

북한주민의 헌법상 지위에 관한 연구

도 희 근*

1. 머리말

북한주민도 우리 대한민국의 국민인가? 이 질문에 대한 우리나라 대법원의 모범답안은 “그렇다”이다. 법적으로 좀더 명확히 표현하자면 “북한주민은 우리 헌법상 대한민국의 국적을 가진다”는 것이다. 대법원은 “북한지역 역시 대한민국의 영토에 속하는 한반도의 일부를 이루는 것이어서 대한민국의 주권이 미칠 뿐이고, 대한민국의 주권과 부딪치는 어떠한 국가단체나 주권을 법리상 인정할 수 없는 점에 비추어 볼 때, 그러한 사정은 그(북한법의 규정에 따라 북한국적을 취득하여 중국 주재 북한대사관으로부터 북한의 해외공민증을 발급받은 자)가 대한민국 국적을 취득하고 이를 유지함에 있어 아무런 영향을 끼칠 수 없다”고 한다.¹⁾ 그러나 90년대 이후 급증하고 있는 북한이탈주민들에 대한 처리는 귀순 또는 망명, 망명거부,²⁾ 국민자격 확인,³⁾ 선별처리,⁴⁾ 결정보류⁵⁾ 등 일관된 원칙을 찾아보기 어려울 정도로 혼란스럽

* 울산대학교 법학과 교수

1) 대법원판결 1996.11.12. 96누1221. 같은 취지 대판 1994.8.26. 94누3233 참조.

2) 탈북자일행이 우리 영사관의 망명불허로 중국과 미얀마간의 국제방랑자가 되었던 경우. 조선일보, 1997.12.3일자 보도 참조.

3) 주 1)의 이영순씨와 한영숙씨의 경우.

4) 시베리아 별목공의 경우. 북한국적 재중국 동포의 선별적 귀국 허가에 관하여는 제성호, 남북한 특수관계론, 한울아카데미, 1995, 151 이하 참조.

다.

그러면서 법적으로는 북한이 국가가 아니고 국가를 참칭하고 있는 불법 단체일 뿐이고, 북한의 주민은 대한민국의 국민이라고 한다. 이러한 논리는 북한지역도 대한민국의 영토의 일부라고 하는 우리 헌법 제3조 영토조항의 해석으로부터 추론된 것으로, 다수설과 대법원 및 헌법재판소의 판례가 유지해 오고 있는 입장이다.⁶⁾ 이 입장은 대한민국의 정통성을 고수하고 북한이라는 국가의 존재를 인정하지 아니하려는 의지를 분명히 보여주고 있지만, 그것은 현실관계에 부합하지 않을 뿐만 아니라 법리적으로도 문제가 있는 이론이다.

이 글의 목적은 북한주민의 법적 지위에 관한 기존의 학설과 판례의 문제점을 살펴보고, 이 설이 해결하지 못하는 문제점들을 해결하기 위한 새로운 헌법해석이론을 제시함으로써 북한주민의 헌법상 지위를 명확히 제정립하고자 하는데 있다. 그럼으로써 현재 귀순, 망명, 불법체류, 입국허가 또는 거부 등 남북간에 발생하고 있는 북한주민의 처리사례와 장차 일어날 수 있는 여러 가지 사례에 대하여 통일적이고 체계적인 법해석과 적용을 할 수 있도록 하고자 하는 것이다.

II. 헌법 제3조(영토조항)의 해석문제

1. 국민과 영토와의 관계

우리 헌법은 제2조 제1항에서 대한민국의 국민이 되는 요건은 법률로 정

5) 국군포로 아들이라는 최일현씨 일가족의 경우는 북한을 탈출 제3국에 체류하며 귀순을 탄원하였으나 체류국과의 외교문제 때문에 우리 당국이 손을 쓰지 못하고 있었다. 동아일보, 1997.10.16. 보도 참조.

6) 김철수, 헌법학개론, 박영사, 1998, 103; 구병삭, 신헌법원론, 박영사, 1998, 82; 강경근, 헌법학, 법문사, 1997, 90; 육종수, 헌법학신론, 형설출판사, 1996, 134; 문홍주, 제5공화국 한국헌법, 해암사, 1985, 146 등.

판례는 대판 1955.9.27. 4288형상246; 1957.9.20. 4290형상228; 1961.9.28. 4292형상48; 1965.8.24. 65다1034; 1983.3.22. 82도3036; 1990.9.28. 89누6396; 헌재결 1990.4.2. 89헌가113, 1991.3.11. 91헌마21 등 참조.

하도록 규정하고 있고 이에 따라 제정되고 1997년 말 건국후 처음으로 전면 개정된 법률이 「국적법」이다. 그러나 이 법률은 북한주민에 관하여 전혀 언급하고 있지 않기 때문에 북한주민의 지위문제는 결국 관행 및 판례와 학설에 따를 수밖에 없게 되어 있다. 국민과 영토는 불가피하게 일정한 관련을 맺고 있다. 영토라 함은 국가의 주권, 즉 영토고권이 미치는 공간을 의미하며 국민이라 함은 국적의 보유자로서 주권, 즉 대인고권에 종속되는 인적 집단을 의미하므로 영토와 국민은 영토고권과 대인고권을 뜻하는 주권이라는 국가권력을 매개로 하여 서로 관련을 맺게 된다. 그래서 북한주민의 헌법상 지위에 관한 대법원의 판례는 이를 헌법 제3조 영토조항의 해석과 연결시키고 있고 다수의 학자들도 이를 따르고 있다. 그러나 재외국민이나 국내 거주 외국인과 같이 영토와 국민이 반드시 일치하는 것은 아니라는 점도 유의할 필요가 있다.

북한주민의 헌법상 지위에 관한 기존 학설과 판례를 살펴보기 위하여는 먼저 영토조항에 관한 학설과 판례를 살펴볼 필요가 있다.

2. 영토조항에 관한 기존의 학설·판례의 검토

우리 건국헌법과 제1공화국시대의 헌법들은 “대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다”고만 규정하고 있고, 국토가 분단되어 있음을 인정한 구절은 어느 부분에도 없었다. 1962년헌법은 부칙에서 ‘국토수복’이라는 표현을 써서 간접적으로 국토분단사실을 인정하였고, 1972년헌법부터 ‘조국의 평화적 통일’이라는 표현을 사용하여 분단사실을 명시하였다.⁷⁾ 이때까지는 북한지역도 대한민국의 영토의 일부라는 해석이 판례와 학설에 의하여 유지되었다. 주류해석론에 대한 반론이 제기되기 시작한 것은 1972년의 7·4 남북공동성명 이후부터였다.⁸⁾ 1987년의 헌법개정 이후 동구권의 붕괴와 독일통일, 남북한의 UN 동시가입(1991), 「남북합의서」(1992)의 체결과 발효 등의 일련의 해빙분위기 속에서 특히 영토조항(헌법헌법 제3조)에 관하여

7) 이에 관한 자세한 사항은 김철수, 법과 정치, 교육과학사, 1995, 675-689 참조.

8) 최대권, “한국통일방안에 관한 국내법적 고찰,” 최대권, 통일의 법적 문제, 법문사, 1990, 11-32, 특히 29 참조. 이 글은 1972년에 발표되었다.

새로운 해석론이 제시되기 시작하였다.

영토조항을 둘러싼 헌법조항에 관하여 이제까지 다음과 같이 7가지 학설이 발표되었다.⁹⁾

제1설은 기존의 다수설과 판례가 지지해온 학설로서 대한민국의 헌법은 북한지역을 포함한 한반도 전체에 대하여 효력을 미친다는 것이다. 이 설에 의하면 영토조항은 다음과 같이 해석된다. 대한민국은 구한말 대한제국의 영토를 승계한 국가이며, 대한민국정부는 한반도에서 유일한 합법정부이고, 북한지역은 대한민국의 영토이지만 이른바 '조선민주주의인민공화국'이라 불리는 불법단체에 의하여 점령되어 있는 미수복지역으로 대한민국의 주권은 당연히 미치나 통치권이 현실적으로 미치지 못하고 있다고 본다.¹⁰⁾

이 설은 역사적·현실적 사실관계와 일치하지 않는다. 우리 건국헌법의 제정 당시부터 대한민국의 헌법제정권력자는 남한주민에 한정되어 있었고, 우리의 주권이나 통치권도 남한지역에 한하여 미쳤으며 북한지역에까지 확장된 적은 없었다. 북한주민 역시 남한의 헌법제정권력의 행사에 참여했거나 하려는 의사도 없었다고 생각된다. 영토조항은 당시 남한주민과 정부의 일방적이고도 간절한 소망을 헌법이라는 문서에 담아내었을 뿐이라고 보는 것이 역사적 사실에 부합하는 논리일 것이다.

현실적으로도 북한을 불법단체 내지 반국가단체로만 보는 데에는 문제가 생긴다. 실제로 우리 정부는 북한을 한편으로는 평화적 통일을 위한 대화와 협력의 동반자, 또 한편으로는 대남적화노선을 고수하면서 국가전복을 획책하고 있는 반국가단체라는 두 가지 상반되는 존재로 인식하고 있는 것이 사실이다.¹¹⁾ 「남북교류협력에 관한 법률」이나 「남북합의서」의 체결 등이 그런 태도를 전제하고 있는 것이다. 영토조항의 의미를 현실적으로 받아들일 때에는 위와 같은 논리적 모순을 해결할 길이 없게 된다. 주권과 통치권을 개념상 분리하는 것은 물론 가능하지만, 그 효력범위가 서로 다르다는 것은 설득력이 약하다. 영토의 범위는 영토고권이라고 하는 국가권

9) 이에 관하여 좀더 자세한 분석과 평가는 도희근, “헌법과 통일문제,” 울산대학교 사회과학논집 제5권 3호, 1996, 49-66 참조.

10) 주 6) 참조.

11) 헌법재판소도 그렇게 보고 있다. 헌재결 1993.7.29. 92헌바48.

력이 미치는 범위로 이해하는 것이 타당하며,¹²⁾ 그렇게 보게 되면 대한민국의 영토는 실제로 남한지역만을 의미한다고 보아야 한다.¹³⁾ 대한민국이 한반도의 유일한 합법정부라는 해석도 이미 북한이 UN에 합법적으로 가입하였기 때문에 더 이상 타당성을 주장할 수 없을 것 같다.

제2설은 헌법의 영토조항이 평화통일조항(제4조)과 상호모순되므로 개정 삭제하여야 한다는 설로서 입법론적 접근이다. 이 설은 한반도에 현실적으로 두 개의 국가가 존재한다는 전제에서 출발한다. 변화된 국제 및 남북간의 상황에서 북한을 불법단체라고 해석할 수 있는 근거인 영토조항을 존치시키는 것은 우리의 헌법현실과 모순되며, 또 제3조에서 전한반도를 한국 영토라고 하면서 제4조에서는 통일을 지향한다고 하여 분단이라는 현실을 인정하는 것도 논리적으로 모순이라고 본다. 이러한 모순을 해결하기 위하여는 영토조항을 수정 또는 삭제하여야 한다고 한다.¹⁴⁾

헌법조항이 상충되고 또 그것이 해결될 수 없을 때에는 헌법을 개정하는 것이 바람직하지만, 외견상 상충되는듯이 보일지라도 헌법의 조화적 해석을 통해서 해결점을 찾을 수 있다면 그것이 헌법개정보다 더 바람직하다고 생각된다.

제3설은 영토조항과 평화통일조항간의 모순을 해결하기 위하여 평화통일조항의 영토조항에 대한 우월적 효력을 인정하는 설이다. 두 조항이 충돌한다면 어느 한 조항의 우선적 효력을 인정함으로써 그 상충을 해결할 수 있다는 것이다. 이 설에는 구법(영토조항)에 대한 신법(통일조항) 우선의 원칙, 비현실(분단사실과 국제법상의 원칙의 외면)에 대한 현실(남북분단사실인식과 영토범위는 국가권력이 미치는 공간까지라는 국제법상의 원칙수용) 우선의 원칙에 따라 해결해야 한다는 설,¹⁵⁾ 일반법과 특별법의 관계에

12) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 1998, 122; 윤세창, 전정판 신헌법, 일조각, 1983, 22.

13) 허영, 한국헌법론, 박영사, 1998, 185; 나인균, "한국헌법의 영토조항과 국적문제," 헌법논총(헌법재판소) 제5집, 1994, 476.

14) 장명봉, "남북한 기본관계정립을 위한 법적 대응," 유엔가입과 통일의 공법문제(한국공법학회), 1991, 131, 148; 이장희, "남북합의서의 법제도적 실천과제," 남북합의서의 후속조치와 실천적 과제 (아시아사회과학연구원 제1회 통일문제 학술세미나), 1992, 3.

15) 권영성, 앞의 책, 122.

따라 제4조가 우선한다는 설,¹⁶⁾ 헌법이념과 헌법정책상 평화통일조항의 효력이 우선한다는 설¹⁷⁾ 등이 있다. 영토조항과 평화통일조항이 모순충돌된다는 점을 인정한다면 이 설이 좋은 해결책이 될 수 있을 것이다.

제4설은 영토조항을 헌법변천으로 보는 설이다. 이 설은, 우리 헌법 초기에는 영토조항에 의하여 북한을 불법단체로 보았으나 40여년이나 분단상태가 지속되는 동안 시대상황의 변화에 따라 우리의 통일정책도 변화하였고, 따라서 북한을 불법단체로 보던 영토조항의 본래의 의미는 실질적으로 변화하였다고 보고, 그래서 헌법규범을 변경하겠다는 직접적 의사 없이 헌법에 실질적 변화를 발생시키는 ‘헌법의 변천’을 가져왔다고 보는 것이다.¹⁸⁾

이 설에 관하여는, 변화한 것은 영토조항의 의미가 아니고 영토조항을 가탁하여 전개한 정부의 대북정책에 지나지 않다는 비판¹⁹⁾이 타당하다고 생각된다.

제5설과 제6설은 영토조항과 평화통일조항이 조화된다고 보는 설이다. 이 중 제5설에 의하면, 영토조항은 대한민국이 대한제국의 영토에 기반을 둔 정통성 있는 국가이며, 북한지역은 장애로 인하여 대한민국의 주권적 권력의 실현이 방해되고 있으나 장애요인이 소멸할 경우 당연히 대한민국의 주권적 권력이 북한지역에도 미치는 것이고, 나아가 헌법은 북한지역에 주권적 권력의 실현, 즉 통일의 책무를 대한민국 정부에 부과하고 있는 것이라고 본다. 이렇게 해석하는 한, 통일방안으로 무력통일을 포함한다면 그 한에 있어서는 영토조항과 평화통일조항이 충돌하지만, 그것이 평화적 통일방안이라면 우리 헌법은 무력통일방안을 배제하고 있다고 될기 때문에 두 조항은 상충되지 아니하고 상호조화된다는 것이다.²⁰⁾ 독일연방헌법재판소의 판레이론을 빌어, 북한지역에 대하여는 대한민국이 권리능력

16) 계희열, 헌법학(상), 박영사, 1995, 163.

17) 장명봉, 앞의 글, 133.

18) 장명봉, 앞의 글, 133-134; 양건, 헌법연구, 법문사, 1995, 725-726.

19) 최대권, “한국헌법의 과표 — 「영토조항」과 「평화통일조항」—,” 법제연구(한국법제연구원) 제2권 제1호, 1992, 9.

20) 최대권, 앞의 글, 8-9; 허전, “남북기본합의서와 헌법,” 법학연구(충북대학교 법학연구소) 제5권, 1993, 200-201; 계희열, 앞의 책, 163; 이성환, “대한민국 국민의 범위,” 법학논총(국민대학교) 제9집, 1997, 272-273.

(Rechtsfähigkeit)은 가지고 있으나 완전국가로서의 조직 특히 제도화된 기관의 흠결로 인하여 그 행위능력(Handlungsfähigkeit)이 현재화되지 못하고 잠재적인 상태에 있다고 설명하기도 한다.²¹⁾ 다른 견해에 의하면, 대법원의 판례를 영토조항에 근거한 것으로 긍정적으로 수용하면서 이는 통일을 이룩하려는 현실적·이념적 가치를 그 기반으로 한 것으로써 남북분단은 ‘사실상의 분단’일 뿐 ‘법률상의 분단’이 아님을 선언한 것이며, 헌법 제4조 등의 ‘통일’은 ‘사실상의 통일’(de facto unification)을 뜻하며 ‘법률상의 통일’(de jure unification)을 뜻하는 것이 아니라는 해석을 하여 헌법 제3조와 제4조의 적용문제(Problem der Angleichung)를 해결한 것으로 본다.²²⁾

이 설은 기본적으로 제1설과 거의 비슷한 관점에서 대한민국의 주권이 북한지역에도 미친다는 전제 아래 이론을 전개함으로써²³⁾ 제1설과 기본적으로 같은 문제점을 가지고 있다. 권리능력과 행위능력 분리론도 주권과 통치권의 분리론과 매우 비슷한 논리구성으로 결국 제1설과 같은 결론에 이르고 있다. ‘법적’·‘사실적’ 측면의 분리론에서 헌법이 국가와 대통령에게 부여하고 있는 평화통일의무를 ‘법률상의 통일’이 아니고 ‘사실상의 통일’이라고 해석하는 점은 이해하기 어렵다. 대한민국이 추진하여야 하는 평화통일정책은 모든 영역에서 법적·사실적 측면을 망라한 완전한 통일을 지향하는 것이어야 하기 때문이다.

이 설은 또 영토조항이 한반도내에 대한민국 이외의 또 다른 국가의 승인을 거부한다고 본다.²⁴⁾ 요컨대 이 설은 한반도내에 국제법상으로는 엄연히 2개의 국가가 존재하지만, 국내법상으로는 서로 상대방의 국가성을 부

21) 허전, 앞의 글, 187, 200-201.

22) 김명기, “북한주민을 대한민국국민으로 본 대법원 판결의 법이론,” 저스티스 제30권 제2호, 1997.6, 205. 김교수는 또 다른 책에서 양 조항의 “모순을 피하기 위해서는 제4조의 통일은 영토를 제외하고 국민과 정부의 통일, 그 중에서도 정부의 통일로 이해할 수밖에 없다”라는 견해를 밝히기도 하였다. 북방정책과 국제법, 국제문제연구소, 1989, 143.

23) 다만 김명기교수는 대법원판례의 북한지역에도 대한민국의 ‘주권이 미칠 뿐’이라는 표현은 현실에 부합하지 않는 부정확한 표현이므로 “사실상으로는 북한의 통치권이 행하여지나, 법적으로는” 대한민국의 주권이 미친다는 표현을 추가했어야 한다고 제한적인 비판을 가하고 있다. 앞의 글, 204.

24) 최대권, 앞의 글, 10-12; 허전, 앞의 글, 201.

인함으로써 국제법과 국내법간에 인식상의 불일치가 있음을 인정한다.²⁵⁾

이 설은 과거 동서독간에 적용하였던 대외적 2국가, 대내적 1국가론을 차용하고 있다.²⁶⁾ 그러나 제5설이 독일이론과 다른 점은 북한의 '국가성'을 원천적으로 부인한다는 점이다.²⁷⁾ 우리 헌법의 영토조항을 현실적인 의미가 있는 것으로 해석하는 한, 북한의 국가성을 인정할 여지는 없을 수밖에 없고 독일처럼 국내법적으로는 1국가, 국제법적으로는 2국가라는 융통성 있는 분단국의 특수이론을 주장할 수도 없어 현실과 규범의 영원한 불일치를 해소할 수 없게 된다. 결국 이 설은 남북한 서로가 평화통일을 위한 상호존중과 협력관계를 쌓아올리지 못하고 서로 상대방의 정통성과 합법성을 부인하는 zero-sum 게임관계에 있음을 뒷받침하는 이론에 머물게 될 뿐이다.

제6설은 헌법의 특성에 착안하여 두 조항의 외견상 모순상태를 해소하려 한다. 헌법단이 상반대조적인 구조를 가질 수 있는 특징을 가지고 있다는 전제 아래 영토조항은 역사성의 표현이고 평화통일조항은 가치지향개념으로 보거나,²⁸⁾ 영토조항은 명목적·선언적 규정으로, 평화통일조항은 통일의 방법을 명시한 조항으로 보거나,²⁹⁾ 영토조항은 미래지향적·역사적·미완성적·개방적·프로그램적 규정으로, 평화통일조항은 현실적·구체적·법적 규정으로 보거나,³⁰⁾ 영토조항을 평화통일조항의 최종목적규정으로 보아³¹⁾ 서로 상충되지 않는다고 해석한다.

25) 최대권, 앞의 글, 11; 이성환, 앞의 글, 275.

26) 통일 이전의 독일의 경우에는 1972년의 「기본조약」을 통하여 국제적으로는 동·서독 2개 국가가 존재하지만 동서독 서로간의 관계는 상호 외국이 아닌 관계로 보는 1민족 2국가론을 전개하였는데 이는 독일연방헌법재판소의 판결로도 확인되었다(독일연방헌법재판소의 1973.7.31 판결, BVerfGE 356, S.1ff 참조).

27) 다만 허전교수는 대외적으로 북한의 국가성을 인정한다. 앞의 글, 189.

28) 허영, 장명봉의 앞의 글에 대한 토론, 유엔가입과 통일의 공법문제, 162; 허영, 앞의 책, 185 참조.

29) 제성호, "헌법상 통일정책과 자유민주주의 — 제3조 영토조항과 제4조 통일조항," 자유공론, 1994.1, 210. 그러나 제성호박사는 이후 저서(남북한 특수관계론)에서 남북한관계를 대외적으로는 1민족 2국가, 대내적으로는 1민족 1국가 2체제라는 특수관계로 인식하고 기존의 대법원판례의 태도를 인정하는 전제에서 논리를 전개하고 있다.

30) 도회근, 앞의 글, 60-62.

31) 최창동, "통일을 앞둔 남·북한의 법적 지위," 디터 블루멘비츠 지음, 최창동 편저, 분단국가의 법적 지위, 법률행정연구원, 1996, 186-187.

제6설은 헌법규정들을 상호조화적으로 보려 할 뿐 아니라 헌법의 특수성에 착안하여 헌법규정을 개방적으로 이해하려 한다. 헌법의 모든 조항이 구체적·현실적·법적 의미를 가지고 있는 것은 아니며, 완결된 상태에 있는 것도 아니다. 역사적·이데올로기적 내용을 규정하고 있는 부분이 있는가 하면 방침적·프로그램적 의미를 가지고 있는 부분도 있고, 기본적인 원리나 원칙을 규정하고 있는 부분도 있다. 헌법은 또한 국가의 이념이나 장래에 달성하고자 하는 목표나 가치를 담을 수밖에 없는 문서이기 때문에 그만큼 추상적이고 미완성적·미래지향적·가치지향적·정치적·이데올로기적·프로그램적인 성격을 가진 규정들이 있을 수 있는 것이다. 이러한 규정들은 현실적·구체적인 법적 효력을 발생하지 못하는 경우가 대부분이다. 이 견해는 영토조항을 해석할 때 위와 같은 헌법의 특성을 강조함으로써 제5설의 문제점을 극복하고 있다.³²⁾

제7설은 국제법 논리를 바탕으로 전개된 이론이다. 이 설은 실제로 한국의 관할, 영토고권 및 통치권은 남한지역에 한정되었고 오래전부터 국제사회에서 한국의 영토는 남한을 가리키는 것으로 인식되었으므로, 헌법의 영토조항에도 불구하고 남한지역만이 대한민국의 영토라고 본다.³³⁾ 역사적·현실적 상황과 국제사회에서 통용되는 논리를 논거로 들고 있다는 점에서 사회과학적인 설득력을 지니고 있는 이론이라고 생각되지만, 평화통일조항과의 관계를 전혀 언급하지 않는 등 헌법의 규범논리를 고려하지 않고 있어 아쉽다.

3. 영토조항의 재해석

이제까지 살펴본 학설들 중 우리는 제6설이 가장 합리적이라고 생각한다. 요컨대 영토조항과 평화통일조항은 각각 별개의 조항으로 해석할 것이

32) 최대권교수도 1972년에 이미 대한민국 헌법이 북한지역을 포함한 전한반도에 타당하다는 명제는 우리 헌법의 효력(타당성)의 범위를 선언한 법적 의미를 가진 헌법원칙이라기보다는 전한반도에 정통성을 주장하는 정치적 선언이라고 보는 것이 타당하다는 논리를 발표한 바 있다(통일의 법적 문제, 29). 이것이 이후의 논리(제5설)보다 설명력이 높다고 생각된다.

33) 나인균, 앞의 글, 476.

아니라 상호조화적으로 해석하여야 한다. 영토조항은 한반도 전체를 영토로 하는 국가형성이라는 미래 달성하여야 할 목표를 제시하고 있는 미래지향적·역사적·미완성적·개방적·프로그램적 성격을 가진 조항이다. 반면 평화통일조항은 대한민국은 통일을 지향한다고 선언함으로써 영토조항이 제시하고 있는 목표를 재확인한 후, 이를 달성하기 위하여 현재 국가가 취해야 할 절차와 방법과 내용을 규정하고 있는 현실적·구체적·법적 성격을 가진 조항이다.

이렇게 해석할 때 몇 가지 헌법문제는 다음과 같이 설명할 수 있다. 첫째, 대한민국의 영토는 대한민국의 주권과 통치권이 현실적으로 미치는 남한지역에 한한다. 북한지역은 대한민국의 영토가 아니다.³⁴⁾

둘째, 북한은 독립된 국가인가 아니면 다른 성격의 단체인가. 헌법은 이에 관하여 중립적이라고 보아야 할 것이다. 북한지역은 대한민국의 영토가 아니기 때문에 북한이 스스로 국가라고 칭하든 아니든 우리 헌법이 관계할 일은 아니나 제6절을 취할 때에는 두 가지의 가능성만이 존재한다. 하나는 북한을 독립된 국가로 보는 것이고, 또 하나는 국제적으로는 독립국가이지만 남북한간에는 국가가 아닌 것으로 보는 것이다.³⁵⁾ 북한을 독립된 국가로 볼 때는 북한과의 평화통일을 전제로 하여야 한다는 제한이 있다. 대한민국이 만약 남북분단을 고착화하는 정책을 추진한다면 이는 헌법의 평화통일조항 위반이 되기 때문이다.

북한을 남북한 사이에서는 국가가 아닌 것으로 보는 것은 독일식 1민족 2국가론을 남북간에 적용하는 것이다. 그렇게 보면 「남북합의서」에서 남북관계를 '나라와 나라 사이의 관계가 아닌' 특수관계로 규정한 것에 대하여 매우 적절한 설명을 가할 수 있고, 남북간의 거래에서는 과거 동서독의

34) 제1절과 제5절에 의하면 북한지역은 대한민국의 영토가 된다.

35) 북한의 법적 지위에 관하여도 여러 견해가 있다. 북한을 독립국가(대체로 제2,3,4,6,7절의 경우), 반국가단체(대법원판례), 국내법상 반국가단체, 국제법상 사실상의 정부(de facto government)(김철수, 앞의 책, 104), 국내법상 반국가단체, 국제법상 교전단체(김명기, 앞의 글, 193 이하), 국제적으로는 독립국가, 남북한간에는 상호 외국이 아닌 것(허진, 앞의 글, 189), 국제적으로는 독립국가, 남북한간에는 국가 아닌 국제법실체 또는 국내법상의 공법단체(예컨대 지방자치단체)와 유사한 것(최대권, 앞의 글, 11-12), 대한제국에서 떨어져나간 하나의 부분적 통치체로 사실상의 정부(이성환, 앞의 글, 274)로 보는 견해 등이 그것들이다.

예에서처럼 관세면제 등 유리한 지위를 누릴 수도 있을 것이다. 그러나 이 때 북한지역은 어느 나라의 영토인가가 문제된다. 제6설의 입장에서 보면, 북한지역은 대한민국 영토가 아니다. 이 때 북한이 국가가 아니면 북한지역도 북한영토가 아니게 되고 제3국의 영토도 아니므로 결국 북한지역은 국가가 아닌 북한정권에 의하여 불법강점된 지역이거나(국가 계속성에 관한 이론 중 합동이론 또는 내전이론) 이제 막 생성중인 국가의 영토에 준하는 지역(국가핵심이론과 분리설의 중간형태) 정도로 볼 수밖에 없다.³⁶⁾ 앞의 것은 제6설에서 받아들일 수 없고, 뒤의 것은 대한민국이 정통성 있는 국가임을 전제로 한 것인데 우리 입장에서는 수용할 수 있으나 국제사회에서는 객관성이 결여되고 현실성이 떨어지는 논리라고 볼 것이다.³⁷⁾

III. 북한주민의 헌법상 지위

1. 기존의 학설 · 판례의 검토

영토조항에 관하여 이론을 전개하고 있는 학자들 중에서 북한주민의 지위에 관하여는 분명한 입장을 밝히고 있지 않은 분들이 있어서 정확하게 일치되는 것은 아니지만 대체로 영토조항에 관한 학설 중 제1설과 제5설을 따르면 북한주민은 대한민국 국민이 되고, 나머지 학설을 따르면 대한민국 국민이 아니게 될 것이다.

대법원 판례는 영토조항을 들어 북한주민도 대한민국 국민임을 확인하고

36) 분단국의 국가 계속성에 관하여 독일에서 논의된 이론에 관하여는 김충구, “통일한국 헌법의 기본원리로서 자유민주주의원리,” '95 북한 및 통일연구논문집(III), 통일원, 1996, 284-294; 최창동, 앞의 글, 184-189; 이성환, 앞의 글, 273-274 등 참조.

37) 동서독관계 이론을 우리의 남북관계에 적용하였을 때 이와 같이 설명하기 어려운 점이 발생하는 근본적인 이유는 양국의 헌법규정상의 차이 때문이라고 생각된다. 서독은 잠정적 성격의 국가임을 헌법(기본법)에 명시하고 있었지만, 우리 헌법은 분단상태만을 인정하고 있을 뿐 국가의 잠정성이나 제한성에 관한 어떤 유보사항도 인정하고 있지 않기 때문이다.