

인문사회연구회
법률연구총서 2000-12



남북한 교류·협력 활성화를 위한
법·제도적 개선방안 연구

조 은 석 (한국형사정책연구원)
김 광 준 (")
손 희 두 (한국법제연구원)
이 용 (법무부 특수법령과)
제 성 호 (중앙대학교)

통일연구원

머 리 말

2000년 6월 남북정상회담이 개최된 이후 남북간 여러 분야에서의 교류가 활발하게 진행되고 2001년 1월 김정일 국방위원장이 중국을 전격 방문하여 개방현장을 경험함으로써 북한의 중국식 개방과 그에 따른 남북한의 교류와 협력이 크게 활성화 될 것으로 전망된다.

남북한간 화해로 인적·물적 교류가 본격화되면 남북한 주민간 및 경제활동 주체간의 민사·상사분쟁의 빈발과 이에 따른 남북한 사이의 재판관할권 및 준거법의 충돌이 예상되고 특히 북한은 기본적으로 법률을 대외에 공개하고 있지 아니하여 법령부지로 인한 피해 사례 발생 또한 예상된다. 아울러 접촉과 교류시 발생하는 범죄에 대하여도 마찬가지로 문제가 발생한다.

남북한이 상호 그 주권을 부인하고 각 타방 영역을 미수복지구 등으로 규정하고 내국으로 보고 있어 국제사법 등 국가간의 관계와 분쟁을 전제로 한 관련법제로는 이러한 문제를 처리할 수 없어 그 처리방안 수립이 절실하다 할 것이다.

분단국가를 경험하고 통일을 이룩한 독일의 경험과 현재 분단상태에 있으면서 그 교류와 협력의 정도를 더 해 가고 있는 대만과 중국의 교류협력에 관한 법제도 마련 과정 및 그 관련법제는 남북한 교류협력 관련 법제를 마련함에 있어 가장 큰 참고가 될 것이다.

남북간의 교류협력 활성화를 위해서는 남북한 당사자간의 정치적 합의 또는 경제활동주체간의 합의뿐만 아니라 반드시 합리적인 법제도가 이를 뒷받침하여야만 불필요한 분쟁 및 비용을 최소화하여 그 교류협력의 속도를 가속화하고 정착시킬 수 있으므로 남북한은 남북기본합의서에서 구성하기로 하였던 법률실무협의회를 구성하여 지금부터라도 교류협력 관련 공동법제 마련을 위해 협의를 진행시켜 나가야할 것이고 그것이 어렵다면 남한만이라도 남북한 사이에 발생가능한 여러 법률적 문제를 해결하기 위한 관련법제를 마련할

필요가 있다 할 것인바, 2000.12. 남북한 사이에 “남북 사이의 상사 문제 해결절차에 관한 합의서”가 체결된 것은 공동법제 마련이 결코 어렵지 만은 않다는 것을 보여준 것이라 할 것이다. 그리고 현재의 남북교류협력에 관한 법률 역시 많은 문제점을 가지고 있으므로 교류협력을 촉진하고 활성화하는 방향으로 수정·보완이 이루어져야 할 것이다.

이상과 같은 연구의 필요성을 갖고 수행한 본 연구가 앞으로 남북한 사이의 교류협력 관련 법제를 마련함에 있어 중요한 자료로 활용되기를 기대한다.

본 연구가 가능하도록 지원하여 준 통일연구원과 인문사회연구회에 감사하며 함께 연구에 참여하여 주신 중앙대 제성호 교수, 법제연구원의 손희두 박사, 김광준 검사, 이 용 검사께 고마움을 표시하며 많은 자료를 제공하여준 안창호 법무부 특수법령과장께 사의를 표한다.

2000년 12월

연구책임자 조 은 석

요 약

본 보고서는 『인문사회연구회 2000년 협동연구사업』의 일환으로 연구회 산하 9개 국책연구기관이 협동으로 수행한 연구과제입니다.

본 보고서에 수록된 내용은 집필자의 개인적인 견해이며 당 연구원의 공식적인 의견을 반영하는 것이 아님을 밝힙니다.

I. 연구의 목적과 범위

국민의 정부에서 강력하게 추진하고 있는 햇볕정책이 2000.6. 남북정상회담성사 등으로 남북한간의 화해와 협력의 굳건한 토대를 마련함으로써 상호간 교류와 협력이 크게 활성화 되고 있고 이에 따른 법률적 분쟁 빈발이 예상되므로 남북한간의 법제도상 장애요인을 제거하고 실질적으로 기능할 수 있는 법적 분쟁 해결방식을 연구함을 목적으로 하여 분단국을 경험한 독일과 중국의 제도운용실태 및 학자들의 견해와 남북한 법제를 비교분석하고 제도개선 및 해결방식을 제시하고자 한다.

II. 남북한 교류·협력의 현실과 법제개선 방향

1. 인적 교류관련 법제의 개선

가. 북한주민 접촉승인 신청절차 개선

현단계에서는 북한주민접촉 승인처리기간을 현행 20일에서 15일로 단축하여 절차간소화를 실시해야 한다. 그리고 중·장기적으로는 남북교류협력 촉진을 위해 북한주민 접촉승인제를 폐지해야 한다. 당장 접촉승인제를 폐지하는 것이 어렵다면 남북관계의 진전에 맞추어 우편·통신 수단(인터넷 포함)에 의한 접촉부터 신고제로 전환해야 한다. 즉 인적 교류 활성화 차원에서 ‘현재의 승인제 유지 → 승인제기조 유지, 우편통신의 경우 신고제 도입 → 전면 신고제 → 신고제 폐지’를 단계적으로 추진해 나가야 한다.

나. 북한주민 접촉 및 방북결과보고제의 개선

북한주민접촉은 회합 뿐만 아니라 전화·편지·팩스·컴퓨터통신을 모두

포함하는 것인데, 우편·통신에 의한 접촉시 마다 결과보고를 요구하는 것은 무리라고 하겠다. 이 같은 점을 고려할 때 남북교류 활성화 차원에서 현재 건별마다 사후보고를 요구하는 것을 개선하여 예컨대 분기별 또는 반기별 1회 등의 일괄보고제를 도입하도록 해야 할 것이다.

다. 방북신청서 처리기간 단축 및 수시방북증 반납의무 완화

남북교류협력을 활성화시키기 위해서는 현재 20일로 되어 방북승인 처리기간을 2주일 이내로 줄이는 방안을 고려해야 한다. 그리고 가능한 범위 내에서 최대한 수시방북증제도를 확대적용해야 한다. 남북경제교류의 신속·원활한 추진을 뒷받침하는 차원에서 수시 왕래를 허용하는 것이라고 한다면, 매 귀환 직후에 수시방북증을 반납토록 하고, 다시 재방북할 때 통일부장관에 신고하여 수시방북증을 다시 교부받는 현행규정은 개정해야 한다. 반납의무를 완화하기 위해서는 「남북교류협력법 시행령」 제17조 1항 진단을 개정해야 한다. 그리하여 수시방북증을 반납의무를 아예 면제하거나 또는 완화하는 특례를 정함으로써 남북교류협력의 번거로움과 불편을 줄이도록 해야 할 것이다.

라. 재북가족에 대한 증여·송금 및 이산가족 재결합에 따른 법제 정비

재북이산가족들에 대한 증여 및 송금에 관한 구체적인 기준과 절차를 시급히 마련해야 한다. 이를 위해 「남북교류협력법」 틀 내에서 「재북이산가족에 대한 송금규정」을 제정하고, 여기에 1회의 증여 또는 송금시 금액의 상한선, 송금의 방법과 절차 등을 명시해야 할 것이다.

「남북교류협력법」에 남북한 주민간 친족·상속 등 분야의 실제법적인 법률관계 조정에 관한 일반규정을 두고, 가칭 「이산가족교류특례법」이라는 별도의 특별법을 제정해야 할 것이다. 이와 관련하여, 대만의 입법례, 즉 「대만지구와 대륙지구 주민의 관계에 관한 조례」 등을 참고할 필요가 있다.

마. 승인받지 않은 인적 교류협력에 대한 벌칙 완화

앞으로 남북관계가 질적으로 개선될 경우 승인을 득하지 않은 남북 왕래나 교역행위에 대해 자유형을 부과하지 않고, 벌금형이나 또는 행정질서벌인 과태료로 바꾸는 것이 바람직하다.

2. 물적 교류관련 법제의 개선

가. 북한산 원산지 판정기준 마련

빠른 시일내에 「남북교류협력법 시행령」 제50조에 의거, 가칭 「북한산 물품의 원산지 확인에 관한 규정」을 제정하여 북한산 물품의 통관에 대한 특례를 마련해야 한다. 이는 남북교역 당사자들에게 예측가능성과 교류협력의 안정성을 보장해 준다는 점에서 가장 시급한 과제라고 하겠다. 이 규정에는 북한산의 확인기준, 판정절차, 증명서 기재사항 등을 자세하게 명시해야 할 것이다.

나. 제한승인품목의 축소

앞으로 남북교역 활성화, 나아가 민족경제의 균형적 발전의 관점에서 제한승인품목을 점진적으로 축소해 나가야 한다. 물론 이 때에는 남북교역의 수준과 범위, 국내산업에 미치는 영향 등을 종합적으로 고려하여 실시해야 한다. 현재 대외무역법에 의거하여 제정된 「전략물자수출입공고」에서 수출입제한이 있는 품목을 남북한간에 교역하고자 경우 통일부 장관의 반출입승인을 받도록 하고 있다(동 고시 제3조 1호). 하지만 컴퓨터와 같이 남북교류협력 활성화에 필요하고 파급효과도 적지 않은 품목에 대해서는 전향적인 차원에서 규제를 풍풀어 나가야 할 것

이다.

다. 인터넷을 통한 남북간 물적 교류의 제도적 뒷받침

최근 국내기업들은 북한이 개설한 「조선인포뱅크」 사이트에 회원으로 가입하여 북한관련 정보를 획득하는 한편, 이 사이트를 통해 북한상품 판매를 추진하거나 독자적인 국내 사이트를 개설하여 대북투자·교역알선, 나아가 사회문화·이산가족교류 주선사업 등을 추진하는 사례가 늘어나고 있다. 그런데 인터넷을 활용한 새로운 형태의 남북교류를 모두 북한주민접촉 승인에 의해 규율하기는 어렵다. 인터넷을 통한 남북교류는 북한주민접촉, 남북협력사업, 남북교역 등 다양한 분야에 걸쳐 있기 때문에 「남북교류협력법」을 개정하거나 별도의 규정이나 지침을 마련하여 대처해야 한다. 아울러 사이트 이용자에 대한 보호가 실효적으로 이루어질 수 있도록 북한측과 협의시 전자상거래 관련 분쟁해결 및 피해보상절차를 마련해야 할 것이다.

라. 일정 규모 이하의 남북경협 신고제 도입

1998년 4월 30일 「남북경협 활성화조치」의 일환으로 남북경협의 상한선이 폐지된 바 있다. 이러한 상황에서 일정 규모 이하의 남북경협(특히 대북투자)에 대해서는 현재와 같이 승인제를 유지하기보다는 신고제로 전환해야 한다는 요구가 업계로부터 계속 나오고 있다. 앞으로 남북경협이 대폭 확대될 때에는 예컨대 일정규모(예: 500만달러) 이하의 남북경협에 대해서는 통일부 장관의 승인을 받지 않고 신고만으로도 추진할 수 있도록 법령을 개정하는 방안을 적극 검토해야 한다.

마. 부가가치세 감면 등 세제혜택

남북 직교역 확대를 위해서는 세계상의 혜택 등 제도적 지원이 요구

된다. 「남북교류협력법 시행령」 제50조 3항 4호에서 부가가치세법의 준용을 규정하고 있고, 제51조 1항에서는 북한으로부터 반입되는 물품 또는 북한으로부터 제공받는 용역은 각각 재화 또는 용역의 공급으로 보아 부가가치세법을 준용한다고 규정하고 있다. 그러나 부가가치세 감면의 실시에 관한 구체적인 규정은 그 어디에도 찾아볼 수 없다. 따라서 부가가치세가 감면을 인정하는 취지를 분명히 해야 한다. 아울러 북한 진출기업에 대한 법인세 감면도 추진해야 한다.

바. 수송장비운행 승인제의 신고제로의 전환

현재 남북간에 선박·항공기·철도차량 또는 자동차 등 수송장비를 운행하고자 하는 자는 「남북교류협력법」 제20조에 따라 통일부장관의 승인을 받도록 되어 있다. 남북교류협력 활성화 차원에서 점차 수송장비 운행승인제를 신고제로 전환하도록 해야 할 것이다. 당장 전환이 어렵다면 승인처리기간을 대폭 단축하는 방안을 고려할 필요가 있다.

Ⅲ. 민사법분야 분쟁처리 방안

1. 분단국 입법·실무에 관한 비교법적 검토

가. 동서독

재판관할권에 대하여 서독은 피고 주소지국 관할을 원칙으로 하되 소송목적물이 국내에 소재하거나 당사자 일방이 독일의 국적을 보유하고 있는 경우 등에는 특별관할을 인정하였다. 서독은 대동독관계의 국제관계성을 부인하면서도 동서독간 민사문제 처리시에는 민사소송법상의 국제적 특별관할규정을 준용하여 운용하였다. 동독은 서독과 유사한 내용의 동독민사소송법상 국제법 관할규정을 동서독관계에서 일반

적으로 적용하였다.

동서독 모두 준거법규 중에 외국법 적용 결과가 자국법 질서의 근본 원칙에 위배될 경우 그 외국법 적용을 배제하는 공공질서(ordre public) 조항을 규정하고 체제경쟁의 일환으로 위 공공질서 조항을 수시로 적용하여 자국에 불리한 결과를 회피하였다.

민사사법공조에 관하여 분단 이후 50년대까지는 동서독 모두 순수 국내공조로 간주하여 처리하였다. 그 이후 각자의 동서독관계에 대한 이해를 반영하여 동독은 60년대 중반까지의 조정기를 거쳐 60년대 중반부터는 순수한 국제공조로 처리했음에 반하여 서독은 일관하여 국내 공조에 준하여 처리하였다. 서독은 동독판결을 내국판결로 간주하여 별도의 승인절차 없이 서독에서의 집행을 허용하였다. 서독과 달리 동독은 서독판결을 외국판결로 간주하고 별도의 승인절차를 요구하였다. 동독은 승인대상이 되는 서독판결이 동독의 국가법질서 또는 관할규정에 위배될 때에는 그 집행을 승인하지 않았다.

나. 중국·대만

중국은 재판관할권의 장소적 효력은 대만을 포함한 전중국 영역에 미치고 인적 효력은 대만인을 포함한 전중국민에게 미친다는 입장으로 대만관련 민사사건의 관할권의 귀속은 중국의 민사소송법상의 일반원칙에 따라 결정한다는 입장이다. 이에 따라 피고의 소재지가 대만인 경우에 대만법원의 관할을 인정하고 있고 이혼소송의 경우 피고 주소지 법원의 관할을 원칙으로 하나 예외적으로 원고의 주소지 또는 거주지인 중국 인민법원의 관할을 인정하고 있으며 상속사건은 피상속인의 사망 당시의 주소지 혹은 주요 유산 소재지의 법원이 관할하며 그곳이 대만인 경우에는 대만 법원의 관할을 인정하고 있고 대만 주민이 관련된 가옥의 저장, 매매, 임차차, 대리관리 및 기타 권리침해로 인한 소송은 부동산소재지의 인민법원이 전속적으로 관할권을 가진다.

대만은 대륙지구에 있는 대륙지구 주민에게도 대만 법원이 재판관할

권을 가진다는 입장이고 따라서 실무상 대륙 주민이 대만 주민과 사이에 발생한 분규로 인하여 대만 법원에 소송을 제기한 경우에 이를 수리하여 처리하고 있다.

민사사법공조에 대하여 대륙은 고급인민법원으로 하여금 법률의 관련규정에 따라 최고인민법원의 동의를 거쳐 대만의 관련 당사자와 적당한 방법으로 상호 위탁하여 일정한 소송행위 등의 문제를 대리하여 행하게 할 수 있도록 하고 있고 대만은 행정원 대륙위원회 산하에 해기회를 설립하여 위 업무를 담당케 하고 있다.

그리고 최고인민법원은 대만지구 법원이 행한 민사판결이 대륙법률의 기본원칙에 위배되지 않고 사회공공의 이익에 손해가 되지 않는다면 대륙 법원은 각각의 상황에 따라 그 효력을 승인하는 문제를 구체적으로 해결토록 각급 법원에 조치하였고 대만은 대륙지구에서 작성된 민사확정재판, 민사중재재판의 문서는 대만지구의 공공질서 또는 미풍양속에 위배되지 아니하는 때에는 법원이 이를 재정신청의 자료로 삼을 수 있으며 그것이 급여를 내용으로 하는 경우에는 이를 집행명의로 삼을 수 있는 입장이다.

2. 남북한 민사문제의 대처방안

가. 기본방향

가장 이상적인 남북한 법률충돌문제의 해결방법은 남북기본합의서 및 부속합의서에서 설치하기로 한 「남북법률실무협의회」를 신속히 설치하여 남북한 공동의 관련 법제를 마련하는 것이고 그 차선택으로 남북한이 각자 남북한 관계의 법률문제 처리를 위한 법제를 마련하여 운용할 필요가 있다. 그리고 공동법제 마련 또는 남북한 각자의 법제마련에 이르기 전에는 국제사법(섭외사법)을 유추하여 적용하는 방안을 검토하여 분쟁처리에 현실적으로 운용하여야 할 것이다.

나. 국제사법(섭외사법) 유추적용방안

남한에서 섭외사법을 유추적용하여 북한법을 준거법으로 적용할 경우라 할지라도 그 적용의 결과가 남한의 법률체계의 기본질서에 반할 경우에는 원칙적으로 이를 적용하여서는 아니된다. 따라서 북한법을 준거법으로 적용할 경우 남한의 기본질서를 해하지 아니하는 한도에서 북한법을 준거법으로 적용하여야 할 것이다. 북한 역시 북한 체제의 기본질서에 반한 적용결과가 나올 경우 남한법률을 준거법으로 적용하는 것을 거부할 가능성이 많다 할 것이다.

다. 남북한 민사사법공조

남북한간에 민사사법공조에 관한 협약을 체결하여 해결하는 것이 가장 이상적인 방법이겠으나 아직까지는 이를 기대하기는 어렵고 향후 협약체결을 위해 지속적으로 노력하여야 할 것이다. 그러나 남북한간의 민사사법공조는 현실적인 문제이므로 앞으로 재판과정에서 그 필요성이 절실하여 질 것이고 그 해결방법이 필요하게 될 것이다. 남한의 「국제민사사법공조법」과 북한의 「대외민사관계법」을 각자 활용하여 상호 사법공조에 임하는 방법을 적극적으로 검토하여야 할 것이다.

라. 남북한 판결의 상호 집행가능성

남북기본합의서의 완전 이행단계에 이르면 현재와는 그 내포가 다른 새로운 내용의 남북한 특수관계를 근거로 헌법변천이론 등을 원용하여 대한민국의 주권범위안에서 북한의 재판관할권을 소극적으로 인정하는 것이 가능하고 북한 법원의 판결이 민사소송법의 일정한 요건에 해당하면 그 판결의 효력을 인정할 수 있을 것이다.

북한 역시 남한의 재판관할권을 부인하고 있어 남한 법원의 판결의

효력을 인정하지 않고 있다. 남북한이 분단의 현실 그 자체를 인정하고 서독과 동독이 그러하였고 대만과 중국이 그러하고 있듯이 사실상 각자의 사회질서에 위반하지 아니하는 판결에 대하여는 그 효력을 인정하는 것이 상당하다 할 것이다.

IV. 상사법 분야 분쟁처리방안

1. 분단국 제도의 검토

가. 동서독

(1) 동독의 중재재판소 제도 활용

1954년 동독 대외무역위원회(Aussenhandelskammer)에 중재재판소(Schiedsgericht)가 설치되어 동독의 대외무역기업과 서독을 포함한 자본주의국가 기업간의 상사분쟁을 처리하였다. 위 중재재판소는 강제 화해절차 전치주의를 채택하여 동 재판소 사무총장에 의한 화해·조정절차를 거친 후에 민사소송법상의 분쟁해결절차가 개시되도록 하였다. 동독은 서독과 마찬가지로 뉴욕협약, 워싱턴협약 등 여러개의 국제상사중재협약에 가입하였다.

(2) 수시중재재판부(ein ad hoc Schiedsgericht) 제도

동·서독 당사자가 계약체결시 합의한 내용에 따라 수시중재재판부를 구성하여 상사분쟁을 해결한 경우가 있다. 수시중재재판부는 각 당사자가 1명씩 중재인을 선정하고 그 중재인 2명이 재판장이 될 중재인을 선출하여 구성한다. 준거법은 오스트리아법으로 하고, 중재절차규칙은 비엔(Wien) 소재 상업회의소 중재규칙에 따른다. 중재판정은 중국적이

며, 양당사자에 대하여 구속력·집행력이 있다.

나. 중국과 대만

(1) 協商 및 조정 우선원칙

투자관련분쟁은 당사자간의 협상 또는 조정을 통하여 해결하는 것을 원칙으로 한다. 현재 양안간 경제무역교류중 발생하는 분쟁해결절차에 관하여 양안 모두 법제화되어 있지 않고, 홍콩에서 민간기구인 대만의 “해협양안상무협조회”와 중국의 “해협양안경무협조회”가 설립되어 분쟁 처리 역할을 하고 있다.

(2) 중 재

중재기구에 대하여 대만동포투자장려에 관한 규정은 “대륙 또는 홍콩의 중재기구”로 한정하고 있으나 대만동포투자보호법은 “중재기구”라고 규정함으로써 제3국 또는 대만의 중재기구에 중재신청하는 것도 허용하는 것으로 해석할 여지가 있다.

(3) 소송의 제기

계약서상 중재조항이 없고 사후에도 서면에 의한 중재합의가 이루어지지 않는 경우 중국의 인민법원에 제소하는 방법이 있다. 현재 대만관련경제사건은 중국의 중급법원(우리나라의 고등법원에 해당)이 1심법원으로 관할하고 있다.

4. 분쟁사례 검토

가. 분쟁사례 및 처리실태

분쟁발생사례는 북한측 계약불이행으로 인한 분쟁, 남한기업의 계약 불이행으로 인한 분쟁, 중개인과 남한기업간의 분쟁으로 그 유형을 나눌 수 있다.

남북간 분쟁에 대하여 중재 등 통상의 국제상사분쟁처리제도에 의하여 분쟁을 해결한 사례는 없다. 남한기업이 북한상사와 계약체결시 제3국 중재기관을 통해 분쟁을 해결한다고 합의한 경우는 있으나 제3국 중재기관을 통해 분쟁을 해결한 사례는 없으며 남북교역과 관련된 분쟁에 대하여 한국상사중재원에 중재신청이 접수된 사례도 없다.

남북한 직접교역시 북한측의 채무불이행에 의하여 남한기업에 손해가 발생한 경우에 대부분의 남한기업은 손해를 감수하고 있는 것으로 보인다. 북한측에 손해가 발생한 경우 북한이 해외교포에게 채권을 위임하는 방법으로 해결한 사례가 있으나 계속적으로 활용되는 방법은 없다. 중개거래의 경우에 남북한 양측은 대부분의 분쟁을 중개인의 협의를 통하여 해결하고 있다.

나. 분쟁발생원인

① 열악한 경제기반시설, ② 국제거래상 계약제도에 대한 인식 부족, ③ 계약이행에 대한 준비 부족, ④ 무역경험 부족, ⑤ 중개인의 준비부족 및 과실, ⑥ 독점권의 남발, ⑦ 통관지연 등 행정적 처리를 원인으로 들 수 있다.

다. 분쟁해결 저해요인

① 남북간 분쟁해결제도의 미비, ②분쟁에 대비한 사전준비 소홀, ③

거래 당사자의 비협조를 들 수 있다.

5. 분쟁해결에 대한 전망

북한과의 교역분쟁이 발생할 경우에, 북한이 국제상관습을 수용할 것인가의 문제, 거래상대방이 대외무역의 주체로서 독립성을 가지고 있는지의 문제, 대외무역기구가 월권행위를 함으로 인하여 발생한 분쟁을 북한이 인정할 것인지 문제, 거래당사자간 계약이 체결된 후 반출입에 대한 남북한 당국의 승인이 나지 않았을 경우의 책임문제, 대외적인 대표권이 있는 대표가 서명한 계약서인지의 문제, 채무불이행에 따른 위약금을 중재판정부에서 조정할 수 있는지의 문제, 노사분규 등 불가항력적 사유에 해당하는지의 문제, 분쟁해결과 준거법의 적용문제 등이 법 체제가 다른 남북한간에 있어서 중요한 문제로 대두될 것이다.

6. 분쟁 해결방안 검토

가. 분쟁해결방법

남북한 상사계약에 관한 분쟁이 발생한 경우 1차적으로 분쟁 당사자들의 협상을 통해 해결함이 바람직하다.

알선제도를 적극적 활용하는 것도 중요하다. 당장 발생하는 분쟁을 해결하기 위해서는 공정성·합리성이 보장되는 외국의 중재기관이나 기존의 국제중재기관에 중재를 부탁할 필요가 있다. 북한의 일부 외국인 투자관련법령 및 대외경제계약법에서도 제3국에서의 중재를 허용하는 규정이 있으므로 가능하다고 생각되며, 외국의 중재기관에 중재를 의뢰하기 위하여는 분쟁 당사자들간의 사전 합의가 필요하므로 계약체결시에 관한 중재조항을 포함시켜야 한다.

나. 남북공동 상사분쟁해결기구 설치·운영방안

(1) 중재장소(관할)

남북간에 합의된 상사중재위원회의 구성을 골자로 하는 합의서에는 당사자의 합의로 중재장소를 정할 수 있도록 규정되어 있으므로, 계약 체결 단계에서 구체적으로 장소를 명시하는 것이 바람직할 것이다. 남북한의 현행 법제도하에서 상호 완전한 신뢰회복이 이루어질 때까지 잠정적으로 중립지역인 판문점을 1차적 중재장소로 정하고, 필요에 따라 서울 및 평양을 중재장소로 함께 사용할 수 있도록 하는 것도 그 한 방법이 될 수 있을 것이다.

(2) 준거법

중재판정을 함에 있어 분쟁의 실체관계에 적용되는 법규는 우선적으로 남북한 계약당사자의 합의에 의하여 결정되고, 그러한 합의가 없는 경우에는 중재판정부가 국제사법원칙을 준용하여 남북한의 관련법률, 법의 일반원칙을 비롯한 국제법규 기타 국제상관습에 따라 중재판정을 하는 것이 바람직하며 남북간 합의서에도 이러한 원칙이 반영되었다.

(3) 중재규칙

남북간 상사분쟁을 원만히 처리하기 위해서는 남북공동의 공정한 중재절차에 관한 규칙을 제정할 필요가 있으며 남북간 합의서에는 중재위원회에서 합의로 결정하도록 규정하였다. 공동중재규칙이 성립되기 경우에는 국제적으로 널리 통용되는 국제중재규칙을 원용하여 중재절차를 진행하도록 계약상 미리 약정하는 것이 바람직하다.

V. 남북한 형사문제 처리방안

1. 비교법적 검토

가. 통일전 독일

1968년 동독형법전이 발효되고 1972년 동서독간 기본조약이 체결됨에 따라 중전의 지배설이던 지역간형법이론 중 행위지법주의에 대한 반론으로 국제형법적용설이 제기되었는데 국제형법적용설은 구독일형법 제3조 이하의 국제형법규정을 동서독관련 형사 사건에 직접 또는 유추적용하자는 이론으로 동서독간 기본조약 체결 후에는 학설과 판례의 지배적 입장은 국제형법적용설이었다.

동독의 경우는 동독신형법 시행전에는 동일한 독일구형법을 해석·적용함에 있어 국제형법이 유추적용될 수 밖에 없었으며 1968년 동독 신형법 시행 후에는 서독 지역 및 서독인을 외국 및 외국인으로 간주하여 형법을 적용하였다.

나. 중국과 대만

중국은 형사재판권의 장소적 효력은 대만을 포함한 전중국영역에, 인적 효력은 대만인을 포함한 전 중국민에게 미친다는 것이 기본 입장이다. 다만 양안의 형사문제 처리에 있어서 양안의 장기적 격리단절상태를 고려하여 특별한 경우에 형사법적용의 예외를 인정하고 있는데 <대만으로 간 자의 중화인민공화국 성립이전 범죄행위의 불소추에 관한 공고>, <대만으로 간 자의 중화인민공화국 성립이후 당지 인민정권 수립이전 범죄행위의 불소추에 관한 공고>를 통해 대만인의 일정 범죄에 대한 재소추를 면제하고 있고 대만인의 대륙에서의 범죄는 원칙적으로 중국형법의 적용을 받는다.

대만은 대만지구주민 혹은 대륙지구주민이 대륙지구 및 대만지구에서 범한 범죄행위에 대하여 모두 대만 형벌권의 효력이 미친다는 입장이었으나 양안관계조례 제정이후에는 대륙지구에서 범한 범죄는 대만의 법률에 의하여 ‘처벌할 수 있다’는 규정을 통해 대륙지구에서 발생한 범죄행위에 대하여 사실상 모두 처벌할 수 없는 현실을 반영하고 있다. 양안관계조례는 일정한 경우 소추 및 처벌을 면제하는 규정을 두고 있고 대륙지구주민의 저작권 또는 그밖의 권리가 대만지구에서 침해받는 경우에 그 고소 또는 자소의 권리는 대만지구주민이 대륙지구에서 향유하는 것과 동등한 소송권리에 한하여 인정한다고 규정하고 있다.

2. 형사문제 처리방안

남북기본합의서에 근거하여 남북간 합의에 의한 세부합의서를 채택하여 실시하는 방안이 가장 바람직하다고 할 것이나 전단계에서는 남한 단독으로 남북한 형사문제 처리를 위한 독자적인 처리방안을 마련하여 실시하는 방안도 병행하여 검토하여야 할 것이다.

남북한간 형사문제에 대한 준거법을 결정함에 있어서는 같은 분단국이었던 동서독간에 행해졌던 형사문제의 처리모델이 우리에게 많은 시사점을 줄 수 있다고 판단된다. 동서독의 모델을 남북한 상황에 적용할 경우 형사문제 처리방안은 대체로 남한 형법의 전면 적용, 지역간 형법의 적용, 국제형법의 직접 적용, 국제형법의 유추적용 등을 들 수 있다. 형사문제 처리를 위한 준거법 결정은 남한의 형법을 무조건 절대적으로 북한지역에 확대 적용하는 방안은 비현실적이며 남북기본합의서 및 화해 분야 부속합의서의 정신에 비추어 보아도 부적절하며 또한 동서독간에 논의되어 온 지역간형법의 적용도 우리현실에는 맞지 아니하고 남북한간의 특수관계에 비추어 우리 형법의 국제형법의 규정을 남북관계에 그대로 적용하기도 어렵다. 결국 우리는 형법의 국제형법 규정을 유추적용하여 준거법을 결정할 수 밖에 없다.

그러나 그 경우에도 속지주의에 입각하여 범죄행위지법을 일률적으로 적용하거나 또는 속인주의를 배타적으로 적용하는 것에는 문제가 있다. 따라서 남북한간의 특수상황을 고려할 때 속지주의와 속인주의의 적절한 배합을 통하여 남북한간에 발생하는 형사문제를 적절하게 처리하는 것이 바람직하다.

VI. 결 어

교류협력과 이를 통한 평화적 통일을 위해서는 교류협력 활성화는 필연적인 것이고 이를 법제도적으로 어느 정도까지 뒷받침하여 주느냐가 그 과정에서의 불필요한 분쟁과 이의 해결을 위한 시간 및 경제적 손실을 최소화하여 교류협력을 더욱 활성화시킨다 할 것이다. 따라서 교류협력의 활성화를 위해서는 관련 법제도의 정비를 통한 뒷받침이 대단히 중요하다 할 것이다.

차 례

I. 서론	1
1. 연구의 목적	1
2. 연구의 범위	1
3. 연구의 방법	2
4. 연구의 기대효과	3
II. 남북한 교류·협력의 현실과 법제개선방향	4
1. 서론	4
2. 최근 남북교류협력의 현황 및 특징	6
3. 분단국간의 교류협력 관련법제 및 시사점	18
4. 「남북교류협력법」의 法制上の 문제점 및 교류촉진법으로서의 未備點	37
5. 남북교류협력 관련 법제도 개선방안	66
6. 결 론	91
III. 남북한간의 법적 분쟁 처리방안	93
1. 서론	93
2. 남북한간의 민사법 분야 분쟁 처리방안	94
3. 남북한간의 상사법 분야 분쟁 처리방안	172
4. 남북한 형사문제 처리방안	218
IV. 결론	274
참 고 문 헌	276

표 차 례

<표 II-1> 동서독간의 정상회담과 교류협력법제 정비과정	24
<표 II-2> 대만의 양안교류 관계법규	32
<표 III-1> 북한의 외국인 투자관련 법제	189
<표 III-2> 북한의 외국인투자관련법상 분쟁해결방법	191

I. 서론

1. 연구의 목적

국민의 정부에서 강력하게 추진하고 있는 햇볕정책이 남북한간의 화해와 협력의 굳건한 토대를 마련함으로써 상호간의 교류와 협력이 크게 활성화되고 있다.

그러나 남북한 법·제도적 차이 등으로 교류·협력에 장애가 되고 있고, 크고 작은 민사, 상사, 형사법적인 처리가 필요한 법률적 분쟁은 더욱 빈발하게 될 것으로 예상되므로 종래 단발사건에 대해 공식, 비공식 접촉을 통해 협상 위주로 해결하던 방식은 이제 제도화된 방식으로 정식 법률분쟁으로 처리되고, 법제도 개선방안을 본격적으로 검토할 단계에 접어들게 되었다.

그러나 사안별로 합의서 형태의 당국간 협정이 체결된 경우도 있지만, 여러 가지 사정으로 법령 등의 정비가 불비한 경우가 많고 제반 법률적 분쟁을 총괄적으로 다루는 분쟁 해결방식에 대한 검토가 미흡한 실정이다.

이러한 맥락에서 남북한간에 법·제도상 장애요인을 제거하고 실질적으로 기능할 수 있는 법적 분쟁 해결방식의 구축을 위한 정책연구자료를 제공하는 것을 본 연구의 목적으로 하였다.

2. 연구의 범위

먼저 현재 남북한간 교류·협력의 장애요인이 되는 법·제도상 제반 문제점을 도출하였다.

그리고 광복이후 남북한간 법적 분쟁 해결과 관련한 협정, 합의서 등 공식, 비공식 문건을 검토하였다.

나아가 독일 등 분단 후 통일된 국가의 상호 교류협력법제와 법적

2 남북한 교류협력 활성화를 위한 법·제도적 개선방안 연구

분쟁해결제도를 분석하였다.

아울러 국제사회에서 통용되는 일반적인 법적 분쟁 해결제도 및 그 시사점을 연구하여 남북한 관계에 적용가능성을 검토하였다.

실증적인 연구가 되기 위하여 대북 경험 사업자, 북한 방문객, 중국 등 제3국에서 북한 주민을 고용하여 사업을 하는 자, 실향민, 국내 대형 또는 전문 로펌(low firm) 변호사, 정책부서 담당자 등을 상대로 실제로 문제점으로 작용하는 법·제도상 장애요인, 분쟁 유형, 사용한 해결방식, 개선방안 등에 대하여 의견을 수렴하고자 노력하였다.

이상의 검토결과를 상호대비하고, 남북한간에 가장 잘 기능 할 수 있는 법령정비 방안과 분쟁해결 모델을 제시하고자 한다.

3. 연구의 방법

첫째, 국내의 문헌을 통하여 남북한간에 법·제도상 교류장애 조항과 가능한 법률분쟁 처리방식을 검토하였다.

둘째, 분단경험국 사례 및 국제법상 일반원칙과 조화되는 방향에서 비교법적 접근방식으로 특징과 장·단점을 분석하였다.

셋째, 실제 남북한 법률적 분쟁사례를 경험한 사람, 소관 정책부서 실무담당자, 법률적 소송 및 협상을 수행한 변호사에 대한 심층면접으로 각종 분쟁처리 방안의 실효성과 개선방향에 대한 의견을 수렴하려고 노력하였으나 면접기피 등으로 많은 성과는 얻지 못하였으나 나름대로 필요한 의견은 수집하였다.

넷째, 독일 등 연구주제와 관련된 국가의 소관 정책부서 담당자 또는 연구기관을 방문하여 문헌을 통해 분석된 연구결과에 대한 집중토론 및 최신 연구자료의 입수를 통하여 연구내용을 보충, 심화하였다.

4. 연구의 기대효과

본 연구를 통하여 법제도상 장애요인의 정비방안과 제도화된 법적 분쟁해결방안이 마련되면 북한과의 교류, 협력과정에서 오는 법적 불안이 크게 해소되어 남북간 화해의 실질적 진전에 기여할 수 있을 것으로 예상된다.

본 연구성과를 책자로 발간하여 입법·사법·행정 등 관련부처에 정책자료로 제공하고, 학계 및 업계에도 배포하고 활용토록 하면 남북간 화해와 협력증진에 큰 기여가 될 것이다.

II. 남북한 교류·협력의 현실과 법제개선방향

1. 서론

국민의 정부는 평화·화해·협력을 통한 남북관계 개선을 대북정책의 목표로 설정하고, 정경분리 및 정민분리에 입각한 실사구시적인 대북정책을 추진하고 있다. 1998년 4월에는 남북경협 활성화조치를 실시하여 과거 남북한간의 인적·물적 교류에 제약을 대폭 완화하였다. 이러한 전향적인 조치를 통해 금강산관광 성사, 신의주 공단사업 추진 등 가시적인 성과가 나타나고 있음은 주지하는 바와 같다.

우리 정부는 이러한 대북정책의 성과를 기반으로 당국간 대화를 통한 「남북기본합의서」체제 진입 등 남북관계의 질적인 발전을 도모하고 있다. 그러한 노력의 일환으로 그 동안 정부는 남북정상회담을 추진해 왔다. 그 결과 지난 4월 8일 北京에서 「남북정상회담 개최에 관한 합의서」가 채택될 수 있었다.

이에 따라 금년 6월 김정일 국방위원장의 초청으로 김대중 대통령이 방북, 분단 반세기만에 평양에서 남북정상회담이 개최되었다. 남북정상회담은 그 상징적인 의미 외에도 향후 실질적인 남북관계 개선의 돌파구를 열 것이라는 데 의문의 여지가 없다. 남북정상회담과 이에 따른 후속적인 남북한 당국간 회담에서는 한반도의 평화와 안정문제, 남북경협 활성화문제, 이산가족의 고통해소문제 등이 깊이 있게 논의될 것으로 보인다. 특히 남북경협 활성화문제는 정치적으로 덜 민감한 문제로서 남북한 당국이 자연스럽게 협의를 시작해서 비교적 용이하게 합의를 도출할 수 있는 사안이라고 하겠다.

이 같은 점에 비추어 앞으로 남북교류협력은 한 차원 더 높은 단계로 발전하게 될 것으로 내다보인다. 그런데 남북교류협력을 활성화하고 한 차원 더 높이 끌어 올리기 위해서는 현행의 법제도만으로는 부족한 점이 있다. 아직도 「남북교류협력에 관한 법률」(이하 「남북교류협력

법』) 등 관련 국내법제에 있어서 남북교류협력을 충분히 제도적으로 뒷받침하기에는 미흡한 조항들이 적지 않기 때문이다. 그러므로 남북교류협력을 규제하는 조항들을 촉진조항으로 개정하는 등 관련 국내법제의 개선·보완이 시급히 요구된다고 하겠다.

또한 남북교류협력은 만족스러운 정도의 법치주의에 근거하여 추진되지 못하고 있다. 여전히 남북교류협력은 많은 고시들에 의해 실시되고 있기 때문이다. 따라서 남북교류협력이 본격화될 경우 『남북교류협력법』 체제의 전반적인 정비는 불가피하다고 하겠다.

우리 국내법제의 정비와 더불어 남북경협을 촉진하기 위해서는 남북한이 남북교류협력을 안정적으로 추진할 수 있도록 법적 하부구조를 마련하는 것이 필요하다. 그러한 법제도적 장치로는 투자보장협정, 이중과세방지협정, 분쟁해결협정을 들 수 있다. 아울러 남북경협을 통해 생산한 물건을 외국시장에 팔기 위해서는 북한원산지 상품에 대한 외국의 규제를 완화하는 조치가 요구된다. 이에 대한 국내법 및 국제법에 입각한 치밀한 대응전략의 마련이 중요한 과제로 부각되고 있다고 하겠다.

지금 남북한관계는 새 천년을 맞이하면서 새로운 전환기를 맞이하고 있다. 특히 금년 6월 남북정상회담 개최 이후 남북교류협력이 대폭 확대되고 활성화될 경우, 명실공히 남북한간에 민족공동체가 형성될 수 있을 것이다. 그와 함께 남북한이 하나의 통일법을 만들어 가는 경험을 축적하게 될 것이다. 이러한 점을 감안하여 이하에서는 남북교류협력상의 법적 문제에 관한 제 고찰과 개선방안을 검토하기로 한다.

2. 최근 남북교류협력의 현황 및 특징

가. 人的 交流

(1) 북한주민 접촉

북한주민 접촉은 1998년부터 이산가족 분야, 금강산 관광사업 추진 등 경제분야에서 북한주민 접촉 신청이 급격히 증가되고 있는 추세이다. 북한주민 접촉은 이산가족들의 재북가족과의 서신교환, 기업인들의 교역·투자상담, 학자·종교인들의 제3국 개최 공동행사 참석 등의 형태로 주로 중국과 일본 등 제3국에서 이루어지고 있다. 한편 2000년 4월 8일 북경에서 채택된 남북정상회담 개최 합의에 따른 후속조치로서 관문점에서 차관급의 남북한 당국자간의 실무접촉이 열리기도 했다.¹⁾ 북한주민 접촉을 분야별로 나누어 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 금강산 관광사업과 관련해서는 1998년부터 지금까지 북경 등지에서 현대와 조선아세아·태평양평화위원회(이하 아·태) 관계자간의 접촉이 성사되어 관광사업 수행을 위해 필요한 사항을 협의하기 위한 실무협회가 수 차례 열렸다. 특히 1999년 6월 금강산 관광객(민영미 주부) 억류사건이 발생하였을 때에도 이를 협의로 해결하기 위해 북경에서 현대와 북한의 아·태평화위원회 관계자간의 접촉('99.6.20~6.25)이 이루어진 바 있다.

둘째, 경제분야의 북한주민 접촉은 기업인들의 물자교역·대북투자 상담을 위한 접촉의 형태로 이루어지고 있다. 대북 교역·투자 상담을 위한 북한주민 접촉은 본격적인 남북경협 추진을 위해 반드시 거쳐야 할 절차이다. 기업인들은 종전과 같이 대부분 중개상을 통해 중국(북경·연길·홍콩 등)에서 직접 북한측 파트너와 접촉하거나 전화·팩스 등에 의해 간접접촉하고 있다. 1999년에는 11월말 현재까지 신청 566건(1,374

1) 통일부, “남북정상회담 실무절차 합의 해설”, 『統一速報』, 제2000-4호 (2000.5. 18), pp.1~19 참조.

명), 승인 558건(1,345명), 성사 331건(565명)으로 전년보다 다소 줄어 들었다. 남북경협 협의 목적의 북한주민 접촉은 그 동안 북경, 홍콩 등 제3국에서 꾸준히 성사되어 왔으며, 이러한 접촉을 시작으로 대북사업을 추진하기 위한 기업인 방북이 지속적으로 이루어지고 있다. 1999년에는 중소기업중앙회의 중소기업 대북투자 협의('99.1.20, 북경), SK상사의 의류분야 투자협의('99.5.16, 북경), 한국전기공사협회의 전기분야 협력사업 협의('99.10.30~11.1, 북경) 등 대북투자 상담과 교역관련 협의를 위한 북한주민 접촉이 성사되었다.²⁾

셋째, 사회·문화분야의 북한주민 접촉은 학술, 문화예술, 체육, 종교, 언론·출판, 관광 등 다양한 분야에서 꾸준히 계속되어 왔다. 이 중에서도 학술과 종교분야의 경우 제3국에서의 남북공동행사가 지속성을 갖고 이루어지고 있어 이미 정착단계에 접어들고 있다고 볼 수 있다. 그에 반해 언론·출판·체육·관광 등 기타 분야는 아직도 단발성·일회성의 접촉으로 그치는 경우가 많다. 1999년에는 신청 44건(621명), 승인 41건(312명), 성사 20건(274명)으로 전년보다 접촉인원이 3배 가량 증가한 것으로 나타났다. 그러나 아직까지 사회·문화분야의 북한주민 접촉이 전체에서 차지하는 비율은 미미한 편이다.

사회·문화분야 중 가장 활발한 인적 교류가 이루어지고 있는 학술분야는 대부분 중국과 일본에서 성사되고 있다.³⁾ 이는 우리의 해당 학술단체들이 동포학자·단체들의 북한과의 교류경험과 지리적 근접성을 감안하여 남북한 학자들이 공동으로 참여하는 학술행사를 중국이나 일본에서 추진하려 하기 때문인 것으로 분석된다. 1999년 주요 접촉사례로는 제4차 남북청년학생 통일세미나(7.25~29, 북경), 제4회 우리말 컴퓨터처리 국제학술대회(8.13~15, 연길), 남북해외학자 통일학술회의(10.26~27, 북경) 등이 있었다. 앞으로 학술분야에서는 「우리말 컴퓨터처리 국제학술회의」와 「고구려 국제학술회의」 등에서 가시적인 성과를 보일

2) 통일부, 「2000 통일백서」 (서울: 통일부, 2000), pp.61~62.

3) 중국 연변대, 요녕대, 길림대, 북경대 등에 소속된 연구소와 오사카 경제법과대, 국제고려학회 등이 남북한 접촉의 중개인 역할을 하고 있다.

것으로 기대되고 있다.⁴⁾

문화·예술분야의 경우 1999년에는 11월말 현재까지 신청 48건(147명), 승인 45건(139명), 성사 25건(88명)으로 전년과 비슷한 수준이었다. 1999년 주요 접촉사례로는 한민족아리랑연합회의 북한 아리랑 음반제작 협의(7.13, 동경), 비엔날레 조직위원회의 2000년 광주비엔날레 북한 특별전 추진을 위한 협의(10.23~26, 북경) 등이 있다.

체육분야의 경우 1999년에는 11월말 현재까지 신청 27건(74명), 승인 26건(62명), 성사 14건(29명)의 북한주민 접촉이 이루어져 건수 기준으로 전년과 거의 비슷한 수준이었다. 1999년 주요 접촉사례로는 한국항공스포츠협회의 남북통일 횡단비행 추진협의(4.7~4.9, 북경), 제2회 5개국 프로복싱대회 참가(8.16~23, 심양), 현대 노장축구회의 남북원로축구 친선경기 추진협의 및 참가(9.4~6, 단동) 등이 있다.

종교분야의 경우 1998년에는 신청 31건(215명), 승인 31건(217명), 성사 20건(148명)으로 지난해에 비해 다소 줄어들었다. 1999년 주요 접촉사례로는 종교인 북경평화대회(4.24~27, 북경), 남북천도교 최고 지도자 북경회담(8.24~26)등이 있었다.

언론·출판분야의 경우 1989년 6월 12일 이후 1999년 11월말까지 신청 265건(692명), 승인 223건(592명), 성사 54건(147명)이 이루어졌다. 1999년에는 신청 28건(69명), 승인 25건(61명), 성사 9건(17명)으로 전년도에 비해 다소 줄어들었다. 1999년 주요 접촉사례로는 PD연합회의 방송교류 및 문화사업 협의(6.22, 북경), 나우콤의 남북어린이 바둑대회 개최 및 인터넷 생중계 협의(11.16, 북경) 등이 있었다. 또한 두산이 북한이 개설한 인터넷 사이트 조선인포뱅크에 회원으로 가입하기 위해 북한주민접촉 승인을 받기도 하였다. 북한이 개설한 인터넷사이트를 단순열람하는 경우에는 북한주민접촉승인을 받을 필요가 없으나, 회원가입, 전자

4) 현재 북한은 「세계문화유산조약」에 가입, 유네스코 이사국들의 결의를 거쳐 고구려 고분을 세계문화유산으로 등록하기를 원하고 있다. 이에 관한 기사로는 「조선일보」, 1997년 10월 2일, pp.1, 2; 「동아일보」, 1997년 10월 4일, p.1; 「조선일보」, 1999년 4월 29일, p.2; 제성호, “남북교류협력 활성화를 위한 법제도 개선방안”, 『統一問題研究』(평화문제연구소), 제10권 제1호(1998), p.195.

우편·주문판매 등을 이용할 경우에는 북한주민접촉승인을 받아야 한다. 두산은 백과사전을 편찬하면서 「조선인포뱅크」 사이트에서 제공하는 북한관련 정보를 얻기 위해 북한주민접촉승인을 받고 회원으로 가입하였다.⁵⁾

넷째, 이산가족의 경우 생사확인과 서신거래, 나아가 제3국 상봉·접촉이 꾸준히 증가하고 있다. 현재 5,000명 정도의 실향민들이 재북가족들과 서신거래를 통해 지속적으로 접촉하고 있다. 전체 이산가족교류에 있어서 상봉이 차지하는 부분은 김대중 정부 하에서 비약적으로 증가하고 있기는 하지만, 여전히 저조한 편이라고 볼 수 있다.⁶⁾

그 이유는 우선 북한주민들의 해외로의 자유로운 이동 자체가 매우 어렵고, 현재 남북이산가족 상봉의 상당수는 북한주민과 중국 내 조선족 친척간에 만남이 연변 등의 지역에서 이루어질 때 남한가족이 여기에 끼어 들어가 함께 만나는 형식으로 성사되고 있으며, 이러한 상봉이 가능하게 되더라도 이산가족들 중에는 영세민들이 적지 않아 많은 중개료를 주고 중국 연변과 같은 먼 지역까지 달려가서 상봉하기가 부담스럽기 때문이다.⁷⁾

(2) 남북왕래

1998년 2월 김대중 정부가 출범한 이래, 정부가 「정경분리원칙」을 바탕으로 민간차원의 남북교류협력을 적극적으로 추진하면서 방북인원이 크게 증가하였다. 그 때로부터 1999년 12월말까지 북한을 방문한 남한 주민은 총 8,735명으로 1989년부터 1997년까지의 9년간의 방북인원

5) 통일부, 「2000 통일백서」, pp.62~64.

6) 1989년 6월부터 1999년 12월까지 성사된 재북 이산가족의 생사확인 총 건수는 1,872건이며 이를 통해 제3국에서 상봉이 이루어진 건수는 458건에 이른다. 특히 총 상봉 건수 458건 중 1998년과 1999년 두 해에 성사된 것만 303건에 달한다. 이는 김대중 정부의 대북포용정책에 따른 가시적인 성과로서 이산가족 상봉이 대폭 증가한 사실을 잘 반영하고 있다.

7) 제성호, “고령 이산가족의 방북 및 상봉 활성화방안”, 『統一研究論叢』(민족통일연구원), 제7권 1호 (1998), p.221.

2,408명의 3배를 넘어섰다. 남한주민의 북한방문은 1999년의 경우 금강산 관광객, 기업인, 경수로건설 관련 인원이 주종을 이루었으며, 문화예술인의 방북도 종전보다 대폭 늘어나는 양상을 보여 주었다.

먼저 1998년 11월 18일 금강산 관광선이 첫 출항한 이래 1999년 12월 현재까지 관광선이 총 278회 운항되어 158,628명의 남한주민이 금강산을 관광하였다. 1999년에는 「금강」, 「봉래」, 「풍악」호가 매일 운항하면서 월평균 12,000여명이상이 금강산을 다녀왔다. 또한 금강산 관광 및 개발 사업을 추진하기 위한 현대관계자 등 실무인력의 방북이 계속되었다. 1999년에는 12월말까지 금강산 관광사업 추진을 위해 실무인력 3,744명이 북한을 방문하였다. 부두시설, 공연장·온천장 등 관광편의시설이 확충되고 관광코스 다양화 및 관광상품 개발 등이 이루어지면서 금강산 관광객 및 관광 실무인력의 북한방문은 계속 늘어날 전망이다.

1999년의 기업인 방북을 보면, 한국담배인삼공사, 엘칸토 등의 관계자들이 기술지도를 위해 방북하였다. 삼성전자가 전자제품 임가공 및 공단조성 협의차 방북하고 국제옥수수재단이 시험재배를 추진하고 있는 옥수수 생육상태를 점검하기 위해 수 차례 방북하는 등 대북투자, 교역협의 등을 위한 북한방문이 지속적으로 이루어졌다. 방북경로는 북한이 아직까지 판문점을 통한 직접왕래를 꺼리고 있는 관계로 중국북경에서 평양간의 항공편을 주로 이용하고 있다. 하지만 중국 圖們을 거쳐 북한 남양으로 가는 육로로 방문하는 사례도 나타나고 있으며, 중국 圈河에서 북한 원정리 쪽으로 방문하는 경우도 있다. 1999년 12월말 현재 금강산 관광사업 관련 인원의 방북을 제외하고 신청 87건(323명), 승인 84건(293명), 성사 73건(245명)으로 전년에 비해서는 다소 줄어들었다.

경수로건설사업의 경우 1997년 8월 19일 초기 부지공사 착공 후 공사 관계자 등의 북한방문이 증가하기 시작하였다. 1999년 한 해 동안 911명의 남한주민이 경수로사업 추진을 위해 방북하였으며, KEDO 금호사무소 인원(KEDO 영사직원 2명), 한전 및 합동시공단의 건설인력 등 공사관계자들이 신포부지에 장기체류하고 있다. 특히 1999년 12월 15일 본공사 계약(TKC)이 체결됨에 따라 현재 경수로건설사업 관계자

들의 북한방문은 종전보다 대폭 늘어나고 있는 상황이다. 경수로관련 인원의 방북경로는 항공편으로 중국 북경에서 북한 평양 순안공항을 거쳐 선덕공항에 도착한 다음 차량편으로 금호지구로 이동하는 경로가 주로 이용되고 있으며, 동해안 항구에서 양화항으로 입항하는 해상로도 이용되고 있다.

김대중 정부 출범 이후 남북관계 개선에 대한 기대감으로 우리 사회·문화계의 대북 교류 열기가 고조되면서 지난 수년간의 실적을 능가할 정도로 사회문화교류를 위한 방북이 증가하였다. 종전에는 주로 제3국에서의 접촉 위주로 이루어지던 사회·문화교류가 평양, 서울 등 한반도 내에서 직접 이루어지기 시작했다. 1999년 12월말까지의 방북실적은 신청 46건(386명), 승인 42건(367명), 성사 37건(322명)으로 1998년에 비해서는 다소 줄어들었다.

1999년에는 금강산국제그룹이 주관하는 「제1차 원로화가 북녘산하기행」을 통해 우리 화가 10명이 평양·묘향산·백두산을 방문하였고, 남북한 대중가수 합동공연인 「2000년 평화·친선음악회」, 평양공연과 「민족통일음악회」, 평양공연이 개최되어 우리 대중 음악인들이 북한을 다녀왔다. 또한 민주노총과 조선직업노동자총동맹(직총)이 「남북노동자축구대회」, 평양경기(8.10~8.14간 이갑용 민주노총 위원장 등 37명 참가·방북)를, 현대와 아·태가 「제1차 통일농구경기대회」, 평양경기를 각각 개최(9.27~10.1간 현대 남녀농구단 등 79명 참가·방북)하여 우리측 관련 인사들의 방북이 성사되는 등 문화예술·체육 등 각 분야에서의 북한방문이 이루어졌다.⁸⁾

북한주민의 남한방문은 1993년 UNDP 회의 참석차 3명의 북한주민이 서울을 방문⁹⁾한 이래 이루어지지 않다가 1999년 12월 「제2차 통일농구대회」 경기에 참석하기 위해 현대측 초청으로 62명의 북한 농구단 및

8) 통일부, 「2000 통일백서」, pp.53~59 참조.

9) 북한주민의 남한방문은 1993년 서울에서 개최되었던 두만강개발계획 관련 통신분야 전문가회의(1.27~1.30)와 자원·산업·환경분야 전문가회의(11.8~11.10)에 각 3명씩 참석했던 것이 마지막이었다.

관계자가 서울을 방문('99.12.22~25)함으로써 재개되었다. 통일농구대회 서울경기를 위한 북한 방문단은 62명(단장: 송호경 아·태 부위원장)으로 남녀선수단 38명, 교예단 14명, 아·태관계자 8명, 중계기술자 2명으로 구성되었다. 통일농구경기대회를 개최한 현대와 북측의 아·태는 체육교류 정례화에 합의하였다.

한편 1998년 5월 리틀엔젤스 예술단의 평양공연(5.2~5.12간 박보희 등 총 66명 방북, 3회 공연)이 이루어진 후 약 2년 만인 2000년 5월말 평양학생소년예술단의 서울공연이 남북정상회담 축하행사의 일환으로 성사되었다. 또 1999년 8월 평양에서 『남북노동자축구대회』를 개최한 민주노총과 조선노동자직업총동맹도 2000년에 서울에서 경기를 개최하기로 합의한 바 있어, 북한주민의 남한방문이 계속 이루어질 수 있을 것으로 전망된다.

이상의 사실에 비추어 최근에 나타나고 있는 남북한간의 사회·문화교류에서 크게 두 가지 특징을 찾을 수 있다. 그 하나는 북한주민의 남한방문이 부분적으로 실현됨으로써 사회·문화교류가 우리측의 일방적인 북한방문 위주에서 점차 쌍방향의 교류로 변화되고 있다는 점이다. 다른 하나는 사회·문화교류가 일회성·단발성 행사에서 점차 정례화를 모색하는 단계로 진입하고 있다는 점이다. 앞으로 남북정상회담이 성공적으로 개최되고, 남북한관계 전반에 화해·협력의 분위기가 무르익게 될 때 사회·문화교류는 더욱 활성화되게 될 것으로 내다 보인다.

나. 物的 交流

(1) 남북교역

남북한간의 물자교역은 '93년 1억8천7백만달러 → '94년 1억9천5백만달러 → '95년 2억8천7백만달러 → '96년 2억5천2백만달러 → '97년 3억8백만달러로 전반적으로 계속 확대되어 왔다. 1998년도에는 IMF 위기관리체제로 인해 남북교역이 2억2천1백만달러 규모를 기록하여 다소

감소하였으나,¹⁰⁾ 1999년에는 국내 경기회복, 위탁가공교역 증대, 금강산 관광사업, 대북 경수로건설사업 등 경협사업 진전에 힘입어 교역량이 다시 증가하였다. 그리하여 1999년의 총 교역규모는 3억3천3백만달러로 전년도에 비해 50% 가량 증가하였다.¹¹⁾

현재 전체 교역규모로 볼 때 남한은 중국, 일본에 이어 북한의 3대 교역 상대로 자리잡고 있다. 남북교역은 그 동안 대부분 해외중개상을 통한 간접교역 형식으로 진행되어 왔으나, 최근에는 한약재, 농산물, 위탁가공교역의 일부품목을 중심으로 남북한 사업당사자간에 직접 상담 및 계약이 이루어지는 경우가 늘어나고 있다. 다만 교역물품의 수송은 남북한간에 직접 운송되는 경우에만 북한을 원산지로서 인정하고 있어 간접 교역의 경우에도 물품 운송은 남북한간에 직접 이루어지고 있다. 남북교역 초기에는 북한물품의 반입이 대부분이었으나 점차 비거래성 물자를 중심으로 한 반출이 늘어나고 있으며, 1999년에도 KEDO 중유, 대북 비료지원, 금강산 관광사업 추진 등으로 비거래성 반출이 크게 늘어나자 반출금액이 반입금액을 2배 이상 초과하였다.

북한으로부터 반입되는 물품은 초기에는 금괴 등 광산물과 아연괴, 선철 등 철강금속제품이 주류를 이루었으나, 위탁가공교역이 활성화되면서 점차 섬유류와 전자전기제품의 반입비중이 늘어나고 있다. 1997년까지는 광산물과 철강금속제품의 반입이 70%를 차지했으나, 1998년 이후에는 섬유류와 농림수산물의 반입이 70%를 넘어섰다. 위탁가공 교역이 활성화되는 한편, 북한의 에너지난·물자난으로 철강금속제품 생산량이 크게 줄어들었기 때문이다. 1999년의 주요 반입품목은 섬유류 38.9%, 농림수산물 36.5%, 철강금속제품 13.2% 등으로 위탁가공교역 완제품인 섬유류나 농림수산물의 반입은 크게 증가하고 철강금속제품, 금괴 등 광산물의 반입은 미미한 수준으로 떨어졌다.

반출물품은 초기에는 농업용 비닐자재 등 화학제품이 큰 비중을 차

10) 통일부, 「98 통일백서」 (서울: 통일부, 1999), p.71 참조.

11) 통일부 교류협력국, 「월간 남북교류협력 및 인도적 사업 동향」, 제102호 (1999. 12.1~12.31), p.16 참조.

지하였으나 1993년부터는 위탁가공용 원부자재인 섬유류의 반출이 늘어나기 시작했다. 1995년부터는 KEDO 증유, 대북식량지원 등을 위한 비금속광물제품과 일차산품의 반출이 증가하였으며, 대북경수로건설사업·금강산관광사업 등 대북사업 추진에 따른 현물투자가 이루어지면서 기계류·운반용 기계 등의 반출도 늘어나고 있다. 1999년의 반출품목은 비금속광물제품 25.5%, 화학공업제품 21.8%, 섬유류 15.7%, 기계류 및 운반용기계 13.1% 등으로 점차 다양해지고 있다.

위탁가공교역은 원부자재를 북한으로 보내 가공한 뒤 완성된 제품을 반입하는 방식의 교역이다. 1991년 코오롱상사가 최초로 위탁가공교역으로 학생용 가방을 생산한 이래 매년 크게 증가하여 1997년에는 79,069천달러에 이르러 전체 교역액의 25.6%를 차지하였고, 1998년에는 IMF 외환위기를 겪으면서도 꾸준히 지속되어 전년보다 다소 줄어든 70,988천달러를 기록하였다.¹²⁾ 그러나 국내 경기가 회복되기 시작한 1999년에는 위탁가공교역액이 9,960만달러에 이르렀다.

위탁가공교역으로 생산되는 물품은 의류가 대부분이며 가방, 신발, 완구, 슈트카바 등도 일부 생산되었으나, 1996년부터는 칼라TV, 스피커, 자동차배선 등으로 그 품목이 점차 다양화되고 있다. 1998년에는 컴퓨터용 모니터, 마이크 등 음향기기, 전자부품, 철도차량, 카세트테이프 등으로 품목이 확대되었다. 또한 1998년부터는 임가공 기술지도를 위한 우리 기술자들의 방북이 성사되기 시작하여 1999년 10월말 현재까지 33회 79명이 북한을 방문, 기술지도를 하였다. 위탁가공교역을 위한 설비 반출도 꾸준히 증가하여 1999년 10월말 현재 위탁가공업체 수는 126개로써 1998년도의 72개 업체에 비해 54개 업체가 늘어났다. 설비반출이나 참여업체의 수가 계속 늘어나는 것은 위탁가공교역이 안정적으로 확대될 수 있는 기반이 마련되고 있는 것으로 볼 수 있다. 한편 위탁가공 품목이 다변화되면서 북한내 위탁가공지역도 평양, 남포 중심에서 신의주, 나진·선봉지역 등으로 확대되고 있다. 1999년 11월에는 삼성이

12) 위탁가공 교역은 '93년 8백만달러 → '94년 2천8백만달러 → '95년 4천7백만달러 → '96년 6천만달러 → '97년 7천9백만달러 → '98년 7천만달러로 꾸준히 증가하였다.

북한의 조선아세아태평양위원회와 칼라 TV, 라디오카세트, 유선전화기 등 3개 품목의 전자제품에 대한 임가공 사업을 추진하기로 합의하였다. 이러한 점을 감안할 때 앞으로도 남북한간에 위탁가공교역이 활발히 진행될 것으로 전망된다.¹³⁾

(2) 남북경협

1992.10.5 (주)대우의 남포공단 합영사업이 최초로 협력사업자 승인을 받은 이래 1999년 11월말까지 총 42개 기업이 협력사업자 승인을 받았으며, 이 중 15개 사업이 협력사업 승인을 받아 사업을 시행하고 있다. 김대중 정부 출범 이후에는 12개 기업이 협력사업자 승인을, 8개 사업이 협력사업 승인을 받았다. 특히 현 정부가 1998년 4월 「남북경협 활성화조치」를 취한 이후 남북한간에 경제협력사업이 크게 증가하고 있다. 현재 대기업 외에도 많은 중소기업들이 협력사업자 승인신청을 하여 남북경협에 많은 관심을 보이고 있고, 협력사업자 승인을 받은 기업들은 대북투자를 위한 사전 탐색 차원에서 투자조사단을 파견하는 등 남북경협 추진을 위해 상당한 노력을 기울이고 있다.

우선 현대가 서해안공단 조성사업을 추진하기 시작하면서 북한 내 공업단지 조성을 위한 대규모 경제협력사업이 시도되고 있다. 1999년 10월 1일 정주영 명예회장과 김정일간의 면담에서 김정일이 현대의 사업계획에 원칙적인 동의를 함에 따라 현대-아·태간 의향서 수준의 합의서가 체결되는 등 서해안 공단조성사업이 급진전을 보기 시작하였다. 1차 부지조사단이 11월 15일에서 20일까지 북한을 방문하여 신의주 지역에 대한 현장조사를 실시하였다. 현대는 이러한 현장조사를 거쳐 전력·용수·물류환경·시장접근성·노동력 확보 등 입지조건을 면밀히 검토하여 공단부지를 선정하고 본격적인 개발사업을 추진할 계획이다. 삼성도 전자제품 임가공사업을 추진하면서 장기적으로 완제품 생산을 위한 전

13) 통일부, 「2000 통일백서」, pp.66~73 참조.

자복합단지를 북한 내에 조성할 계획을 가지고 있다.

제조업 분야에서는 대우의 셔츠·가방·자켓 생산사업, 태창의 금강산 샘플 개발사업, 녹십자의 혈전증 치료제 생산사업 등이 추진되고 있다. 특히 1999년에는 태창과 녹십자의 제조설비의 반출 및 설치가 완료되어 2000년 상반기 중에는 금강산샘물, 혈전증 치료제 등의 제품이 생산되기 시작하여 국내에 시판될 예정이다. 또한 평화자동차가 남포 자동차 수리 및 조립공장건설사업을 추진하기 위해 1999년에 협력사업자 승인(8.31)을 받았다. 평화자동차는 북한 련봉총회사와 자동차공장건설에 대한 합의서를 체결하고 2006년까지 2000cc급 연간 1,000대, 1,600cc급 연간 9,000대를 생산할 수 있는 공장을 건설할 계획이라고 한다. 농·어업분야 협력사업은 북한의 농·어업 분야 구조개선을 도와 북한의 식량난을 근본적으로 해결할 수 있는 효과적인 방안으로 1999년에도 비교적 활발하게 추진되었다. 국제옥수수재단은 1998년에 협력사업 승인을 받아 북한지역에 적합한 신품종 옥수수 개발을 위한 남북공동연구를 추진하고 있다. 북한 내 1,000개 지역 10,000ha에 시험재배를 하고 있으며, 이 사업의 추진을 위해 김순권 박사를 비롯한 관계자들이 1998에서 1999년 사이에 10여 차례 북한을 방문한 바 있다.

또한 한국담배인삼공사는 북한산 잎담배 계약재배, 시험포 운영, 남북공동브랜드 담배임가공사 등을 추진하고 있다. 1999년에 '99년산 잎담배 1,000톤을 반입하였으며, 공동브랜드 담배제조설비를 반출하고 시험가동을 완료하여 내년부터 남북공동브랜드 담배가 생산될 예정이다.

수산업 분야에서는 1999년에 (주)해주가 북한수산물 생산 및 판매를 위해 협력사업자 승인을 받았으며, 수협중앙회 등이 우리 감척어선을 활용한 남북어업협력사업을 추진하기 위해 북측과 협의를 계속하고 있다.

김대중 정부 출범 이후 남북관계 개선에 대한 기대감으로 우리 사회문화계의 남북교류 열기가 고조되고, 북한측도 우리측의 사회문화교류 제의에 대해 경제적 실리를 얻을 수 있는 분야를 중심으로 선별적으로 호응하기 시작함에 따라 사회·문화협력사업이 활발히 추진되기 시작했다.¹⁴⁾

한편 사회·문화분야의 협력사업의 경우 1991년 이후 1999년 11월말

현재까지 17개 단체가 협력사업자 승인을 받았다. 이중 스포츠아트, 한민족복지재단 등 7개 단체에 대한 협력사업자승인이 1998년에, 그리고 현대 아산, SN21엔터프라이즈 등 9개 단체에 대한 협력사업자 승인이 1999년에 이루어졌다. 이 중 13개 사업이 협력사업 승인을 받았다.

특히 사회·문화분야 협력사업은 남북합동음악회, 공동전시회 등 문화예술 분야의 남북교류를 중심으로 활발하게 이루어지고 있다. 1998년 5월에는 리틀엔젤스 공연단이 평양에서 공연하고, 10월에는 한겨레통일문화재단이 「윤이상음악회」를 평양에서 열었다. 이러한 성과에 힘입어 1999년 초부터 후속 서울공연(만경대소년학생공전 예술단 서울공연, 윤이상음악회 서울공연) 및 클래식과 국악, 대중가요 등 다양한 장르의 음악을 주제로 한 평양·서울 교환공연이 추진되었다. 12월에는 KORECOM과 SBS 주관으로 남한측 인기가수들이 북한을 방문, 「2000년 평화·친선음악회」('99.12.5)를 평양에서 개최하였으며, 「SN21엔터프라이즈」와 MBC도 12월중에 평양에서 남북한 대중가수 합동공연인 「민족통일음악회」('99.12. 20)를 개최하였다. 또한 「문화기획사 NS21」(SN21엔터프라이즈의 후신)이 협력사업 승인을 받아 평양교예단의 서울공연을 추진하여 2000년 6월에 이를 성사시켰다.

체육분야의 협력사업으로는 1999년에 현대아산이 평양에 실내 종합체육관을 건설하는 한편, 제1차 통일농구경기대회를 평양에서 개최('99.9.28~9.29)한 것으로 꼽을 수 있다. 현대측은 북한측과 6개월 간격으로 남북 교환경기를 개최하기로 합의하였으므로 12월에는 북한 농구단이 서울을 방문하여 잠실종합체육관에서 제2차 통일농구경기대회('99.12.22~25)를 열었다. 또한 우인방커뮤니케이션/한국자동차협회가 「'99 통일염원 근강산 국제랠리」 개최에 대한 협력사업 승인을 받고 서울 → 평창 → 속초 → 금강산을 잇는 자동차 경주를 추진하고 있다.

언론·출판 분야의 협력사업은 1997년 중앙일보사 통일문화연구소가 「북한지역 문화유적 답사·조사」 사업에 대해 협력사업자 승인을 받으면

14) 위의 책, pp.80~87 참조.

서 추진되기 시작하였다. 1998년 통일문화연구소는 이 사업에 대해 협력사업 승인을 받고 것을 세 차례에 걸쳐 북한을 방문하여 북한지역 문화유적 등에 대해 취재하였다. 이 외에도 1998년에서 1999년까지 한겨레신문, 경향신문(한민족문화네트워크연구소), 동아일보, 월간 『말』 등이 각각 두 차례씩 방북 하였고, 언론사들이 북한을 방문하여 취재한 내용은 특집기사 게재, TV 프로그램 제작 및 방영, 출판 및 전시활동 등에 활용되었다. 1998년 스포츠아트가 제작한 『평양리포트』가 SBS에서 방영되고 1999년 SBS가 『조경철 박사의 52년만의 귀향』이라는 프로그램을 제작·방영한 것이 그 사례이다.¹⁵⁾

3. 분단국간의 교류협력 관련법제 및 시사점

분단국가는 쌍방당사자간의 관계에 있어서나 제3국과의 관계에 있어서 일반적인 국제관계로는 해결하기 어려운 범규범적 문제점을 내포하게 된다.

분단국가의 개념에 대해서도 국제법상 국가나 전투단체(belligerent)와는 별개의 주체로서 인정하는 입장과 이를 그와는 달리 별개의 주체로서 인정할 필요가 없다는 주장이 대립하고 있으며, 이들 각각의 입장에 따라 분단국가에 대한 정의와 법률관계 또한 달라질 수밖에 없다. 또한 분단국가 쌍방당사자간에는 상대방을 국가 또는 별개의 법률주체로 인정하지 않는 경우가 대부분이다.

이에 따라 분단국간의 법률문제는 자연히 일반적인 국가와는 다른 접근방법을 모색하지 않을 수 없다. 그러므로 분단을 극복하고 앞서 통일을 이룩한 독일의 사례와, 정부와 민간의 교류·협력을 분리하여 다루고 있는 중국·대만의 양안관계는 우리에게 상당한 경험과 시사점을 마련해 주고 있다고 할 것이다.

15) 위의 책, pp.87~92 참조.

가. 동·서독간의 교류협력 관련법제 및 시사점

서독은 「접촉을 통한 변화」라는 통일정책 아래에서 인적교류를 물적 교류에 연계시켜 교류의 폭을 확대시키는데 최대의 초점을 두었다. 그래서 인적교류의 확대를 위한 양보를 동독으로부터 받아내기 위하여 동독이 양보할 때마다 적정한 대가를 지불했다. 따라서 양독간의 교류 관계는 서독의 적극성과 동독의 소극성이 맞물려 처음에는 극도로 제한된 교류에 한정되었으나 양독간에 원칙적인 문제를 보류한 상태에서 양자간의 특수한 관계를 정립한 기본조약 이후 상호협력을 통해 신뢰를 회복하고 나아가 민족적 동질성의 회복을 추구했다.

여기서는 양독간의 교류협력과 관련법제의 변화과정을 추적하면서 남북한간의 교류협력에 주는 시사점을 도출해 보고자 한다.

(1) 동·서독간의 교류협력 변천과정

1945년 독일의 항복 이후 점령국은 포츠담협정에서 독일을 경제적 단일지역으로 만들 것을 합의했으나 당시 냉전질서의 영향으로 인하여 동서독은 서방측 점령지역과 소련측 점령지역으로 완전히 분리되었으며, 이에 따라 동서독간의 교역은 크게 제한을 받았다. 점령국들은 1949년 베를린봉쇄의 중지와 교역의 재개에 합의했고, 서독의 기본법(1949.5.8)과 동독 헌법(1949.10.7)의 제정으로 정부가 수립된 이후 정책수립의 권한은 대폭 독일측에 위임되었다.

동서독간의 교역 즉, 내독교역은 1949년 10월 8일 프랑크푸르트협정(Frankfurter Abkommen)이 체결됨으로써 기본적인 틀을 갖추게 되었다. 프랑크푸르트협정은 중앙은행간 청산계정을 개설하여 서독시장가격을 기준으로 대금을 결제하되, 청산단위(VE, 1VE=1서독마르크)를 결제수단으로 도입하는 것을 주요 내용으로 한 것이었다.

당시 서독은 내독 경제교류에 관한 법률 근거 설정시 의식적으로 관세법과 대외무역법이 아닌 연합국 군정법(MRG) 제53호인 외환관리법

(Devisenbewirtschaftungsgesetz)을 기준으로 하였다. 이는 서독에게 동독은 비록 내국(Inland)은 아니지만 그렇다고 외국(Ausland)이라고 간주될 수도 없다는 인식에서 비롯된 것이었다. 따라서 내독간 무역과 지불청산에 관한 규정은 독자적인 법률근거에 의해 마련되었으며, 서독의 관세법과 대외무역법도 적용되지 않았다.¹⁶⁾

내독교역과 지불교류에 관한 실질적인 토대가 마련된 것은 1951년 9월 20일 체결된 『서독마르크사용지역과 동독마르크사용지역간의 통상에 관한 협정』 즉, 베를린협정(Berliner Abkommen)이었다. 이 협정은 양독간의 물품교역 즉, 상품, 용역, 지불거래에 관한 사항을 규정하였으며, 그 이후 수 차례의 개정을 통해서 발전적 합의사항과 쌍방의 요구사항이 추가되었다. 내독교역은 베를린협정이 체결됨으로써 급속히 진전되었는데, 이는 정치적 이유에 기인한 급작스런 무역봉쇄조치 등이 재현되지 않도록 제도화되고, 행정절차 개선을 통해 교역절차가 간소화되었기 때문이었다. 베를린협정은 1990년 5월 18일 동서독간에 『화폐·경제 및 사회통합조약』이 체결되기 전까지 동서독간 교역의 기본적인 규범으로서 기능하였으며, 1972년 체결된 기본조약의 모체가 되었다.

양독간 교역의 경우 동독에서는 대외무역성이 담당했으나 서독에서는 경제성 산하의 상공신탁관리처(TSI: Treuhandstelle für Industrie und Handel)¹⁷⁾가 담당하다가 1982년 이후 베를린주재 상공신탁처가 담당했다. 이처럼 동서독은 1972년의 기본조약 체결에서 상호 독립적인 국가임을 인정하고 있지만, 동독은 대서독교역을 국제적 무역으로 처리했고, 서독은 대동독교역을 내부거래로 간주했다. 베를린협정을 근거로 하여 서독은 GATT와 EEC에 가입할 때도 대동독교역이 내부거래이므로 국제무역규제를 받지 않았다는 사실을 분명히 했다.¹⁸⁾ 서독의 내독교류 개념은 독일 전역을 단일경제 단위로 규정하고 있었던 1945년 8

16) 김영윤, “통일전 동서독의 경제교류”, 민족통일연구원, 『통일연구논총』 제4권2호, 1995, pp.279~280 참조.

17) 당초에는 지역간 교역신탁처(Treuhandstelle für den Interzonenhandel)였으나 1983년 초에 상공신탁관리처로 개칭되었다.

18) 법제처, 『독일통일관계법연구』, 1991, p.34.

월의 포츠담협정 제14조에 근거를 두고 있었기 때문이다. 따라서 내독 거래에서 서독은 동독산 반입물에 대해 관세를 부과하지 않고 (우대)부가가치세만 부과하게 되었다. 그러나 내독교역이 서독측에게도 정부의 인가를 필요로 하는 관리무역이었으며, 교역당사자는 서독정부로부터 사전인가를 필요로 했다.¹⁹⁾

동서독의 대외무역 중 내독교역이 차지하는 비중은 서로 다른 양상으로 나타나고 있다. 서독 전체 교역량 중 내독교역이 차지하는 비중은 약 1.5% 정도로서 동독이 15번째 교역상대국의 위치를 차지한 반면, 동독에 있어 서독은 구소련 다음인 2위를 점하였으며, 서방국가들 중에는 가장 큰 비중(전체 교역량의 10% 내외)을 차지하였다. 동독 전체경제에 있어 내독교역이 차지하는 비중은 약 3%로 예상외로 작았는데, 이는 동독경제 전체의 대외교역 의존도가 대단히 낮은 데에 기인하였다.²⁰⁾

상품교역은 청산단위(VE)를 토대로 한 청산교류 형태의 쌍무교역이었고, 교역물자의 가격은 반입과 반출 모두 서독 가격에 의해 이루어졌다. 내독교역은 청산거래가 중심이 되었고, 또 쌍방간에 단기적 수지의 불균형이 있더라도 청산거래 계정의 대월을 허용해 주는 무이자 무역금융대출(Swing Facility 제도)이 도입되어 지분의 연체를 막아 줌으로써 교역의 확대에 이바지했다. 1964년에는 산업시설금융사(Gesellschaft zur Finanzierung von Industrieanlagen)가 설립됨으로써 대동독 플랜트 수출에 대해 연불수출금융 자금이 지원되었고, 이러한 제도적 장치의 도움으로 내독교역을 산업설비부문으로 확대·발전시킬 수 있게 되었다.²¹⁾

내독교역수지는 전반적으로 서독이 흑자를 내는 양상을 나타내었는데, 이와 같은 현상은 1960년대 후반에 들어 더욱 심화되었다. 1987년 동독의 대서독교역을 통한 누적채무액은 43억 VE에 달하여 동독이 서

19) 박광작, “구 동서독의 경제협력과 한국에 대한 시사점”, 『통일경제』, 현대경제사회연구원, 1996.12, pp.56~57.

20) 김영운, 앞의 글, p.291 참조.

21) 박광작, 앞의 글, p.57 참조.

독으로 공급하는 상품총액의 65%를 차지하였다. 이는 서독이 동방정책을 추진한 이후 양독간 관계정상화에 따른 동서독간 평화공존적 분위기로 인해 서독이 동독에 신용을 통한 상품수입을 허용하였기 때문으로 보인다.²²⁾

독일 통일 직전인 1990년 초반까지 동서독 경제협력의 주요 특징으로 지적되어야 할 점은, 동서독간 직접투자와 합작·합영은 동독의 합작·합영 불허 원칙에 따라 전혀 불가능했다는 점이다. 동독은 1990년까지 서독 및 서방기업의 투자와 합작 기업의 육성을 위한 어떤 조치도 취하지 않았는데, 이 정책기조는 동구의 국가무역 가운데서도 동독만이 유일하게 서독과의 분리정책을 위해 견지해 왔다고 할 수 있다. 동독의 법학·경제학자들조차도 직접투자, 합작·합영기업과 관계되는 문제들을 연구·검토하지 않았을 정도로, 서방 특히 서독과의 경제합작 등의 경제협력방식은 동독의 국가 이데올로기와 근본적으로 배치되는 것으로 보았던 것이다. 동독의 합영·합작 금지를 통한 동서독경제의 분단정책은 서독 및 서방국가의 ‘민간 자본주의’에 대한 동독의 체제이데올로기 방어체계의 대외경제적 부분이었다. 이것은 베를린장벽과 동독의 국경봉쇄선이 서독과 서유럽국가와의 단절을 의미하는 것에 비유될 수 있다.²³⁾

(2) 동·서독간의 교류협력 관련법제 및 시사점

동서독은 분단 25년만인 1970년부터 1990년 10월 3일 통일을 달성할 때까지 20년 동안 공식회담(6회)과 비공식 접촉(3회)을 합쳐 모두 아홉차례의 정상급회담을 가졌다. 남북한과는 달리 동서독의 경우는 정상회담이 실현되기 이전부터 이미 내독교역이나 체신 교류, 인적·물적 통행을 비롯한 교통문제, 각종 문화·교육·스포츠 등의 교류가 활발하게 추진된 바탕 위에서 정상회담이 이루어졌다.

동서독간의 인적인 교류의 측면에서는, 냉전이 최고로 치열했던 시기

22) 김영윤, 앞의 글, p.291 참조.

23) 박광작, 앞의 글, pp.67~68 참조.

인 1957년에 160만 명의 서독인이 동독을 방문할 수 있었으며, 기본조약 체결(1972년) 전인 1968년에 이미 서독에서 동독으로 126만 명 이상의 서독인이 동독을 방문했던 실적이 있다.²⁴⁾ 경제적 교류의 측면에서는 1951년 베를린협정 체결 이후에도 1961년까지는 물자교류가 합의된 물품목록에 의해 계속 규제를 받았으나 그 이후에는 실질적으로 그러한 제한에 구애받지 않고 물자교류가 계속되었다.

따라서 양독간의 정상회담은 과거의 인적·물적 교류를 바탕으로 미래의 양독관계를 제도적으로 보다 공고히 하고, 통일을 향한 착실한 논의를 구체화해 나갔다는 데 커다란 의의가 있다. 1970년에 개최된 브란트 수상과 슈토프 수상의 두 차례에 걸친 정상회담이 그 내용면에서는 별다른 성과 없이 끝났지만, 그 이후 보다 실질적인 관계 개선의 계기가 되어, <표 II-1>에서 보드시피 우편합의(1970.4.29), 우편 및 전화교류에 관한 의정서(1971.9.30), 통과협정(1971.12.17), 통행협정(1972.5.2), 동·서독간 기본관계에 관한 조약(기본조약) 체결(1972.12.21) 등이 차례로 실현되었다.

<표 II-1>에서도 알 수 있는 것처럼 동서독간 교류협력은 쌍방간의 협정 체결을 통해 발전해 갔다는 특징을 보여준다. 그 중에서도 1972년 체결된 기본조약은 현재 동서독 통일의 모체가 되는 조약이다. 이 조약은 민족문제를 포함한 근본문제에 대해 쌍방의 상이한 견해도 불구 하고 동서독관계에 대한 기본원칙을 설정하고 있다.

24) 박광작, 앞의 글, p.68 참조.

<표 II-1> 동서독간의 정상회담과 교류협력법제 정비과정

서독의 정권	정 상 회 담		법 제정 내용
	공식회담	비공식회담	
아데나워(기민당) 연립내각(1949~1963)			서독마르크사용지역과 동독마르크사용지역간의 통상에 관한 협정(베를린협정) 체결(1951.9.20)
			본조약 체결(1952.5.26)
에르하르트(기민당) 연립내각(1963~1966)			
키징거(기민당) 연립내각(1966~1969)			
브란트(사민당) 연립내각(1969~1974)	1. 브란트수상 - 슈토프 수상 (1970.3.19) 2. 브란트수상 - 슈토프 수상 (1970.5.21)		동·서독간 최초의 우편합의 (1970.4.29)
			베를린을 포함한 동·서독간 우편 교류 및 전화교류에 관한 의정서 서명(1971.9.30)
			동·서독간 통과협정(1971.12.17)
			동·서독간 통행협정(1972.5.2)
			동·서독간 기본관계에 관한 조약(기본조약) 체결(1972.12.21)
슈미트(사민당) 연립내각(1974~1982)	3. 슈미트 수상 - 호네커 의장 (1981.12.11~13)		동·서독 우편·전화협정 체결(1976.3.30)
			동·서독 자유통행협정 체결(1979.10.31)
콜(기민당)연립내각 (1982~)	4. 콜 수상 - 호네커 의장 (1987.9.7~11) 5. 콜 수상 - 모드로 수상 (1989.12.19~20) 6. 콜 수상 - 모드로 수상 (1990.1.16)	1. 카스텐스 대통령 - 호네커 의장 (1982.11. 14. 브레즈네프 장례식) 2. 콜 수상 - 호네커 의장 (1984.2.14. 안드 로포프 장례식) 3. 콜 수상 - 호네커 의장 (1985.3.12. 체르넨코 장례식)	동·서독 경제협정 체결(1984.7.5)
			동·서독 문화협정 체결(1986.5.6)
			동·서독간 화폐·경제 및 사회 통합에 관한 조약 체결 (1990.5.18) 및 발효(1990.7.1)
			선거조약 체결(1990.8.3)
			통합조약 서명(1990.8.31)

정상회담과 기본조약 체결 이전의 양독관계는 동독의 국가승인요구와 서독의 단독대표권으로 대변할 수 있는 정치적 성격이 강했으나, 기본조약 체결 이후에는 상호이익을 도모하기 위하여 양독은 경제·학문·기술·통행·법률부문의 교류와 우편·전화·보건·문화·스포츠 등의 분야의 협력에 노력을 기울였다. 그리고 기본조약과 추가의정서에 근거하여 상호간의 교류와 협력은 더욱 증대되었다. 다만 서독정부는 동독과의 더 많은 인적 협력과 제도적 협력을 통한 관계 개선 및 긴밀화를 요구한 반면, 동독은 사회적·정치적 발전정도에 상응한 교류만을 허용하고자 했다.²⁵⁾ 그러나 서독의 꾸준한 관계개선 노력은 서서히 결실을 맺어갔고, 통일이 이루어지기 전 약 10년 동안에는 공식·비공식적으로 일곱 차례의 정상회담을 개최함으로써 통일의 디딤돌을 완성할 수 있다.

통일에 이르기까지 동서독간의 교류협력과정에서는 교역을 통한 직접적인 마르크화의 이전과 병행하여 통행 및 통신부문을 통한 이전지출과 동서독주민간에 우편·방문 등을 통해 발생한 현물이전도 상당한 규모를 차지했다. 이에 따라 서독은 동독주민의 경제생활수준에 직접적으로 도움을 주는 원조를 함으로써 서독체제의 경제력을 동독주민들에게 인식시켜준 것으로 생각된다.

이러한 동·서독의 교류협력과정을 통해 우리는 다음과 같은 시사점을 얻을 수 있다.

먼저, 동서독관계는 수많은 협정체결에 따른 제도적 장치를 마련하면서 진행되었다는 점을 들 수 있다. 특히 거래상의 지불을 양국의 중앙은행에 의한 청산방식인 청산거래제도로 추진한 것은 만성적으로 경화가 부족한 동독에게 서독의 상품공급이나 용역제공에 대하여 외환으로 지불할 필요가 없도록 하는 장점이 있었다. 정부간의 제도적 보장이 없는 상태에서는 기업이나 개인이 대북한 투자와 교류를 지속하기는 매우 어려운 일이다. 그런 점에서 2000년 9월 26일 남북한간에도 투자보장, 이중과세 방지, 상사분쟁해결절차, 청산결제 등에 관해 합의서를 채

25) 법제처, 앞의 책, p.46 참조.

택한 것은 매우 바람직한 일이며, 향후 그 실효성을 확보하는 데 계속적인 노력이 필요할 것으로 본다.

다음으로는 정치적, 경제적 상황과는 관계없이 인적 교류는 가능한 한 확대되어야 한다는 것이다. 통일 전까지 동서독간에는 매년 수백만 명의 왕래가 있었음을 감안하면 남북한간에도 이산가족상봉, 식량지원 등 인도적 사업과 물자교역, 관광 등 경제교류, 그리고 체육, 학술교류 등 사회문화적 교류가 가급적 확대되어야 할 것이다.

마지막으로는 북한의 경제개방 수준에 비례하여 대북한 경제교류에 대한 우리 정부의 개입수준이 적절히 조정되어야 한다는 것이다. 중국의 개방정책과 달리 사회주의 공고화를 추진해왔던 동독의 경우, 상응하는 동서독 교역에서 정부가 배제된 적은 없었다. 따라서 현재까지 남북한 교류·협력의 제도화작업이 종료되지 않은 상황에서는 정부의 개입이 불가피하나, 북한의 경제개방이 정부의 통제에 의한 제한된 수준에서 벗어나 제도적인 교류와 투자의 보장이 확대되면 이에 맞추어 점차 기업의 자유로운 경제활동의 영역을 확장시켜 줌으로써 교류·협력이 촉진되고 정착될 수 있도록 남북교류법제를 운용하여야 할 것이다.

나. 대만의 양안간 교류협력 관련법제 및 시사점

대만도 한국과 마찬가지로 정치적·이념적 측면에서는 중국과 대립하고 있다. 그러나 경제적인 측면에서는 중국과 상호 보완적인 구조를 형성하고 있으며, 양자간 실질 경제협력의 수준에서는 현격한 차이를 보이고 있다. 한국의 대북한 경제교류는 아직 걸음마 단계를 벗어나지 못하는 수준에 머물러 있으나, 대만·중국간 경제 교류는 발전기 단계를 넘어서서 성숙기에 접어들고 있다. 따라서 대만의 대중국 경제교류과정과 법제를 검토함으로써 남북한의 교류협력과 비교하면서 시사점을 도출하는 것은 이미 통일을 이룩한 독일과는 또다른 관점에서 의미있는 일이라 하겠다.

(1) 대만의 양안교류 변천과정

(가) 무역정책과 법제도 변천

정치적으로 냉전과 대립상태를 지속해 오던 중국과 대만의 양안관계에 결정적인 변화를 가져온 것은 1978년 중국에 등소평 정권이 들어서서 개혁·개방정책을 수립하고 경제건설을 중심노선으로 채택하면서부터이다. 중국은 대만에 대해서도 평화적 수단에 의한 통일추진정책으로 수정하고, 1979년 1월 1일 전인대 상무위원회 명의로 대만에 대해 3통(通商, 通郵, 通航) 4류(친척방문, 관광 및 학술·문화·체육교류)를 제의하였다. 이후 중국은 ‘평화통일, 일국양제’의 원칙에 입각하여 적극적으로 대만에 대하여 평화통일공세를 전개하기 시작하면서 양안문제를 적대적 해방개념에서 평화적 수용개념으로 변환하였다.²⁶⁾

대만정부는 이와 같은 중국의 평화공세를 통일전선전술로 간주하고 이에 맞서 3불정책(불접촉, 불담판, 불타협)을 선언하고, 삼민주의에 의한 중국통일의 통일지도원칙을 제시하여 정식으로 반공대륙정책을 포기함으로써 양안관계는 군사상의 대립은 완화되었으나 여전히 교류는 없는 상태가 지속되었다.

대만의 3불정책에도 불구하고 양안간에는 홍콩을 통한 민간차원의 교류와 간접무역이 꾸준히 진행되면서 대만정부는 국내의 기업가와 해외화교들로부터 민간차원에서나마 교류와 접촉의 합법화를 강력하게 요구받게 되었다. 이에 따라 1985년 7월 대만정부는 대륙교역 3대원칙 즉, 직접통상금지, 직접상담금지 및 간접무역불간섭을 정부의 공식입장으로 발표하여 제3국을 통한 간접방식에 의한 민간차원의 교류를 공식적으로 허용하게 되었다.²⁷⁾ 이러한 조치가 발표되게 된 것은 1984~85년에 걸쳐 대만·중국간 간접무역이 급증했음을 반영하고 있다.

1987년에 들어 대만은 홍콩·마카오 관광여행금지조항을 철폐하여 실

26) 법무부, 『중국과 대만의 통일 및 교류협력법제』, 1995, pp.16~17 참조.

27) 법무부, 앞의 책, p.17 참조.

질적인 중국교류통로를 개방한 데 이어, 그 동안 비공식적으로 성행해 오던 민간차원에서의 대륙방문을 공식적으로 인정하기로 결정하고, 그 해 11월 2일부터 현역군인과 공무원을 제외하고는 대륙에 친척을 둔 대만인의 친척방문을 공식허용함으로써 양안관계는 획기적인 전기를 맞게 되었다.²⁸⁾ 같은 해에 대만은 무역에 관하여도 29개 농·공 원료의 간접수입 개방을 단행했으며, 그 후 수입개방 품목은 점차 늘어났다.

1989년 6월 경제부는 「대륙산품간접수입처리원칙」 등 지금까지의 관계법령을 일체화하여 「대륙지구물품관리판법」을 제정하였다. 이 판법에는 대중국 수입허가 품목에 대해서는 경제부가 공표할 것, 대중국 수입품은 국가의 안전에 반하지 않을 것, 관계 산업에 악영향을 미치지 않을 것, 상품의 수출경쟁력 향상에 도움이 될 것 등의 조건을 규정하고 있다.²⁹⁾

1990년 4월에는 대륙과의 상업용 도항이 허용되어 양안간에 실질적인 직거래가 이루지는 계기가 되었다. 그러나 같은 해 8월에는 대중국 수출품에 관계되는 「대대륙지구간접수출상품관리판법」의 제정을 통하여, 대만상품의 구매자는 제3국·지역 기업이어야 하며 대륙의 기업은 대만상품의 구매자가 될 수 없다고 명기하고 있어, 대중국 경제정책에서 다소 경직된 자세를 보이기도 했다.³⁰⁾

양안간의 교역과 민간교류가 급속히 진전됨에 따라 이를 보다 제도적으로 규율하기 위하여 1989년 5월 대만 법무부는 양안 인민교류의 법적 근거를 정한 「대만지구와 대륙지구의 인민관계조례(원명 臺灣地區與大陸地區人民關係條例, 이하 ‘양안관계조례’라 함)」를 입안했고, 1990년 11월 행정원 회의의 심의를 거쳐 1991년 7월 31일 공포하게 되었다.

1993년에는 「대만지구와 대륙지구간의 무역허가판법」이 제정되어 보다 체계적인 양안간 무역관리가 가능하게 되었고, 또한 같은 해에는 대

28) 법무부, 앞의 책, pp.17~18 참조.

29) 김화섭, “대만의 중국 진출 정책과 한국의 대북 경험정책 비교”, 『통일경제』, 현대경제사회연구원, 1996. 11, p.36 참조.

30) 김화섭, 앞의 글, p.36.

중국 수입이 878개 품목으로 늘어났다. 그리고 1995년 10월 대만 무역위원회는 대중국 무역제한의 단계적 철폐를 발표했다. 이러한 조치에는 대만으로 수입되는 중국상품의 품목을 확대하는 방안이 마련되어 있으며, 특히 국영기업들도 민간업체들과 마찬가지로 중국과 교역할 수 있도록 규정하고 있다. 이에 앞서 대만당국은 같은 해 2월 방중 무역사절단에 2명의 관리를 파견하기도 했다. 이로써 1995년은 대만의 대중국 무역에서 정부가 전면에서 나서는 시발점이 되었다. 1996년 5월 이등회 총통은 중국산 제품의 수입 및 중국관리들의 방문을 완화한다고 발표했다. 이러한 조치로 인해 대만의 국영기업들도 민간기업과 마찬가지로 사전 특별허가 없이 중국산 제품을 수입할 수 있게 되어 수입가능품목이 대폭 확대되었다.³¹⁾

이처럼 대만의 양안간 무역정책과 이를 뒷받침하기 위한 법제는 민간차원에서 진행된 양안간의 접촉 및 기업간 교류를 뒤따라가는 형태로 입안되고 제도화되어 왔다는 점을 알 수 있다.

(나) 투자정책과 법제도 변천

대만의 대중국 투자는 무역과 마찬가지로 80년대 초부터 홍콩 등 제3국·지역에 있는 기업을 통한 간접방식으로 시작되었다. 80년대 중반에 시행된 대만의 대외투자 촉진조치는 대중국 간접투자를 증대하는 결과를 초래하였다. 대만은 1985년 1월에 「투자장려법」을 개정하였으며, 같은 해 4월 「대외투자에 관한 관법」을 개정할 때 대외투자 장려책을 포함하여 투자대상범위를 확대하였다.³²⁾

그리고 1987년 7월에는 「대외투자사업장려적용범위 및 補導관리관법」의 공포를 통해 대외투자 장려업종, 투자방법 등을 명시했다. 또한 외환관리 규제를 완화하여 연간 500만 달러까지 해외송금을 자유화했다. 당시 중국 전체의 3자기업 1건당 평균 투자액이 92만 달러였던 것을 감

31) 김화섭, 앞의 글, pp.36~37 참조.

32) 김화섭, 앞의 글, p.37.

안하면 대만의 500만 달러 이하 해외송금 자유화조치는 제3국·지역을 경유한 대중국 투자증대를 촉발하는 계기가 되었다.³³⁾

대만의 대중국 직접 투자와 관련되는 최초의 조치로는 1987년 10월 15일 대만 행정원이 전통윤리 및 인도적 고려라는 입장을 표방하며 같은 해 11월 2일부터 대만지구주민의 대륙친척방문을 허용하기로 결정한 것을 들 수 있다. 다만, 대만정부는 허가절차에 있어 3불정책, 특히 정부간의 불접촉원칙을 견지한다는 의미에서 기존 법제의 개정없이 현행규정들을 변통 적용하며, 정부차원에서는 가급적 관여하지 않는다는 태도를 취하여, 민간단체인 중화민국적십자회를 주관기관으로 지정하고 대만지구주민의 방문허가신청절차를 대행하도록 하였다.³⁴⁾

이러한 조치로 인해 연간 10만여 명, 1990년 이후에는 연간 100여만 명의 대만인이 중국을 방문하게 되었을 뿐만 아니라, 대만 기업인이 중국을 방문하는 사례도 늘어나게 되었다. 즉, 1987년 이후 대만의 대중국 투자는 급격히 증가하였으며, 여기에는 대륙 친척방문의 해금이 중대한 요인으로 작용했다는 것이다.³⁵⁾

1988년 이후 대만의 대중국 투자는 급격히 증가했으며, 1989년의 천안문 사태도 대만의 대중국 투자에는 장애요인이 되지 못했다. 이에 대만은 1993년 3월 1일 「대륙지구에서의 투자 및 기술합작 허가관법」을 제정하여 대중국 투자 및 기술합작을 공식적으로 인정함과 동시에 관리를 강화하기 시작하였다.

대만은 대륙지구 주민에 대해서는 대만 입경을 극히 제한하는 정책을 실시해 왔으나 대륙과의 교역량이 계속 증대하고, 대륙에 대한 수출 의존도가 높아짐에 따라 경제부는 1995년 4월 17일 「대륙지구주민의 대만에서의 경제무역관련 활동에 관한 허가관법」을 제정하여 일정한 자격을 갖춘 자에 대하여는 총 2개월의 범위 내에서 경제무역과 관련하여 참관·방문 및 회의참가활동 등을 할 수 있도록 하였다. 이에 따라

33) 김화섭, 앞의 글, p.37.

34) 법무부, 앞의 책, p.302 참조.

35) 김화섭, 앞의 글, p.37.

중국의 기업인, 경제관료, 경제단체 임원 등이 대만을 방문할 수 있게 됨으로써 상호 경제교류를 더욱 진전시킬 수 있게 되었다.

위에서 알 수 있는 바와 같이 1949년 중국과 대만이 분리된 후 지금까지 양안관계는 적대에서 화해로, 단절에서 교류로, 봉쇄에서 개방으로 발전해 왔다. 그렇지만 현재 양안관계는 쌍방의 정치적인 관계가 명확히 설정되어 있지 않은 상황에서 민간차원의 교류협력이 진전될 수 있는 한계점에 도달해 있는 것으로 보인다. 이를 해소하기 위하여 대만은 1990년 11월 반관반민 성격의 「海峽交流基金會」를 설립하고, 중국도 1991년 12월 「海峽兩岸關係協會」를 설립하여 교류협력의 제도화를 추진하는 한편 양안의 정치적 관계개선과 통일논의를 위한 대화창구의 기능을 하고 있으나 쌍방간 체제와 이념을 둘러싼 인식의 괴리와 갈등의 해소는 여전히 쉽지 않은 과제로 남아 있다.

(2) 대만의 양안교류 관련법제 현황

앞에서 살펴본 바와 동서독간에는 상호간의 협정을 통해 교류협력방식을 규정해 왔으나, 이와는 달리 중국과 대만의 양안간에는 쌍방의 정책 변화에 수반하여 국내법의 제정을 통해 교류협력을 규율해 오고 있다는 점이 커다란 특징이다.

대만은 1987년 단순히 정부의 방침발표라는 형식을 빌어 대륙친척방문을 허용한 이래 대륙과의 교류를 규율하기 위하여 각종 문제들이 발생할 때마다 단편적인 정부입장의 표명이나 그때 그때의 수요에 따라 임기응변적으로 교류협력 관련법규를 제정하여 왔다.

그러나 양안교류가 급격히 증가하고, 교류방식에도 질적·양적인 변화가 생기면서 이로 인하여 파생되는 민사·형사적인 문제 등 각종 사안들이 더욱 복잡하고 어려워짐에 따라 기존의 단편적이고 비체계적인 방식에 의한 대응에는 한계가 있었다.

대만은 이러한 각종 문제를 해결하기 위하여는 양안교류의 기본원칙을 수립하고 통일추진기구를 설립하며, 교류절차 및 이에 기인한 분쟁

해결의 기본원칙을 규범화한 기본법을 제정하여 양안교류를 제도화함으로써 교류를 촉진하는 한편, 적정한 제한과 통제를 가하기 위하여 수년간의 준비과정을 거쳐 1992년 7월 31일 양안관계와 교류에 관한 기본법인 「대만지구와 대륙지구의 인민관계조례」(양안관계조례)를 공포하고, 같은 해 9월 16일 그 시행세칙을 공포하여 각각 같은 해 9월 18일부터 시행하게 되었다.

이외에도 대만은 현재까지 양안관계를 규율하기 위하여 많은 행정방침과 법규의 제정, 개정 및 폐지를 거듭해 왔는데, 현재 시행되고 있는 양안교류 관계법규를 정리하면 <표 II-2>와 같다.

<표 II-2> 대만의 양안교류 관계법규

분 류		법 규
基本類		中華民國憲法增修條文第十一條 臺灣地區與大陸地區人民關係條例 臺灣地區與大陸地區人民關係條例施行細則 臺灣地區與大陸地區人民關係條例解釋彙編
兩岸交流相關法規	臺灣地區人民進入大陸地區	臺灣地區人民進入大陸地區許可辦法 就養榮民進入大陸地區定居就養給付發給辦法
	大陸地區人民進入臺灣地區	大陸地區人民進入臺灣地區許可辦法 大陸地區人民在臺灣地區定居或居留許可辦法 臺灣地區與大陸地區人民關係條例施行前進入臺灣地區之大陸地區配偶由清居留或定居留許可辦法 大陸地區人民在臺灣地區定居數額表 大陸地區人民在臺灣地區居留數額表
	遺產繼承及學歷採認	退除役官兵死亡無人繼承遺產管理辦法 現役軍人死亡無人繼承遺產管理辦法 大陸地區學歷檢覈及採證辦法

분 류		법 규	
兩岸交流相關法規	兩岸中介團體交流法規		受託處理大陸事務財團法人監督條例(草案) 大陸事務財團法人設立許可及監督準則 受託處理大陸事務財團法人訂定協議處理準則 公務員轉任受託處理大陸事務機構回任時服務年資採計辦法 辜汪會談共同協議 辜汪會談共同協議 兩岸公證書使用查證協議 兩岸掛號函件查詢, 補償事宜協議 兩會連繫與會談制度協議 兩會商定會務人員入出境往來便利辦法
	專業交流法規	專業活動	大陸地區專業人士來台從事專業活動許可辦法
		商業活動	在大陸地區從事投資或技術合作許可辦法 臺灣地區與大陸地區貿易許可辦法 大陸地區產業技術引進許可辦法 在大陸地區從事商業行為許可辦法
	金融活動	臺灣地區與大陸地區金融業務往來許可辦法 臺灣地區與大陸地區保險業務往來許可辦法 臺灣地區與大陸地區證券及期貨業務往來許可辦法 臺灣地區金融機構辦理大陸地區間接匯款作業準則 臺灣地區銀行辦理大陸地區間接進出口外匯業務作業準則	
兩岸交流相關法規	專業交流法規	交通活動	臺灣地區與大陸地區民用航空運輸業間接聯運許可辦法 大陸信件處理要點 開放臺灣地區與大陸地區民衆間接通話(報)實施辦法 旅行業辦理臺灣地區人民赴大陸地區旅行作業要點

분 류		법 규
兩岸交 流相關 法規	專業交 流法規	大陸地區出版品電影片錄影節目廣播電視節目進入臺灣 地區或在臺灣地區發行製作播映許可辦法 臺灣地區大眾傳播事業赴大陸地區採訪拍片製作節目管 理辦法 大陸地區保存之古物運入臺灣地區展覽申請作業要點 大陸地區發行之集郵票品在臺灣地區展覽作業辦法
	漁業活動	臺灣地區漁船船主接駁受僱大陸地區船員許可辦法

먼저, 양안관계의 법적 근거와 기본정책을 규정한 기본류가 있는데, 중화민국헌법증수조문, 양안관계조례 및 그 시행세칙이 포함된다.

양안교류 관계법규는 사회교류법규, 양안중개단체교류법규, 전업교류법규로 세분되는데, 사회교류법규는 입출국, 정주, 거류 등에 관한 규정들이 속하고, 양안중개단체교류법규는 양안관계를 중개하는 단체들에 관한 규정들이 있으며, 전업교류법규는 상업, 금융, 교통, 문교 및 어업 등의 활동에 관한 규정들을 포함하고 있다.

양안교류에 관련되는 법규체계 속에서 양안관계조례는 대만과 중국 간의 교류 및 이에 파생하는 문제해결에 관한 기본법이다. 대만과 중국의 관계는 상호 대등한 정치실체임을 승인하기 이전 단계이며, 양안의 분단현실이나 법률체계에 비추어 서로 완전히 다른 법률규범을 가지고 있기 때문에 양안교류를 완전히 국내문제로 파악하여 국내법으로 처리하거나, 완전한 국제문제로 파악하여 국제법 혹은 국제사법으로 처리할 수는 없는 상황이므로, 양안교류와 그 파생하는 각종 법률문제를 어떻게 해결할 것인가는 매우 어려운 과제가 아닐 수 없다. 따라서 대만은 특별법으로 양안관계조례를 제정함으로써 서로 다른 법률규범을 가진

중국과의 상호교류와 그 파생되는 법률문제를 처리하고자 하였다.

양안에 걸친 법률문제를 해결하는 방안은 쌍방이 협상을 거쳐 쌍방에 모두 적용될 수 있는 법규를 제정하는 것이 바람직하나 양안관계의 현실이 이를 허용하고 있지 않기 때문에 과도기적 조치로서 자기측의 지역에 적용될 법규를 제정한 것이다. 이처럼 양안관계조례는 양안 정부차원의 접촉문제와는 무관하게 분단상태에서 허용되는 양안관계를 규율하기 위한 기본법으로 제정되었으며, 대만과 중국이 서로 대등한 정치실체로 인정하기 이전 단계에서 적용되는 한시법이라고 할 수 있다.³⁶⁾

양안관계조례는 방문, 정주, 거류 및 노동인력 도입 등의 출입경에 관한 사항, 민사사건의 관할, 물권, 채권·채무, 혼인, 친족, 상속 등 민사문제의 처리에 관한 사항, 형사사건의 관할에 관한 사항 및 벌칙규정을 두고 있는데, 실체법인 동시에 절차법이며, 민사법, 행정법 및 형사법적인 성격을 가지고 있고, 또한 국내법인 동시에 국제사법적인 성격을 가지고 있는 특수한 법률이다. 이는 대만당국이 양안교류에 관한 모든 것을 망라한 기본법을 제정하여 양안관계의 특수성 및 복잡한 사정에 적절하게 대응하려는 것이라고 평가할 수 있다.

(3) 대만의 양안교류 관계법제와 시사점

앞에서는 대만의 양안교류에 관한 정책과 법제의 흐름에 대하여 살펴해보았는데, 여기서는 남북한의 교류협력에 주는 시사점을 논의해 보자 한다.

먼저, 경제정책적인 면에서 한국과 대만간의 가장 큰 차이점은 교류협력에 대한 양측의 접근방법에서 나타나고 있다.

대만의 경우에도 초기에는 정부정책이 규제 일변도로 실시되었으나, 중국이 대외개방을 실시하면서 민간기업은 그 자체의 경제논리에 따라 정부정책과는 무관하게 홍콩 등 제3국을 경유한 대중국 경제협력을 활

36) 법무부, 앞의 책, p.299 참조.

발하게 진행했다.

이러한 현상이 지속되자 대만정부로서도 민간기업의 대중국 경제교류를 더 이상 규제하는 것은 무의미하다고 판단하고, 80년대 중반 이후 대중국 경제교류에 관해 적극적인 대응을 보이기 시작했다. 그러나 다른 한편으로, 대만정부는 대만경제의 대륙에 대한 과도한 의존을 방지해야 할 필요성도 느끼고 있었다. 이러한 상충되는 두 정책목표에 직면하여 양안교류 관계법규도 처음에는 상당히 엄격하고 통제적인 측면이 강했으나, 시간의 흐름에 따라 갈수록 양안간의 자유로운 상호방문과 경제활동을 보장하는 방향으로 변화되어 갔다.

이처럼 대만·중국간 경제협력과정에서 대만당국의 경제정책은 90년대 초반까지 소극적인 자세로 일관하는 모습을 보여 주었으나, 양안간 경제교류 확대는 민간기업의 자유로운 경제행위에 의해 크게 발전되었다.

반면, 1988년 이른바 7·7선언으로 한국이 일방적으로 대북한 교역문호를 개방한 이후 최근까지 남북한간의 경제교류는 정부주도로 진행되고 있으며, 한국의 민간기업은 정부정책에 순응하는 모습을 보이고 있다. 현재도 우리 나라의 교류협력법제는 민간기업에 대한 ‘직접 통제의 원칙’에 기초하고 있다.

앞에서 독일의 사례에서 언급한 바와 같이 북한측의 경제개방수준과 우리 정부의 경제교류에 대한 개입수준은 적절히 연동되는 것이 필요하다. 따라서 단기적으로는 정부의 직접적인 개입과 통제가 불가피하다 하더라도, 향후 남북한 경제교류 활성화를 위해서는 민간기업에 대한 간접적인 규제방식을 제도화하여 민간부문의 대북경험을 조정해 나가야 할 필요가 있다. 즉, 정부는 민간기업에 대하여 관리자나 보호자이기 보다는, 지원자 및 조정자로서의 역할에 중점을 두어야 한다는 것이다.

법체계적인 면에서는 대만은 양안간의 교류에 대하여 양안관계조례라는 기본법을 두고, 이에 근거하여 각종 세칙들을 제정하는 형식을 취하고 있다. 이로써 양안교류에 관한 법규들이 일관성있는 규범체계를 이루고 있으며, 양안교류에 따르는 민사, 형사, 행정 및 섭외사법적인 법률문제들을 총체적으로 다루고 있다. 우리 나라도 「남북교류협력에관한법률」

이 있기는 하지만 교류협력에 관한 기본법이라고 하기에는 내용이 너무 빈약하며, 교류협력에 관한 법률문제를 포괄적으로 다루기에도 부족한 점이 많다. 따라서 최근 급증하고 있는 남북간 교류협력사업의 추세, 간접투자에서 직접투자제로의 교류협력방식의 전환 등 새로운 환경에 맞추어 개인 및 기업들의 교류협력을 지원하면서 향후 발생할 가능성이 있는 민사, 형사, 국제사법적인 분쟁과 갈등을 해결할 수 있는 내용을 포괄하는 방향으로 교류협력법체계를 재구성해 나가야 할 것이다.

4. 「남북교류협력법」의 法制上の 문제점 및 교류촉진법으로서의 未備點

남북교류협력에 관한 법제상의 문제점은 법체계와 형식에 관한 문제점과 남북교류협력을 촉진하는데 불충분하고 미흡한 법적 미비점으로 나누어 볼 수 있다.

가. 法制上の 問題點

(1) 남북교류협력의 合法律性 및 獨自性 부족

(가) 준용규정의 과다·광범위성

「남북교류협력법」에는 준용규정이 지나치게 많고 그 범위도 상당히 광범위하다.³⁷⁾ 즉 준용대상이 되는 행위의 유형이 추상적이고 준용되는

37) 「남북교류협력법」에서 다른 법령을 준용한 예를 들면 다음과 같다. 첫째, 수송장비의 출입관리에 관하여 출입국관리법 제65조 내지 제72조의 준용(법 제21조), 둘째, 교역에 관하여 대외무역법 등 무역에 관한 법률의 준용(법 제26조 제1항), 셋째, 물품의 반출·반입에 관하여 조세의 부과·징수·감면 및 환급 등에 관한 법률(다만 관세법에 의한 관세부과 규정과 방위세법 등에 의한 수입부과금 규정은 제외)의 준용(법 제26조 제2항), 넷째, 남북한간의 투자·물품의 반출, 반입 기타 경제에 관한 협력사업 및 이에 수반되는 거래에 대하여 외국환관리법·외자도입법·각종 세법 등 19개 법률의 준용(법 제26조 제3항, 시행령 제50조 제3항), 다섯째, 남북한간 우편 및 전기통신업무에 관하여 우편법, 전기통신기본법 등 4개 법률의 적용(시행령

법률의 범위도 막연하거나 지나치게 넓어 법규의 명확성을 기할 수 없게 하는 동시에 법의 적용을 곤란하게 하고 있는 것은 확실히 문제라 하지 않을 수 없다.³⁸⁾ 이러한 점은 「남북교류협력법」의 독자성을 저해하는 요인으로 작용하고 있다.

남한과 북한이라는 특수한 실체 상호간의 관계를 규율하는 법률로서의 특성 및 남북교류협력의 독자성을 확보하기 위해서는 남북교류협력에 고유한 제도와 절차를 마련할 필요가 있다. 그 동안 통일부가 제정한 「남북경제협력사업 처리에 관한 규정」, 「남북사회·문화협력사업 처리에 관한 규정」이나 「남북교역대상물품 및 반출·반입 승인절차에 관한 고시」 등은 「남북교류협력법」의 문제점을 해소하는 차원에서 또한 남북교류협력의 독자성을 확보하기 위한 법제 정비로서 긍정적으로 평가된다.

한편 현재의 「남북교류협력법」 제26조 3항에서는 다수의 준용법률의 명칭을 나열하고 있다. 부득이 다른 법률을 준용하는 경우에도 준용법률만을 열거할 것이 아니라 준용법률의 조문을 구체적으로 명시하는 것이 타당하다고 할 것이다.³⁹⁾ 이 점은 향후 「남북교류협력법」의 개정

제48조) 등을 들 수 있다.

38) 張明奉, “남북기본합의서·부속합의서 실천에 따른 국내법적 문제”, 「통일」, 통권 제 135호 (1992년 12월), p.50; 朴鈺旻, “南北基本合意書, 履行에 따른 南北交流協力法令의 補充과 그 發展方向”, 서울대학교 법학연구소, 「南北交流協力の 本格化 過程에서 提起될 法的 問題點 및 對策」, 동 연구소 주최 세미나 주제발표문 (1992.9.25), p.23; 박윤훈 교수는 「남북교류협력법」이 입법체계상 상당히 예외적인 모습을 보여주고 있다고 하면서, 그 이유를 ① 다른 대외 교류협력관계 법령을 광범위하게 준용하고 있다는 점, ② 하위법령인 시행령에 위임하고 있는 폭이 다른 행정법령의 경우보다도 훨씬 넓다는 점, ③ 통일원장관 등 행정당국의 법규보완적 처분 내지 의사결정의 폭도 널리 인정되고 규제의 정도가 강하다는 점에서 찾고 있다. 그는 이와 같은 결과를 조래하게 된 것을 다음과 같이 분석하고 있다. “우리의 헌법해석 내지 통일정책과 관련하여 북한을 형식논리적으로는 우리 영토로 보면서도 실질적으로는 통치권이 미치지 않는 외국과 유사하게 다루지 않을 수 없는 상황에서 하나의 법으로 남북간의 교류협력에서 예상되는 제반문제를 모두 규율하려 한 데에서 빚어진 것이며, 법제정 당시에는 남북기본합의서의 채택 등 남북관계의 개선을 예견하지 못하였을 뿐만 아니라 북한지역의 왕래 등 당시 이미 발생하였던 문제를 제외하고는 물자교역·경제협력 등에 관하여는 입법의 필요성을 절실하게 느끼지 못하였기 때문이다.” 위의 글, p.18.

39) 홍준형, “남북관계 활성화에 대비한 남북교류협력 관련 법제보완의 방향”, 「남북교류협력 법·제도 실천과제 연구」, (서울: 통일원, 1994), p.32.

시 반드시 보완되어야 할 부분이라 하겠다.

(나) 위임규정의 과다문제

「남북교류협력법」은 “다른 법률을 준용함에 있어서는 대통령령으로 그에 대한 특례를 정할 수” 있도록 규정하고(법 제26조 4항), 대통령령인 「남북교류협력법 시행령」에서는 “이 영에 정한 사항 외에 법 제26조 4항의 규정에 의한 特例는 관계 행정기관의 장이 (남북교류협력추진)협의회의 의결을 거쳐 고시”하도록 하고 있다(시행령 제50조 5항).⁴⁰⁾

이러한 규정들은 입법체제상 「남북교류협력법」의 문제점으로 지적되고 있다. 구체적인 문제점으로는 다음과 같은 것을 들 수 있다.

첫째, 본래 중요한 실체적인 사항은 母法에 규정하고, 하위법령인 시행령에서는 모법의 委任을 받아 당해 모법의 시행에 필요한 절차적 사항을 규정하는 것이 일반적이다. 또한 이것이 법치주의 요구에 합치하는 것이기도 하다. 그런데도 불구하고 「남북교류협력법」은 남북교류에 관한 중요한 사항을 포괄적으로 시행령에 위임하고 있다.⁴¹⁾ 이것은 “법률에서 구체적으로 범위를 정하여”(헌법 제75조 1항 참조) 하위법령에 위임하도록 한 원칙, 즉 「포괄적 위임금지원칙」에 배치된다고 하겠다.

둘째, 법에서 시행령에 위임한 사항을 시행령에서 다시 통일부 장관에게 재위임함으로써 再委任 禁止의 원칙에 반하고 있다. 그리고 이러한 재위임의 결과 告示에 의하여 관계법령의 적용여부를 결정하도록 하는 문제를 야기하고 있다.⁴²⁾

40) 「남북교류협력법 시행령」에서는 부가가치세·특별소비세 등 조세부과에 관한 몇가지 특례를 규정하고 있을 뿐이다(시행령 제51조 내지 제53조 참조).

41) 이와 관련, 「남북교류협력법」 중 남북한 왕래에 대한 심사(법 제11조), 물품의 반출·반입에 대한 승인(법 제13조), 협력사업자의 승인(법 제16조), 협력사업의 승인(법 제17조) 등에 관한 조항들이 시행령에 포괄적으로 위임한 규정으로 지적되고 있다.

42) 朴鉞旻, “「南北基本合意書」履行에 따른 南北交流協力法令의 補完과 그 發展方向,” p.23; 고시는 행정청 내부의 지침으로서 行政規則의 성격을 갖는다. 행정규칙은 행정기관 내부는 구속할 수 있으나 일반국민에게는 아무런 구속력을 미치지 않으며, 법원의 裁判規範으로 작용하지 않는다는 것이 우리나라 行政法學界의 一般的인 見

셋째, 「남북교류협력법」은 하위법령에 대한 위임이 포괄적이어서 행정부의 裁量範圍가 지나치게 광범위하다. 즉 하위법령에의 과도한 위임과 행정처분 내지 통일원 등 행정당국의 의사에 의한 법규보완에 있어,⁴³⁾ 「남북교류협력법」은 다른 일반 행정법령보다 그 정도가 지나치게 과다하다.

넷째, 「남북교류협력법」은 남북한간의 교류협력에 대한 신축적 대응의 필요에 따라 하위법령에 구체적인 내용을 정하도록 위임하고 있다. 그러나 그 구체적인 범위를 정하지 않아 법치주의에 입각한 통일정책 추진을 공허하게 만들고 있다.

남북한관계의 변화에 신축적이고 탄력적으로 대응하기 위해서는 하위법에 대한 재위임이 어느 정도 불가피하다고 볼 수 있다. 다시 말하면 남북한간 교류협력의 여건이 수시로 변할 수 있고 특히 북한측의 태도 여하에 민감한 영향을 받을 수 있기 때문에, 남북교류협력에 신축적인 대응 확보차원에서 정비·보완이 용이한 하위법령에 맡길 수밖에 없는 점이 있다. 그러나 이러한 점을 인정하더라도 재위임 사항을 가능한 한 최대한 축소하는 것이 법치주의의 요구, 법치행정의 원칙에 부합되는 조치라 할 것이다.

(2) 규정내용의 추상성과 불일관성

「남북교류협력법」은 그 규율사항의 다양성에 비추어 상대적으로 적은 조문으로 구성되어 있고, 내용도 추상적이고 일반적인 규정들이 많다. 이것은 위임규정의 과다에서 비롯된 것이라고 볼 수 있다.

한편 「남북교류협력법」과 동 시행령을 자세히 고찰하면 규정내용의

解이며 判例의 태도이기도 하다. 吳峻根, “南北交流·協力에 관한 現行法制와 그 改善方向”, 『통일문제연구』, 제4권 1호 (1992), p.42 註 29 참조.

43) 이와 관련, 예컨대 교역당사자의 지정(법 제12조), 교역대상물품의 공고(법 제14조), 교역에 관한 조정명령(법 제15조), 협력사업에 관한 조정명령(법 제18조) 등의 처리에 있어서 行政處分 내지 行政當局의 의사결정이 매우 중요하게 작용할 것으로 보인다.

불일관성이 발견되고 있다. 각종 승인취소에 관한 법적 근거규정을 대표적인 예로 들 수 있다.

방문증명서 발급결정 취소의 경우, 「남북교류협력법」에 명시적인 근거없이 동법 시행령 17조 3항에 취소에 관한 규정이 마련되어 있다. 접촉승인 취소의 경우 법과 시행령에 모두 명문의 규정을 두고 있지 않다. 반·출입 승인 취소의 경우에도 역시 법과 시행령에 모두 명문의 규정이 발견되지 않고 있다. 그리고 협력사업자 승인취소의 경우 법 제16조 2항과 시행령 제32조에 명문의 규정을 두고 있으나 협력사업 승인취소의 경우 명문의 규정이 없다.

이상에서 보듯이 협력사업자 승인취소만 법과 시행령에 근거규정을 마련하고 방문증명서 발급결정 취소는 「남북교류협력법」상 근거 없이 시행령에서 규정하고 있으며 나머지는 규정이 없다. 따라서 이 문제에 관해 통일적으로 규정하는 것이 바람직하다.

(3) 남북한 특수관계와 민족내부거래성 인정문제

(가) 대외관계법의 준용문제

「남북교류협력법」은 이 법에 규정하지 않은 사항에 대해서는 관련 국내법을 준용하도록 하고 있다. 즉 「남북교류협력법」 제26조(다른 법률의 準用) 1항은 “교역에 관하여 이 법에 특별히 규정되지 아니한 사항에 대하여는 대통령령이 정하는 바에 의하여 「대외무역」법 등 무역에 관한 법률을 準用한다”고 명시하고 있다. 동조 3항은 “남한과 북한간의 투자, 물품의 반출·반입 기타 경제에 관한 협력사업 및 이에 수반되는 거래에 대하여는 대통령령이 정하는 바에 의하여” ① 「외국환」관리법, ② 「외자」도입법, ③ 한국「수출입」은행법, ④ 수출보험법, ⑤ 「대외경제」협력기금법, ⑥ 「수출」용원재료에 대한 관세 등 환급에 관한 특별법 등을 준용한다고 규정하고 있다. 또한 「남북교류협력법」 제21조(수송장비 등의 출입관리)는 “선박·항공기·철도차량 또는 자동차 등과

그 승무원이 출입장소에 출입하는 때에는 「출입국」관리법 제69조 내지 제76조의 규정을 준용한다”고 하고 있다.

그러나 「남북교류협력법」 제2조 2호는 남북한간의 물품교류를 국가간의 경제교류인 무역과 구별하기 위하여 의도적으로 交易이라는 용어를 사용하고 있다. 또한 동조 3호는 국경을 중심으로 한 내외국의 이동을 표시하는 용어인 「수출」과 「수입」을 사용하지 않고, 「반출」과 「반입」을 사용하고 있다. 이들은 모두 남북교류가 상호 외국으로서의 지위를 갖는 범주체간의 거래와는 다른 성격을 지닌다는 것을 시사한 규정이라고 평가된다.

이 점은 1992년 2월 19일 제6차 남북고위급회담에서 발효된 「남북사이의 화해와 불가침 및 교류·협력에 관한 합의서」(이하 「남북기본합의서」라 함) 서문에서 잘 나타나고 있다. 「남북기본합의서」 서문은 남북한관계를 「나라와 나라 사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계」(또는 민족내부의 특수관계)로 규정하고, 동 제15조에서 남북한간의 교역(물자교류)은 물론 합작투자 등 경제교류와 협력을 민족내부교류로 규정하고 있다.

이러한 점에 비추어 볼 때 「남북교류협력법」 제26조 1항과 3항은 남북 경제교류협력에 있어서 북한을 외국으로 인정하는 결과를 초래하여 「남북기본합의서」 서문에 명시된 ‘잠정적 특수관계’의 정신에도 배치되는 것이라 하겠다. 즉 상호 외국이 아니라 특수관계에 있는 남북한이 교역과 협력사업 등 경제교류를 추진할 경우 여기에 국가간 경제교류에 적용되는 법률을 準用하는 것은 법리상 타당하지 않은 것이다. 또한 남북한관계에 대한 법률적용과 관련하여 혼란을 초래할 가능성이 있다.

또한 국제적으로는 외국이 남북한간의 교역에 대하여 「세계무역기구 설립협정」(WTO설립협정) 또는 1947년 GATT협정이 적용되어야 한다고 주장할 수 있는 논거로 원용될 수도 있다고 판단된다. 따라서 대외관계법의 준용을 전면배제하는 방향으로 「남북교류협력법」을 개정·보완해야 할 것이다.⁴⁴⁾

(나) 남북교류협력의 민족내부교류성 불명시

남북한 특수관계에 비추어 대북 교역 및 투자에 관하여 민족내부교류성(민족내부거래 내지 민족내부투자로서의 성격)을 인정하는 명문의 규정을 삽입할 필요가 있다. 남한은 WTO에 가입하면서 「世界貿易機構協定の 이행에 관한 特別法」을 법률 제4858호로 제정한 바 있다. 동법 제5조(민족내부거래)는 “남북한간의 거래는 민족내부거래로서 협정에 의한 국가간 거래로 보지 아니한다”고 규정하고 있다.

사실 이러한 내용은 남북한간의 교역 및 협력사업에 관해 포괄적으로 규정하는 기본법인 「남북교류협력법」에서 명문화하는 것이 법리상 더욱 타당하다고 할 것이다. 물론 「남북교류협력법」 제1조의 목적규정이 민족내부거래임을 전제로 하는 근거규정으로 볼 경우에는 따로 별도의 명문규정을 둘 필요가 없다는 주장도 제기될 수 있을 것이다. 그러나 남북기본합의서의 남북한 특수관계 정신과 남북교류협력의 민족내부교류성 규정(남북기본합의서 제15조)에 입각하여 「남북교류협력 법」을 全面改正하거나 또는 새로운 代替立法을 마련할 경우 여기에 이를 명시하는 방안을 적극 검토할 필요가 있다.

(4) 국가보안법과의 관계 및 「정당한 경우」의 범위문제

우리 학계에서는 「남북교류협력법」과 국가보안법간에 상충이 존재한다는 주장이 제기되고 있다. 외관상 동일한 행위에 대하여 특별한 적용 기준 없이 어느 경우에는 국가보안법, 다른 경우에는 「남북교류협력법」이 선별적·자의적으로 적용되고 있다는 비판이 있는 것 또한 사실이다. 물론 양 법률은 서로 법체계를 달리하는 것이므로 양자가 상호 모순·상충된다는 논리의 타당성을 인정할 수는 없으나, 이 점에 대해 일반인의 이해가 부족한 형편이다. 따라서 충분한 설득과 홍보가 필요하다고 생

44) 諸成鎬, “南北 經濟交流協力에 따른 法的 問題와 對應方”, 『저스티스』, 제25권 2호 (1992), p.189.

각된다.

한편 「남북교류협력법」 제3조는 다른 법률과의 관계에 관해 일반적으로 규정하여 국가보안법과의 관계에 있어서 우선적용의 가능성을 열어 놓고 있으나, 그 기준이 명시되어 있지 않아 법적 안정성과 예측가능성의 면에서 문제가 있다. 그러나 이 규정에도 불구하고 「남북교류협력법」과 특히 국가보안법 중 어느 법률을 선택하여 적용할 것인가와 관련하여 정부의 재량 내지 임의성이 개입될 소지가 다분히 있고, 그 결과 유사한 사안에 있어서도 법적용상의 불일관성이 노정될 가능성이 있다.

그것은 특히 「남북교류협력법」상 북한방문과 국가보안법상의 잠입·탈출이나 또는 「남북교류협력법」상 북한주민 접촉과 국가보안법상의 회합·통신은 서로 유사한 행위유형이기 때문이다. 물론 법리상 ① 「자유민주적 기본질서를 해할 情을 알면서」 행한 것인지, 또한 ② 문제의 행위가 반국가적 활동의 성격(반국가성 내지 이적성)을 갖고 있는지 여부에 따라 어느 법을 적용할 것인지를 결정할 수 있다고 일반적으로는 말할 수 있지만, 현실적으로 지금까지 나타난 법 실천을 보면 그 기준은 반드시 분명하다고 할 수 없다.

(5) 다양한 협력사업의 일률적 취급의 문제

남북한간의 교류협력은 경제·사회·문화·예술·종교·교육·언론 등 여러 가지 분야에서 이루어질 수 있고, 이들은 제각기 독자성을 지니고 있다. 그런데 「남북교류협력법」은 남북교류협력의 유형을 크게 남북교역과 남북협력사업으로 나누고, 협력사업은 “남한과 북한의 주민(법인·단체를 포함한다)이 공동으로 행하는 문화·체육·학술·경제 등에 관한 제반활동을 말한다(법 제2조 4호)”고 규정하여 다양한 협력의 방식을 협력사업의 범주에 포함시키고 있다.

그러나 이와 관련하여 학계에서는 경제협력사업 이외의 다른 여러 가지 형태의 협력사업을 경제협력사업과 동일한 차원에서 규율하는 것

이 과연 적절하고 바람직한 것인지에 대해 논란이 되고 있다.⁴⁵⁾ 경제교류협력을 예로 들면 남북교역의 경우, 간접교역, 위탁가공교역, 직교역, 보상무역 등 여러 방식이 있고, 경제협력사업의 경우에도 합작투자(북한에서는 이를 합영, 합작, 단독투자의 3가지로 나누고 있음), 기술이전, 자원의 공동개발, 해외로의 공동진출 등의 다양한 형태를 띠 수 있다. 이와 같이 다양한 남북경제교류협력의 형태를 남북교역과 남북경제협력사업으로 나누어 규율하는 것은 비효율적일 뿐만 아니라 향후 법 적용과정에서 예기치 않은 문제점이 발생할 수도 있다.

사회·문화교류협력의 경우에도 학술·문화·예술·종교·교육·언론·방송·체육 등 다양한 분야의 교류가 있다. 이들 분야의 개별적인 특성을 고려하지 않고 일률적인 처리를 하는 데에는 무리가 따를 수 있다. 한편 민간단체에 의한 대북 인도적 지원은 단순히 인도적 물자의 증여(반·출입) 형태를 띠 경우도 있지만, 사회·문화협력사업 또는 경제협력사업과 구별하기 어려운 경우도 있으며 몇 가지 성질이 복합되어 있는 경우도 있다.

사정이 이러한 데도 현행 「남북교류협력법」을 보면, 남북한간의 협력사업 분야에 대한 규정이 미흡하다고 하지 않을 수 없다. 「남북교류협력법」에서는 이에 관해 단지 3개 조문만을 두고 있는 바, 협력사업의 다양한 유형에 비해 관련법규는 지나치게 단순하다고 볼 수 있다. 따라서 향후 「남북교류협력법」을 전면 개정하거나 보완할 경우 보다 세분화된 규정을 두는 것이 타당하다고 할 것이다.

45) 이와 관련, 박운흔은 법적 규율의 측면에서 볼 때 협력사업 가운데 자원의 공동개발·합작투자와 과학·기술·환경·관광을 포함한 경제협력사업이 가장 중요하고, 교육·문화·예술·보건·체육·매스미디어 등에 관한 협력사업은 그 비중이 낮을 뿐만 아니라 사실 「사업」이라고 부르기도 미흡한 1회적 협력에 그치는 경우도 많을 것이므로 경제협력사업과 기타 분야의 협력사업을 같은 차원에서 규정할 것이 아니라고 지적하고 있다. 朴鈞煥, “「南北基本合意書」履行에 따른 南北交流協力法令의 補完과 그 發展方向”, p.29. 이와 유사한 논지에 관해서는 홍준형, “남북관계 활성화에 대비한 남북교류협력 관련 법제보완의 방향”, pp.20, 31~33 참조.

(6) 북한주민 擬制規定의 문제

「남북교류협력법」 제30조는 「북한의 노선에 따라 활동하는 국외단체의 구성원」을 북한주민으로 본다는 규정이다. 그런데 이 규정에 대해서는 자의적인 해석가능성이 상존하고 있다. 「북한의 노선에 따라 활동」한다는 용어의 개념의 내포와 외연이 불명확하기 때문이다.

현재 북한의 대외정책방향 내지 정책노선이 외국으로부터 투자를 유치하는 것이라고 할 때, 북한과 적극적으로 교류협력을 추진하는 것을 두고 북한의 노선에 따라 활동하는 것이라고 볼 수는 없다. 또 「국외단체」란 것은 조총련과 같은 북한의 하수인격 단체만을 의미하는 것인지, 해외에 있는 친북 성향의 단체 일반을 포함하는 것인지, 또는 여기에다가 반정부성향의 단체까지 아울러 포함하는지가 불분명하다.

동조의 입법취지의 타당성을 충분히 인정한다고 할 경우에도, 즉 법률에서 「북한의 노선에 따라 활동하는 단체」의 활동을 규율하는 것이 타당하다고 하더라도 왜 국외단체에 관해서는 명문으로 규제하고, 국내단체에 대해서는 언급이 없는지도 의심스럽다. 「북한의 노선에 따라 활동하는 단체」가 국내에 설치되어 있는 경우에도 당해 국내단체의 구성원에는 국내거주자 외에 얼마든지 국외거주자가 포함될 수 있기 때문이다. 이와 같은 국외거주자도 동조의 규율대상이 되어야 하는 것은 아닌지가 문제될 수 있다.

또한 「북한의 노선에 따라 활동하는 단체」라는 것과 국가보안법상의 반국가단체와는 어떠한 관계에 있는 것인지도 분명치 않다. 이에 관하여 양자의 구별기준을 설정하는 것이 필요하다고 생각된다.⁴⁶⁾

(7) 실체법적 규정 不備

앞으로 완전통일이 이루어진 후에는 남북한 주민간에 재산권 귀속

46) 북한주민의제조항의 문제점에 관해서는 諸成鎬, “「南北交流協力法」上 南韓住民의 概念과 範圍(II)”, 『法曹』, 통권 제474호 (1996), pp.111~115 참조.

등 여러가지 법률문제가 발생하게 될 것이다. 그에 대한 해결책이 본격적으로 거론되고 강구되게 될 것이다. 그러나 통일 전에도 남북교류협력이 활성화되어 남북한간 주민왕래가 늘어나고 특히 이산가족이 상봉 내지 재결합하게 된다면, 혼인·상속 등 민사관계의 조정문제가 대두될 수 있다. 이에 관해서 민법 등 관련법에서 이러한 문제들에 관해 규율 하도록 할 것인지 또는 「남북교류협력법」이 이에 관한 일반규정을 두고 각종의 관련 법에서 특례를 둘 것인지 또는 별도의 특별법을 제정 할 것인지에 관해 검토를 할 필요가 있다.⁴⁷⁾

나. 교류촉진법으로서의 미비점

(1) 인적 교류의 경우

(가) 북한주민 접촉의 경우

① 접촉승인제의 존치 및 처리기간

김대중 정부 출범 이전에 북한주민을 접촉하고자 하는 경우 접촉 20일 전까지 통일부 장관에게 북한주민 접촉승인을 신청해야 했다.⁴⁸⁾ 우편신청이나 대리신청도 무방하며, 해외에서는 재외공관에 신청서류를 제출하면 된다.⁴⁹⁾ 북한주민 접촉신청은 서류가 접수된 날로부터 근무일

47) 張明奉, “남북기본합의서·부속합의서 실천에 따른 국내법적 문제,” p.51; 朴鈺妍, “『南北基本合意書』履行에 따른 南北交流協力法令의 補完과 그 發展方向,” p.38.

48) 「남북교류협력법」 제9조 3항 및 구 「남북교류협력법 시행령」(1998년 12월 개정 이전의 시행령) 제19조 2항 참조.

49) 북한주민 접촉승인 신청시 제출하는 서류는 다음과 같다. 첫째, 북한주민접촉신청서에는 신청인 인적사항, 피접촉예정인 인적사항, 접촉목적 등을 기재하도록 되어 있으며, 신원진술서에는 신청인의 신원사항을 작성항목에 따라 직접 기재하고, 우측 상단에 신청인 사진을 부착해야 한다. 북한주민 접촉신청서와 신원진술서는 소정양식으로 통일부에 비치되어 있다. 기타 통일부 장관이 필요하다고 인정하는 서류는 신청사안에 따라 다소 차이가 있을 수 있으나, 일반적으로 접촉계획서, 신청단체 소개서, 교류내용과 접촉 목적을 설명해 줄 수 있는 자료 등이다. 접촉계획서는 신청인이 추진하고자 하는 대북교류사업과 접촉일정에 관한 자세한 사항을 설명하는 서류로서 북한주민 접촉신청서에 기재한 접촉목적, 접촉경위, 접촉일정 및 장소 등의 내용항목을 중심으로 상세하게 작성하여야 한다. 소정양식은 없으며, 신

기준으로 20일 내에 처리되었고, 그 처리결과는 문서로 신청인에게 우송(통지)되었다. 접촉신청이 승인된 경우 통지문에는 접촉인, 피접촉인, 접촉목적, 접촉방법, 승인유효기간 등이 기재되며, 불허된 경우에도 불허사유가 명시된다. 처리기간은 통상 10~20일이 소요되었다.⁵⁰⁾

그리하여 구 정부 하에서는 북한주민 접촉승인 신청서가 처리되는 기간은 20일 이내였었다. 그러나 1998년 4월 30일 「국민의 정부」는 정경분리의 원칙에 입각하여 남북경협을 촉진·장려하기 위해 「남북경협 활성화조치」를 발표하였는데, 여기에서 정부는 승인처리기간을 현행 20일에서 15일로 단축하여 민원처리의 신속화를 도모하였다.⁵¹⁾ 이 조치는 원칙적으로 기업인(경제인)들에게 해당되는 것이지만, 현재 통일부는 민간 차원의 대북지원 및 사회·문화교류에 있어서도 이 조치를 준용하고 있다. 이러한 「남북경협 활성화조치」는 개정된 「남북교류협력법 시행령」 제19조 2항에 반영되었다.

하지만 이 같은 조치에도 불구하고 남북교류협력에 참여하는 자들은 15일의 처리기간도 오랜 시간으로 이해하고 있다. 북한측에서 商談 관련 연락이 올 경우 하루도 지체하지 않고 북경이나 연변으로 달려가야 할 형편인데 2주일은 너무 길다는 것이다. 그래서 남북교류 참여자들은 북한주민접촉 승인처리기간의 재단축을 요망하고 있다.

② 북한주민 접촉승인 유효기간

김대중 출범 이전에는 북한주민접촉 승인유효기간은 최장 2년의 범위 내에서 사안에 따라 신축성 있게 결정되었었다. 하지만 실제로는 당시 일부 기업인과 이산가족을 제외하고는 1년 이상의 북한주민접촉 승인을 받기란 어려웠다. 그러나 현 정부 하에서는 1998년 4월의 「남북경협 활성화조치」에 의거하여 기업인들의 경우 북한주민 접촉승인기간이

청인이 자유롭게 작성하면 된다.

50) 통일원, 「사회문화분야 남북교류협력실무안내」, (서울: 통일원, 1996), pp. 4~5; 통일부, 「남북교역 실무안내」, (서울: 통일원, 1998), pp.30~32 참조.

51) 통일부 교류협력국, “「남북경협 활성화조치」 주요내용('98.4.30)”, 「월간 남북교류협력동향」, 제82호 (1998.4.1~4.30), p.72.

1년에서 3년으로 연장되었다.⁵²⁾ 또 이산가족의 경우 2000년 3월 2일 정부가 「이산가족 교류촉진 지원계획」을 발표하여 종전의 2년에서 5년으로 연장하였다.⁵³⁾

이와 같은 승인유효기간 중에는 승인받은 접촉목적 범위 내에서 횡수에 제한 없이 접촉할 수 있다. 그러나 북한측과 협의가 진행되는 도중에 당초의 승인유효기간이 만료될 수도 있는데, 이런 경우에는 재승인을 받아야 한다. 재승인 신청시 필요한 신청서류와 절차는 최초 신청 때와 동일하나, 다만 신청서류 중 신원진술서와 같이 처음 신청할 때와 동일한 서류는 특별한 사정변경이 없는 한 제출하지 않아도 된다. 재승인 신청시에는 그간 북한주민과 접촉한 내용 등 추진경과를 설명하는 자료를 추가해야 한다.⁵⁴⁾

그런데 현재 사회·문화교류협력이나, 대북 인도적 지원, 환경교류협력, 방송교류협력 등 여타의 다른 남북교류협력을 추진하는 자들도 형평성을 내세우면서 북한주민접촉승인 기간의 연장을 요구하고 있다. 앞으로 남북교류협력이 보다 활성화되고 본격화될 경우 이러한 주장은 더욱 거세어 질 것으로 예상된다.

③ 안내교육

통일부 장관은 북한주민접촉을 승인함에 있어 필요할 경우 접촉예정자에게 안내교육을 받도록 조건을 부과할 수 있다. 접촉예정자가 자발적으로 안내교육을 받고자 희망할 경우 안내교육을 받을 수도 있다. 그러나 북한주민 접촉승인과 관련하여 안내교육 이수 조건부과는 「남북교류협력법」상의 명확한 법적 근거가 없이 임의적으로 실시되고 있다. 단지 「남북교류협력시행지침」이라는 공개되지 않은 하위법규에는 그 근거가 명시되고 있다고 한다. 하지만 상위법에 근거가 없는데 하위

52) 통일부 교류협력국, “「남북경협 활성화조치」 주요내용(’98.4.30)”, p.72.

53) 통일부, 「이산가족 교류촉진 지원계획」 발표자료, 2000년 3월 2일, p.2; 통일부, 「이산가족 교류촉진 지원계획」 해설자료, 2000년 3월 2일, p.2 참조.

54) 통일원, 「사회문화분야 남북교류협력실무안내」, pp.7~8.

법규로 이와 같은 조건의 설정, 즉 국민들에 대한 새로운 의무부과가 법치주의 정신에 맞지 않는 것이다. 그나마 남북교류협력 초기에 통일부가 안내교육을 받도록 하는 조건을 부과한 적이 있으나 지금은 거의 실시되지 않는 것으로 알려지고 있다.

현재 북한주민 접촉 관련 안내교육은 통일부 통일교육원에서 실시한다. 안내교육은 북한주민접촉과 관련된 필요한 지식과 정보, 유의사항 등을 사전에 안내하는 것으로서 교육내용은 남북한관계 현황, 북한실상, 북한주민 접촉시의 행동요령, 기타 접촉목적과 관련된 사항 등으로 편성되어 있다.⁵⁵⁾

하지만 현단계에 있어서도 이러한 안내교육을 반드시 실시하는 것이 바람직한지는 의문이다. 일반 국민들도 웬만하면 북한에 관해 상당한 지식을 갖고 있기 때문이다. 그리고 안내교육의 실효성도 그리 높지 않은 것이 현실이다.

④ 북한주민접촉 결과보고

통일부 장관은 「남북교류협력법」 제25조의 규정에 따라 북한주민을 접촉하는 등 남북교류협력의 경험이 있는 자에게 의견의 진술 등 필요한 협조를 요청할 수 있다.⁵⁶⁾ 이 규정에 따라 북한주민을 접촉한 자는 접촉 후 통일부 장관에게 그 결과를 보고해야 한다. 접촉결과보고는 6하원칙에 따라 가급적 자세하고 정확하게 작성하여 접촉 후 10일 이내에 제출해야 한다. 접촉결과보고 서식은 특정양식을 요구하는 것은 아니나, 승인문서와 함께 우송되는 북한주민접촉결과보고서 양식 이용이 권장되고 있다.

그런데 남북교류협력에 참여하는 교류사업자가 북한주민을 접촉할 때마다 결과보고를 하도록 하는 것은 사업추진에 번거로움을 가져올

55) 위의 책, pp.6~7 참조.

56) 「남북교류협력법」 제25조는 “통일부 장관은 남북교류협력을 증진시키고 관련 정책 수립을 위하여 필요하다고 인정할 때에는 관계 전문가 및 남북교류·협력의 경험이 있는 자에게 의견의 진술 등 필요한 협조를 요청할 수 있다. 이 경우 협조를 요청 받은 자는 정당한 사유가 없는 한 이에 응하여야 한다”고 규정하고 있다.

수 있다. 물론 사업 초기에는 북한주민을 뜬하게 접촉할 가능성이 높고 그에 따른 결과보고에 큰 어려움이 없을 것이다. 그러나 사업이 상당히 진척되어 수시로 북한주민을 접촉하게 될 경우 건별마다 결과보고를 하는 것은 여간 불편하지 않을 것이며, 사업 진행에 차질을 빚을 수도 있다.

⑤ 사후신고

긴급을 요하거나 또는 북한으로부터 편지나 전화를 접수하는 경우와 같이 사전에 북한주민접촉승인을 받는 것이 현실적으로 불가능할 때가 있을 수 있다. 이같이 부득이한 경우에는 접촉 이후 7일 이내에 접촉사실을 통일부 장관에게 사후 신고하는 것이 허용된다. 사후신고가 가능한 구체적 경우에 대해서는 「남북교류협력법 시행령」 제19조 4항에 열거되어 있다.⁵⁷⁾ 그런데 남북교류협력 및 대북 민간지원의 활성화 또는 이를 위한 절차간소화 차원에서 북한주민접촉결과보고와 관련하여 일괄보고제를 도입할 경우에는 사후신고에 있어서도 융통성을 발휘하는 것이 균형에 맞는다고 하겠다.

(나) 북한방문

① 북한방문 처리기간

남북교류협력을 활성화시키기 위해서는 경제·사회·문화·인도 등 비정치적인 사업 목적의 방북을 용이하게 하도록 제도적인 뒷받침을 해야

57) 「남북교류협력법 시행령」 제19조(접촉승인신청) 4항은 “다음 각호의 1에 해당하는 자가 사전에 승인을 얻지 아니하고 북한주민과 접촉한 경우에는 접촉후 7일 이내에 통일원장관이 정하는 바에 의하여 통일원장관 또는 재외공관의 장에게 신고한 때에 이를 법 제9조 제3항의 규정에 의한 승인을 얻은 것으로 본다. 1. 북한주민의 참가가 예상되는 국제행사의 참가를 정부로부터 승인받고 동 행사에서 또는 동 행사와 관련하여 북한주민과 접촉한 자, 2. 외국을 여행하는 중에 우발적으로 북한주민과 접촉한 자, 3. 외국에서 가족(8촌이내의 친·인척 및 배우자 또는 배우자이었던 자를 말한다)인 북한주민과 회합한 자, 4. 교역을 목적으로 긴급히 북한주민과 접촉한 자, 5. 편지의 접수등 사전승인이 불가능하거나 기타 부득이한 사유로 인하여 사전에 승인을 얻지 아니하고 북한주민과 접촉한 자”라고 규정하고 있다.

한다. 「국민의 정부」는 1998년 3월 18일 「민간 차원의 대북지원 활성화 조치」를 발표하여, 대북지원 협의와 분배결과 확인 목적의 민간단체 대표 방북을 적극 허용하는 정책을 추진하고 있다. 그러나 방북허용 대상을 민간단체 대표 외에 관련인원(실무자, 고문 포함)들에게까지 확대할 필요가 있다. 또 방북승인처리기간을 현행 30일에서 좀더 단축할 필요가 있다.

다만 통일부의 실무자에 의하면 「남북경협 활성화조치」에 따라 기업인들에 대해서는 북한방문승인 처리기간이 현행 30일에서 20일로 단축하여 민원처리의 신속화를 도모하고 있고, 이러한 경협활성화조치는 사회·문화분야의 교류협력 및 대북 인도적 지원 등 여타 분야의 남북교류 협력에도 준용되고 있다고 한다.

② 수시방북제도와 매 귀환 후 방북증의 반납의무

현행 「남북경제협력사업 처리에 관한 규정」에서는 남북경협의 활성화를 위해 1년 6월의 범위 내에서 수시방북을 승인하는 북한방문증명서를 발급할 수 있도록 하고 있다. 하지만 이 규정에 따라 1년 6월의 범위 내에서 수시방북증을 받은 기업인의 경우라 하더라도 일단 남한에 귀환한 후에는 당해 수시방북증을 통일부에 반납해야 한다. 그리고 매 방북시 마다 방문 7일전까지 ① 북한방문신고서, ② 북한당국이 발행한 입국사증 또는 초청장 1부를 구비하여 통일부 장관에게 신고하여야 한다.

당해 남북경제협력사업자가 후속적인 방북을 하려 할 경우 그는 통일부에 방북신고를 해야 하며, 방북신고를 확인받은 수시방북증을 다시 발급받아야 한다. 이는 매우 번거로운 절차라고 하지 않을 수 없다. 만일 남북경제협력의 신속·원활한 추진을 뒷받침하는 차원에서 수시 왕래를 허용하는 것이라고 한다면, 매 귀환 직후에 수시방북증을 반납토록 하고, 다시 재방북할 때 수시방북증을 다시 통일부로부터 교부받는 현행규정은 재검토되어야 한다.

이러한 문제점은 「남북사회·문화협력사업 처리에 관한 규정」의 경우

에도 마찬가지로 할 것이다. 이와 관련해서 「남북사회·문화협력사업 처리에 관한 규정」 제6조 1항을 눈여겨볼 필요가 있다. 동 조항에서는 “통일부 장관은 협력사업자 또는 협력사업의 시행에 관련되는 자가 협력사업을 효율적으로 추진하기 위하여 수시로 방북할 필요성이 있다고 인정되는 경우에는 협력사업자의 신청에 의하여 1년 6월의 기간 내에서 ... 북한방문증명서를 발급할 수 있다”고 규정하고 있다. 그리고는 협력사업자의 매 귀환마다 수시방북증의 반납의무를 직접 명문화하고 있지는 않다. 그래서 「남북경제협력사업 처리에 관한 규정」 제7조 3항과 「남북사회·문화협력사업 처리에 관한 규정」의 제6조 1항과 균형이 맞지 않는 것이라고 생각할 수도 있다.

그러나 이러한 차이는 현재로서는 별로 의미가 없다. 왜냐하면 상기 두 규정의 상위법인 「남북교류협력법 시행령」 제17조(증명서의 반납 등) 1항 전단에서 “방문증명서를 소지하고 남한 또는 북한을 방문한 자가 귀환할 때에는 출입장소에서 방문증명서를 반납하여야 한다”고 규정하고 있기 때문이다.⁵⁸⁾ 요컨대 현단계에서 협력사업자는 교류협력의 성격과 내용에 관계없이 귀환 후 통일부에 북한방문증명서를 반납해야 한다.

③ 북한방문기간의 연장문제

방북승인기간의 만료 후 재방북하려 할 때에는 통일부 장관으로부터 북한방문증명서를 새로이 발급받아야 한다. 그리고 북한방문기간을 연

58) 「남북사회·문화협력사업 처리에 관한 규정」에서 협력사업자가 방북을 마치고 귀환할 때마다 북한방문증명서를 반납할 의무를 명시하고 있지 않다고 하더라도 지만, 이러한 문제점은 남북사회·문화협력의 경우에도 마찬가지로 나타나고 있다. 「남북사회·문화협력사업 처리에 관한 규정」의 제6조 1항에서는 “통일부 장관은 협력사업자 또는 협력사업의 시행에 관련되는 자가 협력사업을 효율적으로 추진하기 위하여 수시로 방북할 필요성이 있다고 인정되는 경우에는 협력사업자의 신청에 의하여 1년 6월의 기간 내에서 ... 북한방문증명서를 발급할 수 있다”고 규정하고, 매 귀환마다 수시방북증의 반납의무를 직접 명문화하고 있지는 않다. 그러나 동 규정 제6조 3항에서 수시방북을 승인받은 자는 방북할 때마다 북한방문신고서와 북한당국이 발행한 입국사증 사본 또는 초청장 원본을 방북 7일전까지 통일부 장관에게 제출하여야 한다고 규정함으로써 통일부 장관의 스크린을 받도록 하고 있다. 이는 수시방북증 반납과 크게 다르지 않은 제도라고 풀이된다.

장하고자 할 때에는 「남북교류협력법 시행령」 제16조 2항에 따라 최초의 방문기간을 초과하지 않는 범위 내에서 북한방문기간을 연장해야 한다.⁵⁹⁾

남북교류협력을 위해 북한을 방문한 자가 방북기간을 연장하려 할 경우, 현행 「남북교류협력법」 제16조 하에서 당해 교류사업자는 일단 북한지역을 이탈한 다음, 남한으로 귀환하여 통일부 장관에게 북한방문증명서 신규발급을 신청하거나 또는 제3국(예컨대 중국) 소재 재외공관에 북한방문을 다시 신청해야 한다. 이와 관련하여 현행법은 시간과 경비의 절약을 고려하여 굳이 남한까지 귀환하지 않고도 제3국에서 북한방문증명서 발급을 해 주도록 하고 있다. 「남북교류협력법 시행령」 제10조 4항의 절차가 그것이다.

그러나 이와 관련해서 방북자가 불가피하게 북한 내에서 체류기간을 연장해야 할 경우가 발생할 수 있다. 현행법상 북한방문기간 연장은 북한지역에 체류하면서도 연장신청을 할 수 있는 것인지는 확실치 않다. 앞으로 남북교류협력이 확대되고 본격화되는 과정에서 이 문제가 본격적으로 제기될 수 있을 것이다.

④ 북한방문 결과보고

전술한 바와 같이 통일부 장관은 「남북교류협력법」 제25조의 규정에 따라 북한주민을 접촉하는 등 남북교류협력의 경험이 있는 자에게 의견의 진술 등 필요한 협조를 요청할 수 있다. 이 규정에 따라 북한을 방문한 자는 북한주민 접촉의 경우와 마찬가지로 방북 후 통일부 장관에게 그 결과를 보고해야 한다.

그런데 남북교류협력에 참여하는 교류사업자가 북한을 방문할 때마다 결과보고서를 제출하도록 하는 것은 사업추진에 번거로움과 여러 가지 불편을 초래하게 될 것이다. 남북교류협력 활성화 차원에서 개선·

59) 현행 「남북교류협력법 시행령」 제16조(방문기간)는 다음과 같다. ① 통일부장관은 방문증명서를 발급함에 있어서 그 방문목적에 따라 1년 6월이내의 방문기간을 정하여 방문증명서를 발급한다. ② 제1항의 규정에 의한 방문기간은 당해 방문증명서의 최초의 방문기간을 초과하지 아니하는 범위안에서 1회에 한하여 연장할 수 있다.

보완방안을 강구할 필요가 있다.

(다) 재북 이산가족에 대한 송금문제

이산가족이 제3국에서 재북가족과 회합·통신 기타의 방법으로 접촉하고자 할 때에는 전술한 바와 같이 「남북교류협력법」에 따라 통일부장관으로부터 북한주민 접촉승인을 얻어야 한다. 이를 위해 이산가족은 접촉 20일 전까지 통일부 장관에게 필요한 구비서류를 제출, 북한주민 접촉을 신청해야 한다. 또 이산가족들이 재북가족을 방문하려 할 경우 사전에 통일부 장관으로부터 북한방문증명서를 발급받아야 한다.

그 동안 정부는 이산가족교류 촉진 차원에서 「남북교류협력법」을 근거로 2000년 3월 2일 「이산가족교류경비지원에관한지침」(통일부훈령 제302호)과 「이산 1세대 등에 대한 북한방문증명서 발급절차에 관한 지침」(통일부훈령 제303호)⁶⁰⁾을 제정하여 이산가족교류시 일정한 정부지원금을 제공하는 한편, 신고방북제의 적용대상을 60세 이상의 고령 이산가족으로부터 이산 1세대로 확대하 방북절차도 간소화하였다.⁶¹⁾ 이로써 정부는 1세대 이산가족의 개별적인 고향방문을 적극 지원하고 있다.

그러나 아직까지도 이산가족교류에 관한 법적 규율은 우리 이산가족

60) 이 지침은 이산가족의 북한방문시 기존의 승인제를 신고제로 전환한 「고령 이산가족 등에 대한 북한방문증명서 발급절차에 관한 지침」(통일부 훈령 제289호)을 전면개정한 것이다.

61) 「이산 1세대 등에 대한 북한방문증명서 발급절차에 관한 지침」에 따르면, 이산 1세대 및 실향민, 방북조력자(이산 1세대 및 실향민의 방북을 돕기 위하여 동행 방북하고자 하는 가족), 긴급 가사 방북자(재북가족이 사망하거나 위독한 병환중인 경우 및 기타 가사사정으로 인한 긴급한 방북사유가 있는 자), 북한방문증명서 소지자(가족상봉, 고향방문, 성묘 등의 목적으로 북한방문증명서를 발급받아 증명서 유효기간이 경과하지 않은 이산가족 및 실향민) 등이 북한방문증명서를 발급받으려 할 경우, 당해 북한방문증명서 발급신청자가 ① 남북교류협력에 관한 법률 관계규정을 위반한 사실이 없는 자, ② 북한측으로부터 북한을 방문하는 동안의 신변안전 및 무사귀환을 보증하는 서류(초청장 등)를 받은 자, ③ 해외여행에 결격사유가 없는 자일 때에는 통일부 장관이 간이한 절차에 따라 이를 발급할 수 있게 되어 있다. 그것은 통일부 장관이 신청서 접수시 남북교류협력시행지침에 따라 국가정보원장 및 관계행정기관의 장에게 신청서 사본을 통보하고, 국가정보원장 및 관계행정기관의 장은 결격사유자를 통일부 장관에게 통보하도록 한 것이다. 「이산 1세대 등에 대한 북한방문증명서 발급절차에 관한 지침」 제3조 내지 제5조 참조.

들이 재북가족들을 상봉하거나 서신거래를 할 경우, 북한주민 접촉을 승인하고 그에 따른 번거로운 절차를 간소화 하고 필요한 경비지원(보조금)을 하는 차원에 머무르고 있다. 이러한 법적 규율은 우리 국민(특히 재남이산가족)만을 염두에 둔 것으로서 흠어진 남과 북의 이산가족들이 하나의 가족공동체를 형성·회복함으로써 마음의 통일을 이룩하는데는 미흡하다고 하지 않을 수 없다. 여기에서 인도주의 정신과 함께 재북가족, 나아가 북한의 친지까지 염두에 두는 민족공동체적 발상이 필요하다.

이러한 입장에서 볼 때 이제 재북 이산가족에 대한 증여 또는 대북 송금을 허용하는 것이 소망스럽다고 하겠다. 사실 그 동안 재북 이산가족에 대한 증여 및 송금에 관한 기준과 범위, 절차가 마련되어 있지 않아서 남북이산가족교류의 질서있고 안정적인 추진에 장애요인이 되었던 것이 사실이다. 예컨대 재북가족에 대한 송금이 利敵目的을 갖고 있다고 인정될 경우 국가보안법 제9조 2항에 따라 반국가단체 구성원에 대한 편의(금품)제공죄로 처벌될 소지가 있다. 그러나 어떤 경우가 이적 목적을 갖는 경우이고 또 어떤 경우가 인도적 차원의 증여와 송금인지 불확실하다. 결국 관련 법규의 부재는 이산가족들의 증여나 송금과 같은 행위에 대해 정부가 무원칙하고 자의적인 처리를 할 소지를 제공함으로써 법치주의 정신에도 배치되는 결과를 가져올 수 있다.⁶²⁾ 인도적 차원의 질서 있는 이산가족교류를 위해서는 이에 관한 규정을 마련하여 투명하고 일관성 있게 법집행을 해야 한다.

한편 아직도 이산가족교류에 대한 법적 절차를 제대로 알지 못하는 실향민들이 적지 않다. 일차적으로 당사자의 무관심 때문이기도 하지만, 정부의 홍보부족도 그 한 이유라고 생각된다. 이에 대한 정부의 개선노력도 필요하다고 하겠다.

62) 제성호, “고령 이산가족의 방북 및 상봉 활성화방안”, p.235.

(라) 제3국을 통한 남북우편물 교환의 문제

북한은 과거 「임시우편단속법」, 동 시행규칙과 구 체신부고시에 따라 ‘송달제한지역’으로 분류되어 북한행 우편물의 우체국 접수 및 송달이 제도적으로 금지되어 있었다. 그러나 1994년 6월 「통신비밀보호법」의 시행으로 「임시우편단속법」이 폐지됨에 따라 북한행 우편물도 법리상으로는 접수처리가 가능하게 되었다.

물론 「임시우편단속법」이 폐지되었다고 일반인이 아무런 규제를 받지 않고 마음대로 북한에 있는 주민에게 서신을 보낼 수는 없다. 북한 지역은 헌법 제3조 영토조항에 따라 「국가보안법」상 반국가단체가 점거하는 특수지역으로 간주되기 때문에, 일반내국 지역과 같이 완전히 자유롭게 우편물의 교환이 이루어지기는 어렵기 때문이다. 질서 있는 남북교류협력의 확보와 국가안보적 측면을 고려할 때 아직까지는 남북우편교류시 몇 가지 절차적 규율은 필요한 것이 현실이다. 이 같은 점에서 「남북교류협력법」에 따른 북한주민 접촉승인절차는 불가피하다고 하겠다. 결국 현행법 체계상 「남북교류협력법」 제9조 제3항에 따라 통일부 장관으로부터 북한주민 접촉승인을 받기만 하면, 누구나 북한주민과 서신을 주고 받을 수 있다는 결론에 이르게 된다.

이처럼 「남북교류협력법」상 남북한간에 우편물을 주고 받을 수 있게 되어 있음에도 불구하고 현재 남한주민이 북한주민을 수신자로 하는 우편물을 보내려고 하면 우체국에서 이를 접수하지 않는 것이 현실이다. 이에 대해 정보통신부는 「남북교류협력법 시행령」 제47조에 의거하여 북한행 우편물이 국내우편물로 취급되고 있는 바, 제3국을 경유하여 이를 북한측에 송달하는 것은 현실적으로 불가능하다고 하면서 국제우체국에서 북한행 우편물 접수를 거절토록 하고 있는 것으로 알려지고 있다. 우리 국경을 벗어나 일단 외국으로 북한행 우편물이 들어가고 제3국 우편당국의 중계를 거쳐 다시 그 나라에서 북한으로 들어가면 두 차례나 국제우편물로 취급되게 되는데, 이러한 처리는 남북한간의 우편물을 국내우편물로 간주하는 「남북교류협력법」의 정신에 배치되기 때

문이라는 것이다.

하지만 이러한 입장이 과연 타당한 것인지는 의문이다. 필자는 현행 「남북교류협력법」 체제하에서도 제3국을 경유한 우편물 교환이 가능하다고 보는 바, 그 이유는 다음과 같다.

첫째, 「남북교류협력법 시행령」 제47조(통신역무의 요금)에서는 “... 남한과 북한간에 제공되는 우편역무에 대한 요금은 국내우편요금...에 의한다”고 규정하고 있다. 이 조항은 남북한간에 직접 수발·교환되는 우편물의 경우 남북한 특수관계에 부합되게 (국내우편물로 간주하여) 국내우편요금을 적용한다는 규정이다. 그러나 이 조항은 반드시 북한행 우편물이 남북한간에만 직접 교환되어야 하며 언제나 국내우편물로만 취급해야 한다는 제한을 두고 있지 않다. 다시 말해서 남북한간에 우편 교류협정이 체결되어 있지 않은 현상황 하에서 북한을 수신자로 하는 우편물이 제3국을 경유하는 방법(국제우편물로 취급)으로 발송되는 것을 적극적으로 금지하고 있지 않다는 것이다. 적극적 금지가 명문화되어 있지 않는 한 가능한 受範者에게 유리한 방향으로 해석하는 것이 법해석상 타당한 요구라고 하겠다.

둘째, 「남북교류협력법 시행령」 제47조를 들어 북한행 우편물의 발송이 제3국을 경유할 수 없다고 하는 것은 현실적 측면은 물론 여타 분야의 남북교류협력과의 관계에 비추어 볼 때도 형평에 맞지 않는 부당한 것이라고 생각된다. 현재 직교역이 이루어지지 않는 상황에서 제3국을 통한 간접교역이 남북교역의 대부분을 차지하고 있다. 이와 같은 간접교역도 「남북교류협력법」상의 남북교역으로 간주하고 무관세의 혜택을 제공하고 있는 것이 지금의 법현실이다. 이러한 점을 감안할 때 제3국이 단순 중계하는 남북한간의 우편물 교환도 역시 「남북교류협력법」의 규율대상으로 보는 것이 타당하다.

셋째, 북한행 우편물을 국제우편물로 취급하는 것은 「남북교류협력법」상 불가능하다는 주장은 더 이상 용인될 수 없다. 1997년 7월 2일 뉴욕에서 KEDO와 북한간에 채택된 「KEDO와 북한정부간의 경수로사업 이행을 위한 우편서비스에 관한 양해각서」(Memorandum of Understanding

between the Korean Peninsula Energy Development Organization and the Government of the Democratic People's Republic of Korea on Postal Service for the Implementation of a Light-water Reactor Project, 이하 「우편양해각서」라 함)와 그에 따른 신포부지와 남한간의 우편물 교류는 국제우편방식에 의해 실시되고 있다.⁶³⁾ 남북한간의 우편물이 엄연히 제3국(북경 국제우체국)을 경유하여, 즉 국제우편물로 취급되는 과정을 거쳐 수발되고 있는 것이다. 이러한 사실에 비추어 남북한간의 우편물을 국내우편물로만 간주한다면 이는 현실에 맞지 않는 고식적인 해석이라고 하지 않을 수 없다.⁶⁴⁾

(마) 과도한 벌칙부과에 따른 인적 교류 위축가능성

「남북교류협력법」은 이 법의 위반행위에 대해 과도한 벌칙을 부과하도록 하고 있다. 예컨대 증명서를 발급받지 않고 남북한을 왕래하거나, 승인을 얻지 않고 북한주민을 접촉한 자에 대해서는 3년 이하의 징역 또는 1,000만원 이하의 벌금을 부과하고 있고(법 제27조 1항 1호), 신고하지 않고 북한을 왕래한 재외국민에 대해서도 처벌하도록 되어 있다(법 제27조 2항 1호).

「남북교류협력법」의 성격과 관련하여 벌칙규정이 과중하다는 점에서 규제법적 성질이 강하다는 비판이 있다. 그러나 북한이 대남 통일전선 전술 차원에서 선별적으로 인적 교류를 추진하려는 지금과 같은 상황에서 남북한간의 인적 교류를 완전히 자율에 맡기는 것은 시기상조라고 생각된다. 현단계에서는 정부의 책임 하에 적절히 남북한간의 인적 교류를 규제하고 조정할 필요가 있다.⁶⁵⁾ 그러나 이러한 처벌규정이 남

63) 제성호, 「경수로인력의 북한체류시 법적 문제」, 연구보고서 97-03 (서울: 민족통일연구원, 1997), pp.53~55 참조.

64) 제성호, “남북간 우편·통신교류 현황 및 관련 법제 개선방안”, 통일원 교류협력국 주최 법제도 세미나 자료 (1997.12.4), pp.32~33.

65) 남북한간의 인적 교류를 완전히 자율에 맡겨야 한다는 주장에 대해서는 “북한의 실제 등 남북한관계의 특수성을 일부러 외면한 처사이거나 (국외거주이전 내지 해외여행의 경우 출입국관리법에 따른 규제와 함께) 우리 국내에서도 경제활동에 관

북한간의 인적 교류를 위축시킬 가능성이 있음도 부인하기는 어렵다.

한편 이와 같은 처벌규정이 구체적인 범실천과정에서는 집행되지 않거나 또는 집행이 곤란한 사례가 나타나고 있다. 예컨대 박보희 전 세계일보 사장의 무단방북의 경우가 그것이다.⁶⁶⁾ 특히 해외 영주권자에 대해서는 앞으로도 처벌이 곤란하거나 처벌하지 않는 예들이 발생할 가능성이 있다. 이와 같은 (법규위반행위에 대한) 처벌규정의 불집행은 스스로 『남북교류협력법』의 실효성을 떨어뜨리는 결과를 가져오고, 결국 『남북교류협력법』의 기본법적 성격과 함께 교류촉진법으로서의 권위와 신뢰를 저해할 수도 있음에 주목해야 한다.

(2) 물적 교류의 경우

(가) 위탁가공교역에 대한 규정 미비

최근 남북교역에서 위탁가공교역의 비중이 증대하고 있다. 그럼에도 불구하고 아직까지도 위탁가공교역을 규율하는 법규가 미비한 상태여서 안정적이고 예측가능한 위탁가공교역을 제도적으로 뒷받침하고 있지 못하다. 의류 등 위탁가공물품의 경우 통일부로부터 반출·입 승인을 동시에 받아 반입되고 있으나, 無換貨物로 기재되어 있어 현실적으로 保稅運送에 제한을 받고 있다. 현재 부산의 용당 세관 등 지정된 장소에만 위탁가공물품을 보관할 수 있도록 하고 있는데, 이와 같은 보관장소의 제한도 위탁가공교역을 활성화하는 데 제한요소로 작용하고 있다.

한 수많은 규제입법이 있다는 사실을 간과한 것"이라는 지적이 있다. 따라서 법의 제정목적이 어디에 있든간에 합리적인 범위안에서의 규제는 반드시 필요한 것이며, 그 완화여부는 남북한관계의 진전에 따라 신중히 고려되어야 한다고 한다. 朴鈞旻, 『南北基本合意書』履行에 따른 南北交流協力法令의 補充과 그 發展方向, p.26.

66) 당시 박보희 사장은 남한에 常住하던 미국영주권자였다. 박보희 사장의 무단방북 사건에 관련되어 있는 법률적 문제에 관한 검토는 諸成鎬, “『南北交流協力法』, 上南韓住民의 概念과 範圍(II)”, pp.86~95 참조.

(나) 북한산 물품의 원산지 확인문제

「남북교류협력법」상 북한산 물품의 반입은 민족내부거래 내지 내국 거래로 인정되어 관세면제 혜택을 받고 있다. 이 때문에 북한물품 반입 시 원산지 확인절차는 여타 국가의 물품통관에 비해 상당히 복잡하게 되어 있다. 최근 중국산 물품이 북한산으로 위장반입되는 사례가 발생하면서 북한원산지 확인절차가 더욱 까다로워지고 있는 실정이다.

북한산 물품에 대한 복잡하고 까다로운 원산지 확인절차는 자연히 물류비용의 증가를 초래하고 있으며, 이는 우리측 기업인들에게 남북교역에 대한 매력을 떨어뜨리고 있다. 실제 남북교역의 경험상 제3국을 단순 경유하여 북한산 물품을 반입한 경우, 경유국에서 입증서류를 구비하지 못한 때에는 통관이 상당기간 지연되거나 또는 과세통관하는 일이 적지 않다고 한다.

또한 계절적인 상품이나 장기간 보관시 가치가 떨어지는 상품의 경우 신속한 통관과 적기의 판매가 요구되는데, 원산지 확인문제로 통관이 지연되어 우리 기업이 피해를 입은 사례가 적지 않다. 이와 같은 통관의 지연은 곧 남북교역물품의 원산지 판정 및 통관절차에 관한 특례규정이 미비하다는 것과 직결된다. 이와 관련, 북한산물품의 “원산지 표시대상 및 방법에 대해서는 통일부 장관이 관계기관의 장과 협의하여 정하도록” 되어 있으나(「남북교류협력법 시행령」 제50조), 아직까지 북한산 물품의 원산지 판정기준이 마련되어 있지 않다.⁶⁷⁾

(다) 제한승인품목과 사실상의 반입통제

그 동안 정부는 「남북한교역대상 물품 및 반출·반입 승인절차에 관한 고시」를 여러 차례 개정하여 남북교역의 대상 중에서 「제한승인품목」을 「자동승인품목」으로 전환하여 북한으로부터 광물, 농산물 및 공산품

67) 제성호, 「남북교류협력 활성화를 위한 법제도 개선방안」, 연구보고서 96-13 (서울: 민족통일연구원, 1996), pp.46~47.

등을 북한산 물품을 자유로이 반입할 수 있도록 하였다.

그러나 중소기업들이 반입을 희망하는 북한산 농수산물의 경우, 아직도 적지 않은 품목이 『제한승인품목』으로 분류되어 있다. 그 결과 사실상 반입이 불허 내지 통제되고 있는 상태이다. 이것은 남북교역의 범위를 제약하는 것으로 볼 수 있다. 국내산업에 미치는 영향을 최소화하면서 점진적으로 제한승인품목을 풀어 나가는 문제는 남북교역이 존재하는 한 계속해서 문제가 될 것이다.

(라) 인터넷을 통한 남북경협 문제

현재 비약적인 정보통신의 발달로 인터넷을 이용한 대북교역 및 남북경협이 추진되고 있다. 이는 북한의 ‘범태평양조선민족경제개발촉진협회’가 중국 북경에서 인터넷에 『조선인포뱅크』 사이트를 공식 개설하여 ‘공지사항,’ ‘문화광장’ 등의 섹션을 통해 북한의 역사, 지리, 문화·예술, 민속문화 등을 소개하고 있는 것과 밀접한 관련이 있다.

최근 국내기업들은 『조선인포뱅크』 사이트에 회원으로 가입하여 북한관련 정보를 획득하는 한편, 이 사이트를 통해 북한상품 판매를 추진하거나 독자적인 국내 사이트를 개설하여 대북투자·교역 알선,⁶⁸⁾ 나아가 사회문화·이산가족교류 주선사업 등을 추진하는 사례가 늘어나고 있다. 이와 관련, 통일부는 1999년 11월 9일 장관 결재를 통해 북한측이 개설한 『조선인포뱅크』 사이트의 단순열람은 승인없이 허용하고, 회원가입은 북한주민접촉 승인을 받도록 방침을 결정한 바 있다.⁶⁹⁾

하지만 인터넷을 활용한 새로운 형태의 남북교류사업, 특히 남북경협

68) 국내기업들 중에는 『조선인포뱅크』 사이트를 개설한 범태평양조선민족경제개발촉진협회와 직접 계약을 체결, 동 사이트가 제공하는 정보를 바탕으로 이미 국내(自社)에 북한정보제공 사이트를 개설했다고 한다. 즉 경제·산업정보를 중심으로 국내에 미러사이트(대리홈페이지)를 개설하여 북한정보를 유료로 국내 사용자에게 제공하고 있다는 것이다. 또 어떤 기업은 북한상품정보 제공 및 전자상거래 등을 위한 사이트 공동개발, 인터넷을 통한 이산가족 교류사업을 함께 추진하고 있고, 다른 기업은 임가공 관련 용역서비스사업, 투자·교역 상담서비스 사업 등 대북투자중개사업을 함께 추진하고 있는 것으로 전해지고 있다.

69) 통일부 교류협력국 담당 실무자와의 면담 내용.

을 모두 북한주민접촉 승인만으로 규율하기는 어렵다. 이에 기존의 「남북교류협력법」을 어떻게 적용해 나갈 것인지를 검토할 필요성이 제기되고 있다.

(마) 남북경제교류 추진절차의 번잡

「남북교류협력법」과 동 시행령에서는 남북교역 당사자, 거래품목, 결제방식의 승인과 사후보고 절차 등과 관련하여 통일부 장관의 임의조정권, 관계기관(재정경제부 장관, 산업자원부 장관) 실무자간의 수시 협의 및 통보, 남북교류협력추진협의회의 개최 및 의결, 법령 및 세부행정지침의 시행 등 번거로운 절차에 관해 규정하고 있다.

이에 따라 현재 남한주민이 북한과 교역이나 협력사업을 추진하려 할 경우 번거롭고 복잡한 절차를 밟아야 한다. 먼저 북한과 교역을 하기 위해서는 ① 거래를 위한 접촉·상담 → ② 계약체결 → ③ 반·출입 승인신청 → ④ 통일부 장관이 재정경제부 장관·산업자원부 장관 및 관계행정기관의 장과 협의를 거친 후(필요시 남북교류협력추진협의회의 심의·의결을 거칠 수 있음) 반·출입 승인 → ⑤ 화물수송 → ⑥ 원산지 확인 → ⑦ 통관 → ⑧ 사후보고(추후 필요시 통일부 장관의 교역에 관한 조정명령 시달) 등 여러 단계의 번거롭고 복잡한 절차를 밟아야 한다.

남한주민이 북한과 협력사업을 하는 경우에도 절차가 번거롭기는 마찬가지다. 즉 협력사업을 하기 위해서는 ① 협력사업자 승인신청 → ② 통일부 장관이 관계행정기관의 장과 협의를 거친 후 협력사업 승인 → ③ 북한주민접촉 승인신청 또는 북한방문 승인신청 → ④ 통일부 장관의 북한주민접촉 승인 또는 북한방문 승인 → ⑤ 북한측 상대자와의 협의 → ⑥ 협력사업 승인신청 → ⑦ 통일부 장관이 관계행정기관의 장과 협의하고 30일 이내에 「남북교류협력추진협의회」에 상정, 동 협의회의 심의·의결(다만 경미한 사안의 경우 관계행정기관의 장과 협의하여 협의회의 의결을 거치지 아니함) → ⑧ 통일부 장관의 협력사업 승인 → ⑨ 협력사업의 시행 → ⑩ 사후보고(추후 필요시 통일부 장관의

협력사업에 관한 조정명령 시달) 등 여러 단계의 복잡한 절차를 밟아야 한다.⁷⁰⁾

그 동안 정부는 경제협력사업의 경우 협력사업자 승인과 협력사업 승인의 2원화된 절차를 단일하게 적용할 수 있도록 「남북경제협력사업 처리에 관한 규정」을 개정·보완하였다. 하지만 모든 남북경협에 단일화된 절차가 적용되는 것은 아니다. 대부분의 남북경협 희망업체는 상기의 절차를 그대로 밟아야 하는 것이 현실이다.⁷¹⁾

또한 이러한 단일 승인절차의 도입에도 불구하고, 여전히 승인신청 시점과 구체적인 승인부여 시점간의 시차는 상당히 벌어져 있다. 그러므로 승인부여에 소요되는 기간을 최소화하는 것이 남북교류협력 활성화 차원에서 필요한 조치라고 할 것이다.

(바) 남북협력기금 사용에 따른 부작용

「남북협력기금법」 제8조에서는 기금의 용도로서 교역 및 경제분야 협력사업에 소요되는 자금을 남한주민에 지원 또는 융자할 수 있도록 규정하고 있다. 현재까지는 남북협력기금이 중소기업의 남북교역 및 대북투자를 촉진하기 위해 사용된 실적은 거의 없다. 그러기에 「남북협력기금법」의 존재이유마저 의심받고 있는 상황이다. 그러므로 「남북협력기금법」에 따른 지원을 확대해 나갈 필요가 있다.

다른 한편 향후 남북교류협력이 본격화될 경우 이 법의 적용과정에서 남북경제협력 지원금 및 손실보조금의 획득을 위해 협력사업자간의 불필요한 경쟁이 야기될 소지도 있다. 나아가 북한진출기업들은 정부로부터 남북협력기금에 의한 보조를 받기 위해 사업타당성을 왜곡시키는 부정적인 현상도 나타날 가능성을 배제할 수 없다.

70) 朴鈞旻, “「南北基本合意書」履行에 따른 南北交流協力法令의 補完과 그 發展方向,” pp.30~31.

71) 이러한 절차상의 번잡 및 상당한 시간의 소요는 사회문화·협력사업의 추진에 있어서도 마찬가지로 나타나고 있다.

(3) 기 타

(가) 남북방송교류의 경우

2000년 6월12일부터 14일까지 열리는 평양 남북정상회담의 성공적인 개최를 뒷받침하기 위해 남북 당국자들이 실무협상을 한 결과 「남북합의서(2000년 4월 18일) 이행을 위한 실무절차 합의서」가 지난 5월 18일에 채택되었다. 이 합의서의 '12. 상봉 및 회담 보도'에서는 “북측은 남측에 실황중계가 가능하도록 필요한 설비와 인원을 최우선적으로 보장하며, 텔레비전 영상 송출을 위한 전송로 및 위성중계를 위한 편의를 제공한다”(2항)고 하고, 이어서 “북측은 남측에 실황중계를 위하여 남측 인원이 직접 촬영, 제작할 수 있도록 필요한 지원과 편의를 보장한다”고 규정하고 있다. 그리하여 남북정상회담을 계기로 남북방송교류의 물꼬가 터질 것으로 내다보인다.

지금까지 위성방송에 의한 실황중계는 전례가 없었던 것인데, 평양 남북정상회담을 계기로 이것이 최초로 성사되었던 것이다. 2000년 6월 5일 현재 뉴스실황 중계를 위한 SNG(Satellite News Gathering) 시설이 갖추어진 방송차량이 이미 북한에 들어가서 방송촬영을 위한 만반의 준비를 다하고 있다. 이로써 향후 남북한 방송교류의 지평이 넓어지고, 한 단계 더 높은 차원으로 발전될 것이 분명하다. 이에 따라 앞으로 남북방송교류 활성화를 위한 법·제도적 대비책을 마련하는 것인 현안문제의 하나로 제기될 것으로 예상되고 있다.

(나) 대북 경수로사업

대북 경수로사업 또는 북한원전 건설사업이라 함은 1994년 10월 21일 채택된 미·북 기본합의문(Agreed Framework)과 1995년 12월 15일자 「경수로공급협정」에 따라 「한반도에너지개발기구」(Korean Peninsula Energy

Development Organization: KEDO)라는 국제기구가 1,000MWe급 가압 경수로 2기를 일괄도급 방식(turn-key base)으로 북한에 건설·공급하는 것을 내용으로 하는 사업이다. 경수로 2기가 북한에 제공되기까지 약 10년간이 소요되며 총 공사비용도 50억달러에 이를 것으로 추산되고 있다. 그러한 점에서 이 사업은 대규모의 장기 프로젝트라고 할 수 있다.

10년간의 공사기간 중 수많은 경수로인력이 수시로 북한을 드나들게 될 것이고, 경수로 건설과정에서 피크타임의 경우 하루 2,000명 내지 3,000명에 이르는 한전의 기술인력 및 노무자들이 북한에 투입될 것으로 추산되고 있다.⁷²⁾ 다수의 경수로인력이 북한을 수시로 출입하게 됨은 물론 북한에 장기 체류하는 경우도 발생하게 된다. 이와 같이 많은 인원 외에도 다량의 물자 및 설비도 북한에 반출될 것이고, 그 과정에서 한국의 수송장비들도 여러 차례 북한을 출입하게 될 것이다. 이에 따라 우리 경수로인력의 북한출입·체류와 관련하여 여러 가지 새로운 법적 문제들이 제기될 것으로 예상된다.

이 때 「남북교류협력법」을 기계적으로 적용할 경우 대북 경수로사업의 원활한 추진에 장애가 될 수 있다. 여기에서 법령을 개선·보완하여 기계적인 법적용시 드러날 문제점을 해결해야 할 과제가 등장하게 될 것이다. 그 밖에도 경수로인력들에게 북한법이 적용될 경우의 문제점에 대한 대비라든가 또는 이들이 북한체류기간 중에도 국민으로서의 권리·의무를 계속 행사할 수 있도록 보장하는 문제도 역시 법적 검토가 필요한 사항들이라 하겠다.

5. 남북교류협력 관련 법제도 개선방안

가. 법체계상의 문제점 개선·보완방안

앞에서 법체계적인 측면에서 본 「남북교류협력법」의 여러 가지 문제

72) 이에 따라 많을 때는 하루 7,000명, 연인원 1천만명의 남북한 건설인력들이 공사현장에서 함께 일하게 될 것이라고 한다. 「동아일보」, 1997년 8월 19일 참조.

점을 지적하였다. 이러한 문제점들은 곧 「남북교류협력법」 입법체계의 정비·보완이 필요함을 말해 주는 것이다. 따라서 정부는 남북교류협력이 증대되고 남북한관계 개선이 이루어질 경우, 이에 보조를 맞추어 「남북교류협력법」을 정비해야 할 것이다. 이 때 법치주의의 정신, 특히 법률에 의한 행정의 원칙에 따라 남북교류협력을 제도적으로 보장하고 이를 활성화하는 방향으로 법을 개정하는 동시에, 각종의 교류협력지원을 위한 조치를 마련해야 할 것이다.

「남북교류협력법」의 정비방안은 두 가지로 대별된다. 첫째는 현행법을 대체하는 가칭 「남북교류협력의 촉진 및 지원에 관한 기본법」이라는 새로운 입법을 하는 것이고, 둘째는 「남북교류협력법」을 전면 개정함으로써 명실공히 기본법으로서의 면모를 갖추도록 하는 것이다. 다소의 차이는 있을지라도 「남북교류협력법」을 대체하는 새로운 기본법을 제정하거나 또는 전면적으로 법개정을 할 경우, 입법 내지 개정·보완방향은 서로 크게 다르지 않을 것으로 생각된다. 왜냐하면 새로운 기본법을 제정할 경우, 기존의 법체제를 무시하고 완전히 새로운 기초 위에서 입법을 모색할 것이고, 법을 개정·보완할 경우에도 몇 가지 조항만을 뺄거나 덧붙이는 방식으로서는 향후 남북교류협력 본격화시 급증하게 될 남북한간의 교류협력을 뒷받침하기에는 많은 어려움이 예상되기 때문이다.

이하에서는 「남북교류협력법」에 대하여 새로운 기본법을 제정하거나 또는 전면개정을 시도할 경우를 구별하지 않고 두 경우 공통적으로 적용될 수 있는 입법방향 중에서 중요한 몇 가지만 지적하기로 한다.

(1) 기본법의 위상에 맞는 체제 도입: 장·절 편성

현행 「남북교류협력법」에서는 단지 30개의 조문만이 나열되고 있다. 이것은 인적·물적 교류와 협력에 관한 사항을 포괄적으로 규정하고 있는 것에 어울리지 않는 것이며, 체계성의 면에서 불비하다는 비판을 면할 수 없다. 조문나열식의 법과는 달리 시행령은 장별 편성으로 되어 있는데, 이 점에서도 법률과 시행령이 균형을 이루지 못하고 있다.

「남북교류협력법」의 규정 내용의 다양성에 비추어 새로운 대체입법을 추진하거나 또는 「남북교류협력법」의 전면개정시 동법 시행령에서와 같이 법률에서도 장·절의 편성을 도입함으로써 기본법으로서의 위상에 걸맞는 체제를 갖출 필요가 있다.⁷³⁾

(2) 법치주의에 입각한 교류협력 제도화

(가) 하위법령에 대한 구체적委任의 근거 명시

하위법령인 시행령에 규정된 내용 중 중요한 사항은 대폭 법으로 끌어올리고 시행령에 그대로 둘 경우에도 법에서 구체적으로 범위를 정하여 위임의 근거를 명시해야 할 것이다. 이것은 특히 남북교류협력에 관한 기본법을 새로이 제정(대체입법)할 경우 유념해야 할 사항이다.

만일 「남북교류협력법」을 그대로 두고 개정을 모색할 경우에는 제26조에 근거규정만을 설치하고 동조에 의거하여 준용법률의 관계규정을 통합한 별도의 특별법을 제정하거나, 또는 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 시행령에 위임하고 이를 근거로 대통령령을 제정하는 방안을 고려할 수 있을 것이다.⁷⁴⁾

(나) 준용의 최소화 및 준용될 법규정의 구체적인 명시

남북교류협력의 독자성 확보를 위해 다른 법령의 준용은 최소화해야 한다. 부득이 다른 법률을 준용할 경우에는 준용법률만을 열거할 것이 아니고 준용법률의 조문을 구체적으로 명시해야 한다.⁷⁵⁾ 예컨대 “대의무역법 등 무역에 관한 법률을 준용한다”는 것과 같이 매우 추상적이고

73) 위의 논문, p.33.

74) 吳俊根, “南北交流·協力에 관한 現行法制와 그 改善方向,” p.46.

75) 위의 논문, pp.43, 48; 張明奉, “남북기본합의서·부속합의서 실천에 따른 국내법적 문제,” p.51.

일반적으로 규정하는 방식을 피하고, “출입국관리법 제65조 내지 제72조의 규정을 준용한다”는 식으로 구체적으로 특정조문까지 지정하는 방식을 채택하여야 한다.⁷⁶⁾

한편 조세관련 사항의 경우에는 다른 입법례에 비추어 관련 세법에서 규정하고 「남북교류협력법」에서는 준용의 근거만 두는 것이 타당하다.

(다) 법률에 의한 특례 인정

특례를 둘 경우에는 법에서 그 내용을 직접 규정하도록 하여야 한다. 예컨대 현행 「남북교류협력법」 제26조 4항처럼 대통령령에 위임하고 대통령령에서는 다시 관계 행정기관의 장에게 위임하는 방식은 개선되어야 한다.⁷⁷⁾

(라) 하위법규 제정의 근거 불명확 및 법규 상호간 불일관성 시정

최근 정부가 제정한 하위법령 중에서도 제정근거로 들고 있는 母法의 근거규정에 의문이 있는 경우가 있다. 예컨대 1994년 12월 1일 통일원은 남북경제협력사업을 뒷받침하기 위해 「국내기업 및 경제단체의 북한지역사무소 설치에 관한 지침」을 마련하고 이를 告示로 발령하였는데, 동 지침에서는 「남북교류협력법」 제2조 제4호를 그 근거규정으로 들고 있다. 그러나 법 제2조 4호는 단지 협력사업의 정의에 관한 규정에 지나지 않으므로 상기 지침의 근거규정이 될 수 있는가는 의문이다. 이러한 점을 고려하여 향후 새로운 대체입법 또는 전면개정시에 기본법에서 그에 관한 보다 직접적인(명시적인) 근거규정을 마련하는 것이 타당하다고 생각된다.⁷⁸⁾

76) 홍준형, “남북관계 활성화에 대비한 남북교류협력관련 법제보완의 방향,” p.32; 林鈺析, 「南北基本合意書」履行에 따른 南北交流協力法令의 補完과 그 發展方向, p.34.

77) 위의 논문.

78) 諸成鎬, “남북교류협력법의 법체계상 문제점과 보완방향”, 통일원, 「남북교류협력법제논문 자료집」(서울: 통일원, 1996), p.81.

한편 「남북교류협력법」과 동 시행령의 규정간에 불일관성이 발견되고 있는 바, 특히 각종 승인취소에 관한 법적 근거규정을 보완할 필요가 있다.

(3) 민족내부교류성 강화

현행 「남북교류협력법」의 규정과 같이 대외무역법 등 대외경제관계에 적용되는 법령을 그대로 준용하는 것은 남북기본합의서 서문의 특수관계규정과 남북한간의 교역 및 투자를 민족내부교류로 본다는 동의서 제15조에 부합되지 않는다.

따라서 「남북교류협력법」의 대체입법 또는 전면개정을 추진할 때에는 남북한관계의 特性에 맞게 남북교류협력의 민족내부거래성을 제고하는 방향으로 개정·보완되어야 한다. 단기적으로는 대외무역법 등에 대한 준용규정을 최소화하는 방향으로 개정하되, 중·장기적으로 대체입법을 추진하거나 또는 현행법을 전면개정하려 할 때에는 대외무역관련 준용규정을 삭제하고, 현재 남북경제교류에 적용되는 준용규정을 통합하여 이를 특별법으로 제정하거나 또는 「남북교류협력법」 시행령에 자세히 명문화하여 남북한관계의 특수성을 반영토록 해야 할 것이다. 특히 대체입법 추진시 “남북한간의 거래와 투자 등 모든 교류협력은 민족내부거래로 국가간의 거래로 보지 아니한다”는 일반조항(Generale Klausel)을 설치해야 할 것이다.

한편 외국에 관한 규정만을 두고 북한에 관한 규정을 두고 있지 않은 여타 국내법령의 경우에도 남북한관계의 특수성을 감안하여 대북관련 조항들을 두는 방향으로 개정할 필요가 있다. 즉 대북관련 사안에 대해서는 외국에 적용되는 규정들을 변형시켜 따로 규정하는 것이 바람직하다 하겠다.

(4) 정당한 남북교류협력의 기준 및 범위 제시

「남북교류협력법」 제3조에서 명시된 바와 같이 국가보안법의 적용을 배제하는 「정당한 범위의 남북교류협력행위」가 무엇인지 불분명하여, 국민들이 마음놓고 남북교류협력을 추진할 수 있는 제도적 여건이 충분히 마련되어 있지 못하다. 「남북교류협력법」 개정·보완시 「정당한 남북교류협력」의 구체적인 범위와 기준을 분명히 함으로써 受範者인 국민들에게 예측가능성을 제공하고 행정당국에 의한 恣意的 處理를 극소화해야 할 것이다.⁷⁹⁾

(5) 교류협력의 세분화에 따른 규제장치 마련

남북한관계가 개선되고 교류협력이 양과 질의 면에서 현저하게 발전하게 될 경우 남북교역보다 협력사업의 비중이 증가될 것이다. 그렇게 될 경우 현행법의 3개 조문으로 다양한 물적 교류협력을 모두 소화하기는 어려울 것이다. 특히 여러 가지 유형의 다양한 남북한간의 협력사업을 모두 「협력사업」이라는 범주 속에 포함시켜 일률적으로 규율하는 것은 타당하지도 않으며, 또한 적절하지 않은 결과를 가져오게 될 것이다.

이러한 상황에 직면하여 정부가 「남북교류협력법」에 대한 대체입법을 추진하거나 현행법을 전면개정할 경우, 협력사업을 경제분야와 사회문화분야 등으로 대별하고 경제협력분야는 다시 합작투자 및 공동개발사업 등으로 세분하여 규정하는 것이 바람직하다.⁸⁰⁾ 경제협력사업의 경우 예컨대 ① 남한의 대북 직접투자의 경우, ② 제3국 현지법인을 통한 대북투자의 경우, ③ 두만강지역개발사업과 같이 다자간 협력사업에 남한이 참여하여 간접적으로 북한을 지원하는 경우, ④ 유엔인도지원조정

79) 위의 글, p.81.

80) 朴鈺旻, 「南北基本合意書」履行에 따른 南北交流協力法令의 補完과 그 發展方向,」 p.33; 홍준형, “남북관계 활성화에 대비한 남북교류협력관련 법제보완의 방향,” pp.20, 31~33.

국(United Nations Office for the Coordination of Humanitarian Assistance: UNOCHA)을 통해 북한에 쌀을 제공하는 경우와 같이 국제기구를 통한 대북 지원의 경우, ⑤ 제3국에서의 남북한 공동투자 내지 공동진출의 경우 등으로 나누어 규정하는 방안을 우선적으로 고려할 수 있다.

물론 남북협력사업의 유형별로 각각의 경우에 자세한 적용기준 및 절차에 관해 규정해야 할 것이다. 기존의 『남북교류협력법』에 대한 새로운 대체입법을 제정하여 남북교류협력 관련 법령의 체계화 방안을 추진할 경우, 『남북교류협력에 관한 기본법』을 제정한 후 인적 교류·물자교역·합작투자·공동개발 등 교류협력에 관한 구체적 양태를 이 기본법에서 개괄적으로, 각론적 사항은 분야별 단행법으로 분리 제정하는 방식(이 방안은 『환경정책기본법』과 동법에 대한 분야별 세부 단행법을 제정한 입법례를 따르는 것이라 할 수 있다)이 될 것이다. 그에 비해 현행 『남북교류협력법』을 전면 개정할 경우에는 개별 단행법에서 자세하게 규정될 사항들이 법률에 모두 규정되는 방식을 취할 것이다.⁸¹⁾

한편 현재 인적 교류를 북한방문과 북한주민 접촉으로 단순하게 나누고 있는 것도 이를 보다 구체적으로 세분화시켜 절차적인 규율을 하는 것이 바람직하다. 즉 방문 내지 왕래의 경우 단순한 통행, 친지방문, 여행·관광목적의 일시적 방문, 북한내의 장기체류 등을 구별하고 여기에 경제협력사업 상담 또는 사회문화협력사업 추진 등 방문목적에 감안한 처리방향을 정하는 것이 바람직하다. 또한 통신에 의한 접촉의 경우에도 전신·전화, 컴퓨터통신 등 다양한 방식에 따라서 승인제(허가제)와 신고제 등 다양한 규제방법을 고려할 필요가 있다.⁸²⁾

81) 이러한 두가지 방안 외에도 기존의 국내법령에 남북교류협력에 관한 특례를 규정하는 방안도 아울러 고려할 수 있다. 이상의 어느 방안을 택할 것인가 하는 것은 입법정책에 관한 문제이다. 구체적으로 어떠한 방식으로 입법을 할 것인가에 관해서는 공청회나 전문가들의 의견을 수렴하는 등 세심한 검토를 거쳐 신중하게 입법 방향을 결정해야 할 것이다.

82) 홍준형, “남북관계 활성화에 대비한 남북교류협력관련 법제보완의 방향,” p.22.

(6) 북한주민 의제조항의 개정·보완

「남북교류협력법」 제30조 북한주민 의제조항에서 「북한의 노선에 따라 활동하는 단체」라는 것과 국가보안법상의 반국가단체에 관하여 양자의 구별기준을 명확히 설정하는 것이 필요하다. 남북한관계의 현실에 비추어 동조를 당분간 존치할 필요는 있다고 생각되는 바, 이 경우 규율범위와 관련하여 현재 「북한의 노선에 따라 활동하는 국외단체의 구성원」을 북한주민으로 본다는 규정 대신에, 「북한의 노선에 따라 활동하는 국외거주자 내지 재외국민」을 북한주민으로 본다고 하는 것이 더욱 타당할 것으로 생각된다.

또한 「북한의 노선에 따라 활동」한다는 용어의 개념의 내포와 외연이 불명확하므로, 예컨대 적화통일노선 등과 같은 구체적인 정의 내지 기준을 설정하는 것이 요망된다. 그러나 남북교류협력 활성화 등 남북한관계가 현저하게 진전될 경우에는 이 조항을 삭제하여 적어도 제3국에서의 남북한주민의 접촉에 대한 규제는 완화 내지 폐지하는 방안까지도 검토할 필요가 있다.

(7) 실체법규정 마련

남북한간에 인적 교류가 활성화될 경우 남북한 주민들간에 신분상 및 재산상의 복잡한 법률관계가 형성될 것이다. 이에 따라 남북한간의 인적 교류 확대에 대비하여 남북한 주민간 친족·상속 등 분야의 실체법적인 법률관계 조정에 관한 일반규정을 두고 이에 관한 별도의 특별법 내지 시행령을 제정하는 방안을 고려할 필요가 있다. 이와 관련, 대만의 입법례, 즉 「대만지구와 대륙지구 주민의 관계에 관한 조례」 등을 참고할 필요가 있다.⁸³⁾

83) 朴鈞旻, 「南北基本合意書」履行에 따른 南北交流協力法令의 補完과 그 發展方向,」 p.38.

나. 교류촉진법으로서의 『남북교류협력법』 정비방안

(1) 인적 교류의 경우

(가) 북한주민 접촉승인제

① 접촉승인 신청절차의 간소화 및 중국적인 폐지 추진

남북한간의 인적 교류를 활성화하기 위해서는 북한주민접촉승인 처리기간을 현재의 15일에서 다시 10일 또는 일주일로 줄이는 것이 바람직하다. 통일부와 관계부처간의 협의절차를 보다 간소화한다면,⁸⁴⁾ 전혀 수용불가능한 요구는 아닌 것 같다. 앞으로 정부가 이에 관해 긍정적인 태도를 가지고 임한다면 승인처리기간의 단축을 통해 남북교류협력을 활성화하는 데 일조할 수 있을 것이다. 접촉승인기간의 단축도 단순히 통일부의 법집행지침을 명문화한 告示에서 이를 규정하기보다는 『남북교류협력법 시행령』을 개정하여 여기에 처리기간을 명시하는 것이 법치주의의 정신에 맞는 것이라고 하겠다.

나아가 중·장기적으로는 관계부처와의 협의절차 및 남북교류협력추진협의회 의결 등의 절차를 폐지하는 방안을 신중히 검토할 필요가 있다고 하겠다. 그리고 중국에 있어서는 북한주민 접촉승인제는 남북교류협력 활성화 차원에서 폐지하도록 해야 한다.

② 북한주민 접촉승인 기간 연장

전술한 바와 같이 남북교류협력을 위한 북한주민 접촉승인 기간이 기업인의 경우 3년, 이산가족의 경우 5년으로 확대되었다. 그러나 다른 분야의 교류협력의 경우에는 여전히 2년으로 되어 있다. 남북한관계 개선과 교류협력의 확대에 맞추어 사회·문화교류협력이나 인도적 지원 등의 경우에도 역시 최장 3년으로 연장하는 것이 바람직하다고 하겠다.

84) 예컨대 유관부처와의 협의는 팩스를 이용하고, 신원조회는 경찰청의 협조를 요청하여 해결하면 승인기간은 단축될 수 있을 것이다.

물론 이것이 모든 남북교류협력 추진사업자에게 동일한 북한주민 접촉승인 기간을 부여하라는 뜻은 아니다. 일단 승인기간을 연장해 놓고 그 범위 내에서 신속적·탄력적으로 운용하는 것이 좋을 것으로 생각된다. 특히 통일부는 남북교류협력이나 대북 인도적 지원사업에 상당한 실적을 갖고 있는 단체에 대해서는 비교적 장기간의 북한주민 접촉승인을 부여하도록 함으로써 남북교류협력을 활성화하도록 해야 할 것이다. 그것은 법이 적용되는 수범자에 대해 형평성을 기한다는 점에서 적절한 조치라고 판단된다.

③ 접촉승인과 관련한 안내교육 폐지

북한주민 접촉승인시 안내교육의 조건 부과는 「남북교류협력법」에 법적 근거가 없이 실시되고 있고, 게다가 이미 시대에 뒤떨어진 것이며 북한주민 접촉시 안내교육을 받도록 하는 예는 거의 없는 것으로 보아 빠른 시일 안에 폐지하도록 해야 한다. 만일 「남북교류협력시행지침」이란 것에서 관련 조항을 두고 있다면, 그러한 규정도 상위법에 저촉되는 것으로 보아 삭제하도록 함이 타당한 조치라고 할 것이다. 남북교류협력을 추진하는 기업인, 민간단체의 성원들은 이미 북한에 관해 상당한 정보와 지식을 갖고 여기에 접근하고 있기 때문이다.

다만 현재의 안내교육 이수 조건은 남북교류협력 활성화 지원 차원에서 통일부가 북한주민 접촉신청시 필요하다고 판단할 경우 접촉예정자들에게 적절한 우편·통신의 방법으로 안내 및 편의제공을 해야 할 의무가 있다는 내용으로 수정하는 것은 고려할 가치가 있다고 생각된다. 요컨대 안내교육 이수의 조건 부과에서 정부의 적극적인 안내 및 편의지원으로 고치자는 것이다.

④ 북한주민 접촉결과보고

남북교류협력을 실시한 후 건별마다 북한주민 접촉결과보고서를 제출하도록 한 현행법 규정은 남북교류 활성화에 역행하는 번잡한 절차라고 할 수 있다. 더욱이 접촉은 회합뿐만 아니라 전화·편지·팩스·컴퓨터

터통신을 모두 포함하는 것인데, 우편·통신에 의한 접촉시 마다 결과보고를 요구하는 것은 무리라고 하겠다. 남북교류협력 및 대북 인도적 지원에 참여하는 사업자들에게 실효성을 기대하기 어려운 법규정의 준수를 강요하기보다는 절차 간소화 차원에서 일괄보고제를 도입하는 것이 바람직하다. 예컨대 현재 매 접촉시 마다 보고를 요구하는 것에서 점차 월 1회로, 월 1회에서 다시 분기별 또는 반기별 1회로 북한주민 접촉결과에 대한 보고의무를 완화하는 방향에서 일괄보고제를 실시하는 것이 남북 교류협력 활성화에 도움이 될 것으로 생각된다.⁸⁵⁾

⑤ 사후신고제의 보완

전술한 바와 같이 현행법상 사전에 북한주민 접촉승인을 받지 않은 상태에서 예기치 않게 또는 부득이 북한주민을 회합통신의 방법으로 접촉하게 된 경우, 매 건당 접촉 후 7일 이내에 사후신고하도록 되어 있다. 그러나 앞으로 북한주민 접촉결과보고와 관련하여 일괄보고제를 도입할 경우에는 일정기간 단위로 포괄적 사후신고제도(즉 북한주민 접촉결과를 일괄보고할 때 사전승인 없이 부득이한 북한주민접촉에 관한 사후신고도 포함하여 보고토록 하는 방안)를 허용하는 것이 바람직하다고 하겠다.

(나) 방북 등 남북한간의 인적 왕래

① 북한방문승인신청서 처리기간의 단축 및 『시행령』 규정화

앞에서 지적한 바와 같이 북한방문승인신청서 처리기간의 간소화조치(30일에서 20일로 단축)는 어디까지나 정책적인 운용방침에 불과할

85) 다시 말하면 남북교류협력 수행의 목적으로 북한주민접촉을 추진할 경우 우리측 접촉인, 북한측 접촉인, 접촉방법, 접촉일정 등에 관하여 포괄적으로 승인을 받도록 하고, 그 결과보고에 있어서도 매건당 보고하는 방식을 지양하고 일정기간을 단위(예컨대 월 1회, 분기별 1회, 반기별 1회 등)로 하여 일괄보고를 할 수 있도록 해야 한다. 이를 제도적으로 뒷받침하기 위해서는 관련 특례를 정하는 것이 필요하다.

뿐 아직 명확한 법규로 제도화되지 못한 상태이다. 그러므로 앞으로 「남북교류협력법 시행령」을 개정하여 여기에 북한방문 처리기간을 명시하도록 하는 동시에, 그 처리기간도 다시 15일로 단축하는 방안을 추진해야 할 것이다. 이것이 법치주의에 입각한 남북교류협력행정에 맞는 것이고, 또한 남북교류협력 활성화에 기여할 수 있을 것으로 판단된다.

② 수시방북증명서 발급대상의 확대 및 반납의무 완화

앞으로 남북교류협력을 활성화하기 위해서는 경제협력사업, 사회·문화협력사업, 대북 인도적 사업을 가리지 않고, 남북협력사업자에 대해 가능한 범위 내에서 최대한 수시방북증제도를 확대적용해야 한다.

그리고 남북경제협력사업자의 경우 매 방북 후 수시방북증을 반납하도록 한 현행제도는 개선해야 한다. 예컨대 3개월 내지 6개월마다 방북증을 통일부에 제출하여 확인을 받도록 하든가 또는 방북승인기간이 만료된 후 1개월 이내에 수시방북증을 반납(승인기간 만료 전에 매 방북직후 방북증 반납하도록 하던 현행규정은 폐지)토록 하고, 반납 이전(방북승인 기간 내)에는 통일부 장관에 대한 방북신고만으로 자유로이 북한을 방문토록 허용하는 것이 바람직할 것으로 생각된다. 또한 방북신고의 경우에도 제출해야 할 문서를 대폭 줄임으로써 절차 간소화를 추진해야 할 것이다.

반납의무를 완화하기 위해서는 먼저 「남북교류협력법 시행령」 제17조 1항 전단을 개정해야 한다. 그리고 이에 따라 「남북경제협력사업 처리에 관한 규정」 제6조 1항을 손질해야 한다. 요컨대 북한방문자가 방북을 마치고 귀환한 후 매 건마다 수시방북증명서를 반납해야 하고 있는 현행의 법규정을 수정하여 반납의무를 아예 면제하거나 또는 완화하는 특례를 정함으로써 남북교류협력의 번거로움과 불편을 줄이도록 해야 할 것이다.

③ 북한방문기간의 연장

긴급을 요하는 사안의 경우에는 제10조 4항의 규정은 크게 도움이

되지 못할 것이다. 재외공관장이 통일부 장관에게 서류를 송부하고 통일부가 이를 검토·승인하는 데에는 적지 않은 시간이 소요될 것이기 때문이다. 따라서 긴급을 요하는 사태발생시 적절한 대응이 될 수 있을지 의문스럽다.

이러한 점을 고려하여 장기적으로는 북한방문승인 기간을 현재의 최장 1년 6월에서 최장 3년 내지 5년으로 연장하거나 또는 1년 6월의 현 체도를 존치하면서 북한 현지에서도 북한방문기간을 계속 연장할 수 있도록 하는 방안을 신중하게 검토해야 한다. 이러한 조치를 취하기 위해서는 물론 『남북교류협력법 시행령』 제16조를 개정해야 할 것이다.

이와 더불어 북한방문자가 북한에 체류 중에 있으면서 방북기간 연장을 하려 할 경우, 남한과의 통신 곤란, 필요한 서류 구비 등에 있어서 여러 가지 어려움이 발생할 것이다. 따라서 이 때에는 남한 내에 거주하는 자로서 당해 교류협력사업자와 밀접한 관련이 있는 자가 대리하여 연장신청을 하는 것을 인정할 필요가 있다. 대리인이 북한에 체류하는 교류협력사업자의 북한방문 연장을 대리신청할 때에는 일반적인 경우의 대리신청시 제출해야 하는 본인 위임장 및 주민등록증 사본 첨부를 면제하도록 하는 것이 바람직하다.

④ 북한방문결과보고서 제출의무 완화

현재 북한을 방문하고 돌아 온 자에 대해 통일부는 『남북교류협력법』 제25조에 의거하여 북한방문결과보고서를 제출하도록 하고 있다. 대북 민간지원에 참여하는 인원에 대해 매 건마다 북한방문 결과보고서를 제출하기보다는 월별 내지 분기별1회로 횟수를 줄여주는 것도 번거로움을 줄이고 대북지원을 활성화하는 데 도움이 될 것으로 생각된다.

(다) 이산가족문제 해결 지원 및 증여·송금 관련 규정 마련

우선 정부는 이산가족들에게 서신거래 및 상봉에 관한 절차를 친절하게 안내함으로써 이산가족문제 해결을 적극 지원해야 할 것이다. 지

금까지 정부가 이와 관련하여 여러 가지 조치를 취해 왔지만, 제대로 홍보가 이루어지지 못하고 있는 형편이다. 앞으로 정부는 이산가족 접촉수기를 담은 책자를 발간하여 이를 전국적으로 배포하고 홍보하는 일을 게을리 해서는 안될 것이다.

그리고 앞에서 지적한 바와 같이 빠른 시일 안에 이산가족들간에 음성적으로 이루어지고 있는 증여 및 송금에 관한 구체적인 기준과 절차 및 방법을 마련하여 이를 양성화시키는 것이 바람직하다고 하겠다.⁸⁶⁾ 이를 위해서는 정부가 이산가족교류 활성화 및 인도적 문제 해결의 정신에서 「남북교류협력법」의 틀 안에서 가칭 「재남이산가족의 재북 이산가족에 대한 송금규정」을 통일부 고시로 제정할 필요가 있다(또는 보다 넓은 범위의 「이산가족 상봉 등 인도적 문제 해결 지원을 위한 규정」을 제정하여 여기에서 해결책을 명시하는 것도 가능하다). 여기에는 1회의 증여 또는 송금시 금액의 상한선, 송금의 방법과 절차 등을 명시하도록 해야 할 것이다.⁸⁷⁾ 이러한 조치는 인도주의 정신에 부합하는 것으로서 재북 이산가족의 아픔을 다소나마 덜어주는 데 기여하게 될 것이다.

(라) 국제우편물 처리방식에 의한 남북우편교류 추진

현재 우리 국제우체국은 북한행 우편물이 국내우편물이라는 이유로 대북한 국제우편을 접수하지 않고 있으나, 전술한 바와 같이 남북한간의 우편역무 제공시 국내요금을 적용한다는 규정이 곧 북한행 우편물이 제3국을 경유하는 방식(국제우편물 처리방식)을 절대적으로 금지한다고 보기는 어렵다. 국내우편요금 부과규정 그 자체가 남북우편교류의

86) 이와 관련, 강인덕 통일부 장관은 4월 14일 국회 통일외무위원회에 출석하여 남한 거주 이산가족이 북한거주 이산가족에게 소액송금할 수 있도록 허용하는 한편, “이산가족의 재북가족 지원 및 재결합을 위해 관련 법령을 정비”해 나갈 것이라고 보고한 바 있다. 「세계일보」, 1998년 4월 15일, p.2. 또한 그러나 아직까지도 재북 이산가족 들에 대한 증여 및 송금에 관한 규정은 제정되지 않고 있다.

87) 제성호, “고령 이산가족의 방북 및 상봉 활성화방안”, pp.235~236.

성격을 국내우편으로 한정하는 것으로 단정할 수는 없기 때문이다.⁸⁸⁾ 그럼에도 불구하고 정보통신부는 아직까지 「남북교류협력법 시행령」의 규정을 제한적으로 해석하고 있다. 그렇다면 정부는 먼저 「남북교류협력법 시행령」 제46조 내지 제48조를 개정하여 국제우편물 처리방식에 의한 남북우편물 교류의 근거를 명시해야 할 것이다. 이것이 이산가족들의 서신거래를 제도적으로 뒷받침하는 길이 될 것이다. 그리고 가칭 「남북우편교류에 관한 규정」을 제정할 경우 우편·통신역무의 제공에 대해 보다 자세하게 규정하는 것이 바람직하다.

물론 이와 같이 관련 법규정을 개정·보완한다고 해서 곧바로 국내에서 부치는 북한행 우편물이 제3국 중계⁸⁹⁾를 거쳐 북한에 들어간다는 보장은 없다. 따라서 정부는 남북한 당국간 대화(필요시 남북한과 중국 또는 일본을 포함시킨 다자간 체신당국간의 대화)를 통해 북한이 남한에서 발송된 우편물을 접수하고, 이를 수신자에게 배달하겠다는 보증을 북한으로부터 받아내야 한다. 이를 위해 가능할 경우 남북 외에 중국이나 일본 등 제3자가 참여하는 「남북한 우편물교류에 관한 국제협정」을 체결할 수도 있다.⁹⁰⁾ 요컨대 북한의 남한발신 우편물 접수와 북한주민에 대한 배달보증이 보다 중요하며, 바로 이것이 국제우편물 처리방식에 의한 남북우편교류를 실현하는 관건이 된다고 하겠다.

88) 李長熙, “남북한 우편교류 실현을 위한 법제도적 개선방안”, 『서울국제법연구』, 제3권 2호(1996), p.19.

89) 「만국우편협약」(Universal Postal Convention)의 제1조는 중계의 자유(Freedom of Transit)를 보장하고 있다. 이 조항은 외국의 우편물도 자국의 우편물과 같이 취급하여 수취인에게 배달해 주어야 한다는 것을 말한다. 만국우편연맹(Universal Postal Union: UPU)의 주관하에 체결된 「소포우편물약정」(Postal Parcels Agreement)에서도 같은 조항을 두고 있다. 「만국우편협약」과 「소포우편물약정」을 총칭하여 「만국우편조약」(UPU Acts)이라고 한다.

90) 이러한 방식의 검토 필요성은 북한이 KEDO-북한간의 「경수로공급협정」의 틀내에서 「통신의정서」, 「우편양해각서」와 「통신양해각서」를 체결하였고, 최근에는 남북한과 중국이 나진·선봉경유 연변·백두산지역 관광을 성사시키기 위해 ‘속초-나진-훈춘 카페리항로 및 육로개설에 관한 국제협정’ 체결을 추진하고 사실과 무관하지 않다. 속초-나진-훈춘 카페리항로 개설문제에 관해서는 諸成鎬, “南北觀光交流活性化 및 觀光客 身邊安全保障方案”, 한국관광공사, 「'97 남북관광자원 활용 및 교류촉진 세미나 자료집」, pp.27~43 참조.

(마) 승인받지 않은 인적 교류협력에 대한 벌칙 완화

단기적으로 남북한간의 인적 교류를 완전히 민간의 자율에 맡길 수는 없을 것이다. 그러나 남북한관계가 획기적으로 개선되고 부문별 교류협력이 비약적으로 증가할 경우, 이러한 추세에 맞게 점진적으로 벌칙규정을 완화시켜 나가는 것이 바람직하다.

남북한관계가 질적으로 개선될 경우 현재와 같이 승인을 받지 않고 행하는 남북왕래나 교역행위에 대해 자유형을 부과하지 않고 행정질서 벌인 과태료로 바꾸고, 미승인 방북행위에 대한 제재와 계도도 행정적 대응으로 해결해 나갈 수 있을 것으로 보인다.⁹¹⁾

(2) 물적 교류의 경우

(가) 위탁가공교역 등 남북교역 활성화를 위한 법제 마련

최근 대북 위탁가공교역이 점차 확대되고 있는 추세에 있는데, 아직 까지 이를 위한 명확한 법적 근거가 미비한 상태이다. 따라서 위탁가공교역에 대한 법제를 정비하여 이를 제도적으로 뒷받침하는 것이 시급하다. 이러한 점을 감안하여 정부는 ① 원부자재 반출, ② 품목별 반입절차, ③ 제3국에 대한 수출 절차, ④ 기술자 및 관리자 현지 체류, ⑤ 세제감면 혜택 등을 포함하는 하위법규를 제정해야 할 것이다. 위탁가공교역 활성화를 위한 법규는 기존의 입법관행 대로 통일부고시의 형식으로 제정하면 될 것이다.⁹²⁾ 이러한 법규정비와 함께 정부는 위탁가공교역을 위한 시설재 반출의 우선적 승인을 보장하는 동시에 물품 보관창고를 확대하는 등 위탁가공교역 활성화를 위한 조치를 취해야 한다.

한편 남북한간에 일반통행 및 통신협정이 체결되어 있지 않은 현 단계에서 남북교역에 따른 클레임을 원만하게 처리하기 위해서는 신속한

91) 吳峻根, “南北交流·協力에 관한 現行法制과 그 改善方向,” pp.40~41 참조.

92) 제성호, 『남북교류협력 활성화를 위한 법제도 개선방안』, pp.69~70.

통신과 船積前 품질검사 등이 요구된다. 이를 위해 반출·입 물품의 품질검사 기준 등 남북교역을 제도적으로 뒷받침하는 법규를 제정하는 것이 바람직하다고 하겠다. 이는 남북직교역 시대를 대비하는 의미를 갖는다고 볼 수 있다. 아울러 남북경제교류·협력이 확대될 경우 대북 교역 및 투자에 따른 손실의 가능성도 증대될 것인 바, 우리 기업의 남북경협에 따른 위험을 보전해 주기 위한 보험제도를 마련할 필요가 있다. 구체적으로 보험의 적용기준과 대상, 보험금 지급범위와 절차, 특례 규정 등을 담은 법규를 제정할 수 있을 것이다.

(나) 북한산 원산지 판정기준 마련

현재 국내반입·통관시 세관에서 북한산 물품인지와 관련하여 원산지 확인절차가 철저하게 이루어지고 있다. 그런데 중국의 농수산품이 북한산으로 위장반입되는 사례가 다수 발생되면서 통관과정이 보다 까다로워지고 있다고 함은 전술한 바와 같다. 통관에 따른 시간지체, 물류비용 증가는 남북교역 활성화를 가로막고 있는 요인이 되고 있다. 따라서 정부는 빠른 시일 내에 가칭 「북한산 물품의 원산지 확인에 관한 규정」을 제정하여 북한산 물품의 통관에 대한 특례를 마련해야 한다. 이는 남북교역 당사자들에게 예측가능성과 교류협력의 안정성을 보장해 준다는 점에서 가장 시급한 과제의 하나라고 할 수 있다. 이러한 규정에는 북한산의 확인기준, 판정절차, 증명서 기재사항 등을 자세하게 명시해야 할 것이다.

이와 관련, 지금까지 남북교역 당사자가 원산지 확인을 위해 세관에 제출해야 하는 증빙서류는 ① 북한에서 발행된 선적서류, ② 조선 대외상품검사위원회에서 발급한 원산지 증명서와 검사증, ③ 항해일지, ④ 계약서 사본 등이었다. 그러나 이러한 서류들이 手記로 작성된 경우가 많아 정식서류로 인정되지 않고 있다. 원산지 확인을 위해 제출해야 할 구비서류와 관련, 현 단계에서 북한이 발급하는 서류에 대해서 우리식 대로 엄격한 요건을 모두 충족하기를 기대하기는 힘들다. 예컨대 그 동

안 반입업체가 실시해 온 남북교역의 행태와 실적 등에 비추어 위장반입의 가능성이 적다고 판단되어 통일부나 상공자원부의 보증이 있는 경우에는 북한 발행의 선적서류와 조선 대외상품검사위원회가 발급한 원산지 증명서와 검사증의 제출의무를 완화할 필요가 있다. 반면 중국산 물품이 북한으로 들어가 북한항구를 통해 위장반입 되는 것을 제도적으로 봉쇄하기 위해서는 반입업자가 상기 4가지 서류 이외의 다른 증빙자료(어족자원, 품종감정 등)로써 북한산임을 입증하는 의무를 부과할 필요가 있다.⁹³⁾

(다) 반출·입 물품 품질검사 기준의 마련 및 제한승인품목의 축소

남북한간에 일반통행 및 통신협정이 체결되어 있지 않은 현단계에서 남북교역에 따른 클레임을 원만하게 처리하기 위해서는 신속한 통신과 船積 전 품질검사 등이 요구된다. 이를 제도적으로 뒷받침하는 법령을 제정해야 한다.

현재 상당수의 중소기업들이 반입을 희망하는 북한산 농수산물은 그 대부분이 「제한승인품목」으로 분류되어 있어 사실상 반입이 통제되고 있다. 그러나 이를 완전히 자동승인품목으로 전환할 경우, 우리 국내농수산업과 농어민의 가계에 미치는 영향이 적지 않을 것이다.

물론 남북교역 활성화의 관점에서만 본다면 제한승인품목을 없애는 것이 바람직할 것이다. 하지만 국민경제 전체에 미치는 영향을 고려할 때 그와 같은 급진적인 접근은 옳지 못하다. 다만 앞으로도 남북교역의 수준과 범위, 국내산업에 미치는 영향 등을 종합적으로 고려하여 가능한 범위 내에서 「남북한교역대상 물품 및 반출·반입 승인절차에 관한 고시」를 개정, 제한승인품목을 점진적으로 축소해 나가는 것이 남북교역 활성화를 위해 필요하리라고 생각된다.

93) 위의 논문, pp.70~73 참조.

(라) 인터넷을 통한 남북한간 거래 등의 규제

현행 「남북교류협력법」에서는 남한주민이 북한주민과 회합·통신 기타의 방법으로 접촉하고자 할 때에는 통일부 장관의 승인을 받도록 규정하고 있으나, 인터넷 교류의 경우 그 기준 및 절차가 자세하게 명시되어 있지 않다. 따라서 인터넷을 활용한 남북교류사업을 분야별로 나누어 규율하는 수밖에 없다.

우선 「조선인포뱅크」 사이트의 중개로 직접 북한측 상대방과의 대북사업 협의, 서신왕래 등을 할 때에는 「남북교류협력법」상의 접촉승인 등을 받도록 조치해야 한다.⁹⁴⁾ 나아가 「조선인포뱅크」와 연계하여 정보 제공 및 전자상거래 사이트를 개설하는 사업은 「남북교류협력법」상의 (경제)협력사업 절차, 구체적으로 협력사업자 승인 및 협력사업 승인에 따라 허용하는 것이 타당하다. 왜냐하면 그러한 사업은 ‘지적재산권 및 이의 사용에 관한 권리’를 공동으로 투자하고 이윤을 분배하는 것이기 때문에 경제협력사업에 해당된다고 볼 수 있기 때문이다. 그리고 우리 기업이 「조선인포뱅크」와의 계약에 따라 개설한 국내 사이트에서 북한 물품을 주문판매하는 행위는 「남북교류협력법」상의 물품 반·출입 절차에 따라 허용하면 될 것이다. 즉 품목, 거래형태, 대금결제방법 등이 승인대상인 경우에는 통일부 장관의 반입승인을 받아 주문 받은 물품을 반입하도록 하면 될 것이다.

하지만 인터넷을 통한 남북교류협력은 북한주민접촉, 남북협력사업, 남북교역 등 다양한 분야에 걸쳐 있기 때문에 별도의 규정이나 지침을 통일부 고시로 마련하여 대처하도록 함이 바람직할 것으로 생각된다. 이러한 규정에서는 인터넷을 통한 남북협력사업의 유형, 승인 요건 및 절차를 자세히 명기하고,⁹⁵⁾ 불온한 통신을 규제해야 한다.⁹⁶⁾ 나아가 사

94) 그러나 「조선인포뱅크」 사이트의 정보 및 주문판매를 이용하거나 대북사업 및 이산가족 교류 알선·중개 등을 신청하는 이용자는 「남북교류협력법」상의 승인(접촉 등) 대상에서 제외된다. 왜냐하면 이 경우는 국내 사업자-국내 이용자간의 관계로서 국내이용자가 직접 북한주민과 접촉하는 것이라고 볼 수 없기 때문이다.

95) 인터넷을 통한 남북협력사업 승인 과정에서는 ① 사이트에 올린 내용(contents)의

이트 이용자에 대한 보호가 실효적으로 이루어질 수 있도록 북한측과 협의시 전자상거래 관련 분쟁해결 및 피해보상절차를 마련하는 데에도 신경을 써야 할 것이다.⁹⁷⁾

(마) 남북경협 승인절차의 간소화 추진

전술한 바와 같이 남북경제협력사업을 추진하기 위해서는 복잡한 승인절차를 거쳐야 한다. 물론 현 단계에서는 남북협력사업자 승인과 협력사업 승인으로 이원화된 것을 동시승인할 수 있도록 하여 신속적·탄력적인 적용을 할 수 있도록 하여 남북경협에 대한 절차적인 제약은 상당히 해소된 것이 사실이다. 그러나 이러한 번거로운 절차는 남북경협 활성화를 가로막는 요인이 되고 있다. 따라서 중·장기적으로는 남북협력사업자 승인은 폐지하거나 북한주민접촉승인을 받은 경우 남북협력사업자 승인을 면제해 주는 방안을 도입하여 신속한 남북교류협력 추진을 제도적으로 뒷받침해 줄 필요가 있다고 하겠다.

한편 정부는 「남북교류협력법」 제12조~제15조에서 규정된 통일부

적정성 ② 사이트 이용자 보호를 위한 장치를 갖추고 있는지를 검토하는 것이 필요하다.

- 96) 「조선인포뱅크」로부터 정보를 제공받아 국내에 미러사이트를 개설할 경우 협력사업 승인을 위한 관계부처 협의시 이적성 있는 내용을 사이트에서 배제하도록 유도하고, 분기별 협력사업 결과보고서 사이트의 기간 중 갱신된(Update) 내용을 보고토록 해야 할 것이다. 그리고 문제되는 내용이 있을 경우 조정명령 등을 통해 해당 사항을 수정·삭제토록 조치하는 한편, 일반 국내사이트와 마찬가지로 전기통신사업법의 불온통신 규제절차에 의해 콘텐츠의 건전성을 지속적으로 관리해야 한다(이와 관련, 정보통신윤리위원회를 활용하고 정보통신부와 긴밀한 협조체제를 구축해야 한다). 또한 「전기통신사업법」은 반국가적 행위의 수행 등 공공의 안녕질서·미풍양속을 해하는 정보를 전기통신회선을 통하여 일반에게 공개하는 경우에는 정보통신윤리위원회의 심의를 거쳐 전기통신사업자에게 해당정보의 삭제 등을 요구할 수 있도록 규정하고 있음을 유의해야 할 것이다.
- 97) 사이트 이용자는 일반사이트 이용자와 마찬가지로 전자거래 소비자를 위한 국내법 규정에 의해 보호해야 한다. 「전자거래소비자보호지침」(공정거래위원회고시)에서는 전자거래 사업자가 교환·반품·대금환불 보장, 피해보상 및 불만처리절차 및 전자거래분쟁조정위원회 등 분쟁해결 장치 마련을 통해 소비자를 보호하도록 규정하고 있는 바, 사이트 이용자에 대한 보호가 실효적으로 이루어질 수 있도록 북측과 협의시 전자상거래 관련 분쟁해결 및 피해보상절차(준거법, 배송 및 책임문제 등)를 상세하게 규정하도록 지도해야 할 것이다.

장관의 교역당사자 지정권 및 거래내역 조정권의 적용을 보다 구체화하는 한편, 그 절차를 보다 간소화해야 한다. 함으로써 대북 경제정책의 효율성, 투명성과 원칙성, 그리고 교역당사자간의 형평성을 확보해야 할 것이다.

(바) 북한진출 중소기업에 대한 지원 확대

남북교역을 확대하고 활성화시키기 위해서는 대북교역에 참여하는 업체, 특히 중소기업들에 대해 장기저리의 자금을 유상 지원하는 방안을 추진할 필요가 있다. 중·장기적으로 남북한관계가 급진전될 경우 대북교역업체에 대해 무상지원하는 것도 고려할 수 있을 것이다.⁹⁸⁾ 나아가 우리 기업들이 아직까지도 북한진출에 따른 수익성 확보에 자신을 갖지 못하여 대북투자를 꺼리고 있는 경우도 있다. 이러한 점을 감안하여 우리 기업들이 대북투자에서 경제적 손실을 볼 경우 남북협력기금에서 이를 보전해 주는 방안을 검토할 필요가 있다. 구체적으로 『남북협력기금법』을 개정하여 손실보전의 기준과 대상, 방법 등 세부적인 사항을 명시해야 할 것이다.⁹⁹⁾

그러나 중·장기적으로는 민간차원의 경제협력(특히 대북투자)은 철저히 경제 논리와 사업타당성에 근거하여 실시되도록 해야 할 것이다. 그러한 점에서 중소기업에 대한 지원은 남북경협을 본격화단계로 끌어올릴 때까지만 인정하는 것이 바람직하다. 남북경협이 본궤도에 들어서면 그 때에는 남북협력기금을 경제협력 지원 대신 인도적 차원의 대북지원이나 민간이 추진하고 정부가 지원하는 방식의 사회·문화·예술분야 등의 교류사업을 위해 더 많이 사용하는 것이 타당하다고 할 것이다. 요컨대 중·장기적으로 『남북협력기금법』의 지원대상에서 남북교역 및 대북투자 등 경제협력사업을 배제하거나 또는 엄격하게 제한·축소하는 방향으로 법개정을 추진할 필요가 있다.

98) 『연합통신속보』, 1998년 2월 12일자 참조.

99) 『연합통신속보』, 1998년 3월 2일자 참조.

아울러 「남북협력기금법」에 따라 대북지원에 사용되는 일부 남북협력기금의 사용이나 대북 경수로사업 추진에 필요한 재원의 KEDO에 대한 출연 등에 대해서는 국회의 승인을 받도록 함으로써 국민의 대표기관인 국회의 민주주의적인 통제를 거치도록 하는 것이 바람직할 것이다. 이는 국민적 합의를 기초로 한 대북정책추진을 위해서도 반드시 고려해야 할 부분이라고 생각된다.¹⁰⁰⁾

(사) 조세감면 등 세제혜택의 문제

남북한간에 직교역이 확대될 경우 정부는 남북교역이 민족내부거래라는 측면에서 일반 국제무역과는 달리 세제상의 혜택 등 남북교역의 남북교역 활성화를 위한 제도적 지원이 요구된다고 하겠다.

세제 혜택과 관련하여 서독은 1960년대에 여러 세법(부가가치세법, 판매세법 등)을 개정함에 있어 그러한 개정이 내독교역에 미치는 효과를 최소화하고자 노력하였다. 즉 1967년에는 서독에서 부가가치세법 실시로 인해 동독기업의 매상고가 줄어들어 내독교역의 거래량이 위축되는 것을 막기 위해 서독에서 동독으로 반출되는 물품에 대해서 부가가치세를 징수하되 그 세율을 일반 국내거래 물품에 적용되는 것보다 낮게 적용하고, 또 동독에서 서독으로 반입되는 물품에 대해서는 부가가치세를 감소시켜 주는 세제상 특혜를 제공하였다.¹⁰¹⁾ 한편 관세와 관련하여 서독은 내독간 교역에 관한 합의서의 제 규정들과 서독의 유럽공동체 가입시 로마협약에 부속된 특별문서에서는 단지 「동독 내에서 생산 또는 채굴된 상품」에 대해서만 관세를 면제하도록 하였다.¹⁰²⁾ 이상

100) 이정은, “남북협력기금법의 개정방향”, 『국회보』, 2000년 5월호, pp.64~65 참조; 향후 남북경협 활성화 차원에서 남북협력기금의 신축적인 운용방향에 관해서는 김영운, 『남북협력기금 운용상의 문제점과 정책방향』, 정책보고서 99-19 (통일연구원), pp.1~19 참조.

101) 李泰旭, “東·西獨 經濟交流經驗의 韓半島 援用可能性 研究”, 『政策研究』, 통권 제 100호 (1990), p.187.

102) Zoll und Verbrauchsteuern, Nr. 12/1982, p. 364; 黃迪仁 外, 『東西獨間的 通行·通信·通商에 관한 研究』 (서울: 國土統一院, 1990), p.48 참조.

과 같은 조치는 서독이 동독시장을 자신의 시장과 같이 취급하되 양독간 교역의 수지균형을 이루고자 동독을 지원하는 정책을 추진한 데서 비롯된 것이라고 할 수 있다.

우리의 경우 「남북교류협력법 시행령」 제50조 3항 4호에서 부가가치세법의 준용만을 규정하고 있고, 구체적으로 법률과 시행령 어디에도 부가가치세의 감면 등의 혜택에 관해서는 아무런 언급이 없어서 부가가치세가 감면을 인정하는 취지를 분명히 하는 것이 바람직할 것으로 판단된다. 현행 「남북교류협력법」은 준용법률을 열거하고 있을 뿐, 구체적으로 준용되는 조문을 특정하여 명시하고 있지 않은 바, 전반적으로 준용규정이 안고 있는 문제점을 검토하여 보완해야 할 것이다.¹⁰³⁾

(아) 남북교류협력 관련 화폐 이용 및 보험관리 법제 마련

남북경제협력사업이 확대되어 본궤도에 진입하게 될 경우, 남북교류협력 과정에서 남북한 화폐간의 직접 환전이나 북한에서 체류 중 발생한 교통사고나 산재 등에 우리 보험법을 적용해야 하는 사정이 발생하게 될 것이다. 이와 같은 남북한 의 화폐관리와 보험적용 등의 문제를 처리함에 있어서는 마땅히 분단국의 특수한 현실을 반영해야 한다. 현행의 「남북교류협력법」과 같이 외국환관리법을 준용하는 입장은 지양되어야 한다. 이와 관련, 남북한간의 경제교류협력관계가 확대·발전할 경우 남북한관계의 특수성을 고려하여 가칭 「남북교역 및 투자 등을 위한 화폐관리규정」(가칭)을 제정·실시할 수도 있을 것이다. 또한 남북경제교류협력 확대에 따라 대두될 북한에 체류하는 우리 주민에 대한 보험의 적용 기준 및 절차, 범위, 특례 등에 관한 법령을 정비할 필요가 있다.

103) 이에 대한 보완방향에 관해서는 朴鈞旿, “「南北基本合意書」履行에 따른 南北交流協力法令의 補充과 그 發展方向”, p.34 참조.

(3) 기 타

(가) 남북방송교류 활성화를 위한 법적 대비책 강구

앞으로 남북방송교류를 활성화하기 위해서는 방송교류에 관한 법적 조치를 정비해야 할 것이다.

첫째, 지금처럼 계속 방송교류를 사회·문화교류의 한 유형으로 취급하여 규제한다면, 이것은 방송의 특성을 무시하는 것이 될 것이다. 남북한간의 방송교류협력은 사회·문화교류의 측면을 갖는 점을 부인할 수는 없지만, 문화·예술인교류, 체육교류 등과 같은 여타의 사회문화교류협력과는 그 성질이 판이하게 다른 것이다. 남북방송교류의 과정에서는 필연적으로 전기통신역무의 제공, 방송기술의 지원 및 협력과 같은 고도의 과학기술 및 정보통신에 관한 문제가 개재되기 때문이다. 또 방송교류협력은 사안에 따라서는 경제교류협력의 측면을 가질 수도 있다.

이와 같은 방송의 경제적·기술적 측면 외에 방송교류협력이 가져오는 정치적·사회적 영향 및 파급효과를 고려하여 남북방송교류협력을 떼어서 별도의 법적인 규율을 모색하는 것이 타당하다고 하겠다. 즉 가칭 「남북방송교류협력사업 처리에 관한 규정」을 제정하여 남북방송교류협력을 적절하게 규제하는 동시에, 이에 대한 정부의 지원책을 강구함이 타당하다고 할 것이다. 남한 방송인들의 북한주민접촉, 남북한 방송인들간의 인적 왕래, 남북한의 방송자료의 반출입, 방송관련 협력사업 등에 관하여 특례를 정할 수 있을 것이다.

둘째, 현재 남북교류협력에 관한 정책조정 및 협의기구로서 남북교류협력추진협의회가 설치·운영되고 있다.¹⁰⁴⁾ 이 남북교류협력추진위원회 산하에는 통일부 차관을 위원장으로 하여 각 부처의 국장급 실무자로

104) 남북교류협력추진협의회는 1989년 3월 31일 「남북교류협력추진협의회규정」(대통령령 제12670호)로 설치되었다. 남북교류협력추진협의회는 1990년 8월에 제정된 「남북교류협력법」 제4조에 명시되어 있다. 남북교류협력추진협의회는 통일부장관을 위원장으로 하여 15인 이내의 위원(차관급)으로 구성되도록 되어 있다. 「남북교류협력법」 제5조 참조.

남북방송교류추진위원회라는 실무위원회를 구성운영하고, 여기에 정부 관리 외에도, 남북방송교류에 참여하는 방송인, 학자, 법률가 등 민간전문가를 포함시킴으로써 남북방송교류를 활성화시키는 데 기여하는 방향으로 운영되도록 해야 할 것이다.

셋째, 앞으로 남북방송교류를 추진하는 과정에서 장기적으로는 상호 상대방 지역에 특파원을 교환하게 될 수도 있다. 이 경우 우리 정부는 특파원들의 체류기간, 신체의 불가침 및 신변안전 보장, 각종 편익의 제공, 취제원의 보호 등에 관해 남북합의서를 채택하여, 안정적이고 질서 있게 남북방송교류가 이루어질 수 있도록 법제도적인 뒷받침을 해야 할 것이다. 정부는 지금부터 이에 관한 시안을 마련해 두어야 할 것이다.

(나) 대북 경수로사업에 관한 규정 마련

앞으로 다수의 경수로인력이 북한에서 장기간 체류하고 활동할 경우, 기존의 남북교류협력 관련 법령을 적용하는 데서 오는 불편을 제거함으로써 원활한 경수로사업을 뒷받침하도록 해야 한다. 우선 정부는 경수로사업의 순조로운 이행을 위해 「남북교류협력법」을 계속 보완·발전시켜 나가는 동시에, 경수로인력의 북한체류과정에서 등장할 국내법의 대북한 적용문제에 대해서도 철저한 대비책을 마련해야 한다. ① 경수로인력의 방북절차 간소화 및 귀환후 결과보고의무 완화, ② 부지 외 북한지역 여행시 북한주민접촉승인절차 개선 및 간소화, ③ 북한근무 중 방북(체류)기간 연장을 위한 절차 개선 등은 경수로사업의 원활한 추진을 위해서 필요한 대표적인 사항들이라고 하겠다. 이를 위해 필요하다면 가칭 「경수로 건설인력의 방북절차 간소화 및 부대사업 지원에 관한 규정」이라는 통일원 고시를 제정할 수 있을 것이고, 여기에 상기 사항들에 관한 명시적 규정을 둘 수 있을 것이다.¹⁰⁵⁾

한편 대북 경수로사업 추진과정에서 건설인력에 대한 자동차손해배

105) 제성호, 「경수로인력의 북한체류시 법적 문제」, pp.105~124 참조.

상보장보험, 산업재해보상보험 및 의료보험의 적용여부, ② 주민등록이 전 여부, 향토예비군 훈련동원과 민방위교육훈련 소집, 선거권행사문제 등 공법적 권리·의무행사문제에 대하여 법적·제도적 차원에서의 개선·보완책 내지 적절한 해결방안을 강구해야 할 것이다. 각종 보험의 대북 적용문제와 경수로인력의 공법적 권리·의무행사문제에 대해서는 정부가 기본적으로 북한지역이 내국(또는 국내사업장)이라는 헌법의 정신에 입각하여 처리(필요시 입법보완조치 포함)해야 할 것이다.¹⁰⁶⁾

6. 결 론

새 천년을 맞이한 지금 남북한은 평화와 번영이나 아니면 계속 갈등과 반목, 쇠락이냐의 갈림길에 서 있다. 다행히도 이러한 전환기적 상황에서 남북한이 관계 개선을 위해 보다 적극적인 자세를 보이고, 있고, 분단질서를 타파하기 위한 용트림을 하고 있다. 지난 6월 12일부터 14일까지 평양에서 역사적인 남북정상회담이 개최되어 남북한의 정상이 민족의 현안문제를 허심탄회하게 논의하는 자리를 가졌던 것이다. 이를 계기로 앞으로 남북한관계에 새로운 전기가 마련될 것으로 전망된다.

남북한관계 개선을 낙관할 수 있는 근거는 현재 북한이 처한 극심한 경제난과 더불어 개방정책을 선택할 수밖에 없는 김정일체제의 한계에서 찾을 수 있다. 북한이 당면한 경제난을 타개하기 위해서는 선진 외국으로부터의 자본과 기술 도입이 필요하다. 그러나 남북관계가 경색국면을 탈피하지 못하고 한반도상황이 불안할 때 북한이 원하는 투자유치는 원활하게 이루어질 수 없다.

반면 남북경협은 상호보완적인 관계를 잘 활용할 경우 성공적인 사업이 될 수 있는 잠재력이 매우 큰 분야이다. 남한의 높은 기술과 자본 및 북한의 노동력이 결합될 경우 국제경쟁력이 있는 고부가가치 상품 생산에 유리한 점이 있기 때문이다. 같은 민족으로서 근거리에 위치하

106) 위의 책, pp.125~142 참조.

고 있고 언어가 동일한 것 또한 남북경협 활성화를 가능케 하는 요인이 되고 있다.

한편 김대중 정부에 들어 와서 남북한간에 사회·문화교류협력과 대북 인도적 지원은 비약적으로 증가하고 있다. 지금 남과 북은 민족상쟁 및 적대적 대결의 시대를 마감하고 민족상생과 동질성 회복에 대한 필요성을 절실하게 느끼고 있다. 이러한 전후사정에 비추어 볼 때 남북정상 회담 개최 후에 본격적인 남북교류협력의 시대가 열릴 가능성이 농후하다.

남북교류협력이 확대되고 활성화되면 그에 따라 새로운 법적 문제가 등장하게 된다. 우리 정부는 이러한 점에 유념하여 남북교류협력 활성화에 대비하여 지금부터 『남북교류협력법』의 개선·보완방안을 착실하게 강구해 두어야 할 것이다. 본고에서는 남북교류협력 활성화시 제기될 몇 가지 중요한 법적 문제에 관해 살펴보았다. 위에서 검토한 문제들은 그 대표적인 것에 불과하며 이 외에도 남북교류협력 추진과정에서 발생할 문제는 수없이 많을 것이다. 정부는 앞으로 예상가능한 모든 상황을 상정, 그에 대한 철저한 대비책을 마련하여 남북교류협력을 법적·제도적으로 뒷받침하는 데 소홀함이 없어야 할 것이다.

Ⅲ. 남북한간의 법적 분쟁 처리방안

1. 서론

금강산관광 정례화, 2000.6. 남북정상회담과 2000.8. 현대와 북한 당국 자간의 개성공단 합의, 2000.9. 경의선 철도 복원 공사 착공, 제1차 남북 국방장관 회담, 제1차 남북 경험 실무접촉 회의가 성사되거나 개최되었고 향후 이산가족 면회소 설치, 생사확인 및 서신교환 추진과 그 성사가 예상되는 등 남북관계가 급진전 되고 있다. 이와같은 남북한간의 화해로 인적·물적 교류가 본격화 되면 남북한 주민간의 민사분쟁의 빈발과 이에 따른 남북한 사이의 재판관할권 및 준거법의 충돌과 상대방 법령부지로 인한 피해사태 발생이 예상된다.

남북한이 상호 그 주권을 부인하고 각 타방 영역을 미수복지구 등으로 규정하고 내국으로 보고 있어 국제사법에 따라 위와같은 민사문제를 처리할 수 없기 때문에 더욱 그 처리방안 수립이 절실하다 할 것이다. 민사문제 처리과정에서 필연적으로 수반되는 민사사법공조 및 상대방 판결의 상호 승인·집행 보장 문제 역시 발생이 예상된다 할 것이다.

그리고 현재에도 남한의 금강산관광객들이 다수 정기적으로 금강산 일대를 방문하고 있고 1995.12. 한반도에너지개발기구(이하 "KEDO"라 한다)와 북한간 경수로공급협정체결에 따라 북한 지역의 경수로 건설현장에 많은 수의 남한기술자 및 근로자가 투입되어 있는 등 남북간 인적교류가 본격화될 경우에는 남북한 상호 방문자가 급증하고 상대방 지역에 체류하는 주민들이 대량으로 발생할 것이 예상되며 이러한 인적교류시에는 상대측 지역을 방문하는 주민이 방문지역에서 범죄를 저지르거나 범법행위를 할 가능성이 높아지는데 이러한 경우 남북한 형사법체계의 상이로 인하여 특수관계에 있는 남북간에 걸쳐 발생하는 범죄행위처리에 관하여 어떠한 법을 적용하여 처리할 것이며, 남북한의 형사관할권을 어떻게 배분할 것인지 등 법률충돌문제가 발생한다.

아울러 북한에 대한 남한 기업의 투자 등 경협이 본격화되면 필연적으로 그에 따른 상사분쟁 발생이 예상된다 할 것인 바, 상사거래시 거래 당사자간 분쟁해결방법을 사전에 약정한다 하여도 북한법제 미비 및 부지와 경제체제의 극단적 상이로 인하여 그 분쟁해결의 원만한 해결을 기대하기 어려울 것으로 예상된다.

남북기본합의서 및 부속합의서에서 설치하기로 한 “남북법률실무협의회”에서 이러한 문제를 해결하기 위하여 관련 세부합의서를 채택하거나 남북한 공동의 관련 법제를 마련하기로 합의할 수 있으나 현재까지도 “남북법률실무협의회”가 설치되지 않고 있고, 남북한이 서로 전혀 다른 법률체제를 가지고 있어 남북간의 위와같은 법률문제 처리를 위한 합의서 채택 또는 공동의 관련 법제 마련이 결코 쉽지만은 않을 것이나 2000.11. 남북한 사이에 상사중재위원회 구성을 합의하였듯이 지속적인 노력을 기울이면 불가능한 것은 아니라 할 것이다.

따라서 남북한 화해로 교류가 본격화되는 단계에서 현실로 닥쳐 올 민사재판관할권, 준거법, 민사사법공조, 판결의 승인·집행보장 문제, 형사관할권과 상사분쟁문제 해결 방안에 대하여 남북한 현행 법체제를 비교하고 분단국가를 경험한 독일 및 현재 분단국가로 남아있는 중국과 대만의 처리실태 및 관련 학설 등을 검토하여 남북한간의 합리적인 처리 방안 마련에 방향을 제시하고자 한다.

2. 남북한간의 민사법 분야 분쟁 처리방안

가. 남북한 민사문제 관련 쟁점사항

(1) 재판관할권

남한과 북한의 관계를 남북기본합의서 서문에 규정하고 있듯이 국가간의 관계가 아닌 민족내부의 특수관계로 보는 것이 일반적인 견해이

다. 남북한 완전 화해·협력단계 진입시 특수관계의 법적응용에 있어 헌법규범과 헌법현실의 괴리현상으로 인하여 남북한 상호간 재판관할권을 인정할 경우 헌법에 위반되지 않는지의 문제가 발생한다.

남북기본합의서의 완전 이행단계, 즉 남북한 완전화해로 상대방의 체제와 불가침의 관할구역을 현실적으로 상호 인정·존중하는 제도적·현실적 평화체제하에서 북한이 동서독 기본조약상의 동독의 지위에 버금가는 지위를 가지는 단계에 이르면 현재와는 그 내포가 다른 새로운 내용의 남북한 특수관계를 근거로 헌법변천(Verfassungswandlung) 이론등을 원용하여 대한민국의 주권 범위안에서 북한의 재판관할권을 소극적으로 인정하는 것은 가능하다 견해가 있다.

헌법상의 영토개념과는 다른 민법상의 기능적·현실적 관할 영역개념을 도입하여 대한민국의 주권적 권력 범위안에서 북한의 재판관할권만을 소극적으로 인정하는 해석론이 가능하고, 남북기본합의서의 이행으로 상호 체제 및 관할구역을 인정·존중하는 것이 곧바로 국가승인은 아니며 그 체제의 개념속에 민사재판관할권까지 포함되는 것으로 해석가능하기 때문이라는 것이다.

그리고 서독이 특수관계론에 입각하여 동독의 재판관할권을 인정한 사례 혹은 중국의 경우 일국양제론에 입각하여 대만, 홍콩, 마카오를 중국 영토의 일부분으로 보고 국가로 승인하지 않으면서도 각자의 제도를 인정하고 그 제도속에 재판관할권까지 포함되는 것으로 해석하는 입장을 부분적으로 원용하면 된다는 것이다.

(2) 저축법(실체준거법 결정규범)

(가) 남한 민법 적용방안

남북한간 민사문제 처리를 위한 준거법으로 남한 민법을 무제한으로 적용하는 방안을 먼저 생각해 볼 수 있다. 대한민국 헌법 제3조(영토조항)에 따라 대한민국만이 한반도에서 정통성을 갖는 유일한 국가이고

군사분계선 이북지역은 북한이 불법 점거하고 있는 미수북지역이므로 비록 현재 사실상 재판권이 행사되지 못하고 있지만 대한민국의 영토의 일부인 북한지역에도 당연히 남한민법이 무제한으로 적용된다는 입장에 선 해결 방안이다. 그러나 이는 남북한 관계의 현실적, 기능적 상황을 도외시한 것으로 실제 법 운용과정에서 여러 문제점을 야기할 수 있고 1992년 남북한간에 체결된 남북기본합의서 및 2000.9. 체결된 남북정상간 합의문의 정신에도 배치된다.

(나) 법률행위지법 적용방안

남북간 민사문제 처리에 있어서 법률행위지법을 준거법으로 적용하는 방안이다. 그러나 남북한이 서로 사회, 경제적 체제를 달리하는 상황에서 구체적 사례에 따라 대한민국의 기본질서에 반한 적용결과가 나올 수 있다는 문제가 있다. 법률행위지법을 적용하는 경우에도 동서독 및 중국과 대만의 경우와 같이 대한민국의 기본질서에 반한 적용결과가 나올 수 있는 경우에는 공공질서에 반하는 경우로 보아 그 법률행위지가 북한 지역이라 할지라도 북한법을 준거법으로 적용하는 것을 배제하는 것을 예외적으로 인정하는 방법도 있다 할 것이다.

(다) 국제사법(섭외사법) 유추적용 방안

남북한간 민사문제 처리에 있어서 북한을 외국에 준하는 지역으로 북한에 거주하는 사람을 외국인에 준하는 것으로 간주하여 남한 섭외사법을 유추적용하는 방안이다. 즉 완전 화해·협력단계에서도 남북관계를 순수 국내문제로 파악하는 것은 헌법현실과 남북기본합의서 정신에 배치되어 부당하고 아울러 남북관계가 「통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계」이므로 국제법 원칙이 그대로 타당할 수 없어 남북한 민사문제에 섭외사법 규정을 직접 적용하는 것은 곤란하다는 입장에서 남한 섭외사법을 유추적용하자는 것이다. 서독이 사실상

국제사법을 유추적용하였고 다민족의 이질적인 법률체제를 가지고 있는 몇몇 국가에서 국제사법을 유추하여 적용하는 경우가 있다. 본 방안에 대하여는 현행 법률체계상의 법논리에는 맞지 않으나 남북한 양자의 합의에 의하여 준거법 결정에 관한 협약이 체결되지 않고 또한 남한 자체에서 남북한 간 민사문제 준거법 결정에 관한 법령을 제정하지 않는 상태에서는 사실상 섭외사법을 유추하여 적용하는 방안을 긍정적으로 검토하여야 할 필요가 있다는 견해가 많다. 물론 이 경우에도 북한법을 준거법으로 적용할 경우 대한민국의 기본질서에 반하는 적용결과 초래될 때에는 서독과 동독 등에서 “공공질서조항 위반”을 들어 적용을 회피하였던 것을 참조하면 된다는 견해이다.

나. 남북한의 현행 관련법제 비교

(1) 재판관할권

(가) 남 한

현행 헌법 전문, 제2조(국민), 제3조(영토조항), 국적법 및 국가보안법상 대한민국의 한반도 내 유일합법성(정통성)을 근거로 휴전선 이북지역은 대한민국의 영토로서 북한이 불법 점거하고 있는 미수복지구이고, 북한은 반국가단체이며, 북한주민도 국적법의 요건에 해당하는 한 대한민국 국민이므로 대한민국 법률의 효력이 북한지역에도 당연히 미친다고 보아 북한의 재판관할권을 부인하고 있다. 판례도 같은 입장이고 학계의 통설 역시 그렇다¹⁰⁷⁾.

107) 대법원은 1996.11.12. 96 누 1221호 판결에서 “그가 북한법의 규정에 따라 북한 국적을 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 범리상 인정할 수 없는 점에 비추어 볼 때, 그러한 사정은 그가 대한민국 국적을 취득하고 이를 유지함에 있어 아무런 영향을 끼칠 수 없다” 고 판시하고 있다.

학설상으로는 동일지향적 입장에서 남북기본합의서 채택, 남북한 유엔 동시가입 등 헌법현실의 변천에 근거하여 헌법변천(Verfassungswandlung) 이론 등을 원용함으로써 현 단계에서도 이론적으로는 헌법 제3조를 선언적 규정으로 해석하여 남북기본합의서상의 북한 체제로서의 재판관할권을 인정할 수 있다는 입론이 있을 수 있다.

그러나 남북기본합의서가 북한의 영토고권을 인정한 바 없고 북한이 합의 이행에 전혀 불성실하고 대남적대적 제도 아래 적화전략을 버리지 않고 있어 영토조항의 규범적 성격에 변천이 있었다고 단정하기는 곤란하다.¹⁰⁸⁾

남북한 화해·평화체제 단계에서 교류협력이 성숙되어 북한의 재판관할권을 인정할 수 있는 단계에서는 그러한 입론이 가능하다 할 것이다.

(나) 북 한

노동당규약 전문과 개정 헌법 제1조(「조선민주주의인민공화국은 전체 조선인민의 리익을 대표하는 자주적 사회주의국가」라고 규정), 국적법 및 형법상의 대남적대적 반국가사범 관련규정들을 근거로 정통성을 주장하며 대한민국을 미제의 괴뢰정권, 타도대상으로 보아 불법상태를 형성하고 있는 존재로 인식하여 우리의 재판관할권을 부인하고 있다.

북한이 뒤에서 보는 바와 같이 「법률사전」에서는 「국제사범」이라는 용어를 사용하면서도 최근 「대외민사관계법」, 「대외경제계약법」 등의 입법에서 “대외”라는 용어를 사용한 것은, 북한의 각종 대외경제개방법제에서 “공화국 영역 밖에 거주하는 조선동포”라는 개념을 사용하면서

108) 헌법재판소는 1997.1.16. 92 헌바 6호 판결에서 “북한이 남·북한의 유엔동시가입, 소위 남북합의서의 채택·발표 및 남북교류협력에 관한 법률 등의 시행 후에도 적화통일의 목표를 버리지 않고 각종 도발을 자행하고 있으며 남·북한의 정치, 군사적 대력이나 긴장관계가 조금도 해소되고 있지 않음이 현실인 이상, 국가의 존립·안전과 국민의 생존 및 자유를 수호하기 위하여 신·구 국가보안법의 해석·적용상 북한을 반국가단체로 보고 이에 동조하는 반국가활동을 규제하는 것 자체가 헌법이 규정하는 국제평화주의나 평화통일의 원칙에 위반된다고 할 수 없다”고 판시하고 있다.

일응 남한 주민을 이에 준하여 대우하고 있는 점에 비추어, 남북한 민사문제에 있어서도 상황에 따라서는 이러한 법을 남한주민에게 준용할 수 있도록 입법한 것으로 해석이 가능하다 할 것이다.

(2) 저촉법(실체준거법 결정규범)

(가) 남북한의 입장

남한은 섭외적 민사법률관계를 규율하기 위한 섭외사법이 있으나 동법에는 남북관계에 대한 직접적인 규정이 없다.

북한은 개정 민사소송법(94.5.25 최고인민회의 상설회의 결정) 제6조 제2항(외국투자기업 및 외국인의 소송주체성 인정 규정), 제85조, 제146조, 제156조(외국법의 법원성 관련 규정) 및 섭외관련 법제인 대외민사관계법('95.9.6 최고인민회의 상설회의 결정)이 있으나, 동법들에 남북관계에 대한 직접적인 규정은 전무하다.

남북한 쌍방이 「(1) 재판관할권」에서 본 바와 같은 각자의 법체계에 따른 법리에 입각할 경우 상대방 법률의 준거법성(법원성)을 현재로서는 일응 부인할 것으로 해석 가능하다 할 것이다. 다만 남한의 경우 섭외사법을 준용할 수 있다는 해석론과 북한의 경우 최근 대외관련 법제의 태도가 남북한 특수관계성을 예상한 것이라는 해석론은 남북한 민사문제 해결에 긍정적으로 작용이 가능하다 할 것이다.

(나) 남북한 섭외민사관련법제 및 남북한 비교

① 북한의 「대외민사관계법」

1995.9.6. 최고인민회의 상설회의 결정 제62호로 제정된 「대외민사관계법」은 1990년대에 들어와 추진하고 있는 국가정책 즉, 소위 “사회주의 경제건설에 있어 대외관계의 확대”가 반영된 것이다.

이러한 법 제정은 1992. 개정헌법에서 국가의 외교활동(제17조) 및

외국무역의 발전(제36조)을 국가활동의 과제로 하고 있고 외국기업과의 합영사업의 장려를 선언(제37조)하고 있으면서 외국인투자법, 합영법, 합작법, 외국인기업법, 외화관리법, 자유경제무역지대법, 자유경제무역지대외국인체류 및 주거규정, 대외경제계약법 등 20여건의 외국투자관련 법 제정과 그 맥락을 같이 한다 할 것이다.¹⁰⁹⁾

북한이 종래에는 개별적인 법령 가운데 국제사법에 관한 규정이 약간 있었을 뿐인 것을 대외경제관계 상대국의 많은 경우가 자본주의 경제체제하에 있는 나라임을 고려하여 사회주의 법체계를 택하는 북한으로서 내국법만으로 규율하기에는 불합리한 점이 있음을 감안한 점 또한 본법 제정의 한 사유가 된 것으로 보인다.

대외민사관계법은 전 5장·62개조로 구성되어 있고, 제1장 대외민사관계법의 기본(총칙), 제2장 대외민사관계의 당사자, 제3장 재산관계, 제4장 가족관계, 제5장 분쟁해결(국제민사소송법)로 나뉘어 있다.

그 특징을 살펴보면, 첫째 국제민사소송절차에 관한 상세한 규정을 두고 있음(제48조 내지 제62조)을 알 수 있다. 즉 재판 또는 중재판할에 관한 사항(제49조 내지 제56조)¹¹⁰⁾외에 국가간의 사법공조촉탁 등에 관한 사항(제57조 및 제58조),¹¹¹⁾ 외국판결의 효력 및 강제집행에 관한 규정(제59조 내지 제62조)¹¹²⁾까지 광범위하게 규율하고 있는 것이다.

둘째, 최근의 세계적 경향이 일부 반영되어 있다는 것이다. 예컨대, 계약에 대하여 당사자자치의 원칙(24조), 지적재산과 관련한 권리(제23조) 등 규정을 두고 있는 것은 민사법률관계에 관한 세계적 경향을 일부 반영한 것으로 보인다.

셋째, 조총련계 재일한국인 등 재외공민의 존재를 고려한 규정을 두고 있다는 것이다. 행위능력, 이혼 등 일부사항에 대한 준거법으로 본국법

109) 북한 「법학사전」에는 “국제사법”이란 외국과 관련된 민사상 법률관계를 규제하는 국내법의 한 부문으로서 그 규제대상은 외국과의 경제적 및 문화적 거래과정에서 공민, 법인들 간에 발생하는 민법상 또는 가족법상 법률관계로 설명하고 있으나, 본법은 “국제사법” 대신 “대외민사관계법”이라는 용어를 사용하고 있다.

110) 우리법의 경우에는 민사소송법 및 중재법에 규정

111) 우리법의 경우에는 국제민사사법공조법 제5조 내지 제10조에 규정

112) 우리법의 경우에는 민사소송법 제203조, 제476조, 제477조에 규정

주의를 택하는 외에 외국에 주소를 가진 자의 경우 예외로서 주소지법 인 외국법 적용을 인정(제18조, 제37조)하고 있는 것이 바로 그것이다.

② 남한 「섭외사법」과 북한 「대외민사관계법」비교

㉠ 총 칙

구분 항목	북한 「대외민사관계법」	대한민국 「섭외사법」
목적 및 규율대상	<ul style="list-style-type: none"> ○ 대외민사관계에서 당사자들의 권리와 이익을 옹호·보장하며, 대외경제협력과 교류를 공고 발전시키는데 이바지(제1조) ○ 「우리나라」(이하 “북한”으로 칭함) 법인, 공민과 다른나라 법인, 공민 사이의 재산가속관계에 적용할 준거법을 정하며 민사분쟁에 대한 해결절차를 규제(제2조) 	<ul style="list-style-type: none"> ○ 대한민국에 있어서의 외국인 및 외국에 있어서의 대한민국 국민의 섭외적 생활관계에 관하여 준거법을 정함을 목적(제1조)
대외민사 관계에서의 국가의 책무	<ul style="list-style-type: none"> ○ 대외민사관계에서의 국가의 책무 <ul style="list-style-type: none"> - 당사자의 자주적 권리를 존중(제3조) - 평등과 호혜의 원칙을 구현(제4조) - 「조선민주주의 인민공화국」(이하 “북한”으로 칭함) 법률제도의 기본원칙 견지(제5조) 	<ul style="list-style-type: none"> ○ 대응규정 없음
준거법 적용 순위	<ul style="list-style-type: none"> ○ 준거법 적용순위 <ul style="list-style-type: none"> - 북한이 다른 나라와 체결한 조약에서 이 법과 다르게 규정하였을 경우에는 조약에 따름(제6조 전단) - 대외민사관계에 적용할 준거법을 정한 것이 없을 경우에는 국제관례 또는 북한법을 적용(동조 후단) - 이 법에 따른 준거법으로 정해진 다른 나라의 법의 내용을 확인할 수 없는 경우에는 당사자와 가장 밀접한 관계가 있는 나라의 법 또는 북한법 적용(제12조) 	<ul style="list-style-type: none"> ○ 대응규정 없음

구분 항목	북한 「대외민사관계법」	대한민국 「섭외사법」
본국법	<ul style="list-style-type: none"> ○ 본국법 - 둘 이상의 국적을 가진 당사자의 경우 (제7조) · 그 국적들 가운데서 하나가 북한 국적인 경우에는 북한법 · 당사자가 가진 국적들이 다른 나라의 국적인 경우에는 국적을 가진 국가들 가운데서 거주하고 있는 나라의 법 - 국적이 없는 당사자의 경우(제8조) · 어느 한 나라에 거주하고 있는 경우에는 그 나라의 법을 본국법으로 함 · 어느 나라에도 거주하고 있지 않거나 여러나라에 거주하고 있는 경우에는 그가 거처하고 있는 나라의 법을 본국법으로 함 - 지방에 따라 내용이 서로 다른 법을 적용하는 나라의 국적을 가진 당사자(제9조) · 본국법은 그 나라의 해당법에 의하여 정함 · 해당법이 없을 경우에는 그가 소속되어 있는 지방이나 그와 가장 밀접한 관계가 있는 지방의 법으로 함 	<ul style="list-style-type: none"> ○ 본국법(제2조) - 당사자가 둘 이상의 국적이 있는 때에는 최후에 취득한 국적에 의하여 그 본국법을 정함. 단, 그 국적의 하나가 대한민국인 때에는 대한민국의 법률에 의함 - 무국적자에 대하여는 그 주소지법을 본국법으로 간주. 그 주소를 알 수 없는 때에는 거소지법에 의함 - 지방에 따라 법이 상이한 국가의 국민에 대하여는 그 자가 속하는 지방의 법에 의함
주소지법	<ul style="list-style-type: none"> ○ 거주하고 있는 나라의 법 - 북한에 거주하고 있으면서 다른 나라에도 거주하고 있는 당사자에 대하여는 북한법(제10조 전단) - 당사자가 둘 이상의 다른 나라에 거주하고 있을 경우에는 그가 거처하고 있는 나라의 법(동조 후단) - 어느 나라에도 거주하지 않는 당사자에 대하여서는 그가 거처하고 있는 나라의 법(제11조) 	<ul style="list-style-type: none"> ○ 주소지법(제3조) - 그 주소를 알 수 없는 때에는 그 거지법에 의소함 - 제2조 제1항, 제3항 준용

구분 항목	북한 「대외민사관계법」	대한민국 「섭외사법」
반정	<ul style="list-style-type: none"> ○ 다른 나라의 법을 준거법으로 적용하는 경우 그 나라법이 북한법에 되풀이할 때에는 그에 따름(제14조) 	<ul style="list-style-type: none"> ○ 당사자의 본국법에 의하여야 할 경우에 그 당사자의 본국법이 대한민국의 법률에 의할 것인 때에는 대한민국의 법률에 의함(제4조)
사회질서에 반하는 외국법의 규정 등	<ul style="list-style-type: none"> ○ 준거법으로 정해진 다른 나라의 법 또는 국제관계를 적용하여 설정된 당사자의 권리, 의무가 북한 법률제도의 기본원칙에 어긋나는 경우에는 북한법을 적용(제13조) ○ 다른 나라에 거주하고 있는 북한 공민이 이 법 시행일전에 한 결혼, 리혼, 립양, 후견같은 법률행위는 그것을 무효로 할 수 있는 사유가 없는 한 유효(제15조) 	<ul style="list-style-type: none"> ○ 외국법에 의하여야 할 경우에 있어서 그 규정이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 사항을 내용으로 하는 것인 때에는 이를 불적용(제5조)

㉠ 당사자

구분 항목	북한 「대외민사관계법」	대한민국 「섭외사법」
권리주체	<ul style="list-style-type: none"> ○ 대외민사관계의 당사자로서는 대외민사관계에 참가하는 북한의 법인, 공민과 다른 나라의 법인, 공민(제16조) 	<ul style="list-style-type: none"> ○ 대응규정 없음
법인의 권리능력	<ul style="list-style-type: none"> ○ 법인이 국적을 가진 국가의 법을 적용. 단, 북한법에서 다르게 규정하였을 경우에는 그에 따름(제17조) 	<ul style="list-style-type: none"> ○ 대응규정 없음

구분 항목	북한 「대외민사관계법」	대한민국 「섭외사법」
행위능력	<ul style="list-style-type: none"> ○ 행위능력(제18조) -공민의 행위능력에 대하여서는 본국법을 적용 -본국법에 따라 미성인으로 되는 다른 나라 공민이 북한법에 의하여 성인으로 되는 경우 우리나라 령역에서 그가 한 행위는 유효 -가족, 상속관계와 다른 나라에 있는 부동산에 관한 행위 에 대하여서는 앞항을 불적용 -다른 나라에 거주하고 있는 북한 공민의 행위능력에 대하여서는 거주하고 있는 나라의 법을 적용 할 수 있음 	<ul style="list-style-type: none"> ○ 행위능력(제6조) -사람의 능력은 그 본국법에 의하여 이를 정함 -외국인이 대한민국에서 법률행위를 한 경우에 있어서 그 외국인이 본국법에 의하면 무능력자인 경우라 할지라도 대한민국의 법률에 의하여 능력자인 때에는 능력자로 간주 -전항의 규정은 친족법 또는 상속법의 규정에 의한 법률행위 및 외국에 있는 부동산에 관한 법률행위에는 불적용
한정치산 및 금치산	<ul style="list-style-type: none"> ○ 행위무능력자, 부분적 행위능력자 -행위무능력자, 부분적 행위능력자 인정조건에 대하여서는 당사자의 본국법을 적용(제19조 전단) -본국법에 따라 인정된다고 하여도 북한법에 의하여 인정되지 않을 경우에는 행위무능력자, 부분적 행위능력자로 인정하지 않을 수 있음(동조 후단) -행위무능력자, 부분적 행위능력자 인정의 효력에 대하여서는 그것을 인증한 나라의 법을 적용(제20조) 	<ul style="list-style-type: none"> ○ 한정치산 및 금치산(제7조) -한정치산 및 금치산의 원인은 한정치산자 또는 금치산자의 본국법에 의하고 그 선고의 효력은 선고를 한 국가의 법에 의함 -대한민국에 주소 또는 거소가 있는 외국인이 그 본국법에 의하여 한정치산 또는 금치산의 원인이 있을 때에는 법원은 그 자에 대하여 한정치산 또는 금치산의 선고 가능 그러나 대한민국의 법률이 그 원인을 인정하지 아니한 때에는 그러하지 아니함

구분 항목	북한 「대외민사관계법」	대한민국 「섭외사법」
실종신고	<ul style="list-style-type: none"> ○ 소재불명자, 사망자 인정 21조) - 소재불명자, 사망자 인정에 대하여서는 당사자의 본국법을 적용 - 그러나 소재불명자, 사망자 인정이 북한에 있는 법인, 공민, 재산과 관련이 있을 경우에는 북한법을 적용 	<ul style="list-style-type: none"> ○ 실종신고(제8조) - 외국인의 생사가 분명하지 아니한 경우에 있어서는 법원은 대한민국에 있는 재산 및 대한민국의 법률에 의하여 할 법률관계에 관하여만 대한민국의 법률에 의하여 실종을 신고할 수 있음
법률행위의 성립 및 효력	<ul style="list-style-type: none"> ○ 재산거래행위 - 매매, 수송, 보험계약을 맺는 것 같은 재산거래행위에 대하여서는 당사자들이 합의하여 정한 나라의 법을 적용(제24조 전단) - 그러나 당사자들이 합의한 법이 없을 경우에는 재산거래행위가 있는 나라의 법을 적용(동조 후단) 	<ul style="list-style-type: none"> ○ 법률행위의 성립 및 효력(제9조) - 법률행위의 성립 및 효력에 관하여는 당사자의 의사에 의하여 적용할 법을 정함

㉔ 재산관계

구분 항목	북한 「대외민사관계법」	대한민국 「섭외사법」
법률행위의 성립 및 효력	-북한 자유경제무역지대에서 외국인 투자기 업설립같은 재산관계와 관련하여서는 조선 민주주의인민공화국법을 적용(제27조)	-그러나 당사자의 의사가 분명하지 아니한 때에는 행위지법에 의함
법률행위의 방식	<ul style="list-style-type: none"> ○ 재산거래행위의 방식(제26조) - 재산거래행위의 방식은 행위를 한 나라의 법에 따라 갖춘 경우에도 유효 ○ 재산거래행위의 방식(제26조) - 재산거래행위의 방식은 행위를 한 나라의 법에 따라 갖춘 경우에도 유효 	<ul style="list-style-type: none"> ○ 법률행위의 방식(제10조) - 법률행위의 방식은 그 행위의 효력을 정한 법에 의함 - 행위지법에 의하여 한 법률행위의 방식은 전항의 규정에 불구하고 이를 유효로 함. 그러나 당사자의 의사에 의하여 법률행위의 효력을 정한 법이 있는 때에는 그 법이 정한 법률행위의 방식에 의하여도 유효 - 전 2항의 규정은 물권 기타 등기하여야 할 권리를 설정하거나 처분하는 법률행위에 관하여는 이를 적용하지 아니함

구분 항목	북한 「대외민사관계법」	대한민국 「섭외사법」
이법지역 자간의 법률행위	<ul style="list-style-type: none"> ○ 서로 다른 나라에 있는 당사자들이 계약을 맺을 경우(제25조) - 서로 다른 나라에 있는 당사자들이 전보 또는 서신같은 것을 리용하여 계약을 맺을 경우에 행위가 있는 나라의 법은 제의통지를 한 나라의 법으로 함 - 제의통지를 한 곳을 알 수 없는 경우에 재산거래행위가 있는 나라의 법은 제의자의 거주지 또는 소재지가 있는 나라의 법으로 함 	<ul style="list-style-type: none"> ○ 이법지역자간의 법률행위(제11조) - 법을 달리하는 곳에 있는 자에 대하여 한 의사표시는 그 통지를 한 곳을 행위지로 간주 - 계약의 성립 및 효력에 관하여는 그 청약의 통지를 한 곳을 행위지로 간주. 그 청약을 받은 자가 승낙을 한 때에 그 청약의 발신지를 알지 못한 때에는 청약자의주소지를 행위지로 간주
물권 기타 등기하여야 할 권리	<ul style="list-style-type: none"> ○ 재산과 관련한 권리(제22조) - 점유권, 소유권 같은 재산과 관련한 권리에 대하여서는 재산이 있는 나라의 법을 적용 - 선박, 비행기 같은 수송수단과 수송중에 있는 재산과 관련한 권리에 대하여서는 해당 수송수단에 표시한 국기 나라의 법 또는 수송수단이 속한 나라의 법을 적용 	<ul style="list-style-type: none"> ○ 물권 기타 등기하여야 할 권리(제12조) - 동산 및 부동산에 관한 물권 기타 등기하여야 할 권리는 그 목적물의 소재지법에 의함 - 동권리의 득실변경은 그 원인된 행위 또는 사실이 완성할 때의 목적물의 소재지법에 의함
지적재산과 관련한 권리	<ul style="list-style-type: none"> ○ 지적재산과 관련한 권리(제23조) - 저작권, 발명권 같은 지적재산과 관련한 권리에 대하여서는 북한법에 따름 - 그러나 북한법에 규정된 것이 없을 경우에는 해당 국제조약에 따름 	<ul style="list-style-type: none"> ○ 대응규정 없음

구분 항목	북한 「대외민사관계법」	대한민국 「섭외사법」
법정채권의 성립 및 효력	<ul style="list-style-type: none"> ○ 법정채권의 성립 및 효력 <ul style="list-style-type: none"> -법적무없이 다른 당사자의 재산이나 사무를 맡아보는 행위 또는 부당리득에 대하여서는 그 원인으로 되는 행위나 사실이 있는 나라의 법을 적용(제30조) -위법행위에 대하여서는 위법행위가 있는 나라의 법을 적용. 다른 나라에 한 행위가 북한법에 따라 위법행위로 되지 않을 경우에는 앞항을 적용하지 아니함. 그러나 위법행위로 될 경우에는 북한법이 규정한 범위에서만 책임(제31조) 	<ul style="list-style-type: none"> ○ 법정채권의 성립 및 효력(제13조) <ul style="list-style-type: none"> -사무관리, 부당이득 또는 불법행위로 인하여 생긴 채권의 성립 및 효력은 그 원인된 사실이 발생한 곳의 법에 따름 -진항의 규정은 외국에서 발생한 사실이 대한민국의 법률에 의하여는 불법행위가 되지 아니한 때에는 이를 적용하지 아니함 -외국에서 발생한 사실이 대한민국의 법률에 의하여 불법행위가 되는 경우일지라도 피해자는 대한민국의 법률이 인정한 손해배상 기타의 처분 이외에 이를 청구하지 못함
채권양도	<ul style="list-style-type: none"> ○ 채권양도 <ul style="list-style-type: none"> -채권양도에 대하여서는 양도행위가 있는 나라의 법 또는 채무자가 거주하고 있는 나라의 법을 적용(제33조) 	<ul style="list-style-type: none"> ○ 채권양도 <ul style="list-style-type: none"> -채권양도의 제3자에 대한 효력은 채무자의 주소지법에 의함(제14조)
채권자대리 또는 채권자 취소	<ul style="list-style-type: none"> ○ 채권자가 채무자의 권리를 대신하거나 취소하는 행위에 대하여서는 채권채무관계에 적용하는 준거법과 채무자가 제3자 앞에 가지는 권리의 준거법을 같이 적용(제34조) 	<ul style="list-style-type: none"> ○ 대응규정 없음

㉠ 가족관계

구분 항목	북한 「대외민사관계법」	대한민국 「섭외사법」
혼인의 성립요건	<ul style="list-style-type: none"> ○ 결혼조건(제35조) - 결혼조건에 대하여서는 결혼당사자 각자의 본국법을 적용 - 그러나 본국법에 따라 결혼조건이 인정되고 하여도 북한법에 의하여 현재 존속되고 있는 결혼관계나 당사자들 사이의 혈연관계가 있을 경우에는 결혼을 허용하지 않음 - 결혼의 방식에 대하여서는 당사자들이 결혼을 하는 나라의 법을 적용 	<ul style="list-style-type: none"> ○ 혼인의 성립요건(제15조) - 혼인의 성립요건은 각 당사자에 관하여 그 본국법에 의하여 이를 정함. 그러나 그 방식은 혼인거행지의 법에 의함 - 전항의 규정은 민법 제814조의 적용에 영향을 미치지 아니함
혼인의 효력	<ul style="list-style-type: none"> ○ 결혼의 효력(제36조) - 결혼의 효력에 대하여서는 부부의 본국법을 적용 - 부부의 국적이 다른 경우에는 부부가 같이 거주하고 있는 나라의 법을 적용하며 부부의 거주지가 다른 경우에는 부부와 가장 밀접한 관계가 있는 나라의 법을 적용 	<ul style="list-style-type: none"> ○ 혼인의 효력(제16조) - 혼인의 효력은 남편의 본국법에 의함 - 외국인이 대한민국 국민의 서양자가 된 때의 혼인의 효력은 대한민국의 법률에 의함
부부재산제	<ul style="list-style-type: none"> ○ 대응규정 없음 	<ul style="list-style-type: none"> ○ 부부재산제(제17조) - 부부재산제는 혼인 당시의 남편의 본국법에 의함 - 외국인이 대한민국 국민의 서양자가 된 때의 부부재산제는 대한민국의 법률에 의함
이 혼	<ul style="list-style-type: none"> ○ 리혼 - 리혼에 대하여서는 당사자들의 본국법을 적용(제37조 전단) - 리혼당사자들의 국적이 다른 경우에는 그들이 같이 거주하고 있는 나라의 법을, 리혼당사자들의 거주지가 다른 경우에는 그들의 가장 밀접한 관계가 있는 나라의 법을 적용(동조 중단) - 리혼의 방식은 당사자들이 리혼하는 나라의 법에 따라 갖춘 경우에도 효력을 가짐(동조 후단) - 리혼당사자들 가운데서 한편 당사자가 북한에 거주하고 있는 북한 공민인 경우에는 이 법 제37조에 관계없이 북한법을 적용할 수 있음(제38조) 	<ul style="list-style-type: none"> ○ 이혼(제18조) - 이혼은 그 원인된 사실이 발생한 당시의 남편의 본국법에 의함 - 그러나 법원은 그 원인된 사실이 대한민국의 법률에 의하여 이혼의 원인이 되지 아니할 때에는 이혼의 신고를 하지 못함

구분 항목	북한 「대외민사관계법」	대한민국 「섭외사법」
친생자	<ul style="list-style-type: none"> ○ 친생자(제39조) - 친부모, 친자녀 관계의 확정에 대하여서는 부모의 결혼관계에 관계없이 자녀의 출생당시 본국법을 적용 	<ul style="list-style-type: none"> ○ 친생자(제19조) - 친생자의 추정, 승인 또는 부인은 그 출생 당시의 어머니의 남편의 본국법에 의함 - 남편이 자의 출생전에 사망한 때에는 그 사망당시의 본국법에 의하여 이를 정함
인 지	<ul style="list-style-type: none"> ○ 대응규정 없음 	<ul style="list-style-type: none"> ○ 인지(제20조) - 혼인외의 출생자의 인지요건은 그 아버지 또는 어머니에 관하여는 인지할 때의 아버지 또는 어머니의 본국법에 의하여 이를 정하고, 그 자에 관하여는 인지할 때의 자의 본국법에 의하여 이를 정함 - 인지의 효력은 아버지 또는 어머니의 본국법에 의함
입양 및 파양	<ul style="list-style-type: none"> ○ 입양 및 파양(제40조) - 입양과 파양에 대하여서는 양부모의 본국법을 적용. 그러나 양부모가 국적을 달리한 경우에는 그들이 함께 거주하고 있는 나라의 법을 적용 - 입양과 관련하여 양자녀로 될 자의 본국법에서 양자녀로 될 자 또는 제3자의 동의나 국가기관의 승인을 입양의 조건으로 할 경우에는 해당조건을 갖추어야 함 - 입양과 파양의 방식은 당사자들이 입양과 파양을 하는 나라의 법에 따라 갖춘 경우에도 효력을 가짐 	<ul style="list-style-type: none"> ○ 입양 및 파양(제21조) - 입양의 요건은 각 당사자에 관하여 본국법에 의하여 이를 정함 - 입양의 효력 및 파양은 양친의 본국법에 의함

구분 항목	북한 「대외민사관계법」	대한민국 「섭외사법」
친자간의 법률관계	<ul style="list-style-type: none"> ○ 부모와 자녀관계(제41조) -부모와 자녀관계의 효력에 대하여서는 자녀의 본국법을 적용 -부모와 자녀 가운데서 당사자가 북한에 거주하고 있는 북한 공민인 경우에는 북한법을 적용 	<ul style="list-style-type: none"> ○ 친자간의 법률관계 (제22조) -친자간의 법률관계는 아버지의 본국법에 의하고, 아버지가 없는 때에는 어머니의 본국법에 의함
부양의무	<ul style="list-style-type: none"> ○ 부양관계(제44조) -부양관계에 대하여서는 부양을 받을 자가 거주하고 있는 나라의 법을 적용 -부양을 받을 자가 거주하고 있는 나라의 법에 따라 부양받을 권리가 인정되지 않을 경우에는 그의 본국법 또는 북한법을 적용할 수 있음 	<ul style="list-style-type: none"> ○ 부양의무(제23조) -부양의 의무는 부양 의무자의 본국법에 의함
친족관계	<ul style="list-style-type: none"> ○ 친족관계(제47조) -다른 나라에 거주하고 있는 북한 공민의 립양, 파양, 부모와 자녀관계, 후견, 유언에 대하여서는 거주하고 있는 나라의 법을 적용할 수 있음 	<ul style="list-style-type: none"> ○ 친족관계(제24조) -친족관계 및 친족관계에서 발생한 권리와 의무에 관하여 본법에 특별한 규정이 없는 경우에는 각 당사자의 본국법에 의하여 이를 정함

구분 항목	북한 「대외민사관계법」	대한민국 「섭외사법」
후 건	<ul style="list-style-type: none"> ○ 후건 <ul style="list-style-type: none"> - 후건에 대하여서는 후건을 받을 자의 본국법을 적용(제42조 전단) - 후건의 방식은 당사자가 후건을 하는 나라의 법에 따라 갖춘 경우에도 효력을 가짐(동조 후단) - 북한에 거주, 체류하고 있는 다른 나라 후건인이 없을 경우에는 북한법에 따라 후건인을 정할 수 있음(제43조) 	<ul style="list-style-type: none"> ○ 후건(제25조) <ul style="list-style-type: none"> - 후건은 피후건인의 본국법에 의함 - 대한민국에 주소 또는 거소가 있는 외국인의 후건은 그 본국법에 의하며, 후건개시의 원인이 있을 지라도 그 후건사무를 행할 자가 없는 경우 및 대한민국에서 한정치산 또는 금치산을 선고한 때에 한하여 대한민국의 법률에 의함
상 속	<ul style="list-style-type: none"> ○ 상속(제45조) <ul style="list-style-type: none"> - 부동산상속에 대하여서는 상속재산이 있는 나라의 법을, 동산상속에 대하여서는 상속시키는 자의 본국법을 적용 - 그러나 다른 나라에 거주하고 있는 북한 공민의 동산상속에 대하여서는 상속시키는 자가 거주하고 있는 나라의 법을 적용 - 다른 나라에 있는 북한 공민에게 상속인이 없을 경우 상속재산은 그와 가장 밀접한 관계에 있던 당사자가 넘겨받음 	<ul style="list-style-type: none"> ○ 상속(제26조) <ul style="list-style-type: none"> - 상속은 피상속인의 본국법에 의함
유 언	<ul style="list-style-type: none"> ○ 유언(제46조) <ul style="list-style-type: none"> - 유언과 유언취소에 대하여서는 유언자의 본국법을 적용 - 유언과 유언취소의 방식은 북한법, 유언행위가 있는 나라의 법, 유언자가 거주하고 있는 나라의 법, 부동산이 있는 나라의 법에 따라 갖춘 경우에도 효력을 가짐 	<ul style="list-style-type: none"> ○ 유언(제27조) <ul style="list-style-type: none"> - 유언의 성립 및 효력은 그 성립당시의 유언자의 본국법에 의함 - 유언의 취소는 그 취소당시의 유언자의 본국법에 의함 - 유언의 방식은 행위지법에 의하여도 무방

㉞ 상사에 관한 규정

구분 항목	북한 「대외민사관계법」	대한민국 「섭외사법」
해난구조	<ul style="list-style-type: none"> ○ 해난구조계약에 대하여서는 당사자들이 합의한 법이 없을 경우 다음과 같은 법을 적용(제28조) <ul style="list-style-type: none"> - 령해에서는 해당나라의 법 - 공해에서는 해난구조계약과 관련한 문제를 취급하는 재판소가 있는 나라의 법 - 공해에서 국적을 달리하는 여러 선박이 구조한 경우에는 구조받는 선박에 표시한 국기 나라의 법 ○ 해상에서 공동으로 부담하는 손해에 대하여서는 당사자들이 합의하여 정한 법이 없을 경우 해당 항차가 끝나는 항구 또는 선박이 처음 도착한 항구가 속하는 나라의 법을 적용. 그러나 손해를 부담하여야 할 당사자들이 같은 국적을 가지고 있을 경우에는 그 나라의 법을 적용할 수 있음(제29조) 	<ul style="list-style-type: none"> ○ 해난구조(제47조) <ul style="list-style-type: none"> - 해난구조로 인한 보수 청구권은 그 구조행위가 영해에 있을 때에는 행위지법에 의하고, 공해에 있을 때에는 구조선박의 선전국법에 의함 ○ 해상에 관한 다음 각 호의 사항은 선적국법에 의함(제44조) <ul style="list-style-type: none"> - 공동해손으로 이해관계인에게 분담될 수 있는 해손의 성질(제7호)
해 상	<ul style="list-style-type: none"> ○ 해상에서 공동으로 부담하는 손해에 대하여서는 당사자들이 합의하여 정한 법이 없을 경우 해당 항차가 끝나는 항구 또는 선박이 처음 도착한 항구가 속하는 나라의 법을 적용. 그러나 손해를 부담하여야 할 당사자들이 같은 국적을 가지고 있을 경우에는 그 나라의 법을 적용할 수 있음(제29조) 	<ul style="list-style-type: none"> ○ 해상에 관한 다음 각 호의 사항은 선적국법에 의함(제44조) <ul style="list-style-type: none"> - 공동해손으로 이해관계인에게 분담될 수 있는 해손의 성질(제7호) - 공동해손의 경우에 손해를 부담할 재단의 조성(제8호)

구분 항목	북한 「대외민사관계법」	대한민국 「섭외사법」
선박충돌	<ul style="list-style-type: none"> ○ 선박충돌(제32조) -공해상에서 국적이 같은 선박들이 위법행위로 충돌한 경우에는 선박에 표시한 국기 나라의 법을 적용 -그러나 국적이 다른 선박들이 위법행위로 충돌한 경우에는 선박충돌과 관련한 문제를 취급하는 재판소가 있는 나라의 법을 적용 	<ul style="list-style-type: none"> ○ 선박충돌 -개항, 하 또는 영해에서의 선박충돌에 관한 책임은 충돌지의 법에 의함(제45조) -공해에서의 선박충돌에 관한 책임은 각 선박이 동일 선적에 속한 때에는 선적국법에 의하고, 각 선박이 선적국을 달리 할 때에는 가해선박의 선적국법에 의함(제46조)
기 타	<ul style="list-style-type: none"> ○ 대응규정 없음 	<ul style="list-style-type: none"> ○ 상사에 관한 적용순위(제28조), 상사회사의 행위능력(제29조), 은행(제30조), 무기명증권(제31조), 위탁 및 운송계약(제32조), 보험계약(제33조), 어음행위능력(제34조), 수표지급인의 자격(제35조), 어음행위의 방식(제36조), 어음행위의 효력(제37조), 원인채권의 취득(제38조), 일부인수, 일부지급(제39조), 권리의 행사, 보전을 위한 행위의 방식(제40조) 어음의 상실, 도난(제41조), 계산수표(제42조), 지급지법(제43조) 규정 있음

㉞ 분쟁해결

구분 항목	북한 「대외민사관계법」	대한민국 「섭외사법」
대외민사관계에서 발생하는 분쟁	<ul style="list-style-type: none"> ○ 대외민사관계에서 발생하는 분쟁에 대한 해결은 이 법에서 따로 규정한 것이 없을 경우 북한 해당법에 따름(제48조) 	<ul style="list-style-type: none"> ○ 대응규정 없음
재판 또는 중재관할	<ul style="list-style-type: none"> ○ 재산거래와 관련하여 발생하는 분쟁 <ul style="list-style-type: none"> - 당사자들이 합의하여 정함(제49조) - 당사자들이 합의하지 않았을 때 다음의 경우에는 북한 해당기관이 관할권 가짐(제50조) <ul style="list-style-type: none"> · 피고가 북한 영역에 소재지를 가지고 있거나 거주하고 있을 경우 · 분쟁의 원인으로 되는 재산손해가 북한 영역에서 발생한 경우 · 피고의 재산 또는 청구의 대상이 북한 영역에 있을 경우 · 분쟁의 원인이 북한에 등록된 부동산과 관련이 있을 경우 ○ 행위무능력자와 부분적 행위능력자, 소재 불명자와 사망자인정과 관련한 분쟁(제51조) <ul style="list-style-type: none"> - 북한 영역에 있는 법인, 공민, 재산과 관련이 있을 경우 당사자의 국적, 거주지에 관계없이 북한 해당기관이 관할권 가짐 ○ 결혼 및 리혼과 관련한 분쟁(제52조) <ul style="list-style-type: none"> - 소송제기당시 피고가 북한에 거주하고 있거나 원고가 북한에 거주하고 있는 북한 공민인 경우 북한 해당기관이 관할권 가짐 ○ 부부의 재산관계와 관련한 분쟁(제53조) <ul style="list-style-type: none"> - 당사자들이 북한에 거주하고 있거나 원고 또는 피고가 북한에 거주하고 있으면서 그 재산이 북한 평역에 있을 경우 북한 해당기관이 관할권 가짐 ○ 립양, 파악, 부모와 자녀관계, 후견, 부양관계와 관련한 분쟁(제54조) <ul style="list-style-type: none"> - 당사자들이 북한에 거주하고 있을 경우에만 북한 해당기관이 관할권 가짐 	<ul style="list-style-type: none"> ○ 대응규정 없음 ※ 민사소송법 및 중재법에 법원관할에 관한 규정 있음(민사소송법 제1조 내지 제22조, 중재법 제17조)

구분 항목	북한 「대외민사관계법」	대한민국 「섭외사법」
재판 또는 중재의 거부·중지	<ul style="list-style-type: none"> ○ 다음의 경우 당사자 요구에 관계없이 재판 또는 중재를 거부하거나 중지(제56조) <ul style="list-style-type: none"> - 이 법에 따라 해당분쟁에 대한 관할권이 인정되지 않을 경우 - 다른 나라에서 동일한 내용의 분쟁에 대하여 재판 또는 중재를 먼저 시작한 경우 - 당사자들이 분쟁을 중지한 데 대하여 합의한 경우 - 북한법에 따르는 정당한 사유가 있을 경우 	<ul style="list-style-type: none"> ○ 대응규정 없음
다른 나라에의 자료 요구	<ul style="list-style-type: none"> ○ 다른 나라 영역에서 증거의 수집, 증인신문 같은 분쟁해결의 수속 또는 다른 나라의 해당기관이 내린 판결, 재결의 인정, 집행과 관련하여서는 북한 해당기관이 다른 나라 해당기관에 필요한 자료를 요구할 수 있음(제57조) 	<ul style="list-style-type: none"> ○ 대응규정 없음 ※ 국제민사사법공조법에 외국으로의 촉탁 관련규정 있음(국제민사사법공민법 제 5조 내지 제10조)
다른 나라 증거의 분쟁 해결 증거로의 이용	<ul style="list-style-type: none"> ○ 다른 나라에서 북한 해당기관에 제공한 증인신문조서, 증거물 같은 것은 해당나라 공증기관의 공증을 받아야 분쟁해결의 증거로 리용할 수 있음(제58조) 	<ul style="list-style-type: none"> ○ 대응규정 없음
다른 나라 해당기관의 판결, 재결의 인정	<ul style="list-style-type: none"> ○ 다른 나라 해당기관의 판결, 재결의 인정 <ul style="list-style-type: none"> - 다른 나라 해당기관의 판결은 그것을 서로 인정한데 대한 국가적 합의가 있는 경우에만 인정. 그러나 가족관계와 관련한 다른 나라 해당기관 판결집행의 당사자로 되는 북한 공민이 그 집행을 요구하거나 동의할 경우에는 다른 나라에서 내린 판결을 인정할 수 있음(제59조) - 다음의 경우에는 다른 나라의 해당기관이 내린 판결, 재결에 대하여 인정하지 않음(제60조) <ul style="list-style-type: none"> · 판결, 재결의 내용이 북한 법률제도의 기본원칙에 어긋나는 경우 	<ul style="list-style-type: none"> ○ 대응규정 없음 ※ 민사소송법에 외국 판결의 효력관련 규정있음(동법 제203조)

구분 항목	북한 「대외민사관계법」	대한민국 「섭외사법」
다른 나라 해당기관 의 판결, 재결의 인정	<ul style="list-style-type: none"> ○ 다른 나라 해당기관의 판결, 재결의 인정 <ul style="list-style-type: none"> - 다른 나라 해당기관의 판결은 그것을 서로 인정한데 대한 국가적 합의가 있는 경우에만 인정. 그러나 가족관계와 관련한 다른 나라 해당기관 판결집행의 당사자로 되는 북한 공민이 그 집행을 요구하거나 동의할 경우에는 다른 나라에서 내린 판결을 인정할 수 있음(제59조) - 다음의 경우에는 다른 나라의 해당기관이 내린 판결, 재결에 대하여 인정하지 않음(제60조) <ul style="list-style-type: none"> · 판결, 재결의 내용이 북한 법률제도의 기본원칙에 어긋나는 경우 ○ 제59조 및 제60조의 규정을 적용(제61조) 	<ul style="list-style-type: none"> ○ 대응규정 없음 ※ 민사소송법에 외국판결에 의한 강제집행 관련 규정 있음 (동법 제476조, 제477조)
이해관계 인의 의견 제기	<ul style="list-style-type: none"> ○ 다른 나라의 해당기관이 내린 판결, 재결의 집행에 대하여 북한 영역에 있는 당사자가 리해관계를 가질 경우 판결, 재결이 확정된 때부터 3개월안으로 북한 해당기관에 의견제기할 수 있음(제62조) 	<ul style="list-style-type: none"> ○ 대응규정 없음

(3) 국적법

(가) 남북한 국적법 비교

구분 항목	대한민국	북한
관련법령	<ul style="list-style-type: none"> ○ 헌법(1987.10.29) 제2조 ○ 국적법(1948.12.20) ○ 국적법시행령(1969.10.14) 	<ul style="list-style-type: none"> ○ 헌법(1992.4.9) 제62조 ○ 국적법(1963.10.9)
기본원칙	<ul style="list-style-type: none"> ○ 국적단행법주의 (헌법 제2조 제1항) ○ 부계혈통주의(법 제2조) ○ 속인주의(법 제2조) ○ 국적단일주의 (법 제12조) ○ 가족국적동일주의 (법 제8조) 	<ul style="list-style-type: none"> ○ 국적단행법주의 (헌법 제62조) ○ 양계혈통주의(법 제4조) ○ 속인주의(법 제4조) ○ 가족국적동일주의 (법 제8조)
국적의 법적효과	<ul style="list-style-type: none"> ○ 국가의 재외국민보호의무선언(헌법 제2조 제2항) ○ 대한민국(이하 남한) 국적상실시 남한국민 전속권리의 양도의무 및 상실(법 제16조) 	<ul style="list-style-type: none"> ○ 국가의 정치적·법적 보호선언(헌법 제62조, 법 제2조)

구분 항목		대한민국	북한
국적의 취득	경과 규정		○조선민주주의인민공화국(이하 북한) 창건당시 조선국적자 및 자녀는 공화국 공민
	선천적 취득	○출생당시 부가 남한국민인 자 ○부 불명 등 경우 출생당시 모가 대한민국 국민인 자 ○부모불명 등 경우 남한영역내 출생자(법 제2조)	○북한공민간 출생자 ○북한거주 북한공민과 외국인간의 출생자 ○부모불명 등의 경우 북한영역 내에서 발견된 자녀(법 제4조)
국적의 취득	후천적 취득	○남한국민의 처 (법 제3조 제1호) ○남한국민의 부 또는 모가 인지한 자(동조 제2호) ○귀화한 자(동조 제3호) -실질적 요건(법 제5-7조) -형식적 요건 : 법무부장관 허가 ○국적취득자의 처, 미성년인 자(법 제8조)	○국적취득 청원한 자(법 제1, 6, 10 조) -최고인민회의 상임위원회의 결정 필요 ○부모가 북한국적 취득시 14세 미만 자녀(법 제8조) -18세 미만 자녀는 본인동의 경우만 취득
국적의 상실		○외국국적 취득한 자 (법 제12조 제1-4호, 6호) ○이중국적의 경우 법무장관 허가 받아 남한국적 이탈한 자(동조 제5호) ○남한국적 취득후 6개월 내에 원국적 상실치 아니한 외국인(동조 제7호)	

(나) 남북한 국적법 적용상의 구체적 차이

남북한의 국적법의 차이로 인해 그 적용상 괴리가 구체적으로 발생한다. 즉 북한 국적법에 의하여 국적이 인정되나 대한민국 국적법으로는 국적이 인정되지 아니하는 경우, 대한민국 국적법으로 국적이 인정되나 북한 국적법으로 국적이 인정되지 아니하는 경우, 쌍방 국적법에 의해 국적이 모두 인정되는 경우가 발생하는 것이다.

먼저 북한 국적법에 의하여 국적이 인정되나 대한민국 국적법으로 국적이 인정되지 아니하는 경우는, 첫째 한반도에서 외국인과 결혼한 여자의 자녀들로서 부가 분명하고 타국적을 가진 자일 경우, 둘째 외국에서 외국인과 결혼한 여자의 자녀들로서 부모가 북한 국적을 취득하기로 합의한 경우, 셋째 최고인민회의 상임위원회가 북한국적 취득을 결정한 외국인으로서 대한민국 국적법 제4조, 제5조, 제6조, 제7조, 제8조 등의 국적취득 요건을 충족시키지 못하는 경우, 넷째 부모를 알지 못하는 자녀로서 한반도에서 발견되었으나 한반도에서 출생하지는 않은 자일 경우, 다섯째 외국에서 외국인과 결혼한 여자의 자녀들로서 외국에서 출생하여 부모의 합의로 북한 국적을 취득한 경우, 여섯째 1948.9.9 이전에 조선의 국적을 가졌다가 1963.10.9. 이전에 조선민주주의 인민공화국의 국적을 포기하지 아니하였으나 대한민국 국적을 상실한 자인 경우이다.¹¹³⁾

그리고 대한민국 국적법으로 국적이 인정되나 북한 국적법으로 국적이 인정되지 아니하는 경우는, 첫째 외국에서 외국인과 결혼한 남자의 자녀들로서 부모가 북한 국적을 취득하지 않기로 합의한 경우, 둘째 외국에서 외국인과 결혼한 여자의 자녀들로서 부가 불분명하거나 무국적자일 경우, 셋째 외국인으로서 대한민국 국적을 취득하였으나 조선민주주의인민공화국 상임위원회의 결정을 받지 못한 경우가 있다.

113) 북한 국적법 제1조 내지 제3조에 의하면 북한 창건 이전에 구조선 국적을 가졌던 조선인과 그 자녀들로서 1963.10.9. 이전에 북한 국적을 적극적으로 포기하지 않은 자는 북한 국적자이므로 대한민국 국적을 보유하고 있다가 상실한 자들 대부분이 북한 국적자로 해석이 가능하다.

마지막으로 북한과 대한민국 국적법에 의해 모두 국적이 인정되는 경우는, 첫째 부모가 모두 내국인일 때, 둘째 부가 내국인이고 내국에서 출생한 경우, 셋째 최고인민회의 상임위원회에서 국적 취득을 인정한 자로서 대한민국 국적법의 요건을 충족하는 경우, 넷째 내국에서 외국인과 결혼한 여자의 자녀들로서 내국에서 출생하고 부가 불분명하거나 무국적자일 때, 다섯째 외국에서 외국인과 결혼한 남자의 자녀들로서 외국에서 태어나 부모가 북한 국적을 취득하기로 합의한 경우이다.

(다) 섭외민사관계에서의 문제점

적대적 공존관계에 있는 현 단계에서는 섭외민사관계에서 본국법이 문제될 경우 남한과 북한이 각자의 국적법을 적용하게 되어 남북관계에서 규범과 현실 사이의 괴리가 발생한다.

남북한 완전 화해·협력단계 이후 섭외민사관계에서 준거법과 관련하여 연결점¹¹⁴⁾이 본국법인 경우 현행 남북한 국적법상 충돌문제 발생한다. 즉 각자 국적법을 그대로 적용하면 남북한 사이에 남북기본합의서에서 합의한 통일지향의 잠정적 특수관계에 배치되고 대부분의 경우 관할권이 경합되는 등의 문제가 발생하고 상대방 지역 거주자에 대한 상대방측의 관할권을 인정해줄 경우에는 국적법과의 충돌이 발생하는 것이다.

114) 연결점 내지 연결소란 국제사법상 준거법을 결정함에 있어서 섭외적 법률관계와 준거법을 연결해 주는 요소를 말한다. 이러한 연결점과 준거법의 수적구조에 대해서는 1개의 연결점으로 1개의 준거법을 지정하는 단수연결구조와 수개의 연결점으로 수개의 준거법을 지정하는 복수연결구조가 있다.

다. 분단국 입법·실무에 관한 비교법적 검토

(1) 동서독간 민사문제 처리 실태

(가) 개 설

독일은 동서독으로 분단된 이후에도 통행조약, 기본조약 등의 체결을 통해 인적교류를 지속적으로 추진하였다. 1960년대까지는 구동독 주민의 구서독 여행시 증명서 소지를 요구하는 등 구동독의 베를린 장벽설치 등으로 친척방문 등 제한된 범위내에서만 인적교류를 시행하였다. 1972.5. 통행조약, 1972.12. 기본조약의 체결로 인적교류가 제도화된 이후에는 연간 약 1,000만명의 상호방문이 이루어 졌다.

분단이후 동서독간 인적·물적 교류가 지속된 반면, 법분열현상은 심화되어 동서독간 민사문제 발생시 법적처리의 어려움 발생하였다.

서독은 동독을 내국으로 본 반면 동독은 자신들을 서독과는 별개의 국가로 보는 등 동서독 각자의 양독관계에 관한 시각에 따라 국제적 또는 단순한 국내적 민사관계의 성격을 가지게 된 것이다. 이러한 이중적 성격 및 법분열현상으로 인하여 동서독관계에서 동서독법원의 관할권 결정·관할법원의 소송절차에서의 준거법 결정·민사사법공조절차·동서독법원 판결의 상대방 지역에서의 집행가능성 등의 문제가 발생하였다.

(나) 민사재판관할권

① 재판관할권의 중요성

소송의 일반원칙상 소송절차법, 저촉법규 등은 관할법원 소속 지역의 법에 따르게 되어 있다. 따라서 동서독 소송관계인의 입장에서 볼 때 자국에 관할권이 없을 경우 상대방 법제의 부지·원거리 등으로 인하여 소송수행상 애로가 존재하여 소송당사자에게는 재판관할권이 자국에 있는지 여부가 대단히 중요한 의미를 가지게 되는 것이다.

② 동서독법상 국제적 재판관할권 규정과 적용문제

서독은 피고 주소지국 관할을 원칙으로 하되 소송목적물이 국내에 소재하거나 당사자 일방이 독일의 국적을 보유하고 있는 경우 등에는 특별관할을 인정하였다.

서독은 대한민국과 같이 동독을 내국으로 보아 대동독관계의 국제관계성을 부인하면서도 동서독간 민사문제 처리시에는 민사소송법상의 국제적 특별관할규정을 준용하여 운용하였다.

동독은 서독과 유사한 내용의 동독민사소송법상 국제법 관할규정을 동서독관계에서 일반적으로 적용하였다.

③ 관할위반의 효력

동독과 서독은 상대측 소송절차가 자국의 관할규정에 위반한 경우 동 절차와 관련된 공조요청 또는 그 결과인 판결의 집행 등을 거부한 사례가 다수 있다.

(다) 민사문제 준거법

① 실체준거법

동서독간 법분열로 “저촉법”¹¹⁵⁾적 문제가 발생하였다. 즉 동서독관계를 단순한 국내관계 또는 국제관계로 보는 동서독 각자의 시각 및 독일국적에 관한 동서독간 견해차이로 저촉법의 성격규정 및 해석상 어려움의 발생한 것이다.

서독은 구독일제국은 현재 행위능력은 없지만 권리능력을 가진 전체 국가(Gesamtstaat)로 존재(독일연방헌법재판소 판결)하고 있고 동서독관계는 국가간 관계가 아닌 대내적 성격의 「특수관계」로서 동독은 외국이 아니라고 보아 구독일제국 국민에게는 제국국적법¹¹⁶⁾에 따른 1개의 국적만이 존재할 수 있다고 보아 동독 국적을 부인하였다.

115) 상이한 법체계를 가진 국가간 또는 일국 내 지역간의 법적분쟁에 관해 적용될 법을 지정해주는 것을 규정한 법

116) 1913.7.22. 제정

이에 반하여 동독은 구독일제국은 이미 멸망하여 소멸하였고 양독관계는 국제관계이므로 동독주민은 서독민족과 구별되는 사회주의적 민족이고 동독 고유의 국적을 보유하는 것으로 보았다.

서독은 민법시행법(EGBGB)의 국제사법규정(제3조 내지 제38조)을 두고 있다. 동독은 동독정부수립부터 1975.12.31까지는 서독과 동일하였으나 1976.1.1부터 독일통일까지는 법적용법(Rechtsanwendungsgesetz, 1975.12.5 제정)을 두고 있었다.

동서독 국제사법규정의 주요 차이점은, 첫째 서독이 중요 연결점으로 「상거소」개념을 사용하는 반면, 동독법에는 동개념이 없었고, 둘째 동독법은 서독에 대한 독자적 위치를 강조하고 사회주의 국가의 폐쇄성 등으로 인하여 서독에 비해 자국법 적용 빈도가 높고 불과 17개 조문(서독은 38개 조문)만을 두고 있는 등 세밀성이 떨어진다는 것이었다.

앞서 본바와 같이 동서독 관계에 대한 성격 및 단일국적 문제에 대한 서독의 시각으로 인해 서독의 경우 동서독간 민사문제처리시 저촉법 규정의 연결점 중 「국내」, 「독일국적」개념에 대하여 구체적 사례에 대한 실제 법운용시 그 해석상 문제가 발생한다. 서독의 판례 및 다수설은 「국내」, 「독일국적」이 연결점 또는 그 구성요소로 된 저촉규정을 해석함에 있어 이들을 “장소적으로 가장 밀접한 관련성”으로 대치하였다.

서독학자 Kegel은 독일국적에 대신하는 밀접관련성의 기준으로 상거소(常居所; gewoentlicher Aufenthalt), 최후의 상거소, 단순거소(schlichter Aufenthalt), 최후의 단순거소, 기타 가장 밀접한 관련성 등을 제시하였다.

② 절차준거법

동서독 법원은 양독간 민사문제 처리시 국제사법의 일반원칙에 따라 법정지의 절차법을 적용하였다.

③ 준거법결정시 「공공질서조항」의 중요성

동서독 모두 준거법규 중에 외국법 적용 결과가 자국법 질서의 근본원칙에 위배될 경우 그 외국법 적용을 배제하는 「공공질서(ordre

public) 조항』을 규정하였다.

동서독은 분단 이후 통일 전까지 체제경쟁의 일환으로 위 공공질서 조항을 수시로 적용하여 자국에 불리한 결과를 회피하였다.

(라) 동서독간 민사사법공조

① 베를린장벽 붕괴 이전의 민사사법공조

분단 이후 50년대까지는 동서독 모두 순수 국내공조로 간주하여 처리하였다. 그 이후 각자의 동서독관계에 대한 이해를 반영하여 동독은 60년대 중반까지의 조정기를 거쳐 60년대 중반부터는 순수한 국제공조로 처리했음에 반하여 서독은 일관하여 국내공조에 준하여 처리하였다.

1972년 기본조약 체결에도 불구하고 내독간 민사사법 공조조약 체결에는 실패하였다.

서독은 분단직후 국내공조에 적용되는 규정을 적용하다가 기본조약 체결 이후 국제공조에 관한 국내법을 준용하여 운용하였다. 동독도 분단직후 국내공조에 관한 규정을 적용하다가 60년대 중반이후 국제공조에 관한 국내법을 적용하여 운용하였다.

그러나 양독간 민사사법공조조약의 미체결로 동서독간의 공조허용은 법적인 의무에 의한 것이 아니라 단순히 각자의 우호적 조치(Gefälligkeitsakt)에 불과하며 공조의 의무는 존재하는 것이 아니었다¹¹⁷⁾.

서독은 동독에의 공조요류시 공조요청을 동독이 일반적으로 거부할 것을 염려하고 공조요청으로 인하여 동독 주민이 형사소환 될 위험성 등을 회피할 목적으로 동독을 SBZ(소련점령지역)라 표기함을 지양하였을 뿐만 아니라 공조요청으로 동독 주민의 서독내 미신고 재산보유사실이 발각되어 동독 외환법에 의한 처벌이 우려되는 경우에는 공조요청을 자제하였다.

동독은 서독과의 관계를 국제관계로 보는 시각에 따라 순수한 외국

117) 동서독은 공법사건을 제외한 재산 및 친족·상속관계 등 민사사건 전반에 대하여 공조를 실시하였다.

에 대한 공조요청과 동일하게 처리하였다.

동독과 서독은 각자의 동서독관계에 대한 인식을 송부경로에도 반영하였다. 즉 서독은 당초 요청법원이 직접 동독 관할법원에 공조요청하다가 1971년 이후 동독의 일반적 공조거부를 회피할 목적으로 주법무부를 거쳐 동독 법무부로 송부하였고 동독은 1960년대 중반이후 동독 법무부를 경유하여 서독 연방법무부에 전달하였다.

여타 동서독관계와 동일하게 공조요청의 처리문제도 동서독간 정치상황에 좌우되었다. 동서독은 모두 공조질서조항을 원용하여 자국에 불리한 결과의 초래가 우려될 경우 공조를 거부하였고, 특히 동독은 서독에 비해 공조거부 사유를 폭넓게 해석했을 뿐 아니라 많은 경우에는 거부이유도 기재하지 않고 공조를 거부하였다. 동서독 상호간 공조는 법적의무가 아니라 단순한 우호적 조치에 불과하였으므로 공조거부는 단순한 비우호적 행위에 불과하였다.

② 베를린장벽 붕괴 이후의 민사사법공조

베를린장벽 붕괴이후 동서독간 주거이전의 자유인정 및 교역의 확대로 공조수요가 폭증하였다. 그리하여 1990년도에 2회에 걸쳐 동서독간 민사·형사사법공조의 규율을 위한 실무회담을 개최하였고 공조범위의 확대 및 공조절차의 간소화에 합의하였으나 조기통일로 실현되지는 아니하였다.

(마) 동서독 판결의 상호 집행가능성

일국의 확정판결은 판결을 선고한 국가의 국내에서만 집행력을 가지며 타국에서의 집행을 위하여는 그 국가의 승인(Anerkennung)을 필요로 한다.

서독은 외국판결의 승인에 관한 규정(민소법 제328조, 가족법 개정법을 제7조)에도 불구하고 양독관계를 내국관계로 보는 시각에 따라 동독 판결을 내국판결로 간주하여 별도의 승인절차 없이 서독에서의 집행을

허용하였다. 동독의 확정판결이 금전채무이행을 내용으로 하는 판결인 경우에는 집행기관이 동서독마크를 환산하였고 판결에 이의가 있는 이해관계인은 집행방법에 관한 이의(민사소송법 제766조)의 방식으로 불복이 가능하였다.

서독과 달리 양독관계를 별개의 독립된 국가로 보는 동독은 이를 확정판결의 집행에도 반영하여 서독판결을 외국판결로 간주하고 별도의 승인절차를 요구(민소법 제193조)하였다. 동독은 승인대상이 되는 서독판결이 동독의 국가법질서 또는 관할규정에 위배될 때에는 그 집행을 승인하지 않았다.

(2) 중국·대만의 민사문제 처리실태

(가) 개 설

1949년 국민당 정부의 대만이주 이후 중국대륙의 공산당 정부와 대만의 국민당 정부는 장기간 정치적·군사적 대치관계하에서 상호 격리와 단절상태를 지속하였다.

1978.12월 이후 중국대륙은 개혁·개방정책 추진과 더불어 대만에 대하여 교류와 협력을 위한 3通 4流政策¹¹⁸⁾을 제시하였으나, 대만정부가 3不政策¹¹⁹⁾으로 대응함으로써 양안관계 개선으로 이어지지는 못하였다.

1987.11월 대만정부가 대만인의 대륙친척방문을 허용한 이후 양안은 민간차원에서는 교류·협력관계가 크게 진전되었으나 정부차원에서는 여전히 불접촉, 불타협관계가 계속되었다.

1988년 이후 대륙방문 대만인은 700만명, 대만방문 대륙인은 7만명, 대만투자자의 대륙투자액은 240억달러, 1994년 한해 동안 양안간 교역액은 160억달러를 초과하였고, 아직 정부차원의 공식접촉은 없으나 반관반민(半官半民) 성격의 대륙의 해협양안관계협회(약칭 해협회)와 대

118) 3通은 通商, 通郵, 通航, 4流는 경제, 문화, 과학기술, 체육교류를 말한다.

119) 3不은 不接觸, 不談判, 不妥協을 말한다.

만의 해협교류기금회(약칭 해기회)가 정부를 대리하여 접촉 중이다.

양안 인적접촉 및 교류의 확대에 신분 및 재산관계 등에 관한 민사 문제가 빈발함에 따라 양안간 법률관계 충돌 및 민사사법공조의 필요성이 대두되고 있으나 당국간 협상은 이루어지지 않고 각각 일방적인 법규제정 및 사법해석 등을 통하여 문제를 해결하면서 최근 해협회와 해기회간의 접촉을 통하여 사법공조를 시도하고 있다.

(나) 민사재판관할권

① 중 국

중국은 ‘하나의 중국’ 내지 일국양제(一國兩制)의 원칙에 의하여 대만을 중국영토의 일부분으로서의 하나의 지방성으로 보아서 중국 재판관할권의 장소적 효력은 대만을 포함한 전중국 영역에 미치고, 인적 효력은 대만인을 포함한 전중국민에게 미친다는 입장으로 대만관련 민사사건의 관할권의 귀속은 중국의 민사소송법상의 일반원칙에 따라 결정한다는 입장이다.

이에 따라 민사소송법에 의하여 피고의 소재지가 대만인 경우에 대만법원의 관할을 인정하고 있고 있다. 그리고 이혼소송의 경우 피고 주소지 법원의 관할을 원칙으로 하나, 중화인민공화국의 영역내에 거주하지 않은 자와 행방불명 또는 실종을 선고한 자에 대한 신분관계소송은 원고의 주소지 또는 거주지 법원의 관할을 인정하는 규정(민사소송법 제23조 제1,2호)을 원용하여, 첫째 대륙의 일방이 대만에 있는 일방과의 이혼을 요구하는 사건, 둘째 대만이주자가 대륙으로 돌아와 정착한 후에 대만에 남아있는 일방과의 이혼소송을 제기한 경우, 셋째 쌍방이 분리된 후 아직 이혼절차를 밟지 않은 상태에서 일방 혹은 쌍방이 대륙과 대만에서 재혼한 경우 대륙에 있는 일방당사자가 대만에 있는 배우자와 이혼소송을 제기한 경우 등은 원칙적으로 원고의 주소지 또는 거주지인 중국 인민법원의 관할을 인정하고 있다.¹²⁰⁾

상속사건의 경우에는 일반원칙에 따라 피상속인의 사망 당시의 주소

지 혹은 주요 유산 소재지의 법원이 관할하며, 그곳이 대만인 경우에는 대만 법원의 관할을 인정하고 있다. 대만 주민이 관련된 가옥의 저당, 매매, 임차차, 대리관리 및 기타 권리침해로 인한 소송의 경우에는 일반 원칙에 따라 부동산소재지의 인민법원이 전속적으로 관할권을 가진다.

② 대 만

대만 헌법상 대륙지구는 중화민국의 영토에 속하고, 대륙지구 주민도 중화민국의 국적을 가진 자는 모두 중화민국국민이 된다고 보므로 대륙지구에 있는 대륙지구 주민에게도 대만 법원이 민사상의 재판관할권을 가진다는 입장이다.

따라서 실무상 대륙 주민이 대만 주민과 사이에 발생한 신분 및 재산관계에 관한 분규로 인하여 대만 법원에 소송을 제기한 경우에 이를 수리하여 처리하고 있다¹²¹⁾.

(다) 준거법의 적용

① 법률관계 충돌의 발생

양안은 상대방 정부를 인정하지 아니하고 상대측 법률의 효력을 전면 부정하면서 자신의 법률체제를 유지하여 왔다. 1949.2월 중국 공산당은 국민당정부하의 육법전서 및 일체의 법률, 명령 등을 폐지하였으며 중화민국의 법원 및 모든 법률을 부정하고 별도의 사회주의 법제를 마련하였다.

대만 국민당정부는 대륙의 중국공산당정부에 대하여 「동원감란시기 임시조관」을 제정하여 반란단체로 규정하고 중국의 법원 및 모든 법률

120) 다만 대만이주자가 대륙으로 돌아와 생활하지만 아직 정착한 것으로 인정되지 아니한 상태에서 그가 대만에 남아 있는 배우자와의 이혼소송을 대륙의 인민법원에 제기한 사건에서 인민법원은 당사자에게 대만법원에 소송을 제기하도록 권고하고 있다.

121) 그러나, 실제상 대륙지구 주민의 대륙지구에 있어서의 민사사건에 대하여는 대만 법원의 재판권행사가 제한을 받는다는 입장이다.

을 인정치 아니하고 기존의 자본주의 법제를 유지하였다.

대만정부의 대륙친척방문 허용 조치 이후 양안간 인적·물적교류의 확대로 주민의 접촉이 빈번해 짐에 따라 민형사 등 분야에서의 법률문제가 빈발하게 되었고 발생한 법률문제의 해결을 둘러싼 상호 법률관계의 충돌문제가 발생하였다.

양안은 모두 자기의 법률이 중국 전역 및 전중국민에 대하여 효력이 미친다는 입장을 보이고 있다.

② 중 국

중국 헌법 전문에 “대만은 중화인민공화국의 신성한 영토의 일부분이다. 조국통일의 대업을 성취하는 것은 대만의 동포를 포함한 전중국민들의 신성한 책무이다” 라고 규정하여 대만은 중국 영토의 일부로서 중국 법률의 효력은 당연히 대만에도 미친다고 하고 있다.

다만 양안의 장기간 격리단절 상태를 고려하여 중국 민사법의 일률적인 적용의 예외를 인정하여 대만 거주민의 대만지구에서의 민사상 법률행위와 대만지구 법규에 의하여 취득한 민사상 권리의무에 대하여 중국 법률의 기본원칙에 위배되지 아니하고 사회공공 이익에 해가 되지 아니하는 전제하에서 그 효력을 인정한다는 입장이다.

대만 주민이 대만지구에서 한 민사상 법률행위와 대만지구의 법률에 따라 취득한 민사상 권리라 할지라도 그것이 중국법률의 기본원칙에 위배되지 아니하고 사회의 공공이익에 손해가 되지 않는다면 그 효력을 인정할 수 있다는 것이 최고인민법원의 입장이다.

그리고 대만관련 혼인문제를 처리하는 기본원칙은 양안이 장기간 격리단절되어 온 현실상황을 고려하여 중국 현행의 혼인법과 민사소송법의 관련규정에 따라 현재의 혼인상태 및 가정관계를 안정시키는 데 유리할 것과 중국 혼인제도의 기본원칙인 일부일처제의 원칙을 견지하면서 처리한다는 입장이다.

부부가 분리된 후에 인민법원의 이혼판결을 받은 경우에는 원칙적으로 이혼의 법률적 효력을 인정하되 이혼후에 다시 혼인관계를 회복하

고자 하는 경우에는 현재의 상태를 고려하여 달리 처리한다는 입장이다. 즉 쌍방이 모두 재혼하지 않은 때는 원 판결 취소 후 혼인관계의 회복을 선고하고, 일방 또는 쌍방이 재혼 후 재혼한 배우자와 이혼하였거나 재혼한 배우자가 사망한 때는 혼인신고기관에 혼인신고가 가능하고, 일방 또는 쌍방이 재혼하고 그 배우자와 혼인관계를 유지하고 있는 때는 이혼수속을 밟은 후 원배우자와 다시 결혼이 가능하다는 것이다.

그리고 부부가 분리된 후에 이혼수속을 밟지 아니한 채로 있는 경우에 타인과 결혼하거나 장기간 타인과 부부관계를 가지고 동거생활을 한 경우에는 원칙적으로 현재의 혼인관계를 인정하고 일방 또는 쌍방이 대륙과 대만에서 재혼한 경우에 이를 재혼으로 보지 아니한다는 것이다.

대만이주자가 대륙에 남아 있는 원배우자를 상대로 대만으로 가기 전 남은 재산의 반환을 청구하거나 부부 공유재산의 분할을 요구하는 경우에 대하여 중국 최고인민법원은 원배우자가 자녀의 양육·교육, 부모의 부양 또는 가정 기타 생활소비에 사용한 경우에는 소의 취하를 설득하거나 또는 청구를 기각하고, 반환 청구한 혼전재산 또는 분할 요구하는 공유재산의 액수가 크고 아직 존재하는 경우에는 원배우자·자녀 등의 생활을 참작하여 일부분을 분할하여 분배하는 것이 가능하다는 입장이다.

상속의 범위나 상속순위 및 유산상속분에 있어서는 대륙의 상속인과 동등한 대우를 부여하는 등 대만주민에 대하여 원칙적으로 대륙주민과 동등한 상속권 향유를 인정하고 있다.

이미 상속이 종결된 경우에 대하여는 인민법원이 대만상속인에 대한 유산상속분을 유보해 놓은 때에는 인민법원에 그 유산취득 신청이 가능하고, 인민법원을 거치지 않고 처리된 상속에 대하여는 대륙귀환 후 상속권을 주장하는 소송의 제기가 가능하다.

장차 진행될 상속문제 처리에 대하여는 대만의 합법적인 상속인에 대해서 소송참가 방법을 찾아내어 통지하고 소송에 참가토록 하고 통지불가시에는 법원은 그 상속분을 유보하고 대리재산관리인을 지정한다.

대만이주자 또는 대만 동포 소유 가옥이 타인에 의해 점용 또는 처분된 때에는 그 재산 소유권자의 합법적인 권익을 보호한다는 입장에서 구체적인 상황에 따라 적절히 처리한다는 기본원칙하에 국무원이 공포한 「대만이주 원소유자의 가옥재산문제 처리에 관한 실시 세칙」에 의하여 처리하고 있다.

대만인과 관련된 채권·채무관계는 중공정권수립(1949.10.1)이전의 채무는 원칙적으로 인정하지 아니하나 역사적인 원인으로 말미암아 채권자가 소송권을 행사할 수 없었던 경우에는 소송시효 중지의 원칙에 따라 채권자의 소송제기를 허용하고 있다.

중국 민법통칙상 20년을 경과한 권리는 시효소멸로 보호되지 아니하며, 다만 특수한 상황이 있는 경우에는 소송시효연장이 가능하다(제137조). 그러나 분단의 장기화로 대만관련 민사사건은 20년을 넘긴 경우가 대부분이나 각급 인민법원은 대만 주민의 합법적 권익보호를 위하여 ‘특수한 상황’이 있는 것으로 간주하여 소송시효 기간의 연장을 허용하고 있다.

③ 대 만

대만 헌법은 “중화민국 영토는 그 고유의 영역에 의한다”(제4조), “중화민국의 국적을 가진 자는 중화민국의 국민이 된다”(제3조)고 규정하여 대륙지구도 중화민국의 영토이며, 대륙지구 주민 역시 중화민국의 국민으로 봄으로써 중화민국 법률의 효력이 대만지구와 그 주민뿐만 아니라 대륙지구와 그 주민에까지 미친다고 하고 있다.

따라서 양안간 민사문제 처리와 관련하여 대륙지구 주민에 대하여는 대만의 법률이 적용되므로 대만지구 주민과 동등한 실체적 권리 및 소송상 권리를 향유함을 원칙으로 하나 양안관계조례는 일정한 경우 대륙지구 주민의 권리행사를 제한하고 있다.

1992.9.18 「대만지구와 대륙지구 주민관계 조례(이하 양안관계조례)」 시행 전에는 실무상 대륙지구 법률의 법률적 효력을 부인하였고 중화민국의 민사법을 양안 민사법률관계의 준거법으로 삼았다.

다만 양안의 장기간 격리단절 상태를 고려하여 양안관련 민사문제 처리상 특별한 경우에는 대만 민사법의 일률적인 적용의 예외를 인정하였다.

1990년 대만의 대북지방법원은 대륙 강소성에 거주하는 대륙주민이 대륙지방 관습법에 의한 양자관계의 성립을 근거로 대만 피상속인의 양자로서 상속권을 주장하는 사안에서 양자관계는 서면에 의하여야 한다는 수정전 중화민국 민법 제1079조의 규정을 적용하여 양자에 관한 법정방식의 흠결을 이유로 원고의 상속권을 부인하는 판결을 선고(122)하였다.

그리고 양안 주민간의 중혼사건의 대표적인 소위 鄧元貞사건을 살펴보면, 鄧元貞은 1940년 중국 福建省에서 陳鸞香과 결혼하였음에도 1950년 陳鸞香을 두고 단신으로 홍콩을 거쳐 대만에 이주·정착하여 1960년 吳秀琴과 재혼하고 손자까지 두었으나, 1984년 陳鸞香은 홍콩으로 이주하여 鄧元貞이 재혼한 사실을 알고 변호사를 통해 鄧元貞과 吳秀琴의 혼인은 중혼에 해당하므로 무효임을 확인하여 줄 것을 대중(臺中)지방법원에 청구하였는 바, 1988년 8월 대만 대중지방법원은 중혼을 금지하고 그 취소청구권을 규정한 대만 민법 제985조 및 제992조를 적용하여 후혼의 취소를 선고하였고 그 재판결과는 최고법원까지 유지되었으며 비록 실정법에 따른 것이었으나 양안의 분단현실과 구체적 합리성을 결여하였다는 내외의 강력한 반대를 불러 일으켰다, 그러나 패소한 후혼 당사자는 위 판결이 혼인자유권을 보장한 헌법에 위반된다는 이유를 들어 사법원 대법관회의에 법률해석(123)을 청구하였고 1989년 6월 23일 대법관회의는 ‘중대 변고를 만나 부부가 떨어져 언제 만날 지 모르는 상황하에서 발생한 중혼사건은 일반 중혼사건과 다르며 이렇게 장기간 실제 공동생활한 사실이 존재하는 후혼관계에 대하여 여전히 민법 제992조의 규정을 적용하여 취소하도록 한다면 가정생활 및 인륜관

122) 대북지방법원 1990년도 家訴字 제10호 판결

123) 대만 司法院 大法官會議는 法律解釋權을 가지고 있으며, 그 법률해석은 법률보다 상위의 효력을 가짐

계에 큰 영향을 미쳐 사회질서를 오히려 해치므로 대만 헌법 제22조가 보장하는 인민의 자유 및 권리의 규정에 저촉된다’ 라고 판시하였고¹²⁴⁾, 이러한 법률해석에 기한 재심소송에서 대만 최고법원은 후혼이 유효함을 인정하였다.

양안관계조례 시행후에는 일정한 조건하에 중국법률의 효력을 사실상 인정하고 있다. 다만 중국법률을 “법률”이라는 용어를 사용하는 대신 “규정”이라는 용어를 사용하는 등으로 그 법률적 효력을 부인하고 사실적 효력만 인정하는 입장을 취하고 있는 것이다.

양안관계조례 제41조 제1항은 대만지구 주민과 대륙지구 주민간의 민사사건은 양안관계조례에 달리 규정한 것을 제외하고는 대만의 “법률”을 적용케 하고 있고, 제2항에서는 대륙지구 주민의 상호간 및 외국 인간의 민사사건은 대륙지구의 “규정”을 적용케 하고 있다.

양안관계조례는 외형상으로는 섭외사법의 성격을 구비하고 있지 아니하나 그 내용상으로는 상당한 조문이 준거법 적용의 문제에 있어서는 섭외사법의 내용을 원용하고 있다.

예컨대 행위능력(제46조), 법률행위의 방식(제47조), 채무계약의 효력(제48조), 사무관리·부당이득 등 채무의 효력(제49조), 불법행위(제50조), 물권(제51조), 결혼 및 이혼의 방식(제52조), 결혼 및 이혼의 효력(제53조), 부부재산제(제54조), 혼인의 출생자에 대한 인지의 요건(55조), 양자의 성립 및 종료 효력(제56조), 부모자녀 관계(제57조), 후견(제58조), 부양(제59조), 상속(제60조), 유언(제61조) 등이 그렇다.

중화민국 헌법은 중화민국 국민에 대하여 남녀, 종교, 종족, 계급, 당파에 관계없이 법률상 평등하다고 규정하고 있음에도 양안관계조례는 대륙지구 주민의 대만지구에서의 권리행사에 대하여 대만지구 주민과 달리 많은 제한을 가하고 있다. 대륙지구 자녀를 입양하기 위한 요건을 대만지구 자녀를 입양하는 요건보다 강화(제65조)하고 있고, 대륙지구 주민의 대만지구에 있는 유산에 대한 상속권을 제한하고 있는 바, 구체

124) 사법원 대법관회의 釋字 제242호

적으로 살펴보면 대륙지구 주민은 상속개시로부터 3년 내에 서면으로 상속의사를 표시하도록 하고 기한을 넘긴 때에는 상속권을 포기한 것으로 본다 하고 있는데 이는 대만 주민은 상속개시와 동시에 상속권을 취득하고 2개월 내에 포기의 의사표시를 하지 않는 한 포기할 수 없도록 한 것과 다르며 상속재산의 액수에 있어서도 대만 주민에 대하여는 무제한의 상속을 인정하는 데 반하여 대륙지구 주민은 대만지구 주민의 유산 중 대만화폐 200만불(한화 약 6,000만원)을 넘지 아니하는 한도 내에서 상속이 가능하도록 제한(제66조)하고 있는 것이다. 그리고 대륙지구 주민의 저작권 기타 권리가 대만지구에서 침해 받은 경우에 그 고소 또는 자소의 권리는 대만지구 주민이 대륙지구에서 가질 수 있는 동등한 소송권리에 한하여 향유(제78조)하도록 하여 소송법상 그 권리를 제한하고 있음도 마찬가지이다

(라) 양안간 민사사법공조

① 기본입장

대륙은 고급인민법원으로 하여금 법률의 관련규정에 따라 최고인민법원의 동의를 거쳐 대만의 관련 당사자와 적당한 방법으로 상호 위탁하여 일정한 소송행위, 소송문서의 송달 및 그 집행 등의 문제를 대리하여 행하게 할 수 있도록 하고 있다.

대만의 양안관계조례는 대륙지구에 사법적 문서를 송달하거나 필요한 조사를 하여야 할 때에 사법기관은 행정원이 설립하거나 지정한 기구 또는 위탁한 민간단체에 촉탁 또는 위탁하여 이를 행할 수 있도록 하고 행정원 대륙위원회 산하에 해기회를 설립하여 위 업무를 담당케 하고 있다.

양안은 종전에는 주로 개별적 사안에 따라 사법기관간 직접적 상호 위탁방식을 취했으나 최근 海協會와 海基會의 적극적인 활동으로 위 기구를 통한 공조가 이루어지고 있는 상태이다.

② 문서의 검증

중국은 대만이 중국의 일부라는 기본전제하에서 각 관련법원의 재량에 의하여 개별적으로 처리한다는 입장이다.

1990년 5월 중국대륙 成都市 중급인민법원은 대만의 변호사 사무소에 위탁하여 유서의 진위를 판별해 달라고 요청하였고 동 변호사 사무소는 대북지방법원 공증처에서 동 유서를 유서공증원본과 대조·확인하여 동 문서 복사본에 인증한 후 成都法院에 송달한 사례가 있다.

대만은 양안관계조례 시행 이전에는 판례상 대륙정권 기관이 작성한 문서에 대하여는 공문서로서의 효력을 부인하고 일반 사문서로서의 효력을 인정하였고, 당사자 일방이 그 문서의 진정성립을 다툴 경우에는 문서의 진정성립을 주장하는 측에게 거증책임을 부여하였다.

대만은 양안관계조례 제정 이후에는 동 조례에서 해기회에 양안 교류와 관계된 사무를 처리하도록 위임하였는 바(제4조 제1항), 중국의 대륙위와 해기회 사이에 체결된 위임계약의 위임사무 중에서 문서의 검증이 중요한 부분을 차지하였고, 대륙지구에서 작성된 문서로서 해기회의 검증을 거친 것은 진정성립한 것으로 추정(제8조)하였으며, 해기회의 검증을 거쳐 진정성립이 추정되는 문서의 실질적인 증명력은 법원 혹은 주관기관의 판단에 맡겼으며(양안관계조례 시행세칙 제8조 제1항), 문서의 내용이 증명을 요하는 사실과 관련이 있고 신빙성이 있을 경우에는 실질적인 증명력을 가지며(위 시행세칙 제8조 제2항), 다만 진정성립이 추정된 문서라 하더라도 반대사실에 의하여 사실이 아님이 증명된 때에는 추정원칙을 적용하지 아니하도록 규정하였고(위 시행세칙 제8조 제3항), 해기회가 대륙지구가 작성한 문서를 검증하는 방법으로는 그 작성명의자의 서명 및 날인을 대비하여 보거나 조회·확인하도록 하였다(위 시행세칙 제7조).

대륙의 해협회와 대만의 해기회는 1993.4.27~4.29 싱가포르에서 양회간의 최고위급 회담(일명 汪辜會談)을 갖고 양안간 공증서 사용 사증에 관한 협의를 체결하였다. 향후 쌍방은 상호 상속, 입양, 혼인, 출생, 사망, 위임, 학력, 정주, 친족부양과 재산상 권리에 관한 증명서의 진위

를 쉽게 판별할 수 있도록 그 부분을 상대방에게 보내주고 일정한 경우에 상호 협조하여 사증하기로 협의하였다.

(마) 판결의 승인과 집행

① 중 국

최고인민법원은 대만지구 법원이 행한 민사판결이 대륙법률의 기본 원칙에 위배되지 않고 사회공공의 이익에 손해가 되지 않는다면 대륙법원은 각각의 상황에 따라 그 효력을 승인한다. 따라서 대만 거주민간 또는 대만 거주민과 대륙 거주민간의 민사분규에 있어 대만지구 법원이 확정된 민사판결과 재정이 위의 조건에 부합하는 경우에는 대륙지구 법원은 개별적으로 그 효력을 인정할 수 있으며, 그 판결이 집행을 요하는 경우에는 민사소송법상의 집행절차에 따라 집행이 가능하다 할 것이다.

② 대 만

대륙지구에서 작성된 민사확정재판, 민사중재재판의 문서는 대만지구의 공공질서 또는 미풍양속에 위배되지 아니하는 때에는 법원이 이를 재정신청의 자료로 삼을 수 있으며, 그것이 급여를 내용으로 하는 경우에는 이를 집행명의로 삼을 수 있는 입장이다(양안관계조례 제74조).

따라서 대륙지구의 판결은 대만지구 법원의 재정을 통하여 인가절차를 밟으면 대만지구의 판결과 동일한 효력을 가지며, 집행명의로 될 수 있음은 물론이다.

라. 섭외민사 관련 입법례 및 학설 분석

(1) 권리주체에 관한 준거법

(가) 자연인의 권리능력에 관한 준거법

대한민국 국제사법인 「섭외사법」에는 자연인의 권리능력에 관한 명문의 규정이 없다. 학설로는 일반적인 권리능력과 개별적인 권리능력이 동일한 범주에 속하기 때문에 일반적인 권리능력에도 문제가 되고 있는 개개의 권리의무에 관한 준거법이 적용되어야 한다는 법률관계준거법설(효과법설)¹²⁵⁾, 권리능력에 관한 사항은 법정지의 사회질서에 관계되는 중대한 문제이기 때문에 법정지의 법이 그 준거법으로 적용되어야 한다는 법정지법설, 권리능력에 관한 문제는 각국의 역사 및 윤리관에 기초를 두고 있고 또한 권리능력은 그 사람의 본국과 가장 밀접한 관계가 있기 때문에 본국법이 그 준거법으로 적용되어야 된다는 본국법설¹²⁶⁾ 등이 있다. 그 중 본국법설이 통설이다.

이에 대한 입법례를 살펴보면, 서독은 민법시행법에서 자연인의 권리능력은 그 자가 속한 국가의 법에 따르도록 라고 규정하고 있고(제7조 제1항), 동독은 법적용법에서 본인의 행위로 권리와 의무를 성립케 할 수 있는 공민의 능력은 그가 속한 국가의 법에 의하여 정하도록 규정하였다(제6조 제1항). 동독과 서독 모두 본국법설을 따른 것이다.

(나) 자연인의 행위능력에 관한 준거법

① 행위무능력자의 행위능력에 관한 준거법

섭외사법은 사람의 능력은 그 본국법에 의하여 이를 정하고(제6조 제1항)¹²⁷⁾, 외국인이 대한민국에서 법률행위를 한 경우에 있어서 그 외국

125) 서희원, 국제사법강의 1993. 136면

126) 김명기 국제사법요론 1992. 103면, 김용한·조명래 국제사법 1993. 199면

인이 본국법에 의하면 무능력자인 경우라 할지라도 대한민국의 법률에 의하여 능력자인 때에는 이를 능력자로 보도록 하고 있다(동조 제2항).

이에 대한 학설은 행위능력¹²⁸⁾의 문제는 인종이나 종교 또는 전통 등에 영향을 받는 바가 크므로 당사자의 본국법 내지 주소지법을 그 준거법으로 적용하여야 한다는 본국법설¹²⁹⁾과 섭외적 생활관계의 안정을 위해서라도 행위능력의 준거법은 법률행위지의 법을 준거법으로 정해야 한다는 행위지법설로 나뉘고 있다. 섭외사법은 본국법주의를 원칙으로 하면서 행위지법주의를 가미하고 있음을 위 각 규정을 통해서 알 수 있다¹³⁰⁾.

서독은 민법시행법에서 자연인의 행위능력은 그 자가 속한 국가의 법에 따르도록 하였고(제7조 제1항), 동독은 법적용법에서 본인의 행위로 권리와 의무를 성립케 할 수 있는 공민의 능력은 그가 속한 국가의 법에 의하여 정하도록 하였으며(제6조 제1항), 대만은 양안관계조례에서 대륙지구 주민의 행위능력은 당해지구의 규정에 의하되, 다만 결혼한 미성년자의 대만지구에서의 법률행위에 대하여는 행위능력이 있는 것으로 간주하는 규정을 두고 있다(제46조 제1항). 이러한 입법례에서 서독과 동독은 본국법주의를 채택하고 있고 대만은 본국법주의를 원칙적으로 채택하되 행위지법주의를 가미하고 있음을 알 수 있다.

② 한정치산선고 및 금치산선고의 준거법

섭외사법은 한정치산 및 금치산의 원인은 한정치산자 또는 금치산자

127) 여기서 말하는 능력은 행위능력을 의미하되, 재산적 행위능력과 연령에 따른 행위 능력만을 의미한다.

김명기 국제사법요론 1992. 146면, 박상조·윤종진 현대국제사법 1998. 289면, 이근식 국제사법 1981. 94면

128) 행위능력이란 단독으로 법률행위를 할 수 있는 능력, 즉 법정대리인의 동의없이 유효한 법률행위를 할 수 있는 자격을 말하고, 일반적으로 법률행위의 성질을 기준으로 재산적 행위능력과 신분적 행위능력으로 분류한다.

129) 이는 주로 대륙법계 국가의 학설·관례·입법례가 따르고 있는 것으로서 본국법주의를 취하고 있는 국가는 벨기에, 중화민국, 일본, 독일, 프랑스, 이탈리아, 폴란드 등이 있고, 주소지법주의를 취하는 국가로는 영국, 노르웨이, 덴마크 등이 있다.

130) 본국법주의에 대한 예외로 행위지법주의를 인정한 이유는 거래의 안전을 보호하기 위함이다.

의 본국법에 의하고 그 선고의 효력은 선고를 한 국가의 법에 의하도록 하며(제7조 제1항), 대한민국에 주소 또는 거소가 있는 외국인이 그 본국법에 의하여 한정재산 또는 금치산의 원인이 있을 때에는 법원은 그 자에 대하여 한정재산선고 또는 금치산선고를 할 수 있으며 대한민국의 법률이 그 원인을 인정하지 아니한 때에는 그러하지 아니하도록 하고 있다(동조 제2항).

학설은 한정재산 또는 금치산의 선고는 한정재산자 또는 금치산자의 행위능력에 제한을 가하는 것이기 때문에 본국법에 의하여야 한다는 본국법설¹³¹⁾과 거주지의 공익을 위해서 한정재산자와 금치산자는 거주지법에 의해서 선고해야 한다는 거주지법설로 나뉜다. 섭외사범은 개인 보호와 일반사회의 공익유지 및 거래보호 모두에 중점을 두기위해 한정재산 및 금치산선고의 원인에 대하여는 본국법주의를 채택하면서 그 선고의 효력에 대하여는 선고한 국가의 법, 즉 거주지법설을 채택하고 있고 예외적으로 외국인에 대하여 대한민국 법원에서 재판할 경우 대한민국 법률 역시 그 원인을 인정하는 경우에만 한정재산 또는 금치산 선고가 가능하다.

외국의 입법례를 살펴보면, 서독은 민법시행법에서 내국에 그의 상거소 또는 그러한 것이 없는 경우에는 그의 거소를 가지고 있는 외국인은 독일법에 따라 금치산선고를 받을 수 있도록 하였고(제8조), 동독은 법적용법에서 외국인이나 무국적자의 금치산선고에 관하여는 독일민주공화국의 법원에 관할권이 있는 한 독일민주공화국의 법을 적용하였다(제7조). 동독과 서독은 거주지의 개념에 관하여 차이는 다소 있으나 모두 원칙적으로 거주지법주의를 채택한 것이다.

③ 자연인의 부재와 실종선고에 관한 준거법

섭외사범에는 원칙적인 관할권인 경우에 대하여는 명문규정이 없으나 예외적인 관할권인 경우, 즉 외국인의 생사가 분명하지 아니한 경우

131) 개인보호에 중점을 둔 입법주의로 1978년 오스트리아 국제사법 제15조 등이 채택하고 있다.

에 있어서는 법원은 대한민국에 있는 재산 및 대한민국의 법률에 의하여 할 법률관계에 관하여만 대한민국의 법률에 의하여 실종의 선고를 할 수 있도록 하고 있다(제8조).

자연인의 부재와 실종선고에 관한 준거법에 대한 학설은 본국법에 의하여 한다는 본국법설이 통설이다. 위 섭외사법 규정 역시 본국법설을 원칙으로 하는 것을 전제로 하여 생사불명 외국인의 대한민국 소재 재산 및 대한민국 법률에 의할 법률관계에 관하여만 예외적으로 대한민국 법률을 준거법으로 할 수 있도록 하고 있는 것이다.

서독은 민법시행법에서 사망선고, 사망과 사망시점의 확정, 그리고 생존추정과 사망추정은 실종자가 아직 생존하고 있었던 최후의 시점에 그가 속하고 있었던 국가의 법에 따르도록 하였고(제9조), 동독은 법적용법에서 외국인이나 무국적자의 사망선고에 관하여는 독일민주공화국의 법원에 관할권이 있는 한 독일민주공화국의 법이 적용하도록 하였다(제7조). 서독은 본국법주를 채택하고 있음에 반하여 동독은 법정지법주의를 채택하고 있음을 알 수 있다.

④ 법인의 권리능력에 관한 준거법

섭외사법에는 아무런 명문규정이 없다. 법인의 권리능력에 대한 준거법에 대하여는 법인의 주소지의 법이 법인의 속인법이 되어야 한다는 주소지법설¹³²⁾과 법인의 설립과 관계된 준거법이 법인의 속인법이 되어야 한다는 설립준거법설¹³³⁾ 등의 학설이 있으며 그 중 설립준거법설이 통설이다.

동독은 법적용법에서 법인으로서의 인정을 포함하여 기업의 권리능력은 그 법적지위를 결정하는 국가의 법에 따르도록 하였고(제8조), 대만은 양안관계조례에서 대륙지구의 법인, 단체 또는 그 밖의 기구의 권

132) 이를 채택하고 있는 나라로는 독일, 프랑스, 이탈리아, 스위스, 벨기에, 네덜란드 등 다수의 대륙법계 국가와 일부 라틴아메리카 국가 및 1940년 몬테비데오조약 등이다.

133) 이를 채택하고 있는 나라로는 영미법계 제국, 러시아, 일부 라틴아메리카 제국 등이다.

리능력 및 행위능력은 당해지구의 규정에 의하도록 하면서(제46조 제2항), 허가를 받지 아니한 대륙지구의 법인, 단체 또는 그 밖의 기구는 대만지구에서 법률행위를 할 수 없고(제70조), 허가를 받지 아니한 대륙지구의 법인, 단체 또는 그 밖의 기구가 그 명의로 대만지구에서 타인과 법률행위를 하는 경우에 그 행위자는 당해 법률행위에 대하여 당해 대륙지구의 법인, 단체 또는 그 밖의 기구와 연대책임을 지도록 하고 있다(제71조). 동독 설립준거법주의를 채택하고 있고, 대만은 설립준거법주의를 원칙적으로 채택하면서 대륙지구 법인이 대만지구에서 법률행위를 하고자 할 경우에는 대만의 허가를 요건으로 하는 제한을 가하고 있어 허가를 받지 아니한 대륙지구 법인의 대만지구 내 법률행위는 그 능력을 인정하지 아니하고 있음을 알 수 있다.

(2) 법률행위에 관한 준거법

(가)涉外사법 규정 및 학설

① 법률행위의 성립 및 효력에 관한 준거법

涉外사법은 재산적 법률행위에 대하여는 물권법상의 법률행위에는 당해 목적물의 소재지법을 그 준거법으로 하고(제12조) 채권법상의 법률행위에는 당사자가 선택한 법을 준거법으로 하되, 다만 당사자가 선택한 법이 없는 경우에는 행위지법을 준거법으로 하도록 하고 있다(제9조).

그리고 신분적 법률행위에 대하여는 친족법상의 법률행위에는 당사자의 본국법을 준거법으로 하고(제15조 내지 제24조), 상속법상의 법률행위에는 피상속인의 본국법을 준거법으로 하도록 하고 있다(제26조).

涉外사법에 의사표시의 준거법에 관하여 명문규정은 없으나, 의사표시의 효력에 관하여는 법률행위의 성립과 효력에 관한 준거법을 적용하여야 한다는 것이 통설이고, 제3자의 동의 또는 관청의 허가 등에 관한 문제들에 대하여도 법률행위의 성립과 효력에 관한 준거법을 적용하여야 한다는 것이 통설이며, 법률행위의 부관과 기한 역시 법률행위의

준거법을 적용하여야 한다는 것이 통설이다.

법률행위의 대리 의 허용여부는 법률행위의 성립과 효력에 관한 준거법을 적용하여야 한다는 것이 통설이다. 대리권의 발생, 변경, 소멸에 관하여 법정대리의 경우에는 그 대리권의 발생원인이 되는 법률관계의 준거법을 적용하여야 한다는 것이 통설이고, 임의대리의 경우에는 대리행위준거법설, 수권행위준거법설¹³⁴⁾, 대리행위지법설¹³⁵⁾, 법률행위지법설 등으로 학설이 나뉘고 있으나 법률행위지법설이 통설이다.

대리권에 기한 대리행위 자체의 성립과 효력에는 각각 그 대리행위의 성질에 따라서 결정되는 준거법을 적용하여야 한다는 것이 통설¹³⁶⁾이고, 무권대리 및 표현대리에 있어서는 표현대리 및 무권대리의 본인과 상대방, 대리인과 상대방과의 관계는 대리행위 자체의 준거법을 적용하여야 한다는 것이 통설¹³⁷⁾이며, 섭외사법은 본인과 무권대리인 내지 표현대리인과의 관계는 사무관리에 관한 준거법을 적용하도록 하고 있다(제13조 제1항).

② 법률행위의 방식에 관한 준거법

섭외사법은 법률행위의 방식에 관한 준거법은 그 행위의 효력을 정한 법으로 하도록 하여(제10조 제1항) 법률행위의 방식의 준거법을 명백히 하면서 이러한 원칙 규정에 대한 보칙 규정을 두어 행위지법에 의하여 한 법률행위의 방식도 이를 유효한 것으로 하고 있고 또한 당사자의 의사에 의하여 법률행위의 효력을 정한 법이 있는 때에는 그 법이 정한 법률행위의 방식에 의하여도 유효한 것으로 하고 있다(제10조 제2항). 또한 이러한 원칙 및 보칙 규정은 물론 기타 등기하여야 할

134) 서희원 국제사법강의 1993. 182면

135) 대법원은 1988.2.9. 선고 84 다카 1003호 판결에서 대리행위지법설을 취하고 있다

136) 김용환·조명래 국제사법 1993. 236면, 서희원 국제사법강의 1993. 183면. 그러나 대법원은 1990.4.10. 선고 89 다카 20252 판결에서 대리행위지법을 준거법으로 선고하여 대리행위지법설을 취하고 있다.

137) 겸명기 국제사법요론 1992. 162면, 서희원 국제사법강의 1993. 183면, 김용환·조명래 국제사법 236면. 그러나 대법원은 1987.3.24. 선고 86 다카 715 판결에서 대리행위지법설을 취하고 있다.

권리를 설정하거나 처분하는 법률행위에 관하여는 이를 적용하지 아니하도록 하고 있다(제10조 제3항). 그러나 혼인의 방식은 거행지법에 의하고(제15조 제1항 단서), 유언의 방식은 행위지법에 의하며(제27조 제1항, 제3항), 어음행위 및 수표행위의 방식도 서명지법에 의하도록(제36조) 각 규정하여 법률행위의 방식에 대한 특칙을 두고 있다.

위와 같은 법률행위의 방식에 흠결이 있는 경우 그 법률행위의 효력은 원칙적으로 법률행위의 방식의 준거법에 의하여 결정하도록 하여야 한다는 것이 통설이다. 그리고 법률행위의 효력의 준거법과 행위지법의 요건을 모두 흠결한 경우에는 당사자에게 유리한 법에 의하도록 한다는 것이 통설이다.

③ 이법지역간의 법률행위에 관한 준거법

섭외사범은 이법지역간의 법률행위의 준거법에 관하여 법을 달리하는 곳에 있는 자에 대하여 한 의사표시는 그 통지를 한 곳을 행위지로 보고(제11조 제1항), 계약의 성립 및 효력에 관하여는 그 청약의 통지를 한 곳을 행위지로 보고, 그 청약을 받은 자가 승낙을 한 때에 그 청약의 발신지를 알지 못한 때에는 청약자의 주소지를 행위지로 보도록 하고 있다(동조 제2항).

(나) 외국의 입법례

서독은 민법시행법에서 법률행위는 그 대상인 법률관계에 적용되는 법 또는 그것이 행하여지는 국가의 법의 방식요건을 갖춘 경우에는 방식상 유효한 것으로(제11조 제1항) 규정하고 있고, 계약이 상이한 국가들 안에 있는 자들 사이에 체결되는 때에는 계약의 대상을 이루는 법률관계에 적용되는 법의 방식요건 또는 이 국가들 중 하나의 법의 방식요건을 갖춘 경우에는 그 계약은 방식상 유효한 것으로(동조 제2항) 규정하고 있으며, 계약이 대리인에 의하여 체결되는 경우 위 제1항과 제2항이 적용되는 때에는 대리인이 소재하는 국가가 기준으로 된다고

(동조 제3항) 규정하고 있고, 부동산소재국의 법률에 의하면 계약체결 지나 그 계약이 따르는 법이 무엇이든지 부동산소재국의 강행적 방식 규정이 적용되어야 하는 한 부동산에 대한 물권 또는 부동산의 용익을 목적으로 하는 권리를 대상으로 하는 계약은 그 부동산소재국의 강행적 방식규정에 따른다고(동조 제4항) 규정하고 있으며, 물권을 설정하거나 또는 이를 처분하는 법률행위는 법률행위의 대상을 이루는 법률관계에 적용되는 법의 방식요건을 갖춘 경우에만 유효하다고(동조 제5항) 규정하고 있다.

그리고 동독은 법적용법에서 계약이나 기타 법률행위의 방식은 법률관계에 적용되는 국가의 법에 따르며 계약이 체결되거나 일방의 의사표시가 이루어진 국가 또는 법률행위의 효력이 발생하는 국가의 해당 규정을 충족하는 경우에는 그 방식도 유효하다고(제16조) 규정하고 있으며, 대리권의 효력과 범위는 대리권이 행사되는 국가의 법에 따르고 독일민주공화국의 기업을 위하여 일하는 대리인의 권한의 효력과 범위는 독일민주공화국의 법에 따르도록 규정하고 있다(동조 제15조).

대만은 양안관계조례에서 민사법률관계의 행위지 또는 사실발생지가 대만지구와 대륙지구에 걸쳐있는 때에는 대만지구를 행위지 또는 사실발생지로 하고(제45조), 법률행위의 방식은 당해행위에 적용하는 규정에 의하되 행위지의 규정에 의하여 정한 방식도 또한 유효한 것으로 규정하고 있다(제47조 제1항).

(3) 국제물권법

(가) 물권에 관한 준거법

섭외사법은 동산 및 부동산에 관한 물권 기타 등기하여야 할 권리는 그 목적물의 소재지법을 준거법으로 하도록 하고 있어(제12조 제1항) 동산과 부동산에 관한 준거법에 있어서는 “동산과 부동산의 통일주의”를 채택하고 있다.

물권의 준거법¹³⁸⁾에 관하여 학설은 동산에 대한 물권관계는 소유자의 소재지법에 의하고, 부동산에 관한 물권관계는 목적물의 소재지법에 의하여 그 준거법을 결정해야 한다는 “동산과 부동산의 구별주의”와 동산과 부동산의 물권관계에 관하여 동일한 준거법인 물건의 소재지법을 적용해야 한다는 “동산과 부동산의 통일주의”로 나뉘고 있다. 통설은 동산과 부동산의 통일주의이다.

서독은 민법시행법에서 물권을 설정하거나 또는 이를 처분하는 법률행위는 법률행위의 대상을 이루는 법률관계에 적용되는 법의 방식요건을 갖춘 경우에만 유효한 것으로 규정하고 있고(제11조 제5항), 동독은 법적용법에서 토지와 건물에 대한 소유권과 기타의 권리, 특히 그 권리의 발생, 변경, 소멸에 대하여는 토지와 건물이 있는 국가의 법을 준거법으로 (제9조) 규정하고 있다.

(나) 물권의 변동에 관한 준거법

물권의 변동에 관한 준거법에 관하여 섭외사법은 동산 및 부동산에 관한 권리의 득실변경은 그 원인된 행위 또는 사실이 완성할 때의 목적물의 소재지법에 의하도록 하고 있다(제12조 제2항).

동독은 법적용법에서 토지와 건물에 대한 소유권과 기타의 권리, 특히 그 권리의 발생, 변경, 소멸에 대하여는 토지와 건물소재지 국가의 법을 준거법으로 규정하고 있고(제9조), 대만은 양안관계조례에서 물권행위의 방식은 그 물건의 소재지의 방식에 의하고(제47조 제2항) 물권은 물건의 소재지의 규정에 의하도록 규정하여(제51조 제1항) 물권 및 물권행위의 방식에 관한 준거법을 물건소재지법으로 삼고 있으며, 권리취득을 목적으로 하는 물권행위는 권리성립지의 규정에 의하고(동조 제2항) 물건의 소재지가 변경된 때에 그 물권의 득실은 그 원인이 성립된

138) 물권의 준거법에 관한 국제조약으로는 제8회 헤이그국제사법회의에서 채택된 “유체동산의 국제매매에 있어서 소유권이전의 준거법에 관한 조약”(1958년) 이 있으나 아직 발표되지 않고 있다.

소재지의 규정에 의하도록 하고 있다(동조 제3항). 그리고 대륙지구 주민은 대만지구에서 부동산에 관련된 물권을 취득 또는 설정할 수 없으며 토지법 제17조의 각호의 토지를 임차할 수도 없도록 규정하여(제 69조) 대륙지구 주민의 물권취득을 제한하고 있다.

(다) 이동물건의 물권에 관한 준거법

섭외사범은 “동산 및 부동산에 관한 물권 기타 등기하여야 할 권리는 그 목적물의 소재지법에 의한다” 라고 규정하고 있어 이동물건의 물권에 관한 준거법을 소재지법에 의하도록 하고 있다.

학설은 운송중인 물건중 소재지가 명백한 경우로서 선박이 영해상에 있는 경우에는 영해의 소속국의 법이 준거법으로 적용되어야 한다는 것이 통설이고, 선박이 공해상에 있는 경우에는 선적국의 법이 준거법으로 적용되어야 한다는 것이 통설이다. 그리고 운송중인 물건으로서 소재지가 명백하지 아니한 경우에는 소유자의 주소지법설과 발송지법설 그리고 도착지법설 등으로 학설이 나뉘나 도착지법설이 통설¹³⁹⁾이다. 선박과 항공기에 대하여는 선적국법이 준거법으로 적용되어야 한다는 것이 통설이다.

동독은 법적용법에서 운송중에 있는 동산의 소유권에 대하여는 발송지의 법이 적용하도록 하고 있고(제10조), 선박과 항공기에 대한 소유권과 권리에 대하여는 선박이나 항공기가 등록된 국가의 법을 적용하도록 하고 있으며, 선박채권의 성립에 관하여는 선박이 위치한 국가의 법을 적용하고 선박이 공해상에 있는 경우에는 선박의 기가 나타내는 국가의 법을 적용하도록 규정하고 있다(제11조). 대만은 양안관계조례에서 선박의 물권은 선적등록지의 규정에 의하고 항공기의 물권은 항공기등록지의 규정에 의하도록 하고 있다(제51조 제4항).

139) 서희원 국제사법강의 1993. 205면, 김명기 국제사법요론 1992. 175면, 김진 국제사법 1960. 225면, 김용한·조명래 국제사법 1993. 259면

(4) 국제채권법

(가) 법률행위채권에 관한 준거법

섭외사법은 법률행위의 성립 및 효력에 관하여는 당사자의 의사에 의하여 적용할 법을 정하도록 하는 것을 원칙적으로 하되 당사자의 의사가 분명하지 아니한 때에는 행위지법을 준거법으로 하여 적용하도록 하고 있고¹⁴⁰⁾(제9조), 법률행위의 방식에 대하여는 그 행위의 효력을 정한 법을 적용하도록 하고 있어(동조 제1항) 섭외사법이 법률행위채권에 관한 준거법에 대하여 당사자 자치주의를 따르고 있음을 보여주고 있다.

법률행위채권의 준거법에 대한 학설은 채권적 법률행위의 성립과 효력에 관한 준거법은 당사자의 의사와 관계없이 일률적으로 결정되어야 한다는 비의사주의(객관주의)와 채권적 법률행위의 성립과 효력에 관한 준거법은 당사자의 의사에 따라 결정되어야 한다는 당사자 자치주의(주관주의)¹⁴¹⁾가 있다. 그리고 비의사주의는 준거법 결정 기준에 따라 행위지법을 준거법으로 하여야 한다는 행위지법설과 이행지법을 준거법으로 하여야 한다는 이행지법설 및 채무자의 본국법을 준거법으로 하여야 한다는 채무자 본국법설 등으로 나뉜다.

서독은 민법시행법에서 계약은 당사자들이 선택한 법에 따르도록 하고 법선택은 명시적이거나 또는 충분한 확실성을 가지고 계약의 조항들 또는 사항의 정황으로부터 밝혀질 수 있어야 하며 당사자들은 계약 전체에 대하여 또는 일부분에 대하여만 법선택을 할 수 있도록 하였고(제27조 제1항), 언제든지 당사자들은 계약을 이전의 법선택에 기하여 또는 민법시행법의 다른 규정에 의하여 그것의 준거법이었던 법과 다른 법에 따르게 하는 합의를 할 수 있으며 민법시행법 제11조에 의한

140) 대법원 1973.3.20. 선고 66 다 258 판결

141) 현재 당사자자치주의를 채택하고 있는 나라로는 이탈리아, 영국, 미국, 벨기에, 프랑스, 독일, 일본, 1980년 유럽공동체의 계약채무에 관한 준거법 협약 제3조 제4항 등이 있다.

방식의 유효성과 제3자의 권리는 계약체결 후의 준거법의 결정의 변경에 의하여 영향을 받지 않는 것으로 규정하였으며(동조 제2항), 계약에 적용될 법이 위와같이 당사자에 의해 합의되지 않으면 계약은 그것이 가장 밀접한 관련을 가지는 국가의 법에 따르되 그 계약의 일부분이 그 계약의 나머지 부분과 분리될 수 있고 이 부분이 다른 국가와 보다 밀접한 관련을 가지고 있는 때에는 예외적으로 이 부분에 대하여는 그 다른 나라의 법이 적용될 수 있다고 규정하였다(제28조 제1항). 결국 서독은 법률행위 채권의 준거법에 관하여 원칙적으로 당사자 자치주의를 채택하였음을 알 수 있다.

동독은 법적용법에서 국제적 당사거래의 당사자간에 적용할 법에 대한 합의를 이루지 못한 때에는 매매계약에서는 매도인, 생산과 조립계약에서는 생산자, 과학기술상의 서비스계약과 산업설비설치계약에서는 위임자, 고용급부·고객서비스·사후관리계약에서는 수입자, 대리상계약에서는 위임자, 화물포장계약에서는 포장기업, 창고계약에서는 창고업자, 여객운송계약에서는 운송인, 은행거래와 관련이 있는 계약에서는 은행, 이용계약 특히 임대 및 라이선스계약에서는 허용자, 저작권으로부터 보호되는 작품의 이용에 관한 계약에서는 이용자, 보험계약에서는 보험자가 각 있는 곳의 법이 준거법으로 그 계약에 적용된다고 규정하였고(제12조 제1항), 이와같이 하여도 계약에 적용될 법이 결정되지 않는 경우에는 계약의 내용을 결정하는 급부를 이행하여야 할 당사자의 소재지의 법을 준거법으로 적용하였으며 이것을 알 수 없는 경우에는 청약자가 청약의 승낙에 관한 의사표시를 받은 국가의 법을 준거법으로 적용하였다(동조 제2항). 동독 역시 법률행위의 채권의 준거법에 관하여 원칙적으로 당사자 자치주의를 채택하였던 것이다.

대만은 양안관계조례에서 채무의 계약은 계약지의 규정에 의하되 당사자가 달리 약정한 경우에는 그 약정에 따르도록 하고 있고(제48조 제1항), 이러한 계약지가 불분명하고 또한 당사자간에 약정이 없는 때에는 이행지의 규정에 의하도록 하며 이행지가 불분명한 때에는 소송지 또는 중재지의 규정에 의하도록 하고 있어(동조 제2항) 법률행위 채권

의 준거법에 관하여 원칙적으로 당사자 자치주의를 채택하고 있음을 알 수 있다.

(나) 법정채권에 관한 준거법

① 사무관리에 관한 준거법

사무관리에 관한 준거법과 관련하여 섭외사범은 사무관리로 인하여 생긴 채권의 성립 및 효력은 그 원인된 사실이 발생한 곳의 법에 의하도록 하고 있다(제13조 제1항).

학설은 사무관리의 준거법을 채무자의 본국법에 의하여야 한다는 채무자의 본국법주의, 채무자의 주소지법에 의하여야 한다는 채무자의 주소지법주의, 사무관리의 원인된 사실이 발생한 곳의 법에 의하여야 한다는 사무관리지법주의로 나뉘고 있다. 통설은 사무관리지법주의이고 섭외사범도 사무관리지법주의를 채택하고 있다.

② 부당이득에 관한 준거법

부당이득에 관한 준거법에 대하여 섭외사범은 부당이득으로 인하여 생긴 채권의 성립 및 효력은 그 원인된 사실이 발생한 곳의 법에 의하도록 하고 있다(제13조 제1항).

학설은 부당이득의 준거법은 채무자의 본국법에 의하여야 한다는 채무자의 본국법주의, 채무자의 주소지법에 의하여야 한다는 채무자의 주소지법주의, 부당이득의 기본이 되는 기본관계의 준거법에 의하여야 한다는 기본관계의 준거법주의¹⁴²⁾, 부당이득의 원인된 사실이 발생한 곳의 법을 준거법으로 하여야 한다는 부당이득법주의¹⁴³⁾로 나뉘어 있다. 통설은 부당이득법주의이고 섭외사범은 부당이득법주의를 채택하고 있다.

부당이득에 관한 준거법과 관련하여 대만은 양안관계조례에서 대륙지구에서의 부당이득으로 인하여 발생한 채무는 대륙지구의 규정에 의

142) 김용환·조명래 국제사법 1993. 284면

143) 서희원 국제사법강의 1993. 234면

하도록 규정하고 있어(제49조) 부당이득법주의를 채택하고 있다.

③ 불법행위에 관한 준거법

섭외사범은 불법행위에 관한 준거법에 대하여 불법행위로 인하여 생긴 채권의 성립 및 효력은 그 원인된 사실이 발생한 곳의 법에 의하도록 하고 있다(제13조 제1항).

불법행위의 준거법¹⁴⁴⁾에 관한 학설은 법정지법주의, 불법행위지법주의, 법정지법주의와 불법행위지법주의를 절충한 절충주의 등이 있으나 불법행위지법주의가 통설¹⁴⁵⁾이고 섭외사범은 원칙적으로 불법행위지법주의를 채택하고 있다¹⁴⁶⁾.

서독은 민법시행법에서 외국에서 행하여진 불법행위에 기하여 독일인에 대하여는 독일법에 따라 발생하는 것보다 더 많은 청구권을 주장하지 못하도록 하고 규정하고 있고(제38조), 동독은 범적용법에서 손해배상의 인적요건과 범위를 포함하여 계약에 의하지 않는 손해발생에 대한 책임에 대하여는 손해가 발생한 국가의 법을 적용하고(제17조 제1항) 공해상이나 공해 상공에서 선박이나 항공기의 운항에 의한 손해발생에 대하여는 선박이나 항공기의 깃발 등 국가표시가 나타내는 법을 적용하며(동조 제2항) 가해자와 피해자가 같은 국가의 국민이거나 같은 국가에 주소가 있는 경우에는 그 국가의 법을 적용하고 같은 국가의 법에 의해 그 법적지위가 정해지거나 같은 나라에 소재지가 있는 기업에 대하여도 그 국가의 버을 적용하도록 규정하고 있다(동조 제3항). 그리고 대만은 양안관계조례에서 권리침해행위는 손해발생지의 규정에 의하되 대만지구의 법률이 권리침해행위임을 인정하지 아니하는 때에는 이를 적용하지 아니하도록 하고 있다(제50조).

144) 불법행위의 준거법에 관한 국제조약으로는 1966년 교통사고에 있어서의 준거법에 관한 헤이그협약, 1973년 제조물책임의 준거법에 관한 헤이그협약 등이 있다.

145) 서희원 국제사법강의 1993. 238면, 김명기 국제사법요론 1992. 185면, 김용한·조명래 국제사법 1993. 287면

146) 섭외사범 제13조 제1항의 원인된 사실이 발생한 곳, 즉 불법행위지의 결정기준에 대하여는 행동지법설과 결과발생지법설이 대립하고 있으나 통설은 결과발생지법설이고 대법원 판례는 행동을포함하는 결과발생지법설을 따르고 있다.

(다) 채권의 양도에 관한 준거법

섭외사법은 채권의 양도에 관한 준거법과 관련하여 채권양도의 제3자에 대한 효력은 채무자의 주소지법에 의하도록 하고 있다(제14조).

채권의 양도에 관한 준거법에 대한 학설은 채권양도의 실질적인 요건에 대하여는 양도될 채권 자체의 준거법이 적용되어야 한다는 것이 통설이고, 채권양도의 방식은 섭외사법 제10조의 법률행위의 방식에 관한 규정이 적용되어야 된다는 것이 통설이며, 당사자 사이의 채권양도의 효력에 대하여는 양도된 채권의 준거법이 적용되어야 한다는 것이 통설이고, 제3자에 대한 채권양도의 효력은 채무자의 주소지법을 준거법으로 적용하여야 한다는 것이 통설이다.

채권의 양도에 관한 준거법과 관련하여 서독은 민법시행법에서 채권의 양도에서 종래의 채권자와 신채권자 사이의 의무에 대하여는 그들의 계약이 따르는 법이 준거법이 되고(제33조 제1항), 양도된 채권이 따르는 법이 그 채권의 양도가능성, 신채권자와 채무자간의 관계, 채무자에 대한 양도의 대항요건, 그리고 급부의 면책적 효과를 결정하며(동조 제2항), 제3자가 채권자를 만족시켜 줄 의무를 부담하는 때에는 그 제3자의 의무의 준거법이 제3자가 채무자에 대한 채권자의 채권을 채권자와 채무자 관계의 준거법에 따라 전체적으로 또는 부분적으로 행사할 권리가 있는지의 여부를 결정하고 여러 사람이 동일한 채무를 이행하여야 하고 채권자가 이러한 사람들의 하나에 의하여 만족을 얻는 경우에도 같은 것으로 규정하였다(동조 제3항).

(5) 국제친족법

(가) 약혼에 관한 준거법

섭외사법은 약혼에 관한 준거법에 대하여는 아무런 명문 규정을 두

고 있지 않다. 약혼에 관한 준거법과 관련하여 학설은 크게 두가지로 나뉜다. 약혼은 채권계약의 일종으로 취급되기 때문에 그 준거법은 채권적 법률행위의 경우와 같이 각 당사자가 임의로 약혼에 관한 준거법을 결정하여야 한다는 채권계약설과 약혼은 신분계약의 일종으로 취급되기 때문에 그 준거법도 일반적인 신분상의 문제들과 같이 각 당사자의 본국법에 의하여 결정되어야 된다는 신분계약설이 그것이다.

(나) 혼인에 관한 준거법

① 혼인의 성립요건

섭외사범은 혼인의 성립요건에 대한 준거법과 관련하여 혼인의 성립요건은 각 당사자에 관하여 그 본국법에 의하여 이를 정하도록 하고 있다(제15조 제1항).

혼인의 성립요건에 관한 준거법¹⁴⁷⁾에 대한 학설은 혼인거행지법주의와 속인법주의 나뉘는데, 혼인거행지법주의는 혼인은 하나의 계약이기 때문에 계약의 준거법이 행위지법인 것과 같이 혼인의 성립요건에 관한 준거법도 그 행위지인 혼인의 거행지법이 준거법이 되어야 한다는 것이고, 속인법주의는 혼인은 일반계약과는 동일시 할 수 없는 신분관계이기 때문에 주소지법이나 본국법이 그 준거법으로 적용되어야 한다는 것이다. 섭외사범은 원칙적으로 속인법주의를 채택하고 있다.

서독은 혼인의 성립요건에 관한 준거법과 관련하여 민법시행법에서 혼인의 체결요건은 각 당사자에 대하여 그가 속하는 국가의 법에 따르도록 하고(제13조 제1항) 본국법에 의해 어떤 요건이 결여되어 있을 때에는 그 한도에서 한 당사자가 내국에 상거소를 두고 있거나 독일인인 경우, 양당사자가 그 요건의 충족을 위하여 기대할 수 있는 조치를 취한 경우, 혼인체결을 인정하지 않는 것이 혼인체결의 자유와 어긋나는 경우에는 독일법을 적용하도록 하였고, 특히 전혼의 존속이 독일에서

147) 혼인의 준거법에 관한 국제조약으로는 1978년 “혼인의 거행 및 유효요건에 관한 헤이그협약”이 있다.

선고되거나 또는 승인된 판결에 의하여 부정되었거나 또는 일방 당사자의 배우자가 사망선고를 받은 경우에는 일방 당사자의 전혼은 후혼을 막지 못하도록 하였다(제13조 제2항). 서독은 원칙적으로 속인법주의를 채택한 것이다.

동독은 혼인의 성립요건에 관한 준거법과 관련하여 법적용법에서 혼인의 성립요건은 혼인당사자의 각각에 대하여 그가 속하는 법에 따르고(제18조 제1항 제1문), 독일민주공화국 시민과 외국인과의 혼인은 그 혼인이 독일민주공화국 이외의 지역에서 체결된 때에도 신분을 관할하는 독일민주공화국의 국가기관의 동의를 필요로 하였다(동항 제2문). 동독도 원칙적으로 속인법주의를 채택한 것이다.

② 혼인의 방식

섭외사법은 혼인의 방식에 관한 준거법에 대하여 “혼인의 방식은 혼인의 거행지법에 의한다”(제15조 제1항 단서) 라고 규정하고 있다.

혼인의 방식에 관한 준거법에 대하여 학설은 혼인의 방식은 혼인을 거행하는 국가의 사회질서와 밀접한 관계를 가지고 있기 때문에 혼인 거행지법이 그 준거법으로 적용되어야 한다는 혼인거행지법주의¹⁴⁸⁾와 혼인이란 부부라고 하는 신분관계에 관한 문제이기 때문에 혼인의 방식도 역시 당사자의 본국법이 준거법으로 적용되어야 한다는 본국법주의로 나뉜다. 섭외사법은 그중 혼인거행지법주의를 채택하고 있다.

서독은 혼인의 방식에 관한 준거법에 대하여 민법시행법에서 혼인은 내국에서는 독일법이 규정하는 방식으로만 체결할 수 있고(제13조 제3항 제1문), 모두 독일인이 아닌 당사자 사이의 혼인은 당사자중 일방이 속하는 국가의 정부에 의하여 적법히 수권을 받는 자 앞에서 그 국가의 법이 규정하는 방식으로 체결할 수 있으며(동항 제2문), 이렇게 체결된 수권받은 자에 의하여 다루어지는 신분등록부에 등록된 경우에 그 등본의 인증등본은 혼인체결의 완전한 증거가 된다고(동항 제3문)

148) 이는 locus regit actum 원칙이 적용되는 경우의 하나이다.

규정하였다.

동독은 혼인의 방식에 관한 준거법에 대하여 법적용법에서 혼인체결의 방식은 혼인이 거행되는 장소가 속하는 국가의 법에 의하며(제18조 제2항), 혼인이 독일민주공화국 이외의 지역에서 체결되는 경우에 혼인의 일방 당사자가 속하는 국가의 법에 따라 방식요건이 충족되는 때에는 그 방식도 유효한 것으로(동조 제3항) 규정하고 있어 일응 서독과 동독은 각 혼인거행지법주의를 채택하였음을 알 수 있다.

대만은 혼인의 방식에 관한 준거법에 대하여 양안관계조례에서 결혼의 방식 및 그밖의 요건은 행위지의 규정에 의하도록(제52조) 규정하여 역시 혼인거행지법주의를 채택하고 있다.

③ 혼인의 신분적 효력

섭외사범은 혼인의 신분적 효력에 관한 준거법에 대하여 혼인의 효력은 남편의 본국법에 의하도록 규정하고 있다(제16조 제1항).

혼인의 신분적 효력에 관한 준거법에 대하여 학설은, 혼인의 신분적 효력의 문제는 법정지의 사회질서에 중대한 관계가 있기 때문에 법정지법이 그 준거법으로 적용되어야 한다는 법정지법주의와 혼인의 신분적 효력의 문제는 부부의 신분관계에 관한 문제이기 때문에 본국법이나 주소지법이 준거법으로 적용되어야 한다는 속인법주의로 나뉘어 있고 섭외사범은 남편의 속인법주의를 채택하고 있다.

서독은 혼인의 신분적 효력에 관한 준거법에 대하여 민법시행법에서 부부가 공통으로 속하는 국가의 법 또는 부부의 일방이 아직 이 국가에 속하는 경우에는 혼인계속중 최후로 공통으로 속하던 국가의 법, 부부가 공동으로 상거소를 가지고 있는 국가의 법 또는 그들의 혼인 계속중 최후로 공통으로 상거소를 가지고 있었던 국가의 법, 부부가 기타의 방법으로 공통으로 가장 밀접한 관련을 가지고 있는 국가의 법을 준거법으로 하여 혼인의 일반적 효과를 결정하도록 하고 있고(제14조 제1항), 부부 일방이 여러 국가에 속하는 때에는 부부는 부부는 타방 배우자가 속하는 국가의 법을 준거법으로 선택할 수 있으며(동조 제2

항), 부부가 공통으로 속하는 국가의 법 또는 부부의 일방이 아직 이 국가에 속하는 경우에 혼인계속중 최후로 공통으로 속하던 국가의 법의 요건이 존재하지 아니하고 부부중 누구도 쌍방이 상거소를 가지고 있는 국가에 속하지 아니하는 경우와 부부가 그들의 상거소를 같은 국가안에 가지고 있지 아니한 경우에는 부부는 일방이 속하는 국가의 법을 준거법으로 선택할 수 있도록 하였다(동조 제3항). 그리고 법선택의 효과는 부부가 공통의 국적을 취득한 경우에 종료하고 법선택은 공정증서로 작성하여야 하며 법선택이 내국에서 행하여지지 아니한 경우에는 법선택이 선택된 법이나 법선택지법의 부부재산계약의 방식요건에 합치하는 것으로 충분한 것으로 규정하였다(동조 제4항).

동독은 혼인의 신분적 효력에 관한 준거법에 대하여 법적용법에서 부부의 인적관계는 부부가 속하는 국가의 법에 따르도록 하였고(제19조 제1문), 부부가 서로 다른 나라의 국민일 때에는 독일민주공화국의 법에 따르도록 하였다(동조 제2문).

그리고 대만은 양안관계조례에서 부부중 일방은 대만지구 주민이고 다른 일방은 대륙지구 주민인 경우에 그 결혼의 효력은 대만지구의 법률에 의하도록 하고 있다(제53조). 결국 서독과 동독 및 대만 모두 원칙적으로는 속인법주의를 채택한 것이다.

④ 혼인의 재산적 효력

섭외사법은 혼인의 재산적 효력에 관한 준거법에 대하여 부부재산제는 혼인 당시의 남편의 본국법에 의하도록 규정하고 있다(제17조 제1항).

혼인의 재산적 효력에 관한 준거법에 대하여 학설은 혼인 전의 재산은 혼인 후에도 각 당사자에게 귀속되기 때문에 부부사이에 발생하는 재산문제는 결국 채권법상의 계약에 해당되므로 혼인의 재산적 효력도 당사자의 의사에 의하여 그 준거법이 결정되어야 한다는 의사주의와 부부의 재산문제는 혼인의 효력과 관계가 있기 때문에 당사자의 본국법이나 주소지법이 그 준거법으로 적용되어야 한다는 속인법주의 및 부부의 재산중에서 동산은 각 당사자의 본국법이나 주소지법에 의하고

부동산은 소재지법에 의하여 그 준거법이 결정되어야 한다는 동산과 부동산의 구별주의로 크게 나뉜다¹⁴⁹⁾. 섭외사범은 남편의 속인법주의를 채택하고 있다.

서독은 혼인의 재산적 효력에 관한 준거법에 대하여 민법시행법에서 혼인의 부부재산법적 효과는 원칙적으로 혼인체결시의 혼인의 일반적인 효과의 준거법에 따르도록 하고(제15조 제1항), 부부는 그들의 혼인의 부부재산법적 효과에 대하여 부부중 일방이 속하는 국가의 법, 부부중 일방이 그의 상거소를 갖고 있는 국가의 법, 부동산에 대하여는 소재지의 법을 준거법으로 선택할 수 있도록 하여(동조 제2항) 원칙적으로 속인법주의를 채택하면서 의사주의를 가미하였다.

동독은 혼인의 재산법적 효력에 관한 준거법에 대하여 법적용법에서 부부의 부양청구권과 재산관계는 부부가 속하는 국가의 법에 따르도록 하였고(제19조 제1문), 부부가 서로 다른 나라의 국민인 때에는 독일민주공화국의 법에 따르도록 하여(동조 제2문) 일용 속인법주의를 원칙적으로 채택하였다.

대만은 혼인의 재산법적 효력에 관한 준거법에 대하여 양안관계조례에서 대만지구 주민과 대륙지구 주민이 대륙지구에서 결혼한 때에는 그 부부의 재산은 당해 지구의 규정에 따르도록 하되 다만, 대만지구에 소재하는 재산은 대만지구의 법률을 적용하도록 하고 있어(제54조) 원칙적으로 속인법주의를 채택하면서 대만지구내 재산에 대하여는 그 소재지의 법을 준거법으로 삼도록 하고 있다.

(다) 이혼에 관한 준거법

섭외사범은 이혼에 관한 준거법에 대하여 그 원인된 사실이 발생한 당시의 남편의 본국법에 의하도록 하면서(제18조), 그 원인된 사실이

149) 의사주의는 프랑스, 벨기에가, 속인법주의는 독일, 이탈리아, 스위스, 일본, 네덜란드, 스페인 등 대륙법계 국가가, 동산·부동산 구별주의는 영국과 미국 등이 채택하고 있다.

대한민국의 법률에 의하여 이혼의 원인이 되지 아니할 때에는 법원은 이혼의 선고를 하지 못하도록 하고 있다(동조 단서).

이혼에 관한 준거법에 대하여 학설은 이혼은 법정지의 사회질서와 밀접한 관계가 있기 때문에 법정지의 법을 이혼의 준거법으로 적용해야 한다는 법정지법주의와 이혼으로 인하여 부부의 신분관계가 소멸되고 국적도 변경될 수 있기 때문에 이혼의 준거법은 본국법이 되어야 한다는 본국법주의로 나뉜다¹⁵⁰⁾. 섭외사범은 남편의 본국법주의를 원칙적으로 채택하면서 남편이 외국인인 경우 그가 속한 나라의 법률이 이혼을 허용한다 하더라도 대한민국 법률이 이혼을 허용하지 아니하는 경우에는 한국 법원에 계류중인 이혼소송에서 이혼을 허용하지 않도록 하고 있다.

서독은 이혼에 관한 준거법에 대하여 민법시행법에서 이혼은 이혼신청을 위한 소송관계의 발생시점의 혼인의 일반적 효과의 준거법에 따르도록 하고(제17조 제1문), 혼인이 준거법에 의하면 해소될 수 없는 때에는 이혼은 그것을 청구하는 배우자가 그때 독일인이거나 또는 혼인체결당시에 독일인이었던 경우에는 독일법에 따르도록 하였다(동조 제2문). 혼인의 일반적 효과에 관한 준거법에 대하여는 앞서 혼인의 신분적 효력에서 기술하였듯이 민법시행법 제14조 제1항에서 원칙적으로 속인법(본국법)주의를 채택하였음은 살펴 본 바와 같다. 결국 서독은 이혼에 관한 준거법에 대하여도 원칙적으로 본국법주의를 채택한 것이다.

동독은 이혼의 준거법에 대하여 법적용법에서 이혼은 제소시 부부가 속하는 국가의 법에 따르도록 하되 부부가 서로 다른 나라의 국민인 때에는 독일민주공화국의 법을 적용하도록 하였고(제20조 제1항), 이에 따르더라도 이혼에 의한 혼인의 종료를 인정하지 않거나 이를 예외적으로만 인정하는 국가의 법을 적용하여야 하는 경우에는 독일민주공화국의 법을 적용하도록 하였으며(동조 제2항), 혼인의 무효선언은 제18조(혼인의 성립요건 및 방식에 관한 준거법 결정 규정)에 따라 혼인을

150) 독일과 프랑스 등 대부분의 유럽국가에서 본국법주의를 채택하고 있고, 영미법계는 법정지법주의를 채택하고 있다.

규율하는 나라의 법에 의하도록 하여(동조 제3항) 이혼의 준거법에 대하여는 원칙적 본국법주의를 채택하였다.

대만은 이혼의 준거법에 대하여 양안관계조례에서 합의이혼의 방식 및 그밖의 요건은 행위지의 규정에 의하도록 하고 이혼판결의 사유는 대만지구의 법률에 의하도록 하고 있고(제52조), 부부중 일방은 대만지구 주민이고 다른 일방은 대륙지구 주민인 경우에 이혼의 효력은 대만지구의 법률에 의하도록 하고 있으며(제53조), 부부중 일방은 대만지구에 다른 일방은 대륙지구에 있음으로써 동거가 불가능하여 일방이 1985년 6월 4일 전에 중혼한 경우에 이해관계인은 이의 취소를 청구할 수 없고 1985년 6월 5일 이후 1987년 11월 1일 이전에 중혼한 경우에는 후혼이 유효한 것으로 인정하고 있으며(제64조 제1항) 이 경우 부부쌍방이 모두 중혼한 때에는 중혼한 날부터 원혼인관계는 소멸한 것으로 규정하고 있다(제64조 제2항). 결국 대만은 이혼의 사유와 효력은 대만의 법률에 의하도록 하면서 다만 합의이혼의 경우 그 방식과 요건에 대하여는 행위지의 법을 준거법으로 삼도록 하고 있는 것이다. 그리고 대만은 중국과의 오랜 분단으로 인해 대륙으로부터의 이주민의 대륙잔류 부부일방에 대한 사실상의 접근불가능 등을 고려하여 중혼의 취소 및 효력에 관하여 특별 규정을 두고 있는 것이다.

(라) 친자관계에 관한 준거법

① 혼인중의 출생자

섭외사법은 혼인중의 출생자에 관한 준거법에 대하여 친생자의 추정, 승인 또는 부인은 그 출생 당시의 어머니의 남편의 본국법에 의하고 아버지가 아들의 출생전에 사망한 경우에는 그 사망 당시의 아버지의 본국법에 의하도록 규정하고 있다(제19조).

혼인중의 출생자에 관한 준거법에 대하여 학설은 혼인중의 친자관계의 결정은 증거에 관한 문제이기 때문에 결국은 법정지의 법을 준거법으로 적용하여야 한다는 법정지법주의와 혼인중의 친자관계의 결정은

자의 권리의무에 중대한 이해관계가 있기 때문에 결국은 자의 속인법이 그 준거법으로 적용되어야 한다는 자의 속인법주의, 혼인중의 친자관계의 결정은 부모의 혼인상의 주소와 긴밀한 관계에 있기 때문에 부모의 혼인주소지의 법을 그 준거법으로 적용하여야 한다는 부모의 혼인주소지법주의, 혼인중의 친자관계의 결정은 가계의 중심이 되는 아버지의 본국법에 의하여 결정되어야 한다는 어머니의 남편의 본국법주의로 나뉜다. 섭외사범은 어머니의 남편의 본국법주의를 채택하고 있다.

서독은 혼인중의 출생자에 관한 준거법에 대하여 민법시행법에서 혼인중의 출생자의 지위는 제14조 제1항(혼인의 일반적 효과에 관한 준거법 결정 규정)에 따라 정하여지는 자의 출생시의 모의 혼인의 일반적인 효과의 준거법에 따르도록 하고, 이 시점에서 부부가 서로 다른 국가에 속한 때에는 자가 이 국가들중의 하나의 법에 의하면 혼인중의 출생자인 경우에는 혼인중의 출생자이나 혼인이 출생전에 해소된 때에는 해소의 시점을 기준으로 하도록 하며, 자는 그가 상거소를 가지고 있는 국가의 법에 의하여도 혼인중의 출생자의 지위를 부인할 수 있고(제19조 제1항), 양친과 혼인중의 출생자간의 법률관계는 제14조 제1항에 따라 혼인의 일반적인 효과의 준거가 되는 법에 따르도록 하며 혼인이 존재하지 않는 때에는 자가 그의 상거소를 가지고 있는 국가의 법을 적용하고(동조 제2항), 자의 복지가 위태로워지는 때에는 자가 그의 상거소를 가지고 있는 국가의 법에 따라서도 보호조치가 취할 수 있도록 하였다(동조 제3항).

동독은 혼인중의 출생자의 준거법에 대하여 법적용법에서 자의 혈통과 부자관계의 확인이나 취소는 자가 출생으로 취득한 국적의 국가의 법에 의하도록 하였다(제21조).

② 혼인외의 출생자

섭외사범은 혼인외의 출생자의 인지요건은 그 아버지 또는 어머니에 관하여는 인지할 때의 아버지 또는 어머니의 본국법에 의하여 이를 정하고, 그 자에 관하여는 인지할 때의 자의 본국법에 의하여 이를 정하

도록 하며(제20조 제1항), 인지의 효력은 아버지 또는 어머니의 본국법에 의하도록 규정하고 있다(동조 제2항).

대만은 양안관계조례에서 결혼하지 아니하고 출산한 자녀의 확인요건은 각 당해 확인자와 피확인자가 확인을 하는 때에 적을 올린 지구의 규정에 의하도록 하고(제55조 제1항), 확인의 효력은 확인자가 적을 올린 지구의 규정에 의하도록 하고 있다(동조 제2항).

③ 양 자

섭외사범은 입양의 요건은 각 당사자에 관하여 본국법에 의하여 이를 정하도록 하고(제21조 제1항), 입양의 효력 및 파양은 양친의 본국법에 의하도록 규정하고 있다(동조 제2항).

입양¹⁵¹⁾의 준거법에 대하여 확실은 양친의 본국법에 의하여야 한다는 견해와 양자의 본국법에 의하여야 한다는 견해, 양친 및 양자의 본국법에 의하여야 한다는 견해로 나뉜다. 섭외사범은 입양의 요건에 대하여는 양친 및 양자의 본국법을 준거법으로 하도록 하면서 입양의 효력 및 파양에 대해서는 양친의 본국법을 준거법으로 하고 있다.

서독은 민법시행법에서 입양은 입양시 양친이 속하는 국가의 법에 따르도록 하고 부부의 일방 또는 쌍방에 의한 입양은 제14조 제1항에 따라 혼인의 일반적 효과에 대하여 준거로 되는 법에 따르도록 하여(제22조) 원칙적으로 양친의 본국법을 준거법으로 하였다.

동독은 법적용법에서 입양의 그 효과와 취소는 입양시 또는 취소시 양친이 속한 국가의 법에 따라 결정하도록 하고 양친에 의해 공동으로 입양이 되고 그 양친이 서로 다른 나라에 속해 있는 경우에는 독일민주공화국의 법을 적용하도록 하며(제23조 제1항), 독일민주공화국의 국민의 자의 입양이 외국인에 의한 경우에는 독일민주공화국의 관계국가

151) 양자에 관한 국제조약으로는 1965년 헤이그 국제사법회의가 채택한 “입양에 관한 관할권, 준거법 및 결정의 승인에 관한 협약”, 1989년 국제연합이 채택한 “아동의 권리에 관한 협약”(1990년9월 발효, 우리나라는 1991년 12월 가입, 발효), 1993년 헤이그 국제사법회의가 채택한 “국제입양에 있어서 아동보호 및 협력에 관한 협약” 등이 있다.

기관의 승인의 발효를 필요하고 입양은 독일민주공화국의 가족법에서 요구하는 동의의 선언이 있는 경우에만 효력을 인정하였다(동조 제2항). 결국 동독은 입양에 관하여 원칙적으로 양친의 본국법을 준거법으로 하면서 동독 국민의 자가 외국인 가정에 입양되는 경우에는 동독 국가기관의 사전 승인을 요건으로 규정하여 제한하였던 것이다.

대만은 양안관계조례에서 입양의 성립 및 종결은 각 당해 입양자와 피입양자가 적을 둔 지구의 규정에 의하도록 하고, 입양의 효력은 입양자가 적을 올린 지구의 규정에 의하도록 하고 있다(제56조). 그리고 대만 양안관계조례는 대륙지구 주민을 양자녀로 입양하고자 하는 대만지구 주민이 이미 자녀 또는 양자녀가 있는 자, 동시에 2인 이상을 양자녀로 입양하는 자, 행정원이 지정한 기구 또는 위탁한 민간단체를 통하지 아니하고 입양한 사실이 있는 자인 경우에는 법원은 이를 허가하지 못하도록 규정하고 있다(제65조).

④ 친자간의 법률관계

섭외사범은 친자간의 법률관계는 아버지의 본국법에 의하고 아버지가 없는 때에는 어머니의 본국법에 의하도록 규정하고 있다(제22조)¹⁵²⁾.

학설은 친자간의 법률관계는 아버지의 본국법에 의하여야 한다는 견해, 자의 본국법에 의하여야 한다는 견해, 친자관계와 관련한 권리를 행사하는 장소의 법에 의하여야 한다는 견해, 친자관계와 관련한 권리행사의 목적이 되는 재산의 소재지법에 의하여야 한다는 견해 등으로 나뉜다.

대만은 양안관계조례에서 부모의 일방은 대만지구 주민이고 다른 일방은 대륙지구 주민인 경우에 그 자녀간의 법률관계는 부가 적을 올린 지구의 규정에 의하고, 부가 없거나 계부인 때에는 모가 적을 올린 지구의 규정에 의하도록 규정하고 있다(제57조).

152) 여기서 “부(아버지)가 없는 때”란 부가 사망하거나 또는 자가 인지되지 않아서 법률상 부가 없는 경우에 한한다. 따라서 부가 생존하고 있는 한 부가 친권을 상실하거나 후견이 설정된 경우 또는 부모가 이혼하였거나 그밖의 원인으로 부가 친권을 갖지 못하는 경우라도 부의 본국법에 의하게 된다.

(마) 후견관계에 관한 준거법

섭외사법은 후견은 피후견인의 본국법에 의하도록 규정하면서(제25조 제1항), 대한민국에 주소 또는 거소가 있는 외국인의 후견에 대하여는 원칙적으로 그 본국법에 의하고 예외적으로 후견개시의 원인이 있을지라도 그 후견사무를 행할 자가 없는 경우 및 대한민국에서 한정자산 또는 금치산을 선고한 때에는 대한민국의 법률에 의하도록 규정하고 있다(동조 제2항)

후견관계에 관한 준거법에 대하여 학설은 재산소재지법에 의하여야 한다는 견해, 피후견인의 소재지법에 의하여야 한다는 견해, 피후견인의 본국법에 의하여야 한다는 견해 등으로 나뉜다¹⁵³⁾. 섭외사법은 원칙적으로 피후견인의 본국법에 의하도록 규정하고 있다.

서독은 민법시행법에서 후견과 보호의 성립, 변경과 종료 그리고 법정후견과 법정보호의 내용은 피후견인 또는 피보호인이 속하는 국가의 법에 따르도록 하고, 독일 법정에서 금치산을 선고하는 경우 독일법에 따라 후견의 개시를 명할 수 있으며(제24조 제1항), 어떤 문제에 대하여 관계를 가지는 자가 누구인지 확정되지 않거나 타국에 있기 때문에 보호가 필요한 경우에는 그 문제에 대하여 준거로 되는 법을 적용하도록 하고(동조 제2항), 잠정적인 조치와 후견·보호의 내용은 이들이 명하는 국가의 법에 따르도록 규정하였다(동조 제3항).

동독은 법 적용법에서 후견과 보호의 개시와 종료의 요건은 피후견인이나 피보호인이 속하는 국가의 법에 따르고(제24조 제1항), 당장의 보호가 필요한 외국인이 그 주소나 거소를 독일민주공화국에 가지고 있거나 그 재산이 독일민주공화국에 있고 질서 있는 관리가 없는 경우에는 그에 대하여 독일민주공화국의 법에 따라 임시의 후견이나 보호를

153) 대륙법계 국가에서는 피후견인의 본국법주의를 널리 채택하고 있으나, 영미법계에서는 후견을 재산법적 성질을 갖는 제도로 보아 부동산에 관해서는 목적물소재지법에 의하고 동산 및 피후견인의 신분에는 피후견인의 주소지법에 의하도록 하고 있다.

게시할 것을 명령을 할 수 있으며(동조 제2항), 후견인과 피후견인, 보호인과 피보호인 사이의 법률관계는 후견인이나 보호인을 정한 국가의 법에 따르고 후견인이나 보호인의 대리인의 자격에 대하여도 후견인이나 보호인을 정한 국가의 법에 따르도록 하였다(동조 제3항).

대만은 양안관계조례에서 피보호자가 대륙지구 주민인 때에 피보호자에 대한 보호는 대륙지구의 규정에 의하되 피보호자가 대만지구에서 거소가 있는 대륙지구 주민일 때에는 대만지구의 법률에 의하도록 하고(제58조), 부양의 의무는 부양의무자가 적을 올린 지구의 규정에 의하도록 하고 있다(제59조)

(6) 국제상속법

(가) 상속에 관한 준거법

섭외사범은 상속에 관한 준거법에 대하여 피상속인의 본국법에 의하도록 규정하고 있다(제26조)

학설은 상속에 관한 준거법에 대하여 부동산의 상속은 그 부동산의 소재지법에 의하고 동산의 상속은 상속인의 주소지법 또는 본국법을 그 준거법으로 하여야 한다는 상속분할주의와 동산이나 부동산의 구별 없이 모든 피상속인의 재산은 피상속인의 속인법에 의하여 그 준거법을 결정해야 된다는 상속통일주의로 나뉜다¹⁵⁴⁾.

서독은 민법시행법에서 사망으로 인한 권리승계는 피상속인이 사망시에 속하는 국가의 법에 따르도록 하고(제25조 제1항), 피상속인은 내국에 소재하는 부동산에 대하여는 유언의 방식으로 독일법을 선택할 수 있도록 규정하였다(동조 제2항).

동독은 법적용법에서 상속법상의 관계는 사망시 피상속인이 속하는 국가의 법에 따르도록 하고(제25조 제1항), 독일민주공화국에 소재한

154) 영미법계 국가와 프랑스, 벨기에 등 일부 유럽국가가 상속분할주의를 채택하고 있고, 독일, 이탈리아 등 대다수의 대륙법계국가는 상속통일주의를 채택하고 있다.

토지나 건물에 대한 소유권 기타의 권리와 관련된 상속법상의 관계는 독일민주공화국의 법에 따르도록 하였다(동조 제2항).

대만은 양안관계조례에서 피상속인이 대륙지구 주민인 때에는 상속은 당해지구의 규정에 의하되 예외적으로 유산소재지가 대만지구인 경우에는 대만지구의 법률을 적용하도록 하고(제60조), 대만지구 주민의 유산을 상속하는 대륙지구 주민은 상속이 개시되는 때부터 2년 내에 서면으로 피상속인의 주소지 법원에 상속의사를 표시하여야 하고 만약 기한을 넘긴 때에는 상속권을 포기한 것으로 간주하는 규정을 두어(제66조 제1항) 상속관계의 조속한 확정을 통한 법률관계의 안정을 유지할 수 있도록 하면서 양안관계조례가 시행되기 전에 상속된 경우에는 상속의사 표시의 기한은 조례가 시행되는 날부터 기산하도록 하여(동조 제2항) 상속의사표시 기한을 제한한 조례 제정 이전에 이미 상속이 개시된 경우의 피해자를 구제하고 있다. 그리고 피상속인의 대만지구에 있는 유산을 대륙지구 주민이 법에 따라 상속하는 때에 그 취득재산 총액은 1인당 200만 대만달러(한화 6,000만원)를 초과할 수 없도록 제한하고 있으며 그 초과부분 유산은 대만지구의 동일순위의 상속인에 귀속되고 만약 대만지구에 동일순위의 상속인이 없는 경우에는 국고에 귀속되도록 하여(67조 제1항) 대만의 국부가 과도하게 적대관계에 있는 중국에 유출되는 것을 방지하고 있고, 유산이 조례의 시행전에 국고에 귀속된 때에는 조례의 규정을 적용하지 아니하고 법령에 의하여 특별구좌에 일시 예치하여 보관하는 경우에는 조례의 규정에 의하도록 하고 있으며(동조 제2항) 유산중에 대만지구 상속인의 거주를 위한 부동산이 있는 때에는 대륙지구 상속인은 이를 상속할 수 없고 대신 그 가액은 대륙지구 상속인의 상속유산총액에 산입하지 아니하도록 하여(동조 제4항) 상속대상 부동산중 대만 주민의 안정적 생활과 밀접한 관련이 있는 거주 목적의 부동산에 대하여는 현물 상속을 원칙적으로 금하면서 대륙지구의 상속인의 권리보호를 위해 거주목적 상속부동산을 가격으로 환산하여 상속하는 액수에 관하여는 앞서 기술한 대륙상속인의 상속제한 총액에 산입하지 않도록 하고 있는 것이다. 그리고 상속할 수

없는 부동산에 대한 대륙지구 주민의 권리는 당해 권리를 가격으로 환산하도록 하고 있다(동조 제5항)

(나) 유언에 관한 준거법

① 유언의 성립과 효력

섭외사범은 유언에 관한 준거법¹⁵⁵⁾에 대하여 유언의 성립과 효력은 유언 성립 당시의 유언자의 본국법에 의하도록 하면서 그 유언의 방식은 행위지법에 의하여도 유효하다고 규정하고 있다(제27조 제1항, 제3항)

유언의 준거법에 대한 학설은 유언자의 본국법에 의하여 한다는 견해와 피상속인의 본국법에 의하여야 한다는 견해 및 유언의 대상이 되는 재산소재지법에 의하여야 한다는 견해 등으로 나뉜다.

② 유언의 철회

섭외사범은 유언의 취소는 그 취소 당시의 유언자의 본국법에 의하도록 하고 있다(제27조 제2항)

학설은 유언의 취소에 관한 준거법에 대하여 취소자의 본국법에 의하여야 한다는 견해와 취소의 대상이 되는 재산소재지법에 의하여야 한다는 견해 및 취소할 당시의 행위지법에 의하여야 한다는 견해 등으로 나뉜다. 섭외사범은 취소자의 본국법에 채택하고 있다.

서독은 민법시행법에서 유언은 그것이 여러 사람에게 의하여 동일 문서에 이루어졌더라도 피상속인이 유언시 또는 사망시 속하던 국가의 법이나 피상속인이 유언을 행한 곳의 법 또는 피상속인이 유언시 또는 사망시 그의 주소 또는 상거소를 가지고 있던 곳의 법 중에서 하나의 방식요건에 합치하는 경우에는 방식상 유효하며 이는 전에 한 유언을

155) 유언에 관한 국제조약으로는 1960년 헤이그 국제사법회의가 채택한 “유언의 방식에 관한 준거법 조약”, 1972년 유럽공동체의 “유언등록기관의 설치에 관한 조약”, 1973년 사법통일에 관한 국제협회가 채택한 “국제유언의 방식에 관한 통일법을 제정하는 조약” 등이 있다.

철회하는 유언의 경우에도 같고 철회의 방식이 위와같은 법에 의할 때 철회하는 유언을 방식상 유효하게 하였던 법질서 중의 하나에 합치할 경우에도 철회는 방식상 유효하다고 규정하였다(제26조 제1항, 제2항).

동독은 법적용법에서 유언의 작성과 철회의 능력, 허용된 유언의 처분의 종류와 유언처분의 취소, 유언작성시 의사표시상의 흠결의 법적 효과는 유언작성시 피상속인의 주소가 있는 국가의 법에 따르도록 하였다(제26조).

대만은 양안관계조례에서 대륙지구 주민이 하는 유언의 성립 및 취소의 요건과 효력은 당해지구의 규정에 의하되 다만, 유언으로 대만지구에 소재하는 재산을 증여하는 때에는 대만지구의 법률을 적용하도록 하고(제61조), 유언자가 대만지구에 있는 재산을 대륙지구의 주민, 법인, 단체 또는 그밖의 기구에 증여하는 경우에 그 총액은 200만원을 초과할 수 없도록 하고 제한하고 있다(제67조 제3항)

마. 남북한 민사문제의 대처방안

(1) 기본방향

앞으로 활발하게 전개될 남북한 교류·협력과정에서 빈발해질 민사문제처리를 위한 가장 이상적인 남북한 법률충돌문제의 해결방법은 남북 기본합의서 및 부속합의서에서 설치하기로 한 「남북법률실무협의회」를 신속히 설치하여 남북한 공동의 관련 법제를 마련하는 것이다. 따라서 2000. 6. 남북정성회담의 평양개최와 그 성과물인 남북공동선언을 계기로 활발히 진행되고 있는 남북간 대화에서 공동법제 마련을 위한 협의를 진행하여야 할 것이다.

서독이 통일에 이르기까지 상호 많은 협약을 체결하였으나 법률문제처리를 위한 공동의 법제마련에까지는 이르지 못하였고 대만과 중국역시 공동의 법제를 마련하지 못하고 있음은 남북한 사이에도 공동법제 마련이 얼마나 지난할 것인지를 시사한다 할 것이다.

따라서 공동법제 마련을 지향하되 대만이 양안관계조례를 제정하여 운용하였듯이 차선책으로 남북한 관계의 법률문제 처리를 위한 법제를 마련하여 운용할 필요가 있다 할 것이다.

그리고 공동법제 마련 또는 남한만의 법제마련에 이르기 전에는 차선책으로 서독이 그러하였듯이 국제사법(섭외사법)을 유추하여 적용하는 방안을 검토하여 분쟁처리에 현실적으로 운용하여야 할 것이다. 즉 북한을 대한민국과 별개의 국가로 승인하여 인정하지 않는다 할지라도 국가로 유추하여 국제사법상의 준거법 결정시 국가로 보고 준거법을 결정하여 북한법 적용여부를 결정하자는 것이다.

(2) 국제사법(섭외사법) 유추적용방안

(가) 기본원칙

섭외사법을 유추적용하여 북한법을 준거법으로 적용할 경우라 할지라도 그 적용의 결과가 대한민국 법률체계의 기본질서에 반할 경우에는 원칙적으로 이를 적용하여서는 아니된다 할 것이다. 북한은 대한민국과 그 이념 및 사회체제가 극단적으로 다르고 특히 재산법 관련 법제에서는 자유시장경제 및 사유재산을 축으로 한 자본주의 체제인 대한민국과는 달리 사유재산제를 원칙적으로 부정하는 공산주의 체제를 유지하고 있어 민사법률문제 해결을 위해 북한법을 준거법으로 적용할 경우 대한민국 기본질서에 반하는 적용결과가 나올 경우가 많을 것으로 예상된다. 따라서 대한민국 기본질서를 해하지 아니하는 한도에서 북한법을 준거법으로 적용하여야 할 것이다.

(나) 민사법적 문제의 준거법

민사법적 문제의 준거법과 관련하여 섭외사법은 여러 규정을 두고 있다. 먼저 권리주체에 관하여는 행위무능력자의 행위능력에 관한 규정

(제6조 제1항, 제2항), 한정치산선고 및 금치산 선고에 관한 규정(제7조 제1항, 제2항), 실종선고에 관한 규정(제8조)이 있고, 법률행위에 관하여는 재산적 법률행위에 대한 규정(제9조, 제12조), 신분적 법률행위에 관한 규정(제15조 내지 제24조, 제26조), 법률행위의 대리에 관한 규정(제13조 제1항), 법률행위의 방식에 관한 규정(제10조 제1항, 제2항, 제3항, 제15조 제1항, 제27조 제1항, 제3항, 제36조), 이법지역간의 법률행위에 관한 규정(제11조 제1항, 제2항)이 있으며 물권에 관하여는 물권 및 이동물건의 물권에 관한 규정(제12조 제1항), 물권의 변동에 관한 규정(제12조 제2항)이 있고, 채권에 관하여는 법률행위채권에 관한 규정(제9조, 제10조 제1항), 사무관리에 관한 규정(제13조 제1항), 부당이득에 관한 규정(제13조 제1항), 불법행위에 관한 규정(제13조 제1항), 채권의 양도에 관한 규정(제14조)을 두고 있으며, 친족·상속에 관하여는 혼인에 관한 규정(제15조 제1항), 혼인의 방식에 관한 규정(제15조 제1항), 혼인의 신분적 효력에 관한 규정(제16조 제1항), 혼인의 재산적 효력에 관한 규정(제17조 제1항), 이혼에 관한 규정(제18조), 혼인중의 출생자에 관한 규정(제19조), 혼인외의 출생자에 관한 규정(제20조 제1항, 제2항), 양자에 관한 규정(제21조 제1항, 제2항), 친자간의 법률관계에 관한 규정(제22조), 후견관계에 관한 규정(제25조 제1항), 상속에 관한 규정(제26조), 유언의 성립과 효력에 관한 규정(제27조 제1항, 제3항), 유언의 철회에 관한 규정(제27조 제2항)을 두고 있다.

(3) 남북한 민사사법공조

남북한간에 민사사법공조에 관한 협약을 체결하여 해결하는 것이 가장 이상적인 방법이겠으나 아직까지는 이를 기대하기는 어렵고 향후 협약체결을 위해 지속적으로 노력하여야 할 것이다. 그러나 남북한간의 민사사법공조는 현실적인 문제로 앞으로 재판과정에서 그 필요성이 절실하여 질 것이고 그 해결방법이 필요하게 될 것이다.

남한은 「국제민사사법공조법」에서 민사사건에 있어서의 외국으로의

사법공조촉탁절차와 외국으로부터의 사법공조촉탁절차를 규정하고 있다. 대한민국 법원이 외국법원으로 사법공조촉탁을 하기 위해서는 일정한 절차상의 제한외에 요건상의 제한은 없으나, 외국으로부터의 공조촉탁을 허용하기 위해서는 공조요건을 규정하여 일정한 제한을 가하고 있다. 즉 외국의 촉탁법원이 속하는 국가와 사법공조조약이 체결되어 있거나 조약이 체결되어 있지 아니한 경우에는 외국법원이 속하는 국가가 동일 또는 유사한 사항에 관하여 대한민국 법원의 사법공조촉탁에 응한다는 보증을 한 경우여야 한다. 즉 사법공조에 관하여 상호주의를 채택하고 있는 것이다(제4조, 제12조 제1호). 그리고 외국으로부터의 촉탁에 대하여는 대한민국의 안녕질서와 미풍양속을 해할 우려가 없어야 한다(제12조 제3호).

북한은 「대외민사관계법」에서 다른 나라 영역에서 증거의 수집, 증인신문 같은 분쟁해결의 수속 또는 다른 나라의 해당기관이 내린 판결, 재결의 인정, 집행과 관련하여서는 북한 해당기관이 다른 나라 해당기관에 필요한 자료를 요구할 수 있고(제57조), 다른 나라에서 북한 해당기관에 제공한 증인신문조서, 증거물 같은 것은 해당나라 공증기관의 공증을 받아야 분쟁해결의 증거로 리용할 수 있도록 하고 있다(제58조).

남북한이 상호 국가임을 부인하고 상대 영역을 미수복지구로 간주하고 상대 영역에도 자신들의 법률이 유효한 것으로 한다면 민사사법공조의 문제는 해결 할 수 없다. 법체계와 다른 남북한 분단의 현실을 받아들여 남북한 민사법적 문제의 준거법 해결을 위해 국제사법을 유추 적용하는 방안을 적극적으로 검토하였듯이 남북한간의 민사사법공조 문제 해결을 위해서 역시 남한의 「국제민사사법공조법」과 북한의 「대외민사관계법」을 각자 활용하여 상호 사법공조에 임하는 방법을 적극적으로 검토하여야 할 것이다.

사법공조의 창구에 대하여는 현실적으로 서독과 동독에서와 같이 정부기구를 통한 사법공조를 곧바로 실시하기는 어려울 것이므로 이를 지향하되 현 단계에서의 가장 현실적인 방법은 민간기구인 대만의 해기회와 중국의 해협회가 사법공조의 창구가 되었듯이 남북한도 적십자

단체 등 민간기구를 통해 사법공조를 시작하는 것을 고려해 볼 필요가 있다 할 것이다.

특히 남북한 이산가족 상봉이 정례화 되고 생사확인이 실시되고 면회소가 설치되면 친족 및 상속문제 등 신분관계와 재산관계의 문제가 발생하게 되고 이와 관련하여 출생, 사망, 상속, 혼인 등에 관한 증명의 문제가 현실적으로 닥쳐오므로 남북한 상호간에 공증서 사용사증에 관한 협의를 조속히 개최하여 상호 공증서 사용사증에 관한 합의를 체결하여야 할 것이다.

실제 재판과정에서는 변호인이 북한과 사법공조가 되는 국가의 변호사를 통해 북한법원에서 인증을 받은 자료를 제출하는 경우에는 법원이 적극적으로 증거능력을 부여하는 것도 고려하여야 할 것이다.

(4) 남북한 판결의 상호 집행가능성

남한은 외국판결의 효력에 관하여 「민사소송법」에서 대한민국이 법령 또는 조약으로 외국법원의 재판권을 부인하지 아니하고, 패소한 피고가 대한민국 국민인 경우에 공시송달에 의하지 아니하고 소송의 개시에 필요한 소환 또는 명령의 송달을 받거나 받지 아니하고 응소하여야 하고, 외국법원의 판결이 대한민국의 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하지 아니하여야 하고, 판결을 선고한 국가와 상호의 보증이 있어야 그 효력을 부여하고 있다(제203조) 남한은 헌법 및 국가보안법 등에 의해 북한의 북한의 체제 자체를 부인하고 있으므로 북한의 재판권 역시 부인하고 있다. 그러나 남북기본합의서의 완전 이행단계, 즉 남북한 완전화해로 상대방 체제와 불가침의 관할구역을 현실적으로 상호 인정·존중하는 제도적·현실적 평화체제하에서는 북한이 동서독 기본조약상의 동독의 지위에 버금가는 지위를 가지는 단계에 이르면 현재와는 그 내포가 다른 새로운 내용의 남북한 특수관계를 근거로 헌법변천이론 등을 원용하여 대한민국의 주권범위안에서 북한의 재판관할권을 소극적으로 인정하는 것이 가능하고 북한 법원의 판결이 위 민사소송법의 요

건에 해당하면 그 판결의 효력을 인정할 수 있을 것이다.

북한은 「대외민사관계법」에서 다른 나라 해당기관의 판결은 그것을 서로 인정한데 대한 국가적 합의가 있는 경우에만 인정하되 가족관계와 관련한 다른 나라 해당기관 판결집행의 당사자로 되는 북한 국민이 그 집행을 요구하거나 동의할 경우에는 다른 나라에서 내린 판결의 효력을 인정하면서 판결과 재결의 내용이 북한 법률제도의 기본원칙에 어긋나는 경우와 북한 해당기관의 관할에 속하는 분쟁과 관련이 있는 경우 및 북한 해당기관의 판결 및 재결과 관련이 있는 경우에는 그 효력을 인정하지 않고 있다. 북한 역시 남한의 국가로서의 체제 자체를 부인하고 있으므로 형식적으로는 남한의 재판관할권을 부인하고 있어 남한 법원의 판결의 효력을 인정하지 않고 있다.

남북한이 분단의 현실 그 자체를 인정하고 서독과 동독이 그러하였고 대만과 중국이 그러하고 있듯이 사실상 각자의 사회질서에 위반하지 아니하는 판결에 대하여는 그 효력을 인정하는 것이 상당하다 할 것이다.

3. 남북한간의 상사법 분야 분쟁 처리방안

가. 검토의 필요성

현재까지 남북간 거래·경제협력은 소액의 물물교환방식의 직거래를 제외하고는 대부분 간접교역 내지 위탁가공교역의 형태이지만 남북간 거래는 북한의 대 중국·일본 무역에 이어 세 번째 규모이며, 향후 점진적인 직거래 전환 및 경제협력 규모의 확대가 예상된다. 남북간 거래·경제협력에 있어서의 공정한 상사분쟁해결은 한민족경제공동체 형성의 절대적인 필요조건이다.

북한의 열악한 경제기반시설로 인하여 품질불량, 물품인도지연, 대금지급지체 등 북한측의 계약불이행 가능성 상존하고, 남한기업간 무리한

경쟁적 계약체결 및 자본주의적 무역제도를 악용한 고의적 크레임 제기 등으로 대북 신뢰저하 가능성이 있으며, 특히 한반도 상황변화에 따라 북한당국의 북한내 남한측 투자자산에 대한 강제몰수·수용, 대금지급동결 등의 우려가 있어 남북투자보장협정과 함께 공정하고 상호 신뢰할 수 있는 안전장치로서 남북한 상사분쟁해결방안을 마련할 필요가 있다.

따라서 북한법제의 불합리 내지 미비점 및 남북한 관련법제의 체제조건적 상이점 등을 고려하여 북한법제를 철저히 분석한 후 예상되는 문제점에 대한 대비책을 강구하여야 한다.

남북한의 상사분쟁 규율법제는 상호 이질적인 정치·경제체제로 인한 본질적 차이가 있을 뿐만 아니라 상사관련 북한법제의 실상을 정확히 파악하기 곤란하므로 남북간 상사분쟁을 북한의 중재·재판기관에 일임할 경우 남한측 당사자에게 일방적으로 불리하여 남북경제공동체 형성에 장애요인으로 작용하고 있다.

북한의 대외경제관계법제상 외국인투자법(제22조)·합영법(제47조)·자유경제무역지대법(제42조)·대외경제계약법(제42조) 등은 제3국 중재에 관한 합의관할을 인정하고 있으나 각 시행규정에는 이에 관한 세부내용이 흠결된 경우가 있고, 합작법(제21조)·외국인기업법(제31조) 등은 제3국 중재 합의관할을 인정하는 규정 자체가 없어 법제운용상 북한측이 제3국 중재 합의를 자의적으로 배제할 우려 있다. 북한은 현재 한국기업(인)을 “해외거주동포”에 준하여 취급하고 있으나 법령상 이에 대한 명문규정이 없어 정치상황 여하에 따라 한국기업(인)을 북한의 내국기업(공민)으로 취급할 가능성이 있으므로 사전에 한국기업(인)관련 분쟁해결방안을 마련하여 철저 대비함이 바람직하다

한편, 남북한 관련법제 및 국제관행상 실현가능한 분쟁해결제도를 모색함에 있어서 그 제도에 대하여 헌법 기타 국내법상 야기되는 문제를 사전검토하여 합법적 운용방안을 마련하여야 한다.

남한제도에 의한 분쟁해결방안은 북한측의 반대와 함께 국제 관례상 분쟁해결에 관한 피신청인 소재지관할주의, 남북기본합의서 전문 및 제

1조 위반이라는 비난을 야기할 수도 있다. 또한 피신청인 소재지관할주의에 따라 북한의 국제무역중재제도에 의하거나 합의관할에 따라 제3국 중재기관 또는 국제중재기관에 의하여 분쟁을 해결하는 경우 북한의 중재기관과 북한법의 준거법성을 인정하는 결과가 되어 헌법 제3조(영토 조항), 국가보안법 제7조 제1항(반국가단체 고무·찬양·이적동조)에 의 위반여부가 문제될 가능성이 있으나, 이에 대하여 남북기분합의서상의 남북한 특수관계이론을 적용할 경우 위헌소지 등의 우려는 없다.

나. 國際商事紛爭 處理制度

(1) 분쟁처리 방법

(가) 협상(Negotiation)

분쟁당사자들이 제3자의 개입없이 직접 교섭하여 대화를 통하여 우의적으로 분쟁을 해결하는 방법이다.¹⁵⁶⁾ 제3자의 개입이 전혀 없어 철저한 비밀보장을 기할 수 있고, 분쟁해결 과정이 평화적이므로 거래가 지속될 가능성이 많아 가장 효과적인 분쟁해결 방법이나 협상에 의한 합의내용이 이행되기 전에는 미완의 분쟁해결 성격을 가지므로 장차 소송이나 중재 등 구속력 있는 해결절차를 다시 거칠 가능성이 있다는 단점이 있다.

(나) 알선(Mediation)

분쟁 당사자 일방 또는 쌍방이 제3자(알선인, 관할 행정관청, 소속협회·조합 등)에게 분쟁해결을 부탁하여 그 제3자의 개입으로 당사자들이 타협하여 분쟁을 해결하는 방법이다.¹⁵⁷⁾ 제3자는 중립적 입장에서 해결

156) 제성호, “대북투자보호 및 분쟁해결방안 연구”, 민족통일연구원, 1993, p.148.

157) 조정근, 국제상사 중재제도의 활용을 통한 남북한 교역 및 투자분쟁해결, '93 북한·

안을 마련하여 당사자들에게 권고하지만 그 권고는 당사자들을 구속하는 법적 강제력이 없고,¹⁵⁸⁾ 제3자의 개입으로 합의가 이루어진 경우 그 합의내용의 이행여부는 당사자간 신의의 문제일 뿐 법적 구속력이 없다.¹⁵⁹⁾

알선에 의한 분쟁해결은 후진국이나 일부 개발도상국에서 상당한 효과를 얻을 수 있는바, 그 이유는 첫째 후진국에서는 법보다 정부권력이 사회를 지배하며, 많은 국민이 법률에 관한 지식부족으로 자신의 권리를 정당하게 행사하기 어렵고, 둘째 행정기관이 기업에 대한 명령, 금지, 인·허가 등 광범위한 재량권을 가지므로 분쟁해결방안에 대하여도 상당한 영향력 행사가 가능하기 때문이다.

(다) 조정(Conciliation)

중재 진행 중에 있는 분쟁에 관하여 양 당사자가 동의하는 제3자(조정인)에게 분쟁해결방안(조정안)을 제시해 줄 것을 부탁하고, 조정인이 제시하는 조정안을 당사자들이 수락함으로써 분쟁을 최종 해결하는 방법이다.¹⁶⁰⁾ 조정인이 조정안을 마련하여 당사자에게 권고하면 그 권고는 당사자들을 구속하거나 강제하지 못하고 당사자가 조정안 수락 여부를 자유로이 결정할 수 있고,¹⁶¹⁾ 당사자들이 조정인의 조정안을 수락하여 일단 조정이 성립되면 그 조정 결과는 중재판정과 동일한 효력을 갖게 되어 법적 구속력이 있다.¹⁶²⁾ 중재절차 진행 중에 있는 사건이라 하더라도 중재인의 중재판정이 있기 전까지는 당사자들의 자발적 의사에 의한 분쟁해결을 도모한다는 취지에 조정제도를 두고 있는 것이다.

통일연구 논문집(Ⅱ) 남북교류협력분야, 통일원, 1993, pp.208-209.

158) 조정과 같고 중재와 다른 점이다.

159) 조정 및 중재와 다른 점이다.

160) 조정근, 전개논문, pp.209-210.

161) 중재와 다른점이다.

162) 알선과 다른점이다.

(라) 중재(Arbitration)

① 중재제도의 의의

분쟁을 법원의 판결에 의하지 아니하고 당사자간의 합의로 사인인 제3자(중재인)에게 부탁하여 구속력 있는 판정을 구함으로써 최종적으로 분쟁을 해결하는 제도이다.

② 중재계약

사법상의 법률관계에 관한 당사자간의 분쟁을 중재에 의하여 해결하겠다고 합의하는 것으로 이러한 합의에 따라 당사자로 부터 중재신청이 있어야 비로소 중재절차가 시작되며, 중재의 대상이 되는 분쟁이 발생하기 전에 당사자가 미리 합의하는 “사전중재합의”와 분쟁발생후 합의하는 “사후중재합의”가 있다.

③ 기관중재와 임시중재

기관중재는 중재절차 개시부터 중재판정에 이르기까지 중재사무를 관장하는 상설중재기관에 의하여 중재절차가 진행되는 것이며(일명 “상설중재”), 임시중재는 분쟁당사자가 스스로 중재절차를 진행·관리하는 것으로 당사자합의에 따라 기존의 국내외 중재규칙을 준용하거나 별도의 중재규칙을 만들어 그에 따라 구성되는 중재판정부가 분쟁을 해결하는 것이다.¹⁶³⁾

④ 중재제도의 장점

국제상사분쟁은 법원의 소송 보다 중재에 의하는 경우가 많은데, 중재제도는 소송과 비교해 볼 때 당사자간 합의에 의한 분쟁해결 의뢰, 우호적 분위기, 중재인의 전문성, 신속한 분쟁처리, 간편한 절차, 저렴한 비용, 비공개 심문절차에 의한 비밀보장 등의 장점이 있기 때문이다.

163) 북한에서는 “특설중재”라고 표현한다.

국제상사중재의 경우 중재절차규칙, 외국중재판정의 승인 및 집행문제 등에 관하여 각종 국제협약이 체결되어 있다.

(마) 소송(Litigation)

분쟁의 일방당사자가 법원에 제소하여 법관의 판결에 의해 분쟁을 해결하는 방법이다. 일국의 법원은 자국민 상호간 또는 국가와 자국민 간의 분쟁을 판결에 의하여 강제적으로 해결할 수는 있으나, 타 국가 관련 상사분쟁의 해결에는 부적합한 점이 많으며 국제상사분쟁의 경우 국가간의 상이한 법체계·강제집행절차 등으로 인하여 문제발생의 여지가 많고, 당사자 일방이 법정지국의 사법제도에 대하여 불신을 가질 경우 그 당사자는 소송절차에 소극적인 태도를 보여 재판진행이 지연되고 신속한 분쟁해결에 지장을 초래할 것이다.

(2) 국제중재협약

(가) 제네바의정서와 제네바협약

1920.1.10. 국제연맹 발족당시만 하더라도 국제거래에서 발생하는 분쟁을 구속력있게 해결할 수 있는 방법은 소송밖에 없었고, 소송에 적용되는 실체법의 내용 역시 나라마다 크게 차이를 보임으로써 국제상거래는 불안한 가운데 지속될 수 밖에 없었다. 이러한 문제를 해결하기 위하여 1923년 9월 24일 국제연맹이 주축이 되어 제네바에서 중재합의 계약의 효력을 인정하는 결의안을 채택하고, 각국은 자국의 실정법에 이를 수용토록 한 것이 제네바의정서(Geneva Protocol on Arbitration Clause)¹⁶⁴⁾이다.

이 제네바의정서에 의하여 체결국들은 그들의 국민간에 분쟁을 중재

164) 1924년 7월 28일 발효되었고, 전문 8개조로 구성되었다.

하는 합의(compact, agreement)는 유효하고 취소할 수 없다는데 합의하였다.¹⁶⁵⁾ 의정서는 일단 중재가 시작되면 법원소송은 중지되고, 덧붙여 각 계약국은 자국의 영토내에서 내려진 중재판정내용을 자국의 관할기관이나 자국의 법령의 규정에 따라서 집행할 것을 약속하였다.¹⁶⁶⁾

이 제네바의정서는 분쟁이 국제성을 띠고 있는 경우에도 준거법을 중재지의 법만으로 제한하고 중재지에서 내린 중재판정만이 중재지에서 집행되도록 하므로써, 사실상 국내중재판정의 집행을 보장한 것에 지나지 않았고, 외국중재판정의 집행에 대하여는 언급을 하지 않으므로 인해서 계약국에서 내린 (외국)중재판정을 집행거부할 수 있는 문제를 내포하고 있었다.

따라서 제네바의정서가 중재합의계약의 효력만 인정할 뿐 외국중재판정의 승인이나 집행을 보장하고 있지 않는 결점을 보완하기 위하여, 1927년 9월 26일 관련국가들은 “외국중재판정의 집행에 관한 제네바협약”(Geneva Convention on the Execution of Foreign Arbitral Awards)¹⁶⁷⁾을 채택하였다.

제네바협약이 체결되므로써 중재판정은 중재지법에 따라야만 집행될 수 있다고 규정한 제네바의정서 제3조는 무효화되었고, 대신 제네바의정서의 규정에 의해 유효하게 승인된 중재합의계약에 따라 중재판정된 내용은 제네바협약의 계약국 안에서는 관할 법원에 의해서 승인 및 집행되어야 한다고 규정하였다.¹⁶⁸⁾

계약국에 의하여 중재판정이 집행되기 위하여는 同협약하에서 일정한 심사가 행해져야 한다. 중재판정은 유효한 중재합의로 이루어져야 하고, 중재계약에 정하여진 방법과 그 준거법에 따라 구성된 중재판정부에 의하여 중재판정이 내려져야 한다. 중재판정은 그것이 내려진 국가에서는 종국적인 것이 된다. 그리고 중재판정 집행국의 공공질서를

165) Geneva Protocol Art. 1.

166) Geneva Protocol Art. 3.

167) 전문 11개 조문으로 구성된 이 협약은 일명 “제네바협약”이라 부르며, 1929년 7월 25일 발효되었다.

168) Geneva Convention Art. 1.

침해해서도 안된다.

중재판정이 중재지의 법령에 의해서 무효로 되었거나, 당사자에게 중재절차진행통지를 하지 아니하였거나 대리인이 정당하게 선임되지 아니하였거나, 또는 중재판정의 내용이 중재합의의 범위를 벗어났을 경우, 중재판정은 승인 및 집행은 거부된다.

한편, 이 협약의 약점으로 지적할 수 있는 것은 다음과 같다. (1) 제네바의정서와 제네바협약 둘 모두를 비준한 국가의 관할권에 구속되는 서로 다른 나라의 당사자간의 분쟁에만 이 협약이 적용된다는 점, (2) 협약체약국이 아닌 국가에서 내려진 판정의 집행이 부인되는 점, (3) 이 협약의 비준·폐기 또는 변경에 관한 서류관리 및 통지 등에 관한 제반 사무의 관장은 국제연맹 사무총장이 하도록 되어 있었으나, 1946년 국제연맹이 해체되어 현재 이 협약을 사무관장하는 기관이 없다는 점을 들 수 있다.

(나) 뉴욕협약

미국이 제네바의정서와 제네바협약에 가입을 위한 서명조차 하지 않으므로써 이미 가입서명까지 했던 국가들도 비준을 미루어 오던 중 1946년 국제연맹이 해체되었다. 이에 따라 제네바의정서와 제네바협약은 본래의 취지를 자연히 잃어가고 있었고, 새로운 국제상사중재에 관한 범세계적인 통일의 필요성이 증대되고 있었다.

국제상업회의소(ICC)는 이러한 필요성에 부응하여 국제적으로 중재계약의 적용범위를 확장시키는 동시에 외국중재판정의 승인 및 집행에 관한 요건을 분명히 하여 외국중재판정의 승인과 집행을 훨씬 단순하고 효과적으로 구할 수 있는 방법을 규정함으로써 중재제도가 국제상사분쟁해결에 실질적으로 이용될 수 있도록 기존의 제네바의정서와 제네바협약을 개정하는 초안을 마련하였다. 1953.5. 국제상업회의소는 국제연합경제사회이사회에 국제중재판정에 관한 협약 초안을 제출하였다.

1958.5.20.에서 6.10.까지 뉴욕의 국제연합본부에서 개최된 유엔총회

에서 「외국중재판정의 승인 및 집행에 관한 협약(Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards)」을 탄생시켰다. 이 협약을 일명 “뉴욕협약”이라고 부른다.

한국은 1973.2.8. 이 협약에 相互主義(reciprocity)留保와 商事留保(commercial reservation)를 선언하고 가입서명하여 같은 해 5월 9일부터 발효시켰다.

(다) UNCITRAL 표준중재법 및 중재규칙

UN국제무역법위원회(United Nations Commission on International Trade Law: UNCITRAL)는 국제무역구조와 그 변화에 상응하는 통일입법의 종합추진기구로서 1966년 유엔총회의결에 따라 창설되었다.¹⁶⁹⁾

UNCITRAL 중재규칙은 1976.4.26. UNCITRAL 제9차 회기에서 채택한 41개 조문의 중재규칙이다. 이 규칙은 자본주의국가와 사회주의국가, 개발도상국과 선진국 그리고 불문법계 국가와 성문법계 국가에 소속된 사기업간의 상사분쟁을 해결하는데 널리 이용되도록 범세계적 사용을 위해 제정된 것이 특징이다.¹⁷⁰⁾ 그러나 UNCITRAL 중재규칙은 기관중재보다는 임시중재에 더 적합하고, 중재인선정이나 중재절차진행을 지연시킬 수 있는 소지가 있어 성문법계 국가들로부터 호응을 얻지 못하고 있는 실정이다.

한편, UNCITRAL은 1979.7.의 제12차 회기에서 범세계적으로 이용할 수 있는 국제상사중재법의 제정을 추진하여, 1985.6.3.부터 21.까지 비엔나에서 개최된 UNCITRAL 제18차 회기에서 「UNCITRAL 표준국제상사중재법(UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration)」을 채택하였다. 이 법안은 1985.12.11. 제112차 유엔총회에 넘겨졌다. 유엔총회에서는 각국의 정부가 이 법안을 심사숙고하여 국제적 중재법의 통일화를 달성할 수 있도록 권고하는 결의문을 채택하였다.

169) 고준환, 국제거래법론, 경진사, 1987, p.26.

170) 신한동, 상사중재실무, 신영사, 1993., p.175.

이 때까지만 해도 뉴욕협약의 가입을 거부하고 중재제도에 미온적인 태도를 보여오던 캐나다는 뉴욕협약에 가입함과 동시에 1986년 최초로 UNCITRAL 표준국제상사중재법을 수정없이 그대로 국내법에 수용함으로써 국제적인 상사중재법의 통일화에 나섰다.¹⁷¹⁾

(라) 워싱턴협약

오늘날 국제거래는 유형의 상품 뿐만 아니라 무형의 기술, 용역, 정보, 경영, 천연자원의 이용, 공장건설 등의 투자거래도 그 대상이 되고 있다. 따라서 해외에 유형이나 무형의 자본을 투자하는 경우 투자자는 자신의 투자자산을 어떻게 보호할 것인가 하는 것이 매우 중요한 문제로 등장하게 된다.

국제간의 자본이나 기술의 투자거래를 촉진시키기 위하여 상호투자보호협정을 체결하고는 있지만, 투자와 관련된 분쟁이 발생하게 되면 그 분쟁은 복잡다기하게 얽히게 되어 상호투자보호협정으로는 효과적인 해결을 기대하기 어렵다. 또한 투자, 기술이전 그 외의 유사한 국제거래는 상업적 행위에서 제외된다고 하는 법원의 편협한 견해로 인하여 私人的 對外國인투자는 위축될 수 밖에 없었다.¹⁷²⁾

이에 따라 미국 국제법학회(American Society of International Law)는 1961년 연차총회에서 국가와 외국私企業간의 중재에 관한 국제적 협정체결의 필요성을 토의하였다. 외국민간투자의 촉진을 위한 안정책으로 투자분쟁은 중재로 해결하는 것이 바람직하며, 관련 중재절차업무를 담당할 기관은 세계은행으로 하자는데 의견의 일치를 보았다. 그리하여 세계은행이사회는 수차례 걸친 협의를 가졌고 1963. 10.에 워싱턴 협약의 초안을 마련하였다.

이 초안은 국제상업회의소를 비롯한 기타 유수의 전문기관으로부터 의견을 수렴한 뒤, 1966.10.14. 국제부흥개발은행(IBRD)의 부설기구로서

171) *ibid.*, p.153.

172) *ibid.*, p.170.

“투자분쟁의 해결을 위한 국제본부(International Center for Settlement of Investment Disputes: ICSID)를 설치하여 투자분쟁에 관한 조정과 중재를 담당토록 하였다. ICSID의 사건관할권은 1965.3.18. 워싱턴에서 채택되고 1966.10.18.에 발효된 워싱턴협약¹⁷³⁾에 근거하고 있는 분쟁당사자의 합의에 의한 위임이 있을 때에 발생한다. ICSID는 개인당사자간의 분쟁에는 관할권을 갖지 않는다.¹⁷⁴⁾

한국은 이 협약에 1966.4.18. 가입서명하고 1967.2.21. 비준하였으며, 같은 해 3월 23일 발효되었다. 그러나 북한은 아직 이 협약에 가입하고 있지 않다.

다. 分斷國 制度의 檢討

(1) 舊 東西獨間의 商事紛爭處理制度

(가) 舊 東西獨間 去來·經濟協力 實態

동·서독간 교역은 1951.9.20. 체결된 베를린협정(1960.8.16 개정)을 근거로 진행된 이래 1990.5.18. 화폐·경제·사회통합에 관한 국가조약(Staatsvertrag)을 체결할 때까지 위 베를린협정이 동·서독 교역의 기본규범이 되었다. 1972년 내독거래의 청산방법으로 VE(Verrechnungseinheit)라는 청산단위를 사용하기로 합의하여 1VE = 서독 1 DM = 동독 4 Mark로 고정시켰다.

동·서독간 교역은 국가간 거래가 아닌 내독거래로서 무관세조치 등이

173) 국가와 타국국민간의 투자분쟁 해결에 관한 협약(The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of other States).

174) 장복희, 국제상사중재에 관한 연구, 박사학위논문, 연세대학교 대학원, 1993., p.205 : ICSID Convention Art. 25(1): "its Centre has jurisdiction over any legal dispute arising directly out of investment, between a Contracting State... and a national of another Contracting State. which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre."

취해졌고, 1951년 서독이 GATT 가입시 회원국들로부터 동·서독 교역에서의 관세면제보장이라는 특별한 지위를 인정받았다. 특히 GATT 가입의정서에 내독간 경제교류의 특수성을 명시함으로써 동서독간 교역을 최혜국대우 규정(GATT 제1조)의 예외로 인정받았다. 이처럼 동·서독간 교역은 주권국가 상호간의 경제교류와는 다른 성격을 띠고 있었으나 실제로는 상이한 법체계를 가진 별도의 국제법 주체간의 교류라는 점에서 국가간의 교역과 유사한 맥락하에 진행되어 왔다.

(나) 統一前 東西獨間의 商事紛爭處理

① 舊東獨의 仲裁裁判所 制度 活用

1954.7. 동독 대외무역위원회(Aussenhandelskammer)에 중재재판소(Schiedsgericht)가 설치되어 동독의 대외무역기업과 서독을 포함한 자본주의국가 기업간의 상사분쟁을 다수 처리하였다.¹⁷⁵⁾ 1989. 6.까지 총 8,943개의 중재사건을 처리하였는데, 그 중 서독의 기업이 당사자였던 사건은 609건이었다.¹⁷⁶⁾

위 중재재판소 제도는 강제화해절차 전치주의를 채택하여 동 재판소 사무총장에 의한 화해·조정절차를 거친 후에 민사소송법상의 분쟁해결절차가 개시되도록 하였다. 동독은 서독과 마찬가지로 뉴욕협약, 워싱턴협약 등 여러개의 국제상사중재협약에 가입하였다.

② 隨時仲裁裁判部(ein ad hoc Schiedsgericht) 制度

동·서독 당사자가 계약체결시 합의한 내용에 따라 수시중재재판부를 구성하여 상사분쟁을 해결한 경우가 있다.

수시중재재판부 구성을 보면 각 당사자가 1명씩 중재인을 선정하고 그 중재인 2명이 재판장이 될 중재인을 선출한다. 위와같은 방법으로 일정기간내 중재재판부 구성이 완료 되지 않으면 오스트리아의 비인

175) 법무부, 북한법의 체계적 고찰(III), 서울, 1997.12., p.305.

176) 대한상사중재원, 남북상사중재제도의 법적 문제점 및 대응방안, 서울, 1994. 12., p.22.

(Wien) 소재 상업회의소(Bundeskammer für gewerbliche Wirtschaft) 의장이 중재인을 선정한다. 준거법은 오스트리아법으로 하고, 중재절차 규칙은 비인(Wien) 소재 상업회의소 중재규칙에 따른다. 중재판정은 중국적이며, 양당사자에 대하여 구속력·집행력이 있다.¹⁷⁷⁾

(다) 國家條約에 의한 東西獨 共同의 仲裁裁判所 制度

1990.5.18. 체결된 동·서독간 화폐·경제·사회통합에 관한 국가조약 제7 조는 동 조약의 해석과 적용에 대한 분쟁을 해결하기 위해 중재재판소를 설치하도록 규정하였다. 위 중재재판소는 통일을 지향하는 과도적 연합단계에서 동·서독간의 분쟁해결을 목적으로 하는 기구였다.¹⁷⁸⁾

중재재판소는 1명의 재판장과 4명의 재판관으로 구성되는데 동·서독 정부가 각각 2명의 재판관을 임명하고 재판장은 쌍방 합의로 임명하되 합의가 이루어지지 않을 경우 EC법원의 재판소장에 의해 임명된다. 중재재판소에 대한 일반규정인 국가조약 부속의정서 VIII에는 중재재판소 소재지, 중재신청 기한, 중재재판 소집, 중재재판의 의결정족수 및 다수결 원칙에 의한 결정, 증거조사 기타 심리절차, 중재판결의 형식, 중재판결의 최종적 구속력, 중재재판소 재판부 구성원의 면책특권, 재판관들의 보수 수령 및 동서독의 비용분담에 관하여 규정하였다.

(라) 統一條約에 의한 舊東獨 仲裁節次規定의 限時的 存置

통일당시 동독지역에서 종결되지 아니한 중재절차에 대하여는 독일연방의 민사소송법 대신 1975.12.18 제정된 동독의 중재재판규정(Verordnung ueber das schiedsgerichtliche Verfahren)을 계속 적용(통일조약 부속의정서 I 제3장 A부문 제3절 5.의 1.항 참조)하도록 규정하였다.¹⁷⁹⁾

177) 법무부, 전게서, p.306.

178) Ibid., p.306.

179) 대한상사중재원, 전게서, p.23.

(2) 中國의 海峽兩岸 商事紛爭處理制度

(가) 協商 및 調停 優先原則

대만투자자와 중국의 성, 자치구, 직할시의 공사·기업경제조직·개인간에 발생한 투자관련분쟁은 당사자간의 협상 또는 조정을 통하여 해결(중국의 대만동포투자보호법 제14조, 대만동포투자장려에 관한 규정 제20조)하는 것을 원칙으로 한다.

현재 양안간 경제무역교류중 발생하는 분쟁해결절차에 관하여 양안 모두 법제화되어 있지 아니한 실정이며, 학설상으로는 쌍방이 각자 일방적인 분쟁해결절차규정을 마련하는 방안과 쌍방의 '양안 경제무역 분쟁처리를 위한 공동협정'을 체결하는 방안 등이 주장되고 있다.¹⁸⁰⁾

현재 홍콩에서 민간기구인 대만의 “海峽兩岸商貿協調會”와 중국의 “海峽兩岸經貿協調會”가 설립되어 분쟁처리 역할을 하고 있다. 중국의 “海峽兩岸經貿協調會”는 1989년 홍콩에서 양안간의 경제무역교류와 협력의 안전을 보장하기 위하여 경제무역활동 중 발생하는 분쟁의 신속하고 효과적인 조정해결을 목적으로 설립된 단체로서, 대만의 “海峽兩岸商貿協調會”와 연합회를 결성하여 각 협조회에 4개의 전문위원회(調解仲裁, 法律諮問, 工商諮問, 商標專利)가 설치하고, 그 중 “조해중재위원회”에서 분쟁의 조정해결업무 담당하고 있다.

각 회사·기업이나 개인이 양안 당사자간의 계약 또는 계약과 관련된 사항에 대하여 분쟁이 발생한 경우에 분쟁당사자가 양 협조회에 조정을 신청하면 양 협조회가 공동제정한 “調解(調整)規則”에 의거하여 각 협조회에 미리 선정되어 있는 조정위원들이 조정을 담당하고 있다. 쌍방 당사자 사이에 조정협약이 이루어지면 調整解決書를 작성하고, 조정의 결과는 양 당사자에게 구속력을 가지며, 비용은 쌍방이 균등 부담한다.¹⁸¹⁾

180) 范忠信, 兩岸經貿關係法制化問題芻議, 常征 外 1人 主編 ‘海峽兩岸關係的法律探討’, 中國 成都, 四川大學出版社, 1992.9. pp.155~156.

(나) 仲 裁

당사자가 협상 또는 조정을 원하지 않거나 협상 또는 조정이 성립되지 않는 경우 계약서상의 중재조항 또는 사후의 서면중재합의에 의하여 중재신청을 할 수 있다. 중재신청을 할 수 있는 중재기구에 대하여 대만동포투자장려에 관한 규정은 “대륙 또는 홍콩의 중재기구”로 한정하고 있으나 대만동포투자보호법은 단순히 “중재기구”라고 규정함으로써 제3국 또는 대만의 중재기구에 중재신청하는 것도 허용하는 것으로 해석할 여지가 있다.¹⁸²⁾

중국의 중재제도는 국내중재와 국제중재(섭외중재)로 구분되고, 대만 관련경제분쟁은 일반적인 섭외경제무역분쟁과 동일시하여 섭외중재기구가 섭외중재절차에 의해 처리한다. 계약당사자는 분쟁해결의 준거법을 선택할 수 있으며, 대만법을 준거법으로 선택할 수 있는지 여부에 대하여는 확실치 아니하다. 중국은 1987년 뉴욕협약에 가입하여 외국의 중재판정에 대한 승인과 집행을 보장하고 있다.

(다) 訴訟의 提起

계약서상 중재조항이 없고 사후에도 서면에 의한 중재합의가 이루어지지 않는 경우 중국의 인민법원에 제소하는 방법이 있다. 현재 대만관련경제사건은 중국의 중급법원(우리나라의 고등법원에 해당)이 1심법원으로 관할하고 있다.

실체관계에 적용될 준거법은 1차적으로 중국의 섭외경제계약법 및 대외무역관련법률이고, 당사자가 국제관례를 적용하기로 약정한 경우에는 법원이 국제관례를 따른다. 당사자가 대만법률을 준거법으로 선택하는 것은 허용되지 않고 있다.

181) 법무부, 중국과 대만의 통일 및 교류협력법제, 서울, 1995.10. p.232

182) Ibid. pp.232~233.

라.北韓의 商事紛爭解決制度 分析

(1) 北韓法制 概觀

(가) 北韓의 仲裁制度 概要

북한의 중재제도는 ‘國家仲裁’와 ‘國際貿易仲裁’의 두 가지가 있는데 양자는 전혀 별개의 제도이다. ‘국가중재’는 자유민주주의국가에서의 중재제도와는 완전히 다른 개념으로 ① 개인이 아닌 사회주의적 소유조직(경제기관·기업소·단체)이 인민경제계획을 수행하는 과정에서 발생하는 상호간의 분쟁을 국가의 중앙집권적 명령과 지시 절차로 해결하는 재판활동이며, 아울러 ② 사회주의적 소유조직이 인민경제계획에 기초하여 체결된 계약을 준수하여 계획의 목표를 달성할 수 있도록 지도·감독하는 행정활동을 의미한다.

국가중재재판(약칭: ‘중재재판’)과 민사재판은 여러측면에서 차이가 있다. 민사재판은 주로 개별적 공민이 당사자가 되어 민법상·가족법상 분쟁이 심리되지만, 중재재판은 경제기관·기업소·단체만이 당사자가 될 수 있고 심리대상도 인민경제계획수행과정에서 제기되는 계약과 관련된 분쟁에 한정된다. 민사재판을 담당하는 판사와 參審員은 각급 인민회의의 선거에 의해 선출되지만, 중재재판에서 분쟁을 심리해결하는 仲裁員(裁決員)은 국가에 의해 임명된다. 민사재판의 1심 심리는 판사 1명과 인민참심원 2명으로 구성된 재판부에서 하지만, 중재재판은 1명의 중재원(재결원)이 심리하고 인민참심원은 참가하지 않는다. 민사재판은 2심제도로 되어있지만, 중재재판은 심급제도가 없이 각 도(직할시)에 설치된 중재기관의 재결로 종결되고 중앙중재기관은 도(직할시) 중재기관의 재결에 대한 재심업무만 담당한다. 북한의 중재원(재결원)은 분쟁사건에 대한 심리 외에 경제기관·기업소 등의 인민경제계획 및 관련법규 준수집행 여부를 검열·감독하는 역할도 한다.

북한에서 대외무역업무를 담당하는 기관·기업소·단체를 “무역상사” 또는 “무역회사”라고 하며, ‘국제무역중재’는 「북한의 무역상사와 외국기업(인) 사이에 무역계약의 이행 등과 관련된 분쟁 및 외국인투자와 관련된 투자당사자 사이의 분쟁을 해결하는 국제무역중재기관의 활동」을 의미한다. 이는 자유민주주의국가에서의 일반적인 국제중재개념과 거의 일치하며, 북한의 무역상사와 외국기업(인)간의 무역분쟁에 관하여 앞서 말한 북한의 국가중재기관이 관여할 여지는 거의 없다.

(나) 北韓의 國際商事紛爭解決制度

① 北韓法上の 國際商事紛爭 概念

국제상사분쟁이라 함은 북한의 무역상사가 외국기업 또는 외국인과 체결한 무역계약의 이행과 관련하여 발생하는 분쟁(북한 사회과학원 법학연구소, 「법학사전」, 제82면)을 말한다. 북한의 대외경제활동으로 이루어진 무역·투자·서비스 등 전반적인 대외경제계약의 체결, 이행, 양도, 변경, 취소와 관련된 분쟁(북한 「대외경제계약법」 제2조, 제42조)도 이에 속한다.

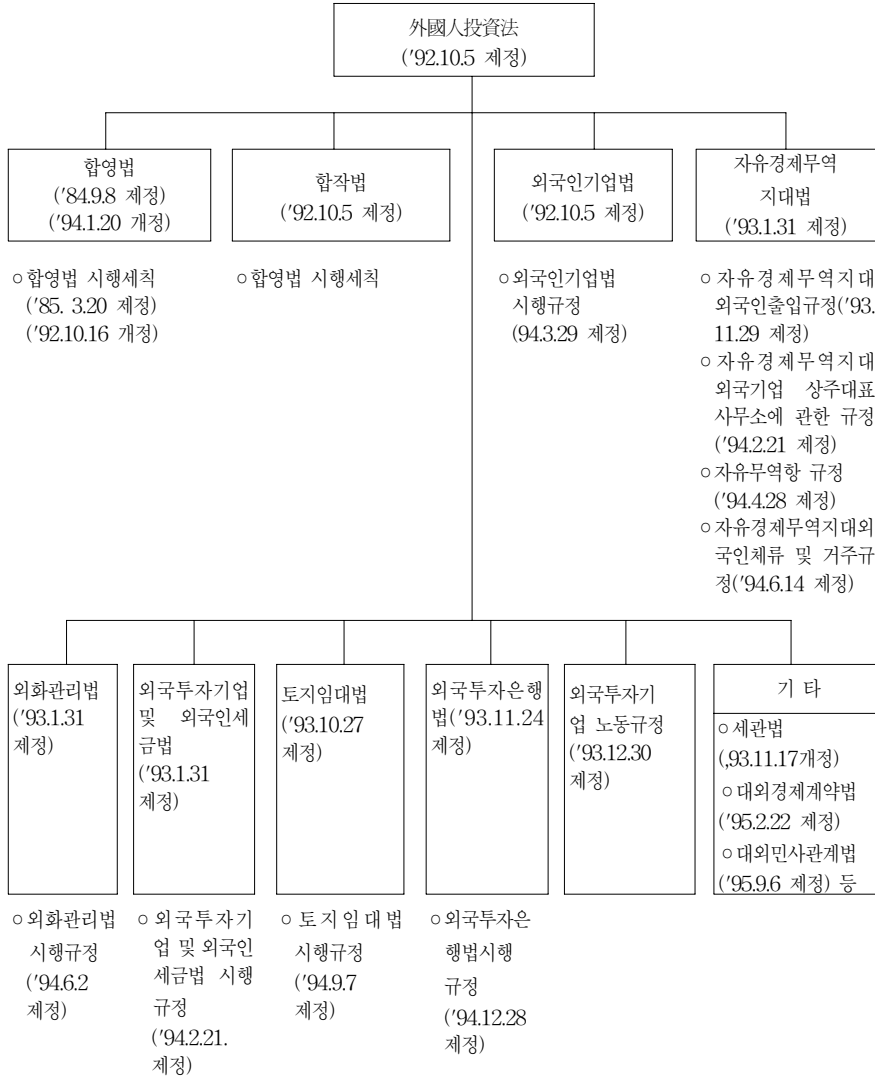
외국인투자와 관련된 투자계약당사자 사이의 분쟁(북한 「외국인투자법」 제22조)은 그 범위에 포함된다. 외국인투자기업은 북한법상 국내법인에 해당하나 외국인투자기업이 북한의 다른 경제기관, 기업 등과 계약을 체결하고 이를 이행하는 과정에서 발생하는 법적 분쟁도 대외경제중재법에 의하여 해결하도록 규정하였다(동법 제2조, 제4조).

② 北韓法上の 國際商事紛爭 解決方法

㉠ 關聯制度 概要

북한에서 국제상사분쟁이 발생한 경우 이를 해결하는 방법은 ① 북한의 통상의 재판기관에 의한 해결, ② 북한의 국제무역중재기관에 의한 해결, ③ 제3국의 중재기관에 의한 해결 등이 있다.

<표 III-1> 북한의 외국인 투자관련 법제



1970년대까지만 해도 북한은 대외경제부문을 사회주의 경제건설에 필요한 외화 획득을 위한 보조수단으로 간주하고 그 기능과 역할에 극히 소극적이고 한정적인 의미만을 부여하여 왔으나, 1990년대에 들어 기존의 자립 경제정책만으로는 심각한 경제난을 타개해 나갈 수 없게 되자 ‘사회주의 경제건설에서 일대 양양을 일으키는 혁명적 방침’으로서 ‘무역제일주의’를 채택하고 개혁·개방정책을 추진함으로써 정책방향을 일단 선회하였다. 그 정책수행의 일환으로 북한은 1991.12.28. 정무원 결정 제74호로서 라진시의 14개 동·리와 선봉군의 10개 리를 포함하는 62km²를 ‘자유경제무역지대’로 지정하면서 자유경제무역지대에서의 합영·합작·외국인단독기업을 허용하는 한편, 다른 나라 사람들이 투자한 자본과 재산, 기업운동을 통하여 얻은 소득과 기타 소득을 법적으로 보호한다고 발표하였고,¹⁸³⁾ 이어 1992.12.에는 종래 정무원 산하의 ‘무역부’와 ‘대외경제사업부’를 통합하여 ‘대외경제위원회’(위원장 이성대, 부위원장 김정우, 리성록)를 신설하면서 그 산하에 반민반관(半民半官) 단체적 성격을 가진 ‘대외경제협력추진위원회’(위원장 위 김정우)와 ‘국제무역촉진위원회’(위원장 위 리성록) 및 남한 기업인들에 대한 방북 초청장 발급 등 민간차원의 남북경협창구역할을 담당하는 ‘고려민족산업발전협회’등을 두고 비교적 꾸준히 무역확대 및 개혁·개방정책을 추진하여 왔다.¹⁸⁴⁾ 또 최근에는 ‘고려민족산업발전협회’가 해체되면서 그 업무가 ‘대외경제협력추진위원회’ 산하의 ‘대외경제협력총국’(총국장 림태덕), ‘조선삼천리총회사’, ‘조선광명성총회사’ 등으로 이관되었고, ‘대외경제협력총국’도 남한기업의 대북투자유치업무를 담당하는 ‘민족개발지도국’, 대외적으로는 ‘조선경제개발총회사’라는 명칭을 사용하면서 자유경제지대에 대한 투자유치업무를 담당하는 ‘나진·선봉지도국’, 조총련과의 제반 합영·합작사업을 총괄하는 ‘국제합영국’, 남한과 조총련을 제외한 다른 외국기업 등과의 합영·합작사업을 추진하는 ‘국제협력국’으로 각각 분화되었다. 그 외 ‘대외경제위원회’ 산하의 ‘북남경제교류협력국’도 남한측 기업의 대북투자업무를 총괄하고 있다고 한다.¹⁸⁵⁾

183) 조선민주주의인민공화국 대외경제협력추진위원회, 『황금의 삼각주 라진·선봉 법규집(1), (2), (3)』, 1993, 1994.

184) 통일원 정보분석실, 『주간 북한동향』 제233호(1995.6.11.~6.17.), p.53 이하.

1992.2월경. 북한이 ‘새로운 무역체제’라는 기치하에 정무원의 각 위원회, 부, 도 행정단위뿐만 아니라 인민무력부, 국가보위부 등 무역업무와 관련 없는 기관에도 무역상사를 설치하여 대외무역을 독려하여 왔다고 한다.

북한은 대외무역을 담당하는 기구의 체제 및 구체적인 무역회사의 조직에 대한 정보를 통제하고 있어 대외무역 체제에 대한 정확한 내용을 알 수 없으며, 기존의 무역체제도 필요에 따라 수시로 변경·소멸시키고 있어 일률적으로 북한의 무역체제구조를 단언할 수 없다.

북한은 1990년대부터 대외경제부문에서 적극적인 개혁·개방정책을 추진하면서 외국인투자에 관한 분쟁이 발생한 경우 이를 해결하는 방법을 외국인투자법 등 각종 외국인 투자관련법령에 명시하고 있는데, 각 법령에 규정된 분쟁해결방법이 통일되어 있지 않다. 북한의 외국인투자관련법상 분쟁해결기관의 하나로 명시된 “중재기관”은 ‘국가중재기관’이 아니고 ‘조선국제무역중재위원회’를 의미하는 것으로 보인다.

<표 III-2> 北韓의 外國人投資關聯法上 紛爭解決方法

關聯法 區 分	外國人投資法 (제22조)	合營法 (제47조) 施行細則 (제10장)	合作法 (제21조)	外國人企業法 (제31조) 施行規定 (제79,80조)	自由經濟貿易地帶 法(제42,43조) 自由貿易港規定 (제28조)	對外經濟 契約法 (제42조)
適用對象	합영기업, 합작기업, 외국인기업	합영기업	합작기업	외국인 기업	자유경제무역지대 안에 있는 합영·합 작·외국인기업	무역·투자·서비 스 관련 외국투 자기업
規定內容 (紛爭解決 方法)	○당사자 협의 ○북한의 재판 기관 또는 중 재기관	○당사자 협의 ○북한의 재판 기관 또는 중 재기관	○당사자 협의 ○북한의 재판 기관 또는 중 재기관	○당사자 협의 ○북한의 재판 기관 또는 중 재기관	○당사자 협의 ○북한의 재판 기관 또는 중 재기관	○당사자 협의 ○중재
第3國仲裁 許容與否	허 용	허 용	불 가	불 가	허 용(?)	허 용
法制定日	'92.10.5	'84.9. 8	'92.10.5	'92.10.5	'93.1.31	'95.2.22

185) 1995.6.26.자 중앙일보 p.12, 1995.7.10.자 한국일보 p.12.

㉔ 北韓의 裁判機關에 의한 紛爭解決

1994년에 전면개정된 북한 민사소송법(제6조)은 외국투자기업 또는 외국인에게 통상의 재판기관에 의한 민사소송의 주체로서의 지위를 명백히 인정하고 있다. 따라서 분쟁의 당사자 일방이 북한의 재판기관에 소를 제기하면 통상의 민사소송절차에 따라 분쟁해결 가능하다.

㉕ 北韓의 國際貿易仲裁機關에 의한 紛爭解決(貿易仲裁)

무역중재절차 관련규정으로는 「조선국제무역촉진위원회 소속 무역중재위원회에 관한 규정」(56.11.24 시행), 「조선민주주의인민공화국 소속 중재위원회에 있어서의 사건처리규정」(56.11.24 시행), 「중재심문규칙(Rules of Hearing)」(89.1.4 제정), 「대외경제중재법」(99.8. 제정) 등이 있다.

무역중재기관은 북한의 상설적 상사관련 중재기관으로서 무역·투자·봉사와 관련한 분쟁을 담당하는 “조선국제무역중재위원회”와 해상수송, 해난구조, 공동해손 같은 분쟁을 담당하는 “조선해사중재위원회”가 설치되어 있다. 각 중재위원회는 위원장, 부위원장, 서기장, 위원들로 구성되며, 위원장, 부위원장, 서기장이 중재위원회 업무를 담당한다.

중재심리대상은 조선국제무역중재위원회의 경우 외국과의 무역거래(상품구매계약·판매계약·위탁계약 등)와 관련된 분쟁, 외국인투자관련 투자당사자 사이의 분쟁, 무역·투자·서비스 등 전반적인 대외경제계약의 체결·이행·양도·변경·취소와 관련된 분쟁 등을 들 수 있다.

중재제기요건을 보면, 중재는 분쟁당사자들간에 서면상 중재합의가 있는 경우에 진행되며, 중재합의는 계약체결시 중재조항을 포함시키거나(사전 중재조항) 분쟁발생 후 별도로 중재 계약을 체결하는 방법으로(사후 중재합의) 이루어진다. 중재합의가 있는 경우 당사자 일방이 조선국제무역중재위원회 또는 조선해사중재위원회에 중재신청서를 제출함으로써 중재절차 개시된다.

중재재판에 있어 재결원(우리 중재법상 중재인에 해당)의 수(1인 또

는 3인)에 대하여 당사자간 합의가 이루어지지 않으면 중재위원회가 결정한다. 분쟁을 심리할 재결원은 분쟁당사자들이 재결원 명단에서 선정하고, 분쟁당사자들이 정해진 기간안에 재결원을 선정하지 못하였을 경우에는 중재위원회가 선정한다.

중재사건심리는 원칙적으로 비공개되지만 당사자 요구에 따라 비공개도 가능하다. 중재심리에는 당사자 외에 대리인도 참여 가능하며, 중명에 대한 검사방법과 평가에 대하여 법에는 아무런 제한이 없다.

재결원협의회(우리 중재법상 중재재판부에 해당)는 다수결로 재결을 채택하고 재결서에 각자 서명함으로써 재결문을 작성한다. 중재재결에 대하여 의견이 있는 분쟁당사자는 6개월내에 해당 재판기관에 재결취소청구를 할 수 있다. 중재심리 중 당사자 쌍방이 분쟁에 관한 합의를 하면 재결원(또는 재결원협의회)은 심리를 중지하고 사건 기각 결정을 한다. 분쟁당사자는 재결문에 지적된 기간안에 자기의 의무를 이행하여야 한다. 분쟁당사자가 의무를 기한내에 이행하지 아니하거나 불성실하게 이행할 경우 상대방 당사자는 그가 거주하고 있거나 집행하여야 할 재산이 있는 지역의 재판기관에 해당 재결집행을 신청할 수 있다. 재결에 따라 집행하여야 할 재산이 외국에 있을 경우에는 다른 나라 재판기관에 재결의 집행을 의뢰할 수 있다.

㉔ 第3國의 仲裁機關에 의한 紛爭解決

분쟁 당사자들 사이에 합의가 이루어지면 제3국의 중재기관에 분쟁 해결을 의뢰할 수 있다. 제3국으로는 북한과 같은 공산권국가인 중국의 중재기관이 이용될 가능성이 제일 많고, 그 외에 러시아·일본 등도 고려할 수 있다.

(2)北韓法制上の問題點 分析

(가)南韓企業(人)의 法的地位

북한은 현재 대외경제분야에서 실무상으로는 남한기업(인)을 “해외거주동포”에 준하여 취급하고 있으나 법령상 이에 대한 명문규정이 없다. 따라서 향후 남북간 정치상황의 변화에 따라 남한기업(인)을 북한의 내국기업(공민)으로 취급하여 외국인투자관련법령상의 해외거주동포 투자자들을 위한 특별보호조치에서 배제될 가능성이 있다.

(나)北韓의 裁判機關에 의한 紛爭解決

북한의 민사소송절차는 전반적으로 정치사상적·인민재판적 성격과 직권주의적 요소를 많이 안고 있어 외국 소송당사자로서는 북한 재판기관에 의한 정당한 권익보호를 기대하기 어렵다. 북한의 재판소구성법 제1조는 동법이 조선로동당의 정치적 보위자이고 프로레타리아독재의 무기임을 천명하고 있어 북한 재판제도의 성격을 단적으로 드러내고 있다. 북한의 재판기관의 재판부는 인민의회에서 선출되는 판사와 인민참심원으로 구성되므로 복잡다기한 무역분쟁을 해결할 전문지식이 없다는 것도 큰 문제점이다.

1994.5.25 전면개정된 북한 민사소송법은 외국인 등에 대한 소송주체성을 인정하는 명문규정(제6조)을 설치함과 아울러, 구법에서 재판활동의 기준으로 제시한 ‘공화국 법’이라는 용어를 ‘법’이라는 용어로 대체함으로써 외국법의 法源性과 準據法性을 인정하는 근거를 마련하였다. 그러나 아직도 일부 규정(법 제126조)은 ‘공화국 법’이라는 용어를 그대로 사용하는 등 입법의 통일성 결여되어 있다.

남북한은 서로 상대방을 외국으로 보지 아니하므로 남한기업이나 남한법이 북한에서 외국기업 또는 외국법으로서의 소송주체성과 준거법성을 인정받을 수 있는지 의문이며 남북교류가 활성화되기 위하여 북

한법상 명확히 할 필요가 있다.

한편 북한은 1995.9.6 “대외민사관계법”을 제정하여 북한의 국내법인·공민과 외국기업·외국인 사이의 대외민사관계(재산 및 가족관계)에 적용할 준거법 지정 및 기타 민사분쟁해결절차에 관한 일반 규정을 마련하였다. 위 “대외민사관계법”은 북한지역에서의 국제상사분쟁을 재판 또는 중재절차에 의하여 해결할 때 섭외사법으로서 중요한 역할을 할 것으로 보인다.

(다) 北韓의 國際貿易仲裁機關에 의한 紛爭解決

북한사회의 폐쇄성으로 인하여 중재제도에 관한 중재법 관련 절차규정 원문이 국내에 입수되지 않아 북한 중재제도의 정확한 실상을 파악하기 어렵다. 북한에는 대외경제중재법의 제정과 함께 절차규정인 중재규칙이 제정되었다고 하나, 현재 국내에는 1989년 북한의 국제무역촉진위원회에서 제정한 영문으로 작성된 중재심문규칙(Rules of Hearing)만 입수되어 있는데, 영문번역에 대한 우리나라의 용어가 북한에서 실제로 사용되는 표기와 다를 수 있어 정확한 해석이 곤란할 뿐 아니라 중재심문규칙의 내용도 국제 상관습과 배치되는 점이 많다.

북한의 조선국제무역중재위원회의 분쟁해결능력은 물론 중재심리절차의 공정성이 전혀 검증된 바 없다. 더구나 중재판정에 대하여 절차적인 측면에서 뿐만 아니라 실제적인 내용에 대하여도 다룰 수 있는 것처럼 규정되어 있어 분쟁의 중국적·최종적 해결이라는 이념에 어긋난다.

중재판정의 집행에 대하여도 재판기관에 재결집행을 신청할 수 있다는 규정이외에 아무런 규정이 없어 실제로 어떤 절차로 집행될지에 관하여는 북한당국에 전적으로 일임되어 있어 그 구체적인 내용을 알 수 없는 상황이므로 국제상사분쟁을 위 중재위원회에 일임한다는 것은 바람직하지 않다.

(라) 第3國의 仲裁機關에 의한 紛爭解決

제3국에서 중재절차가 진행됨에 따라 언어상의 장애, 원거리 이동비용, 시간소요 등 불편한 점이 많고, 민족내부거래상의 분쟁을 제3국에 의해 해결하려고 하는 것은 자주성을 상실한 것이라는 비난이 야기되기 쉽다. 북한은 외국중재판정의 승인 및 집행을 위한 국제중재협약에 가입하고 있지 않으므로 현실적으로 제3국에서 중재절차가 진행되어 중재판정이 내려지더라도 그 판정의 북한내 집행력이 보장되지 않는다는 문제가 있다.

(3) KEDO·北韓間 輕水爐供給協定上의 紛爭解決制度

(가) 檢討의 必要性

대북 경수로 지원사업이 국제법상 법인격체인 KEDO라는 국제컨소시엄을 통하여 이루어지고 있으나 한국의 입장에서는 민족경제공동체 형성을 위한 남북경협차원이라는 측면도 가미되어 있다. KEDO·북한간의 후속의정서 체결과정에서의 분쟁해결제도는 남북경제공동위원회 구성·운영 및 이를 통한 남북간 상사분쟁해결제도 협상시에도 동 기구의 분쟁해결제도를 원용할 수 있을 것이다.

(나) 對北 輕水爐供給協定上의 紛爭解決制度

1차적 해결방안으로서의 조정위원회를 설치(제15조 제1항)하고 있다. KEDO·북한의 쌍방은 협정이행과정상의 분쟁해결을 위한 조정제도에 합의하여 양측이 선정한 각 3명으로 구성되는 조정위원회를 설치하였다.

2차적 해결방안으로서의 중재재판소를 설치(제15조 제2항)하였다. 즉, 조정실패시 일방이 요청하고 타방이 동의하는 경우 중재재판소에 회부

할 수 있도록 하였다. 쌍방은 각 1인의 재판관을 임명하고 그 재판관들은 재판장이 될 제3의 재판관 1인을 선정한다. 중재합의후 30일내에 양측이 재판관을 임명하지 않거나 2명의 재판관 임명후 30일내에 제3의 재판관이 선정되지 않으면 국제사법재판소장에게 임명을 요청한다. 중재재판소 의사정족수는 과반수이고, 모든 결정은 재판관 2명의 의견 일치되어야 한다. 중재재판절차는 재판소가 정하고, 재판소의 결정은 쌍방을 기속한다. 쌍방은 각자 선임한 재판관과 중재재판 참여비용을 부담하고, 재판장의 임무수행비용과 기타 중재재판소 비용은 쌍방이 균등하게 부담한다.

마. 紛爭事例 檢討

(1) 紛爭事例

(가) 北韓측 契約不履行으로 인한 紛爭

【사례 1】 '91년 국내 천지무역은 북한상사와 쌀 5,000톤을 제공하고 무연탄 30,000톤과 시멘트 11,000톤을 반입하는 물물교환계약을 체결하고 쌀 5,000톤(1,750,000 US달러, CIF 가격조건)을 북한에 보냈으나 북한측은 계약을 이행하지 아니한 사례

【사례 2】 싱가포르 회사의 중개로 북한상사로부터 철강을 반입해오던 남한기업이 싱가포르 회사와 함께 북한제철소에 합작투자하고 그 생산된 철강을 공급받는 조건으로 선금을 지급하였으나 수해로 인한 북한제철소의 가동중단과 합작회사의 파산으로 인하여 선금에 상응한 철강을 받지 못한 사례

【사례 3】 남한기업은 신의주 소재 북한상사에 농업용 비닐을 보내고 들깨·송화분 등 농산물을 대응물자로 받는 과정에서 북한측은 1년간

거래로 발생한 농업용 비닐 및 설탕·식용유 대금 중 상당액을 대체결제하지 못하였고, 채무불이행 상태에서 추가로 농업용 비닐을 제공하면 추수기에 들깨를 수확하여 미수금액을 포함하여 변제하겠다고 요청한 사례

【사례 4】 남한기업은 북한상사와 국내 물품과 북한산 철강재 등을 물물교환계약을 체결하고 1차분 물품을 보냈으나 북한상사는 수출허가를 받지 못하였다는 이유로 물품을 보내지 아니한 사례

(나) 南韓企業의 契約不履行으로 인한 紛爭

【사례 1】 남한기업이 북한측으로부터 대금 후불조건으로 건강보조식품을 반입해 오던 중 대금의 일부지급을 지체한 사례

【사례 2】 남한기업(홍콩국적도 보유)이 북한상사로부터 상당량의 농산물을 반입하고 선금을 제외한 나머지 대금은 미지급한 사례

(다) 仲介人과 南韓企業間의 紛爭

【사례 1】 남한기업은 중국회사의 중개로 북한상사와 북한산 들깨와 국내산 설탕의 물물교환계약을 체결하고 들깨를 받았으나, 중개인과의 이전 거래(호두 반입을 위해 L/C를 중개인 앞으로 개설했으나 중개인이 계약 불이행)로 인한 손실과 상계를 주장하며 대응물자인 설탕의 일부를 보내지 아니한 사례

【사례 2】 남한기업은 중개인을 통해 북한산 참깨가루를 반입하였으나 규격미달로 통관되지 못하고 보세장치기간 경과로 국고귀속됨에 따라, 남한기업은 귀책사유가 중개인에게 있고 창고비용 등 오히려 손해를 입었다며 중개인의 남한회사에 대한 대금지불 요구를 거절한 사례

【사례 3】 남한기업은 재미교포를 통해 북한 의류제조회사와 의류임가공 교역을 진행해 왔으나 중개인의 의사전달 잘못으로 북한측이 생산의류를 임의처분하는 바람에 북한상사는 납기일까지 생산품을 납품하지 못한 사례

【사례 4】 북한의 영상물 보급권한을 위임받았다는 중국 소재 업체 및 일본 소재 업체와 남한내 독점적 보급권 수여계약을 각각 체결한 남한의 2개 업체 사이의 북한 영상물 보급권의 전속적 귀속에 관하여 분쟁이 발생한 사례

(2) 紛爭處理實態

중재 등 통상의 국제상사분쟁처리제도에 의하여 분쟁을 해결한 사례는 없다. 남한기업이 북한상사와 계약체결시 제3국 중재기관을 통해 분쟁을 해결한다고 합의한 경우는 있으나 제3국 중재기관을 통해 분쟁을 해결한 사례는 없는 것으로 보이며, 남북교역과 관련된 분쟁에 대하여 한국상사중재원에 중재신청이 접수된 사례도 없다.

남북한 직접교역으로 남북 쌍방 또는 일방에 손해가 발생한 경우 통상적인 상거래 분쟁해결방법으로 분쟁을 해결한 사례가 없으며, 천지무역의 쌀 거래 분쟁시에는 남한에서 정부차원의 손실보상을 하였다. 북한측의 채무불이행에 의하여 남한기업에 손해가 발생한 경우에 대부분의 남한기업은 손해를 감수하고 있는 것으로 보인다. 북한측에 손해가 발생한 경우 북한이 해외교포에게 채권을 위임하는 방법으로 해결한 사례가 있다.

중개거래의 경우에 남북한 양측은 대부분의 분쟁을 중개인의 협의를 통하여 해결하고 있다. 중개인 자신이 피해를 입은 경우에는 남북한에서 직접 거래당사자를 찾기 어렵고 체류비 부담 때문에 중개인이 손실을 입고도 손해배상청구를 포기하는 경우가 있는 것으로 보인다.

(3) 紛爭發生原因

① 열악한 경제기반시설

경제발전의 부진으로 전력 등 에너지 부족, 생산설비의 노후화, 도로·항만·철도 등 사회간접자본이 미비하고, 물류시스템도 원활하지 못한 것이 계약불이행의 기본적인 원인이며 분쟁이 발생하는 직접적인 원인이 된다.

② 국제거래상 계약제도에 대한 인식 부족

사회주의 체제의 계획경제에 수반된 기업경영 및 근로의식의 약화로 계약준수에 대한 관념이 부족하다. 계약불이행시 수반되는 불이익에 대한 관념이 부족하고 당국이 협상을 통하여 해결하면 된다는 의식이 팽배하여 있다. 당국의 협상 또한 일방적인 북측의 주장을 관철하는 방법으로 진행되고 있으며, 거래를 하는 것 자체를 북측에서 시혜를 베푸는 것으로 인식하여 북측의 불이행을 감수하고라도 거래를 할데면 하라는 식의 폐쇄적인 사고방식에 문제가 있다.

③ 계약이행에 대한 준비 부족

국제거래는 수시로 발생하는 관계로 계획경제하에서는 그에 상응한 물자 및 인력을 탄력적으로 조달하기 어려우므로 계약체결 과정에서 이행가능 여부에 관하여 충분히 검토되어야 하는 바, 이에 대한 대응이 부족한 것으로 보인다.

④ 무역경험 부족

자본주의 경제체제로 움직이는 기업과 자유경쟁적 관계에서 무역거래를 한 경험이 부족하여 국제간 무역에서 발생하는 문제점 및 그에 대한 대책을 수립하는데 미숙하다.

⑤ 중개인의 준비부족 및 과실

북한과 거래가 가능한 중개인은 북측에 관련된 특정인사로 한정되어 있으며, 그러한 중개인은 국제거래 경험이 부족한 경우가 다수 있다. 그러한 중개인 조차 북한체제에 대한 정확한 이해부족으로 북한과의 거래중개에 대한 준비부족으로 계약불이행에 이르는 경우도 있다.

⑥ 독점권의 남발

북한의 대외교역창구가 다원화되어 있어 저작권 등 독점적 권리의 사용권한을 이중으로 부여하는 계약을 체결하는 경우가 있다. 각종 권익의 자본주의적 운영에 미숙하고, 독점적 권익의 법적 체계에 대한 인식의 부족에서 독점권을 남발하여 분쟁이 발생하는 사례가 있는 것으로 보인다.

⑦ 통관지연 등 행정적 원인

특별한 이유없이 거래상대방의 방북비자 발급을 거부하거나, 통관을 지연시켜 계약이행을 어렵게 만드는 경우가 있다.

(4) 紛爭解決 沮害要因

① 남북간 분쟁해결제도의 미비

남북간의 대결구도로 인하여 당국간의 대화가 미흡하였고, 남북교류도 활발하지 못하여 남북한 체제내에서의 기존제도 이외에 남북간 상사분쟁을 해결하기 위한 효율적인 제도가 없었다. 따라서 남북 거래 당사자간에 기존의 국제상사분쟁해결절차를 활용하는 방법 이외에 적당한 분쟁해결제도가 없었다.

② 분쟁에 대비한 사전준비 소홀

남북간 거래시 계약체결 단계에서 채무불이행에 대비하여 분쟁해결절차에 관한 조항을 규정하는 경우가 드문 것이 분쟁해결을 어렵게 하

는 중요한 요소이다. 그러나 남북간 교역이 소규모로 진행되는 경우가 대부분이어서 계약서상 분쟁해결절차에 관한 규정을 두었다 하더라도 분쟁발생시 그 해결에 소요되는 시간, 문제로 인하여 그 효용성에 의문을 제기하는 경우도 적지 않다.

③ 거래 당사자의 비협조

북한은 대외개방법제상 상거래에 따른 분쟁해결절차로서 제3국의 중재를 인정하는 경우가 있다. 그러나 실제 거래시 남한의 기업이 분쟁해결에 관한 조항을 계약서상 규정하고자 하는 경우에 북측에서는 북한의 재판 또는 중재제도를 고집하는 경우가 대부분이어서 공정한 제3국 또는 국제기구에 의한 중재절차에 따른 분쟁해결을 기대하기 어려운 것도 분쟁을 효과적으로 해결하기 어려운 중요한 이유이다.

바. 남북한 상사분쟁해결에 대한 전망

(1) 분쟁해결 관련 예상문제점 개관

북한과의 교역분쟁이 발생할 경우에, 북한이 국제상관습을 수용할 것인가의 문제, 거래상대방이 대외무역의 주체로서 독립성을 가지고 있는지의 문제, 대외무역기구가 월권행위를 함으로 인하여 발생한 분쟁을 북한이 인정할 것인지 문제, 거래당사자간 계약이 체결된 후 반출입에 대한 남북한 당국의 승인이 나지 않았을 경우의 책임문제, 대외적인 대표권이 있는 대표가 서명한 계약서인지의 문제, 채무불이행에 따른 위약금을 중재관정부에서 조정할 수 있는지의 문제, 노사분규 등 불가항력적 사유에 해당하는지의 문제, 분쟁해결과 준거법의 적용문제 등이 법 체제가 다른 남북한간에 있어서 중요한 문제로 대두될 것이다.

(2) 구 공산권의 분쟁처리방법

공산권 국가들은 조약상의 원칙을 국내법의 원칙에 우선하여 적용하여 왔다, 동유럽경제상호원조회의(COMECON) 회원국 상호간 역내무역에 활용코자 제정한 코메콘 일반상품인도조건은 회원국들의 대외무역 관습을 집대성한 통일무역법전이며, 회원국간의 무역에는 강제적으로 적용되었다. 이 일반상품인도조건은 코메콘의 회원국은 아니지만 옅저 버국인 북한도 국제무역의 모범법으로 받아들이고 있고 나아가 북한의 조선국제무역촉진위원회와 일본의 무역단체 사이에 체결된 “일·조 양국 상사간의 상품거래에 관한 일반조건”에도 적용되었다.¹⁸⁶⁾ 일반상품인도 조건은 계약의 체결에서부터 클레임, 인도지연에 따른 위약금, 중재 등에 대하여 상세한 규정을 두고 있다. 그럼에도 불구하고 북한에서 제시하는 표준정형계약서가 국제상관습 특히 코메콘의 일반상품인도조건에 위배되게 작성되었고 이로 인하여 분쟁이 발생할 가능성이 있는 경우가 있다.

(3) 강제집행상의 문제점

공산주의 국가의 경제조직체는 독립채산제를 취하고 있다. 공산주의 국가의 대외무역기구나 다른 대외무역주체들의 경제적인 능력은 국가가 배정해 준 재산과 이들의 활동에서 얻은 수익밖에는 존재하지 않는다. 특히 대외무역기구들은 여타 생산기업과는 달리 국내에 별도의 고정자산을 갖고 있지 않고 주로 은행대출 등에 의하여 운영되므로 보유 재산이 매우 적다. 생산기업이 대외무역권한을 부여받고 자기의 상품과 관련된 무역을 하는 경우라 하더라도 국가조직의 고정자산을 형성하고 있는 기업, 건물, 시설 등은 채권자의 청구에 의한 저당이나 강제집행의 대상이 될 수 없으므로 채권자의 담보가 될 수 있는 것은 금융자산 뿐

186) 장선호, 대공산권 경제교류의 법적문제(소련 및 동구를 중심으로), 석사학위논문, 한양대학교 대학원, 1986.12. p.93.

이다. 따라서 공산주의 국가내에서 강제집행을 하려고 하면 이러한 어려운 문제에 직면하게 된다.

(4) 주권면제의 문제

주권면제는 국제법상 주권국가나 정부는 외국재판소 관할에 복종하지 않는다는 이론이다.¹⁸⁷⁾ 공산권 국가들은 경제조직체의 설립, 운영, 해산과 자금의 면에 있어서까지 정부와 밀접한 관련을 맺고 있다. 그리고 공산권 국가들이 대외무역을 주권적인 활동의 일부로 파악하고 있기 때문에 대외무역기구 등의 활동과 관련하여 주권면제를 주장하며 재판권으로부터의 면제를 주장할 가능성이 있다.¹⁸⁸⁾ 공산국가들은 일반적으로 통치행위와 경제관리행위를 구별하여 전자에 대하여는 주권면제이론을 적용하고 후자에 대하여는 공산권의 국영무역을 별도의 법인이라고 함으로써 제한적 주권면제 이론을 전개하여 사실상 주권제약용인을 가능케 하는 것이 국제사회에서 지배적인 견해가 되어 가고 있다.¹⁸⁹⁾ 그렇다고 북한이 무역업무에 있어 주권면제특권을 주장할 가능성을 배제할 수 없다. 1972년 미·소 무역협정이 무역계약의 당사자가 재판권이나 강제집행으로부터 면제됨을 주장할 수 없도록 명시한 사례를 참고하여야 할 필요가 있다. 분쟁해결에 있어서는 소송보다는 주권제약의 용인이 가능한 국제상사중재를 활용하는 편이 유리하다.¹⁹⁰⁾

(5) 월권행위의 문제

공산권 국가들의 대외무역기구들은 국가계획에 근거하여 부여된 업

187) 고준환, 국제상사중재론, 법문사, 1983. p.324.

188) 장선호, 진계논문, p.86.

189) 고준환, 진계서, p.325.

190) 박중수, 동서무역과 무역분쟁의 해결, 중재 제15권 제10·11호, 대한상사중재원, 1991, 10·11, p.9.

무를 정관에 명시하는 것이 보통이다. 이러한 상황에서 대외무역기구가 정관에서 정한 목적에 반하는 행위를 하였을 때에 그 권한유월행위에 의한 거래자체는 유효인지 아니면 무효인지 여부가 문제가 발생한다. 구 소련의 경우에는 무효에 해당하고 헝가리의 경우에는 유효한 것으로 보았다. 따라서 남북한간의 거래에서도 이러한 점에 유의하여 상대방의 정관을 검토하여 상대방의 권한을 알아두어야 할 것이다.¹⁹¹⁾

(6) 당국의 승인여부 및 대표권한자의 계약체결 문제

남북한 거래 당사자들간에 합의된 반출입거래에 대하여 남북한 당국의 승인이 나지 않았을 때 책임문제가 발생한다. 따라서 승인여부에 따른 계약불이행에 대하여 사전에 준비할 필요가 있다.

공산국가들의 무역계약에는 엄격한 형식을 구비할 것이 요구된다. 계약이 체결되었을 때부터는 그 동안 계약의 체결을 위하여 교환했던 모든 서신과 협상은 무효가 된다는 코메콘의 일반상품인도조건의 규정이 있다.¹⁹²⁾ 이는 서면에 의한 법률행위의 내용을 그 서면 이외의 증거에 의하여 서면에 기재된 것과 다르다고 증명하는 것을 허용치 않는다는 원칙을 명시한 것이다. 구 소련의 대외무역중재위원회의 편정에서도 2인의 서명이 결여된 계약내용을 구체화하기 위하여 작성된 의정서를 무효라고 하였으며 계약의 수정에 대해서도 서면에 의한 2인의 서명이 결여되어 그 수정이 무효라고 판정하였다.¹⁹³⁾ 따라서 북한과의 무역계약을 체결함에 있어서는 계약의 형식적 요건에 주의를 기울이고 상대방이 서명권을 가지고 있는지 여부도 확인하여야 한다.

191) 장선희, 전게논문, p.88.

192) General Condition of Delivery of Goods between Organization of the Member Countries of the COMECON. art. 4.

193) 장선희, 전게논문, p.92.

(7) 위약금의 중재에 의한 조정문제

공산주의 국가에서는 경쟁이 없으므로 경제계획에서 규정한 상품이나 용역에 대한 선택권이 없고, 계약의 이행을 전제로 하여 세원돈 다른 목표가 지장받지 않도록 하기 위하여는 인도의 지연이나 이행에 있어 과실이 용인되지 않는다. 공산국가에서는 시장이 존재하지 않으므로 계약위반에 대한 구제로서 손해배상액의 산정이 어렵기 때문에 위약금 제도를 운영할 수 밖에 없다. 과실있는 당사자에게 위약금을 부과하며 이행지체의 경우 지체기간이 경과할수록 위약금을 가중시킴으로써 이행을 강제하고 있다. 위약금이 청구될 경우 그 위약금을 중재에 의해 조정할 수 있는지에 대하여 논란이 있다. 공산권국가 대외무역기구의 표준정형계약에서는 위약금의 비율이나 위약금 총액을 중재에 의하여 조정할 수 없다고 규정하기도 하나, 코메콘 회원국에 따라서는 중재판정에서 위약금을 경감시켜 준 예도 있다.¹⁹⁴⁾

(8) 불가항력의 문제

계약의 당사자들은 불가항력적 사유로 말미암은 계약불이행으로부터 책임이 면제되는 것이 원칙이다. 그러나 파업과 같은 노사분규가 불가항력에 포함되는지에 대하여는 논란의 대상이 된다.¹⁹⁵⁾ 그러므로 계약시 불가항력적 사유에 대하여 명시할 필요가 있다.

(9) 분쟁해결 관련 조항 문제

분쟁해결과 관련하여 중재장소나 재판장소를 어디로 할 것인지, 준거법을 어떻게 정할 것인지, 판정결과의 집행이 중요한 문제로 대두된다. 피고지주의를 택한다면 소송이나 중재의 결과가 집행될 장소에서 분쟁

194) Ibid, pp.93~97.

195) Ibid, p.98.

에 대한 심리가 진행되므로 소송기술상 상대방의 권리 부존재확인청구와 같은 책략이 남발되는 것을 방지할 수 있는 장점이 있다. 그러나 법치주의가 확립되어 있지 아니하고 법체제와 운용이 남한과 상이한 북한에서 소송이나 중재가 진행될 경우 권익보호에 중대한 문제가 발생할 가능성이 높다.

사. 南北韓 商事紛爭 解決方案 檢討

(1) 분쟁해결의 모형

분쟁을 해결하는 수단은 다양하다. 분쟁의 관리 및 해결과정이 공식적 또는 사적인지 여부에 따라 선택할 수 있는 수단이 달라지고, 개입하는 관련자, 의사결정의 형태, 강제력의 크기 등에 따라서도 선택할 수 있는 수단이 달라진다.

대부분의 불화는 비공식적으로 다루어진다. 통상 사안이 별로 중요하지 않거나 변화를 도모할 힘이 없거나 더 나은 변화의 가능성을 믿지 않기 때문에 서로 불화를 회피한다. 그러나 회피가 불가능하거나 긴장이 고조되어 당사자들이 불화를 더 이상 방치해 둘 수 없게 되면 불화를 풀기 위하여 문제해결을 위한 비공식 협의를 하게 된다. 불화는 양당사자가 자기들의 불화를 해결할 능력이 없거나 해결할 의사가 없을 때 비로소 분쟁화한다. 즉 일방이나 쌍방의 당사자가 현상을 받아들일 자세가 되어 있지 않거나, 상대방의 요구에 동의할 자세가 되어 있지 않거나, 상대방이 자신의 요구를 거절하는 것을 받아들일 수 없을 때 분쟁이 발생한다. 분쟁은 관계가 악화되면 촉진된다. 분쟁 관련 당사자들은 분쟁을 해소하기 위한 다양한 수단을 선택할 수 있다.

협상은 이해상충에 직면해 있는 당사자들간 교섭하는 과정을 말한다. 협상은 문제해결을 위한 비공식 협의보다 더욱 의도적이고 체계적인 분쟁해결절차이다.

알선은 협상과정이 연장된 것으로 더 정교한 협상과정을 말한다. 알

선은 마음에 들고 불편부당하며 중립적인 제3자가 개입하게 된다. 제3자는 분쟁의 사안을 분쟁 당사자들이 수락할 수 있는 해결점에 자발적으로 도달하도록 분쟁 당사자들을 돕지만, 명령적인 의사결정을 하는 것은 아니다. 협상에서 처럼 알선에서도 의사결정권한은 분쟁 당사자들의 수중에 있다. 알선은 갈등을 겪고 있는 당사자들이 자신들의 갈등을 더 이상 다룰 수 없다고 믿을 때와 유일한 해결수단이 공정한 제3자의 협조를 구하는 것이라고 믿을 때 시작된다.

협상이나 알선의 단계를 넘어서게 되면 분쟁해결의 또 다른 방법들이 있다. 이 방법들은 분쟁의 결과에 대해 관련자들이 갖고 있는 개인적인 제어력을 감소시키고 외부에 있는 의사결정자들의 관계를 증대시키며 승패 및 의사결정방법에 더 의존하게 된다. 이러한 접근방법은 공·사로 구분할 수도 있고 법적·초법적으로 구분할 수도 있다.

행정적 또는 관리적 분쟁해결방법은 어떤 조직내에서 분쟁이 발생하였을 때 자주 이용된다. 이러한 분쟁해결절차에서 보면 분쟁을 해결하는 제3자는 분쟁과 다소 거리가 있는 사람이고 반드시 공정하다고는 할 수 없는 그런 특성을 지닌 사람이다. 만일 어느 사기업이나 어느 한 부서 또는 어떤 작업팀 안에서 분쟁이 발생하면 그 해결과정은 사적인 것이 되고 시장이나 지방장관 기타 관리들이 공기관 안에서의 분쟁을 해결한다면 그 해결과정은 공적인 것이 된다. 관리·행정적 분쟁해결은 일반적으로 체제전체의 필요와 개인의 이익을 균형시키려 한다고 할 수 있다.

중재는 공평하고 중립적인 제3자에게 분쟁 당사자들이 다투고 있는 사안에 대하여 분쟁 당사자들을 위하여 의사결정을 해 줄 것을 협조요청하여 부탁하는 분쟁 당사자들의 자발적인 과정을 일반적으로 총칭하는 말이다. 의사결정의 결과는 권고로 그치는 수도 있고 당사자를 구속하기도 한다. 중재는 중재인을 선정하여 진행하는데 중요한 점은 중재인은 해당분쟁과 이해관계가 없는 사람이어야 한다는 점이다.

사법적 해결방법은 제도적·사회적으로 인정된 당국이 사적인 분쟁해결에 개입하는 것이다. 이 방법을 사용함으로써 사적인 해결과정에서

공적인 해결과정으로 넘어가게 된다. 사법적 단계에서는 보통 법률가들을 고용하게 되고 재판관은 법에 근거해서 결정한다. 결과는 누가 옳은지 누가 그른지에 대한 결정과 함께 승패로 나타나는 것이 보통이다. 재판의 결정은 당사자를 구속하게 되고 집행될 수 있다.

입법적 해결방법은 분쟁을 해결하는 또 다른 공적이며 법률적인 수단이다. 개인에게는 중요한 가치가 있다고 하더라도 더 많은 다수의 사람들에게 영향을 미치기 때문에 커다란 분쟁이 발생한 경우에 보통 이 방법이 이용된다. 이 입법적 해결방법에서는 최종적인 결정을 하기 위하여 승패를 결정짓는 투표를 진행하게 된다. 최종결과에 영향을 미치기 위하여는 자신과 같은 생각을 가진 사람을 많이 동원하면 된다.

끝으로 초법적 해결방법으로 비폭력적 행동과 폭력적·물리적 강압이 있다.¹⁹⁶⁾

(2) 紛爭解決方法

(가) 紛爭의 事前豫防

북한과 경제교류·협력을 실시하였거나 실시중인 한국 및 외국업체들의 경험을 참고로 하여 북한과의 경제교류·협력시 예상되는 분쟁내용을 숙지하고 그 대비책을 강구하는 것이 우선 필요하다.

따라서 거래시 계약단계에서 분쟁이 예상되는 내용에 대하여 상세하고 명확하게 규정하여야 한다. 북한의 대외무역기구는 부여된 업무내용이 정관에 명시되어 있고 정관에 규정된 업무범위를 넘어 월권행위를 하였을 때 그 거래자체의 효력이 문제되므로 계약체결시 상대방의 정관내용을 검토하여 권한범위를 알아두어야 할 것이다. 북한 언어의 이질화, 법제의 차이로 인하여 교역 및 투자계약상의 용어 해석에 혼란이 예상되므로 계약서에 각 당사자의 권리, 의무를 구체적으로 명료하게

196) 조정곤, 전계논문, pp.204~207.

정의해 두어야 한다. 구체적으로는 계약서상 용어설명조항 별도 설치하는 것도 그 방법이 될 수 있다. 합영회사 설립경우 합영계약서 및 회사 규약에 우리측 계약당사자의 회사경영 참가에 관한 구체적 보장 규정을 명기할 필요가 있다. 합작투자계약에 북한측 당사자가 회사 운영에 필요한 물자확보 책임을 지게 함과 아울러 회사가 생산제품을 독자적으로 국제시장에 수출할 수 있도록 규정할 필요가 있다.

북한 당사자가 불가항력 사유를 내세워 계약상의 의무불이행으로 인한 책임 면제를 주장할 가능성이 있으므로(이른바 “不可抗力 條項” 문제), 계약체결시 계약서에 불가항력 사유를 최대한 총망라하여 열거함으로써 분쟁의 발생소지를 미리 제거함이 바람직하다. 구체적으로 예시하면,

(作成例)

○ 계약당사자는 不可抗力으로 본 계약상 의무의 전부 또는 일부를 이행할 수 없는 경우 그 책임을 지지 아니한다. 그러나 不可抗力으로 계약상 의무를 이행할 수 없게된 계약당사자는 그 사유의 발생을 안 날로부터 ()일 이내에 서면으로 상대방에게 통보하여야 한다.

○ 위의 不可抗力이라 함은 태풍·해일·홍수·가뭄·지진 등 天災地變, 戰爭, 內亂, 革命, 暴動, 封鎖 및 罷業·職場閉鎖 등 관계당사자가 가능한 모든 수단을 다하고도 그 예방이나 관리가 불가능 하였던 勞動爭議를 말한다.

교역·투자계약 체결시 분쟁해결방법, 절차 등에 관한 상세한 내용을 명시하여 조문화할 필요가 있다. 다액의 교역·투자분쟁의 경우에는 가급적 제3국의 중재기관에 의한 해결을 추진하고 중재절차, 준거법 등을 명시하여야 한다. 구체적으로 예시하면,

(作成例)

○ 본 계약의 해석, 적용, 이행과정 (및 ○○투자회사를 운영하는 과정에서 발생하는 분쟁은 계약당사자들이 서로 합의하여 우호적으로 해결한다.

○ 계약당사자는 분쟁이 ()일 이내에 전항의 방법으로 해결되지 아니하면 (제3국) 중재기관의 仲裁에 회부한다.

○ 위 중재기관은 ()중재규칙에 따라 중재절차를 진행하며, 중재판정을 함에 있어 본 계약상의 법률관계는 (남·북한의) 관련법규 및 법의 일반원칙을 비롯한 적용가능한 국제법규, 국제상관습에 준거하여 해석한다.

○ 위 중재기관에 의한 중재판정은 계약당사자에 대하여 종국적 구속력을 가진다.

나아가 정부에서 국내적으로 분쟁해결지침을 마련하여 남한의 기업인, 투자자들에게 분쟁해결을 지도하고 상호 유기적인 협조하에 투자분쟁의 실효적 해결방안을 모색하는 것이 필요하다

또 다른 방법의 하나로 남북경협관련 분쟁유형 및 처리에 관한 사례집을 발간하여 대북한 교역 및 투자희망업체에게 배포하는 방안이 있다.

(나) 短期的 對處方案

① 仲裁前 友好的 解決方案 優先 活用

당사자간 협상을 우선적으로 활용할 필요가 있다. 남북한 상사계약에 관한 분쟁이 발생한 경우 1차적으로 분쟁 당사자들의 협상을 통해 해

결함이 바람직하다. 계약내용의 수정을 둘러싸고 발생하는 분쟁해결에 있어서 특히 효과적일 것이다.

알선제도를 적극적 활용하는 것도 중요하다. 소액의 무역·투자에 관한 분쟁이 발생한 경우에는 중재보다 알선제도를 활용하는 것이 비용 절감, 신속성 등의 점에서 유리하다. 중재의 경우 당사자 의사와는 상관 없이 제3자(중재인)의 결정(중재판정)에 의해 분쟁이 종국처리됨으로써 분쟁종결 후 당사자간에 감정적 앙금이 남아있을 가능성이 많지만, 알선은 이를 해소할 수 있다는 점에서 바람직하다. 대한상사중재원에서 담당하는 알선, 조정 업무를 비교해보면, 알선의 경우 무료서비스이고 특별한 법적 제기요건이 없으며 상임알선인(중재원의 전문위원)이 신속히 처리하는데 반하여, 조정의 경우에는 중재와 같은 요금을 받고 중재 규칙에 의한 제기요건이 필요하며 일정한 절차에 따라 중재인명부에서 조정인을 선정한 다음 조정을 실시하게 된다.

② 第3國 내지 國際仲裁制度 積極 活用

남북간 경제교류·협력단계에서 상사분쟁이 발생하여 당사자간의 협상에 의한 해결이 불가능할 경우 그 분쟁을 남북한 일방의 재판기관에 맡긴다면 남북한의 이질적 법체계와 사법제도의 차이 때문에 그 재판이 부적절한 경우가 많고, 특히 남한측 당사자가 북한에서 재판을 받게 된다면 북한 재판제도의 불합리성 때문에 공정한 판결을 기대하기 어려워 재판을 기피하게 될 것이다. 따라서 남북간 상사분쟁에 대하여는 통상의 재판기관과는 별도로 상사문제 전문가들이 관여하는 판정부를 구성하여 소송보다 간편한 절차하에 신속하게 분쟁을 종국 처리하는 중재제도를 활용하는 것이 바람직하다.

남북간 상사분쟁은 남북공동으로 새로운 중재기구를 설치하여 자주적으로 해결함이 바람직하나, 남북당국의 합의로 그와 같은 기구가 설치되어 운영되려면 상당한 시일을 요하므로 그때까지 우선 당장 발생하는 분쟁을 해결하기 위해서는 공정성·합리성이 보장되는 외국의 중재기관이나 기존의 국제중재기관에 중재를 부탁할 필요가 있다. 북한의

일부 외국인투자관련법령 및 대외경제계약법에서도 제3국에서의 중재를 허용하는 규정이 있으므로 가능하다고 생각되며, 외국의 중재기관에 중재를 의뢰하기 위하여는 분쟁 당사자들간의 사전 합의가 필요하므로 계약체결시 이에 관한 중재조항을 포함시켜야 한다. 제3국의 중재기관에 의한 분쟁해결의 경우 제3국의 중재장소를 어디로 정할 것인가의 문제가 발생하는데 통상 스웨덴의 스톡홀름, 오스트리아의 비엔, 동경, 홍콩, 북경 등이 무방할 것이다. 지리적·문화적 인접성, 언어소통, 비용 등의 면에서 보면 동경, 홍콩, 북경 등이 1차 고려대상이고, 북한 입장에서 볼 때 경제체제의 상이 및 중재관정부의 준거법 결정 등을 의식해서 북경을 중재장소로 선택할 가능성이 높다.

남북간의 본격적인 경제교류·협력에 대비하여 국제상업회의소(ICC), 국제투자분쟁해결본부(ICSID) 등 기존의 국제상사분쟁해결기구를 활용하는 방안을 강구할 필요가 있다. 이들 국제상사중재기관을 활용하기 위해서는 남북 당국간에 무역·투자보장협정을 체결하거나 남북 교역·투자 당사자들이 계약을 체결할 때 국제상사중재기관에 중재회부를 할 수 있다는 중재조항을 설치해야 한다.

제3국에서 중재판정이 내려진 경우 그 판정이 북한내에서 승인되고 집행될 수 있는지 여부가 문제되는데 이를 해결하기 위하여는 북한당국이 “외국중재판정의 승인 및 집행에 관한 국제연합협약(일명 : 뉴욕협약)”에 가입토록 촉구할 필요가 있다. 북한이 위와같은 국제중재협약에 가입하기 전까지는 북한의 일부 외국인투자관련법령 및 대외경제계약법에 제3국에서의 중재를 허용하는 규정이 있으므로 우선 이 규정을 기초로 제3국에서 중재판정을 받은 다음 강제집행을 청구할 수 있다고 보이고, 이 경우 계약체결단계에서 북한의 주권면제(sov^{er}eign immunity)에 관한 명시적 포기규정 삽입 등으로 사후 집행배제 주장에 관한 논란을 사전에 봉쇄할 필요가 있다.

(다) 長期的 對處方案

남북간 상사분쟁을 중재에 의하여 해결하려고 할 경우 중재기관 및 중재장소(관할), 준거법, 중재규칙 등의 문제가 우선적으로 제기된다. 따라서 앞에서 검토한 바와 같이 남북공동의 상사분쟁해결기구를 별도로 설치하고 중재규칙도 새로 제정하여 시행하는 것이 가장 바람직하다.

(3) 南北共同 商事紛爭解決機構 設置·運營方案

(가) 制度의 必要性

북한 상사분쟁처리제도의 제반 문제점을 감안해 볼 때 북한 중재기관에서의 공정한 해결을 기대할 수 없고 북한도 남한 중재기관을 통한 분쟁해결에 쉽게 동의하지 않을 것이므로, 차선책으로 고려할 수 있는 것이 제3국 중재기관이나 국제중재기관에 의한 분쟁해결이다. 그러나 제3국 또는 기존의 국제중재기관을 통한 남북간 상사분쟁 해결방법은 언어상의 장애, 원거리 중재장소 이동에 따른 비용부담 및 시간소요 등으로 불편한 점이 많다. 따라서 남북간 상사분쟁을 자주적 입장에서 신속·공정하게 처리하기 위해 남북 당국간의 합의에 따라 기존의 남북 상사중재기관과는 별도로 새로운 남북공동상사분쟁해결기구를 설치할 필요가 절실하였다. 중·장기적 차원에서 볼 때도 통일사법기구의 시험적 모델로서 남북공동의 중재기구를 설치하여 운영해 볼 충분한 가치가 있었으며 이러한 인식을 바탕으로 남북상사중재위원회의 구성을 골자로 하는 “남북사이의 상사분쟁 해결절차에 관한 합의서”가 성립되었다.

남북공동의 상사중재기구를 설치함에 있어서 우선적으로 해결해야 할 것은 준거법 결정을 비롯한 중재절차 전반을 규율하는 중재규칙의 제정문제이다. 이상 언급한 남북공동 상사분쟁해결기구 설치 및 중재규칙 제정과 관련하여 주요사항을 차례로 검토해 보기로 한다.

(나) 仲裁場所(管轄)

중재판정을 내리기 위해 중재절차가 진행되는 중재장소는 중요한 의미를 가지는데, 중재장소가 남한·북한·제3국 중 어디냐에 따라 중재심문시 언어소통, 경비부담, 본국과의 연락을 위한 통신수단 확보 등에 있어서 큰 차이가 있다. 또한 중재장소에 따라 적용되는 준거법과 중재규칙이 달라질 수 있으며, 중재판정이 내려지는 중재장소와 그 중재판정이 집행되는 지역이 서로 다른 경우 소위 “외국중재판정의 국내승인 및 집행” 문제가 발생한다.

국제상사분쟁에 있어서 중재장소를 결정하는 방법은 “피신청인주의”와 “지명권자에 의한 결정”등 2가지 방법이 있다.

구분 내용	피신청인주의	지명권자에 의한 결정
중재장소 결정방법	중재사건의 피신청인 소재지를 중재장소로 정함	중재계약 체결시 지명권자를 정해두고 장차 분쟁발생시 지명권자로 하여금 중재장소를 결정토록 위임
장 점	손해발생이 확정되기 전까지중재신청을 남발하지 못하게 하는 억제효과가 있음	중재장소 결정에 관한 이견으로 계약체결이 지연됨을 방지할 수 있음
단 점	예컨대 수입물품 품질불량에 관한 분쟁발생 경우 불량 수입품이 수입지에 있는데도 수출지에서 중재 절차 진행되는 불편 초래	통상 지명권자는 복수의 중재인으로 구성되는 합동위원회일 경우가 많은데 합동위원회 구성자체가 지연되면 중재장소 결정이 늦어져 신속한 분쟁해결에 지장 초래
비 고	한·일중재협정, 구소련·일본중재협정, 코메콘 표준중재조항 등	한·미상사중재협정

남북경협이 본격화되면 남한의 자본이 북한에 투입될 것이고 그에 따라 대부분 남한측 투자가가 북한측을 상대로 상사중재를 신청할 것으로 예상되는바, 이 경우 국제 상관습인 “피신청인주의”에 따라 북한

을 중재장소로 정하게 된다면 앞서 지적한 바와 같이 북한 중재제도의 불합리성 때문에 공정한 중재판정을 기대하기 어려울 것이다. 특히 북한의 중재기관인 조선국제무역중재위원회는 정부기관에 예속되어 있고, 중재심문규칙의 주요내용이 국제 상관습과는 달리 불합리하고 폐쇄적이어서 남한측 당사자의 정당한 권익보장에 지장을 초래하기 쉽다. 한편 중재장소를 남북한이 아닌 제3국으로 정할 경우 언어소통, 경비부담의 문제가 있을 뿐만 아니라 제3국에서 내려진 중재판정으로 남한 당사자가 북한 지역에서 제대로 강제집행을 할 수 있을지 극히 의문스럽다. 특히 북한은 우리나라와는 달리 외국중재판정의 승인 및 집행을 위한 국제중재협약에 가입하지 않고 있다. 더구나 남북한은 언어, 문화, 전통이 같은 동일민족이므로 굳이 제3국을 중재장소로 정할 필요가 없이 한반도 지역 안에서 중재절차가 진행되는 것이 바람직하다.

이번에 체결된 남북간 합의서에는 당사자의 합의로 중재장소를 정할 수 있도록 규정되어 있으므로, 계약체결 단계에서 구체적으로 장소를 명시하는 것이 바람직할 것이다. 남북한의 현행 법제도하에서 상호 완전한 신뢰회복이 이루어질 때까지 잠정적으로 중립지역인 판문점을 1차적 중재장소로 정하고, 필요에 따라 서울 및 평양을 중재장소로 함께 사용할 수 있도록 하는 것도 그 한 방법이 될 수 있을 것이다.

(다) 準據法

중재판정을 함에 있어 분쟁의 실체관계에 적용되는 법규는 우선적으로 남북한 계약당사자의 합의에 의하여 결정되고, 그러한 합의가 없는 경우에는 중재판정부가 국제사법원칙을 준용하여 남북한의 관련법률, 법의 일반원칙을 비롯한 국제법규 기타 국제상관습에 따라 중재판정을 하는 것이 바람직하다.(UNCITRAL 표준국제상사중재법 제28조 참조) 이번에 체결된 남북간 합의서에도 이러한 원칙은 반영하여 준거법을 결정하도록 하였다.

북한 대외경제계약법의 분쟁해결에 관한 조항(제42조)에는 당사자합

의에 의한 준거법 결정에 관하여 아무런 언급이 없고, 대외민사관계법 제6조에 의하면 대외민사관계에 적용할 준거법을 정하지 않은 경우 국제관례 또는 북한법을 적용한다고 규정되어 있다. 북한법의 준거법성 인정과 관련, 헌법 또는 국가보안법 위반여부에 관한 문제는 남북한 특수관계이론에 따르면 위헌소지 등의 우려가 없게 된다.

북한법이 준거법으로 될 경우에 대비하여 남북기업간에 상사계약을 체결할 때 소위 “安定化條項”을 설치함으로써 계약체결후 북한의 일방적인 법령 개정으로 남한측 투자가가 불이익을 받는 일이 없도록 해야 한다. “안정화조항”이란 당사자 일방의 국내법이 준거법으로 될 경우 그 국내법은 계약체결당시의 현행법을 의미한다고 명시하는 것으로, 이른바 “준거법의 동결”을 의미한다. 자본도입국인 북한이 투자허용당시의 관계법을 자의적으로 개정하여 세율을 높이거나 투자자산의 수용·국유화 조치 등을 단행함으로써 남한의 투자자에게 불이익을 줄 우려가 있으므로 이러한 위험부담을 방지하기 위해 “안정화조항”이 필요하다.

(라) 仲裁規則

분쟁 당사자간의 합의에 따라 제기된 중재절차는 대립당사자적 구조를 가지고 정형적으로 진행되며 그 결과인 중재판정이 구속력을 가지므로 중재절차를 공정하고 합리적으로 규율하는 규칙이 필요하다.

북한은 그들의 중재제도에 관한 기본법을 공개하지 않고 있고(중재관련 기본법의 자세한 내용이 불분명한 상태임), 현재까지 입수된 영문으로 된 중재심문규칙(89.1.4.채택)도 그 내용이 국제상관습과 상당한 차이가 있어 절차의 공정성과 합리성을 기대하기 어렵다. 따라서 남북간 상사분쟁을 원만히 처리하기 위해서는 남북 공동의 상사분쟁해결기구 설치와 함께 남북공동의 중재절차에 관한 규칙을 제정할 필요가 있고, 이것이 당장 불가능한 경우에는 계약당사자들이 국제적으로 널리 통용되는 국제중재규칙을 인용하여 중재절차를 진행하도록 미리 약정하는 것이 바람직하다.

4. 남북한 형사문제 처리방안

가. 검토방향

남북한 인적교류에 따른 형사문제는 남북한간 형사문제에 있어서 적용될 준거법을 결정하는 문제 및 형사문제를 처리하기 위한 구체적인 절차상 문제인 형사사법공조 즉 자기 지역에서 죄를 범한 상대측 주민의 범죄인 인도문제, 형사소추 및 형사절차, 그리고 형집행의 이관 등의 문제로 대별할 수 있는데 형사사법공조문제는 결과적으로 남북한의 구체적인 세부합의가 있어야 실현이 가능한 문제이므로 본 연구에서는 형사문제 처리에 있어서 준거법결정문제와 형사관할권 배분문제에 대하여 주로 고찰하기로 하며, 남북한 화해·협력 관계의 진전에 상응하는 남북한간 형사문제 처리를 위한 단계별 적정 해결방안을 검토하기로 한다.

남북한간 형사문제에 대한 준거법결정에 대하여 검토함에 있어 분단국이었던 구동서독과 분단국인 중국·대만 등의 분단국간 형사문제 처리 실태 및 여러 가지 논의를 심층 분석하여 우리 실정에 맞는 선별 수용방안을 강구하여 보기로 한다.

나. 비교법적 검토

(1) 통일전 독일

(가) 개 관

1949년 서독 및 동독의 분리 건국 이후 1950년부터 1959년말까지 사이에 총 230여만명의 동독주민이 정치적 이유, 열악한 생활환경 및 물

자부족 등을 이유로 서독으로 피난하자 1961년 8월 13일 동독 당국은 국경장벽을 설치하고 무장병력을 배치하여 철저한 국경감시를 통하여 서독으로의 피난민을 통제하였으나 구동독 주민의 친척방문등 제한적 범위내에서는 여행증명서를 발급하는 방법으로 서독으로의 합법출국여행을 허락하였으며, 1972년 5월에는 동서독이 통행협정을 체결하고, 1972년 12월에는 기본조약을 체결하여 양독간의 인적교류를 제도화하게 되고 그 이후 연간 약 1,000만명이 동서독을 상호방문하게 되었으며 이에 따라 구동서독 주민왕래에 따른 범죄발생 증가로 각종 형사문제 처리를 위한 대책 수립이 필요하게 되었고 서독에서는 이에 대하여 여러가지 견해가 제기되었다.

(나) 서독의 동독 관련 형사문제 처리 실태

동독 주민이 동독에서 죄를 범하고 서독으로 넘어온 경우 또는 동독인이 서독에서 죄를 범하고 동독으로 넘어간 경우와 같이 동서독간 인적왕래과정에서 발생한 형사사건에 대하여 어떤 법을 적용하여 어떻게 처리할 것인가의 문제 즉 형법적용(*Strafrechtsanwendung*)의 문제에 대하여 서독형법적용설, 지역간형법적용(*interlokales Strafrecht*) 이론과 국제형법적용(*internationales Strafrecht*)이론 등이 대두되었다.

① 서독형법적용설

서독법원은 서독법에 따라 동독인의 모든 범죄를 판단할 수 있다는 견해로 독일 구형법상 속인주의 조항의 해석을 통하여 서독형법이 적용된다는 견해와 법정지범으로서 서독형법이 적용된다는 견해가 있다.

㉠ 서독형법직접적용설

구서독형법¹⁹⁷⁾ 제3조 제1항은 “독일국적자의 범죄는 범행장소의 내외

197) 1871년 발효되어 1975년 개정된 서독 형법

국을 불문하고 독일형법을 적용한다”고 규정하여 있는데 이는 속인주의 규정으로 이에 따라 동독인을 포함한 모든 독일국적자에게 독일구형법이 적용된다. 즉 동독지역을 내국으로 보고 “독일국적자”에 동독인들도 포함되는 것으로 해석한다는 견해이다.¹⁹⁸⁾ 따라서 서독법원은 서독법에 따라 동독인의 모든 범죄를 행위지를 따지지 아니하고 무제한적으로 판단할 수 있다고 본 것이다.

㉔ 법정지법으로서 서독형법의 적용설

독일구형법상의 독일형법에는 서독형법과 동독형법이 모두 포함되지만 동독지역에서 일어난 범죄 또는 동독인의 범죄는 내국범죄 또는 내국인 범죄로 볼 수 있으므로 서독법원에서 재판할 경우에는 행위지법인 동독형법이 아닌 법정지법인 서독형법이 적용될 수 있다는 입장(1950.1.23. 영국점령지역 최고법원 판결)¹⁹⁹⁾이다. 이 판결은 서독 형법의 무제한적 적용을 거부하고 서독법원이 동독인에 의한 동독내에서의 범죄행위를 행위지법인 동독법과는 무관하게 서독법에 따라 판단할 수 있음을 의미하고, 독일국적을 보유하고 있는 동독피난민에 대한 국경수비병의 발포행위에는 서독형법이 적용된다는 결론에 도달하여 서독형법직접적용설과 같은 결과에 이르게 된다.

또한 학설 중에는²⁰⁰⁾ 독일구형법 제3조 이하의 “독일국적자”에 동독인이 포함되며 동독지역이 “내국”(Inland)에 포함되는 것으로 해석하는 견해도 있었는데 이에 따르면 서독의 형벌권은 서독내의 서독인 뿐만 아니라 소련점령지역안의 주민 등에게도 미친다고 한다. 이 견해에 따르면 서독형법직접적용설과 독일구형법 제3조의 “독일형법”을 서독형법과 동일시하지는 않고 지역형법으로서 동독형법의 효력도 인정하였지

198) Walter Schwerdtner, In Welchem Umfang gilt die Ostzone als Inland im Sinne des in der Bundesrepublik geltenden Recht?, Ungedruckte Kölner Dissertation, 1956, S.49.

199) OGH St2, 337(339).

200) Rudolf Kabel, Das Problem des interzonalen Strafrecht bei Gewalt- delikten an der Demarkationslinie, Hamburger dissetation, 1967, S.18.

만 이러한 “지역간 형법문제”는 동서독의 독자적 발전 및 현실적인 문제를 고려하여 법정지법인 서독법을 적용하여야 한다고 주장하여²⁰¹⁾ 결론적으로는 동독내외에서의 동독주민에 의한 모든 범죄에 대해 서독형법이 무제한적으로 적용된다고 볼 수 있다.

② 지역간형법적용설

㉠ 서 설

지역간형법적용설이란 한 국가내의 여러 지역에 각 지역마다 적용되는 각기 다른 지역별 형법전이 존재하는 경우에 어떤 범죄행위의 행위지와 재판지 및 범인의 주거지 등이 각기 다른 경우에 어느 형법을 적용할 것인가를 다루는 문제이다. 지역간형법적용설은 법적인 분단 또는 2국가를 정면으로 인정하지 않으면서 양체제의 공존을 모색하려는 정치적 의도에서 구성된 독일의 이론으로 1866년 이후 프로이센 제국 내에서 서로 다른 형법질서를 가진 개별국가가 공존했던 것으로부터 시작했으나, 지역적 한계를 가진 형법으로서 이 문제가 본격적으로 등장하였던 것은 독일제국과 오스트리아 합방시이다.²⁰²⁾ 지역간형법적용설의 논거는 외국과의 장소적, 인적 연결소가 필요한 국제형법의 규정이 내국인 동독과의 관계에서 적용될 수 없다는 데서 출발하고 있고, 동독 관련 범죄를 규율할 법률이 존재하지 않기 때문에 불문법으로 존재하는 지역간형법이 적용되어야 한다는 것이고 그 근거는 다음과 같다.²⁰³⁾

㉡ 근 거

서독 구형법 제3조 이하의 이른바 국제형법규정은 행위자가 외국인이거나 행위지가 외국일 때 그 범죄에 대한 독일형법의 효력범위를 규정한 것인 바, 동독은 서독과의 관계에서 외국이 아니라 내국이므로 동

201) 앞의 책, 63면 이하

202) Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts AT(1969), S.132

203) 한국형사정책연구원, 남북한 인적외래에 따른 형사문제 처리방안, 1994, 23면.

법 제3조 이하의 국제형법규정은 동독관련범죄에 적용될 수 없고 동독을 내국으로 주장하는 근거는 국제법과 국내법상 1937년 12월 31일 당시의 구독일제국의 영토가 현재의 독일영토이며,²⁰⁴⁾ 동독도 경계안에 있기 때문에 독일구형법 제3조 이하의 내국에 속하나, 독일영토상의 독립된 범영역인 서독과 동독에서 상이한 형법이 존재함에도 이를 규율할 법률이 존재하지 않기 때문에 관습법적으로 형성되어 온 지역간형법이 고려되어야 한다는 것이다.

㉔ 관련 학설

독일영토에 2개의 독립한 범영역인 서독과 동독에 상이한 서독형법과 동독형법이 존재하기 때문에 동서독간 형법적용의 문제를 지역간형법이 규율한다고 하면 그 적용기준이 무엇인가가 문제되는데 그 적용원칙으로서 법정지법 적용, 행위지법의 적용, 행위자 주거지법의 적용등이 있을 수 있다.

㉕ 법정지법주의

형사소송법 규정에 따라서 유죄판결을 선고할 법원의 관할지역의 실체형법을 적용하여야 판단하여야 한다는 것이다. 즉 오스트리아 법원은 독오합방이후에도 오스트리아 형법만을, 제국법원은 제국형법만을 적용한다는 것이다. 그러나 법정지법을 적용할 경우 동일한 범죄에 대하여 관할 법원에 따라 다른 판결이 선고될 우려가 상존하여 통일국가에서는 허용될 수 없다는 비난이 제기되어 판례와 학설은 역간형법적용이론을 주장하면서도 법정지법의 적용은 부인하고 있다.²⁰⁵⁾

㉖ 행위지법주의

법정지에 관계없이 범죄가 범해진 지역의 법률을 적용하여야 한다는

204) Kohlrausch-Lange, Strafgesetzbuch, 1944, Vorbem. IV zu 3-7; Lacker-Massen, 1967, Vorbem. 4 zu 3-7.

205) RHSt 74, 219; v. Weber, Kohrausch-FS, 1944, S.129.

견해이다. 이는 독오합방조약 제2조에서 「합방 이후에도 합방시에 효력을 가졌던 오스트리아 법률이 계속 유효하다」고 규정하여 오스트리아 형법이 독일법원에 의하여 적용될 수 있는 법적근거를 마련하였고 이에 따라 형법의 효력범위를 과거의 자국지역으로 제한하게 되어 모든 내국범죄에 대하여는 재판지를 불문하고 행위지법이 적용된다는 것이 지역간형법원칙으로 정립되었다. 이러한 행위지법주의는 판례와 학설에 의해서 제2차 세계대전 직후 동서독 사이의 형법적용원칙으로 받아들여졌다.²⁰⁶⁾

㉔ 주거지법주의

지역간형법에 의해 행위지법이 적용되는 국내범죄와 달리 오스트리아인을 포함한 독일인의 국외범죄에 대하여는 행위지법을 적용할 수 없는 경우에 행위지법을 보충하여 주거지법을 부차적으로 고려하여야 한다는 것으로 이것이 통설이 되었다.²⁰⁷⁾ 그러나 거주지법이 무엇을 의미하는가에 대하여 다수설은 행위시 행위자의 거주지를, 소수설은 독오합병시 행위자의 국적국 거주지로 이해하였다.²⁰⁸⁾ 이러한 행위자 거주지법적용설은 전후 동서독간 형법적용의 통설이었던 행위지법 적용설에 대해 동독인을 포함한 독일인의 외국범죄에 대하여 어느 법을 적용하는가라는 문제제기를 했었고, 이 문제에 통설은 38-45년에 발전된 독오간 형법적용법에 따라 행위자의 거주지법이 적용된다고 하였다.²⁰⁹⁾

㉕ 공공질서유보

지역간형법적용설에 의하면 행위지인 동독의 형법을 적용하여 판단하는 것이 서독의 공서양속에 반하는 경우에는 행위지법인 동독형법 적용을 회피하는 것이 공서양속에 합당하다는 이론이다. 예컨대 동독주

206) BGH St 2, 300 (308); BGH Urt. vom 12. 8. 52, NJW 52, 1146; Schönke, StGB(4판), S. 4.; Baumann, LB, 1968, S. 66.; 한국형사정책연구원, 앞의 책, 29면.

207) Schröder, DStrR 40, 196면; v. Weber, DStrR 40, 189면.

208) Schröder, aaO, S.122.

209) Sch-Sch, 13판, Vorbem. 30 vor 3

민의 동독 경계를 허가없이 탈출한 행위에 대하여 행위지가 동독이므로 서독법원은 행위지법인 동독형법을 적용하여 동독형법상의 경계침범죄나 탈출죄로 처벌하는 것을 공서양속에 반하기 때문에 행위지법인 동독형법의 적용을 인정할 수 없다는 것이다. 이에 따라 지역간형법적용원칙은 중대한 제한을 받게 되며 행위지법은 법치국가원칙에 반하지 않을때만 적용할 수 있다는 것이다. 서독연방법원은 이밖에도 행위지법의 적용이 “법률적 모순”, “윤리적 원칙”에 저촉되는 것일 때 행위지법의 적용을 거부한 바 있다.²¹⁰⁾

다른 판례나 학설에서는 법치국가원칙에 반하는 행위지 형법의 구성요건규정뿐만 아니라 서독의 공서양속에 반하는 허용규범, 즉 위법성 조각사유나 책임조각사유도 그 적용이 유보된다고 하였다.²¹¹⁾

지역간형법적용설은 동서독기본조약 체결이전부터 판례법적으로 발전되어 왔는데 판례 및 통설은 동서독간 형법적용의 문제에 있어서 행위지법주의를 원칙으로 하되 공공질서의 제한하에 이를 적용하는 것을 그 기본적 내용으로 하였다.²¹²⁾ 이에 따라 통일후 동서독 지역간 형법에 있어서도 원칙적으로 “행위지법”을 적용하여야 한다고 봄이 통설²¹³⁾이며, 통일조약 제1부속의정서 제3장 C부분 제3절 제1호에서 서독형법 제5조 제9호²¹⁴⁾의 효력을 구동독지역에서 배제하고 있는 것도 주거지원칙의 명백한 포기로서 이러한 통설에 따른 결과로 해석되고 있다. 다만 처벌회피를 방지하기 위하여 경우에 따라서는 주거지법원칙을 일부 적용하여야한다는 소수설도 존재한다.

210) BGH NJW 52, 1146; BGH GA 1961, 24(25)

211) LG Stuttgart (Hanke-Urteil), JZ 64, 101; Rosenthal, Zur Strafbarkeit des Schusswaffengebrauchs an der Zonengrenze, ROW 1967, S.9.

212) BGH NJW 1952, 1146; BGHSt 7:53; BGH GA 1955, 178; NJW 1960, 395; GA 1961, 24등 판례참조; 법무부, 독일 법률사법통합 개관, 1992, 205.

213) Eser, Tröndle, Lemke, Samson, Schöncke/ Schöder 등, Michael Lemke, a.a.O.S.10. 참조

214) 서독형법 제5조 제9호의 내용은 다음과 같다.
제5조(국내의 법익에 대한 국외의 범죄) 독일형법은 국외에서 행해진 다음의 행위에 대하여 행위지법에 독립하여 적용한다.
9. 행위자가 행위에 독일인이고 생활근거를 이 법의 지역적 적용범위내에 두는 때의 임신중절(218조)

③ 국제형법적용설

㉠ 서 설

구독일형법 제3조 이하의 국제형법규정을 동서독관련 형사 사건에 직접 또는 유추적용하자는 이론이다. 지역간형법적용설은 동독이 서독과의 관계에서 외국이 아닌 내국으로 간주되는 것을 전제로 주장되었으나 1968년 동독형법전의 발효되고 1972년 동서독간 기본조약이 체결됨에 따라 종전의 지배설이던 지역간형법이론 중 행위지법주의에 대한 반론으로 국제형법적용설이 제기되었다.

㉡ 根 據

지역간형법적용설은 기본법상 근거가 없는 것으로서 지역간형법의 행위지법주의는 서로 체제가 다른 국가를 규율하는 경우에는 국제법상 예외적으로 인정하는 근거가 없이는 적용이 곤란하며 동독 형사소추제도가 서독과 판이하며 동독공산당의 이질적 법적 견해등을 고려할 때 행위지법주의를 적용하여 동독 주민의 동독지역에서의 범죄행위 등에 실제 적용하기가 곤란하고, 또한 동서독이 분단되어 있고 양측은 상호간에 입법에 대한 영향력이 없는 별개의 정치적 실체라는 점에서 지역간형법이 아닌 국제형법규정인 서독 구형법 제3조 이하에 의해 동독관련범죄를 규율함이 타당하다고 하는 근거에서 국제형법을 적용하여 판단하자는 견해로 독일구형법상 국제형법규정을 직접 적용하자는 국제형법직접적용설과 국제형법규정을 유추하여 적용하자는 국제형법유추적용설 등이 있다.

㉔ 관련 학설

㉑ 국제형법유추적용설

㉑ a 전면유추적용설

동서독간에 형법적용법이 없고 동독을 내국으로도 인정하기가 곤란하므로 동독과의 관계에서 서독 구형법 제3조 이하의 규정을 유추적용하여 판례와 이론에 의해 동서독간 형사문제를 해결해야 한다는 견해이다.

동서독 기본조약 체결이전 이미 학설에서는²¹⁵⁾ 동서독이 분단되어 있고 상대방에 대한 입법적 영향력이 없기 때문에 지역간형법적용설은 타당하지 않다고 지적하면서 이에 대한 대안으로서 국제형법의 유추적용을 주장하였다. 이 견해에 따르면 동독이 서독과의 관계에서 외국은 아니지만 동독관련범죄는 서독형법 제3조이하에 따라 규율될 수 있다고 한다. 이것은 동독과 동독인을 외국과 외국인처럼 의제하여 해석하는 태도이다.

이 견해에 따르면 베를린장벽에서 동독 국경수비병이 동독주민의 서독탈출을 막기 위해 총기를 사용한 행위는 서독형법상 외국인의 외국인에서의 행위처럼 취급되므로 이에 대해 독일형법을 적용하여 처벌할 수 있는 경우란 대리처벌원칙(독일구형법 제4조 2항)의 요건을 충족하는 경우 뿐이라고 한다. 이러한 견해는 1972년 동서독기본조약이 체결된 후점점 유력시되어 실무에서도 인정되었으며,²¹⁶⁾ 그후 뒤셀도르프주 고등법원과 연방법원이 이 판례를 지지했다.²¹⁷⁾

그러나 이 Weinhold판례 이후에도 실무와 학설에서는 동독주민이 개정서독형법 제7조에서 규정한 독일인에 포함되는지 여부를 놓고 논의가 끊이지 않았다.²¹⁸⁾ 그것은 1967년 동독국적법이 이에 대한 명시적

215) Schwarz-Dreher, StGB, 1967, Vorbem. 5 vor 3

216) Trondle, JR 1977, 1; BGH St. 27, 5, 6; JR 1977, 334f.

217) 1977년 9월 9일자 Fall Weinhold, NJW 1978, 113, 115

규정을 두지 않았고 1972년 동서독기본조약도 국적문제에 대한 규율을 유보한다고 명시했었기 때문이다. 이후 서독형법 제5조 6호에서 명시한 제234조 a(납치), 제241조 a(정치적 무고)의 보호주의 범죄에 해당하지 않는 이상, 동독내에서 동독주민에 대한 범죄는 서독형법 제7조 2항에 의한 보호를 받지 못한다는 판례²¹⁹⁾가 있었던 것을 제외하면 서독의 연방법원은 이 문제에 대해 명시적 판단을 내리지 않았다.²²⁰⁾ 동독주민의 독일국적성에 대한 이러한 판례의 불분명한 태도는 기능적 영토개념에 따른 귀결로서 동독주민이 서독으로 이주하지 않은 이상(도망을 포함하여) 서독형법의 보호를 받지 못한다는 것을 의미한다. 결국 동독내의 동독주민은 서독형법상 외국인처럼 취급되는 것이고, 제7조는 자신의 생활근거를 서독형법의 장소적 적용범위내에 가지고 있는 독일인에게만 적용된다는 것이다.²²¹⁾

⑥ 정치형법에 한정된 국제형법의 유추적용

Herrmann의 견해로²²²⁾ 국제형법과 역간형법은 서로 상이한 기능을 수행하며 더구나 대립적 투쟁을 하고 있는 양독사이에서는 상호협조와 신뢰의 조건이 상실되었으므로 지역간형법의 적용은 일반형법에 한정되고, 정치범죄에 대해서는 국제형법이 적용되어야 한다는 주장이다.

그는 정치범죄의 범주에 내란죄(Hochverrat), 국가위해죄(Staatsgefährdung) 그리고 모반죄(Landesverrat)에 포함된 범죄구성요건을 들었다. 1968.6.25. 제8차 형법개정에 의해 이 규정들은 “평화교란

218) 찬성하는 견해로는 Oehler, Internationales Strafrecht, Rn. 390 und JZ 84, 948; Bath, Jura 85, 203. 부인하는 견해로는 Wengler, JR 81, 208; Krey, Zum innerdeutschen Strafanwendungsrecht, 1969, 144; JR 80, 48; 85, 399.

219) BGH 32, 297/28. 따라서 납치와 정치적 무고의 경우에는 제7조 1항의 규범의 보호목적상 서독형법이 동독주민의 보호를 위해서라도 적용된다고 한다. 또 이 판결은 기본조약에서 국적문제가 해결되지 않았던 것은 입법자가 동독주민을 범죄피해자로 보호하는 것을 원하지 않았기 때문이라고 한다.

220) BGH 30, 6.

221) Roggemann, ZRP 76, 245; LK 65ff. vor §3; 다른 견해로는 Oehler, JZ 84, 948.

222) Joachim Herrmann, Die Anwendbarkeit des Politischen Strafrechts auf Deutsche im Verhältnis zwischen BRD und DDR, 1960, S.75, 81ff., 102; Krey, 앞의 책, S.19; Endemann, NJW 66, 2381(2386)

죄(Friedenverrat), 내란죄(Hochverrat) 그리고 민주적 법치국가의 위해죄(Rechtsstaatsgefährdung) 및 간첩죄(Landesverrat)”로 대치되었다.²²³⁾ 이것은 정치범죄에 대해서는 동독내의 행위일지라도 서독의 국익보호를 위해 서독형법이 직접 적용되어야 하고 일반범죄는 서독의 국익보호에 반드시 관련되는 것이 아니므로 행위지법인 동독법을 적용하여도 무방하다는 취지에서 주장된 것으로 보인다.

그러나 당시 한창 문제가 되었던 동독수비병의 발포행위는 위의 구성요건에 해당하지 않는 일반범죄임에도 행위지법인 동독법에 의하여 정당화하여 처벌하지 않는 것은 서독의 국익보호에 어긋나는 결과가 되고, 이렇게 되면 정치범죄와 일반범죄의 구별이라는 것이 의미가 없게 된다는 비판이 있을 수 있다.

㉠ 국제형법직접적용설

Krey²²⁴⁾는 행위지법이나 국제형법 유추적용의 문제점을 다음과 같이 지적하고 서독형법상의 국제형법규정을 직접 적용할 것을 주장하였는데 그 논거는 다음과 같다.

㉠ 역간형법적용의 문제점

1968년 동독형법의 제정과 1972년 동서독 기본조약 체결이전 서독에서 지역간형법이라는 불문법이 동서독관계에서 기준이 된다는 견해가 지배적이었던 이유는 그때까지 동독은 전체독일의 일부분이고 동독주민도 독일국민이며 이에 따라 독일구형법이 동독내에서도 여전히 적용될 수 있다고 보았기 때문이다. 이 때문에 국제형법은 동독과의 관계에서 적용의 여지가 없으며 이때의 법적용의 흠결은 불문법인 지역간형법의 원칙을 적용함으로써 해결된다고 보았던 것이다.

223) 1968.6.25. 제8차 형법개정에 의해 이 규정들은 “평화교란죄(Friedenverrat), 내란죄(Hochverrat) 그리고 민주적 법치국가의 위해죄(Rechtsstaatsgefährdung) 및 간첩죄(Landesverrat)”로 대치되었다.

224) Krey, “Anwendung des ‘internationalen Strafrechts’ im Verhältnis der Bundesrepublik Deutschland zur DDR”, JR 1980, S.45ff.

그러나 이러한 당시의 통설은 정치적 의도에 의해서 구성된 것이고 분단독일의 법적·정치적 현실을 반영한 것은 아니었다.²²⁵⁾ 즉 분단독일의 현실에서 하나의 국가안에 복수의 형법영역의 존재를 전제하는 것은 법현실에 맞지 않는 것이고,²²⁶⁾ 법률의 내용과 기능이 상이한 법역간에 지역간형법을 적용하기 위해서는 다음과 같은 예외를 둘 수 밖에 없었다.

가) 동독형법을 행위지법으로서 서독법원이 적용하기 위해서는 그 적용의 결과가 서독의 공공질서와 모순되지 않아야 한다. 이러한 공공질서유보는 행위자에게 유리하게 작용할 수도 있고 불리하게 작용할 수도 있으나²²⁷⁾ 원래 이러한 공공질서유보는 외국법의 적용을 위한 국제사법(EGBGB 제30조)의 원칙으로서 전형적 국내법인 지역간형법에서는 의문스러운 것이라 한다.²²⁸⁾

나) 행위지법을 기준으로 하는 지역간형법의 원칙에 반하여 동독내에서 행하여진 일부범죄에 대해서는 서독형법이 직접 적용되는데 예컨대 내란죄(Hochverrat), 모반죄(Landesverrat)의 경우가 그러하다.²²⁹⁾ 여기에서 지역간형법은 국제형법상의 보호주의로 돌아가는 자가당착에 빠지는 것이다.

결국 동서독 사이에는 전통적인 지역간형법의 적용을 위한 국내법적 연결점, 즉 통일된 사법을 위한 전제조건이 결여되어 있으므로 해서 위와 같은 문제점이 파생되는 것이라 한다.

225) Krey, 위의 글, S.30-47.

226) Herrmann, 앞의 책, S.35f

227) 행위자의 이익이 되는 효과는 법치국가원칙에 어긋나는 동독형법에 의한 재판이 불가능하다는데 있다. BGH, NJW 52, 1146; BGH GA 61, 24/25.

228) Herrmann, 앞의 책, S.55; Krey, 앞의 책, S.68f.

229) Krey, 앞의 책, S.50-56.

⑥ 국제형법의 유추적용의 문제점

지역간형법적용설의 이러한 문제점 때문에 지역간형법에서 행위지법주의를 원용하는 것은 잘못이고, 동독과의 관계에서 국제형법의 규정을 유추적용해야 한다는 견해가 제시되었다.²³⁰⁾ 이러한 견해는 1968년 동독형법의 제정과 1972년 동서독 기본조약 체결이후 다수 학설의 지지를 얻게 되었고²³¹⁾ 실무에도 받아들여졌다.

그러나 내독관계에서 서독형법 제3조 이하의 국제형법규정을 유추적용하는 것도 지역간형법의 적용에서와 같은 문제점을 가지는데, 그것은 명문의 규정이 없는 유추적용이기 때문이다. 왜냐하면 이러한 법률의 유추적용은 내독관계를 규율하는 형법적용법이 흠결되어 있을 것과 이러한 규율의 흠결을 입법 대신 판결과 학설로써 보충하는 것이 허용될 것을 전제하는데 이것은 형법상 유추금지(서독기본법 제103조 2항)의 관점에서 허용될 수 없다는 것이다. 왜냐하면 국제형법과 마찬가지로 내독간의 형법적용법도 실체적 형사법²³²⁾이고 형벌을 근거짓는 성격을 가지는데,²³³⁾ 이러한 흠결의 보완은 입법자의 임무이며 제3조 이하의 유추적용을 통한 흠결의 보완은 유추적용금지에 반한다는 것이다.

⑦ 국제형법의 직접적용

결국 이설은 서독형법 제3조 이하는 동서독관계에서 직접적 효력을 갖는다고 보게 되는데 그 논거는 다음과 같다.

우선 독일구형법 제3조 이하의 국제형법은 전체 독일에 관하여 규정된 것이 아니라 서독에만 한하는 것이며, 독일구형법 제3조 이하에 규정된 '독일형법'은 단지 서독연방공화국의 형법이고 동독의 형법을 포

230) Dreher-Massen, StGB, 1954, §3 Anm. 6; 정치형법에 대해서는 Herrmann, 앞의 책, S.75, 81ff., 102; Krey, 앞의 책, S.17-20

231) Bockelmann, Strafrecht AT, 2. Aufl. 1975, S.26f.; Welzel, LB, 9. Aufl., S.27; Gallas, ZStW 80, I(15) Marach/Zipf, Strafrecht AT 1, 5. Aufl. 1977, S.161; Oehler, Internationales Strafrecht, 1973, S.279f.

232) Zieher, Das sog. internationale Strafrecht nach der Reform, 1977, S.35ff., 43f.

233) 형법적용법에서 기본법 제103조 2항의 적용에 대해서는 Krey, Studien zur Gesetzesvorbehalt im Strafrecht, 1977, S.228, 229; Zieher, 앞의 책, S.46.

함하지 않는 것이다. 왜냐하면 서독형법은 연방공화국(서독)만을 규율할 뿐이고 동독은 독자적인 형법을 가지고 있기 때문이다.²³⁴⁾ 따라서 제3조 이하의 내국(Inland)개념에는 서독의 영역만이 포함되고 동독지역은 포함되지 않는다. 서독연방헌법재판소가 동독지역을 전체 독일의 부분으로 인정하고 있지만, 국제법이나 서독기본법 제23조에 따라 연방공화국(서독)의 영토고권은 국제법적으로나 국내법적으로나 동독의 영토를 포함하지 않음에 다툼의 여지가 없다는 것이다.²³⁵⁾

④ 관련 사례(Weinhold사건)

Weinhold사건은 1975년 12월 19일 Thüringen주 Hildburghausen 국경지구에서 동독국경수비병인 Weinhold가 서독으로 망명하면서 이를 저지하는 동독국경수비병 2명을 사살하고 탈출한 것으로 1975년 12월 22일 Marl 구(區)법원이 구속영장을 발부하여 Weinhold는 구속 구금되었으며 1976년 5월 17일 검찰은 Weinhold를 Essen지방법원에 공소를 제기하였으나 동법원은 피고인의 행위를 정당방위로 인정하여 결정에 의해 구속을 취소되자 검찰은 Hamm 고등법원에 항소를 제기하였다. Hamm고등법원은 동독국경기관의 조치에 대한 모든 경우에 정당방위가 가능하다는 지방법원의 견해는 부당하며 동독 국경수비병(Weinhold)은 법치국가적 기준하에서만 무기사용이 정당화되기 때문에 본건의 경우에는 서독형법상의 정당방위가 인정될 수 없다는 이유로 피고인에 대한 구속영장을 발부(1976.6.11. 결정)하였으며 서독 연방대법원은 독일 형법상의 국제형법 규정인 제7조 제2항 제1호(행위시에 독일인이었거나 행위후에 독일인이 된 자의 외국에서의 범죄)를 준용하는 데 아무런

234) 동독형법 제80조 참조.

235) 국제법적 측면에 대해서는 Krey, 앞의 책, S.23, 24; BVerfGE 36, 1ff 은 기본조약에 대한 결정에서 다음과 같이 판시하고 있다. "동독은 독립국가이고 국제법적인 주체이며(22면), 동서독사이의 관계는 국제법적 성격을 가진다(23면이하). 연방독일의 영토에는 동독이 포함되지 않는다." 또한 동서독 기본조약 제6조에서는 조약의 성격을 국제법상의 조약(BVerfGE, aaO, S.23-24)으로 규정했다. 따라서 양국의 주권은 자국의 현재영역으로 제한된다는 것이다. 국내법적으로도 동독은 연방공화국의 주권에 복속하지 않는다는 것이 기본법 제23조(기본법의 적용영역)에 비추어 볼 때 명백하다(BVerfGE, aaO, S.16f.; Krey, 앞의 책, S.28).

의의가 없다고 판시(1977.9.9. 판결)하였다.

(다) 동독의 서독 관련 형사문제 처리실태

① 동독신형법 시행전

동일한 독일구형법을 해석·적용함에 있어 서독과 달리 동독은 2개의 독일이 존재하고 서독은 동독과의 관계에서 외국이기 때문에 당연히 국제형법이 직접 적용된다고 봄으로써 문제를 해결하려 했다. 그러나 동독이 독립적으로 존재한다 해도 당시에는 독립된 동독형법과 동독국적법이 제정되지 않아서 서독과 그 주민이 바로 외국과 외국인이 되는 것이 아니었기 때문에 실제로는 국제형법이 유추적용될 수 밖에 없었다.²³⁶⁾

형법상의 속지주의 원칙에 따르면 한 국가의 형벌권은 원칙적으로 자국의 영토로 제한되지만, “독일구형법”(당시의 동독형법) 제4조 2항은 보호주의에 기하여 동독인이나 외국인을 불문하고 외국에서의 행위에 대해서도 내란죄(1호)와 간첩죄(2호)를 적용할 수 있도록 했다. 그러나 이러한 규정들은 1946년 1월 30일의 연합국의 독일관리위원회법(Kontrollratsgesetz) 제11호에 의해 효력을 상실하였으며, 그 대신 다음과 같은 시간적으로 연속적이거나 부분적으로 병존의 효력을 가진 여러개의 국가보호규정으로 대체되었다.

1. 1946.10.12. 연합국 관리위원회명령 제38호 : 나찌정권에 협조한 전범, 국가사회주의자, 군국주의자, 기업가 등을 처벌하는 규정
2. 1949.5.30. 헌법 제6조 : 모든 반국가범죄의 처벌의 기본원칙
3. 1950.12.15. 평화보호법
4. 1957.12.15. 형법보충법(StEG) 제13조-제23조

위의 규정들 중 평화보호법 제10조 3항은 “동독최고법원은 다음 범죄

236) Fritzsche, StuR 1957, 394; Bruhn, aaO, 640.

에 대해 행위자가 독일인이면 행위자가 동독내에 주거를 갖고 있지 않아도 관할한다”고 규정하고 있었는데, 이것은 동독형벌권의 서독지역으로의 확장을 의미하는 것이었다.²³⁷⁾

한편 당시의 동독형법 제4조 2항 3호는 행위지에서 그 행위를 처벌하지 않고 그 행위지에서 특수한 사정으로 인하여(가령 국내에서 위법한 상관습이 현지에서 특수한 사정으로 인하여(관습화되어 있을 때) 당벌성이 없을 때에만 형벌을 면제한 당시 서독형법 제3조 2항²³⁸⁾과 달리 행위지에서 그 행위를 처벌하지 않으면 완전히 형벌을 면제했다.

② 동독신형법 시행 후

1) 형법 제8조

1968년 7월 1일부터 시행된 동독의 신형법에서는 장소적 적용범위에 관한 규정이 개정되었는데, ‘형법의 적용범위에 관한 기본원칙’을 규정한 제8조는 “형법전의 적용범위는 동독의 영토(das Gebiet der DDR), 주권(ihre Souveränität), 동독시민의 동독법에의 기속(die Bindung der Bürger an die Gesetze ihre Staates), 평화유지를 위한 국제법적 의무 및 국제조약안에 확정된 의무를 통하여 규정된다”고 명시하고 있다.

그러나 이러한 제8조가 장소적 적용범위에 관한 개별규정인 동독형법 제80조와 다른 독자적 의의를 갖고 있는지는 의문이다. 동독형법 제1조-제8조는 실체형법과 형사소송법 및 국내법, 헌법에 관한 규정이 혼합되어 있는데, 이것을 동독은 서독법제의 세밀한 분리와 체계화를 불필요한 것이며 부르조아적 착취사회내 계급적대의 법률적 표현으로 비난하면서 사회주의적 법질서의 통일을 위해 제법분야의 총체적 관련을 제1조-제8조에 통합적으로 기술하였다고 정당화한다. 특히 제8조는 정

237) Blumenwitz, Das neue Staatsbürgerschaftsgesetz der DDR, JOR 1967, 175.

238) 이러한 서독형법에 대해서는 일반적으로 독일의 이익이 침해되지 않았음에도 외국의 형벌면제를 무시한다는 비판이 있어왔으며, 1973년 10월 1일부터 폐지되었다(Maurach, Deutsche Strafrecht. AT 3판 (1965), 100

치적 목적, 특히 동독의 국가성과 독립성(여기에는 국제적·국제법적 의무의 참여가 포함된다)을 선전하는 목적에 봉사한다는 의문을 지울 수 없다. 따라서 제8조는 법적 성격을 가지고 있는 것이 아니라 정치적 성격을 가지고 있으며 결국 동독형법 제80조에서 규율하고 있는 형법의 효력범위에 대한 어떤 법적 보충을 한 것이 아니라고 할 수 있다.

2) 형법 제80조 1항(속지주의)

동독신형법 제80조 1항은 “동독내에서 행해졌거나 그 행위의 결과가 발생했거나 발생할 모든 범죄에 동독형법을 적용한다”고 규정하여 속지주의 원칙을 동독형법의 효력범위를 규율하는 지도원칙으로 하고 있다. 이에 비해 동독구형법 제3조는 동독내에서 외국인의 범죄에 대해 동독형법의 적용을 명확히 규정하지 않았는데, 이것은 내국의 모든 범죄에 대해 국적 여부를 불문하고 자국형법을 적용하는 속지주의 원칙상 외국인에 대한 특별한 규정이 불필요했을 것이기 때문이다.

3) 형법 제80조 2항(속인주의)과 국적법

동독신형법 제80조 2항 1호는 속인주의 원칙을 다음과 같이 규정하고 있다. “동독인은 동독외에서의 가벌적 행위에 대해 형사책임을 추궁 받을 수 있다” 이 규정은 구형법 제4조 2항 3호와 본질적으로 다른 것인데 여기서 동독인의 범위는 1967년 제정된 국적법에 의하여 결정된다. 동독국적법 제1조에 따르면 국적취득시 동독내에 주소나 거소를 가진 자는 계속 동독국적을 보유한다고 하면서 제1a조는 1949.10.7 동독국적을 취득한 후 동독을 떠난 사람들도 동독국적을 상실하지 않은 것으로 규정하고 있다.

따라서 예를 들어 서독에서 태어나 그곳에서 생활했지만 1949.10.7 이후 잠시 동독지역에 체류했다가 다시 서독으로 돌아간 사람은 물론 그의 자식도 동독국적을 취득하는 결과가 된다.²³⁹⁾ 그러나 현실적으로 이

239) Blumenwitz, Das neue Staatsbürgerschaftsgesetz der DDR, JOR 1967, 197.

들에게 동독의 사범이 개입할 가능성이 없으므로 이 규정의 실현가능성은 거의 없다고 할 것이다.

4) 형법 제80조 2항(쌍방가벌성)

동독구형법 제4조 2항 3호는 행위지에서 가벌적일 때에만 동독인의 외국에서의 범죄(동독인의 서독내범죄에 대해서도)를 처벌하도록 하였는데 이것은 그 행위가 동독의 대외적 위신을 침해하였기 때문이라는 것이다. 그런데 이러한 쌍방가벌성 요건이 신형법에서는 탈락되었고, 신형법 제80조 2항은 동독인의 외국범죄를 행위지에서의 가발성여부에 관계없이 동독형법에 따라 처벌할 수 있도록 하고 있다. 그 논거는 다음과 같다.

“자본주의 국가의 법질서는 부르조아지의 독재를 유지하고 노동자계급의 억압과 착취에 봉사한다. 특히 공격적인 나토조약에 가입한 국가들이 그러한데 사회주의 활동이 범죄로 조작되고 처벌받는다. 따라서 이들 국가의 형법은 노동계급과 그 동맹계급의 민족적·국가적 해방을 위한 투쟁을 뒷받침하는 것이 아니므로 동독외에서 동독인이 행위지에서 가벌적이지 않은 행위를 하였다 할지라도 동독에서는 처벌된다.”²⁴⁰⁾

5) 형법 제80조 3항(보호주의)

동독신형법 제80조 3항은 동독 밖에서의 외국과 외국시민의 행위에 대해 어떤 경우에 동독형법이 적용되는가를 규정하고 있는데, 이 조항 1호와 3호에 열거된 국가보호범죄는 형식적으로 국제법적으로 인정된 보호주의와 일치하는 것으로 보인다. 그런데 여기서는 의심스러운 정도로 광범위한 동독형법의 확장이 은폐되어 있다는 서독측의 비판이 있는데, 왜냐하면 동독형법의 각칙(국가보호규정)은 본질적인 부분에서 보호주의 원칙의 한계를 넘고 있기 때문이라는 것이다.²⁴¹⁾ 예를 들어

240) Lehrkommentar 80, 271.

241) F.C.Schroeder는 이것을 외국의 공적 생활에 대한 참을 수 없는 간섭으로 나아가는 동독의 '정치형법의 비대'라고 말했다. Schroeder, Schranken für den

동독형법 제106조 1항 1호는 동독내의 사회주의적 국가질서와 사회질서를 침해하거나 그것을 사주할 목적을 가진 서독내의 출판물의 발행을 가벌적 행위로 규정하고 있다.²⁴²⁾

이와 더불어 사회주의적 국제주의의 실현을 위해서 제96조-제107조의 외국에서의 반국가범죄가 사회주의적 가치체계, 그 기관, 대표원, 시민에 대한 것이었을 때에도 역시 제108조에 따라 처벌된다.²⁴³⁾

이와 관련하여 국가보호강화를 위해 도입된 평화보호조항을 언급할 필요가 있다. 신형법 서문에서 언급되었듯이 "사회주의 형법은 ... 특별히 서방제국주의에 의한 우리 조국의 평화와 생존을 위협하는 범죄행위에 대해 단호히 대처해야 한다"고 하여 평화보호조항을 반국가범죄안에 두고 있다. 그러나 동독측의 이러한 평화보호범죄의 변형들은 세계주의 원칙에도 보호주의 원칙에도 합당하지 않은 것이다.

하지만 이렇게 확장된 국가보호주의적 규정들은 제80조 3항 4호의 쌍방가벌성원칙에 의해 어느 정도 제한받고 있으며 이에 따르면 제80조 3항 1-3호에 열거된 범죄를 동독외에서 범하고 동독내에서 체포된 외국인인 본국으로 인도가 이루어지지 못하고 그 행위가 행위지 또는 본국에서 가벌적일 때에만 처벌된다. 동독으로서는 범죄인인도협정이 체결되어 있지 않는 한, 1956.12.14. 동독내 외국인체류규정과 동독형법 제59조에 따라 국외추방의 가능성이 성립하지만, 쌍방가벌성이 성립할 때에는 제80조 3항 4호에 따라 형사책임을 추궁할 수 있다.

raumlichen Geltungsbereich des Strafrechts, NJW 1969, 81(82).

242) 그러나 보호주의는 한 국가의 생존이나 중대한 이익의 현저한 침해에 대해서만 허용되는 것이며, 위와 같은 구성요건은 보호주의에 포섭될 수 없다는 것이 서독측의 비판이다(J.Herrmann, 앞의 책, S.95.

243) Rogemann은 이러한 규정에 대해 '사회주의적 보호주의'라고 불렀다. Rogemann, Das Strafrecht der DDR von 1968, ROW 1969, 97.

(라) 관련 문제(정치범석방거래 실패)

① 배 경

서독과 동독간에 베를린 장벽이 설치된 이후 인도적 사업의 일환으로 서독 내독관계부에 의해서 추진되었는데 서독정부는 물질적인 대가를 지불하더라도 인도적 견지에서 분단에 따른 인간적인 고통을 해소시켜야 된다는 차원에서 추진되었으며 동독정부는 체제유지에 부담이 되는 인물을 추방함으로써 체제를 더욱 공고히 할 수 있으며 나아가서 석방대상 정치범들은 대다수가 지식인, 기술자들로서 이들 고급인력 양성에 투자된 비용에 대한 대가를 보상받아야 된다는 두가지 입장을 견지하여왔다.

② 구체적 실패

㉞ 석방대상

동독 정부는 1963년~1980년 사이에 총 33,755명의 정치범을 석방하였으며, 서독정부는 그 대가로 지원 금액 총 34억 4,000만 DM(약 1조 1,000억원)을 동독 정부에 지원하였는데 1962년 최초로 서독 신교회가 옥수수(3트럭분)와 석탄을 공급하고 동독 정부는 150여명의 동독교회관계자를 석방하였으며, 1963년부터는 국가적 차원에서 최초로 32만 DM의 현금을 동독에 지불하였으며, 동독 정부는 8명의 정치범을 석방하였다. 1964.7. 서독정부는 본격적인 정치범석방사업 추진하고, 그 대가는 교회를 통한 물자지원방식을 채택하였다.

석방대상자는 체제저항운동 또는 불법적인 동독탈출기도로 투옥된 자 등 분단으로 인하여 발생한 「정치적 박해자」에 한정하였는데 그 유형을 보면 동독형법 제213조(불법국경탈출죄)위반사범이 가장 많고, 제137조(국가모독죄), 제212조(국가시책 저항죄), 제214조(국가·사회적 위해죄), 제220조(공적인 품위손상죄) 위반사범 등이 주류를 이루고 있다. 이러한 비밀거래를 통하여 이주가 허용된 정치범의 가족들도 자동적으로

로 서독으로 이주시켰으며 「일반형사법」은 석방거래에서 제외되었다. 서독 정부는 석방대상자 명단을 동독의 정당, 노동조합, 교회, 주민 등 다양한 루트를 통하여 입수하였다.

㉞ 협상통로

서독의 경우 정치범거래의 집행은 서독 내독관계부의 위임을 받은 신교 연합구호사업단(Stuttgart 소재)을 통하여 이루어졌고, 동독은 정부가 직접 나서지 않고 카톨릭신자이며 SED당원인 변호사 Vogel(통일 후 그는 과거불법청산과 관련하여 통일독일의 재판에 회부되어 1996년 1월 집행유예 및 벌금의 유죄선고를 받음)이 30년간 석방거래 업무 전담하였다. 서독이 석방요구자 명단을 동독으로 전하게 되면 동독의 내무부, 국경수비대, 검찰로 구성된 위원회가 1년여간의 석방여부심사후 석방결정을 하고 이를 호네커 등 지도부에 보고하여 석방을 실시하였다.

㉟ 석방대가 지불금 및 지불방식

1963년~1977년까지는 1인당 40,000DM, 1977년~1980년까지는 1인당 95,847DM에 해당하는 물품으로 지급되었는데 인간매매라는 국제여론의 비난과 동독국가체면을 의식하여 지불대가는 현금이 아닌 국제시장 가격에 따라 동독에서 필요한 물품으로 지급하는 형식을 취하였다. 통독후 밝혀진 석방 대가 수입금의 구체적인 사용내역을 보면 수입금은 1974년부터 동독 독일무역은행에 입금되었으며 동은행은 외국에 투자하여 외환증식수단으로 이를 활용하였으며 호네커는 입금된 금액중 1년에 1억 Valuta 마르크까지 자유로이 사용 처분할 권한을 보유하고 있었다.

③ 평 가

정치범석방거래 사실이 동독주민사이에 알려지게 됨으로써 서독지역으로의 불법탈출자가 급증하는 계기를 마련하였으며 합법이주가 허가되지 않거나 허가결정이 있기까지 3~4년씩 기다리는 경우가 많은 기

술자나 고급인력의 경우에 탈출 실패시 서독정부로부터 석방대상자로 구제될 수 있다는 기대하에 의도적인 탈출을 시도하는 경우도 있었다.

정치범석방거래는 서독정부가 인도적 차원에서 분단에서 오는 비극을 어느 정도 완화하기 위하여 추진되었는데 서독과 동독간의 형사문제 충돌을 어느 정도 해결하는 기능도 하였다고 볼 수 있다.

(2) 중국과 대만²⁴⁴⁾

(가) 법률관계 충돌의 발생

중국과 대만은 상대방 정부를 인정하지 아니하고 상대측 법률의 효력을 전면 부정한 채 자신의 법률체제를 유지하여 왔다. 1949년 2월 중국공산당은 국민당정부의 육법전서 및 일체의 법률, 명령 등을 폐지하고 중화민국의 법원 및 모든 법률을 부정하고 별도의 사회주의법제를 수립하여 왔으며 중국은 헌법 전문에 “대만은 중화인민공화국 신성한 영토의 일부분이다. 조국통일의 대업을 성취하는 것은 대만의동포를 포함한 전중국인민의 신성한 책무이다.”라고 규정하여 대만은 중국 영토의 일부로서 중국의 법률의 효력은 당연히 대만에도 미친다고 하고 있다. 한편 대만 국민당정부는 대륙의 공산당정부에 대하여 “동원감란시기 임시조관(動員勘亂時期臨時條款)”을 제정하여 중국 정부를 반란단체로 규정하여 중국의 법원 및 모든 법률을 인정치 아니하고 기존의 자본주의 법제를 유지하고 있으며 헌법에 “중화민국 영토는 그 고유의 영역에 의한다”(제4조), “중화민국의 국적을 가진 자는 중화민국의 국민이 된다”(제3조)고 규정하여 대륙지구도 중화민국의 영토이며 대륙지구 주민 역시 중화민국의 국민으로 봄으로써 대만지구주민뿐만 아니라 대륙지구 주민이 대만지구에서 범죄행위를 한 경우 또는 대륙지구에서 범죄행위를 한 경우 모두 중화민국이 관할권을 가지며 중화민국의 형벌권

244) 한국형사정책연구원, 앞의 책, 43-56면

의 효력이 미친다고 보고 있다. 과거 30년간 양측은 상호승인이나 왕래가 없었기 때문에 사실상 양측간의 법률관계는 충돌할 계기가 없었으나, 1987년 11월부터 대만 정부가 대만인의 대륙친척방문허용조치를 공식적으로 실시하기 시작하여 상호간 교류의 물꼬가 트인 이래 최근까지 과거에는 상상할 수 없었던 괄목할 만한 인적·물적 교류가 이루어져 왔다. 양측간의 교류는 그 초기에는 주로 친척방문이라는 인적 교류형식을 취하였다가 점차 중국의 투자유도와 대만의 대륙투자라는 경제무역상의 물적 교류를 띄게 되었고 이와 더불어 인적교류상의 제한적인 요소들도 상당부분 완화되어 최근에 와서는 양측의 교류왕래가 정치적인 면에서 몇가지의 제한을 제외하고는 혼한 일정도로 인식되고 있다.

1987년 대만정부의 대륙친척방문허용 이후 법률관계의 충돌문제가 제기된 이후에도 장기간 양측의 공식적 입장은 상대방을 합법적인 정부로 인정하지 아니함은 물론 그 법률의 효력을 인정하지 않는 것이었다. 1991년 5월 대만이 기존의 입장을 바꾸어 대등한 정치적 실체로 중국을 인정하기로 결정하였지만, 국제적으로 승인받은 유일한 합법정부는 중국정부라는 중국의 확고한 주장때문에 중국과 대만 양측간의 법률충돌을 국제사법의 전통적 이론으로 해결하기는 불가능하다고 생각되었다.²⁴⁵⁾ 한편 이러한 법률충돌을 단일국가내의 다수의 법역간의 법률충돌로 보려는 입장도 있으며²⁴⁶⁾ 이에 관하여 중국과 대만양측 모두 논의가 분분하다.

(나) 중 국

① 기본입장

대만은 중국 영토의 일부분으로서 중국형사재판권의 장소적 효력은

245) 허광태, 양안법률관계, 동아계간 제24권 제2기, 대만 정치대학 동아문제연구소, 57면; 법제처, 중국과 대만의 교류법제 (법제자료 162집), 27면.

246) 서평, 시론양안법률충돌적해결도경여모식, 법학(1991.3), 102-103면, 중국인민대학자료중심; 법제처, 앞의 책, 28면.

대만을 포함한 전중국영역에, 인적 효력은 대만인을 포함한 전 중국민에게 미친다는 것이 기본 입장이다. 다만 양안의 형사문제 처리에 있어서 양안의 장기적 격리단절상태를 고려하여 특별한 경우에 형사법적용의 예외를 인정하고 있는데 예컨대 대만인의 과거범죄에 대한 재소추 조치 면제 및 과형상 자유형부과 지양 등 조치를 취하고 있다.

그러나 학설상으로는 현실적으로 대만지역은 중국과 분리된 채 중국 대륙과 다른 별도의 법률위 지배하에 있기 때문에 중국형사재판권의 행사가 제한을 받고 있으며 법률관계의 충돌 문제가 발생한다는 사실은 인정하고 있다. 중국은 1997년과 1999년에 각각 홍콩과 마카오의 주권을 회수한 후 기존의 제도를 50년간 존속시키기로 결정한 바 있는데 이러한 결정은 홍콩 및 마카오에서 실시하고 있는 법률제도가 중국과는 다르기 때문에, 대륙에서는 사회주의법제를 계속 실시하면서 적어도 50년간은 홍콩, 마카오에 자본주의법제를 공존시킴으로써 공산정권하에 실제로 '1국 1법제'가 아닌 '1국 2법제'를 실시한다는 것을 의미한다. 이러한 방식은 대만에 대해서도 그대로 원용하여 적용될 수 있다는데 대다수 중국의 법학자들의 인식이 일치하고 있다.²⁴⁷⁾ 결국 이러한 인식에 의거할 때, 중국과 대만간의 법률충돌문제 또한 하나의 중국내의 상이한 법역간의 문제로 좁혀지며 이 경우 하나의 중국은 물론 중국정부를 의미하고 대만은 중국 중앙정부하의 하나의 지방(성)정부가 되는 것을 뜻한다. 따라서 중국은 대만과의 법률충돌문제를 국가와 국가간의 국제법상의 마찰로 보는 것에 동의하지 않으며, 홍콩·마카오의 경우를 선례로 대만의 경우도 명실상부한 일국의 내정문제라고 보고 있다.

구체적으로는 예컨대 ① 양측의 법률충돌문제를 해결하는 특별법을 제정하되 '하나의 중국'과 대만은 중국영토의 일부분으로 중국을 유일한 합법정부로 한다'는 것을 확인한 후에만 대만의 법률을 인정한다는 방안과 ② 단기간 과도적으로 각자의 국제사법을 유추적용하여 해결하다가 이후 전국적으로 적용되는 소위 '구체특별법'을 제정하여 50년간

247) 황진, 중국국제법률충돌급기해결일검론 '일국양제'여중국적구제법률충돌, 일국양제 법률문제면면관, 1989.7, 104-105면; 법제처, 앞의 책. 28면

적용하며, 마지막으로 전국적으로 적용할 수 있는 실체법이나 각 지구에서 동일하게 또는 유사하게 채택할 수 있는 실체법을 제정하는 방안, ③ 대만특별행정국을 성립하고 그 초기에는 한편으로 국제법과 국제관례를 차용하고 다른 한편으로 각 법역이 각자의 역제충돌법을 제정하되, 제정과 동시에 대만특별행정국의 기존법률체계를 본토화, 지방화하는 방안(예컨대 ‘섭외’는 ‘섭역’, ‘국적’은 ‘역적’, ‘외국’은 ‘외역’, 본국은 ‘내역’으로 바꾸며 ‘중화민국 중앙정부’를 ‘중화인민공화국 대만특별행정구’로 대체하는 방안)이 논의되고 있다.²⁴⁸⁾ 그러나 이러한 논의들은 아직 공론화되어 있지는 않으며 현단계에서 중국은 대만과의 법률관계를 규범화하는 특별법을 제정하고 있지는 않다.

다만 1992년 5월 1일부터 양측간 주민들의 상호방문에 관련된 출입국절차등의 왕래절차를 규정한 <중국공민의 대만지구왕래변법>을 시행하고 있는데, 중국은 이 변법에서 양측 주민을 모두 ‘중국공민’으로 규정함으로써 대만을 내국인으로 간주하고 있다.

② 중국형법의 효력범위

중국은 1979년 7월 6일 총칙, 분칙 등의 2개의 편, 총 192조로 구성된 <중화인민공화국형법>을 비로소 공포하고 1980년 1월 1일부터 이를 시행하여 왔다. 중국형법은 그 효력 범위에 대해 기본적으로 속지주의를 채택하면서 기타 몇가지의 원칙을 보충하여 이를 절충하고 있다. 중국형법 제3조는 “중화인민공화국 영역내의 범죄는 법률에 특별히 규정한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법을 적용한다”고 규정하여 속지주의를 원칙으로 하고 있다. 여기의 영역에는 영토(대만포함), 영해(12해리), 영공(영토·영해상의 공간 포함)이 포함된다. 또 국제적 관례에 따라 중화인민공화국기를 달고 공해나 그 상공을 항행 또는 비행하거나 외국의 항구나 공항에 정박한 선박과 항공기 및 중국의 주외 대사관, 공사관도 모두 자국의 영역으로 본다.

248) 황덕배·황진, 중국국제법률충돌문제연구, 중국사회과학(1989년 제1기), 중국사회과학출판사, 125면; 법제처 판사 앞의 책, 31면,

한편 형법의 소급적용에 관해 중국형법 제9조는 “중화인민공화국 성립 이후에 발생한 이 법 시행전의 행위는 당시의 법률, 법령, 정책이 범죄로 인정하지 아니하는 경우에는 벌하지 아니한다. 당시의 법률, 법령, 정책이 범죄로 인정하여 이 법의 총칙 제8장 제8절의 규정에 의하여 소추되어야 하는 때에는 당시의 법률, 법령, 정책에 의하여 형사책임을 묻는다. 다만 이 법에서 범죄로 인정하지 아니하거나 가볍게 처벌하는 경우에는 이 법을 적용한다”고 규정하고 있다. 이 규정에 의하면 공산정권수립일인 1949년 10월 1일 부터 1979년 12월 31일 사이에 발생한 범죄는 ① 행위시의 법률, 법령, 정책이 범죄로 인정하지 아니하는 경우에는 형법의 규정에 관계없이 모두 범죄로 인정하지 아니하고, ② 행위시의 법률, 법령, 정책이 범죄로 인정하되 현행 형법에서 범죄로 인정하지 아니한 때에는 당해행위가 재판을 받지 아니하였거나 판결이 미확정 상태인 경우에는 이를 범죄로 인정하지 아니하며, ③ 행위시의 법률, 법령, 정책과 형법이 모두 범죄로 인정하고 또한 형법에 규정한 소추시효내에 있는 경우에는 당시의 법률, 법령, 정책에 따라 형사정책을 묻는 것으로 된다.²⁴⁹⁾

한편 중국형법은 대인적 효력에 있어 중국내에서 중국공민(대만인 포함)이 범죄한 때에는 일률적으로 적용되지만, 중국 밖에서는 원칙적으로 반혁명죄, 국가화폐위조죄, 독직죄, 수뢰죄, 국가기밀누설죄, 공문서·증명서·인장의 위조죄를 범하였을 때에만 적용된다(제4조). 제4조에 열거한 범죄 이외의 죄를 중국 밖에서 범한 중국공민이 범한 경우에는 형법의 최저형이 3년 이상의 유기징역인 경우에만 중국형법을 적용한다. 다만 범죄지의 법률에 의하여 처벌을 받지 아니하는 경우에는 제외한다(제4조 단서).

이밖에 중국 밖에서 행해진 중국 또는 중국공민에 대한 범죄는 형법에 규정된 최저형이 3년 이상의 유기징역인 경우에만 중국형법을 적용할 수 있다. 마찬가지로 범죄지의 법률에 따라 처벌을 받지 않는 경우

249) 법제처, 중국과 대만의 교류법제, 76면.

에는 중국형법의 적용을 제외한다(제5조).

③ 대만인 범죄에 관한 법률적용

㉞ 대만인의 과거범죄에 대한 불소추

대만인의 대륙왕래가 빈번해짐에 따라 제기되고 있는 과거 중공정권 수립이전에 대륙에서 죄를 범한 대만인의 소추문제에 대해 중국정부는 기본적으로 상호교류의 촉진과 평화적 통일을 실현한다는 정책적 방침에 의거, 일률적으로 재소추를 하지 아니한다는 결정을 한 바 있다. 이와 관련하여 중국의 최고 인민법원과 최고인민검찰은 1988년 3월 14일 <대만으로 간 자의 중화인민공화국 성립이전 범죄행위의 불소추에 관한 공고>를 발표한 바 있는데 그 전문내용은 다음과 같다.

“대만동포의 대륙친척방문과 여행이 날로 증가하고 있다. 이러한 현상은 해협양안의 3통(통상, 통항, 통우)과 조국평화통일의 대업을 실현하는 데에 적극적인 작용을 하고 있다. 이를 위하여, 대만으로 간 자 중에 중화인민공화국 성립 전에 대륙에서 죄를 범한 자에 대하여는 중화인민공화국형법 제77조의 범죄소추시효에 관한 규정의 정신에 따라 당시에 범한 죄행에 대하여 재소추를 하지 아니하기로 결정한다. 조국대륙에 오는 대만동포는 국가의 법률을 준수하여야 하며 친척방문, 여행, 무역, 투자 등의 정당한 활동은 모두 법률의 보호를 받는다.”

이후 1989년 9월 7일 중국 최고인민법원과 최고인민검찰원은 다시 <대만으로 간 자의 중화인민공화국 성립이후 당지 인민정권 수립이전 범죄행위의 불소추에 관한 공고>를 발표하였는데 그 주요한 내용은 다음과 같다.

“대만으로 간 자가 중국인민공화국 성립이후에 범죄지에서 지방인민정권이 수립되기 이전에 범한 역사적 죄행은 이를 재소추하지 아니한

다. 대만으로 간 자가 중화인민공화국 성립 이후에 범죄지에서 지방인민정권이 수립되기 전에 범한 죄행이 당지에 인민정권이 수립된 후에도 계속된 경우에는 그 소추기한은 범죄행위가 종료된 날로부터 계산한다. 다만 이 경우 형법 제76조의 규정에 부합하는 때에는 이를 소추하지 아니한다. 그 중 법정최고형이 무기징역, 사형인 범죄행위로서 20년을 경과한 때에도 이에 대해 재소추하지 아니한다. 만일 소추하여야 할 필요가 있는 경우에는 최고인민법원이 이를 심리·허가한다.”

그러나 위의 2개의 <공고> 범위내에 속하지 않는 범죄행위, 예컨대 중국 인민정권이 성립되고 범죄지에 지방인민정권이 설치된 후에 대만으로 도주하거나 대륙에서 형사범죄를 저지른 후에 대만으로 가거나 대륙연해어민으로 대만에 귀순하거나 또는 대륙에서 범죄활동을 한 대만의 간첩 등의 경우에는 형법 제76조의 규정에 의하여 이를 처리한다.²⁵⁰⁾

이러한 자들에 대하여는 법정소추기간이 지난 때에는 재소추를 아니하지만 법정소추기간이 지나지 아니한 때에는 소추를 한다.

㉠ 범죄행위

중국형법상의 범죄행위는 크게 반혁명죄, 공공안전위해죄, 사회주의 경제질서파괴죄, 인신침해죄, 민주권리침해죄, 재산침해죄, 사회관리질서 방해죄, 혼인·가정방해죄, 독직죄, 군인위반죄의 9가지로 분류된다. 이러한 범죄행위에는 여러 종류의 구체적인 범죄행위가 포함되며 아래에서는 대만인과 관련하여 쉽게 문제될 수 있는 몇가지 범죄행위의 내용과 형량을 구체적으로 알아본다.

㉠ 간첩죄, 이적죄: 간첩죄는 외국의 간첩조직에 참가하거나 간첩기관의 지시를 받아 적국을 위해 정보를 수집, 절취, 탐지, 제공하는 등

250) 중국형법 제76조에 의한 소추기한은 법정최고형이 5년 이하의 유기징역인 경우에는 5년, 5년이상 10년이하인 경우에는 10년, 10년 이상의 유기징역인 경우에는 10년이며, 무기징역, 사형인 경우에는 20년으로 한다. 법제처, 앞의 책, 77면.

국가의 안전을 위해하는 행위를 말한다. 이적죄는 국내외의 적을 도와 반혁명을 목적으로 정보를 절취, 탐지, 수집, 제공하거나 무기 또는 군용물자를 제공하는 행위를 말한다. 간첩죄는 반혁명을 목적으로 간첩조직에 참가한 것이 밝혀지면 그 구체적인 활동의 진행여부에 관계없이 범죄가 성립하며, 이적죄는 반혁명을 목적으로 이적행위를 한 경우 간첩조직에 참가여부나 정보, 무기, 군용물자의 제공여부에 관계없이 모두 범죄를 구성한다. 간첩 또는 이적행위를 한 자는 사형, 무기징역 또는 10년 이상의 유기징역 처하며 정상이 경미한 자는 3년 이상 10년 이하의 유기징역에 처한다.

㉠ 밀수죄: 밀수죄는 관세법에 위반하여 불법으로 국외로부터 국가가 수입을 금지, 제한하는 외국화물을 반입하거나 국가가 수출을 금지하는 화물을 국외로 반출하거나 또는 세관의 감독, 검사를 피하여 관세를 탈세하거나 외화를 도피하여 국가의 대외무역규제제도를 파괴하는 행위를 말한다. 밀수죄에 대하여는 관세법에 따라 밀수품을 몰수하고 벌금을 과하는 외에 3년 이하의 유기징역에 처한다. 또 밀수를 업으로 하거나 밀수액수가 다대하거나 밀수조직의 주도자인 경우에는 3년이상 10년 이하의 유기징역에 처하고 재산을 몰수할 수 있다. 경제범죄와 관련하여 중국은 1982년 3월 8일 제5기 전국인민대표회의 상무위원회 제22차 대회에서 <경제를 심각하게 파괴하는 범죄의 엄벌에 관한 결정>을 채택하고 밀수, 외화도피 등 정상이 특별이 중한 경우에는 10년 이상의 유기징역, 무기징역 또는 사형에 처하고 재산을 몰수할 수 있음을 결정한 바 있다.

㉡ 탈세, 납세거부죄: 탈세는 국가의 조세법규 곧 국가의 각종 세수 법령과 징수방법에 위반하여 사기, 은닉 등의 방법으로 납세를 회피한 행위를 말하며, 납세거부는 세법의 납세의무이행규정에 항거하는 행위를 말한다. 탈세, 납세거부행위에 대하여는 세수법규의 규정에 의하여 세액을 추징하고 과태료를 부과하는 이외에 직접책임자를 3년 이하의

유기징역에 처할수 있다.

㉔ 인신매매죄: 영리를 목적으로 인신을 매매하는 행위를 말하여 이에 대하여는 5년 이하의 유기징역에 처하되, 정상이 중한 경우에는 5년 이상의 유기징역에 처할 수 있다. 1983년 9월 2일 제6기 전국인민대표회의 상무위원회 제2차회의에서 채택한 <사회치안을 심각하게 위해하는 범죄분자의 엄벌에 관할 결정>에 의하면, 인신매매조직의 주모자 또는 그 정상이 현저한 경우에는 법정최고형인 사형에 처할 수도 있다.

㉕ 사기죄: 사기는 곧 범죄자가 공사유재물의 불법점유목적을 실현하기 위하여 사실과 진상을 기만하여 허위의 상황을 조작하고 피사기자로 하여금 진실로 믿게 함으로써 스스로 재물을 건네주게 하는 것을 말한다. 사기의 방법으로는 구두, 문서로 하거나 또는 사기자가 직접 행하거나 제3자를 통하는 방법 등의 있으며 증서위조, 신분위장, 명의도용, 물품구입 또는 상품판매를 명목으로 한 금전갈취 등이 이에 포함된다. 사기죄는 5년 이하의 유기징역에 처하며 상습적이거나 사기액수가 다대한 경우에는 5년이상 10년 이하의 유기징역에 처한다. 또 정상이 특히 중한 경우에는 10년 이상의 유기징역 또는 무기징역에 처하거나 재산을 몰수할 수 있다.

㉖ 음란물 제작·판매죄: 영리를 목적으로 음란서적, 도화 등을 제작·판매하는 행위를 말한다. '음란물'이라 함은 구체적으로 성행위를 묘사하여 음란한 생활이나 사상을 선전하는 소설, 간행물, 기사, 화보, 사진, 녹화물, 녹음물 등을 말한다. '제작'이라 함은 음란물을 편집, 회화, 촬영, 각색 또는 변조하는 행위를 말한다. 판매 라 함은 본인 또는 타인이 제작한 음란물을 타인에게 전매하는 행위를 말한다. 음란물제작·판매죄에 대하여는 3년 이하의 유기징역 또는 벌금에 처하거나 병과할 수 있다.

㉗ 마약의 제조·판매·운송죄: 아편, 헤로인, 모르핀 또는 그밖에 향정

신성약물을 제조·판매 또는 운송하는 행위를 말한다. 여기서 '마약'이라 함은 마취성을 가진, 장기간 흡입이나 주사후에 서서히 중독작용을 일으키는 약물로서 아편, 헤로인, 몰핀, 돌라틴, 대마, 금단, 코카인 등을 말한다. 마약의 제조·판매·운송죄에 대하여 5년 이하의 유기징역 또는 벌금을 과하거나 이 둘을 병과하며, 계속적으로 또는 대량으로 제조·판매·운송하는 경우에는 5년 이상의 유기징역 또는 벌금을 과하거나 양형을 병과한다. 또한 <심각하게 경제를 파괴하는 범죄의 엄벌에 관한 결정>의 규정에 의하여 마약판매의 정상이 현저한 경우에는 10년 이상의 유기징역, 무기징역 또는 사형에 처하고 또 재산을 몰수할 수 있다.

㉔ 중요문화재의 반출죄: 역사, 예술, 과학적으로 가치가 있는 중요문화재를 외국으로 당국의 허가없이 반출하는 것을 말하며 중요 문화재임을 분명히 알면서 외국인에게 판매하는 경우에도 이에 해당한다. 3년 이상 10년 이하의 유기징역에 처하고 벌금을 병과할 수 있다. 이 경우에도 <심각하게 경제를 파괴하는 범죄의 엄벌에 관한 결정>에 따라 정상이 특별히 현저한 경우에는 10년 이상의 유기징역, 무기징역 또는 사형에 처하고 재산을 몰수할 수 있다.

㉕ 형벌의 종류

㉕ 주 형

중국형법상 주형에는 훈계, 관제, 구류, 유기징역, 무기징역 및 사형이 있다.

훈계는 가장 경미한 범죄에 선고하는 것으로 그 명칭도 비평교육, 경고, 신칙, 견책 등 여러 가지 이름으로 불린다. 그래서 형사처분과 행정처분의 분리가 명료하지 않은 경우가 생길 수 있다. 예를 들면 오직 처벌조례에서 기과(강직, 강급하지 않는 경고처분) 또는 경고의 행정처분이 그러하다. 형벌인 훈계의 집행은 신문지상 혹은 판결서를 군중에게 공표하는 것이다.²⁵¹⁾ 관제는 범죄인을 구금하지 않지만 일정한 자유를

제한하며 인민법원이 판결한 후에 공안기관의 감시와 대중의 감독하에 노동개조를 실시하는 형벌의 일종이다. 관제의 기한은 3월 이상 2년 이하이며 수개의 죄를 병합하여 벌하는 때에는 3년을 초과하지 못한다. 관제기간중 새로이 범죄행위가 발견되면 관제기간은 연장되고 성적이 양호한 자는 단축된다.

구류는 단기간 범죄인의 신체의 자유를 박탈하여 노동개조를 실시하는 형벌이다. 구류의 기한은 7일 이상 6월 이하이고 수개의 죄를 병합하여 벌하는 때에는 1년을 초과하지 않는다.

유기징역은 일정기간 범죄인의 신체의 자유를 박탈하고 범죄인을 사회와 격리, 감금하여 노동개조를 실시하는 것을 말한다. 유기징역은 가장 일반적인 형벌의 집행방법으로 형기는 6월 이상 15년 이하이며 수개의 죄를 병합하여 벌하는 때에는 20년을 초과하지 못한다.

무기징역은 범죄인의 신체의 자유를 종신토록 박탈하고 강제적으로 노동개조를 실시하는 형벌이다. 사형은 극악한 범죄인의 생명을 박탈하는 것이나 즉각적인 집행이 필요하지 아니한 경우에는 사형을 판결함과 동시에 집행유예 2년을 선고하고 노동개조를 실시할 수 있다.

㉠ 부가형

부가형에는 벌금, 참정권박탈 및 재산몰수가 있다. 부가형은 부가적으로 선고될 수도 있고 또 독립적으로 선고될 수도 있다.

벌금은 인민법원이 범죄인에 대해 국가에 일정한 액수의 금전을 납부하도록 판결하는 형벌이다. 벌금은 범죄의 정상에 따라 그 액수를 결정한다.

참정권박탈은 범죄인의 국가관리참여 및 정치적 활동의 권리를 박탈하는 것으로 반혁명분자에 대해서 반드시 부과하며, 사회질서를 심각하게 파괴한 자에 대하여도 필요한 때에는 이를 부과할 수 있다. 사형, 무기징역에 처해진 자에 대해서는 참정권을 박탈하는 것을 제외하고는

251) 법무부, 중국법연구(Ⅲ) -형사법-, 1992, 194면.

참정권박탈의 기한은 1년 이상 5년 이하이다.

재산몰수는 범죄인의 개인소유재산의 일부 또는 전부를 무상으로 강제국유화하는 것을 말한다.

이상에서 중국형법상의 범죄행위와 형벌의 종류 등에 대해 간략히 살펴보았다. 대만인의 중국대륙에서의 범죄는 원칙적으로 중화인민공화국형법의 적용을 받지만 대만인의 거주지가 대륙이 아닌 경우 일반적으로 관제와 구류를 적용하지 않고 있으며 또한 형집행후 대만인의 귀환문제를 고려하여 징역의 적용이 드물다고 한다.²⁵²⁾ 실제로 대만인의 범죄에 대하여는 정상이 동일한 경우에는 벌금 등의 경제적 처벌을 하여 자유형을 대체하고 있다. 다만 정상이 특별히 중한 경우에는 자유형이 과해지고 있다고 한다.²⁵³⁾

(다) 대 만

① 기본입장

대만은 대륙지구는 중화민국의 영토에 속하고 독립적인 국가로 인정하지 아니하였기 때문에 대만지구주민 혹은 대륙지구주민이 대륙지구 및 대만지구에서 범한 범죄행위에 대하여 모두 대만 형벌권의 효력이 미친다는 입장이었다. 그러나 대만 정부는 1991년 3월 14일 대만정부가 “국가통일강령”을 발표하였는데 이는 대만과 중국이 각기 하나의 정치적 실체로서 독립적인 주권을 가지고 국제적으로 각각 하나의 완전한 주권국가로 존재하되, 과거처럼 중국을 대표하는 유일한 합법정부라는 주장을 하지 않음을 골자로 한다. 이러한 ‘1국 2정부론’은 곧 중국의 ‘1국 2체제’ 주장에 대한 대만의 대응논리라고 할 수 있으며 양측간의 법률을 포함한 각종 관계를 설정하는 기본정책이라고 할 수 있다. 이러한 ‘1국 2정부’에 의한 양측간 법률충돌해결에 관한 대만의 기본 입장은 대만과 중국의 교류전반에 대한 기본법으로 지난 1992년 7월 17일 대

252) 법제처, 앞의 책, 84면.

253) 법제처, 앞의 책, 84면.

만 입법원에서 통과된 “대만지구와 대륙지구주민관계조례” (이하 양안 관계조례이라 함)에서도 나타난다. 양안관계조례는 “국가가 통일되기 전에 대만지구의 안전과 주민의 복지를 확보하고 대만지구주민과 대륙지구주민의 왕래를 규범화하며 또한 이로부터 파생되는 법률사건을 처리하기 위하여”(제1조) 제정된 특별법으로 국가의 통일문제와는 무관하며, 국가의 통일을 위하여 입법된 것이 아니다. 따라서 양안관계조례는 “국가통일강령” 가운데 단기 ‘교류호혜단계’에만 적용되며, 중기 “신뢰협력단계”에 진입하지 못한 상태에서는 중국의 선의적인 반응에 따라 그 개정을 결정하게 된다. 단기 교류호혜단계는 상호간 상대방의 정치적 실체의 인정을 요구한다. 이에 따라 대만은 지난 1991년 5월 31일 과거 40여년동안 대만에 전시비상체제를 유지해온 “동원감란시기임시조관”을 폐지하고 중국을 “대륙정권”으로 호칭하기로 결정함으로써 중국의 정치적 실체를 인정한 바 있다. 여기서는 양안관계조례 제정 전 대만의 양안관계범죄행위에 대한 처리 사례를 살펴보고 양안관계조례 상의 형사문제 처리규정을 살펴보기로 한다.

② 「대만지구와 대륙지구 주민관계조례」 시행전 사례 소개

㉠ 대만주민의 대륙에서의 범죄행위

대만지역 주민인 양쌍오(楊雙伍)는 1987년 말경 일본에서 대만인을 사살하고 여권을 위조하여 대륙광둥성으로 도피한 후, 그곳에서 유효기간이 도래한 여권을 대만으로 보내어 사진을 바꿔 붙이는 방법으로 변조한 후 대륙으로 보내게 하여 대륙에서 이를 행사하였는데 1990년 대북지방법원은 양쌍오가 대륙에서 변조한 여권을 행사한 부분에 대하여 그 행위가 비록 대륙에서 이루어졌으나 대륙지구도 중화민국의 영역에 속하므로 형법의 효력이 미친다는 이유로 유죄를 선고하였다.

㉔ 대륙주민의 대만에서의 범죄행위

㉔-1 불법입경행위

중국 대륙의 복건성에 거주하는 대륙주민 구금지(歐金枝)는 1989년 8월 홍콩에서 위조한 타인명의의 홍콩신분증을 이용하여 대만입경증을 발급받아 대만으로 들어온 후, 불법취득한 대만입경증을 이용하여 대북시에서 정주 신청을 허가받아 호적신고한 후, 취득한 신분증을 행사한 사건에서 동인을 대북지방법원은 동원감란시기국가안전법상의 불법출입경, 특종문서행사 및 공정증서원본부실기재죄 등을 적용하여 징역형으로 처벌하였고, 대륙의 광주에 거주하는 서효춘(徐曉春)이 1989년 11월 대륙광주에서 사기죄를 범한 후 홍콩으로 도피하여, 홍콩에서 위조한 여권을 이용하여 대만으로 들어온 사건에서 동인에게 동원감란시기국가안전법을 적용하여 징역형으로 처벌하였다.

㉔-2 항공기납치범죄행위

1988년 5월 대륙주민 장경국(張慶國)등 2인이 중국 하문(廈門)공항에서 중국민항하문항공공사 소속 민간항공기에 탑승한 후 기장을 가져권총으로 위협하여 대만 대중청천강(臺中清泉岡)기지로 납치한 사건에서 대북지방법원은 동인들을 민간항공법상 항공기납치죄와 동원감란시기국가안전법위반죄로 징역형에 처하였는데 이 사건에서 피고인들은 증거로 제출된 서류가 반란단체인 중공정권이 발행한 것이라는 이유로 불복상소하였으나 모두 기각되었다.

㉔-3 대륙주민의 대륙에서의 범죄행위

대륙주민의 대륙지역에서의 형사범위반행위에 대하여 대만법원은 이를 소추처벌할 수 있으나 사실상 처벌이 곤란한 점을 고려하여 처벌치 아니하고 있었는데 위 서효춘(徐曉春)사건에서 서효춘이 대륙에서 사기죄로 지명수배되었으나 대만검찰과 법원은 대륙에서의 사기범행에 대하여는 수사절차의 진행과 법원의 증거조사를 진행하지 아니하고 사기

죄부분에 대한 판결을 하지 아니하였다.

③ 「대만지구와 대륙지구주민관계조례」상의 형사문제처리규정

㉞ 양안관계조례의 제정

1992년 7월 31일 대만 정부는 대만과 중국의 상호교류협력단체에서의 주민관계를 규율하는 기본법인 양안관계조례를 제정 공포하였으며 같은 해 9월 18일부터 시행되었는데 이는 양안관련 형사문제처리를 포함한 주민왕래에 따른 법률문제처리의 기본사항 규정으로 총칙, 행정, 민사, 형사, 벌칙, 부칙 등 모두 6장 96조로 구성되어 있는데 형사문제에 대하여 4개 조항(제75조~제78조)을 두고 있다.

㉟ 형사문제처리의 기본원칙

대륙지구 또는 대륙지구의 선박·항공기내에서 발생한 범죄는 대륙지구에서 받은 처벌에 불구하고 대만의 법에 따라 처벌이 가능(제75조)하게 규정하고 있는데 현행법상 대륙지구에도 대만의 형법 기타 처벌법규의 효력이 미치므로, 대륙지구에서 범한 범죄는 대만의 법률에 의하여 처벌할 수 있다고 선언하는 것이며 ‘처벌한다’ 또는 ‘처벌하여야 한다’고 규정하지 않고 ‘처벌할 수 있다’고 규정한 것은 대륙지구에서 발생한 범죄행위에 대하여 사실상 모두 처벌할 수 없을 뿐만 아니라, 수사와 증거조사가 사실상 불가능한 경우가 많은 현실 반영한 것으로 보이며 다만 그 형의 전부 또는 일부의 집행 면제 가능하다고 규정하고 있다.(제75조 단서) 이는 중국대륙은 외국이 아니지만 외국에 준하여 대만형법규정상 소위 국제형법규정인 외국에서 받은 형의 집행에 관한 규정과 같은 내용으로 처리하고 있다.

㊱ 중혼 및 간통사건의 소추·처벌 면제

배우자의 일방은 대만지구에 있고 타방은 대륙지구에 있음으로써 1987년 11월 1일 이전에 중혼하거나 배우자가 아닌 자와 공동생활을

목적으로 동거한 자는 소추 및 처벌 면제하고 그와 혼인한 자 또는 동거인도 동일하게 처리하는 것으로 규정되었는데(제76조), 대만 형법은 중혼죄와 간통죄를 처벌토록 규정하고 있으나 양안이 40여년 동안 분리되어 단절된 상태로 인하여 발생한 중혼 및 간통사건을 처벌할 경우에 40년간에 형성된 새로운 혼인 및 동거관계를 파괴하여 큰 혼란을 초래할 우려가 크므로 그 처벌을 면제하여 새로운 혼인 및 동거관계를 보호하고 법률관계의 안정을 도모할 의도로 보인다.

㉠ 내란죄·외환죄를 범한 대륙인에 대한 소추·처벌 면제

양안관계조례 제77조 전단은 대만지구이외의 지구에서 내란죄, 외환죄를 범한 대륙지구주민이 허가를 받아 대만지구에 들어오는 경우에 입국신고시 그 사실을 신고한 경우에는 그 소추 및 처벌을 면제하고 있는데, 대만정부는 중국 공산당을 반란단체로 규정하고 공산당 정부의 활동 자체를 내란 및 외환죄로 규정하여 처벌하여 왔는데 교류호혜단계에서 대륙공산당 가입 및 모든 협조활동을 처벌대상으로 할 경우에 교류호혜 자체를 부정하는 결과를 초래하는 모순을 해결하기 위해 신고하는 것을 조건으로 하여 처벌을 면제함으로써 법리상 처벌해야 하는 원칙과 현실상 처벌할 수 없는 점의 조화를 추구하고 있다. 또 양안관계법 제77조 후단은 대만지구에 들어와 주관기관이 개최를 허가한 회의 또는 활동에 참가하는 자로서 개별안건으로 신고의 면제를 허가 받은 자도 소추 및 처벌을 면제한다고 규정하고 있다.

㉡ 대륙주민의 고소 및 자소권

양안관계조례 제78조는 대륙지구주민의 저작권 또는 그밖의 권리가 대만지구에서 침해받는 경우에 그 고소 또는 자소의 권리는 대만지구주민이 대륙지구에서 향유하는 것과 동등한 소송권리에 한하여 인정한다고 규정하고 있는데 이는 대륙주민의 저작권 등 권리에 대하여 평등주의와 호혜주의 적용하여 보호하려는 것으로 현재 대륙의 저작권법은 형사책임에 관한 규정이 없어, 대만주민이 대륙에서 저작권의 침해를

받은 경우에도 고소 및 자소권이 인정되지 않으므로, 대륙주민이 대만에서 저작권침해를 받은 경우에 고소 및 자소권이 인정되지 아니한다는 것이다.

대륙주민이 범죄의 피해자가 된 경우에 고소 및 자소할 수 있는 것은 대만의 현행법 해석상 당연하여 양안관계조례시행전에는 제한 없이 인정하였으나 양안관계조례에서 일정한 제한을 둔 것으로 보인다.

㉞ 벌칙의 완화

대만지구의 안전과 주민의 복지를 확보하고 대만정부의 대륙정책을 관철하기 위해 이 법의 금지 또는 제한규정에 위반한 자에 대하여 일정한 처벌을 한다. 처벌은 형사벌과 행정벌로 나뉜다. 국가, 사회에 대한 위해행위가 비교적 현저한 경우에는 형사벌을 규정하고 있으나 기본적으로 경벌주의를 취하고 있으며(제79 내지 제84조), 경미한 경우에는 행정벌을 부과한다(제85조 내지 제94조).

다. 남북간 형사문제 처리방안

(1) 기본방향

남북한간 형사문제 처리를 위한 기본 방안은 「한민족공동체 건설을 위한 3단계 통일방안」에 의한 「남북 화해·협력단계」, 「남북연합단계」, 「통일국가단계」 등 3단계의 점진적·단계적 통일방안에 기초하여 1991년 12월 채택된 『남북 사이의 화해와 불가침 및 교류·협력에 관한 기본합의서』(약칭 남북기본합의서)의 기본정신을 고려하여 강구되어야 할 것이다.

남북한 인적교류에 따른 형사문제처리를 위한 방안은 남북기본합의서에 근거하여 남북간 합의에 의한 형사문제처리를 위한 세부합의서를 채택하여 실시하는 방안이 가장 바람직하다고 할 것이나 세부합의서 채택 전단계에서는 남한 단독으로 남북한 형사문제 처리를 위한 독자

적인 처리방안을 마련하여 실시하는 방안도 병행하여 검토하여야 할 것이다. 남한단독의 독자적 처리방안마련은 남북한이 남북기본합의서를 상호준수하여 상대방의 체제를 인정하고 존중하는 단계와 그 전단계로 구별하여 검토할 필요가 있으며 남북통일이후의 형사문제는 남북한 형법의 동화·통합방안의 문제로 본 연구에서 제외하기로 하겠다.

(2) 형사재판권 효력의 범위

(가) 남북한 법제 비교

① 남 한

형사재판권 효력의 범위에 관하여 우리형법 제2조~제7조는 속지주의를 기본원칙으로 하면서 속인주의, 보호주의와 세계주의를 속지주의에 대한 보충적 원칙으로서 규정하고 있다.

㉠ 속지주의

형법 제2조는 대한민국영역내에서 죄를 범한 내국인과 외국인에게 우리 형법이 적용된다고 규정하고 있고, 우리 헌법은 대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다고 규정함으로써 북한지역도 헌법상 대한민국의 영토의 일부분으로 보고 있다.

속지주의는 국제법상 확립된 형법적용의 기본원칙이며 국제법상 국가의 기본적 권리의무의 하나인 영토주권에서 나오는 당연한 결과로서 일반적으로 범죄는 범죄지국의 법질서를 침해하는 것이므로 이를 범죄지국이 처벌하는 것이 소송절차와 관련하여 볼 때 가장 합목적적이라 할 것이다.

속지주의에 의한 구체적 범죄지 결정을 살펴보면 행위지와 결과발생지가 다른 경우에 행위지 및 결과발생지 모두를 범죄지로 취급하여야 할 것이며, 부작위범의 경우에 행위를 행하였어야 할 장소와 결과발생지 모두를 범죄지로 취급하여야 할 것이다. 행위의 중간영향이 국내에

서 일어난 경우에도 이를 구성요건적인 결과의 일부로 볼 수 있으므로 국내법으로 취급하여야 할 것이다. 예컨대 살인죄에 있어 상해의 결과만이 국내에서 일어난 경우 살해의 목적으로 국외에서 우송한 독물을 국내에서 섭취한 자가 국외로 출발한 후 그 독물의 작용이 시작된 경우에도 이를 국내법으로 처벌할 수 있다고 보아야 할 것이다. 미수범은 결과가 발생하지 못한 경우이므로 중간결과 등의 중간영향이 발생한 장소를 범죄지로 볼 수 있는 것은 당연하나 행위자가 의도하였던 결과 발생의 예정지를 범죄지로 볼 수 있느냐 하는 문제에 대하여는 이를 긍정하는 견해와 입법례²⁵⁴⁾ 및 부정설²⁵⁵⁾이 나뉘고 있다. 결과가 발생하지 않았더라도 행위가 국내에서 이루어진 만큼 우리 형법을 적용하는 것이 타당하다고 할 것이다.

㉔ 속인주의

형법 제3조는 대한민국영역외에서 죄를 범한 내국인에게 형법이 적용된다고 규정하고 있고, 형법 제6조는 대한민국영역외에서 대한민국 또는 대한민국국민에 대하여 죄를 범한 외국인에게 적용된다. 다만 행위지의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하거나 소추 또는 형의 집행을 면제할 경우에는 예외로 한다고 규정하고 있어 속인주의 원칙을 선언하고 있다. 속인주의는 자국민의 국외범죄에 대하여 본국형법의 적용을 인정하는 적극적 속인주의와 국외에 있는 자국민의 보호를 위하여 자국민이 피해자가 된 일정한 범죄에 대하여 피해자본국형법의 적용을 인정하는 소극적 속인주의가 있는데 우리형법 제3조, 제6조는 이를 각 채택하고 있다. 원래 소극적 속인주의는 범죄지에서 재판이 행하여지지 아니하는 경우, 국외에 있는 자국민보호를 위하여 자국민이 피해

254) 독일형법 제9조 제1항 : 범죄는 행위자가 실행하였거나 부작위의 경우에는 실행하여야 할 각 장소 또는 구성요건에 해당하는 결과가 발생하였거나 행위자의 표상에 따라 일어났으리라고 추측되는 각 장소에서 범하여진다.; 스위스형법 제7조 제2항 : 미수는 행위자가 실행한 장소 및 행위자의 의도상 결과가 발생하였을 장소에서 행한 것으로 본다.; 한국형사정책연구원, 남북한 인적왕래에 따른 형사문제 처리방안, 1994, 70면

255) 團藤, 형법총론, 1988, 78면; 한국형사정책연구원, 앞의 책, 같은 면

자가 된 일정한 범죄에 대해 피해자 본국이 대신하여 범죄자를 처벌하는 것이다. 따라서 범죄지에서 가벌적인 행위에 대해서만 소극적 속인주의가 적용되는 것도 이러한 이유에서이며, 행위자의 국적이나 주소여하를 불문한다는 점에서 보호주의와 공통점을 가지나,²⁵⁶⁾ 범죄지법이 우선한다는 점에서 보호주의와 성격이 다르다.

여기서 북한주민이 적극적 속인주의를 규정한 현행 형법 제3조의 내국인에 포함하는가 하는 문제가 제기된다.

우선 우리 헌법은 국적에 대해 법률주의를 취하고 있으므로 영토규정에 의해 북한주민이 직접 대한민국의 국적을 취득하는 것도 아니고 현행 국적법에 북한주민의 대한민국 국적보유여부에 대한 명문의 규정이 있는 것도 아니어서, 북한주민의 내국인 여부는 일단 학설에 맡겨져 있는 듯하다. 이에 대해 “대한민국 성립 이전의 국민의 국적보유여부에 대하여 우리나라 국적법에는 독일기본법과는 달리 경과규정이 없어 의문이 있으나, 과거의 대한제국의 후손은 미군정법령에 의하여 전부 우리나라 국민으로 볼 수 있다.”²⁵⁷⁾는 학설에 의하면 북한지역의 주민들도 대한제국의 후손인 이상 대한민국 국적을 여전히 보유하고 있는 것이 된다.

그러나 남북화해부문 부속합의서 제5조는 상대방의 법질서와 당국의 시책에 대하여 간섭하지 아니할 것을 규정하고 있고, 현재 북한지역의 주민들에 대해 대한민국정부가 어떠한 직접적인 보호나 영향력도 미칠 수 없다는 것을 감안하면 북한주민을 전면적으로 대한민국 국민으로 보는 것은 문제가 있을 것이다.

㉔ 보호주의

보호주의는 자국의 안전보장 또는 중대이익 등 국가적 법익을 침해

256) Fehler, Jurisdiction over offences with a foreign element, p.29; 김주덕, “국제범죄 수사구조론”, [법조], 통권 제409호(1999.10), 45면; 김주덕, [국제형법], 박영사, 1993, 36면.

257) 김철수, 헌법학 개론, 1992, 99면

하는 범죄에 대하여 그 범죄지, 범인의 국적여하를 불문하고 자국형법의 적용을 인정하는 주의로 국가보호주의라고도 불리워진다. 형법 제5조는 대한민국영역외에서 내란, 외환, 국기, 통화, 유가증권과 우표 및 인지, 문서에 관한 죄 중 공문서에 관한 죄, 공인 등의 위조와 부정사용 등의 죄를 범한 외국인에게 적용된다고 규정하여 보호주의를 채택하고 있다. 이러한 보호주의의 대상이 되는 범죄의 범위는 각국의 입법례에 따라 상이하지만, 내란죄·외환죄·통화위조에 관한 죄는 공통적으로 보호주의의 대상이 되고 있으며 그 범위는 점차 확대되어가는 추세에 있다.(예컨대 독일형법 제5조 7호의 기업비밀침해죄, 스위스형법 제4조의 제조·업무상의 비밀탐지·누설죄, 오스트리아형법 제64조 1항의 자국의 공무원에 대한 공무집행방해죄 등은 이러한 보호주의의 확대경향을 보여준다.) 그러나 이러한 확대경향에 대하여는 불명확한 정치적 범죄구성요건이 모든 국외범에까지 확대됨으로써 남용된다는 비판이 있다.²⁵⁸⁾ 보호주의는 내국재판권의 행사에 있어서 속지주의와 같이 제1차적 성질을 갖는 것이며 속인주의나 세계주의와 같이 보충적 성질을 갖는 것이 아니다.²⁵⁹⁾ 따라서 행위가 범죄지에서 범죄가 되는지 여부를 불문하며 경법우선의 원칙도 적용되지 않는다. 또한 외국에서의 확정판결의 존재나 사면 등은 국내에서의 소추를 방해하지 않는다. 범죄지, 범죄인의 국적을 불문하는 보호주의가 북한과의 관계에서 적용되는 것은 의문의 여지가 없다. 형법 제5조는 내란의 죄, 외환의 죄, 국기에 관한 죄, 통화에 관한 죄, 유가증권·우표와 인지에 관한 죄, 문서에 관한 죄, 인장에 관한 죄에 대해서는 외국인의 국외범도 처벌할 것을 규정하고 있다. 이어 제6조에서는 대한민국 또는 대한민국 국민에 대해서 제5조에 열거한 이외의 죄를 범한 외국인에게도 대한민국 형법을 적용한다는 규정이 있는데, 제6조가 소극적 속인주의를 정한 규정인지 제5조 보호주의를 보충한 규정인지가 분명하지 않다. 대한민국의 이익을 보호한다는 측면에서는 보호주의의 규정이라고 볼 수도 있으나, 대한민국의 이

258) Oehler, Internationales Strafrecht, 1983, S.133-134 ff

259) 김주덕, 앞의 책, 37면.

익을 보호한다는 측면에서는 소극적 속인주의를 규정한 조항이라고도 할 수 있기 때문이다. 그러나 범죄의 가벌성을 전제하는 제6조 단서에 비추어 볼 때 이것은 소극적 속인주의를 규정한 조항이라고 보아야 한다. 보호주의는 그 성격상 범죄지의 가벌성을 전제하지 않기 때문이다. 따라서 제6조는 순수한 소극적 속인주의 내지 대리처벌원칙을 규정하는 조항으로 개정하는 것이 바람직하다. 보호주의의 처벌대상범죄는 제5조의 규정으로도 충분하기 때문이다. 북한과의 관계에서 보호주의를 적용한다면 북한주민은 제5조에서 열거한 범죄에 대해서만 우리 형법의 적용을 받는다고 할 것이다. 국가보안법도 형법총칙의 규율을 받으므로 제5조에 열거되지 않은 이상 북한지역에서 북한주민이 범한 국가보안법 위반죄는 처벌할 수 없다 할 것이다.²⁶⁰⁾

㉞ 세계주의

세계주의는 각국이 모두 중요성을 인정하는 공통의 기본적인 법익을 보호하기 위하여 범죄지, 범죄인 혹은 피해자의 국적 여하를 불문하고 범죄인이 소재하는 국가가 형사관할권을 행사할 수 있도록 하는 원칙이다. 여기에서의 기본적 법익은 각국의 형법 또는 국제조약, 국제법의 일반원칙에 의해 보호되는 법익을 말한다. 최근에 들어와서는 국제학회나 국제회의의 결의, 권고나 다자간의 협약의 규정에 의하여 세계주의가 주장되고 도입되었다. 오늘날 많은 국제협약은 국제테러리즘 등 특정의 범죄에 관하여 세계주의에 의한 처벌의무를 체약국에 과하고 있다. 현행 형법에는 세계주의에 관한 명문의 규정이 없으나 국제조약이나 국제법의 일반원칙 등을 통하여 추구가 가능하다.²⁶¹⁾

② 북 한

형사재판권 효력의 범위에 관하여 북한형법 제7조는 속인주의인 공민주의과 속지주의인 영역원칙을 기본으로 하고 대리 형사사법원칙의

260) 한국형사정책연구원, 앞의 책, 75-76면

261) 한국형사정책연구원, 앞의 책, 83-85면을 참조함.

일종인 현실원칙을 보충적 원칙으로 규정하고 있다.

㉠ 공민원칙(속인주의)

북한형법 제7조는 “이 법은 조선민주주의 인민공화국 영역 밖에서 죄를 범한 우리나라 공민과 우리나라에서 죄를 범한 다른 나라 사람에게도 적용한다”고 하여 내국인의 국외범에 대한 속인주의와 외국인의 국내범에 대한 속지주의를 동시에 규정하고 있다. 이러한 속인주의는 “공화국 공민이 공화국형법에 예견된 범죄행위를 비록 외국에서 감행하였다 하더라도 그에 대한 처분권은 완전히 조선민주주의인민공화국만이 가지며 조선민주주의인민공화국 이외의 그 어떤 나라도 우리 나라 공민을 마음대로 처벌할 권리가 없다”²⁶²⁾고 함으로써 행위지국가의 1차적 관할권마저도 부인하고 있다. 따라서 북한은 남한방문 중인 북한주민의 범죄에 대해서도 자국이 처벌할 것을 강력히 요청할 것이다. 그러나 행위지국가의 형벌권 불행사에 대한 보충원칙으로서 인정되는 속인주의의 원칙의 이념상 위와 같은 태도는 타당하다고 할 수 없다.

이러한 속지주의의 적용을 받는 북한주민의 범위는 북한 국적법(1963.10.9 상임위원회 결정)에 의하여 결정된다.²⁶³⁾

㉡ 영역원칙 (속지주의)

북한 형법 제7조 전단은 “우리나라에서 죄를 범한 다른 나라 사람에게도 적용된다”고 규정하여 영역원칙을 밝히고 있다.

북한형법 교과서는 다음과 같이 속지주의 원칙을 설명한다. “공화국

262) 김근식, 북한형법 I, 74면.

263) 제1조 조선민주주의인민공화국 공민은 다음과 같다.

1. 조선민주주의인민공화국 창건(48.9.9)이전에 조선의 국적을 소유하였던 조선인과 그의 자녀로서 본 법 공포일까지 그 국적을 포기하지 않은 자.
 2. 외국인으로서 합법적 절차에 의하여 조선민주주의 인민공화국 국적을 취득한 자.
- 제4조 다음에 해당하는 자들은 조선민주주의인민공화국 국적을 취득한다.
1. 조선민주주의인민공화국 공민간에 출생한 자녀들.
 2. 조선민주주의인민공화국 영역내에 거주하는 조선민주주의인민공화국 공민과 외국공민간에 출생할 자녀들.
 3. 조선민주주의인민공화국 영역내에서 발견된 자녀로서 그의 부모를 알지 못하는 자

영역안에서 감행된 범죄에 대해서는 그 어떤 나라도 간섭할 수 없으며 범죄사건에 대하여 어떻게 처리하는가 하는 것은 오직 조선민주주의인민공화국의 전속적 권한에 속하는 문제이다 ... 다만 외국인 가운데서 외교특권을 가진 자가 범죄행위를 감행하였을 경우에 한해서만 국제관례를 고려하여 외교절차에 따라 해결한다. 조선인민민주주의공화국 영역에는 공화국의 영토, 영수, 영공뿐만 아니라 외국주재 조선인민민주주의화국 외교대표부, 공화국영역 밖에 있는 공화국 국적을 표시한 함선, 비행기들이 다 포함된다. 영역원칙은 범죄의 준비 또는 실행이 외국에서 이루어지고 그 결과만이 공화국 영역안에서 일어나든지 반대로 범죄의 준비 또는 실행이 공화국 영역안에서 이루어지고 그 결과가 외국에서 일어나든지 관계없이 범죄의 일부가 공화국 영역안에서 실현된 이상 공화국의 법을 적용할 것을 요구한다.”²⁶⁴⁾

이와 같이 북한형법은 형법의 효력범위에 관해서 속인주의를 기초로 하면서 속지주의를 보충하고 있는 것으로 보인다.

㉔ 현실원칙(보호주의)

북한형법상 현실원칙이란 다른 나라 사람이 다른 나라에서 조선인민민주주의공화국을 반대하거나 조선공민을 침해하는 죄를 범하고 북한에 들어온 경우에 공화국 형법을 적용한다는 원칙이다.(북한 형법 제7조 후단)

이것은 북한지역 밖에서 외국인이 공화국을 반대하는 범죄행위를 감행하고 북한지역에 와있는 경우를 주로 염두에 두고 있다.

이에 대하여 “이것은 외국인이 우리나라 밖에서 범죄를 감행하고 우리나라에 와있지 않다고 하여 처벌할 수 있는 권리를 상실하거나 범인을 우리에게 넘겨줄 데 대한 요구권이 없다는 것을 의미하지 않는다.”고 함으로써 보호주의 원칙의 엄격성을 밝히고 있다고 보는 견해가 있다.²⁶⁵⁾ 그러나 보호주의의 적용대상이 되는 범죄가 구체적으로 명시되

264) 김근식, 앞의 책, 74-75면.

265) 김근식, 북한형법1, 74-75면

어 있지 않으므로 남북간 형사사법공조 협상과정에서 구체적으로 제한할 필요가 있다.

(나) 남북간 형사문제 처리의 기본 방향

남북한간의 인적교류 과정에서 상대방 지역을 방문하는 다른 지역 주민이 방문기간 중 범죄를 저지른 경우 등 남북한간 형사문제 처리의 방향은 남북한의 법 중 어느법을 적용할 것이냐는 것으로 준거법의 결정문제라 할 수 있다. 남북한간 형사문제에 대한 준거법을 결정함에 있어서 같은 분단국이었던 동서덕간에 행해졌던 형사문제의 처리모델이 우리에게 많은 시사점을 줄 수 있다고 판단된다.²⁶⁶⁾ 동서독의 모델을 남북한 상황에 적용할 경우 형사문제 처리방안은 대체로 남한 형법의 전면 적용, 지역간 형법의 적용, 국제형법의 직접 적용, 국제형법의 유추적용 등을 들 수 있다.

① 남한형법 적용방안

남한의 형사재판권의 효력이 북한지역 및 북한주민에게까지 미친다는 입장에서 남북한간 형사사건처리를 위한 준거법으로 남한형법을 전면적으로 적용하는 방안이다. 헌법 제3조의 영토조항 즉 “대한민국의 영토는 한반도와 부속도서로 한다”에 따라 북한도 우리 영토의 일부이며, 대한민국만이 한반도에서 정통성을 갖는 유일한 국가이고 군사분계선 이북지역은 북한이 불법으로 점거하고 있는 미수복지역이라는 것이 대법원판례의 입장²⁶⁷⁾이며 이에 따라 현재 북한지역 및 북한주민에 대하여 사실상 형사재판권이 행사되지 못하고 있지만 대한민국의 영토의 일부인 북한지역 및 국제법상 대한민국국민인 북한주민에게도 당연히 남한형법이 무제한적으로 적용되어야 한다는 것이다. 그러나 북한지역

266) 장영민, “남북한 인적 왕래에 따른 형사문제 처리방안”, 체제통일 및 변화에 따른 형사정책의 방향, 1993년 제1회 국제위크샷, 67-76면 참조.

267) 1972.12.7. 선고 71노 998

에 우리의 통치권이 현실적으로 행사되지 못하고 있는 분단현실을 고려할 때 남북한간 형사문제에 대해 남한형법을 무제한적으로 적용하는 것은 사실상 불가능하며 북한주민이 북한지역에서 행한 모든 범죄행위 에까지도 남한 형법을 적용하여 처벌해야 한다는 문제점이 발생한다. 또 북한지역을 우리 영토의 일부로 간주하여 북한지역에 대하여 남한 형법을 무제한적으로 적용하려고 한다면 북한의 법질서를 일방적으로 부정하는 결과를 초래하여 남북한 화해협력단계에서 상대방의 체제 인정과 존중을 규정한 남북기본합의서와 “남북사이의 화해와 불가침 및 교류협력에 관한 합의서” “제1장 남북화해”의 이행과 준수를 위한 부속 합의서²⁶⁸⁾의 정신에도 어긋나는 결과가 될 것이다.

② 지역간형법이론 원용방안

동서독간의 지역간형법이론에 따라 남북한 형사재판권의 효력이 미치는 범위가 중복됨으로 인하여 발생하는 형사법률충돌의 경우에 남북한의 각 형법을 지역형법으로 보고 행위지 등을 준거점으로 하여 적용할 준거법을 결정하는 방안이다. 본래 지역간형법적용이론은 법적인 분단을 자연으로 인정하지 않으면서도 양체제의 공존을 모색하려는 정치적 의도에서 구성된 이론으로 특히 분단국이었던 동서독의 경우에는 서독은 연방국가였으며 여러 형법 영역이 이미 존재하는 상황에서 동독지역을 별개의 형법영역으로 볼 수 있는 여지가 있었기 때문에 이 이론이 성립할 수 있었다. 그러나 남북한간에 지역간형법을 적용하기 위해서는 한반도에 2개의 형법영역의 존재를 전제로 하여야 하나 이는 현행 헌법의 영토조항과 국가보안법의 적용 등에 관한 우리 법현실과 상충되는 면이 많다는 사실을 부인할 수 없다.

또 남북한 관련범죄에 대해 남한법원에서 북한형법을 준거법으로 적

268) 화해분야 부속합의서는 기본합의서 제1조의 상호 체제 인정, 종중의무를 보다 구체화하고 있다. 즉 동 부속합의서는 상대방의 정치,경제,사회,문화체제를 인정,존중하고(제1조), 상대방 당국의 권한과 권능을 인정,존중하며(제32조), 상대방의 법질서와 당국의 시책에 대하여 간섭하지 아니한다(제5조)고 규정하고 있다; 제성호, “남북한간 인적 교류시 형사문제 처리방안”, 법조, 1994. 2., 43면

용해야 할 경우에 여러가지 문제점 발생되는데 우리의 형사사법상 외국의 형법을 우리 법원이 적용할 국내법이나 판례, 관습법 등의 근거 즉 북한형법이 남한법원에서 적용될 수 있는 법적근거 없고, 명문규정이 없는 지역간형법을 적용하여 형사처벌을 할 경우에는 우리 형법의 대원칙인 죄형법정주의에 위배될 가능성이 많으며, 형법이나 형사정책의 목적과 체제가 전혀 다른 북한법을 우리 법원이 적용할 경우 많은 문제점이 야기될 수 있는 등 여러 가지 법리상의 모순점이 제기될 수 있다는 것은 명약관화한 일이다.

③ 국제형법 직접적용 방안

외국과의 관계에서 형법의 적용범위를 규율하는 현행 형법 제2조-제7조의 이른바 국제형법규정을 북한과의 관계에서 직접 적용하는 방안이다. 따라서 형법상 북한은 외국에, 북한주민은 외국인으로 취급한다.

이 모델의 장점은 북한지역과 북한지역에 대한 남한형법의 전면적용을 합리적 범위내로 제한하고 형법 제5조와 제6조가 열거한 보호주의의 대상범죄내로 그 적용을 한정할 수 있다는 것이다. 따라서 형법총칙의 규율을 받는 국가보안법도 제5조가 열거하지 않는 이상 외국인의 국외범에 대해서는 적용되지 않는다.²⁶⁹⁾ 그러나 이것은 분명히 남북한 관계가 국가간의 관계가 아니라고 명시한 남북기본합의서 전문에 어긋나는 것이 될 뿐더러 북한을 국가로 인정하지 않는 헌법의 영토조항과 기존 판례에도 배치되는 것이다. 따라서 이러한 직접적용방안은 헌법의 개정이나 남북합의서의 폐기를 수반하지 않고서는 불가능하다.²⁷⁰⁾

④ 국제형법 유추적용방안

남북한간 형사사건을 처리함에 있어서 북한을 외국에 준하는 지역으로, 북한주민을 외국인에 준하는 것으로 간주하고, 형사재판권효력의 범위에 관한 우리형법 제2조~제7조(이를 국제형법이라 함)를 유추적용하

269) 백형구, 주석 형법총칙(상), 1988, 78면.

270) 한국형사정책연구원, 앞의 책, 67면 참조.

는 방안이다. 이는 남북한의 관계가 상호승인한 국가간의 관계라면 남북한간 형사문제를 형법의 국제형법규정을 적용하여야 할 것이나 남북관계는 남북 기본합의서 서문에서 명시하는 바와 같이 『통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계』이므로 남북간에는 국제법의 원칙이 그대로 타당할 수 없어 남북간의 형사사건에 현행 국제형법 규정의 직접적용은 곤란하므로 이를 유추 적용하자는 것이다.

이에 대하여 헌법의 영토조항에 의하여 우리 영토로 규정되어 있는 북한지역을 외국에 준하여 취급하는 것이 헌법위반이 아닌가의 문제가 제기될 여지가 있다. 그러나 이는 헌법변천으로 헌법 제3조의 규범적 성격이 선언적 규정으로 변경된 단계에서 헌법의 규범적 영토개념과는 다른 형법상의 기능적 영역개념 즉 현실적으로 대한민국의 형벌권이 행사되는 지역만을 형법의 지역적 효력범위로 보는 입장을 도입함으로써 헌법 영토조항에 저촉되지 아니한 것으로 해석이 가능하다고 할 수 있을 것이다. 헌법의 영토조항의 의미는 전 한반도에 걸친 주권적권력을 선언주장한 것으로 주권적권력은 일정한 경우에 어떤 제약 내지 한계로 인하여 완전한 행사가 제한을 받을 수도 있으며, 따라서 북한지역에 사실상 북한정권이 존재함으로써 우리의 주권적권력의 행사가 제약을 받고 있는 점을 인정하고, 북한지역에 주권적권력을 행사하는데 장애요인이 소멸할 때 헌법개정이나 가입 등 다른 특별한 헌법적 조치 없이 당연히 대한민국의 주권적권력이 북한지역에 미치며, 그 시점까지 북한지역에 대한 대한민국의 주권적권력이 잠재적인 상태에 있음을 의미하는 것으로 해석이 가능하며, 따라서 그 시점까지 북한지역을 외국에 준하는 지역으로 보는 것이 반드시 헌법의 영토조항에 저촉된다고 할 수는 없을 것이다.

또한 북한에 대하여 형사관할권을 인정하여 주는 것은 북한의 주권을 인정하여 주는 것이며 결국은 북한을 국가로 승인해 주는 것이 아닌가의 문제가 제기될 수 있다. 국제형법유추적용방안은 우리 형법의 적용범위에 관한 것으로 우리 형법의 적용범위를 결정함에 있어 반사적으로 북한의 형사관할권이 인정되는 결과를 초래하게 되지만 적극적

으로 이를 인정해 주는 것은 아니기 때문에 북한의 주권을 직접 인정하는 문제와는 직접적인 결합관계가 있다고 보기는 어렵다고 할 수 있으며, 남북기본합의서상 남과 북은 상호 체제를 인정하고 존중하기로 한 조항에 비추어 “체제”를 인정하는 것이 곧 “국가승인”을 의미하는 것은 아니며 인정되는 “체제”의 개념속에는 “형벌권”까지 포함하는 개념으로 해석 가능하고, 주권은 형벌권을 포함하나 형벌권이 반드시 주권에 의해서만 나온다고 볼 수 없는 바, 예컨대 하나의 국가에 지역에 따른 수개의 형법의 존재를 전제로 하는 지역간형법적용설의 입장이 가능하고, 중국의 경우 대만·홍콩·마카오에 대하여 중국 영토의 일부분으로 보고 국가로 인정하지 아니하면서도 그곳의 독자적인 “제도”를 인정하고 위 제도속에는 “재판권”까지를 포함하고 있다.

국제형법의 유추적용이 죄형법정주의에 반하는지의 문제가 제기 될 수 있다. 그러나 이 유추적용은 내국민의 범위를 제한하여 죄형법정주의에서 금지하고 있는 형벌권을 확대·창설하는 유추해석이 아니므로 죄형법정주의 원칙에 저촉되지 아니한다고 할 것이다.²⁷¹⁾

결국 현재의 화해협력단계에서는 현행 형법 제2조-제7조의 국제형법규정을 유추적용하여 남북한간 인적 교류시 발생하는 범죄를 처리하는 것이 가장 현실적이며 타당한 것으로 평가된다.^{272) 273)}

(다) 남북간 형사문제 구체적 해결방안

우리형법의 경우 속지주의를 형법적용의 기본원칙으로 하고 속인주의, 보호주의, 세계주의를 보충원칙으로 하고 있으며 북한 형법은 속인주의인 공민주의를 기본으로 하면서 속지주의인 영역원칙과 보호주의

271) 유추해석의 금지는 유추해석을 통하여 형벌을 근거지우거나 형을 가중하는 것을 금지함에 의의가 있다. 따라서 형을 감경하거나 또는 조각하는 사유에 대한 유추해석은 허용될 수 있다. 즉 범죄자에게 유리한 유추적용은 형법에서 허용된다. 김일수, 한국형법 1, 박영사, 1986, 2274면; 이형국, 형법연구1, 법문사, 1986, 62면; 이재상, 형법총론, 박영사, 1989, 24면; 지성호, 앞의 논문, 46면.

272) 제성호, 앞의 논문, 47면

273) 제성호, 앞의 논문, 55-65면 참조.

인 현실원칙을 보충적 원칙으로 하고 있다.²⁷⁴⁾ 따라서 남북한간의 형사문제 처리에 있어서 충돌이 일어 날 소지가 있는데 우리 형법상의 국제형법 규정의 유추적용을 통하여 우리 형법의 장소적 및 인적적용범위에 관한 제원칙을 남북관계 형사문제에 관하여 구체적으로 적용하여 보기로 한다.

① 북한주민이 남한방문중 범죄를 저지르고 남한지역에 남아 있는 경우 우리의 속지주의원칙과 북한의 적극적 속인주의원칙이 충돌하나 일반국제법상 속지주의가 적극적 속인주의에 우선한다는 것이 널리 일반적으로 인정되고 있기 때문에 우리 형법이 적용된다는 것은 의문의 여지가 없다. 내외국인을 불문하고 대한민국 영역 내에서 범죄를 저지른 자에 대하여는 속지주의를 규정한 현행 형법 제2조에 따라 우리 형법이 적용된다.

이 경우 남한의 적극적 속인주의에 의하여 남한방문 중 범죄를 저지른 북한주민에 대하여 우리 형법을 적용하여 처벌할 수 있으나하는 논의가 있을 수 있다. 헌법의 영토 조항 및 국적법 등에 의하여 이론상 북한주민을 내국인으로 보는 것도 가능하나 남북합의서가 채택되어 남북한 상호간의 체제를 인정하기로 한 기본정신에 비추어 북한주민을 형법상 내국인으로 볼 것이 아니라 외국인에 준하여 취급하는 것이 타당할 것이므로 이 경우 남한의 적극적 속인주의를 적용하는 것은 무리라고 보아야 할 것이다.

우리의 속지주의원칙을 이 경우에 적용하려면 북한의 적극적 속인주의원칙과 충돌하나 일반국제법상 속지주의가 적극적 속인주의에 우선한다는 것이 널리 일반적으로 인정되고 있기 때문에 우리 형법이 적용된다는 것은 의문의 여지가 없다. 내외국인을 불문하고 대한민국 영역 내에서 범죄를 저지른 자에 대하여는 속지주의를 규정한 현행 형법 제2조에 따라 우리 형법이 적용된다.

274) 장영민, 앞의 논문, 77면

② 북한주민이 남한방문중 범죄를 범하고 북한지역으로 돌아간 경우 앞에서 본 바와 같이 속지주의 우선적용의 원칙에 따라 우리 형법에 따라 판단이 가능하므로 남한 방문 중 범죄를 범하고 북한지역으로 돌아간 북한 주민에 대하여 관할권을 주장하면서 북한에 대하여 범죄인 인도를 요청할 수 있을 것이나, 이 경우 북한은 적극적 속인주의원칙 및 자국민불인도원칙을 내세워 이를 거부할 것이 예상된다. 이 경우 현실적으로 남한의 형법을 적용하여 처벌할 방법이 없으므로 결국 개별적으로 남북간 협의로 해결하거나 범죄인 인도에 관한 세부 합의서를 체결하여 해결하는 방법 밖에 없다고 할 것이다.

③ 남한주민이 북한방문중에 범죄를 범하고 북한지역에 남아 있는 경우 우리의 속인주의와 북한의 속지주의가 경합되나 북한의 속지주의가 우선 적용될 가능성이 높으며, 다만 우리 형법 제7조의 외국에서 받은 형집행을 일부 인정하는 규정을 활용하여 이중처벌 등 충돌상황을 조절할 필요가 있을 것이다.²⁷⁵⁾ 그러나 남한주민이 북한방문 중의 행위가 남한형법상으로도 범죄를 구성하는 경우에는 북한의 속지주의가 적용될 여지가 없으므로 남한 형법을 적용하여 판단하는 것이 가능하나 이 경우에도 범죄인 인도문제가 발생할 것이다.

이 경우에도 이론상으로는 속지주의에 의하여 우리 형법을 적용할 수 있다고 볼 수 있으나 이 문제는 헌법의 영토조항 등에 비추어 북한을 대한민국 영토라고 하는 전제하에 가능한 주장인데 이에 따르면 북한지역의 모든 범죄를 형법 제2조의 국내범으로 보고 모두 우리 형법을 적용할 수 있다고 하여야 하는데 이는 현실적으로 불가능하고, 남북 기본합의서의 정신에도 부합하지 아니한다고 하여야 할 것이다.

④ 남한주민이 북한방문중에 범죄를 범하고 남한지역으로 돌아온 경우

275) 배종대, 형법총론, 법문사, 1992, 155면; 장영민, 앞의 논문, 80면; 제성호, 앞의 논문, 61면

우리의 속인주의와 북한의 속지주의가 경합하고 속지주의 우선적용의 원칙에 따라 북한형법 우선 적용되는 것이 원칙일 것이나 우리는 자국민불인도의 원칙에 의하여 인도를 거부하고 우리의 속인주의 원칙에 따라 우리 형법을 적용하여 판단하는 것이 현실적일 것이다.

⑤ 남한 또는 북한 주민이 자기지역에서 죄를 범하고 상대방 지역으로 넘어간 경우

속지주의 및 속인주의원칙에 따라 소극적속지주의, 보호주의, 세계주의가 적용되는 경우를 제외하고는 상대방지역에서의 처벌이 사실상 불가능하므로 상호간에 범죄인인도문제가 발생할 것이다.

⑥ 남한 또는 북한주민이 상대방지역에서 죄를 범하고 제3국으로 간 경우
남북한 상호간의 속인주의와 속지주의가 경합하므로 남북한 협의로 해결함이 상당하나 협의이전단계에서 우리는 남한주민에 대하여는 속인주의를, 남한지역에서의 범죄에 대하여는 속지주의를 내세워 제3국에 대하여 범죄인인도를 요청하여 해결하고, 북한과는 형사사법공조를 요청하여 해결하는 방법의 가능할 것이다.

⑦ 남한 또는 북한 주민이 제3국에서 죄를 범하고 상대방지역으로 넘어간 경우와 제3국인이 남한 또는 북한 지역에서 죄를 범하고 상대방지역으로 넘어간 경우

남한주민이 제3국에서 범죄를 저지르고 북한으로 넘어간 경우에는 속인주의를 적용하여, 제3국인이 남한에서 범죄를 저지르고 북한으로 넘어간 경우는 속지주의에 의거하여 우리 형법을 적용하여 처벌하는 것이 가능할 것이나 북한은 이 경우 처벌근거가 없어 처벌이 불가능할 것이며, 반대의 경우에는 북한이 속인주의 및 속지주의를 적용하여 처벌이 가능하고 남한은 처벌근거가 없어 처벌하는 것이 이 불가능할 것이다. 그러나 이와 같이 처벌가능한 경우에도 범죄인이 상대방지역에 있어 처벌하는 것이 현실적 불가능하므로 범죄인 인도문제 발생할 것이다.

⑧ 남한주민이 북한방문중에 북한주민에 의한 범죄의 피해자가 되는 경우에 소극적 속인주의 적용 문제

북한의 속지주의와 적극적 속인주의가 남한의 소극적 속인주의가 북한의 속지주의와 적극적 속인주의가 우선되므로 우리의 형법을 적용하여 북한주민을 직접 처벌하는 것은 곤란하다. 다만, 북한이 범죄를 저지른 북한주민을 처벌하지 않을 경우에는 소극적 속인주의를 적용하여 처벌이 가능할 것이나 이 경우 현실적으로 범죄인이 북한에 있을 경우에는 범죄인 인도 및 형사사범공조문제가 발생할 것이다.

⑨ 내란·외환 통화위조죄 등 북한주민이 북한에서 행한 대한민국의 국가적 법익에 대한 침해행위에 관하여 형법 제5조의 보호주의 적용 문제

범죄지 및 범죄인의 국적을 불문하는 보호주의는 북한과의 관계에서도 적용 가능하므로 북한주민이 북한에서 범한 대한민국의 국가적법익에 대한 침해행위, 예컨대 내란죄, 외환죄, 통화위조에 관한 죄등은 형법 제5조에 의해 처벌이 가능하나 범죄인이 북한에 있을 경우는 범죄인인도문제가 해결의 관건이 될 것이다.

⑩ 세계주의 적용문제

각국이 모두 중요성을 인정하는 공통의 기본적인 법익을 보호하기 위해 범죄지, 범죄인, 피해자의 국적여하를 불문하고 범죄인이 소재하는 국가에서 형사관할권을 행사할 수 있도록 하는 원칙이므로 북한과의 관계에서도 적용이 가능하다고 보아야 할 것이다.

라. 결론

남북한 인적교류가 본격화될 경우에는 남북한 상호 방문자가 급증하고, 상대방지역에 체류하는 주민들이 대량으로 발생할 것이 예상되며

현재에도 남한의 금강산관광객들이 다수 정기적으로 금강산 일대를 방문하고 있다.

위와 같이 인적교류시에는 상대측 지역을 방문하는 주민이 방문지역에서 범죄를 저지르거나 범법행위를 할 가능성이 높아지는데 이러한 경우 남북간 형사법체계의 상이로 인하여 특수관계에 있는 남북간에 걸쳐 발생하는 범죄행위처리에 관하여 어떠한 법을 적용하여 처리할 것이며, 남북한의 형사관할권을 어떻게 배분할 것인지 등 법률충돌문제 발생시 어떠한 원칙에 의하여 이를 원만히 해결하여 남북한 화해협력 활성화에 기여할 방안을 강구하는 것이 시급한 문제가 되었다. 남북한간의 형사문제처리를 위하여는 우선 입법을 통한 해결이 가장 명확한 방법이 될 것이다. 앞에서 본 바와 같이 대만의 『대륙지구와 대만지구 주민관계조례』과 같은 특별법의 형식으로 남북한주민의 왕래를 규범화하고 이로부터 파생되는 형사문제를 처리하는 법을 입법할 필요가 있는데 이 법에는 안정된 남북왕래를 보장한다는 측면에서 형법상 내란죄, 외환죄를 범한 북한주민에 대한 소추, 처벌 면제, 남북한 양지역에서 이중결혼으로 인한 간통사건의 소추, 처벌면제 등을 적극적으로 규정하여야 할 것이다. 그후 남북한의 교류, 협력의 단계에 맞추어 궁극적으로는 남북한간의 발생하는 형사문제 처리와 관련하여 형사관할권 행사원칙 및 준거법결정의 기본방향에 대하여 남북한간에 세부적인 합의를 할 필요가 있을 것이다.

남북한간 형사문제를 처리하기 위한 특별법이 제정되기까지는 현행 헌법과 형법의 해석을 통하여 남북한간 형사문제를 처리할 수 밖에 없을 것이다. 남북한 형사문제를 처리하는데 있어서 남한의 형법을 무조건 북한 지역 및 북한주민에게 확대적용하는 것은 비현실적이며 남북기본합의서 및 남북공동선언의 정신에 비추어도 부적절하며 오히려 남북한간의 화해 협력을 해칠 우려 마저 있을 수 있다. 동서독간에 논의되어온 지역간형법의 적용은 두 개 이상의 법역의 존재를 전제로 하는 이론이어서 우리 현실에는 적합하지 아니하며 또한 남북한 관계는 남북기본합의서 서문에 명시되어 있는 것과 같이 「통일을 지향하는 과정

에서 잠정적으로 형성되는 특수관계』이기 때문에 남북관계를 국제법적 관계라고 보기 어려워 현행 형법의 국제형법 규정을 직접 적용하기는 어렵다. 결국 현행 형법의 국제형법 규정을 유추 적용하여 준거법을 결정할 수 밖에 없는데 이는 향후 남북한이 대외적으로 독립된 국가로 존속하면서 대내적으로 민족공동체를 구성하는 남북연합 단계에서 더 현실성 있는 방안이 될 것으로 보인다. 따라서 우리 형법의 국제형법규정에 따라 속지주의를 원칙으로 하고 속인주의, 보호주의, 세계주의 등을 보충적으로 적용하여 남북한간 형사문제의 준거법을 결정하여야 할 것이다. 그러나 형법의 국제형법 규정을 적용하여 준거법을 결정함에 있어서도 일률적으로 속지주의 고집하거나 속인주의를 배타적으로 적용하는 것은 남북한의 화해 협력관계를 저해할 우려도 있으므로 남북한의 특수상황을 고려하여 속지주의와 속인주의를 적절하게 배합하여 합리적인 방향으로 남북한간의 형사문제를 적절하게 해결하는 것이 바람직할 것이다.

IV. 결론

2000.6. 역사적인 남북정상회담 성사 및 6.15 남북공동선언 발표후 개성공단개발 합의, 백두산과 한라산교차관광 합의, 남북국방장관회담 개최, 남북장관급회담 정례화, 남북경협 실무자 회담 개최, 시드니올림픽 남북 동시 입장, 식량 60만톤 대북 제공, 남북사이의 상사분쟁 해결을 위한 남북상사중재위원회 구성 합의 등이 이루어지는 등 남북간 화해협력 속도가 일회성으로 끝났던 과거와 달리 급진전되어 가고 있고 이에 따른 남북간 인적교류 및 경제교류 역시 급진전 될 것으로 예상된다.

따라서 본고에서는 남북간의 교류협력의 활성화를 위해서는 남북한 당국자간의 정치적 합의 또는 경제활동주체간의 합의뿐만 아니라 반드시 합리적인 법제도가 이를 뒷받침하여야만 불필요한 분쟁 및 비용을 최소화하여 그 교류협력의 속도를 가속화하고 정착시킬 수 있음을 인식하고 법제도 개선방안에 대하여 검토하여 보았다.

그리하여 현재의 남북한의 교류협력 관련 법제와 분단을 거쳐 통일을 이룩한 경험을 가진 서독과 동독의 법제 및 현재에도 분단상태에 있는 대만과 중국의 관련법제를 분석하고 비교 검토하여 보고 개선방안을 제시하여 보았는바, 이러한 분단의 경험을 가진 유사국가의 분단 국내의 교류협력에 관한 법제도 마련 과정 및 그 관련법제는 향후 남북간 교류협력 관련 법제도를 마련함에 있어 가장 큰 참고가 된다 할 것이고 되어야 할 것이다. 그런 뜻에서 정책입안자에게는 동서독 및 중국 대만 등 분단경험국가의 지나온 족적이 남북한 정책입안에 있어 가장 큰 참고가 될 것으로 판단하여 이들 나라의 관련 법제와 그 운용실태를 상세히 소개하였다.

법제도를 마련함에 있어서는 남북한이 합의하여 공동의 법제를 마련함이 가장 이상적이라 할 것이므로 남북한이 법률실무협의회를 구성하여 지금부터라도 협의를 진행하여 나아가야 할 것이다. 남북한 공동의

법제마련이 지난하고 가사 성사된다 하더라도 많은 시간이 소요될 것이 예상되므로 대만이 양안관계조례를 제정하여 운용하였듯이 남한에 서만이라도 남북한 사이에 발생가능한 여러 법률적 문제를 해결하기 위한 관련 법제를 마련할 필요가 있다 할 것이고 대북 교류에 대하여 일부 규정을 두고 있는 현재의 남북교류협력에관한법률 역시 앞서 기술하였듯이 많은 문제점을 가지고 있으므로 그 수정, 보완작업을 강구하여야 할 것이다.

서독과 동독 및 중국과 대만의 경험에서 알 수 있듯이 서로 이념 및 경제체제가 상이한 분단국에서 교류협력 및 법률문제 해결을 위한 과정은 결코 쉽지 않다. 그러나 교류협력과 이를 통한 평화적 통일을 위해서는 교류협력의 활성화는 필연적인 것이고 이를 법제도적으로 어느 정도까지 뒷받침해주느냐가 그 과정에서의 불필요한 분쟁과 이의 해결을 위한 시간 및 경제적 손실을 최소화하여 교류협력을 더욱 활성화 시킨다 할 것이다. 이렇듯이 교류협력의 활성화를 위해서는 관련 법제도의 정비 및 이를 통한 뒷받침이 대단히 중요한 것이다. 2000. 11. 남북 당국자가 남북상사중재위원회의 구성을 골자로 하는 “남북사이의 상사분쟁 해결절차에 관한 합의서”를 이루어 낸 것은 남북교류협력 활성화와 법적분쟁해결을 위한 제도 마련의 첫 출발이라 할 것이다.

참 고 문 헌

1. 국내문헌

고준환, 『국제거래법론』, 경진사, 1987

_____, 『국제상사중재론』, 법문사, 1983

김진, 『국제사법』, 1960

김근식, 『북한형법 I』

김명기 『국제사법요론』, 1992

김영운, “통일전 동서독의 경제교류”, 민족통일연구원, 『통일연구논총』
제4권2호, 1995

_____, 『남북협력기금 운용상의 문제점과 정책방향』, 통일연구원, 1999

김용한·조명래, 『국제사법』, 1993

김일수, 『한국형법 1』, 박영사, 1986

김주덕, “국제범죄 수사구조론”, 『법조』, 통권 제409호, 1990

_____, 『국제형법』, 박영사, 1993

김철수, 『헌법학 개론』, 1992

김화섭, “대만의 중국 진출 정책과 한국의 대북 경험정책 비교”, 『통일
경제』, 현대경제사회연구원, 1996

- 대한상사중재원, 『남북상사중재제도의 법적 문제점 및 대응방안』, 1994
- 박광작, “구 동서독의 경제협력과 한국에 대한 시사점”, 『통일경제』, 현대경제사회연구원, 1996.12
- 박상조·윤종진, 『현대국제사법』, 1998
- 박윤희, “『南北基本合意書』履行에 따른 南北交流協力法令의 補完과 그 發展方向”, 서울대학교 법학연구소, 『南北交流協力の 本格化 過程에서 提起될 法的 問題點 및 對策』, 동 연구소 주최 세미나 주제발표문, 1992.9
- 박종수, “동서무역과 무역분쟁의 해결”, 『중재』, 제15권 제10·11호, 대한상사중재원, 1991
- 배종대, 『형법총론』, 법문사, 1992
- 백형구, 『주석 형법총칙(상)』, 1988
- 법무부, 『독일 법률사법통합 개관』, 1992
- _____, 『북한법의 체계적 고찰(Ⅲ)』, 1997
- _____, 『중국과 대만의 통일 및 교류협력법제』, 1995
- _____, 『중국법연구(Ⅲ) -형사법-』, 1992
- 법제처, 『독일통일관계법연구』, 1991
- _____, “중국과 대만의 교류법제”, 『법제자료』, 162집

서희원, 『국제사법강의』, 1993

신한동, 『상사중재실무』, 신영사, 1993

오준근, “南北交流·協力에 관한 現行法制와 그 改善方向”, 『통일문제연구』, 제4권 1호, 1992

이근식, 『국제사법』, 1981

이장희, “남북한 우편교류 실현을 위한 법제도적 개선방안”, 『서울국제법연구』, 제3권 2호, 1996

이재상, 『형법총론』, 박영사, 1989

이정은, “남북협력기금법의 개정방향”, 『국회보』, 2000년 5월호

이태욱, “東·西獨 經濟交流經驗의 韓半島 援用可能性 研究”, 『政策研究』, 통권 제100호, 1990

이형국, 『형법연구1』, 법문사, 1986

장명봉, “남북기본합의서·부속합의서 실천에 따른 국내법적 문제”, 『통일』, 통권 제135호, 1992

장복희, 『국제상사중재에 관한 연구』, 박사학위논문, 연세대학교 대학원, 1993

장선호, 『대공산권 경제교류의 법적문제(소련 및 동구를 중심으로)』, 석사학위논문, 한양대학교 대학원, 1986

제성호, “『南北交流協力法』上 南韓住民의 概念과 範圍(Ⅱ)”, 『法曹』, 통권 제474호, 1996

- _____, “고령 이산가족의 방북 및 상봉 활성화방안”, 『統一研究論叢』, 민족통일연구원, 제7권 1호, 1998
- _____, “南北 經濟交流協力에 따른 法的 門題와 對應方案”, 『저스티스』, 제25권 2호, 1992
- _____, “남북간 우편·통신교류 현황 및 관련 법제 개선방안”, 통일원 교류협력국 주최 법제도 세미나 자료, 1997
- _____, “南北觀光交流 活性化 및 觀光客 身邊安全保障方案”, 『'97 남북 관광자원 활용 및 교류촉진 세미나 자료집』, 한국관광공사, 1997
- _____, “남북교류협력 활성화를 위한 법제도 개선방안”, 『統一問題研究』, 제10권 제1호, 평화문제연구소, 1998
- _____, “남북교류협력법의 법체계상 문제점과 보완방향”, 『남북교류 협력 법제논문 자료집』, 통일원, 1996
- _____, “남북한간 인적 교류시 형사문제 처리방안”, 『법조』, 1994
- _____, “대북투자보호 및 분쟁해결방안 연구”, 민족통일연구원, 1993
- _____, 『경수로인력의 북한체류시 법적 문제』, 민족통일연구원, 1997
- _____, 『남북교류협력 활성화를 위한 법제도 개선방안』, 민족통일연구원, 1996
- 조선민주주의인민공화국 대외경제협력추진위원회, 『황금의 삼각주 라진-선봉 법규집(1), (2), (3)』, 1993, 1994.
- 조정곤, “국제상사 중재제도의 활용을 통한 남북한 교역 및 투자분쟁해

결”, 『'93 북한·통일연구 논문집(Ⅱ) 남북교류협력분야』, 통일원, 1993

통일부 교류협력국, “『남북경협 활성화조치』 주요내용('98.4.30)”, 『월간 남북교류협력동향』, 제82호, 1998

_____, 『월간 남북교류협력 및 인도적 사업 동향』, 제102호, 1999

통일원 정보분석실, 『주간 북한동향』 제233호, 1995

통일부, “남북정상회담 실무절차 합의 해설”, 『統一速報』, 제2000-4호, 2000

_____, 『2000 통일백서』, 통일부, 2000

_____, 『98 통일백서』, 통일부, 1999

_____, 『남북교역 실무안내』, 통일원, 1998

_____, 『이산가족 교류촉진 지원계획』 발표자료, 2000년 3월 2일

_____, 『이산가족 교류촉진 지원계획』 해설자료, 2000년 3월 2일

_____, 『사회문화분야 남북교류협력실무안내』, 통일원, 1996

한국형사정책연구원, 『남북한 인적왕래에 따른 형사문제 처리방안』, 1994

허광태, “양안법률관계”, 『동아계간』 제24권 제2기, 대만 정치대학 동아문제연구소

홍준형, “남북관계 활성화에 대비한 남북교류협력 관련 법제보완의 방향”, 『남북교류협력 법·제도 실천과제 연구』, 통일원, 1994

황적인 외, 『東西獨間の 通行·通信·通商에 관한 研究』, 國土統一院, 1990

2. 국외문헌

Baumann, LB, 1968

Blumenwitz, Das neue Staatsbürgerschaftsgesetz der DDR, jOR 1967

Bockelmann, Strafrecht AT, 2. Aufl. 1975

Dreher-Massen, StGB, 1954

Endemann, NJW 66, 2381

Fritzsche, StuR 1957

Gallas, ZStW 80, I

Herrmann, Die Anwendbarkeit des Politischen Strafrechts auf Deutsche im Verhältnis zwischen BRD und DDR, 1960

Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts AT, 1969

Kabel, Das Problem des interzonalen Strafrecht bei Gewaltdelikten an der Demarkationslinie, Hamburger dissetation, 1967

Kohlrausch-Lange, Strafgesetzbuch, 1944

Krey, "Anwendung des 'internationalen Strafrechts' im Verhältnis der Bundesre- publik Deutschland zur DDR", jR 1980

Marach/Zipf, Strafrecht AT 1, 5. Aufl. 1977

Oehler, Internationales Strafrecht, 1973

_____, Internationales Strafrecht, 1983

Roggemann, Das Strafrecht der DDR von 1968, ROW 1969, 97

_____, ZRP 76, 245

Rosenthal, Zur Strafbarkeit des Schusswaffengebrauchs an der Zonengrenze, ROW 1967

Sch-Sch, StGB, 13판,

Schroeder, Schranken für den räumlichen Geltungsbereich des Strafrechts, NjW 1969

Schröder, DStrR 40, 196면

Schwarz-Dreher, StGB, 1967

Schwerdtner, In Welchem Umfang gilt die Ostzone als Inland im Sinne des in der Bundesrepublik geltenden Recht?, Ungedruckte Kölner Dissertation, 1956

Schönke, StGB (4판)

Trondle, jR 1977

v. Weber, DStrR 40, 189면

_____, Kohrausch-FS, 1944

Weinhold, NjW 1978, 113

Welzel, LB, 9. Aufl

Zieher, Das sog. internationale Strafrecht nach der Reform, 1977

Zoll und Verbrauschsteuern, Nr. 12/1982

團藤, 『형법총론』, 1988

范忠信, 兩岸經貿關係法制化問題芻議, 常征 外 1人 主編 ‘海峽兩岸關係的法律探討’, 中國 成都, 四川大學出版社, 1992

서 평, “시론양안법률충돌적해결도경여모식”, 『법학』(1991.3), 중국인민대학자료중심, 1991

황 진, 중국구제법률충돌급기해결일검론 ‘일국양제’ 여중국적구제법률충돌, 일국양제 법률문제면면관, 1989

황덕배·황진, “중국구제법률충돌문제연구”, 『중국사회과학(1989년 제1기)』, 중국사회과학출판사, 1989