

【연구논문】

‘남북기본합의서’의 법적 성격에 관한 비판론적 검토

Critical Analysis on the Legal Nature of the Agreement
on Reconciliation, Non-aggression, and Exchanges and
Cooperation between South and North Korea
(the Basic Agreement of Inter-Korean)

박 정 원* · 이 석 범**

- I. 머리 말
- II. 남북기본합의서의 채택 경과와 발효
- III. 남북기본합의서의 법적 성격에 관한 논점과 사법부의 판단
- IV. 남북기본합의서의 법적 성격에 대한 논의의 비판적 검토
- V. 맺 음 말

* 법학박사 · 국민대학교 법과대학

** 교신저자 : 변호사 · 국민대학교 대학원 법학과 박사과정

논문 투고일: 2010. ????. 논문 심사일: 2010. ????. 게재 확정일: 2010. ????

I. 머리말

남과 북은 냉전이 지속되는 국제질서 하에서도 1970년대 이후 새롭게 전개된 국제데탕트 분위기에 의해 제한적이었지만 남북대화과 이산가족 상봉 등의 교류를 갖는 등 유화적인 국면이 전개되었다. 2000년에 들어서면서 남북정상들의 2000년 '6·15공동선언'과 2007년 '10·4선언'에 의해 남북관계의 획기적인 발전의 계기가 마련되었다. 그러나 그 이면에서는 서해에서의 1차, 2차 연평해전 등의 무력충돌이 있었다. 더욱이 MB정부가 들어선 이후 2010년 3월 26일 천안함 사태와 2010년 11월 23일 연평도 포격사건은 남북간 군사적 긴장국면이 다시 표면화하는 사건이 되었다.

이명박 정부는 남북간 기존의 합의정신과 내용의 이행을 강조하면서 '비핵·개방·3000 정책'을 적극 추진하였다. 북한은 6·15공동선언과 10·4 선언을 강조하면서 이명박 정부의 대북정책에 반발하여 왔다. 이윽고 북한은 2009년 1월 30일 조국평화통일위원회 성명으로 북남사이의 정치·군사적 대결 상태 해소와 관련한 모든 합의사항을 무효화하고 '남북(북남)사이의 화해와 불가침 및 협력·교류에 관한 합의서'(이하 남북기본합의서라고 함)와 그 부속합의서에 있는 서해해상경계선에 관한 조항들을 완전히 그리고 중국적으로 폐기한다는 것을 공식 선포하였다.¹⁾ 북한의 태도를 보면, 남북간 소중한 합의내용이 담겨 있는 남북기본합의서를 무용화시킨다는 의도를 가지고 있음을 알 수 있다.

남북기본합의서의 폐기 내지 사문화되는 이유에는 여러 가지 국제적·국내적 원인과 역사적·정치적 원인이 복합되어 있다. 남북관계의 발전의 계기를 마련한 남북기본합의서의 의미가 퇴색되는 주된 원인은 무엇보다 남북기본합의서의 범규범성이 확보되지 못했기 때문이라는 점을 인식할 필요가 있다. 이에 본고에서는 남북기본합의서의 법적 성격에 관한 기존

1) 「조선신보」, 2009. 1. 30. 보도.

논의와 쟁점을 비판적으로 재조명하여 그 의미를 되새기고, 남북관계의 발전을 위한 대안을 찾아본다. 이를 위해 주로 학계의 논의에서 ‘다수설’ 뿐만 아니라 이 학설에 기반한 정부의 정책적 입장 및 사법부(헌법재판소 포함)의 입장을 엄밀히 분석, 비판하는 데 그 주안점을 두어 살펴본다. 이를 통해 남북기본합의서에 대한 남북관계의 법적 문서로서의 의미와 가치를 되새기고, 이를 토대로 남북관계의 발전을 위한 남북의 성실한 이행과 실천을 가져오는 데에 기여하고자 한다.

II. ‘남북기본합의서’의 채택 경과와 발효

1. 채택경과 및 발효절차

1990년대의 남북관계는 대외적인 국제냉전질서의 해체와 노태우정부의 ‘북방정책’ 및 대내적인 경제성장과 민주화의 진전에 힘입어 급속한 변화의 모습을 보였다. 1988년 12월 28일 남한의 강영훈 국무총리가 남북한 사이의 현안문제해결을 위한 남북고위급회담 개최를 북에 제의하였고, 북의 연형묵 정무원총리가 1989년 1월 16일 남북고위 정치·군사회담을 수정제의하는 형식으로 수락하여 1989년 2월 8일 제1차 남북고위급회담 예비회담을 시작으로 8차례에 걸친 예비회담을 통해 남북간의 정치·군사적 대결상태를 해소하고 다각적인 교류·협력을 실시하는 문제를 의제로 하는 남북고위급회담을 성사시켰다. 이 회담을 통해 남북기본합의서가 채택되었다.

남북기본합의서의 채택·발효를 위하여 공식적인 8차례의 회담 이외에 본회담을 위한 대표접촉만 각 회담마다 5차례이상 개최되는 방법으로 3년여 동안 지속된 이번 합의서의 중요성은 남북한 당사자들이 과연 “남북기본합의서에 법적 구속력을 부여하기로 하였는지”의 판단에 대한 연혁적 근거가 된다는 데에 있다.²⁾

2) 한명섭, “남북합의서의 법제화방안”, 『남북합의서 법제화방안 토론회』 국회의원

합의서 발효와 관련하여 제25조에는 “남과 북이 각기 필요한 절차를 거쳐 그 문본을 교환한 날로부터 효력을 발생한다.”라고 규정하였다. 그런데 발효된 합의서 서문에 의하면 “쌍방 사이의 관계가 나라와 나라 사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계라는 것을 인정하고 평화통일을 성취하기 위한 공동의 노력을 경주할 것을 다짐한다.”라고 규정하여 쌍방관계를 ‘특수관계’라고 확인하였다.

통일부는 기본합의서가 ‘국가간의 정식조약’이라기 보다는 분단국을 구성하는 대한민국과 조선민주주의인민공화국이라는 두 정치실체간에 이루어진 특수한 성격의 합의서라고 법적 성격을 규정하면서³⁾ 정부는 이러한 사정을 감안하여 국민적 합의를 토대로 기본합의서상의 발효절차에 상응하는 소정의 절차를 완료하였다고 해설하였다. 즉, 정부는 헌법 제88조 제1항에 따라 국무회의의 심의를 거쳐 1992년 2월 17일 대통령의 국법상 행위인 최종 재가를 마쳤고, 동 재가문서는 국무총리와 전 국무위원이 부서하였으며 이에 앞서 정부는 기본합의서가 국가와 국가간에 체결된 정식조약은 아니지만 향후 남북관계 전반에 미칠 영향 등을 감안하여 국회에 특별보고하는 등 제반절차를 거쳤다. 1991년 12월 16일 남북고위급회담 수석대표인 정원식 국무총리가 국회본회의에 참석하여 직접 보고하였고, 같은 날 최호중 부총리 겸 통일원장관이 국회외무통일위원회와 통일정책특별위원회 합동회의에서 관련 세부사항을 보고하였다.⁴⁾ 또한 민주

이미경 주취, 2007, 40면. 한변호사는 위 논문에서 “합의서 체결과정이나 합의서 형태 등에 비추어 체결과정이나 체결 직후까지는 우리 정부도 법적 구속력있는 조약을 체결하고자 하였던 것으로 보인다.”고 언급하면서 아래의 발효절차를 근거로 들고 있다. 특히 남북기본합의서의 구체적인 체결과정에 관하여는 통일원 남북대화사무국 편, 『남북대화』, 통권 제47호~제56호. 통일원, 『남북대화 사료집 회의록편』, 제1권~제20권 참조.

3) 『남북기본합의서 해설』, 통일원, 1993, 14-15면.

4) 이 보고에 대하여 질의에 나선 의원 대다수는 국회의 비준동의에 준하는 절차를 밟고 내년 1월 임시국회를 열어 신중히 심의하자고 촉구하였으나 최호중장관은 “합의서가 비준동의절차를 밟게 될 경우 여러 가지로 어려운 문제가 있으므로 국회에서 빠른 시일내 지지결의안을 채택하여 주길 바란다.”고 답변했다. 그러나 정부는 정기국회 마지막 날인 12월 18일 지지결의안을 통과시키려고 하였으나 야당 민주당과 여당 민주계 의원들의 불참으로 제11차 외무통일위원회가 유회됨으로써 지지결의안은 국회를 통과하지 못하였고 결국 남북기본합의서 문본을 교환하기로

평화통일자문회의 상임·운영위원회 합동회의를 개최, 부총리 겸 통일원 장관이 보고하고 질의·응답하는 계기를 통하여 국민의 의사를 최대한 수렴토록 하였다.

한편 북한은 1991년 12월 24일 당중앙위원회 제6기 19차 전원회의에서 연형묵 총리가 보고를 하였고, 입법기관인 최고인민회의를 소집하는 대신 12월 27일 중앙인민위원회와 최고인민회의 상설회의 연합회의를 소집하여 이를 약식 승인하였으며, 발효직전에 김일성주석이 이를 최종적으로 “비준”한 것으로 발표하였다.⁵⁾

남북기본합의서상 발효절차의 규정과 그 조항에 따른 발효절차의 완료가 주는 법적 의미는 향후 전개될 남북기본합의서의 법적 성격과 관련하여 법적 구속력을 인정해야 할 주요한 징표가 될 뿐만 아니라 1992년 3월 14일 해설집을 발간함으로써 표명된 합의서 체결 당시의 통일부 입장과 1998년 11월경 대법원과 헌법재판소에 제출된 의견서에 나타난 통일부의 입장이 모순됨을 논증함으로써 이른바 ‘정치적 선언’ 내지 ‘신사협정설’의 법적 근거가 미약하다는 것을 보여 주는데 있다.

2. 남북기본합의서의 채택의 의의

제6차 남북고위급회담에서 행한 정원식 총리의 기초연설문에 나타난 우리 정부의 평가는 첫째, 남북기본합의서는 당사자해결 원칙에 입각한 남북의 자주적 노력으로 작성되었다는 것 둘째, 남북간의 오랜 갈등과 적대에 중지부를 찍고 화해와 협력의 새 시대를 열어 나간다는 것 셋째, 남북한의 긴장상태를 해소하고 이 땅에 평화를 정착시켜 나가자는 것 넷째,

한 전날인 1992년 2월 17일 대통령의 최종재가가 있었다. 허태수, “남북기본합의서의 법적 성격에 관한 고찰”, 『국회입법조사월보 1, 2』 (1993), 3면.

- 5) 로동신문, 1991년 12월 17일 및 27일자 보도. 허태수, 앞의 논문 각주 4) 재인용. 통일원, 앞의 책, 16면. 그 당시 북한은 남한의 국회가 비준동의를 지연시킨데 대해 항의성 발언을 해 정부당국을 당황케 하였다고 한다. 이장희, “남북기본합의서의 법적 성격과 실천방안”, 『국제법학회논총』, 제43권, 대한국제법학회, 1998, 237면. 북한은 나름대로 조약으로서의 발효절차를 진행하였음에도 불구하고 우리 측이 그렇게 하지 못한 점은 당사자로서의 신뢰를 지키지 못한 것이라는 비난을 면키 어렵다는 견해도 있다. 한명섭, 앞의 논문, 40면.

경제를 비롯하여 각 분야에 걸쳐 교류와 협력을 활성화해 나감으로써 공존·공영을 통해 민족공동체를 건설해 나가자는 것 다섯째, 평화통일의 기초를 마련할 뿐만 아니라 평화통일을 앞당겨 달성하자는 것 등이었다.

한편, 북측은 기본합의서를 평화통일촉진 강령으로까지 격상시켜 그 의의를 강조하였는데 이점은 1991년 12월 24일 개최된 당 제6기 제19차 전원회의에서 “근 반세기 동안 지속되어 온 남북사이의 첨예한 대결상태를 끝장내고 상호신뢰의 바탕위에서 민족적 단합을 이룩하여 나라의 평화와 평화통일의 새 국면을 열어 나가는 데서 획기적 의의를 가지는 평화통일촉진 강령으로 된다.”라고 언급한데서 엿볼 수 있다.

당시 통일부는 다음의 입장⁶⁾을 견지하였다.

첫째, 기본합의서는 통일을 한민족의 공동번영을 위한 과정으로 전제함으로써, 남북관계개선과 평화통일을 향한 ‘기본틀’을 제시하고 있다는데 무엇보다 그 의의가 있다.

둘째, 기본합의서는 7천만 온 겨레가 지켜보는 가운데 제3자의 개입없이 남북간에 공개적인 협의를 거쳐 채택·발효된 최초의 공식 문서라는 점에서 의의가 크다. “남과 북은 의견 대립과 분쟁 문제들을 대화와 협상을 통하여 평화적으로 해결한다(제10조).”고 규정한 것은 한반도 문제의 당사자해결원칙을 천명한 것으로서 이제 남북한이 주변환경 변화를 보다 능동적으로 활용하여 한반도통일에 장애가 되는 문제를 스스로 해결해 나갈 수 있는 초석을 마련한 것이다.⁷⁾

셋째, 기본합의서는 서문에서 남북관계를 민족내부 특수관계라고 인정하고 제1조에서 상호 상대방의 체제를 인정·존중한다고 규정하고 있으며 서명란에서는 남북한의 정식국호를 사용하고 있다. 이와 같이 남북한이 상호 체제인정·존중을 약속했다는 사실은 상대방을 국제법상 완전한 “국가”로 인정함을 의미하지는 않으나, 남북한이 각기 상대방의 「실체

6) 통일부, 앞의 책, 17-20면.

7) 특히 기본합의서는 제5조에 “현 정전상태를 남북사이의 공고한 평화상태로 전환시키기 위하여 공동으로 노력한다.”고 규정하고 있는 바, 이는 한반도 문제의 당사자해결원칙을 천명한 것으로서 ‘한반도 문제의 한국화’정도를 제고하는 효과를 낼 것이라고 평가하였다. 정세현, “남북기본합의서의 법적 성격과 정치적 의의”, 『통일문제연구』, 제4권 제1호(1992), 20면.

성」을 인정한 것으로 해석될 수 있다. 따라서 기본합의서가 발효된 후 성실하게 실천에 옮겨진다면, 「남조선해방논리」에 입각한 북한의 기존 대남전략이 수정되고 우리의 평화통일 정책기조에 입각한 통일과정이 전개될 수 있는 가능성이 높아졌다. 비록 북한이 직면한 정책상 기술적 변화의 필요성에 따라 기본합의서의 채택에 응하였다 하더라도 상호 체제의 인정·존중, 내부분쟁 불간섭, 비방·중상 중지 및 파괴·전북행위 금지를 성실히 이행한다면 기존의 대남혁명노선을 부분적으로나마 수정하지 않을 수 없을 것이다.⁸⁾

3. 남북기본합의서의 성격과 남북특수관계의 설정

(1) 성격

먼저, 기본합의서는 서문에서 남북관계를 국가관계가 아닌 잠정적 특수관계로 규정함으로써 합의서의 성격이 일반 국가간의 조약이 아니라 특수한 합의라는 점을 시사하고 있다. 국제법상의 조약에 관한 정의⁹⁾를 기본합의서에 적용해 볼 때 기본합의서는 국제법상 상호승인한 국가간의 조약은 아니나 분단국을 구성하는 대한민국과 조선민주주의인민공화국이라는 두 정치실체 즉, 국제법주체간에 적법하게 이루어진 당국간 합의라

8) 북한은 합의서채택 후 1992년 4월에 개최된 최고인민회의 제9기 3차회의에서 “인민공화국의 당면과제를 종래의 남조선혁명을 통한 조국통일이라는 적화통일노선을 수정하여 7·4공동성명의 3원칙에 입각한 조국통일의 실현”이라고 새롭게 규정하였고, 1992년 개정 헌법 제9조에서 “자주, 평화, 민족대단결의 원칙에서 조국통일을 실현하기 위하여 투쟁한다.”라고 규정하였다. 이것을 두고 종래의 북한사회주의를 남한까지 확대한다는 남조선혁명정책을 공식적으로 수정한 최초의 문건이라고 볼 수 있다는 평가도 있다. 이장희, 앞의 논문, 228면. 또한 최고인민회의 제9기 5차회의에서 대의원의 전원 찬성을 얻어 1993년 4월 6일 발표된 ‘조국통일을 위한 전민족대단결 10대강령’에서도 대남적화노선을 포기했다는 견해도 있다. 1998년 9월 18일 헌법재판소에 제출된 최창동교수 의견서 참조

9) 통일원, 앞의 책, 22면. 1969년 「조약법에 관한 비엔나협약」과 1986년 「국가와 국제조직간 및 국제조직 상호간에 체결된 조약법에 관한 유엔협약」 등을 종합할 때, 국제법상 조약의 의미는 그 명칭 여하에도 불구하고 국제법주체간 권리·의무의 발생·변경·소멸을 내용으로 하고 법적 구속력을 갖는 합의를 말한다.

고 보고 있다. 그러면서 어떠한 합의가 국제법상의 조약으로서 유효하게 성립·발효하기 위해서는 당사자간의 진정한 의사합치가 필요하다고 본다. 이러한 의사합치의 요건으로는 ① 조약당사자가 조약체결능력을 가질 것 ② 조약체결권자가 조약을 체결할 것 ③ 조약체결권자가 조약체결을 위하여 임명한 대표자간에 하자없는 합의가 성립할 것 ④ 조약의 내용이 실현가능하고 적법한 것을 객체로 할 것 ⑤ 일정한 조약성립절차를 완료할 것 등¹⁰⁾을 든다. 남북기본합의서의 경우 ①②③④의 요건을 충족하고 있다. 다만, ⑤ 일정한 조약성립절차의 완료문제가 논의의 대상이 될 수 있으나 지금까지의 헌법관행에 의하면 국회의 비준동의는 국가간 또는 국제기구와의 조약에 대해서만 행하여져 왔기 때문에 이번 남북기본합의서의 경우에는 남북관계가 잠정적 특수관계라고 한 서문의 규정과 그 성질상 국가간 조약이 아닌 점을 고려하여 통상적인 국가간 조약 체결절차인 국회의 비준동의를 받지 않았다. 이렇게 한 것은 기본합의서를 일반적인 국제조약으로 취급할 경우 쌍방의 잠정적인 특수관계를 두개 국가간의 일반관계로 가정사실화함으로써 남북관계에 부정적인 결과를 초래할 수도 있다는 사실을 감안한 것이다.

또한 기본합의서는 통일의 개념을 하나의 실천과정으로, 통일의 방법을 단계적 접근방법이어야 한다는 점을 함께 인식하고 통일방법의 틀을 설정했다는 데 큰 의의가 있다.¹¹⁾ 기본합의서는 통일을 향한 과정의 제1단계

10) 정세현, 앞의 논문, 13면 각주 2) "L. Oppenheim, International Law, 8th ed., Vol. I (London: Longmans, 1955)" 재인용. 남북기본합의서의 경우 다음과 같은 근거로 ①②③④의 요건을 충족하고 있다. 첫째, 남북한은 분단국을 구성하는 두 정치실체이기는 하나 각기 유엔회원국으로서 100여개를 상회하는 국가들과 수교하고 있고 국제법상 다양한 법률행위를 하고 있기 때문에 남북한은 조약체결능력을 가지고 있고 둘째, 기본합의서는 우리 헌법(제73조)상 조약체결권자인 대통령과 북한헌법(제96조)상 조약체결권자인 주석이 최종적으로 재가, 비준한 데서 알 수 있듯이 남북한의 조약체결권자가 합의한 공식문서이며 셋째, 기본합의서는 조약체결권자 또는 조약체결의 권한을 가진 대표자간에 하자없는 의사합치로 이루어진 것이다. 즉 기본합의서는 평화적이고 자유로운 분위기에서 공개적으로 이루어졌으며, 사기·강박 등의 하자없이 적법하게 양측 의사가 합의된 문서이다. 넷째, 조약의 내용 자체가 실현가능하고 적법한 것을 대상으로 해야 하는 바, 기본합의서의 내용은 쌍방이 준수의를 가지고 실현해 나간다면 별문제가 없다고 한다.

인 남북간의 화해협력단계의 남북관계를 규율하는 기본규범으로서 이 단계에서는 남북한이 정치·군사적 대결상태에서의 상호 불신과 반목을 해소하고 신뢰를 구축하여 민족적 화해를 이룩하며, 다각적인 제 분야의 인적·물적 교류와 협력을 통해 쌍방의 체제와 이념의 격차를 줄여 나가면서 민족 공동의 이익과 번영을 도모해 나가는 과정이라고 풀이한다.

마지막으로 기본합의서는 서문에서 현 남북관계가 통일을 지향하는 과정에서의 잠정적 특수관계라고 규정하고 있어 분단실체로서의 남북간에 적용되는 특수한 합의문서임을 밝히고 있다. 따라서 기본합의서는 내용상 효력기간에 관해 아무런 규정이 없으나 그 성격상 화해협력단계의 남북관계를 규율하는 것이며 남북연합 형성 또는 통일국가 형성 이전까지의 효력을 가지는 것이므로 일종의 ‘잠정협정’(modus vivendi)¹²⁾의 성격을 갖고 있다.

(2) 남북한 ‘특수관계’¹³⁾규정의 성립 경위¹⁴⁾

-
- 11) 그러나 북측은 1992년 3월 27일 통일각에서 열린 남북정치분과위원회 제2차 회담의 기조연설에서 “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』 (서울: 집문당, 2010), 35면.
 - 12) 여기서 ‘잠정협정’이란 적대관계에 있는 쌍방이 과도적으로 상호 협력관계를 맺는 약속으로, 국제법상 분쟁해결을 위하여 당사자간에 편의적으로 체결하는 잠정적인 협정을 가리키는 말이고 추후 영속적이고 상세한 협정으로 대체된다.
 - 13) 원래 ‘특수관계’란 용어는 1969년 10월 28일 서독의 Brandt수상의 “1민족 2국가 이론 정부선언”에서 최초로 사용되었으나 독일기본법의 제통일사명과 관련한 1973년 7월 31일 서독 연방헌법재판소가 “기본조약은 이중적 성격을 지닌다. 그것의 형식은 국제법적 조약이지만 그 내용의 특수성을 볼 때에는 특별한 내부관계(inter-se-Beziehungen)를 규정한 조약이다.”라고 판시함으로써 법적 개념으로 정립되었다. 이장희 외 공저, 『남북합의문서의 법적 쟁점과 정책 과제』 (서울: 도서출판 아사연, 아시아사회과학연구원, 2007), 108-110면.
 - 14) 제성호, 앞의 책, 32-35면. ‘남북한 특수관계’ 용어의 최초 사용과 기본합의서 서문에 적시된 경위를 살펴 보면 남북한 당국자들이 어떤 의사와 의도를 가지고 위 용어를 규정하였는지 명확히 알 수 있는 바, 이는 기본합의서의 조약성 또는 법적 구속력의 인정여부를 둘러싼 법적 성격에 대한 논쟁을 종결하는데 중요한 판단근거가 된다고 본다. 남북기본합의서와 달리 동서독기본조약의 법적 성격에 관하여 동서독은 국가승인 여부를 떠나 모두 국제법상 조약임을 인정하였는데,

남북한간에 (잠정적) '특수관계'라는 용어가 처음 등장한 것은 1990년 9월 18일 중립국감독위원회 회의실에서 열린 유엔가입문제와 관련된 제1차 남북한실무대표 접촉회의에서 이었다. 이 회의에서 남측 대표는 “남북한이 다함께 유엔에 가입하는 것은 통일이 될 때까지 ‘잠정적인 과도조치’이다. 남북한은 서로 실체를 인정하는 바탕 위에서 ‘통일지향적인 특수관계’를 전제로 해서 국제적으로 활약할 수 있을 것이다.”라고 발언하였고, 이러한 내용은 동 문제와 관련된 제2차 남북한 실무대표 접촉(1990년 10월 5일)과 제3차 접촉(1990년 11월 9일)에서 재확인되었다.¹⁵⁾ 그 후 1990년 10월 17일부터 18일까지 평양에서 열린 제2차 남북고위급회담에서 연형묵 총리는 “민족내부문제인 우리나라의 통일문제를 두 국가의 문제로 보고 국가들 사이의 발전 관계의 일반적 도식을 우리나라 통일문제에 그대로 적용하는 것이라든지, 서구라파식의 신퇴구축방안이나 동서독식 통일과정을 모방하려는 것은 우 비현실적인 것”이라고 발언함으로써, ‘특수관계’라는 용어를 직접 사용하지 않았지만 그와 일 상통한 ‘민족내부문제’라는 용어를 사용하였다.

1991년 10월 23일부터 24일까지 평양에서 열린 제4차 남북고위급회담에서 남측 수석대표는 ‘대한민국과 조선민주주의인민공화국 간의 화해·불가침과 교류협력에 관한 합의서(안)’을 제시하였는데 이 서문에서 “쌍방간의 관계가 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계라는 점을 인정하고 ”라고 명시하자, 북측은 “ 측의 합의서 초안이 북남 사이의 두 개의 조선을 합법화, 고착화시키자는 집념을 그대로 담고 있다.”면서 “ 측이 남북한 관계가 이른바 특수관계라고 한 말과도 지 않는다.”고 반박하였다. 그리하여 1991년 11월 11일 통일각에서 열린 남북고위급회담 제1차 대표접촉시 남측 대표는 ‘남북사이의 화해와 불가침 및 교류협력에 관한 합의서(안)’을 제시하면서 그 서문에 “쌍방이 각기 국제

그 근거로는 명시적으로 “기본조약”이란 명칭하에 조약을 체결하였고, 본문 제1조부터 제9조까지 쌍방의 “정식국호”를 사용하였던 점을 들 수 있다. 이장희, “동서독 기본조약에 대한 연구”, 『대한국제법학회논총』 (대한국제법학회, 1992. 12), 82-104면.

15) 자세한 발언 내용은 제성호, 앞의 책, 32면 각주 32) 참조.

연합 회원국으로 국제연합헌장에 규정된 모든 의무를 수락한 사실에 유의하며, 쌍방간의 관계가 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성된 특수관계라는 점을 인정하고 ”라고 명시하여 재차 남북한관계가 특수관계임을 강조하였다.

이에 대해 북측 대표는 ‘북남사이의 화해와 불가침 및 협력교류에 관한 합의서(초안)’을 제시하면서 이 서문에 “쌍방 사이의 관계가 나라와 나라 사이의 관계가 아니라는 것을 인정하고 ”라고 명기하여 표현만 다를 뿐 남북한 특수관계의 용어에 관하여 어느 정도 개념의 일치를 보았다. 다만, “잠정적 특수관계의 표현이 모호하고 명확하지 않기 때문에 나라와 나라사이의 관계가 아니라고 명히 지적했으면 좋겠다.”는 의견을 제시하였다. 그 후 지속된 대표접촉에서 양측은 남측이 제시한 “쌍방이 각기 국제연합 회원국으로 국제연합헌장에 규정된 모든 의무를 수락한 사실에 유의하며”의 명기여부에 대하여 논란을 벌이다가 1991년 11월 20일 통일각에서 열린 남북고위급회담 제3차 대표접촉에서 남측이 삭제하는 것으로 하여 1991년 12월 11일부터 13일까지 서울에서 열린 제5차 남북고위급회담에서 남북한이 채택한 ‘남북 사이의 화해와 불가침 및 교류협력에 관한 합의서’ 서문은 “쌍방 사이의 관계가 나라와 나라사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성된 특수관계라는 것을 인정하고 ”라고 명시하였다.

이상에서 보듯이 남측은 남북한관계의 특수성과 남북한이 유엔에 동시 가입한 사실을 고려, 국제연합헌장의 정신을 합의서에 수용하여 분쟁해결의 준거로 할 것과 남북한 관계가 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계임을 역설하였던 것에 비해 북측은 남북한관계를 ‘나라와 나라사이의 관계가 아니라고 명기할 것’과 ‘민족내부문제의 자주적 해결’을 강조하였다. 남측이 북측의 의견을 감안하여 남북한관계에 관한 쌍방의 주장을 절충함으로써 결국 기본합의서 서문에 명시된 바와 같은 잠정적 특수관계 규정에 합의하기에 이르렀던 것이다.¹⁶⁾

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

이와 같이 남북한은 국제법상 두 개의 국제법 주체로서 대외적인 측면은 국제관계이지만 남북한간 관계는 분단한국의 내부관계이며, 이러한 특수관계는 통일을 향한 발전적·동적 성격을 지니고 있다고 한다. 남북한 특수관계는 개방성, 민족자결성, 상호성과 대등성, 통일지향의 잠정성, 동태적 발전성 등을 그 특징으로 한다.¹⁷⁾

Ⅲ. 남북기본합의서의 법적 성격에 관한 논점과 사법부의 판단

1. 기존 논점의 정리

(1) 논의의 전개

남북기본합의서의 법적 성격에 관한 논란은 1992년 12월 채택 당시를 전후하여 법적 구속력을 인정할 수 있는가에 따른 조약성 인정여부에 대해 학계에서 논쟁이 제기된 이후, 대법원이 1999년 7월 23일 남북기본합의서는 법적 구속력을 갖지 않는 신사협정에 불과하다고 판결함에 따라 일단 잠복상태에 들어갔다. 그러다가 2000년 남북정상들의 6·15선언 이후 남북관계가 진전됨에 따라 남북간의 합의서가 급증하면서 남북합의서의 법적 성격이 재론되었으나 2005년 12월 29일 “남북관계발전에 관한 법률”이 제정됨으로써 어느 정도 입법적으로 해결되는 듯 보였다. 그러나 남북기본합의서의 법적 성격에 관한 사법부의 판결은 정부의 입장을 그대로 받아들인 것이었고, 정부의 입장은 당초의 남북기본합의서의 채택 당시의 시대적, 역사적 배경 뿐만 아니라 남북한 당국자의 체결경위와 의

17) 양영희, “북한의 법적 지위”, 『통일사법정책연구(1)』 (서울: 법원행정처, 2006), 19면. 남북한 특수관계의 성격과 의미에 관하여는 제성호, 앞의 책, 36-44면. 이효원, 『남북교류협력의 규범체계』 (서울: 경인문화사, 2006), 158-164면. 이주현, “남북한 특수관계의 의미”, 『남북교류와 관련한 법적 문제점(1)』 (서울: 법원행정처, 2002), 61-62면.

사를 도외시한 일방적인 것이었다.¹⁸⁾

이하에서는 남북기본합의서의 법적 성격에 관한 주요 쟁점을 중심으로 기존 학계에서의 논쟁을 간단히 정리하고, 이른바 ‘실무계’라는 정부의 입장과 이에 기반한 사법부의 판결과 결정을 쟁점요소별로 유형화하여 비판적으로 검토한다. 이 검토 과정을 통하여 남북기본합의서는 법적 구속력을 가지는 ‘준조약’ 또는 ‘특수조약’이라는 결론을 도출한다.

(2) 법적 성격에 관한 학설과 주요 쟁점

일반적으로 법적 구속력의 인정여부에 따라 크게 조약설과 신사협정설로 나누어지나 남북기본합의서의 특수관계론을 적용하여 법적 구속력의 인정여부와 조약성을 별개로 보는 견해 그리고 북한의 지위에 따라 그 성격을 이중적으로 보는 여러 견해가 존재한다.

1) 정치적 선언 내지 신사협정설

남북기본합의서의 법적 성격은 합의서의 내용과 형식보다는 정부의 의사(신사협정으로 체결할 의사 또는 조약으로 체결할 의사)가 가장 중요한 기준이라 할 수 있는데, 정부는 남북기본합의서를 법적 구속력있는 조약으로 체결할 의사를 갖지 않고 남북한의 기존 관례대로 민족 내부의 특수한 합의로서 서명·발효시킨 것이다. 또한 일반적으로 조약체결시에 대통령이 비준하나 남북기본합의서에 대하여는 ‘재가’라는 용어를 사용하였으며, 우리나라가 외국과 체결하는 조약에 대해서는 헌법 제6조제1항 및 ‘법령등 공포에 관한 법률’ 제6조에 따라 ‘공포’절차를 거쳐야 하는데, 아직까지 정부가 그러한 조치를 취하지 않고 있으므로 법적 구속력을 갖지 않는다는 견해¹⁹⁾이다.

18) 단적인 실례로 통일부는 남북기본합의서에 대해 한편으로 북측은 김일성이 비준을 하였다고 해설하고 있으면서 다른 한편으로 남북한 당국자 사이에 법적 효과를 창출할 의사가 없었다는 이유로 남북기본합의서의 조약성 또는 법적 구속력을 극력 부인하고 있다. 그 이유에 관하여는 “IV. 남북기본합의서의 법적 성격에 대한 논의의비판적 검토”항에서 후술한다.

19) 대법원 98두14525 북한주민집속시설불허처분취소 청구사건의 피고측 통일부장관의

조약이 되기 위한 5가지 요건²⁰⁾, 즉 ① 당사자간 의사의 합치 ② 복수의 법주체에게 속되는 의사의 합치 ③ 복수의 국제법 주체의 존재 ④ 법적 효과를 창출하고자 하는 의도 ⑤ 국제법상의 법적 효과라는 면에서 남북기본합의서를 살펴 보면 양 당사자에게 속되는 의사의 합치가 있었다는 점에서는 조약성을 인정할 수 있다 할 것이나 남북한이 국제법상의 법적 효과를 창출하고자 하는 의도가 있는가하는 점에서는 의문이 있으므로 실제로 있어서 남북한 양 당국자의 의사가 어떠하였는가를 기준으로 판단해야 한다는 견해²¹⁾와 특정 국제문서의 법적 구속력의 유무에 관한 결정적인 판단기준은 당해 문서를 채택한 ‘당사자의 의도’인데 남북기본합의서의 경우 남북한 당국이 국가승인의 효과를 회피하기 위하여 그 조약성을 부인하고 있다는 견해²²⁾도 결국 신사협정설의 유력한 논거가 된다.

남북한 당국이 남북기본합의서를 체결할 당시 국제법적 효과를 창출하기 위한 의사가 있었는지 여부에 대해서는 합의서의 내용, 합의서 체결의 형식과 절차는 물론 체결 이후의 상황을 종합적으로 고려하여 판단할 것이라면서 남북한 조약체결권자의 비준절차가 없었고, 국회동의절차를 거치지 않았으며, 법률이 아닌 대통령령으로 관보에 게재하고, 체결 이후에도 실제로 합의사항을 지키지 않았다는 점을 종합하여 볼 때 조약으로서의 성격을 인정하기 어렵다는 견해²³⁾도 여기에 해당된다.

남북기본합의서의 법적 성격에 관하여 분단이라는 특수한 상황에서 민족의 염원인 조국의 평화적 통일을 이룩하여야 할 공동의 정치적 책무를 진 남북한 당국 사이에서 민족내부관계를 규정하기 위하여 채택된 ‘특수한 약정’이라는 견해²⁴⁾도 여기에 포함시킬 수 있다.

의견으로 우리 정부의 입장이라고 할 수 있다. 김성주, “남북합의서와 관련된 법적 문제”, 『통일사법정책연구』 (서울: 법원행정처, 2009), 279면 각주 14) 재인용.

20) 김승대, “남북한간 특수관계의 법적 성격에 관한 일고찰”, 『법조』, 제44권 제3호 (통권462호)(1995), 31면 각주 26) “Introduction to the Law of Treaties, Paul Reuter, English translation, 1989. London, pp.22-27” 재인용.

21) 이주현, 앞의 논문, 48-49면. 김승대, 위의 논문, 31-32면.

22) 이근관, “남북기본합의서의 법적 성격에 대한 고찰”, 『일감법학』, 제4권(1999. 12.), 건국대학교 법학연구소, 176-179면.

23) 이효원, 앞의 책, 243-244면. 이규창·금창섭, 앞의 논문, 300-304면.

그리고 통일부는 남북관계를 민족내부의 특수관계로 규정함으로써 남북한이 각각 상대방을 국가로 인정하지 않으려는 의사를 표명하고 있고, 기본합의서의 성격이 일반 국가간의 조약이 아니라 분단국을 구성하고 있는 두 정치실체인 남북간에 적용되는 특수한 합의문서임을 분명히 하고 있으며, 남북기본합의서를 채택하는 과정에서 상호 분쟁문제를 해결함에 있어서 “국제연합헌장에 따라 해결한다”는 문언을 포함시키지 않기로 합의하였다는 점을 근거로 이 입장을 취하고 있다.²⁵⁾

2) 조약성 및 법규범 인정설

남북기본합의서의 서문, 조문형식, 서문의 ‘합의한다’라는 표현, 제24조의 수정·보충 규정, 제25조의 발효조항, 정부대표의 서명, 명확한 권리·의무의 구체적 규정 등을 예로 들면서 당사자인 남과 북에 각기 법적 구속력이 있는 합의, 즉 조약으로 체결할 의사가 있었음이 명 하므로 남북기본합의서를 정책의 선언이 아니라 법적인 권리와 의무를 창설하는 법규범으로 보아야 한다는 견해²⁶⁾와 나아가 남북기본합의서가 국제법에 근거하여 효력을 갖는 국제법 주체간의 합의는 조약이므로 남북기본합의서는 결국 통일을 지향하는 과정을 규율하는 잠정적 조약으로서 법적 구속력을 갖는다는 견해²⁷⁾이다.

남북기본합의서는 국제법상의 조약의 성립요건을 모두 갖추고 있는 광

24) 박윤훈, “남북기본합의서 이행에 따른 남북교류협력 법령의 보완발전 방향”, 『법학』, 제34권 제1호(91호 1993. 2), 서울대학교 법학연구소, 3면.

25) 통일원, 『통일 서』(1992. 12.), 115-116면. 그러나 이같은 입장은 1992년 통일원이 발간한 「남북기본합의서 해설」 22-26면에 의하면 조약의 체결요건 중 국가간의 관계가 아닌 남북한 ‘특수관계’임을 감안하여 국회의 비준동의를 받지 아니한 것으로 해설하고 있는 점과 다른 입장을 취하고 있음을 알 수 있다. 오히려 남북고위급회담 당시 대표의 일원이었던 이동복은 남북기본합의서가 국가간에 해결되는 조약이나 협정은 아니며, 따라서 이를 발효시키는 절차도 조약이나 협정과 달리 하였다고 밝히고 있다. 이동복, “남북기본합의서, 무엇이 문제인가”, 『통일』(1992. 8.), 22면. (이동복은 위 논문에서 남북기본합의서의 법적 성격이 ‘신사협정’이라고 명 히 언급하고 있지 않음을 주목할 필요가 있다.)

26) 김명기, “남북기본합의서의 법적 성질”, 『법학논총』, 제6권(1993. 3.), 숭실대학교 법학연구소, 180-183면.

27) 주 19)의 위 청구사건의 민변 상고이유서 참조.

의의 조약으로 보는 견해²⁸⁾와 동서독의 사례를 들어 1992년 남북기본합의서의 채택·발효를 남북한의 기본관계, 안정과 평화유지, 교류의 법적 근거 등을 규정한 일종의 국제조약에 해당되는 문서라고 보는 견해²⁹⁾도 이에 해당된다.

한반도상에 대한민국이라고 하는 하나의 국가가 있을 뿐인 까닭에 남북기본합의서가 국제사회에 실재하는 두 국제법 주체간의 「조약」일 수는 있어도 국내법(헌법)적으로 국가간(즉 국제)조약일 수 없다는 견해³⁰⁾와 한반도의 법적 상태를 ① 한반도에는 대한민국과 조선민주주의인민공화국이라는 2개의 국가가 존재하고 ② 이 2개의 국가는 상호간에는 외국이 아니며 ③ 대한민국은 그 헌법상 존속하는 대한제국의 새로운 조직이고, 조선민주주의인민공화국은 그의 시각에서 대한제국과의 관계를 정하는 것으로 상정하면 남북기본합의서는 그 성질상 국제법적 조약이지만, 그 특수한 내용상 쌍방 사이의 국내법적 관계를 규율하는 합의로서 이중적 성격을 가진다는 견해³¹⁾도 이에 포함된다.

남북기본합의서는 서문의 명시적인 규정에 의하면 국가간의 조약은 아니지만 통일을 지향하는 과정에서 통일할 때까지 잠정적으로 형성되는 특수관계인 남북한 내부관계에 적용되는 특수한 법규정으로서 남북한관계에서 법적 구속력을 가지는 기본법이며, 남북한관계가 형성하는 법적 공동체는 그 구성원인 남북한 각각 보다는 상위의 범공동체이므로 상위 공동체법인 남북기본합의서는 구성공동체의 법인 국내법에 우선한다는 견해³²⁾도 이중적 지위를 강조한 것이다.

28) 제성호, “기본합의서의 법적 성격과 효력”, 『국제법학회논총』, 제37권 제1호(대한국제법학회, 1992), 158면. 최승환, “남북교류협력의 활성화를 위한 기본원칙과 법적·제도적 개선방안”, 『서울국제법연구』, 제1권 제1호(서울국제법학회, 1994), 71-73면.

29) 이영진, “통일전 동서독과 남북한의 법적 관계 고찰”, 『법학연구』, 제6권(1994), 충북대학교 법학연구소, 57면.

30) 최대권, “남북합의서와 관련된 제반 법문제 - 특히 「특수관계」의 의미를 중심으로”, 『법학』, 제34권 제3·4호(93호, 1993. 12.), 서울대학교 법학연구소, 14-15면.

31) 허진, “남북기본합의서와 헌법”, 『법학연구』, 제5권(1993. 12.), 충북대학교 법학연구소, 189면.

32) 유병화, “남북기본합의서의 법적 성격”, 『법학논집』, 제27집(1992), 고려대학교

(3) 남북기본합의서의 국회 비준동의 여부

1) 남북기본합의서의 발효를 위한 내부절차

이와 관련하여 헌법 제60조 제1항에 규정된 국회의 비준동의를 받아야 하는지에 대한 논란이 있어 왔다. 즉 헌법 제60조 제1항에 해당되는 조약이 국내법적 효력을 가지려면 국회비준동의를 받아야 하는데 남북기본합의서의 법적 성격에 따라 견해를 달리하기도 하거나³³⁾ 심지어 국회의 비준동의여부는 법적 성격이 조약이나 아니냐와 별개의 문제라고 보는 견해³⁴⁾가 있다. 통일부는 기본합의서 서문에 나라와 나라사이가 아닌 잠정적 특수관계라고 규정한 점에 비추어 성질상 ‘국가간’ 조약이 아닌 점을 들어 합의서 자체가 통상적인 국가간 조약체결절차인 비준동의를 받지 않았다고 한다.³⁵⁾ 그러나 위와 같은 논란은 현상적인 것에 불과하고 실제로 당시 통일부가 국회의 비준동의를 받지 않으려던 이유는 단순히 법리적인 문제 외에도 정치적이거나 정책적인 이유가 있어 보인다.³⁶⁾ 따라서 남북기본합의서의 국회 비준동의를 여전히 주요한 법적 쟁점이 되고 있으므로 기본합의서의 법적 성격 규명의 범위 안에서 필요설과 불요설을 간략히 언급한 후 이러한 쟁점의 대안으로 헌법 제60조 제1항의 ‘조약’의 범위를 확장하자는 견해를 소개한다.

2) 국회 비준동의 필요설³⁷⁾

출판부, 72-79면.

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

34) 유병화, 앞의 논문, 74면.

35) 통일원, 앞의 책, 25면. 정세현, 앞의 논문, 14면.

36) 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.

37) 이장희, 앞의 논문, 233-235면.

남북기본합의서는 정식조약으로서 국회의 비준동의를 받아야 하는데 그 이유는 첫째, 이 합의서의 내용은 헌법 제60조 제1항의 국회동의를 요하는 '입법사항'이다. 둘째, 최종서약을 하기 전 국회의 동의를 받도록 하는 것은 민주정치원리와 합치된다. 셋째, 합의서 대부분의 조항은 재정적 부담을 지게 되므로 국회의 동의를 받아야 한다. 넷째, 합의서의 충실한 이행담보를 위하여 국내법절차에 따라 국회의 비준동의를 받아 법적 구속력 있는 국내적 효력은 물론 남북 쌍방을 구속하는 것이 바람직하다. 다섯째, 서독연방헌법재판소도 이 합의서에 해당되는 1973년 7월 31일 기본조약의 성격과 관련된 판결에서 정치적 관계를 규율하는 동독과의 조약은 국회의 필요로 한다고 판시했다. 여섯째, 남북한 국가라는 법인격체간에 체결되는 일반적 조약형식에 충실하고 있다는 면에서 국제법주체간에 맺은 것이고, 남북 공히 합의서의 내용이 법적 구속력 있게 실천되기 바란다는 점, 남북정부수반이 교체되어도 민족 문서인 합의서는 그 후임자를 당연히 구속해야 한다는 점에서 정치적 행동지침에 불과한 신사업정과 구별된다. 이런 면에서 정부와 헌법재판소³⁸⁾가 말하는 정치적 강령이 아닌 것이다. 이번 합의서는 국제법상 조약의 5대 성립요건, 즉 조약당사자의 체결능력, 조약체결권자, 체결당사자간의 하자없는 의사표시, 조약내용의 적법성 등에서 국제법적 조약으로서 하등의 하자를 발견할 수 없다. 따라서 남북기본합의서를 분단국 독일의 선례나 국제법적으로 형식과 내용면에서 조약으로 보아 법적 구속력있는 문서로 발전시키는 것이 남북화해와 협력의 시대를 조속히 여는데 기여할 것이므로 국회의 비준동의를 받는 것이 당연하다.

3) 국회 비준동의 불요설³⁹⁾과 반박설⁴⁰⁾

위와 같은 국회비준동의 필요주장에 대하여 정부당국은 불필요하다는 반론을 제기하였으나 그에 대한 반대론을 살펴본다.

첫째, 남북기본합의서를 일반조약으로 규정하여 국회의 동의를 받을 경

38) 1997년 1월 16일 선고한 헌법재판소 89헌마240 사건 결정문 참조.

39) 정세현, 앞의 논문, 14-15면.

40) 이장희, 앞의 논문, 235-236면.

우 쌍방의 특수관계가 일반적 관계로 되어 분단고착화가 기정사실화된다는 우려가 있다고 한다. 전술한 것처럼 조약이란 반드시 주권국가간에만 맺는 것이 아니라 국제법 주체의 하나인 분단체(divided entities)사이에도 맺을 수 있고 분단국인 동서독도 그 기본조약의 성격을 형식에서는 국제조약으로 보고 국회의 비준동의를 받고도 그 특수관계를 유지하여 분단을 법적으로 극복하였다⁴¹⁾.

둘째, 정부당국은 이 합의서의 본문이 국회동의를 받을 경우 이에 부수되는 장래의 다른 부속조약도 같은 절차를 계속 밟아야 되는 선행이 되어 신속성을 요하는 문제가 절차문제로 실기할 우려가 있다고 한다. 그러나 합의서 제8, 14, 23조에는 발효 후 1개월내에 구성되는 정치분과위원회, 군사분과위원회, 교류협력분과위원회에 합의서의 이행과 준수를 위한 구체적 대책을 협의하도록 위임조항을 두었다. 동서독 기본조약도 위임조항을 통해 본문만 국회동의를 받고 그 후 체결되는 후속문서는 당국간 서명으로 해결하였다.

셋째, 정부는 합의서 비준동의를 남북간의 민족내부교류를 국가간의 교류로 만들어 관세부과 등 국제적 규제를 받게 된다고 주장한다. 그러나 국회동의를 합의서상의 ‘특별관계’를 ‘국가간의 관계’로 바꾸지는 못한다. 동서독의 경우 그들간의 민족내부교류를 외교노력을 통하여 1951년 GATT가입의정서와 1957년 EC조약에서 국제적으로 인정받았고, 1972년 동서독기본조약 부속문서에서 이를 재확인하여 국제적 규제를 피할 수 있었다.

넷째, 정부는 민주평통자문회의에 보고함으로써 국민적 합의노력을 다했다고 한다. 그러나 민주평통자문회의는 국민이 직접 선출한 대의기관이 아니고 대통령이 임명하는 자문위원으로 구성되는 대통령직속 헌법기관에 불과하며 보고 자체도 일방적인 것이므로 정당하게 민의를 수렴했다

41) 정세현은 위 논문에서 “북한은 우리 측이 ‘두개의 조선’을 획책하고 있다고 비난하여 왔는데 국가간 조약체결과정에 요구되는 국회의 비준동의절차를 거칠 경우 북한의 새로운 대남비방명분을 제공할 가능성도 있다.”고 주장하나, 이는 북한도 ‘북남기본합의서’에 대하여 당중앙위와 최고인민회의의 승인 및 김일성 주석의 비준을 받아 정식발효되었다는 사실을 간과하고 있다는 점에서 다소 설득력이 부족하다고 본다.

고 볼 수 없다. 다섯째, 정부는 현시점에서 국회동의보다 성실한 이행준수가 중요하다고 한다. 그러나 정부가 진정으로 성실한 이행준수의지를 보여주는 것은 국회 동의에 기초한 구속력있는 국내법체계의 법적 문서로 만드는 일이다.

4) 헌법 제6조 제1항과 제60조 제1항의 '조약'의 범위해석의 확장 필요설

김명기교수는 “헌법 제60조에 규정된 안전보장에 관한 조약, 국가나 국민에게 중대한 재정적 부담을 지우는 조약 또는 입법사항에 관한 조약에 해당한다고 볼 수 있으나 헌법 제60조의 조약은 그 명칭을 불문하고 우리나라가 타 국제법주체와 체결하는 명시적 합의를 뜻하는 것이지만 헌법 제3조와의 관계상 모든 국제법주체와 체결하는 조약을 의미하는 것은 아니며, 동조의 조약은 교전단체와 체결하는 조약은 제외된다는 해석이 가능하다. 대통령은 헌법 제60조의 제한을 받음이 없이 기본합의서를 체결할 수 있다는 해석이 가능하다.”고 한다.⁴²⁾

제성호교수는 북한과의 조약체결가능성에 관하여 우리 헌법 및 국제법상 북한을 ‘교전단체에 준하는 지방적 사실상의 정권’ 또는 ‘분단국 구성체’라고 볼 수 있기 때문에 국제법상 조약체결능력을 가지고 있다고 보여지므로 북한의 국가승인을 전제로 하지 않는다면 얼마든지 조약을 체결할 수 있다고 한다.⁴³⁾ 이런 입장에서 헌법 제6조 제1항과 제60조 제1항에서 명시하고 있는 ‘조약’의 개념을 좀 더 자세히 살펴 보면, 여기서 규정된 ‘조약’은 외국 및 국제기구와 체결한 소위 ‘국제조약’만이 아니라 이른바 분단국 내부에서 체결되는 민족내부의 ‘특수조약’(a treaty sui generis, ein Vertrag von besonderer Art)도 포함하는 개념이라고 해야 할 것이다. 따라서 이와 관련하여 헌법 제6조 제 1항에서 규정된 ‘이 헌법에 의

42) 김명기, “남북기본합의서의 법적 성격”, 『국제문제』, 통권 제260호(1992. 4.), 16-18면.

43) 제성호, “남북합의서에 대한 국내법적 효력부여 문제”, 『법조』, 통권 제571호(2004. 4.), 64-68면. 북한의 조약체결능력에 관하여는 이규창·금창섭, 앞의 논문, 297-299면.

해 체결된 조약에는 외국과 체결된 조약 뿐만 아니라 북한이라는 정치실체와 체결하는, 즉 분단국 내부의 특수조약도 포함하는 것으로 보아야 할 것이라고 한다.⁴⁴⁾

3. 남북기본합의서의 법적 성격과 효력에 대한 대법원과 헌법재판소의 입장

(1) 대법원 1999. 7. 23. 선고 98두 14525 판결

남북기본합의서는 남북관계가 “나라와 나라사이의 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 성의있는 이행을 약속한 것이기는 하나 법적 구속력 있는 것은 아니어서 이를 국가간의 조약 또는 이에 준하는 것으로 볼 수 없고, 따라서 국내법과 동일한 효력이 인정되는 것도 아니다.“ 대법원이 원용하는 원심법원⁴⁵⁾은 원고 민주사회를 위한 변호사 모임이 주장한 남북기본합의서의 법적 성격과 그 효력에 대해서는 일체 판단하지 않으면서 합리적 근거도 제시하지 아니한 채 “남북기본합의서가 법적 구속력이 없다.”고만 판결하였다.

(2) 헌법재판소 1997. 1. 16. 선고 89헌마240, 92헌마6, 2000. 7. 20. 선고 98 헌마63 전원재판부 결정

44) 이주현의 앞의 논문에 대한 지정토론문, 65-71면. 이 토론문에서 제성호교수는 “(필자의 이같은 견해에 대해 법제처 실무자도 동의하고 있음)”이라고 표시하여 특별히 자신의 주장을 강조하고 있다.

45) 서울고등법원 제7특별부 97구 18402 북한주민접촉신청불허처분취소 청구사건의 판결 “한편, 남북기본합의서는 북한의 핵무기 개발의혹이 증폭되고 북한이 1993. 1. 29. 모든 남북당국 사이의 대화를 재개할 의사가 없음을 선언한 이래 아직까지 그 이행이 되고 있지 아니한 것은 공지의 사실이므로 위 합의서가 법적 구속력을 가지고 있음을 전제로 한 원고의 위 주장 부분은 더 나아가 판단할 필요없이 이유없다.”

청구인은 또 이 사건 법률조항이 남북합의서의 자유로운 남북교류협력 조항에 반하여 헌법에 위반된다고 주장하고 있으나, 일찍이 헌법재판소는 “남북합의서는 남북관계를 ‘나라와 나라 사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계’임을 전제로 하여 이루어진 합의문서인 바, 이는 한민족공동체 내부의 특수관계를 바탕으로 한 당국 간의 합의로서 남북당국의 성의있는 이행을 상호 약속하는 일종의 공동성명 또는 신사협정에 준하는 성격을 가짐에 불과”하다고 판시하였고(헌재 1997. 1. 16. 92헌바6등, 판례집 9-1, 1, 23), 대법원도 “남북합의서는 남북한 당국이 각기 정치적인 책임을 지고 상호간에 그 성의 있는 이행을 약속한 것이기는 하나 법적 구속력이 있는 것은 아니어서 이를 국가간의 조약 또는 이에 준하는 것으로 볼 수 없고, 따라서 국내법과 동일한 효력이 인정되는 것도 아니다”고 판시하여(대법원 1999. 7. 23. 선고 98두14525 판결), 남북합의서가 법률이 아님은 물론 국내법과 동일한 효력이 있는 조약이나 이에 준하는 것으로 볼 수 없다는 것을 명히 하였다. 따라서 설사 이 사건 법률조항이 남북합의서의 내용과 배치되는 점을 포함하고 있다고 하더라도, 그것은 이 사건 법률조항이 헌법에 위반되는지의 여부를 판단하는 데에 아무런 관련이 없다고 할 것이다.(2000. 7. 20. 선고 98헌바 63)

(3) 비판적 견해

위와 같은 대법원과 헌법재판소의 입장에 대하여는 다음과 같은 비판이 있다. 즉 남북기본합의서의 법적 성격에 관하여 대법원이나 헌법재판소가 일관되게 일종의 공동성명 또는 신사협정에 불과하다고 보는 이유를 “대법원이 국회의 동의과정을 거치지 아니한 남북총리합의서의 조약성을 인정하여 국내법과 동일한 효력을 인정한다면 신법우선의 원칙에 따라 남북합의서가 실정법률보다 우선하여 남북교류협력에 관한 법률의 규정이 남북합의서에 의하여 사실상 개정되는 결과를 초래할 것이라는 우려를 반영하여 남북합의서의 조약성을 부정하고 단지 신사협정의 수준으로만 인정한 것 아닌가 생각”하는 견해⁴⁶⁾가 그것이다.

IV. 남북기본합의서의 법적 성격에 대한 논의의 비판적 검토

1. 정치적 선언 또는 신사협정설과 정부의 입장에 대한 비판 : “국제법적 법률 효과를 창출할 의사”가 없었다는 점에 대하여

법적 구속력을 부인하는 신사협정설 지지자들의 근거를 요약하면, ① 우리 정부가 조약체결절차를 따르지 않고 대통령의 비준없이 대통령의 결재만으로 남북기본합의서를 발효시켰으며, 북한도 당시 1972년 사회주의헌법 제96조에 규정된 조약비준·폐기권자인 국가주석의 비준이 없었다는 점, ② 남북기본합의서를 법률에 따라 ‘공포’하지 않고 대통령령으로 관보에 게재한 점, ③ 국회의 동의를 거치지 아니한 점, ④ 남북기본합의서 채택 후 실제로 합의사항이 제대로 지켜지지 않았으며 또 불이행에 대한 제재수단이 없다는 점, ⑤ 남북기본합의서의 교섭과정에서 “남북간 상호문제를 해결함에 있어 국제연합헌장에 따라 이를 해결한다.”라는 당초의 문안을 삭제한 점 등을 들고 있다.

(1) ‘남북한 특수관계’의 성격

우리 정부가 완전한 조약체결절차를 따르지 않은 것은 사실이나, 위와 같은 특수한 절차에 따라 남북기본합의서를 발효한 것은 남과 북이 각각 강력히 주장해온 ‘통일을 지향하는 잠정적 특수관계’와 ‘나라와 나라 사이의 관계가 아닌 관계’를 서로 수용한 역사적인 연혁⁴⁷⁾을 간과하고 있다는 점에서 타당하지 않다.

46) 김계홍, “「남북관계발전에 관한 법률」에 따른 남북합의서의 발효절차에 관한 사례연구 및 개선방안에 관한 고찰”, 『법제』, 통권 제603호 (2008. 3.), 55면 각주 5) 참조.

47) 이점은 전술한 “II. 1. 채택경과 및 발효절차와 3.(2) 남북한 ‘특수관계’ 규정의 성립 경위”에 자세히 언급되어 있다.

통일부가 언급하는 “남북간의 분쟁해결을 국제연합헌장에 따라 해결하기로 하기로 한 점”이 삭제된 것은 남북의 회담대표들이 국제법적 규율을 받지 않기 위해서가 아니라 남북관계가 국가간의 일반적 관계가 아닌 ‘특수관계’에 합의하였기 때문이라고 보아야 한다.⁴⁸⁾ 이같은 사실은 남북고위급회담에 직접 참여하였던 남측 대표의 일원인 이동복 스스로가 명확히 언급⁴⁹⁾하고 있고, 또 남북기본합의서 채택 당시 통일부의 싱크탱크 역할을 했던 민족통일연구원의 부원장 정세현이 명 히 하고 있는 점⁵⁰⁾ 등을 종합하면 충분히 인정할 수 있다. 따라서 남북이 합의한 ‘남북한 특수관계론’에 입각한 특별한 사정 때문에 ‘대통령의 결재와 관보예의 공고’라는 특수한 발효절차를 거칠 수 밖에 없었던 것이지, 통일부의 주장처럼 남북이 국제법 규율을 받을 의사가 없었기 때문에 그런 것은 아니라고 보아야 할 것이다.

(2) 남북의 최고통수권자의 비준

이 논문에 언급된 신사협정설 지지자⁵¹⁾나 통일부는 모두 북측이 남북기본합의서를 발효함에 있어 국가주석, 즉 김일성이 비준한 적이 없다고 하고 있으나, 이는 명 히 중대한 사실오인이다. 즉 통일부 스스로는

48) 특히 위 문안을 제안한 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.

49) 이동복, 앞의 논문, 22면. “즉 기본합의서는 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 발효시키는 절차도 「조약」이나 「협정」과 달라질 수 밖에 없었던 것이다.” 인용부분 참조.

50) 정세현, 앞의 논문, 14면. “이번 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.”라고 언급한 부분 참조.

51) 이효원, 앞의 책, 243면. 이주현, 앞의 논문, 50면. 이규창·금장섭, 앞의 논문, 300면.

1992년 3월 발간한 남북기본합의서 해설(16면)에서 “발효 직전에 김일성 주석이 이를 최종적으로 「비준」한 것으로 발표하였다.”고 언급하면서, 1998년 11월 헌법재판소에 제출한 의견서⁵²⁾에서는 “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 서로 모순된 주장을 하고 있다. 그러나 북한에서 발행되는 당기관지인 ‘로동신문’ 1991년 12월 17일 및 27일자에 의하면 “발효 직전에 김일성(주석)이 이를 최종적으로 비준한 것으로 발표”한 사실을 알 수 있다.⁵³⁾ 또 김일성주석이 남북기본합의서를 분명히 비준하였다는 사실은 1992년 2월 19일 평양에서 개최된 제6차 남북고위급회담의 대표로 참석하여 발효문건을 교환하였던 임동원의 증언에 의하여 명하다. 즉 “발효에 관한 문건은 양측 총리의 명의로 된 것인데, 북측은 ‘중앙인민위원회와 최고인민회의 상설회의 연합회의의 심의를 거쳐 국가수반인 김일성주석께서 비준하여 그 발효에 필요한 절차를 완료하였음을 알린다’는 내용으로 되어 있었고, 남측은 국회비준동의절차에 대한 언급없이 단순히 ‘국가원수인 노태우 대통령께서 재가하여 발효에 필요한 모든 절차를 완료하였음을 알린다.’는 내용으로 돼 있었다.”⁵⁴⁾고 자신의 회고록에서 분명히 언급하고 있다. 게다가 1997년 8월 4일 김정일은 ‘위대한 수령 김일성 동지의 조국통일 유훈을 철저히 관철하자’를 발표하면서 “이미 세상에 공표된 북남불가침합의

52) 통상 대법원과 헌법재판소의 심리가 비슷한 시기에 열리는 경우 원고(청구인)나 피고(피청구인)는 거의 동일한 주장을 담은 내용의 서류를 제출하는 것이 관행인 바, 민변과 통일부도 각기 대법원 상고심과 헌법재판소의 헌법소원 심리에 동일한 서류를 제출하였던 것으로 보여 진다.

53) 허태수, 앞의 논문, 3면 각주 4) 참조.

54) 임동원, 『피스메이커』(서울: 중앙북스, 2008), 245-246면. 또한 임동원은 남측의 경우 남북기본합의서에 대하여 당초 정부는 “국민의 기본권과 관련된 중대합의 사항이며 국제조약 못지않게 중대한 재정적 부담을 지우는 합의서이므로 국회의 비준동의를 원한다.”는 입장이었으나 당시 총선을 앞두고 있었을 뿐만 아니라 여·야간의 대립으로 국회를 개원할 수 있는 형편이 되지 못하자 정부는 ‘대통령계가’로 비준절차를 끝내는 수밖에 없었다고 증언한다.

(남북기본합의서)를 재확인하고 철저히 이행하여야 한다.”고 역설⁵⁵⁾했고, 1998년 4월 6일 인민문화궁전에서 개최된 ”전민족 대단결 10대 강령“ 발표 5돌기념 평양시 보고대회 당시 김용순 대남담당 비서는 ”우리는 온 민족의 지지와 찬동을 받고 있는 이러한 남북기본합의서가 하루 빨리 이행되어야 하며 그러기 위해서는 북남사이의 대화가 조속히 열려야 한다고 인정합니다.”라고 기념보고⁵⁶⁾를 하였다는 사실을 보면 더욱 명확하다. 그리고 남북한의 경우 남북기본합의서를 채택하는 과정에서 동 합의서에 대해 조약으로서의 법적 지위를 부여하거나 국내적으로 법적 구속력을 가지는 규범으로 채택하겠다는 의사를 표명하거나 인정한 적이 한번도 없었던 점을 고려할 때 남북한이 남북기본합의서를 조약으로 보지 아니하는 것은 명 하고 자명하다고 견해⁵⁷⁾도 북한이 남북기본합의서에 대해 비준하고, 합의서의 이행을 거듭 강조하였던 사실을 오인하거나 아니면 의도적으로 곡해하는 것이라 아니할 수 없다.

(3) 국회의 비준동의

국회의 동의를 받지 않았다는 것이 왜 국제법적 법률효과의 창출 의사가 없었다는 점에 대한 근거가 되는지 수공하기 어려우나 일응 신사협정설 지지자들도 남북기본합의서에 대하여 국회의 비준동의를 받았다면 법적 구속력이 인정되는 조약으로서의 법적 성격을 갖는다는 점을 자인하는 것으로 볼 수 있다.⁵⁸⁾ 당시 야당인 민주당은 말할 것도 없고 여당의 일부인 민주계에서도 남북기본합의서에 대하여 법적 구속력을 확보하고자 국회의 비준동의를 강력 주장하였지만 노태우정부의 부총리 겸 통일원장관이었던 최호중은 국회 외무통일위원회와 통일정책특별위원회 연석회의시 여·야의원들의 질의에 지지결의안만을 채택해 달라고 답변했

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

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

57) 이규창·금창섭, 앞의 논문, 300면.

58) 이주현은 정치적 선언 내지 신사협정설을 지지하면서도 “만약 정부가 남북기본합의서에 대하여 국회의 동의를 받으려 하였다면 그 조약성을 인정하는 것이 타당하다.”고 한다. 이주현, 앞의 논문, 50면.

다.⁵⁹⁾ 통일원장관의 그러한 태도에 비추어 볼때 정부가 당시 국회의 비준 동의를 강력히 추진하지 않은 이유는 신사협정설 지지자들의 근거처럼 국제법적 규율을 받지 않으려는 의사 즉 국제법적 입장에서라기 보다는 오히려 국내 정치상황이나 국내법과의 상충문제 등 대부분 국내문제 때문이었다는 것을 간취할 수 있다.⁶⁰⁾ 더우기 신사협정설 지지자의 위의 근거는 통일부가 헌법재판소에 제출한 의견서에서 “정부는 남북기본합의서가 조약이 아니기 때문에 국회동의절차를 거치지 않은 것이지, 국회동의를 절차를 거치지 않았기 때문에 조약이 아니라고 주장하는 것은 아니다.”라고 진술한 것과 정면으로 상충된다는 점에서 받아 들이기 어렵다.

(4) 불이행의 법적 효과

합의의 불이행시 그 법적 효과에 아무런 규정을 두지 않았다거나 어떠한 법적 수단을 행사하지 않았다는 점을 근거로 들면서 남북기본합의서 체결 당시 국제법적 효과를 창출할 의사가 없었기 때문에 조약성을 부인하는 것도 납득하기 어렵다. 즉 남북기본합의서 제10조는 “남과 북은 의견대립과 분쟁문제들을 대화와 협상을 통하여 평화적으로 해결한다.”고 규정되어 있는 바, 남북고위급회담 제3차 대표접촉에서 남측 대표는 “쌍방이 각기 국제연합에 회원국으로서 가입한 현실에서 국제연합헌장에 규정된 의무를 다 같이 준수해 나갈 것을 재확인하는 한편, 남북한간에 화해와 불가침 및 교류협력을 약속하고 그것을 실현해 나가는 하나의 준거를 마련하는 것이 필요하다.”고 발언⁶¹⁾하여 원칙적으로 남북간의 분쟁은 남북이 자주적으로 해결하되 남북한 모두 유엔에 가입했으므로 국제연합

59) 허태수, 앞의 논문, 3면.

60) 손학규, 앞의 논문, 143면. 그러면서 손학규는 정부의 주장대로 남북한의 관계가 민족내부의 특수한 관계라는 이유로 국가간의 조약이나 협약에 준하는 절차를 밟을 수 없다면 그런대로 이해가 된다고 하면서도 야당의 주장대로 합의서의 중대성을 감안해 국회에서의 검토와 승인절차가 필요하다고 보았다. 그래야 정부의 통일문제의 정치적 이용, 남북대화를 이용한 정치적 음모의 의구심에서 벗어날 수 있다고 주장한다. 위 논문 144면.

61) 제성호, 앞의 책, 34면 각주 43)에서 재인용.

헌장 제93조 제1항의 규정에 따라 법적 분쟁을 국제사법재판소에 제소하여 해결할 수 있도록 하였다.⁶²⁾ 남북한이 제5차 남북고위급회담에서 남북기본합의서를 발효한 이후 제8차회담에 이르기까지 위 합의서의 이행과 준수를 위한 남북고위급공동위원회의 구성·운영과 정치분과위원회, 군사분과위원회, 교류·협력분과위원회의 설치와 후속 실천사업을 위한 부속합의서를 채택하였으므로 남북간의 분쟁은 위 기구들을 통하여 해결할 수 있을 것이고, 그것이 여의치 않을 경우 수시로 고위급회담을 개최하여 해결할 수 있을 것이다. 2000년 6·15 공동선언 이후 남북간의 분쟁해결을 위하여는 직접 교섭 뿐만 아니라 중재도 필요하다는 합의 아래 2000년 12월 16일 “남북사이의 상사분쟁 및 해결절차에 관한 합의서”를, 2003년 10월 12일 “남북상사중재위원회 구성·운영에 관한 합의서”를 각 채택·발효시켰던 점에 비추어 보면 1992년 2월 19일 기본합의서 발효 당시 합의의 불이행에 대한 법적 효과나 강제제재 규정을 두지 아니한 것은 신사협정설 지지자나 통일부의 주장대로 국제법적 규율을 받지 않을 의도로 그러한 것이 아니라 오히려 역사적인 남북기본합의서의 합의사항에 대한 절대적 이행을 전제로 하였기 때문이라고 보는 것이 훨씬 더 설득력이 있다고 본다. 그리고 국제사회의 분쟁은 무력의 행사나 봉쇄조치 등의 직접적인 해결보다는 협상과 타협에 의한 해결이 일반적인 방법이므로 남북사이에서도 위와 같은 일반적인 국제 관례를 적용한 것이고, 특히 남북한은 ‘나라와 나라사이가 아닌 특수관계’에 있다는 점을 고려하여 당연히 제10조와 같이 규정한 것으로 보아야 한다.

(5) 남북기본합의서의 법적 구속력에 대한 당사자의 의도.

남북기본합의서의 조약성에 대한 학술적 평가가 있다. 남북기본합의서는 전문과 본문, 최종조항 등을 포함하고 그 내용은 장으로 구분되어 있고 또한 25개에 달하는 조로 구성되어 있으며 내부절차를 거쳐 문본을 교환함으로써 ‘발효’하도록 되어 있다는 점에서 통상적인 조약과 대단히

62) 통일원, 앞의 책, 58면.

유사한 형식을 취하고 있고, 남북한 당국의 의도가 분명하지 않은 경우에 이 문서의 실제의 문언에 주목한다면 이 기본합의서는 법적 구속력을 구비한 조약으로 간주될 가능성이 높다는 것이다.⁶³⁾ 그러나 특정 국제문서의 법적 구속력의 유무에 관한 결정적인 판단기준은 당해 문서를 채택한 ‘당사자의 의도’라는 점에서 살펴 보면, 남북기본합의서는 첫째 상대방에 대한 국가승인의 효과를 회피하고, 둘째 당시 남북한간의 정치적 관계가 고도로 긴장되어 신뢰구축이 결여되어 있었다는 점에서 남북한 당국은 위 기본합의서를 국제법상 법적 구속력없는 정치적 합의의 의도로 채택하였다고 주장한다⁶⁴⁾. 이교수가 어떤 근거에서 채택 당사자의 일방인 북측이 기본합의서의 국제법적 구속력을 부인한다고 보는지는 명확하지 않으나⁶⁵⁾ 통일부는 남북한관계가 나라와 나라사이가 아닌 통일을 지향하는 잠정적 특수관계에 있기 때문에 상호 국가승인을 하지 않은 것으로 보고 있는 점, 기본합의서 채택의 시대적, 역사적 배경을 살펴볼 때 이교수의 주장처럼 반드시 남북간의 긴장이 적대적 관계를 유지할 정도로 지속되리라 예상할 수 없는 점⁶⁶⁾ 등에 비추어 보면 지나치게 건강부회적이라 아니할 수 없다. 오히려 이교수는 “특정문서의 법적 구속력의 존부에 관하여 당사자의 의도가 일차적·결정적 중요성을 갖는 것은 의문의 여지가 없지만 이와 관련된 모든 문체가 당사자의 의도에 의하여 지배된다고 볼 수는 없다는 점이다. 예를 들어 국제조약의 형식으로 합의를 체결할 당사자는 당해 조약에 규정된 모든 약속을 법적 구속력 있는 것으로 간주하여야 한다. 이러한 한도 내에서 ‘당사자의 의도’의 역할은 제한적이라 할 수 있다.”⁶⁷⁾ 라고 명 히 밝히고 있다는 점에서 더욱 그러하다.

63) 이근관, 앞의 논문, 176면.

64) 이근관, 위의 논문, 177면.

65) 통일부가 헌법재판소에 제출한 의견서의 내용에 의하면, 대한민국이 기본합의서의 국제법적 구속력을 명 히 부인하는 점은 이교수의 논거에 따른 것은 아니지만 ‘당사자의 의도’로 판단해야 한다는 결론에서는 동일하다.

66) 실제로 남북기본합의서를 채택한 노태우정부 이후 김영삼정부 당시의 남북관계는 조문파동 등으로 경색된 면이 없지 않지만 김대중정부와 노무현정부에 이르러서는 2차레나 정상회담을 갖는 등 남북간의 긴장이 상당히 완화되었다는 점에는 이견이 없을 것이다.

67) 이근관, 앞의 논문, 174면. 특히 위 논문의 각주 46)에 의하면 (이교수의 논리체

(6) 북한의 남북기본합의서의 성격에 대한 판단

신사협정설에 의하면 남북은 공히 남북기본합의서에 대하여 국제법적 법률 효과의 창출 의사가 없었다고 하는데, 과연 그러한 지를 판단하려면 합의 당사자의 일방인 북한의 입장⁶⁸⁾을 살펴 볼 필요가 있다. 남북합의서의 법적 성격에 관한 북한에서의 구체적 논의는 명확하지 않으나 조약과 관련된 국제법적 논의와 관련된 문헌들을 보면 북한 역시 국제조약의 당사자, 성립요건, 효력발생시기와 조건 등에 대한 논의의 내용이 우리와 별 차이가 없다. 즉, 북한은 국제조약의 완전한 당사자로 국가와 민족해방투쟁기구조직이 속하며 제한된 당사자에는 정부적 국제기구, 연방국의 행정단위, 특정한 경제자치구가 속한다고 본다. 국제조약의 성립요건으로는 첫째, 국가가 조약체결능력을 갖고 있어야 하고 둘째, 국제조약체결권자에게 전권위임장이 있어야 하며 셋째, 조약체결권자의 의사에 사소한 결함도 없어야 하고 넷째, 국제조약의 내용이 적법하여야 하고 다섯째, 국제조약이 체결국의 국가수반이나 최고주권기관의 비준을 받아야 한다.⁶⁹⁾

한편, 조약과 관련된 북한문헌을 보면 북한은 '조약법에 관한 비엔나협약'의 당사국이 아님에도 불구하고 위 협약의 내용을 수시로 인용하고 있어 북한 역시 국제관습법을 법전화한 위 협약의 범규성을 인정하고 있는 것으로 보인다. 북한의 이러한 태도를 보면, 북한 역시 남북합의서에 대하여 남한을 조약체결의 당사자로 보고 있고, 법적 효력의 창출을 의도한 남북합의서는 조약으로 보고 있다고 분석하는 것이 논리적일 것이다. 이는 남북기본합의서에 대하여 북한이 취한 태도를 보아도 알 수 있다. 다만 북한 역시 우리와 마찬가지로 명시적으로 남북합의서를 '조약'이라고 하지 않는 것으로 보이는데 이는 개성공업지구법을 보아도 명하다. 즉

공에 상당한 역할을 한) "비탈리 자신도 이러한 견해를 지지하고 있다."고 밝히고 있다.

68) 한명섭, 앞의 논문, 43면.

69) 한명섭, 앞의 논문, 43면 각주 36) "림동춘, '국제조약의 성립요건', 「김일성종합대학학보:역사법학」, 제49권 제3호(2003.) 64쪽"을 재인용. 통일부가 해설한 '조약의 성립요건'과 완전히 동일하다. 통일원, 앞의 책, 24면.

개성공업지구법 제8조 제2문은 “신변안전 및 형사사건과 관련하여 북남 사이의 ‘합의’ 또는 공화국과 다른 나라 사이에 맺은 ‘조약’이 있을 경우에는 그에 따른다.”고 하여 남북합의서와 조약을 구별하고 있다. 북한이 위와 같이 남북 사이에 맺은 약속을 ‘합의’라 하고 다른 나라 사이에 맺은 약속을 ‘조약’이라고 구분하는 것은 통일부가 주장하는 것처럼 남북한이 “국제법 규율을 받을 의사가 없었기 때문”이 아니라 제5차 고위당국자회담에서 합의한 “남과 북은 나라와 나라 사이가 아닌 특수관계”라는 합의에 의한 결과로 볼 수 있다.⁷⁰⁾

2. 통일부 입장의 모순 또는 변경

(1) 남북기본합의서의 성격에 대한 초기 해설

통일부는 1992년 2월 19일 평양에서 개최된 제6차 남북고위급회담에서 남북기본합의서가 채택·발효된 직후인 1992년 3월 14일 「남북기본합의서」 해설을 발간하였으므로 위 해설의 내용⁷¹⁾은 정부의 공식적인 입장이라고 할 수 있다. 위와 같이 통일부는 해설 발간 당시 이미 기본합의서의 법적 성격에 관한 논란이 있음을 잘 알고 있었기 때문에 이에 대한 정부의 공식 입장을 표명할 필요가 있었다. 그리하여 통일부는 첫째, 일반적으로 받아 들여지는 국제법상 조약의 성립요건 5가지 요소⁷²⁾에 비추어 남북기본합의서의 법적 성격을 구명한 결과 ①②③④의 요건은 충분히 충족하고 있으나, 다만 조약의 발효절차 ⑤에 관하여는 남북관계가 ‘잠정적 특수관계’라고 한 서문의 규정과 그 성질상 ‘국가간’ 조약이 아닌 점을 고려하여 통상적인 국가간 조약 체결절차를 거치지 아니하고 특별한 절

70) 이후 남한은 “남북관계발전법”을 제정하여 남북한의 합의를 조약이라 하지 않고 ‘합의서’라 하고, 관보의 게재도 조약의 형식이 아닌 ‘남북간의 합의서’라는 형식을 취하고 있다.

71) 통일원, 앞의 책, 22-26면. 특히 위 해설의 “IV. 남북기본합의서의 성격 1. 남북간의 특수한 합의” 내용 참조.

72) 일반적으로 받아들여지는 국제법상 조약의 성립요건인지에 관하여는 앞의 각주 10) 20) 67) 참조.

차를 거친 것이라고 해설하고 있고 둘째, 어떠한 합의가 국제법상 조약으로서 유효하게 성립·발효하기 위해서는 당사자간의 진정한 의사의 합치가 필요하다고 전제하면서 이러한 당사자간의 의사합치⁷³⁾는 위에 언급한 ①②③④⑤의 요건을 충족하면 의사의 합치가 있는 것으로 공식적인 입장을 밝혔다.

(2) 통일부 입장을 변경

통일부는 1998년 7월16일 민변이 통일부장관을 상대로 제기한 대법원 상고심(98두14525 북한주민접촉신청불허처분취소)과 헌법재판소(98헌바63 헌법소원)에 1998년 11월 각 제출한 의견서에서 위 해설의 공식입장과 모순되거나 변경하는 주장을 하고 있다. 즉 통일부는 “국제법 규율을 받을 의사의 부재”의 근거로 남북기본합의서의 ‘서문’에 ‘나라와 나라 사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성된 특수관계’로 규정하고 민족내부문제를 자주원칙에 따라 해결할 것을 천명하고 있는 점과 체결당사자와 관련, 정식국호를 사용하지 않고 남과 북이라고만 표기하고 있는 점 그리고 합의서의 명칭을 ‘조약’이라 하지 않고 관례대로 ‘남북 사이의 합의서’라고 명기한 점을 들고 있다. 그러면서 통일부는 법무부가 1992년 2월 17일자 「남북사이의 화해와 불가침 및 교류협력에 관한 합의서의 법적 성격」이라는 보도자료⁷⁴⁾의 내용을 언급하고 있다. 특히 위 의견서⁷⁵⁾의 ‘5.남북기본합의서의 법적 성격과 효력’에서, “우리 정부는 기본적으로 남북한이 ‘국제법의 규율을 받을 의도’ 내지 ‘국제법상의 법적 효과를 창출할 의도’가 없는 상태에서 남북기본합의서를 체결하였습니다. 따라서 남북기본합의서는 신사협정으로서 유효하며, 남북한은

73) 물론 이때의 합치된 당사자의 의사란 “국제법상 조약으로 유효하게 성립·발효하기 위한 의사”를 말한다.

74) 법무부는 위 보도자료에서 “남북기본합의서가 국제법적 강제력을 인정할 수 없는 일종의 신사협정에 준하는 성격을 갖는다.”고 명기함으로써 남북기본합의서의 조약성 및 법적 구속력을 공식적으로 부인하였다.

75) 민주사회를 위한 변호사모임 통일위원회, 『통일과 법률 I』 (서울: 민주사회를 위한 변호사모임, 2001), 262-265면

이를 성실하게 이행·준수할 정치적·도덕적 의무를 진다고 할 것이나, 이는 법적 구속력을 지는 의무는 아닐 것입니다.” 라고 주장하고 있다.

(3) 통일부의 입장변경에 대한 비판

통일부는 일반적인 국가간에 체결하는 조약은 법적 구속력이 있다고 전제하면서도 민족내부의 특수관계에 있는 남북한은 상호 승인한 국가간도 아니고 또 합의사항을 조약의 형태로 체결한 적이 없기 때문에 남북기본합의서는 ‘조약’이 아니라고 한다. 그렇다면 남북기본합의서의 법적 성격에 대한 주된 쟁점은 이른바 ‘조약’이 아닌 ‘기본합의서’에는 과연 어떠한 법적 구속력도 인정할 수 없는가의 문제로 볼 수 있다.

첫째, 이점에서 1993년 해설 당시 통일부는 남북기본합의서의 법적 성격에 대하여 L. Oppenheim이 주장한 조약 성립의 5요건에 따라 ‘법적 구속력’을 인정하는 태도⁷⁶⁾를 취하다가, 1998년 의견서 제출 당시에는 P. Reuter가 주장한 조약성립의 요건인 “국제법의 규율을 받을 의도” 내지 “국제법상의 법적 효과를 창출할 의도”가 없는 상태에서 남북기본합의서를 채택하였기 때문에 ‘조약’이 아닌 ‘신사협정’에 불과하므로 국내법적으로 법적 구속력이 없다는 명확한 태도를 보였다. 그런데 이러한 통일부의 입장은 그 주장 자체에 의하더라도 명히 서로 모순되거나 아니면 입장변경으로 볼 수밖에 없다. 통일부는 그러한 입장변경에 대해 설득력있는 근거도 제시하지 아니한 채, 남북기본합의서의 법적 구속력을 부인하는 주장만 반복하고 있다는 점에서 비판의 소지가 많다.

둘째, 통일부는 남북기본합의서의 체결 당시 정부가 이를 신사협정으로 체결할 뿐이고 조약으로 체결하지 않았을 것이라고 주장하나 그렇게 볼 객관적인 근거를 제시하고 있지 않다. 남북기본합의서 서문의 내용이나 체결당사자와 관련한 주장은 서명주체에서 국호를 사용하고 있다는 점에서 우선 그 근거를 상실하고, (광의의) 모든 조약이 ‘조약’이라는 용어를

76) 다만, 남북관계가 ‘잠정적 특수관계’라고 한 서문의 규정과 그 성질상 ‘국가간’의 조약이 아닌 점을 고려하여 통상적인 국가간 조약체결절차를 거치지 않았다고 명확히 그 근거를 제시하고 있다. 통일원, 앞의 책, 25면.

사용하고 있지 않다는 점에서 '합의서'라는 표현이 조약이 아님을 나타내는 것이라는 주장 역시 근거 없다. 나아가 법무부가 작성한 보도자료는 사후에 작성한 의견 또는 해석에 불과하므로 체결 당시 정부의 객관적인 진의를 나타내는 징표가 될 수 없다. 그리고 조약으로서의 체결절차를 밟지 않았다는 점 역시 효력문제로 착되는 것이지 신사협정을 체결하고자 한 의사가 있었다는 점을 추단시키는 것으로 볼 수 없다. 오히려 남북기본합의서 채택 이후 1998년 2월 김대중 대통령이 취임사에서 향후 남북관계를 남북기본합의서에 기초하여 풀어가겠다고 천명⁷⁷⁾하였던 사실과 1999년 3월 9일 국회에서 만장일치로 「남북기본합의서의 이행·실천을 위한 결의안」을 채택하였다는 사실을 살펴 보면 이후의 정부는 남북기본합의서를 단순히 정치적 선언 내지 신사협정으로서가 아니라 법적 구속력을 부여한 법규로서 남북한 관계에 적용시키겠다는 '당사자의 의사'를 분명하게 공표한 것으로 보아야 한다. 따라서 정부가 내심의 의사로 남북기본합의서를 신사협정으로 의도하였기 때문에 법적 구속력이 없었을 것이라고 보는 통일부의 입장은 1992년 당시 남북기본합의서 채택 당시의 정부 진의와는 무관한 것이다.

셋째, 1992년 남북기본합의서의 채택과 발효는 노태우 정부가 의욕적으로 추진한 '북방정책'의 주요한 결실⁷⁸⁾이었다. 이같은 결실은 당시 노태우 정부가 국제사회에서 남한의 위상 증대를 바탕으로 북한의 개방을 유도하기 위하여 대통령의 결단으로 강력히 추진하였기 때문에 가능하였다는 점은 이론의 여지가 없다. 즉 당시 노태우 대통령은 1989년 12월 4일 유럽 순방을 마치고 국한 후 다음 날 오후 4시 청와대에서 국무회의를 주재하면서 유럽방문의 소감과 현안에 관련된 지시를 하면서 "남북관계 개선, 북한의 개방을 유도하기 위한 보다 적극적이고 실효성있는 대책이 강구되어야 한다. 세계 추세에 추고 있는 북방정책에 대한 확신을 가지고 있다. 북한이 자존심을 상하지 않으면서 받아 들일 수 있는 개방유도 방안을 강구하라"는 지시에 의하여 남북고위급회담이 보다 적극적으로

77) 김대중 대통령은 남북기본합의서를 '조약'이라고까지 언명하였다.

78) 통일원, 앞의 책, 3면.

추진되었을 것으로 추정된다.⁷⁹⁾

넷째, 당시 남북고위급회담은 노태우 대통령의 지시에 의하여 보다 적극적으로 추진되었던 것이므로 노대통령이 처음부터 법적 구속력이 없는 신사협정으로 남북기본합의서를 채택하려는 의사를 갖고 있었다고 보기는 어렵다. 오히려 당시 노대통령과 그의 정부는 직전에 발표한 “한민족 공동체 통일방안”의 구상에 따라 남북고위급회담을 제안했을 것이기 때문에 합의과정에서 법적 구속력을 부여할 사안이 나오더라도 남북간의 합의를 성사시킬 강력한 의사가 있었다고 보는 것이 객관적인 사실에 부합할 것이다. 이같은 사실은 제5차 남북고위급회담의 대표의 일원이었던 임동원이 대표회담의 이면을 공개하면서 “연총리가 ‘김일성 주석의 지시이니 이번엔 꼭 합의하자. 합의서가 개최되면 정상회담도 가능해진다. 경제협력도 서둘러 추진하자’고 말했다. 대표접촉을 개최하여 타결하자.”라고 증언⁸⁰⁾한 점에 비추어 보더라도 명 하다 할 수 있다.

다섯째, 남북기본합의서 제10조의 합의과정에 대한 통일부의 주장만으로는 “국제법적 법률효과를 창출할 의사가 없었다는 점”에 대한 충분한 근거가 될 수 없다. 또한, 조약발효절차에 관한 국내법적 절차를 준수하지 않았기 때문에 창출의사가 없었다고 보아야 한다는 주장은 통일부의 공식적인 ‘남북한 특수관계’론에 비추어 보더라도 전혀 설득력이 없으며, 오히려 통일부의 위 주장은 당초 남북기본합의서 합의과정이나 채택·발효당시 법적 구속력까지 인정하려고 했던 남북한 ‘당국자의 의사’를 사후적으로 왜곡하는 것이므로 법리적으로 받아들이기에 설득력이 약하다.

3. 사법부의 입장에 대한 비판

(1) 서울고등법원 판결⁸¹⁾의 “남북기본합의서의 법적 구속력 존

79) 박철언, 『바른 역사를 위한 증언 2』 (서울: 랜덤하우스중앙, 2005), 73-75면. 전술하였다시피 노태우 정부의 강영훈 총리가 1988년 12월 28일 먼저 북측에 남북고위급회담을 제안하였다.

80) 임동원, 앞의 책, 219면.

81) 서울고등법원 제7특별부 97구 18402, ‘원심판결’로 지칭된다. 판결 내용은 각주 45) 참조.

속 여부”에 대한 비판⁸²⁾

남북기본합의서의 법적 성격에 대한 사법부의 입장에 대해서는 다음과 같이 비판할 수 있다.

첫째, 원심판결은 “북한의 핵무기 개발의혹이 증폭되고” 있는 것을 “남북기본합의서”가 법적 구속력을 가지고 있다고 할 수 없는 사유의 하나로 제시하고 있다. 그러나 이는 ‘남북기본합의서’와 직접적으로 관계없는 것이며, 남북기본합의서가 체결된 1991년 12월 13일에 남북한이 공동으로 채택한 “한반도의 비핵화에 관한 공동선언”의 위반으로 제시되어야 할 것이다. 따라서 위 사유는 남북기본합의서가 법적 구속력을 가지지 아니하는 근거로 적합하지 않다.

둘째, “북한이 대화를 재개할 의사가 없음을 선언”한 것을 그 사유의 하나로 제시하고 있으나, 국제법상 어떤 조약도 그 조약의 체결 당사자간에 대화가 있어야 법적 구속력이 있고 대화가 중단되면 법적 구속력을 가지지 아니하게 되는 것은 아니다. 가사 국제법상 대화의 중단이 조약의 법적 구속력을 가지지 못하게 하는 사유로 된다고 인정한다 할지라도, 남북당국간 대화의 일시적 중단이 남북기본합의서의 규정 전부에 대해 법적 구속력을 상실하게 하는 사유로 될 수는 없다.

셋째, 원심법원은 “북한이 1993. 1. 29. 모든 남북당국 사이의 대화를 재개할 의사가 없음을 선언한 이래 아직까지 그 이행이 되고 있지 아니한 것은 공지의 사실”이라고 보고 있으나, 이는 공지의 사실도 아닐 뿐더러 객관적인 사실에도 명히 반한다. 즉 1998년 4월 11일에서 17일까지 북경에서 제1차 남북당국 대표회담(남북차관급 회담)이 개최⁸³⁾된 바 있고, 1998년 6월 10일 북한당국은 제 50주년 광복을 이하여 “통일대축전”을 8월 14일에서 15일까지 2일간 개최⁸⁴⁾하자고 제의해 온 바 있다.

넷째, 일반적인 국제법상 어떤 조약의 일방 당사자가 그 조약의 의무를

82) 민변이 대법원에 제출한 상고이유서(헌법재판소의 의견서와 동일)의 요지이다. 민변, 앞의 책, 107-110면.

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

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

이행하지 아니하는 것만으로 그 조약의 법적 구속력이 상실되는 것이 아니라, 그 조약의 타방 당사자가 일반 당사자에게 조약의 중대한 위반을 이유로 그 조약에 대한 폐기권을 행사함으로써 비로소 법적 구속력을 상실하게 된다. 북한이 남북기본합의서를 이행하지 아니한 것에 대해 남한은 지금까지 명시적으로 폐기권을 행사한 바 없으므로 기본합의서의 법적 구속력은 상실된 것이 아니다.

다섯째, “남북기본합의서가 법적 구속력을 가지고 있다고 할 수 없고”라 판단한 것은 정부의 공식적 견해도 부합되지 아니한다. 즉, 김대중 대통령은 1998년 2월 25일 취임사에서 남북기본합의서의 이행을 공언⁸⁵⁾했고, 통일부는 1998년 3월 26일 발표한 “국민의 정부 대북정책 추진기조”에서 남북 기본합의서의 이행·실천을 “대북정책 추진방향”의 첫번째 사항으로 제시⁸⁶⁾한 바 있다. 1998년 6월 26일 국방부는 북한 잠수정의 동해안 침투사건에 관해 발표한 “대북성명”을 통해 “이번 사건은 명 한 영해침범이며 정전협정과 남북기본합의서를 위반한 침투행위로 드러났다”고 표명⁸⁷⁾했고, 김대중 대통령 또한 6월 29일 “북한잠수정의 영해침범과 침투사건은 명 히 정전협정과 남북기본합의서를 위반한 것으로 결코 묵과할 수 없다. 북한은 그 책임을 인정하고 위반방지 등 납득할 만한 조치를 취해야 할 것”이라고 촉구⁸⁸⁾한 것에서 알 수 있듯이 우리 정부의 견해는 모두 남북기본합의서가 법적 구속력이 있다는 것을 전제한 것임에도 불구하고 법원이 위와 같이 판단한 것은 정부의 견해를 정면으로 외면한 것이다.

여섯째, 1997년 8월 4일 김정일 총비서와 1998년 4월 6일 김용순 대남 담당 비서는 각각 세상에 공포된 북남 불가침에 관한 합의(남북기본합의서)를 재확인하고 철저히 이행할 것과 온 민족의 지지와 찬동을 받고 있는 이러한 남북기본합의서가 하루빨리 이행되어야 할 것을 언급하였던

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

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

87) 한국일보, 1998. 6. 27. 4면.

88) 한국일보, 1998. 6. 30. 1면.

점에 비추어 보면, 북한의 공식적인 견해도 '남북기본합의서'가 법적인 효력이 있음을 전제하고 있다고 보아야 한다.

일곱째, 원심 판결은 “남북기본합의서가 법적 구속력을 가지고 있다고 할 수 없고”라 표시되어 있는 바, 여기 “법적 구속력”은 “국제법상 법적 구속력”을 의미하는 것인지 “국내법상 법적 구속력”을 의미하는 것인지 명하지 않다. 그러나 “위 규정이 이에 배치됨을 전제로”라고 표시되어 있으므로 ‘위 규정’은 남북교류협력에 관한 법률 제9조 제3항, 즉 ‘국내법’의 규정을 지칭하는 것으로 보아야 하고 결국 “법적 구속력”이란 “국내법상 법적 구속력”을 의미하는 것으로 해석된다. 그런데 국내법상 법적 구속력이 인정되지 아니하는 사유로 국제법상 법적 구속력을 상실하게 하는 근거로 제시한 것은 국내법과 국제법의 체계를 혼돈한 것이라 할 수 있다.

끝으로, 원심판결에 적시된 “법적 구속력”이란 “타당성”을 뜻하는 것인지 “실효성”을 의미하는 것인지 명하지 아니하나, 법적 구속력을 가지고 있다고 볼 수 있는 사유로 북한이 ‘남북기본합의서’를 이행하고 있지 아니한 것을 들고 있는 것으로 미루어 보아 “실효성”을 의미하는 것으로 보여진다. 일반적으로 “법의 효력”이란 “법의 실질적 효력”을 뜻하며, “법의 실질적 효력”이란 ①규범이 사실로서 행하여지지 않으면 아니 된다고 하는 요구, 즉 “법의 타당성”과 ②규범이 실제로 사실로서 행하여지고 있다고 하는 상태, 즉 “법의 실효성”을 가지는 힘을 말한다. 다시 말해 법의 효력, 즉 법적 구속력이란 법의 규범적 타당성과 법의 사실적 실효성을 가지고 있는 힘을 뜻하나 일반적으로는 전자, 즉 규범적 타당성을 가지는 힘을 의미하므로 ‘남북기본합의서’가 실효성이 없다는 사유를 들어 타당성이 없다고 보는 것은 논리성을 결한 판단으로 보아야 한다.

위와 같은 원심 판결에 대하여, 남북기본합의서의 유효성문제(타당성 문제)와 불이행의 문제(실효성의 문제)를 혼동하고 있다고 지적하면서 단지 이행되고 있지 않다는 사실(실효성의 부재 또는 미약)을 들어 기본합의서의 법적 구속력을 부인한 것은 논리의 비약이고, 원심법원이 이렇게 판단한 것은 법논리적으로 잘못된 것이기 때문에 남북한 당국의 조약체결의사의 부재여부, 기본합의서의 체결과정과 이행실태 등을 종합적으로

검토하여 위 합의서의 조약성 및 법적 구속력을 부인하는 판결을 내리는 것이 보다 논리적이었을 것이라고 비판하는 견해⁸⁹⁾도 같은 논지로 볼 수 있다.

(2) 대법원 판결에 대한 비판

대법원 판결은 남북기본합의서의 법적 성격과 효력에 관하여 첫째, 남북기본합의서는 남북관계가 ‘나라와 나라사이가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계’임을 전제로 해서 채택되었고 둘째, 남북기본합의서는 조국의 평화적 통일을 이룩해야 할 공동의 정치적 책무를 지는 남북한 당국이 특수관계인 남북관계에 관하여 채택한 합의 문서이며 셋째, 남북기본합의서는 남북한 당국이 각기 정치적 책임을 지고 상호간에 그 성의있는 이행을 약속한 것이기는 하나 법적 구속력있는 것은 아니어서 이를 국가간의 조약 또는 이에 준하는 것으로 볼 수 없고 넷째, 그 결과 남북기본합의서는 국내법과 동일한 효력이 인정되는 것이 아니라는 것이다.

그런데 위와 같은 대법원의 판시내용은 모두 통일부의 주장을 그대로 받아들인 것⁹⁰⁾으로서 서울고등법원부터 대법원 판결에 이르기까지 사법부는 남북기본합의서의 법적 성격과 관련하여 그 법적 구속력을 부인함에 있어 법률적인 추론을 상당히 결여하고 있다고 지적된다. 다시 말하면 첫째와 둘째는 남북기본합의서의 서문과 채택 경위를 보면 알 수 있는 사항이고, 셋째는 대법원이 민변의 주장을 배척하고 기본합의서의 법적 성격이 신사협정이라고 보는 정부의 입장에서 서 있음을 말해 주는 부분이며, 넷째는 남북기본합의서가 조약이 아니라는 판시의 당연한 결과에 불과하다. 대법원은 남북기본합의서의 조약성 또는 법적 구속력 부정의 논

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

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

거에 관해 구체적으로 언급하고 있지 않지만 “원심이 남북기본합의서에 법적인 구속력이 없다고 판단하여 조치는 수궁이 간다.”라고 실시한 것을 보면 원심법원의 판결을 그대로 수용한 것으로 보여 진다. 따라서 대법원도 원심법원의 잘못된 추론을 근거로 남북기본합의서의 법적 구속력을 부정한 것을 전혀 시정하지 못하였다고 볼 수 있다. 만약 그 부정의 논거에 관하여 민변의 상고이유서와 통일부의 의견서를 면밀히 검토하여 심리하였더라면 충분히 판단할 수 있었음에도 이 점에 관하여 아무런 언급을 하지 않은 것은 중대한 심리미진 또는 판단유탈의 위법이 있다고 볼 수 있다.

(3) 헌법재판소 결정에 대한 비판

헌법재판소는 1997. 1. 16. 선고 89헌마240, 92헌바6, 2000. 7. 20. 선고 98헌바63 전원재판부 결정에서 “일종의 공동성명 또는 신사협정에 준하는 성격을 가짐에 불과”하다고 판시하면서, 대법원 판결 중 관련 부분을 그대로 인용하고 있다. 이러한 헌법재판소의 판단에 대해서는 서울고등법원과 대법원의 판결에 대한 비판논지가 동일하게 적용된다⁹¹⁾. 만약 당시 사법부가 남북기본합의서의 법적 성격과 효력의 쟁점들이 헌법의 영토조항과 평화통일조항 그리고 국가보안법과의 저촉·상충 등의 문제를 야기할 것을 우려하여 정부(법무부와 통일부)의 의견을 그대로 받아들인 것이 사실이라면 그러한 대법원과 헌법재판소의 태도는 우리 헌법의 정신과 가치가 조국의 평화적 통일을 지향하고 있다는 점을 애써 몰각한 결과였다고 밖에 볼 수 없다.

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

V. 맺음말

생각건대 2011년 12월 13일이면 남북기본합의서가 서명된 지 20주년이 된다. 남과 북은 평화와 통일을 위해 소중하고도 기본적인 합의를 하고 있고, 그 명시적 내용이 남북기본합의서에 나타나 있다. 종전 후 첫 남북 정상간의 만남에서 합의된 2000년 6·15 공동선언은 위 남북기본합의서의 합의사항 가운데 실천가능한 최소한의 부분이었고, 2007년 10·4 남북 관계발전과 평화번영을 위한 선언은 기본합의서의 합의사항을 분야별로 실천의제화 하여 구체화한 대강이라고 할 수 있다. 채택·발효된지 20여년이 지난 지금 사문화된 남북기본합의서를 되살리고자 하는 것은 한반도에서 전쟁의 그림자를 거두어 내고 밝은 광장으로 나가기를 희구하는 데에서 비롯한다.

이에 본고에서는 남북기본합의서가 어떤 시대적·역사적 배경에서 채택되었고 그 역사적·정치적 의미는 무엇인가를 조망하면서 그것의 현재적 의미를 어떻게 부활시킬 것인가를 재조명하였다. 그 과정에서 우리는 남북기본합의서가 당초와 의도와 달리 학계나 정부, 더 나아가 범의 수호자인 사법부로부터도 외면받아 왔다는 사실을 알게 되었다. 되돌아간 길에서 다시 화해와 번영의 길로 나가는 것은 초심으로 돌아가는 것, 그것은 남북기본합의서에 다시 생명을 불어 넣는 수밖에 없다. 그 길은 남과 북 사이에 체결된 “남북 사이의 화해와 불가침 및 교류·협력에 관한 합의서”에 대하여 범규범성을 명확히 부여하는 데서 시작됨을 깊이 인식하여야 한다.

앞서 논의한 바와 같이 남북기본합의서의 의미와 성격에 비추어 그 규범적 효력을 발휘하기 위해서는 다음의 조치가 필요하다는 점을 강조한다.

첫째, 남북기본합의서는 상호 승인한 국가간에 체결되는 조약은 아니나, 남북관계를 ‘나라와 나라사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계’로 합의하였으므로 체결된 특수한 합의, 즉 ‘조약에 준’하거나 ‘특수조약’으로 간주된다.⁹²⁾

둘째, 국회는 헌법 제60조 제1항에 따라 ‘준조약’ 또는 ‘특수조약’에 해

당되는 남북기본합의서에 대하여 비준동의를 해야 함에도 불구하고 국내의 정치적 상황으로 인하여 그 의무를 이행하지 못하였으므로 그 특별한 사정을 명기하여 조속한 시일 내에 '사후동의' 절차⁹³⁾를 거쳐야 한다.

셋째, 남북기본합의서 제24조에 따라 쌍방은 이 합의서를 수정·보충할 수 있으므로 제1차 남북기본합의서의 '법적 구속력'을 재확인하고, 그 이행·준수를 위하여 조속한 시일 내에 '수정·보충'절차⁹⁴⁾를 거친다.

넷째, 남북기본합의서는 제25조에 규정된 발효절차에 따라 문본을 교환한 날부터 효력을 발생한다.

다섯째, 남북기본합의서는 헌법 제6조 제1항에 따라 국내법과 동일한 효력, 즉 법률로서의 효력을 가진다.

이렇듯 남북기본합의서의 의미와 가치를 중시할 때, 비로소 남북은 공히 새로운 남북관계의 진전을 위한 발걸음을 구체화하여 나아갈 수 있다. 요컨대 남북관계의 설정은 정치적이고 정책적인 관점을 무시하기 어려우나, 분단과정의 어려운 법적 쟁점을 해소하고 통일의 길을 열어 나아가는 데에 중요한 역할을 한 독일연방재판소의 판단은 우리에게 시사하는 바가 크다. 즉, 동서독기본조약의 위헌심판청구에 대해 신속한 헌법적 판단을 내림으로써 독일 통일의 법적 문제에 대한 해결방향을 제시한 구서독 사법부의 법적 판단은 통일을 준비하는 우리에게 커다란 디딤돌을 놓고 있음을 직시하여야 한다.⁹⁵⁾

92) 이 점에 관하여는 제성호 교수의 주장을 언급한 각주 43) 44) 참조.

93) 이때 남북기본합의서와 그에 관한 부속합의서도 일괄하여 비준동의를 거칠 수 있고, 남북사이에 1992년 체결된 제1차 남북기본합의서의 수정·보충에 합의하면 “남북기본합의서 수정·보충안”(이른바 “제2차 남북기본합의서”라 부를 수 있다.)에 대하여 사전에 비준동의를 할 수 있다고 본다. 이에 대하여 참여연대는 대법원과 헌법재판소의 부정적 판결을 이유로 국회 비준동의의 재추진이 현실적으로 어렵다는 입장을 취하고 있으나, 사법부의 판례는 절대적이지 않고 또 변화하는 남북관계의 현실을 제대로 반영하지 못하고 있다는 비판을 고려해 볼 때 타당하지 않다는 견해가 있다. 이장희, 앞의 책, 123-125면.

94) 남북기본합의서가 남북간의 화해·협력단계를 규율하는 기본규범이라는 진제하에 통일국가 창설시까지 그 효력을 연장시킬 필요가 있을 경우 기본합의서를 개정하여 합의서 내에 그 효력을 연장시키는 조항을 둠으로써 해결할 수 있다는 견해도 같은 입장이라고 본다. 이장희, 위의 책, 127면.

95) 1973년 5월 28일 바이에른 정부가 동서독기본조약이 기본법상의 독일국가의

【참고문헌】

- 김계홍, “「남북관계발전에 관한 법률」에 따른 남북합의서의 발효절차에 관한 사례연구 및 개선방안에 관한 고찰”, 『법제』, 통권 제603호 (2008. 3), 55면.
- 김명기, “남북기본합의서의 법적 성격”, 『국제문제』, 통권 제260호(1992. 4), 16-18면.
- 김명기, “남북기본합의서의 법적 성질”, 『법학논총』, 제6권(1993. 3.), 숭실대학교 법학연구소, 180-183면.
- 김승대, “남북한간 특수관계의 법적 성격에 관한 일고찰”, 『법조』, 제44권 제3호(통권462호)(1995), 31면 각주 26) “Introduction to the Law of Treaties, Paul Reuter, English translation, 1989. London, pp.22-27.”
- 김성주, “남북합의서와 관련된 법적 문제”, 『통일사법정책연구』 (서울: 법원행정처, 2009), 279면.
- 민주사회를 위한 변호사모임 통일위원회, 『통일과 법률 I』 (서울: 민주사회를 위한 변호사모임, 2001), 262-265면.

“재통일사명” 규정에 저촉되며 이 기본법에서는 인정되지 않는 독일제국의 몰락과 옛 제국영토에 두 개의 독립국가가 신설된다는 법률개념에 근거할 뿐만 아니라 독일연방공화국은 독일을 대표하여 행동할 수 없다는 이유로 기본법과 불일치하여 무효이므로 연방헌법재판소에 위헌심판을 청구한 사건에 관하여, 1973년 7월 31일 서독 연방헌법재판소가 신속히 내린 아래의 판결 요지는 다음과 같다. “서독의 어떠한 헌법기관도 국가적 통일의 재생을 정치적 목표로서 포기해서는 안된다. 모든 헌법기관은 이 목표달성을 위해 노력할 정치적 의무를 지니고 있으며, 통일을 좌절시키는 모든 일을 시도해서는 안된다. 대내적으로는 언제나 경각심을 가지고 재통일문제를 추진하고 대외적으로는 이를 끈기있게 대변해야 한다. 헌법은 서독이 재통일과 자결을 실현하기 위한 수단인 기본법상의 권원(Rechtstitel)을 포기하거나 기본법에 합치되지 않는 권원을 만드는 것, 또한 그러한 목적을 달성하는데 방해가 되는 권원을 창조하는데 참여하는 것을 금지한다. 이장희, 앞의 논문, 232면 각주 7) “Gunter Schmid, *Die Deutschlandpolitik der Regierung, Brandt/Scheel*, Berlin: Verlags-Gesellschaft, 1975) pp.228-236 참조” 재인용. 동서독 기본조약에 관한 서독 연방헌법재판소 결정문의 전문번역과 내용은 최창동 편저, 『분단국가의 법적 지위』 서울: 법률행정연구원, 1996, 141-168면 참조.

- 박윤흔, “남북기본합의서 이행에 따른 남북교류협력 법령의 보완발전 방향”, 『법학』, 제34권 제1호(91호 1993. 2), 서울대학교 법학연구소, 3면.
- 박철언, 『바른 역사를 위한 증언 2』 (서울: 랜덤하우스중앙, 2005), 73-75면.
- 법무부, 김삼 01254-42/1992. 4. 9.
- 손학규, “남북합의서의 실천보장방안”, 『국회보』 (1992. 3), 143면.
- 양영희, “북한의 법적 지위”, 『통일사법정책연구(1)』 (서울: 법원행정처, 2006), 19면.
- 유병화, “남북기본합의서의 법적 성격”, 『법학논집』, 제27집(1992), 고려대학교 출판부, 72-79면.
- 이근관, “남북기본합의서의 법적 성격에 대한 고찰”, 『일감법학』, 제4권 (1999. 12), 건국대학교 법학연구소, 176-179면.
- 이동복, “남북기본합의서, 무엇이 문제인가”, 『통일』 (1992. 8), 22면.
- 이상훈·금창섭, “남북기본합의서 및 남북경협합의서의 법적 성격에 대한 고찰”, 『남북법제개선연구보고서』 (서울: 법제처, 2003), 275-279면.
- 이영진, “통일전 동서독과 남북한의 법적 관계 고찰”, 『법학연구』, 제6권 (1994), 충북대학교 법학연구소, 57면.
- 이장희, “동서독 기본조약에 대한 연구”, 『대한국제법학회논총』 (1992. 12), 82-104면.
- 이장희, “독일통일의 국제법적 조명”, 허영 편저, 『독일 통일의 법적 조명』 (서울: 박영사, 1994), 37-79면.
- 이장희, “남북기본합의서의 법적 성격과 실천방안”, 『국제법학회논총』, 제43권(1998), 237면.
- 이장희 공저, 『남북합의문서의 법적 쟁점과 정책 과제』 (서울: 도서출판 아사연, 아시아사회과학연구원, 2007)
- 이장희, 앞의 논문, 232면, 각주 7) “Gunter Schmid, Die Deutschlandpolitik der Regierung, Brandt/Scheel (tuduv Verlags-Gesellschaft, 1975) pp.228-236.”
- 이주현, “남북한 특수관계의 의미”, 『남북교류와 관련한 법적 문제점(1)』 (서울: 법원행정처, 2002), 61-62면.
- 이효원, 『남북교류협력의 규범체계』 (서울: 경인문화사, 2006), 158-164면.

- 임동원, 『피스메이커』 (서울: 중앙북스, 2008), 245-246면.
- 장명봉, “통일 및 관련 법제의 쟁점과 전망”, 『법제연구』, 제35호(2008)
- 정세현, “남북기본합의서의 법적 성격과 정치적 의의”, 『통일문제연구』, 제4권 제1호(1992), 20면.
- 제성호, “기본합의서의 법적 성격과 효력”, 『국제법학회논총』, 제37권 제1호(1992), 158면.
- 제성호, “남북기본합의서의 법적 성격 - 서울고등법원 97구18402판결 (1998. 7. 16. 선고)을 중심으로”, 『서울국제법연구』, 제5권 제2호 (1998), 89-90면.
- 제성호, “남북기본합의서의 법적 성격 - 민변의 북한주민접촉신청관련 대법원 판결 분석(대법원 제2부 1999. 7. 23. 선고 98두14525판결)”, 『국제판례연구』, 제1집(1999), 326-334면.
- 제성호, “남북합의서에 대한 국내법적 효력부여 문제”, 『법조』, 통권 제 571호(2004. 4), 64-68면.
- 제성호, 『남북한관계론』 (서울: 집문당, 2010), 35면.
- 최대권, “남북합의서와 관련된 제반 법문제 - 특히 「특수관계」의 의미를 중심으로”, 『법학』, 제34권 제3·4호(93호, 1993. 12.), 서울대학교 법학연구소, 14-15면.
- 최승환, “남북교류협력의 활성화를 위한 기본원칙과 법적·제도적 개선방안”, 『서울국제법연구』, 제1권 제1호(1994), 71-73면.
- 최창동 편저, “동·서독기본조약에 관한 서독 연방헌법재판소의 결정문 (1973. 7. 31)”, 『분단국가의 법적 지위』, 법률행정연구원, 1996, 141-168면.
- 한명섭, “남북합의서의 법제화방안”, 『남북합의서 법제화방안 토론회』 국회의원 이미경 주최, 2007, 40면.
- 허전, “남북기본합의서와 헌법”, 『법학연구』, 제5권(1993. 12.), 충북대학교 법학연구소, 189면.
- 허태수, “남북기본합의서의 법적 성격에 관한 고찰”, 『국회입법조사월보 12』 (1993), 3면.
- L. Oppenheim, *International Law*, 8th ed., Vol. I (London: Longmans,

1955).

- 통일원 남북대화사무국 편, 『남북대화』, 통권 제47호~제56호. 통일원,
『남북대화 사료집 회의록편』, 제1권~제20권 참조
통일부, 『주간북한동향』, 제377호(1998. 4. 4.~4. 10.), 7면.
통일부, 『통일속보』, 제98-2호(1998. 4. 18), 1면.
통일부, 『통일속보』, 제98-6호(1998. 6. 23), 2면.
『계간북한동향』(민족통일연구원, 1997. 9), 36-37면.
통일원, 『통일 서』(1992. 12), 115-116면.
통일원, 『남북기본합의서 해설』, 1993.
한국일보, 1998. 6. 27. 4면.
한국일보, 1998. 6. 30. 1면.

- 서울고등법원 제7특별부 97구 18402 북한주민접촉신청사건불허처분취소
청구사건 판결
대법원 98두14525 북한주민접촉신청불허처분취소 청구사건 판결
1997년 1월 16일 선고한 헌법재판소 89헌마240 사건 결정문 「조선신
보」, 2009. 1. 30. 보도
림동춘, “국제조약의 성립요건”, 『김일성종합대학학보:력사법학』, 제49권
제3호(2003), 64면.

【국문초록】

‘남북기본합의서’의 법적 성격에 관한 비판론적 검토

남북기본합의서가 현실적으로 무시되는 주된 원인은 합의서의 법규범성이 확보되지 못한 데에서 기인한다. 이에 남북기본합의서와 법적 성격에 관한 논의와 쟁점을 정리한 후 학계의 다수설과 이에 기반한 정부와 사법부의 입장을 비판적인 시각에서 재조명한다. 남북기본합의서의 이해를 돕기 위하여 위 합의서가 채택된 국제·국내의 시대적 배경과 남북관계의 역사적 배경 그리고 채택 경과와 그 의의 및 내용을 살펴보는 것이 필요하다.

남북기본합의서의 법적 성격에 관한 논란은 법적 구속력을 인정할 수 있는 조약성 여부에 관한 것인데, 여기에는 신사협정설과 조약설로 크게 나뉘어진다. 또 위 합의서가 헌법 제60조 제1항에 따라 국회의 비준동의를 받아야 하는 지에 관하여도 견해가 대립되어 있다. 이와 관련하여 북한과의 합의는 분단국 내부에서 체결되는 특수조약이라 할 수 있으므로 헌법 제6조 제1항에 규정된 ‘조약’에 포함시켜야 한다는 견해가 유력하다.

정치적 선언 또는 신사협정설과 정부의 입장은 남북사이에 국제법적 법률효과를 창출할 의사가 없었기 때문에 법적 구속력이 없는 신사협정에 불과하다고 본다. 이 입장은 합의서가 일반적인 조약의 성립요건을 모두 갖추었고 단지 남북관계가 통일을 지향하는 잠정적 특수관계이기 때문에 특수한 절차에 따라 합의서의 효력을 발생하기로 한 것이라는 점에 비추어보면 적절하지 않다. 또한 남북기본합의서는 남북한 당국이 각기 정치적인 책임을 지고 상호간에 그 성의있는 이행을 약속한 것이기는 하나 법적 구속력이 있는 것은 아니어서 국가간의 조약 또는 이에 준하는 것으로 볼 수 없고, 따라서 국내법과 동일한 효력을 인정할 수 없다는 대법원과 헌법재판소의 입장은 남북관계에 관하여 중대한 사실오인을 하고 있고 타당성과 실효성을 혼돈한 법리오해의 소지가 있다.

따라서 “남북 사이의 화해와 불가침 및 교류·협력에 관한 합의서”는

‘조약에 준’하거나 ‘특수조약’으로 간주되므로 국회는 헌법 제60조제1항에 따라 조속한 시일 내에 ‘사후동의’ 절차를 거친 후 그 문본을 교환하면 법률로서의 효력을 가진다. 진정한 남북 사이의 화해와 번영은 남북기본합의서에 대하여 법규범성을 명확히 부여하는 데서 시작됨을 재인식하여야 한다.

【주제어】

남북기본합의서, 법적 구속력, 신사협정, 조약, 국회, 대법원, 헌법재판소, 비준동의, 특수조약, 법규범성, 남한, 북한, 특수관계

【Abstract】

Critical Analysis on the Legal Nature of the Agreement
on Reconciliation, Non-aggression, and Exchanges and
Cooperation between South and North Korea
(the Basic Agreement of Inter-Korean)

Park, Jeong Won

Professor of Law, Kookmin University

Lee, Sock Bum

Attorney, Doctoral Course Graduate School of Law, Kookmin Univ.

The purpose of this paper is to re-analyse critical approach on the legal nature of the Agreement on Reconciliation, Non-aggression, and Exchanges and Cooperation between South and North Korea (the Basic Agreement of Inter-Korean), to improve inter-Korean relationship in the commemoration of 20 years the sign of the Agreement. The main reason for ignoring the reality of the Agreement stems from having normative effect could not be assured. Discussions on the issues of academic theory based on our government and the judiciary's position of the legal nature of the Agreement is reviewed from a critical perspective. To help the understanding of the Agreement, it is necessary to find domestic and international backgrounds adopted the Agreement, outcomes and processes of the historical backgrounds of its significance, and contents.

The MB's government has actively promoted the "nuclear-free. Open. 3000 policy" and emphasized the Basic Agreement between South and North Korea while simultaneously undermining, what is called 'engagement policy' the last administration. On its part, North Korea abrogated the provisions of the Basic Agreement concerning the

western sea border between South and North Korea on January 30, 2009. In theory, this occurred because the Agreement lacked regulatory power. I will review the legal nature of the Basic Agreement between South and North Korea and then make a critical assessment of the current government and judiciary's stance with regard to this matter.

The debate on the legal nature of the Basic Agreement between the South and Korea and North Korea is focused on the issues of whether the Agreement is a legally binding treaty or merely a gentlemen's agreement, and also whether the Article 60, Paragraph 1 of our Constitution requires ratification of the Agreement by the National Assembly. A majority of scholars believe that the Agreement is a legally binding special treaty which will come into effect according to the special procedure specified in the Article 6 of the Constitution. However, the current administration's position is that the Agreement is a political declaration that does not create binding international law. The Supreme Court and the Constitutional Court have also mistakenly ruled that the Agreement is not a legally binding treaty or associate treaty between States. The National Assembly should ratify the Agreement which was adopted 1991. 12 and came into effect on 1992. 2. 19. as a specific treaty or associate treaty via the procedures designated in the Article 60 Paragraph 1 of the Constitution. The realistic reconciliation and mutual prosperity of inter-Korean relationship should be made re-aware of the importance of the Agreement.

【Key Words】

The Basic Agreement of Inter-Korean, *modus vivendi*, treaty, associate treaty, special agreement, South Korea, North Korea, constitutional court, supreme court, national assembly, ratification

