

남북합의서의 법적 성격 및 효력에 관한 연구

이 규 창*

I. 머리말	IV. 우리나라 국내법체계상의 법적 효력
II. 「남북관계발전예관한법률」의 남북합의서 관련 규정 분석	V. 규범통제 가능여부 및 그 기관
III. 국제법상의 법적 성격	VI. 맺음말

Abstract

A Study on Legal Characters and Forces of Inter-Korean Agreements

The purpose of this paper is to analyze legal characteristics and forces of Inter-Korean Agreements. Firstly, we review the articles concerned with conclusion, ratification and promulgation stipulated in act on development of inter-Korean relations. Secondly, we analyze legal characters of Inter-Korean Agreement in the international law system. Inter-Korean Agreements can be regarded as treaty with legal binding effects or

gentlemen's agreement without legal binding effects. Criteria and subject that distinguish between treaty and gentlemen's agreement are to be examined. Thirdly, legal binding effects of Inter-Korean Agreements are to be analyzed in perspective of South Korea's domestic legal system. Finally, we review legal problems concerned with the judicial control over Inter-Korean Agreements.

Key Words: Inter-Korean Agreements, treaty, gentlemen's agreement, non-binding agreement, judicial control

* 대법원 특수사법제도연구위원회 조사위원

I. 머리말

2005년 12월 29일 법률 제7763호로 제정되어 2006년 6월 30일부터 시행되고 있는 「남북관계발전에관한법률」은 법적인 측면에서 몇 가지 중요한 제정의의를 가지고 있다.¹ 이 글의 연구 대상인 남북합의서와 관련하여서는 남북합의서의 체결·비준 및 공포절차, 남북합의서의 효력범위, 남북합의서의 체결·비준 시 국회동의 여부, 남북합의서의 효력 정지 여부 등을 명시하고 있다. 이러한 태도는 종래 관행 내지는 통치차원에서 이루어지던 남북합의서의 체결·비준 및 공포에 관한 제문제를 범규범의 틀 안에서 이루어지게 하는 것으로서 긍정적인 평가를 할 수 있다. 그러나 남북관계발전에관한법률에 남북합의서의 법적 성격 및 효력에 관한 규정을 두고 있지 않는 것에 대해서는 비판이 가해지고 있다.² 이러한 맥락에서 이 글은 남북합의서의 법적 성격 및 효력에 관한 문제를 연구목적으로 한다.

남북합의서의 법적 성격 및 효력에 관해서는 훌륭한 연구성과물들이 발표되어 있다.³ 그러나 시기적으로 기존의 연구성과물들은 남북관계발전에관한법률이 제정되기 이전에 발표되었다. 또한 남북합의서의 국제법상의 성격, 다시 말해 남북합의서가 조약과 신사협정 가운데 어느 것에 해당되며 그 구별기준은 무엇인가의 문제에 치중하고 있다. 그러나 필자의 판단으로는 남북합의서의 법적인 성격 및 효력에 관한 문제에는 앞에서 언급한 국제법상의 성격 외에도 남북합의서의 국내법체계상의 효력에 관한 문제도 중요하다고 생각된다. 다시 말해 남북합의서가 조약에 해당된다면 헌법 제6조에 따라 국내법으로서의 효력을 갖게 되는데 헌법과 법률, 명령 및 규칙으로 되어 있는 우리나라의 법체계상 어디에 해당되는지의 문제가 제기될 수 있다. 특히 남북합의서의 국내법체계상의 효력에 관한 문제는 남북합의서와 법률이 충돌할 때 어느 것이 우선하는지의 문제, 남북합의서의 사법심사 내지 규범통제가 가

¹ 동 법의 제정경과, 제정의의, 헌법적 근거 및 법적 성격, 주요 규정의 분석 및 문제점에 대해서는 줄고, “「남북관계발전에관한법률」의 분석과 평가,” 『법조』, 통권 제599호(2006. 8), pp. 159~195; 지봉도, “「남북관계발전기본법」의 제정 의미와 향후 과제,” 『극동문제』, 통권 제309호(2004.11), pp. 12~36 참조.

² 배종인, “남북합의서의 처리절차 및 국내법적 지위,” 『국제법 동향과 실무』, 통권 제14호(2006), p. 25. 남북관계발전에관한법률의 제정을 앞두고도 남북합의서의 법적 성격 및 효력에 관한 규정을 두어야 한다는 지적이 있었다. 제성호, “통일관련 법제 인프라 실태 및 문제점,” 제성호 편, 『통일시대와 법』 (서울: 중앙대학교출판부, 2003), p. 179.

³ 대표적인 문헌은 다음과 같다. 배종인, “남북합의서의 처리절차 및 국내법적 지위,” pp. 19~28; 이효원, “남북합의서의 법적 성격과 효력,” 『북한법연구』, 제7호(2004), pp. 297~324; 제성호, “남북합의서에 대한 국내법적 효력부여문제,” 『법조』, 통권 제571호(2004. 4), pp. 44~88.

능한지, 가능하다면 담당기관은 어디가 되어야 하는지의 문제와 관련되어 있기 때문에 중요하다고 판단된다. 그러나 아직까지 이 문제에 대한 논의는 활발하지 못한 실정이다.

아래에서는 먼저 남북관계발전에관한법률에 규정되어 있는 남북합의서 관련 조항들을 헌법과 법률에 규정되어 있는 조약관련 조항들과 비교해 가면서 간단히 살펴본다(Ⅱ). 그리고 나서 기존의 연구성과물들을 중심으로 남북합의서의 국제법상의 성격 문제를 살펴본다(Ⅲ). 이후 조약의 성질을 갖는 남북합의서가 국내법체계상 어떤 효력을 갖는지의 문제(Ⅳ)와 남북합의서의 규범통제 가능여부 및 그 기관(Ⅴ)에 대해 살펴보고 결론을 내리고자 한다.

한편, 이 글에서 남북합의서는 남북한 정부 당국 간에 문서의 형식으로 체결된 합의만을 그 대상으로 한다. 따라서 남북한 정부 당국 간의 합의라고 하더라도 구두합의는 이 글의 연구 대상에서 제외되며, 정부 당국 간의 합의가 아닌 민간차원의 합의도 제외된다. 남북관계발전에관한법률 제4조 제3호는 남북합의서를 “정부와 북한 당국 간에 문서의 형식으로 체결된 모든 합의”로 정의하고 있다.

Ⅱ. 「남북관계발전에관한법률」의 남북합의서 관련 규정 분석

1. 남북합의서의 체결·비준 및 국회동의

남북관계발전에관한법률 제21조에 규정되어 있는 남북합의서의 체결·비준에 관한 규정들은 전체적으로 봤을 때 조약의 그것에 준하고 있다. 다시 말해 대통령이 남북합의서를 체결·비준하도록 규정하고 있는 조항(제21조 제1항)은 대통령이 조약을 체결·비준하도록 규정하고 있는 헌법 제73조를, 대통령이 남북합의서를 비준하기에 앞서 국무회의의 심의를 거치도록 규정하고 있는 조항(제21조 제2항)은 조약안에 대해 국무회의의 심의를 거치도록 규정하고 있는 헌법 제89조 제3호를, 남북합의서안을 국무회의에 상정하기 전에 법제처장에게 심사를 요청하고 있는 조항(시행령 제20조 제1항)은 조약안에 대하여 법제처의 심사를 규정하고 있는 정부조직법 제24조를 따르고 있다고 볼 수 있다. 다만 법제처장은 심사를 요청받은 남북합의서안의 내용이 헌법에 위반될 소지가 있거나 법리적으로 명백한 문제가 있다고 인정되는 경우에는 그 사유를 명시하여 이를 반려할 수 있다(시행령 제20조 제2항).

헌법 제60조 제1항은 일정한 조약의 체결·비준에 대한 국회 동의를 요구하고 있는데, 남북관계발전에관한법률도 국가나 국민에게 중대한 재정적 부담을 지우는 남북합의서 또는 입법사항에 관한 남북합의서의 체결·비준에 대한 국회 동의를 규정하고 있다(제21조 제3항). 남북관계발전에관한법률 시행 전에 국회 동의를 받아 체결·비준한 남북합의서는 동법에 의한 남북합의서로 간주된다(부칙 제2항).⁴

한편, 우리나라의 조약체결관행상 소위 ‘고시류조약(告示類條約)’⁵의 경우에는 국무회의의 심의와 대통령의 재가를 거치지 않은 채 외교통상부 장관이 관계부처와의 협의를 거쳐 체결절차를 취할 수 있도록 되어 있는데, 남북관계발전에관한법률도 대통령이 이미 체결·비준한 남북합의서에 이행에 관하여 단순한 기술적·절차적 사항만을 정하는 남북합의서는 남북회담 대표 또는 대북특별사절의 서명만으로 발효시킬 수 있는 것으로 규정하고 있다(제21조 제4항).

2. 남북합의서의 공포

남북합의서의 공포절차도 조약의 공포절차에 준하고 있다. 「법령등공포에관한법률」 제11조에 따라 조약은 관보에 게재함으로써 공포해야 하고, 동 법률 제6조에 따라 조약공포문의 전문에는 국회의 동의 또는 국무회의의 심의를 거친 뜻을 기재하고, 대통령이 서명한 후 대통령인을 압날하고 그 일자리를 명기하여 국무총리와 관계국무위원이 부서해야 한다. 남북관계발전에관한법률도 국회의 동의 또는 국무회의의 심

⁴ 현재까지 국회동의를 거친 남북합의서는 모두 13개로 이른바 4대 정협합의서로 알려지고 있는 남북사이의 투자보장에 관한 합의서, 남북사이의 소득에 대한 이중과세방지에 관한 합의서, 남북사이의 상사분쟁 해결절차에 관한 합의서, 남북사이의 청산결제에 관한 합의서(이상 2003년 6월 30일 국회동의)와 개성공업지구 통관에 관한 합의서, 개성공업지구 검역에 관한 합의서, 개성공업지구와 금강산관광지구의 출입 및 체류에 관한 합의서, 남북상사 중재위원회 구성·운영에 관한 합의서, 남북사이 차량의 도로운행에 관한 기본합의서(이상 2004년 9월 23일 국회동의), 남북사이의 열차운행에 관한 기본합의서, 남북해운합의서, 남북해운합의서의 이행과 준수를 위한 부속합의서, 개성공업지구 통신에 관한 합의서(이상 2004년 12월 9일 국회동의)가 있다. 이들 합의서의 국무회의심의일, 대통령재가일, 국회동의일, 발효일 및 공포일은 배종인, “남북합의서의 처리절차 및 국내법적 지위,” pp. 27~28의 <표> 참조.

⁵ 우리나라의 조약체결절차에 있어 조약에 대한 지속적 동의를 표시하기 위한 국내절차는 국무회의의 심의와 대통령의 재가가 필요하나 모(母)조약의 실시·집행을 위하여 보충적으로 체결되는 시행약정이나 모조약의 일부 내용을 수정하기 위한 각서교환에 대해서는 복잡한 국내절차를 취하는 것이 적당하지 아니하므로, 관계부처와 협의를 거쳐 외교통상부 장관이 체결절차를 취하고 그 중 특정한 것에 대하여는 그 내용을 관보에 고시할 수 있는데 이렇게 체결된 조약을 실무편의상 고시류조약이라고 한다. 외교통상부, 『알기쉬운 조약업무』 (서울: 외교통상부, 2006), p. 39.

의를 거친 남북합의서의 공포를 법령등공포에관한법률의 규정에 따라 체결·비준된 남북합의서 공포문의 전문에 국회의 동의 또는 국무회의의 심의를 거친 뜻을 기재하고, 대통령이 서명한 후 대통령인을 날인하고 그 일자를 명기하여 국무총리와 관계 국무위원이 부서하는 것으로 규정하고 있다(제22조, 시행령 제21조 제1항). 남북합의서를 공포하는 경우에는 대통령 서명일자에 따라 번호를 붙인다(시행령 제21조 제2항).

통일부장관은 공포된 남북합의서의 원본을 관리하되, 남북합의서의 관리에 관하여 필요한 사항은 통일부장관이 정한다(시행령 제22조).

3. 남북합의서의 장소적 효력범위 및 효력의 정지

우리나라 헌법 및 조약관련 법률은 조약의 장소적 효력과 효력의 정지 여부에 관한 명시적인 규정을 두고 있지 않다. 이에 비해 남북관계발전에관한법률은 장소적 효력범위 및 효력의 정지 여부에 관한 규정을 명시하고 있다.

남북합의서는 남한과 북한 사이에 한하여 적용된다(제23조 제1항). 대통령은 남북관계에 중대한 변화가 발생하거나 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요하다고 판단될 경우에는 기간을 정하여 남북합의서의 효력의 전부 또는 일부를 정지시킬 수 있다(동조 제2항). 다만 국회의 체결·비준 동의를 얻은 남북합의서의 효력의 일부 또는 전부를 정지시키고자 하는 때는 반드시 국회의 동의를 얻어야 한다(동조 제3항). 대통령이 남북합의서의 효력을 정지시키고자 하는 때에는 국무회의의 심의를 거치고, 북한에 통보하여야 한다. 다만 남북합의서의 효력 정지 시 국회 동의를 필요한 경우에는 국회의 동의를 얻은 후에 북한에 통보하여야 한다(시행령 제23조).

4. 소결

이상에서 남북합의서의 체결·비준 및 공포절차, 체결·비준 시 국회동의 여부, 효력정지 여부 및 효력정지 시 국회동의 여부 등에 대해 간단히 살펴보았는데 전체적으로 봤을 때 체결·비준 및 공포절차는 조약의 그것에 준하고 있음을 알 수 있다. 또한 효력의 정지에 관한 규정들을 명시함으로써 효력 정지 가능 여부 및 효력 정지 시 국회 동의 여부 등을 둘러싸고 제기될 수 있는 여러 문제들을 방지하고 있다. 남북합의서와 조약의 체결·비준 및 공포 절차와 효력 정지 규정을 비교하면 다음과 같다.

<표 1> 남북합의서와 조약의 체결·비준 및 공포 절차와 효력 정지 비교

구분	조약	남북합의서
체결·비준권자	대통령(헌법 제73조)	대통령(법 제21조 제1항)
국무회의 심의	조약안은 국무회의 심의를 거침(헌법 제89조 제3호).	국무회의 심의를 거침(법 제21조 제2항).
법제처 심사	조약안은 법제처 심사를 받음(정부조직법 제24조).	통일부장관은 남북합의서안에 대하여 법제처장에게 심사요청(시행령 제20조 제1항)
체결 비준 시 국회 동의	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 조약은 국회 동의 필요(헌법 제60조 제1항)	국가나 국민에게 중대한 재정적 부담을 지우는 남북합의서 또는 입법사항에 관한 남북합의서는 국회 동의 필요(법 제21조 제3항)
대통령의 재가 필요 여부	조약체결관행상 고시류조약은 대통령의 재가없이 외교통상부장관이 체결절차를 취할 수 있음.	단순한 기술적·절차적 사항만을 정하는 남북합의서는 남북회담 대표 또는 대북특별사절의 서명만으로 발효시킬 수 있음(법 제21조 제4항).
조약의 공포	관보에 게재(법령등공포에관한법률 제11조) 조약공포문의 전문에는 국회의 동의 또는 국무회의의 심의를 거친 뜻을 기재하고, 대통령이 서명한 후 대통령인을 압날하고 그 일자를 명기하여 국무총리와 관계국무위원이 부서(법령등공포에관한법률 제6조)	법령등공포에관한법률에 따름(법 제22조). 남북합의서 공포문의 전문에 국회의 동의 또는 국무회의의 심의를 거친 뜻을 기재하고, 대통령이 서명한 후 대통령인을 날인하고 그 일자를 명기하여 국무총리와 관계 국무위원이 부서(시행령 제21조 제1항)
장소적 효력범위	명시적인 규정 없음.	남북한 사이에서만 적용(법 제23조 제1항)
효력의 정지 여부	명시적인 규정 없음.	남북관계에 중대한 변화가 발생하거나 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요하다고 판단될 경우에는 기간을 정하여 남북합의서의 효력의 전부 또는 일부를 정지시킬 수 있음(법 제23조 제2항).
효력 정지 시 국회 동의 여부	명시적인 규정 없음.	체결·비준 시 국회동의를 얻은 남북합의서는 효력 정지 시 국회 동의 필요(법 제23조 제3항)

여기서 한 가지 제기될 수 있는 문제는 남북합의서의 체결·비준 및 공포절차가 조약의 그것들에 준한다고 해서 남북합의서를 곧 조약으로 볼 수 있는가 하는 점이다. 이 문제와 관련하여 혹자는 남북합의서의 체결·비준을 규율하고 있는 남북관계 발전에관한법률 제21조는 남북합의서가 조약이라는 점에 관한 입법적인 확인의 성격을 가지고 있다고 말하고 있다.⁶ 그러나 남북합의서의 체결·비준 및 공포절차가 조약의 그것을 따르고 있다고 해서 남북합의서가 곧 조약이라고 보는 것은 유의할 필요가 있다. 다시 말해 남북합의서가 조약에 해당하는가의 문제와 남북합의서의 체결·비준 및 공포절차가 조약의 그것을 따르고 있는 문제는 별개의 문제로 이해되어야 한다. 남북합의서는 적절히 지적되고 있는 바와 같이 국제법상 조약에 해당하는 것도 있을 수 있고, 조약이 아닌 신사협정에 해당하는 것도 있을 수 있다.⁷ 그렇다면 어떤 남북합의서를 조약으로 볼 것인가의 문제가 제기되는데 이 문제는 장을 바꾸어 살펴본다.

Ⅲ. 국제법상의 법적 성격

일반적으로 국제법 주체, 특히 국가 간의 합의는 크게 법적 구속력이 있는 조약과 법적 구속력이 없는 신사협정⁸으로 구분할 수 있다. 그러면 남북합의서를 조약과 신사협정으로 구분하는 이유 내지는 필요성은 무엇이며, 그와 같은 구분의 기준은 무엇인가, 또한 남북합의서를 조약과 신사협정으로 구분할 때 그 주체는 누가 되어야 하는가의 문제들이 제기되는데 아래에서 순서대로 살펴본다.

내용에 들어가기에 앞서 논의의 전제가 되는 국제법상의 국가승인과 관련된 문제들을 간단히 언급할 필요가 있다. 첫째, 남북합의서가 조약에 해당된다고 할 때 북한

⁶ 유욱의 토론문, 『남북관계 법·제도, 그 현황과 대안』 (민주평화통일자문회의·대한변호사협회 공동주최 토론문 자료집, 2004.10.20), p. 42.

⁷ 이효원, “남북합의서의 법적 성격과 효력,” p. 297.

⁸ 국가 사이의 비구속적 합의를 지칭하는 용어로는 신사협정(gentlemen's agreements) 외에도 非法的 約定(non-legal arrangements), 非法的 規範(non-legal norms), 비조약적 합의(non-treaty agreements), 비구속적 약속(non-binding commitments), 비구속적 약정(non-binding arrangements), 비공식적 합의(informal agreements), 사실상의 합의(*de facto* agreements), 정치적 또는 도덕적으로 구속적인 합의(politically or morally binding agreements), 순수하게 정치적인 약속(engagements purement politiques), 국제적 양해(international understanding) 등이 있다. 박배근, “국제법상의 ‘비구속적 합의,’” 『국제법평론』, 통권 제22호 (2005), p. 9.

은 우리나라의 국내법상 ‘국가’가 아닌 ‘반국가단체’로 정의되어 있는데, 반국가단체인 북한과 우리나라가 조약을 체결할 수 있는가의 문제와 반국가단체인 북한과 조약을 체결하는 것은 묵시적 승인의 법적 효과를 창출하는 것은 아닌가 하는 법리적인 의문이 제기될 수 있다. 그러나 반란단체(또는 반도단체)도 국제법상 제한된 조약체결능력을 갖는다는 것이 일반적으로 인정되고 있으며, 어떤 정치실체와 조약을 체결하더라도 반드시 묵시적 승인 효과가 발생하는 것은 아니다.⁹ 둘째, 남북합의서가 신사협정에 해당된다고 할 때 전술한 바와 같이 북한은 우리나라의 국내법상 반국가단체로 정의되고 있는데, 반국가단체인 북한과 우리나라가 신사협정을 체결할 수 있는가의 문제가 제기될 수 있다. 신사협정은 일반적으로 국가와 국가가 체결하지만 체결주체가 반드시 국가에 한정되는 것은 아니다. 국가는 물론 국제기구와 이른바 국제법의 능동적인 주체에 해당되지 않는 행위자들도 여러 가지 목적을 위하여 다양한 상대와 합의를 할 수 있다.¹⁰

1. 조약과 신사협정의 구분 필요성

국제법 주체 사이의 합의를 조약과 신사협정으로 구분하는 가장 큰 이유는 조약은 당사자를 법적으로 구속하는 반면 신사협정은 그렇지 않다는 점에 있다고 볼 수 있다. 다시 말해 유효한 모든 조약은 당사자를 구속하며 당사자는 조약상의 의무를 성실하게 이행하여야 한다.¹¹ 이를 위반하는 경우에는 국제법상 국가책임 문제가 발생한다. 반면 신사협정은 아무런 법적 효과를 가지지 않는다고는 말할 수 없지만¹² 엄밀히 말해 국제법 주체 간의 법적 구속력을 갖는 협정이 아니라 단지 여러 나라 정부 수반 기타 정치지도자들 사이에 법적 구속력이 없이 상대방의 신의에 기초하여 서로 약속하는 정채수행상의 약속에 불과하다.¹³ 신사협정은 법적 구속력을 갖지 않기 때문에 의무 이행을 법적으로 강제할 수 없으며, 따라서 신사협정 위반에 대해

⁹ 자세한 내용은 제성호, “남북합의서에 대한 국내법적 효력부여문제,” pp. 64~68 참조.

¹⁰ 박배근, “국제법상의 ‘비구속적 합의,’” pp. 3~4.

¹¹ 「조약법에관한비엔나협약」(Vienna Convention on the Law of Treaties) 제26조.

¹² 다수의 국내외 학자들은 신사협정이라고 하더라도 신의와 성실에 의하여 준수하여야 할 도덕적·정치적 약속을 담고 있는 경우에는 신의성실의 원칙의 규율을 받으며 이 경우 신사협정은 금반언(*estoppel*)의 효과를 갖는다고 한다. 박배근, “국제법상의 ‘비구속적 합의,’” pp. 21~22; 제성호, “남북합의서에 대한 국내법적 효력부여문제,” p. 57 참조.

¹³ 외교통상부, 『알기쉬운 조약업무』, p. 13.

제재를 가할 수 없다.¹⁴ 또한 신사협정은 법적인 책임이 따르지 않기 때문에 어느 당사국이 신사협정을 위반했다고 하더라도 손해배상 또는 사법적 구제(judicial remedy)를 청구할 수 없다.¹⁵ 또한 신사협정의 위반은 비 호적인 행위로서 국제법상 보복¹⁶(報復, retortion 또는 retorsion)의 대상은 될 수 있으나 위법행위를 전제로 하는 복구(復仇, reprisal) 또는 대응조치¹⁷(또는 대항조치, counter-measures)의 대상이 될 수 없으며, 신사협정의 위반은 권리 침해라 야기하지 않으므로 일반적으로 침해된 권리의 구제를 위한 국제재판의 대상이 되지도 않는다.¹⁸

2. 조약과 신사협정의 구분 기준

국제법 주체 사이의 합의를 조약과 신사협정으로 구분하기는 하지만 그 구별이 쉬운 것만은 아니다. 우리나라 외교통상부는 ① 당사자의 의도, ② 권리·의무관계의 구체성, ③ 내용의 중요도를 종합적으로 고려하여 결정할 수밖에 없으며 이 외에도 ④ 강제적인 국제사법절차에 의한 분쟁해결규정 포함여부, ⑤ 발효를 위한 국내절차 규정 포함여부 및 ⑥ 유엔에의 등록여부도 조약인지 신사협정인지를 판단하는 중요한 요소가 된다고 하고 있다.¹⁹ 일부 학자들도 조약과 신사협정의 구별기준을 제시하고 있는데 대표적으로 Oscar Schachter는 ① 법적인 권리·의무를 창설하거나 국제법에 의해 규율되는 관계를 창설하려는 의도, ② 합의내용의 명확성, ③ 합의에 의

¹⁴ Wilfred Fiedler, "Gentlemen's Agreement" in *Encyclopedia of Public International Law*, Installment 7 (1984), pp. 105~106.

¹⁵ O. Schachter, "The Twilight Existence of Nonbinding International Agreements," *American Journal of International Law*, Vol. 71(1977), p. 300.

¹⁶ 보복이란 타국의 합법적이지만 비우호적인 유해한 행위에 대하여 이와 동일하거나 또는 비슷한 성격의 합법적이지만 비우호적인 유해한 행위를 가하는 것을 말한다. 김정진, 『국제법』 (서울: 박영사, 2004), p. 1113.

¹⁷ 복구 또는 대응조치란 "선행된 국제의무 위반에 있어서 그 위반국을 상대로 책임의 이행은 강요하기 위해 취해지는 피해국의 외관상 의무위반행위"로 정의할 수 있다. 김석현, "국제법상 대세적 권리·의무의 확립," 『국제법학회논총』, 제47권 제3호 (2002.12), p. 65에서는 대응조치를 이와 같이 정의하고 있다; 국제위법행위에 대응하는 국가의 행위를 나타내는 용어로 복구보다는 대응조치가 선호되고 있다. J. Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility* (Cambridge, U. K.; New York: Cambridge University Press, 2002), p. 168; A. Cassese, *International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2001), p. 234; C. Tomuschat, *International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Millenium* (2001), p. 369.

¹⁸ 박배근, "국제법상의 '비구속적 합의'," pp. 8~9.

¹⁹ 외교통상부, 『알기쉬운 조약업무』, pp. 13~14.

해 명시된 원칙의 일반성, ④ 합의문건 채택 후의 추후 국가관행, ⑤ 사용되는 언어, ⑥ 합의서에 서명 또는 기타의 방법으로 합의를 서명하는 정부 대표의 위상 및 권한 등을 들고 있다.²⁰ 국내 학자 가운데는 첫째, 남북 당국이 국제법상 법적 효과를 창출하고자 하는 의도가 있었는지의 여부에 따라 남북합의서의 조약성 인정여부가 결정될 것이며, 그러한 의도가 명백히 규정되어 있지 않을 경우에는 둘째, 합의서의 구체적인 내용을 중심으로 하여 합의서의 체결절차와 양식 및 셋째, 합의서 체결 이후의 후속조치 여부와 그 내용 등을 종합적으로 판단해야 한다는 견해를 제시하고 있다.²¹

이상에서 조약과 신사협정의 구별 기준에 관한 우리나라 외교통상부의 입장과 대표적인 국내의 학자의 견해를 간단히 살펴보았는데 한 가지 알 수 있는 것은 공통적으로 법적인 효과를 창출하고자 하는 당사자의 의도를 첫 번째 기준으로 제시하고 있으며 그밖에 다른 요소들을 종합적으로 고려하여 조약과 신사협정을 구별해야 한다는 것이다.²²

3. 조약과 신사협정의 구분 주체

남북합의서가 조약인지 아니면 신사협정에 해당되는지의 문제가 제기될 수 있는 경우로 다음의 경우들을 생각해 볼 수 있다.

첫째, 남북합의서의 법적 성격이 남한 또는 북한에서 문제가 되는 경우이다. 이 경우 남한에서는 대법원이나 헌법재판소가 최종 결정 주체가 된다고 생각된다. 한 예로 대법원과 헌법재판소는 「남북 사이의 화해와 불가침 및 교류협력에 관한 합의서」(일명 “남북기본합의서”)의 법적 성격에 대해 판시한 바 있다.²³ 그런데 남한 내에서 어느 특정한 남북합의서의 법적 성격, 즉 조약과 신사협정 가운데 어느 것에 해당되

²⁰ O. Schachter, “The Twilight Existence of Nonbinding International Agreements,” pp. 296~304. 그는 첫째, 당해 국가의 조약집에 수록되어 있는가의 여부, 둘째, 유엔헌장 제102조에 따라 등록되었는가의 여부 및 셋째, 국내에서 의회나 법원에 당해 문서를 송부함에 있어 법적 성격을 가진 조약 또는 협정으로 기술되고 있는가의 여부도 부차적인 기준이 될 수 있다고 한다, *Ibid.*, p. 298.

²¹ 이효원, “남북합의서의 법적 성격과 효력,” p. 310.

²² 신사협정과 조약의 구별에 대한 보다 상세한 논의에 대해서는 다음의 문헌들도 참조. 박배근, “국제법상의 ‘비구속적 합의,’” pp. 10~16; 제성호, “6·15 남북공동선언과 후속문서의 법적 성격과 효력,” 『저스티스』, 통권 제60호 (2001.4), pp. 190~193.

²³ 대법원 1999. 7. 23. 선고 98두14525판결, 헌법재판소 1997. 1. 16 92헌바6.26, 93헌바34·35·36(병합).

는가의 문제가 현실적으로 대두되었을 때 조약과 신사협정의 명확한 구별 기준이 존재하지 않기 때문에 대법원과 헌법재판소의 판결이 다를 수 있다. 이와 같은 결과는 결코 바람직스럽다고는 할 수 없을 것이다. 북한에서 문제가 되는 경우를 생각해 보면 북한의 경우에도 재판소가 있기는 하지만²⁴ 북한의 재판소가 독립적으로 남북합의서의 법적 성격을 결정지을 수 있는지는 쉽게 단언할 수 없다.²⁵ 남북합의서가 북한에서 어떠한 법적 성격을 가지느냐의 문제는 극단적으로 말하면 북한의 국내문제라고 할 수도 있을 것이다. 그러나 이 문제와 관련하여 중요한 것은 남한 당국은 어느 특정한 남북합의서에 대해 조약이라고 주장하는 반면 북한은 신사협정에 불과하다고 주장하는 경우이다. 그 반대의 경우도 가능하다. 그러나 이러한 남북한의 상반된 태도는 남북합의서의 위반에 대해 법적인 책임을 추궁할 수 없으며, 남북관계발전의 견지에서라도 결코 바람직하다고 할 수 없다.

둘째, 남북합의서에 분쟁해결절차를 명시한 경우에는 분쟁해결담당기관이 남북합의서의 법적인 성격을 판단하는 것이 가능할 수 있다. 현재 남북한 사이의 상사분쟁 해결에 관해서는 중재판정부를 구성하여 중재의 방법으로 해결하는 것을 원칙으로 하고 있으며,²⁶ 남북한 쌍방의 요청이 있는 경우에는 조정에 의한 분쟁해결도 가능한 것으로 되어 있다.²⁷

셋째, 남북한 당국 간이 아닌 제3자가 개입하는 경우를 생각해볼 수 있다. 특정한 남북합의서가 문제가 되는 경우 남북한은 국제중재에 의해 분쟁을 해결할 수 있다. 또한 남북한은 국제사법재판소 규정의 당사국이므로²⁸ 국제사법재판소의 강제관할권을 수락하거나²⁹ 특별협정을 체결하여 국제사법재판소에 사건을 회부할 수 있

²⁴ 북한의 재판소에는 중앙재판소, 도(직할시)재판소, 인민재판소와 특별재판소로서 군사재판소와 철도재판소가 있으며, 우리의 헌법재판소에 상응하는 재판소는 없다. 1998년 조선민주주의인민공화국 사회주의헌법 제153조 및 재판소구성법 제3조. 북한의 재판소제도에 대해서는 법원행정처, 『북한사법제도개관』 (서울: 법원행정처, 1996), pp. 121~397 참조.

²⁵ 남한의 학자 가운데 어떤 이는 북한의 재판소제도를 다음과 같이 평가하기도 한다. “북한은 중앙집권제 원칙에 따라 모든 권한을 최고주권기관인 최고인민회의에 통합시켜 입법권을 직접 행사하고, … 중앙재판소 등 사법기관은 그 상급기관, 최고(지방)인민회의의 관리·감독을 받는 제한적 수입기관으로 기능한다. 따라서 중앙재판소 등 사법기관은 최고인민회의의 정책에 따라 사법적 실무를 담당하는 사법적 집행기관에 불과하며, …” 이상철, “북한 형사법에 관한 연구,” 『육사논문집』, 제61집 제1권 (2005.2), p. 194.

²⁶ 남북사이의 상사분쟁해결절차에 관한 합의서 제1조 및 제10조.

²⁷ 남북사이의 상사분쟁해결절차에 관한 합의서 제17조.

²⁸ 모든 유엔회원국은 국제사법재판소 규정의 당사국이다(유엔헌장 제93조 제1항).

²⁹ 남한과 북한은 국제사법재판소규정 제36조 제2항의 이른바 선택조항을 아직까지 수락하고 있지 않다. 강제관할권 수락현황에 대해서는 International Court of Justice, “A guide to the history, composition, jurisdiction, procedure and decisions of the Court,” <http://

다.³⁰ 또한 남북한이 해양문제와 관련된 합의를 체결하는 경우에는 국제해양법재판소나 유엔해양법협약 제7부속서에 따라 구성된 중재재판소 또는 유엔해양법협약 제8부속서에 따른 특별중재판소에 사건을 회부하는 것이 가능할 수도 있다.³¹ 단 이것은 북한이 유엔해양법협약에 가입하는 경우를 전제로 한다.³²

4. 소결

남북합의서가 국제법상 조약에 해당되는지 아니면 신사협정에 해당되는지의 문제는 법적 구속력, 국가책임의 추궁여부, 복구 또는 대응조치의 가능여부 및 국제재판의 가능여부와 관련되어 있기 때문에 매우 중요하다. 그러나 그 구별기준은 상대적이어서 조약과 신사협정의 구별이 결코 쉽지 않다. 또한 조약과 신사협정의 구별 주체는 남북합의서의 법적 성격이 문제되는 경우에 따라 달라질 수 있다. 여기서 판단 주체에 따라 특정한 남북합의서의 법적 성격을 달리 볼 수 있는 문제가 발생할 수 있다. 우리나라의 경우 대법원과 헌법재판소의 결정이 다를 수 있고 남북한의 입장이 다를 수 있다. 다시 말해 우리나라가 특정한 남북합의서의 조약성을 내세워 북한에 대해 그 위반 및 위반에 대한 법적 책임을 추궁하는 경우 북한은 남북합의서의 조약성을 부인하며 신사협정에 해당된다고 주장할 가능성이 있다. 물론 그 반대의 경우도 생각해볼 수 있다. 또한 국제중재나 국제재판에 사건에 회부되는 경우 중재판정부나 국제재판소의 입장과 국내 재판소의 입장이 다를 수도 있다. 그러나 이와 같은 상반된 결과는 여러 가지 문제를 초래할 수 있다. 따라서 상반된 결과가 발생되지 않도록 하는 방안이 강구될 필요가 있다고 보여진다.³³ 필자는 그

<www.icj-cij.org/icjwww/igeneralinformation.htm>, pp. 44~46 참조 (검색일: 2006년 10월 20일).

³⁰ 북한을 상대로, 또는 북한이 우리나라를 상대로 국제소송을 제기하는 행위가 국제법상 묵시적 승인의 법적 효과를 창출하는 것은 아닌가하는 의문이 제기될 수 있으나 국제소송제기행위는 묵시적 승인에 해당되지 않는다. 참고로 묵시적 승인의 예로는 독립을 획득한 신국가에게 축하 메시지를 보내는 것이나 정식의교관계를 수립하는 것을 들 수 있으나 승인하지 않은 국가와 동일한 다자조약에 공동당사자가 되는 것, 교역인무를 띤 사절단의 파견행위, 국제소송제기행위, 통상대표부의 설치, 신국가의 국민에 대한 비자발급 등은 묵시적 승인에 해당되지 않는다. 김대순, 『국제법론』 (서울: 삼영사, 2005), p. 270.

³¹ 유엔해양법협약 제287조 제1항 참조.

³² 북한은 1982년 12월 10일 유엔해양법협약에 서명하였으나 2006년 10월 23일 현재 아직까지 동 협약을 비준하지 않고 있다.

³³ 필자와 비슷한 맥락에서 이효원은 “남북한간 상호주의에 따라 남북합의서가 실질적으로 법규범으로 기능할 수 있도록 북한측의 법적 효력절차에 대하여도 이를 담보할 수 있는 방안을 강구하

하나의 방법으로 남북한 당국이 합의서를 체결하는 경우에 1975년 유럽안전보장회의(Conference on Security and Cooperation in Europe, CSCE)의 헬싱키 최종 의정서처럼 조약에 해당하지 않는다는 점을 명시하거나³⁴ 그 반대로 법적인 구속력을 갖는다는 점을 명시하는 것이 가장 좋은 방법이라고 판단된다.

IV. 우리나라의 국내법체계상 법적 효력

남북합의서가 조약에 해당되는 경우, 헌법 제6조 제1항의 해석상 남북합의서는 국내법과 같은 효력을 갖게 된다. 그러면 그 남북합의서는 헌법, 법률, 명령·규칙의 체계로 되어 있는 우리나라의 법체계상 어떤 효력을 갖는다고 보아야 하는가? 결국 이 문제는 조약의 국내법적 지위와 관련되어 있다. 따라서 아래에서는 조약의 국내법적 지위에 관한 문제를 살펴보고 이에 준하여 조약의 성질을 갖는 남북합의서가 국내법체계상 어떤 효력을 갖는가의 문제를 생각해본다.

조약은 우리나라 국내법상의 체결절차에 따라 크게 헌법 제60조 제1항에 규정되어 있는 국회의 동의를 필요로 하는 조약과 그렇지 않은 조약,³⁵ 조약체결관행상 오랜 동안 인정되어온 고서류조약의 3가지로 구분할 수 있다. 조약의 국내법적 지위에 대해서는 헌법교과서와 국제법교과서 및 상당수의 연구성과물³⁶에서 많은 논의가 이루어져 왔으며 관련 판례도 축적되어 가고 있다. 그러나 판례와 학설상 논의되고 있는 조약의 국내법적 지위는 동의조약과 비동의조약을 대상으로 하고 있으며 고시

여야 한다”고 주장하고 있다. 이효원, “남북합의서의 법적 성격과 효력,” p. 321.

³⁴ 특정한 합의를 비구속적인 것으로 의도하였음을 나타내는 방법에는 합의의 본문에 법적 구속력이 없다는 것을 명시하는 방법, 문서의 제목에 법적인 구속력이 없음을 명시하는 방법, 합의가 정치적 약속임을 명시하는 방법들이 이용되고 있다. 박배근, “국제법상의 ‘비구속적 합의,’” pp. 11~12.

³⁵ 이하 이 글에서는 간략한 표현을 위해 국회의 동의를 필요로 하는 조약은 동의조약, 그렇지 않은 조약은 비동의조약이라 한다.

³⁶ 대표적인 문헌은 다음과 같다. 법무부, 『조약의 국내적 수용 비교연구』(서울: 법무부, 1996); 한국법제연구원, 『조약의 체결절차와 시행에 관한 연구』(서울: 한국법제연구원, 1994); 김민서, “조약의 유형에 따른 국내법적 지위의 구분,” 『국제법학회논총』, 제46권 제1호(2001. 6), pp. 27~45; 백진현, “조약의 국내적 효력,” 『국제법학회논총』, 제45권 제1호(2000. 6), pp. 101~117; 성재호, “국제조약과 국내법의 관계에 관한 실태적 고찰,” 『국제법평론』, 제21호(2005), pp. 31~48; 이상철, “조약의 국내법적 지위,” 『법제연구』, 제16호(1999), pp. 175~208; 이상훈, “조약의 국내법적 효력과 규범통제에 대한 고찰,” 『국제법동향과 실무』, 통권 제7호(2004), pp. 145~159.

류조약이 국내법체계상 어떤 효력을 갖는가에 대한 논의는 찾아보기 어렵다. 따라서 아래에서는 먼저 조약의 국내법적 지위에 관한 기존 학설과 판례의 태도 및 행정부의 입장을 살펴보고 이어 고시류조약의 국내법적 지위를 검다.

1. 조약의 국내법적 지위에 관한 기존의 입장

가. 판례의 태도

대법원은 1986년 판결에서 1929년 10월 12일 채택된 「국제항공운송에 있어서의 일부 규칙의 통일에 관한 협약」³⁷(이하 “바르샤바협약”)을 민법에 대한 특별법으로 판시하였다.³⁸ 하급심판례 가운데서도 조약이 법률과 같은 효력을 지니는 것으로 이해하고 있는 판결을 찾아 볼 수 있다. 서울민사지법은 1984년 4월 12일 내린 선고에서 「외국중재판정의 승인 및 집행에 관한 협약」³⁹(일명 “뉴욕협약”)이 국내법에 우선하여 적용되고 국내법인 우리나라 중재법은 보충적으로 적용된다고 판시하였다.⁴⁰ 한편 대법원은 2005년 9월 9일 선고한 전라북도학교습식조례재의결무효확인에 관한 판결⁴¹에서 「1994년 관세 및 무역에 관한 일반협정」⁴²(이하 “1994년 GATT”)과 「정부조달에 관한 협정」⁴³(이하 “정부조달협정”)이 국내법령과 동일한 효력을 가진다고 판시하였지만 법률의 지위에 있는지 아니면 명령의 지위의 있는지에 대해서는 명시하지 않았다.

헌법재판소는 「대한민국과 일본국간의 어업에 관한 협정」⁴⁴(이하 “신한일어업협

³⁷ Convention for the Unification of Certain Rules relating to International Carriage by Air Signed at Warsaw on 12 October 1929.

³⁸ 대법원 1986. 7. 22 선고 82다카1372 판결. 해당 판시내용은 다음과 같다: “... 따라서 바르샤바협약은 ... 국내법과 동일한 효력을 가지게 되어서 국제항공운송에 관한 법률관계에 대하여는 일반법인 민법에 대한 특별법으로서...” 대법원은 2004. 7. 22 선고 2001다67164 판결과 2006. 4. 28 선고 2005다30184 판결에서도 바르샤바협약이 일반법인 민법이나 상법보다 우선한다고 판시하고 있다.

³⁹ Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. 체결일: 1958. 6. 10, 발효일: 1959. 6. 7, 대한민국 발효일: 1973. 5. 9(조약 제471호).

⁴⁰ 서울민사지법 1984. 4. 12 선고 83가합7051; 법원행정처, 『하급심판결집 1984』, 제2권 (1984), p. 111.

⁴¹ 대법원 2005. 9. 9 선고 2004추10 판결.

⁴² General Agreement on Tariffs and Trade 1994.

⁴³ Agreement on Government Procurement. 체결일: 1994. 4. 15, 발효일: 1997. 1. 1, 대한민국 발효일: 1997. 1. 1(조약 제1363호).

⁴⁴ 서명일: 1998. 11. 28, 발효일: 1999. 1. 22(조약 제1477호).

정”) 비준등위헌확인에 대한 판결에서 신한일어업협정은 국내적으로 ‘법률’과 같은 효력을 가진다고 판시하였다.⁴⁵ 또한 헌법재판소는 또 다른 사건에서 「세계무역기구 설립을 위한 마라케쉬협정」⁴⁶(이하 “WTO협정”)의 국내법적 지위에 대해 판시하기는 하였지만 WTO협정이 단지 ‘국내법’과 같은 효력을 가진다고 하였을 뿐이다.⁴⁷

이상 조약의 국내법적 지위와 관련된 판례들을 살펴보았는데 바르샤바조약을 민법에 대한 특별법으로 본 대법원 판례들, 서울민사지법의 하급심판례, 신한일어업협정에 관한 헌법재판소 결정의 공통된 입장은 조약이 법률과 같은 효력을 갖는다고 판시한 점이다. 그러나 한 가지 주의해야 할 것은 이상의 판례를 가지고 우리 사법부가 모든 조약에 대해 법률과 같은 효력을 부여하고 있다고 쉽게 단언해서는 안 된다는 점이다. 왜냐하면 앞서 언급한 판례들의 대상 협약 중 뉴욕협약, WTO협정, 1994년 GATT는 모두 동의조약이며,⁴⁸ 비동의조약은 정부조달협정 하나뿐인데 대법원은 동 협정이 단지 국내법과 같은 효력을 가진다고만 판시하였기 때문이다. 바르샤바협약은 우리나라가 가입한 바 없기 때문에⁴⁹ 동의조약인지 비동의조약인지가 문제될 수 있으나 헤이그의정서가 동의조약인 점에 비추어 볼 때⁵⁰ 의정서보다 격식이 높은 협약의 형태를 취하고 있는 바르샤바협약도 동의조약이라고 할 수 있다.⁵¹ 신한일어업협정의 경우에는 국회동의를 거쳤지만⁵² 필자의 판단으로는 동 협정이 동의조약인지 아니면 비동의조약인지가 문제될 수 있다고 생각된다. 일단 동 협정이 국회동의를 거쳤다는 점에서는 동의조약으로도 볼 수 있겠지만 헌법 제60조 제1항

⁴⁵ 헌법재판소 2001. 3. 21 99헌마139·142·156·160(병합).

⁴⁶ Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization. WTO협정 체결일: 1994. 4. 15, 발효일: 1995. 1. 1, 대한민국 발효일: 1995. 1. 1(조약 제1265호).

⁴⁷ 헌법재판소 1998. 11. 26 97헌바65.

⁴⁸ 뉴욕협약 국회비준동의일: 1973. 1. 30, WTO협정 국회비준동의일: 1994. 12. 16. 1994년 GATT는 WTO협정의 부속협정으로 WTO협정의 불가분의 일부를 구성한다(WTO협정 제2조 제2항).

⁴⁹ 우리나라는 1955년 9월 28일 헤이그에서 체결된 바르샤바협약 개정의정서(이하 “헤이그의정서”)에 1967년 7월 13일 가입한 바 있는데(발효일: 1967. 10. 11, 조약 제259호), 헤이그의정서 제23조 규정에 의해 우리나라는 자동으로 바르샤바협약의 당사국이 되었다. 헤이그의정서 제23조 제2항에 따르면 바르샤바협약의 당사국이 아닌 국가에 의한 헤이그의정서 가입은 헤이그의정서에 의해 개정된 바르샤바협약에의 가입의 효력을 가진다.

⁵⁰ 헤이그의정서 국회비준동의일: 1967. 1. 28.

⁵¹ 조약을 지칭하는 용어에는 여러 가지가 있는데 “의정서”(Protocol)는 “협약”(Convention)보다 격식이 낮거나 부수적인 조약으로 중요한 조약을 체결하면서 일정한 조항의 해석, 분쟁해결방법 등 부수적인 문제를 다루기 위해 의정서를 두는 경우가 많다. 유병화·박도형·박기갑, 『국제법 I』 (서울: 법문사, 1999), p. 79.

⁵² 신한일어업협정 국회비준동의일: 1999. 1. 6.

국회동의를 필요로 하는 조약의 대상에 어업협정이 명시되어 있지 않다는 점에서는 비동의조약으로도 간주할 수 있다. 더구나 구헌법에는 어업조약이 국회동의를 필요로 하는 조약으로 명시되어 있었으나⁵³ 현행 헌법에는 빠져있다는 점을 감안하면 신한일어업협정은 비동의조약으로 분류하는 것이 보다 타당해 보인다.

결국 조약의 국내법적 지위에 관한 판례들을 종합해보면 첫째, 동의조약에 대해서 법률과 같은 효력을 갖는 것으로 본다. 둘째, 비동의조약은 정부조달협정 하나뿐인데 정부조달협정은 국내법적 지위를 갖는다고만 되어 있어 법률의 지위에 있는지 아니면 명령의 지위에 있는지가 명확하지 않다. 셋째, 신한일어업협정의 경우에는 동의조약인지 아니면 비동의조약인지의 구분자체가 명확하지 않다.

나. 행정부의 입장

1965년 2월 1일 당시 주한미대사관이 외무부에 대하여 국내법인 「신문·통신등의 등록에관한법률」(이하 “신문통신등록법”) 제5조 및 제7조와 국제조약인 「대한민국과미합중국간의우호·통상및항해조약」⁵⁴(이하 “한미우호통상항해조약”) 제7조 및 제8조 사이에 저촉되는 점을 지적하면서 법률개정을 요청하자, 당시 외무부는 신문통신등록법과 한미우호통상항해조약 중 어느 쪽이 우선적 효력을 갖는지에 대해 법제처에 유권해석을 의뢰한 바 있다. 이에 대해 법제처는 한미우호통상항해조약이 신문통신등록법에 대해 특별법관계에 있으며, 특별법우선원칙에 따라 한미우호통상항해조약이 우선한다고 회신하였다.⁵⁵

또한 외무부는 1965년 7월 24일 주한미대사관으로부터 보험면허신청을 하고자 하는 미국법인에 대하여 면허를 내주지 아니하는 것은 한미우호통상항해조약 제7조의 내국민대우조항 위반이라는 견해를 듣고 법제처에 유권해석을 요청하였다. 이에 법제처는 “내국민대우”란 외국인에 대하여 법령의 집행·적용에 있어서 자국민과 동등·무차별의 처우를 하는 것을 뜻하므로 관련 미국법인의 한국내에서의 보험면허신청은 관계법령인 「보험업법및외국보험업자에관한법률」이 정하는 바에 따라 유사한 여건 하에서 한국인의 보험면허신청의 경우와 동등하게 처리되어야 한다는 의견을 회신하였다.⁵⁶

⁵³ 1962년 헌법 제56조 제1항 참조.

⁵⁴ 서명일: 1956. 11. 28, 국회비준동의: 거치지 않음, 발효일: 1957. 11. 7(조약 제40호).

⁵⁵ 이상철, “조약의 국내법적 지위,” pp. 198~199; 법무부, 『조약의 국내적 수용 비교연구』, pp. 149~150.

법제처는 「민사 또는 상사의 재판상 및 재판외 문서의 해외송달에 관한 협약」⁵⁷ (일명 “헤이그 송달협약”)안을 검토하는 과정에서 동 협약안 제6조, 제13조, 제15조 및 제16조 등과 관련하여 국회동의여부에 대한 부처간 의견이 일치하지 아니하여 부처간 의견의 통일을 도모할 필요가 있었는데 결국 입법사항을 포함하는 조약안은 헌법 제60조 제1항에 의하여 국회동의를 얻어야 하고, 입법사항을 포함하지 아니하는 조약안은 국회의 동의를 얻을 필요가 없으나, 일단 체결·공포되면 국제민사사법 공조법 제3조에 의하여 조약안이 동법에 대하여 우선적 효력이 인정된다고 보아야 한다고 합의하였다고 한다.⁵⁸

생각컨대 한미우호통상항해조약은 국회의 비준동의를 거치지 않았기 때문에 법제처가 동 조약이 신문통신등록법에 우선하고 보험업법 및 외국보험업자에관한법률과 동등한 효력을 갖는다고 해석한 것은 비록 비동의조약이라고 하더라도 법률과 같은 효력을 갖는다고 이해할 수 있다. 그러나 이러한 입장에 대해서도 한 가지 지적이 가능하다. 한미우호통상항해조약이 체결될 당시의 헌법인 1954년 헌법에 의하면 통상조약의 경우 국회동의를 거쳐야 함에도 불구하고⁵⁹ 한미우호통상항해협약은 국회 동의를 거치지 않았다. 따라서 한미우호통상조약을 동의조약으로 간주할 것인가 아니면 비동의조약으로 간주할 것인가의 문제가 제기될 수 있다. 그렇다고 하더라도 헤이그송달협약안에 대한 법제처 검토의견에서 확인할 수 있는 것은 법제처는 국회 동의 여부와 관계없이, 다시 말해 동의조약이든 비동의조약이든 조약이 일단 체결·공포되면 법률적 지위를 갖는 것으로 이해하고 있다는 것이다.

다. 학자들 견해

먼저 조약과 헌법과의 관계에 대해 조약이 헌법보다 상위에 있다고 보는 조약우위설과 조약은 헌법과 동등한 지위에 있다고 보는 헌법조약동위설이 있지만 학계의 지배적인 견해는 헌법이 조약의 상위에 있다고 보는 헌법우위설을 취하고 있다.⁶⁰

⁵⁶ 이상철, “조약의 국내법적 지위,” p. 199.

⁵⁷ Convention on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters. 체결일: 1965. 11. 15, 발효일: 1969. 2. 10, 대한민국 국회비준동의: 1999. 12. 3, 대한민국 발효일: 2000. 8. 1(조약 제1528호).

⁵⁸ 이상철, “조약의 국내법적 지위,” p. 199.

⁵⁹ 1954년 헌법 제42조: 국회는 국제조직에 관한 조약, 상호원조에 관한 조약, 강화조약, 통상조약, 국가 또는 국민에게 재정적 부담을 지우는 조약, 입법사항에 관한 조약의 비준과 선전포고에 대하여 동의권을 가진다(밑줄은 강조한 것임).

⁶⁰ 이병조·이중범, 『국제법신강』 (서울: 일조각, 2003), p. 26 참조.

헌법우위설은 ① 조약체결권은 헌법에 의하여 창설된 국가기관의 권능인 점, ② 헌법의 수권(授權)에 의하여 성립된 조약이 헌법에 우월하다는 것은 법이론상 불가능한 점, ③ 헌법은 최고규범성을 지니고 있는 점, ④ 헌법 제6조 제1항에서 조약은 국내법적 효력이 있다고 규정하고 있으나 이는 위헌조약까지 국내법적 효력을 인정하는 것으로 볼 수 없는 점, ⑤ 조약의 형식이라고 하더라도 국민주권주의 원칙을 배제할 수 없는 점, ⑥ 조약의 체결·비준에 대한 동의는 헌법에 근거하는 것이므로 국회가 헌법보다 우월한 조약의 체결·비준 동의를 용인(容認)할 수 없는 점, ⑦ 헌법 부칙 제5조에서는 조약이 헌법에 위배되지 아니하는 범위 안에서 유효하다고 규정한 점들을 그 근거로 제시하고 있다.⁶¹ 필자도 다수의 헌법학자 및 국제법학자들과 마찬가지로 헌법우위설이 타당하다고 본다.

다음으로 조약과 법률 및 명령과의 관계에 대한 입장은 크게 세 가지로 구분할 수 있다.

첫째, 조약은 동의조약/비동의조약의 구별없이 헌법의 하위에서 법률과 동등한 효력을 가지며, 따라서 법률과 조약이 충돌하는 경우에는 후법우선의 원칙과 특별법우선의 원칙이 적용된다는 입장들이 있다.⁶²

둘째, 조약을 동의조약과 비동의조약으로 구분하여 동의조약은 법률적 효력이 인정되지만 비동의조약은 명령과 같은 효력을 갖는다고 보는 입장들이 있다.⁶³

셋째, 입법적 다자조약과 강행규범(*jus cogens*)인 조약은 법률보다 상위의 효력이 인정된다고 보는 견해들이 있다. 이 입장은 국제사회의 변화추세에 맞추어 종래의 헌법학이론을 수정할 필요성이 있고, 규범이 국제적으로 표준화·통일화되는 추세에 있는 점과 일반국제법의 강행법규에 위반되는 점 등에 비추어 특히 입법적 다자조약과 강행규범인 조약은 법률보다 우월한 지위를 인정하여야 타당하다고 한다.⁶⁴

⁶¹ 이상철, “조약의 국내법적 지위,” p. 179.

⁶² 김정진, 『국제법』 (서울: 박영사, 2005), pp. 115~116; 김한택, 『현대국제법』 (춘천: 강원대학교출판부, 2004), p. 65; 배재식, 『국제법 I』 (서울: 방송통신대학교출판부, 1997), p. 38; 이한기, 『국제법강의』 (서울: 박영사, 1999), p. 144.

⁶³ 이상철, “조약의 국내법적 지위,” p. 181 참조.

⁶⁴ 위의 글, p. 182 참조.

2. 고시류조약의 국내법적 지위

지금까지 조약의 국내법적 지위와 관련된 기존의 학설, 판례의 태도, 행정부(법제처)의 입장에 대해 검토하였는데 지금까지의 판례만 가지고는 사법부의 명확한 입장을 파악하기 어렵다. 반면 행정부(법제처)는 동의조약/비동의조약에 관계없이 모두 법률적 효력을 갖는다고 하는데 하나의 유권해석 가지고 일반화하는 것도 문제가 있어 보인다. 또한 신한일어업협정의 경우처럼 헌법에는 국회동의를 명시하고 있지 않음에도 불구하고 국회동의를 거친 경우가 있는가 하면 반대로 한미우호통상항해조약의 경우에는 헌법에 국회동의를 명시하고 있음에도 불구하고 국회동의절차를 거치지 않아, 동의조약으로 보아야 할 것인가 아니면 비동의조약으로 보아야 할 것인가에 대한 논란의 여지도 상당하다. 따라서 필자의 판단으로는 조약의 국내법적 지위는 결국에는 해석에 의존할 수밖에 없는데 조약의 국내법적 지위에 관한 학설에 따라 때 고시류조약의 국내법적 지위는 다음 몇 가지로 생각해볼 수 있다.

첫째, 이론적으로는 고시류조약이 헌법보다 우위에 있거나 또는 헌법과 동등하다는 견해가 제기될 수 있을 것이나 조약은 헌법보다 하위에 있다는 것이 일반적인 견해를 감안하면 이러한 주장은 거의 설득력을 갖기 어려워 보인다.

둘째, 입법적 다자조약이나 강행규범인 조약은 법률보다 상위의 효력이 인정된다고 이해하는 견해들에 대해 보면 조약의 국내법적 효력을 일의적으로 파악하지 않고 조약에 따라 국내법적 지위에 차이를 인정하려고 하는 태도는 일단 이해가 가지만 비판을 가할 수 있다. 다시 말해 일반적으로 조약을 성격에 따라 입법적 다자조약(또는 입법조약, law-making treaties)과 계약적 양자조약(또는 계약조약, contractual treaties)으로 구분하기는 하지만 그 구별이 명확하지 않고 또한 어떤 조약 속에 입법적 성격을 가지는 조항과 계약적 성격을 가지는 조항이 있을 수 있다는 점을 감안하면 어려움이 있어 보인다.⁶⁵ 또한 국제법상 강행규범의 존재는 의심하지 않지만 구체적으로 어떤 것이 강행규범에 속하는가에 대한 명확한 기준이 아직 존재하지 않는다.⁶⁶ 결국 입법적 다자조약과 강행규범인 조약에 대해 법률보다

⁶⁵ P. Reuter, *Introduction to the Law of Treaties* (London: Pinter Pub., 1989), pp. 20, 27; 유병화·박노형·박기갑, 『국제법 I』, p. 84. 이 같은 점에서 P. Reuter 교수는 입법조약(법규조약)과 계약조약으로 구분할 것이 아니라 입법적(법규적) 조항과 계약적 조항으로 구분해야 한다고 주장한다.

⁶⁶ 1968년부터 1969년에 개최되었던 조약법에관한비엔나협약 체결을 위한 회의에서 강행규범을 구체적으로 나열하자는 주장이 있었지만 유엔 국제법위원회(ILC)는 실정 강행규범의 구체적

상위의 효력을 인정하지는 주장은 비판의 소지가 상당하다. 설령 이러한 입장을 인정할 수 있다고 하더라도 고시류조약의 경우는 입법조약이나 강행규범인 조약에 해당된다고 보기 어려우므로 고시류조약이 법률보다 상위의 효력을 갖는다고 보기는 어렵다고 판단된다.

셋째, 동의조약과 비동의조약을 구분하지 않고 헌법에 의해 체결·비준 및 공포된 모든 조약은 법률적 효력을 갖는다고 보는 견해에 따르면 고시류조약도 법률적 효력을 갖는다는 추론이 가능하다.

넷째, 동의조약과 비동의조약을 구분하여 동의조약은 법률적 효력, 비동의조약은 명령적 효력을 갖는다고 보는 견해에 따르면 고시류조약은 국회동의를 거치지 않았기 때문에 일단 명령적 효력을 갖는다고 볼 수 있다. 그러면 명령적 효력을 갖는다고 할 때 대통령령, 국무총리령, 부령 가운데 어떤 지위를 차지한다고 보아야 하는가? 동의조약과 비동의조약을 구분하는 태도를 감안하면 비동의조약과 고시류조약의 국내법적 지위도 구분되어야 할 것이다. 비동의조약이 명령과 같은 효력을 갖는다고 할 때의 명령은 총리령이나 부령으로 이해하는 견해도 없지 않지만 비동의조약은 조약 체결권자가 대통령이고 국무회의 심의를 거친다는 점에서 대통령령과 같은 효력을 갖는다는 견해가 다수의 입장이다.⁶⁷ 이러한 입장을 충실히 따른다면 고시류조약은 외교통상부장관이 체결절차를 취한다는 점에서 부령과 같은 효력을 갖는다고 이해되어야 할 것이다. 결국 동의조약과 비동의조약의 국내법적 지위를 구별하는 입장을 따르게 될 때 조약은 국내법상 법률적 효력을 가지는 동의조약과 대통령령의 효력을 갖는 비동의조약, 부령의 효력을 갖는 고시류조약의 세 가지로 나뉘게 된다.⁶⁸

그러면 동의조약과 비동의조약의 국내법적 지위를 구별하는 입장을 취할 것인가, 아니면 국회동의 여부와 관계없이 헌법에 의해 체결·공포된 모든 조약은 법률적 효력을 갖는다고 보는 견해를 취할 것인가? 필자는 동의조약/비동의조약의 구분없이

나열을 반대하였다. 유병화·박노형·박기갑, 『국제법 I』, pp. 216~217. 참고로 영국의 James Crawford 교수는 침략·집단살해·노예매매·인종차별·인도에 반하는 범죄 및 고문의 금지와 자결권이 명백하게 강행규범으로 인정받고 있다고 한다. J. Crawford, *The International Law Commission's Article on State Responsibility*, p. 188.

⁶⁷ 이상철, “조약의 국내법적 지위,” p. 181 참조.

⁶⁸ 명령은 그 주체에 따라 대통령령, 국무총리령, 부령으로 나눌 수 있는데 대통령령은 국무총리령과 부령보다 상위에 있고 국무총리령과 부령의 효력은 동등하다는 것이 일반적인 견해이다. 구병식(편), 『신법학원론』 (서울: 박영사, 1999), p. 56; 김병목·이영준, 『생활과 법률』 (서울: 법문사, 1994), p. 57; 손주찬, 『신법학통론』 (서울: 박영사, 2005), p. 31; 양수산·최완진, 『법학통론』 (서울: 세창출판사, 1998), p. 73; 원영철, 『이론과 사례연구 법과 생활』 (서울: 삼영사, 2000), p. 83; 정승재, 『법학통론』 (서울: 형설출판사, 2003), p. 50.

헌법에 의해 체결·공포된 모든 조약은 법률적 효력을 갖는 것으로 이해되어야 한다고 생각한다. 그 이유는 다음과 같다.

첫째, 그 이유는 국회동의를 요하는 조약에 대한 헌법규정의 변천에 있다. 국회의 동의를 요하는 조약에 대해 현행 헌법과 비교할 때 제헌헌법은 안전보장에 관한 조약 및 주권의 제약에 관한 조약은 열거되어 있지 않았고, 1962년 헌법은 현재 규정되어 있지 않은 어업조약, 외국군대의 지위에 관한 조약이 명기되어 있었다. 한편 구 헌법들에서는 국제조직에 관한 조약도 국회동의를 얻도록 하고 있었으나 현행헌법은 “중요한” 국제조직에 관한 조약에 대하여 국회동의를 얻도록 하고, 또한 국가나 국민에게 재정적 부담을 지우는 조약이 국회의 동의를 필요로 했었으나 현행헌법은 국가나 국민에게 “중대한” 재정적 부담을 지우는 조약에 한하여 국회의 동의를 얻도록 하고 있는 등 국회 동의를 필요로 하는 조약의 대상에 일부 변천이 있었다. 그렇다면 과거 국회동의를 얻어 비준된 조약이 이제 국회 동의를 요하지 않는 것으로 되었을 때, 반대로 과거 국회동의를 얻을 필요가 없었던 조약이 현행 헌법에 의해 국회동의를 요하는 조약으로 되었을 때 해당 조약의 국내법상 지위를 어떻게 이해해야 하는가 문제가 제기된다.⁶⁹

둘째, 현행 헌법 제60조 제1항의 추상성에서도 그 이유를 찾을 수 있다. 즉 동 조항은 “중요한” 국제조직에 관한 조약, 국가나 국민에게 “중대한” 재정적 부담을 지우는 조약 등 추상적으로 규정되어 있다. 이러한 추상적인 규정은 시대에 따라, 상황에 따라, 또한 사람에 따라 다를 수 있다. 따라서 이러한 추상적인 규정에 따라 동의 조약/비동의조약을 구분하는 것은 상대적이고 자의적인 결과를 초래할 수 있음은 자명하다.

셋째, 동의조약과 비동의조약의 국내법적 지위를 구분하는 다수의 헌법학자는 그 이유 가운데 하나로 비동의조약은 국민의 간접적 관여나 민주적 통제를 결하게 되어 법률의 효력을 갖지 못하고 명령적 효력을 갖는다고 한다.⁷⁰ 이러한 주장에 따르면 국회동의를 거쳐야 법률적 효력을 갖게 된다는 논리인데 이것은 국회동의를 법적 성격을 잘못 이해하고 있는 것이 아닌가 생각된다. 왜냐하면 국회동의를 입법행위로서의 성질을 지니는 작용이라기보다는 대통령의 권한행사에 대한 통제를 통한 비준행위에 대한 합법성·정당성의 부여 내지는 국내법적 효력발생을 위한 전제요건으로서의 성격을 지닌다고 보는 것이 타당하기 때문이다.⁷¹

⁶⁹ 법무부, 『조약의 국내적 수용 비교연구』, pp. 147~148.

⁷⁰ 성재호, “국제조약과 국내법의 관계에 관한 실태적 고찰,” p. 47.

넷째, 국가책임과 관련하여서도 동의조약/비동의조약을 구분하지 않고 일률적으로 법적인 효력을 부여하는 것이 타당해 보인다. 다시 말해 비동의조약을 명령적 효력을 갖는다고 보면 비동의조약은 국내 법률의 하위에 놓이게 되는데 만일 비동의조약과 국내 법률이 충돌하는 경우에는 비동의조약이 효력을 상실하게 되고 그 결과 조약구정을 이행하지 못하게 되기 때문에 국제법위반이 초래되고 따라서 국가책임을 부담해야 하는 상황이 발생할 수 있다.

그렇다면 동의조약, 비동의조약, 고시류조약을 구분하지 모두 법률적 효력을 갖는다고 보는 것이 타당한가? 필자는 조약은 동의조약이든 비동의조약이든 헌법에 의해 체결·공포된 모든 조약은 법률적 효력을 갖는다고 이해되지만 고시류조약까지 법률적 효력을 갖는다고는 생각되지 않는다. 다시 말해 필자는 고시류조약은 집행적 성격을 갖기 때문에 명령적 효력을 갖는 것으로 이해된다. 그리고 외교통상부장관이 고시류조약의 체결절차를 취하기 때문에 명령은 부령을 의미한다고 생각된다. 요컨대, 필자는 동의조약과 비동의조약은 법률적 효력을 가지는 반면 고시류조약은 명령적 효력을 갖는다고 판단된다.

3. 소결

이상에서 조약의 국내법적 지위에 관련된 기존의 판례, 행정부(법제처)의 입장 및 학설을 살펴보고 이에 기초하여 고시류조약의 국내법적 지위에 대해 검토해 보았다. 아직 판례의 태도가 확립되어 있지 않고 행정부의 입장도 일반화하기 어려우며 게다가 고시류조약의 국내법적 지위에 대한 논의가 부족한 상황에서 조약의 국내법적 지위가 보다 분명해지기 위해서는 판례의 축적과 보다 다양하고 일관된 행정부의 태도가 필요하다고 생각된다. 기존의 학설을 고려할 때 조약의 국내법적 지위에 대해서는 여러 주장이 가능하나 첫째) 동의조약과 비동의조약 및 고시류조약을 구분하지 않고 모두 법률적 효력을 가진다고 보는 입장, 둘째) 동의조약은 법률적 효력, 비동의조약은 대통령령과 같은 효력, 고시류조약은 부령과 같은 효력을 갖는다고 보는 입장이 가능할 수 있다. 첫 번째 입장에 따를 때 조약의 성질을 갖는 모든 남북합의서는 법률적 효력을 갖는다고 볼 수 있다. 반면 두 번째 입장에 따를 때는 조약의 성질을 갖는 남북합의서의 법적 효력도 세 가지로 구분될 수 있다. 다시 말해 남북관

⁷¹ 이상훈, “헌법상 조약의 법적 성격에 대한 고찰,” p. 8.

계발전에관한법률에 규정되어 있는 체결·비준 시 국회의 동의를 필요로 하는 남북합의서(제21조 제3항)는 법률적 효력, 국회의 동의를 필요로 하지 않는 남북합의서는 대통령령과 같은 효력, 남북회담대표 또는 대북특별사절의 서명만으로 발효시킬 수 있는 남북합의서(제21조 제4항)는 부령과 같은 효력을 갖는다고 볼 수 있다.

필자는 동의조약과 비동의조약의 국내법적 지위를 구분하는 입장은 ① 국회동의를 요하는 헌법규정의 변천, ② 현행 헌법 제60조 제1항의 추상성, ③ 국회동의를 법적 성격, ④ 국가책임 등 여러 가지 요소를 고려할 때 문제가 있다고 판단된다. 이와 같은 입장에서 동의조약과 비동의조약 모두 법률적 효력을 갖는다고 이해된다. 그러나 고시류조약은 집행적 성격을 갖으므로 명령적 효력을 갖는 것으로 이해된다. 이와 같이 이해할 때 남북합의서의 국내법상의 법적 효력도 크게 두 가지로 구분되어야 한다고 생각된다. 다시 말해 조약의 성질을 갖는 남북합의서는 국회 동의여부와 관계없이 대통령이 체결·비준하였으면 법률적 효력을 가지며, 대통령이 체결·비준하지 않고 남북회담대표나 대북특별사절의 서명만으로 발효시킬 수 있는 남북합의서는 부령과 같은 효력을 갖는 것으로 이해되어야 한다고 판단된다.

V. 규범통제 가능여부 및 그 기관

남북관계발전에관한법률에는 조약의 성질을 갖는 남북합의서의 규범통제 내지는 사법심사가 가능한지 가능하다면 그 기관은 어디가 되어야 하는지에 대해 아무런 규정이 없다. 따라서 이 문제도 조약에 준하여 판단할 수밖에 없다. 그런데 현행 우리나라 헌법과 조약관련 법률에는 조약에 대한 규범통제의 가능여부 및 규범통제의 담당기관에 대한 규정을 두고 있지 아니하다. 결국 남북합의서의 규범통제 가능여부 및 그 기관의 문제는 해석에 의존할 수밖에 없다.

1. 규범통제 가능여부

조약에 대한 규범통제 가능여부에 대해 보면 학설상으로 고도의 정치성, 통치행위적 성질 등을 근거로 조약의 규범통제를 부정하는 견해가 없는 것은 아니나⁷² 학설

⁷² 이 입장에 따르면 조약은 일반적 국내법과는 달리 고도의 정치성을 띠는 국가간의 약속으로서 조약의 체결은 일종의 통치행위적 성질을 갖기 때문에 사법심사의 대상이 되지 않으며, 또한

의 일반적인 입장이나 헌법재판소 판례는 조약의 규범통제를 긍정하고 있다.⁷³ 기존의 학설이 고시류조약의 규범통제 가능여부에 대해서는 명확한 언급은 하고 있지 않으나 고시류조약이 고도의 정치성이나 통치행위적 성질을 갖는다고 보기 어렵다는 점을 감안한다면 고시류조약에 대한 규범통제도 가능하다고 이해된다. 조약의 성질을 갖는 남북합의서의 규범통제 가능여부도 조약에 준하여 판단되어야 할 것인 바, 조약의 성질을 갖는 남북합의서는 체결·비준 시 국회동의여부와 관계없이, 또한 대통령이 체결·비준하였든 남북회담대표 또는 대북특별사절의 서명만으로 발효시켰는지에 관계없이 모두 규범통제가 가능하다고 판단된다.

2. 규범통제기관

현행 헌법의 규정상 법률의 위헌여부 심판은 헌법재판소의 관장사항으로 되어 있다.⁷⁴ 이에 비해 명령 또는 규칙이 헌법이나 법률에 위반되는가의 여부는 대법원이 최종적으로 심사하도록 되어 있다.⁷⁵ 조약의 국내법적 지위에 대해서는 앞에서 살펴본 바와 같이 여러 견해가 제시될 수 있을 것이나 필자는 동의조약과 비동의조약은 법률적 효력, 고시류조약은 명령적 효력을 갖는다고 이해하고 있다. 따라서 법률적 효력을 갖는 동의조약과 비동의조약의 위헌여부는 헌법재판소가 심사해야 하지만 명령적 효력을 갖는 고시류조약이 헌법이나 법률에 위반되는가의 여부에 대한 최종 심사기관은 대법원이 되어야 한다고 생각된다. 조약의 성질을 갖는 남북합의서의 규범통제 담당기관을 조약에 준하여 생각하면, 대통령이 체결·비준한 남북합의서는 국회동의여부와 관계없이 법률적 효력을 갖는다고 이해되기 때문에 이들 남북합의서의 위헌여부는 헌법재판소가 심사해야 하는 것으로 이해된다. 그러나 대통령이 체결·비준하지 않고 남북회담대표 또는 대북특별사절의 서명만으로 발효한 남북합의서는 명령적 효력을 갖는 것으로 이해되기 때문에 이러한 남북합의서가 헌법이나 법률에 위반되는가의 여부는 대법원이 최종적으로 심사해야 하는 것으로 생각된다.

조약은 국내법과는 상이한 목적을 추구하고 있을 뿐만 아니라 국가간 타협과 질충의 산물이며 조약 내용은 서로 불가분의 관계에 있기 때문에 조약전체 또는 그 일부규정에 대해 법적 효력을 부정하는 것은 곤란하다고 한다. 계획열, 『헌법학 上』 (서울: 박영사, 2004), p. 187; 이상훈, “헌법상 조약의 법적 성격에 대한 고찰,” p. 13.

⁷³ 이상훈, “헌법상 조약의 법적 성격에 대한 고찰,” pp. 12~13 참조.

⁷⁴ 헌법 제107조 제1항 및 제111조 제1항 제1호.

⁷⁵ 헌법 제107조 제2항.

VI. 맺음말

지금까지 살펴본 내용을 토대로 본문의 내용을 요약하면 다음과 같다.

첫째, 남북관계발전에관한법률은 남북합의서의 체결·비준 및 공포에 관한 규정과 남북합의서의 장소적 효력범위 및 효력정지에 관한 명시적인 규정을 두고 있다. 특히 남북합의서의 체결·비준 및 공포에 관한 규정들은 헌법과 조약관련 법률에 규정되어 있는 조약의 체결·비준 및 공포에 관한 규정에 준하고 있어 남북합의서가 곧 조약에 해당하는 것으로 볼 수도 있으나 남북합의서의 조약인정여부와 남북합의서의 체결·비준 및 공포절차가 조약의 그것에 준하고 있는 문제는 별개의 문제로 이해되어야 한다.

둘째, 국제법상의 법적 성격과 관련하여 남북합의서를 조약으로 볼 것인가 아니면 신사협정에 해당되는 볼 것인가의 문제는 국제법적인 차원에서 남북합의서의 법적 구속력, 남북합의서의 위반시 법적인 책임 추궁, 국가책임문제, 복구 또는 대응조치의 가능여부, 국제재판의 회부 가능여부 등과 밀접하게 관련되어 있기 때문에 중요하다.

셋째, 조약과 신사협정의 구별에 대한 명확한 기준이 존재하지 않기 때문에 조약과 신사협정의 구별은 간단하지만은 않다. 결국 법적 구속력, 즉 법적인 권리와 의무를 창출하고자 하는 당사자의 의도를 중심으로 여러 가지 요소들을 종합적으로 고려하여 결정할 수밖에 없다고 할 것이다.

넷째, 남북합의서의 국제법상의 법적 성격은 남북한의 각각의 영역에서 문제될 수도 있고 남북한 사이에서도 문제될 수 있다. 또한 남북한이 합의한 분쟁해결절차에서 문제될 수 있으며 국제중재나 국제재판에서 문제될 수도 있다. 신사협정과 조약의 명확한 구별 기준이 존재하지 않는 이상 어느 특정한 남북합의서의 법적성격에 대해 판단하는 주체마다 다른 입장을 취할 수 있다.

다섯째, 조약의 성질을 갖는 남북합의서가 우리나라의 국내법체계상 어떤 효력을 갖느냐에 대해서는 여러 가지 견해가 제시될 수 있다고 생각된다. 그러나 필자는 대통령이 체결·비준한 남북합의서는 국회동의여부에 관계없이 법률적 효력을 가지며, 대통령이 체결·비준하지 않고 남북회담대표 또는 대북특별사절의 서명만으로 발효한 남북합의서는 명령적 효력을 갖는 것으로 이해된다.

여섯째, 조약에 대한 규범통제 내지 사법심사는 일반적으로 인정되는 것으로 이해되고 있는 바, 조약의 성질을 가지는 남북합의서에 대한 규범통제도 가능한 것으로

생각된다.

일곱째, 대통령이 체결·비준한 남북합의서는 국회동의여부와 관계없이 법률적 효력을 갖는다고 이해되기 때문에 이들 남북합의서의 위헌여부는 헌법재판소가 심사해야 하는 것으로 이해된다. 반면 대통령이 체결·비준하지 않고 남북회담대표 또는 대북특별사절의 서명만으로 발효한 남북합의서는 명령적 효력을 갖는 것으로 이해되기 때문에 이러한 남북합의서가 헌법이나 법률에 위반되는가의 여부는 대법원이 최종적으로 심사해야 하는 것으로 생각된다.

한편, 전술한 바와 같이 남북합의서의 조약인정여부는 매우 중요한 문제이기 때문에 남북합의서의 조약인정여부에 관한 명시적인 규정을 두는 문제가 제기될 수 있다. 방법론에 있어 크게 두 가지가 가능하다고 생각된다. 하나는 현재의 남북관계발전예관법률을 개정하여 동 법률에 이를 명시하는 방법이고, 다른 하나는 개별적인 남북합의서에 조약인정여부에 관한 규정을 두는 방법이다. 생각컨대, 전자의 방법은 첫째, 조약과 신사협정의 명확한 구별기준이 존재하지 않고 둘째, 남북관계발전예관법률에 남북합의서가 조약에 해당된다는 규정을 명시한 경우 상호주의 입장에서 북한의 국내법에도 이와 같은 규정이 명시되는 것이 바람직한데 이를 현실적으로 강제하기 어렵다. 따라서 필자는 후자의 방법이 타당해 보인다. 특정한 남북합의서에 조약인정여부에 관한 규정을 명시하는 경우 남북합의서의 법적 성격을 두고 남한 내에서, 남북한 간에 또는 제3자와 우리나라 사이에 발생할 수 있는 입장의 차이를 방지할 수 있을 것이다.

조약의 성질을 갖는 남북합의서가 우리나라의 법체계상 어떤 효력을 갖는가에 대해서는 필자의 입장과는 다른 견해들이 제시될 가능성이 얼마든지 있다. 결국 이 문제는 조약의 국내법적 지위에 관한 기존의 판례, 행정부의 입장, 학설들을 고려하여 대법원이나 헌법재판소가 최종적으로 결정해야 할 문제라고 할 것이다. 우리나라는 아직까지 조약문제만을 다루는 독립된 법률이 없는 실정이다.⁷⁶ 그러나 조약과 관련된 여러 문제, 예를 들어 동의조약·비동의조약·고시류조약의 체결절차 및 체결권자, 학설상 논의되고 있는 고시류조약의 헌법적 근거 및 고시류조약에 있어서의 고시의 법적 효력, 동의조약·비동의조약·고시류조약의 국내법적 효력 및 이들 조약에 대한 사법심사 가능여부 및 그 기관, 조약 종료시 국회동의 여부, 헌법 제60조 제1항의 국회 동의를 필요로 하는 조약의 경우 사후동의의 가능여부 등을 학설과 판례,

⁷⁶ 후자는 가칭 조약체결절차법의 제정이 필요하다고 강조하고 있다. 신각수, “조약체결절차법 제정의 필요성,” 『국제법 동향과 실무』, 통권 제7호 (2004), pp. 87~96.

관행에만 의존하는 것은 문제의 소지가 있어 보인다. 남북합의서의 경우에도 이러한 문제는 마찬가지로 보인다. 비록 남북관계발전에관한법률에 남북합의서의 체결·비준, 공포가 명시되어 있고 조약과는 달리 효력범위, 효력정지 가능여부 및 효력정지 시 국회동의여부에 대해서도 명시하고 있기는 하지만 남북합의서의 국내 법체계상의 효력이라든가, 남북합의서의 체결·비준에 대한 국회동의에 있어 사후동의가 가능한지의 문제 등 조약법에 있어 학설상 논의되고 있는 문제들이 조약의 성질을 갖는 남북합의서의 경우에도 제기될 수 있다고 보인다. 이에 필자는 조약문제를 포괄적으로 다루는 독립된 형태의 법률로서 가칭 「조약체결절차 및 조약심사에 관한 법률」을 제정하여 앞에서 언급한 조약법상의 제문제를 명시하는 것이 바람직하다고 생각된다. 남북합의서의 경우에는 세 가지 방안이 가능하다고 생각된다. 첫째는 현재의 남북관계발전에관한법률을 개정하여 남북합의서와 관련하여 제기되는 법적인 문제들을 다루는 방안이다. 둘째는 조약과 마찬가지로 가칭 「남북합의서의 체결절차 및 심사에 관한 법률」을 제정하여 남북합의서와 관련된 법적 문제들을 가능한 명시하는 방안이다. 셋째는 본문에서도 자세히 본 바와 같이 남북합의서는 여러 가지 점에서 조약과 비슷한 측면이 있다는 관점에서 특별법을 제정하지 않고 가칭 「조약체결절차 및 조약심사에 관한 법률」의 규정을 준용하는 방안이다. 앞으로 남북한 간에 인적·물적 교류가 확대됨에 따라 여러 내용의 남북합의서가 체결될 것이고 이와 관련된 문제들도 적잖이 발생할 것으로 전망된다. 따라서 장기적으로는 두 번째 방안인 특별법을 제정하는 것이 타당한 방안으로 판단된다.

■ 접수: 8월 31일 / ■ 심사: 11월 23일 / ■ 채택: 12월 8일