

# 분단국가 통합의 법제적 과제 - 헌법 -

김정현 · 류지성 · 정재황 · 김종철 · 이준일 · 임지봉



통일법제 연구 16-22-③

# 분단국가 통합의 법제적 과제 - 헌 법 -

김정현 · 류지성 · 정재황 · 김종철 · 이준일 · 임지봉

# 분단국가 통합의 법제적 과제

## - 헌법 -

A Legal Study on the Reunification of  
the Divided Country  
- Constitution -

연구자 : 김정현(한국법제연구원 부연구위원)  
Kim, Jung-Hyun  
류지성(한국법제연구원 부연구위원)  
Ryu, Ji-Sung  
정재황(성균관대 법학전문대학원 교수)  
Jeong, Jae-Hwang  
김종철(연세대 법학전문대학원 교수)  
Kim, Jong-Cheol  
이준일(고려대 법학전문대학원 교수)  
Yi, Zoon-Il  
임지봉(서강대 법학전문대학원 교수)  
Lim, Ji-Bong

2016. 10. 31.

## 요약문

### I. 배경 및 목적

- 체제전환과정과 통일이후의 헌법은 통일과정과 통일 이후 정치적·사회적 갈등관계로 인한 혼란과 분쟁을 정치적·행정적·사법적 제도를 통하여 보다 합리적이고 평화적으로 해결할 수 있어야 함.
- 체제전환과정의 헌법적 쟁점으로는 과체제전환과정에서의 국가형태를 어떻게 할 것인지, 국가를 구성하는 선거제도와 정당제도를 어떻게 설계할지가 문제됨. 또한 통일 이전 시기의 북한법제의 효력, 북한주민의 기본권회복 등의 다양한 헌법적 쟁점에 관한 연구가 필요함.
- 통일 이후에 통일헌법은 정부형태, 입법부·행정부·사법부의 기능과 구성 등의 권력구조에 관한 내용뿐만 아니라, 재산권·국영기업의 민영화·사회복지제도의 범위 등 다양한 기본권에 관한 쟁점들도 해결해야 함.
- 체제전환과정과 통일헌법에 관한 연구가 요구됨

## II. 주요 내용

### □ 체제전환과정에서의 헌법

- 헌법 제4조는 통일의 민족적 과제를 당연히 밝히면서 그 통일의 방식을 규정하고 있음. 요컨대 헌법 제3조는 분단을 부정하고 우리 영토의 온전성과 통일지향의 헌법적 의지를 명시한 것이고 헌법 제4조도 통일이라는 과제를 확인하고 통일의 방식을 규정한 것이므로 상호 모순되지 않음

### □ 통일 이후의 헌법

#### ○ 헌법의 기본원리

- 보편적 정치원리로서의 자유민주주의
- 대안적 해석의 모색: 자유민주주의의 공동체적 토대로서의 민주공화국
- 통일헌법하에서도 현행 헌법 제1조와 같은 국민주권론은 계속 유지될 필요가 있음

#### ○ 기본권

- 과거청산이나 불법청산을 목적으로 소급입법을 남용할 수 없도록 과거청산이나 불법청산의 의미를 가능한 한 명확하게 한정할 필요
- 사회보장제도를 남한 주민과 북한 주민에 대해 이원적으로 운영하는 경우에도 연금보험 가입기간에 따라 서로 달리 취급되어야 할 북한주민들을 동일하게 대우함으로써 평등권 침해의 문제가 발생할 수 있음

○ 권력구조

- 체제전환국가에서 이원정부제를 채택한 경험에 비추어 볼 때, 통일국가의 권력구조는 혼합정부제가 바람직함
- 북한지역의 대표성 확보를 위해서 의회제도는 양원제가 이상적임

### Ⅲ. 기대 효과

- 향후 개헌 논의 및 통일헌법 제정시 기초자료로 활용

▶ 주제어 : 통일헌법, 체제전환과정의 헌법, 헌법의 기본원리, 기본권, 권력구조

---

---

## Abstract

---

---

### **I . Backgrounds and Purposes**

- The process of transition and the constitution after unification should be able to resolve confusion and disputes due to political and social conflict after reunification process more politically, politically, administratively and judiciously.
- Constitutional issues in the process of transition are the question of how to shape the state in the transition process and how to design the electoral system and party system that make up the state. It is also necessary to study various constitutional issues such as the effect of the North Korean legal system in the pre-unification period and restoration of the basic rights of the North Korean people.
- After the reunification, the unified constitution should deal with various fundamental issues such as the form of government, the power structure of the legislature, the administration, the function and composition of the judiciary, and the scope of the privatization and social welfare system of property rights and state enterprises.

- Therefore, research on the transition process and the unified constitution is required.

## **II. Major Content**

- Constitution in the transition process
  - Article 4 of the Constitution stipulates the national unification task and the way of unification. In short, the Article 3 of the Constitution clearly states the constitutional will of our territory and the unity of our territory, denies division, and Article 4 of the Constitution identifies the task of unification and regulates the way of unification.
- Constitution after unification
  - Basic Principles of the Constitution
    - Liberal democracy as a universal political principle
    - Seeking alternative interpretation: Democratic republic as a community foundation of liberal democracy
    - Under the Unification Constitution, the same principle of national sovereignty as the current Article 1 of the Constitution needs to be maintained.
  - Fundamental rights
    - To clarify as much as possible the meaning of past liquidation or illegal liquidation so that retroactive legislation can not be abused



for past liquidation or illegal liquidation.

- Even if the social security system is operated twice for the residents of South Korea and North Korea, the problem of equal rights violation may arise by treating North Koreans who are treated differently according to the period of insured pension.

○ Power Structure

- In view of the experience of adopting the subtitle of Lee in the regime of transition, the power structure of the unified country is desirable for mixed government.
- The parliamentary system is ideally suited to the two countries in order to ensure the representation of North Korea.

### **III. Expected Effects**

- Use as basic data of future unification constitution

▶▶ Key Words : unification constitution, Constitution in the transition process, Basic Principles of the Constitution, Basic right, Power structure

# 목 차

요 약 문 .....	3
Abstract .....	7
제 1 장 서 론 .....	15
제 1 절 연구 필요성과 목적 .....	15
제 2 절 연구범위와 방법 .....	16
제 2 장 체제전환과정에서의 헌법 .....	17
제 1 절 한국의 분단과 통일의 성격, 통일헌법의 기본원칙 .....	17
I. 통일을 위한 노력의 역사 .....	17
II. 분단의 성격과 통일과제·방향의 성격 .....	19
III. 통일헌법의 기본원칙 .....	27
제 2 절 체제전환과정과 북한법의 효력 .....	29
I. 북한의 법적 지위 .....	29
II. 체제전환기 북한법의 효력 .....	35
III. 남북기본합의서의 법적 성격 .....	42
제 3 절 과도기 정부의 구성 .....	48
I. 과도기에 관한 논의 .....	48
II. 과도기 정부의 형태로서 국가연합의 검토 .....	50
III. 과도정부체제의 구상 .....	56
제 4 절 헌법 제3조와 제4조의 해석 .....	85
I. 해석문제 .....	85

II. 대법원과 헌법재판소의 판례 .....	87
III. 제3조와 관련한 법적용의 문제 .....	91
IV. 헌법 제4조의 의의와 법적 성격 .....	94
V. 헌법 제3조와 제4조의 관계 .....	100
제 3 장 통일 이후 헌법의 기본원리와 기본권 .....	105
제 1 절 헌법의 기본원리 .....	105
I. 헌법과 그 기본원리의 의의 .....	105
II. 통일헌법의 기본원리를 결정하는 준거 .....	109
III. 통일헌법의 기본원리 .....	117
제 2 절 기본권 .....	140
I. 남북한의 기본권 보장 역사 .....	140
II. 기본권 보장의 이념 .....	165
III. 통일 후 헌법상 보장되어야 할 기본권 .....	172
IV. 통일 후 헌법의 기본권적 쟁점 .....	187
제 4 장 통일 이후 헌법의 권력구조 .....	199
제 1 절 정부형태 .....	199
I. 개 관 .....	199
II. 정부형태 개헌에 관한 논의 .....	199
III. 통일 이후 바람직한 정부형태의 방향 .....	204
제 2 절 선거제와 정당제 .....	208
I. 논의의 전제 - 통일헌법의 통치구조 구성원리 .....	208
II. 남북한의 정당제도 비교 및 통일헌법의 정당제도 .....	209
III. 남북한의 선거제도 비교 및 통일헌법의 선거제도 .....	219

제 3 절 입법부 .....	231
I. 입법부와 의회제도 .....	231
II. 다른 통일국가들의 의회제도에 대한 비교법적 검토 .....	235
III. 양원제 의회의 필요성 .....	248
IV. 통일과정이나 통일 후 우리나라의 바람직한 의회제도 .....	250
제 4 절 법원과 헌법재판소 .....	261
I. 대법원과 헌법재판소의 이원적 사법부 구조의 유지 .....	261
II. 다른 연방제국가들에 있어서 사법부의 구조 .....	261
III. 통일헌법에서 대법원과 헌법재판소의 기능과 권한 .....	282
제 5 장 결 론 .....	287
참 고 문 헌 .....	289

## 제 1 장 서 론

### 제 1 절 연구 필요성과 목적

대한민국과 북한은 통일방안으로 각각 한민족공동체통일방안과 (고려)연방제통일방안을 제시하고 있다. 한민족공동체통일방안과 (고려)연방제통일방안은 중간단계로서의 국가연합 또는 연방이라는 과도체제를 상정하고 있다. 즉 국가연합 또는 연방이라는 중간단계에서 남북한 체제의 이질성을 극복하고, 통일과정에서 발생할 수 있는 문제점을 최소화하며 통일국가로의 안정적인 이행을 계획하고 있다.

따라서 체제전환과정에서의 국가형태를 어떻게 할 것인지, 국가를 구성하는 선거제도와 정당제도를 어떻게 설계할지는 통일과정에 있어서 중요한 과제이다. 또한 통일 과정에서 북한법의 효력과 북한주민의 기본권회복 등의 다양한 헌법적 쟁점에 관한 연구가 필요하다.

한편, 통일 이후에 통일헌법은 정부형태, 입법부·행정부·사법부의 기능과 구성 등의 권력구조에 관한 내용뿐만 아니라, 평등권·재산권·국영기업의 민영화·사회복지제도의 범위 등과 관련한 다양한 기본권에 관한 쟁점들도 해결해야 한다.

즉, 체제전환과정과 통일이후의 헌법은 통일과정과 통일 이후 정치적·사회적 갈등관계로 인한 혼란과 분쟁을 정치적·행정적·사법적 제도를 통하여 보다 합리적이고 평화적으로 해소할 수 있어야 한다.

통일시대의 기반마련은 최우선순위의 국가적 과제이다. 통일의 기반구축은 남북관계의 정상화와 주변국과의 신뢰외교의 바탕 위에 통일친화적 국가구조를 모색하는 방향으로 이루어져야 한다. 따라서 통일 이후에 남북한의 이질적 요소를 최소화하고, 남북한 통합을 이끌어 갈 수 있는 국가구조를 설계하는 것이 요구되고, 이를 위한 헌법적 과제를 해결할 수 있는 연구가 필요하다.<sup>1)</sup>

---

1) 통일법제연구지원사업은 분단국가의 통합과정과 통일 이후에 발생할 수 있는 다양한

## 제 2 절 연구범위와 방법

본 연구는 체제전환과정과 통일 이후의 헌법의 쟁점에 대한 연구이다. 공동연구로 연구를 수행했으며, 다음과 같이 연구범위를 분담하였다. 제2장은 정재황(성균관대학교 법학전문대학원 교수)와 류지성(한국법제연구원 부연구위원), 제3장 제1절은 김종철(연세대학교 법학전문대학원 교수)와 제3장 제2절은 이준일(고려대학교 법학전문대학원 교수), 제4장 제1절과 제2절은 김정현(한국법제연구원 부연구위원), 제3절과 제4절은 임지봉(서강대학교 법학전문대학원 교수)이 각각 맡아서 저술하였으며, 연구진들간의 체제전환과정의 헌법과 통일이후 헌법의 방향에 대해서 지속적인 의견교환을 하였으나, 구체적인 각론에서는 의견의 일치를 보지 못하기도 하였다. 따라서 해당부분의 저술은 연구진 개인의 의견일 뿐, 공동연구진의 합의된 결론이 아님을 밝힌다.

---

법제적 과제에 관한 다년간의 연구를 수행하고자 함. 1년차는 체제전환과정과 통일 국가를 구성함에 있어서 기본법으로서의 역할을 수행할 헌법, 2년차는 통일 이후 발생할 각종 공법적 문제를 해결해야 할 행정법, 3년차는 통일 한국의 경제적 통합과정에서의 민사법 분야, 4년차는 통일 한국의 사회적 통합과정에서의 사회법 분야에 관한 연구를 수행할 예정임. 1년차인 2016년은 헌법분야에 관한 연구를 수행함으로써 분단국가 통합의 헌법적 과제에 대한 해법을 찾고자 함.

## 제 2 장 체제전환과정에서의 헌법

### 제 1 절 한국의 분단과 통일의 성격, 통일헌법의 기본원칙

#### I. 통일을 위한 노력의 역사

1948년 남과 북이 단절되기 전에 분단을 막으려는 노력이 있었고 분단 이후 대립과 적대적 관계 가운데에서도 간간히 통일을 위한 모색이 이루어지고 대화도 있었다. 통일노력의 역사를 어떻게 구분할 것인가는 보는 관점에 따라 다를 수도 있을 것이다.

우리의 헌법에도 이러한 노력을 반영했다고 볼 수 있는 조항이 있으며 헌법전문<sup>2)</sup>에도 평화적 통일의 사명을 규정하고 있다. 가령 제4조<sup>3)</sup>에는 자유민주적 기본질서에 입각한 통일을, 제66조 제3항<sup>4)</sup>과 제69조<sup>5)</sup>에서는 대통령의 평화적 통일을 위한 노력의 의무를, 제92조 제1항<sup>6)</sup>에서는 대통령의 통일자문기구로서 민주평화통일자문회의를 두도록 하는 등의 내용이 규정되어 있다.

---

2) “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”

3) 대한민국은 통일을 지향하며, 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일 정책을 수립하고 이를 추진한다.

4) 대통령은 조국의 평화적 통일을 위한 성실한 의무를 진다.

5) 대통령은 취임에 즈음하여 다음의 선서를 한다.

“나는 헌법을 준수하고 국가를 보위하며 조국의 평화적 통일과 국민의 자유와 복리의 증진 및 민족문화의 창달에 노력하여 대통령으로서의 직책을 성실히 수행할 것을 국민 앞에 엄숙히 선서합니다.”

6) 평화통일정책의 수립에 관한 대통령의 자문에 응하기 위하여 민주평화통일자문회의를 둘 수 있다.

### (1) 대립에서 대화의 모색

1960년대에 북한의 여전한 호전적 자세가 있었다. 무장공비침투사건, 도끼만행사건, 프레블로호 납치사건 등 적대적 사건들이 일어난 뒤 1970년대에 남북간이 대화가 모색되기도 하였다. 1972년 7월 4일의 남북공동성명에서 자주·평화·민족대단결 3대원칙의 합의가 발표되었고, 남한은 1973년의 6·23선언에서 내정불간섭, 상호불가침, 유엔동시가입 등의 유화적 방안을 내놓기도 하였다. 그러나 1980년대에 들어 아웅산폭파사건, KAL기 격추·폭파사건 등으로 다시 북한의 적대적 무력도발행위들로 통일노력을 경직되게 하였다.

### (2) 협력의 모색

1990년에 들어와 남북간의 교류와 협력이 모색되었다. 이전에 1987년의 제6공화국 헌법은 평화통일조항을 제4조에 신설하였고 한반도 주변국가들과의 외교관계를 수립하여 북한을 압박하는 한편 이산가족 확인사업, 1991년에 남북한이 동시에 유엔에 가입하여 국제적으로 북한을 대화상대로 끌어내기 위한 노력이 이루어졌다. 1991.12.13. ‘남북사이의 화해와 불가침 및 교류·협력에 관한 합의서’(이하 ‘남북합의서’라 함)와 이어 부속합의서가 체결되었다. 그러나 북한핵 사태로 다시 경직되었다가 1998년의 금강산 관광사업 등으로 교류가 재개되었다가, 1999년의 연평해전, 금강산 피살사건 등으로 다시 경직되었다. 개성공단의 정착이 상당하였으나 2016년 초 철수로 교류협력사업이 난항을 겪고 있다. 북한은 미사일시험발사 등으로 압박해 오고 있다. 국제사회에서의 비난과 제재가 계속되고 있는 가운데 통일을 위한 새로운 방향설정이 요구되는 시점이라고 할 것이다.



## II. 분단의 성격과 통일과제 · 방향의 성격

### (1) 분단의 성격

한국의 분단이 가지는 성격은 타자적 분단이었다는 점이 고려되어야 한다. 이는 독일의 분단이 독일 국민들의 의사가 아니라 국제사회에 제2차 세계대전이라는 참화를 안겨준데 대한 대가 내지 제재로서의 성격을 띠는 분단이었다는 점과 다르다. 우리의 분단은 한민들의 자결적인 선택이나 결단이 아니라 같은 민족 간에 강제적으로 분할된 것이라는 점에서 여러 민족이 하나의 국가를 이루다가 분할된 경우와 다르다. 따라서 통일법에 관한 연구에 있어서 독일의 경험을 비교법적으로 살펴봄에 있어서 유의할 점이 된다.

### (2) 통일과제의 성격

#### 1) 통합의 과정

단순한 물리적, 지리적 통일을 넘어 정신적인 공동체의 발전적인 승화가 이루어져 통일 전의 민족적 공동체의 수준 보다 더 결속된 공동체가치의 추구가 이루어지는 한국이 되어야 한다. 이를 위해서는 정치적 완전함의 통일에 나아가 남·북 주민간의 실질적 통합을 달성하는 정의로운 하나의 국가·사회로 나아감을 지향하는 것이 진정한 통합의 과정이 된다.

#### 2) 재통합의 과정

한국의 통일은 하나의 국가공동체가 분단되면서 이를 회복한다는 성격을 가진다. 이 점에서 정확히는 재통합이라고 부를 수 있을 것이다.<sup>7)</sup>

---

7) 이 점에서 통일부의 영문명칭은 문제를 제기한다. ‘ministry of unification’으로 표기되고 있으나 재통합의 의미를 담은 ‘ministry of reunification’이 보다 정확할 것이다.

이는 우리 헌법 제3조가 헌법제정자의 의지로서 보여주고 있는 것이라고 할 것이다. 우리 헌법사에서 제헌헌법인 1948년 헌법에서부터 “대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다”라고 규정하였고(동헌법 제4조) 제2공화국 헌법도 마찬가지였다. 1963년의 제3공화국 헌법 제3조는 “대한민국의 영토는 한반도와 부속도서로 한다”라고 하여 ‘그’자를 없었는데 제4공화국, 제5공화국 헌법에도 ‘그’자가 없었다가 다시 현행 제6공화국 헌법에서는 “제3조 대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다”라고 규정하여 다시 ‘그’자를 부활하였다. 여하튼 우리 헌법은 제헌헌법에서부터 현재에 이르기까지 대한민국의 영토가 한반도와 그 부속도서임을 명시하고 있는데 이는 우리나라의 영토가 원래 한반도여야 하고 분단상태가 아니어야 함을 명시하는 것이다. 이는 바로 원래 하나로 있어야 할 당위(Sollen)를 의미하는 것이다. 그러므로 재통합이다.

### 3) 발전적 재통합

통일은 우리에게 많은 상처를 안겨주었을 뿐만 아니라 사회적, 경제적 발전과 성장을 저해하였고 특히 북한의 경제적 상황은 기아, 빈곤 등 점점 악화되고 있다고 한다. 분단이 가져온 성장의 억제나 후퇴를 회복하는 선에서의 재통합을 벗어나 그동안 분단이 아니었으면 가능하였을 성장을 능가하는 성장이 가능하도록 하는 재통합, 즉 발전적 재통합이 되어야 한다.

한민족의 재통합은 경제, 사회 모든 분야에서의 성장뿐만 아니라 아이러니컬하게 독일의 경우를 보면 관광수입의 증대까지 보여준다. 베를린 장벽, 통일된 베를린으로의 관청이전에 따른 명소들(의회 의사당 등)이 등장하였다. 과거의 동독지역과의 대조를 보는 것도 한 관전 포인트라고 누군가 지적한다. 필자는 8월 8일부터 3일 정도 베를린을

---

이는 우리의 재통일에 대한 확고한 의지를 대외에 천명하는 것이기도 하다.

다시 방문하였는데 휴가철을 맞아 많아 관광객들이 베를린을 찾는 것을 보았다. 외국인들뿐만 아니라 독일 각지에서 온 독일 국민들도 보였다. 분단의 아픔은 너무나 컸고 지금도 커지만 이를 극복하면 더 큰 차원의 발전을 가져오고 외국인에게도 중요한 경험으로 알려질 수 있을 것이고 이는 세계평화에 기여하는 중요한 한국 재통합의 효과이자 지향할 목표적 성격을 가지기도 할 것이다.

#### 4) 국제적 성격

바로 위에서 잠시 언급한 바와 같이 국제적 지평에서 한반도의 재통합이 한반도의 문제만으로 국한되는 것이 아니라 국제평화의 중심이 된다는 성격을 가진다. 남북분단 자체가 일제 식민지 통치와 제국주의의 요인, 그로인한 남북분단과 6·25전쟁을 겪으면서 현재까지도 국제사회와는 밀접불가분의 관련성을 가지고 있기 때문이다.<sup>8)</sup> 남북한의 분단은 이렇듯 국내적 요인만이 아닌 국제적 요인에서 비롯되었으므로 남북관계나 통일도 국제사회의 협력과 국제여건의 조성이 매우 중요한 통일요인으로 작용할 수 있다. 따라서 남북관계가 국제법적으로 어떻게 평가되고 인식되고 있는지를 규명하는 것은 통일을 위한 매우 중요하고도 기초적인 성격을 가지게 된다.<sup>9)</sup>

한편, 군사적 측면에서는 당장 중국이나 러시아, 일본, 미국도 북한의 위협을 경계할 수밖에 없다. 그 점을 보더라도 한반도의 재통합은 아시아, 태평양, 세계의 평화를 가져오게 한다는 중요한 국제적 성격을 가진다는 것을 알 수 있다. 따라서 북한의 체제전환은 국제적 협력속에서 발전적으로 이루어져야만 하고 그 도구로서 법제지원은 다각적으로 이루어지는 것이 효과적이라 볼 수 있다.<sup>10)</sup>

8) 이효원, 『통일법의 이해』, 84면.

9) 이효원, 『통일법의 이해』, 84면.

10) 윤대규, 『북한의 체제전환과 국제협력에 관한 법제도』, 한울, 2009년, 54면 이하 참조.

### (3) 통일방향의 성격

현행 헌법 제3조는 ‘자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일’을 통일의 대원칙으로 하고 있다. 여기서 자유민주적 기본질서의 개념내지 내용이 무엇인가가 논의된다.

#### 1) 자유민주적 기본질서의 개념·내용

##### 가. 논의의 소재

현행 헌법은 자유민주적 기본질서라는 용어를 헌법전문에서 “자유와 조화를 바탕으로 자유민주적 기본질서를 더욱 확고히 하여”라고 하면서 자유민주적 기본질서라는 용어를 규정하고 있다. 또한 여기서 해석대상인 헌법 제4조도 자유민주적 기본질서라는 용어를 규정하면서 정당조항인 헌법 제8조 제4항은 “정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배될 때에는 정부는 헌법재판소에 그 해산을 제소할 수 있고, 정당은 헌법재판소의 심판에 의하여 해산된다”라고 규정하여 ‘자유민주적’을 제외하고 ‘민주적 기본질서’라는 용어를 사용하고 있기도 하다. 따라서 민주적 기본질서와 자유민주적 기본질서의 개념에 차이가 있는지에 관한 문제가 제기되었다.

##### 나. 학 설

민주적 기본질서의 개념에 대해서 우리 학설은 ① 민주적 기본질서는 자유민주주의와 사회민주주의 등을 내포하는 상위개념이며 그 공통개념이라고 보아 민주적 기본질서에는 자유민주적 기본질서는 물론이고 사회복지주의 등 사회민주적 기본질서도 포함된다고 보는 견해, ② 민주적 기본질서를 자유민주적 기본질서와 사회민주적 기본질서를 포괄하는 상위개념이라고 하면서도 헌법 제 8 조 제 4 항의 민주적 기본질서는 자유민주적 기본질서만이라고 보는 견해, ③ 자유민주적 기

본질서 속에 사회민주적 기본질서 사항이 포함되어 양자가 같다고 보거나 융합되어 있다고 보는 견해 등이 대립한다.<sup>11)</sup>

#### 다. 판례

헌법재판소의 판례는 명확하지는 않다. 다만, 자유민주적 기본질서의 내용에 대해 판시를 함으로써 자유민주적 요소에 대해서는 판례를 내놓은 바 있다. 사안은 국가보안법의 찬양·고무 처벌에 대한 것이었고 따라서 표현의 자유라는 자유권이 문제된 사안이었으므로 자유민주적 기본질서에 대해 언급한 것으로 이해할 수 있을 것이다. 이하에서 제시할 헌법재판소의 ‘자유민주적 기본질서’의 핵심적 요소는 법치주의, 기본적 인권의 존중, 권력분립, 의회제도, 복수정당제도, 선거제도, 사유재산과 시장경제를 골간으로 한 경제질서 및 사법권의 독립이다. 다른 요소는 차지하고 우리 헌법재판소가 독일연방헌법재판소와 달리 자유민주적 기본질서에서 ‘시장경제’를 상정하는 것에 대하여는 많은 논란이 있다. 독일연방헌법재판소는 자유민주적 기본질서에 관하여 “자유민주적 기본질서는 모든 폭력적 지배와 자의적 지배를 배제하고 그때그때의 다수의사에 따른 국민의 자기결정과 자유 및 평등에 기초하는 법치국가적 통치질서를 말한다. 이 질서의 기본적 원리에는 적어도 다음과 같은 것들이 포함되어야 한다. 기본법이 구체화하는 기본적 인권, 특히 생명권과 인격의 자유로운 발현권 존중, 국민주권, 권력분립, 정부의 책임성, 행정의 합법률성, 사법권의 독립, 복수정당제의 원리와 헌법상 야당을 결성하고 활동할 권리를 포함하는 정당에 대한 기회의 균등”<sup>12)</sup>이라고 하여, 대체로 우리 헌법재판소와 일치하는 것을 자유민주적 기본질서의 요소로 보았지만 거기에는 사유재산제도는 포함되지 않았다. 우리 헌법재판소가 독일 연방헌법

11) 이 학설의 소개는 정재황, 신 헌법입문, 제6판, 박영사, 2016, 101면.

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

재판소와 달리 사유재산제도를 자유민주적 기본질서의 한 요소로 설치하는 것과 관련하여 사유재산제도가 보호가치 있는 요소임에는 틀림이 없으나 반드시 고수해야만 하는 필수요소는 아니라고 보는 견해<sup>13)</sup>와 경제질서에 관한 논의자체를 자유민주적 기본질서에서 배척하는 편이 오히려 통일과정에서 불요한 논쟁을 부르지 않고 보다 유연하고 적절하게 우리의 경제질서를 선택할 수 있다는 견해<sup>14)</sup>가 있다. 여하튼 자유민주적 기본질서의 개념과 그 내용에 관한 우리 헌법재판소 판례의 입장은 아래와 같다.

[판례] 국가보안법 제7조에 대한 위헌심판<sup>15)</sup>

[주요사항]

1. 국가보안법과 자유민주적 기본질서에 입각한 평화통일
2. 국가의 존립·안전의 의미 및 자유민주적 기본질서의 내용

[쟁점] 반국가단체 활동의 찬양·고무 등의 처벌규정인 국가보안법 제7조는 그 문언해석상 헌법 제4조와 양립되지 않아 위헌인지 여부(한정합헌결정)

[심판대상규정] 국가보안법 제7조 제1항과 제5항(1980.12.31. 법률 제3318호)인데, 동 조항들과 관련조항들인 제7조 제2·3·4항은 아래와 같다.

국가보안법 제7조(찬양·고무 등) ① 반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자의 활동을 찬양·고무 또는 이에 동조하거나 기타의 방법으로 반국가체제를 이롭게 한 자는 7년 이하의 징역에 처한다.

② 외국공산계렬의 활동을 찬양·고무 또는 이에 동조하거나 기타의 방법으로 반국가단체를 이롭게 한 자도 제1항의 형과 같다.

③ 제1항 및 제2항의 행위를 목적으로 하는 단체를 구성하거나 이에 가입한 자는 1년 이상의 유기징역에 처한다.

13) 김명재, “헌법상의 자유민주적 기본질서의 개념”, 『법학논총』 제23권 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2003년 6월, 99면.

14) 허완중, “헌법 제4조의 ‘통일’개념에 대한 해석론”, 『통일과 법, 현재와 미래』 헌법재판연구원 주최 통일심포지엄 자료집, 헌법재판연구원, 2014년 5월, 53~55면.

15) 현재 1990.4.2. 선고 89헌가113, 판례집 2, 49면 이하 참조. 아래 정리된 판례의 소개는 대부분, 줄고, 판례헌법 제3판, 길안사 1996, 17면 이하에서 옮겨옴.

④ 제3항에 규정된 단체의 구성원으로서 사회질서의 혼란을 조성할 우려가 있는 사항에 관하여 허위사실을 날조·유포 또는 사실을 왜곡하여 전파한 자는 2년 이상의 유기징역에 처한다.

⑤ 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.

[주문] “국가보안법 제7조 제1항 및 제5항(1980.12.31. 법률 제3318호)은 각 그 소정행위가 국가의 존립·안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 위해를 줄 경우에 적용된다고 할 것이므로 이러한 해석하에 헌법에 위반되지 아니한다.”

[관련판시요약]

1. 제7조 제1항의 찬양·고무죄는 “구성원”, “활동”, “동조”, “기타의 방법”, “이롭게 한” 등, 무려 다섯 군데의 용어가 지나치게 다의적이고 그 적용범위가 광범위하다.

제7조 제1항의 찬양·고무죄를 문언 그대로 해석한다면 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 있다. 제6공화국 헌법이 지향하는 통일은 평화적 통일이기 때문에 마치 냉전시대처럼 빙탄불상용의 적대관계에서 접촉·대화를 무조건 피하는 것으로 일관할 수는 없는 것이고, 자유민주적 기본질서에 입각한 통일을 위하여 때로는 북한을 정치적 실체로 인정함도 불가피하게 된다. 그러나 앞서 본 바와 같은 찬양·고무죄의 처벌범위의 광범성 때문에 자유민주적 기본질서에 입각한 통일정책의 추구나 단순한 동포애의 발휘에 지나지 않을 경우라도, 그 문언상으로는 북한의 활동에 동조하거나 북한을 이롭게 하는 것이 된다는 해석으로 연결되어 처벌될 위험이 있다. 그러나 제7조 제1항의 그 다의성 때문에 위헌문제가 생길 수 있다고 해서 전면위헌으로 완전 폐기되어야 할 규정으로는 보지 않으며 완전폐기에서 오는 법의 공백과 혼란도 문제지만, 남북간에 일찌기 전쟁이 있었고 아직도 휴전 상태에서 남북이 막강한 군사력으로 대치하여 긴장상태가 계속되고 있는 마당에서는 완전폐기함에서 오는 국가적 불이익이 폐기함으로써 오는 이익보다는 이익형량상 더 클 것이다. 그렇다면 그 가운데서 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 무해한 행위는 처벌에서 배제하고, 이에 실질적 해악을 미칠 명백한 위험성이 있는 경우로 처벌을 축소 제한하는 것이 헌법 전문·제4조·제8조 제4항·

제37조 제2항에 합치되는 해석일 것이다. 이 정도의 기준제시로 처벌범위를 좁히면 국가의 존립·안전을 저해함이 없이 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책추진의 헌법적 과제는 이룩할 수 있을 것이다.

2. 다만 여기에서 국가의 존립·안전을 위태롭게 한다 함은 대한민국의 독립을 위협 침해하고 영토를 침략하며 헌법과 법률의 기능 및 헌법기관을 파괴 마비시키는 것으로 외형적인 적화공작 등일 것이며, 자유민주적 기본질서에 위해를 준다 함은 모든 폭력적 지배와 자의적 지배 즉 반국가단체의 일인독재 내지 일당독재를 배제하고 다수의 의사에 의한 국민의 자치, 자유·평등의 기본원칙에 의한 법치주의적 통치질서의 유지를 어렵게 만드는 것이고, 이를 보다 구체적으로 말하면 기본적인 인권의 존중, 권력분립, 의회제도, 복수정당제도, 선거제도, 사유재산과 시장경제를 골간으로 한 경제질서 및 사법권의 독립 등 우리의 내부 체제를 파괴·변혁시키려는 것으로 풀이할 수 있을 것이다.<sup>16)</sup>

#### (4) 소 결

이상에서 논한 바와 같이 우리의 통일은 당위로서의 성격을 가지며 구체적으로는 자유민주적 기본질서에 입각한 통일이어야 한다. 제4조의 자유민주적 기본질서라는 용어는 통일의 방식이 공산침략이나 무력이 아닌 대화 등 평화적인 방법이라는 것을 강조한 것으로 그렇다고

16) 같은 취지의 결정들 : 헌재 1990.6.25. 선고 90헌가11, 판례집 2, 165면 ; 1992.1.28. 선고 89 헌가8, 판례집 4, 4면.

1997년에 나온 같은 취지의 결정들 : 헌재 1997.1.16. 선고, 89헌마240, 국가보위법 법회의법, 국가보안법의 위헌 여부에 관한 헌법소원결정, 헌재판례집 9-1, 45면 ; 헌재 1997.1.16. 선고, 92헌바6·26, 93헌바34·35·36(병합), 국가보안법 위헌소원결정, 헌재판례집 9-1, 1면. 그런데 97년에 나온 같은 취지의 결정들에서는 1990년 4월 2일의 위 결정에서와 주문에 약간의 변화를 가했으나 그 취지는 같다. 변경된 [主文] : “1991.5.31. 개정 전의 국가보안법(1980.12.31. 법률 제3318호로 전문개정된 것으로서, 1991.5.31. 법률 제4373호로 일부개정되기 전의 것) 제5조 제2항, 제6조 제1항·제2항, 제7조 제1항 및 제8조 제1항은, 각 그 소정의 행위가 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 해악을 끼칠 명백한 위험이 있는 경우에 적용된다 할 것이므로, 그러한 해석하에 헌법에 위반되지 아니한다.” 바뀐 부분은 밑줄 친 부분이다.



하여 사회복지적 민주적 기본질서(사회민주적 기본질서)의 내용을 민주적 기본질서의 내용이 아니라고 할 수는 없다.<sup>17)</sup>

북한의 체제전환기 과도기체제에서 북한주민의 복지문제는 매우 중요한 이슈가 될 것이며 통일과정의 방식규정으로 자유민주적 기본질서를 가지고 이를 부정하는 것은 헌법체계적 관점에서도 타당하지 않다. 자유민주적 기본질서는 당연한 명제이다. 그렇다면, 복지적·민주적 기본질서는 배척할 것인가? 아니다. 통일이 북한주민의 자유는 물론이고 복지와 더 나은 삶을 보장해주는 과정이 되어야 한다. 그래서 헌법 제4조의 ‘자유’민주적 기본질서란 개념은 어디까지나 무력에 의한 것이 아닌 평화적 방법에 의한 통일을 의미하는 것으로 보아야 하고 그 점을 강조하기 위한 것이다. 그렇다고 하여 자유주의적 요소만이 통일의 원칙이 되어야 한다는 것이 아니라 복지적 요소도 통일과 통일 이후 체제전환된 북한 지역에서도 요구된다고 할 것이다.

### Ⅲ. 통일헌법의 기본원칙

#### (1) 통일헌법의 개념

통일헌법이라 함은 통일을 준비하는 과정에서의 헌법을 의미할 수도 있고 통일 후 한국헌법을 의미할 수도 있다. 그러나 현실적·물리적 상황 등을 고려하여 본다면 통일과정기에는 별도의 통일헌법이 제정되기 보다는 조약이나 합의서 등을 통해 혹은 대한민국 헌법의 적용과 북한 헌법의 부인을 통해 이 시기를 극복할 것으로 전제하는 것이 효율적인 방안이 될 것이다. 따라서 통일헌법이란 통일이후 한반도 전체에 효력을 가지는 헌법으로 축약할 수 있을 것이다.

---

17) 같은 취지로, 정재황, 『신헌법입문』, 제6판, 박영사, 2016, 102면 ; 정재황, 『판례헌법』, 제2판, 갈안사, 1996, 97면.

## (2) 관류하는 헌법원칙

### 1) 의 미

통일을 준비하는 과정이든 통일을 이루고 통일 후 재통합을 완성하기 위한 헌법이든 공통적으로 관통하는 헌법의 기본원칙들이 있고 이는 통일헌법에서도 준수되어야 한다.

### 2) 기본적 헌법원칙

통일의 기본원칙에 관하여는 우리 헌법 제4조에서 그 방법과 한계를 설정하고 있는바 그것은 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일이다. 이렇게 헌법 제4조를 통하여 통일의 방법과 한계를 설정하고 나머지 관련 헌법조항에서 기본적인 원칙을 고찰하여야 한다.

그 기본적 원칙이란 인간의 존엄과 가치의 보장, 평등의 원칙, 비례 원칙, 법치주의원칙, 신뢰보호원칙, 사회복지의 원칙, 자유시장경제원칙(사회복지를 위한 규제와 조정이 본래의 시장원리기능이 발현될 수 있게 하는 자유시장경제원칙), 민주적 기본질서의 원칙, 국제법준중원칙, 복수정당제도, 중요한 개인적 자유권의 보장원칙, 참정권 보장을 위한 선거원칙 등은 과도기에서나 통일 이후에도 담겨져야 할 헌법내용이 된다. 민주적 기본질서는 상술한 바와 같고, 그 외에도 통일헌법이라는 특수성에 기인하면, ‘통합의 원칙’과 ‘다양성의 원칙’이 중요한 축을 형성한다 할 것이다. ‘통합의 원칙’이란 남북한의 이질감을 극복하기 위한 노력들을 담아야 한다는 원칙이며, ‘다양성의 원칙’이란 남한의 경제적 우월성에 기초한 ‘동화’의 강요를 하지 않음으로써 북한지역 주민들에 대한 차별을 금지하여 다양성과 다원성을 확보하는 것을 말한다.<sup>18)</sup>

18) 박정원, 『남북한 통일헌법에 대한 연구-통일헌법의 기본질서와 내용을 중심으로』, 국민대학교 대학원 박사학위논문, 1996, 78-95면은 통일헌법의 기본질서 및 기본원

한편 북한의 통일에 관한 입장은 조선노동당 규약과 헌법 제9조에서 조국통일의 기본원칙에 대한 선언을 하고 있는데 그것은 자주, 평화, 민족대단결의 원칙이다. 이것은 7·4남북공동선언에서 밝힌 조국통일 3대 원칙의 내용과 일치하는 것인데 이를 반영하고 있다고 볼 것이다. 1980년 10월 10일 제6차 조선노동당대회에서 채택한 고려민주연방공화국 창립 방안은 자주적 평화통일을 위한 선결조건으로 남한에서의 군사파쇼정권의 청산과 사회민주화 실현, 평화협정체결, 미군철수에 기초한 통일을 그 핵심적 내용으로 한다.<sup>19)</sup>

## 제 2 절 체제전환과정과 북한법의 효력

### I. 북한의 법적 지위

#### (1) 논의의 의미

북한의 법적 지위가 어떠한가에 대한 규명은 이번 연구에서 이루어지는 각론들의 지침적 성격을 가진다. 이 문제는 북한주민의 법적 지위가 어떠한가를 살펴봄에 있어서도 관련되고 북한주민의 법적 지위에 따라 그들의 기본권보장의 문제를 살펴봄에 있어서도 방향설정이 이루어지게 된다.

북한의 법적 지위 문제는 과도기적으로 북한에 들어설 정부의 형태, 정부의 권한 등과도 관련될 것인바, 그동안 통일법제연구 영역에서는 북한의 법적 지위에 대한 연구가 상당히 이루어진 상황이다.

---

리로 1. 최고원리로서 ‘인간의 존엄과 가치존중’, 2. 정치적 기본질서로서의 참여민주주의의 고양, 3. 경제적 기본질서로서의 ‘사회적 시장경제체제’의 발전, 4. 사회·문화적 기본질서로서의 기본권 및 사회보장의 강화. 5. 국제적 기본질서로서의 국제평화주의를 들고 있다.

19) 조선노동당출판사, 김일성 저작집 14, 1981, 233~249면을 이효원, 『통일법의 이해』, 박영사, 2014년 3월, 81면에서 재인용.

북한의 법적 지위에 대해서는 현실적으로 법해석상의 문제뿐만 아니라 국제사회에서의 문제 등 실제적 문제가 나타나기도 한다. 따라서 연구방향으로서 법적 고찰과 더불어 현실적 고려도 함께 이루어지는 상황에 있다고 할 것이다. 이는 남북한의 관계가 단순히 국가대 국가의 관계 또는 국가대 어떠한 단체의 관계 혹은 국가 내부의 관계라는 어느 가정도 만족할 수 없는 특수한 관계에 있기 때문이다. 대체로 남북한 간의 관계는 “통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수한 관계”로 보는 것이 무난할 것이나, 경제적 거래관계에 있어서는 “민족내부의 거래”로 본다는 것도 우리 법제의 태도이므로 남북한 관계 및 북한주민에 대한 법적 지위 그리고 통일과정에서의 남북한 관계나 북한주민의 법적지위 따위는 우리 민족의 정치적·경제적·현실적 결단의 반영으로 나타날 것이다. 다만 이에 관한 법제 연구는 그러한 결단을 어떠한 법리와 제도로서 투영해 나아갈 것인가에 대한 정합한 고민이 되어야만 한다. 이하에서는 현재까지의 논의를 소개하고자 한다.

## (2) 문제상황

북한의 법적 지위는 북한주민의 법적 지위, 통일목표의 의미 등에 관련된다. 그리고 북한의 법적 지위 문제는 우리의 주권이 미치는 범위를 판단함과 관련성을 가지는 것이어서 당연히 북한법의 효력 문제에도 연관된다. 북한법이 가지는 효력 문제를 논하기 위해서는 북한의 법적 지위를 해명하는 작업이 선행되어야 할 것이다.

우선 북한의 법적지위에 관하여 검토하자면, 과거부터 북한의 법적 지위와 관련한 우리의 태도는 크게 세 단계로 구분해서 볼 수 있다. 첫 번째 단계는 1990년대 이전에는 북한지역은 우리나라의 영토로서 북한은 반국가 단체 또는 불법단체라는 입장을 유지하였다고 볼 수

있다.<sup>20)</sup> 그 다음 단계는 1993년 헌법재판소가 북한이 조국의 평화적 통일을 위한 대화와 협력의 동반자임과 동시에 반국가단체로서의 성격을 가진다<sup>21)</sup>고 하는 소위 ‘이중적 성격’에 따른 ‘이중적 지위’론이었는데, 이는 완전히 적대적 관계로 파악하던 종래의 관점에서 대폭 전향적인 것이었다고 할 수 있다. 이러한 이중적 지위는 현재도 유효한 것이기는 하지만 가장 최근에는 세 번째 단계로서 헌법재판소와 대법원이 함께 헌법 제3조 또는 남북기본합의서 및 남북관계발전에 관한 법률 제3조의 규정에 따른 종전의 해석과는 달리 ‘외국’에 준하는 지역으로 보는 경향이 나타나고 있다.<sup>22)</sup> 이러한 해석은 제3조의 규범력을 여전히 인정하면서도 “개별법률의 적용 내지 준용에 있어서는 남북한의 특수관계적 성격을 고려하여 북한지역을 외국에 준하는 지역으로, 북한주민 등을 외국인이 준하는 지위에 있는 자로 규정 할 수 있다”고 본 것인데, 이는 남북주민간의 법적 분쟁 및 북한이탈주민의 법적 권리를 명확히 하기 위하여 법적용에 있어서의 하나의 기준을 세운 것으로 평가할 수 있다.

북한의 지위와 관련하여 북한의 국가성을 논할 때 늘 대두되는 사실로서 현실상 북한은 국가를 회원자격으로 하는 UN에 가입하여 활동 중이므로 국제적으로 엄연한 국가로 볼 수 있다는 점이다. 그러나 우리 현행법체계 속에서의 북한은 조금 다른 지위를 가진다고 할 것인데 그것은 헌법 제3조와 제4조에 관한 해석의 차이점에 기인한다.<sup>23)</sup> 주지하는 바와 같이 헌법 제3조는 “대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다”고 규정함으로써 이북지역을 우리영토로 규정하

20) 대법원 1983.3.8. 선고 82도3284 판결 등.

21) 헌법재판소 1993.7.29. 선고 92헌바48결정.

22) 대법원 2004.11.12. 선고 2004도4044판결, 헌법재판소 2005.6.30. 선고 2003헌바114 결정.

23) 제3조와 제4조의 관계에 대하여는 본장 제4절에서 자세히 논할 것이므로 여기서는 북한의 법적지위에 따른 북한법의 효력을 논하기 위하여 필요한 범위에 한정하여 보기로 한다.

므로 북한의 국가성을 인정할 수 없게 되어 하나의 단체나 집단으로 보게 된다.<sup>24)</sup> 제3조의 규범력을 인정하는 입장에 서면 이북지역에 우리 법의 실효성이 미치지 못함은 영토의 일부분이나 장애로 인하여 주권의 행사가 제한되고 있을 뿐이라는 해석이 가능하다.<sup>25)</sup> 현재 제3조의 규범력을 인정하는 주장이 학계의 다수견해라고 볼 수 있다.<sup>26)</sup> 이에 비해 제3조를 삭제 또는 개정해야 한다는 견해에 따르면 남북한이 UN에 동시에 가입하고 남북기본합의서가 체결된 상황에서 분단의 현실성을 인정하고 평화통일을 지향하고자 하는 헌법 제4조의 정신에 따라 제3조의 개정이 필요하다고 한다.<sup>27)</sup> 이러한 견해들은 제3조와 제4조를 서로 배치되는 것으로 해석한 결과라 할 수 있다. 그러나 제3조도 제4조도 희생시키지 않는 규범조화적 해석으로서 제3조는 대한민국의 영토를 회복하기 위한 책무를 부과하는 목적적이고 가치적 규정이며 제4조는 제3조를 실현하기 위한 방법론적·수단적 성격으로 봄이 타당하다는 견해<sup>28)</sup>가 설득력이 있다고 생각된다. 또한 제3조를 지나치게 강조함으로써 북한의 국가성을 전면적으로 부인하는 남한유일합법정부론은 1972년 헌법 개정 시 남북분단의 현실에 기초한 평화통일조항의 신설과 7·4남북공동성명, 남북기본합의서의 체결, UN동시가입, 남북한 교류협력사업의 확대 등 현실적인 여건의 변화로 인하여 재검토를 요함은 부정할 수 없다고 하겠다.<sup>29)</sup> 독일의 경우도 1967년에

24) 혹은 ‘사실상의 정부’로 본다.

25) 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2004, 125~126면; 강경근, 『헌법학』, 법문사, 1997, 90면; 김철수, 『학설판례헌법학(상)』, 박영사, 2008, 169면.

26) 헌법학자의 모임인 한국헌법학회는 헌법개정연구위원회 최종보고서에서 영토조항의 개정 필요성을 부인하는 결론을 내린 바 있다. ; 한국헌법학회, 『헌법개정연구 2006헌법개정연구위원회 최종보고서』, 2006년 11월, 74~75면.

27) 이장희, “민족화해를 위한 법제도적 정비 과제”, 『통일시론』, 청명문화재단, 2000년 10월, 105면을 송인호, “통일시대를 대비한 법제정비의 주요쟁점”, 『저스티스』 통권 제146-3호, 한국법학원, 2015년 2월, 211~212면에서 재인용.

28) 이효원, 『남북교류협력의 규범체계』, 경인문화사, 2006년, 129~132면.

29) 한명섭, 『남북통일과 북한이 체결한 국경조약의 승계』, 한국학술정보, 2011년, 213면.

할슈타인원칙(Hallstein Doktrin)을 수정하기 전까지 동독의 법적지위를 인정하지 않았으나 그 이후 부분적으로 동독의 법적지위를 인정하는 경향으로 나아가다 1972년 12월 21일 ‘동서독기본조약’의 체결이후에는 상대방의 독립성과 자주성을 인정하게 되었다.

### (3) 판례의 입장

#### 1) 대법원 입장

대법원 판례<sup>30)</sup>도 북한지역에도 대한민국의 주권이 미친다고 하는데, 대법원은 북한이 “평화적 통일을 위한 대화와 협력의 동반자임과 동시에 적화통일노선을 고수하면서 우리의 자유민주주의 체제를 전복하고자 획책하는 반국가단체의 성격도 아울러 가지고 있다”고 본다.<sup>31)</sup> 그러나 상술한 바와 같이 개별법률의 적용 내지 준용에 있어서는 남북한의 특수관계적 성격위에 북한을 외국에 준하는 지역으로, 북한주민을 외국인에 준하는 지위로 규정하고 있기도 하다.

#### 2) 헌법재판소의 입장

헌재의 판례도 동일한 취지의 판시<sup>32)</sup>를 한 바 있다.

[판례] 남북교류협력에 관한 법률 제9조 제3항 위헌소원<sup>33)</sup>

[쟁점] ① 북한주민과 접촉하고자 할 때에는 통일부장관의 사전승인을 얻어야 하도록 규정하고 있는 남북교류협력에 관한 법률 제9조 제3항은 통일관련 헌법조항에서 나오는 국민의 통일에 대한 기본권을 지나치게 제한하는지 여부, ② 승인에 있어서 통일부장관의 자의적 판단을 허용하는지, 그리하여 통일과정에 국민의 참여를 배제하여 헌법 제4조에 위반되는지 여부, ③ 남북

30) 대법원 1996. 11. 12, 96누1221, 대법원 2003. 9. 23, 2001도4328.

31) 이러한 정리는 정재황, 신 헌법입문, 제6판, 박영사, 2016, 81-82면 재인용.

32) 헌재, 1997.1.16., 92헌바6.

33) 헌재공보 제48호, 654면.

합의서는 단순한 조약의 효력을 가지는 것을 넘어서 남북관계를 규율하는 법률 중 헌법 다음의 최상의 법률이며, 이 사건 법률조항보다 후에 체결된 것이어서 신법우선의 원칙에 따라, 남북합의서의 자유로운 남북교류협력조항에 반하는 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되는지 여부, ④ 헌법 제10조의 일반적 행동의 자유, 제14조 거주·이전의 자유, 제18조 통신의 자유 등을 침해하는지 여부, ⑤ 북한주민 등과의 접촉에 관한 승인의 기준을 명시하지 아니한 채 포괄적으로 통일부장관의 일방적인 판단에 위임하고 있어 헌법 제75조 포괄위임금지원칙에 위반되는지 여부(합헌결정)

[심판대상규정] 남북교류협력에관한법률(1990. 8. 1. 법률 제4239호로 제정된 것, 이하 ‘법’이라고 한다) 제9조(남·북한 왕래) ③ 남한의 주민이 북한의 주민등과 회합·통신 기타의 방법으로 접촉하고자 할 때에는 통일부장관의 승인을 얻어야한다.

[결정이유의 요지] 북한주민 등과의 접촉은 대체로 남북한간의 교류를 촉진시키고 민족의 동질성을 회복하여 평화통일의 길로 나아가는 데에 기여하겠지만, 때로는 접촉과정에서 불필요한 마찰과 오해를 유발하여 긴장이 조성되거나, 무절제한 경쟁적 접촉으로 남북한간의 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 시의적절하게 대처하기 힘들고, 또한 북한의 정치적 목적에 이용되거나 국가의 안전보장이나 자유민주적 기본질서에 부정적인 영향을 미치는 통로로 이용될 가능성도 완전히 배제할 수 없다. 따라서 통일부장관이 승인신청을 받아 그 접촉의 시기와 장소, 대상과 목적 등 구체적인 내용을 검토하여 승인 여부를 결정하는 절차는 현 단계에서는 불가피하다. 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 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.

이 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 국가 안전보장을 위하여 필요한 경우의 제한으로서, 앞서 본 입법목적의 정당성,



방법의 적절성, 피해의 최소화, 법익의 균형성 등에 비추어 볼 때 과잉금지의 원칙에 위반된다고 볼 수도 없다.

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.

일찍이 헌법재판소는 ‘남북사이의 화해와 불가침 및 교류협력에 관한 합의서’(1992. 2. 19. 발효. 이하 ‘남북합의서’라 함)는 “……남북당국의 성의있는 이행을 상호 약속하는 일종의 공동성명 또는 신사협정에 준하는 성격을 가짐에 불과”하다고 판시하였고(헌재 1997. 1. 16. 92헌바6등, 위의 《헌결 4-1-2》 참조), 대법원도 “남북합의서는 ……성의 있는 이행을 약속한 것이기는 하나 법적 구속력이 있는 것은 아니어서 이를 국가간의 조약 또는 이에 준하는 것으로 볼 수 없고, 따라서 국내법과 동일한 효력이 인정되는 것도 아니다”고 판시하여(대법원 1999. 7. 23. 선고 98두14525 판결), 남북합의서가 법률이 아님은 물론 국내법과 동일한 효력이 있는 조약이나 이에 준하는 것으로 볼 수 없다는 것을 명백히 하였다. 따라서 설사 이 법률조항이 남북합의서의 내용과 배치되는 점을 포함하고 있다고 하더라도, 그것은 이 법률조항이 헌법에 위반되는지의 여부를 판단하는 데에 아무런 관련이 없다.

헌법 제75조에서 규정하고 있는 포괄위임금지원칙이란 법률이 대통령령 등의 하위법규에 입법을 위임할 경우에는 위임범위를 구체적으로 정하여야 한다는 것을 뜻하는 것이므로, 통일부장관의 승인권에 관한 기준이나 구체적 내용 등을 대통령령 등에 위임하지 아니하고 있는 이 법률조항에 관하여 포괄위임금지원칙이 적용될 여지는 없다.

따라서 이 법률조항은 헌법에 위반되지 아니한다.

## II. 체제전환기 북한법의 효력

### (1) 체제전환기 법의 효력에 관한 기본원칙

체제전환과정에서 북한법의 효력을 논함에 있어서는 몇 가지의 대원칙이 필요하다.

첫째, 남북통일은 법제통합을 당연히 전제하는 것이고 법을 통한 통합이 되어야 한다는 점이다.

둘째, 우리 헌법의 기본원칙과 보편적인 인권기준이 허용하고 있는 범위에서의 헌법으로 통용되어야 한다는 점이다. 그것이 새로운 통일 헌법제정이든 대한민국 헌법의 적용이든 마찬가지이다.

셋째, 북한의 헌법은 도저히 통일 한국에서 통용될 수 없으며, 개별 법들은 잠정적으로 적용되어야 한다는 점이다.

상기의 문제를 논함에 있어서 반드시 짚고 넘어가야 할 전제가 있다. 그것은 우리의 통일을 단계적으로 구분하는 경우에 있어서 하나는 경제통합이고, 하나는 정치 및 법제통합이라는 점이다. 정치 및 법제통합은 경제통합에 비하여 비교적 단시간에 달성할 수 있을 것이다. 본 연구에 있어서 이 두 개의 영역이 매우 중요한 것은 체제전환을 한다는 것은 바로 정치체제의 전환과 경제체제의 전환이 가장 핵심적인 가치와 비중을 차지하는 것이고 그 나머지 영역에서의 전환 내지 통합은 이들을 통하여 자동적으로 달성될 수 있다는 점 때문이다. 통상, 사회주의 국가에서의 체제전환은 정치체제의 전환을 의미하는 것이나 그 실질적인 내용은 경제적 체제전환으로 나타나기 때문이다.<sup>34)</sup>

이를 보다 엄밀하게 나누어 본다면 남북한이 통일에 합의하는 것은 정치적 통합을 의미하는 것이고 경제·사회적 통합은 그 후에 점진적으로 달성될 부분이어서 이 중간과정에 과도기 내지는 체제전환기를 경유하게 된다. 즉, 체제전환기는 결국 정치적 통합이후, 경제·사회적

---

34) 1980년대 후반 여러 사회주의 국가들의 역사적 경험에서 나타난 바와 같이 사회주의 경제체제의 제도적 한계로 인한 부분적인 경제 개혁조치는 의도와 달리 오히려 계획과 자원의 대립 등 내적 모순을 증폭시켜 사회주의체제의 통일성과 일관성을 무너뜨리면서 사회의 혼란과 갈등을 일으켜 결국 사회주의 체제의 전환으로 발전한다는 것이다. ; 이창희, “『경제연구(1986~1999)』로 바라본 북한의 경제개혁에 대한 고찰”, 『북한학연구』제6권 제2호, 동국대 북한학연구소, 2010년, 151~153면을 이창희, 『통일 과정에서의 경제 통합에 관한 헌법적 검토』, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2015년, 21면에서 재인용.

통합까지의 시기를 의미하는 것이 된다. 본 연구에서는 체제전환기에 북한법의 효력에 관한 세부적인 기본원칙을 어떻게 세울 것인가 하는 문제를 다루고자 한다.

## (2) 헌법의 효력에 관한 본질적 고민

정치적 통합은 헌법내에서 달성된다. 체제전환기에는 통합의 도구로서 헌법이 작동하는 동시에 통합의 목적으로도 작용할 수 있다. 북한 지역의 통치구조에 관한 합의와 구조를 설계하고 그 결과물을 헌법에 담는 순서가 될 것이기 때문이다.

북한헌법은 보편적 인권을 보장하는 부분을 제외하고는 대부분 그 효력이 부인되어야 한다. 핵심은 우리의 헌법을 북한지역에 적용하면서도 한시적으로 북한을 분리하는 것을 정당화하는 헌법의 내용에 관한 부분이다. 따라서 체제전환기의 혼란을 방지하기 위한 법제적 장치로서 구체적으로 헌법의 어떠한 조항을 어디에 적용하거나 또는 적용하지 않을 수 있도록 하는 구체적인 헌법적 결단을 마련해야 하는 문제가 있다.

이와 관련하여 근본적으로 헌법적용에 있어서의 ‘영역’에 관한 본질적 성격을 먼저 규명하여야 한다. 영역을 단순히 지리적인 의미만을 본질로 하는 것인지 아니면 더 중요한 본질성이 있는지를 먼저 근본적인 질문으로 제기하는 것이 이 문제를 검토함에 있어서 필요하다.

영역의 의미는 단순히 한 국가와 다른 인접국가와의 지역적 경계라는 물리적 의미만을 가지는 것이 아니다. 영역은 한 국가의 영역 내에서 공동체를 구성하여 생활을 영위하는 사람들의 지역적 기반이 역사적으로 형성되어 이어져 왔고 이러한 지역적 기반이 원상 그대로 유지되어야 한다는 당위적 의미에서의 영토의 온전성을 요구하는 개념이기도 하다.<sup>35)</sup>

35) 정재황, 『신헌법입문』 제6판, 박영사, 2016년, 78면.

우리 헌법 제3조에는 “대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다”라고 명시되어 있다. 여기서 단순히 지역적이고 물리적 경계를 가지는 의미로서 한반도가 본질적인 것인지 되짚어볼 필요가 있다. 물론 지역적 규정이라는 것도 중요하다. 그러나 이 조항은 여기에서 나아가 우리나라의 영역이 한반도였고 이의 영속성, 그리고 훼손되어서는 아니된다는 당위로서의 온전성이라는 점을 선언하고 있다고 볼 필요가 있다. 바로 위에서 영역의 본질성을 살펴보면서 그 온전성이 본질이라고 지적한 점에서 그러하다. 영역의 온전성을 선언한 헌법 제3조는 결국 지금 현실적으로 불법지배되고 있는 북한 지역을 민주적 정부에 의한 주권행사가 이루어지는 온전함을 회복해야 한다는 의미를 가지고 이는 헌법 제4조의 통일명령조항과 같은 목표를 보여준다. 따라서 양 조문 간에 모순이 없다고 볼 것이다. 헌법 제4조는 나아가 통일의 방식을 자유민주적 기본질서에 입각한 평화통일이라는 것으로 설정하고 있는 것이다. 따라서 우리헌법이 통일이후 한반도 전체에 적용되는 가치가 부인될 수 없는 셈이다.

### (3) 개별 법률의 효력

한국의 법률과 같은 법리를 취하는 개별 법률의 경우에는 그 지속 효를 인정할 수 있을 것이나 제3자와의 이해관계를 어떻게 조절하느냐 하는 쉽지 않은 문제들이 나타날 것으로 예상된다. 북한지역 내의 소유권을 주장하는 남한의 국민과의 이해충돌을 어떻게 해소할 것인가 하는 등의 문제이다.

이 문제에 대해서는 체제전환과정에서 성립되는 헌법에서 규정을 두거나 그 헌법이 위임하여 법률로서 조정을 하는 기본법률이 마련되어야 할 것이다.

현재 북한이탈주민에 대한 과도기적인 개별 법률들이 자리잡고 적용도 되고 있으므로 그 적용의 경험과 해석을 토대로 체제전환기의

법적용에 있어서 하나의 참고가 될 수 있으리라 본다. 이러한 남한의 법률의 입법례와 적용례 등 그 경험례를 북한법의 해석과 그 법적 효력성 여부의 인정성과 법적 예측가능성을 갖추도록 하는 방안이기도 하다. 물론 구체적 타당성을 고려하여야 할 것이다.

일반적으로 북한법률 중 공법적 영역에 해당하는 법률들은 그 효력이 대체로 부인될 것으로 보이나 사법적 영역에 해당하는 법률들은 그 효력이 부분적·잠정적으로 인정될 여지가 있다. 다만 여기서 문제는 북한과 같은 사회주의 법률체계<sup>36)</sup>는 우리나라와 같은 공·사법 이원체계를 취하고 있지 않다는 점을 유의해야 한다. 사회주의 체제에서의 법은 정치에 종속되어 있기 때문에 당은 자연히 법을 지도하고 나아가 법을 초월해 존재하며 활동<sup>37)</sup>하기 때문에 북한법률 속에는 사법(私法)적 영역에서 마저 국가와 당의 개입을 규정하는 내용이 더러 발견되는 것이다. 또한 민사·가사영역에서 북한의 법체계를 인정하는 구체적인 법리가 아직 정립되어 있다고 볼 수 없으므로 보다 신중한 접근이 필요하다. 이는 우리 헌법이 잠정법이 아닌 완결법의 형태를 취하고 그 내용으로서 북한 전역을 우리 영토로 보고 있기 때문에 서독의 이른바 ‘지역간 법이론’을 그대로 적용하는 것이 이론상 어려운 측면이 있기 때문이기도 하다. ‘지역간 법이론’은 두 가지의 법질서를 한 국가내의 지역적으로 다른 법질서의 충돌문제로 보아 지역법의 법질서를 가능한 한 최대로 인정하고자 하는 것<sup>38)</sup>인데 우리의

36) 소위 영미법계나 대륙법계 외에 사회주의 법계(sozialistischer Rechtskreis)를 별도로 인정할지를 두고 많은 논란이 있었는데 독일에서는 사회주의법이 형식적으로는 대륙법계에 속하나 내용과 역할을 볼때에는 독자성을 인정하는 것이 옳다는데 의견이 모아졌다. Herbert Küpper, Einführung in die Rechtsgeschichte Osteuropas(Frankfurt a. M., 2005), S.417F 윤대규, 『사회주의 체제전환에 대한 법제도적 비교연구』, 한울, 2008년, 38면에서 재인용.

37) 윤대규, 『사회주의 체제전환에 대한 법제도적 비교연구』, 한울, 2008년, 43면.

38) 동서독기본조약 체결 후에는 동서독 특수관계의 입장을 유지하면서도 국제사법의 관점을 확대 적용하여 동독의 법령은 외국 법령은 아니나 외국법령에 준하는 것으로 취급하고, 동독의 판결, 행정행위 등은 원칙적으로 그 효력이 인정되었으며,

헌법에서는 이러한 해석의 여지가 없다는 의미이다.<sup>39)</sup>

#### (4) 개별법에 있어서 헌법원칙과 통합방법

인간존엄성원칙과 같은 헌법의 근본원칙은 물론이고 신뢰보호원칙, 소급효금지 원칙, 비례 원칙 등 그동안 남한에서 확립된 헌법적 원칙이 체제전환기에 있어서 그대로 적용되어야 할 것이다. 이러한 헌법원칙들은 어느 시대, 어느 민주국가에서나 통용되어야 할 헌법원칙이라는 점에서도 북한법에 적용되어야 한다. 새로운 체제의 새로운 헌법이 제정되더라도 위와 같은 헌법원칙은 그대로 인정될 것이다. 따라서 체제전환기에 있어서 북한의 법이 위 헌법원칙들에 위반될 때 그 효력을 인정할 수 없다.

사실 신뢰보호원칙과 같은 헌법원칙은 체제전환시에 북한법의 적용과 남한법의 적용에 있어서 모순점이나 갈등관계를 조절하는 역할을 할 수 있을 것이다. 비례원칙과 같은 경우도 그러한 면이 있을 것이다. 이에 대해 좀더 구체적이고 실증적인 분석이 이루어질 필요가 있다. 이는 북한의 현행 법들을 검토하는 작업이 선행될 것을 요구한다고 할 것이다. 실제로 북한법의 효력을 정리하는 가장 효율적인 방안은 현재 200~250여개로 추정되는 북한법률을 각 소관부처별로 분류하여 우리의 헌법에 부합하지 않는 것들을 도출해내고 민사법 내지 가족법적 영역에서 남한법과 일치하는 내용을 살려두고 당장 삭제·개정했을 때 문제될 수 있는 법률에 대해서는 잠정적으로 그 효력을 유지하는 방법으로 통합이 달성될 수 있을 것이다. 가령, 사법(司法)영

---

다만 법치국가의 원칙이나 공서양속에 반하는 경우에는 예외적으로 그 효력이 부인되었다. ; 송인호, 『통일법 강의』, 법률신문사, 2015년, 72면.

39) 독일의 경우, ‘제2차 국가조약’을 통하여 헌법의 효력에 관하여서 “서독 헌법은 현재의 동독 지역에서 통일하는 날부터 발된다”고 하였고, 법률의 효력에 관하여는 “동서독은 새로운 법률들이 발효될 때까지 기존 법률들을 존속시킨다”고 하였다. ; 통일부(김영운, 양현모), 『독일, 통일에서 통합으로』, 2009년 12월, 149면.

역에서의 법제통합은 남한의 “각급 법원의 설치와 관할구역에 관한 법률”, “법관의 보수에 관한 법률”, “변호사법”, “민사소송법”, “형사소송법”, “공증인법”, “법원조직법”, “검찰청법”, “집행관법”이 있는데 이러한 법률들과 북한의 “재판소구성법”, “공증법”, “변호사법”, “공민등록법”, “민사소송법”, “형사소송법”을 서로 대치시켜 법무부를 주무부 서로 통합작업을 하는 것이 하나의 방법이 될 것이다.<sup>40)</sup>

구체적으로 북한법률의 내용을 살펴 본다면 법률의 구체성, 실효성, 입법밀도 등에 있어서 남한법과는 현저한 수준차이를 보이고 있으므로 북한법률 중에서 그 규범력을 살려두어야 할 것은 많지 않을 것으로 추정된다. 이때의 기준은 헌법 제4조가 되어야 한다. 오히려 문제는 북한법의 효력을 논하는 것보다 남한법이 북한에 적용되었을 때 발생할 법적 혼란상태를 어떻게 수습할 것인가에 논의가 모아져야할 시점이 되었다.

### (5) 북한법의 남한에서의 효력

먼저 이 논의는 모순적인 측면이 있음을 부인할 수 없다. 왜냐하면 북한의 법에 대해서는 북한정권에 대한 헌법적 정당성이 인정되지 않는데 북한정권이 제정한 법에 대해 남한에서 이를 인정할 것인지에 대해 논의하는 것이 논리적이라고 볼 수 없기 때문이다. 다만, 여기서는 남북한 사회 공통의, 사실은 인간으로서 적용받는 사회적 규범은 그 사회가 특별하지 않다면, 규범적으로 상궤(常軌)를 벗어나지 않은 공통의 규정들을 고려해보자는 의미일 것이다. 또한 현실에서 적용되고 있는 북한법률을 당장에 폐지하는 것이 불가능하기 때문에 우선 우리의 판례와 같이 부분적으로는 외국에 준하는 지역의 외국법으로 보고 논의를 전개할 수밖에 없다.

40) 구체적인 북한법률의 목록과 남한 법률목록의 매칭리스트는 한국법제연구원이 수행한 통일부 연구용역 보고서, “독일 통일 이후 분야별 법제정비 사례조사 및 한반도 통일과정에서의 정책방안 도출”, 2015년, 185면 이하에 있음.

상술한 바와 같이 우선 공사법 이원체계에 기인하여 북한의 공법(公法)과 사법(私法) 간의 차이를 고려하면서 검토가 이루어질 필요가 있다고 볼 것인바, 민법 등 사법(私法)에 있어서는 대한민국 현행 민법의 정신과 비슷한 취지의 규정들도 볼 수 있어 존치가 가능한 부분을 면밀하게 검토해야 한다. 그러나 공법적 영역에 있어서는 대체로 남한법이 그대로 혹은 수정하여 적용되어야 할 것이다. 다만, 북한법은 정통 사회주의 법체계와도 다소 다르고 사회주의 법체계는 공사법을 구분하지 않는바 그러한 특징이 녹아 있는 북한법제의 통합에는 사법 속에 녹아있는 공법적 사항과 공법 속에 녹아있는 사법적 사항을 재분류하는 작업이 필요하다.

### Ⅲ. 남북기본합의서의 법적 성격

남북한은 1991년에 남북기본합의서를 상호 체결하였는데 여기서 최초로 남북간의 관계에 관하여 ‘나라와 나라 사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수한 관계’로 정의하였다. 이때 설정한 관계를 소위 ‘특수관계론’으로 설명한다. 특수관계는 남북간에 상대를 국가로 인정하여 국가대 국가의 관계로도 설정할 수 없고 그렇다고 한 국가내부의 관계로도 설정할 수 없는 한민족이 분단국가로서 겪는 특수한 상황을 상정한 것으로 볼 수 있다.

남북기본합의서는 상호관계에 관한 정리외에 체제인정을 언급하고 있는데, 동합의서 제1조에서는 “남과 북은 서로 상대방의 체제를 인정하고 존중한다”고 하고 있다. 독일의 경우는 동서독기본조약 제1조에서 “서로 동등자격의 원칙에 입각하여 상호 정상적인 선린관계를 발전시킨다”고 하여 체제인정까지는 논하고 있지 않다. 따라서 남북기본합의서에 독일의 그것에 없는 표현인 ‘체제인정’을 논한 것은 우리 헌법 제3조와 제4조에 배치되는 부분이 있다. 또한 그간의 확립된 판례



와도 모순되는 측면이 있다. 동서독기본조약은 1973.5.25. 서독 연방참의원에서 이행법률형식으로 비준동의를 받았으나 남북기본합의서의 경우 내용적으로 입법사항을 포함하고 있어 헌법 제60조 제1항에 따라 체결·비준에 국회의 동의를 필요함에도 실제로 국회의 동의를 받지 않고 공포의 절차도 거치지 않았다는 점 등에 비추어 볼 때 ‘조약’으로서의 법적 구속력을 인정할 수 없다는 견해가 다수였다. 또한 조약은 체결당사자가 주권국가여야 하므로 만약 조약으로 볼 경우에 북한을 하나의 주권국가로 인정하게 되기 때문에 우리 헌법 제3조와 정면으로 부딪힌다는 비판이 제기될 수밖에 없다.

남북합의서의 법적 성격에 관하여 헌법재판소와 대법원은 이를 정치적 공동성명이나 신사협정으로 본다. 이러한 판례는 헌법과 법률에 기초하여 향후 남북간에 체결하게 되는 각종 합의서나 선언에 대한 규범력 인정 문제를 둘러싸고 법리적 문제를 야기하는 부분이 있다고 볼 수 있다.<sup>41)</sup> 어쨌든 이와 관련한 우리 사법부의 판단으로서 헌법재판소<sup>42)</sup>는 북한도 UN에 가입하였다고 하더라도 우리 법상 국가로 볼 수 없다고 하고, 또한 ‘남북 사이의 화해와 불가침 및 교류·협력에 관한 합의서’에 대해 이를 조약이 아니라 공동성명 내지 신사협정 정도로 받아들이는 것으로 보고 있는데 이는 대법원<sup>43)</sup>도 같은 입장이다.<sup>44)</sup> 이러한 견해는 남북한사이의 관계에 관한 우리 법제와 당시 남북 쌍방의 입장에서도 나타나는데 “쌍방 사이의 관계가 나라와 나라 사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계”라고 선언하였다는 점에 기인해 볼 때에도 남북한이 서로

41) 남북간의 각종 합의서에 관한 규범력에 관한 연구는 이효원, 『통일법의 이해』, 107면 이하에 기술되어 있음.

42) 헌재 2000.7.20., 98헌바63, 헌재 1997. 1. 16, 92헌바6, 같은 뜻으로 헌재 1997.1.16. 선고, 89헌마240, 헌재 2000. 7. 20. 선고, 98헌바63.

43) 대법원 1999.7.23., 98두14525.

44) 이러한 정리는 정재황, 신 헌법입문, 제6판, 박영사, 2016, 82면.

국가대 국가의 관계와는 다르다는 의지를 천명한 것으로 볼 수 있다. 이하에서 남북기본합의서의 법적 성격에 관한 헌법재판소와 대법원의 판례를 살펴본다.

(1) 헌법재판소의 국가보안법 위헌소원결정<sup>45)</sup>

[판시사항] ‘남북 사이의 화해와 불가침 및 교류·협력에 관한 합의서’의 법적 성격 : 남북당국의 성의있는 이행을 상호 약속하는 일종의 공동성명 또는 신사협정(紳士協定)에 준하는 성격을 가짐에 불과함.

[관련판시요지] : 1991.9. 남·북한이 유엔(U.N)에 동시가입하였으나 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 상호간에 國家承認이 있었다고는 볼 수 없다는 것이 현실 국제정치상의 관례이고 국제법상의 통설적인 입장이다. 「南北 사이의 和解와 不可侵 및 交流·協力에 관한 합의서」(1992. 2. 19. 발효)는 남북관계를 「나라와 나라사이의 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 신사협정(紳士協定)에 준하는 성격을 가짐에 불과하다. 남북합의서의 발효후에도 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 남북교류협력에 관한 법률은 남·북한간의 상호교류와 협력을 촉진하기 위하여 필요한 사항을 규정할 목적으로 제정된 것인데(제1조) 남·북한간의 왕래·교역·협력사업 및 통신역무의 제공 등 남북교류와 협력을 목적으로 하는 행위에 관하여는 정당하다고 인정되는 범위안에서 다른 법률에 우선하여 이 법을 적용하도록 되어 있어(제3조) 이 요건을 충족하지 아니하는 경우에는 이 법률의 적용은 배제된다고 할 것이므로 국가보안법이 이 법률과 상충되는 것이라고는 볼 수 없고, 위 두 법률은 상호 그 입법목적과 규제대상을 달리하고

45) 헌법재판소 1997.1.16., 92헌바6등.

있는 것이므로 남북교류협력에 관한 법률 등이 공포·시행되었다 하여 국가보안법의 필요성이 소멸되었다거나 북한의 반국가단체성이 소멸되었다고는 할 수 없다. 그러므로 북한을 반국가단체로 보고 이에 동조하는 반국가 활동을 규제하는 것 자체가 헌법이 규정하는 국제평화주의나 평화통일의 원칙에 위반된다고 할 수 없다.

(2) 대법원의 북한주민접촉신청불허처분취소사건 판결<sup>46)</sup>

[판시사항]

- [1] 남북 사이의 화해와 불가침 및 교류협력에 관한 합의서의 법적 성격
- [2] 북한주민의 접촉에 정부의 승인을 얻도록 규정한 남북교류협력에관한법률 제9조 제3항의 위헌 여부(소극)

[판결요지]

- [1] 남북 사이의 화해와 불가침 및 교류협력에 관한 합의서는 남북관계가 ‘나라와 나라 사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계’임을 전제로, 조국의 평화적 통일을 이룩해야 할 공동의 정치적 책무를 지는 남북한 당국이 특수관계인 남북관계에 관하여 채택한 합의문서로서, 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.
- [2] 남북교류협력에관한법률은 남북 간의 교류협력이 헌법 전문과 제4조 등의 통일조항이 천명하는 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일을 이룩하는 데 가장 현실적이고 효과적인 수단이라는 인식하에 그 추진을 위한 법적 장치로 마련된 법률로서, 그 제정·시행으로 모든 국민에게 남북 간의 왕래·교역·협력사업 및 통신역무의 제공 등 남북교류와 협력을 목적으로 하는 행위를 다른 법규정과 달리 긍정적으로 보장하기에 이르렀으나, 북한이 아직 우리의 자유민주적 기본질서에 위협이 되고 있음이 부인할 수 없는 현실인 이상 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일을 추진할 책무를 부담하고 있는 정부로서는 남북 간의 교류협력이 자유민주적 기본질서를 해치지 않는 범위 내에서 평화적 통일에

46) 대법원 1999.07.23. 선고 98두14525 판결.

도움이 되는 방향으로 행하여지도록 조정할 필요가 있고, 남북교류협력에 관한 법률 제9조 제3항이 북한주민의 접촉에 정부의 승인을 얻도록 한 것은 북한주민과의 접촉이 위와 같이 남북교류와 협력을 위하여 정당하다고 인정되는 범위 내에서 행하여지도록 조정함으로써 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일을 이룩하고자 함에 그 목적이 있는 것이므로 위 조항을 들어 헌법상의 통일원칙에 위배되는 위헌조항이라고 할 수 없고, 한편 헌법상 보장된 국민의 자유와 권리도 무제한적으로 향유할 수 있는 것은 아니고, 국가의 안전보장이나 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에는 그 본질적인 내용을 침해하지 아니하는 한도 내에서 제한될 수 있는 것이므로, 위 조항이 북한주민의 접촉에 정부의 승인을 얻도록 한 것은 국민이 북한주민과 접촉하는 것을 원천적으로 금지하고자 함에 있는 것이 아니라 북한이 우리의 자유민주적 기본질서에 현실적인 위협이 되고 있음을 고려하여 북한주민과의 접촉이 남북교류와 협력을 위하여 정당하다고 인정되는 범위 내에서 행하여지도록 조정하기 위한 것에 지나지 아니하므로, 남북교류와 협력을 위하여 정당하다고 인정되는 범위 내의 북한주민의 접촉은 이를 승인하여야 할 것이지만, 그 승인과정에서 국민의 자유와 권리가 다소 제한될 수 있다 하더라도 그러한 제한은 어디까지나 국가의 안전보장이나 질서유지를 위하여 필요한 최소한의 것이라 아니할 수 없고, 위 조항의 의미를 위와 같이 한정적으로 해석하는 한 그와 같은 제한이 국민의 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해하는 것이라고 할 수도 없으므로, 위 조항은 언론·출판·집회·결사의 자유를 규정한 헌법 제21조, 통신의 자유를 규정한 헌법 제18조, 헌법 제37조 제1항의 헌법에 열거되지 아니한 자유와 권리의 보장조항, 헌법 제37조 제2항의 과잉금지 및 기본권의 본질적 내용 침해금지 조항, 헌법상의 포괄위임금지 원칙 및 법치주의 원칙 등에 위반되지 아니한다.

### (3) 남북합의서의 법적성격 변화

이상에서 검토한 바와 같이 남북기본합의서의 법적성격이 문제가 되자, 이후 4대 경협합의서<sup>47)</sup> 및 이후 9개 경협관련합의서는 국회의

47) 남북사이의 합의서 제1호~제4호.

동의를 거치게 되었다. 또한 2005.12.29.에 제정된 “남북관계 발전에 관한 법률”에서 남북합의서의 체결·비준에 관한 상세한 근거 규정을 신설하였으므로 이제는 동법에 따라 국회의 동의를 받는 남북합의서는 국내법적 효력을 인정할 수 있다고 보는 견해가 다수가 되었다. 2003.6.30. 국회에서 동의를 얻은 ‘남북이중과세방지합의서’의 경우에는 규범력을 가진다는 판례<sup>48)</sup>까지 등장하였다.

<남북관계 발전에 관한 법률>

제21조(남북합의서의 체결·비준) ① 대통령은 남북합의서를 체결·비준하며, 통일부장관은 이와 관련된 대통령의 업무를 보좌한다.

② 대통령은 남북합의서를 비준하기에 앞서 국무회의의 심의를 거쳐야 한다.

③ 국회는 국가나 국민에게 중대한 재정적 부담을 지우는 남북합의서 또는 입법사항에 관한 남북합의서의 체결·비준에 대한 동의권을 가진다.

④ 대통령이 이미 체결·비준한 남북합의서의 이행에 관하여 단순한 기술적·절차적 사항만을 정하는 남북합의서는 남북회담대표 또는 대북특별사절의 서명만으로 발효시킬 수 있다.

제22조(남북합의서의 공포) 제21조의 규정에 의하여 국회의 동의 또는 국무회의의 심의를 거친 남북합의서는 「법령 등 공포에 관한 법률」의 규정에 따라 대통령이 공포한다.

제23조(남북합의서의 효력범위 등) ① 남북합의서는 남한과 북한사이에 한하여 적용한다.

② 대통령은 남북관계에 중대한 변화가 발생하거나 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요하다고 판단될 경우에는 기간을 정하여 남북합의서의 효력의 전부 또는 일부를 정지시킬 수 있다.

③ 대통령은 국회의 체결·비준 동의를 얻은 남북합의서에 대하여 제2항의 규정에 따라 그 효력을 정지시키고자 하는 때에는 국회의 동의를 얻어야 한다.

48) 청주지방법원 2011.6.9.선고, 2010구합2024 판결(확정)

남북한간의 관계가 국가대 국가의 관계로 보기 어려운 우리의 헌법 현실속에서 결국 남북간의 합의서는 조약으로 보기도 어렵고 신사협정으로 보는 것도 논란이 있을 수 있다. 2003년 이후 맺은 남북합의서에 대하여 국회의 동의를 받게 된 것은 남북합의서의 법적 효력과 체결의 법적 정당성을 부여하는 행위가 되는 것으로 일단의 논란은 제거되었다고 볼 수 있으나 보다 구체적으로는 북한의 법적 지위와 “남북관계발전에 관한 법률”에서 요구하는 절차의 준수 및 합의서에 내용에 따라 구체적으로 판단되어야 한다.

### 제 3 절 과도기 정부의 구성

#### I. 과도기에 관한 논의

##### (1) 과도기의 의미

과도기 정부의 구상과 관련하여서는 먼저 과도기란 말의 의미가 정해져야 한다. 과도기의 개념에도 넓게 보는 입장과 좁게 보는 입장이 있을 수 있을 것이다. 과도기를 넓게 볼 경우에는 통일의 기운이 상당히 넓고 통일이 가시적인 상태에서부터 시작된다고 볼 것이다. 과도기를 좁게 볼 경우에는 체제가 붕괴되거나 통일에 대한 합의가 이루어져 통일정부로 나아가기 위한 준비활동이 시작되는 시점에서부터의 시기를 말한다고 볼 것이다.

##### (2) 시나리오별 과도기 예상

과도기가 찾아오는 경우로는 다음의 경우를 상정할 수 있겠다. ① 북한체제가 붕괴하고 정권이 소멸될 경우, ② 북한체제가 붕괴하면서 북한 내에 과도체제가 수립되는 경우, ③ 북한체제가 그대로 유지되

면서 통일에 대한 합의를 이루는 경우 이 세 가지 경우를 상정할 수 있겠다.

①의 경우는 남한정부가 북한을 흡수통일하고 현행 대한민국 헌법을 그대로 적용할 수 있을 것이다. 물론 이 경우에도 새로운 통일헌법의 제정을 위하여 기존의 대한민국 헌법을 폐기하고 새로운 통일시대 헌법을 제정할 수 있을 것이나 이는 남북의 합의가 아닌 한반도 전체 국민의 결단에 의할 경우가 될 것이다. ②의 경우에는 북한의 과도체제와 남한과의 협상으로 통일방식과 과도정부가 정해질 수 있을 것이다. ③의 경우에도 협상을 통한 통일논의가 이루어지고 과도정부가 정해질 수 있을 것이다.

우리가 분단되었던 남북의 통합과정으로서의 과도기 정부의 조직이나 권한이 어떠해야 할 것인가 하는 문제로 논의할 대상은 주로 ②와 ③의 경우일 것이다.

### (3) 통일방식

위의 개념이나 과도기도래의 경우의 수에서도 인식될 수 있는 것이 통일의 방식이나 계기가 어떠한가에 따라 과도기의 모습이 달라질 수 있을 것이다. 어느 날 체제가 갑자기 붕괴되어 이루어지는 통일의 경우에 그 과도기 모습과 그와는 달리 오랜 협상과 합의를 통해 이루어진 통일의 경우에는 이미 상당시간 통일이 가시적이었으므로 과도기의 모습도 달라질 것이다.

일반적으로 상정될 수 있는 경우인 북의 체제가 완전히 붕괴되어 남한으로 편입되는 경우에는 다시 두 가지 경우로 나누어 남한의 헌법을 그대로 적용하는 방식과 남한의 헌법도 폐기하고 완전히 새로운 헌법을 제정하는 방식이 있을 수 있다.

이러한 상황에 비교법적으로 독일의 예를 참조할 수 있을 것이나 독일의 경우 연방으로의 편입을 기본법이 예정하고 있었다는 점에서 이러한 규정이 없는 우리와 다르다. 우리의 경우 그만큼 개방된 상태에 있다고 할 것이다. 따라서 어떠한 합의이든 통일의 방식에 따라서 남한법제가 이를 정당화 할 수 있는 준비로서의 사전에 근거조항을 두는 것이 바람직하다고 할 것이다.

## II. 과도기 정부의 형태로서 국가연합의 검토

과도기 정부 형태를 논하기에 앞서 잠시 언급할 필요가 있는 것이 우리정부의 공식적인 통일방안이다. 과거정권의 통일방안은 “민족화합 민주통일방안”(1982.1.22., 전두환 정부)에서 “한민족 공동체 통일방안”(1989. 9.11., 노태우 정부)으로 변천되었는데 “한민족 공동체 통일방안”에서 “한”자만 제외하고 김영삼 정부에서 계승한 것이 바로 “민족 공동체 통일방안”이다. 이후의 김대중, 노무현, 이명박 그리고 현재 박근혜 정부에 이르기까지 이 통일 방안을 거의 그대로 계승하고 있다.<sup>49)50)</sup>

---

49) 우리 정부의 통일방안에 관한 설명은 통일부의 홈페이지에서 참조하였음. <http://www.unikorea.go.kr/content.do?cmsid=1561>, 최종검색일 2016.9.30.

50) 또한 통일에 대한 남북의 입장에 대해서는, 국토통일원, 남북한 통일·대화 제의 비교 (II) - 1988~1990.2, 남북대화사무국, 1990.3, 등 참조. 박영호, 한반도 통일에 대한 남북한의 시각과 남북관계, 전략연구, 한국전략문제연구소, 2014.2, 282면 이하 등 참조.



<통일방안 변천과정><sup>51)</sup>



이 통일방안에 의하면 통일에 이르는 과정을 3단계로 분류하고 있는바 그것은 “화해협력→남북연합→통일국가”로 지향한다는 것이며, 통일의 기본원칙은 자주, 평화, 민주이다. 이러한 단계론에서 볼 때 공동체방안은 체제전환 내지 과도기적 통일과정에서의 체제라는 성격을 가진다. 화해협력 단계에서 이룩된 상호신뢰를 바탕으로 남북연합이

51) 표의 출처는 통일부 홈페이지 주요정책-통일방안, <http://www.unikorea.go.kr/content.do?cmsid=1561> 최종검색일 2016.10.11.

가능하다는 것인데 “남북연합”은 국가연합과 비슷한 성질을 가지는 것으로 이해된다. 이러한 연합체의 성격은 남북한의 정부를 그대로 두고 이루어지는 연합이라는 점에서 정치적 측면의 성격을 많이 가질 수는 없을 것으로 보인다. 따라서 경제공동체와 문화공동체로서의 의미를 우선은 많이 가지게 될 것이다. 그러나 통일의 종국점은 단일 정부를 구성한다는 점에서 정치적 통합을 위한 연합체로서도 작동되어야 하지 않을까 한다.

그렇다면 국가연합이란 무엇인가 또 우리의 통일방안에서 논하는 남북연합이 국가연합과 어떠한 차이를 가지는 것인가를 검토하고자 한다.

#### (1) 국가연합(confederation of States)

국가연합이란 공동의 목적을 위하여 결합조약에 법적근거를 두고 일정한 국가기능을 공동으로 행사하기로 한 국가간의 결합이다.<sup>52)</sup>

국가연합의 형태에도 여러 층위와 그 결속의 정도가 차이가 있을 수 있다. 유럽연합과 같은 국가연합의 경우 비교적 구속력이 있는가 하면 결속력이 약한 국가연합도 있다. 우리의 남북연합은 결속력이 강한 상태가 되어야 할 것이라고 본다. 그 이유는 첫째, 국가들 간의 결합이 아니라 우리는 원래 하나의 민족이었다가 상당히 외세의 영향을 받은 가운데 분할된 분단상태에서 이를 통합하기 위한 과도기적 국가형태가 되어야 한다는 것이다. 둘째 현행 헌법은 통일을 하나의 국가로 가는 것을 상정한다고 해석할 수 있다. 여하튼 이하에서 먼저 국가연합의 일반적 법리를 살펴보고 이에 비추어 우리의 논의를 전개하고자 한다.

---

52) 정인섭, 『신국제법강의』, 박영사, 2014년, 146면, 최원엽·정대진, 『국제법의 이해』, 책마루, 2013년, 97면.

## (2) 국가연합의 일반적 구조

국가연합(confederation)에서 각 국가들은 각각의 주권과 독립성을 그대로 보유한 채 서로 결합되어 있다. 연방국가의 경우 주들이 합의에 의해 연방헌법을 제정함으로써 연방국가를 성립시키는 것과 달리 국가연합은 일반적으로 조약의 체결로 성립된다.<sup>53)</sup> 일반적으로 연방국가(federal state) 혹은 연방(federation)과 함께 연방체제(federation system)의 일종으로 간주되는 국가연합은 군사적, 경제적인 공동이익을 위해 긴밀하게 협력하려고 하는 지리적으로 근접한 국가들 혹은 정치적 조직체들이 그러한 협력으로 인해 자신들의 독립성이나 국가성(statehood)이 잠식될 가능성을 최소화하려 할 때 선택하는 정체이다.<sup>54)</sup> 이러한 국가연합은 연합의 공동정부가 구성단위체들의 시민 개개인들을 직접 통치할 수 있는 권한을 보유하지 않으므로 국가연합이 일반 시민들의 삶에 영향을 미치는 것은 언제나 간접적인 통로를 통해서만 가능하다는 것인데 이러한 사실은 구성단위체들의 독립성을 보존하기 위한 필수불가결하고 불가피한 제도적 장치로 볼 수 있다.<sup>55)</sup>

## (3) 연방국가와의 차이점

과도기체제로 국가연합과 연방제가 각기 주장되고 있기도 하므로 연방국가와 국가연합을 비교해 볼 필요가 있다. 연방국가와 국가연합의 차이를 보면, ① 그 성립이 연방은 헌법에 의하여, 국가연합은 일반적으로 조약에 의하여 이루어진다는 점, ② 연방국가도 하나의 국가인 반면에 국가연합은 국가로서의 성격을 가지지 않는다는 점, ③ 연방은

53) 정재황, 『신헌법입문』 제6판, 박영사, 2016년, 86면.

54) 김준석, “국가연합(confederation)의 역사적 재조명: 미국, 독일, 네덜란드 그리고 유럽연합”, 『국제정치논총』 제48권 제1호, 한국국제정치학회, 2008년 3월, 147면.

55) 김준석, “국가연합(confederation)의 역사적 재조명: 미국, 독일, 네덜란드 그리고 유럽연합”, 147면.

주권을 가지나 국가연합은 주권을 가지지 않는다는 점, ④ 연방국가에서는 연방과 주 간의 권한분배가 있으나 국가연합은 그러하지 않은 점, ⑤ 연방은 국제법주체성을 가지나 국가연합은 그러하지 않은 점, ⑥ 군사병력을 국가연합은 보유하지 않고 개별 구성국가가 보유하는 반면 연방국가의 경우는 주가 아니라 연방이 보유하는 점 등이다.<sup>56)</sup>

#### (4) 유럽연합의 경우

유럽연합(European Union)은 그 명칭이 ‘연합’이라도 상술한 국가연합보다는 그 구성국가들 간의 결속력이 강한 특징을 가지고 있다.<sup>57)</sup> 국가연합과 달리 유럽연합은 구성국가들로부터 상당한 권력을 위임받은 공동체이고 집행부와 합의제기관(유럽의회), 재판기관(유럽연합재판소)을 두고 있는데 유럽연합의 규범은 구성국가들에도 구속력을 가지는 것으로 하였다.<sup>58)</sup> 공동기구로서 위원회(European Commission)와 이사회(Council)을 두고 있는데 위원회는 회원국당 1명의 의원을 추천받아 모두 27인의 위원으로 구성하고 위원장을 지명하는 권한은 국가 또는 정부수반들로 구성되는 이사회에 귀속하였다. 이사회는 국가원수로 구성되는 유럽이사회와 외원국 장관들로 구성되는 각료이사로 구성하며 의사결정기구로서 이사회는 의사결정방법으로 상당한 영역에서 전원일치제를 채용하나 사안의 중요도에 따라서는 가중다수결방식이 사용되기도 한다. 투표가중치는 각 국가별 인구와 경제규모, 예산형성기여도 등을 감안하여 부여하는데 이러한 방식은 향후 남북한이 통일과도기 또는 연합단계에서 우리가 주도권을 확보 할 수 있는 방안으로서 비교연구모델로 활용해 볼만 하다고 생각된다.

56) 정재황, 『신헌법입문』 제6판, 박영사, 2016년, 86-87면.

57) 정재황, 전게서, 87면.

58) 원래 유럽연합은 경제공동체로 출범하였으나 1992년 Maastricht조약으로 경제영역을 넘어서 그 목표영역이 확대되었고, 2005년 유럽연합헌법조약이 불발되었으나 수정된 리스본조약(개정조약, the Reform Treaty)이 2009년 12월 1일 발효되어 보다 결속력을 가지게 되었다.; 정재황, 전게서, 87면.

## (5) 과도기에 있어서 국가연합이 가지는 모순점

국가연합은 국가들 간의 연합체인데 이 연합체를 인정한다면 오히려 다음과 같은 모순이 있다. 체제전환의 의미를 어떻게 보느냐에 따라 과도기와 같은 의미로 보고 북한정권이 협상 주체로서 합쳐지는 경우라면 현행 우리 헌법에 따르면 북한정권을 국가로 인정할 수 없는 불법단체 정권이라는 점에서 나라와 나라 간의 결합인 국가연합으로 나아가기에는 모순이 법리적으로 생긴다. 체제전환을 남북한이 모두 해체되고 완전히 새로운 체제로 이행하는 것으로 본다면 국가연합이 법리적으로 가능할 것이다. 요컨대 체제전환의 의미를 통일합의에 완전히 이른 것이 아닌 과도기적으로 또는 통일을 향한 노력과정으로 본다면 위와 같은 모순이 없지 않다는 것이다. 그러나 이하에서 보듯이 국가들 간의 연합이라는 본래적 의미의 원칙적인 국가연합이론에서 다소 변형된 국가연합체를 상정할 수도 있다는 전제에서 살펴보기로 한다.

이하에서는 또 위와 같은 문제점이 있으므로 국가연합이란 말은 국가연합이론 부분에 사용하고 남북한에 대해서는 ‘국가’란 용어는 가급적 붙이지 않고 ‘남북한연합’, ‘남북한연합체’라고 부르면서 논의를 하고자 한다.

## (6) 체제전환기 국가형태로서 국가연합의 고려점

위에서 국가연합의 일반적인 구조를 검토하였는바, 체제전환과정에서 국가연합 체제를 취한다고 하더라도 다음과 같은 점을 고려하여야 한다.

첫째, 일반적으로 국가연합은 주권보유를 하지 않는다고 하였는데 우리의 전환기적 연합체의 경우에는 대외적인 관계에서 주권을 보유하여야 할 것이다. 통일의 마무리를 위해서 하나의 체제로서 외부적

관계가 독립적으로 국제관계에서 통일을 위한 영역에서는 우리의 이익을 찾을 수 있는 단일의 주권을 행사할 수 있어야 할 것이고 남북한연합체로서 국제법상 권리와 의무를 지는 하나의 법주체로서의 지위를 누릴 수 있어야 한다.

둘째, 국가연합은 연합을 이루는 국가들에 대해 국가연합체 자체가 구속력을 가지는 법규범을 제정할 수는 없는 것이 국가연합의 일반론이다. 그러나 대한민국의 체제전환적 남북한연합체에서는 남북 모두에 구속력을 가지는 법규범을 남북한연합체가 제정할 수 있고 통합적인 법체제를 이루도록 하여야 한다. 물론 각 지방자치단체별로 자치적인 규정을 제정할 수 있고 이를 보완해주는 법적 의미를 가지는 남북한연합체 입법이 바람직하다고 볼 것이다. 체제전환기에서부터 민주적인 지방분권과 지방자치의 구현이 필요하다. 독일의 예에서 보듯 통일 이전과 이후에 사회통합을 위한 지방자치단체의 역할이 매우 실효성 있었다는 사실에 착안한다면 우리도 지방자치단체의 역할을 강조할 필요가 있기 때문이다.<sup>59)</sup>

### Ⅲ. 과도정부체제의 구상

#### (1) 남북한연합

과도기에는 우선 우리의 공식적인 통일방안에서 상정하는 남북한연합을 우선 고려할 수 있다. 남북한연합은 실제로 국가연합을 염두에 둔 용어로 볼 수 있는데 이 논의는 이미 몇 가지의 문제점을 내포하고 있다. 위에서도 지적한 대로 국가연합은 국가를 전제로 하는데 남한과 북한의 관계가 국가대 국가의 관계로 보지 않는다는 점이 한 가지 문제점이고 남북한연합을 국가연합으로 보게 되면 국제사회에 대해

---

59) 통일에 있어서 지방자치단체의 역할강화에 대해서는 000, 『북한이탈주민 지원 법제의 현황과 개선방안』, 한국법제연구원, 2016년, 68면이하.

통일의 정당성 내지 통일의 필요성을 주장할 수 있는 명분이 약화될 우려가 있다. 이러한 점에서 우리의 통일방안이 남북한이 특수한 관계라는 점과 통일을 지향하고 있다는 점까지 감안하여 ‘남북한연합’을 상정하는 것으로 보인다. 그렇다면 실제로 남북한연합은 국제법상의 국가연합과 연방국가의 중간쯤에 위치하는 것으로 이해할 수 있다.<sup>60)</sup> 왜냐하면 최고의사결정기구로서 ‘남북정상회의’를 두고, 집행기구로서 ‘남북각료회의’를 상정한다. 또한 대의기구로서 100명 내외의 남북 동수대표로 ‘남북평의회’와 지원기구로서 상주연락대표를 파견하여 ‘공동사무처’를 구성하고자 하는 것이므로 일반의 국가연합에서 연방제 국가형태로 나아간 모습을 볼 수 있다.

보다 구체적으로 보자면, 남북한연합을 운영할 기구로는 최고의사결정 기구로서 남북정상회의, 각 측 10명 내외의 각료로 구성되는 남북각료회의, 양측 국회의원 총 100명으로 구성되는 남북평의회 및 공동사무처 등이 상정되며, 서울과 평양에서는 상주연락대표를 파견하여 각기 중앙정부와의 사이에 필요한 사항을 연락하도록 한다.<sup>61)</sup>

따라서 남북한연합이 발족된다면 남북관계는 국가와 국가간의 관계에서 진일보하여 민족내부의 특수관계라는 성격을 지니게 된다.<sup>62)</sup> 그런데 가장 최근의 통일방안이라고 볼 수 있는 2000년 6·15남북공동선언에서는 북한의 연방제 통일방안과 우리의 민족공동체 통일방안의 공통성을 감안한 듯 “낮은단계의 연방제”에 합의한 바 있다.<sup>63)</sup>

60) 김국신, 남북연합 형성 및 운영방안연구, 민족통일연구원, 1994년, 49~50면.

61) 여인곤, “남북연합 형성을 위한 주변4국 협력유도 전략”, 통일연구원 인문사회연구회 협동연구총서 2001-02 『남북한 평화공존과 남북연합 추진방안』, 협동연구 국내학술회의(2001.11.1.~2) 발표논문집, 43면.

62) 여인곤, “남북연합 형성을 위한 주변4국 협력유도 전략”, 43면.

63) 북한의 통일방안에 관해서는 강현철, 『통일헌법연구-정부형태를 중심으로』, 한국학술정보, 2006년, 40면 이하.

<표 > 남북한연합의 구성<sup>64)</sup>

명 칭	성 격	조 직
남북정상회의	최고결정기구	남북한의 정상
남북각료회의	집행기구	장관급, 각10명내외
남북평의회	대의기구	국회의원, 양측100명내외
공동사무처	지원기구	남북의 실무자
상주연락대표부, 분쟁해결기구, 남북각료회의 산하 분야별 상임위원회		

### 1) 남북한연합현장

어쨌든 남북한연합이 성립되면 남북한연합현장을 채택할 필요가 있다. 남북한연합현장은 남북정상회담에서 채택하고 남북한의 비준동의 절차를 거쳐서 민주적 정당성과 절차적 정당성을 확보할 수 있다.

남북한연합현장을 작성하기에 앞서서 남북정상간의 합의서가 먼저 채택될 것이다. 합의서에는 통일헌법제정(또는 남한헌법의 적용)에 관한 내용과 절차, 남북한연합의 조직구성 및 조직의 주요관장 사항, 남북한연합현장 및 합의에 관한 시일, 합의의 목적과 이행의 약속 따위가 담길 수 있을 것으로 보인다. 이하에서 이러한 가정을 실제로 담았던 예멘의 ‘아덴 정상회담 합의서’를 제시하고자 한다.

#### <아덴 정상회담 합의서>

남북예멘은 예멘 통일, 북예멘 9월 26일 혁명과 남예멘 9월 14일 혁명의 목표를 지향하며 국민과 통일을 위해 전사한 순교자들의 숭고한 뜻을 기리며 남북예멘의 안정과 번영 그리고 안보를 실현하기 위하여 알리 압둘라 짜레 대통령이 1989년 11월 29~30일간 공식사절단과 민간사절단을 대동하고 남예멘의 독립기념일 행사에 참여하였다. 이 기간동안에 1981년부터 논의되어 왔던

64) 상기의 설명을 표로 재정리한 것임.



통일헌법안 작성에 합의하고 쿠웨이트 협정과 카이로 협정을 비롯한 기존의 협정내용을 준수할 것에 재 다짐하였다. 이에 대한 세부사항은 다음과 같다.

제 1 조

- 제1항 : 통일헌법제정안을 6개월 이내에 국회의 동의를 얻어 승인받는다.
- 제2항 : 남북 대통령은 헌법제정안에 대한 국민투표와 새헌법에 의거한 통일국가총선 실시를 국회에 위임한다.
- 제3항 : 위 사항을 실행하기 위해 양측의 내무부장관을 포함하는 공동각료 위원회를 구성하여 이를 감독하도록 한다. 이는 남북의 국회가 각각 이를 승인한 날로부터 6개월 이내에 실시하며 공동각료위원회는 책무를 수행하기 위한 모든 권한을 부여받는다.
- 제4항 : 남북 대통령은 아랍연맹에 강기 위원회의 활동에 동참할 대표단의 파견을 요청한다.

제 2 조

- 제1항 : 예멘 최고위원회와 공동각료위원회, 남북통일 전담위원회와 관련 1988년 5월 협약의 집행을 위해 모든 절차를 완결한다.  
1989년 3월 21~23일간 사나에서 개최된 공동각료위원회 1차회기결과를 실행에 옮기고 최대한 2달 이내에 업무를 조속히 성공리에 실행하도록 한다.
- 제2항 : 최대한 2개월 이내에 공동위원회 1차 회기에 이루어진 합의사항을 조속히 실행하기 위해 통일정치조직위원회를 구성한다. 이는 통일국가의 헌법안에 비추어 통일 국가의 정치구도의 미래를 설계하고 민주주의 행보를 확고히 하기 위함이다.
- 제3항 : 양측 지도부는 1989년 11월 30일 아덴에서 합의된 위 사항을 실행에 옮기고 준수한다.

공화국 대통령 군통수권자 국민의회당 총재  
알리 압둘라 썰레

사회주의 서기장  
알리 썰림 알 비이드

남북정상합의서에서 다시 연합현장으로 돌아가 보자. 구체적으로 남북한연합현장에는 통일의 기본원칙을 명시할 필요가 있는바 이는 자주, 평화, 민주가 되어야 할 것이고 우리의 통합이 나아갈 근본정신과 지향점에 관한 가치과 남북통합의 호혜평등성 등을 제시할 필요가 있다.

또한 상술한 남북한연합의 행정 및 입법과 분쟁처리를 위한 임시기구의 설치에 관한 사항을 규정하고 남북한연합기구의 운영원칙 및 조직구성에 관한 사항을 명시하여야 할 것이다. 구성원칙은 남북상호 동수로 할 것인가 혹은 유럽연합과 같이 인구 및 경제적 기여도 등을 감안한 가중치를 부여할 것인가에 관한 합의가 나타나야 하며 의결방식, 회의 운영의 원칙에 관한 사항도 규정되어야 한다. 이러한 방식에 관한 사항은 유럽연합, 연방제 국가 및 민주주의가 정착한 해외 선진국의 사례를 비교법적으로 검토하면 될 것이다. 또한 통합의 비율을 놓고 대등한 통합인가 혹은 각 부문별 특성에 따른 비율을 감안한 통합을 할 것인가도 매우 중요하다. 인구와 경제규모 등을 감안하지 않고 1:1의 완전대등한 기계적 권력배분에 의한 통합은 예멘의 사례와 같이 재분열의 우려를 노정하기 때문이다.<sup>65)</sup> 물론 대등한 통합의 약속은 우리와 같이 인구 및 경제격차가 심한 관계에서는 쉽게 합의에 도달할 수 있는 장점이 있으나 실질적으로 평등한 통합이 무엇인지를 생각해 본다면 또 예멘의 사례를 본다면 기계적 통합은 매우 신중할 필요가 있어 보인다.

그리고 반드시 규정해야 할 사항 가운데 중요한 것이 분단상황의 평화적 해결을 위한 국제법 준수와 이행을 위한 국제평화주의 선포, 무

65) 예멘의 재분리에 관하여 사회적인면, 재정과 행정상의 부패, 사회적 요인, 문화적 요인, 군사, 안보적 요인, 지역주의 요소, 국제적 요소 등으로 분석하고 있는데 이러한 요소의 공통점내지 핵심적 원인은 군사, 안보마저 대등하게 분리하여 통합한 것이 그 원인으로 분석된다. 알리압둘-카위 알-가파리(법제처역), 『예멘통일 현실과 미래』, 1999년, 273~284면.

예멘의 경우 북예멘은 남예멘과 비교해서 여러 면에서 우위를 보이고 있었으나, 권력배분시 남예멘의 균등한 권력배분요구에 응함으로써 통일이 이루어졌다. 남북예멘의 “일대일” 통합원칙은 최고권력기관인 대통령평의회부터 의회, 내각, 그리고 각 행정부처에 이르기까지 철저히 적용되었으며, 지휘체계가 엄격해야 할 군마저 이런 원칙에서 벗어나지 못하고, 국방장관은 남예멘출신, 참모총장은 북예멘출신으로 임명되었다. 그러나 형식적 통합에도 불구하고 군은 여전히 통일이전의 지휘체계 하에 있었고 결국 권력 갈등을 초래하였으며 북예멘이 통일하게 된다. ; 박정배, “통일대비 독일과 예멘의 통일헌법체제에 관한 법적 고찰”, 『법학논총』 제33집, 숭실대학교 법학연구소, 2015년 1월, 143면.

력의 불사용, 인권보장을 위해 우리 통일의 지지세력을 확보하는 것이 중요하다. 이와 관련하여 북한이 그간 맺은 국제조약 및 협정 등의 효력에 관하여 상대국과 긴밀한 합의를 통하여 국제적 신뢰를 저버리지 않도록 해야 하는데, 이러한 문제에 관하여는 일관적인 기준이 확립되어 있다고 보기 어려운 측면이 있어 국익을 감안한 결정을 연합현장에 담아낼 필요가 있다.

마지막으로 남북한연합의 국제적·민주적 정당성 확보를 위하여 이것이 법적 효력을 가질 수 있도록 조약이라는 점을 명시하여 북한내에서도 국내비준절차를 거치도록 해야 한다. 이 경우 최고인민회의 상임위원회가 아닌 국무위원회 위원장의 비준을 받게 하여 남북한연합현장이 중요조약임을 인정받도록 해야 한다. 2016년 개정된 북한 헌법 제103조는 외국과 체결한 중요 조약의 비준은 국무위원회 위원장의 임무 및 권한으로 되어 있기 때문이다.

## 2) 남북한연합현장과 남북기본합의서의 관계

우리의 통일 방안에서 남북한연합은 제2단계에 해당하는 것으로 제1단계(화해협력)에서 작성되어졌다고 할 수 있는 남북기본합의서<sup>66)</sup>와 남북한연합현장사이의 관계에 관한 정리가 이루어질 필요가 있다. 구체적으로는 남북한연합 이전에 이루어진 남북간의 각종 합의사항의 효력을 확정하고 기존의 남북간 대화를 위한 각종 기구와의 관계 등을 새롭게 설정해야 하는 과제가 생긴다. 또한 제1단계에서 작성된 규범의 효력을 제2단계에서 어떻게 인정할 것인가에 관한 문제도 해결과제가 된다. 이와 관련하여 남북기본합의서는 화해·협력단계에 적용되는 잠정성을 지닌 조약으로 보아야 하고 이러한 점에서 남북한연합이 형성되면 남북기본합의서는 효력을 상실하고 남북한연합현장에

66) 남북기본합의서에 관한 평가는 김갑식, “남북기본합의서에 대한 북한의 입장”, 『통일정책연구』 제20권 제1호, 통일연구원, 2011년, 59면이하, 정규섭, “남북기본합의서: 의의와 평가”, 『통일정책연구』 제20권 제1호, 통일연구원, 2011년, 3면 이하.

의해 대체되는 것이 바람직하다면서 통일국가 형성시까지 남북기본합의서의 효력을 연장시킬 필요가 있는 경우에는 남북한연합헌장에 특별규정을 두거나 남북기본합의서를 개정하여 효력을 연장시키는 조항을 둘 필요가 있다는 지적<sup>67)</sup>이 있다. 생각건대 남북기본합의서와 남북한연합헌장의 효력에 관한 문제는 양자의 내용의 중복성과 남북한연합에서의 통합에 관한 밀도 등을 종합적으로 고려하여 중복되는 내용은 신법우선의 원칙으로 해결하고 남북기본합의서에 남겨둔 성격의 내용은 그 효력을 유지시키도록 하는 편이 합리적이다.

<남북 사이의 화해와 불가침 및 교류·협력에 관한 합의서>  
(약칭, 남북기본합의서)<sup>68)</sup>

1992년 2월 19일 발효

남과 북은 분단된 조국의 평화적 통일을 염원하는 온 겨레의 뜻에 따라, 7·4 남북공동성명에서 천명된 조국통일 3대원칙을 재확인하고, 정치 군사적 대결상태를 해소하여 민족적 화해를 이룩하고, 무력에 의한 침략과 충돌을 막고 긴장 완화와 평화를 보장하며, 다각적인 교류·협력을 실현하여 민족공동의 이익과 번영을 도모하며, 쌍방 사이의 관계가 나라와 나라 사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계라는 것을 인정하고, 평화 통일을 성취하기 위한 공동의 노력을 경주할 것을 다짐하면서, 다음과 같이 합의하였다.

**제 1 장 남북화해**

제 1 조 남과 북은 서로 상대방의 체제를 인정하고 존중한다.

제 2 조 남과 북은 상대방의 내부문제에 간섭하지 아니한다.

제 3 조 남과 북은 상대방에 대한 비방·중상을 하지 아니한다.

제 4 조 남과 북은 상대방을 파괴·전복하려는 일체 행위를 하지 아니한다.

67) 이장희, “한국통일과 국제법적 과제”, 『한국통일과 법적 과제』, 법제처·북한법연구회·한국법학교수회 북한법연구특별위원회 공동주최 정부수립 60주년 기념 2008 남북법제 특별세미나 자료집, 67면.

68) 출처는 통일부 남북회담본부.

제 5 조 남과 북은 현정전상태를 남북 사이의 공고한 평화상태로 전환시키기 위하여 공동으로 노력하며 이러한 평화상태가 이룩될 때까지 현군사정전협정을 준수한다.

제 6 조 남과 북은 국제무대에서 대결과 경쟁을 중지하고 서로 협력하며 민족의 존엄과 이익을 위하여 공동으로 노력한다.

제 7 조 남과 북은 서로의 긴밀한 연락과 협의를 위하여 이 합의서 발효 후 3개월안에 판문점에 남북연락사무소를 설치·운영한다.

제 8 조 남과 북은 이 합의서 발효 후 1개월 안에 본회담 테두리 안에서 남북정치분과위원회를 구성하여 남북화해에 관한 합의의 이행과 준수를 위한 구체적 대책을 협의한다.

## 제 2 장 남북불가침

제 9 조 남과 북은 상대방에 대하여 무력을 사용하지 않으며 상대방을 무력으로 침략하지 아니한다.

제10조 남과 북은 의견대립과 분쟁문제들을 대화와 협상을 통하여 평화적으로 해결한다.

제11조 남과 북의 불가침 경계선과 구역은 1953년 7월 27일자 군사정전에 관한 협정에 규정된 군사분계선과 지금까지 쌍방이 관할하여 온 구역으로 한다.

제12조 남과 북은 불가침의 이행과 보장을 위하여 이 합의서 발효 후 3개월 안에 남북군사 공동위원회를 구성·운영한다. 남북군사공동위원회에서는 대규모 부대이동과 군사연습의 통보 및 통제문제, 비무장지대의 평화적 이용문제, 군인사교류 및 정보교환 문제, 대량살상무기와 공격능력의 제거를 비롯한 단계적 군축 실현문제, 검증문제 등 군사적 신뢰조성과 군축을 실현하기 위한 문제를 협의·추진한다.

제13조 남과 북은 우발적인 무력충돌과 그 확대를 방지하기 위하여 쌍방 군사당국자 사이에 직통 전화를 설치·운영한다.

제14조 남과 북은 이 합의서 발효 후 1개월 안에 본회담 테두리 안에서 남북군사분과위원회를 구성하여 불가침에 관한 합의의 이행과 준수 및 군사적 대결상태를 해소하기 위한 구체적 대책을 협의한다.

## 제 3 장 남북교류·협력

제15조 남과 북은 민족경제의 통일적이며 균형적인 발전과 민족전체의 복리

향상을 도모하기 위하여 자원의 공동개발, 민족 내부 교류로서의 물자교류, 합작투자 등 경제교류와 협력을 실시한다.

제16조 남과 북은 과학·기술, 교육, 문화·예술, 보건, 체육, 환경과 신문, 라디오, 텔레비전 및 출판물을 비롯한 출판·보도 등 여러분야에서 교류와 협력을 실시한다.

제17조 남과 북은 민족구성원들의 자유로운 왕래와 접촉을 실현한다.

제18조 남과 북은 흩어진 가족·친척들의 자유로운 서신거래와 왕래와 상봉 및 방문을 실시하고 자유의사에 의한 재결합을 실현하며, 기타 인도적으로 해결할 문제에 대한 대책을 강구한다.

제19조 남과 북은 끊어진 철도와 도로를 연결하고 해로, 항로를 개설한다.

제20조 남과 북은 우편과 전기통신교류에 필요한 시설을 설치·연결하며, 우편·전기통신 교류의 비밀을 보장한다.

제21조 남과 북은 국제무대에서 경제와 문화 등 여러분야에서 서로 협력하며 대외에 공동으로 진출한다.

제22조 남과 북은 경제와 문화 등 각 분야의 교류와 협력을 실현하기 위한 합의의 이행을 위하여 이 합의서 발효 후 3개월 안에 남북경제교류·협력 공동위원회를 비롯한 부문별 공동위원회들을 구성·운영한다.

제23조 남과 북은 이 합의서 발효 후 1개월 안에 본회담 테두리 안에서 남북 교류·협력분과 위원회를 구성하여 남북교류·협력에 관한 합의의 이행과 준수를 위한 구체적 대책을 협의한다.

#### 제 4 장 수정 및 발효

제24조 이 합의서는 쌍방의 합의에 의하여 수정·보충할 수 있다.

제25조 이 합의서는 남과 북이 각기 발효에 필요한 절차를 거쳐 그 문본을 서로 교환한 날부터 효력을 발생한다.

1991년 12월 13일

남 북 고 위 급 회 담  
남측 대표단 수석 대표  
대 한 민 국  
국 무 총 리 정원식

북 남 고 위 급 회 담  
북 측 대 표 단 단 장  
조선민주주의 인민공화국  
정 무 원 총 리 연형묵

### 3) 남북정상기구

우선 남북한연합체는 두 개의 정부의 병존을 인정하는 것이므로 정상기구라고 부를 수 있다. 그런데 대외적인 관계에서 외교적 조율을 위한 협력과 분담이 어떻게 이루어질 수 있을지에 대해 미리 규정을 두는 것이 필요할 것이다.

### 4) 연합체입법기구

남북한에 공통적으로 적용될 법규범을 정립하는 입법을 수행할 입법기구가 필요할 것이다. 이 입법기구는 그 남북한이 공통적으로 해결하도록 할 영역범위가 어느 정도인지에 따라 관련 법규범의 정립범위도 달라질 것이므로 그 권한의 광협도 그 점에 달려있다고 할 것이다. 남북한연합체가 국가연합 보다는 결속이 강하고 연방국가 보다는 결속이 느슨하다는 점에서 보면 비록 연방제에서처럼 연방과 주정부 간의 권한배분이 세세히 이루어질 것은 아니나 그렇더라도 국가연합 보다는 결속이 강함으로 남북한연합체와 남한, 북한 각 정권 간의 권한을 배분해야 하는 일이 있을 것이다. 이 배분에 관한 입법이 남북한연합체 헌법에서 미리 정해져야 할 것이지만 보다 구체적인 것은 입법기구가 구체적 사안을 두고 해결하여야 할 경우가 나타날 수 있을 것이다.

이 입법기구의 구성을 어떻게 할 것인가가 논의되어야 할 것이다. 인구비례로 선출된 의원들로 구성하자는 의견과 인구수와 무관하게 지역별로 선출된 대표자들로 구성하자는 의견이 있을 것이다. 생각건대 이 연합체입법기구는 남북한 정부를 그대로 두고 공통으로 적용될 입법을 논의할 기구라면 통일된 상황에서의 국회구성과는 달리 불면이 없지는 않을 것이다. 이 점을 감안하되 남북한 공통으로 적용될 규범의 정립을 담당한다는 점을 또한 감안하여야 할 것이다.

또 다른 논의점은 연합체입법기구가 그 업무의 정도나 질에 따라 상설적이어야 한다면 남한과 북한의 어느 지역에 설치할 것인가 하는 문제이다. 회기를 어떻게 할 것인지, 의결절차는 어떻게 할 것이고 특히 의결정족수는 단수다수로 할 것인지, 가중정족수로 할 것인지 등의 문제가 논의되어야 할 것이다.

연합체입법기구에서 정립된 법규범의 효력은 어떠한지, 특히 남한과 북한의 정부에 대해 어느 정도의 구속력을 가지게 할 것인지도 문제된다. 그 구속력이 남북연합체가 단순한 국가연합을 넘어 연방 수준에는 못 미치나 구속력이 비교적 강한 연합체로 나아가도록 할 것인가를 결정짓는 것이기도 할 것이다.

### 5) 집행기구

남한과 북한이 각각 별도의 행정작용을 수행한다고 하더라도 경제나 문화, 체육 등에서 공동사업을 운영할 수 있을 것이므로 그것의 집행을 위한 기구가 필요하다. 이 집행기구의 구성이나 임명의 방식을 어떻게 하느냐 하는 문제들이 있고 이에 대한 논의가 쉽지만은 않을 것이다.

집행조직은 먼저 남북한연합체 자체와 남한, 북한의 정권이 각각 수행하여야 할 일을 분담하고 조자정하는 일을 담당하는 조정기구가 필요할 것이다. 다음으로 남북한이 공동사업으로 수행하는 경제, 경영 부분에서의 행정(예를 들어 남한과 북한지역 두 지역 모두에서 사업을 전개하려는 사업자에 대한 인허가사무 등), 문화행사 등에서의 공동운명을 위한 부서들이 필요할 것이다.

### 6) 사법기구

남북한연합체가 분쟁을 해결하고 연합체의 법규범을 해석하여 적용할 재판기구를 둘 필요가 있다. 이 분쟁은 대외적으로도 발생할 수 있을 것이다. 그 경우에 재판관할의 문제도 제기될 수 있을 것이다.



이에 대해 국제사법적으로 사법제도적인 대비책을 마련해 둘 필요가 있을 것이다.

사법기구의 조직도 심급을 어떻게 할 것인가 재판부의 구성원은 어떤 자격을 가진 자들로 임명할 것인가, 그들의 신분보장은 어떠한가 할 것인가 등 여러 문제들이 제기된다.

남북한연합체의 사법기구의 관할은 어떤 종류의 사건을 어떤 범위에서 판단하게 할 것인지 하는 문제가 있다. 또 사법기구에서의 재판 절차나 그 적용법의 결정에 있어서 준거 등이 중요한 문제로 대두될 수 있을 것이다.

재판기구의 상설 여부, 소재지도 재판관할의 양과 질에 달려있다고 볼 것이다.

#### 7) 입법기구와 집행기구와의 관계

남북한연합체의 입법기구와 집행기구 간에 어떠한 관계가 설정되어야 할 것인지도 문제된다.

#### 8) 동족성회복위원회

분단이 오래동안 지속되고 있다는 점에서 남북한연합체에서 필수적인 기구가 바로 이질성과 단절성을 극복하고 단일민족으로서의 통합을 위한 여건을 마련하기 위해 남북한이 동족성위원회와 같은 협의체를 구성하여 운영하는 것이 절실하다고 할 것이다.

#### 9) 지방자치제도

통일을 위한 남북연합체에서 지방자치권이 통일을 위한 생활기반적 자치활동을 수행할 수 있도록 하기 위해 어떻게 효과적으로 행사되도록 할 것인지, 지방의 조직을 어떻게 할 것인지에 대해 구상할 필요가 있겠다.

## (2) 통일정부의 기준

우리의 통일방안에 의하면 남북한연합 단계를 거쳐서 통일 국가를 상정하는 통일국가는 남북평의회에서 통일헌법초안을 마련하여 민주적 정당성을 부여하는 절차를 거쳐 통일헌법을 확정·공포하고 통일정부와 통일 국회를 구성하는 1체제 1정부를 구상한다. 다만, 민주적 정당성을 확보하기 위한 절차로서 국민투표를 주장하는 견해<sup>69)</sup>가 설득적이긴 하지만, 만약 국민투표에서 통일헌법이 부결된다면 그러한 사태를 대비할 방법이 없어 문제가 된다. 또 인구규모가 남한의 절반 정도에 지나지 않는 북한지역의 주민의 통일헌법에 대한 찬성을 이끌어내기 위해서는 그들의 이해관계를 상당부분 반영하지 않을 수 없어 정치적·사회적 진통이 예상된다. 그러므로 통일헌법의 민주적 정당성의 확보 문제는 그렇게 간단하게 국민투표만으로 해석해도 좋은지에 관해서는 신중한 검토가 필요하다.

정부형태의 선택에 관한 문제와 관련하여 통일과정에서 채택될 바람직한 정부형태를 검토하는 기준을 설정할 필요가 있다. 그 기준은 앞의 통일과제의 성격과 결부되어 끌어낼 수 있을 것이다. 다음과 같은 기준이 설정될 필요가 있다.

첫째로 우리 헌법 제4조에서 말하는 자유민주적 기본질서가 절대 기준이 되어야 한다. 이는 대한민국이 지향하는 통일의 이념적 기초이자 모든 통일 정책의 헌법적 한계이다.<sup>70)</sup> 둘째, 민족통합·정신적 통합을 위한 정부 셋째, 기본권의 신장을 위한 정부이며 넷째, 통합의 시너지효과를 극대화하는 정부여야 한다. 마지막으로 다섯 번째는 과도기의 정치적·경제적·사회적·문화적 혼란과 정리의 필요에 신속히 대처할 수 있는 정부여야 할 것이다.

69) 박정배, “통일대비 독일과 예멘의 통일헌법체제에 관한 법적 고찰”, 『법학논총』 제33집, 숭실대학교 법학연구소, 2015년 1월, 142면.

70) 허완중, 『한국헌법체제에 비춘 헌법 제4조의 해석』, 51면.

어떠한 정부형태를 취하든 중요한 것은 갑작스레 다가올 통일에 대한 대비도 중요하고 갑작스레 오지 않을 통일이라도 그것을 인내하고 포기하지 말고 한걸음씩 조금이라도 나아가겠다는 노력이 다해지고 끊이지 않아야 한다는 점이다. 독일의 경우에도 통일준비를 오랜 기간 해 왔다는 것을 잘 알 수 있다. 베를린 장벽의 붕괴는 어떻게 보면 1991년의 갑작스런 돌발적 사실이 아니라 그러한 준비결과의 꽃봉오리가 터진 것이라고 할 수 있다. 또 중요한 것은 남한의 정치제도가 통일준비과정에서 보다 통일을 위한 효율적 체제가 되어야 한다는 점이다. 통일과 국방, 외교에 전념할 수 있는 정부형태가 되어야 한다.

### (3) 기본골격

통치구조에 있어서 가장 중요도가 높은 것은 대통령제와 의원내각제 도입에 관한 논의이다. 그동안 남한 내에서는 대통령의 권한이 집중된 대통령제에 대한 문제의식이 확산되어 있다. 그러나 그렇다고 해서 한 번도 경험하지 못한 의원내각제의 도입이 성공하리라는 보장은 없다. 오히려 대통령제를 취하는 국가 중에서 비교적 성공한 사례로 꼽히는 우리의 현체제를 지지하고 한 동안 강력한 통치권으로 통일 초기의 사회적 혼란을 수습할 적절한 수단으로서의 대통령제에 대한 지지가 조금은 더 높은 것도 사실이다. 그렇다면 의원내각제를 도입하기보다는 현재의 체제를 유지하면서도 현체제의 문제점을 수정하고 새로운 통일국가에 걸맞은 방향의 수정된 정부체제가 적절하다고 할 것이다. 그 점에서 혼합정부제를 대안으로 제시할 수 있겠다. ‘혼합정부제’란 대통령제와 의원내각제 각각의 요소가 혼합된 정부형태이다. 즉 대통령이 외교, 국방 등에서 실질적인 권한을 가지는데 그 실질적 권한은 대통령이 국민으로부터 직선된다는 데서 나온다. 의원내각제적 요소로 내각불신임제와 의회해산제도를 갖추게 된다. 이러한 두

정부형태의 혼합체인데 종래 우리나라에서는 혼합정부제가 ‘이원정부제’라고 불리워지기도 하나 이원성은 국가원수와 내각이라는 이원적 모습을 의원내각제에서도 띠는 점에서 이원정부제라는 용어 보다는 혼합정부제라는 용어가 보다 적절하다. 혼합정부제는 의원내각제를 통해 북한의 의사를 넓게 수용하면서 통일을 위한 리더십을 필요로 한다는 점에서 대통령제를 가미한 체제로서의 유용성이 인정된다고 볼 수 있다.<sup>71)</sup> 이와 관련하여 용어는 이원정부제로 사용하고 있으나 이를 지지하는 근거로서 첫째, 그 구성원리에 있어서 어느 일방의 권력기관에 그 독점권을 부여하지 않는다는 점, 둘째, 직선되는 대통령에 의한 일관된 국정운영의 방향을 유지할 수 있다는 점에서 의원내각제에서의 혼란과 대통령제에 있어서의 독선을 막을 수 있다는 점, 셋째, 이원정부제의 본질적 요소는 그것이 일방적인 제도의 수용에 의한 것이 아닌 사회적·정치적 세 세력간의 타협의 산물임을 이원정부제를 운용하는 국가의 헌정사적 경험이 증명하고 있다는 점을 드는 바 특히사회주의권의 개방 이후 이원정부제를 시행하고 있는 루마니아가 사회주의 세력과 자본주의 세력 간의 타협의 산물으로써 이원정부제를 성공적으로 운용하고 있다는 점을 거시한다.<sup>72)</sup>

71) 혼합정부제의 채택을 지지하는 견해로, 강현철, 『통일헌법연구 정부형태를 중심으로』, 한국학술정보[주], 2006년, 195~196면. 한편, 현재의 대통령제에서 분권을 구하는 견해로서 김선택은 집행부의 기본구조로서 대통령과 총리와 내각으로 구성되는 행정부로 이원화를 주장한다. “대통령은 국가의 수반(head of state)으로서 외국에 대하여 국가를 대표하고, 총리는 행정부의 수장(head of government)으로서 국정 운용에 관한 중요정책의 의결기관인 내각회의의 의장이 된다. 대통령은 국가의 상징이자 국민통합의 구심적 역할을 하고 총리는 현실정치와 맞닿아 있으면서 행정부의 정책수립 및 집행자의 역할”을 말도록 주장한다. 즉, “대통령에게는 국민통합과 국가의 연속성을 담보하는 상징적 기관으로서의 권위(prestige)를, 총리에게는 행정운영의 실제 책임자로서의 집행권력(power)을 나누어 주고, 사안에 따라 협력(공동결정)하거나 견제(통제)”하는 편이 바람직하다고 한다. ;김선택, “제왕적 권력행사를 봉쇄하는 분권형 정부형태”, 『새로운 헌법 무엇을 담아야 하나』, 대화문화아카데미, 2011년, 63면.

72) 강현철, 『통일헌법연구 정부형태를 중심으로』 197~198면.

이상과 같이 집행부의 기본골격에 관한 구상을 해보았는데 이하에서 이를 바탕으로 입법부와 행정부, 사법부의 구성에 대한 논의, 그리고 입법부구성을 위한 선거제도와 정당제도 등에 대한 논의를 보다 더 구체적으로 전개해보고자 한다. 다만, 본 연구의 다른 장에서 통치구조와 선거제도, 정당제도 등을 집중적으로 보기로 계획되어 있으므로 이하에서는 주로 기본원리를 보되 관련되고 필요한 부분에서는 구체적인 문제도 살펴보고자 한다.

#### (4) 입법부

##### 1) 기본원칙 - 양원제 논의

입법부에 관해서는 그 구성이나 운영 등 여러 가지 문제에 대해 헌법원칙을 통일과 관련하여 논의할 수 있겠는데 자세한 것은 뒤의 장에서 다룰 것이므로 여기서는 핵심적 요소인 구성에 있어서 양원제 도입 여부에 대해서만 살펴본다.

##### 가. 양원제 논의의 필요성

입법부의 구성에 있어서 그 형태로서는 양원제가 지지된다.<sup>73)</sup> 양원제는 단원제에 비해 그 구성의 특징상 소외되기 쉬운 북한지역의 정치적·경제적 이해를 반영할 수 있는 장점이 있다는 것이 주요 논거로 꼽힌다. 양원은 국민의 보통·평등·직접·비밀선거로 인구비례에 따라 선출되는 하원과, 남북의 동질성을 확보하기 위하여 인구비례보다는 남북의 특수성을 고려하여 상원이 조화롭게 구성되어야 한다.

73) 양원제를 지지하는 연구로서는 류시조, “헌법개정의 논의방향”, 『공법학연구』, 제7권 제3호, 한국비교공법학회, 2006년 8월, 140~141면, 정영화, “의회개혁과 국가경쟁력: 양원제 도입의 논거로서 13-17대 총선거의 실증분석”, 『세계헌법연구』제11권 제1호, 국제헌법학회 한국학회, 2006년, 37~42면, 도희근, “통일헌법의 권력구조”, 『공법연구』 제40집 제2호, 한국공법학회, 2011년, 46면.

통일 의회는 북한의 통합에 대한 조기에 적절한 적응을 위한 특별입법이 다수 필요할 것으로 예상되며 따라서 이에 대한 입법준비가 있어야 하고 입법의 효율성을 사전에 예측하는 준비가 있어야 할 것이다. 과도기적으로 요구되는 입법사항들을 미리 점검하여 이에 대한 입법안을 마련하는 것이 필요하다. 특히 입법공백을 메울 수 있는 준비도 필요할 것이다. 그렇다면 통일의회는 북한의 의사를 고루 반영할 수 있고도 통일한국의 다양한 법제적 쟁점을 균형있고 신속히 처리할 수 있는 두 가지의 기능을 중심으로 설계되어야 할 것이다. 이러한 기능을 완수할 수 있는 제도로서 가장 유력하게 거론되는 것은 양원제이다. 이하에서 양원제에 관한 논의를 살펴보고자 한다.

#### 나. 양원제 도입취지

양원제 중에 지역대표형인 연방제 상원에 유사한 형태가 통일·통합에 유익한 면이 있을 것이다. 양원 중 상원이 북한지역대표자들도 구성되어 북한지역의 이익, 의사를 국가의사결정에 반영하고 그 지역의 발전을 촉진하는 데 기여할 수 있을 것이다. 일반적인 하원의 역할 보다 지역적 이익을 대변하는 상원이기 때문이다.

#### 다. 2014년 국회 헌법개정자문위원회의 헌법개정안

이 개정안도 양원제 도입을 제안하고 있다. 그 안은 아래와 같이 제안하고 있다. 이 개정안은 과도기적인 헌법이나 그 이전에서부터 양원제를 실시하자는 구상이다. 이 개정안이 아래에 보듯이 그 도입취지의 하나로 “통일한국과 미래 지역연방제를 대비하여 양원운영 경험 축적”이라고 밝히고 있기 때문이다. 통일 이후 체제전환과정에서도 북한지역과 남한지역의 통합을 위한 북한의사의 대변을 담당하는 상원제도가 필요하다고 할 것이다.

<국회 헌법개정안><sup>74)</sup>

□ 양원제 도입 (안 제63조 및 제64조)

- 민의원(民議院) : 하원 기능, 임기 4년, 비례대표 1/2 이상 포함
- 참의원(參議院) : 상원 기능, 지역을 대표로 선출, 100명 이하
- \* 양원제 도입 취지 : (1) 국가의사를 신중하게 결정(양원의 상호견제), (2) 통일한국과 미래 지역연방제를 대비하여 양원운영 경험 축적, (3) 지역을 대표하는 참의원을 통해 지방분권 강화유도
- \* 의원정수 : (1) 민의원(하원)은 현행 헌법대로 탄력성을 유지  
(2) 민의원 중 비례대표를 50% 이상 포함하여 다당제적 기반과 직능대표·소수대표 기능이 확대될 수 있는 여건을 마련  
(3) 참의원(상원)은 지역대표 기능으로서 그 수를 일정한 상한으로 제한하여 국회규모 비대화를 방지할 필요

□ 양원의 권한 (안 제74조부터 제87조까지)

- 민의원의 권한 : 국무총리 선출과 불신임, 국무위원 불신임, 대통령·국무총리·법관·헌법재판관 등 탄핵소추, 계엄해제요구, 예산법률안 우선심사, 중요조약·파병 동의, 국정조사 등
- 참의원의 권한 : 대법원장·대법관·헌법재판관 등 임명동의, 헌법재판관 탄핵결정, 대통령 긴급권 승인, 지방자치 관련 국정조사 및 관련 법률안 우선심사
- \* 헌법재판관 탄핵결정은 헌법재판소 스스로 하지 않고 참의원이 결정<sup>75)</sup>

라. 검토

양원제의 도입문제에 대해서는 양원제의 장단점을 고려할 일이다. 그동안 지적되어 온 의사와 결정의 신중성, 지역적 이익의 대표성 제공(지역대표형 상원의 경우), 단원제에서의 충돌 완화 등의 장점과 반대로 의사결정의 지체가능성 등의 단점을 고려하여 검토될 수 있겠다.

74) 이에 대해서는 국회 헌법개정 자문위원회, 활동결과보고서 I, 2014.7. 참조. [http://www.assembly.go.kr/assm/notification/policyroom/policyroom03/assmCounsel/counselUserView.do?bbs\\_num=37634&no=5&search\\_key\\_n=&search\\_val\\_v=&currentPage=1](http://www.assembly.go.kr/assm/notification/policyroom/policyroom03/assmCounsel/counselUserView.do?bbs_num=37634&no=5&search_key_n=&search_val_v=&currentPage=1) 참조.

75) 이상 위 국회의사이트 참조.

통일과 통합의 과제를 실현한다는 점에서 지역적 이익의 대표성 기능을 할 수 있는 상원이 있게 되면 인구비례적인 하원에 의할 때 북한 지역의 대표자 수가 적어지는 단점을 보완할 수 있고 이 점에서 과도기나 체제전환기에 양원제가 선호될 수 있다는 지적이 가능할 것이다. 양원제로 할 경우에 북한지역의 특수한 이익, 통일체제에서의 특별한 상황에 대한 배려 등은 상원을 통해 반영될 수 있다고 보는 지적도 그러할 것이다. 그렇다면, 여기서 양원제의 구조는 상원이 지역의 의견을 대변하는 역할을 하는 상원으로서 자리잡는 것으로 보아야 할 것이다. 그런데 뒤에서 거론하겠지만 단원제에서의 의원이나 양원제에서의 하원의 의원도 국가전체의 이익을 위해 활동하여야 한다는 이른바 기속위임금지 원칙을 고려한다면 논의의 전개 양상이 달라질 수도 있을 것이다. 여하튼 이러한 논의들이 이루어져야 할 것인데 일단은 통합을 위해 소외될 수 있는 북한주민의 의사를 보다 더 잘 반영하기 위한 지역대표적 상원이 의미가 있다고 볼 것이다.

한편 양원제를 도입하더라도 양원제 하에서 상원과 하원의 역할이나 그 지위가 어떠한가도 중요한 문제이다. 상원의 지위가 하원 보다 열위에 있게 될 때에 상원을 통한 지역의견의 반영이 약하게 될 것이기 때문이다. 위와 같은 점들이 다각적으로 검토되어야 할 것이다.

## 2) 국회의원 선거제도

통일과 통합의 과정에서 국민의 의사가 제대로 수렴되는 의회가 되기 위해서는 선거제도부터 다듬어져야 할 것이다.

### 가. 문제의 소재와 중요성

지역구수나 비례대표제의 의석 수를 인구비례로 정하게 되면 인구가 적은 북한지역 국민들이 자신의 의사를 대변할 대표자 수가 적어 남한과의 통합에 있어서 불리하고 차별을 받게 되지 않는가 하는 문



제가 제기되면서 통일의 과도기나 체제전환 초기에 국회의원선거제도를 특별히 이런 점들을 감안하여 설정하여야 하고 그렇다면 어떻게 설정되는 것이 바람직한가 하는 점이 논의될 필요가 있다.

나. 의원의 대표성과 의무, 국회의원 수(의석의 배분), 투표가치 등의 문제

(가) 전제적 문제

국회의원선거제도의 문제에 대한 논의에 있어서는 먼저 다음과 같은 전제조건들이 감안되어야 할 것이다. ① 국회의 구성을 위한 선거제도가 국회구성이 단원제인가 양원제인가 하는 문제와도 연결된다. 위에서 우리는 양원제의 선호에 대해 언급하였지만 상원제로 정해진다면 상원의 선거를 어떻게 할 것인가 하는 문제가 먼저 거론되어야 할 것이다. ② 양원제를 채택한다 하더라도 생길 수 있는 문제인데 의원의 임무가 어떠해야 하는가 하는 것이 통일, 통합에서의 국민대표제 구현 문제와 결부된다. 이 문제는 양원제에서든 단원제에서든 생가는 문제이다. 양원제에서도 상원은 지역대표역할을 한다 하더라도 지역구선출의원들로 구성되는 하원에서의 의원의 역할을 고려하여야 한다. 이 문제는 지역적 이익을 대변하는 상원이 아닌 하원에서의 의원이든 단원제 국회에서 의원이든 그 의원의 역할이 지역적 주민의 이익을 대변하는 대표자역할을 수행하는 것인가 아니면 국가전체, 국민전체를 위한 이익을 구현하기 위한 역할을 수행하여야 하는 것인가 하는 문제가 과도기나 체제전환기의 북한통합을 위한 의견개진에 있어서 중요하다.

(나) 구체적 논의

위의 전제적 문제를 고려하면서 나아가 논의를 좀더 구체화하면 아래와 같다.

가) 의원의 역할, 임무

이 문제는 위의 ②에서 언급한 문제인데 아래에 검토한다.

① 검토의 의미

통일시대의 입법부의 의원들의 역할, 특히 그들의 선출한 선거인들과 의원들과의 관계가 어떠해야 하느냐 하는 문제를 심도있게 살펴보아야 한다. 이는 통일에서 통합으로 나아가기 위해서는 국가의사의 결정이 중요하고 그 결정은 의원들의 활동을 통해서 이루어지기 때문임은 물론이다. 그리고 이는 통합을 위한 북한주민들의 입장이 충실히 대변될 수 있도록 하는 문제에 결부된다. 이 문제는 양원제를 채택하고 양원제에서 상원의 역할이 북한의 지역 이익을 대표할 수 있도록 한다면 완화되기는 하지만 단원제를 한다고 하더라도 마찬가지로 생기는 문제이다. 상원을 두지 않더라도 단원제 국회라고 하더라도 지역구에서 선출된 국회의원이 남한지역이 아닌 국가전체, 국민전체를 고려한 의견을 개진하고 이에 따라 국가의사가 결정된다면 북한지역의 입장이 반영될 수 있을 것이기 때문이다.

② 국회의원의 기속위임 금지

기속위임이란 의원이 자신을 선출한 지역구 주민의 의사나 명령, 지시에 그대로 따라야 한다는 것을 의미한다. 이 기속위임에 따르면 의원이 국가대표가 아니라 지역대표가 된다. 우리 헌법은 제46조 제2항이 “국회의원은 국가이익을 우선하여 양심에 따라 직무를 행한다”라고 규정하여 기속위임을 금지하고 있다. 따라서 남한지역에 자신의 지역구를 두고 있는 국회의원들도 국가전체를 위한 의사를 개진하여야 한다. 따라서 북한지역의 이익을 무시하는 의원활동을 하여서는 아니된다는 결과를 가져오고 그렇다면 단원제이라도 통일과도기, 체제

전환기에 적절한 국회운영이 될 것이라는 논리적인 검토가 나오게 될 것이다. 그런데 그동안의 우리 의정현실을 보면 과연 그러할 것인지 하는 의문이 있는 건 사실이다. 위와 같은 검토는 양원제를 채택할 경우에 하원에 대해서도 마찬가지가 될 것이다.

사실 상원의 의원들도 자신의 지역대표 역할을 하여야 한다고 하지만 자신의 지역이익이 전체의 이익확대에 기여할 수 있음을 전제로 하여야 할 것이다.

#### 나) 의원(의석) 수의 조절 문제

통일, 통합과정에서의 북한지역의 의견을 충실히 반영하기 위해서 충분한 대표제도가 마련되어야 하는데 인구비례적으로 의원 수를 정하면 북한지역의 의석 수가 남한지역에 비해 적기 때문에 문제된다는 지적이 있다. 그런데 그러한 지적에 대해 일단은 다음과 같은 평가를 할 수 있을 것이다. ① 양원제를 채택하여 상원을 통해 북한주민의 의사를 충실히 반영할 수 있다면 달리 볼 수 있지 않은가 하는 점이 검토되어야 할 것이다. ② 인구비례원칙은 국민대표주의의 중요한 헌법적 원칙이라는 점에서 이에 대한 예외를 두기가 힘들지 않은가 하는 점과 다른 한편으로 위에서 언급한 기속위임금지의 헌법원칙에 따라 양원제가 아닌 단원제로 국회를 구성할 경우에도 의원들이 대한민국 전체의 이익을 위해 활동한다면 의원 수를 북한지역에 대해서는 인구비례에 의하지 않은 예외적인 의석할당을 하는 인위적 방법에 의하지 않아도 될 것이 아니겠는가 하는 점이 검토되어야 할 것이다.

아니면 인구비례를 기저로 하면서 인구편차를 약간은 느슨하게 잡아 약간의 절충을 하는 방식은 어떠한지 등에 대해서도 검토될 여지가 없는 것은 아니다. 그런데 이는 사실 인구비례의 정도 문제라는 점에서 위 주장과 맥락을 같이 하는 것이라고 보여질 수 있을 것이다.

#### 다) 투표가치의 문제

인구비례로 의석이 할당되는 것은 투표가치의 평등성을 위한 것이다. 10만명이 의원 1명을 뽑는다면 30만명은 3명의 의원을 뽑아야 선거인의 투표가치가 동등해진다. 인구비례에 의하지 않을 경우 투표가치의 불평등이 온다. 1표의 가치에 관한 문제는 인구밀도가 높은 남한이 북한지역에 비해 인구편차에 다른 손해를 볼 우려가 있으며 인구가 많은 남한지역을 대표하는 의원수가 다수가 되고 남북을 경계로 하는 지역정당이 탄생하게 되면 남북지역간 대립이 고착화 되어 정치·사회적 통합을 가로막는 갈등의 불씨가 될 수 있다는 취지의 지적도 있다.<sup>76)</sup> 바로 이러한 지적도 위의 의석 수에 대한 지적과 같은 의미를 가지는 것이라고 볼 수 있으므로 이러한 점을 고려하되 위에서 논의가 그대로 옮겨갈 수 있을 것이라고 보여진다.

#### 3) 소 결

국회의원 지위는 국민전체의 이익의 대변자이다. 그렇다면 자신의 지역구의 주민이 선출된 국회의원에 대해 지시나 명령을 내리고 그 명령, 지시에 따라야 한다면 무기속 자유위임을 명하는 헌법의 정신에 부합되지 않는다.

따라서 관건이 되는 것은 인구비례에 따른 의석배분, 북한지역에 대한 배려를 위한 의석할당 등의 논의 이전에 통일, 통합의 과도기 과정에서 북한의 각 지역들을 제대로 발전시켜 경제성장을 도모하여 전체 한국의 이익이 증대될 수 있도록 하겠다는 객관적인 의원들의 노

---

76) 같은 취지로서 도회근은 “다수결이 지배하는 의회의 결정과정에서 남한지역 출신의 수가 거의 2/3

이상이 되면 남북지역간 이해관계가 대립되는 어떤 결정에서도 남한지역에 유리한 결정이 나오게 되면 북한지역 주민들의 상실감과 반발의 결과 독일처럼 구공산당의 복귀나 예멘에서처럼 내전의 발발을 우려하지 않을 수 없을 것”이라고 한다. 도회근, “통일헌법의 권력구조”, 47면.

력이 필요하다. 결국 전체 국회의원들 모두는 국가전체를 고려하여야 하고 따라서 북한지역의 발전, 나아가 대한민국 전체의 발전을 위해서 노력하여야 하므로 북한지역에 반드시 선거구가 인위적으로 더 주어져야 한다는 주장의 설득력에 대한 의문이 없지 않고 지역구란 선거를 통해 의원이 선출되기 위해 나누어진 지역에 불과한 행정적 의미를 가질 뿐이라는 지적을 할 수 있을 것이라고 본다.

### (5) 행정부

행정부와 관련하여서는 대통령제, 이원정부제, 의원내각제 정도가 가장 유력하게 언급되고 있다. 상술한 바와 같이 대통령제는 통일 초기의 혼란을 수습하기 위한 강력한 리더십을 위하여 긍정되는 측면이 있고 의원내각제는 여러 장점에도 불구하고 우리가 아직 운영해본 경험이 거의 없는 제도로서 초기의 혼란을 극복하기 불안한 예측을 줄 수 있다. 따라서 이원정부제가 거론되고 있는데, 이원정부제는 대통령제와 일원적 의원내각제의 한계를 극복함으로써 권력의 쏠림현상을 최소화하기 위해서는 당분간 권력구조의 이원성이 불가피하다는 점이 거론된다. 이원정부제적인 정치제도의 구축을 통하여 남북 사이에 놓여있던 이질성을 권력구조 측면에서 조화시키는 것은 정치적 갈등을 최소화할 수 있는 좋은 방안이 될 수 있다는 견해가 있다.<sup>77)</sup>

어쨌든 통일기의 행정은 북한의 주민들에 대한 안전과 과도기에 올 수 있는 혼란을 막기 위한 대비책을 마련하는 행정이 되어야 할 것이다. 또한 행정은 북한 주민들에 대한 기본권 보장의 문제가 발생할 것에 대비하여야 할 것인데 가령 통일이 가시적이어서 북한 주민의 이탈이 증대되는데 대한 거주나 교육의 문제가 행정적으로 중요한 과제가 될 것이다. 이를 위해 어떻게 행정사무 처리 기관을 정할 것인지,

77) 이원정부제를 지지하는 견해로서 대표적으로 성낙인, “헌법개정과 권력구조(정치제도)”, 『저스티스』 통권 제134-2호, 한국법학원, 2013년 2월, 142~143면.

남북한에서의 이질화된 행정을 어떠한 방식으로 통합할 것인지를 미리 로드맵과 시행계획의 시뮬레이션 등을 하는 것이 행정의 중요한 역할로 볼 것이다. 우리의 통일방안중 남북한연합단계에서 상정하는 공동사무처를 통일이후에는 폭증할 행정사무 처리 전담기관으로 전용하는 것도 좋은 방안이 될 것으로 보인다.

이상 과도기 정부의 형태와 관련하여서는 대통령제에서 대통령의 강력한 리더십이 통일에 유리하다는 견해가 있다. 그러나 인류역사상 의원내각제의 수상이 더 큰 리더십을 발휘한 예도 있다.<sup>78)</sup> 더구나 내각은 책임성, 전문성을 더 가지므로 자문기관의 권한 정도를 가질 뿐인 대통령제의 경우에 비하여 통일에 더 집중할 수도 있다. 그러나 의원내각제가 가지는 단점도 고려하여야 할 것이다. 의원내각제는 의회의 다수파가 안정적이어야 한다. 그래야 정부와의 협력이 더 잘 이루어질 수 있다. 독일과 같이 다당제에서도 통일이 성공적으로 완수된 예가 있는데 이는 의회주의가 자리잡고 있었기 때문이다.

우리의 경우 의회주의가 아직 완전히 정착되었다고는 보기 어려운 측면이 있으며 운영의 경험이 거의 없는 의원내각제를 혼란한 시기에 채용한다는 것은 통합을 위한 집중적인 정책의 결정과 집행에 방해가 될 수도 있을 것이다. 따라서 어느 정도 혼합적이면서 권한분배적인 정부형태가 통일의 노력을 실효성 있게 담보하는데 더 유리할 것이라는 주장에 대해서도 검토가 이루어질 필요가 있다.

순수 대통령제만으로 운영할 경우에는 대통령이 통일 문제에 보다 집중하는 데 에너지가 분산될 수 있고 대통령제하에서 많은 국무를 다루도록 하는 것이 통일이라는 막중한 과제만으로도 너무 벅차지 않는가 하는 지적이 있다. 국내의 내치는 국무총리 이하 내각에 맡기고 대통령은 안보, 통일, 외교, 국방을 전담할 수 있게 하여야 한다는 주장도 한다. 과도기적으로는 권한배분적 혼합정부제가 바람직할 수 있

---

78) 2차대전을 이끌었던 처칠 수상은 이를 우리는 알고 있다.

다고 보는 견해도 있다. 혼합정부제에 대해 위에서 살펴본 단점인 동거정부의 출현도 연구결과 사실 의회주의가 제대로 정착된 경우에는 큰 어려운 문제가 제기되지 않는다는 연구결과도 있다.<sup>79)</sup> 동거정부에서 대통령과 내각의 권한이 분배되는 것이 의회주의가 제대로 작동하는 한 반드시 어려움을 가져오는 것만은 아니라는 것이다. 어려움이 현실적으로 나타난다고 그것이 반드시 부적절한 정부형태인가 하는 것 보다는 현실적으로 제대로 운용되는 것인가가 중요하다는 지적이 가능할 것이다.

위의 3가지 지침에 비추어 볼 때 소외감을 북한지역에 주지 않고 정신적 통합을 가져오기 위해서는 권한분산적인 정부형태가 바람직하다고 볼 것이다. 대통령과 내각이 권한을 나누고, 그 내각도 여러 지역 출신의 전문인들로 구성되면 리더십과 전문성, 분산성 등을 통해 통합으로 나아가는 데 유리한 정부운영의 체제를 구성할 수 있을 것이다. 다만, 지나친 인위적 분산이 전문성도 무시하는 부작용을 가져와서는 아니될 것이다.

내각의 전문성에 있어서 통일 문제는 단순히 북한과의 관계에 관한 문제뿐만 아니라 주변국들이나 외국과의 관계에 관련된 문제도 있으며 특히 우리 헌법이 평화적 통일노력을 원칙으로 정하고 있기 때문에 외국과의 협력, 외국의 북한에 대한 압력 등 무력적 방법이 아닌 평화적 방법을 동원하기 위해서라도 국제공조에 적합한 구성이 절실하다. 여기에 통일문제의 복잡성도 자리잡고 있는 것이다.

지방자치단체에 있어서도 권력과 권한의 분산이 더 많이 이루어지는 체제가 되어야 할 것이다. 특히 북한지역의 발전을 도모하도록 과감히 지방자치권을 확대해 가고 중앙정부의 권한을 지방자치단체에 이양하는 노력이 진정한 통합을 위한 중요한 환경의 조성을 도모할

79) 정재황, “프랑스 혼합정부제의 원리와 실제에 대한 고찰”, 『공법연구』 제27집 제3호, 한국공법학회, 1999년, 97면.

수 있을 것이다. 구체적으로는 남한에 정착하는 북한출신의 이주민을 수용하는 지자체에 인센티브를 부여하여 적절한 인구분산을 유도하고 지자체의 권한 확대를 위하여 관련 업무를 지자체의 고유사무 내지 국가와의 공동사무로 전환할 필요가 있다.<sup>80)</sup> 이는 북한주민과 남한주민간의 사회통합에 있어서도 매우 유리한 환경을 조성할 수 있는 토대가 된다.

### (6) 사법부

통일기 사법부의 조직과 운영을 어떻게 할 것인가 하는 문제는 매우 중요하다. 이는 법치주의의 실현을 위한 필수적 국가업무이기 때문이다. 북한 주민의 법적 권리의 회복이라는 중요한 문제뿐만 아니라 북한정권의 법적 책임 문제도 다루어야 한다. 또한 북한과 외국과의 법적 관계에서 오는 법적 쟁점도 있을 것이다. 이러한 문제들에 대해 효율적인 대처를 위한 사법조직이 구성되고 가동되어야 할 것이다. 외국과의 문제에서는 국제공조의 필요성도 있다고 할 것이다.

특히 법체계가 달랐던 시간이 길었기 때문에 법적용을 법원이 어떻게 할 것인가 하는 문제가 과도기적으로 어려운 문제로 다가올 수 있다. 이에 대비하여 과도기적 사법체제의 운영을 고려해 보고 그 방안을 미리 구상하는 것이 필요하다.

이와 관련하여서는 첫째, 법원의 구성을 어떻게 할 것인지 둘째, 법조인의 자격을 어떻게 할 것인지 셋째, 통일관련문제의 전담 법원을 설치할 것인지가 가장 중요한 문제로 거론될 수 있다.

구체적으로 법원의 구성과 관련하여서는 통일 이후 각 분야의 전문적인 분쟁의 해결을 위한 전문법원의 설립을 주장하는 견해<sup>81)</sup>와 폭증할 것으로 예상되는 헌법적 분쟁에 관한 해결과 전통적인 헌법보장기

80) 류지성, 『북한이탈주민 지원법제의 현황과 개선방안에 관한 연구』, 67~71면.

81) 강현철, 『통일헌법연구』, 237면.



능에 헌법해석에 관한 자문권을 부여함으로써 헌법재판소의 권한을 확대해야 한다는 견해<sup>82)</sup>가 설득력이 있다.

법조인의 자격통합과 관련하여서는 법조인의 양성 및 채용이 남한과는 판이하게 다르고 특히 김일성종합대학 법과를 졸업하고 북한의 지도이념과 사상에 무장된 충성도가 높은 엘리트 집단이 판사라는 점이 알려져 있다. 북한의 사법제도와 법조인의 사상적 경향 및 북한의 사법현실을 감안할 때 북한에서 취득한 변호사자격을 통일이후 그대로 인정하기는 어려운 만큼 이들에 대한 재교육이나 재시험제도 또는 자격심의를 심각하게 생각해 볼 필요가 있다.<sup>83)</sup> 법조인 자격인정에 관한 입법을 함에 있어서 이들의 자격인정은 보편적이고 객관적인 지식을 전제로 자격을 취득하게 되는 의료인과 비교하여도 상당히 엄격한 기준하에서 전면적으로 심사되어야 할 영역으로 생각된다.<sup>84)</sup> 독일의 경우, 통일이후 동독지역에서 사법조직의 핵심인 판·검사의 통합을 위하여 동독 판·검사의 한시적 재판권 인정 및 심사를 통한 임용(가입5개주) 또는 전원 해임 및 심사를 통한 임용(베를린주), 서독 판·검사의 판결·전보, 서독 출신 법률가의 신규 임용, 은퇴한 서독 판·검사의 재임용 등의 방안을 활용<sup>85)</sup>한 것으로 알려져 있다.

여하튼 통일기의 사법부는 헌법적 테두리 내에서 재판받을 권리의 보장, 사법권의 독립, 삼심제도, 위헌심사의 보장의 범위 내에서 통일기 공·사법적 혼란을 수습할 수 있는 법원제도를 구축하는데 주안을 두고 향후 안정기 이후에도 운용할 수 있는 법제를 마련해야 할 것이다.

82) 강현철, 『통일헌법연구』, 242면.

83) 류지성, 『북한의 교육 및 직업관련 법제에 관한 연구』, 한국법제연구원, 2015년, 50~51면.

84) 류지성, 『북한의 교육 및 직업관련 법제에 관한 연구』, 51면.

85) 김태현, “통일 독일의 판·검사 통합에 대한 분석과 시사점”, 통일과 법률 제23호, 2015년, 1면.

## (7) 정당제도

### 1) 논의의 취지

정당제도는 민주국가에서 국민의 정치적 의사를 수렴하고 국가의 정책수립에 그 의사를 반영하는 기초적인 정치적 결사체이다. 또한 정당은 국민의 다양한 의사들이 반영될 수 있는 파이프라인의 역할을 한다. 오늘날 비록 SNS의 발달로 정당 외의 여론수렴의 통로가 확대되고 있긴 해도 정당은 여러 의사를 전달하는 기능을 한다. 통일과정에서 북한주민들의 정치적 의사가 충분히 전달되어야 제대로 재통합이 달성될 수 있다. 따라서 통일의 체제전환과정에서 정당의 역할은 더욱 증대된다고 할 것이다.

### 2) 정당의 다양성 보장, 일당독재의 배제

체제전환과정에서 북한 주민과 남한 주민들 간의 갈등을 막고 재통합을 충분히 이룩하기 위해 다양한 정당들이 다양한 의사들을 전달할 수 있도록 해야 할 것이다. 정당은 이러한 역할을 수행하는 가장 빠르고 유력한 통로 중 하나이다.

통일기 정당문제에서 가장 중요한 것은 과거 북한지역에서의 실제적인 일당독재가 다시 나타날 수 없도록 하기 위한 제도적 장치들도 마련되어야 한다는 점이다. 만약 흡수통일의 경우라면 남한 정당체제가 상당부분 북한에 그대로 이식될 가능성이 높아서 별다른 위헌적 문제를 야기하지 않을 것으로 보이지만 합의통일의 경우라면 북한노동당 혹은 후계정당이 북한지역에서 여전히 독점적 우위를 차지할 가능성이 높아 재분열 및 정치적 불안정이 야기될 가능성이 높아 보인다.<sup>86)</sup> 북한의 후계정당이 통일이후에 현재와 같은 모습의 독재당으로서 기능할 가능성

86) 한국정당학회, 『북한 체제전환기 민주화 유도 및 정당의 역할』, 2012 통일부 연구용역과제 보고서, 123면.

이 높지는 않지만 사회주의적 색채를 상당부분 가지고 있을 수 있다.

이와 관련하여 북한의 노동당이 현행 헌법상 또 통일헌법상 존치가 가능한가를 검토하지 않을 수 없는데, 현재의 북한 공산당이 우리 헌법에서 허용할 수 없는 정당임에는 틀림이 없다. 다만, 현재의 공산당이 해체된 이후 공산당, 노동당 유사의 정당이 설립되었을 때 그 정당의 강령 등이 표방하는 가치에 대한 판단이 우리 헌법상 용인되는 한도와 관련하여서는 또 다른 분석을 야기할 가능성이 상존한다. 노동당이 민주주의를 위협하지 않는다는 것이 확신에 이르게 되면 우리 헌법 제8조 제2항, 제4항에서 말하는 정당의 목적, 조직, 활동의 민주적 기본질서에 대한 해석과 헌법재판소의 위헌정당해산심판권에 있어서 위헌적 정당이란 무엇인가에 대한 해석이 달라질 수 있다고 보인다.

어쨌든 우리헌법 제8조 제1항이 명하는 바와 같이 복수정당제의 보장은 민주적 기본질서를 형성하는 중요한 가치로서 통일시대에 다양한 의견들의 표출, 집약, 전달이 가능하도록 한다는 의미에서 반드시 필요하다. 관련하여 일반적으로는 양당제가 정치체제의 안정을 가져온다는 견해들이 많으나 오늘날 독일, 프랑스 등의 서구에서 다당제가 큰 국정운영의 난맥상을 보여주지는 않고 있는 점에 비추어 정당 설립의 자유와 복수정당제 보장은 매우 중요한 가치이다.

## 제 4 절 헌법 제3조와 제4조의 해석

### I. 해석문제

우리 헌법 제 3 조는 “대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다” 고 규정하고 있다. 이는 소위 영토조항으로 불리며 대한민국의 영토에 관한 규정으로서 첫 번째 의미를 가지나 통일문제와 관련하여 남북한간의 관계를 조망함에 있어 늘 거론된다는 측면에서 두 번째 의미를 지닌다. 오히려 그 해석에 있어서는 통일조항으로서 조명이

더 집중된 것도 사실이다.<sup>87)</sup> 그렇다면 통일조항으로서 제3조를 조명하기 이전에 영토조항으로서 제3조에 대한 분석이 선행되어야 제3조가 통일조항으로서 갖는 성격을 보다 정합하게 분석할 수 있다. 제3조는 대한민국의 영토로서 ‘한반도’ 그리고 그 ‘부속도서’로 정하는데 한반도라는 것은 이미 북한지역을 포함하는 것으로 볼 수 있다.

### (1) 영역의 본질적 의미 · 성격 - 영역의 온전성

논의의 핵심적 쟁점이 바로 영역이므로 영역의 개념이나 본질적 의미를 제대로 파악하여야 할 것이다. 영역의 의미는 단순히 한 국가와 다른 인접국가와의 지역적 경계라는 물리적 의미만을 가지는 것이 아니고 한 국가의 영역 내에서 공동체를 구성하여 생활을 영위하는 사람들의 지역적 기반이 역사적으로 형성되어 이어져 왔고 이러한 지역적 기반이 원상 그대로 유지되어야 한다는 당위적 의미에서 영토의 온전성을 요구하는 개념이기도 하다.<sup>88)</sup> 제3조에서 말하는 ‘영토’는 영역(territory)을 의미하는 것으로 보아야 하고 영역에는 영토, 영해, 영공이 포함되는 것이므로 한반도와 그 영해, 영공이 모두 갖추어졌을 때 제3조상의 영토의 온전성을 말할 수 있다.

### (2) 한국 헌법 제3조의 영토조항의 의미

현행 헌법 제3조가 규정하고 있는 것은 물리적으로 한반도 전 지역이 대한민국의 영역이라는 사실, 따라서 북한지역에도 대한민국의 주권이 미치는 지역이라는 점을 명확히 하고 있다고 할 것이다. 또한 이 조항은 위의 영토의 본질적 의미에서 언급한 대로 대한민국의 영역이 온전하여야 함을 명백히 하고 있는 조항이라고 할 것이다.<sup>89)</sup> 따라서

87) 같은 뜻으로 허완중, “한국 헌법체계에 비춘 헌법 제3조의 해석”, 『저스티스』통권 제154호, 한국법학원, 2016년 6월, 6면.

88) 정재황, 『신헌법입문』, 78면.

89) 정재황, 『신헌법입문』, 78면.

이는 우리나라가 한민족으로서 원래 하나의 국가였기에 통일을 당위로 하는 의지로 볼 것이다.

보다 구체적으로 보자면 제3조 영토조항은 첫째, 대한민국의 영역이 구 대한제국의 국가영역을 기초로 한다는 점에서 구 대한제국의 영토승계이론을 제시하고 둘째, 국제평화주의에 입각하여 다른 국가의 영토에 대한 침략의사가 없음을 선언하며 셋째, 대한민국의 유일합법정부이론 또는 북한지역의 미수복지역이론이나 반국가적 불법단체이론의 헌법해석의 근거로 주장된다.<sup>90)</sup> 통일문제와 관련하여서는 세 번째 북한지역의 미수복지역이론이 관계된다. 헌법규범과 현실의 불일치에 따라 북한을 미수복지역으로 볼 수밖에 없다. 즉, 북한지역에도 우리의 주권이 미쳐야 논리적으로나 규범적으로 실효성이 있다고 할 것이다. 그러나 실재는 우리의 주권이 휴전선 이남지역에만 미치므로 제3조는 규범과 현실이 불일치한 것이다. 우리 정부의 입장과 판례는 대한민국이 한반도에서 유일한 합법적인 정부이므로 휴전선 북방지역은 미수복지역인 동시에 북한의 법적 지위는 ‘사실상 정부’내지 ‘불법단체(불법집단)’ 혹은 ‘반국가단체’로 규정하고 있다고 볼 것이다. 그러나 우리정부는 북한과의 대화를 통한 통일노력과 평화정착을 위하여 남북공동성명을 비롯한 여러 남북합의서를 체결하면서 협상의 대상으로 해온 것은 북한을 적어도 통일의 상대방으로서는 사실상 정부 수준으로 봐온 측면을 부인할 수는 없다. 이에 대하여 판례의 입장도 약간은 변화를 보여왔다.

## II. 대법원과 헌법재판소의 판례

상기의 해석에 입각하여 제3조에 관한 대법원의 주요 판례를 보면서 그 변화를 추적해 보기로 한다.

90) 법제처, 『헌법주석서 I』, 112면.

### (1) 대법원 판례

1954년<sup>91)</sup> 대법원은 “38선 이북의 지역에도 헌법상 우리나라 영토이고 헌법에 의거하여 제정 시행된 모든 법령의 효력이 당연히 미칠 것이므로 동 지역에서 국가보안법에 해당하는 자는 동법 위반으로 처벌을 받을 것은 물론”이라고 하여 북한지역의 미수복지역이론을 전개하였는데 이는 1955년 판결에서부터 1990년대까지 변함없이 지속된 우리 법원의 입장이었다.

1955년<sup>92)</sup>에는 “6·25 남침은 국내의 일지방적 폭동에 불과하다고 관념할 것이고, 공산군의 일경찰원이 범한 행위 범죄행위가 그의 직무행위인 경우에도, 헤이그육전법규의 적용을 논할 여지가 없다”고 하여 여전히 미수복지역이론에 입각한 판단을 내린 것으로 볼 수 있다.

1961년<sup>93)</sup>에도 북한지역에 관한 판단을 내렸는데 “북한지역은 대한민국의 영토에 속하는 한반도의 일부를 이루는 것이므로, 이 지역에는 대한민국의 주권이 미칠 뿐 대한민국의 주권과 부딪치는 어떠한 주권의 정치도 법리상 인정될 수 없다”고 하여 북한지역도 대한민국의 통치권이 미치는 지역으로 우리의 헌법과 법률이 적용된다고 보았다. 그런데 1990년 이후 특히 1993년 헌법재판소가 ‘남북교류협력에 관한 법률 제3조 위헌사건’에서 북한을 반국가단체라고 규정하면서도 “북한이 조국의 평화적 통일을 위한 대화와 협력의 동반자”임을 함께 인정하는 이른바 ‘북한의 이중적 성격’을 인정하는 결정<sup>94)</sup>을 한 이후 대법원<sup>95)</sup> 역시 헌법재판소의 결정과 같이 북한의 이중적 성격을 인정하기 시작하였다. 나아가 가장 최근에는 부분적으로 북한지역을 외국

91) 대법원 1954.9.28., 4286형상109.

92) 대법원 1955.9.27., 4288형상246.

93) 대법원 1961.9.28., 4292형상48.

94) 헌법재판소 1993.7.29., 92헌바48결정.

95) 대법원 2003.5.13., 2003도604.

으로 북한주민을 외국인에 준하는 지위에 있는 자로 보기도 한다.<sup>96)</sup>

### [판례] 북한의 이중적 성격을 인정한 대법원 판례

#### 【판결요지】

[1] 북한은 조국의 평화적 통일을 위한 대화와 협력의 동반자임과 동시에 적화통일노선을 고수하면서 우리의 자유민주주의 체제를 전복하고자 획책하는 반국가단체라는 성격도 아울러 가지고 있다고 보아야 하고, 남북정상회담의 성사 등으로 북한의 반국가단체성이 소멸하였다고 볼 수는 없다.

#### 【이유】

비록 남북 사이에 정상회담이 개최되고 그 결과로서 공동선언이 발표되는 등 평화와 화해를 위한 획기적인 전기가 마련되고 있다 하더라도, 그에 따라 남북관계가 더욱 진전되어 남북 사이에 화해와 평화적 공존의 구도가 정착됨으로써 앞으로 북한의 반국가단체성이 소멸되는 것은 별론으로 하고, 지금의 현실로는 북한이 여전히 우리 나라와 대치하면서 우리 나라의 자유민주주의 체제를 전복하고자 하는 적화통일노선을 완전히 포기하였다는 명백한 징후를 보이지 않고 있는 이상, 북한은 조국의 평화적 통일을 위한 대화와 협력의 동반자임과 동시에 적화통일노선을 고수하면서 우리의 자유민주주의 체제를 전복하고자 획책하는 반국가단체라는 성격도 아울러 가지고 있다고 보아야 하고, 남북정상회담의 성사 등으로 북한의 반국가단체성이 소멸하였다고 볼 수는 없다( 대법원 2002. 5. 31. 선고 2002도1006 판결, 2003. 1. 24. 선고 2002도2306 판결, 2003. 4. 8. 선고 2002도7281 판결 등 참조). 따라서 원심이 같은 취지에서, 북한이 국가보안법상의 반국가단체에 해당한다고 인정한 것은 정당하고, 거기에 상고이유의 주장과 같이 북한의 실체에 관한 사실오인이나 반국가단체에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 볼 수 없다. 이 부분 상고이유는 받아들일 수 없다.

96) 대법원 2004. 11. 12. 선고 2004도4044 판결, 헌법재판소 2005. 6. 30. 선고 2003헌바114 결정, “‘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 할 것이다.”

## (2) 헌법재판소 판례

### [판례] 북한의 이중적 성격을 인정한 헌법재판소

#### 남북교류협력에관한법률 제3조 위헌소원

[이유]에서 관련부분 발췌

국가보안법은 국가의 안전을 위태롭게 하는 반국가활동을 규제함으로써 국가의 안전과 국민의 생존 및 자유를 확보함을 목적으로 하여(그 법률 제1조) 제정된 법률이고 남북교류협력에관한법률은 남한과 북한과의 상호교류와 협력을 촉진하기 위하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 하여(그 법률 제1조) 제정된 법률로서 상호 그 입법취지와 규제대상을 달리하고 있을 뿐만 아니라, 구 국가보안법 제6조 제1항의 잠입·탈출죄는 국가의 존립·안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 위해를 준다는 정을 알면서 반국가단체의 지배하에 있는 지역으로부터 “잠입”하거나 그 지역으로 “탈출”하는 경우에 성립한다고 해석되고(현행 국가보안법 제6조 제1항, 당재판소 1990.4.2 선고, 89헌가113 결정 각 참조) 남북교류협력에관한법률 제27조 제2항 제1호의 죄는 재외국민이 재외공관의 장에게 신고하지 아니하고 외국에서 북한을 “왕래”한 경우에 성립하며 여기서 말하는 “왕래”라 함은 남한과 북한간의 상호교류 및 협력을 목적으로 하는 왕래에 한한다고 해석되므로(위 법률 제3조 참조) 양자는 그 구성요건을 달리한다.

이는 현 단계에 있어서의 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.



### Ⅲ. 제3조와 관련한 법적용의 문제<sup>97)</sup>

#### (1) 제3조와 관련한 북한의 법적지위

제3조에서 북한지역을 우리영토로 규정함으로 인하여 우선 북한의 법적 지위와 북한주민의 법적 지위문제가 부상한다. 북한의 법적 지위에 관하여는 상술한 바와 같이 첫째, 미수복지역으로 보는 견해와 북한을 사실상 정부로 보는 견해, 북한을 1민족 2국가론에 입각하여 독립적인 국가로 보는 견해로 갈린다. 북한을 미수복 지역으로 보는 견해는 분단이후 우리 판례나 학설이 지지하는 것으로서 남한 정부만을 유일한 합법정부로 보기 때문에 연결되는 논리이고, 사실상의 정부로 보는 입장은 1992년 남북합의서 체결이래로 두 차례에 걸친 남북한 정상회담으로 인하여 국제법상 일종의 정부승인의 효과가 발생한 것으로 보나, 북한을 국가로 보는 입장은 우리 헌법상 어떠한 해석으로도 성립하기 어려운 견해이다.

#### (2) 제3조와 관련한 북한주민의 법적지위

관련하여 북한주민의 법적 지위도 관련문제로 부상한다. 북한의 국가성을 부정하면 북한주민이 갖는 조선민주주의 인민공화국의 국적은 당연히 인정할 수 없게 되어 이들은 대한민국 국민이 된다. 이는 북한이탈주민의 경우도 마찬가지이다. 다만 북한이탈주민의 경우 북한을 이탈한 이후 제3국을 경유하여 남한에 입국하는 경우가 많은데 이들이 제3국에 체류하는 동안에 발생한 법적 문제에 관하여는 체류국의 입장에 따라서 또 국제법, 국제관습에 따라 이들을 당연히 우리국민으로 보는 우리의 입장과 달라질 수 있으므로 이에 관하여 분석이 필요하다.

97) 이에 관하여는 법제처, 『헌법주석서 I』의 114면이하에서의 논의의 순서를 참조하였음.

북한이탈주민의 지위와 관련하여서 세 가지로 구분해 볼 필요가 있다. 첫 번째는 북한내의 북한주민과 마찬가지로 대한민국 국민으로서의 법적 지위를 부여하는 경우이다. 현행 헌법 제3조를 분석해 보면 북한이탈주민은 논리필연적으로 대한민국 국민으로 볼 수 있다. 뿐만 아니라 북한이탈주민법(북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률, 이하 ‘북한이탈주민법’) 제4조 제2항은 “대한민국은 외국에 체류하고 있는 북한이탈주민의 보호 및 지원 등을 위하여 외교적 노력을 다하여야 한다”고 하여 외국에 체류 중인 ‘북한이탈주민’을 보호하기 위한 국가 차원의 노력의무를 부과하고 있다는 점 등에서 이들을 대한민국 국민으로 취급하는 것으로 해석할 수 있다.<sup>98)</sup>

두 번째는 이들을 이중국적자로 보는 견해인데, 우리 국내법적으로는 대한민국 국민으로 볼 수 있으나 UN에 가입하여 활동중인 북한이 적어도 국제법적으로는 국가성을 부인하기 어렵다는 것이다. 이 논리에 따라 이들이 이중국적자에 해당한다면 ‘국적법의 충돌문제에 관한 협약(Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Laws)’에 따라 국적국이 각기 자국민으로 간주할 수 있으나, 국적국 상호간에는 외교적 보호권을 행사할 수 없고 복수국적자가 제3국에 체류하는 경우 제3국은 그의 일상적 주소 또는 그가 밀접한 관련을 가진 곳이 어디인가에 관한 ‘실효적 국적의 원칙(Principle of effective nationality)’에 따라 국적을 결정할 수 있다고 하고 있으므로 우리나라의 재외국민으로 간주하고 관할권을 행사하는 것은 일단 어렵게 된다.<sup>99)</sup> 이 경우는 체류국이 이들의 난민지위 부여와 관련하여 대한민국 국적자로 보느냐 북한 국적자로 보느냐에 따라 그 결과가 달라질 수 있어서 매우 중요하다 하겠다. 즉, 탈북민이 대한민국보다 북한 국적자로 판단받게 될 때 난민지위를 인정받을 확률이 높아지는 것이다.

98) OOO, 『북한이탈주민 지원법제의 현황과 개선방안에 관한 연구』, 21면.

99) 김태진, “북한이탈주민 관리를 위한 공법적 과제”, 253면을 OOO, 『북한이탈주민 지원법제의 현황과 개선방안에 관한 연구』, 22면에서 재인용.

세 번째는 이들을 난민으로 보는 경우인데 이 경우 제3국에 체류 중인 북한이탈주민을 우리 국민으로 주장하는 것이 이들의 안전과 한국으로의 입국을 위하여 나아가 이들의 인권을 보호하기 위하여 적당하지 않은 경우에 해당할 여지가 있다.<sup>100)</sup> 즉, 이들이 대한민국 국적자임을 주장함으로써 난민지위를 인정받음에 있어 걸림돌이 되어 체류국에서는 보호를 받지 못할 수도 있다는 것인데, 실제로 2010년 호주법원은 북한이탈주민이 제기한 난민 신청사건에 있어서 이들은 북한국적과 대한민국 국적을 동시에 보유한 이중국적자이므로 1951년 난민지위협약<sup>101)</sup>(1951, Convention on the Status of Refugee)상의 난민요건을 충족하지 못한다고 하여 난민신청을 기각하였다.<sup>102)</sup> 마찬가지로 영국 법원도 이들을 대한민국 국적자로 판시하면서 난민지위를 인정하지 않았다.<sup>103)</sup> 만약 이들이 난민으로 인정받는다면 비록 제3국에 불법입국한 자라 할지라도 동협약 제33조<sup>104)</sup>에 따라 생명이나 자유가 위협받을 수 있는 지역으로 추방하거나 송환하는 것이 금지되어 북한으로 송환당하지 않을 수 있고(강제송환금지의 원칙) 제3국에서 내국

100) 류지성, 『북한이탈주민 지원법제의 현황과 개선방안에 관한 연구』, 22면.

101) 난민지위협정(Convention Relating to the Status of Refugees) 제1조에서 “난민이란 인종·종교·국적·특정사회집단의 구성원·정치적 의견으로 인한 이유 때문에 박해의 명백한 공포를 느끼고 국적국 바깥에 있고, 그러한 공포 때문에 국적국의 보호를 받을 수 없거나 받기를 거부하는 자 또는 그러한 사건의 결과로서 무국적이거나 종전 거주지국의 바깥에 있는 자로서 종전 거주지국으로 돌아갈 수 없거나 돌아갈 의사가 없는자”를 말한다고 한다.

102) Andrew Wolman, “North Korean Asylum Seekers and Dual Nationality”, International Journal of Refugee Law Vol.24 No.4, Oxford University Press, 2013, pp 802~809. 류지성, 『북한이탈주민 지원법제의 현황과 개선방안에 관한 연구』, 22면에서 재인용.

103) GP and others (South Korean citizenship) North Korea CG [2014] UKUT 00391 (IAC), Upper Tribunal(Immigration and Asylum Chamber), Heard at Field House, On 8 April and 2 July 2013, para. 127. 류지성, 『북한이탈주민 지원법제의 현황과 개선방안에 관한 연구』, 22면에서 재인용.

104) 제33조(추방 또는 송환의 금지)

1. 제약국은 난민을 어떠한 방법으로도 인종, 종교, 국적, 특정사회 집단의 구성원 신분 또는 정치적 의견을 이유로 그 생명이나 자유가 위협받을 우려가 있는 영역의 국경으로 추방하거나 송환하여서는 아니된다.

인이 누리는 기본권의 일부를 누릴 수 있다. 따라서 이들의 효율적인 보호와 안정적인 국내 송환을 위해서는 우리국민이라고 주장하는 것보다 난민으로 인정받도록 두는 편이 나은 경우가 있다는 것과 사실상의 난민(de facto refugee) 개념<sup>105)</sup>을 채용하는 국가에서 북한이탈주민이 난민신청을 하는 경우에는 더더욱 우리 국민임을 주장하지 않는 편이 타당하다고 생각된다. 따라서 이들에 대한 보호를 위해서는 체류국으로부터 난민지위를 인정받을 수 있도록 하거나 대한민국으로 입국을 추진하는 등의 상황과 그들의 희망을 고려한 외교적 노력을 해야 한다. 이 문제는 난민지위의 인정여부는 체류국과 유엔난민고등판무관(United Nations High Commission for Refugees)의 권한에 속하는 부분이라 우리 국내법으로 해결가능한 문제라고 보기보다는 외교적 노력을 통한 해결이 효율적일 수 있다고 생각된다.<sup>106)</sup>

결론적으로 제3국에 체류 중인 탈북자는 사실상 북한국적의 보유자이면서 동시에 잠재적인 대한민국 국적 소유자이고 우리나라의 배타적인 관할권 하에 들어오는 시점에 이중적인 지위에서 벗어나 대한민국 국적을 실효적으로 취득하게 된다고 보는 것이 우리 헌법과 남북한 특수관계 및 국제법 모두의 요건을 충족하는 해석이 될 것이다.<sup>107)</sup>

#### IV. 헌법 제4조의 의의와 법적 성격

##### (1) 의 의

헌법 제4조는 “대한민국은 통일을 지향하며, 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일 정책을 수립하고 이를 추진한다”고 정하여 통일에

---

105) 사실상의 난민이란 협약상의 정의에는 부합되지 않으나, 보호의 필요성이 절실한 경우에 사용하는 표현으로서 북한이탈주민의 경우는 난민으로서 보호 받지 못하여 강제송환당할 경우 북한에서 반인권적 처벌을 받거나 처형될 것이라는 점을 염두에 두어야 한다.

106) 심재철, “재외탈북자의 법적 지위”, 『생명과 인권』, 통권 제49호, (사)북한인권시민연합, 2008년, 6면.

107) 이규창, “무국적 탈북자 보호를 위한 법제도적 대응방안 모색”, 216면.

관한 당위성과 그 방법에 관하여 직접 규정하고 있다. 이는 통일에 대한 의지를 헌법적으로 문명화 하고 있는 것인데 통일을 위한 관련 기술은 우리 헌법 곳곳에 녹아있다. 헌법전문에서는 “조국의 민주개혁과 평화적 통일의 사명에 입각하여...민족의 단결을 공고히”한다고 정하여 통일에 관한 사명을 제시하고 있으며, 제66조 제3항과 제69조에서는 대통령의 평화적 통일을 위한 노력 의무를 제92조 제1항은 평화통일정책의 수립에 관한 대통령의 자문기구로서 민주평화통일자문회의를 규정하고 있다. 우리나라의 헌법의 ‘평화통일’조항은 헌법의 기본원칙으로서 국제평화주의와 동일한 의미로도 이해할 수 있는데 이는 1950년에 남북한이 이념적 반목과 갈등으로 한국전쟁을 치룬 반면에 이러한 헌법적 기초 위에서 남북한이 규범적으로는 상호간에 무력행사를 하지 않기로 합의한 것으로 해석된다.<sup>108)</sup> 즉 이것은 통일의 방법으로서 무력에 의한 통일이 아닌 대화와 타협을 통한 정치적·평화적 통일을 지향한다는 우리의 헌법적 지향을 나타낸 것이다.

#### <우리 헌법상 통일 관련조항>

조 문	규 정
헌법전문	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
제4조	대한민국은 통일을 지향하며, 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일 정책을 수립하고 이를 추진한다
제66조 제3항	대통령은 조국의 평화적 통일을 위한 성실한 의무를 진다.
제69조	대통령은 취임에 즈음하여 다음의 선서를 한다.

108) 법제처, 『헌법주석서 I』, 118면.

조 문	규 정
	“나는 헌법을 준수하고 국가를 보위하며 조국의 평화적 통일과 국민의 자유와 복리의 증진 및 민족문화의 창달에 노력하여 대통령으로서의 직책을 성실히 수행할 것을 국민 앞에 엄숙히 선서합니다.”
제92조 제1항	① 평화통일정책의 수립에 관한 대통령의 자문에 응하기 위하여 민주평화통일자문회의를 둘 수 있다.

## (2) 법적 성격

헌법 제4조는 추상적으로 ‘자유민주적 기본질서’와 ‘평화통일’에 관한 해석을 과제로 던진다. 먼저 ‘평화통일원칙’은 첫째, 통일의 방법으로서 무력에 의한 통일이 아닐 것을 요구하는 것이므로 전체주권자의 자유로운 의사에 입각하여 자주적 주권행사에 의한 결정이어야 하고 둘째, 평화통일 원칙은 인간존엄성의 근본원리를 구현하는 헌법국가의 한계를 보여주어 헌법개정의 한계로 이어진다고 해석할 수 있다.<sup>109)</sup>

또한 평화통일에 관한 권리성과 관련하여서 남북한 주민간의 자유로운 소통과 교류 및 여행의 자유가 인정되기 위한 구체적인 실체법, 절차법이 없으므로 독자적인 주관적인 권리의 성격이 도출되는 것으로 해석하기는 어렵다.<sup>110)</sup> 이와 관련하여 헌법재판소는 ‘남북교류협력에 관한 법률 제9조 제3항 위헌소원’ 사건에서 통일에 관한 국민의 기본권 도출과 관련하여 그 법적성격을 나타내는 결정<sup>111)</sup>을 한바 있다. 따라서 이 조항은 우리 국가의 역사적 사명에 관한 준엄한 선언적 성격을 갖는 것으로 이해하는 편이 타당하다. 또한 통일은 헌법 제4조에 의해 이루어지는 것이 아니라 현실의 사실상황에 의하여 그 여부

109) 법제처, 『헌법주석서 I』, 127면.

110) 법제처, 『헌법주석서 I』, 127면.

111) 헌법재판소 2000.7.20., 98헌바63.

가 좌우되는 것이므로 통일은 사실에 의해 지배되는 성격을 가지게 되고 따라서 제4조를 규범적인 성격으로 파악하기 보다는 사실적인 성격으로 파악하는 편이 타당하다는 견해가 있다.<sup>112)</sup>

[판례] 통일에 관한 국민의 기본권 도출여부에 관한 헌법재판소 결정

3. 판단

(1) 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 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. 그러나 평화적 통일을 위하여서는 북한과 적대관계를 지속하면서 접촉·대화를 무조건 피하는 것으로 일관할 수는 없고, 자유민주적 기본질서에 입각하여 상호 접촉하고 대화하면서 협력과 교류의 길로 나아가는 것이 평화적 통일을 위한 초석이 되는 것이며, 순수한 동포애의 발휘로서 서로 도와주고 일정한 범위 내에서 경제적, 기술적 지원과 협조를 도모하여 단일민족으로서의 공감대를 형성하는 것이야말로 헌법 전문의 평화적 통일의 사명에 입각하여 민족의 단결을 공고히 하는 방편으로서 헌법정신에 합치되는 것이다(헌재 1990. 4. 2. 89헌가113, 판례집 2, 49, 60-61 참조).

(2) 그런데 이 법은 앞서 본 바와 같이 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 것으로서, 그 입법목적은 평화적 통일을 지향하는 헌법의 제반규정에 부합하는 것이다. 이 법이 없다면 남북한간의 교류, 협력행위는 국가보안법에 의하여

112) 정종섭, 『헌법학원론』 제10판, 박영사, 2015년, 258면.

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.

(3) 그러나 북한과의 접촉이나 교류가 일정한 원칙이나 제한 없이 방만하게 이루어진다면, 국가의 안전보장과 자유민주적 기본질서의 유지에 어려움을 가져올 수 있을 뿐만 아니라, 평화적 통일을 이루어 나가는 데에 지장을 초래할 수 있으며, 한편으로 북한주민과 접촉·교류하는 개개 당사자들의 목적달성이나 안전에도 장애를 가져올 수 있다. 따라서 정부가 남북한간의 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.

(4) 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 남북한간의 교류를 촉진시키고 민족의 동질성을 회복하여 평화통일의 길로 나아가는 데에 기여하겠지만, 때로는 접촉과정에서 불필요한 마찰과 오해를 유발하여 긴장이 조성되거나, 무절제한 경쟁적 접촉으로 남북한간의 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 시의적절하게 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 국가안전보장을 위하여 필요한 경우의 제한으로서, 앞서 본 입법목적의 정당성, 방법의 적절성, 피해의 최소성, 법익의 균형성 등에 비추어 볼 때 과잉금지의 원칙에 위반된다고 볼 수도 없다.

(5) 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.

그리고 ‘자유민주적 기본질서’는 평화통일을 달성하기 위한 방법으로서 우리의 통일이 지향해야 할 가치의 일내용을 이룬다. 이는 통일의 원칙에 관한 것으로서 우리의 통일이 자유민주적 기본질서에 의한 방법<sup>113)</sup>일 것을 요구하고 또 법에 의한 추진을 의미한다. 이를 추진하기 위한 법률로서 ‘남북관계 발전에 관한 법률’(약칭, 남북관계발전법)이 제정되었는데, 이 법률은 대북정책의 법적 기초를 설정하는 법률로서 특히 남북 간 합의서에 국내법률 수준의 절차를 규정하여 법적 실효성을 부여<sup>114)</sup>함으로써 남북관계의 안정성과 일관성을 확보하고,

113) 자유민주적 기본질서에 의한 방법을 구체화 한 것으로 ‘남북관계 발전에 관한 법률’ 제2조를 들 수 있다.

제 2 조(기본원칙) ① 남북관계의 발전은 자주·평화·민주의 원칙에 입각하여 남북 공동번영과 한반도의 평화통일을 추구하는 방향으로 추진되어야 한다.

114) 제21조(남북합의서의 체결·비준) ① 대통령은 남북합의서를 체결·비준하며, 통일부장관은 이와 관련된 대통령의 업무를 보좌한다.

② 대통령은 남북합의서를 비준하기에 앞서 국무회의의 심의를 거쳐야 한다.

③ 국회는 국가나 국민에게 중대한 재정적 부담을 지우는 남북합의서 또는 입법사

남한과 북한의 기본적인 관계<sup>115)</sup>, 국가의 책무, 남북회담대표의 임명 및 남북합의서의 체결·비준 등에 관한 사항을 규정하고 있다.<sup>116)</sup>

## V. 헌법 제3조와 제4조의 관계

### (1) 해석문제

헌법 제 3 조는 “대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다”라고 규정하고 있고 헌법 제 4 조는 “대한민국은 통일을 지향하며, 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일 정책을 수립하고 이를 추진한다”라고 규정하고 있어 양 조항 간의 관계가 논란이 되고 있다. 이 문제는 헌법 제 4 조에 따라 평화통일을 위한 노력을 하기 위해서는 남북 간 교류가 이루어져야 하는데 헌법 제 3조에 따르면 북한정부를 불법단체로 보게 되어 이러한 교류를 받아들일 수 없어 모순이 아닌가 하는 의견이 있었기 때문에 제기된 것이다.<sup>117)</sup> 또한 제3, 4조의 해

---

항에 관한 남북합의서의 체결·비준에 대한 동의권을 가진다.

④ 대통령이 이미 체결·비준한 남북합의서의 이행에 관하여 단순한 기술적·절차적 사항만을 정하는 남북합의서는 남북회담대표 또는 대북특별사절의 서명만으로 발표시킬 수 있다.

제22조(남북합의서의 공포) 제21조의 규정에 의하여 국회의 동의 또는 국무회의의 심의를 거친 남북합의서는 「법령 등 공포에 관한 법률」의 규정에 따라 대통령이 공포한다.

제23조(남북합의서의 효력범위 등) ① 남북합의서는 남한과 북한사이에 한하여 적용한다.

② 대통령은 남북관계에 중대한 변화가 발생하거나 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요하다고 판단될 경우에는 기간을 정하여 남북합의서의 효력의 전부 또는 일부를 정지시킬 수 있다.

③ 대통령은 국회의 체결·비준 동의를 얻은 남북합의서에 대하여 제2항의 규정에 따라 그 효력을 정지시키고자 하는 때에는 국회의 동의를 얻어야 한다.

115) 제 3 조(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.

116) 정재황, 『신 헌법입문』 제6판, 박영사, 2016년, 82~83면.

117) 정재황, 『신 헌법입문』 제6판, 박영사, 2016년, 80-81면.

석문제는 북한의 법적지위에 따른 통일의 상대방으로서의 법적 지위와 기본원칙을 정하는 헌법의 근거조항이 되므로 통일법을 논하는 전제로서 선결과제가 된다.

## (2) 기존 견해의 검토

헌법 제3조와 제4조의 관계에 관하여 검토하기 위해 상술한 내용을 필요한 부분에서 다시 제기하기로 한다. 이 문제에 대해 학설은 제3조의 규범력을 인정하는 학설과 제4조의 우월적 효력을 인정하는 학설 그리고 제3조와 제4조의 조화로운 해석을 통하여 제3조와 제4조를 양립시키려는 학설이 있다.

현재는 제3조의 규범력의 우위를 인정하는 학설이 다수로 보인다.<sup>118)</sup> 제3조를 강조하게 되면 북한지역도 우리의 영토가 되므로 북한은 불법단체로 보게 되어 국가로서의 주체성이나 국제단체로서의 주체성 어떤 유효하고 합법적인 것으로도 인정하지 않게 되며 이북지역에 우리의 법이 적용되지 못하는 것은 주권행사의 일시적 장애상태로 보게된다.<sup>119)</sup> 이 학설은 다수의 견해이기는 하지만 북한과의 어떠한 교섭이나 합의도 유효하게 할 수 없고 통일에 대한 논의도 상당히 위축시키는 문제점을 노정하고 있다. 이에 비해 제4조를 우위에 두는 입장은 남북한이 국제법상 국가를 가입주체로 하는 UN에 동시가입하고 있다는 사실과 남북기본합의서가 체결된 현실에서 통일을 위해서는 제3조를 삭제 또는 개정해야 한다는 견해<sup>120)</sup>와 제3조를 일반법으로 보고 그에 대한 특별법으로서 제4조를 이해하여 제4조의 우월적

118) 한국헌법학회, 『헌법개정연구 2006헌법개정연구위원회 최종보고서』, 2006년 11월, 74~75면.

119) 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2004, 125~126면; 강경근, 『헌법학』, 법문사, 1997, 90면; 김철수, 『학설판례헌법학(상)』, 박영사, 2008, 169면.

120) 김승대, “남북한간 특수관계의 법적 성격에 관한 일고찰”, 『법조』 제44권 제3호, 법조협회, 1995년, 44~45면, 이장희, “민족화해를 위한 법제도적 정비 과제”, 『통일시론』, 청명문화재단, 2000년 10월, 105면.

효력을 인정해야 한다는 견해<sup>121)</sup>가 있다.

한편, 양 조항의 조화를 구하는 견해는 “헌법 제3조는 통일 문제에 관한 핵심적 규정으로서 현실적 규범력을 가지며 대한민국의 영토를 회복하여야 할 책무를 부과하는 목적적이고 가치적 규정이며, 헌법 제4조는 헌법 제3조에서 천명한 통일의 책무를 현실적으로 실천하기 위한 방법론적·수단적 성격의 규정”<sup>122)</sup>이라고 말하거나 “헌법 제3조와 제4조는 헌법 특유의 상반구조적 입법기술이 반영된 것으로서 두 조항간의 모순 그 자체가 헌법의 의사로서 그때그때 시의적절한 입법과 집행을 기대한 것”<sup>123)</sup>이라고 말한다.

### (3) 소 결

제3조와 제4조를 굳이 서로 충돌하는 것으로 보아 어느 한 규정을 부인하는 것보다는 양조항의 규범조화적 해석이 타당해 보인다. 제3조는 물리적 영역뿐만 아니라 영토의 온전성이라는 의미를 가지므로 분단을 부정하고 통일을 지향하는 규정으로 보고 제4조는 통일에 관한 국가의 목표를 설정<sup>124)</sup>함과 동시에 그 방식을 정하는 규정으로 보아 양 조항이 지향하는 바가 근본적으로 같음을 인식하면 양 조항은 서로 모순관계에서 벗어날 수 있다.<sup>125)</sup>

또한 현재까지의 학설이 제기하듯 언뜻 제3조와 제4조의 관계가 모순관계에 있다고 볼 수도 있기는 하나 두 조항의 양립자체가 통일을

121) 계희열, 『헌법학(상)』, 박영사, 2005년, 174면.

122) 이효원, 『남북교류협력의 규범체계』, 경인문화사, 2006년, 129~132면.

123) 김선택, “헌법과 통일 정책”, 한국법학 50년-과거, 현재, 미래(I), 한국법학교수회 주최 대한민국건국 50주년 기념 제1회 한국법학자대회 논문집,

124) 허완중은, 제4조가 통일에 관한 국가의 목표규정일뿐만 아니라 지속적인 통일정책의 추진을 보장하고 통일에 관한 구체화의 위임규정으로서 기능한다고 말한다. ; 허완중, 『한국헌법체계에 비춘 헌법 제4조의 해석』, 헌법재판소 헌법재판연구원 2014년, 7~15면.

125) 정재황, 『신헌법입문』, 81면.

준비하는 노력을 주문하는 것으로 볼 수 있을 것이다. 제4조는 ‘자유민주적 기본질서’를 중심으로 한 우리의 통일노력조향으로서 이를 달성한 결과 당위적으로 제3조가 완성되는 것이어서 양 조항은 서로 조화될 수 있을 것이다. 즉 제4조는 통일에 관한 국가의 목표를 설정하는 규정으로서 지속적인 통일정책의 추진을 보장하고 통일에 관한 구체화의 위임규정이라고 볼 것이다.<sup>126)</sup>

판례도 이같은 입장에 선 것으로 해석할 수 있다. 헌법재판소에 의하면 “북한은 조국의 평화적 통일을 위한 대화와 협력의 동반자임과 동시에 대남적화노선을 고수하면서 우리 자유민주체제의 전복을 획책하고 있는 반국가단체라는 성격도 함께 갖고 있”다고 하였고, 대법원<sup>127)</sup>도 “북한은 조국의 평화적 통일을 위한 대화와 협력의 동반자이기도 하지만 다른 한편 남·북한 관계의 변화에도 불구하고 여전히 적화통일 노선을 고수하면서 우리의 자유민주주의 체제를 전복하고자 획책하는 반국가단체로서의 성격도 아울러 가지고 있”다고 하여 제3조의 규범력을 인정하면서 제4조의 평화통일을 위한 노력도 헌법적 명령으로 감안한 결정으로 보인다. 따라서 헌법 제3조와 제4조는 상호 모순되는 조항으로 볼 것이 아니라 조화적으로 해석하면 된다는 결론을 이론적으로 충분히 뒷받침 할 수 있게 된다.

제4조의 결과 제3조가 달성된다는 이론뿐만 아니라 제3 조의 영토조항은 물리적 영역뿐만 아니라 영토의 ‘온전성’이라는 의미를 가진다고 해석하면, 분단을 부정하고 통일을 지향하는 규정이 될 것이며, 헌법 제4조도 통일을 헌법적 명령으로 명백히 밝히고 있기 때문에 양 규정의 지향점은 같다고 볼 수 있다. 헌법 제4조는 통일의 민족적 과제를 당연히 밝히면서 그 통일의 방식을 규정하고 있다. 요컨대 헌법 제3

126) 허완중, 『한국헌법체계에 비춘 헌법 제4조의 해석』, 헌법재판소헌법재판연구원 2014년, 7~15면.

127) 대법원 1996.11.12.선고 96누1221판결.

조는 분단을 부정하고 우리 영토의 온전성과 통일지향의 헌법적 의지를 명시한 것이고 헌법 제4조도 통일이라는 과제를 확인하고 통일의 방식을 규정한 것이므로 상호 모순되지 않는다.<sup>128)</sup> 따라서 헌법 제3조나 제4조 모두 분단의 고착화를 규정하지 않은 것이 명확하므로 서로 모순이 아니다.

---

128) 정재황, 신 헌법입문, 박영사, 2016, 제6판, 81면.

## 제 3 장 통일이후 헌법의 기본원리와 기본권

### 제 1 절 헌법의 기본원리

#### I. 헌법과 그 기본원리의 의의

##### 가. 국가와 사회의 근본규범으로서의 헌법

헌법은 국가와 사회의 최고규범으로서 국가권력의 구성 및 유지에 관한 조직 및 작용규범인 동시에 국가와 사회의 구성원인 국민이 기본적인 인권을 실현하고 공동체적 삶의 기초를 만드는 시민생활의 행위규범이다. 따라서 모든 정치적 통일체는 헌법을 통해 국가와 사회의 기본질서를 형성하게 된다. 통일 후 새로이 수립되는 정치적 공동체 또한 그 기본질서의 가치정향(orientation)과 형태를 헌법에 의해 구성하고 그 운영의 절차 또한 헌법에 따르게 된다.<sup>129)</sup>

한편, 최고규범으로서의 헌법은 법규범(law)이자 정치도덕규범(political morality)으로서 국가설립과 국가권력의 목적, 여러 국가권력의 상호관계, 국가와 국민의 관계 등에 관하여 특정한 가치를 구현하는 가치규범으로서의 본질을 가진다. 정치적 공동체는 하루 아침에 형성되는 것이 아니라 오랜 역사적 배경하에 정치적으로 형성되는 것이다(헌법의 역사성과 정치성). 공동체내의 자원배분을 비롯한 다양한 이해관계를 조정하기 위하여 규범의 존재는 없어서는 안될 요소이며 이 규범을 어떤 정치적 과정을 통해 형성하는지가 그 정치적 공동체의 본질을 규정짓게 된다. 이런 정치과정과 그 결과는 기성 정치질서의 영향

---

129) 현재는 다음과 같이 국가와 사회의 근본규범으로서의 헌법의 의의를 확인하고 있다: “헌법은 국민적 합의에 의해 제정된 국민생활의 최고 도덕규범이며 정치생활의 가치규범으로서 정치와 사회질서의 지침을 제공하고 있기 때문에 민주사회에서는 헌법의 규범을 준수하고 그 권위를 보존하는 것을 기본으로 한다.”(현재 1989.9.8, 88헌가6, 판례집 제1권, 199).

으로부터 완전히 절연될 수 없고 새로운 공동체를 형성한 이후에도 끊임없이 변화하기 때문에 헌법의 생성과 소멸은 끊임없는 정치과정의 산물인 동시에 현실적인 정치과정 또한 헌법에 의해 지속적인 통제 대상이 되는 등 상호작용하게 된다는 점에서 헌법은 강한 정치성을 띠게 된다.

#### 나. 이념과 원리의 체계로서의 헌법

헌법의 역사성 및 정치성에 의해 구축된 가치규범으로서의 속성은 이를 반영하는 기본이념과 이를 구체화하여 국가작용의 지침으로 작용하는 기본원리의 종합적인 체계를 상부구조로 한다. 헌법의 기본이념은 헌법의 정체성(identity)을 구성하여 특정한 정치적 공동체의 근본규범인 헌법의 가치정향을 구현하게 된다. 21세기 지구촌의 지배적인 정치이념은 ‘헌법에 의한 지배’(government according to the constitution)를 추구하면서 헌법의 핵심가치를 개인이 가지는 불가침의 기본적인 권으로 삼고, 그 최대한의 보장을 위해 국가를 형성하여 민주공화적으로 운영하는 것에 두는 입헌주의(constitutionalism)이다.<sup>130)</sup> 그러나 아직도 북한과 같이 헌법의 명목적 성격이 두드러지고 개인을 정치적 공동체의 유기체로 인식하는 전체주의적 이념이 지배하는 경우가 없지 않다. 특히 북한은 한반도를 중심으로 대한민국과 체제경쟁을 하는 특수관계에 있는데 지향가치가 이처럼 판이하게 달라 통일헌법의 정체성을 확립해야 하는 과제를 안겨주어 통일과정의 어려움을 더하고 있다.

한편 헌법의 기본이념은 헌법의 기본원리를 통해 구체화되어 재판규범과 행위규범으로 작용하게 된다. 현재는 헌법의 기본원리가 “헌법

130) 인류공동체의 지배적인 정치이념으로 입헌주의가 자리하게 된 중요한 계기는 1989년 베를린 장벽의 붕괴로 상징되어지는 동유럽 공산체제의 몰락이며, 1990년대 이후 동유럽 외에도 남아프리카공화국나 여러 남미 국가들에서 권위주의체제를 종식시키고 입헌주의를 수용하였다.



의 이념적 기초인 동시에 헌법을 지배하는 지도원리로서 입법이나 정책결정의 방향을 제시하며 공무원을 비롯한 모든 국민·국가기관이 헌법을 존중하고 수호하도록 하는 지침이 되며, 구체적 기본권을 도출하는 근거로 될 수는 없으나 기본권의 해석 및 기본권제한입법의 합헌성 심사에 있어 해석기준의 하나로서 작용<sup>131)</sup>함을 확인하고 있다. 즉 헌법의 기본원리는 헌법의 기본이념의 본질적 요소를 구성하여 헌법생활의 준거가 되는 지침으로서 모든 국가생활과 사회생활의 준거가 된다. 특히 헌법에 의하여 창설되는 국가권력은 헌법의 기본원리에 입각하여 그 한계내에서 헌법과 법률이 부여한 권한을 행사할 수 있게 된다.

헌법의 각 세부규정은 이와 같은 이념과 원리의 종합적인 체계에 의해 통일적으로 조화로운 상태를 구현하게 되는 것이다. 통일헌법 또한 분단상태를 효과적이고 합리적이며 평화적으로 극복하여 모든 사회적 세력들이 문명국의 보편원리가 추구하는 헌법이념과 원리에 따라 공존할 수 있는 틀을 마련하는 것이 필요충분조건이다. 예컨대 국가와 국민의 관계를 설정하는 기본권은 물론 국가의 권력구조를 형성하는 정부형태 및 그 하위정치제도인 선거제도나 정당제도, 지방분권제도 등은 헌법원리에 의해 효과적으로 설계되고 운영되어야 할 것이다.

통일이후 헌법의 기본원리는 근본적 이념과 원리를 달리하였던 두 체제간의 이질성을 최대한 극복하면서 인류보편의 가치를 반영하는 것이어야 한다. 그러나 통일은 특정시점에 전격적으로 이루어질 수도 있지만 과도기적 중간단계를 거쳐 이루어질 가능성도 적지 않으므로 체제간의 이질성을 완화하기 위한 과도적 단계에서는 상호 이질성을 다양성과 기성질서 존중의 관점하에 포용할 수 있는 개방적 태도가 요청될 것이다.

131) 헌재 1996. 4. 25. 92헌바47, 판례집 8-1, 370, 380.

#### 다. 통일헌법상 기본원리의 전제

한편 통일 헌법은 현행 헌법이 통일과 관련하여 제시하는 규범적 조건을 준수하는 것이 그 정당성을 확보하는 요건이라고 할 수 있다. 과정상의 정당성이 없는 통일은 이후 성립된 정치체제 자체의 정당성을 위협하는 요인이 될 것이기 때문이다.<sup>132)</sup> 현행 헌법 제4조는 통일의 규범적 조건으로 자유민주적 기본질서에 입각할 것과 통일의 방법이 평화적일 것임을 요청하고 있다. 특히 통일의 규범적 조건으로 자유민주적 기본질서에 입각할 것으로 요청하고 있으므로 통일헌법의 지도원리인 기본원리 또한 자유민주적 기본질서와 조화를 이루어 실현해야 하는 내용적 한계가 설정되어 있다.<sup>133)</sup>

현재는 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”로 규정하고, 그 구체적 요소로서 “기본적 인권의 존중, 권력분립, 의회제도, 복수정당제도, 선거제도, 사유재산과 시장경제를 골간으로 한 경제질서 및 사법권의 독립”을 예시한 바 있다.<sup>134)</sup> 현재의 이러한 자유민주적 기본질서에 대한 해석론에는 특히 사유재산과 시장경제를 골간으로 한 경제질서를 포함한 것에 대한 이론이 제기되어 있는 바,<sup>135)</sup> 이 연구에서는 자유민주적 기본질서의 내용에 대한 체계적

132) 김선택은 통일헌법의 정당성을 새로운 통일공동체의 구성원이 될 국민이 배제되지 않는 과정을 거치는 것에서 확보될 수 있다고 본다. 김선택, “분단과 통일: 통일헌법의 정당성”, 통일법연구 제1권(2015), 36-37면 참조.

133) 같은 견해로, 예컨대, 성낙인, 헌법학 제16판(2016), 309면 참조.

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

135) 예컨대, 성낙인은 자유민주주의를 정치질서의 기본원리로 이해하고 경제·사회·문화의 기본원리는 20세기적인 사회복지국가의 이념에 기초한 것으로 구별하고 있다. 성낙인, “통일헌법의 기본원리 소고”, 서울대학교 법학, 제53권제1호(2012), 425면 참조. 이후 본문에서 본격적으로 논증하겠지만 현재가 다른 결정(현재 1989.12.22, 88헌가13, 판례집 제1권, 357, 373-378)을 통해 경제질서를 자유시장

검토가 필요할 것이다.

나아가 통일의 방법을 평화적일 것으로 한계지우는 것은 과정으로서의 평화통일을 의미할 뿐만 아니라 통일후 이질적인 체제유산을 극복하는 과정에서도 평화적일 것을 요청하는 것이라고 할 것이다. 이는 현행 헌법 제5조 제1항에서 국제평화주의를 선언하고 있는 것과 결합하여 통일 후 평화주의를 핵심원리의 하나로 요청하고 있다고 해석될 수 있으므로 이에 대한 연구의 필요성도 있다.

## II. 통일헌법의 기본원리를 결정하는 준거

### 가. 체제경쟁의 현실과 기본원리 결정의 준거

대한민국(이하 “남한”이라 함)과 조선민주주의인민공화국(이하 “북한”이라 함)은 한반도에서 체제경쟁중에 있다. 통일은 이 경쟁관계의 종결을 의미한다. 평화적으로 이루어지기 힘든 일방적 흡수통일의 경우를 일단 제외하면 양자의 대화와 협력을 통한 통일은 두 체제의 통합을 의미하고 체제통합은 정치성과 역사성에 기반한 가치 혹은 이념 및 원리에의 합의를 의미하게 될 것이다. 그러나 이질적인 각각의 체제에 내재한 가치 혹은 이념을 고집할 경우 이러한 합의는 무망할 수밖에 없다. 그러므로 통일헌법의 기본원리를 결정함에 있어 일정한 가치전제가 불가피함을 알 수 있다. 일방에 의한 흡수통일의 경우가 아닌 합의통일의 경우 새로운 체제에 대한 합의가능성이 우선적인 기준으로 고려될 수 있다.<sup>136)</sup> 그런데 합의가능성이라는 기준은 통일이전의 과도기 상황에서 잠정적으로 성립되는 체제에서 꼭 필요한 것이라고 할 수 있어도 그런 과도기적 상황을 지나 통일이 된 상황을 염두

주의적 시각에서 이해하려는 태도를 현행 헌법이 지양하고 있다는 점을 고려하면 경제질서적 요소를 배제하고 자유민주적 기본질서 혹은 자유민주주의를 정치적 질서의 기본원리로 이해하는 태도가 타당하다.

136) 도회근, “통일헌법의 기본원리”, 법조 제64권 제10호(2015), 21-22면 참조.

에 둔다면 현실적 적실성이 있다고 보기 힘들다. 통일한국의 경우 그 가치질서는 결국 정치적 결단에 의해 선택될 것이지 양립불가능한 이념이나 원리를 형식적으로 결합시켜 둘 수는 없는 것이기 때문이다. 따라서 합의가능성의 기준은 체제경쟁기가 완전히 종료되기 전, 즉 통일전의 고려사항일 수는 있어도 통일한국의 기본원리를 탐색하는 실질적 규범적 준거로서 기능하기는 어렵다. 달리 말하자면, 본질적으로 이질적인 두 가치체계를 통합하는 것은 결국 하나의 체제가 지향하는 가치체계를 포기하는 방법밖에 없기 때문이다. 양자를 최대한 수렴하기 위한 포괄적인 가치체계를 수립하더라도 이는 각각의 중핵적 가치보다는 피상적이고 부수적인 가치의 포기이거나 타협에 불과할 수밖에 없기 때문이다.<sup>137)</sup>

정치적 결단을 본질로 하는 합의가능성이 통일헌법의 기본원리를 결정하는 준거로서 실제로 기능하기 어렵다면 결국 인류사의 보편적 발전에 기초한 외재적 준거만이 상정가능하게 된다.<sup>138)</sup> 인류의 오랜 역사를 거쳐 오늘날 세계화된 지구촌의 상황은 일부 예외에도 불구하고 입헌주의가 대세를 이루어가고 있다. ‘역사의 종말’<sup>139)</sup>까지는 아니더라도 전지구적 가치질서는 기본적 인권의 존중, 민주공화적 정치질서, 헌법에 의한 지배라는 현대 입헌주의가 대세를 이루고 있는 것은 의문의 여지가 없다. 입헌주의에 기초한 현행 남한의 헌법도 제4조에

---

137) 합의가능성이라는 개념 자체는 당사자를 염두에 둔 것이라는 점도 통일 후 기본원리의 결정준거로서 논리적으로 기능하지 못하게 하는 요소이다. 즉 남과 북을 대표하는 주체를 상정해야만 합의가 가능하다. 그런데 통일과정이라면 당사자가 있을 수 있으나 통일 이후에는 그런 대표성을 가진 당사자를 상정하기가 어렵다. 오로지 정치적으로 평등한 정치공동체의 구성원들이 있을 뿐이고 이들의 결정에 의해 공동체의 근본적인 방향이 설정될 것이다.

138) 도회근, 앞의 논문, 21면 참조.

139) 동구공산권의 몰락이라는 세기적 상황을 맞으면서 냉전이 종식되면서 인류의 사회문화적 진화는 최종지점에 도달하였고 그 최후의 정치체제로 자유민주주의가 선택되었다는 주장이 20세기말의 세계사적 정신세계를 풍미한 바 있다. 대표적으로 1992년 초판이 간행되었던 Francis Fukuyama, *The end of history and the last man*(2002) 참조.

서 통일의 가치전제를 자유민주적 기본질서를 제시하고 있는 바, 통일헌법의 가치체계는 입헌주의라는 보편적 이념에 기반한 자유민주적 기본질서로 수렴될 수밖에 없다. 다만 이 보편적 원리로서의 자유민주적 기본질서의 내용이 무엇인지에 대해서는 아직 확립된 것이 없고 통일과정에서 끊임없이 조정되고 합의되어야 할 성질의 것이라고 할 수 있다.

#### 나. 보편적 정치원리로서의 자유민주주의

통일헌법의 규범적 한계를 자유민주적 기본질서라고 할 때 자유민주적 기본질서를 어떻게 이해하느냐가 중요한 과제로 등장한다. 앞서 언급하였듯이 현재의 유권해석이 있기는 하나 이는 특정 사안을 해결하기 위한 한계를 가질 뿐만 아니라 분단체제를 전제함으로써 통일과정의 특수성에 대한 고려가 충분하다고 할 수 없다. 나아가 이 기본질서의 중핵을 이루어야 할 인류보편적 정치원리로서의 자유민주주의의 구체적 내용이 무엇인지는 통일과정에서 양 체제가 모두 참여할 수 있는 조건을 마련해야 하고 동시에 지구촌의 다른 국가들에서 어떤 규범적 의미를 가지는지에 대한 고려가 필요하다.

##### (1) 현재의 태도: 자유주의와 민주주의의 결합으로 이해되는 자유민주주의

현재는 2001년의 한 결정에서 “국가권력의 간섭을 배제하고, 개인의 자유와 창의를 존중하며 다양성을 포용하는 자유주의와 국가권력이 국민에게 귀속되고, 국민에 의한 지배가 이루어지는 것을 내용적 특징으로 하는 민주주의가 결합된 개념인 자유민주주의”<sup>140)</sup>로 자유민주적 기본질서의 성격을 자유주의와 민주주의라는 특정한 정치철학들의 결합으로 정리한 바 있다.

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

## (2) 현재의 태도에 대한 비판

자유민주주의를 특정한 정치철학에 직접적으로 결부된 것으로 보는 현재의 해석론은 규범의 의의, 적용요건, 범위 및 성격을 둘러싼 혼란을 초래할 위험이 크다는 점에서 비판적 검토가 필요하다.

무엇보다 남한의 헌법만을 보더라도 ‘민주공화국’(헌법 제1조), ‘민주적 기본질서’(헌법 제8조), ‘불가침의 기본적 인권’(헌법 제10조)과 같이 자유민주적 기본질서와 결합하여 혹은 개별적으로 헌법의 최고이념을 구성하는 가치규범이 존재하며, 이들 또한 자유민주적 기본질서의 규범적 의의와 내용을 확정하는데 동시에 고려되어야 할 것인데, 이들 기본가치규범이 자유민주적 기본질서를 단순히 자유주의와 민주주의의 결합만으로 포섭해 낼 수 있을지 의문이다. 앞서 확인한 바와 같이 헌법은 통일적 체계로 이해되어야 하고, 현행 헌법의 형성 목적 또한 “자유민주적 기본질서를 더욱 확고히 하”는데 있으므로<sup>141)</sup> 자유민주적 기본질서는 통일헌법의 가치전제이면서 현행 헌법의 지향가치질서이기도 하기 때문이다. 즉 현행헌법의 핵심적 지향가치질서는 필연적으로 다른 핵심적 지향가치질서와 내용적으로 조화로운 체계를 형성하여야 한다. 나아가 자유민주적 기본질서는 이들 지향가치질서를 조화롭게 구현하기 위해 현행 헌법이 정치, 경제, 사회, 문화 모든 영역에 있어 채택한 제도나 가치지침들과도 조화를 이루어야만 하는데 현재처럼 단순화된 관점으로 이러한 과제를 감당할 수 있을지 의문이다.

자유민주적 기본질서의 해석은 이후에 보듯 결국 자유의 의미를 무엇을 중심으로 볼 것인가가 관건이다. 앞서 언급하였듯이 현재가 자유민주적 기본질서의 개념요소로 “사유재산과 시장경제를 골간으로 한 경제질서”를 포함하고 있음에 비추어 현재는 이때의 자유를 경제

---

141) 현행 헌법 전문(前文) 참조.

적 자유를 중심요소로 삼으려는 것으로 추정할 수 있다. 그러나 인류사에서 개인의 자유를 보장해 온 역사적 발전과정, 특히 근대시민혁명 이후의 경과를 보면 경제적 자유는 공공복리라는 공익을 위해 합리적으로 규제와 조정의 대상이 되는 것으로 이해하는 경향이 확대되어 왔다. 1948년 제헌헌법 이래 남한의 헌법은 경제질서에 관한한 국가의 광범위한 규제와 조정의 여지를 인정하는 경제헌법<sup>142)</sup>을 두고 있으며 경제적 자유의 결과물인 재산의 헌법적 보장은 정치과정의 결과 입법을 통해 그 내용과 한계가 정해지도록 하는 한편 그렇게 확정된 재산권의 행사마저도 공공복리에 적합하도록 재산권 행사자에게 특별한 헌법적 의무를 부여하고 있다. 나아가 공공필요에 의한 재산권의 박탈을 법률적 근거라는 형식적 요건과 정당한 보상이라는 실질적 요건만 갖춘다면 허용할 뿐만 아니라 “국방상 또는 국민경제상 긴절한 필요”로 인하여 법률이 정하는 경우에는 사영기업을 국유 또는 공유로 이전하거나 그 경영을 통제 또는 관리할 수 있도록 함<sup>143)</sup>으로써 경제적 자유와 더불어 재산권에 대한 폭넓은 공적 조절을 헌법적으로 정당화하고 있다.<sup>144)</sup>

특히 자유민주적 기본질서가 그 어떤 입장에 의하건 정치질서를 근간으로 함을 부정할 수 없다는 점에서 민주공화국이라는 국가형태와 본질적 상관관계를 가진다는 점을 소홀히 해서는 안될 것이다. 또한 현행 헌법 제8조에서 자유민주적 기본질서의 근간을 이루는 정당의 해산사유가 ‘민주적’ 기본질서로 제시되어 있는 점을 고려할 때 자유는 민주적 기본질서와 본질적으로 연계된 것임을 추정해 볼 수 있다. 왜냐하면 주권재민을 천명하고 특정인이나 특정계급 혹은 집단의 독재를 부정하는 민주공화국의 규범적 의의에 비추어 정치적 자유의 최

142) 현행 헌법의 경우 제9장.

143) 헌법 제126조 참조.

144) 현행 헌법의 경우 제23조.

대한의 보장과 자치의 폭넓은 보장이 자유민주적 기본질서의 기본적인 요소라고 보는 것이 자연스럽다.<sup>145)</sup> 따라서 자유민주적 기본질서의 자유는 민주적 정치질서와 관련되는 것으로 새기는 것이 옳고 민주주의와 간접적으로 연계성을 가질 뿐인 경제적 자유주의를 근간으로 하는 것으로 오해해서는 안된다.<sup>146)</sup> 정치과정이야말로 헌법합치적 법률을 형성하는 국민대표기관인 의회를 중심으로 한 의회민주주의적 체제를 매개로 하여 인간의 존엄이 최고도로 발휘되도록 하는 기반이 되므로 그 자유로움과 민주적 정당성은 최대한 확보되어야 한다. 이러한 최고의 지향가치를 위협할 수 있는 국가적 사회적 위협은 일단 반헌법적인 것으로 간주되어야 하고 용납될 수 없는 것이다.<sup>147)</sup>

한편 자유민주적 기본질서라는 표현의 비교법적 기원이 되는 독일 기본법 제21조 제2항이 ‘자유롭고 민주적인 기본질서(die freiheitliche demokratische Grundordnung[free and democratic basic order])’라는 포괄

---

145) 김종철, “민주공화국과 정당해산제도 - 통합진보당 해산심판청구를 소재로 -”, 공법학연구 제15권 제1호(2014. 2), 44-47면 참조. 한국 헌정사와 현대민주주의론의 발전에 터잡아 같은 입장을 취하고 있는 견해로는 송석윤, “정당해산심판의 실제적 요건 - 정당해산심판제도의 좌표와 관련하여”, 서울대학교 법학 제51권 제1호(2010. 2), 50-54면 참조.

146) 경제적 자유주의를 근간으로 해서는 안된다는 의미를 사유재산제를 부정하는 것으로 오해해서는 안되며, 오히려 재산권과 경제적 자유의 철저한 보장을 내세워 자유방임형 자유지상주의가 우리 헌법의 기본질서임을 강변하는 도구로 전락해서는 안된다는 의미로 이해되어야 한다. 이러한 해석은 사회복지국가의 원리를 헌법의 기본원리로 채택하고 있는 우리 헌법의 체제와 역사적 의미를 반영하자면 자유민주주의가 사회민주주의를 배제하는 것으로 해석하는 것은 모순일 수밖에 없기 때문이다.

147) 김종철, “헌재는 주권적 수입기관인가?: 대한민국의 헌법적 정체성과 통합진보당 해산결정”, 저스티스 제151호(2015), 41면 참조. 같은 취지에서 현재의 자유민주적 기본질서의 개별적 요소들을 엄밀한 검증없이 나열한 것을 비판하면서 자유로운 정치적 의사형성과정과 실현을 중심으로 민주적 기본질서를 이해하는 견해는 경청할 만하다. 예컨대 민주적 기본질서의 핵심적 요소를 개방적 의사소통체계에 의해 결정된 공적 과제의 실효적 수행방식으로 영위되는 공동생활의 질서로 파악하여 이러한 개방적 의사소통체계를 파괴하거나 그 결과에 승복하기를 무조건 거부하는 행위를 금지시켜야 한다는 김명재, “정당의 자유와 민주적 기본질서”, 헌법학연구 제13권 제1호(2007), 특히 314-316면 참조.



적인 규범조건을 요건으로 하고 있고 이때의 자유롭고 민주적인 기본질서는 단순한 헌법질서와 구별되는 중핵적 질서에 국한되는 것으로 이해되고 있는 점<sup>148)</sup> 또한 자유민주적 기본질서를 특정 정치철학에 국한되게 해석하는 입장을 비판적으로 바라볼 수 있게 하는 근거를 제공한다. 현재 또한 소위 통합진보당 해산결정에서 정당해산의 요건으로서의 민주적 기본질서는 ‘다원적’ 정치질서에 “가장 핵심적”인 내용이나 요소로서 “이것이 보장되지 않으면 입헌적 민주주의 체제가 유지될 수 없다”고 평가되는 “최소한의 내용”을 의미한다고 보고,<sup>149)</sup> 이 질서가 “개인의 자율적 이성을 신뢰하고 모든 정치적 견해들이 각각 상대적 진리성과 합리성을 지닌다고 전제하는 다원적 세계관에 입각한 것으로서, 모든 폭력적·자의적 지배를 배제하고, 다수를 존중하면서도 소수를 배려하는 민주적 의사결정과 자유·평등을 기본원리로 하여 구성되고 운영되는 정치적 질서”<sup>150)</sup>로 정의한 것은 결국 자유민주적 기본질서의 근본요소가 민주적 기본질서 즉 근본적 정치질서에 있으며 이를 뒷받침하는 가치지향으로서의 자유 또한 정치적 자유와 자치를 의미하여야 결국 현행 헌법의 지향가치이자 통일헌법의 가치적 전제로서의 자유민주적 기본질서가 비로소 현대 입헌주의의 발전과 궤를 같이 하게 될 수 있다.<sup>151)</sup>

148) 한국 헌법과 달리 정당뿐만 아니라 기본권 실효 제도를 두고 있는 독일기본법의 경우 자유롭고 민주적인 기본질서라는 요건은 서신, 우편 및 전신의 비밀에 관한 제10조 제2항, 거주 및 이전의 자유에 관한 제11조 제2항, 기본권 실효제에 관한 제18조, 군대병력과 연방국경수비대의 투입요건에 관한 제87a조 제4항, 제91조 제2항에도 같이 등장한다. 모두 민주적 법치국가의 기본질서를 위협하는데 대한 요건이라는 공통점이 있다.

149) 현재 2014. 12. 19, 2013헌다1, 판례집 26-2(하), 22.

150) 현재 2014. 12. 19, 2013헌다1, 판례집 26-2(하), 23.

151) 구체적으로는 국민주권의 원리, 기본적 인권의 존중, 권력분립제도, 복수정당제도 등이 여기에 해당한다고 밝혔다. 현재 2014. 12. 19, 2013헌다1, 판례집 26-2(하), 23.

#### 다. 대안적 해석의 모색: 자유민주주의의 공동체적 토대로서의 민주공화국

남한의 현행 헌법이 제시하는 지향가치질서의 본질을 이루는 자유민주주의는 이념적 토대를 입헌주의에 두면서 그 공동체적 토대는 민주공화국에 둔다고 해석하는 것이 현대 민주주의의 보편적 경향에 부합할 뿐만 아니라 남한의 현행 헌법정신과 기본체계와도 부합한다. 통일헌법에서 모든 공동체질서는 민주공화국이라는 이념으로부터 출발해야 한다. 정치적 자유를 중심으로 자유롭고 민주적인 질서를 형성하고 유지하기 위하여 헌법적 보장은 필요조건이다. 이 헌법적 보장의 내용적 요소는 민주공화국이라는 국가공동체의 본질에 의해 확정되게 된다. 결국 자유민주주의는 입헌주의의 요소이면서 민주공화국의 실현원리가 되므로 자유민주주의는 민주공화국에 내재한 가치에 의해 그 실질적 내용이 확정되어야 한다.

민주공화국은 공동체의 헌법적 구성과 정치적 운용이 특정인, 특정 계급이나 계층, 특정 집단에 의해 자의적으로 이루어지지 않으며 공동체 구성원인 시민의 참여와 연대를 중심으로 자율적으로 이루어지는 정치체제이다.<sup>152)</sup> 이러한 민주공화국의 내재적 요소는 국민주권주의, 법치주의, 권력분립과 견제와 균형의 원리, 사회복지주의라고 할 수 있다.

---

152) 독일 헌법학자 헤세의 경우 공화국의 개념을 좁은 개념과 넓은 개념으로 구별한다. 그에 따르면 군주적 국가권력을 배제한다는 의미에서의 공화국의 좁은 개념은 이제 실제적 의미를 가지지 못하게 되었다고 한다. 아무리 군주국이라 하더라도 전제군주국을 지향하지 않는 영국과 같은 입헌군주국의 경우 그 실질적 의미가 퇴색한 것이고 군주제를 폐지한 국가들에게서는 군주국이 폐지된 시점에서와 같은 체제경쟁의 위협이 없다면 공동체 정치현실에서 실제로 문제가 되지 않기 때문이다. 그러나 넓은 의미의 공화국은 공동체를 가리키며 이때의 공화국은 “권력보유자의 자의(恣意)만이 존재하는 전제국가와 대비되는 참되고 자유로운 국가”를 지칭한다. 콘라드 헤세 저, 계획열 역, 통일 독일헌법원론[제20판](2001), 79면 참조.

### Ⅲ. 통일헌법의 기본원리

#### 가. 국민주권주의

##### (1) 국민주권주의의 의의와 내용

민주공화체제의 가장 근원적 국가권력 형성의 원리는 국민주권주의이다. 주지하듯이 주권은 대외적으로 정치공동체의 독립성을 표상하며 대내적으로는 공동체의 통일적 규범질서를 창출하고 유지하는 최고성을 본질로 한다. 특정인의 지배(군주국)이나 특정 계급의 지배(귀족정)을 부정하고 정치적 평등을 기본으로 공동체 구성원의 자결을 본질로 하는 민주공화국에서 최고권력인 주권은 공동체의 구성원들 전체에게 귀속될 수밖에 없다. 개인이 아닌 전체로서의 국민은 결국 이념적 통일체로 관념되는 것이다.

이념적 통일체로서의 국민이란 법적 의제(legal fiction)로서 공동체를 구성하는 개인으로서의 국민들을 법적 단일주체로 관념하는 것을 말한다. 실재하는 것이 아니라 법적 의제로서 이념적으로 통일체를 상정한다는 점에서 근래 국민주권주의를 국가권력의 정당화요소로 상정하는 움직임이 있다. 근대시민혁명 직후 지배적이었던 제한민주주의론에 기초한 국민주권은 개인으로서의 국민을 보통선거권과 같은 참정권이나 국민의 정치적 자유를 실질적으로 인정하지 않았기 때문에 말 그대로 형식적이고 추상적 수준에 머무르는 공허한 국민주권론에 그칠 수 밖에 없었다. 그러나 보통민주주의론에서 전체로서의 국민은 끊임없이 자유롭고 민주적인 정치적 의사소통이 이루어지는 정치과정 그 자체를 전제로 하기 때문에 실질적이고 구체적인 차원에서 관념되는 것이다.<sup>153)</sup> 결국 국민주권주의는 참정권이나 정치적 자유와 같은

153) 이 같은 두 가지 국민주권론의 관점에서 정치질서에 대한 헌법해석과 헌법실천이 필요함을 강조하고 있는 견해로는 현재 1989. 9. 8. 88헌가6, 판례집 1, 199,

개인의 헌법적 권리를 최대한 보장하는 전제하에 정치적 지배가 민주 공화적으로 영위되어지는 상태를 추구하는 것이다.

## (2) 남한과 북한의 헌법과 국민주권주의

남한 헌법 제1조는 그 제1항에서 대한민국이 민주공화국임을 선언한 후 그 제2항에서 주권의 소재가 국민에게 있고 “모든 권력은 국민으로부터 나온다.”는 점을 분명히 하고 있다. 주권재민, 즉 모든 국가 권력의 발원지이나 정당화사유가 전체로서의 국민에게 있음을 분명히 한 것이다. 그러한 국민주권주의의 발현방식으로는 직접민주제적 방식보다는 간접민주제 혹은 대의민주제적 방식을 원칙으로 선언하고 있다. 즉 헌법 제40조에서 입법권을 국회에, 제66조 제4항에서 행정권을 대통령을 수반으로 하는 국회에, 제101조 제1항에서 사법권을 법관으로 구성되는 법원에, 제111조 제1항에서 다섯 가지 특별재판제도를 헌법재판소에 부여하는 등 국가권력을 기능별로 구별하여 각각 동등한 지위에 있는 별개의 독립기관들에 분점시키고 있는 것이다. 직접민주주의를 실현하는 제도로는 오로지 국민투표제만을 예외적으로 도입하고 있다. 국가안위에 관한 중요정책에 관한 국민투표(헌법 제72조)와 헌법개정안에 대한 국민투표(헌법 제130조)가 그것이다. 그러나 이 제도마저 대표기관의 발의가 있는 경우에만 국한하여 인정함으로써 대의민주제를 중심으로 한 국민주권주의를 분명히 하였다.<sup>154)</sup>

한편 대의민주제적 국민주권주의의 실현체제라 하더라도 이념적 통일체로서의 국민의 실질적 구체적 실현태를 어떻게 파악할 것인가의 문제가 쟁점이 될 수 있다. 민주공화국이 특정인이나 특정집단 혹은 계급의 지배를 거부하는 것을 골자로 한다는 전제에서 보면 이 국민의 실체는 결국 인간으로서의 존엄과 가치, 행복추구권에 기반한 불

206-207.

154) 제72조의 경우 대통령의 재량에 기초한 부의가 요건이며, 제130조의 경우 국회의 헌법개정안 의결이 요건이다.

가침의 기본적 인권을 천부적으로 가지는 개인으로부터 출발할 수밖에 없다. 남한 헌법 제10조에서 국가의 개인이 가지는 기본권 인권에 대한 보장의무를 선언하고 있는 것은 국민주권주의의 실질적 구체적 실현태를 분명히 한 것으로 이해할 수 있다.

반면 북한의 경우 인민주권론을 표방하고 있다. 북한 헌법 제4조는 주권은 “로동자, 농민, 군인, 근로인테리를 비롯한 근로인민”에게 있음을 선언하는 한편, 제12조는 “국가는 계급로선을 견지하며 인민민주주의독재를 강화하여 내외적대분자들의 파괴책동으로부터 인민주권과 사회주의제도를 굳건히 보위한다.”고 규정하여 인민주권론을 천명하고 있다. 이는 전통적인 국가사회주의체제이론 중 핵심인 마르크스의 프롤레타리아독재론과 사상적으로 연계되어 있음을 주지의 사실이다. 사회주의적 경제양식하에서 다수인 프롤레타리아계급의 이익을 위하여 이 계급의 독재를 정당화하고 소수인 자본가들의 자유를 억압하고 제한할 수 있다는 정치이념이 프롤레타리아독재론이다. 이 독재론이 완성단계에 이르기 전의 단계에서 프롤레타리아가 아닌 상인, 공업가, 진보적 지식인 등을 포함하는 인민이 주권자를 구성한다는 철저히 계급체제에 기초한 주권개념이 인민주권론이다.<sup>155)</sup>

북한의 인민주권론은 개인의 정치적 자아에 기초한 참정권과 정치적 자유를 원론적으로 부인하고 민주공화제의 전제인 정치적 평등을 전제하지 않고 있다는 점에서 남한의 국민주권론과 양립불가능하다. 주권론의 차이는 통일헌법의 최고원리로 삼아야 할 주권론이 결국 양자택일적 결단에 의해 해소될 수밖에 없다.

155) 이상 북한의 인민주권에 대한 소개로는 도회근, 앞의 논문, 12-14면 참조.

### (3) 통일헌법에서 국민주권주의의 위상

#### 1) 민주공화제에 기반한 국민주권주의의 선택

공동체 최고권력에 대한 결정은 체제경쟁상태에 있는 현 상태의 주권론간 충돌을 해소하는 것이다. 그러나 그 해소는 근본적으로 물과 기름의 관계에 있는 국민주권론과 인민주권론의 병용을 통해서도 불가능하고 양자택일의 방법밖에 없다. 앞서 서술하였듯이 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권의 보장과 평등한 시민들의 자치를 의미하는 공화제적 가치를 염두에 둘 때 인민주권론을 채택하는 것은 현행 헌법 제4조가 설정하고 있는 통일의 실체법적 한계에 배치되므로 우리에게 합리적인 선택지가 못된다. 결국 통일헌법하에서도 현행 헌법 제1조와 같은 국민주권론은 계속 유지될 필요가 있다.<sup>156)</sup>

#### 2) 이른바 ‘개방적’ 민주주의와 국민주권주의

한편 통일헌법의 기본원리인 국민주권주의와 관련하여 주권자인 이념적 통일체로서의 국민의 성격에 대한 규명이 필요할 수 있다. 앞서 남한의 국민주권주의에 대한 서술에서 보았듯 국민의 구체적 실현태가 인간의 존엄과 가치에 기반한 인권의 주체인 개인을 기본으로 해야함을 자유민주주의나 민주공화국의 성격상 자명하다. 그러나 개인들을 공동체의 구성원으로 결합시킬 수 있는 문화적이고도 역사적 정체성이 필요한가의 문제가 있다. 예컨대 국민을 민족주의적 관점에서

---

156) 통일의 과정에서 1국2체제의 가능성은 회의하면서도 인민주주의까지 포섭하는 자유민주주의론을 주장하는 경우가 있다(성낙인, 앞의 논문(통일헌법의 기본원리 소고), 442면 참조). 그러나 이러한 주장은 자유민주주의의 본질을 너무 일반개념적으로 이해한 것으로 받아들이기 어렵다. 최소한 정치적 자유와 평등을 본질적으로 보장하는 체제라는 의미의 국민주권론은 계급적 개념과 결합한 인민주권론과 양립하기 힘들다. 과도기적으로 두체제가 공존하는 느슨한 연방제나 1국2체제에서 한시적으로 인민주권론과 국민주권론의 병존이 가능할 수 있으나 통일이 완성된 후 한 체제내에서 양자의 병존은 불가능하다. 만일 그러한 국민주권론에 기반한 자유민주주의라면 전혀 새로운 이념에 전통적 개념을 차용한 것에 불과할 것이다.

파악하는 것이 필요한가라는 문제가 있다.

무릇 모든 정치적 공동체는 주권으로 상징되는 법적 통일성 외에도 공동체 구성원들이 사회문화적, 역사적 정체성을 공유할 것을 요청한다. 이 정체성의 실체를 민족이라는 단위에서 구하는 입장이 통일의 경우 당연히 제기될 수 있다. 또한 남북한 통일은 단순히 “국가와 국가의 통합”이라는 의미가 아니라 새로운 국민국가를 형성한다는 큰 의미를 갖는다는 관점<sup>157)</sup>에서도 이러한 사회문화적, 역사적 정체성으로 민족주의를 우선적 고려대상으로 삼는 것은 어쩌면 자연스러운 면이 있다. 남한과 북한은 헌법체제에서 지속적으로 한(韓)민족적 정체성을 강조하고 공유해 온 것 또한 사실이라는 점에서도 이런 주장이 설득력을 가질 수 있다.<sup>158)</sup> 물론 세계화적 흐름속에서 과거의 전통에 기초한 '상상의 공동체'로서의 민족주의가 통일한국의 정체성을 의미할 수 없음<sup>159)</sup>은 개인주의에 기초한 인권의 주체와 결합한 국민주권의 개념에 비추어 분명하다. 다만 모든 공동체에 필요한 문화적 동질성 확보라는 기능적 차원<sup>160)</sup>에서 주권자인 국민을 “유구한 역사와 전통에 빛나는 대한국민”(남한 헌법 전문)의 토대위에 구축하는 것은 전혀 불가능한 것이 아닐 수 있는 것이다. 결국 민족주의적 전통을 국민국가차원에서 재구성하고 국제평화주의와 결합하는 ‘개방적’ 민족주의는 통일헌법의 구성적 토대로 검토할 가치가 없지 않다. 실제로 근세기 새로운 이념적 통일을 이룬 독일의 경우 헌법상 민족적 동질성

157) 윤민재, “남북한 통합에 대한 정치사회학적 연구”, 한국사회과학 제24권 제2호(2002), 63-93면 참조.

158) 통일한국의 경우에도 단계적 접근을 통해 통일한국을 완성하는 과정에서 초기 통일한국의 경우 남북관계의 특수성과 통일의 정당성을 이념적으로 뒷받침하는 평화통일달성의 유용한 수단으로 '열린' 민족주의를 잠정적으로 헌법의 기본원리로 채택할 필요가 있다는 주장으로는 이효원, “통일헌법의 제정 방법과 국가조직”, 서울대학교 법학 제55권 제3호(2014), 36면 참조.

159) 윤민재, 앞의 논문 참조.

160) 개방적 민족주의의 기능적 정당화 가능성 등 다양한 철학적 정당화에 대하여는 이진우·이한규, “개방적 민족주의와 세계평화”, 철학 제37집(1992), 131-172면 참조.

단위의 국민국가를 수립한 대표적 사례에 속한다.<sup>161)</sup>

그러나 더욱 근본적인 문제는 이러한 문화적 동질성을 혈연이나 전통문화와 같은 사회관계적 특성에 기초해야 하는지에 대한 의문이다. 특히 세계화적 흐름이 초래하는 다문화적 다원주의의 필요성이라는 차원에서 보면 개인과 집단의 자율과 창의를 전제하는 정치공동체적 이상, 즉 민주공화체제하의 국민이라는 정체성만으로 충분하지 않을 까라는 주장 또한 강한 설득력을 가지고 있다. 역사적 경로와 미래적 이상과 비전의 접점을 모색해야 하는 통일한국의 경우 개방적 민족주의의 문제는 피할 수 없는 과제이지만 오해의 소지가 있는 민족주의의 강조보다는 민주공화제에 기초한 새로운 국민국가의 이념에 부합하는 보편적 정체성을 구축하는 것이 더 타당한 선택으로 보인다. 예컨대, 헌법을 정체성의 축으로 삼는 ‘헌법애국주의’(constitutional patriotism) 또한 주목할 만한 대안이다: “‘헌법적 애국심’의 핵심은 애국심의 근거를 더 이상 혈연이나 언어 및 영토의 공유성, 기타 문화적 습속과 유산과 같은 감성적인 민족주의적 요소가 아니라, 보편성과 특수성이 교차되는 가운데 상호 이해와 포용, 그리고 타협을 요소로 하는 다원적 민주주의의 정치문화와 헌법의 기본이념, 즉 ‘헌법적 정체성’에 대한 합의와 공유에서 찾는 것이 가능하고 또 바람직하다는 믿음과 기대이다. 일종의 터부로 설정되어 특정한 도덕공동체를 고착시키는 절대화된 민족주의가 아니라면, ‘헌법적 애국심’은 오히려 다원적 민주주의의 틀 속에 민족주의를 수용하여 발전시켜 나갈 수 있는 이념적 토대가 될 수 있다.”<sup>162)</sup>

---

161) Michel Rosenfeld, “CONSTITUTIONAL IDENTITY”, in Michel Rosenfeld and Addrás Sajó (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*(2012), p.763참조.

162) 이덕연, “‘헌법적 정체성’의 확립과 ‘자기교육’으로서 헌법교육”, 헌법판례연구 제15권, 109-123면 참조.



## 나. 법치주의

### (1) 법치주의의 의의와 내용

개인의 자유와 권리를 최대한 보장하기 위하여 입헌주의 헌법이 기본적으로 선택한 것은 국민의 자유와 권리의 법제화(legalization)이다. 헌법과 그 부속법령에 따라 법제화된 개인의 자유와 권리를 일반적으로 기본권이라고 한다. 그리고 기본권의 보장은 구두선(口頭禪)에 불과한 것이 아니라 실제로 국가권력이 국민의 자유와 권리를 침해하게 될 때 법적인 구제절차를 통해 현실화되어야 한다.

기본적 인권의 보장을 위한 핵심적인 헌법의 기본원리가 자의적인 지배를 극복하기 위한 법치주의(法治主義, the rule of law)라고 할 수 있다. 이 원리는 법이 정치권력자의 변덕에 의해 시시각각 변할 수 있고, 정치권력자 자신은 제대로 규율하지 못하는 지배의 수단인 아니라 정치권력자마저도 구속하면서 객관적으로 확정된 기준인 법에 의하여 우리의 생활이 규제되어야 한다는 것이다. 이때 법을 통한 개인들의 생활통제의 목적은 단순히 개인들이 가지는 자유로운 상태를 억압하기 위한 것이 아니라 자유를 질서롭게 행사하게 함으로써 공동체의 모든 사람들이 조화롭게 자유를 향유할 수 있도록 조정하는 것이다. 그리고 법들 간에도 위계질서가 있어서 가장 기본적인 가치를 담고 공동체의 구성과 운영이 어떻게 이루어져야 하는지를 정하는 근본법이 있고, 그 근본법이 정한 권한과 절차에 따라 구체적인 하위법들이 제정되어 직접적으로 우리의 생활을 규제하게 된다. 이 때 최상위의 근본법이 헌법인 것이며, 하위 법들은 헌법에 의해 제정되는 것이므로 헌법에 어긋나게 되면 법으로서의 효력을 상실하게 된다.<sup>163)</sup>

163) 법치주의의 요소로 입헌주의를 설명하는 경우가 있다. 그러나 헌법에 의한 지배를 추구하는 입헌주의를 법치주의와 민주주의의 조화를 헌법화하는 이념으로 이해하게 되면 법치주의야말로 입헌주의의 종개념적 요소가 된다. 이는 입헌주의가 자연권사상과 결합되는 근대적 정치사상이라는 점에서 오랜 정치공동체의 지배원리

이처럼 법의 헌법적합성을 확보하기 위한 대표적인 제도적 장치가 위헌법령심사제도나 헌법소원제도이다.

그 사상사적 기원이 오래되었음도 불구하고 법치주의는 근대입헌주의 국가의 성립에 의하여 그 본질적 의미가 발전되기 시작했다고 할 수 있다. 신분제사회를 토대로 하는 근대이전의 폭력적이고 자의적인 지배체제로부터 자유롭고 평등한 개인들이 정치적 합의를 성문헌법의 형태로 공시하여 그 원리에 따라 공동체가 운영되는 입헌주의체제의 전환이 법치주의가 왜 공동체의 기본적인 운영원리가 되어야 하는지에 대한 근거를 제공하여 준다. 입헌주의체제가 대의민주주의와 권력분립의 원칙에 입각하여 국가권력을 구성하며 국가의 주요정책은 국민의 대표자로 구성되는 의회가 법률의 형식으로 결정하고 그 법에 정한 절차에 따라 정책을 구체적으로 집행하는 기능은 행정부가 맡으며 법의 준수여부를 재판절차를 통해 담보하는 기능은 법원이 담당하는 체제이다. 권력분립이 공동체운영의 기본원리가 되면서 법을 형성하는 권한은 그 집행권을 가진 권력자로부터 분리되게 되었고, 동시에 법의 집행을 맡은 권력자 자체도 법이 정한 절차와 한계를 준수할 것을 요청받게 된다.

그러나 19세기까지의 초기입헌주의체제와 이에 수반된 법치주의원리는 국민의 대표자로 구성된 의회의 우위와 법률에 따른 집행이라는 민주주의적 외형에 천착하여 외견적 입헌주의와 형식적 법치주의의 문제점을 노정하게 된다(입법국가의 단계). 국민의 대표가 국민의 이익에 배치되는 법률을 제정할 리가 없다는 순진한 논리와 민주적 절차에 의한 정책결정에 대한 법적 통제장치의 미비가 결합하여 합리성

---

로 모색되어온 법치주의가 탈역사적 원리인 것에 의해서도 설명될 수 있다. 현재는 입헌주의의 목적적 이념적 지위와 법치주의의 수단적 지위에 대한 입장을 밝힌 바 있다: “입헌주의적 헌법은 국민의 기본권 보장을 그 이념으로 하고 그것을 위한 권력분립과 법치주의를 그 수단으로 하기 때문에 국가권력은 언제나 헌법의 테두리 안에서 헌법에 규정된 절차에 따라 발동되지 않으면 안 된다.”(헌재 1994. 6. 30. 92헌가18, 판례집 6-1, 557, 568).

이 결여된 부정의한 법률에 의해 국민의 자유와 권리가 침해되는 위험성에 대한 고려가 부족하였다. 그 결과 독일제국과 같은 일부 후발 민주국가들에서 자유주의의 내용을 담보하지 못하는 형식적 법치주의에 의해 헌법이 국민의 자유와 권리의 보장을 위한 제도적 장치를 갖추지 못하면서 국민의 자유와 권리를 불합리하게 제한하는 법률에 의하여 소수자의 인간으로서의 존엄과 가치까지도 위협하는 공권력작용이 횡행하였다.

이 같은 ‘부정의한’ 법에 의한 지배를 지양하기 위하여 의회입법에 대한 헌법적 통제수단으로 위헌법률심사제도가 헌법에 편입되기 시작하였고 법률에 의하여도 헌법이 보장하는 국민의 기본적 자유와 권리의 본질적 내용을 침해할 수 없도록 하는 제도가 마련되었다. 법의 내용의 정당성까지 요구하는 실질적 의미의 법의 지배가 구현되게 된 것이다. 이것은 법형성의 절차뿐만 아니라 법의 내용까지도 입헌주의의 정신에 부합하도록 하는 원칙으로서의 법치주의가 현대입헌주의국가의 기본원리로 자리잡게 된 것을 의미한다(입헌국가 혹은 헌법국가의 단계).<sup>164)</sup>

입헌주의를 전제하는 법치주의는 국민의 자유와 권리의 보장을 그 목적으로 하며, 법률의 우위, 법에 따른 집행, 법에 의한 재판을 그 내용으로 하고 명확성의 원칙, 신뢰보호의 원칙, 비례원칙(과잉금지의 원칙), 자의금지원칙 등을 그 구성요소로 한다.<sup>165)</sup>

164) 헌재도 이 점을 명확히 확인하고 있다: “우리 헌법은 국가권력의 남용으로부터 국민의 기본권을 보호하려는 법치국가의 실현을 기본이념으로 하고 있고 그 법치국가의 개념에는 헌법이나 법률에 의하여 명시된 죄형법정주의와 소급효의 금지 및 이에 유래하는 유추해석금지의 원칙 등이 적용되는 일반적인 형식적 법치국가의 이념뿐만 아니라 법정형벌은 행위의 무거움과 행위자의 부책에 상응하는 정당한 비례성이 지켜져야 하며, 적법절차를 무시한 가혹한 형벌을 배제하여야 한다는 자의금지 및 과잉금지의 원칙이 도출되는 실질적 법치국가의 실현이라는 이념도 포함되는 것이다.”(헌재 1992. 4. 28. 90헌바24, 판례집 4, 225, 230 2002. 11. 28. 2002헌가5, 판례집 14-2, 600, 606).

165) 정재황, 신헌법입문 제6판(2016), 112-117면 참조.

헌법이 보장하는 국민의 자유와 권리는 공동체의 긴급한 필요가 있을 때에 한하여 그 본질적 내용을 침해하지 아니하는 한계내에서 법률에 의하여만 제한이 가능하다(합헌적 법률의 우위). 그리고 그 집행도 법이 정한 절차와 한계내에서 이루어져야 하며 그 한계를 벗어난 집행작용에 대하여는 사법절차를 통해 권리구제의 기회가 부여되어야 한다(법치행정과 법에 의한 재판). 국민의 자유와 권리를 제한하는 법률은 지나치게 애매모호한 표현을 사용하거나 지나치게 광범위한 대상을 규제함으로써 일반국민의 행동을 불필요하게 제약할 수 있도록 규정되어서는 안된다(명확성의 원칙). 또한 법의 지배란 행위시를 기준으로 하여야지 이미 사실관계가 완결된 사실을 두고 소급적으로 적용될 때 그 존재의의를 잃어버리게 되며 기존의 법률을 신뢰한 자에 대하여 불이익을 주어서는 안된다(신뢰보호의 원칙). 나아가 법률에 의하여 권리제한이 정당화되는 경우에도 그 정도는 입법목적에 적절히 부합하는 것이어야 하고 그 입법목적은 달성하는데 적절하면서도 권리를 제한당하는 당사자에게 최소한의 피해가 초래되는 수단을 사용하여야 하며 입법 목적을 통하여 달성되는 공공의 이익과 권리가 제한당함으로써 받게 되는 불이익간에 상당한 균형관계가 적용되어야 한다(과잉금지의 원칙). 또한 국가작용은 국민을 합리적 이유없이 자의적으로 차별하는 방식으로 실현되어서는 안된다(자의금지 혹은 평등의 원칙). 이처럼 입헌주의에 기초한 법치주의는 헌법적 정당성을 가지지 못하는 의회 및 행정부의 공권력작용으로부터 국민의 자유와 권리를 수호하고 헌정질서를 수호하는 주요한 지침이 된다.

## (2) 남한과 북한의 헌법과 법치주의

남한의 헌법에서 법치주의가 헌법의 기본원리인 점은 그 원리 자체의 선언으로 선언되어 있지는 않다. 그러나 민주공화국을 표방한 점(헌법 제1조), 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고

보장할 의무를 지는 방식으로 개인과 국가의 관계를 목적과 수단의 관계로 설정한 점(헌법 제10조), 오로지 법률에 의해서만 국민의 자유와 권리가 제한될 수 있다고 기본권제한의 한계를 설정한 점(헌법 제37조 제2항) 등 일반조항은 물론 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌, 보안처분, 강제노역을 부과할 수 없도록 하는 죄형법정주의(제12조 제1항), 조세법률주의(제59조) 등 구체적인 국가작용의 근거를 법률에 근거하도록 하는 특별조항들을 통해서도 명백히 확인할 수 있다. 특히 위헌법률심사제도(헌법 제111조 제1항 제1호 및 제107조 제1항)와 사법권의 독립(헌법 제101조 제1항, 제27조 제1항, 제103조)은 법의 지배의 최후적 관철을 담보하는 법치주의 발전의 새로운 경향을 대표하는 요소들<sup>166)</sup>인 바, 이를 명확히 헌법화하고 있는 남한 헌법은 법치주의의 현대적 경향도 충분히 수렴하고 있음을 알 수 있다.

한편 북한 헌법은 사회주의국가들이 자유민주주의국가들의 법치주의론에 대응하기 위해 발전시킨 사회주의적 적법성(socialist legality)개념을 차용하고 있는 것으로 분석된다.<sup>167)</sup> 1972년 헌법에 “법에 대한 존중과 엄격한 준수집행”이라는 표현으로 이 원칙을 수용한 이래 현행 2012년 헌법이 그대로 계승하고 있는 1992년 헌법 제18조를 통해 “조선민주주의인민공화국의 법은 근로인민의 의사와 리익의 반영이며 국가관리의 기본무기이다. 법에 대한 존중과 엄격한 준수집행은 모든 기관, 기업소, 단체와 공민에게 있어서 의무적이다. 국가는 사회주의 법률제도를 완비하고 사회주의법무생활을 강화한다.”고 규정하여 사회주의 법무생활을 국가체제의 기본원리로 제시하고 있다. 준법에 기초를 둔 법에 의한 지배를 표방하고 있는 형식은 분명하나 “사회주의” 이념을 토대로 하고 있다는 점에서 기본적 인권의 존중과 정치적 자결을 토대로 하는 “입헌주의” 이념에 토대를 둔 법치주의원리와는

166) 이현환, “21세기 법치주의의 신경향”, 공법연구 제44집 제1호(2015), 80-87면 참조.

167) 이에 대한 소개로는 도희근, 앞의 논문, 17-18면 참조.

달리 단체중심<sup>168)</sup>, 국가중심, 법질서 중심의 체제를 본질로 하고 개인적 자율성에 대한 존중을 소홀히 하고 있기 때문에 양자는 본질적으로 상이하다.<sup>169)</sup>

### (3) 통일헌법에서 법치주의의 위상

국민주권주의의 경우와 마찬가지로 남한헌법이 기본원리로 채택하고 있는 법치주의와 북한의 사회주의법무생활원칙은 형식적 유사성에도 가치체계적 본질이 상이하므로 양자의 조화는 불가능하다.<sup>170)</sup> 특히 남한 헌법 제4조가 선언하고 있듯이 자유민주적 기본질서의 요체는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 중심으로 이를 실현하는 정의로운 법만을 국가권력 행사의 기초로 삼는다는 점에서 이를 인정하지 아니하는 법에 의한 지배를 용인할 수 있는 통일원칙에 어긋나므로 결국 통일헌법의 기본원리는 자유민주적 법치주의로 한정될 수밖에 없다.<sup>171)</sup>

## 다. 권력분립과 견제와 균형의 원리

### (1) 권력분립과 견제와 균현의 원리의 의의와 내용

일찍이 서구에서는 국가권력을 그 기능에 따라 분할하여 동등한 지위를 가지는 권력기관에게 배분하는 것이 국민의 자유와 권리의 보장에

---

168) 북한 헌법 제63조는 “공민의 권리와 의무는 ‘하나를 위하여, 전체는 하나를 위하여’라는 집단주의원칙에 기초한다.”고 선언하여 헌법원리의 하나로 집단주의 원칙을 제시하고 있는데, 바로 이러한 유기체적 관점은 개인주의를 기초로 하는 법치주의의 기본권관과 본질적인 차이를 보인다. 도회근, 앞의 논문, 16-17면 참조.

169) 도회근, 앞의 논문, 18면.

170) 심지어 북한의 경우 사회주의 법무생활 원리는 장식적 성격이 강하여 체제적으로 확고히 정립된 원리로 보이지 않는다는 분석이 있다(도회근, 앞의 논문, 25면). 따라서 법치주의를 북한체제원리와 조화시킬 수 있는 여지는 더 요원해 보인다.

171) 특히 냉전이 종식된 후 근래 전지구적 보편화 현상을 보이는 것이 법치주의의 전지구적 수용(이현환, 앞의 논문, 70-76면 참조)이라고 할 수 있으므로 이런 보편적 경향을 도외시하는 통일헌법의 기본원리는 상정하기 어렵다.

기여할 것이라는 생각이 발전하였다. 몽테스키외와 로크가 그런 구상을 발전시킨 대표적 사상가이다. 이들의 생각이 기초가 되어 대부분의 근대국가들의 국가권력은 국가정책을 법률의 형식으로 결정하는 입법권, 법률을 국민에게 직접 적용하는 행정권, 법의 적용과 관련하여 분쟁이 발생한 경우 법이 무엇인가를 확인하고 분쟁에 적용하여 분쟁을 해소하는 사법권으로 구성되는 것이 일반적인 현상이 되었다.<sup>172)</sup>

국가권력의 분립은 국민주권을 실현하는 방식의 측면에서 볼 때 대의민주주의를 전제로 한다. 만일 주권자인 국민이 대부분의 국정현안에 대하여 주권을 직접 실현하는 경우에는 왕권국가와 마찬가지로 권력의 분립은 유명무실하게 된다. 국민의 대표기관으로 하여금 주권에 바탕하여 국가권력을 행사하게 하는 경우에 권력분립은 그 본래의 의미를 살릴 수 있다. 다른 측면에서 말하면, 권력분립주의는 국민주권주의의 절대성을 완화하여 민주주의가 소수자의 인권을 무시하는 다수자의 횡포를 정당화하는 또 다른 형태의 독재체제로 전화되는 것을 방지하는 원리이다.

입헌민주국가와 전체주의국가가 구별되는 점이 바로 권력분립과 대의민주주의제도이다. 대표적인 전체국가인 공산주의 정치체제는 공산당의 일당독재와 이를 뒷받침하는 민주적 집중제를 기본으로 한다. 주권체인 인민의 자가지배의 원리보다 우위에 있거나 동등한 지위를 가지는 국가권력은 없고 민주적 집중제에서 선도적 우월성을 가지는 것이 인민의 전위대인 공산당이다. 이런 체제에서 국가권력이 기능별로 입법, 행정, 사법으로 구분될 수는 있어도 주권자인 인민의 대표성을 부여받은 공산당은 이들 국가권력보다 상위에 존재하며 법 위에 군림할 수밖에 없다. 한마디로 민주적 집중제는 특정세력의 독재를 정당화하는 이론이다.

172) 이와 같은 역사적 발전에 관한 개괄적 소개로는 Jenny S. Martinez, "HORIZONTAL STRUCTURING", in Michel Rosenfeld and Addrás Sajó (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*(2012), pp.548-552 참조.

국가권력은 독점되어서는 아니되고 분립되어야 한다는 권력분립의 원칙이 개별 국가권력의 고립을 의미하지는 않는다. 입법권의 행사가 입법자에게만 부여되는 것이 원칙이지만 입법자의 권한이 남용될 경우에 대한 대비책도 필요하고 입법자가 미처 생각하지 못하는 국가정책의 입법화를 위하여 다른 국가권력이 입법안을 제출하는 것이 반드시 권력분립의 원칙에 반하는 것이 아니다. 남한의 경우에도 행정권의 수반인 대통령은 국회의 법률안을 거부할 수 있는 권한이 있으며 정부가 법률안을 제출할 수도 있다. 한편 정부는 입법권자인 국회의 활동을 견제하기 위하여 국회의 예산안을 편성할 수 있으며, 또 다른 국가권력기관인 헌재는 예외적으로 국회의 법률을 무효로 선언할 수도 있다. 이렇듯 본질적으로 국가권력 간에는 서로 개입하지 않는 것이 원칙이지만 헌법이 명문으로 허용하는 경우 국가권력의 남용을 예방하거나 통일적 수행을 위해 서로의 권한행사에 관여하거나 개입하기도 한다.

## (2) 남한과 북한의 헌법과 권력분립원리

남한 헌법이 입법권, 행정권, 사법권, 헌법재판권으로 분립하여 독립 헌법기관들에 분점되고 있음은 앞서 국민주권주의의 대의제적 운용과 관련하여 설명한 바 있다. 즉 국가권력을 동등한 지위를 가지는 독립 기관들에 분점시켜 행사되도록 하는 권력분립이 실현되고 있다. 아울러 주민복리를 위한 지방자치를 헌법적으로 보장(제8장)하고 있는 것도 수직적 차원에서 중앙과 지방의 분립을 통한 권력분립이 기능적으로 이루어지고 있음을 보여준다. 또한 이들 분립된 국가권력간의 관계는 고립된 관계가 아니라 공화적 관계를 추구하여 서로 견제함으로써 균형관계가 유지되도록 설계되어 있다. 입법권은 대통령의 법률안 재의요구권(제53조)과 헌법재판소의 위헌법률심사제(헌법 제107조 제1항 및 제111조 제1항 제1호)에 의해 절차적으로나 실체적으로 견제되며,



행정권은 의회민주주의에 의거하여 조직체계에 대한 통제는 물론 국민과 국회에 대한 책무성(accountability)에 따른 견제와 사법심사를 통한 견제가, 사법권 또한 국민과 국회에 대한 책무성의 통제외에 예산편성이나 조직에 관한 입법부와 행정부의 통제를 받는다. 나아가 모든 국가권력은 국민의 언론·출판·집회·결사의 자유(헌법 제21조 제1항)에 의해 정치적으로 통제된다.<sup>173)</sup>

한편 북한의 경우 권력의 분립 보다는 사회주의와 주체사상이라는 이념에 충실한 권력집중적 체제를 특징으로 한다. 국가사회주의체제가 국가기관의 조직과 활동의 원리로 민주주의 중앙집권제를 제시하고 있음은 주지하는 바와 같다. 북한 헌법도 1972년 헌법 제9조에서 이 원리를 수용하여 “개인은 조직에, 소수는 다수에게, 아래는 위에, 전체성원과 조직은 중앙에 절대복종하며, 하급기관은 상급기관의 결정을 의무적으로 집행하고 상급기관은 하급기관의 사업을 계통적으로 지도함으로써, 조직의 통일을 보장하며 전체 조직의 활동을 유일적 지도와 같은 목적에 복종시킬 수 있게 한다”는 태도를 확립하고 있다.<sup>174)</sup>

### (3) 통일헌법에서 권력분립원리의 위상

권력분립주의는 민주공화국에서 국민주권주의의 실현을 위한 기본적인 전제이다. 민주공화국에서는 다수의 지배 또한 독재를 구성하게 되며 독재는 개인이 가지는 ‘비지배적 자유’(liberty as non-domination)의 개념과 충돌된다.<sup>175)</sup> 개인의 정치적 자율성에 기초하여 그 어떤 억

173) 민주공화주의에 입각하여 국민의 참정권과 표현의 자유의 최대한 보장을 통해 정치과정에서 국가권력의 공화를 도모하는 국민의 지위를 강조하는 것은 견제적 민주주의(contestatory democracy)의 관점에서 강조되고 있다. 이에 대한 간략한 소개로는 강일신·김종철, “환경민주주의와 심의적 시민참여”, 강원법학 제45권(2015.6), 252-254면 참조.

174) 도회근, 앞의 논문, 16면 참조.

175) 근래 발전한 공화주의 정치철학은 자유주의적 자유개념이 공동체를 인간의 본질적 조건으로 이해하지 못하는 고립적 무연대적 개인주의에 매몰되어 무간섭(non intervention)을 자유로 인식하고 있는 점을 비판하여 모든 외적 조건이나 상황

압적 강제를 허용하지 않으려는 민주공화주의의 정신은 민주적 결정마저도 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 침해할 수 없다는 법치주의와 더불어 권력의 집중 자체를 반가치적인 것으로 관념하는 것이다. 이는 인민공화국체제에서 민주주의 집중제가 국가정치체제의 기본을 구성하는 것과 대비된다. 따라서 국가권력의 조직과 운영의 차원에서도 권력분립주의는 자유민주적 기본질서의 중심을 이루는 것으로 통일 헌법에서도 관철될 필요가 있다. 다만 오늘날 권력분립주의와 대의민주제가 국민의 탈정치화를 초래하고 국민을 수동화하여 정치권력이 국민과 유리되어 특정 사회계층에 의해 독과점되는 현실에 따라 민주적 결핍(democratic deficit) 상태를 노정하는 것을 경계해야 한다. 이런 차원에서 국민의 참정권과 정치적 표현과 활동의 자유를 최대한 보장하는 정치적 자유주의(political liberalism) 혹은 견제적 민주주의(contestatory democracy)의 관점에서 권력분립주의와 대의민주제의 한계를 극복하여 견제와 균형의 원리가 확연하게 작동하는 민주공화적 권력분립제도 재구성될 필요가 있다.<sup>176)</sup>

## 라. 사회복지주의

### (1) 사회복지주의의 의의와 내용

근대 입헌주의 체제가 경제적 자유와 재산권의 절대적 보장이라는 미명하에 자유지상주의적 경제사회질서를 지향한 한계는 인류사가 증명하고 있다. 법앞의 평등이라는 차별금지 차원의 형식적 평등이 간

---

에 의해 의사가 강제되지 아니하는 비지배를 자유의 본질로 관념함으로써 사회경제적 불평등이 정치사회적 자아형성을 저해하는 상황의 개선을 적극적으로 주장하게 한다. 이에 대한 간략한 소개로는 김종철, “공화적 공존의 전제로서의 평등”, 헌법학연구 제19권 제3호(2013.9), 30-33면 참조.

176) 이런 관점에서 남한의 정치개혁이 우선적으로 구현될 필요가 있음을 제시한 것으로는 김종철·이지문, “공화적 공존을 위한 정치개혁의 필요성과 조건: 정부형태 개혁론을 넘어서”, 세계헌법연구 제20권제1호(2014.4.30.), 63-92면 참조.

과한 경제사회적 조건의 차이에 의한 사회적 불평등은 결국 빈익빈 부익부에 기초한 경제사회적 양극화를 낳았고 이는 무산대중의 정치적 불만을 증폭시켜 정치공동체의 안정성과 통일성을 위협하였기 때문이다. 결국 수정자본주의를 내세운 복지국가론 혹은 사회국가론이 현대입헌주의의 국가상으로 정립되면서 경제적 자유와 재산권은 공공복리를 위하여 민주주의 원칙에 따른 국가의 조정과 규제 대상이 되었고 인간다운 생활을 할 수 있는 최소한의 물적기반은 사회적 연대의 정신에 따라 국가가 책임을 부담하는 체제가 지구촌에서 확대되었다.

헌재는 복지국가(사회국가)를 “사회정의의 이념을 헌법에 수용한 국가, 사회현상에 대하여 방관적인 국가가 아니라 경제·사회·문화의 모든 영역에서 정의로운 사회질서의 형성을 위하여 사회현상에 관여하고 간섭하고 분배하고 조정하는 국가”로 정의하고 복지국가는 “궁극적으로는 국민 각자가 실제로 자유를 행사할 수 있는 그 실질적 조건을 마련해 줄 의무가 있는 국가”라고 확인하고 있다.<sup>177)</sup> 헌재에 따르면, 복지국가는 헌법 제34조와 같이 여자(제3항), 노인·청소년(제4항), 신체장애자(제5항) 등 특정 사회적 약자의 보호를 명시적으로 규정함으로써 ‘장애인과 같은 사회적 약자의 경우에는 개인 스스로가 자유행사의 실질적 조건을 갖추는 데 어려움이 많으므로 국가가 특히 이들에 대하여 자유를 실질적으로 행사할 수 있는 조건을 형성하고 유지해야 한다’는 이념을 실현하기 위한 국가이다.<sup>178)</sup>

결국 복지국가원리의 헌법적 의의는 개인이 가지는 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권의 핵심내용을 이루는 자유와 평등의 가치를 실질적으로 현실생활 속에서 구현할 수 있는 여건을 마련하도록 국가가 노력할 의무를 부과하는 것이다. 특히 실질적 자유와 평등의

177) 헌재 2002. 12. 18 선고 2002헌마52 결정.

178) 헌재 2002. 12. 18 선고 2002헌마52 결정.

실현은 경제·사회·문화영역에서 인간다운 생활을 할 수 있는 최소한의 물질 제도적 기반이 형성되어야만 가능하다.<sup>179)</sup>

## (2) 남한과 북한의 헌법과 사회복지주의

남한 헌법은 복지국가원리를 원리적 표현으로 구체적으로 확인하는 명문규정을 두고 있지는 않다. 그러나 헌재가 확인한 바 있듯이 “헌법의 전문, 사회적 기본권의 보장(헌법 제31조 내지 제36조), 경제 영역에서 적극적으로 계획하고 유도하고 재분배하여야 할 국가의 의무를 규정하는 경제에 관한 조항(헌법 제119조 제2항 이하) 등”<sup>180)</sup>이 사회복지국가원리가 구체화된 예시적 표현이라고 할 수 있다. 남한 헌법은 이러한 예시적 장치를 통해 자유시장 경제질서를 기본으로 하면서 사회복지국가원리를 수용하여 “실질적인 자유와 평등을 아울러 달성하려는 것”<sup>181)</sup>을 근본이념으로 하는 민주복지국가를 표방하고 있다.

한편 북한은 헌법 제19조를 통하여 경제원리로 사회주의 경제원리를 표방하면서 “사회주의적 생산관계와 자립적 민족경제의 토대”에 기초한 경제체제를 기본으로 함을 분명히 하고 있다.<sup>182)</sup> 이는 사유재산제와 자유경쟁제를 기본으로 하는 자본주의 경제제도를 원칙적으로 부정하는 것이다. 다만 개인적 소비적 목적을 위한 소유를 개인소유의 명목하에 제한적으로 인정하고 외국 법인과 개인에게 특수경제지대에서의 기업창설을 허용하는 등 예외를 두어 사유재산을 인정하는 태도를 보인다.

179) 김종철, “법률복지개념의 헌법적 정당화와 발전방안: 법률구조의 패러다임 전환을 위한 시론”, 법과사회 제43호(2012), 52-53면 참조.

180) 헌재 2002. 12. 18 선고 2002헌마52 결정; 헌재 2004. 10. 28 선고 2002헌마328 결정.

181) 헌재 1998. 5. 28 선고 96헌가4등 결정.

182) 도회근, 앞의 논문, 14-15문.

### (3) 통일헌법에서 사회복지주의의 위상

경제적 자유 및 재산권에 대한 태도를 중심으로 하는 경제원리와 경제질서와 관련한 기본원리는 정치영역에 관련된 원리에 비하여 상대적으로 체제간 대립을 완충적으로 조정할 수 있는 여지가 있다. 남한 헌법의 경제질서는 애당초 통제경제적 성격이 강한 체제<sup>183)</sup>였으나 제5차개정헌법을 계기로 경제영역에 대한 강력한 국가개입을 허용하면서도 개인과 기업의 자유와 창의를 기초로 하는 시장경제체제로 전환되어 오늘날에 이르렀다. 그러나 사유재산제를 근본적으로 부정하지 않는 전제하에 공공복리에 입각한 강력한 국가규제의 여지를 열어 두고 있다는 점에서 사회주의경제체제와 연계될 수 있는 공통지점을 규범적으로 허용하고 있는 특징이 있다. 재산권은 다른 자유권적 기본권과는 달리 그 내용과 한계를 법률로 정하도록 하는 한편 재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하는 의무를 재산권자에게 부여하는 사회적 구속력을 헌법적으로 확인하고 있으며 정당한 보상과 법률적 근거를 필요로 하기는 하지만 공공필요를 위한 재산의 수용과 사용이 가능하도록 헌법적 근거를 두는 한편 별도로 경제에 관한 국가개입을 가능하게 하는 별도의 장을 두어 경제민주화 등을 헌법적 가치로 수용하고 있다. 특히 국민경제상의 긴절한 필요가 있다면 기업의 국유 혹은 공유제도 가능할 수 있는 체제이다. 물론 이런 민주복지국가적 경제원리나 질서라고 하더라도 사유재산제의 근본적 부인이나 계획경제체제의 전면적 도입은 허용되지 아니하므로 북한의 경제원리와의 조화도 일정한 구조적 한계내에서 도모되어야 하는 한계가 있다.

앞서 분석된 바 있지만 현재는 일련의 결정에서 통일정책의 헌법적 기초인 자유민주적 기본질서가 사유재산제 및 시장경제체제를 그 요

183) 이와 같이 외견적으로 드러나는 제헌헌법상 경제조항의 지향과 성격을 경제동화주의적 관점에서 수정주의적으로 해석하려는 시도로는 이영록, “제헌헌법상 경제조항의 이념과 그 역사적 기능”, 헌법학연구 제19권 제2호(2013), 69-97면 참조.

소로 포함함을 선언한 바 있는데 이는 국가사회주의적 계획경제체제를 용인할 수 없다는 사고에 기인한 것으로 보인다. 그러나 현대민주주의의 발전이나 남한 헌법의 경제질서에 관한 기본원리가 앞서 서술된 바와 같이 자유방임적 시장경제를 지향할 수 없음이 분명하므로 양자를 효과적으로 절충하여 “자본주의적 생산양식이라든가 시장메카니즘의 자동조절기능이라는 골격은 유지하면서 근로대중의 최소한의 인간다운 생활을 보장하기 위하여 소득의 재분배, 투자의 유도·조정, 실업자 구제 내지 완전고용, 광범한 사회보장을 책임있게 시행하는 국가 즉 민주복지국가의 이상”<sup>184)</sup>을 통일헌법의 경제사회원리로 설정하는 것이 현명한 선택일 것으로 판단된다.<sup>185)</sup>

#### 마. 평화주의

##### (1) 평화주의의 의의와 내용

인간공동체에서 갈등은 불가피하다. 다만 갈등의 평화적이고 합리적인 해소가 문명적 공동체의 핵심적 가치라고 할 수 있다. 특히 무력에 의한 갈등해소방법인 전쟁은 인간의 존엄을 말살하는 무질서의 원인이기 때문에 최대한 회피되어야 한다. 제2차 세계대전을 거치면서 인류에 대한 범죄상황을 목도한 인류가 국제적 노력을 통해 전쟁을 회피하기 위한 국제적 공준을 확대시켜 온 것은 이러한 인류의 경험이 반영된 것이다. 최근 세계 각국은 인권중심의 평화전략에 착안하여 인간의 존엄을 실현하기 위한 인도적 간섭(humanitarian intervention)을 넘어 보호책임이론(responsibility to protect, R2P)을 발전시켜 국제평화주의를 더욱 심화하려는 노력을 경주하고 있는 것으로 알려져 있다.<sup>186)</sup>

184) 현재 1989. 12. 22. 88헌가13, 판례집 1, 357, 378.

185) 이러한 수준의 경제원리와 질서는 실질적으로는 중국과 같이 정치와 경제를 분리하여 경제적으로 자본주의적 질서를 수용하는 이른바 “사회주의적 시장경제제도”와 대동소이하다고 할 수 밖에 없다. 같은 취지로 도회근, 앞의 논문, 27-28면.

186) 박선영, “‘일반적으로 승인된 국제법규’와 보호책임”, 세계헌법연구 제20권 제2호

국제적으로 평화주의를 실현하는 방법은 모든 종류의 전쟁을 부인하는 체제와 침략적 전쟁은 부인하지만 현실적으로 자위적 전쟁은 허용하는 체제로 크게 구별하여 볼 수 있다. 모든 전쟁을 부인하고 군대의 창설마저 포기한 일본 헌법 제9조가 전자의 대표적 경우이며 국제평화주의를 선언하지만 침략적 전쟁만 부인하고 군사제도를 창설하는 남한 헌법 제5조가 후자의 경우에 해당된다.

또한 국제평화주의는 국제규범에 의한 세계질서의 안정화를 통해 궁극적으로 확보될 수 있다. 따라서 국제법존중주의를 통해 국제법체계의 정립과 유지는 국제평화주의를 담보하는 주요한 수단이 된다.

한편 분단체제를 전제로 하는 체제경쟁의 상황에 있는 한반도의 경우와 같이 단순한 국제질서를 넘어서 갈등이 첨예화된 공동체의 경우 평화주의는 다른 어느 정치공동체보다도 생존의 중요한 전제가 된다. 남한 헌법이 국제평화주의를 선언하는 외에 통일정책의 수립에 있어서도 평화적 방식을 규범적 한계로 설정한 것(헌법 제4조)은 이런 입장의 반영이라고 할 수 있다.

## (2) 남한과 북한의 헌법과 평화주의

남한 헌법은 1948년 제헌헌법 이래 “밖으로는 항구적인 세계평화와 인류공영에 이바지”할 것을 헌법전문에서 선언하여 왔다. 구체적으로 헌법 제5조 제1항에서 “국제평화의 유지에 노력”하는 것이 대한민국의 기본적 사명임을 분명히 밝히는 한편 침략적 전쟁을 부인함으로써 그 취지를 더욱 구체화하고 있다.

또한 헌법 제6조 제1항은 “헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다.”고 선언하여 국제법존중주의를 분명히 하고 있다. 일반적으로 승인된 국제법규는 통상 국제관습법으로 이해되는 바 조약이 아닌 국제관습법도 바로

---

(2014), 63면 참조.

별도의 이행절차없이 국내법적 효력을 가짐을 선언하였다는 점에서 남한의 국제법존중주의는 최소한 헌법적 차원에서는 매우 폭넓은 국제법존중의 태도를 드러낸 것으로 이해할 수 있다. 특히 국내법적 효력과 관련하여 국제법에 어떤 법체계적 효력을 인정할 것인가에 대한 논쟁이 제기되어 있으나 국제법의 내용과 형식에 따라 다양한 법체계적 지위가 인정될 수 있는 것으로 새기는 것이 필요할 것이다.<sup>187)</sup>

북한의 경우 “자주, 평화, 친선”을 대외정책의 기본이념이자 대외활동원칙임을 선언하는 한편 “자주성을 옹호하는 세계인민들”과 단결하며 “온갖 형태의 침략과 내정간섭 반대”를 특별히 강조하고 있다. 이는 사회주의 국가 상호간의 우애와 친선을 특별히 강조하는 사회주의적 국제주의 원리를 북한식으로 채용한 것으로 이해된다.<sup>188)</sup>

### (3) 통일헌법에서 평화주의의 위상

표면적으로 볼 때 평화공존과 국제친선이라는 국제관계의 원칙에 관한한 체제경쟁의 직접적 산물로 볼 수 없다. 특히 냉전이 종식되고 국제관계가 다면화된 상황에서 이념적 대립을 배경으로 한 진영간 강화된 친선론은 퇴색될 수 밖에 없다. 그러나 인권이나 보편적 가치를 내세운 국제적 노력을 내정간섭적 차원에서 대응하는 문제는 여전히 현실적 의미를 가진다. 통일 헌법의 차원에서도 이러한 자주 및 내정간섭금지에 기초한 국제관계의 수립은 원론적으로 남한이나 북한의 분립된 체제관계에서 본질적 대립을 초래하지 않을 수도 있다.<sup>189)</sup> 오히려 남남간 혹은 북북간 대립이나 남북간 부분사회적 연대의 고리로 작용할 수 있는 쟁점일 수 있다. 소위 자주성을 강조하는 입장과 국제평화주의나 친선주의를 강조하는 입장간에는 각 체제 내적으로도 강한 대립의 소지를 안고 있기 때문이다. 특히 민족주의적 경향을 가

187) 정재황, 신헌법입문, 2016, 189-193면.

188) 도회근, 앞의 논문, 19-20면.

189) 같은 견해로 도회근, 앞의 논문, 25면 참조.



지는 경우 남한과 북한의 구별없이 자주적 국제관계에 대한 강조점이 뚜렷할 가능성이 높다. 그러나 소위 평화헌법으로 지칭되는 전쟁포기 조항을 개정하는 것이 비정상국가에서 보통국가로 복원되는 중요한 상징인 것처럼 인식되는 상황이나 자위적 전쟁이라고 하더라도 선제적, 예방적 차원의 전쟁까지 포함하는 것으로 변형되어 가는 정치적 세력관계에 민감한 국제질서의 특성에 비추어 명분과 실체가 분리되는 체제가 일상적일 가능성이 높다. 이런 전제하에 보면 최소한 원리로서의 평화주의는 다른 기본원리와는 달리 이념적 대립의 여지가 상대적으로 약한 영역일 것으로 평가된다. 예컨대, 현재 남한 헌법의 국제평화주의는 통일 헌법상 국제관계를 규율하는 원리로 채택되는데 특별히 강력한 의미가 제기되지 않을 것으로 보인다.

한편 헌법원리로서의 평화주의는 국제관계뿐만 아니라 국내문제에서도 중요한 의미를 가질 수 있다. 분단상황에서 남한 헌법 제4조가 통일의 방법론적 한계로 평화성을 명령한 것이 그 한 예이다. 특히 이 평화통일의 원칙은 단순히 통일과정의 방법론일 뿐만 아니라 자유민주적 기본질서와 더불어 통일후 국내화한 남북간의 체제청산과 미래기획을 위해서도 필요한 조건이라고 할 수 있다. 완전통일전의 과도기는 물론 통일이후에도 오래 지속된 분단의 영향으로 모든 생활영역에서 남북간 이질성의 극복이 끊임없는 갈등의 소재로 작동할 것인데 이 문제의 합리적 해소는 결국 헌법정신에 따라 평화적으로 이루어지는 것이 최선일 수밖에 없기 때문이다. 따라서 통일헌법은 국제관계뿐만 아니라 국내관계에서도 평화주의를 특히 강조하여 국가와 사회의 지도원리로 삼을 현실적 필요가 있다.

## 제 2 절 기본권

### I. 남북한의 기본권 보장 역사

1945년 8월 일본제국주의의 식민통치로부터 해방된 한반도는 같은 해 9월 미국과 소련이 38도선을 기준으로 분할 점령을 선포함에 따라 남북으로 분단된다. 남북은 3년 정도의 군정기를 마감하고, 1948년 8월에 남쪽에는 대한민국(이하 ‘남한’으로 약칭)이, 같은 해 9월에 북쪽에는 조선민주주의인민공화국(이하 ‘북한’으로 약칭)이 건립되었다. 남북은 각각 자신이 추구하는 체제에 걸맞은 국가를 건설하면서 체제의 기본이 되는 헌법을 제정하여<sup>190)</sup> 국민에게 보장되어야 할 기본권 목록을 만들었다. 남북한은 그동안 여러 차례 헌법을 개정하였고, 기본권 목록에도 상당한 변화가 있었다. 이하에서는 남북한이 헌법개정을 통해 기본권 목록을 어떻게 변화시켜왔는지를 검토하기로 한다.

#### 1. 남한의 기본권 보장

먼저 남한의 경우 모든 기본권의 최종적 근거는 ‘인간의 존엄과 가치’로 볼 수 있는데 이에 관한 규정은 1948년 헌법(건국 헌법 혹은 제헌 헌법)에는 명시되어 있지 않았고, 1962년 제5차 개정헌법에서 비로소 규정되어 현행 헌법에까지 보장되고 있다. 유엔(UN)의 ‘세계인권선언(Universal Declaration of Human Rights: UDHR)’에서도 자유와 평등의 본질이 인간의 존엄성(dignity)에 있다고 규정하는 것처럼<sup>191)</sup> 인간

190) 남북한의 헌법제정 과정에 대한 상세한 논의는 서희경, 남한과 북한 헌법 제정의 비교 연구(1947-1948) - 한국 근대국가와 입헌주의의 탄생, ‘진정한 민주주의’를 향한 두 가지의 길, <한국정치학회보>(한국정치학회), 제41집 제2호(2007), 49면 이하; 박명림, 남한과 북한의 헌법제정과 국가정체성 연구 - 국가 및 헌법 특성의 비교적 관계적 해석, <국제정치논총>(한국국제정치학회), 제49집 4호(2009), 238면 이하 참조.

191) 세계인권선언(UDHR) 제1조: 모든 인간은 존엄성과 권리의 측면에서 천부적으로

의 존엄성은 기본권을 보장하는 궁극적 목표이자 모든 일반적 혹은 개별적 기본권을 도출하는 최종적 근거이다. 모든 일반적 혹은 개별적 기본권은 인간의 존엄성을 근거로 도출될 수 있으며 일반적인 것이든 개별적인 것이든 기본권을 통해 궁극적으로 실현하고자 하는 목표는 바로 인간의 존엄성이다. 따라서 굳이 인간의 존엄성을 헌법에 명시하지 않았다고 하더라도 인간의 존엄성이 기본권에 대한 헌법적 보장에서 차지하는 의미가 본질적으로 변하지는 않는다. 또한 인간의 존엄성을 실제로 명시한다고 해도 개인을 공동체로부터 독립시켜 이해하는 자유주의적 인간관 혹은 공동체의 일부로서 개인을 이해하는 공동체주의적 인간관 중 어떠한 입장에 따르는지에 따라 인간의 존엄성이 가지는 구체적 의미가 상당히 달라질 수도 있다.<sup>192)</sup> 그렇지만 인간의 존엄성을 헌법에 명시함으로써 기본권의 보장에서 인간이 존엄성이 가지는 의미를 다시 한 번 확인하여 선언해주는 것은 나름의 의미가 있고, 이 점은 통일 후 헌법에서 기본권 목록을 포함시킬 때 반드시 고려되어야 한다. 또한 자유주의적 인간관과 공동체주의적 인간관은 어느 지점에서 서로 합의할 수 있는 공통분모를 찾을 수도 있다. 따라서 인간관에 관한 논의는 일단 미루더라도 인간의 존엄성이 가지는 당위성(‘인간은 존엄해야만 한다.’는 당위적 명제)은 통일 후 헌법에서도 기본권 목록의 맨 앞에 위치할 필요가 있다.<sup>193)</sup>

다음으로 자유권과 관련하여 자유는 인간의 존엄성을 실현하기 위한 필수적 요건의 하나로 이해되고, 자유권은 다시 일반적 자유권과 개별적 자유권으로 구분된다. 먼저 모든 개별적 자유권을 도출하는 근거가 되는 일반적 자유권이라고 통설적으로 이해되고 있는 ‘행복추

자유롭고 평등하다(All human beings are born free and equal in dignity and rights).

192) 자유주의와 공동체주의의 인간관에 대해서는 권용혁, 자유주의와 공동체주의: 개인과 공동체의 관계 재구성 시도, <사회와 철학>(사회와 철학 연구회), 제28집(2014), 107면 이하 참조.

193) 같은 취지로 전종익, 통일헌법의 기본권체계, <법조>(법조협회), 제61권 제2호(2012), 162면 이하 참조.

구권’은<sup>194)</sup> 1980년 헌법(제8차 개정헌법)에서 신설되었다. 다양한 개별적 기본권을 모두 세세하게 열거할 필요도 없고, 미래에 발생할 수 있는 모든 기본권적 상황을 예측할 수 없어 사실상 열거할 수도 없다는 점에서<sup>195)</sup> 헌법에 명시되지 않은 개별적 기본권을 도출할 수 있는 근거로서 일반적 자유권에 관한 조항은 필요하다.<sup>196)</sup> 따라서 통일 후 헌법에 기본권 목록을 구성할 때 반드시 ‘행복추구권’이라는 형식이 될 필요는 없지만 일반적 자유권에 관한 조항이 포함될 필요가 있다.<sup>197)</sup> ‘시민적·정치적 권리에 관한 국제협약(International Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR)’에서는 일반적 자유권이 “자기결정권(right of self-determination)”이라고 표현되어 있는데<sup>198)</sup> 그것도 하나의 대안이 될 수 있다.

---

194) 예컨대 헌재 1991. 6. 3. 89헌마204, 판례집 3, 268, 275~276면: “헌법 제10조 전 문은 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다.”고 규정하고 있다. 여기의 행복추구권 속에 함축된 일반적인 행동자유권…에는 적극적으로 자유롭게 행동을 하는 것은 물론 소극적으로 행동을 하지 않을 자유 즉 부작위의 자유도 포함되는 것으로, …”(강조는 필자)

195) 예컨대 요트를 조종하기 위해서는 면허를 취득해야 한다고 규정한 법률조항에 대하여 제기된 헌법소원심판청구 사건에서 헌법재판소는 “위험한 스포츠를 즐길 권리”를 도출하고 있는데 이러한 세세한 권리까지 헌법에 열거하는 것은 사실상 불가능하다. 헌재 2008. 4. 24. 2006헌마954, 판례집 20-1상, 689, 694면: “행복추구권은 그 구체적 표현으로서 일반적 행동자유권과 개성의 자유로운 발현권을 포함하는바, 일반적 행동자유권의 보호영역에는 개인의 생활방식과 취미에 관한 사항도 포함되며, 여기에는 위험한 스포츠를 즐길 권리도 포함된다.”

196) 일반적 자유권뿐만 아니라 일반적 평등권, 일반적 사회권의 필요성에 대한 논의는 김일환, 헌법개정을 위한 기본권 관련 쟁점에 관한 고찰, <세계헌법연구>(세계헌법학회 한국학회), 제16권 제2호(2010), 74면 이하 참조.

197) 독일 헌법인 기본법(Grundgesetz)은 일반적 자유권을 “인격의 자유로운 발현권(das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit)”으로 규정하고 있다(기본법 제2조 제1항).

198) 시민적·정치적 권리에 관한 국제협약(ICCPR) 제1조 제1항: 모든 사람은 자기 결정권을 가진다. 이 권리의 측면에서 모든 사람은 자신의 정치적 지위를 자유롭게 결정하고, 자신의 경제적, 사회적, 문화적 계발을 자유롭게 추구할 수 있다(All peoples have the right of self-determination. By virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development).

한편 개별적 자유권으로는 신체의 자유, 양심의 자유, 종교의 자유, 학문의 자유, 예술의 자유, 표현(언론·출판·집회·결사)의 자유, 주거의 자유, 통신의 비밀, 재산권 등이 1948년 헌법에서부터 현재까지 줄곧 규정되어 왔다. 반면에 거주·이전의 자유 중 거주·이전의 자유와 직업의 자유는 1962년 헌법에서부터, 사생활의 비밀은 1980년 헌법에서부터 규정되었다. 생명이나 신체의 불가침성(완전성)에 관한 개별적 자유권을 제외하면 중요한 개별적 자유권은 모두 기본권 목록에 포함되어 있기 때문에 통일 후 헌법에서도 생명권과 신체불훼손권과 함께 그대로 기본권 목록이 구성된다면<sup>199)</sup> 개별적 자유권과 관련된 문제는 비교적 적을 것으로 보인다.<sup>200)</sup>

평등권의 경우에는 1948년 건국 헌법에서부터 현행 헌법에 이르기까지 일관되게 “법 앞의 평등”과 차별받지 않을 권리 및 특수계급의 부인과 영전일대원칙을 내용으로 규정되어 왔다. 자유권과 함께 평등권은 인간의 존엄성을 실현하기 위해 필수적으로 보장되어야 할 두 가지 권리 가운데 하나이므로 통일 후의 기본권 목록에도 반드시 포함되어야 한다. 또한 자유권과 마찬가지로 평등권의 경우에도 일반적 평등권과 더불어 평등권에 대한 침해를 의미하는 차별이 발생하는 구체적 사유(예: 인종, 피부색, 종교, 장애, 성별 등)나 영역(직장, 학교, 거래 등)에 따른 개별적 평등권으로 구별하여 규정될 필요가 있다.

사회권으로는 사회권의 일반조항으로 이해될 수 있는 ‘인간다운 생활을 할 권리’<sup>201)</sup> 1962년 헌법(제5차 개정헌법)에서 처음으로 도입

199) 생명권과 신체불훼손권이 헌법개정 시 명시되어야 한다는 견해는 꾸준히 제기되어 왔다. 조홍석, 한국헌법상 기본권 개정방향, <공법학연구>(한국비교공법학회), 제7권 제3호(2006), 112면 참조.

200) 그밖에도 정보기본권이나 개인정보자기결정권 등의 명시가 필요하다는 견해도 있다. 정재황, 헌법개정과 기본권, <저스티스>(한국법학원), 통권 제134-2호(2013), 172면 이하 참조.

201) 헌법재판소는 인간다운 생활을 할 권리가 사회권의 일반조항 혹은 일반적 사회권이라고 명시적으로 표현한 적은 없지만 이 권리가 다른 개별적 사회권의 “이념적인 목표”라고 표현함으로써 동일한 취지를 암시한 바 있다. 헌재 1995. 7. 21. 93

되었고, 개별적 사회권으로 교육을 받을 권리, 근로의 권리, 노동3권은 1948년 헌법에서부터, 보건권은 1980년 헌법에서부터, 주거권은 현행 헌법에서부터 규정되었다. 1948년 헌법에 규정되었던 이익균점권은<sup>202)</sup> 이 헌법을 사회주의적 헌법에 가깝다고 평가하는 근거가 되었는데 이후에 삭제되어 현재는 규정되어 있지 않다. 사회권 목록에는 다른 개별적 사회권과 비교할 때 이질적인 성격을 가지는 환경권이나 혼인·가족에 관한 권리가 포함되어 있어 통일 후 헌법의 기본권 목록을 구성할 때는 일반적 사회권을 필두로 하여 필수적으로 보장되어야 할 개별적 사회권부터 차례로 보장하되 복합적 성격을 가지는 환경권이나<sup>203)</sup> 자유권적 성격이 강한 혼인·가족에 관한 권리는 기본권 체계 상 다른 적합한 위치에 배치하여 규정하는 것이 합리적이다.

그밖에도 선거권, 공무담임권, 청원권, 재판받을 권리, 국가배상 청구권, 형사보상청구권 및 열거되지 않은 개별적 권리도 1948년 헌법에서부터 지금까지 일관되게 보장된 개별적 기본권에 속하는데 이러한 개별적 기본권들도 통일헌법의 기본권 목록에서 빠질 수 없다. 특히 헌법에 명시적으로 열거되지는 않았지만 경시될 수 없는 이른바 ‘열거되지 않은 개별적 기본권’은 기본권 보장의 최종적 근거인 인간의 존엄성이나 일반적 기본권을 규정함으로써도 보장될 수 있다. 하지만 이러한 기본권에 관한 명시를 통해 여기에 속하는 다양한 열거

---

헌가14, 판례집 7-2, 1, 20면: “헌법은 제34조 제1항에서 국민에게 인간다운 생활을 할 권리를 보장하는 한편, 동조 제2항에서는 국가의 사회보장 및 사회복지증진의무를 천명하고 있다. ‘인간다운 생활을 할 권리’는 **여타 사회적 기본권에 관한 헌법 규범들의 이념적인 목표**를 제시하고 있는 동시에 국민이 인간적 생존의 최소한을 확보하는 데 있어서 필요한 최소한의 재화를 국가에게 요구할 수 있는 권리를 내용으로 하고 있다.”(강조는 필자)

202) ‘이익균점권’의 도입된 배경과 내용에 대해서는 황승흠, 제헌헌법상의 근로자의 이익균점권의 헌법화과정에 관한 연구, <공법연구>(한국공법학회), 제31집 제2호(2002), 299면 이하 참조.

203) 환경권이 가지는 복합적인 성격에 대해서는 정극원, 헌법체계상 환경권의 보장, <헌법학연구>(한국헌법학회), 제15권 제2호(2009), 403면 이하 참조.

되지 않은 기본권들의 체계적 지위가 일반적 기본권을 구체화하는 ‘개별적 기본권’이라는 점<sup>204)</sup>과 이러한 기본권들도 열거된 개별적 기본권과 마찬가지로 헌법적 권리라는 점을 확인해줄 수 있다는 점에서 ‘열거되지 않은 권리’에 관한 규정은 통일 헌법에서도 필요하다고 보인다.

한편 자유권과 사회권의 전통적 구분을 넘어서 새로운 시대의 기본권으로 불리는 환경권은 1980년 헌법에서 보장되기 시작했고, 날로 증가하는 범죄에 대한 국가의 책임을 암시하는 범죄피해자구조청구권은 현행 1987년 헌법에서 처음으로 보장된 개별적 기본권에 해당한다. 이러한 개별적 기본권들도 통일 후 헌법에 보장되어야 할 뿐만 아니라 앞서 언급한 생명권이나 망명권(비호권)과 같은 보편적 인권이<sup>205)</sup> 그동안 헌법에 보장되지 않은 것은 통일 헌법을 제정할 때 반드시 고려되어야 하는 사항이다.<sup>206)</sup>

마지막으로 기본권의 제한과 관련하여 법률로 모든 기본권을 제한할 수 있다는 ‘일반적 법률유보조항’은 1948년 헌법에서부터 규정되어 현행 헌법에 이르기까지 규정되고 있는데 법률유보의 헌법적 한계로서 ‘본질내용침해금지원칙’은 1960년 헌법에서부터 규정되기 시작하였다.

204) 열거되지 않은 권리에 관한 국내의 논의 상황에 대해서는 최유경/김주영, 헌법상 기본권 보장체계의 개방성에 관한 소고 - 헌법에 열거되지 아니한 권리의 헌법적 보장의 측면에서, <세계헌법연구>(세계헌법학회 한국학회), 제21권 제3호(2015), 136면 이하 참조.

205) 생명권은 ‘시민적·정치적 권리에 관한 국제협약(ICCPR)’에 열거된 대표적인 개별적 인권이다. 시민적·정치적 권리에 관한 국제협약 제6조 제1항: “모든 인간은 생명에 관한 천부적 권리를 가진다. 이 권리는 법에 의하여 보호를 받아야 한다. 누구도 자신의 생명을 자의적으로 박탈당할 수 없다(Every human being has the inherent right to life. This right shall be protected by law. No one shall be arbitrarily deprived of his life).” 또한 유엔의 난민협약(Convention Relating to the Status of Refugees, 1951)과 난민의정서(Protocol Relating to the Status of Refugees, 1967)는 망명권 혹은 비호권을 인권으로 규정하고 있다.

206) 헌법개정 시 망명권의 명시가 필요하다는 견해로 김대환, 개별 기본권의 개정방향: 헌법재판 25주년을 기념하여, <세계헌법연구>(세계헌법학회 한국학회), 제19권 제1호(2013), 43면 참조.

기본권제한을 모든 기본권에 적용되는 일반적 법률유보조항에 의할 것인지, 개별 기본권마다 적용되는 개별적 법률유보조항에 의할 것인지, 법률유보에 따른 기본권제한에서 헌법적으로 요구되는 원칙으로 비례성원칙과 본질내용침해금지원칙을 어떠한 형식으로 규정할 것인지는 기본권제한과 관련된 중요한 헌법적 쟁점이므로 통일 헌법의 제정에서 어떠한 방식이 기본권의 보장에 충실할 수 있는지에 대해서 충분한 검토가 요구된다.

[표1] 기본권 관련 주요 헌법개정사

헌행 헌법 (제9차 개정헌법)	1980년 헌법 (제8차 개정헌법)	1962년 헌법 (제5차 개정헌법)
제10조 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.	제 9 조 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.	제 8 조 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 이를 위하여 국가는 국민의 기본적 인권을 최대한으로 보장할 의무를 진다.
헌행 헌법 (제9차 개정헌법)	1962년 헌법 (제5차 개정헌법)	1948년 헌법 (건국 헌법)
제11조 ① 모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다. ② 사회적 특수계급의 제도는 인정되지 아니하며, 어떠한 형태로도 이	제 9 조 ① 모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다. ② 사회적 특수계급의 제도는 인정되지 아니하며, 어떠한 형태로도 이	제 8 조 ① 모든 국민은 법률 앞에 평등이며, 성별, 신앙 또는 사회적 신분에 의하여 정치적, 경제적, 사회적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다. ② 사회적 특수계급의 제도는 일체 인정되지 아니하며 여하한 형태로도 이



<p>를 창설할 수 없다.</p> <p>③ 훈장 등의 영전은 이를 받은 자에게만 효력이 있고, 어떠한 특권도 이에 따르지 아니한다.</p>	<p>를 창설할 수 없다.</p> <p>③ 훈장 등의 영전은 이를 받은 자에게만 효력이 있고, 어떠한 특권도 이에 따르지 아니한다.</p>	<p>를 창설하지 못한다.</p> <p>③ 훈장과 기타 영전의 수여는 오로지 그 받은 자의 영예에 한한 것이며 여하한 특권도 창설되지 아니한다.</p>
<p>현행 헌법 (제9차 개정헌법)</p>	<p>1962년 헌법 (제5차 개정헌법)</p>	<p>1948년 헌법 (건국 헌법)</p>
<p>제12조 ① 모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.</p> <p>② 모든 국민은 고문을 받지 아니하며, 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다.</p> <p>③ 체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다. 다만, 현행범인인 경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 사후에 영장을 청구할 수 있다.</p> <p>④ 누구든지 체포 또는</p>	<p>제10조 ① 모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구금·수색·압수·심문 또는 처벌을 받지 아니하며, 형의 선고에 의하지 아니하고는 강제노역을 당하지 아니한다.</p> <p>② 모든 국민은 고문을 받지 아니하며, 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다.</p> <p>③ 체포·구금·수색·압수에는 검찰관의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다. 다만, 현행범인인 경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 사후에 영장을 청구할 수 있다.</p> <p>④ 누구든지 체포·구금을 받은 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권</p>	<p>제 9 조 ① 모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 법률에 의하지 아니하고는 체포, 구금, 수색, 심문, 처벌과 강제노역을 받지 아니한다.</p> <p>② 체포, 구금, 수색에는 법관의 영장이 있어야 한다. 단, 범죄의 현행범인의 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 수사기관은 법률이 정하는 바에 의하여 사후에 영장의 교부를 청구할 수 있다.</p> <p>③ 누구든지 체포, 구금을 받은 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리와 그 당부의 심사를 법원에 청구할 권리가 보장된다.</p>

<p>구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다. 다만, 형사피고인이 스스로 변호인을 구할 수 없을 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가가 변호인을 붙인다.</p> <p>⑤ 누구든지 체포 또는 구속의 이유와 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 고지받지 아니하고는 체포 또는 구속을 당하지 아니한다. 체포 또는 구속을 당한 자의 가족 등 법률이 정하는 자에게는 그 이유와 일시·장소가 지체 없이 통지되어야 한다.</p> <p>⑥ 누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 적부의 심사를 법원에 청구할 권리를 가진다.</p> <p>⑦ 피고인의 자백이 고문·폭행·협박·구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법에 의하여 자의로 진술된 것이 아니라고 인정될 때 또는 정식재판에 있어서 피고인의 자백이 그에게 불리한 유일한 증거일 때에는 이를 유죄의 증거로 삼거나 이를 이유로 처벌할 수 없다.</p>	<p>리를 가진다. 다만, 법률이 정하는 경우에 형사피고인이 스스로 변호인을 구할 수 없을 때에는 국가가 변호인을 붙인다.</p> <p>⑤ 누구든지 체포·구금을 받은 때에는 적부의 심사를 법원에 청구할 권리를 가진다. 사인으로부터 신체의 자유의 불법한 침해 받은 때에도 법률이 정하는 바에 의하여 구제를 법원에 청구할 권리를 가진다.</p> <p>⑥ 피고인의 자백이 고문·폭행·협박·구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법에 의하여 자의로 진술된 것이 아니라고 인정될 때, 또는 피고인의 자백이 그에게 불리한 유일한 증거인 때에는, 이를 유죄의 증거로 삼거나 이를 이유로 처벌할 수 없다.</p>	
---	---	--

현행 헌법 (제9차 개정헌법)	1962년 헌법 (제5차 개정헌법)	1948년 헌법 (건국 헌법)
제13조 ① 모든 국민은 행위 시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니하며, 동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌받지 아니한다. ② 모든 국민은 소급입법에 의하여 참정권의 제한을 받거나 재산권을 박탈당하지 아니한다. ③ 모든 국민은 자기의 행위가 아닌 친족의 행위로 인하여 불이익한 처우를 받지 아니한다.	제11조 ① 모든 국민은 행위 시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니하며, 동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌받지 아니한다. ② 모든 국민은 소급입법에 의하여 참정권의 제한 또는 재산권의 박탈을 받지 아니한다.	제23조 모든 국민은 행위 시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위에 대하여 소추를 받지 아니하며 또 동일한 범죄에 대하여 두 번 처벌되지 아니한다.
현행 헌법 (제9차 개정헌법)	1972년 헌법 (제7차 개정헌법)	1962년 헌법 (제5차 헌법)
제14조 모든 국민은 거주·이전의 자유를 가진다.	제12조 모든 국민은 법률에 의하지 아니하고는 거주·이전의 자유를 제한받지 아니한다.	제12조 모든 국민은 거주·이전의 자유를 가진다.
현행 헌법 (제9차 개정헌법)	1972년 헌법 (제7차 개정헌법)	1962년 헌법 (제5차 헌법)
제15조 모든 국민은 직업선택의 자유를 가진다.	제13조 모든 국민은 법률에 의하지 아니하고는 직업선택의 자유를 제한받지 아니한다.	제13조 모든 국민은 직업선택의 자유를 가진다.
현행 헌법 (제9차 개정헌법)	1962년 헌법 (제5차 헌법)	1948년 헌법 (건국 헌법)
제16조 모든 국민은 주거의 자유를 침해받지 아니한다.	제14조 모든 국민은 주거의 침입을 받지 아니한다.	제10조 모든 국민은 법률에 의하지 아니하고는 주거와

제 3 장 통일이후 헌법의 기본원리와 기본권

주거에 대한 압수나 수색을 할 때에는 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.	주거에 대한 수색이나 압수에는 법관의 영장을 제시하여야 한다.	이전의 자유를 제한받지 아니하며 주거의 침입 또는 수색을 받지 아니한다.
현행 헌법 (제9차 개정헌법)	1980년 헌법 (제8차 개정헌법)	-
제17조 모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니한다.	제16조 모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니한다.	-
현행 헌법 (제9차 개정헌법)	1960년 헌법 (제3차 개정헌법)	1948년 헌법 (건국 헌법)
제18조 모든 국민은 통신의 비밀을 침해받지 아니한다.	제11조 모든 국민은 통신의 비밀을 침해받지 아니한다.	제11조 모든 국민은 법률에 의하지 아니하고는 통신의 비밀을 침해받지 아니한다.
현행 헌법 (제9차 개정헌법)	1962년 헌법 (제5차 개정헌법)	1948년 헌법 (건국 헌법)
제19조 모든 국민은 양심의 자유를 가진다.	제17조 모든 국민은 양심의 자유를 가진다.	제12조 ① 모든 국민은 신앙과 양심의 자유를 가진다.
현행 헌법 (제9차 개정헌법)	1962년 헌법 (제5차 개정헌법)	1948년 헌법 (건국 헌법)
제20조 ① 모든 국민은 종교의 자유를 가진다. ② 국교는 인정되지 아니하며, 종교와 정치는 분리된다.	제16조 ① 모든 국민은 종교의 자유를 가진다. ② 국교는 인정되지 아니하며, 종교와 정치는 분리된다.	제12조 ① 모든 국민은 신앙과 양심의 자유를 가진다. ② 국교는 존재하지 아니하며 종교는 정치로부터 분리된다.
현행 헌법 (제9차 개정헌법)	1962년 헌법 (제5차 개정헌법)	1948년 헌법 (건국 헌법)
제21조 ① 모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다. ② 언론·출판에 대한 허	제18조 ① 모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다. ② 언론·출판에 대한	제13조 모든 국민은 법률에 의하지 아니하고는 언론, 출판, 집회, 결사의 자유를 제한받지 아니한다.

<p>가나 검열과 집회·결사에 대한 許可는 인정되지 아니한다.</p> <p>③ 통신·방송의 시설기준과 신문의 기능을 보장하기 위하여 필요한 사항은 법률로 정한다.</p> <p>④ 언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니 된다. 언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 때에는 피해자는 이에 대한 피해의 배상을 청구할 수 있다.</p>	<p>허가나 검열과 집회·결사에 대한 허가는 인정되지 아니한다. 다만 공중도덕과 사회윤리를 위하여는 영화나 연예에 대한 검열을 할 수 있다.</p> <p>③ 신문이나 통신의 발행시설기준은 법률로 정할 수 있다.</p> <p>④ 옥외집회에 대하여는 그 시간과 장소에 관한 규제를 법률로 정할 수 있다.</p> <p>⑤ 언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니 된다.</p>	
<p>현행 헌법 (제9차 개정헌법)</p>	-	<p>1948년 헌법 (건국 헌법)</p>
<p>제22조 ① 모든 국민은 학문과 예술의 자유를 가진다. ② 저작자·발명가·과학기술자와 예술가의 권리는 법률로써 보호한다.</p>	-	<p>제14조 ① 모든 국민은 학문과 예술의 자유를 가진다. ② 저작자, 발명가와 예술가의 권리는 법률로써 보호한다.</p>
<p>현행 헌법 (제9차 개정헌법)</p>	<p>1962년 헌법 (제5차 개정헌법)</p>	<p>1948년 헌법 (건국 헌법)</p>
<p>제23조 ① 모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다. ② 재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다. ③ 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제</p>	<p>제20조 ① 모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다. ② 재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다. ③ 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는</p>	<p>제15조 ① 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로써 정한다. ② 재산권은 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다. ③ 공공필요에 의하여 국민의 재산권을 수용,</p>

제 3 장 통일이후 헌법의 기본원리와 기본권

한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다.	제한은 법률로써 하되 정당한 보상을 지급하여야 한다.	사용 또는 제한함은 법률이 정하는 바에 의하여 상당한 보상을 지급함으로써 행한다.
현행 헌법 (제9차 개정헌법)	1960년 헌법 (제3차 개정헌법)	1948년 헌법 (건국 헌법)
제24조 모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 선거권을 가진다.	제25조 모든 국민은 20세에 달하면 법률의 정하는 바에 의하여 공무원을 선거할 권리가 있다.	제25조 모든 국민은 법률의 정하는 바에 의하여 공무원을 선거할 권리가 있다.
현행 헌법 (제9차 개정헌법)	1962년 헌법 (제5차 개정헌법)	1948년 헌법 (건국 헌법)
제25조 모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 공무담임권을 가진다.	제22조 모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 공무담임권을 가진다.	제26조 모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 공무를 담임할 권리가 있다.
현행 헌법 (제9차 개정헌법)	1962년 헌법 (제5차 개정헌법)	1948년 헌법 (건국 헌법)
제26조 ① 모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가기관에 문서로 청원할 권리를 가진다. ② 국가는 청원에 대하여 심사할 의무를 진다.	제23조 ① 모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가기관에 문서로 청원할 권리를 가진다. ② 국가는 청원에 대하여 심사할 의무를 진다.	제21조 ① 모든 국민은 국가 각 기관에 대하여 문서로써 청원할 권리가 있다. ② 청원에 대하여 국가는 심사할 의무를 진다.
현행 헌법 (제9차 개정헌법)	1962년 헌법 (제5차 개정헌법)	1948년 헌법 (건국 헌법)
제27조 ① 모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다. ② 군인 또는 군무원이 아닌 국민은 대한민국의 영역 안에서는 중대한 군사상 기밀·초병·초소·	제24조 ① 모든 국민은 헌법과 법률에 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다. ② 군인 또는 군속이 아닌 국민은 대한민국의 영역 안에서는 군사에 관한 간첩죄의 경우와,	제22조 모든 국민은 법률의 정하는 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리가 있다. 제24조 ① 형사피고인은 상당한 이유가 없는 한 지체 없이 공개재판을 받을 권리가 있다.

<p>유독음식물공급·포로·군용물에 관한 죄 중 법률이 정한 경우와 비상계엄이 선포된 경우를 제외하고는 군사법원의 재판을 받지 아니한다.</p> <p>③ 모든 국민은 신속한 재판을 받을 권리를 가진다. 형사피고인은 상당한 이유가 없는 한 지체없이 공개재판을 받을 권리를 가진다.</p> <p>④ 형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다.</p> <p>⑤ 형사피해자는 법률이 정하는 바에 의하여 당해 사건의 재판절차에서 진술할 수 있다.</p>	<p>초병·초소·유해음식물공급·포로에 관한 죄 중 법률에 정한 경우 및 비상계엄이 선포된 경우를 제외하고는 군법회의의 재판을 받지 아니한다.</p> <p>③ 모든 국민은 신속한 재판을 받을 권리를 가진다.</p>	
<p>현행 헌법 (제9차 개정헌법)</p>	<p>1980년 헌법 (제8차 개정헌법)</p>	<p>1948년 헌법 (건국 헌법)</p>
<p>제28조 형사피의자 또는 형사피고인으로서 구금되었던 자가 법률이 정하는 불기소처분을 받거나 무죄판결을 받은 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가에 상당한 보상을 청구할 수 있다.</p>	<p>제27조 형사피고인으로서 구금되었던 자가 무죄판결을 받은 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가에 상당한 보상을 청구할 수 있다.</p>	<p>제24조 ② 형사피고인으로서 구금되었던 자가 무죄판결을 받은 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가에 대하여 보상을 청구할 수 있다.</p>
<p>현행 헌법 (제9차 개정헌법)</p>	<p>1972년 헌법 (제7차 개정헌법)</p>	<p>1948년 헌법 (건국 헌법)</p>
<p>제29조 ① 공무원의 직무상 불법행위로 손해를 받은 국민은 법률이 정하는</p>	<p>제26조 ① 공무원의 직무상 불법행위로 손해를 받은 국민은 법률이 정하는</p>	<p>제27조 ② 공무원의 직무상 불법행위로 인하여 손해를 받은 자는 국가 또는</p>

제3장 통일이후 헌법의 기본원리와 기본권

<p>바에 의하여 국가 또는 공공단체에 정당한 배상을 청구할 수 있다. 이 경우 공무원 자신의 책임은 면제되지 아니한다.</p> <p>② 군인·군무원·경찰공무원 기타 법률이 정하는 자가 전투·훈련 등 직무집행과 관련하여 받은 손해에 대하여는 법률이 정하는 보상 외에 국가 또는 공공단체에 공무원의 직무상 불법행위로 인한 배상은 청구할 수 없다.</p>	<p>바에 의하여 국가 또는 공공단체에 배상을 청구할 수 있다. 그러나 공무원 자신의 책임은 면제되지 아니한다.</p> <p>② 군인·군속·경찰공무원 기타 법률로 정한 자가 전투·훈련 등 직무집행과 관련하여 받은 손해에 대하여는 법률이 정한 보상 이외에 국가나 공공단체에 공무원의 직무상 불법행위로 인한 배상은 청구할 수 없다.</p>	<p>공공단체에 대하여 배상을 청구할 수 있다. 단 공무원 자신의 민사상이나 형사상의 책임이 면제되는 것은 아니다.</p>
<p>현행 헌법 (제9차 개정헌법)</p>	<p>-</p>	<p>-</p>
<p>제30조 타인의 범죄행위로 인하여 생명·신체에 대한 피해를 받은 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가로부터 구조를 받을 수 있다.</p>	<p>-</p>	<p>-</p>
<p>현행 헌법 (제9차 개정헌법)</p>	<p>1962년 헌법 (제5차 개정헌법)</p>	<p>1948년 헌법 (건국 헌법)</p>
<p>제31조 ① 모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다. ② 모든 국민은 그 보호하는 자녀에게 적어도 초등교육과 법률이 정하는 교육을 받게 할 의무를 진다. ③ 의무교육은 무상으로 한다.</p>	<p>제27조 ① 모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다. ② 모든 국민은 그 보호하는 어린이에게 초등교육을 받게 할 의무를 진다. ③ 의무교육은 무상으로 한다. ④ 교육의 자주성과 정치적 독립성은 보장되어</p>	<p>제16조 ① 모든 국민은 균등하게 교육을 받을 권리가 있다. 적어도 초등교육은 의무적이며 무상으로 한다. ② 모든 교육기관은 국가의 감독을 받으며 교육제도는 법률로써 정한다.</p>



<p>④ 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성 및 대학의 자율성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다.</p> <p>⑤ 국가는 평생교육을 진흥하여야 한다.</p> <p>⑥ 학교교육 및 평생교육을 포함한 교육제도와 그 운영, 교육재정 및 교원의 지위에 관한 기본적인 사항은 법률로 정한다.</p>	<p>야 한다.</p> <p>⑤ 교육제도와 그 운영에 관한 기본적인 사항은 법률로 정한다.</p>	
<p>현행 헌법 (제9차 개정헌법)</p>	<p>1962년 헌법 (제5차 개정헌법)</p>	<p>1948년 헌법 (건국 헌법)</p>
<p>제32조 ① 모든 국민은 근로의 권리를 가진다. 국가는 사회적·경제적 방법으로 근로자의 고용의 증진과 적정임금의 보장에 노력하여야 하며, 법률이 정하는 바에 의하여 최저임금제를 시행하여야 한다.</p> <p>② 모든 국민은 근로의 의무를 진다. 국가는 근로의 의무의 내용과 조건을 민주주의원칙에 따라 법률로 정한다.</p> <p>③ 근로조건의 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다.</p> <p>④ 여자의 근로는 특별한 보호를 받으며, 고용·임금 및 근로조건에 있어서 부당한 차별을 받지 아니한다.</p>	<p>제28조 ① 모든 국민은 근로의 권리를 가진다. 국가는 사회적·경제적 방법으로 근로자의 고용의 증진에 노력하여야 한다.</p> <p>② 모든 국민은 근로의 의무를 진다. 국가는 근로의 의무의 내용과 조건을 민주주의원칙에 따라 법률로 정한다.</p> <p>③ 근로조건의 기준은 법률로써 정한다.</p> <p>④ 여자와 소년의 근로는 특별한 보호를 받는다.</p>	<p>제17조 ① 모든 국민은 근로의 권리와 의무를 가진다.</p> <p>② 근로조건의 기준은 법률로써 정한다.</p> <p>③ 여자와 소년의 근로는 특별한 보호를 받는다.</p>

제 3 장 통일이후 헌법의 기본원리와 기본권

<p>⑤ 연소자의 근로는 특별한 보호를 받는다. ⑥ 국가유공자·상이군경 및 전몰군경의 유가족은 법률이 정하는 바에 의하여 우선적으로 근로의 기회를 부여받는다.</p>		
<p>현행 헌법 (제9차 개정헌법)</p>	<p>1962년 헌법 (제5차 개정헌법)</p>	<p>1948년 헌법 (건국 헌법)</p>
<p>제33조 ① 근로자는 근로조건 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다. ② 공무원인 근로자는 법률이 정하는 자에 한하여 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다. ③ 법률이 정하는 주요 방위산업체에 종사하는 근로자의 단체행동권은 법률이 정하는 바에 의하여 이를 제한하거나 인정하지 아니할 수 있다.</p>	<p>제29조 ① 근로자는 근로조건 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다. ② 공무원인 근로자는 법률로 인정된 자를 제외하고는 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가질 수 없다.</p>	<p>제18조 ① 근로자의 단결, 단체교섭과 단체행동의 자유는 법률의 범위 내에서 보장된다. ② 영리를 목적으로 하는 사기업체에 있어서는 근로자는 법률의 정하는 바에 의하여 이익의 분배에 균점할 권리가 있다.</p>
<p>현행 헌법 (제9차 개정헌법)</p>	<p>1962년 헌법 (제5차 개정헌법)</p>	<p>1948년 헌법 (건국 헌법)</p>
<p>제34조 ① 모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다. ② 국가는 사회보장·사회복지의 증진에 노력할 의무를 진다. ③ 국가는 여자의 복지와 권익의 향상을 위하여 노력하여야 한다.</p>	<p>제30조 ① 모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다. ② 국가는 사회보장의 증진에 노력하여야 한다. ③ 생활능력이 없는 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받는다.</p>	<p>제19조 노령, 질병 기타 근로능력의 상실로 인하여 생활유지의 능력이 없는 자는 법률의 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받는다.</p>

<p>④ 국가는 노인과 청소년의 복지향상을 위한 정책을 실시할 의무를 진다.</p> <p>⑤ 신체장애자 및 질병·노령 기타의 사유로 생활능력이 없는 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받는다.</p> <p>⑥ 국가는 재해를 예방하고 그 위험으로부터 국민을 보호하기 위하여 노력하여야 한다.</p>		
<p>현행 헌법 (제9차 개정헌법)</p>	<p>1980년 헌법 (제8차 개정헌법)</p>	
<p>제35조 ① 모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다.</p> <p>② 환경권의 내용과 행사에 관하여는 법률로 정한다.</p> <p>③ 국가는 주택개발정책 등을 통하여 모든 국민이 쾌적한 주거생활을 할 수 있도록 노력하여야 한다.</p>	<p>제33조 모든 국민은 깨끗한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다.</p>	
<p>현행 헌법 (제9차 개정헌법)</p>	<p>1980년 헌법 (제8차 개정헌법)</p>	<p>1948년 헌법 (건국 헌법)</p>
<p>제36조 ① 혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.</p>	<p>제34조 ① 혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 한다.</p> <p>② 모든 국민은 보전에</p>	<p>제20조 혼인은 남녀동권을 기본으로 하여 혼인의 순결과 가족의 건강은 국가의 특별한 보호를 받는다.</p>

② 국가는 모성의 보호를 위하여 노력하여야 한다. ③ 모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다.	관하여 국가의 보호를 받는다.	
현행 헌법 (제9차 개정헌법)	1960년 헌법 (제3차 개정헌법)	1948년 헌법 (건국 헌법)
제37조 ① 국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다. ② 국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.	제28조 ① 국민의 모든 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로서 경시되지 않는 아니한다. ② 국민의 모든 자유와 권리는 질서유지와 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있다. 단, 그 제한은 자유와 권리의 본질적인 내용을 훼손하여서는 아니 되며 언론, 출판에 대한 허가나 검열과 집회, 결사에 대한 허가를 규정할 수 없다.	제28조 ① 국민의 모든 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로서 경시되지 않는 아니한다. ② 국민의 자유와 권리를 제한하는 법률의 제정은 질서유지와 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한한다.

## 2. 북한의 기본권 보장

북한은 1948년 9월에 ‘조선민주주의인민공화국 헌법’을 제정하였고,<sup>207)</sup>

207) ‘조선민주주의인민공화국 헌법’은 1948년 9월 8일에 개최된 최고인민회의 제1기 제1차 회의에서 채택되었고, 여섯 차례 개정되었다. 북한헌법의 제정과 개정 과정에 대해서는 김형성/조재현, 북한헌법 변화의 특징과 전망, <성균관법학>(성균관대학교 법학연구소), 제24권 제2호(2012), 1면 이하; 박선영, 조선민주주의인민공화국 헌법의 제정과 개정 과정을 통해 본 북한헌법에 관한 연구, <공법학연구>(한국비교공법학회), 제16권 제4호(2015), 30면 이하 참조. 특히 1948년 헌법에 대해서는 조재현, 1948년 북한제정헌법의 초안에 관한 연구, <서울법학>(서울시립대학교 법학연구소), 제22권 제2호 (II)(2014), 744면 이하 참조.

이 헌법은 1972년에 ‘조선민주주의인민공화국 사회주의헌법’으로 개정되어 사실상 새로운 헌법이 제정되었다.<sup>208)</sup> 이 사회주의 헌법은 1992년과 1998년<sup>209)</sup> 및 2009년<sup>210)</sup>에 대폭 개정된 뒤 최근 2016년 6월 30일에 최종적으로 수정, 보충되었다. 사회주의 국가인 만큼 헌법의 기본권 목록에서 사회권이 상대적으로 강조되고 있는데<sup>211)</sup> 2009년 헌법에서 비로소 “근로인민의 인권을 존중하고 옹호한다.”는 기본권 보장의 목표가 명시되었다.

자유권의 경우에는 1948년 헌법에서는 표현(“언론·출판·집회·결사”)의 자유, 종교(“신앙”)의 자유, 학문(“과학”)의 자유, 예술의 자유, 직업(“경영”)의 자유가 보장되었으며, 1998년 개정된 헌법에 따라 이들 권리와 함께 거주와 여행의 자유가 추가되었다. 평등권과 관련해서는 공민에게 모든 생활영역에서 동등한 권리를 부여하면서 특히 여성의 동등한 권리를 강조하고 있다. 북한헌법이 강조하고 있는 사회권의 경우에는 노동에 대한 권리, 휴식에 대한 권리, 무상으로 치료받을 권리, 교육을 받을 권리 등이 열거되어 있다.<sup>212)</sup>

208) ‘조선민주주의인민공화국 사회주의헌법’은 북한식 연호인 주체61년이 되는 1972년 12월 27일에 열린 최고인민회의 제5기 제1차 회의에서 채택되었다.

209) 1998년 북한 헌법에 대한 연구로 권영태, 1998년 북한 헌법 ‘서문’에 대한 새로운 분석 - 법제전략 차원의 의미를 중심으로, <현대북한연구>(북한대학원대학교 북한미시연구소), 제15권 제2호(2012), 127면 이하 참조.

210) 김정일 체제를 강화하기 위한 ‘선군사상’을 핵심으로 하는 2009년 북한헌법에 대해서는 김수민, 2009년 북한 개정헌법의 정치적 함의: 내용과 특징을 중심으로, <평화학연구>(한국평화학학회), 제10권 제4호(2009), 50면 이하; 박진우, 2009년 개정 북한헌법에 대한 분석과 평가 - 권력구조를 중심으로, <세계헌법연구>(세계헌법학회 한국학회), 제16권 제3호(2010), 858면 이하 참조.

211) 북한헌법에 보장되어 있는 기본권 목록에 대한 세부적 설명은 유정복, 북한헌법과 기본권보장의 한계, <공법연구>(한국공법학회), 제24집 제2호(1996), 144면 이하 참조.

212) 북한 헌법이 보장하는 개별적 기본권에 대한 자세한 설명은 김동한, 북한헌법에 있어서의 기본권, <북한의 법과 법이론>(경남대학교 극동문제연구소), 1988, 83면 이하 참조.

[표2] 북한 헌법의 기본권 보장

헌행 헌법 (사회주의 헌법)	1972년 헌법 (사회주의 헌법)	1948년 헌법 (인민민주주의 헌법)
제65조 공민은 국가사회생활의 모든 분야에서 누구나 다같은 권리를 가진다.	제51조 공민은 정치, 경제, 문화 등 국가사회생활의 모든 분야에서 누구나 다같은 권리를 가진다.	제11조 조선민주주의인민공화국의 일체 공민은 성별·민족별·신앙·기술·재산·지식 정도의 여하를 불문하고 국가·정치·경제·사회·문화생활의 모든 부문에 있어서 동등한 권리를 가진다.
제66조 17살 이상의 모든 공민은 성별, 민족별, 직업, 거주기간, 재산과 지식정도, 당별, 정견, 신앙에 관계없이 선거할 권리와 선거받을 권리를 가진다. 군대에 복무하는 공민도 선거할 권리와 선거받을 권리를 가진다. 재판소의 판결에 의하여 선거할 권리를 빼앗긴 자, 정신병자는 선거할 권리와 선거받을 권리를 가지지 못한다.	제52조 만 17살 이상의 모든 공민은 성별, 민족별, 직업, 거주기간, 재산 및 지식정도, 당별, 정견, 신앙에 관계없이 선거할 권리와 선거받을 권리를 가진다. 군대에 복무하는 공민도 선거할 권리와 선거받을 권리를 가진다. 재판소의 판결에 의하여 선거할 권리를 빼앗긴 자, 정신병자는 선거할 권리와 선거받을 권리를 가지지 못한다.	제12조 만 20세 이상의 일체 공민은 성별·민족별·신앙·거주기간·재산·지식정도의 여하를 불문하고 선거권이 있으며 어떤 주권기관에든지 피선될 수 있다. 조선인민군에 복무하는 공민도 다른 공민과 동등하게 선거권을 가지며 주권기관에 피선될 수 있다. 재판소의 판결에 의하여 선거권을 박탈당한 자, 정신병자 및 친일분자는 선거권 및 피선거권을 가지지 못한다.

현행 헌법 (사회주의 헌법)	1972년 헌법 (사회주의 헌법)	1948년 헌법 (인민민주주의 헌법)
제67조 공민은 언론, 출판, 집회, 시위와 결사의 자유를 가진다. 국가는 민주주의적 정당, 사회단체의 자유로운 활동조건을 보장한다.	제53조 공민은 언론, 출판, 집회, 결사 및 시위의 자유를 가진다. 국가는 민주주의적 정당, 사회단체의 자유로운 활동조건을 보장한다.	제13조 공민은 언론·출판·결사·집회·군중대회 및 시위의 자유를 가진다. 공민은 민주주의 정당, 직업동맹, 협동단체, 체육·문화·기술·과학 기타 단체를 조직할 수 있으며 이에 참가할 수 있다.
제68조 공민은 신앙의 자유를 가진다. 이 권리는 종교건물을 짓거나 종교의식 같은 것을 허용하는 것으로 보장된다. 종교를 외세를 끌어들이거나 국가사회질서를 해치는데 리용할 수 없다.	제54조 공민은 신앙의 자유와 반종교선전의 자유를 가진다.	제14조 공민은 신앙 및 종교의식거행의 자유를 가진다.
제69조 공민은 신소와 청원을 할 수 있다. 국가는 신소와 청원을 법이 정한 데 따라 공정하게 심의처리하도록 한다.	제55조 공민은 신소와 청원을 할 수 있다.	제25조 공민은 주권기관에 청원 또는 신소를 제출할 수 있다. 공민은 주권기관 공무원의 직무상 비법적 행위에 대하여 신소할 수 있으며 그 결과로 입은 손해에 대하여 배상을 청구할 수 있다.
제70조 공민은 노동에 대한 권리를 가진다.	제56조 공민은 노동에 대한 권리를 가진다.	제15조 공민은 국가기관, 협동단체 및 개인기업소

제 3 장 통일이후 헌법의 기본원리와 기본권

<p>현행 헌법 (사회주의 헌법)</p>	<p>1972년 헌법 (사회주의 헌법)</p>	<p>1948년 헌법 (인민민주주의 헌법)</p>
<p>로동능력 있는 모든 공민은 희망과 재능에 따라 직업을 선택하며 안정된 일자리와 로동조건을 보장받는다. 공민은 능력에 따라 일하며 로동의 량과 질에 따라 분배를 받는다.</p>	<p>로동능력 있는 모든 공민은 희망과 재능에 따라 직업을 선택하며 안정된 일자리와 로동조건을 보장받는다. 공민은 능력에 따라 일하며 로동의 량과 질에 따라 분배를 받는다.</p>	<p>에서 동일한 로력에 대하여 동일한 보수를 받을 권리를 가진다.</p>
<p>제71조 공민은 휴식에 대한 권리를 가진다. 이 권리는 로동시간제, 공휴일제, 유급휴가제, 국가비용에 의한 정휴양제, 계속 늘어나는 여러 가지 문화시설들에 의하여 보장된다.</p>	<p>제57조 공민은 휴식에 대한 권리를 가진다. 이 권리는 8시간 로동제, 유급휴가제, 국가비용에 의한 정휴양제, 계속 늘어나는 여러 가지 문화시설 등에 의하여 보장된다.</p>	<p>제16조 공민은 휴식에 대한 권리를 가진다. 휴식에 대한 권리는 로동자 및 사무원에 대하여 8시간 로동일 및 유급휴가제를 보장한다.</p>
<p>제72조 공민은 무상으로 치료받을 권리를 가지며 나이 많거나 병 또는 불구로 로동능력을 잃은 사람, 돌볼 사람이 없는 늙은이와 어린이는 물질적 방조를 받을 권리를 가진다. 이 권리는 무상치료제, 계속 늘어나는 병원, 료양소를 비롯한 의료시설, 국가사회보험과 사회보장제에 의하여 보장된다.</p>	<p>제58조 공민은 무상으로 치료받을 권리를 가지며 나이 많거나 병 또는 불구로 로동능력을 잃은 사람, 돌볼 사람이 없는 늙은이들과 어린이들은 물질적 방조를 받을 권리를 가진다. 이 권리는 무상치료제, 계속 늘어나는 병원, 료양소를 비롯한 의료시설, 국가 사회 보험 및 사회보장제에 의하여 보장된다.</p>	<p>제17조 사회보험제의 적용을 받을 수 있는 공민의 노쇠, 질병 또는 로동력을 상실한 경우에는 물질적 방조를 받을 수 있다. 이 권리는 국가가 실시하는 사회보험제에 의한 의료상 방조 또는 물질적 보호로 보장한다.</p>



현행 헌법 (사회주의 헌법)	1972년 헌법 (사회주의 헌법)	1948년 헌법 (인민민주주의 헌법)
제73조 공민은 교육을 받을 권리를 가진다. 이 권리는 선진적인 교육제도와 국가의 인민적인 교육시책에 의하여 보장된다.	제59조 공민은 교육을 받을 권리를 가진다. 이 권리는 선진적인 교육제도와 무료의무교육을 비롯한 국가의 인민적인 교육시책에 의하여 보장된다.	제18조 공민은 교육을 받을 권리를 가진다. 초등교육은 전반적으로 의무제다. 국가는 빈한한 공민의 자녀에 대하여 무료로 교육을 받도록 한다. 전문학교 및 대학의 대다수의 학생에 대하여 국비제를 실시한다. 교육용어는 국어로 한다.
-	-	제19조 공민은 중소기업 또는 상업을 자유로 경영할 수 있다.
제74조 공민은 과학과 문학예술활동의 자유를 가진다. 국가는 발명가와 창의고안자에게 배려를 돌린다. 저작권과 발명권, 특허권은 법적으로 보호한다.	제60조 공민은 과학과 문학예술활동의 자유를 가진다. 국가는 창의고안자와 발명가들에게 배려를 돌린다. 저작권과 발명권은 법적으로 보호한다.	제20조 공민은 과학 또는 예술활동의 자유를 가진다. 저작권 및 발명권은 법적으로 보호한다.
제75조 공민은 거주, 여행의 자유를 가진다.	-	-
제76조 혁명투사, 혁명렬사가족, 애국렬사가족, 인민군후방가족, 영예군인은 국가와 사회의 특별한 보호를 받는다.	제61조 혁명투사, 혁명렬사가족, 애국렬사가족, 인민군후방가족, 영예군인들은 국가와 사회의 특별한 보호를 받는다.	-

제 3 장 통일이후 헌법의 기본원리와 기본권

<p>현행 헌법 (사회주의 헌법)</p>	<p>1972년 헌법 (사회주의 헌법)</p>	<p>1948년 헌법 (인민민주주의 헌법)</p>
<p>제77조   녀자는 남자와 똑 같은 사회적 지위와 권리를 가진다. 국가는 산전산후휴가의 보장, 여러 어린이를 가진 어머니를 위한 로동시간의 단축, 산원, 탁아소와 유치원망의 확장, 그밖의 시책을 통하여 어머니와 어린이를 특별히 보호한다. 국가는 여성들이 사회에 진출할 온갖 조건을 지어준다.</p>	<p>제62조   녀자는 남자와 똑 같은 사회적 지위와 권리를 가진다. 국가는 산전산후휴가의 보장, 여러 어린이를 가진 어머니들을 위한 로동시간의 단축, 산원, 탁아소 및 유치원망의 확장, 그밖의 시책을 통하여 어머니들과 어린이들을 특별히 보호한다. 국가는 여성들을 가정일의 무거운 부담에서 해방하며 그들이 사회에 진출할 온갖 조건을 보장한다.</p>	<p>제22조   녀자는 국가 정치, 경제, 사회, 문화생활의 모든 부문에 있어서 남자와 동등하다.</p>
<p>제78조   결혼과 가정은 국가의 보호를 받는다. 국가는 사회의 기층생활단위인 가정을 공고히 하는데 깊은 관심을 돌린다.</p>	<p>제63조   결혼 및 가정은 국가의 보호를 받는다. 국가는 사회의 세포인 가정을 공고히 하는데 깊은 배려를 돌린다.</p>	<p>제23조   혼인 및 가정은 국가의 보호 밑에 있다. 결혼생활 이외에서 출생한 자녀에 대한 부모의 의무는 결혼생활에서 출생한 자녀에 대한 것과 동일하다. 결혼생활 이외에서 출생한 자녀는 결혼생활에서 출생한 자녀와 동등한 권리를 가진다. 혼인 및 가정에 대한 법적 관계는 따로 법령으로 규정한다.</p>

현행 헌법 (사회주의 헌법)	1972년 헌법 (사회주의 헌법)	1948년 헌법 (인민민주주의 헌법)
제79조 공민은 인신과 주택의 불가침, 서신의 비밀을 보장받는다. 법에 근거하지 않고는 공민을 구속하거나 체포할 수 없으며 살림집을 수색할 수 없다.	제64조 공민은 인신 및 주택의 불가침과 서신의 비밀을 보장받는다. 법에 근거하지 않고는 공민을 체포할 수 없다.	제21조 공민은 주택 및 서신의 비밀을 법적으로 보호한다. 제24조 공민은 일신의 불가침을 보장받는다. 일체 공민은 재판소의 결정 또는 검사의 승인이 없이는 체포되지 아니한다.
제80조 조선민주주의인민공화국은 평화와 민주주의, 민족적 독립과 사회주의를 위하여 과학, 문화활동의 자유를 위하여 투쟁하다가 망명하여 온 다른 나라 사람을 보호한다.	제66조 조선민주주의인민공화국은 평화와 민주주의, 민족적 독립과 사회주의를 위하여, 과학, 문화의 자유를 위하여 투쟁하다가 망명하여 온 다른 나라 사람들을 보호한다.	제26조 조선민주주의인민공화국은 민주주의원칙, 민족해방운동, 로력인민의 리익 또는 과학·문화의 자유를 위하여 투쟁하다가 망명하여 온 외국인을 보호하여 준다.

## II. 기본권 보장의 이념

### 1. 남한의 기본권 보장 이념

앞서 설명한 대로 남한의 헌법에서 기본권을 보장하는 궁극적 목표는 ‘인간의 존엄성’이다. 다만 헌법 전문에서 “자유와 조화를 바탕으로 자유민주적 기본질서를 더욱 확고히 하여”, “모든 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히 하고, 능력을 최고도로 발휘하게 하며”, 그리고 경제헌법에서 “대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의

를 존중함으로 기본으로 한다.”라고 규정하는 등 전반적으로 개인의 자유를 강조하는 자유민주주의적 정치이념에 기초하고 있다. 또한 국민의 재산권을 보장함으로써<sup>213)</sup> 사유재산제도를 기본으로 하면서 직업의 자유<sup>214)</sup>, 거주·이전의 자유<sup>215)</sup>, 계약의 자유<sup>216)</sup> 등 자본주의적 시장경제질서를 채택하여 경제활동과 관련된 개인의 자유를 강조하고 있다. 물론 처음으로 제정된 1948년 헌법에서는 “대한민국의 경제질서는 모든 국민에게 생활의 기본적 수요를 충족할 수 있게 하는 사회정의의 실현과 균형 있는 국민경제의 발전을 기함을 기본으로 삼는다. 각인의 경제상 자유는 이 한계 내에서 보장된다.”고 규정하여<sup>217)</sup> 적어도 경제질서에서는 자유보다 사회정의와 평등(균형)이 강조되기도 했다.<sup>218)</sup> 하지만 1962년 헌법에서부터 “대한민국의 경제질서는 개인의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다.”고 규정함으로써<sup>219)</sup> 경제질서에서도 사회정이나 평등보다 자유가 강조되기 시작했고 지금도 그 원칙은 여전히 동일하다.

물론 국민의 자유와 권리도 “국가안전보장·질서유지 또는 공공복리”를 위하여 제한될 수 있고,<sup>220)</sup> 재산권의 행사는 “공공복리”에 적합

---

213) 헌법 제23조 제1항.

214) 헌법 제15조.

215) 헌법 제14조.

216) 헌법은 명시적으로 계약의 자유를 보장하고 있지는 않으나 자본주의적 시장경제질서의 기본이 되는 계약의 자유는 헌법상 보장되는 권리로 이해될 수 있고, 헌법재판소는 행복추구권을 그 근거로 보고 있다. 헌재 2006. 3. 30. 2005헌마349, 판례집 18-1상, 427, 434면: “헌법 제10조는 행복을 추구할 권리를 보장하고 있고, 여기의 행복추구권 속에는 일반적 행동자유권이 포함되며, 이 일반적 행동자유권으로부터 계약의 자유가 파생되는데, 계약의 자유란 계약 체결의 여부, 계약의 상대방, 계약의 방식과 내용 등을 당사자의 자유로운 의사로 결정하는 자유를 말한다.”

217) 1948년 헌법(건국헌법) 제84조.

218) 1948년 헌법에 보장된 경제질서의 성격에 대해서는 조지은, 제헌헌법과 제2차 개정헌법의 경제조항에 대한 고찰, <서강법률논총>(서강대학교 법학연구소), 제4권 제2호(2015), 79면 이하 참조.

219) 1962년 헌법(제5차 개정헌법) 제111조.

220) 헌법 제37조 제2항.

하여야 하며<sup>221)</sup> “공공필요”에 의하여 재산권의 수용·사용 또는 제한이 가능하다.<sup>222)</sup> 그 뿐만 아니라 균형 있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하고 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경제에 관한 국가의 규제와 조정을 허용한다.<sup>223)</sup> 이로써 공동체의 이익을 위하여 개인의 자유에 대한 제한의 가능성을 인정하고 있다. 하지만 이것은 원칙적으로 개인의 자유가 우선한다는 점을 전제로 하는 것으로 개인의 자유는 공동체의 이익을 위하여 비로소 제한되는 것이지 처음부터 공동체의 이익에 의해 제한되어 있는 것은 아니다. 어쨌든 남한의 헌법에서 이해하는 인간의 존엄성은 기본적으로 공동체로부터 독립된 개인을 상정하는 자유주의적 인간관을 출발점으로 삼으면서도 개인을 공동체에 구속되는 존재로 파악하는 공동체주의적 인간관을 완전히 배제하지도 않는다.

## 2. 북한의 기본권 보장 이념

북한 헌법도 기본권 보장의 궁극적 목표를 ‘인권의 보장’으로 선언하고 있기 때문에 인권의 핵심인 인간의 존엄성은 북한 헌법에서 보장되는 모든 기본권의 이념적 목표로 이해될 수 있다. 다만 북한은 인민민주주의적 정치이념에 기초하고 있고,<sup>224)</sup> 헌법 서문과 헌법 제1조에서 분명히 밝히고 있듯이 ‘사회주의’ 국가이므로<sup>225)</sup> 북한 헌법에서

221) 헌법 제23조 제2항.

222) 헌법 제23조 제3항.

223) 헌법 제119조 제2항.

224) 북한 헌법의 기본원리 및 이에 대한 비판은 도희근, 통일헌법의 기본원리, <법조> (법조협회), 제64권 제10호(2015), 11면 이하 및 24면 이하 참조.

225) 북한 헌법 서문: “조선민주주의인민공화국은 … **사회주의** 조국이다.”; 북한 헌법 제1조: “조선민주주의인민공화국은 전체 조선인민의 리익을 대표하는 자주적인 **사회주의** 국가이다.”(강조는 필자) 인민주주의 헌법과 사회주의 헌법의 구분에 대해서는 장명봉, 공산권 헌법의 이론과 헌법질서, - 소련헌법과 북한헌법을 중심으로 -, <법학논총>(국민대학교 법학연구소), 제3집(1981), 151면 이하 참조.

이해되는 인간의 존엄성은 개인을 공동체로부터 분리될 수 없는 존재로 이해하는 공동체주의적 인간관에 기초하고 있다. 북한 헌법에 따르면 국가의 주권은 “로동자, 농민, 군인, 근로인테리를 비롯한 근로인민”에게 있다.<sup>226)</sup> 또한 모든 생산수단은 국가와 사회협동단체가 소유하여<sup>227)</sup> 사유재산제도는 원칙적으로 부인되고, 개인소유는 공민들의 개인적이며 소비적인 목적으로 위한 소유에 국한된다.<sup>228)</sup> 또한 경제질서는 수요와 공급에 따라 가격이 결정되는 시장경제가 아니라 국가가 경제를 전반적으로 규제하고 조정하는 계획경제다.<sup>229)</sup> 이에 따라 기본권에 대한 보장도 개인의 자유보다는 “하나를 전체를 위하여, 전체는 하나를 위하여”라는 집단주의원칙에 근거를 두고 있다.<sup>230)</sup> 이러한 원칙에 따르면 헌법상 보장된 기본권은 애초에 공동체 전체를 위하여 이미 제한되어 보장되는 것이고, 이렇게 제한적으로 보장된 영역조차도 또 다시 공동체의 이익을 위하여 언제든지 제한될 수밖에 없다.<sup>231)</sup> 북한 헌법이 인권의 보장을 기본권 보장의 목표로 선언하여 인간의 존엄성을 기본권 보장의 이념적 목표로 삼고 있더라도 동일하게 인간의 존엄성을 기본권 보장의 이념적 목표로 삼으면서 공동체로부터 독립적인 개인을 전제하는 자유주의적 인간관에 기초하는 남한 헌법과 다른 결정적인 이유가 여기에 있다. 북한 헌법이 전제하는 인간관은 철저하게 공동체에 구속되는 개인을 상정하는 공동체주의적 인간관이기 때문이다.

북한의 헌법도 자유민주주의와 자본주의를 근간으로 하는 국가들에서 보장되는 여러 가지 개별적 기본권을 보장하고 있지만 “정치사상적

---

226) 북한 헌법 제4조.

227) 북한 헌법 제21조.

228) 북한 헌법 제24조.

229) 북한 헌법 제34조.

230) 북한 헌법 제63조. 이러한 집단주의원칙에 대해서는 김종일, 북한헌법의 정체와 기본권 보장, <북한학보>(북한학회), 제26집(2001), 28면 참조.

231) 같은 맥락에서 견해에 따라서는 북한에서 권리는 의무를 대동(帶同)한다고 주장되기도 한다. 좌중훈, 북한에서의 “헌법”과 “공민의 기본권리”의 의미, <안암법학>(안암법학), 제16호(2003), 46면 이하 참조.

통일과 단결”이나 “조직과 집단을 귀중이 여기며 사회와 인민을 위하여 몸 바쳐 일하는 기풍”<sup>232)</sup>이 강조되다 보니 아무래도 개별적 기본권의 영역에서도 개인의 자유보다는 공동체의 이익이 우선시될 수밖에 없고, 공동체의 이익을 위하여 개인의 자유는 언제든지, 그리고 얼마든지 제한될 개연성이 크다. 또한 국방의 의무<sup>233)</sup> 외에도 “국가의 법과 사회주의적 생활규범”에 대한 준수 의무,<sup>234)</sup> 노동의 의무,<sup>235)</sup> “국가재산과 사회협동단체 재산을 아끼고 사랑”할 의무,<sup>236)</sup> “혁명적 경각성을 높이며 국가의 안전을 위하여 몸 바쳐 투쟁하여야” 할 의무<sup>237)</sup>와 같은 공동체적 기본의무가 부과되어 개인의 자유에 대한 제한의 개연성이 상당히 높다. 헌법상 열거된 기본의무는 본질적으로 기본권에 대한 제한을 의미하는 의무의 부과를 의미하기 때문이다.

### 3. 통일 후 헌법상 기본권의 이념

자유민주주의와 자본주의적 시장경제질서를 기본으로 하고 있는 남한과 인민민주주의와 사회주의적 계획경제질서를 기본으로 하고 있는 북한은 기본권 보장의 이념이 공통적으로 인간의 존엄성이라고 하더라도 그에 기초가 되는 인간관은 앞서 설명한 것처럼 상당히 이질적이다.<sup>238)</sup> 기본적으로 개인의 자유를 우선시킨 뒤 공동체의 이익에 의한 제한을 부가하는 가치관·세계관과 원칙적으로 공동체(집단)의 이

232) 북한 헌법 제81조.

233) 북한 헌법 제86조: “조국보위는 공민의 최대의 의무이며 영예이다. 공민은 조국을 보위하여야 하며 법이 정한데 따라 군대에 복무하여야 한다.”

234) 북한 헌법 제82조.

235) 북한 헌법 제83조.

236) 북한 헌법 제84조.

237) 북한 헌법 제85조.

238) 남북한이 기본권 보장의 이념에서 보여주는 차이는 “인간상”의 차이로 이해되기도 한다. 홍성방, 1998년 개정된 북한헌법상의 기본권, <서강법학>(서강대학교 법학연구소), 제7권(2005), 38면 이하 참조.

익을 우선시킨 뒤 개인의 자유를 처음부터 제한적으로 이해하는 가치관·세계관은 정치영역이든 경제영역이든 서로 타협하기가 어렵기 때문이다. 따라서 대한민국 정부의 공식적 통일방안인 ‘민족공동체 통일방안’에 따라<sup>239)</sup> 통일로 가는 2단계인 ‘남북연합’ 단계에서 ‘남북평의회’가 통일국가의 헌법을 기초할 때는 이 점이 가장 큰 논란거리가 될 수 있을 것으로 보인다. 통일국가의 헌법이 하나의 체제로 다른 체제가 흡수되는 방식을 채택하는 경우에도 그렇겠지만 특히 두 개의 체제를 인정하는 하나의 국가로 통일이 되는 경우에 이러한 실질적인 기본권 보장 이념을 어떻게 조화시킬 것인지는 매우 큰 문제가 될 수 있다.

개인의 자유를 강조하는 국가에서도 공동체의 이익을 완전히 무시할 수는 없고, 공동체의 이익을 우선시하는 국가에서도 개인의 자유를 철저히 배제할 수는 없다. 개인의 자유를 아무리 강조하는 국가에서조차 공동체의 이익을 위하여 개인의 자유를 제한할 수밖에 없는 경우에는 개인의 자유는 제한되어야 한다. 또한 공동체의 이익을 특별히 중요하게 생각하는 국가마저도 개인의 자유를 위하여 공동체의 이익을 포기할 수밖에 없는 경우에는 공동체의 이익은 포기되어야 한다. 따라서 남북한은 개인의 자유와 공동체의 이익에 대한 서로 다른 정치이념과 경제질서를 기본으로 하고 있더라도 중첩될 수 있는 기본권 영역이 분명히 존재한다. 바로 이러한 영역에 속하는 기본권 목록을 만들면 추상적인 수준에서 나타나는 상이한 정치이념과 경제질서의 문제는 상당 부분 극복될 수 있을 것이다. 따라서 통일헌법을 기초해야 하는 남북평의회는 체제가 다른 남북한이 쉽게 합의할 수 있는 기본권 목록부터 만들어가야 한다.<sup>240)</sup>

239) 민족공동체 통일방안의 내용에 대한 자세한 설명은 고유환, 민족공동체 통일방안의 이행과정과 추진전략 재검토, <통일인문학>(건국대학교 인문학연구원), 제60집(2014), 244면 이하 참조.

240) 남북한이 공통적으로 헌법에 보장하고 있는 기본권부터 통일 헌법에 헌법에 보



‘민족공동체 통일방안’은 통일국가의 국가형태를 ‘1체제 1정부’로 상정하고 있다. 따라서 마치 중국의 영토로 편입된 홍콩과 같이 인민 민주주의와 사회주의적 계획경제질서를 기본으로 하는 국가 안에 자유민주주의와 자본주의적 시장경제질서를 기본으로 하는 상이한 체제가 존재할 수 있는 것처럼 서로 다른 정치이념과 경제질서를 기본으로 하는 남북한이 두 개의 체제를 전제하면서도 하나의 국가로 통합될 수 있는 가능성은 애초에 배제되고 있다. 그렇지만 ‘1체제 1정부’라고 하더라도 그것은 기존의 두 개 체제 중 하나를 완전히 배제하고 오로지 다른 하나를 일방적으로 선택하는 이분법적인 것이 아니라 두 개의 체제가 가지는 장점을 고루 선택하여 체계적으로 결합시키는 형태가 될 것이다.

이러한 형태로 구성된 ‘1체제 1정부’의 통일국가를 설립할 때 중요한 것은 서로의 체제를 어느 정도 인정하고 존중하며 가능한 대로 서로의 체제를 이해하면서 두 개의 체제를 접근시키려는 노력이다. 물론 이러한 이해와 접근은 남북한이 가지고 있는 고유한 체제의 일부를 포기하는 것을 전제로 한다. 오로지 상대방의 체제만 자신의 것을 포기하고 우리의 체제로 동화되어 통합되도록 요구한다면 그러한 이해와 접근은 요원하다. 여기서 우선 남북한이 포기할 수 있는 최소한을 마련한 뒤 점차적으로 남북한이 포기할 수 있는 최대한에 접근해가는 단계적 이해와 접근이 필요하다. 그것은 개인의 자유와 권리를 중요시하면서도 공동체의 이익과 가치를 동시에 고려하는 방식이 될 것이다.<sup>241)</sup> 특히 경제질서에서 사유재산제도를 보장하면서도 재산권의 독점과 남

장되어야 한다는 견해로 전종익, 통일헌법의 기본권체계, <법조>(법조협회), 제61권 제2호(2012), 169면 참조.

241) 장명봉, 남북한 헌법체제의 비교와 통일헌법의 지향점 및 과제, <공법연구>(한국공법학회), 제37집 제1-1호(2008), 211면은 통일국가의 목표로 “인간의 존엄과 가치가 최대한 존중되고 인간다운 삶이 충실히 보장되는 복지사회건설”로 상정하고 있는데 이러한 목표를 실현하기 위해서는 개인과 공동체가 모두 고려되어야만 한다.

용을 방지하며 경제적 불평등을 제거하기 위해 재산권과 경제질서에 대한 국가의 불가피한 개입을 허용하는 형태가 될 수밖에 없다.

### Ⅲ. 통일 후 헌법상 보장되어야 할 기본권

통일 후의 국가형태가 ‘하나의 체제’이면서 그것이 순수한 이념형의 체제를 전제로 한다면 통일 후의 헌법에서 보장되어야 할 기본권의 목록에 대해서는 논란의 여지가 없다. 통일국가가 순수한 형태의 자유주의와 자본주의에 기반을 두는 체제라면 그에 기초한 기본권 목록을 구성하면 되고, 상상하기도 싫겠지만 통일국가가 순수한 형태의 전체주의와 사회주의에 기반을 두는 체제라면 그에 걸맞은 기본권 목록을 완성하면 된다. 문제는 ‘하나의 체제’를 기반으로 하지만 반대되는 다른 체제의 요소가 가미된 혼합형태의 국가가 되었을 때 서로 다른 정치이념 혹은 경제질서를 하나로 묶는 기본권 목록을 구성하는 것이다. ‘민족공동체 통일방안’은 ‘1체제 1정부’를 통일국가의 최종적 모습으로 그리면서 그러한 최종적 형태를 ‘남북연합’ 단계의 남북평의회에서 결정하도록 예정하고 있기 때문에<sup>242)</sup> 통일국가의 ‘1체제’가 어떠한 구체적 형태를 가질지는 아직 불확정적이고, 그것은 순수한 이념형일 수도 있지만 두 체제를 합리적으로 결합시킨 혼합적 형태가 될 가능성도 배제할 수 없다. 어쨌든 그 형태는 헌법상 보장된 기본권의 목록으로 반영될 텐데 그 대략적인 윤곽을 그려보기로 한다.

#### 1. 자유권적 기본권

자유권의 본질은 개인 혹은 공동체의 문제를 그 개인 또는 그 공동체의 구성원들이 스스로 결정할 수 있는 ‘자율성(autonomy)’에 있다고

242) 민족공동체 통일방안에 따른 통일의 2단계인 남북연합의 성격이 불명확하다는 점에 대해서는 꾸준히 비판이 제기되어 오고 있다. 예컨대 남궁영, 민족공동체 통일방안: 평가 및 시사점: ‘남북연합’과 ‘낮은 단계의 연방제’ 관계, <국제지역연구> (한국외국어대학교 국제지역연구센터), 제5권 제1호(2001), 135면 참조.

이해했을 때 자유권은 사적 자율성을 내용으로 하는 자유권과 공적 자율성을 내용으로 하는 자유권으로 구분될 수 있다.<sup>243)</sup> 남한의 헌법이든 북한의 헌법이든 국가공동체의 의사가 공동체구성원의 참여를 통해 결정되도록 요구하는 공적 자율성을 실현하기 위해서는 다양한 정치적 기본권들이 보장되어야 한다. 이러한 정치적 기본권들 가운데 참정권, 즉 선거권(북한 헌법에서는 “선거할 권리”)이나 피선거권(북한 헌법에서는 “선거 받을 권리”)을 남북한이 공통적으로 인정하고 있으므로 참정권을 통일 후 헌법의 기본권 목록에 포함시키는 것은 논란이 없을 것으로 보인다. 적어도 국민의 대표를 선출할 수 있는 권리와 스스로 국민의 대표가 되기 위해 선거에 출마할 수 있는 권리는 남북한의 상이한 체제에도 불구하고 공통적으로 인정될 수 있다.

그렇지만 북한 체제는 “조선로동당의 령도”를 기본으로 하고 있고,<sup>244)</sup> “인민민주주의 독재”를 당연하게 전제하기<sup>245)</sup> 때문에 북한의 선거제도는 노동계급을 유일하게 대표하는 조선노동당만을 인정하는 일당제를 전제로 한다. 여기서 통일국가의 헌법을 기초하는 과정에서 정치적 충격을 완화하기 위해 잠정적으로나마 북한 지역에 한정하여 일당제를 전제로 한 선거제도를 인정할 것인지가 문제될 수 있다. 일당제를 전제로 한다고 해도 적어도 다수의 후보가 입후보하면 다당제 하에서 실시되는 선거와 유사한 효과를 거둘 수 있기 때문이다. 하지만 ‘민족공동체 통일방안’은 통일의 원칙으로 ‘민주’를 들고 있고, 민주주의는 다양한 정치적 견해를 전제로 하면서 그것을 결집시킬 수 있는 복수의 정당을 인정해야 하기 때문에 다수의 후보가 입후보할 수 있는 가능

243) 헌법재판소도 민주주의를 “사회의 공적 자율성에 기한 정치적 의사결정을 추구하는” 원리로 이해하여 공적 자율성이 민주주의의 기초가 되고 있음을 확인하고 있다. 헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1, 판례집 26-2하, 1, 17면 참조.

244) 북한 헌법 제11조: “조선민주주의인민공화국은 조선로동당의 령도 밑에 모든 활동을 진행한다.”

245) 북한 헌법 제12조: “국가는 계급로선을 견지하며 인민민주주의독재를 강화하여 내외적대분자들의 파괴책동으로부터 인민주권과 사회주의제도를 굳건히 보위한다.”

성을 전제하더라도 북한지역에 한정된 일당제는 민주주의에 위배되는 것으로 허용될 수 없을 것이다.<sup>246)</sup>

또한 북한 체제는 직접민주제의 한 요소로서 임기 중이더라도 대표를 파면시킬 수 있는 ‘국민소환제’를 인정하고 있으므로<sup>247)</sup> 남한 지역에서도 이와 같은 직접민주제적 요소를 도입할 것인지가 문제될 수 있다. 선거제도의 핵심인 선거권이나 피선거권도 역시 제한될 수 있으므로 선거권이나 피선거권을 헌법에서 원칙적으로 보장하면서도 이러한 권리들을 제한함으로써 남북한의 체제에 적합한 선거제도를 구체화할 수 있다. 따라서 민주주의 원리가 본질적으로 유지되는 한 이것을 구체화하는 선거제도를 구성할 때 국민소환제와 같은 직접민주제적 요소를 일부 도입한다고 해서 그것만으로 민주주의에 위배된다고 볼 수는 없을 것이다.

한편 정치적 표현의 자유, 즉 언론·출판·집회·결사의 자유도 남북한 헌법에서 공통적으로 인정되고 있으므로 이 자유권도 기본권 목록에 포함될 수 있다. 특히 ‘정당의 자유’는 양측 헌법이 모두 인정하고 있기 때문에<sup>248)</sup> 기본권 목록에 포함되는 데 문제가 없다. 다만 통일헌법이 ‘민족공동체 통일방안’에 따라 ‘1체제 1정부’를 구성하면서 앞

---

246) 복수정당제가 민주주의의 기본요소라는 점에 대해서 헌법재판소는 다음과 같이 설시하고 있다. 헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1, 판례집 26-2하, 1, 18면: “오늘날 민주주의 체제는 기본적으로 대의제를 채택하고 있고, 다양한 정치적 이념과 가치관을 추구하는 여러 정당들이 사회의 공적인 갈등과 정치적 문제를 둘러싸고 각자의 대안과 해법을 제시하는 과정에서 다수 국민들의 지지를 얻는 정당으로 하여금 주어진 시한 속에서 국정의 주도권을 행사하도록 보장하는 절차로 운영된다. 논리와 정당성의 우위를 통해 지지를 확보하려는 정당들의 경쟁 속에서 사회의 민주적 발전을 이룩하고자 하는 복수정당 체제가 그 기본바탕이 된다.”

247) 북한 헌법 제7조: “각급 주권기관의 대의원은 선거자들과 밀접한 연계를 가지며 자기 사업에 대하여 선거자들 앞에 책임진다. 선거자들은 자기가 선거한 대의원이 신임을 잃은 경우에 언제든지 소환할 수 있다.”

248) 헌법 제8조 제1항 및 북한헌법 제67조: “... 국가는 민주주의적 정당, 사회단체의 자유로운 활동조건을 보장한다.”

에서 언급한 것처럼 복수정당제를 기본으로 했을 때 남한 지역에서 북한이 지향하는 사회주의 정당이 인정될 수 있을지가 문제될 수 있다.

헌법재판소는 통합진보당 해산결정에서 민주주의를 다음과 같이 정의한다. “우리 헌법 제8조 제4항이 의미하는 민주적 기본질서는, 개인의 자율적 이성을 신뢰하고 모든 정치적 견해들이 각각 상대적 진리성과 합리성을 지닌다고 전제하는 다원적 세계관에 입각한 것으로서, 모든 폭력적·자의적 지배를 배제하고, 다수를 존중하면서도 소수를 배려하는 민주적 의사결정과 자유·평등을 기본원리로 하여 구성되고 운영되는 정치적 질서를 말하며, 구체적으로는 국민주권의 원리, 기본적인 인권의 존중, 권력분립제도, 복수정당제도 등이 현행 헌법상 주요한 요소라고 볼 수 있다.”<sup>249)</sup> 정리하면 민주주의 본질은 다양성이나 다원성에 기반을 두면서 소수의 견해를 존중하되 폭력성이나 자의성을 배제하는 데 있다.

그러면서 통합진보당의 목적과 활동이 이러한 민주적 기본질서에 위배되는 이유를 주도세력의 강령 상 목표가 1차적으로 폭력에 의하여 진보적 민주주의를 실현하여 이를 기초로 통일을 통하여 최종적으로는 사회주의를 실현하는 것이라는 점, 당원들의 토론과 표결을 기반으로 하지 않고 폭력적 수단을 통해 자신들이 지지하는 후보의 당선을 관철시키려 함으로써 당내 민주적 의사형성을 왜곡하고 선거제도를 형해화하여 민주주의 원리를 훼손했다는 점, 해당 정당의 진정한 목적과 활동이 1차적으로는 폭력에 의하여 진보적 민주주의를 실현하고 최종적으로는 북한식 사회주의를 실현하는 것이라는 점, 해당 정당의 활동들이 내용적 측면에서는 국가의 존립, 의회제도, 법치주의 등을 부정하는 것이고, 수단이나 성격의 측면에서는 자신의 의사를 관철하기 위해 폭력 등을 적극적으로 사용하여 민주주의 이념에 반하는

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

것이라는 점 등을 들고 있고 있다. 전반적으로 통합진보당의 목적과 활동이 사회주의를 지향했기 때문이 아니라 그것이 ‘북한식 사회주의’이고, 이를 실현하기 위해 폭력을 수단으로 삼았기 때문에 민주적 기본질서에 위배된다는 취지다. 그렇다면 통일국가의 헌법도 마찬가지로 민주적 기본질서를 원칙으로 한다고 하더라도 다원주의와 복수정당제 및 의회제도를 인정하면서 폭력적 수단을 배제하고 민주적 절차와 방법을 준수하는 사회주의 정당이라면 이 정당이 단지 사회주의를 지향한다는 것만으로 위헌적 정당으로 강제해산할 수 있는지는 명확하지 않다.

그밖에 인신에 관한 자유권(생명권, 신체불훼손권, 신체의 자유)과 정신적 자유권(양심, 종교, 학문, 예술의 자유), 사생활에 관한 자유권(주거의 비밀, 통신의 비밀), 가족에 관한 자유권(혼인의 자유, 가족생활의 자유)은 이미 보편적 인권으로 확인되었기 때문에 통일 후 헌법에서 사적 자율성을 본질로 하는 이와 같은 자유권은 반드시 기본권 목록에 포함되어야 한다. 특히 혼인과 가족에 관한 기본권은 그 본질에 비추어<sup>250)</sup> 사회권 목록에서 자유권 목록으로 이동될 필요가 있다. 그밖에도 최근에 관심을 얻고 있는 개인정보자기결정권<sup>251)</sup>이나 알권

250) 헌법재판소도 혼인과 가족에 관한 기본권의 자유권적 성격을 강조하고 있다. 헌재 2015. 4. 30. 2013헌마623, 판례집 27-1하, 107, 111면: “헌법 제36조 제1항은 개인의 자율적 의사와 양심의 평등에 기초한 혼인과 가족생활의 자유로운 형성을 국가가 보장할 것을 규정하고 있다.”

251) 헌법재판소는 개인정보자기결정권을 다음과 같이 이해하고 있다. 헌재 2014. 8. 28. 2011헌마28 등, 판례집 26-2상, 337, 363면: “인간의 존엄과 가치, 행복추구권을 규정한 헌법 제10조 제1문에서 도출되는 일반적 인격권 및 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유에 의하여 보장되는 개인정보자기결정권은 자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리이다. 즉 정보주체가 개인정보의 공개와 이용에 관하여 스스로 결정할 권리를 말한다. 개인정보자기결정권의 보호대상이 되는 개인정보는 개인의 신체, 신념, 사회적 지위, 신분 등과 같이 개인의 인격주체성을 특징짓는 사항으로서, 그 개인의 동일성을 식별할 수 있게 하는 일체의 정보라고 할 수 있다. 또한, 그러한 개인정보를 대상으로 한 조사·수집·보관·처리·이용 등의 행위는 모두 원칙적으로 개인정보자기결정권에 대한 제한에 해당한다.”

리와 같이 정보와 관련된 개별적 기본권들도 통일헌법의 기본권 목록에 포함시킬 필요가 있다.

결국 치열한 논란의 대상이 될 수 있는 기본권은 경제적 자유권(거주·이전의 자유, 직업의 자유, 계약의 자유, 재산권)으로 이것은 헌법이 어떠한 경제질서를 기본으로 할 것인지와 직결된다. ‘민족공동체 통일방안’이 지향하는 통일의 원칙은 자유, 평화, 민주이고, 궁극적으로 실현하고자 하는 통일국가의 미래상은 “자유·복지·인간존엄성이 구현되는 선진민주국가”이다. 여기서 자유가 강조되고 있는 이상 통일국가의 헌법에서 경제적 자유권의 보장은 필수적이다.<sup>252)</sup> 다만 자유와 함께 복지와 인간존엄성이 강조되고 있는 한 경제적 평등을 지향하는 사회주의적 경제질서의 이념을 완전히 배제할 수 없다. 따라서 순수한 자본주의적 시장경제질서가 아니라 자본주의적 시장경제질서를 원칙으로 하되 이 경제질서에서 배제되는 다양한 모순을 제거하기 위하여 국가의 개입을 허용하는 혼합된 경제질서가 통일 후 헌법의 경제질서가 되는 것이 바람직하다. 이것은 다양한 형태의 경제적 자유권을 원칙적으로 보장하되 그에 대한 제한을 헌법이나 법률로써 허용하는 것을 의미한다.

## 2. 평등권적 기본권

‘같은 것을 같게, 다른 것을 다르게’를 핵심으로 하는 평등은<sup>253)</sup> 기본적으로 법규범을 제정하고 적용하는 과정에서의 평등을 의미하는 ‘법적 평등’이다. 하지만 평등은 법적 평등을 넘어 ‘사실적 평등’까지도

252) 남북한을 하나의 경제공동체로 통합해가는 과정에 관한 제안으로 이장희, 통일헌법의 과제로서 경제공동체적 통합, <안암법학>(안암법학회), 제46호(2015), 274면 이하 참조.

253) 평등에 대해서는 평등원칙 이준일, <안암법학>(안암법학회), 제8호(1998), 1면 이하; 같은 이, 헌법재판소의 평등심사기준과 국가인권위원회의 차별판단기준, <세계헌법연구>(세계헌법학회 한국학회), 제18권 제2호(2012), 333면 이하 참조.

포함되어야 평등의 진정한 의미가 살아날 수 있다.<sup>254)</sup> 법적 평등이 실현되기 위한 사실적 조건의 평등이 제공되지 않으면 법적 평등은 오히려 불평등을 강화할 수 있기 때문이다. 사실적 평등은 평등의 의미를 확대하거나 사회권을 보장함으로써 구현될 수 있는데 자유민주주의와 자본주의적 시장경제질서를 기본으로 하는 남한 헌법은 원칙적으로 법적 평등을 강조하지만 헌법상 보장된 평등권의 의미를 확장시키고 헌법상 열거된 사회권들에 기대어 사실적 평등을 보완할 수 있다. 물론 그렇다고 하더라도 사유재산제도를 완전히 철폐하여 사실적 평등을 달성하려는 북한 체제와는 근본적으로 극복할 수 없는 차이가 존재한다. 그렇지만 평등권의 의미를 확장시키고 사회권의 보장범위를 확대하면 그러한 차이는 상당 부분 극복될 수 있을 것으로 보인다.

사회주의 국가인 북한은 평등에서 사실적 평등 혹은 경제적 평등을 강조한다. 앞서 언급했듯이 북한 체제는 경제적 불평등을 야기하는 사유재산제도를 인정하지 않고 “사회주의적 생산관계”<sup>255)</sup>에 따라 모든 생산수단은 국가와 사회협동단체가 소유한다.<sup>256)</sup> 이에 따라 자연부원(자원), 철도, 항공운수, 체신기관과 중요공장, 기업소, 항만, 은행은 국가만 소유할 수 있고,<sup>257)</sup> 토지, 농기계, 배, 중소공장, 기업소 등은 사회협동단체에 들어있는 근로자들의 집단적 소유가 된다.<sup>258)</sup> 이처럼 경제적 불평등을 야기하는 사유재산제도를 애초에 부인함으로써 북한 체제에서 이해되는 평등은 우선적으로 사실적 평등이다. 하지만 사회주의적 경제질서가 대부분 그러하듯이 사실적 평등은 실현했는지 모르지만 전체적인 경제적 생산규모가 적다보니 개인이 향유하는 평등의

---

254) 사실적 평등에 대한 자세한 설명은 이준일, 법적 평등과 사실적 평등 - ‘제대군인가산점 제도’에 관한 헌법재판소의 결정을 중심으로 -, <안암법학>(안암법학회), 제12호(2001), 7면 이하 참조.

255) 북한 헌법 제19조.

256) 북한 헌법 제20조.

257) 북한 헌법 제21조.

258) 북한 헌법 제22조.



몫도 적은 것이 사실이다. 결국 사실적 평등도 그러한 평등의 몫을 확대하려면 국가의 전체적인 경제적 생산규모를 확대할 수밖에 없으므로 부분적으로나마 자본주의적 시장경제질서를 도입할 수밖에 없고, 그러한 범위에서 사유재산제도의 인정은 불가피하다.

통일국가의 헌법에서도 평등은 법적 평등과 함께 사실적 평등을 동시에 보장하는 방향으로 이해되는 것이 바람직하다. 평등권을 규정하면서 단지 ‘법 앞에 평등’이라는 의미의 법적 평등과 함께 사실적 평등까지도 지향한다는 표현을 명시할 필요가 있다.<sup>259)</sup> 특히 사실적 평등을 실현하기 위한 구체적 방법인 적극적 조치(affirmative action),<sup>260)</sup> 즉 사회적·경제적 약자를 특별히 배려하기 위한 조치의 헌법적 근거를 명시하는 방법도 생각해볼 수 있다. 다만 현재의 경제규모를 전제로 했을 때 통일이 되면 대부분의 북한주민은 사회적·경제적 약자가 될 가능성이 높기 때문에 적극적 조치의 수혜자는 우선적으로 북한주민이 될 수밖에 없다. 이에 따라 남한주민은 평등권에 근거하여 역차별을 주장할 수 있고, 적극적 조치가 헌법에 명시되었다고 하더라도 평등을 기준으로 적극적 조치의 합헌성을 심사해야 하는 사법기관은 적극적 조치가 헌법에 명시되지 않을 때보다 상대적으로 심사강도를 약하게 하더라도 적극적 조치의 합헌성을 심사해야 한다.

259) 예컨대 남아프리카공화국 헌법 제9조 제2항은 평등권을 다음과 같이 규정한다: “평등은 모든 권리와 자유를 완전하고 평등하게 향유하는 것을 포함한다. 평등의 실현을 증진시키기 위해 불공정한 차별로 불이익을 당하는 개인들이나 그들의 집단을 보호하거나 향상시키기 위한 입법적 조치 및 그 밖의 조치가 취해질 수 있다 (Equality includes the full and equal enjoyment of all rights and freedoms. To promote the achievement of equality, legislative and other measures designed to protect or advance persons, or categories of persons, disadvantaged by unfair discrimination may be taken).

260) 적극적 조치는 평등의 관점에서 이해되기 때문에 적극적 조치의 위헌성 심사기준은 다름 아닌 평등이었는데 이에 대한 자세한 설명은 김현철, 적극적 평등실현조치에 관한 미국연방대법원 판례의 현대적 경향, <법학논총>(전남대학교 법학연구소), 제35집 제3호(2015), 37면 이하 참조.

그밖에도 북한 헌법에 따르면 국가에 대해서는 “모든 학생들을 무료로 공부시키며 대학과 전문학교 학생들에게 장학금을” 지급할 의무<sup>261)</sup>와 “학령 전 어린이들을 탁아소와 유치원에서 국가와 사회의 부담으로 키워”줄 의무<sup>262)</sup>가 부여된다. 경제적 불평등의 원인이자 결과이기도 한 교육과 보육에서의 불평등도 제거하겠다는 취지인 것으로 보인다. 또한 “무상으로 치료받을 권리”와 “나이 많거나 병 또는 불구로 노동능력을 잃은 사람, 돌볼 사람이 없는 늙은이와 어린이”에게 “물질적 방조를 받을 권리”를 보장함으로써<sup>263)</sup> 경제적 불평등의 제거를 통한 사실적 평등의 보장을 중요시한다. 남한의 헌법에서도 교육과 관련된 사회권이 보장되어 있을 뿐만 아니라 ‘인간다운 생활을 할 권리’를 통해 여성, 장애인, 노인, 청소년 등과 같은 경제적 약자를 보호하기 위한 사회권을 보장함으로써 사실적 평등을 실현하고 있다. 따라서 사회권의 보장을 통한 사실적 평등의 실현은 보호의 구체적 범위가 다르더라도 상대적으로 용이하게 합의가 가능한 사항에 해당한다.

### 3. 사회권적 기본권

남한 헌법은 교육을 받을 권리,<sup>264)</sup> 근로의 권리,<sup>265)</sup> 노동3권,<sup>266)</sup> 인간다운 생활을 할 권리,<sup>267)</sup> 주거권,<sup>268)</sup> 모성권,<sup>269)</sup> 보건권<sup>270)</sup> 등과 같은 다양한 개별적 사회권을 보장하고 있다. 북한 헌법도 노동에 대한

---

261) 북한 헌법 제47조.

262) 북한 헌법 제49조.

263) 북한 헌법 제72조.

264) 헌법 제31조 제1항.

265) 헌법 제32조 제1항.

266) 헌법 제33조 제1항.

267) 헌법 제34조 제1항.

268) 헌법 제35조 제3항.

269) 헌법 제36조 제2항.

270) 헌법 제36조 제3항.

권리,<sup>271)</sup> 무상으로 치료받을 권리,<sup>272)</sup> 물질적 방조를 받을 권리,<sup>273)</sup> 교육을 받을 권리<sup>274)</sup> 등과 같은 개별적 사회권을 보장하고 있다. 따라서 통일 후 헌법에서 개별적 사회권으로 적어도 생계, 주거, 교육, 의료, 근로에 관한 사회권은 기본권 목록에 포함될 수 있을 것으로 보인다. 노동계급으로만 이루어진 북한 체제에서 사용자를 전제로 하는 노동3권은 애초에 의미가 없고, 환경권은 본질적으로 자유권에 속하기 때문에 논란의 대상이 될 수 없었다. 하지만 사유재산제도를 원칙적으로 인정해야 하는 통일국가의 헌법에서는 노동3권이 포함되어야 하고, 환경권의 중요성에 비추어 사회권 체계가 아니더라도, 정확히 말하면 환경권의 본질에 비추어 독자적인 기본권으로 기본권 목록에 반드시 포함될 필요가 있다.

사회권 혹은 사회적 기본권의 본질은 개인이 경제적 여력만 있다면 그 대상들을 시장에서 얼마든지 구매할 수 있는 것들이라는 점이다.<sup>275)</sup> 생활에 필요한 기본적 수단인 의류와 식료품 및 주거, 그리고 교육과 의료는 대표적이다. 자본주의적 시장경제질서는 소득이 불균형적으로 분배됨으로써 시장에서 사회권의 대상들을 구매할 수 없을 정도로 적은 소득을 가진 사람들을 만들어낸다. 이들에 대해서는 세금의 징수를 통해 형성된 재원으로 그들이 필요로 하는 경제적 여건을 제공해주는 공적 부조가 필요하고, 이들을 포함하여 모든 국민들에게 교육 여건의 제공을 위한 무상교육의 필요성이 있다. 자본주의적 시장경제질서는 자체적인 모순으로 발생하는 경제적 약자를 보호하기 위해 세금을 징수하는 방법을 사용하는 반면에 사회주의적 계획경제질서는

---

271) 북한 헌법 제70조.

272) 북한 헌법 제72조.

273) 북한 헌법 제72조.

274) 북한 헌법 제73조.

275) 이준일, 사회적 기본권, <헌법학연구>(한국헌법학회), 제10권 제1호(2004), 449면 이하 참조.

애초에 그러한 모순을 발생시키지 않기 위해 사유재산제도 자체를 폐지하는 방법을 사용한다. 그렇지만 두 개의 서로 다른 체제는 경제적 불평등을 해결하려는 공동의 목표를 갖는다. 따라서 사회권의 경우에는 보호의 범위와 이를 위한 국가의 개입 정도에서는 분명한 차이가 존재하겠지만 상당히 많은 개별적 사회권은 기본권 목록에 포함시키는데 큰 어려움이 없을 것으로 보인다.

의식주와 교육 및 의료처럼 필수적으로 사회권의 대상에 포함될 수 있는 것도 있지만 자유권과 마찬가지로 현재로서는 예상할 수 없는 다양한 개별적 사회권의 대상이 발생할 수 있다. 따라서 자유권의 경우에 일반적 자유권을 명시하는 것처럼 사회권의 경우에도 일반적 사회권을 명시할 필요가 있고, 그것은 현행 헌법처럼 ‘인간다운 생활을 할 권리’라는 형식이 되는 것도 하나의 대안이 될 수 있다.

사회권을 구체화하는 입법은 공공부조, 사회보험, 사회서비스, 사회보상 등으로 구현되는데 남북한의 경제규모에 비추어볼 때 생활수준이 낮은 북한주민은 대부분 공공부조의 대상이 될 가능성이 높아 공공부조제도는 기본적으로 통일국가의 재정적 부담으로 작용할 수 있다. 또한 국가에 대한 공로를 근거로 제공되는 사회보상의 경우에 북한은 전쟁을 치른 경험이 있고 오랜 기간의 남북대치상황은 여러 차례 군사적 충돌을 유발시켰기 때문에 한 체제에 대하여 공로를 세웠다는 것은 다른 체제에 대하여 적대행위를 했다는 뜻이므로 과연 사회보상이 필요한 대상의 범위를 어떠한 기준으로 결정할 것인지도 논란이 될 수 있다. 이처럼 통일헌법이 사회적 기본권을 헌법에 보장하더라도 이를 구체화하는 입법은 현실적으로 많은 문제에 봉착할 것으로 판단된다. 그럼에도 불구하고 통일헌법에 다양한 개별적 사회권을 규정해야 할 필요성이 사라지는 것은 아니고, 그러한 사회권을 구체화하는 입법과정에서 현실적으로 사용가능한 자원의 범위를 고려하

여 남북한 주민이 모두 수용할 수 있는 구체적인 사회보장제도를 차근차근 형성해가는 것이 더 중요한 과제가 될 것이다.

[표3] 남북한 헌법의 사회권 비교

한국헌법	북한헌법
<p>제31조 ① 모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다.</p> <p>② 모든 국민은 그 보호하는 자녀에게 적어도 초등교육과 법률이 정하는 교육을 받게 할 의무를 진다.</p> <p>③ 의무교육은 무상으로 한다.</p> <p>④ 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성 및 대학의 자율성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다.</p> <p>⑤ 국가는 평생교육을 진흥하여야 한다.</p> <p>⑥ 학교교육 및 평생교육을 포함한 교육제도와 그 운영, 교육재정 및 교원의 지위에 관한 기본적인 사항은 법률로 정한다.</p>	<p>제73조 공민은 교육을 받을 권리를 가진다. 이 권리는 선진적인 교육제도와 국가의 인민적인 교육정책에 의하여 보장된다.</p> <p>제47조 국가는 모든 학생들을 무료로 공부시키며 대학과 전문학교 학생들에게는 장학금을 준다.</p> <p>제48조 국가는 사회교육을 강화하며 모든 근로자들이 학습할 수 있는 온갖 조건을 보장한다.</p> <p>제49조 국가는 학령전 어린이들을 탁아소와 유치원에서 국가와 사회의 부담으로 키워준다.</p>
<p>제32조 ① 모든 국민은 근로의 권리를 가진다. 국가는 사회적·경제적 방법으로 근로자의 고용의 증진과 적정임금의 보장에 노력하여야 하며, 법률이 정하는 바에 의하여 최저임금제를 시행하여야 한다.</p> <p>② 모든 국민은 근로의 의무를 진다. 국가는 근로의 의무의 내용과 조건을 민주주의원칙에 따라 법률로 정한다.</p> <p>③ 근로조건은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다.</p>	<p>제70조 공민은 노동에 대한 권리를 가진다. 노동능력 있는 모든 공민은 희망과 재능에 따라 직업을 선택하며 안정된 일자리와 노동조건을 보장받는다. 공민은 능력에 따라 일하며 노동의 량과 질에 따라 분배를 받는다.</p> <p>제71조 공민은 휴식에 대한 권리를 가진다. 이 권리는 노동시간제, 공휴일제, 유급휴가제, 국가비용에 의한 정휴양제, 계속 늘어나는 여러 가지 문화시설들에 의하여 보장된다.</p>

제 3 장 통일이후 헌법의 기본원리와 기본권

한국헌법	북한헌법
<p>④ 여자의 근로는 특별한 보호를 받으며, 고용·임금 및 근로조건에 있어서 부당한 차별을 받지 아니한다.</p> <p>⑤ 연소자의 근로는 특별한 보호를 받는다.</p> <p>⑥ 국가유공자·상이군경 및 전몰군경의 유가족은 법률이 정하는 바에 의하여 우선적으로 근로의 기회를 부여받는다.</p>	<p>제76조 혁명투사, 혁명렬사가족, 애국렬사가족, 인민군후방가족, 영예군인은 국가와 사회의 특별한 보호를 받는다.</p>
<p>제33조 ① 근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.</p> <p>② 공무원인 근로자는 법률이 정하는 자에 한하여 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.</p> <p>③ 법률이 정하는 주요방위산업체에 종사하는 근로자의 단체행동권은 법률이 정하는 바에 의하여 이를 제한하거나 인정하지 아니할 수 있다.</p>	<p>-</p>
<p>제34조 ① 모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다.</p> <p>② 국가는 사회보장·사회복지의 증진에 노력할 의무를 진다.</p> <p>③ 국가는 여자의 복지와 권익의 향상을 위하여 노력하여야 한다.</p> <p>④ 국가는 노인과 청소년의 복지향상을 위한 정책을 실시할 의무를 진다.</p> <p>⑤ 신체장애자 및 질병·노령 기타의 사유로 생활능력이 없는 국민은 법률이</p>	<p>제72조 … 나이 많거나 병 또는 불구로 노동능력을 잃은 사람, 돌볼 사람이 없는 늙은이와 어린이는 물질적 방조를 받을 권리를 가진다.</p> <p>제77조 녀자는 남자와 똑같은 사회적 지위와 권리를 가진다. 국가는 산전산후휴가의 보장, 여러 어린이를 가진 어머니를 위한 로동시간의 단축, 산원, 탁아소와 유치원망의 확장, 그밖의 시책을 통하여 어머니와 어린이를 특별히</p>

한국헌법	북한헌법
<p>정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받는다.</p> <p>⑥ 국가는 재해를 예방하고 그 위험으로부터 국민을 보호하기 위하여 노력하여야 한다.</p>	<p>보호한다. 국가는 여성들이 사회에 진출할 온갖 조건을 지어준다.</p>
<p>제35조 ① 모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다.</p> <p>② 환경권의 내용과 행사에 관하여는 법률로 정한다.</p> <p>③ 국가는 주택개발정책 등을 통하여 모든 국민이 쾌적한 주거생활을 할 수 있도록 노력하여야 한다.</p>	<p>-</p>
<p>제36조 ① 혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.</p> <p>② 국가는 모성의 보호를 위하여 노력하여야 한다.</p> <p>③ 모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다.</p>	<p>제78조 결혼과 가정은 국가의 보호를 받는다. 국가는 사회의 기층생활단위인 가정을 공고히 하는 데 깊은 관심을 돌린다.</p> <p>제72조 공민은 무상으로 치료받을 권리를 가지며 ... 이 권리는 무상치료제, 계속 늘어나는 병원, 료양소를 비롯한 의료시설, 국가사회보험과 사회보장제에 의하여 보장된다.</p> <p>제56조 국가는 전반적 무상치료제를 공고발전시키며 의사담당구역제와 예방의학제도를 강화하여 사람들의 생명을 보호하며 근로자들의 건강을 증진시킨다.</p>

#### 4. 그 밖의 기본권

기본권은 실체적 형태로 보장되어야 할 뿐만 아니라 이러한 기본권이 침해되었을 구제를 받을 수 있는 절차의 형태로도 보장되어야 한다. 실체적 기본권의 구제를 위한 절차에 관한 기본권을 ‘절차적 기본권’이라고 부를 수 있는데 현재 남한의 헌법에서는 재판받을 권리를 기본으로 하여 청원권, 국가배상청구권, 형사보상청구권, 범죄피해자구조청구권이 절차적 기본권으로 보장되어 있다.<sup>276)</sup>

우선 북한의 헌법도 신소와 청원의 권리를 보장하고 있어 반드시 권리구제를 목적으로만 하지 않고 정치적 의사표현도 목적으로 하는 청원권을 통일헌법의 기본권 목록에 포함시키는 데는 문제가 없을 것으로 보인다. 다음으로 재판청구권의 경우에 북한 헌법은 선거권이나 피선거권의 박탈을 “재판소의 판결”에 의하도록 규정하고 있고,<sup>277)</sup> 국가기구의 하나로 재판소를 두고 있다는 점에서<sup>278)</sup> 재판받을 권리를 명시하고 있지는 않지만 통일헌법의 기본권 목록에 재판받을 권리를 포함시키는 데 반대할 이유는 없을 것으로 보인다.

다음으로 국가의 불법행위, 즉 공무원의 직무상 불법행위로 발생한 손해에 대해서 정당한 배상을 청구할 수 있는 국가배상청구권이나 수사기관의 적법한 행위로 구금된 사람이 불기소처분이나 무죄판결을 받을 경우에 정당한 보상을 청구할 수 있는 형사보상청구권, 타인의 범죄행위로 생명이나 신체에 피해를 입은 국민이 국가의 구조를 요구

---

276) 헌법재판소도 재판청구권에 대해서 ‘절차적 기본권’이라는 표현을 사용한다. 헌재 1997. 12. 24. 96헌마172등, 판례집 9-2, 842, 858면; 2001. 2. 22. 99헌마461, 판례집 13-1, 328, 337면: “재판청구권은 사실관계와 법률관계에 관하여 최소한 한번의 재판을 받을 기회가 제공될 것을 국가에게 요구할 수 있는 절차적 기본권을 뜻하므로 ...”

277) 북한 헌법 제66조 참조.

278) 북한 헌법 제159조에서 제168조 참조.



할 수 있는 범죄피해자구조청구권과 같은 절차적 기본권들도 기본권의 구제를 위하여 필수적인 권리들이기 때문에 이러한 기본권들을 통일헌법의 기본권 목록에 포함시키는 데 남북한이 충분히 합의할 수 있을 것이다.

#### IV. 통일 후 헌법의 기본권적 쟁점

##### 1. 과거청산의 문제

통일 후에 제기될 수 있는 가장 중요한 기본권적 쟁점은 ‘과거청산’ 혹은 ‘불법청산’의 문제다.<sup>279)</sup> 통일 전에 자행된 기본권 침해행위, 특히 국가 혹은 정권 차원에서 저질러진 기본권침해적 불법행위에 대해서 법적으로 정리하지 않은 채 통일 후의 미래를 계획하는 것은 불가능하기 때문이다. 예컨대 국경을 넘어 탈북하는 주민에 대한 총격행위와 북한으로 강제송환된 탈북주민에 대한 가혹행위와 강제수용,<sup>280)</sup> 북한체제에서 판사나 검사의 직무를 수행하며 저지른 법률왜곡행위 등이 문제될 수 있다. 물론 두 개의 체제를 인정하는 하나의 국가가 통일국가의 모습이라면 이런 문제가 발생하지 않을 수 있지만 과거청산의 문제는 반드시 북한이 남한의 체제로 흡수되는 형태의 통일국가 가 아니더라도 민주주의와 법치주의를 기본으로 하는 통일국가에서 민주주의와 법치주의에 위반한 행위들을 단지 과거의 행위라는 이유만으로 묻어버리고 지나갈 수는 없다.

279) 독일의 과거청산 과정에 대해서는 김동률/최성진, 체제불법의 형법적 과거청산의 당위성에 대한 연구 - 통일 후 구동독 체제에 대한 청산과정에서의 논의를 중심으로, <동아법학>(동아대학교 법학연구소), 제66호(2015), 449면 이하; 방승주, 통일과 체제불법 청산, <통일법연구>(헌법이론실무학회), 제1권(2015), 187면 이하 참조.

280) 불법청산의 대상으로 기본적 인권을 침해하는 구체적 행위에 대한 자세한 논의는 박강우, <통일후 북한지역에 대한 불법청산 및 범죄자 처리방안 연구>, 한국형사정책연구원, 1998, 166면 이하 참조.

불법행위에 해당하는 기본권 침해행위에 대해서는 손해배상과 형사처벌이 필요한데 양쪽 모두 ‘시효’가 문제될 수 있다. 손해배상의 경우에는 손해배상의 원인이 되는 불법행위가 발생한 지 오랜 시간이 흘렀다면 손해배상청구권의 ‘소멸시효’가, 형사처벌의 경우에는 처벌의 근거가 되는 불법행위가 저질러진 지 오랜 시간이 흘렀다면 ‘공소시효’가 쟁점이 된다. 핵심은 분단된 기간 동안 소멸시효나 공소시효가 진행되었다고 볼 것인지 여부가 되고, 만약 이 점이 불분명하다면 시효의 정지를 확인하거나 시효를 연장하는 법률을 제정해야 하는데 이 경우에는 ‘소급입법’의 허용 여부가 문제될 수 있다.

헌법재판소는 오랫동안 일관되게 소급입법을 “진정소급입법”과 “부진정소급입법”으로 구분하면서 소급입법금지원칙 혹은 법률불소급원칙은 원칙적으로 진정소급입법에 적용되고 부진정소급입법에는 적용되지 않는다는 입장을 견지해왔다.<sup>281)</sup> 이런 판단기준에 따르면 청산되어야 할 과거의 사건들은 대부분 과거(분단 기간)의 시점에 시작되어서 이미 과거의 시점에 종료되어 그러한 사건을 불법으로 규정하는 새로운 입법은 진정소급입법에 해당한다. 그렇지만 과거에 저질러진 불법행위의 경우에도 소멸시효나 공소시효가 완성된 경우와 소멸시효나 공소시효가 진행되고 있는 경우로 구분되므로 전자의 경우에는 진정소급입법이 문제되지만 후자의 경우에는 부진정소급입법이 문제된다. 따라서 소멸시효나 공소시효가 아직 완성되지 않은 불법행위의 경우에는 소멸시효나 공소시효를 정지시키거나 연장하는 입법은 소급

---

281) 예컨대 헌재 1997. 6. 26. 96헌바94, 판례집 9-1, 631, 639면: “일반적으로 과거의 사실 또는 법률관계를 규율하기 위한 소급입법의 태양에는 이미 과거에 완성된 사실 또는 법률관계를 규율의 대상으로 하는 이른바 **진정소급효의 입법**과 이미 과거에 시작하였으나 아직 완성되지 아니하고 진행과정에 있는 사실 또는 법률관계를 규율의 대상으로 하는 이른바 **부진정소급효의 입법**이 있으며, 소급입법에 의한 재산권의 박탈이 금지되는 것은 전자인 진정소급효의 입법이고 소위 부진정소급효의 입법의 경우에는 원칙적으로 허용되는 것이라고 할 것이다.”

입법금지원칙에 위반되지 않는 반면에 소멸시효나 공소시효가 이미 완성된 불법행위의 경우에는 소멸시효나 공소시효를 정지시키거나 연장하는 입법은 진정소급입법에 해당하여 소급입법금지원칙에 따라 허용되지 않는다. 하지만 헌법재판소는 예외적으로 진정소급입법이 허용되는 경우로 “① 일반적으로 국민이 소급입법을 예상할 수 있었거나 법적 상태가 불확실하고 혼란스러워 보호할 만한 신뢰이익이 적은 경우와 ② 소급입법에 의한 당사자의 손실이 없거나 아주 경미한 경우 그리고 ③ 신뢰보호의 요청에 우선하는 심히 중대한 공익상의 사유가 소급입법을 정당화하는 경우 등”(번호부여는 필자)을 들어왔다.<sup>282)</sup> 따라서 소멸시효나 공소시효가 완성된 불법행위의 경우에도 소멸시효나 공소시효를 정지시키거나 연장하는 입법은 비록 진정소급입법에 해당하더라도 “신뢰보호의 요청에 우선하는 심히 중대한 공익상의 사유가 소급입법을 정당화하는 경우”에 해당하여 예외적으로 허용될 가능성이 높다.<sup>283)</sup> 예컨대 친일반민족행위자 재산의 국고귀속에 관한 입법은 진정소급입법에 해당하지만 진정소급입법이 예외적으로 허용될 수 있는 경우에 해당한다고 판시한 바 있다.<sup>284)</sup>

하지만 과거청산에 필요한 입법은 여전히 소급효의 문제를 발생시킬 수밖에 없어 소급입법을 금지하고 있는 헌법에 위배되는지에 관한

282) 헌재 1999. 7. 22. 97헌바76 등, 판례집 11-2, 175, 194면 참조.

283) 같은 견해로 김재봉, 남북한 형사법통합과 공소시효의 문제, <법학연구>(전북대학교 법학연구소), 제36집(2012), 18면 참조. 또한 반인도적 국가범죄에 대해서는 형벌불소급원칙이 애초에 적용되지 않아 공소시효가 배제되어야 한다는 주장도 같은 맥락에 서 있다. 김동률, 반인도적 국가범죄에 대한 공소시효 배제 방안 - 구동독 불법청산과 관련한 독일에서의 논의를 중심으로 -, <비교형사법연구>(한국비교형사법학회), 제15권 제2호(2013), 137면 이하 참조.

284) 헌재 2011. 3. 31. 2008헌바141 등, 판례집 23-1상, 276, 308면: “이 사건 귀속조항은 진정소급입법에 해당하지만 소급입법을 예상할 수 있었던 예외적인 사안이고 진정소급입법을 통해 침해되는 법적 신뢰는 심각하다고 볼 수 없는 데 반해 이를 통해 달성되는 공익적 중대성은 압도적이라고 할 수 있으므로 진정소급입법이 허용되는 경우에 해당한다. 그러므로 이 사건 귀속조항이 진정소급입법이라는 이유만으로 위헌이라 할 수 없다.”

논란은 불가피하다. 따라서 과거청산을 위한 입법의 소급효 문제를 근본적으로 해결하기 위한 방법은 통일 헌법에 과거청산에 관한 입법의 소급효금지원칙을 원칙적으로 배제하는 명시적 규정을 도입하는 것이다.<sup>285)</sup> 다만 과거청산이나 불법청산을 위한 소급입법의 헌법적 허용은 소급효금지원칙을 근본적으로 뒤흔들 수 있다는 점에서 입법자가 과거청산이나 불법청산을 목적으로 소급입법을 남용할 수 없도록 과거청산이나 불법청산의 의미를 가능한 한 명확하게 한정할 필요가 있다. 예컨대 “반인도적 국가범죄”,<sup>286)</sup> 국가체제를 유지하기 위하여 행해진 불법행위라는 의미의 “체제불법”이나 “국가적 불법”,<sup>287)</sup> 또는 “반민주적·반민족적 범죄행위”<sup>288)</sup>와 같은 개념들이 사용될 수 있다.

## 2. 북한재산의 사유화 및 분단 전 재산권의 문제

북한은 사회주의 체제로 모든 생산수단을 원칙적으로 국가의 소유로 하고 있다.<sup>289)</sup> 만약 통일이 된 후 북한도 사유재산제도를 근간으로 하는 자본주의 체제로 흡수되는 경우에 국가의 소유였던 북한재산의 사유화가 중요한 법적 문제가 될 수 있다. 더 큰 문제는 그렇게 사유화를 진행시키면서 누구에게 사유화된 재산의 소유권을 부여할 것인가

---

285) 제4차 개정헌법은 4·19혁명의 직접적 원인이 된 3·15부정선거 관련자의 부정행위를 처벌하고, 현저한 반민주행위를 저지른 자의 공민권을 제한하며 부정한 방법으로 재산을 축적한 자의 행정상, 형사상 처리를 위한 소급입법의 근거를 규정한다.

286) 김동률, 반인도적 국가범죄에 대한 공소시효 배제 방안 - 구동독 불법청산과 관련한 독일에서의 논의를 중심으로 -, <비교형사법연구>(한국비교형사법학회), 제15권 제2호(2013), 139면 참조.

287) 표명환, 헌법상 통일조항의 통일헌법에서의 의미와 기능, <동북아법연구>(전북대학교 동북아법연구소), 제8권 제1호(2014), 167면 이하 참조.

288) 이효원, 남북한 통일합의서의 법적 쟁점과 체결방안, <법조>(법조협회), 제60권 제11호(2011), 49면 참조.

289) 북한에서 재산의 국가소유 현황에 대해서는 김성욱, 북한건물의 사유화와 관련한 법적 문제, <법학논총>(조선대학교 법학연구원), 제22권 제2호(2015), 371면 이하 참조.

지 하는 점이다. 분단 전 원소유자가 소유자가 되게 할 것인지, 분단 후 소유하거나 현재까지 이용하고 있는 사람이 소유자가 되게 할 것 인지가 기본적 문제다. 나아가 원소유자의 소유가 되게 하는 원상회 복이 아니라면 원소유자에게 손실보상을 해줄 것인지, 현재 소유하거나 이용하고 있는 사람이 소유자가 되게 하는 경우 어떠한 원칙과 기준에 따를 것인지도 추가적으로 문제가 된다.

통일이 되면 남북한이 분단된 뒤 한국전쟁을 겪으면서 북에서 남으로 이주하여 돌아오지 못한 국민들과 남에서 북으로 이주하여 돌아오지 못한 국민들은 통일 후에 분단 전 자신이 소유했던 재산권을 주장할 수 있다. 한편으로 분단 전에는 자신이 소유가 아니었지만 분단이 진행되는 동안 자신의 소유가 되어 오랫동안 재산권을 향유했던 사람들은 통일 후에도 사실관계의 지속에 근거하여 권리를 주장할 가능성이 높다. 독일의 경우 흡수통일의 방식으로 통일이 진행되었고 통일 후 체제가 재산권과 사유재산제도를 보장하는 자본주의적 시장경제질서이므로 사회주의 정권이 사유재산제도를 철폐하면서 사유재산을 국유화하는 과정에서 국가가 몰수한 개인재산을 반환하거나 보상해주는 문제가 중요했다.<sup>290)</sup> 남북한의 경우에도 북한이 남한에 흡수되는 형태로 통일이 되거나 통일국가의 모습이 자본주의적 시장경제질서를 기본으로 하는 체제로 합의가 된다면 동일한 문제가 발생할 수 있다.

남한이 북한을 흡수하는 형태로 통일이 되거나 남북한이 합의하여 자본주의를 경제의 기본질서로 선택하면 통일한국은 자본주의적 시장경제질서를 기반으로 하는 체제가 될 것이다. 따라서 사유재산제도를 기반으로 하는 자본주의적 시장경제질서에서 핵심적 위치를 차지하는 재산권에 대한 헌법적 보장은 재산권과 관련된 모든 법적 문제들을 해결하는 헌법적 기준이 된다. 우선 재산권 보장은 사유재산제도를

290) 독일 통일 후 몰수재산의 반환문제에 대해서는 박진완, 독일통일과정에서의 재산반환문제에 대한 검토, <유럽헌법연구>(유럽헌법학회), 제16호(2014), 참조.

전제하는 것이므로<sup>291)</sup> 북한이 소유하던 국유재산은 사유화가 불가피하다. 특히 북한은 사유재산제도를 폐지하는 과정에서 사유재산을 강제로 몰수하였으므로<sup>292)</sup> 몰수된 재산을 원소유자에게 반환할 필요가 있다. 하지만 몰수재산의 반환이 여의치 않을 경우에는 원소유자들이 입은 피해에 대해 보상이 필요하다. 헌법은 재산권을 수용, 사용, 제한하는 경우에 정당한 보상을 하도록 규정하고 있기 때문에(헌법 제23조 제3항) 몰수재산을 반환받을 수 없는 사람들에게는 완전한 보상을 의미하는 정당한 보상을 제공해야만 한다.

### 3. 사회보장제도 통합의 문제

통일이 되면 남북한의 사회보장제도도 통합이 되어야 한다. 문제는 남북한의 경제수준 격차가 상당히 커서 북한주민에게 남한주민과 동일한 수준의 사회보장을 제공하는 경우에 발생할 수 있는 통일국가의 과도한 부담이다.<sup>293)</sup> 특히 남북한의 경제수준을 감안하면 남한의 기준

---

291) 헌법재판소도 같은 취지로 헌법의 재산권보장을 이해한다. 헌재 1996. 4. 25. 95헌바9, 판례집 8-1, 389, 398면: “헌법 제23조는 “① 모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다. ② 재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다. ③ 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다.”라고 규정하고 있다. 이 규정의 근본취지는 우리 헌법이 사유재산제도의 보장이라는 기초 위에서 원칙적으로 모든 국민의 구체적 재산권의 수용·사용 또는 제한은 헌법이 규정하는 요건을 갖춘 경우에만 예외적으로 허용한다는 것으로 해석된다.”

292) 북한은 이미 조선민주주의인민공화국이 수립되기 전인 1946년 3월 5일부터 점령국이었던 소련의 실질적 영향을 받으며 사유재산을 몰수하였다. 그리고 1948년 9월 8일에 공포된 헌법에서 “전 일본국가·일본인 또는 친일분자의 일체 소유는 국가의 소유다.”(제5조) “전 일본국가와 일본인의 소유토지 및 조선인 지주의 소유토지는 몰수한다.”(제6조)는 규정을 통해 점령기의 재산몰수를 헌법적으로 정당화하였다. 북한의 사유재산 몰수과정에 대해서는 김병기, 통일 후 북한지역 토지소유문제 해결을 위한 몰수재산처리법제의 이론과 실제, <토지공법연구>(한국토지공법학회), 제65집(2014), 51면 이하 참조.

293) 독일도 통일 이후 사회보장제도를 운영하는 데 소요되는 재정이 급격하게 증가했다는 실증적 분석이 있다. 김상철, 독일 아젠다 2010 평가와 전망, <질서경제저널>(한국질서경제학회), 제17권 제호(2014), 5면 이하 참조.

에 따를 때 대부분의 북한주민은 ‘기준 중위소득’<sup>294)</sup>에 한참이나 미치지 못하여 국민기초생활보장법에 따른 ‘최저보장수준’<sup>295)</sup>의 급여가 필요할지도 모른다. 여기서 통일 이후에 잠정적으로나마 남한주민과 북한주민에게 사회보장제도의 혜택을 차등적으로 부여해야 한다는 주장도 제기된다.<sup>296)</sup> 하지만 통일헌법도 당연히 기본권으로 평등권을 규정해야 하므로 이러한 평등권의 관점에서 남북한 주민에게 사회보장제도를 차등적으로 보장했을 때 평등권 침해의 문제가 발생할 수밖에 없다.

평등은 모든 국민을 어떤 경우에도 동등하게 대우하는 절대적 평등이 아니라 경우에 따라 차등적으로 대우할 수 있는 상대적 평등을 의미한다.<sup>297)</sup> 하지만 이러한 차등적 대우가 정당화되기 위해서는 합리적 근거가 존재해야만 한다. 따라서 사회보장제도의 혜택을 남북한 주민에게 차등적으로 제공하기 위해서는 이를 정당화할 수 있는 합리적

294) 국민기초생활보장법에 따르면 “기준 중위소득”은 보건복지부장관이 급여의 기준 등에 활용하기 위하여 중앙생활보장위원회의 심의·의결을 거쳐 고시하는 국민가구소득의 중위값으로 정의된다(동법 제2조 제11호). 국민기초생활보장법에 따른 생계급여의 수급자는 원칙적으로 그 소득인정액이 “생계급여 선정기준” 이하인 사람으로 하는데 이 경우 생계급여 선정기준은 기준 중위소득의 100분의 30 이상으로 한다(동법 제8조 제2항). 2016년의 경우에 기준 중위소득은 매월 1인 가족 기준 1,624,831원(4인 가족 기준 4,391,434원)이고, 이를 기초로 한 생계급여 선정기준은 기준 중위소득의 29퍼센트 이하로 1인 가족 기준 471,201원(4인 가족 기준 1,273,516원) 이하이다.

295) 국민기초생활보장법에 따른 “최저보장수준”은 국민의 소득·지출 수준과 수급권자의 가구 유형 등 생활실태, 물가상승률 등을 고려하여 급여의 종류별로 공표하는 금액이나 보장수준을 의미한다(동법 제2조 제6호). 생계급여의 경우에 최저보장수준은 생계급여 선정기준인 기준 중위소득 29퍼센트에서 가구의 소득인정액을 차감한 금액이 된다.

296) 김석진/이규창, 통일 이후 사회보장제도 분리 운영방안 - 경제적 및 법적 분석 -, 통일연구원, 2015, 52면 이하 참조.

297) 헌법재판소가 이해하는 평등도 상대적 평등을 의미한다. 헌재 1999. 5. 27. 98헌바26, 판례집 11-1, 622, 627~628면: “평등의 원칙은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 입법과 법의 적용에 있어서 합리적인 근거가 없는 차별을 하여서는 아니된다는 상대적 평등을 뜻하고 따라서 합리적인 근거가 있는 차별 또는 불평등은 평등의 원칙에 반하는 것이 아니다.”

근거를 제시해야만 한다. 사회보장제도는 독립적인 재원을 바탕으로 운영되는 사회보험의 경우를 제외하면 국민으로부터 징수한 세금을 재원으로 한다. 사회보험의 경우에도 보험료를 사실상 추가적인 조세에 속하는 것으로 보면 마찬가지다. 어쨌든 사회보장제도의 운영에서 세금이나 보험료로 충당되는 재원은 핵심적인 요소이기 때문에 통일국가에서 상대적으로 체계가 잘 갖추어진 남한의 사회보장제도를 근간으로 하면 상대적으로 소득수준이 낮은 북한 주민에 대하여 사회보장제도의 혜택을 제공하기 위해서는 그에 필요한 재정부담이 온전히 남한 주민에게로 돌아온다.<sup>298)</sup> 여기서 남한 주민이 통일로 인해 지어야 하는 갑작스런 경제적 부담을 줄여주기 위해서는 이원적으로 분리된 사회보장제도의 운영이 잠정적으로는 불가피할 것으로 합리적인 근거가 있다고 볼 수 있는 여지가 있다.

현재 북한이탈주민의 경우에는 국민연금에 대한 특례가 인정되어 ‘북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률’에 따른 보호 결정 당시 50세 이상 60세 미만인 보호대상자는 ① 60세가 되기 전에 가입기간이 5년 이상 10년 미만 되는 사람의 경우 60세가 되는 날, ② 60세가 된 후에 가입기간이 5년 이상 되는 사람의 경우 가입자 자격을 상실한 날에 국민연금을 받을 수 있다.<sup>299)</sup> 이것은 북한에서의 연금보험 가입기간을 전혀 고려하지 않은 채 북한이탈주민에 대해 일률적으로 동일한 국민연금보험 가입기간을 인정해주는 것이다. 이와 마찬가지로 통일 후에도 북한 주민의 국민연금보험 가입기간을 일률적으로 동일하게 인정하는 경우에 북한 주민은 북한에서의 연금보험 가입기간이 사람마다 다르기 때문에 앞서 언급한 대로 사회보장제도를 남한

---

298) 정부가 국회에 제출한 2017년도 예산안에 따르면 국가예산의 총 규모는 400조 원을 조금 넘는데 이 가운데 보건, 복지, 노동과 관련된 예산은 130조 원 정도를 차지한다. 통일이 되면 다양한 통일비용이 소요되겠지만 그 가운데 사회보장제도를 북한주민에게도 확대 실시하는 데 소요되는 비용은 상상을 초월할 수 있다.

299) 북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률 제26조의2 제1항 참조.



주민과 북한 주민에 대해 이원적으로 운영하는 경우에도 연금보험 가입기간에 따라 서로 달리 취급되어야 할 북한주민들을 동일하게 대우함으로써 평등권 침해의 문제가 발생할 수 있다.

한편 북한에는 공무원제도가 따로 존재하지 않고, 모든 근로관계는 국가를 상대로 형성되기 때문에 북한에서의 연금보험 가입기간은 통일 후에 남한에서 일반국민이 가입하는 국민연금과 연계될 수도 있지만 북한주민이 남한에서 공무원이 되는 경우에는 국민연금이 아니라 특정 직역별로 가입하는 공무원연금이나 사립학교교직원연금과 연계되도록 주장될 수도 있다.<sup>300)</sup> 우선은 북한에서 수행한 업무의 공적 성격이 남한의 공무원이 수행하는 직무의 성격에 상응하는지를 확인하는 작업이 선행되어야 한다. 북한에서의 공적 업무 수행 기간이 남한의 공무원 재직기간으로 인정되는 경우에 원칙적으로 사회보장제도를 남한 주민과 북한 주민에 대해 이원적으로 운영하더라도 연금보험 가입기간의 연계와 관련하여 남한 주민<sup>301)</sup>과 북한 주민을 다른 방식으로 취급한다면 평등권 침해가 문제될 수 있다.

#### 4. 가족관계의 회복 및 자격 인정의 문제

북에서 남으로 이주했던 남에서 북으로 이주했던 분단 전에 존재했던 가족관계를 유지하지 못한 채 각각의 체제에서 새로운 가족관계를 형성했을 경우에 이전의 가족관계를 회복할 수 있는지도 문제된다. 헌법은 ‘혼인과 가족에 관한 권리’를 보장하고 있는데 이것은 혼인과

300) 국민연금은 원칙적으로 국내에 거주하는 국민으로서 18세 이상 60세 미만인 자가 가입 대상이 된다(국민연금법 제6조). 하지만 공무원, 군인, 사립학교 교직원, 별정우체국 직원의 경우에는 각각 공무원연금법, 군인연금법, 사립학교교직원 연금법 또는 별정우체국법에 따른 연금보험의 가입 대상이 된다.

301) 남한 주민의 경우에 국민연금과 직역연금의 연계에 대해서는 ‘국민연금과 직역연금의 연계에 관한 법률’이 규율하고 있는데 원칙적으로 국민연금의 가입기간과 직역연금의 재직기간은 합산된다.

가족을 자유롭게 형성하고 유지하며 해체할 수 있는 권리를 의미한다.<sup>302)</sup> 따라서 통일 후 이산가족의 가족관계 회복은 바로 이 혼인과 가족에 관한 권리의 문제가 될 수 있다. 또한 분단 전에 가지고 있던 자격 또는 분단 후 각각의 체제에서 획득한 자격을 다른 체제에서도 주장할 수 있는지도 문제가 될 수 있고, 학력의 경우에도 동일한 문제가 발생할 수 있다. 자격은 주로 직업활동과 관련되기 때문에<sup>303)</sup> ‘직업의 자유’가 문제되고, 학력의 경우에는 마찬가지로 직업활동과 관련될 뿐만 아니라 ‘교육을 받을 권리’와도 관련될 수 있다.<sup>304)</sup>

통일 후 가족관계와 관련된 가장 중요한 문제는<sup>305)</sup> 주로 혼인으로 이미 배우자가 있는 상태에서 다시 결혼을 하는 ‘중혼’이 문제될 것으로 보인다. 남한의 경우 민법에서 “배우자있는 자는 다시 혼인하지 못한다.”고 규정하여 중혼을 금지하고 있다.<sup>306)</sup> 대법원은 중혼의 법적 효력에 관하여 “비록 우리 법제가 일부일처주의를 채택하여 중혼을 금지하는 규정을 두고 있다 하더라도 이를 위반한 때를 혼인 무효의 사유로 규정하지 않고 단지 혼인 취소의 사유로만 규정하고 있는 까닭에(민법 제816조) 중혼에 해당하는 혼인이라도 취소되기 전까지는

302) 헌법재판소도 혼인과 가족에 관한 권리를 동일하게 이해하고 있다. 예컨대 헌재 2002. 8. 29. 2001헌바82, 판례집 14-2, 170, 180면; 2011. 2. 24. 2009헌바89 등, 판례집 23-1상, 108, 117면; 2013. 9. 26. 2011헌가42, 판례집 25-2상, 610, 619면: “헌법 제36조 제1항은 혼인과 가족생활을 스스로 결정하고 형성할 수 있는 자유를 기본권으로서 보장한다.”

303) 예컨대 헌재 2003. 9. 25. 2002헌마519, 판례집 15-2상, 454, 473면: “일반학원의 강사라는 직업의 개시를 위한 주관적 전제조건으로서 ‘대학 졸업 이상의 학력 소지’라는 자격기준을 갖추도록 요구함으로써 자격제 유사의 진입규제를 설정하는 방법으로 직업선택의 자유를 제한하고 있다.”

304) 평생교육시설인 2년제 미용고등학교 입학자격과 관련하여 헌법재판소는 교육을 받을 권리 및 직업의 자유를 침해하지 않는다고 실시한 바 있다. 헌재 2011. 6. 30. 2010헌마503, 판례집 23-1하, 534, 543면 이하 참조.

305) 통일 후에 발생할 수 있는 가족법적 쟁점에 대해서는 류재철, 통일 후 예상되는 가족법상의 문제점과 대책, <통일문제연구>(평화문제연구소), 제13권 제2호(2001), 참조.

306) 민법 제810조.

유효하게 존속하는 것이고, 이는 중혼적 사실혼이라 하여 달리 볼 것이 아니”라고 하는 입장을 취한다.<sup>307)</sup> 따라서 법률혼이든 사실혼이든 분단 후에 새롭게 형성된 혼인관계는<sup>308)</sup> 당연히 무효가 되지 않고, 취소될 때까지는 법적으로 유효한 것으로 인정된다. 이러한 원칙에 따르면 통일 후 중혼관계에 있는 사람들은 자신들의 선택에 따라 혼인 취소소송을 청구하여 분단 전의 혼인관계를 회복할 것인지, 아니면 분단 후의 혼인관계를 유지할 것인지를 결정할 수 있게 된다.<sup>309)</sup>

부부관계와 달리 부모자식이나 형제자매와 같은 친족관계의 경우에는 유전자감식과 같은 과학기술을 이용한 방법을 통해 회복이 가능할 것으로 판단된다. 친족관계에 근거한 상속의 문제도 친족관계만 확인이 되면 자연스럽게 해소될 수 있다고 보인다.

현행 ‘북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률’에 따르면 북한이탈주민이 북한이나 외국에서 이수한 학교 교육의 과정에 상응하는 학력을 인정받을 수 있고,<sup>310)</sup> 북한이나 외국에서 취득한 자격에 상응하는 자격 또는 그 자격의 일부를 인정받을 수도 있다.<sup>311)</sup> 이러한

307) 대법원 2002. 2. 22. 선고 2001도5075 판결; 2009. 12. 24. 선고 2009다64161 판결 등 참조.

308) 분단 후 북한을 벗어나 남한으로 입국한 북한이탈주민의 경우에 ‘북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률’에 따라 “북한에 배우자를 둔 사람은 그 배우자가 남한에 거주하는지 불명확한 경우 이혼을 청구할 수 있”기 때문에(동법 제19조의2 제1항) 법원의 판결을 통해 이혼이 확정된 북한이탈주민은 애초에 중혼의 가능성을 배제할 수 있다. 북한이탈주민에게 인정되는 재판상 이혼제도의 문제점과 대안에 대해서는 소성규/손경식, 북한이탈주민의 가족관계등록과 중혼문제해소를 위한 법제도 개선방향 - 경기도 북한이탈주민 인식조사를 중심으로 -, <법과 정책 연구>(한국법정책학회), 제11권 제2호(2011), 11면 이하 참조.

309) 따라서 혼인취소소송의 확정판결이 있기 전까지는 이혼소송의 제소도 가능하다. 대법원 1991. 12. 10. 선고 91므344 판결: “혼인이 일단 성립되면 그것이 위법한 중혼이라 하더라도 당연히 무효가 되는 것은 아니고 법원의 판결에 의하여 취소될 때에 비로소 그 효력이 소멸될 뿐이므로 아직 그 혼인취소의 확정판결이 없는 한 법률상의 부부라 할 것이어서 재판상 이혼의 청구도 가능하다.”

310) 북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률 제13조.

311) 북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률 제14조 제1항.

원칙을 유지하면 통일 후에도 북한주민이 북한이나 외국에서 이수한 학력 또는 북한이나 외국에서 취득한 자격에 대해서 기본적으로 그대로 인정하는 것이 합리적이라고 판단된다. 자격의 경우에는 북한이탈주민이 취득한 자격의 인정 여부를 심사하는 ‘자격인정심사위원회’를 두고, 자격의 인정 여부 및 자격 인정을 위한 보수교육이나 재교육이 필요한지 여부를 결정하도록 한 것처럼 통일 후 북한주민의 경우에도 자격 인정 여부 및 보수교육이나 재교육 필요 여부를 결정하는 권한을 가진 독립적인 기관을 설치하여 이 문제를 해결하는 것이 바람직할 것으로 보인다.

## 제 4 장 통일 이후 헌법의 권력구조

### 제 1 절 정부형태

#### I. 개 관

통일 이후 정부형태는 통일 이후 발생할 수 있는 남북한의 이질성을 통합하는 한편, 통일국가의 역량을 최대한 발휘하기에 최적의 모델이어야 한다. 이를 위해서는 정치세력간의 타협과 국가적 의사결정을 하는 데 있어서 적합한 요소들을 갖추어야 한다. 이하에서는 국내의 정부형태 개헌에 관한 논의를 검토함으로써 정부형태의 장단점에 대하여 살펴보고 이에 바탕하여 통일이후 정부형태 개헌방향의 모색을 하고자 한다.

#### II. 정부형태 개헌에 관한 논의

##### 1. 정부형태의 분류

정부형태는 크게 세 가지로 분류된다. 대통령제는 민주적 정당성이 이원화되어 국민이 대통령과 의회를 각각 선출하고, 대통령과 의회는 권력분립원칙에 입각하여 상호견제한다. 반면에 의원내각제는 민주적 정당성이 일원화하여 국민은 의회를 선출하고, 의회가 행정부를 구성한다. 대통령제에 비해 의회와 행정부가 협력과 공존의 관계가 될 가능성이 높다. 끝으로 이원정부제 혹은 분권형 대통령제에서는 대통령제와 마찬가지로 민주적 정당성이 이원화하여 국민이 대통령과 의회를 각각 선출하나, 대통령과 의회가 공동으로 행정부를 구성한다는 점에서 다른 정부형태와 차이점이 있다.

### (1) 의원내각제 우위론

의원내각제를 이상적인 정부형태로 보는 입장은 개헌의 필요성을 강조하는 주장<sup>312)</sup>과 의원내각제가 대통령제보다 나은 제도이지만 도입은 신중해야 한다는 견해<sup>313)</sup>로 구분할 수 있다.

우선, 의원내각제 개헌론의 요지는 다음과 같다. 현행 헌법의 정부 형태는 제왕적 대통령제에 가깝기 때문에 이를 개선하기 위해서는 독일식 의원내각제 도입이 필요하다고 한다. 막대한 선거비용이 소요되는 문제를 해결하기 위해 대통령 간선제로 변경해야 하고, 직선대통령제를 유지하더라도 오스트리아처럼 대통령의 권한을 약화시켜야 한다고 본다. 정경유착의 고리를 끊기 위하여 헌법개정은 필요하고 독일식 의원내각제의 채택이 요망된다는 것이다.<sup>314)</sup>

반면에 의원내각제의 우위를 주장하면서도 통일 이전에는 대통령제 유지가 필요하다고 보는 입장은 다음과 같이 주장한다. 통일이 이루어지기 전까지는 대통령제 특유의 강력한 리더십의 순기능을 무시할 수 없다고 한다. 하지만 현재의 대통령제는 통일 이전과 달리 통일 이후에는 남북통합에 적합한 정부형태는 아니라고 본다. 강력한 대통령이 통일 이후의 통합과정에서 갈등과 대립을 초래하는 요인이 될 수 있다고 보는 것이다.<sup>315)</sup> 그럼에도 불구하고, 독일의 의원내각제가 통일 전과 후에 성공적으로 운영되었다는 것만으로 의원내각제가 통일친화적이라고 볼 것은 아니라는 점을 지적하고 있기도 하다.<sup>316)</sup>

---

312) 이와 같은 입장으로는 金哲洙, “獨逸의 統制된 議員內閣制”, 考試界, 2003. 12. ; 徐柱實, “大統領制 權力構造에 대한 再檢討”, 법학연구(부산대학교), 제41권, 제1호, 2000. ; 許 慶, “內閣制 改憲의 當爲性”, 公法研究, 第27輯 第3號, 1999.

313) 이와 같은 입장으로는 장영수, “대통령제 대안으로서의 의원내각제 - 그 장단점과 한국에서의 적용을 위한 전제”, 고려법학 39호, 2002. ; 홍준형, “21세기 지속가능한 정치를 위한 정부형태”, 의정연구, 제3권 제2호, 1997.

314) 金哲洙, “獨逸의 統制된 議員內閣制”, 考試界, 2003. 12, 16면.

315) 홍준형 앞의 글, 111-116면.

316) 위의 글, 112면.

하지만 의원내각제의 장점이 분명히 있기는 한데, 특히 통일 후에 남북한의 인구불균형을 감안하면 남한출신자만 대통령에 당선될 수 있고, 이는 국민통합에 저해요인이 될 것이라고 보면서 의원내각제가 이 점에서 비교우위에 있다는 것이다. 이러한 입장은 의원내각제가 보다 더 남북한 화합과 정치적 통합에 적합한 점을 강조한다.<sup>317)</sup> 그러나 현 시점에서의 의원내각제 도입은 성공적으로 운용할 수 있는 준비부족 탓에 적절치 못하다고 평가한다.<sup>318)</sup>

## (2) 대통령제 우위론

대통령제가 적합하다고 보는 입장은 미국식 대통령제로의 변경을 주장하는 입장<sup>319)</sup>과 현행 헌법상의 제도를 유지해야 한다는 입장<sup>320)</sup>으로 나뉜다.

대통령 5년 단임제를 개정하고 있는 헌법 제70조를 개정하여 임기 4년 중임제로 변경해야 한다는 입장의 주장은 다음과 같다. 국민이 직접 선출한 대통령을 국민이 다음 번 선거에서 심판할 수 있어야 대의민주제의 책임정치에 부합한다고 본다. 1987년 개정된 현행 헌법이 중임을 금지함으로써 장기집권을 막긴 했으나, 이제는 권력통제장치를 강화하여 대통령의 독재를 통제해야 한다고 주장한다.<sup>321)</sup> 단임 대통령은 재임의 기회가 열려 있는 대통령과 비교했을 때, 임기 말이 아닌 임기 초부터 래임덕(lame duck)에 빠질 우려가 있다고 지적한다.<sup>322)</sup>

317) 장영수 앞의 글, 110면.

318) 위의 글, 110-111면.

319) 이와 같은 견해로는 許 營, 『韓國憲法論』(서울: 博英社, 2005), 733-734면. ; 박찬욱, “대통령제의 정상적 작동을 위한 개헌론”, 진영재 외, 『한국권력구조의 이해』(서울: 나남, 2004), 187-193면. ; 鄭萬喜, “議員內閣制 改憲論에 대한 批判的 分析”, 憲法學研究, 제6권 제1호, 2000.

320) 이와 같은 견해로는 신우철, “현행 대통령제에 관한 몇 가지 생각 -우리 헌정사의 경험을 반추하면서-”, 법학(서울대학교), 제42권 제 1호, 2000. ; 權寧高, “統一指向的 政府形態로서의 大統領制”, 公法研究, 第27輯 第3號, 1999.

321) 許 營, 앞의 책, 733면.

322) 박찬욱, 앞의 글, 187면.

그리고 대통령의 궐위나 사고시 국무총리나 국무위원이 대통령의 권한을 대행하는 것은 민주적 정당성에 심각한 문제를 초래하기 때문에 국무총리 대신 부통령을 두어야 한다고 주장한다.<sup>323)</sup> 또한 대통령과 부통령을 동반 입후보하게 함으로써 지역 대결 등 사회갈등을 완화하는 효과를 기할 수도 있다고 본다.<sup>324)</sup>

반면에 현행 제도를 유지하자는 입장의 요지는 다음과 같다. 4년 임기 후 재임을 위한 선거에서 낙선되는 것이 대통령의 정치적 책임을 심판하는 강력하고 적절한 방법이 될 수 없다고 지적하면서, 중임이 1번 밖에 허용되지 않는 이상 두 번째 임기의 정치적 책임은 결국 추궁할 수 없기 때문에 동일한 문제는 반복된다고 주장한다.<sup>325)</sup>

그리고 국무총리제도는 대통령과 국회간의 극한대립을 완화하기 위한 제도적 방편이 될 수 있다고 본다. 그리고 부통령제를 연결고리로 지역간 연합이 시행한다면 부통령제가 지역감정의 완화책이 되기는 어렵다는 점을 강조한다.<sup>326)</sup>

오히려 현행 국무총리제도 자체가 결함이 있다고 볼 것이 아니라, 운용을 개선하면 유용한 제도가 될 수 있다고 본다.<sup>327)</sup> 또한 임시정부 때부터 총리제도는 호불호와 무관하게 익숙한 제도로 자리잡았으며, 우리의 특수한 남북관계에도 필요한 제도라고 한다. 남북양쪽에서 총리라는 같은 직명을 쓰고 있다는 점과 필요에 따라 교체 가능한 정부 대표자라는 점이 남북관계에서 효용성을 더한다는 것이다.<sup>328)</sup>

---

323) 許 營, 앞의 책, 734면.

324) 박찬욱, 앞의 책, 193면.

325) 신우철, “현행 대통령제에 관한 몇 가지 생각 -우리 헌정사의 경험을 반추하면서-”, 법학(서울대학교), 제42권 제 1호, 325면.

326) 신우철, 앞의 글, 327-328면.

327) 權寧高, “統一指向的 政府形態로서의 大統領制”, 公法研究, 第27輯 第3號, 1999, 45면.

328) 權寧高, “美國大統領制와 韓國에서의 그 論議”, 考試界, 2003, 12, 27면.



### (3) 이원정부제(분권형 대통령제) 우위론

대통령제와 의원내각제라는 이분법적인 사고에서 탈피해 이원정부제 혹은 분권형 대통령제를 대안으로 제시하는 입장도 존재한다<sup>329)</sup> 이러한 입장의 요지는 다음과 같다. 이원정부제가 최초로 논의되던 1980년의 시대적 상황과 바이마르공화국의 실패 때문에 국내에서 이원정부제에 대한 부정적 평가가 있으나, 그 독자적 가치를 인정하고 현행 헌법상 이원정부제적 요소를 적극적으로 수용할 필요가 있다고 주장한다.<sup>330)</sup> 이러한 견해는 적극적 개헌보다는 현행헌법상의 이원정부제적 운용의 불가피성을 피력한다고 보아야 할 것이다.

한편, ‘분권형 대통령제’로의 개헌을 주장하는 입장이 있다.<sup>331)</sup> ‘분권형 대통령제’<sup>332)</sup>의 장점으로 대통령의 제왕적 권력독점이 원천적으로 해소되고, 총리와 내각은 의회 신임에 의존해 있기 때문에 내각제와 동일한 책임정치를 실현할 수 있으며, 여소야대 현상이 사라진다고 주장한다. 분권형 대통령제는 대통령제에서 빈발하는 여소야대를 동거정부로 전환시킨다. 또한 대통령제에서는 국가원수와 행정수반을 겸직함으로써 권위가 파탄에 이르는 위험이 있지만, 분권형 대통령제에서는 대통령이 내정과 무관하게 국가원수 지위를 안정적으로 유지하는 것이 가능하다고 본다. 이를 통해 국민통합과 위기관리가 수월해진다는 것이다.<sup>333)</sup> 따라서 ‘분권형 대통령제’로 개헌을 할 당위성이

329) 成樂寅, “권력의 민주화와 정부형태”, 법과 사회, 15, 1997, 17면, 황태연·박명호 「분권형대통령제 연구」(서울: 동국대출판부, 2003), 72-78면.

330) 成樂寅, 『憲法學』(서울: 法文社, 2005), 651면.

331) 황태연·박명호 「분권형대통령제 연구」(서울: 동국대출판부, 2003), 72-78면.

332) 황태연, “유럽분권형 대통령제에 관한 고찰”, 한국정치학회보, 제39집 2호, 2005, 48면은 ‘이원정부제·이원집정부제’ 등의 용어에 대해 강한 거부감을 표명하고 있으므로, 그의 입장을 인용할 때 ‘분권형 대통령제’라는 용어를 사용하고자 한다.

333) 황태연, “유럽분권형 대통령제에 관한 고찰”, 한국정치학회보, 제39집 2호, 2005, 55면.

있다고 주장한다.<sup>334)</sup>

그리고 이원정부제의 타 정부형태 보다 상대적 우위가 있다고 보는 입장은 이원정부제가 남북통합의 추진과 지역적 균열의 해소를 위한 리더십 창출에 유리한 제도라고 설명하고 있다.<sup>335)</sup>

### Ⅲ. 통일 이후 바람직한 정부형태의 방향

통일 이후의 바람직한 정부형태는 남북통일 후 예상되는 갈등을 어떻게 해결할지에 주안점을 둘 수밖에 없다고 본다. 현재 북한의 권력구조는 민주적 정치제도가 아니므로, 통일한국의 권력구조가 될 수는 없다. 따라서 대통령제 · 의원내각제 · 이원정부제가 선택의 대상이 될 수밖에 없다.

정부형태를 개헌하고자 할 때 가장 우선적으로 고려해야 할 점은 현행 헌법상의 대통령제에서 드러난 문제점을 해결할 수 있는 제도적 대안이 될 수 있느냐는 점이다. 각각의 정부형태에 대해서 검토하고자 한다.

첫째, 4년 중임제를 전제로 한 정 · 부통령제에 대해 검토해보기로 한다. 앞서 검토했듯이 대통령제의 체계정합성을 위해 부통령제의 도입이 필요하다는 입장이 있다.<sup>336)</sup> 기존의 국무총리제도가 유명무실했을 뿐만 아니라 국무총리의 경질이 대통령의 실정을 면피하기 위한 수단으로 악용되었던 점에 근거하고 있다. 부통령제를 적절하게 활용할 경우 남북한 통합요인으로 작용할 수 있다는 점에서 타당성이 있을 수 있다. 그러나 부통령제 도입은 신중할 필요가 있다.

334) 황태연 · 박명호 앞의 책, 72-78면.

335) 이계희, “이원집정부제의 한국적 응용”, 충남대학교 사회과학연구소 사회과학논총 제9권, 1998. 12, 271면.

336) 이와 같은 입장으로는 許 營, 앞의 책, 733-734면. ; 박찬욱, 앞의 책, 187-193면.

우선, 우리 헌정사를 살펴보면 대통령과 부통령의 갈등 사례를 찾아볼 수 있다. 이미 제1공화국에서 대통령과 부통령의 갈등을 경험했다. 초대 부통령 이시영은 이승만의 비민주적 통치 방식에 반대하여 1951년 5월 9일 부통령직을 사임하였다. 이시영의 사표로 국회가 선출한 제2대 부통령 김성수의 취임으로 정계는 대통령 지지파와 부통령 지지파로 대립하는 형국을 보이기도 했다.<sup>337)</sup> 짧은 기간이지만 대통령 이승만-부통령 장면의 갈등도 있었다. 당시 제1공화국에서의 부통령은 대통령과 별도로 선출했기 때문에 양자 간의 갈등이 발생할 가능성이 높았다. 소속정당이 다를 수 있는 구조였던 것이다.

그렇다면 미국처럼 러닝메이트 방식으로 선출하는 것을 고려할 수 있다. 러닝메이트 방식일 경우 대통령후보자가 부통령후보자를 지명할 때 가장 우선적으로 고려할 요소는 부통령 후보자가 자신의 당선가능성을 높일 수 있는지 여부가 될 것이다. 그동안 우리나라의 투표행태가 지역투표적인 특성이 강했다는 점을 감안하면, 출신지역은 후보자 지명은 중요한 요인이 될 것이다. 미국의 대통령 선거에서도 후보자의 출신지역은 부통령 후보를 결정하는 데 있어서 중요한 요인이다.

남북한 통일 이후 남북한출신이 상호간에 정부통령 후보자가 될 경우 남북한의 화합에 기여할 수도 있다. 그러나 후보자를 배출하지 못한 지역이 느끼는 박탈감이 심각한 문제가 될 수도 있다. 대통령 임기 기간 동안 또 다른 갈등의 원인이 될 소지가 농후하다. 지역감정을 악화시키는 요인으로 작용할 수 있다.<sup>338)</sup> 더 큰 문제는 선거승리라는 요소를 중시하다가, 자질과 능력이 없는 부통령이 등장할 수도 있다는 점이다.

다음으로는 의원내각제를 검토해보기로 한다. 의원내각제는 협치를 기본으로 하기 때문에 권력의 공유와 국정인 분담을 통해 합의와 협

337) 김현우, 『한국정당통합운동사』(서울: 을유문화사, 2000), 262-263면.

338) 신우철 앞의 글, 327-328면.

력을 도출할 수 있다는 점이 장점이다. 통일 이후 남북한의 갈등과 협력을 해소하는 데 긍정적인 효과를 나타낼 수 있다. 하지만 임기가 보장되지 않는 의원내각제에서 정국이 불안정할 수 있다는 점을 유념해야 한다. 통일 이후 정치상황이 불안정할 가능성이 높는데, 권력구조 자체에서 발생하는 불안정성이 겹쳐지면 국가적 위기상황에 직면할 수 있다. 빈번한 선거 실시로 인한 국론의 분열은 통일 이후의 혼란을 더욱 심화시킬 수 있다.

일각에서는 의원내각제가 성공적으로 운용되고 있는 영국과 독일의 사례에 주목하지만, 의원내각제가 성공적으로 작동하고 있지 못하고 있는 일본과 이탈리아의 경험을 주시할 필요성이 있다. 의원내각제의 문제점을 겪고 있는 일본에서 수상공선제 등이 논의되는 것은 주목할 만하다.<sup>339)</sup>

또한 제2공화국의 의원내각제 실패 경험은 우리 국민에게 이 제도에 대한 부정적 인식을 갖게 하고 있다는 점도 무시해서는 안 된다. 제2공화국에서의 대통령 윤보선과 총리 장면의 갈등은<sup>340)</sup> 의원내각제를 채택할 경우 대통령과 총리의 갈등이 심각한 문제가 될 수 있다는 점을 보여주는 사례이기도 하다.

이원정부제는 프랑스 동거정부의 사례에서도 볼 수 있듯이 대통령과 총리의 소속정당이 다를 경우 양자간의 갈등이 커지는 문제점이 있다.

---

339) 일본에서의 수상공선제에 관한 논의는 곤도 아쓰시, 李京柱 역, “議員內閣制와 大統領制 - 混合形態로서의 半大統領制와 首相公選制의 檢討를 덧붙여서 -”, 世界憲法研究, 第5號, 2000. 수상공선제와 국민내각제에 대한 자세한 논의는 鄭萬喜, 『憲法과 統治構造』서울: 法文社 2003, 107-116면.

340) 제2공화국에서 민주당내의 정치적 대립과 갈등에 대해 자세한 논의는 백영철, “제2공화국의 의회정치: 갈등처리과정을 중심으로”, 백영철 편, 『제2공화국과 한국 민주주의』(서울: 나남), 1996, 128-135면. ; 김수진, “공화국의 정당과 정당정치”, 같은 책, 176-181면.

기존의 제도와 판이하게 다른 제도의 도입은 신중할 필요가 있다. 과거 대통령제의 경험은 많은 문제점을 야기했지만, 시행착오를 거쳐 가며 보완책과 해결책이 지속적으로 제시되고 있다.<sup>341)</sup> 부통령제를 도입하면 부통령제가 내포한 문제점들이 드러날 것이다. 부통령 선거로 말미암은 대통령 선거의 과열양상, 선거공학에서 비롯된 무능력한 인재의 부통령 당선, 대통령과 부통령간의 갈등<sup>342)</sup> 등이 있을 수 있다.

의원내각제를 도입하면 빈번한 국회해산권과 대정부불신임권의 행사로 말미암은 정국의 불안정 등 현 시점에서 예상하지 못한 문제점이 발생할 소지가 높다. 이원정부제는 대통령과 총리의 갈등이 문제가 될 것이다.

완벽한 정부형태는 없다. 다만, 통일 이후의 사회통합을 위한 최선의 정부형태를 찾는 것이 필요한데, 헝가리·폴란드·체코 등 동유럽의 체제전환국가들이 이원정부제를 채택하고 있는 점을 참고할 만하다. 총리제도를 적극적으로 활용할 경우 남북한 통합에 긍정적 효과를 낼 소지가 높다. 대통령의 임기가 보장되기 때문에 정국의 불안정성은 막을 수 있다. 사회적 비용과 노력을 소모해가며, 완전하게 새로운 제도를 도입하기 보다는 기존의 제도를 보완하는 선에서 대안을 모색하는 것이 바람직하다. 따라서 현행헌법상 총리제도를 적극적으로 활용하는 방식의 분권형 대통령제 또는 혼합정부제를 통일 이후의 정부형태로 고려하는 것이 타당하다고 본다.

341) 현행 대통령제의 문제점을 해결하기 위한 제도적 방안을 제시한 대표적 논문은 鄭宗燮, “韓國 大統領制의 成功을 實現하기 위한 運營 모델”, 『憲法研究 4』(서울: 博英社, 2003), 135-174면.

342) Juan J. Linz, “Presidential or Parliamentary Democracy: Does It Makes a Difference?”, in Juan J. Linz and Arturo Valenzuela, *THE FAILURE OF PRESIDENTIAL DEMOCRACY: Comparative Perspective*, Baltimore and London: The Johns Hopkins University Press, 1994, 신명순·조정관 (역), 『내각제와 대통령제』(서울: 나남, 1995), 48-50면에서 Linz는 대통령과 부통령 사이의 대표적인 갈등으로 브라질의 콰드로서 대통령과 굴라부통령, 프론디지 아르헨티나 대통령과 고메즈 부통령, 알폰신 아르헨티나 대통령과 마르티네즈 부통령, 필리핀의 아키노 대통령과 라우렐 부통령 - 아키노 대통령에 대한 반역행위에게까지 이를 정도로 심화 불화가 있었음 - 등을 예로 제시하고 있다.

## 제 2 절 선거제와 정당제

### I. 논의의 전제 - 통일헌법의 통치구조 구성원리

통일의 방식과 절차에 대해서는 다양한 예상이 존재하지만, 통일한국이 국민주권주의, 자유민주주의, 국제평화주의라는 헌법적 가치에 입각하여 수립되고, 운영되어야 한다는 점에 대해서는 큰 이견이 존재하지 않는다. 통일은 오랜 기간 분단된 채 살아온 남북한 주민이 하나로 통합되는 과정인 만큼, 통일 후의 사회적 갈등을 최소화하고 사회심리적 통합까지 포함하는 진정한 통일을 이루기 위해서는, 통일 전후의 과정에 있어서 모든 의사결정에 민주적 정당성과 절차적 정당성이 확보되어야 필요가 있다.

정당과 선거제도는 통일한국의 국가운영에 있어 민주적 정당성과 절차적 정당성을 부여하는 핵심적 요소라고 할 수 있다.<sup>343)</sup> 다만, 정당과 선거제도는 국가의 국가형태, 정부형태, 의회의 구성원리와 밀접한 관련을 가지기 때문에, 통일한국의 정당과 선거제도를 설계함에 있어서도 이에 대한 논의가 선행되어야 한다. 즉, 국가형태, 정부형태, 국회의 구성 등 통치구조의 구체적인 미래상에 대한 논의가 정립되어야 비로소 정당과 선거제도에 대한 논의도 명확하게 진행할 수 있는 것이다. 다만, 본고에서 다루기에는 방대한 주제인 만큼 쟁점이 되는 부분에 대해서만 간략히 살펴본다.

통일헌법상 통치구조에 대한 논의는 주로 국가형태, 정부형태, 국회의 구성 등 세가지 쟁점에서 제기되고 있다. 첫째는, 통일한국의 국가 형태를 단일국가로 할지 연방국가로 할지의 문제이고, 둘째는 통일한국의 정부형태를 대통령제로 할지 의원내각제로 할지 아니면 이원정부제로 할지의 문제이며, 셋째로는 국회의 구성을 단원제로 할지 아

343) 허영, 헌법이론과 헌법 제4판, 박영사, 839-848면.

다면 양원제로 할지의 문제이다.<sup>344)</sup>

궁극적으로 통일한국은 단일국가의 국가형태를 지향해야 할 것이며, 정부형태나 국회의 구성은 단순히 제도의 기능적 우열을 따져서 결정할 것이 아니라 남북관계의 역사적 현실과 남북관계의 특수성을 고려하여 결정할 정책적 문제라고 할 것이다.<sup>345)</sup> 이러한 관점에서 본고에서는 통일한국의 국가형태를 단일국가의 모습으로 상정하고, 통일전후의 혼란을 방지하기 위해 의사결정의 효율성이 인정되는 대통령제를 상정한다. 국회의 경우에는 단원제를 상정하되 남북한 주민의 의사를 고루 반영할 수 있는 제도를 보완하는 것을 이하의 논의의 전제로 삼고자 한다.

이하에서는 남북한의 정당제도 및 선거제도를 각각 비교한 후, 통일한국의 정당제도 및 선거제도의 정립 시 고려해야 할 점을 검토한다.

## II. 남북한의 정당제도 비교 및 통일헌법의 정당제도

### 1. 남한의 정당제도

#### 가. 헌법상의 근거

##### (1) 헌법상 정당의 지위

대한민국 헌법(이하 ‘남한 헌법’이라고만 한다)에서 정당은 자유의 지위와 공공의 지위를 동시에 가지는 법인격 없는 단체로 여겨진다. 첫째, 정당은 국민과 국가의 중개자로서 국민의 다원적 정치의사를 유도·통합함으로써 국가정책의 결정에 직접 영향을 미치는바, 이와 같은 정당의 기능을 수행하기 위해서는 정당의 자유로운 지위가 보장

344) 이효원, 통일헌법의 제정 방법과 국가조직, 법학, 제55권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2014, 53-61면 참조.

345) 이효원, 통일헌법의 제정 방법과 국가조직, 법학, 제55권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2014.

되어야 하기 때문이다. 둘째, 정당은 “공공(公共)의 지위”를 함께 가지므로 정당은 일정한 법적 의무를 지게 된다. 즉, 정당은 그 목적이나 활동이 헌법적 기본질서를 존중해야 하며, 민주적 내부질서를 확보하기 위해 불가피하게 법적 규제가 가해질 수 있다.<sup>346)</sup>

## (2) 정당에 관한 기본권

### ① 정당에 관한 기본권의 광범위한 인정

현행 남한 헌법은 정당을 설립할 권리를 기본권으로 보장하고 있다(헌법 제8조 제1항 전단). 정당설립의 자유는 일차적으로 국가의 간섭 없이 정당을 자유롭게 설립할 수 있음을 의미하는 것이다. 그러나 정당설립의 자유에는 정당해산, 합당, 분당의 자유까지 포함되고, 개인이 정당 일반 또는 특정 정당에 가입하지 아니할 자유, 가입했던 정당으로부터 탈퇴할 자유 등 소극적 자유도 포함된다.<sup>347)</sup> 정당의 자유는 국민이 개인적으로 가지는 기본권일 뿐만 아니라, 단체로서의 정당이 가지는 기본권이기도 하다.<sup>348)</sup>

한편, 남한 헌법은 정당에 대하여 국민의 정치의사형성에 참여할 권리(헌법 제8조 제2항)와 균등한 경쟁의 기회(헌법 제116조 제1항) 등을 보장하고 있다. 그리고 남한 헌법은 정당이 법률이 정하는 바에 의하여 그 운영에 필요한 자금을 국가로부터 보조받을 수 있도록 정하고 있다(헌법 제8조 제3항 후단). 그리고 정당은 선거공영제에 따라 선거에 관한 경비를 원칙적으로 부담하지도 않는다(헌법 제116조 제2항).

### ② 정당에 관한 기본권 제한의 최소화

현행 남한 헌법은 제8조 제4항에서 위헌정당해산제도를 규정하고 있는데, 이는 민주주의를 파괴하려는 세력으로부터 민주주의를 보호

346) 현재 2003.10.30. 2002헌라1.

347) 현재 2006.3.30. 2004헌마246.

348) 현재 2004.12.16. 2004헌마456.



하려는 방어적 민주주의의 표현이다. 그러나 헌법재판소는 “자유민주적 기본질서를 부정하고 이를 적극적으로 제거하려는 조직도, 국민의 정치적 의사형성에 참여하는 한, ‘정당의 자유’의 보호를 받는 정당에 해당하며, 오로지 헌법재판소가 그의 위헌성을 확인한 경우에만 정당은 정치생활의 영역으로부터 축출될 수 있다”고 보아, 그 적용 범위를 최소화하고 있다.

또한 정당설립 및 활동의 자유를 제한하는 법률을 제정한 경우에도 엄격한 비례심사기준이 적용되어<sup>349)</sup>, 정당에 관한 기본권 제한을 최소화할 것이 요구된다. 또한 정당설립 및 가입을 금지하는 법률조항은 적어도 “민주적 기본질서에 대한 위반”에 버금가는 사유가 있어야 가능하다.<sup>350)</sup>

### (3) 복수정당제도

현행 남한 헌법 제8조 제1항은 “정당의 설립은 자유이며, 복수정당제는 보장된다.”고 규정하여, 정당설립의 자유를 규정함과 동시에 복수정당제도를 제도로서 보장하고 있다. 헌법재판소는 복수정당제도는 정당설립의 자유를 보장한 것의 당연한 산물이라고 보고 있다.<sup>351)</sup>

### (4) 정당의 의무

전술한 바와 같이 정당은 공공의 지위도 가지므로, 정당에 대해서는 일정한 법적 의무가 부과된다. 즉, 정당은 대한민국을 부인하거나 국가의 존립을 위태롭게 하는 행위를 할 수 없다. 또한 정당은 민주적 기본질서를 존중해야 하며(헌법 제8조 제4항), 정당의 목적과 활동은 민주적이어야 한다(헌법 제8조 제2항 전단).

349) 헌재 2014.1.28. 2012헌마431.

350) 헌재 1999.12.23. 99헌마135.

351) 헌재 1999.12.23. 99헌마135.

## 나. 법률에 의한 구체화

### (1) 정당제도 형성에 대한 입법위임

남한 헌법 제8조 제3항 전단은 제1항에서 보장하는 ‘정당의 자유’와 제2항에서 설정된 ‘정당의 자유의 한계’를 입법으로 위임할 것을 규정하고 있다. 현재 남한에는 정당법이 제정되어 정당제도를 구체적으로 형성하고 있다.

### (2) 「정당법」상 정당의 특권과 의무

「정당법」상 인정되는 정당의 특권으로는 첫째, 정당설립을 등록제로 함으로써 허가제를 결코 인정하지 않고 있는 점을 들 수 있다(남한 정당법 제4조 제1항). 둘째, 선거관리위원회는 등록신청에 대하여 형식적 심사만을 담당하는 이다(정당법 제15조). 셋째, 정당은 헌법과 법률에 의하여 활동의 자유를 가진다는 점이다(정당법 제37조 제1항).

반면, 정당은 재원을 공개해야 한다. 즉, 정치자금은 국민의 의혹을 사는 일이 없도록 공명정대하게 운용되어야 하고, 그 회계는 공개해야 한다(정치자금법 제2조 제2항).

## 2. 북한의 정당제도

### 가. 최고 정치조직으로서의 조선노동당

북한체제는 노동당과 군대라는 두 축과 입법부, 행정부, 사법부를 포괄하는 국가기구 등 3개의 거대한 조직으로 운영되고 있다. 그 중에서도 북한 통치구조의 핵심은 ‘당’이라는 독재 조직이다.<sup>352)</sup>

---

352) 2016 북한이해, 통일교육원, 51면.

조선민주주의인민공화국 사회주의헌법<sup>353)</sup>(이하 ‘북한 헌법’이라고만 한다)과 조선노동당규약 서문<sup>354)</sup>은 조선노동당이 북한의 최고 정치조직임을 선언하고 있다. 즉, 북한헌법 제11조는 “조선민주주의 인민공화국은 조선로동당의 령도 밑에 모든 활동을 진행한다”라고 규정하고 있으며, 前文에서도 “조선민주주의인민공화국과 조선인민은 조선로동당의 령도밑에...”라고 규정하고 있다. 조선노동당규약 서문<sup>355)</sup>은 “조선로동당은 근로인민대중의 모든 정치조직들 가운데서 가장 높은 형태의 정치조직이며, 정치, 군사, 경제, 문화를 비롯한 모든 분야를 통일적으로 이끌어나가는 사회의 령도적 정치조직이며 혁명의 참모부이다.”라고 규정하고 있다.

북한의 권력구조는 당을 중심으로 구성되기 때문에 정부기관들은 당에 의해 결정된 정책을 입법화하고 집행하며 평가하는 역할을 담당한다. 군부와의 관계에 있어서도 당은 노동당 규약에 따라 군부를 통제하는 지위를 부여받고 있다.<sup>356)</sup>

#### 나. 조선노동당의 운영원칙 - 민주주의 중앙집권제

조선노동당의 조직과 운영 및 활동 체계를 규율하는 원리는 사회주의적 통치구조의 기본 원리인 “민주주의 중앙집권제” 원칙이다. “민주주의 중앙집권제”는 모든 문제의 해결에서 개인은 조직에 복종하고,

353) 1972.12.27. 채택되고 2012.4.13. 수정보충된 것

북한 법률 원문은 통일법제 데이터베이스(<http://www.unilaw.go.kr/bbs/selectBoardArticle.do>, 최종방문일: 2016.9.7)

354) 북한은 2012.4.11 조선로동당 제 4 차 대표자회에서 당 규약을 개정하였다고 발표하였으나, 개정 이후 서문부분만 공개하였다(2014.4.12 노동신문).

통일부 북한정보포털 홈페이지-간행물-기타자료

(<http://nkinfo.unikorea.go.kr/nkp/pblicitn/viewPblicitn.do>, 최종방문일: 2016.9.7)

355) 북한은 2012.4.11 조선로동당 제 4 차 대표자회에서 당 규약을 개정하였다고 발표하였으나, 개정 이후 서문부분만 공개하였다(2014.4.12 노동신문).

(<http://nkinfo.unikorea.go.kr/nkp/pblicitn/viewPblicitn.do>, 최종방문일: 2016.9.7)

356) 2016 북한이해, 통일교육원, 64면.

소수는 다수에, 하부는 상부에, 모든 성원과 조직은 중앙에 복종하는 것을 의미한다.<sup>357)</sup>

#### 다. 결사의 자유 및 국가의 정당활동조건 보장 의무

북한 헌법 제67조는 “공민은 언론, 출판, 집회, 시위와 결사의 자유를 가진다. 국가는 민주주의적 정당, 사회단체의 자유로운 활동조건을 보장한다.”라고 규정하여 결사의 자유를 규정하고 있다. 또한 국가가 민주주의적 정당의 자유로운 활동조건을 보장한다고 규정하고 있다.

그러나 북한의 모든 사회단체가 조선노동당의 통제를 받는 상황에서 단체를 결성할 수 있는 권리가 실현될 수 있을지는 의문이며, 민주주의적 정당과 사회단체의 자유로운 활동 역시 보장되고 있다고 보기 어렵다. 실제로 북한의 정치단체 및 사회단체들 중 다수는 명목상의 단체이거나 조선노동당의 통제하에 있는 상황이다.<sup>358)</sup>

#### 라. 위성정당 및 기타 사회단체

북한에도 소수정당이라 일컬어지는 사회민주당이나 천도교청우당이 존재하는 것으로 알려지나, 노동당의 위성 정당으로 평가될 뿐이다.

한편, 근로대중 조직으로는 김일성사회주의청년동맹, 조선직업총동맹, 조선농업근로자동맹, 조선민주여성동맹 등이 있는 것으로 알려지는데, 이들 단체들은 노동당의 외곽단체로서 인민의 사상교양을 주도하는 등 당과 인민을 매개하며, 당의 전위대 역할을 수행하고 있다.<sup>359)</sup>

---

357) 2016 북한이해, 통일교육원, 56면.

358) 2016 북한이해, 통일교육원, 65면.

359) 2016 북한이해, 통일교육원, 65면.

### 3. 남북한 정당제도의 비교 및 시사점

#### 가. 자유의 지위의 인정여부

남한헌법이 정당에 관한 권리를 헌법상 기본권으로 보호하면서 헌법재판소의 해석을 통해 그 주체와 내용을 폭넓게 인정하는 것은, 정당이 가지는 중개자로서의 역할을 확보하기 위해 이른바 “자유로운 지위”<sup>360)</sup>를 적극 인정하여 준 것으로 평가할 수 있다. 정당설립 및 활동의 자유와 복수정당제도를 보장하는 것은 정당간의 자유경쟁을 보장하기 위한 것으로서, 궁극적으로는 건전한 대의제의 실현을 위한 필수불가결한 조건이 된다.<sup>361)</sup>

반면 조선노동당 강령이나 북한헌법은 정당의 자유를 명시하고 있지 않다. 물론 북한헌법도 결사의 자유를 규정하고 있으나, 정당의 자유를 직접 규정한 것은 아니다. 또한 국가의 민주주의적 정당과 사회단체에 대한 활동조건 보장 의무를 규정하고 있으나, 이 역시 국민의 권리로서 인정했다기보다는 국가의 의무로서 장식적 규정의 성격을 띠는 것으로 평가된다. 모든 단체가 조선노동당의 통제를 받는 상황에서 결사의 자유나 활동조건 보장은 사실상 유명무실한 조항으로 평가할 수 있다.

#### 나. 공공의 지위의 인정 및 기능

남한 헌법과 정당법은 정당으로 하여금 국가공정의 의무, 민주적 기본질서의 존중의무, 당내민주화의 의무, 재원의 공개의무 등을 부과한다. 이는 정당이 국민의 의사를 왜곡하는 것을 예방하여 대의제의 성공에 기여하도록 하기 위함이다.

360) 현재 2003.10.30. 2002헌라1.

361) 한수웅, 헌법학 제4판, 법문사, 2014, 204면.

반면 공산주의 체제 하의 북한에서는 정치가 법에 우선한다. 헌법은 당 강령에 기초하여 작성되며 시행될 뿐이다. 북한의 조선노동당 강령은 당으로 하여금 일정한 의무를 부과하는 하나 그것은 남한과 달리 사당화·군사화·권력집중화를 위한 것에 불과하다. 2012년 노동당 규약 전문은 “조선노동당은 위대한 수령 김일성동지의 당”이며, 당의 지도이념은 ‘김일성·김정일주의’라고 밝히고 있다. 조선노동당에게 있어 공공의 지위는 지배층이 결정한 의사를 주민에게 하달하는 역할에 불과한 것이다.

#### 4. 통일헌법상의 정당제도의 방향

##### 가. 기본원칙

##### (1) 국민주권주의

통일헌법상의 정당제도는 국민주권주의에 합치하도록 설계되어야 한다. 통일한국에서도 주권은 남북한 주민 모두에게 있어야 하고, 모든 권력은 남북한 주민으로부터 나와야 한다. 이러한 국민주권주의를 실현하기 위해 통일한국의 정당제도는 정당이 중개적 기능, 정치적의사 형성기능, 정치지도자 양성기능 등을 실현할 수 있도록 해야 한다.

##### (2) 자유민주적 기본질서

통일헌법상의 정당제도는 자유민주주의라는 통일헌법의 기본이념에 합치하게 설계해야 한다. 즉, “모든 폭력적 지배와 자의적 지배, 즉 반국가단체의 일인독재 내지 일당독재를 배제하고 다수의 의사에 의한 국민의 자치, 자유·평등의 기본원칙에 의한 법치주의적 통치질서”<sup>362)</sup>가 정당제도에도 구현되어야 한다. 정당간의 경쟁을 통해 민주적 다

362) 현재 2001.9.27. 2000헌마238 · 382.

양성을 반영하고, 이를 바탕으로 대의적 의사가 형성될 수 있도록, 일당독재는 배제하고 복수정당제가 보장되어야 한다.

## 나. 남북한 정당제도의 통합의 방식

### (1) 점진적 통일방식의 경우

남북한의 합의를 통한 점진적인 통일방식과 북한 급변사태에 의한 급진적인 통일방식에 따라 정당제도 통합의 양상도 다소 달라질 수 있다. 전자의 경우 통일합의서를 통한 통일의 방식이 될 것인데, 통일을 이루기 전에 일정한 과도적 기간을 설정하여, 국민주권주의와 자유민주적 기본질서에 반하지 않는 한도에서 북한 정당제도를 잠정적으로 인정할 수 있다. 즉, 조선노동당 일당독재, 김일성·김정일주의, 민주적 중앙집권제원칙 등 국민주권주의와 자유민주적 기본질서에 부합하지 않는 조선노동당의 강령 등은 폐기하되, 조선노동당의 행정조직과 체계는 과도적 기간 동안 북한지역의 안정화를 위해 존속시킬 수 있다. 잠정적으로 유지시킬 북한의 정당제도는 통일합의서에 명시할 필요성이 있다.

### (2) 급진적 통일방식의 경우

북한의 급변사태에 의한 통일의 경우, 남북한 정당제도의 통합은 자유민주적기본질서에 기초한 남한의 정당법제도를 북한에 확대 적용하는 것이 불가피하다. 이 경우에는 정당의 자유와 복수정당제를 부정하는 북한의 조선노동당 강령과 정당관련 법령등을 전면 폐지하되, 행정적, 절차적, 기술적 사항들의 경우에는 통일합의서와 남한 정당법령의 부칙조항에 삽입하여 유예기간을 설정할 필요성이 있다.

## 다. 구체적 내용

### (1) 정당의 자유와 복수정당제의 보장

자유민주주의를 통일헌법상 정당제도에 구현하기 위해서 결사의 자유와 정당의 자유를 기본권으로 인정하고 있는 남한 헌법의 조향이 통일헌법에도 유지되어야 한다. 민주주의적인 정당과 단체의 설립, 활동은 물론 가입과 탈퇴의 자유까지도 폭넓게 인정되어야 한다.

### (2) 위헌정당에 대한 통제

독일의 사례에 비추어볼 때, 통일 후 계층간의 갈등으로 인한 극단적 정당들의 출현가능성이 제기된다. 정당의 활동의 자유는 보장되어야 하나, 국가존립이나 민주적 기본질서, 인간의 존엄성을 심각하게 해치는 주장이나 활동을 하는 경우에는 헌법재판소에서 영구 해산하는 방법을 채택해야 할 것이다. 해산 시에는 그 정당에 소속되었던 국회의원, 지방의회의원, 공무원 등을 전원 해임시켜야 할 것이며, 선거권도 제한하여 일정기간 이상 제한할 필요가 있다.

### (3) 정당의 위법한 행위에 대한 통제

정당의 경미한 법 위반 시에도 헌법재판소가 보조금지금제한, 선거운동제한 등의 제재를 일시적으로 가할 수 있도록 규정할 필요성이 있다. 대체정당의 금지, 국고보조금 환수 등에 관해서도 상세히 규정할 필요가 있다. 현행 정당법의 대원칙을 헌법에 조문화하는 것도 비중있게 검토할 필요가 있다.<sup>363)</sup>

---

363) 김철수, 통일헌법안에 관한 연구 -통일헌법안과 제정이유-, 학술원논문집(인문·사회과학편) 제54집 2호, 대한민국 학술원., 2015, 35-115면.



### Ⅲ. 남북한의 선거제도 비교 및 통일헌법의 선거제도

#### 1. 남한의 선거제도

##### 가. 헌법상 선거제도

###### (1) 선거제도의 의의

국민주권주의를 기본이념으로 하는 남한은 예외적인 직접민주제적 제도를 제외하면 기본적으로 간접민주제를 택하고 있다. 즉, 주권자인 국민이 선거로 대표자를 선출하고 대표자를 통하여 주권을 행사하고 있다. 이러한 남한에서 선거는 국가조직과 운영에 민주적 정당성을 부여하는 핵심적인 절차이다.

남한 헌법상 선거제도는 정치적 기본권으로서의 선거권과 피선거권, 정치제도로서의 국회의원선거제도, 대통령선거제도, 지방자치선거제도에서 각각 논의되고 있다. 그러나 통일헌법상의 선거제도의 방향을 기획함에 있어서는 이들 논의를 하나로 종합하여 서술할 필요가 있다.<sup>364)</sup>

###### (2) 기본권으로서의 선거권과 피선거권 보장

국민주권주의의 원리(헌법 제1조)에 따라 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 선거권(헌법 제24조)과 공무담임권에 기초한 피선거권(헌법 제25조)이 기본권으로서 보장된다. 법률유보에 의해 선거권자와 피선거권자에 관한 사항은 후술하는「공직선거법」에 규정되어 있다.

선거권과 피선거권에 대한 제한의 정도와 관련하여 헌법재판소는 선거권과 피선거권은 민주정치에서 주권자인 국민이 국정에 참여하는 필수적인 수단으로서 가장 중요한 기본권에 해당한다는 점을 근거로 그 제한은 불가피한 최소한에 그쳐야 한다고 판시한 바 있다.<sup>365)</sup>

364) 남한 선거제도에 대하여는 성낙인, 헌법학 11판, 법문사, 2011, 152-221면 참조.

365) 헌재 1997.12.24. 97헌마16,

### (3) 선거의 기본원칙

남한에서 선거제도의 구체적인 모습은 국회의원 선거, 대통령 선거, 지방자치선거가 각각 다르지만, 그 기본원칙은 동일하다. 남한 헌법은 국회의원선거와 대통령선거에서 선거의 기본원칙으로 보통·평등·직접·비밀선거의 원칙을 명시하고 있다(헌법 제41조 제1항, 제67조 제1항). 또한 헌법에서는 명시하고 있지 않지만 자유선거의 원칙도 선거의 기본원칙으로 인정되고 있다. 헌법재판소는 자유선거의 원칙이 헌법에는 명문 규정이 없더라도 국민주권의 원리, 의회민주주의의 원리 및 참정권에 관한 규정에서 그 근거를 찾을 수 있다고 판단한 바 있다.

### (4) 정당, 선거관리기구

남한 헌법은 선거와 국민투표의 공정한 관리 및 정당에 관한 사무를 처리하기 위하여 선거관리위원회를 두도록 명시하고 있다(헌법 제114조 제1항).

중앙선거관리위원회는 헌법기관으로서의 지위를 가지며, 대통령이 임명하는 3인, 국회에서 선출되는 3인, 대법원장이 지명하는 3인의 위원으로 구성되고, 위원장은 위원 중에서 호선한다(헌법 제114조 제1항). 위원들의 임기는 6년이고(헌법 제114조 제3항), 위원들은 탄핵 또는 금고 이상의 형의 선고에 의하지 않고는 파면되지 않도록 하여 신분이 보장된다(헌법 제114조 5항). 중앙선거관리위원회는 선거관리·국민투표관리·정당사무 등에 대한 규칙과 법률에 저촉되지 않는 범위 안에서 내부규율에 관한 규칙을 제정할 권한도 갖는다(헌법 제114조 제6항). 그러나 위원들은 정당가입이나 정치관여가 금지된다(헌법 제114조 제4항).

## 나. 법률상 선거제도

### (1) 통합선거법으로서의 공직선거법

「공직선거법」은 「헌법」과 「지방자치법」에 의한 선거가 국민의 자유로운 의사와 민주적 절차에 의해 공정하게 행해지도록 하기 위한 목적에서 제정되었다(동법 제1조). 「공직선거법」은 대통령선거, 국회의원선거, 지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 선거에 적용되며(동법 제2조), 선거권과 피선거권의 범위 및 자격(제2장), 선거구역과 의원정수(제3장)에 대한 사항을 정하고, 선거기간과 선거일(제4장), 선거인명부작성(제5장), 후보자(제6장), 선거운동(제7장), 선거비용(제8장), 투표(제10장), 개표(제11장), 당선인(제12장), 선거에 관한 쟁송(제15장) 등에 관한 절차적인 사항을 규정하고 있다.

### (2) 선거권과 피선거권의 구체화

「공직선거법」은 선거권자의 요건으로 19세 이상이라는 연령요건, 대한민국 국민이라는 국적 요건과 함께, 각 선거마다 일정 지역에서의 주민등록 등의 요건을 요구하고 있다(동법 제15조). 피선거권자이 경우에는 대통령선거는 40세 이상, 국회의원 선거는 25세이상이라는 연령요건, 대한민국국민이라는 국적요건을 요구하며, 대통령선거의 경우 선거일 현재 5년 이상 국내 거주할 것이라는 거주요건도 요구한다(동법 제16조). 그리고 선거권이나 피선거권을 가질 수 없는 자에 대한 소극적 요건도 규정하고 있다(동법 제18조, 제19조).

### (3) 선거구제도 및 대표제도

현행 남한의 선거제도는 지역구 국회의원뿐만아니라 광역의원, 기초의원 모두 상대적 다수대표제에 비례대표제를 가미하고 있다. 남한 선거제도의 기본인 국회의원 선거제도는 소선거구 상대적 다수대표제

(지역구 국회의원)와 전국선거구 비례대표(비례대표 국회의원) 제도를 채택하고 있다. 기존의 1인 1표제에 의한 전국선거구 비례대표선거제도는 헌법재판소의 한정위헌결정<sup>366)</sup>으로 폐지되었고, 2004년 국회의원 총선거에서는 비례대표국회의원선거에 정당투표가 도입되었다.<sup>367)</sup> 광역의회와 기초의회는 상대적 다수대표제로 선출되는 의원과 비례대표 의원으로 구성된다. 다만 광역의회는 소선거구제를, 기초의회는 중선거구제를 채택하고 있다.<sup>368)</sup>

한편, 대통령선거는 상대적 다수대표제를 채택하고 있고 시도 및 광역 지방자치단체의 장 선거도 상대적 다수대표제를 채택하고 있다.

## 2. 북한의 선거제도

### 가. 개 관

북한에서의 선거는 각급 인민회의의 대의원을 선출하는 형태로 이루어지고 있다. 인민회의는 북한의 각급 주민대표들이 모여서 의사결정을 하는 주권기관으로서, 군, 시, 도 단위 인민회의 및 최고인민회의가 있다. 지방인민회의는 선거로 대표를 선출하며(북한헌법 제138조), 지방주권기관으로서의 지위를 부여받고 있다(지방주권기관법<sup>369)</sup> 제2조), 최고 의사결정기관인 최고인민회의 역시 선거에 의하여 구성된다(북한 헌법 제87조, 제89조).

북한의 인민회의들은 매년 1~2차례 개최되고 전년도 결산, 당해연도 예산 심의·확정을 하고 인민회의 단계별 결정·지시, 즉 규정 및 법률의 개정, 제정 및 폐지를 결정하는 역할을 한다.<sup>370)</sup>

366) 헌재 2001.7.19. 2000헌마91등.

367) 성낙인, 앞의 책, 163면.

368) 성낙인, 앞의 책, 163면.

369) 통일법제 데이터베이스(<http://www.unilaw.go.kr/bbs/selectBoardArticle.do>, 최종방문일: 2016.9.12)

370) 서울대학교 헌법·통일법센터, 통일선거법제의 방향, 2014.10.31., 13면.

## 나. 헌법상 선거제도

### (1) 선거의 기본원칙

북한헌법은 “군인민회의로부터 최고인민회의에 이르기까지의 각급 주권기관은 일반적, 평등적, 직접적원칙에 의하여 비밀투표로 선거한다.”고 규정하여(제6조), 보통선거원칙, 평등선거원칙, 직접선거원칙, 비밀투표원칙을 모두 인정하고 있다.

### (2) 선거권과 피선거권

한편, 북한 헌법은 “17살 이상의 모든 공민은 성별, 민족별, 직업, 거주기간, 재산과 지식정도, 당별, 정견, 신앙에 관계없이 선거할 권리와 선거받을 권리를 가진다. 군대에 복무하는 공민도 선거할 권리와 선거받을 권리를 가진다.”(제66조 1문)고 규정하여 선거권과 피선거권을 공민의 기본권리로서 인정하고 있다. 다만, “재판소의 판결에 의하여 선거할 권리를 빼앗긴 자, 정신병자는 선거할 권리와 선거받을 권리를 가지지 못한다.”고 규정하여 피선거권이 인정되지 않는 소극적 요건을 규정하고 있다.

### (3) 기속위임

다만 “각급 주권기관의 대의원은 선거자들과 밀접한 관계를 가지며 자기 사업에 대하여 선거자들 앞에 책임진다. 선거자들은 자기가 선거한 대의원이 신임을 잃은 경우에 언제든지 소환할 수 있다”(북한헌법 제7조)고 규정하여, 자유위임이 아닌 기속위임을 채택하고 있다.

### 다. 「각급인민회의 대의원선거법」<sup>371)</sup>

「각급인민회의 대의원선거법」(이하 법명은 생략함)은 총 12장 86개 조문으로 구성되어 있다. 제1장은 선거법의 기본, 제2장은 대의원수와 선거날짜, 제3장은 선거구, 제4장은 선거위원회, 제5장은 선거자 명부, 제6장은 대의원 후보자, 제7장은 선거선전, 제8장은 선거장, 제9장은 투표, 제10장은 투표결과의 확정, 제11장은 재선거와 보충선거, 제12장은 신소처리와 제재를 내용으로 하고 있다.

#### (1) 선거의 기본원칙 등

동법 제1장에서는 제1장에서 헌법에서 규정한 일반선거원칙(법 제2조), 평등선거원칙(법 제3조), 직접선거원칙(법 제4조), 비밀투표원칙(법 제5조)을 재확인하고 있으며, 선거권의 행사보장 및 선거비용국가 부담원칙(법 제6조)을 규정하고 있다.

#### (2) 대의원의 수와 선거일

각급 인민회의 대의원수는 인구수에 비례하여 대의원선거가 있을 때마다 정하는데, 최고인민회의 대의원수는 최고인민회의 상임위원회가, 지방인민회의 대의원수는 최고인민회의 상임위원회가 정한 기준에 따라 해당 인민위원회가 결정한다(법 제7조). 결국 최고인민회의 상임위원회가 각급 인민위원회 대의원의 수를 결정하는 형태라고 볼 수 있다.

최고인민회의 대의원선거는 5년, 도(직할시)인민회의와 시(구역), 군 인민회의의 대의원선거는 4년에 한번씩 한다(동법 제8조). 선거일에 대

---

371) 조선민주주의인민공화국 각급인민회의의 대의원선거법. 1992년 10월 7일 최고인민회의 상설회의 결정 제 24호로 채택되고, 2010년 5월 11일 최고인민회의 상임위원회 정령 제835호로 수정보충된 것. 법률 원문은 통일법제 데이터베이스(<http://www.unilaw.go.kr/bbs/selectBoardArticle.do>, 최종방문일: 2016.9.7)

하여는 각급 인민회의 대의원선거는 해당 인민회의 임기가 끝나기 전 30일안에 실시한다(법 제10조).

### (3) 선거구

각급 인민회의 대의원선거를 위한 선거구는 선거하는 대의원수에 따라 행정구역과 인구수를 고려하여 선거때마다 조직한다(법 제12조). 각급 인민회의 대의원선거를 위한 선거구수는 선거하는 해당 인민회의 대의원 수와 같다(법 제13조). 최고인민회의 대의원선거를 위한 선거구는 최고인민회의 상임위원회가, 지방인민회의 대의원선거를 위한 선거구는 해당 인민회의가 조직한다(법 제14조 1문). 다만, 조선인민군, 조선인민경비대안의 대의원선거를 위한 선거구는 해당 군부대가 조직한다(법 제14조 2문).

### (4) 선거관리기구

북한의 인민회의 대의원선거를 관장하는 선거관리기구는 선거위원회이다. 각급 인민회의 대의원선거를 보장하기 위하여 선거위원회를 조직하며, 지방인민회의 대의원선거를 진행할 경우에는 중앙에 선거지도위원회를 조직한다(법 제18조). 중앙선거위원회는 최고인민회의 상임위원회가, 도(직할시)선거위원회는 해당 도(직할시)인민위원회가, 시(구역), 군, 구, 분구 선거위원회는 해당 시(구역), 군 인민위원회가 조직한다(법 제19조).

각급 선거위원회는 정당, 사회단체에서 추천한 각계각층의 성원들로 조직하는데(법 제21조), 각급 선거위원회(중앙선거지도위원회 포함)의 성원수는 다음과 같다. 즉, 중앙선거위원회는 11명 또는 13명(중앙선거지도위원회 9명 또는 11명), 도(직할시), 시(구역), 군 선거위원회는 9명 또는 11명, 구, 분구선거위원회 5명 또는 7명이다(법 제18조 후단). 각급 선거위원회는 위원장 1명, 부위원장 1명, 서기장 1명과 위원들로 구성한다(법 제20조).

북한의 선거위원회에서 특징적인 점은 상설이 아니라 선거전후의 기간에만 설립·운영되는 임시기관이라는 점이다. 즉, 중앙과 도(직할시), 시(구역), 군 선거위원회는 선거날을 발표한 날 부터 10일안에 조직하며 구, 분구 선거위원회는 선거 구, 분구를 정한 날부터 5일 안에 조직한다. 각급 선거위원회는 선거결과가 발표된 다음 3일후에 해산한다(법 제23조).

### 3. 남북한 선거제도에 대한 비교

#### 가. 선거의 기본원칙의 인정

남한 헌법은 국회의원선거와 대통령선거에서 선거의 기본원칙으로 보통·평등·직접·비밀선거의 원칙을 명시하고 있으며, 자유선거의 원칙도 선거의 기본원칙으로 인정되고 있다.

북한헌법도 “군인민회의로부터 최고인민회의에 이르기까지의 각급 주권기관은 일반적, 평등적, 직접적원칙에 의하여 비밀투표로 선거한다.”고 규정하여(제6조), 보통선거원칙, 평등선거원칙, 직접선거원칙, 비밀투표원칙을 모두 인정하고 있다.

#### 나. 선거권 및 피선거권의 요건 및 침해가능성

남한헌법은 선거권, 피선거권을 기본권으로 보장하며, 헌법의 위임을 받은 「공직선거법」은 선거권자와 피선거권자의 요건과 관련하여 연령요건, 국적요건, 주민등록 요건 등을 포함하는 적극적 요건과 소극적 요건으로 나누어 상세하게 규정하고 있다.

그러나 북한 헌법은 “17살 이상의 모든 공민이 성별, 직업, 재산 등과 관계없이 공평하게 선거권과 피선거권을 가진다”는 점만을 적극적 요건으로 규정하고, 판결, 정신병자에 대해 동 권리가 인정되지 않는다는 소극적 요건을 간략하게 규정하고 있다.



남한의 경우 선거권과 피선거권이 헌법과 법률에 의해 명확하게 규정되어 있어 그 인정여부에 대한 재량의 여지가 크지 않아, 상대적으로 불법적인 권리 침해나 박탈의 여지가 적다고 하겠다. 그러나 북한의 경우에는 선거권, 피선거권의 요건들이 모호하여 법적 절차에 의하지 않은 자의적인 침해나 박탈도 용인될 여지가 있다.

#### 다. 선거구제도 및 대표제도

남한의 선거제도는 지역구 국회의원뿐만 아니라 광역의원, 기초의원 모두 상대적 다수대표제에 비례대표제를 가미하고 있다. 선거구제는 기본적으로 국회의원 선거제도는 소선거구 상대적 다수대표제(지역구 국회의원)와 전국선거구 비례대표(비례대표 국회의원) 제도를 채택하고 있다. 국회의원 총선거에서는 비례대표국회의원선거에 정당투표가 도입되었다. 지방자치선거에 있어서는 광역의회와 기초의회는 상대적 다수대표제로 선출되는 의원과 비례대표의원으로 구성된다. 다만 광역의회는 소선거구제를, 기초의회는 중선거구제를 채택하고 있다.

그러나 북한의 경우에는 각급 인민회의 대의원선거를 위한 선거구는 선거하는 대의원수에 따라 행정구역과 인구수를 고려하여 선거 때마다 조직한다고만 규정하고(각급인민회의 대의원선거법 제12조). 선거구수는 선거하는 해당 인민 회의 대의원 수와 같다고만 규정할 뿐(동법 제13조). 선거구마다 선출되는 대의원의 수가 몇 명인지에 대해서는 법에 명시되어 있지 않다. 최고인민회의 대의원선거를 위한 선거구는 최고인민회의 상임위원회가, 지방인민회의 대의원선거를 위한 선거구는 해당 인민회의가 조직한다는 문언에 비추어 (동법 제14조 1문), 최고인민회의 상임위원회나 지방인민회의가 선거수를 결정함을 알 수 있다.

선거구나 선출되는 대표자의 수가 국회의 합의를 도출되는 남한과 달리, 북한의 경우에는 최고인민회의 상임위원회나 지방인민회의가 결정함에 따라 선거구나 대표자의 수가 상황에 따라 유동적이고, 집권층에 의해 자의적으로 결정될 수 있다는 한계가 있다.

## 라. 선거관리기구

남한 헌법은 선거와 국민투표의 공정한 관리 및 정당에 관한 사무를 처리하기 위하여 선거관리위원회를 두도록 명시하고 있다(헌법 제 114조 제1항). 즉, 남한의 중앙선거관리위원회는 헌법기관이며, 그 지위, 구성, 신분보장 등이 헌법에 명시되어 있다.

반면 북한의 인민회의의 대의원선거를 관장하는 선거관리기구는 선거위원회이다. 각급 선거위원회는 정당, 사회단체에서 추천한 각계각층의 성원들로 조직하는데(각급인민회의의 대의원선거법 제21조), 북한의 선거위원회에서 특징적인 점은 상설이 아니라 선거전후의 기간에만 설립·운영되는 임시기관이라는 점이다. 즉, 각급 선거위원회는 선거일을 발표한 날부터 10일안에 조직하며 구, 분구 선거위원회는 선거구, 분구를 정한 날부터 5일 안에 조직한다. 각급 선거위원회는 선거결과가 발표된 다음 3일후에 해산한다(동법 제23조).

## 4. 통일헌법상 선거제도의 방향

### 가. 기본원칙

앞서 통일헌법상 정당제도에서도 언급한 바와 같이, 통일헌법상 선거제도도 국민주권주의, 자유민주주의를 기본이념으로 해야 하며, 남북한 헌법이 모두 인정하는 보통, 평등, 직접, 비밀, 자유선거의 원칙에 입각하여 설계되어야 한다. 특히 이러한 선거의 기본원칙은 통일헌법에도 그대로 명시하는 것이 바람직하다.

### 나. 선거권과 피선거권의 완전한 보장

선거권과 피선거권의 요건은 헌법과 법률에 상세하게 명시하여 국가권력에 의해 자의적으로 침해되거나 박탈당하는 것을 방지해야 한다. 또한 선거운동의 자유도 헌법차원에서 명시하고, 선거의 공정성을

보장하기 위한 방안을 법률에서 구체화할 필요가 있다.

특히 현행 북한 헌법과 「각급인민회의 대의원선거법」은 선거권 및 피선거권의 요건을 구체적으로 정하지 않아 자의적인 침해나 배제가 가능한 상황이므로, 선거권 및 피선거권에 대한 조항들은 통일 후 폐지하는 것이 바람직하다. 완전한 통일을 이루기 전에 북한의 실체를 잠정적으로 인정하기 위해 설정할 수 있는 과도적 기간에도 동 조항들의 잠정적 적용은 배제해야 한다.<sup>372)</sup>

#### 다. 선거구제도와 대표제도

##### (1) 기본방향

통일한국에서 대표자를 선출하는 선거구제와 대표제를 어떻게 설계할지도 중요한 문제이다. 전술한 바와 같이 선거구제 및 대표제는 각각의 제도적 장점과 단점이 존재하므로, 이를 제도 자체만으로 평가할 수 없으며, 정부형태, 정당제도, 연방제여부, 인구의 숫자, 국민의 정치의식 등에 따라서 그 채택 여부가 결정된다. 다만, 선거구와 대표제는 통일한국에서 남북한 주민의 사회심리적 통합에 보다 유용한 제도를 채택하는 것이 바람직할 것이다.<sup>373)</sup>

##### (2) 지역구 국회의원 선거의 경우

국회의원 선거의 경우에는 국민대표성, 지역대표성이 고르게 보장되어야 한다. 남북한 주민의 인구차이, 현행 남한의 소선거구 다수대표제에 따른 사표발생과 지역주의 등의 문제점을 고려하면, 통일한국에서 현행 소선거구 다수대표제를 그대로 유지하기는 어렵다. 중선거구 다수대표제를 도입함으로써 통일 후 신설될 수 있는 정당들을 정치의 사결정 과정에 적극 편입시킬 필요가 있다. 이를 통해 통일 후 북한 지역에 등장할 신생 정당들이 남한의 기존 거대정당들의 영향력으로

372) 서울대학교 헌법·통일법센터, 통일선거법제의 방향, 2014.10.31. 57-58면.

373) 서울대학교 헌법·통일법센터, 통일선거법제의 방향, 2014.10.31. 61면.

부터 자유롭게 북한지역 주민들의 의사를 전달할 수 있도록 지원할 필요가 있다. 다만, 중선거구제가 도입될 경우 군소정당들이 난립할 수 있다는 우려도 제기되지만, 자유민주적 기본질서를 부정하는 위헌 정당만 아니라면 정당간의 경쟁과 통합 등의 과정을 통해서 자연스럽게 해결될 수 있는 문제라고 본다.

### (3) 지역구 지방의회의원 선거의 경우

지방의회의원선거는 그 본질이 지방주민의 의사를 기초단위에서부터 수렴하는 데 있다는 점에서 국회의원선거와 구별된다. 국민대표성과 지역대표성을 모두 가지는 국회의원과는 달리 기초의회의원은 지역주민의 대표라는 인식에 기초하여야 한다. 따라서 지역구지방의회의원은 지역주민과 밀착될 수 있는 인사로서 매우 세분된 읍면동 단위의 대표자를 선출할 필요성이 있다. 즉, 현행 중선거구 다수대표제를 취하고 있는 기초의회의원선거의 대표제에 대해서는 소선거구 다수대표제의 도입을 고려할 만하다.<sup>374)</sup>

### (4) 비례대표의원 선거의 경우

단원제 의회를 상정할 경우, 통일한국의 비례대표의원 선거는 북한주민의 의사가 반영될 수 있는 중요한 수단이 된다. 특히, 통일합의서 체결과정에서 비례대표국회의원의 수를 의회 정원의 절반에 육박할 정도로 증원하고, 북한지역에 남한지역과 같은 수 내지 상응하는 수의 비례대표의원의 수를 인정하는 방안을 고려해 볼 만하다.<sup>375)</sup>

## 라. 선거관리기구

통일한국에서도 공정한 선거, 국민투표, 정당의 관리를 위하여 선거관리위원회를 헌법기관으로 존속시키는 것이 바람직하다. 통일후의

374) 성낙인, 앞의 책, 174면.

375) 서울대학교 헌법·통일법센터, 통일선거법제의 방향, 2014.10.31. 59면.

선거와 정당운영에 있어서는 다양한 시행착오가 발생할 가능성이 매우 크며, 특히 북한지역의 민주화로 인해 예상하기 어려운 다양한 문제들이 발생할 수 있다. 이러한 문제를 공정하고 효율적으로 해결하기 위해서는 정치적 중립성과 전문성에 입각한 독립적인 선거관리조직은 필수적이다. 다만, 그 기관을 단순한 행정기구로 할지, 준사법기구로 할지에 대해서는 논의의 여지가 있으나, 군소정당들의 정당자격에 대한 심사, 국고보조여부에 대한 결정, 선거의 적법성여부의 판단 등은 일차적으로 선거관리위원회의 권한으로 두는 것이 바람직하다.

### 제 3 절 입법부

체제전환과정과 통일 이후의 헌법은 통일 과정과 통일 이후 정치적·사회적 갈등관계로 인한 혼란과 분쟁을 정치적·행정적·사법적 제도를 통하여 보다 합리적이고 평화적으로 해결할 수 있어야 하고, 통일 이후의 통일헌법은 이러한 문제의 해결을 위한 바람직한 입법부, 사법부의 기능과 구성 등의 권력구조에 관한 설계를 담고 있어야 한다.

#### I. 입법부와 의회제도

의회란 “민주적 선거를 통해 국민의 대표자로 선출된 자들로 구성된 합의체 기관”으로 정의된다. 국민을 대표해 국가의사를 결정하고 정부의 활동에 대해 견제를 하는 국가기관이다. 이렇듯 국민의 선고로 구성된 의회가 국가의사 결정의 중심이 되는 정치원리를 ‘의회주의’라 부른다.<sup>376)</sup>

이러한 의회를 구성하는 제도가 ‘의회제도’이다. 의회제도는 크게 단원제와 양원제로 대별된다. 단원제든 양원제든 각 나라들의 특수한 정치상황에 바탕해서 만들어진 것이므로 같은 단원제 국가와 양원제

376) 허영, 「한국헌법론」, 박영사, 2012, 898쪽

국가들 사이에서도 의회제도 운영의 구체적인 모습은 상이하고 다양하게 나타난다.

### 1. 단원제

‘단원제’란 의회가 하나의 합의체 기관으로 구성되는 의회제도를 말한다. 양원제에 비해 역사가 짧다. 보통 국민에 의해 직접 선출된 의원들로 구성된다. 루소(Rousseau)와 시에예스(Sieyez)가 사상적 기초를 제공하였다. 특히 시에예스는 “만일 제2원이 제1원과 다른 결정을 한다면 제2원은 무용지물이 될 것이고, 제2원이 제1원과 다른 결정을 한다면 제2원은 유해한 존재가 될 것이다.”라고 하여 양원제의 모순을 지적하였다.<sup>377)</sup>

현재 전 세계적으로 봤을 때, 우리나라를 비롯하여 덴마크, 스웨덴, 노르웨이, 포르투갈, 아이슬란드, 이스라엘, 뉴질랜드, 파나마 등 약 60여개국에서 단원제 의회를 운영하고 있다. 이러한 단원제 국가들은 인구가 많지 않고 국토가 크지 않은 동질적 사회를 이루고 있는 경우가 많다.<sup>378)</sup>

단원제와 양원제는 정반대되는 특성을 가지기 때문에 단원제의 장점은 양원제의 단점이 되고 단원제의 단점은 양원제의 장점이 된다.

단원제의 장점으로는 첫째, 하나의 합의체 기관으로 이루어지므로 의원심사가 신속하게 수행될 수 있고, 둘째, 항상 상원과 양원의 충돌 가능성이 있는 양원제에 비해 대정부 견제권을 더 강력하게 행사할 수 있으며, 셋째, 의회를 책임소재를 분명히 할 수 있다는 점이 거론될 수 있다.

다음으로 단원제의 단점으로는 첫째, 의안처리가 신중하지 못하고 졸속으로 이루어질 수 있고, 둘째, 원내다수파의 횡포를 막기 어려우며,

---

377) 허영, 위의 책, 910쪽

378) 안성호, 「양원제 개헌론: 지역대표형 상원 연구」, 신광문화사, 2013, 22쪽

셋째, 입법부와 행정부가 대립할 때 이 대립을 중재하고 완화시킬 기관이 존재하지 않는다는 점이 거론될 수 있다.

그 나라의 정치적 상황이나 수준, 사회구조에 따라 이러한 단원제의 장점과 단점 중 어떤 것은 더 두드러지고 어떤 것은 덜 두드러질 수 있다.

## 2. 양원제

양원제란 의회가 상원과 하원 두 개의 합의체 기관으로 구성되는 의회제도를 말한다. 양 합의체 기관의 의사가 일치할 때에만 이를 의회의 의사로 간주한다. 양원제 하에서 각 합의체 기관에 대한 명칭은 나라에 따라 다양하다. 상원을 민의원, 평민원 등으로 부르고 상원을 참의원, 귀족원으로도 부른다.

양원제의 기원은 영국이다. 영국 의회가 상원인 귀족원(House of Lords)과 하원인 평민원(House of Commons)으로 구성된 것에 양원제가 뿌리를 두고 있다. 현재 양원제를 채택하고 있는 나라는 77개국에 이른다.<sup>379)</sup> OECD국가 34개국 중 양원제를 채택하고 있는 나라는 56%인 19개국에 이른다. 현재 영국, 프랑스, 독일, 미국, 이탈리아, 캐나다, 일본, 스위스 등에서 양원제를 채택하고 있다. 여기에서 알 수 있는 바와 같이 양원제는 일반적으로 연방국가나 다민족국가 등에서 지역이익의 대표나 사회 통합을 목적으로 채택되고 있다.

양원제는 상원이 무엇을 대표하는가를 기준으로 신분대표형 양원제, 직능대표형 양원제, 지역대표형 양원제, 제2의 국민대표형으로 나눌 수 있다.

첫째, 신분대표형 양원제는 상원이 귀족 신분을 하원이 평민 신분을 대표하는 양원제를 말한다. 영국이 대표적인 예이다. 그러나 이런 국가

379) 국제의원연맹(IPU) 홈페이지인

<http://www.ipuy.org/parline-e/ParliamentsStructure.asp?REGION=All@LANG=ENG> 참조.

들에서 상원의 역할과 권한은 하원에 비해 현저히 약하다.

둘째, 직능대표형 양원제는 상원이 일정 직업군을 대표하도록 구성하는 양원제를 말한다. 직능대표형 양원제를 구현하려는 노력들은 과거 여러 나라들에서 있었으나 성공한 경우는 아일랜드가 유일하다. 아일랜드 상원은 60명의 의원으로 구성되며 이 중에서 11명은 지명직이고 49명은 선출직이다. 선출직 상원의원 49명 중에서 3명은 아일랜드 국립대학에서, 3명은 더블린 대학에서 선출하며 그 이외 43명의 상원의원은 후보자패널에서 선출하는데 후보자 패널은 농업 및 수산업 분야, 문화 및 교육분야, 상업 분야, 노동 분야, 공공행정분야로 이루어지며 한 패널에서 5명 이상 11명 이하의 상원의원을 선출한다. 그러나 이러한 직능단체별 후보 선출과정에 깊이 정당들이 관여해 직능단체의 이해관계보다는 소속 정당이 어딘가 표결에 더 큰 영향을 미치는 한계를 드러내고 있다.<sup>380)</sup>

셋째, 지역대표형 양원제는 단일국가 및 연방국가에서 상원이 지역을 대표하도록 구성하는 양원제를 말한다. 여러 상원의 모델 유형 중 가장 많이 채택되고 있는 양원제의 유형이다. 미국, 독일, 캐나다, 호주, 일본, 스페인, 제2공화국 시절의 우리나라가 여기에 속한다. 지역 균형발전과 지역갈등 해소에 이바지하는 장점을 가진다.

넷째, 제2의 국민대표형 양원제는 상원도 하원처럼 국민의 직접선거로 구성하여 상원과 하원을 모두 국민대표형으로 운영하는 양원제를 말한다. 이탈리아 상원이 대표적인 예이다. 이탈리아 상원의원의 수는 315명이고 이 중에서 6명은 해외의 선거구에서 선출된다. 상원의원 1명을 선출하는 발레다오스타, 2명을 선출하는 몰리세를 제외한 나머지 주들에서는 상원의원의 수가 7명 이상이다. 각 주의 상원의원의 수는 최근 총인구조사에서 나온 주의 인구에 비례해서 결정된다. 25세

---

380) 송석윤, “양원제의 도입방안에 대한 연구” 『헌법학연구』 제14권 제4호, 한국헌법학회, 2008, 332쪽



이상 이탈리아 국민의 보통·직접선거에 의해 상원의원이 선출되며 선거일 현재 40세 이상인 이탈리아 국민만이 피선거권을 가진다. 이러한 이탈리아의 상원은 하원과 비슷한 구성방식에 따라 구성되다 보니 대표성뿐만 아니라 기능면에서도 하원과 크게 다르지 않다는 비판을 받고 있다.<sup>381)</sup>

## II. 다른 통일국가들의 의회제도에 대한 비교법적 검토

분단국가로 있다가 통일국가가 된 나라들에서 채택한 입법부의 의회제도가 무엇이며, 그 의회제도가 통일국가로의 체제 전환과정에서 어떤 역할을 했는지를 살펴보아야 할 것이다. 이를 위해 분단국가였다가 통일을 맞이한 독일과 예멘에 대한 비교법적 검토를 수행한다. 이 두 나라들에서 통일 이전의 의회제도는 각각의 분단국들에서 어떠한 것인지, 그리고 통일 이후의 의회제도는 어떻게 바뀌었는지, 그리고 이들 두 나라에서의 통일 이후의 의회제도들이 체제 전환과정에서 연방제와 어떤 관련을 맺으면서 어떤 기여를 했는지를 심층적으로 분석한다.

### 1. 독일의 경우

독일연맹시대인 1815년부터 1866년까지 유지되었던 ‘연방회의’(Bundesversammlung)을 효시로 하여, 독일제국이 1871년에 수립된 후 독일연방의회가 하원인 제국의회(Reichstag)와 상원인 제국참사원(Reichsrat)로 이루어지는 양원제가 시작되게 되었다. 제1차 세계대전 후 1918년에 바이마르 공화국이 수립되고 이러한 양원제는 이어졌으며 제2차 세계대전 이후에는 독일이 주지하는 바와 같이 서독과 동독으로 분단되었다.

381) 송석훈, 위의 글, 331쪽

## (1) 독일 통일 전의 의회제도

### 1) 서독의 의회제도

1949년에 서독은 헌법 대신에 기본법(Grundgesetz)을 제정하고<sup>382)</sup> 이 서독의 기본법은 독일 통일을 전제로 한 과도기적인 서독의 국가질서를 규정하고 있었다. ‘헌법’(Verfassung)이 아니라 ‘기본법’(Grundgesetz)이라 부른 이유는 영원한 독일의 국가질서가 아니라 분단상황의 ‘잠정적인 질서’만을 염두에 두었기 때문이다. ‘기본법’이라는 명칭에는 독일인들이 자유로운 자기결정으로 독일의 통일과 자유를 완성시키겠다는 의지가 반영되어 있는 것이다.<sup>383)</sup>

실제로 서독의 기본법에는 그 기본법이 우선적으로는 서독지역에 잠정 적용된다는 점을 명시하여 독일 통일의 가능성을 열어두었고 동독 부분이 서독에 편입된 후에는 서독기본법이 편입된 지역에도 효력을 가질 수 있다고 규정함으로써 통일의 방법을 제시했다. 즉, 서독기본법 제23조는 “기본법의 적용범위”라는 제하에 “이 기본법은 우선 바덴, 바이에른, 브레멘, 대-베를린, 함부르크, 헤센, 니더작센, 노르트라인-베스트팔렌, 라인란트-팔츠, 슐레스비히-홀슈타인, 뷔르템베르크-바덴, 뷔르템베르크-호엔졸레른의 제 주영역에 적용된다. 독일의 그밖의 지역에 대해서는 편입 후에 기본법이 효력을 발생한다.”고 규정했다. 더 나아가 서독기본법 제146조는 “기본법의 유효기간”이라는 제하에 “이 기본법은 독일 국민이 자유로운 결정으로 의결한 헌법이 효력을 발생하는 날에 그 효력을 상실한다.”고 규정하여 통일 후의 독일 국민이 새로운 헌법을 채택하면 그 날로부터 서독헌법은 효력을 상실하게 된다고 함으로써 제2의 통일 방법도 미리 규정해 놓았다. 서독

382) 이러한 서독의 기본법은 통일 이후에도 통일독일의 기본법으로 까지 이어지게 된다.

383) 장명봉, 「분단국가의 통일헌법 연구: 독일과 예멘의 통일사례와 자료」, 국민대출판부, 1998, 151-152쪽

기본법은 연방주의 하의 자유민주주의 국가를 규정했으며 과거 1800년대 독일연맹 시대의 전통에 따라 지역대표성을 갖는 상원인 연방참사원과 인구대표성을 갖는 하원인 연방의회를 두는 양원제 의회제도를 채택했다.

우선 연방참사원을 살펴보면, 서독 기본법 제51조 제1항에 따라 연방참사원은 각 주(州)정부 구성원으로 구성되고 그들은 주정부에 의해 임면되었다. 서독 기본법 제51조 제2항에 의해, 연방참사원 의원의 수는 각 주 인구수에 비례해 정해졌으며 어떤 주든 3명의 참사원 의원을 임명할 수 있었고 인구 200만명 이상의 주는 4명의 참사원을, 인구 600만명 이상의 주는 5명의 참사원을 임명했다. 참사원 의원들은 지역대표성을 가지고 지역의 이해관계를 연방정부에 반영하는 기능을 수행했던 것이다. 연방참사원 의장의 임기는 1년이였다. 연방참사원은 연방하원에서 의결된 법률에 대해 동의권을 가졌고, 연방정부의 법률안에 대해서는 연방하원보다 연방참사원이 우선심사권을 가졌다.

서독기본법은 연방상원과 연방하원의 의원들이 같이 참여하는 합동위원회에 대해서도 규정했다. 합동위원회의 3분의 2는 연방의회 의원으로 구성하고 나머지 3분의 1은 연방참사원 의원으로 구성한다고 명시했다.<sup>384)</sup> 연방정부는 국가 방위상 긴급사태에 대한 정부의 계획에 대해 합동위원회에 반드시 보고해야 할 의무를 부담했다.

## 2) 동독의 의회제도

동독은 최고의 국가의사결정기관으로 인민회의(Volkskammer)를 두었다. 인민회의는 헌법제정기관이자 입법기관이었다. 500명의 인민회의 대의원들은 5년의 임기를 누렸다. 의장과 부의장이 있었다. 물론 인민회의는 법률안제출권을 가졌고, 인민회의 이외에도 국가평의회, 각료회의, 자유독일노동조직연맹이 법률안제출권을 가졌다. 인민의회

384) 서독기본법 제53a조

에는 또한 국가기관구성권이 있어서 국가평의회 의장 및 의원, 국방위원회 의장, 대법원장과 판사, 검찰총장 등을 선출했다.

동독의 최고 행정기관으로서 인민의회 내에 국가평의회(Staatsrat)를 두었다. 국가평의회 의장, 부의장, 의원 및 서기를 인민의회에서 선출했으며 이들의 임기는 5년 이었다. 국가평의회는 동독을 대표하며, 헌법, 법률, 인민회의의 의결에 의해 위임된 업무를 수행했는데 업무수행에 대해 인민의회에 책임을 졌다. 국가평의회는 또한 외교에 관한 권한들을 가졌다. 비준을 필요로 하는 조약에 대한 비준 및 공포권을 가지고 있었고 외국 외교관의 신임장과 소환장을 접수하였다. 또한 국방에 관한 권한도 가졌다. 국방 및 안보문제에 대한 결의권을 가졌고 국방위원회 위원 소집권도 가졌다. 이 외에도 대법원과 검찰총장의 활동에 대한 감독권, 특사권을 가졌다.

그러나 인민의회는 명목상의 최고국가권력기관에 불과했고 실제로 권한행사는 사회주의통일당(SED)에 의해 이루어졌다. 국가의 모든 권한은 이렇듯 국가기구를 장악한 사회주의통일당에 집중되었기 때문에, 의회제도는 당을 위한 기구에 불과했다.

## (2) 독일 통일 이후의 의회제도

서독이 독일을 흡수하는 방식의 흡수통일이 이루어졌기 때문에 통일 이후의 독일에서도 서독의 의회제도가 그대로 이어졌다. 예를 들어, 현재 독일의 지역대표형 상원은 서독시절의 연방참사원이 그대로 이어진 것이다.

### 1) 연방하원인 연방의회(Bundestag)

독일 통일 후 독일기본법에는 여러 부분에 걸친 개정이 이루어졌으나 서독의 연방하원인 연방의회에 관한 부분에서 개정된 내용은 거의 없었다. 독일 연방의회 의원들은 보통, 직접, 자유, 평등, 비밀 선거로

선출되고 국민의 대표로서 양심에 따라 행동한다. 연방의회 의원들은 연방상원인 연방참사원의 의원들이 주정부의 위임과 지시에 구속되는 것과는 달리 헌법적으로 독립성이 보장된다. 그 이유는 연방의회 의원들의 선출방식에서 찾을 수 있다. 독일의 연방의회 의원 선출방식은 다수대표제와 함께 비례대표제를 가미하고 있다는 점에 특징이 있다. 한 선거구에서 그 선거구의 후보자에게 투표하는 인물투표와 정당에서 작성한 후보명단을 보고 유권자가 그 정당에게 투표하는 정당투표로 구분되는 1인 2표제를 실시하는 것이다. 이후 정당투표로 정당별 총 의석수를 정한 후에 인물투표로 뽑힌 지역구 당선자를 빼 나머지를 비례대표로 채운다. 이러한 연방의회 의원 선출방식이 독일의 정당정치를 더욱 강화시키는 경향이 있다고 한다.<sup>385)</sup>

연방의회 의원의 임기는 4년이다. 연방정부 공무원들에 대한 출석요구권, 조사위원회 구성권, 외무·국방위원회 설치권, 의원의 형사면책과 불가침권, 증언거부권이 인정된다. 이상의 내용들은 통일 이후에도 바뀌지 않았다.

## 2) 연방상원인 연방참사원

연방참사원과 관련해서는 독일 통일을 전후하여 우선 기본법 규정에서 변화가 있었다. 서독기본법은 “각 주(州)는 연방참사원을 통하여 연방의 입법과 행정의 사무에 참여한다.”고<sup>386)</sup> 규정했지만, 통일 후의 독일기본법은 “각 주는 연방상원을 통하여 연방의 입법과 행정 그리고 유럽연합의 사무에 협력한다.”고<sup>387)</sup> 규정함으로써 연방참사원의 유럽연합 사무에 대한 협력 임무를 추가했다. 또한 이와 관련하여 독일 기본법에 “연방참사원은 유럽연합의 사무를 위하여 유럽회의를 구성

385) 장명학, “독일연방의회 구성의 정치적 특성: 연방의회 선거제도를 중심으로” 『현대사회와 정치평론』 제3권, 한국정치평론학회, 2008, 60쪽

386) 서독기본법 제50조

387) 독일기본법 제50조

하며 유럽회의의 결정은 연방참사원 결정의 효력을 가진다. 제51조 제2항과 제3항 제2문은 준용된다.”라는<sup>388)</sup> 규정을 추가했다.

독일의 연방상원인 연방참사원의 의원들의 선출은 과거 서독기본법의 선출방식을 유지했고 “인구 700만 이상의 주는 6개의 표결권을 갖는다.”라는<sup>389)</sup> 조항만 독일기본법에 추가되었을 뿐이다. 연방참사원의 의원들은 독일 전국에서 치러지는 조직적인 선거에서 선출되는 것이 아니라 수시로 주정부에 의해 임명되는 것이다. 이런 이유로 연방참사원은 주정부의 이해관계나 지역문제를 연방의회에 직접 전달하여 논의하게 하는 지역대표의 기능을 수행하면서 연방정부와 주정부, 그리고 주정부들 상호간에 의존성을 높이는 기능을 수행한다.<sup>390)</sup> 이러한 연방참사원을 통해 통일 후의 독일에서는 자연스럽게 구동독지역의 주(州) 이익을 대표하게 해 동독주민들의 이해관계를 연방정부에 반영하는 중요한 기능을 하고 있다.

서독기본법에 규정되었던 연방참사원의 많은 권한들이 통일 이후의 독일기본법에도 그대로 이어졌다. 독일기본법에 규정되어 있는 법규 명령과 일부 연방법률 및 행정규칙은 연방참사원의 동의를 얻어야만 제정될 수 있으며, 연방참사원은 예산의 확정, 재정 관련 결정 등에 참여한다. 또한 연방참사원은 연방 헌법재판소 재판관의 반수인 8인의 헌법재판관을 선출하며, 연방의회와 함께 대통령탄핵소추권을 행사할 수 있다. 이렇듯 연방참사원은 연방입법이나 연방행정에 참여하고 협력할 의무를 부담하기는 하나, 최종적인 결정을 내릴 수 있는 권한은 없다. 이런 이유로 연방참사원이 연방의회나 연방정부와 동등한 권한이나 권능을 가질 수는 없다.

---

388) 독일기본법 제52조 제3항의a

389) 독일기본법 제51조

390) Konrad Reuter, Secretary General of the Bundesrat ed., The Bundesrat and the Federal System, 14<sup>th</sup> ed., Berlin, 2009, p.4

### 3) 연방의회와 연방참사원의 관계

통일 독일에서 의회는 하원인 연방의회의 권한이 상원인 연방참사원의 권한보다 크다. 입법권은 명목적으로는 연방의회와 연방참사원 모두에게 속해 있지만 실질적인 입법권은 연방의회에 있다. 예를 들어, 연방의회는 연방법률을 제정할 권한을 가지는데 비해 연방참사원은 연방의회의 법률 제정에 대해 이의 제기만 가능하다. 또한 연방참사원과 연방의회가 모두 법률안제출권을 가지지만 연방참사원은 연방의회의 의결에 대해 거부권을 행사할 수 없다.

#### (3) 통일 독일의 의회제도가 우리에게 주는 시사점

통일 이후 독일기본법은 연방상원인 연방참사원의 주별 할당수를 조정했다는 점이 우리에게 시사하는 바가 적지 않다고 본다. 독일의 통일은 이미 앞에서 살펴본 바와 같이 동독이 서독에 편입하는 방식으로 이루어졌다. 연방제를 유지했던 서독의 입장에서는 기존의 동독 지역에 새로운 주(州)가 생긴 것이다. 그러나 독일의 통일은 지역적 통합에 그치는 것이 아니라 동독과 서독의 진정한 ‘통일’을 의미하는 것이라 믿었기 때문에 독일기본법은 동독 주민들의 의사와 이해관계가 통일 독일의 연방정부에 잘 전달될 수 있도록 각 주의 상원의원수에 조정을 가했다. 즉, 서독 지역들과의 형평성을 크게 해치지 않는 선에서 동독주민들과 서독주민들의 이해관계가 균형 있게 대표될 수 있도록 연방상원인 연방참사원 의원들의 수를 잘 조정한 것이다.

## 2. 예멘의 경우

예멘은 1583년 이후로부터 오스만 터키의 지배를 받았다. 이러한 예멘이 남북예멘으로의 영토적 분단이 시작된 것은 1839년에 영국이 남예멘지역을 점령하게 되면서부터 이다. 이후 1918년 제1차 세계대전

에서 터키가 패전하면서 북예멘은 이맘왕조가 지배하는 독립국가로 존재하다가 1962년 군사쿠데타로 ‘예멘아랍공화국’이 수립되었다. 그 후 1967년에 남예멘이 영국으로부터 독립해 남예멘인민공화국을 수립하면서 예멘은 분단국가로서의 길을 걷게 되었다.

이러한 남북예멘의 통일은 독일과는 달랐다. 독일이 동독이 서독에 흡수되는 흡수통일의 방식을 따랐다면, 예멘은 통일헌법을 제정하여 그에 따라 통일을 이루었다. 다음에서 예멘의 통일 과정과 의회제도의 변화를 살펴본다.

### (1) 통일 전의 의회제도

#### 1) 남예멘의 의회제도

‘예멘인민민주주의공화국’이라는 정식 명칭을 가졌던 남예멘은 사회주의 체제의 국가였다. 헌법 제3장에서 국가기관에 대해 다루었고 그 중 제1절에서 최고인민회의에 대해 규정했다. 제1절의 헌법 규정들에 따르면 남예멘의 최고인민회의는 직접선거로 선출되는 3년 임기의 101명의 위원들로 구성되었다. 최고인민회의는 위원장 1명, 비서장 1명, 위원 3명으로 이루어진 상임위원회를 구성하여 헌법에 최고인민회의의 임무로 규정한 것들 이외의 책무를 보게 하였다.

남예멘에서 최고인민회의는 그야말로 최고권력기관이었다. 국정원칙을 결정하고 집행하며 법률을 공포할 수 있고, 국가경제개발계획을 협의하고 결정하며, 예산안과 결산안을 승인했다. 또한 방위, 동맹, 평화에 관한 국제간 정치협정, 국제적 경제협정, 공화국의 영토 변경, 국가의 재정계약, 입법화될 협정 등에 관한 사항을 승인했다.

최고인민회의는 국가기관구성권도 가졌다. 대통령평의회 의장과 위원을 선출했고, 대통령평의회의 제청으로 총리와 국무위원을 선출했다. 과반수 이상의 출석으로 개회했고 출석위원 과반수 이상의 찬성으로 의회결정이 결의되었다. 최고인민회의나 위원회 내에서 직무상



행한 발언에 대해서는 책임지지 않으며, 최고인민회의의 동의 없이 형사상 처벌도 받지 않았다.

## 2) 북예멘의 의회제도

북예멘은 입헌공화국으로서 3인 내지 5인으로 구성된 공화국 평의회가 국가의 대통령 직무를 행하는 회의제 정부형태를 취하였다. 북예멘 헌법의 제1장에서는 첫 번째 권력기관으로서 입법의회에 대해 규정했다. 입법의회는 최고의 입법기구로서 민주적인 선거를 통해 선출된 159명의 의원으로 구성되었다. 의원이 되기 위해서는 예멘 국적으로 가진 25세 이상의 성인이어야 했고 문맹이 아니며 품행이 방정하고 종교의식을 지키며 부도덕한 행위로 구속된 적이 없고 공직자가 아닐 것이 요구되었다. 임기는 4년이었고 1차 회의에서 의원 중에서 의장, 부의장 2명, 사무총장을 선출했다. 입법의회 의원과 장관을 새로운 법률안이나 법률개정안을 제출할 수 있는 권한을 가졌고 회의록에 있는 의견이나 입법의회 및 위원회에서 직무수행과 관련된 투표를 행한 경우에 이에 대해 책임을 지지 않도록 규정되어 있었다.<sup>391)</sup> 또한 입법의회는 정부와 내각에 대한 해임결의권을 보유했다.

## 3) 소결: 남예멘과 북예멘의 의회제도가 주는 시사점

남예멘에서 헌법상 입법기구로는 최고인민회의와 대통령평의회가 존재하였다. 남예멘에서는 대통령평의회가 최고인민회의가 개최되지 않는 동안 헌법과 법률에서 정한 기본적 업무 및 최고인민회의의 결의사항을 수행하였다. 남예멘은 기본적으로 사회당 독재의 중앙집권제 체제를 유지하고 있었으므로 권력이 소수 집권자에게 집중되었고 집권자는 개인적 유대관계와 충성심에 의존해 정권을 유지했고 선거가 민주적으로 치루어지지도 않았다. 따라서 남예멘의 의회제도도 집권

391) 예멘아랍공화국 헌법 제68조

자를 위해 운용될 수밖에 없는 한계를 지니고 있었다.

북예멘은 입헌공화제를 취했으며 정당을 허용하지 않았다. 범국민정치기구인 ‘예멘아랍연맹’이 정치를 독점했고 정부의 실질적인 권력은 이집트의 군사혁명 정부를 모방한 혁명지도회의가 장악했기 때문에 실질적으로는 군사독재체제가 유지되었다. 이러한 정치적 배경 하에서 입법의회는 헌법상 최고 입법기구로 법률안 제출권을 가지고 있었지만 대통령에 해당하는 공화국평의회 의장은 이의서를 첨부해 법률안을 거부할 수 있었고 입법의회를 해산시킬 수도 있었으므로 의회가 제대로 된 기능을 수행하지 못했다. 입법의회는 근대적 의미의 의회라기보다는 대통령 중심의 군사독재체제 하에서 많은 한계를 가지는 기구였다.

## (2) 통일 후 예멘공화국의 의회제도

1989년 11월 30일 아덴에서 양국 정상은 통일헌법안에 서명하면서 통일 논의가 급물살을 타게 되었고 1990년 5월 20일에 군대를 통합하고 다음 날인 5월 21일에 통일헌법안에 대한 양국 의회의 승인을 거친 뒤 5월 22일 통일의회를 구성해 통일을 선포하였다. 이로써 통일예멘인 ‘예멘공화국’이 탄생하였다.

과도기 합의서 제1조에서는 1990년 5월 22일자로 북예멘과 남예멘이 통일을 완성함을 명시했으며 제3조 후단부터 제5조에 걸쳐 의회의 구성, 자문위원회의 구성, 예멘공화국 정부의 구성을 명하고 있었다.

이 과도기 합의서의 발효로 구성된 과도기 의회는 북예멘 의회의원 159명 전원과 남예멘 최고인민회의 의원 111명 전원, 그리고 대통령 평의회 결의안이 발표하는 31인의 의원들로 구성되었다. 통일 예멘 의회의 의장으로는 남예멘의 내각총리였던 누만이 선출되었다. 이렇듯 남북예멘의 기존 정치엘리트들을 그대로 흡수한 과도기 의회는 과도기 정부의 정책에 대한 기득권 세력들의 협조를 얻기가 어려워 새로운

정책의 입안과 집행에 곤란을 겪었다. 우여곡절 끝에 정책이 입안되어도 국가적 차원에서 그 정책이 운용되지 않고 기존 정치세력들의 편익에 따라 정책이 집행되는 상황이 발생하는 등 과도기 의회는 제대로 된 역할을 수행하지 못했다. 통일이 이루어졌으나 정치적 혼란은 극에 달했다. 집권당이었던 북예멘의 ‘국민회의’와 남예멘의 ‘예멘사회당’ 이외에도 30여개의 정당들이 세워져 정치적 불안정이 심해졌을 뿐만 아니라 보수적 부족세력과 이슬람원리주의자들이 만든 ‘이슬람개혁당’이 반정부 활동까지 펼쳤다. 이러한 정치적 혼란 속에 1993년 4월 27일에 첫 총선이 실시되었다.<sup>392)</sup>

총선 개표의 결과 국민회의는 85만표, 예멘사회당 65만표, 이슬람개혁당이 50만표를 획득하여, 국민회의가 121석, 이슬람개혁당이 62석, 예멘사회당이 56석을 차지하였다. 이슬람근본주의집단인 이슬람개혁당이 남예멘을 제치고 제2당을 차지하게 된 것이다. 예멘사회당과 국민회의는 총선 이후에 권력구조 등에 관해 다른 입장을 드러냈고 예멘사회당의 당수였던 알비드가 새 정부의 부통령직을 거부하고 자신의 고향으로 돌아가 버리는 일이 벌어졌고 결국 남북예멘 지도자간의 갈등이 각각의 세력에 의해 통제되던 남북예멘 군대의 충돌을 야기해 1994년 4월에 전면적인 내전이 발생하였다.<sup>393)</sup>

통일예멘 의회의 구성과 권한에 대해 살펴보자. 통일예멘의 의회는 단원제를 취했었다. 자유, 평등, 직접, 비밀선거에 의해 선출하는 301명의 의원들로 구성했었다. 그러나 현재 통일 예멘의 의회는 양원제를 취하고 있다. 301명이었던 의원수는 6년 임기로 국민에 의해 선출되는 하원으로 바뀌었고 상원은 111석으로 대통령에 의해 지명되는 방식을 취하고 있다. 선거구는 소선거구제를 취했다.<sup>394)</sup> 선거권을 가지려면 예

392) 장명봉, 앞의 책, 134쪽

393) 김국신, “예멘 통일방식이 한반도 통일에 주는 시사점” 『예멘통일의 문제점』, 민족통일연구원, 1994. 22-23쪽

394) 예멘공화국 헌법 제41조

멘국적을 가지고 18세 이상의 연령에 달해야 한다. 의원 피선거권을 가지려면 예멘국적으로 가지고 25세 이상으로 글을 읽고 쓸 줄 알아야 한다.<sup>395)</sup> 의원 임기는 4년이며 의원들의 임기가 끝나기 최소 60일 전에 새로운 의회구성원을 선출하는 선거를 실시해야 한다.<sup>396)</sup>

의회의 회의는 의사공개가 원칙이며, 예외적으로 의장, 대통령, 행정부가 요구하거나 20명 이상의 의원들이 요구할 때에는 비공개 회의도 가능하다. 회의가 열리기 위해서는 의원들 과반수의 출석이 필요하며 헌법이나 의회규칙에 따로 정족수를 규정하지 않는 한 절대 과반수의 찬성으로 의결이 이루어진다.<sup>397)</sup>

의회는 사회·경제개발계획을 제정하고 일반예산과 최종회계를 승인한다. 국제조약과 국방, 동맹, 휴전, 평화 또는 국경선 등에 관한 협약도 비준한다.<sup>398)</sup> 행정부 견제권의 하나로 의원들은 정부에 대한 신임을 철회할 수 있고 이러한 신임 철회는 총리나 그 대행자에 대해 설명 요구를 한 이후에 가능하다.<sup>399)</sup>

그러나 앞에서 본 바와 같이 통일예멘 선포 이후의 과도기 의회는 북예멘과 남예멘의 세력을 대등한 비율로 하여 구성했지만 첫 총선의 결과 남예민의 예멘사회당은 제3당으로 밀려나게 되어 남예멘측 세력은 통일정부에서 소외감을 느끼게 되었고 이것이 내전으로까지 이어지게 되었다. 여기에서 알 수 있듯이 불균형적인 의회 구성과 권력 배분은 통일 예멘에서 중요한 갈등요소가 되었다.<sup>400)</sup>

---

395) 예멘공화국 헌법 제42조

396) 예멘공화국 헌법 제43조

397) 예멘공화국 헌법 제55조와 제56조

398) 예멘공화국 헌법 제48조

399) 예멘공화국 헌법 제74조

400) 박정배, “통일대비 독일과 예멘의 통일헌법체제에 관한 법적 고찰” 『법학논총』 제33집, 숭실대학교 법학연구소, 2015, 150-157쪽

## (3) 통일 예멘의 의회제도가 우리에게 주는 시사점

내전 이후에 남예멘은 1994년 5월 21일에 통일예멘으로부터의 분리를 선언해 통일 후 4년 만에 다시 남북예멘이 분단되었지만 살레 대통령의 강력한 군사적 진압정책을 통해 결국 무력통일로 재통일 되었다. 무력통일이나 흡수통일이 아닌 평화통일을 이루기 위해 통일선포 후 과도기를 설정해 통합으로 인한 후유증을 줄이려 했고 통일헌법을 마련해 명실상부한 통일국가로 나아가기 위한 법적·제도적 기틀까지 마련하면서 통일을 추진했지만 내전이 발생하고 결국에는 무력통일로 통일이 마무리되었다는 한계를 예멘통일에서 볼 수 있다.

남북예멘의 통일과정에서 의회제도는 갈등의 요소가 되는 문제점을 드러냈다.

첫째, 과도기 의회에서 기존의 남예멘과 북예멘의 정치세력을 그대로 흡수한 1대1의 동등한 권력배분구조를 표방했고 이것이 남예멘으로 하여금 충분히 존중되고 있다는 인상을 주어 남예멘으로부터 통일에 협조적인 태도를 끌어낼 수 있었지만, 남북예멘이 동일한 권력적 지위를 차지하게 되어 과도정부의 정책이 오히려 매끄럽게 추진되지 못하고 제동이 걸리는 경우가 대부분이었다. 또한 기존의 부패한 정치세력들이 의회 구성에 참여하게 됨으로써 과도기 의회가 ‘통일’이라는 공적인 이상보다는 개인의 사적인 권력욕심을 채우기 위한 정치투쟁의 장으로 변질되었고, 예멘의 통일은 정치세력들 간의 ‘권력 나눠먹기’가 되면서 기득권층의 권력을 지속시켜주기 위한 것으로 전략했다.<sup>401)</sup>

둘째, 과도기 의회에서 남북예멘 정치세력들 간에 1대1로 안배되었던 대등한 권력구조가 총선 이후에 무어지면서 정치적 입지가 좁아진 남예멘 측은 의석수나 인구 수 등 모든 측면에서 자신들보다 우세했던 북예멘측이 통일 이후의 정책을 주도해 나가는데 불만을 품게 되

---

401) 김국신, 앞의 글, 25쪽

었고 다시 남북으로 재분단 되는 사태까지 벌어졌다. 여기에서 우리는 통일을 위해 과도기 기간을 설정하고 과도기 의회를 구성하여 혼란을 최소화하려 하는 것도 중요하지만 그에 못지않게 중요한 것이 통일 이후의 관리라는 점에 주목할 필요가 있다. 통일 이후의 관리가 통일 준비과정 못지않게 중요한 것이다.

### Ⅲ. 양원제 의회의 필요성

현재 우리나라의 국가형태는 단일국가이지만 통일로 가는 체제 전환과정이나 통일이 완성된 이후의 국가형태는 연방국가나 국가연합이 될 가능성이 매우 높다고 할 것이다. 그 중 연방국가 방식을 채택할 가능성이 현실적으로 크다. 북한이 낮은 단계의 연방제를 거쳐서 높은 단계의 연방국가로서의 통일을 공식적인 통일 방안으로 내세우고 있고, 우리나라의 통일정책도 이에 대해 유연한 자세를 취할 가능성이 높기 때문이다.

#### 1. 연방국가와 양원제

단일국가 체제를 취하는 나라들이라고 해서 모두 단원제 의회 방식을 취하는 것은 아니다. 프랑스, 스페인, 일본, 이탈리아, 칠레, 네덜란드, 콜롬비아, 아일랜드, 아프카니스탄 등이 그 예들이다. 이 나라들에서 양원제 의회는 각 나라에 적합한 형태로 적절하게 운영되고 있다.

그러나 연방국가 체제를 취하는 나라들은 예외없이 전부 양원제 의회 방식을 취하고 있다. OECD 34개국을 보면 단일국가는 터키, 한국, 덴마크, 일본, 프랑스, 체코, 아일랜드 등 26개국에 이르고, 연방국가는 미국, 멕시코, 독일, 캐나다, 호주, 벨기에 등 8개국에 이른다. 이 중에서 단일국가 중 양원제 의회를 채택하고 있는 국가는 일본, 프랑스, 영국, 이탈리아, 스페인, 폴란드 등 11개국이지만, 연방국가 8개국인

미국, 멕시코, 독일, 캐나다, 호주, 벨기에 오스트리아, 스위스는 모두 양원제 의회를 채택하고 있다. 그리고 이들 국가 대부분은 양원제 의회를 성공적으로 운영해내고 있다. 그러므로 양원제는 연방국가든 단일국가든 모두 성공적으로 운용될 수 있는 의회제도이지만, 특히 연방국가 체재를 취한다면 양원제 의회가 거의 필수적임을 알 수 있다. ‘연방국가=양원제’라는 공식이 성립해 연방국가와 양원제 사이에 충분관계가 존재하는 것이다. 우리가 통일국가를 설계할 때 국가형태를 먼저 결정지은 다음에 그 국가형태에 걸맞은 정부형태를 구상해야 할 것이다. 만약 남북한 통일국가를 연방국가의 형태로 이룬다면 의회제도와 관련해 양원제 의회를 채택하는 것이 상당히 자연스러운 수순이 될 것이다.

## 2. 통일 이후 지역대표형 상원의 필요성

세계 각국이 양원제 의회 방식을 운영함에 있어 상원의 역할과 기능은 나라마다 다양하다. 영국처럼 상원이 귀족원이고 하원이 평민원인 신분제형 상원, 아일랜드처럼 산업군에 따라 폭넓고 다양하게 사회계층이 대표될 수 있게 한 직능대표형 상원, 이탈리아처럼 상원도 하원과 같이 인구비례에 의한 국민의 직접선거로 선출되는 제2의 국민대표형 상원, 미국과 같은 연방국가들에서 나타나는 지역대표형 상원의 여러 모델들이 있다.

이 중에서 지역대표형 상원을 좀 더 자세히 보자. 과거의 상원이 귀족계급을 대표했다면 20세기 이후에 민주공화주의가 세계 각국에 뿌리를 내림으로써 신분제형 상원은 이제 시대에 맞지 않게 되었고 지역대표형 상원제를 채택하는 나라들이 더 많이 늘고 현재 가장 널리 채택되고 있다. 대표적인 지역대표형 상원제 국가인 미국은 각 주들에서 지역의 크기나 인구수에 관계없이 모두 똑같이 2명의 연방 상원 의원을 선출하여 연방의회에서 각 주의 이익을 대표하는 역할을 수행

하게 하고 있다. 이러한 미국 연방상원의 구성은 역사적인 맥락에서 봤을 때 미국이 영국으로부터 독립을 선언한 후 13개 식민자치주를 중심으로 연방국가를 창설하는 과정에서 각 주의 이익을 훼손하지 않으면서도 하나의 국가를 형성할 수 있도록 하기 위해 고안된 제도적 장치라고 볼 수 있다. 독일도 지역대표형 상원 체재를 가지고 있는 국가들 중의 하나로 각 주의 인구소를 일정 부분 반영하여 상원의원 수를 할당하고 각 주의 이해관계를 반영하는 역할을 수행하는 연방참사원을 통하여 통일 이후에 동독과 서독 주민들의 이익이 균형 있게 반영될 수 있게 하고 있다.<sup>402)</sup>

#### IV. 통일과정이나 통일 후 우리나라의 바람직한 의회제도

##### 1. 바람직한 의회제도

통일 과정이나 통일 이후에 우리나라에 바람직한 의회제도는 양원제라고 할 수 있다. 우리나라는 현재 단원제 국회를 운영하고 있는데, 단원제 국회의 장점보다는 졸속 입법, 행정부와 국회의 잦은 충돌과 중재기관의 부존재 등 단원제 국회의 단점들이 극명하게 나타나고 있다. 더욱이 통일과정이나 통일 이후에 있어서는 북한과의 정치적, 경제적, 사회·문화적 통합과 정치과정에서의 북한지역 주민들의 대표성 확보 등을 위해 양원제, 그 중에서도 지역대표형 상원을 두는 것이 반드시 필요하다고 할 것이다. 그 이유는 다음과 같다.

첫째, 지역대표형 상원은 연방국가에서 많이 채택하고 있는 상원의 모델로서 통일 과정이나 통일 이후의 남북한 국민의 통합을 위해 필요하다. 현재 지구상에서 의회제도상 양원제를 채택하고 있는 대부분의

---

402) 미국 독립과정에서 연방국가체내와 양원제 형성에 대해 자세히는 Christopher Collier & James Lincoln Collier, *Decision in Philadelphia: the Constitutional Convention of 1787*, Ballantine Press, 1986, pp. 119-154 참조.



국가들은 이 지역대표형 상원제를 채택하고 있다. 더욱이 앞으로 남북통일이 연방제 국가형태로 이루어진다면 지역대표형 상원제야말로 큰 효용을 발휘할 수 있을 것이다. 이러한 지역대표형 상원제는 북한 주민들의 박탈감과 소외감을 방지할 수 있기 때문이다. 북한의 인구수가 약 2천 5백만 명이고 남한의 인구수가 약 5천만 명으로 북한 인구수의 약 2배인 현 상황에서 통일 과정이나 통일 이후에 숫적 열세에 놓여있는 북한 주민들의 이익이 제대로 대변되지 못한다면 북한주민들에게는 큰 소외감과 박탈감이 야기될 수 있다. 따라서 철저하게 인구 비례에 의해서만 의원을 선출해 의회를 구성한다면 북한주민들의 의사와 이익이 국가의사의 결정에 제대로 반영되기 어려울 수 있다. 그리고 통일 과정이나 통일 이후에 양원제 의회가 구성될 경우에 인구비례에 따라 의원이 선출되고 구성되는 하원에서는 남한 측 하원 의원의 수가 북한 측 하원의원의 수도다 많은 수밖에 없어서 사실상 하원의 남한 지배 현상이 나타날 가능성이 적다. 적어도 통일 과정이나 통일 이후 남한과 북한의 이질성이 극복될 때까지는 남북한 주민들의 의사와 이익을 고루 반영하기 위해 지역대표형 상원제가 꼭 필요하다고 할 것이다. 이렇게 되었을 경우 상원은 인구비례로 뽑혀서 남한 측이 우세할 수밖에 없는 하원의 의사결정을 견제하는 역할을 할 수 있을 것이다. 만약 이러한 지역대표형 상원이 없다면 남한측에만 유리한 법안들이 다수 통과될 가능성이 높아지고 이것은 결과적으로 남북통일 과정이나 통일 이후의 정치적·사회적 안정에 좋지 않은 영향을 끼치게 될 것이다.

둘째, 통일 과정이나 통일 이후 지역대표형 상원제는 남북한 지역의 균형 발전을 위해서도 꼭 필요하다. 북한은 현재 남한보다 전반적인 산업인프라가 많이 부족하며, 남한의 경우는 수도권 집중현장으로 지역균형 발전이 요원한 실정이다. 이러한 지역불균형을 해소하기 위해서는 통일 과정이나 통일 이후에 중앙정부가 정책을 일방적으로 정해

지역에 내리는 식의 탑다운(Top-Down) 방식보다는 이해당사자인 지역이 주체가 되어 지역의 문제들을 해결하는 정책을 제시하는 것이 우선되어야 한다. 이런 이유로 지역의 균형발전을 도모하기 위해서라도 통일 과정이나 통일 이후에 지역대표형 상원제를 도입할 필요성이 크다. 외국의 경우를 보더라도 지원대표형 상원을 두고 있는 독일, 미국, 스위스 등의 나라들에서 지역불균형이 덜 하고 국토 발전이나 지역 발전이 전국적으로 균형있게 나타나고 있다는 사실만 놓고 보더라도 지역대표형 상원제가 우리나라에서 통일 과정이나 통일 이후에 지역의 균형발전을 위해 꼭 도입되어야 할 제도임을 알 수 있다. 남한만 놓고 보더라도 이러 한 지역대표형 상원제의 도입은 남한사회에 뿌리 깊게 유지되고 있는 지역주의 극복에도 긍정적 기여를 할 것으로 기대된다. 캐나다, 스페인, 벨기에 등 지역갈등이 심한 국가들에서 지역갈등 해소를 위해 예외 없이 지역대표형 상원제 도입 논의를 해왔다는 점도 이를 뒷받침한다.<sup>403)</sup>

## 2. 바람직한 상원의 구성방식, 수, 권한과 임기

### (1) 지역대표형 상원의 구성방식과 수

우선 상원의 구성방식에는 간선제 선출방식, 임명제 구성방식, 직선제 선출방식이 있다.

간선제 선출방식은 주(州)의회 등 상급 지방자치단체 의회 의원들의 간접선거에 의해 상원을 구성하는 방식이다. 독일, 프랑스, 오스트리아, 러시아, 벨기에, 모로코, 수단, 남아프리카 등이 이러한 간선제 선출방식으로 상원을 구성한다.

독일의 경우를 자세히 살펴보면, 독일 상원은 주의회 의원들에 의해 간접선거로 선출되며 주정부에 의해 임명된다. 독일은 의원내각제 정부

---

403) 안성호, 「양원제 개헌론: 지역대표형 상원 연구」, 신광문화사, 2013, 43쪽

형태를 채택하고 있으므로 주민들은 주의회에서 다수당을 차지할 정당이 주정부를 구성하게 되므로 우선 그 주를 다스릴 정당을 지방선거를 통해 선택한다. 주의회에서 다수당이 된 정당이 주정부를 구성하면 주정부 각료 중에서 연방상원 의원이 임명되어 주의 이익을 대표하게 된다. 주민들은 이러한 점을 고려해 주의회 선거에서 투표권을 행사한다. 따라서 독일의 연방상원은 국민들의 직접선거로 선출되지는 않지만 주의회 의원 선거를 통해 간접적으로 국민들의 의사를 확보하게 되어 간접선거를 통한 민주적 정당성을 획득하게 된다.<sup>404)</sup>

둘째, 임명제 구성방식이 있다. 영국의 상원이 귀족을 상원의원에 여왕이 임명한 것으로서 이 임명제 구성방식의 시작이다. 지금은 캐나다, 요르단, 자메이카, 남수단, 바베이도스 등의 상원이 이 임명제 방식을 채택하고 있다. 이러한 상원의원의 임명제 방식은 민주적 정당성의 측면에서 가장 취약한 상원 구성방식이며 이 방식을 취하는 나라들에서 상원의 권한은 미약할 수밖에 없다.<sup>405)</sup>

셋째, 직선제 선출방식이 있다. 현재 미국, 일본, 호주, 멕시코, 이탈리아, 브라질 등의 국가가 상원의원의 직선제 선출방식을 채택하고 있다. 이 방식은 선출방식이나 기능에 있어 하원과의 구분이 모호해질 수 있다는 단점을 가진다. 하원과 구분이 모호한 상원의 존재는 비효율성을 낳을 수밖에 없고 그러한 문제점은 이탈리아나 일본 등의 나라에서 이미 나타나고 있다.<sup>406)</sup>

이러한 상원의 구성방식들을 두고 봤을 때, 통일 과정이나 통일 이후의 우리 상원의 구성은 직선제 방식을 취하는 것이 우리 실정에 가장 적합한 방식으로 판단된다. 상원이 지역대표로서의 기능을 가지기 위해서는 지역의회를 통한 간선제 방식이 바람직하지만, 지역의회를

404) Konrad Reuter, *The Bundesrat and the Federal System*, 14<sup>th</sup> ed., Berlin, 2009, p.15

405) Meg. Russell, *The Contemporary House of Lords*, New York: Oxford University Press, 2013, p.51

406) 박찬표, 「한국의회정치와 민주주의: 비교의회론의 시각」 오름 출판사, 2002, 292쪽

통한 간선제가 가져올 수 있는 매관매직이나 선거비리의 문제들이 있을 수 있고 우리나라 국민들의 정치인들에 대한 국민적 신뢰도가 높지 않다는 점, 스페인의 경우에서 볼 수 있는 것처럼 간선제를 통한 상원의 구성이 반드시 지역대표형 상원으로서의 성격을 강화시켜 주는 것은 아니라는 점 등을 고려했을 때 남북통일 과정이나 남북통일 이후에 있어서 상원의 바람직한 구성방식은 직선제 방식이라고 할 수 있을 것이다.

다음으로 상원의원의 수에 관해 살펴보자. 다른 외국의 경우를 보면 인구수가 8200만 명인 독일의 상원의원수는 69명, 하원의원 수는 598명이다. 그리고 인구수가 6260만 명으로 우리와 비슷한 프랑스는 상원의원의 수가 364명이고 하원의원의 수가 577명이다. 그러나 우리 국민의 다수는 국회에 대한 불신이 깊다는 점을 고려하면 의원 수를 무조건 늘이는 것만이 능사는 아니다. 따라서 상원의원의 수는 100명 내외로 하고 하원의원의 수는 400명 내지 500명으로 하는 것이 바람직해 보인다.<sup>407)</sup>

그러면 100명 내외의 상원의원을 직선제 방식으로 뽑는다고 했을 때 지역단위의 획정은 어떻게 해야 할까?

지금 현재 대한민국의 행정구역은 1개의 특별시, 6개의 광역시, 8개의 도, 1개의 특별자치시, 1개의 특별자치도로 구성되어 모두 17개의 행정구역으로 구성되어 있다. 지금 정치권에서는 개헌과 함께 이러한 행정구역의 전면적인 개편에 대한 이야기가 계속 나오고 있다. 따라서 통일 과정이나 통일 이후에도 현재의 행정구역 체계가 그대로 유지되리라고 보기는 힘들다. 그래서 지금의 행정구역을 가지고 상원의원 선출을 위한 남한의 지역단위 획정을 논하기는 어렵다고 본다.

---

407) 2014년 5월에 제출된 국회 헌법개정위원회의 헌법개정안에서도 적당한 상원의원의 수로 100명 이하를 제안하고 있다. 국회 헌법개정 자문위원회, 「헌법개정안 결과보고서」, 2014, 24쪽

지금 현재 북한의 행정구역은 2개의 특별시, 1개의 직할시, 9개의 도로 구성되어 있다. 북한의 경우도 통일 과정이나 통일 이후에 행정구역이 어떻게 바뀌게 될지 아무도 예상할 수 없다. 따라서 지금의 북한의 행정구역을 가지고 상원의원 선출을 위한 지역단위 획정을 논하기는 곤란하다.

하지만, 상원의원 선출을 위한 지역단위 획정에서 한 가지 꼭 유념해야 할 사실이 있다. 통일 과정이나 통일 이후의 상원에서 남한지역과 북한지역을 대표하는 상원의원의 수는 똑같은 필요는 없지만 비슷해야 한다는 것이다. 인구수만을 놓고 보면 남한지역을 대표하는 상원의원의 수가 북한지역을 대표하는 상원의원의 수보다 약 2배 정도로 많아야 하지만 통일 과정이나 통일 직후 남북 간의 상원 구성의 불균형에서 오는 북한지역의 소외감 내지 박탈감을 막기 위해서라도 남한지역을 대표하는 상원의원의 수와 북한지역을 대표하는 상원의원의 수가 비슷해질 수 있도록 상원의원 선출을 위한 지역단위를 획정해야 할 것이다.

## (2) 권한과 임기

의회제도에서 양원제를 채택하고 있는 여러 나라들을 분석해보면 다음과 같은 공통적 특징들이 발견된다고 한다.<sup>408)</sup>

첫째, 상원의 선출방식이 임명제인 국가들까지 모두 포함해 분석해보면 대부분의 상원은 하원보다 국민과의 직접적 연결성이 떨어진다. 둘째, 임기면에 있어서 상원은 하원보다 상대적으로 긴 임기를 가진다. 신분대표형 상원인 영국 상원은 종신직이고, 캐나다의 상원은 75세 정년 때까지 임기를 수행하며, 프랑스 상원은 9년의 임기를, 칠레와 브라질의 상원은 8년의 임기를 누린다. 셋째, 대부분의 상원은 하원보다 약한 권한을 가진다.

408) Meg, Russell, 앞의 책, 58쪽

이러한 상원의 특징들을 고려해 봤을 때 상원은 하원보다 긴 임기를 부여받아야 할 것이다. 우리 헌정사에서 1952년 제1차 개정헌법에서 양원제를 채택한 이래 1962년 제5차 개정헌법에서 단원제로 회귀하기 까지 약 10년간 헌법에서 양원제를 채택했었고 그 때 상원인 참의원의 임기가 6년이고 하원인 민의원의 임기가 4년이었던 점 등을 고려했을 때 통일 과정이나 통일 이후 통일헌법이 양원제를 받아들인다면 상원의 임기는 안정적 국정운영을 위해 6년 정도가 적당할 것으로 판단된다. 그런데 이때에도 6년 만에 상원의원 전원을 새로 선출하는 방식보다는 미국 등 외국처럼 상원의원의 일부만 서서히 교체하는 방식을 채택해 상원의원의 일부가 2년이나 3년마다 선출되게 하는 것이 상원 구성의 안정성 확보라는 측면에서 더 바람직해 보인다.

### 3. 바람직한 하원의 구성방식, 수, 권한과 임기

#### (1) 바람직한 하원의 구성방식과 수

우선 남북통일 과정이나 통일 이후 하원의 바람직한 구성방식에 대해서 보자. 하원은 민주적 정당성을 가진 국민의 대표기관으로 기능한다는 측면에서 봤을 때 하원은 남한과 북한의 인구비례에 의한 보통, 평등, 직접, 비밀선거에 의해 선출된 의원들로 구성해야 할 것이다. 하원의 선출방식으로는 현행 소선거구 상대적 다수대표제가 과도한 사표의 발생으로 국민의 의사가 제대로 실현된 의회 구성을 못한다는 비판을 받고 있는 점을 감안하면 사표의 발생을 줄이고 국민의 다양한 대표성을 확보한 하원을 구성한다는 의미에서 다수대표제에 비례대표제를 혼용한 방식이 바람직해 보인다. 현행 공직선거법원 국회의원 선출과 관련해 전국 246개 선거구에서 최다 특효자인 1명의 국회의원을 선출하는 소선거구제 지역구 선출방식 이외에 54명의 국회의원을 정당명부식 비례대표제로 선출하는 방법을 혼용하고 있다.

현행의 방식과 관련해서 비례대표 국회의원의 수를 늘이는 개선안 등이 주장되고 있다. 그리고 소선거구제 상대적 다수대표제를 버리고 한 지역구에서 여러 명의 국회의원들을 선출하는 중·대선거구제로의 선거제도 개혁논의도 안철수 의원 등 현 야권 인사들을 중심으로 활발히 개진되고 있다.<sup>409)</sup> 이러한 선거구제 개혁 논의 결과 채택된 선거구제로 통일 과정이나 통일 이후의 하원의원 선출방식을 정하면 될 것이다.

다음으로 통일 과정이나 통일 이후의 바람직한 하원의원의 수를 보자. 현재 인구비례에 의한 대한민국의 국회의원 수가 300명이라는 사실을 기준으로 잡았을 때 인구가 남한의 절반 정도인 북한의 하원의원 수는 150명이 되어야 할 것이다. 또한 상원의원의 수와 관련해 앞에서 살펴본 바와 같이 지역대표형 상원으로 남한의 상원의원 규모는 45명 정도가 적당할 것으로 보인다. 북한의 상원의원 수는 이러한 면에서 봤을 때 37명이 적정수가 된다. 그러면 통일 과정이나 통일 이후 통일의회 하원의원 수는 총 450명, 상원의원 수는 82명 정도가 적당할 것으로 보인다. 이것은 인구수가 7천 3백만 명으로 우리의 남한 인구나 북한 인구를 합친 수와 비슷한 터키에서 국회의원의 수가 550명이라는 점과 비교했을 때 하원과 상원을 합친 의원 총수에 있어서 적당한 수준인 것으로 보인다.

## (2) 권한과 임기

위에서 이미 살펴 본 바와 같이 양원제를 채택한 대부분의 국가들에서 나타나는 공통적인 현상의 하나로, 하원의 임기는 상원의 임기보다 짧다. 국민의 직접선거로 구성되는 하원은 국민의 대표기관이기 때문에 국민 의견에 하원이 보다 신속하게 대응할 수 있게 하기 위해서이다. 하원의 임기를 2년으로 정한 나라로는 미국을 들 수 있고, 4년

409) 안철수, “국회 바뀌려면 중대선거구제 도입해야” 머니투데이 2016. 8. 27.일자, 정치면

으로 정한 나라로는 일본, 독일, 벨기에, 캐나다 등을, 5년으로 정한 나라로는 프랑스, 영국, 이탈리아 등을 들 수 있다.

앞에서 언급한 바와 같이 우리나라 상원의 임기를 6년으로 한다면, 하원의 임기는 다른 나라의 예를 보더라도 4년이 적당할 것으로 보인다. 우리나라에 양원제가 처음 도입되었을 때에도 하원의 임기는 4년이였다.

하원의 권한과 관련해 살펴보자. 양원제를 취하는 대부분의 국가들에서 하원의 권한이 상원보다 강하다. 따라서 통일 과정이나 통일 이후 양원제를 채택했을 때 우리 하원에게도 상원보다 강력한 권한을 부여할 필요가 있으며 특히 지역의 이해관계와 관련이 없는 법률의 입법에 있어서는 하원에게 거의 전권을 주어야 한다. 한 보고서는<sup>410)</sup> 이러한 측면에서 양원제 채택 시 우리 하원의 권한으로 다음과 같은 권한들을 이야기하고 있다. 하원이 입법권을 가지며, 기본적으로 정부가 제출하는 모든 법안은 먼저 하원에 회부되어야 한다. 특히 국가 예산 관련 법안은 하원에서 먼저 심의하고 의결하며 상원이 이를 30일 이내에 의결하지 않을 경우에 하원이 재적의원 3분의 2 이상의 찬성으로 재의결해 법률로 확정시킬 수 있도록 한다. 다만, 지방자치단체의 이해관계와 맞물린 의안은 반드시 상원의 동의를 거치도록 해야 한다.

구체적으로는 하원의 권한으로 대통령, 국무총리, 헌법재판관, 법관 등에 대한 탄핵소추권, 국정조사권, 주요 조약이나 파병 등에 대한 동의권을 부여해야 할 것이다.

#### 4. 상원과 하원의 관계

##### (1) 양원협의회의 구성

양원제를 채택하고 있는 나라들은 예외 없이 상원과 하원이 권력간 충돌을 일으키는 것을 방지하기 위해 ‘양원협의회’를 구성하고 있다.

---

410) 방승주, 이기우, 신도철, 고문현 등, 「선진 지방분권국가 실현을 위한 헌법개정안 연구」, 전국시도지사협의회, 2010, 200-201쪽



통일 과정이나 통일 이후에 우리도 양원제를 채택하게 되면 하원과 상원의 충돌 방지를 위해 양원협의회를 구성해야 할 것이다.

양원협의회가 잘 운영되고 있는 나라로는 독일을 들 수 있다. 독일의 양원협의회는 ‘중재위원회(Vermittlungsausschuss)’라고 불리며 각 주를 대표하는 연방상원인 연방참사원(Bundesrat) 의원 16명과 연방하원인 연방의회(Bundestag) 의원 16명으로 구성된다. 철저하게 비공개로 진행되는 중재위원회의 회의에서 중재위원회 위원들은 어떤 지시도 받지 않고 철저히 위원들의 재량에 의해 타협안을 만들어낸다. 연방상원인 연방참사원은 연방하원인 연방의회에 의해 채택된 법안이라도 모두 중재위원회에 회부할 수 있는데 반해, 연방하원인 연방의회와 연방정부는 제한된 범위 내에서만 중재위원회를 소집할 수 있다. 따라서 연방참사원에 의한 중재위원회의 소집이 더 잦다. 독일 중재위원회의 위원들은 어떤 다른 나라의 양원협의회 위원들보다도 강력한 재량권을 가지는 것으로 평가된다.<sup>411)</sup>

이에 비해 프랑스의 양원협의회는 거의 유명무실한 기구로 전락했다는 대조적인 평가를 받는다. 프랑스의 양원협의회는 ‘조정위원회 (commission mixte paritaire)’라고 불린다. 그러나 타협안 비준을 위한 대부분의 권한은 정부가 가지고 있고, 조정위원회에서 만든 타협안은 정부의 발의법안이나 지지법안이 아닌 경우에 양원에서 표결에 회부된다. 조정위원회가 상원과 하원간의 이견 해소를 하기 보다는 지나치게 많은 제약으로 인해 정부의 정치적 도구에 불과하다는 비판을 받게 되는 대목이다. 양원의 협상과정에 정부가 개입하여 하원에게 최종적인 입법권을 부여하기도 하기 때문에, 조정위원회에서 상원의 협상 지위는 하원에 비해 별로 강하지 않다.

위에서 본 바와 같이 프랑스의 조정위원회처럼 양원협의회가 유명무실한 기구로 전락하지 않도록 하기 위해서는 양원협위원회의 협상과

411) 안성호, 「양원제 개헌론: 지역대표형 상원연구」 신광문화사, 2013, 133쪽

정에 정부가 개입할 여지를 두지 않아야 하며, 상원이나 하원 어느 일방의 일방적인 독주를 막고 기능수행에서 적절한 균형을 이루기 위해서는 양원협의회에 독립적인 재량을 인정하는 독일의 중재위원회 모델의 채택이 바람직해 보인다.

통일 과정이나 통일 이후에 양원제를 채택하고 양원협의회를 둔다면 상원과 하원에서 동등한 수의 위원들이 양원협의회에 보내져야 하고, 이 경우 상원에서는 북한의 의원들도 일정한 비율 이상 참여하도록 해야 할 것이며, 양원협의회 위원들은 정당이나 지역의 지시에 구애됨이 없는 넓은 재량권을 부여받아야 할 것이다.

## (2) 상원과 하원의 권한 배분

다음으로 상원과 하원 중 어디에 실질적인 권한을 더 줄 것인지, 그리고 상원과 하원의 각각의 권한 배분은 어떻게 설계할 것인지도 살펴보자.

우리의 통일 과정이나 통일 이후에 법안 처리와 관련한 상원의 역할을 하원에 의한 졸속 입법을 막고 법안 통과에 신중을 기하는 데 필요한 보완적 기능을 하도록 하는 것이 중요하다. 따라서 상원이 법안을 부결시키더라도 하원 의원 과반수 이상의 출석과 출석 하원의원 3분의 2 이상의 찬성이 있으면 법안이 의결될 수 있도록 하원에게 우위를 주어야 할 것이다.

물론 법안 통과와 관련해 상원이 거부권을 행사함으로써 양원에 이견이 생겼을 경우에 양원협의회가 소집되어야 한다. 지방의 재정이나 행정에 영향을 주는 법안이 하원에 의해 의결되었다면 상원에 대해 동의를 구하고 이 때 만약 상원이 거부하면 양원협의회 소집을 통해 타협안을 도출하거나 하원에서 법안을 수정 발의하지 않는 한 의결될 수 없도록 하는 것이 바람직할 것이다. 또한 상원과 하원의 의견 차이로 양원협의회가 소집되고 양원협의회를 통한 타협안이 도출되면 상원과 하원에서 재의결을 통해 확정하도록 해야 한다. 만약 30일

정도 이내에 타협안이 도출되지 않으면 일반 법안은 하원에서 일정 수 이상의 위원들의 출석과 찬성으로 재의결할 수 있게 하고, 지방의 재정이나 행정에 영향을 미치는 법안에 대해서는 타협안이 도출되지 못하면 부결되도록 하여 상원의 지역대표성을 살릴 필요가 있다고 할 것이다.

## 제 4 절 법원과 헌법재판소

### I. 대법원과 헌법재판소의 이원적 사법부 구조의 유지

현재 우리 대한민국은 대법원을 정점으로 한 일반법원과 헌법재판소라는 ‘이원적 사법부 구조’를 가지고 있다. 이러한 이원적 사법부 구조에서 발견되는 장점도 있지만 단점도 있을 것이다. 이에 근거해 생각해 봤을 때 통일국가에서도 이러한 ‘이원적 사법부 구조’를 유지할지를 미국과 독일 등 다른 연방제국가들의 사법부 구조를 살펴 보면서 고민해본다.

### II. 다른 연방제국가들에 있어서 사법부의 구조

#### 1. 미국의 이원적 법원조직

미국은 이원적인 법원조직을 가진다. 몇몇 상소절차들에서와는 달리, 아마도 소송 남용의 그리고 절차적으로 복잡한 강제명령에 의한 구제(injunctive relief)의 영역에서 연방법원과 주법원은 분리된다.

##### (1) 연방법원 체계

미국의 연방법원은 수에 있어서 극히 적고 참으로 위계질서가 잘 잡혀있고 세 헌법상 법원의 관할권 분할은 이해하기 쉽고 선명하다.

무엇보다도 그 설립과 기능의 관점에서 두 가지 유형의 연방법원이 존재한다. 즉, 위에서 잠깐 말한 헌법상 법원들(constitutional courts)과 국회 입법에 의한 법률상 법원들(legislative courts)이 그것들이다. 간단히 말해서 전자는 미연방헌법 제3조에 의해 직접 만들어지는 반면, 후자는 미연방헌법 제1조에 근거한 법률들에 의해 만들어진다.

후자인 연방의 법률상 법원들로 연방조세법원(U.S. Tax Court) 연방군항소법원(U.S. Court of Military Appeals), 연방영토법원들(Territorial Courts)을 들 수 있다.<sup>412)</sup> 1950년대에 연방의회에 의해 그 지위가 법률상의 법원에서 헌법상의 법원으로 격상되기까지, 세 개의 가장 중요하고 잘 알려진 이 법률상의 연방법원들은 연방청구권법원(Court of Claims), 연방관세법원(Court of Customs), 그리고 관세와 특허에 관한 연방항소법원(Court of Customs and Patent Appeals)이다.<sup>413)</sup> 연방일심법원(U.S. District Courts), 연방항소법원(U.S. Courts of Appeals), 연방대법원(U.S. Supreme Court)는 세 개의 주된 헌법상의 연방법원들이다. 이들 세 연방법원들은 모두 미연방헌법 제3조에 의해 만들어졌다. 그 제1항에서 同 조항은 단지 “하나의 연방최고법원”에 대해서만 직접적으로 언급하고 있을 따름이지만, “연방의회가 때때로 법으로 규정하고 설립하는 그러한 하급 연방법원”이라고도 규정하고 있다. 위의 세 헌법상의 연방법원들 중 앞의 두 하급 연방법원은 따라서 초대 미연방의회에 의해 최초로 통과된 바로 그 법률들 중 하나인 1789년의 법원법(Judiciary Act of 1789)에 의해 탄생되었다.<sup>414)</sup>

412) 이들 법원들의 관할과 기능에 관해 상세히는, HENRY J. ABRAHAM, THE JUDICIAL PROCESS 242 (5th Edition, New York Oxford : Oxford University Press, 1986) pp.149-155 참조

413) 이 법원들의 역사, 관할, 그리고 역할에 관해 자세히는, 위의 책, pp.155-159 참조

414) 미국에서 연방사건의 일심을 맡는 법원인 미연방일심법원들(U.S. District Courts)은 94개로서 575명의 판사들-끊임없이 불충분하다고 지적받는-로 이루어져 있다. 그들의 관할은 광대한 연방관할의 영역에서 일어나는 거의 모든 민·형사사건들의 최초 심리에 미친다. 미연방정부가 그 기소를 시작하고 보통 끝내는 곳도 바로 여기이다. 처음에 1891년에 총 9개로 탄생했으며, 그 직후에 13개로 늘어나면서 연방

미연방대법원은 한 명의 대법원장(Chief Justice)과 여덟명의 대법관들(associate Justices)로 이루어진다.<sup>415)</sup> 초기 80년의 대법원 역사를 통해 때때로 적게는 5명, 많게는 10명의 대법관들을 가진 적이 있었지만, 1869년에 시작된 Grant대통령의 첫 번째 임기 이후부터는 9명으로 고정되었다.<sup>416)417)</sup> 홀수인 9는 대법관들의 의견이 4대4로 갈라졌을 때 그 진가를 발휘해 왔다.<sup>418)</sup> 미연방대법원은 두 주나 그 이상의 주간의 분쟁에 배타적인 一審管轄權을 가지고, 외국의 대사나 외교사절이 소송의 일방당사자이거나 연방과 주간의 분쟁에 관한 사건에서 비배타적 일심관할권을 가진다. 이 경우들을 제외하고는 상소심 관할권을 가진다.<sup>419)</sup> 상소심 관할은 다른 관할과 비교해 더 큰 중요성을 가지고, 실제로 사건수도 다른 것들보다 더 많다. 미연방헌법의 해석과 적용은 대부분 이 상소심 사건들에서 판단된다.

헌법법원의 위계질서상에서 미연방일심법원 위에 위치하게 된 미연방항소순회법원들(U.S.(Circuit) Courts of Appeals)이 나타났는데, 13개 중 지리적 경계에 따라 세워진 것은 12개이다. 미연방항소순회법원들은 거의 대부분의 연방사건들에 있어서 하나의 작은 대법원과도 같다. 왜냐하면, 사실상 그것은 미연방대법원으로 가는 사건이나 대법원으로 가는 도중에 그것을 통과하도록 허락된 극소수의 사건들을 제외하고는, 많은 사건들에 있어서 일심법원으로부터의 항소를 위한 사실상 처음이자 마지막 기착지일 수 있기 때문이다. 결과적으로, 미연방항소순회법원들은 연방사건들의 약 85%를 최종적으로 결정짓는다.

415) 법원과 사법절차에 관한 법(Judiciary and Judicial Procedure) 1조.

416) 그 이전에는, 연방하원에 의해 여러 정책적 고려에 따라 그 수가 결정된 대법관의 수는 1789년에는 5명, 1790년에는 6명, 1807년에는 7명, 1837년에는 9명, 1863년에는 10명, 그리고 1866년에는 8명이었다.

417) 최근에는 미연방대법원의 대법관의 수에 관해서는 별 논의가 없으나, 바람직한 연방항소법원 판사의 수에 관해서는 논란이 있다. Stephen Reinhardt는 그의 글에서 증원을 주장하고, Gerald B. Tjoflat는 몇 가지 이유를 들며 증원에 반대한다. Stephen Reinhardt, Too Few Judges, Too many Cases, ABA J. (January, 1993) p.52; Gerald B. Tjoflat, More Judges, Less Justice, ABA J. (July, 1993).p.70-73

418)미연방대법원의 대법관들은 그러한 경우 캐스팅보트를 쥐고 있는 마지막 판사를 설득해 자기편으로 끌어들이려 한다. 그래야 자기들이 다수의견을 형성할 수 있기 때문이다. 막후에서 벌어지는 이러한 노력들에 대해서는 BOB WOODWARD & SCOTT ARMSTRONG, THE BRETHREN: INSIDE THE SUPREME COURT(New York: Simon and Schuster, 1979)에 생생히 잘 나타나 있다.

419) 법원과 사법절차에 관한 법률 제1251조.

위헌심사에 관해서는,<sup>420)</sup> 법률이나 명령 규칙의 위헌성이 소송당사자의 상소에 의해 상소심절차로서 심사되어질 때도 있고 소송당사자의 신청에 의해 연방항소법원이나 州大法院으로부터 발해진 사건이송명령(certiorari)에 의해 심사가 개시될 때도 있다.<sup>421)</sup> 사건이송명령의 내용은 사건이송영장의 형태에 의해 좌우된다. 이 사건이송영장을 발할가의 여부는 미연방대법원의 재량사항이다.<sup>422)</sup>

사건이송명령을 받은 법원은 모든 소송기록 일체를 미연방대법원에 보내야 한다. 이 위헌심사에서 대법원은 단지 당해 법규범(법, 행정명령, 행정규칙 등)이 위헌인가 아닌가를 심사하는 것은 아니다. 연방대법원의 재판절차 자체가 상소심 절차이기 때문에 하급법원의 재판이 연방대법원의 심사대상임에는 이론의 여지가 없다. 행정부가 발한 행정명령이나 행정처분의 위헌성도 심사의 대상이다. 그 업무부담에 있어, 모든 처리되어야 할 사건들은 대법원의 세 가지 소송사건일람표(dockets) 중의 하나에 기재된다. 즉. 본래적 소송사건일람표, 상소심 소송사건일람표, 기타 잡다한 소송사건일람표가 그것이다.<sup>423)</sup> 소송일람표에 기재되고 심리된 많은 수의 사건들은 지난 수년간의 처리사건

420) 널리 알려진 바와 같이, 위헌심사 혹은 사법심사는 “미국헌법의 갈비뼈(the rib of the constitution)”라고 불리워 온 Marbury v. Madison(1803)사건에 그 탄생의 뿌리를 둔다. 법원의 사법심사권의 존재여부에 관한 의문과 그에 대한 가능한 도전은 이 사건 판결 직후에 즉시 있지는 않았다. 그러나, 그 문제는 이미 수면 하에서 부글부글 끓어오르고 있었다. 사법심사의 역사에 관해 자세히는 Abraham의 앞의 책, pp.323-330 참조

421) 법원과 사법절차에 관한 법률 제 1254조, 1257조 참조

422) 사건이송명령을 발하기 위해서는 최소한 4인의 대법관이 여기에 찬성표를 던져야 한다. Abraham의 앞의 책, p.186 참조

423) 예를 들어, 1983년 가을에서부터 1984년 봄의 개정기 동안 미연방대법원은 이 소송사건일람표에 기재된 5155개의 소송사건들 중 4162개의 사건들에 대해 최종판결을 내렸다. 그러나 대법원이 처리한 그 많은 사건들 중, 대법원이 본안에 대해 판단한 것은 285개, 그 중에서도 다시 다수의견과 소수의견 그리고 부수적 의견이 있는 全文의 정식판결문으로 쓰여진 판결은 163개에 불과하다. 나머지는 만장일치에 의해 하나의 의견만이 있는 재판관전원합의체 판결(per curiam)이나 전심확정(affirmed), 전심파기(reversed)나 却下(dismissed) 등의 짧은 결정어구로 이루어진 약식 판결명령들(morandum orders) 이다. 위의 책, p.190 참조

수의 큰 폭의 증가를 보여주는데 그것은 주로 소위 “기타 잡다한 사건들”의 증가에 기인한 것이다. 기타 잡다한 사건들은 상소심 소송사건일람표상의 사건이송명령을 받아내기 위한 정식의 訴狀에 의한 신청과는 달리, 주로 가난한 사람들이나 收監者 등에 의해 손으로 쓰여지거나 타자기로 쳐진 신청서에 의해 신청된다. 이 때, 그 신청은 특정한 書式을 따를 필요가 없고 심지어는 각종 탄원이나 신청에 보통 필수적인 것으로 고려되는 사항조차 그 신청서에 없어도 된다.

물론 대법관들은 각 종의 영향을 받지만, 그 영향은 보통 각 종의 로비와 관련된 영향과는 全적으로 다른 성질의 것이다. 명료하고 직설적으로 이야기하여, 일련의 로비와 입법가들을 붙들어 두고 놓아주지 않고 길게 이야기하거나 친숙하게 구는 식의 접근이 입법가나 행정부 인사들에게 영향을 끼치기 위해서는 주효할지 모르나 그것이 연방법원의 판사들에게는 일반적으로 먹히지 않을 뿐만 아니라 - 미연방대법원의 경우에는 특히 그러하다 - 괴멸적인 무시와 경멸의 대상이 될 뿐이다. 연방법원에 다소간의 영향력을 미칠 수 있는 외부적 요인들을 생각해 본다면, 설득력있는 구두변론, 법학정기간행물들<sup>424</sup>), 사회과학에서의 통계자료들<sup>425</sup>), 시험용 사례들, 法廷助言者(amicus curiae), 판사서기들(law clerks)<sup>426</sup>)을 들 수 있다.

424) 법학정기간행물에 대한 변호사들이나 판사들의 의존이 더욱 증가일로에 있다는 데에 異見을 달 사람은 아무도 없을 것이다. 미연방대법원은 1966년의 *Miranda v. Arizona* 사건에서는 36회, 1972년의 *Furman v. Georgia* 사건에서는 45회, 1976년의 *Stone v. Powell* 사건에서는 15회에 걸쳐 판결문에서 법학논문집상의 논문들을 인용했다. 위의 책, p.244 참조

425) 인용된 사회과학의 분야를 인용빈도 순으로 나열하면, 정치학(43%), 경제학(20.1%), 사회학(18.8%), 심리학(9.4%), 역사학(4.0%), 인류학(1.3%) 그리고 기타(3.4%)의 순이다. 거의 전체 사회과학 통계인용의 60%는 평등권조항에 관한 해석 기준으로 인용되었고, 그 다음으로는 적법절차조항과 관련하여 인용된 것이 13%로서 두 번째로 많다. 흥미로운 사실은 사회과학적 통계나 자료에 기반한 판결문의 다수가 그 판결에서 다수의견이 되었다는 사실이다. 위의 책, p.245

426) 각각의 대법관은 보통 4명의 판사서기를 두고, 대법원장은 5명의 판사서기(실제로 4명의 판사서기와 1명의 특별보좌(special assistant))를 둔다. 정확히 어떤 일들을 대법관이 판사서기들에게 맡기는 가는 대법관 각자의 성향에 달려 있다. 본질적으로,

법원의 위헌심사권에 대한 논쟁에 직접적이고 깊이 관련된 지적으로서 지칠 줄 모르고 제기되는 지적이 미연방대법원이 ‘判事立法(judicial legislating)’을 하는 愚를 범한다는 것이다. 하급법원으로 내려갈수록 그런 愚의 정도는 적어지지만 말이다.<sup>427)</sup> 그러나 이와 관련한 사법부의 권한과 효율성에도 또한 한계가 있다. 첫째, 연방대법원의 판결들은 정부의 각종 公的 절차에 참여하는 다른 참여자들에 의해 효율적으로 보유될 수 있다. 둘째, 그 판결들은 판결 후 조만간 뒤따를 전반적인 정책 형성에 불가피하게 回答的일 뿐이다. 셋째, 판결의 집행을 위해서는 사법부는 행정부에 기댈 수밖에 없다. 넷째, 반드시 자동적으로 판결에 따라야 하는 것은 아니다.<sup>428)</sup> 이러한 한계들에도 불구하고, Abraham교수는 미국의 법원과 판사들을, 특히 미연방대법원을 “보루(Bulwark)”로 표현한다. 미연방대법원은 미국의 여러 가지 價値들에 대해 定義를 내리고 여러 원칙들을 선언한다. 그것은 미국인들의 생활에 있어 하나의 공동체의 중심이다. 더 나아가서는 그것은 미국 연방헌법의 보호자요 미국 국민의 자유의 수호자이며 다수자의 이익 앞에서 소수자의 권익을 위한 보호하기 위한 최후의 조정자로서도 역할을 한다.<sup>429)</sup>

미연방대법원판사의 경우, 연방대법관의 임기가 정해져 있지 않기 때문에, 그들은 탄핵이나 유죄의 확정에 의해 해임되는 경우가 아니면 종신의 임기를 누릴 수 있다.<sup>430)431)</sup> 따라서, 일정 노령에서의 강제적

---

판사서기는 유능하고 知的이며 대법관들에게 틀림없이 아주 자주 절차상의 도움을 주는 그런 사람들이다. 그러나 그들은 어떤 의미로도 미연방대법원의 구성원은 아니다. 판사서기들의 선발, 역할과 기능에 관해서 자세히는 위의 책, pp.253-255 참조.

427) 判事立法에 대해 자세히는 위의 책, pp.336-344 참조.

428) 자세히는 위의 책, pp.344-55 참조.

429) 그의 미국 법원과 판사들에 대한 낙관적인 관점에 대해서는 위의 책, pp.368-95 참조.

430) 헌법상의 요건에 따라, “반란, 뇌물수수, 기타 중범죄나 경범죄(미연방헌법 제2조 제4항)”으로 인한 탄핵은 의사정족수가 채워져 있다면 출석 연방하원의원의 과반수찬성으로 소추된다. 이에 관한 심리는 그 후 연방상원에서 열리는데, 상원은 의사정족수가 채워져 있으면, 출석의원 3분의 2이상의 찬성으로 탄핵을 의결한다. 위의 책, p.44 참조

431) 1986년 현재까지, 미연방하원은 모두 13건의 탄핵소추를 했고 그 가운데 10건은



정년퇴임은 허용되지 않는다. 몇몇 제한된 경우 하에서만 연방대법관들은 스스로의 의사에 따라 사임할 수 있다. 그 경우에도 그들은 퇴임 후 현직에 있을 때와 비슷한 액수의 퇴임연금을 받는다.<sup>432)</sup> 대법관들의 사임에 관한 상세한 조항은 사법제도와 그 절차에 관한 법률(Judiciary and Judicial Procedure Act)의 371조에서 376조에 상세히 규정되어 있다. 위에서도 말한 바와 같이 사법권 독립의 요체는 임기의 보장, 특히 임명직 판사의 임기의 보장이다.<sup>433)</sup> 미국 연방대법관들에 있어 승진제도나 순환식 임명제도는 없다.

오늘날 미국의 연방판사가 되기 위한 자격조건으로 하나의 기준화된 필요조건이 있다. 연방판사가 되고자 하는 자는 LL.B.나 J.D.학위를<sup>434)</sup>

---

연방판사들을 향한 것이었다.(그 외에도 9명의 다른 연방판사들이 탄핵절차가 시작되기 전에 자진해서 물러났다) 연방판사의 탄핵소추에 얽힌 역사에 관해 자세히는, 전게서 pp.45-46 참조. 의심의 여지없이 다행스러운 대부분의 탄핵시도들의 좌절은 입법가들의 눈에 여러 가지 이유로 가시같은 판결을 한 연방판사들을 몰아내려고 애쓴 입법가들의 노력이 적었음을 나타내는 것은 결코 아니다. 현대의 한 예가 William O. Douglas대법관의 탄핵을 위한 몇 차례의 시도들이 될 수 있을 것이다. 이 시도들에 관해 자세히는, 위의 책, pp.47-48 참조.

432) 부분적으로는 연로한 판사들로 하여금 우아하게 판사직을 사임할 수 있게 하고, 또 동시에 더 젊은 인사들로 그들을 교체하는 것을 용이하게 하기 위해, 연방하원은 1937년에 크게 개선된 퇴임법을 제정했다. 그 규정들에 의하면, 연방판사들은 그 법원에서 10년간 일한 후 70세의 나이에, 혹은 15년간 일한 후 65세의 나이에 기왕의 보수 전액을 받으며 자진 사임할 수 있다. 이 요건들은 신체적 불능의 경우에는 면해지며, 신체불능의 경우에는 자진 사임한 후의 급여가 재직기간의 길이에 따라 산정된다. Henry J. Abraham은 “사임(retirement)”보다 미연방대법원장의 재량에 따라 잠깐씩 일시적으로 근무하는 “활발한 활동을 하지않는 상태에 들어가는 것(enter inactive status)”이 더 적합한 표현이라고 말한다. 위의 책, pp.42-43 참조.

433) 종신임기는 판사들에게 “힘드는 임무를 성실히 수행할 수 있게 하는 독립의 영혼을 불어넣는다.” THE FEDERALIST NO.78 (Clinton Rossiter ed., 1961) p.469 참조. 종신임기는 “판사들을 유례가 없는 자유로운 상태에 위치시킬 것이며” 그들을 “독립적이라는 말이 가지는 가장 완전한 의미로 독립적이게 할 것이고 그들 위에는 그들의 판결에 간섭할 어떤 권력도 없다.” HERBERT J. STORING ET. AL, THE COMPLETE ANTI-FEDERALIST p.417-18 (1981) 참조. 종신임기의 보장과 사법권 독립의 상관관계에 관해서는 Charles J. Cooper, The Federal Judiciary, Life Tenure, and Self-Government. 4 CORNELL J. L. & PUB. POL'Y p.502-503 (1995).

434) LL.B는 Bachelor of Law and Law의 약자이고 J.D.는 Juris Doctor의 약자이다. LL.B는 J.D.의 옛 명칭이다. 둘 다 미국의 공인된 로스쿨에서 3년의 정규 법학교육을

가지고 있거나<sup>435)</sup> 혹은 一定年數만큼의 법률실무경험<sup>436)</sup> 혹은 一定年數만큼의 법률실무경험에다가 조금이라도 로스쿨을 다닌 경력이 있어야 한다. 이러한 자격조건은 헌법에도 법률에도 나와 있지 않다. 그러나 이러한 자격조건을 충족시키지 못하는 자는 관례에 의해 자동적으로 고려대상에서 제외된다. 더욱이 오늘날의 법관임명과정에서 실제적인 큰 목소리를 내는 변호사집단은 결정적으로 이의를 제기할 것이 뻔하므로 정부 내의 정치적 세력들은 위의 자격요건을 갖추지 못한 자들은 아예 고려대상에 넣지도 않는다.<sup>437)</sup>

다음으로 미국 대법관 및 대법원장의 임명절차를 보자. 우선 후보 물색 및 대통령에 의한 지명절차가 있다. 연방대법원 대법원장이나 대법관의 지명 및 임명절차를 살펴보면, 우선 연방법무부장관의 참모들을 통해 대법관이나 대법원장의 후보 물색 작업이 행해진다. 법무부장관의 참모들은 후보리스트를 만들고 각 후보별로 파일을 작성한다. 후보들은 연방정부나 주정부의 공무원들 중에서, 변호사협회들과 여러 이익단체들의 추천에 의해, 심지어 대통령 자신의 추천에 의해 후보리스트에 올라가게 된다. 여기서 우리가 주목할 것은, 대법관이나 대법원장 후보 물색 시에 여러 시민단체나 변호사협회 등 법률가단체의 후보추천이 이루어지고 이것이 후보 물색에 반영된다는 점이다. 또한, 후보리스트에 이름이 올라간 대법원장 및 대법관 후보들에 대해 일차적인 검증작업이 이루어지는데, 이 일차 후보검증단계에서 살아남은 후보들은 그들의 경력이나 私的 생활들에 대해 법무부장관의 참모들로부터 질문지를 받게 되고 이에 대한 답변을 연방법무부와

---

받은 사람들에게 주어지는 학위이다.

435) 그것은 1983년 현재 미국의 7개 州에서도 州判事의 자격조건으로 요구하고 있는 조건이다.

436) 보통은 3년이나 4년임.

437) 아직까지도 몇몇 州나 지방레벨에서는 법학 학위를 요구하지 않는 경우도 있다. 연방 레벨에서도 1985까지의 미연방대법관 102명 중에서 55명만이 로스쿨을 다녔다. Abraham의 앞의 책, pp.52-53 참조.

美辯護士協會(American Bar Association, 줄여서 ABA)의 연방사법위원회(Committee on Federal Judiciary)에 제출해야 한다. 이때 연방법무부는 전미변호사협회의 연방사법위원회에 그 후보들에 대한 비공식적인 검증을 부탁하게 되고 이 연방사법위원회의 후보검증과정에서 또 한번 변호사협회의 영향력이 행사되게 된다. 14인의 위원으로 구성된 이 연방사법위원회는 연방대법원 대법관 후보나 대법원장 후보의 대법관이나 대법원장으로서의 자질에 대해 면밀한 평가를 행한다. 구체적으로는 이 후보들의 법률전문가로서의 전문가적 자질과 인품에 대해 이를 평가해 줄 위치에 있는 사람들을 광범위하게 만나 인터뷰하고, 각 후보들의 소송서류나 법률논문 등도 심사한다. 다음으로, 전미변호사협회의 연방사법위원회로부터 긍정적인 평가를 받은 후보에 한해 연방수사국(FBI)의 면밀한 신원조사가 이루어지고 전미변호사협회의 연방사법위원회는 그 후보에 대해 위원회의 각 위원들이 찬반표 중 어떤 표를 던졌느냐를 포함하는 공식보고서를 대외비로 대통령에게 제출하게 되어있다.

연방하급법원 재판관 후보의 결정에는 법무부장관이나 법무부차관이 결정적인 역할을 하기도 하지만, 대법관이나 대법원장 후보의 결정에는 대통령이 실질적으로 최종적인 결정권을 행사한다. 이때 대통령은 크게 세 가지를 주로 고려하게 된다고 한다. 첫째, 대통령 자신과 그 후보와의 ‘개인적 관계’이다. 가까운 친구나 부하가 대통령에게는 개인적으로 편만한 존재일 것이다. Lyndon Johnson대통령이 그의 오랜 친구이자 조연자인 Abe Fortas를 처음에는 대법관 후보로 나중에는 대법원장 후보로 지명한 것이 그 예이다. 둘째, ‘당파적 이해관계’가 고려된다. 예를 들어 Clinton대통령은 소속정당인 민주당의 입장을 대법관 및 대법원장 후보 지명에도 철저히 관철시키고자 했다. 따라서, 그는 민주당이 그러하듯 소수인종집단에 큰 관심을 두었고 그의 첫 임기 동안 연방법관들의 후보 지명시 25%이상의 후보를 흑인, 히스패닉,

아메리카 원주민 중에서 지명했고, 약 삼분의 일의 후보를 여성 중에서 지명했다. 셋째, 그 후보의 지명이 그 정권의 정책목표 달성에 도움이 되느냐를 따지는 ‘정책적 고려’가 행해진다. 예를 들어 Reagan 대통령은 전임대통령인 Carter대통령이 임명한 진보적 대법관들과 대법원에서 대응하게 하기 위해 보수적인 대법관 후보를 찾는다고 천명한 바 있었고 실제로 Sandra Day O'Connor과 같은 보수적 인사를 대법관 후보로 지명했다.

이러한 ‘당파적 이해관계’나 ‘정책적 고려’는 곧잘 배신을 당하기도 했다. 보수적인 공화당 소속 대통령인 Nixon이 임명한 Harry A. Blackmun대법관은 보수적인 공화당원이었음에도 불구하고, 사형제도를 위헌으로 보는 등 형사사건에서 기소자인 정부측보다는 피고인들의 이익보호에 치중하는 진보적인 판결들을 많이 내려 Nixon을 당황하게 만들었다.

오히려 판사경력을 포함하는 재판관으로서의 전문적 자질은 이때 크게 고려되지 않고 있다. 즉, 변호사자격만 있으면 되는 것이지 가장 유능한 판사나 가장 유능한 변호사일 필요는 없는 것이다. 미국 연방 대법원의 全歷史를 통해 대법관이나 대법원장 중 이전에 법관경력이 있었던 이는 50%정도 밖에 되지 않는다.<sup>438)</sup> 예를 들어 Eisenhower대통령이 대법원장으로 지명하고 임명한 Earl Warren대법원장도 캘리포니아주 州法務長官과 주지사라는 정치인으로서의 경력만 있었을 뿐, 그 이전에 한번도 판사로 일한 적은 없었다. 통계에 의하면, 주로 공화당 소속 대통령이 지명한 대법관 및 대법원장 후보 중에는 판사출신이 많았으나 민주당 소속 대통령이 지명한 이들 후보 중에는 정치인이나 행정관료의 전력을 가진 이들이 많았다고<sup>439)</sup> 한다.

---

438) WALTER F. MURPHY, C. HERMAN PRITCHETT, & LEE EPSTEIN, COURTS, JUDGES & POLITICS 142 (5th ed. McGraw Hill, 2002).

439) Id.

다음으로 연방상원의 인사청문회와 동의절차가 있다. 후보결정이 이루어지면 백악관은 연방상원에 대법원장이나 대법관 후보의 지명 사실을 알리고 연방상원은 연방상원 내의 사법위원회(Committee on the Judiciary)에 이 문제를 이송한다. 그러면, 후보 자신과 관계당사자들의 증언을 듣는 인사청문회가 열리게 된다. 이 단계에서도 연방상원은 1948년 이래로 연방상원 내의 사법위원회를 통해 전미변호사협회의 연방사법위원회에 의견 개진을 요청해왔다. 전미변호사협회의 세 번째 영향력 행사가 있게 되는 것이다. 이 요청이 있으면 전미변호사협회 연방사법위원회의 위원이 연방상원의 인사청문회에 출석하여 대법원장이나 대법관 후보 지명자에 대한 동위원회의 평가이유에 대해 상세한 보고를 하는 것이 관행이다. 이때, 전미변호사협회의 연방사법위원회는 후보를 “아주 자질이 뛰어남(extremely well qualified)” “자질이 뛰어남(well qualified)” “자질이 있음(qualified)” “자질이 없음(not qualified)”의 네 부류로 판정해 보고한다. 그러나, 이것은 연방상원 의원들에게 참작사유가 될 뿐 구속력은 없다. 예를 들어 Carter대통령이 지명한 세 연방법관 후보들은 전미변호사협회의 연방사법위원회에 의해 “자질이 없음”이라는 최악의 평가를 받았지만, 결국 상원의 동의를 얻어내는 데는 성공했다.

인사청문회 과정은 매우 신랄하다. 후보의 사생활도 들추어지며 특히 대학재학시의 이성관계까지 곤잘 도마 위에 오른다. 예를 들어, George Bush 대통령이 지명한 흑인후보인 Clarence Thomas 후보의 경우 이전에 여성법률가를 성희롱했던 혐의가 낱알이 폭로되면서 큰 곤혹을 치렀다. 또한, 후보 자신도 1925년에 Harlan Fiske Stone후보가 이 인사청문회 석상에 출두한 이후로 필요한 경우 그 출두를 요청받고 증언을 요구 당한다.

인사청문회가 끝나게 되면 연방상원 내의 사법위원회는 표결을 감행한다. 표결에서 과반의 찬성을 얻으면 연방상원 내의 사법위원회는 공식적인 추천서와 함께 연방상원의 전체회의에 이 사실을 보고한다.

최종적으로 연방상원 전체회의가 표결을 한다. 후보가 여기서 과반수의 찬성을 얻으면 대법원장이나 대법관으로 선서하게 되는 것이다. 이때, 상원의원들은 그 후보의 정치적 색채보다는 그 후보의 법률전문가로서의 자질을 가장 중시하는 것으로 나타난다. 예를 들어, 진보적인 민주당 상원의원들도 Reagan대통령이 추천한 보수적인 Antonin Scalia나 Anthony Kennedy 후보에 대해 찬성표를 던져 두 경우 모두 만장일치에 가까운 전폭적인 동의가 있었다. Scalia나 Kennedy후보 모두 법률전문가로서의 자질 면에서는 높은 평가를 받았기 때문이다.

비록 대법관 및 대법원장 후보의 지명과정에 연방상원이 간여할 길은 봉쇄되어 있지만, 연방상원의 동의가 대법관 및 대법원장 후보가 통과해야 할 최종관문이라는 점에서 연방상원의 동의는 대통령의 후보 선택에 효과적인 견제장치로 작동한다. 특히, 과거에는 연방상원이 동의를 잘 해주지 않는 경향을 보여 더더욱 큰 견제장치의 구실을 했지만, 요즈음에는 많은 경우 연방상원의 동의가 이루어지고 있는 추세에 있다. 예를 들어, George Washington대통령 시절 연방상원은 대통령이 지명한 한 후보에 대해 동의를 해주지 않은 바가 있었으며, 19세기동안 대통령이 지명한 후보 중 25%이상이 연방상원의 동의를 얻는데 실패했다. 그러나, 20세기에 들어와서는 John J. Parker후보를 위시한 극소수의 후보만 연방상원의 동의를 얻지 못했고, 최근 Clinton대통령의 경우 그가 추천한 유태인 여성 후보인 Ruth Bader Ginsburg와 Stephen Breyer후보는 모두 예상과는 달리 쉽게 연방상원의 동의를 얻어내는데 성공했다.

다음으로 여러 단체나 국민들의 간여가 있다. 각종의 이익단체나 시민단체들이 앞서 법무부장관 참모들에 의한 후보 물색 작업시에 후보를 추천하기도 하지만, 연방상원에서의 인사청문회 과정에서도 이익단체들이나 시민단체들이 인사청문회를 통해 그들의 목소리를 낸다. 이러한 각종 단체의 간여는 비교적 새로운 현상에 속한다. 이들에 의한 간여가 그 위력을 유감없이 보여준 예가 극우보수주의자 Robert H.

Bork 후보의 상원동의 획득 실패이다. Bork는 극우보수적인 그의 성향을 일찍이 하급법원 판사시절부터 극명하게 드러낸 인물이었으며, 따라서 많은 진보단체들로부터 인사청문회 과정을 통해 거센 저항을 받았다. 인사청문회 과정에서 Bork후보 한 사람에 대해 반대입장을 취한 단체의 수가 1950년대에 10년간 대통령에 의해 지명된 모든 대법관 후보들에 대한 반대 단체의 수보다 많았다는 것이 그러한 거센 저항을 입증해준다. Bork후보에 대해 처음에는 찬성하는 연방상원 의원의 수가 더 많았지만, 인사청문회 후의 연방상원 전체회의 표결은 결국 찬성 42, 반대 58로 Bork에게 동의 획득 실패의 참혹한 결과를 안겨주었다.

또한, 언론도 대법관이나 대법원장 후보의 지명 및 임명의 全過程을 통해 그들의 의견을 제시한다. 연방하급법원 법관의 임명 시에는 언론이 이를 대대적으로 다루지는 않지만, 연방대법원 대법관이나 대법원장의 지명 및 임명 시에는 언론이 이것을 보통 머리기사로 다룬다. 특히 대법관이나 대법원장 후보에 대한 인사청문회는 언론에 의해 세밀히 보도되고 언론보도를 통해 국민의 관심이 인사청문회에 집중되게 된다. 연방대법원 대법관이나 대법원장의 임명이 그만큼 중요하고 폭발력 있는 이슈이기 때문이다. 이 과정을 통해 각종 이익단체나 시민단체 이외의 일반국민들에 의한 대법관·대법원장 선임에의 간여도 언론매체의 매개로 이루어져 연방대법원 구성에의 국민적 통제가 절정에 이르게 되고, 선거로 선출되지 않고 대통령에 의해 임명되는 연방대법원 구성원들은 이 과정을 통해 간접적이거나 그 ‘민주적 정당성’을 보충 받게 되는 것이다.

이렇게 임명된 대법관들로 구성된 미국 연방대법원의 성향과 역할은 다음과 같이 정리해 볼 수 있다. 대법관이나 대법원장이 대통령에 의해 임명되기는 하지만, 세부적인 지명절차와 상원에서의 동의절차를 통해 전미변호사협회를 비롯한 각종 법률가단체, 이익단체, 시민단체의 간여가 여러 단계를 통해 이루어지면서, 다양한 배경과 다양한 성

향의 법률가들이 연방대법원을 구성하게 된다. 따라서, 9인의 재판관은 사회의 다양성을 반영하게 되고, 판결을 통한 중요한 국가정책의 결정에 각계각층의 이익을 대변하게 된다. 특히, Warren대법원과 같이 진보적인 대법관들이 많이 들어온 대법원에서는 소수자와 사회적·경제적 약자의 보호와 관련한 사건들에서 진취적인 판결들을 많이 내림으로써 미국 사회의 사회변화를 선도적으로 이끌기도 하였다. 또한, 종신제라는 요소가 여기에 부가되면서 극도의 사법권 독립이 이루어지며, 독립성을 철저히 보장받은 미국 연방대법원은 창조적인 헌법해석과 법해석을 통해 곧잘 사법적극주의적인 성향을 보이면서 입법부와 행정부의 의사나 결정을 판결을 통해 견제하게 된다. 미국에서는 강력한 대법원이 이러한 ‘견제’를 통해 권력간의 ‘균형’을 이끌어내면서 진정한 의미의 권력분립에 크게 기여하고 있는 것으로 평가받는다.

## (2) 주(州)법원 체계

대부분의 미국 국민의 법적 용무가 시작되고 끝나는 것은 州法院에서 이다. 이 州法院의 성격, 관할, 질과 복잡성은 州마다 미국이라는 거대한 국가를 이루는 이질적인 구성요소인 각 주의 공공정책, 필요, 크기, 헌법적 관행에 대한 무수한 고려에 따라 상당히 크게 변한다. 비록 주법원들 간에 사용하는 법률용어나 법원의 구조는 크게 다르지만, 식별가능한 구조상의 패턴이 존재한다. 州法院의 기초는 치안판사(justice of the peace)와 1심 사실심법원판사로 이루어지고 그것은 위로 가면서 다소간의 정교한 항소심법원을 만나는 피라미드구조를 이루며 그 피라미드의 꼭대기에는 州大法院(Supreme Court, 그러나 모든 주에서 다 Supreme Court라 호칭하는 것은 아니다)이 있다.<sup>440)</sup>

440) 극히 예외적인 경우를 제외하고는, 州레벨에서의 최하급법원은 치안판사(Justice of the peace)가 있는 치안법원이다. 각 지방과 州마다 그 법원에 대한 수요가 다르기 때문에 이를 부르는 호칭도 다르지만, 지방법원(Municipal Court)이 그 바로 위 레벨에 존재하는데 몇몇 州에서는 지방법원이라는 명칭을 그대로 쓴다. 가장 흔한 명칭은 교통법원(Traffic Court), 시법원(City Court), 야간법원(Night Court), 일반지역



50개의 미국의 州들은 대략 28,000명의(1985년의 경우) 판사들을 뽑기 위해 적어도 6가지의 다양한 유형의 신규채용방식을 채택하고 있다. 그 가운데 대략 총 1,500명의(1985년) 연방판사들이 연방상원의 과반수 동의를 얻어 대통령에 의해 임명된다.<sup>441)</sup> 어떤 방식이 채택되건, 두 가지의 다른 중요한 요인들이 여기게 영향을 미친다. 첫 번째 요인은 연방 상원과의 명백한 협의의 요구 그리고/혹은 정치적 세력들과 판사의 임명권자가 같은 당에 속한다면 판사 후보의 출신 州에서의 그 정치적 세력들이 차지하는 의회 의석수이다. 두 번째 요인은 변호사 협회에서의 지지여부이다. 이것은 특히 Truman행정부 말기 이후부터 미국에서의 연방 판사 임명절차에서 점증적으로 중요한 역할을 하는 요인인데, 1946년에 구성된 全美辯護士協會(American Bar Association)의 14人委員會에서 만들어졌다. 세 번째 요인은 현역의 혹은 퇴임한 연방대법관 특히 연방대법원장이, 새 연방대법관 후보 지명을 위해 대통령이나 법무장관이 자문을 구해올 때 행사하는 막강한 영향력이다.

법관의 선거는 분명 감소추세에 있기는 하나 아직까지도 미국의 다수의 州 에 퍼져있는 법관 임용방식이다. 1970년의 경우 전체 州判事와 지방판사의 82%가 선거에 의해 뽑혔다. 판사는 선거주민(예를 들면 Arkansas州나 Alabama州의 경우)에 의해서나 의회의원들(예를 들면

---

법원(General District Court), 그리고 경찰법원(Police Court) 등이다. 위계라인에 있어 그 다음의 상급법원이 일선에서 가장 부지런히 일을 많이 하는 市郡법원(County Court)인데, 시군법원은 일반 민형사 사건을 맡아본다. 시군법원 위에 보통 항소법원(Appellate Division), 州抗訴法院(State Appellate Court), 상위법원(Superior Court), 혹은 중간항소법원(Intermediate Court of Appeals)이라고 불리는 중간항소법원이 존재한다. 이 재판소의 관할은 거의 전부가 항소사건이다.(몇몇 州에서는 일정한 영장(writs)이 예외를 낳는다) 비록 이 법원이 중간법원이기 때문에 물론 최종레벨로 올라갈 수도 있지만, 종종 이 법원의 결정이 최종적이다. 각 州 법원조직의 꼭대기에 최종항소심법원(Final Court of Appeals)이 있는데, 이 법원은 하위법원, 보통은 중간항소레벨의 법원에서 올라오는 주요한 문제들에 대한 상소를 받고 심리한다. 이 법원의 주된 목적은 사실을 발견하는 것이 아니라 法을 발견하는 것이다. 이 법원의 결정은 州 法과 지방법에 관한 한, 그 단일화된 구조 덕택에, 최종적이고 확정적이다. 각각의 법원들의 관할과 구성에 관해서 자세히는, Abraham의 앞의 책, pp.143-148 참조.

441) 그 세부절차에 관해서는 위의 책, pp.24-28 참조

South Carolina州나 Virginia州의 경우)에 의해서 선출된다. 그들은 정당 간판을 걸고(예를 들면 West Virginia州나 New Mexico州) 출마하기도 하고 정당공천 없이(예를 들면 Washington州나 Michigan州) 출마하기도 한다. 그러나 보통 한 정당에의 소속과 충성은 후보로서 지명되기 위한 선행조건이 되어가는 경향에 있다. 또한, 대부분의 선거에 의해 뽑힌 판사의 임기는 평균 6년에서 10년이지만, 일부 州에서는 15년(예를 들면 Maryland州)이나 종신(예를 들면 Rhode Island州)으로 까지 늘어났다.<sup>442)</sup>

州判事의 임용방식으로 선거에 의한 방법과 임명에 의한 방법의 절충을 도모하려는 시도가 다소 다른 차원에서 많은 주의 1심 혹은 2심 법원 레벨에서 있어왔고 또 보편화되어 왔다.<sup>443)</sup> 이 대목은 Herbert Kaufman에 의해서도 잘 지적되고 있는데 그는 “미국의 사법제도는 여전히 주로 대표성(representativeness)과 중립적 능력(neutral competence)의 절충을 잘 보여주고 있다.”<sup>444)</sup>고 말했다.

## 2. 독일의 연방법원들

### (1) 독일 연방최고법원들의 조직과 구성

독일에서는 연방헌법재판소를 비롯한 연방 사법부의 조직과 관할에 관해 독일헌법인 독일기본법 제92조부터 101조에 걸쳐 상세한 조항을 두고 있다. 연방헌법재판소에 관해서는 독일기본법 제93조, 제94조, 제99조, 제100조가 주된 관련조항이다. 제94조는 ‘연방헌법재판소의

---

442) 위의 책, pp.35-36 참조

443) 1985년의 경우 Georgia, Hawaii, South Dakota, California, Maryland, Idaho, Missouri, Alaska, Kansas, Colorado, Iowa, Arizona, New York, Oklahoma, Indiana, Nebraska, Utah, Florida, Tennessee, Wyoming, Montana, Illinois, and Vermont가 그러하였다. 위의 책 p.36.

444) HERBERT KAUFMAN, POLITICS AND POLICIES IN STATE AND LOCAL GOVERNMENTS (Engelwood Cliffs, N.J.: Prentice-Hall, 1963) p.60.

구성’에 관해 규정하고 있다. 이에 따르면, 연방헌법재판소는 연방법관과 그 밖의 구성원으로 조직되는데, 연방헌법재판소의 재판관은 연방의회와 연방참사원에 의해 각각 반수씩 선출된다. 이때 연방헌법재판소의 재판관은 연방의회, 연방참사원, 연방정부 및 그에 대응하는 지방의 기관에 소속될 수 없게 함으로써 겸직금지의무를 부과하고 있다.<sup>445)</sup> 연방헌법재판소는 2개의 Senate(部)으로 구성되며 각각의 Senate에는 8인의 재판관들이 포진되어 있다. 연방헌법재판소법 제2조 3항 및 4항에 의하면 각 Senate의 8인의 재판관 중 법관 중에서 선출하는 자는 3인에 불과하다. 즉, 16명 중 6명만 판사 중에서 선출하도록 못박고 있다. 독일기본법 제93조는 이렇게 구성된 연방헌법재판소가 가지는 권한, 즉, ‘연방헌법재판소의 관할’에 관해 헌법소원을 비롯해 상세한 규정을 두고 있다.<sup>446)</sup>

이외에도, 독일기본법 제95조 1항은 연방헌법재판소 이외의 여러 연방최고법원들에 관해 규정해놓고 있다. 칼스루에에 소재한 연방일반최고법원(Das Bundesoberstegericht), 베를린에 소재한 연방행정법원, 뮌헨에 소재한 연방재정법원, 카셀에 위치한 연방노동법원, 같은 카셀에 위치한 연방사회법원의 5개 최고법원이 그것이다. 최고법원으로서의 다른 특별법원의 설치에 독일기본법의 개정을 요하는 사항이다. 왜냐하면, 독일기본법 제101조가 ‘법관에 의한 재판을 받을 권리’를 규정하면서 특별법원의 설립을 원칙적으로 금하고 있기 때문이다.<sup>447)</sup> 법원간의 서열에 관해서는 독일기본법이 규정을 두고 있지 않지만, 기본적으로 같은 지위를 가진다는 것이 독일연방헌법재판소의 견해이다.<sup>448)</sup> 즉, 헌법재판소와 연방일반최고법원, 연방행정법원, 연방재정법원, 연방

445) 독일기본법 제94조 1항.

446) 세부적 권한들에 대해 자세히는 독일기본법 제93조 참조.

447) 독일기본법 제101조 1항은 “특별법원은 허용되지 아니한다. 누구든지 법률로 정한 법관에 의한 재판을 받을 권리를 박탈당하지 아니한다.”고 규정한다.

448) BVerfGE 12, 326(337) 참조.

노동법원, 연방사회법원이 동급의 사법기관이며, 이 법원들이 상호수평적 관계 속에서 독일의 연방최고법원을 구성하는 것이다.

연방헌법재판소를 제외한 나머지 연방최고법원들의 법관 선발과 관련해서는 독일기본법 제95조 2항이 명문의 규정을 두고 있다. 이에 따르면, 각각 해당분야를 관할하는 연방장관이 각각 해당분야를 관할하는 16개주의 지방장관들, 연방의회에서 선출된 16명과<sup>449)</sup> 함께 법관선발위원회를 구성하고 이 법관선발위원회에서 연방최고법원의 법관들을 선발한다. 이때 의회에서 선출하는 16인은 꼭 의원이 아니어도 된다.

독일기본법 제96조는 연방최고법원의 하급 연방법원으로 ‘영업상의 권리보호에 관한 사안을 다루는 연방법원’과<sup>450)</sup> ‘연방군사법원’을<sup>451)</sup> 설치할 수 있다고 규정하고 있다. 특히, 연방군사법원은 방위사태의 경우와 외국에 파견되거나 군함에 승선한 군대의 소속원에 대해서만 형사재판권을 행사할 수 있으며 그 법관들은 법관의 자격을 가질 것을 요구하고 있다. 그 이외에도 연방은 독일기본법 제96조 4항에 의해 연방에 대해 공법상의 근무관계에 있는 자들에 대한 징계절차와 소원절차를 결정하기 위한 연방법원을 설치할 수 있다.

이러한 각종 연방법원을 구성하는 연방법관의 법적 지위는 특별한 연방법률로 규정하게 되어있다.<sup>452)</sup> 연방법관의 신분보장과 관련해, 연방법관이 직무상 또는 직무 외에서 독일기본법의 원칙에 위반한 경우, 연방헌법재판소는 연방의회의 청구에 따라 3분의 2의 다수로 그 법관의 轉職이나 퇴직을 명할 수 있고, 그 위반이 고의인 경우에는 파면시킬 수도 있다.<sup>453)</sup> 독일 연방법률은 연방법관의 임기제를 인정하지

449) 각 州의 지방장관들과 16명으로 동수임에 주목을 요한다.

450) 독일기본법 제96조 1항은 “연방은 영업상의 권리보호에 관한 사안을 다루는 연방법원을 설치할 수 있다”고 규정한다.

451) 독일기본법 제96조 2항 참조.

452) 독일기본법 제98조 1항.

453) 독일기본법 제98조 2항 참조.

않고 있고 정년만 68세로 규정하여 연방법관의 신분보장에 만전을 기하고 있다. 그리고 지방법관을 포함하는 모든 법관들은 독일기본법 제97조에 의해 기본적으로 법관으로서의 독립성을 보장받는다. 이에 따르면, 각급 법원의 專任法官은 법원의 판결에 의해 법률에 규정된 이유와 방식에 의해서만 그 의사에 반하여 면직되거나 계속적 또는 일시적으로 停職, 轉補, 혹은 퇴직될 수 있다. 법원의 조직이나 구역이 변경될 경우 법관은 다른 법원에 전속되거나 퇴직할 수 있지만 이 때에도 봉급의 전액이 지급될 수 있게 하여<sup>454)</sup> 두텁게 그 신분을 보장하고 있다.

연방헌법재판소와 다른 연방최고법원, 그 중에서도 특히 연방일반최고법원(연방대법원)의 관계에 관해 살펴보면, 연방헌법재판소는 ‘재판에 대한 헌법소원’의 경우에 연방일반최고법원 재판의 결과가 독일기본법 제93조 1항 4호에<sup>455)</sup> 의해 헌법소원을 제기한 자의 기본권을 침해하였는지 여부만을 검토하게 하고 있으며, 이 경우에도 헌법재판소는 단순히 법원 결정이 잘못 되었는지 여부를 검토하는 것이 아니라<sup>456)</sup> 해당 법원이 행한 절차의 형성, 구성요건의 확정 및 평가, 법의 해석과 해석의 해당사건에의 적용에 대한 평가만을 할 뿐이며, 구체적인 사건에 있어서 해당법원 결정의 잘잘못을 직접 평가하지는 않는다.<sup>457)</sup> 결국 연방헌법재판소는 일반법원의 최고상급법원이 아니라 관할을 달리

454) 독일기본법 제97조 2항 참조.

455) 독일기본법 제93조 1항 4호는 연방헌법재판소 권한 중의 하나로 헌법소원을 규정하고 있다. 즉, “다른 쟁송수단이 없는 경우, 연방과 지방간의, 지방 상호간의 또는 지방 내부에서의 그 밖의 공법상의 爭議 ; 4a. 누구나 공권력에 의하여 기본권 또는 제20조 제4항(저항권), 제33조(공직취임권, 종교 및 사상의 자유 등), 제38조(선거권과 피선거권), 제101조(재판을 받을 권리), 제103조(피고인의 기본권) 및 제104조(신체의 자유)에 규정된 권리가 침해되었다는 것을 이유로 제기할 수 있는 헌법소원. 4b. 제28조의 자치행정권이 법률에 의해 침해되었거나, 지방 헌법재판소에 헌법소원이 제기될 수 없는 경우로서 지방에 의해 침해되었음을 이유로 지방자치단체와 지방자치단체조합이 제기하는 헌법소원”을 헌법재판소의 권한으로 규정한다.

456) BVerfGE 13, 318(325) 참조.

457) AK Bd. 2. 2. Aufl., S. 1021 참조.

하는 별개의 사법기관으로서 연방최고법원들 중의 하나로 인식되고 있는 것이다.

## (2) 독일 연방헌법재판소의 성향과 역할

이렇듯, 독일은 연방대법원인 연방일반최고법원 이외에 연방최고법원의 하나로 연방헌법재판소를 가지고 있으며 헌법적 문제에 관한 최종심은 이 연방헌법재판소에서 이루어진다. 독일기본법이 많은 조항들을 연방헌법재판소에 할애하고 있고 사회적 가치판단의 성격이 짙은 헌법재판을 담당하는 기관이 연방헌법재판소이니 만큼 다음에서는 독일의 연방최고법원들 중 독일연방헌법재판소의 성향과 역할에 대해 개관해본다.

독일 연방헌법재판소는 최초의 독일 공화국헌법이 제정되던 1949년의 헌법에서부터 인정되었고 이제까지 중요한 헌법판례들을 통해 독일의 헌법적 법치국가이념(constitutional Rechtsstaat ideology)이 뿌리내리는데 선도적 역할을 하였다.<sup>458)</sup> 독일의 연방헌법재판소가 사법적극주의의 입장에서 있느냐 사법소극주의의 입장에서 있느냐는 많은 학자들에 의해 논란이 되어왔지만,<sup>459)</sup> 최소한 1970년대 이후로는 점증

---

458) 독일 연방헌법재판소는 독일이 히틀러의 통치와 제2차 세계대전을 거치면서 개인적 권리와 자유의 엄청난 탄압을 경험한 뒤에 세워졌다. 히틀러가 적법한 방법으로 권력을 잡게 되고 이를 휘둘렀다는 사실은 독일 국민들로 하여금 입헌주의에 대해 다시 생각해 보게끔 만들었다. 이러한 관점과 관련한 독일 연방헌법재판소 설립의 역사적 배경에 관해 자세히는 Torbjörn Vallinder, *When the Courts Go Marching In*, in THE GLOBAL EXPANSION OF JUDICIAL POWER (C. Neal Tate and Torbjörn Vallinder eds., New York and London: New York University Press, 1995) pp.19-20 참조.

459) 1997년에 나온 “THE CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY(독일연방공화국의 헌법학)”이라는 책의 저자로 유명한 Donald Kommers교수는 독일 연방헌법재판소가 고도로 사법적극주의적인 태도를 보여왔다고 분석하고 있고, Alec Stone교수도 이에 동의한다. Alec Stone, *Coordinate Construction in France and Germany*, in THE GLOBAL EXPANSION OF JUDICIAL POWER (C. Neal Tate and Torbjörn Vallinder eds., New York and London: New York University Press, 1995) at 205, 221 참조. 그러나, H.G. Peter Wallach교수는 1991년에

적으로 높은 정도의 사법적극주의적 입장을 보여왔다는 데에 학자들의 견해가 대체로 일치하고 있다.<sup>460)</sup>

독일 연방헌법재판소는 구체적 규범통제, 추상적 규범통제, 헌법소원으로 대표되는 권한을 가지고 있는데 특히 1969년에 도입된 헌법소원제도는 1991년 현재 연방헌법재판소 사건접수건수의 90% 가량을 차지하며 비록 인용율은 2.25% 정도로 낮지만 독일인들의 사회생활과 법률관계에 중요한 영향을 끼쳐온 것으로 평가된다.<sup>461)</sup> 구체적 규범통제도 활발히 이루어져 1951년에서 1990년 사이에 2,529건이 접수·처리되었다. 이를 통해 독일의 전체 연방법 중 5% 정도가 위헌무효판결을 받았다. 반면에 추상적 규범통제는 그리 활발히 이용되지는 않아 동기간 내에 110건이 접수·처리되는데 그쳤다.<sup>462)</sup> 이렇듯 독일 연방헌법재판소는 주로 구체적 규범통제나 헌법소원의 권한을 중심으로 국가의 정책형성에 큰 영향을 끼치기도 하고 간접적으로 참여하기도 하였다.

한 가지 특이한 사실은 독일 연방헌법재판소는 어떤 때에는 다수의 권리보호에 치중하고<sup>463)</sup> 어떤 때에는 미국 대법원처럼 소수의 권리보

---

발표된 그의 글에서 독일 연방헌법재판소가 사법적극주의보다는 사법소극주의 경향에 더 가까웠다고 분석하고 있다. H.G. Peter Wallach, *The West German Courts*, in JUDICIAL ACTIVISM IN COMPARATIVE CONTEXT (Kenneth M. Holland ed., New York: St. Martin's, 1991).

460) Landfried교수, Johnson교수, Biehler교수는 모두 이에 동의한다. Christine Landfried, *Legislation and Judicial Review in the Federal Republic of Germany*, in CONSTITUTIONAL REVIEW AND LEGISLATION: AN INTERNATIONAL COMPARISON(Christine Landfried ed., Baden-Baden: Nomos, 1989) pp.147-68; Nevil Johnson, *The Interdependence of Law and Politics: Judges and the Constitution in Western Germany*, WEST EUROPEAN POLITICS (1982), pp.236-252 참조.

461) RUDOLF B. SCHLESINGER, HANS W. BAADE, MIRJAN R. DAMASKA, AND PETER E. HERZOG, *COMPARATIVE LAW - CASES, TEXT, MATERIALS* (5th ed., University Casebook Series, 1991) p.376

462) Christine Landfried, 앞의 논문, p.308

463) Ulrich Preuß교수는 독일 연방헌법재판소는 “권력엘리트 중의 일부로서 정치적·사회적 소수가 아니라 다수를 기쁘게 하는 판결들을 내리려한다”는 평가를 한다. Ulrich

호를 위해 애쓰기도 한다는 점이다. 다수의 권리보호에 치중하는 면과 관련하여, 헌법재판소 재판관의 선출방법에서 그 원인을 찾는 견해가<sup>464)</sup> 설득력을 얻고 있다. 즉, 재판관들이 연방의회와 연방참사원의 위원회에 의해 선출되기 때문에 의회 내 다수당은 그들의 견해를 대변해 줄 수 있는 인사들을 헌법재판소 재판관으로 뽑게 되고 따라서 헌법재판소 재판관도 자기를 뽑아준 그 다수당의 뜻을 판결에 반영하게 된다는 것이다.<sup>465)</sup>

### Ⅲ. 통일헌법에서 대법원과 헌법재판소의 기능과 권한

#### 1. 통일 과정이나 통일 이후에도 ‘이원적 사법부 구조’ 유지

우리나라는 연방국가가 아니고 단일국가이다. 그리고 단일국가이면서 법원조직에 있어서는 일반법원의 정점에 위치하는 대법원과 특별법원으로서의 헌법재판소라는 두 개의 최고법원을 가진 ‘이원적 사법부 구조’를 가지고 있다. 통일 과정이나 통일 이후에도 이러한 이원적 사법부 구조를 유지하는 것이 바람직할까 아니면 하나의 최고법원을 두는 것이 바람직할까? 현재도 헌법재판소는 헌법재판기관으로서의 최고법원의 역할을 수행하고 있고, 대법원은 헌법재판 이외에 민사, 형사, 행정, 특허, 노동, 조세 등의 사건들에서 최종심 법원으로 최고법원의 역할을 수행하고 있다. 그리고 유신 치하의 긴급조치에 대한 위헌판단의 사례에서 보듯이, 헌법재판소의 관할에 속하는지 대법원의

---

Preuß, *Aus dem Geiste des Konsenes: Zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in MERKUR 1987(1987) pp.1-12.

464) Robert Dahl 교수가 이러한 입장을 취하는 학자로 유명하다. Robert Dahl, *Decision-Making in Democracy: the Supreme Court as a National Policy Maker*, 6 JOURNAL OF PUBLIC LAW (1957) p.292.

465) 독일에서는 연방헌법재판소 반대의견의 출판이 1971년부터 이루어졌다. 따라서, 그 이후로는 재판관 각자의 성향 분석이 가능해졌다. 그러한 분석의 결과 재판관은 자기를 재판관으로 뽑아준 정당의 입장에 따라 재판한다는 사실이 증명되었다.



관할에 속하는지 불확실한 영역의 사건들에 대해서는 서로 경쟁관계에 있기도 하다. 이 때 두 최고법원의 경쟁은 어느 법원이 국민의 기본권을 신장시키는 결정을 내려 그야말로 ‘인권보장의 최후 보루’가 되느냐를 두고 벌이는 경쟁이 되기 때문에, 두 최소법원 경쟁의 혜택은 기본권의 주체인 국민들에게 돌아간다. 따라서 대법원과 헌법재판소 각각의 관할에 속하는 사건들을 열심히 처리하게 하고 또 때로는 국민의 기본권 보장을 위해 선의의 경쟁을 하게 한다는 의미에서 통일 과정이나 통일 이후에도 일반법원의 최고법원으로서의 대법원과, 헌법재판을 담당하는 최고법원으로서의 헌법재판소를 존속시키는 것이 바람직하다 할 것이다.

위에서 연방제 국가인 미국과 독일의 법원조직과 각급 법원의 역할에 대해 살펴보았다. 다음에서는 이러한 미국과 독일의 사례를 참고하여 통일 과정이나 통일 이후 통일한국에 있어서 대법원과 헌법재판소는 어떤 기능을 해야 하고 어떤 권한을 가져야 하는지를 살펴본다.

## 2. 남북통일 과정이나 통일 이후 대법원의 기능과 권한

통일 과정이나 통일 이후에도 대법원의 기능과 권한은 지금과 같이 민사, 형사, 행정, 특허, 노동, 조세 등의 사건들에서 최종심을 행하는 최고법원으로 남아 있는 것이 바람직할 것으로 보인다. 다만, 현재 대법원이 가지고 있는 권한 중 선거사건들에 대한 최종심 법원으로서의 기능과 권한은 헌법재판소로 넘기는 것이 타당해 보인다. 선거야말로 가장 헌법적인 장치 중의 하나이기 때문에 선거와 관련한 소송에서는 헌법적 측면에서의 규범적 판단이 꼭 필요한 것이다. 따라서 종래 대법원이 가지고 있던 선거소송의 최종심으로서의 기능과 권한은 위에서 보았듯이 독일 연방헌법재판소처럼 ‘선거의 효력을 다투는 헌법소원’의 형태로 해서 헌법재판소가 가지는 것이 바람직하다 할 것이다. 따라서 통일 과정이나 통일 이후의 헌법이나 헌법재판소법에서는 헌법

재판소의 권한을 정하는 조항에 ‘선거의 효력을 다투는 헌법소원’을 추가해야 할 것이다.

또한 현재 우리 헌법 제107조 제2항은 “명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다.”고 규정하여 대법원에 위헌명령 규칙에 대한 최종적인 심사권을 부여하고 있다. 어떤 규범이 법률이 됐건, 명령이나 규칙이 됐건, 조례가 됐건, 그 규범의 헌법 위반여부를 판단하는 것은 헌법재판의 영역이다. 따라서 위헌명령규칙에 대한 최종적인 심사권도 대법원이 담당하게 하는 것이 ‘헌법해석의 통일성’이라는 측면에서도 바람직할 것이다. 따라서 통일 과정이나 통일 이후의 헌법에서는 현행헌법의 107조 제2항을 삭제하고 헌법재판소의 권한을 정하는 헌법조항에 위헌명령규칙 심사권을 추가해야 할 것이다.

### 3. 남북통일 과정이나 통일 이후 헌법재판소의 기능과 권한

‘이원적 사법부 구조’를 유지한다고 했을 때 통일국가에서는 헌법재판소의 역할과 기능이 중요해질 수밖에 없다. 특히 우리가 체제 전환 과정의 과도기에서 연방국가 체제를 채택할 경우에는 더더욱 그러하다. 연방국가에서 연방과 주(州)간의 권한분쟁이 발생했을 때 그 ‘중재자’가 바로 연방헌법상의 연방제 조항의 해석을 담당하는 ‘헌법재판소’이기 때문이다. 이 때, 대법원을 정점으로 하는 일반법원은 연방국가에서 연방과 주(州)간의 권한분쟁에 대한 ‘중재자’로서가 아니라 민사나 형사사건 등 일반사건들에 대한 사법적 권리구제 기관으로서의 역할을 하게 될 것이다.

통일국가에서 헌법재판소와 일반법원의 ‘이원적 사법부 구조’를 유지할 경우 헌법재판소의 권한으로 무엇을 헌법에 규정할 지가 중요한 쟁점이다. 현재는 헌법 제111조 제1항에 의해 헌법재판소가 위헌법률심판권, 정당해산심판권, 탄핵심판권, 권한쟁의심판권, 헌법소원심판권을

가지지만 또 다른 통일국가인 독일에서는 통일 후의 연방헌법재판소가 이 다섯 가지 권한 이외에 추상적 규범통제권, 기본권 상실에 대한 심판권, 의원 자격의 심사, 선거의 효력을 다투는 헌법소원, 위헌명령 규칙 심사권 등을 권한으로 가지고 있다. 통일 후 남과 북의 통합을 위해 연방국가 체재를 통일헌법에서 받아들일 경우에 헌법재판소에 연방과 주(州)간의 권한분쟁의 중재자로서의 역할을 다하게 하기 위해 현재 우리 헌법재판소에는 없고 독일 연방헌법재판소에는 있는 추상적 규범통제권, 기본권 상실에 대한 심판권, 의원 자격의 심사, 선거의 효력을 다투는 헌법소원, 위헌명령규칙 심사권 등을 우리 헌법재판소의 권한으로 추가해야 할 것이다.

## 제 5 장 결 론

체제전환과정과 통일이후의 헌법은 통일과정과 통일 이후 정치적·사회적 갈등관계로 인한 혼란과 분쟁을 정치적·행정적·사법적 제도를 통하여 보다 합리적이고 평화적으로 해결할 수 있어야 한다. 체제전환과정의 헌법적 쟁점으로는 과체제전환과정에서의 국가형태를 어떻게 할 것인지, 국가를 구성하는 선거제도와 정당제도를 어떻게 설계할지가 문제될 것이며, 통일 이전 시기의 북한법제의 효력, 북한주민의 기본권회복 등의 다양한 헌법적 쟁점을 해결해야 한다. 따라서 본 연구는 이에 관한 논의의 출발점이 되었으면 한다.

통일헌법의 기본원리는 현재 대한민국헌법의 기본원리와 큰 차이가 있어서는 곤란하다. 보편적 정치원리로서의 자유민주주의에 기초한 헌법이 되어야 함은 물론이다. 자유민주주의의 공동체적 토대로서의 민주공화국이 되어야 한다. 그리고 통일헌법하에서도 현행 헌법 제1조와 같은 국민주권론은 계속 유지될 필요가 있음

그리고 과거청산이나 불법청산을 목적으로 소급입법을 남용할 수 없도록 과거청산이나 불법청산의 의미를 가능한 한 명확하게 한정할 필요가 있다. 기본권체계에 있어서 결국 가장 논란이 될 사안은 사회적 기본권과 평등권이다. 북사회보장제도를 남한 주민과 북한 주민에 대해 이원적으로 운영하는 경우에도 연금보험 가입기간에 따라 서로 달리 취급되어야 할 북한주민들을 동일하게 대우함으로써 평등권 침해의 문제가 발생할 수 있기 때문이다. 결국 한정된 재원을 어떻게 사용할 것인지의 문제이고, 헌법적 해석을 통해 해결해야 할 사안이다.

구공산국가들이 체제전환과정에서 가장 많이 채택한 정부형태는 의원정부제이다. 의원내각제처럼 권력분산형 모델임과 동시에 대통령을 직접 선출함으로써 국가원수에게 민주적 정당성을 부여하고 임기를

보장해 정국의 불안정성을 최소화하기 위해서이다. 향후 통일헌법 제정시 고려해야 할 사안이다.

한편, 통일 이후 북한지역 주민들의 국정운영 참여를 보장하기 위해서는 선거제도와 의회제도의 개편이 필요하고, 양원제 도입을 통해 남한과 북한의 인구 불균형을 부분적이거나 보완할 필요가 있다. 그리고 통일 이후에도 대법원과 헌법재판소가 병존하도록 함으로써 양 기관이 견제와 균형의 관계를 유지하도록 해야 한다.

## 참고 문헌

- 강경근, 『헌법학』, 법문사, 1997, 90면.
- 강일신·김종철, “환경민주주의와 심의적 시민참여”, 강원법학 제45권 (2015.6), 252-254면.
- 강장석, “통일헌법의 구성 원리와 통치구조-이원정부제를 중심으로,” 『한국의회학회』, 제1권 1호 (한국의회학회보, 2012).
- 강현철, “남북한 통일헌법상의 정부형태에 관한 연구,” 『유럽헌법연구』, 제16호 (유럽헌법학회, 2014).
- 강현철, 『통일헌법연구-정부형태를 중심으로』, 한국학술정보, 2006년.
- 계희열, 『헌법학(상)』, 박영사, 2005년, 174면.
- 고유환, 민족공동체 통일방안의 이행과정과 추진전략 재검토, <통일인문학>(건국대학교 인문학연구원), 제60집(2014), 244면.
- 곤도 아쓰시, 李京柱 역, “議員內閣制와 大統領制 - 混合形態로서의 半大統領制와 首相公選制의 檢討를 덧붙여서 -”, 世界憲法研究, 第5號, 2000.
- 국토통일원, 남북한 통일·대화 제의비교 (Ⅱ) - 1988~1990.2, 남북대화사무국, 1990.3,
- 국회 헌법개정 자문위원회, 활동결과보고서 I, 2014.7.
- 국회 헌법개정 자문위원회, 「헌법개정안 결과보고서」, 2014, 24면.
- 權寧高, “美國大統領制와 韓國에서의 그 論議”, 考試界, 2003, 12, 27면.
- 權寧高, “統一指向的 政府形態로서의 大統領制”, 公法研究, 第27輯 第3號, 1999.

참고 문헌

- 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2004, 125~126면.
- 권영태, 1998년 북한 헌법 ‘서문’에 대한 새로운 분석 - 법제전략 차원의 의미를 중심으로, <현대북한연구>(북한대학원대학교 북한미시연구소), 제15권 제2호(2012), 127면.
- 권용혁, 자유주의와 공동체주의: 개인과 공동체의 관계 재구성 시도, <사회와 철학>(사회와 철학 연구회), 제28집(2014), 107면.
- 김갑식, “남북기본합의서에 대한 북한의 입장”, 『통일정책연구』 제20권 제1호, 통일연구원, 2011년, 59면.
- 김국신, 남북연합 형성 및 운영방안연구, 민족통일연구원, 1994년, 49~50면.
- 김국신, “예멘 통일방식이 한반도 통일에 주는 시사점” 「예멘통일의 문제점」, 민족통일연구원, 1994. 22-23면.
- 김대환, 개별 기본권의 개정방향: 헌법재판 25주년을 기념하여, <세계헌법연구>(세계헌법학회 한국학회), 제19권 제1호(2013), 43면.
- 김동률, 반인도적 국가범죄에 대한 공소시효 배제 방안 - 구동독 불법청산과 관련한 독일에서의 논의를 중심으로 -, <비교형사법연구>(한국비교형사법학회), 제15권 제2호(2013), 137면.
- 김동률/최성진, 체제불법의 형법적 과거청산의 당위성에 대한 연구 - 통일 후 구동독 체제에 대한 청산과정에서의 논의를 중심으로, <동아법학>(동아대학교 법학연구소), 제66호(2015), 449면.
- 김동한, 북한헌법에 있어서의 기본권, <북한의 법과 법이론>(경남대학교 극동문제연구소), 1988, 83면.
- 김명재, “정당의 자유와 민주적 기본질서”, 헌법학연구 제13권 제1호(2007), 특히 314-316면.

- 김명재, “헌법상의 자유민주적 기본질서의 개념”, 『법학논총』 제23권 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2003년 6월, 99면.
- 김병기, 통일 후 북한지역 토지소유문제 해결을 위한 몰수재산처리법 제의 이론과 실제, <토지공법연구>(한국토지공법학회), 제65집 (2014), 51면.
- 김병록, “정부형태 바꾸어야 하는가?”, 공법연구 제27집 제3호, 1999, 267면.
- 김상철, 독일 아젠다 2010 평가와 전망, <질서경제저널>(한국질서경제학회), 제17권 제호(2014), 5면.
- 김석진/이규창, 통일 이후 사회보장제도 분리 운영방안 - 경제적 및 법적 분석 -, 통일연구원, 2015, 52면.
- 김선택, “제왕적 권력행사를 봉쇄하는 분권형 정부형태”, 『새로운 헌법 무엇을 담아야 하나』, 대화문화아카데미, 2011년, 63면.
- 김선택, “헌법과 통일 정책”, 한국법학 50년-과거, 현재, 미래(I), 한국 법학교수회 주최 대한민국건국 50주년 기념 제1회 한국법학자 대회 논문집.
- 김성욱, 북한건물의 사유화와 관련한 법적 문제, <법학논총>(조선대학교 법학연구원), 제22권 제2호(2015), 371면.
- 김수민, 2009년 북한 개정헌법의 정치적 함의: 내용과 특징을 중심으로, <평화학연구>(한국평화연구학회), 제10권 제4호(2009), 50면 이하; 박진우, 2009년 개정 북한헌법에 대한 분석과 평가 - 권력 구조를 중심으로, <세계헌법연구>(세계헌법학회 한국학회), 제 16권 제3호(2010), 858면.
- 김수진, “공화국의 정당과 정당정치”, 『제2공화국과 한국민주주의』(서울: 나남), 1996, 176-181면.



참고문헌

- 김승대, “남북한간 특수관계의 법적 성격에 관한 일고찰”, 『법조』 제 44권 제3호, 법조협회, 1995년, 44~45면.
- 김일환, 헌법개정을 위한 기본권 관련 쟁점에 관한 고찰, <세계헌법연구>(세계헌법학회 한국학회), 제16권 제2호(2010), 74면.
- 김재봉, 남북한 형사법통합과 공소시효의 문제, <법학연구>(전북대학교 법학연구소), 제36집(2012), 18면.
- 김준석, “국가연합(confederation)의 역사적 재조명: 미국, 독일, 네덜란드 그리고 유럽연합”, 『국제정치논총』 제48권 제1호, 한국국제정치학회, 2008년 3월, 147면.
- 김종일, 북한헌법의 정체와 기본권 보장, <북한학보>(북한학회), 제26집(2001), 28면.
- 김종철, “공화적 공존의 전제로서의 평등”, 헌법학연구 제19권 제3호 (2013.9), 30-33면.
- 김종철·이지문, “공화적 공존을 위한 정치개혁의 필요성과 조건: 정부형태 개헌론을 넘어서”, 세계헌법연구 제20권제1호(2014.4.30.), 63-92면.
- 김종철, “민주공화국과 정당해산제도 - 통합진보당 해산심판청구를 소재로 -”, 공법학연구 제15권 제1호(2014. 2), 44-47면.
- 김종철, “법률복지개념의 헌법적 정당화와 발전방안: 법률구조의 패러다임 전환을 위한 시론”, 법과사회 제43호(2012), 52-53면.
- 김종철, “헌재는 주권적 수임기관인가?: 대한민국의 헌법적 정체성과 통합진보당 해산결정”, 저스티스 제151호(2015), 41면.
- 金哲洙, “獨逸의 統制된 議員內閣制”, 考試界, 2003. 12.
- 김철수, 『한국 입헌주의의 정착을 위하여: 헌법개정·정치혁신·통일』 (서울: 법서출판사, 2003), 106면.

- 김철수, 통일헌법안에 관한 연구 -통일헌법안과 제정이유-, 학술원논문집 (인문·사회과학편) 제54집 2호, 대한민국 학술원., 2015, 35-115면.
- 김철수, 『학설판례헌법학(상)』, 박영사, 2008, 169면.
- 김태진, “북한이탈주민 관리를 위한 공법적 과제”, 253면을 000, 『북한이탈주민 지원법제의 현황과 개선방안에 관한 연구』, 22면에서재인용.
- 김태현, “통일 독일의 판·검사 통합에 대한 분석과 시사점”, 통일과 법률 제23호, 2015년, 1면.
- 김현우, 『한국정당통합운동사』(서울: 을유문화사, 2000), 262-263면.
- 김현철, 적극적 평등실현조치에 관한 미국연방대법원 판례의 현대적 경향, <법학논총>(전남대학교 법학연구소), 제35집 제3호(2015), 37면.
- 김형성/조재현, 북한헌법 변화의 특징과 전망, <성균관법학>(성균관대학교 법학연구소), 제24권 제2호(2012), 1면.
- 남궁영, 민족공동체 통일방안: 평가 및 시사점: ‘남북연합’과 ‘낮은 단계의 연방제’ 관계, <국제지역연구>(한국외국어대학교 국제지역연구센터), 제5권 제1호(2001), 135면.
- 도회근, “통일헌법의 권력구조”, 『공법연구』제40집 제2호, 한국공법학회, 2011년.
- 도회근, 통일헌법의 기본원리, <법조>(법조협회), 제64권 제10호(2015).
- 류시조, “헌법개정의 논의방향”, 『공법학연구』, 제7권 제3호, 한국비교공법학회, 2006년 8월, 140~141면.
- 류재철, 통일 후 예상되는 가족법상의 문제점과 대책, <통일문제연구>(평화문제연구소), 제13권 제2호(2001).

참고 문헌

- 류지성, 『북한의 교육 및 직업관련 법제에 관한 연구』, 한국법제연구원, 2015년, 50~51면.
- 박강우, <통일후 북한지역에 대한 불법청산 및 범죄자 처리방안 연구>, 한국형사정책연구원, 1998, 166면.
- 박명림, 남한과 북한의 헌법제정과 국가정체성 연구 - 국가 및 헌법 특성의 비교적 관계적 해석, <국제정치논총>(한국국제정치학회), 제49집 4호(2009), 238면.
- 박선영, “‘일반적으로 승인된 국제법규’와 보호책임”, 세계헌법연구 제 20권 제2호(2014), 63면.
- 박선영, 조선민주주의인민공화국 헌법의 제정과 개정 과정을 통해 본 북한헌법에 관한 연구, <공법학연구>(한국비교공법학회), 제16권 제4호(2015), 30면.
- 박수혁, “통일한국에서의 통일헌법상 통치구조에 관한 연구,” 『통일과 법률』, 제2호 (2010).
- 박영호, 한반도 통일에 대한 남북한의 시각과 남북관계, 전략연구, 한국전략문제연구소, 2014.2, 282면.
- 박정배, “통일대비 독일과 예멘의 통일헌법체제에 관한 법적 고찰”, 『법학논총』 제33집, 송실대학교 법학연구소, 2015년 1월.
- 박정원, 『남북한 통일헌법에 대한 연구-통일헌법의 기본질서와 내용을 중심으로』, 국민대학교 대학원 박사학위논문, 1996, 78-95면.
- 박진완, 독일통일과정에서의 재산반환문제에 대한 검토, <유럽헌법연구> (유럽헌법학회), 제16호(2014).
- 박찬욱, “대통령제의 정상적 작동을 위한 개헌론”, 진영재 외, 『한국권력구조의 이해』(서울: 나남, 2004), 187-193면.

- 박찬표, 「한국의회정치와 민주주의: 비교의회론의 시각」, 오름 출판사, 2002, 292면.
- 방승주, 통일과 체제불법 청산, <통일법연구>(헌법이론실무학회), 제1권 (2015), 187면.
- 방승주, 이기우, 신도철, 고문현 등, 「선진 지방분권국가 실현을 위한 헌법개정안 연구」 전국시도지사협의회, 2010, 200-201면.
- 백영철, “제2공화국의 의회정치: 갈등처리과정을 중심으로”, 백영철 편, 『제2공화국과 한국민주주의』(서울: 나남), 1996, 128-135면.
- 법제처, 『헌법주석서 I』.
- 서울대학교 헌법·통일법센터, 통일선거법제의 방향, 2014.10.31. 57-58면.
- 徐柱實, “大統領制 權力構造에 대한 再檢討”, 법학연구(부산대학교), 제41권, 제1호, 2000.
- 서희경, 남한과 북한 헌법 제정의 비교 연구(1947-1948) - 한국 근대국가와 입헌주의의 탄생, ‘진정한 민주주의’를 향한 두 가지의 길, <한국정치학회보>(한국정치학회), 제41집 제2호(2007), 49면.
- 成樂寅, “권력의 민주화와 정부형태”, 법과 사회, 15, 1997, 17면.
- 성낙인, “통일헌법의 기본원리 소고”, 서울대학교 법학, 제53권제1호 (2012).
- 성낙인, “통일헌법상 권력구조에 관한 연구”, <공법연구>(한국공법학회), 제36집 제1호(2007).
- 성낙인, “헌법개정과 권력구조(정치제도)”, 『저스티스』 통권 제134-2호, 한국법학원, 2013년 2월, 142~143면.
- 成樂寅, 『憲法學』(서울: 法文社, 2005).
- 성낙인, 헌법학 11판, 법문사, 2011.

성낙인, 헌법학 제16판(2016), 309면.

소성규/손경식, 북한이탈주민의 가족관계등록과 중혼문제해소를 위한  
법제도 개선방향 - 경기도 북한이탈주민 인식조사를 중심으로 -,  
<법과 정책연구>(한국법정책학회), 제11권 제2호(2011), 11면.

송석윤, “정당해산심판의 실체적 요건 -정당해산심판제도의 좌표와 관련  
하여”, 서울대학교 법학 제51권 제1호(2010. 2), 50-54면.

송석윤, “양원제의 도입방안에 대한 연구” 『헌법학연구』 제14권 제4호,  
한국헌법학회, 2008, 332면.

송인호, 『통일법 강의』, 법률신문사, 2015.

신우철, “현행 대통령제에 관한 몇 가지 생각 -우리 헌정사의 경험을  
반추하면서-”, 법학(서울대학교), 제42권 제 1호, 2000.

심재철, “재외탈북자의 법적 지위”, 『생명과 인권』, 통권 제49호, (사)  
북한인권시민연합, 2008년, 6면.

안성호, 「양원제 개헌론: 지역대표형 상원 연구」, 신광문화사, 2013.

알리압둘-카위 알-가파리(법제처역), 『예멘통일 현실과 미래』, 1999년,  
273~284면.

여인곤, “남북연합 형성을 위한 주변4국 협력유도 전략”, 통일연구원  
인문사회연구회 협동연구총서 2001-02 『남북한 평화공존과 남  
북연합 추진방안』, 협동연구 국내학술회의(2001.11.1.~2) 발표논  
문집, 43면.

유정복, 북한헌법과 기본권보장의 한계, <공법연구>(한국공법학회), 제  
24집 제2호(1996), 144면.

윤대규, 『북한의 체제전환과 국제협력에 관한 법제도』, 한울, 2009, 54면.

- 윤대규, 『사회주의 체제전환에 대한 법제도적 비교연구』, 한울, 2008년, 43면.
- 윤민재, “남북한 통합에 대한 정치사회학적 연구”, 한국사회과학 제24권 제2호(2002), 63-93면.
- 이계희, “이원집정부제의 한국적 응용”, 충남대학교 사회과학연구소 사회과학논총 제9권, 1998. 12, 271면.
- 이규창, “무국적 탈북자 보호를 위한 법제도적 대응방안 모색”, 216면.
- 이덕연, “‘헌법적 정체성’의 확립과 ‘자기교육’으로서 헌법교육”, 헌법 판례연구 제15권, 109-123면.
- 이명남, “한국에서 대통령제의 적실성”, 호남정치학회보, 8권, 1996.
- 이영록, “제헌헌법상 경제조항의 이념과 그 역사적 기능”, 헌법학연구 제19권 제2호(2013), 69-97면.
- 이장희, “민족화해를 위한 법제도적 정비 과제”, 『통일시론』, 청명문화재단, 2000년 10월, 105면을 송인호, “통일시대를 대비한 법제 정비의 주요쟁점”, 『저스티스』 통권 제146-3호, 한국법학원, 2015년 2월, 211~212면에서 재인용.
- 이장희, 통일헌법의 과제로서 경제공동체적 통합, <안암법학>(안암법학회), 제46호(2015), 274면.
- 이장희, “한국통일과 국제법적 과제”, 『한국통일과 법적 과제』, 법제처·북한법연구회·한국법학교수회 북한법연구특별위원회 공동주최 정부수립 60주년 기념 2008 남북법제 특별세미나 자료집, 67면.
- 이준일, <안암법학>(안암법학회), 제8호(1998), 1면.
- 이준일, 법적 평등과 사실적 평등 - ‘제대군인 가산점 제도’에 관한 헌법재판소의 결정을 중심으로 -, <안암법학>(안암법학회), 제12호(2001), 7면.

참고 문헌

- 이준일, 사회적 기본권, <헌법학연구>(한국헌법학회), 제10권 제1호(2004), 449면.
- 이준일, 헌법재판소의 평등심사기준과 국가인권위원회의 차별판단기준, <세계헌법연구>(세계헌법학회 한국학회), 제18권 제2호(2012), 333면.
- 이진우·이한구, “개방적 민족주의와 세계평화”, 철학 제37집(1992), 131-172면.
- 이창희, “『경제연구(1986~1999)』로 바라본 북한의 경제개혁에 대한 고찰”, 『북한학연구』제6권 제2호, 동국대 북한학연구소, 2010년, 151~153면을 이장희, 『통일 과정에서의 경제 통합에 관한 헌법적 검토』, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2015년, 21면에서 재인용.
- 이현환, “21세기 법치주의의 신경향”, 공버연구 제44집 제1호(2015).
- 이효원, 『남북교류협력의 규범체계』, 경인문화사, 2006년, 129~132면.
- 이효원, 남북한 통일합의서의 법적 쟁점과 체결방안, <법조>(법조협회), 제60권 제11호(2011), 49면.
- 이효원, 『통일법의 이해』, 박영사, 2014.
- 이효원, 통일헌법의 제정 방법과 국가조직, 법학, 제55권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2014.
- 장명봉, 공산권 헌법의 이론과 헌법질서, - 소련헌법과 북한헌법을 중심으로 -, <법학논총>(국민대학교 법학연구소), 제3집(1981), 151면.
- 장명봉, 남북한 헌법체제의 비교와 통일헌법의 지향점 및 과제, <공법연구>(한국공법학회), 제37집 제1-1호(2008), 211면.
- 장명봉, 「분단국가의 통일헌법 연구: 독일과 예멘의 통일사례와 자료」, 국민대 출판부, 1998, 151-152면.

- 장명학, “독일연방의회 구성의 정치적 특성: 연방의회 선거제도를 중심으로” 『현대사회와 정치평론』 제3권, 한국정치평론학회, 2008, 60면.
- 장영수, “대통령제 대안으로서의 의원내각제 - 그 장단점과 한국에서의 적용을 위한 전제”, 고려법학 39호, 2002.
- 장영수, “독일의 통일과정과 의원내각제 정부형태,” 『유럽헌법연구』, 제2호 (유럽헌법학회, 2007).
- 좌중훈, 북한에서의 “헌법”과 “공민의 기본권리”의 의미, <안암법학> (안암법학), 제16호(2003), 46면.
- 전종익, 통일헌법의 기본권체계, <법조>(법조협회), 제61권 제2호(2012).
- 정규섭, “남북기본합의서: 의의와 평가”, 『통일정책연구』 제20권 제1호, 통일연구원, 2011년, 3면.
- 정극원, 헌법체계상 환경권의 보장, <헌법학연구>(한국헌법학회), 제15권 제2호(2009), 403면.
- 정영화, “의회개혁과 국가경쟁력: 양원제 도입의 논거로서 13-17대 총선거의 실증분석”, 『세계헌법연구』제11권 제1호, 국제헌법학회 한국학회, 2006년, 37~42면.
- 鄭萬喜, “議員內閣制 改憲論에 대한 批判的 分析”, 憲法學研究, 제6권 제1호. 2000.
- 鄭萬喜, 『憲法과 統治構造』서울: 法文社 2003, 107-116면.
- 정인섭, 『신국제법강의』, 박영사, 2014년, 146면.
- 정재황, 『신 헌법입문』, 제6판, 박영사, 2016.
- 정재황, 『판례헌법』, 제2판, 갈안사, 1996, 97면.



참고 문헌

- 정재황, “프랑스 혼합정부제의 원리와 실제에 대한 고찰”, 『공법연구』 제27집 제3호, 한국공법학회, 1999년, 97면.
- 정재황, 헌법개정과 기본권, <저스티스>(한국법학원), 통권 제134-2호 (2013), 172면.
- 鄭宗燮, “대통령 권한의 대행제도”, 『헌법연구 3』 (서울: 박영사, 2001), 205-254면.
- 鄭宗燮, “韓國 大統領制의 成功을 實現하기 위한 運營 모델”, 『憲法研究 4』(서울: 博英社, 2003).
- 정종섭, 『헌법학원론』 제10판, 박영사, 2015년, 258면.
- 조선노동당출판사, 김일성 저작집 14, 1981, 233~249면을 이효원, 『통일법의 이해』, 박영사, 2014년 3월, 81면에서 재인용.
- 조재현, 1948년 북한제정헌법의 초안에 관한 연구, <서울법학>(서울시립대학교 법학연구소), 제22권 제2호 (II)(2014), 744면.
- 조지은, 제헌헌법과 제2차 개정헌법의 경제조항에 대한 고찰, <서강법률논총>(서강대학교 법학연구소), 제4권 제2호(2015), 79면.
- 조홍석, 한국헌법상 기본권 개정방향, <공법학연구>(한국비교공법학회), 제7권 제3호(2006), 112면.
- 줄고, 판례헌법 제3판, 길안사, 1996, 17면.
- 최원엽·정대진, 『국제법의 이해』, 책마루, 2013년, 97면.
- 최유경/김주영, 헌법상 기본권 보장체계의 개방성에 관한 소고 - 헌법에 열거되지 아니한 권리의 헌법적 보장의 측면에서, <세계헌법연구>(세계헌법학회 한국학회), 제21권 제3호(2015), 136면.
- 콘라드 헤세 저, 계희열 역, 통일 독일헌법원론[제20판](2001), 79면.
- 통일부(김영운, 양현모), 『독일, 통일에서 통합으로』, 2009년 12월, 149면.

- 표명환, 헌법상 통일조항의 통일헌법에서의 의미와 기능, <동북아법연구> (전북대학교 동북아법연구소), 제8권 제1호(2014), 167면.
- 한국법제연구원, “독일 통일 이후 분야별 법제정비 사례조사 및 한반도 통일과정에서의 정책방안 도출”, 통일부 연구용역과제 보고서, 2015년, 185면.
- 한국법제연구원, 『북한이탈주민 지원법제의 현황과 개선방안』, 2016년, 68면.
- 한국정당학회, 『북한 체제전환기 민주화 유도 및 정당의 역할』, 2012 통일부 연구용역과제 보고서, 123면.
- 한국헌법학회, 『헌법개정연구 2006헌법개정연구위원회 최종보고서』, 2006년 11월, 74~75면.
- 한명섭, 『남북통일과 북한이 체결한 국경조약의 승계』, 한국학술정보, 2011년, 213면.
- 한수용, 헌법학 제4판, 법문사, 2014, 204면.
- 황승흠, 제헌헌법상의 근로자의 이익균점권의 헌법화과정에 관한 연구, <공법연구>(한국공법학회), 제31집 제2호(2002), 299면.
- 황태연, “유럽분권형 대통령제에 관한 고찰”, 한국정치학회보, 제39집 2호, 2005.
- 許 慶, “內閣制 改憲의 當爲性”, 公法研究, 第27輯 第3號, 1999.
- 許 營, 『韓國憲法論』(서울: 博英社, 2005), 733-734면.
- 허 영, 『한국헌법론』, 박영사, 2012.
- 許 營, 『헌법이론과 헌법』(서울: 박영사, 2003).
- 허완중, “한국 헌법체계에 비춘 헌법 제3조의 해석”, 『저스티스』통권 제154호, 한국법학원, 2016년 6월, 6면.

참고 문헌

허완중, 『한국헌법체계에 비춘 헌법 제4조의 해석』, 헌법재판소헌법재판연구원2014년.

허완중, “헌법 제4조의 ‘통일’개념에 대한 해석론”, 『통일과 법, 현재와 미래』. 헌법재판연구원 주최 통일심포지엄 자료집』, 헌법재판연구원, 2014년 5월, 53~55면.

홍성방, 1998년 개정된 북한헌법상의 기본권, <서강법학>(서강대학교 법학연구소), 제7권(2005), 38면.

홍준형, “21세기 지속가능한 정치를 위한 정부형태”, 의정연구, 제3권 제2호, 1997.

2016 북한이해, 통일교육원, 51면.

Alec Stone, Coordinate Construction in France and Germany, in THE GLOBAL EXPANSION OF JUDICIAL POWER (C. Neal Tate and Torbjörn Vallinder eds., New York and London: New York University Press, 1995) at 205, 221.

Andrew Wolman, “North Korean Asylum Seekers and Dual Nationality”, International Journal of Refugee Law Vol.24 No.4, Oxford University Press, 2013, pp 802~809. OOO, 『북한이탈주민 지원 법제의 현황과 개선방안에 관한 연구』, 22면에서 재인용.

BOB WOODWARD & SCOTT ARMSTRONG, THE BRETHEREN: INSIDE THE SUPREME COURT(New York: Simon and Schuster, 1979).

Charles J. Cooper, The Federal Judiciary, Life Tenure, and Self-Government. 4 CORNELL J. L. & PUB. POL'Y p.502-503 (1995).

Christine Landfried, Legislation and Judicial Review in the Federal Republic of Germany, in CONSTITUTIONAL REVIEW AND LEGISLATION:

- AN INTERNATIONAL COMPARISON(Christine Landfried ed.,  
Baden-Baden: Nomos, 1989) pp.147-68.
- Christopher Collier & James Lincoln Collier, Decision in Philadelphia: the  
Constitutional Convention of 1787, Ballantine Press, 1986, pp.  
119-154.
- Francis Fukuyama, The end of history and the last man(2002).
- GP and others (South Korean citizenship) North Korea CG [2014] UKUT  
00391 (IAC), Upper Tribunal(Immigration and Asylum Chamber),  
Heard at Field House, On 8 April and 2 July 2013, para. 127.  
OOO, 『북한이탈주민 지원법제의 현황과 개선방안에 관한 연구』,  
22면에서 재인용.
- HENRY J. ABRAHAM, THE JUDICIAL PROCESS 242 (5th Edition,  
New York Oxford : Oxford University Press, 1986) pp.149-155.
- HERBERT J. STORING ET. AL, THE COMPLETE ANTI-FEDERALIST  
p.417-18 (1981).
- HERBERT KAUFMAN, POLITICS AND POLICIES IN STATE AND  
LOCAL GOVERNMENTS (Engelwood Cliffs, N.J.: Prentice-Hall,  
1963) p.60.
- H.G. Peter Wallach, The West German Courts, in JUDICIAL ACTIVISM  
IN COMPARATIVE CONTEXT (Kenneth M. Holland ed., New  
York: St. Martin's, 1991).
- Jenny S. Martinez, “HORIZONTAL STRUCTURING”, in Michel Rosenfeld  
and Addrás Sajó (ed.), The Oxford Handbook of Comparative  
Constitutional Law(2012), pp.548-552.

참 고 문 헌

- Juan J Linz, “Presidential or Parliamentary Democracy: Does It Makes a Difference?”, in Juan J. Linz and Arturo Valenzuela, THE FAILURE OF PRESIDENTIAL DEMOCRACY: Comparative Perspective, Baltimore and London: The Johns Hopkins University Press, 1994, 신명순 · 조정관 (역), 『내각제와 대통령제』(서울: 나남, 1995).
- Konrad Reuter, Secretary General of the Bundesrat ed., The Bundesrat and the Federal System, 14th ed., Berlin, 2009, p.4.
- Konrad Reuter, The Bundesrat and the Federal System, 14th ed., Berlin, 2009, p.15.
- Meg. Russell, The Contemporary House of Lords, New York: Oxford University Press, 2013, p.51.
- Michel Rosenfeld, “CONSTITUTIONAL IDENTITY”, in Michel Rosenfeld and Addrás Sajó (ed.), The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law(2012), p.763.
- Nevil Johnson, The Interdependence of Law and Politics: Judges and the Constitution in Western Germany, WEST EUROPEAN POLITICS (1982), pp.236-252.
- Robert Dahl, Decision-Making in Democracy: the Supreme Court as a National Policy Maker, 6 JOURNAL OF PUBLIC LAW (1957) p.292.
- RUDOLF B. SCHLESINGER, HANS W. BAADE, MIRJAN R. DAMASKA, AND PETER E. HERZOG, COMPARATIVE LAW - CASES, TEXT, MATERIALS (5th ed., University Casebook Series, 1991) p.376.

Stephen Reinhardt, Too Few Judges, Too many Cases, ABA J. (January, 1993) p.52; Gerald B. Tjoflat, More Judges, Less Justice, ABA J. (July, 1993).p.70-73.

Torbjörn Vallinder, When the Courts Go Marching In, in THE GLOBAL EXPANSION OF JUDICIAL POWER (C. Neal Tate and Torbjörn Vallinder eds., New York and London: New York University Press, 1995) pp.19-20.

Ulrich Preuß, Aus dem Geiste des Konsenes: Zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in MERKUR 1987(1987) pp.1-12.

WALTER F. MURPHY, C. HERMAN PRITCHETT, & LEE EPSTEIN, COURTS, JUDGES & POLITICS 142 (5th ed. McGraw Hill, 2002).