

통일법연구 © 헌법이론실무학회
제2권 (2016. 10), 127~150

남북관계 발전을 위한 남북기본합의서의 법적 지위의 승격

양 정 윤*

목 차

I. 머리말

II. 남북기본합의서의 내용과 법적 성격의 검토

1. 남북기본합의서의 체결과 주요 내용
2. 남북기본합의서의 법적 성격에 대한 논쟁과정
3. 남북기본합의서의 법적 성격에 대한 검토

III. 남북관계 발전을 위한 남북기본합의서의 법적 접근

1. 정부의 인식부재와 남북합의서의 불안한 지위
2. 남북기본합의서의 통일기본합의서로서의 법적 승격

IV. 맺음말

* 고려대학교 법학연구원 연구원

초 록

최근의 남북관계는 사드배치와 핵무기 문제로 급격히 냉각하고 있다. 미사일을 요격하는 사드는 레이더로 전방의 시설을 탐지하는 미국의 전략방어체제로 정부는 2016년 7월 13일 경상북도 성주군 성산포대에 배치한다고 발표하였고, 9월 9일 북한은 5차 핵실험을 단행하여 탄도 미사일 탑재용 소형 핵탄두를 최초로 핵폭발 실험을 하면서, 남북한 간에 긴장이 감돌고 있다. 이러한 긴장관계는 사실 지난 2016년 2월 10일 정부가 북한의 핵실험과 장거리 로켓 발사에 대한 제재 차원으로 개성공단 가동을 사실상 전면중단한 결정과 연계선상에 놓여 있는데, 이러한 개성공단 폐쇄조치는 그동안 노력하였던 남북관계의 발전가능성을 원점으로 돌려 한순간에 물거품이 되어 버린 형국이다. 최근 9월 21일 국회 대정부질문에서는 개성공단이 반년이 넘게 가동이 중단된 상태이고, 피해에 대해 정부가 내어 놓았던 대책이 제대로 실행되지 않고 있는 것으로 나타났다. 개성공단기업들은 하루하루를 힘들게 운영하고 있고, 그 직원들은 생계가 위기에 처해있는 실정이다. 분단된 민족으로 출발한 이후 군사정부가 끝나기까지 경색되었던 남북관계가 1980년대 후반 소련의 고르바초프의 개혁과 개방정책에 의하여 사회주의국가의 냉전체제가 해체되는 과정에서 1991년 9월 남북한 유엔동시 가입, 그리고 12월 13일 남북기본합의서를 채택한 이후로, 그동안 남북관계를 점진적으로 발전시켜오면서 상당한 결실이 있었던 것은 부인할 수 없다. 1991년 12월 13일 채택한 남북기본합의서를 기초로 하여 2000년 6.15 남북공동선언과 함께 남북교류협력의 하나로 동년 8월 9일 개성공업지구건설운영에 관한 합의를 체결하여 통일로 가는 남북교류협력을 마련하여 현재에 까지 이르고 있었던 것이다. 그러나 2012년 이후로 북한의 김정은 체제에서 핵무기에 대한 과시를 외부로 보이면서, 미국의 안보정책과 맞물려, 이명박 정부이후로 남북관계에 있어서 사드배치 등 군사적 대립으로 진행하여 왔고, 결국 북한내부의 불안정한 정치와 맞물리면서 북한의 핵무기에 대한 정부의 성급한 판단으로 남북관계의 근간을 이룰 수 있는 개성공단의 운영을 전면중단이라는 폐쇄의 조치를 취함으로써, 남북관계의 발전에 대한 먹구름이 드리워진 상황이다. 이러한 상황에서는 현재의 남북관계를 어떻게 풀어가야만 할 것인지에 대한 고민을 함에 있어서, 남북관계의 출발점이라고 할 수 있는 남북기본합의서를 기초로 하여 그에 대한 현실적 접근을 하여야 할 필요성이 있어 보인다.

주제어

남북관계발전, 남북기본합의서, 남북교류협력, 통일, 법적 대화, 점진적 발전

I. 머리말

지난 2016년 2월 10일 정부는 2월 7일 북한의 핵실험과 장거리 로켓 발사에 대한 제재 차원으로 개성공단 가동을 전면 중단하기로 발표하면서, 사실상 개성공단 폐쇄 조치로 그동안 노력하였던 남북관계의 발전가능성은 원점으로 돌아간 상황이다. 당시 대부분의 신문들이 이러한 정부의 성급한 발표에 대하여 비난을 하였다.¹⁾ 경향신문은 “정부는 이번 결정에 대해 개성공단을 대북제재 수단으로 활용하겠다는 의도에 따른 것으로 남북관계의 완전한 단절을 의미하고, 지난 김대중, 노무현 정부의 남북관계에서의 노력에 대한 결과의 흔적을 완전히 지운 조치”라고 하였고, 국민일보를 이를 “뒷걸음치는 남북관계”로, 한겨레신문도 “정부가 사드 주한미군 배치 논의 시작 결정으로 동북아 정세에 회오리바람을 일으킨 데 이어 개성공단 전면 중단까지 결정해 한반도 평화를 유지할 최소한의 안전판마저 제거했다는 비판과 우려가 제기된다.”고 하였다. 이러한 우려의 목소리는 분단된 민족으로 출발한 제헌국회 이후 군사정부가 끝나기까지 경색되었던 남북관계가 1980년대 후반 소련의 고르바초프의 개혁과 개방정책에 의하여 사회주의국가의 냉전체제가 해체되는 과정에서 1991년 9월 남북한 유엔동시 가입, 그리고 12월 13일 남북기본합의서를 채택한 이후로, 그동안 남북관계를 점진적으로 발전시켜온 노력의 결과물이어서였다.²⁾ 즉 남북기본합의서를 기초로 하여 2000년 6·15남북공동선언과 함께 남북교류협력의 하나로 8월 9일 개성공업지구건설운영에 관한 합의를 체결하여 이후 남한의 자본과 기술, 북한의 토지와 인력이 결합하여 통일로 가는 남북교류협력을 마련하여 현재까지 이른 것이었다. 남북한은 2000년대 후반으로 오면서 남북통일의 기운이 완연하였고, 곧 통일이 될 것 같았다. 그러나 2008년 김정일의 뇌졸중 발병 후 2011년 김정일이 사망하여 2012년 김정은의 세습이 정당화되면서, 북한 내부의 이전 군부세력에 대한 김정은의 숙청과정에서 긴장관계가 북한내부와 외부에서 연일 조성되고, 이로 인하여 북한내부의 김정은의 정치력을 보이기 위하여 외부로 핵무기에 대한 과시를 보이면서, 미국의 안보정책에 걸림돌로 작용하였고, 이후 한국에서의 사드배치 등의 군사정책과 더불어 다시 한반도가 경색된 것이다. 하지만 사실 2000년대에도 이러한 미국의 군사정책은 지금과 다르지 않았다. 2000년 초반에 부시정부가 9.11테러사건으로 인하여 적대적 국가에 대하여 군사적으로 강경책을 사용하였고, 그 이후에도

1) 이진우, 개성공단 전면 중단-남북관계 경색 가속화 우려, 한국기자협회, 2016.2.11.

2) 김진무, 중장기적인 남북기본합의서에 기초한 한반도 평화체제 구축방안 정립-한반도 평화체제와 남북기본합의서, 북한연구, Vol.1. No.439 [2008], 북한연구소, 2008, 71-72쪽.; 박정원, 이석범, 남북기본합의서의 규범적 의미와 그 적용에 관한 일고찰, 법학논총 Vol.25 No.2 [2012], 국민대학교 법학연구소, 2012, 80-82쪽.

후임 미국대통령들은 핵무기에 대해서는 국외정책에서는 변하지 않는 강경한 자세를 취하였다. 다만, 이명박 정부이후로 남북관계에 있어서 사드배치 등 군사적 대립으로 진행하여 왔고, 북한내부의 불안정한 정치와 맞물리면서 북한의 핵무기에 대한 정부의 성급한 판단으로 남북관계의 근간을 이룰 수 있는 개성공단의 운영을 ‘전면’ 중단이라는 폐쇄의 조치를 취함으로 인하여, 남북관계가 앞으로 발전할 수 있을 것인지에 대한 먹구름으로 작용하였다. 2016년 2월 10일의 개성공단 전면중단 사건이후 지금까지 약 7개월 정도밖에 지나지 않았지만, 개성공단의 전면중단이라는 현실은 이제 돌이킬 수 없는 상황으로 가고 있다. 이러한 현재의 시점에서 1991년의 남북기본합의서를 법적 관점에서 어떻게 바라보아야 할 것이며, 미래의 숙제로 남아있는 남북통일의 염원을 위하여 남북발전의 관계를 어떻게 풀어가야만 할 것인지에 대해서 진지한 고민을 하여야 할 때인 것으로 보인다. 이러한 점에서 이하에서는 1991년 12월 13일 제정한 남북기본합의서의 내용과 법적 성격을 우선 검토해 보고, 그 이후에 남북관계 발전에 있어서 남북기본합의서는 어떻게 실천적으로 접근하여야 할지에 대해서 순차적으로 검토하여 보기로 한다.

II. 남북기본합의서의 내용과 법적 성격의 검토

1. 남북기본합의서의 체결과 주요 내용

남북기본합의서는 1980대 후반 사회주의권의 개혁·개방 및 탈냉전이라는 세계정세 변화를 배경으로 노태우 대통령 재임기간인 1990년 9월부터 1991년 12월 사이에 5차에 걸친 남북고위급회담을 통하여 1991년 12월 13일 제5차 남북고위급회담에서 남북한 단일문건으로 「남북 사이의 화해와 불가침 및 교류·협력에 관한 합의서」로 체결한 것이었다.³⁾ 이러한 남북기본합의서에 대하여 당시 김일성은 1992년 1월 1일 로동신문에서 “남북기본합의서가 채택된 것은 통일을 실현하는 길에서 새로운 이정표를 마련한 역사적 사건으로 현시대의 추세를 옳게 반영한 가장 정당한 통일강령”이라고 하면서, “남북기본합의서를 평화통일을 위한 과정으로 여기고 그 이행을 위하여 모든 노력을 다할 것”이라고 하였고,⁴⁾ 노태우 대통령은 1992년 2월 19일

3) 정규섭, 남북기본합의-의의와 평가, 통일정책연구 Vol.20 No.1 [2011], 통일연구원, 2011, 5쪽.

4) 당시 북한의 김일성은 “북남사이의 화해와 불가침 및 협력·교류에 관한 합의서’가 채택된 것은 조국통일 3대원칙을 관철하기 위한 전민족적인 투쟁과정에서 이룩된 커다란 승리이며 조국통일을 실현하는 길에서 새로운 이정표를 마련한 역사적인 사변으로 됩니다. 7·4 남북공동성명과 더불어 이번에 채택된 북남합의서는 조국을 자주적으로, 평화적으로 통일하려는

‘남북기본합의서 발효에 즈음한 특별담화문’을 통하여 “남과 북은 이제 불행했던 분단의 역사를 청산하고 공동번영과 통일의 길로 함께 나서게 되었고, ... 신뢰를 바탕으로 화해와 불가침, 교류와 협력을 실천해 나가야 할 것이며, ... 이것이 평화를 정착시키고 나아가 통일로 이르는 지름길”이라고 하였다.⁵⁾ 즉 당시의 남한과 북한의 남북기본합의서에 대한 입장은 남북기본합의서가 평화통일을 위한 합의서로 여기기하여 남북 간의 불가침, 남북 간의 교류협력을 통하여 평화통일의 이행하는 남북한의 공식적 문서였다. 이러한 공식적인 문서로서의 성격은 1991년 12월 13일 남북기본합의서를 체결한 남북한 대표가 남한은 국무총리인 정원식, 북한은 정무원 총리인 연형묵이었다는 점, 그리고 남북합의서 제25조에서 “이 합의서는 남과 북이 각기 발효에 필요한 절차를 거쳐 그 문본을 서로 교환한 날부터 효력을 발생한다.”는 절차적 효력규정을 두었다는 점에서도 나타난다.

남북기본합의서⁶⁾의 서문을 살펴보면, 1) 평화통일의 염원, 2) 7.4남북공동성명에서 천명된 조국통일 3대원칙의 재확인, 3) 정치·군사적 대결상태의 해소와 민족적 화해, 4) 무력에 의한 침략과 충돌방지와 긴장완화 및 평화보장, 5) 다각적인 교류·협력을 실현과 민족공동의 이익·번영 도모, 6) 국가 간의 관계가 아닌 통일을 지향하는 잠정적 특수관계 인정, 7) 평화통일을 성취하기 위한 공동의 노력에 대한 다짐을 규정하고 있다.

남과 북은 분단된 조국의 평화적 통일을 염원하는 온 겨레의 뜻에 따라, 7.4남북공동성명에서 천명된 조국통일 3대원칙을 재확인하고, 정치 군사적 대결상태를 해소하여 민족적 화해를 이룩하고, 무력에 의한 침략과 충돌을 막고 긴장 완화와 평화를 보장하며, 다각적인 교류·협력을 실현하여 민족공동의 이익과 번영을 도모하며, 쌍방 사이의 관계가 나라와 나라 사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계라는 것을 인정하고, 평화 통일을 성취하기 위한 공동의 노력을 경주할 것을 다짐하면서, 다음과 같이 합의하였다.

남북기본합의서의 본문을 살펴보면, 제1장은 남북화해로, 상대방의 상호 체제존중(제1조), 상호 내부분쟁 간섭금지(제2조), 상호 비방·중상 금지(제3조), 상호 파괴·전

우리 민족의 일치한 요구와 자주, 평화에로 나아가는 현시대의 추세를 옳게 반영한 가장 정당한 조국통일강령입니다. ... 우리 공화국 정부는 이번의 역사적인 합의문건들을 조국의 자주적 평화통일을 위한 길에서 이룩한 고귀한 결실로 여기고 그 리행을 위하여 모든 노력을 다할 것입니다”라고 하였다; 로동신문, 1992년 1월 1일; 정규섭, 앞의 논문, 2011, 17쪽 본문과 각주 32번) 재인용.

5) 통일원, 통일백서 1992, 458-459쪽; 정규섭, 앞의 논문, 2011, 17쪽 본문과 각주 34번) 재인용.

6) 통일부 > 남북 사이의 화해와 불가침 및 교류·협력에 관한 합의서 (약칭 남북기본합의서), 1991년 12월 13일 체결, 1992년 2월 19일 발효.

북 행위금지(제4조), 정전상태를 평화상태로 전환하기 위한 공동의 노력과 현재의 군사협정의 준수(제5조), 국제무대에서의 대결과 경쟁 중지, 민족의 존엄과 이익을 위한 공동의 노력준수(제6조), 긴밀한 연락과 합의를 위하여 합의서 발효 후 3개월 이내에 판문점에 남북연락사무소 설치운영(제7조), 합의서 발효 후 1개월 이내에 남북화해에 관한 합의이행과 준수에 대한 구체적 대책과 협의를 위한 남북정치분과위원회 구성(제8조)을 규정하고 있다.

제2장은 남북불가침으로, 상호 무력사용 및 무력침략금지(제9조), 대화와 협상을 통한 평화적 의견대립과 분쟁해결(제10조), 불가침 경계선과 구역은 1953년 7월 27일 군사정전에 관한 협정에 규정된 군사분계선으로(제11조), 불가침의 이행과 보장으로 위하여 합의서 발효 후 3개월 이내에 남북군사공동위원회 구성·운영과 구체적인 문제의 협의(제12조),⁷⁾ 우발적 무력충돌방지를 위한 쌍방 군사당국자 사이에 직통전화의 설치·운영(제13조), 합의서 발효 후 1개월 이내에 불가침에 관한 합의이행과 준수 및 군사적 대결상태해소의 구체적 협의를 위한 남북군사분과위원회 구성(제14조)을 규정하고 있다.

제3장은 남북교류·협력으로, 민족경제의 통일적·균형적 발전, 자원의 공동개발, 민족 간의 물자교류, 합작투자 등 경제교류·협력의 실시(제15조), 과학기술, 교육, 문화예술, 보건, 체육, 환경과 신문, 라디오, 텔레비전 및 출판물 등 여러 분야에서 교류·협력의 실시(제16조), 민족구성원들의 자유로운 왕래접촉의 실현(제17조), 가족친척들의 자유로운 서신거래·왕래실시와 자유의사에 의한 재결합실현 등의 인도적 문제의 대책강구(제18조), 끊어진 철도와 도로연결, 해로·항로 개설(제19조), 우편·전기통신교류에 필요한 시설 설치·연결, 우편·전기통신 교류비밀의 보장(제20조), 국제무대에서의 경제와 문화 등 여러 분야에서 상호협력·공동진출(제21조), 각 분야의 교류협력 실현을 위하여 합의서 발효 후 3개월 이내에 남북경제교류협력공동위원회 및 부문별 공동위원회 구성·운영(제22조), 합의서 발효 후 1개월 이내에 남북교류협력에 관한 합의이행과 준수의 구체적 대책협의를 위한 남북교류협력분과위원회 구성(제23조)에 대하여 규정하고 있다.

마지막으로 제4장은 수정과 발효로, 쌍방합의에 의한 수정·보충가능(제24조), 남북 간의 발효에 필요한 절차를 통한 문본교환으로 인한 효력발생(제25조)을 규정하고

7) 남북기본합의서 제12조에서는 “남과 북은 불가침의 이행과 보장을 위하여 이 합의서 발효 후 3개월 안에 남북군사 공동위원회를 구성·운영한다. 남북군사공동위원회에서는 대규모 부대이동과 군사연습의 통보 및 통제문제, 비무장지대의 평화적 이용문제, 군인사교류 및 정보교환 문제, 대량살상무기와 공격능력의 제거를 비롯한 단계적 군축 실현문제, 검증문제 등 군사적 신뢰조성과 군축을 실현하기 위한 문제를 협의·추진한다.”고 하여 구체적인 문제를 협의하는 규정을 두고 있다.

있다.

2. 남북기본합의서의 법적 성격에 대한 논쟁과정

그런데 이러한 남북기본합의서는 서문에서 “국가 간의 관계가 아닌 통일을 지향하는 잠정적 특수관계의 인정”을 선언하였고, 정부는 국가 간의 조약으로 분류하지 않았다. 그렇기 때문에 당시 이와 같은 남북기본합의서가 국내법적으로 규범력을 가질 수 있는 것인가에 대한 논쟁이 있었다. 신사협정에 불과하는 견해와 그 규범력을 인정하여 조약이라고 보는 견해를 대표적으로 들 수 있다. 당시 규범력을 인정하지 않는 신사협정으로 보는 견해는 남북기본합의서는 그 실체에 있어서 남북한 당사자의 의도가 조약이라는 국가승인의 효과를 회피하였다는 점에서는 신사협정이라고 보아야 한다고 하면서, 결국 남북기본합의서의 내용은 정치가들의 신의에 의하여 서로 언약으로 자발적 이행을 담보하는 정책수행상의 약속에 불과하여 그 법적 구속력은 없다고 하였다. 다만, 정치적 책임이나 도의적 구속력이 있어, 그 신의에 의하여 약속을 이해하지 않으면 정치적 비난을 받을 수 있다고 하면서도, 하지만 남북관계의 특수성에서 남북이 신의로서 한 정치적 언약으로 그 이행을 위해서는 현실정치에서 자기점점의 과정을 거쳐서 실현가능성을 살펴서 실행하여 나가지 않으면 안 된다고 하였다.⁸⁾ 조약으로 보는 견해는 남북기본합의서는 국제법상 국제적 주체로 보아야 하며 문서에 의한 명시적이고 공식적인 합의이므로 조약으로 보아야 한다면서, 서문에서 잠정적 특수관계라고 선언한 것은 제1조에서 남과 북은 상대방의 체제를 인정하고 존중한다는 것과 같은 맥락으로 통일이전의 상호간의 정치적 실체를 인정·존중 한다는 의미이고, 쌍방은 이미 UN에 동시에 가입한 상황이므로 국제법상으로는 국제적 주체를 인정받았으며, 또한 남북한 대표가 총리급으로 하여 명시적으로 공식적으로 각 절차를 통하여 남북한의 노태우 대통령과 김일성 주석의 재가를 받고 확인하여 문서를 교환함으로써 효력을 발생한 것이므로, 당사자로서의 의사표시와 절차상의 완료를 갖추었기 때문에, 조약성립에 하자가 발생할 수 없다고 하였다. 더불어 국제법상 조약은 교전단체, 분리단체 등과도 인정되기 때문에, 정전협정으로 인한 교전상태임을 이유로 조약을 인정할 수 없다는 것은 타당하지 않다고 하였다.⁹⁾ 즉 남북한은 대내적으로 보면 교전단체, 분리단체로 불충분한 지위로 보일 수

8) 안병준, 남북기본합의서 후의 남북한 관계와 평화체제, 통일문제연구 Vol.4 No.1 [1992], 국토통일원, 1992, 50-55쪽.

9) 조약법에 관한 비엔나 협약 제2조 제1항에서는 조약이라 함은 단일의 문서 또는 둘 그 이상의 관련문서에 구현되고 있는가에 관계없이, 그 특정의 명칭에 관계없이 서면형식으로 국제법에 의하여 규율되는 국제법 합의를 의미한다고 규정하고 있다; 이응중, 잠정적 특수

있으나, 대외적으로는 UN을 통하여 그리고 조약의 국제법상 국제적 주체의 당사자로서도 문제가 없음으로 조약이라고 보아야 한다는 것이었다.¹⁰⁾ 1992년 당시의 정부 입장은 남북기본합의서가 국가 간의 정식조약은 아니지만 분단국을 구성하는 대한민국과 조선민주주의인민공화국이라는 두 정치실체간에 이루어진 '특수한 성격의 합의서'라고 하면서 국민적 합의를 토대로 기본합의서상의 발효절차에 상응하는 소정의 절차를 거쳐, 즉 헌법 제88조 제1항에 따라 국무회의의 심의와 대통령의 승인을 거쳐, 국무총리와 국무위원이 부서하여 완료하였다고 하였다. 다만, 이 남북합의서가 법적 성격을 갖는지에 대한 명시적 언급은 없었다. 하지만 정부의 언급은 결국 남북기본합의서는 고시조약과는 다르게 헌법상의 조약체결에 필요한 절차과정을 모두 거쳐서 발효하였다는 의미였다.¹¹⁾ 그런데 특이하게도, 1997년에 이르러 김영삼 정부는 헌법재판소에 남북기본합의서는 남북관계를 '나라와 나라 사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계'임을 전제로 하여 이루어진 합의문서로서, 이는 한민족공동체 내부의 특수관계를 바탕으로 한 당국 간의 합의로서 남북당국의 성의있는 이행을 상호 약속하는 일종의 공동성명 또는 신사협정에 준하는 성격을 가진다는 의견서를 내어 놓았고, 헌법재판소는 이러한 정부의 의견서에 따라서 판시를 하였다.¹²⁾ 그러자 이후 1999년 대법원도 1997년에 판결한 헌법재판소의 내용과 동일하게 조약 또는 이에 준하는 것으로 볼 수 없어서 국내법과 동일한 효력이 인정되는 것도 아니라고 하였다.¹³⁾ 이러한 변화는 이후 2000년에도 변화를 보이지 않았다.¹⁴⁾ 그런데 사실 이러한 남북관계에 대한 정부와 법원의 입장변화는 미국의 대북관계의 변화가 작용한 것이었다. 1990년대 초반에는 사회주의의 해체로 미국과 소련의 관계는 화해분위기에 있었고, 이로 인하여 남북관계의 진전으로 남북기본합의서를 채택하였다. 그러나 1993년 11월 23일 북한의 영변핵시설이 미국에 발각되면서 당시 클린턴 대통령은 영변핵시설에 대한 대북제재를 김영삼 정부에게 요청하였고,¹⁵⁾ 이후 1994년 7월에 재차 클린턴 대통령은 김영삼 정부에게 요청하

관계의 성격과 남북한 평화조약 체결을 위한 법적 조건: 남북기본합의서 전문 및 제5조를 중심으로, 국제법학회논총 Vol.48 No.1 [2003], 대한국제법학회, 2003, 248-249쪽.

10) 정세현, 남북기본합의서의 법적 성격과 정치적 의의, 통일문제연구 Vol. 4 No. 1 [1992], 국토통일원, 1992, 13쪽.

11) 남북기본합의서 해설, 통일원, 1993, 14-15쪽; 박정원, 이석범, 남북기본합의서의 법적 성격에 관한 비판론적 검토, 법학논총 Vol.24 No.1 [2011], 국민대학교 법학연구소, 2011, 1459쪽, 각주 3번) 재인용; 1990년부터 1993년까지의 남한과 북한과의 상호작용에 대해서는 다음의 논문을 참조: 박영자, 남북관계 전략적 상호작용과 남북기본합의서 이행-시스템 다이내믹스 분석과 전망, 통일정책연구, Vol.20 No.1 [2011], 통일연구원, 2011, 46-51쪽.

12) 헌재 1997. 1. 16. 92헌바6.

13) 대법원 1999.7.23. 98두14525.

14) 헌재 2000. 7. 20. 98헌바 63.

여 이러한 미국의 대북제재에 대하여 긴밀히 협조할 것을 당부하였다. 이에 김영삼 정부는 결국 미국에 합의하면서, 남북기본합의서에 의한 남북관계는 경색되었다.¹⁶⁾ 즉 남북기본합의서의 법적 성격이 문제였던 것이 아니라, 정치 현실이 특수한 합의서라는 법적 성격을 신사협정으로 대체하였던 것이다. 정부의 입장변화로 이후 일부 학자는 신사협정 대신에 잠정협정이라는 견해를 내어놓기도 하였다. 이 견해는 남북관계는 정전협정 이후로 적대적 관계에 있는 상황이므로, 남북기본합의서는 적대적 관계에 있는 쌍방이 과도기적으로 상호협력관계를 맺는 약속인 잠정협정으로 보아야 하며, 비록 남북한 당국의 총리급 대표가 공개적으로 합의서명한 문건이지만, 남북기본합의서의 서문에서도 “국가 간의 관계가 아닌 통일을 지향하는 잠정적 특수관계의 인정”을 선언하였듯이, 통일이전의 남북관계를 잠정적 특수관계로 규정하고 있으므로 잠정협정에 불과하고, 민족 내부간의 특수한 합의서로 국제법적 조약과 같은 조약의 효력을 가질 수는 없다는 것이었다.¹⁷⁾ 그러나 이에 대해 이후 다수의 학자들은 지속적으로 남북기본합의서의 법적 성격에 대해서 간단히 판단할 문제가 아니라는 입장을 내어 놓았다. 첫째는 특수한 형태의 조약이라고 보는 견해로, 남북기본합의서는 학문적으로는 국제법적 지위를 가지는 조약의 성격을 가지는 것이 분명하지만, 남북한의 내부분쟁을 해결하기 위하여 특별히 마련한 것이므로 국제적으로 대외적 활동을 수행하기 위하여 제정한 것은 아니어서, 국제법적으로 상호 승인한 국제법 주체상의 조약과는 그 성질을 다소 달리하는 것으로 보아야 하는 것으로, 남과 북이라는 민족 내부의 특수관계에서 체결한 특수한 형태의 조약이라고 하였다. 즉 남북기본합의서는 상호 승인한 국가 간에 체결되는 조약은 아니지만, 남북관계를 나라와 나라사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성하는 남북한 민족의 내부분쟁을 해결하기 위한 특수관계로 체결된 특수한 합의, 즉 준조약 내지는 특수조약이라는 것이었다.¹⁸⁾ 둘째는 비준절차를 거쳐서 국내법적 효력을 얻을 수 있다면 조약비준으로 볼 수 있다는 견해로, 남북기본합의서가 조약인가 준조약(특수조약)인가와 상관없이 국회의 비준동의를 거치면 국내법적 효력을 얻을 수 있는가를 기준으로 판단하여야 하고, 국회는 그 비준동의를 할 수 있다는 것이었다. 즉 남북합의서가 법적 효력을 가진다는 의미는 국가의 법규범으로 효력을 가진다는 의미로 보아야 하고, 국회가 그 법적 효력을 부여하여 국내법으로 수용할 수 있다

15) 클린턴 북핵‘포괄해결’ 북한‘일괄타결’과 달라, 1993.11.23. 한겨레, 1면 기사참조.

16) 한·미긴밀협조 북한변화 대처 김-클린턴 통화합의, 1994.07.16. 한겨레, 1면 기사참조.

17) 제성호, 남북기본합의서의 법적 성격, 서울국제법연구 Vol.5 No.2 [1998], 서울국제법연구원, 1998, 84쪽.

18) 박용현, 남북기본합의서에 관한 법적 재조명, 한국동북아논총 Vol.18 No.1 [2001], 한국동북아학회, 2001, 44쪽; 박정원, 이석범, 남북기본합의서의 법적 성격에 관한 비판론적 검토, 법학논총 Vol.24 No.1 [2011], 국민대학교 법학연구소, 2011, 187쪽.

면, 그것은 남북합의서를 헌법 제6조의 조약으로 본다는 의미였다. 다만, 일부견해는 국회동의불요조약으로 국내법적 효력을 가지는 조약비준이 있어서, 국회동의필요조약으로 판단하여 법적 효력을 부여할 필요가 있는가라는 의문을 제기하기도 하였다.¹⁹⁾ 하지만 남북한 간의 불가침 조약 등의 성격은 국회동의필요조약으로 보아야 하고, 입법권자는 국회이므로 국내법적 효력을 갖는 비준동의는 국회의 의결을 반드시 요한다고 보았다.²⁰⁾ 셋째는 헌법의 명령이라고 보는 견해로, 남북기본합의서 서문에서는 “조국의 평화적 통일”과 “민족공동의 이익과 번영”을 규정하고 있는바, 이는 현행 헌법상의 기본원리로 평화통일주의, 국제평화주의, 복지국가주의, 사회적 시장경제주의를 채택하고 있다는 점에서 찾을 수 있고, 특히 평화통일주의는 헌법전문과 제4조에 직접적으로 명시되어 있어, 남북기본합의서는 평화통일정책을 헌법상의 무화한 것으로 당연히 규범력을 갖는다고 하면서, 법체계적 관점에서도, 헌법적 규범원리를 포괄하고 있는 남북기본합의서이므로 남북교류협력의 규율하는 남북교류협력법과 남북협력기금법, 남북관계발전법 등 관련법률의 근거규정이 된다고 하였다.²¹⁾ 즉 1998-2000년의 헌법재판소와 대법원의 신사협정이라는 판시 이후의 다수 학자들의 견해는, 비록 그 근거는 달랐지만, 남북기본합의서는 규범력을 가지는 법적 효력이 있다는 것이었다.

3. 남북기본합의서의 법적 성격에 대한 검토

그런데 사실 이러한 다수학자들의 견해는 1998년 중후반부터 김대중 정부에서도 입장의 변화를 보이고 있었다. 1990년대 중후반이후의 남북관계에 있어서 미국의 대북관계에 대한 정치현실의 변화과정에도 불구하고, 김대중 정부는 당시 남북관계 발전에 관하여 상당히 노력하였다. 1998년 6월과 10월에는 2차례에 걸쳐 정주영 현대그룹 명예회장이 소떼 1,001마리를 이끌고 판문점을 넘어 북한을 방문하면서, 이를 기점으로 2000년에는 6·15남북공동선언과 함께 남북교류협력의 하나로 8월 9일 개성공업지구건설운영에 관한 합의를 체결하여 남한의 자본과 기술, 북한의 토지와 인력이 결합하여 통일로 가는 남북교류협력을 마련하였다. 이로 인하여 2000년 6월 15일 남북정상회담 이후 남북교류협력에 대하여는 법적 구속력을 부여할 필요가 있었다. 실제로 남북 간의 합의서에 국내법적 효력을 부

19) 정세현, 앞의 논문, 14-15쪽.

20) 도희근, 남북관계 법제의 발전과 한계, 헌법학연구 Vol.14 No.3 [2008], 한국헌법학회, 2008, 227-228쪽.

21) 박정원, 남북합의서의 헌법적 쟁점과 과제, 헌법학연구 Vol.19 No.4 [2013], 한국헌법학회, 2013, 91쪽.

여하기 위하여 정부부처 간 협의과정에서 경제협력합의서를 조약에 준하는 합의문건으로 간주하여 국회의 비준을 받아야 한다는 견해와 경협합의서의 이행을 위하여 별도로 법률의 제정이나 개정을 하면 된다는 견해가 대립하였다. 전자의 견해는 정부에서 고시조약의 경우에는 조약번호를 부여하지 않으나, 국회동의불요조약은 헌법상 제60조 제1항의 열거되지 않은 조약에 해당하여 조약번호를 부여하므로 경제협력합의서도 조약체결에 따른 국내절차, 즉 국무회의심의, 대통령의 재가, 관계국무위원의 부서를 거쳐야 하고, 동시에 만약 헌법상 열거조항에 해당하여 국회동의필요조약의 사항이라면, 반드시 국회의 동의를 얻어야 한다는 것이었다. 이에 대하여 후자의 견해는 남북한 간의 합의서는 국가 간 체결되는 조약이 아니므로 만약 이를 조약으로 체결하면 북한을 외국으로 인정할 여지가 있어서 곤란하다고 하였다. 그러나 전자의 견해는 만약 조약으로 체결하지 아니하고 남북한의 각각의 입법기관에 의하여 법률로 제·개정을 할 경우 그 내용의 수정과정에서 남북 간 합의서의 내용이 변질되고 왜곡될 우려가 있으며, 행정부의 합의로 수정·보충할 때마다 그 합의에 의하여 국회가 입법을 하는 것이므로 자칫 국회의 입법권마저 침해할 우려가 있다고 하였다.²²⁾ 결국 정부는 관계부처협의 및 전문가의 검토를 통하여 조약은 반드시 국가 간에만 체결되는 것은 아니고, 남한의 투자자들의 안정된 북한의 법적보호 의무를 위하여 2001년 5월 4개의 남북경협합의서를 ‘조약방식’으로 체결하기로 방침을 정하였다. 조약방식의 체결에 따른 북한의 외국으로서의 승인문제는 4개의 남북경협합의서에 각각 전문에서 “경제교류나 협력이 나라와 나라 사이가 아닌 민족 내부의 거래임을 확인”하는 규정을 둠으로 해결하였다.²³⁾ 그런데 이후 4건의 남북경협합의서는 일련의 조약체결의 절차에 거쳐 발효, 공포하였으나, 공포할 때에는 조약안 대신에 기타 공포란으로 분류하여 조약번호를 부여하지 않았고, 대신에 남북합의서 제1호 등으로 부여하였다. 이후 개성공업지구통관에 관한 합의서 등 추가적 9건의 남북한 간 합의서도 동일한 절차과정으로 발효, 공포하였다. 이러한 절차과정으로 법제처는 2001년부터 2004년 사이의 13건의 남북 간 합의서에 대하여 모두 입법사항을 포함하는 것으로 판단하였고, 13건의 남북합의서를 헌법 제60조의 입법에 관한 조약으로 보아 모두 국회에 비준동의안을 제출하여 동의를 얻었다.²⁴⁾ 이후 국회는 2005년

22) 통일부 > 남북경협합의서 해설 참조; 배종인, 헌법과 조약체결: 한국의 조약체결 권한과 절차, 2009, 243쪽.

23) 2001년 6월 통일외교통상위원회 > 「남북사이의 투자보장에 관한 합의서」, 「남북사이의 소득에 대한 이중과세방지합의서」, 「남북사이의 상상분쟁해결절차에 관한 합의서」, 「남북사이의 청산결제에 관한 합의서」의 4개의 경협합의서 대한 검토보고; 배종인, 앞의 책, 244쪽.

24) ① 남북해운합의서의이행과준수를위한부속합의서체결동의안(정부 2004.09.15 2004.12.09 원

12월 8일 남북관계 발전에 관한 법률을 제정하여 제3조에서 남북한의 관계를 국가 간의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계로 규정하고, 남북 간의 거래는 국가 간의 거래가 아닌 민족내부의 거래로, 제4조에서는 남북합의서는 정부와 북한 당국간에 문서의 형식으로 체결된 모든 합의로, 제21조에서는 이러한 합의서를 체결하는 권한은 대통령에게 속하고, 국무회의 심의 등의 일련의 과정을 거쳐야 하도록 하면서, 국회는 국가나 국민에게 중대한 재정적 부담을 지우는 남북합의서 또는 입법사항에 관한 남북합의서의 체결비준동의권을 가진다고 규정하였으며, 제22조에서 법률 공포 등에 관한 법률에 의하여 반드시 공포하도록 하여 입법적으로 해결하였다. 그런데 동법률은 제23조에서 남북합의서는 남한과 북한 사이에 적용한다는 효력범위(제1항)와 ‘중대사태’의 발생 시 남북합의서의 효력의 전부 또는 일부를 정지시킬 수 있는 권한을 대통령에게 부여하였다(제2항). 다만, 대통령은 국회의 체결비준동의를 얻은 남북합의서에 대하여 그 효력을 정지시키고자 하는 경우에는 국회의 동의를 얻어야 하는 것으로 하였다(제3항).²⁵⁾

이후 남북 간 체결되는 합의서에는 이 법률에 의하여 절차상의 효력을 부여받았다. 그런데 2008년 김정일의 뇌졸중 발병 후 2011년 김정일이 사망하여 2012년 김정운의 세습이 정당화되면서, 북한 내부의 이전 군부세력에 대한 김정운의 숙청과정에서 긴장관계가 북한내부와 외부에서 연일 조성되고, 이로 인하여 북한내부의 김정운의 정치력을 보이기 위하여 외부로 핵무기에 대한 과시를 보이면서, 미국의 안보정

안가결) ② 남북해운합의서체결동의안(정부 2004.09.15 2004.12.09 원안가결)

③ 남북사이의열차운행에관한기본합의서체결동의안(정부 2004.09.15 2004.12.09 원안가결)

④ 개성공업지구통신에관한합의서체결동의안(정부 2004.09.15 2004.12.09 원안가결)

⑤ 남북상사중재위원회구성·운영에관한합의서체결동의안(정부 2004.08.05 2004.09.23 원안가결)

⑥ 남북사이차량의도로운행에관한기본합의서체결동의안(정부 2004.08.05 2004.09.23. 원안가결)

⑦ 개성공업지구와금강산관광지구의출입및체류에관한합의서체결동의안(정부 2004.08.05. 2004.09.23 원안가결)

⑧ 개성공업지구검역에관한합의서체결동의안(정부 2004.08.05 2004.09.23 원안가결)

⑨ 개성공업지구통관에관한합의서체결동의안(정부 2004.08.05 2004.09.23 원안가결)

⑩ 남북사이의상사분쟁해결절차에관한합의서체결동의안(정부 2001.06.01 2003.06.30 원안가결)

⑪ 남북사이의청산결제에관한합의서체결동의안(정부 2001.06.01 2003.06.30 원안가결)

⑫ 남북사이의투자보장에관한합의서체결동의안(정부 2001.06.01 2003.06.30. 원안가결)

⑬ 남북사이의소득에대한이중과세방지합의서체결동의안(정부 2001.06.01 2003.06.30 원안가결)

- 25) 남북관계 발전에 관한 법률은 2014년 5월 20일 1차의 일부개정이 있기는 하였으나, 제13조(남북관계발전기본계획의 수립) ① 정부는 남북관계발전에관한기본계획(이하 “기본계획”이라 한다)을 5년마다 수립하여야 한다. ② 기본계획은 통일부장관이 남북관계발전위원회의 심의 및 국무회의의 심의를 거쳐 이를 확정한다. 다만, 예산이 수반되는 기본계획은 국회의 동의를 얻어야 한다. <개정 2014.5.20.>는 조항이외에는 개정된 바가 없다.

책에 걸림돌로 작용하여 다시 한반도가 경색되고 말았다. 이러한 과정에서 이명박 정부는 남북관계에 대하여 이전 정부와의 입장을 달리하면서, 미국의 한반도 군사정책에 동조하여 사드배치 등 군사적 대응으로 진행하였고, 결과적으로 현 정부에 이르러서는 지난 2016년 2월에는 북한내부의 불안정한 정치와 맞물리면서 북한의 핵무기에 대하여 정부가 성급한 판단으로 그동안의 남북관계의 근간을 이룰 수 있는 개성공단의 운영을 ‘전면’중단이라는 폐쇄조치로 결정하였다. 그런데 이러한 대통령의 권한은 남북관계 발전에 관한 법률 제23조 제2항에 근거하지만, 그 중대사태의 불분명함은 제외한다고 하더라도, 제3항에 의하여 그동안 체결·비준한 남북합의서의 효력을 정지하려면 국회의 동의를 반드시 받아야 함에도, 사후에 정부는 국회에 효력정지동의안을 제출한 적이 없었고, 국회도 효력정지에 대한 의결을 한 바가 없었다.²⁶⁾ 이로 인하여 피해를 입은 개성공단기업은 2016년 5월 9일 “정부가 아무런 법적 근거 없이 개성공단을 전면중단함으로써 북한으로부터 보호하고자 했던 우리 국민의 재산권을 정부 스스로 침해했다.”면서, “이번 헌법소원은 정부의 2·10 조치가 적법절차를 위반하고 재산권을 침해한 위헌임을 확인하려는 것”이라고 주장하여, 헌법재판소에 헌법소원을 청구하였다.²⁷⁾ 개성공단기업의 헌법소원 결과는 이후 헌법재판소의 결정에 의하여 판단할 것이지만, 정부가 남북관계 발전에 관한 법률 제23조 제3항을 위반한 것은 분명해 보인다.

이처럼 이러한 일련의 과정들을 통하여 알 수 있는 점은, 남북기본합의서가 비록 체결 당시에는 조약으로 보아야 하는가 아니면 신사협정으로 보아야 하는가에 대한 논란은 있었지만, 고시번호로 관보에 게재되는 고시조약과는 달리, 헌법 제60조에서 열거되지 않은 국회동의불요조약에 준하여 국무회의심의 등의 일련의 절차를 다 거쳤다는 점에서 신사협정으로 보기에 다소 무리가 있다는 것이다. 결국 당시의 인식과 그 형식적 문제점에도 불구하고, 그동안의 남북기본합의서에 의하여 이후에 이루어진, 즉 적어도 13건의 남북 간 합의서의 성격에 비추어 볼 때에는, 조약번호를 부여하지는 않았으나, 준조약 내지는 특수한 조약으로 볼 수밖에 없다. 또한 현행 한국의 남북관계 발전에 관한 법률은 남북합의서의 체결을 조약에 준하는 체결과정과 공포에 따르도록 명령하고 있고, 이러한 제반사항을 고려한다면, 내용적으로는 조약의 법적 성격을 지니지만, 형식적으로는 남북의 민족범위 내에서 이루어지는 특수한 조약에 해당한다는 결론으로 이어진다.

26) 국회 > 회의록 > 제19대 국회 2016.2.10. ~ 2016.5.20.; 제20대 국회 2016.6.7. ~ 2016.6.24.

27) 김지영, 개성공단 기업 헌법소원 심판 청구, 개성공단 중단 조치에 “국민의 재산권 침해” 주장, 시사비즈, 2016.5.9.; <http://www.sisabiz.com/biz/article/150590>

Ⅲ. 남북관계 발전을 위한 남북기본합의서의 법적 접근

1. 정부의 인식부재와 남북합의서의 불안한 지위

그러나 준조약의 법적 성격에 해당하는 남북합의서의 내용을 남북관계 발전에 관한 법률 제23조 제2항으로, 비록 중대한 사태에 한정하고 있지만, 대통령에게 일방적으로 전면중지, 정지를 할 수 있게 하는 것이 가능한가의 여부가 남아 있다. 즉 남북관계 발전에 관한 법률은 남북합의서의 준조약으로서의 효력을 부여하기 위한 제반 절차적 규정을 두고 있는 것인데, 이미 발효된 조약에 준하는 효력의 남북합의서의 내용을 국회의 동의를 받기 전에 대통령의 권한으로 전면중지, 정지할 수 있는가에 있다. 일반적으로 법적 구속력을 갖는 조약의 조건으로 1) 조약당사자의 조약체결능력 보유, 2) 조약체결권자의 직접적 조약 체결, 3) 조약체결권자에 의해 임명된 대표자 간 하자없는 합의 성립, 4) 조약내용의 실현가능성 및 적법성 확보, 5) 일정한 조약 성립절차 완료를 들고 있는데,²⁸⁾ 이러한 요건들을 모두 갖추면 국가 간에 체결한 법적 구속력이 있는 조약으로 볼 수 있고, 그에 대한 재판은 국제사법재판소에서 국제관례를 통하여 결정하지만, 남북기본합의서는 이러한 법적 구속력의 조약기준에 관한 조건들을 모두 갖추고 있음에도, 국가 간의 조약체결이 아닌 민족 내부의 문제로 판단하였기 때문에, 그 사법적 해결을 담당할 국제사법재판소에 준하는 중재기관의 재판을 둘 수 없었다는 사실에 있다. 결국 남한은 남한의 방법으로 북한은 북한의 방법으로 그 법적 구속력을 자의적으로 결정하여 판단할 가능성이 있다. 이번 2016년 2월의 일련의 사건에서도 알 수 있듯이, 당시 황교안 국무총리는 2월 18일 국회 대정부질문에 출석해, “박 대통령은 개성공단 중단 명령을 내리면서도 헌법과 법률이 규정한 절차를 지키지 않았다. 중대한 헌법 위반”이라는 야당의 김태년 의원의 지적에, “개성공단 전면 중단은 대통령의 정치적 결단”이라면서 “다른 법률이 이 행위에 적용할 수 없다”고 주장하였고, 이에 김태원 의원은 “남북교류협력에 관한 법률 제17조에 따르더라도 통일부 장관은 협력 사업의 정지를 명하거나 승인을 취소하기 위해 6개월 이내 기간을 정하고, 청문을 실시해야 한다고 규정돼 있다”면서 “그러나 정부는 기한도 정하지 않았고 청문도 실시하지 않아 명백한 법률 위반”이라고 지적하면서, “헌법 제76조의 대통령의 긴급명령이라면 (개성공단 중단이) 가능하지만 긴급명령은 ‘중대한 교전상태’, ‘국회의 집회가 불가능한 때’에 한하여 가능하다”면서, “개성공단 중단을 명령할 때 교전상태이거나 국회 집회가 불가능했

28) L. Oppenheim, International Law, 8th ed., Vol. I (London: Longmans, 1955); 정세현, 앞의 논문, 13쪽 각주 2)번 재인용.

나?”라고 질문하자, 이에 황교안 국무총리는 “긴급명령은 아니다. 박 대통령의 고도의 정치적 행위”라고 거듭 주장하였을 뿐이었다. 즉 남북관계 발전에 관한 법률 제23조 제2항 및 제3항의 규정에 대하여는 정부는 전혀 인식이 없었던 것으로 판단된다. 대통령의 이러한 전면중단의 행위는 남북관계 발전에 관한 법률 제23조 제3항을 위반한 행위이고, 대통령의 고도의 정치적 행위가 법률에 앞서는 것은 인치이지 법치가 아니므로, 어떻게 보면 대통령은 헌법 제66조 제2항과 제3항, 헌법 제69조에 의하여 헌법과 법률을 수호하여야 할 의무, 평화통일을 위한 성실한 의무, 특히 법치주의에 근간을 두고 있는 헌법을 수호할 의무를 위반한 것이라고 할 수 있다.

이러한 정부의 인식부재와 남북관계 발전에 관한 대통령의 단독적 관점에 의하여 그동안 노력하여 왔던 남북합의서의 법적 성격을 해체시킨다면, 남북관계에 관한 많은 제도적 장치를 두더라도, 결국 대통령의 1인에 의한 자의적 판단으로 남북관계의 발전을 위한 남북합의서의 법적 효력을 지속적으로 수행할 수 없게 하는 상황이 반복될 수도 있다.²⁹⁾ 제도적 장치의 허점으로는, 앞에서 언급한 국제사법재판소에 준하는 중재재판소 규정을 두지 않았다는 점, 조약번호를 부여하여 승인하여도 될 문제를 조약번호를 부여하지 않고 기타공포로 남북합의서 제1호 등으로 처리하였다는 점, 대통령에게 준조약으로 국회가 승인한 남북합의서를 대통령이 자의적으로 전면 중단, 정지할 수 있게 규정하였다는 점³⁰⁾ 등을 들 수 있다. 또한 모든 남북합의서의 기초가 되는 남북기본합의서의 법적 성격을 강화시킬 필요성도 제기된다.

2. 남북기본합의서의 통일기본합의서로서의 법적 승격

통일과정에서는 반드시 통일헌법이 필요하지 않을 수도 있다. 통일 이후에 통일헌법을 제정할 수도 있고, 이전 헌법에 연방가입의 형식으로 비준하고 승인할 수도 있다. 그러나 통일과정에서 가장 어려운 점은 통일과정에 이르는 합의점에 대한 상호 신뢰에 있고, 이를 위하여 상호간에 법적 구속력을 부여할 수 있는 문서의 작성이 필요하다. 우리의 경우 남북기본합의서가 평화통일을 위한 그 합의서로서의 첫 단추라고 할 수 있다. 그런데 절차는 법적 성격을 부여할 만한 문서였음에도 그동안 상

29) 이러한 점으로 남북관계 발전에 관한 법률이 남북교류협력법이나 국가보안법보다 우선적용 규정을 두어야 함을 주장하는 견해도 있다; 이규창, 「남북관계 발전에 관한 법률」의 분석과 평가-남북한 특수관계 및 남북합의서 관련 조항을 중심으로, 법조 Vol.55 No.8 [2006], 법조 협회, 2006, 185쪽.

30) 대통령이 자의적으로 전면중단, 정지할 수 있게 규정하였다는 문제점은 다음의 논문과 동지: 우미연, 「비적대적 남북 분단으로의 전환을 위한 남북교류협력 법제의 개선방향」, KHU 글로벌 기업법무 리뷰 Vol.8 No.1 [2015], 경희대학교 법학연구소, 2015, 107-108쪽.

호 신뢰를 줄 수 있는 법적 문서로서 작용하지 않았다. 다만, 다행스러운 점은 남북 기본합의서를 바탕으로 하여 상호 신뢰를 줄 수 있을 만한 남북경협합의서 등 13건의 남북합의서가 체결되었고, 비록 북한의 김정은 체제이후에 남북한의 잦은 군사적 대립으로 법적 신뢰가 다소 후퇴하였지만, 그동안의 남북경협과 교류의 경험은 상당히 중요한 자산이 될 수 있다. 남북기본합의서와 다른 남북합의서와의 관계를 살펴보면, 남북기본합의서 제1장 남북화해, 제2장 남북불가침, 제3장 남북교류협력, 제4장 수정 및 발효 중에서 제3장 남북교류협력 제15조에서 제23조의 조항은, 이후의 남북교류협력과 관련한 남북합의서들의 기본합의서로서의 성격을 부여하는 것이었다. 즉 남북기본합의서는 이후에 체결할 제반 남북합의서의 기본합의서로서의 성격을 부여할 수 있는 가능성이 있다는 사실이다. 이러한 점은 1972년 12월 21일 동서독기본조약 체결을 통하여 살펴볼 수 있다. 동서독기본조약 제10조에서는 “이 조약은 양독 의회의 비준을 요하며 비준 후 비준서의 교환과 함께 효력이 발생한다.”고 규정하여, 남북기본합의서 제25조의 “이 합의서는 남과 북이 각기 발효에 필요한 절차를 거쳐 그 문본을 서로 교환한 날부터 효력을 발생한다.”는 규정과 크게 다르지 않는 것으로 나타난다. 다만, 우리와 달랐던 점은 동서독은 조약형식으로 체결하였고, 서독의 연방의회는 1973년 5월 11일, 연방참사원은 5월 25일에 ‘양독 기본조약 비준법률’을 통과시켰으며, 동독 인민회의도 같은 해 6월 13일 ‘동서독 기본조약’을 비준 동의하여, 6월 30일 동서독이 비준서를 교환함으로써 ‘동서독기본조약’은 조약으로 효력을 발생하였다.³¹⁾ 당시 서독연방재판소의 입장은 한국의 헌법재판소와 대법원의 입장에서도 차이가 있었다. 한국 헌법재판소와 대법원은 남북기본합의서를 조약이 아닌 신사협정으로 판단하였지만, 서독 연방헌법재판소는 동서독기본조약을 동독과 서독의 내부관계를 규율하는 국제법상 조약으로 그 조약의 성격을 인정해 법적 구속력을 부여하였다.³²⁾ 이러한 점에서 볼 때, 남북기본합의서를 독일처럼 통일조약 내지는 통일합의서를 제정하여 그 법적 지위를 승격할 필요성이 있다는 건

31) 남북기본합의서와 동서독기본조약을 공통점은 1) 평화통일원칙, 2) 대내적인 특수관계의 인정, 3) 책임 있는 대표자들의 서명, 4) 효력발생에 대한 절차의 규정에 있다. 차이점은 1) 남북기본합의서가 나라와 나라 사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수 관계를 명시함에 반해, 동서독기본조약은 동등자격의 원칙에 입각해 상호 정상적인 선린관계를 규정하였고, 2) 남북기본합의서가 평화통일원칙이외에 남북화해·남북불가침·교류협력 등 25개 조항으로 규정하였음에 반하여, 동서독기본조약은 10개 조항으로 동서독관계에 대한 기본원칙만을 선언하였다; 안득기, 남북교류협력의 제도적 안정성에 관한 연구: 남북합의서의 법적 성격을 중심으로, 통일문제연구 Vol.25 No.1 [2013], 평화문제연구소, 2013, 132-134쪽 참조.

32) 김철수, 독일통일의 정치와 헌법, 박영사, 2004, 151-167쪽; 안득기, 남북교류협력의 제도적 안정성에 관한 연구: 남북합의서의 법적 성격을 중심으로, 통일문제연구 Vol.25 No.1 [2013], 평화문제연구소, 2013, 132쪽 재인용.

해들이 제시되고 있다. 즉 통일합의서의 명칭을 무엇으로 할 것인지에 대하여는 당시의 구체적인 정치상황에 따라서 달라질 수 있으나, 그것이 조약으로서의 법적 성격을 가진다는 것이 중요하지 그 명칭에 따라서 법적 성격이나 효력이 달라지지 않고, 통일합의서의 명칭에 대하여는 ‘통일합의서’로 하는 방안과 ‘통일조약’으로 하는 방안을 상정할 수 있으나, 이미 합의서의 이름으로 남북기본합의서와 그에 기한 남북교류협력에 관한 제반 합의를 체결하여 왔다는 점에서, 합의서의 명칭으로 조약체결로 비준동의를 하는 것이 바람직하다는 견해가 있었고,³³⁾ 국제법상 조약체결능력자로는 국가, 국제조직, 교전단체 등이 있으며, 반국가단체도 국제법상 제한된 조약체결능력이 있어, 북한을 교전단체로 보아도 또는 분리단체로 보아도 국제법상 조약체결로 인정할 수 있으므로, 통일과정에서 가장 중요한 남북한 체제의 불신과 극도의 적대감을 해소하는 과정이 먼저 이루어져야 한다는 점에서 통일합의서를 조약으로 체결할 필요성이 있다는 견해³⁴⁾이다.

이러한 통일합의서에 대한 견해는 남북기본합의서에 기하여 이후 조약에 준하여 체결한 13개의 남북합의서를 고려하면, 타당한 주장으로 받아들여진다. 다만, 남북기본합의서는 이미 통일합의서로서의 가치를 발휘하고 있고, 그 헌정사적 의미가 매우 상당하여서, 별도의 통일합의서를 제정하는 것은 바람직해 보이지 않는다. 또한 남북기본합의서 제24조에서는 “이 합의서는 쌍방의 합의에 의하여 수정·보충할 수 있다.”고 규정하고 있고, 제25조에서는 “이 합의서는 남과 북이 각기 발효에 필요한 절차를 거쳐 그 문본을 서로 교환한 날부터 효력을 발생한다.”고 규정하고 있으므로, 남북한은 남북기본합의서를 통일합의서에 해당하는 내용으로 수정·보충하여 발전시킬 수 있어서, 제25조의 절차조항에서 남북한 모두 비준동의를 하여 조약으로 체결하여 발효하는 규정으로 내용을 수정한다면, 통일합의서로서의 법적 승격을 부여할 수 있을 것으로 판단하여서이다. 그리고 그렇게 함으로서 남북기본합의서 제3장에 기하여 이후에 체결하고 있는 남북교류협력관련 합의서의 법적 구속력도 더욱 강화될 것으로 기대하여서이다. 또한 조약에 준한 절차과정으로 체결한 법적 구속력을 가진 13개 남북합의서 중에서 개성공업지구점역에관한합의서 제12조 2호, 개성공업지구통관에관한합의서 제13조 2호, 개성공업지구통신에관한합의서 제12조 2호에서는 “이 합의서는 남과 북(또는 쌍방)의 관련법규와 같은 효력을 발생한다.”고 규정하고 있으나, 나머지 10개의 합의서의 효력발생조항에서는, 비록 13개 남북합의서를 국회에서 준조약으로 인정하여 비준동의를 하였지만, 남과 북의 관련 법규와 같은

33) 이효원, 남북한 통일합의서의 법적 쟁점과 체결방안, 법조 Vol.60 No.11 [2011], 법조협회, 2011, 16-17쪽.

34) 조재현, 통일의 과정과 통일합의서에 관한 연구, 동아법학 Vol.1 No.66 [2015], 동아대학교 법학연구소, 2015, 265-266쪽.

효력을 가진다는 규정을 두지 않았기 때문에, 나머지 10개의 합의서에서도 그 수정을 통하여 남과 북에서 동일한 관련법규로 작동할 수 있는 합의서가 되도록 수정할 필요가 있다. 그리고 이후에 수정 또는 다시 제정하여 체결할 각 합의서들도 남북기본합의서에 근거하여 체결한다는 조항을 반드시 덧붙으로써 남북기본합의서의 통일합의서로서의 그 기능을 부여할 필요성도 제기된다.³⁵⁾

그렇다면 남북기본합의서의 구체적 개정내용으로 살펴보자면, 우선 명칭의 개정을 들 수 있다. ‘남북 사이의 화해와 불가침 및 교류협력에 관한 합의서’의 명칭은 화해, 불가침, 교류협력으로 내용을 한정할 수 있으므로, ‘남북통일기본합의서’라고 하는 것을 제안하고자 한다. 명칭의 개정을 할 바에야 통일합의서를 다시 제정하는 것이 좋지 않겠는가라는 의문을 제기할 수 있다. 그러나 앞서서도 언급한 바와 같이, 남북기본합의서는 조약에 준하여 성립된 남북한 합의서의 출발점이라는 헌정사적 의미가 상당히 중요하여서 그 정신을 훼손하여서는 안 된다는 의미에 있다.³⁶⁾

이러한 점에서 서문에서는 평화통일을 위한 그 출발점의 정신을 함께 내용으로 포함해야 한다고 본다. 마치 헌법을 개정하면서 서문에서 헌정사의 발자취를 엿볼 수 있듯이, 남북기본합의서의 개정에서도 서문에서 통일헌정사를 내용으로 포함하는 것이 좋겠다는 관점에서이다. 물론 서문에서는 남북기본통일합의서의 목적, 이념과 기본원리 등을 간단히 선언하는 것이 필요할 것이다.³⁷⁾

제1장 남북화해, 제2장 불가침, 제3장 남북교류협력은 동일한 장으로 두면서, 그 내용은 적절한 내용으로 수정할 필요성이 제기된다. 우선 제1장 남북화해 제7조에서 “남과 북은 서로의 긴밀한 연락과 협의를 위하여 이 합의서 발효 후 3개월 안에 판문점에 남북연락사무소를 설치·운영한다.”는 내용 중 ‘이 합의서 발효 후 3개월 안’은 삭제하여야 할 것이다. 제8조 “남과 북은 이 합의서 발효 후 1개월 안에 본회담 테두리 안에서 남북정치분과위원회를 구성하여 남북화해에 관한 합의의 이행과 준

35) 경제협력을 비롯하여 남북교류의 분야별로 남북합의서를 보완해야 한다는 견해도 있다; 이효원, 남북관계의 변화를 대비한 공법적 과제, 공법연구 Vol.41 No.3 [2013], 한국공법학회, 2013, 21쪽.

36) 남북한기본합의서의 헌정사적 중요성으로 이를 기초로 하여야 한다는 뜻을 같이하는 논문은 다음의 논문 참조: 이장희, 남북기본합의서를 통한 한반도 평화체제 구축 방안, 외법논집 Vol.20 No.1 [2005], 한국외국어대학교 외국학종합연구센터 법학연구소, 2005, 114-117쪽; 정대진, 남북한 합의서의 규범적 성격 연구, 통일연구 Vol.18 No.1 [2014], 연세대학교 통일연구원, 2014, 31쪽.

37) 통일합의서의 역사적 경위, 목적, 이념과 기본원리 등의 선언에 대해서는 다음의 논문과 그 뜻을 같이하지만, 통일합의서를 제정하는 것에 대해서는 반대한다. 남북기본합의서를 남북기본통일합의서로 명칭을 개정하여 마치 헌법개정과 같이 남북기본합의서의 개정으로 발전시켜 나가는 것이 바람직해 보인다: 이효원, 남북한 통일합의서의 법적 쟁점과 체결방안, 법조 Vol.60 No.11 [2011], 법조협회, 2011, 28쪽.

수를 위한 구체적 대책을 협의한다.”에서 ‘이 합의서 발효 후 1개월 안에 본회담 테두리 안에서’도 삭제하여야 할 것이다. 이러한 유형의 규정은 제2장 남북불가침 제12조, 제14조와 제3장 남북교류협력 제22조, 제23조에서도 규정하고 있으므로 ‘이 합의서를 발효 후 -개월 안’의 내용은 남북기본통일합의서의 성격에 맞게 삭제하는 것으로 하여야 할 것이다. 물론 신설할 만한 사안의 내용, 예를 들어 남북한의 통일에 대한 의지, 역사적 책임의식, 통일국가가 나아갈 방향을 제시하는 기본원칙 등을 신설하는 것도 가능하다.

제4장에서는 남북통일기본합의서에 기하여 제·개정한 각종 남북합의서와의 관계에 관하여 체계적 정립을 규정하는 것이다. 예를 들어, 제4장 남북통일기본합의서와 기타 남북합의서와의 관계라는 장의 제목으로, 각 조항에서는 남북통일기본합의서의 법적 성격, 이후 제·개정할 각종 남북합의서는 남북통일기본합의서에 근거를 둔다는 조항, 각종 남북합의서에 의하여 제정하는 관계법률의 법적 성격은 남북한의 법률과 동위의 효력을 부여한다는 조항, 법적 안정성과 신뢰보호의 보장의 조항 등을 들 수 있다.³⁸⁾

제5장에서는 조약체결의 절차와 형식에 의한 효력발생 및 폐기규정을 두는 것이다. 동서독기본조약 제10조에서의 내용과 남북교류협력관련 남북합의서의 내용을 참조하여, 예를 들면, “이 조약은 남북이 서명하고 각기 발효에 필요한 절차를 거쳐 남북 간 의회의 비준을 요하며, 비준 후 비준서의 교환과 함께 효력이 발생한다.”고 규정하는 것이다. 즉 남북통일기본합의서는 남북한이 절차에 따라 각 의회의 비준을 받아서 반드시 조약으로 체결·비준하여 문서교환으로 발효하는 것이다.

제6장에서는 남북통일기본합의서에 기하여 제·개정한 각종 남북합의서 체결에 있어서 발생할 수 있는 분쟁의 해결을 위한 중재재판소를 규정하는 것이다. 이 문제는 남북통일기본합의서에 이러한 조항을 둘 필요가 있는가 또는 설사 둔다고 하더라도 국제사법재판소에 준하는 중재재판소를 어떻게 구성할 수 있는가에 대한 견해대립이 있을 것으로 예상하지만, 2016년 2월의 사건에서도 알 수 있듯이, 남북관계는 남북 간 자의적 판단에 의하여 그 안정성을 훼손할 우려가 있기 때문에, 또한 이로 인하여 남북경협에 참가한 많은 민간인이 경제적 피해를 입을 가능성이 있어서 남북통일기본합의서에서 안전장치를 마련하는 것이 바람직해서이다. 다만, 중재재판소를 남과 북의 구성원으로 하면 갈등의 여지는 여전히 발생할 소지가 있어서, 국제사법재판소에 준하는 중재재판소를 구성하자는 것인데, 그러나 이것은 사실 쉬운 일이

38) 남북한의 법률동위의 효력부여조항, 법적 안정성과 신뢰보호의 보장의 조항에 대해서는 다음의 논문과 동지: 이효원, 남북한 통일합의서의 법적 쟁점과 체결방안, 법조 Vol.60 No.11 [2011], 법조협회, 2011, 35-36쪽.

아니다. 하지만, 중재재판소를 안정적으로 운영하기 위한 제도적 장치가 필요하다는 점에서는 고려하여야 사안일 것이다. 우선 분쟁해결은 남북한 간 당사자들 사이에서 해결하는 것이 먼저이므로 중재재판의 기본재판소는 남북한 간 당사자로 구성하게 하는 것이 바람직해 보인다. 그러나 만약 기본재판소에 의하여서도 해결되지 않는다면, 특별재판소를 운영하여 남북한 이외의 주변인근 국가들의 재판관들이 함께 참여하는, 예를 들면, 2+4재판소를 운영하여 그 분쟁해결을 모색하는 것도 하나의 방안이 아닌가 한다.³⁹⁾ 일부에서는 조약으로 체결하면, 중재재판소는 당연히 국제사법재판소가 되는 것인데 그 규정을 둘 필요가 있는가라는 의문을 제기할 수도 있다. 그러나 남북관계의 특수성이 있어서 국제사법재판소를 중재재판소로 둘 수는 없고, 국제사법재판소의 결정을 당사국이 받아들이지 않으면 실제적이지 않다는 측면도 작용한다. 즉 남북통일기본합의서에 중재재판을 현실화할 수 있는 규정을 명문화한다면, 남북 간 자의적 해석에 의한 대립을 없앨 수 있을 것이다.

IV. 맺음말

최근의 남북관계는 사드배치와 핵무기 문제로 급격히 냉각하고 있다. 2016년 7월 13일 정부는 경북 성주군에 사드를 배치한다고 발표하여 성주군민과 갈등에 놓여있고, 9월 9일 북한이 5차 핵실험을 단행하여 남북 간에는 긴장이 지속하고 있다. 이러한 긴장관계는 사실 지난 2016년 2월 10일 정부가 북한의 핵실험과 장거리 로켓 발사에 대한 제재 차원으로 개성공단 가동을 사실상 전면중단한 결정과 연계선상에 놓여 있다. 개성공단 폐쇄조치는 그동안 노력하였던 남북관계의 발전가능성을 한순간에 무력화하였다. 이러한 상황에서는 남북관계의 긴장관계를 완화하고 발전시킬 현실적 접근이 필요하고, 남북관계발전의 기초가 되었던 남북한기본합의서에 대한 법적 성격에 대한 논의가 이루어져야 할 것으로 보인다. 그동안 남북한기본합의서의 법적 성격에 대한 논의는 많이 있었지만, 현실적으로 통일기본합의서로 개정할 방안은 고려하지 않았다. 남북한의 이념대립은 그 형태가 어떠하든지 간에 여전히 있고, 추구하는 통일에 대한 이상도 다르게 나타난다. 이러한 긴장관계가 있는 현실에서는 남북기본합의서를 개정하여 남북통일기본합의서로서의 법적 승격을 시도하는 것을

39) 물론 대부분의 분쟁해결은 민·형사재판에 집중할 것이므로 남북한 간 당사자 사이의 기본재판소에 의하여 해결될 가능성이 있다. 그러나 남북한 간의 정치적 대립으로 분쟁해결의 실마리를 찾지 못하는 경우에는 특별재판소를 운영하여 법적 분쟁을 빨리 해결하는 것이 필요할 것이다.

고려해보아야 하지 않을까한다. 갈등의 대립이 깊이 질수록 그동안 쌓아 왔던 남북관계의 발전이 하루아침에 무너질 수도 있다. 남북기본합의서를 갈등을 완화할 수 있는 문서로서 나아가되 그 법적 구속력을 강화하는 것이 실천적인 방안이 아닐까한다.⁴⁰⁾

투고: 2016. 9. 22. 심사: 2016. 10. 1. 게재확정: 2016. 10. 14.

40) 통일을 향하여 ‘진정한 하나의 국민’을 완성하여야만, 통일과정도 통일 후의 통합과정도, 나아가 그 결과적 정당성도 확보할 수 있을 것이다; 김선택, 분단과 통일, 헌법의 정당성, 통일법연구 제1권, 헌법이론실무학회, 2015.10, 43-44쪽.

참고문헌

- 김선택, 분단과 통일, 헌법의 정당성, 통일법연구 제1권, 헌법이론실무학회, 2015, 1-50쪽.
- 김진무, 중장기적인 남북기본합의서에 기초한 한반도 평화체제 구축방안 정립: 한반도 평화체제와 남북기본합의서, 북한연구, Vol.1. No.439, 북한연구소, 2008, 70-80쪽.
- 도희근, 남북관계 법제의 발전과 한계, 헌법학연구 Vol.14 No.3, 한국헌법학회, 2008, 211-240쪽.
- 박영자, 남북관계 전략적 상호작용과 남북기본합의서 이행: 시스템 다이내믹스 분석과 전망, 통일정책연구, Vol.20 No.1, 통일연구원, 2011, 25-58쪽.
- 박용현, 남북기본합의서에 관한 법적 재조명, 한국동북아논총 Vol.18 No.1, 한국동북아학회, 2001, 29-44쪽.
- 박정원, 남북합의서의 헌법적 쟁점과 과제, 헌법학연구 Vol.19 No.4, 한국헌법학회, 2013, 83-122쪽.
- 박정원, 이석범, 남북기본합의서의 규범적 의미와 그 적용에 관한 일고찰, 법학논총 Vol.25 No.2, 국민대학교 법학연구소, 2012, 77-118쪽.
- 박정원, 이석범, 남북기본합의서의 법적 성격에 관한 비판론적 검토, 법학논총 Vol.24 No.1, 국민대학교 법학연구소, 2011, 145-196쪽.
- 안득기, 남북교류협력의 제도적 안정성에 관한 연구: 남북합의서의 법적 성격을 중심으로, 통일문제연구 Vol.25 No.1, 평화문제연구소, 2013, 113-142쪽.
- 우미연, 비적대적 남북 분단으로의 전환을 위한 남북교류협력 법제의 개선방향, KHU 글로벌 기업법무 리뷰 Vol.8 No.1, 경희대학교 법학연구소, 2015, 91-115쪽.
- 이규창, 남북관계 발전에 관한 법률』의 분석과 평가-남북한 특수관계 및 남북합의서 관련 조항을 중심으로, 법조 Vol.55 No.8, 법조협회, 2006, 159-195쪽.
- 이용중, 잠정적 특수관계의 성격과 남북한 평화조약 체결을 위한 법적 조건: 남북기본합의서 전문 및 제5조를 중심으로, 국제법학회논총 Vol.48 No.1, 대한국제법학회, 2003, 247-269쪽.
- 이장희, 남북기본합의서를 통한 한반도 평화체제 구축 방안, 외법논집 Vol.20 No.1, 한국외국어대학교 외국학종합연구센터 법학연구소, 2005, 111-146쪽.
- 이효원, 남북관계의 변화를 대비한 공법적 과제, 공법연구 Vol.41 No.3, 한국공법학

회, 2013, 1-28쪽.

이효원, 남북한 통일합의서의 법적 쟁점과 체결방안, 법조 Vol.60 No.11, 법조협회, 2011, 5-57쪽.

정규섭, 남북기본합의: 의의와 평가, 통일정책연구 Vol.20 No.1, 통일연구원, 2011, 1-24쪽.

정대진, 남북한 합의서의 규범적 성격 연구, 통일연구 Vol.18 No.1, 연세대학교 통일연구원, 2014, 5-35쪽.

조재현, 통일의 과정과 통일합의서에 관한 연구, 동아법학 Vol.1 No.66, 동아대학교 법학연구소, 2015, 253-279쪽.

Abstract

Practical Development on Legal Relation of Basic Agreement between South and North Korea

Yang, Jeong-Yun*

Recently, South-North Korea relation is cooling with THAAD arrangement and nuclear weapons problem. The tension is gradually been deepening between South and North Korea. This is related at the decision that the government stopped the Gaeseong Industrial Complex at February 10th, 2016. The closure will obstruct the possibility of development of South-North Korea relation. The government is unable to offer practical measures for Gaeseong Industrial Complex. The living for the staffs of GIC are faced with the crisis. After joining UN with South-North Korea September 9th, 1991, and adopting South-North Basic Agreement on September 13th, 1991, mutual relation has been gradually developed, and there are the considerable results. But North Korea's Kim Jeong-Eun showed threat about the nuclear weapons 2012 years later. And the U.S. has been proceeding as the military power including THAAD arrangement, and etc. Eventually, the government stopped the Gaeseong Industrial Complex for the basis of South-North Cooperation. The black clouds about the development of South-North relation hang over. In this situation, we have to consider how to relieve the current South-North relation. There seems to be the necessity that we have to take the realistic approach based on South-North Basic Agreement.

Key words

South-North Relation Development, South-North Basic Agreement,
South-North Cooperation, Unification, Legal Dialogue, Gradual Development

* Researcher, Legal Research Institute of Korea University