

헌법 제3조의 재해석과 현안

정재황

헌법 제3조의 재해석과 현안

정재황

(성균관대학교 법학전문대학원 교수)

본 논문은 한국법제연구원의 의뢰를 받아 작성한 것입니다. 본 논문의 전후맥락을 이해하기 어렵게 하거나 전체적 견해를 왜곡할 수 있는 부분적 인용을 삼가 주시기 바랍니다.

Contents

I	서론		1
II	헌법 제3조 해석론	1. 해석론의 중심적 대상 문제 2. 학계의 견해와 판례의 입장 3. 검토	3 3 9
III	헌법 제3와 제4조 재해석과 현안 검토	1. 의미와 남북합의서 문제 2. 남북합의서의 법적 성격 3. 국회동의의 필요성 4. 그 외 논의	21 21 22 23
IV	입법개선 등	1. 법해석의 노력 2. 실정보보완 - 헌법개정논의를 중심으로 3. 헌법해석의 적극성	25 25 28
V	마치며		29

I. 서론

- 현행 헌법 제3조에 대한 해석 문제가 제기된지도 상당한 시간이 지나 이제는 새삼스러운 면이 없지 않다. 특히 헌법 제4조의 평화통일 조항과의 모순이 있다는 문제는 통일이라는 우리 민족의 시대적 숙원과 과제 앞에서 헌법규범해석 문제에서 나아가 헌법개정론에까지도 이어지고 있다. 이 문제가 상당히 정리된 것으로 보이지만, 금년에 현 정부의 적극적 노력으로 한반도 자체는 물론 대외적 관계에서까지 평화를 위한 대화의 급진전이 이루어지면서¹⁾ 새로이 논의의 대상이 되고 있다. 이러한 현황에서 헌법 제3조에 대한 재해석의 요구가 없지 않을 것이다. 이 문제는 지난 4월의 판문점선언 등 역사적 변환점이 될 수 있는 남북합의의 실천을 위한 구체적 방안의 마련이나 그 실행과정에서 다시 논의될 것이 요구될 수도 있을 것이다. 대표적으로 판문점선언에 대한 국회의 비준동의 필요성에 대한 논의도 위 문제와 연관되어 있다.
- 이 글에서는 위와 같은 최근의 변화와 현황 앞에서 헌법 제3조에 대해 그동안 학자들이 시도한 해석들, 헌법재판소와 대법원의 판례의 입장 등을 다시 살펴보고 헌법 제3조에 결부된 현실적 문제도 점검하여, 재해석을 통하여 제3조의 의미와 내용을 살펴보고자 한다.

1) 4월 27일의 판문점선언, 6월12일 싱가포르에서 열린 북미회담, 문재인 대통령 방북과 9월 18일에 평양정상회담, 고위급회담, GP철폐, 철도·도로 착공식(경의선·동해선 연결 착공식)을 위한 실무회의 개최와 조사단 방북 등 후속조치도 비교적 신속하게 취해지고 있다.

II. 헌법 제3조 해석론

1. 해석론의 중심적 대상 문제

- 헌법 제3조는 “대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다”라고 규정하고 있다. 사실 이 조문은 국가의 요소인 국민, 주권, 영역 중 대한민국의 구성요소의 하나로서 영역에 관한 조항이고 헌법 제3조의 문언 자체에 대한 해석 문제는 영토가 무엇을 의미하고 한반도가 윤곽짓는 범위, 그리고 그 부속된 섬들에 대한 범위를 확정짓는 해석의 문제일 것이다. 그러나 대한민국은 현실적으로 분단 국가이다. 이 점 때문에 현재 다루어야 할 헌법 제3조의 해석론의 중심적 대상문제는 북한의 법적 지위에 관한 문제와 헌법 제3조가 헌법 제4조와 어떠한 관계에 있는가 하는 문제라고 할 것이다.

2. 학계의 견해와 판례의 입장

(1) 학계의 견해

- 헌법학자 대부분의 견해는 헌법 제3조의 규범적 의미를 인정한다는 입장이다. 국가의 주요 요소를 이루는 영토에 관한 헌법규정이 그 규범적 의미를 가지지 않을 수는 없다. 다만, 그 규범적 의미를 인정할 경우 북한에서의 한국법의 실효성 문제나 한국주권의 실효적 행사 문제, 북한정권의 실체를 어떻게 볼 것인가 하는 문제가 있을 것이다. 이처럼 헌법 제3조에 대해 헌법규범으로서의 성격을 인정하는 입장에서는 한국의 법이 북한지역에 효력을 현실적으로 미치지 못하는 것에 대한 설명이 필요하다. 규범력을 인정하는 학자들은 북한 지역이 영토의 부분이라는 점을 지적하고, 그 부분적 공간에서 장애가 있고 그로 인하여 주권의 행사가 제약되고 있는 것이 현실이자 현상이라고 본다.²⁾

2) 규범론에 서는 학자들로서 이러한 취지에 가깝게 피력하는 문헌으로, 강경근, 헌법학, 법문사, 1997, 90면; 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2004, 125~126면; 김철수, 학설관례헌법학(상), 박영사, 2008, 169면 등 참조.

- 헌법 제3조의 해석론에 있어서 학설은 일반적으로 위에서 언급한 대로 헌법 제3조를 헌법 제4조와의 연관관계에서 파악하려고 한다. 그 관계에 대해서 그동안 영토조항(헌법 제3조) 우위론, 평화통일조항(헌법 제4조) 우위론, 신법우위론(영토조항 보다 평화통일조항이 후에 나왔으므로 신법으로서 우선하여야 한다는 견해), 헌법변천론(남북의 유엔 동시가입, 남북합의서 등 변화를 강조하는 견해), 남북관계가 이중적인 관계라는 점에서 두 조항이 모두 다 효력을 가진다고 보는 견해,³⁾ 양자의 조화로운 해석을 주장하는 견해 등 여러 견해가 나왔다. 헌법 제4조가 우선한다는 견해로 남북한 UN동시가입, 남북합의 체결 등 통일을 향한 현실 등을 고려하여 제3조를 개정하여야 한다는 견해⁴⁾ 제3조는 일반법이고 제4조는 특별법으로서 후자를 우선하여야 한다는 견해⁵⁾ 등이 있다.
- 위 견해들 중 양 조항의 조화를 구하는 견해는 “영토조항과 평화통일조항의 관계를 어느 한쪽의 일방적 우위로 해석하여 다른 쪽을 사문화시키기 보다는 양자를 조화롭게 해석하는 방법이 모색되어야 한다”라는 견해⁶⁾이다. 양 조항의 조화를 구하는 견해는 “우리 헌법에 규정된 영토조항과 평화통일조항을 비롯해서 광복 후 지금까지 전개된 남·북한간의 관계”에서 볼 때 “우리의 역사성을 무시하고 영토조항과 통일조항을 단순한 문언적인 해석에 따라 이해하려는 태도는 남북한의 관계를 합리적으로 접근·해결하는데 많은 어려움을 준다”⁷⁾ 비판한다. 또한 “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”이라거나⁸⁾ “헌법 제3조와 제4조는 헌법 특유의 상반구조적 입법기술이 반영된 것으로서 두 조항간의 모순 그 자체가 헌법의 의사로서 그때그때 시의적절한 입법과 집행을 기대한 것”이라고⁹⁾ 한다.”¹⁰⁾¹¹⁾

3) 도희근, 헌법의 영토와 통일조항 개정론에 대한 비판적 검토, 헌법학연구 제12권 제4호, 2006. 11. 40면 이하 참조.

4) 이러한 취지로, 김승대, 남북한간 특수관계의 법적 성격에 관한 일고찰, 법조, 제44권 제3호, 1995, 44-45면 ; 이장희, 민족화해를 위한 법제도적 정비 과제, 통일시론, 청명문화재단, 2000, 10., 105면.

5) 계획열, 헌법학(상), 박영사, 2005년, 174면.

6) 장영수, 헌법학 제10판, 홍문사, 2017, 122면.

7) 허영, 남·북한간 조약체결의 헌법적 검토, 헌법판례연구, 한국헌법판례연구학회, 2001년 11월, 106-107면.

8) 이효원, 남북교류협력의 규범체계, 경인문화사, 2006년, 129-132면.

- 한편 모순 자체가 헌법의 의사라고 보고 “모순점을 헌법의 해석원리에 의하여 해결 하는 것이 아니라 구체적 입법자나 집행자에게 맡긴다는 것은 하위의 법률로써 헌법 규정의 근본적인 의미를 해치거나 입법자나 집행자의 자의가 개입될 가능성이 높다는 비판도 있으나, 그러한 요소가 또한 헌법의 개방성을 나타내는 것이라 할 것”이라는 견해¹²⁾가 있다. 또 “헌법 제3조는 법규범적인 성격을 가지는 조항(de juris)이고 헌법 제4조는 사실적인 성격을 가지는 것(de facto)이어서 이 양자 사이에는 서로 충돌하는 바가 발생하지 않는다”라는 견해도 있다.¹³⁾

(2) 판례

1) 남북관계에 대한 판례의 기본입장

- 헌법재판소(이하 ‘헌재’라고 줄여 부르기도 함)는 남북 관계에 있어서 북한은 이중적 지위를 가진다고 본다. 이 입장은 ‘남북교류협력에 관한 법률’과 ‘국가보안법’의 관계에 대한 판사에서 나타나기 시작하였다. 헌재는 “헌 단계에 있어서의 북한은 조국의 평화적 통일을 위한 대화와 협력의 동반자임과 동시에 대남적화노선을 고수하면서 우리 자유민주체제의 전복을 획책하고 있는 반국가단체라는

9) 김선태, “헌법과 통일 정책” 한국법학 50년-과거, 현재, 미래(1), 한국법학교수회 주최 대한민국건국 50주년 기념 제1회 한국법학자대회 논문집.

10) 이상의 글은 정재황·류지성, 대한민국 통일과도기의 법적 논점, 공법연구, 제46집 제2호, 2017, 435면의 글을 대체로 그대로 옮긴 것이다.

11) 그 외에도 조화로운 해석론을 주장하는 견해들이 많다. 그런 견해로, 성낙인, 헌법학 제18권, 법문사, 2018, 310면 ; 심경수, “영토조항의 통일지향적 의미와 가치”, 헌법학연구 제7권 제2호, 한국헌법학회, 2001, 131-168면, 154면 ; 전광석, 한국헌법론 제13권, 도서출판 집현재, 2018, 195면 ; 정재황, 신헌법입문 제8권, 박영사, 2018, 81-82면 ; 이효원, 판례로 보는 남북한관계, 서울대학교출판문화원, 2012, 5~8면 ; 정재황·류지성, 대한민국 통일과도기의 법적 논점, 공법연구 제46집 제2호, 사단법인 한국공법학회, 2017.12., 435~436면 ; 표명환, 한반도 통일과 통일조항의 해석방향, 토지공법연구 제59집, 한국토지공법학회, 2012.11., 589~591면 등. “헌법 제3조의 영토조항의 연속선상에서 통일을 전제하고, 이를 어떻게 헌법에 수용할 것인지 고심한 끝에 등장한 것이 제4조의 평화적 통일로, 이 양자를 연결하여 조화롭게 이해하는 것이 올바른 해석이다. 다시 말하면 제3조의 영토조항에서 밝히고 있는 것처럼 실현되지 못하고 있는 헌법현실을 감안하여 제4조에 통일의 문제를 언급하고 있으며, 통일의 방법은 평화적 통일이라는 것이다”라는 견해로, 김상겸, 헌법상의 남북관련조항에 관한 연구, 헌법학연구 제10권 제3호, 한국헌법학회, 2004.9., 236~237면.

12) 전경태, 대한민국 헌법의 통일관련 태도의 변천 -통일친화적 개헌논의와 관련하여. 통일법연구 제2권, 헌법이론실무학회, 2016.10., 77~78면.

13) 정종섭, 헌법학원론 제11권, 박영사, 2016, 259면.

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 '국가보안법'의 시행으로써 이에 대처하고 있는 것이다”라고 판시하였다.¹⁴⁾

- 판례는 이중적 지위를 인정한다고 하면서 평화적 통일을 위한 협력동반자적 지위에 대해서는 헌법 제4조를 거시하고 있는 것이 분명하나 제4조가 헌법 제3조와 어떠한 관계에 있는지를 명시적으로 밝히고 있지는 않는 것으로 보인다.
- 현재의 위와 같은 입장은 북한이 유엔에 가입한 사실과 무관하게 국제관계에서도 그렇게 보는 것으로 이해된다. ‘국가보안법’ 제7조 제1항의 이적행위처벌 조항이 평화통일원칙을 선언하고 있는 헌법 제4조 및 국제법 준수 의무를 규정한 헌법 제6조 제1항에 위배된다는 주장에 대해 현재는 “이적행위 조항은 국가의 안전과 존립을 유지하기 위한 것일 뿐 UN 회원국의 하나인 북한의 국제법상 지위를 부정하고자 하는 것이 아닐 뿐만 아니라, 국가의 안전보장이나 자유민주적 기본질서에 부정적인 영향을 미치는 행위를 처벌하는 것이 평화적 통일을 이루기 위한 국가적인 노력의 포기를 의미하는 것도 아니므로, 위 주장은 이유 없다”라고 판시한다.¹⁵⁾
- 현재는 이후의 결정에서도 북한의 이중적 지위를 계속해서 인정하고 있다. 즉 ‘국가보안법’ 제7조 제1항의 이적행위처벌조항에 대한 합헌결정에서 아래와 같이 판시하고 있다.
- 《판례》 현재 2015. 4. 30. 2012헌바95·261, 2013헌가26, 2013헌바77·78·192·264·344, 2014헌바100·241, 2015헌가7(병합)) [관련판시] 그리고 “국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 점을 알면서”의 의미에 대한 위와 같은 해석과 함께 북한이 평화적 통일을 위한 대화와 협력의 동반자이면서 우리나라의 자유민주체제에 위협을 가할 우려가 있는 반국가단체로서의 성격을

14) 현재 1993. 7. 29. 92헌바48, 판례집 5-2, 74면. 동지 : 현재 1997. 1. 16. 92헌바6 등, 판례집 9-1, 22-23면.

15) 현재 2015. 4. 30. 2012헌바95·261, 2013헌가26, 2013헌바77·78·192·264·344, 2014헌바100·241, 2015헌가7(병합)). * 합헌성 인정의 동지 결정 : 현재 2014. 9. 25. 2011헌바358, 판례집 26-2상, 445면 등.

동시에 가지고 있다는 관점에서(헌재 1993. 7. 29. 92헌바48 참조) 이적행위 조항을 살펴보면, 그 의미는 더욱 분명해진다. 즉, 북한의 정책과 궤를 같이 하는 주장이라고 할지라도 남·북한의 교류 확대, 평화협정의 체결 등과 같이 협력의 동반자로서의 북한의 지위와 관련된 주장들은 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 할 위험성이 전혀 없으므로, 이적행위 조항의 적용대상에서 제외된다. 또한, 통일·군사·안보 정책에 대한 건설적 비판, 남북상황, 대북정책 등에 대한 사적인 견해의 피력 역시 반국가단체로서의 북한의 활동을 찬양·고무·선전·동조하기 위한 목적으로 행해지는 것이 아니므로 이적행위 조항에 의해 처벌되지 아니함이 명백하다.

2) 반국가단체 포함해석청구에 대해 각하결정

- 헌법 제3조가 그동안 북한을 반국가단체로 보는 근거로, 그리고 ‘국가보안법’의 근거가 되는 헌법규정이라는 견해가 있어 왔다. 이와 관련하여 살펴볼 다음과 같은 헌법재판소의 결정례가 있다. 즉 ‘국가보안법’(1991. 5. 31. 법률 제4373호로 개정된 것, 이하 같다) 제2조 제1항(이하 ‘반국가단체 조항’이라 한다)의 반국가단체에 북한이 포함된다고 해석하는 것이 헌법에 위반된다는 판단을 구하는 심판청구가 있었다. 위 ‘국가보안법’ 제2조 제1항은 반국가단체에 대한 정의를 내리고 있는 조항으로서 “이 법에서 ‘반국가단체’라 함은 정부를 참칭하거나 국가를 변란할 것을 목적으로 하는 국내외의 결사 또는 집단으로서 지휘통솔체제를 갖춘 단체를 말한다”고 규정하고 있다. 위와 같은 청구는 “∞라고 해석하는 한(해석하는 것이) 헌법에 위반된다”라는 주문을 구하는 한정위헌청구이다. 이러한 청구가 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원 심판청구로서 적법한지 여부가 문제된 것이다. 헌재는 이를 부정하고 이 부분에 대해 다음과 같이 각하결정을 하였다.
- 《판례》 헌재 2015. 4. 30. 2012헌바95·261, 2013헌가26, 2013헌바77·78·192·264·344, 2014헌바100·241, 2015헌가7(병합)) [각하부분 결정요지] 반국가단체 조항에 대한 심판청구의 적법 여부 - 청구인은 반국가단체 조항의 반국가단체에 북한이 포함된다고 해석하는 것이 헌법에 위반된다는 취지로 주장한다. 그러나

북한이 반국가단체 조항의 ‘반국가단체’에 해당되는지 여부는 형사재판절차에서의 사실인정 내지 구체적 사건에서의 법률조항의 포섭·적용에 관한 문제일 뿐이므로, 위 청구인의 주장은 당해 사건 재판의 기초가 되는 사실관계의 인정이나 평가 또는 개별적·구체적 사건에서 법률조항의 단순한 포섭·적용에 관한 문제를 다루거나 의미 있는 헌법문제를 주장하지 않으면서 법원의 법률해석이나 재판결과를 다루는 것에 불과하여 현행의 규범통제제도에 어긋나는 것으로서 허용될 수 없다(헌재 2012. 12. 27. 2011헌바117 참조).

- 따라서 위 청구인의 심판청구 중 반국가단체 조항에 대한 부분은 부적법하다.
- 위의 각하결정에서 헌재가 “북한이 반국가단체 조항의 ‘반국가단체’에 해당되는지 여부는 형사재판절차에서의 사실인정 내지 구체적 사건에서의 법률조항의 포섭·적용에 관한 문제일 뿐 … 의미 있는 헌법문제를 주장하지 않으면서”라고 한 점은 ‘국가보안법’의 헌법적 근거가 제3조라는 주장과 헌재의 입장이 다른지를 검토하게 한다고 볼 것이다.

3) 특수관계론

- 헌재는 “남북합의서는 남북관계를 ‘나라와 나라 사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계’임을 전제로 하여 이루어진 합의문서인바, 이는 한민족공동체 내부의 특수관계를 바탕으로 한 당국간의 합의로서 남북당국의 성의있는 이행을 상호 약속하는 일종의 공동성명 또는 신사협정에 준하는 성격을 가짐에 불과하다”고 판시하였다.¹⁶⁾
- ‘남북관계 발전에 관한 법률’(이하 ‘남북관계발전법’이라고 줄여 부르기도 함) 제3조 제1항은 남한과 북한의 관계에 대해 “남한과 북한의 관계는 국가간의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계이다”라고 규정하고 있다. 위와 같은 판례와 ‘남북관계발전법’의 입장은 평화적 통일정책의 추진·달성을 위한 남북 간 협상, 합의와 같은 행위들로 인해 발생할 수 있는 외국과의 관계상 문제 등을 억제하기 위한 것이라고 볼 것이다.

16) 헌재 1997. 1. 16. 92헌바6등, 판례집 9-1, 1, 23면 ; 헌재 2000. 7. 20. 98헌바63 등.

3. 검토

(1) 영역의 본질적 의미

1) 온전성

- 우리 헌법 제3조는 이처럼 ‘영토’라고 규정하고 있으나 우리 헌법은 다른 조문들에서 ‘영역’이란 말을 사용하고 있기도 하다(헌법 제27조 제2항, 제60조 제2항). 다른 의견도 없지 않지만 한국의 대부분의 헌법학 교과서는 헌법 제3조의 영토란 국가의 토지적 범위만이 아니라 그것에 연이어 있는 일정한 범위의 해양인 영해, 그리고 그 영토와 영해의 상공인 영공을 모두 합쳐 영역이라고 본다.¹⁷⁾
- 그런데 영역의 근본적이고 본질적인 의미는 어느 국가의 영토가 지역적으로 어디까지 미친다는 단순한 물리적 공간적 요소인 경계와 그 범위만을 의미하는 것이 아니다. 오히려 더 중요한 것은 영역이 공동체의 기반으로서 그 기반이 파괴, 소멸되지 않고 존속하여야 한다는 것이다. 영역이 그대로 이어져가야 한다는 ‘온전성(integrity)에 영역이 가지는 본질적인 의미가 있다.
- 이 온전성은 다음과 같은 본질적 요소를 기반으로 하여 나온다. 주지하는 대로 국가의 3요소는 국민, 주권, 영역이다.¹⁸⁾ 국민은 영역을 기반으로 하여 삶을 영위하고 공동체를 이루고 살아가므로 영역은 공동체의 터전이 된다. 그리고 국가와 국민에게 공동체 유대의식이 특히 중요하다.¹⁹⁾ 이 공동체 유대의식을 지니고 국민이 정착하고 지속적으로 공동체 생활을 해 나가는 공간이 영역이다. 따라서 국민이 공동체의 유대의식과 삶을 유지해가기 위해서는 영역이 그 공동체의 기반으로서 손상되지 않고 유지되어야 한다.

17) 영해와 영공은 영토가 정해져야 확정되는 것이라고 보아 헌법 제3조가 영토만을 규정한 것이라고 보는 취지의 견해도 있다(장명봉, 제3조(영토), 주석 헌법, 개정판, 법원사, 1996, 65면 ; 허완중, 한국 헌법체계에 비춘 헌법 제3조의 해석, 저스티스 통권 제154호, 2016, 30면.

18) 이 3요소가 헌법적 개념에서나 국제법적 개념에서의 국가요소라는 견해로, J. Gicquel, J.-É. Gicquel, Droit constitutionnel et institutions politiques, 20eéd., Montchrestien, 2005, 54면.

19) P. Pactet / F. Mélin-Soucrmanien, Droit constitutionnel, 31eéd., Dalloz, 2012, 35면.

- 우리 헌재도 “헌법 제3조의 영토조항은 우리나라의 공간적인 존립기반을 선언하는 것인바, 영토변경은 우리나라의 공간적인 존립기반에 변동을 가져오고, 또한 국가의 법질서에도 변화를 가져옴으로써, 필연적으로 국민의 주관적 기본권에도 영향을 미치지 않을 수 없는 것이다”라고 판시²⁰⁾한 바 있는데 이러한 판시도 위와 비슷한 관념을 헌재가 의식하고 있음을 보여준다고 평가된다고 할 것이다. 영역의 온전성은 그 보전성으로 국가와 헌법의 정체성, 연속성을 의미하는 것이기도 하다.
- 이하에서 헌법 제3조에 대한 재해석을 통한 평화통일의 헌법적 원리를 규명함에 있어서도 이러한 영역의 본질적 의미를 항상 유념하여 궁구하는 것이 필요하다고 할 것이다.

2) 영토조항의 기본권성에 관한 판례

- 영토권이라는 기본권을 인정할 수 있을 것인가 하는 문제가 한·일 어업협정에 대한 헌법재판사건에서 논란되었는데 이에 대해 우리 헌재는 “헌법소원의 대상인 기본권”이라고 판시하고 이를 인정한 바 있다. 아래에 그 결정을 살펴본다.

(가) 결정

- 헌재 2001. 3. 21. 99헌마139 등, 판례집 13-1, 676.
[판시사항-관련 사항만 발췌]
(ㄱ) 영토권이 헌법소원의 대상인 기본권에 해당하는지 여부 (적극)
(ㄴ) 독도 등을 중간수역으로 정한 것이 영해 및 배타적경제수역에 대한 국민의 주권 및 영토권을 침해하였는지 여부 (소극)
- [결정이유]
(ㄱ) 청구인들은, 이 사건 협정에서 독도가 우리나라의 영토인 사실을 망각하고 독도를 중간수역에 포함시킴으로써 영해 및 배타적 경제수역에 대한 대한민국

20) 헌재 2001. 3. 21. 99헌마139 등, 판례집 13-1, 693. 이 결정에 대한 보다 자세한 요지는 바로 아래에 소개되고 있다.

국민인 청구인들의 영토권을 침해하였다고 주장한다.

헌법 제3조는 “대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다.”고 규정하여, 대한민국의 주권이 미치는 공간적 범위를 명백히 선언하고 있다. 이러한 영토조항의 헌법적 의미가 무엇인가에 대해서는 여러 가지 견해가 존재하지만, 이러한 영토조항이 국민 개개인의 주관적 권리인 기본권을 보장하는 것으로 해석하는 견해는 거의 존재하지 않는 것으로 보인다. 이는 기본권이라는 것이 국민의 국가에 대한 주관적인 헌법상의 권리인데 대하여, 영토조항은 국가공동체를 구성하는 본질적인 요소에 대한 규정임을 고려하여 볼 때 쉽게 납득할 수 있을 것이다. 그러나, 모든 국가적 권능의 정당성근거인 동시에 국가권력의 목적인 국민의 기본권을 가장 실질적으로 보장해주는 대표적인 헌법재판제도로서의 헌법소원 심판의 본질은 개인의 주관적 권리구제 뿐 아니라 객관적인 헌법질서의 보장도 겸하고 있다고 보아야 한다(헌재 1992. 1. 28. 91헌마111 판례집 4, 51면 참조). 국민의 개별적인 주관적 기본권을 실질적으로 보장하기 위해서는 경우에 따라서는 객관적인 헌법질서의 보장이 전제되지 않으면 안되는 상황을 상정해 볼 수 있다. 그 예로서, 헌법 제3조의 영토조항은 우리나라의 공간적인 존립기반을 선언하는 것인바, 영토변경은 우리나라의 공간적인 존립기반에 변동을 가져오고, 또한 국가의 법질서에도 변화를 가져옴으로써, 필연적으로 국민의 주관적 기본권에도 영향을 미치지 않을 수 없는 것이다. 이러한 관점에서 살펴본다면, 국민의 개별적 기본권이 아니라 할지라도 기본권보장의 실질화를 위하여서는, 영토조항만을 근거로 하여 독자적으로는 헌법소원을 청구할 수 없다 할지라도, 모든 국가권능의 정당성의 근원인 국민의 기본권 침해에 대한 권리구제를 위하여 그 전제조건으로서 영토에 관한 권리를, 이를테면 영토권이라 구성하여, 이를 헌법소원의 대상인 기본권의 하나로 간주하는 것은 가능한 것으로 판단된다.

(ㄴ) 영토권의 침해 여부

(a) 이 사건 협정이 영해 및 배타적 경제수역에 대한 국민의 주권과 영토권을 침해하고, 독도를 한일 중간수역에 포함시킨 것이 우리나라 영토의 일부인 독도의 영유권을 포기한 것이기 때문에 헌법상 보장된 영토에 관한 권리를 침해한 것인지의 여부를 살펴보기로 한다.

먼저, 이 사건 협정과 배타적경제수역과의 관계를 살펴보면, 이 사건 협정의 명칭과 본문 및 부속서의 각 조항의 내용으로부터 알 수 있듯이 이 사건 협정은 ‘어업에 관한’ 협정이라는 점이다. 따라서 배타적경제수역의 경계획정문제와는 직접적인 관련을 가지지 아니하며, 이 점은 부속서 I 제1항이 “양 체약국은 배타적경제수역의 조속한 경계획정을 위하여 성의를 가지고 계속 교섭한다.”고 규정하고 있는 점으로부터서도 확인할 수 있다.

또한, 이 사건 협정이 채택하는 배타적경제수역으로 간주되는 수역과 이른바 중간수역과의 구별은, 전자가 연안국에 인접해있고 200해리 배타적경제수역을 채택한다하더라도 한일 양국간에 문제가 발생할 여지가 없는 수역을 정하여, 그 수역에서는 연안국이 어업에 관한 주권적 권리를 행사하는 배타적경제수역으로 간주한다는 것이며 (제7조 제1항 참조), 후자는 한일 양국의 200해리 배타적경제수역의 외측 한계선이 서로 중첩되거나 200해리 측정을 위한 영해기선을 정하는 것이 용이하지 아니해서 일정한 수역을 정하여 일단 어업에 관해서는 양국의 국민과 어선들이 그곳에서 조업가능하도록 타방 체약국의 국민 및 어선에 대하여 어업에 관한 자국의 관계법령을 적용하지 아니하도록 한 것이다 (부속서 I 제2항 가호 참조). 이러한 중간수역은 동해와 제주도 남부 동중국해 일대의 2개소에 걸쳐 존재한다 (제9조 참조). 이들 중간수역은 한일 양국이 배타적경제수역에 관한 합의가 없으면 각기 채택하도록 되어 있는 각자의 중간선보다 양국이 각각 자국측 배타적경제수역쪽으로 서로 양보하여 설정한 것으로서 중간수역의 설정에 있어서 어느 일국의 일방적인 양보로는 보이지 않고, 또한 상호간에 현저히 균형을 잃은 설정으로는 보이지 않는다 (우리나라의 배타적경제수역법 제5조 제2항 및 일본의 배타적경제수역및대륙붕에관한법률 제1조 제2항 참조). 다음으로, 이 사건 협정과 영해와의 관계를 살펴보면, 해양법협약에서는 배타적경제수역을 영해밖에 인접한 수역으로서 영해기선으로부터 200해리를 넘을 수 없도록 규정하고 있고 (제55·57조 참조), 이에 따라서 한일 양국의 국내법에서도 동일한 취지의 규정을 두고 있다 (우리나라의 배타적경제수역법 제2조 제1항 및 일본의 배타적경제수역및대륙붕에관한법률 제1조 제2항 참조). 따라서 이 사건 협정은 배타적경제수역을 직접 규정한 것이 아닐 뿐만 아니라 배타적경제

수역이 설정된다 하더라도 영해를 제외한 수역을 의미하며, 이러한 점들은 이 사건 협정에서의 이른바 중간수역에 대해서도 동일하다고 할 것이므로 독도가 중간수역에 속해있다 할지라도 독도의 영유권문제나 영해문제와는 직접적인 관련을 가지지 아니한 것임은 명백하다 할 것이다.

마지막으로, 이 사건 협정과 대륙붕문제와의 관계를 살펴보면, 제주도 남부의 대륙붕개발에 관한 “대한민국과 일본국간의 양국에 인접한 대륙붕 남부구역 공동개발에 관한 협정” (이하 “남부대륙붕협정”이라 한다) 은, 제주도 남부구역에서의 석유자원의 탐사와 채취를 위한 공동개발을 목적으로 한 것으로, 이러한 목적 이외의 “본 협정의 어느 규정도 공동개발구역의 전부나 어느 부분에 대한 주권적 권리의 문제를 결정하는 것으로 볼 수 없으며, 대륙붕 경계확정에 관한 각 당사국의 입장을 침해하는 것으로 볼 수 없다.” (동 협정 제28조 참조) 는 규정에서 알 수 있듯이 남부대륙붕협정과 이 사건 협정은 그 목적과 적용대상에서 전혀 별개의 것으로서, 이러한 점을 무시한 채 양자를 동일선상에서 비교하는 청구인의 주장은 타당하다 할 수 없다.

(b) 이상에서 살펴본 바와 같이, 이 사건 협정으로 인하여 독도의 영해와 배타적경제수역에 대한 영토권이 침해되었다는 청구인들의 주장은 이유없다 할 것이다.²¹⁾

21) 위 결정에서 본안판단결과 기각결정이 되었다. 한·일어업협정이 헌법상 영토조항을 위반하지 않았다고 본 동지의 아래의 결정이 있었다.

헌재 2009. 2. 26. 2007헌바35, 판례집 21-1상, 76면.

[판시사항]

1. 독도 등을 중간수역으로 정한 ‘대한민국과 일본국 간의 어업에 관한 협정’(1998. 11. 28. 조약 제1447호로 체결되고 1999. 1. 22. 발효된 것, 이하 ‘이 사건 협정’이라 한다) 제9조 제1항, 부속서1의 제2항 가목, 제8조 가목(이하 모두를 ‘이 사건 협정조항’이라고 한다)이 헌법상 영토조항을 위반하였는지 여부(소극)

2. 이 사건 협정조항이 직업의 자유, 재산권, 평등권 등을 침해하였는지 여부(소극)

[결정요지]

1. 이 사건 협정조항은 어업에 관한 협정으로서 배타적경제수역을 직접 규정한 것이 아니고, 이러한 점들은 이 사건 협정에서의 이른바 중간수역에 대해서도 동일하다고 할 것이어서 독도가 중간수역에 속해 있다 할지라도 독도의 영유권문제나 영해문제와는 직접적인 관련을 가지지 아니하므로, 이 사건 협정조항이 헌법상 영토조항을 위반하였다고 할 수 없다.

2. 청구인 등이 주장하고 있는 조업수역의 축소와 어획량의 감축에 따른 어민들의 손실은, 이 사건 협정조항에 의하여 초래되었다기보다는 UN해양법협약의 성립·발효에 의한 세계해양법 질서의 변화에 기인한 것이라 할 수 있다. 그와 같은 변화에 의해 한일 양국이 각자 국내실정법으로 배타적경제수역체제를 규정함에 따라서 이 사건 협정의 성립 여부와는 관계없이 한일

(나) 분석

- 영토에 대한 국민의 기본권을 인정함은 그만큼 영토가 국민의 생활기반성을 가짐을 의미한다고 볼 수 있을 것이다.
- 헌법 제3조의 영토조항이 우리나라의 공간적인 존립기반을 선언하는 것이라고 서술한 판시는 앞의 영역의 본질적 개념에서 언급한 것과 비슷한 관념에 서 있다고 이해될 수 있겠다.
- 다만 이하에서 어업인이 아닌 청구인들에 대해서는 기본권침해성이 없다는 이유로 각하하였는데 그 점은 이해가 어렵다. 또한 위 결정에서 현재는 “헌법소원의 대상인 기본권”이라는 표현의 판시를 하고 있는데 이는 부적절한 표현이다. 헌법소원의 청구사유로서 침해되는 기본권이라고 하는 것이 정확할 것이다.

양국의 연안해역에서 배타적경제수역이 시행되게 되었다. 다만 국제법우위의 원칙에 의해 종전의 65년협정이 유효하여 위의 국내법의 적용이 되지 않았을 뿐이나, 65년협정이 일본의 일방적인 종료선언으로 인해 1999. 1. 22 종료되게 됨으로써 더 이상 상호간의 배타적경제수역 내에서는 어업이 불가능한 상황이 예상되었다.

또한 한일 양국의 마주보는 수역이 400해리에 미치지 못하여 서로 중첩되는 부분이 생겨나게 되었고, 이로 인해 양국 간의 어로활동에 있어서의 충돌은 명약관화한 것이었으므로 이러한 사태는 피하여야 한다는 양국의 공통된 인식에 입각하여 협상이 이루어진 결과 성립된 것이 이 사건 협정이라 할 것이며, 이 사건 협정은 어업에 관한 한일 양국의 이해를 타협·절충함에 있어서 현저히 균형을 잃은 것으로는 보이지 않는다고 일응 평가할 수 있으므로, 청구인 등의 헌법상 보장된 직업선택의 자유, 재산권, 평등권 등이 침해되었다고 볼 수 없다.

(재판관 조대현, 재판관 김종대의 반대의견)

영토조항은, 대한민국 존립의 기본적 조건을 규정하는 근본법으로서 우리 헌법이 내포하고 있는 최고가치 중 하나이며, 이 영역 내에서 대한민국의 주권과 부딪치는 어떠한 행위도 용납될 수 없다는 헌법제정자의 규범적 명령이 이로부터 도출된다.

독도는 울릉도의 속도로서 울릉도와 함께 한반도에 부속된 도사이므로 대한민국의 영토에 속하는 것이 명백하고, 주민등록이 되어 있는 경북도민이 살고 있는 주거시설이 있는 섬이므로, 독도는 독도와 그 자체의 영해뿐만 아니고 그 자체의 접속수역과 배타적경제수역을 가질 수 있고 대한민국의 영토적 권한범위는 여기에까지 미친다.

어업 자원의 관리 등 자원에 대한 포괄적인 지배권의 행사는 영토주권의 배타적 성격에 본질적으로 결부되는 주권의 핵심 영역이므로 어업권도 영토에 대한 배타적 지배와 분리하기 힘든 주권적 내용에 당연히 포함되어야 한다. 따라서 독도와 그 인근수역을 중간수역에 들어가게 함으로써, 대한민국 영토의 일부를 보전하는 데 있어서 불리한 상황을 초래한 이 사건 협정조항은 헌법상 영토조항에 위반된다.

(2) 영역조항이자 목표 조항으로서의 헌법 제3조 - 영역의 본질적 요소에 비추어 헌법 제3조의 해석

- 위와 같이 영역이 그대로 온전하게 이어져 와야 한다는 점을 영역의 본질적 요소로 이해하여야 하고 이에 비추어 현행 헌법 제3조를 해석하면 원래 우리의 영역은 한반도 남쪽만이 아니라 한반도 전체였고 이를 합쳐야 영토의 온전성이 인정된다고 볼 것이다. 그렇다면 헌법 제3조가 대한민국의 영역을 한반도와 그 부속도서로 한다고 명백히 밝힌 것은 통일을 헌법의 시대적 과제이고 목표라는 것을 우리 헌법제정자들이 분명히 하고 있음을 보여주는 것이라고 할 것이다.
- 통일이 요구되는 국가는 영역의 분할상태에 있다는 사실을 전제한다. 영역이 분할된 분단상태이므로 통일이 요구되는 것이고 이는 원래 합쳐진 영역이 나누어져 있음을 확인하여야 한다. 그 확인은 바로 영토조항이 하게 된다. 그래서 우리 헌법 제3조는 헌법 전문이나 헌법 제4조 등에서 통일을 향해 가도록 하는 전제사실로서 영역을 규정하는 의미도 가지는 것이다. 헌법 제3조가 분단 이전의 우리 영역의 상태였던 한반도 전체이었음을 그리고 이를 그대로 이어가도록 요구하는 것은 전혀 별개의 남한과 북한이 새로이 합쳐지라는 것이 아니라 원래 합쳐져 있어야 할 상태가 분단이라는 것을 보여주고 그 통일을 요구하고 있는 것이다. 이 점에서는 사실 우리의 통일은 결합이 아니라 재결합이라고 보는 것이 보다 더 정확할 것이다.²²⁾
- 결국 제3조가 영토조항임은 물론이고 그 영토조항이 영토의 온전성을 내포하고 있으므로 통일로 나아가도록 명령하는 목표조항으로 보아야 할 것이다.
- 헌법 제3조가 오늘의 현실을 규율하는 것이 아니고 앞날에 실현될 조항이라는 견해²³⁾로도 볼 수 있으나 헌법 제3조는 현재로서도 통일을 향해 나아가도록

22) 우리는 그리하여 통일의 영역(英譯) 용어로 Unification으로 번역하나 Reunification이 보다 정확하다고 지적한 바 있다. 즉 “이 점에서 통일부의 영문명칭은 문제를 제기한다. ‘ministry of unification’으로 표기되고 있으나 재통합의 의미를 담은 ‘ministry of reunification’이 보다 정확할 것이다. 이는 우리의 재통일에 대한 확고한 의지를 대외에 천명하는 것이기도 하다”라고 지적한 바 있다(정재황 등 5인, 분단국가의 통합의 법제적 과제-헌법, 한국법제연구원 연구보고서(16-22-3, 2016년 10월 31일 발간).

23) 한수용, 헌법학, 제6판, 법문사, 2016, 102면.

하는 목표조항이라는 점을 유념해야 하고 그 점에서 타당하지 못하다.

(3) 목표 및 방식의 조항으로서 헌법 제4조

- 헌법 제4조 처음에 “대한민국은 통일을 지향하며”로 시작하여 통일이 목표라는 점을 확인하면서 이어 “자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책을 수립하고 이를 추진한다”라고 규정하여 통일의 방식과 과정에 대한 지침을 설정하고 있다. 즉 분단을 가져온 민족상잔인 6·25와 같은 무력적 방식이 아닌 평화적 방식의 통일을 규정함으로써 통일지향원칙 뿐아니라 통일의 방식, 방법을 규정 한 조항이다. 무력에 의한 통일이 아닌 자유주의 국가에서의 주권자인 국민의 자율적인 의사와 평화적 방법에 따른 통일을 지향한다.
- 통일은 국민의 통합이어야 한다.²⁴⁾ 이는 영토가 가지는 통일명령이 토지의 회복이라는 단순한 물리적 요소만이 아니라 민족의 공동체와 유대를 회복하는 통합이라는 질적 요소를 강조하는 것이라고 할 것이다.

(4) 두 조항의 관계

- 우리는 위에서 헌법 제3조가 목표조항이고 제4조가 목표 및 방법의 조항이라고 보았다. “우리의 통일과 관련하여서 헌법 제3조와 제4조를 굳이 서로 충돌하는 것으로 보아 어느 한 규정을 부인하는 것은 통일의 법적 정당성이라는 관점에서 적절하지 않다. 따라서 양조항의 규범조화적 해석을 통해 서로 보완관계에 있는 규정으로 파악함이 타당하다고 생각된다. 제3조는 물리적 영역뿐만 아니라 영토의 온전성이라는 의미를 가지므로 분단을 부정하고 통일을 지향하는 규정으로 보고, 제4조는 통일에 관한 국가의 목표를 설정²⁵⁾함과 동시에 그 방식을 정하는 규정으로 보아 양 조항이 지향하는 바가 근본적으로 같음을 인식하면 양 조항은

24) 이장희, 한반도의 평화구현을 위한 남북관계의 법질서와 관례의 검토, 북한의 법적 지위에 관한 법률과 관례를 중심으로 -, 2018. 11. 9. (금) 한국헌법학회·법무부·사법정책연구원 공동학술대회 제3주제 발제문 3면 등.

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

서로 모순관계에서 벗어날 수 있다.²⁶⁾ 현재까지의 학설이 제기하듯 언뜻 제3조와 제4조의 관계가 모순관계에 있다고 볼 수도 있기는 하나 두 조항의 양립자체가 통일을 준비하는 노력을 주문하는 것으로 볼 수 있을 것이다. 제4조는 ‘자유민주적 기본질서’를 중심으로 한 대한민국의 통일노력조항으로서 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.²⁷⁾²⁸⁾

- 결국 두 조항은 상호 모순이나 배척관계가 아니라 목표와 목표실현이라는 의존적 관계라고 본다. 분단이라는 현실에서 통일을 이루어야 한다는 목표를 감안하면 헌법 제3조를 영토조항에 불과한 의미로만 해석할 수는 없다. 반대로 헌법 제4조는 분단의 현실을 인정하게 하는 헌법 제3조를 전제로 하고 그 통일의 방식을 규정하고 있다고 할 것이다.

(5) 헌법전반의 통일조항

- 우리 헌법이 통일을 헌법의 핵심적 목표로 명령하고 있는 것은 헌법 제3조와 헌법 제4조의 “대한민국은 통일을 지향하며”라는 규정 뿐 아니라 헌법전문에서 시작하여 다른 헌법조항과 문언들에서도 볼 수 있고 헌법전반에 걸쳐 나타나 있다. 즉 “우리 헌법은 평화적 통일을 위한 여러 규정들을 두어 그 국민적 의지를 천명하고 평화통일주의를 헌법의 중요한 기본원리로 설정하여 그 실현을 위한 원칙과 제도들을 규정하고 있다. ① 전문에서 조국의 평화적 통일의 사명을 명시하고 있고, ② 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일 정책을 수립하고 이를 추진할 국가의 의무(제4조), ③ 대통령의 평화적 통일을 위한 성실한 의무(제66조 제 3 항), ④ 대통령 취임에서의 평화적 통일노력 선서의무(제69조), ⑤ 대통령의 통일에 관한 중요정책 국민투표 부의권(제72조)을 규정하고 있으며, ⑥ 평화

26) 정재황, 신헌법입문, 81면.

27) 허완중, 한국헌법체계에 비춘 헌법 제4조의 해석, 7~15면.

28) 이상의 글은 정재황·류지성, 대한민국 통일과도기의 법적 논점, 공법연구, 제46집 제2호, 2017, 435면의 글을 그대로 옮긴 것이다.

통일정책의 수립에 관한 대통령의 자문에 응하기 위하여 민주평화통일 자문회의를 둘 수 있도록 하고 있다(제92조).”²⁹⁾

(6) 통일에 대한 기본권 인정 문제

- 현재는 통일조항으로부터 통일 관련 구체적 기본권이 나오는 것은 아니라고 본다.
- 《판례》 헌재 2000. 7. 20. 98헌바63. [판시] 청구인은 이 사건 법률조항이 국민의 통일에 대한 기본권을 침해하여 헌법상의 통일관련 조항들에 위반된다고 주장하나, 앞서 본 헌법상의 여러 통일관련 조항들은 국가의 통일 의무를 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.
- 헌재가 헌법 제4조 등 헌법의 통일조항들 자체가 구체성을 가지지 않아서 구체적인 행위를 요구할 기본권적 권리가 나오지 않는다고 보는 것으로 이해된다. 그러나 우리 헌법이 국제평화주의와 평화적 통일원칙을 취하고 있다는 점에서 의문을 자아내게 하는 면이 없지 않다.

(7) 현실적 필요성

- 헌법 제3조에 입각하여 북한주민도 대한민국의 국민이다. 이는 우리 판례의 입장이기도 하다. 이러한 국민과의 관계에서 헌법 제3조는 헌법적 해석론이나 현실적으로도 중요한 의미를 가진다. 바로 북한 지역을 이탈하여 한국으로 온 사람을 한국인으로 인정하는 근거규정이 되기 때문이라고 보기도 한다.³⁰⁾ 이러한 실익

29) 정재황, 신헌법입문, 제8판, 2018, 82-83면.

30) “영토조항을 개정하여 북한을 완전히 외국으로 취급할 경우에는 탈북자에 대한 우리 정부의 관심과 노력의 법적근거가 상실될 것이라는 점에서 영토조항의 개정은 적지않은 문제점을 안고있으며, 이는 영토조항의 개정을 주장하는 견해의 가장 큰 약점의 하나로 꼽히고 있다”라는 견해(장영수, 헌법총강에 대한 헌법개정 - 국가의 기본적 구성요소 및 헌법의 기본원리와 관련한 헌법개정-, 공법연구 제34집 제4호 제2권, 2006년 6월, 98면.

에 대해서 부정하는 견해도 없지 않으나 현행 우리 헌법은 제3조를 근거로 북한 주민들에 대해서도 한국의 국적을 인정하고 보호해야 한다는 현실적 실익이 있다고 본다. 그 외 남북간 거래에 있어서의 문제 등에 대한 해결을 위해 헌법 제3조의 재해석 작업이 중요하다.

III. 헌법 제3와 제4조 재해석과 현안 검토

1. 의미와 남북합의서 문제

- 위에서 살펴본 헌법 제3조와 제4조에 대한 재해석이 실제 현실에서 어떻게 적용될 것인가 하는 문제는 현안에 적용하여 보는 문제가 될 것이고 그것은 현재로서 통일을 위한 노력의 중추적인 성과인 남북합의서에 대해 그것이 가지는 법적 성격과 효력 등에 관한 문제일 것이다. 특히 정부가 국회에 그 비준동의를 요청해 놓고 있는 상황에서 가장 중요한 법적 논의과제이다.

2. 남북합의서의 법적 성격

- 남북합의서가 조약적 성격을 가지는지 여부 또는 법적 구속력을 가지는지가 논의된다. 학계에서는 부정설은 조약은 국가들 간에 체결되는 국제적 법규범이므로 이를 부정적으로 보고, 긍정설로는 국가 간에만 법적 구속력이 있는 합의가 이루어질 수 있는 것은 아니므로 남북합의서도 조약으로 볼 수 있다는 견해가 있다.
- 판례를 보면 현재는 남북합의서가 가지는 법적 성격에 대해 “일종의 공동성명 또는 신사협정”의 성격을 가진다고 본다.³¹⁾ 대법원도 “남북합의서는 ……남북한 당국이 각기 정치적인 책임을 지고 상호간에 그 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 판시하고 있다.³²⁾ 현재와 대법원의 위와 같은 입장은 남북관계가 특수관계라는 이른바 특수관계론에 터잡은 것이다. 즉 현재는 “남북합의서는 남북관계를 ‘나라와 나라 사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계’임을 전제로 하여 이루어진 합의문서인바, 이는 한민족공동체 내부의

31) 현재 1997.1.16. 92헌바6·26, 93헌바34·35·36(병합) ; 현재 1997. 1. 16. 89헌마240 등.

32) 대법원 1999. 7. 23. 선고 98두14525 판결.

특수관계를 바탕으로 한 당국간의 합의로서 남북당국의 성의있는 이행을 상호 약속하는 일종의 공동성명 또는 신사협정에 준하는 성격을 가짐에 불과”하다고 판시하였다.³³⁾ 현행 ‘남북관계 발전에 관한 법률’(‘남북관계발전법’이라고 줄여 부르기도 함)은 “남북합의서는 남한과 북한사이에 한하여 적용한다”라고 규정하고 있다(동법 제23조 제1항). 동법은 남한과 북한의 관계에 대해 “남한과 북한의 관계는 국가간의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계이다”라고 규정하고 또 “남한과 북한간의 거래는 국가간의 거래가 아닌 민족내부의 거래로 본다”라고 규정하고 있다(동법 제3조).

3. 국회동의를 필요성

- 남북합의서의 비준에 대해 국회의 동의가 필요한가가 중요한 이슈로 되어 있고 정부도 실제 비준동의를 국회에 요청한 바 있다.³⁴⁾ 남북합의서에는 법적 내용이 포함되어 있고 단순히 친선적 의미의 내용만을 가지고 있지는 않다. 이번 2018.4.27. 판문점 선언의 경우에도 종전선언 및 평화협정의 전환, 동해선과 경의선 철도와 도로의 연결 등과 같은 구체적인 법적 효과를 가져 실현시키겠다는 의지를 표명하고 있다. 그리고 남북합의서를 조약으로 보든 헌법 제3조의 영토조항에서 목표가 설정된 통일, 그리고 헌법 제4조가 통일의 방식과 방향으로서 평화적 자유민주주의 실현이라는 요구에 따라 남북이 합의한 문서를 일반적이고 원칙적으로 입법권을 가지는 주체인 국회가 동의권을 행사하여 법적 구속력을 가지도록 하는 것이 필요하다.
- 더욱이 현재 ‘남북관계 발전에 관한 법률’은 “국회는 국가나 국민에게 중대한 재정적 부담을 지우는 남북합의서 또는 입법사항에 관한 남북합의서의 체결·비준에 대한 동의권을 가진다”라고 규정하여 중대한 재정적 부담, 입법사항으로 한정하긴 하였으나 국회동의를 요하는 사항에 관하여 규정하고 있다(동법 제21조 제3항). 이 법률은 바로 국회 스스로 제정한 법률이다.

33) 헌재 1997. 1. 16. 92헌바6등, 판례집 9-1, 1, 23면 ; 헌재 2000. 7. 20. 98헌바63 등.

34) 이에 대한 보도로 <http://www.hani.co.kr/arti/politics/defense/861665.html> 등 참조.

- 결론적으로 남북합의서의 법적 성격을 조약으로 보든 보지 않는 중요한 것은 이에 대한 법적 구속력을 부여하자는 취지라면 결국 국회가 개입하는 것이 필요 하다.
- 요컨대 중요한 것은 조약이라는 형식적 명칭 보다는 대내적으로 법적 효력을 가지는 규범으로서 성격을 가지도록 하고 대외적으로도 구속력을 가지는 약속으로 자리매김하여야 한다는 것이다.

4. 그 외 논의

- 그 외에 현안은 정전협정을 평화협정으로 대체하고자 함에 있어서 법적 문제들에 대한 검토가 요구되고 있다.³⁵⁾ 4월 관문점 선언을 계기로 하여 정전협정을 평화협정으로 대체하여 평화체제를 보다 더 명백히 자리잡도록 하는 데 기여하여야 한다는 논의가 전개되고 있다. 1953년의 휴전은 한반도에서 전쟁상태가 완전히 종식된 것이 아니라 휴지기에 있다고 보고 이제 전쟁의 종식과 평화로 나아감을 분명히 하자는 의미를 가진다.
- 여하튼 평화협정은 헌법 제4조의 평화적 통일노력에 해당하므로 헌법에 부합된다. 헌법 제3조도 그 헌법적 근거가 된다. 통일은 분단지역들의 결합을 의미하고 그 결합은 휴지기간 전쟁의 중단이 아니라 전쟁의 종식을 의미하고 이는 평화적 통일과정으로서 통일을 명령하고 있는 헌법 제3조에 부합되기 때문이다. 중단은 분단을 그대로 두는 것이므로 진정한 통일은 양 진영의 대립과 투쟁이 아니라 결합과 평화이다.

35) 이 문제에 대한 논의로, 박종원, 남북 평화협정의 법적 쟁점, 공법이론과 판례연구회, 2018년 11월 월례발표회 발제문(2018년 10월 통일부와 서울대학교 헌법·통일법센터가 공동으로 주최한 학술대회인 '통일법제 인프라 확충을 위한 쟁점과 과제: 관문점선언 이행과 평화협정 체결의 법적 쟁점'에서 발표한 내용을 수정·보완한 문헌) 등 참조.

IV. 입법개선 등

- 남북관계는 나아가고 있는데 이러한 진전을 실정법이 따라가지 못한다는 지적도 있을 것이다. 위의 해석론에 비추어 남북관계, 통일, 평화정착에 보다 발전적인 방안을 뒷받침할 수 있도록 입법적 개선을 위하여 노력하여야 할 것이다. 그러한 방안으로 법해석(판례, 행정실무)과 법령의 제·개정작업, 헌법개정에 의한 방법이 있을 것이다.

1. 법해석의 노력

- 남북관계의 진전과 통일의 평화적 달성으로 나아가기 위해 법해석은 적극적이어야 할 것이다. 법률의 제정, 개정이 즉각적으로 이루어지 않을 경우에도 실기하지 않도록 유연한 해석을 통해 실무가 수행되도록 하여야 할 것이다. 그렇더라도 어디까지나 헌법 제4조가 설정한 자유민주적 기본질서와 평화적 통일 정책이라는 원칙에 따라 이를 준수하여야 한다. 헌법 제3조와 제4조를 현실적 문제에 대한 적용도를 높이는 방향으로 해석하는 것도 바로 그 보완의 일환이라고 할 수 있다.

2. 실정법보완 - 헌법개정논의를 중심으로

- 실정법에 의한 보완에는 두 가지 방향이 있을 것이다. 보다 근본적인 방향으로 헌법개정의 논의가 있고, 또다른 방향은 현재의 헌법 제3조를 그대로 두면서 헌법하위 법령을 현실수요에 부응할 수 있는 해석과 개정을 통해 보완을 하는 방향이 있다. 여기서는 헌법개정논의를 중심으로 살펴본다.

(1) 헌법개정논의에서의 학계 의견

- 그동안 학계에서는 헌법 제3조에 대한 개정논의가 적지 않게 있어왔다. 한국공법학회의 영토조항의 개정 여부에 대한 회원대상 설문조사 결과 반대의견이 가장

많았고, 통일 이전까지 이 조항을 비적용한다는 단서를 두어야 한다는 의견이 뒤를 이었다.³⁶⁾ 한국헌법학회의 헌법개정연구위원회 최종보고서도 그 개정필요성에 대해서 부정적인 결론을 내놓았다.³⁷⁾ 한편, 위 한국공법학회 설문조사의 소수의견처럼 영토조항이 현실적으로 북한지역에 효력이 미치지 못하는 한계를 고려하면서도 통일지향적 노력을 규정하는 것이 그래도 필요하다는 취지에서, 현재의 영토조항을 그대로 두되 단서에 통일 시까지만 적용된다는 규정을 두자는 견해도 있다.³⁸⁾

(2) 국회, 정부의 개헌안

- 국회나 정부에서도 그동안 개헌논의가 있어왔고 개헌안도 제시되었으나 대부분 영토조항을 삭제하지 않고 그대로 존치시키자는 입장이었다.

1) 국회의 자문위원회 개헌안들

- 2008년 국회(제18대 국회) 국회의장 소속 자문기구인 헌법연구자문위원회의의 보고서³⁹⁾와 2014년 국회(제19대 국회) 국회의장 소속 헌법개정자문위원회의의 개헌안⁴⁰⁾은 영토조항이 통일의 당위성의 근거되는 조항이라는 점에서 영토조항을 유지하자는 의견을 제시하였고 헌법 제4조의 통일조항에 대해서도 이를 유지하자는 의견⁴¹⁾⁴²⁾을 제시하였다.
- 2017년 국회의 헌법개정특별위원회에 자문을 하고자 구성된 자문위원회가 제시한 헌법개정안에서도 영토조항을 영역조항으로, 즉 동 개정안은 헌법 제3조 문언을 현행 “대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다”라고 규정된 것을

36) 도회근, 헌법개정의 쟁점과 과제 — 공법학자실문조사결과분석—, 공법연구 제34집 제1호, 2005년 11월, 59면.

37) 한국헌법학회, 헌법개정연구 2006헌법개정연구위원회 최종보고서, 2006년 11월, 74~75면.

38) 김용기, 헌법상 영토조항 개헌론에 대한 소고, 통일과 북한법학회/서울변호사회 공동주최, ‘통일시대를 대비한 법제도 정비 심포지엄’에서 발표, 2018년 11월 12일 (월), 발표문 27면; 정극원, 헌법규범 자체의 모순과 헌법규범 간 상충의 해결방안에 관한 일고찰, 공법학연구 제18권 제1호, 2017.2., 18면.

39) 2008년 18대 국회 헌법연구자문위원회, 결과보고서, 2009, 35면 이하.

40) 2014년 19대 국회 헌법개정 자문위원회, 활동결과보고서 I, 2014, 63면.

41) 2008년 위 18대 국회 헌법연구자문위원회, 위 결과보고서, 2009, 38면 이하.

42) 2014년 위 19대 국회 헌법개정 자문위원회, 위 보고서I, 64-65면.

“대한민국의 영역은 한반도와 그 부속도서를 포함하는 영토, 영해, 영공으로 한다”라고 수정하자고 제안 하였으나 영토조항 자체를 폐지하자는 것은 아니다. 동 개정안은 통일조항 제4조에 대해서는 ‘자유민주적 기본질서’를 ‘민주적 기본질서’로 바꾸고 “통일정책의 수립과 추진에 필요한 기본적인 사항은 법률로 정한다”라는 문언을 추가하자고 제안하고 있다.⁴³⁾⁴⁴⁾

2) 2018년 대통령(정부) 발의 개헌안

- 2018년 3월 26일에 발의한 대통령의 정부 헌법개정안을 살펴보면 헌법 제3조는 개정을 하지 않고 그대로 두자는 입장이다. 즉 “대한민국의 수도(首都)에 관한 사항은 법률로 정한다”라고 한 제2항을 신설하기로 하여 현행 제3조는 제3조 제1항으로 바꾸자는 것인데 이 항의 변동 외에는 현상유지를 하자는 취지이다. 제안이유에 이렇게 그대로 두는 이유는 나타나 있지 않다.⁴⁵⁾⁴⁶⁾

3) 평가

- 그동안 제시된 정부와 국회의 개헌안들에서 영토조항을 삭제하지는 제안은 찾아볼 수 없다. 지금까지 평화적 통일의 의지가 영토의 온전성, 국가의 연속적 정체성에 대한 국민의 헌법적 의사라는 점을 개헌논의에서 확인하고 이를 존중하는 것이라고 볼 수 있을 것이다.

43) 2017년 구성된 국회 헌법개정특별위원회 자문위원회 보고서, 2018, 2018. 37-38면.

44) 국회의 헌법개정특별위원회는 2017년 12월 31일 활동시한이 만료되어 국회의 개헌안 발의는 무산되었다.

45) <http://www1.president.go.kr/Amendment> 참조.

46) 이 정부 개헌안은 여야간 합의도 이루어내지 못하였고 표결 ‘불성립’으로 처리되었다.

3. 헌법해석의 적극성

- 위에서 본 것처럼 헌법개정이 용이하지 않으므로 변화에 부응하는 헌법판례가 필요하다. 헌법은 추상성, 개방성을 가지므로 자세한 사항은 관례로 보완될 필요도 생긴다.⁴⁷⁾⁴⁸⁾

47) 사회변화를 반영하는 헌법해석·헌법적용, 헌법재판에 대해서는, 정재황, 사회변화와 헌법변화 -그 시론적 연구-, 성균관법학, 제24권 제4호, 2012.2., 39면 이하 참조.

48) 관례변화의 가능성에 대한 논의로, 이장희, 한반도의 평화구현을 위한 남북관계의 법질서와 판례의 검토 - 북한의 법적 지위에 관한 법률과 판례를 중심으로 -, 한국헌법학회·법무부·사법정책연구원 공동학술대회, 한반도 평화정착에 대비한 법제도 현황과 과제, 2018. 11. 9., 제3주제 발제문 21면; 이장희, 한반도 평화체제의 구축에 대비한 북한의 법적 지위 관련 판례의 검토, 헌법학연구 2018.12.31. 발간 예정 참조.

V. 마치며

- 헌법 제3조의 영토조항은 단순한 물리적 영역의 구획이 아니라 국민들이 삶을 영위하는 공동체의 기반으로 영역의 지속성과 온전성이라는 중요한 본질을 규정하고 있다. 따라서 헌법 제3조는 분단상태에서 영역의 온전성을 회복하라는 통일을 명령하는 조항이라고 보아야 한다. 헌법 제4조는 ‘통일지향’의 헌법원칙을 설정 내지 이를 확인하고 있고 나아가 그 통일의 과정이 자유민주적 기본질서에 부합하고 평화적인 방식으로 이루어져야 한다는 통일의 과정, 내용이나 방식을 규정하고 있다.
- 따라서 양자는 상호 양립될 수 있을 뿐아니라 목표와 방식에 있어서도 체계조화적으로 해석될 수 있는 조문들이다. 헌법 제3조는 통일과정과 그 이후에도 우리 공동체의 영속성을 위해 그대로 둘 규정이다.
- 헌법 제3조와 제4조에 대한 위와 같은 해석에 비추어 현안을 볼 필요가 있다. 남북합의서에 대해서 종래 판례는 “남북관계를 ‘나라와 나라 사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계’임을 전제로 하여 이루어진 합의문서인바, 이는 한민족공동체 내부의 특수관계를 바탕으로 한 당국간의 합의로서 남북당국의 성의있는 이행을 상호 약속하는 일종의 공동성명 또는 신사협정에 준하는 성격을 가짐에 불과하다”고 보고 있다. 그러나 위와 같은 평화적 통일원칙의 헌법적 위임에 따라 이루어진 합의서에 법적 구속력을 부여할 의무가 국가기관에 있다. 그 점에서도 판문점선언에 대해서는 국회의 비준동의대상이라고 볼 것이다. 판문점선언에는 평화통일을 실현하려는 실천방안들이 담겨져 있기 때문이다.
- 헌법 제3조에 대한 헌법개정은 부정적 의견이 많다. 이는 영토의 온전성, 국가의 연속적 정체성, 평화통일에 대한 의지라는 국민의 의사가 반영된 것이라고 볼 것이다.
- 위와 같은 헌법적 법리 해석이 평화적 통일로 가는 동력에 촉진적인 효과를 발휘할 수 있을 것으로 기대한다.

참고문헌

근래 통일과 평화에 관한 논의들이 활발히 전개됨에 따라 관련 연구도 다양하게 발표되어 본 이슈페이퍼에 최대한 참고·인용하도록 하였다. 그러나 한정된 지면에 모두 인용할 수 없어 이하에 추가로 소개하니 참고하시기 바란다.

강경근, 헌법학, 법문사, 1997

계희열, 헌법학(상), 박영사, 2005년.

권영성, 헌법학원론, 법문사, 2004.

김상겸, 헌법상의 남북관련조항에 관한 연구, 헌법학연구 제10권 제3호, 한국헌법학회, 2004.9.

김웅기, 헌법상 영토조항 개헌론에 대한 소고, 통일과 북한법학회/서울변호사회 공동주최, '통일시대를 대비한 법제도 정비 심포지엄'에서 발표, 2018년 11월 12일 (월)

김철수, 학설판례헌법학(상), 박영사, 2008,

김승대, 한반도간 특수관계의 법적 성격에 관한 일고찰, 법조, 제44권 제3호, 1995.

도희근, 헌법개정의 쟁점과 과제 — 공법학자설문조사결과분석—, 공법연구 제34집 제1호, 2005년 11월.

박중원, 남북 평화협정의 법적 쟁점, 공법이론과 판례연구회, 2018년 11월 월례발표회 발제문(2018년 10월 통일부와 서울대학교 헌법·통일법센터가 공동으로 주최한 학술대회인 '통일법제 인프라 확충을 위한 쟁점과 과제: 판문점 선언 이행과 평화협정 체결의 법적 쟁점'에서 발표한 내용을 수정·보완한 문헌)

- 성낙인, 헌법학 제18판, 법문사, 2018, 310면.
- 심경수, “영토조항의 통일지향적 의미와 가치”, 헌법학연구 제7권 제2호, 한국헌법학회, 2001.
- 이장희, 민족화해를 위한 법제도적 정비 과제, 통일시론, 청명문화재단, 2000, 10.
- 이장희, 한반도의 평화구현을 위한 남북관계의 법질서와 판례의 검토, 북한의 법적 지위에 관한 법률과 판례를 중심으로 -, 2018. 11. 9. (금) 한국헌법학회·법무부·사법정책연구원 공동학술대회 제3주제 발제문.
- 이장희, 한반도 평화체제의 구축에 대비한 북한의 법적 지위 관련 판례의 검토, 헌법학연구, 2018.12.31. 발간 예정
- 이효원, 남북교류협력의 규범체계, 경인문화사, 2006년.
- 이효원, 판례로 보는 남북한관계, 서울대학교출판문화원, 2012.
- 장명봉, 제3조(영토), 주석 헌법, 개정판, 법원사, 1996.
- 장영수, 헌법총강에 대한 헌법개정 - 국가의 기본적 구성요소 및 헌법의 기본원리와 관련한 헌법개정-, 공법연구 제34집 제4호 제2권, 2006년 6월
- 장영수, 헌법학 제10판, 홍문사, 2017.
- 전경태, 대한민국 헌법의 통일관련 태도의 변천 -통일친화적 개헌논의와 관련하여. 통일법연구 제2권, 헌법이론실무학회, 2016.10.
- 전광석, 한국헌법론 제13판, 도서출판 집현재, 2018.
- 정극원, 헌법규범 자체의 모순과 헌법규범 간 상충의 해결방안에 관한 일고찰, 공법학연구 제18권 제1호, 2017.2.
- 정재황 등 5인, 분단국가의 통합의 법제적 과제-헌법, 한국법제연구원(16-22-3), 2016년 10월 31일 발간.

- 정재황, 사회변화와 헌법변화 -그 시론적연구-, 성균관법학, 제24권 제4호, 2012.2.
- 정재황, 신 헌법입문, 제8판, 박영사, 2018.
- 정재황·류지성, 대한민국 통일과도기의 법적 논점, 공법연구, 제46집 제2호, 2017.
- 정종섭, 헌법학원론 제11판, 박영사, 2016.
- 표명환, 한반도 통일과 통일조항의 해석방향, 토지공법연구 제59집, 한국토지공법학회, 2012.11.
- 한수웅, 헌법학, 제6판, 법문사, 2016.
- 허영, 남·북한간 조약체결의 헌법적 검토, 헌법판례연구, 한국헌법판례연구학회, 2001년 11월.
- 허완중, 한국헌법체계에 비춘 헌법 제4조의 해석, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2014.
- 허완중, 한국 헌법체계에 비춘 헌법 제3조의 해석, 저스티스 통권 제154호, 2016.
- J. Gicquel, J.-É. Gicquel, Droit constitutionnel et institutions politiques, 20eéd., Montchrestien, 2005.
- P. Pactet / F. Mélin-Soucramanien, Droit constitutionnel, 31eéd, Dalloz, 2012.

[보고서]

- 국회 18대 헌법연구자문위원회, 결과보고서, 2009.
- 국회 19대 헌법개정 자문위원회, 활동결과보고서 I, 2014년.
- 국회 헌법개정특별위원회(2017년 구성) 자문위원회 보고서, 2018.
- 한국헌법학회, 헌법개정연구 2006헌법개정연구위원회 최종보고서, 2006년 11월.

[인터넷 문헌]

<http://www1.president.go.kr/Amendment>

<http://www.hani.co.kr/arti/politics/defense/861665.html>

통일법제 Issue Paper 18-19-⑨

헌법 제3조의 재해석과 현안

발행일 2018년 12월 31일

발행인 이 익 현

발행처 한국법제연구원

세종특별자치시 국책연구원로 15

(반곡동, 한국법제연구원)

전화 : (044)861-0300

팩스 : (044)868-9913

등록번호 : 1981.8.11. 제2014-000009호

<http://www.klri.re.kr>

1. 本院의 承認없이 轉載 또는 譯載를 禁함. ©
2. 이 보고서의 내용은 본원의 공식적인 견해가 아님.

KLRI

KOREA LEGISLATION
RESEARCH INSTITUTE



공공누리 공공저작물 자유이용허락