사법자제라는 미명하의 직무유기이고, 그러한 판단 자체가 일종의 정치적 판단으로서 이미 헌재의 권한에 속한다고 볼 수 없기 때문이다. 헌재는 정치적 사법기관으로서, 즉 정치적 투쟁과 타협의 산물로서의 헌법을 기준으로 판단하는 기관으로서 그 결정과정에서 불가피하게 정치적 문제를 고려할 수는 있겠으나 이러한 정치적 고려가—그러한 고려의 결과 사법심사를 할 수 있음에도 불구하고—사법심사 자체를 자제할 수 있는 재량을 부여하는 것은 아니다. 즉 헌법과 법률에 따라 사법심사의 대상이 되고 심사할 수 있다면 법치주의 실현과 권력통제, 기본권보장, 헌법수호 및 중요한 헌법적 해명을 위하여 반드시 판단해야 할 의무가 헌재에게 있는 것이다. 그리고

그러한 심사가 절차상 가능하다면 어디까지나 헌법규정과 원리에 따라 판단해야지 거기에 정치적 판단이 개입될 수는 없다. 바로 그러한 고도의 정치성을 띤, 따라서 정치적으로 민감하고 논란이 되는 행위에 대하여 사법적 통제를 하라고 헌재를 창설한 것이며, 그렇지 않다면 대법원과 별도로 헌법재판소를 설립한 의의가 희석될 것이다. 또한 그렇지 않다면 헌재는 또 하나의 정치기관 내지 정치적 중재자라고 할 수밖에 없을 것이다. 다만 그러한 판단의 결과 파생되는 정치적 문제는 변형결정을 통해서 상당부분 해결될 수 있음은 앞서 언급한 바와 같다. 만일 헌재의 견해대로 궁극적인 판단과 통제는 국민이 선거를 통해 심판할 수밖에 없다면 정치성을 띤 모든 민감한 문제는 결국 국민의 몫이 될 것이고, 헌재에 의한 국가권력의 통제는 요원한 것이며, 유사한 위헌적 관행은 계속될 것이고, 도대체 헌재의 존재의의를 찾을 수 없을 것이다.

한편 법정의견은 위에서 이미 소개한 바와 같이 “이 사건 파병결정은 대통령이 … 국가안전보장회의의 자문을 거쳐 결정한 것으로, 그 후 국무회의 심의·의결을 거쳐 국회의 동의를 얻음으로써 헌법과 법률에 따른 절차적 정당성을 확보했음을 알 수 있다. 그렇다면 이 사건 파견결정은 그 성격상 국방 및 외교에 관련된 고도의 정치적 결단을 요하는 문제로서, 헌법과 법률이 정한 절차를 지켜 이루어진 것임이 명백하므로, 대통령과 국회의 판단은 존중되어야 하고 헌법재판소가 사법적 기준만으로 이를 심판하는 것은 자제되어야 한다.”라고 판시함으로써 대통령의 파병결정이 헌법과 법률에 합치되어 정당성을 확보했음을 강조하고 있다. 이러한 논리는 다음과 같은 문제점을 지니고 있다.

헌법재판소는 대통령의 파병결정에 대한 사법심사를 이미 했다는 점이다. 즉 다수의견은 대통령의 파병결정이 고도의 정치적 결단으로 이에 대한 사법심사는 자제되어야 한다고 주장하고 있지만, 위에서 언급한 바와 같이 대통령의 파병결정이 헌법과 법률이 정한 절차를 지켜 이루어진 것임을 인정했다는 점에서 사법적 자제에 기해서 사법심사를 회피한 것이 아니라 헌법과 법률에의 위반여부를 심사한 것이다. 따라서 대통령의 파병결정에 대한 사법적 심사를 이미 행했음에도 불구하고 그에 대한 사법적 자제를 언급하는 것은 그 자체 논리적 모순이라고 하지 않을 수 없다. 이와 관련하여 법정의견이 “외국에의 국군의 파견결정은 파견군인의 생명과 신체의 안전뿐만 아니라 국제사회에서의 우리나라의 지위와 역할, 동맹국과의 관계, 국가안보문제 등 궁극적으로 국민 내지 국익에 영향을 미치는 복잡하고도 중요한 문제로서 국내 및 국제정치관계 등 제반상황을 고려하여

미래를 예측하고 목표를 설정하는 등 고도의 정치적 결단이 요구되는 사안이다. … 이 사건 파견결정이 … 국가안보에 보탬이 됨으로써 궁극적으로는 국민과 국익에 이로울 것이 될 것인지 여부 및 이른바 이라크전쟁이 국제규범에 어긋나는 침략전쟁인지 여부 등에 대한 판단은 대의기관인 대통령과 국회의 몫이고, 성질상 한정된 자료만을 가지고 있는 우리 재판소가 판단하는 것은 바람직하지 않다고 할 것이며, 우리 재판소의 판단이 대통령과 국회의 그것보다 더 옳다거나 정확하다고 단정짓기 어려움은 물론 재판결과에 대하여 국민들의 신뢰를 확보하기도 어렵다고 하지 않을 수 없다.”라고 판시하고 있는데, 파견결정에 이르기까지의 이러한 대통령의 고려사항들은 순수한 정치적인 문제들로서 그 자체 사법심사의 대상이 될 수 없는 사안들이고 따라서 통치행위에 대한 사법적 자제와는 별개의 문제라고 할 수 있다. 왜냐하면 통치행위에 대하여 사법적 심사를 자제한다는 것은 통치행위의 헌법과 법률에의 위반여부가 문제되고 그에 대한 사법심사의 잣대와 사법심사절차가 마련되어 있으며 더욱이 기본권 침해가 직접 문제될 경우에 그에 대한 사법심사를 할 수 있음에도 불구하고 사법심사를 회피하는 것을 의미하는데, 법정의견이 언급하는 대통령이 고려하고 판단하는 다양한 문제들은 순수한 정치적인 사안들로서 처음부터 그의 헌법과 법률에의 위반여부가 문제될 수 없고, 따라서 그에 대한 사법적 심사의 법적 잣대가 없으며, 따라서 본질적으로 사법심사의 대상이 될 수 없는 사안들이기 때문이다. 즉 통치행위가 사법심사의 대상이 된다는 것은 아무리 고도의 정치성을 띤 국가작용이라도 그것의 헌법과 법률에의 위반여부가 문제되고 그에 대한 사법심사의 잣대와 사법심사절차가 마련되어 있다면 그의 헌법과 법률의 위반여부를 판단하는 사법심사의 대상이 된다는 것이고, 그에 대한 사법심사를 자제한다는 것은 이러한 사법심사의 요건이 충족되어 통치행위에 대한 사법심사를 할 수 있음에도 불구하고 이를 회피한다는 것인데, 이 사건에서 법정의견은 이미 대통령의 파견결정이 헌법과 법률에 위반되는지의 여부를 심사했으므로 이에 대한 사법심사를 이미 한 것이고 따라서 사법적 자제를 하지 아니한 것이며, 법정의견이 사법적 자제의 대상으로 언급한 사안들은 순수한 정치적 문제들로서 그 자체 처음부터 헌법과 법률에의 위반여부가 문제될 수 없고 따라서 그에 대한 사법심사가 성립될 여지가 없는 것이며, 이는 법정의견도 말미에서 “… 그러한 대통령과 국회의 판단은 궁극적으로는 선거를 통해 국민에 의한 평가와 심판을 받게 될 것이다.”라고 언급하고 있듯이 정치적으로 심판될 수밖에 없는 사안들이다.³⁹⁾ 그러므로 법정의견이 대통령의

파병결정에 대한 헌법과 법률에의 위반여부를 이미 판단했으면서도 그것이 고도의 정치적 결단이라는 이유로 그에 대한 사법적 자제를 이유로 사건을 각하한 것은 논리적 모순이고 동시에 통치행위에 대한 사법심사의 문제에 대한 이해가 부족한 것이라고 아니할 수 없다.

결국 법정의견이 대통령의 파병결정에 대한 사법적 자제를 주장하기 위하여 파병결정의 헌법과 법률에 따른 합헌·합법적인 결단이었음을 판단할 필요가 없었다. 왜냐하면 앞서도 언급했듯이 통치행위에 대한 사법적 자제 등의 사법심사의 배제는 그 통치행위의 헌법과 법률에의 위반 여부가 문제됨에도 불구하고 처음부터 그러한 사법적 심사를 배제한다는 것이기 때문에 법정의견이 사법적 자제를 주장하면서 헌법과 법률에의 위반 여부를 판단하는 것은 모순이기 때문이다. 따라서 다수의견이 사법적 자제를 주장하고자 했다면 대통령의 파병결정의 헌법과 법률에의 절차적 합치 여부를 판단할 필요 없이 처음부터 고도의 정치성을 띤 통치행위라는 이유만으로 사법심사가 자제되어야 한다고 논리를 전개했어야 했다.

② 별개의견의 문제점

한편 이 사건 별개의견이 대통령의 파병결정이 통치행위에 해당되는지, 그리고 그럴 경우 사법심사의 대상이 되는지의 여부에 대하여 아무런 언급을 하지 않은 것은 아쉬움을 남긴다고 하겠다. 물론 위에서도 언급했듯이 청구인의 기본권 관련성이 없다는 이유로 이 사건의 각하를 주장한 것은 결론적으로는 타당하다.⁴⁰⁾ 그러나 앞서 소개한 긴급재정명령 등 위헌확인사건에서 헌재가 대통령의 고도의 정치적 결단 등의 통치행위라도 원칙적으로 사법심사의 대상이 된다고 판시한 바 있듯이 이 사건에서도 대통령의 파병결정이 통치행위에 속하는지, 그리고 그러한 행위가 사법심사의 대상이 되는지에 대하여 먼저 언급하고, 그 다음 사법심사의 대상이 되지만 다만 청구인의 기본권 관련성의 결여로 각하시킬 수밖에 없다는 논리를 전개했어야 했다. 또한 이는 헌법소원 내지 헌법재판제도가 가지는 기능 중 하나인 중요한 헌법적 해명의 견지에서도 요구된다고 하겠다.⁴¹⁾ 왜냐하면

39) 동·서독 기본조약에 관한 판례에서도 연방헌법재판소는 사법적 자제라는 것이 사안에 대한 법적 판단을 자제한다는 것이 아니라 다른 헌법기관의 자유로운 정치적 형성 영역에 개입하여 스스로 정치적 행위를 하는 것의 포기를 의미한다는 점을 분명히 하고 있다. BVerfGE 36, 1(14f.).

40) vgl. Hans-Jürgen Papier(각주 8), Rdnr. 31.

41) 헌법재판소는 주관적 권리구제와는 별도로 중요한 헌법적 해명이라는 객관적 이익실현을 헌법재판의

파병결정 등의 대통령의 고도의 정치적 결단이 통치행위에 속하는지, 통치행위에 대한 사법심사는 가능한지, 그리고 가능하다면 그 기준은 무엇이지의 여부는 -그 동안 학설과 판례에서 논란이 되어 왔고, 아울러 판례의 태도가 일관성을 결여하고 있다는 사실에서도 알 수 있듯이- 헌법재판소가 다루어야 할 중요한 헌법적 해명에 속하는 사안이라고 할 수 있기 때문이다. 헌법재판은 일반재판과는 달리 단순히 일정한 사건의 해결에만 그 목적과 기능이 있는 것이 아님은 주지의 사실이다.⁴²⁾

(3) 현재 2004. 10. 21. 2004헌마554등(신행정수도의건설을위한특별조치법 위헌확인)

헌법재판소는 이 사건에서 신행정수도의 건설문제가 고도의 정치적인 문제이지만 사법심사의 대상이 된다는 입장을 취했다. 즉 법정의견은 이전의 긴급재정명령 등 위헌확인사건의 판시와 같은 논거에 입각해 정치적인 문제도 국민의 기본권 침해와 직접 관련되는 경우에는 사법심사의 대상이 된다고 하면서 이 사건 신행정수도의건설을위한특별조치법(이하 ‘특별조치법’이라 함)에 대하여 위헌결정을 내린 반면, 반대의견은 특별조치법으로 인한 기본권침해의 가능성이 없으므로 각하시켜야 한다고 주장하고 있다. 이 판례의 통치행위와 관련한 부분의 요지를 살펴보면 다음과 같다.

1) 결정요지

① 법정의견

i) 우리 헌법의 기본원리인 법치주의의 원리상 대통령, 국회 기타 어떠한 공권력도 법의 지배를 받아야 하고, 모든 국가작용은 국민의 기본권적 가치를 실현하기 위한 수단이라는 데에서 나오는 한계를 반드시 지켜야 하는 것이며, 헌법재판소는 헌법의 수호와 국민의 기본권보장을 사명으로 하는 국가기관이므로, 비록

가능 중 하나로 일관되게 강조하고 있다. 예컨대 현재 1992. 1. 28. 91헌마111, 판례집 4, 51; 1993. 12. 23. 93헌가2, 판례집 5-2, 578; 1997. 11. 27. 94헌마60, 판례집 9-2, 675 등. 이에 대하여 자세한 것은 정연주, 헌법소송론, 법영사, 2015, 424 이하 참조.

42) 헌법재판의 일반재판과 구별되는 특성에 대하여는 정연주, 헌법소원심판청구취하의 효과, 공법연구 28집 4호 2책(2000), 191 이하 참조.

고도의 정치적 결단에 의하여 행해지는 국가작용이라고 할지라도 그것이 국민의 기본권침해와 직접 관련되는 경우에는 당연히 헌법재판소의 심판대상이 될 수 있다.

ii) 신행정수도건설이나 수도이전의 문제가 정치적 성격을 가지고 있는 것은 인정할 수 있지만, 그 자체로 고도의 정치적 결단을 요하여 사법심사의 대상으로 하기에는 부적절한 문제라고까지는 할 수 없다. 더구나 이 사건 심판의 대상은 이 사건 법률의 위헌여부이고 대통령의 행위의 위헌여부가 아닌바, 법률의 위헌여부가 헌법재판의 대상으로 된 경우 당해법률이 정치적인 문제를 포함한다는 이유만으로 사법심사의 대상에서 제외된다고 할 수는 없다.

iii) 대통령의 의사결정이 국민의 기본권침해와 직접 관련되는 경우에는 헌법재판소의 심판대상이 될 수 있고, 이에 따라 위 의사결정과 관련된 법률도 헌법재판소의 심판대상이 될 수 있다. 우리 헌법은 선거권과 같은 간접적인 참정권과 함께 직접적인 참정권으로서 국민투표권을 규정하고 있으므로 국민투표권은 헌법상 보장되는 기본권의 하나이다. 그러므로 대통령의 의사결정이 국민의 국민투표권을 침해한다면, 가사 위 의사결정이 고도의 정치적 결단을 요하는 행위라고 하더라도 이는 국민의 기본권침해와 직접 관련되는 것으로서 헌법재판소의 심판대상이 될 수 있고, 따라서 이 사건 법률의 위헌성이 대통령의 의사결정과 관련하여 문제되는 경우라도 헌법소원의 대상이 될 수 있다.

② 재판관 전효숙의 반대의견

청구인들의 국민투표권 침해 주장은 그러한 권리의 침해가능성 자체가 인정되지 않으므로 부적법하다. 청구인들이 이 사건에서 주장한 다른 기본권의 침해 주장 역시 기본권 침해의 자기관련성, 직접성 혹은 현재성 요건을 갖추지 못하였다. 결국 이 사건은 기본권 침해를 구제하는 최후적·보충적 수단인 헌법소원에서 헌법재판소가 본안판단을 하기에 부적법한 것이다.

2) 평가

① 법정의견의 문제점

법정의견이 이 사건에서 고도의 정치적 결단에 의하여 행하여지는 국가작용에 대하여 이전 일반사법 이라크파병 위헌확인사건의 경우와는 달리 사법적 자제를

주장하지 않고 과거 긴급재정명령 등 위헌확인사건의 판시와 같이 그것이 국민의 기본권 침해와 직접 관련이 있다는 이유로 사법심사의 대상이 된다고 판시한 것은 판례의 일관성 측면에서 문제가 있다. 여기서 법정의견이 고도의 정치적 결단에 따른 국가작용을 사법심사의 대상으로 삼은 것이 결과적으로 타당한지의 여부를 문제 삼는 것이 아니라, 바로 이전의 일반사병 이라크파병 위헌확인사건과의 논리적 모순을 지적하는 것이다. 즉 일반사병 이라크파병 위헌확인 사건에서 고도의 정치적 결단을 요하는 대통령과 국회의 판단은 존중되어야 하고 현재의 사법적 심판은 자제되어야 한다고 하면서 그러한 정치적 판단은 궁극적으로 선거를 통해 국민에 의한 평가와 심판을 받게 될 것이라는 판시를 했는데, 왜 마찬가지로 고도의 정치성을 띠고 헌법과 법률이 정한 절차에 따라 국회에서 의결된 사항이 문제된 이 사건에서는 유독 그러한 자제를 거부하고 논란이 되는 사안에 대하여 개입하여 일종의 정치적 중재자로서 굳이 사법적 판단을 내렸는지가 의문으로 논리의 일관성이 없다는 것이다. 다시 말해 일반사병 이라크파병 위헌확인 사건에서 통치행위에 대한 사법적 자제를 주장했던 법정의견에 가담한 재판관들은 이 사건에서도 역시 사법적 자제를 주장하고 각하결정을 내렸어야 했다는 것이다. 따라서 일반사병 이라크파병 위헌확인 사건에서 뿐 아니라 이 사건에서도 재판관의 헌법과 법률에 대한 이해와 소신에서라기보다는 당해 사건에 대한 재판관의 개인적 성향이나 정치적 견해에 따라 입장이 달라진다는 의구심이 야기될 수 있고, 이는 결국 통치행위의 개념과 그에 대한 사법심사의 가능성 여부에 대한 판단과 관련한 재판관의 입장이 사안에 따라 일관성을 상실한다는 의구심을 낳게 하는 것이다. 다시 말해 사안이 정치적으로 예민하거나 사법심사의 대상으로 삼기에 어려운 점이 있거나 또는 본인 스스로 회피하고 싶은 경우 사법적 자제의 미명하에 사건의 각하를 주장하고, 그렇지 않을 경우에는 적극적으로 사법심사의 대상으로 삼는다는 것이다. 이는 법적 안정성과 예측가능성의 파괴를 가져올 수 있다. 아울러 이는 헌법판례의 설득력 약화와 현재의 권위 실추를 가져올 수 있다. 이는 또한 대통령을 비롯한 헌법재판관의 임명에 관여하는 주체로 하여금 이른바 코드인사를 통해 자신과 가깝거나 정치적 성향이 유사한 또는 자신에게 유리한 결정을 내릴 것으로 예상되는 재판관을 임명하도록 하는 강한 유혹을 증폭시킬 가능성이 있다.

무릇 헌법재판은 한 사건의 해결에 그 기능을 다하는 것이 아니라 이후 유사한 사건에 대하여 하나의 모델로서 지속적으로 그 기준과 판단근거를 제공한다는

점에서, 그리고 중요한 헌법적 해명과 헌법의 통일성 확립의 기능을 가진다는 점에서 헌법판례의 일관성, 특히 정치적으로 민감한 통치행위와 관련한 판례의 일관성과 객관성은 아무리 강조해도 지나치지 않을 것이다.

② 반대의견의 문제점

한편 반대의견을 낸 전효숙 재판관은 이 사건에서 자기관련성, 현재성, 직접성의 결여를 이유로 각하의견을 주장했는데, 같은 정치적인 사건인 일반사병 이라크파병 위헌확인사건에서는 이와는 달리 사법적 자제를 주장했었다. 즉 구체적 사안은 다르지만 매우 고도의 정치성을 띤 이 사건에서는 그러한 의견을 내질 않고 자기관련성, 현재성, 직접성의 결여를 이유로 각하를 주장했는데, 이는 논리적 일관성을 결여했다고 볼 수 있다. 같은 각하결정이라고 하더라도 논거를 달리할 경우 이는 본질적으로 다른 결정이고 아울러 장래의 유사한 다른 사건에서는 매우 다른 결과를 초래할 수 있으므로 논리적 일관성이 요구되는 것은 당연하다고 하겠다. 다시 말해 고도의 정치성을 띤 입법행위나 외교·군사에 관한 행위 등에 대하여 통치행위이론을 적용하여 사법부가 사법적 판단을 자제해야 한다는 논거를 내세울 경우에는 그 행위의 위헌 여부나 기본권침해 여부에 관계없이 본안판단에 들어가지 않고 각하시키게 되나, 자기관련성, 현재성, 직접성의 결여를 이유로 각하의견을 낼 경우에는 기본권 관련성이 부정되는 등 헌법소원제기의 적법요건을 결해서 본안판단에 들어가지 않고 각하시키는 것이라 양자는 근본적으로 다른 것이다. 그런데 전효숙 재판관은 앞서 언급한 바와 같이 이전 일반사병 이라크파병 위헌확인 사건에서 자기관련성, 현재성, 직접성의 결여가 문제됨에도 불구하고 이를 도외시하고 문제된 공권력작용이 고도의 정치성을 띠고 일정한 헌법과 법률이 정한 국회의 절차를 거쳤다는 이유로 사법심사를 하는 것은 적절치 않다는 의견을 낸 반면, 유사하게 정치성을 띠고 정치적으로 논란이 되고 있으며 헌법과 법률이 정한 국회의 의결절차를 거친 이 사건 입법행위에 대하여는 이러한 접근을 하지 않고 구체적인 자기관련성, 현재성, 직접성의 결여 및 기본권침해 여부 등에 대한 사법심사를 했는데, 이는 논리적 일관성을 결여한 것으로 자신의 정치적 입지나 성향에 따라 자의적인 선택을 한 것이라는 의구심을 낳을 수 있다. 여기서 통치행위가 사법심사의 대상이 되어서는 안 된다거나, 또는 이 사건이 사법심사의 대상에서 제외되어야 한다고 주장하는 것이 결코 아니다. 오히려 그 반대이다. 다만 논리적 일관성의 결여를 지적하는 것이다. 이러한 맥락에

비추어보더라도 통치행위라도 그것의 헌법과 법률에의 위반이 문제되고, 헌법과 법률의 잣대로 평가가 가능하고 사법절차가 마련되어 있다면 반드시 사법심사의 대상이 되어야 함을 알 수 있다. 왜냐하면 만일 그렇지 않다면 누차 강조했듯이 정치적으로 예민한 통치행위에 대하여 재판관 내지 현재의 주관적 자의에 따라 사법심사의 여부가 좌우될 것이고, 이것은 법적 안정성과 예측가능성 및 법치주의를 위태롭게 하면서 결국 현재의 독립성과 위상 및 헌재에 대한 신뢰를 파괴할 것이기 때문이다.

V. 결론

결론적으로 아무리 고도의 정치성을 띤 통치행위라 할지라도 헌법과 법률에의 위반이 문제되고 사법심사를 가능케 하는 헌법과 법률의 잣대와 사법절차가 마련되어 있다면 반드시 사법심사의 대상으로 삼아야 하고, 다만 인용결정을 통해 파생될 수 있는 극복하기 어려운 법적 혼란이나 공백, 법적 안정성 파괴 등을 예방하기 위하여, 또는 긴절한 공익이나 국가 간의 신뢰를 보호하기 위하여 불가피할 경우 일종의 변형결정 등이 고려될 수는 있을 것이며, 당사자의 기본권 구제도 예외적으로 다른 대체수단을 통해 이루어질 수 있을 것이다. 이러한 논리구조 한편에서는 기본권보장과 법치주의 및 헌법재판제도를 비롯한 사법제도의 이념과 정신을 구현하고, 다른 한편에서는 사법심사를 통해 파생될 수도 있는 다양한 부작용도 예방할 수 있는 일종의 규범조화적 해석의 결론이라고 할 수 있겠다.

한반도의 평화정착과 남북한 상호교류 및 통일과정에 있어서의 모든 대북관련 정책은 크건 작건 고도의 정치적·외교적 행위로서 통치행위의 성격이 강하다. 그러나 앞서 강조한 바와 같이 모든 통치행위는 사법심사의 대상이 되어야 한다. 그것이 헌법정신이다. 다시 말해 모든 대북정책은 그 내용과 절차 등에 있어서 헌법에 따라 이루어져야 한다. 예컨대 통일의 방법과 절차 및 내용도 헌법 제4조의 평화통일조항에 따라, 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일이어야 한다. 그리고 그밖에 모든 경우에 있어서도 마찬가지이다. 따라서 모든 대북정책에 따른 국가행위는 헌법을 준수해야 하고, 통일의 경우, 즉 통일의 과정과 결과에 있어서도 자유민주적 기본질서에 바탕을 둔, 즉 헌법의 본질적 내용에 바탕을 둔

통일이어야 하지, 통일을 위해 헌법의 본질적 내용이 훼손되어서는 안 된다는 것이다. 그러므로 통일정책을 비롯한 모든 대북정책은 헌법을 준수하고 실현하는 것이어야지 헌법의 본질적 내용을 양보하고 통일을 실현해서는 안 된다는 것이고, 결국 통일정책 등 대북정책이 아무리 중요하다더라도 최후의 궁극적 지상과제는 아니고 어디까지나 헌법의 테두리 내에서 이루어져야 하는, 즉 헌법 대신에 통일이 아니라 헌법 내의 통일, 또는 헌법의 가치를 실현하고 극대화시키는 통일이어야 한다. 따라서 그 과정에서 대북정책이 이러한 헌법을 준수하지 못했다면 당연히 사법심사의 대상이 되어야 하는 것이다.

참 고 문 헌

○ 단행본

권영성, 헌법학원론, 법문사, 2004.

김남진, 김연태, 행정법 I, 법문사, 2004.

김동희, 행정법 I, 박영사, 2004.

김철수, 헌법학개론, 박영사, 2005.

박윤훈, (최신) 행정법강의(상), 박영사, 2004.

정연주, 헌법소송론, 법영사, 2015.

허 영, 한국헌법론, 박영사, 2017.

홍성방, 헌법학, 현암사, 2002.

Stein, Ekkehart, Staatsrecht, 11. Aufl., Tübingen 1988.

Stern, Klaus, Michael Sachs, Johannes Dietlein, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, München 1977.

○ 논문

정연주, 헌법 제29조 제2항에 대한 헌법소원-헌법재판소 1995. 12. 28. 95헌바3 국가배상법 제2조 제1항 등 위헌소원사건과 관련하여, 헌법학연구 5권 2호(1999), 472-499.
_____, 헌법소원심판청구취하의 효과, 공법연구 28집 4호 2책(2000), 191-207.
_____, 통치행위에 대한 사법심사, 저스티스 95호(2006), 29-49.
_____, 독일의 사법제도 : 행정 및 헌법재판의 특성과 일반재판과의 관계를 중심으로, 전남대학교 법률행정논문집 창간호(1991), 79-100.

Bernhardt, Rudolf, Bundesverfassungsgericht und völkerrechtliche Verträge, in: Martin Drath, Christian Starck (Hg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz : Festgabe aus Anlass des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Zweiter Band: Verfassungsauslegung, Tübingen 1976, S. 154-186.

Papier, Hans-Jürgen, Rechtsschutzgarantie gegen die öffentliche Gewalt, in: Josef Isensee (Hg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VI Freiheitsrechte, Heidelberg 1989, S. 1233-1270.

Rojahn, Ondolf, Art. 59, in: Ingo von Münch, Philip Kunig, Brun-Otto Bryde (Hg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, München 2001.

남북교류협력에 대한 법률적용 기준

헌재 2006. 7. 27. 2004헌바68, 구 관세법 제179조 제2항 제1호 등
위헌소원

이 효 원*

I. 서론

2018년 4월 27일 남북한은 판문점에서 정상회담을 개최하고 ‘한반도의 번영, 통일을 위한 판문점선언’을 발표하였다. 5월 26일에는 북미정상회담을 앞두고 다시 정상회담을 개최하였다. 6월 12일 북한과 미국은 싱가포르에서 사상 최초로 정상회담을 개최하고 북한의 완전한 비핵화와 평화체제의 보장, 북미관계의 정상화 추진, 6·25 전쟁 전사자 유해송환 등 4개 사항을 합의하였다.

남북한은 9월 19일 평양에서 남북정상회담을 개최하고 ‘평양공동선언’을 발표하였다. 남북한은 판문점선언 군사분야 이행합의서를 부속합의서로 채택하고, 올해 안에 동·서해선 철도 및 도로 연결을 위한 착공식을 갖기로 하였다. 또한, 개성공단과 금강산관광사업을 우선적으로 정상화하고 환경협력, 산림협력, 보건·의료협력을 강화하기로 하였다. 남북한은 이산가족상봉을 위한 면회소 시설을 조속히 복구하고, 2032년 하계올림픽의 공동개최를 유치하기 위해 노력하기로 하였다. 특히, 북한은 동창리 엔진시험장과 미사일 발사대를 유관국 전문가들의 참관 하에 우선 영구적으로 폐기하기로 하였으며, 김정은 국무위원장은 문재인 대통령의 초청에 따라 가까운 시일 내로 서울을 방문하기로 하였다. 문재인 대통령은 9월 26일 제73차 유엔총회에서 기초연설을 통해 한반도의 항구적 평화와 비핵화를 강조하였다.

* 서울대학교 법학전문대학원 교수.

남북한은 2000년 6·15 남북공동선언을 발표한 이후 개성공단사업, 금강산관광 사업을 비롯하여 교류협력을 활발하게 추진하였다. 하지만, 2010년 천안함 폭침 사건이 발생하자 남한은 이른바 ‘5·24조치’를 통해 개성공단과 금강산관광사업을 제외한 모든 남북교류협력을 중단하였다. 그 이후에도 북한은 연평도 포격, 핵과 미사일실험을 계속하였으며, 2016년 2월에는 개성공단까지 중단하여 남북교류협력은 완전히 중단되고 말았다. 또한, 북한은 2006년부터 2017년까지 6차에 걸쳐 핵실험을 강행하였으며, 이에 대응하여 유엔은 지속적으로 대북제재결의안을 강화하고 있다. 2017년 문재인 정부가 출범하여 제3, 4차 남북정상회담을 개최하고, 북미정상회담이 개최되면서 남북관계는 새로운 국면을 맞이하고 있다.

남북한이 남북관계를 개선하여 교류협력을 재개하고 평화통일을 달성하기 위해서는 남북관계를 법치주의의 틀 안에서 규율함으로써 법적 안정성과 예측가능성을 강화할 것이 요구된다. 현재 남한에는 남북관계와 평화통일을 규율하는 규범적 기준이 정합적으로 체계화되어 있지 않다. 헌법에서 평화통일의 원칙을 규정하고 있지만, 헌법 제3조와 제4조의 조화적 해석이 요구되고 있다. 남북관계와 평화통일에 관해서도 영역과 사안에 따라 개별적 법률이 제정되어 있을 뿐, 종합적이고 체계화된 법률적 틀을 마련하지 못하고 있는 실정이다.

남북관계를 규율하는 법률체계를 정비하기 위해서는 과거 남북교류협력에서 발생한 법적 분쟁을 처리하였던 헌법재판소와 법원의 재판을 체계적으로 분석하고 참고할 필요가 있다. 남북관계의 법적 문제는 최종적으로 사법부의 판단을 통해 확정되기 때문이다. 2000년 이후 헌법재판소와 법원은 남북교류협력의 과정에서 발생하는 다양한 법적 분쟁에 대해 관련 법률을 해석하고 적용하면서 판례를 축적하였다. 이는 향후 남북교류협력에 관한 법률체계를 정비하는 데 중요한 참고가 될 것이다.¹⁾

이 글에서는 헌법재판소가 북한물품을 남한으로 반입하는 과정에서 발생하는 법적 쟁점에 대해 결정한 ‘구 관세법 제179조 제2항 제1호 등 위헌소원(2004헌바 68)’을 분석하고자 한다. 이를 통해 남북교류협력을 규율하는 법률체계를 재점검하고, 미래지향적이고 발전적인 남북교류협력을 위한 법제도를 마련하는 규범적 기준을 제시하고자 한다.

1) 남북관계에 대한 판례에 대해서는 이효원, 판례로 보는 남북한관계, 서울대학교출판문화원, 2012 참조.

II. 결정 요지

1. 사안개요

(1) 사안

청구인은 골동품매매업자이다. 북한주민들이 도굴하거나 절취한 고려시대의 청자 등이 중국 상인들에 의해 불법적으로 반출되어 은밀히 거래되자, 북한산 문화재를 중국에서 저가로 구입하였다. 청구인은 이를 남한으로 밀수입하여 거액에 되팔아 차익을 얻기 위해 수입신고 없이 1997년 5월 10일경부터 1998년 4월 5일 경까지 이를 수입하였다는 공소사실로 2003년 10월 22일 서울고등법원에서 징역 2년 6월에 집행유예 3년 등 유죄판결을 받았다.

청구인은 판결에 불복하여 대법원에 상고를 제기하였고, 위 소송계속 중인 2003년 11월 25일 위 유죄판결의 적용법조인 구 관세법 제179조 제2항 제1호 중 제137조 제1항에 대해 위헌법률심판제청신청을 하였다. 대법원이 2004년 8월 20일 위 제청신청을 기각하는 결정을 하자, 9월 10일 청구인은 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(2) 심판대상

이 사건 심판대상은 구 관세법(1996. 12. 30. 법률 제5194호로 개정되고, 1998. 12. 28. 법률 제5583호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 관세법’이라 한다) 제137조 제1항 중 ‘수입(수출자유지역에의 반입을 포함한다)’ 부분 및 제179조 제2항 제1호 중 제137조 제1항 가운데 ‘수입(수출자유지역에의 반입을 포함한다)’ 부분(이하 ‘이 사건 법률조항들’이라 한다)이 헌법에 위배되는지 여부이다.

구 관세법 제137조(수출·수입 또는 반송의 신고) 제1항은 “물품을 수출·수입(수출자유지역에의 반입을 포함한다) 또는 반송하고자 할 때에는 당해 물품의 품명·규격·수량 및 가격 기타 대통령령이 정하는 사항을 세관장에게 신고하여야 한다”라고 규정한다. 제179조(밀수출입죄) 제2항은 “다음 각 호의 1에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 관세액의 10배와 물품원가 중 높은 금액 이하에 상당하는 벌금에 처한다. 1. 제137조 제1항 및 제2항 또는 제138조의2 제1항의

규정에 의한 신고를 하지 아니하고 물품을 수입한 자”라고 규정한다.

(3) 청구인의 주장

청구인은 다음과 같이 주장하였다.

첫째, 헌법 제3조는 “대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다”라고 규정하고 있음에도 불구하고 법원은 북한 문화재를 구 관세법 제179조 제2항 제1호, 제137조 제1항, 제2조 제1항에 해당하는 외국물품으로 인정하고 있다. 구 관세법의 위와 같은 규정은 죄형법정주의가 요구하는 형벌법규의 명확성원칙에 위반된다. 이는 헌법 제12조 제1항의 죄형법정주의에도 위반된다.

둘째, 구 관세법 제2조 제1항의 ‘수입’은 제2항의 ‘수출’에 대응하는 규정으로서 ‘이 법에서 “수출”이라 함은 내국물품을 외국으로 반출함을 말한다’라고 규정되어 있다. “외국물품”은 외국으로부터 우리나라에 도착된 물품이며(구 관세법 제2조 제3항), “내국물품”은 우리나라에 있는 물품으로 외국물품이 아닌 것으로(구 관세법 제2조 제4항) 각 규정하고 있다. 따라서 위의 ‘수입’에는 “내국물품”이 포함된다고 해석할 수는 없다. 개정된 관세법 제2조 제1호에서는 “수입”의 개념을 외국물품을 우리나라에 반입하거나 우리나라에서 소비 또는 사용하는 것을 말한다고 정의하고 있다. 문화재보호법 제55조 제6항에 의하면 북한의 문화재는 바로 우리 문화재로 볼 수 있음에도 불구하고 청구인의 이 사건 북한 문화재의 반입을 남북교류협력에 관한 법률을 적용하지 아니하고 관세법으로 의율 하는 것은 부당하다. 이는 헌법 제3조에 위반된다.

셋째, 이 사건 법률조항들은 구 특정범죄가중처벌등에 관한 법률(관세)과 결합으로 그 형량이 형벌법규의 적정성 원칙에 위반되는 과도하고 광범위한 벌칙에 해당되어 과잉금지의 원칙에 위반된다. 이는 헌법 제37조 제2항의 과잉제한금지의 원칙에 위반된다.

2. 결정 요지

(1) 주문

이 사건 법률조항들은 헌법에 위반되지 아니하므로 관여 재판관 전원의 일치

된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

첫째, 구 관세법에서 ‘외국물품’을 ‘외국으로부터 우리나라에 도착된 물품으로서 수입신고가 수리되기 전의 것과 수출신고가 수리된 물품’을 말하는 것으로 정의하고 있어 수입대상물품의 제조국 또는 가공국 여하를 불문하고 외국으로부터 우리나라에 도착된 물품을 인취하면 모두 수입으로 규정하고 있다. 남북교류협력에 관한 법률은 교역당사자의 남북 간 물품 이동(단순히 제3국을 경유하는 경우를 포함한다)의 경우에만 적용되는 것이고 단순경유지가 아닌, 북한 이외의 제3국으로부터 우리나라에 도착된 물품에는 관세법 등이 적용되므로 남북교류법이 관세법상의 수입의 개념에 영향을 미치지 아니한다. 따라서 이 사건 법률조항들은 법률조항 자체에 불명확성을 의심할 여지가 보이지 아니하므로 형벌법규의 명확성원칙에 위반되지 않는다.

둘째, 청구인의 주장취지는 당해 사건에서 북한 문화재가 단순경유지가 아닌 제3국으로부터 남한지역에 도착한 경우에도 이 사건 법률조항들을 적용할 것인가의 문제, 즉 순수한 법률의 해석과 적용에 관한 문제로서 헌법재판소의 심판대상이라고 할 수 없고, 또한 헌법 제3조의 영토조항과도 관련이 없다.

(2) 명확성의 원칙 위반 여부

처벌법규의 구성요건이 다소 광범위하여 어떤 범위에서는 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다 하더라도 그 점만으로 헌법 제12조 제1항 후문의 해석상 요구되는 처벌법규의 명확성의 원칙에 반드시 배치되는 것이라고 볼 수 없다. 즉 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람으로 하여금 그 적용대상자가 누구이며 구체적으로 어떠한 행위가 금지되고 있는지 충분히 알 수 있도록 규정되어 있다면 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 위배되지 않는다고 보아야 한다.²⁾ 또한, 처벌법규의 구성요건이 어느 정도 명확하여야 하는 것은 일률적으로 정할 수 없고, 각 구성요건의 특수성과 그러한 법적 규제의 원인이 된 여건이나 처벌의 정도 등을 고려하여 종합적으로 판단하여야 한다.³⁾

첫째, 이 사건 법률조항들이 구 관세법의 다른 규정 및 관련 법령들에 비추어

2) 헌재 1996. 12. 26. 93헌바65, 판례집 8-2, 785 등.

3) 헌재 1992. 4. 28. 90헌바27, 판례집 4, 255 등.

명확성원칙에 위반되는지 여부에 관하여 살펴본다. 구 관세법은 ‘외국으로부터 우리나라에 도착된 물품’뿐만 아니라 ‘수출신고가 수리된 물품’을 인취하는 것도 수입의 개념에 포함시키고 있다. ‘외국물품’은 ‘외국으로부터 우리나라에 도착된 물품’으로서 수입신고가 수리되기 전의 것과 수출신고가 수리된 물품’을 말한다. 구 관세법은 수입의 대상이 된 물품이 어느 나라에서 제조 또는 가공되었는지 여부를 불문하고 외국으로부터 우리나라에 도착된 물품을 인취하면 모두 수입으로 규정하고 있다. 개정된 관세법도 ‘수입’과 ‘외국물품’의 개념을 구 관세법과 동일하게 규정한다.

밀수출입죄의 보호법익은 국가재정수입의 확보와 관세정책의 질서유지로서 이 사건 법률조항들이 특별히 수입목적물의 제조국이나 가공국이 어느 나라인지에 따라 신고의무를 달리 규정하고 그 여하에 따라 밀수출입죄의 범죄성립 여부를 달리 보고 있지 아니하다. 따라서 구 관세법 제179조 제2항 제1호 중 제137조 제1항의 규정에 의한 무신고수입행위의 처벌대상이 되는 수입의 목적물은 제조국 또는 가공국을 불문하고 외국으로부터 우리나라에 도착된 물품이기만 하면 족하다고 할 것이다.

둘째, 이 사건 법률조항들이 남북교류협력에 관한 법률과의 관계에 비추어 명확성원칙에 위반되는지 여부에 관하여 살펴본다. 남북교류협력에 관한 법률은 남한과 북한과의 왕래·접촉·교역·협력사업 및 통신역무의 제공 등 남북교류와 협력을 목적으로 하는 행위에 관하여는 남북교류협력에 관한 법률이 다른 법률에 우선하여 적용된다(동법 제3조). 이 법률에서는 ‘교역’을 남한과 북한 간의 물품의 반출·반입으로, ‘반출·반입’을 매매·교환·임대차·사용대차·증여 등을 원인으로 하는 남한과 북한 간의 물품의 이동(단순히 제3국을 경유하는 물품의 이동을 포함한다)으로 각 규정하고 있다.

여기서 ‘단순히 제3국을 경유하는 물품의 이동’이라 함은 운송 상의 이유 등에 의해 제3국에서 환적, 일시장치 등만 이루어지고 정상적인 수입통관절차는 이루어지지 않았음을 의미한다. 제3국을 단순히 경유하지 않은 물품, 즉 제3국에서 수입통관 후 국내 반입된 물품은 남북교역 대상 물품으로 취급되지 않고 일반수입 물품으로 취급되기 때문에 제3국 단순경유 여부 확인방법으로서 북한에서 경유국, 경유국에서 남한까지의 선하증권에 의거 반입물품이 북한에서 적출되었는지 여부를 확인하고, 아울러 제3국에서 환적·일시장치 등으로 단순 경유하였음을 제3국의 세관 또는 권한 있는 기관이 발급한 증명서에 의하도록 하는 절차가

지도 마련하고 있다.

남북교류협력에 관한 법률은 교역당사자가 물품의 반출·반입을 하고자 할 때에는 당해 물품 또는 거래형태·대금결제방법에 관하여 통일부장관의 승인을 얻어야 하고, 승인을 얻지 아니하고 물품을 반출·반입한 자는 3년 이하의 징역 또는 1,000만 원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다. 남북교류협력에 관한 법률은 동법률에서 정한 교역당사자의 남한과 북한 간 물품 이동(단순히 제3국을 경유하는 경우를 포함한다)의 경우에만 적용되는 것이라고 보아야 한다. 단순경유지가 아닌, 북한 이외의 제3국으로부터 우리나라에 도착된 물품에 대해서는 관세법 등이 적용됨을 확인할 수 있어 남북교류협력에 관한 법률이 관세법상의 수입의 개념에 영향을 미치지 아니한다. 따라서 이 사건 법률조항들은 구 관세법의 다른 규정, 관련 법령 및 남북교류협력에 관한 법률과의 관계 등에 비추어 보면 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람으로 하여금 그 적용대상자가 누구이며 구체적으로 어떠한 행위가 금지되고 있는지 충분히 알 수 있도록 규정되어 있어 법률조항 자체에 불명확성을 의심할 여지가 보이지 아니하므로 형벌법규의 명확성원칙에 위반되지 아니한다.

(3) 헌법 제3조 위반 여부

청구인은 이 사건 법률조항들에 북한물품을 포함하는 것은 헌법 제3조에 위반된다고 주장한다. 하지만, 이 사건 법률조항들이 예정하고 있는 수입의 개념은 제조국이나 가공국을 불문하고 ‘외국으로부터 우리나라에 도착된 물품’을 인취하는 것으로 법률상 명확히 규정되고 있다.

남한과 북한과의 왕래·접촉·교역·협력사업 및 통신역무의 제공 등 남북교류와 협력을 목적으로 하는 행위에 관하여는 남북교류협력에 관한 법률이 다른 법률에 우선하여 적용되고, 남한과 북한 간 물품의 반출·반입 등에 대하여는 대통령이 정하는 바에 의하여 관세법 등이 준용된다. 물품의 반입·반출에 따른 관세의 부과·징수·감면 및 환급 등에 관한 규정을 제외한 관세법의 규정이 준용된다(남북교류협력에 관한 법률시행령 제50조 제3항 제1호). 즉, 남한과 북한의 교역당사자 사이에 교역 등의 행위를 하는 경우에는 남북교류협력에 관한 법률이 우선 적용되고, 필요한 범위 내에서 관세법 등이 준용된다. 그 결과 당해 사건과 같이

단순경유지가 아닌, 북한 이외의 제3국에서 남한으로 물품이 도착된 경우에는 남북교류협력에 관한 법률이 적용될 여지가 없고 관세법 등의 적용만이 문제된다.

청구인의 주장취지는 결국 당해 사건에서 북한 문화재가 단순경유지가 아닌 제3국으로부터 남한지역에 도착한 경우에도 이를 관세법상의 수입에 해당하는 것으로 보아 이 사건 법률조항들을 적용할 것인가의 문제, 즉 순수한 법률의 해석과 적용에 관한 문제로서 원칙적으로 헌법재판소의 심판대상이라고 할 수 없다.⁴⁾ 또한, 헌법 제3조의 영토조항과도 관련이 없다.⁵⁾

(4) 과잉제한금지의 원칙 위반 여부

청구인은 이 사건 법률조항들 중 구 관세법 제179조 제2항의 규정은 구 특정범죄가중처벌등에 관한 법률(관세)과 결합으로 그 형량이 형벌법규의 적정성원칙에 위반되는 과도·광범위한 벌칙에 해당되어 과잉금지의 원칙에 위반된다고 주장한다. 하지만, 이는 이 사건 법률조항들 중 구 관세법 제179조 제2항의 문제가 아니라 이 사건 심판청구의 심판대상 조문이 아닌 구 특정범죄가중처벌등에 관한 법률 제6조 등의 문제이므로 이 사건 법률조항 자체의 위헌이유로 받아들여 판단할 필요가 없다.

3. 분석과 평가

(1) 쟁점의 정리

이 사건은 중국으로 밀반출된 북한 문화재를 남한으로 ‘수입’하는 경우 관세법에 의한 관세의 부과대상이 되는지가 문제가 된 것에서 비롯되었다. 당해 사건에서 피고인은 중국으로 밀수출된 북한 문화재를 세관에 신고하지 않고 국내로 수입하였다는 범죄사실(관세법 위반)로 처벌을 받았다. 이에 피고인은 중국으로 밀반출된 북한 문화재는 관세법상 수입신고의 대상이 되지 않는다고 주장하며 헌법소원심판제청을 신청하였고, 법원에서 기각하자 이 사건 헌법소원심판을 청구

4) 헌재 1992. 6. 26. 90헌마73, 판례집 4, 429 등.

5) 헌재 2005. 6. 30. 2003헌바114, 판례집 17-1, 879.

한 것이다. 헌법재판소는 중국으로 밀반출된 북한 문화재를 들여오는 경우에도 관세법상 ‘수입’에 해당하는 것이 명확하고, 이는 헌법 제3조 영토조항의 해석과는 무관하며, 헌법상 과잉금지의 원칙에도 해당하지 않는다고 판단하였다.

이 결정에서는 다음 사항이 법적 쟁점이 될 수 있다. 첫째, 당해 사건에 적용되는 법률을 확정해야 한다. 당해 사건에 남북교류협력에 관한 법률을 적용할 수 있는지가 쟁점이 된다. 둘째, 명확성의 원칙을 위반했는지 여부이다. 이 결정은 당해 사건에 남북교류협력에 관한 법률이 적용되지 않는다는 것을 전제로 하고 명확성의 원칙을 심사기준으로 적용하였다. 셋째, 이 결정에서 헌법 제3조가 어떤 의미를 가지는지를 판단해야 한다. 헌법 제3조는 제4조와 함께 남북관계를 규율하는 헌법적 근거가 되기 때문이다. 넷째, 당해 사건의 처벌규정에 과잉제한금지의 원칙을 적용하여 심사할 수 있는지 여부이다.

(2) 남북교류협력에 관한 법률의 적용 여부

북한에서 중국으로 밀수출된 북한 문화재를 남한으로 반입하는 것에 대해서는 남북교류협력에 관한 법률을 적용해야 하는가. 이 법률은 “교역”을 남한과 북한 간의 물품의 반출·반입으로(제2조 제2호), “반출·반입”을 매매·교환·임대차·사용대차·증여 등을 원인으로 하는 남한과 북한 간의 물품의 이동(단순히 제3국을 경유하는 물품의 이동을 포함한다)으로(제2조 제3호) 각각 규정한다. 이때 ‘단순히 제3국을 경유하는 물품의 이동’이라 함은 운송 상의 이유 등에 의해 제3국에서 환적, 일시장치 등만 이루어지고 정상적인 수입통관절차는 이루어지지 않았음을 의미한다.

제3국을 단순히 경유하지 않은 물품, 즉 제3국에서 수입통관 후 국내 반입된 물품은 남북교역 대상 물품으로 취급되지 않고 일반수입 물품으로 취급되기 때문에 제3국 단순경유 여부 확인방법으로서 북한에서 경유국, 경유국에서 남한까지의 선하증권에 의거 반입물품이 북한에서 적출되었는지 여부를 확인하고, 아울러 제3국에서 환적·일시장치 등으로 단순 경유하였음을 제3국의 세관 또는 권한 있는 기관이 발급한 증명서에 의하도록 하는 절차까지도 마련하고 있다. 헌법재판소는 이러한 논리로 대상결정의 사건은 ‘단순히 제3국을 경유하는 경우’에 포함되지 않으므로 남북교류협력에 관한 법률을 적용할 여지가 없다고 판단하였다.

하지만, 헌법 제3조에 의해 북한도 대한민국의 영토이므로 이 사건 북한 문화재를 반입한 것에 대해서는 남북교류협력에 관한 법률을 적용해야 한다는 지적이 가능하다. 이 사건은 남한과 북한 간의 물품의 직접적 이동에는 포함되지 않지만, ‘단순히 제3국을 경유하는 경우’에 포함될 수 있다는 것이다. 헌법재판소가 앞에서 설명한 것은 수입통관절차를 거치는 정상적인 교역관계를 전제로 한 것이므로 북한 문화재를 밀수출한 경우에는 그대로 적용하기 어렵다. 이때에는 ‘단순히 제3국을 경유하는 경우’에 포함될 수 있으므로 남북교류협력에 관한 법률이 적용되어야 한다. 남북교류협력에 관한 법률 제3조에 따라 남북교류협력에 관한 법률은 다른 법률에 우선하여 적용되므로 관세법을 적용할 수 없다는 것이다.

남북관계를 규율하는 이론적 기초는 남북한특수관계론이라고 할 수 있다. 이에 따르면, 남북관계는 규범영역에 따라 국내법 또는 국제법이 적용될 수 있고, 국내법의 적용에 있어서도 법률들 사이의 체계적이고 조화적인 해석에 따라야 한다. 이 사안에 대해서는 이 사안이 남북교류협력에 관한 법률이 규정하는 ‘단순히 제3국을 경유하는 경우’에 해당하는지에 따라서 결정된다. 청구인이 북한 문화재를 남한으로 밀수입한 경위를 고려할 때, 남북교류협력에 관한 법률이 예정하는 ‘단순히 제3국을 경유하는 경우’에는 해당하지 않는다고 해석된다. 따라서 이 사안에 대해서는 남북교류협력에 관한 법률을 적용하지 않는 것이 타당하다.

(3) 명확성의 원칙

이 결정에서 명확성의 원칙에 위반되지 않는다고 판단한 것은 타당하다. 명확성의 원칙은 법집행자의 자의적인 집행을 방지하고 수범자로 하여금 일상생활의 예측가능성을 보장하기 위한 것이다. 특히, 범죄와 형벌에 대해서는 죄형법정주의로 나타나며, 이는 법치국가형법의 기본원리가 된다. 죄형법정주의는 범죄와 형벌은 가능한 한 명확하게 규정되어야 하며, 그래야만 무엇이 금지되고 무엇이 허용되는지 일반 국민의 행위규범으로 작동될 수 있다.⁶⁾ 형사처벌의 대상이 되는 범죄의 구성요건은 형식적 의미의 법률로 명확하게 규정되어야 하며, 만약 범죄의 구성요건에 관한 규정이 지나치게 추상적이거나 모호하여 그 내용과 적용범위가 과도하게 광범위하거나 불명확한 경우에는 국가형벌권의 자의적인 행사가 가능하게 되어

6) 성낙인, 헌법학, 법문사, 2018, 1099.

개인의 자유와 권리를 보장할 수 없으므로 죄형법정주의에 위반된다.⁷⁾

헌법재판소는 이 사건에서 무신고수입행위의 처벌대상이 되는 수입의 목적물은 제조국 또는 가공국을 불문하고 외국으로부터 우리나라에 도착된 물품이기만 하면 구 관세법을 적용해야 하고, 남북교류협력에 관한 법률은 남북 간의 물품의 이동(단순히 제3국을 경유하는 물품의 이동을 포함)만 그 적용된다고 해석하였다. 이는 구 관세법과 남북교류협력에 관한 법률은 명확성의 원칙이나 죄형법정주의에 위반되지 않는다고 판단하였다.

북한에서 중국으로 밀수출된 북한 문화재를 남한으로 인취하는 것이 ‘수입’에 해당하는 것이 명확한가. 헌법재판소는 외국으로부터 우리나라에 도착된 물품을 인취하면 모두 수입에 해당하며, 개정 관세법도 ‘수입’과 ‘외국물품’의 개념을 구 관세법과 동일하게 규정한다고 판단하였다. 구 관세법은 수입을 ‘외국으로부터 우리나라에 도착된 물품과 수출신고가 수리된 물품’을 우리나라에 인취하는 것이라고 규정한다. 개정 관세법은 수입을 ‘외국물품을 우리나라에 반입하거나 우리나라에서 소비 또는 사용하는 것’이라고 규정하고, 외국물품이란 ‘외국으로부터 우리나라에 도착한 물품’이라고, 내국물품이란 ‘우리나라에 있는 물품으로서 외국물품이 아닌 것’이라고 각각 정의한다. 개정 관세법에 따르면, 북한에서 중국으로 밀수출된 북한 문화재가 외국물품이어야 수입에 해당된다. 개정 관세법은 적용대상이 되는 물품을 내국물품과 외국물품으로 구분하고 있는데, 외국물품이 아닌 것을 내국물품으로 정의한다. 대상결정에서 문제가 된 북한 문화재는 내국물품인가 외국물품인가. 헌법 제3조에 따르면 북한도 대한민국의 영토에 해당함에도 불구하고 외국물품으로 해석하고, 이를 우리나라에 반입하는 것을 관세법상 ‘수입’에 포함시키는 것은 명확성의 원칙에 위반된다는 지적이 가능하다.

명확성의 원칙에 있어서 법규범의 문언은 어느 정도 일반적·규범적 개념을 사용하지 않을 수 없기 때문에 최대한이 아닌 최소한의 명확성을 요구한다.⁸⁾ 하지만, 그 명확성의 정도는 개개의 법률이나 법조항의 성격에 따라 차이가 있는데, 부담적 성격을 가지는 경우에는 수익적 성격을 가지는 경우에 비해 명확성의 원칙이 더욱 엄격하게 요구된다. 특히, 죄형법정주의가 지배되는 형사처벌 규정과 조세의 징수에 관한 법률조항은 국민의 기본권에 직접적이고 중대한 침해를 초래할 수 있으므로 명확성의 정도가 강화되어야 한다.⁹⁾ 조세법률주의의 원칙상

7) 헌재 2003. 3. 27. 2001헌바39, 판례집 15-1, 246 등.

8) 헌재 2011. 8. 30. 2009헌바128 등, 판례집 23-2상, 304 등.

과세요건, 절차, 결과 등은 모든 면에서 엄격하게 법문언대로 해석하여야 하고 합리적인 이유 없이 확장해석하거나 유추해석해서는 안 된다.¹⁰⁾ 대상결정은 죄형법정주의가 적용되고 조세부과에 관한 법률조항이므로 명확성의 정도가 강화되어야 함에도 불구하고 헌법재판소가 명확성의 정도를 임의적으로 완화하여 해석하였다는 것이다.¹¹⁾

남북교류협력에 관한 법률은 남북한 간의 상호교류와 협력을 촉진하기 위하여 필요한 사항을 규정함으로써 한반도의 평화와 통일에 기여함을 목적으로 제정되었다. 남한과 북한과의 왕래·접촉·교역·협력사업 및 통신역무의 제공 등 남북교류와 협력을 목적으로 하는 행위에 관하여는 남북교류협력에 관한 법률이 다른 법률에 우선하여 적용된다. 남북교류협력에 관한 법률의 적용대상은 ‘남북한 간의 교역’이고, 구 관세법의 적용대상은 ‘수입’과 ‘수출’이므로 서로 구별된다. 특히, 남북교류협력에 관한 법률은 제12조에서 “남한과 북한 간의 거래는 국가 간의 거래가 아닌 민족내부의 거래로 본다”라고 규정하고 있다. 따라서 이 사건이 남북교류협력에 관한 법률의 적용대상이 되는지 여부는 이 법률의 해석을 통해 확정할 수 있고, 이 법률에 따라 구 관세법을 준용하는 것도 법률해석을 통해 명확하게 해결할 수 있다. 따라서 헌법재판소가 이 결정에서 명확성의 원칙에 위반되지 않는다고 판단한 것은 타당하다.

(4) 헌법 제3조의 적용 여부

헌법재판소는 이 사건에 적용되는 법률에 대한 해석은 헌법 제3조의 영토조항과 관련이 없다고 판단하였다. 남북관계에 관한 법률적용은 헌법차원에서는 제3조와 제4조의 규범조화적 해석을 통해 확정해야 한다. 헌법재판소는 이 부분에 대해서는 아무런 설명이나 논증이 없이 이 사건에는 남북교류협력에 관한 법률이 적용되지 않는다고 전제하고 헌법 제3조와 무관하다고 판단한 것으로 보인다. 남북관계를 규율하는 법률체계는 헌법 제3조와 제4조의 해석과 무관할 수가 없다.

헌법재판소는 구 외국환거래법 제37조 제1항 제8호 등 위헌소원사건에서 “남한과 북한이 주민(법인, 단체 포함) 사이의 투자 기타 경제에 관한 협력사업 및

9) 헌재 2001. 11. 29. 2000헌바95, 판례집 13-2, 660 등.

10) 헌재 2012. 7. 26. 2009헌바35 등, 판례집 24-2상, 7.

11) 이부하, 법적 안정성의 의미에서 명확성의 원리, 세계헌법연구 20권 1호(2014), 17.

이에 수반되는 거래에 대하여는 우선적으로 남북교류법과 동법 시행령 및 위 외국환관리지침이 적용되며, 관련 범위 내에서 외국환거래법이 적용된다. 즉 ‘남한과 북한의 주민’이라는 행위 주체 사이에 ‘투자 기타 경제에 관한 협력사업’이라는 행위를 할 경우에는 남북교류법이 다른 법률보다 우선적으로 적용되고, 필요한 범위 내에서 외국환거래법 등이 준용되는 것이다. … 외국환거래의 일방 당사자가 북한의 주민일 경우 그는 이 사건 법률조항의 ‘거주자’ 또는 ‘비거주자’가 아니라 남북교류법의 ‘북한의 주민’에 해당하는 것이다. 그러므로 당해 사건에서 아태위원회가 법 제15조 제3항에서 말하는 ‘거주자’나 ‘기거주자’에 해당하는지 또는 남북교류법상 ‘북한의 주민’에 해당하는지 여부는 앞에서 본 바와 같은 법률해석의 문제에 불과한 것이고 헌법 제3조의 영토조항과는 관련이 없는 것이다”라고 판단한 적이 있다.¹²⁾

남북관계와 평화통일에 관련된 법률의 해석은 헌법 제3조와 제4조와 무관할 수가 없다. 이 사건 결정에 있어서도 헌법의 제3조와 제4조를 규범조화적으로 해석할 때 대상 사건에 적용되는 구 관세법 등 관련 조항이 헌법에 위반되지 않는다고 판단되는 경우에는 이 부분에 대해서 “헌법 제3조의 영토조항과 관련이 없다”라고 설명할 것이 아니라 “헌법 제3조의 영토조항에 위반되지 않는다”라고 판단하는 것이 정확하다.¹³⁾ 당해 사건에서 청구인의 위헌법률심판제청을 기각한 법원은 “구 관세법 제179조 제2항·제1항, 제137조 제1항이 헌법 제3조에 위반되지 않는다”라고 판단하였다. 또한, 뒤에서 설명하는 구 외국환거래법 제27조 제1항 제8호 등 위헌소원에서도 당해 사건을 담당한 법원은 “북한이 외국인 및 북한에 주소 또는 거소를 둔 개인 또는 북한에 주된 사무소를 둔 법인이 비거주자인지 여부는 당해사건의 유·무죄와 관련된 헌법 및 법률해석의 문제일 뿐이며, 이 사건 법률조항 자체에서 북한을 외국으로, 북한에 주소 또는 거소를 둔 개인 또는 북한에 주된 사무소를 둔 법인을 ‘비거주자’로 직접 규정하고 있지 않으므로 헌법 제3조의 영토조항에 위반되지 않는다”라고 판단하였다. 이들 법원에서는 당해 사건에서 관련 법률들이 헌법 제3조와 무관하다고 설명한 것이 아니라 헌법 제3조에 위반되지 않는다고 설명한 것을 주목할 필요가 있다.¹⁴⁾

12) 헌재 2005. 6. 30. 2003헌바114, 판례집 17-1, 879.

13) 이 부분은 남북관계를 규율하는 법률체계에 대한 기본적인 사항이므로 ‘IV. 남북관계를 규율하는 법체계’에서 자세하게 설명한다.

14) 헌재 2005. 6. 30. 2003헌바114, 판례집 17-1, 879.

헌법재판소는 청구인이 이 부분에 대해 주장하는 취지는 이 사건 법률조항들을 적용할 것인가의 문제, 즉 순수한 법률의 해석과 적용에 관한 문제로서 원칙적으로 헌법재판소의 심판대상이 아니라고 판단하였다. 실질적으로는 위헌법률심판의 대상이 아니어서 부적법하다고 판단한 것으로 해석된다. 위헌법률심판은 법률 그 자체를 대상으로 하여 위헌여부를 심판하는 것이므로 법률 그 자체가 아니라 “...로 해석하는 것은 헌법에 위반 된다”라는 것과 같이 특정한 법률해석에 대해 위헌법률심판을 할 수 없다. 하지만, 헌법재판소는 형식적으로 법률해석을 다루는 것이더라도 실질적으로 법률조항 자체의 위헌여부를 다루는 것으로 해석할 수 있는 경우에는 심판대상으로 인정하고 있다. 즉, 위헌법률심판청구가 법률조항 자체의 불명확성을 다루는 것으로 해석할 수 있는 경우, 특정한 법률해석에 대해 법원이 일정한 사례군을 상당 기간에 걸쳐 형성하고 집적인 경우에는 실질적으로 법률조항 자체의 위헌여부를 다루는 것으로 해석할 수 있다.¹⁵⁾

헌법재판소가 위법법률심판의 대상으로 인정하는 구체적인 기준이 명확하지는 않지만, 이 사건 청구인은 법률조항 자체의 불명확성을 다루고 있으므로 위헌법률심판의 대상이 되는 것으로 해석할 수도 있을 것이다. 이때에는 본안판단을 하여 “헌법 제3조의 영토조항에 위반되지 않는다”라고 판단해야 할 것이다.

(5) 과잉제한금지의 원칙의 적용

이 결정에서는 과잉제한금지의 원칙의 위반에 대해 위헌법률심판의 대상이 아니라고 판단하였지만, 본안판단에서 과잉제한금지의 원칙을 적용하여 심사하는 것이 타당하다. 청구인이 주장한 것은 그 형량이 형법법규의 적정성 원칙에 위반되는 과도하고 광범위한 벌칙에 해당된다는 것이다. 이는 구 특정범죄가중처벌등에 관한 법률(관세) 제6조 자체에 대해 위헌을 주장하는 것이므로 심판대상에서 이를 제외하는 것은 타당하지 않다. 헌법재판소는 심판대상을 구 관세법 제137조 제1항 중 ‘수입(수출자유지역에의 반입을 포함한다)’ 부분 및 제179조 제2항 제1호 중 제137조 제1항 가운데 ‘수입(수출자유지역에의 반입을 포함한다)’ 부분으로 제한하였다. 청구인이 주장한 구 관세법 제2조 제1항은 제외하여 심판대상을 축소한 것이다.

15) 헌재 2008. 1. 17. 2007헌마700, 판례집 20-1상, 139 등.

헌법재판소는 주관적 권리구제의 수단일 뿐만 아니라 헌법질서의 통일적 유지를 위한 객관소송의 성격을 가지므로 심판대상을 축소, 변경, 확장할 수도 있다.¹⁶⁾ 이 사건에서 청구인은 구 특정범죄가중처벌등에 관한 법률(관세) 제6조 자체와 그 구성요건적 전제로 구 관세법 제179조 제2항에 대해서도 위헌을 주장하고 있으므로 헌법재판소가 그 심판대상을 축소할 필요가 없고, 권리구제를 위해 본안판단을 하는 것이 타당하다. 헌법재판소도 “청구인이 수표법 제28조 제2항, 제29조 제1항에 대하여만 위헌제청신청을 하였고, 법원의 기각결정 역시 위 조항들에 한정되었으나, 청구인이 다투는 취지로 보건대 수표법 제29조 제1항에 같은 조 제4항을 보태어 보아야만 비로소 의미를 가지므로 묵시적으로나마 수표법 제29조 제4항에 대하여도 청구인의 위헌제청신청이 있었고 그에 관한 기각결정까지 있었다고 보아, 이 사건 심판대상에 포함시켜 함께 판단한다”라고 결정한 적이 있다.¹⁷⁾

다만, 청구인은 구 특정범죄가중처벌등에 관한 법률(관세) 제6조 자체에 대해 위헌을 주장하고 있으나, 이 부분에 대해서는 법원에 위헌법률심판제청을 신청하지 않았고, 법원도 이에 대해 기각결정을 하지도 않았다. 이 사건은 헌법재판소법 제68조 제2항의 규범통제형 헌법소원심판청구인데, 이는 당사자가 법원의 위헌법률심판제청신청 기각결정에 불복하여 헌법소원을 청구하는 것이다. 청구인이 주장하는 구 특정범죄가중처벌등에 관한 법률(관세) 제6조는 이 사건 법률적용의 전제가 되거나 체계적으로 불가분적인 것도 아니므로 이 부분까지 심판대상을 확장하는 것은 타당하지 않다.

Ⅲ. 남북교류협력에 관한 판례

1. 유사 사례

(1) 사안 개요

청구인은 재정경제부장관에게 신고하지 아니하고 북한의 조선아시아태평양위원회와 체결한 경제협력사업권에 관한 잠정합의의 대가 명목으로 미화 2억 달러를

16) 허영, 헌법소송법론, 박영사, 2018, 231-233.

17) 헌재 2001. 1. 18. 2000헌바29, 판례집 13-1, 111.

Bank of China 마카오지점 등에 개설된 아태위원회 지정의 8개 명의의 계좌로 송금하는 방법 등으로 그 지급을 하였다는 공소사실 등으로 서울지방법원에 공소제기되었다. 청구인은 위 재판 계속중 외국환거래법 제27조 제1항 제8호, 제15조 제3항에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나, 위 법원은 공소사실에 대해 유죄판결을 선고하면서 위헌법률심판제청신청을 기각하였다. 이에 청구인은 헌법재판소법 제68조 제2항의 규정에 따라 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

심판대상은 외국환거래법 제27조 제1항 제8호 후단 및 제15조 제3항 중 각 미신고 외국환 지급의 금지 부분의 위헌 여부이다.

(2) 청구인이 주장

청구인은 다음과 같이 주장하였다.

외국환거래법 제15조 제1항의 규정을 고려하면 같은 조 제3항이 규제하려는 외국환 지급의 태양은 ① 국내로부터 외국에 지급하는 경우와 ② 비거주자와 거주자 사이의 지급이다. 청구인에 대한 공소사실은 위 두 가지 중 어디에 해당하는지 분명하지 않으나, 피지급자를 “북한쪽 명의의 계좌”라고 표시함으로써 북한 사람에게 지급되었음을 명확히 하고 있다. 그런데, 청구인에 대한 공소사실이 위 ①의 경우로서 북한이라는 외국에 지급하였다는 것이라면 이는 대한민국의 영토를 한반도와 그 부속도서로 하고 있는 헌법 제3조에 위반된다. 한편, 위 공소사실이 위 ②의 경우라면, 법 제3조 제1항 제12호 및 제13호가 규정하고 있는 거주자의 개념인 ‘대한민국 안에 주소 또는 거소를 둔 개인과 대한민국 안에 주된 사무소를 둔 법인’에 비추어 볼 때 피지급자인 북한 사람이 거주자인지 비거주자인지 명확하지 않다. 나아가 북한 사람을 비거주자, 즉 대한민국 영토 내에 거소를 두지 않은 자로 보는 것이 법 제15조 제1항의 취지라면 이 역시 헌법 제3조에 위반한다.

외국환거래법 제15조 제3항의 “이 법에 의하여 신고를 하여야 하는 거래 또는 행위”는 그 의미가 너무 포괄적이어서 불명확하므로 명확성의 원칙에 위반된다. 또한, 외국환거래법 제15조 제1항의 위와 같은 위헌성은 금지규정인 법 제15조 제3항과 처벌규정인 법 제27조 제1항 제8호에 반영되어 있으므로, 총체적으로 형벌법규를 구성하는 이 사건 법률조항은 헌법에 위반된다.

(3) 결정 요지

이 사건 법률조항에 대해 헌법재판관 전원일치로 헌법에 위반되지 않는다고 판단하였다.

첫째, 명확성의 원칙에 대해서는 그동안의 규범적 기준을 재확인하였다. 즉, 일반적으로 죄형법정주의의 원칙은 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 구성요건을 명확하게 규정할 것을 요구한다. 형벌법규의 내용이 애매모호하거나 추상적이어서 불명확하면 무엇이 금지된 행위인지를 국민이 알 수 없어 법을 지키기가 어려울 뿐더러 범죄의 성립 여부가 법관의 자의적인 해석에 맡겨져 죄형법정주의에 의하여 국민의 자유와 권리를 보장하려는 법치주의의 이념은 실현될 수 없기 때문이다.¹⁸⁾ 이와 같은 형벌규정에 대한 예측가능성의 유무 내지는 법적용자에 대한 해석지침 여부에 대하여는 당해 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것이 아니라 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합 판단하여야 하며, 각 대상 법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 한다는 것이 우리 재판소의 확립된 판례이다.¹⁹⁾

둘째, 외국환거래법 제15조 제3항의 “이 법에 의하여 신고를 하여야 하는 거래 또는 행위”에 대해 명확성의 원칙에 위반되지 않는다고 하였다. 즉, 외국환거래법 제15조 제3항 중 “이 법에 의하여 신고를 하여야 하는 거래 또는 행위” 및 나아가 “그 신고를 하지 아니하고는 당해 거래 또는 행위에 관한 지급등을 하여서는 아니된다”라는 부분이 의미하는 바는 앞서 본 바와 같은 이 법의 목적, 외국환거래 제한의 태양과 절차, 법 제15조와 제18조의 의미, 법상 신고의무규정·금지규정과 처벌규정의 상관관계 등에 비추어 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합 판단하면 그 의미가 불명확하다고 할 수 없으므로, 죄형법정주의가 요구하는 명확성의 원칙에 위배되는 것이라고 할 수 없다고 하였다.

셋째, “거주자 또는 비거주자” 부분에 대해서도 거주자 개념 정의는 앞에서 본 거주성의 기본적인 원리에 따른 것이고, 이들 조항에 포함된 단어들은 대부분 법률용어로서 서술적인 개념을 사용하고 있어 그 의미에 혼동을 초래할 정도로 불명확한 것은 없다고 할 것이므로, 죄형법정주의가 요구하는 명확성의 원칙에 위

18) 헌재 1998. 7. 16. 97헌바23, 판례집 10-2, 243.

19) 헌재 1996. 2. 29. 94헌마13, 판례집 8-1, 126; 2001. 1. 18. 99헌바112, 판례집 13-1, 85.

배되는 것이라고 할 수 없다고 판단하였다. 즉, 외국환거래의 원리는 거주자와 비거주자간의 채권·채무 관계를 규제하는 것인바, 거주자와 비거주자를 구분하는 거주성(居住性) 개념은 국적과는 관계없이 일정 기간을 거주하고 있거나 거주할 의사를 가지고 있고 경제적으로 밀착되어 있는 지역을 기준으로 한다. 즉, 외국 국적을 가진 사람이 대한민국에 경제이익의 중심을 두고 있는 경우에는 외국인이라고 하여도 거주자로 취급되므로, 거주성의 개념이 국적과 논리 필연적인 관계에 있는 것은 아니라고 하였다.

넷째, 이 사건 법률조항은 헌법 제3조의 영토조항과는 관계가 없는 것으로 판단하였다. 헌법이 “대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다”는 영토조항(제3조)을 두고 있는 이상 대한민국의 헌법은 북한지역을 포함한 한반도 전체에 그 효력이 미치고 따라서 북한지역은 당연히 대한민국의 영토가 되므로, 북한을 법 소정의 “외국”으로, 북한의 주민 또는 법인 등을 “비거주자”로 바로 인정하기는 어렵지만, 개별 법률의 적용 내지 준용에 있어서는 남북한의 특수관계적 성격을 고려하여 북한지역을 외국에 준하는 지역으로, 북한주민 등을 외국인에 준하는 지위에 있는 자로 규정할 수 있다고 판단하였다.²⁰⁾

남한과 북한의 주민(법인, 단체 포함) 사이의 투자 기타 경제에 관한 협력사업 및 이에 수반되는 거래에 대하여는 우선적으로 남북협력법에 관한 법률과 동법 시행령 및 위 외국환관리지침이 적용되며, 관련 범위 내에서 외국환거래법이 준용된다. 즉, ‘남한과 북한의 주민’이라는 행위 주체 사이에 ‘투자 기타 경제에 관한 협력사업’이라는 행위를 할 경우에는 남북교류법이 다른 법률보다 우선적으로 적용되고, 필요한 범위 내에서 외국환거래법 등이 준용되는 것이다. 그 결과 당해 사건과 같이 남한과 북한 주민 사이의 외국환 거래에 대하여는 법 제15조 제3항에 규정되어 있는 “거주자 또는 비거주자” 부분 즉 대한민국 안에 주소를 둔 개인 또는 법인인지 여부가 문제되는 것이 아니라, 남북교류협력에 관한 법률 제26조 제3항의 “남한과 북한” 즉 군사분계선 이남지역과 그 이북지역의 주민인지 여부가 문제되는 것이다. 즉, 외국환거래의 일방 당사자가 북한의 주민일 경우 그는 이 사건 법률조항의 ‘거주자’ 또는 ‘비거주자’가 아니라 남북교류법의 ‘북한의 주민’에 해당하는 것이다. 이 사건에서 아태위원회가 법 제15조 제3항에서 말하는 ‘거주자’나 ‘비거주자’에 해당하는지 또는 남북교류법상 ‘북한의 주민’에 해

20) 대법원 2004. 11. 12. 선고 2004도4044 판결.

당하는지 여부는 위에서 본 바와 같은 법률해석의 문제에 불과한 것이고, 헌법 제3조의 영토조항과는 관련이 없다고 하였다.

2. 북한물품의 거래에 관한 주요 법률

(1) 남북교류협력에 관한 법률

남북교류협력에 있어서 법적 문제가 되는 것은 북한물품이나 외국물품을 남한으로 반입하는 경우이다. 이는 남북교류협력의 여건에 따라 다르게 유형화할 수 있다. 즉, 북한물품을 북한에서 남한으로 직접 또는 단순히 제3국을 경유하여 반입하는 경우, 북한물품을 외국물품인 것처럼 위장하여 반입하는 경우, 외국물품을 북한물품인 것처럼 위장하여 반입하는 경우로 구분할 수 있다.

남북교류협력의 과정에서 북한물품을 남한으로 반입하는 경우에 적용되는 기본적인 법률은 남북교류협력에 관한 법률이다. 이 법률은 제1조에서 “이 법은 군사분계선 이남지역과 그 이북지역 간의 상호 교류와 협력을 촉진하기 위하여 필요한 사항을 규정함으로써 한반도의 평화와 통일에 이바지하는 것을 목적으로 한다”라고 규정하여 그 입법취지를 명확하게 밝히고 있다. 이 법률은 남북교역에 있어서 준수하여야 할 절차 규정을 두고 있는데, 제13조에서 물품을 반출·반입하는 경우에는 물품 등의 품목, 거래형태 및 대금결제 방법 등에 관하여 통일부장관의 승인을 받도록 규정하고 있다.

남북교류협력에 관한 법률 제26조 제1항은 “교역에 관하여 이 법에 특별히 규정되지 아니한 사항에 대하여는 대통령령으로 정하는 바에 따라 「대외무역법」등 무역에 관한 법률을 준용한다”라고 규정하고, 같은 조 제3항은 “남한과 북한 간의 투자, 물품 등의 반출이나 반입, 그 밖에 경제에 관한 협력사업과 이에 따르는 거래에 대하여는 대통령령으로 정하는 바에 따라 다음 각 호의 법률을 준용한다”라고 규정하면서 같은 항 제10호에서 “대통령령으로 정하는 법률”을 준용되는 법률의 하나로 규정함으로써 준용되는 법률의 추가를 대통령령에 위임하고 있다.

남북교류협력에 관한 법률에서는 남북한 사이의 교역에 대하여 관세법이나 그 밖에 무역 관련 법령에서 사용되는 ‘수입·수출’이 아닌 ‘반입·반출’이라는 별도의 용어로 사용하면서 이러한 반입·반출이 관세법상의 ‘수입·수출’과 다른

개념으로 상정한다. 이를 전제로 남북교류협력에 관한 법률에서 규정하고 있지 아니한 교역 관련 사항을 규율하기 위해 관세법, 대외무역법을 비롯한 관련 법령을 준용하는 규정을 두고 있다.

한편, 남북교류협력에 관한 법률 제27조 제1항 제3호는 “법 제13조 제1항에 따른 승인을 받지 아니하고 물품등을 반출하거나 반입한 자를 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다”라고 규정하여 미승인 물품을 반입하는 행위를 처벌한다.

(2) 관세법

관세는 국내산업의 보호 및 경제정책적 고려에 따라 수입물품에 대해 부과하는 조세이다. 일반적으로 관세는 수출세, 수입세, 통과세로 구분되지만, 우리나라를 비롯하여 대부분 나라는 수입세만 부과한다. 관세법 제2조는 “이 법은 관세의 부과·징수 및 수출입물품의 통관을 적정하게 하고 관세수입을 확보함으로써 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 한다”라고 규정한다. 남북교류협력에 관한 법률은 제26조 제1항에서 남북교역에 대해 대외무역법 등 무역에 관한 법률을 준용하면서 그 구체적인 내용은 시행령에 위임하고 있다.

남북교류협력에 관한 법률 시행령 제41조 제1항은 “법 제26조 제1항부터 제3항까지의 규정은 「대외무역법」등 관계 법률의 목적을 달성하고 남북교류협력을 촉진하기 위하여 필요한 범위에서 해당 법률을 준용한다”라고 규정하고, 같은 조 제3항은 남북교류협력에 관한 법률 제26조 제3항 제10호의 위임에 따라 남북한 간의 물품 등의 반출이나 반입에 대하여 준용되는 법률 중 하나로서 제1호에서 관세법을 규정하고 있다. 따라서 북한물품을 거래하는 행위에 대해서는 관세법이 적용될 여지가 있다.

특히, 남북교류협력에 관한 법률 제26조 제2항은 “물품 등의 반출이나 반입과 관련된 조세에 대하여는 대통령령으로 정하는 바에 따라 조세의 부과·징수·감면 및 환급 등에 관한 법률을 준용한다. 다만, 원산지가 북한인 물품 등을 반입할 때에는 관세법에 따른 과세 규정과 다른 법률에 따른 수입부과금에 관한 규정은 준용하지 아니한다”라고 규정한다. 또한, 동법 시행령 제41조 제5항은 “관세법을 준용할 때 남한과 북한을 왕래하는 선박 또는 항공기는 관세법 제2조에 따른 ‘외

국무역선' 또는 '외국무역기'로 본다. 다만, 선박 또는 항공기에서 판매할 목적으로 외국물품을 적재하는 경우에는 그러하지 아니하다"라고 규정하여 관세법의 적용범위를 제한하고 있다.

관세법 제241조 제1항은 물품의 교역에 대해 “물품을 수출·수입 또는 반송하려면 해당 물품의 품명·규격·수량 및 가격과 그 밖에 대통령령으로 정하는 사항을 세관장에게 신고하여야 한다”라고 규정하고, 그 이하에서 신고의 요건과 절차 및 세관장의 신고처리 등에 관하여 상세히 규정한다. 관세법은 제11장에서 관세법 위반의 유형에 따라 벌칙 규정을 마련하고 있는데, 대표적으로 제269조(밀수출입죄) 제2항 제1호는 신고를 하지 아니하고 물품을 수입한 경우 5년 이하의 징역 또는 관세액의 10배와 물품원가 중 높은 금액 이하에 상당하는 벌금에 처한다고 규정한다.

관세법 제270조(관세포탈죄 등) 제1항 제1호는 “수입신고를 한 자 중 세액결정에 영향을 미치기 위하여 과세가격 또는 관세율 등을 거짓으로 신고하거나 신고하지 아니하고 수입한 자를 3년 이하의 징역 또는 포탈한 관세액의 5배와 물품원가 중 높은 금액 이하에 상당하는 벌금에 처한다”라고 규정하고, 같은 조 제2항은 “수입신고를 한 자 중 법령에 따라 수입에 필요한 허가·승인·추천·증명 또는 그 밖의 조건을 갖추지 아니하거나 부정한 방법으로 갖추어 수입한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다”라고 규정한다. 같은 조 제4항은 “부정한 방법으로 관세를 감면받거나 관세를 감면받은 물품에 대한 관세의 징수를 면탈한 자는 3년 이하의 징역에 처하거나, 감면받거나 면탈한 관세액의 5배 이하에 상당하는 벌금에 처한다”라고 규정한다.

(3) 대외무역법

대외무역법 제1조는 “이 법은 대외 무역을 진흥하고 공정한 거래 질서를 확립하여 국제 수지의 균형과 통상의 확대를 도모함으로써 국민 경제를 발전시키는 데 이바지함을 목적으로 한다”라고 규정한다. 대외무역법 제2조 제1호는 무역을 “다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 것의 수출과 수입을 말한다. 가. 물품 나. 대통령령으로 정하는 용역 다. 대통령령으로 정하는 전자적 형태의 무체물”이라고 정의하고 있다.

남북교류협력에 관한 법률 제26조 제1항은 “교역에 관하여 이 법에 특별히 규정되지 아니한 사항에 대하여는 대통령령으로 정하는 바에 따라 「대외무역법」 등 무역에 관한 법률을 준용한다”라고 규정한다. 그 시행령 제41조 제1항도 남북교류협력에 대외무역법을 준용하도록 규정한다. 따라서 북한물품을 거래하는 행위에 대해서는 대외무역법을 적용할 여지가 있다.

대외무역법 제33조(수출입 물품등의 원산지의 표시) 제4항 제1호는 물품의 교역과 관련하여 “무역거래자 또는 물품등의 판매업자는 원산지를 거짓으로 표시하거나 원산지를 오인하게 하는 표시를 하는 행위를 하여서는 아니 된다”라고 규정한다. 한편, 대외무역법 제53조의2 제1의2호는 “제33조 제4항 제1호를 위반한 무역거래자 또는 물품등의 판매업자는 5년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처한다”라고 규정하여 원산지 거짓 표시하는 자를 처벌한다.

대외무역법과 관세법은 국가의 물품 교역을 다룬다는 점에서 공통적이다. 하지만, 대외무역법은 무역 자체를 규율하지만, 관세법은 무역에 수반되는 조세를 규율한다. 따라서 양 법률은 그 입법목적과 보호법익에서 차이가 있다. 대법원은 “사위 기타 부정한 방법으로 상공부장관의 수출입 승인을 받는 행위에 대한 처벌 규정인 대외무역법 제68조 제5호와 그와 같은 부정한 방법으로 법령이 정하는 승인 등 조건을 구비, 신고하여 세관장의 수출입면허를 받는 행위에 대한 처벌 규정인 관세법 제181조 제2호는 각각 관할관청이 다를 뿐 아니라 그 입법목적이나 보호법익에 있어서도 서로의 차이가 있어서 독립된 별개의 구성요건이라 할 것이므로, 부정한 방법으로 상공부장관의 수입승인을 얻고 나아가 이를 신고하여 세관장의 수입면허까지 받은 경우에는 관세법 제181조 제2호 위반죄 외에 대외무역법 제68조 제5호 위반죄가 별도로 성립하고, 위 두 죄는 실체적 경합범의 관계에 있다”라고 판단하였다.²¹⁾

(4) 외국환거래법

외국환거래법은 제1조에서 “이 법은 외국환거래와 그 밖의 대외거래의 자유를 보장하고 시장기능을 활성화하여 대외거래의 원활화 및 국제수지의 균형과 통화가치의 안정을 도모함으로써 국민경제의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 한다”라고 규정한다. 외국환거래법 제2조와 제3조에서는 적용대상을 규정하고 있

21) 대법원 1991. 9. 13. 선고 91도1471 판결.

는데, 그 해석을 둘러싸고 남북교류협력에 적용되는지 여부가 쟁점이 된다.

남북교류협력에 관한 법률 제26조 제3항은 “남한과 북한 간의 투자, 물품 등의 반출이나 반입, 그 밖에 경제에 관한 협력사업과 이에 따르는 거래에 대하여는 대통령령으로 정하는 바에 따라 다음 각 호의 법률을 준용한다. 1. 『외국환거래법』”이라고 규정하고 있어 북한물품의 거래에 있어서 지급수단으로 화폐가 유통되는 경우에는 외국환거래법이 적용될 여지가 있다.

외국환거래법 제15조 제2항은 “기획재정부장관은 다음 각 호의 어느 하나에 해당한다고 인정되는 경우에는 국내로부터 외국에 지급하려는 거주자·비거주자, 비거주자에게 지급하거나 비거주자로부터 수령하려는 거주자에게 그 지급 또는 수령을 할 때 대통령령으로 정하는 바에 따라 허가를 받도록 할 수 있다. 1. 우리나라가 체결한 조약 및 일반적으로 승인된 국제법규를 성실하게 이행하기 위하여 불가피한 경우 2. 국제 평화 및 안전을 유지하기 위한 국제적 노력에 특히 기여할 필요가 있는 경우”라고 규정한다.

외국환거래법 제18조 제1항은 “자본거래를 하려는 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 기획재정부장관에게 신고하여야 한다. 다만, 외국환수급 안정과 대외 거래 원활화를 위하여 대통령령으로 정하는 자본거래는 사후에 보고하거나 신고하지 아니할 수 있다”라고 규정한다. 한편, 이 법 제27조는 제15조 제2항에 따른 허가를 받지 아니하거나, 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 허가를 받고 지급 또는 수령을 한 자에 대해 3년 이하의 징역 또는 3억원 이하의 벌금에 처하도록 규정한다.

3. 북한물품의 반입과 관련된 주요 판례

2010년 이른바 ‘5·24조치’ 이후 남북교류협력사업이 중단되자 북한물품을 중국 등 외국물품인 것으로 가장하여 국내에 반입하는 사례가 증가하고 있다. 2000년 이후 남북교류협력이 활발하게 추진되는 시기에는 이중과세방지 등 남북교류협력에 대해 부여한 특혜를 악용하기 위해 외국물품을 북한물품으로 위장하여 국내에 반입하였던 것과는 대비되는 현상이다. 외국물품을 북한물품으로 위장하여 국내에 반입한 경우에는 남북교류협력에 관한 법률 등이 적용될 여지가 없다. 중국에서 생산된 견고추를 구입하여 북한산인 것처럼 가장하여 국내로 반입한

사안에 대해서는 관세법을 적용하여 처벌하였고,²²⁾ 중국산 마세크톤을 북한산으로 허위신고하여 수입한 사안에 대해서는 관세법을 적용하였다.²³⁾

북한물품을 외국물품인 것처럼 위장하여 국내로 반입한 경우에는 남북교류협력에 관한 법률과 관세법, 대외무역법 등 관련 법률의 적용이 중요한 쟁점이 된다. 이러한 사례에서는 북한물품을 외국물품인 것처럼 위장하였으므로 남북교류협력에 관한 법률에서 규정하는 통일부장관의 승인을 받지 않았다. 법원은 유사한 사례에 대해 일관되지 않게 법률을 적용하고 있는 것으로 판단된다.

피고인이 제3국 선적의 화물선을 이용하고 선하증권을 바꿔치기하는 방법으로 북한산 무연탄을 중국 또는 러시아에서 생산된 것처럼 가장하여 국내로 반입한 사안에 대해서는 남북교류협력에 관한 법률과 대외무역법이 동시에 적용되었다. 즉, 통일부장관의 승인을 받지 않고 중국업체를 통해 북한산 물품을 반입하였다는 부분에 대해서는 남북교류협력에 관한 법률 제27조 제1항 제3호, 제13조 제1항(반입반출의 승인)을 적용하였고, 무역거래자로서 원산지를 거짓으로 표시한 부분에 대해서는 대외무역법 제53조의2 제1의2호, 제33조 제4항 제1호(원산지허위표시)를 적용하였다.²⁴⁾ 남북교류협력에 관한 법률과 대외무역법을 모두 적용하여 실제적 경합범으로 인정하였다.

피고인이 북한산 경소마그네시아를 중국으로 운송하여 중국산인 것처럼 허위의 원산지증명서를 발급받아 국내로 수입한 사안에 대해 관세법 제271조 제3항, 제270조 제2항, 제241조 제1항(부정수입)을 적용하여 유죄로 선고하였다.²⁵⁾ 이 사안에서는 관세법만 적용하고 남북교류협력에 관한 법률은 적용하지 않았다. 한편, 피고인이 중국에서 의류원자재를 북한으로 밀반입시켜 북한에서 제조한 의류를 중국을 통해 수입하면서 위 의류를 중국에서 제조한 것처럼 원산지를 속인 사안에 대해서 대외무역법(원산지허위표시)을 적용하여 유죄로 선고하였다.²⁶⁾ 이 사안에서는 남북교류협력에 관한 법률과 관세법을 적용하지 않고 대외무역법만 적용하였다.

22) 인천지방법원 2012. 2. 10. 선고 2011고합873 판결.

23) 서울고등법원 2014. 8. 22. 선고 2014노1297 판결. 이 사안에서 피고인은 중개인에 불과할 뿐, 관세법 제241조 제1항에서 규정하는 ‘물품을 수입하는 자’에 해당된다는 증거가 부족하다는 이유로 무죄가 선고되었다.

24) 대구지방법원 포항지원 2014. 2. 10. 선고 2013고합66 판결.

25) 대법원 2015. 5. 14. 선고 2015도2814 판결.

26) 서울중앙지방법원 2014. 2. 20. 선고 2013고단8532 판결.

피고인이 북한화가의 산수화 등을 세관장에 신고하지 않고 중국에서 국내로 반입한 사안에 대해 관세법(부정수입)을 적용하여 유죄로 선고하였다.²⁷⁾ 피고인은 물품을 수입하려면 해당 물품의 품명, 규격, 수량 및 가격 등을 세관장에게 신고해야 함에도 불구하고 신고하지 않았다는 것이다. 이 사안에서도 남북교류협력에 관한 법률을 적용하지 않았으며, 북한 미술품은 대외무역법에서 규정하는 원산지표시대상물품에 해당되지 않아 원산지허위표시를 처벌하는 대외무역법을 적용하지 않은 것으로 보인다. 한편, 피고인이 북한산 감자전분을 구입하여 중국산으로 포대같이하여 국내로 운송하면서 인천세관에 원산지를 중국산으로 신고하여 수입한 사안에 대해서는 관세법(부정수입, 관세포탈)과 대외무역법(원산지허위표시)을 적용하여 모두 유죄로 선고하였다.²⁸⁾

IV. 남북관계를 규율하는 법체계

1. 남북한특수관계론

남북한은 각각 헌법규범적으로 상대방을 국가로 인정하지 않는다. 남북관계에 대해 국제법을 적용할 수 없고, 상대방에 대해 자신의 국내법을 적용할 수도 없다. 남북한은 상호 간에는 교류협력을 통해 평화통일을 지향하지만, 국제사회에서는 국제법의 주체로 활동한다. 남북한특수관계론은 남북관계의 특수성을 헌법 이론적으로 설명하는 틀이다. 이를 통해 남북한 사이에 발생하는 법률의 충돌과 모순을 합리적으로 해결할 수 있다. 남북한특수관계론은 국내법적으로는 북한의 이중적 지위를 인정하면서, 국제법적으로도 특수한 지위를 인정한다. 즉, 북한은 국내법적으로는 헌법상 불법단체 또는 국가보안법상 반국가단체로서의 지위와 동시에 평화통일을 위한 대화와 협력의 동반자로서의 지위를 이중적으로 가진다. 한편, 국제법적으로는 국제사회에서 독립된 주권을 가진 국가로서 활동하고 있어 독립된 국제법상 주체로서 인정되고 있다.²⁹⁾

27) 인천지방법원 2012. 5. 3. 선고 2012노362 판결.

28) 인천지방법원 2012. 2. 16. 선고 2011고단6850 판결.

29) 이효원, 통일법의 이해, 박영사, 2018, 89-94.

헌법 제3조와 제4조는 북한의 법적 지위에 대해 서로 모순되는 내용을 담고 있다. 하지만, 헌법의 특성을 고려하여 이들을 통일적이고 규범조화적으로 해석하여 그 규범적 의미를 명확하게 해야 한다. 헌법 제3조는 통일에 관한 핵심적 규정으로서 대한민국의 영토를 법률상 회복하여야 할 책무를 부과하고 있는 목적규정이며, 평화통일이 실현되었을 경우에 성립하는 통일국가의 최종적인 영토의 범위를 설정한 것이다. 한편, 헌법 제4조는 제3조에서 천명한 통일의 책무를 현실적으로 실천하기 위한 수단으로 분단상황을 극복하고 평화통일을 추구하고 있다는 것을 선언한 것이다. 따라서 헌법 제3조가 제4조에 비해 규범체계적으로 우월한 효력을 가진다고 할 수 있다.

헌법재판소와 대법원도 헌법 제3조의 규범력을 인정한다는 전제 하에 헌법 제4조와의 규범조화적 해석을 통해 남북한특수관계론을 채택하였다. 대법원은 오랫동안 북한에 대해 제3조의 규범력을 인정하여 국가보안법을 적용하였다.³⁰⁾ 1987년 개정된 현행헌법에서 제4조를 신설한 이후에는 제3조의 규범력을 인정하면서도 제4조를 평화통일정책의 헌법적 근거로 판단하였다. 북한을 평화통일을 위한 대화와 협력의 당사자로 인정하고 남북교류협력에 대해 헌법적 정당성을 부여한 것이다.³¹⁾

헌법재판소는 제4조의 통일조항을 신설한 현행헌법에서 처음으로 설치되었다. 헌법재판소는 처음부터 헌법 제3조와 제4조를 규범조화적으로 해석하였다. 즉, 북한의 이중적 지위를 인정하고 북한을 대화와 협력의 일방 당사자로 인정하는 헌법적 근거로서 제4조를 제시하였다.³²⁾ 이와 동시에 남북한의 유엔 동시가입, 남북기본합의서의 체결에도 불구하고 북한의 반국가단체성에 대해서는 아무런 변화가 없다고 판단하였다. 이는 남북한특수관계를 전제로 남북교류협력에 헌법적 정당성을 부여하였다는 점에서 큰 의미가 있다.³³⁾

남북한특수관계론은 남북관계에 대해 적용하는 법률을 확정하는 규범적 기준이다. 북한이 반국가단체로서 활동하는 규범영역에서는 헌법 제3조와 국가보안법 등 국내법이 적용되고, 헌법 제4조와 이를 근거로 하여 제정된 남북교류협력에 관한 법률 등 국내법률과 남북합의서는 적용되지 않는다. 북한이 평화통일을

30) 대법원 1983. 3. 22. 선고 82도3036 판결; 1986. 10. 28. 선고 86도1784 판결; 1987. 7. 21. 선고 87도1081 판결 등.

31) 대법원 2000. 9. 29. 선고 2000도2536 판결; 대법원 2008. 4. 17. 선고 2003도758 판결 등.

32) 헌재 1993. 7. 29. 92헌바48, 판례집 5-2, 65 등.

33) 이효원(각주 29), 99-102.

위한 대화와 협력의 동반자로서 활동하는 규범영역에서는 헌법 제4조와 남북교류협력에 관한 법률 등과 남북합의서가 적용된다. 이때에는 원칙적으로 국제법원칙이 적용되지만, 남북관계의 특수성을 고려하여 국제법원칙을 변용할 수 있을 것이다.

2. 남북관계에 대한 규범체계

(1) 남한법률

남북관계를 규율하는 남한법률에는 남북관계 발전에 관한 법률, 남북교류협력에 관한 법률, 남북협력기금법, 거래말큰사전 남북 공동편찬사업회법, 민주평화통일자문회의법, 통일교육지원법, 북한인권법, 북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률, 남북 이산가족 생사확인 및 교류촉진에 관한 법률, 남북주민 사이의 가족관계와 상속 등에 관한 특례법, 개성공업지구 지원에 관한 법률 등이 있다. 이외에도 접경지역 지원 특별법, 자연환경보전법, 군사기지 및 군사시설 보호법 등 남북한의 분단으로 인하여 발생하는 특수사정을 반영한 법률도 있다. 또한, 국가보안법과 형법 등도 북한과 관계에서 발생하는 사안을 규율하기도 한다. 이들 법률은 대부분 남한지역에서 남한주민에게 적용되는 것을 전제로 한다. 하지만, 남북교류협력에 관한 법률, 남북 이산가족 생사확인 및 교류촉진에 관한 법률, 남북주민 사이의 가족관계와 상속 등에 관한 특례법, 북한인권법은 일정한 북한주민에게 적용된다.

남북관계를 규율하는 남한법률은 그 입법취지에 따라 규율대상을 다양하게 제한하고 있다. 즉, 인적 범위를 북한이탈주민이나 일정한 범위의 북한주민으로 제한하거나 장소적 범위를 남한의 특별지역으로 제한한다. 또한, 사항적 범위를 가족관계, 상속, 사전편찬 등으로 제한하기도 한다. 이들 법률은 남북한특수관계론에 따라 그 적용범위를 달리하게 된다. 즉, 북한이 불법단체 또는 반국가단체로 활동하는 규범영역에서는 형법과 국가보안법이 적용될 것이고, 평화통일을 위한 대화와 협력의 상대방으로 활동하는 규범영역에서는 남북교류협력에 관한 법률 등이 적용될 것이다.

남한법률 가운데 일부는 남북관계를 직접적으로 규율하는 내용을 포함한다. 남북관계 발전에 관한 법률은 제3조 제1항에서 “남한과 북한의 관계는 국가간의

관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계이다”라고 규정한다. 남북주민 사이의 가족관계와 상속 등에 관한 특례법도 제2조에서 “이 법을 해석·적용할 때에는 남한과 북한의 관계가 국가 사이의 관계가 아닌 평화적 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계임을 고려하여야 한다”라고 규정하여 남북관계의 특수성을 선언한다. 남북교류협력에 관한 법률도 제1조에서 “남한과 북한간의 상호교류와 협력을 촉진하기 위하여” 제정된 것이라고 규정하고, 제3조에서 “남북교류와 협력을 목적으로 하는 행위에 관하여는 다른 법률에 우선하여 적용한다”라고 규정하여 그 우선적 효력을 밝히고 있다. 특히, 남북관계 발전에 관한 법률은 제2항에서 “남한과 북한간의 거래는 국가간의 거래가 아닌 민족내부의 거래로 본다”라고 규정하여 남북관계에 있어서 국제법을 변용할 수 있는 근거를 마련하고 있다. 이 규정들은 모두 남북한특수관계론에 기초하고 있다고 판단된다.

(2) 북한법률

북한은 2004년 국민들의 준법의식을 높여 온 사회에 준법기풍을 확립하기 위하여 처음으로 ‘조선민주주의인민공화국 법전(대중용, 제1판)’을 출판하였다. 2012년에는 김일성 탄생 100주년과 김정일 탄생 70주년을 기념하여 제2판을 발행하였으며, 2016년에는 제2판의 증보판을 발행하였다. 여기에서는 주권부문을 비롯하여 총 18개의 부분을 구분하여 총 224개의 부문법이 게재되어 있다. 남북관계를 규율하는 법률에는 북남경제협력법, 개성공업지구법이 있다. 여기에 금강산관광지구법은 삭제되었고, 그 대신 2011년 제정된 금강산국제관광특구법이 포함되었다. 한편, 2002년 제정된 신의주특별행정구기본법은 특별행정구역이 실패하였음에도 여전히 법전에 포함되어 있는 것이 특징이다. 신의주특별행정구기본법은 신의주에 특별행정구를 설치하고, 입법권, 행정권, 사법권 등 광범위한 자치권을 부여하였다. 하지만, 특별행정구 초대장관으로 임명된 양빈이 중국에 의해 탈세 등 혐의로 체포되면서 특구개발은 중단되고 말았다.

북한헌법은 제1조에서 “조선민주주의인민공화국은 전체 조선인민의 리익을 대표하는 자주적인 사회주의국가이다”라고 규정한다. 제9조에서는 “조선민주주의인민공화국은 북반부에서 인민정권을 강화하고 사상, 기술, 문화의 3대혁명을 힘있

게 벌려 사회주의의 완전한 승리를 이룩하며 자주, 평화통일, 민족대단결의 원칙에서 조국통일을 실현하기 위하여 투쟁한다”라고 규정한다. 북한도 남한과 마찬가지로 헌법규범적으로 남한을 국가로 인정하지 않는다. 다만, 통일을 달성하는 과정에서 남북교류협력을 위해 북남경제협력법과 개성공업지구법을 특별법으로 제정한 것이다.

북한은 대외경제부분에서 합영법, 합작법, 외국인투자법, 대외경제중재법 등을 제정하였다. 2013년에는 특수경제지대인 경제개발구의 일반법인 경제개발구법을 제정하였고, 라선경제무역지대법, 황금평·위화도경제지대법, 신의주특별행정구 기본법 등을 제정하였다. 북한은 이들 법률을 통해 경제특구정책을 추진하고 있지만, 이들 법률은 남북교류협력에 적용되는 것이 아니라 외국과의 경제협력을 전제로 제정된 것이다. 북한은 남한의 국가보안법에 대응하는 특별법을 두지 않고 국가안보범죄에 대하여는 사회주의형법을 통하여 규율하고 있다. 즉, 제3장 반국가 및 반민족범죄에서 국가전복음모죄, 반국가선전·선동죄, 조국반역죄, 간첩죄, 민족반역죄 등에 대하여 자세하게 규정하고 있다. 이 범위에서는 남한과의 관계를 규율한다.

북한은 2005년 북남경제협력법을 제정하였는데, 이 법률은 협력사업의 승인, 남북한 주민의 출입·체류·거주 등 인적 교류, 물자의 반출입과 재산권 보호 등 물적 교류, 노력채용 방법, 세금과 결제방식 등 남북한 사이에 진행되는 경제협력 분야의 전반을 규율하고 있다. 즉, 남한의 남북교류협력에 관한 법률에 대응하여 남북경제협력을 총괄하여 규율하는 기본법이라고 할 수 있다. 이 법은 북한지역은 물론 남한지역에도 적용되며, 북한의 기관 등은 물론 남한의 법인과 개인에게도 적용된다고 규정한다(제3조). 또한, 북남경제협력에 관한 분쟁해결을 위해 남북상사중재위원회를 이용할 수 있는 근거도 규정하고 있다(제27조). 하지만, 이 법은 남북한의 경제협력에 대해서만 규율하여 그 적용범위가 제한적이며, 현실적으로 시행되지 않고 있다고 평가된다.

북한은 2002년 개성공업지구법을 제정하였는데, 개성공단에서는 북한법이 남한주민에게도 적용되는 것을 전제로 하고 있다. 다만, 제9조에서 “공업지구에서 경제활동은 이 법과 그 시행을 위한 규정에 따라 한다. 법규로 정하지 않은 사항은 중앙공업지구 지도기관과 공업지구 관리기관이 협의하여 처리한다”라고 규정하여 경제활동에 대해서는 북한법률의 적용을 배제한다. 북한은 이 법에 따라 개

성공단사업을 위해 16개의 하위규정, 16개의 시행세칙, 그리고 51개의 사업준칙을 제정하였다. 하지만, 2006년 2월 개성공단이 전면적으로 중단된 상태이다. 북한은 2002년 금강산관광지구법을 제정하고, 9개의 하위규정도 제정하였다. 하지만, 이 법이 예정하고 있던 시행세칙이나 사업준칙을 제정하지 않았으며, 관리위원회도 구성하지 않았다. 2008년 금강산관광객의 사망으로 금강산관광사업이 중단되었으며, 2011년에는 금강산관광지구를 국제관광특구로 지정하고, 5월 31일 금강산국제관광특구법을 채택하였다.

(3) 남북합의서

남북한은 서로 다른 법적 이념과 법률체계를 가지고 있다. 이러한 법률의 모순과 충돌을 해결하면서 남북관계를 규율하기 위해서는 남북합의서가 매우 중요하다. 남한 또는 북한의 법률을 일방적으로 적용하는 것은 불가능하고, 전적으로 국제법체계로 규율해서도 안 된다. 분단상황에서 남북교류협력을 추진하기 위해서는 남북한이 각각 자신의 법률을 자신의 지역과 주민에게 적용하면서 일정한 사항에 대해서는 남북합의서를 체결하여 적용하는 것이 가장 현실적이고 바람직하다. 남북관계를 법치주의의 틀 안에서 안정적이고 예측가능하도록 규율하기 위해서는 남북합의서를 체결하고, 이에 대해 법적 구속력을 부여함으로써 규범화시키는 것이 필요하다.³⁴⁾

남북한은 1972년 ‘7·4 남북공동성명’을 시작으로 2018년 4월 현재까지 총 250여개의 남북합의서를 체결하였다. 그 대부분은 2000년 6·15 남북공동선언 이후에 체결되었다. 국제법주체간 체결되는 합의는 그 명칭과 관계없이 실질적인 내용과 법적 효력에 따라서 조약과 신사협정으로 구별된다.³⁵⁾ 일반적으로 조약은 법적 효력을 가지므로 법적인 권리와 의무의 효과를 발생시키고, 당사자를 법적으로 구속하는 구속력과 이를 국내적으로 집행하는 집행력을 가진다. 한편, 신사협정은 단순히 정치적 의사표명이나 협력의지를 표명하는 합의로서 당사국의 신의에 기반한 자발적인 이행에 의존하여 금반언의 효과를 가질 뿐 법적 구속력을 가지지 않는다. 남북합의서도 조약 또는 신사협정으로 구별될 수 있으며, 이는 그 명칭이나

34) 남북합의서의 법적 쟁점에 대해서는 이효원(각주 29), 131-159.

35) 조약의 개념과 권원에 대해서는 정인섭, 신국제법강의, 박영사, 2018, 280-285.

형식과 무관하게 남북한 당사자의 의사와 내용을 기준으로 판단해야 한다.

남북한이 체결한 남북합의서의 대부분은 고도의 정치적 통치행위의 결과로 나타나는 정치적 선언 또는 선언적 성격의 정치적 합의에 불과하였으며, 법적 구속력을 가지고 남북관계를 규율하는 규범으로서 기능하지 못한 것으로 평가된다. 즉, 조약으로서의 성격과 효력을 갖지 않는다는 것이다. 특히, 헌법재판소는 1991년 체결된 남북기본합의서에 대해 “이는 한민족공동체 내부의 특수관계를 바탕으로 한 당국 간의 합의로서 남북당국의 성의 있는 이행을 상호 약속하는 일종의 공동성명 또는 신사협정에 준하는 성격을 가짐에 불과하다”라고 판단하였다.³⁶⁾ 대법원도 “남북한 당국이 각기 정치적인 책임을 지고 상호간에 그 성의 있는 이행을 약속한 것이기는 하나 법적 구속력이 있는 것은 아니어서 이를 국가 간의 조약 또는 이에 준하는 것으로 볼 수 없고, 따라서 국내법과 동일한 효력이 인정되는 것도 아니다”라고 판단하였다.³⁷⁾ 남북한이 정상회담을 개최하고 체결한 6·15남북공동선언, 10·4남북공동선언, 판문점선언, 평양공동선언도 정치적 선언으로서 신사협정에 해당할 뿐, 법률적 효력을 갖는 조약은 아니라고 판단된다.

남북합의서 가운데 법률적 효력을 갖는 조약도 있다. 이는 ‘남북 사이의 투자보장에 관한 합의서’ 등 4개 경협합의서와 그 후속조치로 체결된 ‘개성·금강산 지구 출입·체류합의서’ 등 9개 합의서이다. 이들은 통일부와 외교통상부가 공동으로 발의하여 헌법 제60조 제1항에 따라 국회의 사전동의를 받았으며, 북한도 북한헌법에 따라 최고인민회의 상임위원회의 결정을 받았다. 남북한은 남북합의서에서 규정한 바에 따라 발효통지문을 교환하는 등 소정의 절차를 경료하였다. 이들에 대해서는 일반조약과 달리 조약번호를 부여하지 않고 ‘남북합의서 제1호’ 등과 같은 형식으로 공포하였다. 하지만, 법원은 “남북 사이의 소득에 대한 이중과세방지 합의서는 남북한 당국이 각기 정치적인 책임을 지고 상호간에 그 성의 있는 이행을 약속한 것으로서 이를 국가 간의 조약 또는 이에 준하는 것으로 볼 수 없다”라고 판단한 적이 있다.³⁸⁾ 남한은 2005년 남북관계 발전에 관한 법률을 제정하여 남북합의서의 체결절차와 법적 효력을 규정하고 있고 있다.

36) 헌재 2000. 7. 20. 98헌바63, 판례집 12-2, 52.

37) 대법원 1999. 7. 23. 선고 98두14525 판결.

38) 청주지방법원 2011. 6. 9. 선고 2010구합2024 판결.

V. 남북교류협력에 적용되는 법률체계

1. 기본원칙

남북한은 2000년 이후 교류협력을 확대하여 추진하였으며, 이 과정에서 다양한 법적 분쟁이 발생하였다. 이를 해결하기 위해 남북주민 사이의 가족관계와 상속 등에 관한 특별법 등을 제정하기도 하였으나, 남북교류협력에 적용되는 법제도를 체계적으로 정비하지는 못하였다. 남북교류협력을 하는 과정에서 발생하는 법적 분쟁에 대해서는 남북한특수관계론에 따라 해결해야 한다. 즉, 북한이 평화통일을 위한 대화와 협력의 동반자로서 활동하는 규범영역에서는 남북교류협력에 관한 법률 등과 남북합의서가 적용된다. 한편, 북한이 반국가단체로서 활동하는 규범영역에서는 국가보안법 등 국내법이 적용된다.

헌법재판소는 남북교류협력에 적용하는 법률관계에 대해 규범적 기준을 제시한 바 있다. 헌법재판소는 국가보안법과 남북교류협력에 관한 법률의 관계에 대하여 양 법률은 상호 그 입법목적과 규제대상을 달리 하는 것이라고 판단하였다.³⁹⁾ 즉, 국가보안법은 국가의 안전을 위태롭게 하는 반국가활동을 규율하기 위한 법률이고, 남북교류협력에 관한 법률은 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책을 수립하고 이를 추진하기 위한 법률이므로 헌법의 규범조화적 해석을 통하여 서로 양립할 수 있다고 전제하고 있는 것이다. 이에 대해서는 남북교류협력에 관한 법률과 국가보안법을 일반법과 특별법의 관계로 파악해야 한다는 반론이 있다.⁴⁰⁾ 하지만, 남북교류협력에 관한 법률이 국가보안법과 동일한 규율대상에 대해 적용하는 경우에는 일반법과 특별법의 관계로 해석하는 것이 체계적이고 규범조화적 해석이라고 하겠다.

남북한이 교류협력을 추진하는 것은 원칙적으로 북한을 평화통일을 위한 대화와 협력의 동반자로서 인정하는 것을 전제로 한다. 따라서 남북교류협력에 관한 법률과 같이 남북관계를 규율하기 위해 제정된 법률이 직접 적용된다. 대법원은 “개별 법률의 적용 내지 준용에 있어서는 남북한의 특수관계적 성격을 고려하여 북한지역을 외국에 준하는 지역으로, 북한주민 등을 외국인에 준하는 지위에 있는

39) 헌재 1993. 7. 29. 92헌바48, 판례집 5-2, 65.

40) 성낙인(각주 6), 314. 위 헌법재판소 결정의 소수의견도 동일.

자로 규정할 수 있다고 할 것이다”라고 판단하였다.⁴¹⁾

2. 구체적 기준

남북교류협력에 적용되는 법률체계에 대해서는 다음과 같은 기준을 제시할 수 있다.

첫째, 남북한 주민이 교류협력을 추진하는 과정에서 발생하는 법률관계에 대해서는 남북교류협력에 관한 법률이 기본법으로 적용된다. 1990년 제정된 남북교류협력에 관한 법률은 남북한의 상호교류와 협력을 촉진하고, 한반도의 평화와 통일에 기여함을 목적으로 한다. 이 법률은 제3조에서 “남북교류와 협력을 목적으로 하는 행위에 관하여는 이 법률의 목적 범위 안에서 다른 법률에 우선하여 이 법을 적용한다”라고 규정한다. 이 법률은 물품의 반출·반입 등 물적 교류에 대하여도 남북한의 거래를 국가 사이의 거래가 아닌 민족내부의 거래로 보아 다양한 특례를 인정한다. 헌법재판소도 “남북교류협력에 관한 법률은 평화적 통일과 남북교류를 위한 기본법으로서의 성격을 갖고 있다”라고 판단하였다.⁴²⁾ 헌법재판소도 남북관계의 특수성을 반영하여 북한의 이중적 성격을 인정하고 북한을 대화와 협력의 일방 당사자로 인정하는 헌법적 근거로서 제4조를 제시하였다.⁴³⁾

남북교류협력에 대하여는 남북교류협력에 관한 법률 이외에도 남북협력기금법, 남북주민 사이의 가족관계와 상속 등에 관한 특례법, 남북 이산가족 생사확인 및 교류촉진에 관한 법률, 북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률 등도 일정한 범위에서는 북한주민에게도 적용된다. 특히, 개성공업지구지원에 관한 법률은 북한법률에 의해 설립된 개성공업지구 관리기관에 국가의 행정권한을 위임하고 자금과 인력을 지원하도록 한다.

둘째, 남북교류협력에 관한 법률에서 직접 규정하지 않는 내용에 대해서는 교역이나 물품거래 등에 있어서 필요한 범위에서 외국환거래법 등 관련 법률을 준용한다. 남북교류협력에 관한 법률은 제26조(다른 법률의 준용)에서 남북교역과 물품 등 거래에 대해 대외무역법, 관세법 등을 준용하도록 규정한다. 동법 시행령에서도 국제기본법, 식물방역법 등 준용법률을 추가하고 있다. 특히, 이 법 제

41) 대법원 2004. 11. 12. 선고 2004도4044 판결.

42) 헌재 2000. 7. 20. 98헌바63, 판례집 12-2, 52.

43) 헌재 1993. 7. 29. 92헌바48, 판례집 5-2, 65.

26조 제2항에서는 “물품 등의 반출이나 반입과 관련된 조세에 대하여는 대통령령으로 정하는 바에 따라 조세의 부과·징수·감면 및 환급 등에 관한 법률을 준용한다. 다만, 원산지가 북한인 물품 등을 반입할 때에는 『관세법』에 따른 관세 규정과 다른 법률에 따른 수입부과금에 관한 규정은 준용하지 아니 한다”라고 규정하면서, 동법 시행령 제41조 제3항에서는 관세법을 준용하도록 하면서도 “다만, 물품 등의 반입·반출에 따른 관세의 부과·징수·감면 및 환급 등에 관한 규정은 준용하지 아니 한다”라고 규정하고 있다. 법률을 준용한다는 것은 특정한 법률을 그와 본질적으로 다르지만 유사한 사항에 적용하는 것이다.

셋째, 남북교류협력에 대해 준용하는 규정을 두지 않는 경우에는 남북한특수관계론에 따라 원칙적으로 국제법원칙을 적용한다. 이때에는 원칙적으로 북한을 외국에 준하여 취급하면서 남북관계의 특수성을 반영하여 이를 변용해야 할 것이다. 예를 들어, 남북교류협력에 관한 법률은 대외무역법, 외국환거래법 등 외국과의 거래를 규율하는 법률을 남북관계에도 준용하도록 하고, 동법 시행령은 물품 등 반출을 수출용원재료에 대한 관세 등 환급에 관한 특례법 제2조에 따른 “수출 등”으로 보고, 관세법을 준용할 때 남한과 북한을 왕래하는 선박 또는 항공기는 관세법 제2조에 따른 “외국무역선” 또는 “외국무역기”로 본다. 이와 함께 남북교류협력으로 발생하는 소득에 대해서는 외국과는 다른 특례를 인정하고, 반출되는 물품 등이 북한에서 제조·가공 등의 공정을 거쳐 남한으로 다시 반입되는 경우에는 외국과의 수출로 인정하지 않는 등 남북관계의 특수성을 반영한다. 남북교류협력에 대해 남한법률을 적용하는 경우에는 이와 같이 남북관계의 특수성을 고려하여 해석해야 한다. 다만, 남북교류협력에 관한 법률 등 관련 법률에서 명시적으로 규정하는 내용을 위반하여 해석해서는 안 된다.

넷째, 남북교류협력에서 발생하는 사안이라도 북한이 반국가단체로 활동하는 규범영역과 관련되는 경우에는 국가보안법 등이 적용되어야 한다. 분단상황에서 국가보안법은 국가안보와 자유민주주의를 수호하는 역할을 하였다. 하지만, 국가보안법에 따르면 북한은 반국가단체로 해석되어 남북교류협력에 큰 장애가 되기도 하였다. 국가보안법은 제1조 제2항에서 “이 법을 해석적용함에 있어서는 제1항의 목적달성을 위하여 필요한 최소한도에 그쳐야 하며, 이를 확대해석하거나 헌법상 보장된 국민의 기본적 인권을 부당하게 제한하는 일이 있어서는 아니 된다”라고 규정하여 그 적용의 남용을 엄격히 통제한다. 헌법재판소도 “국가보안법 제7조 제1항 및 제5항의 규정은 각 그 소정의 행위가 국가의 존립·안전을 위해

롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 위해를 줄 명백한 위협이 있는 경우에만 축소적용되는 것으로 해석한다면 헌법에 위반되지 아니 한다”라고 판단하였다.⁴⁴⁾ 이것은 국가보안법이 남북교류협력을 저해하는 수단으로 악용되지 않도록 통제하기 위한 것으로 판단된다.

다섯째, 남북교류협력의 과정에서 국가기관이 공적 영역에서 활동하는 경우에는 남북관계 발전에 관한 법률, 민주평화통일자문회의법, 통일교육지원법, 북한인권법, 거래말큰사전 남북 공동편찬사업회법 등을 준수해야 한다. 2005년 제정된 남북관계 발전에 관한 법률은 제3조 제1항에서 “남한과 북한의 관계는 국가간의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계이다”, 제2항에서 “남한과 북한간의 거래는 국가간의 거래가 아닌 민족내부의 거래로 본다”라고 각각 규정한다.

이 법률은 남북관계의 발전은 자주·평화·민주의 원칙에 입각하여 남북한 공동번영과 한반도의 평화통일을 추구하는 방향으로 국민적 합의를 바탕으로 투명과 신뢰의 원칙에 따라 추진되어야 한다고 선언하고 있다. 또한, 남북관계를 정치적·파당적 목적을 위한 방편으로 이용하지 말 것을 규정한다. 남북관계 발전에 관한 법률은 국가기관이 대북정책을 집행함에 있어서 적법절차를 준수함으로써 민주적 정당성과 투명성을 제고하기 위한 목적에서 제정되었다. 즉, 남북관계의 발전을 위한 정부의 책무, 남북회담대표의 임명절차, 그 활동 범위와 지휘 및 감독, 그리고 남북합의서의 체결, 비준과 공포에 대한 절차에 대해 자세하게 규정한다.

VI. 결론

2017년 이후 남북한을 둘러싼 국내외적 여건은 급격하게 변화하고 있다. 남한의 정치적 변화에 따라 남북관계도 빠르게 변하고 있으며, 한반도의 비핵화를 위한 국제사회의 환경도 급변하고 있다. 최근 연이은 남북정상회담에 따라 남북교류협력이 재기될 가능성이 커지고 있다. 남북한은 2000년 이후 10년 동안 개성공단을 비롯하여 남북교류협력을 추진한 경험이 있다. 개성공단과 금강산관광사업이

44) 현재 2003. 5. 15. 2000헌바66, 판례집 15-1, 514 등.

성공적으로 추진되지 못한 것으로 평가되지만, 그동안 남북관계를 규율하는 법제도를 구축한 것은 매우 중요한 의미를 갖는다. 남북관계는 법치의 틀에서 규율되어야 하고, 평화통일의 과정도 법제도적 규율에서 안정적으로 관리되어야 한다.

남북한이 남북교류협력을 재개하고 평화통일을 달성하기 위해서는 법적 이념을 준수해야 할 뿐만 아니라 실제적으로나 절차적으로 법적 한계를 가질 수밖에 없다. 통일국가는 남북한 주민 모두가 인간으로서의 존엄과 가치를 가지고, 자유롭고 평등하게 행복을 추구할 수 있는 국가공동체를 지향한다. 이것은 우리 헌법의 최고이념이기도 하다. 남북관계와 평화통일도 이러한 헌법적 이념에 기초하여 추진되어야 하고, 그 한계를 벗어날 수는 없다. 현재 남북관계와 평화통일을 규율하는 규범적 기준은 정합적으로 체계화되어 있지 않다. 남북교류협력이 재개될 경우에는 헌법적 틀 안에서 남북관계와 평화통일을 규율하는 헌법이론적 기초인 남북한특수관계론에 입각하여 개별적 법률을 적용해야 한다.

2000년 이후 남북교류협력의 과정에서 적지 않는 법적 쟁점이 사법부의 판단을 통해 해결되었다. 2010년 이후 남북교류협력이 중단된 이후에도 직접 또는 간접적으로 남북관계에서 발생하는 다양한 법적 분쟁이 헌법재판소와 법원의 판결을 통해 해결되고 있다. 하지만, 사법부는 개별적 사안에서 그에 적용되는 법률을 그때그때 다르게 결정하고 있으며, 남북교류협력에 일반적으로 적용되는 법률체계를 확립하지 못하고 있는 실정이다. 남북관계의 법적 문제는 최종적으로 사법부의 판단을 통해 확정된다. 이것이 남북교류협력에서 발생한 법적 분쟁을 처리한 헌법재판소와 법원의 재판을 체계적으로 분석해야 하는 이유이다. 이를 통해 남북교류협력을 규율하는 법률체계를 정비하는 규범적 기준을 도출할 수 있을 것이다.

이 글에서는 헌법재판소가 북한물품을 남한으로 반입하는 과정에서 발생하는 법적 쟁점에 대해 결정한 ‘구 관세법 제179조 제2항 제1호 등 위헌소원(2004헌바68)’을 분석하였다. 또한, 남북교류협력에 관한 판례를 유형별로 소개하고 검토하였으며, 남북교류협력에 적용되는 법률체계에 대한 기본원칙과 기준을 제시하였다. 이러한 작업을 심화시켜 남북교류협력을 규율하는 법률체계를 재점검하고, 미래지향적이고 발전적인 남북교류협력을 위한 법제도를 마련하는 규범적 기준을 마련해야 할 것이다.

참 고 문 헌

○ 단행본

- 김완기, 남북통일, 경제통학과 법제도통합, 경인문화사, 2017.
김철수, 한국통일의 정치와 헌법, 시와 진실, 2017.
법원행정처, 북한의 헌법, 2010.
성낙인, 헌법학, 법문사, 2018.
이춘일, 조선경제특구 법규해독, 연변대학출판사, 2014.
이효원, 남북교류협력의 구범체계, 경인문화사, 2006.
_____, 판례로 보는 남북한관계, 서울대학교출판문화원, 2012.
_____, 통일헌법의 이해, 박영사, 2016.
_____, 통일법의 이해, 박영사, 2018.
장소영, 북한경제와 법, 경인문화사, 2017.
정인섭, 신국제법강의, 박영사, 2018.
허 영, 헌법소송법론, 박영사, 2018.

○ 논 문

- 김광수, 개성공단에서의 남북상사중재위원회 구성·운영에 관한 연구, 중재연구 24 2호(2014), 3-31.
김병기, 대한민국의 북한지역 관할권 확보의 법적 타당성과 남북한 법제통합의 기초, 저스티스 121호(2010), 93-146.
도희근, 북한주민의 헌법상 지위에 관한 연구, 헌법학연구 4권 2호(1998), 339-358.
박정원, 북한의 입법이론과 체계 분석, 국민대학교 법학논총 26집 2호(2013), 211-257.
유 옥, 북한의 법체계와 북한법 이해방법, 통일과 법률 6호(2011), 50-111.
이효원, 북한법률의 국내법적 효력 -개성공단에서의 적용 가능성과 범위, 한계를 중심으로, 법조 54권 4호(2005), 19-65.
_____, 개성공단 재개에 관한 법적 쟁점, 통일과 법률 31호(2017), 1-26.
_____, 금강산관광사업의 법적 평가와 과제, 통일과 법률 34호(2018), 32-57.
_____, 판문점선언의 법적 성격과 과제, 헌법과 통일법 11호(2018), 3-26.

북한주민의 법적 지위와 북한이탈주민에 대한 보호 및 지원의 방향

— 탈북의료인에 대한 의료인 자격인정을 중심으로 —

헌재 2006. 11. 30. 2006헌마679, 북한 한의사자격 불인정 위헌확인

손인혁*

I. 서론

2016년 여름, 아픈 아내의 병을 치료하기 위해 탈북을 감행했던 북한이탈주민¹⁾ 출신의 환경미화원이 빌딩 청소작업 중 추락하여 사망하는 사건이 발생했다. 사건 자체도 그렇지만 사고를 당한 사람이 북한 청진에서 의과대학을 졸업한 후 의사로 근무하다 아내와 딸을 데리고 탈북한 40대 후반의 남편이자 아빠여서 더욱 보는 사람들의 마음을 안타깝게 만들었다. 우리와 같이 북한에서도 의사는 전문적인 교육과정과 국가의 검증과정을 거쳐 자격을 취득하였을 것인데, 우리 사회에서 의사로서 능력을 발휘하여 삶의 보람도 느끼지 못한 채 삶을 마치게 된

* 연세대학교 법학전문대학원 교수.

1) 북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “북한이탈주민”이란 군사분계선 이북지역(이하 “북한”이라 한다)에 주소, 직계가족, 배우자, 직장 등을 두고 있는 사람으로서 북한을 벗어난 후 외국 국적을 취득하지 아니한 사람을 말한다.

2) 북한이탈주민에 대한 실정법상의 개념정의에도 불구하고 실제로는 매우 다양한 개념으로 이 용어를 사용한다. 북한의 실체나 국가성에 대한 인정 여부를 불문하고 북한에서 출생한 북한의 국적을 가진 모든 사람을 북한주민으로 부른다면, 북한이탈주민은 북한주민으로서 북한지역을 탈출하여 제3국에 체류하거나 남한사회로 들어온 사람을 부르는 용어로 사용하고, 더 좁게는 남한사회로 들어온 사람만을 칭하는 용어로도 사용한다. 이 글에서는 주로 북한주민으로서 북한지역을 탈출하여 제3국에 체류하거나 남한사회로 들어온 사람을 함께 부르는 용어로 북한이탈주민을 사용하기로 하고, 다른 개념으로 사용하는 경우 해당 부분에서 그 범위를 밝히기로 한다.

것이다.

북한을 탈출하여 남한으로 들어온 북한이탈주민이 2016년 이미 3만 명을 넘어섰다. 과거 군사분계선을 넘어 귀순하는 군인들이 북한이탈주민의 대부분을 차지했지만, 1990년대 이후 북한의 경제사정 악화와 자연재해 등에 따른 식량난 등으로 생존을 위한 집단적 탈북이 많아지면서 이들이 남한사회에 적응하고 대한민국 국민으로 살아가는 데 필요한 적절한 보호 및 지원의 방안을 강구하는 것이 시급한 국가적 현안으로 되었다. 이들 중 남한에서 독립한 경제주체로서 살아가는 데 필요한 능력이 없거나 부족한 경우에는 주거지원이나 생계지원 등 공적 부조를 통하여 정착을 위한 생존의 기본조건을 만들어주는 것이 우선적인 일이다. 그런 다음에는 중장기적으로 능력이나 적성에 맞는 다양한 경제활동을 통해 경제적으로 자립하고, 자신만의 보람있는 삶을 영위할 수 있도록 학교교육, 직업교육 등 안정적인 정착방안을 마련해주는 것이 필요할 것이다. 그런 의미에서 북한이탈주민 중 의사 등 전문직업인의 경우에는 남한사회에 적응하여 살아가기에 필요한 능력이나 자격을 이미 가지고 있다는 점에서 한결 유리한 상황이지만, 위의 사건에서 보듯이 북한의 의사가 남한에서 의료인으로 활동하는 것에도 사실상의 그리고 제도상의 여러 문제가 있음을 어렵지 않게 짐작할 수 있다.

이 글의 분석대상인 현재 2006헌마679 결정은 바로 이 문제를 다루고 있다. 탈북의료인이 북한의 의료인 자격을 근거로 남한의 의료인 자격을 취득할 수 있도록 하는 입법적 조치를 해줄 것을 헌법소원심판을 통해 구하는 것이다. 대상결정은 입법부작위로 인한 기본권침해에 대한 헌법적 구제를 희망하는 헌법소원사건의 통상적인 결론과 같이 그와 같은 내용의 입법을 하여야 할 헌법적 작위의무가 인정되지 않는다는 이유로 심판청구를 각하하였다. 그러나 헌법재판소는 대상결정에서 결정의 중요이유가 아닌 방론이긴 하지만, 입법자가 탈북의료인에게 남한의 의료인 자격을 부여하는 입법을 함에 있어서 고려하여야 할 헌법적 지침과 한계를 제시하였다.

북한이탈주민이 남한사회에 안정적으로 정착하고 대한민국의 국민으로서 정체성을 가지기 위해서는 삶의 모든 영역에서 이들에 대한 적절한 수준의 보호와 지원이 절대적으로 필요하고, 이는 헌법이 우리 정치공동체의 유지와 발전을 위해 제대로 규범력을 발휘하는 전제조건이기도 하다. 이를 위해 이글에서는 북한이탈주민을 비롯한 북한주민의 헌법적 지위에 근거하여 이들에 대한 국가의 보호 및 지원이 어떤 규범적 의미와 위상을 갖는지에 관해 검토하고, 이를 토대로 북한이

탈주민에 대한 보호 및 지원의 방향을 설정하며, 구체적으로 남한과 북한의 의료 제도 등의 차이에도 불구하고 탈북의료인에 대한 의료인 자격의 부여와 관련한 현행제도의 문제점과 개선방안에 관해 살펴보기로 한다.

II. 사건 개요 및 주요 쟁점

1. 사건의 개요

대상결정의 청구인은 북한이탈주민으로 북한에서 동의사(東醫師) 자격³⁾을 취득하여 20여 년간 종합진료소의 임상의로 근무하였다. 청구인은 남한에서도 의료인으로서 직업활동을 할 수 있도록 북한의 동의사 자격을 남한의 한의사 자격으로 인정해 줄 것을 요구하는 취지의 민원을 보건복지부장관과 국회 등에 제기하였다. 이에 보건복지부장관(2004. 11. 29.자 회신)과 국회보건복지위원장(2005. 4. 13.자 회신)은 청구인이 북한에서 동의사 자격을 취득한 사실을 입증할 자료가 부족하고, 남북한 간에 보건의료제도상에 차이가 크다는 이유로 한의사 자격을 부여할 수 없다는 취지의 민원회신을 하였다.

그러자 청구인은 북한에서 취득한 동의사 자격을 남한의 한의사 자격으로 인정하지 아니한 보건복지부장관 및 국회보건복지위원장의 진정거부처분행위에 대한 위헌확인을 구하는 청구를 주위적으로, 북한에서 동의사의 자격을 취득한 사람에게 남한의 한의사 자격을 부여하는 내용의 법률을 만들지 않은 입법부작위의 위헌확인을 구하는 청구를 예비적으로 하는 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 주요 쟁점

대상결정의 주위적 심판대상은 북한에서 동의사 자격을 취득하였다는 사실에

3) 동의학은 한의학(韓醫學)의 북한식 용어이다. 북한은 1954년부터 의과대학에 동의학과를 두어 양의학과 함께 의학교육을 실시하였고, 1993년 민족 주체성을 살린다는 취지에서 동의학을 고려의학으로 개칭하였다. 한국학중앙연구원 저, 한국민족문화대백과(2018. 9. 15. 방문, <https://terms.naver.com/entry.nhn?docId=567363&cid=46629&categoryId=46629>)

대한 입증의 부족과 남북한 의료자격제도의 차이를 이유로 동의사 자격을 부여할 수 없다는 취지의 보건복지부장관 및 국회보건복지위원장의 각 민원회신(이하 ‘이 사건 민원회신’이라 함)으로 인해 청구인의 직업선택의 자유가 침해되어 위헌인지 여부이고, 예비적 심판대상은 청구인이 북한이탈주민으로 남한에 정착하여 대한민국의 국적을 취득한 국민으로서 대한민국의 영토인 북한지역에서 의학 교육, 자격시험 등 소정의 절차를 거쳐 동의사 자격을 취득하였다면 바로 대한민국의 한의사 자격을 부여하여야 함에도 이와 같은 내용의 입법을 하지 않은 입법부작위로 인해 청구인의 직업선택의 자유가 침해되어 위헌인지 여부이다.

따라서 이 사건 쟁점으로는 주위적 청구와 관련하여 심판대상인 보건복지부장관 및 국회보건복지위원장의 각 민원회신이 헌법소원의 대상인 공권력의 행사에 해당하는지 여부가 문제되고, 예비적 청구와 관련하여 북한이탈주민인 청구인이 입법부작위의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판청구에서 당사자능력, 즉 직업선택의 자유와 관련하여 기본권주체성을 갖는지 여부와 함께 북한의 동의사 자격을 남한의 한의사 자격으로 인정하는 내용의 입법을 하여야 할 헌법상의 작위의무가 존재하는지 여부가 문제된다.

Ⅲ. 결정 요지

1. 주위적 청구와 관련하여

이 사건 민원회신은, 북한이탈주민이 북한 또는 외국에서 취득한 자격의 인정에 관한 사항을 정한 ‘북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률’(이하 ‘탈북민지원법’이라 함) 제14조와 한의사 등 의료인의 의료면허 취득요건을 정한 의료법 제5조 등 관련 법령조항의 취지에 비추어 북한의 동의사 자격을 근거로 바로 남한의 한의사 면허를 부여할 수 없다는 취지의 법적 견해를 민원인에게 알리는 정도의 의미밖에 없고, 이로 인해 청구인의 한의사 면허취득이 확정적으로 불가능해지는 등 기본권제한의 법적 효과가 직접 발생하는 것은 아니다. 청구인으로서 탈북민지원법 제14조, 탈북민지원법시행령 제28조에 따라 통일부장관에게 동의사 자격인정신청서를 제출함으로써 남한의 한의사 자격을 신청할 수 있고,

관련절차에 따른 보건복지부장관의 결정 및 통일부장관의 통지결과에 대해 불복하는 경우 이의신청이나 행정소송을 통해 권리구제를 받을 수 있도록 예정되어 있으므로 이 사건 민원회신은 청구인의 기본권을 직접 제한하는 공권력의 행사에 해당하지 아니한다.

2. 예비적 청구와 관련하여

(1) 입법부작위가 언제나 헌법재판소법 제68조 제1항에 따른 헌법소원의 대상이 되는 것은 아니며 헌법에서 기본권 보장을 위해 명시적인 입법위임을 하였음에도 입법자가 이를 이행하지 않거나, 헌법해석상 특정인에게 구체적인 기본권이 생겨 이를 보장하기 위한 국가의 행위의무 내지 보호의무가 발생하였음이 명백함에도 입법자가 아무런 입법조치를 취하지 않고 있는 경우에만 예외적으로 인정될 수 있다.⁴⁾

(2) 의료법 제5조⁵⁾는 의사 등 의료면허의 취득에 관하여 규정하면서 국내 대학 졸업자와 외국대학 졸업자를 구별하여 그 취득요건을 달리 정하고 있는데, 북한에서 의과대학 등을 졸업한 사람의 경우 위의 국내대학 또는 외국대학 어디에도 포함되지 아니하므로 탈북의료인의 의료면허취득은 입법적인 공백상태에 있다. 물론 탈북민지원법 제14조에서 북한이탈주민의 자격인정과 관련하여 포괄적인 규율을 하고 있지만, 이 역시 의료법 등 관계법령이 정하는 바에 따라 북한에서 취득한 자격을 인정할 것인지 여부를 심사하고 있으므로 이로써 그 결론이 달라질 것은 아니다.

(3) 의료행위는 의학적 전문지식으로 질병의 진찰, 검안, 처방, 투약 및 의

4) 헌재 1989. 3. 17. 88헌마1, 판례집 1, 9; 1994. 12. 29. 89헌마2, 판례집 6-2, 395 등 참조.

5) 의료법(법률 제6686호, 2002. 3. 30. 일부개정되고 2007. 4. 11. 전부개정되기 전의 것) 제5조(의사·치과 의사 및 한의사의 면허) 醫師·齒科醫師 또는 韓醫師가 되고자 하는 者는 다음 各號의 1에 該當하는 資格을 가진 者로서 第9條의 규정에 의한 該當 예비시험(제3호의 자에 한한다)과 국가시험에 합격한 後 保健福祉部長官의 免許를 받아야 한다.

1. 醫學 또는 齒科醫學을 專攻하는 大學을 卒業하고 醫學士 또는 齒科醫學士의 學位를 받은 者
2. 韓方醫學을 專攻하는 大學을 卒業하고 韓醫學士의 學位를 받은 者
3. 保健福祉部長官이 인정하는 外國의 第1號 또는 第2號에 해당하는 學校를 卒業하고 外國의 醫師·齒科醫師 또는 韓醫師의 免許를 받은 者
4. 削除 <1994.1.7>

과적 기술을 시행하여 질병의 예방이나 치료행위를 하는 일련의 행위를 의미⁶⁾하므로, 이를 담당하는 의료인은 그 일련의 과정을 자신의 책임으로 그리고 독자적으로 수행할 수 있는 지적·실무적 능력을 갖추는 것이 요구된다. 그러므로 국가가 의사면허 등 의료면허를 부여함에 있어서는 공정하고 객관적인 절차와 기준에 따라 의료인으로서의 능력을 갖추었다고 판단하는 경우에만 이를 부여하여야 하고,⁷⁾ 이러한 당위성은 북한이탈주민의 의료면허를 남한 의료면허로 인정함에 있어서도 달라질 것은 아니다. 따라서 탈북의료인에게 남한 의료면허를 부여할 것인지 여부는 북한의 의학교육 실태와 탈북의료인의 의료수준, 탈북의료인의 자격증명방법 등을 고려하여 입법자가 그의 입법형성권의 범위 내에서 규율할 사항이지, 헌법조문이나 헌법해석에 근거하여 바로 입법자에게 남한 의료면허를 부여할 입법의무가 발생한다고 볼 수는 없다.

IV. 분석 및 평가

1. 결정의 의의

탈북민지원법은 북한에 주소, 직계가족, 배우자, 직장 등을 두고 북한을 벗어난 후 외국의 국적을 취득하지 아니한 북한이탈주민 중 대한민국의 보호를 받으려는 의사를 표시한 사람을 보호대상자로 정의하고, 이들과 대한민국의 보호를 받으려는 북한주민이 대한민국에 적응·정착하는 데 필요한 보호 및 지원에 관한 사항을 규정하고 있다(제1조, 제2조 제1호·제2호, 제3조). 탈북민지원법은 보호대상자를 포함하여 대한민국의 보호를 받으려는 북한주민의 경우 이들이 대한민국의 국적을 가진 국민임을 전제로 헌법상 국가의 기본권보호의무(헌법 제10조)와 재외국민보호의무(헌법 제2조 제2항)에 근거하여 인도주의에 입각한 특별한 보호와 외국에 체류 시 보호 및 지원을 위한 외교적 노력을 다할 것을 천명하고 있다(제4조 제1항, 제2항).

또한 탈북민지원법은 북한이탈주민의 남한 사회에 적응 및 정착을 위한 법적

6) 헌재 1996. 12. 26. 93헌바65, 판례집 8-2, 785 등 참조.

7) 헌재 2006. 4. 27. 2005헌마406, 공보 제115호, 667 등 참조.

전제로서 가족관계등록이 되어 있지 않은 경우 본인의 의사에 따라 등록기준지를 정하여 서울가정법원의 가족관계등록 창설허가를 얻어 가족관계등록부를 작성할 수 있도록 가족관계등록에 관한 특례를 규정하고(제19조), 아울러 보호대상자가 생활인으로 자립하고 독자적으로 경제적 활동을 함으로써 진정한 대한민국 국민으로 통합될 수 있도록 북한에서 이수한 학력이나 취득한 자격을 인정받을 수 있는 방법과 절차를 마련하고 있다(제13조, 제14조).⁸⁾

대상결정은, 북한이탈주민인 청구인이 북한에서 취득한 동의사 자격을 근거로 남한의 한의사 자격을 부여받도록 하는 내용의 법률을 만들지 않은 국가의 입법 부작위로 인한 기본권 침해에 대한 위헌확인을 구하는 헌법소원심판청구에 대하여, 북한이탈주민이 대한민국 국민으로서 한의사 등 의료인의 직업을 선택하고 이를 영위하는 것을 국가로부터 방해받지 않는 것을 내용으로 하는 직업의 자유의 주체임을 인정하는 전제에서, 의료면허의 부여와 관련하여 북한의 의료인 자격을 남한의 의료인 자격으로 인정하여야 할 헌법의 명시적 위임조항이나 헌법해석을 통해 도출되는 구체적인 입법 의무가 존재하지 않는다고 판시하였다.

그러면서 북한이탈주민 역시 대한민국 국민으로 헌법상 보장되는 기본권의 주체로서 경제적 영역에서의 개성신장과 자율적인 생활형성을 위하여 원하는 직업을 자유롭게 선택하여 영위할 수 있고, 이를 위하여 의료인이라는 개별 전문직업의 영역에서 요구되는 전문적인 능력이나 필요한 자격의 내용, 이를 인정받거나 취득하기 위한 방법 및 절차를 구체화함으로써 북한이탈주민이 실제로 전문 의료인으로서 직업의 자유를 누리기 위한 법적 조건을 입법자가 입법형성권에 근거하여 법률로써 규율할 수 있음을 분명히 하였다.

그리고 이에 더하여 입법자가 북한이탈주민의 의료인 자격 취득 또는 부여와 관련한 입법을 함에 있어서는 의료인으로서 직업적으로 수행하여야 할 의료행위의 특수성에 비추어 질병예방이나 치료에 필요한 행위를 자신의 책임으로, 독자적으로 수행할 수 있는 학문적·실무적 능력을 갖추고 있는지 여부, 즉 북한의 의학교육 수준과 현황, 탈북의료인의 의료수준 및 직업적 경력 등이 자격의 취득 또는 부여를 결정하는 헌법적 지침이자 한계임을 분명히 제시하고 있다.

8) 탈북민지원법에서 정하는 보호와 지원의 구체적인 내용 등에 대해서는 류지성, 북한이탈주민지원법의 주요 논점에 관한 연구, 서울법학 25권 3호(2017), 134-139; 이덕연, 북한이탈주민 보호 및 정착지원에 관한 법률상 탈북민의 법적 지위, 조선대학교 법학논총 20집 2호(2013), 303-305; 이상철, 북한이탈주민의 보호·지원법제 현황 및 문제점, 법제연구 12호(1997), 35-39 참조.

결국 대상결정은 북한이탈주민의 대한민국 국민으로서 기본권주체성을 확인하고, 탈북민지원법 제14조에서 정하는 탈북의료인에 대한 의료인 자격의 인정에 대한 구체적인 입법상의 지침과 한계를 제시했다는 점에서 그 의미를 발견할 수 있다.

2. 대상결정에 대한 학계의 평가

대상결정에 대하여 이덕연 교수는, 북한에서 취득한 자격의 인정이 취업의 가능성은 물론이고 양질의 직장을 구하는 데 매우 중요한 조건이 된다는 점에서 법상 그리고 사실상 가능한 범위에서 이를 남한에서도 전부 인정함이 바람직하다는 것을 전제로, 개개 자격별로 자격인정과 관련한 합당한 기준과 절차를 마련하는 것이 매우 중요한 의미를 가진다고 한다.⁹⁾ 대상결정에서 문제가 된 의료면허 자격의 경우 국민의 생명과 신체의 안전, 공중보건이라고 하는 가장 예민하고 중대한 공익과 연관되므로 이를 일반화할 수는 없겠지만, 북한이탈주민에 대한 북한에서 취득한 자격의 인정 여부는 직업선택에 대한 자격제도의 본질에 따라 해당자격의 대상과 내용에 따라 요구되는 지적·실무적 능력이라는 객관적 기준과 공정한 절차에 의거하여 판단되어야 함을 대상결정이 분명히 제시하였다는 점에서 의미가 있다고 평가한다.¹⁰⁾

도회근 교수는 “대법원과 헌법재판소의 판례에 의하면 북한은 ‘대화과 협력의 상대방’에서 한걸음 더 나아가 ‘준외국’의 지위로 격상(?)된 듯한 인상을 보여준다. 그러나 최근 헌법재판소는 개별 법률의 적용에 있어서 북한을 헌법 제3조 영토조항에 의한 대한민국의 일부라는 점을 적용하지는 아니하였지만 외국도 아닌 지위로 본 결정례도 있어 북한을 ‘준외국’으로 보는 태도가 아직 확립되었다고 볼 수는 없을 것 같다.”¹¹⁾라고 하여, 대상결정에서 ‘북한의 의과대학이 헌법 제3조의 영토조항에도 불구하고 국내대학으로 인정될 수 없고 또한 보건복지부장관이 인정하는 외국의 대학에도 해당하지 아니한다.’고 판시한 부분을 강조하여 헌법재판소가 종전 판례의 입장¹²⁾과 달리 북한의 법적 지위를 ‘외국’ 또는 ‘준외국’

9) 이덕연(각주 8), 316.

10) 이덕연(각주 8), 318.

11) 도회근, 남북관계 법제의 발전과 한계, 헌법학연구 14권 3호(2008), 218-219.

12) 도회근 교수가 언급한 북한을 외국 또는 준외국의 지위로 본 결정은 ‘헌재 2005. 6. 30. 2003헌바114

으로 보지 않는다는 점을 지적하고 있다.

이와 같은 지적에 대하여 방승주 교수는, 북한의 법적 지위와 관련하여 주장되는 “남북한 특수관계론 자체가 모든 사건에 있어서 케이스 바이 케이스, 즉 그때 그때 북한과 북한주민의 법적 지위를 구체적, 개별적으로 검토하여 처리할 수밖에 없다고 하는 특징을 가지고 있는 것이기 때문에, 이 판례로써 헌법재판소의 입장이 불확실하다고 평가하기에는 이르다.”¹³⁾라고 하여, 대상결정의 경우 국가가 북한의 동의사 자격을 인정하여 탈북의료인에게 남한의 한의사 자격을 부여하는 내용의 법률을 만들어야 하는 헌법상의 입법 의무가 있는지 여부에 관한 판단일 뿐, 남북관계에서 북한 또는 북한주민의 법적 지위를 정면으로 다룬 사건이 아니므로 이를 두고 북한의 법적 지위에 대한 헌법재판소의 입장을 단정하여 평가할 수는 없다고 한다.

이와 관련하여 이효원 교수는 대상결정에 대한 도회근 교수의 지적과 이에 대한 방승주 교수의 의견을 소개하면서, 방승주 교수의 의견으로 대상결정에 대한 해설의 결론을 맺고 있어 후자의 견해에 동의하는 취지로 이해된다.¹⁴⁾

3. 북한주민의 법적 지위와 북한이탈주민에 대한 보호 및 지원의 방향

(1) 문제의 제기

헌법소원심판은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 ‘기본권을 침해받은 자’가 청구할 수 있으므로 기본권의 향유할 주체가 될 수 있는 자만이 헌법소원심판에서 청구인능력을 가진다(헌법 제11조 제1항 제5호, 헌법재판소법 제68조 제1항).¹⁵⁾ 따라서 개별 기본권의 인적 보호영역에 해당하지 않는 사람이 헌법소원을 청구한 경우에는 청구인에게 기본권주체성, 즉 헌법소원심판의 청구인능력이 부인되어 부적법한 청구가 된다고 할 것이다.

우리 헌법은 헌법 제11조 제2문, 제12조 제4항 등 일부를 제외하고는 개별 기본권조항에서 “모든 국민은 …”이라고 하여 대한민국의 국민만이 기본권주체성

결정(구 외국환거래법 제27조 제1항 제8호 등에 대한 위헌소원사건)’으로 보인다.

13) 방승주, “헌법재판소와 법원의 남북관계 관련 판례에 대한 헌법적 평가”, 공법연구 제39집 제2호(2010), 217.

14) 이효원, 판례로 보는 남북한관계, 서울대학교 출판문화원, 2012, 481.

15) 헌법재판실무제요, 헌법재판소, 2015, 274.

을 갖는 것으로 규정하고 있지만, 개별 기본권의 성질에 따라 국가와 결부된 국민만의 권리의 아니라 모든 인간의 권리로 볼 수 있는 경우에는 헌법의 문언에도 불구하고 외국인에게도 기본권주체성을 인정함이 헌법재판소 판례의 입장이다.¹⁶⁾¹⁷⁾ 따라서 외국인에게는 모든 기본권이 인정되는 것이 아니라 인간의 권리의 범위 내에서만 인정되는 것이므로, 국가 등의 공권력 행사 또는 불행사를 통해 제한되고 있는 기본권이 성질상 외국인에게도 그 주체성을 인정할 수 있는 것 인지를 개별적으로 결정하여야 할 것이다.¹⁸⁾ 헌법재판소는 이와 같은 기준에 따라 외국국적의 해외동포가 한의사로서 직업활동을 한국에서도 계속할 수 있도록 해달라는 취지의 헌법소원사건에서 ‘직업의 자유는 국가자격제도정책과 국가의 경제상황에 따라 법률에 의하여 제한할 수 있고 인류보편적인 성격을 지니고 있지 아니하므로 국민의 권리에 해당한다.’는 이유로 외국국적인 해외동포의 기본권주체성을 부인하였다.¹⁹⁾ 이와 달리 외국인근로자의 사업장 변경허가기간을 제

16) 헌재 2001. 11. 29. 99헌마494, 판례집 13-2, 714 등 관련 결정 참조.

“헌법재판소법 제68조 제1항 소정의 헌법소원은 기본권을 침해받은 자만이 청구할 수 있고, 여기서 기본권을 침해받은 자만이 헌법소원을 청구할 수 있다는 것은 곧 기본권의 주체라야만 헌법소원을 청구할 수 있고 기본권의 주체가 아닌 자는 헌법소원을 청구할 수 없다고 한 다음, ‘국민’ 또는 국민과 유사한 지위에 있는 ‘외국인’은 기본권의 주체가 될 수 있다 판시하여(헌재 1994. 12. 29. 93헌마120, 판례집 6-2, 477, 480) 원칙적으로 외국인의 기본권 주체성을 인정하였다. 청구인들이 침해되었다고 주장하는 인간의 존엄과 가치, 행복추구권은 대체로 ‘인간의 권리’로서 외국인도 주체가 될 수 있다고 보아야 하고, 평등권도 인간의 권리로서 참정권 등에 대한 성질상의 제한 및 상호주의에 따른 제한이 있을 수 있을 뿐이다.”

17) 학계의 다수 견해는 기본권의 성질에 따라 인간의 권리와 국민의 권리로 나누어 인간의 권리의 경우 외국인의 기본권주체성을 긍정하는 기본권성질설에 입각하고 있다(성낙인, 헌법학, 법문사, 2013, 341; 양건, 헌법강의, 법문사, 2018, 271; 한수웅, 헌법학, 법문사, 2017, 397). 이에 대해 인간의 권리와 국민의 권리를 구분하는 것이 불명확하기 때문에 기본권성질성은 그 자체로 문제가 있다는 유력한 반론도 있다(전광석, 한국헌법론, 집현재, 2018, 225; 허영, 한국헌법론, 박영사, 2018, 259). 이들 견해에서는 외국인의 기본권주체성을 긍정하는 근거로서 헌법의 동화적 통합의 기능에 비추어 우리 사회의 통합의 방향에 그릇된 영향을 미칠 가능성을 기준으로(허영, 261 이하 참조), 국내공동체의 동질성을 유지하는 관점을 기준(전광석, 227 이하 참조)으로 외국인의 기본권주체성을 인정할 수 있다고 한다.

18) 헌재 2011. 9. 29. 2007헌마1083 등, 판례집 23-2상, 623.

19) 헌재 2014. 8. 28. 2013헌마359, 공보 제215호, 1423.

“심판대상조항이 제한하고 있는 직업의 자유는 국가자격제도정책과 국가의 경제상황에 따라 법률에 의하여 제한할 수 있고 인류보편적인 성격을 지니고 있지 아니하므로 국민의 권리에 해당한다. 이와 같이 헌법에서 인정하는 직업의 자유는 원칙적으로 대한민국 국민에게 인정되는 기본권이므로, 외국인에게 인정되는 기본권은 아니다. 국가 정책에 따라 정부의 허가를 받은 외국인은 정부가 허가한 범위 내에서 소득활동을 할 수 있는 것이므로, 외국인이 국내에서 누리는 직업의 자유는 법률 이전에 헌법에 의해서 부여된 기본권이라고 할 수는 없고, 법률에 따른 정부의 허가에 의해 비로소 발생하는 권리이다. 헌법재판소의 결정례 중에는 … 제한적으로 직업의 자유에 대한 기본권주체성을 인정할 수 있다고 하였다(헌재 2011. 9. 29. 2007헌마1083 등, 판례집 23-2상, 623 참조). 하지만 이는 이미 근로관계가

한하는 법률조항에 대한 위헌확인을 구하는 헌법소원사건에서 ‘외국인고용법상 고용허가를 받아 취업한 직장을 변경하는 것은 … 외국인근로자가 이미 적법하게 고용허가를 받아 우리나라에 입국하여 우리나라에서 일정한 생활관계를 형성, 유지하는 등 우리 사회에서 정당한 노동인력으로서의 지위를 부여받은 상황임을 전제로 하는 이상, 외국인근로자가 선택한 직업분야에서 이미 형성된 근로관계를 계속 유지하거나 포기하는 데 있어 국가의 간섭이나 방해를 받지 않고 자유로이 직장을 선택·결정할 자유는 외국인근로자들도 누릴 수 있는 인간의 권리로서의 성질을 지닌다고 볼 것이다. … 이와 같은 직장 선택의 자유라는 권리의 성질에 비추어 보면 외국인근로자에게 직장선택의 자유에 대한 기본권 주체성을 인정할 수 있다.’고 하여 외국인인 근로자의 기본권주체성을 인정하였다.²⁰⁾

대상결정의 사안은 북한이탈주민인 청구인이 남한에 정착하여 탈북민지원법이 정하는 절차에 따라 대한민국의 국적을 취득한 경우로서 직업의 자유와 관련하여 기본권주체성의 문제가 쟁점으로 부각되지 않은 사례로 보이지만, 북한지역에 현재 거주하는 북한주민이나 중국 등 제3국에 체류하는 북한이탈주민 또는 남한에 정착하였더라도 탈북민지원법이 정하는 요건과 절차에 따라 보호결정을 받지 못하는 북한이탈주민이 대상결정의 사안과 같은 내용의 헌법소원심판을 청구하는 경우에는 직업의 자유와 관련하여 기본권주체성의 인정 여부가 헌법소원의 적법성과 관련하여 핵심적인 쟁점이 될 것이다.

따라서 이하에서는 북한주민의 기본권주체성과 관련한 전제문제로서 북한주민의 법적 지위와 관련한 견해의 대립과 판례의 입장을 살펴보기로 한다.

(2) 북한과 북한주민의 헌법적 지위

1) 국적의 개념

국민은 국가의 인적 구성요소로서 국적을 통해 한 개인과 국가 간의 법적 유대가 성립한다. 따라서 국적을 연결고리로 하여 국민은 국가의 인적 요소로서 헌법

형성되어 있는 예외적인 경우에 제한적으로 인정한 것에 불과하다. 그러한 근로관계가 형성되기 전단계인 특정한 직업을 선택할 수 있는 권리는 국가정책에 따라 법률로써 외국인에게 제한적으로 허용되는 것이지 헌법상 기본권에서 유래되는 것은 아니다. 따라서 외국인인 청구인 신○권에게는 그 기본권주체성이 인정되지 아니한다.”

20) 현재 2011. 9. 29. 2009헌마351, 판례집 23-2상, 659.

및 법률상 권리·의무의 주체가 되며, 국가는 국민을 대내적·대외적으로 보호하여야 하고, 국민은 주권자로서 국가를 형성·유지하는 주체가 된다. 헌법재판소는 “국적은 국가와 그의 구성원 간의 법적유대(法的紐帶)이고 보호와 복종관계를 뜻하므로 이를 분리하여 생각할 수 없다. 즉 국적은 국가의 생성과 더불어 발생하고 국가의 소멸은 바로 국적의 상실 사유인 것이다. 국적은 성문의 법령을 통해서가 아니라 국가의 생성과 더불어 존재하는 것이므로, 헌법의 위임에 따라 국적법이 제정되나 그 내용은 국가의 구성요소인 국민의 범위를 구체화, 현실화하는 헌법사항을 규율하고 있는 것이다.”라고 하여 국민과 국가의 관계, 그리고 이를 매개하는 국적의 의미를 정의하고 있다.²¹⁾

2) 남한과 북한의 국적관련 법제와 그 내용

우리 헌법은 1948년 헌법에서부터 국적을 법률로써 정하도록 위임하는 국적법 정주의를 규정하고 있다.²²⁾ 그리고 제헌헌법 제3조에 근거하여 1948. 12. 20. 법률 제16호로 제정된 국적법 제2조는 혈통주의를 원칙으로 하여 국적의 취득을 정하면서 출생 당시에 부가 대한민국의 국민인 자, 출생 전에 부가 사망한 때에는 사망 당시 대한민국의 국민이던 자, 부가 분명하지 아니한 때 또는 국적이 없는 때에는 모가 대한민국의 국민인 자를 출생에 따른 선천적인 국적취득의 요건으로 정하였고,²³⁾ 이와 같은 국적법의 내용은 부계혈통주의에서 부모양계혈통주의로 전환한 것 외에는 현재까지도 그대로 유지되고 있다.²⁴⁾ 그런데 1948년 헌법과 그에 근거한 국적법이 제정되기 전에 이미 혈통의 출발점으로서 ‘대한민국의 국민’이 존재함을 전제로 혈통주의에 따른 선천적 국적취득의 요건을 정한 국적

21) 현재 2000. 8. 31. 97헌가12, 판례집 12-2, 167.

22) 1948년 헌법 제3조 대한민국의 국민되는 요건은 법률로써 정한다.

현행 헌법 제2조 ①대한민국의 국민이 되는 요건은 법률로 정한다.

23) 제2조 다음 각호의 1에 해당하는 자는 대한민국의 국민이다.

1. 출생한 당시에 부가 대한민국의 국민인 자
2. 출생하기 전에 부가 사망한 때에는 사망한 당시에 대한민국의 국민이던 자
3. 부가 분명하지 아니한 때 또는 국적이 없는 때에는 모가 대한민국의 국민인 자
4. 부모가 모두 분명하지 아니한 때 또는 국적이 없는 때에는 대한민국에서 출생한 자

24) 제2조(출생에 의한 국적 취득) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 출생과 동시에 대한민국 국적(國籍)을 취득한다.

1. 출생 당시에 부(父)또는 모(母)가 대한민국의 국민인 자
2. 출생하기 전에 부가 사망한 경우에는 그 사망 당시에 부가 대한민국의 국민이었던 자
3. 부모가 모두 분명하지 아니한 경우나 국적이 없는 경우에는 대한민국에서 출생한 자

법의 입법방식으로 인해 누가, 어떻게 최초로 대한민국의 국민이 되었는지(최초의 대한민국 국민 논의), 제헌헌법의 공포나 대한민국 정부수립 이전에 국외로 이주한 사람들과 그 후손들의 국적 등과 관련하여 해석상 의문이 제기되었고,²⁵⁾ 이로 인해 현재까지도 북한이탈주민을 포함하여 북한주민의 국적은 물론 중국 등에 거주하는 해외동포들의 국적 문제가 여전히 논란이 되고 있다.²⁶⁾

북한헌법 역시 기본적으로 우리 헌법과 동일한 입법방식으로 북한헌법 제62조²⁷⁾에서 “조선민주주의인민공화국 공민이 되는 조건은 국적에 관한 법으로 규정한다.”라고 하여 국적법정주의를 선언하고, 이에 근거하여 제정된 조선민주주의인민공화국 국적법 제2조 제1호에서는 조선민주주의인민공화국 공민의 자격을 “공화국 창건 이전에 조선의 국적을 소유하였던 조선 사람과 그의 자녀로서 (본법 공포일까지) 그 국적을 포기하지 않은 자”로 규정하며, 같은 법 제5조에서는 ‘공화국 공민 사이에 출생(제1호)하거나 공화국 공민과 다른 나라의 공민 등과의 사이에 출생한 자(제3호)’ 등이 북한의 공민자격을 출생을 통해 선천적으로 취득한다고 규정하고 있다.²⁸⁾ 이를 구체적으로 보면 북한의 국적법은 우리 국적법과 달리 그 제2조 제1호에서 ‘공화국 창건 이전에 조선의 국적을 소유하였던 사람과 그 자녀’를 혈통주의에 의한 혈통의 출발점으로(최초의 공화국 공민) 명백히 선언하고, 제5조에서 공화국 공민을 부모 또는 부나 모로 둔 사람이 출생을 통해 북한의 국적을 취득한다고 규정하고 있다. 이에 따르면 우리 헌법의 국적조항 및 국적법의 규율내용과는 달리, 북한헌법의 국적조항 및 국적법 조항은 그 문언만으로 남한주민(대한민국 국민)과 공화국 창건 이전에 해외로 이주하거나 그 후손으로서 해외에 거주하는 동포들의 국적 취득까지 일의적이고 명시적으로 규율하고 있는 점에서 우리의 국적법제와 북한의 국적법제는 본질적으로 차이가 있다. 북한헌법의 국적조항과 국적법의 규정에 의하면 우리와 달리 북한지역에 거주하는 외국인을 제외한 모든 사람과 공화국 창건 이전에 남한지역에서 조선국적을 소유하였던 조선 사람들과 공화국 창건 이후 남한지역에서 태어난 그 자녀들까지 모두 북한의 국적(공민)을 갖게 된다.

이에 더하여 북한헌법 제15조는 “조선민주주의인민공화국은 해외에 있는 조선

25) 자세한 것은 이철우 외 8인 공저, 이민법, 박영사, 2016, 261 이하 참조.

26) 이효원, 북한이탈주민의 이혼소송과 북한주민의 법적 지위, 가족법연구 22권 3호(2008), 436.

27) 북한헌법은 우리와 달리 국적에 관한 사항을 ‘총강’편이 아니라 ‘공민의 기본 권리와 의무’의 장(제5장)에 편제하고 있다.

28) 법원행정처, 북한의 헌법, 법원행정처, 2010, 269 이하 참조.

동포들의 민주주의적 민족권리와 국제법에서 공인된 합법적 권리와 이익을 옹호한다.”라고 규정하고, 제62조 제2문에서는 “공민은 거주지에 관계없이 조선민주주의인민공화국의 보호를 받는다.”라고 규정하여 북한의 재외동포에 대한 보호의 무 뿐 아니라 재외동포의 북한헌법이 정하는 권리·의무의 주체성까지 아울러 명시적으로 확인하고 있다. 그리고 국적법 제3조에서는 “조선민주주의인민공화국 공민은 거주지나 체류지에 관계없이 공화국의 법적 보호를 받는다.”라고 거듭 선언하고 있는데, 북한은 위 조항에 대해 “공민에 대한 불가침의 권리를 확인한 것으로서 재일조선공민을 비롯한 해외공민들의 권리와 이익에 대한 어떠한 침해 행위도 결과 묵과하지 않겠다는 공화국 정부의 단호한 입장을 뚜렷이 표현한 것”이라고 그 의미를 설명하고 있다.²⁹⁾

우리 국적법제의 이와 같은 입법방식으로 인해 헌법의 국적조항(제2조 제1항)과 국적법의 문언만으로는 북한주민의 국적을 비롯하여 정부수립 이전에 이주한 해외동포들의 국적문제를 확정할 수 없고, 북한 및 북한주민의 법적 지위와 관련한 헌법조항들의 해석을 통해 비로소 대한민국 국민의 요건과 범위를 확정할 수 밖에 없다.³⁰⁾

3) 학설과 판례의 입장

헌법의 국적조항과 국적법에서 명시적으로 북한주민의 법적 지위를 정하는 개별조항을 두지 않는 한 국적이 국가와 국민을 매개하는 법적 유대라는 관점에서 북한의 법적 지위나 남북한 간의 법적 관계를 규율하는 관련 헌법조항의 체계적 해석을 통해 이를 파악할 수밖에 없다. 따라서 대한민국 헌법과 주권의 공간적 효력범위로서 영토의 범위를 정하고, 남북한의 분단 상황에서 통일을 국가목표로

29) 북한 사회과학원 법학연구소, 법학사전, 38(법원행정처(각주 28), 271에서 재인용).

30) 통일 전이나 후에도 독일기본법은 독일국민의 개념을 혈통을 중심으로 명확하게 규정하고 있다(아래 기본법 제116조 참조). 이로써 서독과 동독의 법적 관계나 동독의 법적 지위를 규정하고 있는 기본법의 조항과 무관하게 통일 전 동독주민의 국적과 해외에 거주하는 독일혈통을 가진 독일인의 국적을 명확하게 확정할 수 있었고, 나아가 기본법이 정하는 거주이전의 자유 등 헌법상 기본권의 적용범위를 동독주민에게도 확장할 수 있는 법적 근거가 되었다.

기본법 제116조 ① 기본법상 독일인은 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 독일국적을 가진 사람, 또는 독일민족에 속하는 망명자나 피추방자 또는 그 배우자나 자손으로서 1937년 12월 31일 현재의 독일제국 영토에서 등록된 사람이다.

② 1933년 1월 30일과 1945년 5월 8일 사이에 정치적, 인종적 또는 종교적 이유로 국적을 박탈당한 구 독일 국민과 그 자손은 신청을 하면 국적을 회복시켜야 한다. 이들이 1945년 5월 8일 이후 독일에 주소지를 정하고 반대이사를 표하지 않는 한 국적을 박탈당하지 않는다.

제시하는 헌법 제3조와 제4조에 대한 해석을 통해 북한과 북한주민의 법적 지위를 이해하여야 하고, 이를 통해 비로소 헌법의 국적조항과 국적법에 대한 명확한 해석이 가능할 것이다.

① 헌법 제3조 및 제4조의 헌법적 의의와 기능

헌법은 근대국가의 성립요소로서 주권(제1조), 국민(제2조)에 관한 사항과 더불어 제3조에서 영토에 관한 사항을 규정하고 있다. 국가의 영토는 인접국과의 경계를 세부적으로 확정하는 것을 통하여 확정되는 것이지만, 영토에 관한 법적 규율의 기초적이고 원칙적인 사항은 헌법사항으로서 국내적으로 최고규범인 헌법에서 이를 정하여야 한다.³¹⁾ 헌법 제3조는 대한민국의 주권이 미치는 범위이자 헌법의 효력범위를 정한 것으로, 이로써 대한민국이 한반도에 존재하는 국가의 연속성과 정통성을 가진 유일한 계승자이며, 헌법의 공간적 범위를 명백히 하여 국제사회에 평화의 의지를 분명히 하고, 남과 북의 분단상황에서 북한의 지위에 대한 헌법적 평가를 분명히 한 것으로 일반적으로 이해되고 있다.³²⁾³³⁾ 대법원은 헌법 제3조를 근거로 북한지역은 불법단체가 차지하고 있는 미수복의 대한민국 영토에 속하여 대한민국의 주권과 충돌하는 어떤 실체도 인정할 수 없고,³⁴⁾ 헌법

31) 그렇다고 이를 반드시 헌법전의 형식으로만 규정하여야 할 것을 요구하는 이른바 ‘헌법유보사항’의 의미로 이해해서는 안 된다. 헌법전에 영토에 관한 근거를 두고 법률로써 정할 것을 위임하거나 헌법전에 명시적인 규정 없이도 법률 차원에서 이를 정할 수 있을 것이고, 어느 경우든 영토에 관한 사항은 헌법사항으로서 실질적 의미의 헌법에 해당한다. 국민과 국가를 매개하는 국적에 관한 사항을 법률로써 정한다고 하는 국적법정주의의 취지 역시 이와 같이 이해하여야 한다. 따라서 헌법 제2조 제1항에서 대한민국의 국민이 되는 요건을 법률로 정하도록 위임한 이상 국적법에서 가능한 범위에서 이를 명확하게 규율할 것이 요청된다.

32) 설명에 따라 약간의 차이는 있지만 대한민국의 영토를 한반도와 그 부속으로서 정한 것은 대한민국이 조선을 승계한다는 의미로 보아야 한다(성낙인, 위의 책, 101면), 대한민국의 영토적 범위를 한반도 전역으로 정함으로써 간접적으로 북한의 영토적 기반을 부정하여 국가성을 부인한다는 설명(한수웅(각주 17), 101)도 같은 취지이다. 김승대 교수는 헌법 제3조가 단순히 헌법의 공간적 범위를 정한 것을 넘어 대한민국의 국가적 연속성과 국가적 정통성에 관한 우리 헌법제정권력자의 의지와 결단을 표현하고, 남북한 화해·교류에 있어서 헌법적 한계를 제시하며, 남북한 통일의 헌법적 방식에 대한 기준을 제공하는 점에서 더욱 큰 헌법적 의미를 가진다고 한다(김승대, 한반도 헌법국가의 주요문제, 법문사, 2017, 61 이하 참조).

33) 이와 달리 통일 전의 본(Bonn) 기본법 제23조는 분단의 현실을 수용하여 기본법의 적용범위를 독일연방 공화국에 가입한 서독지역으로 한정하고 독일연방으로의 가입을 통해 기본법의 효력범위를 확장하도록 하였다. 분단상황은 헌법에서 헌법의 공간적 효력범위를 명확히 정할 것을 요청하는데, 우리의 경우 북한이라는 실체에도 불구하고 한반도 전역으로 헌법의 효력범위를 정하였고, 서독기본법은 반대로 서독의 주권이 유효하게 미치는 범위 효력을 제한하고 가입을 통해 효력범위가 확장되도록 하였다. 자세한 것은 전광석, 동서독 통일의 헌법문제, 한림대학교 논문집 8집(1990), 331 이하 참조.

34) 대법원 1983. 3. 22. 선고 82도3036 판결; 대법원 1990. 9. 25. 선고 90도1451 판결.

을 비롯한 대한민국의 법률이 이를 통해 그 효력을 북한지역에도 미치게 된다고 판시하였다.³⁵⁾

또한 헌법 제3조는 통일과 관련해서도 중요한 규범적 의미를 가진다. 헌법 제3조에 의거하여 북한지역은 이미 대한민국의 영토이며, 다만 현실적으로 북한의 존재로 인해 그 규범력이 제한되고 있을 뿐이다. 헌법 제3조에 의하여 대한민국이 한반도 전체를 관할하는 국가임이 헌법에 이미 확인되어 있으므로 대한민국의 통일을 위한 노력은 이로써 규범적으로 정당화되며, 다만 헌법 제4조에 의하여 대한민국은 평화적 통일을 추구하여야 하므로 통일은 반드시 북한주민과 북한주민을 대표하는 북한당국과의 평화적인 방식에 의해 진행되고 실현되어야 한다.

한편, 헌법 제4조는 한반도가 남한과 북한으로 분단된 현실을 인정하는 법적·사실적 전제에서 통일을 지향하여야 할 국가적 과제와 목표를 제시하고, 자유민주적 기본질서에 입각하여 북한을 통일을 위한 대화와 협력의 동반자로서 그 실체를 인정하는 전제에서 평화적인 방법으로 통일을 실현하여야 한다는 통일의 내용적·방법적 지침과 한계를 제시하고 있다.

따라서 1987년 헌법 개정을 통해 헌법전에 추가된 제4조의 평화통일조항과 관련하여 헌법 제3조의 규범력을 어떻게 이해할 것인지 여하에 따라 북한과 북한주민의 법적 지위에 대한 견해의 대립이 나타나고 있다.

② 북한의 법적 지위에 대한 견해의 대립³⁶⁾

헌법 제4조에도 불구하고 헌법 제3조의 규범력을 그대로 긍정하는 입장에서는 위에서 본 바와 같이 헌법 제3조의 규범적 의미를 대한민국의 주권이 미치는 범위이자 헌법의 효력범위를 정한 것으로, 대한민국이 한반도에 존재하는 국가의 연속성과 정통성을 가진 유일한 계승자이며, 헌법의 공간적 범위를 명백히 하여 국제사회에 평화의 의지를 분명히 하고, 남과 북의 분단상황에서 북한의 지위에

(더욱이 헌법 제3조는 “대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다”고 규정하고 있어 법리상 이 지역에서는 대한민국의 주권과 부딪치는 어떠한 국가단체도 인정할 수가 없는 것이므로, 비록 북한이 국제사회에서 하나의 주권국가로 존속하고 있고, 우리정부가 북한 당국자의 명칭을 쓰면서 정상회담 등을 제의하였다 하여 북한이 대한민국의 영토고권을 침해하는 반국가단체가 아니라고 단정할 수 없다.)

35) 대법원 1990. 9. 28. 선고 89누6369 판결 참조.

36) 북한의 헌법적 지위와 관련하여 헌법 제3조에 대한 해석론에 대한 소개와 설명을 한 글로는 도희근, 북한주민의 헌법상 지위에 관한 연구, 헌법학연구 4권 2호(1998), 341-347. 도희근 교수는 제3조의 해석론을 7가지의 유형으로 나누어 자세히 소개·분석하면서 이에 근거하여 북한의 헌법적 지위를 도출하고 있다.

대한 헌법적 평가를 분명히 한 것으로 이해하고 있다.³⁷⁾ 따라서 이와 같은 입장에 따르면 비록 헌법현실과는 괴리가 있지만 남북한의 분단상황은 법률상의 분단이 아니라 사실상의 분단으로서 대한민국의 주권과 헌법의 효력범위는 여전히 헌법 제4조에도 불구하고 한반도 전체에 미치는 것이지만, 북한의 현실적·사실적 지배로 인해 북한지역에 대한 주권이나 헌법의 효력이 제약될 뿐이라고 한다. 이 견해는 헌법 제4조에도 불구하고 북한의 법적 지위를 여전히 규범적인 정당성을 가지지 않은 불법단체나 반국가단체로 인식하는 기초에 있다는 점에서 현행헌법으로 개정되기 전의 헌법 제3조에 대한 해석론을 그대로 고수하고 있다.³⁸⁾

반면 헌법 제4조는 북한의 실체를 규범적·사실적으로 긍정하는 분단국가를 전제로 대한민국에 통일의 헌법적 과제와 목표를 제시하는 국가목표조항이므로 그 범위에서 헌법 제3조의 규범력이 약화되거나 상실되었다고 이해하는 입장이다. 이들 입장에서 제시되는 논거를 살펴보면 헌법 제3조에 대한 기존의 해석은 북한의 실체를 전제로 하는 헌법 제4조와 정면으로 모순되고, 헌법규범과 달리 분단 이후 대한민국의 영토고권과 대인고권이 북한지역 또는 북한주민에 대하여 실효적으로 미치지 못하고 있는 헌법규범과 헌법현실의 괴리를 해석론에 반영하지 못하며, 북한이 이미 남한과 같이 UN의 회원국으로서 대한민국이 한반도의 유일한 합법정부라는 해석은 그 타당성을 상실하였고, 구법에 대한 신법의 우선원칙이나 비현실에 대한 현실우선의 원칙이라는 일반적인 법원칙에 따라 헌법 제3조보다 헌법 제4조가 우선적인 효력을 가진다고 한다.³⁹⁾ 그리고 현실적으로나 규범적으로 이미 남한과 북한이라는 두 개의 국가가 존재하는 것을 전제로 이와 모순되는 헌법 제3조는 수정 또는 삭제되어야 한다는 견해(헌법개정론), 헌법 제3조의 규범력을 인정하면서 제3조는 미래지향적·역사적·프로그램적 조항인데 반해 제4조는 현실적·구체적·실천적 조항으로 해석하는 견해(규범조화적 해석론), 헌법 제3조가 북한이 반국가단체로 활동하는 국내법적 규범영역에서 그대로 규범력을 갖지만 통일을 위한 화해와 협력을 위한 동반자의 지위인 영역에서는 제4조가 우선한다는 견해(남북한 특수관계론) 역시 북한의 국가적 성격이나 남한과 동등한 실제성을 긍정한다는 측면에서 그 취지를 같이 한다고 볼 것이다.⁴⁰⁾

37) 김승대(각주 32), 63; 정중섭, 헌법학원론, 박영사, 2016, 113 각 참조.

38) 석동현, 통일전 북한주민의 국내법적 지위 및 관련입법의 방향 논고, 법조 통권522호(2000), 71-72; 이효원(각주 26), 444-446 각 참조.

39) 도회근(각주 36), 343-347; 석동현(각주 38), 71-72 본문, 주 6), 8), 9) 각 참조.

40) 그러나 헌법 제4조로 인해 헌법 제3조의 규범력이 약화되거나 상실되었다는 견해들이 북한의 지위나

헌법 제3조는 1948년 헌법을 제정하면서 그 당시 역사적 상황에서 한반도의 유일한 합법적 통치체계를 수립하는 의지의 표현으로 현행헌법에 이르기까지 변함없이 북한의 법적 지위를 정하는 원칙적인 규범으로 기능하고 있다. 그리고 또한 헌법 제3조는 우리 헌법의 공간적 적용범위가 당연히 한반도의 전역에 미쳐야 할 것을 전제로 북한이 사실상 지배하고 있는 북한지역을 통합하여 우리 헌법의 공간적 적용범위 내로 회복할 것을 국가의 과제로 제시하는 의미도 함께 가진다고 할 것이다. 한편 헌법 제4조는 현행헌법에 처음 신설된 조항으로, 과거의 헌법에서 국가목표나 국가과제로서 통일을 규정한 것이 아니라 선언적이고 부수적인 의미로 대통령의 의무나 헌법기관의 임무로 통일을 규정한 것이어서 큰 의미를 부여하기는 어려웠던 규범상황에 대한 반성적 차원에서, 명시적으로 통일의 국가적 책무를 선언한 것이다. 이로써 북한은 한반도에 통일국가를 만들기 위한 국가의 헌법적 책무와 과제를 이행하는 통일과정에서 잠정적으로 형성되는 규범적 실체로서 평화통일의 국가적 책무와 관련한 대화와 협력의 과정에서 대한민국과 특별한 법적 관계를 형성하는 법적 지위를 가진다고 볼 것이다.⁴¹⁾

결론적으로 평화통일의 과정에서 잠정적으로 특별한 법적 관계와 지위를 형성하는 범위에서 상대적으로 헌법 제3조의 규범력이 약화될 뿐이고, 북한의 법적 지위를 규정하는 원칙적이고 기본적인 헌법적 근거는 헌법 제3조라고 보아야 할 것이다.

③ 북한주민의 법적 지위에 대한 견해의 대립⁴²⁾

헌법 제3조의 규범력을 인정하는 입장에서는 그 논리적 귀결로서 한반도에 대한민국과 모순되는 다른 정치적 실체로서 북한의 실체나 국가성을 규범적으로

북한주민의 지위에 대해 동일한 결론에 이르는 것은 아니다. 헌법 제3조의 규범력을 어떻게 설정하는지에 따라 다양한 견해가 제시되고 있다. 자세한 것은 도회근(각주 36), 341-356 참조.

41) 이를 실정법적으로 확인하는 것이 남북관계 발전에 관한 법률 제1조 및 제3조이다. 헌법해석의 일반원칙으로서 헌법 제3조와 제4조에 대한 규범조화적인 해석에 따라 평화통일의 과정과 범위에서(제1조) 대화와 협력의 주체로서 남한과 북한이 잠정적인 특수관계에 있음을 분명히 하고, 아울러 그럼에도 불구하고 헌법 제3조에 근거하여 남한과 북한의 관계가 국가 간의 관계가 아님을 명확하게 선언하고 있다. 남북관계 발전에 관한 법률 제1조(목적) 이 법은 「대한민국헌법」이 정한 평화적 통일을 구현하기 위하여 남한과 북한의 기본적인 관계와 남북관계의 발전에 관하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다. 제3조(남한과 북한의 관계) ① 남한과 북한의 관계는 국가간의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계이다.

② 남한과 북한간의 거래는 국가간의 거래가 아닌 민족내부의 거래로 본다.

42) 제3조의 해석론에 근거한 북한주민의 헌법적 지위에 관한 자세한 소개와 설명을 한 글로는 도회근(각주 36), 349-352.

인정할 수 없으므로 원칙적으로 대한민국 국적과 모순되는 북한국적을 인정할 수 없고, 따라서 북한주민은 북한이 불법적으로 사실상 지배하고 있는 영역 내에 거주하든, 북한을 이탈하여 제3국으로 이주하든, 북한의 지배에서 벗어나 바로 또는 제3국을 거쳐 대한민국이 규범적·사실적으로 지배하는 영역으로 들어오든 모두 구별 없이 대한민국의 국민으로 본다. 다만 북한의 불법적인 지배로 인한 사실상의 제약으로 인해 북한의 지배영역에 거주하는 한 국민으로서 권리와 의무를 현실적으로 행사하기 어렵고 대한민국의 국민보호의무도 제약될 뿐이라고 한다. 따라서 북한주민이 북한의 지배하는 영역을 벗어나면 대한민국의 국적이 현실화되고, 대한민국 국적을 취득하기 위해 망명이나 귀화 등 특별한 국적취득의 절차를 거칠 필요가 없다고 한다.⁴³⁾

반면, 헌법 제3조의 규범력을 부인하거나 제약하는 입장에서는 북한의 국가성이나 남한과 동등한 실체성을 인정하므로 북한주민을 규범적으로 대한민국 국민으로 보지 않는 것이 일반적이다.⁴⁴⁾⁴⁵⁾ 위에서 본 바와 같이 헌법 제3조의 규범력을 부인하는 근거에 대해서는 다양한 견해가 제시되고 있지만, 어느 입장에 따르더라도 북한주민은 대한민국 국민에 포함되지 않는다는 결론에 이르는 것이 타당하다고 하며,⁴⁶⁾ 특히 북한이 국제법적 주체로 인정되는 현실에서 중국 등 제3국과 외교적인 문제를 고려할 때 북한주민을 대한민국 국민으로 인정하는 것은 비현실적이므로 북한주민은 대한민국 국민이 아닌 외국인이며, 대한민국 국적을 취득하기 위해서는 망명·귀화 등 별도의 절차를 취하여야 한다고 한다.⁴⁷⁾

북한의 헌법적 지위와 관련하여 헌법 제3조와 제4조의 관계를 평화통일의 과정에서 잠정적으로 특별한 법적 관계와 지위를 형성하는 범위에서 상대적으로 헌법 제3조의 규범력이 약화될 뿐이고, 북한의 법적 지위를 규정하고 있는 원칙적이고 기본적인 헌법적 근거는 헌법 제3조라고 보아야 한다면, 북한주민의 헌법적 지위는 그 상황에 관계없이, 즉 북한지역에 거주하든, 제3국에 체류하든, 남한사회에 들어오든 모두 대한민국 국민으로서 법적 지위를 갖는다고 보아야 할 것이다.⁴⁸⁾

43) 석동현(각주 38), 73; 이효원(각주 26), 445-446 각 참조.

44) 석동현(각주 38), 73; 이효원(각주 26), 445-446 각 참조.

45) 헌법 제3조의 규범력을 부정하는 입장에서도 북한주민의 법적 지위와 관련하여 이견이 있음을 설명한 글로는 도회근(각주 36), 350-352.

46) 이효원(각주 26), 445 참조.

47) 도회근(각주 36), 354-356 참조.

48) 북한과 북한주민의 헌법적 지위에 대한 이와 같은 결론은 어디까지나 대한민국 헌법과 국제법의 해석에 따른 국내법적 지위에 한정되는 것이고, 또한 이로써 충분하다고 생각된다. 우리 헌법이 규정하는 북한

④ 북한과 북한주민의 법적 지위에 대한 판례의 입장

i) 북한의 법적 지위

북한의 헌법적 지위와 관련하여 헌법재판소가 헌법 제3조의 규범력에 관하여 명시적으로 입장을 밝힌 결정은 아직 없는 것으로 보인다. 헌법재판소는 외국환거래법 조항의 해석과 관련하여 대법원판결을 인용하는 과정에서 “대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다”는 영토조항(제3조)을 두고 있는 이상 대한민국의 헌법은 북한지역을 포함한 한반도 전체에 그 효력이 미치고 따라서 북한 지역은 당연히 대한민국의 영토가 되므로, 북한을 법 소정의 “외국”으로, 북한의 주민 또는 법인 등을 “비거주자”로 바로 인정하기는 어렵지만 …’이라고 하여, 북한의 지위와 관련하여 헌법 제3조의 규범력을 인정하는 듯이 보이는 취지의 설시를 한 바 있지만,⁴⁹⁾ 이는 헌법소원의 청구인이 외국환거래법 조항의 해석과 관련하여 헌법 제3조를 고려한 해석을 근거로 위 조항의 위헌성을 주장한 것에 대한 방론적인 언급을 한 것에 불과하여 이로써 헌법재판소의 입장을 예단하기는 어렵다고 생각된다. 이와 달리 헌법 제4조와 관련하여 헌법재판소는 ‘북한은 조국의 평화적 통일을 위한 대화와 협력의 동반자임과 동시에 대남적화노선을 고수하면서 우리자유민주체제의 전복을 획책하고 있는 반국가단체라는 성격도 함께 갖고 있음이 엄연한 현실인 점에 비추어, 헌법 제4조가 천명하는 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책을 수립하고 이를 추진하는 한편 국가의 안전을 위태롭게 하는 반국가활동을 규제하기 위한 법적 장치로서, 전자를 위하여는 남북교류협력에관한법률 등의 시행으로써 이에 대처하고 후자를 위하여는 국가보안법의 시행으로써 이에 대처하고 있는 것이다.’라고 하여,⁵⁰⁾ 북한의 지위에 대하여 자유민주주의체제를 전복하려는 반국가단체성과 함께 평화적 통일을 위한 대화와 협력의 동반자라는 이중적 지위를 가지고 있다고 분명히 선언하고 그 근거로서 헌법 제4조를 명시적으로 언급하여 헌법 제3조에 대한 해석론과는 다른 접근을 하고 있다. 이와 같은 설시에 비추어 볼 때 현행헌법에서 헌법 제4조가 추가됨에 따라 종래 헌법 제3조를 근거로 한 북한의 지위에 대한 해석론에

과 북한주민의 법적 지위는 대한민국의 공권력 행사에 대한 헌법적 근거와 지침, 한계를 설정하기 때문이다. 같은 입장으로는 이덕연, ‘헌법적 정체성’ 확립의 과제와 북한이탈주민의 헌법적 지위, 저스티스 통권 136호(2013), 50-53 참조.

49) 현재 2005. 6. 30. 2003헌바114, 판례집 17-1, 879.

50) 현재 1993. 7. 29. 92헌바48, 판례집 5-2, 65.

일정 부분 변화가 불가피하고, 헌법 제4조에 대한 해석론의 범위에서 북한에 대한 인식의 변화에 따라 헌법 제3조의 규범력에도 그에 상응하는 변화가 있음을 묵시적으로 인정하는 것으로 볼 수 있다.⁵¹⁾

대법원 역시 ‘북한이 조선민주주의인민공화국이라는 이름으로 유엔에 가입하였다는 사실 … 기존의 남북합의서, 남북정상회담, 남북공동선언문 등과 현재 진행되고 있는 남북회담과 경제협력 등의 현상들만으로 북한을 국제법과 국내법적으로 독립한 국가로 취급할 수 없다. 남·북한 사이의 법률관계는 우리의 헌법과 법률에 따라 판단해야 하며, 북한을 … 우리와 대등한 별개의 독립된 국가로 볼 수 없다. 남·북한의 관계는 일정한 범위 안에서 “국가간의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수 관계”로서 … 무릇 우리 헌법이 전문과 제4조, 제5조에서 천명한 국제평화주의와 평화통일의 원칙은 자유민주주의적 기본질서라는 우리 헌법의 대전제를 해치지 않는 것을 전제로 하는 것이다. … 따라서 종래 대법원이 국가보안법과 북한에 대하여 표명하여 온 견해 즉, 북한은 조국의 평화적 통일을 위한 대화와 협력의 동반자이나 동시에 남·북한 관계의 변화에도 불구하고, 적화통일노선을 고수하면서 우리의 자유민주주의 체제를 전복하고자 획책하는 반국가단체라는 성격도 아울러 가지고 있고, 반국가단체 등을 규율하는 국가보안법의 규범력이 상실되었다고 볼 수는 없다고 하여 온 판시는 현시점에서 그대로 유지되어야 할 것이다.’고 하여,⁵²⁾ 헌법 제3조를 직접 언급하고 있지는 않지만 북한의 이중적 지위와 남북한의 통일과정에서의 잠정적인 특수관계 등을 근거로 하여 헌법 제3조의 규범력을 묵시적으로 전제하는 입장에 서있는 것으로 보인다.⁵³⁾

ii) 북한주민의 법적 지위

북한주민의 법적 지위와 관련하여 우선 대법원은 북한주민을 대한민국의 국민으로 인정하고 있다. 위에서 살핀 바와 같이 남한주민의 국적을 포함하여 북한헌법의 인적 적용범위로서 북한국민(공민)의 자격을 명시적으로 규정하고 있는 북한의 국적법제와는 달리, 우리 헌법의 국적조항과 국적법에서는 북한주민의 국적

51) 같은 취지로는 이효원(각주 14), 74-77 참조.

52) 대법원 2008. 4. 17. 선고 2003도758 전원합의체 판결.

53) 이효원 교수는 헌법 제3조의 규범력을 인정하는 전제에서 헌법 제3조는 헌법본질적인 가치규범으로 인식하고 제4조는 그 범위에서 제한적으로 적용된다는 것을 확인하는 취지로 위 대법원판결이 평가하고 있다. 이효원(각주 14), 70 참조.

을 비롯하여 정부수립 이전에 이주한 해외동포들의 국적을 명확하게 규율하지 않고 있다. 따라서 남북한의 관계 및 북한의 법적 지위를 규정한 헌법조항의 해석을 통해 비로소 대한민국 국민의 요건과 범위를 명확하게 확정할 수밖에 없다.

대법원은 ‘남조선과도정부 법률 제11호 국적에관한임시조례 제2조 제1호는 조선임을 부친으로 하여 출생한 자는 조선의 국적을 가지는 것으로 규정하고 있고, 제헌헌법은 제3조에서 대한민국의 국민되는 요건을 법률로써 정한다고 규정하면서 제100조에서 현행법령은 이 헌법에 저촉되지 아니하는 한 효력을 가진다고 규정하고 있는바, 그렇다면 원고는 조선인인 위 소외 1을 부친으로 하여 출생함으로써 위 임시조례의 규정에 따라 조선국적을 취득하였다가 1948. 7. 17. 제헌헌법의 공포와 동시에 대한민국의 국적을 취득하였다 할 것이고, … 원고가 북한법의 규정에 따라 북한의 국적을 취득하여 1977. 8. 25. 중국 주재 북한대사관으로부터 북한의 해외공민증을 발급받은 자라 하더라도, 북한지역 역시 대한민국의 영토에 속하는 한반도의 일부를 이루는 것이어서 대한민국의 주권이 미칠 뿐이고 대한민국의 주권과 부딪치는 어떠한 국가단체나 주권을 법리상 인정할 수 없는 점에 비추어 볼 때, 이러한 사정은 원고가 대한민국의 국적을 취득하고 이를 유지함에 있어 아무런 영향을 끼칠 수 없다 할 것이다.’라고 하여⁵⁴⁾ 미군정청이 제정한 국적에관한임시조례 제2조 제1호 및 제헌헌법 제100조에 근거하여 조선의 국적을 대한민국의 국적으로 전환하고, 헌법 제3조에 근거하여 이와 같은 대한민국 국적의 부여가 북한의 실체나 북한국적의 취득으로 인해 방해받지 않음을 분명히 하였다. 이 판결은 일제강점기인 1937년 한반도에 출생하여 조선인인 부와 모를 따라 북한지역과 중국으로 이주한 북한국적인 북한주민을 대상으로 한 사안으로, 서울고등법원과 대법원은 대한민국 국적 인정의 근거로 국적에관한임시조례 제2조 제1호 및 제헌헌법 제100조를 들고 있다. 이는 위에서 본 바와 같이 우리 헌법의 국적조항과 국적법에서 북한주민의 국적에 대한 명시적인

54) 서울고등법원 1995. 12. 8. 선고 94구16009 판결; 대법원 1996. 11. 12. 선고 96누1221 판결.

대법원은 이와 같은 판단을 기초로 북한이탈주민의 기본권주체성을 명시적으로 인정하고 있다(대법원 2008. 1. 24. 선고 2007두10846 판결 참조)

‘헌법 제14조는 “모든 국민은 거주·이전의 자유를 가진다”라고 규정하고 있는데, … 여기서 말하는 국민은 한국국적을 가진 한국인으로서 탈북한 원고도 당연히 국민에 포함되고, … 원고는 비록 북한에서 고위직으로 지내오다가 탈북한 인사로서 현재 국가기관으로부터 안전가옥에서 24시간 경호를 받고 있으나, 원고가 미국의 권위 있는 기관으로부터 초청장을 받고 스스로 미국으로 출국하기를 원하고 있으므로 그와 같은 원고의 자발적인 해외여행의 자유는 원칙적으로 국민의 기본권으로서 최대한 보장되어야 한다.’

규정을 두지 않은 입법방식에서 비롯하는 불가피한 논증의 방식으로 이해할 수 있고,⁵⁵⁾⁵⁶⁾ 중요한 것은 헌법 제3조를 근거로 하여 북한주민이 이후 북한국적을 취득하였음에도 불구하고 대한민국 국적의 인정이나 유지에는 아무런 영향이나 장애가 없음을 분명히 한 점에서 그 의미를 찾을 수 있을 것이다.

헌법재판소는 아직 국적과 관련하여 북한주민의 법적 지위에 대한 명시적인 판단을 한 바 없지만,⁵⁷⁾ 대상결정에서나 다른 결정들에서 북한이탈주민의 기본권주체성을 인정하는 전제에서 개별적인 판단을 하고 있는 것으로 보아 북한주민이 규범적으로 대한민국의 국민임을 인정하는 전제에 있다고 이해할 수 있다. 또한 헌재 97헌가12 결정에서 헌법재판소가 재판의 전제성 유무를 판단하면서, 위 서울고등법원 및 대법원의 판결에 대하여 북한주민의 국적과 관련한 헌법 및 법률의 해석 부분이 명백하게 불합리하여 유지될 수 없는 경우가 아니어서 그 해석을 존중하는 입장을 분명히 하고 있으므로, 헌법재판소는 대법원과 같이 헌법 제3조에 근거하여 북한주민이 대한민국의 국적을 취득하는 해석론을 지지하고 있는 것으로 볼 수 있다.

55) 북한주민이 대한민국 국민이라는 근거로 제헌헌법 제100조를 들고 있는 것에 대하여 국적법정주의의 규범적 의미가 국적에 관한 사항이 헌법적 규범사항으로 법률에 의해 창설되는 것이 아니라는 점에 있으므로 이를 분명히 한 것으로 평가하는 견해가 있다(이효원(각주 26), 439 참조). 그러나 각주 31)에서 본 바와 같이 국적법정주의의 헌법적 취지를 헌법전에서 반드시 정하여야 할 헌법적 규범사항으로 이해하기는 어렵다고 생각되고, 제헌헌법 제100조는 헌법 제3조와 달리 북한주민의 대한민국 국적 인정과 관련하여 직접적이든 간접적이든 그 근거가 될 수 없을 것이다. 우리 헌법의 국적조항과 국적법의 입법 방식의 문제점을 극복하기 위한 불가피한 논증으로 이해함이 타당하다고 생각한다.

56) 제헌헌법의 국적조항과 국적법의 입법방식에 대한 문제점과 국적에관한임시조례 조항을 근거로 한 문제 해결의 타당성 여부, 북한주민의 국적문제를 해결하기 위한 입법론적 방안과 관련하여 자세한 설명을 한 문헌으로는 한명섭, 통일법제 특강, 한울아카데미, 2016, 730-732 참조.

57) 위 서울고등법원 94구16009 판결이 사건의 배경이 된 헌재 2000. 8. 31. 97헌가12 결정에서 헌법재판소가 ‘우리 헌법은 제헌헌법 이래로 “대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다”(제헌헌법 제4조, 현행헌법 제3조)는 규정을 두고 있다. … 대법원은 이를 근거로 하여 북한지역도 대한민국의 영토에 속하는 한반도의 일부를 이루는 것이어서 대한민국의 주권이 미치고 북한주민도 대한민국 국적을 취득·유지하는 데 아무런 영향이 없는 것으로 해석하고 있다. 그리하여, 국적에관한임시조례 … 제헌헌법의 공포와 동시에 대한민국 국적을 취득하였다고 한다. … 외교통상부장관은, 우리의 실효적 지배권이 현실적으로 미치지 못하는 북한지역 거주자 또는 제3국에 체류하는 북한주민들에 대해서 우리 국적을 인정하는 것은 북한당국과의 마찰 또는 제3국과의 관계에서 외교적인 문제가 생길 가능성이 있지만, 최소한 북한주민이 이미 국내에 들어와 있는 경우에 그가 원하는 한 우리 국적을 인정하는 것은 문제가 없다는 의견을 개진하고 있다.’고 판시한 것을 근거로 헌법재판소가 대법원의 판결을 그대로 받아들인 것으로 이해하는 의견이 있다(방승주(각주 13), 361 참조). 그러나 이는 적법요건인 재판의 전제성에 관한 판단으로 헌법재판소가 재판의 전제성 판단과 관련해서는 제정법원의 법률적 견해를 존중하는 입장을 판례로써 명확히 하고 있으므로 그와 같이 이해할 것은 아니다.

(3) 북한주민의 헌법적 지위에 근거한 북한이탈주민에 대한 보호 및 지원의 방향

1) 북한이탈주민의 현황과 문제 상황

북한주민의 북한지역 이탈의 문제는 1990년대 중반 북한의 식량사정 악화를 계기로 증가하기 시작하여 남한으로 입국한 북한이탈주민의 수가 2007년 2월에 1만 명을 넘어선 이래 2010년 11월 2만 명, 2018년 9월에는 32,000명을 넘어섰다. 2005년 이후 북한이탈주민의 수가 지속적으로 증가하다가 2012년부터는 연간 1,500명 정도로 그 인원이 안정화되거나 감소하는 추세에 있지만, 남북한 간의 대화와 교류가 다시 재개된 2017년 이후에도 1,000명을 상회하여 지속적으로 북한이탈주민의 수가 유지되는 것으로 나타나고 있다.⁵⁸⁾

1990년대 이후로 탈북의 양상도 많이 달라졌는데, 그 이전까지는 군사분계선이나 해상을 통해 직접 남한으로 들어오는 이른바 ‘정치적 탈북’ 성격의 소규모 귀순 차원의 양상이었다면, 1990년대 이후로는 자연재해 등으로 인한 경제사정의 급격한 악화와 식량난으로 생존이 문제되면서 중국, 러시아 심지어 동남아 등을 경유하여 남한으로 들어오는 이른바 ‘생존형 탈북’에 따른 대규모의 집단적 탈북의 양상을 보이고 있다.⁵⁹⁾

북한주민의 국경이탈에 따른 중국, 러시아 등 주변국의 단속강화 및 이들 국가와 북한 간의 양자협약을 통한 강제송환의 증가, 북한의 국경경비 강화, 남북한의 대화와 협력이 확대되는 상황에서도 유의미한 수준을 넘어서는 북한이탈주민의 수는 자칫 북한의 경제상황이나 정치상황, 한반도를 둘러싼 국제정세의 상황 변화에 따라 다시 이전의 수준을 회복하거나 그 수준을 훨씬 뛰어넘는 대규모의 탈북사태로 이어질 수 있음을 과히 어렵지 않게 예상할 수 있다.

한편, 북한이탈주민의 증가는 우리 사회의 정치·경제·사회·문화의 모든 영역에서 다양한 문제들을 양산하고 있다. 북한이탈주민의 수가 극소수에 불과하였던 상황에서는 소외계층, 한계계층의 복지문제로 접근하여 생계지원, 소득보전, 의료혜택 등 공적 부조의 방식으로 대응할 수 있었지만, 남녀노소를 불문한 대규모의 탈북상황에서는 사회보장 차원의 미시적인 수단에서 벗어나 직업 등 소득

58) 이상 통일부 홈페이지 통계자료 참조(2018. 9. 25. 방문, <https://www.unikorea.go.kr/unikorea/business/NKDefectorsPolicy/status/lately/>)

59) 이덕연(각주 48), 31-32 참조.

활동을 통한 경제적 안정의 보장과 이를 위한 교육환경의 조성, 북한이탈주민의 남한사회 적응을 위한 심리적·사회적 통합프로그램의 마련 등 종합적이고 장기적인 대응수단을 준비할 것이 요청되고 있다.

위에서 이미 확인한 바와 같이 애초부터 단절 없이 그대로 대한민국 국민이었던 북한이탈주민의 통합문제는 외국인근로자나 이주외국인 등에 대한 포용의 차원을 넘는 한민족의 역사인식의 문제이며, 그들만의 문제가 아니라 우리 사회 전체의 문제이고, 통일을 위한 준비 차원의 문제가 아니라 이미 시작했고 상당한 정도 진행된 법적·외부적 통일 이전에 이미 시작된 인적 통일과정의 문제로서 의미 부여가 되어야 할 것이다.⁶⁰⁾

2) 북한이탈주민에 대한 보호 및 지원의 방향

북한이탈주민에 대한 보호 및 지원과 관련한 입법은 1962년 국가유공자 및 월남귀순자 특별보호법에서 시작되었다. 이는 북한주민의 이탈과 이들에 대한 보호를 북한체제를 버리고 남한으로 귀순한 것에 대한 보훈의 의미로 성격을 규정하고, 이들에게 국가유공자에 준하는 법적 보호 및 지원을 하였다. 이러한 지원체계는 국가유공자등특별원호법(1974년), 월남귀순용사특별보상법(1978년)으로 이어졌고, 남북한의 체제경쟁의 수단으로 악용되기도 하였다.⁶¹⁾

1988년 이후 남북한의 교류와 협력이 시작되고 북한이탈주민의 수가 급증하자 이들에 대한 지원체계에 근본적인 개편이 필요하였고, 그 결과 1996년 귀순북한동

60) 북한이탈주민 문제에 대한 상황인식의 태도와 문제상황의 재정립 필요성을 헌법이론적으로 정리하고 있는 글로는 이덕연(각주 48), 45 참조.

이덕연 교수는 탈북민의 통합문제를 “부분의 문제가 아닌 전체의 문제, 바로 역사기억의 문제, 현재진행형의 통일문제, 다문화사회의 문제”로서 오롯이 헌법적 문제라고 문제상황을 재정립하고, 헌법 전문에서 ‘유구한 역사와 전통에 빛나는 우리 대한국민’이 헌법제정의 주체임을 분명히 하면서 ‘조국의 평화적 통일의 사명’, ‘동포애’와 ‘민족적 단결’을 천명하고 있는 것이나, ‘한반도와 그 부속도서’를 대한민국의 영토로 정하고 있고(제3조), ‘평화통일원칙’을 재확인하여 명시적으로 규정하고 있는 것(제4조), 그리고 ‘민족문화의 창달’을 국가의무로 규정하고 있는 것(제9조) 등은 말할 것도 없고, 헌법 자체가 우리 역사의 산물인 동시에 장래 우리 공동체의 사회적 통합의 토대이고, 문화적 발전을 위한 청사진이라는 점에서 탈북민 문제는 정치·경제·사회·문화 등 모든 생활영역에서 오롯이 ‘헌법문제’임을 강조하고 있다(이덕연(각주 48), 39-40 참조).

61) 북한이탈주민에 대한 보호 및 지원을 보훈의 성격으로 접근한 개별 법률이 1967년 법률 1796호로 제정된 ‘미수복지등에서귀순한의약업자에관한특별조치법’이다. 위 특별조치법은 대한민국 국민으로서 미수복지등(中共等共產治下에 있는 地域 포함)으로부터 귀순한 의약업자의 자격·면허 및 학력에 관하여 특별한 조치를 강구함을 목적으로 하는데(제1조), 학력 및 경력을 인정받은 후 4월 이내 기간의 보수교육과 보수교육 과목에 대한 특별국가시험에 합격하면 의사 등 해당 의료인의 자격을 부여하였다(제3조, 제5조).

포보호법을 제정하여 주무부처를 종래의 국가보훈처에서 보건복지부로 바꾸고 지원금 등 지원수준도 대폭 낮추었다. 북한주민의 북한지역 이탈을 귀순에 따른 보훈의 차원에서 이들의 생계지원 등 사회보장 차원의 문제로 인식을 전환하였다.⁶²⁾

현행의 탈북민지원법은 1994년을 기점으로 대규모의 탈북사태가 상시화되고, 그 양상과 성격이 개인단위에서 가족단위로, 정치적 탈북에서 생존형 탈북으로 근본적으로 달라지자 이에 따라 북한이탈주민에 대한 보호와 지원에 대한 체계도 전면 재검토되어야 한다는 필요성의 산물이다.⁶³⁾

탈북민지원법은 북한에 주소, 직계가족, 배우자, 직장 등을 두고 북한을 벗어난 후 외국의 국적을 취득하지 아니한 북한이탈주민 중 대한민국의 보호를 받으려는 의사를 표시한 사람을 보호대상자로 정의하고, 이들을 포함하여 북한지역을 이탈한 북한주민이 대한민국에 적응·정착하는 데 필요한 보호 및 지원에 관한 사항을 규정하고 있다. 탈북민지원법은 북한지역을 이탈한 북한이탈주민을 포함하여 모든 북한주민이 대한민국 헌법에 근거하여 대한민국의 국민임을 전제로 하여 헌법상 국가의 기본권보호의무, 재외국민보호의무에 근거하여 국가로부터 인도주의에 입각한 특별한 지원과 보호를 받을 것을 선언하고, 북한주민 역시 우리 헌법이 요구하는 인간의 존엄과 가치를 가진 자율적이고 인격적인 존재로서 스스로 자유민주적 기본질서에 적응하고 건강하고 문화적인 생활을 할 수 있도록 노력하여야 할 것을 당부하고 있다(제4조).

또한 탈북민지원법은 북한주민이 대한민국 국민임을 전제로 원하는 경우 가족관계등록부를 작성할 수 있도록 가족관계등록에 관한 특례를 규정하고(제19조), 보호대상자가 생활인으로 자립하고 독자적으로 경제적 활동을 함으로써 진정한 대한민국 국민으로 통합될 수 있도록 북한에서 이수한 학력이나 취득한 자격을 인정받을 수 있는 방법과 절차를 마련하고 있다(제13조, 제14조).

이와 같은 헌법적인 의의와 성격을 갖는 탈북민지원법에 대한 해석과 운용의 출발점은 북한주민을 애당초 대한민국의 국민으로서 헌법상 기본권의 의미와 취지가 그대로 보장되고 실현되어야 할 기본권의 주체로서 인식하는 가운데 그들이 남한사회에 진정으로 통합될 수 있는 삶의 조건과 환경을 마련하는 것에 있다고 할 것이다.

62) 도회근 교수는 남북관계 법제의 발전을 “국가보안법의 시대-교류협력의 시대-남북관계 발전의 시대”로 나누고 시대별로 북한관련 법제의 변화를 분석하고 있다. 도회근(각주 11), 214-218 참조.

63) 이택연(각주 8), 302.

4. 대상결정 이후 탈북의료인에 대한 의료인 자격의 부여

(1) 의료인 자격제도의 의의와 현행 자격제도의 개관

의료행위는 의학적 전문지식으로 질병의 진찰, 검안, 처방, 투약 및 외과적 시술을 시행하여 질병의 예방이나 치료행위를 하는 일련의 행위를 의미하는 것으로 인간의 존엄과 가치의 근본인 사람의 신체와 생명을 그 대상으로 하므로 단순한 의료기술 이상의 “인체 전반에 관한 이론적 뒷받침”과 “인간의 신체 및 생명에 대한 외경심”을 체계적으로 교육받고 국가의 검증을 거친 의료인에 의하여 행하여져야 한다. 즉, 의료행위는 환자에 대한 진찰에서 질병의 상태에 따른 구체적인 치료행위에 이르는 일련의 연속적인 행위로서 이를 담당하는 의료인은 이러한 일련의 과정을 자신의 책임 하에서 독자적으로 수행할 수 있는 학문적·임상적 능력을 갖추는 것이 요구된다. 따라서 국가가 의료인 면허를 부여함에 있어서는 공정하고 객관적인 절차와 기준에 따라 의료인으로서 이러한 지적·실무적 능력을 갖추었다고 판단되는 때에만 이를 부여하여야 한다.⁶⁴⁾

의료행위에 필요한 의료인의 자격과 면허는 의료법에서 정하고 있는데, 의료법은 의료인의 자격을 의사, 치과의사, 한의사, 조산사 및 간호사로 분류하고, 자격별로 고유의 임무와 함께 국민보건의 향상과 국민의 건강한 생활 확보에 이바지할 것을 모든 의료인의 사명으로 부여하고 있다(제2조). 의료인의 자격 및 면허 부여의 방법과 절차에 대해서는 의료인의 자격별로 달리 규정하고 있는데, 의사·치과의사·한의사의 경우 국내대학과 해외대학으로 나누어 그 부여의 방법과 절차를 규정하고 있다.

먼저 국내대학의 졸업자인 경우 의학·치의학 또는 한의학을 전공하는 대학을 졸업하고 의학사·치의학사 또는 한의학사 학위를 받거나 의학·치의학 또는 한의학을 전공하는 전문대학원을 졸업하고 석사학위 또는 박사학위를 받아 의사·치과의사 또는 한의사 국가시험에 합격하면 보건복지부장관으로부터 의사 등 면허를 취득할 수 있도록 하고 있다(의료법 제5조 제1항 제1호·제2호 참조). 이와 같은 국내대학 졸업자의 의사 등 면허취득과 관련해서는 의학교육과 관련한 교육

64) 현행 의료인 자격과 관련한 국가시험제도는 의료인의 학문적(지적) 능력에 대한 검증과정으로 볼 수 있고, 임상능력은 국가에 의하여 입학정원에서 교과과정에 이르기까지 엄격한 통제와 관리를 받는 의과대학, 치의과대학, 한의과대학 등의 임상실습과정에서의 평가로 대체하고 있는 실정이다.

제도의 변동에 따른 세부적인 자구수정 수준의 경미한 법률개정만 있었을 뿐,⁶⁵⁾ 법정의 교육과정 이수를 통한 의료인으로서 학문적·임상적 능력의 배양·검증과 국가시험을 통한 학문적 능력의 검증이라는 기본적인 틀은 그대로 유지되고 있다.

이에 반해 외국대학을 졸업한 경우에는 국내대학의 경우와 달리 면허취득의 방법과 절차를 더욱 엄격하게 요구하고 있다. 외국대학을 졸업한 경우 국내대학의 경우와 달리 의과대학 등의 교육과정을 통해 의료행위에 대한 학문적·임상적 능력을 의료인으로서 독자적으로 치료 등 의료행위를 할 수 있을 만큼 충분히 받았는지 객관적으로 확인하기 어렵고, 의료행위의 특성상 나라마다 치료의 방식이나 내용이 다르므로 한국의 의료법이 요구하는 수준과 범위의 전문능력을 갖추었는지를 객관적으로 평가하고 검증할 필요성이 매우 크기 때문이다. 따라서 외국대학 졸업자의 의료면허 취득의 절차와 방식은 그 제도의 취지에 비추어 탈북의료인을 비롯하여 통일 이후 북한의 의료인에 대한 의사 등 면허의 부여와 밀접한 관련을 가진다고 할 것이므로 이하에서는 이에 관해 간략히 살펴보기로 한다.

(2) 해외대학 졸업자에 대한 의료면허 부여 절차

1973. 2. 16. 법률 제2533호로 개정된 의료법 제5조 제3호는 외국대학 졸업자의 국내 의료면허 취득을 위한 국가시험의 응시자격을 ‘보건사회부장관이 인정하는 외국 의과대학 등의 졸업과 해당 학위의 취득’으로 정하였고, 1994. 1. 7. 법률 제4732호로 개정된 의료법 제5조 제3호에서는 외국대학의 학위취득에 더하여 ‘외국(해당 국가)의 의사 등 면허의 취득’을 요구하였다. 따라서 외국대학의 학위취득과 해당 국가의 의사 등 면허를 취득하면 의료법상 의사 등 국가시험에 응시할 자격을 부여하였다.

그런데 외국대학을 졸업한 사람의 경우 국내 특유의 질병양상이나 의료제도,

65) 국내대학 졸업자의 면허취득과 관련하여 종래 국내의 의학·치의학 또는 한의학을 전공하는 대학을 졸업할 것을 요구하였으나, 고등교육법에 근거하여 의학교육을 실시하는 전문대학원이 설치되자 국내대학에 이를 포함하는 법률개정이 있었고(2008. 10. 14. 법률 제9135호로 개정된 의료법 제5조), 고등교육법 제11조의2에 따라 의학·치의학·한의학 또는 간호학에 해당하는 교육과정을 운영하는 학교는 대통령령으로 정하는 절차에 따라 인정기관의 평가·인증을 받을 것이 요구되자 이를 반영하여 평가인증기관의 인증을 받은 국내대학으로 법률개정이 있었다(2012. 2. 1, 법률 제11252호로 일부개정된 의료법 제5조).

의료관행 또는 의료용어 등에 미숙하고, 사실상 임상적인 실무능력에 대한 평가의 역할을 하는 의과대학 등에서의 임상실습과정을 보건의료당국에서 전혀 관리·통제할 수 없기 때문에, 의료행위에 대한 학문적(지적) 능력에 대한 평가 중심의 필기시험만으로 실시되는 국가시험에 합격하였다고 하여 이들에게 바로 의료면허를 부여하고, 의료현장에 투입하여 독자적으로 의료행위를 하게 하는 데는 국민보건의 관점에서 문제가 있다는 지적이 있었다. 또한 의료행위의 공공적 성격에도 불구하고 의료인의 직업적인 특성상 국가로부터 부여받은 독점적 지위를 이용하여 의료행위에 대한 수요를 자의적으로 창출함으로써 쉽게 개인적 수익을 극대화할 위험성이 상존하고, 의료인의 양성에 소요되는 기간이 비교적 장기간으로 많은 교육비용이 투입되므로 다른 분야와는 달리 국가가 인력의 개발단계(교육단계)에서부터 장래의 의료수요를 정확히 예측하여 의과대학의 입학정원을 조정하는 등 의료인력의 수급과 관련하여 체계적이고 종합적인 관리를 할 필요성이 크다고 할 것임에도, 외국대학 졸업자의 경우 그 양성과정에서 국가의 관리나 통제가 전혀 개입할 여지가 없어 의료인력의 관리체계에도 심각한 문제를 야기하였다.⁶⁶⁾

이러한 상황에서 입법자는 의료법을 개정하여 외국대학 졸업자가 국내의 의료현장에 투입되어 바로 의료행위를 할 수 있을 정도의 능력과 자질을 갖추었는지 여부에 대하여 검증하고, 의료인력의 수급을 국가의 정책방향에 따라 적절하게 조절하려는 취지에서 외국대학 졸업자의 국가시험 응시자격을 가중하여 외국대학의 학위 및 해당국의 의료면허 취득에 더하여 예비시험제도를 도입하여 국가시험에 앞서 이에 합격할 것을 추가하였다.⁶⁷⁾

예비시험은 필기시험(1차)과 실기시험(2차)으로 나누어 실시되는데, 예비시험에 합격한 사람은 다음 회의 국가시험부터 예비시험을 면제한다(의료법 시행령 제3조

66) 이러한 문제는 치과의사나 대장결장의 사안인 한의사의 경우 더욱 심각하다. 일반의사의 경우 면허취득 후 일정기간 수련기간을 거친 다음 의료현업에 종사하게 되는 반면, 치과의사나 한의사의 경우에는 면허 취득 후 바로 의료현업에 투입되는 특징이 있기 때문이다. 그리고 한의사(韓醫師)의 경우에는 그 의료체계가 우리 고유의 특유한 것이므로 기본적으로 외국대학 졸업자에게 응시자격을 부여하기 곤란한 특징이 있다.

67) 의료법(2002. 3. 30. 법률 제6686호로 개정된 것) 제5조 (의사·치과의사 및 한의사의 면허) 의사·치과의사 또는 한의사가 되고자 하는 자는 다음 각호의 1에 해당하는 자격을 가진 자로서 제9조의 규정에 의한 해당 예비시험(제3호의 자에 한한다)과 국가시험에 합격한 후 보건복지부장관의 면허를 받아야 한다.

1.-2. (생략)

3. 보건복지부장관이 인정하는 외국의 제1호 또는 제2호에 해당하는 학교를 졸업하고 외국의 의사·치과의사 또는 한의사의 면허를 받은 자

제3항). 일반의사에 대한 예비시험의 경우 1차 시험은 몸의 정상구조와 기능, 정상 발생·성장 및 노화, 병리, 주요 증상 및 소견, 진찰과 검사, 건강증진·질병예방, 보건의료관리에 대한 평가로서 ‘의학의 기초’와 ‘한국어’ 과목, 한의사에 대한 예비 시험의 경우 인체의 구조, 기능 및 대사, 질병의 발생과 변화, 진찰, 검사 및 변증, 치료기법 및 재료, 한국한의학의 이해에 대한 평가로서 ‘한의학의 기초’와 ‘한국어’ 과목으로 각 구성되어 있다. 2차 시험의 경우 일반의사, 치과의사, 한의사 모두 병력청취, 신체질환, 환자와의 의사소통, 진료태도, 기본 기술적 시기(basic technical skill) 등의 항목으로 나누어 평가하고, 국가시험등관리기관의 장이 정하는 실기시험 합격기준에 따라 ‘적격’ 판정을 받은 자를 합격자로 한다.⁶⁸⁾⁶⁹⁾

(3) 탈북의료인에 대한 의료면허 부여 절차

앞에서 본 바와 같이 북한이탈주민의 대한민국에서의 적응·정착에 필요한 보호 및 지원에 관한 사항을 규정하고 있는 탈북민지원법은 북한이탈주민이 남한에 정착하여 생활인으로 자립하고 독자적으로 경제적 활동을 함으로써 진정한 대한민국 국민으로 통합될 수 있도록 북한에서 이수한 학력이나 취득한 자격을 인정

- 68) 의료법 시행규칙 제2조[별표 2] 예비시험의 시험과목, 시험방법 및 합격자 결정방법(제2조 관련)
- 69) 외국대학 졸업자에 대한 예비시험의 추가적인 부과가 의료인직업을 선택하려는 외국 치과대학 졸업자의 직업의 자유를 과잉으로 제한하는지 여부에 관하여 헌법재판소는 아래와 같은 이유로 합헌결정을 하였다(헌재 2003. 4. 24. 2002헌마611, 판례집 15-1, 466; 2006. 4. 27. 2005헌마406, 공보 제115호, 667). “예비시험 조항은 외국 의과대학 졸업생에 대해 우리나라 의료계에서 활동할 수 있는 정도의 능력과 자질이 있음을 검증한 후 의사면허 국가시험에 응시하도록 함으로써 외국에서 수학한 보건 의료인력의 질적 수준을 담보하려는 것을 주된 입법목적으로 하는 것이므로 그 정당성을 인정할 수 있다. 또한 예비시험 제도는 학제나 교육내용이 다른 외국에서 수학한 예비의료인들의 자질과 능력을 좀 더 구체적으로 평가하는 데 기여할 것임이 인정되므로 수단의 적정성을 갖춘 것이라 볼 것이며 예비시험제도를 통한 자격검증보다도 덜 제약적이면서도 입법 목적을 달성할 수 있는 다른 입법수단도 상정하기 어렵다. 또한 현재로서는 장차 시행될 예비시험이 외국 의과대학 졸업생에게 과도한 부담을 주게 될 것이라고 단언하기 어려운 반면, 외국 의과대학의 교과 내지 임상교육 수준이 국내와 차이가 있을 수 있으므로 국민의 보건을 위하여 기존의 면허시험만으로 검증이 부족한 측면을 보완할 공익적 필요성이 있다. 그러므로 예비시험 조항은 청구인들의 직업선택의 자유를 침해하지 않는다.”(헌재 2003. 4. 24. 2002헌마611, 판례집 15-1, 466). “의료인의 직업적 특성과 의료인력 양성체계의 제도적 특수성으로 인하여 의료인력의 수급에 대한 국가의 관리 및 통제 필요성이 인정되고, 이러한 요청은 헌법 제36조 제3항이 정하는 국민보건을 위한 국가의 의무에 기초한 것이다. 따라서 예비시험제도가 의료인력의 수급을 조절하고 통제하는 기능을 하더라도 그 목적의 정당성이 부정되는 것은 아니다. 나아가 치과의사면허를 일정한 치료행위에 한하여 조건부로 부여하거나 개업의 형태를 제한하는 방법 또는 의무적으로 일정 기간 실무수습을 거치게 하는 등의 방법은 의료행위의 본질이나 의료인 양성체계 및 의료시장의 현실을 감안할 때, 장기적인 과정으로서 고려함은 별론으로 하더라도 위와 같은 입법 목적을 실현할 현실적인 대안으로서는 그 적실성이 없다고 판단된다.”(헌재 2006. 4. 27. 2005헌마406, 공보 제115호, 667).

받을 수 있는 방법과 절차를 마련하고 있다(제13조, 제14조).

의사면허 등 의료인의 자격은 국민보건 향상과 국민의 건강한 생활보장을 위하여 국가의 엄격한 검증을 거친 의료인에게만 부여되어야 하므로 의료법에서 의사 등 의료면허의 취득 요건과 절차에 관하여 엄격하게 규정하고 있다. 그런데 북한에서 의과대학을 졸업하고 의료인 자격을 취득한 사람의 경우 국내에서 인증을 받은 의과대학을 졸업하지 않았고, 나아가 보건복지부장관이 인정하는 외국(북한)의 의과대학을 졸업하여 북한의 의료인 자격을 취득한 것도 아니므로 현행 의료법에 근거하여 의사 등 의료인의 자격을 취득할 수는 없다고 할 것이다.

따라서 탈북의료인이 남한의 의료인 자격을 취득하기 위해서는 북한이탈주민이 북한에서 취득한 자격의 인정과 관련하여 포괄적인 규율을 하고 있는 탈북민 지원법 제14조에 근거할 수밖에 없다고 할 것이므로 이하 위 조항을 중심으로 탈북의료인의 의료면허 인정절차와 구체적인 현황 및 문제점에 관하여 살펴본다.

1) 북한 의료자격 인정의 법적 근거 및 인정절차

탈북민지원법은 북한이탈주민이 북한이나 외국에서 취득한 자격 또는 그 자격의 일부를 ‘관계 법령’에서 정하는 바에 따라 인정받을 수 있는 법적 근거를 명시하고,⁷⁰⁾ 그 시행령에서는 자격인정을 위한 구체적인 절차를 규정하고 있다.⁷¹⁾ 자격을 인정받으려는 북한이탈주민은 통일부장관에게 자격인정신청서를 제출하고, 통일부장관은 신청내용에 대한 확인서를 첨부하여 해당 자격인정 업무를 장하는

70) 제14조(자격 인정) ① 보호대상자는 관계 법령에서 정하는 바에 따라 북한이나 외국에서 취득한 자격에 상응하는 자격 또는 그 자격의 일부를 인정받을 수 있다.

② 통일부장관은 자격 인정 신청자에게 대통령령으로 정하는 바에 따라 자격 인정을 위하여 필요한 보수교육 또는 재교육을 실시할 수 있다.

③ 제1항 및 제2항을 시행하기 위하여 필요한 경우 대통령령으로 정하는 바에 따라 자격 인정 여부를 심사하기 위한 위원회를 둘 수 있다

71) 제28조(자격 인정 절차) ① 법 제14조에 따라 자격을 인정받으려는 보호대상자는 통일부장관에게 자격 인정신청서를 제출하여야 한다.

② 제1항에 따른 신청서를 제출받은 통일부장관은 신청내용에 대한 확인서를 첨부하여 이를 해당 자격 인정 업무를 관장하는 기관(민간기관을 포함한다. 이하 같다)의 장에게 송부하여야 한다.

③ 제2항에 따른 신청서와 확인서를 송부받은 기관의 장은 이를 송부받은 날부터 3개월 이내에 보호대상자의 자격 인정 여부 및 자격인정을 위하여 보수교육 또는 재교육(이하 “보수교육등”이라 한다)이 필요한지를 결정하여 그 결과를 통일부장관에게 통보하고, 통일부장관은 이를 신청인에게 통지하여야 한다.

④ 제3항에 따른 보호대상자의 자격 인정 여부를 심사하기 위하여 법 제14조제3항에 따라 해당 자격 인정 업무를 관장하는 기관에 자격인정심사위원회를 둘 수 있다.

⑤ 제4항에 따른 자격인정심사위원회의 구성 및 운영 등에 관한 사항은 해당 자격 인정 업무를 관장하는 기관의 장이 정한다.

기관의 장에게 송부하여야 하며, 신청서와 확인서를 송부 받은 기관의 장은 기관 별로 구성되는 ‘자격인정심사위원회’의 심사를 거쳐 송부 받은 날부터 3개월 이내에 신청자의 자격인정 여부 및 자격인정을 위한 보수교육 또는 재교육이 필요한지 여부를 결정하여 통일부장관에게 통보하고, 통일부장관이 최종적으로 이를 신청인에게 통지하도록 하고 있다.

먼저 탈북민보호법은 북한이탈주민의 남한사회의 신속한 적응 및 정착이 단순한 국가보훈이나 이들에 대한 공적 부조 또는 복지증진 차원의 문제가 아니라 통일과정에서 남북한 통합 차원의 문제로 인식하여 자격인정과 관련한 행정절차의 총괄부서를 통일부장관으로 일원화하고 있다. 이에 따라 통일부장관은 자격인정을 희망하는 북한이탈주민의 신청서를 접수받아 신청내용에 따른 사실관계 등의 확인서를 첨부하여 신청자를 대신해 해당 자격제도에 관한 업무를 담당하는 국가기관 또는 민간기관에게 관련 법령에 따른 자격인정 여부 및 필요한 경우 보수교육 등의 조건을 결정할 것을 의뢰하고, 그 결정에 따라 통일부장관이 최종적으로 신청자에게 자격의 인정 여부 및 인정을 위한 조건 등을 통지하도록 규정하고 있다. 이는 해당 자격제도의 운영 및 관리에 전문성을 갖고 있는 해당 국가기관 등과 통일과정에서 남북한의 통합을 위한 북한이탈주민의 지원업무를 총괄하는 통일부장관이 공동으로 자격인정과 관련한 업무를 담당하게 함으로써 북한이탈주민에 대한 자격인정의 문제가 단순히 자격제도의 운영이나 취약계층에 대한 지원 또는 복지 차원의 문제와 함께 통일과정에서 남북한 통합의 관점도 아울러 고려할 것을 요구하는 것으로 그 취지를 이해하여야 할 것이고, 이는 탈북의료인의 의료면허의 부여에 있어서도 충분히 고려되어야 한다.⁷²⁾

의료면허의 부여와 관련한 관계 법령으로서 의료법 제5조는 의료면허의 요건으로 국내대학 졸업자과 해외대학 졸업자에게 모두 학력요건과 자격요건을 병기하고 있다. 따라서 탈북의료인이 북한에서 취득한 의료면허를 인정받으려면 먼저 해당 의료인 국가시험에 응시할 수 있는 학력요건을 충족하였는지 여부와 관련하여 탈북민지원법 제13조 및 그 시행령 제27조 제1항에 근거하여 통일부장관에게 학력인정신청서를 제출하여야 한다. 이에 따라 통일부장관은 신청내용에 대한 확인서를 첨부하여 교육부장관에게 학력인정 여부의 결정을 의뢰하고, 그 결정에

72) 북한이탈주민에 대한 지원이나 탈북민지원법의 해석적용과 관련하여 이를 강조하는 견해로는 류지성(각주 8), 149 참조.

따라 통일부장관으로부터 학력인정을 받게 된다. 이를 근거로 탈북의료인은 다시 통일부장관에게 북한에서 의료인 자격에 대한 자격인정신청서를 제출하여야 하고, 통일부장관은 이를 보건복지부에 송부하여 자격인정에 대한 심사를 의뢰하며, 보건복지부장관은 보건의료인에 대한 국가시험제도를 전문적으로 운영하는 한국보건의료인국가시험원(이하 ‘국시원’이라 함)에 신청자의 국가시험 응시자격 심사를 다시 의뢰한다. 이에 국시원은 탈북민지원법 제14조 제3항에 근거하여 자격인정심사위원회를 구성하여 신청인에 대한 구술평가를 시행한 후 국가시험 응시자격에 대한 적격 여부를 판정하여 이를 보건복지부장관에게 통보하고, 보건복지부장관은 이를 통일부장관에게, 통일부장관은 다시 신청자에게 최종적으로 국가시험에 응시할 수 있는 자격의 인정을 통지하며, 이를 근거로 탈북의료인은 해당 의료인 국가시험이 응시하여 합격함으로써 북한의 의료인 자격을 남한의 의료인 자격으로 인정받게 된다. 이를 단계별로 정리하면 학력인정신청, 학력인정, 자격인정신청, 국시원의 응시자격심사(구술평가), 자격인정, 국가시험응시 및 합격이라는 6단계의 절차를 거쳐 비로소 북한의 의료인 자격을 남한의 의료면허로 인정받을 수 있게 된다.⁷³⁾⁷⁴⁾

2) 북한 보건·의료 현황 및 의료인 자격제도의 개관⁷⁵⁾

북한의 보건의료정책은 남북한 체제경쟁에서 사회주의의 우월성과 선진성을 보여주는 주요 지표였다. 북한정부 수립 전인 1946년 3월 20일 북조선임시인민위원회는 ‘20개조 정강’에서 인민들의 건강관리를 국가가 직접 관리하는 사회주의 의료정책을 도입하고, 의료망의 조직과 보건인력의 배출 등 계획을 발표하였다.⁷⁶⁾ 이후 북한은 막대한 자금을 보건의료분야에 투자하여 무상치료제, 의사담당구역제, 광범위한 예방의료, 고려의학 등을 골자로 하는 독자적인 국가주도형

73) 탈북의료인의 남한 의료인 자격인정 절차 및 과정과 관련한 자세한 설명은 민하주, 엄태림, 정형선, 탈북의료인의 국내 보건의료인 자격취득 지원방안, 대한보건연구 43권 3호(2017), 6-7 참조.

74) 탈북의료인의 남한 의료인 자격인정과 관련하여 북한이탈주민의 자격인정에 대한 내용을 규율하고 있는 탈북민지원법 제14조 및 같은 법 시행령 제28조에 개괄적인 절차만을 규정하고 있을 뿐, 주로 보건복지부 내부의 업무처리지침에서 의료인 자격인정을 위한 구체적인 절차와 내용, 구체적인 인정기준 등을 정하고 있다.

75) 이에 대해서는 김병기 교수의 논문을 주로 참조하여 인용하였다. 김병기, 북한의 보건의료 분야 양자조약 등에 비추어 본 남북한 보건의료협정 체결 방안, 법학논문집 42집 3호(2018), 165-171 참조.

76) 김일성저작집 제20권, 조선로동당출판사, 1982, 521.(김병기(각주 75), 165에서 재인용).

보건의료시스템을 확립하려고 하였으나, 1990년대 이후 급속히 악화된 경제사정으로 인해 종전의 모든 성과가 무너진 것으로 평가된다.⁷⁷⁾

북한 인민보건법 제41조는 ‘보건의료인력을 보건일군으로 부르며, 보건일군은 인민들을 건강한 몸으로 사회주의건설에 적극 참가하게 하는 인간생명의 기사이며 영예로운 혁명가이다. 보건일군은 자기 임무에 대한 높은 영예감과 책임감을 가지고 인민들의 생명과 건강을 보호 증진시키는 사업에 모든 것을 다 바치는 인민의 참된 충복이 되는 것’을 그 임무로 규정하고 있다. 보건일군은 국가의 계획적 양성원칙에 따라 배출되는데,⁷⁸⁾ 12개의 의학대학은 각 도마다 설치되어 지역에 필요한 의사인력을 자체적으로 양성하고, 야간의학강습소를 통해서도 보건일군의 양성을 도모하고 있다. 졸업과 동시에 의사자격이 부여되기 때문에 보건일군에 대한 면허제도는 없으며, 의학대학 졸업중에 의사의 종류로서 의사, 고려의사⁷⁹⁾, 약제사, 구강의사, 위생의사 등으로 구분되어 있다. 이렇게 양성되는 북한의 총 의료일군의 수는 2010년 기준으로 인구 10,000명당 32.9명으로 알려져 있고, 이는 전 세계 평균 14.2명, 남한의 20.2명보다 많다고 한다.⁸⁰⁾

북한은 해방 이후부터 현재에 이르기까지 동의학으로 칭하던 고려의학에 대해 관심을 갖고 관련 분야의 정책을 추진해 왔다. 고려의학의 약점을 보완하기 위하여 신의학과와의 통합 및 조화를 통해 적극적으로 활성화하고 병행발전 시켜야 한다는 것이 북한 당국의 인식이었다. 이를 위해 모든 의학대학에 고려의학부를 설치하고 약학대학과 의학대학의 약학부에 동약제약과를 설립하여 제도적으로 뒷받침하고 있다. 그에 따라 1995년 이전에는 80% 정도가 양방에 해당하는 ‘신의학’에 의한 치료가 이루어졌으나, 최근에는 오히려 80% 이상을 전통의학에 의존하고 있는 것으로 알려져 있다.⁸¹⁾

77) 이에 따라 북한주민들의 건강상태가 전반적으로 열악해졌는데, 높은 영아사망률과 모성사망률, 낮은 기대여명(life expectancy), 영양실조 및 감염병의 빈발 등 국제보고서의 수치가 이를 나타내고 있다. 예컨대 북한의 평균 기대수명은 2009년 기준 남성은 62세(남한 77세), 여성 72세(남한 83세)로 남한보다 10년 이상 짧게 나타나고 있다(World Health Organization, 『The world health report 2000』, Geneva: World Health Organization, 2000).

78) 인민보건법 제5조(보건일군의 계획적 양성원칙) 국가는 보건일군을 계획적으로 그들의 기술 수준을 끊임없이 높여 인민의 참된 복무자로 만든다.

79) 인민보건법 제16조(고려치료) 국가는 우리 민족의 우수한 치료방법인 고려치료방법을 발전시키며 고려의료망을 늘리고 의료기관들에게 현대의학적인단에 기초한 고려치료방법을 널리 받아들일도록 하여야 한다.

80) 김병기(각주 75), 167.

81) 최선주, 북한의 주체의학에 관한 연구, 국내석사학위논문, 이화여자대학교 대학원, 2005, 47(김병기(각주 75), 170에서 재인용).

3) 의료인 자격인정의 현황과 문제점

위 1)에서 본 탈북의료인에 대한 의료인 자격부여절차를 통해 1998년부터 2016년 8월까지 탈북의료인 87명 중 47명이 국시원의 심사를 거쳐 국가시험 응시자격을 취득하였고, 최종적으로 24명⁸²⁾이 의료인의 자격을 취득하였다.⁸³⁾ 탈북민지원법의 입법목적과 북한이탈주민에 대한 직업생활의 보장을 통한 경제적 자립과 남한사회의 안정적인 정착을 위한 자격인정제도의 취지와는 달리, 탈북의료인이 남한의 의료인 자격을 인정받거나 취득하기는 매우 어려운 것이 현실이다. 자격인정을 받기 어려운 원인으로는 ‘학력인정-자격인정-국가시험 응시자격 취득-국가시험 합격’에 이르는 의료면허취득의 복잡한 절차, 탈북의료인에게는 고난이도의 국가시험 수준, 문화적·의료적 환경의 극심한 차이, 영어 중심의 의학용어의 사용, 가족생계 등 경제적 곤란과 고령 등의 사정으로 인한 국가시험 준비 및 합격의 어려움 등이 주로 지적되고 있다.⁸⁴⁾

4) 현행 자격인정절차에 대한 평가

탈북의료인의 남한 의료인 자격의 인정과 관련하여 두 가지의 상반되는 평가가 존재한다.

우선 탈북의료인이 한국사회에서 남한의료인과 동일한 자격을 가지고 의료인으로서 활동을 영위하기 위해서는 한국의 의료인 수준에 부합하는 의료전문성을 가져야 한다는 견해이다. 탈북의료인이라고 해서 의료법과 별도의 독립된 의료인 체계를 가질 수 없고, 이들을 남한의 의료체계에 편입시키기 위해서는 그 수준을 끌어올리는 방식이 원칙이 되어야 함을 강조한다. 의료인에 대한 면허는 사람의 인권과 생명을 다루고, 한번 면허를 받으면 평생 의료행위를 할 수 있는 만큼 국민건강의 보호를 위해 온정적인 접근을 지양하고 철저한 평가와 교육을 통해 의료인 자격을 인정하여야 한다고 한다.⁸⁵⁾ 이 견해는 현재 탈북의료인에 대한 의료인 자격의 인정절차 역시 의료법 제5조에서 정하는 외국대학 졸업자의 의료인 자격

82) 24명 중 의사가 16명, 치과 의사 1명, 한의사 3명, 약사 1명, 간호사가 3명이다.

83) 데일리 메디(Daily Medi) 2016. 8. 20.자 기사검색(방문일자 2018. 9. 15. <https://dailymedi.com/detail.php?number=809385&thread=>)

84) 민하주, 임태림, 정형선(각주 73), 6 참조.

85) 헬스포커스, ‘탈북의사, 면허 부여 온정주의 안돼’, 2014. 6. 21.자 뉴스 참조.

[2018. 11. 30 기사검색 [http://www.healthfocus.co.kr/news/articleView.html?idxno=38816\(17\)](http://www.healthfocus.co.kr/news/articleView.html?idxno=38816(17))]

취득과 비교하여 외국의 의과대학 등에 대한 보건복지부장관의 인정절차를 생략하고, 국가시험 응시자격의 인정을 위한 예비시험에 대신하여 국시원의 간단한 자격인정심사(구술심사)로써 국가시험에 응시할 수 자격을 부여하는 것으로 일종의 특혜이자 편법이라고 지적한다.⁸⁶⁾

이에 대해 탈북의료인이 현실적으로 북한에서의 학력과 의료인 자격을 인정받아 의료인 국가시험에 응시하여 남한의 의료인 자격을 취득하는 것이 어려운 만큼 의료법 대신 탈북민지원법 및 같은 법 시행령을 개정하여 총괄적으로 탈북의료인을 수용할 수 있는 법적 근거를 둘 것을 강조하는 의견도 있다. 현재와 같은 방식으로는 통일 이후 남한의 정부나 의료인에 대한 북한 의료인의 반감을 극대화시켜 남북보건의료체계의 통합에 심각한 걸림돌이 될 것이라는 지적이다. 통일 과정에서 필수적으로 거쳐야 할 남북보건의료체계의 통합과 관련하여 탈북의료인에 대한 의료인 자격의 인정을 통해 이들이 남한의 보건의료분야에 성공적으로 정착하고, 이들의 의료역량을 배가하는 것이 통일 이후 남북의 통합과 관련하여 매우 중요한 의미를 가진다. 그런데 이와 같은 복잡하고 어려운 의료면허 취득의 절차와 고난이도의 시험으로 인해 이를 기대하기가 매우 어렵기 때문이다.⁸⁷⁾

이를 위해 탈북의료인의 의료인 자격인정과 관련하여 비교적 젊은 계층의 탈북의료인의 경우 적극적인 학력인정을 통해 남한의 의과대학 등에 편입의 기회를 부여함으로써 이들이 정규의 의학교육을 거쳐 의료법에 따라 정식의 의료인 자격을 취득하도록 지원하고, 비교적 장년의 계층에 대해서는 이들의 전문성이나 능력을 활용하여 정부, 공공기관 등 관련분야에서 실력을 발휘할 수 있도록 하여야 한다고 한다. 그리고 탈북의료인에 대한 의료인 자격을 다양화하여 의료취약 지역에 공공보건의료인력으로 파견하거나 의료기관에서 필요한 진료보조인력 등으로 활용하는 방안도 강구할 필요가 있다고 한다.⁸⁸⁾

(4) 독일통일과정에서 학력·자격의 인정 및 보건의료통합 준비와 그 시사점

서독과 동독이 1990년 8월 31일 체결한 통일조약에서 동독에서 취득한 학력과

86) 위 ‘헬스포커’ 뉴스기사 내용 중 한국보건의료인국가시험원 원장 정명현의 의견 내용 인용.

87) 민하주, 임태림, 정형선(각주 73), 9-10 참조.

88) 민하주, 임태림, 정형선(각주 73), 9 참조.

자격의 인정문제를 규정하였다. 통일조약 제37조는 ‘동독에서 취득하거나 공인된 학교교육, 직업교육 및 대학교육의 증명 또는 학위는 기본법이 적용되는 독일의 모든 지역에서 계속 유효하다. 동독과 서독에서 합격하거나 취득한 검증이나 자격은 모든 독일의 지역에서 동등하게 권리를 인정받는다. 동등가치의 인정은 신청에 의해 해당관청의 확인으로 결정된다. 검증 또는 자격의 인정에 대해서는 독일연방과 유럽공동체의 법규정 및 이 조약상의 특별규정이 우선하여 적용된다. 기존에 승인되거나 부여된 학위, 학위의 등급, 명칭 등은 그대로 인정된다.’⁸⁹⁾고 규정하여 구 동독에서 취득한 학력이나 자격을 원칙적으로 통일된 독일에서 그대로 인정하는 방향으로 통일조약을 체결하였다. 다만 동독지역에서 취득한 학력이나 자격이 당시 서독이나 유럽연합의 수준에 미치지 못한 경우를 대비하여 개별적인 예외조치를 규정하였으나, 대체로 통일 이후 양독 간의 교육제도 및 자격제도의 차이에도 불구하고 동독의 학력이나 자격을 독일 전역에서 그대로 인정하였던 것으로 보인다.⁹⁰⁾ 특히 대학교 또는 그에 준하는 학력의 경우 통일조약에 근거한 주 교육장관협의회에서 통일 이후 ‘대학교, 교회 양성 교육기관, 전문대학 및 공업전문대학교 학위’의 가치를 평가하여 동독과 서독 학위의 동등성을 4개의 유형으로 분류하였는데, 대부분의 학과에서 학위가 동등한 것으로 인정하면서 특별히 동독의 사회경제체제와 밀접하게 연관된 전공과정에 한하여 체제적인 조건으로 인하여 학업내용에 본질적인 차이가 있어 단지 학위의 수준이 동등하다는 사실만을 인정한다고 합의하였다.⁹¹⁾

따라서 서독과 동독의 경우 그 정치체제와 이에 따른 교육체제 및 교육과정의 상당한 차이에도 불구하고, 그 차이점보다는 공통점을 강조함으로써 통일로 인한 체제전환기에 교육시스템의 붕괴를 막고 통일 전후의 교육의 연속성을 확보할 수 있었다.⁹²⁾ 이는 대학교육과 고급직업교육에서도 마찬가지로 그 차이점보다는 공통점을 강조하여 그 동독에서 취득한 학력과 자격을 인정함으로써 동서독의 통합을 촉진하는데 기여하였다.

서독과 동독 간의 보건의료분야에서 협력과 통합을 위한 노력 역시 1972년 12월

89) 법무부 특수법령과, 동서독 기본조약 번역자료집, 1992, 37.

90) 문민영, 남북한 교육통합의 과제 - 북한이탈주민 학력인정 제도의 현황과 개선 방안, 통일과 법률 32호 (2017), 98-103 참조.

91) 문민영(각주 90), 103 주 39) 참조.

92) 문민영(각주 90), 104.

21일 체결된 동서독 기본조약⁹³⁾으로 거슬러 올라간다. 동독정부는 보건의료분야의 협력을 규정한 동서독 기본조약 제7조⁹⁴⁾의 후속조치로서 기본조약의 비준 전에 보건분야의 협력을 제안하였는데, 이는 당시 동독의 입장에서 주민건강 및 보건분야의 지원이 시급한 상황이었고 서독과의 체제경쟁과는 비교적 거리가 먼 분야였기 때문인 것으로 이해된다.⁹⁵⁾ 이에 기초하여 1974년 4월 25일 동서독 보건협정이 체결되었는데, 그 주요내용으로는 서독과 동 양 당사국들이 가입한 국제협정을 통하여 보건분야의 협력문제가 조율되지 않는 경우 양 당사국이 국제적 관행에 따라 조율되지 않는 상황을 완화하며 가능한 한 합목적적으로 과제를 달성하기 위해 협력을 촉진함에 협정체결의 목적이 있음을 분명히 하고, 전염병 발생 시 국제보건기구의 규정에 따라 상호 정보를 제공하던 기존의 관행을 극복하여 동독과 서독의 중앙(연방)보건행정당국 간의 정기적인 정보교환을 통해 전염병을 효과적으로 예방하기로 하였다.⁹⁶⁾ 또한 상호 인적 교류가 증대할 것에 대비하여 양측 여행자들이 긴급 질환으로 치료·입원 등이 필요할 경우 치료의 제공(제3조)과 중증환자나 난치병환자인 주민이 원하는 경우 상대방에서 특수치료와 전지요양을 할 수 있도록 하였고(제4조). 건강·보건분야의 전권대표자(Beauftragte für das Gesundheitswesen)의 임명과 함께 전권대표자에 의한 문제해결이 용이하지 않을 경우에 대비하여 정기적인 접촉관계를 유지하기로 합의하였다(제7조).⁹⁷⁾

동서독 보건협정은 분단시기에도 보건·의료분야 등 인도적인 지원이 가능한 분야에서 양독 정부가 상호 협정을 체결하고 협력관계를 유지하였다는 점에서 우선 그 의의를 찾을 수 있다. 보건협정은 외견상의 인도적 협력관계 구축 차원을 넘어 상당한 정치적 의미를 수반하였는데, 동서냉전이 지속되었던 1980년대 까지 양독 간의 지속적 교류가 가능하도록 한 중요한 원동력으로 작용하였음을

93) Der Vertrag über die Grundlagen der Beziehungen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik vom 21. Dezember 1972.

94) 독일연방공화국과 독일민주공화국은 관계 정상화 과정에서 현실적이고 인도적인 문제들을 타결할 용의가 있음을 천명한다. 양국은 이 조약의 원칙에 입각하여 상호 이익을 도모하기 위하여 경제, 학술, 기술, 무역, 사법, 우편, 전화, 보건, 문화, 스포츠, 환경보호 등의 분야에서의 교류 협력을 촉진, 발전시키는 협정을 체결하기로 한다. 이에 대한 세부 사항은 부속의정서에서 정한다.

95) 김병기(각주 75), 182 참조.

96) 제2조에 따른 부속의정서에서는 전염병으로 인한 위험상태 발생 시 전염병 발생지역의 지역 보건기관 간에도 직접 상호 통보가 가능하도록 규정하였다.

97) 김병기(각주 75), 183-184 참조.

부인할 수 없다. 보건협정에 근거한 여러 사업들은 서독에 비해 보건·의료 분야에서 상대적 열세였던 동독 주민들의 삶의 질 향상에 기여하여 상호 신뢰를 바탕으로 한 민족 동질성 회복에 일조한 점도 주목할 만하다.⁹⁸⁾ 나아가 보건협정을 통해 독일통일 약 20년 전부터 양독 간의 보건·의료분야에서의 간극을 장기간에 걸쳐 점차적으로 좁힘으로써 결과적으로 통일 후 보건·의료분야의 통합을 위해 소요되는 막대한 통일비용을 유의미한 정도로 감소시켰다는 측면도 간과해서는 안 될 것이다.

동독에서 취득한 학력이나 자격의 취득과 관련한 독일정부의 통합지향적인 노력과 자세, 보건의료분야에서 지속적인 협력관계를 통한 동독과 서독 간의 의료격차의 해소와 장기적인 통합을 위한 지속적인 노력은 탈북의료인에 대한 의료인 자격의 인정 및 부여와 관련하여 우리에게도 시사하는 바가 크다고 할 것이다.

V. 결론

북한이탈주민이 남한사회에 안정적으로 정착하고 대한민국의 국민으로서 정체성을 가지기 위해서는 삶의 모든 영역에서 이들에 대한 적절한 수준의 보호와 지원이 절대적으로 필요하고, 이는 헌법이 우리 정치공동체의 유지와 발전을 위해 제대로 규범력을 발휘하는 전제조건이기도 하다.

북한의 헌법적 지위에 관련하여 우리 헌법은 제3조를 통해 대한민국이 한반도에 존재하는 국가의 연속성과 정통성을 가진 유일한 계승자이며, 한반도에서 대한민국의 주권과 충돌하는 어떤 실체도 인정할 수 없음을 분명히 하면서 동시에, 제4조에서는 한반도가 남한과 북한으로 분단된 현실을 인정하는 전제에서 통일을 지향하여야 할 국가적 과제와 목표를 제시하고 있다. 이로써 북한은 통일국가로 이행하기 위한 국가의 헌법적 책무와 과제를 이행하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 규범적 실체로서 그 범위 내에서 대한민국과 특별하고 대등한 실체로서 잠정적인 법적 관계를 형성한다고 보아야 할 것이고, 북한의 법적 지위는 원칙적으로 헌법 제3조에 근거하여 규율되고 이해하여야 할 것이다.

헌법 제3조에 근거하여 북한주민의 헌법적 지위는 그 상황에 관계없이 북한지

98) 김병기(각주 75), 183-184 참조.

역에 거주하든, 제3국에 체류하든, 남한사회로 입국하여 거주하든 불문하고 모두 대한민국 국민으로서 지위를 갖는다고 할 것이고, 북한이탈주민에 대한 지원 및 보호의 문제는 애초부터 단절 없이 그대로 대한민국 국민인 북한이탈주민과 대한민국 간의 기본권관계로서 헌법문제이다.

탈북민지원법에 대한 해석과 운용의 출발점은 북한주민이 애당초 대한민국의 국민으로서 헌법상 기본권의 의미와 취지가 그대로 보장되고 실현되어야 할 기본권의 주체로서 인식하는 가운데 그들이 남한사회에 진정으로 통합될 수 있는 삶의 조건과 환경을 마련하는 것에 있다.

탈북의료인의 남한 의료인 자격의 인정과 관련한 절차에 대해서는 상반되는 평가가 존재한다. 국민의 생명과 건강을 보호하는 의료행위의 특수성에 비추어 면허인정에 대한 이들 입장의 차이는 충분히 수긍할 만한 것이다. 그러나 북한이탈주민이 남한사회에 안정적으로 정착하고 국민으로서 정체성을 확립하기 위하여 탈북민지원법 등이 정하고 있는 국가적 차원의 보호와 지원 역시 국민의 생명과 건강에 대한 보호와 동열(同列)의 헌법적 가치를 가지는 것이다. 독일이 분단 상황에서부터 통일과정에 이르기까지 서독과 동독의 정치체제 및 사회경제체제의 차이, 이에 따른 교육체제의 근본적인 차이를 비롯한 모든 제도상의 차이에도 불구하고, 그 차이점보다는 공통점을 강조함으로써 동독주민을 적극적으로 수용한 것은 우리에게도 시사하는 바가 크다고 할 것이다.

참 고 문 헌

○ 단행본

- 김승대, 한반도 헌법국가의 주요문제, 법문사, 2017.
법무부 특수법령과, 독일기본조약 등 번역자료집, 1992.
법원행정처, 북한의 헌법, 법원행정처, 2010.
성낙인, 헌법학, 법문사, 2013.
양 건, 헌법강의, 법문사, 2018.
이철우, 이희정, 곽민희, 김환학, 노호창, 이현수, 차규근, 최계영, 최윤철, 최홍엽, 이민법, 박영사, 2016.
이효원, 판례로 보는 남북한관계, 서울대학교 출판문화원, 2012.
전광석, 한국헌법론 (제13판), 집현재, 2018.
정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2016.
한명섭, 통일법제 특강, 한올아카데미, 2016.
한수용, 헌법학, 법문사, 2017.
허 영, 한국헌법론, 박영사, 2018.
헌법재판소, 헌법재판실무제요, 헌법재판소, 2015.

○ 논 문

- 김병기, 북한의 보건의료 분야 양자조약 등에 비추어 본 남북한 보건의료협정 체결 방안, 법학논문집 42집 3호(2018), 163-208.
도회근, 남북관계 법제의 발전과 한계, 헌법학연구 14권 3호(2008), 211-240.
도회근, 북한주민의 헌법상 지위에 관한 연구, 헌법학연구 4권 2호(1998), 339-358.
류지성, 북한이탈주민지원법의 주요 논점에 관한 연구, 서울법학 25권 3호(2017), 119-158.
문민영, 남북한 교육통합의 과제 - 북한이탈주민 학력인정 제도의 현황과 개선 방안, 통일과 법률 32호(2017), 85-120.
민하주, 엄태림, 정형선, 탈북보건의료인의 국내 보건의료인 자격취득 지원방안, 대한보건연구 43권 3호(2017), 1-12.
방승주, 헌법재판소와 대법원의 남북관계 관련 판례에 대한 헌법적 평가, 공법연구 39집 2호(2010), 203-229.

- 석동현, 통일전 북한주민의 국내법적 지위 및 관련입법의 방향 논고, 법조 통권522호(2000), 65-85.
- 이덕연, 북한이탈주민 보호 및 정착지원에 관한 법률상 탈북민의 법적 지위, 조선대학교 법학논총 20집 2호(2013), 297-326.
- _____, '헌법적 정체성' 확립의 과제와 북한이탈주민의 헌법적 지위, 저스티스 통권 136호(2013), 27-63.
- 이상철, 북한이탈주민의 보호·지원법제 현황 및 문제점, 법제연구 12호(1997), 30-62.
- 이효원, 북한이탈주민의 이혼소송과 북한주민의 법적 지위, 가족법연구 22권 3호(2008), 425-460.
- 전광석, 동서독 통일의 헌법문제, 한림대학교 논문집 8집(1990), 321-360.
- 최선주, 북한의 주체의학에 관한 연구, 국내석사학위논문, 이화여자대학교 대학원, 2005.

납북자와 국가보상

헌재 2009. 6. 25. 2008헌마393, 군사정전에 관한 협정 체결 이후
납북피해자의 보상 및 지원에 관한 법률 제1조 등 위헌확인

김정현*

I. 서론

2002년 11월 4일 ‘납북자가족모임’이 납북자가족의 연좌제 등의 피해와 관련 된 진정을 제기하였고, 『국가인권위원회법』 제19조에 근거하여 위원회는 납북자 가족의 인권에 관한 정책검토를 실시하기 시작했다. 국가인권위원회는 2003년 12월 19일 ‘납북자 관련 인권문제와 해결방안에 관한 공청회’와 2004년 4월 9일 ‘납북자가족 인권침해 증언청취를 위한 비공개 간담회’를 개최하여, 납북자가족 들에 대한 인권침해사례를 수집하였다.¹⁾ 이를 바탕으로 국가인권위원회는 2004년 4월 26일 제1소위원회 결정으로 국회의장과 국무총리에게 납북자가족들이 당 한 인권침해의 실태파악과 그 진상규명을 통한 명예회복 및 보상 등을 내용으로 하는 특별법 제정을 권고하였다.²⁾

이후 제17대 국회에서는 국가인권위의 법률안 제정 권고를 받아들여 납북 피 해자와 유가족에 대한 지원 논의가 본격화한다. 과거에도 국회에서 납북자 지원 에 대한 논의가 없었던 것은 아니다. 제16대 국회에서는 납북자의 생명과 인권 문제에는 관심을 가지면서도 남겨진 가족에 대한 지원은 소홀했다는 점에 착안 해 통일부에 납북자가족지원심의회를 두고 지원대상자를 선별·지원하는 ‘납북 자가족생활안정지원법안’을 발의했지만, 소관상임위원 통일외교통상위원회에서

* 전북대학교 일반사회교육과 교수.

1) 국가인권위원회 2004. 4. 26. 납북자가족 관련 특별법 제정 권고, 8-9.
2) 국가인권위원회 2004. 4. 26. 납북자가족 관련 특별법 제정 권고, 1-2.

한 차례 논의조차 되지 못하고 임기만으로 폐기됐다. 그리고 납북자에 대한 소재 현황 파악 및 생존자에 대해서는 귀환 및 가족방문 추진, 납북자 가족 생계 지원 등의 내용을 골자로 한 ‘6·25전쟁납북자명예회복및지원에관한법률안’과, 귀환 납북자에 대해 정착지원금을 지원하는 등의 내용을 담은 ‘귀환납북자의보호및정착지원에관한법률안’은 임기만으로 폐기됐다.

국가인권위의 특별법 제정 권고를 계기로 정부는 납북자 가족 등에 대한 보상 및 지원을 골자로 하는 ‘군사정전에 관한 협정 체결 이후 납북피해자의 보상 및 지원에 관한 법률안’을 제출했고, 김문수 한나라당 의원은 북에 억류돼 있는 납북자 송환 노력 및 남한에 남아있는 유가족에 대한 지원 등의 내용을 담은 ‘납북피해자 지원 등에 관한 법률안’을 발의했다.

2007년 3월 30일 통일외교통상위원회는 이 두 법안을 통합·조정한 위원회 대안으로 ‘군사정전에 관한 협정 체결 이후 납북피해자의 보상 및 지원에 관한 법률안’을 발의했다. 법안의 주요내용은 국무총리 소속하에 법률·납북관계·인권 전문가 등으로 구성되는 ‘납북피해자보상및지원심의위원회’를 설치하고 납북피해자의 보상 및 지원, 납북자 가족의 권리침해 등에 대한 조사 및 보상·명예회복에 관해 심의·결정하도록 하며, 위원회에 사실조사 권한을 부여하는 것이었다.

국회는 2007년 4월 27일 『군사정전에 관한 협정 체결 이후 납북피해자의 보상 및 지원에 관한 법률(이하 ‘전후납북자법’)』을 제정했다. 이 법을 만든 이유는 “납북자 문제는 인도적 차원에서 뿐만 아니라 자국민 보호라는 국가의 기본책무 차원에서도 최우선적으로 다루어져야 할 사안이므로 납북자의 생사 확인 및 송환노력, 그 가족과의 상봉과 귀환납북자의 안정적인 재정착이 국가의 책무임을 명확히 하고, 납북으로 고통을 받은 납북자 및 그 가족 등에 대하여 보상 및 지원을 하며, 귀환납북자가 대한민국에 조속히 재정착할 수 있도록 하려는 것”이었다.³⁾ 이 법은 6개월 뒤인 같은 해 10월 28일부터 시행되었다.

하지만 납북자 후손이 2008년 5월 19일 헌법소원심판을 청구하면서 위헌논란이 제기되었다. 약 1년 뒤인 2009년 6월 25일 헌법재판소는 이 사건에서 논란이 되었던 쟁점 중에서 『전후납북자법』이 납북자의 범위에서 6.25 전쟁 중 납북자를 제외하는 것이 부진정부작위라는 점은 인정했지만 청구인의 평등권과 행복추구

3) 『군사정전에 관한 협정 체결 이후 납북피해자의 보상 및 지원에 관한 법률』 제정이유
<http://www.law.go.kr/LSW/lsRvsRsnListP.do?lsId=010433&chrClsCd=010102>

권 침해하지 않는다는 이유로 기각결정을 함으로써 청구인들의 주장을 인정하지 않았다.⁴⁾

이 연구는 헌법재판소 결정의 주요내용을 살펴보고, 가장 핵심적인 쟁점이었던 평등권 위반여부에 대해 검토함으로써 헌법재판소 결정의 의미를 분석하고자 한다.

II. 헌법재판소 결정의 내용

1. 사건의 개요

초대 제헌국회의원이었던 자신의 부 김○동이 6·25 전쟁 중 납북되었다고 주장하는 청구인은 「전후납북자법」제1조와 제2조가 한국 군사정전에 관한 협정 체결 이후에 납북된 자만을 납북자로 규정함으로써 군사정전에 관한 협정 체결 이후의 납북자 또는 납북피해자만을 보호대상으로 삼고 그 이전에 납북된 납북자 및 납북피해자들을 보호대상에서 제외한 것이 청구인의 평등권을 침해하였다며 2008년 5월 19일 헌법소원심판을 청구하였다.⁵⁾

2. 심판의 대상

헌법재판소는 청구인이 「전후납북자법」제1조와 제2조에 대하여 헌법소원심판을 청구하였으나, 이 법률 제1조는 목적에 관한 조항으로서 그 조항 자체가 청구인의 기본권을 직접 침해하는 것은 아니라고 판단했다. 법률의 목적 조항만으로는 청구인의 기본권이 직접 침해된다고 볼 수 없고, 헌법소원심판을 청구한 이유가 이 법률이 군사정전협정 체결 이전의 납북자를 보호대상에서 제외함으로써 청구인의 평등권을 침해한다는 것이기 때문에 심판의 대상은 납북자의 범위를 규정한 정의 조항인 제2조 제1호라고 보았다.⁶⁾ 정의조항의 내용은 다음과 같다.

4) 헌재 2009. 6. 25. 2008헌마393, 판례집 21-1하, 915, 915-916.

5) 헌재 2009. 6. 25. 2008헌마393, 판례집 21-1하, 915, 916.

6) 헌재 2009. 6. 25. 2008헌마393, 판례집 21-1하, 915, 916.

군사정전에 관한 협정 체결 이후 납북피해자의 보상 및 지원에 관한 법률 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “납북자”란 대한민국 국민으로서 1953년 7월 27일 한국 군사정전에 관한 협정이 체결된 이후에 본인의 의사에 반하여 남한(군사분계선 이남지역을 말한다. 이하 같다)에서 북한(군사분계선 이북지역을 말한다. 이하 같다)에 들어가 거주하게 된 자를 말한다.

3. 적법성 요건을 갖추었는지 여부

(1) 이 사건 심판청구의 성격⁷⁾

이 사건의 경우와 같이 입법자가 혜택부여규정에서 일정 인적 집단을 배제한 경우, 그 규정의 인적 대상범위의 확대를 구하는 헌법소원은 비록 외형적으로는 진정입법부작위에 대한 소원과 흡사하나, 실질은 그러하지 아니하다. 입법자의 하자있는 행위는 언제나 올바른 행위의 부작위로 해석될 수 있다는 의미에서 이러한 부작위는 입법자가 혜택부여규정의 제정을 통하여 내린 적극적인 결정의 반사적 효과일 뿐이기 때문이다.

청구인의 이 사건 청구는 평등원칙의 관점에서 입법자가 이 사건 법률의 적용 대상에 군사정전에 관한 협정 체결 이전 납북자도 당연히 협정 체결 이후 납북자와 같이 포함시켰어야 한다는 주장에 지나지 아니하므로, 이는 헌법적 입법의무에 근거한 진정입법부작위에 해당하는 것이 아니라 단지 혜택부여규정의 인적 범위의 제한에 따른 결과에 지나지 아니하여 이른바 부진정입법부작위에 해당할 뿐이다.

이러한 부진정입법부작위의 경우에는 불완전한 법규 자체를 대상으로 하여 그것이 평등원칙에 위배된다는 등의 이유로 헌법소원을 제기하여야 하는바(헌재 1993. 3. 11. 89헌마79, 판례집 5-1, 92, 102 ; 헌재 2001. 3. 15. 2000헌마96, 판례집 13-1, 489, 496 참조), 이 사건 심판청구에 있어서도 청구인은 이 사건 법률조항이 군사정전에 관한 협정 체결 이전 납북자를 ‘납북자’에서 배제하여 청구인의 평등권을 침해한다고 주장하면서 이 사건 법률조항 자체를 심판대상으로 하여 헌법소원심판을 청구하였다.

7) 헌재 2009. 6. 25. 2008헌마393, 판례집 21-1하, 915, 918-919.

따라서 이 사건 법률조항에 대한 심판청구는 납북자의 범위를 불완전하게 규율하고 있는 부진정입법부작위를 다투는 헌법소원에 해당한다고 할 것이다.

(2) 청구기간⁸⁾

부진정입법부작위에 대한 헌법소원은 헌법재판소법 소정의 청구기간을 준수하여야 한다(헌재 1996. 10. 31. 94헌마204, 공보 18, 648 등 참조). 그리고, 법령에 대한 헌법소원의 청구기간은 그 법률의 시행과 동시에 기본권의 침해를 받게 되는 경우에는 그 법률이 시행된 사실을 안 날부터 90일 이내에, 법률이 시행된 날부터 1년 이내에 헌법소원을 청구하여야 한다.

이 사건의 경우, 법률의 시행일은 이 사건 법률 부칙에 의하여 공포 후 6개월이 경과한 2007. 10. 28.이 되므로, 이 사건 헌법소원심판청구가 이 사건 법률이 시행된 날(기본권침해사유가 발생한 날)로부터 1년 이내에 제기된 것임은 명백하고, 그 밖에 통일부장관의 주장과 같이, 정부가 법률안에 대한 입법예고와 공청회 등을 개최하였다고 하여 청구인이 이 사건 법률 시행 전 혹은 시행 당시에 법률의 시행 사실을 알았다고 보기 어렵고, 달리 이 사건 헌법소원심판 청구일로부터 90일 이전에 이 사건 법률이 시행된 사실을 알았다고 인정할 만한 아무런 자료가 없는 이상, 이 사건 헌법소원심판청구는 청구기간을 준수하였다고 봄이 상당하다.

4. 전후납북자법의 위헌여부

(1) 전후납북자법의 주요 내용⁹⁾

「전후납북자법」이 규정하고 있는 납북자는 ‘대한민국 국민으로서 1953년 7월 27일 한국 군사정전에 관한 협정이 체결된 이후에 본인의 의사에 반하여 남한(군사분계선 이남지역을 의미)에서 북한(군사분계선 이북지역을 의미)에 들어가 거주하게 된 자’를 말하고, 귀환납북자란 ‘북한을 벗어나 남한으로 귀환한 납북자’를

8) 헌재 2009. 6. 25. 2008헌마393, 판례집 21-1하, 915, 919.

9) 헌재 2009. 6. 25. 2008헌마393, 판례집 21-1하, 915, 920.

뜻한다. 다만, 남한으로 귀환한 후 ‘국가보안법’ 제4조 등의 규정을 위반한 이유로 처벌받은 자는 제외된다(전후납북자법 제2조 제1호, 제2호).

「전후납북자법」 적용대상인 납북피해자란 ① 3년 이상 납북된 귀환납북자, ② 3년 이상 납북되어 귀환하지 못하고 있거나 북한에 거주 중 사망한 납북자의 가족과 3년 이상 납북된 귀환납북자의 가족, ③ 납북자의 가족 또는 귀환납북자 중에서 납북과 관련하여 국가공권력의 행사로 인하여 사망하거나 상이를 입은 자를 말한다(전후납북자법 제2조 제3호).

귀환납북자에 대하여는 정착금을 지급하고, 필요한 경우에는 ‘북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률’을 준용하여 보호 및 지원을 한다(전후납북자법 제8조). 납북되어 귀환하지 못하고 있거나 북한에 거주 중 사망한 납북자의 가족, 귀환납북자의 가족에 대하여는 납북자의 납북기간을 고려하여 피해위로금을 지급하고, 납북과 관련하여 국가공권력의 행사로 사망하거나 상이를 입은 자에 대하여는 보상금 및 필요할 경우에는 의료지원금을 지급한다(전후납북자법 제9조, 제10조, 제11조).

납북피해자에 해당하는지 여부 및 정착금 등의 지급에 관한 사항은 전후납북자법에 의해 설치된 납북피해자보상및지원심의위원회에서 심의·의결하고, 위원회의결정에 대하여는 재심의를 요청할 수 있다(전후납북자법 제6조, 제12조, 제14조, 제16조).

(2) 평등권 침해 여부¹⁰⁾

청구인은 6·25 전쟁 중 납북된 자나 군사정전에 관한 협정 체결 후 납북된 자는 대한민국 정부수립 후 국민의 지위에 있는 자가 본인의 의사에 반하여 납북되었다는 점에 있어서 근본적인 차이가 존재하지 않음에도, 이 사건 법률조항은 보호대상이 되는 납북자를 군사정전에 관한 협정 체결 후 납북된 자에 한정하여 6·25 전쟁 중 납북된 납북자의 유족인 청구인의 평등권을 침해한다는 취지로 주장한다.

이 사건 법률에 규정된 피해위로금 등의 수급권은 납북 대치 상태라는 특수한 상황에서 납북과 관련하여 피해를 입은 자 또는 그 유족에 대하여 국가가 경제적

10) 헌재 2009. 6. 25. 2008헌마393, 판례집 21-1하, 915, 920-921.

지원을 함으로써 그 피해에 관한 손실을 전보해 주기 위한 시혜적 조치인바, 입법자는 보상의 내용이나 범위를 정함에 있어 입법의 목적, 수혜자의 상황, 국가 예산 내지 보상능력 등 제반 상황을 고려하여 구체적 내용을 형성할 수 있는 폭 넓은 재량이 헌법상 허용된다고 할 것이다. 따라서 이 사건 법률조항이 평등권을 침해하고 있는지 여부는 자의성 심사에 의하여 판단하면 족하다고 할 것이다.

2005. 6. 24. ‘납북피해자 지원 등에 관한 법률안’의 내용에 의하면 애초에 지원의 대상으로 고려되었던 자들의 범위에는 ‘6·25 전쟁 중에 납북된 자’들도 포함되었고, 6·25 전쟁 중 납북자와 군사정전에 관한 협정 체결 이후 납북자는 비록 전시와 정전 상태에서 발생한 납북이라는 점에서는 차이가 있으나, 대한민국 국민으로서 납북 대치 상황에서 본인의 의사에 반하여 남한에서 북한에 들어가 거주하게 되었다는 점에서는 이 사건 법률조항의 의미와 목적 등에 비추어 본질적으로 동일·유사한 집단이라고 할 것이다.

그런데 이 사건 조항은 이 사건 법률의 적용대상에서 6·25 전쟁 중 납북자를 제외하고 있으므로 6·25 전쟁 중 납북자와 군사정전에 관한 협정 체결 이후 납북자에 있어서 차별취급이 존재한다.

이 사건 법률은 군사정전에 관한 협정 체결 이후 납북피해자의 보상 및 지원을 그 입법목적으로 하는바, 군사정전에 관한 협정 체결 이후에 납북된 자는 국가의 공권력이 유효하게 행사될 수 있었던 시기임에도 본인의 의사에 반하여 납북되었으므로 그 피해를 국가가 전보해 주기 위함이다.

그런데 6·25 전쟁 중 납북된 자는 전시라는 특수한 상황에서 국가의 공권력이 유효하게 행사될 수 없었던 시기에 납북된 자들인바, 정치적 세력 간의 무력 충돌인 국가적 비상사태에서 자국민의 납치를 방지하지 못한 것은 어느 정도 불가항력적인 상황임을 부인할 수 없다.

또한, 북한에 들어가 거주하게 된 양태가 본인의 의사에 반한 납북인지, 본인의 의사에 따른 월북인지 여부나 납북된 자의 규모도 전시라는 특수한 상황 및 오랜 시간의 경과로 인하여 기초적인 자료 확보 및 정확한 실태조사가 불가능한 실정이다.

다른 유형의 전쟁피해자와의 형평성 문제에 있어서도 만약 전쟁 중 납북된 자들을 군사정전에 관한 협정 체결 후 납북된 자들과 동일하게 대우해야 한다면 전쟁 중 사망자 상해를 입은 자, 실종자 및 그 가족들에 대하여도 국가가 그 피해에 따른 손실을 전보해야 할 책임이 인정되어야 하는 문제가 발생하게 된다.

그러므로 입법자가 납북자 또는 그 가족에 대하여 경제적 지원을 함에 있어서 적용대상을 범위와 대상이 분명하고, 국가의 공권력이 유효하게 행사될 수 있었음에도 자국민의 납치를 방지하지 못했던 시기의 납북자로 한정하였다고 하더라도 이를 합리적인 이유 없는 차별에 해당한다고 보기는 어렵다.

따라서 이 사건 법률조항이 6·25 전쟁 중 납북자 가족인 청구인의 평등권을 침해하였다고 할 수 없다.

(3) 행복추구권 침해 여부¹¹⁾

헌법 제10조의 행복추구권은 국민이 행복을 추구하기 위하여 필요한 급부를 국가에게 적극적으로 요구할 수 있는 것을 내용으로 하는 것이 아니라, 국민이 행복을 추구하기 위한 활동을 국가권력의 간섭 없이 자유롭게 할 수 있다는 포괄적인 의미의 자유권으로서의 성격을 가진다.

그런데 이 사건 법률조항은 군사정전에 관한 협정 체결 이후 납북과 관련하여 피해를 입은 자 또는 그 유족에 관하여 국가의 보호와 지원의 대상을 규정하고 있는 것으로서 자유권이나 자유권의 제한영역에 관한 규정이 아니므로 이 사건 법률조항이 청구인의 행복추구권을 침해한다고 할 수는 없다.

(4) 결 론¹²⁾

따라서 청구인의 이 사건 심판청구는 이유 없어 이를 기각하기로 하여, 재판관 김종대, 재판관 송두환의 반대의견이 있는 외에는 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

5. 반대의견

김종대 재판관과 송두환 재판관은 다수의견에 반대하는 입장을 피력했다.¹³⁾

11) 헌재 2009. 6. 25. 2008헌마393, 판례집 21-1하, 915, 922.

12) 헌재 2009. 6. 25. 2008헌마393, 판례집 21-1하, 915, 922.

13) 이하의 내용은 헌재 2009. 6. 25. 2008헌마393, 판례집 21-1하, 915, 922-926.

우리는 다수의견과 달리, 이 사건 헌법소원심판은 진정입법부작위에 관한 헌법소원으로서 입법자가 6·25 전쟁 중 납북된 자에 관한 보상 등을 규정하는 법률을 제정할 헌법상 입법 의무가 있음에도 상당한 기간 동안 입법을 하지 않아 입법재량의 한계를 넘었다고 판단하므로, 아래와 같이 반대의견을 밝힌다.

이 사건 법률은 제1조(목적)에서 ‘군사정전에 관한 협정 체결 이후 납북과 관련하여 피해를 입은 자 또는 그 유족에 대하여 국가가 보상 및 지원을 하고, 귀환한 납북자가 대한민국에 재정착하는 데에 필요한 지원을 함으로써 이들의 생활안정을 도모하고 남북분단에 따른 아픔을 치유하며 나아가 국민화합에 이바지함을 목적으로 한다’고 선언하고 있다.

즉, 이 사건 법률은 납북자 일반을 그 적용대상으로 하지 않고 있다. 이 사건 법률은 입법 당시부터 그 적용대상을 군사정전에 관한 협정 체결 이후 납북된 자로 한정하고 있고, 6·25 전쟁 당시 납북된 자는 애초에 그 적용대상에서 제외하고 있는 것이다.

이 사건 법률의 명칭 또한, ‘군사정전에 관한 협정 체결 이후 납북피해자의 보상 및 지원에 관한 법률’로서, 군사정전에 관한 협정 체결 이전의 납북피해자는 이 사건 법률의 적용대상이 아님을 밝히고 있기도 하다.

그렇다면 군사정전에 관한 협정 체결 이전 납북피해자에 대한 보상 및 지원에 관하여는 이 사건 법률과 무관하게 아직까지 전혀 그 입법이 이루어지지 않은 것이므로, 이 사건 심판청구는 진정입법부작위를 다투는 헌법소원으로 봄이 상당하다.

다수의견과 같이 이를 부진정입법부작위로 보면 청구인의 청구를 받아들일 경우 심판대상조항인 위 법률 제2조만 위헌이라 해야 하는데, 법률명과 제1조를 그대로 두고 제2조만 위헌이라 하는 것이 법 체제상 가능한 것인지도 의문이다.

입법부작위를 이유로 한 헌법소원이 적법하려면 입법이 없는 것만으로 충분하지 않고 헌법이 요구하는 입법자의 입법 의무가 존재하여야 한다. 그리고 그 입법 의무는 헌법에서 직접 도출할 수 있는 것이어야 하나, 그렇다고 해서 헌법에 입법 의무를 직접 부여한 개별규정이 존재해야 한다는 것은 아니고 헌법정신과 헌법규정을 종합적으로 해석하여 그러한 입법 의무를 인정할 수 있으면 족하다고 할 것이다.

그렇다면 국가가 헌법상 6·25 전쟁 중 납북자에 관해 보상 등을 해 줄 입법 의무가 있는지를 살펴보도록 한다.

우리 헌법은 전문에서 ‘우리들과 우리들의 자손의 안전과 자유와 행복을 영원히 확보할 것을 다짐’하는 한편, 제10조에서 국가는 국민 개인의 기본적 인권을 확인하고 보장할 의무가 있음을 선언하고 있고, 특히 제30조는 국민이 타인의 범죄행위로 인하여 생명과 신체에 대한 피해를 받은 경우에는 국가로부터 구조를 받을 권리가 있음을 명백히 하고 있다.

우리 헌법은 다른 한편, 모든 국민은 법률이 정하는 바에 따라 국방의 의무를 진다고 규정하고(제39조), 국가유공자, 상이군경, 전몰군경의 유가족은 국가에 의해 특별한 보호를 받는다고 규정하고 있는바(제32조 제6항), 우리는 그 이유를 새겨 볼 필요가 있다. 국방의 의무는 외부 적대세력의 직·간접적인 침략행위로부터 국가의 독립을 유지하고 영토를 보전하기 위한 의무로서, 오늘날의 전쟁이 고도의 과학기술과 정보를 요구하고 국민전체의 협력을 필요로 하는 이른바 총력전인 점에 비추어 국방의 의무 중에는 병력형성의무 뿐만 아니라 모든 국민이 병력형성 이후 군작전명령에 협력하고 적국에 대항해 함께 싸워야 할 의무도 포함한다 할 것이다.

국방의 의무를 이같이 볼 때 6·25 전쟁과 같이 국가의 존망과 직결되는 전면전을 치름에 있어서, 국가와 헌법 및 국민의 기본권을 수호하기 위해서는 군과 더불어 전 국민이 자발적으로 국방의무의 이행으로서 적에 대항하여 싸워야 하므로, 적과 대항하던 중 힘에 부쳐 납북된 국민들은 이를 가려내어 국방의무이행의 일환으로 희생당한 국가유공자의 범주에 넣어, 국가가 당연히 그로 인한 피해를 보상해 줄 책무를 진다고 해야 할 것이다.

만약 국가가 국방의무 수행 중에 적과 대항하다 죽거나 다친 국민의 생명과 신체를 방어해 주지도 못하면서 그에 대해 사후보상마저 해 주지 않는다면 앞으로 국민의 자발적이고 전면적인 국가 수호의 의지는 구현되지 않을 것이고, 미래의 어느 시각에 도래할지도 모르는 전쟁에서 국가가 국민에게 국방의 의무를 수행하라고 요구할 명분조차도 잃고 말 것이니, 이리되고서는 앞으로 우리 자손들의 영원한 번영은커녕 국가가 스스로를 보존하고 헌법을 지켜나갈 방법이 없게 될 것이다.

전쟁 중 적국에 의해 납치된 자국민에 대하여 보호·보상의무를 제대로 이행하지 못하는 나라는 결코 영원무궁한 번영을 기약할 수 없다. 국가의 이 같은 보호·보상의무는 자주국가가 그 존립과 번영을 위해 최우선적으로 고려하여야 할 가장 기초되는 국가품격의 문제라 할 것이고, 국가가 이 자주국가의 품격에 손상을 입는

다는 것은 국가존립의 기본법인 헌법의 정신에 어긋나는 것이라 할 것이다.

따라서 국가의 항구적 존립이야말로 기본법인 헌법의 가장 기초적 정신인 점과 그 국가의 존립을 위해서는 모든 국민이 적에 대항해 함께 싸울 수밖에 없다는 국가생존의 당위성에 바탕하여 헌법 전문, 제10조, 제39조, 제30조, 제32조를 종합 해석해보면, 국가는 6·25 전쟁 중 납북된 자에 대하여 반드시 그 보상에 관한 법률을 제정하여야 하는 헌법상 의무가 인정된다 할 것이다.

입법자가 입법의무를 지고 있다고 하여서 그 불이행의 모든 경우가 바로 헌법을 위반한 경우라고는 단정할 수 없을 것이다. 입법자에게는 형성의 자유 또는 입법재량이 인정되므로 입법의 시기 역시 입법자가 자유로이 결정할 수 있기 때문이다. 그러나 입법자는 헌법에서 나오는 입법의무를 거부하거나 자의적으로 입법을 무한정 지연시킬 수는 없는 것이므로, 입법자가 명시적으로 입법의무를 거부해 입법을 하지 않기로 결의하거나 입법했어야 할 상당한 기간이 지났음에도 불구하고 입법을 하지 않는 경우에는 입법재량의 한계를 넘게 되고 이 같은 입법재량의 한계를 넘는 입법부작위는 위헌이 된다 할 것이다.

이 사건의 경우 이미 정전한지 50년이 지났다. 우리 국민은 납북된 국민들의 희생을 딛고서 피땀 흘려 노력한 결과, 세계은행이 올해 발표한 자료에 의하면 GDP 기준 세계 14위(2007년)의 경제대국이 되었고, 남의 원조를 받는 나라에서 남의 나라에 원조해 주는 나라로 발전했다. 그런데 아직도 입법자는 6·25 전쟁 중 납북된 억울한 우리 국민들에 대한 송환이나 그들의 납북피해에 대한 보상에 관한 어떠한 입법조치도 취하지 않고 있다. 이는 국가가 최우선적으로 해야 할 책무를 부당하게 지연시키는 것이며 자주국가의 품격을 현저히 떨어뜨리는 일이다.

더구나 군사정전에 관한 협정 체결 이후 납북된 자에 대하여는 그 피해에 관한 보상과 지원에 관한 이 사건 법률을 제정, 시행하면서 그보다 더 시급히 보호해야 할 소중한 가치를 지닌 6·25 전쟁 중 납북 국민들의 보상에 대하여는 아무런 입법조치가 이루어지지 않고 있다는 것은 국가책무의 우선순위나 공평의 관점에서 전혀 합리적인 이유를 찾아볼 수 없다.

6·25 전쟁 중 납북된 자에 관한 입법에 있어서 납북자수가 대규모이고 오랜 시간이 경과되어 실태조사에 많은 시간과 인력이 소요되고 납북자인지 여부를 판단하기가 어렵다는 주장이 제기되나, 납북된 국민 중 특히 어떤 범위에서 보상을 해 줄 것인지는 입법자가 적절히 구분해내면 되는 것이고, 실태조사의 어려움은

억울한 납북자임을 주장하는 자들에게 납북 여부에 관한 입증책임을 부과함으로써 해결될 수 있으며, 현재로서는 오랜 시간의 경과로 보상의 규모가 그리 크지도 않고 실태조사에 무리한 인력과 시간이 소요된다고 보기도 힘들다.

따라서 입법자에게 6·25 전쟁 중 납북된 자에 관한 보상 등을 규정하는 법률을 제정할 헌법상 입법의무가 발생하였음에도 불구하고 입법자가 정전 후 50년이 지나도록 합리적 이유 없이 아무런 입법조치를 취하지 않고 있는 것은 입법재량의 한계를 넘는 입법의무불이행으로서 헌법에 위반된다.

Ⅲ. 헌법재판소 결정에 대한 평석

1. 평등원칙에 대한 검토

(1) 헌법재판소의 평등원칙 심사기준의 발전

1) 자의금지원칙에 따른 심사

헌법재판소는 평등의 의미를 상대적 평등으로 본다. 헌법재판소는 평등에 대하여 “평등의 원칙은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 입법과 법의 적용에 있어서 합리적인 근거가 없는 차별을 하여서는 아니 된다는 상대적 평등을 뜻하고 따라서 합리적인 근거가 있는 차별 또는 불평등은 평등의 원칙에 반하는 것이 아니다.”¹⁴⁾고 판단함으로써 헌법이 규율하는 평등은 절대적 평등이 아닌 상대적 평등임을 분명히 하였다.

헌법재판소 초창기 판례는 평등원칙은 자의금지라고 밝힌 바 있다. 이에 따르면, “평등의 개념은 형식적 평등이 아니라 구체적 사회정의와 새로운 질서를 형성하는 실질적인 평등으로 보아야 하며, 따라서 평등의 원리는 자의금지를 기본으로 한다.”¹⁵⁾고 하였다. 그리고 자의금지원칙의 적용범위를 “자의의 금지는 입법, 행정, 사법뿐만 아니라 헌법재판에도 모두 적용된다.”고 보면서 “평등의 원리로 적용되는 영·미국에서의 적법절차의 조항이나, 서독을 비롯한 대륙법계에서

14) 헌재 1998. 9. 30. 98헌가7 등, 판례집 10-2, 503.

15) 헌재 1989. 5. 24. 89헌가37 등, 판례집 1, 62.

의 자의금지의 원칙은 그 본질에 있어서 사회정의의 실현을 의미한다. 즉 평등한 것은 평등하게, 불평등한 것은 불평등하게 취급되어야 하는데, 평등하게 취급할 것을 불평등하게, 불평등하게 취급할 것을 평등하게 취급하는 것은 정의에 반하는 것으로 자의금지의 원칙에 위배된다. 어떠한 조치가 자의금지에 반하는 것인가 하는 것은 객관적으로 보아 실질적 내용이 구체적 정의에 반하느냐 않느냐에 따라 결정될 수밖에 없다.”고 결정하였다.¹⁶⁾

이후 헌법재판소는 행위규범과 통제규범을 구별하면서 평등원칙 위반 여부를 심사하는 기준에 대하여는 “평등원칙은 행위규범으로서 입법자에게 객관적으로 같은 것은 같게, 다른 것은 다르게 규범의 대상을 실질적으로 평등하게 규율할 것을 요구하나 헌법재판소의 심사기준이 되는 통제규범으로서의 평등원칙은 단지 자의적인 입법의 금지기준만을 의미하게 되므로 헌법재판소는 입법자의 결정에서 차별을 정당화할 수 있는 합리적인 이유를 찾아 볼 수 없는 경우에만 평등원칙의 위반을 선언하게 된다.”고 보았다. 입법자에게는 행위규범으로 작동하지만, 헌법재판소는 평등원칙을 통제규범으로 활용해야 한다고 결정했다.

그러면서 통제규범에 대해서는 그 의미를 좀 더 상세하게 설명하고 있는데, “다시 말하면, 헌법에 따른 입법자의 평등실현의무는 헌법재판소에 대하여는 단지 자의금지원칙으로 그 의미가 한정 축소되므로 헌법재판소가 행하는 규범에 대한 심사는 그것이 가장 합리적이고 타당한 수단인가에 있지 아니하고 단지 입법자의 정치적 형성이 헌법적 한계 내에 머물고 있는가 하는 것에 국한될 수밖에 없다.”¹⁷⁾고 하여 자의금지원칙을 평등원칙 심사기준으로 제시하였다.

이러한 자의금지원칙은 입법자에게 형성의 자유를 최대한 인정하지만, 형성의 자유가 현저하게 이탈하는 경우를 배제하는 ‘최소한의 금지’기준으로 이해할 수 있다.¹⁸⁾

2) 비례성심사기준의 등장

헌법재판소는 평등원칙 위반 여부를 판단함에 있어서 비례성원칙에 따른 심사를 하기도 했다. 구체적인 내용을 보자면, “합리적 근거 없는 차별이란 정의에 반

16) 헌재 1989. 5. 24. 89헌가37 등, 판례집 1, 48, 62.

17) 헌재 1997. 1. 16. 90헌마110-136등, 판례집 9-1, 90.

18) 이준일, 헌법재판소의 평등심사기준과 국가인권위원회의 차별판단기준, 세계헌법연구 18권 2호(2012), 336.

하는 자의적인 차별을 의미하는 것으로서, 국민의 기본권에 대한 차별적인 대우를 규정하는 입법은 그 목적이 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요하고 또 정당한 것이어야 하고, 나아가 그 수단 또는 방법이 위 목적의 실현을 위하여 실질적인 관계가 있어야 할 뿐만 아니라 그 정도 또한 적정한 것이어야 하며” 이러한 요건을 갖추지 못한 입법은 헌법 제11조 제1항이 예정하고 있는 평등의 원칙에 반하는 위헌입법이라고 할 것이다.”¹⁹⁾라고 결정함으로써 비례성 원칙에 따른 심사를 했으나 비례성원칙과 자의금지원칙을 구분하지 않고, 비례성 원칙을 자의금지원칙의 한 내용으로 보고 있다. 목적의 정당성·수단의 적합성·피해의 최소성·법익의 균형성이라는 관점으로 자의적 차별 여부를 판단했기 때문이다.

마찬가지로 헌법재판소는 “합리적 근거 있는 차별인가의 여부는 그 차별이 인간의 존엄성 존중이라는 헌법원리에 반하지 아니하면서 정당한 입법목적 달성을 위하여 필요하고도 적정한 것인가를 기준으로 판단되어야 한다.”²⁰⁾고 자의금지원칙과 비례원칙을 구분하지 않고, 사실상 동일시했다.

헌법재판소는 자의금지원칙과 비례원칙이 적용되는 경우를 분명하게 구분하지 않았고, 헌법재판소 판례를 전반적으로 검토해도 조감할 수 있는 일관된 흐름이 없다는 비판이 있다.²¹⁾ 게다가 비례원칙을 적용하면서, 목적의 정당성과 수단의 적합성에 대해서만 판단했을 뿐 정작 비례원칙의 핵심이라고 할 수 있는 피해의 최소성과 법익의 균형성 여부에 대해서는 심사를 하지 않았다.²²⁾ 즉, ‘불완전한 비례심사’였던 것이다.²³⁾

3) 이중심사기준의 확립

이처럼 헌법재판소는 자의성금지원칙과 비례원칙을 엄격하게 구분하지 않다가 이중심사기준을 정립하면서 양자를 다르게 보기 시작하였다. 헌법재판소가 평등원칙 위반 여부를 심사할 때, 이중심사기준을 도입한 것은 1999년 이른바 ‘제대군인가산점 사건’이었다. 당시에는 제대군인이 공무원채용시험 또는 일정한 취업

19) 헌재 1995. 9. 28. 92헌가11 등, 판례집 7-2, 264, 279-280.

20) 헌재 1997. 5. 29. 94헌바5, 판례집 9-1, 519, 524.

21) 한수용, 엄격한 기준에 의한 평등원칙 위반여부의 심사 : 헌법재판소 “제대군인 가산점 결정”(헌재 1999. 12. 23. 98헌마363)에 대한 판례평석을 겸하여, 홍익대학교 법학연구 6집(2004), 160.

22) 한수용(각주 21), 161.

23) 한수용(각주 21), 163.

보호실시기관의 채용시험에 응시할 때에는 군복무 기간에 따라 과목별 만점의 5% 또는 3%를 가산하는 제도가 존재했다. 7급 또는 9급 국가공무원 공개경쟁채용시험에 응시하기 위하여 준비 중이었던 여성과 신체장애가 있는 남성이 제대 군인가산점제도로 인해 평등권 및 공무담임권이 침해되었다고 헌법소원심판을 청구하였다.

이 사건에서 헌법재판소는 이중심사기준을 확립하였다. 헌법재판소는 평등원칙 위반 여부를 심사할 때, 엄격한 심사척도와 완화된 심사척도를 적용한다고 밝혔다. 두 기준을 적용하는 잣대에 대하여 “평등위반 여부를 심사함에 있어 엄격한 심사척도에 의할 것인지, 완화된 심사척도에 의할 것인지는 입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도에 따라 달라지게 될 것이다.”라고 하면서, “먼저 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우 엄격한 심사척도가 적용될 수 있다. 헌법이 스스로 차별의 근거로 삼아서는 아니되는 기준을 제시하거나 차별을 특히 금지하고 있는 영역을 제시하고 있다면 그러한 기준을 근거로 한 차별이나 그러한 영역에서의 차별에 대하여 엄격하게 심사하는 것이 정당화된다. 다음으로 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 된다면 입법형성권은 축소되어 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 할 것이다.”²⁴⁾고 엄격한 심사척도가 적용되는 기준을 제시하였다. 즉, 헌법이 특별히 평등을 요구하고 있는 경우와 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 중대한 제한이 있는 경우에는 엄격한 심사기준이 적용된다는 것이다.

그리고 헌법재판소는 해당 사건에 적용되는지 여부와 관련하여 “가산점제도는 엄격한 심사척도를 적용하여야 하는 위 두 경우에 모두 해당한다.”고 보았다. 그 이유에 대해서는 “헌법 제32조 제4항은 “여자의 근로는 특별한 보호를 받으며, 고용·임금 및 근로조건에 있어서 부당한 차별을 받지 아니한다”고 규정하여 “근로” 내지 “고용”의 영역에 있어서 특별히 남녀평등을 요구하고 있는데, 가산점제도는 바로 이 영역에서 남성과 여성을 달리 취급하는 제도이기 때문이고, 또한 가산점제도는 헌법 제25조에 의하여 보장된 공무담임권이라는 기본권의 행사에 중대한 제약을 초래하는 것이기 때문이다(가산점제도가 민간기업에 실시될 경우 헌법 제15조가 보장하는 직업선택의 자유가 문제될 것이다). 이와 같이 가산점제도에 대하여는 엄격한 심사척도가 적용되어야 하는데, 엄격한 심사를 한다는

24) 헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 786.

것은 자의금지원칙에 따른 심사, 즉 합리적 이유의 유무를 심사하는 것에 그치지 아니하고 비례성원칙에 따른 심사, 즉 차별취급의 목적과 수단간에 엄격한 비례관계가 성립하는지를 기준으로 한 심사를 행함을 의미한다.”²⁵⁾고 함으로써 엄격한 심사기준의 척도는 비례원칙에 따른 심사임을 분명히 하였다.

4) 완화된 비례원칙에 따른 심사기준 적용

하지만 헌법재판소는 이중심사기준을 모든 사건에서 일관되게 적용하지는 않았다. 2001년 ‘국가유공자 가산점제도’ 사건에서 ‘완화된’ 이중심사기준을 적용하기도 했다. 두 사건에 이중심사기준을 달리 적용한 것은 제대군인가산점제도는 엄격한 심사기준이 적용되어야 하는 두 가지 요건, 즉 ‘헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우’와 ‘관련 기본권에 중대한 제한이 있는 경우’를 모두 충족하지만 ‘국가유공자 가산점제도’ 사건은 한 가지 요건만 충족시켰기 때문이다.

헌법재판소는 ‘국가유공자 가산점제도’가 “비례심사를 하여야 할 첫번째 경우인 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우에는 해당하지 아니한다.”²⁶⁾고 보았다. 오히려 “헌법 제32조 제6항은 “국가유공자·상이군경 및 전몰군경의 유가족은 법률이 정하는 바에 의하여 우선적으로 근로의 기회를 부여받는다”라고 규정함으로써, 국가유공자 등에 대하여 근로의 기회에 있어서 평등을 요구하는 것이 아니라 오히려 차별대우(우대)를 할 것을 명령하고 있다”²⁷⁾는 것이다. 따라서 “가산점제도의 경우와 같이 입법자가 국가유공자와 그 유족 등에 대하여 우선적으로 근로의 기회를 부여하기 위한 입법을 한다고 하여도 이는 헌법에 근거를 둔 것으로서, 이러한 경우에는 입법자는 상당한 정도의 입법형성권을 갖는다고 보아야 하기 때문에, 이에 대하여 비례심사와 같은 엄격심사를 적용하는 것은 적당하지 않은 것으로 볼 여지가 있다. 그러나 이 사건의 경우는 비교집단이 일정한 생활영역에서 경쟁관계에 있는 경우로서 국가유공자와 그 유족 등에게 가산점의 혜택을 부여하는 것은 그 이외의 자들에게는 공무담임권 또는 직업선택의 자유에 대한 중대한 침해로 의미하게 되는 관계에 있기 때문에, 헌법재판소의 위 결정에서 비례의 원칙에 따른 심사를 하여야 할 두 번째 경우인 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 되는 경우에는 해당한다고

25) 헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 786-787.

26) 헌재 2001. 2. 22. 2000헌마25, 판례집 13-1, 386, 403.

27) 헌재 2001. 2. 22. 2000헌마25, 판례집 13-1, 386, 403-404.

할 것이다. 따라서 자의심사에 그치는 것은 적절치 아니하고 원칙적으로 비례심사를 하여야 할 것이나, 구체적인 비례심사의 과정에서는 헌법에서 차별명령규정을 두고 있는 점을 고려하여 보다 완화된 기준을 적용하여야 할 것이다.”²⁸⁾라고 결론지었다.

이러한 헌법재판소 결정의 입장에 따르면, 두 가지 모두 적용되는 경우엔 이중심사기준이 적용되고, 둘 중 한 가지 기준만 적용된다면 완화된 이중심사기준을 적용하며, 어느 기준도 적용되지 않을 시에는 자의금지원칙에 따라 평등원칙 위반 여부를 심사하게 된다. 완화된 이중심사기준으로 평등원칙 위반 여부를 심사하면, 피해의 최소성을 지나치게 엄격하게 요구하지 않고 법익의 균형성도 지나친 불균형인 상태를 피할 것을 요구하게 된다.²⁹⁾

이에 대해서는 헌법재판소가 엄격한 비례성 심사와 완화된 비례성 심사 사이에 통제 강도의 차이가 있다는 것을 전제하고 있으나, 통제강도의 차이를 결정하는 기준과 그 기준에 따른 심사방법이 불명확하다는 비판이 있다.³⁰⁾

(2) 헌법재판소의 평등원칙 심사기준에 대한 비판적 논의

1) 헌법재판소의 이중심사기준

이상 살펴보았듯이, 헌법재판소는 이중심사기준에 따라 평등원칙위반 여부를 판단한다. 우선, 완화된 심사기준이란 자의금지원칙에 따르는 것을 의미한다. 헌법재판소는 평등이란 “합리적인 근거가 있는 차별 또는 불평등은 평등의 원칙에 반하는 것이 아니고”,³¹⁾ “합리적 근거없는 차별이란 정의에 반하는 자의적인 차별을 의미하는 것”³²⁾으로 정의한다. 자의금지원칙 위반 여부는 “자의심사의 경우에는 차별을 정당화하는 합리적인 이유가 있는지만을 심사하기 때문에 그에 해당하는 비교대상간의 사실상의 차이나 입법목적(차별목적)을 발견하고 확인”³³⁾ 하고, “차별이 인간의 존엄성 존중이라는 헌법원리에 반하지 아니하면서 정당한

28) 헌재 2001. 2. 22. 2000헌마25, 판례집 13-1, 386, 404.

29) 이준일(각주 18), 338.

30) 김주환, 일반적 평등원칙의 심사 기준과 방법의 합리화 방안, 공법학연구 9권 3호(2008), 212.

31) 헌재 1998. 9. 30. 98헌가7 등, 판례집 10-2, 484, 503-504

32) 헌재 1995. 9. 28. 92헌가11 등, 판례집 7-2, 264, 280-281

33) 헌재 2001. 2. 22. 2000헌마25, 판례집 13-1, 386, 403.

입법목적을 달성하기 위하여 필요하고도 적정한 것인가를 기준으로 판단되어야 한다”고 보고 있다.³⁴⁾

그리고 엄격한 심사는 비례성원칙에 따르는 것을 뜻한다. 헌법재판소는 “비례 심사의 경우에는 단순히 합리적인 이유의 존부문제가 아니라 차별을 정당화하는 이유와 차별간의 상관관계에 대한 심사, 즉 비교대상간의 사실상의 차이의 성질과 비중 또는 입법목적(차별목적)의 비중과 차별의 정도에 적정한 균형관계가 이루어져 있는가를 심사한다.”고 결정하였다. 이러한 비례원칙에 따른 심사는 자의금지원칙 심사와 혼용되어 사용되기도 했고, 네 가지 요건 중 법익의 균형성에 대한 판단은 생략되곤 했으나, ‘제대군인가산점제도 사건’ 이후 “평등위반 심사를 함에 있어 ‘법익의 균형성’ 심사에까지 이르는 본격적인 비례심사”³⁵⁾를 하고 있다.

이와 같은 헌법재판소의 이중심사기준에 대하여 수용하지는 입장도 다수 있지만,³⁶⁾ 다양한 비판과 대안을 제시하는 주장들도 있다. 이하에서는 전자의 입장들은 별론으로 하고, 후자의 주장들을 중심으로 살펴보고자 한다.

2) 심사기준을 일원화하자는 입장

① 자의금지원칙만 심사기준이 될 수 있다는 입장

자유권과 평등권의 차이점에 기인하여 평등원칙 위반 여부를 심사할 때, 비례원칙은 적용될 수 없다는 주장이 있다. 이 입장에 따르면, 자유권은 보호법익이 존재하는 것과 달리 평등권은 보호법익이 존재하지 않는데, 비례원칙이란 자유권 제한 여부를 판단할 때 적용되는 기준이기 때문에 평등권에는 적용될 수 없다고 한다. 평등심사에 적용되는 기준은 비례원칙이 아닌 합리성원칙이어야 하고, 이는 자의금지원칙을 뜻한다.³⁷⁾

이 입장은 비례성원칙의 핵심적인 부분인 법익의 균형성은 법익의 우열을 비교하는 것이고, 법익의 우열관계를 상대적으로 서열로 정의함에 있어서 합리성이 요청되기 때문에 비례성원칙과 자의금지원칙의 공통점이 존재할 수 있다는 점을 인정한다. 그럼에도 불구하고, “합리성이 요구되는 영역은 대상을 비교하여 ‘동이

34) 헌재 1994. 2. 24. 92헌바43, 판례집 6-1, 72, 75.

35) 헌재 2001. 2. 22. 2000헌마25, 판례집 13-1, 386, 402-403.

36) 성낙인, 헌법학, 법문사, 2017, 1897-1890; 허영, 한국헌법론, 박영사, 2010.

37) 이준일(각주 18), 348.

(同異)관계’를 확정하는 과정”이고 “법익을 비교하여 ‘우열(優劣)관계’를 확정하는 과정”이라는 점에서 비례성원칙과 자의금지원칙은 본질적으로 다르다고 평가한다.³⁸⁾

따라서 ‘제대군인가산점제도 사건’ 이전처럼 자의금지원칙을 적용하여 평등원칙 위반 여부를 판단했던 헌법재판소의 입장이 타당하다고 주장한다. 엄격한 심사기준 또는 완화된 엄격한 심사기준을 적용하는 헌법재판소의 결정은 비례성원칙에 기반한다는 점에서 타당하지 않고, 완화된 비례성 원칙을 적용하는 것으로 입장변화를 보인 점은 평등의 문제에 비례성원칙이 적용될 수 없음을 깨달아가는 과정이라고 진단한다.³⁹⁾

요컨대, 이 입장은 자유와 평등은 구조적으로 상이하므로, 평등에서 요구되는 합리성원칙과 자유에서 요청되는 비례성원칙을 구별해야 할 것을 주문하고 있다.⁴⁰⁾

② 원칙적으로 자의금지원칙을 적용해야 한다는 입장

이 입장도 자유권과 평등권은 본질적으로 다르다는 점에서 자의금지원칙만 심사기준이 될 수 있다는 입장과 문제의식을 공유한다. 평등권은 국가작용 그 자체를 금지하는 것이 아니라 국가작용이 평등원칙에 합치하는 한 허용한다는 점에서 자유권과 달리 고유한 보호범위가 없다. 그런데 엄격한 심사를 하면, 자유권과 평등권을 기준으로 한 위헌심사가 한 번의 과정만 거치는 문제가 발생한다고 지적한다. 동시에 위헌심사를 진행하는 것은 헌법재판실무를 효율적이고 경제적으로 할 수 있다는 장점이 있겠지만, 헌법정신과는 부합하지 않는다고 비판한다.⁴¹⁾

자유권과 평등권은 다르기 때문에 심사기준이 일치할 필요가 없고, 경우에 따라서는 하나는 위헌 다른 하나는 합헌이라는 결과가 나올 수도 있다고 본다. 그렇기 때문에 동시에 심사를 진행해서는 안 되고, 독자적인 심사기준을 적용해야 한다고 주장한다. 다만, 평등권 심사를 자의금지원칙으로만 할 필요는 없다고 본다. 이 주장은 사안에 따라서는 엄격한 심사기준이 적용될 수도 있다는 유연한 입장을 취한다. 그럼에도 불구하고, 원칙적으로 평등원칙에 대한 심사는 자의금지원칙으로 제한하는 것이 맞는 방향이라고 지적한다.⁴²⁾

38) 이준일(각주 18), 349.

39) 이준일(각주 18), 349.

40) 이준일(각주 18), 352.

41) 한수웅(각주 21), 182.

42) 한수웅(각주 21), 182-183.

3) 심사기준의 다원화를 주장하는 입장

심사기준의 다원화를 주장하는 입장은 한국적 변용의 필요성을 인정하지만, 기본적으로 미국 연방대법원의 기준을 채택하자는 주장과 독일 연방헌법재판소의 기준을 모델로 삼자는 주장으로 나뉠 수 있다.

① 미국 연방대법원의 기준을 채택하자는 입장

이 입장은 일원화된 심사기준과 단계별 심사기준 중 어느 것을 선택할지는 “대의제 민주주의와 다수지배와 헌법재판, 문제가 차별영역이나 차별사유의 성격, 권리구제에 있어 헌법재판소의 적합성, 헌법문언 등과 관련하여 매우 어려운 문제”라고 지적한다. 그러면서 다단계심사기준을 적용하는 경우 심사기준의 선택에 따라 위헌 여부가 좌우되기 때문에 경직성과 구체적 타당성이 결여될 수 있는 문제가 발생할 수 있다는 점을 짚고 넘어간다.⁴³⁾

헌법재판소의 적정한 역할과 관련하여 심사단계를 정하는 것은 매우 중요한 의미가 있다고 본다.⁴⁴⁾ 헌법의 추상성·개방성이라는 점을 고려하고, 헌법재판소의 민주적 정당성의 취약성·국회와 정부와의 관계 등을 고려해야 한다고 주장한다.⁴⁵⁾

헌법재판소가 헌법을 명분으로 현재의 입장을 관철하는 것은 대의제 민주주의에 적합하지 않을 수 있기에 당시의 국민의 의사를 대표하는 국회의 결정을 존중하여야 할 사안에 대해서는 그 위헌성이 명백하지 않는 한 국회의 결정을 존중해야 한다고 보면서도, 반면에 국민 다수의 의사에 맡겨둘 수 없는 문제에 대해서는 엄격심사가 필요하다고 주장한다. 그 예로 국민의 의사형성과정-다수의 결정과정의 문제, 소수자의 권리문제 등을 들고 있다.⁴⁶⁾

그러면서도 현재의 헌법재판소의 심사기준은 문제가 있다고 비판한다. 우선적으로 미국 연방대법원판례를 참조했으면서도 사뭇 다르다는 점을 지적하고 있다. 헌법재판소의 엄격심사기준은 다음과 같은 문제가 있다고 본다. 우선, 대한민국 헌법 제11조 제1항은 차별금지사유로 ‘성별, 종교, 사회적 신분’을 들고 있고 차

43) 김문현, 평등에 관한 헌법재판소판례의 다단계 위헌심사기준에 대한 평가, 미국헌법연구 17권 2호(2006), 119.

44) 김문현(각주 43), 119.

45) 김문현(각주 43), 119-120.

46) 김문현(각주 43), 120.

별금지영역으로 ‘정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역’을 규정하고 있는데, 이는 매우 포괄적이기 때문에 엄격심사를 하게 되면 사실상 평등에 관한 입법에 대해서는 대부분 엄격심사를 해야 한다.⁴⁷⁾

그리고 헌법재판소는 관련기본권이 무엇인지 여부를 따지지 않고 중대한 제한을 초래했는지에 따라 엄격한 심사기준을 적용하는데, ‘관련기본권에 대한 중대한 제한을 초래했는지 여부’는 매우 불명확한 기준이다. 그래서 심사기준의 선택 자체를 모호하게 할 위험이 있어서 심사기준자체를 무의미하게 만들 가능성이 있다.⁴⁸⁾

또한 평등관련입법에 관한 심사기준과 기본권제한입법에 대한 심사기준이 서로 부합하지 않는 문제와⁴⁹⁾ 헌법재판소가 심사기준을 적용할 때 일관성이 없다는 문제가 있다. 특히 헌법재판소는 정신적 자유권이나 경제적 자유권을 구별하여 차별적 기준을 적용하고 있지 않다.⁵⁰⁾

따라서 이 입장은 기본권의 성격에 따라 심사기준을 정할 것을 주장하고 있다. 엄격심사 여부의 기본적 기준으로 민주적 과정과 소수자인권을 제시하고 있다. 그러므로 선거권, 피선거권, 공무담임권, 언론·출판·집회·결사의자유 등의 기본권과 관련하여 차별이 문제되는 경우에는 엄격심사기준이 적용되어야 한다고 본다. 아울러 다수지배에 맡겨놓을 수 없는 문제인 인간의 생명이나 정체성, 소수자의 인권이라고 할 수 있는 양심의 자유·종교의 자유·학문의 자유 등과 관련한 차별문제 등에 대해서는 헌법재판소가 엄격심사를 적용해야 할 것을 주문한다. 이에 반해 사회·경제적 문제에 대해서는 당시의 국민의사를 대표하는 국회나 정부의 판단을 존중하여 합리성심사를 할 것을 제안하고 있다.⁵¹⁾

미국식 심사기준을 채택하자는 주장 중에서는 한국헌법의 ‘성별·종교·사회적 신분’이 엄격심사의 대상이 되는 차별금지사유가 된 것이 합당하다고 보기 어려운 측면이 있으므로, 미국과 같은 중간수준의 심사기준을 도입하여 3단계의 심사기준을 확립하는 것이 타당하다는 입장도 있다.⁵²⁾

47) 김문현(각주 43), 121.

48) 김문현(각주 43), 122.

49) 김문현(각주 43), 122.

50) 김문현(각주 43), 123.

51) 김문현(각주 43), 125-126.

52) 임지봉, 미국 연방대법원의 평등심사 기준, 법조 51권 7호(2002), 182-184.

② 연동적 평등심사체계의 도입을 주장하는 입장

이 입장은 헌법재판소의 심사기준에 대해서는 비판적 태도를 취하면서 새로운 기준이 필요하다는 주장을 하고 있다. 하지만 미국 연방대법원의 기준이 대안이 될 수는 없다고 지적한다. 미국과 한국의 차이점을 분명하게 인식해야 한다고 주장하고 있다. 미국은 민주주의의 자정능력에 대한 강력한 확신이 있고, 절차중심적 헌법관을 갖고 있다. 이 둘이 결합하여 “경제·사회적 입법에 대해서는 합리성심사기준에 의한 사실상의 무통제를, 민주적인 국가의사결정절차에 장애를 유발하는 입법에 대해서는 엄격심사기준에 의한 치명적인 통제를 가하는 심사체계의 형성”을 만들었다고 본다. 이에 반해 한국은 불법체제를 경험했기 때문에 독일처럼 “가치중심적 헌법관과 민주적 자정능력에 대한 상대적으로 적은 신념이 결합되면서 모든 기본권영역에서 헌법재판소의 통제역할에 기대를 거는 심사체계”를 만들어 가고 있다는 점을 유의해야 한다고 강조하고 있다.⁵³⁾

그리고 자유권과 평등권을 분리해서 보는 시각에 대해서도 다른 입장을 견지한다. 모든 국민이 갖는 자유권은 그 자체가 관련된 각 자유에 대한 평등보장의 요소를 포함하고 있기 때문에 일부 국민의 자유권에 제한이 있을 경우에는 차별이 발생할 수 있고, 이러한 경우에는 기본권심사가 평등권을 중심으로 진행될 때 효율적이고 사건의 본질에 부합할 수 있다고 본다.⁵⁴⁾ 따라서 자유권과 평등권의 심사기준을 과잉금지원칙으로 통일하는 것은 입법형성의 자유를 과도하게 축소하고, 헌법재판소의 통제권을 비대하게 만드는 문제가 있다고 지적한다.⁵⁵⁾

헌법재판소의 공식을 보완·수정하려는 기존의 대안들은 문제점을 갖고 있기 때문에 평등심사의 합리성을 제고하기 위한 대안으로 “현재와 같은 양극적 심사체계나 미국식 3극적 심사체계가 아니라 차별의 종류, 정도 및 의미에 비례하는 정당화근거를 요구하는 연동적 심사체계”를 도입할 것을 제안하고 있다.⁵⁶⁾ 그 모델로 독일 연방헌법재판소가 제시한 최신의 공식을 제시한다. 이에 따르면, 자의 금지와 엄격한 비례성요건을 양극단으로 하고 그 중간에 다양한 사건의 유형에 맞게 단계화되는 통제강도를 지닌 하나의 연동적 심사척도가 가능하다는 것이다.⁵⁷⁾

53) 정태호, 헌법재판소 평등권 심사기준의 재정립 필요성, 헌법학연구 19권 3호(2013), 114.

54) 정태호(각주 53), 110.

55) 정태호(각주 53), 114-115.

56) 정태호(각주 53), 115.

57) 정태호(각주 53), 115.

다만, 독일과 달리 한국의 경우에는 다수의 사회적 기본권, 청구권적 기본권을 보장하고 있기 때문에 기준을 확립함에 있어서 한국적 특성을 반영해야 할 점을 강조하고 있다.⁵⁸⁾

비례의 원칙만이 기본권보호를 강화하는 엄격한 심사척도라는 고정관념을 버리고, 사안에 따라 차별취급에 따른 영향의 정도 및 기본권의 성격에 맞는 다양한 평등권 심사척도가 필요하다는 주장⁵⁹⁾도 같은 맥락이라고 볼 수 있다.

2. 전후남북자법 관련 헌법재판소 결정(2008헌마393)에 대한 비판적 접근

(1) 이중심사기준의 적합성

앞서 살펴보았듯이, 헌법재판소의 이중심사기준에 대해서는 비판적인 견해들이 있다. 주요 근거는 자유권과 평등권의 구조적 차이를 무시하고, 동일한 잣대인 비례성원칙에 따라 심사를 한다는 것이다. 하지만 이중심사기준에 대한 비판적 태도를 취하는 입장도 자의금지원칙만 적용해야 한다는 주장과 예외적인 경우에는 비례원칙이 적용될 수도 있다는 주장으로 나뉜다.

또한 다양한 대안을 제시하는 주장들도 있다. 미국 연방대법원의 기준을 참조하자는 주장과 독일연방헌법재판소의 기준을 모델로 삼자는 입장이 있다.

그럼에도 불구하고, 이중심사기준을 수용하는 입장도 다수 존재한다. 헌법재판소의 이중심사기준의 중요한 문제점은 비례원칙이 적용되어야 하는 경우를 분명히 하고 있지 못하다는 점이다. 이중심사기준의 불명확성에 대해서는 “헌법재판소는 양자가 택일관계에 있는 것처럼 판시하고 있지만, 통제강도가 높은 비례성 심사가 적용되는 사건에서도 그에 앞서 통제강도가 낮은 자의성 심사의 결과로서 일반적 평등원칙 위반이라는 결론이 나올 수 있다는 점에서 양자가 선후적용 관계에 있는 것은 아닌지 의심스럽다”는 비판이 있다.⁶⁰⁾

실제로 몇몇 사건에서 헌법재판소는 헌법에서 평등을 특별히 요구하는 경우가

58) 정태호(각주 53), 117.

59) 장영철, 기본권체계내에서 평등권의 기능에 관한 연구 - 헌법재판소결정에 나타난 평등권과 개별기본권의 상호관계를 중심으로, 공법연구 34집 4호 1책(2006), 217.

60) 김주환(각주 30), 212.

거나 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 되는 경우가 아님에도 불구하고 비례성원칙에 따른 심사를 한 예가 있다.

공무원임용및시험시행규칙 제12조의3 위헌확인사건에서 두 가지 요건에 해당하지 않음에도 불구하고, 비례성원칙에 따른 심사를 했다.

“일반적인 평등원칙의 위반 내지 평등권의 침해 여부에 대한 헌법재판소의 통상의 심사기준은 입법과 법의 적용에 있어서 합리적인 근거가 없는 자의적 차별이 있는지 여부이다.

그런데 입법자가 설정한 차별이 국민들 간에 단순한 이해관계의 차별을 넘어서서 기본권에 관련된 차별을 가져온다면 헌법재판소는 그러한 차별에 대해서는 자의금지 내지 합리성 심사를 넘어서 목적과 수단 간의 엄격한 비례성이 준수되었는지를 심사하여야 할 것이다. 나아가 사람이나 사항에 대한 불평등 대우가 기본권으로 보호된 자유의 행사에 불리한 영향을 미칠 수 있는 정도가 크면 클수록, 입법자의 형성의 여지에 대해서는 그만큼 더 좁은 한계가 설정되므로, 헌법재판소는 보다 엄격한 심사척도를 적용함이 상당하다.

헌법재판소는 제대군인 가산점 사건에서 “차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 된다면 입법형성권은 축소되어 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 할 것이다.”고 한 바 있는데(헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 787), 이러한 판시는 차별적 취급으로 인하여 기본권에 중대한 제한을 초래할 수록 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 한다는 취지이며, 기본권에 대한 제한이기는 하나 중대하지 않은 경우에는 엄격한 심사척도가 적용되지 않는다는 취지는 아니라고 볼 것이다.

이 사건 조항의 경우, 7급 공무원 시험에서 정보관리기술사, 정보처리기사, 정보처리산업기사 자격 소지자에 대해서는 만점의 2~3%에 해당하는 가산점을 부여하면서, 정보처리기능사의 경우에는 아무런 가산점을 부여하지 않는바, 이는 같은 유사한 분야에 관한 자격증의 종류에 따라 가산점에 차이를 두므로써 청구인과 같은 정보처리기능사 자격을 가진 응시자가 공무원임권을 행사하는데 있어 차별을 가져오는 것이므로, 이 사건에서는 그러한 차별을 정당화할 수 있을 정도로 목적과 수단 간의 비례성이 존재하는지를 검토하여야 할 것이다.

한편 기본권의 행사상의 차별 문제가 심사의 대상이 되는 경우, 통상 해당 기본권에 대한 심사내용은 평등원칙(평등권)의 심사내용과 혼합되게 되므로

서로 나누어 심사할 필요 없이 하나로 묶어 판단함이 상당하다.”⁶¹⁾

독립유공자에우에관한법률 제16조 등 위헌확인사건에서 엄격한 심사기준의 두 가지 요건과 무관하게 비례성원칙에 따른 심사를 한 바 있다.

“이 사건 동점자처리조항은 국가기관 등의 채용시험에서 합격자를 결정할 때, 선발예정인원을 초과하여 동점자가 있고 동점자 중 유공취업보호대상자가 있는 경우에는 그 사람을 유공취업보호대상자가 아닌 사람에 우선하여 합격자로 결정하도록 하고 있다. 결국 이 사건 동점자처리조항은 유공취업보호대상자가 아닌 일반 응시자의 공무담임의 기회를 제약 내지 차별하는 것이므로 평등권과 공무담임권의 침해 여부가 경합적으로 문제된다.

일반적인 평등원칙 내지 평등권의 침해 여부에 대한 위헌심사기준은 합리적인 근거가 없는 자의적 차별인지 여부이지만, 만일 입법자가 설정한 차별이 기본권의 행사에 있어서의 차별을 가져온다면 그러한 차별은 목적과 수단 간의 엄격한 비례성이 준수되었는지가 심사되어야 한다(헌재 2003. 9. 25. 2003헌마30, 판례집 15-2상, 501, 510-511 참조).

이 사건 동점자처리조항은 공직취임에서 일반 응시자들을 차별하는 것이며, 이러한 기본권 행사에 있어서의 차별은 차별목적과 수단 간에 엄격한 비례성을 갖추어야만 헌법 제37조 제2항이 정한 과잉금지의 원칙에 합치되어 정당화될 수 있을 것이다.

이 사건 동점자처리조항의 목적은 국가에 공헌하면서 신체적, 정신적, 경제적 어려움을 겪어 통상 일반인에 비해 수험준비가 상대적으로 미흡하게 되는 국가유공자와 그 유·가족을 동점자처리에서 우대함으로써 우선적 근로기회를 제공하여 생활안정을 도모하고, 이를 통해 국민의 애국정신함양과 민주사회 발전에 이바지하는 데 있다.

이러한 입법목적은 헌법 제32조 제6항의 취지를 반영한 것이거나, 헌법 제37조 제2항의 공공복리 달성을 위한 것으로서 정당하다. 또한 이 사건 동점자처리조항은 국가유공자와 그 유·가족이 공직에 채용될 수 있도록 지원하는 역할을 함으로써 입법목적의 달성을 촉진하고 있다고 할 것이므로 정책수단으로서의 적합성도 가지고 있다.

일반적으로 차별대우의 필요성은 차별대우가 입법 목적을 달성하기에 불가피한 것이어야 한다는 것을 의미하지만, 차별이 관련 기본권에 불리한 효과를

61) 헌재 2003. 9. 25. 2003헌마30, 판례집 15-2상, 501, 509-510.

미치는 경우에는, 차별이 최소한의 부담을 가져오는 수단이어야 한다는 차별 효과의 최소침해성을 의미한다고 할 것이다. 그런데 이 사건 동점자처리조항은 국가기관 등의 채용시험에서 합격자를 결정할 때, 선발예정인원을 초과하여 동점자가 있고 동점자 중 유공취업보호대상자가 있는 경우에는 유공취업보호대상자에게 우선권을 준다는 것에 불과하여, 차별효과의 측면에서 일반 응시자의 기본권을 가장 적게 침해하는 형태의 차별에 해당한다. 따라서 차별대우의 필요성의 요건도 충족되었다고 할 것이다.

이 사건 동점자처리조항은, 적어도 국가유공자의 가족에 관한 한, 법률적 차원의 정책적 관점에서 능력주의의 예외를 인정하는 것이므로 해당 공익과 일반응시자의 공무담임권의 차별 사이에 엄밀한 법익형량이 이루어져야 할 것이다.

이 사건 동점자처리조항에 의하여 보호하려는 공익은, 신체의 상이 또는 가족의 사망 등으로 정신적, 경제적으로 어려움을 겪어 통상적으로 일반인에 견주어 수험준비가 상대적으로 미흡한 국가유공자와 그 유·가족을 동점자처리에서 우대함으로써 우선적 근로기회를 제공하여 생활안정을 도모하고, 이를 통해 국민의 애국정신함양과 민주사회의 발전에 이바지하는 것이다. 한편 이러한 동점자처리제도로 인하여 침해되는 사익은, 국·공립학교 채용시험에서 선발예정인원을 초과하여 동점자가 있는 경우의 동점자처리에 있어서, 청구인들과 같은 일반 응시자가 상대적으로 불이익을 받는 것에 있다.

그런데 이 사건 동점자처리조항이 추구하는 공익은, 국가유공자들이 국가와 민족을 위하여 세운 공훈이나 그들이 감수한 특별한 희생에 대한 보훈과 보상 의무에 따른 것이고, 이로써 국민들의 애국심을 함양하고 민주사회의 발전에 기여하고자 하는 것임에 비추어 보면, 달성하고자 하는 공익이 청구인들이 받는 국·공립학교 채용시험 동점자처리에서의 상대적 불이익이라는 사익보다는 크다고 할 것이다. 따라서 이 사건 동점자처리조항은 청구인들의 평등권을 침해하지 아니한다.”⁶²⁾

구 회사정리법 제262조 제4항 위헌제청사건에서도 마찬가지로였고, 비례성원칙에 따른 심사를 하는 이유를 명백하게 밝히고 있지 않다.

“이 사건 법률조항은 정리회사 주주를 주주권 상실이라는 방법으로 일반 주주와 차별취급하여 기본권의 존속과 관련된 차별을 하고 있으므로, 이 사건

62) 헌재 2006. 6. 29. 2005헌마44, 판례집 18-1하, 319, 328-330.

법률조항의 평등원칙 위반 여부 판단에 있어서는 목적과 수단 간의 엄격한 비례성 준수 여부를 심사하여야 한다.

(중략)

한편 정리회사 주주에게 주권의 교부청구를 강제하기 위한 수단은 불이행 시 주주로서의 권리행사를 제한하는 등 기본권을 덜 제한하는 다른 방법이 있음에도 이 사건 법률조항은 주주권의 상실이라는 기본권을 과도하게 제한하는 수단을 사용하고 있다.

따라서 이 사건 법률조항은 정리회사 주주를 일반 주주와 차별취급함에 있어서 차별에 필요한 정도를 넘어서는 수단을 사용함으로써 차별목적과 차별수단 사이에 합리적인 비례성을 갖추지 못하였으므로 평등원칙에 위배된다.”⁶³⁾

한편, 기존에 ‘성별’ 영역에서 엄격한 심사기준을 적용했던 것과 달리 완화된 심사기준을 적용한 사례도 있다. 헌법재판소는 병역법 제3조 제1항 등 위헌확인 사건에서 4인의 기각의견은 성별에 의한 차별을 금지하는 헌법 제11조 제1항 후문은 ‘헌법이 특별히 평등을 요청하는 경우’에 해당하지 않는다면서 자의금지원칙을 적용하여 평등원칙 위반 여부를 판단하였다.

“이 사건 법률조항은 ‘성별’을 기준으로 병역의무를 달리 부과하도록 한 규정이고, 이는 헌법 제11조 제1항 후문이 예시하는 사유에 기한 차별임은 분명하다. 그러나 헌법 제11조 제1항 후문의 위와 같은 규정은 불합리한 차별의 금지에 초점이 있고, 예시한 사유가 있는 경우에 절대적으로 차별을 금지할 것을 요구함으로써 입법자에게 인정되는 입법형성권을 제한하는 것은 아니다.

‘성별’의 경우를 살펴보면, 성별은 개인이 자유로이 선택할 수 없고 변경하기 어려운 생래적인 특징으로서 개인의 인간으로서의 존엄과 가치에 영향을 미치는 요소는 아니다. 그럼에도 불구하고 역사적으로 매우 오랜 기간 동안 대표적인 차별가능사유로서 정당화되어 왔기 때문에, 불합리한 차별을 극복해야 할 절실한 필요에 의하여 우리 헌법이 이를 차별금지의 사유로 예시하기에 이른 것이다. 그러나 이와 같은 헌법규정이 남성과 여성의 차이, 예컨대 임신이나 출산과 관련된 신체적 차이 등을 이유로 한 차별취급까지 금지하는 것은 아니며, 성별에 의한 차별취급이 곧바로 위헌의 강한 의심을 일으키는 사례군으로서 언제나 엄격한 심사를 요구하는 것이라고 단정짓기는 어렵다.

우리 헌법은 ‘근로’, ‘혼인과 가족생활’ 등 인간의 활동의 주요부분을 차지

63) 헌재 2012. 5. 31. 2010헌가85, 판례집 24-1하, 257, 266-267.

하는 영역으로서 성별에 의한 불합리한 차별적 취급을 엄격하게 통제할 필요가 있는 영역에 대하여는 양성평등 보호규정(제32조 제4항, 제36조 제1항)을 별도로 두고 있으며, 헌법재판소는 위와 같이 헌법이 특별히 양성평등을 요구하는 경우에는 엄격한 심사기준을 적용하여 왔으나, 이 사건 법률조항은 그에 해당한다고 보기 어렵다.

‘국가의 안전보장’은 국가의 존립과 영토의 보존, 국민의 생명·안전의 수호를 위한 불가결한 전제조건이자 모든 국민이 자유를 행사하기 위한 기본적 전제조건으로서 헌법상 인정되는 중대한 법익이고, 국방의 의무는 국가의 안전보장을 실현하기 위하여 헌법이 채택한 하나의 중요한 수단이다(헌법재판소 2004. 10. 28. 2004헌바61등, 공보불게재). 즉 우리 헌법은 제39조 제1항에서 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국방의 의무를 진다.”고 규정하는바, 모든 국민은 외부 적대세력의 직·간접적인 침략행위로부터 국가의 독립을 유지하고 영토를 보전하기 위하여 법률이 정하는 바에 의한 의무를 진다고 할 것이다.

현재 국방의 의무는 병역법과 향토예비군설치법, 민방위기본법, 비상대비자원관리법, 징발법, 재난 및 안전관리 기본법 등 여러 법률을 통하여 구체화되어 있는바, 병역법에서 구체화된 국방의 의무를 이행함에 있어서 그 의무자의 기본권이 여러 가지 면에서 제약을 받게 되는 점은 인정되나, 이는 헌법상의 국방의 의무의 규정에 의하여 이미 예정되어 있는 것으로서, 국가나 공익 목적을 위하여 개인이 특별한 희생을 하는 것이라고 할 수 없으므로(헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 783) 관련 기본권에 대한 중대한 제한이 인정된다고 보기는 어렵다.

나아가 징집 대상자의 범위를 정하는 문제는 그 목적이 국가안보와 직결되어 있고, 그 성질상 급변하는 국내외 정세 등에 탄력적으로 대응하면서 최적의 전투력을 유지할 수 있도록 합목적적으로 정해야 하는 사항이기 때문에, 본질적으로 입법자 등의 입법형성권이 매우 광범위하게 인정되어야 하는 영역이다.

국제무대에서의 패권 추구를 목적으로 하지 않는 한 군사력은 위협하지 않을 정도의 수준을 유지하는 것이 최선이고, 한 국가의 적정한 병력규모는 일반적으로 그 나라가 처한 군사적 위협의 정도를 우선으로 하여, 정치·외교 환경, 경제규모 등에 따라 결정되어야 할 것인바, 헌법상 국방의 의무를 부담하는 국민들 중에서 구체적으로 어떤 사람을 국군의 구성원으로 할 것인지는 원칙적으로 입법자가 국가의 안보상황, 재정능력 등의 여러 가지 사정을 고려하여 국가의 독립을 유지하고 영토를 보전함에 필요한 범위 내에서 결정할 사항인 것이다.

결국 이 사건 법률조항이 헌법이 특별히 평등을 요구하는 경우나 관련 기본권에 중대한 제한을 초래하는 경우의 차별취급을 그 내용으로 하고 있다고

보기 어려운 점, 징집대상자의 범위 결정에 관하여는 입법자의 광범위한 입법 형성권이 인정되는 점에 비추어, 이 사건 법률조항이 평등권을 침해하는지 여부는 완화된 심사척도에 따라 자의금지원칙 위반 여부에 의하여 판단하기로 한다.”⁶⁴⁾

이러한 4인의 기각의견은 대한민국 국민인 남자에 한하여 병역의무를 부과하고 있는 병역법조항이 평등권을 침해하지 않는다는 결론을 도출하기 위해 완화된 심사기준을 적용해 입법형성권을 넓게 인정하고자 한 듯하다. 그러나 엄격한 심사기준을 적용했다 하더라도 남성과 여성간의 신체적·생리적 차이점을 성별에 의한 차별을 정당화하는 예외적인 사유로 이론구성을 했으면 합헌판단이 가능했을 것이다.⁶⁵⁾ 그럼에도 불구하고 자의금지원칙 위반 여부로 판단함으로써 이중심사기준의 적용기준이 불명확하다는 비판을 자초했다.

또한 헌법재판소는 지역구국회의원선거에서 구·시·군선거방송토론위원회가 개최하는 대담·토론회의 초청자격을 제한하고 있는 공직선거법 제82조의2 제4항 제3호 중 ‘지역구국회의원선거’에 관한 부분이 선거운동의 기회균등원칙과 관련한 평등권을 침해하는 것인지 여부를 판단함에 있어서 자의금지원칙에 따랐다.

“이 사건 법률조항이 대담·토론회에 참가할 수 있는 후보자를 일정 범위로 제한하는 것에는 합리적인 목적이 있다고 할 수 있고, 나아가 비록 이 사건 법률조항이 대담·토론회에 참가할 수 있는 자격을 일정한 지지율이 담보되는 후보자로 규정하였다 하더라도 이는 위와 같은 입법자의 합리적인 판단에 기인한 것으로서 이와 같은 취급을 두고 자의적인 차별로서 선거운동의 기회균등원칙을 위배하여 청구인의 평등권을 침해하였다고 하기는 어렵다.”⁶⁶⁾

이처럼 헌법재판소는 평등원칙위반여부에 있어서 이중심사기준을 적용하지만, 일부 사건에서 일관성이 결여된 기준을 적용함으로써 심사기준이 부적절하다는 비판을 받고 있다. 그렇다면 대안으로 제시되는 기준은 적합한 것인가? 자의금지원칙 또는 비례성원칙으로 일원화해야 한다는 주장은 자칫 위헌심사의 축소로 이어지거나, 반대로 지나친 확대로 이어질 우려가 있다는 점에서 신중하게 접근

64) 헌재 2010. 11. 25. 2006헌마328, 판례집 22-2하, 446, 452-454.

65) 한수용, 헌법학, 법문사, 2018, 600.

66) 헌재 2011. 5. 26. 2010헌마451, 판례집 23-1하, 237, 249.

해야 할 필요가 있다.

또한 미국 연방대법원의 심사기준 또는 독일 연방헌법재판소의 심사기준을 모델로 삼아 좀 더 심사기준을 세분화하자는 입장은 이들 국가와 한국의 기본권 체계의 차이점을 반영하지 못할 우려가 있다.

그리고 미국 연방대법원의 평등심사가 심사기준의 선택에 따라 위헌 여부가 결정되는 것과 달리 헌법재판소는 자의금지원칙을 선택하더라도 위헌결정을 한 경우가 많고, 반대로 비례원칙을 채택해도 합헌결정을 한 바 있다. 어찌보면 유연성있는 기준이라는 장점을 갖고 있다.⁶⁷⁾

결국 완벽한 대안이란 존재하기 힘들다. 어느 심사기준에 따르더라도 새로운 심사기준을 적용하는 과정에서 문제점을 도출할 공산이 크다. 오히려 1999년 이후 약 20년 동안 헌법재판소가 적용하고 있는 현재의 심사기준을 보완·발전시키는 것이 바람직한 방향일 수 있다. 헌법재판소의 평등 심사기준이 비판받는 가장 주된 이유는 명확성의 결여이다. 엄격한 심사기준이 적용되는 두 가지 경우를 제시하고 있음에도 불구하고, 둘 중 어느 하나에도 해당하지 않는 때에 비례원칙을 적용한 경우가 있는가 하면, 비례원칙이 적용되어야 할 필요가 있는 때에 완화된 심사기준인 자의금지원칙을 적용한 경우가 있다. 평등심사기준의 근거와 적용범위를 정확하게 알기 어렵다는 점은 분명하다.⁶⁸⁾ 따라서 현재의 심사기준에 따르되,⁶⁹⁾ 심사기준의 적용례를 정확하게 확립하는 것이 향후의 과제라고 생각한다.

특히 비례원칙을 적용할 경우에는 단순히 공식을 대입하는 것처럼 해결할 것이 아니라, 해당 사안의 구체적 내용을 평가하고, 비례원칙이 적용되어야 하는 사유를 세밀하게 논증하는 작업이 필요하다.⁷⁰⁾

(2) 이 사건에서 자의금지원칙 적용은 합당한가?

이 사건에서 헌법재판소는 “법률에 규정된 피해위로금 등의 수급권은 남북 대치 상태라는 특수한 상황에서 남북과 관련하여 피해를 입은 자 또는 그 유족에

67) 김진욱, 헌법상 평등의 이념과 심사기준, 저스티스 134호(2013), 76.

68) 동지, 김진욱(각주 67), 76.

69) 헌법재판소의 심사기준이 독일연방헌법재판소와 미국연방대법원의 영향을 상당히 받았지만, 이들 심사기준과는 다른 차별화된 독자적인 심사기준이라는 평가로는 김진욱, 헌법상 평등의 이념과 심사기준(하), 저스티스 통권135호(2013), 36.

70) 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2017, 451.

대하여 국가가 경제적 지원을 함으로써 그 피해에 관한 손실을 전보해 주기 위한 시혜적 조치”이기 때문에 입법재량이 폭넓게 인정되므로 자의금지원칙에 따라 평등원칙위반 여부를 심사하였다.

헌법재판소가 밝히고 있듯이 『전후납북자법』에 따르면, 납북피해자에 대한 지원제도는 정착금·피해위로금·보상금·의료지원금이 있다. 우선, 3년 이상 납북된 귀환납북자 정착여건 및 생계유지 능력 등을 고려하여 정착금을 지원한다(전후납북자법 제8조). 그리고 3년 이상 납북되어 귀환하지 못하고 있거나 북한에 거주 중 사망한 납북자의 가족과 3년 이상 납북된 귀환납북에 해당하는 자의 가족에게는 피해위로금을 지급한다(이 법 제9조). 끝으로 납북자의 가족 또는 귀환납북자 중에서 납북과 관련하여 국가공권력의 행사로 인하여 사망하거나 상이를 입은 자에 대해서는 보상금 및 의료지원금을 지급한다(이 법 제10조 및 제11조). 경제적 지원을 해준다는 점에서 시혜적 성격이 강한 법률이라고 볼 수 있다.

이 사건의 경우 엄격한 심사기준이 적용되는 경우에 해당하는가? 우선, 헌법이 특별한 평등을 요구하는 경우를 보자. 헌법 제32조 제6항은 “국가유공자·상이군경 및 전몰군경의 유가족은 법률이 정하는 바에 의하여 우선적으로 근로의 기회를 부여받는다.”라고 규정하고 있다. 이 사건 반대의견이 “적과 대항하던 중 힘에 부쳐 납북된 국민들은 이를 가려내어 국방의무이행의 일환으로 희생당한 국가유공자의 범주에 넣어, 국가가 당연히 그로 인한 피해를 보상해 줄 책무를 진다”⁷¹⁾는 의견을 피력하지만, 납북자가 국가유공자로 지정되지 않는 상태에서 이들을 국가유공자에 포함시켜 헌법 제32조 제6항의 적용대상자로 보는 것은 무리가 있다. 그러므로 헌법이 특별한 평등을 요구하는 경우에 해당하지 않는다.

다음으로 관련 기본권에 중대한 제한을 초래하는 경우를 검토해 보자. 한국전쟁 당시의 납북자 현황과 그 이후 가족들의 상황을 면밀하게 살펴볼 필요가 있다. 한국전쟁 당시 정부는 납북자 수를 84,532명이라는 통계를 발표한 바 있다.⁷²⁾⁷³⁾ 6.25 전쟁납북인사가족협의회는 ‘1950년 서울피해자명부’·‘1952년 피

71) 헌재 2009. 6. 25. 2008헌마393, 판례집 21-1하, 915, 924.

72) 신율, 납북자 문제 해결방안 연구, 명지대학교 사회과학논총 18집(2002), 156.

73) 윤여상, 납북자 실태와 해결방안, 통일문제연구 14권 1호(2002), 288은 한국전쟁 당시 납치자는 8만 5천 여명으로 볼 수 있다면서 다음과 같은 내용을 설명하고 있다. “대한민국 정부가 1952년 10월경 작성한 것으로 보이는 『6.25사변 피납치자명부』는 대한민국 정부가 공식적으로 작성한 것이라는 점에서 큰 의의를 갖는 것이며, 서울시(18,330명), 경기도(15,871명), 충북(6,166명), 충남(9,972명), 전북(7,013명), 전남(3,554명), 경북(7,483명), 경남(1,805명), 강원도(10,422명), 제주도(45명) 10개 지역을 각 시군구별

납치자명부’·‘1954년 피납치자명부’·‘1956년 실향사민 명단’·‘1951년 가족회 명단’을 합한 112,627명에 관한 정보를 인터넷홈페이지에 게재하고 있다.⁷⁴⁾ 납북자와 월북자에 대한 구별은 자발성과 강제성에 대한 사실확인이 필요하기 때문에 납북자로 인정하기 위해서는 정확한 사실관계 파악이 필요할 것이다. 정확한 숫자는 납북한의 관련자료가 함께 공개되어야 파악할 수 있을 것이다.⁷⁵⁾ 다만, 각종 통계가 인정하는 수치로 미루어봤을 때,⁷⁶⁾ 약 10만명 정도로 추정할 경우 전쟁 당시 납북자의 가족 규모는 수십만명에 이를 수 있다.

그리고 대한적십자사가 발행한 “실향사민등록자명부”에 따르면, 납북자의 직업별 분포는 정치인 85명·공무원 1359명·법조인 106명·전문직 종사자 585명·농어민 1017명 등이었다고 한다. 이에 따르면, 신고된 납북자 중 80%가 서울을 비롯한 수도권 거주자였고, 이들 중 50%가 공무원·학자·법조인 등 비교적 지식인 계층이었다.⁷⁷⁾

자발적으로 간 경우와 납치된 경우를 정확하게 파악하는 어려움이 있겠지만, 상당수의 인사들이 전쟁이라는 특수한 상황 때문에 불가피한 피해를 입었다고 볼 수 있다. 그리고 납북자 가족들도 지속적인 피해를 당했다. 그들은 1989년 공무원시험 응시자격 제한이 폐지되기 전까지는 국가시험에 응시도 할 수 없었고 사관학교에도 지원할 수 없는 등 공무담임권이 심대하게 제한되었다.⁷⁸⁾ 또한 주

로 세분하여 개인별 성명, 성별, 연령, 직업, 소속 및 직위, 납치연월일, 납치장소, 주소의 순서로 작성되어 있다. 전체적으로는 남자 79,145명과 여성 1,516명으로서 합계는 80,661명에 이른다. 특히 정부는 위의 명단에 동년 11월 2일 남자 2,224명과 여성 74명을 추가하여 총계 82,959명으로 수정하여 『6.25사변 피납치자명부 추가분』을 발간하였다. 위의 자료에 의하면 납북자의 절반 이상은 서울, 경기, 강원 등 중부 이북 지역에 집중되어 있으며, 남성의 숫자가 여성에 비해 월등히 높게 나타난다. 여기에 나타난 수치는 1952년 10월 대한민국 공보처 통계국이 발간한 『대한민국통계연감』에 6.25사변중 납치자를 8만 2,959명, 행방불명자를 29만8,175명으로 기록한 것과 큰 차이가 없는 것이다. 또한 1953년 내무부 통계국이 발행한 『대한민국통계연감』에는 납치자 수를 약간 증가한 8만 4,532명, 행방불명자를 30만 3,212명으로 집계하고 있다. 그러나 1954년 내무부 정보과에 의해 작성된 『피납치자 명부』는 6.25 동란으로 인한 피납치인 전체 규모를 1만7,940명(남자 17,573명, 여자 367명)으로 기록하고 있다. 특히 이 자료는 각 지역별 납치자 규모를 서울(4,281명), 경기도(3,361명), 강원도(949명), 충북(7,517명), 충남(382명), 전북(45명), 전남(453명), 경북(896명), 경남(56명)으로 기록하고 있으나 충북에 7517명이 발생한 것으로 나타난 것은 의문점을 제공해주고 있다.

74) <http://www.kwafu.org/korean/directory.php>

75) 윤여상, 6.25 전쟁 납북자 문제의 성격과 해결 방안, 한국정치학회보 38집 2호(2004), 221.

76) 김명호, 6·25전사 납북자들의 북한생활 실증분석에 관한 연구 : 실향사민 소식조회 회답서를 중심으로, 한국정책연구 15권 4호(2015), 209에 따르면, 현재까지 발굴된 납북자 명부는 총 11개라고 한다.

77) 신율(각주 72), 156-157.

78) 국가인권위원회 2004. 4. 26. 납북자가족 관련 특별법 제정 권고, 9-10.

기적으로 정보기관에 불려가 조사받는 등 감시를 받음으로써 신체의 자유가 제한되었고, 거주지역을 벗어날 때는 당국에 신고해야 했기에 거주이전의 자유가 제한되었다. 심지어 재산이 늘어나면 그 경위까지 조사받아야 하는 등 재산권에 대한 제한도 있었다.⁷⁹⁾ 출국제한·군대배치제한·고문·선원수첩발급제한 등의 불이익 및 기본권 제한이 있기도 했다.⁸⁰⁾

그렇다면 전쟁이라는 국가적 위기와 남북분단이라는 특수한 상황에서 행해진 국가적 폭력으로 말미암아 남북자 가족들에게 피해가 발생했던 것은 분명하다. 그럼에도 불구하고, 「전후남북자법」이 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하는 것이 아니기 때문에 ‘기본권에 중대한 제한을 초래하는 경우’에 해당한다고 보기는 어렵다. 결국 이 법은 발생한 피해를 전보해주는 것을 내용으로 하는 시혜적 입법이다. 따라서 엄격한 심사기준이 적용되기에는 한계가 있다.

(3) 합리적인 차별인가?

그렇다면 합리적인 차별인지 여부를 검토하기로 한다. 자의금지기준에 따라 평등심사를 수행하면, 그 결과는 자의성이 없는 것으로 나올 가능성이 높다. 헌법재판소는 “헌법상 평등의 원칙은 국가가 언제 어디에서 어떤 계층을 대상으로 하여 기본권에 관한 사항이나 제도의 개선을 시작할 것인지를 선택하는 것을 방해하지 않는다. 말하자면 국가는 합리적인 기준에 따라 능력이 허용하는 범위 내에서 법적 가치의 상향적 구현을 위한 제도의 단계적인 개선을 추진할 수 있는 길을 선택할 수 있어야 한다. 그것이 허용되지 않는다면 모든 사항과 계층을 대상으로 하여 동시에 제도의 개선을 추진하는 예외적인 경우를 제외하고는 어떠한 제도의 개선도 평등의 원칙 때문에 그 시행이 불가능하다는 결과에 이르게 되어 불합리할 뿐만 아니라 평등의 원칙이 실현하고자 하는 가치에도 어긋나기 때문이다.”⁸¹⁾라고 함으로써 “제도의 단계적 개선을 추진하는 경우 언제 어디에서 어떤 계층을 대상으로 하여 제도 개선을 시작할 것인지를 선택하는 것에 대하여 입법자에게 형성의 자유를 인정하고 있다.”⁸²⁾라고 밝히고 있다.

79) 윤여상(각주 73), 308.

80) 국가인권위원회 2004. 4. 26. 남북자가족 관련 특별법 제정 권고, 10-12.

81) 헌재 2005. 9. 29. 2004헌마53, 판례집 17-2, 174, 185

82) 헌재 2012. 6. 27. 2010헌마716, 판례집 24-1하, 754, 764.

하지만 헌법재판소는 자의금지원칙에 따라 심사했을 때에도 위헌으로 보았던 예가 있다. “그러나 앞의 선례에서도 국가가 제도의 단계적 개선을 추진하는 경우에 해당한다고 하더라도 능력이 허용하는 범위 내에서 ‘합리적인 기준’에 따를 것을 요구하였던 것처럼, 국가가 모든 대상자 중 일부로 수혜자를 한정하는 경우에 그러한 입법적 형성은 무제한적 자유의 영역에 속하는 것이라고 할 수는 없는 것이고, 수혜자 한정 기준은 어디까지나 합리적인 이유가 인정되어 그로부터 배제되는 자들의 평등권을 해하지 않는 것이어야 한다.”⁸³⁾고 한 바 있다.

따라서 완화된 기준에 따라 심사를 하더라도, 차별에 합리적인 이유가 있는지 세심하게 따져봐야 한다. 시혜적 법률임에도 불구하고, 헌법재판소는 1983. 1. 1. 이후 출생한 A형 혈우병 환자에 한하여 유전자재조합제에 대한 요양급여를 인정하는 ‘요양급여의 적용기준 및 방법에 관한 세부사항’이 1983. 1. 1. 이전에 출생한 A형 혈우병 환자들인 청구인들의 평등권을 침해한다고 본 바 있다.⁸⁴⁾ 그리고 고엽제후유의증환자가 사망한 때에도 유족에게 교육지원과 취업지원을 한다는 내용의 ‘고엽제후유의증 환자지원 등에 관한 법률’ 제7조 제9항을 위 법률 시행일 이후 사망한 고엽제후유의증환자부터 적용한다고 규정한 위 개정법률 부칙 제2조가 위 법률 시행일 이전에 사망한 고엽제후유의증환자의 유족인 청구인들의 평등권을 침해한다고 결정했다.⁸⁵⁾ 이들 결정에서 헌법재판소는 합리적인 이유가 없는 기준으로 시혜적인 조치를 받을 대상자를 한정하는 것이 평등권을 침해한다고 본 것이다.

「전후납북자법」 사건에서 헌법재판소는 정전 협정 체결 이전에는 불가항력적인 상황이었어서 국가의 공권력이 유효하게 행사될 수 없었던 시기였던 반면에, 정전 협정 체결 이후에는 공권력이 유효하게 행사될 수 있었던 시기였으므로 양자를 차별하는 것이 합리적이라고 보고 있다.⁸⁶⁾ 이는 헌법재판소가 사건의 본질에 대해서는 눈을 감은 채 피상적인 관점에서 접근한 것이 아닌가 싶다.

납북자들은 전시와 정전 상태에서 납북되었다는 시기의 차이는 있을지언정, 본인의 의사에 반해 북한에 들어가 거주하게 되었다는 점에서 동일한 집단으로 보아야 한다. 반대의견도 지적하고 있듯이 전쟁 중에 납북된 국민들은 적과 대항하

83) 헌재 2011. 6. 30. 2008헌마715 등, 판례집 23-1하, 430, 438.

84) 헌재 2012. 6. 27. 2010헌마716, 판례집 24-1하, 754.

85) 헌재 2011. 6. 30. 2008헌마715 등, 판례집 23-1하, 430.

86) 헌재 2009. 6. 25. 2008헌마393, 판례집 21-1하, 915, 921.

던 중 희생당했을 가능성도 대단히 높다. 또한 북한은 한국전쟁 당시 정치적 목적 외에도 납북자들의 전문지식을 활용하기 위한 목적으로 조직적으로 납치를 전개했다. 즉, 이들은 북한이라는 국가가 조직적 차원에서 자행한 사건의 희생자들인 셈이다.⁸⁷⁾

그렇다면 오히려 국가가 이들을 더욱 보호해주어야 할 필요성이 있다. 헌법재판소는 한국전쟁 당시 납북자들을 보호대상에 포함시킬 경우 전쟁 중 사망자·상해를 입은 자, 실종자 및 가족들에 대한 손실책임 범위를 어떻게 불지의 문제가 발생한다고 지적한다. 하지만 이는 전쟁 당시 납북자를 지원대상에서 제외하는 근거가 될 수는 없다. 「전후납북자법」이 납북피해자를 지원하는 이유 중 하나는 납북자의 가족 또는 귀환납북자 중에서 납북과 관련하여 국가공권력의 행사로 인하여 사망하거나 상해를 입은 자에 대하여 국가가 보상이나 지원을 하기 위해서인데, 전쟁 중 사망자·상해를 입은 자, 실종자 및 그 가족들의 경우에는 납북자 가족과 달리 전쟁 이후 각종 기본권 제한의 대상자가 아니었다는 점에서 다르기 때문이다. 실제로 6.25 전쟁 당시의 납북자들은 대부분 성년자였으므로,⁸⁸⁾ 현재 그들의 연령은 최하 80-90대에 이르는 고령자이기 때문에⁸⁹⁾ 생존가능성이 매우 낮다고 보아야 한다. 2006년 기준으로 북한의 평균수명이 71.65세라는 점⁹⁰⁾을 감안하면, 헌법재판소 결정 당시인 2009년을 기준으로 하더라도 크게 다르지 않다. 결국 납북자 본인들은 법지원대상자가 되기 어려울 가능성이 높고, 납북자 가족들이 법적용대상자들이라고 보아야 한다.

납북자 가족들의 피해 사례에 관한 조사를 살펴보면, 납북자 가족들 중 52.5%는 ‘친척집 또는 고아원으로’ 보내져 가정 해체가 이루어졌다. 자녀들 중 정상적으로 학업을 진행한 경우는 23%에 불과했고, 납북 이후 생활수준이 ‘최악의 상황’에 처한 경우는 62.9%로 나타났다. 가족들이 연좌제로 전혀 피해를 보지 않은 경우는 43.4%였지만, 약간 피해를 받은 경우는 30.3%였고, 많이 피해를 받은 경우는 18.0%였다.⁹¹⁾ 납북자 가족들이 유무형의 피해를 상당히 받았음을 알 수 있는

87) 윤여상(각주 75), 218.

88) 윤여상(각주 75), 222.

89) 김명호(각주 76), 214에 의하면, 납북자들 중 가장 많은 비중을 차지하는 것은 1926-1930년생이고, 1935년생부터 1916년생까지의 비중이 납북자 전체의 87.2%를 차지한다고 한다.

90) 두산백과사전 <https://terms.naver.com/entry.nhn?docId=1104521&mobile&cid=40942&categoryId=34016>

91) 김명호, 6·25전쟁 납북피해신고와 유가족들의 인식에 관한 연구 : 납북자 관련 특별법에 의한 납북피해신고를 중심으로, 한국정책연구 15권 1호(2015), 92-93.

대목이다.

또한 당초 2005년 6월 24일 ‘납북피해자 지원 등에 관한 법률안’의 내용에는 한국전쟁 중 납북된 자들을 지원 대상으로 포함시키고 있었다. 입법과정에서 최종적으로 한국전쟁 중 납북된 자들을 지원대상에서 배제시킨 것이다. 이러한 과정을 보면 적용대상 범위를 정할 때 치밀한 검토와 논의가 있었는지 의문이 들기도 한다. 헌법재판소가 유사한 사건에서 입법과정에 대하여 비판을 한 바 있기에 비단 이러한 의문을 합리적 근거가 없다고 치부할 수만은 없다고 생각한다.

헌법재판소는 재외동포의출입국과법적지위에관한법률(이하 ‘재외동포법’) 제2조 제2호 위헌확인사건에서 정부수립이전이주동포를 재외동포법의 적용대상에서 제외한 것이 평등원칙에 위반된다는 이유로 헌법불합치결정을 하였다. 이 사건에서 당초 정부수립이전이주동포가 법률안에 포함되었다가 입법과정에서 삭제된 점을 지적하면서 “정부수립이전이주동포를 재외동포법의 적용범위에 포함하는 것이 어느 정도의 영향을 가져올 것인지에 대한 엄밀한 검증을 거친 것이라고 볼 수 없다.”는 비판을 하였다.⁹²⁾

따라서 재외동포법 사건에서의 헌법재판소의 결정과 달리 한국전쟁 정전 이전의 납북자들을 「전후납북자법」 적용대상에서 제외한 것은 합리적 이유 없는 차별이라고 본다.

IV. 결론

헌법재판소는 평등원칙 위반 심사에 있어서 엄격한 심사기준과 완화된 심사기준을 적용한다. 이 사건은 헌법이 특별히 평등을 요구하거나 관련 기본권에 중대한 제한을 초래하는 경우가 아니기 때문에 완화된 심사기준인 자의금지원칙 위반여부에 따라 판단할 수밖에 없다. 그 점에서 헌법재판소의 심사기준은 적합했다고 본다.

하지만 시혜적 법률이라고 해서 입법자의 입법형성의 자유가 무조건 인정되는 것은 아니다. 헌법재판소는 합리적인 이유가 없는 기준으로 시혜적인 조치를 받을

92) 헌재 2001. 11. 29. 99헌마494, 판례집 13-2, 714, 728.

대상자를 한정하는 것이 평등권을 침해한다고 인정한 적이 있다. 「전후납북자법」사건에서 헌법재판소는 정전 협정 체결 이전에는 불가항력적인 상황이어서 국가의 공권력이 유효하게 행사될 수 없었던 시기였던 반면에, 정전 협정 체결 이후에는 공권력이 유효하게 행사될 수 있었던 시기였으므로 양자를 차별하는 것이 합리적이라고 보고 있다.

그러나 헌법재판소가 사건의 본질에 대해서는 눈을 감은 채 피상적인 관점에서 접근한 것이 아닌가 싶다. 전쟁 중에 납북된 국민들은 적과 대항하던 중 희생당했을 가능성도 대단히 높다.⁹³⁾ 납북자는 법적으로 국가의 보호대상인 대한민국의 국민이고, 정치적인 관점에서는 민족의 분단과 전쟁의 희생자이다. 그럼에도 불구하고, 국가의 보호대상인 민간인들을 국가가 전쟁 중 적극적으로 보호하지 못했을 뿐만 아니라, 그 가족들의 경우에는 보호는커녕 연좌제라는 명목으로 각종 불이익의 대상자가 되었다.⁹⁴⁾

그럼에도 불구하고, 한국 정부는 정전 협정과정과 협정 이후에는 납북자 문제를 해결하기 위한 노력을 했지만, 제한적인 수준이었고, 이후 1950년대에만 부분적인 노력을 했을 뿐, 1957년 이후에는 지속적이고 적극적인 노력을 하지 않아왔다.⁹⁵⁾ 오히려 납북자 문제를 거론하는 것은 권위주의 정권 때는 금기시되었다.

납북자 문제에 대한 일차적 책임은 민간인을 납치한 북한 측에 있으나, 현실적으로 구제수단이 법적으로 없는 상황이다. 분단이라는 특수한 상황으로 말미암아 한국 정부는 적극적이고 지속적인 구제노력을 하지 못했다. 오히려 납북자들은 각종 불이익을 받기조차 했다. 북한으로부터 현실적인 보상을 받을 수 없는 여건을 고려한다면, 전향적인 접근을 해야 한다. 그리고 만약 통일이 된다면, 납북자에 대한 책임은 통일한국에 귀속될 가능성도 배제할 수 없다. 그렇다면 오히려 국가가 이들을 더욱 보호해주어야 할 필요성이 있다. 유사한 사례라고 볼 수 있는 국군포로나 북한이탈주민에 대해서 국가가 각종 지원을 한다는 점도 감안할 필요가 있다.

따라서 헌법재판소는 이 사건에서 평등권 침해를 인정하여 정전 협정 체결 이전 납북자들을 법적용대상에 포함시키도록 했어야 한다.

93) 이 점에 대해서는 반대의견에서도 지적하고 있다. 현재 2009. 6. 25. 2008헌마393, 판례집 21-1하, 915, 924.

94) 윤여상(각주 75), 219.

95) 신율(각주 72), 158-159.

참 고 문 헌

○ 단행본

- 성낙인, 헌법학, 법문사, 2017.
 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2018.
 한수용, 헌법학, 법문사, 2018.
 허 영, 한국헌법론, 박영사, 2010.

○ 논문

- 김명호, 6.25전쟁 납북피해신고와 유가족들의 인식에 관한 연구 : 납북자 관련 특별법에 의한 납북피해신고를 중심으로, 한국정책연구 15권 1호(2015), 75-101.
 _____, 6.25전시 납북자들의 북한생활 실증분석에 관한 연구 : 실향사민 소식조회 회답서를 중심으로, 한국정책연구 15권 4호(2015), 205-234.
 김문현, 평등에 관한 헌법재판소판례의 다단계 위헌심사기준에 대한 평가, 미국헌법연구 17권 2호(2006), 97-134.
 김주환, 일반적 평등원칙의 심사 기준과 방법의 합리화 방안, 공법학연구 9권 3호(2008), 201-226.
 김진욱, 헌법상 평등의 이념과 심사기준, 저스티스 134호(2013), 54-82.
 _____, 헌법상 평등의 이념과 심사기준(하), 저스티스 135호(2013), 5-40.
 신 울, 납북자 문제 해결방안 연구, 명지대학교 사회과학논총 18집(2002), 153-175.
 윤여상, 납북자 실태와 해결방안, 통일문제연구 14권 1호(2002), 283-313.
 _____, 6.25 전쟁 납북자 문제의 성격과 해결 방안, 한국정치학회보 38집 2호(2004), 217-236.
 이준일, 헌법재판소의 평등심사기준과 국가인권위원회의 차별판단기준, 세계헌법연구 18권 2호(2012), 333-356.
 임지봉, 미국 연방대법원의 평등심사 기준, 법조 51권 7호(2002), 135-184.
 장영철, 기본권체계내에서 평등권의 기능에 관한 연구 - 헌법재판소결정에 나타난 평등권과 개별기본권의 상호관계를 중심으로, 공법연구 34집 4호 1책(2006), 193-220.
 정태호, 헌법재판소 평등권 심사기준의 재정립 필요성, 헌법학연구 19권 3호(2013), 79-124.

한수용, 엄격한 기준에 의한 평등원칙 위반여부의 심사 : 헌법재판소 “제대군인 가산점 결정”(헌재 1999. 12. 23. 98헌마363)에 대한 판례평석을 겸하여, 홍익대학교 법학연구 6집(2004), 149-185.

사항색인

ㄱ

가산점제도	347	고엽제후유의증 환자지원 등에 관한 법률	365
가족관계등록	296, 315	공권력의 행사	293
가치상대주의	87, 105, 113	공무담임권	346, 363
가치절대주의	114	공무원임용및시험시행규칙	355
개성·금강산지구 출입·체류합의서	283	공직선거법	360
개성공단	281, 287	과잉금지원칙	187, 196, 256, 260, 353
개성공업지구 지원에 관한 법률	279, 280, 281	관세	272
객관소송	267	관세법	254, 255, 256, 257, 260, 265 271, 272, 274, 276, 285
거주성(居住性)	270	관세포탈죄	273
거주이전의 자유	186, 364	광범성	133
거주자	265, 269, 270	교역	258, 261, 271, 274
건국헌법	11	구체적 위험성	80
겨레말큰사전 남북 공동편찬사업회법	279, 287	국가긴급사태(Staatsnotstand)	77
경소마그네시아	276	국가목표조항	306
경제개발구법	281	국가보상	332
경제적 기본권	68	국가보안법	100, 102, 133, 140, 141, 146 151, 165, 166, 278, 284, 286, 310
경제적 기본질서	120	국가보위비상대책위원회	142
경제적 민주주의	69, 73	국가보위입법회의	141, 146
경제적 자유주의	118	국가승인	194, 205, 206
경제질서	66, 68, 86, 117	국가시험	317
경제협력사업권	267	국가안전보장회의	240
계엄선포행위	232	국가유공자	341, 347, 362
계획경제질서	119	국가유공자 가산점제도	347
고도의 정치적성	218, 226, 228, 233, 234 236, 237, 241, 249, 250	국가유공자등특별원호법	314
고도의 정치적 결단	227, 240, 243, 246, 247	국가인권위원회	332
고도의 정치적 통치행위	283	국가인권위원회법	332
고려의학	323	국군포로	368
고엽제후유의증환자	365	국내법상 법적 구속력	201
		국민주권	58, 67, 72, 87, 114, 115, 123

국민투표	237
국민투표권	247
국방의 의무	341
국세기본법	285
국적	300, 301
국적법	301, 302
국적법정주의	301
국적에관한임시조례	311
국적조항	302
국제법상 법적 구속력	201
국제법원칙	286
국제평화주의	310
국회보건복지위원장	292
국회의 비준동의	189, 192, 203, 204, 212
국회의 자율권	231, 237, 238
군사기지 및 군사시설 보호법	279
군사정전에 관한 협정(=정전 협정)	336, 337
군사정전에 관한 협정 체결 이후 남북피해자의 보상 및 지원에 관한 법률	333
군인가산점제도	346
권력분립	67, 68, 114, 124
권력분립설	220, 222
권력분립원칙	221, 222
권한쟁의	230
권한쟁의사건	238
권한쟁의심판	229, 237
귀순북한동포보호법	315
귀환납북자	336, 366
규범조화	265, 278
규범조화설	19, 21
규범조화적 해석	284
규범조화적 해석론	306
금강산관광사업	287
금강산관광지구법	280, 282
금강산국제관광특구법	282
기본권 보장	124, 228

기본권주체성	298, 312
기본적 인권의 존중	114
긴급재정명령	235
김대중 대통령	198, 200

L

남녀평등	346
남북경협	177
남북고위급공동위원회	193
남북관계	187, 202, 212, 265
남북관계발전기본계획	30
남북관계발전에관한법률 또는 남북관계발 전법	30, 169, 205, 283, 287
남북관계의 특수성	195, 277
남북교류	175
남북교류협력	253, 254, 267, 275, 284, 285, 288
남북교류협력에 관한 법률 또는 남북교류협 력법	28, 156, 258, 259, 261, 270 271, 272, 274, 275, 276, 279 281, 284, 285
남북기본합의서	27, 30, 139, 142, 156 168, 170, 175, 176, 181 183, 188, 190, 193, 196 197, 199, 202, 203, 204 207, 209, 211, 278
남북기본합의서 해설서	196
남북기본협정	205, 206
남북사이의 당사분쟁 및 해결절차에 관한 합의서	193
남북 사이의 투자보장에 관한 합의서	283
남북상사중재위원회 구성·운영에 관한 합의서	193
남북 이산가족 생사확인 및 교류촉진에 관한 법률	279, 285

남북정상회담	218
남북주민 또는 남북한 주민	280, 285
남북주민 사이의 가족관계와 상속 등에 관한 특례법	279, 285
남북한 간의 교역	264
남북한 특수관계 177, 188, 190, 191, 198	
남북한특수관계론 또는 남북한특수관계론	26, 27, 30, 31, 36, 262, 277 278, 279, 286, 288, 306
남북합의서 147, 170, 181, 187, 208, 282	
남북협력기금법	279, 285
남조선과도정부 법률	311
남한주민	310
남북자 332, 335, 336, 362, 363, 365, 368	
남북자 가족	366
남북자가족모임	332
남북피해자	337, 362, 366
남북피해자보상및지원심의위원회	337
내국물품	256, 263
내재적 한계	220
내재적 한계설	220, 221
노무현대통령 탄핵심판결정	66
노태우 대통령	198

ㄷ

다변조약(多邊條約)	147, 167
다수결원칙	123
다원성	103
다원주의	123
단순위헌결정	129
당내민주주의	46
대남적화노선	199, 309
대북송금	216, 218
대북접촉교류허용기준	195
대북정책	199, 216, 250

대외경제중재법	281
대외무역법	271, 272, 273, 276, 285
대의민주주의 또는 대의제 민주주의	68 116, 212
대의제	123
대통령제	115
대한민국 임시정부 헌법	10
대한적십자사	363
대화와 협력의 동반자 150, 185, 277, 309	
독립유공자예우에관한법률	356
독일공산당(Kommunistische Partei Deutschlands; KPD)	57, 61, 127
독일민족민주당(Nationaldemokratische Partei Deutschlands; NPD)	49, 57, 78, 81
독일 연방헌법재판소	351, 353, 361
동독헌법	6
동방정책(Ostpolitik)	62
동서독관계	202, 208
동서독 기본조약 26, 202, 204, 207, 208	
	211, 327
동서독 보건협정	327
동약제약과	323
동의사(東醫師)	292, 296
동의학	323
동일노동 동일임금의 원칙	69

ㄹ

라선경제무역지대법	281
-----------	-----

ㄴ

마세크톤	276
면허	316
명확성원칙	133, 262, 263, 269
목적론적 축소	131, 132, 133
무역	273, 274

무연탄	276
미국 연방대법원	351, 353, 361
미수복지역	156
민변	196
민원회신	293
민족공동체(Volksgemeinschaft)	62
민족내부의 거래	264, 280, 285, 287
민족내부의 특수관계(Besonderes Verhältnis)	26
민족화합 민주통일방안	34
민주노동당	47
민주사회당(PDS)	127
민주적 기본질서	46, 48, 53, 60, 66, 67 69, 74, 78, 80, 83, 84, 86, 88, 105, 107
민주주의	58, 67, 86, 105, 109, 114, 115
민주주의원리	123
민주주의의 다원성	82
민주주의의 적(敵)	47
민주주의중앙집중제	68
민주평화통일자문회의법	279, 287
민중민주주의	54, 70, 76
민중주권	54, 70, 76
밀수출	262, 263
밀수출입죄	255, 258, 273

ㅂ

바이마르(Weimar) 헌법	61
반국가단체	15, 102, 128, 139, 142, 146 147, 150, 152, 153, 160, 199 277, 279, 286, 309
반국가단체성	278
반입·반출	258, 259, 261, 271, 275
방어적 민주주의	61, 65, 145
법률상의 통일(de jure unification)	19
법발견	131

법원	230
법적 구속력	201, 283
법치국가	109, 116, 124
법치국가원리	67, 86, 103, 114, 123
법치주의	204, 228
법형성	131
법흡결	131
베니스위원회	54, 64, 81
병역법	358
보건복지부장관	292, 294, 316, 320
보건의료인력	323
보건의료통합	325
보건일군	323
복수정당제 또는 복수정당제도	67, 114 116, 123, 124
복지주의	107
부계혈통주의	301
부모양계혈통주의	301
부정수입	276
부진정입법부작위	335
북남경제협력법	280, 281
북조선임시인민위원회	322
북한	147, 151, 153
북한국민 또는 공민	310
북한국적	311
북한노동당	127
북한 문화재	256, 257, 260, 262, 263
북한물품	271, 272, 274, 275
북한 미술품	277
북한법	3
북한 사람	268
북한의 ‘이중적 지위’	150
북한의 국가성	167
북한의 반국가단체성	163, 166
북한의 법적 지위	139, 149, 151, 159 278, 297, 305, 307, 309

북한의 이중적 지위	157	사범부자제	241
북한의 정치체제	78	사범부자제설	221, 222, 234
북한의 헌법상 지위	10, 14	사범심사	216, 218, 220, 221, 223, 224 225, 227, 228, 229, 233, 236 238, 242, 243, 250
북한이탈주민	279, 290, 291, 293, 294 295, 296, 298, 300, 302 312, 313, 314, 319, 368	사범심사의 잣대	244
북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률	279, 285, 293, 337	사범심사절차	238, 242, 244
북한인권법	279, 287	사법적 자제	249
북한주민	196, 265, 270, 279, 284, 285 290, 291, 295, 302, 303, 308 310, 311, 313, 315	사법절차	226
북한주민의 기본권구체성	300	사법제도	227, 228
북한주민의 법적 지위	298, 303, 307, 310	사실상의 통일(de facto unification)	19
북한주민의 헌법적 지위	300	사유재산제도	68
북한주민 접촉	183, 184, 186, 195	사회국가원리	110, 120
북한주민접촉승인권	199	사회민주적 기본질서	107
북한지역	270, 284, 302, 305, 311	사회민주주의	85, 104, 105, 108, 120
북한 체제	69, 78, 89, 113	사회복지주의	110
북한헌법	3, 7, 280, 302	사회적 경제질서	118
분단상황	286, 304	사회주의	69, 71, 120
불법단체	279, 304	사회주의국가	5, 7
불법정부	156, 160	사회주의제국당(Sozialistisch Reichspartei; SRP)	61
불완전한 비례심사	345	상대방	209
비거주자	265, 269, 270	상반구조적 입법기술	23, 161
비례원칙 또는 비례성원칙	81, 124, 344 349 354, 355	상이군경 및 전몰군경의 유가족	347
비상계엄의 선포나 확대	232	상주대표부(Ständige Vertretung)	208
비준	191	생존형 탈북	313
		선거운동의 기회균등원칙	360
		선거제도	114, 116, 123
		선하증권	276
		소련헌법	5
		수입	255, 256, 258, 260 263, 264, 266, 271
		수입세	272
		수출	256, 264, 271, 286
		수출세	272
		수표법	267
人			
사면행위(Gnadenentscheidung)	223		
사법권 독립	114		
사법기관	227		
사법부	221, 223, 230		

숨겨진 목적	74	예비시험제도	318
승인(Anerkennung)	209	5·24조치	166, 254, 275
시민불복종	77	완화된 비례원칙	347
시장경제질서	119	완화된 이중심사기준	347
시장의 도덕성	120	외국	270
시혜적 법률	365	외국무역기	273, 286
시혜적 입법	364	외국무역선	273, 286
식물방역법	285	외국물품	256, 257, 258, 271, 273, 275
신법우선의 원칙	159, 183	외국인	270, 299
신사협정	147, 187, 197, 211, 282	외국인근로자	300, 314
신사협정설	190	외국인투자법	281
신의주특별행정구기본법	280, 281	외국환거래	270
신체의 자유	364	외국환거래법	219, 264, 268, 269, 274, 285
신행정수도의건설을위한특별조치법	246	요양급여의 적용기준 및 방법에 관한 세부 사항	365
실질적 민주주의	69, 73	원산지	274
실질적인 해약	80	원산지허위표시	276
실향사민등록자명부	363	월남귀순용사특별보상법	314
실효성	201	월북	338
심사기준	361	월북자	363
10·4 선언	204	위헌법률심판	266
○			
아데나워(Adenauer)	62	6월 항쟁	77
아태위원회	219, 265	유럽인권재판소	64, 81
A형 혈우병 환자	365	유엔 동시가입	139, 143, 150, 176, 278
여자의 근로	346	유일합법정부론	156
연동적 심사척도	353	유일합법정부인	160
연동적 평등심사	353	유추	131
연락사무소	209	6·12 북미정상회담	164, 175
연방제통일방안	54	6·15 공동선언 또는 남북공동선언	193, 204, 254, 282
연좌제	366, 368	6·15 남북정상회담	29
영토	278, 305	의료면허	293, 294, 295, 296, 319, 321
영토규정	155	의료법	293, 294, 316, 318, 321
영토조항	10, 14, 16, 19, 21, 155, 158 159, 260, 261, 265, 270, 309	의료인	295, 296, 316
		의료인력의 관리체계	318
		의료인 자격	320

의료인 자격제도	316	자유주의	105
의료행위	294, 296, 316	자의금지원칙	343, 348, 349, 350 354, 358, 360, 365
의사면허	320	자의성 심사	338
의심스러울 때에는 자유를 우선시하는 (in dubio pro libertate) 원칙	66	잠정적 특수관계	189, 194, 203, 207, 209
의안처리행위	237	잠정협정(modus vivendi)	189
의원내각제	115	재량행위	220, 222, 224
의회제도	114, 116	재량행위설	220, 222
이라크전쟁	240, 244	재산권	68, 119
이라크파병	239, 248	재외동포	303
이중과세방지	275	재외동포의출입국과법적지위에관한법률 또는 재외동포법	367
이중심사기준	345, 347, 348, 354	재판관할권	230
이중적 지위설	160	재판청구권	229
인민민주주의	68, 109	저항권	77
인민보건법	323	전쟁 중 납북자	338, 342
1민족 2국가론	208	전체주의	102, 104, 108
일반법과 특별법의 관계	160	전통의학	323
일반적인 행동의 자유	186	전후납북자법	333, 334, 362, 365
입법부작위	292, 296	접경지역 지원 특별법	279
입법의무	342	정당보호의무	112
입법재량	342	정당해산심판	82
ㅈ			
자격	316	정당해산심판제도	49, 52, 59, 60, 65, 87
자격인정신청서	293	정당해산에 관한 기준	54, 64, 81
자격인정심사위원회	321	정부의 책임성	114, 115
자연환경보전법	279	정전 협정	365, 368
자유경쟁질서	68	정치외 사법화	48
자유권	350, 353	정치적 기본질서	120
자유민주적 기본질서	36, 46, 49, 66, 84 86, 87, 89, 95, 101 102, 104, 105, 113 125, 250	정치적 불관용	114
자유민주적 기본질서의 적극적 내용	118, 121	정치적 사법기관	242
자유민주주의	69, 85, 104, 108, 310	정치적 책임	240
		정치적 탈북	313
		제3국 단순경유	258, 261
		제대군인가산점제도 사건	345, 349, 350
		조선국적	302, 311
		조선동포	303

조선민주주의인민공화국 법전	280
조선아시아태평양위원회	219, 267
조선인	311
조세	272, 274
조세법률주의	263
조약	188, 195, 196, 197, 205 206, 207, 209, 282
존중(Respekt)	209
죄형법정주의	133, 256, 257, 262, 263, 269
주권존중(Achtung der Souveranität)	209
준외국	297
중간수준의 심사기준	352
지방적 사실상 정부(de facto local government)	20, 31
직무유기	221, 223
직업선택의 자유	68, 293
직업의 자유	119, 296, 299
직접민주주의	69, 73
진보당	46, 57, 60
진보적 민주주의	53, 69, 72, 76
진정입법부작위	340

ㄸ

1960년 헌법	84
1972년 헌법	84, 87, 96, 106, 109, 139
1980년 헌법	106
1987년에 개정된 현행 헌법	106
1987년 헌법	88, 139
7·4 남북공동성명	26, 156, 282
7·7 선언	184

ㅋ

코리아연방공화국	69
----------	----

ㅅ

타당성	201
탈북	313
탈북민지원법	315, 319
탈북의료인	290, 291, 294, 295, 297 298, 316, 319, 324
토지공개념	69
통과세	272
통신의 자유	186
통일	125, 189, 251
통일교육지원법	279, 287
통일부장관	183, 186, 199, 293, 320
통일부장관의 승인	259, 276
통일정책	125, 251
통일조약	326
통일조항	10, 14, 96, 106, 158
통일헌법	34, 35
통진당 해산결정	88
통치행위	212, 216, 218, 220, 223, 224 225, 226, 228, 236, 237, 238 241, 244, 246, 250
통치행위이론	249
통합진보당	47
특별법우선의 원칙	17
특수관계	168, 187, 191
특정범죄가중처벌등에 관한 법률	256, 266

ㅍ

파병결정	240, 243
판문점선언	32, 140, 164, 167, 175 178, 179, 205, 212
평등	348
평등권	337, 346, 350, 353
평등실현의무	344

평등원칙	224, 343, 350, 354
평양공동선언	253
평화적 통일	182, 185
평화체제	164
평화통일	265, 278
평화통일의 원칙	186, 310
평화통일조항	17, 33, 250, 305
포괄위임금지원칙	183, 187, 195
포대같이	277
프롤레타리아 독재	72
피청구인 주도세력	53, 74, 76

ㅎ

한국보건의료인국가시험원	322
한민족공동체 통일방안	34, 156, 176, 198
한반도와 그 부속도서	163
한 의사	292, 293, 296
한정위헌결정	165
한정위헌의 청구	165
한정합헌결정	100, 101, 128 129, 130, 134
합리성	349
합리적인 기준	364
합리적인 차별	364

합영법	281
합의서(=남북합의서)	208
합작법	281
합헌적 법률해석	128, 129, 130, 132
해외공민증	311
행복추구권	339
행정소송	229, 230, 233
행정의 합법률성	114, 116
헌법규범	306
헌법변천	158, 159
헌법변천설	18, 161
헌법소원	230, 236, 238, 245, 340
헌법소원심판	229, 335
헌법재판제도	226, 227, 228, 245
헌법현실	306
혈통주의	301
협정(agreement)	205
형법법규의 적정성	266
혼합경제질서	68, 86
황금평 · 위화도경제지대법	281
회사정리법	357

필자약력

도회근

울산대학교 사회과학대학 법학과 교수

전광석

연세대학교 법학전문대학원 교수

허완중

전남대학교 법학전문대학원 교수

이장희

창원대학교 사회과학대학 법학과 교수

박정원

국민대학교 법과대학 교수

정연주

성신여자대학교 법과대학 교수

이효원

서울대학교 법학전문대학원 교수

손인혁

연세대학교 법학전문대학원 교수

김정현

전북대학교 사범대학 일반사회교육과 교수

판례선정 · 발간위원회

위원장	석인선	헌법재판연구원장
외부위원	박정원	국민대학교 법과대학 교수
외부위원	허완중	전남대학교 법학전문대학원 교수
내부위원	신동승	연구교수부장
내부위원	유미라	기본권연구팀장
간사	김현귀	책임연구관

판 권
소 유

통일과 헌법재판 3

2018년 12월 27일 인쇄

2018년 12월 31일 발행

발 행 : 헌법재판소
헌법재판연구원

인 쇄 : 성 문 인 쇄 사

〈비매품〉

