

## 인 사 말

남북한은 분단 60년을 지나는 동안 국내외적 환경변화에 따라 갈등과 화해를 반복하면서도 남북교류협력을 확대하여 왔습니다. 그러나 그 과정에서 발생하는 다양한 법률적 쟁점은 법치주의의 틀 안에서 해결하지 않고 그때그때의 정치적 상황에 따라 통치행위의 차원에서 해결하였습니다.

우리 헌법이 지향하는 자유민주주의에 기초한 평화통일을 달성하기 위해서는 남북한관계를 규율하는 법제도적 인프라를 잘 구축해야 합니다. 남북이산가족의 상봉과 북한이탈주민의 증가로 남북한 주민 사이에 가족과 상속관계에 관한 다양한 법적 분쟁이 발생하고 있으나, 이를 규율하는 법률체계는 아직도 미약한 것이 현실입니다. 통일법제 인프라 확충을 위해서는 사법연수원생과 대학원생 등 법률가를 준비하는 젊은 연구자들의 관심이 매우 중요합니다.

『헌법·통일법센터』는 이번 학술대회를 통해 젊은 연구자들의 학문적 열정을 지원하고자 전문가들을 모시고 통일법의 주요 쟁점에 대해 소통하는 자리를 마련하고자 합니다. 바쁘신 중에도 꼭 참석하시어 통일법제 인프라 확충을 위한 조언을 해 주시고 아울러 젊은 연구자들을 격려하여 주시길 부탁드립니다.

2011년 7월

서울대학교 헌법·통일법센터장 성낙인

서울대학교 헌법·통일법센터  
(Center for Constitution & Unification law)

(Tel: 02-880-1869, E-mail: [cnpul@snu.ac.kr](mailto:cnpul@snu.ac.kr))

## 학술대회 일정

- 등록(13:30 ~ 14:00)
- 개회식
  - 14:00, 개회사(성낙인 헌법·통일법센터장), 축사(정종섭 서울대 법학전문대학원장)
- 기조발제
  - 14:30, 통일법제 연구의 저변확대 방안과 과제(이효원 교수, 서울대)
- 제1세션 : 남북한 법제도의 현황과 과제(사회 : 손희두 연구위원, 한국법제연구원)
  - 14:50, 남한의 통일법제
    - ※ 발표(박건우, 서울대 로스쿨), 지정토론(김정림, 통한법전)
  - 15:10, 북한법제의 변화과정 및 전망
    - ※ 발표(이정렬, 사법연수원), 지정토론(송진호, 서울대 대학원)
- 휴식 : 15:30 ~ 15:40
- 제2세션 : 통일법의 전망과 과제(사회 : 정영화 교수, 전북대)
  - 15:40, 통일비용 관련 법적 쟁점
    - ※ 발표(차현일, 통한법전), 지정토론(양연실, 서울대 로스쿨)
  - 16:00, 남북한 이혼과 상속관련 법적 쟁점
    - ※ 발표(전세영, 서울대 대학원), 지정토론(이아영, 사법연수원)
  - 16:20, 독일통일과정에서의 법적 통합 시사점
    - ※ 발표(이혜진, 통한법전), 지정토론(김유리, 사법연수원)
- 휴식 : 16:40 ~ 16:50
- 제3세션 : 종합강평(사회: 성낙인 교수, 서울대)
  - 16:50, 전종익 교수(서울대), 이훈재 판사(사법연수원), 윤대해 검사(법무부), 강경원 검사(사법연수원), 최호용 사무관(통일부), 김태형 사무관(법제처)
- 폐회식
  - 17:50, 폐회사(성낙인 헌법·통일법센터장)
  - 18:00, 만찬(서울대 구내 소담마루)

# 목 차

기조발제 .....	1
------------	---

## 제1세션 남북한 법제도의 현황과 과제

[제1주제] 남한의 통일법제 .....	21
지정토론 .....	57
[제2주제] 북한법제의 변화과정 및 전망 .....	63
지정토론 .....	100

## 제2세션 통일법의 전망과 과제

[제1주제] 통일비용 관련 법적 쟁점 .....	111
지정토론 .....	148
[제2주제] 남북한 이혼과 상속관련 법적 쟁점 .....	154
지정토론 .....	196
[제3주제] 독일통일과정에서의 법적 통합 시사점 .....	207
지정토론 .....	237

[기조발제]

# 통일법제 연구의 저변확대 방안과 과제

서울대학교 법학전문대학원 / 법과대학 이효원 교수

## 1. 남북통일과 통일법제

### 가. 통일법제의 의미

통일법제란 “남북통일과 관련된 법제도”라고 할 수 있는데, 구체적 사안에 있어서는 다양한 의미로 해석될 수 있다. 즉, 통일법제란 1) 남북한이 정치적 통일을 달성하고 남북한의 사법과 법률을 통합한 이후에 통일국가를 규율하는 법제도, 2) 남북통일을 실현하는 과정에서 통일국가를 달성하는 내용과 절차를 규율하는 법제도, 3) 남북통일을 달성하기 위하여 남북한 사이에 이루어지는 교류협력을 규율하는 법제도, 4) 남북한의 통일과 직접·간접적으로 관련된 법제도를 총괄하는 것으로서 남북한의 분단에서 비롯되는 모든 법적 쟁점을 규율하는 법제도를 각각 의미할 수 있다.

한반도에서 남북통일이란 남북한 분단이전의 상태로 되돌아가는 것이거나 남한과 북한이 단일한 정치적 통일체를 형성하는 것이 아니라 현재의 분단상황을 극복하고 새로운 국가공동체를 창조하는 과정이라고 할 수 있다. 이는 남북한이 상이한 정치·경제체제와 이질화된 사회·

문화질서를 단일하고 동질적인 민족문화로 재구성하는 작업이며, 정치적 통합뿐만 아니라 사회·경제적인 통합을 포함하는 것이다. 남북한이 통일국가를 창조하는 것은 새로운 국가공동체의 조직과 규범체계를 확립하는 것으로서 이를 달성하기 위해서는 그 과정과 결과에 있어서 법제도의 통합은 필수불가결한 요소라고 하겠다.

남북통일을 이와 같이 이해할 경우에 통일법제란 남북한의 통일과 직접적 또는 간접적으로 관련된 모든 법제도를 의미하는 것으로 넓게 이해할 수 있다. 이러한 통일법제는 남북한관계를 바라보는 관점과 규범영역에 따라서 상이한 체계와 규범적 의미를 가지게 된다. 즉, 남북한관계는 남한의 관점, 남북한의 관계적 관점, 국제적 관점에 따라서, 그리고 북한의 법적 지위와 성격에 따라서 상이한 규범적 의미를 가지며, 이에 따라 구체적 사안에서 적용되는 법제도 역시 달라지게 된다.

## 나. 통일법제의 연구 필요성

남북한이 분단된 현재의 상황에서 통일법제를 연구하는 것은 우리 헌법이 지향하는 평화통일을 달성하기 위한 방법이자 수단을 준비하는 것이며, 이와 동시에 통일국가의 미래상을 설정하고 실천하는 작업이라고 할 수 있다. 통일법제를 적실성 있게 연구하기 위해서는 남북한관계의 규범적 의미를 이해하여야 한다. 남북한관계는 국내법적으로 평화통일을 위해 교류협력을 지향하면서도 현실적으로 정치적 이념과 체제에 의하여 상대방을 규범적으로 수용할 수 없는 한계를 가지고 있다. 또한, 국제사회에서도 남북한이 각각 엄연히 국가적 실체를 가지고 국제법의 주체로서 활동하고 있어 헌법을 비롯한 국내법을 국제법적 규범영역에 그대로 적용할 수도 없다.

남북한관계의 법적 성격은 기본적으로 북한의 법적 지위와 성격에 의하여 확정되는데, 북한의 법적 지위에 대하여는 헌법 제3조와 제4조

의 해석을 둘러싸고 많은 논란이 있으나 남북한특수관계론에 따라서 헌법규범과 헌법현실, 남북한의 국내법적 지위와 국제법적 지위의 모순적 괴리현상을 합리적으로 설명할 수 있을 것이다. 즉, 북한은 국내법적으로는 헌법상 불법단체 또는 국가보안법상 반국가단체로서의 지위와 동시에 평화통일을 위한 대화와 협력의 동반자로서의 지위를 이중적으로 가진다. 한편, 북한은 국제법적으로도 규범적 또는 현실적으로 대한민국의 일부분으로 대한민국과 함께 단일한 국가성을 가지나, 현실적으로 국제사회에서 독립된 주권을 가진 국가로서 인정받고 활동하고 있는 점을 고려하여 독립된 국제법상 주체로서 인정되고, 한반도에 사실상 두개의 국가가 존재하고 있는 것으로 평가하여야 한다.

통일법제는 이러한 남북한관계의 특수성을 바탕으로 해석되고 운영되고 있으나, 아직까지 구체적인 사안에 적용하여 법적 쟁점을 해결하기에는 체계적으로나 내용적으로 부족한 것이 현실이다. 이는 남북한 분단 이후 남북한 사이에 발생한 다양한 법률적 분쟁에 대하여 이를 사법적 판단이 아닌 정치적 결단과 타협에 의하여 해결하여 왔으며, 개별적인 통일법제도 거시적인 관점에서 전체를 조망하면서 체계적으로 만들어진 것이 아니라 그때그때의 필요성에 따라서 현안문제를 해결하기 위하여 만들어졌다는 것에 기인한 것으로 판단된다.

남북통일은 더 이상 정치적 선언이나 추상적인 이념이 아니라 한반도를 둘러싼 국제정세나 남북한관계에 따라서 현실화될 수 있는 것이라고 판단된다. 2000년 이후 남북한은 교류협력을 확대하였으며, 개성공단사업과 금강산관광사업을 추진하면서 남북한의 인적·물적 교류도 추진하였다. 그 과정에서 남북한은 다양한 남북합의서를 체결하였을 뿐만 아니라 관련 법령을 제정하는 등 통일법제를 구비하고 있으며, 남북한 이산가족의 상봉과 북한이탈주민의 증가에 따라 이혼과 상속과 관련된 다양한 판례도 나오고 있다. 따라서 남북한의 평화통일을 실천

적으로 준비하기 위해서는 통일법제를 체계적으로 연구하여 남북교류 협력은 물론 통일의 과정이나 그 이후의 법제도의 통합을 위한 규범적 기준을 제시할 필요가 있다.

## 2. 남북한관계를 규율하는 법률체계

### 가. 남북합의서

남북한은 1992년 남북기본합의서를 체결하였는데, 남북한관계를 '쌍방 사이의 관계가 나라와 나라 사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계'라고 전제하였다. 남북기본합의서는 남북한이 서로 상대방에 대하여 국가적 실체를 인정하여 내부 문제에 대하여는 간섭하지 않고, 현재의 군사정전협정을 존중하여 상호 비방, 중상 등을 하지 않을 것을 규정하였다. 남북기본합의서의 법적 성격과 효력에 대하여 논란이 있었으나, 헌법재판소와 대법원은 그 법적 효력을 인정하지 않고 단지 '정치적 공동성명' 내지 '신사협정'에 불과하다고 하였다. 남북기본합의서는 국내법과 동일한 효력이 있는 조약으로 인정되지 아니하여 법규범으로서는 한계를 가지나, 남북한의 분단상황을 현실적으로 인정하는 바탕 위에 경제·사회·문화분야의 교류 협력을 추진하는 기본원칙과 내용은 그 이후 남북한이 체결한 각종 합의서에 그대로 반영되고 있다고 하겠다.

남북교류협력에 있어서 중요한 의미를 갖는 것은 법률적 효력이 있는 남북합의서이다. 여기에는 남북한이 각각 발효에 필요한 절차를 경료하여 문본을 교환함으로써 발효된 '남북간 투자보장·이중과세방지·청산결제·상사분쟁해결절차' 등 4개 경협합의서와 그 후속조치로 체결된 '개성·금강산지구 출입체류합의서' 등 9개 합의서가 있다. 4개 경협합의서는 2000년 12월 16일 제4차 남북장관급회담에서 정식 서명되었

으며, 2003년 6월 30일 남북한간 합의문건으로서는 최초로 대한민국 국회에서 그 체결동의안이 정식으로 통과되고, 같은 해 8월 20일 남북한간 발효통지문을 교환함으로써 발효되었다.

4개 경협합의서 이외에 ‘개성·금강산지구 출입·체류합의서’ 등 9개의 남북합의서도 국회의 동의절차를 거치고, 남북한의 문건을 교환함으로써 발효되었다. 이러한 남북합의서들은 국회의 동의절차를 이행하였을 뿐만 아니라 헌법, 정부조직법, 법령 등 공포에 관한 법률 등이 정하는 절차에 따라서 공포되었고, 관보에 게재됨으로써 조약으로서 효력을 가진다고 할 수 있다. 특히, 개성공업지구의 운영에 대하여는 ‘개성·금강산지구 출입·체류합의서’, ‘개성공업지구 통신합의서’, ‘개성공업지구 통관합의서’, ‘개성공업지구 검역합의서’를 통하여 규율하고 있다. 한편, 2000년 6월 15일 최초로 남북한 정상회담의 결과로서 6.15남북공동선언이 발표되어 남북교류협력의 확대와 각종 남북합의서의 체결을 촉진하였으며, 2007년 10월 4일 남북한은 제2차 정상회담을 개최하고 ‘남북관계발전과 공동번영을 위한 남북정상 공동선언’을 통하여 6.15남북공동선언의 정신을 재확인하였다.

남북기본합의서와 남북정상회담에 따른 공동선언은 남북한관계의 발전에 있어서 정치적으로 매우 중요한 의미가 있을 것이나, 규범적으로는 법률적 구속력을 갖는 조약으로서의 성격을 인정하기 어려워 일정한 한계를 가진다. 4개 경협합의서 등도 이에 대해서 국회의 비준동의를 받는 등 법률적 효력을 부여하기 위하여 노력하고 있으나, 남북한은 그 합의내용을 실천하고 이행하는 후속합의서나 입법조치 등을 하지 않아 남북합의서는 추상적인 원칙을 제시하는데 그치고 있다. 법률적 효력을 갖는 남북합의서의 경우에도 남북공동위원회 구성, 남북상사중재위원회 구성과 중재규칙의 제정 등 후속조치를 이행하지 아니하고 있어 실질적으로 법규범으로 기능하지 못하고 있다. 남북합의서에



대하여 실효적인 규범력을 부여하기 위해서는 남북합의서의 내용을 제대로 실천하는 것이 중요한데, 이를 위해서는 국제사회에서 남북한 관계를 규율하는 것도 필요할 것이다. 그러나 북한이 국제사회에 통용되는 다자조약에 가입하지 않는 등 국제기구나 국제사회의 일원으로 참석하는 것에 소극적이어서 국제법원칙을 적용하는데 어려움이 있다.

## 나. 남한법률

남북한관계를 규율하는 남한법률로는 남북관계발전에 관한 법률, 남북교류협력에 관한 법률과 그 시행법령, 남북협력기금법과 그 시행법령, 형법과 국가보안법, 북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률(이하 ‘북한이탈주민보호법’이라고만 한다), 남북 이산가족 생사확인 및 교류촉진에 관한 법률 등을 들 수 있다. 남북한특수관계론에 따라 북한이 불법단체 또는 반국가단체로 활동하는 규범영역에서는 형법과 국가보안법이 적용될 것이고, 평화통일을 위한 대화와 협력의 상대방으로 활동하는 규범영역에서는 남북교류협력에 관한 법률 등이 적용될 것이다.

2005년 12월 29일 제정된 남북관계발전에 관한 법률은 남북한관계의 발전에 관하여 필요한 사항을 규정하고 있다. 남북관계발전에 관한 법률은 제3조 제1항에서 “남한과 북한의 관계는 국가간의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계이다.”고 규정하고, 제2항에서 “남한과 북한간의 거래는 국가간의 거래가 아닌 민족내부의 거래로 본다.”고 규정하여 남북한관계의 특수성을 명문으로 인정하고 있다. 이 법률은 평화통일을 구현하기 위하여 남북한관계의 발전은 자주·평화·민주의 원칙에 입각하여 남북한 공동번영과 한반도의 평화통일을 추구하는 방향으로 국민적 합의를 바탕으로 투명과 신뢰의 원칙에 따라 추진되어야 하며, 정치적·과당적 목적을 위한 방편으로

이용되어서는 아니 된다는 것을 기본원칙으로 하고 있다.

이 법률은 남북한관계의 발전을 위한 정부의 책무를 규정하고 있는데, 정부는 남북관계발전위원회를 구성하여 5년마다 남북관계발전에 관한 기본계획을 수립하고, 통일부장관은 연도별 시행계획을 수립하며, 이를 국회에 보고하도록 규정하고 있다. 또한, 그 동안 남북회담대표의 임명과 활동에 있어서 법적 근거가 불명확하다는 문제점을 시정하기 위하여 남북회담대표의 임명절차에 대하여 구체적으로 법적 근거를 마련하였으며, 공무원을 일정한 기간 동안 북한에 파견하여 근무하도록 할 수 있는 법적 근거규정을 마련함으로써 남북한관계의 투명성을 제고하였다. 그리고 남북합의서의 체결, 비준과 공포에 대한 절차를 자세하게 규정하여 법적 효력을 부여할 수 있는 근거를 마련하였으며, 남북합의서의 내용에 따라서 국회의 동의 등 필요한 절차를 달리 규정하였다.

1990년 7월 14일 제정된 남북교류협력에 관한 법률은 남북한의 상호교류와 협력을 촉진하고, 한반도의 평화와 통일에 기여함을 목적으로 하고 있다. 이 법률은 제3조에서 “남북교류와 협력을 목적으로 하는 행위에 관하여는 이 법률의 목적 범위 안에서 다른 법률에 우선하여 이 법을 적용한다.”고 규정하고 있어 남북교류협력에 관한 기본법으로 기능하여 왔다. 이 법률의 제정은 그 동안 정치적 통치행위로 다루어 왔던 남북한관계를 법치주의적 틀로 끌어들여 규율함으로써 북한을 교류협력의 상대방으로 인정하고 남북교류협력에 대한 개인의 권리를 보장하였다는 점에서 큰 의미가 있다. 이 법률이 제정된 이후 남북한관계는 크게 변화하였으며, 이에 대응하여 교류협력사업을 법제도적으로 지원하기 위하여 13차에 걸쳐 개정되었다. 특히, 2000년 남북정상회담 이후 남북교류협력이 크게 증가하고 그 내용도 다양하게 확대됨에 따라 행정절차를 간소화하고 지원사업을 확대하기 위하여 2005

년과 2009년 두 차례에 걸쳐 대폭 개정되었다.

이 법률은 남북한 주민의 왕래와 접촉 등 인적 교류와 물품의 반출·반입 등 물적 교류에 대하여도 원칙적으로 통일부장관의 승인을 받도록 하고, 남북한의 거래를 국가 사이의 거래가 아닌 민족내부의 거래로 보면서도 그 물품 등의 품목, 거래형태와 대금결제 방법 등에 대하여 통일부장관의 승인을 받도록 하고, 필요한 경우에는 교역에 관한 조정명령을 할 수 있도록 규정하고 있다. 이외에도 남북협력기금법과 남북협력기금의 운영관리규정 등 하위법령들이 남북한의 인적·물적 교류, 교역과 수송, 인도적 대북 지원사업 등을 규율하고 있다.

2007년 5월 25일 제정되어 4차례에 걸쳐 개정된 개성공업지구지원에 관한 법률은 개성공단사업을 활성화시키기 위하여 정부차원에서 필요한 각종 행정적·재정적 지원을 가능하게 하고, 개성공업지구에 투자하는 현지기업과 남한주민이 실체법적·절차법적으로 특별한 지원과 보호를 받을 수 있도록 규정하고 있다. 이 법률은 남한법률임에도 북한지역인 개성공업지구에 적용하는 것을 직접적으로 규정하고 있고, 북한법률에 의하여 설립된 개성공업지구 관리기관에 대하여 국가행정권한의 위임과 자금·인력의 지원 등을 통하여 부분적·간접적으로 북한주민(북한법률에 의하여 설립된 개성공업지구 현지법인)에 대하여도 적용하는 것을 내용으로 규정하고 있다.

#### **다. 북한법률**

남북한관계를 규율하는 북한법률로는 북남경제협력법, 개성공업지구법령, 금강산관광지구법령, 사회주의형법 등을 들 수 있다. 북한은 남한의 국가보안법에 대응하는 특별법을 두지 않고 국가안보범죄에 대하여는 사회주의형법을 통하여 규율하고 있는데, 제3장 반국가 및 반민족범죄에서 국가전복음모죄, 반국가선전·선동죄, 조국반역죄, 간첩죄,

민족반역죄 등에 대하여 자세하게 규정하고 있다.

북한은 2005년 7월 6일 최고인민회의 상임위원회 정령 제1182호로 ‘조선민주주의인민공화국 북남경제협력법’을 제정하였는데, 남북한 경제협력에서 제도와 질서를 엄격히 세워 민족경제를 발전시키는 것을 목적으로 하고 있다. 이 법률은 총 27개 조항으로 구성되어 있는데, 전 민족의 이익, 민족경제의 균형적 발전, 호상존중과 신뢰, 유무상통을 기본원칙으로 채택하고 있다. 이 법률은 중앙민족경제협력기관을 설치하여 남북한의 경제협력사업을 통일적으로 지도하도록 하고, 남북한 사이의 합의와 해당 법규에 따라 직접거래의 방법으로 협력사업을 진행하며, 사회의 안전 등 일정한 영역에서는 경제협력을 금지하고 있다. 이 법률은 협력사업의 승인, 남북한 주민의 출입·체류·거주 등 인적 교류, 물자의 반출입과 재산권 보호 등 물적 교류, 노력채용 방법, 세금과 결제방식 등 남북한 사이에 진행되는 경제협력 분야의 전반을 규율하고 있다. 즉, 이는 남한의 남북교류협력에 관한 법률에 대응하는 것으로 남북한 경제협력을 총괄하여 규율하는 기본법으로 평가할 수 있다.

북한은 2002년 11월 13일 최고인민회의 상임위원회 정령으로 ‘조선민주주의인민공화국 개성공업지구를 내움에 대하여’를 제정하고, 같은 달 20일 ‘조선민주주의인민공화국 개성공업지구법’을 제정하였다. 이 법률은 경제활동에 관한 영역에 대하여는 북한법률의 적용을 배제하고 있는데, 제9조에서는 “공업지구에서 경제활동은 이 법과 그 시행을 위한 규정에 따라 한다. 법규로 정하지 않은 사항은 중앙공업지구지도기관과 공업지구관리기관이 협의하여 처리한다.”고 규정하고 있다. 여기에서 ‘개성공업지구에서의 경제활동’의 범위에 관하여 해석상 논란이 있을 수 있으나 이 영역에 대하여는 북한의 일반적 법률적용을 배제하고 있어 개성공업지구법과 그 시행을 위한 하위규정, 그리고 중앙지도

기관이 제정한 시행세칙이 적용될 것이다. 개성공단에서의 경제활동을 규율하기 위하여 제정된 하위규정은 2003년 4월부터 2011년 7월 현재까지 모두 16개이다. 위 하위규정들은 개성공업지구법 제9조에서 규정하는 '경제활동'의 범위에 대한 해석과 관련하여 '기업창설·운영규정' 등 경제활동과 직접 관련된 내용뿐만 아니라 '노동규정', '관리기관설립·운영규정', '환경보호규정' 등 경제활동과 간접적으로만 관련된 내용도 폭넓게 포함하고 있다. 또한, 개성공업지구 관리위원회는 개성공업지구법 제25조에 따라서 총 50개의 사업준칙을 제정하여 시행하고 있는데, 개성공업지구법에 따른 하위규정이 미비된 상태에서 그에 관한 하위법령인 중앙공업지구지도기관의 시행세칙이 제정되지 않고 있자 관리위원회가 그 입법공백을 메우기 위하여 위 사업준칙을 제정하여 시행하고 있는 것이다.

북한은 2002년 11월 13일 최고인민회의 상임위원회 정령으로 '조선민주주의인민공화국 금강산관광지구법'을 제정하였으며, 개성공업지구법과 마찬가지로 제4조에서 "관광지구에서 관광과 관광업 그 밖의 경제활동은 이 법과 그 수행을 위한 규정에 따라야 한다. 법규로 정하지 않은 사항은 중앙관광지구 지도기관과 관광지구 관리기관이 협의하여 처리한다."고 규정하고 있다. 이에 따라 중앙관광지구 지도기관과 관광지구 관리기관을 설치하고, 그 하위규정과 시행세칙을 제정할 수 있도록 규정하였다. 북한은 2003년 5월부터 2011년 7월 현재까지 '개발규정', '기업창설·운영규정' 등 총 9개의 하위규정을 마련하고 있으나, 시행세칙이나 사업준칙은 제정하지 않은 상태이다.<sup>1)</sup> 한편, 북한은 2002년 9월 12일 '조선민주주의인민공화국 신의주특별행정구기본법'을 제

---

1) 북한은 금강산관광사업이 중단되자 2011년 4월 8일 현대아산의 독점권을 취소한다고 발표하였고, 2011년 4월 29일 금강산관광지구를 국제관광특구로 지정하였으며, 2011년 5월 31일에는 금강산국제관광특구법을 채택함으로써 금강산관광사업의 추진에 대하여 변화를 시도하고 있다.

정하여 신의주에 특별행정구역을 설치하고 입법권, 행정권, 사법권을 인정하는 등 광범위한 자치권을 부여하고자 하였으나, 특별행정구 초대 장관으로 임명된 양빈이 중국에 의하여 탈세 등 혐의로 체포되면서 특구개발은 중단되고 말았다.

### 3. 통일법제 연구의 현황과 기본방향

#### 가. 통일법제 연구의 현황

##### (1) 국가기관의 연구

정부차원에서 통일법제에 대하여 전담부서를 마련하고 체계적으로 연구를 시작한 것은 법무부이다. 1990년 들어 소련을 비롯한 사회주의국가의 붕괴와 독일과 예멘의 통일 등 국제적인 냉전체제가 종식되자 법무부는 남북통일과 남북교류협력을 대비하여 1991년 “통일법연구단”을 발족하였으며, 1992년 법무실에 특수법령과를 창설하여 통일대비 법무계획의 수립과 추진, 남북교류협력에 대한 법적 지원, 북한법제 및 통일관련 외국법제에 대한 연구 등 업무를 담당하면서 “북한법연구”, “통일대비 기본자료” 등 많은 자료집을 발간하였다. 법무부는 2008년 “특수법령과”를 “통일법무과”로 바꾸었으며, 현재 남북법령연구특별분과위원회를 운영하면서 학술지 “통일과 법률”을 발간하고 있다.

통일부는 통일정책에 대한 주무부처로서 남북교류협력에 관한 법률 등 다양한 통일관련 법률제정과 남북합의서의 체결 등을 통하여 통일법제를 구체화하고 있으며, 그 과정에서 법무부, 법제처 등과 협력하고 통일연구원과 통일교육원의 활동을 통하여 통일법제를 연구하고 있다. 특히, 통일부는 정책기획과에서 통일과정 및 통일 이후를 대비한 법령의 정비 및 제도의 수립을 위하여 통일법제자문위원회를 운영하고 있다. 특히, 통일부는 개성공단사업의 법률적 쟁점을 합리적으로 해결하기 위하여 개성공단 법률자문위원회를 운영하고 있으며, 개성공업지구

지원재단과 협력하여 개성공업지구 관리위원회의 운영, 사업준칙의 제정 등 업무를 담당하고 있다.

법제처는 1990년 이후 “북한법제연구반”을 구성하여 통일을 대비한 법제연구를 시작하여 “북한법제개요”, “남북법제연구보고서” 등 자료집을 매년 발간하고 1999년부터 “남북법제자문위원회”를 운영하면서 세미나를 개최하고 있다. 특히, 법제처는 2006년부터 북한법제에 대하여 총론적이고 개괄적인 연구가 아닌 행정교육법령·재정경제법령·환경문화법령 등 개별법제에 대한 세부적인 비교법제를 연구하고 있다. 또한, 최근에는 남북법제 관련 발간자료의 데이터베이스화작업을 추진하고 있으며, “법제지원단”을 중심으로 남북한 법제통합 준비를 위한 중장기 계획을 수립하는 등 남북법제연구사업을 강화하고 있다.

한편, 사법부에서도 통일법제에 대하여 연구활동을 진행하고 있다. 대법원은 1994년 “사법정책연구실”을 신설하여 그 업무에 북한사법제도 및 통일대비 사법정책에 대한 조사연구를 포함시켰으며, 2005년에는 그 명칭을 “사법정책실”로 변경하였다. 대법원은 1995년 특수사법제도연구위원회를 구성하여 통일법제를 연구하고 있으며, 그 연구성과물을 “남북교류와 관련한 법적 문제점”, “북한의 헌법”, “북한의 민사법” 등 자료집을 발간하였으며, 특수자료실을 설치하여 통일법 관련 자료를 수집, 비치하고 있다. 특히, 대법원은 2006년부터 통일법제에 관심이 있는 판사들을 주축으로 “통일사법정책연구반”을 구성하여 통일법제에 대하여 연구하고 그 성과물을 자료로 발간하고 있고, 사법연수원에서도 통일법 과목을 개설하고 있다.

한편, 한국법제연구원도 1990년 이후 북한법률용어사전을 발간한 것을 비롯하여 북한의 환경보호법제·지하자원법제·회계법제 등 개별법령과 중국·러시아·베트남·몽골 등 체제전환국가의 법제도 등 통일법제에

대한 연구자료를 발간하고 있으며, 헌법재판소도 최근 헌법연구원을 개설하여 통일헌법 등 통일법제에 대한 연구활동을 추진하고 있다. 이외에도 외교통상부, 국방부, 기획재정부 등 관련 부처에서도 주무업무와 관련한 통일법제에 대하여 연구하고 있다.

## (2) 민간단체의 연구

대한변호사협회는 그 산하에 “통일문제연구위원회”를 설치하여 2004년부터 통일법포럼을 개최하고 정기적으로 통일정책세미나를 개최함으로써 통일법제의 연구성과를 공유하고 있다. 특히, 대한변호사협회는 북한이탈주민법률지원위원회를 설치하여 북한이탈주민을 지원하고, 최근에는 변호사들의 통일법제 연구활동을 위하여 통일법제사이버아카데미를 준비하고 있다.

고려대 아세아문제연구소와 법학연구소는 1970년대부터 북한자료를 수집하기 어려운 여건에서도 통일법제를 연구하여 “북한법령연혁집”, “북한법률행정논총” 등을 발간하였으며, 경남대 극동문제연구소도 북한학의 일부로 북한법제를 연구하였고, 2005년에는 북한대학원대학교를 설립하여 북한문제에 대해 전반적으로 연구하고 있다. 국민대 북한법연구회는 1993년 창설되어 정기학술대회, 월례발표회 등을 통하여 폭넓은 주제에 대하여 통일법제를 연구하고 연구성과를 모아 “북한법연구”를 발간하고 있다. 국민대는 북한법연구회와 함께 2001년 “북한법연구센터”를 설립하여 통일법제를 연구하고 있으며, 한국법학교수회 산하의 “북한법연구특별위원회”, “한국공법학회” 등 학술단체와 공동으로 학술대회를 개최하는 등 활발하게 활동하고 있다.

한편, 서울대는 2010년 “헌법·통일법센터”를 설립하여 “개성공단 법률체계 확립방안”을 주제로 학술대회를 개최하는 것을 시작으로 통일법제에 대하여 본격적인 연구활동에 착수하였으며, 대학원 과정에 통



일법 전공을 신설하고 대학원과 법학전문대학원에서 통일법 관련 과목을 개설하고 있다.

## 나. 통일법제 연구의 기본방향

통일법제를 연구하는 것은 평화통일을 추진하는 기본방향과 원리를 구체적으로 설정하는 작업이므로 그 규범적 기준도 남북한특수관계론을 바탕으로 도출할 수 있다. 그 법제도 정비에 있어서 기본방향으로 다음 사항을 제시할 수 있다.

첫째, 법치주의에 바탕을 두어야 한다. 이는 우리 헌법이념인 자유민주적 기본질서와 법치주의를 바탕으로 법제도를 정비할 것이 요구되며, 남북한관계를 정치적 타결이 아닌 법제도적, 규범적 틀 안으로 끌어들이므로써 법적 안정성과 예측가능성을 부여하는 것이다. 따라서 국민의 권리와 의무에 관한 입법사항이나 국가공동체의 유지와 존속에 본질적으로 중요한 사항에 대하여는 반드시 국회가 제정한 법률의 형식으로 규정하여야 한다. 또한, 법적 안정성을 유지하기 위해서는 남북한관계의 특수성을 인정하고, 그로 인하여 발생한 신뢰에 대하여 그것이 법적으로 보호할 가치가 있는 경우에는 이를 적극 보호하여야 한다.

둘째, 남북교류협력에 기여하여야 한다. 남북교류협력법제는 남북교류협력을 실질적으로 증진하고 지원하는 방향으로 진행되어야 한다. 남북한교류협력의 과정에서 발생하게 될 다양한 법적 분쟁에 있어서 인적·지역적·사항적 적용범위에 대하여 남한의 법률만을 일방적으로 적용할 것을 주장하는 것은 비현실적일 뿐만 아니라 남북교류협력에도 장애가 될 것이다. 따라서 남북한 법률충돌과 모순을 합리적으로 해결하여야 하고, 이를 위해서는 북한의 법률과 제도에 대하여도 일정한 영역에서 규범적 효력을 인정할 필요가 있을 것이다.

셋째, 체계정합성의 원칙에 따라야 한다. 이는 남북관계와 남북교류 협력을 규율하는 법과 제도들 사이에 내용적으로 서로 모순되고 충돌되는 점이 발생하지 않도록 하고, 형식적으로도 법규범들 상호간에 상위규범과 하위규범간의 체계가 정합하도록 체계화시켜야 한다는 것이다. 다만, 남북한관계는 그 규율대상이 매우 가변적이고 정치적으로 고려해야 할 부분이 많을 뿐만 아니라, 입법기술적으로도 모든 경우를 법률에 규정하는 곤란한 경우가 있으므로 행정입법을 통해 탄력적으로 규율하는 것도 필요할 것이다.

넷째, 유연한 상호주의를 바탕으로 하여야 한다. 이는 남북한의 상호관계성에 대응하여 상호주의를 원칙으로 하되, 교류협력을 위하여 영역에 따라서 상호주의를 완화할 필요성이 있다는 것이다. 특히, 개성공단의 경우에는 남북한이 동등한 조건이 아니므로 일정한 영역과 분야에서는 상호주의의 적용을 배제하는 것도 필요할 것이다. 이때 상호주의의 적용과 배제의 요건과 범위를 어떠한 기준에서 설정할 것인지가 중요하다.

#### **4. 통일법제 연구의 확대와 과제**

##### **가. 통일법제 연구의 확대 방안**

남북한이 분단된 이후 오랫동안 이념적으로 냉전적 대립과 갈등이 계속되었으며, 이에 따라 통일법제에 대한 학문적인 연구활동은 그 범위와 깊이에 본질적인 한계가 있었다. 이러한 현실은 통일법제에 대한 자료가 부족하고 접근성이 어렵다는 점과 남북한관계를 법치주의의 틀로 규율하지 못하였다는 점과 함께 통일법제에 대한 연구로 하여금 적실성을 가지지 못하도록 하고, 통일법제에 대한 연구활동 자체를 방해하는 요인으로 작용하였다.

1990년 이후 사회주의의 몰락과 냉전체제의 해소로 인하여 남북한의 교류협력이 확대되고, 2000년 이후에는 남북정상회담의 개최로 인하여 남북한 경제협력이 강화됨에 따라 다양한 분야에 남북합의서가 체결되고, 남북교류협력을 규율하는 규범체계도 정서되고 있다. 특히, 개성공단과 금강산관광사업으로 인하여 남북한의 지역적·인적 교차를 규율하는 새로운 형태의 규범체계도 등장하였으며, 이산가족의 상봉과 북한이탈주민의 증가로 인하여 발생하는 법적 쟁점을 해결하기 위한 법제도도 정비되고 있다. 그러나 통일법제에 대한 연구활동은 아직까지 많이 부족하며, 통일법제 역시 남북한관계의 발전과 현실을 효과적으로 규율하기에는 어려움이 있는 것이 현실이다. 따라서 통일법제에 대한 연구활동을 확대하기 위해서는 다음과 같은 방안을 제시할 수 있다.

첫째, 통일법제의 연구주체를 다변화해야 한다. 통일법제에 대하여는 오랜 기간의 냉전적 대립구조와 남북한의 갈등으로 인하여 주로 정부나 국가기관이 주도하여 연구하였으며, 북한체제에 대한 비판 등 체제우위를 선전하거나 남북한의 현안문제를 해결하기 위하여 제한적으로 연구되어 왔다. 따라서 국가기관이 아닌 대학이나 민간의 연구기관에서 다양한 분야의 통일법제에 대하여 객관적이고 체계적으로 연구할 수 있는 여건을 마련함으로써 통일법제 연구의 편향성과 편협성을 완전히 극복하여야 할 것이다. 이를 위해서는 국가기관에서 관리하고 있는 통일법제에 관련된 다양한 자료를 연구기관과 공유하여 학문적 연구활동을 통하여 현실적으로 유용한 방안으로 발전할 수 있도록 하는 것이 필요하다.

둘째, 통일법제에 대한 연구주제, 대상, 범위를 확대함으로써 그 연구분야를 다양하게 할 필요가 있다. 그 동안 통일법제에 대한 연구는 북한의 헌법, 형사법, 민사법, 대외개방법제 등 북한법제와 남북교류협

력법, 개성공업지구법 등 남북교류협력법제를 중심으로 진행되었고, 통일과정과 그 이후의 사법·법률통합에 대하여도 통일헌법과 독일·예멘의 사례를 중심으로 총론적인 수준에서 연구되었다. 따라서 통일법제의 연구범위를 확대하여 남북교류협력을 준비하고 통일 이후 법률통합을 대비하여 다양한 분야에서 북한법제를 연구하고, 그와 관련된 독일·예멘·중국과 대만의 사례를 각론적이고 구체적으로 연구할 필요가 있다.

셋째, 정부는 통일법제에 대한 연구활동의 필요성을 깊이 인식하고 그에 대한 지원을 확대해야 한다. 평화통일은 대한민국의 미래를 결정하는 가장 중요한 과제이므로 공익적 차원에서 통일법제의 전문가를 양성하고 이들을 관련부처에 채용함으로써 연구활동에 전념할 수 있도록 해야 한다. 이를 위해서는 통일법제를 전문적으로 연구하는 연구단체를 안정적으로 지원하며, 대학생들에 대한 통일법제 교육도 강화해야 할 것이다. 이와 함께 대학과 연구기관 등 민간단체도 통일법제에 대한 학술활동의 확대, 국가기관과의 협력체제 구축, 통일법제에 대한 교육프로그램 개발, 통일법 전공과목 개설 등을 통해 통일법에 대한 관심을 제고하고 통일법을 연구할 수 있는 구체적인 장을 마련해야 할 것이다.

## 나. 향후 과제

통일법제에 대하여 보다 넓은 분야에서 깊이 있는 연구를 진행하기 위해서는 지금까지의 연구성과를 바탕으로 다음과 같은 과제에 대하여도 관심을 기울여야 할 것이다.

첫째, 남북교류협력을 대비하여 남북한의 현실을 반영하면서도 평화통일을 견인할 수 있는 규범으로 기능할 수 있는 법제도를 구축해야 한다. 우리가 지향하는 평화통일은 남북한의 교류협력을 바탕으로 하고 있으므로 통일의 과정에서 예상되는 다양한 분야에서의 교류협력을

실효적으로 규율할 수 있는 통일법제를 준비해야 하며, 남북한특수관계론을 경제분야는 물론 정치, 군사, 외교, 사회, 문화 등 개별적인 분야에 적용하여 활용할 수 있도록 하여야 한다. 이를 위해서는 일반원칙에 대하여 개별분야의 법적인 특수성을 반영할 수 있는 규범적 기준도 마련하여야 하고, 법학뿐만 아니라 관련 학문과 서로 연계하는 학제간 연구도 필요할 것이다.

둘째, 통일과정과 그 이후에 대한 통일법제에 대한 연구를 심화해야 한다. 남북한관계에 있어서 현안인 한반도 비핵화, 남한주민의 신변안전보장, 합리적 분쟁해결절차의 마련에 대하여도 실효적인 법제도를 준비하여야 하겠지만, 이와 함께 통일의 과정에서 발생하는 다양한 법적 쟁점들 해결하기 위해서도 통일합의서의 체결, 휴전협정의 평화협정으로의 전환, 남북한 법률의 잠정적 적용 등에 대한 연구도 필요할 것이다. 또한, 통일 이후에 극복해야 될 과제로서 체제불법범죄의 청산, 정치적 피해자의 구제, 몰수재산의 처리 등을 해결하고, 새로운 국가공동체를 규율하는 헌법원리와 이념체계, 그리고 이를 바탕으로 국가조직과 법률의 통합에 대하여도 폭넓은 연구가 요구된다고 하겠다.

셋째, 분단국가의 통일법제에 대하여도 보다 깊이 있는 연구를 해야 한다. 그 동안 분단국가로서 통일을 달성한 독일의 사례에 대하여는 다양한 분야에서 연구활동이 진행되었다. 그러나 독일통일에 대한 정치·정책적 연구가 중심이 되었고 통일법제에 대한 연구는 상대적으로 미흡하였으며, 대부분이 총론적인 수준에서 소개되었다. 향후 동서독과 남북한의 공통점과 차이점에 유의하면서 다양한 분야에서 진행된 사례를 중심으로 교류협력의 단계에서의 법령정비, 통일과정의 단계에서의 법제도적 장치, 통일 이후의 법률통합에 대하여 구체적이고 학론적인 연구활동을 통해 우리에게 도움이 되는 시사점을 도출하여야 할 것이다. 또한, 중국과 대만의 사례에 대하여도 보다 구체적인 실증적

연구가 요구된다고 하겠다.

넷째, 개성공단에 대한 법제도를 정비하는 것이 필요하다. 개성공단에서는 남북한 법령이 다면적·중층적으로 적용되고, 그 법률체계도 정합적으로 정비되어 있지 않은 상태이다. 또한, 남북한의 정치적·법률적인 경계점점으로 중요한 의미가 있고, 향후 북한의 체제전환과 통일 이후의 법률통합을 위한 교육장으로서 역할도 담당할 수 있다. 따라서 개성공단의 법제에 대하여는 이러한 특수성을 반영하여 남북한 법률체계의 차이로 인하여 발생하는 다양한 법적 분쟁을 효율적으로 해결할 수 있도록 하여야 할 것이다.

# 제1세션

## 남북한 법제도의 현황과 과제

(사회 : 손희두 연구위원, 한국법제연구원)

- 남한의 통일법제

- ※ 발표(박건우, 서울대 로스쿨), 지정토론(김정림, 통한법전)

- 북한법제의 변화과정 및 전망

- ※ 발표(이정렬, 사법연수원), 지정토론(송진호, 서울대 대학원)

[제1주제]

# 남한의 통일법제

서울대학교 법학전문대학원 박건우

## I. 서 론

남북통일이란 양단되어 있는 남한과 북한을 통일하여 한 국가로 만드는 일이며, 남북한 주민이 서로 적대적인 상이한 체제 속에서 살고 있는 현재의 분단상태를 극복하고 하나의 민족공동체를 형성하여 살아가는 것을 의미한다.<sup>2)</sup> 원래 국가의 통일(통합)이란 둘 이상의 국가가 하나의 국가를 건설하는 것을 의미하지만, 남북한의 통일은 본래 단일한 하나의 국가가 역사적으로 분단되었다가 다시 통일하는 것이다.<sup>3)</sup>

현재 남북통일과 남북한관계에 대하여 적용되는 법규범은 남한의 국내법률과 남북한 당국이 체결한 남북합의서로 구분될 수 있다.<sup>4)</sup> 첫째, 국내법으로는 남북통일과 남북한관계의 기본원칙을 선언하고 있는 「헌법」, 남북교류협력에 관한 기본법인 「남북교류협력에 관한 법률」과 「남북관계 발전에 관한 법률」, 그리고 일정한 분야에 적용되는 「남북협력기금법」, 「통일교육지원법」 「북한이탈주민의보호및정착지원에관한법률」 등이 있으며 남한의 국내법적 관점에서 남북한관계

2) 사법연수원, 「통일법연구」 2009, 7면.

3) 성낙인, 「헌법학」, 박영사, 2007, 212면.

4) 사법연수원, 주1)의 책, 9면.



를 규율한다. 둘째, 남북한 당국간 체결한 남북합의서로는 「남북 사이의 화해와 불가침 및 교류·협력에 관한 합의서」(남북기본합의서)를 비롯한 다양한 남북합의서가 있으며 남북한 상호간의 관점에서 남북한 관계를 규율하고 있다.

남한의 통일법제에 대하여 소개하고 그동안 문제점으로 지적된 바를 정리하여 그 개선방향을 제시하는 것을 목표로 하는 이 글에서는 논의의 대상을 남한의 국내법으로 한정하고자 한다. 가장 먼저 검토하여야 할 것은 통일에 관한 헌법규정이다. 우리 헌법은 제4조와 전문을 비롯한 여러 조항에서 “평화적 통일”의 원칙을 직접 천명하고 있다. 특히 제4조는 제3조의 영토조항과 관련하여 복잡한 해석문제를 야기하고 있다. 이들 규정에 대한 해석과 더불어 남한 헌법상 북한의 법적 지위를 어떻게 설정할 것인지의 문제를 고찰하기로 한다. 다음으로 남북교류에 관한 남한의 국내법률인 「남북교류협력에 관한 법률」, 「남북협력기금법」, 「남북관계 발전에 관한 법률」의 내용과 문제점을 검토한다. 여기에서는 남북교류에 관한 기본법이라는 평가를 받는 「남북교류협력에 관한 법률」과 형벌법인 국가보안법의 관계를 살펴볼 필요가 있다. 끝으로 앞에서 행하여진 논의를 바탕으로 통일을 대비한 입법방향을 간략히 제시하고자 한다.

## II. 헌법의 통일관련규정과 북한의 법적 지위

### 1. 남북통일과 헌법

통일은 남북한 주민의 자유와 권리를 보장하고 새로운 국가공동체를 조직하고 구성하는 작업이므로 헌법적인 문제일 수밖에 없으며, 통일방안의 수립, 통일정책·전략의 입안·집행과 관련되는 국가기관의 작용

은 국가정치와 국민생활 최고의 가치규범인 헌법규범에 바탕을 두고 이에 부합하도록 이루어져야 한다. 이러한 의미에서 헌법은 통일을 달성하는 수단임과 동시에 통일의 방향을 제시하고, 통일의 방법과 절차를 규율함으로써 통일의 법적 정당성을 부여하는 기준이 된다.<sup>5)</sup>

## 2. 통일에 관한 현행 헌법의 규정

현행 헌법에서는 전문을 비롯하여 여러 조항에서 “평화적 통일”의 원칙을 직접 천명하고 있다. 즉 전문에서 대한민국은 “평화적 통일의 사명”을 가진다고 명시하고, 제4조에서 “대한민국은 통일을 지향하며, 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책을 수립하고 이를 추진한다”고 규정하고 있는 것이다. 나아가 제66조 제3항에서는 대통령에게 “조국의 평화적 통일을 위한 성실한 의무”를 부여하는 한편 제69조는 대통령이 취임에 즈음하여 “조국의 평화적 통일”에 노력할 것을 선서하도록 하고 있으며, 제72조는 대통령이 통일에 관한 중요정책을 국민투표에 붙일 수 있도록 하고 있다. 끝으로 제92조 제1항은 “평화통일정책의 수립에 관한 대통령의 자문에 응하기 위하여 민주평화통일자문회의를 둘 수 있다”고 규정하고 있다.

우리 헌법의 평화통일 원칙은 분단된 조국의 현실과 무력에 의한 통일추구가 불가능한 국제정치적 현실을 인식하고 평화적인 방법으로 조국통일을 실현하겠다는 의지를 표명한 것이다.<sup>6)</sup> 평화통일 원칙은 입법이나 정책결정의 방향을 제시하며, 공무원을 비롯한 모든 국민·국가기관이 헌법을 존중하고 수호하도록 하는 지침이 된다. 또한 통일문제에 관련하여 헌법조항을 비롯한 모든 법령의 해석기준을 제공할 뿐만 아니라 헌법조항 내지 법령의 흠결 시에는 이를 보완하는 원리가 되고,

---

5) 이효원, 「남북교류협력의 규범체계」, 경인문화사, 2006, 2면.

6) 허영, 「한국헌법론」, 박영사, 2003, 167면.

통일법제에 관한 입법권의 범위와 한계를 설정하는 기준이 된다.

헌법 제4조는 남북통일의 기본원칙과 통일을 실현하는 방법과 수단을 직접적으로 규정하고 있다. 통일의 기본원칙으로는 “자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일”을 천명하고, 이와 함께 통일을 실현하는 구체적인 방법과 수단으로는 “평화적 통일”을 선언하고 있다.

여기서 자유민주적 기본질서란 헌법재판소가 밝히고 있는 바와 같이 “모든 폭력적 지배와 자의적 지배, 즉 반국가단체의 일인독재 내지 일당독재를 배제하고 다수의 의사에 의한 국민의 자치, 자유·평등의 기본원칙에 의한 법치주의적 통치질서”를 말하며, 구체적으로는 기본적인 권의 존중, 권력분립, 의회제도, 복수정당제도, 선거제도, 사유재산과 시장경제를 골간으로 한 경제질서 및 사법권의 독립 등을 의미한다.<sup>7)</sup> 이 때 자유민주적 기본질서는 자유민주주의에 입각한 사회복지국가원리를 포함하는 것으로 이해할 수 있으나 정치적 다원주의를 부정하는 전체주의와 인민민주주의는 엄격히 배제하는 개념이다.<sup>8)</sup> 따라서 통일의 기본원칙으로서 자유민주적 기본질서는 북한이 지향하는 인민민주주의가 아니라 서구적 자유민주주의로서 국민주권의 이념과 정의사회의 이념이 존중되는 통치질서에 입각한 통일을 지향하는 것이어야 한다.

그리고 우리 헌법이 통일을 실현하는 구체적인 방법과 수단으로서 “평화적 통일”을 천명하고 있으므로, 무력에 의한 통일이나 강압에 의한 통일은 허용되지 않는다. 이는 평화적인 방법과 수단·절차에 따라 통일정책을 수립하고 추진해야 하고, 통일을 실현함으로써 창설하는 새로운 국가공동체도 평화주의를 기본원리로 할 것을 예정하고 있는 것이다. 통일의 기본원칙과 통일을 실현하는 방법과 수단으로서의 평화주의는 남북통일의 최종적인 모델은 물론 통일정책을 수립하고 추진

---

7) 헌법재판소 2001.9.27. 선고 2000헌마238·302 결정.

8) 이효원, 주4)의 책, 33면.

하는 과정에서 교류 협력을 진행하는 남북한 관계에서도 준수하여야 할 규범적 기준이자 헌법적 한계로서의 의미를 가진다고 하겠다.<sup>9)</sup>

### 3. 헌법 제3조와 제4조의 규범조화적 해석과 북한의 법적 지위<sup>10)</sup>

#### 가. 문제점

우리 헌법은 북한의 법적지위를 직접적으로 규정하고 있는 것은 아니나 영토조항이나 통일관련 조항을 통하여 북한의 법적 지위에 대한 해석을 도출할 수 있다.

대한민국헌법

제3조 대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다.

제4조 대한민국은 통일을 지향하며, 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일 정책을 수립하고 이를 추진한다.

헌법 제3조와 제4조의 관계에서의 핵심적인 쟁점은 북한의 법적 지위와 관련하여 헌법 제3조의 영토조항이 현실적으로 규범력을 가지고 기능하느냐의 문제이다. 즉, 헌법 제3조를 형식적·문리적으로 해석할 경우 법논리적으로 북한지역에 대한민국의 주권과 모순되거나 충돌하는 어떠한 정치적 실체도 인정할 수 없다. 그러나 현실적으로 북한지역에 조선민주주의 인민공화국이라는 정치적 실체가 국가적 형태를 가지고 통치권을 행사하고 있다는 사실을 인정하지 않을 수 없으므로 이러한 북한의 법적 지위와 남북한관계에 대한 헌법현실을 헌법규범적으

9) 이효원, 주4)의 책, 35면.

10) 이하의 논의는 사법연수원, 주1)의 책, 67면 이하를 참조한 것이다.

로 어떻게 설명할 것인지에 대하여 다양한 견해가 대립되고 있다. 이러한 학설들은 우리 헌법이 완성헌법이며, 통일국가를 달성할 때까지만 잠정적으로 그 규범력이 인정되는 것은 아니라는 것을 전제로 하고 있다. 헌법 제3조의 규범력에 대하여는 1992년에 남북한이 동시에 국제연합에 가입하고, 남북기본합의서를 체결하는 등 남북관계가 근본적으로 변화하는 과정을 겪으면서 영토조항인 헌법 제3조와 평화통일조항인 헌법 제4조의 관계를 중심으로 그 규범력을 인정할 수 있는 다양한 근거를 모색하면서 법이론적 연구가 전개되어 왔다.

## 나. 견해의 대립

### (1) 헌법 제3조의 규범력을 부인하는 입장

북한이 국제사회에서는 물론 남북한관계에서도 엄연히 정치적 실체로서 활동하고 있는 현실을 인정하여야 하고, 이를 바탕으로 남북한관계에 대한 규범체계를 정립하여야 한다는 입장에서는 헌법 제3조의 규범력을 부인하게 된다. 이러한 입장도 제3조 자체가 국제법 또는 헌법현실과 부합하지 않으므로 규범력을 상실한 명목적인 규정이라는 견해에서부터 헌법에 규정된 이상 헌법조항 자체의 규범력을 부인할 수 없으나 헌법 제4조와의 관계를 고려할 때 결과적으로 남북한관계에 있어서 현실적으로 규범력을 갖지 못한다는 견해까지 다양하다.

첫째, 헌법 제3조의 영토조항은 북한지역에 대하여서는 비현실적이고 비논리적인 규정이므로 그 규범력을 이미 상실하였다는 견해가 있다. 이는 국가주권의 지역적인 효력범위는 국가가 실효적으로 지배함으로써 통치권이 현실적으로 미치는 영토에 국한된다는 것을 전제로 하고 있다. 특히 1970년대 이후 국제사회에서 냉전체제가 종식됨에 따라 남북한간에도 정치적·군사적·이념적 대결을 지양하고 대화와 협력을

통한 평화통일을 민족적 사명이자 과제로 설정하였으며 이를 헌법에도 반영하여 평화통일에 대하여 구체적으로 명시하고(헌법 제4조) 북한이라는 정치적 실체를 헌법규범적으로 수용하였다는 것이다.

둘째, 헌법 제3조에 대한 헌법변천을 주장하는 견해가 있다. 헌법 제3조가 제정될 당시에는 북한을 불법단체로 보았지만, 시대상황의 급격한 변화에 따라 현재에는 교류와 협력의 상대방으로 보는 단계에 이르렀다는 것이다. 이러한 북한에 대한 인식변화 및 통일정책의 변화는 영토조향에 대한 본래의 규범적 내용을 실질적으로 변경시켰으므로 헌법 제3조의 규정은 헌법개정 없이도 그 규범적인 의미를 이미 상실한 규정이 되었고, 이는 헌법변천에 해당한다는 것이다.

셋째, 헌법 제3조는 그 자체의 규범력은 인정되지만 제4조와의 관계에서 제4조의 규범력에 비하여 그 규범력이 약화되어 결과적으로 실효성을 상실하게 된다는 견해이다. 헌법 제3조는 헌법의 효력범위 또는 주권의 공간적 범위를 정한 헌법원칙이라기 보다는 대한민국의 정통성을 주장하는 당위적 명제를 천명한 정치적 선언으로서 대한민국의 영토가 대한제국의 영토를 승계한 것이며 타국에 대한 침략의사가 없음을 표시하는 선언적인 규정으로 보아야 한다는 것이다. 한편 헌법 제4조의 평화통일조향은 통일에 대한 추진방법과 그 수단을 규정한 현실적·구체적·규범적인 조향 또는 구체적·구속적·법적 규정으로 이해하는 것이 타당하다는 것이다.

넷째, 헌법 제3조는 규범력을 가지고 있으나 헌법 제4조와의 관계에 있어서 제4조의 규범력이 제3조에 비하여 우월한 효력을 가지므로 결과적으로 제3조의 실효성을 상실한다는 견해이다. 즉, 헌법 제4조의 평화통일조향이 헌법이념상이나 헌법정책적인 측면에서 제3조에 비하여 고도의 헌법적 가치 또는 이익을 내포하고 있으므로 제3조의 영토조향에 비하여 우월한 효력을 가진다는 것이다.

## (2) 헌법 제3조의 규범력을 인정하는 입장

헌법 제3조의 영토조항은 건국헌법부터 현행헌법에 이르기까지 일관되게 유지되어 오고 있는 조항으로서 현실적이고 실제적인 법적 구속력을 가지고 있으며, 제4조의 통일조항과의 관계에 있어서도 양자는 서로 모순되는 것이 아니라 헌법체계상 서로 규범적으로 조화된다는 견해이다. 이는 헌법학계의 다수설의 입장으로서는 헌법 제3조의 규범적 의미를 다음과 같이 보고 있다.<sup>11)</sup> 첫째, 헌법에서 대한민국의 영토범위를 명백히 함으로써 타국에 대하여 침략적 야욕이 없음을 분명히 하고 있다(국제평화주의론). 둘째, 대한민국은 한반도의 유일한 합법정부이다(유일합법정부론). 셋째, 따라서 휴전선 이북 지역은 조선민주주의인민공화국이라는 불법적인 반국가단체가 지배하고 있는 미수복지역이다(미수복지역론). 넷째, 영토조항은 구한말의 영토를 승계한(구한말영토승계론) 대한민국의 정통성과 직결되는 사안이므로 이는 현실적 상황논리로 해결할 성격이 아니다. 이 견해에 따르면 남북한의 분단은 법률상의 분단이 아니라 사실상의 분단이므로 대한민국의 주권 또는 헌법의 효력이 당연히 한반도 전체에 미치는 것이지만 남북분단의 현실적 상황에 의하여 북한지역에 대한 효력이 사실상 제약당하고 있을 뿐이라는 것이다. 따라서 헌법 제3조는 대한민국의 영토를 법률상 회복하여야 할 통일의 책무를 부과하는 규정이며, 제4조는 이러한 통일의 책무에 대한 기본적인 추진 방식과 수단을 규정하고 있으므로 제3조와 제4조는 목적과 수단의 관계에 있게 된다. 이와 같은 헌법해석은 북한의 이중적 지위를 바탕으로 남북한 관계의 특수성을 반영하고 있는 것이므로 북한의 법적 지위도 우리 헌법 체제 내에서 통일적으로 조화를 이룬다고 한다.

---

11) 이에 대한 상세한 설명은 성낙인, 주2)의 책, 217면 참고.

## 다. 판례의 입장

### (1) 대법원 판례

#### <대법원 1991.4.23. 선고 91도212 판결>

북한은 6·25 전쟁을 도발하여 남침을 감행하였고, 휴전 이후에도 대한민국에 대하여 도발행위를 계속하고 있으며, 그 헌법과 형법에 적화통일의 의지를 드러내고 있을 뿐 아니라 막강한 군사력으로 대한민국과 대치하면서 대한민국의 자유민주적 기본체제를 전복할 것을 완전히 포기하였다는 명백한 징후를 보이지 않고 있어 우리의 자유민주적 기본질서에 대한 위협이 되고 있음이 분명한 상황에서, 대한민국의 헌법과 남북교류협력에관한법률이 평화통일원칙을 선언하고 이를 실현하기 위한 노력의 일환으로 제한적인 남북교류를 규정하고 있다거나, 우리 정부가 북한당국자의 명칭을 쓰면서 남북국회회담과 총리회담을 병행하고 정상회담을 도모하며 유엔 동시가입을 추진하는 등 한다 하여 북한이 국가보안법상의 반국가단체가 아니라 할 수 없으니

#### <대법원 1993.10.8. 선고 93도1951 판결>

북한집단은 남북합의서의 발효와 유엔가입 후에도 여전히 대한민국과 대치하면서 대한민국의 자유민주적 기본체제를 전복할 것을 완전히 포기하였다는 명백한 징후를 보이지 않고 있고, 그들 내부에서의 민주적 변화도 없는 상태에서 대한민국에 대한 무력도발과 각종의 선전, 선동 및 이른바 통일전선전술에 의하여 대한민국의 자유민주체제의 붕괴를 지속적으로 획책하고 있으므로, 국가보안법의 보호법익인 국가의 존립, 안전과 자유민주적 기본질서에 대한 최대의 현실적 위협집단으로서 반국가단체라 함이 당원의 견해이고, 북한을 반국가단체로 본다고 하여 헌법상 평화통일의 원칙에 배치된다 할 수 없고



<대법원 1996. 11. 12. 선고 96누1221 판결>

조선인을 부친으로 하여 출생한 자는 남조선과도정부법률 제11호 국적에관한임시조례의 규정에 따라 조선국적을 취득하였다가 제헌헌법의 공포와 동시에 대한민국 국적을 취득하였다 할 것이고, 설사 그가 북한법의 규정에 따라 북한국적을 취득하여 중국 주재 북한대사관으로부터 북한의 해외공민증을 발급받은 자라 하더라도 북한지역 역시 대한민국의 영토에 속하는 한반도의 일부를 이루는 것이어서 대한민국의 주권이 미칠 뿐이고, 대한민국의 주권과 부딪치는 어떠한 국가단체나 주권을 법리상 인정할 수 없는 점에 비추어 볼 때, 그러한 사정은 그가 대한민국 국적을 취득하고 이를 유지함에 있어 아무런 영향을 끼칠 수 없다.

<대법원 2003. 5. 13. 선고 2003도604 판결>

비록 남북 사이에 정상회담이 개최되고 그 결과로서 공동선언이 발표되는 등 평화와 화해를 위한 획기적인 전기가 마련되고 있다 하더라도, 그에 따라 남북관계가 더욱 진전되어 남북 사이에 화해와 평화적 공존의 구도가 정착됨으로써 앞으로 북한의 반국가단체성이 소멸되는 것은 별론으로 하고, 지금의 현실로는 북한이 여전히 우리 나라와 대치하면서 우리 나라의 자유민주주의 체제를 전복하고자 하는 적화통일노선을 완전히 포기하였다는 명백한 징후를 보이지 않고 있는 이상, 북한은 조국의 평화적 통일을 위한 대화와 협력의 동반자임과 동시에 적화통일노선을 고수하면서 우리의 자유민주주의 체제를 전복하고자 획책하는 반국가단체라는 성격도 아울러 가지고 있다고 보아야 하고, 남북정상회담의 성사 등으로 북한의 반국가단체성이 소멸하였다고 볼 수는 없다.

## (2) 헌법재판소 결정례

<헌법재판소 1993. 7. 29. 선고 92헌바48 결정>

현 단계에 있어서의 북한은 조국의 평화적 통일을 위한 대화와 협력의 동반자임과 동시에 대남적화노선을 고수하면서 우리자유민주체제의 전복을 획책하고 있는 반국가단체라는 성격도 함께 갖고 있음이 엄연한 현실인 점에 비추어, 헌법 제4조가 천명하는 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책을 수립하고 이를 추진하는 한편 국가의 안전을 위태롭게 하는 반국가활동을 규제하기 위한 법적 장치로서, 전자를 위하여는 남북교류협력에관한법률 등의 시행으로써 이에 대처하고 후자를 위하여는 국가보안법의 시행으로써 이에 대처하고 있는 것이다.

<헌법재판소 1997. 1. 16. 선고 92헌바6 결정>

또 소위 남북합의서는 남북관계를 “나라와 나라 사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계”(전문 참조)임을 전제로 하여 이루어진 합의문서인바, 이는 한민족공동체 내부의 특수관계를 바탕으로 한 당국간의 합의로서 남북당국의 성의있는 이행을 상호 약속하는 일종의 공동성명 또는 신사협정에 준하는 성격을 가짐에 불과하다. 따라서 남북합의서의 채택·발효 후에도 북한이 여전히 적화통일의 목표를 버리지 않고 각종 도발을 자행하고 있으며 남·북한의 정치, 군사적 대결이나 긴장관계가 조금도 해소되지 않고 있음이 엄연한 현실인 이상, 북한의 반국가단체성이나 국가보안법의 필요성에 관하여는 아무런 상황변화가 있었다고 할 수 없다.

또 1990. 8. 1. 법률 제4239호로 “남북교류협력에관한법률”이 공포·시행된 바 있으나, 이 법률은 남·북한간의 상호교류와 협력을 촉진하기 위하여 필요한 사항을 규정할 목적으로 제정된 것인데(제1조) 남·북한간의 왕래·교역·협력사업 및 통신역무의 제공 등 남북교류와 협

력을 목적으로 하는 행위에 관하여는 정당하다고 인정되는 범위 안에서 다른 법률에 우선하여 이 법을 적용하도록 되어 있어(제3조) 이 요건을 충족하지 아니하는 경우에는 이 법률의 적용은 배제된다고 할 것이므로 국가보안법이 이 법률과 상충되는 것이라고는 볼 수 없다. 요컨대, 현단계에 있어서의 북한은 조국의 평화적 통일을 위한 대화와 협력의 동반자임과 동시에 대남적화노선을 고수하면서 우리 자유민주주의체제의 전복을 획책하고 있는 반국가단체라는 성격도 함께 갖고 있음이 엄연한 현실인 점에 비추어, 헌법의 전문과 제4조가 천명하는 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책을 수립하고 이를 추진하는 법적 장치로서 남북교류협력에관한법률 등을 제정·시행하는 한편, 국가의 안전을 위태롭게 하는 반국가활동을 규제하기 위한 법적 장치로서 국가보안법을 제정·시행하고 있는 것으로서, 위 두 법률은 상호 그 입법목적과 규제대상을 달리하고 있는 것이므로 남북교류협력에관한법률 등이 공포·시행되었다 하여 국가보안법의 필요성이 소멸되었다거나 북한의 반국가단체성이 소멸되었다고는 할 수 없다(헌법재판소 1993. 7. 29. 선고, 92헌바48 결정 참조).

### (3) 분석과 평가

대법원은 헌법 제3조의 영토조항에 대하여는 일관되게 이를 선언적인 규정에 불과한 것이 아니라 헌법제정권력자의 의지가 규범화된 것으로서 법적인 효력을 가지는 규범적 규정으로 이해하고 있다. 남북교류협력에관한법률 등이 제정되고 각종 남북합의서가 체결됨으로써 남북교류협력이 활발하게 추진되고, 남북한이 동시에 UN에 가입하는 등 남북관계에 변화와 개선이 이루어지고 있음에도 대법원은 종전과 동일한 입장을 유지하고 있다. 제4조의 통일조항과의 규범조화적 관계에도 불구하고 북한의 국가성을 부인하고 자유민주적 기본질서의 수호라는

관점과 제3조의 규정에 비추어 북한은 반국가단체 또는 불법단체에 불과하다는 것이다. 여기에서 대법원이 헌법 제3조의 규정만을 근거로 북한을 반국가단체로 규정하는 것은 아니라는 점이 특징이다. 대법원은 헌법 제3조 이외에도 “국가의 안전과 국민의 자유”, “자유민주적 기본체제의 수호”, “국가의 존립, 안전과 자유민주적 기본질서의 수호” 등 헌법이념과 가치를 함께 근거로 제시하고 있다.

헌법재판소 역시 제3조에 대하여 기본적으로 그 규범력을 인정하여 북한을 반국가단체 또는 불법단체라고 인정하고 있으며, 평화통일정책의 수립·추진을 위해서는 자유민주적 기본질서를 저해하지 아니하는 범위 안에서 북한을 대화와 협력의 일방 당사자로 인정할 수밖에 없다는 인식을 바탕으로 북한을 평화통일을 위한 대화와 협력의 당사자로 인정하는 근거로 헌법 제4조를 제시하고 있다. 이는 남북한관계의 독특한 이중적 지위를 법리적으로 반영한 것으로 남북교류협력에 관한 법률의 합헌성의 근거를 제시하는 동시에 북한과의 교류협력정책에 대하여 헌법적 정당성을 부여했다는 점에서 의미가 있다. 즉, 종래에는 반국가단체인 북한과의 각종 교류협력정책을 대통령의 통치행위라는 법치주의 영역 밖의 이론으로 설명하였으나 이에 대한 헌법적 근거를 제시함으로써 법치주의적 영역 안에서 통일정책을 수행할 수 있는 기반을 마련하였다는 것이다. 그리고 북한을 반국가단체 또는 불법단체로 인정하는 법적 근거로서 “국가의 안전과 국민의 자유보장, 자유민주적 기본질서의 유지라는 헌법적 가치를 위협하는 객관적 실체라는 점”을 제시하고 있을 뿐, 헌법 제3조를 제시하고 있지 않다는 것이 특징이다. 이러한 헌법재판소의 태도에 대하여는 헌법 제4조를 통하여 통일과 남북관계를 헌법적 차원에서 법치주의 영역으로 적극 수용함으로써 남북한의 특수한 현실을 적절히 반영하였다는 긍정적인 측면이 있으나 헌법 제3조와 제4조의 규범체계적 관계에 대한 법리 판단을 회피하였다는 비판이 가능하다.

결론적으로, 대법원과 헌법재판소는 헌법 제3조와 제4조의 규범적 효력, 북한의 지위에 관하여 법리적 접근 방식과 강조점을 다소 달리하고 있으나 기본적으로 헌법 제3조의 규범력을 인정하는 토대 위에서 헌법 제4조와의 규범조화적 해석을 통하여 북한의 이중적 지위를 인정하고 있다.

#### 4. 검토 : 헌법규범과 헌법현실 사이의 괴리를 최소화하는 논리의 필요성

그동안 법원의 판결을 통하여 나타난 영토조항의 해석론은 분명히 새로운 시대상황에 적응하지 못하는 어려움을 안고 있다. 동서냉전시대의 분단논리에서는 아무런 문제가 되지 않던 영토조항이, 변화된 국내외적 현실을 헤쳐 나가는데 장애요인이 된다면 이제 이를 보다 전진적인 자세로 해석할 필요가 있다.

한편 헌법의 핵심 영토조항이 갖는 규범력을 무시할 수는 없다. 영토조항은 북한붕괴 등의 사태가 발생할 경우에 북한지역에도 대한민국의 통치권이 미쳐야 하며, 대한민국이 한반도의 유일한 합법정부임을 적시하고, 대외적으로는 북한과의 관계가 국가 대 국가의 관계라는 면이 있을지라도 대내적으로는 한민족 내부의 관계에 불과하다는 규범적 의미를 내포하고 있다.

따라서 대한민국의 영토는 한반도 전체라고 해석하여야 하지만 대한민국의 실질적 통치권이 한반도 전역에 미치도록 하기 위한 수단으로 무력이 아닌 평화적 방법을 추구하고 있다고 이해하는 것이 평화통일조항과 영토조항을 조화롭게 해석하는 길이라고 하겠다.<sup>12)</sup>

### III. 남한의 남북교류 관련 국내법률

---

12) 성낙인, 주2)의 책, 217면.

## 1. 남북한 교류 법제 개관

1990년 8월 「남북교류협력에 관한 법률」이 제정되기 전까지 남북한주민간의 회합·접촉, 북한왕래 등 일체의 행위는 「국가보안법」에 의한 처벌의 대상이 되었다. 그러나 보다 전향적인 통일정책이 수행될 수 있는 내적기반이 조성되고 대외적으로 1980년대 후반부터 일기 시작한 동서화해와 공산권의 개혁·개방 등 세계질서의 근본적인 변화에 힘입어, 1990년에 들어오면서 남북한간에 교류협력이 적극적으로 추진되어야 한다는 점과 이를 위한 법제도의 정비가 시급함을 인식하게 되었다. 이에 정부는 국내외적 통일환경의 변화에 부응하고 평화통일의 새 지평을 열기위해 남북한간의 교류협력을 법적으로 보장하는 제도적 장치를 마련하기 시작하였다.

이런 배경에서 입법된 「남북교류협력에 관한 법률」은 군사분계선이남지역과 그 이북지역 간의 상호 교류와 협력을 촉진하기 위하여 필요한 사항을 규정함으로써 한반도의 평화와 통일에 이바지하는 것을 목적으로 하고(법 제1조), 남한과 북한의 왕래·접촉·교역·협력사업 및 통신 역무의 제공 등 남한과 북한 간의 상호 교류와 협력을 목적으로 하는 행위에 관하여는 다른 법률에 우선하여 적용한다(법 제3조)고 규정하고 있다. 동법은 우리 헌정사상 최초로 남북한간의 교류협력을 법적으로 보장하고 있다는 점과 이를 처벌의 대상이 아닌 지원과 조장의 시각에서 규정하고 있다는 점에서 남북교류협력에 관한 기본법으로 평가받고 있다.

그 밖에도 「남북교류협력에 관한 법률」과 함께 제정된 「남북협력기금법」은 남북 간의 상호교류와 협력을 지원하기 위하여 남북협력기금을 설치하고 남북협력기금의 운용과 관리에 필요한 사항을 규정하고 있다.

이 법의 주요내용은 정부출연금과 장기차입채권의 발행 등으로 남북협력기금을 조성하고(법 제3조) 이를 통일부장관이 운용·관리하도록 하되 그에 관한 사무를 금융기관에 위탁할 수 있도록 하며(법 제7조), 기금의 운용·관리에 관한 기본정책 등 중요사항에 대하여 남북교류협력추진협의회 심의를 받도록 하는 한편 남북협력기금은 남북간 제반 교류와 협력사업에 소요되는 경비의 지원 및 용자 등에 사용하도록 하는 것이다(법 제8조).

따라서 현재 남북교류협력을 제도적으로 뒷받침하기 위해 제정된 법률은 「남북교류협력에 관한 법률」과 「남북협력기금법」의 두 가지이며 각각의 시행령과 시행규칙, 그리고 이들 법령의 운용을 위해 발령된 고시가 있다.

<표1> 남북교류협력에 관한 국내법령 및 고시

남북교류협력에관한법률	남북협력기금법
남북교류협력에관한법률시행령 남북교류협력에관한법률시행규칙 남북한왕래자의 휴대금지품및처리방법 남북한왕래자 휴대품통관에관한고시 남북한교역대상물품및반출·반입승인절차에 관한고시 남북한간수송장비운행승인신청에관한고시 남북한간선박운행승인기준에관한고시 남북교역물품통관관리에관한고시 남북경제협력사업처리에관한규정 국내기업및경제단체의북한지역사무소설치에관한지침	남북협력기금법시행령 남북협력기금법시행규칙 남북협력기금운용관리규정 남북경제교류협력에대한남북협력기금지원지침

## 2. 「남북교류협력에 관한 법률」의 주요내용

### 가. 인적 왕래

남한주민이나 북한주민이 상대지역을 방문하고자 할 때에는 통일부장관의 방문승인을 받아야 하며, 같은 장관이 발급하는 방문증명서를 소지하여야 한다(법 제9조 제1항). 남한주민이 북한을 방문하고자 할 때에는 방문승인신청서와 함께 ① 방문승인 신청인 인적사항 ② 북한 당국이나 단체 등의 초청 의사를 확인할 수 있는 서류 ③ 방문증명서용 사진 ④ 그 밖에 통일부장관이 필요하다고 인정하는 서류를 첨부하여야 한다(시행령 제12조 1항).

한편 재외국민이 외국에서 북한을 왕래할 때에는 통일부장관 또는 재외공관장에게 신고만 함으로써 자유롭게 북한을 방문할 수 있다(법 제9조 8항).

### 나. 주민접촉

「접촉」이란 남북한 주민이 통신(전화·편지·팩시밀리 등)또는 회합을 통하여 상호의견을 교환하는 것을 말하며, 남한의 주민이 북한의 주민과 회합·통신, 그 밖의 방법으로 접촉하려면 통일부장관에게 미리 신고하여야 한다(제9조의2 제1항). 다만, 대통령령으로 정하는 부득이한 사유에 해당하는 경우에는 접촉한 후에 신고할 수 있다. 이 때의 부득이한 사유란 ① 가족인 북한주민과 회합·통신하거나 가족의 생사 확인을 위하여 북한주민과 접촉한 경우 ② 교역을 목적으로 긴급히 북한주민과 접촉한 경우 ③ 사전 계획 없이 전자우편·전자상거래 등 인터넷을 통하여 북한주민과 접촉한 경우 ④ 편지의 접수 등 사전 신고가 불가능하거나 그 밖에 부득이한 사유로 사전에 신고의 수리를



받지 아니하고 북한 주민과 접촉한 경우 ⑤ 외국 여행 중에 우발적으로 북한주민과 접촉한 경우를 뜻한다(시행령 제16조 제2항).

그리고 방문증명서를 발급받은 사람이 그 방문 목적의 범위에서 당연히 인정되는 접촉을 하는 경우 등 대통령령으로 정하는 경우에 해당하면 제1항의 접촉신고를 한 것으로 본다(법 제9조의2 제2항).

#### 다. 남북교역

남북“교역”이란 남한과 북한 간의 물품, 대통령령으로 정하는 용역 및 전자적 형태의 무체물의 반출·반입을 말한다(법 제2조 제2호). 북한에 물품을 반출하거나 북한으로부터 반입하고자 하는 자는 반출·입 승인신청서를 통일부장관에게 제출하여 물품 또는 거래형태·대금결제방법에 관하여 승인을 얻도록 규정하고 있다(법 제13조 제1항) 통일부장관은 반출이나 반입을 승인할 때에 물품 등의 품목, 거래형태 및 대금결제 방법 등에 관하여 일정한 범위를 정하여 포괄적으로 승인할 수 있다(동조 제4항).

그리고 남북교역에 관하여 특별히 규정되지 아니한 사항에 대하여는 「대외무역법」 등 무역에 관한 법률을 준용한다(법 제26조 제1항). 그렇다고 하여 남북한간의 교역을 국가 간의 무역으로 보는 것은 아니므로 원산지가 북한인 물품등을 반입할 때에는 「관세법」에 따른 과세규정과 다른 법률에 따른 수입부과금에 관한 규정은 준용하지 아니한다(동조 제2항).

#### 라. 남북한 협력사업

「남북교류협력에 관한 법률」은 남북교역과 남북한 협력사업을 별개로 규율하고 있다. 남북한 협력사업은 남북한 주민들이 공동으로 행하

는 문화·학술·체육·경제 분야의 제반활동을 의미하며(법 제2조 제4호), 협력사업을 하기 위해서는 ① 협력사업의 내용이 실현 가능하고 구체적일 것 ② 협력사업으로 인하여 남한과 북한 간에 분쟁을 일으킬 사유가 없을 것 ③ 이미 시행되고 있는 협력사업과 심각한 경쟁을 하게 될 가능성이 없을 것 ④ 협력사업을 하려는 분야의 사업실적이 있거나 협력사업을 추진할 만한 자본·기술·경험 등을 갖추고 있을 것 ⑤ 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 해칠 명백한 우려가 없을 것의 요건을 갖추어 통일부장관의 승인을 얻어야 한다(법 제17조 제1항).

정부는 남북교류·협력을 증진시키기 위하여 남북교류·협력을 위한 사업을 시행하는 자에게 보조금을 지급하거나 그 밖에 필요한 지원을 할 수 있다(법 제24조).

#### 마. 남북교류협력추진협의회의 설치·운영

남북교류·협력에 관한 정책을 협의·조정하고, 중요 사항을 심의·의결하기 위하여 통일부에 남북교류협력 추진협의회를 둔다(법 제14조).

남북교류협력 추진협의회는 통일부장관을 위원장으로 하며 18명 이내의 위원으로 구성한다. 위원은 차관 또는 차관급 공무원 또는 남북교류·협력에 관한 전문지식과 경험을 갖춘 민간전문가 중에서 국무총리가 임명하거나 위촉한다(법 제15조).

협의회는 ① 남북교류·협력에 관한 정책의 협의·조정 및 기본원칙의 수립 ② 남북교류·협력에 관한 승인이나 그 취소 등에 관한 중요사항의 협의·조정 ③ 제14조에 따른 반출·반입 승인대상 물품등의 공고에 관한 사항 ④ 협력사업에 대한 총괄·조정 ⑤ 남북교류·협력추진을 위한 지원 ⑥ 관계 부처 간의 협조가 필요한 남북교류·협력과

관련된 중요 사항 ⑦ 그 밖에 위원장이 회의에 부치는 사항을 심의·의결한다.

### 3. 「남북교류협력에 관한 법률」과 국가보안법의 관계

#### 가. 문제점

국가보안법이 존재하는 상황에서 북한과의 교류협력을 추진하는 「남북교류협력에 관한 법률」이 제정됨으로써 두 법률의 관계를 어떻게 볼 것인지에 대한 논란이 있다. 국가보안법은 반국가단체 구성원과 회합·통신·잠입·탈출죄 등을 규정하여 처벌하고 있다(동법 제6조, 제8조). 반면 남북교류협력에 관한 법률 제3조는 남한과 북한과의 왕래·접촉·교역·협력사업 및 통신역무의 제공 등 남북교류와 협력을 목적으로 하는 행위는 동법이 우선 적용되도록 함으로써 동법에 의한 통일부장관의 승인 등의 절차를 거친 경우에는 불가별로 하고 있다.

\* 「남북교류협력에 관한 법률」 제3조 개정전후 조문비교

제3조(다른 법률과의 관계)

남한과 북한과의 왕래·접촉·교역·협력사업 및 통신역무의 제공등 남북교류와 협력을 목적으로 하는 행위에 관하여는 이 법률의 목적 범위 안에서 다른 법률에 우선하여 이 법을 적용한다.

<개정 2005.5.31>

제3조(다른 법률과의 관계)

남한과 북한과의 왕래·교역·협력사업 및 통신역무의 제공등 남북교류와 협력을 목적으로 하는 행위에 관하여는 정당하다고 인정되는 범위안에서 다른 법률에 우선하여 이 법을 적용한다.

<改正前>

## 나. 견해의 대립

이 문제에 관한 첫 번째 견해는 「국가보안법」과 「남북교류협력에 관한 법률」은 그 입법취지와 규제대상을 달리한다고 한다. 곧 전자는 국가의 안전을 위태롭게 하는 반국가활동을 규제함으로써 국가의 안전과 국민의 생존 및 자유를 확보하는 것을 그 목적으로 하는 반면에 후자는 남한과 북한간 상호교류와 협력을 촉진하기 위하여 필요한 사항을 규정하는 것을 그 목적으로 한다는 것이다. 헌법재판소의 결정례(헌재 1997.01.16, 92헌바6 결정)에서 다수의견이 이러한 태도를 보이고 있다.

헌법재판소 1997.01.16. 선고 92헌바6 결정(多數意見)

국가보안법은 국가의 안전을 위태롭게 하는 반국가활동을 규제함으로써 국가의 안전과 국민의 생존 및 자유를 확보함을 목적으로 하여(그 법률 제1조) 제정된 법률이고 남북교류협력에관한법률은 남한과 북한과의 상호교류와 협력을 촉진하기 위하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 하여(그 법률 제1조) 제정된 법률로서 상호 그 입법취지와 규제대상을 달리하고 있을 뿐만 아니라, 구 국가보안법 제6조 제1항의 잠입·탈출죄는 국가의 존립·안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 위해를 준다는 정을 알면서 반국가단체의 지배하에 있는 지역으로부터 “잠입”하거나 그 지역으로 “탈출”하는 경우에 성립한다고 해석되고(현행 국가보안법 제6조 제1항, 당재판소 1990.4.2 선고, 89헌가113 결정 각 참조) 남북교류협력에관한법률 제27조 제2항 제1호의 죄는 재외국민이 재외공관의 장에게 신고하지 아니하고 외국에서 북한을 “왕래”한 경우에 성립하며 여기서 말하는 “왕래”라 함은 남한과 북한간의 상호교류 및 협력을 목적으로 하는 왕래에 한한다고 해석되므로(위 법률 제3조 참조) 양자는 그 구성요건을 달리한다.

이는 현 단계에 있어서의 북한은 조국의 평화적 통일을 위한 대화와 협력의 동반자임과 동시에 대남적화노선을 고수하면서 우리자유민주체제의 전복을 획책하고 있는 반국가단체라는 성격도 함께 갖고 있음이 엄연한 현실인 점에 비추어, 헌법 제4조가 천명하는 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책을 수립하고 이를 추진하는 한편 국가의 안전을 위태롭게 하는 반국가활동을 규제하기 위한 법적 장치로서, 전자를 위하여는 남북교류협력에관한법률 등의 시행으로써 이에 대처하고 후자를 위하여는 국가보안법의 시행으로써 이에 대처하고 있는 것이다.

이 견해에서는 국가보안법상의 범죄구성요건인 ‘잠입·탈출’(법 제6조 제1항)과 남북교류협력법상의 ‘왕래’(법 제27조 제1항 1호)는 서로 별개의 개념이라고 한다.<sup>13)</sup> 북한은 조국의 평화적 통일을 위한 동반자임과 동시에 우리 자유민주체제의 전복을 획책하는 반국가단체라는 현실에 비추어 볼 때 헌법 제4조가 천명하는 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책을 수립하고 추진하기 위한 법률이 남북교류협력에 관한 법률이라면 국가의 안전을 위태롭게 하는 반국가활동을 규제하기 위한 법적 장치가 국가보안법이라는 것이다. 그렇다면 양 법률은 그 구성요건을 달리 하는 것이므로 형법 제1조 제2항(신법우선의 원칙)이 적용될 수 없기에 국가보안법상의 문제에 대하여 「남북교류협력에 관한 법률」이 적용될 여지가 없다고 본다.

두 번째 견해에 따르면 「국가보안법」과 「남북교류협력에 관한 법률」은 일반법과 특별법관계에 있다. 다시 말하면 「남북교류협력에 관한 법률」에 규정된 각종 교류·협력행위(남·북한주민 접촉, 남·북한 교역, 협력사업, 운행, 연락 등)는 국가보안법상 처벌규정(잠입·탈출·자진지원·금품수수, 찬양·고무·동조, 회합·통신, 편의제공)에도 해당될 수 있는 것을 당연한 전제로 하여 규정된 행위 유형이기에, 전자에 해당하는 행위는 동시에 후자의 처벌규정에도 해당될 수 있는 행위라고 한다. 이는 앞서 소개한 헌법재판소의 결정례에서 반대의견의 입장으로, 특히 변정수 재판관의 논리전개가 매우 상세하다.

헌법재판소 1997.01.16. 선고 92헌바6 결정

재판관 이시윤, 김양균의 반대의견

13) 참고로 법무부에서 발간한 「통일법무 기본자료」(2003), 236면에서는 “개인이나 민간단체 등의 대북접촉·왕래행위가 남북교류협력에 관한 법률상의 절차를 준수한 경우 국가존립을 위태롭게 할 범의가 없거나 법률에 의한 정당한 행위로서 구성요건해당성 또는 위법성이 조각될 것이므로 국가보안법의 적용이 배제”된다고 기술하고 있다.

남북교류협력에관한법률의 목적이나 규제대상에 관한 다수의견이 취하는 입장을 따를 수 없으며, 남북교류협력에관한법률과 국가보안법은 법체계상 특별법과 일반법의 관계에 있다고 할 것으로, 만일 남북교류협력에관한법률 제3조 중의 “정당하다고 인정하는 범위 안에서”의 부분이 위헌이 되어 위 규정의 구성요건이 단순화된다면 국가보안법의 구성요건과의 사이에 공통성이 생겨 결국 당해 사건에 있어서 범죄 후 법률의 변경이 있는 경우에 해당되어 형법 제1조 제2항에 의하여 법원은 피고인에게 보다 유리한 남북교류협력에관한법률의 적용을 고려하여야 할 것이고, 더구나 법률적용의 문제는 법원의 직권사항임에 비추어 공소장의 변경과정을 거칠 필요 없이 당연히 당해사건의 판결결과에 영향이 생길 것으로 보인다. 이 점에 관한 보다 구체적인 이론구성은 재판관 변정수의 의견을 원용하기로 한다.

#### 재판관 변정수의 반대의견

##### 가. (생략)

나. 그러나 다수의견은 남북교류협력에관한법률의 입법목적이나 규제대상을 잘못 이해하고 있다.

(중략) 이러한 법률을 만들게 된 동기는 우리 민족의 염원이자 과제인 평화적 통일을 위하여서는 우선 남한과 북한이 대립·항쟁을 그만두고 상호교류와 협력을 하여야 하고 교류와 협력을 하려면 최소한 남·북한 주민의 상호왕래, 회합·통신 등에 의한 접촉이 있어야 하고 남·북한간에 교역도 하고 문화·체육·학술·경제 등에 관하여 협력사업도 하여야 하며 남한과 북한간에 선박·항공기·철도차량 및 자동차 등이 운행할 수 있어야 하고 우편과 전기통신에 의한 연락도 할 수 있어야 하는데 이러한 행위는 북한이 반국가단체임을 전제로 한 국가보안법상의 여러 가지 처벌규정 그 중에서도 특히 잠입·탈출죄(제6조), 자진지원·금품수수죄(제5조), 찬양·고무·동조죄(제7조), 회합·통신죄(제8조), 편의제공죄(제9조)에 해당될 수 있어 국가보안법을 그대로 두고서는 남·북한의 상호교류·협력은 도저히 불가능하고 그렇다고 해서 국가보안법을 아주 철폐하는 것은 우리의 현실여건상 불가능하다는 전제 아래(이러한 전제는 잘못된 것이다) 이를 그대로 존치시키면서 국가보안법상의 처벌규정에 해당되는 행위라도 앞에 열거된 남북교류와 협력을 위한 행위는 일정한 요건하에 처벌하지 않거나 처벌하더라도 훨씬 가볍게 처벌하도록 하여 국가보안법으로 인한 남북교류협력의 장애요인을 최소화시키자는 데서 제정된 것이 바로 남북교류협력에관한법률이다.

그러므로 남북교류협력에관한법률에 규정된 각종 교류·협력행위는 국가보안법상의 처벌규정에도 해당될 수 있는 것을 당연한 전제로 하여 규정된 행위유형이다. 그리하여 남북교류협력에관한법률에 의하여 처벌되지 않거나 또는 처벌하도록(국가보안법보다도 훨씬 가볍게) 되어 있는 남북교류 및 협력행위는 동시에 국가보안법상의 처벌규정

(제5조 내지 제9조)에도 해당될 수 있는 행위이며 위헌여부심판의 제청신청이 된 당해 형사사건에서 청구인에게 적용된 국가보안법 제6조 제1항 소정의 잠입·탈출죄와 남북교류협력에관한법률 제27조 제2항 소정의 죄(재외국민이 외국에서 재외공관장에게 신고하지 아니하고 북한을 왕래하는 행위)도 다같이 북한왕래행위를 구성요건으로 삼고 있어 규제대상을 같이 하고 있다. 그러므로 국가보안법과 남북교류협력에관한법률의 규제대상이 다르다는 다수의견은 위 두 개 법률의 관계를 잘못 이해하고 있는데 연유한다.

다. 또한 다수의견은 국가보안법 제6조 제1항에서는 “잠입·탈출”이라고 규정하고 있고, 남북교류협력에관한법률 제27조 제2항 제1호는 “왕래”라고 규정하고 있으므로 양자는 그 구성요건을 달리하고 있다고 주장한다. 그러나 이러한 견해 또는 남북교류협력에관한법률의 입법목적과 시대적 상황에 대한 오해에서 비롯된 것이라 할 수 있다. 과거 권위주의적 군사정부하에서는 대북한관계에 대하여 경직된 냉전적 사고로 일관하여 북한을 우리의 자유민주주의체제의 전복을 획책하는 반국가단체로서만 취급했음은 주지의 사실이다. 바로 이 당시에 이러한 행위를 처벌하기 위하여 제정된 법률이 국가보안법이었으며 동법상의 “잠입·탈출”이라는 행위는 이처럼 과거 북한을 반국가단체로서만 파악하던 냉전시대에서의 행위유형으로서 그 당시의 입법자의 시각에서는 타도해야 될 반국가단체로서의 북한과의 그 어떤 “왕래”도 바로 “잠입·탈출”에 해당될 수밖에 없었던 것이다. 그러나 북한에게 평화적 통일을 같이 완수해야 하는 동반자·협력자로서의 지위도 부여해야 하는 오늘날 남·북한을 오고 가는 행위를 모두 “잠입·탈출”이라고 할 수는 없으므로 남·북한을 오고 가는 행위 중 남북교류협력을 위한 행위는 “왕래”로 분류하여 남북교류협력에관한법률을 적용하고 그렇지 아니한 경우에는 “잠입·탈출”로 분류하여 국가보안법을 적용시키고자 하는 것이 바로 남북교류협력에관한법률이다. 그리고 북한과 통모하여 남한정부의 전복을 기도하거나 간첩활동을 위한 것이 아닌 한 남·북한을 오고 간 행위는 남북교류협력을 위한 “왕래”로 보아 남북교류협력에관한법률을 적용하여야 한다. 남·북한을 오고 간 행위를 국가보안법에서는 “잠입·탈출”이라고 표현하고 남북교류협력에관한법률에서는 “왕래”라고 표현한 것을 가지고 두 개의 법률이 규제대상을 달리한다고 해석하는 것은 법률용어의 외형상 표현에만 집착한 나머지 법의 입법취지를 도외시한 피상적 형식논리라고 아니 할 수 없다.

남북교류협력에관한법률 제3조는 “남한과 북한과의 왕래·교역·협력사업 및 통신역무의 제공 등 남북교류와 협력을 목적으로 하는 행위에 관하여는 정당하다고 인정되는 범위안에서 다른 법률에 우선하여 이 법을 적용한다”라고 규정하고 있는바 여기서의 다른 법률에는 국가보안법도 그에 해당되는 입법취지나 법의 내용으로 보아 의문의 여지가 없으므로 위 법률의 규제대상과 국가보안법의 규제대상이 같다는 것을 전제로 하고 있는 것이다. 만약 다수의견처럼 국가보안법의 처벌규정에 해당되는 행위에는 남북교류협력에관한법률이 적용될 여지가 없다고 한다면 그 법률에 구태여 제3조와 같은 규정을 둘 필요가 없을 것이다.

## 다. 평가 및 검토

「국가보안법」과 「남북교류협력에 관한 법률」은 일반법과 특별법의 관계에 있다는 견해가 타당하다고 생각된다.<sup>14)</sup> 통일대업을 달성하기 위해서는 정부차원의 교류협력 못지않게 민간차원의 교류협력도 불가피하다. 따라서 이 문제의 해석에 있어서도 개방적 상황을 반영하여야 할 것이다. 만일 다수의견과 같이 남북교류법과 국가보안법을 전혀 상이한 법체제로 이해할 경우 통일을 향한 남북교류의 활성화는 항상 국가보안법으로 족쇄가 채워질 우려가 있다.<sup>15)</sup><sup>16)</sup> 변정수 재판관의 지적대로 남북교류협력에관한법률 제3조의 규정은 동법의 규제대상과 국가보안법의 규제대상이 같다는 것을 전제로 하고 있는 것이며, 동법에 의한 교류협력활동을 국가보안법에 의한 처벌로부터 해방시키기 위한 것이다.

14) 사법연수원, 주1)의 책, 101면은 법령 상호간에 발생하는 일반법-특별법 관계는 (1) 법령 전체가 서로 일반법과 특별법의 관계에 있는 경우와 (2) 법령의 입법취지와 체계는 서로 다르지만 일정한 규율대상에 대해서는 일반법과 특별법의 관계에 있는 경우가 있다고 설명하면서, 남북교류협력에관한법률과 국가보안법은 후자에 해당한다고 보고 있다.

15) 성낙인, 주2)의 책, 221면.

16) 본문에서 소개한 헌법재판소 결정례(92헌바6)의 사실관계에서도 이 점이 실제적으로 가장 큰 문제가 되었다. 이 사건 헌법소원의 청구인이 소속한 천주교전국사제단이 1989.7. 미국영주권을 가진 재외국민인 신부 문규현을 북한에 파견한 것은 남한과 북한의 남북교류 및 협력을 목적으로 한 것이었고 문규현 신부는 재외공관의 장(뉴욕주재 대한민국 총영사)에게 신고를 마치고 북한을 방문하였는데 이것이 국가보안법 제6조의 잠입·탈출죄에 해당한다 하여 공소제기되었으나 그 후 남·북한의 상호교류와 협력을 촉진하기 위하여(법 제1조) 1990.8.1. 법률 제4239호로 남북교류협력에관한법률이 공포·시행되었고 동법 제9조 제2항은 “재외국민이 외국에서 북한을 왕래하는 때에는 재외공관의 장에게 신고하여야 한다”라고 규정하였으며 벌칙을 규정한 동법 제27조에서도 재외공관의 장에게 신고하고 북한을 왕래한 재외국민은 처벌대상에서 제외시키고 다만 신고를 하지 아니하고 북한을 왕래한 재외국민에 대하여서만 1년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처하도록 하였다(동법 제27조 제2항 제1호). 그러므로 남북한을 왕래한 재외국민의 경우(남·북한 주민의 경우도 동법 제9조 제1항, 제27조 제1항 제1호에 의하여 또한 같다) 위 법률이 시행된 이후는 국가보안법 제6조 소정의 잠입·탈출죄가 적용될 수 없고 위 법률 제27조 제2항에 의하여서만 처벌여부가 정하여져야 하며 청구인이 재판을 받고 있는 당해 사건의 경우 청구인의 행위가 국가보안법 제6조 위반이 된다 하더라도 범죄 후 법률의 변경에 의하여 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하거나(신고가 유효한 경우) 형이 구법보다 경한 경우(신고가 효력이 없는 경우)에 해당되므로 형법 제1조 제2항에 의하여 당연히 남북교류협력에관한법률에 의하여 의율되어야 한다는 것이 청구인의 주장이었다.



#### 4. 「남북교류협력에 관한 법률」의 문제점과 개선방향

##### 가. 적용범위의 불분명

2005년 개정 이전 법 제3조의 규정에서 국가보안법의 적용을 배제하는 「정당한 범위의 남북교류협력행위」가 무엇인지 불분명하여 국민들이 예측가능성을 가지고 남북교류협력을 추진할 수 있는 제도적 여건이 충분히 마련되지 못하였다. 개정법 제3조는 “정당한 범위”를 삭제하고 “이 법률의 목적범위 안에서” 국가보안법을 배제하는 것으로 규정하고 있으나 그 역시 불분명하기는 마찬가지이다. 여기서 말하는 동법의 “목적”이란 “군사분계선 이남지역과 그 이북지역 간의 상호 교류와 협력을 촉진하기 위하여 필요한 사항을 규정함으로써 한반도의 평화와 통일에 이바지하는 것”(법 제1조)인데, 이것 역시 행위지침으로서의 예측가능성을 적절하게 부여해준다고 말할 수는 없기 때문이다. 앞으로 민간분야에서 활발한 교류협력사업을 기대하기 위해서는 무엇보다 형사처벌로부터 자유로운 행위영역의 범위를 법률수준에서 최대한 명확히 확보하여 줄 필요가 있다.

##### 나. 기본법으로서의 위상제고

남북교류협력에 관한 법률은 제정초기부터 오늘날에 이르기까지 남북 교류에 관한 기본법으로 기능하였으나 그 내용이 추상적일 뿐 아니라 제정당시 규제와 통제의 대상이었던 남북교류협력이 지원과 촉진의 대상으로 변함에 따라 발전된 남북관계를 규율하기에는 한계가 있으므로, 동법을 대폭 개정하거나 동법에 갈음하여 가칭 「남북교류협력기본법」을 제정하자는 의견이 있다.<sup>17)</sup> 특히 「남북관계 발전에 관한 법

률」이 입법되어 남북관계의 성격, 발전방향 등의 기본적인 사항들이 명시됨에 따라 이를 지도원리로 하여 모순되는 내용이 없도록 남북교류협력법제 전반을 재정비할 필요성이 제기되고 있다.

남북교류협력에 관한 법률은 남북교류가 활발하지 않았던 1990년에 제정되어 개성공단사업을 중심으로 하여 전면적으로 변한 오늘의 현실에 비추어 인적·물적 교류를 포괄하기에는 내용이 충분치 않다. 기본법으로 재편하기 위해서는 투자촉진 및 보장에 관한 법제의 성격을 담은 내용이 포함되어야 한다. 또한 법 형식 면에서 장·절 구분 없이 30개의 조문이 나열식으로 구성되어 있는데, 장·절 편성을 도입하여 기본법으로서의 위상을 제고할 필요가 있다.<sup>18)</sup>

#### 다. 준용규정 및 위임규정의 과다(過多)

법 제26조 제1항은 동법에서 특별히 규정하지 아니한 사항에 대하여는 「대외무역법」 등 무역에 관한 법률을 준용한다고 하고, 동조 제3항은 남북한간 투자, 물품의 반출·반입 기타 경제에 관한 협력사업 및 이에 수반되는 거래에 대하여는 대통령령이 정하는 바에 따라 「외국환관리법」, 「외국인투자 촉진법」, 「한국수출입은행법」, 「무역보험법」, 「대외경제협력기금법」, 「법인세법」, 「소득세법」, 「조세특례제한법」, 「수출용원재료에 대한 관세 등 환급에 관한 특례법」, 기타 대통령령으로 정하는 법률을 준용한다고 규정하고 있다. 이외에도 법 제21조는 수송장비 등의 출입관리에 관하여 「출입국관리법」의 준용을 규정하고 있다.

그러나 특수관계에 있는 남북한 상호간의 교역과 협력사업 등 경제교류에 국가간 무역에 적용되는 법률을 적용하는 것은 법리상 타당하지

17) 제성호, “통일관련 법제 인프라 정비 및 개선방안”, 통일연구원, 2004, 120-133면.

18) 신현윤, “남북경제협력활성화를 위한 법제정비방안” 《저스티스》 통권 제106호, 154면.

않다. 남북교류협력에 있어서 북한을 외국으로 인정하는 것으로 오해될 수 있기 때문이다. 이는 남북한간 ‘잠정적 특수관계’를 인정한다고 규정한 남북기본합의서 및 「남북관계발전에 관한 법률」의 정신과 배치되는 것으로서 국제무대에서 남북교역이 민족내부교류임을 주장하는데 약점이 될 수 있다. 대외적으로 남북교역의 민족내부교류성을 주장하기 위해서는 남북교역의 국내거래로서의 성격을 보다 강화해야 할 것이다.

또한 동법은 시행상의 어려움과 대북신뢰도 유지라는 관점에서 많은 부분 시행령에의 위임을 규정하고 있는데 단순히 절차적인 사항을 위임한 것은 크게 문제가 되지 아니하지만 남북한 왕래에 대한 심사(제11조), 물품의 반출·반입에 대한 승인(제13조), 협력사업의 승인(제17조) 등 중요한 사항을 포괄적으로 시행령에 위임하고 있는 것은 국민의 기본적 자유와 권리를 제한하는 사항을 위임입법에 의해 규정하도록 하는 것으로써 헌법에 위반된다는 비판이 따를 소지가 있다.<sup>19)</sup> 그리고 법률에서 시행령에 위임한 사항을 시행령에서 다시 통일부장관에게 재위임하는 경우가 빈번한데, 이러한 재위임의 결과 고시(告示)에 의하여 관계법령의 적용여부를 결정하도록 하는 주객이 전도된 결과를 가져온다. 남북한관계의 변화에 신속적이고 탄력적으로 대응하기 위해서는 하위법에 대한 재위임이 어느 정도 불가피하다고 볼 수 있다. 그러나 이러한 점을 인정하더라도 재위임 사항을 가능한 한 최대한 축소하는 것이 법치주의의 요구, 법치행정의 원칙에 부합되는 조치라 할 것이다.

#### 라. 지원·촉진법으로서의 미비점

---

19) 박윤훈, "남·북기본합의서 이행에 따른 남북교류협력법령의 보완·발전방향," 《서울대학교 법학》 제34권 1호, 11면 ; 권영호, "남북한 교류에 있어 법적 문제에 관한 연구", 《동아시아研究論叢》, 제11권 제1호, 7면.

현행 남북교류법은 규제위주의 내용으로 구성되어 있어, 지원·촉진법으로서의 역할을 다하지 못하고 있다는 비판을 받고 있다. 그리고 남북교류협력에 관한 규정이 절대적으로 미비하여 협력사업의 비중이 증가될 경우 현행법의 3개 조문으로 다양한 인적·물적 교류협력을 모두 소화하기는 어려울 것이다. 또 다양한 유형의 남북한간의 협력사업을 모두 협력사업이라는 범주속에 포함시켜 일률적으로 규율하는 것은 타당하지 않다. 협력사업을 경제분야와 사회문화분야 등으로 대별하고 경제협력분야는 다시 합작투자 및 공동개발사업 등으로 세분하여 규정하는 것이 바람직하다.<sup>20)</sup>

그리고 동법에 따라 남한주민이 경제교류협력을 추진함에 있어서 거쳐야 할 절차가 번잡하고 까다롭다. 남북교역의 경우 ① 거래를 위한 접촉상담 ② 계약체결 및 물품 반출입 승인신청 ③ 통일부장관이 지식경제부장관 등 관계행정기관의 장과 협의를 거친 후 ④ 물품 반출입 승인 ⑤ 화물수송 ⑥ 원산지확인 ⑦ 통관 ⑧ 사후보고 등 여러 단계의 번거롭고 복잡한 절차를 밟아야 한다. 또 다른 예로 최근 남북교역에서 위탁가공교역의 비중이 증대하고 있는데, 의류 등 위탁가공물품의 경우 통일부로부터 반출입승인을 동시에 받아 반입되고 있다. 국내 임금상승으로 인한 노동집약산업의 해외이전이 급속히 이루어지고 있는 상황에서 북한과의 위탁가공교역 활성화는 우리 기업들에게는 해외 진출을 하지 않고도 경쟁력을 유지할 수 있는 방안이 될 수 있으며, 북한으로서도 구사회주의권과의 협력체제 붕괴이후 수출시장 상실로 야기된 유희설비와 값싼 노동력을 활용하여 외화를 벌어들일 수 있다는 점에서 상호이해가 일치된다. 그럼에도 불구하고 동법상 위탁가공교역에 관한 규정이 없다는 것은 지원법으로서의 미비점을 드러낸다.

---

20) 박윤훈, 주18)의 글, 13면 이하.

## 5. 「남북관계 발전에 관한 법률」

### 가. 개관

2000년 6·15선언 이후 남북간 회담, 왕래, 교류협력은 비약적으로 증가 확대되었으나 이를 뒷받침할 법제도는 앞서 소개한 「남북교류협력에 관한 법률」 뿐이라는 점이 문제로 제기되었다. 남북회담대표 임명, 남북합의서의 체결·비준·발효절차, 공무원의 북한지역 파견 등이 법적 근거 없이 행해지고 있었던 점도 문제였다. 이에 따라 대북정책의 법적 기초를 마련할 필요성이 증대되고 특히 남북간의 합의서에 법적 실효성을 부여함으로써 법적 안정성과 일관성을 확보하는 것 또한 중요한 과제가 되었다. 오랜 논의 끝에 제정된 「남북관계 발전에 관한 법률」은 남북관계의 성격, 남북관계 발전에 관한 정부의 책무, 남북회담 등 대표의 임명절차, 남북합의서 체결·비준·공포절차 및 효력범위 등을 규정한 남북관계 규율의 기본법으로서의 역할이 기대되고 있다. 이 법을 통해 그동안 다소 불분명하게 진행되어 왔던 각종 남북 회담과 교류협력행위, 합의서의 효력 등을 법치의 틀 속으로 들어오게 함으로써 남북관계를 더욱 발전시키는 계기가 될 수도 있을 것이다.<sup>21)</sup>

### 나. 「남북관계 발전에 관한 법률」의 법적 성격과 내용<sup>22)</sup>

#### (1) 대북정책의 법적 근거로서의 기본법적 성격

종래 대북정책의 수행은 법치외적인 통치행위의 측면에서 이루어져왔던 것이 사실이다. 그러나 남북관계의 발전이 가시화되고 다각화되는

21) 도회근, “남북관계의 현실과 국가의 평화통일외무”, 《공법연구》 제39집 제2호, 161면.

22) 이하는 장명봉, “남북관계발전기본법(안)에 대한 고찰”, 《國際法學會論叢》, 제48권 제3호, 338면 이하를 참조한 것이다.

현실에서, 대북정책을 비법치주의적 통치행위로 접근하는 것은 지양되어야 할 것이다. 이러한 의미에서 「남북관계 발전에 관한 법률」은 대북정책 및 통일정책의 근거법으로 설명될 수 있다.

관련된 동법의 규정내용을 살펴보면 제13조는 정부가 남북관계 발전에 관한 기본계획을 5년마다 수립할 것을 규정하고, 제15조에서는 남북회담대표의 임명절차를 규정하고 있으며(통일부장관이 관계기관의 장과 협의한 후 제청하고 국무총리를 거쳐 대통령이 임명), 제16조에서 남북관계의 발전을 위하여 필요한 경우 공무원을 일정기간 북한에 파견할 수 있는 근거를 마련하고, 제21조 내지 제23조에서 남북합의서를 체결·비준·공포하는 절차를 비교적 상세히 규정하고 있다.

## (2) 남북합의서의 규범력 확보를 위한 절차법으로서의 성격

과거 남북합의는 합의당사자의 법적 주체성을 부인함으로써 현실성이 결여되고 이행하지 않는 경우에도 하등 법적 제재 내지 의무불이행에 대한 책임이 따르지 않았다. 결국 실천이 되지 않는 합의는 시간이 지남으로써 무용지물이 되고 남북관계는 원점으로 돌아오는 경우가 되풀이 되었다. 이에 대한 법제도적 대응으로 「남북관계 발전에 관한 법률」은 남북합의서의 체결 비준 및 공포에 관한 규정을 마련하여(제4장 : 제21조 내지 제23조), 남북합의서의 법적 실효성을 확보하는 절차법적 성격을 가진다.

「남북관계 발전에 관한 법률」

제4장 남북합의서 체결

제21조(남북합의서의 체결·비준)

① 대통령은 남북합의서를 체결·비준하며, 통일부장관은 이와 관련된 대통령의 업무를

보좌한다.

- ② 대통령은 남북합의서를 비준하기에 앞서 국무회의의 심의를 거쳐야 한다.
- ③ 국회는 국가나 국민에게 중대한 재정적 부담을 지우는 남북합의서 또는 입법사항에 관한 남북합의서의 체결·비준에 대한 동의권을 가진다.
- ④ 대통령이 이미 체결·비준한 남북합의서의 이행에 관하여 단순한 기술적·절차적 사항만을 정하는 남북합의서는 남북회담대표 또는 대북특별사절의 서명만으로 발효시킬 수 있다.

제22조(남북합의서의 공포)

제21조의 규정에 의하여 국회의 동의 또는 국무회의의 심의를 거친 남북합의서는 「법령 등 공포에 관한 법률」의 규정에 따라 대통령이 공포한다.

제23조(남북합의서의 효력범위 등)

- ① 남북합의서는 남한과 북한사이에 한하여 적용한다.
- ② 대통령은 남북관계에 중대한 변화가 발생하거나 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요하다고 판단될 경우에는 기간을 정하여 남북합의서의 효력의 전부 또는 일부를 정지시킬 수 있다.
- ③ 대통령은 국회의 체결·비준 동의를 얻은 남북합의서에 대하여 제2항의 규정에 따라 그 효력을 정지시키고자 하는 때에는 국회의 동의를 얻어야 한다.

### (3) 남북한의 특수관계를 반영한 특별법적 성격

무엇보다 「남북관계 발전에 관한 법률」은 남북한의 특수관계를 법제화하는 의미와 성격이 강하다. 법 제3조 제1항은 남북한의 관계를 “나라와 나라 사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계”로 규정하고 있다.

이러한 특수관계론의 연원은 통일전 동서독 간의 법률관계를 특수관계(inter-se Beziehung)로 이해하는 데에서 유래한 것으로,<sup>23)</sup> 1992년 2월 19일 발효된 「남북 사이의 화해와 불가침 및 교류·협력에 관한 합의서」를 통하여 남북한이 합의한 개념을 동법에서 명문으로 규정한

23) 김병기, “북한지역 물수재산권의 원상회복 여부에 관한 고찰”, 《행정법연구》 제1호, 1997. 6, 186면.

것이다. 이러한 특수관계론의 의의는 남북기본합의서상에 나타난 합의 내용, 즉 상호체제인정과 존중, 내부분제불간섭, 비방·중상 중지, 파괴·전복행위금지, 정전체제 존중, 평화체제로의 전환, 국제무대에서의 협력, 무력행사금지, 분쟁의 평화적해결 등을 실현하기 위한 당사자로서의 남북한의 의무를 상호간 법적관계로서 표현한 것이며, 궁극적으로는 한반도의 평화적 통일달성을 위한 시금석이 될 수 있다는 점에서 높게 평가할 수 있다.

#### 다. 문제점

「남북관계 발전에 관한 법률」에는 위와 같은 긍정적인 측면 외에 문제점도 존재한다. 남북한간의 상이한 법류체계와 사법체제에 비추어 볼 때, 남북합의서는 통일과정에서 매우 중요한 규범적 역할을 할 것으로 보인다. 이러한 인식 하에서 동법은 남북합의서의 규범적 효력을 확보하는 것을 중요한 입법목적으로 하고 있다. 그런데 동법이 남북합의서의 규범력 강화를 목적으로 절차법적 규정을 두고 있음에도, 정작 남북합의서의 법적 효력이 어떠한 것인가에 대해서는 명확한 답을 주지 못하고 있다. 남북합의서의 효력에 관한 제23조 제1항은 “남북합의서는 남한과 북한사이에 한하여 적용한다.”라고 할 뿐 그것이 헌법 제6조 제1항에 따른 “조약”으로서 법률의 효력을 갖는 것인지 여부에 대해서는 침묵하고 있다. 이는 대법원과 헌법재판소가 남북합의서를 단순한 신사협정으로 보고 법적 구속력을 부정하고 있는 상황<sup>24)</sup>을 인식

24) 헌법재판소 1997.01.16. 선고 92헌바6 결정: “소위 남북합의서는 남북관계를 “나라와 나라 사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계”(전문 참조)임을 전제로 하여 이루어진 합의문서인바, 이는 한민족공동체 내부의 특수관계를 바탕으로 한 당국간의 합의로서 남북당국의 성의있는 이행을 상호 약속하는 일종의 공동성명 또는 신사협정에 준하는 성격을 가짐에 불과하다.” ; 대법원 1999. 7. 23. 선고 98두14525 판결: “남북 사이의 화해와 불가침 및 교류협력에 관한 합의서(이하, 남북기본합의서라고 줄여 쓴다)는 남북관계가 '나라와 나라 사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계'(합의서 전문)임을 전제로, 조국의 평화적 통일을 이룩해야 할 공동의 정치적 책무를 지는 남북한 당국이



한 것으로 보인다.

만약 동법에서 남북합의서를 조약으로 보고 헌법 제6조 제1항에 따라 법률의 효력을 갖는 것으로 인정한다면 당장 헌법 제3조의 규정과 저촉되는 문제가 발생하므로 앞으로도 이 문제는 어려운 과제로 남을 것으로 보인다.

#### IV. 결 어 : 통일법제의 규범체계 정립

남북 분단 이후 남북통일과 남북한 관계는 남북한이 서로 상대방의 존재를 규범적으로 인정하지 않아 규범적으로 규율되지 못하였다. 즉 남북교류협력 과정에서 발생하는 문제를 정치적 방법으로 해결하였을 뿐, 그 해결을 위한 법제도적인 장치를 마련하지 못하였다. 이에 따라 남북통일과 남북한 관계는 법규범이 아닌 정치논리에 따라 규율될 수밖에 없었다. 이러한 악순환으로 인하여 남북 관계는 남북교류협력의 진전에 따라 법제도적인 규율의 필요성과 당위성이 보다 강력하게 요구됨에도 불구하고 오히려 법치주의 원칙으로부터 이탈되어 법제도적 규율에서 방기되는 결과를 초래하였다.

우리 헌법은 제3조에서 “대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다”고 규정하고, 제4조에서 “대한민국은 통일을 지향하며, 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책을 수립하고 이를 추진한다”고 규정함으로써 현실적으로나 규범적으로나 한반도의 분단상황을 인정하고 통일의 기본원리와 방법을 제시하였다. 이와 같이 우리 헌법은 규범적으로 완성헌법임을 전제로 하는 규정을 유지하면서도 규범적·현실

---

특수관계인 남북관계에 관하여 채택한 합의문서로서, 남북한 당국이 각기 정치적인 책임을 지고 상호간에 그 성의 있는 이행을 약속한 것이기는 하나 법적 구속력이 있는 것은 아니어서 이를 국가 간의 조약 또는 이에 준하는 것으로 볼 수 없고, 따라서 국내법과 동일한 효력이 인정되는 것도 아니다.”

적으로 분단헌법임을 인정하고 있어 북한의 법적 지위와 남북한 관계에 대하여 헌법 제3조와 제4조의 해석론을 둘러싸고 오랫동안 법리적 논쟁이 계속되어 왔다.

현재 남북교류협력을 규율하는 국내법률인 「남북교류협력에 관한 법률」 등도 남북한 관계의 특정한 분야에서 발생하는 개별적 사안에 대한 절차법적 규정을 두고 있을 뿐이어서 남북한 관계에서 발생하는 다양한 법률관계를 포괄하는 법규범적 기준을 제시하지 못하고 있다. 따라서 헌법을 포함한 국내법률은 그 내용과 체계에 있어서 질적으로나 양적으로나 모두 남북통일과 남북한 관계에 대하여 적용되는 법규범체계로서 매우 미흡하다는 평가를 받고 있다.<sup>25)</sup>

요컨대, 남북한이 남북회담을 진행하여 각종 남북합의서를 체결하고, 개성공단사업을 비롯한 경제·사회문화 분야에서 다양한 교류협력사업을 활발히 진행하고 있음에도 불구하고 남북통일과 남북한 관계를 규율하는 법규범체계가 정립되지 못한 것이 문제이다. 이는 첫째, 국내적으로 통일국가 달성을 위한 과정에서 수반되는 통일방안, 통일 및 남북한 관계에 대한 정책수립과 입법조치 등 모든 국가작용의 법이론적 기초와 토대가 부족하다는 것을 의미한다. 둘째, 남북한 관계에 있어서도 남북회담의 진행과 남북교류협력사업의 추진뿐만 아니라 통일과정과 통일 이후의 법률·사법통합의 규범적 기초와 정당성이 부재하다는 것을 의미한다. 셋째, 나아가 미국, 중국, 일본, 러시아 등 한반도 주변 국가와의 국제관계에 있어서도 남북통일과 남북한 관계를 주장하고 그 특수성을 반영할 수 있는 법이론적 논리와 대책이 부실하다는 것을 의미한다.

따라서 남북통일과 남북한 관계의 헌법규범적 의미를 분석하고 그에 입각한 규범체계를 정립하는 것이 자유민주적 기본질서와 법치주의에 바탕을 둔 남북통일을 실현하는 가장 기본적인 과제라고 하겠다.<sup>26)</sup>

---

25) 이효원, 주4)의 책, 4면 이하.

---

26) *ibid.*

[제1주제 토론문]

## 남한의 통일법제 토론문

한국외국어대학교 법학전문대학원 김정립

### I. 서론

발표문은 남한의 통일법제에 대하여 남한의 국내법을 중심으로 헌법 제3조와 제4조의 관계 문제, 남북교류에 관한 남한의 국내법률인 『남북교류협력에 관한 법률』, 『남북관계 발전에 관한 법률』의 내용과 문제점에 관해 논의를 전개하고 있다.

세부적으로, 헌법 제3조와 제4조의 해석과 관련하여 '북한의 법적 지위' 설정문제를 다루고 있고, "남북교류협력에 관한 법률"에 관하여는 형벌법인 국가보안법과의 관계를 규명하고자 하였다. 마지막으로 "남북관계 발전에 관한 법률"의 내용과 문제점을 지적하면서 남북합의서의 법적 구속력 제고와 남북통일과 남북관계를 규율하는 법규범체계 정립의 필요성과 방향을 제시하고 있다.

본고는 발표문의 이러한 내용에 대체로 동의하는 측면에서 각 세부내용에 대하여 보충하거나 논의를 확장하는 방향으로 전개하고자 한다.

### II. 남북한 특수관계론의 헌법적 근거 - 헌법 제3조와 제4조

발표자는 헌법 제3조와 제4조의 관계 즉, 헌법 제3조와 제4조의 해석과 관련하여 '북한의 법적 지위' 설정문제를 다루고 있다. 이에 대하여 헌법

제3조의 규범력을 부정하는 입장과 인정하는 입장의 논거들을 제시하고 있으나, 이에 대한 각각의 비판 또한 존재한다. 이에 각 견해에 대한 비판의 논거를 소개하고 검토해보고자 한다.

## 1. 헌법 제3조의 규범력에 관한 각 견해에 대한 비판<sup>27)</sup>

### (1) 헌법 제3조의 규범력을 부인하는 입장

#### ① 헌법 제3조가 비현실적, 비논리적 규정이므로 규범력을 상실했다는 견해

이에 대하여 헌법 제3조는 대한민국의 현실적 영토를 규정한 것이 아니라 회복해야 하는 영토를 규정한 목적론적 규정으로 보아야 하며 헌법 제4조는 이를 위한 수단으로서의 기능을 하므로 양자가 모순, 상충되지 않는다는 주장이 있다. 또한 현실적인 관점에서 북한 내부 급변사태 발생시에 북한을 대한민국 영토에 편입시켜 통일을 실현시킬 수 있는 근거가 필요한데, 헌법 제3조의 규범력이 상실되었다고 볼 경우 이러한 근거의 불비현상이 발생하는 문제점이 있다는 비판이 제기된다.

#### ② 헌법변천이론에 의하여 헌법 제3조가 규범력을 상실했다고 보는 견해

이에 대하여는 헌법변천의 요건에 해당하지 않는다는 비판이 제기된다. 헌법변천은 헌법현실의 변화뿐만 아니라 헌법규범에 반하는 선례가 상당기간 지속, 반복되어야 하고 그에 대한 국민적, 사회적 승인이 있어야 하는데, 영토조항의 규범적 효력상실에 대한 국민적 공감대가 아직 형성되지 않았다는 것이다.

#### ③ 헌법 제3조는 역사적, 선언적, 프로그램적 규정이라거나, 혹은 헌법 제3조가 규범력을 가지지만 헌법 제4조가 우월한 규범력을 가진다는 견해

---

27) 이효원, 『남북교류협력의 규범체계』, 경인문화사, 2006. 참조

이에 대해, 헌법의 특정조항의 규범력을 약화시키거나 부인하는 것은 법치주의에 반한다는 비판과 함께 헌법 조항 사이에 규범력의 우열을 가리는 것은 부당하다는 비판이 가능하다. 헌법재판소도 헌법규범 상호간에 이념적, 논리적 우열은 인정할 수 있어도 특정 규정이 다른 규정의 효력을 부인하거나 배제할 수는 없다고 판시하고 있다.

## (2) 헌법 제3조의 규범력을 인정하는 견해

헌법학계의 다수설인 이 견해에 따르면 남북분단은 법률상의 분단이 아니라 사실상의 분단으로 헌법 제3조는 하나의 의무의 근거로 보고 있다. 그리고 제4조는 이러한 의무의 실현을 위한 수단이 되고 북한은 반국가단체와 통일의 상대방으로서의 이중적 지위를 인정할 수 있다는 입장이다.

그러나 건국헌법의 제정권자는 남한주민에 국한되었다는 역사적 사실과 남북한 분단의 현실의 측면을 간과하고 있다는 비판과 함께 북한의 국가성을 다수의 국가가 승인하고 있고 남북한 UN가입과 같은 상황에서 영토조항은 국제법 위반이라는 의견도 제기된다.

## 2. 소결

판례는 일관되게 북한을 반국가단체 또는 불법단체에 불과하다고 보고 있으며 그 법적 근거로 대부분의 판례가 헌법 제3조를 들고 있다. 발표자는 이러한 영토조항의 해석론은 새로운 시대상황에 적응하지 못하는 어려움을 안고 있다고 보았다. 헌법 제4조의 평화통일의 원칙과의 조화문제뿐만 아니라 615공동성명 등 몇 차례의 정상회담과 현재까지 이어지고 있는 남북 교류의 사실, 그리고 국제적으로도 북한의 UN가입 등 국가성이 인정되고 있는 현실에서 이러한 남한 내부만의 부정은 오히려 태동하는 북한의 정세에 대한 적절한 대응에 장애요인이 될 수도 있다. 그러나 한편으로 영토조항이 갖는 남북관계 규명에서의 중요성도 간과할 수 없다. 따라서, 발표문의 견해와 같은 헌법 제3조와 제4조의 관계를 ‘실질적 통치권의 확립’과 ‘그에 대한 수단으로써의 평화적 방법’이라는 규범조화적 해석론과 함께, 궁극적으로는 헌법 개정을 통하여 수정하자는 입법론의

견해도 수용할 만하다고 본다.

### Ⅲ. 남북교류에 관한 남한의 국내법률 - 『남북교류협력에 관한 법률』, 『남북관계발전에 관한 법률』

발표문은 『남북교류협력에 관한 법률』과 국가보안법과의 관계 등의 문제를 논의하면서 해당 법률의 기본법으로서의 위상을 제고할 필요가 있다고 주장한다. 즉 특정한 분야에서 발생하는 지엽적인 사항에 대한 규정에 그칠 것이 아니라, 남북한 관계에서 발생하는 다양한 법률관계를 포괄하는 법규범적 기준을 제시하는 법규범체계가 필요하다고 지적하는 것이다. 또한 대북정책의 법적 기초를 마련하고 남북간 합의서에 법적 실효성을 부여하기 위해 제정된 『남북관계발전에 관한 법률』의 한계점을 지적하고 있다. 이는 본 법률이 여전히 남북간의 합의서에 ‘조약’으로서의 법적 성격을 부여하는지 여부에 대하여 불명확하다는 점을 이야기 하는 것이다.

이러한 발표문의 견해에 따라, 다음으로는 각 분단국의 통일과정에서 확인되는 통일규범의 양상과 각 사례 합의서의 법적 구속력을 간략히 확인해보으로써 이러한 남한의 국내법률의 한계를 극복할 수 있는 방안에 대하여 모색해보고자 한다. 현재 남북관계는 양자가 동등한 국가체제를 유지하면서도 통일에 대한 실질적이고 본격적인 논의가 제대로 이루어지지 않고 있다. 그런데 독일과 예멘의 통일의 과정을 살펴보면 서로 상이한 방식의 통일목표 설정 및 준비를 통하였음을 알 수 있다. 즉, 독일은 동독 정부의 국가기능이 마비된 상태에서 서독의 제안을 받아들여 흡수통일하는 방식을 취했으며, 사실상 통일의 직접적인 국면을 맞이하면서 통일법제 및 조약이 이루어졌던 반면, 예멘의 경우는 오랜 전쟁을 통하여 평화적 통일을 위한 진지한 협상이 실질적으로 이루어졌고 단계적인 관계발전을 통하여 합의 통일을 이룩하였다. 결국 아직 예측할 수 없는 남북관계와 통일에 대한 준비를 위해서는 이러한 사례들의 검토를 통한 다양한 시나리오 정립이 절실하다 할 것이다.

#### 1. 각국의 통일과정에서의 통일규범과 각 사례 합의서의 법적 구속력<sup>28)</sup>

## (1) 독일의 경우

1989년 11월 베를린 장벽 붕괴 후 1년도 되지 않아 통일을 이룬 독일이었으나, 실질적으로 법적 측면에서는 분단시점부터 통일을 위한 준비를 해오고 있었다고 평가된다. 그 예로 서독의 통일헌법 이전의 헌법인 “서독기본법”의 경우, 이미 ‘동독의 연방가입을 통한 통일(제23조)’과 ‘새로운 통일헌법 제정을 통한 통일(제146조)’ 등의 규정을 두어 구체적이면서도 다양한 통일방안을 제시하였고, 결국 제23조에 따라 동독의 5개 주와 동 베를린이 독일연방으로 편입되는 흡수통일의 방식으로 통일을 달성할 수 있었다.

통일의 과정에서 동서독은 우선, ‘국가조약’을 체결하여 화폐, 경제, 사회통합을 이룩하였고 나아가 ‘통일조약’을 체결하여 정치, 법률제도 등 전반적인 국가통일을 완수하였다. 이 ‘통일조약’은 동서독의 법적 통합을 본격화시키는 계기를 마련하여 양독간 법적 동화의 출발점이 되었다.<sup>29)</sup>

## (2) 예멘의 경우

남북예멘은 상이한 이념과 체제 속에서도 어느 일방의 힘에 의한 통일이 아닌 꾸준한 협상을 통하여 서로의 공통분모를 모색하는 과정 속에서 통일을 이루었다. 특히 1972년 아랍연맹의 중재로 맺어진 카이로 협정을 통하여 단일국가 수립에 합의하고 합의통일의 기본원칙을 세워 이를 통일의 기준으로 삼았다.

카이로 협정의 법적 구속력은 이 협정에 따른 공동전문위원회의 설치 및 지속적인 운영으로 유지될 수 있었다. 8개의 공동전문위원회는 헌법위원회, 외무위원회, 경제재정위원회 등으로 구성되었으며, 특히 헌법위원회는 통일헌법안 마련을 관장하여, 협정 이후의 양국 상황변화에 흔들리지 않는 법제구축과 통일 과정에서의 각종 결의안 및 공동성명의 준수의무를 양국에 부과할 수 있었다. 즉, 이를 바탕으로 1990년 5월 22일 예멘공화국 수립까지 약 18년간 수 차례 국경충돌과 분쟁이 있었음에도 위 통합

28) 장명봉, 『분단국가의 통일과 헌법』, 국민대출판부, 2000, 참조.

29) 장명봉, 위의 책, 20면



원칙에 기반한 꾸준한 통합실무위원회의 협의와 각종 회담을 통해 통합의 지 유지와 문제해결을 모색해 나갈 수 있었던 것이다.

#### IV. 결론

남북관계와 통일에 있어 법치주의는 다양한 의미를 내포한다. 우선, 남북관계에 있어 법치주의적 기반의 확대는 남북 상호간의 신뢰를 구축할 수 있는 지름길이며, 이를 통해 법적 예측가능성 부여 및 오랜 분단과 적대관계에 의해 내재된 불안정성을 제거할 수 있다. 또한 통일과정에서 발생 가능한 복잡하고 다양한 문제들의 해결 기반이 될 수 있고, 궁극적으로는 이러한 법치주의 구현으로 비로소 남북한의 실질적 통합을 이룰 수 있다.<sup>30)</sup> 그리고 이러한 법치주의에 기초한 남북통일을 위한 가장 중요한 과제는 법치주의에 따른 남북합의서의 규범력 확보라 할 것이다.

따라서 남북교류에 관한 국내법률에 있어 남북합의서의 법적 구속력 부여에 대한 해결책의 부재는 앞으로 남북통일에 관한 남한의 법제 정비의 가장 핵심적이고 중대한 과제라 볼 수 있다. 또한 발표문의 지적대로, 이러한 남북합의서의 법적 구속력 인정은 앞서 살펴본 헌법 제3조의 규정과 저촉되는 문제로 귀결된다. 결국 남한의 통일법제는 헌법규범, 급변하는 현실, 그리고 관계법률이 서로 조화를 이룰 수 있도록 남한 내부의 일관되고 포괄적인 통일관의 정립과 통일의지의 표출이 전제되어야 한다.

그러나 관련 연구에 있어서, 통독이나 예멘통일의 통일의 과정에 나타난 합의서의 내용이나 그 결과물인 통일헌법의 내용에 관한 연구는 활발한 것과 달리, 그 통일관련 합의서의 실효성확보를 위한 각 분단국 내부의 법제나 실행노력에 관한 연구는 그 중요성에 비하여 쉽게 찾을 수 없는 것 같다. 통일준비에 있어, 급변하는 남북관계 정세에 합리적으로 대응하면서 안정적인 통일을 이룰 수 있는 남한 내부의 통일법제의 실효성 확보에 관한 연구와 다른 한편으로 북한에게 법치주의의 구속력을 담보할 실질적인 법적 방안에 관한 연구도 활발히 이루어져야 할 것이다.

---

30) 한명관, “법치주의에 입각한 남북관계의 정립”, 《통일과 법률》 통권 제4호, 7면.

## 북한법제의 변화와 전망

사법연수원 42기 통일법학회 이정렬

### 1. 서론

한 나라의 법제가 변화되어 온 과정에 대해서 일목요연하게 설명하는 것은 힘든 작업이며 때론 불가능하기까지 하다. 한 국가의 법제를 구성하고 있는 수많은 법들은 각기 그 고유의 필요성과 역사에 의해서 형성되기 때문이다.

하지만 북한의 법제는 그것을 뒷받침하는 이념과 형성과정의 특수성 때문에 다년간의 변화를 일관되게 관통하는 흐름을 찾을 수 있다. 북한의 법제는 말단에까지 국가의 이데올로기가 반영되어 있기 때문에 결국 많은 부분이 국가 경영과 이데올로기의 변화에 발맞춰 함께 변하기 때문이다. 그러므로 북한법제의 변화를 살피는 작업은 결국 북한의 정치·경제사회의 변화를 추적하는 것과 크게 다르지 않다.

북한의 법제에 대해서 살펴볼 때 한 가지 염두에 두어야 할 점은 북한에서 그들 스스로 그들의 법제의 변화에 대해서 내리는 평가와 우리의 그것이 상당히 다르다는 점이다. 북한은 북한 법제의 역사를 이른바 ‘항일혁명’ 시기의 입법에서부터 추적하여 김일성의 업적을 찬양하는 방편으로 사용하고 있다.<sup>31)</sup> 하지만 이는 북한주민을 상대로 한 학

문적 사상교육의 방편에 불과하고, 남북한 공통의 역사를 북한의 일방적인 입법의 역사로 치환하는 것은 우리의 입장에서는 받아들이기 힘들다. 또한 북한의 법학계는 북한의 입법을 사회주의의 완성을 지향하는 방향으로 해석하고 있지만<sup>32)</sup> 그 실상을 보았을 때는 후술하는 바와 같이 오히려 이데올로기적 색채를 배제하는 방향으로 나아가고 있다.

북한의 입법의 동향은 크게 세 단계로 분류할 수 있다. 그 첫째는 북한정권 수립 초기 북한이 마르크스-레닌주의를 입법의 이념적 기초로 삼은 시기로, 이 당시 입법은 스탈린식 정치방식을 도입한 1948년 헌법을 비롯하여 이데올로기를 현실화하는 도구에 불과했다. 둘째는 1960년대 마르크스-레닌주의를 구체화한 주체사상이 대두한 시기로서 이 당시 북한은 마르크스-레닌주의를 극복하고 주체사상을 지배이데올로기로 강조하기 시작하였다. 이 시기에는 1972년 사회주의 헌법이 마르크스-레닌주의를 지배이데올로기에서 제외하고 주체사상을 명시적인 ‘지도적 지침’으로 삼은 것을 비롯하여 1974년에 개정된 형법과 1976년에 개정된 형사소송법, 1976년 민사소송법에도 주체사상이 명시되었다. 이 당시 입법은 여전히 이데올로기적 색채를 강하게 띠고 있으나 마르크스-레닌주의에서 주체사상으로의 변화를 수용하게 된다.<sup>33)</sup> 셋째는 1980년대 말 사회주의국가들의 개혁·개방을 맞아 북한 법제도 변화를 수용하는 모습을 보이게 되는 시기로서 1992년 헌법, 1992년 형사소송법, 1994년 민사소송법은 이러한 북한법제의 변화를 전형적으로 보여주고 있다. 이 시기의 북한법은 만성적인 경제난을 타개하기 위하여 외국의 자본과 투자 유치를 시도하고, 그 과정에서 시장경제체제를 부분적으로 수용하는 모습을 띤다.

31) 최종고, <북한법제사소고>, <<서울대학교 법학>> 제34권 3·4호, 서울대학교 법학연구소, 1993, pp.67.

32) 홍국표, 조선민주주의인민공화국 법제정사, 과학백과사전출판사, 1986. 참고 ; 최종고, 위의 책에서 재인용.

33) 윤대규, 북한의 체제전환과 법제도, 한울아카데미, 2008, p. 88.

이러한 법제의 변화과정을 고루 빠짐없이 살펴본다면 더욱 바람직하겠지만 여러 가지 제약이 있으므로, 이하에서는 각 단계에 따른 북한 법제를 구성하는 주요한 법규, 즉 헌법, 민법, 형법, 형사소송법, 민사소송법을 중심으로 그 변화과정을 먼저 살피고, 개혁·개방의 시기를 맞아 이루어진 북한의 입법들을 고찰한 뒤 그에 대한 평가와 앞으로의 전망을 살펴보도록 한다.

## 2. 북한의 헌법 및 주요 법률들의 변화과정

### 2.1. 헌법

앞서 언급한 바와 같이 북한은 스스로 그들의 입법의 역사를 김일성의 항일운동 때로부터 소급하여 기술하고 있지만 북한에서 이루어진 최초의 입법으로 볼만한 것은 1945년 11월 16일 북조선사법국 포고 제2호 ‘북조선에 실시할 법령에 관한 건’이다.<sup>34)</sup> 이 시기에는 헌법이 없었으나 헌법의 성격을 지니는 것으로 1946년 3월 김일성이 발표한 ‘20개조 정강’이 있었다. 이 정강은 일제정치의 잔재 숙청, 언론·출판·집회·신앙의 자유 보장, 참정권 보장, 평등권 보장, 대기업소 등의 국유화, 8시간 노동제, 교육제도의 개혁 등의 내용을 담고 있어<sup>35)</sup> 당시 북한에서의 현실적 규범력 뿐만 아니라 그 내용에 있어서도 다분히 헌법적인 사항들을 담고 있었다.

이후 북한의 헌법은 1948년에 제정되어 수차례의 개정을 거쳐 왔지만 장·절의 구성이나 헌법상 내용의 변화를 가져오는 대폭 개정은 1972년, 1992년, 1998년, 2009년에 있었는데, 북한의 헌법은 1948년 헌법, 1972년 헌법(사회주의 헌법), 1992년 헌법, 1998년 헌법, 2009

34) 최송화, <북한법제의 총설>, <<법치행정과 공익>> 청담 최송화교수 화갑기념문집, 박영사, 2002, p.731.

35) 최송화, 위의 글, p. 733.

년 헌법으로 대별할 수 있다. 이하에서는 각 헌법의 특색과 변화의 흐름에 대해서 살펴보도록 한다.<sup>36)</sup>

일제의 식민통치 이후 북한의 전 지역에 통치력을 가지고 있던 북한 임시위원회는 조선임시헌법제정위원회를 구성하여 북조선최고인민회의 제1기 제1차 회의에서 1948년 헌법을 채택하였다. 1948년 헌법은 스탈린 헌법의 원리에 입각하고 있으며 노동자계급이 국가권력을 장악하고 있음을 분명히 하였다.<sup>37)</sup> 또한 이 헌법은 일제의 재산과 지주의 재산을 몰수함으로써 일제의 물적 잔재와 지주계급을 배격하고 있다<sup>38)</sup>. 북한의 기본적 통치구조를 수립함에 있어서 1948년 헌법은 최고인민회의를 최고의 주권기관이자<sup>39)</sup> 유일한 입법기관으로 보고 있다<sup>40)</sup>. 지방주권기관으로서 각 지방에 인민위원회를 설치하고<sup>41)</sup><sup>42)</sup>, 재판소 및 검찰소에 관한 규정을 두어 국가기관의 골격을 정립하였다. 특징적으로 우리 헌법과 달리 제8장에 ‘국장, 국기 및 수부’라는 표제로 국장과 국기 그리고 수도에 대해서 헌법 차원에서 정하고 있으며 특히 그 수도를 서울로 정하고 있어<sup>43)</sup> 현실과는 별개로 규범적으로는 한반도 전체에 지배력을 미치려는 의도나 혹은 최소한 적화통일의 의지를 담고 있는 것으로 볼 수 있다.<sup>44)</sup>

북한은 이후 최고인민회의 제5기 제1차 회의에서 ‘조선민주주의인민공화국 사회주의헌법’(이하 ‘사회주의 헌법’)을 제정하였다.<sup>45)</sup> 사회주

36) 김동한, <개정 북한헌법의 구조와 특색>, <<수사연구>> 제111호, 수사연구회, 1993, p. 68.

37) 김동한, 위의 글, p. 734.

38) 동 헌법 제8조 전 일본국가와 일본인의 소유 토지 및 조선인 지주의 소유 토지는 몰수한다.

39) 동 헌법 제9조 최고인민회의는 조선민주주의인민공화국의 최고주권기관이다

40) 동 헌법 제33조 립법권은 오직 최고인민회의만이 행사한다.

41) 1954년 10월 30일 제2차 개정에서 삽입 ; 김동한, <북한법제 40년>, <<경희대학교 대학원 고봉논집>> 제3편, 경희대 대학원, 1998, p.91.

42) ‘각 지방의 지방주권기관’은 우리의 ‘지방자치단체’와는 성격을 달리한다. 조선노동당의 핵심인물이 지방주권기관의 집행부서의 장이나 간부를 겸직하고 있어 오히려 중앙에서 인물을 파견·상주토록 하여 중앙집권을 강화하는 수단이 되고 있다. ; 윤대규, 앞의 책, p. 93.

43) 동 헌법 제103조 조선민주주의인민공화국의 수부는 서울시다.

44) 김동한, 위의 글, p. 90.

45) 최송화, 앞의 글, p. 736.

의 헌법은 1970년대에 접어들면서 북한이 사회주의 혁명에 박차를 가하기 시작한 때 개정되어, 북한의 사회주의를 이해하기 위해서는 그 특징을 관심 있게 살펴볼 필요가 있다. 북한은 완전한 사회주의로의 변화를 위하여 사상혁명을 촉진시킬 필요가 있었고 이러한 정책적 기초가 법제에서는 법의 통제기능의 강화로 나타나게 된다.<sup>46)</sup> 사회주의 헌법은 이러한 북한 사회의 시대적 요구에 부응하여 탄생하였다.

사회주의 헌법을 제정함으로써 북한은 마르크스-레닌주의를 국가의 지도이념에서 명시적으로 배제하고 대신 마르크스-레닌주의를 ‘현실에 창조적으로 적용’하였다고 자평하는 ‘주체사상’을 국가 최고의 이데올로기로 명시하게 되었다.<sup>47)</sup> 사회주의 헌법은 ‘주체사상’뿐만 아니라 ‘천리마정신<sup>48)</sup>’과 같은 김일성 개인의 지도이념이 헌법에 반영되어 있어 국제적으로도 독특한 헌법으로 평가받고 있다.<sup>49)</sup>

1948년 헌법과 비교해볼 때 첫째로 사회주의 헌법은 사회주의, 프롤레타리아 독재를 명문화 하고 있다는 점에서 차이가 있다. 1948년 헌법은 그 현실은 별론으로 하고 규범적으로는 최소한 인민민주주의를 표방하여 전 인민에게 주권이 있는 것으로 보았으나 사회주의 헌법 제 7조는 ‘주권은 근로자, 농민, 병사, 근로인테리에게 있다’고 규정함으로써 주권의 소재를 한정하고 있다.<sup>50)</sup> 둘째로, 통치체제의 관점에서 1948년 헌법은 일종의 회의제 정부의 형태를 띠고 있었으나 사회주의 헌법은 김일성을 국가주석으로 하는 신(新)대통령제에 가까운 형태를 취하였다.<sup>51)</sup> 또 하나 특징적인 점은 수도를 평양으로 규정하여 1948년 헌법과 달리 수도를 현실화시킨 것이다.<sup>52)</sup>

46) 김일수, <북한헌법 40년>, <<북한법률행정논총>> 제8편, 고려대학교 법학연구소, 1990, p.78.

47) 제4조 조선민주주의인민공화국은 마르크스-레닌주의를 우리나라의 현실에 창조적으로 적용한 조선 노동당의 주체사상을 자기 활동의 지침으로 삼는다.

48) 제13조 ...(중략) 국가는 천리마운동을 끊임없이 심화발전시켜 사회주의건설을 최대한으로 다그친다.

49) 김동한, 앞의 글, p.91.

50) 강구진, 북한사회주의헌법연구, 국토통일원 조사연구실, 1977, p.13.

51) 강구진, 위의 책, p.14.

1992년 헌법은 소련, 동유럽 등 사회주의 국가들의 붕괴로 인하여 사회주의가 이념적 위기를 맞게 됨에 따라 마르크스-레닌주의를 완전히 삭제하고 주체사상을 강화하는 방향으로 변화하였다. 1992년 헌법 제3조는 ‘조선민주주의인민공화국은 사람중심의 세계관이며 인민대중의 자주성을 실현하기 위한 혁명사상인 주체사상을 자기활동의 지도적 지침으로 삼는다’고 규정함으로써 사회주의 헌법에서 남아있던 ‘마르크스-레닌주의’라는 용어를 삭제하였다.<sup>53)</sup> 그러면서도 동시에 1992년 헌법은 대외관계를 유연하게 하는 방향으로 내용과 용어를 수정하는 태도도 보이고 있다. 1992년 헌법 제16조는 ‘조선민주주의인민공화국은 자기 영역안에 있는 다른 나라 사람의 합법적 권리와 이익을 보장한다.’고 규정하여 국제사회로부터의 관광 및 투자가 증대됨으로 인하여 체제를 유지하는 범위 안에서 국제사회와의 마찰을 최소화하려는 노력을 보이고 있다. 나아가 제37조는 “국가는 우리나라 기관, 기업소, 단체와 다른 나라 법인 또는 개인들과의 기업 합영과 합작을 장려한다 ‘고 하여 경제개방에 대하여 적극적인 태도를 취하고 있다. 북한 당국의 태도는 기본권 조항에까지 영향을 주었는데 특히 ‘신앙의 자유’조항을 개정하여 과거의 헌법보다 폭넓고 구체적인 종교 활동을 포용하려는 태도를 보이고 있다.<sup>54)</sup><sup>55)</sup> 통치체제의 측면에서는 권력 승계의 수순으로서 국방위원회를 주석으로부터 분리·신설하였다는 점이 특징적이다.<sup>56)</sup>

1998년 헌법은 김일성이 사망한지 4년만인 1998년 9월 헌법 개정을 통해 탄생하였다.<sup>57)</sup>

52) 제148조 조선민주주의인민공화국의 수도는 평양이다

53) 각주 16 참조.

54) 1992년 헌법 제68조 공민은 신앙의 자유를 가진다. 이 권리는 종교건물을 짓거나 종교의식 같은 것을 허용하는 것으로 보장된다. ; 사회주의 헌법 제54조 공민은 신앙의 자유와 반종교선전의 자유를 가진다.

55) 김동한, <개정 북한헌법의 구조와 특색>, <<수사연구>> 제111권, p.70.

56) 제3절에 ‘조선민주주의인민공화국 국방위원회’라는 표제로 이에 대해서 상세히 규율하고 있다. ; 김동한, 위의 글 p.75.

1998년 헌법은 경제조항의 개정을 특히 주목할 필요가 있다. 먼저 1998년 헌법은 생산수단의 소유주체를 ‘국가와 협동단체’에서 ‘국가와 사회·협동단체’로 확대하는 한편<sup>58)</sup>, 국가소유의 대상을 축소하였다. 1992년 헌법에 의하면 나라의 모든 자연부원, 중요공장과 기업소, 항만, 은행, 교통운수와 체신기관은 국가소유권의 전속적 대상이었으나 개정헌법 제21조 제3항은 이를 ‘나라의 모든 자연부원, 철도, 항공, 운수, 체신 기관과 중요 공장, 기업소, 항만, 은행’으로 축소하였다.<sup>59)</sup> 이를 형식적으로 이해한다면, 운수기관 중 육상이나 해상운송기관은 국가소유권의 전속적 대상에서 제외되는바 사회협동단체 등도 이를 소유, 경영할 수 있게 된 것이고 자동차 등 일부 운송수단에 대해서 개인의 소유도 가능하게 된다.<sup>60)</sup> 개인 소유권의 주체와 대상도 확대하여 개인 소유권의 주체를 ‘근로자’에서 ‘국민’으로, 개인소유의 대상 중에서 ‘협동농장원들의 텃밭경리를 비롯한 주민의 개인부업경리에서 나오는 생산물’을 ‘텃밭경리를 비롯한 개인부업경리에서 나오는 생산물과 그 밖의 합법적인 경리활동을 통하여 얻은 수입’로 각각 수정하였다.<sup>61)</sup> 이는 그동안 묵인되어 왔던 개인 간의 사적 시장경제활동을 헌법이 인정한 것으로 해석할 수 있다.<sup>62)</sup> 또한 ‘국가는 경제관리에서 대안의 사업체계의 요구에 맞게 독립채산제를 실시하며 원가, 가격, 수익성 같은 경제적공간을 옹계 리용하도록 한다’고 규정한 제33조 제2항을 신설, 독립채산제<sup>63)</sup>를 실시하여 기업소 및 사회협동단체의 수익성

57) 장명봉, <북한의 1998년 사회주의헌법 개정의 배경·내용·평가>, <<공법연구>> 제27권 제2호, 한국공법학회, 1998, p.82.

58) 동 헌법 제20조 조선민주주의인민공화국에서 생산수단은 국가와 사회협동단체가 소유한다.

59) 장명봉, 위의 글, pp.94.

60) 장명봉, 위의 글, pp.94-95.

61) 1992년 헌법 제24조, 1998년 헌법 제24조.

62) 박정원, <북한 외국인 투자법제의 현황과 과제>, <<저스티스>> 제121호, 한국법학원, 2010, p.478.

63) 독립채산제 (獨立採算制, self-supporting accounting system) 단일기업 또는 공장·사업부 등의 기업 내 경영단위가 자기의 수지(收支)에 의해 단독으로 사업을 성립시킬 수 있도록 하는 경영관리제도.



을 제고하고 시장경제체제의 필수 개념요소들을 도입하여 체제전환의 의지를 표명하고 있다.<sup>64)</sup> 또한 북한은 대외교류의 활성화를 위하여 대외무역의 주체를 확대하고<sup>65)</sup>, 특수경제지대에서의 다양한 기업창설과 운영을 장려하는 조항을 추가하였다.<sup>66)</sup> 이는 제한된 지역에서나마 자유로운 경제활동을 보장하여 대외교류를 확대하고 외국과 남한의 투자를 촉진하여 만성적인 경제적 난국에서 벗어나려는 시도로 해석된다.<sup>67)</sup>

북한은 2009년 4월 9일 최고인민회의 제12기 제1차 회의에서 헌법 수정보충에 대한 의안을 통과하여 11년 만에 재차 헌법을 개정하였다.<sup>68)</sup> 2009년 헌법은 군(軍)을 중시하는 ‘선군사상(先軍思想)’을 주체사상과 함께 북한 헌법의 기본원리로 규정하고<sup>69)</sup> ‘공산주의’라는 용어를 삭제한 것이 특징적이다.<sup>70)</sup> 또한 2009년 헌법에서는 ‘제6장 국가기구’편에서 ‘제2절 조선민주주의인민공화국 국방위원회 위원장’을 신설하였다. 이에 따르면 ‘조선민주주의인민공화국 국방위원회 위원장은 조선민주주의인민공화국의 최고령도자’이고,<sup>71)</sup> ‘조선민주주의인민공화국 전반적 무력의 최고사령관으로 되며 국가의 일체 무력을 지휘통솔한다.’<sup>72)</sup> 이로써 북한의 헌법상 권력구조는 국방위원회 위원장에게 절

64) 박정원, 위의 글, pp.478-479.

65) 1992년 헌법 제36조에서 ‘조선민주주의인민공화국에서 대외무역은 국가가 하거나 국가의 감독 밑에서 한다.’고 규정한 것을 1998년 헌법 제36조에서 ‘조선민주주의인민공화국에서 대외무역은 국가 또는 사회협동단체가 한다’고 개정하였다.

66) 동 헌법 제37조 국가는 우리나라 기관, 기업소, 단체와 다른 나라 법인 또는 개인들과의 기업합영과 합작, 특수경제지대에서의 여러 가지 기업창설운영을 장려한다.

67) 장명봉, 위의 글, p.479.

68) 박진우, <2009년 개정 북한헌법에 대한 분석과 평가>, <<世界憲法研究>> Vol.16 No.3, 국제헌법학회 한국학회, 2010.

69) 제3조 조선민주주의인민공화국은 사람중심의 세계관이며 인민대중의 자주성을 실현하기 위한 혁명사상인 주체사상, 선군사상을 자기 활동의 지도적 지침으로 삼는다.

70) 예컨대 1998년 헌법 제29조가 ‘사회주의, 공산주의는 근로대중의 창조적 로동에 의하여 건설된다.’고 규정한 것을 2009년 헌법 제29조는 ‘사회주의는 근로대중의 창조적 로동에 의하여 건설된다.’라고 변경하였다.

71) 동 헌법 제100조

72) 동 헌법 제102조

대 권력이 집중된 1인 절대권력체제가 되었다고 분석할 수 있다.<sup>73)</sup>

최근 2010년에도 헌법 개정이 있었으나 이는 ‘중앙검찰소’를 ‘최고검찰소’로, ‘중앙재판소’를 ‘최고재판소’로 명칭을 변경한 정도에 불과한 것이었다.

## 2.2. 민법

북한은 사회주의 국가로서 사적 소유권을 소비재에 국한시키고 있기 때문에 개인 간의 법률관계를 규율하는 민법의 역사가 길지 않다.<sup>74)</sup>

북한은 일제로부터의 해방 후 일제의 잔재를 청산하려는 의도에서 기존의 구민법에 대해 전면 무효를 선언하였다. 이로써 구민법의 태도를 극복할 수는 있었지만 성문민법과 판례가 존재하지 않아 민법의 공백상태를 초래하게 되었다.<sup>75)</sup> 이를 해결하기 위해 1950년 민법전 제1초안이 마련되었고 1958년 2월 1일 내각결정 제16호로 ‘조선민주주의 인민공화국 민법 및 민사소송법 초안을 준비할 데 관하여’에 근거하여 민법전 제2초안이 작성되었다.<sup>76)</sup> 그러나 이들은 모두 법전화 되지 못하였데, 그 이유로는 각 초안의 내용이 북한사회의 완전한 사회주의화를 이룩하는 데에 필요한 요구에 부응하지 못하였거나, 민법의 성문화가 북한의 사회·경제발전에 오히려 방해가 되지 않을까 하는 염려에 의한 것이 아닌가 추측할 수 있다.

1986년에 ‘민사 규정’이 만들어져 각종 민사관계와 가족관계에 적용

---

73) 박진우, <2009년 개정 북한헌법에 대한 분석과 평가>, <<世界憲法研究>> Vol.16 No.3, 국제헌법학회 한국학회, 2010, p.871.

74) 북한 민법의 시작을 ‘당의 경제정책과 자립적 민법경제노선을 관철하여 인민경제계획수행을 보장하기 위한 개별 민법규정들’에서부터 찾아 경제정책과 관련된 개별 입법들을 민법의 범주에 포함시켜서 설명하는 견해가 있으나 이는 너무 광범하고 여타 법 분야와의 경계가 모호해질 우려가 있는바 여기서는 민법전에 국한해서 그 변화과정을 추적하도록 한다 ; 신영호, <북한민법 40년과 그 동향>, <<북한법률행정논집>> 제8권, 고려대학교 법학연구원, 1990. 참조.

75) 박정원, <북한 민법의 발전>, <<북한연구학회보>> 제3권 제1호, 북한연구학회, 1999, p.228.

76) 신영호, 앞의 글, p. 135.

되기는 하였지만 이는 재판실무를 위한 통일적인 규준에 불과한 것이어서 고유한 의미의 민법이라고 보기에는 한계가 있다.<sup>77)</sup> 더군다나 기관·기업소 단체 사이의 경제거래에는 적용을 배제한다고 하여 민법으로 보기에는 큰 한계를 가지고 있었다.<sup>78)</sup>

이와 같이 북한은 민법전이 없는 상태였으나 1990년 9월 5일 최고인민회의 상설회의 결정 제4호로 ‘조선민주주의인민공화국 민법전’을 채택하였다.<sup>79)</sup> 북한은 사회주의를 지배 이데올로기로 채택하고, 사회주의는 기본적으로 개인의 사적 소유권을 부정하기 때문에 민법의 존재를 부인하게 된다. 그럼에도 불구하고 북한이 민법을 제정한 것은 그 자체로서 부분적인 경제 개방과 대외 교류의 흐름을 반영하는 것이다.<sup>80)</sup>

북한의 민법은 제1편 일반제도, 제2편 소유권제도, 제3편 채권채무제도, 제4편 민사책임과 민사시효제도로 총4개편 271개 조로 구성되어 있다. 우리나라의 민법이 5개편 1118개조로 구성되어 있는 것과 비교해보면 매우 간소하고 기본적인 수준에 불과하다.

다만 북한은 우리나라와 달리 가족법과 상속법을 민법에 포함시키지 않고 1990년 10월 24일 최고인민회의 상설회의 결정 제5호로 ‘조선민주주의인민공화국 가족법’을, 2001년 8월 22일 최고인민회의 상임위원회 정령 제2882호로 ‘조선민주주의인민공화국 상속법’을<sup>81)</sup> 각각 채택하여 독립된 법으로 만들었다. 북한의 가족법은 제1장 가족법의 기본, 제2장 결혼, 제3장 가정, 제4장 후견, 제5장 상속, 제6장 제재로 구성되어 있으며 총 54개조로 이루어져 있다. 상속법이 채택되기 전 이미 가족법의 상속편에서 상속순위, ‘상속몫’, 유언상속 등에 대해서

---

77) 박정원, 앞의 글, p. 228.

78) 박정원, 위의 글, p. 228 에서 김정금·리황, 민사소송법, 평양, 김일성종합대학출판사, 1987, p.52. 재인용.

79) 최종고, 앞의 글, p.97.

80) 박정원, 앞의 글, p. 227.

81) 장명봉, 2008 최신북한법령집, 북한법연구회, 2008, p. 318.

규정하고 있었지만 상속법은 이를 훨씬 구체화하여 제1장 상속법의 기본, 제2장 법정상속, 제3장 유언상속과 증여, 제4장 상속의 집행 등으로 구성하여 총 57개 조문으로 상속에 대하여 규율하고 있다.

북한의 민법은 1993년과 1999년에, 가족법은 1993년과 2004년에 각각 일부 개정되었으나 각 전체 조문수는 그대로 유지하고 있다

### 2.3. 형법

민사법 분야에 비하여 북한의 형법은 훨씬 일찍 제정되었을 뿐 아니라 체계적인 모습을 띠고 있다. 북한의 형법은 국가의 권위를 내세우고, 체제를 유지하기 위한 강력한 수단으로써 작용하고 있다. 뿐만 아니라 북한의 형법은 북한의 헌법의 변화와 함께 변모하고 이와 결합하여 북한 지배권력의 요구에 부응하여 왔다. 따라서 북한 형법전의 체계와 변화모습을 통해서 북한의 정치·사회의 변화를 추적할 수 있고, 북한의 형법에 대하여 북한의 헌법에 못지않게 보다 자세하고 깊이 고찰할 필요가 있다.

북한은 일제로부터의 해방을 맞이하면서 민법과 마찬가지로 형법에 대해서도 일제시대의 법령에 대한 전면적인 폐지를 선언하였다. 북한의 일제시대 법령에 대한 이러한 태도는 미군정 하의 남한이 극히 군국주의적인 요소만을 폐지한 채 일제시대의 법령을 그대로 존속시킨 태도와 대비되었다.<sup>82)</sup>

북한은 일제시대의 법령을 폐지한 이후 개별 입법을 통해서 형사 관련 사항들을 규율하다가 ‘조선민주주의인민공화국 형법 채택에 관하여’라는 정령으로 1950년 3월 3일 형법전을 채택하고 4월 1일 시행한 이래<sup>83)</sup>, 1987년, 2004년 각각 전면개정을 거쳐 2009년까지 총 9차에

82) 한인섭, <북한형법의 형성과 발전에 관한 고찰>, <<89' 신진학자 통일연구>>, 국토통일원, 1989, p.12.

83) 김일수, 앞의 글, p.57.

걸쳐 개정되었다.<sup>84)</sup>

1950년 제정된 형법전은 12개장으로 구성된 총칙과 11개장으로 구성된 각칙으로 나뉘어져 있고 총 23개장, 301개의 조문으로 구성되었다. 그 특색을 구체적으로 살펴보면 행위시범주의와 소급적용금지의 규정이 있어 북한의 형법도 부분적으로 일견 죄형법정주의의 원칙에 입각하고 있음을 알 수 있다.<sup>85)</sup> 그러나 북한의 형법은 전체적으로 고찰해볼 때 반(反)법치국가의 성격을 두드러지게 띠고 있다고 평가할 수밖에 없다. 북한 형법의 가장 특징적인 측면은 제7조에서 ‘죄라 함은 조선민주주의 인민공화국 및 그에 수립된 법률질서를 침해할 사회적 위험성이 있는 고의 또는 과실로 인한 일체의 가벌적 행위이다’, 제8조에서 ‘본법 각칙에 규정한 요건을 형식적으로 구비하더라도 그 행위가 명백히 경미하고 해로운 결과를 발생하지 않았기 때문에 사회적 위험성이 없는 경우에는 죄가 성립되지 않는다.’라고 규정하고 있어 ‘사회적 위험성’을 실체법의 중요한 구성요건요소로 파악하고 있다는 점이다.<sup>86)</sup> ‘사회적 위험성’은 가벌성의 요소가 됨과 동시에 비범죄화의 도구가 되기도 하는 바<sup>87)</sup> 그 의미가 모호해서 판단 주체의 자의가 개입될 여지를 크게 열어놓고 있다. 뿐만 아니라 제9조는 ‘범죄적 행위로서 그에 직접 해당하는 규정이 본법에 없는 것에 대하여는 본법 중 그 중요성과 종류에 있어서 가장 비슷한 죄에 관한 조항에 준거하여 그 책임의 기초와 범죄 및 형벌을 정한다.’고 규정하여 유추적용 금지의 원칙을 정면으로 위배하고 있다. 또한 제70조는 ‘탈주한 군무자의 가족 중 그 외의 동거성년가족에 대해서는 선거권을 박탈하고 5년간 원격지로 추방한다’는 규정을 두고 있어 수범자의 인권보호를 위하여 법치주의가 기본적으로 요구하는 연좌제 금지의 원칙도 준수되지 않고

84) 이효원, <북한의 형사법과 형집행제도>, <<교정담론>> 제3권 제1호, 아시아 교정포럼, 2009, p.69.

85) 김일수, 위의 글, p. 69.

86) 김일수, 위의 글, p. 69.

87) 김일수, 위의 글, p. 70.

있다.<sup>88)</sup>

형법전의 각칙도 우리 형법과 차별화되는 특징들을 띠고 있다.<sup>89)</sup> 첫째로, 국가의 권위를 정립하고 이를 내세우기 위한 죄들의 비중이 높다. 인신침해 및 재산침해에 관한 55개 조문을 제외하면 나머지는 직·간접적으로 국가의 권위에 대한 침해를 방어하기 위한 죄들로 구성되어 있다. 예컨대 ‘민족해방투쟁을 반대하는 범죄 (제3장 제2절)’, ‘사회주의적 소유를 침해하는 범죄(제4장 제1절)’, ‘사회주의 경제관리질서를 침해하는 범죄(제4장 제1절)’ 등을 규정하고 있는데 이처럼 국가가 주도하는 사회주의화를 저해하는 행위를 범죄화하고 있다. 둘째로, 법익침해 가능성이 낮음에도 불구하고 사회의 질서유지를 위하여 사회윤리를 범죄화한 죄들이 다수 있다. 예컨대 미성년자부랑타락죄(제246조), 결혼예물제공죄(제253조), 취업거부죄(제174조) 등은 실제 개인적·사회적 혹은 국가적 법익을 침해한다고 보기 어려움에도 불구하고 사회주의적 도덕에 반하는 행위들을 범죄화한 것으로 볼 수 있다.

전술한 바와 같이 1970년대 북한은 사회주의 헌법을 채택·실시하면서 완전한 사회주의로의 이행에 박차를 가하였는데, 이를 위해서 북한의 형법은 잔존하고 있는 이른바 반동세력 및 반동분자들을 억압하는 기능을 담당하였다. 이러한 요구에 발맞추어 최고인민회의 상설회의는 1974년 12월 19일 ‘조선민주주의인민공화국 형법’을 수정·보충하였다. 개정형법전은 5개편, 17개장, 215개조로 구성되어 있었다. 개정 형법 제4조는 ‘조선민주주의인민공화국 형법의 임무는 조선민주주의 인민공화국 주석을 보위하고, 공화국 정부의 노선과 정책을 옹호 관철하며, 모든 범죄적 침해로부터 노동자, 농민의 주권과 사회주의제도와 혁명의 획득물을 지키며, 인민의 헌법적 권리와 생명, 재산을 보호하며, 국가생활의 모든 분야에서 혁명적 제도와 질서를 세워 전 사회를 주체사

---

88) 김일수, 위의 글, p.73.

89) 김일수, 위의 글, pp.72-73.

상으로 일색화하는 역사적 위업에 기여함에 있다'고 규정함으로써 개정 형법이 지닌 완전한 사회주의화라는 사명을 명실상부하게 노정하고 있다. 또한 '조선민주주의 인민공화국 형사정책의 기본'이라는 편을 새로 만듦으로써 당(黨)의 강력한 형사정책 집행을 위하여 형법전을 도구화하고 있음을 알 수 있다.<sup>90)</sup>

북한 형법은 이후 1987년 제2차 개정을 통해 전면개정되었다. 1987년 형법의 특징적인 모습은 1974년 형법이 강하게 띠고 있던 북한의 사회주의화 및 당의 이념적 도구로서의 기능을 다소 후퇴시킨 점이다.<sup>91)</sup> 1987년 형법에서는 이전의 형법에서 규정하였던 '조선민주주의 인민공화국 형사정책의 기본'편이 삭제되었다. 개정 형법은 '국가주권과 사회주의 제도의 보위, 인민의 자주적·창조적 생활의 보장'을 형법의 임무로 보고 있어 이전의 형법에 비해 지배권력의 도구적 성격을 형식적으로 상당히 순화시켰다.<sup>92)</sup>

북한 형법은 2004년 4월 29일 제4차 전면개정 되었으며 2005년 개정까지 거쳐 현재 총 9장 303개조의 조문으로 구성되어 있다. 2004년의 개정에 의한 형법은 북한의 변화된 경제·사회를 반영하고 법치국가의 관점에서 진일보한 모습을 보이고 있어 주목할 만하다.<sup>93)</sup> 2004년 개정은 조문의 체계를 명확히 하고, 구성요건을 보다 구체적으로 규정하였으며, 유추해석을 허용하는 조문을 삭제하였다. 또한 노동교화형을 무기노동교화형과 유기노동교화형으로 구분하고,<sup>94)</sup> 노동단련형을 새로 도입하였다.<sup>95)</sup><sup>96)</sup> 또한 개정형법은 경제관련 범죄들을 대폭 신설하여

90) 김일수, 위의 글, p.82.

91) 이재일, <北韓刑法에 대한 一考察>, <<외법논집>> 제9권 제1호, 2000, p.547.

92) 1974년 형법은 형법의 임무를 '국가주석의 보위, 공화국 정부의 노선과 정책의 옹호' 등으로 보았다.

93) 이효원, 앞의 글, pp. 74-75.

94) 제30조 무기노동교화형, 유기노동교화형은 범죄자를 교화소에 넣어 로동을 시키는 방법으로 집행한다.(이하 생략)

95) 제31조 노동단련형은 범죄자를 일정한 장소에 보내어 로동을 시키는 방법으로 집행한다. (이하 생략)

96) 이효원, 앞의 글, p. 70.

외환관리질서위반죄, 비법적인 외화거래·외화벌이죄, 외국투자기업과 외국인의 탈세죄 등을 규정하고 있다. 이는 경제개방으로 외국과의 접촉 및 교역이 증대되고 있는 현실을 반영하고 있는 것으로 볼 수 있다.<sup>97)</sup>

북한은 2009년에도 형법을 대폭 개정하였다.<sup>98)</sup> 개정형법은 과거에 공소시효를 규정하지 않았던 사형범죄에 대하여 20년의 공소시효를 정하였고 행형성적이 우수한 경우 재판소가 형기를 단축할 수 있도록 하는 규정도 신설하였다. 또한 반국가 및 반민족범죄에 해당하는 ‘파괴암해죄’와 ‘불신고죄’에 대한 처벌을 강화하는 등 체제유지와 관련된 규정을 강화하였다.<sup>99)</sup>

## 2.4. 민사소송법

북한은 해방 이후 의용민사소송법을 전면 폐지하고<sup>100)</sup> 1976년 1월 10일에야 북한최고인민회의 상설회의 결정 제18호로 ‘조선민주주의인민공화국 민사소송법’을 채택하였고 같은 날 결정 제19호로 ‘조선민주주의인민공화국 재판소구성법’이 제정되었다.<sup>101)</sup>

북한 민사소송법의 특징을 살펴보면, 우선 민사소송을 당사자 간의 사적인 이익에 관한 다툼으로 보고 당사자를 소송의 주체로 인정하는 것과 달리 북한의 민사소송은 프롤레타리아 독재를 완성시키기 위한 수단에 불과하므로 강력한 직권탐지주의의 성격을 띠고 있다.<sup>102)</sup> 또한 우리 민사소송법과는 달리 매우 특이하게도 민사소송에 있어서 검사의

97) 이효원, 앞의 글, p.75.

98) 이에 대하여 아직 문헌이 충분하지 않아 상술하지 못한 점은 아쉽다.

99) ‘북한 체제유지 관련규정 대대적 정비… 형벌도 강화’, 법률신문, 2010년 9월 21일.

100) 김홍규, <북한민사소송의 회고와 전망>, <<북한법률행정논총>> 제10편, 고려대학교 법학연구원, 1995, p.228.

101) 정동윤, <북한민사소송법의 특색과 소송절차의 개요>, <<북한법률행정논총>> 제9편, 고려대학교 법학연구원, 1992, p.173.

102) 김홍규, 앞의 글, p.239.



광범위한 감독권을 인정하고 있다. 국가, 사회 또는 개인의 이익을 위해서 필요한 경우 검사는 소송을 제기할 수 있고 소송 전반에 참가하여 감독할 권한을 가진다.<sup>103)</sup> 또한 북한은 여타 사회주의 국가와 같이 2심제를 도입하고 있다.<sup>104)</sup>

북한의 민사소송법은 더 이상 개정 없이 존속되다 1994년 5월 25일 조선민주주의인민공화국 최고인민회의 상설회의 결정 제47호로 전문 개정되었다. 개정 민사소송법은 철저한 직권탐지주의를 완화하여 제2조에서 민사소송절차는 재판소와 소송당사자의 적극적 협력에 의하여 수행하도록 규정하였다.<sup>105)</sup> 또한 개혁·개방의 시대적 흐름과 함께 소송절차에 대한 검사의 개입도 완화하여 검사의 재판 감시규정을 삭제<sup>106)</sup>하고 검사가 재판에 참여하지 않아도 심리를 진행할 수 있도록 규정하였다.<sup>107)</sup>

반면에 개정 민사소송법 중 종래의 규정을 일부 답습 내지 강화하는 부분도 존재한다. 개정 민사소송법은 재판준비절차를 보완하면서 ‘현장 조사’제도를 존속시켰는데 이는 민사소송활동에서 청산리 정신과 방법에 따라서 현지에 있는 노동자들과의 직접 대화를 통해서 얻은 진술서, 확인서 기타 자료들을 문건화 하여 판결의 기초로 삼는 것을 말한다.<sup>108)</sup><sup>109)</sup> 또한 개정 민사소송법은 2심제를 더욱 강화하는 모습을 띠고 있다. 1976년 민사소송법은 제152조 전문에 ‘제2심 재판소는 제1심 재판소에서 새로운 증거수집이나 조사를 더 할 필요가 없을 정도로

---

103) 김홍규, 위의 글, p.242.

104) 김홍규, 위의 글, p.250.

105) 김홍규, 위의 글, p.258.

106) 1976년 북한 민사소송법 제9조 검사는 재판과 판정 판결의 집행에서 공화국의 법이 정확히 지켜지는 지를 감시한다.

107) 제94조 재판심리에는 검사가 참가한다. 그러나 검사가 참가하지 못하였을 경우에도 재판심리를 할 수 있다.

108) 제76조 판사는 재판준비단계에서 사건해결에 필요한 증거를 수집하며 사건의 취급처리와 관련한 수속상 문제를 해결한다.

109) 재판준비절차는 구 소련 민사소송법이나 중국의 민사소송법에서도 찾아볼 수 있으며 매우 비중 있는 제도이다 ; 김홍규, 위의 글, p.264.

사실관계를 명확히 밝혀 놓고도 판결 판정을 정확히 내리지 못하였을 경우에는 제1심으로 환송하지 안하고 그것을 고칠 수 있다.’고 하면서도 그 후문에 ‘그러나 기본청구에 대한 판결 판정을 완전히 뒤엎는 판정은 할 수 없다’고 규정하였으나 후문을 삭제하였다. 이로써 제2심 재판소는 제1심 재판소가 사실인정은 정확히 하면서도 법리 착오가 있을 경우 스스로 제1심 재판소의 판결을 뒤엎을 수 있게 되어 그 권한이 강화되었다.<sup>110)</sup> 북한의 민사소송법은 그 후에도 2002년, 2004년 및 2005년에 일부 개정되어 현재 전체 조문수는 182개이다.

## 2.5. 형사소송법

북한의 형사소송법은 1950년 3월 3일 제정되어 1976년, 1999년 전면 개정을 포함하여 2005년 7월 26일까지 총 10차에 걸쳐 개정되어 현재 총 12장 439개 조문으로 구성되어 있다.<sup>111)</sup> 북한의 형사소송법이 민사소송법보다 16년이나 일찍 제정된 것은 북한이 사회주의국가를 건설하는 데에 형법 및 형사소송법이 강력한 도구가 되었음을 시사해준다.

1950년 제정된 형사소송법은 모두 25장 281조로 구성되어 있었으며 기소법정주의를 규정함과 동시에 피해자에 의한 사소(私訴)를 허용하는 특이점이 있었다.<sup>112)</sup> 또한 구 소련법의 영향을 받아 수사기관의 수사와 법원의 재판 사이에 예심제도라는 독특한 단계를 두어 법원의 영장주의를 배제하고 있으며<sup>113)</sup> 이 예심제도<sup>114)</sup>는 현행 형사소송법에

110) 김홍규, 위의 글, p.266.

111) 이효원, 앞의 글, p.77.

112) 이백규, <북한의 개정 형사소송법의 동향과 평가>, <<북한법연구>> 제8호, 북한법연구회, 2005, p. 154.

113) 이백규, <북한형사소송법의 변천과 전망 및 과제>, <<북한정권60년 : 북한법의 변천과 전망 및 과제>>, 북한법연구회 15주년 기념 학술대회, 북한법연구회·국민대 북한법제 연구센터·한국 법학교수회 북한법연구특별위원회, 2009, p.128.

114) 중요범죄의 수사는 예심관이라 불리는 공무원이 담당하는데, 예심관은 모든 증거에 대해 광범

까지 이어지고 있다.<sup>115)</sup> 북한이 사회주의 헌법을 채택함에 따라 형사소송법도 1976년 전면개정되는 바, 개정 형사소송법은 자백의 증거능력을 제한하지 않고, 소추기관과 심판기관이 분리되지 않아 전근대적인 모습을 띠고 있었다.<sup>116)</sup>

1992년 1월 15일 최고인민회의 상설회의 결정 제12호로 이루어진 전면개정은 동구권의 붕괴라는 시대적 흐름의 일환으로서 개정 형사소송법 제1조는 ‘조선민주주의인민공화국 형사소송법은 범죄와의 투쟁을 통하여 국가주권과 사회주의제도를 보위하고 인민들의 자주적이며 창조적인 생활을 보장하는데 이바지한다.’고 규정<sup>117)</sup>하여 적어도 형식적으로는 형사소송법의 이데올로기 내지 당의 통제수단으로서의 성격을 탈각시키고 있다. 이에 더 나아가서 개정 형사소송법은 제4조<sup>118)</sup>에서 형사소송절차에서의 인권보장을 규율하고 있고, 진술강요의 금지(제93조<sup>119)</sup>), 자백의 보강법칙에 관한 규정(제94조)<sup>120)</sup>들을 신설하여 명목적으로나마 법치주의적이고 인권보장적인 형사소송절차를 구비하였다.

2004년 5월 6일 최고인민회의 상임위원회 정령 제436조로 이루어진 형사소송법 개정<sup>121)</sup>은 국제사회의 인권보장에 관한 압력을 일부 수용한 것으로 보인다. 즉, 2004년 개정 형사소송법은 구속 외에 체포

---

위하면서도 균형 있고 철저한 조사를 하여 기소에 대한 의견을 준비해야하는데 이를 예심절차라 한다. 이 경우 수사는 결국 범죄의 혐의를 밝혀 예심절차에 넘기는 것이 목표가 된다. 예심관은 사법기관의 통제를 받지 않고 검찰청이나 다른 국가기관의 통제를 받는다. ; 권오걸, <북한 형사소송법상의 예심절차>, <<법학논고>> 제25권, 경북대학교 법학연구소, 2006, pp.62-63.

115) 현행 북한 형사소송법은 제7장에 ‘예심’이라는 표제 하에 제148조에서 ‘예심의 임무는 피심자를 확정하고 범죄사건의 전모를 완전하고 정확하게 밝히는 것이다’라고 규정하고 있다.

116) 이백규, <북한의 개정 형사소송법의 동향과 평가>, <<북한법연구>> 제8호, 북한법연구회, 2005, p. 154.

117) 이백규, 위의 글, p. 130.

118) ‘국가는 형사사건의 취급처리활동에서 인권을 철저히 보장한다.’

119) ‘예심원은 피심자에게 강압적인 방법으로 범죄사실을 시인시키거나 진술을 유도하지 말아야 한다.’

120) ‘예심원은 피심자가 자백하였거나 고백한 경우에도 자백이나 고백과 결부되는 다른 증거를 찾아내야 한다.’

121) 장명봉, 앞의 책, p.219.

제도를 신설하고<sup>122)</sup> 법에 규정되지 않거나 법에 정해진 절차에 의하지 않는 체포나 구속을 금지하여, 강제처분 법정주의와 적법절차의 원칙을 선언하는 동시에 비법적인 체포나 구속을 알게 된 검사는 석방의무를 진다고 규정하고 있다.<sup>123)</sup> 북한의 형사소송법은 그 후 2005년도 일부 개정되어 현재 전체 조문수가 439개로 증가되었다.

### 3. 1980년대 이후 개혁·개방에 따른 북한의 입법

#### 3.1. 서언

북한은 1980년 냉전의 해빙과 소련 및 동구권 국가들의 붕괴와 같은 세계적 흐름에 맞추어 소극적이거나 경제 개방을 위한 체제 정비를 해왔다. 경제 관련 법제의 신설과 정비는 외국인 및 외국 기업, 그리고 남한의 투자를 유치하는 과정에서 생기는 마찰들을 없애기 위해 필수적인 작업이었다. 이는 북한만이 겪는 특수한 현상은 아니며 이 시대를 전후한 대부분의 사회주의 국가들의 법제 역사가 경험한 것이었고,<sup>124)</sup> 북한은 이들 국가의 변화를 답습해가는 모습마저 보이고 있다.<sup>125)</sup> 이하에서는 북한이 1980년대 이후 이러한 세계적 흐름에 발맞추어 정비한 법제들에 대해서 상술해보도록 한다. 북한의 경제개방과 관련한 법제 변화 중에서 가장 주목해야 할 부분은 역대 북한 헌법의 경제관련 조항의 변화라고 할 수 있다.<sup>126)</sup> 하지만 이에 대해서는 앞서

122) 동법 제176조(체포, 구속처분의 목적) 예심원은 예심 또는 재판을 회피하거나 범죄사건의 조사를 방해할 수 있는 피심자를 체포하거나 구속처분을 할 수 있다.

123) 동법 제177조, 180조.

124) 중국은 1978년, 베트남은 1986년, 동유럽 사회주의 국가들은 1998년을 시작으로 만성적인 경제위기를 탈피하기 위하여 시장경제체제의 도입을 선언하고 법제 정비를 시작하였다. ; 윤대규, 앞의 책, p.137.

125) 최은석, <북한의 법제 동향과 체제전환 관점에서 본 북한 법제의 개혁방향>, <<통일문제연구>> 제19권 제2호, 평화문제연구소, 2007, p. 275.

126) 김동한, <북한의 경제관련법제 동향 분석>, <<북한연구학회회보>> 제6권 제2호, 북한연구학회, 2002, p.221.

상술하였고 그 외에도 민법, 형법, 기타 소송법의 개정과정에서 보이는 체제전환적 요소에 대해서도 전술하였으므로 재차 언급하지 않는다.

### 3.2. 대내적 경제개혁을 위한 입법과 그 변화

#### 3.2.1. 사회주의 상업법

북한은 1999년 4월 9일 최고인민회의 제9기 제3차 회의에서 ‘사회주의 상업법’을 제정한 이래 1999년, 2002년, 2004년 3차례에 걸쳐서 이를 개정하였다.<sup>127)</sup> 사회주의 상업법의 신설은 물자 생산과 판매, 국제경제체와의 교류 증대에 대비하기 위한 작업으로 볼 수 있다. 하지만 개정 북한 상업법을 통한 북한의 시장경제체제의 적극적인 도입 시도는 그간의 암시장의 형성, 국정가격과 시장가격의 현격한 차이 등을 극복하지 못하고 오히려 국가의 시장통제마저 어렵게 만들자 2005년 배급제를 부활하고 식량의 종합시장거래를 전면 금지하는 등 시장경제체제로의 전환을 후퇴시켰다.<sup>128)</sup> 현행 사회주의 상업법은 여전히 국가가 가장 강력한 상업활동의 주체로 상정되어 있고, 개인 간의 상업활동에 대한 조문은 거의 없으며 대부분이 국가가 물자와 서비스를 구매·공급하고 통제·관리하는 방식에 대하여 규율하고 있어 우리의 상법과는 매우 이질적임을 알 수 있다.

신설된 사회주의 상업법 (이하 ‘구 상업법’)은 그간 서비스 업종에 대하여 중앙과 지방의 양 관리기관이 통제하던 것을 중앙 당국의 통일적 지도에 의한 것으로 바꾸었다.<sup>129)</sup> 또한 북한은 시장경제체제에서

---

127) 최은석, 앞의 글, p.286.

128) 윤대규·김근식, <북한의 시장경제체제로의 이행에 따른 경제관련 법제의 변화>, <<공법연구>> 제16집 제3호, 2008, p.185.

129) 윤대규·김근식, 위의 글, p.185. ; 구 상업법 제63조 중앙상업지도기관은 주민지역의 특성과 인구수, 인민들의 수요 같은 것을 고려하여 상품품종별, 봉사업종별로 전문봉사망을 널리 조직하며 그 형태별 배치기준을 바로 정하여야 한다.

광고가 중요한 역할을 함을 인식하여 승인에 의한 상품광고를 인정하였다.<sup>130)</sup> 2004년 개정 상법(이하 ‘2004년 상법’)에서는 북한은 물자에 대한 국정가격과 시장가격의 극심한 차이를 극복하기 위하여 구 상법의 농민시장 대신에 상설 종합시장을 도입하면서 국가에 의하여 관리되는 시장질서를 정립하고,<sup>131)</sup> 이와 함께 상점, 식당, 서비스업종에 대한 영업허가제를 도입하여 시장의 활성화를 도모하였다.<sup>132)</sup>

하지만 사회주의 상법은 기본적으로 계획경제에 기초하고 있으며, 북한이 시장경제체제를 적극적으로 수용하기 위한 이러한 일련의 시도들이 전술한 바와 같이 부작용을 야기하자 2004년 상법에서는 시장경제에서 후퇴하고 계획경제로 일부 회귀하는 듯한 태도를 취하고 있다.

사회주의 상법 제1조는 ‘사회주의 상업은 인민들에 대한 공급 사업이며 그들의 물질문화적 수요를 충족시키기 위한 상업이다’라고 규정하여 ‘상품의 유통을 통한 이윤추구’라는 자본주의 시장경제의 상업과는 이질적인 정의를 내리고 있다. 제2조에서도 ‘국가는 상품공급에서 주문제를 바로 실시하며 상품에 대한 수요를 생산에 정확히 맞물리고 생산된 상품을 제때에 수요자에게 공급하도록 한다’고 하여 이른바 ‘상품주문제’<sup>133)</sup>를 실시하고 있다. 상품주문제는 전술한 사회주의 상업의 의미와 결합하여 결국 상업이 개인 간 혹은 개인과 기업 간의 직접적인 접촉에 의한 작용이 아니라 국가의 전면적인 개입 아래 국가가 인민들의 수요를 예측해서 기업을 통해 수요에 부응하는 생산을 하는

130) 윤대규·김근식, 위의 글, p.185. ; 구 상법 제66조 상품광고는 해당기관의 승인을 받아 정해진 형식으로 하여야 한다.

131) 구 상법 제63조가 ‘중앙상업지도기관과 지방정권기관은 사회주의상업의 보충적 형태인 농민시장을 옹계 관리운영하여야 한다.’고 규정한 것을 2004년 개정 상법 제86조는 ‘중앙상업지도기관과 지방정권기관은 시장을 꾸리고 잘 관리운영하여야 한다.’고 수정하였다.

132) 2004년 상법 제88조 제2항 영업허가를 받지 않은 상점, 식당, 봉사소는 운영을 중지시키고 벌금을 물린다.

133) 제10조에서도 ‘상품공급은 주문제에 의한 공급이다’라고 규정하여 사회주의 상업이 상품주문제에 의한 것임을 재차 확인하고 있다.

시스템으로 변질되게 한다.

사회주의 상업법은 제3절에서 ‘수매’라는 표제 하에 국가의 수매에 대해서 규율하고 있는데 이는 사회주의 상업법에서 중요한 내용을 이루고 있다.<sup>134)</sup> 국가의 수매사업은 이윤추구에 있는 것이 아니라 ‘도시와 농촌, 생산과 소비를 연결시켜 주민들의 식료품에 대한 수요를 충족시키며 공업에 필요한 원료, 자재를 보장하기 위한 중요방도’<sup>135)</sup>이다. 사회주의 상업법은 수매의 종류로서 자유수매, 계획수매 외에도<sup>136)</sup> 계약수매, 현물교역수매, 위탁수매, 예약수매, 순회수매 등 다양한 수매방법을 마련하여 놓았고<sup>137)</sup>, 수매 계획을 철저히 정립할 것<sup>138)</sup>과 수매 계약이 반드시 이행되도록 규정하고 있다.<sup>139)</sup>

제4절에서는 ‘사회급양’에 대해서 규정하고 있는 바, 사회급양은 근로자들의 식생활을 개선하며 여성들의 가정적 부담을 덜어주기 위한 상업봉사의 한 형태로 ‘밥공장’, ‘국수공장’, ‘빵공장’, 등의 운영을 지칭한다.<sup>140)</sup><sup>141)</sup> ‘사회급양 기관, 기업소, 단체는 인민들의 기호와 위생영양학적 요구에 맞는 음식물을 만들어 공급하여야’<sup>142)</sup> 하고, ‘인민들이 즐기는 대중식사와 요리 같은 것을 기본으로 하면서 우리 인민의 민족적 특성과 지방적 특색을 잘 살리는 원칙에서 음식물의 가짓수를 늘여야 한다.’<sup>143)</sup>

---

134) 최은석, 앞의 글, p. 330.

135) 사회주의 상업법 제28조

136) 동법 제30조 수매는 계획수매와 자유수매로 한다.

137) 동법 제32조 해당 기관과 수매기관, 기업소는 수매원천의 분산성과 수매품종의 특성에 맞게 계약수매, 현물교역수매, 위탁수매, 예약수매, 순회수매 같은 방법으로 수매사업을 다양화하여야 한다.

138) 동법 제33조 해당 기관, 기업소, 단체는 수매 기지와 원천을 조성하고 늘이며 수매원천을 조시장악하여 수매품 총액 및 지표별, 시기별 계획을 세우고 집행하여야 한다.

139) 동법 제34조 ...(생략) 상업기관, 기업소와 국영 및 협동 농장은 수매 계약을 어김없이 리행하여야 한다.

140) 최은석, 앞의 글, p. 331.

141) 제43조 중앙상업지도기관과 지방정권기관, 해당 기관, 기업소, 단체는 도시와 로동자구, 농촌리에 밥공장, 국수공장, 빵공장을 주민들의 수요에 맞게 꾸리고 주식물을 가공하여 공급하여야 한다.

142) 동법 제39조

제5절은 ‘편의봉사’에 대해서 규율하고 있는데, 편의봉사는 ‘인민들의 물질문화생활에 도움을 주고 그들의 건강을 보호증진시키기 위한’<sup>144)</sup> 사업이다. ‘중앙상업지도기관과 지방정권기관은 위생편의, 가공편의, 수리편의, 리용편의 같은 편의봉사망을 꾸리고 업종을 정해주며 앞선 봉사방법을 널리 받아들이도록 하여야 한다.’<sup>145)</sup>

제6절에서는 ‘상품보관관리’라는 표제 하에 ‘상품을 질량적으로 검수 선별하고 정확히 보관하며 상품의 손실을 없애고 품종 구색을 갖추어 인민들에게 질 좋은 상품을 공급’<sup>146)</sup>하도록 규율하고 있다. 상품보관 관리 중에 손실분이 있으면 이를 즉시 교정하고,<sup>147)</sup> 관리 상품들을 아끼고 소중히 취급할 것을 요구하고 있어<sup>148)</sup> 물품관리에 누수가 없도록 하고 있다.

이외에도 상업법에서는 상업활동에 대한 국가의 지도체계를 확립하고 이를 통한 상업 통제를 공고히 하고 있다. 제80조는 ‘상업부문 사업에 대한 지도통제를 강화하는 것은 국가의 상업정책을 철저히 집행하기 위한 중요담보이다’라고까지 규정하고 있다.

### 3.2.2. 재정법

북한의 재정분야는 재정자원의 부족, 재정정책의 경제조절 기능 결여, 정부재정지출의 상대적 비중 과대 및 국영기업소의 비효율적 운영 등으로 인하여 고질적인 문제점을 안고 있다.<sup>149)</sup> 북한은 이를 해결하기 위하여 지속적으로 노력해왔고 그러한 노력이 법제분야에 투영된

---

143) 동법 제40조

144) 동법 제48조 전문

145) 동법 제48조 후문

146) 동법 제54조

147) 동법 제59조 ...(생략) 상품실사에서 나타난 부족점은 제때에 바로잡아야 한다.

148) 동법 제61조 기관, 기업소, 단체와 공민은 상업부문의 상품을 비롯한 재산을 아끼고 소중히 다루며 그것을 파괴하거나 손상시키지 말아야 한다.

149) 윤대규, 앞의 책, p.157.



결과물이 북한의 재정법이다. 재정법은 1995년 8월 30일 북한 최고인민회의 상설회의 결정 제61호로 채택되어<sup>150)</sup> 1999년, 2002년, 2004년 세 차례에 걸쳐 개정되었다. 재정법은 재정수입과 지출체계의 조정 및 관리를 통해 재정구조를 합리화하고 재정의 건전성을 추구하는 2002년 ‘7·1 경제관리개선조치’<sup>151)</sup>의 법제화인 동시에 경제개혁에 대한 북한 정권의 의지의 표현이다.<sup>152)</sup>

재정법 제29조는 ‘기관, 기업소, 단체는 화폐자금을 생산경영활동, 인민적 시책 같은 목적에 합리적으로 써야 한다.’고 규정하여 예산의 낭비를 막고자 했다. 그리고 기관, 기업소, 단체의 회계를 독립채산제로 관리함으로써 재정수입의 확대를 시도하고 있다.<sup>153)</sup> 이를 위하여 재정법 제25조는 ‘기관, 기업소, 단체의 재정은 독립채산제 또는 예산제로 관리한다. 생산, 경영 활동을 하는 기관, 기업소, 단체의 재정은 독립채산제로 관리하며 생산, 경영 활동을 앓는 기관의 재정은 예산제로 관리한다.’고 규정하고 있다. 재정법 제34조는 ‘기관, 기업소, 단체는 경영활동과 과학기술을 하나로 결합시켜 노동생산능률을 높이고 원가를 체계적으로 낮추어 순소득을 늘여야 한다.’고 규정하여 자금관리의 효율성과 합리성을 제고하도록 하였다. 또한 북한 재정법은 제4장에서 ‘재정총화’를 규정하여 재정의 운용에 관하여 보고, 승인함과 동시에 이에 대하여 토론하여 상황을 개선하고자 노력하고 있다. 이는 마치 우리의 기업 내에 있는 분임토의, 경영검토회의 혹은 주주총회와 비슷한 성격을 갖는다.<sup>154)</sup>

150) 장명봉, 2008 최신북한법령집, 북한법연구회, 2008, p.337.

151) 2002년 ‘7·1 경제관리개선조치’는 국가가격의 현실화, 임금의 대폭적 인상, 환율의 현실화를 주요 내용으로 한다. 이를 통하여 만성적인 빈곤에서 탈출하고자 하였으며 이는 북한 경제사회의 개방을 초래했다. ; 신정화, <북한의 개혁, 개방정책의 변화: 관광산업을 중심으로>, <<북한연구학회보>> 제14권 제2호, 북한연구학회, 2010, p.149.

152) 윤대규, 위의 책, p.157.

153) 손희두, <북한 제정법제의 변화와 과제>, <<국민대학교 법학연구소·북악법학연구회 제40차 정기학술회의 발제문>>, 국민대학교 법학연구소, 2007, p.80.

154) 손희두, 위의 글, p.81.

### 3.2.3. 회계법

회계법의 제정은 전술한 재정법 및 기타 재정 관련 법령들과 결합하여 회계법제를 체계화하고 재정부문의 단위주체들의 회계관리를 개선함으로써 재정관리의 투명성과 효율성을 높이는 회계관리제도 개혁의 일환을 이루고 있다.<sup>155)</sup> 북한 회계법의 제정으로 북한은 그 동안의 관리회계적 성격에서 탈피하여 재무회계적 요소를 도입하게 된다. 다시 말하여, 개별 경제주체들이 예산에 구애받지 않고 비용을 지출하고 시행착오를 겪으면서 많은 비용의 누수가 생기는 이른바 ‘연성예산제약’에서 탈피하여 회계보고와 결산보고를 통해 효율적인 재정관리가 가능하게 되었다.<sup>156)</sup><sup>157)</sup> 북한은 회계법 제정으로 기업소를 탕감한 후, 흑자를 내는 기업은 상여금을 받고, 적자인 기업은 그 지배인이 책임을 지게 되는 등 북한 재정법과 함께 북한 회계법 역시 독립채산제를 강화하고 기업구조조정을 통하여 분배의 평균주의를 극복하는 경제개혁의 일환을 이루고 있다.<sup>158)</sup>

북한의 회계법은 2003년 3월 5일 최고인민회의 상임위원회 정령 제 3628호로 채택된 이래 지금에 이르고 있다.<sup>159)</sup> 회계법은 회계전문가들을 양성할 것을 국가의 의무로 규정하고 있으며<sup>160)</sup> 회계분야에 있어서 국제기구와 다른 나라와의 교류를 증대하여 국제표준에 근접하는 회계시스템을 정착시킬 것을 목표로 하고 있다.<sup>161)</sup> 또한 회계계산의

---

155) 손희두, 위의 글, p.79.

156) 동법 제1조 조선민주주의인민공화국 회계법은 회계계산과 분석, 검증에서 제도와 질서를 엄격히 세워 경제활동에서 재정적 실리를 보장하는데 이바지한다.

157) 윤대규, 앞의 책, p.160.

158) 윤대규·김근식, 앞의 글, p.188.

159) 장명봉, 앞의 책, p.342.

160) 동법 제7조 국가는 회계분야에 대한 과학연구사업을 강화하며 능력 있는 회계 전문가들을 계획적으로 키우도록 한다.

161) 동법 제8조 국가는 회계분야에서 국제기구, 다른 나라들과의 교류 협조를 발전시킨다.

주체를 ‘독자적으로 경영활동을 하는 기관, 기업소, 단체’로 규정하고 회계처리 및 보고의 책임이 각 개별 기관, 기업소, 단체에게 있음을 명확히 하고 외국인투자기업은 배제하였다.<sup>162)</sup> 기관, 기업소 및 단체에 대해서 재무회계에 대한 분석을 시행하도록 의무지우고<sup>163)</sup>, 이들이 자본이용과 보존의 효율성 및 경제활동, 예산활용 및 여러 경제지표에 대한 분석을 실시하도록 하고 있다.<sup>164)</sup><sup>165)</sup> 회계 감사를 통한 회계의 관리를 중앙집권적 통제가 아니라 지방 분권화 하고 있는 것이 특징적<sup>166)</sup>이며 보고서 작성자에게 엄중한 책임을 지우고 있어<sup>167)</sup> 회계보고와 처리의 중요성을 제고하는 한편 정확한 회계를 위한 제도적 방편을 마련하고 있다.

### 3.3. 대외적 경제개혁을 위한 입법과 그 변화

#### 3.3.1. 개관

북한은 정권수립 이후 사회주의 경제체제와 자립적 민족경제에 기초한 경제체제를 지속시켜왔으나 폐쇄적인 경제체제가 안고 있는 한계를 노정하고 세계 경기의 흐름을 따라가지 못한 결과 만성적인 경제난국을 경험해 왔다.<sup>168)</sup> 이를 타개하기 위하여 70년대까지 북한은 차관형식의 외자도입을 추진하여왔다. 하지만 차관형식의 외자도입은 원리

162) 동법 제11조

163) 동법 제25조 제2항 기관, 기업소, 단체는 회계분석을 의무적으로 하여야 한다.

164) 동법 제26조 기관, 기업소, 단체는 자금보장과 리용의 효과성, 경영수지, 예산집행정형, 화폐유통, 외화수지, 국제수지 같은 것을 분석하여야 한다.

165) 신현윤, <최근 북한 개혁·개방법제의 변화와 전망>, <<저스티스>> 제76호, 한국법학원, 2003, p.280.

166) 동법 제31조 제2항 회계검정은 지방재정기관과 해당기관이 한다.

167) 동법 제46조는 회계 잘못에 의한 벌금과 손해보상, 제47조는 직위 강등 및 해제, 제48조는 행정적 및 형사적 책임을 규정하고 있다.

168) 신현윤, <북한 외국인투자법의 변천과 전망 및 과제>, <<북한정권 60년 : 북한법의 변천과 전망 및 과제, 북한법 연구회 창립 15주년 기념 학술대회>>, 북한법연구회·국민대 북한법제연구센터·한국법학교수회 북한법연구특별위원회, 2009, p.195.

금 상환의 부담을 항상 안고 있어야 하고 70년대의 오일쇼크로 외화 획득이 감소하여 1987년 서방의 채권은행단은 북한을 채무이행불능국으로 선언하기까지에 이르렀다.<sup>169)</sup> 이에 북한은 1984년 9월 ‘합영법’을 제정하여 원리금상환의 부담이 없는 외국 자본과 기술의 도입을 시도하였으나 외국인 투자를 유도할 만큼 규정이 구체적이지 못한 데다 당시의 1972년 헌법과의 충돌 때문에 이를 통한 외국인 투자는 실패한 것으로 평가되고 있다.<sup>170)</sup> 1990년대 동구권의 붕괴로 북한은 주요한 경제협력 대상들을 상실하게 되자 1991년 12월 나진·선봉지역을 자유경제무역지대로 개방하고, 전술한 바와 같이 1992년, 1998년 헌법 개정을 통하여 시장경제원리를 수용하고 외국인 투자를 촉진할 근거를 마련하였다. 북한은 이에 기초하여 수많은 하위규정들을 신설·정비한 바 1992년 10월 5일 외국인투자를 위한 기본법으로 ‘외국인투자법’, ‘외국인기업법’, ‘합작법’ 등을 제정하였고, 외국투자기업 및 외국인 세금법·외환관리법·자유경제무역지대법(이상 1993년 1월 31일), 지하자원법 (1993년 4월 8일), 토지임대법 (1993년 11월 29일), 외국인투자기업 노동규정 (1993년 12월 30일) 등을 제정하였다.<sup>171)</sup>

이하에서는 소위 투자3법이라고 지칭되는 ‘합영법’, ‘합작법’, ‘외국인기업법’ 등을 중심으로 그 내용과 변화과정을 살펴보도록 한다.

### 3.3.2. 합영법

‘조선민주주의인민공화국 합영법’은 1984년 9월 8일 최고인민회의 상설회의 결정 제10호로 채택되어 2004년까지 총 5차에 걸친 개정을 거쳐 오늘날에 이르고 있다.<sup>172)</sup> 반면, 합영법이 대강을 정하고 있는

169) 정주환, <북한의 합영법>, <<단국법학>> 제3권, 단국대학교 법학대학, 1993, p.306.

170) 박정원, <북한 외국인 투자법제의 현황과 과제>, <<저스티스>> 제121호, 한국법학원, 2010, p.474.

171) 박정원, 위의 글, p.474.

172) 신현윤, 앞의 글, p.196.

사항에 대하여 구체적인 내용들을 담고 있는 합병법 시행규정은 2000년 3월 11일에야 내각결정 제19호로 채택되었다. 제정 당시 5장 26조로 구성되었던 합병법은 현재 5장 47조로 구성되어 있다. 합병법은 ‘우리나라(북한)와 세계 여러 나라들 사이의 경제기술협력과 교류를 확대 발전시키는데 이바지’하는 것을 목표로 한다. 합병법은 합병기업 운영과 관련하여 합병기업의 창설, 합병기업의 기구와 경영활동, 결산과 분배, 해산과 분쟁해결 등을 규정하고 있다.

합병법 시행규정과 합병법<sup>173)</sup>에서 합병회사가 규약에 따라 독자적으로 경영활동을 하도록 하고 채무를 출자한 금액의 범위 내에서 부담하도록 정한 것을 고려해볼 때 합병회사의 법적형태는 유한책임회사로 보는 것이 타당하다.<sup>174)</sup>

합병법은 차관도입 형식의 외자유치에 대해서는 규정하고 있지 아니하고 합작투자도 합병회사 설립방식에 의한 투자만을 규정하고 있다. 증권시장이 형성되지 않은 북한에서는 주식취득에 의한 투자는 상정할 수 없는바, 합병법에서도 당연히 이에 대해서는 규정하고 있지 않으며 합병법과 ‘합병법 시행규정’은 기술도입에 관련하여서 합병회사 설립에 부수하는 과학기술<sup>175)</sup>도입과 로열티 지불방식에 의한 기술도입<sup>176)</sup>을 상정하고 있다.

그러나 합병법은 전술한 바와 같이 외자도입을 유도할만한 섬세한 입법이 되지 못한 데다 북한은 법령의 공포제도가 정비되어 있지 않고

173) 동법 제20조 (합병기업의 관리운영기준) 합병기업은 규약, 이사회에 의결에 따라 관리운영한다.

174) 동법 시행규정 제3조 합병기업은 공화국측 투자자와 외국측 투자자가 공동으로 투자하여 창설하고 공동으로 운영하며 출자몫에 따라 리운을 분배하는 기업이다.

합병기업은 투자당사자들이 출자한 재산에 대한 소유권을 가지고 독자적으로 기업활동을 하며 기업의 채무에 대하여 자기 소유재산의 범위안에서 책임을 진다.

175) 동법 시행규정 제8조 첨단기술과 같은 현대적 기술을 받아들이는 대상, 국제시장에서 경쟁력이 높은 제품을 생산하는 대상, 과학연구 및 기술개발대상, 지하자원개발 및 하부구조건설대상에 대한 합병은 장려한다.

176) 동법 시행규정 제81조 합병기업의 ...(중략)...저작소유권의 수출입가격(기술봉사료금 포함)은 해당시기 국제시장가격에 준해 합병당사자들이 합의하여 정하여야 한다.

공인된 법령집도 없어 투자관련 법규들의 내용을 파악하기가 쉽지 않아<sup>177)</sup> 합병법을 통한 외국 투자의 유치는 실패한 것으로 평가받는다. 다만 합병법은 그 성패와 무관하게 북한의 대외경제개방과 외국투자유치를 위한 북한의 첫 발걸음이라는 점에서 그 의미를 가벼이 평가할 수만은 없다.

### 3.3.3. 합작법

‘조선민주주의인민공화국 합작법’은 1992년 10월 5일 최고인민회의 상설회의 결정 제18호로 채택되어 1999년, 2004년 두 차례에 걸친 개정 끝에 오늘에 이르고 있다.<sup>178)</sup>

합작기업이란 ‘우리측(북한) 투자자와 외국측 투자자가 공동으로 투자하고 우리측이 생산과 경영을 하며, 합작 계약조건에 따라 상대측의 투자몫을 상환하거나 리윤을 분배하는 기업을 말한다.’<sup>179)</sup> 합작기업은 북한측과 외국측이 투자는 공동으로 하되 기업의 운영은 북한측이 독점한다는 점에서 기업의 운영까지 공동으로 하는 합영기업과 차이가 있다. 합작법 시행규정에 의하면 ‘합작기업에 출자하는 몫은 합작당사자들이 합의하여 정할 수 있으나 외국측 투자자는 등록자본의 30프로 이상을 출자하여야 한다.’<sup>180)</sup> 투자 상한에는 제한이 없으나 합작기업의 본질상 북한 측의 투자는 필수적이라고 해석하는 것이 타당하다.<sup>181)</sup>

합작의 당사자에 관하여 합작법은 ‘북한의 기관, 기업소 단체는 외국 투자자와 합작을 할 수 있다.’고 규정하고 있다. 합작기업의 당사자들

---

177) 정주환, <북한의 합병법>, <<단국법학>> 제3권, 단국대학교 법학대학, 1993, pp.312-313.

178) 장명봉, 앞의 책, p.415.

179) 동법 제2조(합작기업의 정의)

180) 동법 시행규정 제37조

181) 권제열, <북한의 외국인직접투자유치법제에 관한 연구 (2) - 합작법상 합작기업제도를 중심으로>, <<법학연구>> 제7권, 연세대학교 법과대학 법학연구소, 1997, p.122.

은 합작계약을 체결하여야 하고 북한측 당사자는 합작계약의 체결에 앞서 해당 상급기관과 협의하여야 한다.<sup>182)</sup> 합작기업은 북한측의 투자가가 생산과 경영을 담당하므로 북한측 투자가가 임명한 관리 책임자가 합작기업을 대표하게 된다. 책임추궁과 관련하여서는 별도의 규정이 없어 책임의 소재와 비율, 소멸시효, 책임추궁의 절차에 관하여 개별적인 약정이 없는 한 외국인 투자가가 경영실책에 대한 책임을 추궁하는 것이 현실적으로 곤란할 우려가 있다.<sup>183)</sup> 또한 2004년 개정 전 합작법 시행규정에서는 합작기업이 해산하는 경우 외국측 당사자가 투자한 재산을 북한측 당사자의 소유로 되도록 하고, 잔여재산으로 외국측 당사자의 투자지분을 상환할 수 없을 경우에는 북한측 당사자가 끝까지 상환할 책임을 지도록 하여<sup>184)</sup> 합작기업에 대한 투자가 실질적으로는 차관제공이나 대부투자의 성격을 띠는 것으로 파악되었으나<sup>185)</sup> 2004년 개정법에서 이 부분은 삭제되고, 현재는 합작계약에 따라 잔여 재산을 처리하도록 규정하고 있다.<sup>186)</sup> 합작의 분쟁은 원칙적으로 협의에 의하여 해결하고 이로 해결할 수 없을 경우에는 ‘조선민주주의인민공화국이 정한 중재 또는 재판절차’로 해결한다.<sup>187)</sup>

### 3.3.4. 외국인기업법

‘조선민주주의인민공화국 외국인기업법’은 1992년 10월 5일 최고인민회의 상설회의 결정 제19호로 채택되어 1999년, 2004년, 2005년에

182) 동법 시행규정 제15조 합작기업을 창설하려는 공화국측 투자가는 합작계약 문건초안, 경제기술타산문건초안을 만들어 관계기관과 협의한 다음 외국측 투자자와 함께 합작계약문건, 기업의 규약, 경제기술타산 문건을 만들어야 한다.

183) 권재열, 앞의 글, p.128.

184) 구합작법 시행규정 제121조 제2항

185) 권재열, 앞의 글, p.130-131.

186) 동법 시행규정 제121조 합작기업의 청산재산은 청산사업과 관련한 비용, 세금, 종업원의 노동보수, 기업의 채무순위로 처리하며 남은 재산은 합작계약에 따라 처리하여야 한다.

187) 동법 제21조

각각 개정을 거쳤다.<sup>188)</sup> 외국인기업법은 ‘외국기업의 창설운동을 통하여 세계 여러 나라들과의 교류를 확대발전시키’는 것을 목적으로 하고 있다.<sup>189)</sup> 외국인기업법이 정하는 외국인기업이란 ‘외국투자가가 기업 운용에 필요한 자본의 전부를 투자하여 창설하며 독자적으로 경영활동을 하는 기업을 말한다.’<sup>190)</sup> 외국인 기업법은 ‘외국투자가는 공화국(북한)의 법과 규정을 존중하고 철저히 지켜야 하며 인민경제발전에 지장을 주는 행위를 하지 말아야 한다.’고 정하고 있어 외국인기업을 설립하기 위한 법적 장치를 마련함과 동시에 외국인 투자가의 의무도 함께 규정하고 있다.<sup>191)</sup>

외국인기업은 외국의 법인이나 개인, 그리고 북한의 영역 밖에 거주하고 있는 조선동포들이 설립할 수 있다.<sup>192)</sup> 외국인 기업은 전술한 합영회사 및 합작회사와 달리 그 본질적인 특성상 외국인이 전액 투자하게 된다.<sup>193)</sup> 외국인 기업은 정무원 대외경제기관이 승인한 기업의 규약범위 안에서 경영활동을 할 수 있고,<sup>194)</sup> 외국의 기술자, 기능공을 채용하고자 할 경우에는 정무원 대외경제기관과 합의하여야 하는 바,<sup>195)</sup> 외국인기업의 활동에 북한 당국이 일정하게 개입하게 된다. 외국인기업은 기업을 등록한 도 행정경제위원회에 생산 및 수출입계획을 제출하여야 하고,<sup>196)</sup> 경영활동에 필요한 물품을 국내에서 구입하거나

188) 장명봉, 앞의 책, p.432.

189) 동법 제1조(외국인기업법의 사명)

190) 동법 제2조(외국인기업의 정의)

191) 윤대성·장창민·박수성, <북한의 외자도입법제에 관한 연구>, <<산경연구>> 제10집. 창원대학교 산업경제연구소, 1993, p.29.

192) 동법 제1조, 제6조

193) 동법 제2조(외국인기업의 정의) 외국인기업은 외국투자가가 기업운용에 필요한 자본의 전부를 투자하여 창설하며 독자적으로 경영활동을 하는 기업을 말한다. ; 외국인투자법 제2조도 같은 취지.

194) 동법 제14조(업종변경과 그 승인) 외국인기업은 승인된 기업의 규약범위 안에서 경영활동을 하여야 한다. 업종을 늘이거나 변경하려고 할 경우에는 기업창설을 승인한 기관의 승인을 받아야 한다.

195) 동법 제20조(로력의 채용) 제2항 계약에 의하여 정해진 관리인원과 특수한 직종의 기술자, 기능공은 다른 나라 사람으로 채용할 수 있다. 이 경우 중앙경제협조관리기관과 합의하여야 한다.



외국에서 수입할 수 있고, 생산된 제품은 수출 또는 국내에서의 판매를 할 수 있다.<sup>197)</sup> 외국인기업은 존속기간의 종료,<sup>198)</sup> 존속기간의 종료 전 정무원 대외경제기관의 승인이 있을 경우,<sup>199)</sup> 범위반<sup>200)</sup> 및 파산의 경우<sup>201)</sup>에 해산한다.

#### 4. 북한 법제의 변화과정에 대한 평가와 전망

이상 북한의 정권 수립부터 지금에 이르기까지 북한의 헌법 및 주요 법률의 변화과정과 북한이 시장경제를 수용하고 대외 교류를 증진하기 위해 신설한 법제들을 추적해보았다. 전술한 사항들 외에도 주목할 만한 변화들을 다루지 못하여 아쉬우나 북한법제가 변화하는 큰 맥락을 살펴보기에 크게 부족하지 않다.

정권수립 초기 북한의 법률체계는 충분한 정비가 이루어지지 못하여 법적 공백을 노정하는 모습을 보이고 있다. 이러한 현상은 상당부분 북한의 단호한 일제 잔재의 청산이 야기한 결과라고 할 수 있다. 북한은 1945년 11월 16일자 북조선사법국 포고 제2호 ‘북조선에 시행할 법령에 대한 건’으로 일제 법령을 일거에 무효화 시켜<sup>202)</sup> 의용법률들을 상당수 계수한 남한과 대조적인 입장을 취하였다. 일견 일제 잔재를 청산하려는 민족적 요구에 크게 부합하는 태도라고 볼 수도 있으나, 이러한 거친 방식이 북한 법제 역사의 초기에 혼란을 가져온 점도 부인할 수 없다. 이 단계에서의 북한 법제는 국가기관을 정비하고 헌

---

196) 동법 제15조(생산 및 수출입계획의 제출) 외국인기업은 기업을 등록한 기관에 년, 분기생산 및 수출입계획을 내야 한다.

197) 동법 제16조 (경영물자의 구입과 제품판매) 외국인기업은 경영활동에 필요한 물자를 우리나라에서 구입하거나 다른 나라에서 들여올 수 있으며, 생산한 제품을 수출할 수 있고, 우리나라에 팔 수도 있다.

198) 동법 제28조 제1항

199) 동법 제28조 제2항

200) 동법 제29조

201) 동법 제30조

202) 신영호, 앞의 글, p.130.

법과 법률 차원에서 마르크스-레닌주의를 국가 및 사회의 이데올로기로 제시한 정도에 그친다.

국가 체제의 정비차원에 머물던 북한의 법제는 북한이 본격적인 사회주의화 작업에 진입하면서 이데올로기화가 심화된다. 이미 1972년 헌법은 그 명칭부터 ‘사회주의 헌법’으로 하였고 그 내용으로 프롤레타리아 독재를 명문화하였다. 북한의 이러한 사회주의로의 전선에 발맞추어 형법은 주민에 대한 가장 효율적인 통제수단으로서 북한 ‘전 사회를 주체사상으로 일색화하는 역사적 위업에 기여’<sup>203)</sup>했다.

이와 같이 지칠 것 같지 않던 북한 법제의 사회주의에 의한 도구화는 급격한 세계정세의 변화와 그에 따른 북한의 경제협력체의 상실, 북한의 폐쇄적인 경제체제의 한계 등의 문제로 상당히 완화되는 국면에 접어들다. 하지만 이는 북한이 당장 직면한 상황을 타개하기 위한 방편에 불과한 것이지 근본적인 체제 변화를 피하거나 전향적인 태도라고까지 평가할 것은 아니다. 1992년 헌법은 외국인의 투자와 시장 경제체제의 부분적인 수용을 위한 근거를 마련하고 있지만 마르크스-레닌주의에서 더 나아가 이른바 ‘우리식 사회주의’를 완성하기 위한 주체사상을 전면에 내세우고 있다는 점에서 알 수 있다. 대외경제교류와 자본유치를 위한 첫 단추라 할 수 있는 ‘합영법’이 제정 당시 외국인들로 하여금 정권과 체제를 위협하지 못하게 그들에게 과중한 부담과 제약을 부과하고 있었다는 사실은 시장경제의 부분적인 수용도 결국 이를 통해 경제난국을 극복하고 궁극적으로는 정권과 체제를 존속하기 위한 수단에 불과한 것임을 시사한다. 북한은 사회주의 국가로서 경제 활동을 비롯한 대체의 분야에서 국가와 당이 가장 핵심적인 주체로 등장한다. 때문에 헌법과 형법, 기타 소송법과 같은 공법이 일찍이 제정·발전되었고 민법 및 상업법과 같은 사법(私法)은 정권 수립 이후 약 40여 년이 지나서야 단일 법전화되는 기형적인 모습을 보이고 있다.

---

203) 1974년 형법 제4조 참조.

그나마도 상당부분 경제활동에 대한 국가의 통제와 관리에 대해서 규율하고 있어 명목상 사법일 뿐 그 실질은 공법화(公法化)되어 있는 모습을 볼 수 있다.

북한법제의 앞으로의 모습을 전망하는 데에도 북한의 이러한 이중적인 태도를 염두에 두어야 한다. 1990년대에 들어서 북한은 외국인투자 관련 법제를 신설하고 기존 법률들을 정비하여 시장경제에 대해서 상당히 포용적이고 이러한 현상은 지금까지 가일층되어 온 점을 생각해보면 당분간 지속될 것으로 보인다. 하지만 김일성에서 김정일로 권력이 승계되는 과정에서 1992년 헌법 차원에서의 법제 정비가 있었던 점을 회고해보면, 3대 세습이 확실시되는 미래에도 정권과 체제 유지를 위한 주민 통제 및 이데올로기적 요소의 강화, 국가기관의 정비 등이 이루어질 가능성을 배제할 수 없다. 대외적인 개방과 시장경제체제의 수용도 결국 이러한 한계 내에서 제한적으로 이루어질 것이며, 북한의 변화가 중국에는 시장경제체제로의 수렴으로 이어질 것이라는 예측은 지나치게 안일하다.

지속적으로 북한 법제에 대해 연구하고 남북한 법제의 접근을 위해 노력해야 하는 이유도 여기에 있다. 북한이 시장경제체제를 부분적으로 수용하는 것을 넘어 자발적으로 이를 전면적으로 도입하고, 북한 법제도 자연스럽게 시장경제체제의 그것에 접근해갈 것이라고 기대하기는 어렵다. 더군다나 국제사회에서 ‘벼랑 끝 전략’을 구사하는 북한이 정권과 체제의 위기를 맞으면 어떤 방향으로 나아갈지 한치 앞을 예측할 수 없다는 것은 경험적으로 이미 주지의 사실이다. 따라서 지금까지 북한이 스스로 표면적으로나마 시장경제체제를 부분적으로 인정하는 방향으로 구축한 그들의 법제가 일순간 수포로 돌아가지 않도록 유도하고 남북한 양 법제가 상호 근접하여 통일한국의 법제를 마련하는 데에 장애가 되지 않도록 노력해야 할 것이다.

## ▣ 참고문헌 ▣

### · 단행본

강구진, 북한사회주의헌법연구, 국토통일원 조사연구실, 1977.

윤대규, 북한의 체제전환과 법제도, 한울아카데미, 2008.

장명봉, 2008 최신북한법령집, 북한법연구회, 2008.

### · 논 문

권오걸, <북한 형사소송법상의 예심절차?>, <<법학논고>> 제25권, 경북대학교 법학연구소, 2006.

권재열, <북한의 외국인직접투자유치법제에 관한 연구 (2) - 합작법 합작기업제도를 중심으로>, <<법학연구>> 제7권, 연세대학교 법과대학 법학연구소, 1997.

김동한, <북한법제 40년>, <<경희대학교 대학원 고봉논집>> 제3편, 경희대 대학원, 1998,

\_\_\_\_\_, <개정 북한헌법의 구조와 특색>, <<수사연구>> 제111권. 수사연구회, 1993.

\_\_\_\_\_, <북한의 경제관련법제 동향 분석>, <<북한연구학회회보>> 제6권 제2호, 북한연구학회, 2002.

김일수, <북한형법 40년>, <<북한법률행정논총>> 제8편, 고려대학교 법학연구소, 1990.

김홍규, <북한민사소송의 회고와 전망>, <<북한법률행정논총>> 제10편, 고려대학교 법학연구원, 1995.

- 박정원, <북한 민법의 발전>, <<북한연구학회보>> 제3권 제1호, 북한연구학회, 1999
- \_\_\_\_\_, <북한 외국인 투자법제의 현황과 과제>, <<저스티스>> 제121호, 한국법학원, 2010.
- 박진우, <2009년 개정 북한헌법에 대한 분석과 평가>, <<世界憲法研究>> 제16권 3호, 국제헌법학회 한국학회, 2010.
- 손희두, <북한 제정법제의 변화와 과제>, <<국민대학교 법학연구소·북악법학연구회 제40차 정기학술회의 발제문>>, 국민대학교 법학연구소, 2007.
- 신영호, <북한민법 40년과 그 동향>, <<북한법률행정논총>> 제8편, 고려대학교 법학연구원, 1990.
- 신정화, <북한의 개혁, 개방 정책의 변화: 관광산업을 중심으로>, <<북한연구학회보>> 제14권 제2호, 북한연구학회, 2010.
- 신현윤, <최근 북한 개혁·개방법제의 변화와 전망>, <<저스티스>> 제76호, 한국법학원, 2003.
- \_\_\_\_\_, <북한 외국인투자법의 변천과 전망 및 과제>, <<북한정권 60년 : 북한법의 변천과 전망 및 과제, 북한법 연구회 창립 15주년 기념 학술대회>>, 북한법연구회·국민대 북한법제연구센터·한국법학교수회 북한법연구특별위원회, 2009.
- 윤대규, 김근식, <북한의 시장경제제도로의 이행에 따른 경제관련 법제의 변화>, <<공법연구>> 제16집 제3호, 한국공법학회, 2008.
- 윤대성, 장창민, 박수성, <북한의 외자도입법제에 관한 연구>, <<산경연구>> 제10집, 창원대학교 산업경제연구소, 1993.
- 이백규, <북한의 개정 형사소송법의 동향과 평가>, <<북한법연구>> 제8호, 북한법연구회, 2005.
- \_\_\_\_\_, <북한형사소송법의 변천과 전망 및 과제>, <<북한정권60년 : 북한

- 법의 변천과 전망 및 과제>>, 북한법연구회 15주년 기념 학술대회, 북한법연구회·국민대 북한법제 연구센터·한국법학교수회 북한법연구특별위원회, 2009.
- 이재일, <北韓刑法에 대한 一考察>, <<외법논집>> 제9권 제1호, 2000.
- 이효원, <북한의 형사법과 형집행정제도>, <<교정담론>> 제3권 제1호, 아시아 교정포럼, 2009.
- 장명봉, <북한의 1998년 사회주의헌법 개정의 배경·내용·평가>, <<공법연구>> 제27권 제2호, 한국공법학회, 1998.
- 정동윤, <북한민사소송법의 특색과 소송절차의 개요>, <<북한법률행정논총>> 제9편, 고려대학교 법학연구원, 1992.
- 정주환, <북한의 합영법>, <<단국법학>> 제3권, 단국대학교 법학대학, 1993.
- 최상철, <북한 상업법 체계 연구>, <<동북아법연구>> 제1권 제1호, 전북대학교 동북아법연구소, 2007.
- 최송화, <북한법제의 총설>, <<법치행정과 공익>> 청담 최송화교수 화갑기념문집, 박영사, 2002.
- 최은석, <북한의 법제 동향과 체제전환 관점에서 본 북한 법제의 개혁방향>, <<통일문제연구>> 제19권 제2호, 평화문제연구소, 2007.
- 최종고, <북한법제사소고>, <<서울대학교 법학>> 제34권 3·4호, 서울대학교 법학연구소, 1993.
- 하태훈, <국제인권기준에 비추어 본 북한 개정 형사소송법(2004년)>, <<중앙법학>> 제11집 제2호>>, 중앙법학회, 2009.
- 한인섭, <북한형법의 형성과 발전에 관한 고찰>, <<89' 신진학자 통일연구>>, 국토통일원, 1989.

# 북한 법제의 변화와 전망

서울대학교 법과대학 석사과정 송진호

## 1. 북한 법제 변화를 구분하는 기준에 관한 검토

북한이라는 폐쇄적인 사회주의 체제 하 집단(국가)의 법제 변화의 양상과 전망을 검토하는 것은 상당한 부정확성과 비논리성을 감수해야 하는 어려운 작업이라고 판단된다. 발표문은 그러한 어려움에도 불구하고 많은 문헌을 바탕으로 북한 법제의 변화 양상을 상세하게 해설하여 북한법제에 대한 이해의 폭을 넓히고 있다고 판단된다.

발표문에서는 마르크스-레닌주의를 입법의 이념적 기초로 삼은 시기(이하 ‘제1시기’라 한다), 주체사상을 입법의 기초로 삼은 시기(이하 ‘제2시기’라 한다), 경제적 곤란을 극복하기 위한 개혁 개방 정책을 도입한 시기로 북한의 법제 변화를 나누어 설명하고 있다. 그러나 지정토론자는 제1시기와 제2시기의 법제 변화가 마르크스-레닌주의에서 주체사상으로의 이념적·이론적 변화에 의한 것이라는 논증과정이 발표문에 분명하게 나타나고 있지 않은 점에 조심스럽게 의문을 제기해 보려 한다. 발표문의 시기구분에 의한다면 마르크스-레닌주의만이 국가지도이념이었던 시기와 비교할 때, 주체사상이 국가지도이념으로 포함되는 시기에 이르러 북한의 법제가 어떤 변화를 보였는지에 관하여 논증이 필요하다. 헌법에서 마르크스-레닌주의가 주체사상으로 바뀌었다고 하더라도 이는 우상화 및 대중 선동의 도구인 프로파간다(propaganda)로서 기능하는 측면이 더 심화되었음을 의미한다고 볼 수도 있기 때문에 만약 단순히 각 법에 ‘주체사상’이라는 어구가 추가되었다는 것 뿐이라면 이를 가리켜 법제의 변화라고 평가하기는 어렵다.

물론 위 시기의 북한의 법제 자료에 대한 접근이 제한적이라는 점 때문에 논증이 용이하지 않다고 판단되지만, 한편으로 이는 위 이념적 변화가 법제의 변화로 연결되는 양상에 실질적인 의미를 찾기 어렵다는 것을 반증한다고 판단할 여지도 있다. 가령 북한의 주체사상에서 핵심적인 부분이라 할 수 있는 ‘수령론’은 김일성 유일지배체제가 완성된 후에 이를 정당화하기 위하여 고안된 이론으로, 그것이 현실 정치에서 이미 한국전쟁 중에 당 내 1인자의 지위를 굳힌 김일성 중심의 통치체제에 큰 변화를 일으켰다고 보이지는 않는다. 그렇다면 북한이 김일성 숭배를 위해 개별 법령을 운색하였다고 하더라도 그것에 대하여 프로파간다 이상의 ‘법제 변화’라는 의미를 부여하기는 어렵다. 주체사상의 다른 핵심적인 부분인 ‘집단주의’ 또한 마찬가지이다. 집단주의는 사회주의 이념에서 본질적인 부분이라 할 수 있는 바, 집단주의가 이전과 비교하여 다소 강화된 면이 있다고 하여 이를 ‘법제 변화’에 이른다고 평가할 수 있는가에 대하여는 신중해야 한다. 게다가 **자유주의 국가 법제의 정교한 법이론에 비교하면 위 제1시기 및 제2시기의 북한에는 이데올로기가 직접적으로 법이론화함으로써 법이론이 ‘공동화(空洞化)’된, 이데올로기뿐만인 법제만이 존재한다고 해도 과언이 아닌 바, 마르크스-레닌주의를 명목상으로 내걸기는 하였지만 이미 스탈린주의의 영향 하에서 종파주의자를 적대시하고 일인지도체제를 사실상 구축하고 있었던 북한이 주체사상을 만들어 이로써 마르크스-레닌주의를 대체하였다고 한들 이데올로기를 현실적으로 운용하는 부분에서 양자 간의 질적인 차이가 있었다고 볼 수 있는지 의문이다. 그렇다면 이와 같은 이데올로기적 운용 상황에서 마르크스-레닌주의에서 주체사상으로의 변화가 곧 법제변화로 연결될 수 있는지는 재고해 볼 필요가 있다고 생각된다.**

**그렇다면 위 제1시기와 제2시기를 합쳐 하나의 시기로 보고, 개혁 개방 정책이 추진되는 시기와 함께 2단계로 구분하는 것에 대한 발표자의 고견을 청해 본다.** 발표문에도 나타나 있는 바, 제1시기와 제2시기의 법제변화와 비교할 때, 제2시기와 개혁개방정책 추진 시기의 법제변화가 더욱 부각된다. 만약 발표문과 같이 북한 지도이념의 변화에 따라 법제 변화를 구분한다면 논리적으로는 주체사상의 대체적·변용적 의미가 있다고 여겨지는 선군사상이 대두된 시기인 1995년 이후를 제3시기로 구분해야 한다는 주장도 가능한 바, 이러한 구분은 북한 법제변화의 양상을 효과적으로 반영하기에는 부족해 보인다.



## 2. 인권개선을 위한 법제 변화 양상과 평가

발표문에서는 북한 정권의 성립시부터 최근까지 약 60여년의 기간에 걸친 통시적인 관점에서 북한 법제의 전반적인 변화를 검토하였다면 북한 법제에 영향을 미치는 특정 요인을 중심으로 법제 변화를 검토하는 것도 가능하다. 북한 법제에 변화를 가져오는 요인은 여러 가지가 있는 바, 예를 든다면 첨단기술발달을 요인으로 하는 법제 변화, 국제사회의 인권개선 압력을 요인으로 하는 인권 관련 법제의 변화, 사적 영역의 확대를 요인으로 하는 ‘실리사회주의’적 법제 변화 혹은 체제수호적·통제적 법제 변화, 무역과 대외교류활성화에 대비한 법제 변화 등을 들 수 있을 것이다. 지정토론자는 국제사회의 인권개선압력이라는 관점에서 북한법제 변화를 간략히 부연하여 본다.

국제인권레짐은 북한의 인권침해상황을 개선하여야 한다는 점을 강력하게 요구하고 있다. 유엔 인권위원회는 2003.경, 2004.경, 2005.경 총 3차례에 걸쳐 북한인권을 규탄하는 결의안을 채택하였고, 2006. 12. 19.경, 2007. 11. 20.경에는 유엔총회에서 대북인권결의안이 결의되었다. 2006. 경 출범한 유엔인권이사회에서도 매년 계속하여 북한인권결의안이 채택되고 있고, 현재 유엔인권위원회에는 북한인권특별보고관이 임명된 상태이다.<sup>204)</sup>

북한은 이에 대하여 “거부”, “역공” 등으로 강경한 입장을 보이면서도 한편으로는 국내법을 개정하는 유화적인 입장도 보이고 있다. 1998년 개정 헌법에서는 거주이전의 자유 조항을 삽입하기도 하였고,<sup>205)</sup> 2009년 개정 헌법에서는 제8조에서 “근로인민의 이익을 옹호하며 인권을 존중하고 보호한다”고 하였다. 또한 발표문에서 언급한 바와 같이 2004년 개정 형법에서 죄형법정주의를 수용하고, 법정형을 완화하였으며 형사소송법을 개정하여 절차적 권리보장에 관한 여러 규정들을 두고 있다.

이 외에도 북한은 과거부터 여러 사회복지관련 법령을 채택하고 수정하

204) 북한인권백서, 통일연구원 (2010), 39면

205) 이원웅, “국제사회 인권압력에 대한 북한의 인식과 대응”, 국제정치논총, 제47집 제1호 (2007), 223-224면, 227면

여 왔다. 북한의 인민보건법(1980. 4. 3. 채택, 2001. 2. 1. 최종 수정 보충), 의료법(1997. 12. 3. 채택, 1998. 12. 10. 수정 보충), 사회주의 노동법(1978. 4. 18. 채택), 장애인보호법(2003. 6. 18. 채택) 등이 있다. 위 법령들에 따르면 모든 인민들에게 무상치료를 실시하며, 의사는 담당 구역을 정하여 마치 주치의와 같이 진료를 하고,<sup>206)</sup> 하루노동시간은 8시간이며 시간외 노동은 금지되고, 여성에 대하여는 산전, 산후휴가가 보장되고 위험한 장소에 배치되지 않으며, 16세 미만 소년의 노동은 금지되고, 남자는 60세에, 여자 55세에 각 도달한 자에 대하여는 월급의 50%에 달하는 연금이 지급되고 노동능력상실 정도와 원인에 따라 산재보험을 지급하는<sup>207)</sup> 등 나름의 사회복지체계를 갖춘 것으로 보인다. 그러나 북한법은 각 법전의 수가 비교적 적은 편이고, 규정내용이 포괄적이고 모호하며 선언적인 성격이 강하다.<sup>208)</sup> 게다가 개별 사회복지법의 시행을 위한 세부 규정이 알려져 있지 않은 점, 현재 북한의 경제실상을 종합적으로 감안할 때, 위 사회복지법의 규범력에 대하여는 의문을 갖지 않을 수 없다.

근본적인 문제점은 북한의 인권관이다. 북한은 인권의 자주성, 인권의 상대성, 인권의 집단주의적 성격, 인권의 계급주의적 성격 등을 주장하고 있다.<sup>209)</sup> 북한은 위와 같은 고유의 인권관을 견지하면서 유엔인권이사회의 국가별 보편적 정례인권보고검토(Universal Periodic Review)의 북한에 대한 실무보고서에서 권고한 167개 사항 중 50개 권고사항을 애초에 검토사항으로조차 받아들이지 않은 사실이 있다. 그리고 위 50개 권고사항은 구체적으로 임의구금, 연좌제, 공개처형, 고문, 아동의 군사훈련, 탈북 송환자 처벌, 강제노동, 사법독립성의 침해 등의 중지 또는 철폐 등이다.<sup>210)</sup> 이러한 점들은 북한법제의 변화가 인권옹호적인 방향으로 이루어지고 있다는 현상의 뒷면에 존재하는 법현실과 법규범력에 관한 진지한 의문을 제기하게 한다.

206) 김성욱, “북한 인민보건법에 관한 연구”, 2009년 남북법제연구보고서(I) (2009), 19면, 26면

207) 유성재, “북한 사회주의노동법에 관한 연구”, 2009년 남북법제연구보고서(II) (2009), 11면, 15-16면, 21-23면

208) 이규창, “남북한 장애인법제 비교 연구”, 2009년 남북법제연구보고서(II) (2009), 50면

209) 이규창, “북한 국제법 연구”, 한국학술정보(주) (2009), 161-166면

210) 북한인권백서, 42-43면

### 3. 북한 법제의 법치화 전망

발표자는 북한법제의 전망에 대하여 “제한적인 시장경제의 도입, 정권과 체제 유지를 위한 주민통제 및 이데올로기적 요소의 강화”라는 의견을 제시하였다. 지정토론자도 발표자의 의견에 대부분 동의하고 있다. 다만 지정토론자는 북한 법제의 법치화에 기여하는 요소와 장애가 되는 요소를 나누어 보는 작업을 통해 북한법제에 대한 전망을 보충하여 보고자 하는 바, 발표자의 북한 법제의 법치화 경향에 대한 고견을 청하여 본다.

가. 법치화에 긍정적인 영향을 미치는 요소<sup>211)</sup>

1) 3대 세습 통치의 정당성 모색 - 2009년 개정 헌법에 나타난 국방위원장의 지위와 권한의 의미

북한은 종래 법과 제도 외적인 것(이른바 수령론, 사회정치적 생명체론, 후계자론 등)에서 통치 권위를 도출해 내고 있으므로 굳이 법치국가적인 요소를 도입할 유인이 크지 않았다. 그러나 김일성·김정일 체제와 김정은의 체제는 근본적으로 다르다. 김정은의 체제는 김일성이 그랬던 바와 같이 **우상화로 인한 카리스마적인 신정 정치**에 의존할 수도 없고, 주체사상이라는 **국가지도이념의 창설자**로서의 권위도 없다. 또한 김정은 체제에는 무려 14년간이나 비서국 조직 및 선전부장, 당중앙을 거쳐 중앙인민위원회 국방위원장으로 꾸준히 후계자 수업을 받고, 이른바 ‘3대 혁명소조 운동, 붉은기 쟁취 운동, 70일 전투’ 등 대중운동을 경험함으로써 **후계자론에 적합한 검증된 지도자로서 유훈통치**를 할 수 있었던 김정일의 권위도 없다. 게다가 모든 정보의 통제가 가능하였던 과거와 비교할 때 현재의 북한 주민들은 대외 상황을 비교적 소상히 접할 수 있으므로 과거와 같은 우상화 작업의 효과가 반감되며, 오히려 빈사 상태에 있는 북한의 경제 상황에서 3대 세습에 걸친 통치체제에 대한 북한 주민들의 지지조차 기대하기 어려운 점에 비추어 볼 때, 김정은 체제는 상대적으로 ‘수

211) 북한의 법치화는 중국의 사회주의적 법치화 경향과도 일부분 연관성이 있다고 판단된다. 중국의 경우, 사회주의 통치이념의 약화와 지도자의 카리스마적 권위 하락, 사회의 자율적 영역 확대에 의한 국가의 사회에 대한 통제력 약화, 부정부패의 통제 필요성 등이 사회주의적 법치국가화가 요청되는 요인으로 제시되고 있다. 이에 관한 분석은 전병곤, “중국의 사회주의법제화 구상과 영향”, 국제지역연구 제8권 제2호 (2004) 참조

령의 교시'보다 헌법과 법률에 비중을 두고 통치함으로써 통치권의 정당성을 주장하려 할 가능성이 있다.

이러한 관점에서 2009년 개정 헌법의 제6장 제2절 국방위원장, 제3절 국방위원회 부분을 검토해 본다. 2009년 개정 헌법은 제100조로 “국방위원장은 조선민주주의 인민공화국의 최고영도자이다”라는 조항을 신설하였으며 제103조에서 국방위원장의 권한에 관한 조항을 신설하면서 이를 6개 항목으로 나누어 명시하였고, 제104조에서 국방위원장의 ‘명령’발령권을 신설하고, 제109조 제4호에서 국방위원회의 권한으로 “조선민주주의인민공화국 국방위원회 위원장 명령, 국방위원회 결정, 지시에 어긋나는 국가기관의 결정, 지시를 폐지한다”는 규정을 신설하였다.<sup>212)</sup> 국방위원장이라는 지위와 그 권한이 이미 1992년 및 1998년 각 개정된 헌법을 거치면서 제도적으로 공고화된 것은 사실이나 이미 김일성의 후계자로서 김정일 자신의 권위에 힘입어 실질적으로는 주석과 대등하다. 따라서 2009년 개정헌법과 같이 굳이 ‘최고영도자’라거나, 그 권한으로 명령을 발할 수 있다거나, 다른 국가기관의 결정과 지시를 폐지할 수 있다는 등의 규정을 필요로 하지 않았다. 그러나 새로운 권력승계를 염두에 둔 이상, 표면적으로는 최고인민회의 상임위원장이 국가를 대표하고, 내각총리가 군사를 제외한 국가의 나머지 모든 업무를 관장하므로 이들과 대등한 관계에 있는 현 헌법을 개정함으로써 기존의 헌법에 드러나 있지 않았던 국방위원장의 실질적인 권위를 부여할 필요가 생긴 셈이다. 물론 1972년 개정헌법도 이른바 8월 종파사건과 갑산과 숙청 등을 통하여 김일성의 일인지배체제를 구축한 후의 결과물로서 주석의 지위와 권한을 규정하고 있었으나 위 헌법은 이미 권력투쟁의 승리와 우상화 작업으로 공고화된 김일성의 권위를 헌법으로 규정한 확인적 의미가 크다면, 2009년 개정 헌법은 상대적으로 법 이외의 권위에 의존할 수 없는 김정은에게 헌법으로 국방위원장의 지위와 권한을 인정하여 줌으로써 불완전한 후계자의 지위를 공고화한다는 권위의 창설적 의미가 크다는 점에서 차이가 있다.

## 2) 사적 영역의 확대

앞서 언급한 바와 같이 현재는 과거 북한 사회의 거의 전부를 장악했던

212) 2009. 개정 헌법의 내용은 장명봉, “북한의 법전발간 지속과 최근 법제동향”, 2010년 남북법제연구 보고서(II) (2010. 9.), 210-211면 참조

공적 영역의 상당 부분이 사적 영역으로 넘어간 상태이다. 과거와 같이 국가가 국민의 급양과 복지를 책임질 수 없는 상황에서 국민으로서는 국가가 책임질 수 없는 영역을 스스로 해결해야 하며, 이로써 탄생한 사적 영역은 이제 점차 확대되고 있다. 특히 **사회주의 국가에서 발생한 사적 영역의 확대 현상은 동구 유럽 및 중국과 베트남 등 여러 사회주의 국가들의 역사적인 사례들에 비추어 볼 때 불가역적(不可逆的)이다.** 사적영역 속에서 개인들은 ‘자치’와 ‘자유’를 향유할 수 있고, 이로써 국가의 통제에서 벗어나게 되므로 이를 국가에서는 제도권 내로 편입시키지 않을 수 없으며 이러한 편입작용의 정당성은 결국 국가작용의 법치화와 연결된다. 북한 정부는 처음에는 이러한 사적 영역을 인정하지 않고, 다시 공적 영역으로 환원시키려 하겠지만 정부의 역량으로 사적 영역의 제거가 불가능한 상황에 이르게 되면 오히려 일정 부분에 해당하는 사적 영역을 제도화하여 이를 정권의 감시 하에 묶어 두려는 방법을 택하게 된다. 이는 이른바 2002. 7. 1. 경제관리개선조치로 나타난 바 있다. 물론 2009. 11. 30.경의 화폐개혁을 비롯한 각종 강력한 계획경제체제로의 회귀 현상이 나타나고 있지만, 투자와 공급능력이 한계에 달한 북한 정권에게 사적 영역을 제거할 실질적인 힘이 남아 있지 않다는 점에서 사적 영역의 유지와 확대 현상은 기정사실이다. 특히 위 7. 1. 경제관리개선조치를 전후하여 북한의 각종 경제개선 및 대외개방조치에 따른 일련의 경제관련법령의 채택 및 정비는 법치화 경향을 가속화시키고 있으며 이는 항을 바꾸어 언급한다.

### 3) 민사법 등 경제관련법령의 채택과 정비

북한의 민법은 1999. 개정으로 전속적 국가소유의 대상을 일부 축소하였고, 전속적 협동단체소유 대상에서 건물을 삭제하는 등으로 **개인소유권 행사의 범위를 확대**하였다.<sup>213)</sup> 또한 2002. 3. 13. 개정된 북한 상속법은 제13조에서 ‘**살림집**’을 **상속대상으로 포함**시키고 있다. 개인소유권의 확대는 발표자가 고찰한 바와 같이 1998. 개정된 북한헌법에서도 뚜렷하게 나타나고 있다. **개인소유권의 확대는 곧 사적자치영역의 확대를 의미하는 것으로서 법치화의 진전으로 연결된다.** 북한 민사소송법도 1994년 개정으로 1976년 제정 당시의 이데올로기적 요소를 대부분 삭제하고 민사소

213) 김영규·이재웅, “북한 부동산법제의 동향과 평가”, 법학논총 제33권 제2호 (2009), 655-656면

송법 본래의 원칙을 제시하고 있다.<sup>214)</sup> **북한의 개혁 개방을 위한 각종 경제관련법제(합영, 합작, 외국인투자법, 대외민사관계법, 재정법, 회계법, 중재법, 기타 경제특구에 관한 제 법령)**는 **법치화의 최전선에 있다고 보아도 다름 아니다.** 이러한 과정을 이른바 ‘체제전환’으로 보거나 사회주의적 시장경제의 시작으로 보는 것은 선부른 판단이라고 할 수 있지만 북한이 부분적으로나마 국가작용에 우선하는 시장경제적 요소의 확장을 인정하고 있다고 볼 수 있다. 이러한 흐름은 1998년 개정 헌법에서 중앙인민위원회를 폐지하고 오히려 내각의 기능을 강화하고 있다는 점, 7. 1. 경제관리개선조치를 전후하여 연합기업소를 폐지하고 각각의 기업소 및 협동단체의 자율적 운영을 장려하고 있다는 점, 당이 경제일꾼들의 사업을 지도하는 것을 부정적으로 인식하고 경제일꾼이 경제 고유의 논리에 따라 전문적인 업무를 할 수 있도록 보장해 주어야 한다고 김정일이 강조한 점<sup>215)</sup>에 비추어 볼 때, **경제적 영역에 대한 정치적 영역의 지도 또는 관여는 가급적 경제 고유의 흐름을 해치지 않는 한도에서 이루어질 것이라는 점을 예측할 수 있으며, 이는 곧 법과 규정에 의한 지도 및 관여행위가 보다 활성화될 것이라는 것을 의미한다.**

#### 4) 형사법의 정비

먼저 형법의 법치화 경향은 다음과 같다. 발표문에서 언급한 바와 같이, 북한의 2004. 개정 형법에서 죄형법정주의를 도입하고, 반국가행위에 대한 구성요건을 보다 구체화하며, 경제범죄 및 사회문화변화에 따른 신유형 범죄를 추가한 부분 등은 ‘정치형법’으로서의 기능을 중시하였던 종래의 태도에서 벗어나 형법의 객관적 사회통제규범으로서의 역할을 실질화하는 것이고 이는 인치에서 법치로의 변화 가능성을 시사한다.<sup>216)</sup>

다음으로 **행정처벌법의 채택**도 눈여겨 볼 만하다. 북한은 2004. 7. 14. 최고인민회의 상임위원회 정령 제546호로 행정처벌법을 채택(제정)하였다. 행정처벌법은 7. 1. 경제관리개선조치에 따른 실용주의적 경향에 대응하기 위한 장치로서 계급의 적에 대한 진압적 기능과 사회주의적 인간개조를 위한 교양 내지 통제적 기능의 맥락에서 제정된 것이라고 볼 수

214) 김동한, “북한의 경제관련법제 동향 분석”, 북한연구학회보, 제6권 제2호 (2002), 226-227면

215) 이무철, “북한의 국가경제기관”, 북한의 당·국가기구·군대, 한울아카데미 (2007), 315-318면

216) 장명봉, “2004년 북한 <형법>개정의 의미와 평가”, 통일한국 (2005. 1.), 60~64면

있다.<sup>217)</sup> 다만 행정처벌법에서 규제하는 행위는 동법 제7조에서 규정한 바와 같이 “형벌을 적용할 정도에 이르지 못한 위법행위”이므로 북한이 행정처벌법 제정 전에도 후술하는 바와 같이 재판절차를 통하지 아니하고 동지심판회나 사회주의법무생활위원회, 국가안전보위부 기타 사회안전기관을 통해 위 법상의 각종 행위들을 처벌하였으리라는 점은 충분히 예상할 수 있다. 그렇다면 이제 동법의 제정으로 북한이 과거에 법의 영역 밖에서 공공연하게 처벌해 왔으리라 예상되는 부분을 법의 영역으로 새롭게 포함시킨 셈이다. 특히 동법은 제8조에서 행정처벌 대상자를 16세 이상의 자로 정하고 있는 점, 정신장애자, 음주자의 위법행위를 제외하고 있는 점, 제14조에서 행정처벌의 종류를 8가지로 규정하고, 제28조에서는 처벌의 시효를 정하고 있는 점, 제4절에서는 행정처벌기관과 권한, 처벌절차 등을 규정하고 있는 등<sup>218)</sup>에 비추어 볼 때 북한 주민에 대한 중요한 통제수단을 법제도화함으로써 북한 형사법제가 법치적 경향으로 진일보하였다는 평가를 할 수 있다.

## 5) 법전의 발간 등

북한은 2004. 8. 25.경 이례적으로 ‘조선민주주의인민공화국 법전’(대중용)을 발간하였다. 여기에는 2004. 6. 현재 시행되고 있는 112개 법률이 수록되어 있고, 총 1095면에 달하는 분량이다. 이 법전은 북한에서 일반 대중을 위해 발간한 것인데, 다시 두 차례에 걸쳐 2006. 3. 15.경, 2008. 8. 5.경에 각각 위 법전의 증보판을 발행하였다. 위 각 법전의 발간사에는 “국민들이 법을 알고 스스로 지켜 온 사회에 준법기풍을 철저히 세우는데 도움을 주기 위하여”라고 되어 있다.<sup>219)</sup> 이는 북한이 과거와 비교할 때, 체제유지를 위한 주민통제수단으로서 법제도를 적극적으로 활용하고 있다는 점을 추측할 수 있는 근거가 된다.

나. 법치화에 부정적인 영향을 미치는 부분

## 1) 북한 사회의 ‘법’ 개념 자체의 문제점

217) 최은석, “북한과 중국의 행정처벌법에 관한 비교 고찰”, 공법연구 제37집 제1-2호 (2008. 10.), 390면

218) 장명봉 편, 2008 최신북한법령집, 북한법연구회 (2008)

219) 장명봉, “북한의 법전발간 지속과 최근 법제동향”, 2010년 남북법제연구보고서(II) (2010. 9.), 188-193면

북한 사회에서 법보다 당의 노선이 우위에 있다는 것은 주지의 사실이다. 따라서 북한의 법 개념에 의하면 법을 해석함에 있어 법조문을 따지지 말고 당의 정책적 의도를 파악하고 정치와 결부하여 해석하도록 하고 있는 점에서 본다면 당의 영도를 받드는 것이 당연한 법의 해석이고 적용이 되는 것이다. 이러한 사회주의 법과 자본주의 법의 개념적 괴리는 북한 사회에서 자본주의 경제현상이 심화되어 갈수록 더욱 커질 것이다.<sup>220)</sup>

또한 북한에서는 ‘인민경제계획’ 또한 법규범에 해당한다는 연구결과가 있다. 인민경제계획을 완수하는 것이 인민의 의무이며 이를 어기는 것은 심각한 법적 의무 위반이다. 따라서 작업장마다 배치된 법무해설원의 주요 임무 중 하나는 이러한 국가계획 달성을 위한 생산성 선도이다.<sup>221)</sup> 이상과 같은 북한의 법 개념에 따르면 법 개념의 외연은 경우에 따라서는 ‘국가가 지시하는 모든 것’까지도 포함할 수 있다. 위 개념에 근본적인 변화가 없는 한, 북한의 법치화에는 한계가 있을 수밖에 없다.<sup>222)</sup>

## 2) 제도화되지 않은 준사법조직의 존재와 역할

구 동독의 이른바 사회적 법원(Gesellschaftlichen Gerichte)과 마찬가지로 북한에도 재판소법에 의한 법원이 아닌 준사법기관으로서 실질적으로 재판업무를 수행하는 동지심판회, 사회주의법무생활위원회 등이 존재한다. 비록 북한의 재판소법과 재판집행법 및 형법이 법치주의적 요소를 도입한다고 하더라도, 위 준사법조직이 존재하는 한, 그러한 법치주의적 요소의 도입의 의미가 반감될 수밖에 없다. 위와 같은 준사법조직은 북한이 주민들의 위법행위를 감시하고, 통제하는 핵심적이면서도 효과적인 기구로 오랜 기간 동안 운용되어 왔기 때문에 위 준사법조직을 폐지하는 일은 예상하기 어렵다.

## 3) 법규범과 법현실의 괴리 현상의 만연

무엇보다도 북한이 형사법제에 채택, 수정한 법에 도입된 것으로 보이

220) 정순원, “북한의 후계구도와 북한법의 변화”, 북한연구학회보 제13권 제1호 (2009), 270면

221) 권영태, “북한의 법교육”, 한국학술정보(주) (2009), 73면

222) 김정일은 직접 사회주의 법무생활을 강화하여야 한다는 언급을 한 바 있으며, 1992년 개정 헌법에도 제18조 제3항으로 사회주의법무생활의 강화가 추가신설되었으나 위와 같이 북한의 ‘법’개념의 문제점으로 인하여 사회주의 법무생활의 강화가 법치화에 긍정적으로 작용할 것인지는 분명하지 않다.



는 각종 법치주의적 조항들이 대외선전용인 장식에 불과할 수 있다는 점이 문제이다. 북한의 법현실에 접근할 방법이 극히 제한되는 현재의 시점에서, 앞서 언급한 유사 재판제도를 통해 북한이 얼마든지 죄형법정주의를 회피하는 것도 가능하다. 실제로 북한에 약 20만명 정도를 감금하고 있으리라 추정되는 정치범수용소의 존재는 그 가능성을 간접적으로 보여주고 있다. 앞서 언급한 사회복지적인 법령 또한 대표적인 대외선전용이다. 연금제도의 존재 자체가 의심스러운 것은 물론이고 의료보건의체계조차도 사실상 무너진 것으로 판단되는 시점에서 위 법령들의 존재는 북한법의 규범력을 의심스럽게 하는 하나의 증거로서 의미가 크다.

#### 4) 안보 불안정으로 인한 상시적 국가비상상황

대미외교관계의 긴장 속에서 북한은 상시적 비상상황에 있다고 볼 수 있다. 이는 국제적 고립을 의미하고 대외무역규모를 축소시키며 북한이 야심차게 준비하였던 대외개방정책의 중단 또는 제한적 운용으로까지 연결된다. 이는 장기적으로는 북한의 이른바 ‘체제전환’으로의 움직임을 가로막고 있다는 점에서 경제관리법령의 법치화에도 큰 지장이 있다.

# 제2세션

## 통일법의 전망과 과제

(사회 : 정영화 교수, 전북대)

- 통일비용 관련 법적 쟁점
  - ※ 발표(차현일, 통한법전), 지정토론(양연실, 서울대 로스쿨)
- 남북한 이혼과 상속관련 법적 쟁점
  - ※ 발표(전세영, 서울대 대학원), 지정토론(이아영, 사법연수원)
- 독일통일과정에서의 법적 통합 시사점
  - ※ 발표(이혜진, 통한법전), 지정토론(김유리, 사법연수원)

[제1주제]

# 통일비용과 그 재원마련에 관한 법적쟁점 검토

統韓法專 차현일, 함진우

## I. 머리말

통일은 분명 필요한 것이지만, 제대로 준비되지 않은 통일은 더 큰 혼란과 분열을 가져 올 수 있다. 그러므로 통일에는 많은 준비가 필요하다. 하지만 문제는 통일이 구체적으로 언제 어떤 모습으로 우리에게 다가올지 불확실하다는 점이다. 의사 결정에 필수적 고려요소인 ‘시점’과 ‘형태’가 불확실하다는 점은 통일에 충분한 준비가 필요함에도 무엇을 어떻게 준비해야할지 막막하게 만들고 있다.

특히 통일에 대한 심리적 장벽의 가장 큰 요인은 통일 후 겪게 될 경제적 어려움이 차지하고 있다. 통일을 대비하기 위한 통일비용에 대한 담론들은 그 부작용으로 통일에 대한 심리적 장벽을 쌓음으로써 오히려 통일에 대한 심리적 장벽을 쌓아 통일비용을 더 가중시키고 있다. 그러나 통일비용은 균형적 사고로 접근해야 한다. 본 발표문은 통일비용에 대한 균형적 사고의 접근을 바탕으로 통일비용에 관한 재원마련을 검토하는 것이 왜 당위적이며 또한 논리적으로 필요한 것인지 논증한 다음, 통일비용의 재원마련 방안과 그 법률적 쟁점들에 대하여

검토하기로 한다.

## II. 한반도 통일 비용에 관한 일반담론 검토<sup>223)</sup>

<표1> 통일비용의 추정치<sup>224)</sup>

	미래 기획위원 회 (KDI연구 용역의뢰)	미국 랜드연구 소 (찰스워프 박사)	스탠퍼드대 아태연구센 터(피터 백 박사)	삼성 경제연구 소	연세대 이영선	미국 골드먼삭 스
연구 연도	2010년	2010년	2010년	2005년	2003년	2000년
최소 비용	380	72.5	2340	546	183	1.07
최대 비용	2525	1989	5850		561	3.5

단위: 조 원

※ 흑색 표시된 부분은 최소비용과 최대비용을 의미함

<표1>에서 통일비용 추정치들은 지나치게 많은 편차를 보이고 있다. 이러한 차이가 나타나는 이유는 각각의 기관들에서 정의한 통일비용의 개념이 상이하기 때문이다. 이를테면 통일비용 추정을 위한 연구들에서는 많은 가정이 동원되는데, 통일 후 북한주민의 소득수준이 남한 주민의 ‘몇 %’에 이를 때까지 내지는 통일 후 ‘몇 년간’ 남한정부가 지출하는 비용 등이다. 이러한 가정에 동원되는 값들을 어떻게 설정하

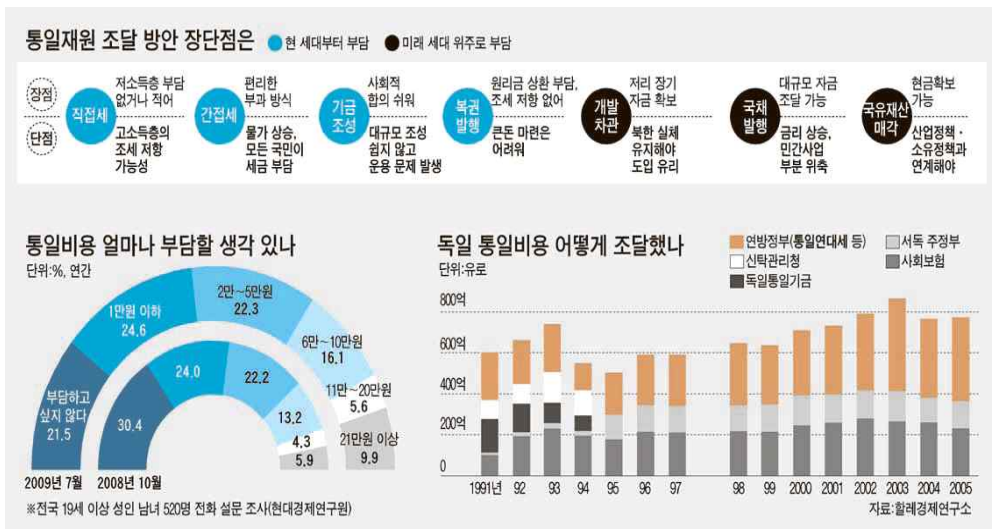
223) 자세한 것은 차현일, 통일비용과 재원마련 그리고 통일세에 관한 법적쟁점검토, 통일과법률, 2011.2

224) 중앙일보 2010.9.8 기사 재구성

는가에 따라 통일비용 추정치들이 천차만별로 나타나는 것이다. 또한 이렇게 천문학적 통일비용에 관한 재원마련방법에 대하여는 다음과 같은 논의들이 일반적이다.

<그림 1> 통일 재원조달출처

중앙일보. 2010. 9. 8



위 <그림 1>은 지난 해 이명박 대통령이 8·15경축사에서 통일세 문제를 화두로 던진 이후 활발한 논의가 진행되는 과정에 언론사에서 정리한 특집기사 자료이다. 특히 통일재원조달 방안별 장단점에 대하여 일목요연하게 살펴볼 수 있다. 큰 틀에서 보자면 독일의 경우 초기에는 ‘독일통일기금’과 연방정부의 ‘통일연대세’ 등을 기반으로 활용하였고 독일통일기금이 바닥 난 94년 이후로는 서독주정부 및 연방정부가 신탁관리청과 통일기금의 빈자리를 메우고 있다. 이는 필연적으로 세금 인상과 국채발행 그리고 국유재산 매각의 결과물임을 쉽게 유추할 수 있다. 우리의 경우는 통일세, 기금조성, 복권발행, 차관, 국채, 국유재산매각 등을 생각해 볼 수 있다. 학계의 일반적인 논의도 이 범

위를 크게 벗어나지 않는다.

안타까운 점은 이러한 연구 성과물들이 통일에 대비하여 많은 노력이 필요하다는 경각심을 일깨우기보다는 통일에 대한 심리적 장벽으로 기능하고 있다는 점이다. 따라서 본 발표문에서는 통일비용에 관한 담론들이 나아가야 할 바람직한 방향성을 제시하고 그에 따른 법적 쟁점들에 대하여 살펴보기로 한다.

### Ⅲ. 통일비용 논의의 바람직한 방향성-‘비용최소화와 편익극대화’

통일비용 논의에서 흔히 간과되는 부분은 통일편익적 측면과 분단비용에 관한 것이다. 물론, 많은 연구물들에서 그러한 부분의 중요성에 대해 간헐적으로 언급하고 있지만 본격적인 연구사례는 아직 이루어지지 않고 있다. 본 절에서는 한반도 통일비용의 최소화라는 관점에서 통일비용과 그 재원마련 방안에 대하여 논하기로 한다. 이를 통하여 통일세 등 통일에 대비한 재원마련이 왜 논리적으로 필요한지에 대하여 검토하기로 한다.<sup>225)</sup>

통일비용은 한반도 60여 년간의 대립적 분단이 초래한 산물이다. 말하자면 분단에 따른 체제적 이질성을 해소하기 위해 지불되는 비용이다. 그러한 만큼 지금 현재 우리가 지불하고 있는 분단비용과 무관하지 않다. 뿐만 아니라 통일비용은 통일이익과도 연계되어 있다. 한반도 통일은 분명히 우리에게 이익을 가져다 줄 것이다. 통일이익이 통일비용보다 크다면 분명히 막대한 통일비용의 절대규모는 문제되지 않는다. 따라서 통일비용 규모란 상대 개념에 불과하다<sup>226)</sup> 결국 이미 지불하고 있고 또한 앞으로도 지불해야 할 천문학적 분단비용의 감소는 그 자체로 통일 편익이며 그러한 의미에서 통일 편익은 통일시점부터 즉

225) 본 절의 내용과 관련하여 자세한 것은 홍성국(극동문제연구소 북한연구실장)의 ‘한반도 통일비용과 그 최소화 방안(2010)’

226) 홍성국, 한반도 통일비용과 그 최소화 방안, <선진화 정책연구>, Vol.3 No.2, 2010, 69면

시 발생한다고 볼 수 있다. 여기에 더하여 통일이 새로운 부가 가치를 창출해낼 수 있다면 그것은 새로운 통일 순편익을 만들어 내는 것이다.

통일비용은 분단비용에서 비롯된다. 분단비용은 시간이 흐름에 따라 가속적으로 증가하는 경향을 갖는다. 분단비용의 크기는 분단경제의 성장과 발전, 인구 증가 등으로 인해 자연적으로 증가하기도 하지만, 안보환경 악화의 영향을 받으면서 분단비용이 증가하기도 한다. 따라서 분단비용은 가속적으로 증가하는 경향을 갖는다. 분단비용이 분단 요소의 ‘형성’ 때문에 지불해야 하는 비용이라고 한다면, 통일비용은 통일 이후 상존하고 있는 분단요소들을 ‘해소’하기 위해 지불하는 비용이다. 따라서 통일과 동시에는 분단애로(이질성)의 정도가 동일하므로 분단비용과 통일비용은 같으며 분단비용이 통일비용으로 대체된다.

동태적으로 보면 통일비용이 분단비용과 다른 점은 분단비용은 가속적으로 증가하는 경향을 갖지만 반대로 통일비용은 점차적으로 감소경향을 띠다가 사라진다는 것이다. 이것은 분단요소(이질성)들이 시간이 흐름에 따라 제거되어 남북간 동질성이 회복되는 것과 밀접한 관련이 있다. 이와 같이 통일비용이 제로가 되는 시점을 통일완성 시기라고 부르기로 한다. 통일비용에는 크게 ‘기본 통일비용’과 ‘추가적 통일비용’으로 구성되어 있다. 기본 통일비용이란 분단비용이 통일 실현으로 전환된 통일비용으로서 통일비용의 기본을 이루는 비용을 말하는 것이고, 추가적 통일비용은 통일완성 시기를 앞당기기 위한 정책적 목적 내지 의욕으로 기본 통일비용 이외에 새로이 지출되는 경제사회적 제반비용을 말한다.<sup>227)</sup> 통일비용에 관한 일반적 연구사례의 경우 ‘기본 통일비용’에 관한 논의가 간과되고 ‘추가적 통일비용’에 관하여서는 부풀려지는 경향이 있다고 볼 수 있다.

그림2가 보여주는 사실은 통일 편익이 통일이 되는 t0시점부터 그

---

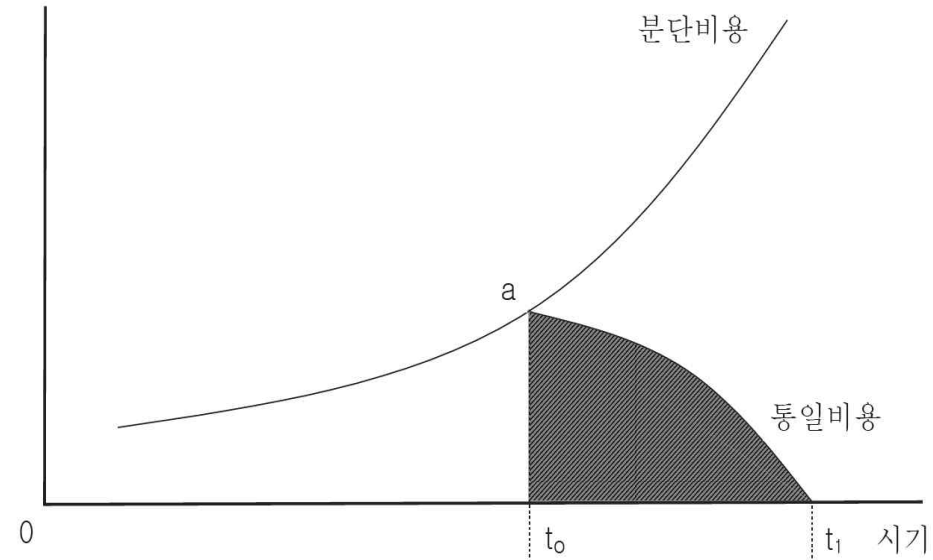
227) ibid, 홍성국, 80면

즉시 발생한다는 점이며 이 때 그림에서 나타나는 통일비용은 북한 사회가 남한 사회에 동화되는 시기까지 발생하는 분단비용의 감소분을 의미한다. 즉, 통일이 되면 그 자체로 분단비용의 감소를 낳고 이것이 통일의 이익이 된다는 단순가정을 의미한다. 이 그림의 의의는 통일 편익이 통일이 이루어짐과 동시에 발생한다는 점을 보여준다는 것이며 이미 치르고 있는 천문학적 분단비용을 제거하는 것만으로도 엄청난 편익이 발생한다는 사실을 상기시켜준다는 점이다. 다만, 이 그림에서 생략된 문제점은 ‘분단비용의 감소분=통일의 이익’이라는 도식 그 자체이다. 왜냐하면 분단비용이 감소하는 만큼 북한지역에 대한 막대한 자금이 필요하게 되는데 이에 대하여는 침묵하고 있다는 점이다. 즉, 이 그림이 그 자체로 참이기 위한 논리적 전제는 별다른 비용을 지불하지 않아도 북한 지역은 그 자체로 자생적으로 언젠가 남한 사회에 통합된다는 것이다. 틀린 말은 아닐 수도 있지만 이 경우 t1시점까지의 기간이 매우 길 수 있다는 점과 그 동안 일어나는 여러 가지 정치적·경제적·사회적·문화적 변수들에 대하여는 검토되지 않았다. 이러한 내용을 담고 있는 것이 그림3이라고 볼 수 있다.

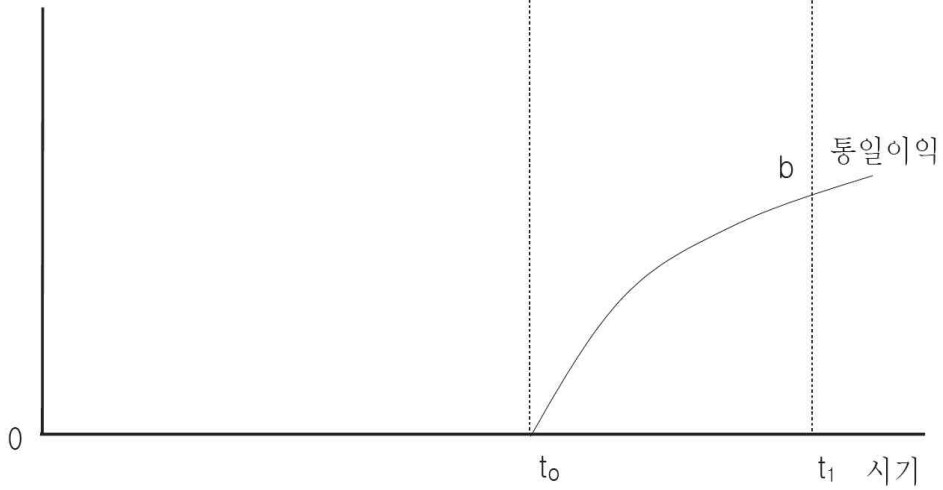


<그림2> 분단비용과 기본 통일비용의 추세<sup>228)</sup>

통일비용, 분단비용

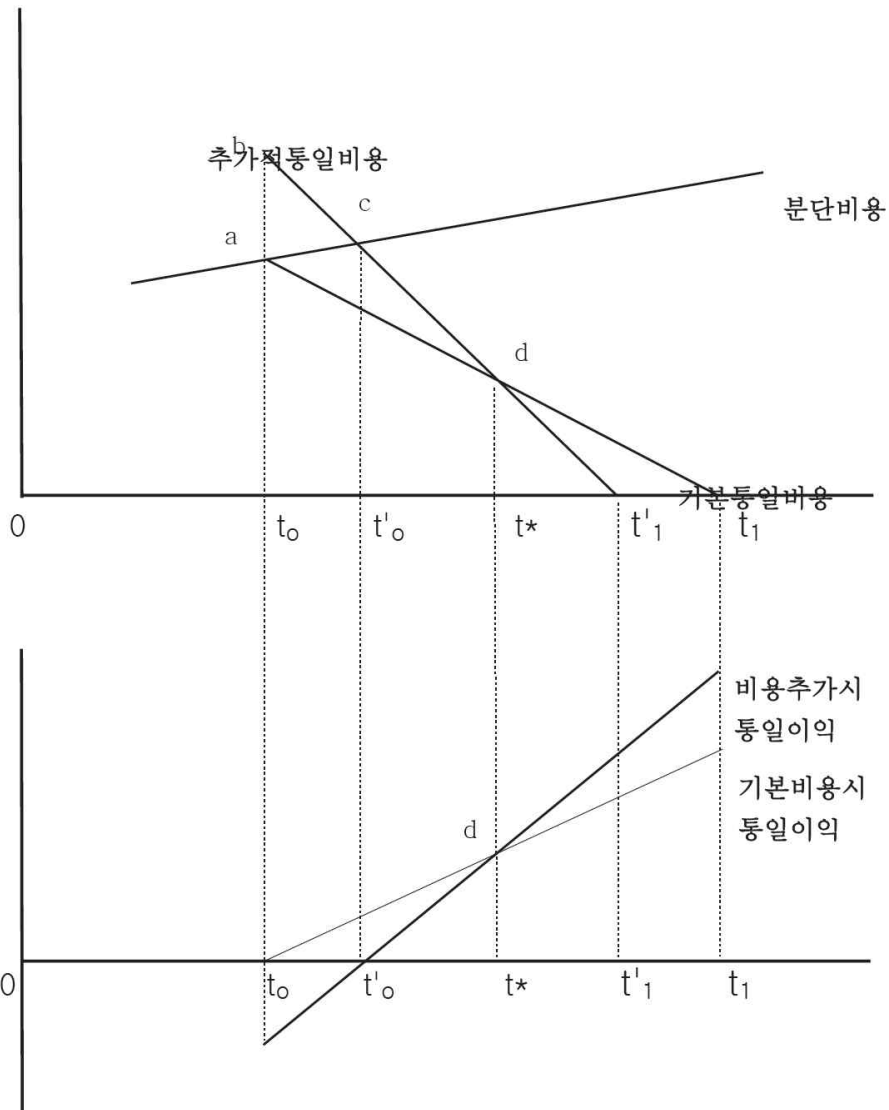


통일이익



228) 홍성국, 한반도 통일비용과 그 최소화 방안, <선진화 정책연구>, Vol.3 No.2, 2010, 81면

<그림3> 추가적 통일비용 투입시 경제효과<sup>229)</sup>

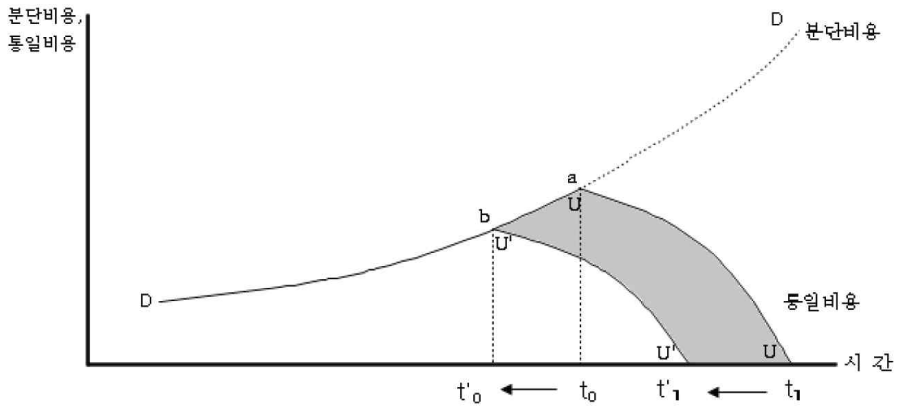


229) 홍성국, 한반도 통일비용과 그 최소화 방안, <선진화 정책연구>, Vol.3 No.2, 2010, 85면

<그림3>이 보여준 함의는 통일 시점에 북한사회가 남한사회에 자생적으로 통합되기 이전에 북한 사회에 대한 적극적 개입이 필요하다는 현실 정치적 문제가 고려되고 있다는 점이다. 이 경우 통일 직후 발생하는 분단비용 감소분만큼의 통일 편익을 넘어서는 추가비용이 들 수도 있음을 그래프를 통해 알 수 있다. 학계에서 논의되는 담론들 역시 이러한 이론적 설명을 하고 있지는 않지만 암묵적으로 <그림3>의 그래프를 논리적 전제로 깔고 있다고 볼 수 있다. 그러나 <그림3>에서 볼 수 있듯이 이러한 적극적 개입은 북한 사회의 남한 사회로의 통합을 가속화하며 또한 그 만큼 혹은 그 이상의 효과를 일구어낼 수 있다. 이 그래프의 실천적 함의는 이미 독일의 사례가 증명해주고 있다는 점에서 더욱 유의미하다. 통일 독일은 통일 후 불과 20년 만에 괄목할만한 성과를 거두었다는 것이 <그림3>의 내용을 실증적으로 뒷받침하고 있는 것이다. 동서독이 통일됨으로써 독일은 서독지역의 6,200만 명과 동독지역의 1,650만 명을 합쳐, 7,850만 명의 인구대국이 되었다. 총 취업인구는 2,917만 명에서 동독지역의 716만 명을 합친 3,633만 명이 되었다. 면적은 35만 7천km<sup>2</sup>가 되었으며, 경작가능면적도 구서독 지역 경작면적의 절반에 해당하는 616만 5천ha가 편입·확대되어 총 1,187만ha로 늘어났다. 경제적으로 전 세계 총생산의 10분의 1을 차지하는 경제대국이 되었다.<sup>230)</sup>

230) 김영윤, 독일통일에서의 통일비용 조달과 시사점, <국민대학교법학연구소 학술발표대회 논문집>, Vol.2010 No.10, 63면

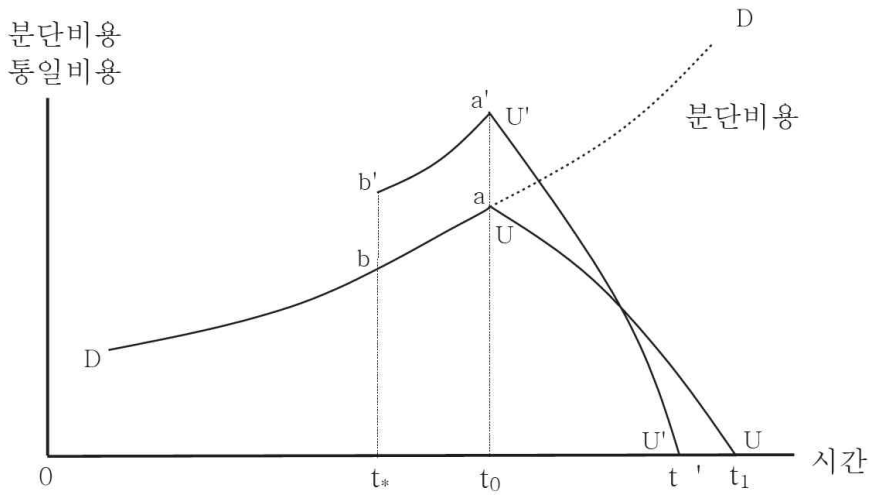
<그림4> 조기통일을 통한 감소방안<sup>231)</sup>



<그림4>가 보여주는 사실은 분단비용이 증가할 수밖에 없다는 점이 참이라면 통일 시기가 늦어질수록 통일비용은 증가한다는 점이다. 이것은 통일에 관한 속도조절을 요구하는 담론들, 소위 ‘통일지연론’에 일침을 가하는 내용이라고 볼 수 있다.

231) 홍성국, 한반도 통일비용과 그 최소화 방안, <선진화 정책연구>, Vol.3 No.2, 2010, 91면

<그림5> 재원조성을 통한 통일비용 감소효과<sup>232)</sup>



<그림5>는 재원조성을 통한 정책을 수행했을 때, 통일비용이 얼마나 감소할 수 있는지에 관한 것이다. 정부에서  $t^*$ 시점부터 통일시의 재원 조성을 위해 국민들로부터 통일세 또는 통일기금을 납부하기로 하였다고 하자. 이러한 정부의 재원조성행위는 결과적으로 국민들의 소비 지출과 투자를 억제하는 셈이 되므로 재원조성 규모만큼 분단비용의 상승을 가져온다고 할 수 있다. 뿐만 아니라 이러한 재원조성규모는 시간이 흐름에 따라 인구 및 경제 성장의 영향으로 지속적인 증가 경향을 갖는다. 때문에 그 기울기는 분단비용 증가의 기울기보다 더 클 수도 있다. 문제는 추가 통일비용이다. 추가 통일비용은 정책적으로 통일시점을 앞당기는 효과를 가져 온다. 정부가 재원을 투입함으로써 통일비용 규모를 확대시켰기 때문이다. 이 때 이행한 통일비용곡선  $U'U'$ 가 기본 통일곡선  $UU$ 곡선과 평행하지는 않는다. 정부가 추가적 재원을 이질성 해소를 위해 활용하는 한, 통일비용곡선  $U'U'$ 은 기본 통일곡선  $UU$ 곡선보다 정책적 효과에 힘입어 그 기울기가 급해질 수밖에 없다. 따라서 2개의 통일비용곡선은 서로 교차하게 되어 있다.

232) *ibid*, 홍성국, 92면

이와 같은 맥락에서 사전 재원 조달은 통일비용감소 효과를 가져 온다.<sup>233)</sup>

즉 <그림5>에서 알 수 있는 바는 미리 통일 재원을 마련하는 것은 첫째, 통일비용 지출을 통하여 정책적으로 통일시기를 앞당김으로  $t_0$ 의 시간자체가 앞당겨져서 <그림4>에서 본 바와 같이 통일 비용을 줄일 수 있다는 점과 <그림5>의 내용 그 자체만으로도 통일비용 감소효과를 가져올 수 있고 또한 이는 <그림3>과 연계해 볼 때 통일편익을 극대화시킬 수 있음을 의미한다. 아울러  $t'$ 의 시간을  $t_0$ 에 가깝게 가져가면 가져갈수록 즉, 정책적 효율성을 높일수록 통일의 비용을 더욱 더 최소화되고 통일의 편익을 극대화될 것이다. 이러한 논리적 결론은 물론 정치·사회적 변수들에 의한 공격에 취약할 수 있지만 그럼에도 불구하고 통일비용에 대한 막연한 두려움이 허상이라는 점을 입증하기에는 충분하다고 생각된다.

### III. 재원마련방안에 관한 구체적 대안과 쟁점

#### 1. 서론

기존의 통일비용 논의는 통일에 대비한 준비의 필요성과 중대성을 인식시키기에는 성공했지만 반사적으로 통일에 대한 심리적 거부감 역시 증폭시켰다. 그러나 앞서 살펴본 바와 같이 통일비용 논의에 간과되고 있는 분단비용과 통일편익을 함께 고려하였을 때, 통일비용은 상대적인 것에 불과함을 알 수 있었다. 또한 통일비용을 감당하기 위한 재원마련에 관한 논의는 통일비용을 최소화하고 통일편익을 늘려주는 효과가 있음을 살펴보았다. 그렇다면 통일비용과 재원마련에 관한 이

---

233) 홍성국, 한반도 통일비용과 그 최소화 방안, <선진화 정책연구>, Vol.3 No.2, 2010, 92면

상의 논의는 이제 통일비용의 재원을 어떻게 준비할 것인가의 정책적 문제로 귀결된다. 본 발표문에서는 재원마련에 관한 다양한 정책 수단들의 검토에 있어 법적인 문제에 무게 중심을 두고 살펴보고자 한다. 구체적으로 어떻게 재원을 마련할지에 관한 방법론에 관하여는 앞서 언급한 바와 같이 직·간접세로써의 통일세에 의한 방법이나 기금마련, 복권발행, 카드적립금 활용 등 다양한 방안들이 논의되고 있다. 본 발표문에서는 정책수단들의 법적 쟁점을 간명하게 검토하기 위해서 조세 방식과 조세 이외의 방식으로 나누어 살펴보기로 한다.

## 2. 조세 外 방식에 의한 재원마련방안

### (1) 일반론

통일재원을 마련하는 방법은 크게 조세에 의한 방법과 그 밖에 방식을 생각해 볼 수 있다. 최근 논의의 중심이 되고 있는 ‘통일세’는 조세에 의한 방법이고 그 밖에 의한 방식은 부담금을 신설하거나 재정에 의한 방법 등을 생각해 볼 수 있다.

특히 부담금 징수의 경우 그 대상범위를 제한하여 (한시적으로) 특별 부담금의 형태로 부과 징수할 수 있는 점, 그 재원의 용도 또한 특정 용도로 명시하여 사용할 수 있는 점, 조세의 경우처럼 복잡한 부과·징수의 절차나 법률관계를 거치지 않아도 되는 행정편의가 있다는 점 등에서 부담금 방식을 선택하여 통일재원 마련에 활용할 여지는 충분히 있을 것이다. 다만 부담금에 대해서는 조세와의 관계와 관련하여 비교적 엄격한 요건과 정당성이 요구된다. 통일재원의 마련과 관련하여 이러한 전제요건들이 충족될 수 있는지 여부는 별도의 법적 검토를 요한다.<sup>234)</sup>

---

234) 박종수, 통일세 신설의 필요성과 방향에 대한 법적 검토, 공법연구, vol.39.no2, 2010.2, 187면

또한 국가의 재정에 의하여 재원을 마련할 수도 있을 것이다. 특히 이러한 재원을 통일비용의 충당과 같은 특정한 목적으로 사용하고자 한다면 기금의 형태로 운용해 나아갈 수 있을 것이다. 오늘날에는 과거 예산회계법 시절과는 달리 국가재정법이 제정되어 기금도 예산과 동일하게 국회의 통제를 받도록 하고 그 설치 여부도 국가재정법 별표에서 엄격하게 제한된 법령에서만 설치할 수 있도록 하고 있어, 기금은 그 신설여부에서부터 엄격한 통제 하에 놓이게 되었다.

통일재원의 마련에 있어서 직접 국민들에게 부과하지 않으면서도 재원마련이 가능할 수 있다면 매우 긍정적인 면이라 말할 수 있을 것이다. 그러나 평시에도 각종 복지사업 등의 집행 등으로 재원소요의 초과에 허덕이는 국가재정이 통일재원의 마련에 너그럽거나 여유가 있으리라고는 기대하기 어렵다. 재정에 의한 방법이 위에서 언급한 조세나 부담금에 의한 방법과의 관계에서 선택적일 수 있는지 여부에 대한 고민도 필요하다고 판단된다.<sup>235)</sup>

## (2) 구체적 방안들에 대한 검토

### 1) 예산 1% 통일기금 정립

통일 비용은 앞서 살펴본 대로 최근 연구 결과에 따르면 적게는 수십 조 원대에서 많게는 수천 조 원대까지 추산된다. 중앙일보는 2002년 ‘예산 1% 북한 지원에 쓰자’고 제안해 큰 반향을 불러일으켰다. 퍼주기가 아닌 북한 개발청사진에 따른 체계적 지원이 결국 통일 비용을 줄일 것이란 기획이었다. 2008년에는 그 연장선상에서 ‘매년 예산 1%를 북한 기금으로 모으자’고 제안했다. 통일이 되거나 남북 관계의 획기적 개선으로 큰돈이 필요할 때를 대비해 예산 1%(현재 약 3조원)를 적립해 가자는 내용이었다. 한나라당 고흥길 정책위 의장은 9월10일

---

235) ibid, 박종수, 189면



중앙일보 제안대로 매년 사용하고 남은 남북협력기금의 불용액을 적립하는 것을 시작으로 통일 기금에 대한 대비를 시작해야 한다고 했으며 2010년의 정기국회 회기 내에 정의화 국회의장이 제안한 법안을 처리할 것이라고 했다. 이 대안은 현재 국민의 정책 집행 저항이나 조세 저항 없이 통일 재원을 마련할 수 있는 대안으로 유력하게 검토되고 있다.<sup>236)</sup>

## 2) 복권 발행

복권 발행은 강제력을 수반하지 않고 공공재원을 조성할 수 있는 ‘고통 없는 조세(painless tax)’다. 정책 결정자 입장에서 보면 당장 주민저항 없이 재원을 마련하기 쉽고 원리금을 갚을 필요가 없는 자금조달 수단이다. 하지만 먼 국가 장래를 고려할 때 사행심을 조장한다는 비난을 받을 수 있다. 부작용에 비해 재원의 량도 그리 많지 않다.

## 3) 통일 카드 발급 및 각종 포인트 적립

신용 카드 사용 후 쌓이는 포인트를 통일 기금 포인트로 바꾸는 운동의 전개와 함께 아예 통일 카드를 발급하여 포인트를 모으는 것이다. 세금이나 예산 1%적립만으로 재원을 마련할 경우 재원마련은 쉬울지 모르나 국민적 호응이나 관심이 떨어질 수 있다. 하지만 통일

---

236) 또한 이에 대해서는 “통일 기금을 통일 전에 마련하는 것은 통일한 대한 심리적 대비 차원에서 바람직한 일이지는 하나, 정부차원에서 대규모로 조성하는 것은 다소 신중할 필요가 있다. 왜냐하면 통일기금 조성 자체는 분야의 투자를 포기하는 데 따르는 기회손실비용을 발생시키기 때문이다. 또한 그렇게 조성된 대규모의 통일기금은 그대로 쌓아두지 않고 투자나 융자의 형태로 특정사업에 운용될 가능성이 높기 때문에 통일에 따라 통일 기금이 시급하게 필요한 시점에서 효율적인 회수가 가능할 수도 있을지도 의문이기 때문이다.”라는 비판이 있다.(김영운, 2010, 70면)

일용 타당한 비판이다. 그러나 회수 가능성에 대한 부분은 국민연금과 연계하여 서로 충당한다거나 통일 예상 시점을 다양화하여 단기(1년,3년) 장기(5년,10년) 등으로 투자회수시점을 분산시키면 해결될 문제라고 생각한다. 또한 이렇게 생각해야 하는 이유는 회수가능시점의 불확실성은 통일 문제의 본질적 요소이므로 무작정 적립시켜 통일시점에 전액 회수가능 하도록 만드는 방법 외에는 제거할 방법이 없고, 또한 이러한 방식으로 통일재원을 다양하게 생각해내야 하는 현실에서 지나치게 재원마련의 방안을 축소시킨다.

포인트 제도를 도입 할 경우 국민 누구나 매일 통일에 기여 하고 있다는 자부심과 통일이 곧 내일과 직결되고 있다는 의식을 심어 줄 수 있다. 또한 항공 마일리지를 이용한 방법도 있다. 이러한 마일리지나 포인트 등은 사용하지 않아 그냥 소멸 되는 경우도 많은데 이를 기부케 하여 통일 포인트 내지는 마일리지를 만들어 기금화 하는 방법도 고려해볼 필요가 있다. 물론 액수는 얼마 안 될지 몰라도 국민들에게 통일 문제를 일상화 시킬 수 있다.

#### 4) 국채 발행

국가에서 채권을 발행하는 것은 일시적이고 단기적인 자금유입에는 유용하나, 장기적으로 볼 때 바람직하지는 않다. 왜냐하면 자본시장을 통한 차입은 실질 금리의 인상을 유발하여 경기침체는 초래할 수 있기 때문이다. 그럼에도 불구하고 통일독일에서 보듯이, 한정된 국가 예산으로 통일기금을 조성하거나 운용하는 것에는 한계가 있다. 남한 역시 채권발행을 통한 자본시장의 자금을 유입하는 것이 통일 초기에는 어쩔 수 없는 선택이 될 것이다. 통일비용의 재원조달 방법으로 채권발행이 논의되는 이유는 크게 두 가지가 있다. 첫째는 통일비용 그 자체가 국민적 합의를 거쳐 기금을 형성하는 데 어려움이 있기 때문이다. 둘째는 자본시장의 투자축진 때문이다.<sup>237)</sup> 실제로 독일의 경우도 절반 가까운 금액을 국채 발행으로 충당했음을 알 수 있다. 그러나 국채 발행이란 손쉽게 돈을 모으는 방법이라는 점에서 차입과 다를 게 없다. 전쟁 비용을 마련하기 위해 전시 공채를 발행하는 것과 비슷하다. 우리나라에서 서울시가 전쟁이 끝나갈 무렵인 1953년 5월 ‘복구 공채’를 발행한 적도 있다. 국채는 세금처럼 당장 국민의 호주머니를 축내는 것은 아니고 미래 세대에 그 부담을 전가한다. 통일 이후 상당기간 미

---

237) 재구성, 전상진·강지원·원진실, "통일에 대비한 한국의 통일비용 재원조달방안에 관한 논의", 한독사회과학논총, vol.17 No.3, 31-32면, 2007

래 세대가 통일 비용을 부담해야 되는데 국채 발행의 빚까지 떠넘기는 것은 바람직스럽지 못하다.

#### 5) 국유재산 매각

남북한의 국유재산(나라 재산)을 매각해 재원을 마련할 수 있다. 문제는 북한의 공장이나 시설의 경우 동서독의 통합 과정에서 보았듯이 통일 되는 순간 북한에서 생산되는 제품은 대부분 경쟁력을 잃기 때문에 그 실효성은 담보할 수 없다. 설령 경쟁력이 있다 해도 급히 매각하려고 하면 제값을 받지 못한다. 그리고 그 많은 재원을 동원하기가 쉽지 않다. 또한 이에 대해서는 “단순한 증여로부터 범죄적 치부(致富)에 이르기까지, 동에서 서로의 거대한 재산이전 형태”-‘신탁관리공사( Treuhandanstalt:THA)’에 의한 구 동독 국유기업 사유화과정을 비판하여 꼬집은 표현<sup>238)</sup>처럼 안정화 이후 많은 정치·경제적 논란을 만들어 낼 수 있음에 유의해야 한다.

#### 6) 국제기구의 재건기금 도입

김정관 기획재정부 국채과장은 “국채 발행에 앞서 국제기구 차관이나 여러 나라가 지원하는 재건기금을 쓰는 방법을 생각해볼 수 있다”며 “한국이 겨안을 북한은 하나의 큰 개발 시장이 될 것”이라고 말했다. 이라크 재건을 위해 만든 이라크신탁기금은 좋은 본보기다. 이라크 신탁기금은 여러 나라가 공여한 돈으로 조성됐고, 세계은행과 유엔개발그룹(UNDG)이 각각 하나씩 운영을 맡고 있다. 국제기구의 재건기금은 장기적이며 이자가 싸다는 장점이 있다. 문제는 국제기구의 돈을 통일한국이 갖다 쓸 수 있느냐는 점이다. 한국은 현재 원조 공여 국으로 분류돼 있기 때문이다. 따라서 국제기구 자금을 끌어 쓰기 위해서는 낙

---

238) 재인용, 신우철, 독일통일 10년, 그 비용과 수익의 총체적 평가, 統一問題研究(The Korean Journal of Unification Affairs), Vol.15 No.2 [2003], 257면

후된 북한체제란 실체를 유지해야 된다. 그런데 통일 이후에도 과연 남과 북을 분리하여 두 체제 유지가 가능한지에 대한 고려를 해야 한다. 물론 홍콩과 중국처럼 특수 체제를 유지한다면 별 문제가 안 되겠지만 정치적 결단 이후에 법적으로 뒷받침되어야 하는 문제로 보인다.

### 3. 조세방식에 의한 재원마련방안(‘통일세’를 중심으로)

#### (1) 일반론

##### 1) 기존 세목에 연계한 방식

부가세(Surtax)란 원래 존재하고 있는 세금에 일정 비율로 다시 세금을 매기는 세목으로서 재원을 발굴하기 어렵거나 특정 세목을 신설하기 어려울 때 기존 세금에 추가로 부과되는 세금을 말한다. 부가세의 도입방식에는 다시 크게 기존 세목 속에서 ‘특별부가세’의 형태로 추가 징수하는 방식과 별도세목으로 신설하면서 다른 세목의 세액에 일정률을 곱해서 징수하는 방식이 있다. 전자의 예로는 2001.12.31.까지 부과·징수되었던 구법인세법상 법인의 부동산 양도차익에 대한 특별부가세를 들 수 있고, 후자의 예로는 1990.12.31.까지 부과 징수되고 1991.1.1.자로 폐지된 구방위세법상의 방위세를 들 수 있다.

1975년에 제정되어 1991년에 사라진 방위세도 관세, 소득세, 법인세, 상속세, 특별(개별)소비세, 주세, 전화세 및 지방세의 납부세액에 대하여 일정률을 신고·납부하도록 한 부가세였으며, 국토방위를 위하여 국방력을 증강하는데 필요한 재원을 확보함을 목적으로 하였다. 통일재원의 마련을 위해서는 폐지된 방위세를 부활하여<sup>9)</sup> 다시 징수하여야 한다는 의견도 제시되고 있다. 지방소비세의 경우를 제외하면 대부분의 부가세는 소득세와 법인세 등 소득과세에 대하여 일정률을 부가하는 방식으로 도입되는 것이 일반적이다. 외국사례로는 독일의 ‘통일

(연대)부가세(Solidaritätszuschlag)’를 들 수 있다. 이는 독일통일 후인 1991년 도입되어 최초 1년을 기한으로 소득세와 법인세에 각각 7.5%씩 부과됐으며, 이후 1995년 부활돼 소득세와 법인세의 5.5%가 부과되고 있다.<sup>239)</sup> 특히 독일의 경우도 오늘날까지 통일세와 관련한 ‘위헌’ 논란이 끊이지 않고 있다. 독일은 1991년부터 통일비용을 충당하기 위해 ‘연대추가징수금’ 일명 ‘통일세’을 책정했는데 이는 최소한 2019년까지 지속될 것으로 보인다. 이와 관련하여 현재까지도 독일 각급 법원에서 위헌 논란이 계속 되고 있다.<sup>240)</sup> 독일납세자연맹은 2006년 연방헌법재판소에 통일세 위헌 소송을 냈고, 헌법재판소는 “구체적인 사용계획이나 내역 없이 통일세를 거두는 것은 적합하지 않으며 통일세는 한시적 조치”라는 판결을 내린바 있다. 이후 니더작센주 금융법원은 “일시적 성격의 통일세가 장기적 세금으로 성격이 바뀌었다면 장기적인 추가부담을 금지하고 있는 헌법에 어긋난다”고 위헌판결을 내렸다. 그러나 쾰른 금융법원과 뮌스터 금융법원은 합헌판결을 내리는 등 독일 내에서도 통일세와 관련한 법적 평가가 나뉘는 것으로 볼 수 있다.

## 2) 소비과세 강화 방안

통일재원의 마련 논의에 있어서는 간접세인 부가가치세의 세율을 선진국 수준으로 인상하여 통일재원으로 이용하자는 의견도 제시되고 있다. 부가가치세는 우리나라에 도입된 지 이제 30년이 된 세제로서 도입초기 찬반양론이 있었지만 국제적으로 보더라도 유럽방식의 소비세제를 모범적으로 정착시킨 사례로 들 수 있을 만큼 현행 세제 속에서 매우 중요한 위치를 차지하고 있다.<sup>10)</sup> 세수면에서도 법인세와 1, 2위를 다투는 주요세목에 해당한다. 그런데 우리나라의 부가가치세는 도

239) 박종수, 통일세 신설의 필요성과 방향에 대한 법적 검토, 공법연구, vol.39.no2, 2010.2, 186면

240) 이승현·김갑식, 한반도 통일비용의 쟁점과 과제, <현안보고서 제105호>, 국회입법조사처 2010, 8면

입이후 지금까지 세율을 10%로 유지하고 있어 15% 내지 20%대를 유지하는 다른 OECD회원국들에 비해 상대적으로 낮은 것으로 평가되고 있다. 그리하여 부가가치세제의 개편논의가 나올 때마다 세율인상의 필요성이 제기되어오고 있다.

통일재원의 마련논의와 관련해서도 상대적으로 낮은 수준을 유지하고 있는 부가가치세의 세율을 인상하여 그 증가된 세수를 통일재원으로 활용하자는 의견이 최근 제시되고 있다. 다른 OECD회원국들보다 상대적으로 낮은 세율이라는 점이 분명하므로 국민들이 쉽게 수긍할 수 있으리라는 점을 그 논거로 들고 있다. 그러나 부가가치세 세율인상의 문제는 단순한 수치의 증가만이 아니라 이와 관련된 여러 가지 효과를 감안하여 결정하여야 할 것으로서 쉽게 접근할 수 없는 문제라는 점도 지적되고 있다.<sup>241)</sup>

## (2) 통일세 입법에 관한 법적 쟁점 검토<sup>242)</sup>

### 1) 통일세 입법과 과세요건 명확주의

#### 가. 과세요건 명확주의

헌법 59조에서는 「조세의 종목과 세율은 법률로 정한다.」라고 하여 조세법률주의를 규정하고 있다. 조세법률주의란 법률의 근거 없이 국가는 조세를 부과·징수 할 수 없고 국민은 조세의 납부를 요구당하지 않는다는 원칙이다. 이러한 조세 법률주의는 과세요건 법정주의와 과세요건 명확주의로 구성된다. 이와 같은 조세법률주의는 큰 틀에서는 통일세와 관련하여 문제될 것이 없다고 볼 수도 있다. 당연히 통일세는 조세입법으로써 실현될 수밖에 없기 때문이다. 그러나 조세법률

241) *ibid.*, 박종수, 187면

242) 자세한 것은 차현일, 통일비용과 재원마련 그리고 통일세에 관한 법적쟁점검토, 통일과법률, 2011.2

주의의 하위항목인 과세요건 명확주의와 관련하여서는 구체적으로 문제가 생길 수 있다. 왜냐하면 기존의 조세입법과 달리 통일세는 정책 목적의 실현 가능성부터 의문시 되는 상황에서 입법되기 때문이다. 만약 통일의 시점을 특정할 수 없는 현 시점에서 통일세를 징수한다면 과세요건 명확주의와 관련하여 통일세 조세 입법이 헌법에 배치될 가능성이 있기 때문이다. 앞선 <그림5>에서 통일시점인  $t_0$ 의 시기가 불명확한 시점에서 국민들에게 일률적으로 부담을 지우는 정책은 비단법학적 논점을 떠나 국민적 합의가 선행되어야 할 문제이다.

헌법재판소 등이 조세법률주의의 내용으로 과세요건이 단순히 법률로 규정될 것 이외에 그 법률에 규정된 과세요건이 명확해야 한다는 것을 요구하고 있다. 조세법률주의의 내용으로 과세요건 명확주의를 요구하는 이유는 다음과 같이 몇 가지 측면으로 나누어 설명할 수 있다.

첫째, 납세자인 국민 측에서 보았을 때 조세법규가 침해법규이므로 국민들에게 법적안정성과 예측가능성을 부여해야 한다는 측면이 있다. 둘째, 과세관청 입장에서 보면 명확하지 않은 조세법규는 과세관청의 자의 적법집행을 허용할 우려가 있다는 점이 존재한다. 셋째, 법원입장에서 보면 과세관청의 행위에 대한 사법적 통제가능성이 존재해야 하는데 과세요건이 명확하게 규정되어 있지 않으면 이것이 어려워지게 되는 문제점이 존재하게 된다. 실제 이러한 필요성은 세법에만 존재하는 것이 아니고 모든 법 영역에 유효한 것이다.<sup>243)</sup> 헌법에 직접적으로 근거가 없지만 최고의 헌법 해석 권한을 가진 헌법재판소가 우리의 헌법을 그렇게 해석하고 있으므로 그 해석은 일단은 권위를 인정받아야 하지만 과연 그러한 “해석”이 타당한지에 대해서는 계속적인 논의가 필요하다고 본다.<sup>244)</sup>

243) 하지만 세법 이외에 다른 법 영역에서 이러한 법규의 명확성이 특별히 문제 되는 경우는 거의 없다. 물론 형법은 예외이다. 사실 형법과 세법의 경우에는 더 강한 법률주의가 필요하다는 어떠한 근거도 헌법조문에서는 발견할 수 없다.

244) 이동식, “포괄주의 조세입법의 헌법적 쟁점”, 조세법 연구, 2008, 227면

## 나. 포괄주의조세입법

포괄주의 조세입법이란, 과세대상 사실을 법조문화 하는 한 방법으로 이해할 수 있다. 국민들이 경제활동을 하면서 어떤 구체적 의사결정을 하는데 조세라는 것이 중요한 역할을 하므로 조세입법은 가능한 한 구체적인 형태로 이루어지는 것이 “이상적”이라고 할 수 있다. 그러나 모든 성문법의 속성이 그러하듯이 법은 일단 일반성·추상성을 가질 수밖에 없다. 특히 조세법의 경우에는 과세대상인 경제거래현상이 너무나 다양하므로 이를 “적절하게” 규율하기 위해서 조세법은 다른 법보다도 더 상당히 포괄적일 수밖에 없는 한계점이 있다. 포괄주의 과세는 바로 이러한 필요성에 기초하고 있는 것이다. 이러한 포괄주의 조세입법은 어느 정도까지는 세법에서 불가피한 면이 있다. 하지만 법규의 구체화의 이상성을 고려할 때 어느 정도의 한계 설정도 불가피하다고 할 것이다.<sup>245)</sup>

포괄주의조세입법을 이처럼 과세요건 규정과 관계된 것으로 정의한다고 할 때 그러한 조세입법의 합헌성은 다음과 같은 점을 중심으로 검토할 필요가 있다. 즉, 증여세에 대한 완전포괄주의규정이 입법되었을 때 가장 논란이 되었던 “조세법률주의와의 조화문제”이다. 과세요건을 이처럼 포괄적으로 규정하는 것이 조세법률주의의 하부원칙으로 논의되는 소위 “과세요건 명확주의”에 반하지 않는가 하는 점이다. 만일 과세요건을 포괄적으로 규정하면서 다시 세부적인 기준을 대통령령 등에 위임한다면 위임입법의 한계, 과세요건법정주의 등과 관련하여 논란이 있을 수 있다.<sup>246)</sup> 특히 앞에서 언급한 조세법률주의의 하위 내용인 과세요건 명확주의와 포괄주의 조세입법 간의 경계선 설정에 대한 논쟁이 있다.

245) 이동식, “포괄주의 조세입법의 헌법적 쟁점”. 조세법 연구. 2008. 223면

246) *ibid.*, 이동식, 225면



#### 다. 직접세와 간접세-응익부담의 원칙 등

불확실한 정책 목적에 관한 논란은 과세요건을 명확히 규율하는데 어려움으로 작용할 것으로 보인다. 특히 통일세 입법이 장래의 불특정한 시점에서의 정책 목적을 수행하기 위하여 심지어는 그러한 장래가 올지조차 불투명한 시점에서 과연 입법할 동력이 있는지도 검토되어야 할 것이다. 이러한 문제는 단순히 법해석이나 이론의 문제를 넘어 정치·사회적 쟁점이 될 것이다. 정책 입안자들은 통일세 입법 전에 이러한 점을 충분히 고려하여야 할 것이다. 또한 그러한 점에서 과세요건 명확주의와 관련한 판단을 위해서는 어떤 행위에 과세할 것인지 부터 명확히 해야 할 것이다. 이를테면 ‘소득존재’에 부과하는 등의 직접세로 부과할 것인지 ‘소비행위’에 부과하는 등의 간접세로 부과할 것인지 아니면 둘 모두에 부과할 것인지 등에 대한 논의부터 진행되어야 할 것이다.

상대적으로 간접세에 부과하는 방안은 역진적이라는 비판은 있을지라도 평등권이나 조세저항 등의 측면에서는 언제나 그러하듯 문제가 다소 적을 것이다. 그러한 측면에서 안종석 조세연구원 본부장은 간접세로써의 “부가가치세”를 선호했다. 적은 세율 인상으로, 많은 납세자가 약간씩 추렴해 많은 돈을 마련할 수 있고, 경제에 미치는 부정적인 영향이 소득세나 법인세에 비해 훨씬 작기 때문이다. 반면 직접세가 바람직하다는 주장도 설득력 있게 많은 학자들이 제기하고 있다.(전상진 외, 2007, 33면 등 참조) 이러한 주장들은 대부분 독일의 경우처럼 조세의 신설 및 인상에서 간접세의 형태를 취하게 되면 물가상승을 유발하며 서민층의 부담이 가중되어 역진적이라는 비난에 처한다. 그러므로 징수가 손쉽다는 간접세를 채택하기 보다는, 사회보장을 위한 재원발굴이란 원래의 취지에 부합되고 소득의 재분배효과가 있는 직접세가 바람직하다<sup>247)</sup>고 근거를 밝힌다.<sup>248)</sup> 직접세냐 간접세냐의 문제는

247) 전상진·강지원·원진실, “통일에 대비한 한국의 통일비용 재원조달방안에 관한 논의”, 한독사회

별론 할 때 과세요건 명확주의와 관련하여 특히 문제가 되는 것은 직접세이다.

직접세의 경우 소득세에 부과되는 것이 기본적 형식인데 세율을 고정할 것인가 아니면 누진 세율을 정할 것인가에 따라 평등권의 문제가 붙어질 수 있다. 이에 대하여 헌법재판소는 종합부동산세와 관련한 판단에서 ‘이유 있는 정당한 차별’을 평등으로 판단하고 있으므로 큰 문제는 되지 않는다고 볼 수도 있다. 그러나 문제는 사회 공익적 목적을 위한 재분배 효과에 대해서는 사회적 합의가 있음에 반해 통일에 있어서도 이러한 합의가 그대로 유효할 것인가 하는 점이다. 물론 통일은 우리 모두에게 유익한, 헌법적으로도 명시된 ‘공익’임에는 분명하지만 통일 비용지불에 있어서 소득에 따른 차별적 부담까지도 정당화 될 수 있는지에 대해서는 논란이 있을 수 있는 것이다. 이러한 논란을 피하기 위해서는 간접세가 정치적으로 유리하겠지만, 소득세에 부과하는 방식은 근로소득이 있는 소수에게 배분하는 것이므로 정치적으로 보다 유리하다는 견해도 있다. 결국 이와 관련하여서는 법 이론적 분석뿐만 아니라 사회·정치적으로도 충분한 분석과 논의가 필요할 것으로 보인다. 중요한 점은 통일이 우리에게 ‘당위’라고 할 만큼의 정책적 과제임에는 분명하지만 법치주의의 틀을 벗어나서 국민에게 일방적 희생을 강요하는 것 역시 이익형량의 대상이 됨에는 분명하다는 점이다. 그러한 점에서 통일세 입법과정의 조세법률주의와 과세요건 명확주의 등은 분명히 관철될 수 있도록 많은 논의와 연구가 필요하다. 다음으로는 이러한 관점에서 현재 국회에서 심사 계류 중인 ‘통일세법안[의안번호 10502]’와 ‘통일세관리특별회계법안[의안번호10504]’ 등에 대하여 살

---

과학논총(Zeitschrift der Koreanisch-Deutschen Gesellschaft für Sozialwissenschaften) vol.17 No.3, 2007, 34면

248) 필자는 직접세와 간접세 모두 충분히 검토되어야 한다고 생각한다. 엄청난 재원마련을 위해서는 물가 상승분을 최소화 하는 범위에서 둘 모두 추진되어야 할 것이다. 우선은 물가에 큰 영향을 미치지 않는 사치재나 담배나 술 등에 간접세를 부과하는 것으로 시작하여 단계적으로 직접세 도입을 검토해야 한다고 생각한다.

펴보기로 한다.

## 2) 상정 법안에 대한 검토

### 가. 상정 법안의 주요 내용

현재 국회에서 심사 계류 중인 ‘통일세법안[의안번호10502]’과 ‘통일세관리특별회계법안[의안번호10504]’은 김충환 의원 외 11인의 의원이 공동 발의한 것으로 양 법안의 상호 의결을 전제로 하고 있으므로 동시에 양 법안을 검토하기로 한다. 각 법안의 주요 내용을 살펴보면 다음과 같다.

#### 통일세법안[의안번호10502]의 주요내용

- 가. 통일과정에 필요한 재원을 확보하기 위하여 소득세, 법인세, 상속세 및 증여세에 대하여 통일세를 부가함.
- 나. 납세의무자는 소득세·법인세·상속세 및 증여세의 납세의무가 있는 개인 또는 법인으로 함(안 제2조).
- 다. 과세표준은 소득세법에 따른 소득세액, 법인세법에 따른 법인세액, 상속세 및 증여세법에 따른 상속세액 및 증여세액으로 함(안 제5조).
- 라. 세율은 소득세액의 2%, 법인세액의 0.5%, 상속세 및 증여세액의 5%로 함(안 제5조).

#### 통일세관리특별회계법안[의안번호10504]의 주요내용

- 가. 이 법은 한반도 통일과정에 필요한 재원을 충당하기 위하여 통일세법에 의한 통일세액 및 매 회계연도에 내국세 총액의 100분의 1에 해당하는 일반회계로부터 전입금 등에 의하여 조성된 재원을 효율적으로 관리하기 위하여 통일세관리특별회계를 설치하고 그 관리·운용에 관한 사항을 규정함(안 제1조).
- 나. 통일세관리특별회계의 세입은 통일세법에 의한 통일세액 등을 세입재원으로 하고 세출은 북한주민의 생활 개선, 국회의 동의를 요하는 사항으로 민족공동체 회복 및 북한지역의 안정과 발전을 위하여 대통령령으로 정하는 사업 등으로 함(안 제3조).
- 다. 이 회계의 세출재원이 부족한 때에는 국회의 의결을 얻은 범위에서 장기차입을 할 수 있는 근거를 두고, 예측할 수 없는 예산외의 지출 또는 예산초과지출을 충당하기 위하여 예비비로서 상당한 금액을 세출예산에 계상할 수 있는 근거를 둠(안 제5조 및 제8조).

## 나. 상정 법안 검토

우선 예산총계주의 측면에서 바라보자면 사회통합비용 지출이라는 세출예산을 확보하기 위한 세입예산으로서의 통일세는 통일 이후부터 징수하는 것이 타당할 것<sup>249)</sup>이라는 의견이 있다. 이러한 논의는 법논리적 측면에서 보자면 일응 타당하다. 한 회계연도의 통일세 세입으로 한 회계연도의 통일비용 세출을 계상하는 것이 일반적인 예산원칙에 부합하기 때문이다. 또한 이러한 주장은 통일세와 관련한 논의에서 사회적 공감대 형성의 미비 문제나 정치적 논쟁을 피해갈 수 있다는 장점이 있다. 그러나 유비무환의 측면에서 ‘통일에 따른 충격의 최소화’라는 본 논고의 입장에서 바라볼 때에 위 주장은 논리적 타당성을 떠나 정책적으로는 바람직하지 않은 주장이라고 평가할 수 있다. 독일의 경우, 통일 이듬해부터 사회연대세의 형태로 부과하였는데 그러한 이유로 지나치게 많은 부담을 국민에게 주게 되었으며 그로 인한 문제가 오늘날에도 계속된다는 점은 우리에게 시사하는 바가 크다. 현재 위원회 심사에 회부된 위 법안들의 경우도 통일이전 시점의 징수를 전제로 하고 있다.

일반적으로 통일세의 부과방식은 기존세목을 인상하는 방안과 별도세목을 신설하는 방안으로 나누어 볼 수 있을 것<sup>250)</sup>이다. 기존세목을 인상하는 방안으로는 부가가치세 인상과 소득세·법인세 인상 방안이 논의될 수 있으며 별도세목(목적세)을 신설하는 방안은 소득세·법인세·부가가치세 등 대부분의 세목에 ‘통일세라는 명칭으로 부가하여 일정률을 부과’하는 방식이 있다. 위 법안들의 경우 후자의 방식을 따르고 있다. 이는 또한 직접세에 대한 부과이기도 하다.

249) 이승현·김갑식, 한반도 통일비용의 쟁점과 과제, <현안보고서 제105호>, 국회입법조사처 2010, 34면

250) 재인용, 이승현·김갑식, 한반도 통일비용의 쟁점과 과제, <현안보고서 제105호>, 국회입법조사처 2010, 33면(원문: 이승현·전완희, “통일비용의 바람직한 조달방안”국회의원 회답서 (2010.9.14), 2-6면)

앞서도 언급하였듯이 위 법안들에서 예정하고 있는 세목의 경우 평등권의 문제가 붙어질 수 있다. 헌법재판소가 ‘이유 있는 정당한 차별’을 평등으로 판단하고 있으므로 큰 문제는 되지 않는다고 볼 수도 있지만 사회 공익적 목적을 위한 재분배 효과에 대해서는 사회적 합의가 있음에 반해 통일에 있어서도 이러한 합의가 그대로 유효할 것인가 하는 점에서 문제가 될 수 있는 것이다. 이러한 것은 독일에서도 문제가 되고 있으며 우리 사회는 이러한 부분에 충분한 공감대 형성이 이루어지지 않은 것으로 보인다. 최근의 뉴스에서도 무리한 통일세 입법에 대한 보도가 이어지고 있는 것은 바로 그런 문제의식의 표현이라고 볼 수 있다.

또한 유사 목적의 ‘통일기금법안(이명수의원 대표발의)’에 대한 외교통상통일 위원회 검토보고서에서는 동 법안 제2조에 관련하여 ‘제2조에서는 용어의 의미를 정의하고 있는바, 제1호에서 “북한지역”을 ‘통일 전 군사분계선 이북지역’으로 명시하고 있는데, 이는 법안이 통일 이후를 대비하여 통일비용을 마련하기 위한 기금을 설치하고자 하는 목적을 가지고 있으므로 현재 북한지역의 의미를 통일 이후의 관점에서 명확하게 정의할 필요성에 따른 것으로 이해되나, 통일의 형태와 내용에 대한 사회적·법률적 합의가 없는 상황에서 통일 전·후를 명확히 구분할 수 있을 것인지에 대한 의문의 여지가 있다.<sup>251)</sup>’고 지적하였는바 이러한 문제점 지적은 위 법안들에서도 여전히 유효한 지적<sup>252)</sup>으로 보인다. 이와 관련하여 앞에서 언급한 바와 같이 통일의 형태와 내용에 대한 사회적·법률적 합의가 없는 상황에서 통일 전·후를 명확히 구분하기 어려운 문제가 있는바, 이를 고려하여 세출의 범위에 관하여 보다 명확하게 규정할 필요가 있을 것으로 보인다. 이러한 점에 대한 충분한

251) 국회외교통상전문위원, ‘통일기금법(이명수의원 대표발의) 검토보고서, 외교통상통일위원회, 2010.11, 8면

252) 통일세관리특별회계법안[의안번호10504] 제4조 제2항에서는 지출과 관련하여 ‘북한주민’, ‘북한 지역’ 등의 용어를 특별한 정의 없이 일반적 의미로 사용하고 있다.

고려가 없다면 ‘과세요건 명확주의’와 관련한 문제 제기들도 피해갈 수 없을 것이다.

이 밖에도 통일에 따른 비용부담은 응익부담의 원칙(benefit principle)에 따라 통일에 따른 잠재적 이득이 귀속되는 정도에 비례하여 부과하는 것이 중요하다는 견해<sup>253)</sup>가 있는데 타당한 지적이라 생각한다. 다만 그 ‘정도’에 대한 합의가 가능할 것인가를 감안해본다면 ‘끝없는 시간 낭비의 사회적 비용지출’에 그칠 가능성도 있다.

결론적으로 ‘통일기금법안(이명수의원 대표발의)’에 대한 외교통상통일 위원회 검토보고서에서 장기적인 관점에서 통일에 대비한 재원을 마련하고자 하는 동 법률안의 기본취지는 타당한 것으로 보인다고 언급하였듯이 통일비용과 관련한 문제의식은 충분히 타당하며 또 그에 대하여 꾸준한 논의가 필요함에는 의문의 여지가 없다. 그러나 현재 상정된 ‘통일세법안[의안번호10502]’와 ‘통일세관리특별회계법안[의안번호10504]’ 들은 공통적으로 ‘시기상조’라는 결론을 내리지 않을 수 없다.

이상의 내용을 요약하자면 다음과 같이 결론 내릴 수 있을 것이다. 통일의 형태와 내용에 대한 국민적 합의가 필요할 것이다. 물론, 그러한 합의대로 통일이 된다는 보장도 없지만 ‘보장’ 여부를 떠나서 특정 형태와 내용에 대한 ‘합의’는 통일세와 같은 조세 입법의 명확성 원칙을 준수하기 위해서는 꼭 필요한 전제라고 생각한다. 이러한 전제가 성립되지 않은 상황에서 정치엘리트주의에 입각한 밀어붙이기식의 입법은 ‘끝없는 시간 낭비의 사회적 비용지출’을 만들어 낼 것으로 보인다. 이러한 합의를 도출하는 과정에서 간접세는 헌법상의 평등권이나 응익부담의 원칙 등으로부터 ‘상대적으로’ 자유로울 수 있다는 점에서 유효한 정책수단이라고 생각한다. 왜냐하면 입법 상 처리해야 할 사회

---

253) 국회외교통상전문위원회, 통일기금법(이명수의원 대표발의) 검토보고서, 외교통상통일위원회, 2010.11, 33면

적·법적 쟁점이 상대적으로 적다는 점은 입법에 유리할 뿐만 아니라 ‘합의’를 만들어 내는 과정을 공론화할 수 있다는 점에서도 그러하다. 다만, 역진적 과세라는 점에 있어서 치명적 약점을 지닌 수단이다. 물론 이러한 경우에도 ‘예산총계주의 측면’에서의 비판은 여전히 유효하며 사회적·법적 ‘합의’가 필요한 부분이다.

## V. 조성된 재원의 운용에 관한 법적 쟁점

### 1. 건전한 재정운영의 필요성

위와 같이 재원의 조성도 중요하나, 그 운용은 더욱 신중할 필요가 있다. 남북통일비용의 조달이 궁극적으로 재정 부담으로 귀착될 것이 분명하기 때문이다. 이론적으로 보면 적자재정은 경제전체의 실질저축을 감소시켜 실질이자율을 상승시키고 민간투자를 감소시키게 되어 장기적으로 실질생산을 감소시키게 된다. 이를 구축효과라고 한다. 물론 리카도의 대등정리가 성립하는 경우 재정적자는 실물경제에 아무런 영향을 미치지 못하게 될 것이다. 그러나 이 정리가 성립하기 위해서는 몇 가지 매우 강한 가정이 성립하여야 하는데 현실적으로 성립하기 어렵다.<sup>254)</sup>

남북통일 비용의 재정의 부담으로 작용할 수 없다고 하더라도 이를 공정, 투명, 효율적으로 운영한다면 우리의 재정건전성을 유지할 수 있을 것이다. 따라서 통일재원의 낭비를 근본적으로 절감하기 위한 법·제도와 절차의 개선이 필요하다.

### 2. 통일세 등으로 들어온 재원의 회계처리 문제

---

254) 김성태(2011.5.) 「우리나라 재정건전성 제고를 위한 정책과제」 경제연구 제29권 제2호, 113면

국가재정의 공정성과 투명성 확보를 위하여, 통일비용으로 사용하기 위하여 걷어 들인 재원을 일반회계, 특별회계 또는 기금 중 어느 것에 귀속시킬 것인지가 문제된다. 이는 입법정책적 판단에 의하겠지만 통일재원이 사용 및 운용이 특정한 목적에 지향되어야 할 필요가 있는지 여부가 중요한 관건이 된다. 기본적으로 조세는 일반회계에 포함되나, 일반회계라 하면 그에 귀속된 재원은 특별한 용도가 지정되어 있지 않아 국가의 세출소요에 따라 어떤 용도로든 사용<sup>255)</sup>할 수 있으므로, 통일세가 특별한 목적으로 사용되어야 한다는 점에서 통일세의 회계로서 적절하지 못하다.<sup>256)</sup>

따라서 통일세에 의한 재원은 특별회계 또는 기금으로 운영하여야 할 것이다. 특별회계는 일반회계와 달리 특별한 사용용도가 정해진 재원으로서 주로 목적세 부담금 등으로 거두어들인 재원이 이에 귀속되며, 기금은 마찬가지로 특별한 사용용도가 정해진 것으로서 특별한 기금관리주체를 정하여 특별히 관리시키는 재원을 말한다. 특별회계와 기금의 재정이 칸막이 식으로 운용된다면 국회의 예산결정권의 교두보인 동시에 예산결정의 투명성과 공개성을 보장하려는 핵심수단인 ‘예산통일의 원칙’의 근간을 해할 수 있는바, 국가재정법 별표에서 지정한 법률에서만 특별회계<sup>257)</sup>나 기금<sup>258)</sup>을 설치할 수 있도록 엄격히 제한하고 있다. 특별회계와 기금간 기능상의 큰 차이는 없지만 특별회계는 특별회계법을 단행법으로 제정하여야 한다는 점에서 다소 어려움이 야기될 수 있는 바, 기금의 형식으로 재원을 축적하는 것도 상정할 만하다. 다만, 독일의 예에서 보더라도 통일비용의 소요는 장시간을 요할 수 있다는 점에서 막대한 비용을 투명하고 안정적으로 지원할 수 있기 위해서는 특별회계 방식을 취하는 것도 합리적이다.<sup>259)</sup>

255) 국가재정법 제4조 제1항 국가의 회계는 일반회계와 특별회계로 나눈다. 제2항 일반회계는 조세 수입 등을 주요 세입으로 하여 국가의 일반적인 세출에 충당하기 위하여 설치한다.

256) 박중수, 통일세 신설의 필요성과 방향에 대한 법적 검토, 공법연구, vol.39.no2, 2010.2, 189면

257) 국가재정법 제4조 제3항과 별표 1

258) 국가재정법 제5조와 별표 2



### 3. 통일기금조성 및 운용

#### (1) 남북협력기금과의 관계

통일기금을 조성할 경우에 우선 남북협력기금과의 관계를 어떻게 정리할 것인지가 문제된다. 통일기금의 조성에는 별도의 통일기금을 조성하는 방안과 현재 대북지원관련 기금인 남북협력기금을 확대 개편하는 방안을 생각해 볼 수 있다.

남북협력기금은 남북 간의 상호교류와 협력을 지원하기 위한 재원이므로 일정부분 간접적인 ‘체제통합비용’<sup>260)</sup>으로서의 성격도 지니기는 하지만, 현실적으로 운용되고 있는 내용은 통일환경 조성비용에 가깝다.<sup>261)</sup> 따라서 통일이후의 체제통합과정에서 발생하는 통일비용의 충당을 목적으로 하는 통일기금의 성격과는 상이하다고 할 것이다. 따라서 별도로 기금을 마련하는 것이 타당하다.

#### (2) 통일기금 운용(투자) 제한 필요성

통일재원으로 마련된 기금의 경우 그 막대한 재원을 통일과정 전에 유휴자본으로 할 수는 없는 바, 기금을 어디에 투자할 것인지 문제된다. 이와 관련하여 남북협력기금법 제12조(여유자금의 운용) 규정을 예로 살펴보면, 통일부 장관은 기금의 여유자금이 있으면 국공채의 매입, 공공자금관리기금법에 따른 공공자금관리기금으로의 예탁, 금융기관에의 단기예치, 그 밖에 대통령령으로 정하는 방법이라고 규정하고

---

259) ibid, 박종수, 198면

260) 체제통합비용이란 주로 통일이후에 남과 북의 다른 체제관계의 통합과정에서 발생하는 비용을 의미한다.

261) 신동천, 이은국, 오대호 「통일비용과 남북협력기금: 독일 통일로부터의 교훈」, 18면

있다. 동법 시행령 제19조는 기타의 방법은 대통령령이 정하는 방법이라 함은 유가증권의 매입이라고 규정하고 있다. 기금운영자는 규정에 따라 높은 수익률을 추구하여 펀드나 신용등급이 낮은 회사채(일명, 정크본드<JUNK BOND>)에 투자할 수 있으며, 이는 기금의 손실을 야기할 수 있다. 통일기금은 통일 후의 국민의 세부담을 경감시키기 위하여 조성하는 것이므로 기금의 손실이 발생하는 일이 있어서는 아니 된다.

<표2 > 연기금 투자 풀 수익률(단 년도)

연도별 연간 수익률, 초과수익률은 업계 평균수익률대비

		2006	2007	2008	2009	2010
MMF	수익률	4.25	4.98	5.61	2.99	2.75
	초과수익률	0.21	0.29	0.3	0.35	0.19
채권형	수익률	4.79	3.96	8.7	3.65	5.89
	초과수익률	0.03	0.5	-0.4	0.66	0.42
혼합형	수익률	3.68	12.68	-1.27	8.71	7.16
	초과수익률	0.37	0.07	7.04	0.27	1.48
주식형	수익률	1.67	40.35	-37.03	57.45	24.38
	초과수익률	-3.04	13.73	-3.4	13.57	4.92

\*출처: 기획재정부(연기금 투자 풀 주간운용사)

위 <표2>를 살펴보면 다행히 연기금이 투자수익률은 대체적으로 양호하다고 할 수 있겠으나 미국발 금융위기이후 2008년은 원금손실이 발생하기도 하였다. 통일이 그 이후의 국내 및 관련국의 금융시장이 호재가 될지 악재가 될지는 알 수 없으나 불안정할 것이라는 것은 확실하다. 따라서 통일기금의 운영에 있어서는 위험자산에 대한 투자를 제한할 수 있도록 할 필요가 있다.<sup>262)</sup>

262) 연기금투자풀은 기금관리기본법('07년부터 국가재정법으로 통합)의 개정(05년 1월)으로 기금의 원칙적인 주식투자 금지조항이 삭제되고, 06년부터 이후 주식관련 간접투자 상품 투자에 대한

### (3) 통일기금운영을 위한 특별기구 설립

통일기금이 조성될 경우 그 기금관리주체는 통일부가 될 것이므로, 기존에 남북협력기금과 중복될 수 있으며, 재원관리의 투명성이 문제될 수 있다. 이를 방지하기 위해서는 민관이 협력하여 기금운영의 중장기 계획을 수립할 기구의 설립이 필요하다.

### 4. 기존 남북협력기금의 활용방안

현재 남북협력기금은 단 년도 비적립 사업 계정 형태로 운용되고 있어서 매년 조성된 재원이 당해 연도 사업에 사용되지 않을 경우에 이듬해 예산으로 편입되기 때문에 재원의 적립이 불가능하다. 남북협력기금의 집행은 정치적 사건에 민감하게 반응한다. 따라서 이 불용액을 적립하여 통일기금에 편입시킬 수 있게 하는 것도 통일재원마련의 방법이자 남북협력기금의 올바른 운영이라 할 것이다.

## VI. 맺음말

북한 내각의 기관지인 민주조선은 제1차 남북정상회담 직후인 2000년 7월 “연방제 통일을 하면 제도적 통일을 한 나라에서처럼 심각한 후유증이 생기지 않으며 통일비용 문제도 서지 않는다.”고 주장했다.<sup>263)</sup> 논리적으로 평가해보자면 타당한 주장이라 할 수 있다. 그러나 신우철 교수는 그의 논문에서 ‘흡수’는 안 되고 ‘합의’라야만 한다는 주장은 통일의 결과(=흡수)와 과정(=합의)을 혼돈하여 양자를 서로 대립적으로 인식한 오류일 뿐이라고 주장했다. 그러면서 오히려 관건적

---

관심이 증대되면서 혼합형, 주식형 등 주식관련 상품에의 예탁 비중이 높아졌다.  
263) 정운중, ‘통일세 논의와 대승호 나포 규탄’, <北韓>, Vol.- No.465 [2010], 162면

인 문제는 급속한 통일이나 점진적 통일이나 하는 ‘속도’의 문제라고 했다. 남한의 역대정부의 통일방안 중 합리적이고 체계화된 통일방안으로서 국민적 공감대가 형성되어 있다고 볼 수 있는 ‘민족공동체 통일방안’ 역시도 화해·협력, 남북연합, 통일국가의 단계적 진행으로 흡수 통일을 그 전제로 삼고 있다. 그러므로 우리의 모든 논의는 기본적으로 흡수 통일을 전제로 함이 타당하다. 다만, 북한의 주장에서 우리가 인식하고 넘어가야 할 부분은 본격적인 통일 물살을 타는 시기와 완전 흡수통일의 시기 간 시간적 간격이 짧으면 짧을수록 우리가 감당해야 할 부담이 가중된다는 점이다. 즉, 남북한 간의 정치·경제·문화 전반에 걸친 시간의 격차를 줄일 때 그 비용이 최소화된다는 점이다. 다만, 시간의 격차를 줄이기 위한 노력 예를 들어 햇볕정책이 실제로 목적인 효과를 가져왔느냐에 대한 정치적 논란은 생략하기로 한다.

이러한 통일 비용에 대하여 막대한 통일비용을 국민들이 선호하는 통일복권이냐 자발적 모금과 같은 국민들의 자율적 선택만으로는 재원의 안정성을 도모하기 힘들며 재원의 양에도 한계가 있다. 유승훈은 “통일세에 대한 지불의사액”에 관한 2003년 연구에서 “선행연구 및 본 연구의 결과 모두 통일의 총 가치는 통일비용에 미치지 못한다. 따라서 장원태·곽승준(1997)의 지적처럼 국민들이 자발적으로 호응할 수 있는 통일재원조달 방안이 마련되어야 할 것으로 보인다. 국민들의 통일세에 대한 WTP는 여러 학자들이 예상하는 통일비용 규모에 크게 미치지 못해 재원조달에 어려움이 있을 것으로 보이기 때문이다. 따라서 조세 이외의 다른 재원조달방법의 마련을 모색해야 할 것이다. 또한 조세저항을 최소한으로 하면서 국민들이 자발적으로 호응할 수 있는 방안의 마련도 요구되고 있다.”<sup>264)</sup>고 언급했다.

264) 특히 이러한 유승훈의 연구는 전체적인 통일비용이 160조에서 1400조 정도로 추산되던 시기에 내린 결론으로 최근 기하급수적으로 통일 비용이 팽창되어 논의되고 있는 시점에서는 더욱 유의미하다고 평가할 수 있다. 자세한 것은 유승훈, “통일세에 대한 지불의사액”, <공공경제>, Vol.8 No.2, 2003, 93면 참조.

중요한 것은 초기에 집중적으로 필요하게 될 통일비용의 충격을 최소화하는 것이고, 그것만을 위해서도 지금부터 꾸준한 준비가 필요할 것이다. 그림5에서 보았듯이 추가적 통일비용을 생각한다면 또한 그러한 추가적 통일비용을 지불할 수밖에 없다면, 그 충격을 최소화하기 위한 대비를 지금부터 시작해야 할 것이다. 다만, 앞서 언급했듯이 당장에 통일세 등의 재원마련 방안을 실행하는 것은 국민경제적 부담으로 작용할 수밖에 없다. 그러한 부담은 비단 법적인 문제일 뿐만 아니라 정치·경제·사회·문화 전체를 아우르는 영역에 걸쳐있다. 결국 통일에 대한 재원마련이 필요하다는 점은 분명하지만, 그 전에 국민적 합의가 있어야 할 것이다. 우리에게 ‘당위’라고 할 만큼의 정책적 과제임에는 분명하지만 법치주의의 틀을 벗어나서 국민에게 일방적 희생을 강요하는 것은 엘리트주의적 발상으로 반민주적이라 할 수 있다. 정당한 목적을 위해 절차적 정당성과 같은 민주적 가치를 훼손해서는 아니 될 것이다. 끝으로 통일세나 그 재원운용에 관한 쟁점들은 그 자체로 써도 중요하지만 ‘통일’이라는 거대한 그림의 틀에서 바라보아야만 할 것이다. 그런 측면에서 “보다 적실성 있는 통일비용에 대한 논의를 위해서는 우선 먼저 바람직하고 건전한 ‘통일 철학’의 입장에서 출발하여야 한다. 즉, 통일비용 논의는 ‘현상’이 아니라, 민족 숙원이며 반드시 실현되어야 할 ‘규범’이라는 것을 잊지 말아야 한다.”<sup>265)</sup>는 주장을 새겨볼 필요가 있다.

---

265) 홍성국, 한반도 통일비용과 그 최소화 방안, <선진화 정책연구>, Vol.3 No.2, 2010, 68면

## 참 고 문 헌

- 강지원. 통일에 대비한 남북한 사회보장제도 통합과 재원조달방안.  
    <석사학위논문>. 서강대학교공공정책대학원. 2004
- 김성윤. 통일을 준비하자(통일재원 어떻게 조달하나). 2010
- 김성태, 「우리나라 재정건전성 제고를 위한 정책과제」 경제연구 제29권 제2호, 2011.5
- 김영운. 독일통일에서의 통일비용 조달과 시사점.  
    <국민대학교법학연구소 학술발표대회 논문집>. Vol.2010 No.10 [2010]
- 김응희. 조세입법의 구체적 문제점과 개선방안.  
    세무학 연구 제27권 제1호. 2010.3.
- 김종희. 남북 농업협력 및 지원을 위한 입법적 고찰. <公法學研究>. Vol.8 No.3. 2007
- 김형준. 통일관련 국민의식 조사보고서. 명지대. 2009. 통일부 용역과제.
- 박종수, 통일세 신설의 필요성과 방향에 대한 법적 검토, 공법연구, vol.39.no2, 2010.2
- 베른하르트 켈리거. 통일독일 동독 지역 GDP, 서독 지역 70% 수준 머물러.  
    <통일한국>. Vol.- No.323 [2010].
- 송태수. 독일통일 20년의 경제적 통합과정. <사회과학논총>. Vol.19 No.4 [2009]
- 신우철. 독일통일 10년. 그 비용과 수익의 총체적 평가. 統一問題研究(The Korean Journal of Unification Affairs). Vol.15 No.2 [2003]
- 신동천, 이은국, 오대호, 「통일비용과 남북협력기금: 독일 통일로부터의 교훈」
- 양창석, 독일의 통일과정에 대한 연구. <박사학위청구논문>. 단국대학교 정치외교학과대학원. 2008
- 유승훈, “통일세에 대한 지불의사액”. <공공경제>. Vol.8 No.2 [2003]

이동식. “포괄주의 조세입법의 헌법적 쟁점” 조세법 연구. 2008.

이주태, 통일·통일준비·통일세. <통일한국>. Vol.- No.321 [2010]

장명봉, 남북한 헌법체제의 비교와 통일헌법의 지향점 및 과제.

公法研究(Public Law). Vol.37 No.1-1 [2008].

전상진·강지원·원진실. "통일에 대비한 한국의 통일비용 재원조달방안에 관한 논의", 한독사회과학논총(Zeitschrift der Koreanisch-Deutschen Gesellschaft für Sozialwissenschaften) vol.17 No.3. 2007

정운중, ‘통일세 논의와 대승호 나포 규탄’. <北韓>. Vol.- No.465 [2010].

평화문제연구소, ‘통일비용 논의 음지에서 양지로 끌어내야’. <통일한국>.

Vol.- No.324 [2010]

홍성국, 한반도 통일비용과 그 최소화 방안, <선진화 정책연구>, Vol.3 No.2, 2010

[제1주제 토론문]

## “통일비용과 그 재원마련에 관한 법적쟁점 검토”에 대한 토론문

서울대학교 법학전문대학원 양연실

한국전쟁이 끝난 지 60여년이 되어 가는 요즈음 통일에 대한 국민들의 의지는 많이 약화되었다. 특히 100만 명이 넘는 외국인들과 함께 다문화 시대를 살아가는 젊은이들의 경우 단일민족이나 민족동질성 회복과 같은 당위론적인 통일담론에 공감하지 못할 수 있다.<sup>266)</sup> 이런 상황에서 서울대학교 헌법통일법센터 주최로 ‘통일법제 인프라 확충을 위한 쟁점과 과제’라는 주제의 학술대회가 열리고 통일을 생각하는 젊은이의 한 사람으로 참여하여, 같은 생각을 하는 분들을 만나는 소중한 기회를 가질 수 있는 것은 정말 감사한 일이다.

특히 통일비용과 그 재원마련에 관한 논의는 통일문제가 먼 훗날 언젠가 일어날지도 모르는 이상과 구호가 아니라, 당장 생각하고 준비해야 하는 현실이 되기 위해 가장 중요한 쟁점일 것이다. 그런 점에서 발표자의 주제 발표는 통일비용 논의의 바람직한 방향성 제시를 시도하고 현재 논의되고 있는 여러 가지 재원마련 방안들에 대한 쟁점들을 정리하는 한편, 조성된 재원에 대한 운용에 있어서의 법적 고려사항까지 검토하고 있어

---

266) 2011.5.12. (사)전국대학통일문제연구소협의회·연합뉴스가 주최한 ‘통일기반의 효과적 조성 방안과 과제’를 주제로 한 세미나에서 정은미 서울대학교 통일평화연구원 선임연구원은 ‘대학생의 통일의식과 통일교육의 과제’라는 주제 발표에서 2010년 대학생 10명 중 3명만이 통일이 되어야 하는 이유로 ‘같은 민족이니까’를 꼽았다고 밝혔다.



통일비용문제를 생각하는데 여러 가지로 도움이 되었다. 아래에서는 몇 가지 사항에 대하여 질문을 중심으로 토론하고자 한다.

## 1. 통일비용에 대한 국민적 합의가 어떤 방식으로 가능할 것인지

통일에 대한 재원마련이 필요하다는 점은 분명하지만, 그 전에 국민적 합의가 있어야 한다는 발표자의 견해는 지극히 옳은 얘기다. 그러나 알다시피 국민적 합의는 그리 쉬운 문제가 아니다. 물론 통일은 엄청난 편익과 효용을 창출하는 거대 프로젝트여서 통일비용은 밀 빠진 독에 물을 붓는 것이 아니라 수배 또는 수백 배가 되어 되돌아오는 투자라는 견해가 있다.<sup>267)</sup> 통일이 되면 엄청난 방위비를 감축할 수 있고 북한의 안보위협으로 인한 불안감이 해소되며 이산가족문제 등 분단고통도 해소될 뿐 아니라 국가브랜드 제고에도 도움이 된다는 것이다. 이러한 시각은 기본적으로는 타당하다. 하지만 개개의 국민들은 방위비가 감축되고 국가브랜드가 향상된다고 하더라도 통일이 개인의 후생에 기여하지 못하거나 그로 인해 조세부담이 증가하고 연금이 불안해진다면 여전히 통일에 대해 완전히 무심할 수 있다.

1998년 전국에서 시행된 제6차 한국가구패널조사를 통해 수집된 자료에 의하면 응답자 5832명 중 3266명(56.0%)이 남북화해 및 통일을 위해 세금을 낼 용의가 없다고 밝혔다. 또 지불의사가 있는 국민 2566명의 약 87.9%는 연간 얼마나 낼 용의가 있냐는 질문에 3만원 미만이라고 응답했다. 즉 전체응답자 중 94.67%가 연간 3만원 이상의 통일세를 낼 의사가 없다는 것이다.<sup>268)</sup> 발표자께서 인용한 2010.9.8. 중앙일보에 의하더라도 2008년과 2009년 역시 상당수의 국민들은 통일비용을 부담할 생각이 없다.

이러한 상황에서 먼저 국민적 합의를 이끌어 낸 후에 합의에 따라 통일비용을 마련하자는 주장은 한정 없이 통일재원의 마련을 후일로 미루는 결과가 될 수 있다. 그러한 결과를 피하기 위하여 통일비용에 대한 국민적 합의는 어떤 방식으로 가능할 것인지, 혹은 그 합의를 도출하는 시점

267) 평화문제연구소, '통일비용 논의 음지에서 양지로 끌어내야.' 통일한국, No 324, 2010, 58면

268) 유승훈, 통일세에 대한 지불의사액-1998년 대우패널 데이터 분석을 중심으로, 공공경제, Vol.8 No 2, 2003, 83면

을 앞당기는 방법이 고민되어야 할 것이다. 이에 대한 발표자의 생각은 어떠한지 궁금하다.

## 2. 통일비용의 지출시점과 통일시점의 문제

발표문에 의하면 통일비용은 통일 이후 상존하고 있는 분단요소들을 해소하기 위해 지불하는 비용이다.(발표문 III.) <그림2>와 <그림3>에 의하면 통일비용은 통일시점( $t_0$ )부터 지출된다. 그리고 시간의 흐름에 따라 분단요소(이질성)들이 제거되어 남북간 동질성이 회복되고 통일비용이 제로가 되는 시점을 통일완성시기( $t_1$ )이라고 할 때 통일비용의 지출시점을 앞당김으로써 정책적으로 통일시기( $t_0$  및  $t_1$ )를 앞당길 수 있다고 한다. <그림4,5>

그러나 이러한 설명에는 사소한 의문이 생긴다. 먼저 통일비용의 지출을 통해 통일시점( $t_0$ )을 앞당길 수 있다면 즉 통일비용의 지출에 의해 통일시점이 결정되는 것이라면, 통일시점부터 통일비용이 지출되는 것이 아니라 통일비용이 지출되는 시점을 통일시점( $t_0$ )이라고 보아야 하는 것이 아닌가 하는 의문이 그것이다. 그렇다면 통일 이후 상존하는 분단요소들을 해소하기 위하여 현 시점에서 이루어지는 대북 식량지원, 경제지원 등의 비용지출 역시 통일비용이 될 것이고 우리 사회는 이미 이러한 비용을 지출하고 있는 이상  $t_0$ 의 시점을 지나쳐 왔다고 볼 수 있다. 이렇게 보면 통일비용은  $t_0$ 을 시작점이자 최고점으로 하다가 점점 감소하는 그래프가 아니라  $t_0$ 이후 특정시점까지 증가하다가 최고점에 이르고 다시 감소하는 형태가 되어야 할 것이다.

한편 통일‘사건’을  $t_0$ 로 잡는다면, 통일비용이 그 이전에는 전혀 존재하지 않다가 통일시점부터 지출된다는 것은 좀 이상하다. 그렇다면 통일시점( $t_0$ ) 이전에, 통일 후 남한과 북한이 조금이라도 덜 이질적이기 위하여 지출하는 통일을 위한 비용은 통일비용이 아니라 분단비용으로 봐야 할 것인가? 만약 통일시점 이전에 통일을 위하여 지출되는 비용을 분단비용으로 본다면 분단비용이 높을수록(통일을 위해 통일이전에 비용지출이 많을수록), 통일 후 통일비용이 감소한다는 이상한 결과가 된다. 결국 통일비용이 통일시점부터 지출된다는 전제가 다소 수정되어야 할 것이다. 즉 통일사건을  $t_0$ 로 잡는다면 통일시점( $t_0$ ) 이전에도 통일비용은 이미 지출되

고 있고  $t_0$ 을 정점으로 했다가 점점 감소하여 종국적으로 제로가 되는 형태여야 한다고 본다.

### 3. 필요한 통일비용의 규모문제

독일의 호르스트 쾰러 대통령은 2010년 2월에 “독일의 경험에서 비춰볼 때 역사적 사건은 빨리 올 수 있고, 이에 대한 준비는 미흡할 수밖에 없다. 따라서 통일비용은 미리 걱정할 필요가 없으며, 이런 순간에는 자신이 생각하지 못했던 힘을 발견하게 될 것”이라고 말한 바 있다.<sup>269)</sup> 이는 통일비용은 아무리 미리 준비한다고 해도 부족할 수 있지만 그렇다고 통일 자체를 거부하거나 미룰 수는 없는 것이며 일단 통일이 되면 한국사회는 어떻게든 그로 인한 어려움을 극복하여야 한다는 말로 이해될 수 있다.

한편, 베른하르트 젤리거 한스자이텔재단 서울사무소장은 좀 더 느린 속도의 통일을 통해 북한이 남한을 따라 잡을 수 있는 여지를 주는 것이 더 적절한 방법인 것처럼 보일 수도 있겠지만 일단 통일과정이 시작되면 한국 역시 독일처럼 빠른 통합의 과정을 거쳐야 할 것이고 느리고 사려깊은 통일은 거의 불가능하며 또한 바람직하지도 않을 것이라고 보고 있다. 또 이러한 통일방식에 대하여 남한의 정부가 완벽하게 준비되었다 할지라도 통일 비용을 피할 수는 없으며, 결국 통일을 성공적으로 완성하기 위한 조건은 남한의 경제적 건강함이라고 주장한다.<sup>270)</sup> 정확하게는 시장에서 낮은 이율로 자금을 조달할 수 있는 부채 재원 조달 능력이 중요하게 고려된다는 것이다.

이러한 견해들은 한편으로는 갑작스러운 통일과 그에 소요될 수 있는 엄청난 비용에 의한 충격을 완화하기 위하여 미리 준비해야 한다는 주장의 근거가 될 수도 있겠지만, 또 한편으로는 통일비용이라는 명목으로 재원을 만들고 이의 운용방식을 고민하며 자금을 묶어 두는 것보다 성공적인 통일을 이룰 수 있는 남한사회의 능력을 키우는 것이 더 중요하다는

269) 김경석, “독일 대통령, 한반도 통일 빨리 올 수도”, 연합뉴스, 2010.2.1.

270) 2010.10.4. 법무부서울대학교 통일평화연구소·한스 자이텔 재단이 주최한 ‘독일 통일 20년과 한반도 통일’ 국제 학술대회에서 “독일과 한국에서의 통일 재원마련: 통일세는 필요한가?”라는 주제로 베른하르트 젤리거 한스 자이텔 재단 사무소장의 주제 발표 내용이다. 학술회의 자료집 42면, 54면 참조.

주장의 근거가 될 수도 있다. 아직 통일이 언제가 될지도 모르고 기금의 실질가치 저하의 문제, 기금의 회수 가능성 문제, 통일기금으로 들어갈 상당한 액수는 기회비용의 측면에서 바람직하지 않을 수도 있다는 것이다. 따라서 현재로는 통일기금의 명목으로 현금을 쌓아 나가기보다는 우리 경제를 질적, 양적으로 튼튼히 키워나가는 것이 더 우월한 통일기금 적립 방안이라는 주장이다.<sup>271)</sup>

예산에서 일정액의 통일기금을 적립하든, 통일세를 부과하든 재원을 준비한다는 것은 결국 그 만큼의 재정이 현재 북한의 만성적인 식량부족과 경제침체, 산림 복구 등을 위해 사용될 수 있는 기회는 물론 남한의 경제적 건전성을 위해 사용될 수 있는 가능성을 제한할 수 있다는 우려가 있는 것이 사실이다. 따라서 통일기금은 될 수 있는 한 최대한로 준비할 것이 아니라 통일이 급작스럽게 이루어질 때를 대비해 필요비용의 일부를 마련한다는 점에서 상당한 의의를 가지지만 그 규모는 최소한의 필요규모에 한정시키는 것이 바람직하다는 것이다.<sup>272)</sup> 그렇다면 발표자께서는 말씀하신 여러 가지 재원마련 방안들을 통해 어느 정도의 통일비용을 마련해 두는 것이 필요하다고 보시는지 궁금하다.(예를 들어 북한에 대한 긴급구호 및 위기관리에 소요되는 규모에 한정시키는 것이 바람직하다거나 갑작스럽고 장기적인 통일비용 지출에 국민들이 힘들어하지 않도록 가능한 한 큰 규모로 준비하는 것이 낫다고 본다거나 혹은 무엇을 하는데 적당한 정도로는 필요하다는 식으로)

#### 4. 통일세의 방식에 대하여

발표자는 비록 합의대로 통일이 된다는 보장이 없다고 할지라도 통일의 형태와 내용에 대한 국민적 합의는 필요하다고 한다. 물론 당연한 말이다. 그러나 이러한 합의를 도출하는 과정에서 간접세는 상대적으로 유효한 정책수단이라는 견해(발표문 IV-3-(2)-2)-나)에는 선뜻 동의가 되지 않는다. 발표자도 인정하듯 간접세는 역진적 과세라는 점에서 치명적

271) 2011.5.12. (사)전국대학통일문제연구소협의회·연합뉴스가 주최한 ‘통일기반의 효과적 조성 방안과 과제’를 주제로 한 세미나에서 ‘통일세 논쟁과 통일재원 마련의 법제화’에 대한 이화여자대학교 조동호 교수의 발제 내용 참조.

272) 김영운, 독일통일에서의 통일비용 조달과 시사점, 국민대학교법학연구소 학술발표대회 논문집, Vol.2010 No.10. 70면.

인 약점을 가진다. 물론 대부분의 경우 간접세는 평등권이나 조세저항의 측면에서 직접세보다 문제가 적은 것은 사실이다. 그러나 간접세와 직접세를 평등권과 조세저항이라는 측면에서 전자가 항상 후자보다 덜하다고 볼 수는 없다. 특히 이 정부는 집권초기부터 직접세인 법인세, 소득세, 종부세를 감세하여 부자감세 정책을 펼쳤다는 원성을 들어왔다. 이러한 시점에서 부가가치세 등 간접세를 활용하여 통일재원으로 이용하고자 한다면 아무리 우리나라가 다른 OECD회원국에 비해 부가가치세 등의 세율이 상대적으로 낮다고 해도 이에 대한 서민들의 조세저항이 적을 것이라고 단정하기는 쉽지 않다. 따라서 조세방식에 의한 재원마련을 위한 구체적인 방안은 좀 더 깊은 논의가 필요하다고 할 것이다.

[제2주제]

## 남북한 가족관계와 상속 관련 법적 쟁점

서울대학교 법학대학원 전세영

### I. 들어가며

남북 이산가족 간 만남과 교류가 활발해짐에 따라 오랜 기간 단절에 따른 가족관계와 상속관계 문제가 대두되고 있으며, 최근에는 북한이탈주민의 수의 급격한 증가로 인하여 새로운 남북 이산가족이 탄생하고 있다. 남북 주민 상호간의 법적 문제가 발생가능성이 높아지고 있는 가운데, 그러한 분쟁이 실제의 제소로까지 이어져 남한 법원에 북한 주민이 직접 소송을 제기하는 사례가 늘고 있다.

우리 법원은 헌법 제3조 영토조항, 국가보안법 등을 근거로 북한을 여전히 반국가단체로 보고, 북한 주민을 대한민국의 국민이라고 판단하고 있다. 이러한 관점에 따르면 가족법 관계에 있어서도 북한 주민을 대한민국의 국민으로 우리 민법 기타 관련 법령이 그대로 적용되어야 한다. 그러나 남북한의 관계는 ‘나라와 나라 사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성된 특수관계’인 바, 교류 및 협력의 현 단계에서 발생하는 법적 문제는 이러한 남북한 특수관계<sup>273)274)</sup>의 관점에서 타당한 해결책을 찾아야 할 것

273) 이효원, 남북교류협력의 규범체계, 경인문화사(2006), 100-114면.

274) 이효원, “북한이탈주민의 이혼소송과 북한주민의 법적 지위”, 가족법연구 제22권 3호

이다.

분단 상황을 고려하더라도 현행 법령의 해석을 통해서는 국민 다수의 법감정에 부합하고 형평에 맞는 충분한 방안이 도출될 수 없으므로, 남북한의 특수한 관계를 고려한 특별입법이 필요하다고 할 것이다.<sup>275)</sup>

법무부는 이를 해결하기 위한 방안으로 특례법을 제정하는 방안을 검토하게 되었고 “남북 주민 사이의 가족관계와 상속 등에 관한 특례법안(이하 ‘특례법안’이라 한다)”이 국회통과를 앞에 두고 있다.

이 글에서는 북한 주민이 제기한 가족관계 및 상속관계 관련 소송사례들을 살펴보고, 이러한 문제들의 규율에 대한 현행법의 태도 및 그 한계를 짚어보고 그간의 입법화 쟁점들을 정리해 본 후, 특례법안을 분석해 보고자 한다.

## II. 주요 소송사례

지금까지 북한 주민이 남한 법원에 제기한 가족관계 및 상속관계에 관련된 소송유형<sup>276)</sup>을 살펴보면 북한이탈주민이 북한에 두고 온 배우자를 상대로 제기하는 이혼소송, 남한에서 사망한 피상속인의 상속재산에 관해서 북한 주민이 제기한 상속관련소송 등이 있다. 인지청구소송, 친생자관계존부확인소송, 중혼취소청구소송 등도 제기되는데 상속에 관련된 소송은 아니지만, 결국은 상속권을 행사 내지는 제한하기 위한 목적으로 행해지고 있다. 북한 주민이 남한 법원

---

(2008), 한국가족법학회, 426-435면.

275) 신영호, “남북한 가족법의 저촉과 그 해결”, 가족법연구 제12권(1998), 한국가족법학회, 55면.

276) 가족관계 및 상속관계외에도 북한 주민이 제기한 소송 중 지적재산권 관련 판례로는 서울민사지법 1989. 7. 26. 자89카13692 (저작권침해금지가처분), 서울중앙지법 2005가합112111 (손해배상), 서울고법 2006. 3. 29. 선고 2004나14033 판결(손해배상), 서울서부지법 2010. 5. 20. 선고 2008가합1965 판결, 서울고법 1999. 10. 22. 자99라130결정 등 참조. 불법행위로 인한 손해배상청구사건으로는 광주지법 목포지원 2007. 10. 23. 선고 2006가합1539 판결 등 참조.

에 제기한 가족관계 및 상속 관련 주요 소송들은 다음과 같다.

## 1. 북한이탈주민의 이혼소송

(1) 서울가정법원 2004. 2. 6. 선고 2003드단58877 판결 (이혼 및 친권자지정 인용)

북한이탈주민이 1997. 11. 16.경 한반도 군사분계선이북지역(이하 '북한지역'이라 한다)에서 혼인하고 동거하던 중 1998. 6. 1. 자를 출산하였고, 이후 자와 함께 제3국을 거쳐 한반도 군사분계선 이남지역(이하 '남한지역'이라 한다)으로 건너왔다.

통일부장관의 신청에 따라 서울가정법원이 2003. 4. 4. 취적허가를 하였으며, 이에 기해 자를 호주로, 본인을 그 구성원으로 한 호적이 편제되었고, 본인의 신분사항란에 북한잔류배우자와의 북한지역에서의 혼인사실이 기재되었다.

북한에 배우자를 남겨두고 국내에 정착한 북한이탈주민이 북한잔류 배우자를 상대로 서울가정법원에 최초로 제기한 이혼청구의 소이다. 판례는 북한에서 북한의 법제도에 따라 이루어진 혼인의 효력을 인정한 후 이혼청구를 인용하였다.<sup>277)</sup>

이후 수많은 이혼청구의 소가 제기되었으며 결국 2007. 1. 26. 북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률 제19조의2<sup>278)</sup>로 이

277) 정상규, “탈북자 이혼사건에 관한 연구”, 사법논집 제38집(2004. 11.), 638-643면.

278) 북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률 제19조의2 (이혼의 특례)

① 제19조의 규정에 따라 가족관계등록창설한 자 중 북한에 배우자가 있는 자는 그 배우자가 남한 지역에 거주하는지 여부가 불명확한 경우 이혼을 청구할 수 있다. <개정 2007. 5. 17.>

② 제19조의 규정에 따라 가족관계등록창설한 자의 배우자로 기재된 자는 재판상 이혼의 당사자가 될 수 있다. <개정 2007. 5. 17.>

③ 제1항의 규정에 따른 이혼을 청구하고자 하는 자는 배우자가 보호대상자에 해당하지 아니함을 증명하는 통일부장관의 서면을 첨부하여 서울가정법원에 재판상 이혼청구를 하여야 한다.

④ 제3항의 관할 법원이 제1항의 규정에 따른 이혼청구자의 배우자에 대하여 송달을 하고자 할 때에는 「민사소송법」 제195조의 규정에 따른 공시송달을 할 수 있다. 이 경우 첫 공시송달은 실



혼의 특례 규정이 신설되어 입법적인 해결이 이루어졌다. 이러한 규정은 북한주민의 법적 지위에 대하여 원칙적으로 북한주민도 대한민국 국민이라는 것을 전제로 하면서도 현실적으로 북한이탈주민의 기본권 보장을 위하여 남북한관계의 특수성을 반영하여 북한이탈주민의 이혼소송에 대하여는 국제법원칙을 적용할 수 있도록 입법화한 것으로 평가할 수 있다.<sup>279)</sup>

(2) 서울가정법원 2007. 8. 23. 선고 2004드단63067 (이혼청구 인용)

1996. 2. 16. 군사분계선 이북지역(이하 ‘북한’이라고 한다)에서 혼인한 북한이탈주민이 2000. 10.경 북한을 벗어나 2002. 12. 13. 군사분계선 이남지역(이하 ‘남한’이라 한다)으로 건너와 2003. 2. 14. 서울가정법원으로부터 취적허가를 받음에 따라 2003. 2. 26. 자신을 호주로 한 호적이 편제되었다.<sup>280)</sup>

신분사항란에 북한에서의 혼인사실이 기재된 경우에도, 북한잔류 배우자를 상대로 한 이혼을 청구한 사안에 대하여 북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률 제19조의2 이혼의 특례규정은 2003. 3. 18. 이후 취적한 북한이탈주민에게만 적용되나,<sup>281)</sup> 이 규정을 적용하여 이혼청구를 인용한 사례이다.

---

시한 날부터 2개월이 지나야 효력이 생긴다. 다만, 같은 당사자에게 하는 그 뒤의 공시송달은 실시한 다음날부터 효력이 생긴다.

⑤ 제4항의 기간은 줄일 수 없다.

279) 이효원, (주2), 457면.

280) 판례는 북한이탈주민의 호적 편제시 북한지역에 있는 배우자가 입적될 필요가 없었음에도 일반적 원칙에 따라 그 배우자가 호적에 입적된 경우, 북한이탈주민이 위 호적편제로 인하여 재혼을 할 수 없는 등의 신분상의 불이익을 입고 있는 점 등을 고려하여 북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률 제19조의2의 규정을 적용하였다.

281) 북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률 부칙 <제8269호, 2007. 1. 26.>

②(이혼의 특례 규정의 소급적용) 제19조의2의 개정규정은 대법원 호적예규 제644호가 시행된 2003년 3월 18일 이후 취적한 북한이탈주민에게 적용한다.

(3) 서울가법 2007. 6. 22. 선고 2004드단77721 판결 (이혼청구 인용)

북한이탈주민의 혼인생활이 이미 북한에서도 파탄에 이르렀고, 북한에 두고 온 배우자가 현재 남한에 거주하는지 여부가 불명확하며, 군사분계선을 기준으로 나뉘어 있는 현재의 상태가 가까운 장래에 해소될 개연성이 그리 크지 않은 점 등의 사정을 종합하여, 민법 제 840조 제6호 소정의 재판상 이혼사유가 있다<sup>282)</sup>고 보아 북한이탈주민의 이혼청구를 인용하였다.

## 2. 친생자관계존부확인 소송

서울가정법원 선고 2009드단53270 판결 (친생자관계부존재확인 청구 인용)

A(여)는 2005. 8. 경 북한을 이탈하여 남한으로 건너왔고, 서울 가정법원의 취적허가를 받아 호적이 편제되었는데 신분사항란에 피고와 북한에서 혼인한 사실이 기재되었다. 가족관계등록부상 원고(2007년생)는 피고(1970년생)를 부로, A를 모로 하여 그들 사이에 출생한 것으로 기재되어 있었다(사실 A는 남한에서 만난 B와의 사이에서 원고를 출산하였다).

법원은 피고에 대하여 공시송달을 한 다음 절차를 진행하여 원고의 청구를 인용하였다. 이와 관련하여 북한이탈주민의 보호 및 정착 지원에 관한 법률 제19조의2 이혼의 경우에만 북한에 있는 배우자에 대한 공시송달의 특례<sup>283)</sup>를 규정하고 있어, 친자관계소송에도

---

282) 신영호, “새터민의 이혼소송”, 인권과 정의 제368호(2007. 4.), 대한변호사협회, 123면.

공시송달이 가능할 수 있을지 의문이 있을 수 있으나, 분단 상태가 50년 이상 지속된 점, 북한주민의 소재파악과 물리적인 송달이 불가능한 점, 북한주민은 추완 항소 등 다른 방법으로 구제될 수 있는 등의 사정을 들어 절차를 진행하였다.

### 3. 상속관계관련소송

#### (1) 사실관계

윤○근(피상속인)은 1950. 6. 25. 당시 북한에 처와 2남 3녀를 둔 채 장녀(윤○수)만을 데리고 월남하였다. 1953. 6. 16. 군정법령 제179호(호적의임시조치에관한규정)에 의하여 서울 영등포구 영등포동 6가 1을 본적으로 새로이 취적신고를 하여 가호적을 편제하였고, 그 후인 1957. 1. 28. 북한에 남아 있는 처(김○화) 및 함께 월남한 장녀에 대하여는 취적허가를 받아 자신의 가호적에 등재하였으나, 북한에 거주하는 나머지 자녀들은 호적에 등재하지 않았다.

윤○근은 동거하고 있던 권○희가 자녀를 출산하자 1959. 10. 19. 처가 1952. 7. 8. 사망한 것으로 사망신고를 하고(실제로는 1997. 사망), 1959. 10. 20. 권○희와 혼인신고를 마쳤다. 윤○근은 권○희와 재혼하여 2남 2녀를 두었으며, 1987년 사망하였다.

윤○근은 서울 영등포에서 개인의원을 운영하여 상당한 재산을 축적하였고 생전에 다수의 부동산을 소유하고 있었다. 윤○근이 사망한 후, 장녀와 남한의 계모, 이복형제자매들 간에 상속재산분할에 대한 협의가 이루어지지 않아 상속등기를 미루어오다가 2008년 12

---

283) 북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률 제19조의 2 제3항(주6)은 민사소송법 제195조가 규정하는 ‘공시송달’의 방법으로써 이혼할 수 있도록 하고 있는데 이는 북한에 있는 소송상 대방의 절차적 참여권을 침해하는 것은 아닌지 고민해봐야 한다는 견해로는 양천수, “법이론과 법정책의 관점에서 접근한 새터민 이혼소송”, 통일정책연구 제17권 제1호(2008), 305면.

월 장녀의 신청에 의하여 남한 가족관계등록부에 등록되어 있는 상속인의 법정상속분에 따라 각 부동산에 상속등기가 이루어졌다. 한편, 2009. 2. 19. 북한에 거주하는 윤○근의 4자녀(장남은 사망)는 아버지와 함께 월남한 장녀에게 소송위임장을 전달하였고, 원고들의 소송대리인은 먼저 서울남부지방법원에 가족관계등록창설을 신청하여 2009. 7. 15. 가족관계창설허가결정을 받았고, 서울가정법원에 인지(2009드단14084) 및 친생자관계존재확인청구(2009드단14534)를 제기하였으며, 계모인 권○희와 이복형제자매들을 상대로 서울중앙지방법원에 상속회복청구( 2009가합18507)를 제기하였으며, 혼인취소(2009드단14527)등의 소송을 제기하였다.

서울중앙지방법원은 2009. 2. 25. 원고(윤○근의 4자녀)들이 피고(계모인 권○희와 이복형제자매 4인)들을 상대로 낸 부동산 처분 금지 가처분 신청을 받아들였다.<sup>284)</sup>

## (2) 소송의 경과

가. 2010. 10. 29. 2009드단14527 (혼인의 취소청구 각하)

원고인 장녀는 계모를 상대로 윤○근과의 혼인이 중혼이므로 취소하여 달라는 소를 제기하였다. 피고가 민법 제818조상 직계비속이 원고적격이 없다는 본안전 항변을 하자, 원고는 이 사건 소송이 계속 중이던 2009. 6. 8. 이 법원 2009즈기666호로 중혼의 취소권자에서 직계비속을 제외한 민법 제818조가 위헌이라는 취지로 위헌 법률심판제청신청을 하였고, 이에 법원은 2009. 8. 28. 이를 받아들여 헌법재판소에 위헌법률심판제청을 하였다. 이에 대하여 헌법재판

284) 이 가처분은 북한주민이 채권자가 되어 제기한 신청을 인용한 첫 가처분이며, 부동산 등기부등본에 주민등록번호가 없이 원고들의 이름만 기재되었다. 이은정, “북한주민의 상속권-특별법 제정 논의를 중심으로-”, 가족법연구 제24권 1호(2010), 한국가족법학회, 153-154면.

소는 잠정적용을 명하는 헌법불합치를 선언하는 결정<sup>285)</sup>을 하였다.

법원은 국제사법을 유추적용하여 제1혼의 유효성을 인정하였고, 제2혼을 중혼으로 인정하였다. 그러나 헌법불합치결정의 잠정적용으로 원고적격이 없어 각하되었다. 또한 설사 원고적격이 인정된다 고 하더라도 제2혼의 취소를 구하는 것은 권리남용이라고 보았다.

나. 2010. 12. 1. 2009드단14534 (친생자관계확인청구 인용)

원고들은 자신들이 피상속인 윤○근의 친자임을 입증하기 위하여 손톱과 머리카락 등 유전자검사를 위한 샘플, 공민증, 자필진술서, 사실확인서, 위임장, 소송위임장, 이를 작성하는 모습을 찍은 동영상 등을 법원에 제출하였고, 서울가정법원은 소유권 소송의 전제인 혈연관계를 인정하는 친생자관계존재확인청구를 인용하였다.<sup>286)</sup>

285) 헌법재판소 2010. 7. 29. 2009헌가8. “민법 제818조는 중혼의 취소청구권자로 직계존속과 4촌 이내의 방계혈족을 규정하면서도 직계비속을 제외하였는바, 직계비속을 제외하면서 직계존속만을 취소청구권자로 규정한 것은 가부장적·종법적인 사고에 바탕을 두고 있고, 직계비속이 상속권 등과 관련하여 중혼의 취소청구를 구할 법률적인 이해관계가 직계존속과 4촌 이내의 방계혈족 못지않게 크며, 그 취소청구권자의 하나로 규정된 검사에게 취소청구를 구한다고 하여도 검사로 하여금 직권발동을 촉구하는 것에 지나지 않은 점 등을 고려할 때, 합리적인 이유 없이 직계비속을 차별하고 있어, 평등원칙에 위반된다”는 이유로 “이 사건 법률조항은 헌법에 합치되지 아니한다”고 선언하면서도, 다만, 이 사건 법률조항에 대하여 단순위헌을 선언할 경우에는 기존의 중혼취소청구권자로 규정된 자까지도 중혼취소청구권을 행사할 수 없는 법적 공백상태가 발생하므로, “이 사건 법률조항은 2011. 12. 31.을 시한으로 입법자의 개선입법이 있을 때까지 계속 적용된다”는 내용의 잠정적용을 명하는 헌법불합치를 선언하는 결정을 하였다.

286) 판례의 자세한 사실관계는 다음과 같다. 윤○수는 2008. 2.경 서울에서 미국 국적의 선교사로서 북한을 자주 왕래하는 서○옥을 만나 북한에 거주하는 형제들의 소재를 파악하고, 이들을 통하여 망인의 상속재산에 대한 소송 및 재산관리권의 위임을 해줄 수 있는지를 의뢰하였다. 서○옥은 2008. 2.경부터 2008. 9.경 사이에 수차례 평양을 방문하여, 친분이 있는 북한 국가보위부 관계자를 통하여 원고들의 주소 확인을 부탁하고, 원고 윤○전의 주소지로 동행하여 찾아간 다음 원고 윤○전에게 부친의 사망 사실을 알리면서 이 사건 친자확인소송 및 상속권회복청구 등을 위임하겠다는 의사를 확인하였으며, 그 후 원고들의 자필 진술서와 서명·무인한 자필 소송위임장, 윤○수를 수임인으로 하는 상속재산에 대한 법적 관리위임장 등 서류일체와 신원 확인을 위하여 채취한 원고들의 모발 및 손톱 샘플과 이러한 전체 과정이 담긴 동영상 원고들의 공민증, 북한당국이 보관하는 주민대장, 주민등록문건 등을 카메라로 촬영한 자료가 담긴 디지털카메라 저장장치 등을 교부받았다. 서○옥은 2008. 9.말경 남한에 입국하여 윤○수를 만나 이들 서류와 자료 일체를 전달해주었다.

그러나 검사측이 항소해 항소심이 진행 중이다. 하지만 2011. 7. 12. 상속회복청구소송에

다. 2010. 12. 1. 선고 2009드단14084 (인지청구의 소 각하)

인지청구의 소는 혼인 외의 자만이 제기할 수 있는데 원고들은 혼인 중의 자가 분명하다는 이유로 원고적격이 없어 각하되었다.

라. 2009가합18507 소유권이전등기 등 상속회복청구사건 (조정 성립)

서울중앙지법 민사17부는 6·25전쟁 때 월남한 윤○근(사망)이 북한에 남기고 온 자녀 4명이 “친부의 유산인 부동산을 우리 앞으로 넘겨 달라”며 한국의 새어머니와 이복동생 등 5명을 상대로 낸 소유권이전등기 등 청구 소송에서 양측이 조정에 합의했다고 2011. 7. 11. 밝혔다. 재판부는 “북한 남매 4명이 부동산 일부와 현금을 받는 선에서 조정이 성립됐다”며 “정확한 액수는 밝히지 않기로 했다”고 설명했다.<sup>287)</sup>

이번 조정은 북한에 자녀를 두고 월남했을 경우 북에 있는 자녀들에게도 남한 부모의 재산을 상속받을 권리가 있음을 인정한 첫 사례이다.

### (3) 기타 상속관계관련소송

가. 서울가정법원 2001드단50251 (인지청구의 소 취하)

손○근은 황해도에서 출생하여 1936. 4. 9. 장○원과 혼인하고 당

---

대한 조정이 성립함으로써 현재 진행 중인 항소심에 영향을 미칠지 주목된다.  
287) 2011. 7. 13. 조선일보

시 시행중이던 조선후적령에 의한 혼인신고를 마쳤으며, 그들 사이에 3남 1녀가 출생하여 구 호적부에 등재되었다(1948. 10. 3. 출생한 4남과 1050. 10. 6. 출생한 2녀는 등재되지 않았다). 손○근의 가족은 6.25. 전쟁 중 황해도 고향에서 남하를 시도하던 중, 손○근과 장남 및 4남만이 남하에 성공하고, 3남은 사망하였다. 손○근은 1953년 경 남한에서 이○주와 만나 1955년 경 결혼식을 올리고 그 사이에서 두 자녀를 두었다. 손○근은 1959. 5. 6. 군정법령 제179호에 의해 가호적을 편제하면서 이○주와 1939. 2. 5. 혼인하였고, 그 사이에 장남과 4남이 출생한 것처럼 신고하면서 북에 두고 온 처와의 혼인사실 및 자녀들의 출생사실은 기재하지 않았다. 손○근은 북에 두고 온 가족의 생사를 탐문한 끝에 1990년 드디어 처 장○원과 자식 3명이 황해도에 거주하고 있음을 확인하게 되었고, 북한의 가족과 서신왕래를 시작하였으며, 장남이 1999. 10. 북한의 친어머니와 형제자매들을 상봉하였다. 얼마 후 2000년 6월 6일 손○근은 북한의 가족들에게 유산 중 일정 부분을 물려주기를 바라며 사망하였다. 북한에 거주하는 가족들은 2000. 11. 7. 서울의 장남에게 상속권 등 권리행사에 필요한 일체의 법률행위를 위임한다는 내용의 위임장을 작성하여 전달하였고, 이에 장남은 변호사를 선임하여 2000. 6. 5. 원고들이 망 손○근의 친생자임을 인지한다는 내용의 인지청구소송을 제기하였다. 이 소송은 당사자들간의 합의로 2002. 4. 19. 소취하 종결되었다.

나. 서울가법 2004. 5. 20. 자 98느합1969, 2000느합25 심판

남한의 피상속인에게 남한에서 혼인한 처와 자녀들 이외에도 이북에 있는 처와 자녀들이 있었는데, 남한에 있던 상속인들 간에 상속재산분할에 관한 다툼이 있었으며, 그 과정에서 재북 상속인들의

재산관리인 선임절차를 진행하게 되고, 재북 상속인들을 제외한 상속재산분할이 가능하다는 심판을 받았다.<sup>288)</sup> 고등법원에 항고하였으나 합의하였다.

### III. 남북 주민 사이의 가족관계와 상속 등에 대한 법률규율방안

#### - 현행법의 적용과 한계 -

남한의 가족법을 기계적으로 적용한다면 오랜 단절이 만들어낸 여러 문제들 즉, 이산가족의 중혼문제라든가 인지청구 등의 친자확인문제 그리고 상속회복청구 등과 관련하여 현실을 전혀 반영하지 못하거나 오히려 이산가족의 권리구제를 가로막는 문제가 발생할 수 있다.

#### 1. 절차법적 문제

##### (1) 재판 관할권과 준거법<sup>289)</sup>

288) 원칙적으로 이북에 있어 생사불명이라는 이유만으로 상속인에서 제외될 수는 없다고 할 것이나(대법원 1982. 12. 28. 선고 81다452, 453 판결 참조), 이 사건의 경우 재북 상속인들이 현재 생존하고 있는지 여부, 사망하였다면 그 사망 시기가 심판 외 1의 사망일 전인지 후인지, 그들의 상속인이 존재하는지 여부 등을 확인할 자료가 전혀 없고, 앞에서 본 바와 같이, 재북 상속인들의 경우 가호적에 등재되지 않았으므로, 부재선고등에관한특별조치법에 의한 부재선고를 통하여 실종선고를 받은 것으로 간주할 수도 없을 뿐만 아니라( 위 조치법 제1조, 제2조 제1항, 제4조 후문 참조), 취적 절차를 거쳐 위 조치법에 의한 부재선고를 한다고 하더라도, 여전히 그들에게 상속인이 존재하는지 여부 등을 확인할 자료가 없으므로, 만약 이 사건 상속재산분할에서 재북 상속인들을 고려한다면, 도저히 상속인을 확정할 방법이 없고, 따라서 상속재산분할이 불가능하게 되어 이 사건 상속재산을 현재의 불확정한 상태로 둘 수밖에 없는바, 이는 이 사건 당사자들의 의사에 부합하지 않는 것일 뿐만 아니라, 지나치게 형식적인 논리에 치우쳤다는 비판을 면하기 어렵다. 결국, 이 사건에서는 우선 재북 상속인들을 제외한 채 상속재산분할을 함이 상당하고, 재북 상속인들 또는 그들의 상속인은 후에 상속회복청구권 등의 방법으로 그 권리를 회복하는 수밖에 없다.

289) 북한 주민 관련 소송을 검토함에 있어서는, 대한민국 법원이 재판 관할권을 갖느냐는 문제가 항상 제기되며, 이는 북한의 법적 지위, 즉 남북한 관계의 법적 성격과 연관된다.



대한민국 헌법 제3조는 “대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도 서로 한다”라고 규정하고 있고, 남북관계 발전에 관한 법률 제3조는 “남한과 북한의 관계는 국가 간의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계이다”라고 규정하고 있는 점, 남북한은 UN에 동시에 가입하였으나 서로 상대측을 국가로 승인하지 않았고 남북한의 교역은 국가 간의 무역이 아닌 민족 내부적 교역으로서 특별한 취급을 받는 점 등의 사정을 종합하면, 북한을 독립한 외국으로 볼 수는 없고, 다만 외국에 준하는 지역으로 볼 수 있으므로<sup>290)</sup>, 남북한 간의 섭외적 민사 법률관계는 국제사법을 유추적용하여 재판 관할권과 준거법을 결정해야 할 것이다.<sup>291)</sup> 앞으로 북한 관련 소송이 늘어날 경우 이에 관한 전문 법원 내지는 전속 관할 법원을 지정하는 방안도 고려하자는 의견도 있다.<sup>292)</sup>

## (2) 사법공조

남북한 주민이 관계된 소송이 남한 법원에서 진행되는 경우 서류의 송달이나 증거조사 등과 관련하여 사법공조가 필요할 것이나, 이러한 사법공조는 궁극적으로 남북합의서에 의하여 규범화되는 것이 바람직하며, 특례법에도 구체적인 규정을 두는 것보다는 기준이 될 만한 원칙규정을 두는 것이 바람직하다.<sup>293)</sup>

남북 주민 사이의 가족관계 및 상속관계 관련소송에서는 북한 주민이 원고적격이 있는지와 그로부터 남한의 법률대리인이 적법한 소송위임을 받았는지가 문제될 수 있다. 원고적격이 있는지는 친자

290) 대법원 2004. 11. 12. 선고 2004도4044 판결 참조.

291) 이효원, (주1), 276면.

292) 장철익, “북한주민이 제기한 소송 - 법적 쟁점과 과제-”, 북한법연구회 제155회 월례발표회 자료(2010. 7. 29.), 5면.

293) 유 욱, “남북 주민간 가족관계 및 상속 관련 주요 쟁점 -독일 사례 비교-”, 독일 통일 20년과 한반도 통일(2010), 법무부/IPUS/HSS 공동주최 국제 학술회의, 107면.

관계가 있는지를 증명하면 되는데 간접사실에 의하여 증명될 수 있다.<sup>294)</sup>

## 2. 가족관계관련 문제

### (1) 중혼의 문제

#### 가. 북한에서 이루어진 혼인의 유효성

이산가족의 중혼문제의 해결에 있어서의 전제는 북한가족법에 기초하여 형성된 가족관계의 유효성을 인정할 수 있는가와 북한에서 발행된 이산가족의 신분관계사실을 증명하는 문서의 입수와 진정성 인정여부라 하겠다.<sup>295)</sup>

북한 가족법에 의하여 형성된 가족관계의 유효성은 긍정되어야 한다.<sup>296)</sup> 우리 민법과 북한 민법이 최근의 개정으로 상호간의 접근 가능성이 높아진 상태이며,<sup>297)</sup> 북한 가족법의 내용이 공서양속에 어긋난다고 보기도 어렵기 때문이다.<sup>298)</sup> 북한에서 북한의 법제도에 따라 이루어진 혼인의 효력은 인정된다.<sup>299)</sup> 북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률 제19조의2 이혼의 특례 규정 역시 북한에서의 혼인이 유효함을 전제로 입법되었다.<sup>300)</sup>

294) 2010. 12. 1. 선고 2009드단145304 판결 등

295) 신영호, “이산가족의 재결합에 따른 법적 분쟁과 그 해결방법 -중혼·상속문제를 중심으로-”, 남북교류와 법적 문제점(2002), 법원행정처, 84면.

296) 문홍안, “가족법상 북한이탈주민의 남한사회 정착 지원 방안에 관한 연구 -이혼의 특례를 중심으로-”, 가족법연구 제21권 3호(2007), 한국가족법학회, 409면.

297) 김영규, “최근 남북한 가족법의 변모와 그 접근가능성”, 법학논총 제20집(2008. 8.), 숭실대학교 법학연구소 참조

298) 이규창, “남북법제통합의 기본원칙 및 방향과 과제”, 저스티스 통권 제122호(2011), 서울대학교 법학연구소, 73면.

299) 서울가법 2004. 2. 6. 선고 2003드단58877 판결.

300) 신영호, “남북 주민간 가족관계 및 상속 관련 당면문제와 특례법 제정방안”, 북한법연구회 제160회 월례발표회 자료(2010. 12. 29.), 6면.

#### 나. 이산부부의 재혼시 중혼 인정여부

남한과 북한 모두 법률혼과 일부일처제주의이며(민법 제810조, 제812조, 북한 가족법 제8조, 제13조) 중혼을 금지하고 있다. 다만 남한은 중혼을 취소사유로 보고 있지만, 북한은 무효사유에 해당한다고 보는 점에서 차이가 있다.

현행 민법상 북한에 배우자가 있으나 실종선고를 청구하여 사망한 것으로 하여 재혼하였는데, 이후에 북한의 배우자와 다시 만나 실종선고가 취소된 경우에는 후혼의 당사자가 선의인가 악의인가에 따라 그 법적 효력이 달라진다. 즉 후혼의 쌍방 당사자가 선의라면 전혼이 부활하지 않으나(민법 제29조 제1항), 어느 일방 혹은 쌍방 모두 악의라면 중혼이 될 수 있다.

결국, 현행 민법을 적용하여 전혼이나 후혼 중 어느 하나가 법의 보호를 받을 수 없게 할 것인가 아니면 ‘분단이라는 특수한 상황’을 고려하여 이를 완화하여 중혼의 법적 효과를 어느 정도까지 인정해 줄 것인가의 문제가 생긴다.<sup>301)</sup>

중혼의 인정여부의 실익은 결국 배우자의 상속권에 있다. 쌍방 모두 혼인한 경우는 전혼 배우자의 후혼에 대한 중혼취소청구나 부양청구권의 행사는 권리남용인바 상속권을 인정할 필요가 없다. 그러나 일방만이 혼인한 경우에는 전혼은 소멸하되 전혼배우자에게 부양청구권과 상속권은 인정하자는 중혼부인설, 우리 민법상 중혼은 취소사유이므로 중혼을 인정하면서 취소를 제한하자는 중혼인정설이 있다.<sup>302)</sup> 중혼인정설에 의할 때 특례규정은 민법 제816조 제1

301) 이은정, “남북교류에 따른 가족법 대응방안 -이산가족의 재결합을 중심으로-”, 가족법연구 제15권 제2호(2001), 한국가족법학회, 172면.

302) 이 경우 전혼과 후혼 배우자의 상속분을 어떻게 하느냐는 문제가 있으나, 이는 현행 민법상 중혼의 경우에도 동일하게 문제되는 것이어서 현행 민법의 해석에 따라 판례에서 해결하는 것이 바람직하다. 대법원 판례는 없고, 하급심에서는 배우자 상속분을 각각 1/2씩 나누어 전혼과 후혼

호와 제818조의 적용을 배제하는 것이 될 것이다.

## (2) 친생자관계존재확인청구 및 인지청구의 제척기간 문제

민법 제865조에 의한 친생자관계존재확인청구와 민법 제863조, 제864조에 의한 인지청구의 경우 북한에 있는 자녀는 남한에 있는 부 또는 모의 사망 사실을 알게 되었지만 남북 분단으로 인하여 사망을 안 날로부터 2년 내에 검사를 상대로 소를 제기하지 못하는 경우가 발생할 수 있다. 이는 남북분단이라는 불가항력적 장애사유로 인한 것인 바, 제척기간 연장 특례를 규정할 필요성이 있다.

## 3. 상속관계관련 논의

### (1) 북한 주민의 상속권과 상속분

#### 가. 북한 주민의 상속권 인정 여부

분단 이후 처리되었던 모든 상속관계가 전부 번복되어야 하는 관례로 상속질서가 전면적으로 무너져 커다란 혼란이 초래되므로 부정되어야 한다는 주장도 있다. 그러나 다수의 견해는 북한 주민에게도 상속권을 인정하고자 한다. 상속권에 대한 전면적 배제는 헌법의 기본권제한 원칙에 부합하기 어렵다. 현행법상 당연히 상속인으로서

---

배우자가 나누어 가진다고 하였다. “민법 제824조는 혼인취소의 효력은 기왕에 소급하지 아니한다고만 규정하고 있을 뿐이므로 혼인취소판결의 효력은 장래에 향해서만 미친다고 할 것이고, 따라서 중혼취소판결의 확정에도 불구하고 그 확정 전에 취득한 중혼배우자의 상속인으로서의 지위에는 아무런 영향이 없다”(제주지법 1994. 5. 26. 92가합1595 제2민사부판결). (이유 부분 : 따라서 위 중혼취소판결의 확정에도 불구하고 그 확정 전에 취득한 피고1의 소외인의 상속인으로서의 지위에는 아무런 영향이 없다고 풀이함이 상당하다 할 것이므로 원고 1과 피고1은 모두 소외인의 배우자로서 위 망인의 사망으로 인하여 배우자에게 상속될 상속분의 2/1씩 취득한다 하겠다.)

의 지위를 회복하게 된다면 상속권을 부정할 수 없고<sup>303)</sup>, 북한거주 상속인이 호적상 잔류자로 기재되어 있는 이상 상속권은 인정된다.<sup>304)</sup>

#### 나. 북한 주민의 상속분 - 법정상속분의 차등

상속제도는 피상속인의 상속인에 대한 배려의 측면과 상속인의 상속재산에 대한 기여의 평가라는 측면이 상존하므로 상속분에 차등을 두어야 한다는 견해도 있으나, 법리상 북한 주민에게도 동등한 상속분이 인정되어야 한다.<sup>305)</sup> 다만, 법리상 북한 주민에게 동등한 상속분을 인정하되 기존의 상속질서의 혼란방지 및 자본재가 무상으로 북한지역으로 이전되는 것을 제한하여야 할 정책적인 제한이 가해질 필요가 있다는 견해, 북한 주민에게는 과도기적으로 금전적 청구만을 허용하는 것이 필요하므로 북한 주민이 상속한 재산을 북한으로 이전하는 것이 가능하기까지는 상속재산관리제도를 도입하자는 견해, 신탁된 상속재산 중 일부는 통일기금으로 적립하여 후에 북한에 대한 투자재원으로 활용하자는 견해<sup>306)</sup> 등이 있다. 균분상속이 남한 주민과 북한 주민의 실질적 형평을 깨뜨린다면 남한 거주 상속인은 기여분제도를 적용할 수 있는 방향으로 입법하자는 견해<sup>307)</sup>도 있다.

북한 주민에게도 남한 주민과 마찬가지로 상속권을 전면 인정하

303) 신영호, (주28), 97면. 대법원 1982. 12. 28. 선고 81다452, 453 판결 참조.

304) 대법원 1982. 12. 28. 선고 81다452, 453.

305) 북한주민의 상속권의 헌법적 근거 역시도 헌법 제10조 전문, 제23조 등에서 찾아야 하므로 상속권을 제한하는 경우에도 마찬가지로 본질적 내용의 침해 금지 및 과잉금지(헌법 제37조 제2항), 소급입법 금지(헌법 제13조 제2항), 평등원칙(헌법 제11조 제1항)등의 헌법상 한계가 북한 주민의 상속권에 대하여도 동일하게 적용되어야 한다. 유 옥, (주21), 85면.

306) 권순환, “남북한 가족법의 통합과 법률문제”, 연세법학연구 제7집 제1권(2000), 연세법학연구회, 207면.

307) 이은정, (주12), 172면.

고 상속분도 남한 주민과 동일하게 인정하되, 장기간 분단, 남북한 경제력의 차이 등을 고려하여 남한 주민과의 이해관계를 조화롭게 조정하는 것이 가장 바람직한 방안이 될 것이다. 따라서 남한 주민의 기여분 특례 인정, 상속회복청구 및 유류분 반환청구 등에 있어서 반환범위 축소(현존이익 범위), 남한에서 이루어진 상속재산을 대상으로 하는 거래의 안전을 도모하는 특례 인정 등이 고려되어야 할 것이다.<sup>308)</sup>

## (2) 북한 주민의 상속회복청구권

### 가. 제척기간 연장 특례

오랜 분단으로 인해 북한 주민의 상속회복청구권의 행사에 장애 사유가 존재하는 바, 친자관계에서처럼 제척기간연장의 특례를 인정할 것인가가 문제된다. 제척기간의 존재이유와 남한 주민의 재산권을 소급입법으로 침해한다는 위헌문제로 반대하는 견해도 있으나, 제척기간 연장의 특례가 인정되지 않으면 사실상 북한 주민의 상속권을 박탈하는 결과를 초래한다는 점에서 지나치게 가혹하다는 이유로 특례 인정을 찬성하는 견해도 있다. 하급심판결에서 상속회복청구권에서의 제척기간 특례의 필요성을 언급하기도 하였다.<sup>309)</sup>

### 나. 상대방의 반환범위

308) 유 옥, (주21), 89면.

309) 서울가법 2004. 5. 20. 자 98ㄴ합1969, 2000ㄴ합25 심판. "...결국, 이 사건에서는 우선 재북 상속인들을 제외한 채 상속재산분할을 함이 상당하고, 재북 상속인들 또는 그들의 상속인은 후에 상속회복청구권 등의 방법으로 그 권리를 회복하는 수밖에 없다(상속회복청구권의 경우 제척기간이 있어, 권리 구제가 불가능할 여지도 있는바, 필요하다면 특별법의 제정 등을 통하여 해결하는 수밖에 없을 것이다)."

민법의 상속회복청구권의 경우 선의 여부와 무관하게 그 전부를 반환하도록 되어 있다. 만일 제척기간 연장특례가 입법될 경우에도 반환범위가 그대로 유지되어야 하는지 논의된다. 선의와 악의를 구별하자는 견해도 있고, 법적 안정성을 훼손하지 않고 남한 주민의 신뢰보호를 위하여 선의취득자로 간주하여 현존이익만을 반환하도록 하는 특례를 마련할 필요가 있다는 견해도 있으며, 현존이익의 반환마저도 가혹하므로 특별규정을 두자는 견해도 있다.

#### 다. 거래안전보호와 반환의무자의 시효취득 항변 가부

민법상 상속회복청구권의 경우 상속재산을 취득한 제3자에 대해서도 선의 여부를 불문하고 반환청구가 가능하다. 그러나 북한 주민에게 상속회복청구권의 제척기간 연장 특례를 부여한다면 거래의 안전상 제3자에 대해서는 반환청구를 할 수 없도록 하는 것이 바람직하다. 또한 북한 주민에게 상속회복청구권을 인정하면서 상대방에게 시효취득을 인정한다면 북한 주민에게 상속회복청구권을 인정한 취지가 몰각되는바, 직접 수익자인 반환의무자가 시효취득을 주장할 수 없도록 하는 명시적인 규정도 필요하다.

#### (3) 남한 주민의 기여분 특례와 가치유지증가비용의 상환청구

현행 민법에서는 상속회복청구의 경우에는 공동상속인인 참칭상속인에게는 기여분 규정이 적용되지 않는다.<sup>310)</sup> 그러나 북한 주민 상속인이 제척기간 연장의 특례로 상속회복청구권을 인정받는 경우

310) 실질적 이유는 상속회복청구의 상대방인 참칭상속인에게 기여가 인정된다고 하더라도 진정상속인의 상속권을 침해한 사람이므로 이를 인정하기 곤란하다는 점이고 절차적 이유로는 상속회복청구는 일반민사소송사건임에 비해 기여분 청구는 마류 비송사건으로 가정법원의 전속관할에 속하기 때문이다. 신영호, (주28), 17면.

남한 주민의 법적 안정성이 침해되는 결과가 되느냐, 균형과 조정을 위해 기여분 특례를 인정하자는 견해가 있다. 이와는 반대로 상속회복청구권의 제척기간을 인정해주는 것과 무관하게 기여분을 인정해야 한다는 견해도 있다.<sup>311)</sup>

또한 기여분이 인정되더라도 기여분은 피상속인의 재산의 유지 또는 증가에 관해 특별히 기여한 자가 있을 경우 인정되므로 상속개시 이후 반환기간까지의 유지 또는 증가분에 대해서는 포함되지 않는 바 이 부분에 대한 비용상환청구도 필요하다.

#### 4. 북한 주민의 상속재산 취득, 반출

##### (1) 상속재산의 취득

북한주민의 상속권이 인정되면, 대리인을 통한 재산권 행사가 가능할 것이다. 상속재산이 부동산일 경우 등기에 관해, 내국인의 부동산에 대한 등기신청서에 신청인의 성명, 주소, 주민등록번호를 기재하여야 하고,<sup>312)</sup> 주민등록표에 의하여 이를 증명하여야 하는데, 위 서면을 첨부할 수 없는 북한주민의 경우 상속등기 신청을 어떻게 할 것인지가 문제된다. 현행법상으로는 주민등록번호가 없는 재외국민에 준하여 등기절차를 취급하고<sup>313)</sup>, 토지의 취득절차에 관해서는 외국인에 준해 외국인토지법<sup>314)</sup>을 준용하는 방안 등이 있다.

이에 대하여는 상호주의에 따라서 북한 주민의 부동산 소유 및

311) 유 욱, (주21)에 대한 지정토론문(윤대해)에서 인용, 117면.

312) 부동산등기법 제41조의 2 제2항. 참고로 서울중앙지법은 2009. 2. 25. 원고(윤○근의 4자녀)들이 피고(계모 권○희와 이복형제들)들을 상대로 낸 부동산 처분금지 가처분 신청을 받아들일 때 부동산 등기부등본에 주민등록번호가 없이 원고들의 이름만 기재하였다. 이은정, (주12), 153-154면.

313) 부동산등기법 제41조의 2 제1항.

314) 외국인토지법 제5조



상속한도의 제한을 고려하여 남북한 간의 상속범위를 조정할 필요가 있다는 견해<sup>315)</sup>가 있다.

남한에 유보된 북한거주 상속인의 상속재산을 누가, 어떻게 관리할 것인가에 관한 문제도 입법적 해결을 요한다고 본다.<sup>316)</sup> 북한주민의 남한 내 상속재산 등의 효율적 관리와 멸실 등을 예방하기 위해 민법상 부재자 재산관리인과 유사하게 북한주민을 위해서 재산을 관리할 재산관리인의 선임의 필요가 있다.

## (2) 상속재산의 반출

사유재산이 거의 인정되지 않는 북한 사회의 특성상 북한주민이 남한 내 상속·유증 재산을 취득하여 북한으로 가져갈 경우 그 재산이 북한주민이 아닌 북한당국에 실질적으로 귀속될 위험성이 매우 높고<sup>317)</sup> 이러한 재산이 군사적으로 전용될 가능성도 배제할 수 없다. 그러나 현행 법률로는 북한주민이 상속 또는 유증 등으로 취득한 남한 내 재산을 처분하여 금전으로 반출하려는 경우 이에 대해 마땅히 규제할 방법이 없다. 따라서 이러한 위험을 막으려면 북한주민의 남한 내 재산에 대하여는 취득 및 처분 자체를 신고 또는 허가의 대상으로 할 필요가 있고, 남한 내 상속재산 등의 반출을 일정한 범위에서 제한할 필요가 있다.

## IV. 특별법안 분석

---

315) 이효원, (주1), 233면.

316) 신영호, “북한 주민에 대한 한국민사법의 적용”, 저스티스 통권 제121호, 서울대학교 법학연구소(2010. 12.), 298면.

317) 북한은 2002. 3. 13. 57개 조항의 상속법을 제정함으로써 과거 미비했던 상속 관련 조항을 대폭 정비했으나, 여전히 북한 헌법상 상속 가능한 재산이 제한되는 등, 남한 상속법과는 사적 소유의 범위, 상속할 수 있는 재산의 종류에 있어 상당한 차이를 보이고 있다. 김영규, (주25), 7면. 윤철홍, 김범철, Karlheinz Muscheler, “독일 통일 후 동독지역에서 상속법상의 제 문제”, 민사법학 제27권(2005), 한국민사법학회, 582-584면.

앞서 살펴본 바와 같이, 현행 민법의 친족상속편은 분단으로 인한 특수한 상황까지 고려하여 제정된 것은 아니기 때문에 남북한 주민 사이에 발생하는 가족관계 및 상속 관련 분쟁, 다시 말해 해방 이후 분단과 전쟁이라는 특수한 역사적 상황이 빚어낸 가족관계와 상속 관련 법적 문제를 해결하는데 있어서 명백한 한계를 가질 수밖에 없다.<sup>318)</sup> 따라서 별도의 해결 규범이 필요하다고 할 수 있는바 남북 주민 사이에 가족관계 및 상속 등과 관련하여 발생하는 여러 가지 문제들을 합리적으로 해결하면서도, 남북한 화해협력에 도움이 될 수 있도록 하여 궁극적으로 통일에 기여하기 위해 특례 법안이 마련되었다.<sup>319)</sup> 특례법안의 입장은 가족관계는 분단의 해소, 자유왕래 등 미래상황을 염두에 둔 특례규정을 두고자 하나, 상속관계는 단계적 해결을 도모하면서 이를 장래의 과제로 남기고 있다.<sup>320)</sup>

## 1. 절차법 규정

### (1) 재판관할 규정(안 제4조)

규율하는 가족관계, 상속·유증 사건 및 그와 관련된 사건에 대하여 법적 분쟁이 발생한 경우 “남한과 실질적 관련이 있는 경우에” 남한 법원에서 재판 관할권을 가지도록 하고, 관할 배분에 있어 남한과 북한의 특수관계(“국가 사이의 관계가 아닌 평화적 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계”)를 고려하도록 하였다.

318) 이형태, “남북 주민 사이의 가족관계 및 상속 등 관련 법적 쟁점과 특별법 제정을 통한 해결 방안”, 통일과 법률(2011), 법무부, 2면.

319) “남북 주민 사이의 가족관계와 상속 등에 관한 특례법 제정안” 제안이유 중에서

320) 신영호, (주28), 10면.

## (2) 준거법 규정(안 제5조)

규율하는 가족관계, 상속·유증 사건 및 그와 관련된 사건에 대하여는 남북한 관계의 특수성과 국제사법의 목적 및 취지에 반하지 않는 범위 내에서 국제사법을 준용하도록 하였다.

## (3) 북한판결의 효력(안 제6조)

북한에서의 혼인의 효력을 인정하는 것이라면 북한에서 북한법에 따라 북한재판소에서 이혼한 경우 그 판결의 효력<sup>321)</sup>을 인정할 필요성이 있으므로 외국판결의 승인과 관련한 민사소송법 제217조를 준용하는 규정을 두되, 남북한 관계의 특수성을 고려하도록 하였다. 다만, 상호보증에 관한 민사소송법 제217조 4호의 준용은 제외되었다.

# 2. 가족관계

## (1) 혼인관계

### (가) 중혼에 관한 특례(안 제7조)

중혼 문제는 분단 상황 및 남북한 관계의 특수성을 감안하여 중혼에 대한 민법의 일반 법리가 아닌 특례법을 통하여 오랜 기간 남

---

321) 위원회 시안에서는 "북한법원의 확정판결의 남한에서의 효력과 그 집행"으로 되어 있었으나, 북한판결의 강제집행이 문제되는 경우를 생각하기 어렵고, 북한판결을 남한에서 집행한다는 것에 대하여는 북한을 완전히 동등한 국가로 인정하는 것이 아니냐는 비판을 감안하여 강제집행 규정은 제외되었다.

북관계 단절의 토대 위에서 이미 형성된 후혼을 보호하여야 한다는 것이 특례법의 입장이다.<sup>322)</sup>

특례의 적용범위는 “1953년 7월 27일 군사정전에 관한 협정<sup>323)</sup>이 체결되기 전에 혼인”하여 이산이 된 부부에 한정된다.

일방만이 혼인한 경우에는 중혼을 취소대상으로 규율하고 있는 우리 민법의 규정을 존중하여 중혼의 성립은 인정하되(안 제7조 제1항 본문), 그 취소를 제한하였다(안 제7조 제2항 본문).

쌍방 모두 다시 혼인하여 부부 쌍방에 대하여 중혼이 성립한 때에는 후혼이 유효하고 전혼은 소멸한 것으로 보아 효력을 부인하는 명시적인 규정을 두었다(안 제7조 제1항 단서).

전혼 배우자가 후혼에 대한 취소청구를 하거나 전혼 배우자에게 부양청구를 하는 것은 권리남용이며, 전혼 배우자에게 상속권을 인정할 필요가 없다고 본 것이다.

#### (나) 실종선고 취소의 경우 중혼에 관한 특례(안 제8조)

북한에 배우자를 둔 사람이 그 배우자에 대한 실종선고를 받은

---

322) 서울가정법원 2010. 10. 29. 선고 2009드단14527 판결 역시도 후혼에 대한 취소청구를 권리남용으로 판단하면서 다음과 같이 판시하였다. “후혼보호의 필요성은 ① 민족분단이라는 역사적인 이유 즉 불가항력으로 인한 이별이 근본적이 원인이었기 때문에 당시에는 제2혼인이 사회질서에 반한다고 보기 어려운 점, ② 민족의 비극으로 인하여 부부가 격리되어 함께 살 수 없을 뿐만 아니라 생사에 관한 소식조차 들을 수 없는 상황에서 발생한 중혼관계는 부득이한 사정이 있어 이를 일반적인 중혼사건과 동일하게 볼 수 없는 점(민족 비극의 결과를 개인의 책임으로 전가할 수는 없다), ③ 이와 같이 민족의 비극으로 인하여 장기간 실제로 공동생활을 하여 온 제2혼인을 취소하는 것은 제2혼인의 당사자 및 그 친족의 가정생활에 중대한 영향을 미치고 오히려 사회질서에 반할 여지가 있는 점, ④ 북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률 제19조의 2에서 정한 바와 같은 이혼특례규정이 없어서 유효한 이혼을 할 방법이 없었던 점 등의 사정에 비추어 인정된다.”

323) 이산가족을 이산시기를 기준으로 할 경우는 ① UN군 총사령관 일반명령 제1호가 포고되기 이전시기(1945. 9. 2. 전까지), ②한국전쟁 발발까지의 시기(1945. 9. 2.부터 1950. 6. 25. 까지) ③ 휴전협정체결시까지의 시기(1950. 6. 25.부터 1953. 7. 27. 까지) ④ 현재까지의 이산가족으로 구분된다. 신영호, (주23), 78면. 특례법안은 “군사정전에 관한 협정 체결 이후 남북피해자의 보상 및 지원에 관한 법률”을 참조하여 정전협정을 구체적으로 특정하였다.

후 남한에서 다시 혼인을 한 경우에는 이후 실종선고가 취소된 경우, 후혼의 당사자 쌍방이 선의인 경우는 전혼은 부활하지 않으므로 후혼은 유효하고 중혼은 성립하지 않는 것이 민법의 일반원칙이다.

그러나 후혼 당사자의 일방 또는 쌍방이 악의라면 전혼이 부활하여 중혼이 성립하게 되는데 이 경우에도 특례를 두어 후혼의 취소를 제한하였다. 또한 북한에 거주하는 전혼의 배우자도 다시 혼인하였다면 전혼은 부활하지 않는 것으로 하였다.

이러한 경우 역시 우리 역사의 특수한 상황에서 비록된 것이므로 그러한 점을 충분히 고려하여 전혼과 후혼을 균형 있게 보호하고자 한 것이다. 즉, 북한에 배우자가 생존해 있다는 것을 알고 있지만 허위사망신고하고 혼인한 경우<sup>324)</sup>와 실종선고를 받고 혼인한 경우를 차별할 필요가 없어 모두 후혼을 보호할 필요가 있기 때문이다.

(2) 친자관계 : 친생자관계존재확인의 소(안 제9조)와 인지청구의 소(안 제10조)에 관한 특례

민법 제865조 제2항과 제864조의 규정에 의하면 부모가 사망한 경우에는 친생자관계존재확인의 소와 인지청구의 소를 그 사망을 안 날로부터 2년 내에 검사를 상대로 할 수 있도록 규정하고 있다.

---

324) 서울가정법원 2010. 10. 29. 선고 2009드단14527 판결의 사실관계를 보면 망인인 피상속인 윤○근은 북한에 있는 배우자 김○화와 북한에서 1933. 혼인신고(제1혼인)하였다가 남하한 후 서울지방법원의 허가에 의한 취적신고를 하였다가, 후에 김○화가 1952. 7. 8. 사망한 것으로 허위사망신고 후(실제로는 북한에서 거주하다가 1997. 4. 10. 사망) 권○희와 1959. 10. 20. 혼인신고(제2혼인)하였다. 이 판결에서는 제1혼을 유효한 혼인으로 보았고, 제2혼 역시 취소사유 있는 중혼이라고 보았다. 이 판결은 원고적격이 결여되어 있고 제2혼의 취소청구를 구하는 것은 권리남용이라는 이유로 각하되었으나 허위의 사망신고 후 후혼이 이루어진 경우도 제2혼을 취소사유 있는 유효한 혼인으로 보았다.

만일 특례법이 시행된 후 이와 같은 청구가 이루어진다면 역시 제2혼인의 취소청구는 제한될 것이다.

특례법안 부칙 제3조(중혼에 관한 이 법의 적용) 이 법 시행 전의 혼인에 관하여 민법 제810조에 의하여 혼인의 취소의 원인이 되는 사유가 있는 경우에도 이 법의 규정에 의하여 혼인의 취소의 원인이 되지 아니하는 경우에는 이 법 시행 후에는 혼인의 취소를 청구하지 못한다.

그러나 북한에 있는 자녀의 경우는 부모의 사망 사실을 알게 되더라도 남북 분단이라는 불가항력적 사유로 인하여 소송제기가 사실상 불가능하다. 이에 분단의 종료, 자유로운 왕래 기타 특별한 사유로 인하여 소의 제기에 장애사유가 없어진 경우<sup>325)</sup> 그 날로부터 2년 동안 소제기가 가능하도록 특례를 두었다.

### 3. 상속관계

#### (1) 상속재산반환청구의 특례(안 제11조)

##### (가) 실종선고의 취소심판이 확정된 경우(제1항)

남북 이산 후 실종선고를 받은 북한 주민에 대하여 실종선고의 취소심판이 확정된 경우에는 상속인 또는 전득자를 상대로 상속재산의 반환을 청구할 수 있다. 민법상 실종선고가 취소되면 실종선고 후 그 취소 전에 선의로 한 행위의 효력에 영향을 미치지 아니하지만, 실종선고를 직접원인으로 하여 재산을 취득한 자가 선의인 경우에는 그 받은 이익이 현존하는 한도에서 반환할 의무가 있고 악의인 경우에는 그 받은 이익에 이자를 붙여서 반환하고 손해가 있으면 이를 배상하여야 한다. 그런데 이 경우 반환의무자가 비록 악의라 하더라도, 분단의 특수성을 고려하여 악의자의 반환범위에 일정한 한도를 두고자 특례를 마련한 것이다. 악의인 경우 현존하는 이익을 산정하는 기준시점은 특례법 제정 시로 하였는데(제3항)<sup>326)</sup>

---

<sup>325)</sup> 안 제3조 (정의)

이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

3. “분단의 종료”는 남북한이 법률적 또는 사실적으로 하나의 국가체제를 형성한 상태를 말한다.

4. “자유로운 왕래”는 남북한 사이에 서신과 통신의 왕래가 완전히 자유롭게 허용되고, 상호 방문에 있어 외국에 비해 특별한 제한이 없어진 경우를 말한다.

“기타 특별한 사유”에는 탈북한 경우 등을 들 수 있겠다.

특례법 제정 이후 악의자가 특례를 악용하는 것을 방지하기 위함이다.

#### (나) 사실과 다르게 사망 처리된 경우(제2항)

사실과 다른 전사통지에 의한 사망신고, 실종선고를 거치지 아니한 허위의 사망신고 등에 의해 사망으로 처리된 경우는 피상속인인 북한주민이 생존하고 있다면 상속개시의 원인이 존재하지 않는 바, 상속자체가 무효이다. 그러나 이 경우에도 분단의 특수성을 감안하여 실종선고 취소의 경우와 동일하게 반환범위에 일정한 제한을 두었다.

#### (2) 상속회복청구에 관한 특례(안 12조)

남북이산으로 상속을 받지 못한 북한주민은 상속회복청구를 할 수 있는데, 이미 분할 기타 처분을 한 때에는 그 상속분에 상당한 가액으로 지급할 것을 청구할 수 있다(제1항). 북한주민이 상속재산을 원물로 반환받는 경우 이를 관리하여야 하고, 또는 처분·환가를 거쳐야 하는 불편이 있으므로 북한주민이 가액반환으로 청구할 수 있는 선택권을 주었고, 가액반환 청구의 상대방은 다른 공동상속인들로 제3자를 상대로는 청구할 수 없도록 하였다.

북한 주민의 상속회복청구권의 제척기간이 경과한 경우에 제척기간 연장 특례를 규정하는 것은 반영되지 않았다.<sup>327)</sup>

326) 북한 주민에 대한 상속회복청구권의 제척기간 연장특례를 인정하지 않는 경우 남한 주민에게 기여분 특례 등을 인정하는 것 등에 비추어 형평에 어긋나므로 현존이익 반환규정을 삭제하자는 법무부 의견이 있었으나, 현존이익 반환규정도 유지되었다.

327) 소급입법에 의한 남한 주민의 재산권침해로서 위헌이라는 견해도 상당수 존재하고, 이에 대한 학계나 실무의 충분한 논의가 부족한 상황에서 남한 주민에 대해서는 큰 피해가 있는 규정이어서 정치적, 사회적 논란도 클 것으로 보여 반영되지 못했다.

상속회복청구의 경우에는 기여분 규정이 적용되지 않으나, 남북 이산가족의 상속회복청구사건에서는 남한의 공동상속인에게 기여분을 인정해주는 특례를 두었다(제2항).

### (3) 상속의 한정승인 간주 특례(안 13조)

민법과 같은 한정승인 규정을 둔다면 북한 주민이 분단의 종료 후에 3개월 내에 단순승인이나 포기를 하지 않으면 단순 승인한 것으로 간주될 가능성이 존재하므로 북한주민을 확실히 보호하면서 간명한 법적 처리를 위하여 한정승인 간주 특례를 두었다.

## 4. 북한주민에게 상속·유증된 재산의 관리와 반출 제한

### (1) 재산관리인의 선임

북한 주민의 상속재산에 대하여 재산관리인을 두는 취지는 규제의 실효성을 확보함과 동시에 북한 주민의 권리를 보호하기 위함이다.

북한주민의 남한 내 재산의 효율적인 관리를 위하여 북한주민이 남한 내 재산에 관한 권리를 취득한 경우 3개월 이내에 재산관리인을 선임하도록 하고(안 제14조), 그 기간 내에 재산관리인을 선임하지 않은 경우에는 법원이 이해관계인 또는 검사의 청구에 의해서 재산관리인을 선임토록 하였다(안 제14조 제2항). 특례법에 의해 선임된 재산관리인을 통하지 아니하고 북한주민이 남한 내 재산에 대한 법률행위를 한 경우는 이를 무효로 하였다(안 제14조 제5항).

### (2) 재산관리인의 의무 : 허가 및 신고를 요하는 행위



재산관리인은 선임된 날로부터 1개월 이내에 북한주민의 성명, 주소, 재산의 목록 등을 법무부장관에게 신고하여야 하고(안 제17조 제1항), 북한주민이 취득한 재산의 변동 사항을 알 수 있도록 재산 목록을 작성하여 보존하여야 하며, 그 재산의 변동사항을 법무부장관에게 신고하여야 한다(안 제17조 제3항).

민법상으로는 부재자 재산관리인의 경우 법원에서 재산관리인의 처분행위에 대해 허가를 하지만, 북한주민의 남한 내 재산관리인의 경우 북한 주민의 남한 내 재산을 보호하는 목적 이외에 북한주민의 남한 내 재산이 북한으로 반출되어 가는 것을 규제하려는 목적도 있는 바, 이 가운데 단순한 재산의 보존, 유지의 차원을 넘는 것은 법무부장관에게 신고하도록 하였다. 북한 주민이 남한 내 상속 또는 수증 재산을 북한으로 반출하는 것을 제한하려면 기본적으로 반출을 규제하여야 하지만 반출의 효과적 규제를 위해서는 북한 주민이 어떤 재산을 처분하고 어떤 재산을 취득하고 있는지에 대한 동향 파악이 우선해야 하기 때문이다.

법원이나 유언자가 선임한 재산관리인은 관리행위를 넘는 행위를 할 때는 사전에 법무부장관의 허가를 받아야 하고(안 제18조 제1항), 북한주민에 의하여 선임된 재산관리인은 부동산 등 중요 자산을 처분하거나 취득하려는 경우 사전에 법무부장관의 허가를 받아야 한다(안 제18조 제2항). 법무부장관의 허가를 받지 않고 한 행위는 무효로 한다(안 제18조 제3항). 북한주민에 의하여 선임된 재산관리인이 일정한 가액 이상의 동산, 금전, 유가증권 등 신고대상 자산을 처분하거나, 취득하는 경우 30일 이내에 법무부장관에게 신고하여야 한다(안 제19조).

### (3) 재산의 반출에 대한 허가

북한주민이 제11조 또는 상속·유증을 원인으로 취득한 남한 내 재산(처분대금을 포함)을 남한 이외의 장소로 반출하고자 하는 경우에 사전에 법무부장관의 허가를 받아야 하고(안 제20조 제1항), 이를 위반하는 경우 형사 처벌한다(안 제23조 제1항 제1호).

법무부 장관은 북한주민이나 그 친족의 생계에 필요한 개인적 소비를 위한 경우, 질병치료를 위한 경우에 적절한 한도에서 반출을 허가할 수 있고, 국가안전보장이나 공공복리에 저해될 경우 반출을 불허할 수 있다(안 제20조 제2항).<sup>328)</sup>

#### (4) 관련기관의 통보의무 및 북한주민 등록대장

북한주민이 남한 내 재산을 취득한 경우 및 처분 등 변경이 있는 경우 대통령이 정하는 관련기관은 법무부장관에게 그러한 권리의 취득 또는 변경 사실에 관하여 지체 없이 통보하여야 한다(안 제21조).

법무부 장관은 남한 내 재산을 취득한 북한주민에 관한 인적사항 및 그 재산취득·변경에 관한 사항을 등록·기재하기 위하여 북한주민의 등록대장을 관리·보존하여야 하며(안 제22조 제1항, 제2항), 등록된 북한주민에게 개인별로 고유한 등록번호를 부여해야 한다(안 제22조 제3항).<sup>329)</sup>

328) 2009가합18507 소유권이전등기 등 상속회복청구소송에 대한 조정이 이루어졌다. 원고측 소송대리인인 배금자 변호사는 “상속받은 재산은 북한의 남매들로부터 위임장을 받은 큰딸이 관리하면서 생활비조로 현금을 조금씩 나눠 송금할 계획”이라고 말했다. 북한 주민 윤씨등은 위임장을 통해 큰누나 윤○수에게 남한 내 부동산의 임대·관리 등을 맡겼다. 결국 윤씨 등이 인정받은 유산은 국내 관리위임자에 의해 일정액씩 북한에 보내질 것으로 보인다. 현재 북한으로 송금할 수 있는 공식적인 계좌는 없기 때문에 중국 내 은행 계좌를 통해 윤씨 등에게 건네질 것으로 예상된다. 다만 현재의 특례 법안이 국회를 통과한다면 법무부장관이 국내에 있는 윤씨 등의 재산을 북한에 보낼 것을 허가해야 가능해진다. 허가 기준은 북한 주민의 생계 및 질병치료 등 인도적 차원에서 필요한가 여부 등이다. 2011. 7. 13. 국민일보, 조선일보, 한겨레신문.

329) 2009가합18507 소유권이전등기 등 상속회복청구소송이 조정이 이루어짐으로써 원고측에 일부

## V. 맺으며

2011. 7. 2009가합18507 상속회복청구소송의 조정성립으로 분단으로 이산가족이 된 북한 주민이 우리 법원의 재판절차를 통해 남한 가족의 상속재산의 소유권을 인정받게 되었다. 이번 소송을 계기로 북한 주민들의 비슷한 소송이 계속 이어질 가능성이 크다. 실제로 2010년에는 북한 주민이 탈북해 남한에 온 후 월남한 할아버지의 상속재산을 반환해 달라는 소송을 제기한 사례<sup>330)</sup>가 있다.

그러나 이번 소송의 결과대로 북한 주민에게 남한 주민 재산의 상속권을 인정한다면 자칫 우려할 만한 혼란이 뒤따를 수도 있을 것이다. 북한 주민들이 남한의 어떤 종중을 대상으로 같은 종중 구성권으로서의 권리를 주장한다면 어떻게 할 것인가.<sup>331)</sup> 또한 우리의 통치권이 현실적으로 북한까지 미치지 않는 상황에서 많은 월남 이산가족들이 북에 두고 온 재산에 대하여 아무런 재산권 행사를 하지 못하고 있고, 북한 내 재산에 대하여 상속할 길도 없는 것과 비교하여 형평성 및 상호주의 관점에서 문제가 될 수 있겠다.<sup>332)</sup>

---

금원 및 다툼이 있었던 부동산 일부를 원고측인 윤씨 등의 소유로 하기로 하였다. 원고측 소송 대리인인 배금자 변호사는 “이달 중으로 북한 남매들 앞으로 소유권이전등기를 마칠 계획”이라고 하였다. 특례법안에 따르면 북한주민 등록번호가 부여되므로 상속등기 신청이 가능하게 될 것이다.

330) 북한에서 결혼하여 3남 1녀를 둔 피상속인은 한국전쟁 당시 조카만 데리고 월남했다. 그는 남한에서 재혼하였고 처는 아이 없이 사망하였다. 이후 상당한 재산을 모은 피상속인은 재혼하였고, 재혼한 처에게 소유하고 있던 부동산에 대한 소유권을 이전해 주고 사망하였다. 한편 사망하기 전 피상속인은 생전에 북한에 가족들이 생존해 있다는 소식을 듣고 정기적으로 이들에게 송금을 하고, 중국과 평양에서 수차례 상봉하였다. 북한에 거주하던 피상속인의 아들들은 모두 사망하였고, 3남의 딸이 탈북하여 남한에 입국한 후, 재혼한 처를 상대로 상속회복청구소송을 제기하였다. 원고는 피상속인의 친손녀임을 증명하기 위해 함께 월남한 조카의 확인서, 북한 당국이 발행한 공민증 등을 법원에 제출하였다. 신영호, (주44) 발표문에 대한 지정토론문(임복규)에서 인용.

331) 물론 이 경우 북한에 있는 호적부와 같은 가족 관계 서류의 정확성과 효력등의 인정문제가 발생할 것이다.

332) 이은정, (주12), 159면.

북한 주민의 상속권 소송은 분단과 이산의 시대에 사는 우리에게 많은 과제를 던져주고 있다.

특례법의 제정에 있어서 무엇보다 가장 중요한 것은 남북이 통일을 지향해 나가는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수 관계에 있긴 하지만, 적어도 가족법적 영역에서는 북한 주민을 최대한 남한 주민 처럼 대우하는 것이 헌법과 남북관계 발전에 관한 법률이 지향하는 특수 관계론에 부합한다는 것일 것이다.<sup>333)</sup>

상속 등과 관련해서는 정책적 고려가 개입 가능한 재산문제로, 분단으로 인한 특수성을 반영하여 민법에 대한 특례를 인정하되 법적 안정성도 함께 고려된 것으로 보인다.<sup>334)</sup> 그 결과 특례법안 마련과정에서 가장 쟁점이 되었던 북한 주민의 상속회복청구권에 대하여 제척기간의 예외를 둘 것인가의 문제는 특례법안에서 제외되었다. 이 문제는 북한에서 재산을 몰수당하고 월남한 남한 주민에 대해 어떻게 할 것인지와 함께 고려하여 정책적 결정을 하는 것이 타당할 것인바, 우리 사회 전체의 공익을 위한 것이냐의 판단의 문제로 유보되었다. 따라서 향후 북한 주민의 상속회복청구권의 제척기간이 초과되어 문제가 될 경우 학계와 국민들의 여론 수렴을 거쳐 특례법을 개정하는 방향으로 입법화할 수도 있을 것이다.

또한 특례법안에 따르면 설사 남한의 재산을 상속받은 북한 주민들이 그 재산을 남한 외의 다른 장소로 반출하려면 법무부 장관의 허가를 받도록 하고, 반출 한도를 제한하고 있고, 부칙에 의하여 이 법 시행 전에 발생한 상속·유증에 대해서도 적용되도록 하고 있다. 북한 주민이 이 법에 대해서 재산권 침해라며 위헌 소송을 제기한다면 어찌 될 것인가.<sup>335)</sup>

333) 신영호, (주44)에 대한 지정토론문(이백규)에서 인용, 312면.

334) 이형택, (주46), 4면.

335) 신영호, (주44), 298면. 북한거주 상속인이 상속에 의하여 취득한 재산을 북한지역으로 반출하는 것을 제한하는 조치에 대하여는 북한거주 상속인으로부터 재산권보장 및 과잉금지원칙 위반이 주장될 소지가 있으나 분단 상황의 특수성, 상속권의 근거 등을 이유로 필요 최

그러나 향후 제 관례가 집적되면 관련 사건의 해결방향에 대한 예측가능성도 높아질 것이다. 이번 특례법안 마련을 계기로 통일 이후 사법부 구성, 부동산 및 가족관계등록제도의 통합 등의 준비도 필요할 것이며,<sup>336)</sup> 그에 발맞추어 통일대비 연구 활동의 저변이 더욱 확대되어야 할 것이다.

---

소한의 제한을 가할 경우에는 위헌에 해당하지 아니한다고 보는 견해가 다수이다.  
336) 장철익, (주20), 25면.

## 참고문헌

- 권순한, “남북한 가족법의 통합과 법률문제”, 연세법학연구 제7집 제1권(2000), 연세법학연구회, 179-209면.
- 김영규, “최근 남북한 가족법의 변모와 그 접근가능성”, 법학논총 제20집(2008. 8.), 숭실대학교 법학연구소, 21-55면.
- 문홍안, “가족법상 북한이탈주민의 남한사회 정착 지원 방안에 관한 연구 -이혼의 특례를 중심으로-”, 가족법연구 제21권 3호(2007), 한국가족법학회, 391-428면.
- 신영호, “남북 주민간 가족관계 및 상속 관련 당면문제와 특례법 제정 방안”, 북한법연구회 제160회 월례발표회 자료(2010. 12. 29.)
- \_\_\_\_\_, “북한 주민에 대한 한국 민사법의 적용”, 저스티스 통권 제121호(2010. 12.), 서울대학교 법학연구소, 289-300면.
- \_\_\_\_\_, “이산가족의 재결합에 따른 법적 분쟁과 그 해결방법 -중혼·상속문제를 중심으로-”, 남북교류와 관련한 법적 문제점(2002), 법원행정처, 75-102면.
- \_\_\_\_\_, “남북한 가족법의 저촉과 그 해결”, 가족법연구 제12권(1998), 한국가족법학회, 35-55면.
- \_\_\_\_\_, “새터민의 이혼소송”, 인권과 정의 제368호(2007. 4.), 대한변호사협회, 114-126면.
- 양천수, “법 이론과 법정책의 관점에서 접근한 새터민 이혼소송”, 통일정책연구 제17권 제1호(2008), 통일연구원, 293-314면.
- 이규창, “남북법제통합의 기본원칙 및 방향과 과제”, 저스티스 통권 제122호(2011. 2.), 서울대학교 법학연구소, 61-94면.
- 이은정, “남북교류에 따른 가족법 대응방안 -이산가족의 재결합을 중심으로-”, 가족법연구 제15권 2호(2001), 한국가족법학회, 161-194면.

- \_\_\_\_\_, “북한주민의 상속권 -특별법 제정 논의를 중심으로-”, 가족법연구 제24권 1호(2010), 한국가족법학회, 149-179면.
- 이형택, “남북 주민 사이의 가족관계 및 상속 등 관련 법적 쟁점과 특별법 제정을 통한 해결 방안”, 통일과 법률(2011), 법무부, 1-20면.
- 이효원, 남북교류협력의 규범체계, 경인문화사(2006).
- \_\_\_\_\_, “북한이탈주민의 이혼소송과 북한주민의 법적 지위”, 가족법연구 제22권 3호(2008), 한국가족법학회, 462-460면.
- 유 욱, “남북 주민간 가족관계 및 상속 관련 주요 쟁점 -독일 사례 비교-”, 독일 통일 20년과 한반도 통일(2010), 법무부/IPUS/HSS 공동주최 국제 학술회의, 67-109면.
- 장철익, “북한주민이 제기한 소송 - 법적 쟁점과 과제-”, 북한법연구회 제155회 월례발표회 자료(2010. 7. 29.)
- 정상규, “탈북자 이혼사건에 관한 연구”, 사법논집 제38집(2004. 11.), 567-656면.

# 남북 주민 사이의 가족관계와 상속 등에 관한 특별법안

## 제1장 총 칙

### 제1조 (목적)

이 법은 남한주민과 북한주민(이하 ‘남북 주민’이라 한다) 사이의 가족관계와 상속·유증 및 이와 관련된 필요한 사항을 규정함으로써 남북 주민의 가족관계와 상속·유증에 관한 법률관계의 안정을 도모하고, 북한주민의 남한에 있는 상속·수증 재산의 효율적인 관리에 기여함을 목적으로 한다.

### 제2조 (법 적용의 기본원칙)

이 법을 해석·적용함에 있어서는 남한과 북한의 관계가 국가 사이의 관계가 아닌 평화적 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계임을 고려하여야 한다.

### 제3조 (정의)

이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “남한”은 군사분계선 이남지역을 말하고, “북한”은 군사분계선 이북지역을 말한다.
2. “남한주민”은 남한지역에 거주하는 주민을 말하고, “북한주민”은 북한지역에 거주하는 주민을 말한다.
3. “분단의 종료”는 남북한이 법률적 또는 사실적으로 하나의 국가체제를 형성한 상태를 말한다.
4. “자유로운 왕래”는 남북한 사이에 서신과 통신의 왕래가 완전히 자유롭게 허용되고, 상호 방문에 있어 외국에 비해 특별한 제한이 없어진 경우를 말한다
5. “남북이산”은 이산의 사유와 경위를 불문하고 남한과 북한으로 흩어져 있는 것을 말한다.

## 제2장 소송절차

### 제4조 (재판관할)

- ① 이 법이 적용되거나 그와 관련된 사건에서 법원은 당사자 또는 분쟁이 된 사안이 남한과 실질적 관련이 있는 경우에 재판 관할권을 가진다. 이 경우 법원은 실질적 관련의 유무를 판단함에 있어 재판관할 배분의 이념에 부합하는 합리적인 원칙에 따라야 한다.
- ② 법원은 국내법의 관할 규정을 참작하여 재판관할권의 유무를 판단하되, 제1항의 취지 및 제2조의 기본원칙을 고려하여야 한다.
- ③ 남한 주민이 북한 주민을 상대로 제1항에 규정된 소를 제기하고자 하는 경우, 사실상의 장애로 인하여 전 2항에 따라 재판관할을 가지는 북한법원에 제소할 수 없는 때에는 대법원이 있는 곳의 관할법원에 소를 제기할 수 있다.

### 제5조 (준거법)

- ① 이 법이 적용되거나 그와 관련된 법률관계에 대하여는 제2조의 기본원칙을 고려하여 이 법과 국제사법의 목적 및 취지에 반하지 않는 범위 내에서 국제사법을 준용한다. 다만 국적이 연결점



인 경우 상거소지를 국적으로 본다.

② 이 법에 따라 북한법을 적용해야 하는 경우에 당해 법률관계에 적용할 북한법의 내용을 알 수 없거나 또는 북한법에 따르면 남한법이 적용되어야 하는 때에는 남한법(준거법의 지정에 관한 법규를 제외한다)에 의한다.

③ 이 법에 따라 북한법을 적용해야 하는 경우 그 규정의 적용이 남한의 선량한 풍속 기타 사회질서에 명백히 위반되는 때에는 이를 적용하지 아니한다.

#### 제6조 (북한판결의 효력)

북한주민 사이의 가족관계에 관한 북한법원의 확정판결의 남한에서의 효력에 대하여는 제2조의 기본원칙을 고려하여 그 목적과 취지에 반하지 않는 범위 내에서 민사소송법 제217조의 규정을 준용한다. 다만 민사소송법 제217조 제4호는 제외한다.

### 제3장 남북 주민 사이의 가족관계

#### 제7조 (중혼에 관한 특례)

① 1953년 7월 27일 군사정전에 관한 협정(이하 ‘정전협정’이라 한다)이 체결되기 전에 혼인하여 북한에 배우자를 둔 사람이 그 혼인이 해소되지 않은 상태에서 남한에서 다시 혼인을 한 경우에는 중혼이 성립한다. 다만 북한에 거주하는 전혼의 배우자도 다시 혼인을 한 경우에는 부부 쌍방에 대하여 중혼이 성립한 때에 전혼은 소멸한 것으로 본다.

② 제1항 본문의 경우에는 민법 제816조 제1호와 제818조는 적용하지 아니한다. 다만 당사자 사이에 중혼취소에 대한 합의가 이루어진 경우에는 그러하지 아니하다.

③ 정전협정이 체결되기 전에 혼인하여 남한에 배우자를 둔 사람이 그 혼인이 해소되지 않은 상태에서 북한에서 다시 혼인을 한 경우에도 제1항과 제2항의 규정을 준용한다.

#### 제8조 (실종선고의 취소에 관한 특례)

① 정전협정이 체결되기 전에 혼인하여 북한에 배우자를 둔 사람이 그 배우자에 대하여 실종선고를 받은 후 남한에서 다시 혼인을 한 경우에는 실종선고가 취소되더라도 전혼은 부활하지 아니한다. 다만 혼인당사자의 일방 또는 쌍방이 실종선고 당시 북한에 있는 배우자의 생존 사실을 알고 있었던 경우에는 그러하지 아니하다.

② 제1항 단서의 경우에는 전혼이 부활하여 중혼이 성립한다.

③ 제2항의 경우에는 제7조 제2항의 규정을 준용한다.

④ 제2항의 경우에 북한에 거주하는 전혼의 배우자도 다시 혼인을 하였다면 실종선고가 취소되더라도 전혼은 부활하지 아니한다.

#### 제9조 (친생자관계존재확인인의 소에 관한 특례)

① 혼인 중의 자로 출생한 북한주민(북한주민이었던 사람을 포함한다)이 남한주민인 부 또는 모의 가족관계등록부에 기록되어 있지 않은 때에는 민법 제865조 제1항 규정에 의하여 소를 제기할 수 있는 자가 친생자관계존재확인인의 소를 제기할 수 있다.

② 민법 제865조 제2항의 규정에도 불구하고 본단의 종료, 자유로운 왕래 기타 특별한 사유로 인하여 소의 제기에 장애사유가 없어진 경우에는 제1항에 의한 제소권자가 그 날로부터 2년 내에 소를 제기할 수 있다.

③ 혼인 중의 자로 출생한 남한주민이 자신의 가족관계등록부에 북한주민(북한주민이었던 사람을 포함한다)인 부 또는 모가 기록되어 있지 않은 때에도 제1항과 제2항의 규정을 준용한다.

#### 제10조 (인지청구의 소에 관한 특례)

① 혼인 외의 자로 출생한 북한주민(북한주민이었던 사람을 포함한다)과 그 직계비속 또는 그 법정대리인은 남한주민인 부 또는 모를 상대로 하여 인지청구의 소를 제기할 수 있다.

② 민법 제864조의 규정에도 불구하고 분단의 종료, 자유로운 왕래 기타 특별한 사유로 인하여 소의 제기에 장애사유가 없어진 경우에는 그 날로부터 제1항에 의한 제소권자가 2년 내에 소를 제기할 수 있다.

③ 혼인 외의 자로 출생한 남한주민과 그 직계비속 또는 법정대리인이 북한주민(북한주민이었던 사람을 포함한다)인 부 또는 모를 상대로 하여 인지청구의 소를 제기하는 경우에도 제1항과 제2항의 규정을 준용한다.

### 제4장 남북 주민 사이의 상속 등

#### 제11조 (상속재산반환청구에 관한 특례)

① 남북이산 후 실종선고(부재선고에 관한 특별조치법에 따른 부재선고를 포함한다)를 받은 북한주민에 대하여 실종선고의 취소심판이 확정된 경우에는 실종선고의 취소심판을 받은 자는 실종선고를 직접원인으로 하여 재산을 취득한 자(그의 상속인을 포함한다)를 상대로 그 재산의 반환을 청구할 수 있다.

② 제1항 이외의 사유로 사망으로 처리된 북한 주민이 생존하고 있는 경우에는 그 생존자는 사망처리를 직접원인으로 하여 재산을 취득한 자(그의 상속인을 포함한다)를 상대로 그 재산의 반환을 청구할 수 있다.

③ 제1항 및 제2항의 경우에 반환청구의 상대방이 선의인 경우에는 그 받은 이익이 현존하는 한도에서 반환할 의무가 있고, 악의인 경우에는 그 받은 이익 중에서 이 법 제정일 당시에 현존하는 이익에 이자를 붙여서 반환하고 손해가 있으면 이를 배상하여야 한다.

④ 제1항 및 제2항의 경우에, 이 법 제정일 전까지 그 반환청구의 상대방과 제3자 사이에 상속재산에 관하여 이루어진 법률행위는 유효한 것으로 본다. 제1항의 경우에는 이 법 제정일로부터 실종선고 취소심판의 확정일까지, 제2항의 경우에는 이 법 제정일로부터 상속재산의 반환청구 이전까지 그 반환청구의 상대방 또는 제3자가 상속재산에 대하여 선의로 한 법률행위의 효력에 영향을 미치지 아니한다.

제12조 (상속회복청구에 관한 특례) ① 남북이산으로 인하여 피상속인인 남한주민으로부터 상속을 받지 못한 북한주민(북한주민 이었던 사람을 포함한다) 또는 그 법정대리인은 상속회복청구를 할 수 있다. 이 경우 북한주민 또는 그 법정대리인은 다른 공동상속인이 이미 분할 기타 처분을 한 때에는 그 상속분에 상당한 가액으로 지급할 것을 청구할 수 있다.

② 제1항의 경우에 공동상속인 중에 상당한 기간 동거·간호 그 밖의 방법으로 피상속인을 특별히 부양하거나 피상속인의 재산의 유지 또는 증가에 특별히 기여한 사람이 있을 때에는 상속개시 당시의 피상속인의 재산의 가액에서 공동상속인의 협의로 정한 그 사람의 기여분을 공제한 것을 상속재산으로 보고 상속회복청구권자의 상속분을 산정한다.

③ 제2항의 협의가 되지 아니하거나 협의할 수 없는 때에는 가정법원은 제2항에 규정된 기여자의 청구에 의하여 기여의 시기·방법 및 정도와 상속재산의 액 기타의 사정을 참작하여 기여분을 정한다.

④ 기여분은 상속이 개시된 때의 피상속인의 재산가액에서 유증의 가액을 공제한 액을 넘지 못한다.

#### 제13조 (상속의 한정승인 간주 특례)

상속개시 당시 북한주민(북한주민이었던 사람을 포함한다)인 상속인이 분단으로 인하여 민법 제1019조 제1항의 기간 내에 한정승인 또는 포기를 하지 못 한 경우에는 민법 제1026조 제2호의 규정에도 불구하고 상속으로 인하여 취득할 재산의 한도에서 피상속인의 채무와 유증을 변제할 책임이 있다.

### 제5장 북한주민의 상속수증재산 등 관리

#### 제14조 (재산관리인의 선임)

- ① 북한주민이 제11조 또는 상속유증을 원인으로 남한 내 재산에 관한 권리를 취득한 경우에는 그 권리의 취득이 확정된 날로부터 3개월 이내에 재산관리인을 선임하여야 한다. 이 법 시행 전에 북한주민이 제11조 또는 상속유증을 원인으로 남한 내 재산에 관한 권리를 확정적으로 취득한 경우에는 이 법 시행일로부터 3개월 이내에 재산관리인을 선임하여야 한다.
- ② 북한주민이 제11조 또는 상속유증을 원인으로 남한 내 재산에 관한 권리를 취득하고도 제1항의 기간 내에 재산관리인을 선임하지 않은 경우에는 법원은 민법 제777조의 규정에 의한 친족 기타 이해관계인 또는 검사의 청구에 의해서 재산관리인을 선임하여야 한다.
- ③ 북한주민에 대하여 유증을 한 유언자는 재산관리인을 선임할 수 있다. 유언자가 재산관리인을 선임한 경우에는 제2항은 적용하지 아니한다.
- ④ 민법 제681조의 규정은 재산관리인에게 준용하고, 민법 제26조의 규정은 법원이나 유언자에 의하여 선임된 재산관리인에게 준용한다.
- ⑤ 이 법에 의해 선임된 재산관리인을 통하지 아니하고 북한주민이 제11조 또는 상속·유증을 원인으로 취득한 남한 내 재산에 대한 법률행위를 한 경우는 이를 무효로 한다.

#### 제15조 (재산관리인의 결격사유)

이 법에 의한 재산관리인은 남한주민이어야 하고 다음 각 호에 해당하는 자가 아니어야 한다.

1. 미성년자
2. 금치산자, 한정치산자
3. 파산선고를 받은 자
4. 자격정지 이상의 형의 선고를 받고 그 형기 중에 있는 자
5. 회생절차개시결정 또는 개인회생절차개시결정을 받은 자
6. 제11조 또는 상속·유증을 원인으로 재산을 취득한 북한주민에 대하여 소송을 하였거나 하고 있는 자 또는 그 배우자와 직계혈족

#### 제16조 (재산관리인의 변경 및 사임)

- ① 북한주민은 법원이나 유언자가 선임한 재산관리인을 변경할 수 있다. 이 경우 민법 제1055조 제2항의 규정을 준용한다.
- ② 법원이나 유언자가 선임한 재산관리인에게 아래의 사유가 발생한 경우 법원은 민법 제777조의 규정에 의한 친족 기타 이해관계인이나 검사의 청구에 의해서 재산관리인을 변경할 수 있다.

1. 재산관리인의 사망
  2. 제15조 각호의 결격사유
  3. 부적당한 관리로 인하여 제11조 또는 상속·유증을 원인으로 취득한 북한주민의 재산을 위태롭게 할 우려가 명백하거나 위태롭게 한 때
  4. 그 밖에 이에 상당한 이유가 있는 때
- ③ 북한주민이 재산관리인을 선임한 경우에 그 북한주민의 생사가 분명하지 아니한 때에는 법원은 재산관리인, 민법 제777조의 규정에 의한 친족 기타 이해관계인 또는 검사의 청구에 의해서 재산관리인을 변경할 수 있다.
- ④ 재산관리인이 사임한 경우 새로운 재산관리인의 선임에 관하여는 제14조를 준용한다.

#### 제17조 (재산관리인의 신고의무)

- ① 제14조에 의하여 선임된 재산관리인은 선임된 날로부터 1개월 이내에 북한주민의 성명, 주소, 제11조 또는 상속·유증을 원인으로 취득한 남한 내 재산의 목록 기타 대통령령으로 정하는 사항을 법무부장관에게 신고하여야 한다.
- ② 제16조에 의하여 선임·변경된 재산관리인 또는 사임한 재산관리인은 선임·변경 또는 사임한 날로부터 1개월 이내에 그 선임사실 등 대통령령으로 정하는 사항을 법무부장관에게 신고하여야 한다.
- ③ 재산관리인은 대통령령이 정하는 바에 따라 북한주민이 취득한 재산의 변동 사항을 알 수 있도록 재산목록을 작성하여 보존하여야 하며, 그 재산의 변동사항을 법무부장관에게 신고하여야 한다.
- ④ 법무부장관은 재산관리인의 재산관리 상황을 파악할 필요가 있는 경우에 관련자료 제출 요구 등 필요한 조치를 명할 수 있다.

#### 제18조 (허가를 요하는 행위)

- ① 법원이나 유언자가 선임한 재산관리인이 보존행위, 물건이나 권리의 성질을 변하지 아니하는 범위에서 그 이용 또는 개량하는 행위 외의 행위를 함에는 사전에 법무부 장관의 허가를 받아야 한다.
- ② 북한주민에 의하여 선임된 재산관리인은 북한주민이 제11조 또는 상속·유증을 원인으로 취득한 남한 내의 토지, 건물, 기타 부동산 또는 국가안전보장, 질서유지, 공공복리와 관련하여 대통령령이 정하는 중요 자산(이하 “중요 자산”이라 한다)을 처분하거나 제11조 또는 상속·유증을 원인으로 취득한 재산으로 중요 자산을 취득하는 계약을 체결하려고 하는 경우에는 사전에 법무부장관의 허가를 받아야 한다.
- ③ 제1항 및 제2항에 따른 허가를 받지 아니한 처분이나 계약은 무효로 한다.

#### 제19조 (신고를 요하는 행위)

북한주민에 의하여 선임된 재산관리인은 북한주민이 제11조 또는 상속·유증을 원인으로 취득한 대통령령이 정하는 일정한 가액 이상의 동산, 금전, 유가증권 등 자산(이하 “신고대상 자산”이라 한다)을 처분하거나, 제11조 또는 상속·유증을 원인으로 취득한 재산으로 신고대상 자산을 취득하는 경우 그 처분 또는 계약체결일로부터 30일 이내에 대통령령이 정하는 바에 따라 법무부장관에게 신고하여야 한다.

#### 제20조 (재산의 반출에 관한 허가 등)

① 누구든지 북한주민이 제11조 또는 상속·유증을 원인으로 취득한 남한 내 재산(처분대금을 포함한다)을 남한 이외의 장소로 반출하고자 하는 경우에는 대통령령이 정하는 바에 따라 사전에 법무부장관의 허가를 받아야 한다. 허가를 받은 사항 중 대통령령으로 정하는 주요 내용을 변경할 때에도 또한 같다.

② 법무부장관은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 목적에 적절한 한도 내에서 반출을 허가할 수 있다. 다만 반출이 대한민국의 국가안전보장, 질서유지 및 공공복리를 저해할 우려가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 소유자 또는 민법 제777조의 규정에 의한 친족의 생계에 필요한 개인적 소비를 위한 경우
2. 소유자 또는 민법 제777조의 규정에 의한 친족의 질병치료를 위한 경우
3. 기타 위 각 호에 준하는 경우로 대통령령이 정하는 경우

③ 법무부장관은 제1항에 따라 반출을 허가하는 경우 국가안전보장, 질서유지 및 공공복리를 고려하여 대통령령이 정하는 바에 따라 반출의 목적 등 조건을 붙일 수 있다.

④ 법무부장관은 제1항에 따라 반출을 허가할 때에는 대상이 되는 재산권, 반출의 목적, 거래 형태 등에 관하여 일정한 범위를 정하여 포괄적으로 허가할 수 있다.

⑤ 법무부장관은 제1항에 따라 반출을 허가받은 자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 허가를 취소할 수 있다.

1. 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 반출을 허가받은 경우
2. 제3항에 따른 조건을 위반한 경우
3. 국가안전보장, 질서유지 및 공공복리를 위하여 필요한 경우

#### 제21조 (관련기관의 통보 의무)

① 북한주민이 제11조에 의해 남한 내 재산을 취득한 경우 및 남한 내 재산을 상속·유증 받은 경우, 그 재산으로 허가 또는 신고의 대상이 되는 남한 내 재산에 관한 권리를 취득한 경우, 그 취득한 권리의 처분 등으로 인하여 변경이 있는 경우에 대통령령이 정하는 관련기관은 법무부장관에게 그러한 권리의 취득 또는 변경 사실에 관하여 지체 없이 통보하여야 한다.

② 제1항의 통보 의무를 부담하는 관련기관 및 통보 의무의 내용과 절차에 관한 상세한 사항은 대통령령으로 정한다.

③ 법무부장관은 대통령령으로 정하는 바에 따라 재산관리인이 신고하거나 관련기관이 통보하는 사항에 대하여 통일부장관에게 통보하여야 한다.

#### 제22조 (남한 내 재산을 상속 또는 유증 받은 북한주민의 등록대장)

① 법무부장관은 이 법과 관련하여 북한주민이 제11조 또는 상속·유증에 의해 재산을 취득한 경우에 그 북한주민에 관한 인적사항 및 그 재산취득에 관한 사항을 등록·기재하기 위하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 북한주민의 등록대장을 관리·보존하여야 한다.

② 법무부장관은 이 법과 관련하여 북한주민이 제11조 또는 상속·유증을 원인으로 남한 내 재산을 취득한 경우에 제17조부터 제19조의 규정에 따라 재산관리인이 신고하는 사항 및 신고 후의 변동사항을 북한주민의 등록대장에 등록·기재하여야 한다. 그 밖에 재산관리인이 신고하지 않은 사항이나 대통령령이 정하는 사항 등에 관하여는 법무부장관이 직권으로 등록·기재할 수 있다.

③ 법무부장관은 제1항 및 제2항에 따라 북한주민의 등록대장에 등록·기재한 경우 그 북한주민에 대하여는 대통령령이 정하는 방법에 따라 개인별로 고유한 등록번호(북한주민 등록번호)를 부여하여야 한다.

## 제6장 벌 칙

### 제23조 (벌칙)

① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제20조 제1항에 의한 허가를 받지 아니하고 재산을 남한 이외의 장소로 반출한 자
2. 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 반출을 허가받은 자

② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제18조 제1항에 위반하여 허가를 받지 아니하고 보존, 이용 및 개량행위 외의 행위를 한 경우
2. 제18조 제2항에 위반하여 허가를 받지 아니하고 중요 자산을 처분하거나 취득한 자
3. 제20조 제3항에 의한 허가 조건을 위반한 자

③ 제1항의 미수범은 처벌한다.

### 제24조 (과태료)

① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 1,000만 원 이하의 과태료를 부과한다.

1. 제17조 기간 내에 신고를 하지 아니하거나 거짓으로 신고한 자
2. 재산관리인이 제17조 제3항에 따른 재산목록을 작성 또는 보존하지 아니한 경우
3. 재산관리인이 제17조 제4항에 의한 법무부 장관의 요구나 명령에 따르지 아니한 경우
4. 제19조 기간 내에 신고를 하지 아니하거나 거짓으로 신고한 자

② 제1항에 따른 과태료는 대통령령으로 정하는 바에 따라 법무부장관이 부과·징수한다.

## 부 칙 (2011. . .)

### 제1조 (시행일)

이 법은 공포 후 6개월이 경과한 날부터 시행한다.

### 제2조 (효력의 불소급 및 경과조치)

이 법 시행전에 이 법에서 규율하는 내용에 관련된 법률에 따라 생긴 효력에 영향을 미치지 아니한다. 다만, 이 법 시행 당시 남북 주민 사이에 가족관계, 상속유증, 제11조에 관한 소송이 법원에 계속 중인 사건에 관하여는 이 법을 적용한다.

### 제3조 (중혼에 관한 이 법의 적용)

이 법 시행 전의 혼인에 관하여 민법 제810조에 의하여 혼인의 취소의 원인이 되는 사유가 있는 경우에도 이 법의 규정에 의하여 혼인의 취소의 원인이 되지 아니하는 경우에는 이 법 시행 후에는 혼인의 취소를 청구하지 못한다.

### 제4조 (이미 상속유증을 원인으로 취득한 재산에 관한 이 법의 적용)

이 법 시행 전에 이미 북한주민이 제11조 또는 상속유증을 원인으로 취득한 남한 내 재산에 관하여도 이 법 시행 후에는 이 법을 적용한다.

제5조(부동산등기용 등록번호)

북한주민이 부동산을 등기하고자 하는 경우에는 이 법 제22조 제3항에 의한 북한주민등록번호를 부동산등기법 제41조의2의 부동산등기용 등록번호로 한다.

제6조(가정법원의 관할)

- ① 가사소송법 제2조에 의해 가정법원의 전속관할에 속하는 사항으로서 이 법의 규정과 관련된 사건은 가정법원의 전속관할로 하며, 각 사건의 관할에 관하여는 가사소송법의 각 해당규정을 준용한다.
- ② 이 법과 관련된 북한주민의 재산관리인의 선임·변경에 관한 사건은 북한주민의 재산소재지의 가정법원의 전속관할로 한다.

[제2주제 토론문]

# 남북한 가족관계와 상속 관련 쟁점에 관하여

사법연수원 이아영

## I. 서론

얼마 전, 북한 주민이 제기한 상속 소송에 대하여 남한 법원 재판절차를 통한 상속권을 최초로 인정한 조정이 성립되었다. 또한 법무부가 제정한 “남북주민 사이의 가족관계와 상속 등에 관한 특례법안(이하 ‘특례법안’이라 한다)”이 국회에 계류 중에 있다. 이처럼 최근 남북한 주민간의 새로운 가족관계의 형성이나 상속 등에 관한 분쟁의 발생이 증가함에 따라, 남북한 가족법의 통합에 대한 관심이 높아지고 있다.

발제문은 최근에 일어나고 있는 남북한 주민간의 가족관계 또는 상속에 관한 분쟁에 대한 소개 및 특례법안의 전반에 대하여 잘 정리하고 심도 있는 논의를 하고 있다. 다만, 이하에서는 발제문을 보고 느낀 몇 가지 의문점 및 보충점을 논의하고자 한다. 발제문의 구조와 유사하게 주요 소송사례 부분과 특례법안 부분으로 나누어 서술하기로 하며, 현행법의 적용과 한계 부분에 대하여는 발제문에서 적절하게 지적해 주었으므로 언급을 생략하기로 한다.

## II. 주요 소송사례에 관하여



## 1. 이혼소송에 있어서 민법 제840조 제6호 소정의 재판상 이혼사유의 해석 문제

### (1) 문제점

원고가 혼인을 계속할 수 없는 중대한 사유가 있음을 이유로 피고를 상대로 하여 이혼소송을 제기하였는바, 서울가정법원 2009. 4. 3. 2008드단 68299 판결에서는 우리 민법을 준거법으로 하여 원고 승소 판단을 내린 바 있다. 그런데 이와 같이 남북한 주민 간의 이혼소송에 관하여, 민법 제840조 제6호 소정의 사유를 해석함에 있어서 북한 주민이 피고인 경우 이에 대해 반박할 기회가 사실상 보장되기 어려우므로 엄격한 유책주의로 해석할 것인지, 혹은 파탄주의를 인정할 것인지와 관련하여 문제가 있다.

### (2) 판례의 태도

판례는 이 경우 원고가 피고의 가정소홀과 폭행 등으로 인해 탈북한 사실을 갑호증에 의해 인정한 다음, 북한이탈주민보호법의 규정 취지, 원고의 북한 이탈경위 및 현재 피고가 남한에 거주하는지 여부가 불명확한 점, 대한민국이 군사분계선을 기준으로 나뉘어 남북한 주민 사이의 왕래나 서신교환이 자유롭지 못한 현재의 상태가 가까운 장래에 해소될 개연성이 그리 크지 않은 점 등의 사정을 종합하여, 원·피고 사이에 혼인관계를 계속하기 어려운 중대한 사유가 있다고 판시하였다.

### (3) 검토

생각건대, 헌법상 이혼의 자유가 인정되지 않고 이혼 후 부양제도가 인정되지 않는 현행법제 등을 종합적으로 고려해 볼 때, 민법 제840조 제6호는 그것이 혼인의 파탄이라는 객관적 사실을 이혼사유로 규정한 것이 아니라 피고의 유책 및 원고의 무책으로 혼인이 파탄된 경우를 이혼사유로 규정한 것이라 봄이 타당하다. 이러한 입장에 따를 때에는 원고가 민법 제840조 제6호 사유가 있음을 적극적으로 입증하여야 함이 옳다 할 것이다. 다만 남한 주민간의 이혼소송 형평성을 고려할 때, 당사자가 북한 주민인 경우 사실상 반박 기회가 제공되기 어렵고, 그에 의해 증명력을 감쇄시킬 수 있는 반대증거의 제출이 원천 봉쇄되는 것과 다름없으므로 이러한 것에 한해서 유책주의에 반대되는 파탄주의를 특례법안에 규정하여 입법에 의한 해결을 하는 것이 바람직하다 할 것이다.

## 2. 상속관계와 관련하여 가족관계등록창설에 관한 판례<sup>337)</sup>

### (1) 사안

망 甲과 망 乙 사이에 사건본인과 신청인의 자녀가 있었다. 6.25 전란으로 사건본인의 호적이 멸실되었으나 사건본인은 북한에 거주하는 관계로 호적 재제(再製)를 하지 않았고, 그 후 신청인은 2009. 7. 10. 사건본인에 대한 실종선고 심판을 받았다(실종선고 효력발생일은 2004. 5. 15. 이다). 이후 신청인은 사건본인의 명의로 되어 있던 부동산에 관한 상속을 원인으로 한 소유권이전등기를 하기 위해 사건본인에 관한 가족관계등록창설신청을 하였다.

### (2) 판례의 태도—대법원 2011. 3. 28.자 2011스25 결정

대법원은 “가족관계등록부는 국민의 출생·혼인·사망 등 가족관계의 발생 및 변동사항에 관한 등록과 그 증명을 위한 것으로 가족관계의 등록 등에 관한 법률 제101조 제1항은 가족관계의 발생 및 변동사항의 등록이 되지 아니한 사람은 등록을 하려는 곳을 관할하는 가정법원의 허가를 받아 가족관계등록창설을 할 수 있도록 규정하고 있다. 한편 가족관계등록창설을 할 수 없는 경우라도 사망진단서 또는 검안서를 첨부하거나 이를 얻을 수 없는 때에는 사망사실을 증명할 만한 서면을 첨부하여 사망신고를 할 수 있고, 사망진단서 또는 검안서나 사망사실을 증명할 만한 서면을 첨부할 수 없어 사망신고를 할 수 없는 경우에는 사건본인의 주소지를 관할하는 가정법원으로부터 실종선고의 재판을 받아 재판확정일로부터 1개월 이내에 재판서등본 및 확정증명서를 첨부하여 실종신고를 할 수 있다. 따라서 가족관계등록창설 허가신청은 가족관계등록이 되어 있지 아니한 사람 자신이 신청하는 것이고, 무등록자가 이미 사망하였다면 가족관계등록창설이 허용되지 아니한다.”라고 판시하면서 무등록자 본인이 아니라 재산상 이해관계인이 실종선고를 받아 사망한 것으로 간주되는 무등록자를 사건본인으로 하여 한 가족관계등록창설 허가신청은 받아들일 수 없다고 하였다.

### (3) 검토 및 판례의 의의

이 판례는 가족관계등록의 선례에 부합하는 판례로 이 판례의 입장에 따르면, 신청인은 멸실호적 재제 등의 방법으로 가족관계등록부를 작성한

337) 조찬영, 「북한 관련 소송의 유형과 쟁점 및 현황」, 『2011년도 한반도 통일과 법관 연수 자료』, 사법연수원, 2011년, 69-71쪽.

후 사망신고나 실종선고를 통해 이를 폐쇄할 수 있을 것이나,<sup>338)</sup><sup>339)</sup> 신분관계 사항을 공적으로 증명하는 자료를 수집하는 것이 쉽지만은 않을 것이다.

이 판례는 가족관계등록제도 하에 가족관계등록창설에 관한 첫 판시라는 점에서 의미 있는 판결임에도 불구하고 발제문에 실려 있지 않은 판결이어서 소개해둔다.

### Ⅲ. 특례법안에 관하여

#### 1. 특례법안의 적용범위

##### (1) 문제점 - 특례법이 한시적 법률인지 여부

발제문에서는 현행 민법의 친족상속편이 분단으로 인한 특수 상황까지 고려하여 제정된 것이 아니므로 남북한 주민 간 발생하는 가족관계 및 상속 관련 분쟁을 해결하는데 있어서 명백한 한계를 가질 수밖에 없고 따라서 이를 해결하기 위한 방안으로 탄생한 것이 특례법안이라 하여 입법취지를 밝히고 있다. 입법취지를 고려할 때 특례법안은 남북이 통일을 이루지 못하고 있는 상황에서의 남북 주민 간 가족관계나 상속 등에 관한 법률관계를 효율적으로 처리하기 위한 목적에서 제정된 한시법적인 성격을 가지고 있는 법률안처럼 보인다.

##### (2) 검토

특례법안 상의 여러 규정들을 검토해보면 특례법안이 반드시 한시법적인 성격을 가지고 있다고 보기 어렵다. 예를 들면, 총칙부분에서는 남북이 통일된 상황을 의미한다고 볼 수 있는 ‘분단의 종료’나 ‘자유로운 왕래’ 등의 용어를 정의(제3조)하고 있을 뿐만 아니라, 북한법의 준거법성

338) 가족관계등록선례 201005-2는 “호적이 물리적으로 멸실되었다 하더라도 관념상으로는 여전히 호적이 존재하는 자이지 일반 무적자가 아니므로 구 호적법상 취적절차가 아니라 멸실호적의 재제 및 전산호적 개제에 따라 처리하여야 한다. 또한 호주 또는 이해관계인이 재제할 호적에 관한 사항을 기재하고 재제에 관한 사항을 공적으로 증명하는 자료(멸실 전의 호적을 그대로 재현할 수 있는 충분한 자료-호적등본, 제적등본)를 첨부하여 멸실호적 회복신고를 하여 호적재제를 할 수 있다. 위 절차를 거쳐 멸실호적을 재제한 경우라면 전산호적으로 재개한 후 호적재제를 할 수 있다. 위 절차를 거쳐 멸실호적을 재제한 경우라면 전산호적으로 재개한 후 가족관계의 등록 등에 관한 법률 부칙 제3조 제1항에 의하여 가족관계등록부를 작성하고 동 전산호적을 제적처리한 다음 사망신고나 실종선고를 하여 가족관계등록부를 폐쇄하면 될 것이다.”라고 되어 있다.

339) 조찬영, 앞의 글, 70-71쪽.

(제5조)과 북한판결의 효력(제6조) 등에 관하여도 이를 정면으로 규정하고 있다.<sup>340)</sup> 또한 각칙 부분에서는 친생자관계존재확인 소나 인지청구의 소에 관한 특례(제11, 12조) 등에서 제3조 상의 분단의 종료, 자유로운 왕래 등의 사유를 특례법상 제척기간의 기산점으로 규정하는 등 특례법안의 시간적 적용범위를 통일 이후까지도 고려한 것처럼 보이는 규정들을 두고 있다.<sup>341)</sup>

이처럼 시간적 적용범위에 대하여 일관되지 못한 특례법안의 입법태도는 법 시행과정에서 혼란을 불러올 수 있을 뿐만 아니라, 통일이 되었을 경우 새로운 입법의 필요한지에 대해서도 명확하지 않아 자칫하면 통일 이후 적용법령의 공백이 생길 수도 있다는 점에서 문제가 있다.

## 2. 중혼 취소 제한 특례 적용범위

### (1) 문제점

특례법안 제7조 제2항 본문에서는 1953년 7월 27일 군사정전에 관한 협정이 체결되기 전에 혼인하였다가 이산한 후 중혼이 문제되는 경우에는 중혼의 취소를 제한하고 있다. 중혼이 문제되는 경우는 한국전쟁을 전후한 기간 이산된 경우와 최근 북한을 이탈하여 국내로 입국한 경우의 두 가지 형태로 존재한다.<sup>342)</sup> 그러므로 특례법안 상 중혼의 취소범위를 제한한 이유가 의문이며, 따라서 최근 탈북한 탈북자의 경우도 동일하게 특례법을 적용하여 남한에서의 중혼을 보호해야 하는지의 문제가 있다.

### (2) 검토 및 해결방안

북한이탈주민의보호및정착지원에관한법률(이하 ‘정착지원법’이라 함)에는 북한에 배우자를 둔 탈북자의 경우 서울가정법원에 이혼소송을 제기할 수 있는 특례를 두어 위 정착지원법의 적용을 받는 북한이탈주민의 경우에는 이혼의 특례규정에 의해 이혼을 할 수 있으므로 특례법안의 적용을 배제할 필요가 있다.<sup>343)</sup> 그러나 정착지원법은 북한의 이탈시기를 한정하지 않고 적용이 가능하여 결국 모든 이산부부가 특례법안 적용에서 제외되는 문제가 있다.

340) 홍창우, 대법원 특수사법제도연구위원회 제27차 회의 지정토론문, 2쪽.

341) 홍창우, 앞의 글, 2쪽.

342) 윤대해, 「남북 주민 사이의 가족관계와 상속 관련 문제 해결」, 특수사법제도연구위원회 제27차 회의 주제발표문, 6쪽.

343) 윤대해, 앞의 글, 6쪽.

이에 대해 중혼 취소를 제한하는 전혼의 보호범위를 ① 혼인 및 이산의 시기를 묻지 않고 남북으로 이산되어 중혼이 성립한 경우 적용하는 방안, ② 정착지원법의 적용을 받는 탈북자를 제외한 남북이산가족에 적용하는 방안, ③ 정전협정이 체결되기 전에 혼인하였다가 정전협정체결되기 전에 남북으로 이산된 경우에만 적용하는 방안, ④ 정전협정이 체결되기 전에 혼인하였다가 이산가족이 된 경우만 적용하는 방안이 있을 수 있다.<sup>344)</sup>

①안은 정착지원법과의 관계상 북한에서의 혼인관계를 숨기는 등의 부정확한 방법으로 이혼 없이 남한에서의 재혼관계를 창설할 위험이 있으며, 한편으로 탈북자의 허위가족관계 등록을 조장할 위험이 존재한다. ②안의 경우, 정착지원법의 적용을 받는 탈북자를 제외한다는 취지는 타당하나, 앞서본 바와 같이 정착지원법은 북한 이탈의 시기를 묻지 않아 결국 모든 탈북자를 제외하게 된다는 문제점이 있다. ③안은 정전협정체결 체결 후 월남한 사람들은 모두 적용에서 제외되어 보호되는 범위가 너무 좁고, 소송과정에서 월남시기를 입증하기 어려운 문제가 있다. ④안은 정전협정체결 전에 북한(또는 남한)에서 혼인하여 배우자를 둔 사람은 월남(또는 월북) 시기를 불문하고 남한(또는 북한)에서 재혼하여 중혼된 경우에 적용 가능하여, ③안의 문제점을 해결 할 수 있어 그 타당성이 인정되고 특례 법안의 입장이다.<sup>345)</sup>

또한 현실적으로 정전협정체결 전에 혼인한 사람의 경우 현재 나이가 최소 70세가 넘어 최근 탈북자가 거의 없을 것이므로, 월남시기는 동일하나 혼인시기가 정전협정체결 전후인지 여부에 따라 차별을 둘 수 있으나, 다만 정전협정체결 전 전혼이 있었던 자에 대해서는 일률적으로 중혼 취소를 제한하고 있는 것은 부당하므로, 이 부분에 대하여는 입법적 해결을 요한다.

### 3. 상속회복청구의 소에서의 제척기간 연장 특례 요부

#### (1) 문제점

친생자관계존재확인 소(안 제9조)와 인지청구의 소(안 제10조)에서는 제척기간 연장 특례를 두고 있으나 상속회복청구의 소에서는 이러한 규정을 두지 않고 있다. 발제문에 따르면 이러한 태도는 소급입법에 의한

344) 윤대해, 앞의 글, 6쪽.

345) 윤대해, 앞의 글, 6-7쪽.

남한 주민의 재산권 침해로서 위헌이라는 견해 및 충분한 사회적 합의 없이 제척기간 연장을 할 경우 발생할 정치적, 사회적 논란을 피하기 위한 것으로 해석된다. 그러나 친생자관계존재확인 소 및 인지청구의 소의 주된 목적이 상속인의 지위 확보임을 고려할 때, 특별법에서 친자관계의 소에 분단 현실을 고려한 제척기간의 예외 규정을 둔다면, 상속회복청구의 소에서도 제척기간의 특별 규정을 두는 것이 일관된 입법태도라 할 것이다.<sup>346)</sup> 또한 민법의 규정을 그대로 적용할 경우 분단 현실에서는 북한 주민에게 상속권을 일률적으로 박탈하는 것과 같은 결과를 가져올 수 있으므로 제척기간의 특별 규정이 필요하다. 이하에서는 어떠한 규정으로 이와 같은 공백을 채우는 것이 타당할지에 대해 논의하기로 한다.

## (2) 해결방안의 모색

이에 대해서는 ①민법 제999조 제2항 상의 침해행위가 있는 날로부터 10년 경과 부분을 삭제하고 안 날로부터만 기산하는 방법, ②소유권 취득 시효를 기준으로 하여 동일하게 20년으로 연장하는 방법<sup>347)</sup>, ③기산점을 달리 해석하는 방법(제척기간의 기산점을 상속회복청구권의 행사가 현실적으로 가능한 시점, 예를 들어 이산가족이 재회한 시점, 이산가족의 생사를 확인한 시점, 북한 이탈 후 남한으로 들어온 시점, 또는 남북한 상호간의 왕래가 가능하게 된 시점 등으로 삼는 방법<sup>348)</sup>) 등의 방안이 있을 수 있다.

다만 ①안의 경우, 북한 주민의 권리보호에는 충실하나 ‘침해행위가 있음을 안 날’을 객관적으로 확정하기가 어렵고 제척기간이 북한 주민의 내심적 의사에 기해 좌우되는 결과 재산관계에 있어 법적 불안정을 가져올 우려가 있다. 그리고 ②안은 가장 강력한 물권인 소유권도 소멸, 취득시키는 취득시효를 기준으로 한 것이므로 권리보호에도 충실하고 확정된 기

346) 「북한관련법적쟁점-사례별연구-」, 사법발전재단(2010. 10.), 36-41쪽.

347) 강신중, 「중국과 대만 사이의 가족법상 제문제 해결사례」, 『남북교류와 관련한 법적 문제점 [3]』, 법원행정처, 2004, 215쪽에서는 중국 최고인민법원이 인민법원이 대만 관련 민사사건을 처리함에 있어서 몇 가지 법률문제에서 “중화인민공화국 민법통칙의 규정에 의하면 권리침해를 받은 날부터 20년이 넘어서 권리가 비로소 인민법원에 대하여 소송을 제기하면 인민법원은 보호를 해주지 않는다. 다만, 양안관계가 정상적인 정황이 아님을 고려하여, 대만으로 간 사람과 대만동포와 관련된 사건은 대부분 이미 20년을 넘었기 때문에 그들의 합법적 권익을 보호하기 위하여 인민법원은 민법통칙 제137조 규정에 의하여 특수정황에 따라 적당한 기간을 연장해 줄 수 있다.”고 하는 태도를 취하고 있음을 소개하였다.

348) 조찬영, 앞의 글, 69쪽.

간으로 법적 불안정 역시 없다고 볼 수 있으나, 분단 상황이 60년 이상 지속된 시점에서 볼 때에는 과도하게 짧은 기간이며 일률적으로 20년으로 규정하는 것은 사안의 특수성에 따라 대처가 어렵다는 단점이 있다. ③안은 제정안에서도 친생자관계존재확인 소 및 인지청구 소에서 ‘분단의 종료, 자유로운 왕래 기타 특별한 사유로 인하여 소의 제기에 장애사유가 없어진 경우’를 기산점으로 삼고 있는 것과 일맥상통하고, 앞서 본 바와 같이 필연적으로 친생자관계존재확인 소 및 인지청구 소에는 필연적으로 상속회복청구권이 뒤따르기 마련이므로 일률적으로 규정하는 것이 일관된 입법태도라는 점에서 긍정적이라 할 것이다. 다만 북한 가족과 연락이 닿았다는 우연적인 사정만으로 권리행사의 기간을 단축시켜버리는 결과를 가져오며, 자유로운 교류 가능시점의 일률적 확정이 곤란하다는 문제점이 있다.

### (3) 검토

상속회복청구 소의 경우 친생자관계확인 소 및 인지청구 소와 달리 재산상의 청구로서 제3자의 이해관계와도 관련이 있기 때문에 보다 신중히 접근해야 한다는 문제의식에서 제척기간의 연장 특례를 두지 않은 점에도 일견 타당한 점이 있다. 그리고 앞서 제시한 각각의 해결방안들은 살펴 본 바와 같이 나름의 문제점들이 있으므로 충분한 논의를 거쳐 기간이 확정된 입법이 이루어짐이 타당하다. 제척기간을 현행 민법과 달리 너무 늘리면 법적 불안정이 심하게 되고, 현행 민법 상 상속회복청구권의 제척기간을 그대로 적용하는 것은 북한주민에게 가혹하다 할 것이다. 생각건대, 친생자관계확인 소 및 인지청구 소는 대부분 상속회복청구 소를 그 목적으로 한다 할 것이므로 이 경우보다는 그 제척기간을 최소한 동일하게 하거나 더 연장함이 타당하다 할 것이다.

## 4. 상속회복청구권 행사시 남한 주민에 대한 기여분 인정 규정의 타당성

### (1) 문제점

피상속인이 남한 주민이고 그 공동상속인 중 일부가 북한 지역에 생존한 북한 주민인 경우, 그 상속권을 인정하면서도 상속분에 대해 남한 거주 상속인들과 동일하게 인정할 것인지에 관하여는 이를 긍정하는 견해<sup>349)</sup>와 부정하는 견해<sup>350)</sup>로 나뉜다. 분단의 장기화, 고착화로 인하여 북

한 주민의 생사 여부 등도 확인이 어려우므로 공동상속인인 북한 주민을 제외한 채 남한 주민인 공동상속인들만으로 상속재산 분할 절차를 거친 경우 그 공동상속인들에게 고의나 과실이 있다고 보기 어렵다는 점을 반영하여 특례법안은 북한 주민이 민법 제999조 제1항에 의해 상속회복청구의 소를 제기하는 경우에도 남한의 공동상속인들에게 기여분을 인정하는 특례(제13조 제2항)를 규정하였다. 이는 상속회복청구의 경우 공동상속인인 참칭상속인에게는 기여분 규정을 적용하지 않는 기존 민법규정과 충돌하고 있으며, 기여분의 구체적 확정 문제 역시 곤란하다는 문제점이 있다. 또한 절차법 상으로도 기여분 청구사건은 가사소송법상 마류 가사비송사건으로서 가정법원의 전속관할에 속하나, 상속회복청구의 소는 일반 민사사건이므로, 이 둘을 병합하여 심리하는 것은 불가능하다.<sup>351)</sup>

## (2) 해결방안 모색

특례법안은 제17조에서 상속재산관리인은 남한주민으로 하도록 규정하고 있고, 민법 제1040조 제1항은 “상속인이 수인인 경우에는 법원은 각 상속인 기타 이해관계인의 청구에 의하여 공동상속인 중에서 상속재산관리인을 선임할 수 있다.”고 규정하고 있는 바, 북한 가족을 제외한 남한 주민인 공동상속인들을 상속재산관리인으로 선임하고 그 관리와 보존을 맡기는 경우, 재산관리업무에 대한 보수형태로 기여분을 대체하는 방법도 생각해 볼만하다. 이 경우 현행 민법 규정과 저촉되지 않으면서도 절차법 상으로도 일반 민사절차에 의해 병합 심리가 가능하다.

통상의 경우에는 상속재산관리인이 상속 개시부터 상속재산분할까지의 비교적 짧은 시간을 관리하여 보수에 큰 문제가 없지만, 북한 주민이 상속인인 경우 재산관리가 장기로 이어진다면 상속재산 관리에 대한 보수지급이 공동상속인 아닌 자에게 이루어지는 경우 문제가 될 가능성이 있는데 위와 같이 우선적으로 공동상속인들을 함께 상속재산관리인으로 지정하도록 하는 방법으로 규정한다면 이러한 문제점도 다소간 해결될 것으로 보인다.

349) 신영호, 「이산가족의 재결합에 따른 법적 분쟁과 그 해결방안」, 『남북교류와 관련한 법적문제점[1]』, 법원행정처, 2002. 6., 97쪽.

350) 이은정, 「북한주민의 월남자 재산상속권 청구문제」(2009.3.26. 제139회 북한법연구회 월례발표회), 11쪽.

351) 홍창우, 「남북한 가족법의 비교와 통합」, 90-91쪽.



### (3) 검토

다만, 상속을 둘러싸고 소송중인 공동상속인은 상속재산관리인 결격사유에 해당하는 바, 이러한 경우에는 기여분 기타 추가적 상속재산을 인정하기에 곤란한 측면이 있을 수 있다. 따라서 남북한 분단관계의 현실 등을 고려하여 법원이 직권으로 상속분을 고려하여 분배할 수 있다는 규정을 입법화하는 것도 하나의 방편일 수 있다.

## IV. 결론

통일이 이루어지기 전인 현재에도 무수히 많은 남북한 주민들의 가족관계의 형성과 상속 등에 관한 사안들이 쏟아져 나오고 있고, 지금까지 법원은 이러한 사안들에 대해 적절한 해석론으로만 해결할 수밖에 없었음을 고려할 때, 특례법안의 제정은 진일보한 태도라 평가할 수 있을 것이다. 다만, 앞서 살펴 본 바와 같이 특례법안의 적용범위를 명확히 할 필요가 있고, 중혼의 취소범위, 상속회복청구권의 제척기간 등에 관해 충분한 사회적 합의를 거칠 필요가 있다. 또한 공동상속의 경우 상속회복청구 시 기여분을 인정하는 제도에 대해 현행 민법과의 실체적, 절차적 불일치를 해소시키는 방안으로의 보완이 시급하다. 부수적으로, 남한 주민과 북한 주민의 혼인관계가 적어도 법적으로 유지되고 있는 경우, 예를 들면 각자의 중혼으로 전혼의 해소가 명백하지 않은 경우에는 일상가사대리, 동거 및 부양의무, 일상가사 연대책임에 대해 법령에서 명확히 규정해서 분쟁의 소지를 없애는 것이 바람직할 것이다. 남북 분단의 현실을 고려하여 남북한 주민들의 가족법상 분쟁을 합목적적으로 해결할 수 있는 법안이 하루 빨리 국회를 통과하여 법원이 이들의 분쟁 해결에 있어 후견적, 조정자적 역할을 다할 수 있도록 하여야 할 것이다.

### <참고문헌>

- 강신중, “중국과 대만 사이의 가족법상 제문제 해결사례”, 남북교류와 관련한 법적문제점[3], 법원행정처(2004)
- 신영호, “이산가족의 재결합에 따른 법적 분쟁과 그 해결방안”, 남북교류와 관련한 법적문제점[1], 법원행정처(2002)
- 윤대해, “남북 주민 사이의 가족관계와 상속 관련 문제 해결”, 특수사법제도연구위원회 제27차 회의 주제발표문
- 이은정, “북한 가족법의 변화와 그 전망”, 북한법연구 7호(2004)
- 조찬영, “북한 관련 소송의 유형과 쟁점 및 현황”, 2011년도 한반도통일과 법관 연수 자료, 사법연수원(2011)
- 홍창우, 대법원 특수사법제도연구위원회 제27차 회의 지정토론문
- 홍창우, “남북한 가족법의 비교와 통합”
- “북한관련법적쟁점-사례별연구-”, 사법발전재단(2010)

[제3주제]

# 독일통일과정에서의 법적 통합 시사점

統韓法專 이혜진

## I. 들어가며

독일통일의 경험에서도 알 수 있듯이 분단국의 통일은 서로 대립하는 이질적인 법질서가 헌법을 정점으로 하여 하나로 통합되는 법적 통합의 과정을 통해 완성된다.<sup>352)</sup> 통일에 있어서 법제의 통합은 서로 다른 법질서와 현실에 대한 상호이해 및 법문화적 통합을 위한 기초를 이룬다는 점에서도 중요한 문제이다.<sup>353)</sup>

통일의 형식적 통합 측면과 실질적 통합 측면을 구분해서 살펴볼 때, 전자는 기본적인 통합의 뼈대를 완성하는 것, 즉 법제통합을 뜻하며, 후자는 두 분단국이 정치·경제·사회·문화 등 각 분야에서 격차를 해소함을 의미한다.<sup>354)</sup> 또한 법제통합은 그 방법 면에서 어느 한 쪽의 법질서로 통합되거나, 양자를 절충한 제3의 법질서로 새로이 탄생될 수 있다. 법제통합은 첫째로 한 국가 내에서는 법규범이 통일적으로 적용

---

352) 법질서의 통합은 국가의 주권이 법규범에 의해 그 실효성이 담보되며, 일국의 영역 내에서는 단일한 법질서만이 국가의 영속성을 보장할 수 있다는 점에서 특히 중요한 문제이다. 김병기, “대한민국 북한지역 관할권 확보의 법적 타당성과 남북한 법제통합의 기초”, 저스티스(통권 제121호), 한국법학원, 2010, 119면.

353) 김병기, 앞의 글, 95면.

354) 황동언, “남북한 법제도 통합상의 과제”, 통일(통권 제194호), 민족통일중앙협의회, 1997, 30면.

되는 차원, 둘째로 통일된 새로운 국가에 맞는 제도와 구조를 만드는 차원, 셋째로 국민들 스스로 새로운 법질서를 수용하는 차원의 3가지 측면에서 이루어질 때 비로소 완성된다.<sup>355)</sup>

남북한의 통일의 경우, 어떠한 과정을 통해 통일에 이르게 되는 것인지에 따라 법적 통합의 구체적인 방법은 다소 다르게 제시될 수 있다는 점과 통일이 고도의 정치적인 성격을 가지는 정책적 고려에 의해 좌우될 수 있는 문제라는 점에서 법적 통합에 대한 우리의 준비는 다소 추상적인 수준에 머무를 수밖에 없다는 한계를 가진다. 물론 이러한 논의는 통일에 임박하여 급히 진행될 때의 부작용을 최소화 하고, 남북한 모두가 만족할 수 있는 진정한 통일을 이루기 위해 충분한 대비를 할 수 있다는 측면에서 의미가 있다.

남북한의 통일도 이로 인한 국내외적 혼란을 방지하기 위하여 법적 안정성과 예측가능성을 담보할 수 있는 방법으로 이루어져야 할 것이라는 점에서, 독일의 사례를 검토하는 것은 앞으로 우리가 나아갈 방향을 설정하는 데에도 큰 도움을 주는 작업이라고 생각된다. 상당히 우려스러운 일이지만, 우리의 경우에는 독일이 겪었던 법적 문제 중 상당부분이 어쩌면 더욱 극단적인 형태로 발생하게 될 가능성도 있다. 통일 이전의 서독이 남한보다 더 성숙한 형태의 민주·법치국가였다는 점, 전통적인 단일국가체제를 유지하고 있는 남북한에서 기대할 수 없는 연방제의 완충기능, 그리고 나날이 심화되는 북한주민들의 경제적 빈곤 등 각종 요인들이 남북한의 통일과정에서 부정적으로 작용할 수 있기 때문이다. 이러한 현실에서 급진적인 법제통합이 추진될 경우, 북한지역과 주민이 소외되는 현상이 발생할 수 있으며, 자본주의 시장경제를 바탕으로 한 법제도에 대한 북한주민들의 반감 등 부작용이 훨씬 더 두드러지게 나타날 수 있다. 따라서 우리는 독일의 경험을 통해 공

---

355) 제성호, “남북한 법제통합 방향모색”, 법정논집(Vol.36), 중앙대학교 법학대학, 2001, 114-16면.

정적인 측면과 부정적인 측면을 모두 살펴보고, 발생할 수 있는 문제점과 부작용을 완화하도록 노력할 필요가 있다.<sup>356)</sup>

이하에서는 독일통일과정에 대해 법적 관점에서 살펴본 후, 법적 통합의 주요 과제인 법제통합의 기본원칙과 개별분야에서의 적용을 간략히 검토하도록 한다. 이를 통해 남북한의 통일과정에서의 법제통합에 있어 고려해야 할 사항을 제시해 보고자 한다.

## II. 독일통일과정 개관

### 1. 동서독간의 통화·경제·사회통합 창설을 위한 조약 (약칭 ‘제1국가조약’)의 체결

독일의 통일은 동서독 스스로 결정할 수 있는 문제가 아니었고, 제2차 세계대전 당시 연합국의 동의를 필요로 했다. 따라서 동서독은 제3국의 동의 없이 양독간의 합의만으로도 가능한 동독의 경제사회체제의 개혁, 즉 동서독간의 화폐, 경제, 사회적 결합을 우선 추진하기로 하고 협상을 시작하였다.<sup>357)</sup>

제1국가조약의 기본목표는 낙후된 동독의 경제 상황을 개선하는 데에 초점을 두고, 경제통합을 통해 앞으로 국가의 통일을 준비하는 것에 있었다. 동서독 통화동맹의 설립에 의해 서독마르크화(DM)가 동독의 법정통화로서 확정되었고, 동독 정부는 통화발행권을 서독의 연방은행에 넘겨주었다. 임금, 봉급, 보조금, 연금, 임차료 및 임대료의 경우 동독 마르크와 서독 마르크의 교환 비율이 1대1로 정해졌고, 채무 전환은 2대1로 교환되도록 하였다. 경제통합의 일차적인 목표는 동독에 서독의 시장경제를 도입하는 것인데, 재산의 사유화, 경영의 자유,

---

356) 김병기, 앞의 글, 95면.

357) 신용호, 독일통일에 따른 법적 문제, 전주대학교출판부, 1998, 75-76면.

시장원리에 따른 자유로운 가격형성, 그리고 사람과 물적 자본의 자유로운 이동이 그 골자였다. 사회통합은 서독의 연금보험, 의료보험, 실업보험, 산재보험을 동독에 도입하고, 서독의 노동법이 동독에 도입됨으로써 연대의 자유, 자율적인 임금협상, 노동쟁의권, 결정참여권, 부당한 해고로부터의 보호 규정들이 통용되도록 하였다.<sup>358)</sup> 이 과정을 통해 성립된 통화동맹은 그 자체로서 양독간 법제통합의 일부가 되었을 뿐 아니라 양독의 통합에 있어서는 법치국가적 제반원리가 기준이 되어야 하는 것임을 확인함으로써 전체 법제통합의 원칙을 확립하게 되었다. 즉 통화동맹은 양독간 법의 동화의 제1단계로서 계약체결, 사적소유, 영업의 자유 등 경제적 기본권과 함께 법치주의를 이루기 위한 법적 전제조건들의 실현을 이루는 기초가 되었다.<sup>359)</sup>

## 2. 독일 관련 문제의 최종 해결에 관한 조약 (약칭 ‘2+4조약’)의 체결

1945년 독일의 무조건적인 항복에 따라 통일 등 독일 전체에 관한 사항이나 평화조약 체결 및 베를린의 지원 등은 1955년 체결된 ‘독일 조약’에 의해 4대 전승국들만 해결할 수 있었기 때문에 독일의 통일은 통일조약의 승인에 앞서 4대 전승국의 승인을 받아야만 했다. 이에 따라 동서독의 외무장관과 4대 전승국인 미국·영국·프랑스·소련의 외무장관들은 모스크바에서 ‘2+4조약’을 체결하였다.<sup>360)</sup>

‘2+4조약’은 전문 및 10개의 조항으로 이루어졌으며, 전문에서 당사국은 UN헌장에 따라 제 민족의 동등한 자결권을 존중하고, 독일통일 과정에서 이루어진 국경문제의 최종타결이 유럽평화·안정에 기여함을 인정하며 독일통일 달성과 동시에 4대 전승국은 독일에 관한 권리의무를 상실한다고 하였다. 제1조에서 통일독일의 국경을 동서독의 국경

358) 임종대 외, 독일이야기2, 거름, 2000, 301-302면.

359) 법무부, 독일법률·사법통합 개관, 1992, 35-36면.

360) 임종대 외, 앞의 책, 304-305면.

으로 한다고 규정하여 독일이 다른 지역에 대해 영토권을 주장할 수 없도록 하였고, 제2조에서 독일의 무력 불사용 선언을 규정했으며, 제3조에서 독일의 군사력에 대한 제한을 규정하고, 제4조에서 소련군 철수문제, 제5조는 1994년 소련군이 구동독지역에서 완전 철수할 때까지 독일군 병력이 구동독지역에서 NATO의 임무를 수행할 수 없도록 하는 등 동독지역의 군사력 배치 문제를 규정하였고, 제6조에서 독일의 동맹 가입 권리를 보장하고 있으며, 제7조에서 4대 전승국의 권리와 책임을 종료시켜 통일독일의 완전한 주권을 회복하는 규정을 두었다.<sup>361)</sup>

### 3. 독일통일 실현을 위한 동서독간의 조약 (약칭 ‘통일조약’)의 체결

독일통일은 서독기본법 제23조에 의해 동독이 서독지역으로 편입하는 방법, 제146조에 따라 전체 독일 국민이 자결권을 행사하여 신헌법을 제정하는 방법 등 크게 두 가지 방법이 가능했기 때문에 어느 방법을 택할 것인지에 대해 격렬한 논쟁이 벌어졌다. 제23조에 의한 통일을 주장하는 측은 서독 기본법이 그 제정 후 40년 동안 충분히 검증되었으므로 통일 독일의 헌법으로 손색이 없다고 보았다. 통일 논의가 이루어지던 1990년 초 동독의 정치 상황은 매우 불안하였기에 새로운 헌법을 제정하는 과정에서 초래될 혼란은 오히려 통일에 장애가 될 수도 있다는 정치적 고려에서 결국 서독기본법의 확대 적용하는 방식이 채택되었고, 통일 이후에 기본법을 새롭게 정비하기로 합의하였다.<sup>362)</sup>

동독인민회의는 1990년 8월 23일, 서독기본법 제23조에 따라 1990년 10월 3일자로 동독의 서독기본법 통용지역에의 가입을 의결하였고, 이 결의에 의해 동서독 대표는 통일조약을 교섭하여 1990년 8월 31일

361) 법제처, 독일통일관계법연구, 1991, 109-110면.

362) 신용호, 앞의 책, 99-102면.

동베를린에서 통일조약이 체결되었다. 통일조약 제3조에 의한 서독기본법의 동독지역에의 확대 적용은 서독 연방의회의 입법조치를 필요로 하는 것이었으므로, 연방의회 재적 2/3이상의 동의와 연방참의원 투표의 2/3이상의 동의를 얻어야 했는데, 1990년 9월 21일, 9월 23일 양원에서 각각 이 기준을 충족하여 통일조약에 대한 비준동의와 함께 조약법이 통과되었다. 이에 따라 통일조약에서 정한 1990년 10월 3일 0시를 기점으로 동독은 소멸되고, 그 의회와 정부는 자동 해산되었다. 통일조약 부속서 및 주창설법에 근거하여 5개 주<sup>363)</sup>가 동독지역에 새롭게 창설되었으며, 이 5개의 주가 서독의 기본법 적용영역에 가입하였고, 동베를린은 서베를린과 재통합하였다. 이로써 16개의 주로 구성되고, 인구 약 7700만을 가지는 독일연방공화국이 탄생하였다.<sup>364)</sup>

### III. 독일통일과정에서 법제통합의 기본원칙

#### 1. 개관

##### (1) 법제통합의 목적

현대국가에서는 법제통합이라는 것이 그리 간단한 작업은 아니다. 법적 영역 외에도 사회, 경제 등 다양한 분야들이 상호 밀접한 관련을 맺으며 복잡하게 결합되어 있으므로 다른 분야와도 조화를 이루는 것이 필요하기 때문이다.<sup>365)</sup>

일반적으로 법의 동화는 다음의 원칙에 따라 이루어진다. 첫째, 헌법의 확장 적용으로 가입 지역에 전체법질서가 자동적으로 적용되는 것은 아니고, 동 법질서를 점진적으로 시행할 가능성을 부여한다. 둘째,

363) 브란덴부르크, 메클렌부르크 포포메른, 작센, 작센안할트, 튀링엔.

364) 신용호, 앞의 책, 100-101면.

365) 법무부, 앞의 책, 39-40면.



수용자는 자신의 법을 가입자의 가입을 용이하게 하기 위해 잠정적으로 또는 계속해서 개정할 수 있다. 셋째, 가입자는 수용자의 기본원리에 반하지 않는 한 수용자의 법에 반하는 법을 상당한 경과기간 동안 유지할 수 있다. 넷째, 수용국 내지 수용공동체의 법은 원칙적으로 적용된다. 이때 경우에 따라서는 제한된 경과기간 동안 법규명령에의 일반적 수권을 통하여 처리할 수 있다. 다섯째, 반드시 완전한 법의 단일화가 필요한 것은 아니다.<sup>366)</sup>

독일통일의 경우에 있어 법적 통합은 통일조약에서 양독이 합의한 ‘법의 동화’ 과정, 즉 ‘법령의 조정’을 통해 이루어졌다.<sup>367)</sup> 법의 동화의 최종적 목표는 법치국가원리에 입각하여 서독법을 기본으로 하는 단일 법제를 마련하는 것에 있었다. 그러나 필요에 따라 서독법과 동독법의 장기간 병행적용을 허용하였고, 나아가 동독법에 기초한 단일 법의 창설 가능성도 배제하는 것은 아니었다.

## (2) 법제통합의 단계

법의 동화는 일반적으로 여러 단계로 나누어 진행된다. 최초의 단계는 서로 이질적인 법 영역들 간에 정상적인 법적교류를 가능케 하기 위한 실체적 및 절차적 잠정규정을 제정하는 것이다. 그 다음 단계는 우선적인 필요성이 있고, 쉽게 해결될 수 있는 부문에 대한 법적 통합을 이루는 일이며, 마지막 단계는 나머지 부문전체에서의 완전한 법적 단일화를 이루는 일이다.

독일의 경우 경제공동체와 통화동맹의 실현 시까지의 협상단계가 제 1단계에 해당한다. 양독정부 소관부서들의 집중적이고 전문적인 검토와 상호의견 교환 및 협조에 따라 일부영역에 있어서 동독정부에 의한

---

366) 법무부, 앞의 책, 44면.

367) 국내에서는 통일조약 제3장의 표제인 “Rechtsangleichung”을 일반적으로 ‘법의 동화’ 또는 ‘법령의 조정’이라고 번역하고 있다.

신속하고 광범위한 법의 개정조치가 이루어지면서 법령의 조정이 용이하게 이루어질 수 있는 여건이 조성되었다. 이 기간 중에는 두 개의 법질서가 상호 독립적으로 병존하고 있기 때문에 실체법 및 절차법의 적용상 여러 문제가 발생하였다.

다음으로 경제공동체와 통화동맹의 실현과 이에 후속하여 선거조약을 체결하고 국가통일을 달성하는 데까지 이르는 기간이 제2단계에 해당한다. 이 단계에서는 시급한 과제였던 경제 분야의 법제통합을 위한 시도가 이루어졌다.

마지막으로 통일조약의 체결을 통하여 국가통일을 실현한 시기가 제3단계에 해당한다. 통일조약은 모든 영역에 걸친 광범위한 통합에 대해 규정하고 있다. 물론 양독간의 법제통합이 통일조약 자체에 의하여 종국적으로 완성된 것은 아니고, 1995년 12월 31일을 기준으로 하여 다수의 과도적 조치를 허용하고 있고, 동기간까지는 양독간의 법적 이질성도 일부 허용하고 있다.<sup>368)</sup>

## 2. 통일 이전의 법제통합을 위한 노력

분단 이후 오랫동안 동서독의 법질서는 서로 다른 방향으로 발전해 왔으나, 1990년 3월 동독에서 데 메지에르 정부가 출범하면서 동서독의 법제통합을 위한 노력이 시작되었다. 동독은 법치국가에 부합하는 법제개혁을 시작했다. 제1국가조약은 동독의 법률을 서독에 동화시키기 위해 광범위한 기준을 제시하고 있는데, 개혁의 핵심은 사회주의적인 중앙집권적 체제 내에서의 사법의 도구적 성격을 배제시키는 일이었다. 이 조약의 공동의정서에서는 동독의 법은 자유, 민주, 연방국가, 법치국가 및 사회복지의 기본원칙에 따라 제정되며, 유럽공동체의 법질서를 지향한다고 규정하고 사회주의적 성격을 띤 법 개념들은 동독

---

368) 법무부, 앞의 책, 45-46면.

에서 더 이상 적용되지 않는다고 밝히고 있다.<sup>369)</sup> 이 과정에서 동독은 수많은 법규를 개정·제정하며, 서독의 법체계에 근접시키는 노력을 하였다. 동독 정부의 이 같은 법률개혁 작업은 짧은 기간에 그쳤지만, 갑작스런 법률통합으로 인한 충격을 완화시키는 데 큰 역할을 했다고 볼 수 있다.<sup>370)</sup>

또한 제1국가조약에 따라 성립된 통화동맹은 그 자체로서 양독간 법통합의 일부가 되었을 뿐 아니라 양독의 통합에 있어서는 법치국가적 제반원리가 기준이 되어야 하는 것임을 확인함으로써 전체 법통합의 원칙을 확립하게 되었다. 즉 통화동맹은 양독간 법령의 조정 제1단계로서 계약체결, 사적소유, 영업의 자유 등 경제적 기본권과 함께 법치주의를 이루기 위한 법적 전제조건들의 실현 등의 목표를 달성하게 되었다.<sup>371)</sup>

### 3. 통일조약에 의한 법제통합<sup>372)</sup>

#### (1) 통일조약상의 법령조정 원칙

통일조약은 제8조와 제9조에서 동서독의 법제통합에 관한 일반원칙

369) 예를 들면, 사회주의적 국가질서 및 사회질서, 사회주의적 죄형법정주의, 국민경제의 중앙통제, 사회주의적 소유권 등의 개념이 제1국가조약 시행 이후 동독에서 더 이상 적용되지 않게 되었다.

370) 사법제도와 관련해서는 소송법과 법원조직법을 개정하고 자영 변호사와 공증인을 위한 법률을 제정·공포하였다. 나아가 판사 및 검사법을 제정하고 독립적인 판사선출위원회와 검사선임위원회를 구성하도록 하였다. 김영탁, 독일통일과 동독재건과정, 한울아카데미, 1997, 219면.

371) 법무부, 앞의 책, 35-36면.

372) 통일조약은 통일에 관련한 모든 법 영역의 법적 동화의 내용을 포함하고 있는 방대한 조약으로서, 전문, 본문 45개 조항, 조약의 개별규정을 명확히 하기 위한 의정서 1개와 부속서 3개, 1990년 9월 18일 추가협정으로 구성되어 있다. 부속서I은 서독법의 확장 적용을 위한 특별규정, 부속서II는 구동독법 계속 적용을 위한 특별규정, 부속서III은 미해결 재산문제와 처리를 위한 1990년 6월 15일 양정부의 공동선언이 포함되어 있다. 통일조약 본문은 9개장, 45개 조항으로 구성되었는데, 가입의 발표, 가입에 따른 기본법의 개정, 법의 동화(법령의 조정), 국제법상 조약의 존속여부, 공공행정과 사법, 공공재산과 공공채무를 규정하며 노동, 사회, 부녀, 보건제도, 환경보호 및 문화교육, 학문, 체육영역에 대한 규정을 포함하고 있다. 법무부, 앞의 책, 35-36면.

들을 명시하고 있다. 또한 통일조약 부속서I에서는 법령조정을 위해 개정·폐지·보충되는 서독의 법령을 열거하고 있고, 부속서II에서는 법령조정을 위해 개정·폐지·보충되는 동독의 법령을 열거하고 있다.<sup>373)</sup> 통일조약과 부속서I, II에 따른 법령조정의 원칙은 아래와 같다.

첫째, 동독이 서독에 편입되어 통일이 됨과 동시에 서독의 연방법률은 구동독지역에 그대로 적용된다. 다만 통일조약 부속서I에 달리 규정하는 예외조항을 둔 경우에는 그에 따른다.<sup>374)</sup>

둘째, 기본법은 일정한 권한분배에 따라 입법권을 연방에 속하는 것과 주에 속하는 것으로 구분하고 있는데, 구동독법도 일정한 요건을 충족할 경우 그 원칙에 따라 연방법으로 존속한다. 이 경우 연방법으로 계속 존속하는 동독법은 통일조약 부속서II에 명시적으로 언급되어 있다.<sup>375)</sup>

셋째, 기존의 동독법 중 기본법상의 권한 분배 원칙에 따라 주법으로 되는 것은 일정한 요건 하에서 주법으로 존속한다.<sup>376)</sup> 이 경우 동독법이 연방법으로 존속하는 경우와는 달리 부속서II에 명시적으로 나열되어 있는 것으로 한정하지 않는다.

이렇게 볼 때, 독일의 법제통합은 기본적으로 구동독법을 서독의 기본법과 법제도에 동화시키는 편입형의 유형을 채택하면서도 잠정기간 동안 구 동독의 일부 법제를 허용하는 예외열거주의를 함께 인정했던

373) 통일조약 부속서I은 연방장관의 업무영역에 따라 각 장으로 구분되고 있으며, 각 장은 다시 3개절로 나뉘어 있다. 각장 제1절에는 연방법령 중 편입된 동독지역에 효력이 미치지 않는 것이 규정되어 있고, 각장 제2절에는 법령조정을 위해 폐지·개정·보충되는 연방법률이 규정되어 있다. 각장 제3절에서 열거된 법령은 일정한 기준에 따라 편입지역에서 효력을 갖는다. 법제처, 독일통일관계법 연구(II), 1992, 40면.

374) 통일조약 제8조.

375) 통일조약 부속서II도 연방장관의 관할업무에 따라 장으로 구분되어 있다. 각장 제1절에는 효력이 유지되는 구동독 법규정이, 각장 제2절에는 폐지·개정·보충되는 구동독법이, 각장 제3절에는 일정한 기준에 따라 효력을 유지하는 구동독 법령이 규정되어 있다. 법제처, 독일통일관계법 연구(II), 1992, 40면.

376) 구동독법이 주법으로서 효력이 유지되기 위해서는 그 법이 새로 추가된 기본법 제143조에도 불구하고 기본법과 구동독지역에 효력이 있는 연방법 및 EC법과 부합해야 한다는 조건을 충족해야만 한다. 법제처, 독일통일관계법 연구(II), 1992, 41면.

것으로 평가할 수 있다.<sup>377)</sup>

한편 통일조약은 제10조 제1항에서 유럽공동체에 관한 조약들과 관련 국제조약 및 국제적 합의사항들을 동독지역에 대해서도 적용되는 것임을 선언하였고, 유럽공동체법에 근거하여 서독에서 제정된 법도 유럽공동체법 자체에 예외규정이 없는 한 동독지역에 적용되도록 하였다.<sup>378)</sup>

## (2) 연방법의 확대 적용

우선 통일조약 제8조에 따라 서독 연방법령은 원칙적으로 동베를린을 포함하여 새로 가입한 동독지역에 확장 적용되었다. 즉, 독일연방의 특정 주 또는 주의 일부에 적용범위의 제한이 있거나 부속서I에 다르게 규정되어 있지 않는 한 연방법령이 구 동독지역에 적용되었다. 이로써 연방영역에서의 광범위한 법의 동화가 실현되었고, 동독의 기존 법률은 현대적, 사회적 법치국가를 형성하기 위한 법령들로 대체되게 되었다.

## (3) 구동독법의 계속 적용

일부 동독법령은 예외적으로 통일 이후에도 동독지역에 한시적으로 적용되거나 전체 독일지역에 확장 적용되었다. 통일조약 제9조 제1항 제1문은 기본법의 권한질서상 주법인 경우, 제2문은 기본법상 권한질서상 연방법이지만 연방전체에 대하여 단일하게 규정되지 아니하는 경

---

377) 구동독의 법제가 서독의 법제로 통합 내지 동화되는 방법에는 두 가지가 있었다. 하나는 동독 지역에 적용되는 독일연방의 법령목록을 만들어 상세하게 열거하는 방법으로, 적용열거주의라고 한다. 다른 하나는 원칙적으로 독일연방의 모든 법령을 동독지역에 확장하여 적용하되, 예외적으로 한시적 적용제외 또는 적용제한의 경우를 명시하는 방법으로, 예외열거주의라고 한다. 독일의 경우는 통일조약에 의해 후자의 방법을 채택하였다. 제성호, 앞의 글, 17면.

378) 법무부, 앞의 책, 46-47면.

우를 규율하고 있다. 이에 의하면 기본법상 권한배분규정에 따라 주법에 해당하는 것 중에서 연방법령 및 유럽공동체법에 어긋나지 않는 동독법령은 주법으로서 계속 유효하였고, 연방전체에 걸쳐 단일하게 규정되지 아니한 사항에 대한 동독법령은 연방입법부에 의한 입법조치가 있을 때까지 한시적으로 그 효력을 유지할 수 있었다.<sup>379)</sup>

통일조약 제9조 제1항에 따라 주법으로 계속 유효한 구동독법은 그 내용이 기본권의 본질을 침해하지 아니하고,<sup>380)</sup> 연방질서를 해치지 아니하는 한,<sup>381)</sup> 1992년 12월 31일까지 기본법 규정과 내용상의 차이를 둘 수 있도록 규정하였다. 물론 1992년 12월 31일까지 기본법 질서 내로 완전한 조정 및 흡수가 이루어지지 못한 경우에도 당해 구동독법이 기간만료로 즉시 효력을 상실하는 것은 아니고 잠정적으로 계속 유효하도록 하였다. 다만 그때로부터는 구동독지역에 관해서도 기본법이 전면 적용되도록 하되, 헌법재판 등을 통해 언제든지 구동독법에 대한 위헌판정을 하여 실효를 시킬 수 있도록 정하고 있다.<sup>382)</sup>

또한 통일조약 제9조 제2항에 따라 별도 규정이 있는 경우 예외적으로 동독법의 계속 적용이 가능하기 때문에, 이에 따라 통일조약 부속서II에서는 기본법의 권한배분 원칙에 의하여 연방법률로서 효력을 가질 동독의 법률을 모두 열거하고 있다. 여기에 열거된 동독법률은 대부분 국가조약 체결을 전후하여 제정된 것으로, 각 부처 소관마다 계속 적용되는 법률, 개폐된 법률, 별도의 기준에 따라 적용되는 법률 등으로 나누어 규정하였다.<sup>383)</sup> 다만, 부속서II에 수록된 동독법령과 여기서 지정된 조치는 상위 법체계인 기본법과 EU법에 합치하는 한도에

---

379) 서독은 연방국가이기 때문에 연방의 입법사항과 주의 입법사항이 달리 규정되어 있다. 따라서 구동독 법령의 효력문제에 있어서는 당해 법령이 서독 기본법상 연방의 입법사항인지, 주의 입법사항인지를 먼저 판단하여 달리 처리해야만 했다. 법제처, 독일통일관계법 연구(II), 1992, 44면.

380) 기본법 제19조 제2항.

381) 기본법 제79조 제3항.

382) 제성호, 앞의 글, 17면.

383) 김영탁, 앞의 책, 219-220면.

서만 그 효력을 가진다.

한편, 부속서I에 따르면 교육제도 관련 법령 등은 각 주의 현실에 따라 일부 개정을 거쳐 주법으로 계속 적용되었다. 또한 부속서II에 따르면 주법에 해당하지 않더라도 기본법의 원리에 반하지 아니하는 한 형사정책상 일부 동독법령을 통일조약에 열거하여 계속적인 효력을 부여하여 갑작스런 법률통합으로 인한 부작용을 최소화하였다.<sup>384)</sup>

#### IV. 독일통일과정에서 분야별 법제통합

##### 1. 공법 분야의 통합

###### (1) 헌법개정 문제

통일조약 제4조는 기본법의 개정을 규정하고 있었고, 그에 따라 기본법의 개정이 이루어지게 되었다. 이 제36차 기본법 개정은 전문 개정, 제23조의 폐지, 제146조의 개정, 제143조의 신설을 주요내용으로 한다.

##### 가. 기본법 전문의 개정

이전의 기본법 전문은 “서독의 주민은 민족적 그리고 국가적 통일을 확보할 의지가 있으며, 과도기의 국가생활에 새로운 질서를 부여하기 위하여 기본법을 제정하며, 참여가 거부된 독일인을 대신하여 행동하

---

384) 낙태, 음주운전, 토지오염죄 등에 관한 규정을 이러한 법률의 예로 들 수 있다. 우선, 서독은 낙태를 금지한 반면 동독은 낙태가 허용되었으나, 통일조약에서는 낙태를 규율하기 위한 새로운 입법을 하기 전까지 동서독 주민을 불문하고 구동독지역 내에서의 낙태행위를 처벌하지 못하도록 규정하였다. 다음으로, 음주운전한계는 서독0.08mg/ml, 동독은 0.0mg/ml이었는데, 이러한 기준은 통일 후에도 그대로 유지되었다. 또한 서독형법에는 구성요건이 없었으나 동독형법에는 규정되어 있던 토지오염죄는 서독에 비해 발전된 입법으로 평가되어 전체 독일에 계속 적용되었다. 이규창, 남북법제통합의 기본원칙 및 방향과 과제, 저스티스 통권 제122호, 한국법학원, 2011, 71면.

였으며, 전체 독일인은 자유로운 자기결정에 따라 독일의 통일과 자유를 완수할 사명이 있다.”는 것을 밝히고 있었다. 통일조약에 따른 개정 전문은 이와 같은 과도기적인 성격을 규정한 내용들을 모두 삭제하였다. 대신 구동독지역에 해당하는 5개 주를 포함한 16개 주를 열거하여 독일인의 자유로운 자기결정에 따라 독일의 통일이 완성되었음을 밝히고, 이로써 오데르-나이세강 이동의 영역을 완전히 포기하여 그 영역에 대하여 더 이상 독일의 영토로서 주장하지 않을 것임을 선언하고 있다.<sup>385)</sup>

#### 나. 제23조의 폐지

서독기본법 제23조는 “독일의 다른 부분에 있어서는 가입에 의하여 효력을 발행한다.”고 규정하고 있었는데, 독일은 이에 따라 통일을 이루었으므로 이 조항은 그 목적을 달성한 것이 되어 더 이상 존치할 필요가 없어졌다. 그런데 이 조항의 폐지는 이러한 논리적 완결성 차원 외에 다른 의도가 있었다. 과거 독일의 영토였으나 독일통일 당시에는 소련이나 폴란드에 속해 있는 지역들에 대하여 주변국가의 의구심을 불식시킬 필요에 의해 더 이상 독일연방에 다른 지역을 편입시킬 의사가 없음을 명백히 하고자 삭제하게 된 것이다.

#### 다. 제146조의 개정

통일조약 제4조 제6항에 의하여 기본법 제146조는 “독일의 통일과 자유가 완성된 후 전체 독일 국민들에게 적용되는 이 기본법은 독일국민의 자유로운 결정에 의해서 새로운 헌법이 효력을 발생하는 날 효력을 상실한다.”로 개정되었다. 이는 통일 후에도 기본법이 통일독일의

---

385) 고영훈, 독일통일에 따른 공법의 통합에 관한 연구, 한국법제연구원, 1994, 25면.



헌법으로서의 효력을 가지고 있음을 명시함과 동시에 독일 국민의 헌법제정권력의 행사로 신헌법을 채택하여 그 신헌법이 효력을 발생하는 날에야 비로소 기본법의 효력이 상실됨을 규정한 것이다. 통일조약의 체결과 비준으로 인한 기본법의 개정을 통해 기본법은 전 독일에 효력을 가지게 되었고, 독일통일정책에 있어서의 근거규범으로 인정되었던 제146조도 그 의의를 변경하게 되었다.<sup>386)</sup>

## 라. 제143조의 신설

통일조약 제4조에 의하여 기본법에 제143조가 새로이 추가되었는데, 이는 양독의 통합과정과 밀접한 관계가 있는 조항이다. 제143조 제1항과 제2항은 구동독지역에서는 과도기에 일정한 범위 내에서 기본법에 배치되는 내용의 법이 존재할 수 있음을 인정하고 있고,<sup>387)</sup> 제3항은 구동독에서 몰수된 재산의 원상회복에 관한 특별규정이다.<sup>388)</sup>

## (2) 행정통합

### 가. 연방행정절차법의 시행

통일조약 제8조에 따라 서독의 연방행정절차법은 통일과 동시에 구동독지역에 적용되게 되는데, 이에 따라 연방에 속한 행정청이 연방행

386) 김철수, 독일통일의 정치와 헌법, 박영사, 2004, 304면.

387) 제1항에 의할 경우 구동독지역에서는 1992년 12월 31일까지는 기본법에 배치되는 법이 존재할 수 있었다. 이는 그 동안의 분단으로 인한 상이한 여건 때문에 기본법 질서로의 완전한 조정이 불가능한 경우에 한하여 허용하며 단계적 통합의 원칙을 반영한 것이다. 다만 이 경우에도 기본권의 본질적인 내용을 침해하는 것이어서는 안 되며, 인간의 존엄성, 사회적 민주주의, 국민주권주의, 법치주의 등에 위배되어서는 안 된다. 제2항 역시 이와 동일한 취지의 규정으로서, 구동독지역에서 기본법 제II절(연방과 주), 제VII절(연방법률의 집행과 연방행정), 제VIIIa절(연방과 주의 공동업무), 제IX절(사법), 제X절(재정제도), 제XI절(경과 및 종결규정)에 저촉되는 규율이 1995년 12월 31일까지 허용될 수 있음을 규정하고 있다. 고영훈, 앞의 책, 30-33면.

388) 고영훈, 앞의 책, 30-33면.

정절차법을 구동독지역에 적용할 수 있게 되었고, 구동독지역에 연방 행정절차법상의 연방행정관청이 신설된 경우 그 행정청의 행정활동에는 연방행정절차법이 적용되게 된다. 한편, 신설된 주의 행정관청이 행정작용을 하는데 필요한 주행정절차법은 따로 없었으나, 통일조약에서 주행정청을 위한 경과규정을 두어 해결하였다.

#### 나. 통일 이전에 행해진 동독의 행정행위의 효력

통일조약 제19조에 의하여 통일 이전에 행해진 동독의 행정행위는 계속 효력을 유지하고, 예외적으로 그 행정행위가 법치국가 원칙이나 통일조약의 규정들과 합치되지 않는 경우 폐지될 수 있다.<sup>389)</sup> 여기서 법치주의 원칙에 위배되어 폐지될 수 있는 행정행위에 법치주의 원칙에 부응하는 결정 절차나 법률유보의 원칙과 같은 것에 위배된 것까지 모두 포함한다고 보게 되면 기존에 동독에서 행해진 모든 행정결정들은 폐지되어야 한다는 결론에 이르게 되므로, 비례의 원칙이나 자의금지 원칙 등 법치주의의 실질적 내용에 위배되는지 여부를 기준으로 판단하는 것이 타당하다.<sup>390)</sup>

#### 다. 동독 공무원에 대한 자격심사

동독의 과거 공공기관 종사자들이 공무원이 되고자 할 때에는 자동적으로 공무원이 되지 못하고 과거 전력에 대한 것, 전문지식의 소지 여부 등의 판단기준에 따라 개별 심사를 거쳐야 한다.<sup>391)</sup> 1991년 1월부터 구동독지역에서 위 기준에 따른 개별적 심사를 거쳐 공무원 임용

---

389) 기존의 동독의 체제 하에서는 행정결정에 대해 신뢰보호원칙은 인정되지 않았다. 이러한 원칙은 법치주의 국가에서나 인정될 수 있는 것이기 때문이다.

390) 고영훈, 앞의 책, 102-103면.

391) 법제처, 독일통일관계법 연구, 1991, 98면.

이 실시되었는데, 기본법 제33조 제5항, 연방공무원법 제7조 제1항 제2호, 같은 법 제52조에 따르면 공무원 및 수습공무원은 기본법상의 자유민주적 기본질서를 존중해야 한다고 규정하고 있으므로, 구동독의 SED당원이나 국가보안부에서 일했던 자들이 문제가 되었다. 통일조약에 따르면 과거 행적에 대한 개별심사 과정에서 인도주의원칙에 반하는 행위를 하였거나 국가안전부에 종사하여 헌법에 충실해야 하는 공무원으로서 직무를 수행하기에 적합하지 않다고 판단되는 경우에는 공직에서 배제시킬 수 있었고, 이에 따라 적합하지 않다고 판단되는 자들은 임용이 되지 않았다.<sup>392)</sup>

#### 라. 구동독지역에서의 지방자치제도 시행

구동독의 국가권력은 소위 민주적 중앙집중제로서 지방자치가 인정되지 않았던 구조였으나, 1990년 5월 6일에는 지방자치단체 선거를 치렀고, 5월 17일에는 동독 지방자치법이 제정되기에 이르렀다. 통일조약에서도 이 지방자치법이 그대로 적용되도록 규정하였다. 이 법은 구동독지역에 신설된 각 주가 자신의 지방자치법을 제정할 때까지는 주법으로서 효력을 유지하도록 하였는데, 지방자치를 제도적으로 보장하기 위해서는 그 구체적 내용을 각 주가 스스로 정하는 것이 마땅하다는 취지에서였다.<sup>393)</sup>

#### (3) 사법(司法)통합

구동독지역의 사법조직도 통일독일의 기본법원리인 자유민주주의, 법치국가주의, 사회복지국가주의 및 연방주의에 입각하여 개편이 이루

---

392) 고영훈, 앞의 책, 115-117면.

393) 고영훈, 앞의 책, 125-127면

어져야 했다. 특히 구동독에서 공산당의 독재지배에 종속하는 통치기구로 전락했던 구동독의 법과 사법청산이 가장 시급한 문제로 제기되었다. 따라서 국가공권력의 행사가 법치주의 원칙에 따라 이루어지고, 헌법질서에 기속될 수 있도록 하는 것에 중점을 두고 사법통합을 진행하였다. 행정법원 창설, 노동·사회사건을 관할하는 특별법원을 창설하였으며, 구동독의 사법조직을 주정부 산하로 이관되어 전반적으로 개편되도록 하였다. 사법체계의 통합에 있어서는 신속한 사법체계 구축도 중요했지만, 구동독의 사회주의 체제수호의 하수인 역할을 했던 법관 및 검사들을 사법에서 배제시켜야 하는 문제점도 고려되어야 했기 때문이다.

통일조약은 서독의 법원제도를 즉각적으로 도입하지 아니하였고, 경과규정에 의해서 구동독의 사법조직이 신설연방주에서 잠정적으로 존속하게 하였으며, 특별재판권의 분리시기와 정규재판권의 정상적인 재건시기에 관하여는 주입법자에게 위임하였다.<sup>394)</sup>

## 2. 형사법 분야의 통합

서독형사법은 통일조약 제8조에 의거하여 원칙적으로 동독지역에 확장 적용되었다. 기본적으로 형사법의 규율사항은 기본법 제74조 제1호와 제72조에 의해 연방의 입법사항에 해당하는 것이며 구동독 형사법은 서독의 형사법과는 내용상 본질적 차이를 보이고 있었으므로, 통일조약 제9조 제1항에 의한 주법으로서 구동독지역에 계속 발효될 수는 없었다.<sup>395)</sup>

다만, 통일조약 부속서I, II의 제3장 C부문(형사편)에서 서독형사법 확장 적용원칙에 대한 다양한 예외조항들을 마련해 두고 있는 점이 눈

---

394) 법무부, 앞의 책, 221-222면.

395) 법무부, 앞의 책, 204면.

에 띈다. 형사법 분야의 법제통합에서 다루어져야 할 사항들은 대부분 이 부속서 관련 조항들에 담겨져 있었다. 그중 부속서I의 제3장 C부분은 구동독에서 범하여진 범행 등의 처리에 관련된 문제 등 법의 동화에 따른 경과조치로서, 연방법의 수정, 보완 등을 규정하고 있으며, 부속서II의 제3장 C부분은 일부 동독형사법조항의 한시적 계속효를 인정하는 내용을 다루고 있다.<sup>396)</sup>

### 3. 사법(私法) 분야의 통합

#### (1) 제1국가조약에 의한 통합

앞서 살펴본 제1국가조약이 발효되면서부터 상사법 분야의 통합이 본격적으로 시작되었다. 그 주요내용으로서 통화통합이 이루어지면서 통화주권청이 단일화되었고, 이에 따라 동독지역에 시장경제적 은행제도가 도입됨으로써 동독의 사회주의적 시장경제체제하에서 국가에 의해 통제받았던 동독은행제도가 폐지되기에 이르렀다. 결국 동독지역의 경제질서하에서도 원칙적으로 정부의 가격통제를 배제하고 자유가격경쟁을 보호하며, 경쟁적 생산질서 및 사유재산권이 보호되고, 기타 노동·자본·재화·서비스의 완전한 이동의 자유 등이 가능하게 되었다. 또한 국가수용 부동산의 원소유자에게의 반환하며, 국유기업의 사유화작업이 추진되는 한편, 투자촉진을 위한 과도적 조세감면대책도 수립되었다.<sup>397)</sup> 이러한 새로운 경제질서에의 적응을 위하여 과도적 재정지원이 필요하였기에 동독정부는 1990년 6월 17일 신탁청을 설립하고 신탁법을 제정하였다. 국영조합·기업 등 경제활동단위들은 동법에 따라 새로 설립되는 절차를 거치며 자본주의 구조로 개편하게 되었

---

396) 법무부, 앞의 책, 204-205면.

397) 법무부, 앞의 책, 156-157면.

다.<sup>398)</sup>

## (2) 통일조약에 의한 통합

통일조약에 의하여 연방민법(BGB)은 원칙적으로 독일전역에 확장 적용되게 되었다. 원래 동서독은 2차 세계대전 이후 분단에도 불구하고 1896년 8월 18일에 제정된 BGB가 공통적으로 적용되어 왔다. 그러나 1975년 동독민법(ZGB)이 제정되어 동독지역에서 단독으로 시행되면서 동서독은 민사실체법과 절차법을 달리하였다가 통일조약이 체결됨으로써 사법의 동화작업이 이루어지게 되었다.

구체적으로는 통일조약 부속서I의 제3장 B부분 제2절에 의한 연방민법시행법률(EGBGB)의 개정으로 연방민법이 구동독지역에도 적용되게 되었다. 이에 따르면 연방민법 제616조 제2항, 제3항, 제622조, 제1706조 내지 제1710조를 제외한 연방민법 및 동법 시행법률은 통일조약 발효 후 동법 시행법률의 경과규정에 따라 구동독지역에서 효력이 발생한다.

다만, 통일조약 부속서I의 제3장 B부분 제1절에 의하면 ‘독일연방법률관보 제3편 분류번호 402-2에 공시된 법원의 계약구조에 관한 법률’, ‘1988년 7월 21일의 규정에 의해 최종 개정된 1970년 6월 27일의 통상의 부양에 관한 규정’은 통일조약 제8조에 따른 연방법의 확장 적용에서 제외되었다.<sup>399)</sup>

## 4. 사회법 분야의 통합

### (1) 노동법제의 통합

---

398) 법제처, 독일통일관계법 연구, 1991, 83면.

399) 법무부, 앞의 책, 96면.

사회법 분야에서는 노동법제와 사회보장법제에 관한 협의를 통해 동독에서도 서독과 같이 단결권, 임금자주결정권, 노동쟁의권, 노동협약, 노사공동결정권, 해고보호 등 노동법 질서의 일반원칙이 도입되게 되었다.<sup>400)</sup> 그리고 제1국가조약 제18조부터 제25조까지의 규정에 의하여 동독지역에도 점차적으로 서독지역에 상응하는 사회보장제도가 실현가능하게 되었다. 나아가 통일조약이 발효되며 원칙적으로 서독의 노동법이 구동독지역에 적용되게 되었고, 이에 따라 구동독의 노동법은 원칙적으로 실효되었다. 이에 대한 예외 역시 통일조약 부속서에 함께 규정되었으므로, 일정기간 병존하는 구조가 되었다. 통일조약 제30조 제1항은 통일독일 입법기관에 근로계약법, 근로시간법 및 여성근로자특별보호법을 가능한 한 조속히 새로 통일적으로 제정·편찬하도록 위임하였다.<sup>401)</sup>

## (2) 사회보장법제의 통합

제1국가조약 제18조는 단일사회보장제도를 폐지하고, 서독의 제도를 따라 같은 직역별 다원조직을 갖는 사회보장제도, 즉 공법상 독립된 단체에서 운영하는 연금제도, 의료보험제도, 재해 및 실업보장보험제도, 고용촉진제도, 사회부조제도 등으로 분리할 것을 규정하였다. 이 조약 제19조에 따라 동독정부는 서독의 직업촉진법과 동일한 법, 생활보호요구를 규정한 생활보호법을 제정하였다. 동 조약 제21조와 제23

400) 구동독헌법에서도 노동의 권리는 인정이 되고 있었으나, 권리에 앞서는 노동의 의무 강조, 엄격한 노동규율의 준수 의무, 계획과업의 달성 의무, 국가표준노동정량의 제정 등이 더욱 중시되었다. 이에 반해 서독의 노동법은 사유재산제도를 전제로 한 시장경제체제 하에서 노동력과 임금이 서로 대가적인 관계에 서면서 당사자의 자유로운 교섭에 의하여 결정되는 것을 원칙으로 하면서 사회적 약자로서의 근로자의 지위를 인정하여 근로자를 보호하기 위한 방안들을 규정하고 있었다. 법제처, 독일통일관계법 연구(II), 1992, 136-137면.

401) 법제처, 독일통일관계법 연구(II), 1992, 137-138면.

조는 각각 의료보험법과 재해보장법을 서독과 동일하게 개정하도록 하였다.

한편, 제1국가조약과 연금조정법에 따라 동독주민의 연금수준도 서독의 수준까지 크게 향상되었다. 제1국가조약에서의 사회보장규정들은 서독에서 적용되던 기본원칙인 급여에 따른 보험료 납부원칙이 적용되며 제도적으로는 동서독 주민간의 생활수준이 균등하게 보장될 수 있었다.<sup>402)</sup>

## V. 독일의 사례가 주는 시사점

### 1. 남북한 통일에의 시사점

#### (1) 분단국 통일시의 법제통합이 추구해야 할 이념

통일 이후 법제통합이 추구해야 할 이념은 배분적 정의를 실현하여 양측 모두가 균형적으로 발전함으로써 완전한 국가통합을 달성하는 것이어야 한다. 그런데 큰 차이가 나는 경제 상황이라는 현실을 감안하지 않고 단지 형식적 자유와 평등을 보장하는 정도에 그친다면 제대로 통합이 이루어진 것으로 볼 수 없다. 독일통일의 법제통합 과정은 흡수당하는 쪽의 법질서 적응작업과 흡수하는 쪽의 법질서 개정작업이 비교적 형식논리보다는 실질내용에 중점을 두고 추진되었다고 평가된다. 또한 수 년여에 걸친 기본법의 개정을 통해 국가기본질서 형성에서 소외된 국민계층이 없도록 배려한 것도 주목할 필요가 있다. 향후 우리의 법제통합 역시 북한사회와 북한주민이 처한 특수한 상황을 최대한 고려하는 방향에서 추진될 수 있도록 노력해야 한다.

---

402) 신용호, 앞의 책 85-88면.



## (2) 통일 상대방의 법질서와 법문화에 대한 체계적 이해를 바탕으로 한 통합 추진

분단국 통일에 있어 법제통합에서는 서로 상이한 법제도뿐만 아니라 그로 인한 법문화도 또한 고려되어야 한다. 즉, 양측 주민들의 기존의 생활방식과 통합에 대한 태도에도 큰 주의를 기울여야 한다. 그렇지 못했을 경우에는 새로운 통일국가의 정체성 및 수용에 있어서 문제에 봉착할 가능성이 있기 때문이다.<sup>403)</sup> 통합 과정에서 새로운 법제도를 강압적으로 관철시키려는 태도 역시 바람직하지 못하다. 새로운 것에 대한 수용여부를 주민들 스스로 결정하고 이를 통해 통일국가를 자신들의 국가로 느끼는 것이 중요한데, 강압적 태도는 반발심만을 야기할 우려가 있기 때문이다.<sup>404)</sup>

## (3) 통일과정에 따른 단계적 통합의 추진

분단국이 성공적인 통일을 이루는 가장 이상적인 방법은 단계적 과정을 거치는 것이다.<sup>405)</sup> 또한 통일 이후의 법제통합을 보다 성공적으

403) 독일의 경우 단순한 형식적 통합에 관심을 집중하여 법제도가 항상 한 국가의 경제 및 사회 질서와 밀접한 연관을 가진다는 사실을 간과한 면이 없지 않다. 남북한은 양측의 법감정과 법생활을 충분히 고려하고 존중하여 일방의 법이 상대방 부분국가의 주민들에게 법적 명령으로 작용하지 않도록 세심한 주의를 기울여야 할 것이다.

404) 법은 사람들이 인정하고 받아들임으로써 생명력을 얻기 마련이므로, 분단국 한 편에서 운영되었던 제도들을 한꺼번에 붕괴시키는 것은 주민들의 새로운 제도에 대한 적응과 의식전환의 측면에서 그다지 바람직하지 않고, 자칫 통합이라는 최종 목표에 방해가 될 수도 있다는 점에서 신중해야 할 문제이다. 지크프리트 브로스(Siegfried Broß), 독일통일과정에서의 법제통합과 시사점, 국민대학교 법학연구소 학술발표대회 논문집 Vol.2010 No.10, 국민대학교 법학연구소, 2010, 21-22면; 독일통일 당시 사민당과 진보적인 학자들은 새로운 독일헌법의 제정이 구동독 주민들에게 새로운 국가적 기본질서 형성에 독일국민으로서 동등하게 참여하도록 함으로써 서독 주민들에 대한 열등감을 해소하고 국민적 통합을 이룩하는 데 기여할 수 있을 것이라는 주장이 제기된 것도 같은 맥락에서 이해된다.

405) 이와 관련하여 독일의 지크프리트 브로스 교수는 27개국의 유럽연합 통합과정이나, 47개국이 관련된 유럽 인권 및 기본자유보호협약 또는 180여개국이 관련된 더 느슨한 형태의 유엔을 예로 들며 사람에 대한 포용력을 가지고 완벽주의를 지양하는 자세로 단계적 통합을 이루어나갈 것을 제안하고 있다. 지크프리트 브로스(Siegfried Broß), 앞의 글, 23면.

로 달성하기 위해서는 통일 전 단계부터 서로 간의 법적 이해와 협조가 이루어질 수 있도록 교류를 추진할 필요가 있다. 그러한 점에서 남북한 간의 법적 교류는 통일 이후의 법제통합을 순조롭게 추진하는 사전정지작업으로서의 가치를 가진다고 할 것이다. 현실적으로 가장 실현가능성이 높고, 유용한 분야부터 추진하는 것이 좋다고 생각된다. 이러한 경험을 통해 북한은 남한의 법제운영능력을 배워갈 수 있으며, 남북한 상호 간에 신뢰를 쌓는 긍정적인 효과도 얻을 수 있다.<sup>406)</sup>

## 2. 남북한 법제통합의 기본방향

### (1) 남북한 사이의 현저한 사회·경제적 차이를 고려하여 필요한 예외조항 내지 경과규정을 마련

법제통합에 관한 내용을 담은 남북합의서 및 기타 법령에는 남한지역과 북한지역의 현저한 사회·경제적 차이를 고려할 때 필요한 예외조항 내지 경과규정이 마련되어야 한다. 통일을 전후하여 한반도 전역에 대한 광범위한 법의 동화가 이루어지고 북한지역의 법들이 새로운 법치국가원칙에 의한 법들로 대체되어 가는 과정에서, 북한지역에서 움트는 발전의 씨앗과 새로운 법제도를 형성해 나가려는 자생적인 노력이 배제되거나 좌절되지 않도록 배려해야만 할 것이다.<sup>407)</sup>

### (2) 점진적인 법제통합의 추진

급진적인 법제통합을 추진하게 될 경우에는 북한지역에 확대 적용되는 새로운 법은 북한주민들의 현실이나 의식을 제대로 반영할 수 없

---

406) 김병기, 앞의 글, 122면.

407) 김병기, 앞의 글, 130-134면.

다. 그렇게 되면 새로운 법은 현실과 괴리되며 주민들로부터 외면되고 결국은 실패라는 결과만을 안겨줄 우려가 있다. 물론 통일당시의 상황이 매우 급박해서 어쩔 수 없이 급속한 법제통합을 꾀어야 할 수도 있을 것이다. 그러나 이 경우에도 통일한국의 가치질서를 이루게 될 법제통합의 이념과 배치되는 사회주의적 색채를 띤 법제도는 통일과 동시에 폐지하고, 그 외 민사법 등 시민사회영역을 규율하는 법제도는 가능한 한 단계적·점진적으로 통합하는 것이 통일로 인한 혼란과 충격을 최소화할 수 있는 길이라는 점을 유의해야 한다.<sup>408)</sup>

### (3) 북한주민의 입장을 반영할 수 있는 제도적 장치 마련

통일과정에서의 법제통합은 그 내용적 정당성 못지않게 절차적 정당성도 확보할 수 있어야 한다. 법제통합에 관한 합의가 구체적으로 어떤 형식을 취하건 간에 북한주민의 참여를 통한 당사자 간의 합의를 도출하고 그 합의에 의거하여 법통합을 추진하는 방향으로 가야 할 것이다.<sup>409)</sup>

경제적인 면에서 사회국가원리의 이념 하에 북한사회와 주민에 대한 경제적 특별배려를 통해 구체화되어야 하며 사회적 기본권을 보장한 헌법과 이를 실현하기 위한 각종 법령과 제도들이 이러한 특별배려의 수단으로 조율되어서 북한주민이 상대적으로 이등시민으로 전락하는 것을 방지하여야 한다. 그렇지 않으면 남북한 통일은 북한주민의 상대

408) 독일통일의 사례를 통해 법질서의 예외 없는 일시적·총괄적 통합은 가능하지도 않을뿐더러 결코 바람직하지도 않다는 점을 알 수 있다. 결국 법통합을 위한 전략적 방안은 분야별로 차별화하여 단계적·점진적 법통합과 포괄적·급진적 법통합을 병행하는 것이 될 것인바, ‘자유민주주의와 기본적 인권 보장을 지향하는 법치국가원리’를 장기적 전략으로 삼고, 통일한국의 법질서의 구성부분을 국가적 영역과 시민사회적 영역으로 구분하여 전자를 선행시키되 후자를 추완하는 방향에서 모색하는 것이 바람직하다. 김병기, 앞의 글, 130-134면.

409) 이와 관련하여 북한지역에서 민주적 선거 등 자발적 합의를 통하여 새로운 인민대표기구를 구성할 필요도 있다. 인민대표기구는 독일의 원탁회의처럼 체제전환을 이끄는 중추기관으로서 통일여건을 조성하는 작업을 담당한다. 김병기, 앞의 글, 130-134면.

적 소외감과 이로 인한 상대적 박탈감과 이질감의 증대를 초래해서 또 하나의 분단으로 이어질 가능성이 크다는 점을 유의해야 한다.<sup>410)</sup>

#### (4) 자유민주주의와 실질적 법치주의에 기초한 통합

남북한의 법제통합은 자유민주주의와 실질적 법치주의에 기초하여 이루어지도록 해야 한다. 이를 통해 완전한 의미의 통일을 이루기 위하여는 북한의 반민주적·반법치적 과거청산작업도 중요하겠지만, 그보다 우선 남한 내에서의 자체적인 법정비가 필요하다.<sup>411)</sup> 남한의 경우에도 오랜 군사독재를 거쳤기 때문에 반민주적·반법치주의적 잔재가 여전히 남아있는데, 이러한 과거청산이 이루어지지 않은 상태로 법제통합을 진행하게 되면 결국 이 상태 그대로 북한지역에도 확장 적용되리라는 점이 우려된다. 따라서 민주주의와 법치주의원칙에 따라 남한 내부적 법제정비와 개혁이 이루어져야 할 것이다.<sup>412)</sup>

### 3. 남북한 법제통합의 기본원칙

독일의 사례를 참고할 때, 남북한의 법제통합 역시 남한법의 원칙적 확장 적용과 일부법의 적용유보, 북한법 일부규정의 한시적 효력 인정 등 세 가지 원칙 아래 진행하여야 한다.<sup>413)</sup>

410) 이와 관련해 통일 이후 통합과정에서 사회적으로 소외 또는 배제된 구동독인사들의 비참한 현실, 최소한의 존립조차 부정당한 동독경제의 파괴, 막대한 재정투자에 따른 구서독주민들의 불만과 구동독경제체건의 지체, 급증하는 실업률, 오히려 통일 이후 역전되어 약화된 여성의 지위, 극우정치세력들의 발호 등과 같은 독일통일의 부작용들은 우리가 법제통합 과정에서 해결해야 할 과제가 무엇인지를 확연히 보여준다. 김병기, 앞의 글, 130-134면.

411) 김병기, 앞의 글, 130-134면.

412) 김병기, 앞의 글, 121면.

413) 독일식 법제통합과는 별개로, 남북한의 급격한 통일에 따르는 경제적 부담, 사회혼란, 남북한 주민간의 이념적 대립 등을 감안하여 일정기간 남북한의 정치적 통합을 유예하고 북한의 체제를 존속시키는 중국·홍콩 식의 일국양제 모델을 우리의 현실에 맞게 수용하여 북한지역을 특별구역으로 관리하자는 주장도 제기되고 있다. 이것은 독일의 방식과는 다르기 때문에 이 글에서는 따로 논의하지 않는다. 이규창, 앞의 글, 61면.

우선 남한법은 북한지역에도 원칙적으로 확장 적용될 것이다. 이는 우리헌법 제3조 영토조항의 해석상 당연한 것이며, 그 논리적 귀결로서 북한 법령은 원칙적으로 폐지된다. 다만 북한법이 한시적으로 적용될 필요성이 있을 수 있고, 경우에 따라서는 긍정적으로 평가되는 북한법 일부규정이 통일한국 법질서에 수용되는 것을 고려할 수도 있다.<sup>414)</sup>

우리는 자본주의, 자유민주주의를 기반으로 하고 있는 반면, 북한은 계획경제질서와 사회주의를 기반으로 하고 있어 북한의 법률을 일시에 전면적으로 폐지하고 남한법률을 확장 적용하게 될 경우 북한주민들에게 상당한 혼란을 야기할 우려가 있다. 이런 이유로 북한법령을 선별하여 한시적으로 적용할 현실적인 필요성이 인정되는데, 이 경우 그 선별기준이 문제된다. 우선 생각해 볼 수 있는 것으로 우리헌법의 기본원리에 부합해야 한다는 원칙이 있다.<sup>415)</sup> 다음으로 법치국가원리에 위배되어서는 안 된다.<sup>416)</sup> 또한 북한의 정치이념인 주체사상과 선군사상 등을 뒷받침하는 내용의 법령은 전면적으로 적용을 중지해야 하며, 예외적으로 적용할 필요가 있는 경우더라도 이념적 요소를 제거한 후 부분 적용하는 방향으로 나아가야 한다. 마지막으로 우리헌법상의 시장경제질서와 배치되는 법령 역시 폐지되어야 할 것이다.<sup>417)</sup> 다만, 가

414) 북한헌법은 무상치료 및 나이 많거나 병 또는 불구로 노동능력을 잃은 사람, 돌볼 사람이 없는 노인과 아동에 대해 물질적 방조를 보장하며, 여러 어린이들을 가진 어머니를 위한 노동시간 단축 등 여성보호에 대한 특별한 규정도 두고 있는데 이러한 규정들이 그러한 예가 될 수 있다. 이규창, 앞의 글, 73-74면.

415) 예컨대 우리나라가 민주공화국이라는 점, 국민의 자유와 평등을 보장하고 민주주의를 실현하기 위하여 언론·출판·집회·결사의 자유를 보장하고 참정권을 보장하는 것 등을 들 수 있다. 이규창, 앞의 글, 73면.

416) 우리헌법은 본문에서 법치주의를 명시하고 있지는 않으나, 법치주의는 헌법 전반에 걸쳐 구현되고 있다. 법치주의는 북한법령의 적용 판단에 있어 기본 핵심이 되는 기본원리 중의 하나이다. 이규창, 앞의 글, 73면.

417) 사회주의상업법, 사회주의재산관리법, 가격법, 재정법처럼 사회주의경제원리의 구체적인 원칙과 내용을 담고 있는 법령들과 철도법, 자동차운수법, 농업법 등 시장경제원리에 따른 자유로운 기업 활동이 아니라 국가 주도의 산업 체제를 규율하고 있는 법들은 우리헌법상의 시장경제원리와 직접 배치되므로 적용을 배제하여야 한다. 이규창, 앞의 글, 72-73면.

족법·상속법과 같이 북한지역에서 전통적으로 전해져 내려오는 혼인과 가족생활은 보호받고 존중되어야 할 것이고, 북한주민의 일상생활과 밀접한 관련이 있는 분야의 법령은 가급적 효력을 지속시키는 것이 필요하다.<sup>418)</sup>

---

418) 장애인보호법, 연로자보호법, 적십자회법 등 인권 관련 법령들과 화장법, 수의약품관리법, 수의방역법, 전염병예방법, 식료품위생법, 공중위생법, 의료법 등의 보건관련 법령들이 여기에 해당된다고 볼 수 있다.

## <참고문헌>

- 고영훈, 독일통일에 따른 공법의 통합에 관한 연구, 한국법제연구원, 1994.
- 김병기, “대한민국 북한지역 관할권 확보의 법적 타당성과 남북한 법제통합의 기초”, 저스티스 통권 제121호, 한국법학원, 2010.
- 김상용, “독일통일과정에서의 법제통합과 시사점”에 대한 토론문, 국민대학교 법학연구소 학술발표대회 논문집(Vol.2010 No.10), 국민대학교 법학연구소, 2010.
- 김영탁, 독일통일과 동독재건과정, 한울아카데미, 1997.
- 김용두, “독일통일과정에서의 법제통합과 시사점”에 대한 토론문, 국민대학교 법학연구소 학술발표대회 논문집(Vol.2010 No.10), 국민대학교 법학연구소, 2010.
- 김철수, 독일통일의 정치와 헌법, 박영사, 2004.
- 법무부, 독일법률·사법통합 개관, 1992.
- 법제처, 독일통일관계법연구(I), 1991.
- \_\_\_\_\_, 독일통일관계법연구(II), 1992.
- 신용호, 독일통일에 따른 법적 문제, 전주대학교 출판부, 1998.
- 신현윤, “독일의 통일법 체계와 남북관계의 제도적 발전을 위한 시사점”, “독일통일 20년과 한반도 통일” 학술회의 자료집, 2010.
- 심재철, “대한민국 북한지역 관할권 확보의 법적 타당성과 남북한 법제통합의 기초”지정토론문, 저스티스(통권 제121호), 한국법학원, 2010.
- 이규창, 남북법제통합의 기본원칙 및 방향과 과제, 저스티스(통권 제122호), 한국법학원, 2011.
- 이효원, 남북교류협력의 규범체계, 경인문화사, 2006.
- 임종대 외, 독일이야기2, 거름, 2000.

- 제성호, “남북한 법제통합 방향모색”, 법정논집(Vol.36), 중앙대학교 법학대학, 2001.
- 주광일, 동·서독 법률·사법통합 현황 및 남북관계 진전에 따른 법적 문제, 저스티스(Vol.27 No.1), 한국법학원, 1994.
- 지크프리트 브로스(Siegfried Broß), 독일통일과정에서의 법제통합과 시사점, 국민대학교 법학연구소 학술발표대회 논문집 (Vol.2010 No.10), 국민대학교 법학연구소, 2010.
- 허영 편저, 독일통일의 법적 조명, 박영사, 1994.
- 황동언, “남북한 법제도 통합상의 과제”, 통일(통권 제194호), 민족통일중앙협의회, 1997.



## 독일통일과정에서의 법적 통합 시사점

사법연수원 김유리

### 1. 개요

1990년 독일이 통일(Vereinigung)을 이룬지도 벌써 20년이 지났고, 우리나라에서도 여러 분야에서 독일 통일에 대한 많은 연구가 이루어져 왔습니다. 그에 따라 2000년 남북정상회담을 계기로 개성공단사업, 금강산 관광사업, 2007년 10월 남북정상회담 등이 이루어지면서 남북 간 교류협력은 활발해졌습니다.<sup>419)</sup> 하지만 작년에 발생한 천안함 및 연평도 사태에서 보는 바와 같이 여전히 남북관계는 긴장과 대립 속에서 남북 간에 구체적인 법과 제도의 확립은 이루어지지 못하고 있는 실정입니다. 분야별 논의 외에 궁극적으로 통일 후 남북양측이 공감을 얻는 실질적인 통일을 이루기 위해서는 근본적인 문제인 법제통합(Rechtsintegration)에 대한 논의가 이루어져야 합니다.<sup>420)</sup> 이러한 상황에서 이번 학술대회를 통해 과거 독일통일로부터 미래 통일한국을 위한 방안 및 시사점을 연구할 수 있게 되어서 의미 있는 작업이라고 생각합니다.

서독의 법제가 기본이 되어 동독이 서독지역에 편입되었듯이 우리의

419) "동서독 교류협력 법제 연구", 법무부, 2008, 3면.

420) 홍준형 외, "독일통일과정에 있어 법·행정의 통합에 관한 연구", 行政論叢, 1998, 119면.

경우도 남한 법제가 기본이 되고 북한이 남한에 흡수통일 되어야 한다는 발표자의 기본입장에는 원칙적으로 견해를 같이하되 발표문의 내용을 보완하는 방향으로 토론을 하고자 합니다.

## 2. 남북한 통일의 방향 및 남북한관계의 특수성

남북관계를 보는 관점에는 여러 견해가 있으나, 남북기본합의서에 의해 남북한 특수관계론이 채택된 현 상황에서는 남한과 북한은 대외적으로는 국가성이 인정되지만 대내적으로는 국가 간의 관계가 아닌 특수한 관계로 보는 것이 상호 체제의 존중 아래에서 통일을 위한 잠정적인 논의를 위해 타당하다고 할 것입니다. 특히 역사적으로 법치주의와 기본적 인권존중에 기초한 민주주의의 승리가 입증되었다는 점에서 상해임시정부를 계승한 남한이 통일한국의 주체가 되어야 한다는 점<sup>421)</sup>에는 이견이 없습니다. 이러한 입장에서 남한의 주도 아래 북한이 흡수통일 되어야 한다는 발표자의 태도에는 공감합니다.

다만 김일성 이후 3세대의 가족세습통치체제를 유지하기 위해 최근 김정은 체제로 정비하는 북한은 김일성체제 이래 줄곧 남한 주도의 흡수통일에 반감을 충분히 드러내어 왔고,<sup>422)</sup> 최근 남북 간의 긴장관계가 고조되고 있는 상황에서 남한의 일방적인 흡수통일은 현실적으로 쉽지 않다고 생각합니다. 이에 북한의 어려운 경제상황을 고려하고 북한 법질서와 법문화에 대한 이해를 바탕으로 단계적인 통합을 추진하는 발표자의 입장에 공감합니다. 다만 남한의 법제도에 대한 수용여부를 북한 주민들이 스스로 결정하도록 하여야 된다는 취지에는 동조하나, 과연 실효성이 있는지에 대해서는 재고해 볼 필요가 있다고 생각합니다. 즉 북한 주민의 결정을 통해 수용여부를 결정하는 방안으로는 주민투표 등이 있을 것이나 현재 북한주민의 의식변경 가능성 및 아래로부터의 개혁이 가능한지가 의문입니다. 또한 이러한 방안은 직

421) 김병기, “대한민국 북한지역 관할권 확보의 법적 타당성과 남북한 법제통합의 기초”, 저스티스(통권 제121호), 한국법학원, 2010, 129면.

422) 김병기, 앞의 글, 122면.

접 민주주의적 요소를 도입하는 것이므로 신중한 결정이 필요함과 동시에 헌법적 근거도 뒷받침되어야 하기 때문입니다. 따라서 북한주민에 대한 관심 및 통일에 대한 의식수준의 향상이 이루어짐을 기초로 해야만 북한 주민의 자발적인 결정을 기초로 한 통일법제 완성이 가능하다고 생각합니다.

### 3. 독일의 통일과 남북한 통일의 차이점 검토

발표자의 자유민주주의와 실질적 법치주의에 기초한 한반도 통합 방안에는 공감합니다. 다만 독일통일을 모델로 하여 법제 통합을 이루기 위해서는 독일과 한반도의 차이에 대해서 생각해 보지 않을 수 없습니다. 독일의 경우 동독과 서독 사이에 제1국가조약, 2+4조약과 통일조약을 거쳐 서독법을 기본으로 하는 단일 법제를 마련하면서 법제통합이 이루어졌고, 이는 ‘재통일(Wiedervereinigung)’이라는 점에서 특수관계론에 있는 한국의 경우는 ‘국가의 재구성(Staatliche Reorganization)’이 이루어진다<sup>423)</sup>는 차이점을 유의할 필요가 있기에 아래에서는 제 소견을 덧붙이고자 합니다.

첫째, 독일의 경우 서독기본법 제23조를 근거로 통일한 후 기존의 서독기본법을 새롭게 정비하는 방향으로 법제통합이 이루어진바<sup>424)</sup>, 기본법(Grundgesetz)은 우리의 헌법에 대응하는 것으로 기본법 정비는 '헌법개정'에 해당한다고 봅니다. 독일의 경우 헌법 개정은 연방의회와 참사원의 각 재적의원 2/3의 찬성이 있으면 개헌이 가능한데 반해 우리의 경우 헌법 제128조에서 130조에서 규정하듯이 “국회재적의원 과반수 또는 대통령의 발의 - 재적의원 2/3이상의 찬성 - 국민투표에 붙여 국회의원선거권자 과반수의 투표와 투표자 과반수의 찬성을 얻어야 하는 절차”<sup>425)</sup>에 따라 독일의 헌법 개정보다 엄격한 요건과 절

423) 김병기, 앞의 글, 128면.

424) 전광석, "동서독통일의 방법론에 대한 헌법논의", 독일통일의 법적조명, 박영사, 1994, 32-33면.

425) 대한민국 헌법 제 128조, 제129조, 제130조 참조.

차가 요구되는 것을 알 수 있습니다. 따라서 ‘단순히 독일과 같이 기본법을 정비하는 방향에서의 헌법 개정이 이루어질 수 있는지의 문제’와 ‘만약 개정이 된다면 개정 내용에 대해 독일과는 달리 남북한의 2원체제를 아우르는 대대적인 개정의 필요성의 문제’가 발생하지 않을까 생각해 봅니다.

둘째, 독일이 통일에 도달하게 된 과정에 유의할 필요가 있다고 보는바, 독일의 경우 분단 이후에도 동서독 간의 교류가 활발하였으며, 특히 동서독 주민간의 방문, 동독 주민의 서독으로의 이주, 우편 및 통신, 언론 교류 등이 가능하였음을 알 수 있습니다.<sup>426)</sup> 거주이전의 자유 차원에서 동독의 경우 서독보다는 많은 제한을 가하였지만 동서독 간에 교류가 이루어진 것은 남북한과는 확연한 차이점이라고 할 수 있습니다.<sup>427)</sup> 따라서 이러한 차이점에 대한 고려 없이 이루어지는 남북한 간의 흡수통일은 문제점을 낳을 수 있으므로 남북한주민의 교류가 선제되어야 할 것입니다. 다만 동독 주민들의 열망이 통일의 시발점이 된 독일<sup>428)</sup>과 같이 일시적으로 모든 교류를 허용하는 것은 오히려 남북한 주민의 반감을 살 우려가 있고 이러한 차이로 인해 화합이 이루어지기 어려울 수 있으므로 그 교류 및 접촉은 점진적으로 이루어져야 할 것입니다. 이산가족의 자유로운 방문 및 개성공단과 같은 일정 규제 속에서의 노동력 교류는 점진적인 교류의 예라고 생각합니다.

#### 4. 독일 통일의 시사점

발표자께서 발표하신 내용과 이제까지 살펴본 내용을 통해 보건대 독일의 통일과정과 체제가 남북한의 경우와 다름에도 우리에게 시사하는 바가 있음은 분명합니다.<sup>429)</sup> 이를 토대로 독일 통일의 문제점에 대

---

426) 신현윤, "독일의 통일관련 법체계와 남북관계의 제도적 발전을 위한 시사점", 법조(통권 제 568호), 법조협회, 2004, 60-67면. 통과사중협정, 여행 및 방문완화 협정, 교통조약, 프랑크푸르트협정, 베를린협정, 문화협정, 과학기술협정, 보건협정, 스포츠협정, 우편통신협정, 공동재난방지협정 등.

427) 법무부, 앞의 책, 263-274면.

428) 김철수, "동독헌법과 통독헌법", 미국헌법연구, 미국헌법학회, 1997, 463면.

해서 살펴보며 한층 구체적으로 한반도의 통일을 위한 방안에 대해 발표자의 의견을 보완하겠습니다.

우선 독일의 경우 서독의 일방적인 서독체제에 대한 흡수통일은 동독 주민에 대한 통일 환경이 완성되지 않은 채로 이루어졌다는 점에서 비판을 받는바, 통일한국의 경우에도 북한 주민에 대한 기초적인 생활 여건이 조성되어야 함은 분명한 사실이라고 생각합니다. 독일의 경우에는 서독의 막강한 경제력이 바탕이 되었기에 현저히 경제적인 차이가 나는 동독의 경제력을 뒷받침할 수 있었지만, 우리의 경우 경제적으로 어려운 대다수의 북한주민에 대한 경제적인 원조가 가능할 것인지에 대한 진지한 고려가 뒤따라야 함을 알 수 있습니다. 체제가 전혀 다른 경우 급진적인 사회, 경제체제통합은 문제점을 낳습니다.<sup>430)</sup> 따라서 남한의 재정지출을 토대로 한 통일을 위해서는 남한의 경제력 확보 문제가 해결되어야 하는 문제점이 남아있기에 체계적인 사회복지정책을 성장시키는 작업이 급선무가 되어야 할 것입니다.<sup>431)</sup> 이는 최근 정부 차원의 경제적인 원조에 그치지 않고 남한의 주민에게 통일 비용을 부담시키는 통일세와 관련하여 논의<sup>432)</sup>가 이루어지는 것과도 동일한 맥락이라고 판단됩니다.

다음으로 통일의 절차적 정당성 확보와 관련하여 살펴보겠습니다. 일방적인 흡수통일을 지양하기 위해서는 북한 당국의 의사와 북한 주민의 인식이 선행되어야 하는 것을 앞에서 논의했습니다. 하지만 현재의 세습체제에 바탕을 둔 북한 지도층이 유지되어서는 법치주의에 근거한 통일을 기대하기 어렵기에, 북한주민의 참여가 어떻게 이루어져야 할 것인지에 대해 특히 절차적 정당성 확보와 관련하여 발표자의 의견을

---

429) 신현윤, 앞의 글, 48-49면.

430) 법제처, "독일통일관계법 연구 II", 1992, 머리말.

431) 김영윤, "통일 20년의 독일경제 - 독일통일은 성공적인가", 통일로 가는 길(naver blog) 참조.

432) 독일의 경우 이러한 통일비용을 연방정부의 정부부채로 감당할 것인가, 소득세, 특별소비세, 간접세, 부가가치세로 해결할 것인가 등의 논의가 이루어졌다. 박성조·양성철, "독일통일과 분단 한국", 경남대학교 극동문제연구소, 1991, 189면.

보완하고자 합니다. 그 한 예로 지방자치제도와 관련하여서 각 지방자치단체의 대표를 기존의 노동당 소속 대표가 아닌 정당성을 가질 수 있는 새로운 대표로 선거를 통해 선출하는 방안을 고려할 수 있다고 생각합니다. 이는 통일이 단순히 체제가 다른 두 관계의 합에 그치지 않고 그 구성원 간의 심리적 정체성, 정신적인 화합을 전제로 할 때 완성된다는 점에서도 알 수 있습니다.

## 5. 통일한국을 위한 앞으로의 방향에 대한 소고

발표자께서 남북한 법제통합의 기본방향으로 제시해 놓은 방안과 남북한 법제통합의 기본원칙에는 공감합니다. 다만 남한법의 북한지역에의 적용과 관련하여 북한법 일부 규정이 통일한국 법질서에 수용되는 것을 원칙으로 북한법을 한시적으로 적용할 수 있다고 하는 부분과 관련하여 살펴보고자 합니다. 북한법을 일부 적용하는 것은 통일국가의 단계적 안정성을 위해 필요한 것이나 동시에 남한의 법제를 일부 지역에서만 잠정적으로 배제하는 결과가 됩니다. 이는 한 국가 내에서 법률의 시간적, 장소적 적용 범위를 제한하는 것이므로 헌법에 부합하는 법적 근거가 필요한 것을 알 수 있습니다.<sup>433)</sup> 또한 남북한 간의 법제가 충돌하는 경우 그 문제해결방안에 대해서 헌법 개정 외의 구체적인 대책에 대해서도 생각해 보아야 할 필요가 있으며 그 방안으로 부칙이나 경과규정을 두는 방안을 고려할 수 있다고 봅니다.

마지막으로 통일 한국을 위해서 준비해야 할 법제통합의 구체적인 방안에 대해 검토해보고자 합니다. 첫째, 독일 외에도 통일을 이룬 외국의 법제통합에 대한 연구, 조사를 위한 전문기구의 설립이 필요하며, 둘째, 남북한 간의 법제에 대한 비교연구가 체계적으로 이루어져야 합니다. 셋째, 정부차원의 노력 외에도 민간연구단체의 북한법제에 대한 연구 및 법적인 교류가 이루어져서 통일법제 인프라가 구축되어야 합

---

433) 이효원, "대한민국의 북한지역의 관할권 확보의 법적타당성과 남북한 법제통합의 기초 - 지정토론문", 저스티스(통권121호), 한국법학원, 2010, 159면.

니다. 넷째, 한반도의 분단이 미국, 소련의 이해관계 대립에서 초래된 점에서 볼 때 통일과정에서도 미국, 러시아, 중국, 일본 등의 주변국의 관심이 필요한 것을 알 수 있으므로 국제적 차원의 관심 및 협력을 요구해 나아가야 한다고 판단됩니다.<sup>434)</sup>

---

434) 박성조·양성철, 앞의 책, 175면.