

영토조항에 대한 규범적 평가

이 부 하*

- | | |
|-----------------------|------------------|
| I. 서론 | IV. 영토조항의 헌법적 대안 |
| II. 영토조항의 의미 | V. 결론 |
| III. 영토조항과 평화통일조항의 관계 | |

Abstract

Normative Views of the Territory Clause

This study is to find out which constitutional problems will occur in the process of the reunification in Korean constitutional law. The National Security Act places grounds on the Article 3(the territory clause) in Korean constitutional law. Article 4(the peaceful reunification clause) places limits on the purview of government's policy of the reunification. Article 3 of the Constitution defines "The territory of the Republic of Korea consists of Korean peninsula and its adjacent islands" and makes North Korea a part of the territory of the Republic of Korea. The same provision has been used as a constitutional basis in interpreting North Korea as an antinational body which was illegally established in a part of the territory of the Republic of Korea. However,

Article 4 provides "The Republic of Korea shall seek reunification and shall formulate and carry out a policy of peaceful reunification based on the principles of freedom and democracy."

The paradox between Article 3 and Article 4 has been in constitutional law. We can take to alleviate the self-contradictory of the constitutional law. The paradoxical relation between Article 3 and Article 4 must be solved. The revision of Article 3(the territory clause) may be the most apposite measure in a way that delegates to Congress rulemaking power. This mutual trust between the South Korea and the North Korea is based on institutions. Therefore, Article 3 must be revised and this may be the most opportune time for us to decide.

Key Words: the Territory Clause, the Peaceful Reunification Clause, Policy of the Reunification, Paradoxes between Article 3 and Article 4, Revision of Article 3

* 영남대학교 법과대학 교수

I. 서론

최근에 영토조항의 논의를 화두로 헌법개정의 공방이 정치권¹은 물론 법학계²에서도 활발한 진행을 보이고 있다. 이와 관련하여 영토조항은 어떠한 의미(이하 II)를 지니고 있으며, 개헌의 초점인 영토조항이 다른 헌법조항과는 문제가 없는지, 즉 영토조항과 평화통일조항간의 상충문제(이하 III)에 대한 이해가 전제되어야 논의의 윤곽이 명확해 질 수 있다. 또한 만약 양 헌법조항간에 갈등 상황이 발생한다면, 이를 법적으로 해결할 방법(이하 IV)을 모색해 보아야 한다.

II. 영토조항의 의미

국가의 영토와 관련하여 국가와 그 영토의 법적 관계는 토지소유권(dominium)이 아니라, 대인적 지배권(imperium)으로 구성되어 있기에 국가는 그 영토에 대한 소유권을 가지는 것이 아니라, 영토주권이라는 지배권을 부여받은 것이다.³ 즉 영토란 국가라는 소유주의 목적물이 아니라 국가권력이나 통치권이 행사될 수 있는 영역, 즉 본질상 사람에 대한 권력행사를 할 수 있는 영역을 정하는 것이다.

학설에서 ‘국가’를 가리켜 “특정영토에 거주하는 특정국민에 의하여 조직된 통치단체⁴”라든가, “일정한 지역을 지배하는 최고권력에 의하여 결합된 인류의

¹ 고진화 한나라당 의원은 2005년 9월 2일 오마이뉴스와의 인터뷰에서 “헌법의 영토조항(헌법 제3조)의 경우, 북한의 법률적 지위를 자리매김 하는데도 혼란을 빚고 있는데다 ‘부속도서’가 어디인지 명시하고 있지 않아 독도 영유권 논쟁의 단초가 될 수 있으므로 개정이 필요하다”고 발언했다. 또한 이해찬 前 총리는 2006년 1월 2일 연합뉴스 인터뷰에서 “이번 개헌 논의에선 통일을 대비하는 부분까지 다루는 게 바람직하다”면서 “다양한 남북관계를 반영한 다원적인 권력구조를 검토하는 것도 가능하다”고 했다. 이에 앞서 정동영 열린우리당 前 당의장은 2005년 10월 “개헌이 논의되면 영토 조항의 검토가 필요하다”고 진술했다.

² 김철수·박선영·김정호·강경근, “헌법개정의 과제와 정책방향,” 『한국헌법학회 제29회 학술대회 발표논문집』 (서울: 한국헌법학회, 2003. 12. 12), pp. 49~173; 문광삼·김승환·도회근·박균성·조성규, “헌법개정, 어떻게 볼 것인가,” 『한국공법학회 2005년 연차학술대회 발표논문집』 (서울: 한국공법학회, 2005. 7. 1~2), pp. 1~138 이하; 김형성, “헌법개정의 전망과 과제,” 『한국헌법학회 제40회 학술대회 발표논문집』 (서울: 한국헌법학회, 2006. 3. 24), pp. 5~25.

³ 강경근, “헌법적 국가의 존립조건과 권력양태,” 『고시계』, 통권 제406호 (1990. 12), p. 71.

⁴ 구병삭, 『신헌법원론』 (서울: 박영사, 1995), p. 75.

집단⁵”, “일정한 지역(영토)을 독립의 기초로 하는 지역사회⁶”라고 하는 것은 비록 옐리네크(Jellinek)의 국가의 3요소론을 지양하는 듯하나, 모두 현행헌법의 규정에 합치하는 입장으로 국가 3요소를 국가의 구성요소로 보고 있다. 이에 따라 우리 헌법은 국가의 존립조건으로 제1장 총강에 대한민국(제1조 제1항)으로서의 우리 국가는 주권(제1조 제2항)과 국민(제2조) 그리고 영토(제3조)로 구성 되어 있음을 보여주고 있다.

그 중 헌법 제3조에서는 “대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다”고 규정하여 우리 국가의 구성요소로 분명히 밝히고 있다. 영토없는 국가는 존재하지 않는다. 그것은 영토가 국가의 구성요소이기 때문만이 아니고 국가권력이 유효하게 행사될 수 있는 필수적인 조건이기 때문이다.⁷

우리 헌법 제3조의 영토(혹은 영역)에 대해서 “국가권력이 미치는 곳으로서 영토·영해·영공⁸”이라거나, “배타적 지배를 할 수 있는 장소적 한계인 공간이고 이 영역에 대한 국가권력을 영역권 또는 영토고권⁹” 또는 “국가의 법이 적용되는 공간적 범위를 의미하면서 국가적 지배(통치권)의 물적 대상¹⁰”, “전통적으로 한 나라의 공간적인 존립기반이고 그 영토내에서의 배타적인 국가권력 행사를 국제법상 영토고권으로 존중”하는 등으로 표현하고 있다.

우리 헌법상 영토조항은 제헌헌법부터 현행헌법까지 유지¹¹되면서도 그 의미는 헌법전체의 통일성있는 해석을 하자면 변화되고 있다. 현실적으로 대한민국의 국가권력은 1953년 휴전협정에 의해 설정된 군사분계선 남방에서만 실효적으로 행사될 수 있고 그 북방에는 미치지 못한다. 그럼에도 불구하고 헌법 제3조가 “대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다”라고 규정한 것은 다음과 같은 법적 의미를 지니고 있다고 한다. 첫째, 대한민국의 영역이 구한말 시대에 국가영역에 기초로 한다는 것을 의미하고, 둘째, 우리나라의 영토의 범위를 명백히 하여 타국에 대한 야심이 없음을 표시하는 국제평화 지향적 의미가 있다고 한다. 그러나 종래 정부당국은 대한민국만이 한반도에 있어서 정통성과 법통

⁵ 김철수, 『헌법학개론』 (서울: 박영사, 2005), p. 103.

⁶ 권영성, 『헌법학원론』 (서울: 법문사, 2006), p. 105.

⁷ 강경근, “헌법적 국가의 존립조건과 권력양태,” p. 70.

⁸ 구병삭, 『신헌법원론』, p. 79.

⁹ 김철수, 『헌법학개론』, p. 116.

¹⁰ 권영성, 『헌법학원론』, p. 124.

¹¹ 자세한 설명은 김철수, 『법과 정치』 (서울: 교육과학사, 1995), pp. 675~689 참조.

성을 갖는 유일한 국가¹²이고 “휴전선 북방지역은 이른바 조선민주주의 인민공화국이 불법적으로 점거하고 있는 미수복지역”이라고 해석해 왔다. 대법원 판례¹³도 동일한 입장을 취하고 있다. 우리헌법의 『영토조항』은 1948년 이래 줄곧 불변이지만, 제6공화국 현행헌법의 경우에는 새로이 추가된 일련의 『평화통일조항』으로 말미암아 그 본래의 의미를 고집할 수 없게 되었다는 점이다.¹⁴

영토조항의 의미에 관한 견해로는 3가지로 나눌 수 있다. 첫번째 견해는 헌법 제3조의 영토조항은 대한제국→상해 대한민국임시정부→대한민국으로 이어지는 국가의 법통 내지 정통성 주장의 표현이며 북한지역에 관해서 대한민국의 주권의 사실적 지배력은 제약되고 있으나 법적인 힘은 그곳까지 당연히 미친다는 사실을 표현하고 있는 조항이라고 한다.¹⁵ 두번째 견해는 헌법 제3조의 영토조항은 남북한의 분단상황에서 대한민국의 헌법이 대한제국이라 북한지역을 포함하는 우리나라의 영토전체에 시행될 것을 전제하면서 헌법에 명시한 것이라고 한다. 북한지역은 ‘미수복지역’ 내지 ‘반국가단체의 지배지역’ 등으로 불리게 되고, 대법원 판례도 그렇게 인정해 왔으며 바로 이러한 영토조항은 북한정권을 반국가단체로 규정하는 국가보안법의 근거가 되고 있다고 한다.¹⁶ 세번째 견해는 국가권력과 영토의 관계는 대물법적이 아닌 대인법적 성격을 띠므로 통치권이 영유권이 아니라고 보아, 한국의 국가권력은 헌법상의 영토조항에도 불구하고 실제에 있어서는 남한지역에 한정된다고 한다.¹⁷

¹² 대한민국의 영토가 한반도와 그 부속도서라면 전한반도에 있어서 대한민국만이 정통성과 법통성을 갖는 유일한 국가이고, 그 영토 안에 있는 대한민국 이외의 어떠한 국가도 존재할 수 없다. 만일 한반도 내에 대한민국 이외의 어떤 정치집단이 존재하고 그것이 일정한 정도의 국가성을 보유하면서 대한민국의 정통성에 도전한다면 그 집단은 국가보안법 제2조의 반국가단체로 간주될 수 있다. 그리고 그러한 집단이 점거하는 지역은 이른바 미수복지역에 해당하게 된다.

¹³ 대판 1997. 11. 20, 97도2021 “헌법 제3조는 대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다고 규정하고 있어 북한도 대한민국의 영토에 속하는 것이 분명하므로…”; 대판 1990. 9. 25, 90도1451 “헌법 제3조는 “대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다.”고 규정하고 있어 법리상 이 지역에서는 대한민국의 주권과 부딪히는 어떠한 국가단체도 인정할 수 없는 것이므로 비록 북한이 국제사회에서 하나의 주권국가로 존속하고 있고, 우리정부가 북한 당국자의 명칭을 쓰면서 정상회담 등을 제의하였다 하여 북한이 대한민국의 영토권을 침해하는 반국가단체가 아니라고 단정할 수 없다.

¹⁴ 권영성, “우리헌법의 영토조항과 통일조항,” 『판례월보』, 통권 제228호 (1989. 9), p. 9.

¹⁵ 최대권, “장차 전개될 남북관계의 형성과 통일의 법적 문제,” 『한반도 통일과 법적 문제』 (서울: 한국공법학회, 1993. 10. 16), p. 142.

¹⁶ 장명봉, “남북한기본관계 정립을 위한 법적 대응,” 『남북한 유엔가입과 한반도 통일문제의 공법적 대응』 (서울: 한국공법학회, 1991. 12), p. 132.

¹⁷ 나인균, “한국헌법의 영토조항과 국적문제,” 『헌법논총』, 제5집 (서울: 헌법재판소, 1994),

영토조항은 북한의 국가성 또는 국가의 실체성까지도 부인하는 조항으로서 국가보안법에 근거규정으로서 간주되어 왔다. 이와 같이 대한민국의 영토가 한반도와 그 부속도서라는 그 영토 안에는 대한민국이외의 어떠한 국가도 존재할 수 없다. 만일 한반도내에 대한민국이외의 어떤 정치집단이 존재하고 그것이 대한민국에 도전한다면 그 집단은 국제법상 교전단체의 승인대상이 되는 반란단체(insurgency)일 것이며, 국내법상으로는 국가보안법 제2조에 규정된 대로 정부를 참칭하거나 국가변란을 목적으로 하는 정치적 결사로서 『반국가단체』가 된다.

따라서 대한민국 대통령은 그 영토 내에 반국가단체를 즉각 진압하여 국가보안법 제3조의 규정에 따라서 그 단체의 수괴와 간부들을 처벌해야 할 법적 의무를 지게 되며 대통령의 그러한 의무의 불이행이나 해태는 국가를 보위하여야 할 그의 직책을 수행하지 않은 것으로서 직무유기가 된다.¹⁸

Ⅲ. 영토조항과 평화통일조항의 관계

북한의 헌법상 지위는 대한민국헌법의 영토조항에 합치되지 아니하는 ‘사실상 정권’(political regime de facto)이지, 합법적인 정부를 지닌 헌법상 국가는 아니며, 영토조항의 규범력은 북위 38도선 이북지역에도 미친다는 견해¹⁹가 있다. 전통적인 다수설과 판례의 견해인 우리 헌법상 영토조항은 북한지역에도 그 효력을 미친다²⁰는 것과 일맥상통하는 것이다. 이에 반해 영토조항과 관련하여 학설 중에는 북한지역의 통치질서를 사실상 북한의 영토로 인정하고, 북한영토까지 대한민국영토로 보려는 경직되고 비현실적인 냉전시대의 사고를 하루속히 탈피해야 한다는 견해²¹가 있다.

이와 관련하여 일보 전진하여 영토조항과 평화통일조항간에 서로 상충관계가 존재하지 않는다고 이론구성하는 견해가 다수 존재한다. 영토조항은 명목적·선언적 규정이고, 평화통일조항은 통일의 방법을 명시한 조항으로 보는 견해,²²

p. 476.

¹⁸ 장기봉, “남북한 평화통일의 기초조건,” 『국제법학회논총』, 제35권 1호 (1990), p. 24.

¹⁹ 강경근, 『헌법』 (서울: 법문사, 2004), pp. 105~106.

²⁰ 문홍주, 『제5공화국 한국헌법』 (서울: 해암사, 1985), p. 146; 구병삭, 『신헌법원론』, p. 82; 육종수, 『헌법학신론』 (서울: 형설출판사, 1996), p. 134.

²¹ 허영, 『한국헌법론』 (서울: 박영사, 2005), pp. 187~188.

영토조항은 미래지향적·역사적·미완성적·개방적·프로그램적 규정이고, 평화통일조항은 현실적·구체적·법적 규정으로 보는 견해,²³ 영토조항은 북한을 국가의 관계로 보지 않고 한민족내부의 관계를 표현한 규정이고, 평화통일조항은 북한을 통일의 대상으로 인정한 규정이라는 견해,²⁴ 영토조항은 통일을 향한 하나의 정치적·선언적 규정이고, 평화통일조항은 그 수단으로 보는 견해²⁵가 이에 해당한다.²⁶

현재 헌법 제3조(영토조항)는 ‘국가보안법’의 근거조항²⁷으로, 헌법 제4조(평화통일조항)는 ‘7·7선언’, ‘한민족공동체통일방안’ 그리고 1991년 12월의 ‘남북기본합의서’의 근거조항으로 보는 것이 통설이다.²⁸ 남북기본합의서와 국가보안법의 규제대상과 입법목적이 다른 별개의 법이라면 두 법률사이엔 사실상의 충돌은 생길지언정 규범상의 충돌은 생길 여지가 없게 된다. 그러나 현실적으로 국가보안법과 남북교류협력법의 우열관계가 법적으로 문제가 되는 것은 양 법률의 규범력간의 상충이라 하겠다.

영토조항에 따르면 북한지역이 미수복지역이 되고 거기에 현실적으로 존재하는 북한정권은 불법범죄단체인데 이를 국가보안법상의 표현을 빌리자면 ‘반국가단체’(국가보안법 제2조)일 수밖에 없다. 그러나 국가보안법과 관련시켜 보면, 국가보안법은 헌법 제3조에 부합하되, 헌법 제4조에는 위배된다고 할 것이다. 남북관계에 대한 현행 법체계는 상호모순적인 이원적 구조로 되어 있다고 할 수

²² 제성호, “헌법상 통일정책과 자유민주주의-제3조 영토조항과 제4조 통일조항-,” 『자유공론』, 통권 제322호 (1994. 1), p. 210.

²³ 도회근, “헌법과 통일문제,” 『울산대학교 사회과학논집』, 제5권 3호 (1996), pp. 60~62.

²⁴ 김문현, “영토조항과 북한 주민의 법적 지위,” 『고시연구』, 통권 제299호 (1999. 2), pp. 80~88.

²⁵ 최경옥, “한국 헌법 제3조와 북한과의 관계,” 『공법학연구』, 창간호 (1999), p. 202; p. 206.

²⁶ 영토조항과 평화통일조항의 충돌에 관한 학설의 설명은 도회근, “헌법 제3조(영토조항)의 해석,” 『헌법규범과 헌법현실(권영성교수 정년기념논문집)』 (서울: 법문사, 1999), pp. 853~866.

²⁷ 김철수, 『헌법학개론』, p. 119; 권영성, 『헌법학원론』, p. 126.

²⁸ 다른 견해로는 최대권, 『통일의 법적 문제』 (서울: 법문사, 1990), pp. 151~155에서는, “헌법 전문은 자유민주주의를 대한민국의 국가이념으로 규정하고 있고, 헌법 제37조 2항은 ‘국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용은 침해할 수 없다’고 규정하여, 국가의 안전보장 및 자유민주적 기본질서의 유지를 위해 국민의 자유와 권리를 제한할 수 있도록 하고 있다. 또한 민주적 기본질서에 반하는 이념을 강령으로 하는 정당을 위헌정당으로 간주, 해산할 수 있도록 함으로써(헌법 제8조 3항) 국민의 정치적 결사의 자유를 제한하고 있다. 국가보안법은 이러한 헌법조항들로부터 그 근거를 찾을 수 있다.”고 한다.

있다. 한편에서는 ‘헌법의 영토조항’과 그에 입각한 국가보안법의 체계가 있고, 다른 한편에서는 ‘헌법의 평화통일조항’과 그에 따른 통일정책의 체계가 존재한다.²⁹

헌법 제4조의 평화통일조항을 실질적 의미를 갖는 조항이라고 보기 위해서는 북한을 ‘대등한 당사자’로 보아야 한다는 의미를 내포하고 있는 데, 이는 ‘평화적 통일’이란 본래 각각 별개의 독립된 주체간의 결합이기 때문이다. 그러나 헌법 제3조는 이미 대한민국의 주권이 미치는 한반도에서 북한을 국가가 아닌 반국가단체 내지 반도단체로 보고 있기에 헌법 제3조는 헌법 제4조와 충돌된다. 따라서 앞으로도 현재 영토조항을 존속시킬 경우 법리상의 모순을 피할 수 없게 된다. 왜냐하면 UN 회원국의 일방인 북한이 타방 UN 회원국인 남한의 영토 중 휴전선 이북지역을 불법으로 영유한다는 것이 되기 때문이다³⁰. 또한 헌법 제3조는 제헌당시에 북한을 반국가단체로서 진압 및 소탕해야 할 객체로 본 북진무력통일을 전제로 하여 둔 규정임에 반하여, 헌법 제4조(평화적 통일조항)는 제6 공화국에 와서 현재의 한국현실에 부응하고 타당한 평화통일을 위한 조항으로 북한의 실체를 인정하고, 인간의 존엄을 보장하는 통일을 요구하는 조항이기에 서로 상충된다고 할 수 있다. 평화통일은 북한의 법적 지위를 남한과 동등한 체제로 인정하는 기초위에서만 가능하고 북한을 반국가단체로 간주한다면 ‘통일’이 아닌 ‘정복(conquest)’이나 ‘합병’이 되어야 논리적으로 타당할 것이다.

헌법 제3조가 대한민국의 영토를 한반도 전체로 규정하고 있는 것은 대한민국만이 한반도 전역에서 통치권을 갖는다는 이른바 ‘유일합법정부론’을 바탕으로 하고 있는 것이다. 그런데 이는 한국정부의 유효한 지배가 미치는 범위는 ‘유엔감시하의 선거가 시행된 남한지역’에 국한된다는 것이다(유엔총회결의 제195호 III, 제2항). 따라서 한국정부가 한반도 전역을 지배하는 유일합법정부론을 내세워 헌법 제3조의 정당성을 드는 것은 잘못된 것이고, 이를 근거로 북한정권을 우리 영토안에 있는 불법단체이며 반국가단체라고 규정할 수는 없는 것이다.³¹

헌법 제3조에서 헌법의 규범적 효력범위를 한반도 전체로 하면서도, 제4조는

²⁹ 양건, “국가보안법 위헌론,” 『헌법연구』 (서울: 법문사, 1995), p. 309.

³⁰ 이와 같은 입장을 지지하는 대표적 학자로는 배재식 교수와 김찬규 교수 등이 있다. 배재식, “남북한의 국가성,” 『법률신문』 (1991. 8. 15), p. 3; 김찬규, “유엔가입과 남북한의 법적 지위,” 『법률신문』 (1991. 8. 19), p. 6 참조.

³¹ 한승헌, “한국의 통일정책과 국가보안법,” 『그날을 기다리는 마음』 (서울: 범우사, 1991), pp. 279~280; 이영희, “북괴, 북한, 그리고 조선민주주의……,” 『한겨레논단』 (서울: 한겨레신문사, 1989), p. 83.

우리 헌법의 효력이 미치지 않는 지역이 있다는 것을 전제로 하면서 통일을 추구할 것을 요구하고 있다.³² 특히 현행헌법은 제4조에 평화통일조항을 두고 있는데, 이것은 남북한의 분단이라는 현실인정을 전제한 것으로 영토조항(헌법 제3조)과는 논리적으로 모순된다.³³ 평화적 통일이라는 것은 분단을 전제로 하는 것이고, ‘통일’되어야 할 둘 이상의 실체의 공존상태를 인정하는 바탕위에 있다. 물론 두 개의 실체란 남한과 북한을 말한다. 헌법은 우리 민족이 분단되어 있는 뼈아픈 현실을 스스로 인정하여, 그 양방의 관계를 평화적으로 통일시켜야 할 것으로 상정하고 북한을 ‘적’ 내지 ‘적국’으로는 보고 있지 않은 것이다. 만일 헌법이 북한을 ‘적’으로 본다면 ‘적’과 평화적으로 통일한다는 것이므로 헌법 스스로 논리적 모순이 된다.³⁴

IV. 영토조항의 헌법적 대안

영토조항이 사실상 분단을 부정하고 있고 통치권의 장소적 효력범위에 있어서도 한반도 전체에 미치는 것으로 규정하는 것은 현실적으로 실효성이 없을 뿐만 아니라 헌법 제4조와도 모순된다. 왜냐하면 헌법 제4조는 헌법상 규범력이 있고 구체적인 조항이고 별개의 독립된 주체간에만 ‘평화적 통일’이 가능하기 때문이다. 만약 독립된 주체를 상정하지 않았다면 ‘평화적 통일’이란 표현을 명시하지 않았을 것이고, 헌법 제4조는 당시의 북한의 독립된 실체성을 묵시적으로 전제하였다고 해석하는 것이 타당하다. 그러면 이렇게 헌법 제4조와 갈등관계에 있는 영토조항을 어떻게 헌법적으로 해결할 것인가에 관하여 현행 헌법의 범주내에서 새로운 헌법해석의 방법을 통해 모순을 피하는 방법³⁵과 영토조항을 평화공존체제에 부합하도록 개폐(개정 내지 폐지)하는 방법이 있다.

³² 이승우, “국가보안법의 헌법적 조명,” 『인권과 정의』 (서울: 대한변호사협회, 1995. 5), p. 53.

³³ 장명봉, “남북한기본관계 정립을 위한 법적 대응,” p. 132.

³⁴ 박원순, 『국가보안법연구 3』 (서울: 역사비평사, 1997), p. 17.

³⁵ 이는 통일부 등 관련 정부부처에서 특별성명이나 특별선언을 통해 정부의 입장을 명백히 천명하는 방법(유권해석)에 의해 표명될 수도 있고, 헌법재판소나 대법원의 관련판례의 판결문을 통해 표명될 수도 있다.

1. 헌법해석론의 방안

영토조항을 헌법개정을 통해 해결하는 것이 근본적인 방법이나 입법론적 해결이 어려운 과제이기에 단기적인 대책으로 우선 헌법해석에 의한 해결책을 모색하고자 하는 견해들이 있다.

가. 선언적 규정안

“국가보안법이 근거하고 있는 헌법 제3조는 일반적으로 국가의 영토는 국가 권력이 미치는 데서 끝난다고 되어 있는데 현실적으로 우리의 휴전선 북방지역에는 대한민국의 국가권력이 못미치고 있는 엄연한 사실에서 북한지역이 우리의 영토라고 주장하는 것은 명목적인 것이어서 규범력이 없다”³⁶고 주장하는 견해이다.

남북관계가 본질적으로 변하고 있는 법현실을 감안할 때, 이제는 영토조항에 기초한 기존의 형식논리를 고수할 것이 아니라 더이상 규범력을 갖지 않는 조항으로 보고, 단지 영토조항은 “대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 구성되어야 한다”는 당위적 명제를 선언한 선언적 규정으로 이해함이 법리와 실제 면에서 더욱 타당하다³⁷는 입장이다. 대한민국헌법이 북한지역을 포함한 전한반도에 타당하다는 명제는 우리헌법의 효력범위를 선언한 헌법규정이란 보다는 전한반도에 그 정통성을 주장하는 정치적 선언이라는 입장이다. 즉 영토조항은 재통일(reunification)의 명제를 함축하는 조항으로 보아야 할 것이고 평화통일 조항(제4조)은 영토조항에서 강조된 통일을 이룩함에 있어서 그 방식이 특별히 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 방법일 것을 명시한 것이라고 보아야 한다고 한다.

³⁶ 권영성, “(대답)문의환복사 방북, 좌우대결 구실 안된다,” 『신동아』, 통권 제363호 (1989.5), p. 137.

³⁷ 최대권, 『통일의 법적 문제』, pp. 26~30 참조. 최대권, 위의 책, pp. 122~123에 의하면, “영토조항은 상해임시정부의 법통을 이어 받았다고까지 주장하는 건국 이래의 남한정부의 정통성 주장의 법적·제도적 표현이다. 그러므로 영토조항의 헌법개정을 통한 삭제주장은 남한정부의 정통성 주장의 포기의 주장에 지나지 아니한다. 나아가 영토조항의 삭제제안은 널리 퍼져있는 최고규범인 헌법에 대한 경시대도의 무의식적인 발로에 불과하다. 민주주의의 전제조건인 입헌주의에 철저하자면 영토조항을 위시하여 헌법을 수호하는 것이 오히려 마땅한 태도일 것이며, 가령 체제연합에 의하여 일어나는 문제점은 해석론으로 해결함이 타당할 것이다. 그러하더라도 굳이 영토조항이 문제된다면 남과 북의 체제연합 등에 관한 대타결의 일환으로서만 개정삭제되어야 하리라 믿는다”고 주장한다.

나. 가치지향적 조항안

영토조항은 평화통일이 되었을 때 대한민국의 영토는 궁극적으로 한반도 전역에 걸친다는 것이고, 영토조항은 하나의 미래지향적인 제시를 하고 있는 것인 역사성의 표현이라면, 평화통일조항은 하나의 가치지향적인 개념³⁸이라고 보아 평화통일조항과 영토조항은 상충되지 않는다³⁹는 입장이다.

또한 대한민국은 결코 북한을 국제법상 국가로 인정할 수 없으므로 영토조항은 당연히 존치되어야 하며 또한 추상적인 의미의 ‘평화통일’은 전체 한국민으로 하여금 자유로운 자결권의 행사에 의한 무력적 요소를 일체 배제한 합의통일 방식을 의미한다. 그러므로 영토조항과 평화통일조항은 모순관계에 있을 수 없고, 특히 한 국민의 국적조항(제2조)을 매개로 제3조와 제4조를 통합하는 주권자인 국민에 의한 자주적 평화통일의 ‘필요충분조건을 구비한’ 헌법규범으로 이해할 수 있다. 즉 통일의 주체인 전체국민(헌법 제2조)이 대한민국 영토내(헌법 제3조)에 존재하고 아울러 그들의 자유의사로 합의방식의 통일(헌법 제4조)을 결정하는 것으로 보아야 한다⁴⁰고 한다.

다. 평화통일조항의 우월적 효력안

현행 헌법은 전문에서 민주적 개혁과 함께 평화적 통일을 헌법이 지향하는 이념으로 설정하고 이를 실행하는 것이 국가적, 민주적 사명임을 밝히고 있다. 특히 통일과 관련하여 헌법 제4조에서 평화통일조항을 신설하여 대한민국이 이를 구체적으로 실현할 것을 국가의 기본적 의무로 규정하고 있다. 이러한 점을 감안할 때 평화통일조항은 헌법적 가치이며 동시에 대한민국이 지향해야 할 기본이념인 통일에 대한 강한 의지를 표명한 규정이라고 할 수 있다⁴¹고 한다.

³⁸ 사건으로는 헌법 제3조의 영토조항은 한반도 이외의 영토에 대한 야심이 없음을 표시하고 있다는 견해가 있으나, 이는 헌법 제5조 1항의 “……침략적 전쟁을 부인한다”는 규정이 직접적으로 영토확장을 위한 무력행사를 금지하는 규정임이 명백하므로 제3조를 굳이 간접적인 규정으로 해석할 필요는 없다고 본다.

³⁹ 장명봉, “남북한기본관계 정립을 위한 법적 대응,” p. 162에서 허영교수가 토론자로서 발표한 내용임.

⁴⁰ 정영화, 『통일후 북한의 재산권문제에 관한 헌법적 연구』 (서울대학교 법학과 박사학위논문, 1995. 2), p. 259; 정영화, “남북한 통일과 재산권문제에 관한 헌법적 논의,” 『공법연구』, 제25집 제4호 (서울: 한국공법학회, 1997. 6), p. 495.

⁴¹ 장명봉, “남북한 기본관계 정립을 위한 법적 대응,” 『남북한 유엔가입과 한반도 통일문제에 관한 공법적 대응(한국공법학회 제21회 학술발표회)』 (서울: 한국공법학회, 1991. 11. 2),

그 논거로 첫째, 현행 헌법에서 평화적 통일에 대한 강한 의지의 표명으로 제 4조를 신설하였다. 따라서 헌법이념상 우월하며, 헌법규범간 ‘서열이론’ 또는 ‘단계구조론’⁴²으로 해석하는 경우에도 헌법이념상 우월한 지위에 있는 평화통일조항은 영토조항보다 우월적 효력을 가져야 한다.⁴³ 왜냐하면 헌법 제4조의 평화통일조항은 민족의 염원인 통일에 대한 사명을 강조하고 있다는 점을 볼 때 이 문언은 이른바 칼 슈미트(C. Schmitt)의 ‘헌법핵’에 속하는 근본규범이라고 할 수 있다. 따라서 이에 위배되는 헌법규정이 있더라도 동등한 효력이 있다고 할 수 없으며, 따라서 헌법 제3조는 결국 헌법의 근본가치에 위반되는 무효의 규정이다.⁴⁴

둘째, 헌법정책적인 측면에서도 평화통일조항의 우월적 효력을 인정할 수 있다. 즉, 헌법적 논의와 평가의 대상이 되는 헌법문제에 대해서는 실정헌법뿐만 아니라 헌법이 추구하는 본질적 가치에 비추어 접근해야 하며, 헌법정책적인 측면에서도 통일문제와 통일관련 헌법규정을 인식하여야 한다고 한다.

라. 일반법과 특별법으로 보는 방안

헌법 제3조의 영토조항은 대한민국의 영토가 구대한제국의 영토를 기초로 하여 확정되었을 뿐만 아니라, 대한민국이 이 지역에 있어서 대한제국과 상해임시정부를 계승한 유일한 정통성을 가진 국가임을 선언하는 의미를 갖는다. 또한 이렇게 분명히 영토를 확정함으로써 더 이상의 영토적 야심이 없음을 대외적으로, 특히 한반도 주변국에 대하여 천명하는 의미를 갖는다. 그러나 제4조는 분단의 현실, 즉 북한의 실체를 인정하고 통일의 방법을 평화적으로 달성한다는 것을 의미할 뿐이다. 양규정간의 관계는 일반법과 특별법의 관계에 따라 제4조가 우선하는 것이라고 주장한다.⁴⁵

p. 45.

⁴² 헌법의 단계구조론은 켈젠(Hans Kelsen)이 주장한 이래 켈젠학파(특히 Adolf Merkl)에 이어져 오고 있다(Robert Walter, Hans Kelsens Rechtslehre, 1999, S. 23 ff.).

⁴³ 장명봉, “통일문제와 관계법의 괴리-통일정책과 헌법문제를 중심으로-,” 『사상과 정책』, 제6권 3호 (1989. 가을호), p. 11.

⁴⁴ 박원순, 『국가보안법연구 3』, p. 22.

⁴⁵ 계희열, 『헌법학(상)』 (서울: 박영사, 2004), pp. 172~173.

마. 헌법변천이론으로 보는 방안

50년의 분단 현실하에서 시대적 상황에 따라 우리의 통일정책이 여러 차례 변화되어 왔다. 이에 따라 영토조항의 경우 최초의 헌법제정시 지니고 있던 본래의 규범적 가치, 의미와 내용은 실질적으로 변하고 말았다. 다시 말하면 영토조항의 본래의 가치와 규범의 의미가 그 동안의 남북한 통일정책의 변화를 통하여 변한 것이다. 이것은 헌법현실이 헌법규범으로부터 이탈하였음을 의미한다. 즉 법집행 및 적용자가 헌법규범을 적극적으로 변경하겠다는 직접적인 의사없이 헌법규범을 달리 적용함으로써 헌법의 실질적 변화가 생기는 『헌법의 변천』(Verfassungswandlung)을 가져온 것으로 볼 수 있다⁴⁶고 한다.

북한을 불법단체로 본다는 영토조항의 규범적 의미는 7·4공동성명 이후, 6·23선언을 거치면서 서서히 손상되어가는 과정을 거쳐왔으며 남북한 UN동시가입 및 남북기본합의서 발효에 의해 최고조에 달했으며 기본합의서의 상대방 체제인정 및 존중(제1조), 상대방에 대한 무력불사용 및 불가침(제9조) 등을 비추어 볼 때 남북한이 각기 상대방을 법적으로 부정할 수 없다고 해석한다. 즉 남북상호간에 상대방을 국가로 인정하지 않지만(그것은 법적으로 분단고착화를 의미할 수 있기 때문에) 적어도 상대방을 불법적 집단으로 보지는 않는다는 것을 함축하고 있다는 것이다. 따라서 북한을 불법단체로 본다는 영토조항의 본래의 규범적 의미는 더 이상 유지될 수 없다고 하며 이 같은 변화의 과정을 기존의 헌법학 이론에 따라 설명하자면, 이른바 “헌법의 변천”의 과정에 해당한다고 볼 수 있다는 견해⁴⁷이다. 법률상 이미 조선민주주의인민공화국은 국가보안법상의 반국가단체는 아니며 사실상 존재하는 군사분계선 이북지역으로 보는 등 “존재하는 사실” 자체는 인정한다는 점에서 이미 헌법 제3조의 영토조항은 헌법변천이 되었다고 할 수 있다⁴⁸는 주장이다.

영토조항을 헌법변천이론에 입각하여 평가해 본다면 이는 이제 영토조항이

⁴⁶ 장명봉, “남북한 기본관계 정립을 위한 법적 대응,” pp. 45~46; “통일문제와 관계법의 괴리-통일정책과 헌법문제를 중심으로-,” p. 12.

⁴⁷ 양건, “남한의 통일방안을 어떻게 볼 것인가,” 『공법연구』, 제22집 제1호 (1994. 4), pp. 223~225. 다만, 영토조항의 ‘헌법의 변천’이 완료되었다고는 말하기 힘든 한 가지 까닭이 있다. 그것은 국가보안법의 규정 및 그 해석, 집행에 의해 북한이 여전히 ‘반국가단체’로 취급되고 있다는 사실이다. 이러한 사실이 계속되는 한, 영토조항의 규범적 의미의 ‘변천’이 완료되었다고는 볼 수 없을 것이다.

⁴⁸ 강경근, “헌법적 국가의 존립조건과 권력양태,” p. 74.

규범력을 상실하게 되었고 다만 선언적 의미만을 갖고 있다는 해석으로 귀착하게 될 것이다.

바. 결 어

헌법해석방안의 문제는 영토조항을 무의미하게 만든다는 점이다. 이는 헌법개개의 조항이 의미와 효과를 갖도록 해석해야 한다는 이른바 『실효성의 원칙』(principle of effectiveness)에 반하는 것이다. 또한 헌법재판소와 같이 북한을 기능적으로 보아 한편으로는 국가보안법상 반국가단체로도 볼 수 있고, 다른 한편으로는 남북교류협력의 대상으로 볼 수도 있는 이중성을 인정하는 것은 모순이 있다.

선언적 규정안은 영토조항 자체에서 재통일의 명제를 이끌어 내는 것은 무리한 해석이라 할 수 있다. 또한 영토조항의 존치안은 평화통일조항을 추상적인 규정으로 해석하면서 양조항간의 모순이 있을 수 없다고 하나, 평화통일조항은 구체적이고 규범력이 있는 조항이다. 이 평화통일조항을 실현하기 위한 “남북교류협력에 관한 법률”이 그 규범력을 뒷받침하고 있다.

평화통일조항의 우월적 효력안은 헌법재판소의 견해와 배치된다. 헌법재판소의 견해에 의하면⁴⁹ “헌법은 전문과 각 개별조항이 서로 밀접한 관련을 맺으면서 하나의 통일된 가치체계를 이루고 있는 것으로서, 헌법의 제규정 가운데는 헌법의 근본가치를 보다 추상적으로 선언한 것도 있고, 이를 보다 구체적으로 표현한 것도 있으므로 이념적·논리적으로는 헌법규범상호간의 우열을 인정할 수 있는 것이 사실이다. 그러나 이때 인정되는 헌법규범상호간의 우열은 추상적 가치규범의 구체화에 따른 것으로서 헌법의 통일적 해석에 있어서는 유용할 것이지만, 그것이 헌법의 어느 특정규정이 다른 규정의 효력을 전면적으로 부인할 수 있을 정도의 개별적 헌법규정 상호간에 효력상의 차등을 의미하는 것이라고는 볼 수 없다”고 한다.

한편 헌법 제3조와 제4조의 관계를 구법에 대한 신법우선의 원칙과 비현실에 대한 현실의 우선의 원칙으로 설명하려는 견해가 있었으나,⁵⁰ 신법우선이란 동

⁴⁹ 헌재 1996. 6. 13. 94헌바20 전원재판부(『헌법재판소판례집』, 제8권 1집, p. 475).

⁵⁰ 권영성 교수는 제3조와 제4조의 관계를 구법과 신법, 비현실에 대한 현실의 관계로 보고, 신법우선의 원칙과 현실우선의 원칙을 주장하였으나(권영성, 『헌법학원론』(서울: 법문사, 1996), p. 122), 1999년판 저서부터 이 내용을 삭제하였다(권영성, 『헌법학원론』(서울: 법문

일사항을 규율하는 동위법 양자간 저축의 경우 서로 다른 시점에 효력을 발휘하는 경우에 신법이 구법에 우선하며, 신법과 구법이 상호 저축되는 경우에도 그 저축되는 범위안에서 구법이 효력을 잃는 것이다. 이것이 “신법은 구법을 개폐한다(Lex posterior derogat legi priori)”는 원칙이다. 이는 대체로 동위법인 법률간에 미치는 것이지 헌법내 조항간에는 발생할 여비가 없게 된다.⁵¹ 또한 우리나라의 헌법개정은 기존의 조항을 그대로 둔 채 개정조항만을 추가하여 나가는 증보식(amendment)이 아니라, 기존의 조항을 수정, 삭제, 삽입시키는 형식을 취하는 개폐식(revision)이므로 신법우선의 원칙으로는 설명이 불가능하게 된다.

일반법과 특별법이라고 보는 견해도 문제점이 있다. 일반법(general law, gemeingültiges Recht)은 법의 효력의 범위가 모든 사람·장소·시간·사항에 미치는 법을 말하며, 특별법(special law, Spezialrecht)이란 법의 효력의 범위가 특별한 사람·장소·시간·사항에 미치는 법을 말한다. 그리고 일반법과 특별법을 구별하는 실익은 법의 효력 및 적용의 순서를 명확히 정하는 데 있다. 평화통일조항은 특별한 사람·장소·시간·사항에 미치는 조항이라고 해석될 수 없으므로, 이 견해도 수용할 수 없다.

헌법변천⁵²(Verfassungswandlung)이라고 보는 견해에 대한 문제점도 발견할 수 있다. 헌법의 내용은 조문에 의하여 규정된 범위내에서만 변천할 수 있다. 이 범위는 헌법해석의 문제이다. 즉 법조문의 의미 있는 이해의 가능성이 끝나는 곳에서, 또는 “헌법변천”이 법조문에 대해 명백히 모순되는 곳에서는 규범해석의 가능성도, 또한 그와 더불어 헌법변천의 가능성도 끝나는 것이다.⁵³ 또한 헌법변천설은 현재 국가보안법이 유효한 상황에서 영토조항의 내용이 변천했다고는 볼 수 없고, 헌법변천이 되려면 헌법판례, 헌법관습, 입법행위의 반복, 정부의 정책 등 상당기간 반복된 헌법적 관례가 존재해야 하나, 그러한 헌법적 관례를 부정하는 경우가 상당수 존재하였기에 그 타당성이 약하다고 생각된다.

위에서 설명한 영토조항에 대한 헌법해석론은 논거의 설득력이 부족하고, 결국 영토조항을 법적 실효성이 없는 조항으로 만든다. 따라서 통일지향적인 체제

사, 1999), p. 122; 『헌법학원론』 (서울: 법문사, 2006), p. 127).

⁵¹ 같은 취지: 김선택, “헌법과 통일정책,” 『한국 법학 50년-과거, 현재, 미래 (I)(대한민국 건국 50주년 기념 제1회 한국법학자대회 논문집)』 (1998. 12), p. 361.

⁵² 헌법변천이란 헌법조문은 그대로 있으면서 그 의미나 내용만이 실질적으로 변경되는 것을 말하는데 이에는 상당기간 반복된 헌법적 관례가 있어야 하고, 이에 대한 국민적 승인이 필요하다.

⁵³ 콘라드 헷세, 계획열 역, 『헌법의 기초이론』 (서울: 박영사, 2001), p. 76.

에 부합하는 영토조항 개정을 모색할 수밖에 없다. 또한 이러한 헌법해석론적 입장은 헌법 제3조의 존치가 단지 국가보안법의 근거조항으로써의 역할만을 할 뿐이다. 세계 여러 국가 중 연방국가와 도서국가를 제외하고 영토조항을 헌법에 두고 있는 국가는 없으며, 이렇게 우리나라와 같이 단일국가이면서 영토조항을 두는 예는 없으며 오직 우리나라에만 특유한 것이고, 영토조항이 북진통일정책의 유물임을 생각할 때 해석론으로 해결하기 어렵다고 생각한다.

2. 입법론의 방안

제6공화국 헌법의 개정시 일부에서는 국제연합의 동시가입을 염두에 두고 독일기본법과 같은 규정이 필요하다고 주장하였지만, 북한헌법이 전국토를 그의 영토로 하였다는 점과 잠정적인 것을 항구적인 헌법에 규정하는 것은 부당하다고 주장하여 종래대로 대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다고 규정하였다.⁵⁴ 그러나 종전대로 변함없이 그대로 영토조항을 규정함으로써 발생하는 규범간의 문제점을 해결하기 위해 위와 같은 다양한 헌법해석안이 주장되었으나 문제에 대한 근본적인 해결이 되지 못하고, 임시방편적일 뿐이었다. 따라서 여기에서는 영토조항의 개정논의를 검토하기로 한다.⁵⁵

가. 단서규정안

“대한민국의 영토는 한민족의 고유한 지배영역과 부속도서로 한다. 다만 통일 이전까지 잠정적으로 대한민국의 영토적 관할은 현재 군사분계선 이남 지역으로 한정한다”고 단서를 규정하는 방안이다.

법적 근거로는 첫째, 법리상 실효적으로 영토적 관할이 가능한 지역을 통치권의 지역으로 한정하는 것이 타당하며 법현실에도 부합한다. 둘째, 남북한 각자의 현실을 인정한다는 입장에서 헌법 제4조의 평화통일에 부합되어 정부의 대북 및 통일 정책을 헌법차원에서 구현하는 의미를 갖는다.⁵⁶

⁵⁴ 최용기, 『한철학과 한국헌법』 (서울: 법조각, 1990), p. 116.

⁵⁵ 이에 관한 전반적인 논의로는 제성호, “헌법상 통일관련조항의 개폐문제,” 『통일연구논총』, 창간호 (서울: 민족통일연구원, 1992. 6), p. 263 이하 (p. 288 이하) 참조.

⁵⁶ 김명기, 『북방정책과 국제법』 (서울: 국제문제연구소, 1989), pp. 142~143; 제성호, “헌법 영토조항 ‘발전적 개정’ 검토를,” 『동아일보』, 2005년 3월 23일.

나. 전면개정 I 안

“대한민국은 한민족의 고유한 영토와 그 부속도서가 1953년 7월 27일의 휴전협정의 군사분계선을 경계로 2개의 정치실체로 분단되어 있다는 사실을 인정하고, 가능한 한 조속히 이 분단의 현상을 평화적으로 해결하여 통일을 완수하는 것은 국가의 기본정책의 하나이다.”

이 방안은 상호실체를 인정하는 것을 전제로 한 전면개정의 방안이다. 법적 근거로는 첫째, 남북관계의 현실적 변화와 그 실체를 인정하는 방안이다. 둘째, 대한민국의 영토를 한반도와 그 부속도서로 제한할 경우 기타의 지역 특히 간도는 대한민국의 영토에서 제외되므로, 헌법에 영토의 구체적 범위제한을 명시하지 않고, 간도에 대한 영유권 주장을 포기하지 않음으로써 만일의 통일한국과 중국간의 “간도 영유권 분쟁” 발생시 그 논거를 마련하기 위함이다.

둘째, 분단의 극복을 위해서는 분단의 현실을 인정하는 자세가 필요하다. 이는 독일통일의 전인차역할을 한 동방정책(Ostpolitik)과 통독정책(Vereinigungspolitik)의 기본적 배경이었다.⁵⁷

셋째, 2000년 6·15남북공동선언 제2항의 “남과 북은 북측의 낮은 단계의 연방제안과 남측의 연합제안이 서로 공통성이 있다고 인정하고 앞으로 이 방향에서 통일을 지향시켜 나가기로 한다”는 합의에도 부합하는 것이다. 6·15남북공동선언은 2체제 2정부를 인정한 것으로 평화공존에 대한 의지를 표출한 것으로 평가할 수 있다.⁵⁸

다. 전면개정 II 안

“대한민국은 한민족의 고유한 영토인 한반도와 그 부속도서가 1953년의 군사정전에 관한 협정의 군사분계선을 경계로 남에는 대한민국, 북에는 조선민주주의 인민공화국의 두 국가로 분단되어 있다는 사실을 인정하고 가능한 한 조속히 이 분단의 현상을 평화적 방법으로 해결하여 통일을 이룩할 것을 국가의 기본정책의 하나로 한다.”고 전면개정하는 방안이다.

⁵⁷ 이장희, “평화공존체제를 위한 법적 수정방향,” 『통일한국』, 통권 제79호 (1990. 7), pp. 54~55.

⁵⁸ 홍용표, 『6·15 남북공동선언 재조명: 이론과 실제(KINU 정책연구시리즈 2005-03)』 (서울: 통일연구원, 2005. 6), p. 12의 각주 8번 참조.

이 방안은 남북한의 “국가승인”을 전제로 한 전면개정 방안이다. 특히 남북한의 정식국호를 사용하고 있다는 특이성이 있다.⁵⁹

통일을 이룬 국가들이 상대방을 국가로 인정한 것을 토대로 통일과업을 추진했다는 데에 착안한 것이다. 이 견해는 남북기본합의서 제1조 “남과 북은 서로 상대방의 체제를 인정하고 존중한다”는 내용과 양립가능하다.

라. 법률위임안

“대한민국 헌법의 효력은 법률이 정하는 특별시, 광역시 및 각도(各道)에 미친다”고 법률에 위임하는 방안이다.

현재의 영토조항을 헌법에 명시하지 않고 이를 법률에 위임하는 방안이다. 법적근거로는 첫째, 헌법의 효력이 미치는 영토의 구체적 범위에 관한 법률을 제정하여 동 법률에서 각 도의 신설이나 편입, 나아가 북한, 간도 및 기타지역의 한국영토 편입가능성을 인정할 수 있어 현실적이다.

둘째, 세계 각국 헌법 중 영토조항을 설정하고 있는 사례는 희소하며, 간혹 있다하여도 그것들은 연방국가의 경우 헌법이 적용될 주(州)를 명시하는 것이 대부분이다. 이들에 있어서는 주의 확대개편 가능성을 대비하여 국민투표에 관한 규정만을 설치하고 있을 뿐이며 헌법에서 구체적으로 영토의 범위를 명시하고 있지 않다.

마. 삭제안

영토조항 자체를 삭제하는 방안이다.⁶⁰ 법적 근거로는 첫째, 오늘날 영토조항은 실효성을 상실한 바 이를 존치시킬 경우 법과 현실간의 괴리를 그대로 방치하는 결과가 되어 법의 권위를 실추시킬 뿐이다. 또 현행 국내법의 상호 모순과 문제점은 영토조항을 삭제함으로써 해소할 수 있다. 둘째, 각국의 헌법 중 영토조항을 두고 있는 사례는 희소하며, 영토조항을 두고 있는 경우에도 그것은 대체로 연방국가⁶¹들인데 우리나라는 연방국가가 아니므로 굳이 영토조항을 둘

⁵⁹ 장기봉, “남북한 평화통일의 기초조건,” 『국제법학회논총』, 제35권 1호 (1990), p. 27.

⁶⁰ 장명봉, “남북한기본관계 정립을 위한 법적 대응,” p. 43.

⁶¹ 단일국가이면서도 영토조항을 두고 있는 국가는 극히 예외적이며 이 경우에도 변경 방법을 명시하고 있지 우리헌행헌법처럼 구체적 지역을 규정하지는 않았다. 자세한 것은 권영성, 『비교헌법학』 (서울: 법문사, 1982), pp. 358~360 참조. 유진오, 『헌법해의』 (서울: 명세

필요가 없다. 셋째, 현행 헌법상 영토조항은 통일이후 간도의 편입 등 영토변경 가능성에 대한 대비가 미흡하다. 향후 남북한이 통일되면 통일한국의 영토조항을 그때에 신설할 수도 있으므로 영토조항의 존치를 고집할 필요는 없다.

바. 평가 및 소결

제1안(단서규정안)은 현행헌법에 단서를 규정하는 방안이다. 남북관계 변화의 현실을 인정하여 통일이전의 잠정적 기간동안 실제적으로 통치권이 미치는 군사분계선 이남지역으로 대한민국의 영토적 관할이 미침을 규정하는 방안이다. 그러나 단서조항만의 헌법개정도 까다로운 절차를 거쳐야 되는데, 단지 단서를 첨부하는 것을 이유로 한 난이한 헌법개정방법을 동원하는 것이 바람직한지 의문이 든다. 그리고 그러한 헌법개정 후에도 여전히 한반도와 그 부속도서를 대한민국의 영토로 주장하기 때문에 평화통일조항과 지속적인 충돌가능성이 있다.

제2안(영토조항 전면개정 I안)은 남북한의 상호실체인정 및 존중정신에 부합하는 방안이다. 여기서 실체인정이 의미하는 것은 북한의 국가적 실체를 의미하는 것일 뿐 결코 국가승인을 의미하는 것이 아니라는 점에서 남북관계발전에 관한 법률(제정 2005.12.29 법률 7763호) 제3조 제1항의 “남한과 북한의 관계는 국가간의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계이다.”라는 것과 합치된다. 그러나 헌법은 헌법제정 당시의 정치현실 뿐만 아니라 미래의 정치현실을 예상하여 괴리의 방지를 위해 ‘추상성’을 지니며, 이는 헌법해석을 통하여 구체화·현실화된다. 또한 헌법은 다양한 이해관계가 얽힌 정치투쟁의 과정에서 최소한의 핵심적인 사항만을 규정하고, 장래의 정치적 합의에 의해 결정될 사항은 개방해 놓아야 한다는 ‘개방성’을 지닌다. 따라서 헌법의 추상성과 개방성을 간과하여 지나치게 법률규정과 같이 세밀한 조항을 만든다는 문제점이 있다.

제3안(영토조항 전면개정 II안)은 남북한의 국가승인을 전제로 하는 영토조항의 전면개정방안이다. 현재 북한의 국가성에 대한 극심한 견해차이가 유권해석기관 간에도 있으며, 우리나라 대법원 판례와도 모순되는 방안이라 하겠다.

당, 1959), pp. 49~50: 제헌협법안의 심의시 국회에서의 영토조항에 관한 논의는 『헌법제정회의록』, 헌정사자료 제1집 (서울: 국회도서관, 1967), pp. 133~134 참조. “헌법에 영토에 관한 규정을 설치하는 것은 연방국가에서 특히 필요한 것인데, 우리나라는 연방국가도 아니고 우리나라의 영토는 역사상 명료하므로 헌법에 그에 관한 규정을 설치할 필요가 없다는 주장도 일리가 있다고 할 수 있다.”

이 방안은 완전한 2개의 주권국가로 분열되는 것을 합법화하여 분단의 고착화, 영구화 및 현상의 합법화라는 비난을 초래할 가능성이 있다는 점에서 문제점이 있다.

제4안(법률 위임안)은 영토의 구체적인 범위를 법률에 위임하는 방안이다. 이 방안은 북한측에서 보면, 동서독식 흡수통일정책을 추구하는 것이라는 반발을 초래할 가능성이 있다.

제5안은 삭제안이다. 다른 여타방안들은 “분단고착화”라는 비난가능성을 배제할 수 없으므로, 삭제방안이 비교적 바람직하다⁶²고 주장한다.

생각건대, 헌법 제3조는 헌법개정으로 해결하는 것이 바람직하다고 생각된다. 그리고 통일한국의 영토문제발생시 중국과의 관계를 고려하고, 연방국가나 도서국가가 아닌 우리의 경우 영토조항을 굳이 헌법상 구체적으로 명시할 필요가 없고, 현실적으로 국민의 합의를 도출하기 어렵다는 문제점이 있다. 따라서 제4안(법률 위임안)에 입각하여 법률로 위임하는 것이 바람직하다고 생각된다. 이는 헌법 제2조가 ‘국민이 되는 요건’을 법률(국적법)로 유보한 것과 보조를 같이 하여 영토에 관한 사항을 법률인 ‘영역법’으로 구체화하는 것이 헌법의 구조적 통일성도 갖추게 된다. 현재의 통치권이 미치는 영역을 광역시와 각도로 명시하여 추후 북한 영역을 편입할 가능성을 열어두는 것이 필요하다고 본다. 예를 들면 영역법에 “대한민국의 영토는 특별시, 광역시 및 각도(各道)에 미치고, 통일 후에는 한민족의 고유한 지배영역인 이북의 특별시, 직할시, 각도를 편입한다”고 규정할 수 있다.

V. 결 론

영토조항을 설명하는 중요한 개념은 ‘한반도’이다. 영토조항을 해석할 때 한반도에 있어 대한민국은 유일한 정통·합법국가이고 한반도 전역에 대한민국의 통치권이 미친다는 의미로 해석하는 견해들이 있다. 그러나 한반도라는 용어는 식민사관에 의해 형성되어 잘못 사용된 용어이며 법적 개념을 지닌 것도 아니고, 한반도의 구체적 지역에 대한 해석도 불가능하다. 또한 통일이라는 단어는 대등한 양 당사자간의 합의에 의해 결과를 도출한다는 것이다. 따라서 대한민국

⁶² 장명봉, “남북한기본관계 정립을 위한 법적 대응,” p. 43.

이 한반도에서 유일한 정통·합법정부라 평가한다면, 통일의 대상은 원칙적으로 존재하지 않았고 통일을 위한 대화나 협력은 불필요한 것이다. 결국 북한은 타도의 대상이 된다는 것이 분명해 진다. 즉 대한민국의 통치권이 북한지역에 미치지 못하는 상황에서, 북한정권을 반란단체 내지 불법단체로 인정하려는 입장에서 북한지역에 대한 통치권회복을 요구한다면 이는 북한이라는 반란단체와 평화적으로 통일(헌법 제4조)하라는 것이므로 논리적으로 모순된다. 따라서 이러한 모순을 극복하고 통일을 위해서라면 상대방을 규범적으로도 인정하는 것이 우선 과제가 된다.

영토조항의 해결기준은 이 조항의 존치를 통해 통일에 장애요소가 되느냐 아니면 통일을 촉진하는 방향으로 작용하느냐 여부를 가지고 판단해야 한다. 헌법 제3조의 헌법개정문제를 마치 통일 후 통일헌법상의 내용문제로 인식하는 것은 바람직하지 않고, 헌법 제3조의 문제는 그 자체로만 판단해야지, 헌법상 정부형태의 개정문제 등 다른 문제와 연결시켜 개헌논의를 불러일으키려는 의도를 지녀서는 안된다.

영토조항에 조금이라도 손을 대면 북한주민의 지위가 불안해 진다는 지적은 영토조항 자체의 문제가 아니라, 법률상 북한주민의 특수한 법적 지위를 인정하는 특별법으로 해결할 사항이다. 또한 영토조항을 국가보안법의 근거조항으로 판단하여 영토조항의 존속을 주장하는 것은 무리이다. 국가보안법은 유엔인권 이사회로부터 폐지권고를 받고 있고, 법상 여러 문제점으로 인해 앞으로 폐지되어야 마땅하다.

결론적으로 보면, 영토조항은 평화통일조항과 규범적으로 불가피하게 상충관계에 있다. 이를 해석론으로 아무리 해결한다고 하더라도 이는 법리적 오해를 유발하고 현재의 남북관계의 상황을 반영할 수 없다. 분단 현실을 인정하고 발전적 대안을 실현할 시기이다. 입법론적으로 여러 방안이 있지만, 헌법 전체적인 통일성과 체계정당성에 비추어 영토조항은 법률유보 형식으로 규정하는 것이 타당하리라 본다. 이 때 법률에는 ‘한반도’라는 용어 대신에 ‘한민족의 고유한 지배영역’으로 개칭하여 통일 이후 간도 영유권 주장의 근거를 마련해야 된다.

■ 접수: 3월 21일 / ■ 심사: 6월 2일 / ■ 채택: 6월 20일