

남북관계의 법제화 방안 연구

남북기본협정 체결의 법제적 연구

박정원



통일법제 연구 18-19-①-03

남북관계의 법제화 방안 연구

남북기본협정 체결의 법제적 연구

박 정 원

남북관계의 법제화 방안 연구

남북기본협정 체결의 법제적 연구

A Study on the “Inter-Korean Basic Agreement”

연구책임자 : 박정원(국민대학교 교수)
PARK, Jeong Won

2018. 8. 31.

연 구 진

연구책임 박정원 국민대학교 교수

심의위원 이상모 부연구위원
최경호 부연구위원
신옥주 전북대학교 교수

요 약 문

I. 배경 및 목적

- ▶ 이 연구는 한반도의 평화 정착과 통일기반 조성을 위한 법제도화 방안을 제시하는 데에 기본적인 목적을 둬. 남북은 ‘판문점선언’에서 재차 남북의 적대행위 종식과 평화체제 구축에 대해 합의하였음. 이를 위한 조건의 하나로 남북의 화해 협력을 정착시켜 남북관계를 개선 발전시키고 한반도의 비핵화를 실현하여 평화체제를 구축하여야 함. 이를 위한 선제적 조치는 이러한 합의에 대한 법제도화 방안을 마련하는 것임. 그 가운데 ‘남북기본협정’의 체결이 중요한 과제로 제시되어 있음. 이 연구의 목적은 남북기본협정의 체결과 관련하여 협정의 성격과 효력문제를 다룸.

II. 주요 내용

- ▶ 이 연구는 남북기본협정 체결과 이행을 위해 다음의 내용을 다룸.
 - 첫째, 논의의 전제가 되는 남북기본합의서의 채택, 법적 성격 및 효력에 대한 문제점을 분석함. 이에 관하여 남북기본합의서의 법적 성격, 즉 조약으로서의 성격 부여문제를 논의함. 특히 남북간 합의 규정의 법적 성격을 구명하는 것에 중점을 두되, 북한의 법적 지위문제와 남북관계의 법적 성격의 분석을 통한 남북합의의 법적 효력 인정 여부를 판단함.

- 아울러 남북기본합의서의 효력은 합의서의 법적 효력 및 남북 특수관계의 성격에 따른 접근이 필요함. 한편 남북 간 경협보장 합의서는 국회의 비준 동의절차를 거쳐 효력을 발휘하였는데 그 배경에 대한 논급도 필요함.
- 둘째, 남북합의서의 법적 효력에 관하여 규정하고 있는 남북관계발전법과의 연관성을 검토할 수 있음. 이 역시 문헌연구와 사례를 통한 비교 연구의 방법을 통해 연구함. 특히 동서독 기본조약 등의 동서독간 합의문서의 법적 구속력 확보를 위한 사례 분석은 우리의 남북합의서의 효력문제를 다루는 데에 선행적 경험이라는 점에서 의미가 있음. 분단국 합의사례는 우리에의 적용 가능성 및 시사점 파악하는 데에 도움이 됨. 또한 남북관계발전법을 근거로 한 남북 사이의 합의서는 그 법적 효력을 부여하기 위해 추진된 경과에서 어떠한 효과를 가지고 있는가에 대해 분석 실시. 여기에는 해당 법령의 발효 이전 합의하여 채택된 남북 간 합의문서의 실효성을 확보하기 위한 방법도 분석 범위에 해당함.
- 셋째, 남북 간 합의서의 법적 효력부여를 위한 방법과 절차로써 합의서에 대한 국회 비준동의 등의 절차 확보 방법을 고찰함. 이는 남북 간 합의서에 대한 법적 구속력을 확보하여, 합의서를 법률로서의 효력을 부여하는 방법에 관한 분석임. 즉, 남북기본합의서의 국내법적 효력을 부여하는 과정으로서 남북의 합의 후 각기 국내적 절차과정을 거치는 것을 말함.
- 이에 대해서는 이미 남북관계의 법적 성격과 관련한 우리의 사법부의 판단이 있음. 이에 관한 우리 법원 및 헌법재판소의 판례를 분석함. 그 주된 내용으로는 남북합의서의 조약으로서의 성격을 인정할 것인가에 대한 것과 국회 동의절차의 효력 인정 문제를 포함함. 이러한 논의는 이미 남북 간 합의서의 법적 구속력 확보를 위한 제도화 조치를 강구하는 방안으로 검토되기도 한 것임.

- 따라서 이 연구의 중점 내용은 우선 남북관계의 변화를 계기로 한 향후 체결되는 남북 간 합의서 (협정, 조약 등)의 법적 효력을 부여하기 위한 법제도적 방안을 강구하는 것을 목적으로 함. 이를 통해 남북 간 합의문서의 지속적 효력을 통한 남북관계의 제도화 구축방안을 도출하고자 함.

Ⅲ. 기대효과

- ▶ 문재인 정부는 국정과제의 하나로 남북관계의 법제도화를 제시하고 있음. 여기에는 ‘통일국민협약’, ‘남북기본협정’, ‘평화협정’ 등이 포함됨. 남북관계 법제도화는 국내의 국민적 합의기반구축, 남북 간 합의, 국제적 보장 등을 통하여 한반도의 평화와 번영을 가져오기 위한 구체적인 과제로서 순차적인 추진을 전제하고 있음. ‘판문점선언’ 이후 남북관계는 새로운 환경을 맞고 있는 시점이지만 남북관계의 이상적 미래는 쉽게 확정되지 않은 것임. 그럼에도 불구하고 남북기본협정에 대한 사전적 검토와 준비는 남북관계의 미래를 설계하는 의미가 있다는 점에서 이 논의가 도움이 되기를 기대함.
- ▶ 주제어 : 남북관계, 남북기본협정, 남북기본합의서, 동서독 기본조약, 조약, 신사협정, 국제법, 남북 특수관계, 판문점선언, 평화협정, 남북관계발전법

Abstract

I. Backgrounds and Purposes

- ▶ The purpose of this study is to propose a system of institutionalization for the establishment of a peace settlement and unification base on the Korean peninsula. In the Panmunjom Declaration(2018. 4. 27), South and North Korea again agreed to end the hostilities of the two Koreas and establish a peace regime. One of the conditions for this is to establish inter-Korean reconciliation & cooperation to improve inter-Korean relations and to establish a peace regime by realizing the denuclearization of the Korean peninsula. The preemptive action for this is to formulate a legal institutionalization plan for such an agreement. The signing of the "Inter-Korean Basic Agreement" is an important task. The purpose of this study is to deal with the nature and effect of the treaty with regard to the conclusion of the inter-Korean framework agreement.

II. Major Content

- ▶ This study deals with the following contents in order to conclude and implement the Inter-Korean Basic Agreement.

- First, we analyze the problems of the adoption of the Inter-Korean Basic Agreement, the legal nature and effect, which are the premise of the discussion. In this regard, the legal
- character of the Inter-Korean Basic Agreement, namely the issue of characterization as a treaty, is discussed. In particular, it focuses on explaining the legal nature of the agreement between South and North Korea, and judges whether the North Korean legal status and the legal nature of the inter-Korean relations are recognized as legitimate.
- In addition, the effect of the Inter-Korean Basic Agreement needs to be based on the legal validity of the agreement and the nature of the inter-Korean relations. On the other hand, the Agreement on Security Assistance between South and North Korea has been validated through the ratification procedure of the National Assembly.
- First, we analyze the problems of the adoption of the inter-Korean Basic Agreement, the legal nature and effect, which are the premise of the discussion. In this regard, the legal character of the inter-Korean Basic Agreement, namely the issue of characterization as a treaty, is discussed. In particular, it focuses on explaining the legal nature of the agreement between the two Koreas, but also examines the legal status of North Korea and the legal nature of inter-Korean relations.
- Second, I can examine the legal relationship between the Inter-Korean Relationship Development Law and the legal effectiveness of the inter-Korean agreement. This is also studied through comparative studies through literature studies and case

studies. In particular, the analysis of case studies to secure the legal binding power of East-West German agreements such as the “East-West German Basic Treaty” is meaningful in that it is a precedent experience in dealing with the issue of the effect of our inter-Korean agreements. The case of the divisional consensus helps us identify the applicability and implications. I also analyze how the inter-Korean agreement based on the Inter-Korean Relations Development

- Law has an effect on the progress made in order to give its legal effect. The scope of the analysis also includes measures to ensure the effectiveness of inter-Korean agreements adopted prior to the enactment of the relevant laws and regulations.
- Third, the method of securing the legal effect of agreements between the two Koreas, and the method of securing the procedures such as consent of the ratification of the treaties on the agreement will be examined. This is an analysis of how to obtain the legal binding power for the inter-Korean agreement and to give the agreement its effect as a law. In other words, it is the process of granting the domestic legal effect of the inter-Korean Basic Agreement through domestic procedures after agreement between South and North Korea.
- Therefore, the main focus of this study is to find legal and institutional ways to give legal effect to future inter - Korean agreements (agreements, treaties, etc.). Through this, I intend to draw up a plan to establish institutionalization of inter-Korean relations through the continuing effect of the inter-Korean agreement documents

III. Expected Effects

▶ The Moon Jae-in government(South Korean authority) suggests institutionalization of inter-Korean relations as one of the tasks of national affairs. These include the “Unification National Convention” , “Inter-Korean Basic Agreement” , and “Peace Agreement” . The institutionalization of the “Inter-Korean Relations Law” presupposes sequential implementation as a specific task to come to peace and prosperity on the Korean peninsula through the establishment of the national consensus framework, the inter-Korean agreement, and international guarantees. Since the “4-27 Panmunjom Declaration” , the inter-Korean relationship is at a time when a new environment is being met, but the ideal future of inter-Korean relations is not easily established. Nevertheless, I expect that this discussion will be helpful in the sense that the preliminary review and preparation of inter-Korean fundamental agreements are meaningful in designing the future of inter-Korean relations.

▶ **Key Words** : Inter-Korean Relations, Inter-Korean Basic Agreement, East-West German Basic Treaty, Treaty, Gentlemen’s Agreement, International Law, 4-27 Panmunjom Declaration, Peace Agreement, Inter-Korean Relations Law

목차

남북기본협정 체결의 법적 연구

korea legislation research institute

요 약 문	5
Abstract	9

제1장 서론 / 17

제1절 연구 배경	19
제2절 연구의 목적	22
제3절 연구방법과 범위	23

제2장 남북한 간 합의문서의 채택 및 효력 문제 / 27

제1절 ‘남북합의서’의 채택	29
제2절 남북 합의 문서의 법적 기반 구축	31
1. 남북 합의의 법적 근거	31
2. 남북합의의 헌법적 근거로서 헌법상 통일조항(제4조)	33
제3절 ‘남북기본합의서’의 의미와 성격	34
1. 의 미	34
2. 법체계적 관계	35
제4절 남북기본합의서의 성격	39

제3장 남북기본합의서의 법적 성격 / 41

제1절 ‘남북한 특수관계’와 남북기본합의서	43
제2절 남북기본합의서의 정치적 선언(신사협정)적 성격	46
1. 신사협정설의 논거	46
2. 남북한 특수관계의 의미	47

목차

남북기본협정 체결의 법적 연구

korea legislation research institute

3. 남북의 최고통수권자의 비준	47
4. 국회의 비준 동의 절차	48
5. 불이행의 법적 효과	49
6. 법적 구속력에 대한 당사자의 의도 판단	50
제3절 남북기본합의서에 대한 사법적 판단	51
1. 서울고등법원 판결	52
2. 대법원 판결	54
3. 헌법재판소 결정	55

제4장 '남북 기본 협정'의 채택과 성격 / 57

제1절 배경과 필요성	59
1. 남북관계 발전과 문재인정부의 남북관계의 법제도화	59
2. 남북정상회담의 '판문점선언'의 이행과 실천	62
3. 새로운 남북관계의 설정: 남북기본합의서의 승계	63
제2절 체결 절차와 방법	65
1. 체결 시기 및 절차	65
2. 국민적 합의와 비준 동의 절차	65
제3절 합의(서)의 명칭과 국가 승인 문제	68
제4절 동서독 기본조약과 남북 기본 협정	70
1. '잠정적 특수관계'의 개념화	70
2. 동서독기본조약과 '남북합의서'상에 반영된 '특수관계'의 적용 사례	71

제5장 '남북 기본 협정'의 주요 내용 검토 / 75

제1절 '남북 기본 협정'과 한반도 평화협정의 관계	77
제2절 남북기본협정의 주요 내용 분석	79

목차

남북기본협정 체결의 법적 연구

korea legislation research institute

- 1. 새로운 남북관계의 성격 규명: 남북 특수관계에 대한 새로운 환경 반영 79
- 2. 남북관계의 법적 성격의 공고화 방안 84
- 3. 남북간의 주민간의 인적 교류의 확대와 보장 87
- 4. 기 타 89

제6장 '남북 기본 협정'의 체결의 문제점과 과제 / 91

- 제1절 문제점 93
 - 1. 남북합의서의 정의 93
 - 2. 남북합의서의 체결·비준 및 공포 절차의 이원성 95
 - 3. 경과조치 97
- 제2절 과 제 97
- 제3절 '판문점 선언'의 법적 성격과 '남북 기본 협정' 98

제7장 결 론 / 101

- 참고문헌 107

korea
legislation
research
institute

제1장 서론

제1절 연구 배경

제2절 연구의 목적

제3절 연구방법과 범위

제1장

서론

제1절 연구 배경

남북관계는 특수한 사정과 환경에 의해 법적으로 정의하는 것은 쉽지 않다. 남북한은 한반도 분단의 특수한 상황에서 각기 정권을 수립하는 과정에서 서로 상대방을 부정하고 자신만의 법적 정통성을 주장하여 온 데에서 기인한다. 남북관계의 법적 성격은 남북한이 각자의 법적 정당성 주장과 강한 주권적 지위를 강조하면서 필연적으로 상대방의 법적 주체성을 부인하여 왔다. 그러면서도 남북한은 서로 교류와 협력의 필요성에 의해 화해와 협력을 위한 관계를 형성하여 왔다. 일면 적대적 관계를 가지면서도 한편으론 교류와 협력적 관계를 구축한 것이다.

돌아보건대 남북관계는 1980년대 말부터 1990년대 들어서면서 화해와 협력이라는 세계사적 조류 속에 새로운 관계를 형성하기 시작하였다. 특히 제6공화국의 출범과 함께 노태우정부는 북방정책을 통해 대북정책의 원칙과 방향을 전환하였다. ‘한민족공동체 통일방안’을 제시하고, 국내법으로서 남북교류협력법을 제정하여 남북관계의 새로운 활로를 모색하였다. 당시 국가보안법이 존치하는 가운데 대북한 관계는 일면 반국가단체로서의 대응과 함께 교류와 협력의 상대방으로서의 관계를 형성하는 이중적 관계를 가지게 되었다. 이른바 북방정책의 추진은 1991년 남북한의 UN 동시가입을 가능하게 하였다. 이로써 국제법적인 측면에서 남북한은 각기 국제법 주체로서 국제관계를 형성하는 동시에 국제무대에서 남북한이 공동 협력하는 체제를 갖출 수 있게 되었다. 그러나 남북한의 관계에서는 내적 특수관례로서 민족내부의 관계로서의 성격을 강화하였다. 잘 알다시피

이를 토대로 남북한은 화해와 불가침 그리고 교류협력에 대한 합의서(이하 ‘남북기본합의서’라고 함)를 채택하였다.¹⁾

이 합의서는 남북관계의 법적 성격을 규정하고 통일을 향한 남북한의 추진사항을 합의한 것이었다. 즉, 남북관계는 대결적인 적대관계에서 국내법적으로 교류협력의 상대방, 국제법적으로는 각기 한 국가로서 국제법관계를 형성한다는 점을 법적으로 명확히 하는 계기를 마련한 것이었다. 이른바 남북관계의 특수성에 대한 합의에 기초하여 남북한은 특수관계라는 이원적 지위를 형성하였다. 이후 남북관계는 국가간의 국제법적 관계를 인정하지 않고 민족내부의 관계라는 성격을 기본적으로 설정하였다.

실제로 이러한 성격을 기반으로 하여 남북은 교류 협력사업을 전개하여 통일을 위한 협력의 틀을 만들어왔다. 그러나 남북관계는 대내외적인 상황에 따라 정치적 판단과 결정에 의해 부침을 거듭하면서 남북이 합의하여 채택한 합의서는 그 실천과 이행에 실패하고 합의서를 부정하는 사태를 일으키면서 사문화되는 결과를 빚고 있다.²⁾ 사실상 남북간의 합의는 여러 가지 이유에 의해 남북이 모두 각자의 이익과 이해에 의해 남북합의서를 해석하고 그 효력에 대해 영향을 끼쳐 왔다.³⁾

특히 남북경협은 남북의 공동번영을 위한 사업이고 남북협력의 상징적 사업으로 추진되었으나 정치적 판단에 의해 중단되거나 무산되면서 남북합의에 대한 제도적 개선조치를 강하게 요구하게 되었다. 비록 북한의 도발적 행위에 의해 금강산관광사업이 중단되고, 개성공단도 북한의 핵개발문제에 의해 문을 닫았던 사례는 안타깝다. 이러한 남북경협 중단은 명분상 합리적 배경을 가지고 있고 통치행위적 차원에서 합법적 성격을 갖는

1) 남북기본합의서는 서문에서 남북 관계는 “나라와 나라 사이의 관계가 아니라 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계”라고 규정하고 있다.

2) 북한은 2009년 1월 30일 조국평화통일위원회(조평통)의 담화를 통해 남북사이의 정치군사적 대결상태 해소와 관련된 모든 합의사항들을 무효화한다고 하였다. 이러한 북한의 주장을 인정한다면 남북기본합의서의 군사부문 즉 불가침에 관한 합의서는 무효가 될 것이다. 이는 남북간 명백한 합의를 이루지 못한 이른바 서해상의 NLL(북방한계선)을 두고 일어난 사안이라 할 수 있다.

3) 이규창, “남북관계 발전 및 제도화를 위한 법제개선방안”, 성기영 외, 『평화와 번영의 한반도: 남북관계의 재정립과 한반도 신경계구상』, 세종: 경제 인문사회연구회, 2018, 71~72면.

다고 할 수 있다. 그렇다고 하더라도 그러한 행위는 명백한 법제도적 근거를 가지지 않고 있다는 점에서 문제가 지적되었다.⁴⁾ 물론 이는 남한의 국내법적인 문제이기도 하지만 남북간의 합의가 제대로 작동하지 않는 효력의 문제이기도 한 것이었다.

이에 따라 남북관계의 법제도화를 위해서는 남북한 합의의 법적 기반을 조성하여야 한다. 이미 기존에 남북은 여러 분야의 합의서를 채택하였는데 이에 대한 효력문제도 다시 살펴볼 필요가 있다. 또한 남북관계의 변화에 의해 새롭게 형성되는 남북간 합의(서)의 법적 성격을 새삼 검토할 필요가 있다. 이를 통해 남북한 합의서의 체계와 효력 면에서 그 법적 구속력의 미비점을 보완하여 나가야 한다.⁵⁾

강조하건대 문재인정부는 대북정책의 수립과 추진의 제도적 기반을 구축하는 것을 대북정책 및 통일정책의 주요 과제로 설정하였다. 지난 정부의 경험에 비추어 정부의 대북정책의 제도화를 통한 안정적인 정책추진에 기여하기 위한 것이다. 대북정책의 제도화는 현실적이고 지속적인 정책의 긍정적인 효과를 달성하기 위한 조건임을 잘 파악한 것이다. 잘 알다시피 남북관계는 2018년 4월 27일 문재인대통령과 김정은 국무위원장 간의 남북정상회담에서 합의한 “한반도의 평화와 번영, 통일을 위한 판문점 선언”(이하 ‘판문점선언’이라고 함)⁶⁾에 의해 그 구체적인 이행과 실천에 따라 새로운 발전적 계기를 맞고 있다.

무엇보다 이를 계기로 하여 남북 간의 법적 관계를 규명하고 합의서에 대한 정상적이고 법적인 효력을 부여하게 된다면 새로운 남북관계의 정착과 발전을 위한 남북간 합의 모델을 제시할 수 있게 된다. 남북관계 개선에 장애요인에 대해 제도적인 해결방안을 모

4) 이른바 개성공단 외의 남북경협사업의 중단 및 취소를 한 ‘5 24조치’와 개성공단의 폐쇄의 근거를 두고 구체적이고 명확한 법적 근거를 제시하지 못하였다는 분석에 따른 것이다. 명확한 법제도적 근거의 부재는 결과적으로 이러한 조치로 인한 대북투자기업의 손해 내지 손실 발생에 대한 구체적인 보상 내지 배상방법을 이끌어내지 못하였다.

5) 이 연구에서 남북기본합의서의 효력문제에 대한 논의는 이미 논의된 바 있는 다음의 논문을 참고하여 보충하였다. 박정원·이석범, “남북기본합의서의 법적 성격에 관한 비판론적 검토”, 『국민대학교 법학논총』, 제43집 제3호, 국민대 법학연구소, 2011, 145~196면; 박정원, “남북합의서의 헌법적 쟁점과 과제”, 『憲法學研究』, 제19권 4호, 한국헌법학회, 2013. 12, 83~122면 등에서 논의한 내용을 토대로 하여 보완하였음을 밝힌다.

6) 3개 장 13개 조항으로 이루어져 있으며, 남북관계 개선과 발전, 전쟁위험의 실질적 해소, 비핵화를 포함한 한반도의 항구적 평화체제 구축 등을 주요 내용으로 하고 있다.

색하는 데에도 중요한 일이다. 결국 남북간 합의와 합의문서에 대해 법적 효력을 부여하는 방안을 구체화하는 일은 ‘판문점선언’의 이행과 실천을 위한 중요한 과제의 하나이다.

제2절 연구의 목적

이 연구는 한반도 평화정착과 통일기반 조성을 위한 법제도화 방안을 제시하는 데에 기본적인 목적을 둔다. 언급하였듯이 남북은 ‘판문점선언’에서 재차 남북의 적대행위 종식과 평화체제 구축에 대해 합의하였다. 이를 위한 조건의 하나로 남북의 화해 협력을 정착시켜 남북관계를 개선 발전시키고 한반도의 비핵화를 실현하여 평화체제를 구축하여야 한다. 이를 위한 선제적 조치는 이러한 합의에 대한 법제도화 방안을 마련하는 것이다. 그 가운데 ‘남북기본협정’의 체결이 중요한 과제로 제시되어 있다. 이 연구의 목적은 남북기본협정의 체결과 관련하여 협정의 성격과 효력문제를 다루는 것이다.

이러한 방안은 다음의 사항을 실천함으로써 가능해진다.

첫째, 대북정책 및 통일정책의 수립과 추진은 제도적 기반 위에서 이루어지도록 하여야 한다. 문재인정부는 이미 대북정책의 제도화를 통해 안정적 정책추진을 위한 기존 정책의 변화를 강조하였다. 단적으로 대북정책의 제도화를 통한 현실적이고 지속적인 정책의 효과를 달성하고자 한 것이다.

둘째, 새로운 남북관계의 정착과 발전을 위한 남북 간 합의 모델을 제시하는 것이다. 과거 남북관계 개선의 장애요인을 제도적으로 해결하는 방안을 모색하는 것이다. 이로부터 남북대화와 북미 간 대화 재개에 따른 남북관계는 제도적 측면에서 관계개선을 이루는 정착적 기반을 구축할 수 있다.

셋째, 한반도 평화정착을 위한 남북합의는 법제도적으로 뒷받침되어야 한다. 남북의 기존 합의의 이행과 실천의 문제점을 보완하기 위해서는 제도적 관점에서 분석하고 이를

개선하는 방안을 제시할 수 있다. 이는 남북간 합의의 법적 실효성을 확보함으로써 달성될 수 있다.

넷째, 남북관계의 법적 성격을 보다 구체적으로 규명하고 이와 관련하여 남북합의의 법적 구속력을 실질적으로 보완하여야 한다. 남북한 특수관계의 법적 성격 및 북한의 법적 지위 문제는 남북관계의 발전적 국면에서 재고찰될 수 있다. 이 점에서 ‘남북 기본협정’의 체결절차와 방법, 그 내용 고찰을 통한 구체적 이행과 실천을 보장하는 법제도화 방안을 연구한다.

다섯째, 남북관계의 새로운 환경변화는 남북 간 합의의 이행과 실천적 기반을 조성하는 데에 기여할 수 있다. 2018년 4월 27일 판문점에서 열린 제3차 남북정상회담과 6월 12일 싱가포르에서 개최된 역사상 첫 북미정상회담 등을 계기로 한 북한과의 합의에 대한 법적 효력의 확보를 위한 제도화 방법은 적극 모색되어야 한다.

제3절 연구방법과 범위

이 연구는 그 체계와 논점을 다음과 같이 정리할 수 있다.

첫째, 논의의 전제가 되는 남북기본합의서의 채택, 법적 성격 및 효력에 대한 문제점을 분석한다. 이에 관해서는 남북기본합의서의 법적 성격, 즉 조약으로서의 성격 부여문제에 대한 연구가 다수 있다.⁷⁾ 기본적으로 문헌을 기초로 한 경험적 연구를 중심으로 한다. 특히 남북간 합의 규정의 법적 성격을 규명하는 것에 중점을 두되, 북한의 법적 지위문제와 남북관계의 법적 성격의 분석을 통한 남북합의의 법적 효력 인정 여부를 판단한다.

7) 정세현, “남북기본합의서의 법적 성격과 정치적 의의”, 『통일문제연구』, 제4권 제1호, 통일부, 1992. 3; 박정원·이석범, “남북기본합의서의 법적 성격에 관한 비판론적 검토”, 『국민대학교 법학논총』, 제43집 제3호, 국민대 법학연구소, 2011, 145~196면; 박종철, “남북기본합의서 체제의 평가와 유산”, 『남북기본합의서 20년, 역사적 의미의 재조명』, 통일연구원, 2012; 이규창, “‘남북관계발전에 관한 법률’의 분석과 평가 - 남북한 특수관계 및 남북합의서 관련 조항을 중심으로 -”, 『남북교류와 관련한 법적 문제점(5)』, 법원행정처, 2006 등

아울러 남북기본합의서의 효력은 합의서의 법적 효력 및 남북 특수관계의 성격에 따른 접근이 필요하다. 한편 남북간 경협보장 합의서는 국회의 비준 동의절차를 거쳐 효력을 발휘하였는데 그 배경에 대한 논급도 필요하다.

둘째, 남북합의서의 법적 효력에 관하여 규정하고 있는 남북관계발전법과의 연관성을 검토할 수 있다. 이 역시 문헌연구와 사례를 통한 비교 연구의 방법을 통해 연구한다. 특히 동서독 기본조약 등의 동서독간 합의문서의 법적 구속력 확보를 위한 사례 분석은 우리의 남북합의서의 효력문제를 다루는 데에 선행적 경험이라는 점에서 의미가 있다. 분단국 합의사례는 우리에게 적용 가능성 및 시사점 파악하는 데에 도움이 된다. 또한 남북관계발전법을 근거로 한 남북간 합의서는 그 법적 효력을 부여하기 위해 추진된 과정에서 어떠한 효과를 가지고 있는가에 대해 분석해본다. 여기에는 해당 법령의 발효 이전 합의하여 채택된 남북간 합의문서의 실효성을 확보하기 위한 방법도 분석 범위에 해당한다.

셋째, 남북 간 합의서의 법적 효력부여를 위한 방법과 절차로서 합의서에 대한 국회 비준동의 등의 절차를 확보하는 방법을 고찰한다. 이 남북간 합의서에 대한 법적 구속력 확보하여 합의서를 법률로서의 효력을 부여하는 방법에 관한 분석이다. 즉, 남북기본합의서의 국내법적 효력을 부여하는 과정으로서 남북의 합의 후 각기 대내적 절차과정을 거치는 것을 말한다.

이에 대해서는 이미 남북관계의 법적 성격과 관련한 우리의 사법부의 판단이 있다. 이에 관한 우리 법원 및 헌법재판소의 판례를 분석한다. 그 주된 내용으로는 남북합의서의 조약으로서의 성격을 인정할 것인가에 대한 것과 국회 동의절차의 효력 인정 문제를 포함한다. 이러한 논의는 이미 남북간 합의서의 법적 구속력 확보를 위한 제도화 조치를 강구하는 방안으로 검토되기도 한 것이다.

따라서 이 연구의 중점 내용은 우선 남북관계의 변화를 계기로 한 향후 체결되는 남북 간 합의서(협정, 조약 등)의 법적 효력을 부여하기 위한 법제도적 방안을 강구하는 것을

목적으로 삼고 있다. 이를 통해 남북 간 합의문서의 지속적 효력을 통한 남북관계의 제도화 구축방안을 도출하고자 한다.⁸⁾

8) 남북기본협정과 한반도평화협정의 기본방향과 내용 검토는 최근 남북정상회담 이후 이에 대응한 법적 과제에 대한 연구를 참고하여 서술하였다. 4.27 남북정상회담의 판문점선언에 따른 법적 과제, 남북관계의 법제도화의 쟁점과 과제 등에 대한 학술회의의 발표문과 토론문을 참고하였다. 구체적인 내용은 각주와 참고문헌에 표기하였다.

제2장

남북한 간 합의문서의 채택 및 효력 문제

제1절 '남북합의서'의 채택

제2절 남북 합의 문서의 법적 기반 구축

제3절 '남북기본합의서'의 의미와 성격

제4절 남북기본합의서의 성격

제2장

남북한 간 합의문서의 채택 및 효력 문제

남북한 사이의 주요 합의문서는 남북이 그동안 합의한 주요 문서들을 보면 적지 않음을 알 수 있다. 예컨대 ‘7·4 공동성명’, ‘남북기본합의서’와 세부합의서, 남북정상회담 후 채택한 ‘6·15 공동선언’, ‘10·4 선언’, ‘4·27 판문점선언’ 등이다. 이들 합의서들은 남북관계의 발전과 그 법적 성격을 구명할 수 있는 중요한 내용을 담고 있다. 그러나 그 법적 효력은 미비하여 실질적인 이행과 실천으로 이어지지 못하는 문제점을 안고 있다.⁹⁾

남북 기본 협정의 채택과 관련하여 그 내용과 체재, 그리고 그 법적 효력 문제를 검토하는 데에 있어 기존 남북간 채택된 합의서, 특히 남북기본합의서의 경과를 살피는 일은 유용하다. 다음에 남북기본합의서를 비롯한 남북간 합의서의 법적 근거와 효력문제를 살펴본다.

제1절 ‘남북합의서’의 채택

남북한은 그동안 많은 부분에서 합의를 도출하였으며 합의된 사항은 이른바 남북합의서를 채택하여 그 이행 및 실천방안을 구체적으로 담고 있다. 남북합의서는 실제로 남북관계를 규율하는 규범의 하나로 채택되어 작용하고 있는 것이다.¹⁰⁾ 남북합의서에 대한

9) 판문점선언의 경우에도 국회의 비준동의안 처리와 관련하여 여야의 견해가 다르게 나타나고 있다. 문화상 국회의장은 판문점선언에 대한 국회 비준동의를 강조하며 본회의에서 표결 처리도 시사하고 있다.

http://www.hani.co.kr/arti/politics/politics_general/859345.html 2018. 8. 24 검색.

10) ‘남북관계발전에 관한 법률’은 남북합의서를 “정부와 북한 당국간에 문서의 형식으로 체결된 모든 합의”라고 정의하고 있다(제4조 제3호). 또한 경과조치에서 “법 시행 전에 국회의 동의를 받아 체결 비준한 남북합의서도

구속력 확보는 남북관계를 규율하는 규범적 틀로서 중요한 의미와 가치를 가진다. 남북합의서의 법적 효력의 확보와 불이행 대책 논의는 기본적으로 남북관계를 법치주의의 기반 위에서 발전시키고 본질적으로 남북관계의 헌법적 기반을 구축하기 위한 것이라고 할 수 있다.

남북한 사이에 채택된 합의서는 그 명칭과 형태를 보면, ‘공동성명’, ‘공동선언’, ‘합의서’, ‘합의문’, ‘공동보도문’ 등으로 다양하게 나타나 있다.¹¹⁾ 이 가운데 일부는 남북한이 각기 대내적인 효력을 가졌으며, 다른 일부는 남북한의 각 영역에서 법적 구속력을 가지는 조약적 성격을 포함하는 경우도 있다. 남북이 당국 간 합의에 의해 채택된 공식적인 ‘합의서’라고 하더라도 그 성격, 형식, 내용 등은 각기 체결된 시기와 내용에 따라 다르게 나타났다.¹²⁾ 무엇보다 중요한 것은 남북 간의 교류와 협력의 발전을 목표로 하는 남북합의서는 각기 다른 성격과 내용을 가지지만, 그 명칭과 형식을 벗어나 형식적 내용보다는 상대방에 대한 제도화된 구속력을 확보하는 것이다.¹³⁾

남북합의서의 법적 구속력의 확보는 우선 우리 헌법의 원칙과 기초에 입각하여 보아야 한다. 우리 헌법은 조약 등의 효력에 관하여 규정하고 있기 때문이다(제6조). 생각건대 남북합의서의 법제화와 관련하여 합의서 자체의 법규범화와 함께 합의에 기초한 권리와 의무의 이행을 위한 국내법의 정비문제가 제기될 수 있다. 이와 관련하여 남북합의서의 법규범화, 즉 법제도화에 대한 논의는 대내외적인 정치 상황에 따라 변화하는 남북관계를 법제도적 관계로 발전시키기 위해 입법을 통해 구체적으로 보완될 수 있다.¹⁴⁾

법에 의한” 남북합의서로 본다(동법 부칙 제2항). 한편 남북합의서는 이 법의 시행 전후 남북당국 간 체결된 모든 문서를 통칭하는 의미로 사용되기도 한다.

11) 통일부에 의하면, 1971년 적십자 회담을 시작으로 2018년 4월 17일 현재까지 열린 남북 회담은 총 655회로 집계됐다. 체결된 합의서만 245건이다. 연간 14회 만남이라는 양적 성과에 비해 남북 관계라는 질적 성과는 부족한 상황이라는 평가이다. 통일부, 『2018 남북 정상회담 준비위원회의 ‘남북회담 약사 및 판문점 현황’ 참고자료』, 참조. <http://hankookilbo.com/v/755c2bfa426b4331872e78507769b346>, 2018. 7. 7 검색.

12) 남북한 합의서의 채택에 대해서는 한명섭, “남북합의서의 법적 성격과 법제화 방안”, 『통일과 법률』, 제5호, 법무부, 2011. 5, 86-90면 참조.

13) 박정원, “남북합의서의 헌법적 문제”, 『통일과정의 헌법적 문제』, 헌법재판소 창립 25주년 기념 학술대회발표문, 2013, 헌법재판연구원, 61면.

14) 한명섭, 앞의 논문, 85면.

통일부에 따르면, 2018년 4월 4일 현재까지 남북한 사이에 체결된 합의서는 총 245개로 분야별로 보면 정치 69개, 군사 12개, 경제 109개, 인도 33개, 사회·문화는 22개다. 남북한의 관계와 남북관계 발전에 필요한 사항을 규정한 ‘남북관계 발전에 관한 법률’이 시행된 2006년 6월 이전에 체결된 것은 공동보도문 등을 포함해 총 180개이며, 이중 127개의 합의서가 발효됐다. 남북관계 발전에 관한 법률 시행 이후엔 공동보도문 등을 포함해 총 65개 합의가 이뤄졌으며 이 중 34개 합의서가 발효되었다. 법령에 따라 통상 남북 합의서가 체결되면 법제처 심사와 국무회의 심의, 대통령 비준 등을 거쳐 공포·발효된다. 중대한 재정적 부담 또는 입법사항과 관련된 남북합의서는 국회 비준 동의를 거쳐 발효하도록 되어 있다. 예컨대 남북경협 합의서에 해당하는 남북 투자보장에 관한 합의서, 남북 간 소득에 대한 이중과세방지 합의서 등 13건이 이에 해당한다.¹⁵⁾

제2절 남북 합의 문서의 법적 기반 구축

1. 남북 합의의 법적 근거

남북관계가 교류와 협력의 단계를 형성하고 그 발전적 과정을 거듭하면서 이에 대한 법제도적 기초를 확고히 하려는 노력이 구체화되었다. 이 과정에서의 법적 논의와 대응은 남북합의서의 채택을 계기로 이를 제도화하여 법적 기반이 공고히 하고자 하였다.

다음에 그 과정을 간략하게 살펴본다.

첫째, 남북관계는 헌법적 기반 위에서 법제도화 방안을 구축하게 되었다. 과거 남북간 대결과 반목시기에서는 남북대화나 회담은 구체적인 법률에 기반을 두지 않은 상태에서

15) 구체적으로는 ‘남북관계발전법’ 제정 전에 국회의 비준 동의를 받은 남북합의서도 이 법률이 적용되어 법적 효력을 가지도록 하였다. 예컨대 남북간 투자보장, 이중과세방지, 상사분쟁 해결절차, 청산결재 등 이른바 4대 경협합의서와 개성공업지구 및 금강산관광지구 출입·체류 합의서, 개성공단내 통신, 통관, 검역 합의서, 남북해운합의서 등 13개 남북경협합의서는 국회동의절차를 거쳐 발효되었다.

http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?art_id=201804041531001#csidx4b4d750df27b9fc8dd8bb59247327be;
http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?art_id=201804041531001#csidx4b4d750df27b9fc8dd8bb59247327be.. 2018. 7. 8 검색

이루어졌고 규범적으로는 이른바 통치행위의 영역에서 다루어졌었다. 그러나 대북정책의 법제도적 기반구축이라는 필요성이 강조됨에 따라 1972년 유신헌법은 전문(前門)에 “조국의 평화적 통일의 역사적 사명”을 규정하고, ‘조국통일’을 신성한 사명으로 명시하고(제35조), 대통령에게 “조국의 평화적 통일을 위한 성실한 의무”를 부과하였다(제43조). 또한 1980년 헌법은 국민투표의 대상에 ‘통일에 관한 중요 정책’을 포함시켰지만 전체적으로는 유신헌법의 통일 관련 조항을 그대로 계승하였다. 그리고 현행 제6공화국 헌법은 “대한민국은 통일을 지향하며, 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책을 수립하고 이를 추진한다”(제4조)고 신설규정을 두어 통일의 기본원리와 방법, 그 수단에 대하여 명시하였다.

둘째, 국내법적 근거를 통해 남북관계의 법적 토대를 다지기 시작하였다. 즉, 1988년 “민족자존과 통일번영을 위한 특별선언”(‘7·7 선언’)을 통해 남북 간의 교류협력 제안 이후 국내법적 대응은 구체화되었다. 이어 1989년 ‘남북교류협력에 관한 지침’(1989)과 ‘남북교류협력에 관한 법률’의 제정(1990. 8. 1)은 남북 교류협력을 법제도적인 틀 속에서 전개될 수 있는 법적 근거를 제시하였다. 아울러 남북협력기금법’은 남북관계 발전을 위한 재정 지원의 법적 기반을 마련하는 입법이었다. 그리고 남북관계의 발전을 위한 조치가 구체화되는 과정에서 남북한 합의가 양산되고 이에 대한 법적 효력을 마련하기 위한 입법조치의 필요성이 강조됨에 따라 새로운 입법이 이루어졌다. 바로 ‘남북관계발전에 관한 법률’(이하 ‘남북관계발전법’이라고 함)이다(2005. 12. 29). 이로써 남북회담 및 대북 특사 등의 권한과 임명, 그 절차 등에 관한 법적 토대를 마련할 수 있게 되었다. 이 법률에 의해 종래 규범적 성격에 대해 논란이 되었던 남북간 합의서에 대하여도 체결 및 비준 절차와 국회의 비준동의 등을 규정하여 명확한 법적 기반 위에 법률적 효력을 부여할 수 있게 되었다.

그리고 현재 남북합의서는 남북관계를 법치주의 영역으로 확대하는 규범으로 작용하고 있다. 남북합의서는 남북관계의 법치주의 기반을 확대하고 있다. 남북관계발전법에 의해 중대한 재정적 부담을 지우거나 입법사항에 관한 남북합의서는 국회에 비준 동의를

받게 하고, 국회의 비준 동의 또는 국무회의의 심의를 마친 합의서의 경우 ‘법령등 공포에 관한 법률’에 따라 공포하게 함으로써¹⁶⁾ 남북합의서는 국내 법령과 동일한 효력을 갖도록 하고 있다.

2. 남북합의의 헌법적 근거로서 헌법상 통일조항(제4조)

통일은 남북한의 국내 또는 국제법적인 통합을 통하여 한반도에서 한민족 전체국가를 회복하는 것으로 이해된다. 우리 헌법은 이를 규범화하고 있다. 한반도 통일은 군사분계선이라는 분단선을 제거하는 것이 그 전제이고, 그 법적 목표는 남북한 지역에서 통합된 한민족의 국가권력을 회복하는 것이다.¹⁷⁾ 남북이 평화통일을 이룩해야 할 헌법상의 의무는 헌법 자체 즉 헌법 전문(前文)과 제4조에 근거하고 구체화되어 있다. 이에 근거하여 모든 국가기관은 통일을 위한 노력을 다하여 추구하고, 통일을 국가정책의 목표로 삼아 그들의 정책수행이 이 목표에 적합하도록 할 법적 의무가 나온다.¹⁸⁾ 우리 헌법의 통일조항(제4조)은 적극적으로 대통령을 포함하여 모든 국가기관에게 조국의 평화적 통일을 이룩할 법적 의무를 강제하고, 소극적으로 국가기관이 통일을 법적으로 저해하거나 사실상 불가능하게 하는 조치를 취해서는 안된다는 것을 의미한다.¹⁹⁾ 또한 통일조항으로부터 국가기관은 통일국가의 정치질서를 형성하는데 기여하는 조치를 취할 의무가 생긴다. 이

16) 남북합의서가 선언적 내용을 넘어 국민의 권리·의무와 관련된 사항을 담고 있는 현실을 고려, 내용에 따라 국무회의 심의, 국회 동의 등의 절차를 거치도록 하고 있다(제21조). 일반적 남북합의서는 대통령이 국무회의의 심의를 거쳐 비준하고, 국가나 국민에게 중대한 재정적 부담을 지우거나 입법사항에 관한 남북합의서는 국회의 체결·비준에 대한 동의권을 행사하고, 대통령이 이미 체결·비준한 합의서의 이행에 관한 기술적·절차적 합의서는 남북회담대표 또는 대북특별사절의 서명만으로 발효하도록 하고 있다. 남북합의서는 국가간에 맺어지는 엄밀한 의미의 ‘조약’은 아니나, 남북간 특수관계에서 맺어지는 ‘특수조약’(광의의 조약)으로 보고, 헌법에서 정한 조약방식에 준하여 절차를 규정한 것이다. 또한 남북합의서의 효력이 남한과 북한사이에 적용되고, 대통령은 일정한 요건 하에 그 효력의 전부 또는 일부를 정지시킬 수 있도록 하였다(제23조). 남북간 특수관계에 따른 정부의 행위가 대외관계에서 그대로 인용되는 것을 방지하기 위한 취지이며, 합의서 발효 이후 합의서가 이행하지 않을 경우 등에 대비한 것이다.

17) 나인균, “한국헌법과 통일의 법적 문제”, 『헌법논총』, 제6집, 헌법재판소, 1995. 12. 31, 372면.

18) 구서독기본법상 독일민족의 자기결정권에 의한 독일재통일의 명제가 법적 의미는 갖는가 또는 정치적 의미만을 가진 프로그램적 성질을 갖는가의 문제에 대하여 동서독기본조약의 위헌성에 관한 헌법재판을 통해 독일연방헌법재판소는 명백히 법적 의미를 갖는다고 판시하였다. Bgl. BVerGE 5, 85(127), 나인균, 위의 논문 각주 26) 재인용.

19) 헌재 1990. 4. 4. 선고 89헌가113 결정.

조항은 국가적 과제 일뿐만 아니라 국민들도 평화통일 원칙을 따라야 할 의무가 생긴다는 의미를 가진다.

그리고 우리 헌법이 제4조에서 “대한민국이 통일을 지향한다.”라고 규정하는 것은 다음의 의미를 가진다. 즉, 현재 대한민국의 국가영역인 한반도와 부속도서가 통일되어 있지 않다는 것이다. 다시 말해 분단되어 있다는 현실을 인정하고, 분단을 극복하여 통일을 이룩하겠다는 강력한 통일의를 천명한 것으로 보아야 한다. 더욱이 “자유민주적 기본 질서에 입각한 평화적 통일”이라는 대목은 모든 폭력적 지배와 자의적 지배를 배제하고 의사의 자유 및 평등에 의거한 국민의 자기결정을 토대로 법치국가적 질서를 평화의 변경 내지 파괴없이 점진적·단계적으로 통일한다는 것을 의미한다.²⁰⁾

제3절 ‘남북기본합의서’의 의미와 성격

1. 의 미

남북한이 합의하여 체결한 합의문건들은 합의문서의 하나라는 형식적 의미를 넘어 합의의 내용에 따라 남북한의 행위양식, 이행체계, 상호작용의 패턴 등을 종합하는 하나의 체제로 작용해 왔음을 알 수 있다.²¹⁾ 특히 주목되는 점은 남북기본합의서에 의해 남북관계의 성격을 법적으로 다루는 계기를 마련한 것이었다. 남북기본합의서는 그 채택 배경과 경과, 남북한의 대응, 합의문건의 내용, 이행체계, 성과와 한계 등을 종합적으로 살펴 보아야 이해할 수 있다.²²⁾ 그래야 남북기본합의서의 규범적 의미를 분석함에 있어 체계론적 접근을 가능하게 한다.

20) 남북관계의 현실과 국가의 평화통일의무에 관해서는 도회근, “통일의 공법적 문제”, 『한국공법학회 제157회 국제학술대회자료집』, 한국공법학회, 2010. 10. 8, 201~221면.

21) 대표적인 문건으로는 1953년 휴전협정, 1972년 7·4남북공동성명, 1992년 남북기본합의서 등을 들고 있다. 이밖에 2000년 6·15선언과 2007년 10·4 선언도 포함시켜야 한다는 주장이 있다. 박종철, “남북기본합의서 체제의 평가와 유산”, 『남북기본합의서 20년, 역사적 의미의 재조명』, 통일연구원, 2012, 17면.

22) 체제는 가치, 규범, 행위양식 등을 포함한 제도(regime)라는 의미로 이해하면서 위 역사적 문건들이 국제변수, 국내변수, 남북한 당국의 반응, 문건의 내용, 합의사항의 이행체계 등이 복합된 하나의 체제 또는 제도를 형성하게 되었다고 한다. 박종철, 위의 논문, 17~18면.

남북기본합의서는 그 체제에 있어 가장 좁은 의미로는 ‘남북기본합의서’만을 의미한다. 이 같은 범위에는 ‘남북기본합의서’에 합의된 분과위원회와 공동위원회 및 연락사무소 구성 등에 관련한 합의서 및 각 부속합의서 등을 포함한다. 한편 그 체제를 광의의 의미로는 ‘한반도 비핵화 공동선언’(1992. 1. 20 채택, 1992. 2. 19 발효)과 ‘핵통제공동위원회 구성합의서’(1992. 3. 19 채택) 등을 포함한다. 남북기본합의서의 체제상 규범적 의미를 분석할 때 그 이행여부나 실효성 문제는 별개로 보기 때문이다.

그리고 가장 넓은 의미로 볼 때 규범적으로는 ‘6·15 선언’과 ‘10·4 선언’도 포함시킬 수 있다. 남북기본합의서에는 두 차례의 남북정상회담의 성과로서 나온 두 선언의 내용이 포괄적으로 담겨 있다고 보기 때문이다. 즉, ‘6·15 선언’은 남북기본합의서의 합의사항 가운데 실천가능한 최소한의 부분이었고, ‘10·4 선언’은 기본합의서의 합의사항을 분야별로 실천 의제화하여 구체화한 대강이었다고 볼 수 있다.²³⁾

2. 법체계적 관계

(1) 법정정책적 연계성

법은 정책학적 견지에서 정책 실행수단이나 정책 결정 산물로서 고려된다. 이에 비해 법정정책학은 법을 사회과학적 인식의 대상으로 삼아 정책의 제도적 여건, 정책결정이 이루어지는 과정인 동시에 정책과정의 산물로서 인식한다. 이에 법은 정책을 실현하기 위한 수단이나 도구가 아니라 정책 결정시 고려해야 할 기존의 제도적 틀이나 여건을 구성하는 요인이 될 수 있다.²⁴⁾

법정책학적 관점에서 남북기본합의서는 합의 당시 분단의 단절된 시기의 결과물로만으로 판단되어서는 안된다. 남북기본합의서 체제는 1991년부터 시작되는 것이 아니라 1948년 분단 이후 각각 대한민국과 조선민주주의인민공화국이 정부 수립부터 채택한 남

23) 김병로, 앞의 토론회 자료집, 51면.

24) 홍준형, 『법정책의 이론과 실제』, 법문사, 2008, 20면.

북한 각각의 통일정책에서 비롯된다고 볼 수 있다. 남북관계에서 분단극복과 통일 달성이 라는 목표 구현이라는 관계에서 연계적으로 파악될 필요가 있다. 남북기본합의서상 남북한의 특수관계라는 법적 성격도 남북간 합의정신에서 그 연원을 찾을 수 있다. 이를테면 ‘7·4 공동성명’에서 합의하여 천명한 조국통일 3대원칙은 이전부터 계승되어 오다가 1991년 남북기본합의서 서문에서 재차 명시된 것이다. 즉, “분단된 조국의 평화적 통일을 염원하는 온 겨레의 염원에 따라 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성된 특수관계”라고 합의한 것은 남북기본합의서에서 처음 나온 것이 아니라 이전 통일정책으로부터 연원하는 것으로 보아야 한다.²⁵⁾

(2) 규범성

남북합의서는 우리의 국내법 체계에 엄밀히 비추어 보면 그 자체만으로 국내법에 해당되지 않는다. 일반적으로 승인된 국제법규에도 해당되지 않는다. 따라서 남북합의서의 규범력은 ‘헌법에 의해서 체결·공포된 조약에 해당되는지’의 여부를 판단하여 인정 여부를 판단할 수 있다. 여기에는 논란이 있으나 국제법적으로는 조약의 성격을 가진다고 단정적으로 정의할 수 없다. 그런 한편으로 남북기본합의서의 법적 효력을 완전히 부정하는 것도 타당하지 않다. 물론 남북합의서의 성격과 내용은 원론적으로 합의사항의 이행을 상대방에게 촉구할 수 있다. 또한 상대방도 금반언의 원칙에 따라 성실히 약속에 응하여야 한다는 점에서 법적 구속력을 인정하여야 한다는 주장이 가능하다. 그러나 이것이 바로 남북합의서의 조약적 성격을 인정해야 한다고 논거로는 미약하다. 그렇다고 해서 남북간 합의서가 나름대로 규범력을 구비하고 있다는 점이 무시될 수 없다.²⁶⁾

남북기본합의서는 서문에서 “조국의 평화적 통일”과 “민족공동의 이익과 번영”이라고 표현하여 담고 있다. 이는 우리 헌법상 근본규범적인 성격의 내용에 해당하는 것이다. 우리의 현행 헌법은 그 기본원리로 평화통일주의, 국제평화주의, 복지국가주의, 사회적

25) 박정원, “‘남북합의서’의 헌법적 문제”, 앞의 발표문, 헌법재판연구원, 67면.

26) 이에 관한 종합적인 분석과 평가는 박정원·이석범, “남북기본합의서의 법적 성격에 관한 비판론적 검토”, 『법학논총』, 제43집 제3호, 국민대 법학연구소, 2011, 94-96, 145-196면.

시장경제주의 등을 채택하고 있다.²⁷⁾ 이러한 헌법상 기본원리는 남북기본합의서의 목적에 부합하고 있다고 보아야 한다. 이 가운데 평화통일주의는 헌법 전문과 제4조에 직접적으로 명시되어 있다. 이는 6·23 선언 이후의 평화통일정책을 헌법상 의무화한 데에 의의를 찾아볼 수 있다. 이에 기초하여 평화통일을 위한 남북교류 등에 대하여는 관련 법률들²⁸⁾에 의해 보호하고 있다.

우리 법령상 체계에 의하면, 헌법적 규범원리를 포괄하고 있는 남북기본합의서는 남북교류협력을 규율하는 남북교류협력법과 남북협력기금법, 남북관계발전법률의 상위법 또는 모법의 역할²⁹⁾을 하고 있다고 볼 수 있다. 남북관계발전법에 의해 국회의 비준동의를 거친 부속합의서는 법령의 공포와 유사한 절차를 거침으로써 국내법령과 동일한 효력을 부여받도록 되어 있다. 이미 ‘4대 남북경협합의서’와 개성공단과 금강산관광지구 출입·체류합의서, 개성공업지구 통신, 통관, 검역 합의서, 남북해운합의서 등의 남북간 합의서는 법률적 효력을 부여 받았다.

이와 관련하여 부속합의서가 남북기본합의서에 근거한 부속합의서는 남북고위급회담에서 별도로 채택·발효되는 절차를 거치기 때문에 필요에 따라서는 남북기본합의서와 다른 법적 지위를 인정할 수 있다는 견해³⁰⁾가 있다. 이러한 견해는 실질적으로 부속합의서에 대한 남북기본합의서의 상위법규성을 인정한다는 판단에 따른 것이다.

(3) 법률적 지위

남북기본합의서가 헌법규범의 일종인 ‘헌법률’의 성격과 효력을 가진다고 보는 유력한 근거는 다음에서 찾아볼 수 있다. 통일부는 남북기본합의서 이행에 대비한 “남북한 법제

27) 김철수, 『헌법학개론』, 박영사, 2000, 137~143면.

28) 남북교류협력에 관한 법률, 남북협력기금법, 남북관계발전에 관한 법률 등을 들고 있고, 남북기본합의서의 체결 등으로 통일의 전단계인 국가연합을 결성하는 것도 상상할 수 있다고 한다. 김철수, 위의 책, 139면. 실제로 남북관계발전법 제3조는 남북한특수관계와 민족내부거래를 규정하고 있다.

29) 한명관, “법치주의에 입각한 남북관계의 정립”, 『통일과 법률』, 제4호, 법무부, 2010. 11, 4면; 제성호, “남북간 세부합의서의 법적 성격과 실효성 확보방안”, 『국제법평론』, 통권 제3호, 국제법평론회, 1994, 41~47쪽.

30) 박윤훈, “남북기본합의서 이행에 따른 남북교류협력법령의 보완·발전 방향”, 『서울대학교 법학』 제34권 제1호, 서울대 법학연구소, 1993, 4~5면.

정비 방안연구”라는 는 정책자료집을 발간한 바가 있다. 이 정책자료집은 남북기본합의서의 법적 성격을 법률적 효력을 갖는 ‘조약’이라기 보다는 당사자들이 윤리적 의무감을 갖는 ‘신사협정’으로 보고 있다. 그러면서도 헌법상 영토조항과 통일조항의 상충문제, 국가보안법, 국적법, 북한의 실체를 부인하는 국내법령의 개폐문제, 민족의 단합과 이익에 반하는 조약 및 휴전 협정의 개폐논의가 최우선적으로 이루어져야 한다는 점을 제기하고 있다.³¹⁾

남북기본합의서의 법적 성격을 규명하는 일은 이 합의서의 법적 성격이 부정된다는 것을 이유로 하여 단순히 남북기본합의서의 상위규범성을 부인하기 보다는 실질적 차원에서 법리적으로 그 타당성을 찾는 것이 중요하다.

(4) 북한헌법상 통일관련 규정과의 연계성

북한에서는 2011년 12월 17일 김정일 국방위원장의 급작스런 사망 이후 김정은체제가 들어서면서 대내외적으로 많은 변화를 보여왔다. 그러한 변화는 일부 사회주의헌법의 개정을 통해 반영되어 왔다. 먼저 2012년 4월 13일 개정된 북한의 사회주의 헌법은 ‘김일성 헌법’이라고 명명하였던 것을 ‘김일성-김정일헌법’이라 개칭하였다. 이는 김정은이 헌법에 구현된 김일성과 김정일의 대남정책과 통일정책을 계승한다는 것을 의미하는 것이었다. 김정은체제의 공고성을 과시하는 것이기도 하다.

북한의 사회주의헌법은 이른바 대외정책의 기본이념으로 ‘자주 · 평화 · 친선’을 명시하고 있다. 구체적으로 북한에 우호적인 국가와의 평등과 자주성, 상호존중과 내정불간섭, 호혜의 원칙으로 표현된다(제17조). 아울러 “자주 · 평화통일 · 민족대단결의 원칙에서 조국통일을 실현하기 위하여 투쟁한다.”(제9조)라고 하여 ‘조국의 평화적 통일’이라는

31) 『남북한 법제정비방안연구』, 통일부, 1999, 5~9면. 실제로 위 정책자료집에서 제기한 남북기본합의서의 채택과 종전 국내법령의 상충문제에 관한 논의는 헌법적, 법률적, 행정명령적 등 법체계 전반에서 상당히 활성화되고 있다. 이에 대한 상론은 도희근, 『남북한관계와 헌법』, 울산대학교 출판부, 2009; 제성호, “헌법상 통일관련 조항의 주요 쟁점과 개정문제”, 『서울국제법연구』, 제11권 제1호, 서울국제법연구원, 2004, 175~210면; 이장희, “민족 화해를 위한 법제도적 정비의 문제”, 『외법논집』, 제8집, 한국외국어대학교 법학연구소, 2000. 8, 27~47면.

명제도 규정하고 있다.³²⁾ 북한은 주체의 사회주의헌법이론을 제시하면서 헌법을 국가의 ‘기본법’으로 정의하고 다른 법적 문건과는 구별되는 헌법만의 특징을 강조하면서 헌법의 최고규범성을 강조하고 있다.³³⁾

제4절 남북기본합의서의 성격

남북기본합의서의 성격은 법적 구속력의 확보와 관련한 논란이 제기되었다. 이는 남북기본합의서의 성격과 관련하여 조약적 성격과 신사협정이라고 평가하는 것에서 다른 판단이 개재된 것이다. 남북기본합의서의 법적 성격에 대한 평가는 다음과 같이 고찰할 수 있다.³⁴⁾ 기본적으로 우리 헌법상 평화통일 원칙에 따라 기본합의서의 규범적 의미를 어떻게 판단하는가와 연관하여 제기되는 문제라고 할 수 있다.

첫째, 남북기본합의서는 통일을 남북의 통합으로 한민족의 공동번영을 위한 과정에서 비롯한 것이며, 남북관계 개선과 평화통일을 향한 기본적 사항에 합의한 것이다. 단계적인 통일정책을 수립하고 추진한다는 원칙에 부합하도록 기본합의서는 서문에서 현재의 남북관계를 통일과정에서 이루어지고 있는 ‘잠정적 특수관계’라고 점을 명시하고 있다. 남북한이 당장 통일을 할 수 없는 현실을 감안하여 서로 상대방의 체제를 인정하고, 군사적으로 침범하거나 파괴·전복하지 않으며 경제적 사회문화적 측면에서 교류와 협력을 강화하여 나가야 한다는 약속을 담고 이를 대내외에 천명한 것이다.

둘째, 남북기본합의서는 제3자의 개입없이 남북 간의 쌍방의 공개적인 협의를 거쳐 채택·발효된 최초로 합의된 공식 문서이다. 이 문서를 통해 이남북의 쌍방 총리를 수석대

32) 북한은 1992년 개정헌법에서 자주·평화통일·민족대단결 원칙에서 조국통일을 실현하기 위해 투쟁한다고 하여(제9조), 1972년 헌법상 ‘전국적 범위’에서의 외세배격이란 대목을 삭제하였다. 이에 관해서는 장명봉·박정원, “북한의 사회주의헌법 개정과 통일문제에 관한 연구”, 『성곡논총』, 성곡학술문화재단, 1996, 889면.

33) 『북한의 헌법』, 법원행정처, 2010, 65~70면.

34) 이에 관해서는 박정원·이석범, “남북합의서의 규범적 의미와 그 적용에 관한 일고찰”, 앞의 논문, 97~99면 참조.

표로 하는 책임있는 당국간의 회담을 통해 분단상황을 우리 민족 스스로 해결해 나간다는 의지를 천명하였다. 기본합의서는 그 형식과 절차, 내용 면에서 ‘7·4 공동성명’과는 달리 공개적인 협의 절차를 거쳤고, 남북의 정식국호와 서명자의 직함을 명시하고 실천을 위한 구체적인 절차와 내용을 담고 있다.³⁵⁾

셋째, 남북기본합의서는 서문에서 남북관계를 민족내부의 특수관계라고 설정하고, 서로의 체제를 인정·존중할 것을 약속하였다(제1조). 이 사실은 상대방을 국제법상 완전한 ‘국가’로 승인하는 문제를 떠나 남북한이 각기 상대방의 정치적 실체를 인정한 것으로 해석될 수 있다. 따라서 기본합의서가 발효되어 구체적인 실천에 따라 ‘남조선해방논리’에 입각한 북한의 기존 대남전략이 수정되고 우리의 평화통일 정책기조에 입각한 통일과정이 전개될 수 있는 가능성을 볼 수 있었다.³⁶⁾ 기본합의서에는 남북간의 인적·물적 교류와 협력이 강조되어 정치·군사 문제해결 우선을 주장해 온 북한입장이 상대적으로 약화되고 민족내부의 교류협력을 통하여 궁극적으로 북한의 개방과 변화를 유도할 수 있는 환경을 조성하는 계기를 보여준 것으로 평가된다.

이러한 논의에 비추어 법체계상 규범적으로 분석에 의하면, 남북기본합의서는 남북한이 남북 사이의 화해와 불가침, 교류·협력을 통하여 통일국가를 지향하고 있다는 점에 합의하고 있다는 점에서 헌법적 규범을 포함하고 있는 것이다.³⁷⁾

35) 한반도 문제의 당사자해결 원칙과 관련하여 기본합의서의 제5조 정전협정의 평화협정으로의 대체, 제10조 분쟁의 평화적 해결원칙에 대한 합의는 ‘한반도 문제의 한국화’를 제고하는 효과를 낼 것이라고 평가하였다. 정세현, “남북기본합의서의 법적 성격과 정치적 의의”, 『통일문제연구』, 제4권 제1호, 통일부, 1992. 3. 20면.

36) 북한은 기본합의서 채택 후 1992년 4월 최고인민회의의 제9기 3차 회의에서 “인민공화국의 당면과제를 종래의 남조선혁명을 통한 조국통일이라는 적화통일노선을 수정하여 7·4공동성명의 3원칙에 입각한 조국통일의 실현”이라고 새롭게 규정하였다. 1992년 개정 헌법은 “자주, 평화통일, 민족대단결의 원칙에서 조국통일을 실현하기 위하여 투쟁한다.”(제9조)라고 규정하였다. 이것을 두고 종래의 북한사회주의를 남한까지 확대한다는 남조선혁명정책을 공식적으로 수정한 최초의 문건이라고 볼 수 있다고 평가하였다. 이장희, 앞의 논문, 228면. 또한 최고인민회의의 제9기 5차 회의에서 대의원 전원찬성을 얻어 1993년 4월 6일 발표된 ‘조국통일을 위한 전민족대단결 10대 강령’에서도 대남적화노선을 포기하였다고 평가하기도 하였다. 1998년 9월18일 헌법재판소에 제출된 최창동교수 의견서 참조.

37) 통일부, 앞의 책, 17~20면, 이에 대하여 대법원과 헌법재판소가 남북기본합의서에 대한 법적 구속력을 부인하고 있으므로 이를 법적 근거로 할 수 없다는 견해가 있다. 이효원, 『남북교류의 규범체계』, 경인문화사, 2006, 156면.

제3장

남북기본합의서의 법적 성격

제1절 '남북한 특수관계' 와 남북기본합의서

제2절 남북기본합의서의 정치적 선언(신사협정)적 성격

제3절 남북기본합의서에 대한 사법적 판단

제3장

남북기본합의서의 법적 성격

제1절 ‘남북한 특수관계’와 남북기본합의서

남북기본합의서는 서문에서 남북관계를 국가관계가 아닌 잠정적 특수관계로 규정함으로써 합의서의 성격이 일반 국가간의 조약이 아니라 특수한 합의라는 점을 특별히 밝히고 있다. 남북이 공히 분단의 영속화를 의미하는 상호 국가승인의 문제를 회피하고 통일을 지향한다는 점을 강조하기 위한 것이었다. 이러한 규정에 의해 국제법상의 조약에 관한 정의³⁸⁾는 남북기본합의서에 적용해 볼 때 이 합의서는 국제법상 상호승인한 국가간의 조약이 아니라는 점을 강조하고 있다. 분단국을 구성하는 대한민국과 조선민주주의인민공화국이라는 두개의 정치실체인 국제법 주체 간에 적법하게 이루어진 당국간 합의를 의미한다.

어떠한 합의가 국제법상의 조약으로서 유효하게 성립·발효하기 위해서는 당사자 간의 진정한 의사합치를 요건으로 한다. 특히 이 합의의 법적 성격은 당사자 간의 진정한 의사합치를 중요한 판단근거로 삼는다. 그 요건으로는 일반적으로 조약 당사자의 조약체결능력 보유, 조약체결권자의 직접적 조약 체결, 조약체결권자에 의해 임명된 대표자간 하자없는 합의 성립, 조약내용의 실현가능성 및 적법성 확보, 일정한 조약성립절차 완료 등의 다섯 가지를 들어 설명한다.³⁹⁾

38) 통일원, 앞의 책, 22면. 1969년 ‘조약법에 관한 비엔나협약’과 1986년 ‘국가와 국제조직간 및 국제조직 상호간에 체결된 조약법에 관한 유엔협약’ 등에 비추어 국제법상 조약의 의미는 그 명칭 여하에도 불구하고 국제법주체간 권리·의무의 발생·변경·소멸을 내용으로 하고 법적 구속력을 갖는 합의를 말한다.

39) 남북기본합의서는 다음과 같은 근거로 국제법상 조약으로서의 요건을 충족하고 있다. 첫째, 남북한은 분단국을

남북기본합의서는 위 요건 중 네 가지를 충족하고 있으나 다섯 번째의 일정한 조약성립 절차의 완료문제에 대해 논란이 있다. 이는 합의서의 효력과 관련하여 국회의 비준동의 절차를 거치지 않은 것을 문제로 삼아 논의되었다. 즉, 남북기본합의서의 체결과 발효 절차로써 국회의 동의절차가 없었다는 점이다. 이러한 전개상황에 대하여 남북관계의 특수성이라는 성격에 비추어 비준동의 절차를 생략하였다는 배경을 들 수 있다. 헌법적 관행에 비추어 보면, 종래 국회의 비준동의는 국가간 또는 국제기구와의 조약에 대해서만 행하여졌기 때문이다. 이를 이유로 하여 남북기본합의서 경우 남북관계가 잠정적 특수관계라고 규정하고, 그 성질상 국가간 조약이 아닌 점을 고려하여 통상적인 국가간 조약 체결절차인 국회의 비준동의를 받지 않았다는 것이다. 이는 남북기본합의서를 일반적인 국제조약으로 취급할 경우 남북한을 두 개 국가 간의 일반관계를 기정사실화함으로써 남북관계에 부정적인 결과를 초래할 수도 있다는 판단에 기인한 것이다.

또한 남북기본합의서는 통일의 개념을 하나의 실천과정으로, 통일의 방법을 단계적 접근방법이어야 한다는 점을 함께 인식하고 통일방법의 틀을 설정했는데 큰 의의를 두어 설명한다.⁴⁰⁾ 남북기본합의서는 서문에서 밝힌대로 남북관계가 통일을 지향하는 과정에서 잠정적 특수관계라고 규정하고 있다. 분단실체로서 남북 간에 적용되는 특수한 합의 문서임을 분명히 한 것이다. 남북기본합의서는 내용상 효력 기간에 관해 아무런 규정을 두지 않고 있다. 그러나 그 성격상 화해협력단계의 남북관계를 규율하는 것이며, 우리의 민족공동체 통일방안에 비추어 그 중간단계인 남북연합 형성 또는 통일국가 형성 이전까

구성하는 두 정치실체이기는 하나 각기 유엔회원국으로서 100여개를 상회하는 국가들과 수교하고 있고 국제법상 다양한 법률행위를 하고 있다. 둘째, 우리 헌법(제73조)상 조약체결권자인 대통령과 북한헌법(제96조)상 조약체결권자인 주석이 최종적으로 재가, 비준한 공식문서이다. 셋째, 조약체결권자 또는 조약체결의 권한을 가진 대표자간에 하자없는 의사의 합치로 이루어졌다. 넷째, 조약의 내용 자체가 실현가능하고 적법한 것이며, 그 내용은 쌍방이 준수의사를 가지고 실천해 나간다면 별문제가 없다. 정세현, 앞의 논문, 13면 각주 2) "L. Oppenheim, *International Law*, 8th ed., Vol. I (London: Longmans, 1955)"에서 재인용.

40) 북측은 1992년 3월 27일 통일각에서 열린 남북정치분과위원회 제2차 회담의 기초연설에서 “북남합의서를 통하여 쌍방이 그 무슨 ‘단계적 통일’에 대해 ‘의견’을 같이 하였거나 ‘약속’한 것처럼 한다면 통일지향적인 북남합의서의 진의를 변질시키는 것으로 될 것” 이라고 발언하여 통일부의 입장과 다른 평가를 하고 있다. 제성호, 『남북한관계론』, 집문당, 2010, 35쪽.

지의 효력을 가지는 것임을 전제하고 있다. 이는 기본합의서가 일종의 ‘잠정협정’(modus vivendi)⁴¹⁾의 성격을 갖고 있다는 점도 고려한 판단이었다.

한편 남북간 협의과정에서 우리는 남북한 관계의 특수성과 남북한 유엔동시가입을 고려하여 국제연합헌장의 정신을 합의서에 수용하여 분쟁해결의 준거로 할 것을 제안하였다. 이는 남북한 관계가 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계라는 점을 강조하는 배경이 되었다. 이 제안을 거부한 북한은 남북한 관계를 “나라와 나라사이의 관계가 아니라고 명기할 것”과 “민족내부문제의 자주적 해결”을 강조하였다. 이같은 남북간의 제안은 우리가 북한의 의견을 수용하여 남북한관계에 관한 쌍방의 주장을 절충함으로써 결국 남북기본합의서 서문에 잠정적 특수관계 규정에 합의하는 것으로 마무리되었다.⁴²⁾

다시 말해 남북관계의 특수성은 남북한이 국제법상 두 개의 국제법 주체로서 대외적인 측면은 국제관계이지만, 남북한 간 관계는 분단한국의 내부관계로 보는 것을 핵심내용으로 한 것이다. 이러한 특수관계는 통일을 향한 발전적·동적 성격을 포함한 것이다. 남북한 특수관계는 개방성, 민족자결성, 상호성과 대등성, 통일지향의 잠정성, 동태적 발전성 등을 그 특징적 내용을 담는 것으로 남북기본합의서는 이러한 내용을 합의한 것이다.⁴³⁾

41) ‘잠정협정’이란 국가간의 관계와 협상사항을 잠정적 또는 예비적으로 규정한 명시(明示) 또는 묵시의 합의로 교환공문 등의 간략한 절차에 의해 설립된 국제적 합의를 말한다.

<https://terms.naver.com/entry.nhn?docId=727065&cid=42140&categoryId=42140>. 2018. 7. 8 검색

42) 이장희, 앞의 논문, 229-230면. 남북기본합의서의 주요 내용에 대한 평가는 이상훈·금창섭, “남북기본합의서 및 남북경협합의서의 법적 성격에 대한 고찰”, 『남북법제개선연구보고서』, 법제처, 2003, 275~279면.

43) 양영희, “북한의 법적 지위”, 『통일사법정책연구(1)』, 법원행정처, 2006, 19면. 남북한 특수관계의 성격과 의미에 관하여는 제성호, 앞의 책, 36~44면; 이효원, 『남북교류협력의 규범체계』, 앞의 책, 158~164면; 이주현, “남북한 특수관계의 의미”, 『남북교류와 관련한 법적 문제점(1)』, 법원행정처, 2002, 61~62면; 박정원·이석범, “남북합의서의 법적 성격에 관한 비판론적 검토”, 『법학논총』, 제24권1호, 국민대법학연구소, 2011, 152~153면.

제2절 남북기본합의서의 정치적 선언(신사협정)적 성격

1. 신사협정설의 논거

신사협정설은 남북기본합의서의 법적 구속력을 부인하는 것으로 다음의 근거를 들고 있는데 간략하게 살펴본다.

첫째, 우리 정부는 조약체결절차를 따르지 않고 대통령의 비준없이 대통령의 결재만으로 남북기본합의서를 발효시켰으며, 북한도 당시 1972년 사회주의헌법 제96조에 따른 조약 비준·폐기권자인 국가주석의 비준이 없었다.

둘째, 남북기본합의서를 법률에 따라 ‘ 공포’하지 않고 대통령령으로 관보에 게재하였다.

셋째, 대통령의 비준 후 국회의 동의 절차를 거치지 않았다.

넷째, 남북기본합의서 채택 후 실제로 합의사항이 제대로 실천 이행되지 않았으며 또 불이행에 대한 제재수단이 없다.

다섯째, 남북기본합의서의 협의과정에서 “남북간 상호문제를 해결함에 있어 국제연합 헌장에 따라 이를 해결한다.”라는 당초 북에 제안한 문안을 삭제하였다.⁴⁴⁾

이러한 논거는 남북기본합의서에 대해 “국제법적 법률 효과를 창출할 의사”가 없었다는 점을 설명하는 이유로 제기되었다. 다시 말해 합의서 채택 당사자 간의 진정한 의사합치가 부족하여 그 법적 성격을 인정하기 어렵다는 것이다. 그러나 이러한 논거는 다음과 같은 점에서 타당하지 않다는 비판을 받는다.⁴⁵⁾

44) 이효원, 앞의 책, 243면. 이주현, 앞의 논문, 50면. 이상훈·금창섭, 앞의 논문, 300면.

45) 이에 대한 상론은 박정원·이석범, “남북합의서’의 법적 성격에 관한 비판론적 검토”, 앞의 논문, 168면 참조.

2. 남북한 특수관계의 의미

우리 정부가 완전한 조약체결 절차를 거치지 않은 것은 사실이다. 그러나 정규의 절차를 거치지 않고 남북기본합의서를 발효한 것은 남과 북이 각각 주장해 온 “통일을 지향하는 잠정적 특수관계”와 “나라와 나라 사이의 관계가 아닌 관계”를 서로 수용한 배경과 이유를 간과하고 있다. 당시 정부(통일부)가 언급하는 “남북간의 분쟁해결을 국제연합헌장에 따라 해결하기로 하기로 한 점”이 채택되지 않은 것은 남북의 회담대표들이 국제법적 규율을 받지 않기 위해서가 아니라 남북관계가 국가 간의 일반적 관계가 아닌 ‘특수관계’에 합의하였기 때문이라고 보아야 한다.⁴⁶⁾ 당시 남북고위급회담에 직접 참여하였던 남측 대표의 언급⁴⁷⁾과 당시 민족통일연구원 부원장의 언급⁴⁸⁾은 그 경위를 잘 말해준다. 즉, ‘남북한 특수관계론’에 입각한 사정에 의해 ‘대통령의 결재와 관보예의 공고’라는 특별한 발효절차를 거친 것이라는 것이다. 결코 남북이 국제법 규율을 받을 의사가 없었다는 것과는 내용이 다르다.

3. 남북의 최고통수권자의 비준

남북기본합의서의 성격이 신사협정이라고 보는 견해에서는 북한 국가주석인 김일성이 비준한 적이 없다고 하였다. 그러나 이러한 주장은 사실과 다르다. 통일부의 1992년 3월 발간한 남북기본합의서 해설(16면)에서는 “발효 직전에 김일성 주석이 이를 최종적으로 『비준』한 것으로 발표하였다.”고 언급하고 있다. 그러나 통일부는 1998년 11월 헌법재판

46) 남측이 최종적으로 북측의 삭제안을 수용한 이유는 이미 남과 북이 유엔회원국으로 가입하여 회원국으로서의 의무가 중첩적으로 담보되어 있었으므로 “남북사이의 분쟁을 자주적으로 해결한다”(제10조)고 합의하더라도 무방하다고 판단했던 것으로 보여 진다.

47) 기본합의서하의 남북관계가 “나라와 나라사이의 관계가 아니다”라고 선언함으로써 남북 상호간의 직접적인 관계는 국제관계가 아닌 「민족내부관계」임을 분명히 했다. 바로 이 때문에 기본합의서는 결코 국가간에 체결되는 「조약」이나 「협정」이 아니며, 따라서 발표시키는 절차도 「조약」이나 「협정」과 달라질 수밖에 없었다는 것이다. 이동복, “남북기본합의서, 무엇이 문제인가”, 『통일』, 1992. 8, 22면.

48) “이런 합의서의 경우, 대통령의 전권위임을 받은 총리가 남북고위급회담에서 합의한 사항에 서명하였으며, 남북관계가 나라와 나라사이가 아닌 잠정적 특수관계라고 한 서문의 규정에 비추어 성질상 ‘국가간’ 조약이 아닌 점을 고려하여 합의서 자체가 통상적인 국가간 조약체결절차를 밟을 것을 예정하지 않았다.” 정세현, 앞의 논문, 14면.

소에 제출한 의견서에는 김일성 주석의 비준사실을 언급하지 않았다.⁴⁹⁾ 그러나 당시 북한의 ‘로동신문’(1991. 12. 17과 동월 7)에 의하면 “발효 직전에 김일성(주석)이 이를 최종적으로 비준한 것”으로 전하고 있다.⁵⁰⁾

당시 김일성 주석의 남북기본합의서에 대한 비준 사실은 1992년 2월 19일 평양에서 개최된 제6차 남북고위급회담의 대표의 증언에서 알 수 있다.⁵¹⁾ 더욱이 김정일의 연설(1997. 8. 4),⁵²⁾ ‘민족 대단결 10대 강령’ 발표 5돐기념 평양시 보고대회(1998. 4. 6, 인민문화궁전) 당시 김용순 대남담당 비서의 기념보고⁵³⁾에서도 확인된다. 이에 따라 남북한이 동 합의서에 대해 조약으로서의 법적 지위를 부여하거나 국내적으로 법적 구속력을 가지는 규범으로 채택하겠다는 의사를 표명하거나 인정한 적이 없었다는 이유를 들어 남북기본합의서의 조약성을 부정하는 것이 명백하고 자명하다는 견해⁵⁴⁾는 타당하지 않다.⁵⁵⁾

4. 국회의 비준 동의 절차

국회의 동의절차가 없었다는 것은 기본합의서에 대해 국제법적 법률효과를 창출한다는 의사를 부정하는 근거로 거론되었다. 그러나 이는 역으로 국회 비준동의 절차를 거쳤다면 법적 구속력이 인정되는 조약으로서의 성격을 보유한다는 점을 확인한다는 의미를 찾을 수 있다.⁵⁶⁾ 당시 국회의 논의는 야당(민주당)과 여당(민정당)의 일부(민주계)에서 남

49) “북한은 1991년 12월 24일 노동당 중앙위원회 제6기 제19차 전원회의에서 남북기본합의서를 지지·찬동한다는 내용의 결정서를 채택, 1991년 12월26일 중앙인민위원회와 최고인민회의 상설회의 연합회에서 남북기본합의서의 승인(그러나 남북기본합의서를 비준한 바 없음)등의 절차를 거쳤습니다.”라고 하여 그 과정만을 언급하였다.

50) 허태수, “남북기본합의서의 법적 성격에 관한 고찰”, 『국회입법조사월보』, 국회입법조사처, 1993, 3면 각주 4) 참조.

51) 남측의 경우 남북기본합의서에 대하여 당초 정부는 “국민의 기본권과 관련된 중대 합의사항이며 국제조약 못지않게 중대한 재정적 부담을 지우는 합의서이므로 국회의 비준동의를 일한다.”는 입장이었으나 당시 총선을 앞두고 있었을 뿐만 아니라 여야 간의 대립으로 국회를 개원할 수 있는 형편이 되지 못하자 정부는 ‘대통령령’으로 비준절차를 끝내는 수밖에 없었다고 하였다. 임동원, 『피스메이커』, 중앙북스, 2008, 245-246면.

52) 『계간북한동향』, 민족통일연구원, 1997. 9, 36-37면.

53) 통일부, 『주간북한동향』, 제377호(1998. 4. 4~4. 10.), 7면.

54) 이상훈·금창섭, 앞의 논문, 300면.

55) 박정원·이석범, “‘남북합의서’의 법적 성격에 관한 비판론적 검토”, 앞의 논문, 170면.

56) 이주현은 정치적 선언 내지 신사협정설을 지지하면서도 “만약 정부가 남북기본합의서에 대하여 국회의 동의를

북기본합의서의 비준동의를 강력 주장하였다. 그러나 당시 최호중 부총리 겸 통일원장관은 국회 외무통일위원회와 통일정책특별위원회 연석회의시 여야의원들의 질의에 지지결 의안만을 채택해 달라고 답변한 바 있다.⁵⁷⁾ 그러한 태도는 정부가 당시 국회의 비준동의를 강력히 추진하지 않은 이유는 신사협정설의 주장처럼 국제법적 규율을 받지 않으려는 의사, 즉 국제법적 입장에서 보다는 오히려 국내 정치상황이나 국내법과의 상충문제 등 대부분 국내문제 때문이었다는 상황과 연관하여 진행되었음을 추론할 수 있다.⁵⁸⁾

5. 불이행의 법적 효과

남북기본합의서가 체결 당시 국제법적 효과를 창출할 의사가 없었다는 주장의 근거의 하나는 합의의 불이행에 대한 법적 효과에 대해 아무런 규정을 두지 않았다는 점을 들고 있다. 더욱이 이와 관련해 어떠한 법적 수단도 행사되지 않았다는 점도 제기되었다. 그러나 이러한 주장은 설득력이 떨어진다. 남북기본합의서는 “의견대립과 분쟁문제들을 대화와 협상을 통하여 평화적으로 해결한다”(제10조)는 원칙규정을 두고 있다. 아울러 남북기본합의서의 이행과 준수는 남북고위급공동위원회의 구성·운영과 정치분과위원회, 군사분과위원회, 교류·협력분과위원회의 설치와 후속 실천사업을 위한 부속합의서 채택으로 뒷받침되었다. 남북의 분쟁은 남북이 합의한 기구들을 통하여 해결할 수 있고, 그것이 여의치 않을 경우 수시로 고위급회담을 개최하여 해결할 수 있는 방법이 마련되어 있었다. 더욱이 ‘6·15 공동선언’ 이후 남북간 분쟁은 직접 교섭 뿐만 아니라 중재에 의해 해결한다는 합의 아래 ‘남북사이의 상사분쟁 및 해결절차에 관한 합의서’(2000. 12. 26)와 ‘남북상사중재위원회 구성·운영에 관한 합의서’(2003. 10. 23)를 각각 채택·발효시켰다.

기본합의서 발효 당시 합의의 불이행에 대한 법적 효과나 강제제재 규정을 두지 않은 것은 국제법적 규율을 받지 않을 것이라는 의도가 아니라 합의사항에 대한 절대적 이행

받으려 하였다면 그 조약성을 인정하는 것이 타당하다.”고 한다. 이주현, 앞의 논문, 50면.

57) 허태수, 앞의 논문, 3면.

58) 박정원·이석범, “‘남북합의서’의 법적 성격에 관한 비판론적 검토”, 앞의 논문, 171~172면.

을 전제로 하였기 때문이라고 보아야 한다. 또한 국제사회의 분쟁은 무력의 행사나 봉쇄 조치 등의 직접적인 해결보다는 협상과 타협에 의한 해결이 일반적인 방법이므로 남북 간에서 일반적인 국제관례를 적용하여 해결하는 방법을 택할 수 있다.

6. 법적 구속력에 대한 당사자의 의도 판단

남북기본합의서의 조약적 성격은 학술적인 평가를 통해 살펴볼 수 있다.

면적 형식면에서 남북기본합의서는 전문과 본문, 최종조항 등을 포함하고 그 내용은 장으로 구분되고, 25개에 달하는 조로 구성되고, 내부절차를 거쳐 문본을 교환함으로써 ‘발효’하도록 되어 있다. 이는 통상적인 조약과 유사한 형식을 보여준다. 남북한 당국의 의도가 분명하지 않은 경우에 이 문서의 실제의 문언에 주목한다면 법적 구속력을 구비한 조약으로 간주될 가능성이 높다.⁵⁹⁾

이와 함께 특정 국제문서의 법적 구속력의 유무에 관한 결정적인 판단기준은 당해 문서를 채택한 ‘당사자의 의도’라는 점에서 살펴보아야 할 필요가 있다. 이러한 관점에서 남북기본합의서는 상대방에 대한 국가승인의 효과를 의도적으로 회피하고, 당시 남북한 간 정치적 긴장관계에 의해 신뢰구축이 결여되어 있었다는 이유를 근거로 한 의견이 있다. 즉, 남북한이 기본합의서를 국제법상 법적 구속력없는 정치적 합의의 의도로 채택하였다는 주장이 그러하다.⁶⁰⁾

이 주장은 조약 채택 당사자의 일방인 북한이 기본합의서의 국제법적 구속력을 부인한다고 하지만 단정적으로 판단하기는 어려운 점이 있다.⁶¹⁾ 이 견해는 남북관계가 잠정적 특수관계에 의해 상호 국가승인을 부정하는 상황과 기본합의서 채택의 시대적, 역사적 배경을 두고 제시된 것이라고 할 수 있다. 따라서 기본합의서의 조약적 성격을 배제하는

59) 이근관, “남북합의서의 법적 성격에 대한 고찰”, 『일감법학』, 제4권, 건국대 법학연구소, 1999, 176면.

60) 이근관, 위의 논문, 177면.

61) 통일부가 헌법재판소에 제출한 의견서의 내용에 의하면, 대한민국이 기본합의서의 국제법적 구속력을 명백히 부인하는 점은 이교수의 논거에 따른 것은 아니지만 ‘당사자의 의도’로 판단해야 한다는 결론은 동일한 입장이다.

상황은 남북 간 긴장이 적대관계를 유지한 상태로 지속한다는 전제에서 가능하다. 그러나 논리상 그 반대적 상황을 들 수 있다는 점에서 위의 견해는 모순된 면을 발견할 수 있다.⁶²⁾ 이로부터 당시 기본합의서의 조약성을 부정한 정부의 견해는 건강부회적인 해석이라는 점을 느끼게 한다. 아울러 조약 체결 당사자는 조약상 약속을 법적 구속력으로 간주하고 이러한 한도 내에서 ‘당사자의 의도’는 제한적일 수밖에 없다는 견해⁶³⁾에 비추어 보면 조약적 성격을 부정하는 논리는 미약하다.⁶⁴⁾

제3절 남북기본합의서에 대한 사법적 판단

남북기본합의서의 법적 성격에 관해서는 그 사법적 판단에 의해 제시되었다. 일련의 남북관계의 전개와 관련한 사건에 대해 남북관계의 현상 및 변화상황과 맞물려 법원의 판결과 헌법재판소의 판결은 남북기본합의서의 법적 성격이 현재로서는 조약으로서의 성격보다는 신사협정으로서의 성격이라는 점을 확인하여 주고 있다. 기실 사법부의 남북기본합의서의 효력에 대한 판단은 현실적으로 남북관계의 특수관계라는 성격을 기초로 하여 이루어지고 있음을 알 수 있다. 남북관계가 보다 법적 관계로서 효력을 부여받아 실천되어야 한다는 점에서는 아쉬운 점이 있다. 여기서는 서울고등법원, 대법원과 헌법재판소의 판결을 중심으로 간략하게 살펴본다.⁶⁵⁾

62) 김영삼정부 당시의 남북관계는 조문파동 등으로 경색된 면이 있지만, 김대중정부와 노무현정부에 이르러서는 2차례나 정상회담을 개최함으로써 남북간의 긴장은 완화되는 환경을 조성하였다.

63) 이근관, 앞의 논문, 174면.

64) 박정원·이석범, “‘남북합의서’의 법적 성격에 관한 비판론적 검토”, 앞의 논문, 174~175면.

65) 이에 대해서는 위의 논문, 181~186면 참조.

1. 서울고등법원 판결

남북기본합의서의 법적 성격에 대한 사법부의 입장과 관련하여 서울고법의 판결⁶⁶⁾은 다음의 문제점을 살펴볼 수 있다.⁶⁷⁾ 남북기본합의서의 법적 효력없다는 사유로 제기한 데에 대한 비판적 검토를 할 수 있다. 고등법원의 판단은 대법원과 헌법재판소의 판단에서도 그대로 받아들여지고 있다는 점에서 그 판단논거를 살펴본다.

첫째, 원심판결은 “북한의 핵무기 개발의혹이 증폭되고” 있는 것을 “남북기본합의서”의 법적 구속력 없는 사유의 하나로 제시하였다. 그러나 이는 ‘남북기본합의서’와 직접 관계없는 것으로 보아야 한다. 오히려 남북기본합의서가 체결된 1991년 12월 13일 남북한이 공동 채택한 ‘한반도의 비핵화에 관한 공동선언’의 위반으로 보는 것이 합당하다.

둘째, “북한이 ...대화를 재개할 의사가 없음을 선언”한 것을 그 사유의 하나로 제시하고 있다. 그러나 국제법상 어떤 조약도 체결 당사자 간에 대화가 있어야 법적 구속력이 있고 대화가 중단되면 그러하지 않다는 것은 논리적이지 않다. 국제법상 대화 중단이 조약의 법적 구속력을 가지지 못하게 하는 사유로 된다고 인정한다 할지라도, 남북당국간 대화의 일시적 중단이 남북기본합의서의 규정 전부에 대해 법적 구속력을 상실하게 하는 사유로 보기 어렵다.

셋째, 원심판결은 “북한이 1993. 1. 29. 모든 남북당국 사이의 대화를 재개할 의사가 없음을 선언한 이래 아직까지 그 이행이 되고 있지 아니한 것은 공지의 사실”이라고 보았다. 이 역시 사실과는 거리가 있다. 돌아보면, 1998년 4월 11일에서 17일까지 북경에서 제1차 남북당국 대표회담(남북차관급 회담)이 개최되었고,⁶⁸⁾ 1998년 6월 10일 북한당국은 50주년 광복을 맞이하여 “통일대축전”을 8월 14일에서 15일까지 2일간 개최⁶⁹⁾하자고

66) 서울고등법원 제7특별부 97구 18402, ‘원심판결’로 지칭된다.

67) 민변이 대법원에 제출한 상고이유서(헌법재판소의 의견서와 동일)에서 제기한 의견이다. 민변, 앞의 책, 107-110면.

68) 통일부, 『통일속보』, 제98-2호(1998. 4. 18.), 1면.

69) 통일부, 『통일속보』, 제98-6호(1998. 6. 23.), 2면.

제의해 온 것은 대화재개 의사가 없다고 한 것과는 다른 점이다.

넷째, 국제법상 어떤 조약의 일방 당사자가 조약상 의무를 이행하지 아니하는 것만으로 당해 조약의 법적 구속력이 상실되는 것은 아니다. 효력이 상실되려면 조약의 타방 당사자가 일방 당사자에게 조약의 중대한 위반을 이유로 그 조약에 대한 폐기권을 행사하여야 한다. 북한이 남북기본합의서를 이행하지 아니한 것에 대해 남한은 지금까지 명시적으로 폐기권을 행사한 사실은 없다.

다섯째, “남북기본합의서가 법적 구속력을 가지고 있다고 할 수 없고”라 판단한 것은 정부의 공식적 견해도 부합되지 않는다. 김대중 대통령은 1998년 2월 25일 취임사에서 남북기본합의서의 이행을 공언⁷⁰⁾했고, 통일부는 “국민의 정부 대북정책 추진기조”에서 남북기본합의서의 이행·실천을 “대북정책 추진방향”의 첫번째 사항으로 제시⁷¹⁾한 바 있다(1998. 3. 26). 한편 김대중 대통령은 1998년 6월 29일 “북한잠수정의 영해침범과 침투사건은 명백히 정전협정과 남북기본합의서를 위반한 것으로 결코 묵과할 수 없다. …”라고 촉구하였기 때문이다.⁷²⁾

여섯째, ‘법적 구속력’의 의미는 “국제법상 법적 구속력” 또는 “국내법상 법적 구속력” 인지는 명백하지 않다. 그러나 “...위 규정이 이에 배치됨을 전제로...”라고 표시되어 있으므로 ‘위 규정’은 남북교류협력에 관한 법률 제9조 제3항, 즉 ‘국내법’의 규정을 지칭하는 것으로 “국내법상 법적 구속력”을 의미하는 것으로 해석된다. 그런데 국내법상 법적 구속력이 인정되지 아니하는 사유로 국제법상 법적 구속력을 상실하게 하는 근거로 제시한 것은 국내법과 국제법의 체계의 혼돈이라 할 수 있다.

일곱째, 원심판결에 적시된 ‘법적 구속력’이란 ‘타당성’을 뜻하는 것인지 ‘실효성’을 의

70) “남북관계해결의 길은 이미 열렸습니다. 1991년 12월 13일에 채택된 남북기본합의서의 실천이 바로 그것입니다”, 『조선일보』, 1998. 2. 26. 8면 라고 언급한 기사 참조.

71) 통일부, 『주간북한동향』, 제377호(1998. 4. 4~4. 10), 7면.

72) 『한국일보』, 1998. 6. 30, 1면.

미하는 것인지 명백하지 않다. 그러나 법적 구속력을 가지고 있다고 볼 수 있는 사유로 북한이 ‘남북기본합의서’를 이행하고 있지 아니한 것을 들고 있는 것으로 미루어 보아 ‘실효성’을 의미하는 것이라 할 수 있다. 일반적으로 ‘법의 효력’이란 ‘법의 실질적 효력을 뜻한다.’⁷³⁾ 법의 효력, 즉 법적 구속력이란 법의 규범적 타당성과 법의 사실적 실효성을 가지고 있는 힘을 뜻하나 일반적으로는 전자, 즉 규범적 타당성을 가지는 힘을 의미하므로 남북기본합의서가 실효성이 없다는 사유를 들어 타당성이 없다고 보는 것은 논리성을 결여한 판단이다.

위의 원심 판결은 남북기본합의서의 유효성문제(타당성문제)와 불이행의 문제(실효성의 문제)를 혼동하고 있다. 무릇 단지 이행되고 있지 않다는 사실(실효성의 부재 또는 미약)을 들어 기본합의서의 법적 구속력을 부인하였는데, 이는 논리의 비약이라 할 수 있다. 원심법원의 판단은 법논리적으로 잘못된 것이어서 남북한 당국의 조약체결 의사의 부재여부, 기본합의서의 체결과정과 이행실태 등을 종합적으로 검토하여야 한다. 이에 비추어 합의서의 조약성 및 법적 구속력을 부인하는 판결을 내리는 것이 보다 논리적이었을 것이라고 비판하는 견해⁷⁴⁾도 같은 논지라고 할 수 있다.

2. 대법원 판결

남북기본합의서는 남북관계가 “나라와 나라사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계(합의서 전문)”라고 규정하고 있다. 이를 전제로 하여 조국의 평화적 통일을 이룩해야 할 공동의 정치적 책무를 지는 남북한 당국이 특수관계인 남북관계에 관하여 채택한 합의문서가 남북기본합의서이다. 대법원은 남북 특수관계를 이유로 하여 남북한 당국이 각기 정치적인 책임을 지고 상호간 성의있는 이행을 약속

73) ‘법의 실질적 효력’이란 일반적으로 규범이 사실로서 행하여지지 않으면 아니 된다고 하는 요구, 즉 ‘법의 타당성’과 규범이 실제로 사실로서 행하여지고 있다고 하는 상태, 즉 ‘법의 실효성’을 가지는 힘을 말한다.

74) 제성호. “남북기본합의서의 법적 성격 - 서울고등법원 97구18402판결(1998.7.16.선고)을 중심으로”, 『서울국제법연구』, 제5권 제2호(1998), 89-90면.

한 것이기는 하나 법적 구속력있는 것은 아니어서 이를 국가간의 조약 또는 이에 준하는 것으로 볼 수 없고, 따라서 국내법과 동일한 효력이 인정되는 것도 아니다라고 하였다.⁷⁵⁾

이 같은 대법원 판결은 사실 통일부의 관련 주장을 그대로 받아들여 판단한 셈이다.⁷⁶⁾ 사실 이 논리는 서울고등법원부터 대법원 판결에 이르기까지 사법부는 남북기본합의서의 법적 성격과 관련하여 그 법적 구속력을 부인함에 있어 법률적인 추론을 결여한 것이다. 대법원은 남북기본합의서의 조약성 또는 법적 구속력을 부정하는 논거를 구체적으로 언급하지 않고 있다. 그렇지만 “원심이 남북기본합의서에 법적인 구속력이 없다고 판단하여 ...조치는 수공이 간다.”라고 설시한 것을 보면 원심법원의 판결을 그대로 수용한 것으로 보인다. 대법원도 원심법원의 잘못된 추론을 근거로 남북기본합의서의 법적 구속력을 부정한 논거를 그대로 인정한 것이다.

3. 헌법재판소 결정

헌법재판소는 “남북합의서는 남북관계를 ‘나라와 나라 사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계’임을 전제로 하여 이루어진 합의문서”임을 인정하였다. 그러면서 “한민족공동체 내부의 특수관계를 바탕으로 한 당국간의 합의로서 남북당국의 성의있는 이행을 상호 약속하는 일종의 공동성명 또는 신사협정에 준하는 성격을 가짐에 불과”하다고 판시하였다. 앞서 살핀 대법원의 판결을 인용하면서 남북합의서가 법률이 아님은 물론 국내법과 동일한 효력이 있는 조약이나 이에 준하는 것으로 볼 수 없다는 것을 명백히 하였다.⁷⁷⁾ 또한 당해 법률조항이 남북합의서의 내용과 배치되는 점을 포함하고 있다고 하더라도, 그것은 이 사건 법률조항이 헌법에 위반되는지의 여부를 판단하는 데에 아무런 관련이 없다고 하였다.⁷⁸⁾

75) 1999. 7. 23. 선고 98두 14525 판결.

76) 제성호, “남북기본합의서의 법적 성격 - 민변의 북한주민접촉신청관련 대법원 판결 분석(대법원 제2부 1999. 7. 23. 선고 98두14525판결)”, 『국제판례연구』, 제1집(1999), 326-334면.

77) 1997. 1. 16. 선고 89헌마240, 92헌마6.

78) 2000. 7. 20. 선고 98 헌바63 전원재판부 결정.

헌법재판소는 남북기본합의서가 일종의 공동성명 또는 신사협정에 준하는 성격을 가짐에 불과하다고 판시하면서, 대법원 판결 중 관련 부분을 그대로 인용하고 있다. 따라서 헌법재판소의 판단은 서울고등법원과 대법원의 판결에 대해 비판한 논지를 동일하게 적용할 수 있다.⁷⁹⁾ 헌법재판소의 입장은 당시 사법부가 남북기본합의서의 법적 성격과 효력의 쟁점들을 원용한 것임을 알 수 있다. 즉, 남북기본합의서의 효력문제가 헌법상 영토 조항과 평화통일조항 그리고 국가보안법과의 저축·상충 등의 문제를 야기할 것을 우려하여 정부(법무부와 통일부)의 부정적 의견을 그대로 받아들인 것이라고 추론할 수 있다.

위에서 남북기본합의서의 채택과 내용과 관련하여 법적 구속력의 부정논리를 비판한 것은 남북기본협정의 채택에 대해 그 법적 효력 부여를 위한 대응적 논리가 된다는 점에서 의미가 있다. 남북간 합의에 대한 법적 효력은 여전히 긍정적 또는 부정적 논의가 있다는 현실에서 보다 남북관계의 발전을 위한 법적 차원에서의 과제를 해결한다는 발전적 관점에서 남북기본협정의 의미와 내용을 살펴보는 것이 바람직하다.

79) 남북기본합의서의 법적 성격에 관한 사법부의 판례(헌법재판소의 결정, 대법원과 서울고등법원의 판결 등)가 절대적이지 아니라는 견해는 판례가 법원성이 될 수 없다는 점을 근거로 들어 비판하고 있다. 이장희, 앞의 책, 125면.

제4장 ‘남북 기본 협정’의 채택과 성격

제1절 배경과 필요성

제2절 체결 절차와 방법

제3절 합의(서)의 명칭과 국가 승인 문제

제4절 동서독 기본조약과 남북 기본 협정

제4장

‘남북 기본 협정’의 채택과 성격

제1절 배경과 필요성

1. 남북관계 발전과 문재인정부의 남북관계의 법제도화

(1) 문재인정부의 통일정책의 법제화

우리 헌법은 자유민주적 기본질서에 입각한 통일정책의 수립과 추진을 규범화하고 있다(제4조). 평화통일 원칙을 헌법규범화하여 정부는 물론이거니와 국민은 모두 남북통일에서 평화적 통일의 방법을 강구하도록 하고 있다. 우리 정부는 각기 시대적 환경에 따라 대북정책 내지 통일정책을 추진하여 왔다. 특히 문재인정부는 이전 정부의 대북정책의 기초에 기초하되 한반도평화와 통합을 중심으로 한 정책방향을 제시하였다. 문재인대통령은 대선 후보자 시절 공약으로 “더불어 평화로운 한반도”를 건설할 것을 제시하였다.⁸⁰⁾ 그리고 대통령으로 당선되어서는 2017년 7월 7일 이른바 “신한반도 평화비전”을 밝혔다. 이는 이른바 ‘베를린선언’으로 북한의 비핵화를 전제로 한 한반도의 냉전구조를 해체하고 항구적인 평화정착을 이끌기 위한 정부의 5대 정책기조를 명확하게 제시한 것이었다.⁸¹⁾

80) 문재인 대통령선거 후보자의 대북 및 통일정책분야의 대선공약으로는 북핵해결과 전쟁 위험 없는 한반도, 한반도신경제지도 구상, 남북시장을 하나로 통합하고 점진적 통일완성, 남북기본협정 체결, 북한인권 개선 및 이산가족·국군포로, 납북자문제 해결, 남북 사회문화체육 교류활성화 및 접경지역발전 등으로 요약된다.

81) 문재인 대통령이 옛 베를린 시청에서 개최된 괴르버재단 초청연설을 통해 발표한 베를린선언은 한반도평화추구, 북한체제의 안전을 보장하는 비핵화, 항구적 평화체제 구축, 한반도신경제지도 구상, 비정치적 교류협력 사업 추진 등의 정책을 추진한다는 기조로 되어 있다.

문재인대통령의 후보자시절 대선공약과 대통령 당선 후 베를린선언에서 밝힌 구상은 국정기획자문위원회에서 발표한(2017. 7. 19) “문재인정부 국정운영 5개년 계획”에 그대로 담겨 있다.⁸²⁾ 이에 의하면, 특히 외교·안보 분야에서는 “평화와 번영의 한반도”라는 국정목표를 추진하기 위한 3가지 국정전략을 제시하였다. 이를 보면, 강한 안보와 책임국방, 남북 간 화해협력과 한반도 비핵화, 국제협력을 주도하는 당당한 외교라는 국정전략을 구상하고 있다. 이 가운데 남북 간 화해협력과 한반도 비핵화를 위해서는 국제사회와 공조, 대화와 제재 등 모든 수단을 통해 북한을 대화로 이끌고, 북한 비핵화와 평화체제 구축을 위한 포괄적인 추진을 기본으로 하고 있다. 이에 기반한 북핵 문제 해결을 통하여 한반도의 항구적 평화정착을 도모한다는 방향을 제시한 것이다. 이러한 구상과 전략은 남북 간 대화와 교류를 재개하여 남북합의를 법제화하고 남북관계를 새롭게 정립하여 나아간다는 기본적 입장을 구체화하는 것이다.

기실 문재인정부의 대북정책 및 통일정책의 추진은 변화된 상황을 고려하여 접근되고 있다. 무엇보다 북한의 핵개발과 관련하여 전개되는 상황을 반영하는 것이다. 언급한 바와 같이 북한의 비핵화와 한반도 평화체제 구축을 위한 포괄적 추진에는 쉽지 않은 과제인 북핵문제가 자리 잡고 있다. 북핵실험으로 촉발된 한반도의 둘러싼 강대국의 대립과 갈등은 대북제재의 정도와 범위에 대한 개별국가의 태도가 각기의 입장에 따라 달리 접근되고 있다. 한편 한반도 평화의 비전을 만들어 나아가는 데에 있어 북한의 도발과 이에 대한 국제사회의 제재국면에서도 우리는 남북관계 개선을 통한 한반도 긴장관계 해소를 위한 조치가 강구된다. 다시 말해 북한 핵문제는 대북제재와 관련하여 정치외교적 안보문제의 해결과 함께 인도적 지원 및 경제교류의 활성화라는 두 가지 트랙의 전략적 자세가 강조된다. 남북관계의 갈등과 긴장이 있음에도 중요한 것은 통일과 통합이라는 최종 목표를 달성하기 위한 통일비전을 세우고 이를 실천하는 구체적인 과제를 제시하는 일이다. 문재인정부는 대북정책의 목표와 전략을 분명하게 제시하였는데 이는 「문재인 정부의 한반도 정책」으로 제시되었다.⁸³⁾

82) “文정부 국정운영 5개년 계획 발표…새로운 대한민국 건설’(종합)”, 연합뉴스, 2017. 7. 19.

문재인정부의 이러한 정책의 목표와 전략은 2018년 2월 평창올림픽을 시작으로 4월 27일 남·북 정상회담과 '판문점 선언'으로 일부 결실을 맺게 되었다. 이는 같은 해 6월 12일 싱가포르에서 개최된 첫 북·미 정상회담에서 확인되었다. 이에 따라 남북간의 통합을 대비한 비전은 보다 중요한 과제로 떠오르고 있다. 평화통일의 원칙이라는 본질에 비추어 보면, 통일에 대한 비전을 분명히 하고 그 구체적인 대안을 마련하여 두는 일은 미루어서는 안된다. 그 하나가 바로 남북관계의 법제도화의 일환인 '남북 기본 협정'의 체결이라 할 수 있다.⁸⁴⁾

남북한 특수관계는 동서독 특수관계의 개념을 남북한의 현실에 맞게 변형하여 수용한 개념이라고 할 수 있는데 동서독 특수관계는 남북한 특수관계에 비해 국가성이 보다 강화되어 있으며 동서독 기본조약이 그 중심에 놓여 있었다. 구 동독과 서독은 동서독 기본조약을 체결하여 동서독 관계를 발전시켰고, 결국 독일 통일로까지 이어질 수 있었다. 이는 남북한 간에도 기본협정을 체결하여 남북관계를 발전시킬 필요가 있다는 점을 시사한다. 이 같은 맥락에서 문재인 정부는 남북 기본 협정 체결을 100대 국정과제 가운데 하나로 제시하고 있다.

(2) 법치주의에 입각한 통일정책 추진

과거 남북 간 합의는 고도의 정치행위로 접근되어 통치권 차원에서 접근되고 이에 대한 법적 논거를 제기하였다. 그래서 남북의 합의(서)는 그 법적 규범력을 부여하는 데에

83) <문재인의 한반도정책>은 국정지표인 '평화와 번영의 한반도'를 토대로, 이를 달성하기 위한 2대 비전, 3대 목표, 4대 전략과 5대 원칙의 체계로 되어 있다. 2대 비전은 「평화 공존」과 「공동 번영」이다. 비전 실현을 위한 3대 목표는 ▲북핵문제 해결 및 항구적 평화 정착 ▲지속 가능한 남북관계 발전 ▲한반도 신경제공동체 구현이다. '한반도 신경제공동체'는 남북한과 동북아 국가들간에 상호 경제적 협력 관계를 강화함으로써, 북핵문제 해결은 물론 한반도의 군사적 긴장을 완화하고 다자간 안보협력을 증진시키려는 것이다. 목표를 달성하기 위한 4대 전략은 ▲단계적·포괄적 접근 ▲남북관계와 북핵문제 병행 진전 ▲제도화를 통한 지속 가능성 확보 ▲호혜적 협력을 통한 평화적 통일기반 조성이다. 정책 추진 과정에서 지켜야 할 5대 원칙으로는 ▲우리 주도의 한반도 문제 해결 ▲강한 안보를 통한 평화 유지 ▲상호 존중에 기초한 남북관계 발전 ▲국민과의 소통과 합의 중시 ▲국제사회와의 협력을 통한 정책 추진을 제시하였다.

84) 남북관계의 법제도화의 기본적인 구상은 시기적인 진전을 두고 통일국민협약, 남북기본협정, 평화협정 등의 순서로 제시되어 있다. 여기에 한반도 종전선언의 추진을 도모하고 있다.

소극적이어서 정치지도자와 정권이 바뀌면 남북간 합의는 지켜지지 않고 종이에 전락하는 경우가 있었다. 법적 구속력이 발휘될 수 없었기 때문에 기존 남북합의는 부정되는 상황이 연속되기도 하였다. 분명히 우리 헌법은 기본원리의 하나로 법치주의를 실현하여야 한다고 강조하고 있다. 그렇지만 통일정책의 추진에는 법치의 예외에 머무르는 경우가 많았다. 대북정책 및 통일정책은 그 추진과정에서 법치를 무시하는 통치행위에 의해 소중한 남북의 합의정신이 훼손됨으로써 ‘법의 지배’는 인위적으로 부정되는 현상이 발생하였다. 분단상황의 지속과 남북 간 갈등국면에서 통일은 법치 보다 정치 또는 인치의 영역에 머물고, 법은 체제와 이념을 달리하는 상대방에게 무용지물이라는 강한 인식은 통일정책에서 법치를 가볍게 여기게 하는 요인이 되었다. 여기에 통일정책은 정권의 이념과 입장에 따라 급격한 변화를 반복하는 이유를 찾을 수 있다. 남북관계가 안정적 기반위에서 지속적인 발전을 하지 못하는 주된 원인이기도 하다.

이러한 배경에서 볼 때 ‘남북 기본 협정’은 남북한에 대해 공히 정책의 안정성과 정당성을 확보할 수 있는 근거가 된다. 통일정책이 종래 당파와 지도자의 편향된 인식에 따라 좌우되기 보다는 헌법과 법률에 따라 일관성 있게 이루어질 수 있도록 이 협정은 그 원칙과 방향을 제시하는 것이다. 대북정책과 통일정책이 ‘법치주의’에 기반하여 추진되지 않는다면 우리의 통일은 더 멀어질 것이다. 사실 남북관계는 정치적 성격이 강한 속성을 가지고 있다는 점을 부인하기 어렵다. 이러한 속성 때문에 강한 정치성을 지속하도록 하기 위해서는 역설적으로 강한 법적 통제가 필요하다. 과거 남북관계 및 통일정책이 정치적으로 이용되어 남북의 통일을 오히려 후퇴시킨 경험을 기억한다. 그래서 남북관계는 법제도화하여 ‘법의 지배’ 안에서 작용하도록 하는 것이 중요하다. 이 명에서 볼 때 ‘남북 기본 협정’은 남과 북, 모두에 대해 통일의 법의 지배에 입각한 태도를 강조하는 의미가 깊다.

2. 남북정상회담의 ‘판문점선언’의 이행과 실천

남북기본협정은 판문점 선언 이후 이행과 실천의 보장을 위한 법제도화 방안으로 구체적인 내용을 검토할 필요가 있다. 문재인 정부는 베를린 선언을 시작으로 남북관계의 변

화를 강조하였으며, 2018년 4.27 정상회담과 판문점선언을 통해 기존의 남북 선언을 재확인하면서 남북 관계의 발전을 위한 중요한 걸음을 내디뎠다. 판문점 선언은, ① 남북교류협력을 통한 남북관계 발전 ② 남북 군사적 긴장 완화 ③ 평화체제의 구축을 중대한 쟁점으로 삼아 남북한 합의를 이루어 냈다. 각 쟁점의 내용은 먼저 남북교류협력 분야에서는 남북 고위급 회담 개최, 남북공동연락사무소 개성 설치, 남북 교류의 다방면 왕래 추진, 이산가족 상봉 등을 합의하였다.

다음 남북 군사적 긴장 완화 분야에서는 비무장지대의 실질적 평화지대 추진, 서해 북방한계선 일대의 평화수역 추진 등이 합의되었다. 그리고 평화체제를 구축하기 위해서는 남북 불가침합의 재확인, 단계적 군축 실현, 연내 종전 선언 및 남북미 3자회담, 남북미중 4자회담 개최, 한반도 비핵화의 실현 등에 대한 합의로 이루어져 있다. 이렇듯 남북 간 합의는 구체적인 이행과 실천에 의해 한반도의 평화체제를 구축하고 남북의 공존 상생 발전을 위한 목표를 달성하게 될 것이다.

3. 새로운 남북관계의 설정: 남북기본합의서의 승계

알다시피 남북한 간에는 이미 남북기본합의서가 체결되어 있다. 그러나 남북기본합의서는 앞서 살펴본 바와 같이 문제점을 안고 있다. 이런 면을 감안하여 남북 기본 협정은 남북기본합의서의 채택과 효력문제에서 불거진 문제점을 해소하거나 보완하는 방향에서 접근되어야 한다. 실제로 남북합의서의 내용이 정치, 군사, 경제 사회 문화 등의 교류협력을 위한 기본적인 틀에 합의하고 있다. 이 점에서 남북기본협정에도 이러한 기본적인 합의의 틀과 함께 새로운 환경변화를 반영한 내용을 담아야 할 것이다. 우선 남북기본협정은 남북기본합의서상의 문제를 해결하는 측면에서 접근될 수 있다.

그 내용을 보면 다음과 같이 요약할 수 있다.

첫째, '남북 기본 협정'은 남북기본합의서와 같이 법적 구속력에 대한 의문을 가지게 하지 말고 확고한 법적 규범력을 갖추도록 하여야 한다. 사실 남북기본합의서는 남북관계

차원에서 이행되지 않고 있다는 점에서 사문화되었다는 평가를 받고 있다. 북한은 2009년 1월 30일 조국평화통일위원회를 통해 남북 사이의 정치군사적 대결상태 해소와 관련된 모든 합의사항들을 무효화한다는 성명을 발표하였다. 북한은 남북관계가 담보상태에 머물고 그 성과가 미미한 점을 명분으로 하여 남북기본합의서의 군사부문, 특히 서해 NLL선을 전제한 합의사항의 무효를 선언하였다. 그리고 그 책임은 남한에게 있다고 주장하였다. 이 주장대로라면 남북기본합의서와 남북불가침을 규정하고 있는 남북기본합의서 제2장 부속합의서는 무효가 된다. 그렇지만 북한은 남북기본합의서의 무효를 강조하면서도 6·15공동선언과 10·4선언의 이행을 촉구하고 있다.

둘째, ‘남북 기본 협정’은 남북관계를 법적으로 규명하는 명확한 규정을 담아야 한다. 알다시피 남북기본합의서는 법적 성격을 둘러싸고 논란이 있어 왔다. 우리의 사법부인 대법원과 헌법재판소는 남북기본합의서가 조약이 아닌 신사협정이라고 판시하여 법적 구속력에 대해 소극적인 입장을 보여주었다. 남북관계의 발전은 새로운 남북관계에 부응하고 남북 간 합의에 법적 구속력을 갖는 새로운 남북관계 기본 문서 체결을 통해 뒷받침될 수 있다. 동서독 통일 사례는 양독관계의 법적 성격을 규명하는 조약을 체결하였고 이를 토대로 독일통일의 가도를 열어 나아갈 수 있었다는 경험을 우리에게 시사한다. ‘남북 기본 협정’은 남북관계의 법적 성격을 명확하게 함으로써 지속적인 통일정책의 추진을 가능하게 할 수 있다.

셋째, ‘남북 기본 협정’은 그 구체적인 이행과 실천을 담보하기 위한 구체적인 조치로 뒷받침되어야 한다. 이를 위해서는 남북기본합의서를 존중한다는 의사를 재천명하고, 1972년 ‘7·4 남북공동성명’, 1991년 ‘남북기본합의서’, 2000년 ‘6·15 공동선언’, 2007년 ‘10·4 선언’을 비롯하여 이미 체결된 남북합의서를 발전적으로 계승할 필요가 있다. 이어 남북정상 회담과 고위급회담 정례화를 통해 상호신뢰가 구축되고 남북관계 발전의 전기가 마련될 경우 남북기본합의서를 대체하는 새로운 남북관계 기본 문건의 체결을 추진하고 협정의 명칭을 부여할 필요가 있다.

제2절 체결 절차와 방법

1. 체결 시기 및 절차

판문점선언은 남북한의 정상, 즉 문재인대통령과 김정은 국무위원장에 의해 올해(2018년)에 종전을 선언하기로 합의하였음을 보여 준다. 종전선언 이후 남북기본협정 체결을 추진하는 방안을 적극 고려할 필요가 있다. 종전선언은 법적 구속력을 갖는 것은 아니지만 65년간 이어져 온 정전체제를 종식시키고 한반도에 새로운 질서를 부여한다는 점에서 상당한 의미를 부여할 수 있다. 종전선언 이후 남북관계는 새로운 차원으로 들어 서야 한다. 이를 위해 남북기본협정을 체결하고 이 협정이 새로운 남북관계 시대를 견인하게 하여야 한다.⁸⁵⁾

또한 남북기본협정의 체결은 장관급 회담 등 고위급 회담을 통해 실무적으로 추진하고, 남북기본협정의 서명은 협정의 중요성을 감안하여 남한의 대통령과 북한의 최고지도자가 하여야 한다. 남북기본협정이 체결되면, 이 협정의 규범력 강화를 위한 절차들을 진행하여야 한다. 남북한 각각의 국내적 인준을 위한 절차로 남북한 의회의 비준동의 절차가 필요하며, 이후 국제적인 지지를 확보하기 위해 유엔 총회의 남북기본협정 지지 결의 채택 유도 및 남북기본협정의 유엔 사무국 등록이 필요하다. 남북기본합의서의 경우 이와 같은 절차들을 밟지 않아서 법적 효력에 대한 논란이 이어지고 있음을 타산지석으로 삼아야 한다. 판문점선언과 이미 3차례에 걸친 문대통령과 김정은국무위원장의 정상 회담은 남북기본협정 체결을 긍정적으로 만들고 있다.

2. 국민적 합의와 비준 동의 절차

남북기본협정의 법적 구속력의 확보문제는 남북기본합의서 내지 판문점선언의 국회 비준동의 여부에 대한 논의의 연장성에 있을 가능성이 있다. 이점에서 남북기본합의서에

85) 현실적으로 북미간 북한 비핵화 조치에 대한 구체적인 합의를 전제로 하고 있다.

대한 비준동의에 대한 일련의 논의를 살펴볼 필요가 있다. 이는 합의서의 법적 성격을 규명하는 데에 중요한 판단근거로 되어 있기 때문이다.

남북기본합의서의 법적 성격에 관한 논란은 1992년 12월 채택 당시 합의서의 조약성 인정여부에 대해 학계의 논쟁에서 시발되었다. 그러다가 대법원이 1999년 7월 23일 남북기본합의서는 법적 구속력을 갖지 않는 신사협정에 불과하다는 판결에 따라 논의는 소강 상태에 접어들었다. 그 후 2000년 남북정상들의 6·15선언 이후 남북간 합의서가 급증하면서 남북합의서의 법적 성격은 재론되었다. 이를 계기로 하여 2005년 12월 29일 “남북관계발전에 관한 법률”의 제정으로 입법적 해결방법을 마련하게 되었다.

남북기본합의서의 발효를 위한 내부절차와 관련하여 헌법 제60조 제1항에 규정된 국회의 비준동의 문제가 불거지게 되었다. 즉, 헌법 제60조 제1항에 해당되는 조약이 국내법적 효력을 가지려면 국회의 비준동의를 받아야 하는데 남북기본합의서의 법적 성격에 따라 견해는 찬반으로 갈려 나왔다.⁸⁶⁾ 아울러 국회의 비준동의여부는 법적 성격이 조약이나 아니냐와는 별개의 문제라고 보는 견해⁸⁷⁾도 있었다.

통일부는 기본합의서 서문에 나라와 나라사이가 아닌 잠정적 특수관계라고 규정한 점에 비추어 성질상 ‘국가간’ 조약이 아닌 점을 들어 합의서 자체가 통상적인 국가간 조약 체결절차인 비준동의를 받지 않았다고 한다.⁸⁸⁾ 그러나 위와 같은 논란은 현상적인 것에 불과하고 실제로 당시 통일부가 국회의 비준동의를 받지 않으려던 이유는 단순히 법리적인 문제 외에도 정치적, 정책적인 이유가 강하게 작용하였다고 볼 수 있다.⁸⁹⁾ 따라서 남북기본합의서의 국회 비준동의 여부는 여전히 법적 쟁점이 되고 있다.⁹⁰⁾

86) 법적 구속력을 인정하는 조약설에 따르면 당연히 국회의 비준동의를 받아야 하고, 그렇지 않으면 받을 필요가 없다는 견해이다.

87) 유병화, 앞의 논문, 74면.

88) 통일원, 앞의 책, 25면. 정세현, 앞의 논문, 14면.

89) 손학규, “남북합의서의 실천보장방안”, 『국회보』(1992. 3.), 143면. 이 논문에서 손학규는 정부가 애초부터 비준동의 대신 정치적 지지결의만을 받을 것을 의도하였는데 그 이유는 만약 합의서가 조약으로 간주되어 비준동의를 받게 되면 국제법의 적용을 받을 수도 있어 그 부담을 피할 필요가 있었고, 특히 신법우선의 원칙에 따라 제기될 국가보안법과의 상충문제도 있었으며, 또한 남북관계의 급속한 진전을 달가와 하지 않는 미·일등과의 관계를 고려하였기 때문에 의도적으로 합의서 수준을 격하하였다고 분석하고 있다.

90) 이에 대한 논의는 박정원·이석범, “남북합의서”의 법적 성격에 관한 비판론적 검토”, 앞의 논문, 181~182면.

한편 동서독은 1972년 통일을 위한 첫걸음인 동서독기본조약을 체결하였다. 동서독기본조약은 10개의 조문에 불과하고 그 내용 또한 추상적이며 원칙적인 합의에 그치고 있으나, 국회의 비준동의 절차를 밟았다. 당시 야당의 반대가 있었으나 비준법률안은 연방회의(하원)에서 268대 217로 통과되어 법률의 효력을 갖게 되었다. 바이에른주 정부는 이 조약이 서독 헌법(기본법)에 위배된다고 주장하였으나 서독연방헌법재판소는 조약이 합헌이며 법적 구속력이 있음을 인정하였다. 이런 덕분에 동서독기본조약은 사민당 정부가 기민당 정부로 교체된 뒤에도 동서독관계 및 통일정책의 법적 기준이 되었고, 동서독 통일의 지렛대가 되었다.

동서독 사례를 보더라도 통일과정에 법치주의가 관철되어야 한다. 남북은 규범력이 있는 '합의서'를 통해서 남북관계의 규칙(rule)을 만들어가야 하고, 당국간 합의는 준수되어야 한다는 원칙이 실현되어야 한다. 이는 북한으로 하여금 법치주의의 중요성을 인식하도록 하고 합의를 준수하도록 촉구하는 의미를 가진다.

남북한 합의서를 단순히 신사협정으로 보고 규범력을 인정하지 않는 것은 남북합의를 소극적으로 만드는 요인이 된다. 1991년 체결된 남북기본합의서는 동서독기본조약과 마찬가지로 조약적 성격을 가지는 문서이고 통일의 기초가 되는 중요한 합의에 해당한다. 그럼에도 불구하고 남한의 통치권뿐만 아니라 법치의 수호자가 되어야 할 헌법재판소와 대법원이 이를 신사협정에 불과하다고 판단한 것은 아쉬운 태도이다. 남북관계를 법치주의의 규범영역으로 끌어올릴 중요한 기회였는데 이를 부정하는 것은 매우 안타까운 일이었다. 북한의 입장에서도 사회주의헌법에 따라 비준절차를 거쳤지만 남북기본합의서를 준수하지 않고 있다는 점도 지적할 필요가 있다. 이런 면에서 6·5 선언과 10·4 선언도 모두 국회의 동의절차를 거치지 않았고, 다음 통수권자에 의해 쉽게 부정되는 일이 되풀이 되었다.

국회의 비준동의를 통한 남북한 합의서의 규범력 부여는 남북한 합의의 민주적 정당성을 확보하기 위해서도 필요하다. 대통령은 국회에 동의를 얻기 위하여 여러 정당을 설득하기 위한 끈질긴 노력을 기울여야 한다. 민주적 정당성을 확보한 남북합의서는 정권이

교체된 이후에도 함부로 폐기할 수 없게 된다. “남북관계 발전에 관한 법률” (이하 ‘남북관계발전법’)에 따르면 국회의 체결, 비준 동의를 얻은 남북합의서에 대하여는 국회의 동의를 얻어야 비로소 대통령이 효력을 정지시킬 수 있다(제23조). 만일 10·4 선언에 대하여 국회의 비준동의를 얻었다면 이후 정부가 위 선언을 쉽게 부정하기 어려웠을 것이다.

이러한 관점에서 판문점선언의 법적 성격과 국회 비준동의 여부를 긍정적으로 접근하여야 한다. 판문점선언의 후속조치로 남북기본협정의 체결을 보다 구체적으로 준비하여야 한다. 대의제 민주주의원리에 의하면 국민적 합의란 결국 국회를 통하여 이루어져야 하고 이는 입법을 통해 실현된다. 따라서 남북간 남북기본협정이 체결되면 국회의 비준동의 절차를 거쳐도록 하는 것이 바람직하다. 국회의 비준 동의는 헌법 및 남북관계발전법을 모두 근거로 삼아 추진되어야 한다. 보다 바람직한 것은 헌법 제 60조를 근거로 하여 동의를 이끌어내는 것이 중요하다. 나아가 국제사회의 지지를 얻기 위해서 남북기본협정에 대해 UN 지지결의도 이끌어내는 것도 하나의 방법이 될 수 있다.

현재 ‘판문점선언’이 채택되었음에도 불구하고 이 선언의 성격에 대하여 조약인지 신사협정인지, 비준동의의 대상인지 논란이 있다. 이를 참고로 하여 ‘남북 기본 협정’은 이러한 논란을 사전에 차단하여 비준 동의를 위한 목표에 따라 절차를 밟는 것을 예상하여 그 내용을 구성할 필요가 있다. 이를 위해 협정에는 양측 의회의 비준동의를 거쳐 발효한다는 것을 명시하여야 한다. 협정의 내용과 문언도 이행의 필요성이 높은 조항은 법적 효력을 가지는 것으로 작성되어야 한다. 국회의 비준동의를 얻기 위해서는 국회에서 여야당의 합의를 구해야 하므로 현실적으로 동의를 가능한 수준과 내용으로 구성되는 것도 감안하여 준비되어야 한다.

제3절 합의(서)의 명칭과 국가 승인 문제

‘남북 기본 협정’의 체결은 그 명칭과 관련하여 이전 남북합의에 대한 논쟁과 연관하여 생각할 수 있다. 여전히 국가간의 관계를 설정하는 조약 또는 협정이라는 명칭을 남북간

합의에 붙이는 데에 문제가 불거질 수 있다. 즉, 북한에 대해 국가로서의 법적 승인과 관련된 것이다. 남북관계의 성격을 구명하면서 내적 특수관계를 설정하고 있어 남북한 사이에 체결된 문서에 ‘협정’(agreement) 또는 ‘조약’(treaty)이라는 명칭을 사용하는 여부에 대해 입장차에 따라 여전히 논란의 가능성이 높다. 기실 남북한 간에 합의된 문서는 그동안 ‘합의서’란 명칭을 사용하였으며 조약 또는 협정이란 명칭을 회피하여 왔다. 이는 남북한 사이의 관계를 전제로 하는 협정이란 명칭의 사용은 남북한 관계에 있어서는 분단의 고착화라는 이유에서 적절치 않아 회피한다는 인식이 바탕에 놓여 있었기 때문이다. 그래서 법적으로도 남북한 당국 차원에서 체결된 합의 문건은 협정 대신 ‘합의서’라는 용어를 사용하여 왔다.

명칭에 있어 조약과 협정의 관계에 대해 보면, 조약이 일반적인 개념이라고 볼 수 있으며, 협정은 조약을 의미하는 여러 용어 가운데 하나이다. 조약이라는 명칭의 사용은 반드시 국가와 국가 간의 관계에서만 사용할 수 있는 것은 아니고 국가 이외의 국제법 주체인 국제기구, 교전단체, 반란단체(반도단체), 반국가단체 등 비국가적 실체에서도 사용할 수 있다. 이 점에서 남북한 간에 협정 또는 조약이라는 명칭을 사용하더라도 이를 법적으로 틀렸다고 단정하여 판단하는 것은 타당하지 않다. 동서독의 통일사례에 비추어 볼 때, 분단국 특유의 특수관계라는 성격을 도출하였던 동서독 사이에서도 ‘동서독 기본조약’과 같이 조약이라는 명칭을 사용하였다는 점이다.

남북 간 합의문서에 조약이라는 명칭을 사용하는 것과 관련하여 북한에서의 논의와 인식도 살펴볼 필요가 있다. 북한은 종래 조약의 주체에 대해 엄격하게 보았지만, 최근 해석에서는 다양한 의미를 포함하고 있다는 점을 보여주고 있다. 북한의 법학사전에 따르면, 북한에서의 조약체결 주체는 ‘나라들간’으로 되어 있었다.⁹¹⁾ 그러나 이후 북한학자의 한 논문에서는 조약을 “국제법 당사자들 사이에 서로 지켜야 할 행위규범”으로 정의하고 있다.⁹²⁾ 북한 역시 일반국제법 이론에 따라 국가 이외의 실체도 조약을 체결할 수 있음을

91) 『법학사전』, 평양: 사회과학출판사, 1971.

92) 림동춘, “국제조약의 성립요건”, 『김일성종합대학학보:역사법학』, 제49권 제3호(2003), 64면.

인식하고 있음을 알 수 있다. 이로부터 남북한 간에 체결된 문서에 조약 또는 협정이라는 용어를 사용하더라도 북한이 수용할 수 있음을 시사한다는 점에서 의미를 찾아볼 수 있다.

반면에 조약 또는 협정이라는 명칭이 붙은 남북한 사이의 기본관계를 규율하는 합의문서를 체결할 경우 국제법상 묵시적 승인으로 오해될 소지가 있다. 이를 위해서는 합의문 체결시 서문에 남북간의 관계가 국가 간의 관계가 아님을 명확하게 명시함으로써 남북 기본 협정 체결이 묵시적으로라도 국가 승인문제에 해당하지 않음을 분명히 해 둘 필요가 있다. 남북한 사이에 체결된 문서에 조약 또는 협정이라는 명칭을 사용할 경우 헌법 제 3조와 관련하여 정치적인 논란이 제기될 수 있다. 이 점에서 남북관계 기본 문건의 명칭에 대해 ‘협정’의 사용을 고집하기보다는 남북대화 재개 및 남북합의서 체결과 준수를 통해 남북관계가 평화지향적, 미래지향적, 통일지향적으로 발전하는 데에 주력할 필요가 있다.⁹³⁾

제4절 동서독 기본조약과 남북 기본 협정

1. ‘잠정적 특수관계’의 개념화

남북관계는 그 법적 성격에 대해 분단국 특유의 관계를 반영한 특수관계론에 의해 다루어져 왔다. 이미 남북기본합의서에 이러한 내용을 규범화하고 있다. 분단국의 특수관계라는 성격은 그 일반적 내용에 비추어 ‘남북기본합의서’상의 ‘잠정적 특수관계’를 개념화할 수 있다. 다음에 대체적인 특수관계의 성격을 간략하게 정리해 볼 수가 있다. 여기서는 동서독 기본조약에 반영된 동서독 특수관계의 내용과 비교하여 살펴본다.

첫째, 남북합의서상의 특수관계는 통일 과정상 설정되는 과도적 관계로서 통일 지향적인 특징을 가지고 있다. 동서독기본조약에는 동독이 서독으로부터의 국가 승인을 전제한

93) 이규창, “남북관계의 안정적 발전을 위한 법적 쟁점”, 『남북정상회담에 따른 법적 과제』 학술논문집, 법무부, 한국헌법학회, 통일과 북한법학회, 2018. 5. 30, 60면.

분단논리를 내세움으로써 통일규정이 포함되지 못하였지만, '남북합의서'는 '잠정적인 특수관계'가 통일을 지향하는 과정에서 형성되는 것이라고 명시하였다. 또한 동서독의 특수관계는 기본조약의 해석에 의하여 인정된 것임에 비하여, 남북합의서상의 그것은 통일을 지향하는 특수관계임을 천명함으로써 분단고착화에 대한 우려를 불식시키고 강한 통일 의지를 반영하게 되었다.

둘째, 남북합의서상의 특수관계는 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 관계임을 밝혀 그 한시적 성격을 나타내고 있다. 그러므로 특수관계는 정적이기 보다는 동적이며 발전지향적인 관계로 볼 수 있다.

셋째, 남북합의서상의 '잠정적 특수관계'는 남북한만의 특유한 분단배경과 통일환경에 바탕한 특수관계로서의 성격을 내포한다고 보아야 할 것이다. 이 점은 남북합의서와 동서독기본조약상의 특수관계의 내용과 성격의 차이점을 살펴봄으로써 알 수 있다. 즉, 동서독기본조약에서 '조약'이란 명칭과 공식 국호를 사용하고, 상호 동등권 인정(제1조), 영토 보전의 존중(제3조), 단독대표권의 포기(제4조), 영역한정의 원칙(제6조) 등의 내용은 사실상 두 국가의 존재를 인정하는 것이다.

이에 비해 '남북합의서'에서는 '합의서'란 명칭을 쓰고 남북관계가 특수관계임을 밝히고 있으며, 상호 국가로 인정될 수 있는 조항을 포함하지 않고 있다. 따라서 남북의 '잠정적 특수관계'는 분단국 특유의 관계와 유사성을 갖지만, 동서독에서의 특수관계의 성격과 조금 다른 특수관계임을 인식하여야 할 것이다.

2. 동서독기본조약과 '남북합의서'상에 반영된 '특수관계'의 적용 사례

(1) 동서독의 특수관계

동서독은 기본조약체결과정에서 통일정책의 기본입장의 대립으로 기본조약체결에 난항을 겪었다. 이점은 기본조약의 전문에서 "민족문제를 포함한 근본문제에 대하여 양독

간의 의견 차이에도 불구하고”라는 규정에서도 명백히 나타났다. 서독은 기본조약을 통해서 동독의 국제법적 승인문제에 관한 언급을 피하면서 ‘1민족 2국가론’에 입각한 통일 정책을 관철하였다. 다시 말해 동서독은 대외적으로 국제법적 국가로 인정되지만, 대내적으로 국제법상 외국이 아닌 특별한 관계에 있다는 것이다. 그래서 서독은 동독이 기본조약을 분단조약이라 한 데 대하여, 이 조약이 결코 분단을 합법화하는 것이 아니라 통일지향의 잠정적인 특별관계를 기본조약에 반영하고 있다고 하였다.

우선 기본조약상 양독의 동등권의 인정(제1조), 영토보전의 존중(제3조), 단독 대표권의 포기(제4조), 대내외관계에 있어서의 독립과 주권 존중(제6조), 기 체결조약의 효력불변(제9조) 등의 규정은 동서독의 현실적인 두 국가의 존재를 인정한 것으로 볼 수 있다. 그러나 서독은 동독의 두 개의 독립주권국가 인정 요구에도 불구하고 국제법적 승인을 명시하지 않고, 동서독관계는 특별관계에 있다는 점을 기본조약에 반영시켰다.

동서독간의 특별관계는, 동독이 국제법적 국가승인과 동서독간 정상적 외교관계로서의 대사의 교환을 주장한 데에 대하여, 통상 국가간 관계에서 보기 드문 상주대표부(Ständige Vertretung)를 설치한 데에서(제8조) 구체적인 예를 찾을 수 있다. 아울러 양독의 불가침선을 국경선이라 하지 않고 경계선이라고 한 점(제3조)도 같은 맥락에서 이해할 수 있다. 더욱이 기본조약의 조문에서 외교적이나 국제법적인 용어를 가급적 피하고, 법적 의미가 적은 용어를 선택함으로써 기본조약을 분단고착화의 규범으로 해석할 수 있는 여지를 축소하는 세심한 노력을 기울였다. 예를 들면 주권존중(Achtung der Souveranität)(전문), 독립과 자주성의 존중(Respekt)(제6조)과 같이 승인(Anerkennung)보다는 법적인 의미가 약한 용어의 사용을 들 수 있다.

이렇듯 서독은 동독의 국가로서의 정치적 실체를 인정하되 국제법상 승인을 배제하여 동서독간의 내적 특수관계를 확립하려고 하였다.

(2) 남북기본합의서상의 특수관계

‘남북합의서’에서 설정한 ‘잠정적 특수관계’는 남북한이 분단국으로서 가지는 특유한 이원적 관계를 말한다. 남북합의서는 서문에서 ‘특수관계’란 국가와 국가간의 관계가 아니며, 통일을 지향하는 과정에서 설정되며, 잠정적 시기에만 한정하여 형성된다고 하였다. 따라서 특수관계의 설정은 남북한 통일의 단계적인 발전과정의 면에서 보면, 통일의 포기가 아닌 강력한 통일외지를 표명한 것이며 통일지향성을 나타낸 것이라고 볼 수 있다. 이러한 ‘특수관계’의 성격은 남북기본합의서에 반영된 내용을 통하여 알아볼 수 있다.

첫째, 남북합의서의 서명자의 남북한의 정식국호와 직위를 명기하였지만, 남북관계가 국가와 국가간의 관계가 아님을 강조하기 위하여 일반적으로 국가 간 합의를 의미하는 ‘조약’이라는 명칭 대신에 단순히 ‘합의서’라는 명칭을 사용함으로써 특수관계의 성격을 반영하고자 하였다. 또한 남북 간을 ‘쌍방사이’라고 표현하였고(서문), 합의서의 당사자를 ‘남과 북’으로 표현(제1조~제23조)함과 동시에 남과 북간의 대응지칭도 ‘상대방’이라고 하였다. 남북의 정치적 실체를 인정하고 존중한다 하면서도 자칫 국가로서의 성격을 인정하게 됨으로써 말미암아 분단고착화라는 인식을 주지 않기 위하여 ‘상대방의 체제’라는 용어를 사용하였다(제1조).

둘째, 판문점에 연락사무소를 설치한 점이다. 합의서의 협상시 남한이 서울과 평양에 상주대표부 설치를 제의한 데 대하여 북한은 두 개의 국가를 상징하는 정치적 기구를 상대방의 행정중심지에 설치하는 것은 통일지향노력과 양립할 수 없다는 주장을 함에 따라 이를 수용하여 연락사무소 설치에 합의한 것이다. 이는 남북간의 특수관계를 설명하는 상징적인 예가 된다.

셋째, 불가침의 경계선과 구역을 정하는데 있어서(제11조), 국경선이라는 용어를 쓰지 않고 현재의 군사분계선을 기준으로 하는 경계선이라고 표현하였다.

넷째, 남북간의 경제 및 물자교류 등의 추진을 국가 간의 무역거래방식에 의하지 않고 민족내부교류로 규정하였다(제15조). 남북의 직거래추진과 물자교류의 비관세화조치 등

은 남북간의 내적 특수관계를 의미하는 것이다.

다섯째, 이산가족 및 민족구성원의 자유로운 왕래와 접촉이 실현되어(제17조, 제18조) 남북통한의 자유가 보장되면, 외국과의 출입국관계에서 필요한 입국사증제도가 면제되고 통항증만으로 자유왕래가 가능하게 될 것이다. 이것도 남북의 특수관계를 보여주는 한 예가 되는 것이다.

여섯째, ‘남북합의서’를 협상하는 과정에서 제시된 UN 가입국으로서의 UN헌장상의 의무준수조항의 채택을 제의를 반영하지 않았다. UN동시가입을 빌미로 남북관계를 국가 간의 관계로 기정사실화하여 분단을 고착화한다는 북한의 반대의견을 받아들여 이를 유보한 것도 남북간의 특수관계를 설명해 주는 한 예가 될 수 있다.

(3) 남북기본협정의 특수관계성

남북기본협정은 기본적으로 남북간의 특수관계, 즉 이미 남북기본합의서에 의해 합의된 대로 남북은 국가 간의 관계가 아니라 민족내부의 관계라는 성격을 반영하게 될 것이다. 이 점에서 남북기본협정은 남북기본합의서의 기본관계와 기본 합의내용을 계승한 규정을 포함하게 될 가능성이 크다. 그러면서도 남북기본협정은 남북기본합의서에서 규정한 다소 추상적이고 모호하게 설정하고 있는 관계성을 보다 명백하게 규율하여 구체성을 보완하는 내용으로 구성될 필요가 있다.

이 점에서 판문점선언에서 개성공단에 남북공동연락사무소를 설치⁹⁴⁾할 것을 합의하고 있는 것을 진전시켜야 할 필요가 있다. 남북관계가 국가 간의 관계를 설정하지 않기 때문에 대사관 설치의 어렵지만 이른바 상주대표부의 설치문제 등이 거론될 수 있다. 이에 대해서는 후에 보완하여 기술한다.

94) 남북은 합의에 따라 2018년 9월 14일 남북공동연락사무소를 개성에 개소하였다.

제5장 ‘남북 기본 협정’의 주요 내용 검토

제1절 ‘남북 기본 협정’ 과 한반도 평화협정의 관계

제2절 남북기본협정의 주요 내용 분석

제5장

‘남북 기본 협정’의 주요 내용 검토

제1절 ‘남북 기본 협정’과 한반도 평화협정의 관계

남북기본협정은 일련의 남북관계의 제도화라는 시기적 접근 구도 속에 추진되고 있다. 따라서 이 협정의 내용을 검토하면서 남북관계의 법제도화의 한 축인 한반도 평화협정과 관계를 그 성격과 효력 면에서 살펴보아야 할 점이 있다. 남북관계의 발전적 구도적으로 시기적인 면과 한반도평화체제 구축이라는 면에서 두 협정은 상호 연관성이 많다. 남북관계의 제도화 조치는 남북간의 남북기본협정을 체결하면서도 일면 다자간에 이루어질 한반도 평화협정 체결문제를 복합적으로 포함하게 될 것이다. 그래서 남북기본협정과 평화협정 간의 관계는 남북관계의 법적 성격과 함께 한반도평화체제의 공고화하는 차원에서 그 연관성을 살펴볼 필요가 있다.

현실적으로 판문점선언 직후 북미간 싱가포르 정상회담에서의 합의 이후 실무협의를 진행하고 있는 시점에서 한반도 평화협정은 주변국의 이해에 의해 그 당사자 문제의 복잡성을 보이고 있다.⁹⁵⁾ 한반도 평화협정의 형식과 내용은 여전히 논의 중에 있다. 한반도 평화협정은 남북정상회담과 북미정상회담의 주요 전제로 되어 있는 북한의 비핵화 문제의 진전에 따라 그 방향과 내용이 정해질 것으로 보인다. 사태 진전에 따라 전개방향은 다소 달라질 가능성이 있다. 다음에 양자의 관계에서 고려할 수 있는 부분을 간략하게 살펴본다.

95) 남북한, 미국과 함께 중국 및 러시아의 참여가 거론되고 있다.

첫째로 북한의 비핵화가 진전되지 않고 부정적인 방향으로 전개될 가능성에 대한 경우이다. ‘남북 기본 협정’이 갖는 성격상 남북간의 당사자간의 문제를 담는다는 점에서 남북 기본 협정을 체결하는 과정에서 북핵문제를 해결하기 위한 남북한이 갖는 고유한 영역에서의 역할을 강화할 필요가 있다. 남북의 분단의 특수성과 통일을 향한 특수관계의 적용을 통한 전개가 요청된다.

둘째로 한반도 평화체제 구축이 진전을 이루고 평화체제의 제도적인 근간을 이루는 평화협정이 비교적 단기간 내에 체결될 경우이다. 이 경우에는 남북 기본 협정은 중요성이 상대적으로 약화될 가능성이 있다. 한반도 평화협정이 빠른 시간내에 체결된다면 ‘남북 기본 협정’이 체결된다고 하더라도 협정의 내용과 의미는 평화협정에 포섭되어 상당히 그 의미가 약화될 것으로 보인다.

예상컨대 ‘남북 기본 협정’은 기본적으로 남북한 사이의 합의를 전제한다. 이에 비해 한반도 평화협정은 남북한 외에 한반도 주변국가들의 참가를 포함하게 된다. 협정의 당사자 주체는 남북한을 포함하여 미국과 중국 내지 러시아 등 참여에 따라 두 협정은 차이가 있다. 한편 ‘남북 기본 협정’과 평화협정은 공통적으로 한반도의 군사불가침, 남북 교류와 협력 등 한반도의 평화체제를 구축하는 내용을 담게 된다. 이 면에서 두 협정은 서로 중복적 내용을 포함하게 될 것이다. 여기에 두 협정간의 성격과 내용에 대한 중요성과 현실적 구속성을 함께 판단하여야 할 필요성이 검토될 수 있다.⁹⁶⁾

96) 임성택, “통일한국 법률통합작업의 문제점과 과제”(토론문), 제27회 법의 지배를 위한 변호사대회(심포지엄 II), 대한변호사협회, 2018. 8. 27, 77-80면.

제2절 남북기본협정의 주요 내용 분석

1. 새로운 남북관계의 성격 규명: 남북 특수관계에 대한 새로운 환경 반영

(1) 남북관계의 기본성격 반영

문재인정부는 북한의 핵실험 등의 도발로 인해 무너진 남북관계를 정상화하고 한반도의 평화를 실현하기 위한 목표를 설정하였다. 문재인정부의 대북정책 및 통일정책의 추진은 현실적으로 변화된 상황을 반영하여 접근되고 있다. 무엇보다 북한의 핵개발과 관련하여 전개되는 상황을 반영하고 있다. 북한의 비핵화와 한반도 평화체제 구축을 위한 포괄적 추진에는 쉽지 않은 과제로 북핵문제가 자리 잡고 있다. 한반도 평화의 비전을 만들어 나가는 데 있어 북한의 도발과 이에 대한 국제사회의 제재국면에서도 우리는 남북관계 개선을 통한 한반도 긴장관계 해소를 위한 조치가 강구된다. 다시 말해 북한 핵문제는 대북제재와 연관하여 정치외교적 안보문제의 해결과 함께 인도적 지원 및 경제교류의 활성화라는 과제가 중점적으로 겹쳐 있다는 점을 깊이 인식하여야 하여 접근하여야 한다. 그러나 남북관계의 갈등과 긴장이 있음에도 중요한 것은 통일과 통합이라는 최종 목표를 달성하기 위한 통일비전과 그 구체적 실천을 위한 준비가 요청된다.

‘남북 기본 협정’은 그 내용에 있어 전혀 새로운 사항에 대해 깊이 고민할 필요는 없다 할 것이다. 전술하였듯이 그 실효성에 대한 논란에도 불구하고 내용상 남북기본합의서는 남북 간 기본관계 설정에 대해 합의를 이루고 이에 대한 공감대를 형성하는 토대를 마련하고 있다. 그렇지만 남북기본협정이 남북기본합의서와 반드시 동일하지는 않다. 새로운 남북관계를 설정하고 한반도의 평화와 통일을 위해 새로 답아야 할 내용은 중요성을 감안하여 규정되어야 한다. 남북기본협정 내용은 남북기본합의서에 기초하되 새로운 남북관계의 성격을 반영한 내용을 담아야 한다.

여기서 강조되는 점은 무엇보다 남북 기본 협정이 한반도의 종전을 선언 하고 정전체제를 평화체제로 이행하는 과정에서 새로운 남북관계 시대적 성격과 소명을 반영하여야

한다. 이와 관련하여 북한이 2017년 12월 핵무력완성을 선언하고 대외적으로 핵협상을 시도하는 자세를 보이는 과정에서 북한의 체제안전의 보장을 전제조건으로 내세운 의도를 살펴볼 필요가 있다. 이는 남북정상회담과 북미정상회담의 선제적 조건으로 북한의 체제안전보장을 강조한 것에서 분명하게 표현되었다는 점에서 더욱 그러하다. 이 점은 앞서 언급하였듯이 북한에 대한 국가 승인 문제를 포함하는 것으로 볼 수 있다.

이 경우 현실적으로 대북관련 법령상 북한의 국가성을 부인하는 입장에서 규정된 사항에 대해 수정이 불가피성을 살필 수 있다. 이를 구체적으로 접근하면 남북한이 상호 국가성을 강화하고 서로 정상국가화를 지향하는 내용이 포함되어야 한다는 점을 의미한다. 그러나 북한에 대한 국가 승인 문제가 다시 갈등을 조장하고 국민의 분열적 쟁점이 된다는 점에서 신중할 필요가 있다. 이를 두고 역시 남북의 특수관계성에 대한 현실적 접근이 필요해진다. 특히 남북의 특수관계란 남북간의 관계를 중심으로 그 특별한 사정에 기초하여 다루어져 왔다는 점을 중시하여 보아야 한다. 이를 중심으로 하여 남북 기본 협정상의 남북관계를 설정할 필요성이 여전히 남아 있다고 볼 수 있다.

물론 남북간의 관계가 국가와 국가간의 관계로서 국제법적 관계에 기초하여 법적 관계를 형성하여 나간다면 보다 법제도적 성격이 명확해질 수 있다. 그렇지만 분단상황의 적대와 반목의 관계에서 교류와 협력의 관계를 발전시켜 나아가는 과정에서의 남북관계는 쉽게 국가간의 관계로 확정하여 다루기 어려운 환경에 있다. 이 점에서 남북의 특수관계에 대한 내용과 범위는 기존의 성격에서 보다 새로운 환경을 담는 내용으로 보완되어 나아가는 것이 바람직하다. 이로부터 남북기본합의서상의 특수관계와 남북 기본 협정상의 특수관계의 성격과 특징을 구별하여 다룰 수 있다.

판문점선언과 북미정상회담은 남북관계의 발전과 한반도 평화에 대한 기대를 높였다. 각 부분에서 남북간교류와 협력체제의 재개와 복원에 대한 논의는 새로운 남북관계를 형성하는 방안을 구체화하는 계기를 만들고 있다. 남북간 합의의 법적 효력문제가 제기되는 것은 바로 종래 남북간 이루어진 합의문서의 사문화와 함께 남북관계가 단절되는 부정적 경험에 따른 것일 수 있다. 특히 남북관계의 법적 성격과 북한의 법적 지위문제는

우리의 대북관련법령과 남북관련 법제의 효력에 대한 근본적인 쟁점이었다. 판문점선언이 이행 실천되는 과정에서 변화된 환경과 배경을 두고 다시 논의될 가능성이 크다.

현실적으로 남북의 특수관계론은 현재의 남북관계의 법적 성격을 구명하는 원칙적 입장을 제시하고 있다. 분단과 통일이라는 남북한이 모두 숙명론적 과제, 즉 통일을 목표로 하고 영구적 분단상태를 인정하지 않는다는 판단하에 특수관계론에 의해 남북관계의 법적 성격을 담고 있다. 이러한 남북의 특수관계론에 의해 우리는 대북관계의 성격을 규정하고 대북관련 정책의 헌법과 법률의 모순적 상황을 합리적으로 설명하는 논리를 만들어 왔다.

판문점선언의 현실적 실천에 의해 남북관계가 보다 발전되어 나아가는 경우 현실적으로 대북관련 법해석과 판례 등에 어떠한 영향을 미칠 수 있는가에 대해서 검토가 필요하다. 남북관계의 발전이란 의미가 현재의 남북관계의 법적 문제점을 해소하는 것이라면 남북분단하에서의 특수관계론도 발전적으로 내용을 구성하여야 한다는 견지에서 생각할 수 있다.

(2) 기본 남북간 합의의 구체적 규정 포함

전술하였듯이 남북기본협정은 그 내용에 있어 전혀 새로운 사항을 추가하는 것이 많지 않아 보인다. 이미 기존의 남북간 합의서 등이 기본적으로 중요한 사항에 합의하고 있기 때문이다. 이런 면에서 기본협정은 새롭게 전개되는 남북관계의 환경과 상황을 반영하여 기존 합의 내용을 잘 구성할 필요가 있다.⁹⁷⁾ 물론 좀 더 발전된 관계성을 감안하여야 하고 앞으로의 발전적 전개를 포함한 내용으로 구성되어야 한다.

다음에 남북기본협정에 담아야 할 내용으로 몇가지 점을 간략하게 살펴본다.

97) 임성택, “남북정상회담 후속조치 관련 법제도적 과제”, 『남북정상회담에 따른 법적 과제』 학술논문집, 법무부, 한국헌법학회, 통일과 북한법학회, 2018. 5. 30, 99~100면.

첫째, 남북 간 새로이 전개되는 환경변화 요인을 반영하여 남북관계의 기본성격을 규정할 필요가 있다. 이에 관해서는 남북간 특수관계에 대한 설명을 통해 살펴보았다. 기본적으로는 남북의 정치적 화해와 협력체제의 구축, 남북의 군사적 적대관계의 청산, 보다 진전된 남북 교류와 협력체제의 조성구축 등에 대한 내용이 될 것이다. 이는 남북의 통일의 기본적인 비전과 방향을 담는 것이 될 것이다.

둘째, 남북기본합의서와 세부합의서의 합의에도 불구하고 남북간 완전한 협력체제를 갖추지 못한 부분에 대한 보완이 필요하다. 돌아보면 금강산관광사업의 중단이 예기치 않은 관광객 피습사건에서 비롯되었고, 개성공단에서도 우리 주민의 신변안전에 대한 보장이 완전하게 이루어지지 못한 것에서 출발하였다는 점을 주목할 필요가 있다. 또한 개성공단을 포함하여 남북경협지구 내에서 구성원들에 대한 원활한 교통과 통신이 보장되지 못하여 많은 어려움을 겪어왔던 경험에 비추어 이러한 문제점을 해소하는 내용을 포함하여야 한다. 따라서 남북한 주민의 출입과 체류, 우편 및 통신 등에 대한 교류협력방안에 대해 구체적인 원칙과 내용이 포함되어야 한다.

셋째, 남북경협지구는 현재 금강산관광지구와 개성공단 이외의 지역에 대해서는 막혀 있는 상황을 극복하기 위하여 북한지역의 전체에 대한 남한의 투자를 보장하는 원칙이 마련되는 것이 바람직하다. 북한의 제한된 지역만의 남북경협과 교류협력을 벗어나 북한 지역에 대한 전반적인 경협이 가능하게 될 때 진정한 남북관계는 발전할 수 있다. 물론 북한의 남한에 대한 투자를 비롯한 경협 등 교류협력체제의 확대를 보장하는 것이어야 한다.

넷째, 남북간의 교류와 협력은 단순히 남과 북의 사이를 오고 가는 것이 아니라 상대방 지역을 통해 제3국으로의 진출입이 가능하도록 하여야 한다. 물론 상당 정도의 남북관계의 진전단계에서 고려될 수 있는 조치일 수 있음을 감안하여야 한다. 이를 기초로 하여 남북한 주민에 대한 신변보호 조치의 강화, 남북경협지구에서 생산된 물품의 북한 지역의 상품화와 판매보장, 이와 함께 제3국으로의 수출 등을 확대시킬 수 있는 원칙 등에 대한 합의내용을 포함하는 것은 중요하다.

다섯째, 남북은 서로 주권적 지위 보호라는 원칙에 따라 이른바 사법주권을 주장하여 왔다. 이는 필연적으로 남북의 상대방 지역에서 발생하는 분쟁에 대해 법제도적 조치에 의한 해결을 막고 있다. 정치적 면에서의 대결의식이 아직 남아있는 결과이기도 하다. 보다 현실적이고 개인적 이익의 입장에서 본다면 분쟁의 평화적 해결을 위한 법제도적 해결방안이 마련되어야 한다. 이를 위해서는 남북 간 민사 및 형사, 나아가 상사분쟁을 해결하기 위한 사법공조체제가 구축되어야 한다. 이는 앞서 언급한 신변안전보장과 함께 남북의 투자보장체제를 확고히 하는 과제에 해당한다. 남북의 교류협력체제가 활성화되고 강화되려면 남북협력지대 내에서 발생하는 각종 분쟁에 대한 해결방안은 반드시 마련되어야 한다. 이를 위해 사법적 차원에서 분쟁해결을 위한 구체적인 절차와 제도를 구축하여야 한다. 현재 남북이 각기 사법체제를 구축하고 있는 상황에서 서로 주권적 지위를 강조하면 분쟁해결절차에 대한 대안을 찾기란 쉽지 않다. 그럼에도 불구하고 분쟁해결을 위한 제도화는 시급히 요청되는 중요한 과제임을 고려하여 접근할 필요가 있다.

예컨대 남북은 상사분쟁해결을 포함한 4대 경협관련 합의를 채택하였지만 실질적인 기능과 효력을 발휘하지 못하였다는 현실을 감안하여야 한다. 이를 보완하는 해결절차를 위한 원칙적 합의내용을 기본협정에 포함하는 것도 생각할 수 있다. 남북간 상사중재위원회 구성과 운영에 대해 원칙적 합의를 이루었지만 실질적인 성과가 없는 현실은 남북의 현실을 그대로 보여주는 사례이기도 하다.⁹⁸⁾ 이와 함께 남북 간 당국과 주민과의 분쟁도 행정소송절차 등이 완비되고 신뢰를 얻기 전까지는 투자자중재(ISD)와 같이 중재절차에 포함시켜 해결하는 방법도 검토하여야 한다. 남북 당사자간 중재합의와 절차에 의한 해결이 여의치 않을 수 있다는 점을 고려하여 제3국 중재기관에의 해결방안에 대한 원칙적 합의도 포함하여 준비될 필요가 있다.

여섯째, 실질적인 남북경협 투자자의 권익을 보호하는 조치가 구체적으로 보장하는 내용을 포함되어야 한다. 남북관계의 법적 상태가 불안정한 상황에서 대북투자는 투자자의

98) 남북의 양측 동수의 위원으로 구성되는 위원회에서 결론을 도출하는 것은 현실적으로 어렵다. 따라서 제3국 중재원의 참가하는 절차를 통해 해결점을 찾는 것이 바람직하다. 임성택, 위의 글, 100면.

개인적 차원의 책임으로 다루어짐으로써 예기치 않은 상황에서 투자이익이 침해되었을 경우 이에 대한 정당한 배상 내지 보상이 부족한 사태가 발생하는 것을 방지하여야 한다. 다소 생소할 수 있지만 당국차원이 조치에 의해 남북경협에서의 투자가가 피해를 입는 경우에 이를 구제할 수 있는 제도적 조치에 대해 남북간의 합의를 통해 마련할 수 있는 방안도 검토할 수 있다.

2. 남북관계의 법적 성격의 공고화 방안

(1) 남북관계의 법적 관계화 구축

남북관계의 진전은 현실적으로 남북공동연락사무소의 설치 운영을 통해 알 수 있다. 기본적으로 국제법상 국가간의 정상적인 일반적인 외교관계는 대사관 설치를 통해 이루어진다. 그러나 현재 남북관계는 국가와 국가 간의 관계가 아닌 특수관계라든 점에서 국가승인을 전제로 하는 대사관 설치의 국제법상 불가능하다. 명시적으로 북한을 국가승인하지 않더라도 대사관을 설치하는 경우에는 묵시적인 국가승인에 해당되어 현행 헌법상 영토조항(제3조)에 저촉될 가능성이 높다. 국교가 수립되지 않은 정치적 실체 사이에는 일반적으로 이익대표부(Interest Section), 연락사무소(Liasion Office), 상주(상설)대표부(Permanent Mission) 설치 등을 통해 대외관계가 이루어진다.⁹⁹⁾ 이를 감안하여 남북간 공동연락사무소의 설치 배경을 알 수 있다.¹⁰⁰⁾

첫째, 대사관은 ‘외교관계에 관한 비엔나 협약’(Vienna Convention Diplomatic Relations)에 의해 국제법상 규율을 받는다. 이에 비해 이익대표부나 연락사무소, 상주대표부의 경우에는 명확한 국제기준이 확립되어 있지 않다. 현실적인 국가관행에 의해 대체로 이익대표부, 연락사무소, 상주대표부 순으로 대외관계의 격이 차이를 보인다.

99) 이에 관해서는 이규창, “통일한국 법률통합작업의 문제점과 과제”(토론문), 제27회 법의 지배를 위한 변호사대회(심포지엄 II), 대한변호사협회, 2018. 8. 27, 67-68면.

100) 이규창, “남북관계의 안정적 발전을 위한 법적 쟁점”, 『남북정상회담에 따른 법적 과제』 학술논문집, 법무부, 한국헌법학회, 통일과 북한법학회, 2018. 5. 30, 62-63면.

둘째, 이익대표부는 이익대표국 (또는 이익보호국, Protecting Power) 역할을 수행하는 제3국의 대사관에 자국 국민의 이익보호를 위해 설치하는 것으로 주로 비자발급, 무역 및 투자촉진 등의 업무를 수행하며, 소속직원은 대체로 외교사절의 신분상 특권을 보장받는다.¹⁰¹⁾

셋째, 연락사무소의 개념은 매우 넓다. 기업이나 사회단체, 지방정부가 외국의 기관이나 국제기구 등에 자신의 조직이익을 대변하는 사무소를 설치하는 경우에도 연락사무소라는 명칭을 사용한다. 다만, 미수교 국가 간의 연락사무소는 일반적으로 수교이전 또는 외교관계의 중단 상황에서 자국이익을 보호하기 위한 외교적 임무를 수행한다.¹⁰²⁾ 이익대표부 또는 연락사무소 개설은 종종 정상적인 국교수립으로 이어지기도 한다.¹⁰³⁾

넷째, 상주대표부는 외교관계가 부재한 국가 간의 상호 의사를 교환하고 양자관계를 조정, 연결하는 기능을 수행한다. 그 구성원들에게는 비록 외교사절에는 미치지 못하지만 상당한 면제와 특권이 부여된다. 구서독의 경우 “독일민주공화국(동독) 상주대표부에 대한 편의, 특권 및 면제 부여에 대한 법률”과 “독일민주공화국(동독) 상주대표부에 대한 편의, 특권 및 면제 부여에 관한 규정”에서 이를 규율하였다.

한편 한국과 대만은 1992년 한중 국교 수립으로 국교가 단절되면서 서울과 타이베이에 각각 대표부를 두고 있다. 상주 직원들에게는 업무 수행을 위해 필요한 범위 내에서 상호 주의 원칙에 입각하여 편의를 부여하고 있다.

101) 1990년대 독일과 북한의 수교 이전 북한은 베를린 주재 중국대사관에, 독일은 평양 주재 스웨덴 대사관에 각각 이익대표부를 설치했던 경우와 미국이 쿠바 주재 스위스 대사관에 설치, 운영하였던 이익대표부를 예로 들 수 있다.

102) 이와 관련하여 남북 간의 1992년 남북연락사무소 합의서는 남북 사이에 제기되는 제반 연락 업무 수행, 합의 사항 이행 관련 실무 협의 진행, 남북 사이의 각종 왕래 및 접촉에 따르는 안내와 편의 제공을 연락사무소의 기능으로 규정하고 있었다.

103) 미국과 중국의 연락사무소 개설(1973년)과 수교 (1978년), 미국과 베트남 간의 연락사무소 개설합의 (1995년1월)와 외교관계 정상화 (1995년 7월) 등을 예로 들 수 있다. 미국과 리비아에서도 이런 모습을 볼 수 있다. 카다피 리비아 국가원수가 대량살상무기 개발계획을 포기하자 양국은 2004년 이익대표부를 설치하였다. 양국은 2004년 이익대표부를 연락사무소로 격상하였고, 2006년에는 정식 국교 수립으로 발전되었다.

(2) 남북간 상주대표부 설치

‘남북 기본 협정’은 남북관계의 개선과 발전을 전제로 한다. 이는 보다 확고한 남북한의 법적 실체간의 합의에 의해 가능하다. 여기에는 남북한의 남북간 교류와 협력체제를 확립할 수 있는 기반을 조성할 것을 필요로 한다. 따라서 이러한 교류협력을 추진하기 위한 보다 공고한 협력체제가 요청된다.

이를 위해 남북간 상주대표부의 설치를 상정하는 내용을 검토할 수 있다. 상주대표부의 설치에 동서독기본조약에서의 그 사례를 찾아볼 수 있다. 국가간 외교관계에 입각한 대사관 설치가 아니라 상주대표부의 설치에 분단국의 특수관계를 감안한 접근이다. 앞서 언급하였듯이 남북기본협정이 남북한의 국가간의 관계를 설정한 것이 아니라 국가간의 관계가 아닌 남북한의 민족내부거래 관계에 기초하고 있다는 점에서 국가간의 외교관계를 법적으로 설정하는 대사관의 설치와는 다른 상주대표부의 설치를 말하는 것이다. 이러한 상주대표부의 설치에 동서독의 사례¹⁰⁴⁾와 중국-대만 간의 양안간의 사례에서 그 선례를 찾을 수 있다.

남북간 상주대표부의 설치와 상호 대사급 대표를 임명하는 문제는 새로운 것이 아니다. 이미 ‘판문점선언’은 남북공동연락사무소를 개성지역에 설치하기로 합의하고 있다. 돌아보면, 남북 간의 연락사무소 설치 합의는 2018년 4월 27일 남북정상회담에서 처음 나온 것은 아니다. 남북은 1991년에 남북기본합의서를 체결하면서 기본합의서 체결 후 3개월 이내에 판문점에 남북연락사무소를 설치하여 운영하기로 합의하였다. 이 합의의 후속조치로는 1992년 “남북연락사무소의 설치, 운영에 관한 합의서” (이하 “1992년 남북연락사무소 합의서”)를 체결하기도 하였다. 두 합의의 차이는 1992년 남북연락사무소 합의서는 판문점 공동경비구역안의 자기측 지역에 ‘각각’ 설립하는 것으로 규정하고 있다. 이에 비해 ‘판문점선언’은 개성지역에 ‘공동’연락사무소를 설치하도록 규정하고 있다는

104) 구 동서독은 1972년 동서독 기본조약 (제8조) 을 토대로 대사관을 설치하지 않고 상주대표부를 설치하였다. 동서독이 국가간의 관계가 아니라 분단국 특유의 특수관계의 성격을 반영한 것이며 이는 서독 입장에서 구동독에 대한 국가승인 문제를 회피하는 내용으로 평가되었다.

데에서 차이점을 찾아볼 수 있다. 개성지역의 남북공동연락사무소 설치 합의는 향후 재개될 수 있는 남북경협을 대비한다는 측면과 함께 향후 남북관계 재개시 제기될 수 있는 여러 현안을 남북이 공동으로 대응함으로써 남북관계를 발전시키고자 하는 의지를 나타내고 있다는 점에서 긍정적으로 평가된다.¹⁰⁵⁾

남북은 향후 정기적인 회담과 상호 방문 회담을 통해 긴밀하고 즉응적인 협의가 가능하여야 한다. 이를 통해 남북간에 서로 협력적인 관계의 수준과 격을 높여 나가야 한다. 따라서 여건이 보다 개선되는 경우에 개성지역의 공동연락사무소는 남북의 수도인 서울과 평양에 서로 각기 연락사무소를 설치하는 것이 바람직하다. 이러한 상황의 발전적 토대를 이루기 위하여 남북은 남북회담의 성과를 토대로 '남북 기본 협정'의 내용에 서울과 평양의 상주대표부 설치를 포함하는 방안을 강구하는 것을 검토할 수 있다.

돌아보면, 1992년 남북연락사무소 합의서는 연락사무소 소장을 국장으로 하도록 규정하고 있었다. 남북기본협정에 따른 향후 남북상주대표부를 설치할 경우에는 상호간에 대서급 인물을 상주대표로 임명함으로써 남북간 상호관계에서 실질적으로 국가성을 높여 나가야 방안을 검토할 수 있다. 당연히 기본적으로는 남북관계는 국가간의 관계가 아니라 특수관계의 성격에 입각하여 형성되는 단계이지만 좀 더 발전된 남북관계를 고려한 것이라 할 수 있다.

3. 남북간의 주민간의 인적 교류의 확대와 보장

(1) 인적 교류에 관한 양안관계 사례

남북의 주민간 자유로운 이동을 가능하게 하는 내용은 진정한 통합을 위해 성사되어야 할 핵심 과제에 해당한다. 이러한 점은 중국-대만 간의 양안관계 사례가 주는 시사점이 크다. 이와 관련한 중국과 대만의 양안 관련 법령을 상대적으로 살펴볼 수 있다.

105) 이규창, “남북관계의 안정적 발전을 위한 법적 쟁점”, 『남북정상회담에 따른 법적 과제』 학술논문집, 법무부, 한국헌법학회, 통일과 북한법학회, 2018. 5. 30, 63면.

먼저 중국의 관련 법제를 보면, 중국은 중국과 대만 양안 주민들의 정상적인 왕래를 보장하기 위하여 1991년 12월 19일 “중국공민의 대만지구 왕래 관리판법”을 제정하여 1992년 5월 1일부터 시행하고 있다. 이후 이 법을 보완하기 위하여 국무원 등에서 양안간 인적 왕래를 위하여 여러 법규와 조치를 발표하여 시행하고 있다. 양안 주민간의 혼인문제는 원칙적으로 중국 혼인법과 혼인등기관리조례를 적용하고, 절차 등 별도의 규정이 필요한 경우 보충적으로 법률을 제정하고 있다. 중국주민과 대만주민의 혼인등기관리를 위해 혼인법에 근거하여 1998년 12월 12일 “대륙주민과 대만주민의 혼인등기관리임시판법”을 제정하여 양안 주민간의 결혼, 이혼, 복혼 등기 절차에 대해 규정하고 있다.

다음 대만의 관련 법제를 보면, 대만은 “대만지구와 대륙지구 주민관계조례”(이하 “양안관계조례”)를 제정하여 양안교류의 기본원칙을 규율하고 있다. 이 조례 외에도 대만은 1993년 4월 30일 “대만지구 주민의 대륙지구 진입 허가판법”, 1993년 2월 8일 “대륙지구 주민의 대만지구 진입 허가판법”, 같은 날 “대륙지구주민의 대만지구 정주 및 거류 허가판법”을 제정하여 대만주민의 중국 출입, 중국주민의 대만 출입, 중국주민의 대만 정주 및 거주에 관한 법적 근거를 마련하여 시행하고 있다. 혼인정책과 관련하여 양안관계조례는 중국 배우자의 대만 거류 및 정주에 대해서도 규정하고 있다.

이미 우리는 분단과정에서 이산가족이 양산되었으며 6·25전쟁으로 월남한 북한주민이 실향민으로 남아 있고, 전후 탈북 등에 의해 발생한 이산가족의 사례가 많다. 이러한 상황을 감안하여 남북 기본 협정에는 남북주민의 상호 방문과 이주를 적법한 범위에서 가능하게 할 필요가 있다. 나아가 남북은 남북 주민간 상호 혼인이 법적으로 보호될 수 있도록 하여 개인의 권익이 침해될 수 있는 사각지대를 없애야 한다. 생각건대 남북 주민이 자유롭게 혼인하는 상태는 법적으로 남북 통합의 길을 실질적으로 여는 계기가 된다.

(2) 남북주민간 이주와 혼인 인정 방안 검토

‘남북 기본 협정’을 체결하는 상황은 보다 남북간의 인적 물적 교류와 협력체제가 강화되는 수준을 감안하여 판단할 필요가 있다. 여기에는 보다 자유로운 남북주민간의 상호

방문이 가능하게 되는 범위를 포함한다. 남북주민간의 상호 방문은 이산가족의 상봉과 연계되어 있다. 물적 교류는 경제협력체제의 강화를 의미한다. 이를 위한 절차와 방법, 내용 등에 대해서는 이미 많은 논의가 있었으며 다양한 방법이 고안되어 있다.

‘남북 기본 협정’은 남북한 주민의 왕래 및 이주와 혼인에 관한 전향적인 내용을 담고, 남북한의 관련 법제도를 이에 맞게 정비해 나갈 필요가 있다. 그 동안 남북교류협력에 대해서는 상당한 연구가 이루어졌고, 다양한 방안들이 제시되었지만 남북한 주민들의 이주와 혼인은 관심의 영역 밖에 머물러 있다. 그러나 남북관계의 발전에 있어 남북한 주민들의 이주와 혼인만큼 파급력이 큰 주제를 찾기 어렵다. 남북기본합의서와 1992년 체결된 “남북교류 협력의 이행과 준수를 위한 부속합의서”에 민족구성원들의 자유로운 왕래와 접촉이 규정되어 있고, 2000년 6.15 남북공동선언과 2007년 10.4 선언에서 사회문화 분야의 교류협력을 발전시키기로 합의하기는 하였지만 남북한 주민 간의 혼인 및 이주에 관해서는 아직 구체적인 합의가 없는 상황이다.¹⁰⁶⁾

판문점 선언 역시 ‘상호협력과 교류, 왕래와 접촉 활성화’라는 기본원칙 합의에 머물러 있다는 점을 보완할 필요가 있다. 남북 기본 협정이 이러한 상호 방문과 혼인 등을 보장하는 원칙을 정하다면 이를 근거로 하여 국내법적인 준비를 가능하게 할 수 있다.

4. 기 타

‘남북 기본 협정’은 이산가족의 상봉과 서신교환을 통한 결합을 중시하여야 한다. 비록 자연적 생명에 의해 그 수가 급격하게 감소하고 있지만 여전히 이산가족은 남북통일과정에서 해결하여야 할 과제이다. 더욱이 이산가족의 양상은 새로운 형태로 부각되고 있다. 북한이탈주민에 대한 지원과도 연계되어 있어 복잡한 구조를 가지고 있다. 시급한 사항인 만큼 기본협정에 이를 해결하기 위한 획기적인 조치가 반영되어야 한다.

106) 이규창, “남북관계의 안정적 발전을 위한 법적 쟁점”, 『남북정상회담에 따른 법적 과제』 학술논문집, 법무부, 한국헌법학회, 통일과 북한법학회, 2018. 5. 30, 64면.

아울러 경제협력이 우선적으로 다루어지겠지만 경제교류뿐 아니라 역사, 언어, 교육, 과학기술, 문화예술, 체육 등 다양한 분야의 남북교류를 촉진할 수 있는 내용을 구체화하여 정하여야 한다. 인도적 지원사업도 재개되어야 하고, 특히 지원을 넘는 개발협력사업이 추진되어야 한다.

앞서 언급한 원칙적 내용은 실천적 기구의 구성과 운영에 의해 실질적인 실천과 이행이 보장된다. 따라서 남북간의 대화와 협력을 상시화하고 의견 차이를 논의하기 위한 각 분야의 남북공동위원회 등 기구를 구성하는 방안을 구체화하여야 한다. 예컨대 남북연락사무소를 평양과 서울에 설치하는 문제가 이에 해당한다. 남북기본합의서의 사례에서 남북간 각종 위원회가 구성되어 운영된 경험이 있다. 예를 들면 남북화해공동위원회, 남북군사공동위원회, 남북교류협력공동위원회 등이 그러하다. 남북 기본 협정은 이들 남북공동위원회의 구성과 운영에 대한 원칙과 내용에 대한 합의사항을 구체적으로 제시하되, 실질적이고 체계적인 발전방안을 포함하여야 한다.

한편 남북기본협정은 기존의 합의 내용을 존중하고 보완하는 것과 함께 새롭게 전개되는 남북관계의 환경과 발전국면을 반영하는 내용을 포함하여 생각할 수 있다. 기존 남북간 합의를 존중하기 위해서는 위세서 언급한 내용에 비추어 볼 때, 신변안전보장 조치를 제도화를 위해 신변안전은 물론 영사관련 협정을 체결하는 것을 검토할 수 있다. 남북간 통행보장과 관련하여서는 해운에 관한 합의가 있는 만큼 아직 합의의 기반과 틀을 만들지 못하고 있는 항공 관련 협의 등을 구체화하는 것이 필요하다. 이러한 조치가 이루어지는 경우에는 국내법과의 충돌문제를 검토하여 법적 문제점을 해소하는 방안을 마련하여야 한다.

제6장 ‘남북 기본 협정’의 체결의 문제점과 과제

제1절 문제점

제2절 과 제

제3절 ‘판문점 선언’의 법적 성격과 ‘남북 기본 협정’

제6장

‘남북 기본 협정’의 체결의 문제점과 과제

제1절 문제점

2005년 제정된 ‘남북관계발전법’은 남북 사이의 교류협력의 증가와 남북 회담에 따른 법적 문제에 대응하기 위한 입법이었다. 이 법은 남북합의서의 법적 실효성을 부여함으로써 남북관계의 안정성과 일관성을 확보하는 과제 해결에 대한 기대를 일부 충족하였다. 따라서 이 법의 실행으로 남북합의서의 법적 효력 확보를 위한 구체적인 규정들을 포함하고 있다. 특히 이 법은 남북합의서의 정의(제4조 제3호)와 경과규정을 두어 남북합의서의 범위와 효력 확보 절차(체결 비준 및 공포절차: 제21조, 제22조) 및 효력범위(제23조) 등을 규정하였다.¹⁰⁷⁾

남북관계발전법상 남북합의서 관련 규정이 갖고 있는 문제점을 지적하는 견해들이 있다. 이러한 지적은 남북합의서의 법률적 효력과 관련하여 헌법적 문제도 포함하고 있다는 점에서 유의하여 살펴볼 필요가 있다. 그러한 논의는 다음과 같이 요약할 수 있다.

1. 남북합의서의 정의

남북관계발전법은 남북합의서를 “우리 정부와 북한당국간 문서의 형식으로 체결된 모든 합의”라고 정의한다. 이 정의를 문면상으로 해석할 경우 기존 ‘6·15공동선언’과 같이 법적 구속력을 인정받지 못하고 신사협정으로 정의된 합의서도 이 법상 남북합의서로

107) 박정원, “‘남북합의서’의 헌법적 문제”, 앞의 논문, 86~89면.

볼 수 있다는 문제가 발생한다.¹⁰⁸⁾ 이는 남북합의서의 법적 구속력의 확보와 관련하여 국제법적 효력 발생을 의도하여 체결된 합의서로 한정할 것인지, 혹은 문면대로 그 내용이나 국제법적 효력 발생의 의도와 상관없이 우리 정부와 북한 당국 간 체결된 모든 문서를 남북합의서로 볼 것인지가 문제가 된다는 것이다.

이러한 문제에 대해 신사협정과 같이 법적 구속력을 의도하여 체결된 것이 아닌 합의서는 남북합의서에 포함되지 않는다는 견해¹⁰⁹⁾와 그 반대로 명백히 신사협정도 포함되는 견해¹¹⁰⁾가 있다. 특히 후자의 견해는 남북합의서의 체결과정에서 그 중요성을 떠나 그 성격이 신사협정 또는 조약인지 여부의 판단, 조약의 경우 국회의 동의를 요하는지의 여부에 대한 논란을 할 필요가 없다는 점을 지적한다. 이 법에 의해 조약성 내지 신사협정성의 여부를 따질 필요가 없이 발효절차를 밟게 되었다는 것이다. 다만, 국회동의를 요하는 합의서인지의 여부에 대한 판단기준을 제시하여 신사협정의 논리로 그 법적 효력 문제를 내세울 수 없다는 것이다.

이와 관련한 사례로는 2007년 남북정상회담의 평양방문일정 합의서의 경우 내용의 단순성에도 불구하고 남북관계발전법상 남북합의서로서 발표절차를 거쳐 같은 해 8월 21일 남북합의서 제17호로 관보에 공포된 것을 들 수 있다. 또한 2007년 ‘10·4 선언’이 조약 또는 신사협정의 성격에 대한 논란이 있음에도 불구하고 국무회의를 거쳐(8월 30일), 비준(11월 5일), 공포(11월 18일) 절차를 거친 것도 같은 조치라 할 것이다.

이렇듯 법상 규정만을 보면 신사협정에 해당하는 합의를 제외한다는 해석을 하기에 는 무리가 있어 보인다. 이에 대하여 이 법의 제정목적이 조약의 성격을 갖는 남북합의서를 조약과 유사한 절차를 통해 법규범화하는 데에 필요한 절차를 규정하는 것이라는 취

108) 한명섭, “남북합의서의 법적 성격과 법제화 방안”, 앞의 논문, 102면.

109) 이효원, 『남북교류협력의 규범체계』, 앞의 책, 254면; 이규창, “‘남북관계발전에 관한 법률’의 분석과 평가 - 남북한 특수관계 및 남북합의서 관련 조항을 중심으로 -”, 『남북교류와 관련한 법적 문제점(5)』, 법원행정처, 2006, 166면.

110) 김계홍, “‘남북관계발전에 관한 법률’에 따른 남북합의서의 발효절차에 관한 사례연구 및 개선방안에 관한 고찰”, 『법제』, 통권 제51호, 법제처, 2008. 3, 61면.

지에 중점을 둔다면 신사협정에 불과한 남북합의서는 포함되지 않는다는 해석이 무리가 아니라는 견해가 있다.¹¹¹⁾

이러한 논란에도 불구하고 남북 기본 협정은 남북 간의 관계를 설정하고 법제도적으로 남북관계의 발전적 조치를 보장할 수 있는 규범으로서의 역할이 제대로 발휘되도록 하는 것이 중요하다.

2. 남북합의서의 체결·비준 및 공포 절차의 이원성

(1) 국내법적 효력의 근거 모호

남북관계발전법은 남북합의서의 체결·비준 및 공포에 관한 절차에 대하여 헌법과는 별도의 절차규정을 두고 있다. 우리 헌법체제상 남북합의서가 국내법상 법규범으로 인정되기 위해서는 “헌법에 의하여 체결·공포된 조약”이 되어야 한다. 이 법은 남북합의서에 대하여 남북관계의 특수성, 대북한 관계의 특수한 상황을 고려하여 별도의 헌법에 준하는 절차를 두고 있다. 이러한 규정 때문에 남북합의서가 헌법 제6조제1항에 의하여 국내법과 같은 효력을 확보하는지에 대해 논란이 제기된다.

이는 남북합의서의 국내법적 효력을 부여하는 법적 근거가 모호하다는 점을 쟁점으로 한다. 남북합의서가 조약과 같은 성격을 가지고 있는 경우 헌법에 근거하여 체결·공포한 조약이 아니라 남북관계발전법에 의하여 체결·공포한 것이 되어 헌법적 근거가 아닌 법률적 근거에 의한 것이 된다. 이 경우에 조약적 성격의 남북합의서는 분명한 법적 근거를 찾기 어려워진다.

이를 해결하기 위하여 남북합의서에 대해 법적 구속력이 인정되어 조약으로 볼 수 있는 경우에는 남북관계발전법 제21조 제3항이 헌법 제60조 제1항을 입법적으로 확인한

111) 남북관계발전법 규정에 따른 문리해석상 남북합의서에 신사협정도 포함된다는 해석에 대한 문제점에 대해서는 한명섭, “남북합의서의 법적 성격과 법제화 방안”, 앞의 논문, 103~104면.

것이라고 하면 결과적으로 헌법에 근거하여 조약을 체결할 것으로 해석하게 되면 문제가 되지 않을 수 있다는 견해가 있다.¹¹²⁾

그러나 법상 남북합의서에 신사협정도 포함된다고 볼 경우에 제21조 제3항을 djjeig게 이해하는 가에 따라 문제의 소지가 있다. 예컨대 정책적 입장을 고려하여 북한과의 합의서를 체결할 때, 그 내용이 중대한 재정적 부담을 지우거나 입법사항에 해당하는 것이라도 의도적으로 법적 구속력을 받지 않기 위해 신사협정의 성격으로 체결하는 것을 예상할 수 있다. 이 경우에도 국회동의를 받도록 하는 것은 헌법상 규정의 입법적 확인과는 성격이 다르다는 점을 고려할 필요가 있다. 남북관계발전법 제21조 제3항은 동의대상인 남북합의서의 조약 또는 신사협정으로서의 성격에 따라 법적 의미에서 큰 차이가 발생하게 된다. 이 법에서 규정한 남북합의서의 국회동의 절차의 강제적 적용은 헌법과 법률상 효력문제를 야기할 가능성을 안고 있다. 결과적으로 법률이 헌법규정과 달리 신사협정에 대해 국회동의를 받도록 강제하는 것이 되어 위헌문제의 소지가 있을 수 있다는 지적이 그러하다.¹¹³⁾

(2) 공포 형식

공포된 남북합의서는 조약 또는 대통령 등의 항목으로 분류하지 않고 ‘남북합의서 제()호’라는 형식에 의해 정의되고 있다. 남북관계발전법은 국회의 동의 또는 국무회의의 심의를 거친 남북합의서는 ‘법령등 공포에 관한 법률’에 따라 대통령이 공포하도록 하고 있다(제21조). 정부의 남북합의서에 대한 공포 조치는 법령공포법의 규정에 따라 공포한 것이 아니라 법적 근거없이 이 법률을 준용하여 공포한 것이 되어 그 적법성에 대해 문제의 소지가 있다. 이러한 조치는 조약의 성격을 지닌 남북합의서를 실질적으로는 조약으로 보면서도 형식적으로 조약으로 취급하지 않고 이원화하는 조치에 의한 문제로 발생하고 있다.

112) 한명섭, 위의 논문, 같은 면.

113) 한명섭, 위의 논문, 104-105면.

3. 경과조치

남북관계발전법은 법 시행전의 국회동의를 받아 체결·비준된 남북합의서는 이 법에 의한 남북합의서로 본다(부칙 제2항). 이에 의하면, 법 시행 전에 체결된 남북합의서 중에 추후 법제화를 필요로 하는 경우 남북관계발전법에 의한 비준공포 등의 절차를 거쳐 법제화하기 어렵다는 문제가 발생할 수 있다.¹¹⁴⁾

제2절 과 제

생각건대 남북관계발전법에 의해 남북합의서에 대한 법제화는 이 법의 규정에 따라 이루어지게 되었다. 이 경우에 지적된 대로 우리의 헌법질서 내에서 이 법은 위헌적 소지가 있음을 알 수 있다. 이 점은 남북관계의 특수성이라는 성격을 과도하게 적용한 조치에 의해 발생하고 있다. 물론 남북관계의 특수성은 북한을 국가로서 승인하지 않은 가운데 남북간 합의문서를 법적 효력을 갖는 것으로 보고 그 실천과 이행을 보장하려는 목적에서 그 정당성을 말할 수 있다. 남북관계의 특수성이란 남북의 분단이라는 정치적 상황을 배경으로 하고 있고, 이에 기초한 법적 구조를 반영하는 것이다. 그러나 남북의 특수관계론은 남북관계의 법적 제도적 관계로 발전하는 과정에서 법적 안전성과 일관성을 해칠 수 있는 가능성을 내포하고 있다.

이에 비추어 남북합의서의 법적 효력문제는 남북의 특수관계론 속에서도 다른 접근을 통해 그 해결방안을 찾을 수 있는 가능성이 있다. 현재 북한에 대해 국제법적 국가승인을 부인하고 있다. 이는 북한과 체결한 합의서에 조약성을 부여하기를 주저하는 요인이기도 하다. 그렇지만 북한의 법적 지위 문제를 다루는 데에 있어 북한과의 조약을 체결한다고 해서 바로 북한의 국가성을 승인하는 문제는 별개로 다룰 수 있다. 다시 말해 북한과의

114) 한명섭, 위의 논문, 106면.

조약을 체결한다고 해도 바로 북한의 국가성을 승인하는 것은 아니라는 점이다. 이러한 논의가 가능함에도 불구하고 남북관계의 법적 성격문제에 대해 정치적 상황에만 몰입되어 남북합의서를 조약의 성격과 차별되는 것으로 법을 규정함으로써 법률적 문제점이 발생하는 것이다.

이러한 법률적 문제를 해소하기 위해서는 헌법질서와 규정에 적합하도록 단순화하는 것이 바람직하다. 그것은 조약과 남북합의서를 굳이 차별화하여 다루지 말고 북한과 체결하는 합의서가 법적 효력의 발생을 의도하여 채택되는 경우에 그 남북합의서는 조약과 동일한 절차와 공표형식을 통하여 효력을 발생하는 방법을 택하는 것이 바람직하다.¹¹⁵⁾

법리적으로 보아 남북합의서의 체결은 북한을 조약체결 당사자로서의 지위를 인정하는 의미를 부여하게 된다. 비록 우리가 북한과 조약을 체결한다고 해서 바로 북한을 국가로 승인하는 것은 아니다. 법상 조약성을 갖춘 남북합의서의 채택과 북한의 국가성의 인정문제는 별개로 볼 수 있다. 이러한 논리는 남북기본협정을 체결하는 데에 있어서도 마찬가지로 동일하게 적용될 수 있다.

제3절 ‘판문점 선언’의 법적 성격과 ‘남북 기본 협정’

판문점 선언은 조약법적으로 볼 때 그 법적 성격은 ‘조약’이고, 분단국인 남북관계의 특수성에 의하면 일종의 ‘특수조약’이라고 보아야 한다. 주된 쟁점으로는 과연 판문점 선언이 현재 국제법 학계와 실무에서 조약의 성립요건인 “국제법적 창출효과를 의도하였는가”하는 점을 들 수 있다.

비록 판문점 선언이 국제법적 조약의 징표인 엄밀한 법적 체계(장·절 구조, ‘합의한다’라는 표현, 발효 조항)를 따르지 않았다 하더라도 남북의 조약체결권자들(문재인 대통

115) 남북합의서의 체결절차에 대한 논의는 김광길, “남북합의서의 체결절차 연구”, 『統一과 法律』, 통권 제16호, 법무부, 2013. 11, 26-36면 참조.

령과 김정은 국무위원장)이 국제법적 효과를 창출할 의사를 가지고 합의한 것으로 볼 수 있는가 하는 점이다. 다음에 이에 관한 사항을 언급한다.

첫째, ‘판문점선언’은 한반도 평화를 위한 남북정상간의 회담을 통해 채택되는 과정에서 전 세계의 이목이 집중되는 가운데 채택되었다. 이는 남북한의 최고통치권자이면서 헌법상 조약체결권자인 문재인 대통령과 김정은 국무위원장이 이 선언의 이행을, 다시 말해 이 선언에 대해 국제법적 창출효과 의도를 만천하에 공표한 것이라는 의미를 부여할 수 있다. 따라서 조약의 성립요건에 관한 국제법학계의 통설적 견해에 의하면, 판문점 선언은 단순히 신사협정이나 정치적 선언이 아닌 ‘법적 구속력’을 가지는 일종의 조약, 특히 남북관계의 특수성을 고려한 일종의 조약으로 보아야 한다.¹¹⁶⁾

둘째, 신사협정이나 정치적 선언에서 징표가 되는 본문의 ‘선언한다’라는 표현 대신 ‘……해나가기로 하였다’라고 한 표현이 있다. 이는 조약의 성격을 나타내는 징표의 표현으로써 ‘(합의)하였다’라고 볼 수 있다. 또한 판문점 선언의 발효와 관련해서도 이미 문재인 대통령은 남북관계발전법에 정해진 발효절차를 밝기로 공언한 바가 있다. 실제로 남북관계의 안정성과 실효성을 위해 국회의 비준 동의를 구하기로 하였는데 이는 판문점 선언의 민주적 정당성을 강화하기 위하여 대통령의 집행권한 행사인 조약체결 과정에 입법부 참여를 고려한 것이라고 볼 수 있다.

거듭 강조하건대 문재인정부의 이러한 정책의 목표와 전략은 2018년 2월 평창올림픽을 시작으로 4월 남·북 정상회담과 ‘판문점 선언’으로 결실을 맺게 되었다. 이는 6월 12일 싱가포르에서 개최된 첫 북미 정상회담에서 확인되었다. 이에 따라 남북간의 통합을 대비한 비전은 보다 중요한 과제로 떠오르고 있다.

판문점선언과 북미정상회담은 남북관계의 발전과 한반도 평화에 대한 기대를 높였다. 각 부분에서 남북간 교류와 협력체제의 재개와 복원에 대한 논의는 새로운 남북관계를

116) 박정원·이석범, “남북기본합의서의 법적 성격에 관한 비판론적 검토”, 『국민대학교 법학논총』, 제43집 제3호, 국민대 법학연구소, 2011, 155-159면.

형성하는 방안을 구체화하는 계기를 만들고 있다. 남북간 합의의 법적 효력문제는 바로 과거 남북간 이루어진 합의문서의 사문화와 함께 남북관계가 단절되는 부정적 경험에 따라 비롯하는 것이라고 볼 수 있다. 특히 남북관계의 법적 성격과 북한의 법적 지위문제는 우리의 대북관련법령과 남북관련 법제의 효력에 대한 근본적인 쟁점이었다.

korea
legislation
research
institute

제7장 결론

제7장

결론

문재인 정부는 국정과제의 하나로 남북관계의 법제도화를 제시하고 있다. 여기에는 통일국민협약, 남북기본협정, 평화협정 등이 포함되어 있다. 이는 남북관계 법제도화는 국내의 국민적 합의기반 구축, 남북간 합의, 국제적 보장 등을 통하여 한반도의 평화와 번영을 가져오기 위한 구체적인 과제로서 순차적인 추진을 전제하고 있다. 그 가운데 한 과제가 바로 ‘남북 기본 협정’의 체결을 제시하고 있다. 우리 정부의 설명에 의하면, 남북 기본협정은 “남북관계의 지속가능한 발전”을 담보하고 “한반도 평화정착을 제도화”하는 데에 있어 중요한 과제로 설정되어 있음을 알 수 있다. 더욱이 문 대통령은 남북기본협정은 국회의 비준동의 절차도 거치고,¹¹⁷⁾ UN총회의 지지결의까지 밟겠다는 입장도 표명하였다. 이러한 자세는 종래의 남북간 합의에 대한 경시풍조를 버리고 남북 간 합의에 규범력을 부여할 뿐만 아니라 국민적 공감대를 획득하고 국제사회의 지지를 얻겠다는 강한 의지를 보인 것이다.

남북 기본협정의 체결과 관련하여 앞서 언급한 대로 남북관계에서도 동서독기본조약과 같은 의미를 가지는 ‘남북기본합의서’를 체결한 경험이 있음을 상기하여야 한다. 1990년대 초반 소련과 동구 사회주의 국가가 붕괴하고 체제전환을 하는 시기에 체결된 남북기본합의서는 남북관계의 주요 분야를 망라하는 합의를 한 것으로 매우 전향적인 내용을

117) 이와 관련하여 문 대통령은, 지난해 6.15선언 17주년 기념식 참석한 자리에서도 “1972년 7.4 남북공동성명으로부터 1991년 남북기본합의서를 지나 2000년 6·15공동선언까지, 그리고 그 토대 위에서 2007년 남북관계 발전과 평화번영을 위한 10·4 정상선언으로 발전시켜 왔다”며 “남북당국 간의 이러한 합의들이 지켜졌더라면, 또 국회에서 비준되었더라면 정권의 부침에 따라 대북정책이 오락가락하는 일은 없었을 것이다. 그래서 남북합의를 준수하고 법제화 하는 일은 무엇보다 중요하다”고 강조한 바 있다.

담는 것이었다. 현재 시점에서 보더라도 남북기본합의서의 내용은 기본적으로 충실하고 상세하며 몇몇 합의는 이상적인 내용을 담고 있다. 남북 간 화해와 협력(정치), 불가침(군사), 경제 사회 부문의 교류협력(교류협력)에 관한 기본적인 틀을 정한 것이다. 무엇보다 이 합의서를 통해 남북은 통일을 지향한다는 목표에 합의하고 이를 달성하기까지 남북간 특수관계라는 잠정적 남북관계의 성격에 대해 기본적인 인식을 같이 한다는 점을 확인하였다.

더욱이 남북기본합의서는 이행과 실천을 뒷받침하기 위한 남북간 여러 공동기구를 구성 운영하도록 하여 남북관계의 제도화를 위한 시스템 구축을 시도한 점은 주목된다. 예컨대 남북화해공동위원회, 남북군사공동위원회, 남북교류협력공동위원회 및 남북연락사무소 등 주요한 기구의 구성·운영을 위한 합의서는 남북기본합의를 구체적으로 실행하기 위한 후속 조치 사항을 규정하여 일정기간 가동되기도 하였다. 세부합의서들은 분야별 집행능력을 발휘할 수 있도록 하여 합의사항의 이행과 실천을 향한 진전된 모습을 보였다. 그러나 이러한 진전도 남북기본합의서의 법적 효력이 뒷받침되지 않아 쉽게 그 기능과 역할이 중단되는 사태를 빚고 말았다.

이에 남북기본합의서가 그 이행과 실천에 의해 실현되지 않은 이유의 하나로 이 합의서에 대한 법적 효력을 부여하려는 의지가 부족하였다는 점을 들 수 있다. 이렇듯 남북기본합의서의 효력발휘에 대한 의지가 약화되거나 결여되어 있는 것은 합의서의 법적 구속력을 확보하기 위한 법적 절차를 소홀히 하는 결과로 나타났다. 보다 구체적으로는 남북기본합의서에 대한 국회의 비준 동의 절차가 애써 회피되거나 누락되었다는 점이다.

이에 비해 독일의 사례를 보면 우리와는 다른 점을 보여주었다. 동서독 기본조약은 제 10조에서 “이 조약은 양독 의회의 비준을 요하며 비준 후 비준서의 교환과 함께 효력을 발생한다”고 명시하고 있었다. 이에 비해 남북기본합의서는 발효 절차에 관한 규정이 있을 뿐이어서 남북 양측의 대의기관에서의 비준동의 규정을 두지 않았다. 결과적이지만 동서독기본조약이 독일헌법재판소의 판결에 의해 합헌결정을 얻은 것과는 달리 우리는 남북기본합의서의 성격이 신사협정이라고 사법적으로 판단되고 있다. 즉, 남북기본합의

서의 성격에 대해 우리 대법원, 헌법재판소는 단순히 신사협정이어서 조약성을 부인하고 있다. 이로써 남북기본합의서가 남북관계가 악화된 상황에서 남북관계의 발전을 추동할 수 있는 지렛대로 활용되지 못하였다. 또한 규범적으로도 남북기본합의서가 여타 남북관계 관련법령의 근본규범으로서의 성격을 가지고 남북관계를 개선할 수 있는 결정적 역할을 하지 못하는 한계를 가질 수밖에 없었다.

이러한 경험에 비추어 볼 때 남북관계의 지속가능성을 확보하기 위해서는 남북관계의 중요사항을 기본협정으로 체결하고 남북 양측의 대의기관에서의 소정의 절차를 거쳐, 즉 의회의 비준동의를 거쳐 법적 규범력을 확보하는 것이 필요하다. 이러한 절차는 결국 통일정책을 헌법적 기초 위에 두는 것이고 남북관계의 발전을 법치적으로 추진하는 것이 된다. 강조하건대 향후 남북관계는 법치의 예외적 조치로서 통치행위라는 잘못된 관념에서 벗어나 법치주의의 관점에서 재정립되어야 한다. 이는 남북관계의 발전이 국민적 동의는 물론 국제사회의 지지를 이끌어 내는데 필수적임을 깊이 인식하여야 한다.

이러한 남북간 합의(서)에 대한 법적 효력을 부여하는 절차를 무시한 것은 이번 판문점 선언에서도 반복되어 나타나고 있음을 우려된다. 이미 남북기본합의서의 체결과 효력문제에 대한 쟁점에 비추어 남북간 합의문서에 대한 법적 효력을 확보할 수 있는 충분한 해결방법¹¹⁸⁾을 찾을 수 있었다. 그럼에도 불구하고 판문점선언의 이행과 실천에 있어 국회 비준동의 문제가 정치화하는 것은 남북관계의 건전한 발전과는 어울리지 않다. 남북관계의 법제도화와 대북정책의 법치주의화라는 원칙에서 다루어지는 것이 바람직하다.

이러한 경험에 비추어 ‘남북 기본 협정’은 남북 양측의 국민적 합의에 기초하여 체결되는 것이 바람직하다. 기본적으로 통일정책에 대한 국민적 합의는 공론화와 사회적 논의를 필요로 한다. 이 과정에 각계 전문가가 참여하는 것은 필수적이다. 남북 간의 합의와 합의서를 채택하는 데에 있어 특히 법률전문가의 참여는 필수적이다. 그동안의 남북간의 소중

118) 판문점선언을 채택하면서 이론적으로 조약으로서의 형식과 효력을 갖는 법적 문서로서의 형식과 체재를 갖출 수 있었음에도 불구하고 이를 간과한 것은 남북관계의 법제도화의 원칙을 강조한다는 면에서 보면, 남북기본합의서의 효력문제와 관련하여 제기된 경험과 교훈을 무시한 불비한 대응이었다고 할 수 있다.

한 합의들이 사문화되는 배경에는 모호한 합의와 합의서에 대한 법적 효력을 애써 부정하려는 소극적 인식이 깊이 자리잡고 있기 때문이다. 남북 사이의 합의에 대한 법적 효력의 부여는 남북관계 발전과 개선에 대한 자신감의 발로일 수 있다. 그래서 남북간 협정 체결의 과정과 절차에서 법제도적 측면의 뒷받침은 절대적으로 필요하다. 남북기본협정도 남북관계의 법제도화와 통일정책의 법치주의화를 실현한다는 점에서 보다 법적 측면에서의 접근과 도출이 요구된다.

무릇 ‘남북 기본 협정’은 통일정책의 원칙과 대강을 담게 된다는 점에서 무엇보다 국민적 합의의 기반 위에서 성립되어야 한다. 민주주의국가에서 국민적 합의기반은 대의제민주주의 하에서 국민의 대의기관, 즉 국회에서의 논의와 합의를 통해 완성된다. 결국 입법 사항에 의해 법률로 의결된다면 국민적 합의를 인정하는 의미를 가지게 된다. 그래서 남북기본협정에 대한 국회비준 동의문제를 다루는 의미를 찾을 수 있다. 줄곧 강조되어왔듯이 통일정책에 대한 국민적 합의는 사회적 논의를 통해 결집되고 공론화되는 것이 바람직하다. 이 점에서 남북기본협정의 체결과정에서 보다 구체적으로는 남북기본협정 추진 관련 공론화 기구의 구성이 필요하다고 생각한다. 구체적인 사안과 내용에 대한 전문적인 자문의 역할을 할 수 있는 기구의 설립이 고려될 수 있다.¹¹⁹⁾

강조하건대 ‘판문점선언’ 이후 남북관계가 새로운 환경을 맞고 있는 시점이지만 남북관계의 이상적 미래는 쉽게 확정되지 않은 것이다. 실제로 한반도의 주변환경은 남북간의 합의의 실행과정이 험로일 것임을 예상하게 한다. 그러함에도 불구하고 남북기본협정에 대한 사전적 검토와 준비는 남북관계의 미래를 설계하는 의미가 있다는 점에서 이 논의가 도움이 되기를 기대한다.

119) 이에 대해 남북기본협정 추진위원회 및 자문위원회의 구성이 거론된다. 임성택, 위의 글, 98면.

korea
legislation
research
institute

참고문헌

참고문헌

- 「4.27 남북정상회담에 따른 법적 과제」 학술논문집, 법무부, 한국헌법학회, 통일과 북한 법학회, 2018. 5. 30.
- 김계홍, “「남북관계발전에 관한 법률」에 따른 남북합의서의 발효절차에 관한 사례연구 및 개선방안에 관한 고찰”, 『법제』, 통권 제603호 (2008. 3).
- 김광길, “남북합의서의 체결절차 연구”, 『統一과 法律』, 통권 제16호, 법무부, 2013. 11.
- 김명기, “남북기본합의서의 법적 성격”, 『국제문제』, 통권 제260호(1992. 4).
- 김명기, “남북기본합의서의 법적 성질”, 『법학논총』, 제6권(1993. 3.), 송실대학교 법학연구소, 1993.
- 김승대, “남북한간 특수관계의 법적 성격에 관한 일고찰”, 『법조』, 제44권 제3호(통권 462호)(1995), 31면 각주 26) “Introduction to the Law of Treaties, Paul Reuter, English translation, 1989. London.
- 김성주, “남북합의서와 관련된 법적 문제”, 『통일사법정책연구』(서울: 법원행정처, 2009).
- 도회근, “남북정상회담의 헌법적 의의”, 『남북정상회담에 따른 법적 과제』 학술논문집, 법무부, 한국헌법학회, 통일과 북한법학회, 2018. 5. 30.
- 민주사회를 위한 변호사모임 통일위원회, 『통일과 법률 I』(서울: 민주사회를 위한 변호사모임, 2001).
- 박윤흔, “남북기본합의서 이행에 따른 남북교류협력 법령의 보완발전 방향”, 『법학』, 제34권 제1호(91호 1993. 2), 서울대학교 법학연구소, 1993.

- 박정원·이석범, “남북기본합의서의 법적 성격에 관한 비판론적 검토”, 『국민대학교 법학논총』, 제43집 제3호, 국민대 법학연구소, 2011.
- 박정원, ‘남북합의서’의 헌법적 문제, 『통일과정의 헌법적 문제』, <헌법재판소 창립 25주년 기념 학술대회> 발표논문집, 헌법재판연구원, 2013.
- 박정원, “‘남북합의서’의 헌법적 쟁점과 과제”, 『憲法學研究』, 제19권4호 (한국헌법학회, 2013. 12).
- 박정원, “통일한국 법률통합작업의 문제점과 과제”(토론문), 제27회 법의 지배를 위한 변호사대회(심포지엄 II), 대한변호사협회, 2018. 8. 27.
- 박종철, “남북기본합의서 체제의 평가와 유산”, 『남북기본합의서 20년, 역사적 의미의 재조명』, 통일연구원, 2012.
- 박정원, “북한의 법제정(입법) 체계의 분석 및 전망”, 『법제연구』, 제53호 (한국법제연구원, 2017).
- 박철언, 『바른 역사를 위한 증언 2』(서울: 랜덤하우스중앙, 2005).
- 법무부, 검삼 01254-42/1992. 4. 9.
- 손학규, “남북합의서의 실천보장방안”, 『국회보』(1992. 3).
- 양영희, “북한의 법적 지위”, 『통일사법정책연구(1)』(서울: 법원행정처, 2006).
- 유병화, “남북기본합의서의 법적 성격”, 『법학논집』, 제27집(1992), 고려대학교 출판부, 1992.
- 이규창, “남북관계발전에 관한 법률’의 분석과 평가 - 남북한 특수관계 및 남북합의서 관련 조항을 중심으로 -”, 『남북교류와 관련한 법적 문제점(5)』, 법원행정처, 2006.

- 이규창, “남북관계의 안정적 발전을 위한 법적 쟁점”, 『남북정상회담에 따른 법적 과제』, 학술논문집, 법무부, 한국헌법학회, 통일과 북한법학회, 2018. 5. 30.
- 이규창, “남북관계 발전 및 제도화를 위한 법제개선방안”, 성기영 외, 『평화와 번영의 한반도: 남북관계의 재정립과 한반도 신경제구상』, 세종: 경제 인문사회연구회, 2018
- 이근관, “남북기본합의서의 법적 성격에 대한 고찰”, 『일감법학』, 제4권(1999. 12), 건국대학교 법학연구소, 1999.
- 이동복, “남북기본합의서, 무엇이 문제인가”, 『통일』(1992. 8).
- 이상훈·금창섭, “남북기본합의서 및 남북경협합의서의 법적 성격에 대한 고찰”, 『남북 법제개선연구보고서』(서울: 법제처, 2003).
- 이영진, “통일전 동서독과 남북한의 법적 관계 고찰”, 『법학연구』, 제6권(1994), 충북대학교 법학연구소, 1994.
- 이장희, “동서독 기본조약에 대한 연구”, 『대한국제법학회논총』(1992. 12).
- 이장희, “독일통일의 국제법적 조명”, 허영 편저, 『독일 통일의 법적 조명』(서울: 박영사, 1994).
- 이장희, “남북기본합의서의 법적 성격과 실천방안”, 『국제법학회논총』, 제43권(1998).
- 이장희 공저, 『남북합의문서의 법적 쟁점과 정책 과제』(서울: 도서출판 아사연, 아시아 사회과학연구원, 2007)
- 이주현, “남북한 특수관계의 의미”, 『남북교류와 관련한 법적 문제점(1)』(서울: 법원행정처, 2002).
- 이효원, 『남북교류협력의 규범체계』(서울: 경인문화사, 2006).

- 임성택, “남북정상회담 후속조치 관련 법제도적 과제”, 『남북정상회담에 따른 법적 과제』 학술논문집, 법무부, 한국헌법학회, 통일과 북한법학회, 2018. 5. 30.
- 임성택, “통일한국 법률통합작업의 문제점과 과제”(토론문), 제27회 법의 지배를 위한 변호사대회(심포지엄 II), 대한변호사협회, 2018. 8. 27.
- 임동원, 『피스메이커』(서울: 중앙북스, 2008).
- 장명봉, “통일 및 관련 법제의 쟁점과 전망”, 『법제연구』, 제35호(2008)
- 정세현, “남북기본합의서의 법적 성격과 정치적 의의”, 『통일문제연구』, 제4권 제1호 (1992).
- 제성호, “기본합의서의 법적 성격과 효력”, 『국제법학회논총』, 제37권 제1호(1992).
- 제성호, “남북기본합의서의 법적 성격 - 서울고등법원 97구18402판결(1998. 7. 16. 선고)을 중심으로”, 『서울국제법연구』, 제5권 제2호(1998).
- 제성호, “남북기본합의서의 법적 성격 - 민변의 북한주민접촉신청관련 대법원 판결 분석 (대법원 제2부 1999. 7. 23. 선고 98두14525판결)”, 『국제판례연구』, 제1집 (1999).
- 제성호, “남북합의서에 대한 국내법적 효력부여 문제”, 『법조』, 통권 제571호(2004. 4).
- 제성호, 『남북한관계론』(서울: 집문당, 2010).
- 최대권, “남북합의서와 관련된 제반 법문제 - 특히 「특수관계」의 의미를 중심으로”, 『법학』, 제34권 제3·4호(93호, 1993. 12.), 서울대학교 법학연구소.
- 최승환, “남북교류협력의 활성화를 위한 기본원칙과 법적·제도적 개선방안”, 『서울국제법연구』, 제1권 제1호(1994).

- 최창동 편저, “동·서독기본조약에 관한 서독 연방헌법재판소의 결정문(1973. 7. 31)”, 『분단국가의 법적 지위』, 법률행정연구원, 1996.
- 한명섭, “남북합의서의 법제화방안”, 『남북합의서 법제화방안 토론회』 국회의원 이미경 주최, 2007.
- 한명섭, “남북관계의 안정과 발전을 위한 법제도 개선”, 『통일법제 인프라 확충을 위한 쟁점과 과제』, 통일부/서울대학교 헌법·통일법센터, 2017. 9. 15.
- 한명섭, “남북정상회담 이후 남북관계 법제화의 쟁점과 전망”, 제8회 통일법포럼 발표문, 한국법제연구원, 2018. 5. 30.
- 한명섭, “통일한국 법률통합작업의 문제점과 과제”, 제27회 법의 지배를 위한 변호사대회 (심포지엄 II), 대한변호사협회, 2018. 8. 27.
- 허전, “남북기본합의서와 헌법”, 『법학연구』, 제5권(1993. 12.), 충북대학교 법학연구소, 1993.
- 허태수, “남북기본합의서의 법적 성격에 관한 고찰”, 『국회입법조사월보 1,2』(1993).
- 『남북정상회담에 따른 법적 과제』 학술논문집, 법무부, 한국헌법학회, 통일과 북한법학회, 2018. 5. 30.
- 통일원 남북대화사무국 편, 『남북대화』, 통권 제47호~제56호. 통일원, 『남북대화 사료집 회의록편』, 제1권~제20권 참조
- 통일부, 『주간북한동향』, 제377호(1998. 4. 4.~4. 10.).
- 통일부, 『통일속보』, 제98-2호(1998. 4. 18).
- 통일부, 『통일속보』, 제98-6호(1998. 6. 23).

『계간북한동향』(민족통일연구원, 1997. 9).

통일원, 『통일백서』(1992. 12).

통일원, 『남북기본합의서 해설』, 1993.

「통일한국 법률통합작업의 문제점과 과제」, 제27회 법의지배를 위한 변호사대회 심포지엄 II 발표논문집, 대한변호사협회, 2018. 8. 27.

한국일보, 1998. 6. 27.

한국일보, 1998. 6. 30.

서울고등법원 제7특별부 97구 18402 북한주민접촉신청사건불허처분취소 청구사건 판결

대법원 98두14525 북한주민접촉신청불허처분취소 청구사건 판결

1997년 1월 16일 선고한 헌법재판소 89헌마240 사건 결정문

「조선신보」, 2009. 1. 30. 보도

림동춘, “국제조약의 성립요건”, 『김일성종합대학학보:역사법학』, 제49권 제3호(2003).

“Gunter Schmid, Die Deutschlandpolitik der Regierung, Brandt/Scheel (tuduv Verlags-Gesellschaft, 1975)”

L. Oppenheim, International Law, 8th ed., Vol. I (London: Longmans, 1955).

통일법제 연구 18-19-①-03

남북관계의 법제화 방안 연구
남북기본협정 체결의 법제적 연구

2018년 8월 29일 인쇄
2018년 8월 31일 발행

발행인 | 이 익 현

발행처 | 한국법제연구원
세종특별자치시 국책연구원로 15
(반곡동, 한국법제연구원)
전화 : (044)861-0300

등록번호 | 1981.8.11. 제2014-000009호

홈페이지 | <http://www.klri.re.kr>

값 7,000원

1. 본원의 승인없이 전재 또는 역재를 금함. ©
2. 이 보고서의 내용은 본원의 공식적인 견해가 아님.

ISBN : 978-89-6684-849-2 93360

저자명

박 정 원

학 력

국민대학교 법학박사
(현) 국민대 법과대학 교수, 학장

연구실적 및 논문

중국, 헌법학실사 연구(상, 하). <공역>

북한민법 주석 <공저>

남북합의서의 헌법적 쟁점과 과제

개성공단의 법제도 개선 과제: 국제화와
관련하여

남북관계의 법제화 방안 연구

남북기본협정 체결의 법제적 연구

KLRI KOREA LEGISLATION
RESEARCH INSTITUTE



ISBN 978-89-6684-849-2

값 7,000원