

# 개성공단 피해보상과 정상화 관련 법적 쟁점에 대한 연구

김 광 길



# 개성공단 피해보상과 정상화 관련 법적 쟁점에 대한 연구

김 광 길

(수륵아시아 법률사무소 변호사 / 前 개성공업지구관리위원회 법무팀장)



# Contents

I	서론		1
II	개성공단 전면중단 조치와 통치행위	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 통치행위에 대한 확실</li> <li>2. 통치행위에 대한 판례</li> <li>3. 개성공단 전면중단 조치에의 적용</li> </ol>	<p>3 3 10</p>
III	외교안보정책과 통치행위	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 외교안보정책에 대한 만연한 통치행위 주장</li> <li>2. 외교안보정책과 법치주의</li> <li>3. 외교안보정책 결정에서 헌법과 법률에 따른 절차의 준수</li> <li>4. 외교안보정책에 대한 사법심사 시 부작용 감소 방안</li> </ol>	<p>13 14 15 17</p>
IV	남북관계 제도화	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 남북관계 제도화의 의의</li> <li>2. 대북제재 절차 제도화와 개성공단 피해보상</li> <li>3. 남북합의서 제도화와 개성공단 정상화</li> </ol>	<p>19 19 22</p>
V	결론		31



## I. 서론

- 북한은 2016. 1. 6. 4차 핵실험을 단행하고, 같은 해 2. 7. 장거리미사일을 발사하였다. 이에 정부는 2016. 2. 10. 17:00경 개성공단을 전면중단하기로 결정했다고 전격 발표하였다. 정부는 개성공단 전면중단 결정의 집행을 위해 발표 직전인 2016. 1. 6. 14:00경 개성공단 투자기업들을 통일부 남북회담본부 사무실로 긴급 소집하여 ① 개성공단 내 공장 가동 또는 영업소 운영을 즉시 전면중단할 것을 명령하였고, ② 당시 개성공단에 체류 중인 남한근로자를 전원 철수시킬 것을 지시하였으며, ③ 다음날인 2016. 2. 11.부터는 개성공단 투자기업들의 개성공단 방문승인을 불허하겠다고 통보하였다.
- 개성공단 전면중단 결정·발표는 설 연휴 마지막 날인 2016. 2. 10. 전격적으로 이루어졌다. 당시 개성공단에서 일하는 남한 근로자 대다수가 설 연휴를 맞아 남한에 내려와 있었고, 북한도 우리 정부의 개성공단 전면중단 결정에 대한 대응으로 2016. 2. 11. 16:50경 개성공단 내 남한주민 전원 추방 및 자산 전면동결 조치를 발표하였다. 이에 당시 개성공단에 남아 있던 남한 근로자 전원이 개인소지품조차 제대로 챙기지 못한 채 2016. 2. 11. 22:00경 남한으로 복귀하였다. 이로써 2010년 5·24조치 이후에도 유일하게 유지되어 오던 남북교류협력 사업의 상징으로 자리 잡아 온 개성공단 사업이 완전히 중단되었다.
- 이와 같은 개성공단 전면중단 조치의 법적 근거에 대하여 당시 국무총리는 2016. 2. 18. 국회 대정부질문에서 이 조치는 “대통령의 고도의 정치적 행위에 따른 결정”이고 “긴급명령으로 한 게 아니라 정치적 결단이기 때문에 다른 법을 적용할 수 없다”고 하였고, 통일부장관도 개성공단 기업들에게 보낸 공문에서 2016. 3. 25. “국가안보와 국민안위라는 차원에서 결정된 고도의 정치적 판단에 따른 것”이라고 하였다. 정부의 이러한 견해는 개성공단 전면중단 조치에는 아무런 법적 근거가 없으나, 정부의 통치행위로서 그 어떠한 법적 근거가 없어도 합헌이며 사법심사의 대상도 되지 않는다는 견해인 것으로 이해된다. 이와 관련하여, 5·24 조치에 대한 국가의 국가배상법상의 손해배상 의무를 부정한 일련의 판결에 근거하여 이번의 개성공단 전면중단 조치도 그 어떠한 법적 근거가 없어도 합헌이며

사법심사의 대상도 되지 않는다는 견해도 있다. 이에 개성공단 전면중단 조치가 통치행위로서 그 어떠한 법적 근거가 없어도 합헌이며 사법심사의 대상이 아닌 지에 대해 검토할 필요가 있다.

- 이를 위해 이 글에서는 통치행위의 이론과 5·24조치 관련 관례를 포함한 통치행위 관련 관례를 분석하고 개성공단 전면중단 조치에의 적용여부를 살펴보면서 남북 관계를 포함한 외교안보정책에서의 통치행위 적용의 한계와 법치주의의 필요성 및 대안을 살펴본다. 이 논의를 바탕으로 남북관계에 대해 통치행위가 아닌 법제도를 통해 규율한다는 의미로서의 남북관계 제도화라는 관점에서 개성공단 중단과 같은 남북교류협력사업의 중단절차와 중단시 피해보상의 법제화 방안, 그리고 개성공단 정상화 과정에 대한 법치주의 적용의 필요성과 적용 방안에 대해 살펴보고자 한다.



## II. 개성공단 전면중단 조치와 통치행위

### 1. 통치행위에 대한 학설

- 통치행위란 일반적으로 법적 판단이 가능함에도 불구하고 고도의 정치성 때문에 법치행정의 원칙 및 사법적 심사의 대상에서 제외되는 행위를 말한다. 이 글에서는 개성공단 전면중단 조치에 통치행위 판례가 적용될 수 있는지에 대해 집중적으로 논의하기 위해 이전에 많이 소개된 국내외 통치행위 이론에 대한 자세한 논의는 생략하고 필요한 범위 내에서 간략히 소개한다.
- 국내 학계에서는 통치행위를 인정할 것인가에 대하여 긍정설과 부정설이 대립한다. 부정설은 모든 국가작용은 헌법과 법률에 근거해야 하고 통제를 받아야 한다는 법치주의 원칙에 비추어 사법심사에서 제외되는 통치행위라는 개념은 인정될 수 없다고 한다. 긍정설은 다른 국가기관의 고도의 정치적 행위에 사법부 스스로가 관여하는 것을 자제하는 것이라는 사법부 자제설, 고도의 정치성을 지닌 다른 국가의 기관의 행위는 자유재량행위에 속하므로 사법적 심사의 대상에서 제외된다는 재량행위설, 권력분립의 원칙상 헌법상의 입법기관이나 행정기관에 전적으로 속하는 사항에 관해 사법기관의 관여가 허용되지 아니한다는 권력 분립설, 고도의 정치성을 지닌 행위는 독립적이고 정치적으로 책임을 지지 아니하는 사법부가 심사하기에는 부적합한 것이고 그에 대한 최종적 판단은 행정부나 국회 등 정치적 기관 또는 선거 등을 통해 국민에게 일임하는 것이 적당하므로 통치행위는 성질상 사법권의 내재적 한계에 속한다는 내재적 한계설 등이 있다.

### 2. 통치행위에 대한 판례

#### 1) 1987년 이전 대법원

- 1987년 헌법 개정전 과거 대법원은 통치행위란 단어를 사용하고 있지는 않으나 대통령의 계엄선포와 같은 행위를 대체로 사법심사의 대상에서 제외시켜 왔다. 대법원은 1964. 7. 21. 선고 64초3 판결에서 “1964.6.3.자 대통령의 비상계엄

선포는 무효이므로 일반인이 행한 행위에 대해 군법회의 재판 관할권이 없다”는 주장에 대해 “당연무효로 판단할 수 없는 계엄에 대하여서는 계엄의 선포가 옳고 그른 것은 국회에서 판단하는 것이고 법원에서 판단할 수 없다고 해석하는 것이 상당하다”라고 판시하였다. 또한 대법원 1981. 1. 23. 선고 80도2756 판결은, 1979. 10. 27.자 대통령의 비상계엄선포에 따른 계엄법 위반사건에서 “대통령의 판단결과로 비상계엄이 선포되었을 경우 그 선포는 고도의 정치적, 군사적 성격을 지니고 있는 행위라 할 것이므로 그것이 누구나 일견해서 헌법이나 법률에 위반되는 것으로 명백하게 인정될 수 있는 것이면 몰라도 그렇지 아니한 이상 고도의 정치적, 군사적 성격을 갖고있는 비상계엄선포를 가리켜 당연 무효라고 단정할 수 없다 할 것이며 그 계엄선포의 당, 부당을 판단할 권한은 사법부에는 없다”라고 판시하였다.

## 2) 1987년 이후 대법원

- 그러나 1987년 헌법개정 이후 대법원은 사법심사가 배제되는 통치행위 개념 자체는 인정하나, 통치행위 인정범위에 대해 아주 제한적으로 해석하고 있다. 즉 대법원 2004. 3. 26. 선고 2003도7878 판결에서 외환거래법을 위반한 대북송 금행위를 처벌하면서 “국가행위 중에는 고도의 정치성을 띤 것이 있고, 그러한 고도의 정치행위에 대하여 정치적 책임을 지지 않는 법원이 정치의 합목적성이나 정당성을 도외시한 채 합법성의 심사를 감행함으로써 정책결정이 좌우되는 일은 결코 바람직한 일이 아니며, 법원이 정치문제에 개입되어 그 중립성과 독립성을 침해당할 위험성도 부인할 수 없으므로, 고도의 정치성을 띤 국가행위에 대하여는 이른바 통치행위라 하여 법원 스스로 사법심사권의 행사를 억제하여 그 심사대상에서 제외하는 영역이 있다”라고 하여 통치행위 개념자체를 인정하고 있다. 그러나 통치행위의 인정범위에 대해 “과도한 사법심사의 자체가 기본권을 보장하고 법치주의 이념을 구현하여야 할 법원의 책무를 태만히 하거나 포기하는 것이 되지 않도록 그 인정을 지극히 신중하게 하여야 하며, 그 판단은 오로지 사법부만에 의하여 이루어져야 한다”고 추상적 기준을 제시하고 있다. 이러한 기준에 따라 이 판결은 남북정상회담의 개최는 통치행위이므로 사법심사

에서 제외되나 남북정상회담 과정에서 외환거래법을 위반한 대북송금행위는 사법심사의 대상이 된다고 판시하였다.

- 또한 대법원 2010. 12. 16. 선고 2010도5986 판결에서 유신헌법 제52조에 근거한 긴급조치 1호에 대한 사법심사여부에 대해 “긴급조치 제1호는 국민의 기본권에 대한 제한과 관련된 조치로서 형벌법규와 국가형벌권의 행사에 관한 규정을 포함하고 있어 법원으로서서는 마땅히 긴급조치 제1호에 규정된 형벌법규에 대하여 사법심사권을 행사”하여야 한다고 판시하여 긴급조치 제1호의 통치행위성을 부정하였다. 이 판결에서 대법원은 유신헌법 제53조 제4항이 “제1항과 제2항의 긴급조치는 사법적 심사의 대상이 되지 아니한다.”고 규정하고 있지만 이 사건과 같은 재심소송에서 적용될 절차에 관한 법령은 재심판결 당시의 법령인 87년 대한민국 헌법에 기하여 판단하여야 하고 87년 대한민국 헌법은 유신헌법과 같은 긴급조치에 대한 사법배제 조항이 없으므로 긴급조치 제1호에 대한 사법심사권을 행사할 수 있다고 판시하였다.
- 한편 대법원 2015. 3. 26. 선고 2012다48824 판결은 영장없는 체포와 구속을 규정한 긴급조치 제9호에 근거하여 영장없이 구금된 원고가 국가를 상대로 손해배상을 청구한 사건에서 원고의 청구를 기각한다고 판시하였는바, 위 판결로 인하여 대법원이 긴급조치 제9호의 통치행위성을 인정하는 것처럼 보일 수 있다. 그러나 이 판결은 아래의 5·24조치 관련 판례에서 설명하는 바와 같이 긴급조치 제9호가 통치행위이기 때문에 사법심사가 배제되어 원고의 청구가 기각된 것이 아니고, “공무원에게 직무상 의무를 부과한 법령의 보호목적이 사회 구성원 개인의 이익과 안전을 보호하기 위한 것이 아니고 단순히 공공일반의 이익이나 행정기관 내부의 질서를 규율하기 위한 것이라면, 가사 공무원이 그 직무상 의무를 위반한 것을 계기로 하여 제3자가 손해를 입었다 하더라도 공무원이 직무상 의무를 위반한 행위와 제3자가 입은 손해 사이에는 법리상 상당인과관계가 있다고 할 수 없다”는 기존 법리(대법원 1994. 6. 10. 선고 93다30877 판결 참조)에 따라 “긴급조치 제9호가 사후적으로 법원에서 위헌·무효로 선언되었다고 하더라도 국가긴급권의 행사에 관하여 원칙적으로 국민 전체에 대한 관계에서 정치적 책임을 질 뿐 국민 개개인의 권리에 대응하여 법적 의무를 지는 것은 아니므로

국민 개개인에 대한 관계에서 민사상 불법행위를 구성한다고는 볼 수 없다”(대법원 2015. 3. 26. 선고 2012다48824 판결)라고 판시한 것으로 판단된다.

### 3) 헌법재판소

- 헌법재판소는 통치행위를 헌법소원 청구사건의 적법요건에 대한 판단에서 다루고 있다. 헌법재판소는 고도의 정치적 결단에 의한 행위로서 그 결단을 존중하여야 할 필요성이 있는 행위라는 의미에서 이른바 통치행위의 개념을 인정할 수 있으나, 국민의 기본권 침해와 직접 관련되는 경우에는 헌법재판소의 심판대상이 될 수 있다고 한다. 헌법재판소는 사법심사가 배제된다는 의미에서의 통치행위를 매우 제한적으로 해석하고 있다고 할 수 있다.
- 헌법재판소 1996. 2. 29.자 93헌마186 결정에서 금융실명제를 실시한 긴급재정경제명령의 위헌여부에 대한 헌법소원사건에서 “고도의 정치적 결단에 의한 행위로서 그 결단을 존중하여야 할 필요성이 있는 행위라는 의미에서 이른바 통치행위의 개념을 인정할 수 있고, 대통령의 긴급재정경제명령은 대통령이 고도의 정치적 결단을 요하고 가급적 그 결단이 존중되어야 할 것임은 법무부장관의 의견과 같다. 그러나 이른바 통치행위를 포함하여 모든 국가작용은 국민의 기본권적 가치를 실현하기 위한 수단이라는 한계를 반드시 지켜야 하는 것이고, 헌법재판소는 헌법의 수호와 국민의 기본권 보장을 사명으로 하는 국가기관이므로 비록 고도의 정치적 결단에 의하여 행해지는 국가작용이라고 할지라도 그것이 국민의 기본권 침해와 직접 관련되는 경우에는 당연히 헌법재판소의 심판대상이 될 수 있는 것”이라 하면서 헌법소원 청구가 적법요건을 갖추었다고 결정하였다.
- 또한 이라크 파병 결정에 관한 헌법재판소 2004. 4. 29. 2003헌마814 결정에서 외국에의 국군의 파견결과와 같이 성격상 외교 및 국방에 관련된 고도의 정치적 결단이 요구되는 사안에 대한 국민의 대의기관의 결정은 사법심사의 대상이 되지 않으므로 “대통령이 2003. 10. 18. 국군(일반사병)을 이라크에 파견하기로 한 결정”이 헌법에 위반되는지의 여부에 대한 판단을 헌법재판소가 하지 않는다고 결정하였다.

- 이 결정에 근거하여 외교 및 국방에 관한 정치적 사안은 통치행위로서 사법심사 대상에서 제외되는 것이라는 주장이 있을 수 있다. 그러나 이 결정에서 헌법재판소는 “이 사건 파병결정은 (...) 파병부대의 성격과 규모, 파병기간을 국가안전보장회의의 자문을 거쳐 결정한 것으로, 그 후 국무회의 심의·의결을 거쳐 국회의 동의를 얻음으로써 헌법과 법률에 따른 절차적 정당성을 확보하였음을 알 수 있다. 그렇다면 이 사건 파병결정은 그 성격상 국방 및 외교에 관련한 고도의 정치적 결단을 요하는 문제로서, 헌법과 법률이 정한 절차를 지켜 이루어진 것임이 명백하므로, 대통령과 국회의 판단은 존중되어야 하고 헌법재판소가 사법적 기준만으로 이를 심판하는 것은 자제되어야 한다”고 결정한 바, 이와 같은 헌법재판소의 결정은 취지는 고도의 정치적 결단에 의해 행해진 행정부의 통치행위 내부의사결정 과정에서 국가안전보장회의의 자문을 거쳐 국무회의 심의·의결 등 헌법과 법률이 정한 절차를 준수하였고, 더 나아가 헌법과 법률이 규정하는 바에 따라 입법부의 동의까지 받음으로써 헌법상 기본원리인 권력분립원리에 부합하고 있다면, 대통령이 결정하고 국회 또한 동의한 고도의 정치적 행위에 대한 사법부의 판단은 자제되어야 한다는 취지인 것으로 판단된다. 따라서 이 결정이 헌법과 법률이 정하는 절차를 준수하지 않고 행사한 대통령의 외교안보사안에 대한 정치적 결정까지 사법심사를 배제하는 취지이라고 볼 수는 없는 것으로 판단된다.
- 또한 이 결정에 대해 다음과 같은 비판이 있다. 즉 이 결정이 언급하는 동맹국과의 관계, 국가안보문제 등 “대통령이 고려하고 판단하는 다양한 문제들은 순수한 정치적 문제들로서 그 자체 처음부터 헌법과 법률에의 위반여부가 문제될 수 없고 따라서 그에 대한 사법심사가 성립될 여지가 없는 것”이며, “대통령의 파병결정이 헌법과 법률이 정한 절차를 지켜 이루어진 것임을 인정했다는 점에서 사법적 자제에 기해서 사법심사를 회피한 것이 아니라 헌법과 법률에의 위반여부를 심사한 것”이므로 이 사건을 각하하기 위해 통치행위에 대한 사법심사자제를 끌어들이 이유가 없다는 비판<sup>1)</sup>이 있는데 타당한 비판이라 생각한다.

1) 정연주, 통치행위에 대한 사법심사, 저스티스, 통권 95호, 2006. 12., 제43면.

#### 4) 5·24조치 관련 법원 판결

- 5·24조치에 대한 국가의 국가배상법상의 손해배상 의무를 부정한 일련의 판결에 근거하여 5·24조치는 통치행위로서 사법심사의 대상이 되지 않으며 아울러 이번의 개성공단 전면중단 조치도 그 어떠한 법적 근거가 없어도 합헌이며 사법심사의 대상도 되지 않는다는 주장이 있다. 이러한 주장의 당부를 살펴보기 위해서 5·24조치와 관련된 판결을 살펴볼 필요가 있다.
- 5·24조치와 관련하여 법원에 소송이 제기된 사건으로 개성공단 내 상업용지 수분양자에 관한 사건이 있다. 이 사건에서 원고는 개성공단 내 상업용지의 토지 이용권을 분양받고 통일부장관으로부터 협력사업 승인을 받아 건축절차를 진행하였다. 그러던 중 우리 정부의 5·24조치(기업의 개성공단 신규진출과 투자 확대를 불허하는 조치)로 인해 더 이상 사업을 진행할 수 없게 되었다. 이에 원고는 5·24조치가 위법하다는 이유로 국가를 상대로 손해배상을 청구하고, 아울러 5·24조치가 적법하다면 헌법 제23조 제3항 등을 근거로 손실보상을 청구한다고 하였다. 위 사건 항소심(서울고등법원 2013. 5. 2. 선고 2012나36335 판결)은 “통치행위라 하더라도 언제나 국가배상법상 손해배상 의무를 물을 수 없는 것은 아니라 할 것이다”라는 점을 명백히 하면서도 “5·24조치는 전적으로 공익 목적에 따른 행위로 보아야 할 것이고, 여기에 국가배상법 제2조 제1항 소정의 위법성이 있다고 할 수 없다”고 하여 손해배상청구를 기각하였다. 대법원도 원심을 유지하였다(2015. 6. 24. 선고 2013다205389 판결). 한편, 위 사건의 원고는 위 사건과 별개로 이 사건 상업용지의 토지이용권과 관련하여 원고가 가입하였던 남북협력기금법 제8조에 따른 경험보험의 보험자인 한국수출입은행을 상대로 보험금 청구의 소를 제기하였는데, 경험보험금 청구 사건의 경우 원고가 승소하여 경험보험금을 수령하게 되었다.
- 5·24조치 관련 판결로 북한 회사와 ‘북한 회사에 원자재를 보내고, 북한 회사로부터 완제품을 수령하게 되면 북한 회사에게 임가공비를 지급하는 것’을 주요 내용으로 하는 의류임가공계약을 한 남한 기업이 5·24조치 이전에 원자재를 공급했지만 5·24조치 이후 북한 회사에게 임가공비를 지급하지 못하게 되어 완제품을

제대로 납품받지 못하자 정부를 상대로 손해배상과 손실보상을 청구한 사건이 있다. 이에 대해 항소심 판결(서울고등법원 2012. 8. 23. 선고 2012나1582 판결)은 원심 판결과 같이, 5·24조치로 임가공비를 지급하지 않은 것은 5·24조치 이전에 지급할 수 있었음에도 미룬 것이라는 등의 이유를 제시하며, 원고의 손해가 5·24조치로 인하여 직접 발생한 것이라고 보기 힘들고, 이를 특별한 희생이라 볼 수 없어 국가에게 손해배상의무나 손실보상의무가 없다고 판시하였다. 그리고 위에서 설명한 대법원 1994. 6. 10. 선고 93다30877 판결과 동일한 법리에 근거하여 5·24조치는 공무원의 직무상 법적 의무를 위배하는 위법한 행정이라고 인정하기 부족하고 이는 전적으로 공익목적에 따른 행위이므로 국가배상법상으로 위법한 행위가 아니라고 판시하였다. 이 사건은 원고가 상고를 포기하여 항소심 판결로 종결되었다.

- 이와 같은 5·24조치에 관한 판결들을 통하여 5·24조치에 국가배상법 제2조 제1항에 따른 위법성이 없는 것으로 판단되었다고 하더라도, 개성공단 전면중단 조치에 국가배상법 제2조 제1항에 따른 위법성이 없다고 단정할 수 없다. 5·24조치의 경우 전체 내용 중 개성공단과 관련한 부분은 개성공단 신규 진출 및 개성공단 진출 기업의 투자확대를 불허하는 것에 불과하였을 뿐, 이미 진출한 기업의 가동중단이나 철수를 명하는 조치를 포함하고 있지 않았다. 그러나 개성공단 전면중단 조치의 경우 개성공단에 진출하여 사업을 하고 있는 모든 업체의 가동중단 및 철수를 명하는 조치이다. 이 점에서 이번 조치와 5·24조치는 차이가 있다. 또한 위 5·24조치에 관한 판결은 별도로 경험보험금청구사건을 진행하여 경험보험금을 수령하였고, 나대지 상태의 토지사용권을 소유하고 있던 원고기업은 손해는 실제 수령한 경험보험금과 차이가 크지 않거나 5·24조치 이전에 임가공비를 지급할 수 있었음에도 미루어 완성품을 받지 못했다는 등의 사정이 있었다는 점에서 개성공단 전면중단 조치와 차이가 있다.
- 나아가 국가가 5·24조치에 따라 국가배상법상 손해배상의무가 없다는 것이 반드시 5·24조치가 적법하다는 것을 의미하지는 않으며, 행정소송이나 헌법소원 등 다른 사법적 수단을 통한 구제 가능성이 차단된다고 단정할 수는 없다. 대법원 2015. 3. 26. 선고 2012다48824 판결은 “긴급조치 제9호는 위헌·무효이다. 그러

나 긴급조치 제9호가 사후적으로 법원에서 위헌·무효로 선언되었다고 하더라도 국민 개개인에 대한 관계에서 민사상 불법행위를 구성한다고는 볼 수 없다”라고 하여 민사상 불법행위 성립여부와 공권력행사의 위헌무효여부는 별개의 사안임을 밝히고 있다.

- 따라서 5·24조치로 인해 국가가 손해배상의무가 없다는 위 판결들이 개성공단 전면중단 조치가 통치행위이므로 그 어떠한 법적 근거가 없어도 합헌이며 사법심사의 대상도 되지 않는다는 주장의 근거가 될 수 없는 것으로 판단된다.

### 3. 개성공단 전면중단 조치에의 적용

#### 1) 판례의 적용

- 개성공단 전면중단 조치는 “대통령에 의한 고도의 정치행위에 따른 결단”이고, “정치적 결단이기 때문에 다른 법을 적용할 수 없”는 통치행위라고 정부는 주장하고 있는 것으로 이해된다. 1987년 헌법개정 이후 대법원과 헌법재판소는 사법심사가 배제되는 통치행위 개념 자체는 인정하나 통치행위 인정범위에 대해 아주 제한적으로 해석하고 있다.
- 대법원이 통치행위로 인정하는 것 같은 남북정상회담 자체는 애초부터 순수한 정치적 행위로서 정치적 책임이 문제될 뿐 사법부에게 위법여부를 물을 대상이 아니며 국민의 기본권을 침해하는 것도 아닌 것으로 판단된다. 따라서 남북정상회담은, 국민의 기본권인 재산권을 침해할 우려가 있고, 헌법에 따라 국가긴급권의 발동을 통해 적법하게 시행할 수 있었으나 아무런 법적 근거 없이 행해진 개성공단 중단조치와는 성격이 완전히 다른 것으로 판단된다.
- 또한 헌법재판소는 대통령의 이라크 파병행위에 대해 통치행위로 인정하고 있지만, 위에서 살펴본 바와 같이 이 결정이 헌법과 법률이 정하는 절차를 준수하지 않고 행사한 대통령의 외교안보사안에 대한 정치적 결정까지 사법심사를 배제하는 취지이라고 볼 수는 없는 것으로 판단된다. 따라서 이 결정이 정부가 단독으로 그 어떠한 법적 근거 없이, 그 어떠한 적법한 절차의 준수 없이 행한 개성공단



전면중단 조치에 대한 사법심사권을 포기하는 근거가 될 수는 없는 것으로 판단된다.

- 따라서 대법원과 헌법재판소의 관례에 따르면 개성공단 전면중단 조치는 법적 근거 없이 행해지고 사법심사가 배제되는 통치행위라고 보기 어렵다.

## 2) 헌정사적 관점

- 개성공단 전면중단 조치는 개성공단 기업의 재산권 행사를 제한하는 것인바, 국민의 재산권 행사의 제한은 법률에 의해서만 가능하나(헌법 제23조 제3항), 예외적으로 법률의 효력을 가진 국가긴급권에 의해 가능할 것이다. 그런데 정부는 개성공단 전면중단 조치는 법적 근거가 없이 국가 비상사태에서 고도의 정치적 판단에 의하여 결정한 것이라는 취지로 주장해 왔는바, 이는 헌법상의 국가긴급권의 발동이 아닌 초헌법적 국가긴급권이라는 주장이라 평가된다.
- 그러나 헌정사적으로 1972년 헌법(유신헌법)<sup>2)</sup> 제53조의 ‘긴급조치’, 1980년 헌법(제5공화국 헌법)<sup>3)</sup> 제51조의 ‘비상조치’, 현행 헌법<sup>4)</sup> 제76조의 ‘긴급재정경제처분·명령권’ 및 ‘긴급명령권’에서 보는 바와 같이 국가긴급권은 그 남용과 악용을 막기 위해 국가긴급권의 내용과 효력, 통제와 한계를 분명히 하는 방향으로 발전해왔다.
- 1972년 유신헌법은 대통령에게 “긴급조치”라는 강력한 국가긴급권을 부여하고(헌법 제53조 제1항과 제2항), 이러한 국가긴급권이 사법심사의 대상에서 배제됨을 명시적으로 규정하고 있다(헌법 제53조 제4항). 그러나 적어도 이러한 대통령의 국가긴급권은 대통령의 지체 없는 국회 통고 의무와 국회의 긴급조치해제건의권에 의하여 형식적으로나 통제되었고(헌법 제53조 제3항과 제6항), 또한 긴급조치의 원인 소멸 시 대통령의 지체 없는 해제 의무에 의하여 재차 통제되었다(헌법 제53조 제5항).

2) 대한민국 헌법 제8호(1972. 12. 27. 전부개정, 1972. 12. 27. 시행).

3) 대한민국 헌법 제9호(1980. 10. 27. 전부개정, 1980. 10. 27. 시행).

4) 대한민국 헌법 제10호(1987. 10. 29. 전부개정, 1988. 2. 25. 시행).

- 1980년 제5공화국 헌법은 유신헌법 하에서 대통령에게 부여되었던 국가긴급권을 대폭 축소하고 국회의 통제권을 크게 강화하여, 특히 유신헌법에서 “국가의 안전보장 또는 공공의 안녕질서가 중대한 위협을 받거나 받을 우려가 있을 경우”에 국가긴급권 발동이 가능하다고 규정한 것을 개정하여 “국가의 안전을 위협하는 교전상태나 그에 준하는 중대한 비상사태”인 경우에만 비상조치를 시행할 수 있다고 규정하였고(헌법 제51조 제1항), 유신헌법의 사법심사 면제 조항을 삭제하였으며, 국회에 해제건의권 이외에 최종적인 승인권을 부여하였다(헌법 제51조 제3항).
- 1988년 현행 헌법은 대통령의 국가긴급권에 대한 통제를 더욱 강화하여, 대통령은 내우·외환·천재·지변 또는 중대한 재정·경제상의 위기에 있어서 국가의 안전보장 또는 공공의 안녕질서를 유지하기 위하여 긴급한 조치가 필요하고 국회의 집회를 기다릴 여유가 없을 때에 한하여 최소한으로 필요한 재정·경제상의 처분을 하거나 이에 관하여 법률의 효력을 가지는 명령을 발할 수 있고(헌법 제76조 제1항), 대통령은 국가의 안위에 관계되는 중대한 교전상태에 있어서 국가를 보위하기 위하여 긴급한 조치가 필요하고 국회의 집회가 불가능한 때에 한하여 법률의 효력을 가지는 명령을 발할 수 있다고 규정하고 있다(헌법 제76조 제1항 내지 제2항). 현행 헌법은, 더 나아가 긴급명령의 법적 효력을 법률적 효력으로 국한하였고(헌법 제76조 제1항 내지 제2항), 국회의 최종적인 승인권과 해제권도 강화·유지하였다(헌법 제76조 제3항 내지 제4항).
- 이와 같이 남용과 악용을 막기 위해 국가긴급권의 내용과 효력, 통제와 한계를 분명히 하는 방향으로 헌법개정이 이루어진 우리 헌정사를 볼 때 통치행위라는 명목으로 하는 아무런 법적 근거 없는 초헌법적 국가긴급권은 헌정사의 발전과정에 역행하는 것으로 인정될 수 없는 것으로 판단된다.
- 헌법재판소 2015. 3. 26.자 2014헌가5 결정도 “국가비상사태의 선포를 규정한 특별조치법 제2조는 헌법이 인정하지 아니하는 초헌법적 국가긴급권을 대통령에게 부여하는 법률로서 헌법이 요구하는 국가긴급권의 실제적 발동요건, 사후 통제 절차, 시간적 한계에 위반되어 위헌”이라고 결정하였다.

### III. 외교안보정책과 통치행위

#### 1. 외교안보정책에 대한 만연한 통치행위 주장

- 이번의 개성공단 전면중단 조치뿐만 아니라 이전에도 2010년 5·24조치처럼 남북한 간에 발생한 현안에 대해 통치행위라는 명목으로 헌법과 법률에 근거 없는 행위가 용인되어 왔다. 사실 정부 내에서는 어떠한 행위가 단순히 국가최고기관의 행위이기 때문에 혹은 외교적 행위 또는 군사적 행위이기 때문에 헌법이나 법률에 근거 없이 행해질 수 있고 사법심사가 배제 또는 제한되는 통치행위라는 주장이 상당히 퍼져있다. 사실 남북관계를 포함한 외교안보사안은 국가의 운명을 좌우할 매우 중대한 정책으로 정책의 재량의 폭이 크고 국내의 이해관계뿐만 아니라 제3국과의 이해관계가 있어 법치주의 원칙이 그대로 적용되는 것이 바람직하지에 대해 의문이 있을 수 있다. 예컨대 전쟁과 같은 국가긴급사태시에 적시에 긴급한 대처를 못할 우려나 대통령의 자유로운 정치적 의사결정을 부당하게 구속한다는 우려가 제기될 수 있으며, 국가간의 조약에 대하여 헌법재판소가 위헌을 확인하고 무효화시킬 경우 국가간의 신뢰가 문제될 수 있다. 이런 점을 고려하더라도 통치행위라는 명목으로 헌법과 법률에 근거하지 않고 외교안보사안에 대해 정책결정을 하는 관행이 상당히 많다.
- 외교안보정책의 결정의 근거가 되는 법률도 충분히 입법되어 있지 않다. 예를 들어 대통령의 대표적인 외교행위인 조약체결에 대해, 헌법에 제6조 제1항 “헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다”라는 규정과 제60조 제1항 “국회는 상호원조 또는 안전보장에 관한 조약, 중요한 국제조직에 관한 조약, 우호통상항해조약, 주권의 제약에 관한 조약, 강화조약, 국가나 국민에게 중대한 재정적 부담을 지우는 조약 또는 입법사항에 관한 조약의 체결·비준에 대한 동의권을 가진다”라고 규정하고 있을 뿐, 광복 70년이 넘는 현재에도 조약체결절차에 대한 법률조차 존재하지 않고 있다. 다만 한미FTA 체결을 계기로 2012년에 “통상조약의 체결절차 및 이행에 관한 법률”만이 존재할 뿐 조약 일반에 대한 법률은 제정되어 있지 않다.

- 나아가 굳이 통치행위라 하지 않고서도 헌법과 법률에 근거하여 충분히 공권력을 행사할 수 있는 사안에서도 외교안보사안이라는 이유로, 통치행위이므로 헌법이나 법률에 근거 없이 행해질 수 있고 사법심사가 배제 또는 제한된다는 식의 주장이 퍼져있다. 예를 들어 대통령이 한미연합 군사훈련의 일종인 2007년 전시증원연습을 하기로 한 결정의 위헌여부를 다투는 헌법소원 사건에서 “한미연합 군사훈련은 1978. 한미연합사령부의 창설 및 1979. 2. 15. 한미연합연습 양해각서의 체결 이후 연례적으로 실시되어 왔고, 특히 이 사건 연습은 대표적인 한미연합 군사훈련으로서, 피청구인이 2007. 3.경에 한 이 사건 연습결정이 새삼 국방에 관련되는 고도의 정치적 결단에 해당하여 사법심사를 자제하여야 하는 통치행위에 해당된다고 보기 어려움”(헌법재판소 2009. 5. 28.자 2007헌마369 결정)에도 불구하고 국방부 장관은 “이 연습은 피청구인인 대통령의 국군통수권 행사 및 한반도를 둘러싼 국제정치관계 등 관련 제반 상황을 종합적으로 고려한 고도의 정치적 결단의 결과물인바, 이는 통치행위에 해당하여 사법심사의 대상이 되지 않는다”라는 주장을 관성적으로 하기도 하였다.
- 이와 같이 대통령의 외교안보사안에 대한 결정을 만연히 통치행위라고 주장하는 경향은 대한민국 사법의 역사에서 오랫동안 법원이 행정소송의 운영에서 대체로 사법소극주의로 일관했던 사정과 무관하지 않은 것으로 생각된다. 그러나 대한민국 사법 70년을 지나고 1987년 헌법개정 이후 30년이 넘는 현시점에서 과연 남북한 간의 문제를 포함한 외교안보사안에 대하여 통치행위라는 명목으로 법치주의 적용이 배제되어야 하는 것인지에 대해 점검해 볼 필요가 있다.

## 2. 외교안보정책과 법치주의

- 헌법은 외교분야에 있어서도 모든 정치권력을 구속할 수 있다. 이와 같은 원칙은 헌법에 의하여 확립된 법치국가질서의 본질이다. 고도의 정치성을 띤 행위의 경우 사안에 따라 그 사법심사의 범위와 밀도에 있어서 그리고 심사결과에 있어서 다양한 정치적·공익적 고려가 있을 수는 있으나, 그를 이유로 처음부터 행위 자체를 사법심사의 대상에서 제외해서는 안 된다.

- 독일의 경우에도 동·서독 기본조약에 관한 판례에서 연방헌법재판소는 정치적 문제에 대한 사법적 자제의 원칙이 헌법재판소의 사법심사권의 축소나 약화를 의미하는 것은 결코 아니고, 국가작용이 헌법재판소의 심사절차를 벗어난다는 것은 포괄적인 헌법재판제도를 보장한 헌법의 결단에 위배된다는 점을 강조하고 있다<sup>5)</sup>. 이 독일 판례는 “조약은 실질적 헌법을 창조할 수 없고 기본법의 해석에 참고가 될 수 없다. 오히려 반대 입장이 타당하다. 헌법에 위반되는 조약은 헌법 개정을 통해서만 합헌적이 될 수 있다. 제3국과의 관계에 관한 헌법규정을 해석함에 있어 정치적 결정을 위한 여유를 남겨두어야 한다는 측면은 조약이 합헌적이나 하는 것을 검토할 때 필요한 중요한 해석원칙이다. 이 점에서 연방헌법재판소가 사법자제원칙을 채택한다면 이것은 헌법재판소의 상술한 기능을 단축하거나 약화시키는 것을 의미하는 것이 아니라 헌법이 제정하여 놓은 자유로운 정치 결정의 영역에 간섭하는 것을 포기하는 것을 의미한다. 이는 헌법이 다른 헌법기관을 위하여 보장한 정치적 의사결정이 자유로이 형성될 수 있도록 개방한 것을 발전시킴을 목적으로 한다”라고 하여 외교안보사안에 대한 사법심사권을 명확히 하고 있다.

### 3. 외교안보정책 결정에서 헌법과 법률에 따른 절차의 준수

- 외교안보정책의 결정에 대한 사법심사는 국회 동의 등과 같은 결정절차에 대한 부분과 결정이 재산권 같은 국민의 기본권을 침해하였는지 여부 등과 같은 실체적 요건에 대한 부분으로 나눌 수 있을 것이며, 헌법의 법치주의는 두 가지 모두에 적용되는 것이 원칙일 것이다. 외교안보정책 결정의 실체적 요건에 대한 부분은 완전히 정치적 사안에 불과하여 법에 근거 없이 행할 수 있고 사법심사권을 배제해야 할 사항이 있을 수 있다. 그러나 적어도 헌법이 명시적으로 규정한 국회동의와 같은 절차를 준수하지 않는 외교안보정책의 결정은 헌법을 정면으로 위반한 것이므로 통치행위라는 명목으로 합헌적이라 할 수 없는 것으로 판단된다. 외교안보정책의 헌법과 법률에 절차에 따른 결정이 필요함은 헌법이론적

5) 국토통일원, 동서독 기본조약에 관한 판례, 1976, 제595면.

측면에서만 오는 것이 아니라 실질적 측면에서도 중요하다.

- 우선 헌법절차에 따른 결정은 국론분열을 막기 위해 필요하다. 국가안보와 외교에 있어 국익수호를 위해서는 국민단합이 필요하나, 우리 헌법 체제 하에서 헌법과 법률이 정한 절차를 무시한 국가 의사결정은 결코 국민을 단합시킬 수 없다. 진정한 단합은 헌법이 정한 절차를 통하여 국민의 의사가 표현되고 그 의사가 수렴되어 국가 의사결정이 이루어진 경우에 달성될 수 있다. 사드배치와 전작권환수 문제 등 외교안보문제에 대해 찬반이 있을 수 있으며 각각의 의견에 나름대로의 이유와 논리가 있다. 그러나 외교나 안보부분에서 절대적이 답이 있는 것이 아니며 절대 타협 불가능한 것도 아니라고 생각한다. 국익을 위해서 적절한 선에서 외국과 교섭하여 타협하고 주고받기가 가능할 것이다. 각각의 문제에서 중요한 것은 찬반에 관한 자신들의 주장만을 반복하는 것이 아니라 법치주의 틀 내에서 국회동의절차 등 제도적 토론기회 보장과 국민적 합의를 위한 장치를 마련하는 것이다. 그러한 틀 속에서 사드배치와 전작권환수 등이 공론화되어 국민적 합의를 만들어 갈 수 있게 하는 것이 중요하다.
- 대외관계에서는 정부 정책을 반대하는 것이 결과적으로 국가이익을 키우는 일이 될 수 있다. 흔히 여당은 외교안보 문제에 관해서 야당에 초당적인 협력을 요구한다. 속내는 정부·여당이 하지는 대로 따라오라는 것이지만, 진정한 의미의 초당적 협력은 그런 것이 아니다. 국가이익을 키울 수 있다면 야당이 반대를 해서 정부·여당이 상대국가에 끌려가거나 휘둘리는 것을 막아야 한다. 우리 국내 여론이 안 좋다는데, 동맹국이라는 외국이 자국 이익만 챙기려 하지는 못할 것이다. 우리사회의 무비판적인 대미추종주의는 국익에 반한다. 국민의 입장에서 볼 때, 야당의 반대가 진정한 초당적 외교다. 외교안보정책에서 법치주의 적용을 적극적으로 해주는 것이 외국과의 관계에서 우리 정부의 운신의 폭을 넓혀주는 것이다. 법치주의가 우리가 내세울 수 있는 외교안보의 무기일 수 있다.
- 법치주의 질서의 존중은 대북관계에서도 중요하다. 북한의 남남분열 기도를 극복하기 위해서도 헌법이 정한 절차를 통하여 국민의 의사가 표현되고 그 의사가 수렴되어 국가 의사결정이 이루어질 필요가 있다. 사드배치, 전작권환수 연기 등의

문제가 우리 사회에서 주제로 토론되고 공론의 장에서 결정되지 못한 채 북한위협론 등의 일부 언론의 여론몰이와 안보 관련 정보가 공개되지 않은 상태에서 소수에 의해 정책이 결정되는 것을 극복해야만 한다. 북한 주장과 동일한 주장도 공론의 장에서 토론되어 자유민주주의와 법치주의 내에서 극복될 수 있을 때에 통일의 가능성은 있을 것이다.

- 또한 외교안보사안에서 통치행위를 부정하고 법치주의를 명확히 적용하는 것은 북한에 대한민국의 법치주의가 작동하고 있다는 모범을 보여주는 것이다. 우리 정부는 북한에게 2013. 4. 8.부터 같은 해 9. 15. 사이 북한이 개성공단을 일시적으로 폐쇄했을 때를 비롯하여 「남북사이의 투자보장에 관한 합의서」에 따른 투자보장을 하고, 법치주의에 따라 개성공단을 운영할 것을 요구해 왔다. 그럼에도 정작 우리 정부가 아무런 법적 근거 없이 개성공단 전면중단을 결정하고 집행함으로써 북한으로부터 보호하고자 했던 우리 국민의 재산권을 정부 스스로 침해하고 말았다. 북한에게 법치주의를 요구하면서 정작 남한은 ‘통치행위’라는 미명 하에 법치주의를 내팽개치는 모순되는 행위를 하였던 것이다. 그러나 남한이 법치주의를 준수하지 않으면서 북한에 법치주의를 요구할 수는 없다. 정부의 대북정책이 헌법의 기본원리인 법치주의에 입각하여 수행될 때에만 북한을 진정한 변화의 길로 인도할 수 있으며, 이렇게 하는 것이 헌법 제4조의 “자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책”에 부합하는 것이다. 대한민국 스스로 법치주의 모범을 보일 때 북한에 대한 법치주의 요구는 더 큰 힘을 얻을 수 있을 것이며, 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일의 날은 앞당겨질 것이다.

#### 4. 외교안보정책에 대한 사법심사 시 부작용 감소 방안

- 고도의 정치성을 띤 외교안보사안일 경우 헌법재판소가 위헌을 확인하고 무효화시킬 경우 외국과의 신뢰 훼손 등의 부작용을 우려할 수 있다. 그러나 그 경우라도 사법심사의 대상에서 제외시켜 사건을 각하할 것이 아니라 일단 심사하고, 국가간의 신뢰 등이 문제될 수가 있는 경우에는 조약의 위헌을 확인하되, 그에 대한 단순위헌보다는 헌법불합치나 입법촉구 등의 변형결정을 내리는 것이 고려

될 수 있을 것이다<sup>6)</sup>.

- 특히 외교안보정책의 결정에 대한 헌법소원 청구의 경우 공권력행사를 취소하는 결정대신에 공권력 행사 위헌확인결정을 할 수 있을 것이다. 헌법재판소는 청구인의 기본권을 침해한 공권력의 행사를 취소함이 원칙이나 취소되어야 할 권력적 사실행위 등의 공권력 행사가 이미 종료된 경우 이를 취소하는 대신 위헌적인 공권력 행사가 다시 반복될 수 있는 위험성을 제거하기 위하여 또는 헌법질서의 수호·유지를 위하여 공권력행사에 대하여 선언적 의미에서 위헌임을 확인할 수 있다<sup>7)</sup>. 이러한 위헌확인결정도 헌법재판소법 제75조 제1항 “헌법소원의 인용 결정은 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속한다”라는 규정에 따라 기속력을 가진다.

6) 정연주, 통치행위에 대한 사법심사, 저스티스, 한국법학원, 통권 95호, 2006. 12., 제34면.

7) 정연주, 헌법소송론, 법령사, 2015, 제446면



## IV. 남북관계 제도화

### 1. 남북관계 제도화의 의의

- 남북관계를 비롯한 외교안보사안에서 아무런 법적 통제 없이 정책을 결정할 수 있다는 관성적인 통치행위 주장의 위험성을 살펴보았다. 헌법은 외교안보분야에 있어서도 모든 정치권력을 구속할 수 있다는 원칙은 헌법상의 법치주의 원리의 본질이다. 남북관계에 있어서도 아무런 법적 통제 없이 정책을 결정할 수 있다는 위험적 주장에서 벗어나 남북관계를 헌법을 비롯한 법제도의 틀 내에서 결정한다는 남북관계의 법제도화가 필요하다. 남북관계의 법제도화를 위해서는 무엇보다도 통치행위라는 명목으로 법률에 아무런 근거 없이 행해지는 정책결정에 대한 예방이 필요할 것이다. 이어 남북관계의 규율할 법률이 현실에 적합하게 정비되고 법률의 집행이 자의적이 되지 않도록 해야 한다.
- 남북관계의 법제도화는 남북간 합의를 법규범화하는 문제뿐만 아니라, 남북간 협력사업의 시작과 중단을 법제도의 틀 내에서 행할 수 있도록 법제도를 정비하는 것을 포함한다. 개성공단 사업과 관련하여 개성공단 중단과 같은 남북협력사업의 중단과 폐지를 위한 법제도의 정비방안과 개성공단 재가동시 체결될 남북합의서의 법제도화가 포함된다고 할 것이다.

### 2. 대북제재 절차 제도화와 개성공단 피해보상

- 개성공단 전면중단과 같은 대북제재를 통치행위로 아무런 법적 근거 없이 행하는 것은 헌법의 기본원리인 법치주의에 반한다. 또한 대북제재 조치를 취할 때마다 헌법의 국가긴급권을 발동하는 것도 국가 비상사태시 예외적으로 발동하도록 하는 국가긴급권의 취지에 부합하지 않는다. 이런 문제점을 해결하기 위해서 개성공단 중단사업과 같은 「남북교류협력에 관한 법률」(이하 ‘교류협력법’)의 협력사업<sup>8)</sup>

8) “협력사업”이란 남한과 북한의 주민(법인·단체를 포함한다)이 공동으로 하는 문화, 관광, 보건의료, 체육, 학술, 경제 등에 관한 모든 활동을 말한다(교류협력법 제2조 제4호).

의 승인을 받아 이루어지고 있는바, 교류협력법상의 협력사업 중단을 위한 요건과 절차를 구체적으로 명시할 필요가 있다.

- 좀 더 구체적으로 설명하면 다음과 같다. 현재의 교류협력법은 방문승인(법 제9조), 반출입승인(법 제13조), 협력사업승인(법 제17조)은 승인여부에 대한 실제적 요건이 전혀 규정되지 않은 자유재량행위이며, 특히 이미 협력사업 승인이 된 교류협력 사업에 대해, 방문승인이나 반출입승인(자유재량행위임)을 불허함으로써 사실상 협력사업 승인을 취소 또는 협력사업을 조정한 것과 동일한 결과를 가져오는 것은 문제가 있다. 이미 협력사업 승인을 받은 자에게 반출입을 제한하여 협력사업을 실제로 수행할 수 없도록 한 것은 헌법 제23조의 공공필요에 따른 재산권행사 제한에 해당되는 것이므로 엄격히 제한할 필요가 있다. 따라서 기 승인된 협력사업의 이행을 위한 경우, 귀책사유 있는 경우 외에는 방문승인이나 반출입승인을 거부할 수 없도록 제한하기 위해 법 제9조 제4항에 “통일부장관은 제17조에 따라 승인받은 협력 사업 수행을 위한 방문승인의 경우, 제7항 각호의 사유에 해당하는 경우에만 승인을 거부할 수 있다”를 추가하고, 법 제13조 제4항에 “통일부 장관은 제17조에 따라 승인받은 협력사업 수행을 위한 반출입승인의 경우, 제5항 각호의 사유에 해당하는 경우에만 승인을 거부할 수 있다”라는 조항을 추가하는 방안을 검토할 필요가 있다.
- 이와 같이 이미 승인된 협력사업의 수행을 위한 방문과 반출입의 제한을 엄격하게 제한하더라도 이미 승인된 협력사업의 범위를 조정하거나 아예 협력사업 자체를 취소시킬 필요가 있을 수 있다. 협력사업을 승인받아 수행하는 자가 “협력사업의 시행 중 남북교류·협력을 해칠 명백한 우려가 있는 행위를 한 경우”<sup>9)</sup>나 “국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 해칠 명백한 우려가 있는 경우”<sup>10)</sup>와 같이 당사자의 귀책사유 있는 경우에 협력사업을 취소하는 것은 필요할 것이다. 또한 UN의 대북제재 결의를 집행하기 위하여 당사자의 귀책사유 없는 경우에도 이미 승인된 협력사업을 조정하거나 취소할 수 있도록 할 필요가 있다. 이를

9) 교류협력법 제17조 제4항 제10호

10) 교류협력법 제17조 제4항 제11호. 이 조항은 협력사업자의 귀책사유 없는 공공복리 등을 위한 협력사업의 취소는 교류협력법 제18조의 대상이므로 “협력사업 수행자”가 국가안전보장 등을 해칠 명백한 우려가 있는 경우로 한정해서 해석해야 할 것으로 생각한다.

위해 교류협력법 제18조는 조약이나 일반적으로 승인된 국제법규 또는 「남북관계 발전에 관한 법률」에 따라 체결·발효된 남북합의서의 이행을 위하여 필요한 경우<sup>11)</sup>나 국제평화 및 안전유지를 위한 국제적 합의에 이바지할 필요가 있는 경우<sup>12)</sup> 등에 협력사업을 조정할 수 있도록 규정하고 있다<sup>13)</sup>.

- 그런데 이 경우 투자자 측의 귀책사유 없이 협력사업이 중단될 경우 국가가 손실보상을 하도록 근거규정을 마련함으로써 투자안정성을 보장할 필요가 있다. 헌법 제23조 제3항은 “공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다”고 규정하고 있으며 정부의 개성공단 전면중단 조치로 인하여 남한 기업이 북한지역에서 소유한 토지이용권, 건물소유권, 생산설비, 원부자재 및 완제품 등 유무형의 고정·유동 자산 일체에 대한 사용·수익·처분권이 전면 차단되었고, 이와 동시에 남북교류협력법에 따라 적법하게 이루어진 기업 경영 활동이 중단되어 재산권 행사의 제한이 있었다. 정부가 개성공단 전면중단 조치로 피해를 입은 개성공단 기업을 상대로 조사한 결과에 따르면, 기업은 9,000억 원 정도의 피해를 신고하였으나, 정부는 그 중 7,700억 원 정도만 증명된 것으로 보았으며, 이 중에서 5,000억 원 정도를 지원하였다. 이 피해 규모에는 영업손실이나 원청업체(바이어)의 클레임 제기 또는 손해배상청구에 따른 손실은 모두 제외되어 있고, 개성공단 영업기업이 입은 피해는 포함되어 있지 않다. 정부는 개성공단 전면중단으로 인한 손실에 대한 보상에 관해 근거법률이 없음을 이유로 거부하였다. 따라서 협력사업 중단이나 폐지조치로 인한 재산권사용제한으로 인한 손실의 정당한 보상에 관해 근거법률의 제정이 필요하다.
- 전시·사변 또는 이에 준하는 비상사태하에서 군작전을 수행하기 위하여 필요한 토지, 물자, 시설 또는 권리의 징발(徵發)하는 경우에도 징발법 제19조 및 제21조

11) 교류협력법 제18조 제1항 제1호

12) 교류협력법 제18조 제1항 제2호

13) 교류협력법 상 협력사업의 조정과 취소에 있어 당사자 귀책사유 있는 경우와 당사자 귀책사유 없는 경우를 분리하여 규정할 필요가 있다는 점에서 제18조 제1항 제3호 내지 제5호는 당사자 귀책사유 있는 경우의 협력사업 조정 사유를 제17조 제4항과 통합하고 교류협력법 제17조 제4항에서 협력사업을 취소할 수 있을 뿐만 아니라 “협력사업의 내용·조건 또는 승인의 유효기간 등에 관하여 필요한 조정”을 할 수 있도록 규정하는 것을 검토할 필요가 있다.

에서 “시가”를 원칙적 기준으로 보상을 규정하고 있고, 비상계엄지역에서 계엄사령관이 작전상 부득이한 경우에는 국민의 재산을 파괴 또는 소각(燒却)하는 경우에도 계엄법 제9조의2에서 손실이 교전 상태에서 발생한 경우가 아닌 한 정당한 보상을 하도록 규정하고 있는 현행 법률에 비추어 보아도 이는 정당하다. 따라서 교류협력법 제18조 제5항으로 “제1항 제1호 및 제2호의 사유에 따른 조정으로 인하여 손실을 입은 자는 통일부 장관에게 정당한 보상을 청구할 수 있다. 보상의 범위와 절차는 대통령령으로 정한다”를 추가하는 방안을 검토할 필요가 있다.

- 아울러 협력사업 중단절차에 대한 민주적 의견수렴을 위해 법 제18조 제4항에 앞부분에 “통일부장관은 제1항에 협력사업의 조정을 명하려면 청문을 실시하여야 한다”라는 조항을 추가하는 방안을 검토할 필요가 있다고 생각한다.

### 3. 남북합의서 제도화와 개성공단 정상화

#### 1) 남북합의서 제도화

- 남북관계에 있어서도 아무런 법적 통제 없이 정책을 결정할 수 있다는 위헌적 주장에서 벗어나 남북관계를 헌법을 비롯한 법제도의 틀 내에서 결정할 필요가 있으며 이는 남북합의서를 채택하고 발효시키는 데에도 필요한 원칙이다. 1972년 7·4남북공동성명, 2000년 6·15공동선언, 2007년 10·4선언 등 남북정상간 주요 합의는 헌법과 법제도의 틀 내에서 결정되었다가 보다는 대통령의 통치행위의 일환으로 법적 근거 없이 이루어졌다고 할 수 있다. 그러나 이제는 남북간 협력사업의 시작과 중단을 법제도의 틀 내에서 행하며, 남북간 합의를 법규범화해야 할 필요가 있다.
- 남북합의서의 제도화는 남북간 체결된 합의서를 국회의 동의를 거쳐 법적 효력을 발생시키겠다는 것이 일반적 의미인 것으로 이해된다. 그런데 남북합의서에 법적 효력을 발생시키겠다는 것이 무엇인지 불명확한 점이 있다. 국내법과 동일하게 남북합의서를 근거로 국민이 직접 법원에 정부를 상대로 어떠한 권리를 청구하거나 국내법의 효력의 중단과 정지를 요청할 수 있는지 의문이다. 그것이

아니라면 남북합의서의 구속력을 남북 간에만 인정할 수 있고 국민이 직접 국가를 상대로 법원에 남북합의서의 효력을 주장할 수 없는 것 아니냐는 의문도 제기될 수 있다. 이에 기존 남북합의서를 둘러싼 논의의 경과와 남북합의서의 법적 효력에 대한 검토가 필요하다.

## 2) 남북합의서의 효력

- 남북은 1972년 7·4남북공동성명을 체결한 이후 수많은 합의를 체결하였다. 남북합의서의 효력에 대해 여러 가지 논의가 있다. 특히 1991년 체결되고 1992년 2월 19일 발효된 「남북사이의 화해와 불가침 및 교류협력에 관한 합의서」(이하 “남북기본합의서”)가 헌법 제6조 제1항의 조약과 동일한 효력의 의미가 있는지에 논의가 분분했다.
- 남북기본합의서의 성격에 대해 헌법재판소는 “1992. 2. 19. 발효된 '남북사이의 화해와 불가침 및 교류협력에 관한 합의서'는 일종의 공동성명 또는 신사협정에 준하는 성격을 가지에 불과하여 법률이 아님은 물론 국내법과 동일한 효력이 있는 조약이나 이에 준하는 것으로 볼 수 없다.”고 판시한 바 있으며(헌법재판소 2000. 7. 20. 선고 98헌바63 결정), 대법원은 “남북 사이의 화해와 불가침 및 교류협력에 관한 합의서(이하, 남북기본합의서라고 줄여 쓴다)는 남북관계가 '나라와 나라 사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계'(합의서 전문)임을 전제로, 조국의 평화적 통일을 이룩해야 할 공동의 정치적 책무를 지는 남북한 당국이 특수관계인 남북관계에 관하여 채택한 합의문서로서, 남북한 당국이 각기 정치적인 책임을 지고 상호간에 그 성의 있는 이행을 약속한 것이기는 하나 법적 구속력이 있는 것은 아니어서 이를 국가 간의 조약 또는 이에 준하는 것으로 볼 수 없고, 따라서 국내법과 동일한 효력이 인정되는 것도 아니다.”라고 판시한 바 있다(대법원 1999. 7. 23. 선고 98두14525 판결).
- 이와 같이 헌법재판소와 대법원은 조약은 “국가간의 의무”인 동시에 “국내적 규범”으로서 이중적인 기능을 하는데, 남북기본합의서의 국내적 규범으로서의 효력을 다투는 사건에서 대외적 법적 구속력이 없음을 의미하는 신사협정이라고

판단하였던 것으로 생각된다. 즉 국제법과 국내법의 효력관계에 대하여 소위 일원론과 이원론으로 입법례가 구분되어 있는데, 우리 헌법 제6조 제1항 “헌법에 의하여 체결공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법규와 같은 효력을 가진다”라는 규정에 대하여 국내의 학설과 판례는 대체로 조약과 국내법은 동일하다는 일원론에 입각하여 해석하고 있는 것으로 생각된다<sup>14)</sup>. 이와 같은 일원론에 입각하여 조약의 성격을 규정하고 남북기본합의서도 조약의 일종으로 보면서도 국가보안법 조항이나 남북교류협력에 관한 법률 조항이 남북기본합의서에 반하더라도 위헌이나 무효라고 할 수 없다는 논리, 즉 남북기본합의서의 국내적 규범으로서 효력을 인정할 수 없다는 논리를 전개하기 위해서는 당연히 남북기본합의서의 대외적 법적 구속력도 없다는 결론에 이를 수밖에 없었을 것으로 생각한다. 그러나 남북기본합의서의 대외적 법적 구속력을 부정하는 것은 약속은 지켜야 한다(Pacta sunt servanda)라는 법언이나 남북합의의 준수가 남북간 신뢰회복의 시작이라는 점에서 문제가 있다.

- 이와 같은 남북간 합의서의 효력에 대한 분분한 논의를 거쳐 남북간 교류가 활성화된 2000년대에는 「남북사이의 투자보장에 관한 합의서」, 「남북사이의 소득에 대한 이중과세방지 합의서」, 「남북사이의 상사분쟁해결절차에 관한 합의서」, 「남북 사이의 청산결제에 관한 합의서」 등 소위 4대 경험합의서의 체결이 이루어졌다. 이 4대 경험합의서는 2000년 12월 16일 남북한 장관급회담 체결, 2001년 5월 22일 제20회 국무회의 심의, 같은 해 5월 28일 대통령 재가, 2003년 6월 30일 제240회 국회본회의 의결, 2003년 8월 20일 남북한 당국간 문본교환, 2003년 8월 23일 공포라는 일련의 절차를 거쳐 발효하게 되었다<sup>15)</sup>. 이와 관련하여, 위 남북기본합의서에 관한 판례에 따라 남북 상호간의 합의문이 단지 “신사협정”에 불과하여 남북간에 구속력이 없다면 경제협력에 잠재적 불안요소가 될 수 있으므로 4대 경험합의서에 대해 법적 효력을 부여해야 한다는 논의가 제기되었다. 법적 효력을 부여하는 구체적 방식에 대해 우리 정부 내에서는 4대 경험합의서를 조약에 준하는 것으로 보아 국회 비준동의를 받는 방안과 4대 경험합의서

14) 헌법재판소 2001. 4. 26. 선고 99가13결정 참조.

15) 배종인, 헌법과 조약체결-한국의 조약체결 권한과 절차, 삼우사, 2009, 제244면.

의 이행을 위하여 별도로 법률의 제정이나 개정하는 방안에 대해 검토하였으나, 조약방식으로 체결하기로 결정하여 위와 같은 절차를 거쳐 4대 경협합의서를 발효시켰던 것이다<sup>16)</sup>.

- 이와 같이 4대 경협합의서를 조약에 준하는 것으로 보고 조약방식으로 체결· 발효하였지만 헌법 제3조의 영토조항에 비추어 북한과 국가간 합의인 조약 체결이 가능한지 여부나 남북합의서가 조약과 완전히 동일한 절차를 거쳐 발효되어 조약과 동일한 효력을 갖는지 여부에 대해서는 의문이 완전히 해소되었다고 할 수 없었다. 이러한 배경에서 「남북관계 발전에 관한 법률」이 2005년 12월 29일 공포되고 2006년 6월 30일 시행되었다. 「남북관계 발전에 관한 법률」 제21조 내지 제23조 및 부칙에서 남북합의서의 체결, 비준, 공포 및 효력에 대해 규정하고 있으며, 동법 시행령 제20조부터 제23조에서 남북합의서의 법제처 심사, 공포, 관리 및 효력정지에 대해 규정하였다.
- 「남북관계 발전에 관한 법률」에는 헌법 제6조 제1항 “헌법에 의하여 체결공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법규와 같은 효력을 가진다”와 같은 규정을 두고 있지 않다. 「남북관계 발전에 관한 법률」에는 남북합의서의 국내법적 효력에 대해 아무런 규정을 두고 있지 않고 대신에 제23조 제1항에서 “남북합의서는 남한과 북한사이에 한하여 적용한다”라고만 규정하고 있다. 이에 대해 “이 법률은 상당부분 남북합의서가 조약의 연장이라는 전제에서 벗어나지 못하고 있으며, ... (중략)... 결국 남북합의서의 국내법적인 효력은 헌법상 조약에 관한 조항의 유추적용에 의존할 수 밖에 없게 되었다”라는 견해<sup>17)</sup>가 있다. 그러나 「남북관계 발전에 관한 법률」에 남북합의서의 국내법적 효력에 관해 아무런 규정을 두지 않은 것은 남북합의서에 대해 국내법적 효력을 부여하지 않고 대신에 「남북관계 발전에 관한 법률」 제23조 제1항에 따라 남북관계에서의 대외적 효력만을 인정하겠다는 의미로 해석하는 것이 타당하다고 생각된다. 남북합의서에 대해서도 조약과 유사하게 국내법적 효력을 부여하는 방안이 가능할 수도

16) 이상훈, 남북경협합의서의 법적 성격에 대한 고찰, 법조, 2003.; 배종인, 헌법과 조약체결-한국의 조약체결 권한과 절차, 삼우사, 2009, 제243면.

17) 배종인, 남북합의서의 처리절차 및 국내법적 지위, 국제법 동향과 실무, 2006, 통권 제14호

있으나, 이를 두지 않은 것은 남북합의서에 국내법적 효력을 부여하는 것에 반대하는 의견이 있었고 이런 상황이 입법에 반영된 것으로 생각된다. 즉 “일각에서는 국회의 동의를 거친 남북합의서는 법률과 동위의 효력을 부여하는 명문규정의 신설을 주장하기도 하지만, 이에겐 전적으로 동의할 수 없다. 왜냐하면 원칙적으로 합의서의 법률적 효력 부여에는 찬성하지만 이는 남북간 합의가 북한 내부에서도 법적 효력을 부여 받을 수 있는 장치, 즉 북한 내 동종의 개별 법률에 의하여 합의에 대한 법적 구속력을 보장받음을 전제로 하여야 하기 때문이다”라고 남북합의서에 국내법적 효력을 부여하는 것에 반대하는 견해<sup>18)</sup>가 있었고 이러한 반대견해를 고려하여 남북합의서에 국내법적 효력을 부여하지 않은 것으로 입법한 것이라 생각한다.

- 이와 같이 남북합의서는 국내적 효력은 없으며 남북관계에서만 법적 구속력 있는 문서인데, 남북사이의 법적 구속력도 남북관계의 특수성 때문에 일정한 탄력성을 부여하면서도 대통령의 일방적 행위로 남북합의서의 효력이 중단되는 것을 막는 장치가 필요했으며 그에 따라 입법된 사항이 「남북관계 발전에 관한 법률」 제23조 제2항과 제3항인 것으로 판단된다. 즉 대통령은 사정변경이 있는 경우 남북합의서의 효력의 전부 또는 일부를 정지시킬 수 있는데, 그 중 국회의 체결·비준 동의를 얻은 남북합의서의 효력 정지는 국회의 동의를 거치도록 규정하여 남북관계의 변화에 따른 대통령의 탄력적 대응을 규정함과 아울러 국회동의를 거친 합의서에 대해서는 대외적 법적 구속력을 더 부여한다는 의미에서 국회의 동의를 거쳐 효력을 정지시킬 수 있도록 하고 있는 것이다. 이와 같이 해석한다면 남북합의서는 국가간 합의인 조약과 달리 “국가간의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계<sup>19)</sup>”인 남한과 북한 사이에서 문서로 합의된 사항을 말하는 것으로, 헌법이 아닌 「남북관계 발전에 관한 법률」에 따라 체결되고 효력이 발생하는 문서를 말하는 것이라 할 것으로 생각한다. 다만 「남북관계 발전에 관한 법률」을 입법함에 있어 남북합의서와 조약의 유사성을 고려하며 헌법상 조약체결에 관한 규정의 일부를 참조하여

18) 김병기, 남북관계발전기본법(안)의 문제점, 대외경제정책연구원, 2004.

19) 「남북관계 발전에 관한 법률」 제3조 제1항



입법한 것이라 생각한다. 남북합의서는 국내법적 효력이 인정되지 않는다는 견해는 국제법과 국내법의 관계에서 조약에 국내법적 효력을 부여하기 위해서는 별도의 국내입법절차가 필요하다는 이원론적 입장에서의 결론과 결과적으로 유사하다고 할 것이다<sup>20)</sup>. 이와 같은 견해에서도 남북합의서에 국내법적 효력을 부여하는 것이 완전히 배제되는 것은 아니다. 남북합의서에 국내법적 효력을 부여하기 위해서는 개별 남북합의서의 국회동의 절차시에 국내법적 효력을 부여하는 입법을 동시에 하는 방안을 생각해볼 수 있을 것이다. 또한 향후 남북관계가 진전되어 모든 남북합의서에 조약과 같이 국내법적 효력을 부여하는 것이 필요할 경우에는 「남북관계 발전에 관한 법률」에 헌법 제6조 제1항과 유사한 규정을 추가하는 개정도 검토할 수 있을 것으로 생각한다.

- 이와 같이 남북합의서를 현행 「남북관계 발전에 관한 법률」에 따라 국회의 동의를 거쳐 제도화한다는 것은 개별 남북합의서의 국회동의 절차시에 국내법적 효력을 부여하는 입법을 동시에 하지 않는 한 남북합의서에 대해 국내법적 효력을 부여하지 않고 대신에 「남북관계 발전에 관한 법률」 제23조 제1항에 따라 남북관계에서의 대외적 효력만을 인정하겠다는 의미이며, 대통령은 사정변경이 있는 경우 남북합의서의 효력의 전부 또는 일부를 정지시킬 수 있는데, 그 중 국회의 체결·비준 동의를 얻은 남북합의서의 효력 정지는 국회의 동의를 거치도록 한다는 의미인 것으로 생각된다.

### 3) 기존 남북합의서의 제도화 방안

- 「남북관계 발전에 관한 법률」 제21조 및 제22조에 따라 남북합의서는 ① 국회의 동의를 거쳐 대통령이 체결비준하여 공포하는 남북합의서(“국회동의 필요 합의서”), ② 국회의 동의 없이 국무회의 심의만을 거쳐 대통령이 체결비준하여 공포

20) 조약이 체결·공포되면 국내법에 자동적으로 편입된다는 일원주의를 취하고 있는 우리 헌법의 해석에 있어서 조약의 국내법적 효력의 실제적 의미에 대해서도 논의가 여전히 진행중인 것으로 생각된다. 지방의회 조례가 WTO 협정에 위반되어 효력이 없다는 취지의 판례(2005. 9. 7. 대법원 선고 2004추10 판결)도 있고, “반덤핑부과처분이 WTO 협정 위반이라는 이유만으로 사인이 직접 국내법원에 회원국 정부를 상대로 그 처분의 취소를 구하는 소를 제기하거나 위 협정위반을 처분의 독립된 취소사유로 주장할 수는 없다”고 한 판례(2009. 1. 30. 대법원 선고 2008두 17936 판결)도 있다.

하는 남북합의(“국회동의 불필요 합의서”), ③ 남북회담대표 또는 대북특별사절의 서명만으로 발효되는 남북합의(“기술적 합의서”)로 분류할 수 있는 것으로 판단된다. 이와 같은 분류는 조약을 국내절차의 형식을 기준으로 분류하려고 ① 헌법 제60조 제1항에 따라 대통령이 국회의 동의를 받아서 체결하는 조약, ② 국회의 동의없이 대통령이 스스로 체결하는 조약, ③ 외교통상부 장관이 직권으로 체결하는 조약(소위 “고시류 조약”)으로 구분하는 것에 대응한다<sup>21)</sup>.

- 남북은 1972년 7·4남북공동성명을 체결한 이후 수많은 합의를 체결하였다. 남북합의서의 법적 효력에 대해 규정한 「남북관계 발전에 관한 법률」이 공포된 2005년 12월 29일 이전에 합의된 합의서는 종류와 효력이 문제될 수 있다. 이에 「남북관계 발전에 관한 법률」(2005. 12. 29. 법률 제7763호로 제정되고, 2014. 5. 20. 법률 제12584호로 개정되기 전의 것) 부칙 제2항은 “이 법 시행 전에 국회의 동의를 받아 체결·비준한 남북합의서는 이 법에 의한 남북합의서로 본다”라고 규정하여 「남북관계 발전에 관한 법률」시행이전에 국회동의를 거친 4대 경험합의서는 「남북관계 발전에 관한 법률」에 따른 국회 동의를 거친 것으로 보아 효력의 정지나 폐지 시에 국회의 동의를 거쳐야 하는 것으로 규정하고 있다.
- 그런데 「남북관계 발전에 관한 법률」이전에 체결된 남북합의서 중 1972년 7·4남북공동성명, 2000년 6.15공동선언, 2007년 10.4선언 등 남북 정상간 선언은 국회 동의를 거치지 않아, 법적 구속력이 없지 않느냐는 문제점이 지적될 수 있다. 이에 대해 「남북관계 발전에 관한 법률」에 따라 1972년 7·4남북공동성명, 2000년 6.15공동선언, 2007년 10.4선언에 대해 국회의 동의절차를 거치는 방안, 이 합의들의 핵심들을 다시 남북 간에 합의로 만들어 이 합의서의 국회동의절차를 거치는 방안, 이 합의들은 구체적인 실행합의라고 볼 수 없고 그 취지를 존중하는 것이 중요하다는 점에서 「남북관계 발전에 관한 법률」의 목적 조항 등에서 이 합의들의 존중을 선언하는 정도로 충분하다는 견해 등 여러 견해가 있을 수 있다. 어떤 견해든지 남북간 합의에 구속력을 부여하려 한다는 점에서

21) 배종인, 헌법과 조약체결-한국의 조약체결 권한과 절차, 삼우사, 2009, 제42면.

긍정적인 것으로 평가되며 향후 체결되는 남북합의서에 대해서는 「남북관계 발전에 관한 법률」에 따른 합의서 종류 별 체결절차의 준수가 필요할 것이다.

#### 4) 남북합의서 제도화와 개성공단 정상화 절차

- 개성공단 정상화를 위해서는 남한 여론의 지지, 국제적 지지와 북한의 호응 등 여러 요소가 갖추어져야 가능할 것이다. 개성공단 재개와 관련한 본격적 협의는 핵문제해결을 위한 대화 개시 및 북한의 요구 등을 고려하여 결정될 것이며 개성공단 사업에 관한 국제사회의 협조와 지지가 필요할 것이다. 개성공단에 대한 국제사회의 지지 확보를 위해서는 개성공단을 통한 북한 변화 유도 필요성, 북한의 개성공단에 대한 일방적 운영 예방장치 마련, 개성공단 국제화를 통한 개성공단 구조적 불안정성 감소 등의 여러 보완책이 필요할 것이다. 여기서는 이러한 각각의 요소에 대해 구체적으로 검토하지는 않고 대신에 개성공단 정상화를 위한 남북한 합의서의 체결과 그 체결절차에 대해 살펴본다. 소위 통치행위론에 의하면 개성공단 정상화는 대통령이 특별한 법적 근거없이 결정할 수 있을 것이나, 이러한 방식은 우리 내부의 분열을 가져올 수 있을 뿐만 아니라, 향후 개성공단의 안정화에도 바람직하지 못할 것이다.
- 개성공단 정상화를 위한 상황이 무르익어 개성공단 정상화를 위한 남북 합의서가 체결될 경우에 개성공단의 단순 재개를 넘어 보완·발전을 위해, 근로자 출퇴근을 위한 개성-평양고속도로의 인터체인지 건설, 근로자 숙소건설, 개성공단내 탁아소 건설 등 재정이 소요되는 사업이 포함될 가능성이 높다. 이와 같이 개성공단 정상화를 위한 남북합의 시 단순 재개를 넘어 ‘중대한 재정적 부담을 지우는 내용’이 포함된 남북합의가 이루어질 경우 이 합의는 「남북관계발전에 관한 법률」 제21조 제3항의 “국회동의 필요합의서”이므로 국회 동의 절차가 진행되어야 한다. 「남북관계발전에 관한 법률」 제21조 제3항에 따른 국회 동의절차는 북한의 무리한 요구를 통제하는 기능을 할 수 있으며, 미국 등 국제사회에 대한 설명과 이해를 구하는 데도 긍정적 작용을 할 수 있다. 또한 국회 동의를 거친 남북합의서는, 「남북관계발전에 관한 법률」 제23조 제3항에 따라 그 효력을 정지하는 때에

도 국회의 동의를 필요로 하므로, 국회 동의 하에 개성공단을 재개한다면 개성공단의 안정성 제고에 기여할 것이다. 이와 같이 「남북관계발전에 관한 법률」에 따른 국회 동의절차를 활용함으로써 개성공단의 안정성을 제고하기 위해서는 선행적으로 ‘실정법을 뛰어 넘는 통치행위에 의한 남북경협진행과 중단에 대한 종식’이 위헌이라는 합의와 심판이 있어야 할 것으로 생각한다.

- 사실 남북합의서의 특성과 관련하여 보면 남북합의서 체결과정의 비밀유지와 남북합의서에 대한 국민적 합의 또는 민주적 통제 사이의 갈등이 없다고 할 수 없다. 일반적인 조약도 협상의 구체적 내용을 국민 일반에게 공개한다면 자칫 감정이나 자존심의 문제로 흐를 위험이 있으므로 최종적인 타협을 도출하기가 더욱 힘들어질 수 있다는 우려 때문에 조약 체결과정이 비공개되는 것이 관행이다<sup>22)</sup>. 남북합의서는 적대관계란 측면을 여전히 유지하고 있는 남북관계의 특수성에 비추어 보면 합의서 체결과정에 대한 비공개 필요성은 더욱 클 것으로 생각한다. 그러나 오히려 남북관계의 특수성 때문에 남북간 합의의 이행을 위해서는 이에 대한 국민적 합의가 더욱 필요하다고 할 수 있다. 이러한 국민적 합의를 위해서는 남북합의서 결과 뿐만 아니라 남북합의서 체결과정에 대한 공개가 일정 부분 필요한 것으로 생각된다. 일반에 대한 공개가 현실적으로 어렵다면 적어도 남북합의서 체결과정에서 국민의 대의기구인 국회와의 밀접한 협의를 통하는 것이 불필요한 논란을 예방하고 남북관계의 안정적 발전을 위해 좋을 것으로 생각한다.

22) 이에 대해 조약이 국민생활에 미치는 영향이 막대하므로 민주적 통제가 강화되어야 하고, 조약협상과정에 대한 구체적 정보가 공개되어야 한다는 반박도 있었으며 이러한 의견대립이 뚜렷하게 드러난 것은 한미 FTA 협상과정의 공개를 둘러싼 상황이었다.

## V. 결론

- 대법원과 헌법재판소의 판례에 따르면 개성공단 전면중단 조치는 법적 근거없이 행해지고 사법심사가 배제되는 통치행위라고 할 수 없다. 헌정사적 관점에서도 동일하다. 헌법은 외교안보분야에 있어서도 모든 정치권력을 구속할 수 있다는 원칙은 헌법상의 법치주의 원리의 본질이며 국익보호를 위한 실제적인 측면에서도 이 원칙은 지켜져야 한다. 남북관계에 있어서도 아무런 법적 통제 없이 정책을 결정할 수 있다는 위헌적 주장에서 벗어나 남북관계를 헌법을 비롯한 법제도의 틀 내에서 결정한다는 남북관계의 법제도화가 필요하다. 남북관계의 법제도화를 위해서는 남북간 협력사업의 시작과 중단을 법제도의 틀 내에서 행할 수 있도록 교류협력법이 정비되어야 하며, 남북간 합의에 구속력을 부여할 수 있도록 남북간 합의의 법규범화가 필요하며 개성공단 정상화시에도 「남북관계 발전에 관한 법률」에 따른 남북합의서의 국회동의절차 진행 등 남북간 합의의 제도화가 필요하다.



## 참고문헌

국토통일원, 동서독 기본조약에 관한 판례, 1976

김병기, 남북관계발전기본법(안)의 문제점, 대외경제정책연구원, 2004

배종인, 헌법과 조약체결-한국의 조약체결 권한과 절차, 삼우사, 2009

배종인, 남북합의서의 처리절차 및 국내법적 지위, 국제법 동향과 실무, 2006, 통권 제14호

이상훈, 남북경협합의서의 법적 성격에 대한 고찰, 법조, 2003

정연주, 통치행위에 대한 사법심사, 저스티스, 한국법학원, 통권 95호, 2006. 12.

정연주, 헌법소송론, 법령사, 2015





통일법제 Issue Paper 17-19-④

**개성공단 피해보상과 정상화 관련  
법적 쟁점에 대한 연구**

---

발행일 2017년 10월 31일

발행인 이 익 현

발행처 한국법제연구원

세종특별자치시 국책연구원로 15

(반곡동, 한국법제연구원)

전화 : (044)861-0300

팩스 : (044)868-9913

등록번호 : 1981.8.11. 제2014-000009호

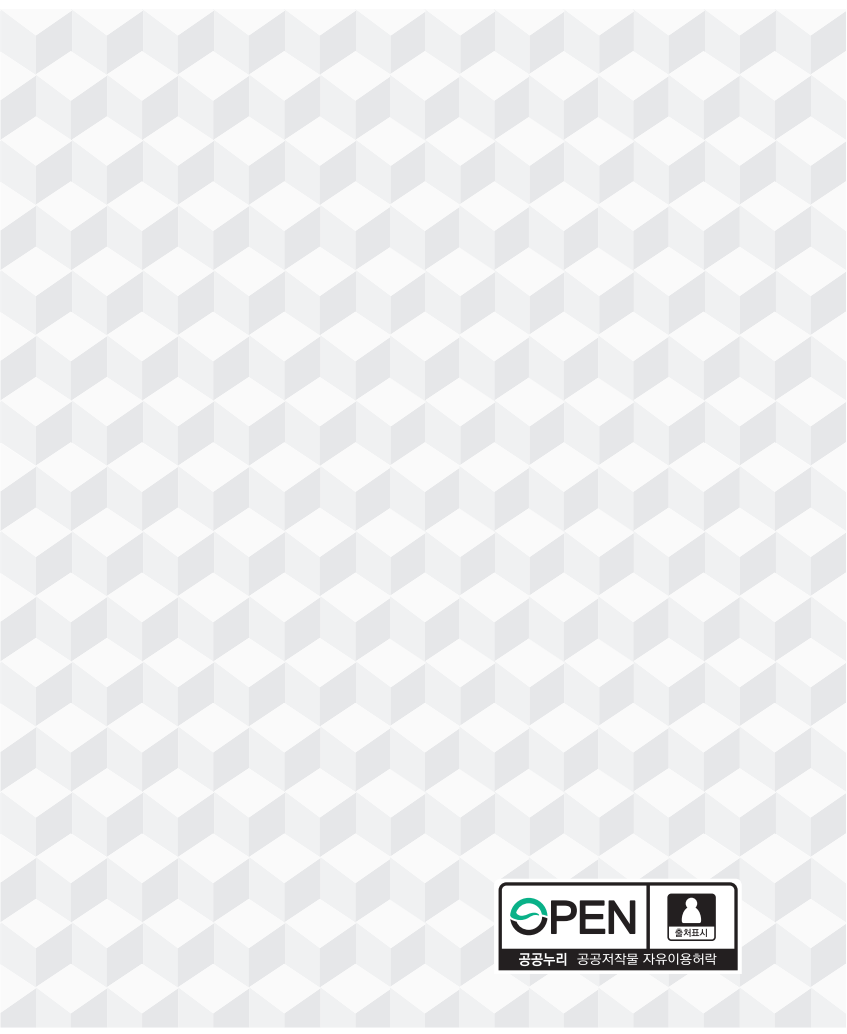
<http://www.klri.re.kr>

---

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

# KLRI

KOREA LEGISLATION  
RESEARCH INSTITUTE



공공누리 공공저작물 자유이용허락