

## 개성공업지구 중단이 남·북한 건설협력사업에 미치는 법적 시사점 검토

KICEM



홍성진 대한건설정책연구원 선임연구원

### I. 서론

개성공업지구는 남한의 자본과 북한의 토지·인력의 결합을 통하여 이루어진 남·북한 교류협력의 일환으로써, 남·북한 상호간의 이해를 도모하고 동질성을 높이며 향후 평화적 통일을 대비하여 통일비용 절감 등의 측면에서 큰 기여를 할 것으로 기대되었다. 특히, 건설공사 수주 및 투자의 감소 등 오랜 침체를 겪고 있는 건설산업에 있어 개성공업지구는 남·북한 건설협력사업 수행, 향후 북한지역에서의 SOC 건설사업, 나진-하산 프로젝트 등으로 연계되어 미래 건설산업의 신성장동력의 초석으로 평가될 수 있다.

그런데 2016년 2월 10일 박근혜 정부는 북한의 핵실험, 장거리 미사일 발사 등의 도발에 대응하여 개성공업지구의 전면 중단을 발표하였다. 개성공단 자금이 북한의 핵과 미사일 개발에 이용되는 것을 막고, 우리 기업들이 희생되지 않도록 한다는 것이 주된 이유이다. 그렇지만 개성공업지구 전면 중단은 결국 건설기업을 포함한 개성공업지구 내 우리 기업에게도 많은 재산적 피해를 줄 수밖에 없는 상황이다. 이는 향후 남·북한 건설협력사업을 포함한 남·북한 경제협력사업을 재개할 경우 사업 참여를 망설이게 하거나 포기하게 하는 요인이 될 수밖에 없을 것이다. 따라서 개성공업지구의 전면 중단을 통하여 남·북한 건설협력 관련 법제에서의 재산권 침해의 원인 및 시사점을 검토할 필요가 있다.

본 연구에서는 박근혜 정부의 개성공업지구 전면 중단의 법적 성질 및 관련 법제의 문제점을 중심으로 향후 남·북한 건설협력 수행을 위한 법적 시사점을 제시하기로 한다.

### II. 남·북한 건설협력 관련 법제

남·북한 건설협력사업이란 남·북한의 주민이 공동으로 참여하는 건설공사에 관한 사업을 말한다(「남북교류협력에 관한 법률」 제2조 제4호). 우리나라의 남·북한 건설협력사업에 대한 법제로는 일반법적 지위를 갖는 「남북교류협력에 관한 법률」, 개성공업지구의 개발·운영 및 지원 및 개성공업지구 투자가거나 출입·체류하는 남한주민을 보호·지원에 관한 「개성공업지구 지원에 관한 법률」이 있다. 이 밖에 남북 간의 상호교류와 협력을 지원하기 위한 「남북협력기금법」 및 통일부의 「인도적 대북지원 사업 및 협력 사업 처리에 관한 규정」, 지방자치단체의 남북교류에 관한 조례가 있다.

구체적으로 살펴보면, 우선 「남북교류협력에 관한 법률」은 남북교류·협력에 관한 정책을 협의·조정하고, 중요 사항을 심의·의결하기 위하여 통일부에 남북교류협력 추진협의회를 두고 있다(제4조). 또한 남·북한 주민의 상호 방문, 물품 등의 반출·반입 및 협력사업을 수행하기 위해서는 통일부장관의 승인을 받도록 규정하고 있다(제9조, 제13조 및 제17조). 이 경우 협력사업의 승인을 받은 자가 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 해칠 명백한 우려가 있는 경우 관계 행정기관의 장과 협의하여 6개월 이내의 기간을 정하여 협력사업의 정지를 명하거나 그 승인을 취소할 수 있다. 한편, 남한과 북한간의 거래는 국가 간의 거래가 아닌 민족내부의 거래로 본다(제12조).

두 번째로 「개성공업지구 지원에 관한 법률」은 개발과 투자의 지원, 출입·체류자의 보호, 조세·왕래 및 교역 등에 관한 특례, 개성공업지구 관리기관 등을 규정하고 있다.<sup>1)</sup> 개성공업지구에서의 남·북한 협력사업을 위한 관련 또는 하위규정으로 「남북협력기금운영관리규정」, 「개성공업지구 반출입물품 관리

에 관한 고시, 「개성공업지구 반출 컴퓨터 관리지침, 「개성공업지구 폐기물 국내반입 처리 절차 등에 관한 업무처리지침」 등이 있다.

세 번째로 남북 간의 상호교류와 협력을 지원하기 위한 법제 로써, 「남북협력기금법」이 있다. 2015년 기준 남북협력기금은 약 1조 5천억원의 기금이 조성되어 있으나, 2010년 이른바 “5·24 조치”로 인하여 그 집행률은 약 5.5%에 불과하다.

이 외에 각 지방자치단체의 조례를 들 수 있다. 「서울특별시 남북교류협력에 관한 조례」는 남북교류협력사업을 추진할 수 있도록 법인·단체 및 개인에게 사업을 위탁할 수 있음을 규정하고 있고, 서울특별시 남북교류협력기금의 설치·운영을 규정하고 있는데, 2015년 기준 약 140억원의 기금을 운영하고 있다.

「경기도 남북교류협력의 증진에 관한 조례」 역시 서울특별시와 유사한 내용으로 조례를 제정하였으며, 2015년 기준 약 80억원의 기금을 조성한 상태이다.

### III. 개성공업지구 중단 관련 법적 쟁점

#### 1. 남·북한 건설협력사업 관련 개성공업지구의 의미

남·북한 건설협력사업으로서의 개성공업지구 법제는 다음과 같은 특징이 있다. 첫째, 중국의 경제특구와 비교하여 비교적 단기간에 기본 입법체계를 구축하였다는 것이다. 둘째, 북측의 나진선봉 지역에 비해 부동산·회계·기업재정·회계검증 규정 등의 측면에서 국내기업 뿐만 아니라 외국기업의 유치를 위하여 진일보된 시장경제원리를 도입하였다. 셋째, 남측 인사로 구성된 관리위원회가 실질적인 입법을 담당하여 기업친화적인 제도를 구축하였다. 넷째, 보험규정 등 일부규정을 독자적으로 입법한 것을 제외하고 관리위원회와 기업의 요구를 대부분 수용하였다.<sup>2)</sup>

이러한 점을 종합하여 볼 때, 북측도 남측과 빈번한 법규 제정 및 운영 협의과정에서 시장경제에 대하여 이해하려하였고 전문 지식과 경험이 필요한 부분에 대해서는 적극적으로 남측

의 의견을 수용하려고 노력하였다는 점을 알 수 있다.<sup>3)</sup>

#### 2. 개성공업지구 중단의 법적 의미

2016년 2월 10일 박근혜 정부는 북한의 핵실험, 장거리 미사일 발사 등의 도발에 대응하여 개성공업지구의 전면 중단을 발표하였다. 개성공단 자금이 북한의 핵과 미사일 개발에 이용되는 것을 막고, 우리 기업들이 희생되지 않도록 한다는 것이 주된 이유이다. 그렇지만 개성공업지구 전면 중단은 결국 건설기업을 포함한 개성공업지구 내 우리 기업에게도 많은 피해를 줄 수밖에 없는 상황이다. 따라서 박근혜 정부의 “개성공업지구 전면 중단” 행위가 법적 측면에서 어떠한 성질을 갖는지 그리고 문제점은 없는지 살펴볼 필요가 있다.

##### 2.1 통치행위 일반론

정부의 개성공업지구 전면 중단 행위에 대하여 헌법과 법률 위반이라는 주장과 통치행위에 해당되기 때문에 사법심사의 대상이 아니라는 논란이 있다.<sup>4)</sup>

통치행위란 일반적으로 고도의 정치적 결단에 의한 국가행위로서 사법적 심사의 대상으로 삼기에 적절하지 못한 행위를 말한다.<sup>5)</sup> 통치행위에 대한 사법심사의 가능성에 대하여 학설은 긍정론과 부정론으로 구분된다.

##### 1) 학설

##### ① 긍정론

통치행위도 당연히 사법심사의 대상이 되어야 한다는 입장이다. 여기에는 통치행위의 개념자체를 부정하는 입장과 통치행위라는 개념은 인정하되 사법심사의 대상이 되지 않는 국가작용은 존재하지 않는다는 입장으로 나눌 수 있다. 이는 헌법상 법치주의와 권력분립의 원칙이 확립되어 있고, 개괄주의에 바탕을 둔 행정소송제도와 헌법재판제도가 보장되어 있는 헌법국가에서 어떠한 국가작용도 사법심사의 대상에서 제외될 수 없다는 것을 그 논거로 한다.<sup>6)</sup>

1) 북한의 개성공업지구 관련 법제로는 “개성공업지구법”, “개성공업지구 규정” 및 중앙특구개발지도총국의 시행세칙과 관리위원회의 사업준칙이 있다. 북한의 “개성공업지구법”은 개성공업지구의 일반적 내용, 개발, 관리, 기업창설운영, 분쟁해결에 대한 법률이고, 하위규정으로 개성공업지구 관련 지구개발규정, 기업창설·운영규정, 노동규정, 관리기관설립운영규정, 출입·체류·거주규정, 세관규정, 광고규정, 부동산규정, 회계규정 및 기업재정규정 등이 있다.

2) 홍성진·홍성호·정대운, “남·북한 건설협력사업 검토 및 시사점”, 대한건설정책연구원 연구보고서 2015-04, 2015, 12면.

3) 허인, 2010, “개성공업지구의 법적 현황과 과제”, 통일과 법률 제4호, 법무부 통일법무과, 63면.

4) 내일신문 2016년 2월 22일자, “개성공단 중단, 적법논란 가열-통치행위도 헌법과 법률위반 안돼”(http://www.naeil.com/news\_view/?id\_art=185518).

5) 성낙인, 「헌법학」, 2015, 법문사, 708면; 정연주, “통치행위에 대한 사법심사”, 저스티스 제95호, 한국법학원, 2006, 30면; 헌법재판소 1996. 2. 29. 자 93헌마186 결정.

6) 정연주, 전개논문, 32면.

② 부정론

통치행위의 사법심사 가능성에 대하여 부정론은 다시 권력분립설, 내재적 한계설, 재량행위설, 사법부자제설, 통치행위독자성설, 재량행위설 등으로 설명되고 있다.

권력분립설은 헌법상 입법·행정·사법작용이 분리되어 있고, 통치행위는 행정부의 권한사항이므로 사법심사의 대상이 되지 않으며, 정치적인 국가행위의 통제는 정치영역에 맡기는 것이 권력분립원리에 적합하다고 한다. 내재적 한계설은 정치 문제는 정치적으로 책임지지 아니하는 법원이 심사하는 것은 부적합하고, 최종적인 판단은 행정부나 국회 등 선거 등을 통해 국민의 판단을 통하여 이루어지는 것이 타당하다고 하면서 통치행위는 성실상 사법권의 내재적 한계에 속한다고 한다. 사법부자제설은 통치행위에 대하여 이론상 사법권이 미치지만, 사법부의 자제에 의하여 법원이 정치문제에 대한 판단에 개입하는 것을 회피하여 그 정치 문제를 담당하는 각 기관의 결정을 존중하여야 한다는 입장이다. 통치행위독자성설은 통치란 국가 전체의 지도와 영도를 말하며, 통치행위는 독자적인 고도의 정치행위이기 때문에 사법권의 판단 밖이라는 입장이다. 재량행위설은 민주적 정당성에 바탕을 둔 대통령이나 국회의 고도의 정치적 결단에 따른 재량행위이므로, 사법심사의 대상에서 제외되어야 한다고 한다.<sup>7)</sup>

2) 판례

판례는 사법자제설의 입장에서 국민의 기본권 보호를 위하여 통치행위에 대한 사법심사가 가능하다는 입장이다. 이하에서는 통치행위 관련 몇 가지 판례의 입장을 소개하고자 한다.

① 북한에의 송금행위

대법원은 남북정상회담의 개최는 고도의 정치적 성격을 지니고 있는 행위라 할 것이므로 특별한 사정이 없는 한 그 당부를 심판하는 것은 사법권의 내재적·본질적 한계를 넘어서는 것이 되어 적절하지 못하다고 하면서 통치행위를 인정하고 있다. 다만, 남북정상회담의 개최과정에서 재정경제부장관에게 신고하지 아니하거나 통일부장관의 협력사업 승인을 얻지 아니한 채 북한측에 사업권의 대가 명목으로 송금한 행위 자체는 헌법상

법치국가의 원리와 법 앞에 평등원칙 등에 비추어 볼 때 사법심사의 대상이 된다고 하면서 통치행위에 대한 사법심사의 가능성을 인정하였다.<sup>8)</sup>

② 대통령의 긴급재정경제명령

헌법재판소는 고도의 정치적 결단에 의한 행위로서 그 결단을 존중하여야 할 필요성이 있는 행위라는 의미에서 이른바 통치행위의 개념을 인정할 수 있다고 하였다. 그러면서 대통령의 긴급재정경제명령은 중대한 재정 경제상의 위기에 처하여 국회의 집회를 기다릴 여유가 없을 때에 국가의 안전보장 또는 공공의 안녕질서를 유지하기 위하여 필요한 경우에 발동되는 일종의 국가긴급권으로서 대통령이 고도의 정치적 결단을 요하고 가급적 그 결단이 존중되어야 한다고 하였다. 다만 통치행위를 포함하여 모든 국가작용은 국민의 기본권적 가치를 실현하기 위한 수단이라는 한계를 반드시 지켜야 하는 것이고, 비록 고도의 정치적 결단에 의하여 행해지는 국가작용이라고 할지라도 그것이 국민의 기본권 침해와 직접 관련되는 경우에는 당연히 헌법재판소의 심판대상이 될 수 있다고 하였다.<sup>9)</sup>

③ 일반사병 이라크파병

헌법재판소는 통치행위에 대한 사법심사 요건에 대하여 보다 구체화된 내용을 제시하고 있다. 즉, 정부의 일반사병 이라크파병결정에 대한 헌법소원에서 국방 및 외교에 관련된 고도의 정치적 결단을 요하는 문제로서 헌법과 법률이 정한 절차를 지켜 이루어진 이상, 대통령과 국회의 판단은 존중되어야 하고 헌법재판소가 사법적 기준만으로 이를 심판하는 것은 자제되어야 한다고 판시하고 있다.<sup>10)</sup>

3) 소결

실질적 법치주의가 지배하는 헌법국가에서 모든 국가작용은 법의 구속을 받는 것이 원칙이다. 그런데 헌법과 법률의 개방성·추상성으로 말미암아 모든 국가작용을 규율하기에는 그 한계가 있다. 이런 상황에서 최고 국가기관인 대통령 또는 국회가 헌법과 법률의 근거 없이 행한 정치적 행정 작용에 대하여 사법심사를 할 수는 없는 것이다. 사법 심사를 위한 법적 근거가 없

7) 성낙인, 전거서, 711면.

8) 대법원 2004. 3. 26. 선고 2003도7878 판결.

9) 헌법재판소 1996. 2. 29. 자 93헌마186 결정.

10) 헌법재판소 2004. 4. 29. 자 2003헌마814 결정.

기 때문이다. 헌법상 대통령의 외교에 관한 행위, 선전포고, 계엄의 선포와 해제시기, 헌법개정 발의 등에 관한 사항이 대표적인 예이다. 즉, 최고 국가기관(대통령·의회)이 행한 정치적 행정행위가 헌법과 법률의 근거가 없는 경우 또는 근거는 있으나 재량행위에 해당하는 경우에는 통치행위에 해당되고, (헌)법적 기준이 존재하지 않기 때문에 사법 심사가 불가능하다.<sup>11)</sup> 다만, (헌)법적 기준이 존재함에도 불구하고 위배하거나 재량행위의 일탈·남용으로 인하여 국민의 기본권이 침해된 경우에는 사법 심사가 이루어져야 할 것이다.

## 22 개성공업지구 중단의 법적 성질

개성공업지구 전면 중단으로 인하여 개성공업지구 내 입주기업의 피해액이 약 8000억원에 이를 것으로 추정된다.<sup>12)</sup> 건설기업의 경우에도 현재 개성공업지구 내 수행하고 있는 건설공사의 중단으로 인한 공사대금 문제, 건설 인력·장비의 반·출입 문제, 향후 건설공사 수주의 중단 등 많은 피해가 예상된다. 이렇듯 개성공업지구 중단 행위는 국민의 재산권 관련 기본권을 침해하고 있다. 따라서 개성공업지구 중단 행위가 통치행위에 해당하는지 여부에 따라 사법심사의 가능성이 결정되는데, 이는 헌법과 관련 법률의 내용을 종합적으로 검토함으로써 위법성 여부를 판단하여야 한다.

우선 개성공업지구 전면 중단과 관련한 헌법 규정을 살펴보고자 한다.

대한민국 헌법 제76조에서는 대통령은 국가의 안전보장 또는 공공의 안녕질서를 유지하기 위하여 재정·경제상의 처분, 명령을 할 수 있고, 중대한 교전상태에 있어서 국가를 보위하기 위하여 긴급 조치를 발할 수 있다고 규정하고 있다. 다만, 이는 국회의 집회를 기다릴 여유가 없거나 집회가 불가능한 경우에만 발할 수 있다. 따라서 개성공업지구 전면 중단 결정은 국회의 집회를 기다릴 여유가 없거나 집회가 불가능한 경우와 무관하기 때문에 “긴급재정경제명령”에 해당하지 않는다.

한편 헌법 제73조에서는 “대통령은 조약을 체결·비준하고, 외교사절을 신임·접수 또는 파견하며, 선전포고와 강화를 한다”고 규정하고 있다. 그렇지만 남·북한 협력사업은 국가간의 거래가 아닌 민족내부의 거래로 보기 때문에 외교행위에 해당하지 않는다.<sup>13)</sup> 설령 사실상 외교에 관한 행위라고 본다 할지라

도 대통령의 외교적 행위에 대한 구체적인 내용은 유보되어 있기 때문에 어느 국가와 수교를 맺거나 수교 단절을 하는 행위는 재량행위에 해당한다. 따라서 헌법 제73조 역시 개성공업지구 중단 행위의 사법심사를 위한 근거가 될 수 없다. 결국 개성공업지구 전면 중단 행위의 헌법적 근거 및 위법성 여부는 헌법 제89조의 “선전·강화 기타 중요한 대외정책에 대한 국무회의의 심의 절차 준수” 여부로 판단하거나 헌법 제66조의 “국가의 원수”, “헌법 수호 책무”, “조국의 평화적 통일을 위한 성실한 의무”와 같은 대통령에 대한 개방적 규범에 대한 재량행위의 일탈·남용 여부를 통하여 판단하여야 할 것이다.

관련 법률은 「남북교류협력에 관한 법률」과 「개성공업지구 지원에 관한 법률」을 들 수 있다. 「남북교류협력에 관한 법률」 제17조 제4항에서는 “통일부장관은 협력사업의 승인을 받은 자가 협력사업의 시행 중 남북교류·협력을 해칠 명백한 우려가 있는 행위를 한 경우” 행정기관의 장과 협의하여 6개월 이내의 기간을 정하여 협력사업의 정지를 명하거나 그 승인을 취소할 수 있다고 규정하고 있다. 이 경우 협력사업의 정지를 명하거나 승인을 취소하려면 청문을 실시하여야 한다(제17조 제5항). 그렇지만 관련 규정은 개성공업지구 전면 중단행위와는 전혀 상관이 없다. 관련 규정은 ‘협력사업의 승인을 받은 자의 행위’에 대한 내용이지 북한의 행위에 대한 규율 사항이 아니기 때문이다. 또한 「개성공업지구 지원에 관한 법률」 제12조의2에서는 “정부는 남북 당국의 조치에 의하여 통행이 상당기간 차단되거나 개성공단 사업이 상당기간 중단되는 경우 개성공업지구 투자기업의 경영정상화를 지원하기 위하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 지원 등 필요한 조치를 할 수 있다”고 규정하고 있다. 그렇지만 이 규정 역시 남북 당국의 조치에 의하여 개성공업지구가 상당기간 중단된 경우의 지원에 관한 내용이지 정부의 개성공업지구 중단과 관련한 내용이 아니기 때문에 근거가 될 수 없다.

이러한 내용을 종합하여 볼 때 정부의 개성공업지구 전면 중단 행위에 대한 헌법과 법률의 명문의 규정은 존재하지 않는다.

따라서 대통령이 행한 개성공업지구 전면 중단 행위는 헌법과 법률의 근거가 없는 상황에서 고도의 정치적 결단에 의한 국가작용으로 이루어진 행위라고 판단되는데, 통치행위에 해당하여 사법심사(헌법재판)가 불가능하다고 할 것이다.

11) 박승호, “이른바 통치행위(정치문제)에 대한 헌법재판”, 헌법학연구 제16권 제3호, 한국헌법학회, 2010, 660면.

12) 동아일보 2016년 2월 24일자, “개성공단기업 비대위 120개 입주기업 피해액 8152억원”(http://news.donga.com/3/all/20160224/76653905/1).

13) 「남북교류협력에 관한 법률」 제12조.



### 2.3 개성공업지구 중단 법적 문제점

정부의 개성공업지구 전면 중단이라는 '통치행위'에 따라 건설기업을 포함한 우리 기업의 재산적 피해가 심각한 상황이다. 그렇다면 재산적 피해에 대해서 어떠한 방법과 어느 정도의 범위로 보상이 이루어질 수 있을까? 이에 대한 문제점을 살펴보기로 한다.

우선 교역·경협보험에 따른 보상이다. 남북협력사업 관련 보험에 대해서는 남북협력기금법령을 통하여 이루어진다.<sup>14)</sup> 남북협력기금법령 및 「남북협력기금 운용관리규정」(통일부고시 제2015-4호)은 '교역 및 경제 분야 협력사업 추진 중 경영 외적인 사유로 인하여 발생하는 손실을 보상하기 위한 보험'으로써 "교역·경협보험"을 규정하고 있다. 또한 동 규정 제30조 이하에서는 보험의 대상, 보험계약 체결한도, 보험계약 대상, 부모율, 보험금 지급절차 등을 규정하고 있다. 그런데 동 규정에서는 통일부장관은 남북교류협력추진협의회의 의결을 거쳐 보험계약 체결의 총액한도를 설정하도록 하고 있고, 구체적인 내용은 따로 정할 수 있도록 하고 있다(제31조 제1항). 이에 따라 「경제협력사업보험 취급기준」(통일부고시 제2015-1호), 「교역보험 취급기준」(통일부고시 제2015-4호)에서는 총액한도가 7천억원, 기업별 한도가 70억, 부모율 90%, 보험요율이 0.5~0.8%를 규정하고 있다. 전술한 개성공업지구 내 입주기업의 피해액 추정금액인 8,000억원과 이미 차이가 큰 상태로서, 피해를 보전하기에는 많은 문제가 있다고 할 수 있다.<sup>15)</sup> 무엇보다 보험금액은 남북협력기금 수탁관리자인 한국수출입은행의 보험 약관에 따라 [(손실액-면책대상손실)×부모율]× 부모율에 따라 지급받았거나 지급받게 될 것이 확실한 금액의 공식에 따라 이루어지기 때문에 보험금 지급과 수령에 있어 많은 진통이 예상된다.

다음으로 국가배상청구를 검토할 필요가 있다. 그런데 국가배상청구는 공무원의 위법한 직무행위로 인한 배상책임과 공공

영조물의 설치·관리의 하자로 인한 책임이 있는 경우에 청구할 수 있다(국가배상법 제2조 및 제5조). 그런데 개성공업지구 전면 중단 행위는 헌법과 법률의 근거가 없는 상황에서 고도의 정치적 결단에 의한 국가작용으로 이루어진 행위로서 위법한 행위라고 볼 수 없다. 따라서 국가배상청구를 청구할 수 없다.

마지막으로 손실보상 청구를 검토할 필요가 있다. 손실보상은 공공필요에 의한 적법한 공권력행사로 인하여 개인에게 과하여진 '특별한 희생'에 대하여 사유재산권의 보장과 전체적인 공평부담의 견지에서 행정주체가 행하는 조절적인 전보를 말한다.<sup>16)</sup> 우리 헌법 제23조는 ① "모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다", ② "재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다", ③ "공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로서 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다"고 규정하고 있다.

정부의 개성공업지구 전면 중단 행위로 인하여 재산권 침해가 이루어졌는데, 이 경우 재산권의 제한으로 보아야 하지만, 그 실질은 수용에 가깝다고 할 수 있다. 그런데 재산권의 제한과 관련하여 그것이 보상 불요의 사회적 제약인지 아니면 보상을 요하는 특별한 희생인지의 여부와 관련하여 독일에서 논의된 경계이론과 분리이론 등이 있으나,<sup>17)</sup> 개성공업지구 전면 중단으로 인한 기업의 피해는 의심의 여지 없이 보상을 요하는 특별한 희생에 해당한다고 할 것이다. 다만, 헌법규정에 따라 국민의 재산권을 침해하는 행위 그 자체는 형식적 법률에 반드시 근거를 두어야 하지만 손실보상의 기준과 방법 등에 관하여 규정한 일반법은 없고, 각 개별법에서 이를 규율하고 있다. 이 경우 「남북교류협력에 관한 법률」, 「개성공업지구 지원에 관한 법률」과 같이 손실보상에 관한 근거법이 없는 경우가 문제가 될 수 있다.<sup>18)</sup>

이에 대하여 학설은 헌법상의 규정으로도 보상이 가능한지에

14) 「개성공업지구 지원에 관한 법률」에서도 "정부는 개성공업지구 현지기업에 「남북협력기금법」에 따른 남북협력기금을 지원 또는 융자할 수 있다"고 규정하고 있다(제11조).

15) 통일부는 2016. 2. 21 제278차 남북교류협력추진협의회를 개최하여 개성공단 기업들의 피해를 최소화하기 위해 경협보험금을 조기에 지급할 수 있도록 경협보험금 지급방침과 예상 지급 총액 한도를 심의·의결하였다. 그런데 예상 지급 총액 한도가 경협보험에 가입한 112개 기업에 대해 총액 3,300원이며, 2015년 결산을 기준으로 보험금을 산정하여 지급하게 된다: 통일부 보도자료, 2016. 02. 22일자, "개성공단 기업 경협보험금 조기 지급을 위한 교추협 의결".

16) 석중현·송동수, 「일반행정법」(상), 삼영사, 2015, 679면.

17) 경계이론은 독일기본법 제14조 제3항의 공용수용과 제14조 제1항 2문의 내용 및 한계규정 내지 제2항의 사회구속성은 본질에 있어 다르지 않고 재산권자에 대한 효과, 즉 침해의 정도에 따라 구별된다고 보고 재산권의 내용과 한계규정이 특별희생을 주는 경우 수용이 된다고 보는 이론으로 독일연방대법원(BGH)의 판례를 통해 발전한 이론이다. 이에 반해 연방헌법재판소는 자갈채취판결에서 종래의 연방대법원의 판례가 취해온 입장을 부인하고 재산권자에게 과도한 부담을 주는 내용 및 한계규정도 수용으로 전환되지 않고 위헌적 내용 및 한계규정으로 남는다는 입장을 취하였다. 즉 기본법 제14조 제1항 2문의 내용 및 한계규정 내지 제2항의 사회구속성과 공용수용을 전혀 다른 기능을 수행하는 제도로 이해하였다. 이를 분리이론이라 한다: 김문현, "경계이론과 분리이론", 고시연구 제31권 제3호, 고시연구사, 2004, 25면.

18) 석중현·송동수, 전제서, 681면.

대하여 입법자에 대한 직접효력설, 국민에 대한 직접효력설, 유추적용설 등의 견해<sup>19)</sup>가 있다.

판례의 경우 대법원은 유추적용설의 입장<sup>20)</sup>에서 판단하고 있으나, 헌법재판소는 분리이론에 입각하여 보상을 요하는 재산권 제한임에도 불구하고 손실보상규정을 두지 않은 경우 위헌성이 있다고 하면서도 보상의 구체적 기준과 방법은 광범위한 입법형성권을 가진 입법자가 정책적으로 정할 사항이라고 판시하고 있다.<sup>21)</sup>

문제는 확실상 유추적용설 및 대법원의 입장을 취한다고 하더라도 남북협력사업 법제인 「남북교류협력에 관한 법률」, 「개성공업지구 지원에 관한 법률」과 유사한 법제는 존재하지 않기 때문에 직접적인 보상청구를 하기가 어렵다는 점이다. 또한 헌법재판소의 분리이론에 따를 경우 현행 남북협력사업 관련 법제는 보상 규정이 없기 때문에 이에 대한 위헌성을 제거하는 것은 입법자의 몫이고, 개성공업지구 내 기업들은 보상입법을 기다려 그에 따른 권리행사를 할 수 있을 뿐이다.

이러한 점을 종합하여 볼 때, 대통령이 행한 개성공업지구 전면 중단 행위는 비록 통치행위에 해당하여 사법심사의 대상에서 제외된다고 할지라도 남·북한의 교류 중단, 상호 이해 부족 및 경제적 격차 증대, 통일의 장기화로 이어져 헌법 제4조의 '평화적 통일 지향 정책'과 「남북교류협력에 관한 법률」, 「개성공업지구 지원에 관한 법률」 등의 내용을 형해화하는 등 많은 문제가 될 수 있다. 무엇보다 개성공업지구 전면 중단을 법치행위가 아닌 통치행위를 통하여 시행함으로써 "교역·경협보험", "국가배상청구", "손실보상청구"를 통한 정당한 보상이 어렵게 되어 우리나라 기업들의 재산권을 심각하게 침해하고 있다.

#### IV. 향후 남·북한 건설협력 관련 법제를 위한 시사점

개성공업지구를 포함한 남·북한의 교류·협력은 인도적 측면과 경제적 측면에서 남·북간의 상호 이해를 도모하고 경제적 격차를 해소함으로써 평화적 통일에 기여할 수 있다. 특히 남·북한 건설협력사업은 나진-하산 프로젝트, 북한 지역의 SOC 건설, 주택, 산업단지 개발 등 우리나라의 경제적 이익과 건설산업의 신성장 동력 확보, 향후 통일 비용 절감을 위하여 반드시 수행되어야 할 것이다. 이하에서는 향후 남·북한 건설협력사업 수행을 위한 관련 법제의 입법적 시사점을 제시하고자 한다.

##### 1. 남·북한 건설협력사업 중단의 법정화

정부는 헌법과 법률의 근거가 없는 상황에서 고도의 정치적 결단에 따라 개성공업지구를 전면 중단하였다. 이는 통치행위에 해당한다. 통치행위에 대한 사법심사의 가능성에 대해서는 논란의 여지가 있으나, 통치행위의 관념을 인정하는 것이 일반적 견해이다.<sup>22)</sup> 그럼에도 실질적 법치주의가 지배하는 헌법국가에서 통치행위는 법치주의의 예외적인 현상이기 때문에 그 인정 범위는 최소한에 그쳐야 할 것이며, 이를 위해서는 관련 행정작용의 내용을 법률에 명문화하는 것이 필요하다.

현행 「남북교류협력에 관한 법률」, 「개성공업지구 지원에 관한 법률」에서는 남·북한 협력사업 수행에 있어 남·북 당국의 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 해칠 명백한 우려가 있거나 우리 국민의 안전에 직접적이고 심대한 영향을 미칠 수 있는 경우에 협력사업을 중단할 수 있는 법적 근거가 없다.<sup>23)</sup>

19) 입법자에 대한 직접효력설은 헌법상의 보상규정은 입법자로 하여금 국민의 재산권을 침해하는 법률을 제정하는 경우에는 보상규정을 두도록 구속하는 효력을 가진다고 한다. 따라서 재산권 침해를 규정하는 법률이 보상규정을 두지 않게 되면 그 법률은 위헌무효가 되며, 그 법률에 근거한 재산권의 침해행위는 불법행위가 되기 때문에 불법행위로 인한 손해배상을 청구할 수 있을 뿐이며, 법률에 규정되지 아니한 손실보상을 근거로 청구하지는 못한다고 한다. 국민에 대한 직접효력설은 법률이 재산권 침해를 규정하면서 보상에 관하여 규정하지 않으면 그 법률은 헌법 그 자체로서 가지는 실정법적 효력에 위반되어 위헌무효가 되며, 피해자는 헌법규정에 의거하여 직접 손실보상청구권이 발생되기 때문에 현실적으로 정당한 보상을 청구할 수 있다고 한다. 유추적용설은 법률에서 공용침해 등의 재산권 침해를 규정하면서 보상에 관한 규정을 두지 않은 경우에도 국민은 직접 헌법 제23조 제1항, 제3항, 헌법 제11조 및 기타 관련 법규상의 보상규정을 유추적용하여 보상청구권을 행사할 수 있다고 한다: 석중현·송동수, 전거서, 683면.

20) 대법원 1999. 10. 8. 선고 99다27231 판결; 대법원 2002. 11. 26. 선고 2001다44352 판결 등.

21) 헌법재판소 1998. 12. 24. 자 89헌마214, 90헌바16, 97헌바78(병합) 결정; 헌법재판소 1999. 10. 21. 자 97헌바26 결정; 헌법재판소 1999. 4. 29. 자 94헌바37 결정 등.

22) 박근성, 「행정법강의」, 박영사, 2009, 725면.

23) 「남북교류협력에 관한 법률」 제17조 제4항에서는 '협력사업의 승인을 받은 자'가 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 해칠 명백한 우려가 있는 행위를 한 경우 관계 행정기관의 장과 협의하여 6개월 이내의 기간을 정하여 협력사업의 정지를 명하거나 그 승인을 취소할 수 있다고 규정하고 있다. 또한 「개성공업지구 지원에 관한 법률」은 개발과 투자의 지원, 출입·체류자의 보호, 조세·왕래 및 교역 등에 관한 특례를 규정하고 있을 뿐이다. 다만, 「개성공업지구 지원에 관한 법률」에서는 "통일부장관은 개성공업지구에 체류하는 우리 국민의 안전에 직접적이고 심대한 영향을 미칠 수 있는 정보를 확인한 때에는 이를 개성공업지구 현지기업과 남한 근로자에게 신속하게 통지하여야 한다"고 규정하고 있으며, "통일부장관은 개성공업지구 내 남한주민의 신변안전 보장을 위한 제도 마련 등 필요한 노력을 하여야 한다"고 규정되어 있을 뿐이다(제15조의3).

따라서 남북교류협력 관련 법제에 우리 국민의 안전에 직접적이고 심대한 영향을 미칠 수 있는 경우와 같이 구체적이고 특정한 사안에 한하여 남·북한 건설협력사업을 중단 할 수 있다는 근거를 두고, 이와 관련하여 공청회, 행정예고 등의 행정절차를 법제화하는 것이 필요하다. 정부의 엄격한 통치행위 발동 및 국민의 예측가능성을 담보할 수 있기 때문이다. 다만, 이 경우 대통령의 선전포고와 같은 긴급하고 중대한 외교에 관한 행위는 예외로 하여야 할 것이다.

## 2. 보상규정 신설

정부의 개성공업지구 전면 중단으로 인한 우리 기업의 재산권 침해는 재산권의 제한이 이루어졌지만, 그 실질은 수용에 가깝다고 할 수 있다. 이 경우 남북협력기금법령에 따른 “교역·경협보험”을 통하여 재산 보전이 이루어질 수 있지만, 보험은 기본적으로 유상·쌍무계약, 불요식의 낙성계약 등의 계약의 속성을 이루고 있다. 즉, 기업은 보험료를 지급하고 보험자는 보험사고가 발생한 경우 보험금을 지급하게 되기 때문에 정부의 남북협력사업 중단 결정에 따라 지급하는 교역·경협보험은 충분한 보상이 될 수 없다. 무엇보다 교역·경협보험의 총액한도 및 그 보험금 지급방식에 있어 보험자와 피보험자 사이의 이해관계가 첨예하게 대립하고 있는 상황이다.

정부의 ‘적법한’ 남북협력사업의 중단 결정에 대한 보상이 이루어져야 하지만, 현행 「남북교류협력에 관한 법률」, 「개성공업지구 지원에 관한 법률」에서는 남·북한 협력사업 중단에 따른 보상 근거가 전무한 실정이다. 우리나라의 재산권의 제한에 대한 보상법제는 기본적으로 해제, 조세감면, 보조금지급, 매수청구권 등의 조절적 보상이 주를 이루고 있다. 이 가운데 매수청구권은 기업의 재산권 침해에 대한 보상으로써 실효적인 수단이라고 할 수 있다. 다만, 매수청구권은 토지에 한정하여 인정되고 있다.<sup>24)</sup> 그럼에도 토지매수청구권의 본래의 취지가 재산권의 침해에 대한 손실보상에 갈음하는 방법으로 제시된 점을 고려하여 볼 때, 남북교류협력의 중단으로 인한 재산권의 침해는 일반적인 재산권 침해보다 더 높은 수준의 매수청구제도가 요구된다고 할 것이다. 이에 입법자는 남북교류협력 전면중단으로 재산권이 침해된 경우 토지매수청구권으로 한정할 것이 아니라 해당 자산에 대한 매수청구권으로 그 범위를 확대할 필요가 있다.

따라서 남북교류협력 관련 법제에 정부의 적법한 절차를 거쳐 남북건설협력사업을 중단하였으나, 고정자산 등 회수가 불가능하여 수용에 가까운 재산권의 침해가 이루어진 경우 해당 자산에 대하여 매수청구를 할 수 있는 보상제도를 마련할 필요가 있다.

## V. 결론

대통령이 행한 개성공업지구 전면 중단 행위는 헌법과 「남북교류협력에 관한 법률」, 「개성공업지구 지원에 관한 법률」 등 관련 법률상 근거가 없는 상황에서 고도의 정치적 결단에 의한 국가작용으로써, 통치행위에 해당하고 사법심사(헌법재판)의 대상에서 제외된다고 할 것이다.

이렇듯 「남북교류협력에 관한 법률」, 「개성공업지구 지원에 관한 법률」 등 남·북한 건설협력사업 관련 법률은 개성공업지구 중단과 같은 중단 사유 및 보상에 관한 근거 규정이 전무한 실정이다. 이러한 입법 태도는 “교역·경협보험”, “국가배상청구”, “손실보상청구”를 통한 정당한 보상을 불가능하게 하여 우리나라 기업들의 재산권을 심각하게 침해하고 있다. 이는 향후 남·북한 건설협력사업을 포함한 남·북한 경제협력사업을 재개할 경우 사업 참여를 망설이게 하거나 포기하게 하는 요인이 될 수밖에 없을 것이다.

따라서 남북교류협력 관련 법제에 우리 국민의 안전에 직접적이고 심대한 영향을 미칠 수 있는 경우와 같이 구체적이고 특정한 사안에 한하여 남·북한 건설협력사업을 중단 할 수 있다는 근거를 두고, 이와 관련하여 공청회, 행정예고 등의 행정절차를 법제화하는 것이 필요하다. 또한 남북교류협력 관련 법제에 정부의 적법한 절차를 거쳐 남북건설협력사업을 중단하였으나, 고정자산 등 회수가 불가능하여 수용에 가까운 재산권의 침해가 이루어진 경우 해당 자산에 대하여 매수청구를 할 수 있는 보상제도를 마련할 필요가 있다.

## 참고문헌

김문현, “경계이론과 분리이론”, 고시연구 제31권 제3호, 고시연구사, 2004  
 박균성, 「행정법강의」, 박영사, 2009

24) 「개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법」 제18조, 「공유수면 관리 및 매립에 관한 법률」 제47조, 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제72조, 「도로법」 제41조, 「하천법」 제79조 등.

박승호, “이른바 통치행위(정치문제)에 대한 헌법재판”, 헌법학 연구 제16권 제3호, 한국헌법학회, 2010

석종현·송동수, 『일반행정법』(상), 삼영사, 2015

성낙인, 『헌법학』, 2015, 법문사

정연주, “통치행위에 대한 사법심사”, 저스티스 제95호, 한국법학원, 2006

허인, 2010, “개성공업지구의 법제 현황과 과제”, 통일과 법률 제4호, 법무부 통일법무과

홍성진·홍성호·정대운, “남·북한 건설협력사업 검토 및 시사점”, 대한건설정책연구원 연구보고서 2015-04, 2015

■ 홍성진 E-mail: hongsj@ricon.r.ekr