

99-12-23 (1) 2

남북한 법제 정비방안 연구

- 남북 기본합의서 이행 대비 -



통 일 부

- 이 자료는 통일부의 과제위촉계획에 따라 한국 법제연구원 문준조 박사팀에 의뢰하여 연구한 결과임.
- 수록된 내용은 통일정책 추진에 참고자료로 제공되는 것으로 통일부의 의견을 반영하는 것은 아님.

통일정책실

< 목 차 >

제1장 남북기본합의서 이행과 남북한 법제개선

제2장 북한법제의 이해(남북한법제비교)

제1절 북한헌법의 이해와 남북한 헌법

- I. 북한헌법의 변화
- II. 남북한의 헌법질서 비교
- III. 남북한 헌법상 통일관련 조항

제2절 북한형법의 이해

- I. 북한형법 개관
- II. 남북한 형법의 비교

제3절 북한민법의 이해와 남북한 민법

- I. 북한 민법의 개관
- II. 남북한 민법의 비교
- III. 북한 민법에 대한 평가

제4절 북한의 가족법에 대한 이해와 남북한 가족법

- I. 북한 가족법의 의의와 발전
- II. 북한 가족법의 구성과 체계
- III. 북한 가족법의 주요내용
- IV. 남북한 가족법의 비교

제5절 북한 상사법제 및 대외경제법제의 이해

- I. 북한 상사법제의 변화
- II. 북한 상사법제의 특징과 변화
- III. 북한 상사법의 분석: 남한상법과의 비교
- IV. 북한의 대외경제법제 이해

제6절 북한의 남한법제 개폐주장과 대응

- I. 북한의 남한법제 개폐 주장
- II. 북한의 법률적 장애제거론에 대한 대응(북한형법의 문제점)
- III. 국제인권규약과 북한법제의 상충문제 검토

제3장 국내법의 정비방안

제1절 남북기본합의서의 법적 성격

- I. 조약으로 보는 견해-법규범론
- II. 신사협정으로 보는 견해-고도의 정치적 규범론
- III. 국내법령에 미치는 효과

제2절 헌법상 영토조항과 통일조항의 문제

- I. 영토조항과 통일조항의 존치론
- II. 영토조항과 통일조항의 개정론
- III. 정비방안 - 조화적 해석에 의한 존치

제3절 남북교류협력법의 정비방안

- I. 남북주민의 범위
- II. 교류협력규정의 위헌성여부
- III. 규제의 합리화
- IV. 준용규정 및 위임규정의 축소
- V. 남북교류협력기금의 엄격한 운용
- VI. 정비방안

제4절 북한관련법의 정비방안

- I. 국가보안법
- II. 국적법
- III. 북한의 실체를 부인하는 법령규정
- IV. 정비방안

제5절 대한민국이 당사자인 조약과 휴전협정의 개폐논의

- I. 대한민국이 당사자인 조약
- II. 군사정전협정(휴전협정)
- III. 정비방안

제4장 북한의 외국인투자법제의 문제점과 개선방안

제1절 외국인투자법체제와 기본적인 문제점

- I. 문제의 소재
- II. 법령체제의 불확실성
- III. 투명성과 구체성의 결여

제2절 외국인투자법제상 개선이 요구되는 사항

- I. 의의
- II. 남한주민의 대한 우대조치의 부재
- III. 구체성이 없거나 불확실한 조항
- IV. 불합리한 조항
- V. 필수적인 법령의 제정 및 모든 법령의 완전한 공개

제3절 우리 기업의 대응방안

제4절 투자보장협정과 이중과세방지협정의 체결

- I. 부속합의서의 실효성 제고
- II. 투자보장협정
- III. 이중과세방지협정

제5장 우리정부의 대응전략

< 내 용 요약 >

제1장 「남북기본합의서」 이행과 남북한법제개선

남북한은 상호 합의로 「남북기본합의서」(남북사이의 화해와 불가침 및 교류·협력에 관한 합의서)를 채택하였다. 남북관계의 진전은 기본적으로 남북기본합의서에 정한 내용의 이행으로 구체화된다는 점에서 이에 대비하는 것은 중요한 과제이다. 특히 「남북기본합의서」의 이행과정에서 남북간 인적·물적 교류의 확대가 필연적으로 예상됨에 따라 제기될 수 있는 법적 문제에 관한 검토와 대비는 긴급하다 할 것이다.

본고는 남북기본합의서의 구체적 이행단계에서 제기될 수 있는 법적 문제점을 살피고, 남북이 모두 통일을 향한 진전을 위한 법제개선방안에 대하여 논하고 있다. 이를 통해 남북간 경제 및 사회분야의 교류·협력기반의 확대에 따라 예상되는 법리적 문제와 그 대책을 강구할 수 있을 것이다. 그리고 「남북기본합의서」의 이행을 위한 남북간의 구체적 실천방안을 규범적 차원에서 모색하여 통일시대를 대비하는 과제를 도출할 수 있으며, 「남북법률실무위원회」의 합리적·발전적 활용에도 도움이 될 것이라 생각한다.

제2장 북한법제의 이해(남북한법제비교)

남북한은 각각 국내법 체계에 의해 법제를 발전시켜 왔으며, 분단하의 남북한의 법제는 그 이념과 체제에 따라 근본적인 차이를 보이고 있다. 남북한의 통일을 위해서는 남북한의 법제에 대한 비교분석을 선결과제로서 요구되고 있다 할 것이다. 주지하다시피 우리의 「민족공동체 통일방안」에서는 단계별(화해·협력단계 - 남북연합단계 - 통일국가단계) 통일구도를 전제로 제시되었으며, 법체계통합 추진도 그에 상응하여 단계별로 구상되어야 할 것이다. 먼저, 우선 화해·협력단계에서는 남북의 정치적 화해, 군사적 신뢰 구축, 경제적·사회적·문화적 교류와 협력을 통한 관계개선에 부응하는 법체계통합의 준비를 해나가야 한다. 이는 법체계통합의 준비단계라고 할 수 있는 바, 북한법에 관한 실태를 분석하고, 남북한이 법제자료의 교환을 통한 상호 이해를 증진시켜야 할 필요가 있는 것이다.

1. 북한헌법상 통일조항

북한에서 통일에 관한 조항은 1972년 헌법에서 처음 규정되었다(제5조). 북한의 1992년 헌법은 북한에서의 3대혁명에 의한 사회주의의 완전한 승리를 강조하고, 조국통일3대원칙(자주·평화통일·민족대단결)에 의한 통일실현을 위한 투쟁을 명기(제9조)하였다. 이 1992년헌법에서 이제까지 북한의 대남혁명노선을 헌법에 규정한 것으로 간주돼 왔던 「전국적 범위」(1972년헌법 제5조)란 대목의 삭제는 북한의 대남 노선의 변화와 관련하여 검토해야 할 중요한 사안이다.

2. 북한헌법

국제사면위원회(Amnesty International) 등의 국제인권단체에 의해 확인되었듯이 북한에서는 비인도적인 공개적인 사형집행이 이른바 「인민의 요구」에 의해 이루어진다.

공개처형은 일반형사법 뿐만 아니라 '정치범수용소'에서 정식 재판절차를 거치지 않은 체 이루어짐으로써 인권이 유린되고 있다. 인권침해행위가 자행될 수 있는 배경은 북한의 형사법제에서도 기인한다. 북한형법은 체제의 유지·강화수단으로 작용하며, 이 과정에서 인권침해의 소지가 있다는 것이 문제점으로 지적되고 있다.

북한 형법은 사회주의법이 이른바 '사회주의 법칙성'의 실현을 위한 수단으로 기능하고 있음을 보여주고 있다. 이러한 성향은 "법은 사회경제제도의 반영이며, 정치의 한 표현양식이고, 일정한 사회경제제도와 계급투쟁을 떠난 법이란 있을 수 없다"는 김일성의 교시를 통해 알 수 있다. 남한과 북한 형법의 차이점을 상세하게 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 남한형법은 개인의 자유를 보장하는 보루로서 죄형법정주의를 형법해석의 기본 원리로 삼고 있는데 비해, 북한 형법은 형벌법규의 유추해석을 형법해석의 전제로 삼음으로써 실질적으로 죄형법정주의의 근간을 부정하고 있다.

둘째, 남한형법이 범죄구성요건의 개념을 위법성의 추정 내지 징표기능을 가지고 있다고 보는데 비해, 북한 형법상 구성요건은 범죄성립요건의 구성요소로서 "일정한 행위를 특징짓는 객관적 및 주관적 표징의 총체"로 이해하고 있다.

셋째, 남한형법은 미수를 장애미수와 중지미수로 구분하고 불능미수의 개념을 인정하고 미수범의 형을 기수에 비해 형을 감면하고 있다. 이에 비해 북한 형법은 준비(예비)와 미수를 기수의 경우와 동일한 조항에 의해 처벌하도록 함으로써 범죄완성의 단계에 따라 각각 형식적으로 차등하여 처벌하는 근대형사법의 일반원칙에 반하는 처벌규정을 두고 있다.

넷째, 남한형법은 형벌을 국가가 범죄에 대한 법률상 효과로서 범죄자에 대하여 그의 책임을 전제로 과하는 법익박탈로 이해하는 토대 위에 형벌의 본질을 해악에 대한 응보, 범죄에 대한 일반예방 내지 특별예방의 목적이 고려되고 있다. 이에 비해 북한 형법은 형벌을 공산주의 및 전체주의 형법에 대한 도구주의적 관점에 따라 부과함으로써 전체주의 체제구축을 위한 도구로 악용될 우려가 높다.

다섯째, 북한형법은 그 규정이 불명확하고 다의적이고 추상적·포괄적인 경우가 많아 형법의 해석적용에서 자의적인 운용의 가능성이 높다고 할 수 있다. 무엇보다 북한 형법은 계급적 본질론과 혁명적 사명론에 의해 이념적으로 각색되어 있으며, 권력체제의 특수성에 기인하여 형법의 기본인 죄형법정주의와 개인책임주의는 부정되고 있다는 점이 한국과 북한 형법의 차이점을 보이는 부분이라 할 수 있다. 그래서 1987년 형법이 범죄종류의 축소, 형벌의 완화 등 1974년 형법상 비민주적인 요소를 완화하였지만, 여전히 근대형사법원리와 거리가 먼 규정들을 포함하고 있다.

3. 북한민법

민법은 주로 사유재산제도와 계약의 자유를 규율하는 법이라는 개념에서 보면, 사유재산제를 부정하는 사회주의국가에서는 계약의 자유에 기초하는 민법의 존재의미를 찾기 어렵다. 그럼에도 불구하고 북한에서 민법은 주요한 법률분야의 하나이며 북한 나름대로의 민법이론을 형성하고 있다. 북한은 북한의 법이론의 독자성을 강조하고 있다. 이 과정에서 1990년 북한의 민법전이 제정되었다. 북한의 설명에 의하면, 민법은 "사회주의사회에서 그 당사자들이 서로 독자적인 대등한 당사자로 나서는 그러한 경제관계의 분야를 규제"하는 것이며, 그 규율대상은 이들 분야에서의 "가치법칙과 노동에 의한 분배법칙의 작용을 고려함과 관련한 재산적 관계 및 이와 관련된 인격적 관계"라고 한다. 이에 비추어 북한민법의 모습을 다음과 같이 설명할 수 있다.

첫째, 북한민법은 당사자들이 서로 독자적이고 대등한 지위에서 법률관계를 갖는 한 개인간, 개인과 사회주의적 제기관간, 국가기관간, 국가기관과 사회단체간 등의 경제관계를 규율하게 된다.

둘째, 북한민법은 서로 독자적이고 대등한 당사자로 나서는 경제관계를 규제하는 것이다. 따라서 당사자의 일방이 다른 당사자에 대하여 행정적이며 조직적으로 명령하고 다른 일방의 당사자가 복종하는 경제관계는 민법의 규제대상에서 제외한다.

셋째, 북한민법은 경제법의 대상이 되는 여러 경제관계를 망라하여 규율한다. 이것은 북한법이 기본적으로 민법과 경제법의 이원론을 취하지 않는 데에서 기인한다.

넷째, 북한민법은 혼인·가족관계·상속관계에 속하는 경제관계를 규율하지 않는다. 이들 분야는 부부 내지 가족성원들의 인격적 관계를 전제로 한 관계에 관해서는 가족법에서 규율하고 있기 때문이다.

민법이 일반적으로 경제질서의 기본을 정한다는 점에서 볼 때, 종합적이고 통일적인 북한민법의 채택은 북한이 경제질서의 내용을 법적으로 확정했다는 의미로 받아들일 수 있다. 북한에서 민법의 확정은 경제질서의 변화대응과 기존 질서의 전환이라는 점에서 큰 의미를 찾을 수 있다.

4. 북한 상사법제 및 대외경제법제

북한법분야에서 상사법의 존재여부를 판단하는데 있어서 입장에 따라 차이가 있을 수 있다. 형식적인 상법전의 존재여부만을 두고 볼 때, 북한에는 남한에서와 같은 독립된 상법전을 가지고 있지 않다. 따라서 북한은 상법이 규정하지 않음으로써 발생하는 법적 문제를 민법에 규정함으로써 그 흠결을 해결하고 있다. 형식적 법규정과 관련하여 북한의 상법의 존재여부를 판단하는 데에 있어 북한법분야에서의 상법분야의 인정여부에 대한 견해는 달리 나타나고 있다.

다만, 최근 북한의 법제양상을 보면, 북한의 상사관계에 관한 변화의 모습을 엿볼 수 있다. 특히 기업(회사)에 관한 영역에서는 대외무역과 관련하여 북한은 1992년 헌법에서 북한영역 내에서 외국인의 합법적 권익을 보장하고(제16조), 북한의 기관·기업소·단체와 외국법인 또는 개인과의 기업 합영과 합작의 장려조항(제37조)을 신설하였으며, 1998년 헌법에서 '특수경제지대'에서의 기업창설운영을 장려하는 대목을 추가하였다(제37조). 이러한 헌법적 근거에 따라 북한에서 대외경제개방법제 및 외국인투자법제가 제정되어 외국의 자본과 기술의 도입을 위한 제도적 정비가 이루어지게 되었다. 여기서 북한의 대외경제개방 및 외국인투자법제는 상사법에 속하는 내용을 포함하고 있으며, 이 법제들은 체계적이고 독립적인 상법은 아니지만 그 내용상 상사법의 영역을 구성하고 있다. 따라서 북한의 대외경제개방 및 외국인투자법제를 통해 북한의 상사법의 현실을 살펴볼 수 있다.

제3장 국내법의 정비방안

1. 남북기본합의서의 법적 성격

현재까지 통일 및 대북정책의 정부내 주무부처인 통일부는 남북기본합의서가 국제법상 상호승인한 국가간의 조약이 아니며, 분단국을 구성하는 대한민국과 조선민주주의인민공화국이라는 두 정치실체 즉 국제법 주체간에 적법하게 이루어진 당국간 합의라고 일관된 입장을 표명하고 있다.

북한 또한 남북기본합의서에 대하여 어떠한 법적 구속력을 부여하여 남한측에 이의 준수를 요구하거나 북한 자신이 이를 이행하고자하는 아무런 법적 확신(*opinio juris*)이나 수요(*necessitas*)를 가지고 있다는 징표를 보여주고 있지 않다. 이는 남북기본합의서의 두 당사자가 아무런 조약체결의 진정한 의도를 가지고 있지 않음을 명시적·묵시적으로 보여주는 것이다.

더욱이 국회는 최근 남북기본합의서에 대한 결의안을 채택하면서 남북기본합의서가 온 겨레의 통일여지의 표현이며 민족화해의 대장전이라고 하여 법적인 문서로서보다는 중요한 정치적 의미를 갖는 문서로 받아들였다. 따라서 남북기본합의서는 합의 당사자의 진정한 의도(*real intention*)와 그에 대한 국회의 수용태도를 고려할 때 법률적 효력을 갖는 조약이라고 보다 그 내용의 이행에 대하여 합의의 당사자들이 윤리적 의무감을 갖는 신사협정이라고 보아야 한다. 따라서 그 내용의 불이행에 대하여는 정치적 비난은 가능할지라도 합의내용의 불이행에 근거한 법적인 강제는 불가능하다 할 것이다.

2. 헌법상 영토조항 및 통일조항의 문제

남북기본합의서와 관련된 헌법조항으로서 가장 대표적인 규정은 제3조의 영토조항과 제4조의 평화적 통일조항이다. 헌법의 영토조항은 남북기본합의서 및 제1부속합의서의 상호체제인정·존중, 내부분쟁불간섭, 상호불가침 등 남북기본합의서 전반과 상충의 여지를 가지고 있다. 또한 영토조항은 失地回復을 강조한 것으로 결국 북한을 반국가단체로 보는 것인데 반해 평화적 통일조항은 북한의 실체를 인정하는 것이라는 점에서 영토조항과 상충된다고 지적되고 있다.

영토조항과 통일조항문제에 대한 중·장기적인 해결책으로 영토조항을 평화공존체제에 부합하도록 개폐하는 방안이 제시될 수 있다. 그러나 영토조항과 통일조항은 다음과 같은 이유에서 현행과 같이 존치하는 것이 타당하다.

첫째, 영토조항과 통일조항의 입법론적 해결을 위한 헌법개정절차는 헌법개정권력으로서 국민적 합의를 도출하여야 하는바 이는 국내 정치적으로 많은 난관에 직면하고 극심한 국론분열으로 인한 교각살우의 懸를 범하게될 수도 있다.

둘째, 현재의 분단은 잠정적인 것이며 분단극복을 위해서는 평화통일의 당위성과 강력한 통일여지의 강조가 필요하므로 통일조항은 존치되어야 한다. 영토조항을 개정하고 동시에 평화통일조항을 삭제한다면 이는 통일의지결여와 분단고착화추구로 인식될 가능성이 다분히 있다.

셋째, 현행헌법은 전문에서 민주적 개혁과 함께 평화적 통일을 헌법이 지향하는 이념으로 설정하고 이를 실현하는 것이 국가적, 민주적 사명임을 밝히고 있다. 특히 통일과 관련하여 헌법은 제4조에서 평화통일조항을 신설하여 대한민국이 이를 구체적으로 실현할 것을 국가의 기본적 의무로 규정하고 있다. 이러한 점을 감안할 때 평화통일조항은 헌법적 가치이며 동시에 대한민국이 지향해야 할 기본이념인 통일에 대한 강한 의지를 표명한 규정이라고 할 수 있다. 또한 평화통일조항은 무력통일정책을 포기한다는 선언적 의미를 내포하는 것인바 평화적 통일의 역사적 사명을 천명한 헌법전문과 침략전쟁을 부인하는 국제평화주의정신과도 부합하는 것이다.

넷째, 영토조항과 평화통일조항이 상충한다고 하더라도 평화통일조항이 영토조항보다 우월적 효력이 있는 것으로 해석함으로써 평화통일조항과 영토조항을 그대로 존치시킬 수 있다. 헌법의 영토조항은 통일조항이 제시하고 있는 국가적 사명에 따라 통일한국을 달성한 후에 있어서 국가영역으로서 한반도를 규정하고 있는 것이다.

3. 남북교류협력법의 정비방안

남북교류협력법은 제정당시 남북기본합의서의 채택 등 남북관계개선의 가시적 성과가 없었던 상태에서 우리 정부의 방침을 일방적으로 법제화한데 지나지 않는다. 따라서 남북기본합의서에 의한 남북한간의 정책적 합의가 이루어진 만큼 남북교류협력법의 기초가 되는 현실상황이 변화하였고 이에 따라 남북교류협력법의 개정문제는 여러 차례 지적되어왔다. 따라서 남북교류협력법 또는 그 시행령에서 민족내부거래의 성격을 고려하여 법인과 단체에 대한 보다 명확한 정의를 입법을 통하여 명시하는 것이 바람직하다.

위헌논란이 있는 남북교류협력법 제9조 제3항은 통일부장관에게 자의적인 승인권을 부여한 것이 아니라 우리 헌법이 천명하고 있는 자유민주적 기본질서에 입각한 평화통일 원칙을 기초로 정부가 수립한 대북정책에 적합한 범위내의 승인권을 부여한 것이다. 따라서 헌법 제75조의 포괄위임금지원칙에 어긋나거나 법치주의 혹은 거주·이전의 자유를 규정한 헌법 제14조, 통신의 자유를 규정한 헌법 제18조에 위배된다고 할 수 없다. 따라서 위 규정의 취지를 위와 같이 보는 한 통일부 장관이 인도적 차원의 지원을 금지할 수는 없지만 그 시기와 방법에 있어서 정부의 대북정책의 방향과 어긋나지 않도록 조정하기 위한 승인권을 가진다고 해석하는 한 이는 과잉금지원칙을 규정한 헌법 제37조 제2항에 위배된다고 볼 수도 없을 것이다.

정부조직법 제28조를 비롯한 행정각부의 권한에 관한 규정들을 면밀히 검토해 보면, 통일부가 남북교류협력에 관한 업무와 관련하여 통일부가 통괄·조정만 하여야 한다고 해석하여야 할 만한 규정은 없으며, 오히려 掌理라는 표현 자체에서 보듯이 남북관계 업무에 관한 주무부처가 통일부임을 명시한 것으로 보아야 한다.

그외 준용규정 및 위임규정의 축소나 남북협력기금 등 남북교류협력법에 대하여 이제까지 지적된 제반문제점들과 국가보안법등 타법령과의 상충 등과 같은 그 법체계상의 지위에 관한 불명확성을 제거하고 이를 명실상부한 기본법으로서 '남북교류협력기본법'을 제정하고 각 분야별 입법을 추진하는 방안과 남북교류협력법을 존속시키되 그 제반문제점들을 개선·보완하여 기본법적 역할을 수행하도록 하는 방안이 제시되고 있다.

4. 국가보안법, 국적법, 북한의 실체를 부인하는 법령규정

과거 대한민국은 북한의 국가성을 부인하여 북한을 국가보안법상의 반국가단체로 간주하였으나 남북기본합의서가 채택된 후 북한의 국가적 실체성을 어느 정도 인정하지 않을 수 없게 되었기 때문에 앞으로 북한이 당연히 반국가단체라는 일반적, 획일적 해석에서 탈피하여야 한다. 남북한이 상호 체제를 인정·존중한다는 것은 남북한간의 상호실체 인정은 남한의 통치권이 사실상 행사되고 있지 못하는 지역인 휴전선 이북에 남한과 같은 '국가적' 실체로서 북한정권이 존재하고 있음을 인정하고 북한을 무조건 반국가단체로 간주하지 않겠다는 의사를 내포하고 있다고 보아야 한다. 일단 북한에 대하여 '국가적' 실체성을 인정한 이상 북한이 행한 일정한 행위의 결과로 다시 不法的 叛徒 '團體'로 격하시켜 취급할 수는 없는 것이 국제법의 원칙이다.

또한 남북교류협력법에 의하여 북한의 정권이나 사회단체, 주민집단이 교류협력의 대상인 경우도 있기 때문에 북한을 반국가단체로 본다면 이들 행위주체를 모두 반국가단체로 보게된다. 이를 방지하기 위해 반국가단체의 의미는 북한정권의 담당자가 직접 또는 제3자를 도구로 하여 '대한민국의 국헌을 문란케하거나 국토침탈의 목적'을 가지고 특

정의 범죄행위를 한 경우에 당해 행위의 처벌에 관련해서만, 또한 이 경우에도 북한 전체가 아니라 당해 범죄행위와 직접관련이 있는 특정의 북한기관이나 단체만을 반국가단체로 보는 것이 타당하다.

더욱이 제7조의 찬양·고무와 관련해서 최근 국제연합의 인권이사회는 “의사표현이 우연히 이적단체의 주장과 일치하거나 그 단체에 대한 동정심을 표현한 것까지 처벌한 것은 ‘시민적·정치적 권리에 관한 국제규약’에서 인정하는 제한의 범위를 벗어난 것”이므로 조속히 개정하라는 의견을 제시하였다. 따라서 제7조는 조속한 시일내에 개정되어야 하겠지만 동법의 다른 규정의 정비와 발맞추어 개정하는 것이 남북한관계개선의 관점에서 보더라도 더욱 바람직하다 할 것이다.

국민의 자적인 국적은 국가의 실효적 통치권이 미치는 인적범위에 한정된다는 원칙에서 보면 북한주민은 대한민국 국민과 동일한 민족이라고 할 수 있지만 대한민국 국적을 가진다고 할 수 없다. 현실적으로 남한의 통치권이 미치지 않고 남한의 대인고권이 실효적으로 행사되지 못하는 북한의 인적구성원인 북한주민에게 한국국민의 국적을 부여할 수 없는 것이다.

그렇다고 해서 북한지역에 대해서는 조선인민민주주의공화국이 영토고권과 대인고권을 정당하게 행사하고 있는 것으로 국제사회에서 받아들여지고 있으므로 북한주민은 조선인민민주주의공화국의 국민으로서 북한의 국적을 갖는 외국인으로 보아야 한다는 견해도 받아들이기 어렵다. 이는 남한의 북한주민에 대한 국적부여처리에 있어 현실과 다르며 대외적으로는 2국가 대내적으로는 1국가 2정부라는 현실인식에서 보면 같은 국가의 국민에 대하여 거주지역과 관할권행사의 주체가 다르다는 이유로 외국인으로 간주하는 것이 된다.

북한주민의 지위에 관하여 입법론적인 해결방법으로는 첫째, 남북관계의 현실을 감안하여 북한주민의 법적 지위문제를 우리 국적법에 규정함으로써 탈북자의 권익을 보호하는 방법을 고려할 수 있다. 이 점에서 우리 국적법에 남북관계의 특수성을 반영하여 북한주민의 국적에 대하여 한국국적취득에 관한 특례규정을 두는 방안, 또는 독일의 사례를 준용하여 현재의 국적법에 북한에 거주하는 주민의 대한민국 국적은 그들이 북한지역에 거주하는 동안 정지된다는 단서를 규정하는 방안 등을 생각할 수 있다. 둘째, 남북관계의 현실을 반영하여 외국인도 아니고 한국국민도 아닌 북한주민의 특수한 법적 지위를 규정하는 특별법의 제정을 검토할 수 있다.

남북기본합의서는 상호체제를 인정하고 존중할 것을 합의하였으므로 현행법령에서 사용되고 있는 ‘북한괴뢰정권’ 내지 ‘북한괴뢰집단’이라는 표현 중에서 ‘괴뢰’라는 용어는 우선적으로 삭제 내지 개정해야 할 것이다. 중장기적으로는 상호체제인정·존중의무와 특수관계의 역동성, 가변성, 미래지향성 등에 비추어 북한의 실체를 정면으로 부인하거나 또는 북한의 반국가성을 전제로 하여 적용하도록 예정되어 있는 법령들을 점진적으로 개폐하여 나가는 것이 타당하다.

5. 민족의 단합과 이익에 반하는 조약 및 휴전협정의 개폐논의

남북기본합의서에 기체결조약의 존중조항이 포함되어있는가와 관계없이 남북한은 제3국과 체결한 기존조약을 존중해야 한다. 기체결조약의 존중조항이라는 선언적 의미의 확인 내지 주의규정이 없다고 해서 남북한이 각기 제3국과 체결한 기존조약의 존중의무가 면제되는 것은 아니기 때문이다. 조약은 어디까지나 당사국간의 약속이므로 당해 조약의

효력은 원칙적으로 당사국간에만 한정되고 제3국에는 미치지 않는다는 것이 법리상 당연한 요구이기 때문이다.

북한측이 기체결조약의 존중문제와 관련하여 아직 비엔나조약법협약의 가입국이 아님을 이유로 그 구속력을 부인한다고 해도 이는 설득력이 없다. 왜냐하면 비엔나협약의 제34조는 국제관습법의 내용을 확인·선언한 규정으로서 동 협약의 가입여부에 관계없이 모든 국가를 구속하기 때문이다. 따라서 남북기본합의서는 남북한이 각기 제3국과 기체결한 조약, 예컨대 한미상호방위조약, 북한·중국간 및 북한·러시아간 동맹조약간에 아무런 영향도 주지 않는다고 할 것이다.

남북간에 남북기본합의서 내용을 실천한다는 측면에서 남북간의 정전협정에 의한 군사분계선을 평화협정에 의한 영역경계선으로 전환하여 한반도 내에 평화정착이라는 민족생존을 위한 최우선의 과제를 달성하여야 한다.

제4장 북한의 외국인투자법제의 문제점과 개선방안

1. 외국인투자법체계와 기본적인 문제점

북한의 외국인투자관련법은 중국의 그것을 모방하고 있지만, 여러 가지 면에서 아직 미흡한 상태이다. 북한의 외국인투자관련 법제는 1) 관련 법령체계가 아직까지 미비하며 2) 상하위 규범관계가 불명확하여 법의 단계구조가 혼란스럽고, 3) 신규법 상호간의 관계 또한 불명확하여 법의 현행성을 판단하기 어려우며, 4) 법규보다는 계획, 지침, 지시 등이 우선하는 경향이 있으며 5) 법규 자체가 실제적 규정과 절차적 규정, 규범력을 담보하고 있지 못하며 심한 경우에는 법규 자체가 일반정책목표의 선전, 선동을 위한 추상적 선언으로 일관하는 경우도 있다. 북한에는 현재 20여개의 외국인 직접투자관련 법령이 있지만 수백개의 법령이 있는 중국과는 비교가 되지 않을 정도로 빈약하다. 북한의 관련 법령들은 외국인투자의 모든 활동에 적용되기에는 너무나 많은 흠결을 가지고 있으며 투명성과 구체성이 없다는 점이 특징이다.

2. 외국인투자법제상 개선이 요구되는 사항

가장 대표적으로 지적되고 있는 북한 외국인투자법의 문제점으로는 직업동맹의 결성, 100% 단독투자의 자유경제무역지대로의 한정, 노동자의 채용과 해고에 있어서 북한측 인력알선기관과의 계약 내지 합의요구, 직업동맹조직의 활동, 토지이용권매각시 토지임대기관의 우선매입권, 사회간접자본시설건설비에 대한 토지개발비 명목의 토지임대료에의 포함, 토지임대기간 만료시의 건물 기타 부속물의 무상반환, 내수시장판매자금의 硬貨로의 대환불가, 외국인종업원 소득의 해외 송금한도(원칙적으로 60%)제한, 북한보험의 강제, 합작기업에서의 북한측에 의한 경영 담당 등을 비롯하여 법규정상의 문제점을 이루 헤아릴 수 없이 많다. 또한 기술도입제도, 지적재산권제도, 장려사업의 범위, 회사의 승인, 해산, 영업중지 사유 등의 불명확성도 우려할 만 부분이다. 이러한 장애들은 기업의 인사·경영상의 자율성과 자본이윤의 회수를 어렵게 하거나 기업의 경제적 이윤추구를 크게 제약하고 있다.

3. 투자보장협정과 이중과세방지협정의 체결

향후 남북이 체결하여야 할 부속합의서로서 중요한 것은 이중과세방지협정, 투자보장협정 그리고 분쟁의 해결에 관한 기본원칙을 정하는 협정 등을 들 수 있다. 북한의 여러 가지 미흡한 문제들에 대해서는 남북한 당국이 합의를 통해 법적으로 해결하는 것이 요망된다는 점도 이러한 주장을 뒷받침한다. 이러한 각종 합의서의 틀 속에서 대북정협은 이루어져야 할 것이다. 『남북사이의 화해와 불가침 및 교류·협력의 이행과의 준수를 위한 부속합의서』(이하 '교류·협력부속합의서'라 한다.) 제1조 (12)는 “남과 북은 경제 교류와 협력을 원활히 추진하기 위하여 필요한 투자보장, 이중과세방지, 분쟁조정절차 등에 대해서는 쌍방이 합의하여 정한다.”라고 규정하고 있다. 투자를 하는 남한 기업의 입장에서는 북한의 관련 법규의 정비와 더불어 남한 당국과 북한 당국간의 협정은 필수 불가결하다. 이러한 남북간의 합의서들은 하나의 법적 틀(legal framework)로서 기능을 할 수 있도록 그 지위를 끌어올려야 할 필요가 있다.

이러한 면에서 향후 남북관계가 진전되는 경우, 그 내용을 보다 구체화시키는 작업과 더불어 남북 당국간의 합의서의 해석과 이행과 관련된 분쟁해결조항을 삽입하는 것이 바람직하다고 생각된다. 우리 기업이 체결하는 대북투자계약서에서도 반드시 남북간의 각종 합의서에 따라 투자가 이루어지는 것이라는 점을 명시하는 것이 바람직할 것이다.

제1장 「남북기본합의서」 이행과 남북한 법제개선

제1절 연구의 목적 및 필요성

남북한은 상호 합의에 따라 「남북기본합의서」(남북사이의 화해와 불가침 및 교류·협력에 관한 합의서)를 채택하였다. 국민의 정부는 대북정책의 추진방향으로 “남북간 대화를 통한 「남북기본합의서」의 이행·실천을 최우선 과제로 제시하고 1) 남북기본합의서의 합의 정신의 복원과 합의서에 정한 내용의 구체적 이행을 통한 남북관계 개선에 나서고 있다. 남북관계의 진전은 기본적으로 남북기본합의서에 정한 내용의 이행을 통하여 구체화된다 는 점에서 그 대비작업은 방대하면서도 중요한 중요한 과제가 아닐 수 없다. 특히 「남북 기본합의서」의 이행과정에서 남북간 인적·물적 교류의 확대는 필연적인 것이므로 그에 관한 법적 제문제들을 검토할 필요가 있다고 할 것이다.

북한에서 1998년 9월 5일 헌법개정과 함께 이른바 ‘김정일시대’가 공식적으로 출범함에 따라 정치·경제·사회·문화·군사 등 제반 분야에서의 남북교류·협력이 본격적으로 추진되는 상황이 급속하게 전개될 가능성도 없지 않다. 실제로 남북한의 경제교류·협력의 확대는 가시화되고 있는 바, 예컨대 현대그룹의 금강산관광개발을 비롯한 북한내 한국기업공단추진을 포함하여 대기업과 중소기업의 대북경제협력 내지 북한진출을 위한 사전 작업이 진행되고 있다. 이러한 맥락에서 이 보고서는 남북한 교류·협력시대의 본격 진입에 대비하여 북한법제의 실태를 파악하고, 남북한의 법제를 비교 고찰함으로써 상호 법제간 이해 및 보완부문의 검토를 파악함으로써 북한의 법제에 대한 이해를 바탕으로 남북한의 통합에 대비하고자 하는 목적으로, 제반 법적 문제에 대한 해결방안을 제시하고 있다.

이와 관련하여 ‘남북기본합의서’에 따른 「남북화해공동위원회 구성·운영에 관한 합의서」에 의하여 ‘남북화해공동위원회’ 산하에 두도록 한 ‘법률실무협의회’의 역할은 앞으로의 남북관계와 관련한 법적 문제점을 남북한이 상호 협의하에 해결해 나가는 것이라 할 수 있다.²⁾ 여기서는 기존의 남북한법제의 상충문제를 제기하며 남북관계의 진전에 상응하도록 남북한의 법제개폐문제가 토의될 수 있을 것이다. 이에 대비하기 위한 작업의 전제로서 우선 북한이 제기해 올 것으로 예상되는 남한법제개폐에 대한 대비자료를 마련할 필요가 있으며, 나아가 향후 통일법제 마련을 위한 남한의 국내법적 정비를 위한 기초자료를 준비할 필요가 있는 것이다. 바로 여기에 ‘남북기본합의서’의 이행에 대비하는 법제의 정비방안을 연구하는 목적이 있는 것이다. 무릇 남북기본합의서의 구체적 이행에 대비하는 법제개선문제는 남북한의 어느 일방에만 있는 것이 아니라 남북한이 각기 나름의 법제정비를 위한 노력을 기울여야 할 것이다. 여기에는 남북한이 모두 통일지향적인 사고에 의한 상대방을 존중하는 자세가 요청된다.

그러나 오랜 기간 대립상황이 지속하는 가운데 남북이 일시에 합의점을 찾기는 어렵다. 기존의 체제와 이념의 차이가 한 순간에 하나의 가치질서에 합치하기는 어려우며, 따라서 대립시대의 법제도의 합치도 서로 다른 체제하의 법제로 가능한 만큼 그 통합문제는 간단하지 않다. 그렇지만 남북이 화합의 길을 단계적으로 발전시켜나가는 과정에서 이에

1) 「대북정책 어떻게 추진되고 있나」, 통일부, 1998, 53면.

2) ‘법률실무협의회’는 남북기본합의서에 저촉되는 법률적·제도적 장치의 개정 또는 폐기문제를 협의·해결하도록 합의하고 있다(화해부속합의서 제4조, 제26조).

상용하도록 서로 상충하는 법제의 개선작업은 필수적이다. 이는 서로의 인내와 타협의 사고를 요구하는 어려운 작업이 될 것이다. 이를 위해서는 남북이 서로 신뢰회복차원에서 상호 법제에 관한 이해를 진제로 하며, 이를 토대로 점진적인 개선작업을 진행하여야 한다. 우리에게 통일은 현실적인 문제로 다가서고 있으며, 이는 통일을 준비하는 구체적인 대안을 제시하여야 하는 과제를 부여한다. 그 가운데 통일을 위하고 통일에 대비하는 법제의 마련은 중요하다. 기실 통일의 과정뿐만 아니라 그 최종단계에서는 법제의 동화와 통합이 필수적임을 독일과 예멘의 통일사례를 통해 잘 알 수 있었다. 우리의 통일도 예외일 수 없는 만큼 이에 대하여 대비하여야 한다. 이 점에서 남북한의 통일의 기초단계라 할 수 있는 남북기본합의서의 이행과 관련한 법제개선작업은 남북한 모두에게 현안으로 다가서고 있다.

이에 기초하여 본고는 남북기본합의서의 구체적 이행단계에서 제기될 수 있는 법적 문제점을 살피고, 남북이 모두 통일을 향한 더 많은 진전을 위한 법제개선방안을 논급한다. 이를 통해 더욱이 남북간 경제 및 사회분야의 교류·협력기반의 확대에 따라 예상되는 법리적 문제와 그 대책을 강구할 수 있다. 그리고 '남북기본합의서'의 이행을 위한 남북간의 구체적 실천방안을 규범적 차원에서 모색하여 통일시대를 대비하는 과제를 도출할 수 있으며, '남북법률실무위원회'의 합리적·발전적 활용방안도 논의될 수 있을 것이다.

제2절 연구의 범위와 방법

남북기본합의서의 구체적 이행에 대비하는 법제개선방안의 논구에 있어서 우선 남북한의 현재의 법제에 관한 이해를 필요로 한다. 남북한은 남북기본합의서를 협의하는 과정에서 통일을 위해서는 남북이 서로 통일을 저해할 수 있는 법률적·제도적 장애를 제거하는 것이 우선 과제임을 인식하고 이에 대한 기초작업을 진행할 것을 합의하였다. 여기에는 남북이 서로 상대방에게 법제개선을 주장할 수 있는 상대방의 법제를 알아야 하며, 동시에 일방적인 개폐주장 보다 합리적인 자세로 상대방의 법제개선을 유도할 수 있는 논리가 있어야 한다. 아울러 자신의 법제를 상대방에 이해를 구할 수 있는 논리도 포함한다. 이에 본고에서 북한의 법제에 대한 기초적인 정보를 제공하되, 남한의 법제와의 비교를 통해 그 내용을 고찰한다. 또한 북한의 남한법제에 대한 개폐주장에 비추어 남한 법제의 개선방안을 검토한다. 그리고 이를 통해 통일을 지향하는 차원에서 북한법제의 문제점을 제기하여 그 개선방안을 도출하고자 한다.

따라서 여기에서 다루는 내용은 다음과 같은 기본원칙에 따라 논의하게 될 것이다.

첫째, 현시점에서 북한법제에 관한 이해를 위한 고찰이다. 특히 최근의 북한법제의 변화양상은 북한의 대내외적 환경변화에 대응하는 차원에서 여러 면에서 많은 변화를 보이고 있다. 이러한 양상은 북한의 변화를 보여주는 것으로 남북관계의 진전가능성을 크게 하는 것이라 할 수 있다. 즉, 최근 북한의 환경변화에 대응하는 정책전환은 법적으로 뒷받침되고 있는데, 이에 대한 분석은 북한의 변화방향을 가늠할 수 있게 하는 하나의 척도가 된다. 따라서 1992년과 1998년에 두 차례 개정된 북한의 사회주의헌법의 내용을 비롯하여 형사법제, 민사법제 및 경제관계법, 외국인투자법제 등의 제정 및 개정을 통한 법제정비에 대한 분석을 통해 북한의 변화움직임을 모색하는 것이 필요하다. 또한 앞의 논의를 기초로 남북한의 법제를 분야별로 비교·논급함으로써 남북법제의 차이점과 공통점을 고찰한다. 아울러 북한법제 가운데 국제법 및 국제인권규약 등에 위배하는 규범을 논급함으로써 '남북법률실무협의회'에서의 북한법제의 개폐문제를 제기하는 법적 근거를 도출하고,

‘남북기본합의서’의 이행과정에서 제기되거나 논의될 쟁점사항을 검토하여 북한의 문제 제기에 대한 우리의 대응방안 및 논리를 제공할 수 있다.

둘째, 남북한 법제비교를 통해 북한법제를 이해하는 기초 위에서 남북기본합의서의 이행, 즉 남북관계의 진전에 따른 국내법적 정비방안을 논구한다. 여기서 남북간 통일을 위한 법률적·제도적 장애제거와 관련하여 논의되었던 내용을 포함하되, 남북한의 교류·협력 단계에서 다루어질 사항을 고려하여 고찰한다. 여기에는 남북기본합의서의 이행의 법적 문제와 관련하여 남북기본합의서의 법적 성격을 규명하고, 현행헌법상 통일관련조항의 문제점에 관한 논의를 검토하여 그 정비방안을 모색한다. 또한 남북교류협력법상 남북 교류·협력의 활성화와 관련한 법적 문제점에 비추어 그 개선방안을 언급하고, 국가보안법을 비롯한 북한관련법의 정비방안을 검토해본다. 그리고 휴전협정의 개폐논의와 관련한 논의에 기초하여 그 정비방안을 논급한다. 이는 북한의 남한법제에 대한 개폐주장 뿐만 아니라 남북관계의 진전에 따른 현행법상 모순문제를 검토하고 그 개선책을 모색하는 데에 중점을 둔 것이다.

셋째, 북한의 외국인투자법제에서의 남북교류·협력과 관련한 문제점을 검토 분석하여 남북간 경제협력의 활성화에 기여할 수 있도록 그 개선방안에 관하여 논급한다. 현시점에서 북한이 남한의 경제적 투자를 장려하고 있고 이를 위해 여러 방면에서 구체적인 논의가 시도되고 있다는 점에서 이에 관한 논의는 남북기본합의서의 구체적 이행, 특히 경제협력부분에서의 법제개선방안을 마련하는 데에 있어 그 해결방향을 제시하는 것이다. 그만큼 현실적으로 북한법제에 대한 남한의 대응적 입장에서 그 개선을 요청할 수 있는 부분으로서 중요한 의미를 지닌다고 할 수 있다.

본 연구는 남북한 법제의 비교분석과 문헌조사에 의한 연구방법으로 진행하며, 남북한 법제가 남북한의 각각의 이념과 체제원리에 입각함으로써 본질적으로 상이하다는 점을 고려하여 논급한다. 그러면서도 남북한이 여전히 이념과 체제의 대립이 지속하는 상황에서 그 법제도상의 원칙과 내용도 판이하다는 면을 고려하되, 남북한의 법제통합의 길의 모색이라는 측면에서 남북한 법제의 차이점에 대한 이해와 동시에 그 공통점을 찾는 자세에 기초하여 고찰한다.

본고를 통해 남북한 법제의 상호 관계를 이해하는 기초자료가 제공되고, 남북통합을 위한 법제마련에 일조함으로써 궁극적으로 남북통일로의 법학적 측면에서의 발전에 기여하기를 기대한다.

제2장 북한법제의 이해(남북한 법제비교)

남북한은 각각 국내법적 체계에 의해 법제를 발전시켜왔지만, 분단하의 남북한의 법제는 그 이념과 체제에 따라 대립하여왔다. 따라서 남북한의 통일은 서로 남북한의 법제의 통합을 전제로 하고 있다. 알다시피 우리의 '민족공동체 통일방안'에서는 단계별(화해·협력단계 - 남북연합단계 - 통일국가단계) 통일구도를 진제하여 제시되었으며, 이에 따라 법체계통합 추진구도도 이에 따라 단계별로 생각해볼 수 있다. 이 경우 우선 화해·협력단계에서는 남북의 정치적 화해, 군사적 신뢰구축, 경제적·사회적·문화적 교류와 협력을 통한 관계개선에 부응하는 법체계통합의 준비를 해나가야 한다. 이는 법체계통합의 준비단계로서 여기서 북한법에 관한 실태를 분석하고, 남북이 법제자료의 교환을 통한 상호 이해증진이 선행되어야 할 것이다.

제1절 북한헌법의 이해와 남북한 헌법질서 비교

I. 북한헌법의 변화

북한헌법은 북한정권수립 이래 크게 네 가지의 유형으로 나누어 살펴볼 수 있다.³⁾

첫째는 북한이 「북조선인민회의」 제5차회의(1948. 7. 9)에서 북한지역에 실시하기로 채택한 '임시헌법'과 「최고인민회의」 제1기 1차회의(1948. 9. 8)에서 제정·공포한 '조선민주주의인민공화국 헌법',('1948년헌법' 또는 '인민민주주의헌법')이다. 1948년 헌법은 북한의 첫 정식헌법으로 북한의 제헌헌법에 해당하며 다섯 차례의 개정이 있었다.

둘째는 북한이 「최고인민회의」 제5기 1차회의(1972. 12. 27)에서 채택한 '조선민주주의인민공화국 사회주의헌법'('사회주의헌법' 내지 '1972년헌법')이다. 이는 1948년 헌법을 폐지하고 북한에서 주장하는 바와 같이 사회주의적 개조의 완성이라는 현실에 적합하도록 새로 채택한 헌법이다. 이 헌법은 1992년 헌법개정까지 20년간 시행되었다.

셋째로 「최고인민회의」 제9기 3차회의(1992. 4. 9)에서 대폭 개정한 사회주의헌법이다('1992년헌법' 또는 '우리식 사회주의' 헌법). 이 헌법은 북한이 구소련방의 해체 및 동구 사회주의국가의 사회주의체제붕괴 등에 따른 북한의 대내외적 환경변화에 대응한 정책적 전환을 헌법적으로 뒷받침하기 위한 내용을 중심으로 하여 개정되었다.

넷째로 북한이 「최고인민회의」 제10기 1차회의(1998. 9. 5)에서 제차 개정한 헌법이다('1998년헌법' 또는 '김일성헌법'). 이 헌법은 김일성주석 사망 이후 과도기적 상황을 거쳐 김정일체제의 공식적 출범을 계기로 북한체제의 공고화를 위한 필요성을 배경으로 하여 개정되었다. 그래서 이 헌법은 북한의 권력체제의 개편과 경제조항의 보완을 중심으로 하고 있다.

II. 남북한의 헌법질서 비교

통일을 위한 헌법통합은 남북의 헌법체제의 통합을 말하는 것이고, 우리의 통일은 결국 국 단일의 헌법체제하에 놓임으로써 달성될 수 있다는 점에서 반드시 남북한 헌법체제의

3) 북한헌법의 변천에 관해서는 張明奉, "北韓憲法 50年: 變化와 持續", 「憲法學研究」, 제4집 1호, 韓國憲法學會, 1998, 256~293면.

이질성은 극복되지 않으면 안된다. 따라서 통일을 위해서는 남북한 헌법체제의 비교고찰을 통해 양자의 헌법체제에 대한 이해를 넓혀야 할 필요가 있다.

1. 지도사상 및 이념

두말할 나위없이 남한체제의 지도이념은 자유민주주의이다. 자유민주주의란 한마디로 말해 자유주의와 민주주의가 결합된 정치원리이다. 자유주의라 함은 개인주의를 바탕으로 하여 개인의 자유를 옹호하고 존중할 것을 요구하는 사상이며 이념이다. 그리고 넓은 의미에서의 민주주의는 국민에 의한 지배, 또는 국가권력이 국민전체에게 귀속되는 것을 특징으로 하는 정치원리를 말한다. 이러한 자유민주주의가 남한헌법의 구성원리가 되는 만큼 남한헌법의 기본질서도 자유민주주의에 기초한다. 그리하여 남한헌법은 그 前文에서 “자유민주적 기본질서를 더욱 확고히”할 것을 밝히고 있다.

이에 대하여 오늘날 북한체제의 지도이념은 주체사상이다. 북한의 ‘조선로동당 규약’ (1980년 당 6차대회에서 채택)에서, “조선로동당은 오직 위대한 수령 김일성동지의 주체사상, 혁명사상에 의해 지도된다”(前文)고 명시하고 있다. 북한은 1992년 헌법에서 북한은 “사람중심의 세계관이며 인민대중의 자주성을 실현하기 위한 혁명사상인 주체사상을 자기활동의 지도적 지침으로 삼는다”(제3조)라고 규정하였다.⁴⁾ 이는 주체사상의 이론적 근거였던 마르크스-레닌주의 이념을 삭제하고 주체사상의 독창적 혁명이념성과 독자성을 강조한 것이었다. 이는 북한에서 김일성의 주체사상을 ‘로동당’ 및 국가활동의 유일한 지도적 지침으로 삼고 있음을 의미한다. 주체사상은 정치·외교·경제·사회·문화·군사 등 모든 분야에서 유일한 지도이념으로 기능한다. 북한에서의 법이념이나 헌법이론도 이 주체사상에 기초하고 있음은 예외일 수 없다.

한편 북한에서 김정일은 주체사상을 재해석·재구성하여 이론적으로 체계화함으로써 이른바 북한식 사회주의의 이상형을 제시하고 김정일지도노선을 구축해왔다.⁵⁾ 특히 김정일은 ‘우리식 사회주의’를 표방하고 체제고수를 위한 이념으로 강조하고 있다. ‘우리식 사회주의’는 다른 사회주의체제의 붕괴에 대응하여 주체사상을 더욱 강조한 것으로서 이른바 ‘김정일지도노선’을 반영한 것이라 할 수 있다. 김정일은 ‘인민대중중심의 우리식 사회주의는 필승불패이다’(1991. 5. 5)라는 담화⁶⁾와 ‘사회주의 건설의 역사적 교훈과 우리당의 총로선’(1992. 1. 3)이라는 담화⁷⁾를 통해 ‘우리식 사회주의’의 이론적인 정식화와 방향성을 제시하였다.⁸⁾

‘우리식 사회주의’는 여타 사회주의체제의 붕괴에 대응하여 북한식 사회주의의 우월성을 강조함으로써 여타 사회주의와의 차별성을 부각시킨 것이다. 김정일은 인민정권노선

4) 1972년 헌법상 북한은 “맑스-레닌주의를 우리나라의 현실에 창조적으로 적용한 조선로동당의 주체사상을 자기활동의 지도적 지침으로 삼는다”(제4조)는 규정을 수정한 것이다.

5) 高性俊 外, 「轉換期の北韓社會主義」, 大旺社, 1992, 46~50면.

6) 김정일, 조선로동당 중앙위원회 책임일군과 한 담화 (1991년 5월 5일), 「근로자」, 1991년 6호, 평양, 근로자사, 1991, 3~25면.

7) 김정일, 조선로동당 중앙위원회 책임일군과 한 담화 (1992년 1월 3일), 「조선중앙년감 1993」, 평양, 조선중앙통신사, 1993, 33~48면.

8) 여기서 여타 사회주의체제의 붕괴에 대한 역사적 교훈으로 표방된 ‘우리식 사회주의’의 이론과 사상을 살펴볼 수 있다. 두 談話에 관한 分析은 申一澈, “北韓의 ‘社會主義 挫折’論 - 소련·東유럽 社會主義解體에 대한 北韓의 視角”, 徐鎮英 編, 「社會主義 改革과 北韓」, 高麗大 亞細亞問題研究所, 1992, 149~191면.

의 견지, 수령의 유일체제와 당의 영도적 역할보장, 중앙집권제 고수, 사적 소유 반대 및 중앙집권적 계획경제체제 유지, 당의 영도계승보장, 3대혁명의 강화 등을 '우리식 사회주의'의 실현방도라고 하고, 사상에서의 자유·정치에서의 다당제·소유에서의 다양화의 불용과 지방분권화와 시장주의의 배격 등을 사회주의체제의 붕괴에 대한 교훈으로 강조하고, 일부 사회주의의 좌절은 일시적이며 사회주의로의 진행은 역사적 법칙이라고 주장하였다.⁹⁾ 또한 김정일은 '우리식 사회주의'에 대하여 "우리나라는 사회력사발전에서 차지하는 인민대중의 지위와 역할에 맞게 인민대중이 모든 것의 주인으로 되며, 모든 것이 인민대중을 위하여 복무하는 인민대중중심의 사회주의"이며, "로동계급의 지향과 요구를 가장 철저히 구현하고 있는 사회주의"라고 하고, "우리식 사회주의제도는 인민대중에게 자주적이며 창조적인 생활을 보장해주는 가장 우월한 사회제도"라고 하였다.¹⁰⁾ '우리식 사회주의'는 김일성에 의해 주체사상이 북한의 지도이념으로 창출된 것과 같이 김정일에 의해 새로운 이념으로 강조되고 있다고 할 수 있다. 이는 1998년 제차 개정된 헌법에서도 그대로 견지되고 있다. 북한은 1998년헌법을 '김일성헌법'이라고 前文에 명시하고 있지만, 1998년 헌법은 김정일체제를 법제화한 헌법인 것이다.

2. 규범적 목표

남한에서는 서방 자유민주주의국가와 같이 일원적인 목표를 표방하지 않고 있다. 체제 목표에 관해서는 사회주의사회의 최종목표인 공산주의사회의 건설과 같은 명확한 목표가 존재하지 않는다. 따라서 남한체제는 북한체제보다도 확실히 다양한 목표와 수단에 의해서 특징지워진다. 이러한 다원적 목표와 수단들의 다양성이 남한사회의 특징이다. 그리하여 남한에서의 규범적 목표는 일원적인 목표를 제시하지 않고 대체로 '자유민주주의체제'의 구축과 발전이라 할 수 있다. 남한의 헌법도 그 전문에서 '자유민주적 기본질서를 더욱 확고히'할 것을 다짐하고 있다. 이러한 체제는 ① 자유민주적 제원리의 유지, ② 인간의 존엄과 가치의 존중을 기초로 한 기본권의 보장, ③ 사회국가, ④ 법치국가 등의 원리를 전제로 하고 있다.

이에 비해 북한에서는 마르크스-레닌주의의 이론에서 출발하여 명확한 사회적 전망을 제시하고 있다. 북한은 현재의 사회주의사회를 점차 발전시켜 미래의 공산주의사회를 건설하려는 것으로, 그 목표는 명확히 일원적이고 이것과 다른 어떠한 목표도 배제한다. 북한의 노동당 규약(1980)은 前文에서 "조선로동당의 당면목적은 공화국 북반부에서 사회주의의 완전한 승리를 이룩하여 전국적 범위에서 민족해방과 인민민주주의의 혁명과업을 완수하는데 있으며, 최종목적은 온 사회의 주체사상화와 공산주의사회를 건설하는데 있다"고 천명하고 있다. 북한은 헌법에서 북한은 "전체 조선 인민의 리익을 대표하는 자주적인 사회주의국가"임을 천명하고(제1조), "북반부에서 인민정권을 강화하고 사상, 기술, 문화의 3대혁명을 힘있게 벌려 사회주의의 완전한 승리를 이룩하며 자주, 평화통일, 민족대단결의 원칙에서 조국통일을 실현하기 위하여 투쟁한다"(제9조)라고 규정하고 있다. 또한 북한은 "로동계급이 평도하는 로농동맹에 기초한 전체인민의 정치사상적 통일에 의거한다. 국가는 사상혁명을 강화하여 사회의 모든 성원들을 혁명화, 로동계급화하며 온 사회를 동지적으로 결합된 하나의 집단으로 만든다"(제10조)고 규정함으로써 규범적 목표를 뒷받침하고 있다.

9) 김정일, "사회주의 건설의 력사적 교훈과 우리당의 총로선", 前揭談話.

10) 김정일, "인민대중중심의 우리식 사회주의는 필승불패이다", 前揭談話.

3. 정치적 기본질서

남한의 정치체제는 자유민주주의 정치체제로서 의회민주주의를 근간으로 한다. 이 정치체제의 특징으로서 권력분립제, 복수정당제, 사법권의 독립, 다수결원칙, 야당의 권리보장, 법치주의 등을 들 수 있다. 이런 특징 가운데 '권력분립'의 원리는 사회주의국가의 통치조직의 원리인 '민주적 중앙집권주의'와 대조를 이루는 것으로, 국가권력의 집중과 남용을 방지함으로써 국민의 자유와 권리를 보장할 수 있는 통치구조에 관한 기본원리이다.

이에 대하여 북한의 정치체제는 사회주의적 민주주의 정치체제로서 프롤레타리아 민주주의를 근간으로 하며, 이것은 프롤레타리아독재를 내실로 한다. 북한의 1992년 헌법에서 '프롤레타리아 독재 실시'(1972년 헌법 제10조)는 '인민민주주의독재 강화'로 변경되었는데(제12조), 북한의 사회발전이론에 부합되지 않는 것으로 볼 수 있다. 그러나 북한의 설명에 의하면 인민민주주의 독재는 프롤레타리아독재의 범주에 속하며, 개정헌법에서도 북한을 여전히 '자주적인 사회주의국가'로 규정(제1조)하고 있다는 점에서 북한은 사회주의 기본노선을 견지하고 있음을 알 수 있다.¹¹⁾

북한에서 프롤레타리아독재는 프롤레타리아의 전위인 공산당(조선로동당)에 의해 이루어짐으로써 노동당의 1당독재가 행해지고 있다. 즉, 북한의 정치체제의 구조는 노동당의 리더십에 의한 일원적 체계로 형성되어 1당독재체제가 확립되어 있다. 이에 북한의 정치체제를 '당-국가체제'(party-state system)라고 규정할 수 있다.¹²⁾ 한편 북한의 정치체제의 특징적 요소의 하나로서 이른바 '민주적 중앙집권주의' 내지 '민주집중제'를 들 수 있는데, 북한은 이를 '민주주의 중앙집권제'라고 칭하고 있다. '민주주의 중앙집권제'란 사회주의적 통치구조에 관한 기본원리로서 1992년 헌법도 "조선민주주의인민공화국에서 모든 국가기관들은 민주주의 중앙집권제 원칙에 의하여 조직되며 운영된다"고 규정하고 있다(제5조). 북한에서 민주주의 중앙집권제란 본질상 중앙집권제하에서의 민주주의, 즉 '중앙집권제를 선행시키는 조건에서의 민주주의'를 의미한다.¹³⁾ 이것은 실제로는 중앙집권주의적 요소가 민주적 요소를 지배하고 있으며, 여기서 민주주의란 중앙집권제를 보장·강화하는 한도내에서만 용인됨을 뜻하는 것이라 할 수 있다.¹⁴⁾ 북한에서 모든 국가기관이 민주주의 중앙집권제의 원칙에 의거하여 조직·운영됨으로써 권력분립의 원칙은 확립되기 어렵다.

4. 경제적 기본질서

남한의 경제체제는 자본주의경제체제를 그 기본으로 한다. 그래서 남한헌법은 "대한민국의 경제체제는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다"(제119조

11) 북한의 1992년 헌법에서 이 조항을 수정한 것은 중국의 1982년헌법이, 1975년 및 1978년헌법에서 '프롤레타리아독재의 사회주의국가'라고 한 규정(제1조)을 '人民民主專政(獨裁)의 사회주의국가'라고 하고, 그 전문에서 인민민주독재는 프롤레타리아독재와 같은 의미라고 한 데에서 그 배경에 관한 시사점을 찾을 수 있다. 이에 관한 상론은 張明奉, "北韓의 改正憲法(1992)에 관한 考察", 「法學論叢」, 제6집, 國民大 法學研究所, 1993, 78~80면.

12) 사실상 북한체제의 권력구조에 있어서 노동당은 모든 권력의 연원이요 중핵이며, 모든 국가기관 및 사회단체의 지도적 핵심(leading core)이 된다. 그리하여 북한에서는 모든 국가기관과 사회단체는 노동당의 지도하에 당의 노선과 정책을 집행하는 도구에 불과하다.

13) 「조선민주주의인민공화국 사회주의헌법 해설」, 평양: 인민과학사, 1973, 11~12면.

14) 金雲龍, "北韓憲法秩序의 理論과 實際", 「北韓法律體系研究」, 高麗大 亞細亞問題研究所, 1972, 63면.

1항)고 규정하고 있다. 헌법은 현대적 사회국가의 원리에 입각하여 남한의 경제체제가 생존권적 기본권을 보장하여 모든 국민에게 인간다운 생활을 확보함으로써 '국민생활의 균등한 향상'을 기할 수 있도록 하기 위하여 사회적 시장경제체제에 근거하고 있음을 밝히고 있다. 즉, 균형있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득분배 유지, 시장지배와 경제력 남용방지, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화(제119조 2항), 재산권행사의 공공복리적합의무화(제23조 2항) 등의 규정은 실질적 평등의 구현을 중요시하는 현대의 자유민주주의국가 헌법에서의 사회국가화(복지국가화) 경향에 따른 것이다.

이에 대하여 북한의 경제체제는 사회주의 경제체제이다. 이것은 자본주의 경제체제를 청산하고 생산수단의 사적 소유를 부인함에 따라, 사유재산제와 자유경쟁의 원리에 입각한 자본주의 경제체제와는 근본적으로 대립한다. 북한에서는 생산수단에 대한 사회주의적 소유와 사회주의적 생산관계를 토대로 한 국가에 의한 인민경제의 중앙집권적 지도와 계획이 행해지고, 따라서 경제체제의 유일한 가능성은 사회주의적 계획경제이다. 다만, 1992년 헌법상 외국인의 합법적인 권익보장(제16조)과 외국법인 및 외국인과의 기업합영과 합작의 장려(제37조) 등의 규정은 북한의 대외경제개방의 헌법적 근거를 마련하는 것으로 경제부분의 변화를 보여주고 있다. 또한 북한은 1998년 헌법에서 일부 자유시장경제원리의 개념을 도입함으로써 중국 및 여타 사회주의국가들의 경제개혁정책을 모방하여 경제의 활력을 도모하려는 북한의 의도를 엿볼 수 있다.¹⁵⁾

5. 사회적 기본질서

남한의 사회체제는 개방된 다원적 사회체제로서, 인간의 존엄과 가치의 존중, 인격의 자유로운 발전, 불가침의 기본적 인권보장의 가치를 지향하는 체제이다. 체제이론적 면에서 남한의 체제는 '사회유지(발전)모델'로서 성격지워진다. 즉, 현체제를 유지·발전시켜 개량함으로써 그 구성원의 인권을 보장하고 생활을 안정·향상시키려고 하는 것이다. 그 때문에 남한은 경제적으로는 '사회적 시장경제체제'를 취하고, 정치적으로는 '의회민주주의체제'를 취하고 있다. 남한사회에서는 정치적 주요방향으로서 여당세력, 야당세력, 재야세력이라든가 또는 보수집단과 혁신집단이 상호경쟁하고 있고, 이 체제의 내부에서 국가와 사회를 구속하는 통일적 목표를 설정하는 것은 용이하지 않을 뿐만 아니라, 오히려 불가능하다고 말할 수 있다. 이 체제에서는 다원적 의회민주주의질서를 기반으로 복수의 집단이 권력과 이해를 관철하기 위하여 상호 경쟁한다. 이와같이 이 체제에서는 다수의 집단의 권력과 이해의 대립을 긍정하고, 이들의 경쟁에 의하여 그 발전을 기대하는 체제이다. 이 체제에 있어서 국가는 현존체제와 그 권력, 이해구조의 유지·발전을 위하여 개입하는 기능을 갖는 조직이라 할 수 있다.

이에 대하여 북한의 사회체제는 폐쇄된 일원적 사회체제이다. 즉, 노동당의 리더십에 의한 일원적 체계로 형성되어 있는 체제이다. 북한은 혁명적 발전·변혁과정에 있어서의

15) 그 내용을 보면, 생산수단소유의 주체 확대(제20조), 국가소유의 대상 축소(제21조), 사회·협동단체의 소유대상 확대(제22조), 개인소유의 범위 확대(제24조), 자립적 민족경제의 개념 수정(제26조), 농업의 '현대화' 개념 추가(제28조), 경제관리운동체제의 변화(제33조), 대외무역주체로서 사회·협동단체 명기(제36조), '특수경제지대'의 기업창설·운영 장려 추가(제37조) 등을 들 수 있다. 특히 북한은 이를 통해 "원가·가격·수익성같은 경제적 공간을 옹기 이용하도록 한다"(제33조)고 하여 원가(cost)·가격(price)·수익성(profit)의 개념을 도입하였다. 張明奉, "최근의 북한 사회주의헌법 개정(1998. 9. 5)의 분석 - 배경·내용·평가 및 정책전망 -", 『統一研究論叢』, 제7권 2호, 민족통일연구원, 1998, 16~27면.

사회주의국가로서 자기를 위치 지우고 있다. 이 체제는 공산주의체제의 실현을 지향하고 있고, 따라서 체제이론적으로는 '체제목표(지향)모델'로서 성격지워진다. 다시 말해 북한은 프롤레타리아독재(실질적으로 '조선로동당'의 독재)하에 집단주의원리에 따라 집단에 대한 개인의 종속을 전제로 하고, 일정하고 명확한 목표(공산주의사회의 건설)를 갖는 체제이다. 이 체제에서 국가는 사회주의사회를 유지·발전시키고 공산주의사회를 건설하기 위한 수단이 된다.

Ⅲ. 남북한 헌법상 통일관련조항

1. 남한헌법상 통일조항의 변화

남한의 제헌헌법은 제4조에서 “대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다”는 영토조항을 규정하였다. 이로써 헌법의 효력은 한반도전역에 미치며, 북한지역도 대한민국의 영토에 포함된다. 이 조항은 남북한의 분단상황에서 대한민국의 헌법이 대한제국 이래 북한지역을 포함한 우리나라 고유의 영토전체에 시행되는 것을 헌법에 명시한다는 의미에서 필요하였던 것이라 볼 수 있다. 영토조항은 대한민국헌법이 남한뿐만 아니라 북한에도 적용되어 한반도 전체에 효력을 보유한다는 명백한 헌법적 표명이라고 볼 수 있다.¹⁶⁾

영토조항은 대한민국의 영역의 한계를 규정한 것일 뿐만 아니라 한반도문제와 관련하여 시사적인 의미를 가진다. 대한민국의 통치권은 현재 휴전선 이남에서만 행사할 수 있고, 그 이북에는 미치지 못하고 있다. 그럼에도 영토조항을 두고 있는 것은 대한민국이 구한말 시대의 국가영역 위에 건립되었다는 것과 대한민국이 한반도의 유일합법정부이며, 휴전선 이북지역은 북한이 불법적으로 점거하고 있는 '미수복지역'이라는 것을 의미한다.¹⁷⁾ 즉, 이른바 '구한말영토의 계승논리', '미수복지역논리', '반국가단체지배지역논리', '한반도의 유일합법정부론' 등을 내세워 북한지역의 남한영토의 당위성을 주장하였으며, 이는 통일정책에도 반영되어 정책적 기반을 형성하였다. 대법원도 “북한영역은 대한민국의 영토에 속하는 한반도의 일부를 이루는 것이므로 이 지역에는 대한민국의 주권이 미칠 뿐 대한민국의 주권과 부딪치는 어떠한 주권의 정치도 법리상 인정될 수 없다”¹⁸⁾고 하여 이러한 논리에 입각하고 있다. 더욱이 제헌헌법의 영토조항은 어떠한 유보조항이나 제한조항을 두지 않음으로써 완성국가의 성격을 명백히 하였다.¹⁹⁾ 이러한 태도는 제2차 헌법개정에서도 나타났다.²⁰⁾

16) 崔大權, 「統一의 法的 問題」, 法文社, 1990, 45면. 그래서 제헌헌법 제정 당시 兪鎮午 박사는 영토조항에 대하여 “대한민국헌법은 결코 남한에서만 시행되는 것이 아니고 우리나라의 고유의 영토 전체에 시행되는 것이라는 것을 명시하기 위하여 특히 본 조를 신설”한 것이라고 설명하였다. 兪鎮午, 「新稿憲法解義」, 一潮閣, 1959, 50면.

17) 權寧星, 「憲法學原論」, 法文社, 1990, 143면; 金哲洙, 「憲法學概論」, 博英社, 1988, 101면.

18) 大判 1961. 9. 28, 4292行上 48.

19) 兪鎮午, 「憲法解義」, 明世堂, 1949, 22~23면. 制憲憲法案의 審議時 國會에서의 領土條項에 관한 論議는 「憲法制定會議錄(制憲議會)」, 憲政史資料 제1집, 國會圖書館, 1967, 133~134면 참조.

20) 이에 의하면, “대한민국이 주권의 제약 또는 영토의 변경을 가져올 국가안위에 관한 중대사항은 국회의 가결을 거친 후에 국민투표에 부하여 민의원 의원선거권자 3분의 2 이상의 투표와 유효투표 3분의 2 이상의 찬성을 얻어야 한다”(제7조의2)는 조항을 추가하여 영토조항의 변경을 어렵게 하였다. 이 규정은 제2공화국헌법(1960)까지 그대로 규정되었으며, 제3공화국헌법(1962)은 부칙에서 “국토수복후의 국회의원의 수는 따로 법률로 정한다”(제8조)는 조항을 추가하여 북한지역이 현재 미수복상태임을 암시적으로 인정하는 조항을 두고 있었다. 金哲洙, ”

영토조항과 이와 관련한 판례는 법논리상 대한민국의 헌법과 법률이 북한지역에도 적용되게 된다는 점을 의도함으로써 북한의 지배체제를 찬양하거나 지지하는 자는 국가보안법에 저촉되어 처벌된다. 영토조항은 북한을 '반국가단체'로 규정한 「국가보안법」의 근거가 되고 있다.²¹⁾ 영토조항은 한반도가 '사실상' 분단되어 있는 것과 별개로 '법률상'으로는 분단되어 있지 않다는 것으로 대한민국의 영토는 통일되어 있다는 인식에 기초한 것이다. 영토조항은 북한을 국제법상 국가로 승인하지 않고, 북한의 국가성 또는 국가적 실체성까지도 부인하는 근거조항이 되고 있다.

이후 영토조항은 제4공화국헌법에서 평화통일원칙과 관련한 통일조항을 됴으로써 통일조항과 상충문제를 야기시켰다. 이에 국가보안법의 존재 그 자체가 헌법적 근거를 지닌 합헌적 성격을 갖는가에 대한 의문이 제기되었다.²²⁾ 그것은 제4공화국 헌법(1972)에서 최초로 '통일'이라는 용어를 사용함으로써 우리 헌법이 통일시까지의 '잠정헌법'임을 암시하였을 뿐만 아니라 통일의 방법과 내용에 있어 평화통일의 원칙이 명시되었다.²³⁾ 제5공화국헌법(1980)도 제4공화국 헌법상 통일관계규정을 승계하였으며, 여기에 몇 조항을 추가 또는 폐지하였다.²⁴⁾

그리고 제6공화국헌법은 제5공화국 헌법상 前文, 대통령의 평화통일의무(제66조제3항), 취임선서(제69조), 국민투표회부권(제72조), 대통령의 자문기구로서 「민주평화통일자문회의」(제92조) 등에 관한 규정에서 대체로 그 내용을 승계하고, 특히 제4조에서 "대한민국은 통일을 지향하며, 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책을 수립하고 이를 추진한다"고 하여 이른바 '평화통일조항'을 신설하였다. 이 통일규정은 헌법이, 조국의 평화적 통일을 국가적·국민적 과제로 규정하였음을 의미하는 것이다. 통일조항은 남북한의 분단이라는 현실인정을 전제한 것으로 영토조항과는 논리적으로 모순된다.²⁵⁾ 통일조항으로 인해 영토조항의 제헌헌법의 제정당시의 규범적 의미의 변화에 대한 논란이 있다. 남한의 헌정사를 통해 볼 때, 제3공화국헌법에서 분단현실을 인정하는 간접규정을 두었고, 제4공화국헌법에서 '통일'이라는 용어를 헌법에 규정함으로써 한반도의 남북분단상황을 헌법에 밝힘으로써 통일을 국가적 과제로 설정하였다. 현행헌법은 평화적 통일을 국가적·국민적 과제로 설정하여 이에 의거한 통일정책을 추진하고 있다. 이러한 논의에 의해 남한헌법의 통일조항에 관한 문제는 특히 영토조항(제3조)과 평화통일조항(제4조)과 관련하여 논의가 진행되고 있다. 더욱이 영토조항에 관해서 북한은 이를 통일에 장애가 되는 조항이라고 주장하고 있는데, 이와 관련한 법제정비에 관해서는 후술한다.

韓國統一과 統一憲法制定問題", 「憲法論叢」, 제3집, 헌법재판소, 1992, 124~138면.

21) 金哲洙, 前揭書, 101면; 權寧星, 前揭書, 143면.

22) 梁建, 「立憲主義를 위한 변론」, 考試界, 1987, 28면.

23) 이를 보면, "조국의 평화적 통일의 역사적 사명에 입각하여"(전문)라는 대목을 신설하여 현재가 미통일상태임을 간접적으로 밝히고, 제3장에서 「통일주체국민회의」의 조직과 구성, 권한 등에 관하여 규정하고(제35조~제42조), 대통령에게 '조국의 평화적 통일을 위한 성실한 의무'를 부담시키고(제43조제4항), 대통령의 취임선서시 "조국의 평화적 통일을 위하여 대통령으로서의 직책을 성실히 수행할 것을 국민앞에 엄숙히 선서"하도록 함으로써(제46조) 통일의 의지를 천명하였다. 또한 부칙에서 "이 헌법에 의한 지방의회는 조국통일이 이루어질 때까지 구성하지 아니한다"(제10조)고 규정하고 있었다.

24) 이 헌법은 前文과 대통령의 평화통일의무(제38조제3항), 취임선서(제44조)와 동일한 규정을 두고, 대통령이 필요하다고 인정할 때 국가안위에 관한 중요정책을 국민투표에 붙일 수 있도록 하는 규정에 통일에 관한 정책도 포함시키고(제47조), 「평화통일자문회의」를 둘 수 있도록 하였다(제68조). 한편 「통일주체국민회의」는 폐지하였다.

25) 權寧星, 前揭書, 143면.

2. 북한헌법상 통일조항

한편 북한의 1948년 헌법은 북한의 “수부는 서울시다”(제103조)라고 하여 북한의 유일 합법정부임을 나타내는 조항을 두고 있었다.²⁶⁾ 북한에서 통일에 관한 조항은 1972년 헌법에서 처음 규정하였다(제5조).

북한의 1992년 헌법은 북한에서의 3대혁명에 의한 사회주의의 완전한 승리를 강조하고, 조국통일3대원칙(자주·평화통일·민족대단결)에 의한 통일실현을 위한 투쟁을 명기(제9조) 하였다. 이 1992년헌법에서 이제까지 북한의 대남혁명노선을 헌법에 규정한 것으로 간주돼 왔던 ‘전국적 범위’(1972년헌법 제5조)란 대목의 삭제는 북한의 대남 노선의 변화와 관련하여 검토해보아야 할 중요한 사안이다.²⁷⁾ 북한은 통일정책의 기초를 ‘선 남조선혁명, 후 조국통일’이란 대남혁명노선을 견지해 왔는데, 과연 북한이 기존의 자세에서 변화했는지에 대해 시각차가 있을 수 있다. 그것은 북한의 대남관계에 관한 기존논리는 변화되지 않았다는 점에서 부정적인 분석과 북한의 현실변화에 비추어 긍정적인 측면에서의 분석이 있을 수 있다.²⁸⁾

현실적으로 북한이 변화된 대내외환경 속에서 체제유지를 위해 현실적인 정책노선을 택할 수밖에 없다는 점을 감안할 때, 북한은 앞으로 적화노선에서 대남공존노선으로 전환해 나갈 것임을 예상할 수 있다.²⁹⁾ 이러한 변화는 북한이 대남정책의 구체적인 대응자세의 변화에서 찾아볼 수 있으며, 북한의 대남정책은 기본적으로 북한의 대외정책과 연관되어 있다는 면에서 최근의 북한의 대외정책의 정책적 변화의 움직임은 남한에 대한 기존 자세변화의 가능성을 크게 하고 있다고 볼 수 있다.

26) 이와 관련하여 북한은 1948년 5월 10일에 실시한 남한의 단독선거의 부당성을 제기하였다. 김일성, “북조선인민회의 특별회의에서 찬동한 조선민주주의인민공화국 헌법실시에 관하여”, 8~17면.

27) 북한의 1998년 헌법상 대남관계에 관한 조항은 1992년헌법과 같다.

28) 이에 관한 詳論은 張明奉·朴井源, “北韓의 社會主義憲法 改正과 統一問題에 관한 研究”, 『省谷論叢』, 제27집 3권(省谷學術文化財團, 1996), pp.892~897.

29) 許文寧, “北韓의 對南戰略分析과 展望”, 『轉換期の 南北韓關係: 現況과 展望』, 제6회 國內學術會議 發表論文集, 民族統一研究院, 1993, 45~47면; 黃炳茂, “社會主義 改革과 北韓 對外政策의 變化”, 『社會主義 改革과 北韓』, 前掲書, 229면.

제2절 북한형법의 이해와 남북한형법 비교

I. 북한 형법의 개관

1. 북한형법의 의의와 발전

국제사면위원회(Amnesty International) 등의 국제인권단체에 의해 확인되었듯이 북한에서는 비인도적인 공개적인 사형집행이 이른바 '인민의 요구'에 의해 이루어진다. 공개 처형은 일반형사범 뿐만 아니라 '정치범수용소'에서 정식 재판절차를 거치지 않은 채 이루어짐으로써 인권이 유린되고 있다. 이는 북한인권의 실상을 보여주는 단면에 불과하다. 인권침해행위가 자행될 수 있는 배경은 북한의 형사법제에서도 기인한다. 북한형법은 체제 유지와 강화수단으로 작용하며, 이 과정에서 인권침해의 소지를 안고 있는 것은 제도적인 문제점으로 지적되고 있다.

북한 형법은 이전의 개별적 형사법령³⁰⁾을 체계화·통일화하여 최고인민회의 제1차회의(1950. 3. 3)에서 처음 채택되었다. 이 법은 사회주의로의 과도기단계에서 이른바 인민정권의 공고화와 사회주의건설의 강력한 무기로서의 기능을 강화하기 위한 것으로 구소련의 1926년 형법을 모방하였다.³¹⁾ 이 형법은 1974년 개정되었는데,³²⁾ 형식적으로는 1972년 헌법의 채택에 수반된 법제정비의 일환이었으며, 실질적으로는 김일성의 유일지배체제 및 '조선로동당'의 독재체제를 고착시키고 강화해야 하는 필요성에 따른 것이라고 볼 수 있다. 더욱이 이 1974년 형법은 외부에 공표되지 않음으로써 그 비민주성·반인권성 내지 반통일성에 대한 의혹을 증폭시켰다.³³⁾ 1974년 형법은 1987년에 다시 개정되었는데(최고인민회의 상설회의 결정 제2호, 1987. 2. 5; 이하에서는 1987년 형법이라고 함),³⁴⁾ 이는 이른바 '주체의 형법리론'이 강조되고, 김정일의 주도하에 사회주의법무생활이 강화되어 '사회주의법무생활지도위원회'가 법의 준수·집행에 관한 지도적 역할을 담당하게 되는 시기에 이루어진 것이다.³⁵⁾

2. 북한 형법의 이념과 임무

북한 형법은 사회주의법이 이른바 '사회주의 법칙성'의 실현을 위한 수단으로 기능하고 있다고 볼 수 있다. 이러한 성향은 "법은 사회경제제도의 반영이며, 정치의 한 표현양식

30) 북한형법의 법원과 그 연원에 관해서는 김일수, "북한형법의 체계와 특색", 「북한법의 체계와 특색」, 세종연구소, 1994, 176~186면.

31) 김일수, "북한형법 40년", 「북한법률행정논총」, 제8집(고려대 법학연구소, 1990), 60~77면.

32) 최고인민회의 상설회의 결정, 1974. 12. 19; 이하에서는 '1974년 형법'이라고 함

33) 이에 관해서는 김일수, 위의 논문, 77~91면; 김일수, "구소련 형법이 북한형법의 변화에 미친 영향", 「북한법률행정논총」, 제9집(고려대 법학연구소, 1992), 266~277면; 북한연구소, 「북한형법의 실상」(1990), 17~106면.

34) 북한형사법과 관련하여 북한은 형사사건취급의 객관성과 정확성, 과학성과 규범성에 완전을 기하기 위하여 1987년 형법을 1995년 3월 15일에, 1992년 형사소송법을 1996년 1월 19일에 수정하였다고 밝혔지만, 아직 그 구체적인 내용은 알려지지 않고 있다. 진유현, "사회주의법제사업의 본질과 기본내용", 「김일성종합대학학보: 력사·법학」, 제43권 3호(평양: 김일성종합대학출판사, 1997), 51면.

35) 김일수, "구소련형법이 북한형법의 변화에 미친 영향", 앞의 책, 278~281면; 법무부, 「북한법의 체계적 고찰(II): 형사관계법」(법무자료 제169집, 1993), 123~131면.

이고, 일정한 사회경제제도와 계급투쟁을 떠난 법이란 있을 수 없다”는 김일성의 교시를 통해 알 수 있다. 여기서 북한 형법이 북한에서 주장하는 바와 같이 사회주의사회·경제제도와 노동계급을 비롯한 전체근로인민대중의 의사와 이익을 순수하게 반영하기 보다 김일성의 교시와 법사상을 중점적으로 표현하고 있다는 점에서 본래의 사회주의 이념과 거리가 있음을 엿볼 수 있다. 그것은 바로 북한에서 강조하는 주체사상의 독창성에 따른 것이다. 주지하는 것과 같이 주체사상은 북한에서 당과 국가, 혁명과 건설의 지도원칙으로 되어 있으며, 이는 법의 영역에도 예외없이 적용된다.

이를 토대로 다음에 북한 형법의 기본이념을 간략하게 언급한다.

첫째, 형법의 기본이념은 계급적 본질에 두고 있다. 북한 형법의 출발은 계급투쟁의 개시를 의미하며 그 제정목적도 계급투쟁에서의 승리에 두고 있다. 여기서 법의 계급적 본질은 그 법이 어떤 계급의 의사, 정치를 표현하며 옹호하는가에 따라 규정된다. 북한 형법은 수령이 영도하는 세상에서 가장 우월한 노동계급의 정치, 전체 근로인민대중을 위한 정치를 집중적으로 표현하는 사회주의 형법이라고 강조된다. 그래서 북한 형법은 철저히 노동계급적 성격을 띠고 있는 법이며 프롤레타리아독재의 무기로서 본질을 가진 법이라는 것이다. 북한 형법의 계급적 본질은 반혁명분자들을 철저히 진압함으로써 표현되고, 일반범죄자들을 제재함으로써 노동계급을 비롯한 근로인민대중의 자주적 권리와 이익을 보호하는 것으로 구체화된다고 한다.

둘째, 혁명전통의 계승에 이념적 기초를 두고 있다. 이른바 김일성의 항일빨치산투쟁의 혁명정신이 북한 형법의 혁명적 성격을 규정하는 토대가 된다. 이 혁명전통에 의해 당과 인민은 해방후 일제의 식민지 형사악법들을 청산하고 인민의 이익에 맞는 혁명적인 형법을 제정할 수 있었으며, 이것을 주체적인 사회주의 형법으로 강화발전시킬 수 있었다고 한다. 그래서 북한 형법에 규정된 당의 형사정책의 요구, 형법상 원칙과 제도들은 바로 혁명전통을 기반으로 하고 있으며, 반혁명범죄를 비롯한 온갖 범죄와의 투쟁을 강화하여 혁명의 전통이론을 계승·발전시켜야 한다고 강조한다.

다음 북한형법의 임무에 관하여 북한 형법은 “형법은 범죄와의 투쟁을 통하여 국가주권과 사회주의제도를 보위하며 인민들의 자주적이며 창조적인 생활을 보장한다”(제1조)고 규정하고 있다. 이는 1974년 형법이 제4조에서 규정한 형법의 임무에 비해 내용상 상당히 순화된 것이라 할 수 있다. 1974년 형법상 형법의 임무는 ① 주석에 대한 정치사상적 옹호·보위, ② 당의 노선과 정책의 옹호·관철, ③ 모든 범죄의 침해로부터 노동자·농민주권 및 사회주의제도와 사회주의적 소유를 비롯한 혁명적 전취물의 보호, ④ 범죄적 침해로부터 인민의 헌법적 권리 및 생명·재산의 보호, ⑤ 국가사회의 모든 분야에서의 엄격한 제도·질서수립 및 온 세상을 주체사상으로 일색화하는 혁명적 규율의 강화 등이었던 반면에 1987년 형법은 국가주권과 사회주의제도의 보위, 인민들의 자주적·창조적 생활보장만을 형법의 임무로 규정하여 그 내용이 단순화된 것이다.

북한 형법의 임무규정에서 주체사상의 강화에 관한 대목이 삭제되었는데, 이를 두고 북한 형법이 북한에서 주체사상을 구현하는 임무를 배제한 것이라고 속단하기는 어렵다. 주체사상은 북한의 지도사상이며, 1992년 북한 헌법에도 주체사상을 지도적 지침으로 삼는다는 규정을 두고 있는 점을 감안할 때, 주체사상의 구현이란 북한 형법상 근본사명이라 할 것이다.

이와 함께 북한 형법상 기본원칙에 관하여 1987년 형법상 개정내용을 중심으로 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 형사정책의 기본원칙에 관하여 “국가는 범죄와의 투쟁에서 노동계급적 원칙을 확고히 견지하고 사회적 교양을 위주로 하면서 이에 법적 제재를 배합한다”(동법 제2조)고 규정하고 있다. 이는 반혁명범죄가 폐지되고 반혁명범죄에 대한 형사정책적 기본노선 대신 종전의 일반범죄에 대한 형사정책의 기본노선만을 형사정책의 기본원칙으로 규정한 것이다.

둘째, 형사정책의 기본에 해당하는 것으로 “국가는 모든 공민들이 국가의 법을 존엄있게 대하고 엄격히 지키며 범죄와의 투쟁에 적극 나서게 하여 범죄를 미리 막도록 한다”(동법 제3조)는 규정을 두고 있다. 이를 통해 준법교양과 대중노선에 입각한 사상투쟁과 균등적 투쟁의 내용을 입법화한 것임을 알 수 있다.

셋째, 형벌양정의 일반원칙으로서 “국가는 범죄행위의 엄중성 정도와 범죄자의 개준성 정도를 고려하여 매 범죄자에게 그에 해당하는 형벌을 적용한다”(동법 제4조)라고 규정하고 있다. 북한에서 형벌양정은 높은 정치사상성을 요구하는 활동이며, 법을 지탱하는 사법일군들은 주체사상으로 무장함으로써 당이 요구하는 노동계급의 입장에서 수행하여야 한다고 설명한다.³⁶⁾ 이 규정은 바로 이러한 활동에 대한 규범적 준거를 제시한 것이라고 할 수 있다.

넷째, 민족반역자라고 하더라도 조국통일을 위해 적극 나서는 경우 과거를 불문하고 형사책임을 추궁하지 않는다는 규정(동법 제5조)은 사상투쟁의 정책노선에 형법규범이 갖는 동원기능을 고려하여 규정한 상징적 조항이라 할 수 있다.³⁷⁾

다섯째, 자수에 관하여 “국가는 죄를 저지른 자라 하더라도 자기의 죄행을 뉘우치고 진심으로 자수한 자에 대하여서는 관대히 용서한다”(동법 제6조)는 규정을 두고 있다. 이것은 자신의 범죄행위를 뉘우치는 것을 전제로 하므로 자수에 대한 용서는 범죄자로서 하여금 자기의 잘못을 뉘우치도록 하는데 자극을 주는 데에 의의가 있다고 할 수 있다.

여섯째, 행위시 법원칙과 소급법 금지원칙에 관하여 규정하고 있는데, 그 내용은 “죄를 범한 자에게는 그 범죄행위를 수행한 당시의 형법에 의하여 형사책임을 지운다. 그러나 종전 형법에서 죄로 보던 행위를 이 법에서 죄로 보지 않거나 어떤 범죄행위에 대한 형벌을 종전 법보다 낮춘 경우에는 이 법에 따른다”(동법 제8조)는 것이다. 이것은 형사책임을 지우는데 있어서 행위시와 재판시와의 사이에 형벌법규의 변경이 있는 경우 행위시법을 적용하는 원칙을 인정한 것이다. 이는 이른바 ‘행위시법주의’를 의미하는 것으로 신법의 효력불소급의 원칙에 의한 죄형법정주의 원칙의 하나의 근간의 이루는 것이라 할 수 있다.

II. 남북한 형법의 비교

형법이 일반적으로 체제방어적 기능을 한다는 점에서 볼 때, 한국과 북한의 상이한 이념과 체제하에서 한국과 북한의 형법의 체계와 운용의 차이는 필연적이라 할 수 있다. 한국 형법은 자유민주주의의 이념적 토대위에서 개인의 자유와 권리를 보장하고 국가권력의 통제를 위해 법치주의와 권력분립주의 등을 기본적인 특성으로 하고 있는 반면 북한 형법은 사회주의와 프롤레타리아 혁명사상을 이념적 출발점으로 하고 있기 때문에 사회주의건설과 사회주의교육을 위한 프롤레타리아독재의 실현을 그 특성으로 하고 있다. 이에 따라 한국 형법이 법치국가 이념에 따라 국가와 사회의 가치체계를 보호할 목적 하에 사회체제내에서 승인된 법익질서를 보호하고 사회질서를 확립하는 것을 주된 기능으로 삼고 있

36) 김근식, 「형법학 2」, 평양, 김일성종합대학출판부, 1986, 174면.

37) 김일수, “북한형법의 체계와 특색”, 앞의 책, 209면.

는데 비해, 북한 형법은 사회주의적 사고와 행동을 하도록 교육하는 것을 본질적인 목표로 삼고 있다는 점에서 차이점을 알 수 있다.

남한과 북한 형법의 차이점을 보다 상세하게 살펴보면 다음과 같다.³⁸⁾

첫째, 남한형법은 개인의 자유를 보장하는 보루로서 죄형법정주의를 형법해석의 기본 원리로 삼고 있는데 비해, 북한 형법은 형벌법규의 유추해석을 형법해석의 전제로 삼음으로써 실질적으로 죄형법정주의의 근간을 부정하고 있다. 더욱이 사회적 위험성을 범죄의 실질적 성립요건으로 함으로써 법률에 의해 범죄와 형벌을 정한다는 구성요건의 의의를 무시하고 있다.

둘째, 남한형법이 범죄구성요건의 개념을 위법성의 추정 내지 징표기능을 가지고 있다고 보는데 비해, 북한 형법상 구성요건은 범죄성립요건의 구성요소로서 “일정한 행위를 특징짓는 객관적 및 주관적 표징의 총체”로 이해하고 있다.

셋째, 남한형법은 미수를 장애미수와 중지미수로 구분하고 불능미수의 개념을 인정하고 미수범의 형을 기수에 비해 형을 감면하고 있다. 이에 비해 북한 형법은 준비(예비)와 미수를 기수의 경우와 동일한 조항에 의해 처벌하도록 함으로써 범죄완성의 단계에 따라 각각 형식적으로 차등하여 처벌하는 근대형사법의 일반원칙에 반하는 처벌규정을 두고 있다.

넷째, 남한형법이 공범에 관해 공동정범, 교사범, 방조범 등으로 구별하고 방조범의 경우 형을 감경하고 있는데 비해, 북한 형법은 공범에 관해 형식적인 구분만을 하고 있을 뿐이고 공범은 정범과 동일하게 처벌한다.

다섯째, 남한형법은 형벌을 국가가 범죄에 대한 법률상 효과로서 범죄자에 대하여 그의 책임을 전제로 과하는 법익박탈로 이해하는 토대 위에 형벌의 본질을 해악에 대한 응보, 범죄에 대한 일반예방 내지 특별예방의 목적이 고려되고 있다. 이에 비해 북한 형법은 형벌을 공산주의 및 전체주의 형법에 대한 도구주의적 관점에 따라 부과함으로써 전체주의 체제구축을 위한 도구로 악용될 우려가 높다.

여섯째, 북한형법은 그 규정이 불명확하고 다의적이고 추상적·포괄적인 경우가 많아 형법의 해석적용에서 자의적인 운용의 가능성이 높다고 할 수 있다. 무엇보다 북한 형법은 계급적 본질론과 혁명적 사명론에 의해 이념적으로 각색되어 있으며, 권력체제의 특수성에 기인하여 형법의 기본인 죄형법정주의와 개인책임주의는 부정되고 있다는 점이 한국과 북한 형법의 차이점을 보이는 부분이라 할 수 있다. 그래서 1987년 형법이 범죄 종류의 축소, 형벌의 완화 등 1974년 형법상 비민주적인 요소를 완화하였지만, 여전히 근대형사법원리와 거리가 먼 규정들을 포함하고 있다.

제3절 북한 민법의 이해와 남북한 민법비교

I. 북한 민법의 개관

1. 북한 민법의 의의

민법은 주로 사유재산제도와 계약의 자유를 규율하는 법이라는 개념에서 보면, 사유재산제를 부정하는 사회주의국가에서는 계약의 자유에 기초하는 민법의 존재의미를 찾기

38) 남북한 형법의 비교에 대한 보다 자세한 것은 법무부, 앞의 책, 1063면 이하의 「남북한 형법의 비교」표 참고.

어렵다. 그럼에도 불구하고 북한에서 민법은 주요한 법률분야의 하나이며 북한 나름대로의 민법이론을 형성하고 있다. 북한은 사회주의권의 변화³⁹⁾에 대응하여야 하며, 현실적으로 심각한 경제난을 타개하기 위한 대내외적 대응책의 일환으로 경제부문에서 변화를 모색하고 있다. 북한은 정권수립직후 마르크스-레닌주의하의 구소련의 법이론에 절대적으로 의존한 데에서 벗어나, 독자성을 강조해왔으며 특히 구소련방이 해체되고 동구사회주의 국가들이 체제붕괴에 대응하여 보다 더 북한의 법이론의 독자성을 강조하고 있다. 이 과정에서 1990년 북한의 민법전이 제정되었다.

북한의 설명에 의하면, 민법은 “사회주의사회에서 그 당사자들이 서로 독자적인 대등한 당사자로 나서는 그러한 경제관계의 분야를 규제”하는 것이며, 그 규율대상은 이들 분야에서의 “가치법칙과 노동에 의한 분배법칙의 작용을 고려함과 관련한 재산적 관계 및 이와 관련된 인격적 관계”⁴⁰⁾라고 한다. 이에 비추어 북한민법의 모습⁴¹⁾을 다음과 같이 설명할 수 있다.

첫째, 북한민법은 당사자들이 서로 독자적이고 대등한 지위에서 법률관계를 갖는 한 개인간, 개인과 사회주의적 제기관간, 국가기관간, 국가기관과 사회단체간 등의 경제관계를 규율하게 된다.

둘째, 북한민법은 서로 독자적이고 대등한 당사자로 나서는 경제관계를 규제하는 것이다. 따라서 당사자의 일방이 다른 당사자에 대하여 행정적이며 조직적으로 명령하고 다른 일방의 당사자가 복종하는 경제관계는 민법의 규제대상에서 제외한다.

셋째, 북한민법은 경제법의 대상이 되는 여러 경제관계를 망라하여 규율한다. 이것은 북한법이 기본적으로 민법과 경제법의 이원론을 취하지 않는 데에서 기인한다.⁴²⁾

넷째, 북한민법은 혼인·가족관계·상속관계에 속하는 경제관계를 규율하지 않는다. 이들 분야는 부부 내지 가족성원들의 인격적 관계를 전제로 한 관계에 관해서는 가족법에서 규율하고 있기 때문이다.

이와 관련하여 북한민법은 제2조에서 “민법은 기관, 기업소, 단체, 공민들 사이에 서로 같은 지위에서 이루어지는 재산관계를 규제한다”고 하여 그 규제대상을 명시하였다. 이에 의하면, 북한민법은 법률관계에 관련한 당사자들이 서로 독자적이고 대등한 지위를 갖는 한 개인간 또는 개인과 사회주의적 제기관 사이, 그리고 국가기관 상호간, 국가기관과 사회단체 사이의 경제관계를 규율하게 된다.

39) 민법의 출발은 근대시민사회에서 평등한 사인(私人)간의 자유로운 경제거래와 소유의 자유를 근본내용으로 하고 자본주의 발전의 원동력이 되었다. 이러한 의미의 자본주의민법을 사회주의국가인 북한에서 찾아볼 수 없다. 그러나 사회주의권의 개혁의 모습은 사회주의체제를 고수하면서도 부분적으로 사적 소유의 인정과 사경제거래의 자유를 인정함으로써 일부 자본주의적 원리를 사회주의계획경제에 도입하고 있다. 예컨대 중국에서 1987년 민법통칙은 그러한 변화를 보여주는 사례이다.

40) 「민법 I」<심의용>, 평양, 김일성종합대학출판사, 1973, 10면; 崔達坤, “북한민법의 체계와 특색”, 「北韓法 體系와 特色」, 세종연구소, 1994, 267면.

41) 이에 관한 상론은 崔達坤, 상계논문, 267~269면.

42) 이와 관련하여 사회주의 법이론상 두 가지 견해가 있었다. 하나는 수직적 경제관계는 행정법의 대상으로 하고 수평적 경제관계는 비록 사회주의적 제기관 사이나 그 조직과 시민 사이라 하더라도 민법의 대상으로 하자는 이론이다. 이에 비해 다른 하나는 사회주의적 조직 사이의 경제관계는 수직관계이든 평등관계이든 이들을 모두 경제법의 대상으로 삼아야 한다는 이론이다. 이 두가지이론 가운데 구소련의 법이론이 경제법을 배척한 데에 따라 북한도 경제법의 독립적 영역을 인정하지 않았다. 「민법 I」, 전거서, 11~13면. 그래서 북한민법은 경제법의 대상이 되는 여러 경제관계를 망라하여 규정하고 있다.

2. 북한 민법의 변화

민법은 일반적으로 사유재산관계와 계약의 자유를 규율하는 법분야로 이해되고 있다. 이는 근본적으로 사유재산제도를 인정하지 않는 사회주의국가에서 민법의 존재를 부인하게 되는 이유가 된다. 근대시민사회에서 평등한 사인간의 자유로운 경제거래와 소유의 자유를 근본으로 하는 법체계인 민법은 엄격한 의미에서 계약의 자유를 인정하지 않는 사회주의국가인 북한에서 존재할 수 없게 된다. 그러나 북한에서 민법은 하나의 중요한 법률분야로 되어 있으며 나름대로의 민법이론에 의해 민법을 규제하고 있다.

북한은 해방후 일제하의 구민법에 대해 일제 통치기구를 분쇄한다는 명분 아래 전면 무효를 선언하였다. 이에 따라 북한에서 사회주의체제에 상응한 관습규범 또는 관례도 없었던 상황에서 북한의 성문민법은 존재하지 않는 상태가 되었다. 이 상황에서 북한은 이른바 '인민의 민주주의적 의식'이라는 개념을 민법분야의 기본규범으로 삼았다. 북한의 설명에 의하면, '민주주의 의식'이란 "어떤 심리적 범주에 속하는 것이 아니라 인민대중의 확신에 기초해 객관화된 법적원칙의 총체이고 민주주의 의식의 형태로 존재하는 공화국민법규범을 올바르게 인식하기 위해서는 조선로동당의 정책을 정확히 이해하고 그에 의거할 것이 필요하다"⁴³⁾고 하였다. 이에 의하면 민주주의 의식은 바로 '조선로동당'의 정책을 의미한다. 북한에서 김일성의 교시에 의해 당의 정책이 결정된다는 면에서 보면 북한 민법분야의 기본규범으로 강조된 '민주주의 의식'은 결국 김일성의 교시와 당의 노선을 말하는 것이었다.

이를 기초로 북한은 정권수립 초기에 구소련민법을 답습한 단편적인 법령을 제정하여 시행하거나 김일성의 교시와 당의 지시에 따라 민사관계를 규율하였다.⁴⁴⁾ 북한민법의 연혁을 살펴보면, 1950년과 1958년에 민법초안을 마련하였다. 1950년 민법초안, 즉 '제1초안'은 이른바 '구초안' 또는 '50년초안'이라고 하는데, 그 구성은 총칙, 채권, 상속의 4개편으로 되어 있다. 이 초안은 1922년 구소련의 민법전과 그 내용이 유사하여 '판택텐'체제로 되어 있다. 이후 북한은 1958년 2월 1일 「조선민주주의인민공화국 민법 및 민사소송법초안을 준비하는데 관해서」⁴⁵⁾를 채택하였는데, 이를 '제2초안'이라고 한다. '제2초안'은 그 체계상 '제1초안'과 많은 차이가 있었다. 이는 총칙, 소유법, 채무법, 저작권법, 창의고안권법, 상속법 등의 6개편으로 구성되어 있었다. '제1초안'과는 저작권법과 창의고안법을 새로이 도입한 것이 특색이라 할 수 있으며, 이것은 당시 경제관계에 있어서의 사회주의적 개혁을 반영한 것으로 볼 수 있다. 또한 이 초안은 1964년의 구소련민법과 그 내용이 유사한 것으로 평가되었다.⁴⁶⁾

이 두 가지 민법초안은 북한에서 당시 필요성에 따라 작성되었다. 그러나 당시 북한은 경제상황의 급속한 변화에 따라 민사관계를 확정짓는 경제부문의 유동적인 상황에 대처

43) 「북한의 민법개요」, 전게서, 24면.

44) 당시의 주요 민사관계법령으로는 「토지개혁에 대한 법령」(1946. 3. 5, 임시인민위원회 결정), 「임시인민위원회의 산업, 교통운수, 체신, 은행 등의 국유화에 관한 법령」(1946. 8. 10, 임시인민위원회 결정 제58호), 「인민시장규정」(1947. 2. 3, 상업국 포고 제6호, 재정국 포고 제28호), 「물수재산관리에 관한 규정」(1948. 12. 16, 내각 결정 제90호) 등을 들 수 있다. 북한의 민법法源으로서의 성문법령에 관한 상세한 목록은 崔達坤, 「北韓民法의體系와特色」, 전계논문, 255~259면.

45) 내각 결정 제16호.

46) 그래서 '제2초안'은 구소련에서 1964년 민법의 성립을 위해 논의되었던 이론과 함께 그 초안 등을 사전에 입수하여 계수한 것으로 평가되었다. 崔達坤, 전계논문, 1994, 265면.

하지 못하였다. 그것은 사회주의민법이론이 정립되지 못하였으며 북한의 경제구조 및 정책이 확립하지 못한 데에 기인하는 것이었다. 이와 함께 자칫 북한경제의 발전을 저해할 수 있다는 우려에서 민법의 법전화작업을 미룬 것으로 분석되었다.⁴⁷⁾ 비록 이 민법초안은 법전화되지 않았지만 북한에서 잠정적으로 민사재판의 기준으로 적용됨으로써⁴⁸⁾ 실질적으로 민법의 중요한 법원이 되었다.

이후 1986년에 채택된 '민사규정'(중앙인민위원회 정령, 1986. 1. 30)은 실질적으로 재판 실무상 필요에 의해 제정되었다.⁴⁹⁾ 이 규정은 일반규정, 혼인 및 가족관계, 민사거래행위, 불법행위에 의한 손해보상 및 부당이득의 처리 등 4개장 72개조문으로 구성되었다. 그러나 이 규정은 주로 가사사건을 대상으로 하고, 또한 기관, 기업소, 단체 사이의 경제거래관계에는 그 적용을 배제함으로써⁵⁰⁾ 엄격한 의미에서 볼 때 민법전과는 거리가 있었다.⁵¹⁾ 따라서 북한은 통합된 민법전없이 개별 민사규정들에 의해 민사관계를 규율해 오다가 1990년 독립된 민법을 채택(최고인민회의 상설회의 결정 제4호, 1990. 9. 5)하고, 최고인민회의 제9기 2차회의 (1991. 4. 11~13)에서 이를 승인함으로써 처음 통합성문민법을 마련하였다.⁵²⁾

3. 북한 민법의 원칙과 특징

민법이 일반적으로 경제질서의 기본을 정한다는 점에서 볼 때, 종합적이고 통일적인 북한민법의 채택은 북한이 경제질서의 내용을 법적으로 확정했다는 의미로 받아들일 수 있다.⁵³⁾ 북한에서 민법의 확정은 경제질서의 변화대응과 기존 질서의 전환이라는 점에서 큰 의미를 찾을 수 있다.

다음에 1990년 북한민법의 기본원칙과 특징에 관하여 살펴본다.

(1) 기본원칙

북한은 민법의 기본원칙에 관하여 「민주조선」의 법규해설을 통하여 다음의 몇가지를 제시하였다.⁵⁴⁾ 이를 보면, 1) 재산관계에서 사회주의경제제도를 끊임없이 공고히 하며, 2) 재산거래관계의 설정과 실현에서 계획과제를 어김없이 수행하며, 3) 재산관계의 설정과

47) 「北韓法の體系的考察(Ⅰ)」, 전게서, 43면; 崔達坤, 「北韓民法의制定과 그變化 -比較分析的 研究를 중심으로-」, 「北韓法律行政論叢」, 第9輯, 전게서, 95~96면.

48) 大內憲昭, 「朝鮮民主主義人民共和國民法(1)」, 「關東學院大學文學部紀要」, 제45호, 1985, 95면.

49) 이에 앞서 1982년 12월 7일 「민사규정(잠정)」(중앙인민위원회 정령 제247호)과 1983년 3월 19일 「민사규정잠정시행규칙」(중앙재판소 지시 제2호)이 시행되었다. 1986년 「민사규정」은 1982년 「민사규정(잠정)」의 시행을 정식으로 확정한 것이라 할 수 있다. 申榮鎬, 「北韓民法 40年과 그 動向」, 「北韓法律行政論叢」, 제8집, 고려대 법학연구소, 1990, 135면.

50) 김정근·리창, 「민사소송법」, 평양, 김일성종합대학출판사, 1987, 52면.

51) 1986년 「민사규정」은 경제관계 뿐만 아니라 가족관계에도 적용되었지만, 가사사건을 포함하여 각종의 민사입법에 기초하여 제기되는 민사사건에 통일적으로 적용될 기준으로서 재판실무상 필요에 의해 제정된 한계를 가지고 있었다. 최달곤, 「北韓民法의 體系와 特色」, 전게논문, 265면; 大內憲昭, 「朝鮮民主主義人民共和國の民法(3)」, 「紀要」, 第51號, 東京, 關東學院大學文學部, 1987, 109면.

52) 이에 관해서는 申榮鎬, 「北韓民法 40年과 그 動向」, 「北韓法律行政論叢」, 第8輯, 전게서, 129~157면; 「북한의 민법개요」(북한연구소, 1992), 23~29면; 崔達坤, 「北韓民法의 回顧와 展望」, 「北韓法律行政論叢」, 제10집, 전게서, 92~95면.

53) 崔達坤, 「北韓民法의制定과 그變化 -比較分析的 研究를 중심으로-」, 전게논문, 93~94면.

54) 「민주조선」, 1991년 4월 23일.

실현에서 대안이 사업체계의 요구를 구현하며, 4) 재산관계의 설정과 실현에서 국가의 인민적인 시책이 근로자들에게 더 잘 미치도록 하며, 5) 근로자들에게 재산관계에 널리 참가할 수 있도록 온갖 편리와 조건을 보장하며, 6) 재산관계의 설정과 실현에서 집단주의를 높이 발양하도록 하며, 7) 재산관계의 설정과 실현에서 국가와 사회의 이익을 앞세우면서 개별적 기관·기업소·단체나 공민의 이익이 철저히 보장되도록 한다는 것이다.

이에 비추어 다음에 북한민법의 기본원칙을 몇 가지로 나누어 언급한다.

첫째, 사회주의적 경제제도의 강화이다. 사회주의 경제제도의 강화는 북한민법 제1조에서 규정되어 있으며, 이는 사회주의 경제체제를 고수하고 있는 북한체제의 특성상 당연한 원칙인 동시에 민법상 기본원칙이라 할 수 있다. 따라서 북한민법에서 강조되는 생산수단에 대한 사회주의적 소유, 사회주의적 소유에 대한 특별보호, 민주주의 중앙집권제, 집단주의, 사회주의적법성 보장 등의 원칙은 사회주의 경제제도의 강화를 위한 파생적인 원칙이라 할 수 있다.

둘째, 생산수단에 대한 사회주의적 소유의 원칙이다. 북한헌법은 “생산수단은 국가 및 협동단체의 소유”(제20조)라고 규정하고 있다. 이와 함께 북한민법은 “생산수단에 대한 사회주의적 소유는 조선민주주의인민공화국의 경제적 기초”(제3조)라고 하였다. 사적 소유와 자유로운 경제활동을 제한하고 있는 북한의 사회주의 경제체제를 뒷받침하는 원칙규정들이다. 이에 따라 북한은 개인 소유권의 대상을 소비품으로 제한하고 개인적·소비적 사명에 어긋나는 개인 소유권의 행사를 금지한다(북한민법 제58조, 제60조).

셋째, 사회주의적 소유에 대한 특별보호의 원칙이다. 북한에서 “나라의 재산, 사회의 재산은 전체인민의 공동재산이기 때문에 개인의 것보다 더 귀중”⁵⁵⁾하다고 하고, 이를 위한 실천방안으로 “모든 사람이 국가경리와 공동경리의 발전에 깊은 관심을 돌려야 하며 나라의 크고 작은 모든 재부를 잘 거두고 아껴쓰며 그것들이 인민의 복리를 높이는데 가장 효과적으로 쓰이도록 하기에 힘써야”⁵⁶⁾ 한다. 이와 관련하여 북한헌법은 “공민은 국가 재산과 공동재산을 아끼고 사랑하며 온갖 탐오랑비현상을 반대하여 투쟁하며 나라의 살림살이를 주인답게 알뜰히 하여야 한다. 국가 및 사회협동단체의 재산은 신성불가침이다”(제84조)라고 하여 공공재산의 보호는 공민의 기본적인 권리·의무라고 하였다. 이에 따라 북한민법은 국가소유재산의 반환청구에 관해서는 소멸시효를 적용배제, 국가 또는 협동단체의 점유권의 특별보호, 공공재산의 계획적·효율적 이용을 위한 재산관리질서의 확립, 공공기관의 채무강제대상의 화폐자금 국한 등의 규정을 두고 있다.

넷째, 민주주의적 중앙집권제의 원칙이다. 이와 관련하여 북한헌법은 북한의 “인민경제는 계획경제이다”(제34조)라고 하고, 이어 국가는 “사회주의 경제발전법칙에 따라 …… 인민경제발전계획을 세우고 수립”하며, “계획의 일원화, 세부화 방침을 관철하여 생산성장의 높은 속도와 인민경제의 균형적 발전을 보장한다”고 규정함으로써 계획경제의 원칙과 그 실현지침을 천명하였다. 또한 북한민법은 “계획적인 재산거래관계는 인민경제계획에 기초한 계약에 따라 이루어진다. 국가는 기관·기업소·단체들이 계획과제를 어김없이 수행할 수 있게 재산거래관계를 맺고 실현하도록 한다”(제4조)고 하여 중앙집권제원칙을 밝히고 제3편 제3장에서 계획적 계약에 관하여 규정하고 있다.

다섯째, 집단주의원칙으로서 국가·사회 이익우선의 원칙이다. 북한헌법은 북한에서 “공민의 권리와 의무는 ‘하나를 전체를 위하여 전체는 하나를 위하여’라는 집단주의원칙에 기초한다”(제63조)고 하고, 북한민법은 “집단주의는 사회주의 사회생활의 기초이다.

55) 「김일성선집」, 제3권, 평양, 조선로동당출판사, 1963, 214면.

56) 「김일성선집」, 제4권, 111면.

국가는 기관·기업소·단체·공민들이 서로 협력하고 방조하는 집단주의원칙에서 재산관계를 설정하고 실현하도록 한다”(제8조)고 하여 집단주의원칙을 천명하였다. 이 원칙에 따라 북한에서 개인의 이익과 국가·사회의 이익은 서로 모순되는 것이 아니라 밀접한 관계를 맺고 있으며, 개인생활은 국가·사회의 발전에 전적으로 의존하고 있다고 강조된다. 이러한 논거 아래 북한에서 민사상의 모든 권리는 사회주의사회의 목적과 본질에 위배되지 않아야 비로소 보장될 수 있으며, 개인의 자유로운 경제활동과 이윤추구는 금지되고 있다.

여섯째, 공민에 대한 봉사원칙이다. 북한민법은 “국가는 기관·기업소·단체들이 공민과 재산관계를 설정하고 실현하는데서 인민들의 복리증진을 위한 시책이 근로자들에게 더 잘 미치도록 하는데 깊은 관심을 돌린다”(제6조)고 하고, “국가는 재산관계에 근로자들이 일상적으로 널리 참가할 수 있도록 온갖 편의와 조건을 보장한다”(제7조)고 하였다. 그러나 이 원칙은 이를 실현하기 위한 구체적인 규정을 두고 있지 않으며, 전술한 국가·사회의 이익 우선 및 집단주의 원칙에 따르면 하나의 형식에 불과한 것으로 볼 수 있다. 이를 좀 더 보면, 북한에서 사회주의적 적법성원칙에 따라 법을 위반하는 경우 제재를 가한다 것을 표현한 것으로 국가의 법에 복종하여야 한다는 책임성을 강조한 것으로 볼 수 있다.⁵⁷⁾

(2) 특 징

민법전의 제정으로 개별적으로 규정되었던 민사관계규정이 어느 정도 체계화되었다. 그러나 기본적으로 사회주의민법이 갖는 기능의 포괄성으로 인해 개별적인 민사규범의 필요성은 여전히 남아 있다. 1990년 북한민법은 4장(장) 271개 조문으로 구성되어 있는데, 간략하게 성문화되었음을 알 수 있다. 이는 북한이 종래 구소련의 법제를 답습한 것에 비추어 구소련민법(8편 569개 조문)에 비해 작은 규범으로 구성되었지만, 다른 북한법전 양식에 비하면 작다고 할 수 없다.⁵⁸⁾

북한민법은 일반제도(제1편), 소유권제도(제2편), 채권채무제도(제3편), 민사책임과 민사시효제도(제4편) 등으로 이루어져 있다. 편별면에서 보면, 민사책임에 관한 규정은 채권채무제도에서 분리하여 시효제도와 함께 1개편(제4편)에서 규정하였다. 여기서 특징적인 것은 첫째로 시효제도를 분리하여 규정(제259조~제271조)한 것은 개인간의 권리 관계의 확정 이외에 주로 기관·기업소·단체들 사이의 법률관계를 신속하게 처리하도록 함으로써 이른바 독립채산제와 계획경제에 기여하도록 하는 것이다. 둘째로 일반적인 사회주의 민법체와 종래 북한법리론과 달리 상속법을 민법전에서 분리하여 별개의 가족법전에 담은 점은 특이하다. 그 이유는 상속재산을 가정 내지 가족유지를 위한 중요자원으로 인식하는 데에 있다.⁵⁹⁾ 이러한 북한민법의 구성은 종래 ‘판택텐’식 체계로의 환원을 의미한다고 할 수 있다.⁶⁰⁾

일반적으로 어떤 구체적인 민사사건을 해결하기 위해서는 추상적이고 일반적인 민법규범을 해석·적용하게 된다. 이는 북한민법에서도 그대로 적용되는 것이다. 다만, 당해 민법규범을 어떻게 해석·적용할 것인가에 대해서는 북한민법의 특성상 몇 가지 특징을 보이고 있다. 그것은 전통적인 대륙법계 민법의 해석론과의 차이를 보이는 것이다. 다시

57) 「북한의 민법개요」, 전게서, 46면.

58) 崔達坤, “北韓 民法의 體系와 特色”, 전게서, 266면.

59) 崔達坤, “北韓民法의 制定과 그 變化 -比較分析的 研究를 중심으로-”, 전게논문, 97~98면; 「北韓法の 體系的 考察(I)-民事關係法-」, 전게서, 48면.

60) 崔達坤, “北韓 民法의 體系와 特色”, 전게논문, 266면.

말해 자본주의적 사유재산제도에, 입각한 전통적 대륙법계민법의 해석론과 사회주의 재산질서를 확립하고자 하는 북한민법의 해석론과의 차이를 보이는 것이다.

이런 점에서 북한민법의 해석상 기준을 고려하여야 한다. 다음에 그 기준을 살펴본다.

첫째, '조선로동당'의 정책이다. 북한에서 법은 "우리국가의 정책을 실현하기 위한 주요한 무기입니다. 우리국가의 정책은 당의 정책입니다. 우리 당의 정치로선과 정책을 모르고는 법을 집행할 수 없습니다. …… 법은 정치의 표현이기 때문에 정치에 복종되어야 하며 그것과 멀어질 수 없습니다"⁶¹⁾라고 주장한다. 이에 의하면, 북한은 당정책의 우위를 강조하고 있음을 알 수 있다.

둘째, 프롤레타리아 독재의 입장에 입각하는 것이다. 이는 전술한 당의 정책을 우선한다는 것과 같은 것이라 할 수 있다. 이를 두고 북한에서는 "오직 법을 '우리 당이 요구하는 계급적 입장에서, 다시 말하면 프롤레타리아독재의 입장에서 정확하게 해석하며 적용하라'는 것을 강조할 따름입니다"⁶²⁾라고 설명하였다. 이를 통해 북한은 프롤레타리아독재의 입장에 선다는 것과 당정책의 우위를 별도로 나누어서 설명하고 있음을 엿볼 수 있다.

셋째, 민사관계법의 해석·적용에서 유추적용을 활용하고 있다. 북한은 민사관계에 관한 성문규범의 수가 많지 않음에 따라 민사사건 해결을 위한 합당한 성문규범을 적용하기가 어려운 경우 유추방법을 활용하고 있다. 이 방법에는 구체적 사건의 처리에 있어 민법규정이 없는 경우에 개별규정을 유추적용하는 것과 유사한 규정조차 없는 경우 민법의 일반원칙을 유추적용하는 것을 말한다. 북한은 이를 개별적 민법규범의 유추가 아닌 '민법의 유추'라고 풀이한다.⁶³⁾

넷째, 민법상 강행규범과 임의규범으로 분류하지만, 그 구체적인 구별기준을 어디에 두고 있는 지에 관해서는 명백하게 밝히지 않고 있다. 더욱이 북한에서 민법이 제정된 지 얼마 되지 않고 또 그 판결례에서도 그 구체적인 사례를 찾기 어려운 실정에서 그 기준을 도출하기란 쉽지 않다. 북한에서 민법은 "그 구속력의 정도에 따라 강행규범과 임의규범으로 나누어진다"고 하고, "민법 가운데는 강행규범과 함께 임의규범도 있는 만큼 그를 정확히 해석, 적용하기 위해서는 이 두 가지를 옳게 갈라내는 것이 중요하다"⁶⁴⁾고 설명된다. 그렇지만 그 구체적인 구별의 기준에 관해서는 언급하지 않고 있다. 이를 북한의 종래 성문민법규정을 통해 추론하면, 이제까지의 북한민법규정은 경제계획의 시행과 같은 정책적 배려를 위해 제정된 것이었던 만큼 국가 및 사회의 이익과 밀접하게 관계된 것이었다. 따라서 시행되는 민법규정들은 대부분 강행규범의 성격을 띠고 있으며, 임의규범은 매우 드문 것임을 엿볼 수 있다.⁶⁵⁾

III. 남북한 민법의 비교

북한은 구체적인 법률관계는 주권을 장악한 계급이나 사회적 집단의 요구가 구현된 법률적인 사회관계이므로 사회적 계급적·정치적 성격을 갖게 된다고 한다. 그래서 사회주의민사법률관계는 "근로인민대중의 자주성을 위한 사회주의정치적 산물"이며, 사회주의민사

61) 「김일성저작선집」, 제2권, 평양, 조선로동자출판사, 1968, 144면.

62) "혁명과 건설에서 인민정권의 과업에 대하여", 「문헌집」(평양: 1960), 259면; 崔達坤, "北韓 民法의 體系와 特色", 전개논문, 273면에서 재인용.

63) 「민법 1(심의용)」, 전개서, 77~78면.

64) 전개서, 78면.

65) 崔達坤, "北韓 民法의 體系와 特色", 전개논문, 274면.

법률관계의 사회정치적 성격을 엄격히 하는 두 가지 측면은 생산수단에 대한 사회주의적 소유권의 강화와 개인소유권의 사회주의적 근로자들의 소비적 목적에 국한이라고 하였다. 그러면서 “생산수단에 대한 사회주의적 소유를 기본원칙으로 규제하는 사회주의민법은 모든 근로대중에게 자기의 물질문화적 수요를 보장하기 위한 다양한 민사법률관계에 들어 서게 된다”고 강조하고 있다.⁶⁶⁾ 여기서 북한은 이러한 사회계급적·정치적성격의 사회주의적 민사법률관계에 비해 당사자평등·계약의 자유 등에 입각한 자본주의민사법률관계를 자본가계급의 이익을 위한 부르조아정치의 도구에 지나지 않는다고 하고, 나아가 이른바 ‘사회주의권의 붕괴’는 ‘소유의 다양화’라는 구호 하에 개인에게 생산수단에 대한 소유권을 방대하게 인정함으로써 결국 사회주의민사법률관계의 사회정치적성격의 변질을 가져옴으로써 비롯되었다고 한다.⁶⁷⁾ 이에 북한은 민사법률관계에서 사회주의적 원칙의 고수에 따른 우리식 사회주의의 옹호를 강조하고 있는데, 이는 사회주의에 입각한 북한 체제의 수호를 의미하는 것이다.

이러한 북한의 주장은 자본주의민사법률관계에 대한 비판과 연계한 남한민법에 대한 비판으로 이어진다. 즉, 자본주의민법원리로 표방되고 있는 정치와 경제의 분리, 소유권의 절대적 권리성, 계약의 자유 등은 생산수단의 사적 소유에 기초한 법률관계를 규율하는 원리로서 자본주의의 현실을 왜곡한 것이라는 비판⁶⁸⁾은 자본주의원리에 입각한 남한민법에도 그대로 적용된다. 자본주의와 사회주의의 이념의 대립 하에 있는 남북한민법은 본질적으로 그 원리면에서의 차이를 보이고 있다. 이런 면에서 북한민법은 남한에서 이해하고 있는 일반적인 민법의 개념 및 내용과 비교할 때 차이점을 찾아볼 수 있다.

아래에서는 남북한 민법상의 차이점을 원리 등의 면에서 살펴보기로 한다.

첫째, 무엇보다도 남북한민법은 양자의 이념상 차이, 즉 자본주의와 사회주의라는 원리면에서의 차이를 부인할 수 없다. 이는 남한민법이 사유재산제도의 인정을 전제로 한 자유주의와 개인주의에 입각하고 있는 데에 비해 북한민법은 생산수단의 사적 소유를 부인하는 토대 위에서 집단주의가 강조됨으로써 본질적인 차이를 보이고 있다.

둘째, 구성면에서 남한의 민법은 재산법분야 뿐만 아니라 친족·상속법분야도 규정하고 있으나, 북한의 민법은 재산법분야만을 규정하고 친족·상속법분야는 「가족법」을 단일 법전화하여 따로 규정하고 있다. 북한은 이에 관하여 “사회주의민법은 가족관계에서 주 되는 것이 인격적 관계라는 입장으로부터 그것을 민법에서 규제하지 않고 독자적인 법, 가족법에서 규제한다”고 하여 자본주의민법과의 차이를 설명한다.⁶⁹⁾

셋째, 남한민법이 토지에 관해 규정하고 있는데 비해, 북한은 「토지법」을 두어 토지에 관하여 별도로 규정하고 있다.

넷째, 남한은 상사관계에 관한 규율로써 상법을 두고 있는데 비해, 북한민법은 남한의 상법에 해당하는 내용을 포함하여 규정함으로써 민법과 상법의 규제대상을 혼용하여 규제하고 있다.⁷⁰⁾ 다시 말해 북한민법은 상법 및 경제법에 해당하는 분야를 포함한 넓은 내용을 포괄하고 있다.

66) 윤종철, “민사법률관계의 사회정치적성격에 대한 문제”, 「김일성종합대학학보: 역사·법학」, 제43권 2호, 평양, 김일성종합대학출판사, 1997, 43, 46~47면.

67) 上揭論文, 46~47면.

68) 上揭論文, 45면.

69) 「민사법사전」, 평양, 사화안전부출판사, 1997, 230면.

70) 북한은 「사회주의상업법」(1992년 4월 9일 최고인민회의 제9기 3차회의에서 법령 제3호로 승인. 이 법의 全文은 「조선민주주의인민공화국 사회주의상업법」, 평양, 사회과학출판사, 1993, 1~20면.)을 제정하였는데, 그 내용은 명칭이 보여주는 것과는 달리 상행위에 관한 실제적 사법이 아니라 북한의 계획경제하에서 자원과 소비품의 원활한 공급과 배분을 위한 규제법적인 성격을 띠므로써 우리가 이해하는 상법과는 그 성격을 달리하고 있다.

이러한 차이에도 불구하고 남북한 민법의 대비는 전혀 불가능한 것은 아니며, 다음의 측면에서 그 공통점을 찾아볼 수 있다. 북한민법의 편별은 남한민법과 같이 독일식의 편별을 취하고 있다고 할 수 있다.⁷¹⁾ 즉, 북한민법의 편별은 1964년의 구소련의 민법전체계를 답습하고 있는 것으로 결과적으로 독일식의 이른바 판덱텐체계에 의한 것이다. 이는 남한민법이 판덱텐체계를 따르고 있는 만큼 남북한민법의 유사점을 찾아볼 수 있는 부분이다. 또한 남북한의 민법은 그 규제대상면에서 본질적으로 동일한 점을 찾을 수 있으며, 그 규제방법면에서도 공통점을 엿볼 수 있다.

IV. 북한민법에 대한 평가

북한민법에 관한 주요 내용과 특색을 개관하면서 북한이 민법체계를 새로 구성하고 종합적인 성문민법전을 마련한 배경을 북한의 대내외적 환경변화에 대응한 법제정비의 일환에서 찾을 수 있다. 북한민법의 제정시기는 1980년대말 사회주의권의 변혁과 무관하지 않음을 보여준다. 그 모습은 사회주의체제의 붕괴에 따라 북한식의 변화를 모색하지 않으면 안되는 상황에서 체제수호라는 기본목표하에 사회주의체제를 강화하는 한편 세계사적 변혁을 수용하는 차원의 변화인 것이었다. 그러한 변화의 조짐이 법제분야에서 민사관계법의 제정 및 개정을 통해 나타나게 된 것이다.

이런 점에서 다음에 1990년 북한민법의 모습을 간략하게 살펴보고 이를 평가해본다.

첫째, 1990년 북한민법은 북한의 사회적 여건의 변화를 반영한 것이다. 특히 민사법이 민사관계를 규율하는 본질상 북한의 경제관계의 변화는 민법체계의 변화모색이라는 필요성을 제기한 것이었다. 북한은 외부적으로 국제사회의 개방의 요구에 대응하여야 하였으며, 내부적으로 주민의 경제난에 따른 불만을 해소하여야 할 난국에 봉착하게 됨으로써 이를 타개하는 대응책을 마련하여야 하였다. 그것은 경제적 난국을 극복하고 체제유지를 위한 대안마련에 주안을 두었으며 그 일환으로 민법체계의 재편을 시도한 것으로 국제환경변화에 따른 소산물이라고 볼 수 있다.⁷²⁾

둘째, 북한민법은 북한의 경제현실을 반영한 것으로 그 자체로 보아 북한의 변화를 실증하는 한 단면이라 할 수 있다. 그것은 북한의 경제적·사회적 여건이 체제유지와 경제개방이라는 이중적 상황에서 안정적이지 못한 현실을 반영하고 있다. 이런 면에서 비록 북한이 새로운 민법체계를 갖추었다고 하지만 그 내용은 충실적인 수준에 머물고 있다.

셋째, 북한민법은 기존의 사회주의법체제의 측면에서 보면, 일면 구소련민법이론의 틀에서 벗어나는 부분이 보인다는 점에서 그 독창성을 찾을 수 있다. 그러나 전체적인 면에서 사회주의법의 틀에서 벗어나지 못하고 있으며, 민법체계의 본질이 사회주의체제에 입각함으로써 구체적이고 기술적인 민사법체계는 여전히 사회주의법의 범위 내에서 규율되고 있다.

넷째, 북한민법이 종래의 민사관계법 규정과 달리 계획적 계약의 범위를 축소하고 계획에 기초하지 않는 계약, 즉 일반계약의 범위를 확대한 점은 북한경제활동의 변화를 반영하고 변화를 수용하는 차원에서 민사법영역의 확대라는 현실을 대폭 수용하는 조치라고 할 수 있다. 그러나 이것도 사회주의경제원칙에 기초한 북한체제의 한계에 따라 제한적일 수밖에 없다.

71) 다만, 북한민법은 남한민법이 총 5편 1118개조로 이루어진 것과는 대조되는 것으로 매우 적은 조문으로 구성되어 있다.

72) 윤종철, 전개논문, 332면.

제4절 북한의 가족법에 대한 이해와 남북한 가족법

I. 북한 가족법의 의의와 발전

가족법은 일반적으로 사회에서 통용되는 제반 가족법질서를 명시하고 이를 유지하는 것을 목적으로 한다. 이 점에서 가족법관계에 있어서는 사회질서유지를 위한 어느 정도의 정형화된 강제가 필요하게 된다. 이러한 강제는 오랫동안 지속되어온 관습이나 전통적 가치의 범위 내에서 그 틀을 형성하게 된다. 그래서 가족법관계는 강한 보수성을 띠게 마련이며, 근본적으로 그 전통성을 실정법에 의해 한꺼번에 변경시키는 것은 불가능하다.

이런 의미에서 북한의 가족법은 남한의 친족·상속법과 비교할 때, 그 법체계는 달라도 공통적인 요소를 많이 포함하고 있음을 잊볼 수 있다. 즉, 북한의 가족법은 기본적으로 가족과 가족제도를 규율대상으로 함으로써 남한의 친족·상속법의 그것과 큰 차이가 없는 것이다. 다만, 북한 가족법이 사회주의실현을 위한 방편으로서 모든 생활영역에서 전통과의 단절을 그 출발점을 삼음으로써 가족법관계에서 남한의 가족법관계와는 본질적으로 이질적인 요소를 내포하고 있다.

북한의 가족법은 1990년에 비로소 단일법전으로 체계화되었다(1990. 10. 14 채택 : 최고 인민회의 상설회의 결정. 제5호). 이전의 가족관계는 1946년 「북조선남녀평등권에 대한 법령」과 1986년 「민사규정」 등에 의해 규율되었다.⁷³⁾ 가족법의 제정은 공산주의가 완성되면 가족제도가 소멸한다는 종래 마르크스이념에 따라 의도된 당의 정책을 강조하는 가운데 가족제도의 와해를 시도했던 태도에서 벗어나 전통적인 가족제도를 인정함으로써 볼 수 있다. 북한의 「민사규정」은 재산법과 가족법이 함께 입법된 것이었다. 따라서 1990년 가족법은 민법과 가족법이 분리되는 형태로 이루어졌다.

II. 북한 가족법의 구성과 체계

북한 가족법은 모두 6장 54개조분으로 구성되어 있다. 북한 가족법은 그 규제대상을 가족관계에 두고 있다. 인간의 생활관계에서 인격적이고 숙명적인 관계를 규제대상으로 삼고 있는 것이다. 이는 남한에서 재산관계와 가족관계를 민법이라는 하나의 법체계로 규율하고 있는 것과 다른 점이다. 북한에서는 민법의 대상을 “가치법칙과 노동에 의한 분배원칙의 작용을 고려함과 재산적 관계 및 이와 관련된 인격적 관계”⁷⁴⁾라고 규정함으로써 민법의 규제대상을 재산관계나 재산관계와 결부된 인격적 관계를 중요내용으로 하는 것에 국한함으로써 결국 가족관계는 민법의 규제대상이 아니고 그 자체로서 하나의 독립된 법부문을 형성하는 것이라고 하였다.⁷⁵⁾ 이는 북한이 가족법을 민법으로부터 분리시키는 이론적 근거로 제시하고 있다.

73) 家族法 制定 이전의 家族法의 成立과 變遷에 관해서는 崔達坤, “北韓家族法 40年과 그 動向”, 『北韓法律行政論叢』, 第8輯, 전게서, 95~99면.

74) 서창섭, “공화국 민법전의 체계에 대하여”, 『민주사법』, 제5호(평양: 1959), 29면.

75) 이와 관련하여 북한의 한 학자는 “우리나라에 있어서 결혼, 가족관계는 재산관계와 다른 종류의 관계이며 재산관계로 귀착시키 버릴 수 없는 관계이다. 우리 사회에서도 가족관계에 재산관계의 측면이 없지 않으며 일정한 의의를 가지고 있지만 그러나 그것은 가족관계에서 주되는 기본적인 결정적 의미를 결코 가지지 못한다”라고 설명하였다. 조일호, 『조선가족법』(평양: 교육도서출판사, 1958), p.25.

Ⅲ. 북한 가족법의 주요내용

북한은 가족법을 제정하면서 그 기본원칙에 관하여 “결혼에 대한 보호, 가정의 공고화, 행위능력이 없는 공민의 권리와 이익에 대한 보호, 개인재산에 대한 상속권보장, 어린이와 어머니의 이익을 특별히 보호하는 문제들이 포함”⁷⁶⁾된 것이라고 설명한다. 여기서 북한은 종래 민법의 규제대상으로 삼았던 상속관계를 가족법의 규제대상으로 하고 있음을 밝히고 있다. 이는 여타 사회주의가족법이론에 비추어 보아 북한가족법의 특색의 하나이다.⁷⁷⁾

다음에 북한가족법의 주요 내용을 간략하게 살펴본다.

첫째, 북한에서 가족법은 “결혼관계, 부부관계, 자녀의 양육과 교양문제, 가정재산과 관련하여 제기되는 문제”⁷⁸⁾를 규제하는 것이라는 주장을 반영하여 가족법의 정의에 상속관계를 포함하였다(제7조). 과거 북한은 인민정권수립시부터 상속권제도를 자본주의적 착취제도의 일종으로 보아 매국매족적이며 반인민적이라고 하여 폐지했었는데, 이번에 이를 인정한 것이다.⁷⁹⁾ 이는 사회주의가족법의 일반례를 벗어나는 것으로써 재산관계가 생활의 필수적 분야이므로 가정이 재산적으로도 공고화되어야 한다는 주장에 따른 것이다.⁸⁰⁾

둘째, 가족법의 원칙규정으로 남녀평등의 원칙(제17조, 제18조), 어머니와 어린이에 대한 특별한 국가적 보호원칙(제6조), 일부일처제원칙(제8조), 혼인에 대한 보호(제2조 2항)와 가정의 강화(제3조 2항), 행위능력 없는 공민의 권리와 이익의 보호(제4조 2항), 개인재산에 대한 상속권의 보호(제5조) 등을 규정하였다. 여기에 개인의 이익과 국가의 이익, 가정의 이익과 사회의 이익을 유기적으로 결합하는 원칙은 가족법의 임무가 “은 사회를 화목하고 단합된 사회주의대가정으로 되게 하는데”에 있다는 규정(제1조)에서 그 의미를 엿볼 수 있다. 북한은 사회주의사회에서 가정은 사회의 세포이며 사회주의사회는 개개의 가정이 모여 이룩된 하나의 대가정이라고 한다. 그래서 사회의 이익은 가정 및 가정성원의 이익으로 되며, 국가와 사회의 이익은 가정성원들의 헌신적인 노력에 의하여 보장된다고 한다.⁸¹⁾

셋째, 전술하였듯이 북한가족법은 상속제도를 포함하고 있다. 북한이 상속관계를 민법에서 분리하여 가족법에 포함시킨 것은 다음의 가족법이론에서 그 이유를 찾을 수 있다. 북한은 가족법이 가정을 재산적으로도 공고화하는데 이바지하여야 한다고 주장하는데, 그 이유로서 재산관계는 생활의 필수적 분야이므로 가정이 재산적으로도 공고화되어야 하며, 재산적 공고화가 실현되어야 가정의 공고화가 원만하게 이루어질수 있다는 점에서 사회주의가정의 강화를 들고 있다. 다시 말해 사회주의하에서 상속재산은 생활필수품이

76) 『민주조선』, 1991년 5월 23일, 2면.

77) 예컨대 구소련에서는 상속관계를 민법의 규제대상으로 파악하여 민법 제7편에서 규정하였으며, 중국은 혼인법 제18조에서 상속권에 관한 총칙적 규정만을 두고 상속법을 별도로 규정하고 있다. 이에 관해서는 『東아시아 家族法制』(法務部, 1996), 271면.

78) 리송녀, “공화국가족법은 가정을 공고화하고 혁명화하는 무기”, 『법학논문집』(평양: 과학백과사전출판사, 1990), 139면; 申榮鎬, “北韓家族法の制定과 그 特色”, 전계논문, 123면.

79) 종래 北韓에서 家族法の 規制는 人格的 側面이 주된 意義를 가지며, 財産的 側面은 副次的인 義에 불과하다는 주장에 따라 그 規律對象에서 相續關係를 배제하였다. 『북한 가족법과 가정 실태』, 전게서, 84~89면; 『北韓法の 體系的 考察(I)』, 전게서, 440~450면.

80) 舊蘇聯에서는 相續을 財産取得의 한 類型으로 간주하여 民法에 규정(제7편)하였으며, 中國도 婚姻法에서 단지 夫婦 및 父母와 子女 사이에 相續權이 있다고 규정(제18조)하고 相續法을 별도로 제정하였다. 申榮鎬, “北韓家族法の制定과 그 特色”, 전계논문, 123면; 리송녀, 전계논문, 169면.

81) 리송녀, 상계논문, 142면; 申榮鎬, 상계논문, 124~126면.

제한되며, 상속은 사회의 세포인 가정을 재산적으로 공고히 하며 가정성원들이 생활을 안정시키고 향상시키는데 이바지하여야 한다는 것이다.⁸²⁾

넷째, 비록 사회주의법으로서 구소련의 가족법리론의 영향을 받았지만, 광범위한 급혼 범위규정(제10조), 부부별성주의(제17조), 광범위한 친족부양 및 가족부양의 의무부여(제19조, 제35조~제37조) 등의 규정들은 전통적인 가족제도를 반영한 예이다. 이는 북한의 사회주의법리론에서의 독자성추구와 남한과의 전통적 가족제도에 입각한 민족성의 제도적 공통점을 엿볼 수 있는 부분이다.⁸³⁾

IV. 남북한 가족법의 비교

북한의 가족법은 남한의 민법상 가족법규에 비해 7분의 1에 불과한 규정으로 되어 있으므로 양자를 비교하기에는 북한의 규정이 미흡하다. 더욱이 남북한 가족법의 명문규정만을 단순비교하는 것은 남북한이 사용하는 용어가 그 표현이 동일하다 할 지라도 그 개념과 의미가 다르게 사용된다는 점에서 다소 무리이지만, 북한가족법의 이해라는 측면에서 다음의 몇가지 면에서 양자의 차이점을 간략하게 살펴본다.

첫째, '가족'에 관한 개념상 차이이다. 남한은 호적제도를 근간으로 하여 동일호적에 등재되어 있는 '관념적인 구성원'을 가족이라고 정의하고, 이른바 '가' 사상을 내포하고 있다. 그리하여 남한민법은 "호주와 배우자, 혈족과 그 배우자, 기타 본법에 의하여 그 가에 입적한 자는 가족이 된다"(제779조)고 규정하고, 가족은 실제생활의 동거·별거와는 관련이 없이 구성되고 있다. 이에 비해 북한에서는 호적제도를 폐지함에 따라 '현실적인 생활공동체의 구성원'을 가정이라고 한다. 북한의 가정을 남한의 가족의 개념과 대조하여 사용하기는 하지만 엄격한 의미에서 양자는 동일하지 않다. 북한에는 압한의 가족이라는 개념을 찾을 수 없으며, 가정의 구성원은 부부, 친자를 중심으로 경우에 따라서 형제자매, 조손 또는 그밖의 친척 등이 포함된다.

둘째, 친족에 관한 정의의 차이이다. 남한 민법은 친족을 배우자, 혈족 및 인척이라고 하고(제767조) 친족적 법률효과가 미치는 범위는 양성의 평등원칙에 입각하여 부계·모계를 불문하고 8촌 이내의 혈족, 4촌 이내의 인척 및 배우자라고 한다(제777조). 이에 비해 북한은 친족에 관한 규정을 두지 않고 있다. 친족으로서의 혈족이나 인척을 부정하지 않으나 자연적인 혈족의 문제에서 나아가 그 친계의 파악이 문제이다. 친족으로서의 법정 효과는 부계 8촌, 모계 4촌으로 하고, 법정혈족에는 친양자관계와 함께 친계자관계도 포함시키고 있다(제29조).

셋째, 혼인에 관한 비교이다. 남한에서 혼인의 성립은 호적법에서 정하는 신고에 의해 이루어지며, 호적공무원은 형식적 심사권만을 가진다(민법 제812~814조). 그리고 당사자 합의, 혼인적령(남 18세, 여 16세), 부모 동의, 동성동본 혈족 또는 일정한 근친자배제, 중혼 부정 등의 실질적 요건이 있으며, 요건 위반시 혼인무효의 경우를 축소하고 있다. 이에 비해 북한은 결혼등록을 하지 않고 부부생활을 할 수 없다(제11조 단서)고 규정하고, 당사자 합의, 혼인적령(남 19세, 여 17세), 8촌 내의 혈족, 4촌내의 인척간 혼인금지, 중혼 부정(제8조) 등의 실질적 요건을 들고, 이를 위반시 모두 혼인무효이며 재판상 무효로 다루어지게 되어(제13조) 혼인무효의 범위가 넓다.

82) 『東아시아 家族法制』, 전개서, 271~272면.

83) 崔達坤, "北韓家族法 40年과 그 動向", 전개논문, 127~128면.

넷째, 이혼에 관한 사항으로 남북한은 모두 혼인의자유와 함께 이혼의 자유도 보장하고 있으며, 형식적인 파탄주의를 취하고 있는점에서 공통적이다. 그러나 남한은 협의이혼제와 재판이혼제를 병행하면서 혼인질서의 문란방지를 위해 협의이혼의 경우 엄격한 절차(가정법원의 확인)를 거치도록 하고 있는데 비해, 북한은 1956년 협의이혼제를 폐지하고 재판이혼제만을 인정하고 있다.

다섯째, 친자에 관한 사항으로 여기에는 친생추정, 인지제도, 양자제도, 친권등에 관련된 내용이다. 먼저 친생추정에 관하여 남한민법은 철저한 혈연진실주의에 입각한 상세한 규정을 두고 있는 데에 비해(제 844조), 북한은 출생주의에 입각하여 친자관계를 혼인관계의 효과로 보지 않으며 혼중자와 혼외자의 구분을 하지 않고 있다. 인지제도의 경우 혼외자에 대하여 남북한은 임의인지와 강제인지를 모두 인정하고 있지만, 남한은 임의인지의 경우가 대부분이고 북한은 강제인지가 주를 이루고 있다. 양자제도에 관해서 남한은 자를 위한 양자제는 폐지되고 부모를 위한 양자제도도 퇴화하는 과정에서 자를 위한 양자제를 지향하는 가운데 계약형의 불완전양자제도의 전통이 유지되고 있어 상대적인 파양제도가 인정되고 있는데 비해, 전통성을 배격한 복지형의 완전양자제도를 채택하고 있으며(가족법 제30조) 파양도 인정된다. 그리고 친권에 관한 규정에 있어서 남북한은 친군자의 자의보호·교양의무에 관한 기본적인 내용은 동일하지만, 남한민법은 친권의 내용이 모두 자의 복리증진을 위하여 행사되어야 함을 위주로 하고 있는데 비해(제931조), 북한의 경우 친권의 내용이나 행사는 국가사업의 일환으로 인식되어 있다(가족법 제27조, 제28조).

여섯째, 부양제도에 관하여 남북한은 대가족제도의 전통에 연유하여 공통점을 찾을 수 있다. 부양의무는 일정한 친족관계에 기초한 가복법상의 의무로서 그 내용은 경제적인 지급을 주로 하고 있다. 남한민법은 직계혈족 및 그 배우자간, 기타 생계를 같이하는 경우의 친족간(제777조) 부양의무가 있다고 하고 비교적 넓은 범위의 부양의무를 규정하고 있다(제975조). 북한의 가복법도 조부모·손자녀간(제35조), 형제자매간(제36조), 미성년자나 노동능력이 없는 자의 가족성원(제37조)의 부양의무를 규정하고 '건강에 대한 보살핌', '사랑', '존경' 등의 표현에서 보듯이 비물질적 부양을 강조하고 있다.

일곱째, 상속제도에 관하여 남북한은 법정상속과 유언상속제도를 병행하고 형식상 재산상속에만 한정하여 규정하고 있다는 것에 공통점이 있다. 그러나 남북한은 경제제도상 자본주의 원칙과 사회주의원칙상 차이로 말미암아 재산상속의내용, 상속인의 범위 및 순위 등에서 큰 차이점이 있다. 북한의 경우 모든 상속관계는 상속개시일로부터 6개월 이내에 처리되어야 하며, 그렇지 않을 경우 그 재산은 국고에 귀속되도록 하고 있다(가족법 제52조).

제5절 북한의 상사법제 및 대외경제법제의 이해

I. 북한 상사법제 및 대외경제법제의 발전

자본주의의 관점에서 일반적으로 상사법의 존재유무는 상인의 영업활동의 인정여부로 판단된다. 북한도 정권초기에는 개인상인·회사·상업등기 등의 제도들을 인정하고 있었다.⁸⁴⁾ 북한의 1948년 헌법은 중소 상업기관에 대한 개인소유의 법적 보장(제8조) 및

84) 예컨대 상업국임시행정조치요강(1945. 12. 29), 산업 및 상업발전에 관한 법령(1946. 11. 25), 상법기관에 관한 명령(1946. 11. 25) 등의 규정은 그 사실을 증명하고 있다. 「北韓法の體系的考察(Ⅲ) - 商事·經濟, 勞動關係法 -」, 法務部, 1997, 39~40면.

공민의 중소기업 또는 상업의 자유경영을 인정(제19조)하고 있었다. 그러나 1972년 헌법은 이러한 규정들을 삭제하였다.

북한에서는 노동에 의하지 않는 모든 소득을 중간이윤에 의한 부당이득으로 보고 있는 상황에서 상행위라는 개념을 찾기 어려웠다. 당연히 상법으로서의 상법이 성립될 여지는 봉쇄되어 있었다. 법제면에서 북한정권수립 후 상법전의 제정은 없었으며, 초기 단편법령에 의해 상사관련규정들이 있었지만, 그 법령들은 북한의 사회주의경제체제의 원리상 그 효력은 상실될 수밖에 없었다.

현재도 북한은 사회주의적 소유제를 원칙으로 삼고 있다. 북한헌법은 생산수단의 국가와 사회협동단체소유원칙을 규정하고 제한적 범위에서 개인소유를 인정하고,⁸⁵⁾ 1990년 북한민법은 생산수단의 사회주의적 소유와 인민경제의 계획적 관리운영에 의한 사회주의 경제체도를 규정하고(제32조), 그 소유형태를 국가소유권, 협동단체소유권, 개인소유권으로 규정하고 있다(제37조). 특히 개인소유에 대하여 “근로자들의 개인적이며 소비적인 목적을 위한 소유이다. 개인소유는 노동에 의한 사회주의분배, 국가 및 사회의 추가적 혜택, 터발경리를 비롯한 사회주의부업경리에서 나오는 생산물, 공민이 샀거나 상속증여받은 재산, 그 밖의 법적 근거에 의하여 생겨난 재산으로 이루어진다”(제58조)고 규정하였다. 이 점에 있어 북한의 1998년 헌법은 북한민법의 개인소유부분의 규정에 따라 개인소유에 관한 규정을 개정하였다(제24조)

북한법분야에서 상사법의 존재여부를 판단하는데 있어서 입장에 따라 차이가 있을 수 있다. 형식적인 상법전의 존재여부만을 두고 볼 때, 북한에는 남한에서와 같은 독립된 상법전을 가지고 있지 않다. 따라서 북한은 상법이 규정하지 않음으로써 발생하는 법적 문제를 민법에 규정함으로써 그 흠결을 해결하고 있다. 형식적 법규정과 관련하여 북한의 상법의 존재여부를 판단하는 데에 있어 북한법분야에서의 상법분야의 인정여부에 대한 견해는 달리 나타나고 있다.⁸⁶⁾ 상거래가 제한적으로 인정되고 있는 북한에서 상법은 독립적으로 존재하지 않고 있다. 북한의 경우 남한의 상법에서 규율하는 내용이 민법에 규정되어 있어⁸⁷⁾ 남한에서의 상법과 같은 의미의 독자적인 상법체계는 갖추고 있지 않다. 기본적으로 자본주의를 부정하는 사회주의경제체제하에 있는 북한에서 자본주의적 원리의 토대 위에 있는 상법의 영역을 인정하는 것은 불가능한 것이다.

다만, 최근 북한의 법제양상을 보면, 북한의 상사관계에 관한 변화의 모습을 엿볼 수 있다. 특히 기업(회사)에 관한 영역에서는 대외무역과 관련하여 북한은 1992년 헌법에서 북한영역 내에서 외국인의 합법적 권익을 보장하고(제16조), 북한의 기관·기업소·단체와

85) 이에 관하여 북한은 1998년 헌법개정에 의해 생산수단의 소유에서 협동단체의 소유를 사회·협동단체의 소유로 개정하였다. 1998년 개정헌법은 소유제와 관련하여 국가소유의 범위를 축소하고 사회협동단체의 소유 및 개인소유의 범위를 확대하여 북한경제의 현실변화를 반영하고 있다. 북한의 1998년헌법상 경제조항의 변화내용에 관해서는 장명봉, “북한개정헌법(1998. 9. 5)의 경제조항변화의 고찰”, 『統一經濟』, 1998년 10월호, 現代經濟研究院, 1998, 40~54면.

86) 그 한 견해는 북한민법에 운송계약 및 보험계약, 상사에 관한 법률관계를 포함하고 있으므로 민법이 상법 및 경제법의 기능을 하게 되므로 독자적인 상법분야는 없다고 보는 견해<崔達坤, “북한법의 체계와 법원”, 『북한법령집』, 제1권, 대륙연구소, 1990, 15면>이고, 다른 견해는 북한법제상 ‘상업’이라는 용어가 들어간 이상 상법영역의 존재를 인정하여야 한다는 견해<崔鍾庫, “北韓法の 構造와 思想”, 『北韓研究』, 제1권 4호, 大陸研究所, 1990, 36면>가 있다.

87) 북한민법은 제2조에서 “기관, 기업소, 단체, 공민들 사이에 서로 같은 지위에서 이루어지는 재산관계를 규제한다”고 규정하고, 제11조에서 “민사법률관계의 당사자로는 독립적인 경비예산이나 독립채산제로 운영하는 기관, 기업소, 단체와 공민 그리고 법적으로 등록된 합영회사가 된다”고 하여 상업활동에서의 계약관계에 민법이 적용됨을 명시하고 있다.

외국법인 또는 개인과의 기업 합영과 합작의 장려조항(제37조)을 신설하였으며, 1998년 헌법에서 '특수경제지대'에서의 기업창설운영을 장려하는 대목을 추가하였다(제37조). 이러한 헌법적 근거에 따라 북한에서 대외경제개방법제 및 외국인투자법제가 제정되어 외국의 자본과 기술의 도입을 위한 제도적 준비가 이루어지게 되었다. 여기서 북한의 대외경제개방 및 외국인투자법제는 상사법에 속하는 내용을 포함하고 있으며, 이 법제들은 체계적이고 독립적인 상법은 아니지만 그 내용상 상사법의 영역을 구성하고 있다. 따라서 북한의 대외경제개방 및 외국인투자법제를 통해 북한의 상사법의 현실을 살펴볼 수 있다.

II. 북한 상사법제의 특징과 변화

북한의 상사법제의 특징은 북한의 경제체제의 특징 및 원칙과의 연장선상에서 파악할 수 있으나 현실적으로 북한의 경제현실의 변화는 새로운 관점에서의 분석을 필요로 한다. 이에 기초하여 다음에 북한 상사법제의 원칙에 관하여 언급한다.

첫째, 사회주의계획경제의 원칙에 입각하고 있다. 사회주의 계획경제는 생산수단의 국유화 또는 사회화를 말하는 것으로 중앙·지방정부가 사회적 생산물의 생산·분배 및 소비 대부분을 단일국가계획에 의해서 결정하는 경제체제를 의미한다. 전술하였듯이 북한은 정권초기 개인상공업을 허용하고 있었으나 1958년경부터 이른바 사회주의단계로의 진입이라는 북한 스스로의 평가에 따라 국유화 내지 사회주의적 소유제도의 도입과 함께 개인상공업의 영역은 부정되었다. 그러나 현시점에서 북한에서 생산수단의 소유가 국가와 사회·협동단체로 확대되고, 국가소유의 대상과 범위의 축소에 따른 사회·협동단체 및 개인의 소유대상 및 범위가 확대된 만큼 이들 영역에서의 상사관계의 범위는 확대될 것이고 이를 규율하게 되는 법제도 발전할 것임을 예상할 수 있다. 종래 사회주의국가에서 모든 경제활동에 대한 통제를 하고 이를 위한 수단으로서 법의 기능은 국가의 경제조직적 역할을 뒷받침하는 것이었는데, 북한에서 경제영역에서 제한적이거나 자율원칙과 자본주의원리가 도입되고 있는 현실에서 그 변화의 일면을 찾아볼 수 있다.

둘째, 공법과 사법의 구별이 부인되고 있다는 점이다. 기본적으로 사회주의국가들은 생산수단의 사적 소유가 사회에 있어서 모든 갈등과 모순의 온상이고 자본주의적 폐단의 근본원인이라고 주장해왔으며, 이에 따라 생산수단을 국유화하였다. 결국 생산수단의 사유화가 부정되는 사회에서 공법과 사법의 구분은 무의미하게 된다. 사회주의체제인 북한도 이러한 원리에 의해 공법과 사법의 구별을 부인하였으며, 사법의 대표적인 형태인 민법에 대해서도 공법적 성질을 갖는 것으로 이해되어 왔다. 예컨대 계약이 재산거래관계를 형성하기 위한 권리주체간의 법률행위라는 개념을 이해되기 보다 국가경제계획을 집행하기 위한 하나의 수단 내지 절차로 이해되고 있다. 또한 노동에 의하지 않는 모든 소득을 중간이윤에 의한 부당이득으로 보고 있는 북한에서 상행위라는 개념을 찾을 수 없게 된다. 이러한 논의에 따르면 사법으로서의 상법은 성립될 여지가 없게 된다.⁸⁸⁾

셋째, 영리성이 부정된다는 점이다. 상행위란 개념이 원천적으로 부정되는 북한에서 영리성의 추구란 있을 수 없다. 그 예로써 북한민법은 "산 물건을 더 비싸게 되거리⁸⁹⁾하는 것을 금지"(제155조)하고 있다. 그러나 이러한 원칙은 북한의 경제현실의 변화에 따라

88) 「北韓法の體系的考察(I)」, 법무부, 1992, 10면.

89) 북한에서 이를 어떤 상품을 사서는 다른 사람에게 다시 비싸게 팔아 넘기는 일이라고 한다. 「조선말대사전 1」, 평양, 사회과학출판사, 1992, 902면.

예외가 인정되고 있다. 북한은 심각한 경제난을 극복하기 위하여 대내외적인 대응책을 마련하고 있는데, 대내경제면에서 독립채산제 및 분조경영제의 실시, 농민시장의 허용, 터발정리의 인정 등은 자본주의에서의 인센티브제를 반영하는 것으로 기존의 영리성의 배제라는 개념과는 차이를 보이고 있다. 이와 관련하여 1998년 개정헌법은 독립채산제와 '원가·가격·수익성'이라는 개념을 헌법에 규정함으로써(제33조) 자본주의적 원리를 가미하고 있다. 이런 점은 북한경제의 변화와 관련하여 주목되는 내용이라 할 수 있다.

더욱이 북한의 대외경제개방법제는 기본적으로 서방 자본주의국가의 자본과 기술을 도입하기 위한 목적으로 제정된 것으로 그 내용은 자본주의경제원리에 입각하고 있다. 이에 북한에서 합영회사, 합자회사, 외국인투자기업 등의 설립은 법에 의해 가능하고, 이러한 기업설립은 금융분야에도 인정되고 있는 실정이다. 북한은 대외경제개방을 제한적인 범위 안에서 진행하려고 하고 있으나 그 성과에 따라서는 북한경제의 전반에 영향을 미치게 될 것이다. 이 점은 중국의 경제개혁의 과정에 비추어 짐작할 수 있다.

Ⅲ. 북한 상사법의 분석 : 남한상법과의 비교

1. 개 관

북한의 상사법을 남한의 상법상 내용과 비교하여 볼 때, 이를 상대적으로 분석하기는 어렵다. 전술하였듯이 북한 상사법의 원칙이 남한의 그것과는 다르며 북한의 상사법의 내용은 개별법제에 혼재하고 있기 때문이다. 북한에서 상사에 관한 법제는 대부분이 개인상공업이 허용되던 정권초기에 제정되었던 것이었다. 이에 비해 1992년에 제정된 「사회주의상업법」은 그 명칭에 '상업'이란 용어를 사용하였으나 명칭과는 달리 국가의 계획경제에 의한 물품 및 용역의 공급을 규율하는 경제법으로서 거래당사자간의 권리의무관계에 관한 규정은 찾아보기 어렵다. 최근 북한은 대외경제개방정책의 추진과 함께 외국인투자법제를 정비하면서 제한적이나마 상법상 개념을 도입하거나 부활시키고 있음을 알 수 있다.

다음에 남한에서의 상법상 일반개념에 비추어 북한의 상사에 관한 일반사항을 살펴본다.⁹⁰⁾

첫째, 상업의 주체에 대한 사항이다. 먼저 북한에서는 상인의 개념에 관해서는 사회주의원리에 의해 부정되고 있다. 북한에서 상인은 "상업적 리득을 얻으려고 장사하는 계층. 장사꾼"이라고 그 개념을 정의하고, "상품의 생산과 소비를 연결시키는 상업활동을 진행하며 자신의 생활을 보장한다"고 하고, "상인의 활동에 의해서는 아무런 사회의 물질적 부도 창조되지 않는다"고 하고, "그들이 얻는 리득은 직업적 생산자들이 창조한 가치의 일부에 지나지 않는다"고 설명하고 있다.⁹¹⁾ 북한에서 상인이라는 용어는 1950년대의 법령에서 찾아볼 수 있었으나 그 이후의 법령에서는 발견되지 않았다. 그래서 북한법에서 개인과 구별되는 상인이라는 개념은 존재하지 않으며, 따라서 남한에서와 같이 개인간의

90) 이에 관해서는 「北韓法の體系的考察(Ⅲ)」, 前掲書, 49~53면.

91) 그러면서 북한에서 상인은 노동계급이 정권을 잡은 다음 과도기의 첫 시기에는 일정한 기간 남아있게 되지만, 사회주의혁명의 완수와 함께 비로소 완전히 없어지게 된다고 하고, 북한에서는 광복후 민주건설시기 예측자본가이며 친일주구였던 상인들을 청산하였으며 이에 해당되지 않은 중소상인들에 대해서는 자유로운 발전의 길을 열어 주었으며, 사회주의혁명시기에 이르러서는 협동경영에 당라시키 '사회주의적 근로자'로 개조하였다고 한다. 「민사법사전」(평양: 사회안전부출판사, 1997), 367면.

거래관계를 규율하는 법으로서 민법과 구별되는 상법의 존재를 확인하기 어려운 실정에 있다.⁹²⁾ 그러나 현재 북한이 추진하고 있는 대외경제개방과 관련하여 서방의 자본과 기술을 도입하고 외자를 유치하기 위한 필요에 따라 설립되는 합영회사 등을 인정하는 외국인 투자법제에서는 상법의 개념을 인정하고 있는 것이라 할 수 있다. 이 점에서 북한 민법에 의하면, 남한의 상거래에 해당하는 것은 원칙적으로 독립적인 경비예산이나 독립채산제로 운용되는 기관·기업소·단체가 주체가 되고, 예외적으로 합영회사가 상거래 당사자로 인정된다(제11조). 아울러 이들은 해당 국가기관에 등록된 때로부터 민사권리능력(법인격)과 민사행위능력을 가지게 된다(동법 제12조). 다음 상업의 허가에 관해서는 북한에서 1958년 이후 개인상공업이 금지된 이후 과거의 상업에 관한 규정들은 무효화되어왔다.

둘째, 상호에 관해서는 현재 직접 상호권을 규정하는 법령은 없다. 그러나 1996년 2월 14일 정무원결정에 의해 제정된 「외국인투자기업명칭제정규정」은 외국인투자기업의 명칭에 관하여 규정함으로써 북한에서도 상호권을 인정하는 법적 근거를 마련하고 있음을 알 수 있다.

셋째, 상업등기에 관해서 직접적인 규정은 찾아보기 어려우나, 외국인투자법제와 관련하여 개별법령에서 합영기업 또는 외국기업의 등록제도(「외국인투자기업 등록규정」, 「자유경제무역지대 외국인투자기업 공인조각 및 등록규정」 등)를 통해 그 유사성을 찾아볼 수 있다.

2. 남한의 상법과의 비교

북한의 상사법제를 남한의 상법상 개념 및 제도와 비교함으로써 그 실정을 살펴본다.

(1) 상행위법

북한에서 상행위의 개념규정 및 상행위일반에 관한 직접규정이 존재하지 않으며 별도의 개별적 상행위에 관한 규정도 찾아볼 수 없다. 다만, 경우에 따라 그에 해당하는 규정은 민법에 포함되어 있음을 알 수 있다. 즉, 상행위에 해당하는 계약에 관한 규정을 민법에서 찾을 수 있는데, 이에 의하면 계약의 종류는 한정되어 있으며 그 내용도 미비한 수준이다.

일반적으로 상행위의 개념은 상인개념과 함께 상법상 적용범위를 밝히는 데에 의의를 두고 있다. 그래서 남한상법은 제46조에 열거하는 행위를 영업으로 하는 경우 상행위가 되며 이에 대해 상법을 적용하게 된다. 또한 자기명의로 상행위를 하는 자를 상인으로 한다. 그러나 북한에서는 상인개념이 인정되지 않고 이윤추구를 목적을 하는 영업이 인정되지 않기 때문에 상행위의 본질적 내용에 해당하는 개념은 존재할 수 없다. 다만, 상행위에 해당하는 거래행위는 다른 일반거래와 함께 민법에서 규정하고 있거나 일부 경제특별법령에 의하여 규율되고 있다.

아래에서는 북한법상 개별적 상행위에 관하여 남한 상법상 상인 및 회사와 비교되는 기관·기업소·단체를 중심으로 이루어지는 각각의 거래관계에 관한 해당법령과 연관하여 언급한다.

92) 북한은 사회주의계획경제체제하에서 개인상인을 인정하지 않으며, 개별법령에서 기업소등이 상품판매등 상업활동을 한다고 되어 있으나, 이는 이윤추구를 본질로 하는 시장경제체제하에서의 경제주체와는 성격이 다른 것이다.

첫째, 북한에서는 매매에 관한 계약으로 매매계약과 공급계약이 인정된다. 전자는 한편 당사자가 상대방의 소유 또는 관리하에 넘겨줄 의무를 지며, 상대방 당사자는 그 물건을 받고 그에 해당하는 값을 물 의무를 지는 계약이라고 한다.⁹³⁾ 후자는 국가의 물자배정 계획에 기초하여 한편 당사자(공급자)가 약정된 조건에 맞게 제품을 상대방에 공급할 의무를 지며 상대방 당사자(수요자)는 그 제품을 받고 대금을 제때에 물 의무를 지는 사회주의적 기관·기업소들 사이에 체결되는 계약이라고 한다.⁹⁴⁾

둘째, 운송법에 관해서 북한법은 운송계약을 수송계약이라고 하는데, 이 계약은 한편 당사자(수송인)가 짐 또는 여객을 일정한 장소까지 실어다 줄 의무를 지고 다른 편 당사자(짐을 보내는 사람 또는 여객)가 그에 대하여 미리 정한 운임을 지불할 의무를 지는 것을 말한다. 북한에서는 중요 운수수단들이 국가 또는 협동단체의 소유로 되어 있기 때문에 수송인은 언제나 국가 또는 협동단체 수송기관이 된다. 한편 짐을 보내는 사람은 기관·기업소·단체이거나 개별적 공민이 될 수 있다. 여기서 북한의 1998년 헌법개정을 통해 국가소유의 대상에서 '교통·운수' 부문을 '철도·항공운수'로 한정함으로써(제21조) 이외의 도로 및 해상운수 부문이 국가소유대상에서 배제되었다는 점을 볼 수 있다. 이에 따라 도로 및 해상운수 분야에서 건설 및 운영사업에 외국인 또는 외국기업의 진출을 가능하게 하는 근거를 마련하였다고 볼 수 있다. 이는 육운 및 해운관련 사업에 대해 외국기업이 진출할 수 있는 길을 연 셈으로 북한의 경제개방을 위한 진일보한 면을 엿볼 수 있는 부분이다. 북한에서 수송계약은 수송수단의 종류에 따라 철도수송계약·자동차수송계약·해상수송계약·강하수송계약 및 항공수송계약으로 구분되며,⁹⁵⁾ 수송대상에 따라 화물수송계약⁹⁶⁾과 여객수송계약⁹⁷⁾으로 나뉘어진다.

셋째, 창고업에 관하여 북한민법은 '보관계약'에 관하여 규정하고 있다(제166조~제176조). 이에 의하면, 공민간의 보관계약은 무상으로 개인이 다른 개인을 상대로 창고사업을 할 수 없도록 되어 있다(제167조2분). 따라서 보관료를 받는 보관사업의 주체는 기관·기업소·단체와 같은 경제 주체가 되어야 한다. 예컨대 1950년의 「창고사업에관한규정」⁹⁸⁾에 의하면 '교통성 룽운관리국 산하 룽운사업소'와 같은 기관이 창고업의 사업주체가 될 수 있었다.

넷째, 공중접객업에 관하여 북한민법상 규정을 유추하여 살펴볼 수 있다. 남한의 상법은 공중접객업에 관하여 공중의 집래에 적합한 물적·인적 설비를 갖추어 이 시설의 이용에 의한 거래를 영업으로 하는 것이라고 하고(제151조), 공중접객업자의 손해배상책임에 관하여 규정하고 있다. 이에 비해 북한은 공중접객업자의 손해배상책임에 관한 특별규정을 두고 있지 않으며 각 사안마다 개별단속법규를 두고 있었다.⁹⁹⁾ 다만, 북한민법은

93) 「법학사전」, 평양, 사회과학출판사, 1971, 261면.

94) 상계 사전, 30면.

95) 북한의 수송체계는 철도수송을 중심으로 이루어지고 있으며, 도로수송과 하천 및 해상수송은 철도수송의 보조적 역할을 담당하고 있는 실정이다. 이를 보면, 화물수송은 전체 물동량의 90%를 담당하고 있으며, 도로와 해운은 각각 7%와 5%를 담당하고, 여객수송의 경우 철도가 62%, 도로가 37%, 해운은 1% 미만으로 알려져 있다. 「北韓總覽(1983~1993)」, 북한연구소, 1994, 441면.

96) 북한민법 제125조~제133조.

97) 북한민법 제194조~제196조.

98) 1950년 4월 29일 교통성 규칙 제9호로 제정되었는데, 현시점에서 이 규정의 효력유무에 관해서는 확인되지 않고 있다. 「北韓法の體系的考察(Ⅲ)」, 前掲書, 61~62면.

99) 예컨대 「여관영업단속규칙」·「음식점영업단속규칙」·「목욕탕영업단속규칙」·「이발사영업단속규칙」(1946. 6. 4. 보건국 지령 임시인민위원회 위원장 김일성 비준) 등을 들 수 있는데, 이 법규가 현재 시행되는지의 여부는 확인되지 않고 있다.

“려관, 극장, 회관과 같이 업무수행과 관련하여 물건을 맡아 보관하는 기관은 보관한 물건이 없어졌거나 손상된데 대하여 책임진다”(제171조)고 규정하여 공중접객업자의 손해배상책임에 관하여 남한상법과 유사한 규정을 두고 있다.

(2) 회사법

북한에서는 원칙적으로 “독립적인 경비예산이나 독립채산제로 운영하는 기관, 기업소, 단체”를 법인으로 인정함으로써(북한민법 제11조제1문) 공민 외에 기관·기업소·단체와 같은 법인에만 재산관계의 권리주체를 인정하고 있다. 이에 의해 북한에서는 사법인이 존재할 수 없게 된다. 그러나 북한에서 예외적으로 사법인을 인정하고 있다. 즉, 외국인투자 및 대외경제개방방법제로서 「합영법」 및 「외국인투자법」, 「외국인기업법」, 「합작법」 등에 의한 합영기업, 합작기업, 외국인기업 등은 사법인으로서 회사에 해당한다.¹⁰⁰⁾

북한의 외국인투자법에 의한 합영회사 등의 기업은 그 설립근거를 달리하고 있지만, 남한상법상 회사에 해당하는 법적 성격을 가지고 있다. 즉, 외국인투자기업을 비롯한 경제활동을 주목적으로 하는 기관·기업소·단체는 남한법상 회사기업과 비교될 수 있는 회사의 형태를 띠고 그 지위를 법적으로 보장받고 있다. 종래 북한에서 사회주의원리에 입각한 목적상 사회주의 경제계획을 달성하는데 있어서는 남한에서와 같은 영리를 목적으로 하는 회사의 개념을 찾을 수 없다. 그러나 북한이 대외경제개방정책을 도모하면서 북한에서도 회사의 개념과 지위를 인정하고 있다. 현재 북한에서 회사는 대외무역 및 경제협력상 필요에 의해 예외적으로 인정되는 경우가 대부분이며 제한적인 범위 내에서 인정되고 있다. 그럼에도 불구하고 북한의 외국인투자기업에 관한 법은 북한의 회사법영역을 이루는 기초법제로서의 의미를 지니는 것으로 법체면에서도 그 의의를 부여할 수 있다.¹⁰¹⁾

북한은 회사에 관하여 “영리를 목적으로 하는 기업형태인 동시에 사단법인”이라고 정의하고, “두이상의 기업 또는 기업가들의 결합은 설립과 존속의 필수적 조건”이며 “법적으로 회사임을 인정받을 때만이 회사로서의 합법적 지위를 차지할 수 있다”고 설명한다.¹⁰²⁾ 그리고 “회사는 원래 자본주의적 기업의 전형적인 형태”이지만 “사회주의사회에서 일련의 회사를 조직하는 것은 대외경제관계에서 자본주의나라회사들과 평등한 법적 지위를 보장”하기 위해서라고 설명하면서 북한에서 회사는 유한책임회사이며 합영법과 합작법에 따라 조직운영된다고 밝히고 있다.¹⁰³⁾ 이를 보면, 북한도 자본주의국가에서와 같은 회사의 법적 형태를 인정하고 있음을 알 수 있다. 아울러 북한은 회사법을 “회사의 조직과 활동, 해산등과 관련한 관계를 규제한 법”이라고 하고, 북한에서 회사와 관련한 문제를 합영법·합작법에서 규정하고 있다고 한다.¹⁰⁴⁾

(3) 은행법 및 보험법

북한은 은행에 관하여 “자금의 융통업무를 전문으로 맡아 수행하는 금융기관”으로서 “상품화폐관계의 발생과 관련하여 화폐자금의 융통을 전문화하는 기관으로 발생발전하였다”

100) 북한민법은 합영회사의 법인격을 인정하고 있으며(제11조제2문), 1992년헌법은 북한의 기관·기업소·단체와 외국법인 또는 외국인과의 합영과 합작의 장려조항(제37조)을 신설하였다.

101) 이에 관한 상론은 「北韓法の體系的考察(Ⅲ)」, 前掲書, 70~76면.

102) 「민사법사전」, 前掲 辭典, 708면.

103) 上掲 辭典, 709면.

104) 上掲 辭典, 709~710면.

고 설명한다.¹⁰⁵⁾ 북한에서 현재 금융기관으로는 조선중앙은행을 정점으로 하여 무역외환 전문은행¹⁰⁶⁾과 저축전문기관¹⁰⁷⁾으로 구성되는 단일은행제도가 기본적으로 유지되고 있으며, 합영은행¹⁰⁸⁾과 대외보험거래를 취급하는 조선국제보험회사 등이 있는 것으로 알려져 있다.

북한에서는 은행이 인민경제계획을 재정적으로 보장하며 나라살림살이를 근로인민대중의 요구와 이익에 맞게 알뜰히 꾸려나가도록 하는데 그 목적이 있는데 비해, 자본주의사회의 은행은 자본주의적 상품유통의 기초 위에서 발생한 경리기관으로서 다른 기업과 마찬가지로 근로자들에 대한 착취의 도구라고 비교하고 있다.¹⁰⁹⁾

북한에서 은행계약은 자금계약(예금계약)과 은행대부계약으로 나누어지고 있다. 전자는 공민이 저금기관에 돈을 저축하는 행위를 위한 계약을 말한다(북한민법 제200조). 후자는 은행기관이 기관·기업소·단체에 돈을 꾸어주는 행위를 위한 계약으로(동법 제225조), 이 계약은 은행기관이 대부받는 자의 신청을 승인하고 대부금을 넘겨준 때에 성립한다(동법 제226조). 다시 말해 은행대부계약은 한편 당사자(은행)는 상대방 당사자에게 화폐자금을 꾸어줄 의무를 지며 상대방은 그 대부금을 받아쓰고 원금과 이자를 은행기관에 물 의무를 지는 계약을 말하는 것이다.¹¹⁰⁾ 이 계약은 소비대차관계로서 신용거래를 내용으로 한다는 점에서 꾸기계약(북한민법 제221조)과 공통점을 가지나 그 당사자와 대상에서 차이가 있다.¹¹¹⁾

북한은 은행법과 관련하여 대외경제개발방법제 가운데 「외국투자은행법」을 제정하고, 보험제도에 관하여 「보험법」을 제정하였다.

(4) 해운법(해상법)

해상법은 일반적으로 해상기업의 주체, 해상운송, 공동해손·선박충돌 등 해산관련 법률관계에 관하여 규율하고 있다.¹¹²⁾ 북한은 「해운법」을 제정하였는데¹¹³⁾ 이 「해운법」이 곧 해상법을 말한다.¹¹⁴⁾ 북한에서 해상법은 해상운수와 관련한 사회관계를 규제한 법으로 정의된다.¹¹⁵⁾ 이 법을 통해 북한의 해상법에 관한 골격을 알 수 있는데, 북한의 「해운법」은 총 9장 109조분으로 구성되어 있다. 다음에 그 골자를 살펴본다.¹¹⁶⁾

첫째, 해운법의 목적은 해상운수를 발전과 항해와 배의 관리운영의 제도 및 질서를 세우고 바다에서 사람의 생명과 재산을 보호하는 데에 있다고 규정하고 있다. 해상운수는 국가의 지도 하에 계획적으로 진행하며, 해상운수분야에서도 대안의 사업체계가 관리원칙으로 강조되며 배운영기관의 기업관리에서 독립체산제를 실시하여 경영상 독립성을 보장하도록 되어 있다(제1조~제10조).

105) 上掲 辭典, 751~752면.

106) 무역은행, 금강은행, 대성은행 등이 있다.

107) 우편저금, 협동농장신용부 등이 있다.

108) 조선합영은행, 조선라원금융회사 등이 있다.

109) 「민사법사전」, 前掲 辭典, 752면.

110) 上掲 辭典, 752면.

111) 이를 좀 더 보면, 은행대부계약의 당사자는 은행과 기관·기업소·단체만이나 꾸기계약의 당사자는 공민들이며, 은행대부계약의 대상은 화폐자금이나 꾸기계약의 대상은 돈이나 소비품이라는 점에서 차이가 있다.

112) 남한의 상법은 제5편에서 해상에 관하여 규정하고 있다.

113) 1980년 8월 10일 최고인민회의 상설회의 결정 제16호로 채택.

114) 「민사법사전」, 前掲 辭典, 703면.

115) 「법학사전」, 前掲 辭典, 723면; 上掲 辭典, 503면.

116) 북한의 「해운법」에 관해서는 「민사법사전」, 上掲 辭典, 503~504면.

둘째, 배의 소유와 해사사업에 관한 원칙에 관한 규정으로서 북한에서 배는 국가 및 협동 단체의 소유라고 한다.¹¹⁷⁾ 배는 해당기관에 등록하고 국적을 인정받아야 하며 북한국기를 달도록 하였다(제11조~제20조).

셋째, 선원에 관하여 선장과 선원의 지위와 역할에 대해 규정하였다. 선원은 항해의 직접 담당자이며 배관리의 주인이며, 선장은 항해와 선원들의 활동을 지휘하는 배의 책임자라고 규정하고 있다(제21조~제32조).

넷째, 항해와 관련하여 배운영기관은 배의 항해를 계획적으로 조직하며 배운영에서 혁명적 규율과 질서를 세워야 하고, 기자재 및 공급물자를 배에 날라다주는 체계를 세우고 항해준비에 철저를 기해야 한다. 또한 배는 해상충돌예방규칙과 해당 수역의 특수항해규칙을 준수하여야 하며 외국배들은 정해진 절차에 따라 영해와 무역항, 그 밖의 수역에 들어올 수 있으며 해양오염을 방지하여야 한다(제33조~제42조).

다섯째, 해상수송과 관련하여 국내 여객 및 짐 수송과 대외무역화물수송에 대한 문제들에 대해 규정하고 있다. 해상수송기관은 해산수송계획을 분기, 월, 지표별로 수행하며 짐중수송, 연대수송을 강화하고 짐함수송¹¹⁸⁾을 널리 받아들이도록 규정하고 있다. 또한 무역화물수송은 수송계약에 따라 진행하도록 하고 있다(제43조~제68조).

여섯째, 배에 대한 봉사와 관련하여 무역항에서 외국 배에 대한 대리업무사업에 관하여 규정하고 있다. 이 대리업무는 외국선박대리기관이 하도록 되어 있다(제69조~제78조).

일곱째, 바다재해와 관련하여 해난구조, 배충돌, 공동해손문제에 관하여 규정하고 있다. 기관·기업소·단체의 배들은 해난발견시 해난구조기관 또는 해당기관에 바로 알리며 해난구조에 대한 위임을 받았을 때에는 의무적으로 동원되어야 한다. 배가 충돌한 경우 선장들은 상대편 배의 안정을 위해 도와야 하며, 배운영기관은 자기 배의 잘못으로 생긴 충돌손해에 대해 보상책임을 진다(제79조~제91조).

여덟째, 해상보험과 관련하여 해상보험의 목적을 배운영기관과 무역기관의 기업활동의 정상화와 대외무역의 발전에 두고 있다. 해상보험의 대상은 배짐과 운임, 짐에 의하여 얻은 이익, 배, 배운영과 관련한 이익, 배운영기관이 부담하는 책임 등이다(제92조~제102조).

아홉째, 분쟁해결과 관련하여 항해관련 분쟁은 해사중재기관 또는 재판기관이 심리 해결하며, 이는 당사자간의 계약, 해상법규, 북한에서 승인한 국제협약 또는 국제관례에 따르도록 하고 있다(제103조~제109조). 그러면서 북한은 해운법이 당과 국가의 해상운수 정책의 실현을 담보하는 법적 무기라고 강조한다.¹¹⁹⁾

(5) 수형(어음)법·수표(행표)법

1) 수형(어음)법

북한에서도 어음을 사회주의국가가 자본주의국가와의 거래에서 이용하는 것이라고 하여 그 개념을 인정하고 있다. 다만, 어음의 용어는 수형이라는 일본식 용어를 그대로 사용하

117) 이에 관하여 북한의 1998년 헌법은 배는 사회협동단체의 소유로 규정하여(제22조) 사회협동 단체의 소유대상범위를 확대하고 있다.

118) 북한은 이에 대해 “규격화된 짐함(짐을 담은 함짝)을 리용하여 짐을 실어 나르는 것 또는 그런 수송방법”이라고 설명한다. 「조선말대사전 2」, 평양, 사회과학출판사, 1992, 408면. 남한에서의 컨테이너수송과 유사한 개념이다.

119) 「민사법사전」, 前掲 辭典, 504면.

고 있다. 북한의 설명에 의하면, 수형은 “발행자가 일정한 금액을 지불할 것을 다른 사람에게 약속하고 서명한 일정한 형식의 유가증권”¹²⁰⁾이라고 설명한다. 이를 보면, 북한은 수형을 자본주의 상업에서 발생한 것으로 법적으로 제정된 서면상 형식을 갖추고 일정한 금액을 일정한 기일 내에 지불할 것을 약정하는 유가증권으로 이해하고 있음¹²¹⁾을 알 수 있다.

북한은, 수형이 그 종류에 관계없이 채무자가 채권자에게 채무를 지불하겠다는 약속을 하거나 채권자가 채무자로부터 채권을 지불받을 것을 위탁하는 유가증권이기 때문에 본질적으로 채무증서라고 하면서 다음의 기능을 수행한다고 설명한다.¹²²⁾ 즉, 신용거래수단으로서의 역할,¹²³⁾ 금융수형의 경우 자금유통수단으로서의 역할,¹²⁴⁾ 송금수단으로서의 역할,¹²⁵⁾ 채권회수수단으로서의 역할¹²⁶⁾ 등을 말한다. 또한 수형은 무역부문에서 외국환수형이 국제결제수단으로 널리 이용되며, 법률상으로는 ‘양속수형’과 ‘환자수형’의 두 종류밖에 없으나 실제로는 사용목적과 거래의 성질에 따라 여러 가지 종류로 나뉘어진다고 한다.¹²⁷⁾

그리고 수형거래는 원래 자본가들 사이의 결제 또는 송금을 보장하기 위해 발생한 것이지만, 수형거래의 형태는 사회주의국가의 회사들이 자본주의국가와의 거래에서 이용되고 있다고 설명한다. 아울러 국가간의 수형과 관련된 법률행위는 국제적으로 통일된 초국가적인 수형법 또는 어느 특정국가의 수형법에 의해 규제되는 것이 아니라 수형행위가 이루어지는 해당국가의 수형법에 의해 규제되는 것이라고 설명하고 있다.¹²⁸⁾ 이는 북한이 대외경제개방을 통해 외국기업의 북한에 대한 투자와 관련하여 어음제도의 현실성을 인정하는 대목이라 할 수 있다.

2) 행표(수표)법

북한에서는 남한의 수표에 해당하는 것으로 ‘행표’라는 용어를 사용하고 있다. 북한에서 행표는 “기관, 기업소, 개인이 은행돈자리에 맡긴 돈을 지불받기 위한 결제문서”라고 하고, “발행자가 그것을 가지고 온 사람에게 은행에 있는 자기의 돈자리에서 기재된 금액을 지불할 것을 위임하는 증권”이라고 한다.¹²⁹⁾ 북한의 설명에 의하면, 행표는 형식을 갖추어야 하며 은행이 발급한 것만을 이용할 수 있으며, 행표가 제시되면 행표에 밝힌 금액

120) 上掲 辭典, 410면.

121) 「법학사전」, 前掲 辭典, 392면.

122) 「민사법사전」, 前掲 辭典, 410~411면.

123) 상업거래가 진행될 경우 구매자는 판매자에게 약속수형을 발행하거나 판매자가 구매자 앞으로 환자수형을 발행하며 판매자는 여기에서 받는 수형을 제3자에게 넘겨주기수표를 하여 넘겨주거나 은행에 팔아 자금을 확보하게 된다.

124) 실제로 상품거래의 담보없이 단순히 자금유통을 목적으로 발행된다.

125) 수형은 처음에 현금수송의 위험과 비용을 덜기 위하여 나온 것이며, 지리적으로 원격지인 경우에도 가까운 지역에 가서 돈을 받을 수 있기 때문에 경제발전에 도움을 준다고 한다.

126) 수형은 집환자수형에서와 같이 채권자가 채무자를 지불인으로 하고 자기 또는 제3자를 받는 자로 하는 환자수형을 발행하여 은행에 상품대금을 받아줄 것을 의뢰하고 있다.

127) 예컨대 그 발행이 상품매매에 기초할 경우는 ‘상업수형’, 자금유통목적일 경우는 ‘금융수형’이라고 하며, 지불기한에 따라 ‘즉시지불수형’과 ‘기한부수형’, 신용상분류에 따라 ‘은행수형’과 ‘개인수형’, 담보물의 구분에 따라 ‘신용수형’과 ‘담보물수형’, 지불책임자의 인원수에 따라 ‘단명수형’과 ‘복명수형’ 등으로 나뉘어진다고 한다. 「민사법사전」, 前掲 辭典, 411면.

128) 上掲 辭典, 같은 면.

129) 上掲 辭典, 707면.

은 즉시 지불된다. 행표는 다른 사람에게 넘겨줄 수 없으며 오직 은행과 행표계약을 맺은 자나 이러한 행표를 소지한 자만이 그에 의한 지불을 받을 권리를 가진다고 한다.

행표는 이용지역, 지불방법과 이용자, 발행자 등에 따라 여러 가지로 나눌 수 있다고 한다. 이를 보면, 이용지역에 따라 한 나라안에서만 유통되는 '국내행표'와 외국과의 무역 및 비무역결제에 이용되는 '국제행표', 지불방법과 이용자에 따라 '송금행표'와 '여행행표', 발행자에 따라 '은행행표'와 '개인행표', 이밖에도 '제식행표', '추산행표', '보증행표' 등이 있다고 한다. 한편 북한에서는 그 용도에 따라 '무현금행표'와 '현금행표'로 구분된다고 한다. 전자는 기관, 기업소들이 구입한 물자대금이나 수송운임을 비롯한 여러 가지 봉사요금을 지불할 때 거기에 해당하는 기재사항을 밝혀 공급자에게 넘겨주는 결제문서이며, 후자는 기관, 기업소들이 은행으로부터 현금계획의 범위안에서 현금을 지불받기 위하여 이용되는 현금지불청구서라고 설명하고 있다.¹³⁰⁾

그러면서 사회주의국가에서 행표는 화폐거래를 계획적으로 진행하기 위한 대금결제문건으로 이용된다고 한다.¹³¹⁾ 이에 비추어 북한에서도 남한의 수표와 같은 제도가 현금의 결제수단으로 이용되고 있음을 알 수 있으나 이를 규율하는 행표(수표)법이 존재하는 지에 대해서는 확실하지 않다.

IV. 북한의 대외경제법제의 이해

북한은 경제난극복과 경제회생을 위하여 부분적이거나 대외경제개방정책을 추진하고 있다. 그리고 이를 법적으로 뒷받침하기 위하여 이른바 대외경제법제를 정비하고 있다. 북한경제의 활성화를 위해서는 현실적으로 서방국가의 자본과 기술의 도입이 필요한 만큼 이를 위한 법적 정비는 필수적이다. 대외경제법제가 외국의 자본과 기술의 유치에 위한 것이지만, 남북의 경제교류·협력과도 중요한 의미를 가지는 법제이다. 이에 여기서 북한의 대외경제법제의 일반법적인 내용을 개관한다.

1. 대외경제계약법

북한의 대외정책의 변화를 보여주는 입법의 하나로서 외국인투자법제와 관련하여 주목되는 것은 「대외경제계약법」의 제정(1995. 2. 22)이다. 이 법에 의해 북한에서 대외무역·투자 및 서비스관련 제반 상업계약의 체결형식 및 절차와 계약이행의 내용과 효과 등에 관한 법제의 기본골격을 갖추게 되었다고 할 수 있다. 이 법 시행 이전에는 북한의 대외경제계약은 외국인투자관계법과 북한민법¹³²⁾ 등에 의해 규율됨으로써 계약체결의 절차와 방법, 계약불이행시 손해배상, 계약강제이행수단, 분쟁해결절차와 방법 등에 관한 법적 문제들이 명확하지 않았으나, 이 법에 의해 이러한 문제들을 해소할 수 있게 되었다.¹³³⁾

이에 의하면, 이 법의 목적은 북한기업과 외국기업간 대외경제계약의 체결과 이행을

130) 上掲 辭典, 같은 면.

131) 上掲 辭典, 707~708면.

132) 북한민법상 민사계약에 관한 북한의 설명은 조용봉, 「민사계약체결과 관련하여 제기되는 문제」, 「김일성종합대학학보: 역사·법학」, 제43권 4호, 평양, 김일성종합대학출판사, 1997, 64~68면.

133) 신웅식, 「북한의 대외경제계약법」, 「월간 경영법무」, 제17호(한국경영법무연구소, 1995년 8월), 20면; 「북한의 중재제도 - 국가중재재판제도를 중심으로 -」, 통일사법정책자료 95-IV(법원행정처, 1995), 135~136면.

규율하며 계약당사자의 권익을 보호하며, 북한과 외국과의 경제적 협조와 교류를 확대·발전시키는데 두었다(제1조). 북한기업이 외국기업과 체결하는 대외경제상사거래는 이 법에 따라야 하며, 이 법에서 규정하지 않은 사항은 다른 해당법규(예컨대 「민법」·「사회주의 상업법」·외국인투자관련법 등)에 의거하도록 하였다(제8조). 이 법은 북한기업과 외국기업 간의 국제상사거래를 위한 대외경제계약, 즉 모든 형태의 무역·투자·봉사(서비스) 등에 관련한 계약을 그 적용대상으로 한다(제2조). 한편 대외경제에 있어 외국과 맺은 조약과 관계를 존중한다는 원칙규정(제5조)은 북한이 경제법적 측면에서 국제화를 위해 진일보한 것으로 평가할 수 있다.¹³⁴⁾ 그러나 북한에서 대외경제계약당사자는 대외경제를 하도록 승인받은 기관·기업소·단체로 한정되어 있어(제3조) 개인은 이 범위에서 제외되며, 더욱이 대외경제계약에는 내각(정무원)대외경제기관의 감독·통제를 받도록 함으로써(제7조) 그 활동을 제약하는 규정을 두고 있다.¹³⁵⁾

2. 대외민사관계법

북한은 1995년 최고인민회의 상설회의 결정(1995. 9. 6)으로 「대외민사관계법」을 채택하였다. 이 법은 북한 최초의 국제사법으로서 이제까지 개별법령에서 규정하였던涉外적 법률관계에 관해 체계적인 준거규정을 마련한 대외민사관계의 준거법이다. 북한에서 「대외민사관계법」은 “대외민사관계를 규제대상으로 하는 부문법의 하나”이며, 대외민사관계는 “대외매매관계, 해상수송관계, 대외보험관계와 같은 재산관계와 외국국민들의 상속관계, 가족관계와 같은 다른 나라 법인, 국민들을 상대로 하여 이루어지는 재산, 가족관계를 그 내용으로 한다”고 설명하고 있다.¹³⁶⁾ 이 법은 북한의 대외개방정책을 뒷받침하는 중요한 입법의 하나이며, 이로써 국제교류를 확대하는 길을 열게 되었다. 또한 그간 외국인투자 유치 및 대외개방정책이 추진되면서 필연적으로 발생하게 되는 외국과의 경제 교류에 의한 인적·물적 교류에 따른 사법상涉外적 법률관계의 안전을 위한 법적 장치를 마련하게 되었다.¹³⁷⁾

다음에 이 법의 주요 내용과 특징은 다음과 같다.

첫째, 이 법의 목적은 대외민사관계에서 당사자들의 권익보장과 대외경제협력 및 교류의 발전에 기여하는 데에 있다(제1조). 그래서 「대외민사관계법」은 이른바 당사자주권존중의 원칙을 근본원칙의 하나로 삼고 있다고 강조하고 있다.¹³⁸⁾ 이 법은 북한의 대외민사관계의 당사자로서 북한의 법인·공민과 외국법인·외국인 사이의 재산 및 가족관계에 적용되는 준거법으로서 이에 관한 민사분쟁의 해결절차에 관하여 규정하였다(제2조, 제16조). 또한 국가에 대해 당사자의 자주적 권리존중과 평등과 호혜의 원칙구현의 의무를 부여하였다(제3조·제4조). 이 법의 제정은 북한의涉外적 법률관계에 관한 재산관계와 신분관계 뿐만 아니라 국제거래와 국제민사소송에 관한 준거법으로서 북한의 대외개방정책과 관련한 입법조치의 하나라고 할 수 있다. 이와 관련하여 자유경제무역지대에서 외국인투자기업 설립 같은 재산관계에 관해서는 북한법을 준거법으로 한다고 규정하고 있다(제27조).

134) 신웅식, 前掲 論文, 21면.

135) 이 밖의 대외경제계약법에 관한 설명은 上掲 論文, 20~26면.

136) 박명의, “공화국대외민사관계법의 몇 가지 특징에 대한 이론적 고찰”, 「김일성종합대학학보: 력사·법학」, 제43권 4호(평양: 김일성종합대학출판사, 1997), 53면.

137) 이에 관한 概略的 解説은 任京河, “朝鮮民主主義人民共和國對外民事關係法(國際私法)についての解説”, 「月刊朝鮮資料」, 1996년 1월호(東京: 朝鮮問題研究所, 1996), 37~46면.

138) 박명의, 前掲 論文, 53~56면.

둘째, 이 법은 내용면에서 최근의 국제사법의 입법경향을 반영한 규정들을 포함하고 있음을 엿볼 수 있다. 이중국적자 및 무국적자에 대한 준거법의 적용원칙을 정하고(제7조, 제8조), 국제거래에 있어서는 점유권·소유권 등의 물권에 대해 목적물의 소재지법을 준거법으로 할 수 있도록 하였으며(제22조), 계약에 있어서는 당사자의 합의에 따른 국가법을 적용하도록 하여 당사자주의의 원칙을 정하였다(제24조). 또한 신분관계에 관해서는 본국법을 준거법으로 하되, 당사자의 주소지법이나 밀접한 관계지법도 준거법으로 할 수 있도록 하였다(제21조).

셋째, 재외공민을 고려하여 이들에 대한 섭외적 법률관계에 관하여 북한법 준거의 원칙을 정하되, 예외규정을 두었다. 이러한 규정은 바로 '재일조선인'의 권익보장과 관련하여 마련된 것으로 평가된다. 그러한 규정으로는 외국에 거주하는 북한공민의 행위능력에 대한 거주지법 적용(제18조), 결혼의 효력과 이혼에 관해 부부와 이혼당사자의 본국법을 준거법으로 하되, 부부와 이혼당사자의 국적에 따라 거주지법과 가장 밀접한 국가의 법 적용(제36조, 제37조), 상속에 관해 부동산상속인 경우 상속재산의 소재지법·동산상속인 경우 피상속인의 소재지법 적용, 예외적으로 외국에 거주하는 북한공민의 동산상속에 대한 피상속인의 거주지법 적용(제45조) 원칙 등을 들 수 있다.

넷째, 대외민사관계의 분쟁해결은 이 법에서 특별히 규정하지 않은 경우 해당 북한법에 따르도록 하였으며(제48조), 재산거래의 분쟁에 관한 재판 또는 중재관할은 당사자들의 합의에 의하도록 하였다(제49조). 그밖의 행위능력에 관한 분쟁과 상속분쟁(제51조, 제55조), 결혼·이혼분쟁(제52조), 부부재산관계분쟁(제53조), 친자관계에 관한 분쟁(제54조) 등에 관한 북한법 적용의 기준을 구체적으로 명시하였다.

3. 외화관리법

북한은 1993년 1월 31일 최고인민회의 상설회의 결정으로 「외화관리법」을 채택하고, 이어 1994년 6월 27일 정무원 결정으로 「외화관리법 시행규정」을 승인하였다. 외화관리법은 각 개별법제에 산재해 있는¹³⁹⁾ 외화관리의 원칙을 재확인하고 이를 통일적으로 규율하게 되었다는 의미를 갖는다. 또한 외국인투자기업 뿐만 아니라 외국기업·외국기관·외국인·북한의 기관·기업소·단체 및 북한주민에까지 적용되는 외화관리의 일반원칙을 최초로 입법화한 것이다.¹⁴⁰⁾ 외화관리법의 주요 내용은 다음과 같이 개관할 수 있다.

첫째, 이 법은 외화를 이용하는 북한의 기관·기업소·단체와 국민에게 적용하며, 북한 영역안에서 외화를 이용하는 외국기관, 외국투자기업, 외국투자가, 외국인과 북한 영역안에서 거주하고 있는 조선동포에게도 적용한다(법 제10조, 시행규정 제3조). 외국기관에는 대사관·영사관·무역 및 국제기구대표부 등이 포함된다(시행규정 제3조).

둘째, 북한은 외화관리기관을 통해 북한 영역 안에서 거래되는 외화를 관리한다(법 제4조). 외화관리기관은 외화관리사업을 지도하고, 외화의 수입을 통일적으로 장악하며 그 지출을 통제한다(시행규정 제5조). 여기서 말하는 외화는 '외국화폐자금'의 준말로 외국으로

139) 북한에서 외환에 관한 규정은 1985년 합영법 시행세칙이 최초였으며, 여기서의 외화관리원칙은 「외화관리법」에 반영되었다. 1992년 「외국인투자법」의 제정에 의해 외국인투자법제의 골격이 갖추어진 이후에도 외화관리규정은 개별법들에 흩어져 있었으며, 그 내용은 기업운영을 통해 얻은 합법적 이윤과 기업청산 후 남은 자금의 국외송금보장과 같은 원칙규정에 불과한 것이었다(예컨대 「외국인투자법」 제20조, 「합작법」 제15조, 「외국인기업법」 제22조 등).

140) 申雄湜·安成祚, 「북한의 외국인투자법」, 한국무역협회, 1997, 235~236면.

부터 필요한 상품을 사오거나 외채를 상환하며 화폐형태로 차관이나 원조를 주고 받을 때 이용하는 국제구매기관 및 지불수단의 총체를 의미한다. 외화관리기관의 임무는 외화관리와 관련한 법규법집행의 방법론적 지시, 외국환자은행¹⁴¹⁾과 외국투자은행의 외국환자업무범위의 승인, 조선원에 대한 외국환의 기준시세의 확정 등이다(시행규정 제6조).

셋째, 북한은 중국·베트남 등 사회주의국가가 그러한 것처럼 국가가 외화의 수급을 계획에 의해 장악·관리하는 외화집중관리제도 하에 외화를 관리하고 있다. 이를 위해 북한 내에서는 외화현금의 유통이 금지되고, 외화현금은 지정된 은행 또는 외화교환소에서 조선원과 교환하여 사용하여야 한다. 또한 외환결제에는 외화와 바꾼 조선원돈자리(‘외화돈자리’)를 통하여야 하며, 북한 영역 내에 있는 외국기관·외국투자기업은 외화관리기관의 승인을 받아 개설한 은행에 있는 외화돈자리를 통하여 거래결제를 할 수 있다(시행규정 제10조). 그리고 북한영역 안에서 외화의 매매·저금·예금·저당과 같은 거래는 외국환자업무를 하는 은행을 통해서만 할 수 있다(법 제6조, 시행규정 제11조). 아울러 조선원과 교환할 수 있는 화폐와 환자거래에 이용할 수 있는 외화는 외화관리기관이 정하도록 하고 있다(법 제8조, 시행규정 제12조). 북한에서 합법적으로 얻은 외화는 법적으로 보호되며 상속이 가능하다(법 제9조). 생산 및 봉사활동으로 얻은 외화와 노동보수로 얻은 외화, 외국으로부터 송금하여 왔거나 가지고 온 외화는 법적으로 보호되면 그것을 양도하거나 상속할 수 있도록 되어 있다(시행규정 제13조).

넷째, 외화는 무역계약과 지불협정에 따르는 거래, 무역외 거래, 은행에서 조선원을 사거나 파는 거래, 자본거래에 이용할 수 있다(법 제11조, 시행규정 제15조). 경제거래에 따르는 자금결제는 거래은행에 개설된 조선원돈자리, 외화원돈자리 또는 외화돈자리를 통하여 무현금으로 한다. 조선원돈자리에는 북한영역 내에서 합법적으로 얻은 조선원을 넣으며, 이 돈자리에 있는 돈은 외화로 전환할 수 없도록 하고 있다. 한편 대외경제거래에 따르는 외화결제는 신용장, 송금, 대금청구, 지불위탁과 같은 방법으로 하도록 하였다(법 제12조, 시행규정 제17조).

다섯째, 외화사용에 관해서는 몇 가지로 나누어 살펴볼 수 있다. 먼저 북한의 기관·기업소·단체는 거래은행에 외화원돈자리를 두어야 하고(시행규정 제18조1문), 외화원돈자리에는 기관·기업소·단체가 번 외화를 조선원으로 전환하여 넣어야 한다(법 제13조1문, 시행규정 제18조2문). 기관·기업소·단체는 번 외화를 해당거래은행에 입금시켜야 하며, 외화관리기관의 승인없이 외화를 외국의 은행에 예금하거나 기관·회사·기업체·기타 경제조직 및 개인에게 맡겨둘 수 없다(시행규정 제26조).

또한 외국투자기업은 외화관리기관의 합의하에 무역은행이나 북한 영역 안의 다른 은행에 조선원, 외화원 또는 외화돈자리를 둘 수 있다(시행규정 제20조1문). 이 시행규정은 법 제18조2문과 달리 북한의 은행을 무역은행 하나로 제한하고 다른 나라 은행도 북한영역 안의 다른 은행으로 변경한 것이다.¹⁴²⁾ 그리고 외국기관, 즉 대사관·영사관·무역대표부와 같은 외국기관들은 무역은행에 조선원, 외화원 또는 외화돈자리를 둘 수 있다. 이 때

141) 외국환자업무를 전문으로 취급하도록 승인된 외국환자전문은행은 무역은행이지만, 무역은행이 아닌 다른 은행도 외화관리기관의 승인하에 외국환자업무를 취급이 가능하다(법 제5조, 시행규정 제7조). 무역은행 이외에 북한에서 외화를 취급하는 은행은 조선대성은행, 창광신용은행, 고려상업은행, 조선합영은행, 금강은행, 황금의 삼각주 은행 등이 있으며, 외국투자은행으로는 ING동북아은행, 페레그린-대성은행 등이 있다.

142) 여기서 북한영역 안의 다른 은행이란 무역은행을 제외한 북한의 다른 은행만을 의미하는 것이 아니라 합영은행 등 외국투자은행도 포함하는 것으로 보인다. 申雄湜·安成祚, 前掲書, 243면.

외화원돈자리 또는 외화돈자리에는 외국기관유지비로 보내온 외화를 조선원으로 전환하여 넣거나 외화 그대로 넣으며 그것을 현금 또는 무현금으로 쓸 수 있다(시행규정 제19조). 그리고 외국인은 외국으로부터 송금하여 왔거나 합법적으로 얻은 외화현금을 가지고 있을 수 있으며 북한은행에 팔거나 저금할 수 있다(법 제16조, 시행규정 제42조1문). 외국인이 외화를 교환할 경우 '외화와 바꾼 돈표'(태환권)¹⁴³를 이용하도록 되어 있다.

여섯째, 외화현금, 외화유가증권, 외화로 표시된 수표, 송금증서, 여행자수표, 귀금속 등을 북한에 반입하는 것은 세관에 신고하는 것을 제외하고는 아무런 제한을 받지 않는다(법 제22조, 시행규정 제46조). 그러나 반출시에는 많은 제약이 가해진다. 즉, 외화현금은 은행이 발행한 외화교환증명문건 또는 입국할 때 밝힌 금액 범위 내에서만 북한 영역밖으로 반출할 수 있도록 되어 있다(법 제23조). 다만, 자유경제무역지대에서는 외화교환증명문건이나 세관신고없이 외화현금, 외화유가증권, 외화지불수단을 북한 영역밖으로 반출할 수 있다고 하여(법 제25조, 시행규정 제53조) 지대에서의 외화현금·외화유가증권반출에는 제한을 두지 않고 있다.

일곱째, 외화관리질서를 위반한 자에게는 정상에 따라 벌금을 부과하고 불법적으로 거래한 외화와 물건은 몰수하며 필요한 경우 은행거래를 중지시킬 수 있도록 하였다(법 제29조). 그리고 이에 대한 구체적인 제재방법을 규정하고 있다(법 제30조, 시행규정 제57조, 제58조). 더욱이 이 법을 위반하여 엄중한 결과를 초래하였을 때에는 정상에 따라 행정적 또는 형사적 책임을 지도록 규정하고 있다(법 제31조, 시행규정 제61조).

4. 무역법

북한은 1998년 3월에 「무역법」을 채택하였다고 알려져 있다.¹⁴⁴ 이에 의하면, 북한 「무역법」은 총 5장 58개조문으로 구성되었으며, 무역에 있어 제도와 질서를 수립하며 대외 시장을 확대하고 무역수지의 균형을 보장하여 인민경제발전에 공헌하는 것을 사명으로 하고 있는 바, 이는 노동당과 국가가 견지하고 있는 일관된 정책이라고 한다. 북한은 이러한 정책적 요구를 관철하기 위하여 무역법의 사명이 규정되었다고 하고, 이른바 '우리식 사회주의'의 본성적 요구를 바탕으로 무역을 한층 더 발전시킬 수 있게 법적인 보장을 한 것이 「무역법」이라고 한다.

북한의 설명에 의하면, 「무역법」은 다음의 내용에 관하여 규정하고 있다.

첫째, 제1장에서 무역법의 기본으로서 이 법의 사명, 무역의 기본원칙과 요구에 대하여 규정하였다. 여기서 무역을 하는데 있어 지켜야할 원칙으로 무역의 다각화·다양화, 신용준수를 들고 있다. 또한 무역거래원칙을 구현하는데 있어서의 요구사항으로 무역의 통일적 균형을 위한 지도와 보장강화, 무역일꾼의 육성, 세계각국과 국제기구와의 교류·협력발전 등을 들고 있다.

둘째, 제2장에서 무역회사의 설립과 관리운영 절차에 관하여 규정하고 있다. 무역법은 무역회사를 수출입활동의 담당자로 그 지위를 규정하였는데, 이는 다양한 형식과 방법으로 실행하는 무역거래를 자기 소유재산으로 채산을 맞춰 경영활동상의 책임을 지도록 한

143) 태환권은 유가증권이면서 현금과 같은 방법으로 유통되며 잔여 태환권은 외화와 재교환이 가능하다. 그리고 '외화와 바꾼 조선원'은 지정된 상업·봉사부문에만 쓸 수 있으며, 외국인이나 북한주민 등 개인 사이에는 외화와 바꾼 조선원을 팔고 살 수 없고, 또한 북한의 기관·기업소·단체는 외화와 바꾼 조선원을 쓸 수 없다(시행규정 제45조).

144) 「민주조선」, 1998년 3월 10일, 13일, 17일, 각 2면.

다는 것이다. 북한은 이렇듯 무역회사의 법적 지위를 명확하게 함으로써 무역회사의 역할을 높이고 대외무역을 계획적으로 발전시키는 일이 가능하게 되었다는 점을 강조한다. 그리고 무역회사는 대외경제기관 또는 해당기관이 승인에 의해 설립되고, 무역회사가 계약을 정확히 체결·이행하게 하기 위하여 해당기관이 심의하도록 되어 있다.

셋째, 제3장에서 무역계획작성의 원칙과 그 시행에 제기되는 문제에 관하여 규정하고 있다. 이에 의하면, 무역계획은 인민경제계획의 중요항목으로서 계획의 일원화와 세부화에 의해 무역활동을 국가의 통일적 계획하에 전개할 수 있도록 하여 무역발전과 인민경제발전에 기여한다고 하였다.

넷째, 제4장에서 수출입허가기관과 수출입허가질서, 허가를 받는 물자의 반출입질서에 관하여 규정하고 있다. 이에 의하면, 수출입허가는 내각(정부원) 대외경제기관이 해당문서와 계약서를 검토하여 시행하도록 하였다. 이는 수출입물자에 대한 국가의 지도통제의 강화를 보장하는 제도적 조치라 할 수 있다.

다섯째, 제5장에서 무역사업의 지도통제에 제기되는 요구에 관하여 규정하였다. 여기서 내각(정부원) 대외경제기관이 해당기관·기업소·단체로 하여금 수출품의 비중을 높이고 무역을 확대 발전시키는 일에 대하여 규정하였다.

5. 토지임대법

북한에서 토지소유 및 이용에 관한 법규로는 1977년 4월 29일 최고인민회의 제5기 제7차 회의에서 채택한 「토지법」이 있는데, 이 법은 총 6장 80개조문으로 구성되어 있었다.¹⁴⁵⁾ 북한의 경제사정상 자본과 기술은 절대적으로 부족하고 그들이 외국투자를 유치하기 위하여 제공할 수 있는 조건으로 값싼 토지의 이용을 극대화하는 방안이 고려되었을 것임을 추측할 수 있다.

북한에서 1984년 「합영법」은 토지에 관하여 “합영회사는 토지를 사용할 때 토지사용료를 풀어야 한다”(제21조제4문)고 규정하였으며, 1992년 「외국인투자법」은 투자장려부문에 대해 유리한 토지사용조건을 보장한다고 하고(제8조) 외국투자기업 설립에 필요한 토지를 최고 50년까지 임대하고 임대토지에 대한 해당기관의 승인후 양도·상속할 수 있다(제15조)고 하여 토지이용에 대한 매우 진전된 조치를 마련하였다. 그 밖에 합영법시행세칙은 토지사용권을 출자목적물로 할 수 있다고 하고, 「자유경제무역지대법」은 필요한 토지의 임차, 임차기간의 연장(제20조), 장려부문투자에 대한 임지상 우대 및 임대료 감면(제38조)을 규정하여 외국인투자법과 거의 비슷한 규정을 두었다.

그러나 이러한 규정만으로는 토지의 사용에 관한 북한당국의 정책을 제대로 파악할 수 없었고, 1990년 중국의 입법례(1990. 5. 19 「중화인민공화국도시국유토지사용권양도·제양도잠정조례」등)와 많은 차이를 보여 그 성과가 미진한 데 따라 북한은 1993년 10월 27일 최고인민회의 상설회의 결정 제40호로 「토지임대법」을 채택하고, 1994년 9월 7일 정부원 결정으로 「토지임대법시행규정」을 제정하였다. 북한의 「토지임대법」은 총 6장 42개조문으로 외국투자가와 외국투자기업에만 적용되기 때문에 1977년의 토지법에 대한 특별법적 지위에 있다고 할 수 있다. 원래 토지에 대한 소유권은 이를 사용·수익할 권리와 담보에 제공하거나 처분할 권리를 포함하고 있는데 북한에서 토지에 대한 개인의 소유권을 인정하지 않는다는 것은 이들 권리를 모두 인정하지 않는다는 것을 의미한다. 다시 말해 토지

145) 이에 관해서는 法制處 編著, 「北韓法制概要」(한국법제연구원, 1992), 436면 이하 참조.

로부터 생기는 모든 경제적 이익은 개인에게 귀속시킬 수 없다. 이와 같은 점을 고려할 때 「토지임대법」에서 비록 이용권에 국한되기는 하지만 사인에게 토지에 대한 권리를 인정한다는 것은 북한사회의 변화를 보여주는 대표적인 제도적 조치라고 할 수 있다.

6. 대외경제중재법

북한은 「대외경제중재법」을 채택하였다.¹⁴⁶⁾ 북한은 대외경제개방정책을 추진하는 과정에서 외국인투자 및 대외경제관련 법규를 제정하여 시행해 왔으나 외국인투자기업과의 분쟁 발생시 이의 해결을 위한 통일된 기본법규가 없어 투자자 보호가 미흡한 것으로 평가되어왔다. 새로이 제정된 「대외경제중재법」은 외국인 투자자 보호를 위한 또 하나의 법제정비를 이룬 셈이라 할 수 있다.

북한은 경제개방정책의 일환으로 1992년 「외국인투자법」을 제정한 이후 60여개에 이르는 관련 법규를 제정하거나 개정해왔다. 그러나 투자유치실적은 저조한 것으로 알려지고 있는데, 여기에는 북한의 낮은 대외신인도, 정보의 비공개성, 열악한 투자환경과 투자관련 법체계의 미비 등이 배경으로 작용하고 있다. 이에 북한은 외자유치 활성화를 위한 제도적 정비노력의 일환으로 채택한 「대외경제중재법」은 북한에서 대외무역을 강화하고 있는 시점에서 대외경제와 관련하여 발생할 소지가 있는 분쟁을 해결하기 위한 제도를 보완함으로써 외국의 대북투자의 확대를 도모하는 목적을 달성하기 위하여 마련한 것이라 할 수 있다.

「대외경제중재법」은 총 4개장(제1장: 대외경제중재법의 기본, 제2장: 중재제기, 제3장: 중재심리, 제4장: 재결과 그 집행) 43개조항으로 구성되어 있으며, 북한의 대외중재와 관련한 기본법 성격을 띠고 있다. 북한의 1995년 「중재법」은 북한의 기관·기업소·단체 사이의 분쟁을 해결하기 위한 법으로 기능함으로써 북한의 대외중재와 관련해서는 외국인투자법, 합영법, 대외경제계약법 등 단행법률별로 분쟁해결을 규정하고 있었다. 따라서 「대외경제중재법」에 의해 무역중재에 관하여 법해석 및 적용상의 모호성이 제거되어 북한의 외국인투자기업에 대한 권익보호의 강화가 기대된다. 이 법은 대외경제분쟁해결의 제도와 절차를 세워 분쟁사건을 정확히 심리해결하고 분쟁당사자들의 권익을 보호하는데 이바지하는 것이라고 그 목적을 명시하고 있다(제1조). 그러나 이 법은 법규의 정합성 미비, 조항의 구체성 결여, 대외경제분쟁의 중재에서 공정성과 실효성 확보 결여 등의 문제점이 지적되고 있다. 이는 북한의 대외경제법제의 체계상 문제점과 연관되어 있다.

한편 「대외경제중재법」은 대외경제개방을 위한 법적 정비의 일환으로서 발전적 조치라고 평가할 수 있다. 먼저 법제면에서 외국인투자 및 대외경제개방을 통한 법제정비의 지속적인 추진을 확인시켜 주고 있다. 북한은 1992년 「외국인투자법」을 채택한 이후 지속적으로 외국인 및 외국인투자기업의 대북투자를 위한 법적·제도적 기반을 조성해오고 있다. 「대외경제중재법」은 북한의 외자유치법령에 미비성, 불완전한 법률구조 및 체계 등에 대한 문제점을 개선하는 구체적 조치라고 할 수 있다. 다음 북한의 「대외경제중재법」은 외국인투자유치와 대외무역이 부진한 상황에서 경제난 해결을 위한 북한의 상황인식을 반영하고 있다. 현실적으로 북한의 경제난극복에는 외자유치 확대 및 대외무역 활성화가 필수적이라는 점을 감안할 때, 북한의 외국인투자를 위한 법적·제도적 보완은 선택의 여지가 없는 것이다. 따라서 북한의 「대외경제중재법」은 대외경제의 확대를 위한 법제정비

146) 1999년 8월 2일 '중앙방송'(평양).

의 일환으로 마련된 것이며, 부분적이고 제한적이거나 북한의 외자유치가 현실적 대안으로 제기되고 있는 시점에서 북한의 외국인투자 및 대외경제관련 법제정비작업은 계속될 것임을 예상할 수 있다.

제6절 북한의 남한법제 개폐주장과 대응

I. 북한의 남한법제 개폐 주장

북한은 다양한 경로로 남한의 법제에 대한 개폐주장을 되풀이 해왔으며, 특히 남북회담과 관련하여 “남북간 법률적·제도적 장치의 개폐” 문제를 제기해왔다. 이러한 북한의 주장은 남북기본합의서의 타결과정에서도 제기되어 몇 가지 사항에 대하여 「남북법률실무협의회」에서 협의·해결할 것을 합의하기도 하였다.¹⁴⁷⁾ 이른바 남북간 법률적·제도적 장치의 개폐문제는 남북기본합의서의 이행과 관련하여 중요한 과제일 뿐만 아니라 남북관계의 변화 내지 진전에 있어서도 해결하여야 하는 과제인 것이다. 이러한 북한의 통일과 관련한 남북간 법률적·제도적 장치의 개폐문제가 남북간 합의되고 그 실무기구를 설치하기로 한 만큼 이에 대한 대비가 필요하다. 여기에는 우선 북한의 주장에 대한 현시점에서 대응을 생각할 수 있다. 먼저 북한의 주장에 대한 북한의 법제의 문제점을 제기하고, 다음 필요한 경우 우리의 국내법의 정비방안을 마련하여야 할 것이다. 여기서는 북한의 남한법제 개폐주장에 대한 북한의 법제의 문제점을 제기함으로써 남북한이 모두 통일의 장애가 될 수 있는 법제가 존재하고 있음을 인식시킨다는 면에서의 논의를 언급한다.

다음에 북한형법과 남한의 국가보안법의 관계를 언급하고, 국제인권규약과 북한법제의 상충문제를 다룸으로써 북한의 법률적 장애문제를 제기한다. 이러한 논점은 북한의 남한법제의 통일장애제거에 대한 대응에 있어서 기초자료가 될 것이다.

II. 북한의 법률적 장애제거론에 대한 대응(북한형법의 문제점)

북한이 주장하는 통일을 위한 법률적·제도적 개폐의 중점은 남한의 국가보안법의 철폐 문제이다. 즉, 법률적 장애제거문제는 국가보안법의 철폐주장이 그 중점내용으로 제기되고 있는데, 남한의 국가보안법과 상응하여 북한형법상 문제점을 인식시킴으로써 북한에도 통일의 법률적 장애제거의 필요성이 존재한다는 점을 제시할 필요가 있다.

이에 다음에 북한형법상 법률적 문제점을 살펴보고, 남한의 국가보안법과의 조항 비교를 통해 북한의 통일관련 법률적·제도적 장애의 현실을 언급한다.

1. 북한형법상 인권보장의 문제점

북한이 1987년에 형법을 개정한 것은 1974년 형법에 대한 이른바 정치형법 또는 반통일적 형법이라는 비난을 벗어나고자 하는 의도를 담고 있다고 할 수 있다. 종전에 이데올로기적 성향을 띠었던 ‘반혁명범죄’를 ‘반국가범죄’로 용어를 바꾸고, 비민주적인 요소로 지목되어온 유추적용제도에 대하여 상세한 제한을 두는 등 개선된 입법태도를 보인 것에

147) 그 사항은 ‘남북기본합의서에 저촉되는 법률적·제도적 장치의 개폐문제’, ‘제3국과 맺은 조약의 개폐문제’, ‘민족구성원의 자유왕래에 저촉되는 법적·제도적 장치개폐문제’ 등이다.

서 그러한 의도를 엿볼 수 있다.¹⁴⁸⁾ 그러나 1987년 형법도 인권침해적 요소를 여전히 내포하고 있다.

북한 형법의 인권보장의 문제점에 관한 내용을 구체적으로 보면 다음과 같다.¹⁴⁹⁾

(1) 입법기술적인 면에서 범죄의 구성요건이 애매모호하고, 그 용어도 추상적이며 포괄적이어서 해석의 일관성을 유지하기 어려우며, 따라서 법집행기관의 자의에 따라 형벌이 남용될 우려가 있다. 또한 형사절차법과 실체법이 혼재하고 규범과 사실이 혼동되는 입법태도를 보이고 있다.¹⁵⁰⁾

(2) 범죄론적인 면에서 다음의 몇 가지를 지적할 수 있다.

첫째, 비록 제도운영상의 한계를 두었지만 형벌법규의 유추적용을 표명한 것(제10조)은 형법의 기본원칙으로서 죄형법정주의를 크게 훼손할 우려가 크다. 그것은 범죄의 신축적 적용을 규정한 제9조와 결합할 때 유추적용금지를 일탈할 수 있는 소지가 마련되어 법적 안정성을 해치고, 형법이 계급적 투쟁의 무기로 활용될 수 있는 편의적 장치로 전락할 위험성을 내포하고 있기 때문이다.¹⁵¹⁾

둘째, 정당방위와 긴급피난만을 사회적 위험성이 배제되는 사유로 규정하고(제13조, 제14조), 그 밖의 위법성조각사유에 대해 학설에 의존하는 것은 위법성조각사유의 판단에 있어서 자의와 독단에 의한 형벌의 남용가능성을 크게 한다. 그리고 원칙적으로 모든 형법상의 범죄에 대하여 과실범의 성립을 인정하며(제9조), 예비와 미수에 대해 기수와 같은 처벌을 내릴 수 있다고 하고(제15조), 공범에 대한 양형판단을 정범과 동일하게 취급하는 것(제18조)들은 편의적 형벌관을 나타내는 것으로 근대형법의 기본원칙을 벗어나는 위험한 발상에 기인하는 것이라고 할 수 있다.

셋째, 은닉범, 불신고범, 방임범의 처벌규정을 두고(제54조, 제55조), '반국가범죄'의 경우 이를 예외없이 적용하고 있는 것은 일종의 연좌형벌을 제도화한 것으로 북한 형법의 전근대성을 보여주는 한 단면이라고 할 수 있다.¹⁵²⁾

(3) 형벌론적인 면에서도 다음의 몇 가지 문제점을 살펴볼 수 있다.

첫째, 법을 지배의 도구로 보고 형벌의 의의를 개인의 기본권보장에 두기 보다는 전체주의적 질서유지에 두고 있다. 특히 '반국가범죄'에 대하여는 사형이 일반화되어 있고(제44조, 제45조, 제52조), 그 법정형도 가혹하다. 사실 북한의 형사법은 제1차적 기능을 국가주권과 사회주의제도의 보위를 위한 수단으로 봄으로써 시민과 사회의 이익보호 및 인권보호기능은 부차적일 수밖에 없다. 1987년 형법과 1992년 형소법이 과거보다 그 형식과 내용면에서 인권보호적 측면을 강화한 듯이 보이지만, 그 실체는 그렇지 않음을 북한인

148) 북한형법의 개정내용에 관해서는 박광섭, "북한형사법령의 변천과정", 「북한연구」, 제1권 2호, 대륙연구소, 1990 겨울, 56~87면; 김일수, "북한형법 40년", 앞의 책, 57~94면; 김일수, "구소련형법이 북한형법의 변화에 미친 영향", 전개서, 259~300면; 법무부, 전개서, 28~49면, 159~191면.

149) 북한 형법의 제도적 문제점에 관해서는 장명봉, "법적·제도적 측면에서 본 북한인권", 「북한인권의 이해」, 북한인권개선운동본부, 1995, 273~277면.

150) 법무부, 전개서, 186~187면.

151) 김일수, "구소련형법이 북한형법의 변화에 미친 영향", 앞의 책, 286면; 박동희, "북한의 새 형법", 「북한연구」, 제4권 4호, 대륙연구소, 1993 겨울, 72면.

152) 박광섭, "북한형법에 관한 고찰", 「북한의 법과 법이론」, 경남대 극동문제연구소, 1988, 216~217면, 237~238면.

권실상이 잘 증명하고 있다.¹⁵³⁾ 이렇듯 반국가범죄에 대해 가혹한 형벌을 부과하는 것은 북한주민에 대해 반국가범죄에 관한 예방적 효과를 강조함으로써 결국 북한의 전체주의적 질서유지에 큰 의미를 두고 있음을 보여주는 것이라고 할 수 있다.

둘째, 북한에서 형법의 의의는 반국가범죄의 진압과 일반범죄의 제재를 목적으로 범죄와 형벌을 규정한 것으로 프롤레타리아독재의 무기이며 당정책의 구현수단이라고 설명된다. 그래서 형법을 지배의 도구로 보고, 형벌의 의의를 개인의 기본권보장에 두기보다 전체주의적 질서유지에 두고 있다. 여기서 북한은 형법의 기능을 국가주권과 사회주의제도의 보위를 위한 수단으로 봄으로써 자유민주국가의 형법이 보여주는 시민과 사회의 이익 보호 및 인권보호기능은 부차적인 수밖에 없음을 알 수 있다. 예컨대 유추해석의 허용, 구성요건의 불명확성 등에 의한 죄형법정주의의 원칙적인 부정은 근대법치국가의 형법과는 그 성격을 달리하고 있다.

2. 남한의 국가보안법과 북한형법의 비교

북한은 남한의 국가보안법을 남북대화과 교류추진에 방해가 되고 있는 법이라고 하고, 이와 같은 법은 북한에 존재하지 않는다고 주장하면서 국가보안법 철폐를 주장하고 있다. 그러나 북한은 ‘조선로동당’ 규약과 형법에 반통일적이고 반인륜적인 내용을 규정하고 있다. 특히 북한형법상 규정들은 국가보안법에 비해 사형·전제산 몰수 등으로 가중 처벌하고 있으며, 더욱이 국가보안법상 처벌규정이 없는 범죄에 대하여 이른바 ‘민족해방투쟁을 반대하는 범죄’(제52조~제53조)로 처벌하고 있다.

먼저 노동당 규약은 前文에서 “조선로동당의 낭면목적은 공화국 북반부에서 사회주의의 완전한 승리를 이룩하며 전국적 범위에서 민족해방과 인민민주주의의 혁명과업을 완수하는데 있으며, 최종목적은 온 사회의 주체사상화와 공산주의사회를 건설”하는데 있다고 명시하여 대남적화혁명 노선을 천명하고 있다.

다음 북한형법은 국가보안법상의 반국가사범에 해당하는 반국가범죄(제44조~제55조)에 관하여 규정하고 있다. 이를 보면, 북한체제에 반대하는 모든 행위를 반국가범죄로 규정하고, 법정처벌도 사형, 전제산 몰수 등 가혹하다. 더욱이 북한형법은 “범죄행위를 한 경우 형사법에 그와 똑같은 행위를 규정한 조항이 없을 때에는 종류와 위험성으로 보아 가장 비슷한 행위를 규정한 조항에 따라 처벌한다”(제10조)고 규정하고 있어 유추해석을 인정함으로써 근대형법의 기본원칙인 죄형법정주의를 무시하고 있고, “반국가범죄 대하여는 공소시효 기간에 관계없이 형사책임을 추궁할 수 있다”(제42조)고 규정하여 공소시효를 인정하지 않고 있다. 또한 ‘민족해방 투쟁을 반대하는 범죄’라는 개념에 의해 대남적화노선에 반대하는 사범을 처벌할 수 있는 근거를 두고 있다. 북한은 정치를 법보다 상위 개념으로 보고, 형법상 반국가범죄를 적용하는데 있어서도 북한에서의 유일지배체제를 강화하는 데에 중점을 둠으로써 자의적 해석에 의한 인권유린의 가능성이 많다. 그래서 북한형법상 반국가범죄에 해당하는 조항은 남한의 국가보안법의 규정보다 오히려 많으며 그 법정형도 가중되어 있음을 살펴볼 수 있다.

이러한 점에 비추어 다음에 남한의 국가보안법과 북한형법상 관련조항을 대비하여 살펴봄으로써 양자의 내용을 비교해본다. 이를 통해 남한의 국가보안법에 대한 북한형법의 대비규정을 알아보고 북한에서 국가보안법의 철폐 주장만큼 북한형법에도 개선되어야 내용을 찾아볼 수 있다.

153) 법무부, 앞의 책, 190~191면; 북한연구소, 「북한의 개정형사소송법 개요」(1992), 9~35면.

<국가보안법과 북한 형법상 반국가범죄 대비>

남한의 국가보안법			북한 형법		
조 항	구성요건	처 별	조 항	구성요건	처 별
○ 반국가 단체 구성·가입 (제3조)	반국가단체를 구성하거나 이에 가입한 경우	* 수괴는 사형 또는 무기 징역 * 간부등은 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역 * 그 외의 자는 2년 이상의 징역	○ 범죄 조직체 구성·가입 (제17조)	범죄조직체에서 주모자와 추종자는 그 조직체가 목적인 범죄에 해당하는 조항에 따라 처벌 따라서 공화국 전복 기도(제44조) 목적으로 범죄조직체를 구성·가입한 경우 목적인 범죄, 즉 공화국 전복기도로 처벌	* 추진자·주모자·주동분자는 사형 및 전 재산 몰수 또는 10년 이상 로동교화형 * 단순가담자·참가자는 5년 이상 10년 이하 로동교화형 ※ 구성요건이 모호하여 자의적 해석이 가능하고 법정형이 지나치게 가혹
			○ 공화국 전복 기도죄 (제44조)	공화국을 전복하려는 음모에 가담하거나 폭동에 참가하는 행위	
○ 목적수행(제4조)	- 반국가단체의 구성원 또는 그 지령을 받은 자가 목적수행을 위하여 - 외환유치, 여적, 이적행위 등을 한 경우	* 사형, 무기 또는 3년 이상의 징역	○ 조국반역죄 (제47조 후단)	공화국 공민이 조국과 인민을 배반하고 간첩행위를 하거나 적을 도와주는 것과 같은 조국반역행위를 한 경우	* 사형 및 전 재산 몰수, 7년 이상의 로동교화형 ※ 구성요건이 모호하여 자의적 해석이 가능하고 법정형이 지나치게 가혹
			○ 공민이 아닌 자의 간첩죄 (제48조)	공화국 공민이 아닌 자가 우리나라에 대한 정탐을 목적으로 간첩행위를 한 경우	* 7년 이상의 로동교화형
	- 간첩행위 및 국가 기밀 탐지·수집·누설 등 행위를 한 경우	* 사형, 무기 또는 7년 이상의 징역	○ 테러죄 (제45조)	공화국에 반항할 목적으로 간부들과 애국적 인민들에 대해 테로를 감행한 경우	* 사형 및 전 재산 몰수, 5년 이상의 로동교화형 ※ 테로행위의 개념이 불명확하고 포괄적임 (경미한 상해·폭행까지 극형에 처할 우려가 있음)
	- 소요, 폭발물사용, 살인, 강도 등의 행위를 한 경우	* 사형, 무기 또는 7년 이상의 징역			
- 국가 중요시설 파괴, 약취·유인, 선박·항공기·무기 기타 물건을 이동·취거한 경우	* 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역				
유가증권위조, 국가 기밀에 속하는 서류 또는 물품을 손괴·은닉·위조·변조한 경우	* 3년 이상의 유기징역	○ 반국가적 파괴암해죄 (제50조)	반국가적 목적 밑에 파괴암해 행위를 한 경우	* 5년 이상의 로동교화형	

○ 자진 지원죄 (제5조 제1항)	반국가단체나 그 구성원, 그 지령을 받은 자를 지원할 목적으로 자진하여 목적수행 행위를 한 경우	* 제4조 제1항의 예에 따라 처벌	○ 조국 반역죄 (제47조 후단)	공화국 국민이 적을 도와주는 것과 같은 경우	* 사형 및 전 재산 몰수, 7년 이상의 노동교화형 ※ 구성요건이 모호하여 자의적 해석이 가능하고 법정형이 지나치게 가혹
○ 금품 수수죄 (제5조 제2항)	이적인식을 가지고 반국가단체 구성원 또는 그 지령을 받은 자로부터 금품을 수수한 경우	* 7년 이하의 징역			
○ 침입·탈출죄 (제6조)	반국가단체의 지배하에 있는 지역으로부터의 침입 또는 탈출 행위를 한 경우	* 단순탈출은 10년이하의 징역 * 지령수수 및 협목적수행의 목적 탈출은 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역	○ 조국 반역죄 (제47조 전단)	공화국 국민이 다른 나라 또는 적의 편으로 도망치는 조국반역 행위를 한 경우	* 사형 및 전 재산 몰수, 7년 이상의 노동교화형 ※ 단순한 귀국명령 위반행위도 반역죄로 처단하고 정치적 망명일체 불허
○ 찬양·고무죄 (제7조 제1항)	반국가단체의 활동을 찬양·고무·선전 또는 국가변란을 선전·선동한 경우	* 7년이하의 징역	○ 반국가행위 선전·선동죄 (제46조)	공화국을 전복, 문란, 약화시키거나 그 밖의 반국가적인 범죄 행위를 감행하도록 선전·선동한 경우	* 7년이하의 노동교화형 ※ 김정일체제에 대한 비방행위 처단, 개인우상화를 제도적으로 뒷받침
○ 허위 사실 날조·유포죄 (제7조 제3항)	- 이적단체 구성원으로서 사회질서의 혼란을 조성할 우려가 있는 사항에 관하여 허위 사실 날조·유포한 경우	* 2년이상의 유기징역	○ 거짓 또는 풍설유포죄 (제105조)	사회적 혼란과 국가에 대한 불신임을 불러 일으킬 수 있는 거짓 또는 부정확한 풍설을 퍼뜨려 사회에 혼란을 주는 행위	* 1년이하의 노동교화형 ※ 감시체제 구축 및 집단적 불만방지 수단으로 이용
○ 이적 표현물 제작·반포죄 (제7조 제5항)	반국가단체 찬양·고무·선전 또는 이에 동조하거나 국가 변란을 선전·선동할 목적으로 문서·도화 기타 표현물을 제작·소지·반포·판매 또는 취득한 경우	* 7년이하 징역	○ 반국가행위 선전·선동죄 (제46조)	공화국을 전복, 문란, 약화시키거나 그 밖의 반국가적인 범죄 행위를 감행하도록 선전·선동한 경우	* 7년이하의 노동교화형
○ 회합·통신죄 (제8조)	이적인식을 가지고 반국가단체 구성원 또는 그 지령을 받은 자와 회합·통신 기타의 방법으로 연락한 경우	* 1년이하의 징역	○ 조국 반역죄 (제47조 후단)	공화국 국민이 조국과 인민을 배반하고 적을 도와주는 것과 같은 조국반역 행위를 한 경우	* 사형 및 전 재산 몰수형, 7년 이상의 노동교화형

○ 편의 제공죄 (제9조)	제3조 내지 제8조의 죄를 범하거나 범하려는 자라는 점을 알면서 편의를 제공한 경우	<ul style="list-style-type: none"> * 총포·탄약·화약·기타 무기를 제공한 경우: 5년 이상의 징역 * 금품, 재산 상이익, 회합 등을 위한 장소를 제공한 경우: 10년 이하의 징역 * 본범과 친족 관계 있는 경우 임의적 감면 	○ 조국 반역죄 (제47조 후단)	공화국 국민이 조국과 인민을 배반하고 적을 도와주는 것과 같은 조국반역행위를 한 경우	<ul style="list-style-type: none"> * 사형 및 전제 산 몰수, 7년 이상의 로동교화형 * 구성요건이 모호하여 자의적 해석이 가능하고 법정형이 지나치게 가혹
○ 불고 지죄 (제10조)	반국가단체구성·목적수행·자진지원·금품수수 등 죄를 범한 자라는 점을 알면서 수사·정보기관에 고지하지 않은 경우	<ul style="list-style-type: none"> * 5년이하 징역 또는 200만원이하 벌금 * 본범과 친족 관계가 있는 경우 필요적 감면 	○ 반국가범죄 불신고·방임죄 (제55조)	반국가범죄가 준비되고 있거나 감행된 것을 알면서 해당기관에 신고하지 않거나 동행위를 긴급히 막는데 대책을 세울 수 없음에도 내버려 둔 경우	<ul style="list-style-type: none"> * 3년이하의 로동교화형 * 친족관계가 있는 경우에도 처벌
○ 대비조항 없음	○ 반국가범죄 은닉죄 (제54조)	반국가범죄자 또는 반국가 범죄의 흔적을 감추어 준 경우	<ul style="list-style-type: none"> * 4년이하 노동교화형 * 친족관계가 있는 경우도 처벌 		
○ 대비조항 없음	○ 조선 민족의 민족반역죄(제52조)	제국주의와 야합하여 민족해방운동·조국의 통일독립을 위한 혁명투쟁을 탄압·박해하거나 제국주의자들에게 조선민족의 리익을 팔아 먹은것과 같은 민족반역행위를 한 경우	<ul style="list-style-type: none"> * 사형, 전제 산 몰수, 10년이상 로동교화형 * ①적화통일후 남한의 지도급 인사 처벌을 목적으로 한 범죄로서 반민주적·반통일적 규정 ②구성요건이 다의적·추상적이어서 죄형법정주의에 배치 		
○ 대비조항 없음	○ 외국인의 조선민족 해방운동 탄압등 죄 (제53조)	다른나라 사람이 조선인민의 민족해방운동과 조국의 통일독립을 위한 혁명투쟁, 해외조선동포의 투쟁을 탄압·박해하는 적대행위의 경우	<ul style="list-style-type: none"> * 5년이상 로동교화형 * ①외국인의 친한적 활동 위협 ②외국인의 국외의 반복한 활동 처벌, 형법 적용 범위의 인적 확장 		
○ 대비조항 없음	○ 무장간섭·대외관계 단절 유도죄 (제49조)	다른나라 사람이 다른나라 또는 그 집단을 추기거나 자금을 지원하여 공화국에 대하여 무장간섭을 하게 하거나 외교관계단절 및 조약폐기를 유도한 경우	<ul style="list-style-type: none"> * 10년이상 로동교화형 * 외국인의 국외범죄까지 처벌, 형법적용범위의 임의적 확장 		

III. 국제인권규약과 북한법제의 상충문제 검토

알다시피 북한은 1981년 9월 14일 국제인권규약 A규약, B규약에 가입 (그러나 B규약 제41조와 B규약 선택의정서의 가입은 유보, B규약 제2의정서에는 미가입)하였다. 국제연합(UN)은 제3차 총회(1948. 12. 10)에서 「세계인권선언」을 채택하여 인권문제를 지구적 차원의 문제로 다루기 시작하였다. 그리고 UN은 인권보장을 위한 일반원칙적인 성격을 띤 세계인권선언에서 나아가 제21차 총회(1966. 12)에서 인권보장의 구속력을 강화하기 위한 국제법규로서 국가의무체계를 보완한 '국제인권규약'을 채택하였다. 국제인권규약은 「경제적·사회적·문화적 권리에 관한 국제규약」(International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights: ICESCR, A규약), 「시민적·정치적 권리에 관한 국제규약」(International Covenant on Civil and Political Right: ICCPR, B규약) 및 B규약 선택의정서로서 A규약은 1976년 1월 3일, B규약 및 그 선택의정서는 같은 해 3월 23일에 발효되었다.

북한은 1981년 9월 14일에 국제인권규약에 가입하였는데, B규약상 가입국간 상호간 고발제도를 규정한 선택조항(제41조)과 인권침해에 대한 개인의 청원절차를 규정하고 있는 B규약 선택의정서에 대한 비준을 유보하였다. 따라서 북한은 국제인권규약상 형식적 보고서 제출의무만을 지고 있다(B규약 제40조).¹⁵⁴⁾ 그러나 북한은 1982년 최초보고서 제출 이후 5년마다 제출하도록 되어 있는 정기보고서를 「인권이사회」(Human Rights Committees)에 제출하지 않음으로써 인권이사회로부터 보고서 제출 요구를 받고 있으며,¹⁵⁵⁾ AI 등으로부터 비난을 받고 있다.¹⁵⁶⁾

더욱이 북한은 UN 인권소위원회가 대북인권개선 결의안을 가결한 데(1997. 8. 21)에 대해 B규약의 탈퇴를 선언하였다(1997. 8. 27). 이에 대해 제61차 인권이사회(1997. 10. 20~11. 7)는 “북한의 인권규약탈퇴는 인권규약 및 국제법에 의거하여 허용될 수 없다”고 하는 공식입장을 채택하고(1997. 10. 29),¹⁵⁷⁾ 이를 UN 사무국과 북한에 통보하였다(1997. 10. 30). 이로써 북한의 B규약 탈퇴는 국제사회에서 인정받지 못하고 있으며, B규약이행과 관련한 정기보고서의무도 여전히 남아 있는 것이다. 이에 북한의 인권보고서 제출을 유도하여 인권개선을 도모하는 방안을 추진하여야 할 것이다.

다음에 북한법제에서 국제인권규약상 상충되는 내용을 표를 통하여 살펴본다. 이에 국제인권규약과 상충되는 북한법제에 관한 검토해볼 수 있는데, 다음에 그 내용을 간략하게 대비표를 통해 살펴본다. 특히 북한의 인권문제가 국제사회에서 공론화되고, 북한은 이에 반발하여 국제인권규약이 탈퇴를 선언하는 등의 상황이 전개되고 있는 가운데 이의 검토는 북한인권문제를 규범적 차원에서 분석하는 데에 있어 기초자료를 제공하게 될 것이다.

154) A규약은 그 실행절차를 느슨하게 정하고 있어 그 실효성이 B규약에 비해 약하다.

155) 1997년 8월 UN인권소위원회는 대북한 결의를 통해 북한에 대해 10년 이상 지연되고 있는 인권보고서 제출을 요구하였다.

156) 국제사면위원회, 「북한 : 국제사면위원회의 우려」(국제사면위원회 사무국, 1993), 28면.

157) 1997. 10. 29, (General Comment 26(61)).

<국제인권규약상 상충되는 북한법제 일람>

북한관련법제	규정내용	국제인권규약 B규약	상충사유
헌법 제68조	신앙의 자유, 종교건물의 건축 혹은 종교의식의 허용으로 보장	제18조 종교의 자유	신앙의 자유보장의 조건으로 인해 그 자유를 침해할 가능성
형사소송법 제40조, 제100조, 제111조, 제129조	‘수사일군’과 ‘예심원’들의 증거조사, 구속처분, 수색·압수 등의 강제처분시 재판소의 영장제도를 채택하지 않음	제9조 ② 신체의 자유와 안전에 대한 권리	법절차에 의한 사법권의 행사 제약
형사소송법 제179조, 제230조	사건과 직접 관련 없는 일반대중의 심리참여	제7조 잔학하고 비인도적인 형벌금지	사형수에 대한 공개처형의 실시
형사소송법 제2조	형사사건의 취급에서 군중의 힘과 지혜에 의거		
형사소송법 제179조, 제230조	▲재판소의 군중에 대한 각성과 범죄예방을 위해 필요에 따라 ‘현지재판’의 조직진행 ▲이 경우 노동자·농민 대표에 의한 범죄자 죄행의 폭로규탄가능		
형사소송법 제181조, 제184조	▲필요에 따른 도(직할시)재판소의 당해 도(직할시) 인민재판소의 관할사건의 직접 재판, ▲필요에 따른 중앙재판소의 어떠한 재판소관할의 제1심사건에 대한 포괄적 관할권 등 세 재판소의 제1심형사사건에 대한 관할권 인정	제14조 ⑤ 상소권 보장	상급재판소는 하급재판소의 관할사건을 임의이송에 의한 상소권 박탈.
형사소송법 제74조, 제181조	‘반국가범죄’(북한형법 제44조~제55조)에 해당하는 정치범은 국가보위기관의 예심원이 예심하고, 도(직할시)재판소가 제1심관할이 되어 일반형사범과 구분하여 취급	제14조 ① 재판소에 의한 공정한 공개심리	재판에서의 평등 침해, 공개심리를 받을 권리 침해

헌법 제156조, 재판소구성법 제31조	통상 판사 1인과 인민참심원 2인으로 재판소 구성	제14조 ① 독립·공평한 재판소에 의한 재판	인민참심원은 비법률가이며 비상임임에도 불구하고 판사와 동등한 권리를 가지고 재판에 참여
재판소구성법 제39조	재판의 판결 및 결정은 판사와 인민참심원의 다수결에 의함		
헌법 제120조 3호	중앙인민위원회가 사법기관 사업을 지도	제14조 ① 독립·공평한 재판소의 설치	북한의 사법기관은 다른 국가기관의 사업지도에 의해 통제됨으로써 그 독립성이 침해될 소지가 있음.
헌법 제160조	중앙재판소에 대한 중앙인민위원회의 지도		
헌법 제161조	▲중앙재판소는 자기사업에 대하여 최고인민회의와 주석, 중앙인민위원회 앞에 책임지고, ▲도(직할시)재판소와 인민재판소는 자기사업에 대하여 해당 인민회의 앞에 책임짐.		
헌법 제101조 9호, 제136조 7호	판사·인민참심원의 선거, 소환제	제14조 ①	'조선로동당'이 지명하는 단일후보만의 피선과 당의 정책에 위배되는 재판을 이유로 소환되는 운영실태, 법과 양심에 따른 재판을 위협
형법 제129조	부당한 판결·판정을 한 자에 대한 2년 이하의 노동교화형		
변호사법 제28조~제30조	▲변호사조직과 기능, 각급 변호사위원회는 법률상방조의 신청접수 및 사업분담조직과 변호사의 사업조건보장 및 변호사보수의 수급과 함께 변호사들에 대한 법·규정의 광고 및 교양업무 ▲변호사들의 사업경험의 일반화 및 자질향상을 위한 사업조직·진행, 변호사활동의 일상적 지도·통제 등의 임무를 수행	제14조 ③ ⑥ 변호권 보장	변호사의 개인적 사건수임과 보수수급의 금지와 변호사위원회로부터 일상적 업무지도·통제를 의미, 변호사의 독자성침해
변호사법 제9조	변호사는 변호사회의 지도하에 활동		

<p>형사소송법 제170조</p>	<p>피심자·피소자의 근친자, 소속단체의 대표자도 될 수 있으며, 그 밖의 사람도 검사 또는 재판소의 승인에 의해 변호인이 될 수 있도록 함</p>	<p>제14조 ③ ⑥ 변호권 보장</p>	<p>실질적 변호권의 보장 어려움</p>
<p>헌법 제157조, 재판소구성법 제32조</p>	<p>비공개재판의 가능</p>	<p>제14조 ① 형사사건 및 미성년자이의, 혼인관계분쟁, 아동후견 등을 제외한 재판의 공개원칙</p>	<p>예외적인 비공개재판의 개념을 벗어나 공정한 재판을 저해하는 수단으로 악용되는 사례가 많음</p>
<p>형법 제10조</p>	<p>형벌법규의 유추적용 표명</p>	<p>제15조 ① 죄형법정주의 원칙</p>	<p>형법의 기본원칙을 훼손할 우려</p>

제3장 국내법의 정비방안

제1절 남북기본합의서의 법적 성격

『남북사이의 화해와 불가침 및 교류협력에 관한 합의서』(이하 ‘남북기본합의서’라 한다)의 법적 성격과 관련하여 두 가지 견해가 대립하고 있다. 즉 남북기본합의서는 남북한 정부 당국이라는 두 개의 국제법 주체가 민족통일에 관련한 사항에 대하여 법적 구속력 있는 권리·의무의 발생·변경·소멸을 내용으로 서면합의한 것이므로 조약(treaty)에 해당하는 효력을 가지고 있다는 法規論과 남북기본합의서는 분단이라는 특수한 상황에서 민족적 염원인 통일을 이룩하여야 할 공동의 정치적 의무를 진 남북한 당국 사이에 통일과정에서 민족내부의 관계를 규율하기 위하여 채택한 특수한 약정형태로서 신사협정(gentlemen's agreement)이라는 政治的規范論의 대립이다.

I. 조약으로 보는 견해 - 법규범론

1. 법규범론의 근거

남북기본합의서의 법적 성격을 옹호하는 여러 주장의 근거는

- ① 당사자능력에 있어 남북기본합의서가 국제법주체간에 체결된 문서라는 점,
- ② 합의서면의 형식에 있어 일반 국제법상 조약과 같이 남북기본합의서의 본문 앞에 서문을 두고 있고 본문 다음에 이른바 최종조항을 포함하였고, 본문 내용을 전부 5개의 장(chapter)으로 판별하는 동시에 합의사항을 ‘항’의 형식이 아니라 ‘조’의 형식으로 구체적으로 명시하고 총 25개 조문으로 배열하고 있다는 점,
- ③ 절차적 측면에서 국가간의 조약체결절차에 따라 남북한의 고위급 정부대표가 하자 없는 의사의 합치에 의해 서명하고, 각기 남북한의 내부절차를 거쳐 文本을 교환함으로써 남북기본합의서가 발효하게 되어있는 점,
- ④ 합의의 내용에 있어 남북한간에 가능하고 적법한 것을 조약의 대상으로 하여 명백히 권리·의무의 설정을 내용으로 하고 있다는 점,¹⁵⁸⁾
- ⑤ 특히 헌법이 가지고 있는 추상성으로 인하여 구체적으로 표현하기 어려운 점에 대해서 남북당국의 최고책임자들이 평화적 통일을 위해 꼭 필요한 조치를 규정한 것으로서 내용적으로 헌법 규정의 구체적인 내용을 밝히는 것이며 형식적으로도 헌법의 규정을 직접적으로 해석, 규정한 것이라는 점¹⁵⁹⁾ 등으로 정리될 수 있다.

이렇듯 남북기본합의서를 조약으로 주장하는 이유는

- ① 남북기본합의서에 기초한 투자보장, 이종과세, 분쟁해결, 청산결제, 인적교류에 관한 합의, 민사사법공조, 범죄인인도 및 형사사법공조 등의 분야에 대한 세부합의서를 채택하려면 남북기본합의서의 조약적 성격이 전제되어야 한다는 사후 입법적 필요성,¹⁶⁰⁾

158) 이장희, 남북합의서의 국제법적 성격, 민족통일 1992, 1·2월호, 7-8면; 제성호, 남북한특수관계론, 1995, 54-55면.

159) ‘민주사회 위한 변호사모임’의 위헌법률심판제정신청의 신청이유.

② 국제법상 조약으로 성격을 규정하여야 남북기본합의서를 유엔사무국에 등록할 수 있고, 그에 근거하여 남북한이 상호간의 내부적인 관계를 민족내부의 특수관계로 본다는 합의, 분쟁의 평화적 해결에 관한 합의, 남북교류를 민족내부교류로서 간주한다는 합의 등을 남북한이 국제적 차원에서 원용·주장할 수 있다는 남북관계의 법적 규율의 당위성 등으로 파악할 수 있다.

2. 법규범론 비판

남북기본합의서와 그 부속합의서들이 국제법상 조약으로서 성질을 가지는가 또는 조약은 아니지만 국제법 주체간에 권리·의무를 발생시키는 소위 잠정협정(Modus Vivendi)에 해당하는 것인가에 관한 논의는 여러 측면에서 이루어져 왔다. 그럼에도 다른 설명 없이 “어쨌든 합의당사자의 자발적인 구속력의 승인을 바탕으로 법적 구속력을 갖는다는 것은 분명하다. 반면 이를 아무런 법적 구속력을 갖지 않는 순수한 정치적 합의의 틀로 포착하는 것은 문제의 실체를 잘못 파악한 것이다”라는 주장은¹⁶¹⁾ 자발적인 구속력을 승인했다는 증거로서 남북기본합의서 채택 이후 남북당국의 행위가 남북기본합의서에 기초하였다는 객관적, 논리적 근거가 제시되지 않았기 때문에 설득력이 없다. 오히려 후술하는 바와 같이 남한 당국은 지속적으로 남북기본합의서가 정치적 합의임을 강조해 왔고 북한 당국 또한 이에 아무런 이의를 제기하지 않았다.

그리고 남북기본합의서의 법적 성격을 옹호하는 근거로서 언급되는 남북한의 조약체결 당사자능력, 합의서면의 형식, 남북기본합의서의 체결절차, 합의의 내용, 헌법규정의 구체화 등은 조약과 신사협정을 구별하는 기준으로는 형식적인 측면만을 너무 강조하여, 합의서면의 체결당사자가 갖고 있는 진정한 의도라는 가장 중요한 기준을 간과한 것이다. 사실 조약과 신사협정을 구별하는 기준으로는 당사자의 의사, 실제적 내용의 성격 및 중요도, 권리, 의무의 구체적 규정, 둘 이상의 당사자 존재, 형식 등이 제시되고 있으나¹⁶²⁾ 이러한 판단기준들은 각각 그 가중치가 다르다고 할 수 있다. 즉 양자를 구별하는 가장 우선적인 기준은 합의서면의 체결당사자가 갖고 있는 진정한 의도이며 이를 확인할 수 있는 문언이나 행위가 존재하지 않는 경우 나머지 사항을 갖고 판단해야 할 것이다.

그럼에도 불구하고 구태여 남북기본합의서를 법적 구속력 있는 조약 또는 그에 준하는 것으로 의제하고자 하는 것은 아직 미숙한 단계에 있는 남북관계에 대한 선부른 신뢰 부여이거나 장래에 있어 기대사항을 시대착오적으로 앞당겨 적용한 결과이다. 남북기본합의서는 남북한 당국이 장래에 도달하여야 할 정책의 목표를 제시하는 것이며 그 실제적 이행을 위한 구체적 사항은 남북관계의 변화에 대응한 정책적 판단에 따라 향후 분야별 남북공동위원회를 통하여 규율의 원칙을 협의하도록 유보하고 있다.

남북기본합의서는 국내법상의 지방자치단체와 같은 두 공법단체간에 체결된 협정에 유사한 것으로 개념하고 국내법적으로는 조약이 아니며 국제법적인 조약이라고 하는 견해가 있다.¹⁶³⁾ 이는 헌법상의 통일조항 등 남북기본합의서의 국내법적 문제점을 해결할

160) 제성호, 남북한특수관계론, 218면.

161) 홍준형, 남북교류협력환경 변화에 따른 남북교류협력법 등 법제정비의 방향, 통일부 남북교류협력법제도보완발전세미나(1999. 6. 25.)67면 주32 참조.

162) 외무부, 조약업무처리지침, 집무자료 85-86(조약), 1985, 10-12면 참조.

163) 이것이 남북관계를 ‘특수관계’라고 지칭하는 의미라고 한다; 최대권, 남북교류협력본격화시 예상되는 국내법체계상의 문제점과 대책, 서울대 법학, 제34권1호(1993), 41면.

수는 있는 논리이기는 하나 남한이 북한의 국제법적 지위를 부정하고 있는 현실을 설명하지 못하기 때문에 국제법상의 문제를 해결하는 기준은 보여주고 있지 못하다.

II. 신사협정으로 보는 견해 - 고도의 정치적 규범론

1. 정치적 규범론의 근거

정부는 남북기본합의서와 부속서를 국제법적 성격을 갖는 조약으로 인정하지 않고 신사협정 내지는 그와 유사한 약정으로 보고 있다.¹⁶⁴⁾ 신사협정(gentlemen's agreement)은 영미법적인 전통에서 비롯된 것이다. 영미법계국가들간에는 정치가들이나 외교관들간에 법적 구속력이 없는 협정을 체결하였는 바 이는 신의에 기초하여 협정의 이행을 서약한 참가자들에게 정치적이거나 도덕적 구속력을 갖는 것이었다. 넓은 의미에서 신사협정은 '법적 구속력 없는 모든 형태의 협정'을 의미하기도 한다.¹⁶⁵⁾ 따라서 신사협정이란 그 자체 법적 구속력이 없는 단순한 정치적, 도덕적 문서임을 뜻하는 것이다.¹⁶⁶⁾

과거 통일원은 남북기본합의서가 나라와 나라 사이의 관계가 아닌 민족내부간의 특수 관계를 규율하는 문서로서 조약이 아니며 통일추진의 기본틀마련, 남북한간의 자주적합의, 북한의 혁명전략 수정 및 개방촉진, 한반도 비핵화를 위한 실천의지 구체화라는 정치적인 의미를 갖는 문서로 언급하였다.¹⁶⁷⁾ 하지만 이와 동시에 남북기본합의서는 남북당국간에 유효하게 체결되어 발효된 합의문서로서 남북한 쌍방이 이에 대한 성실한 이행·준수의 의무를 부담하고 있다는 점에서 국제법상의 신사협정과는 다르다고 하여 남북기본합의서의 성격에 대한 확고한 성격파악을 어렵게 하고 있다.¹⁶⁸⁾

법무부도 또한 "남북기본합의서가 국제법적 강제력을 인정할 수 없는 일종의 신사협정에 준하는 성격을 갖는다"고 밝히고 있으나 이와 동시에 동 자료의 후단에는 "수정 및 발표에 관한 절차규정을 둔 점에 비추어 볼 때 법적 성격이 부여되어야 할 문서로 봄이 타당하며 그 구체적 실천을 위한 제반 후속조치를 취하여야 할 의무를 부담한다"고 하였다. 이는 남북기본합의서의 법적 성격을 인정하고 이에 따라 관련 국내법령의 개정 및 폐지 등 후속적 입법조치가 있어야 함을 의미하는 것으로 앞의 내용과 상호모순을 보이는 것이라는 지적이 있으나,¹⁶⁹⁾분연상의 표현 그대로 남북기본합의서 자체가 성립당시 법적

164) 한겨레신문, 1992년 4월 26일, 14면; 동아일보, 1992년 4월 25일, 2면.

165) 국제법사전, 일본국제법학회, 참조; Encyclopedia of Public International Law, Amsterdam, New York, Oxford:North Holland, 1984, p. 105.

166) 이러한 유형의 합의에는 비공식국제문서(informal international instrument), 신사협정(gentlemen's agreement), 정치적 의무의 국제문서(international agreement of political obligation), 구속력 없는 협정(non binding agreement), 사실상의 협정(de facto agreement), 비법적 협정(non-legal agreement), 헌장(charter), 공동선언(joint declaration), 또는 선언(declaration), 공동성명(joint statement), 공동커뮤니케(joint communique) 또는 커뮤니케(communique), 최종의정서(final act), 양해사항(memorandum of understanding), 합의서(agreement), 합의성명(agreed statement) 등이 포함된다; 김대순, 국제법론, 1998, 14-17면; 제성호, 남북한특수관계론, 1995, 223-226면.

167) 남북기본합의서의 채택 직후인 1991년 12월 16일 당시 최호중 부총리겸 통일원장관은 국회외무통일위원회/통일특별위원회 합동회의에 출석하여 남북기본합의서는 국제법상의 조약이 아니라고 간단히 답변한 바 있다.

168) 통일원, '남북합의서를 신사협정으로 보는 근거 및 신사협정하에서 공동위를 구성할 수 있는 근거', 1992년도 국정감사요구자료 IV-정대철 의원, 1992. 10, 85면.

성격을 갖고 있지 아니하기에 마치 국제관습법의 형성과정에서와 마찬가지로 추후적으로 “법적성격이 부여되어” 조약화될 수 있다는 표현으로 받아들일 수도 있다.

법제처는 남북기본합의서와 부속합의서를 조약으로 공포하고 있지 않고 법무부나 통일부 등 유관부처들도 동 합의서들이 ‘헌법’ 및 ‘법령’ 등 공포에 관한 법률상의 조약에 해당되지 않는다고 보고 있다.

국제법적 측면에서도 유엔헌장의 제102조 2항은 “본조의 제1항의 규정에 따라 등록되지 아니한 조약(treaty) 또는 국제협정(international agreement)의 당사국은 유엔의 어떠한 기관에 대하여도 당해 조약이나 협정을 원용할 수 없다”고 규정하여 유엔회원국이 체결하는 조약에 대하여 유엔사무국에 등록하도록 요구한다. 그럼에도 아직까지 정부가 남북기본합의서를 유엔사무국에 등록하고 있지 않은 것은 남북기본합의서를 유엔등록의무가 없는 신사협정으로 보고 있기 때문이다.

남북기본합의서를 국제법상의 조약으로 성격을 부여하게 되면 외적으로 한반도를 둘러싼 국제정치·군사적인 주변정세의 급격한 변화와 내적으로 남북한 쌍방간의 정치·경제적 상황변화에 따른 남북관계의 역동성에도 불구하고 법이 갖는 피동성과 보수성으로 인해 남북간의 유연한 관계발전에 도움을 주지 못하게 될 수도 있고, 현실적으로 남북관계에 있어 즉시적 이행이 어려운 내용을 남북기본합의서를 기초로 확대·해석하여 쌍방간에 공세적으로 주장하는 경우에는 합의서상 의무의 불이행을 이유로 상호마찰의 근거만 제공하는 등 남북관계개선에 역효과를 미칠 수도 있다.

또한 국제사회에서 이루어지는 신사협정도 관련당사국들이 하나의 규범으로서 준수할 의지가 있고 각국이 성실하게 국내법적인 후속조치를 취할 경우 조약과 같은 실효성을 갖을 수 있다. 근본적으로 합의서 체결당사자의 성실한 이행·실천의지가 중요한 것이며 남북간에 남북기본합의서가 국가간의 조약인가 아니면 신사협정인가 하는 것은 중요하지 않다.¹⁷⁰⁾

2. 고도의 정치적 합의규범으로서의 성격

현재까지 통일 및 대북정책의 정부내 주무부처인 통일부는 남북기본합의서가 국제법상 상호승인한 국가간의 조약이 아니며, 분단국을 구성하는 대한민국과 조선민주주의인민공화국이라는 두 정치실체 즉 국제법 주체간에 이루어진 당국간 합의라고 일관된 입장을 표명하고 있다. 북한 또한 남북기본합의서에 대하여 법적 구속력을 부여하고 남한측에 이의 준수를 요구하거나 북한 자신이 이를 이행하고자하는 어떠한 법적 확신(*opinio juris*)이나 수요(*necessitas*)를 가지고 있다는 징표를 보여주고 있지 않다. 이는 남북기본합의서의 두 당사자가 조약체결의 진정한 의도를 가지고 있지 않음을 명시적·묵시적으로 보여주는 것이다.

더욱이 국회는 최근 남북기본합의서에 대한 결의안을¹⁷¹⁾ 채택하면서 남북기본합의서가 온 겨레의 통일의지의 표현이며 민족화해의 대장전이라고 하여 법적인 문서로서보다는 중요한 정치적 의미를 갖는 문서로 받아들였다. 따라서 남북기본합의서는 합의 당사자의 진정한 의도(*real intention*)와 그에 대한 국회의 수용태도를 고려할 때 법률적 효력을 갖

169) 법무부, ‘남북사이의 화해와 불가침 및 교류협력에 관한 합의서의 법적성격’, 1992년 2월 17일 보도자료.

170) 김대순, 국제법론(1998), 14면-17면. 참조.

171) 1999년 3월 8일, ‘남북기본합의서 이행·실천을 위한 결의안’

는 조약이라기 보다 그 내용의 이행에 대하여 합의의 당사자들이 정치적 의무감을 갖는 신사협정이라고 보아야 한다. 따라서 그 내용의 불이행에 대하여는 정치적 비난은 가능할지라도 합의내용의 불이행에 근거한 법적인 강제는 불가능하다 할 것이다.

따라서 남북기본합의서는 1민족으로 이루어진 1국가내에서 통일과정에 있는 두 개의 특수한 대립적 국제법 실체의 최고위 당국자간에 그 국제법적 실체의 대표성에서 나오는 신뢰를 바탕으로 쌍방간의 화해와 협력 그리고 불가침을 통한 민족공동의 이익과 번영을 도모하기 위해 체결한 정치적 합의규범으로 보아야 한다.

III. 국내법령에 미치는 효과

『남북기본합의서의 제1장 남북화해의 이행과 준수를 위한 부속합의서』(제1부속합의서)는 남북기본합의서의 ‘제1장 남북화해’에 관한 합의사항의 이행을 위하여 남북화해공동위원회를 구성하고 그 안에 법률실무위원회를 두기로 하였다.¹⁷²⁾

더욱이 동 부속합의서는 제4조에서 남북기본합의서에 저촉되는 법률적, 제도적 장치의 개정 또는 폐기문제를 법률실무위원회에서 협의, 의결하기로 하였을 뿐만 아니라 상대방에 대하여 그 시정을 요구할 수 있도록 하였기 때문에,¹⁷³⁾ 정부는 남북기본합의서의 체결에 따른 국제법적 의무로서가 아니라 신사협정에 다른 정치적 의무로서 남북기본합의서의 국내적 실시 또는 시행을 위한 국내법령의 개정, 폐지 등의 후속적 입법의 보완조치를 이행하여야 한다.¹⁷⁴⁾

정부는 법률실무위원회에서의 협의과정에서 남북관계전반에 있어 변화를 고려하면서 대북관계에 있어 주도권을 유지하기 위하여 남북기본합의서의 정신에 배치되는 국내법령의 정비작업을 수행하는 한편으로 상호주의원칙을 기초로 북한에 대해서도 남북기본합의서의 북한내 실시 또는 시행을 위한 북한법령의 개정, 폐지 등의 후속적 입법조치를 이행하도록 강력히 요구하여야 한다.

이하에서는 남북기본합의서의 중요한 핵심사항으로서 상대방의 체제 또는 제도의 인정, 내부분쟁불간섭, 미방·중상중지 등의 규정과 상호 충돌하는 것으로 논의되고 있는 헌법, 국가보안법, 남북교류협력법, 국적법 등 관련 국내법령의 규정해석의 변천론, 법령내용의 개정 및 폐지의 필요성을 검토하고 북한의 체제를 부정하는 문언이 포함된 법령을 파악해 보고자 한다.

또한 북한은 우리 정부의 거부로 포함되지는 못하였지만 제1부속서에 ‘부기’사항으로 ‘남과 북은 다른 나라들과 맺은 조약과 협정들 가운데서 민족의 단합과 이익에 배치되는 것을 개정 또는 폐기하는 문제를 법률실무위원회에서 협의해결한다’는 문언을 남겨두고 당해 문제에 대하여 향후 계속 토의하기로 하였기 때문에 법률실무위원회에서는 국내법의 개정 또는 폐지문제 뿐만 아니라 남한이 다른 나라들과 체결한 조약 및 협정에 관한 문제도 제기될 것으로 예상되므로 우리나라가 외국과 체결한 조약과 휴전협정의 개폐여부에 대해서도 살펴보기로 한다.

172) 제26조.

173) 제7조.

174) 하지만 남북기본합의서의 정신과 내용과 저촉되지 않는 상대방의 법질서와 당국의 시책에 대하여는 간섭하지 않기로 하였다.(제5조)

제2절 헌법상 영토조항 및 통일조항의 문제

남북기본합의서와 관련된 헌법조항으로서 가장 대표적인 규정은 제3조의 영토조항과 제4조의 평화적 통일조항이다. 헌법의 영토조항은 남북기본합의서 및 제1부속합의서의 상호체제인정·존중, 내부분제불간섭, 상호불가침 등 남북기본합의서 전반과 상충의 여지를 가지고 있다. 또한 영토조항은 失地回復을 강조한 것으로 결국 북한을 반국가단체로 보는 것인데 반해 평화적 통일조항은 북한의 실체를 인정하는 것이라는 점에서 영토조항과 상충된다고 지적되고 있다.¹⁷⁵⁾

I. 영토조항과 통일조항의 존치론

1. 영토조항의 해석

헌법 제3조는 영토조항으로서 “대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다”고 규정하고 있다. 이러한 헌법의 영토조항은 한반도가 법률상으로 분단되어 있지 않은 하나의 국가영역이며 한반도에 있어서 대한민국만이 정통성과 법통성을 갖는 유일한 국가이고, 만일 한반도 내에 대한민국의 정통성에 도전하는 단체가 있다면 그 집단은 정부를 참칭하거나 국가변란을 목적으로 하는 정치적 결사로서 반국가단체로 간주하는¹⁷⁶⁾ 근거가 된다. 그리고 동 집단이 점거하는 지역은 미수복지역이 된다. 이와 같은 영토조항의 논리에 따라 군사분계선 이북지역은 이른바 ‘조선민주주의인민공화국’이라는 국호를 참칭하는 반국가단체로서 대한민국영토의 일부를 불법적으로 점거하고 있는 것이 된다.

하지만 현실적으로 대한민국의 국가권력은 1953년 7월 27일 체결된 정전협정에 의해 설정된 군사분계선 이남지역에서만 실효적으로 행사되며 그 이북지역에 대해서는 행사되고 있지 않고 있다.

또한 유엔의 남북한동시가입과 남북간의 남북기본합의서 채택은 과거 대한민국정부가 한반도 전체의 유일합법정부라는 입장을 변경하고 휴전선 이북지역에 대한 북한당국의 통치권에 대해 국제사회가 승인함을 의미하는 것이다.¹⁷⁷⁾ 이를 남한정부가 받아들인다면 결국 대한민국 정부를 남한 지역과 주민을 관할하는 정부로, 북한정부는 북한지역과 주민을 관할하는 정부로 각각 승인하는 결과를 초래하는 것이다. 결국 국제법적 견지에서 보면 남북한이 모두 국제사회에서 국가로서의 지위를 가지고 있으므로 남한의 헌법이 규정하고 있는 영토조항은 타국의 영토에 대한 영유권 주장으로서 국제법규범에 반하는 규정이다. 이는 우리 헌법이 규정하고 있는 국제법의 준수조항과 상충되는 것이다.

2. 통일조항의 해석

현행 헌법은 제4조에 “대한민국은 통일을 지향하며, 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책을 수립하고 이를 추진한다”는 평화통일조항을 두고 있다.

175) 이장희, 독일통일이 남북한 통일에 주는 의미, 국제법학회논문집, 제36권2호, 1991, 132면.

176) 국가보안법 제2조.

177) 남북기본합의서 제1조는 “남과 북은 서로 상대방의 체제를 인정하고 존중한다”고 규정하고 있다.

남북한의 유엔동시가입과 남북기본합의서 채택은 결국 대한민국 정부를 남한 지역과 주민을 관할하는 정부로, 북한정부는 북한지역과 주민을 관할하는 정부로 각각 승인함을 간접적으로 추론할 수 있는 근거를 제공하고 있다. 헌법 제4조의 통일조항은 한반도의 국가적 분열을 전제로하여 통일을 언급하는 것이므로 한반도와 그 부속도서 전부를 남한의 영역으로하고 있는 영토조항과 상호모순된다는 지적이 있다.¹⁷⁸⁾

3. 영토조항과 통일조항의 조화적 해석

헌법의 영토조항과 평화통일조항이 일견 상충하는 듯이 보이지만 이 두 조항의 의미를 좀더 심층적으로 분석하여 보면 실제로는 서로 조화적·보완적 관계에 있다는 근거에서 영토조항과 평화적 통일조항을 조화시키기 위한 해석론은 다음과 같이 유형화할 수 있다.

(1) 국제법에 근거한 해석

영토조항과 관련하여 “국제법 원칙에 따르면 국가의 영토는 국가권력이 미치는 곳에서 끝나는데 현실적으로 우리의 휴전선 북방지역에는 대한민국의 국가권력이 못 미치고 있는 엄연한 현실에서 북한 지역이 우리의 영토라는 헌법 제3조는 명목적이어서 규범력이 없다”고 해석하여 영토조항과 평화통일조항 양자간의 상충을 해결할 수 있다.¹⁷⁹⁾ 그리고 평화통일조항은 제3조 영토조항에서 강조된 통일을 이룩함에 있어서 그 방식이 특별히 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 방법일 것을 명시한 것으로 보아야 한다.

이와 같이 해석할 경우 영토조항의 존재가 결코 평화적 통일의 걸림돌이 되는 것이 아니고 따라서 우리 정부가 평화적 통일을 이룩하기 위해서는 영토조항을 반드시 폐할 필요가 없다는 논리가 성립될 수 있다.¹⁸⁰⁾

(2) 영토조항의 선언적 성격에 근거한 해석

헌법상의 영토조항은 법으로서의 실효성을 상실한 사문화된 규정이라는 것이다. 남북 관계가 남북기본합의서의 채택 등으로 본질적으로 변화하고 있는 법현실을 감안할 때 영토조항은 이제 더 이상 규범력을 갖지 않는 조항으로 보고 그에 근거한 기존의 형식논리를 고수하기보다는 향후 통일된 대한민국의 영토가 ‘한반도와 그 부속도서로 되어야 한다’는 당위적 명제를 천명한 선언적 규정으로 재해석 할 수 있다는 것이다.¹⁸¹⁾

그 근거로는 헌법변천이론을 제기한다.¹⁸²⁾ 영토조항을 헌법변천이론에 입각하여 평가해 본다면 그것은 이제 영토조항이 규범력을 상실하게 되었고, 다만 선언적 의미만을 갖

178) 제성호, 남북한특수관계론, 110면.

179) 권영성, 문이환목사 방북, 좌우대결 구실안된다(대담), <신동아> 1989. 56, 137면.

180) 최대권, 통일논의의 법적분석, <통일방안논문집> 제2집, 통일원, 1990, 143, 149면 참조.

181) 최대권, 통일의 법적문제, 법문사, 1990, 26-30면.

182) 헌법변천이론이라 함은 헌법해석이 단순한 의미의 조문해석을 뜻하는 것이 아니라 넓게 실천적인 의욕의 적용까지 포함하는 것으로 이해하는 이론이다. 이는 헌법해석을 통하여 실정헌법의 진화, 발전 및 개선을 도모한다는 점에서 헌법해석론상 큰 비중을 차지하고 있다. 일본의 평화헌법과 자위대간의 관계를 그 예로 들 수 있다; 장명봉, 남북한 기본관계정립을 위한 법적 대응, <남북한 UN가입과 한반도통일문제에 관한 공법적 대응>, 한국공법학회 제21회 학술발표회자료, 1991. 11. 2, 45-46면.

고 있다는 해석으로 귀착되게 될 것이다. 즉 영토조항은 대한민국헌법이 헌법의 효력범위를 선언한 법적 의미를 가진 헌법원리라기 보다는 한반도 전체에 있어서의 정통성·유일합법성을 주장하는 정치적 선언이라고 보는 것이 가능하다는 것이다.¹⁸³⁾ 헌법변천이론이 주장하는 헌법의 변천은 영토조항의 헌법변천이 아니고 영토조항을 빌려서 전개하였던 정부의 대북정책변화에 지나지 않는다.¹⁸⁴⁾

(3) 헌법전문에 의거한 해석

헌법은 전문에서 조국의 평화적 통일의 사명을 천명하여 조국의 평화적 통일이라는 민족적 대과업의 성취를 위한 역사적 사명을 국가와 국민에게 부여하고 있다. 이러한 헌법전문규정의 법적 성격은 서독기본법전문에 천명된 통일명제의 법적 성격에 대한 독일학계의 통설적 입장과 연방헌법재판소(Bundesverfassungsgericht)의 판결에서와 같이 정치적인 의의는 물론 법적 의의를 가지는 것으로 볼 수 있다. 따라서 국가기관이 통일을 법적으로 방해하거나 사실상 불가능하게 하는 행위를 금지하는 것이라고 할 수 있다.

우리 헌법전문에 평화적 통일의 사명규정에 관한 이러한 해석을 통하여 통일조항과 영토조항의 상충 및 통일정책의 실제와 영토조항간 괴리의 문제를 어느 정도 극복할 수 있을 것이다.¹⁸⁵⁾

II. 영토조항과 통일조항의 개정론

1. 영토조항의 개정논의

영토조항과 평화통일조항을 조화롭게 합치하는 방향으로 해석하는 방법론은 나름대로 통일문제와 관련된 헌법 규정간의 모순을 어느 정도 해결하고 보다 헌법현실에 부합하는 방향으로 헌법규정을 해석할 수 있는 장점이 있기 때문에 단기적인 대응방안으로서 고려할 수 있다. 그러나 단기적인 대응방안들이 갖는 약점은 영토조항을 유명무실한 조항으로 본다는 점에 있다.

따라서 중장기적으로는 이러한 문제점을 해결하고 통일지향적 평화공존체제와 부합될 수 있는 방향으로 영토조항을 개폐하는 방안을 적극적으로 검토할 필요가 있다. 영토조항의 개정방안으로는 단서 규정설치하는 방안, 상호실체인정을 전제로 한 전면개정방안 등이 제시되고 있다.

(1) 단서규정설치방안

이 방안은 현행헌법 제3조의 영토조항 후단에 “대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도 서로 한다. 다만 조국통일이 실현될 때까지 잠정적으로 대한민국의 영토적 관할은 현재 휴전선 이남의 지역으로 한정한다.”는 단서 규정을 설치하는 방안이다.

183) 최대권, 통일논의의 법적분석, <통일방안논문집> 제2집, 통일원, 1990, 143, 147면.

184) 최대권, 남북교류협력본격화시 예상되는 국내법체계상의 문제점과 대책, 서울대 법학 제34권 1호(1993), 39면.

185) 장명봉, 남북한 기본관계정립을 위한 법적 대응, <남북한 UN가입과 한반도통일문제에 관한 공법적 대응>, 한국공법학회 제21회 학술발표회자료, 1991. 11. 2, 46-47면.

이 방안의 근거로는 다음과 같은 것을 들 수 있다.

첫째, 제1공화국이래 40여년 이상 존속하여 온 영토조항을 전면적으로 개정하는 경우 정부의 통일정책의지가 결여되어 있다는 비판 및 분단고착화라는 대내외적 비난전선을 초래할 수 있다.¹⁸⁶⁾

둘째, 법의 장소적 효력에 있어 남북한의 영토적 관할은 각기 통치권이 실효적으로 미치는 지역으로 한정하는 것이 타당하며 이는 법현실과 남북기본합의서의 남북불가침의 영역적 범위에도 부합하는 것이다.

(2) 상호실체인정을 전제로 한 전면개정방안

이 방안은 우리 정부가 북한의 실체를 인정한다는 전제 위에서 영토조항을 “대한민국은 한민족의 고유한 영토와 그 부속도서가 1953년 7월 27일의 휴전협정의 군사분계선을 경계로 두 개의 정치실체로 분단되어 있다는 사실을 인정하고 가능한 한 조속히 이 분단의 현상을 평화적으로 해결하여 통일을 완수하는 것은 국가 기본정책의 하나이다.”라고 전면적으로 개정하는 방안이다.

이 방안의 근거로는 다음과 같은 것을 들 수 있다.

첫째, 현행의 영토조항은 장차 통일후 발생할지 모르는 간도영유권문제에 대한 대비가 미흡하다. 따라서 이 문제에 대비한다는 점에서 대한민국의 영토는 한민족의 고유한 영토라고 개정함이 바람직하다.

둘째, 분단의 극복을 위해서는 분단의 현실을 인정하는 자세가 필요하다. 이는 독일 통일의 전인차역할을 한 소위 동방정책과 독일통일정책의 기본적인 배경이었다. 우리의 경우에도 국제사회에서 남북이 상호간에 서로의 위치를 인정한다는 ‘7·7선언’의 정신을 천명할 바 있다. 이러한 정신을 헌법에 수용하여 한반도가 대한민국과 이른바 조선민주주의인민공화국의 두 국가적 실체로 분단된 사실을 인정할 필요가 있다.

셋째, 이 방안은 현행 헌법 제3조의 영토조항과 제4조의 평화통일조항을 통합하여 상충을 해결하는 통합적 단일조항이 될 수 있다.

2. 통일조항의 개정논의

통일조항을 개정할 경우 부분개정방안, 상호실체인정을 전제로 한 전면개정방안 등을 생각해 볼 수 있다. 이외에도 삭제방안, 법률에 위임하는 방안 등이 영토조항의 개폐문제에 대한 대응책으로 제시되고 있으나 우리의 상황 특히 남북한관계의 현실에 맞지 않는 점이 있다.¹⁸⁷⁾

(1) 부분개정방안

평화통일조항을 개정하자는 주장에 따르면 헌법 제4조의 통일조항은 법적 분단을 전제로 한 것이므로 영토조항을 존치하려할 경우 제4조에서의 ‘통일’을 민족의 재결합으로 개정해야 한다. 그리고 자유민주적 기본질서에 입각한 통일은 ‘합병’에 의한 통일에 반하는

186) 제성호, 남북한복수관계론, 1995, 118면.

187) 제성호, 헌법상 통일관련조항의 개폐문제, 민족통일연구원, <통일연구논총> 창간호, 1992. 6, 278면.

것으로서 '병합형' 통일정책을 끝까지 고집하려는 것이 아닌 한 '자유민주적 기본질서에 입각한'이라는 문구를 전부 삭제하던가 또는 적어도 그 중에서 '자유'를 삭제하여야 한다.¹⁸⁸⁾

하지만 이에 대하여는 평화통일조항의 법적 의미를 올바르게 파악하지 못한데서 온 주장이라는 반론이 제기되고 있다.¹⁸⁹⁾ 그 이유는 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책을 수립하고 추진한다는 것은 통일정책 추진의 방법을 말하는 것이지 통일의 내용까지 엄격하게 자유민주적일 것을 요구하는 것은 아니기 때문이라고 한다.

(2) 현행헌법을 잠정헌법으로 전면개정하는 방안

평화통일방법을 구체적으로 명시하고 현행 헌법을 잠정헌법으로 성격변경을 하자는 주장이다. 현행 헌법의 통일조항은 너무 추상적이어서 통일방법의 구체적인 명시가 없다. 즉 헌법은 막연히 평화적 통일만을 언급했을 뿐 방법상의 기본원칙을 제시하고 있지 못하다. 뿐만 아니라 현행헌법은 통일후의 헌법효력에 관해서 아무런 구체적 언급을 하지 않고 있다. 과거 서독의 기본법은 전문, 제23조, 제146조에서 잠정헌법임을 분명히 밝힘으로서 동서독의 인적·물적 교류에 법적인 기초를 제공하였다는 경험에 기초하여,¹⁹⁰⁾ 헌법의 효력을 명확히 하고 통일지향적 평화공존체제의 실현을 위해 현행헌법을 완성헌법이 아닌 잠정헌법으로 개정함을 신중하게 고려해야 한다.

(3) 삭제론

평화통일조항을 삭제하자는 주장의 논거는 다음과 같다.

자유민주주의를 기초로 하고 있는 남한과 사회주의를 기초로 하고 있는 북한의 평화적 통일은 양보와 타협이 아니고서는 불가능하다. 그러나 자유민주주의의 기본질서에 입각한 평화통일을 선언한 대한민국의 헌법규정은 북한을 남한에 흡수하는 통일을 의미한다. 남북한의 팽팽한 대립상황을 완화하고 평화통일의 분위기 조성을 위해서는 남한의 헌법 제4조를 삭제하여야 한다. 평화통일조항의 문제는 영토조항이 상호체제인정을 전제로 하여 전면 개정된다면 잠정적 성격의 헌법 내에 영토조항과 평화통일조항이 통합된 단일조항을 삽입하게 되고 이에 따라 당연히 평화통일조항의 삭제가 필요하다.

III. 정비방안 - 조화적 해석에 의한 존치

영토조항과 통일조항문제에 대한 중/장기적인 해결책으로 영토조항을 평화공존체제에 부합하도록 개폐하는 방안이 제시될 수 있다. 즉 헌법개정을 통한 입법론적 해결방법이 보다 근본적인 해결방안이라는 것이다. 그러나 영토조항과 통일조항은 다음과 같은 이유에서 현행과 같이 존치하는 것이 타당하다.

첫째, 영토조항과 통일조항의 입법론적 해결을 위한 헌법개정절차는 헌법개정권력으로서 국민적 합의를 도출하여야 하는바 이는 국내 정치적으로 많은 난관에 직면하고 극심한 국론분열으로 인한 교각살우의 愚를 범하게될 수도 있다.

둘째, 현재의 분단은 잠정적인 것이며 분단극복을 위해서는 평화통일의 당위성과 강력한

188) 김명기, 북방정책과 국제법, 국제문제연구소, 1989, 158면.

189) 제성호, 남북한특수관계론, 122면.

190) 이장희, 평화공존체제를 위한 법적 수정방향, 통일한국 1990, 7월호, 54면.

통일의지의 강조가 필요하므로 통일조항은 존치되어야 한다. 영토조항을 개정하고 동시에 평화통일조항을 삭제한다면 이는 통일의지결여와 분단고착화추구로 인식될 가능성이 다분히 있다.¹⁹¹⁾

셋째, 현행헌법은 전문에서 민주적 개혁과 함께 평화적 통일을 헌법이 지향하는 이념으로 설정하고 이를 실현하는 것이 국가적, 민주적 사명임을 밝히고 있다. 특히 통일과 관련하여 헌법은 제4조에서 평화통일조항을 신설하여 대한민국이 이를 구체적으로 실현할 것을 국가의 기본적 의무로 규정하고 있다. 이러한 점을 감안할 때 평화통일조항은 헌법적 가치이며 동시에 대한민국이 지향해야 할 기본이념인 통일에 대한 강한 의지를 표명한 규정이라고 할 수 있다.¹⁹²⁾ 또한 평화통일조항은 무력통일정책을 포기한다는 선언적 의미를 내포하는 것인바 평화적 통일의 역사적 사명을 천명한 헌법전문과 침략전쟁을 부인하는 국제평화주의 정신과도 부합하는 것이다.

넷째, 현행헌법의 해석론으로도 양자간의 상충문제는 해결될 수 있다.

영토조항과 평화통일조항이 상충한다고 하더라도 평화통일조항이 영토조항보다 우월적 효력이 있는 것으로 해석함으로써 평화통일조항과 영토조항을 그대로 존치시킬 수 있다. 평화통일조항이 영토조항보다 우월적 지위에 있다고 주장할 수 있는 논거로는 다음과 같은 것들이 제시되고 있다.

① 현행헌법은 전문에서 민주적 개혁과 함께 평화적 통일을 헌법이 지향하는 이념으로 삼고 이를 실현하는 것이 국가적 사명임을 밝히고 있다. 특히 현행 헌법에서 평화적 통일에 대한 강한 의지의 표명으로 평화통일조항을 신설하였다. 따라서 평화통일조항은 영토조항보다 헌법상 우월하며 헌법규범간 시열이론 또는 단계구조의 이론으로 이를 해석하는 경우에 헌법이념상 우월한 위치에 있는 평화통일조항은 영토조항보다 우월적인 효력을 갖는다.¹⁹³⁾

② 헌법정책적인 측면에서도 평화통일조항의 우월적 효력을 인정할 수 있다. 즉 헌법적 논의와 평가의 대상이 되는 헌법적 문제들에 대해서는 비단 실정헌법 뿐만 아니라 헌법이 추구하는 본질적 가치에 비추어 접근하여야 하며, 정책적인 측면에서 통일문제와 통일 관련 헌법규정을 인식하여야 한다.

결국 헌법의 영토조항은 통일조항이 제시하고 있는 국가적 사명에 따라 통일한국을 달성한 후에 있어서 국가영역으로서 한반도를 규정하고 있는 것이므로 양자간의 관계는 해석에 의한 조화가 가능하기에 헌법의 개정은 불필요하다.

제3절 남북교류협력법의 정비방안

남북교류협력법은 제정당시 남북기본합의서의 채택 등 남북관계개선의 가시적 성과가 없었던 상태에서 우리 정부의 방침을 일방적으로 법제화한데 지나지 않았다고 할 수 있다. 또한 당시 정부가 통일정책 추진차원의 대북집중과 일부인사들의 불법입북을 둘러싼 법적 근거 내지 법적용원칙의 설정 등 당면문제를 해결하는 것이 입법추진의 계기였다고 지적되고 있다. 따라서 남북기본합의서에 의한 남북한간의 정책적 합의가 이루어진 만큼 남북교류협력법의 기초가 되는 현실상황이 변화하였고 이에 따라 남북교류협력법의 개정문제는 여러 차례 지적되어왔다.¹⁹⁴⁾

191) 제성호, 남북한 특수관계론, 124면.

192) 장명봉, 통일문제와 관계법의 परि-통일정책과 헌법문제를 중심으로, <사상과 정책> 1989, 가을호, 6-7면.

193) 위의 글, 11면.

I. 교류협력법상 남북주민의 범위

1. 남한주민의 개념과 범주

(1) 문제의 소재

남북교류협력법 제1조는 “이 법은 군사분계선 이남지역(이하 “남한”이라 한다)과 그 이북지역(이하 “북한”이라 한다)간의 상호 교류와 협력을 촉진하기 위하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다”라고 규정하고 있을 뿐 남한 및 북한의 주민에 대해서는 직접적인 정의를 내리고 있지 않다. 이와 관련하여 남북교류협력법이 남한이라는 개념을 일응 지리적인 개념으로 이해하고 있다는 전제하에 남한은 현재 대한민국이 실질적으로 관할권을 행사하는 지역만을 말하는 것으로 남한주민은 군사분계선 이남 지역에 거주하는 자연인, 법인과 단체를 말한다는 주장이 있다.

또한, 남북교류협력법은 지리적으로 분단된 남북한간의 상호 교류와 협력을 촉진하기 위하여 필요한 사항을 규율하기 위해 제정된 것이다. 그런데 남북교류협력법 시행상의 문제점으로 국내외 상주하는 재외국민의 경우, 우리 기업의 해외현지법인을 통한 대북투자의 경우, 대한민국에 설립된 외국인투자기업의 지원문제, 북한주민 의제조항의 문제등을 살펴 볼 필요가 있다. 특히 법인의 개념과 범위는 매우 복잡하고도 어려운 것이기 때문에 이 문제에 관한 종합적이고 심도 있는 검토가 필요하다고 할 것이다. 예컨대, 외국인투자기업의 북한진출문제 또는 해외현지법인에 대한 실질적인 이해관계 내지 지배관계가 존재할 경우 남북교류협력법 체계내에서 해외현지법인의 대북투자를 규율할 필요가 있는지에 대한 세심한 검토가 필요하다. 남북교류협력법에서 민족대부거래의 성격을 고려하여 법인과 단체에 대한 보다 명확한 정의를 입법을 통하여 명시하는 것이 바람직하다. 또한 그러한 정의는 적어도 북한이 수용할 수 있어야 향후 남북간에 체결될 투자보장협정이나 이중과세방지협정의 적용대상 법인과 기업에 대하여 합의하는데도 용이할 것이다. 아래에서는 이와 관련된 몇 가지 문제에 대해 검토해보기로 한다.

(2) 개인 - 재외국민과의 관련 -

자연인으로서의 남한 주민의 개념에는 재외국민이 포함되지 아니하며, 재외국민의 경우 남한주민보다도 북한왕래 및 북한주민 접촉 등에 있어서 규제를 완화함으로써 양자에 대해 각각 남북교류협력법을 차별적으로 적용하고 있다는 주장이 있으나 대단히 잘못된 견해라고 생각된다. 즉, 남북교류협력법 제1조 및 기타 관련 조항들을 검토해 보면 남한주민의 개념은 남한 당국 즉 대한민국의 실효적인 관할하에 있는 주민, 즉 대한민국의 국적을 보유한 자를 총칭하는 것으로 보아야 하며 따라서 재외국민은 당연히 남한주민에 포함된다고 할 수 있다.

다만, 남북교류협력법이 재외국민중에서 외국에 영주 또는 장기체류자격이 있는 자들은 향후에 대한민국에서 거주하기 보다는 체류국의 국적을 취득하거나 체류국에 영구적으로 거주할 의사가 있는 자들이기 때문에 남북교류협력법의 실효성을 제고를 위하여 일부 조항에서 이들에게 다소간에 편의를 제공하고 있는 것으로 보아야 할 것이다.

194) 최철영, 대북정책의 변화와 남북교류협력법의 개선방안, 성균관법학, 제10호(1999), 440면.

또한, 남북교류협력법 시행령 제10조 제4항에서의 외국에 나가 있는 남한주민은 외국
 의 단기체류허가를 받고 해외여행중인 남한주민이라는 의미가 외국에서 영주 또는 장기
 체류하는 재외국민이 남한주민이 아니라는 반대해석을 하는 견해는 타당하지 않다고 본다.
 여기에서 한가지 지적할 점은 남한주민과 앞서의 외국 영주거주 재외국민을 구별하여 남북
 교류협력법을 차별적으로 적용한다는 것이 우리 정부의 공식입장이라면 북한 법령상의
 ‘공화국 영역밖의 조선동포’의 개념에 그러한 외국 영주거주 재외국민만이 포함되며 남한
 에 거주하는 주민은 제외된다는 것을 우리 스스로 인정하는 것이라고 오해할 여지도 있
 으며 북한도 그러한 이분법적 입장을 심분 활용하여 남한주민과 이들 부류의 재외국민을
 구분하여 후자에 대해서 유리한 대우를 하도록 유도함으로써 그들의 법령을 차별적으로
 적용하도록 하거나 현행 북한법령을 그와 같이 해석할 수 있도록 할 우려가 있다.

(3) 법인 또는 단체 - 외국인투자기업 -

주민에는 자연인외에 법인과 단체도 포함되는 바, 여기에서 법인과 단체는 무엇을 말
 하는가가 문제이다. 이와 관련하여 남북교류협력법 제12조는 교역을 할 수 있는 자는 국가
 기관·지방자치단체·정부투자기관 또는 대외무역법에 의하여 무역업의 허가를 받는 자
 로 하되, …“라고 규정하고 있지만 이것은 교역에 해당하는 부분일 뿐이므로 이 규정으
 로부터 법인과 단체의 내포를 유추해서는 아니될 것이다. 만약 외국인투자기업이 대외
 무역법에 의하여 무역업 등록을 하면, 남북교역당사자 자격을 갖게 되며 일용 투자허가
 범위내에서 남북교류협력법상의 절차에 따라 남북교역을 추진할 수 있다고 해석된다.

한편, 학설과 판례에 의하면 대한민국의 국내법을 준거법으로 하여 설립된 회사를 대
 한민국 법인으로 하고 있는 바, 외국인투자촉진법 제2조 제1항은 외국에 설립된 법인에
 대하여 ‘외국법인’으로(제1호), 대한민국의 법률에 의하여 설립된 법인을 대한민국
 법인으로(제3호) 하고 있으며 외국인투자가와 외국인투자기업은 법률에 특별한 규정이
 있는 경우외에는 그 영업에 관하여 대한민국법인과 동등한 대우를 받는다(제3조 제1항)
 라고 함으로써 원칙적인 내국민대우를 인정하고 있다. 한편, 외국환거래법은 “거주자”를
 대한민국안에 주소 또는 거소를 둔 개인과 대한민국에 주된 사무소를 둔 법인을 말한다
 (제3조 제1항 제12호)라고 하고 있으며 비거주자의 대한민국 안의 지점·출장소 기타의
 사무소는 법률상의 대리권의 유무에 불구하고 거주자로 보고 있다(제3조 제1항 제13호).

다음 단체에 대하여 살펴보자. 출입국관리법 제2조 7호는 “외국단체라 함은 주주·사원·
 임원 또는 단체의 구성원의 과반수가 외국인이거나 자본의 반액 이상 또는 의결권의
 과반수가 외국 또는 외국인에 속하는 법인이나 단체와 그 지사·지점·지부 또는 출장소
 등을 말한다”라고 규정하고 있다. 이에 따르면 내국 단체라 함은 주주·사원·임원 또는
 단체의 구성원의 과반수가 내국인이거나 자본의 반액 이상 또는 의결권의 과반수가 내국
 또는 내국인에 속하는 법인이나 단체와 그 지사·지점·지부 또는 출장소 등을 말하는
 것이라 해석된다.

그런데 남북교류협력법상의 남한주민의 범주에 속하는 법인과 단체가 외국인투자촉진
 법상의 내국법인이나 외국환거래법상의 거주자인 법인 그리고 출입국관리법상의 내국단
 체를 의미하는 것으로 추정하여야 할 것인지는 의문이다. 그러한 법인과 단체에 대한 정
 의는 각각의 관련 법령의 목적에 따라 달리 정한 것이므로 이를 토대로 남북교류협력법
 상의 내국법인과 단체의 범주를 설정하는 것은 타당하지 않다고 생각된다.

전자의 세 법령에 의한 내국법인과 단체들 모두가 외국인투자촉진법상의 세제상의 우대

조치이외에 남북교류협력법상에 의한 각종 세제상의 혜택 그리고 남북협력기금법상의 혜택까지도 향유하게 된다면 남북기본합의서의 정신이나 남북교류협력법과 남북협력기금법의 목적에도 배치된다고 생각된다. 이들에게 이러한 특혜를 부여한다면 국제사회로부터 남북교류를 민족내부거래로 인정받을 수 없는 빌미를 제공하게 될 것이고 대한민국은 북한에의 투자 등 경제교류를 위한 각종 피난처(예컨대, tax haven)가 될 것이다. 이러한 점에서 볼 때, 남북교류협력법은 중대한 흠결을 남기고 있다고 할 수 있다.

결국 남북교류협력법 또는 그 시행령에서 민족내부거래의 성격을 고려하여 법인과 단체에 대한 보다 명확한 정의를 명시하는 것이 바람직하지만 적어도 자본의 순수한 內國性만을 기준으로 할 수는 없다고 판단되며 결국 대한민국에 설립된 법인에 대해서는 원칙적으로 남북교류협력법에 그 적용대상이 된다는 정의조항을 두되, 협력사업자 자격요건을 강화함으로써 외국인투자기업 등의 남북경협을 통제하는 것이 바람직하다고 생각된다. 195) 다만, 협력사업자가 될 수 있는 외국인투자기업을 지나치게 좁히는 경우(예컨대 대한민국의 개인 또는 법인이 지분비율을 과반수를 차지하도록 요구하는 등), 우리나라가 투자보장협정 등에서 부담하고 있는 내국민대우조항 위반의 문제가 제기될 수 있다.

그러나, 외국투자가와 외국인투자기업은 『법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고 그 영업에 관하여서 대한민국 또는 대한민국법인과 동일한 대우를 받는다』는 외국인투자촉진법 제3조 제2항의 규정에서 보듯이 대한민국 국민 또는 대한민국법인과 다른 대우에 관한 특별한 규정을 법률에 둘 수 있고, 또한 내국민대우는 대한민국이 통치권을 실효적으로 행사하는 지역내에서 인정되는 것이라고 할 수 있으므로 남북교류협력법에 외국인투자기업의 협력사업자 자격에 관한 제한규정을 둔다고 하더라도 큰 문제는 없을 것이다. 중요한 것은 남한주민으로 분류될 수 있는 법인과 단체에 관한 정의는 반드시 북한 당국이 수용할 수 있는 것이어야 하는 바, 향후 남북간에 체결될 투자보장협정이나 이종과세방지협정의 적용대상 법인과 단체에 대하여 합의하는데도 용이할 것이기 때문이다.

(4) 제3국 현지법인 문제

1) 대만의 입장

1992년까지의 대만정책에 의하면 대만기업의 대북투자는 모두 제3국에 설립한 회사 또는 사업을 통하여 하도록 하였으며 대만의 기업의 신분 또는 명의로 대륙에 직접 투자하는 것은 엄격히 금지되었다. 그러나 1993년 2월 大陸地區從事投資或技術合作許可辦法의 개정을 통하여 금액이 100만달러 미만인 대해서는 제3국을 경유하여(즉, 제3국을 통하여 외화를 대륙에 송금하는 방식으로) 수행하게 하였다. 그러나, 반드시 제3국에 설립된 현지법인에 의하도록 하지는 않았다. 이 규정은 실질적으로는 정식으로 대만기업에 의한 대륙에의 직접적인 투자금지를 해제한 것이며 간접송금방식에 의해 직접투자할 수 있게 되었다. 또한 100만 달러를 초과하는 대만기업의 투자에 대하여도 사실상 묵인하고 있다. 대만의 對중국투자의 기본적인 목적은 본토통일후의 경제구조 등을 염두에 둔 것이라기

195) 그러나, 단순한 지분의 비율과 그에 따른 경영권의 주체만을 가지고 남한주민인지의 여부를 따지는 것도 대단히 불합리한 결과를 초래할 수 있다. 예컨대, 외국인이 주식이나 지분을 49.9%를 가진 대한민국에 설립된 법인과 50.1%를 가진 그러한 법인을 구분하여 남북교류협력관련법령의 적용여부를 규정한다는 것은 대단히 불합리하다고 할 것이다. 물론 법인의 국적에 대한 우리 나라의 학설과 판례와도 부합되지 아니한다.

보다는 순수한 경제적 이익획득이라고 할 것이다. 반면에 우리의 입장은 제1차적으로는 국가안보와 인도주의적 고려, 궁극적으로는 통일후의 경제구조, 산업배치의 문제까지도 종합적으로 고려한 장기적인 국가통일정책에 상당한 비중을 두고 있다고 할 수 있다.

2) 대한민국 기업의 현지법인을 통한 대북투자의 목적

우리 기업이 제3국 현지 법인을 통하여 대북투자를 하는 경우, 일응 1) 우리 국내의 규제를 회피할 의도, 2) 북한의 정치적인 의도(남한에서의 직접적인 대북투자를 무력화시키려는 의도 등)의 요청에의 부응, 3) 북한의 남한주민에 의한 투자에 대한 소극성 탈피를 위한 목적, 또는 4) 외국의 합작파트너와 함께 북한에 투자함으로써 특히 대북관계가 악화될 경우에 대비하여 국유화, 수용 등을 비롯한 정치적 리스크를 줄이기 위한 목적을 가질 것이며 때로는 이 네 가지중 2이상이 중복된 경우도 있을 것이다.

94년초 남북경협사업관심업체를 대상으로 실시한 설문조사에서 응답업체의 34%가 제3국을 통한 대북우회진출을 허용하여 줄 것을 희망하였다는 통계에서 보듯이 기업으로서 상대적으로 질차가 까다롭지 아니한 현지법인의 설립을 통한 대북투자방식을 택할 수 있다. 북한은 이러한 점을 노려 통일부의 통제막에 있는 그러한 투자를 부추김으로써 남북기본합의서 및 남북교류협력에 관한 법률의 가치를 훼손시킬 우려가 있다. 이는 남과 북이 상호 실체를 인정한다는 전제하에 직접 남북주민의 명의로 교류·협력을 추진하여 남북관계 개선을 유도한다는 정부의 기본방침에도 역행한다고 할 것이다.

3) 현지법인에 의한 대북투자에 대한 적용법규와 형식

제3국의 현지법인을 남한주민으로 분류할 수 있는나의 문제는 대한민국의 외국인투자법인을 남한주민으로 볼 수 있을 것인가와 동전의 양면에 해당한다 할 것이다. 그런데, 남한주민의 제3국 현지법인을 통한 대북투자에 대한 전반적인 사항이 남북교류협력법 등 관련 법령에서는 명시되어 있지 않고 재정경제원 고시인 대북투자등에관한외국환관리지침에 의하여 정하고 있다. 이러한 점은 입법본상으로 대단히 잘못되었다고 할 것이다. 어찌되었건 현지법인을 통한 대북투자를 남북교류협력법상의 협력사업으로 인정하고 그에 대한 각종 우대조치를 취하고자 한다면 외국환기래법보다는 제1차적으로 남북교류협력법 체계내에서 별도로 규율되어야 한다. 즉, 먼저 현지법인을 통한 대북투자에 대해 남북교류협력법에 근거조항을 두고 현행 지침에 포함된 내용의 상당 부분을 동 법으로 끌어올리고 기술적인 부분에 대해서만 당해 지침에서 다루어야 할 것이다.

4) 현지법인이 『남북교류·협력의 이행과준수를위한 부속합의서』상의 남측 경제 교류·협력의 당사자인지의 여부

북한이 제3국의 현지법인을 [남북사이의 화해와 불가침 및 교류·협력에 관한 합의서]의 제3장 남북교류·협력의 이행과준수를위한 부속합의서상의 남측 경제교류·협력의 당사자로서 인정할 것인가에 대하여도 의문이다. 만약 제3국의 현지 법인에 의한 대북투자가 여기에 해당되지 못한다면 남북교류협력법상의 협력사업으로서 통일부가 인정한다 할지라도 향후 남북간의 이중과세 방지협정이나 투자보장협정의 적용대상으로 하는데 북한이 받아들이지 아니할 것이라고 일응 예상해볼 수 있다.

부속합의서 제1조 제2항은 “남과 북은 자원의 공동개발, 합영·합작투자 등 경제협력 사업의 대상과 형식 …를 경제교류·협력위원회에서 협의하여 정한다”라고 규정하고 있는 바, 이 규정에 의하면 남북의 합의에 따라 그 범위가 확대될 수 있다. 그러나 부속합의서 제1조 제4항의 『…경제협력의 당사자는 법인으로 등록된…』이라는 규정이 있는 바, 합의서의 취지와 관련 규정을 검토하여 볼 때, 현재로서는 부정적이라고 보는 것이 타당할 것이다. 법적으로 해외 현지법인은 법인의 설립지국에 의하여 인격을 부여받은 외국 법인이므로 원칙적으로 남한주민으로 볼 수 없다. 196) 그러한 점에서 해외현지 법인의 대북투자는 적어도 남북기본합의서상의 남북경제협력사업에는 해당한다고 볼 수 없다. 이러한 제3국 현지법인의 지위는 부속합의서에서 그 가능성이 미리 타진되었어야 했을 것이며, 향후 이 부분에 대해서는 북한과 합의를 하여야 할 것으로 판단된다. 더욱이 이러한 대북교역과 투자는 민족내부거래로 보기에 많은 난점이 따른다. 국제사회에서도 민족내부거래로 보지 아니할 것임에는 틀림없는 사실이라고 판단된다. 197)

2. 북한주민

우리가 남북교류협력의 당사자로 인정할 수 있는 북한 주민의 경우도 북한의 국적을 가진 개인 또는 법인으로 보아야 할 것이다. 다만, 중국을 비롯한 외국의 국적을 가진 자가 북한에 설립한 법인에 대해서 우리 남북교류협력법상의 북한주민으로 볼 것인가의 문제에 대해서는 남한에서의 외국인이 설립한 법인을 어떻게 볼 것인가와 결부시켜 판단하여야 한다. 즉 남한과 북한이 상호 합의한 기준에 따라 남북기본합의서상의 교류협력당사자로 인정하고 각각의 국내법에 따라 일정한 특혜를 부여하거나 관련 법을 적용하여야 할 것이다.

한편, 남북교류협력법 제30조의 “이 법(제9조 제1항 및 제11조를 제외한다)의 적용에 있어서 북한의 노선에 따라 활동하는 국외단체의 구성원을 북한주민으로 본다”는 규정과 관련하여 ‘북한의 노선’, ‘활동’, ‘국외단체’에 대한 자의적인 해석의 가능성이 있다는 견해가 있다. 이는 북한의 노선에 따라 활동하는 국외단체는 조총련과 같은 북한의 사실상 통제하에 있는 단체만을 의미하는지 아니면 해외에 있는 친북성향의 민간단체 일반을 포함하는 것인지 불분명하다는 지적이다. 어떠한 법령의 조항을 해석함에 있어서는 당해 법령의 다른 규정 또는 다른 관련법의 규정과 조화하는 합리적인 판단을 하여야 할 것이다. 따라서 이러한 경우 당연히 전자만을 의미하는 것으로 보아야 할 것이다. 그러하지 아니한 경우 해외친북단체에 가입한 남한주민을 북한주민으로 의제하는 모순이 생기게 되기 때문이다. 한편 그러한 국외단체의 구성원의 범주에는 당연히 북한적을 가진 자는 제외된다고 보아야 할 것이다.

북한의 노선에 따라 활동하는 국외단체의 구성원에 대한 남북교류협력법의 적용에 관

196) 해외 현지법인 자체에 대한 대한민국 정부의 완전한 통제는 법적으로 불가능하다 할지라도 자본금 및 지분구성, 의결권의 확보정도에 따라 어느 정도의 통제가 가능하기도 하지만, 특히 중국 등의 예에서 보듯이 의결방식에 따라서는 사실상 통제가 불가능한 경우도 있다.

197) 과거 미국이 COCOM제도하에서 공산권 국가에 대한 전략물자의 수출과 관련하여 해외현지 법인에 대한 통제를 하였는데, 현지 법인의 국적국들 대부분이 이를 인정하였던 것도 사실이다. 다만, 그러한 현지법인의 국적국이 자유민주주의진영에 속한 국가였고 당시의 냉전체제하에 있었다는 점을 감안해 볼 때 이러한 논리가 그대로 남북관계와 관련하여 받아들여질 것으로 보이지는 않는다. 예컨대, 우리가 과거의 미국의 사례에 따른 국내법을 제정한다 할지라도 중국이 그것을 받아들일 리도 없을 것이다.

하여는 남북교류협력법 제30조에서의 「제9조 제1항 및 제11조를 제외한다」라는 표현과 동 제9조 제1항 및 제11조의 적용에 근거하여 북한주민으로 보지 않는 것으로 판단된다. 예컨대 조총련계 사람들이 남한을 방문할 경우에는 북한주민으로 보지 않고 단순히 해외 거주동포로 본다는 것을 의미하는 것이라 볼 수 있을 것이다. 다만, 그러한 국외단체의 구성원으로서 북한적을 가진 경우에는 북한주민으로 취급하여 제9조 제1항 및 제11조를 적용하여야 할 것인가 아니면 그 적용을 배제하여야 할 것인가의 문제가 있다. 만약 북한주민으로 취급하지 아니하고 해외동포로 취급하여 제9조 제1항 및 제11조의 적용을 배제한다면 북한이 외국에 영주권을 갖거나 장기체류하는 우리의 제외국민에 대해서 다른 남한주민과 달리 취급할 수도 있으므로 북한적을 가진 경우에는 상호간의 체제와 존재를 인정하기로 한 남북기본합의서의 규정에 따라 가능하다면 북한주민으로 취급하여야 할 것이다.

II. 교류협력관련조항의 위헌성 여부

1. 합헌론

남북교류협력법 제3조는 남한과 북한의 주민간에 왕래(제9조 제1항), 회합·통신(동법 제9조 제2항), 물품의 반입·반출 및 협력사업(동법 제13조, 제16조)을 하는 경우 통일부장관의 승인을 받도록 하고 이를 위반하면 처벌하고 있다.

통일부장관의 승인을 받도록 하는 이유는 수시로 변화하는 북한의 태도가 예상을 초월하는 점을 감안하여 낭만적이고 조급한 접근을 할 우려가 있는 개인이나 민간단체가 각기 독자적으로 북한과 직접 관계를 형성하는 것을 지양하고, 정부가 남북관계의 진전상황과 국제정세 등 여러 상황을 연구분석하고 있는 전문가들로 하여금 대북정책을 수립하게 하고 개인이나 민간단체는 이에 협조하여 국민적 합의하에 남북관계가 추진되는 것이 요구된다는 것이다. 또한 이는 대의민주주의의 이념에도 부합하고 우리 헌법이 대통령에게 조국의 평화적 통일을 위한 성실한 의무를 지게하고 통일에 관한 중요정책을 국민투표에 붙일 수 있게 한 취지에도 부합하며 장기적으로 우리 민족의 숙원인 통일의 성취에도 도움이 된다는 것이다.

2. 위헌론

북한주민의 접촉은 남북한의 특수한 관계를 고려해야하고 정책적인 측면에서 행정부의 전문적인 판단이 필요한 부분이다. 남북관계는 다양한 사실관계를 규율하거나 사실관계가 수시로 변화할 것이 예상되는 영역이어서 어느 정도의 포괄적 위임이 불가피하다고 보여지는 측면이 없는 것은 아니다. 하지만 그럼에도 불구하고 위와 같은 사정은 사실적인 사정에 지나지 않아 국민의 기본권을 전면적으로 박탈할 지경에까지는 이를 수 없으며 설혹 제한하는 경우에도 구체적인 상황하에서 구체적인 유보사항을 두어 제한할 수 있을 뿐이다.

남북기본합의서는 남북간의 다양한 형태의 교류, 접촉, 회합, 통신 등을 열거했으므로 대한민국정부는 다양한 형태에 걸맞게 구체적이고 적절하며, 타당한 기준을 수립할 수 있는 사실적 법적인 기초를 가지고 있다. 그럼에도 남북교류협력법은 이에 대한 아무런

구체적이고 명확한 기준을 제시하고 있지 못하고 있으므로 명백히 헌법과 남북기본합의서에 위배된다.

헌법의 규정은 조국의 평화적 통일을 달성하기 위한 주체를 명백히 한 부분이다. 즉 헌법은 평화적 통일이 민족적 사명임을 밝힘으로써 통일의 주체인 민족구성원, 대한민국 국민이 통일에 대한 권리와 의무의 주체인 점을 명확히 하고 있다. 따라서 민족적 사명인 조국의 평화적 통일을 달성하기 위한 주체로서 국민은 이에 걸맞은 권리와 의무를 지고 있는바 특히 조국의 평화적 통일을 위한 주체로서의 권리는 헌법에 주어진 것으로서 구체적인 행사방법이나 절차 등을 하위 법률이나 규정으로 밝힐 수 있을 뿐 그 권리 자체를 하위법률 등으로 박탈할 수는 없다.

그럼에도 남북교류협력법 규정은 평화적 통일의 주체이며 헌법상의 권리를 가지고 있는 민족구성원의 통일을 위한 접촉, 구체적으로는 남한 주민의 북한주민과의 접촉을 기본적으로 승인의 대상으로 함으로써 민족구성원의 통일에 관한 권리를 직접적이고 본질적인 측면에서 침해하고 있다. 즉 이 법 조항은 남한주민이 조국의 평화적 통일을 위해서 북한주민을 만나는 행위를 승인제로 함으로써 북한주민 접촉행위 일체를 금지해 놓은 상태에서 이를 제한적으로 운용하여 통일부의 판단에 의하여 이를 합법화시키는 문제점을 안고 있다. 이런 측면에서 통일부의 승인은 법규에 의한 일반적인 상대적 금지를 특정한 경우에 해제하여 적법하게 일정한 행위를 할 수 있게 해주는 행위, 즉 법적 지위의 설정행위라는 성격을 가지고 있다. 따라서 이를 반대해석하면 위 법 조항은 남한주민이 조국의 평화적 통일을 위해서 북한주민을 만나는 것 자체를 불법으로 규정해 놓은 상태에서 이를 제한적으로 승인하여 합법화시킴으로써 헌법에서 규정한 대한민국 국민의 기본권을 전면적으로 제한하는 입법형태를 취하고 있다.

나아가 위 조항은 헌법에서 보장하고 있는 국민의 기본권을 통일부장관의 승인 여하에 따라서 좌우하도록 되어 있는 바 이는 뒤에서 보는 바와 같이 승인에 대한 어떠한 기준도 설정하지 않은 상태에서 통일부 장관의 주관적이고 자의적인 집행에 의하여 국민의 기본권을 제한하는 형식을 취하고 있어 국민의 기본권을 전면적이고 본질적으로 침해하는 것으로서 위헌의 소지를 안고 있다.

3. 논의의 정리

남북교류협력법 제9조 제3항은 통일부장관에게 자의적인 승인권을 부여한 것이 아니라 우리 헌법이 천명하고 있는 자유민주적 기본질서에 입각한 평화통일원칙을 기초로 정부가 수립한 대북정책에 적합한 범위내의 승인권을 부여한 것이라고 할 것이다. 따라서 헌법 제75조의 포괄위임금지원칙에 어긋나거나 법치주의 혹은 거주·이전의 자유를 규정한 헌법 제14조, 통신의 자유를 규정한 헌법 제18조에 위배된다고 할 수 없고 남한 주민의 통일에 대한 권리를 지나치게 제약하거나 정부가 평화통일에 관한 의무를 위반한 것이라고 볼 수 없어서 위 규정이 헌법의 통일원칙에 위배된다고 할 수도 없다. 또한 위 규정의 취지를 위와 같이 보는 한 통일부 장관이 인도적 차원의 지원을 금지할 수는 없고 다만 그 시기와 방법에 있어서 정부의 대북정책의 방향과 어긋나지 않도록 조정하기 위한 승인권을 가진다고 해석하는 한 이는 과잉금지원칙을 규정한 헌법 제37조 제2항에 위배된다고 볼 수도 없을 것이다.¹⁹⁸⁾

198) 1993. 7. 29. 선고 92헌바48.

Ⅲ. 규제의 합리화

1. 합리적인 규제의 필요성

남북교류협력 활성화 조치들은 나오기 전부터 많은 문제점들이 지적되어 왔으며 통일부는 여러 논의과정을 거쳐 문제점들을 제거하고 새로운 개선안들을 법적으로 또는 제도적으로 반영하여 왔다. 하지만 남북교류와 협력의 활성화를 위하여는 규제철폐 중심으로 나아가야 한다는 발상은 잘못이다. 활성화에 따라 규제를 완화할 부분이 있는가 하면 규제를 강화하여야 할 부분도 있다. 또한 북한과의 관계가 상당히 가변적이고 불안정하다는 점을 고려해 볼 때 우리 당국의 정책의 경직성을 초래할 수 있는 내용은 바람직하지 않다. 따라서 우리의 대북정책의 예측가능성을 전제로 한 탄력성있는 정책수립에 장애가 되는 법제화도 지양되어야 할 것이다. 또한 대북관계의 법과 정책은 순수한 법이론적 접근보다는 남북간의 현실적인 상황 및 이에 적절하게 대응하여야 한다는 법실무적 측면이 오히려 강조되어야 한다.

북한측은 국가기관이 협력사업의 실제 담당자이며 사회주의체제의 속성상 그들 당국이 경제를 장악하고 있다. 이러한 면에서 우리측에서도 정부의 원칙 있는 개입·조정이 필요하다. 또한 우리 주민이 북한에서 과당경쟁 또는 중복경쟁을 통해 불필요하고 무계획적으로 교류협력을 구상하거나 감상주의적인 발상으로 북한주민을 도와야 한다는 생각 등 비합리적인 요소에 의하여 이루어지는 행위는 규제할 필요가 있다.

2. 남북교류협력에 관한 업무관할권

남북교류협력법이 남북교류협력에 관한 제반업무를 모두 통일부장관의 권한으로 규정하고 있는 것과 관련하여 학술, 문화, 예술, 체육, 경제 등 교류협력분야의 다양성과 교류협력지원의 효율성 제고라는 측면을 고려하여 남북교류협력에 관한 각종 규제와 지원에 관한 업무는 해당분야와 가장 밀접한 관계가 있는 부처에서 관할하도록 하고 통일부가 통괄·조정하는 권한만을 갖도록 하는 것인 정부조직법의 규정에도 부합된다는 지적이 있다. 정부조직법 제28조는 통일부장관은 통일 및 남북대화·교류·협력에 관한 정책의 수립, 통일교육 기타 통일에 관한 사항을 掌理한다고 규정하고 있고 있는 바, 이 규정을 문리적으로 해석한다면 교류·협력의 범위가 다양한 만큼 그에 관한 승인 등 규제권한이나 지원에 관한 업무는 정부 각 부처에서 소관에 따라 행사하도록 하고 통일부는 정책수립하는데 그쳐야 한다는 지적이 나올 수 있다. 이러한 면에서 정부조직법 개정 당시 명확히 통일부의 업무와 권한에 대하여 규정하였어야 한다.

그러나 정부조직법 제28조를 비롯한 행정각부의 권한에 관한 규정들을 면밀히 검토해 보면, 통일부가 남북교류협력에 관한 업무와 관련하여 통일부가 통괄·조정만 하여야 한다고 해석하여야 할 만한 규정은 없으며, 오히려 掌理라는 표현 자체에서 보듯이 남북관계 업무에 관한 주부부처가 통일부임을 명시한 것으로 보아야 한다.

또한 효율성의 면에서도 오히려 부정적으로 보아야 할 것이다. 무엇보다도 남북한 관계업무는 북한의 상황에 대한 정확한 판단을 전제로 추진되어야 할 것인 바, 그에 대한 정확하고 종합적인 정보가 결여되어 있는 부처에 통일부의 일부 기능을 이관한다는 것은 국가의 통일정책에 혼선만을 가져올 수 있을 뿐이다. 또한 과거 서독이 동서독간에 기본관계조약

체결이후에 경제협력문제를 통일전담부서인 내독성에서 경제성으로 이관하였다는 지적도 당시의 동서독의 기본적인 입장 및 기본관계조약의 성격이 남북한의 기본적인 입장이나 남북기본합의서의 성격과는 크게 다르기 때문에 전혀 설득력이 없다.

IV. 준용규정 및 위임규정의 축소

남북교류협력법 제26조(다른 법률의 준용)1항은 이 법에서 특별히 규정되지 아니한 사항에 대하여는 대통령이 정하는 바에 의하여 '대외무역법' 등 무역에 관한 법률을 준용한다고 하고, 동조 3항은 남북한간 투자, 물품의 반출·반입 기타 경제에 관한 협력사업 및 이에 수반되는 거래에 대하여는 대통령이 정하는 바에 따라 외국환관리법, 외자도입법, 한국수출입은행법, 수출보험법, 대외경제협력기금법, 수출용원재료에대한관세등환급에 관한 특례법 등을 준용한다고 규정하고 있다. 이외에도 남북교류협력법 제21조는 수송장비 등의 출입관리에 관하여 출입국관리법 제65조내지 제72조의 준용을 규정하고 있다.

그러나 남북기본합의서와 교류협력분야 부속합의서 정신에 비추어볼 때, 특수관계에 있는 남북한이 상호간의 교역과 협력사업 등 경제교류에 제26조1항과 3항과 같이 국가간 경제교류에 적용되는 법률을 적용하는 것은 법리상 타당하지 않다.¹⁹⁹⁾ 이는 남북교류협력에 있어서 북한을 외국으로 인정하는 결과가 되기 때문이다. 이는 남북한간 '잠정적 특수관계' 정신과 배치되는 것으로서 국제무대에서 남북교역이 민족내부교류임을 주장하는데 약점이 될 수 있다. 대외적으로 남북교역의 민족내부교류성을 주장하기 위해서는 남북교역의 국내거래성을 보다 강화해야 할 것이다.

남북교류협력법의 준용규정개정의 방안으로는 남북교류협력법 제26조에 근거규정만을 설치하고 동조에 의거하여 준용되는 관계규정과 기타 남북교류관련조문 등을 모두 묶어 별개의 법령을 만드는 방안이 제시될 수 있을 것이다.

또한 남북교류협력법은 많은 부분에서 시행령에의 위임을 규정하고 있는데 단순히 절차적인 사항을 위임한 것은 크게 문제가 되지 아니하지만 남북한 왕래에 대한 심사(제11조), 물품의 반출·반입에 대한 승인(제13조), 협력사업자의 승인(제16조), 협력사업의 승인(제17조) 등 중요한 사항을 포괄적으로 시행령에 위임하고 있는 바 이는 하위법령에의 위임은 "법률에서 구체적으로 범위를 정하여" 하도록 한 헌법 제75조 제1항에 위반된다는 비판이 따를 수 있다. 물론 남북간의 관계가 불안정하고 가변적이기 때문에 신속적인 대응을 위하여 상대적으로 정비·보완이 용이한 하위법령에 맡길 수밖에 없다는 주장도 있을 수 있다.

V. 남북협력기금법의 엄격한 운용

다음으로 남북협력기금법상의 문제점으로 거론되는 사항을 보면 기금의 지원대상이 너무 광범위하다는 것과²⁰⁰⁾ 기금운용의 구체적인 원칙과 기준이 결여되어 있다는 것 등이

199) 오준근, 남북교류협력에 관한 현행법제와 그 개선방향, 통일문제연구, 제4권1호, 1992, 43-47면; 박윤훈, 남북기본합의서이행에 따른 남북교류협력법령의 보완·발전방향, 서울대학교 법학, 제34권1호, 1993, 10면.

200) 제26조에 의하면 손실보조약정을 체결한 후 교역으로 인하여 발생한 손해 및 경제협력사업의 시행으로 인하여 발생한 손해에 대하여 통일부장관이 남북교류협력기금을 통해 손실보조를 해줄 수 있도록 되어 있다.

있다. 전자의 문제는 대북경제교류협력에 정부의 지원이 바람직스러운 것이냐의 문제와 관련되어 있는 것으로서 검토할 필요가 있다고 하겠으나 후자의 문제는 다른 기금설치법에서도 기금운용은 기금운용계획에 따라 행하도록 하고 있다는 점을 생각해본다면 문제 될 것은 없다.

무엇보다도 남북협력기금법에 의하면 계약당사자가 입게 된 손해를 기금에서 填補하여 주도록 되어 있다. 아무리 남북한간의 교류를 촉진하기 위한 통일정책적 차원에서 인정된 것이라고는 하지만 계약의 법리와도 맞지 않을 뿐더러 교류협력 초기에는 다소간의 타당성이 인정되었다 할지라도 이제 어느 정도 대북교류협력의 경험이 축적된 상황에서는 그러한 손해 전보제도를 폐지하고 남북협력기금법을 다른 용도로 사용하는 것이 바람직하지 아니할까 생각한다. 특히 남북교류협력이 활성화된다면 남북협력기금법의 그러한 규정이 오히려 남한기업들의 과당경쟁이나 북한측이 계약상의 의무부담에 대한 구속감을 약화시키는 등 부정적인 효과를 가져올 수도 있다.

VI. 정비방안

남북교류협력법에 대하여는 이제까지 지적된 제반문제점들과 국가보안법등 타법령과의 상충 등과 같은 그 법체계상의 지위에 관한 불명확성을 근거로 하여 이를 명실상부한 기본법으로서 '남북교류협력기본법'을 제정하고 각 분야별 입법을 추진하는 방안과 남북교류협력법을 존속시키되 그 제반문제점들을 개선·보완하여 기본법적 역할을 수행하도록 하는 방안이 제시되고 있다.

남북교류협력법에 관한 기본법의 제정을 모색할 경우 현실적 고려에서 현재의 남북교류협력법을 기초로 하여야 할 것이다. 그 구체적인 내용과 방향은 남북교류협력기본법을 제정하고, 경제교류협력, 사회문화교류협력에 관한 각론적 사항은 규율의 목적과 원리가 상이하므로 분야별 단행법을 제정하는 것이 좋을 것이다. 또한 현재 남북교류협력법에 의하여 진행되고 있는 대북 민간지원단체의 인도적 지원활동에 대하여는 경제적 또는 정치적 고려가 배제된 '대북민간지원촉진특례법'을 제정하여 남북기본합의서의 실천과 그에 근거한 남북교류협력기본법의 이행을 원활화하기 위한 환경조성에 노력하여야 할 것이다.²⁰¹⁾

제4절 북한관련법의 정비방안

I. 국가보안법

국가보안법의 헌법적 근거인 영토조항의 개정삭제나 변천론이 제기됨에 따라 국가보안법의 헌법적 근거도 흔들리고 있다. 국가보안법이 제정되고 시행된 이후부터 지금까지 국가보안법에 대한 개폐논의는 끊임없이 계속되어 왔다. 국가보안법의 개폐에 관해서는 북한의 태도와 상관없이 우리 자신의 헌법이념과 조화될 수 없고 변화하는 국내외적 상황과 부합할 수 없는 국가보안법은 폐지되어야 한다는 주장과²⁰²⁾ 국가보안법의 존재필

201) 홍준형, 앞의 글, 75-80면 참조; 최철영, 대북정책의 변화와 남북교류협력법의 개선방안, 성관법학, 제10집(1999), 451-458면 참조.

요성을 역설하고 개폐론을 반박하는 견해가²⁰³⁾ 있는가 하면 국가보안법개폐논의의 신중론 또는 시기상조론이²⁰⁴⁾ 존재하고 있다.

1. 존치론

남북기본합의서에도 불구하고 국가보안법을 개정하지 않아도 된다는 논리로는 다음과 같은 주장이 제기되고 있다.

어느 국가를 막론하고 모든 국가는 체제의 존립과 안전을 위협하는 세력이나 집단을 자유로이 규제할 수 있다. 이는 당해 국가의 고유한 내부문제이므로 다른 국가가 간섭할 수 없다. 왜냐하면 반국가단체는 우리사회 내부에도 얼마든지 존재할 수 있으며 설령 제3국의 단체라 할지라도 대한민국의 존립과 안전을 위태롭게 할 의도를 알면서 대한민국에 대해 반국가적 활동을 할 경우 국가보안법상 규제의 대상인 반국가단체가 될 수 있는 것이다.

이에 따라 반국가단체의 범위를 바로 북한으로 개념하지 말고 적성국인 북한의 사주를 받아 국내외에 형성된 반국가활동단체를 반국가단체로 적용한다면 이는 상호체제를 인정·존중할 것을 약속한 기본합의서의 정신에 상치되지 않는다. 즉 남북기본합의서의 정신에 부합하도록 국가보안법을 신축적으로 운용한다면 국가보안법을 반드시 개폐할 필요가 없다.²⁰⁵⁾

이와 다르게 국가보안법의 헌법적 근거가 영토조항이 아닌 헌법 제37조2항이므로 동규정의 기본권제한 내지 한계원칙에 적합하는 한에서 국가보안법은 유효하다는 견해도 있다.²⁰⁶⁾ 즉 헌법 전문은 자유민주주의를 남한의 국가이념으로 규정하고 있고, 헌법 제37조2항은 기본권제한의 일반적 유보조항으로서 국가의 안전보장 및 자유민주적 기본질서를 위해 국민의 자유와 권리를 제한할 수 있다고 규정하고 있다. 또한 민주적 기본질서에 반하는 이념을 강령으로 하는 정당을 위헌정당으로 간주하고 해산할 수 있도록 함으로써²⁰⁷⁾ 방어적 민주주의의 입장을 취하고 있다. 국가보안법은 바로 이러한 헌법조항들에서 그 근거를 찾을 수 있다는 것이다.

이외에도 국가안전보장을 위한 필요성과 남한만이 일방적으로 무장 해제할 수 없다는 상호주의적 측면에서 국가보안법의 존치가 요구되기도 한다.²⁰⁸⁾ 즉 남북대치상황이 지속되는 한 국가보안법이야말로 자유민주질서 수호를 위한 최소한의 안전판이며, 현행 국가보안법을 유지하더라도 법 적용에 있어서 엄격을 기한다면 무리가 없다는 것이다.

2. 일부규정개정

(1) 반국가단체조항

남북기본합의서 제1조와의 관련성을 근거로 북한을 상정한 국가보안법의 반국가단체 규정을 개정하여야 한다는 주장이다.

202) 한인섭, 분단과 통일, 그리고 법, 법과 사회 5호, 54면.

203) 최대권, 한국헌법의 좌표, -영토조항과 평화적 통일조항-, 법제연구, 창간호, 20면.

204) 박윤훈, 앞의 글, 36-27면.

205) 제성호, 남북한특수관계론, 140면.

206) 최대권, 남북교류협력본격화시 예상되는 국내법체계상의 문제점과 대책, 서울대 법학, 제34권 1호(1993), 38면.

207) 헌법 제8조3항.

208) 윤기원, 국가보안법 개폐논의에 대하여, 민화협정책토론회(1999, 9. 16), 19면.

대법원은 우리정부가 북한당국자의 명칭을 쓰면서 남북동포간의 화해와 협력, 그리고 통일을 논의하기 위한 정상회담을 제의하고 7·4남북공동성명과 7·7선언 등 정부의 대북 관련개방정책선언이 있었다는 점, 남북한이 유엔에 동시 가입하였고 이로써 북한이 국제 사회에서 하나의 주권국가로 승인 받았다는 점, 남북한 총리들이 남북사이의 화해, 불가침 및 교류협력에 관한 합의서에 서명하고 위 합의서가 발효되었다는 점에도 불구하고 북한 집단은 남북기본합의서의 발효와 유엔가입 후에도 여전히 대한민국과 대치하면서 대한민국의 자유민주적 기본체제를 전복할 것을 완전히 포기하였다는 명백한 징후를 보이지 않고 있다는 점, 북한 내부에서의 민주적 변화가 없는 상태에서 대한민국에 대한 무력도발과 각종의 선전, 선동 및 이른바 통일전선전술에 의하여 대한민국의 자유민주체제의 붕괴를 지속적으로 획책하고 있다는 점을 근거로 하여 국가보안법의 보호법익인 국가의 존립·안전과 자유민주적 기본질서에 대한 최대의 현실적 위해 집단으로서 반국가단체이고 북한을 반국가단체로 본다 고 판시하였다.²⁰⁹⁾

사실 북한내에 소재하고 있는 북한정부가 무조건 국가보안법상의 반국가단체가 되는 것이 아니고 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 하는 행위 등과 결부될 때에 범죄구성요건상의 반국가단체가 되는 것이다. 북한정권이 대한민국의 잠재적인 주권의 실현에 어긋나는 상태에 있다는 의미에서 불법이긴 하여도 불법이라고 하여 모두 형사상의 범죄가 되는 것은 아니다.²¹⁰⁾

(2) 국가기밀조항

국가보안법 제4조 제1항 제2호의 “국가기밀”에 대하여 대법원은 종전에는 “상식에 속하는 공지의 사실이라고 하더라도 그것이 반국가단체에 유리한 자료가 되고 우리나라에는 불이익을 초래할 수 있는 것이면 국가기밀에 속한다”라고 판시하였다. 하지만 대법원은 최근에 이르러 “국내에서의 적법한 절차 등을 거쳐 이미 일반인에게 널리 알려진 공지의 사실, 물건 또는 지식에 속하지 아니한 것이어야 하고 또 그 내용이 누설되는 경우 국가의 안전에 위협을 초래할 우려가 있어 기밀로 보호할 실질가치를 갖춘 것이어야 한다”라고 판시하였다.²¹¹⁾

이는 과거의 판례에서 진일보한 것이지만 기밀이 사소한 것이라고 할지라도 사후적으로 초래할 결과의 가치평가에 따르도록 하여 평가의 주관성이 여전히 남아있고 또한 행위시에 예견하지 못했던 사후평가에 의해 처벌을 할 수 있다고 하여 법의 기본적인 목적의 하나인 행위자의 법적 안정성을 침해하였다. 또한 형법의 간첩죄(제98조)가 존재하고 있음에도 간첩이 아닌 자가 처벌되는 위험성을 안고 있다는 측면에서도 국가보안법 제4조 제1항은 폐지되어야 한다.²¹²⁾

(3) 찬양·고무·동조조항

남북기본합의서의 제1부속하의서 제2조는 “남과 북은 상대방의 정치, 경제, 사회, 문화 체제(제도)를 소개하는 자유를 보장한다”고 규정하고 있다.

209) 대법원 1993. 10.8 93도1951판결, 93, 3120; 법원공보 제1003호(1995. 11.1.) 3559쪽 이하; 대법원 1993. 9. 28. 선고, 93도1730판결; 1994. 5. 24. 선고, 94도930판결 참조, 헌법재판소 1997. 1. 16. 89헌마240 전원재판부 결정 참조.

210) 최대권, 남북교류협력본격화시 예상되는 국내법체계상의 문제점과 대책, 서울대 법학, 제34권 1호(1993), 44면.

211) 97. 7. 16. 87도985.

212) 윤기원, 국가보안법 개폐논의에 대하여, 민화협정책토론회, 1999, 9. 16, 22면.

하지만 국가보안법 제7조의 찬양·고무·동조는 반국가단체로서 북한의 활동을 대상으로 하여 이에 수동적으로 부응하거나 이를 수용하는 표현행위로서 표현행위의 불법성판단기준은 헌법상 표현의 자유에 대한 제한근거인 명백하고 현존하는 위협의 원칙이 적용되어야 한다.²¹³⁾

그럼에도 불구하고 대법원은 표현행위의 불법성을 판단함에 있어서 명백하고 현존하는 위협의 원칙 내지는 구체적이고 객관적으로 가능한 위협의 원칙과 결부시키기를 거부하고 표현행위자체의 경향성만을 기준으로 “대한민국의 안전과 자유민주주의 체제를 위협하는 적극적이고 공격적인 표현”은 표현의 자유의 한계를 벗어나는 것이라고 판시하였다.²¹⁴⁾

하지만 이에 대하여는 “평화적 통일을 위해서는 남한과 북한이 적대관계를 청산하여 상대방이 잘한 일에는 칭찬도하고 옳은 일에는 동조도 하여 화해협력이 이루어져야 한다. 그리고 이러한 일은 어디까지나 북한이 불법집단 내지 반국가단체로서 처벌대상이 되지 않는다는 전제에서만 가능한 것이다. 그런데 국가보안법은 처벌규정의 핵심근거로서 ‘반국가단체’라는 개념을 설정하고 북한을 정부로 참칭하거나 국가를 변란할 것을 목적으로 하는 범죄단체임을 전제로 하고 있기 때문에 국가보안법의 여러 규정은 헌법의 평화통일조항과 상충된다”는 반대의견이 제시된다.²¹⁵⁾

특히 국가보안법 제7조 제1항 및 제5항은 반국가단체인 북한에게 이로운 것은 곧 대한민국에 해롭다는 상호배타적인 적대관계의 논리를 강요하고 있어 더욱 평화통일조항을 위반하고 남북기본합의서의 민족공동의 이익과 번영의 존재를 부정하고 있다. 국가보안법이 그대로 존속하는 한 북한을 대등한 당사자로 전제하고서 추진되고 있는 정부의 통일정책 내지 대북한 정책도 행위자체로는 명백히 국가보안법에 위반한 범죄행위이다.²¹⁶⁾

유엔인권이사회는 국가보안법 제7조 제1항 및 제3항이 인권을 침해하는 규정이라는 입장에서 개정을 요구하고 있다. 단순히 국가안보를 저해할 개연성이나 가능성만으로는 처벌할 수 없다는 것이 유엔인권이사회의 일관된 입장이다.

헌법재판소는 구 국가보안법 제7조 제1항 및 제5항은 범문의 내용이 다의적이고 그 적용범위에 있어서 과도한 광범성이 인정되므로 법치주의와 죄형법정주의에 위배되어 위헌의 소지가 있다는 점을 인정하였다.²¹⁷⁾ 이러한 헌법재판소결정취지를 반영하여 개정된 국가보안법 제7조는 그 구성요건으로 “국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서”라는 문언을 삽입하였고 그 외에 제5조의 “자진지원·금품수수”, 제6조의 “잠입·탈출”, 제8조의 “회합·통신” 등에 대하여도 당해 문언을 기계적으로 삽입하였다. 이는 국가보안법의 범문이 다의적이고 불명확하여 죄형법정주의의 위반이 논란이 되었는데 이에 다시 불명확하고 주관적인 개념을 구성요건으로 추가한 것에 불과하므로 객관성을 담보할 수 있는 구성요건을 제시할 것이 요구된다.

(4) 과도한 처벌규정 등의 개정

형법상의 내란죄는(제87조), ‘폭동’이라는 실행행위가 있어야 내란죄의 구성요건을 충족하게 되고 그에 따른 처벌이 가능하지만 국가보안법의 제3조 제1항에서는 반국가단체 구성

213) 위의 글, 26면.

214) 1992. 3. 31. 선고 90도2033호 전원합의체판결.

215) 위의 판결, 변정수재판관의 반대의견.

216) 헌법재판소 판례집 제2권(1990) 49면 이하.

217) 1990. 4. 2. 고지 1989헌가113 결정.

행위만으로도 그 수괴에 대하여 사형 또는 무기징역을 부과하고 그 예비음모를 별도로 처벌하고 있다.218) 또한 국가보안법은 국가기밀누설행위, 허위사실유포행위, 금품수수행위, 잠입·탈출·찬양·고무행위, 회합통신행위, 편의제공행위 등의 예비·음모에 대하여 광범위하게 처벌을 하도록 규정하고 있다.

이와 같이 국가보안법이 반국가단체구성행위 및 범죄의 실행행위의 전 단계에 불과한 예비·음모행위에 대하여 범죄의 실행행위와 같은 광범위한 법적 평가를 하고 그에 대하여 과도한 형벌을 규정하는 것은 국민의 자유를 구속하는 과도한 국가형벌권의 전제를 의도하는 죄형법정주의에 배치되는 규정이다.219) 그리고 국가보안법 제10조의 불고지죄 또한 친족에 대한 단서규정에도 불구하고 원칙적으로 친족간에도 신고하여야 할 의무를 부과하고 있으며, 사상과 양심의 자유인 “침묵의 자유”를 침해하고 있는 규정으로 삭제되어야 한다.220)

하지만 대법원은 국가보안법의 규정을 그 법률의 목적에 비추어 합리적으로 해석하는 한 동법 소정의 각 범죄구성요건의 개념이 애매모호하고 광범위하여 죄형법정주의의 본질적 내용을 침해하는 것이라고 볼 수 없다고 한다.221)

3. 폐지론

국가보안법 폐지론은 첫째, 북한에 대한 사실상의 승인, 남북교류의 진전 등으로 북한을 더 이상 ‘반국가단체’로 보는 것은 무리임에도 남북한 평화공존과 평화통일에 장애가 되고 둘째, 남북교류협력법과 국가보안법의 일부 규정이 상충하고 남북기본합의서의 정신에 정면으로 배치되며 셋째, 국가보안법은 규정의 불명확성과 모호성으로 인하여 헌법상 죄형법정주의에 어긋나고 넷째, 국가보안법의 많은 내용이 형법에 의해 규율이 가능하다는 점 다섯째, 국가보안법의 남용으로 인한 표현과 사상의 자유억압 등의 인권유린 등을 근거로 들고 있다.

헌법 제4조의 평화적 통일정책수립에 관한 조항이나 동법 제66조의 대통령의 평화통일 의무조항은 국토의 분단을 전제로 하여 평화적으로 통일되어야 할 두 개의 실체를 인정한 것인데 반해 국가보안법은 기본적으로 북한을 단순히 적으로만 규정하고 있으므로 결국 적과 평화적으로 통일하여야 한다는 모순에 빠지게 된다.222) 따라서 하위법인 국가보안법을 폐지해야 한다.

II. 국적법

우리 헌법 제2조 1항에 근거하여 국적법은 부 또는 모를 한국인으로 하여 출생한 자에 대하여 대한민국의 국적을 부여하는 혈통주의를 채택하고 있다. 국민은 국가의 항구적 소속원으로서 영토 안에 있거나 영토밖에 있거나 국가의 통치권에 복종할 의무를 가진 자이다.223) 이러한 국적법의 규정은 남북한이 서로 상대방의 주민에 대하여 자신의 국민으로 규정함으로써 남북기본합의서 및 제1부속합의서의 내부분제불간섭에 반한다.

218) 동법 제3조 제4항, 제5항.

219) 윤기원, 국가보안법 개폐논의에 대하여, 민화협정책토론회, 1999, 9. 16, 21면.

220) 위의 글, 26면.

221) 대법원 1994. 5.24 94도930판결.

222) 윤기원, 국가보안법 개폐논의에 대하여, 민화협정책토론회, 1999, 9. 16, 19면.

223) 문홍주, 한국헌법(1988), 177면.

남한의 국적법에 따른 북한주민의 법적 지위에 관하여는 대한민국의 국민으로서 남한의 영토 안에 있거나 영토 밖에 있거나 국가의 통치권에 복종할 의무를 가진 자라는 견해, 북한의 국민으로서 남한의 입장에서 외국인이라는 견해, 그리고 대외적으로는 북한국적의 외국인이고 대내적으로는 내국민이라는 특수한 지위를 부여해야 한다는 견해가 대립하고 있다.

1. 북한주민을 대한민국국민으로 보는 견해

북한주민을 대한민국 국민으로 보는 견해는 대법원판례와 북한지역도 대한민국의 영토에 속한다고 보는 학자들이 취하고 있다. 영토조항에 입각할 때 북한지역도 대한민국 영토의 일부로서 '국내 또는 내국'의 개념에 포함된다. 따라서 헌법상 북한주민은 대한민국 국민이라는 것이다.²²⁴⁾ 즉 북한지역도 대한민국의 영토라 보는 입장에서는 북한주민도 당연히 대한민국 국민이며 북한주민이 남한으로 이주하는 경우 국적변경조치없이도 당연히 대한민국 국민이 된다고 한다. 특히 대법원은 "조선인을 부친으로 하여 출생한 자는 남조선과도정부법률 제11호 국적에 관한 임시조례의 규정에 따라 조선국적을 취득하였다가 제헌헌법의 공포와 동시에 대한민국의 국적을 취득하였다 할 것이고 설사 그가 북한법의 규정에 따라 북한국적을 취득하여 중국주재 북한대사관으로부터 북한의 해외공민증을 발급 받은 자라 하더라도 북한지역 역시 대한민국의 영토에 속하는 한반도의 일부를 이루는 것이어서 대한민국의 주권이 미칠 뿐이고 대한민국의 주권과 부딪치는 어떠한 국가단체나 주권을 법리상 인정할 수 없는 점에 비추어 볼 때 그러한 사정은 그가 대한민국국적을 취득하고 이를 유지함에 있어 아무런 영향을 끼칠 수 없다"고 하였다.²²⁵⁾

이는 영토조항의 해석에서 종래 단순형식논리에 입각한 것으로서 북한주민이 곧 한국 국민이 된다는 견해는 받아들이기 힘들다. 국민의 자격인 국적은 국가의 실효적 통치권이 미치는 인적범위에 한정된다는 원칙에서 보면 북한주민은 대한민국 국민과 같은 민족이라고 할 수 있지만 한국국민과 같은 국적을 가진다고 할 수 없다.

영토조항을 근거로 북한주민이 한국의 국적을 갖는다는 법적 결과를 도출하는 것은 법칙의제이며 국적이 실효적인 법질서에서의 보호 및 복종관계로서 민족적인 바탕을 근거로 한 혈연, 문화 및 역사공동체가 아니라는 국적의 개념과 본질에 어긋난다는 비판이 있다.²²⁶⁾ 하지만 국적부여가 국가성립 이후에 제정되는 국적법에 의하여만 이루어진다면 국가성립의 전제요건인 인민의 범위는 어떻게 확인할 수 있는가하는 순환론에 빠질 우려가 있다. 즉 국가성립 이전의 인민은 잠재적으로 동일한 국적을 부여할 수 있는 혈연적, 역사적, 언어적 공동체라는 공통점을 갖고 있어야 하며 남북한의 국적부여는 혈연, 문화 및 역사 공동체로서 한민족 또는 한민족 공동체에게 부여되는 것이다.

2. 북한주민을 외국인으로 보는 견해

북한지역은 대한민국의 영토가 아니며 대한민국의 영토고권과 대인고권이 미치지 아니하므로 북한주민은 대한민국의 국민이 아니다. 즉 북한은 국제사회에서 일반적으로 법적 승인을 받고 있는 국제법적 주권국가이고 적어도 남북한이 UN에 동시 가입한 이후부

224) 제성호, 남북한특수관계론, 145-146면, 주56 참조.

225) 1996. 11. 12 선고, 96누1221판결.

226) 위의 글, 479면.

터는 북한지역에 대해서는 조선인민민주주의공화국이 영토고권과 대인고권을 정당하게 행사하고 있는 것으로 국제사회에서 받아들여지고 있으므로 북한주민은 조선인민민주주의공화국의 국민으로서 북한의 국적을 갖는 외국인으로 보아야 한다.²²⁷⁾ 더욱이 국제법상 북한공민이 외국에 합법적인 출입국을 하는 경우 외국인의 지위를 갖는다.²²⁸⁾ 이러한 관점에서 북한주민이 남한으로 망명 또는 귀순하는 경우 당연히 대한민국의 국적을 회복하는 것으로 볼 수는 없고 망명 또는 귀화 등의 일정한 절차가 필요하다.²²⁹⁾

남북기본합의서의 제2조는 “남과 북은 상대방의 내부분제에 간섭하지 아니한다”고 규정하고 화해분야 부속합의서는 제3조에서 “남과 북은 상대방 당국의 권한과 권능을 인정·존중한다”고 규정하였으며, 제2장 내부분제불간섭의 표제 하에 제5조에서는 “남과 북은 상대방의 법질서와 당국의 시책에 대하여 간섭하지 아니한다”고 규정하여 유엔헌장이 규정하고 있는 국내분제불간섭원칙을 확인하였다. 따라서 북한의 주민이 제3국에 있는 경우, 특히 중국이나 러시아 등 남북한 동시 수교국에 있는 경우 우리 정부가 헌법조항이나 국적법 등 국내법을 근거로 하여 북한주민에 대한 대인고권행사를 하기에는 제3국을 실효하는 근거가 허약하다. 제3국의 입장에서는 우리나라의 주장을 인정하는 것은 북한측의 동일한 주장에 대하여도 수용하여야 하므로 자국이 모두 외교관계를 수립하고 있는 분단국간의 분쟁에 휘말리는 것을 미연에 방지하기 위하여 양측의 주장을 모두 거부하는 것이 합리적인 판단일 것이다.

3. 특수한 법적 지위를 인정하는 견해

남북한의 특수관계에 비추어 탈북자의 법적 지위를 판단함에 있어 한반도에는 상이한 국제법주체인 남한과 북한이라는 두 개의 실체가 존재함에 따라 두 개의 국적이 존재함을 부인할 수 없으나 남북한간에는 단순한 국제법만이 적용되지 않는 특수관계를 형성하고 있다고 할 것이므로 북한주민은 국내법상 남한국민이면서 국제법상 북한국적을 갖는 특수한 지위로 보아야 한다. 따라서 북한주민이 남한으로 귀순하는 경우 당연히 한국국적을 회복한다고 볼 수 없으며 일정한 국적취득절차를 거쳐야 한국국민으로서의 국적이 부여될 수 있다. 북한주민이 북한국적을 포기하고 한국국적을 취득하기를 원하는 경우 북한주민을 외국인으로 보고 한국국적을 부여하여서는 안된다.²³⁰⁾

‘북한이탈주민의보호및정착지원에관한법률’ 제19조는 북한이탈주민으로서 이 법에 의한 보호결정을 받은 자에게는 당연히 대한민국의 국적이 부여되고 있음을 전제로 하고 있다고 볼 수 있다. 즉 남한에 본적을 가지지 아니한 탈북자가 원하는 경우에 통일부장관이 본적을 정하고 서울가정법원에 직권으로 취적허가신청서를 제출하여 호적을 취득할 수 있도록 하였다. 이러한 절차는 북한이탈주민에 대하여 대한민국의 국적을 부여하는 절차라고 보기 보다는 법이론적으로는 국내법상으로 대한민국 국민인 북한이탈주민에 대하여 단순한 호적을 취득하게 하는 절차에 불과하고 보아야 할 것이다.²³¹⁾ 남북교류협력법은 남북한주민의 왕래에 있어서 출입국관리법상의 출입국의 요건과 절차를 거치지 않고

227) 나인균, 한국헌법의 영토조항과 국적문제, 헌법논총(헌법재판소) 제15집(1994), 479면.

228) 제성호, 북한탈출동포의 법적 지위와 처리방안, 북한연구 제5권3호, 1994, 105-108면.

229) 도희근, 북한주민의 헌법상의 지위에 관한 연구, 헌법학연구 제4집3 제2호(1998), 353면 이하.

230) 장명봉, 대법원판결(이영순사건)과 북한주민의 법적 지위, 김철수교수정년기념논문집, 1998, 168-170면.

231) 신영호, 대량탈북사태와 사법적 대응, 법제연구 제12호, 121면.

통일원장관이 발급하는 증명서를 소지하도록 하였다(제9조). 이러한 조치는 남북관계의 특수성을 반영한 것으로서 북한주민이 바로 한국국민이 아님을 보여주는 사례라고 할 것이다.²³²⁾

III. 북한의 실체를 부인하는 법령규정

1. 반국가단체 표현법령

현행법령중에 반국가단체라는 문구를 사용하고 있는 법령중에 당해 문구가 명백히 북한을 지칭하는 경우 이를 기술적으로 무조건 삭제하기 보다 당해 규정의 입법취지에 따라 내용을 적절하게 개정하여야 할 것이다.

반국가단체라는 문구가 들어가 있는 현행법령으로는 다음과 같은 것이 있다.

- 국가보안법(제2조 내지 제8조, 제22조)
- 몰수금품등처리에관한임시특례법(제2조)
- 향토예비군설치법(제2조)
- 전투경찰대설치법시행령(제32조의 2)
- 국가보안유공자상급지급등에관한규정(제8조)
- 교정시설경비교도대설치법시행령(제25조)
- 출입국관리법시행규칙(제10조)
- 군인사법시행규칙(제70조)
- 외국간행물수입배포에관한법률시행규칙(제2조)

2. 북한괴뢰 표현법령

현행법령중에서 북한에 대하여 ‘괴뢰정권’ 또는 ‘괴뢰집단’이라는 문구가 들어가 있는 법령들은 북한의 실체에 대한 정면부인을 의미하는 것으로 남북기본합의서의 정신 및 내용과 상충하므로 즉시 ‘북한’ 또는 ‘북한정권’ 등의 다른 문구로 개정되거나 삭제되어야 한다. 이러한 법령으로는 다음과 같은 것이 있다.

- 국호및일부지방명과지도색사용에관한건(국무원고시 제7호)
- 국가유공자에우등에관한법률(제73조)
- 몰수금품등처리에관한임시특례법(제2조)

3. 收復 또는 未收復地區 표현법령

현행 헌법의 영토조항에 따르면 한반도 내에 대한민국 이외의 어떠한 정치집단이 존재하고 그것이 일정한 정도의 국가성을 보유하면서 대한민국의 정통성에 도전한다면 그 집단은 국가보안법 제2조에 규정된 바와 같이 정부를 참칭하거나 국가변란을 목적으로 하는 정치적 결사로서 반국가단체가 된다. 그리고 동 집단이 점거하는 지역은 미수복지역이 된다.

收復이라는 표현은 잃었던 땅을 되찾는다는 의미로서 휴전선 이북지역에 대한 남한의 흡수통합 의지로 해석될 여지가 있으므로 수복 또는 미수복지역이라는 표현을 군사분계선

232) 장명봉, 통일상황의 전개와 헌법적 대응, 법제연구 제12호, 11면.

이북지역 또는 통일로 개정하는 방안을 고려해야 한다. 수북 또는 미수북지역이라는 문구가 들어가 있는 현행법령에는 다음과 같은 것이 있다.

(1) 收復표현법령

- 이북5도에관한특별조치법(제1조 내지 제4조)
- 수북지구와동인접지구의행정구역에관한임시조치법(제1조, 제2조)
- 부재선고등에관한특별조치법(제2조, 제5조)
- 재외국민취적·호적정정 및호적정리에관한임시특례법(제2조)
- 부동산소유권이전등기등에관한특별조치법(제4조)
- 수북지역내소유자미복구토지의복구등록과보존등기등에관한특별조치법(제1조 내지 제3조, 제6조)
- 도서·벽지교육진흥법(제2조)
- 지방공무원임용령(제13조)
- 소방공무원임용령(제19조)
- 내무부와그소속기관직제(제15조)
- 수북지역내소유자미복구토지의복구등록과보존등기에관한특별조치법시행령(제1조)
- 수북지구에대한농지개혁법시행에관한특례에관한건(제1조, 제2조)
- 도시재개발법시행령(제3조)

(2) 미수북지구표현법령

- 부재선고등에관한특별조치법(제1조, 제2조, 제5조, 제8조)
- 재외국민취적·호적정정 및호적정리에관한임시특례법(제2조 내지 제4조)
- 병역법(제56조)
- 병역법시행령(제99조)
- 자산평가법시행령(제1조)
- 호적법시행규칙(제56조)
- 월남귀순용사특별보상법(제15조)

IV. 정비방안

1. 국가보안법

과거 대한민국은 북한의 국가성을 부인하여 북한을 국가보안법상의 반국가단체로 간주하였으나 남북기본합의서가 채택된 후 북한의 국가적 실체성을 어느 정도 인정하지 않을 수 없게 되었기 때문에 앞으로 북한이 당연히 반국가단체라는 일반적, 확일적 해석에서 탈피하여야 한다. 남북한이 상호 체제를 인정·존중한다는 것은 남북한간의 상호실체 인정은 남한의 통치권이 사실상 행사되고 있지 못하는 지역인 휴전선 이북에 남한과 같은 '국가적' 실체로서 북한정권이 존재하고 있음을 인정하고 북한을 무조건 반국가단체로 간주하지 않겠다는 의사를 내포하고 있다고 보아야 한다. 일단 북한에 대하여 '국가적' 실체성을 인정한 이상 북한이 행한 일정한 행위의 결과로 다시 '단체'로 격하시켜 취급할 수는 없는 것이 국제법의 원칙이다.

또한 남북교류협력법에 의하여 북한의 정권이나 사회단체, 주민집단이 교류협력의 대상인 경우도 있기 때문에 북한을 반국가단체로 본다면 이들 행위주체를 모두 반국가단체로 보게된다. 이를 방지하게 위해 반국가단체의 의미는 북한정권의 담당자가 직접 또는 제3자를 도구로 하여 '대한민국의 국헌을 문란케하거나 국토침탈의 목적'을 가지고 특정의 범죄행위를 한 경우에 당해 행위의 처벌에 관련해서만, 또한 이 경우에도 북한 전체가 아니라 당해 범죄행위와 직접관련이 있는 특정의 북한기관이나 단체만을 반국가단체로 보는 것이 타당하다.²³³⁾

더욱이 제7조의 찬양·고무와 관련해서는 최근 국제연합의 인권이사회가 조속히 개정하라는 의견을 제시하였다.²³⁴⁾ 인권이사회는 지적에 따르면 "의사표현이 우연히 이적단체의 주장과 일치하거나 그 단체에 대한 동정심을 표현한 것까지 처벌한 것은 '시민적·정치적 권리에 관한 국제규약'에서 인정하는 제한의 범위를 벗어난 것이다." 따라서 제7조는 조속한 시일내에 개정되어야 하겠지만 동법의 다른 규정의 정비와 발맞추어 국가보안법상의 회합·통신의 죄 등을 삭제하고, 잠입·탈출, 회합·통신 등의 행위에 대해서는 '남북교류협력법'상 법규위반으로 처벌하도록 하는 등 현행법의 규정과 함께 대폭적으로 개정하는 것이 남북관계개선의 관점에서 보더라도 더욱 바람직하다 할 것이다.

최근 국제연합의 국가보안법개정권고 등으로 인해 국가보안법의 개선은 당연시되고 있으며 다만 개정을 할 것인가 아니면 국가보안법을 폐지하고 그에 갈음하는 새로운 법을 제정할 것인가 아니면 존치가 필요한 내용은 형법에 포함시키고 국가보안법은 폐지할 것인가의 선택만이 남아있다. 또한 개정하는 경우 어떠한 조항을 대상으로 할 것인가와 개선의 방안은 무엇인가를 논의하여야 한다. 이 문제에 있어서 최소한 국가보안법중에서 기본권제한에 대한 헌법적 제약을 위배함으로써 위헌의 혐의를 받았거나 받고 있는 규정은 헌법재판소의 결정취지를 감안하여 폐기하는 적극적이고 전향적인 자세가 필요하다.

다만 국가보안법 자체를 폐지하는 문제는 남북관계의 진전과 이에 따른 법률실무협의회의 구성을 기다려 검토하되 이를 형법의 관련규정과 비교·검토하여 가급적이면 일반적인 형법의 규정에 의해 포섭하는 방안을 고려하는 것이 바람직할 것이다.

2. 국적법

분단국국민의 국적문제와 관련하여 과거 서독은 구체적 입법을 하였다. 구 서독기본법은 국민을 민족개념으로 이해하여 국민의 범위의 확대를 가능하게 하였다. 즉 기본법상 독일인은 법률에 다른 규정이 없는 한 독일국적을 가진 자이거나 1937년 12월 31일 현재 독일국 영역내의 독일 혈통을 가진 망명자, 피추방자 또는 그 배우자나 비속으로 받아들여진 자라고 하였다.(제116조 제1항) 이 규정은 독일 국민의 기본권향유의 헌법적 근거가 되었다. 구서독정부는 구동독주민의 국적문제와 관련하여 하나의 민족임을 내세워 제3국에서의 구동독주민에 대한 영사보호권을 주장할 수 있었으며 이에 따라 구동독주민들에 대한 구서독의 관할권에 대해 암묵적 전제를 함으로써 구동독주민들의 구서독이주를 촉진하는 계기를 만들었다.²³⁵⁾

특히 구서독은 구동독탈출주민의 구서독국적취득을 위해 이른바 문호개방(offene Tür) 이론을 전개함으로써 구동독주민의 국적문제를 해결하였다. 이에 의하면 구동독주민은

233) 제성호, 남북한특수관계론, 126면.

234) 중앙일보, 1999. 11. 5.

235) 정영화, 북한주민의 대량이주에 대비한 법정책론, 통일연구논총 제4권2호, 1995, 177-186면.

기본법상 독일인의 국적박탈금지조항(제16조)에 의해 독일국적을 보유하지만 구 동독에 머무는 동안 독일국적은 정지상태에 있다가 구 서독에 오면 그 효력정지상태에서 벗어나 아무런 등록 등의 절차 없이 기본법상 권리를 향유하게 된다고 본다. 또한 구 동독을 탈출하여 제3국에 체류하는 경우에도 원칙상 자동적으로 독일국적을 회복하는 것으로 보았다. 다만 동서독 기본조약에 따른 주서독 동독상주대표부의 구성원 및 구동독탈출의사가 없는 자에 대해서는 이를 적용하지 않았다.²³⁶⁾

이러한 서독의 사례를 통해서 보면 영토조항을 종래 단순형식논리에 입각하여 해석하고 북한주민이 곧 한국국민이 된다는 견해는 받아들이기 힘들다. 국민의 자적인 국적은 국가의 실효적 통치권이 미치는 인적범위에 한정된다는 원칙에서 보면 북한주민은 대한민국 국민과 같은 민족이라고 할 수 있지만 한국국민과 같은 국적을 가진다고 할 수 없다. 현실적으로 남한의 통치권이 미치지 않고 남한의 대인고권이 실효적으로 행사되지 못하는 북한의 인적구성원인 북한주민에게 한국국민의 국적을 부여할 수 없는 것이다.²³⁷⁾

그렇다고 북한지역에 대해서는 조선인민민주주의공화국이 영토고권과 대인고권을 정당하게 행사하고 있는 것으로 국제사회에서 받아들여지고 있으므로 북한주민은 조선인민민주주의공화국의 국민으로서 북한의 국적을 갖는 외국인으로 보아야 한다는 견해도 받아들이기 어렵다. 이는 남한의 북한주민에 대한 국적부여처리에 있어 현실과 다르며 대외적으로는 2국가 대내적으로는 1국가 2정부라는 현실인식에서 보면 같은 국가의 국민에 대하여 거주지역과 관할권행사의 주체가 다르다는 이유로 외국인으로 간주하는 것이 된다.

북한주민의 지위에 관하여 입법론적인 해결방법으로는 첫째, 남북관계의 현실을 감안하여 북한주민의 법적 지위분제를 우리 국적법에 규정함으로써 탈북자의 권익을 보호하는 방법을 고려할 수 있다. 이 점에서 우리 국적법에 남북관계의 특수성을 반영하여 북한주민의 국적에 대하여 한국국적취득에 관한 특례규정을 두는 방안, 또는 독일의 사례를 준용하여 현재의 국적법에 북한에 거주하는 주민의 대한민국국적은 그들이 북한지역에 거주하는 동안 정지된다는 단서를 규정하는 방안 등을 생각할 수 있다. 둘째, 남북관계의 현실을 반영하여 외국인도 아니고 한국국민도 아닌 북한주민의 특수한 법적 지위를 규정하는 특별법의 제정을 검토할 수 있다.²³⁸⁾

생각컨대 현재의 국적법에 남북관계의 특수성을 반영한 규정을 두어 북한주민이 남한의 영역에 들어오는 경우에는 외국인과 달리 남한의 주민으로 인정하되, 북한 및 제3국에 있는 경우에는 북한의 주민으로서 남한의 국적법을 적용하지 않도록 하여야 할 것이다. 따라서 남한정부는 제3국에 체류하는 북한주민에 대하여 헌법상의 보호의무(제2조 제2항)는 없으며 북한의 주민이 제3국으로 탈출하는 경우 남민으로서 국제법적 보호를 받을 수 있도록 하여야 한다.

3. 북한의 실체를 부인하는 법령규정

남북기본합의서는 상호체제를 인정하고 존중할 것을 합의하였으므로 현행법령에서 사용되고 있는 '북한괴뢰정권' 내지 '북한괴뢰집단'이라는 표현 중에서 '괴뢰'라는 용어는 우선적으로 삭제 내지 개정해야 할 것이다.

사실 남북기본합의서 및 부속합의서는 그 내용이 광범위하고 추상적이기 때문에 그

236) 김승대, 독일통일 전후과정과의 비교·고찰, 시민과변호사, 1997. 2월호, 70-71면.

237) 도희근, 헌법과 통일문제, 사회과학논집 제5권3호, 울산대학교, 1996. 62면.

238) 장명봉, 통일상황의 전개와 헌법적 대응, 법제연구 제12호, 13면.

발효에 따른 남한의 법제도 개선·보완문제는 매우 광범위하게 제기된다. 따라서 여기에서 언급된 법령 외에도 출입국관리법, 여권법, 이북5도의 행정문제와 같은 공법적 문제라든지 상속·이혼, 호적, 저작권법 등 민사관련법령 등이 남북기본합의서와 관련하여 개폐가 논의될 수 있는 법령들이다.

예컨대 월북작가가 북한지역에 주거하면서 저작한 저작물이라 하더라도 우리 저작권법에 따라 보호되는 저작권을 취득하였다 할 것이고 그가 사망한 경우에는 남한에 있는 그의 상속인이 이를 상속한 것으로 보아야 한다.²³⁹⁾

그 이유는 남북한이 서로 주권을 인정하고 국가로 승인하는 헌법적 효력을 가지는 조약이 체결되지 않았고 단지 1개의 국가로 통일되어야 하는 양자간의 특수한 관계가 인정되는 영역내에서 서로 다른 법률체계를 상호인정하기로 하였지만 그 목적은 남북한주민의 법적 지위에 있어 혼란을 없애고 법적 지위를 보호하기 위한 것이라고 할 수 있다. 따라서 우리 헌법에 근거하여 제정된 저작권법이나 민법 등 모든 법령의 효력은 당연히 북한지역에 거주하는 북한주민의 이익을 보장하는 방향으로 해석되어야 하기 때문이다.

중장기적으로는 상호체제인정·존중의무와 특수관계의 역동성, 가변성, 미래지향성 등에 비추어 북한의 실체를 정면으로 부인하거나 또는 북한의 반국가성을 전제로 하여 적용하도록 예정되어 있는 법령들을 점진적으로 개폐하여 나가는 것이 타당하다.

제5절 민족의 단합과 이익에 반하는 조약 및 휴전협정의 개폐논의

I. 민족의 단합 및 이익에 반하는 조약

남북화해분야의 부속합의서채택과 관련하여 북한이 남북정치분과위원회 제1차회의(1992. 3. 9)에서 제시한 '북남사이의 화해와 불가침 및 협력, 교류에 관한 합의서'의 제2장 '북남화해의 리행과 준수'를 위한 부속합의서(수정안) 제6조7항은 "북과 남은 다른 나라들과 맺은 군사조약을 비롯하여 민족적 단합과 이익에 배치되는 모든 조약과 협정들을 개정 또는 폐기한다"고 규정하고 있었다.²⁴⁰⁾ 기체결조약중에서 민족적 단합과 이익에 배치되는 조약의 개정 또는 폐기를 북한이 강력히 주장한 것은 남한이 채택한 기체결조약중 주한미군의 주둔근거가 되는 한·미상호방위조약 등의 폐기를 주장하기 위한 걸림돌을 제거하기 위한 의도였을 것이다.

하지만 남한은 남북기본합의서와 관련하여 제3차 남북고위급회담에서 "쌍방이 이미 체결한 양자 또는 다자간 조약이나 협정에 영향을 미치지 아니한다"는 규정을 삽입할 것을 강조한 바 있다. 이는 남북기본합의서가 남북한 쌍방이 제3국과 체결한 기존의 조약에 영향을 주지 않는다는 점을 명시한 것이다. 이 규정은 제4차 남북고위급회담에서 제시한 남한의 남북기본합의서(안)에서도 그대로 존치되어 있었으나,²⁴¹⁾ 제5차 고위급회담에서 문안조정시 북한측의 강력한 주장으로 기체결조약중중조항은 결국 삭제되었다. 이 문제와 관련하여 제5차 남북고위급회담 폐회발언시 남한 총리는 북한측 수석대표에게 "남북기본합의서는 기존조약에 영향을 미치지 않는다"는 점을 명백히 표명하였고,²⁴²⁾ 남북기본합의서의 채택 후에도 외무부장관이 기자회견에서 이를 강조하고 재확인한 바 있다.

239) 확정, 1989.7.26 89카13692결정, 하집89, 2, 195.

240) 통일원 남북대화사무국, <남북대화> 제55호, 1992, 76-77면 참조.

241) 남한이 제시한 '화해·불가침과 교류협력에 관한 합의서(안)'제13조 참조, 통일원, 제4차남북고위급회담결과보고, 1991. 10, 13.

242) 통일원, 제5차 남북고위급회담 결과보고(1991.12), <통일속보> 제91-28호, 1991. 12, 16, 19면.

그러나 남북기본합의서의 제1부속합의서 ‘부기’란에 북측이 제기한 “남과 북은 다른 나라들과 맺은 조약과 협정들 가운데서 민족의 단합과 이익에 배치되는 것을 개정 또는 폐기하는 문제를 법률실무위원회에서 협의 해결한다”는 주장을 앞으로 계속 토의한다는 내용을 남긴 것은 향후 논의 여지를 남긴 것이다.

만일 우리측 원안대로 기체결조약준중조항이 삽입되었다면 이는 남북한간에 이미 제3국과 체결한 조약에 대한 존중의무를 확인하여 이 문제에 관하여 남북한간의 입장을 명백히 함으로서 사후에 어떠한 의견대립이나 분쟁이 발생하는 것을 미연에 방지하는 법적 의미와 효과를 갖게 되었을 것이다.

II. 군사정전협정(휴전협정)

1. 휴전협정유지론

남북기본합의서 제11조는 “불가침경계선과 구역을 1953년 7월 27일자 군사정전에 관한 협정에 규정된 군사분계선과 지금까지 쌍방이 관할하여온 구역으로 한다”고 규정하고 있다.

휴전협정은 전쟁당사자간에 일시적으로 무력대결을 중지할 것을 내용으로 하는 협약이다.²⁴³⁾ 휴전협정은 일시적 무력대결의 중지에 관한 약속이므로 군사적 성격만을 가지며 군사령관이 체결권자가 되고 그 휘하의 장병들에게 적용된다.²⁴⁴⁾ 이에 비해 평화협정은 통상적대행위의 종료, 점령군철수, 압류재산의 반환, 포로의 송환, 압류민간인의 억류해제, 전쟁배상 등이 포함된다.

하지만 한국전쟁의 법적 마무리로서 평화협정은 단지 적대행위의 종료로서만 의미를 갖을 것이다. 왜냐하면 상호간의 실질적 통치권이 행사되는 영역 내에서 영역을 무력적으로 강점하고 있는 점령군은 존재하지 않고, 휴전협정 이후 남북이 각각 통치하는 영역이 전쟁전의 영역과 전체적으로 일치하므로 상호간에 별다른 정당한 재산권행사를 할 내용이 존재하지 않는다. 또한 포로문제는 이미 정전협정의 제3조를 통하여 이미 법적으로 종결되었으며 억류민간인문제는 3년간의 전쟁 중에 남한 또는 북한에 거주하고자 하는 민간인들이 전쟁중 전선의 변경에 따라 움직이며 자리를 잡았기 때문에 세삼스러운 문제가 되지 않는다.

전쟁배상문제의 경우 한국전쟁에 있어 승자도 패자도 없기에 전승국의 금전적 손해배상 논리로서 배상문제가 제기될 여지가 없으며 남북한이 통일을 목표로 상호교류한다는 전제하에 상호간에 배상을 요구해야할 실익이 존재하지 않는다.

이렇듯 남북간의 평화협정체결은 그 내용이 많을 수 없다. 더욱이 남북기본합의서의 체결은 화해, 협력, 교류, 불가침의 원칙들이 선언되어 있으므로 평화협정이 남아내야할 내용은 더욱 줄어 들게되었다. 따라서 단지 적대행위의 종료로서만 의미를 갖는 평화협정은 필요하지 않다는 주장이 제기된다.²⁴⁵⁾

2. 평화협정체결론

정전협정은 무력대결이 “ --- 정치적 수준에서 평화적 해결을 위한 적당한 협정중의 규정에 의하여 명확히 교체될 때까지 계속 효력을 갖는다”(정전협정 제62조)고 규정하고

243) 헤이그 육전법규 제36조.

244) 김병기, 한반도 평화조약의 해결(1994), 119면.

245) 신용호, 휴전협정체제의 법적성격, 공법학의 제문제(헌재 김영훈박사화갑기념), 1995, 815면.

있어 평화조약의 체결을 전제로 하여 그 전까지만 효력을 갖는다. 따라서 현행 국제법에 있어서 전쟁의 개시 및 종료에 중요한 기준이 되는 '실질적인 적대관계'를 처리할 평화협정이 필요하다.

사실 한국전쟁은 휴전협정으로 끝났고 꼭 평화협정을 체결해서 해결되어야 할 문제들이 남아있는 것은 아니다. 그러나 한국전쟁의 법적 마무리로서 그리고 한반도내 냉전구조를 해체하고 남북간의 화해와 협력을 통한 평화를 정착시키기 위하여 평화협정의 체결이 필요하다. 이 과정에서 북한측이 무리하게 휴전협정의 당사자문제를 들고 나올 수 있다. 하지만 휴전협정의 체결당사자로서 연합국 대표인 미국을 상대로 평화협정을 논하는 것 또한 휴전협정의 당사자를 오해하고 있는 것이다. 미국은 유엔군을 대표하여 협정의 체결 당사자로서 나선 것이므로 오히려 북한 자신들이 가입국으로 있는 유엔을 상대로 평화협정을 체결하자고 요구해야 하는 자가당착에 빠지게 된다. 더욱이 북한은 남한을 한국전쟁의 실질적인 당사자로 인정하였고, 남북기본합의서에서 상호간의 체제인정(제1조)을 선언하였으며, “정전상태를 남북 사이의 공고한 평화상태로 전환시키기 위한 (남북한 당국의) 공동노력”과 “평화상태가 이룩될 때까지 현 군사정전협정을 (남북한당국이) 준수”하기로 남한과 합의한(제5조)만큼 더 이상 평화협정의 당사자로 미국이나²⁴⁶⁾ 여타국을 거명해서는 안될 것이다. 또한 남북기본합의서의 제2장 남북불가침이나 남북기본합의서의 제2부속 합의서의 내용은 현실적으로 한반도 내에서 모든 법적문제의 쌍방 당사자가 남북한임을 합의한 것이다. 그리고 비록 한국정부가 명시적인 정전협정의 서명국은 아니나 정전협상 당시의 국내 및 국제 정치적 상황으로 보아 미국은 사실상 한국을 대리하여 서명하였다고 보아야 할 것이고, 미국의 휴전협정당사자 능력은 대한민국정부의 전시 군사작전권이양에 따른 결과이므로 미국의 당사자능력은 대한민국정부의 위임에 근거한 것으로 권한을 부여한 대한민국이 진정한 당사자라고 이해함이 법적인 추론이라고 할 수 있다. 북한이 이를 부정한다면 남한은 휴전협정의 당사자도 아니고 국내적 비준절차 또는 이와 유사한 절차도 밟지 않았는데 남북기본합의서에서 남한측에 현재의 군사정전협정을 준수하도록 요구할 수 없을 것이다.

III. 대응방안

1. 민족의 단합 및 이익에 반하는 조약

남북기본합의서에 기체결조약의 존중조항이 포함되어있는가와 관계없이 남북한은 제3국과 체결한 기존조약을 존중해야 한다. 기체결조약의 존중조항이라는 선언적 의미의 확인 내지 주의규정이 없다고 해서 남북한이 각기 제3국과 체결한 기존조약의 존중의무가 면제되는 것은 아니기 때문이다.

조약은 어디까지나 당사국간의 약속이므로 당해 조약의 효력은 원칙적으로 당사국간에만 한정되고 제3국에는 미치지 않는다는 것이 법리상 당연한 요구이기 때문이다. 이는 기체결조약존중과 관련하여 1969년의 비엔나조약법협약에서 제34조(제3국에 관한 일반규칙)에 “제3국의 동의 없이 제3국에 대하여 의무나 권리를 창설하지 아니한다”는 규정을

246) 북한은 1974년부터 대미평화협정체결을 요구하고 있다. 그 논거는 휴전협정의 당사자가 미군 사령관, 중국군사령관 및 북한군 사령관이므로 평화협정의 당사자도 이들 3자이어야 한다는 논리이다.

통해 확인되었다. 이 규정은 동 협약에 의하여 새로운 국제법규로 창설된 것이 아니라 이미 관습법화된 조약관련 국제법규를 단지 확인 선언한 것에 불과하다.

북한측이 기체결조약의 존중문제와 관련하여 아직 비엔나조약법협약의 가입국이 아님을 이유로 그 구속력을 부인한다고 해도 이는 설득력이 없다. 왜냐하면 비엔나협약의 제 34조는 국제관습법의 내용을 확인·선언한 규정으로서 동 협약의 가입여부에 관계없이 모든 국가를 구속하기 때문이다. 따라서 남북기본합의서는 남북한이 각기 제3국과 기체결한 조약, 예컨대 한미상호방위조약, 북한·중국간 및 북한·러시아간 동맹조약간에 아무런 영향도 주지 않는다고 할 것이다.

2. 휴전협정

현재의 휴전협정은 한반도 내에서의 재반문제에 대한 당사자가 누구인가를 명확히 하고 북한의 유엔가입으로 그 존재근거가 약화된 주한유엔군사령부의 해체에 대비하며, 휴전협정의 위반문제를 논의하는 군사정전위원회가 1991년 이후 공전하고 있는 현실에서²⁴⁷⁾ 휴전협정의 일부규정의 실효성이 상실되어 있으므로 이를 대체하고 한반도 내에서 새로운 법질서를 수립하기 위한 평화협정의 체결이 필요하다.²⁴⁸⁾

남북간에 남북기본합의서 내용을 실천한다는 측면에서 남북간의 정전협정에 의한 군사분계선을 평화협정에 의한 영역정계선으로 전환하여 한반도 내에 평화정착이라는 민족생존을 위한 최우선의 과제를 달성하여야 한다.

3. 한반도 1국가 2체제론

남북한은 상호 한반도 내에서 분열하여 정권을 수립한 후 현실적으로 미소의 한반도 분할신탁통치를 위한 경계선인 38선을 경계로 하여 한반도의 절반에 대하여만 통치권을 행사하여 왔으며 한국전쟁이후에는 1953년 7월 27일자 군사정전에 관한 협정에 규정된 군사분계선을 경계로 하여 각각 통치권을 행사하여 왔음에도 쌍방 모두 전 한반도를 대표하는 합법정부를 주장하였다. 이 기간 동안 남북한 경쟁적인 제3국과의 외교관계수립을 통해 국제사회의 거의 모든 국가들이 남북의 어느 한 국가와는 국교를 수립하였으며 상당수의 국가들은 남북한 모두와 동시수교관계를 수립하고 있었다. 따라서 이미 남북한은 유엔에 동시가입하기 전에도 국제사회에서는 각각 국가로서 인정되어온 것이다.

더욱이 남북한이 유엔에 동시 가입한 이후에는 북한의 국제법실체성을 부정하도록 타국에 대하여 주장할 수 없게 되었을 뿐만 아니라 남북기본합의서체택 이후에는 남북한 상호간에도 서로 상대방의 체제를 인정하고 존중하고 상대방의 내부분쟁 및 대외관계에 대하여 간섭하지 않기로 하였으므로 상호간의 국가적 실체성에 대하여도 인정한 것으로 보아야 할 것이다. 다만 남북기본합의서의 전문에 명시하고 있는 “쌍방사이의 관계가 나라와 나라 사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계”라는 표현은 남북기본합의서에 의하여 새로이 시작되는 관계가 아니라 남북기본합의서의

247) 북한은 군사정전위원회를 거부하고 중국측 군사정전위원회 대표를 철수시켰으며 ‘판문점인민 대표부’를 일방적으로 설치하였다. 또한 휴전협정 중립국감시위원단의 공산측대표였던 체코를 체코슬로바키아의 분열독립 이후 체코의 국제법상 권리승계를 거부하여 철수하도록 강요하였고 폴란드의 대표단도 철수시켰다.

248) 김명기, 한반도 평화조약의 체결(1994), 109면 이하.

채택에 이르기까지 한반도 내에서 이루어져 왔던 남북관계의 현실을 인정하고 선언한 것에 불과하다.

따라서 국제적으로 한반도 내에는 대한민국과 조선민주주의 인민공화국이라는 2개의 국가가 존재하지만 남북상호간에는 상호체제의 인정과 존중을 통하여 국제법상 국가로서의 실체성만을 인정하고 쌍방간에 완전한 국가로서는 인정하지 않고 있는 것이다. 이는 남북한간에 한반도 내에서 1국가로의 통일을 향한 과정에서 잠정적으로 대등한 2체제가 존재하고 있다는 사실에 대한 승인과 합의를 하고 있는 것이다.

1국가 2체제는 원심력에 의한 상호분열과 독립의 과정에서도 존재하고 구심력에 의한 양체제의 통합과정에서도 존재한다. 현재 한반도 내에서의 1국가 2체제는 정서적 측면에서는 구심력이 강하게 작용하지만 이성적 측면에서는 원심력이 작용하고 있기에 쌍방간의 관계에 있어서 고위층간의 수많은 공동선언과 합의서의 채택에도 불구하고 그 내용이 준수되지 못하고 분쟁이 끊이지 않고 있는 것이다.

또한 남북한은 통일의 과정에서 잠정적으로 존재하는 상호 대립하고 경쟁하는 체제라는 현실을 인정하고 일정한 제한 하에 상호교류를 전면적으로 허용하여 남북교류협력을 적극적으로 지원함으로써 상호유대를 강화하고 점차적으로 상호간의 동질성을 확보하는 것이 현재 우리나라의 내부에서 발생하는 수많은 법률상호간의 충돌, 현실과 법규간의 충돌, 남북주민간의 정서와 정치적 이념간의 충돌, 한반도내의 문제와 대외문제의 추진과정에서 발생하는 충돌과 모순을 극복하는 최선의 방안일 것이다.

제4장 북한의 외국인투자법제의 문제점과 개선방안

제1절 외국인투자법체계와 기본적인 문제점

1. 문제의 소재

북한의 외국인투자관련법은 중국의 그것을 모방하고 있지만, 여러 가지 면에서 아직 미흡한 상태이다. 중국 역시 개혁개방초기에는 그와 같이 불완전한 상황에서 출발하였으며, 법령의 제정 또는 개정이 시급함에도 불구하고 의도적으로 불완전한 상태로 두고 실험부터 해보고 추후 개선한다는 것을 전제로 하였던 것이다. 그러나, 중국과 북한의 최초의 외자도입법이라 할 수 있는 중외합자경영기업법과 합영법이 각각, 1979년과 1984년에 제정된 사실에서 볼 수 있듯이 대외개방의 필요성을 법제화한 것은 불과 5년의 차이밖에 없지만, 개혁개방의 속도면에서 중국은 경주용 자동차라면 북한의 쉬엄 쉬엄 걷는 단계에 불과하다 할 것이다.

외국투자기업의 설립, 운영, 해산의 과정에 이르는 모든 경영활동은 외국인투자법제의 적용을 받는 외에도 민법, 상사법, 행정법 등의 일반법규와 수출입, 출입국, 외환관리, 산업재산권, 노동, 환경, 토지, 자원관리 등에 관한 관련 법률의 적용을 받게 된다. 따라서 외국인투자법제는 이러한 법령들과 모순·저촉되지 않도록 상하위관계가 명확해야 하며 법의 적용대상과 집행기준 등의 실제적 규정, 업무관장, 처리절차와 기한 등의 절차적 규정과 위법행위에 대한 규범력 담보수단 등에서 투명성과 구체성을 가져야 한다.

북한의 외국인투자관련 법제는 1) 관련 법령체계가 아직까지 미비하며 2) 상하위 규범관계가 불명확하여 법의 단계구조가 혼란스럽고, 3) 신규법 상호간의 관계 또한 불명확하여 법의 현행성을 판단하기 어려우며, 4) 법규보다는 계획, 지침, 지시 등이 우선하는 경향이 있으며 5) 법규 자체가 실제적 규정과 절차적 규정, 규범력을 담보하고 있지 못하며 심한 경우에는 법규 자체가 일반정책목표의 선진, 선동을 위한 추상적 선언으로 일관하는 경우도 있다. 북한에는 현재 20여개의 외국인 직접투자관련 법령이 있지만 수백개의 법령이 있는 중국과는 비교가 되지 않을 정도로 빈약하다. 북한의 관련 법령들은 외국인투자의 모든 활동에 적용되기에는 너무나 많은 흠결을 가지고 있으며 투명성과 구체성이 없다는 점이 특징이다.

한편, 과거 소련의 스탈린, 중국의 모택동, 북한의 김일성, 쿠바의 카스트로와 같은 카리스마적 인물의 창출을 통한 독재적 국가운영에서 볼 수 있듯이 사회주의 특유의 인치 제도는 북한의 경우 전혀 변함이 없다. 중국은 개혁개방정책추진과 더불어 국가기관보다 우위에 있던 덩샤오핑의 범위내에서 행동하도록 하는 등 중국은 명실상부한 법사회로 탈바꿈하고 있다. 249) “국가는 사회주의법제 ……를 진지한다. …… 어떠한 조직이나 개인도 헌법에 규정되지 아니한 특권을 향유할 수 없다”라는 1982년 헌법 제5조의 규정과 “당은 국가의 헌법과 법률이 허용하는 범위내에서 활동한다”라는 1982년 공산당 당헌은 중국 헌정사상 법의 역할에 대한 인식의 변화를 보여준 획기적인 것이라고 할 수 있다.

249) 중국의 근대화와 법의 역할에 대하여는 徐杰, “中國社會主義經濟法的調整對象,” 中國經濟法論集, 第2輯(香港: 大學出版印務公司, 1987), 31~34면; 威天常, “經濟法在四大化建設中的作用,” 앞의 책, 41~54면; 劉升平, “中國經濟體制與法制,” 앞의 책, 55~66면 참조.

그러나 북한은 법보다는 정치가 우선하고, 국가기구보다는 당이 우선하는 사회주의적 통치방식에서 법치주의로의 전환을 전혀 고려하고 있지 아니하는 듯하다. 북한의 외국인 투자관련법의 구체적인 시행에서 가장 우려되는 점은 바로 이러한 사회주의국가 특유의 통치방식에서 비롯된다고 할 것이다.

또한 북한의 투자와 관련된 법적 문제점을 검토함에 있어서는 북한의 모든 관련법의 내용과 그 운용에 대해서도 눈여겨보아야 한다. 예컨대, 외국투자기업노동규정 제2조는 『... 이 규정에서 규제하지 않은 노동과 관련된 사항은 공화국의 해당 노동법규에 준한다』, 개정합영법 제8조는 『합영기업은 경영활동을 이 법에 따라 한다. 이 법에 규정하지 아니한 사항은 공화국의 해당법과 규정에 준한다』라고 규정하고 있다. 그러나, 아래에서는 북한의 모든 법령을 망라하여 검토하지 아니하고 외국인투자와 직접 관련된 내용에 대해서만 검토하기로 한다.

II. 법령체계의 불확실성

1992년 4월 외국과의 합영 및 합작 근거규정을 헌법 제37조에 명시하면서 정비되기 시작한 북한의 외자관련 법령은 다음과 같은 체계를 가지고 있는 것으로 평가된다.

첫째, 헌법 제37조를 바탕으로 하여 합영, 합작, 단독투자 등 북한에서의 외국인투자 전반을 규율하고 외국투자기업의 설립·운영에 관한 일반원칙과 질서를 포괄적으로 규정하는 기본법 내지 일반법의 성격을 갖는 외국인투자법과 합영법·합작법·외국인기업법 등 투자3법이 있고, 금융분야에서는 외국투자은행법이 있다.

둘째, 중국과 유사하게 경제특구방식을 수용하여 나진선봉지대에 적용되는 특별법적인 위치에 있는 자유경제무역지대법이 있다.

셋째, 외국투자기업및외국인세금법과 동 시행규정, 외화관리법 및 동시행규정, 세관법, 토지임대법 및 동 시행규정, 외국투자기업노동규정, 대외경제계약법, 대외경제중재법 등 외국인투자와 관련된 특정한 부분에 대한 구체적인 내용을 담고 있는 법령들이 있다.

흔히 외국인투자법을 상위법 또는 모법이며 합영법, 합작법, 외국인기업법은 그 하위법이라는 근거로 또는 후법우선의 원칙에 의하여 외국인투자법이 합영법 등 투자3법의 규정에 대하여 우선적인 효력을 갖는다는 주장이 있다. 그러나 이것은 어디까지나 우리 법체계에 비추어 본 단순한 추측에 불과하다고 할 것이다. 이 4가지 법률들은 형식적으로는 동일한 법단계구조하에 있으므로 그들간에 상하위 관계가 존재한다는 주장은 대단히 잘못된 견해이다.

또한, 후법우선의 원칙에 의한다면 합영법 등 투자3법의 어떠한 조항이 외국인투자법과 상치되는 내용을 갖도록 개정된다면 동 개정조항이 외국인투자법의 해당 조항에 대해 우선적인 효력을 갖는다는 것이 되며, 상위법 우선의 원칙에 의한다면 동 개정조항은 상위법을 위반한 것이 된다. 뿐만 아니라 외국인투자법이 모법이라는 견해는 제정시기가 합영법이 외국인투자법보다 빠르다는 점에서 전혀 타당하지 않다. 이와 같이 우리의 입법체계의 기준이나 막연한 추정으로 북한의 법체계에 대하여 단정을 내리는 것은 대단히 위험한 발상이라고 생각된다. 따라서 이러한 북한의 입법체계에 관하여는 남북법률실무위원회에서 북한측으로부터 그에 관한 정확한 정보를 제공하여 주도록 요구할 필요가 있을 것이다.

Ⅲ. 투명성과 구체성의 결여

북한의 법령 등은 법체계의 불확실성이외에도 내용면에서 구체성이 결여되어 있고 운용경험이 축적되어 있지 않아 예측가능성도 그다지 크지 않다. 이와 같이 투자활동에 대단히 중요하고 직접·간접으로 관련되어 있는 법령들이 정비되어 있지 않으며 현행 법규정의 실효성이 불확실하다는 점은 확실히 대북투자의 장애요인이다. 그러나, 북한의 관련법에 규정되지 아니한 것은 무조건 금지되는 것이거나 문제가 있는 것으로 단정하여서는 아니된다. 다시 말해서, 외국인투자자의 입장에서는 북한법의 투명성과 예측가능성, 안정성이 절실히 요망되지만, 자본도입국인 사회주의체제의 북한으로서는 보다 탄력적으로 법규정을 운용하고자 하는 의도를 가지고 있을 것이다.

이러한 경향은 개혁초기의 중국이나, 체체개혁전의 유고, 폴란드, 헝가리의 외자도입법도 예외는 아니었다. 다만, 그러한 입법상의 흠결이 북한의 독특한 정치적·경제적 상황으로 인하여 불리한 방향으로 흐를 수 있다는 점에 대한 우려는 충분한 근거가 있다고 생각된다. 250) 요컨대, 북한의 외국인투자법제의 불완전성은 의도적인 것으로 보여지며 그 개선과 치유는 북한 당국의 개방필요성에 대한 인식과 의지에 전적으로 좌우될 문제라고 할 것이다. 251)

제2절 외국인투자법제상 개선이 요구되는 사항

1. 의 의

북한은 사회주의국가 특유의 규정을 두고 있다. 예컨대, 1992년 개정합영법 시행세칙 제1조의 『김일성, 김정일 동지의 방침의 철저히 관철』, 『업종과 경영방법이 인민들의 건전한 사상감정과 생활기풍에 맞지 않거나 부정적인 영향을 줄 수 있는 기업 창설 불승인』

250) 자본주의국가의 기업과 북한의 경제조직간의 합영·합작기업의 설립을 위한 합의의 성립에 대한 법제도상의 장애요인으로서는 여러가지를 지적할 수 있겠으나, 근본적으로는 무엇보다도 당사자간의 생산수단인 자본 소유형태의 차이를 들 수 있다. 즉, 북한측당사자는 거의 예외없이 국영기업일 것이므로 그 소유형태는 전인민소유인 국가소유이고, 외자측의 소유형태는 사유이다. 마르크스에 의하면, 어떠한 사회의 재산관계는 그 사회의 생산관계의 또 하나의 측면에 불과하므로, 소유권에 관한 법은 생산수단의 지배에 관한 당시의 사회관계가 반영되어 있고 국가의 강제력에 의하여 이러한 관계를 지지·보강하기 위한 규칙으로 구성되어 있다고 한다. 陳學明, “馬克思早期法哲學觀初探,” 中國法學文集, 第一輯(1984), 79~82면.

251) 그 실효성을 기대하기 어려운 조항들도 다수 존재하고 있기 때문이다. 이러한 문제는 사회주의 경제체제의 특성이나 북한의 심각한 경제난에 기인하고 있다는 점에서 그 해결방안의 강구가 쉽지 아니할 것으로 예상되고 있다. 예컨대, 합영법 시행세칙에서는 노동력의 우선적인 보장에 대하여 규정하고 있으나, 거주이전의 자유가 인정되지 아니하는 북한체제의 특성상 우수한 인력의 채용은 사실한 실현되기 어려우며, 업무외 종업원의 동원은 하지 않는다고 규정하고 있지만 과거의 합영경험에 비추어 기대하기 어렵다. 또한, 외화관리법과 동 시행규정에 『외국투자자는 합법적 기업이윤이나 소득금, 그리고 청산자금은 해외로 반출할 수 있다』라고 규정하고 있으나 북한의 극심한 외화 부족을 고려할 때 외환관리가 매우 엄격할 것으로 예상되어 수출기업을 제외하고는 이윤송금이 불가능할 것이라고 생각된다. 또한, 합영수출계획 예견물자 우선 보장은 물자부족현상을 고려해 볼 때 기대하기 어렵기 때문에 수입조달계획을 사전에 마련할 필요가 있다.

및 『노동조합이라고 볼 수 없는 직업동맹조직의 활동에 대한 보장요구』 등은 사회주의 국가의 이념에서 비롯된 것이며 법치보다는 인치(즉, 법보다는 정치)라는 통치방식의 법적 표현일 뿐이다. 이러한 규정들은 이는 당의 지시나 명령이 법규범에 우선할 수 있음을 보여주는 것이며 따라서 자의적인 법령의 해석이나 자신들이 제정한 법령에 배치되는 행동을 할 수 있는 여지는 충분히 남아 있는 것이다. 외국인투자기업이 이러한 교시나 당의 방침과 어긋날 때에는 언제든지 몰수하거나 철수시킬 수 있음을 의미하는 것이며 북한의 열악한 법적 투자환경의 배경을 이루는 것으로서 우리측이 그 시정을 요구할 수는 없다고 판단된다. 따라서 여기에서는 그에 관해서는 논의하지 아니하기로 한다.

중국은 대외경제개혁 초기 비록 제한적이기는 하지만 시장조절기능, 기업의 자기 부담과 손익의 자기부담, 자유경쟁 등의 요소를 도입한 것은 국가의 직접적 통제, 지령적 경제계획, 노동에 따른 분배라는 사회주의경제의 기본적 제원칙과는 크게 상치되는 것이었다. 특히 1984년 10월 20일 중국공산당중앙위원회 제3차 총회가 채택한 「경제체제개혁에 관한 결정」은 가격결정에 있어서 시장메커니즘이 적용되는 부분을 확대하는 획기적인 조치였으며, 이는 중국경제의 자본주의화로 평가되었다.

북한은 이러한 중국의 개혁개방초기의 조치들은 전혀 고려하고 있지 아니하는 듯 하며 따라서 시장의 수요와 공급이 중앙경제계획에 의하여 좌우되고 그러한 계획은 순수한 경제적 목적 이외에 정치적 목적에 의하여 수립·변경되는 경우가 많을 것으로 예상된다. 이러한 면에서 외자계기업의 북한내수시장접근과 외환송금에 대한 장애 등도 중앙계획경제체제의 본질상 필연적인 것이라고 할 수 있다. 한편, 외국투자가는 투자와 관련된 계약의 승인과정에서도 이러한 중앙경제계획의 영향을 받게 된다. 합영·합작기업의 경영계획은 북한의 계획경제의 틀속에서 이루어져야 한다.

중국의 경우 99년 헌법개정을 통하여 ‘사회주의 법치국가’, ‘사회주의시장경제’, ‘개체경제, 사영경제 등 비공유제경제의 인정 및 보호’등이나, ‘국영기업의 개혁’을 입법화하였고, 외자유치에 대단히 중요한 종전에는 자본주의국가에서나 볼 수 있는 사회보험제도(양로보험, 실업보험 등), 회사법, 공정거래법등을 제정하였다.

그러나, 중국의 입법례를 토대로 북한의 향후의 입법정비방안을 논하거나 요구할 수는 없다. 다시 말해서 자본도입국으로서 북한이 자신들의 내부사정을 고려하여 일정한 제한 조치를 취하거나 특별한 규정을 둔 경우에도 가급적이면 개정을 요구하여서는 아니된다고 생각된다. 예컨대, 외국인기업 설립을 자유경제무역지대로 한정된 규정, 합작기업에 대한 투자상환과 이윤분배의 제품상환원칙, 합작기업 경영의 북한측 담당, 중국의 입법례에 따른 등록자본의 감소 불허 등이 대표적인 것이다. 이러한 것들은 북한의 외자유치가 활성화되면 자연스럽게 변경될 수도 있다고 본다.

한편, 가장 대표적으로 지적되고 있는 북한 외국인투자법의 문제점으로는 직업동맹의 결성, 100% 단독투자의 자유경제무역지대로의 한정, 노동자의 채용과 해고에 있어서 북한측 인력알선기관과의 계약 내지 합의요구, 직업동맹조직의 활동모방, 토지이용권매각시 토지임대기관의 우선매입권, 사회간접자본시설건설비에 대한 토지개발비 명목의 토지임대료에의 포함, 토지임대기간 만료시의 건물 기타 부속물의 무상반환, 내수시장판매자금의 硬貨로의 태환불가, 외국인종업원 소득의 해외 송금한도(원칙적으로 60%)제한, 북한보험의 강제, 대부분의 중요 사항에 대한 이사회 만장일치제²⁵²⁾ 등이다. 또한 기술도입제도,

252) 중국도 사실상으로는 만장일치제를 택하고 있으며 이것은 경우에 따라 분쟁을 외부 제3자에 의뢰함으로써 남북한 투자당사자간의 신뢰와 경영의 지속의지를 떨어뜨리지 않도록 하는 기능을 할 수 있는 것이므로 이러한 점도 문제점으로 지적하기 보다는 오히려 적극적으로 활용할 필요가 있다.

지적재산권제도, 장려사업의 범위, 회사의 승인, 해산, 영업중지 사유 등의 불명확성도 우려할 만 부분이다. 이러한 장애들은 기업의 인사·경영상의 자율성과 자본이윤의 회수를 어렵게 하거나 기업의 경제적 이윤추구를 크게 제약하고 있다. 아래에서는 이러한 것들을 중심으로 향후 북한에 그 개선을 요구하여야 할 사항들에 대해서만, 검토해보기로 한다.

II. 남한주민의 대한 우대조치의 부재

중국은 투자유치를 통하여 대만의 자본·기술·경영노우하우를 도입하고 고용창출을 이루는 등의 경제적 실리를 획득하고자 하는 목적 등으로 대만과의 인적·물적 교류의 확대를 적극적으로 추진하여 왔다. 물론 이러한 정책은 중국이 대만에 의하여 흡수통합될 가능성은 전혀 없다는 자신감에서 비롯된 것이라 할 수 있다. 중국의 대만과의 경제교류확대조치는 다양한 내용으로 구체적으로 추진되어 왔다. 중국은 1978년 복건성의 廈門을 대만기업투자유치를 위한 경제특구로 지정한데 이어, 1983년 4월에는 대만동포의 경제특구투자에 대한 3개항의 우대조치를 발표하였다. 무역분야에서도 79년 대만지구와의 무역확대규정, 80년 대만상품구입관련규정, 87년 대만과의 무역통제에 관한 임시조례 등을 공포한 바 있다. 그러나 이상의 조치들은 대만정부의 무시로 인하여 별다른 발전을 보지 못하였다.

이후 국무원은 1988년 7월 대만동포투자장려규정(關於鼓勵臺灣同胞投資的規定)을 공포하여 공식적으로 대만기업의 투자를 유치하기 위한 제도적 장치를 마련하였다. 이 규정은 대만기업인의 중국투자에 적용될 투자지역, 투자형식, 투자절차에 관한 것을 중심으로 하고 있다. 이러한 조치는 대만정부가 대만인의 대륙방문을 허용하고 외환통제를 크게 자유화한 1987년 이후였기 때문에 상당한 가시적인 효과를 가져오기 시작하였다. 또한 지방정부도 중앙정부와 별도로 지방세 및 토지사용료를 감면하거나 대만기업투자구를 설치하여 대만기업우대조치를 제공하였다. 복건성의 경우 대만기업의 투자유치를 위해 89년 5월 廈門일대의 海滄, 杏林지역(약 1.8평방 킬로미터)을 臺商投資區로 지정하였고 '대만무역특별항'을 건설하였으며 대만의 은행지점 개설도 허가하였다. 다른 省의 경우에도 대만기업인의 투자를 적극 유치하는 조치들을 취하여 왔다.

그후에도 중국정부는 대만기업의 대중국투자를 더욱 본격화할 수 있도록 제도적 장치를 강구하여왔다. 253) 중국정부는 대만의 중국에 대한 투자를 적극적으로 유치·보호하기 위하여, 중화인민공화국대만동포투자보호법실시세칙을 마련하였다. 동실시세칙에는 대만의 대중국투자형식, 제투자형식, 대만기업들에 대한 세금징수, 대만기업들의 경영자주권, 분쟁시 중재협상, 대만기업양도와 이전 및 권한승계 등에 대하여 구체적으로 명시하였다. 중국의 경제개혁추진으로 인한 시장화의 진전과 내수시장의 확대와 함께 대만과의 경제교류의 경제적 논리에 의하여 성공적으로 이루어지도록 하는데 커다란 역할을 담당하였다.

대만과 중국간의 경제교류는 대만 및 중국 정부의 공식적인 협정이나 합의를 통해서 행하여지는 것은 아니하다는 점에서 남북한의 방식과는 다르다. 다만, 대만과 중국의 경제사회 교류상 발생하는 제반문제와 사항들을 협의하고 조정하는 기구로서 1991년부터 대만측은 海峽交流基金會를, 중국측은 海峽兩岸關係協會를 설립하여 운영하여 왔다. 이

253) 이러한 차별적인 우대정책에 따라 전체 외국인투자금액은 거의 70%에 육박하는 것으로 알려져 있다. 이들에 대한 우대정책은 소득세 감면, 토지사용료감면, 공장통일세 및 수입관세 감면 등에 집중되어 있으며 경제특구 이외의 지역에서는 3포투자를 경제특구에 준하는 수준의 우대를 취하는 경우가 많았다.

기구들은 형식상으로는 민간기구이지만 실질적으로 양안 정부의 입장을 그대로 반영하고 있고 양안 경제교류관련 정책을 실무적으로 집행하고 있다.

북한이 정부의 통제없는 순수한 민간경제교류를 주장하는 경우에는 이러한 점을 지적하여야 할 것이다. 더욱이 이러한 형식상의 민간기구를 통하여 양안의 경제교류를 조정하고 협의하는 것은 대만 정부의 중국 불접촉과 같은 3불정책 때문이라고 볼 수 있다. 양 기구는 공증문서의 승인여부와 등기우편물조회 및 보상에 관한 회담을 1992년 3월부터 1993년 3월까지의 기간에 세차례나 가졌다. 뿐만 아니라 대만기업에 대한 투자보장문제와 지적 재산권보호 등에 대한 협의를 계속하여 왔다. 나아가 양안간 사회교류와 관련된 사항, 즉 어업분규문제, 사법기구간의 상호협조, 각종 범죄활동 등에 대해서도 동기구들이 협상 의제로 다루어왔다.

물론 이러한 양 기구의 경제관련 의제협상은 중국정부가 대만기업에 대한 투자보장을 전제로 대만의 전면적인 3통정책의 실현을 요구하였기 때문에 실질적인 합의에 도달하지는 못하고 있다. 그러나 실질적으로 양 정부의 경제교류와 관련된 의제가 동기구를 통해 협의되고 진행되어 왔다는 사실은 대만정부의 대중국기본정책으로 인하여 해협교류기금회의 역할이 그만큼 커졌다는 것을 의미한다.

한편, 남북한은 남북합의서라는 남북 당국간의 합의서에 입각하여 교류협력을 하고 있고 중국이 대만동포투자를 명시하고 법제화하여 우대조치를 위하는 것과는 북한은 남한의 투자를 장려하고 우대하기 위한 아무런 입법조치를 취하고 있지 않다는 점이 두드러진 특징이다. 북한의 1984년 합영법의 “해외에 거주하는 조선동포”라는 표현은 새로 제정된 외국인투자법(제5조), 합작법(제5조), 외국인기업법(제6조), 개정 합영법 제2조에서 “공화국 영역밖에 거주하고 있는 조선동포”라는 표현으로 대체되었고, 그 후의 북한의 대한민국 기업들에 대한 투자요청사례나 국제회의에서의 북한대외경제협력추진위원회 관계자가 ‘조선동포’에 한국인이 포함된다고 밝힌 점으로 미루어 보아 이제는 그 규정에 대한 대한민국의 포함여부에 대해서는 논의할 가치가 없다고 본다. 또한 남북합의서상의 제 규정으로 볼 때도 당연히 그 범위에 남한주민이 포함된다는 것은 의심의 여지가 없다.

그러나, 남한주민을 외국인과 동일한 대우를 부여한다는 것은 투자등 남북경제교류를 민족내부거래로서 정의한 남북합의서의 규정에도 배치되는 것이다. 따라서 북한은 남한주민의 투자 등을 명실공히 민족내부거래로 인정하여 이 점을 관계 법령의 조항 또는 별도의 법령을 통하여 조세를 비롯한 제반분야에서의 남한주민에 대한 우대조치를 정하여야 한다. 이 경우 중국의 입법례에 따라 관계 법령의 별도의 조항을 두기 보다는 별도의 법령을 제정하는 것이 타당할 것이다.

다만, 중국의 경우에는 관계 외국들이 대만이 중국의 하나의 성에 불과하다는 점을 인정하고 외교관계를 수립하였으며 현재 국제사회에서 대만은 국가로서 인정을 받지 못하고 있으나 남북한은 유엔에 동시가입한 2개의 국가로 국제사회에서 인식되고 있다는 사실은 북한이 남한주민에 대한 우대조치를 취하는데 대한 장애요소가 될 수 있다. 특히 북한으로서는 외국인투자가 활성화되어 쌍무적인 투자보장협정, 이중과세방지협정, 무역협정을 체결하는 경우 반드시 두게 될 최혜국대우조항에 대해서도 고려하지 아니할 수 없을 것이다. 그러한 협정의 상대국이 북한에 대해서 최혜국 대우조항을 들어 남한과 동일한 우대조치를 자국민에 대해 부여하도록 요구하고 그렇지 아니할 경우 협정의 위반 문제를 제기할 가능성도 대단히 높기 때문이다.

그러나 향후 이러한 문제가 발생할 경우 남북한은 협력하여 분단국의 특수한 지위는 현행 국제법이 관심을 두지 아니한 법적 공백상태에 있는 것이며 남북한은 당연히 통일

되어야 할 두 개의 실제일 뿐이라는 점을 들어 관계국에게 양해를 구한다는 것에 대해 약속하고 그러한 협정을 체결하는 때에 반드시 최혜국대우조항에서 남한에 대한 우대조치에 대해서는 그 적용을 배제한다는 규정을 명시할 수도 있을 것이다. 우리는 북한에 대해 이러한 점을 주지시키고 남한의 잠재적인 대북투자 규모와 그것이 대외적으로 갖는 영향을 감안하도록 설득하여야 할 것이다.

Ⅲ. 구체성이 없거나 불확실한 조항

앞서 언급한 바와 같이 북한의 법령들은 구체성이 없거나 불확실한 부분들이 많다. 예컨대, 토지임대법 시행규정에서 기준임대료와 사용료를 국가가격제정기관이 정한다고만 되어 있으므로 그 책정기준이 제시되어 있지 아니하며, 외국인 채용시 당국과의 합의를 요구하고 있는 바, 외국인 채용의 허용과 불허의 기준에 대한 명확한 기준도 제시되어 있지 않고, 명시되어 있지 않다.

외국인투자법에서는 첨단기술을 비롯한 현대적 기술과 국제시장에서 경쟁력이 높은 제품의 생산부문, 자원개발 및 하부구조건설부문, 과학연구 및 기술개발부문에 대해 특별히 장려한다고 규정되어 있는데(제7조) 이들 부문의 선정기준에 대한 별도의 규정이 없다. 이 부문의 장려우대조치에 대해서도 소득세와 기타 세금 감면, 유리한 토지사용조건외의 보장, 은행대부의 우선적 제공을 규정하고 있는데(제8조), 우대조건을 충족하는 보다 구체적인 기준과 이에 대한 심사·평가의 방법에 대한 설명이 외국인투자은행법, 세금법, 토지임대법 등에서도 여전히 미흡하다.

또한, 북한의 개정합영법 제15조는 “합영기업의 등록자본은 투자규모에 따라 총투자액의 30% 내지 70% 이상이어야 한다. 등록자본을 늘리려는 경우에는 기업창설을 승인한 기관과 합의하고 변경등록을 해야 한다. 등록자본은 줄일 수 없다.”라고 규정함으로써 총투자액에 대한 등록자본의 비율을 제시하고 있다. 여기서 총투자액은 동법 시행세칙 제21조의 출자총액과 같은 의미로 사용하고 있는 것으로 보이지만 동법 시행세칙에서는 총출자액의 40-70%를 불입하도록 규정하고 있어 합영법과 그 시행세칙이 상치되고 있다.

한편 외국인기업법 시행규정에서는 총투자액이라는 용어를 사용하고 있고 총투자액의 크기에 따라 최소등록자본의 비율을 정하고 있는 바, 합영법 또는 그 시행세칙에서 보다 구체적으로 총투자액과 등록자본의 비율을 정하도록 할 필요가 있다. 중국의 경우에도 1986년 중외합자기업의 등록자본과 투자총액비율에 관한 국가공상행정관리국 잠정규정을 두고 있다.

그 외에도 출자자산의 평가방법 등 불명확한 점들이 대단히 많지만, 선진국을 비롯한 많은 개발도상국들이 법령을 탄력적으로 운용하기 위한 고의적으로 구체화하지 아니하는 경우가 많기 때문에 북한의 자본도입국으로서의 입장도 고려하여 반드시 구체화되어야 할 필요가 있는 부분에 대해서만 그 시정을 요구하여야 할 것이다. 앞서 언급한 것중 장려·제한·금지되는 업종을 북한의 관련법이 명시하지 아니한 것도 바로 법을 탄력적으로 적용하겠다는 목적에서 비롯된 것일 것이다. 다만, 적어도 장려부문에 대한 우대조치에 대해서는 구체화하도록 요구하여야 할 것이다.

물론, 외국인투자기업이 북한에서 경영활동을 하는데 반드시 필요한 부분이 불명확한 경우에는 신속하게 시정을 요구하여야 할 것이다. 법의 유권해석·집행기관도 구체적으로 특정되어야 할 것이다. 법의 변화로 인하여 발생할 수 있는 문제에 대해서는 외국인 투자를 지도·감독하고 외국인투자법제의 집행을 관장하는 기관을 투자법제에 명기함으

로써 문제의 발생시 유권해석과 조정을 할 수 있도록 하는 것이 일반적이다.

베트남은 거의 모든 외국인투자관련법에서 이러한 기관을 명시하였으며 1992년 12월 외국인투자법의 개정당시 제21조에 “법의 변화로 인해 외국인투자자에게 손해를 주게 될 경우 정부는 적절한 방법으로 투자가의 이익을 보장한다”라는 규정을 두고 있다. 중국의 경우에는 베트남과 같이 법의 변화에 따른 손실보장을 두지는 않고 있지만 법의 실시에 관한 유권해석을 대외경제무역부가 주관한다는 것을 거의 모든 투자법에의 부칙에 명기하고 있다.

이에 비해 북한은 법의 유권해석과 집행을 관장하는 기관을 별도로 명시하지 않고 있는 것이 특징이다. 따라서 이러한 집행기관을 외국인투자법에의 본문에서 유추해볼 수 밖에 없다. 합작법과 외국인기업법에서는 투자신청과 승인, 허가, 해산 등의 과정을 집행하는 기관을 ‘정무원 대외경제기관’으로 하고 있으며 자유경제무역지대법에서는 ‘대외경제위원회’와 ‘자유무역지대 당국’으로, 94년 1월 개정된 합영법에서는 ‘정무원 대외경제기관 또는 자유경제무역지대 당국’으로 또한 1992년 10월 개정된 합영법 시행세칙에서는 ‘국가계획위원회’, ‘국가과학기술위원회’, ‘국가건설위원회’, ‘합영공업총국’, ‘재정부’ 등의 다양한 기관으로부터 투자의 사전승인을 얻은 후 소위 ‘합영주관기관’이라는 불특정기관이 합영사업의 승인과 등록, 경영활동과 해산에 관한 사항을 집행하도록 하고 있다. 이와 같이 법제마다 법의 집행기구가 달리 규정되어 있고, ‘합영주관기관’, ‘정무원 대외경제기관’ 등의 불특정기관으로 표현되어 있는 것은 법의 절차적 규범력을 떨어뜨린다고 할 수 있다.

IV. 불합리한 조항

1. 토지임대제도

북한의 외국인투자관련법에서는 불합리한 것으로 지적될 수 있는 조항들도 대단히 많다. 여기에서는 대표적인 사례들에 대해서만 지적하기로 한다. 1993년 토지임대법은 토지임대권의 양도시에 토지당국의 우선매입권을 아무런 단서 없이 인정하고 있고²⁵⁴⁾ 토지이용권을 양도 또는 저당할 때 중국은 명의변경등기 또는 저당등기만 되지만 북한은 명의변경 등록 이외에 토지관리 당국의 사전 승인을 받도록 함으로써 임의적인 양도가 불가능하며²⁵⁵⁾ 양도받을 때에도 당초 이용목적에 따라서만 사용하도록 하여 업종 변경이 불가능하다. 한편 토지이용권의 반환시 원칙적으로 건축물과 부차물을 무상반환하되 40년 이상 장기 임차의 경우에는 기간 만료 10년 이내의 준공건물에 대해서는 잔존가치를 보상해줄 수 있다(동법 제34조). 더 나아가 임대기간 만료로 인해 토지를 반환할 때 임대한 기관의 요구에 따라 건축물과 설비·부대시설을 자기 비용으로 철거하고 토지를 정리하도록 하고 있기 때문에(동법 제38조) 외국투자자에게 매우 불리하다. ²⁵⁶⁾ 특히 임대기간이 짧은 경우 외국투자자가 시설투자의 감각상각비와 철거비용을 포함하여 투자원본을

254) 중국은 당국이 우선구매권을 가질 수 있는 경우를 토지사용권의 재양도가격이 시작가격보다 현저하게 낮을 경우에 한정하고 있다.

255) 중국이 내외국인의 구분없이 토지시장의 참여를 개방하여 토지사용권의 양도가 활발하게 일어나 부동산거래시장이 형성된 데 비해 북한은 외국인투자자와 외국투자기업에 필요한 토지에 대해서만 토지이용권을 인정하고 있기 때문에 토지이용권을 이미 가진 외국투자기업간에만 토지거래가 가능하므로 현실적으로 토지거래가 활발하게 이루어지기는 어려울 것으로 판단된다.

256) 중국의 경우에는 토지사용기간만료후 자기비용에 대한 철거비용에 관한 규정이 없다.

회수하여야 하는 부담이 생기는데다 “임대한 기관의 요구에 따라”라는 규정은 철거 및 토지정리의 범위가 주어지지 않아 북한당국의 자의적인 판단의 소지가 있다.

2. 외국인조세제도

한편, 외국인에 대한 조세와 관련하여서도 불확실하거나 불합리하다고 판단되는 조항들이 있다. 1년이상 거주자의 국외소득은 모두 과세하고 있으나, 보다 구체적인 기준을 설정하고 북한으로 송금된 금액에 대해서만 과세하도록 개선을 요구할 필요가 있다. 또한 거주외국인의 북한밖 재산상속시 상속세를 부과하도록 한 규정은 그 의미를 정확히 파악하기 어렵지만, 경우에 따라서는 부당한 과세조치이거나 그에 따른 이중과세가 발생할 우려가 있다. 한편 과세대상 소득의 원천지구분은 국제과세의 관할권 및 이중과세 문제와 연결된다. 외국투자기업 및 외국인 세금법에 의하면 개인소득세는 1년이상 체류하거나 거주하는 경우의 과세대상에 속하도록 하고 있다.

중국은 북한과 마찬가지로 거주자의 기준을 1년으로 하고 있지만, 거주목적에 따라 과세대상자는 영주와 비영주로 나누고 영주자는 다시 5년이상의 체류자와 1-5년 체류자로 체류기한을 나누어 전자에 대해서는 중국을 포함한 해외에서의 원천소득에 대해서도 과세하고 후자에 대해서는 중국내 원천소득과 ‘해외에서의 원천소득 가운데 중국에로의 송금분’에 대해 과세된다. 또한 1년미만의 체류자는 중국내 원천소득에 대해서만 과세된다. 이와 같이 과세대상소득과 과세납부자의 범위를 세분하고 있는 중국에서조차 이를 둘러싼 세무당국과 납세자간의 갈등이 심심찮게 발생하는데, 북한의 경우에도 거주목적, 거주기한과 과세원천소득에 따른 보다 상세한 규정을 두어 세무당국의 과세대상자와 과세대상소득원천에 대한 자의적 판단이나 오해의 소지를 줄여야 하며, 특히 이중과세방지협정의 체결을 통하여 조세분쟁가능성을 미연에 방지하여야 할 것이다.

3. 노동관련제도

외국투자기업노동규정 제26조는 “외국투자기업은 정한 노임기준에 따라 각종 직제별 노임기준, 노인지불형태와 방법, 가급금·장려금·상급기준을 자체로 정한다.”라고 하고 있지만 사회주의노동법에 규정된 북한의 국내임금체계와 크게 다르지 아니할 것으로 판단된다.²⁵⁷⁾ 외국투자기업의 노동보수규정에서 가장 주목되는 것은 최저임금제를 적용하고 있다는 점이다. 외국투자기업의 최저임금은 월 220원(자유경제무역지대는 월 160원)이다. 이를 달러로 환산(무역환율)할 경우 약 100달러(자유경제무역지대 약 75달러)이다. 중국이 외자기업 종업원의 보수를 국영기업 수준보다 120 내지 150% 정도 높게 적용하는 사례를 북한이 모방하여 정한 것이라고 판단되지만, 만약 북한의 외국인 투자가 활성화 되면 이보다 훨씬 높은 임금을 요구할 것이며 중국의 경우에도 계약서상에 나타나지 아니한 은폐된 임금부분들이 많았다는 점에 유의할 필요가 있다. 따라서, 외국인투자자들은 이러한 최저임금은 하나의 참고 사항일 뿐이며, 실제로는 2내지 3배 즉 300달러 이상의 급여를 지불하게 될 수도 있다. 만약 이렇게 된다면 동남아시아 국가와의 임금차이가 없거나 오히려 더 높은 임금을 지불하여야 할 수도 있다.

또한, 채용·해고 등에 있어서 인력알선기관과의 계약 내지 합의와 직업동맹조직과의

257) 사회주의노동법 제38조 및 제39조 참조.

258) 노동계약을 체결하도록 하고 있다. 즉, 1993년 12월 외국투자기업노동규정(이하 '노동규정'이라 한다)은 전적으로 노력알선기관과 노력채용계약을 맺고 채용하도록 하고 있다(제11조). 따라서, 중국이나 베트남이 노력알선기관이나 주무 행정기관으로부터 추천이나 계약에 의하여 종업원을 채용하는 이외에 직접 모집하는 것이 가능한 것과 비교해 볼 때 북한에서는 유능한 인력을 선별하여 채용할 수 없다. 동 규정 제13조도 "북한기업을 모체로 창설하는 합작기업, 합영기업은 필요한 노력을 그 기업소의 종업원들 가운데서 먼저 받아야 한다."라고 하여 외국투자기업의 선별고용을 제약하고 있다. 이는 국가계획에 따라 직장이 배치되는 등 노동력의 이용에 대한 통제의 정도가 중국이나 베트남에 비해 훨씬 강하다는 것을 의미한다.

한편, 외국인을 채용할 때는 정무원 대외경제기관의 승인을 받도록 하고 있으며²⁵⁹⁾ 종업원의 해고에 있어서 북한은 채용기간 만료전이라도 기업측이나 종업원측의 해고사유가 발생하는 경우의 해고규정 및 부당해고금지규정을 두고 있다. 그러나 중국이 중외합자경영기업노동관리규정에서 고용을 노동계약을 통하여 하는데 비해 북한은 이미 노력알선기관과의 계약을 통하여 고용이 이루어진다는 데서 근본적인 차이가 있다고 판단된다. 한편, 과거에 사용되던 합영계약표준양식 제18조에 의하면 직맹대표를 이사회와 기타 회의에 참가시키도록 하고 있는 데, 이것은 직맹의 조직성격상 북한당국의 불필요한 간섭을 초래할 수 있으므로 계약조항에 포함되지 않도록 하여야 할 것이다.

4. 외화관리제도

북한은 ① 북한내 외화현금의 유통을 금지하고 있으며 ② 외화거래, 저금, 예금, 저당 등의 외국환거래은행의 제한 ③ 외화관리기관에 의한 환율결정, ④ 외화관리기관의 결제통화지정 등 외화집중관리제도를 채택하고 있다. 이러한 제도의 문제점은 국내판매로 획득한 북한 '원'을 외화로 교환할 수 없기 때문에 자체 외화수입이 부족한 외국투자기업은 외화부족으로 인해 경영활동에 어려움이 많으며, 둘째 복수환율제도하에서 시장환율이 아닌 외화관리당국이 임의로 결정하는 환율이 적용되기 때문에 외화자금운용상 환율편차에 따른 불이익의 발생가능성이 매우 높으며, 외화거래에 대한 지나친 규제에 기업활동에 제약이 크다는 점을 들 수 있다.

외국투자기업 및 외국인은 북한은행에 조선 '원' 계좌, '외화원' 계좌, '외화' 계좌를 개설하고 이 계좌를 통하여 외화와 조선원의 거래를 할 수 있다.²⁶⁰⁾ 경영활동에 필요한 외화의 조달은 1) 초기출자시 불입된 외화계정, 2) 수출대금, 3) 외국은행으로부터의 외화차입등 기업이 자체적으로 조달하고, 경영에 필요한 조선원은 이 계정한도내에서 교환하며, 그 적용환율은 북한의 외화관리당국이 정하는 공식환율에 의한다. 외국투자기업을 비롯한 외화를 사용하는 기관, 기업소, 단체는 분기 및 연간 외화재정상태표를 외환관리기관에 제출하여야 할 의무가 있기 때문에 결국 외국투자기업은 북한의 중앙집중적 외환관리체제내에서 통제를 받으며 필요한 외화를 자체 조달하여야 한다.

258) 직업동맹이라는 사회단체는 노동조합이 없는 북한에서 노동자의 권리와 이익의 보호라는 측면에서 부분적으로 노동조합의 기능도 갖지만 근본적으로는 북한 노동당의 외곽조직으로서 김일성 주체사상의 무장을 통한 사회주의노력관리와 사회주의경쟁운동의 일환으로 조직되어 있다는 점에서 단결권·단체교섭권·단체행동권 등 노동3권에 기반하여 조직되는 노동조합과는 그 성격이 다르다.

259) 노동규정 제4조.

260) 외화관리법 제16조 및 제18조.

한편, 현재까지도 중국에서 외환수지균형은 외자계기업의 설립요건의 하나일 뿐만 아니라 (중외합자경영기업법 실시조례 제75조, 중외합작경영기업법 제2조 및 외자기업법 제19조), 외국투자가로서도 외화의 획득은 투자목적의 실현을 위한 전제조건이 되고 있다. 그러나, 개혁개방초기에도 몇가지 길은 열려 있었다. 즉, 외국환관리규정에서 중외합자경영기업의 제품이 중국의 수입대체품인 경우, 외화지불에 의한 구입도 가능하도록 하였다.

중외합자경영기업법 실시조례 제75조도 「중외합자경영기업의 외화수지불균형을 관계되는 성, 자치구, 직할시인민정부 또는 국무원 주관부분의 보유외화로 조정할 수 있도록 하고, 이와 같이 해결될 수 없는 경우에는 대외경제무역부와 국가계획위원회의 승인을 얻어 국가계획에 편입하여 해결」할 수 있음을 규정하였다. 그러나 동제75조는 정부기관의 수입대체에 대한 승인사태도 극히 드물었으며 중국의 외환보유액감소에 따라 1985년 이후에는 사실상 사문화되고 말았다.²⁶¹⁾

국무원이 1986년 1월 15일 제정한 「국무원의 중외합자경영기업외화수지균형문제에 관한 규정」과 국무원외국인투자장려규정 제14조는 외환부족의 해소를 위하여 다음과 같은 방법을 투자유인(incentive)으로 법제화하였으나, 그 실효성은 그다지 높지 않았다. 그러나 현재는 중국은 외환조정센터의 확대와 환율자유화를 통해 점진적으로 외화관리제도를 자율화하고 있는 추세이다. 또한 베트남의 경우에도 외국인투자법 시행세칙에서 외화수지균형 의무를 규정하고 있었지만 1993년 개정된 시행세칙 제82조는 그러한 균형을 달성하지 못한 경우 국가협력투자위원회의 심사에 의하여 외국인투자기업이 보유한 베트남화를 외화로 바꾸어 주거나 필요한 외화지출을 그에 상응하는 재화로 지불하게 하는 방법을 통해 외화부족을 보정하도록 개선되었다.

그러나 북한은 중국에 비해 외화사정이 극도로 나쁘다는 점에서 가까운 장래에 중국의 다양한 제도들을 시행할 것으로 판단되지 아니 하지만, 적어도 베트남과 같은 정도의 방법을 외화관리법 개정을 통하여 입법화하도록 요구할 필요가 있다. 현재로서는 북한의 관계 법령하에서는 부족한 외화를 북한의 은행 또는 외국은행으로부터 대부받아 이용할 수밖에 없지만 그것도 용이한 일은 아니며 모든 기업들에게 그러한 방법을 이용할 수 있다고 보기는 어렵다. 가장 근본적인 해결책은 역시 수출을 통한 외화획득이라고 할 수밖에 없을 것이다.

그런데, 개방초기 중국에서는 외화수지균형통제가 심한 상황에서 공정한 환율과 암시장 환율간에 큰 괴리가 있었기 때문에 일부 외국인투자기업이 편법으로 암시장 등을 통한 비정상적인 방법으로 경영활동에 소유되는 중국화폐를 조달한 사례가 있었지만 이러한 방법을 북한에서 이용하는 것은 불법적이므로 대단히 위험하다고 할 것이다.

한편, 북한의 대외발표등에 사용되는 공정한 환율, 무역외거래, 자본거래 등에 적용되어 온 비상업환율, 무역거래 또는 무역외래에 적용되는 무역환율이 있었다. 이러한 복수환율 제도는 사회주의국가의 일반적인 현상이었지만 사회주의개혁개방과정에서 자본주의국가와의 급격한 거래증대에 따른 자국화폐의 대환상 확보의 필요성과 복수환율에 의한 환차손의 발생에 따른 사회경제적 비효율성과 부정부패의 확산 등의 문제를 초래하게 되므로

261) 이에 따라 중외합자경영기업은 중합보상무역형태로 외국투자가가 당해 기업제품 이외의 중국수출제품에 의한 이익배당과 자본회수를 계약에 규정하는 방식, 재무회사를 이용한 인민폐와 외화의 환전하는 방법, 중외합자경영기업의 경영범위를 외화획득사업으로 확대하는 방법, 중국측과 외자측이 공동출자하여 설립한 지주회사를 통하여 다른 중국측 또는 외자측과 합작하여 외자획득사업을 경영하는 방법 등 여러 가지의 자구책을 마련하여 왔다. 심천경제특구에서는 1985년 11월 16일에 제정된 심천경제특별구외화조정잠정규정에 따라 인민폐와 외화의 거래를 위하여 외화조정센터를 설치하기도 하였다.

북한으로서도 가장 먼저 개선하여야 할 사항이다. 중국은 이미 1994년이후 복수환율제도를 포기하고 단일환율제도를 시행하고 있다.

북한의 합영법 시행세칙 제29조에서 출자시 출자자산의 외화환산이 필요한 경우 '무역은행이 정하는 화폐환산비율'을 적용하며, 동시행세칙 제78조에서는 합영회사의 회계처리 적용환율도 무역은행이 정하는 화폐환산비율에 따른다고 하고 있는데, 일반적으로 외국 투자기업의 출자, 경영상의 외화수입·지출, 이윤의 과실송금 등에 무역환율을 적용할 것으로 판단되지만 공식적으로 무역환율을 적용할 것을 규정하지 아니한 이상 공식환율과 무역환율을 병행 적용함으로써 혼란이 초래될 가능성도 없지 않다.

북한은 일반적으로 상거래에서는 무역환율로 일원화되어 적용되고 있고 무역환율의 변동폭도 안정적이어서 단기적으로는 큰 문제가 없지만 외국인투자가 활성화되고 이에 따라 중국의 개혁개방초기에서와 같은 외환조절센터를 두게 된다면 공정환율과 외환조절센터 환율이 있게 되고 이 환시세의 변동으로 자산평가, 회계처리 및 결산, 외환송금 등에 복잡한 처리과정이 발생하게 되어 새로운 문제가 발생할 수 있다. 또한 현재로서도 북한에서의 환차손익에 대한 처리방법이 불명확한 것도 문제이다. 중국이 1985년 중외합자경영회계제도에 관한 규정, 합자경영공업기업회계과목 및 회계제표에 관한 규정, 기타 외환 관리에 관하여 여러 차례의 제도개선 등을 통해 외국투자기업의 외환 및 회계에 관한 부담을 다소 완화시켜 주었던 바와 같이 북한도 새로 제정될 예정으로 알려진 회계관련규정에서 이러한 외환제도상의 문제점을 해소할 필요가 있다.

V. 필수적인 법령의 제정 및 모든 법령의 완전한 공개

북한의 외국인의 투자유치에 필요한 법제도적 기반은 어느 정도 구색을 갖추었으나 후속조치로서 각각의 세칙 제정과 더불어 보험법, 회사법, 상표법, 지적재산권보호법,²⁶²⁾ 회계법, 은행법, 환경법 등의 정비가 절실히 요구되고 있다. 특히, 지적재산권과 국제기술 도입계약에 관한 법령이 제정되어 있지 않아 지적재산권의 이전 또는 허가, 노우하우 허가, 기술 용역 등의 국제계약과 관련 설비의 수입 등에 있어서 비밀유지와 지적재산권의 보호가 대단히 취약하다. 예컨대, 북한의 합영법은 발명권, 기술문헌, 기계설비 등의 출자 형태를 인정하고 있으나 지적재산권에 대한 보호규정도 두고 있지 않다.

다만, 표준계약서상 규정에 합영회사가 새롭게 인수한 기술 및 금융시장거래에 대한 정보를 제3자에게 공개하지 않는다는 규정이 있지만 이것만으로는 대단히 미약하다.²⁶³⁾

262) 중국에서도 중화인민공화국정부 수립이후, 지적 소유권의 개인소유가 지적 창조물과 발명을 그 사회의 산물로 간주하는 사회주의이데올로기와 모순되는 것으로 간주되어 특허권이라는 법개념은 존재하지 않았다. 1950년 8월 공포된 「발명권 및 특허권보장에 관한 잠행조례」는 공상업의 사회주의적 개조이전의 사영기업의 존재를 전제로 한 문자 그대로 잠정적인 것이었으며 1963년에는 국가가 발명실시권을 갖고 발명자는 보상을 받을 권리를 갖는다는 발명장려조례가 공포되었다. 동조례 제23조는 「발명은 국가의 소유에 속하며 어떠한 개인이나 조직도 독점할 수 없고 전국의 각단위(집체소유제단위를 포함)는 자신이 필요로 하는 발명을 이용할 수 있다」라고 규정하고 있었다. 따라서 개인의 모든 발명과 기술에 대한 권리는 국가에 귀속되었으며, 중국의 이러한 법제는 발명권을 민법상의 권리로서 인정하는 발명장려제도와 특허제도가 병존하는 소련 등 기타 사회주의 국가의 법제와는 현저한 차이가 있었다. 현재 북한은 이러한 과거의 중국의 예를 따르고 있는 것으로 판단된다.

263) 중국에서도 개혁개방초기 지적 재산권의 유일한 보호는 계약상의 보호였다. 특허의 존속, 양도, 비공개 등은 계약에의 삼입을 위한 교섭가능한 사항일 뿐이었고, 제3자에 의한

더욱이 표준계약서에는 '출자한 생산특허와 기술비밀은 합영기간이 끝나면' 북한측 출자자에게 넘어가도록 되어 있어 있다. 북한에서는 흔히 사회주의국가들이 지적 재산권에 갈음하는 형식으로 제정하는 『발명 및 창의고안에 관한 규정』이 있으나, 이것은 그 법의 성격상 외국인에게 적용될 수 있는 것도 아니고 산업재산권의 보호에 관한 것도 아니다. 264) 한편 북한이 1974년 8월 세계지적재산권기구(WIPO)에 가입한 이래 1986년 8월 특허협력조약(PCT) 등 지적재산권관계 국제협약에 가입하여 제도적으로는 외국인에 의한 자국내 특허나 상표의 출원 등록을 허용하고 있다.

이것만으로는 대단히 미흡하며 각국의 산업재산권제도는 동일한 것은 아니라 국가마다 차이가 있으므로 북한의 지적재산권에 관한 법령의 제정은 외국인투자자에 절대적으로 필요하다고 하겠다. 지적재산권의 보호에 관한 법령중에서도 상표법은 사회주의이념과도 크게 배치되지 아니하여 중국도 개혁개방이전부터 상표법을 시행하여 왔으므로 상표법의 제정도 그다지 장애가 없을 것이라고 생각된다. 이미 중국은 1985년부터 특허법을 시행하고 있으므로 이것을 토대로 특허법을 조속히 제정하도록 요구할 필요가 있다. 또한 이러한 지적재산권의 침해에 대해서는 단순히 손해배상제도만을 시행해서는 피해를 입은 외국인 또는 남한주민의 권리구제에 아무런 실익이 없다는 것이 중국의 사례를 통하여 미루어 짐작할 수 있다. 즉, 지적재산권의 침해로 인해 입은 피해액을 산정하는 것이 대단히 어렵기 때문이다. 따라서 중국과 같이 형사법적 처벌이 입법화되어야 한다.

또한 합영법과 외국인기업법 등에서 외국인투자기업의 경영계산은 외국인 투자기업과 관련된 북한의 재정부기계산규범에 따른다고 되어 있으나, 아직 북한의 재정부기계산 규범이 대외적으로 제정·공표되어 있지 않으므로 그러한 규범의 존재 여부 및 만약 있다면 그 내용을 공개하여야 할 것이다. 북한의 재정·회계의 기준과 원칙은 자세히 알려진 바 없으나 1985년 북한의 경제사전에 나타난 재정부기결산서 작성시 결산계산자료, 종합계산자리원장, 분석계산자리 원장, 재정상대표 등 북한의 회계용어 및 개념은 대차대조표, 손익계산서, 그 밖의 재무제표 등 자본주의 사회의 회계용어 및 개념과는 달라 외국투자기업의 입장에서 혼란을 가져올 수 있다.

그외에도 합영법 시행세칙에서는 감가상각에 대한 규정이 없는데, 기업 자체에 적용되는 자본주의국가의 감가상각과는 달리 "고정재산에 대한 정액상각방법을 실시하며 적용된 감가상각금은 중앙집권적으로 회수되고 국가의 유일적 계획에 따라 통일적으로 이용한다." 라고 하는 265) 북한 기업에 대한 감가상각방식을 외국투자기업에 그대로 적용할 수는 없을 것이다. 이것은 감가상각기금이 기업에 유보되는 것이 아니라 계획당국이 회수, 기업의 감가상각계획자료를 검토하고 이를 통일적으로 분배한다는 점에서 진정한 의미의 감가상각이 아니다. 그런데 과거에 사용되던 합영기업계약서 양식에 의하면 국가가 정한 고정재산 감가상각규율에 따라 고정재산감가상각금을 결산기마다 산출하여 '적립한다'라고

특히침해에 대한 손해배상의 청구 및 형사처벌을 위한 법규정도 존재하지 않았다. 그러나 1980년대 중반이후부터 공산주의이데올로기의 실용주의적 해석과 더불어 법적 권리로서의 발명의 보호가 과학기술의 발전의 전제가 되며, 기업자주권확대정책하에서 기업의 독자적 기술과 발명의 비공개는 불가피하다는 인식전환을 하게 되어 특허제도가 법제화되었다. 또한 1986년 4월 12일 공포된 민법통칙에서도 제94조(저작권의 인정), 제95조(특허권의 보호), 제96조(상표의 보호), 제97조(발명의 장려), 제118조(저작권의 보호) 등과 같은 지적 재산권의 보호에 관한 규정을 두고 있다.

264) 과거 중국의 발명장려조례에서 보듯이 모든 지적 활동의 결과는 사회전체의 소유에 속한다는 사회주의적인 이념의 법령은 외국인투자기업에 대해서는 아무런 도움이 되지 아니하며, 이러한 면에서 1998년 북한이 제정한 발명법은 큰 의미는 없다고 하겠다.

265) 사회과학출판사, 『경제사전』, 1985, p.68.

되어 있는 바, 외국투자기업은 북한의 감가상각방식과 달리 적용될 것으로 보인다. 이와 같이 북한의 외국투자기업의 회계제도는 불명확한 부분이 많이 있고 국제적 기준에도 미흡한 것으로 평가된다. 향후 제정될 회계관련 법규에 의하여 이러한 문제를 해소하여야 할 것이다.

북한의 여타 법령도 기업활동을 수행하는데 적용될 수 있으며, 법령위반에 대해 행정·형사적 제재를 한다는 막연한 규정을 하고 있으나, 행정처분의 내용, 요건, 형벌구성요건 및 벌칙의 명확화가 필요하며, 특히 행정관련법규와 형사관련법규의 완전한 공개도 요구된다고 하겠다.

제3절 우리 기업의 대응방안

북한의 외국인투자관련법의 흠결은 북한 당국에 의해서만 그 시정이 가능한 부분도 있지만, 우리 기업이 계약을 통해 시정을 시도해 볼 수 있는 부분이 있음에 유의할 필요가 있다. 예컨대, 합영법 시행세칙에서는 제3자에게 출자몹을 양도하는 경우, 상대방에게 선매권을 인정하는데 합작법에서는 선매권에 관한 규정을 두고 있지 않다. 그러나 계약서에서 선매권 규정을 삽입한다면 이러한 입법의 흠결은 치유될 수 있다고 볼 수 있을 것이다. 즉 북한의 법령에서 규정하지 아니한 것은 모두 금지된다고 해석해서는 안될 것이다.

이와 같이 현재로서는 우리 기업들은 북한법의 부재 또는 규정 내용의 모호함에 대해 유의하되, 북한의 현실을 받아들이고 이에 입각한 전략을 수립하는 것이 오히려 현명할 것이다. 무엇보다도 치밀한 계약과 정관을 통해 그러한 문제점을 해결하려는 노력이 필요하다고 본다. 더욱이, 사회주의국가인 북한에서는 계약은 북한 당국의 승인을 얻어야 효력이 발생하므로 일단 승인을 얻은 계약의 경우에는 그 계약에 포함된 사항에 대해 문제가 발생한 경우 그 북한 당국에도 책임이 있다고 볼 수 있기 때문이다.²⁶⁶⁾ 또한 중국의 예에서 보듯이 그러한 관행이 축적이 되면 북한측도 그에 대비한 입법을 할 것이기 때문에 우리 기업들은 계약을 통하여 북한 당국의 합리적이고 바람직한 입법을 유도할 필요가 있다. 이와 관련하여 예시를 하면 다음과 같다.

1) 기술이전을 하는 경우 기술매각에 해당될 수 있다. 우리 기업의 중국투자계약에서는 계약이 끝난 뒤에도 계속 그 기술을 사용할 수 있다라고 계약서에 규정한 경우가 많다. 북한 합영법 제52조는 “합영회사는 발명권, 기술문헌, 기술비결 등 앞선 기술을 다른 나라에서 사올 수 있다”라고 규정하고 있다. 여기에서는 합영당사자가 아닌 실체로부터의 기술도입을 규정하고 있지만 문제가 되는 것은 “사올 수 있다”라는 구절이다. 중국의 예를 보면 기술도입계약을 기술매입으로 보는 경향이 강하고 실제로 우리나라 중소기업과 체결된 대부분의 계약에서 계약기간이 끝난 후에도 자신들이 계속 사용한다는 것을 규정하고 있다. 따라서, 기술을 이전하는 경우 핵심 기술에 대해서는 계약기간이 만료한 후에는 사용할 수 없도록 하여야 한다.

2) 로칼 수출에 대해 외화로 결제할 수 있도록 하는 방안을 모색할 필요가 있다.

3) 합영법에서 외국인이 출자하는 공업소유권 또는 기술에 대한 평가시 국제시장가격을 적용하도록 하고 있지만, 우리 측 현물출자가 과소평가되지 않도록 하여야 한다. 특히

266) 남북 당국간에 남북주민간에 체결된 계약에 대해 어느 일방 당국이 승인한 경우, 그 계약이 충실하게 이행되도록 하는데 보장한다는 합의를 부속합의서 등에 명시하는 것이 바람직하다고 생각된다.

중고설비를 들여가거나 기술을 출자하는 경우 계약서에 정확하게 그 내역을 명시하여 뒤탈이 없도록 하여야 할 것이다.

4) 합작법은 중도해산에 관한 규정을 두고 있지 않다. 이것은 계약서 또는 정관에 그 사유를 명시할 필요가 있다.

5) 합영법에서는 청산시의 잔여재산 평가에 대해 침묵을 지키고 있다. 장부가적인지 시장가적인지 알 수 없다. 출자시에도 현물출자에 대해 국제시장가격을 기준으로 하였고 할지라도 청산시 당연히 국제시장가격을 할 것이라고 기대하여서는 아니된다. 중국의 합영·합작계약의 경우에도 장부가가격을 기준으로 하고 있는 경우가 많다. 따라서 계약에서 이 경우에도 장부가가격이 아닌 국제시장가격이 되도록 정하여야 한다.

그밖에도 필요한 규정내용은 다음과 같다.

- 용어의 정의에서 북한의 관련 법의 여러 가지 불확실한 내용을 명확화하는 작업이 필요하다.

- 합영법 시행세칙 제9조는 “합영회사는 국가에서 승인한 업종밖의 다른 업무활동(무역거래 포함)을 하지 말아야 한다”라고 규정하고 있다. 따라서 장래 예상되는 생산제품 또는 업무를 계약서에서 미리 규정하는 것이 필요한 경우도 있을 수 있다.

- 계약서 작성시 우리측의 의무와 북한측의 의무간의 균형을 맞추도록 하여야 한다. 지나치게 우리측의 부담을 가중시키기보다는 적절하게 북한측의 실질적인 의무를 계약에 규정할 필요가 있다. 중국의 예에서 보듯이 북한측 당사자는 형식적인 의무(예컨대, 북한내에서의 일정한 절차를 진행하도록 한다거나 또는 “...노력하여야 한다”라는 표현을 사용)만을 지고 남한측 당사자는 실질적인 의무를 짐으로써 남한측 당사자만 의무위반에 대한 배상책임이 귀속되도록 하여서는 아니된다.

- 기술, 기술문헌, 노우하우 등 지적 재산권과 관련하여 기술이전계약이나 기술문헌, 노우하우 등에 대한 북한법상의 보호장치가 없기 때문에 계약에서 보호되어야 할 대상을 보다 구체적으로 명시하는 수밖에 없다. 다만, 지적재산권 침해에 대한 처벌규정이 존재하지 아니하므로 적어도 기술이나 노우하우에 대한 누설금지과 그에 대한 손해배상에 대해서는 계약서에서 명시하여야 할 것이다.

- 북한의 합영계약서 표준양식에 의하면 조선 국제합영총공사의 직원이 자문기구 대표로 이사회의 토의에 참석하도록 하고 있는 바, 이러한 조항을 계약에 삽입하지 아니하여야 한다.

- 외화의 사용순서를 정한다.

제4절 투자보장협정과 이중과세방지협정의 체결

1. 부속합의서의 실효성 제고

북한의 관련 법제상의 문제점은 통일부 등 우리측 당국이 북측과의 합의를 통해 해결하여야 할 부분들이 있으며, 실제로 그러한 역할이 절실히 요구되고 있다. 남북간의 경제 교류는 남북당국간의 합의서에 바탕을 두고 전개되어야 한다는 것이 우리측 당국의 입장이고 바람직하다고 본다. 향후 남북이 체결하여야 할 부속합의서로서 중요한 것은 이중과세방지협정, 투자보장협정 그리고 분쟁의 해결에 관한 기본원칙을 정하는 협정 등을

들 수 있다. 북한의 여러 가지 미흡한 문제들에 대해서는 남북한 당국이 합의서를 통해 법적으로 해결하는 것이 요망된다는 점도 이러한 주장을 뒷받침한다. 이러한 각종 합의서의 틀 속에서 대북경협은 이루어져야 할 것이다.

『남북사이의 화해와 불가침 및 교류·협력의 이행과의 준수를 위한 부속합의서』(이하 ‘교류·협력부속합의서’라 한다.) 제1조 (12)는 “남과 북은 경제교류와 협력을 원활히 추진하기 위하여 필요한 투자보장, 이중과세방지, 분쟁조정절차 등에 대해서는 쌍방이 합의하여 정한다.”라고 규정하고 있다. 투자를 하는 남한 기업의 입장으로서는 북한의 관련 법규의 정비와 더불어 남한 당국과 북한 당국간의 협정은 필수 불가결하다.

이러한 남북간의 합의서들은 하나의 법적 틀(legal framework)로서 우리 당국의 대북투자관리에 효율성을 부여할 수 있도록 하여야 하는 것이다. 한편, 한편 남북합의서의 성격에 대해서는 조약이 아닌 신사협정으로서 법적 구속력을 기대할 수 없다는 것이 일반적인 견해이다. 그러나, 그러한 합의서들이 법적 구속력을 갖느냐의 여부는 그러한 합의서의 해석과 이행에 관한 남북 당국간의 분쟁을 어떻게 해결하기로 하느냐가 중요한 기준이 된다. 만약 중립적인 제3자에 의한 남북 당국간의 합의서의 해석·이행에 관한 남북 당국간의 분쟁을 해결하도록 하고 그 판결 또는 판정이 법적 구속력을 갖는다면 그것은 신사협정의 차원을 벗어나 準조약으로서의 성격을 갖는다고 할 것이다.

따라서 향후 남북관계가 진전되는 경우, 남북 당국간의 기본합의서 및 기타 부속합의서의 해석 및 이행과 관련 분쟁에 대해서 법적 구속력있는 판결 또는 중재판정을 통하여 해결한다는 조항을 삽입하도록 북한측과의 타협하여야 할 것이다. 한편, 우리 기업이 체결하는 대북투자계약서에서도 반드시 남북간의 각종 합의서에 따라 투자가 이루어지는 것이라는 점을 명시하는 것이 바람직할 것이다. 예컨대, 계약서상의 회사 설립조항에서 “... 이 계약이 체결된 후 남과 북사이에 기본합의서와 각종 부속합의서가 체결 또는 개정되거나 공화국의 법률과 법규가 제정 또는 개정되어 계약 당사자들의 권리의무관계가 영향을 받게 되는 경우, 당사자들은 합의에 의하여 이 계약을 개정할 수 있다. 이 경우, 어느 일방 계약당사자가 종전보다 유리한 대우를 받을 수 있는 때에는 회사는 그 혜택을 보장하기 위하여 공화국 내에서 필요한 절차를 위하여야 한다”라는 규정을 둘 수 있을 것이다.

II. 투자보장협정

중국이나 베트남은 개혁개방초기부터 우리나라를 비롯한 외국과의 쌍무적인 투자보장협정을 체결하여 왔으나 현재까지 북한은 어떠한 투자보장협정도 체결하고 있지 않다. 북한은 현재 국제금융공사, 국제투자보증기구, 국제투자분쟁해결센터 등 투자촉진과 투자보증, 분쟁중재를 위한 국제기구나 협정에 전혀 가입하고 있지 않으며 북한은 최혜국대우, 투자원본과 이익의 보호와 과실송금의 보장, 국유화, 수용 등에 대한 보상, 분쟁해결 등을 자신들의 국내법에만 의존하는 일방적인 약속(unilateral assurance)을 하고 있을 뿐이다. 이러한 경우 북한이 국내법을 개정한다거나 특별한 이유를 들어 위반하는 경우에도 국제적인 절차에 의해 구제를 받을 수 없고 북한의 시혜적인 조치만을 기대할 수밖에 없다.

1. 적용범위

북한의 외국인투자법은 “외국인투자기업의 재산, 합법적인 권리와 이익 또는 투자자본과 소득을 법적으로 보장한다.”라고 규정하고 있는 바 여기에서 법적 호보라 함은

북한의 국내법과 국제법에 의한 보호를 말한다. 이러한 재산, 합법적 권리 등은 투자보장협정이나 이중과세방지협정 등이 체결되면, 그러한 협정이 정하는 바에 따라 보호한다는 의미로 해석된다. 이러한 부속합의서의 내용중 중요한 것은 다음과 같다. 북한의 관련 법령에서도 외국인의 재산권을 인정하고 있지만, 내용과 보호에 관한 규정이 미약하다. 교류협력부속합의서 제1조 2항은 『남과 북은 자원의 공동개발, 합영, 합작 등 경제협력사업의 대상과 형식...를 경제교류·협력공동위원회에서 협의하여 정한다』라고 규정하고 있다. 그러므로 남북간의 투자보장협정에서는 이를 보다 구체적으로 규정할 필요가 있다.

또한 북한과의 투자보장협정에는 남북경제교류·협력을 수행하는 남과 북의 주민과 관련하여 제3국에 설립한 현지법인도 포함될 것인가 만약 그러하다면 그러한 기준은 무엇인가에 대해서도 규정되어야 한다. 부속합의서 제1조 제4항은 『남과 북사이의 경제협력...의 당사자는 법인으로 등록된 상사, 회사, 기업체 및 경제기관이 되며 경우에 따라 개인도 될 수 있다』라고 규정하고 있다. 여기에서 『경제협력의 당사자는 법인으로 등록된...』이라는 구절이 있는데 이와 같이 적어도 부속합의서에 의하면 제3국의 현지법인까지도 포함하는 것으로 해석되기에는 다소 무리가 따른다. 이 점에 유의할 필요가 있다. 그런데 남북교류협력법 제2조 4호에서 ‘협력사업’이라 함은 『남한과 북한의 주민(법인·단체를 포함)이 공동으로 수행하는 제반활동』으로 규정하고 있을 뿐 제3국의 현지법인에 대해서는 전혀 언급되어 있지 않다. 그러나, 제3국의 현지법인을 통한 대북투자가 이루어지고 있고 때로는 불가피한 경우가 있다는 점에서 이 문제에 대해 남북경제교류·협력위원회에서의 협의가 필요하다고 본다.

또한, 남한과 북한에 설립된 100% 외국인투자기업에 대해서까지 경제교류협력의 당사자로 인정할 수 있을 것인가 그러하지 아니하다면 경제교류협력당사자로서의 자격을 갖는 외국인투자기업의 기준은 무엇인가에 대하여 남북당국이 사전 협의를 통하여 정하고 이러한 기업들을 투자보장협정과 이중과세방지협정의 적용대상이 되도록 하고 267) 각각의 법령에서 일정한 우대조치를 받을 수 있도록 하여야 할 것이다.

아울러 투자보장협정 발효전에 행하여진 투자에 대해서도 협정이 적용된다는 조항 및 협정 종료 전에 행하여진 투자에 대해서도 협정이 적용된다는 효력지속조항(continuing-effect clause)을 두어야 한다.

2. 내국민대우 또는 최혜국대우문제

내국민대우는 외국투자자들에 대해 내국민과 동일한 법적 보호와 사법적 구제를 청구할 권리를 갖는 최소한의 법률적 보장과 이보다 확대하여 외국투자자의 모든 경영활동에 있어서 실질적인 내국민대우를 하는 경우로 나누어 볼 수 있다. 외국인직접투자자에 대해 정부가 개입하지 않을 뿐만 아니라 별다른 특혜나 제한을 두지 않고 중립적인 입장을 취하는 미국 등 서방선진국이나 우리나라와 같은 선발개도국에서 외국투자자는 모든 경영

267) 최근에는 법인의 국적과 관련하여 지배요건 내지 이해관계요건이 채택되고 있는 경향이 강하지만, 이렇게 될 경우 남북교류협력법상의 협력당사자와 투자보장협정상의 보호대상간에 차이가 생겨날 가능성이 대단히 높다. 가능한 한 양자의 일치시키거나 차이를 줄이는 방향으로 합의되어야 할 것이다. 또한 이중과세방지협정에서 treaty shopping 조항을 채택한다면 우리 나라에 투자한 많은 외국인투자기업들이 남북교류협력법상의 협력사업자이면서도 이중과세방지협정에 의한 각종 혜택을 못 받을 수 있을 것이다.

활동에 있어서 내국인과 동등한 대우를 받는다고 할 수 있다.

그러나 외국인투자에 대한 제한적 정책이나 조장적 정책을 취하는 개도국에서는 앞서의 최소한의 법률적 보장을 명문화하는 선에서 그치고 있을 뿐 관행적으로 볼 때 외국투자자는 법률적용과 경영활동에 있어서 내국인에 비해 실질적으로 차별대우를 받는다고 할 수 있다. 북한의 경우에도 투자분야의 제한, 차별적인 과세, 상품구매 및 판매 등 시장 접근의 제한, 그밖에 여러 가지 경영활동에 대한 제한적 조항을 함으로써 내국민대우는 실질적으로 보장되지 못하고 있다.

그런데, 남북한은 남북기본합의서에 의하여 남북한간의 경제교류를 민족내부거래로 보고자 하기 때문에 상호간에 상대방 주민에 대해서는 최혜국 대우보다 강한 대우를 인정하도록 하는 것이 타당하다고 할 수 있다. 물론, 사회주의국가인 북한에서 모든 면에서 북한주민에 준하는 대우, 즉 내국인대우를 요구하는 것은 사실상 불가능하고 경우에 따라 오히려 불리한 측면에 있을 수 있지만, 민족내부거래로서의 성격을 법적으로 뒷받침하기 위해서는 적어도 최혜국대우와 내국인대우의 중간적인 위치에 있는 대우에 관한 구체적인 내용들이 마련되어야 할 것이다.

3. 과실 송금

북한은 현재 IMF와 WTO에 가입하고 있지 않기 때문에 외환관리정책이나 관세등의 무역장벽정책에 대한 조약상의 제한을 받고 있지 않다. 북한의 외환관리법 제27조는 “외국투자자는 공화국 영역밖으로 기업운영에서 얻은 리윤과 기타 소득금을 세금없이 전부 송금하거나 자기 자본의 제한없이 이전할 수 있다”라고 규정하고 있고 제28조는 “외국투자기업에서 일하는 외국인은 로임과 기타 합법적으로 얻은 회화의 60%까지 공화국 영역밖으로 송금하거나 가지고 나갈 수 있다.”라고 규정하고 있다. 그러나 일반적으로 대부분의 투자보장협정에서는 자유로운 송금을 보장하기 위하여 국내법상의 권한을 공평하고 성실하게 행사할 의무를 진다는 규정을 하고 있지만, 송금에 대하여 예외적인 재정적·경제적 상황에서 제한을 부과할 수 있음을 규정하기도 한다.

4. 수용 또는 국유화에 대한 보장

북한도 외국투자자의 재산에 대한 국유화 또는 수용을 하지 않음을 원칙적으로 인정하고 있으며 다만 수용 또는 국유화할 때에는 “해당한 보상을 한다”는 규정을 외국인투자법 제19조에 두고 있을 뿐이고 합작법이나 외국인기업법 합병법 등에는 수용 또는 국유화시의 보상에 대한 규정을 하고 있지 않다. 그러나, 외국인투자법의 성격으로 보아 “해당한 보상”의 규정은 합작기업, 외국인기업, 합병기업에 적용된다고 할 수 있다. 이 점을 명확히 하기 위해서도 남북한의 투자보장협정이 필요하다. 다만, 혹자는 북한이 별도의 투자보장협정을 체결하고 있지 않기 때문에 외국인 투자자는 계약서 작성시에 이러한 상황이 발생한 경우에 대비하여 구체적인 보상의 기준을 명시할 필요가 있다는 지적이 있지만, 이것은 아무런 의미가 없다.

즉, 수용 또는 국유화에 대한 보상은 투자지국인 북한 당국이 행하는 것이지 북한측 파트너가 행하는 것이 아니기 때문이다. 또한 혹자는 현재 국유화 및 수용시의 보상원칙으로 신속, 충분, 유효(prompt or just, adequate, effective)한 보상이 일반화된 국제기준이며, 중국의 경우 중외합자경영기업법에는 적절한 보상을 한다고 규정하고 있으며 중국이

다른 나라와 체결한 투자보장협정에도 이러한 세 가지 보상원칙을 명문화하고 있다고 지적하고 있다.²⁶⁸⁾ 그러나, 중국이 말하는 적절한 보상이라 함은 "appropriate"라는 의미하는 것으로 앞서 언급한 "adequate"와 상반되는 개념이다. 또한 북한 법령에서의 해당한 보상이라 함은 "적절한" 즉 appropriate 보상을 의미하는 것이며 "충분한" 즉 adequate 보상은 아니다. 또한 개발도상국들의 일반적인 관행은 신속, 충분한 보상이 아니라 적절한 보상이라는 점에서 북한에 대해 이러한 점의 시정을 요구하더라도 전혀 받아들여지지 아니할 것이다.

5. 남북교류·협력공동위원회의 활성화

남북한의 경우에는 이미 남북합의서 제1조에서 교류협력에 필요한 제반사항을 규정하고 있고, 남북교류·협력공동위원회 구성·운영에 관한 합의를 체결하였기 때문에 투자보장협정에서 별도의 공동위원회를 설치하는 것보다는 상기의 위원회와 실무협의회를 활성화하기 위한 규정을 두어야 할 것이다.

6. 분쟁의 해결조항

(1) 남북기업간의 분쟁

투자당사자간의 분쟁은 그 절차에 있어 공정성과 중립성이 보장되어야 하며, 당사사간의 우호적인 협의, 국내중재기구에 의한 중재신청, 제3국 중재의 방식을 취하는 것이 보편적인 형태이다. 북한, 중국, 베트남 공히 형식적으로 이러한 분쟁해결절차는 취하고 있다. 그러나 형태상으로 분쟁해결을 보장한다 할지라도 분쟁해결의 중립성과 공정성이 완전히 보장되는 것은 아니다. 북한은 국제무역촉진위원회 산하 무역중재위원회를 중재기관으로 하거나 북한 재판기관의 민사소송을 통하여 분쟁을 해결하도록 하고 있는데, 북한의 중재제도와 사법제도가 공정성과 중립성을 보장할 것인가에 대하여는 의문의 여지가 많다. 한편 분쟁해결을 제3국의 국내중재기구에 의뢰하는 것은 일반적으로 투자계약서에 분쟁해결방식을 명기할 때 선택할 수 있다.

북한에서의 분쟁해결에 관하여 외국인투자법, 합작법과 시행세칙 및 외국인기업법은 북한에서 해결한다고 규정하고 있는 반면에, 합영법은 합의에 의하여 제3국에서 해결가능(여기에서의 합의가 계약에 의한 사전합의인가 또는 분쟁발생후의 사후합의도 포함하는지가 불확실하므로 제3국 중재를 염두에 두고 있는 기업의 경우에는 계약규정에 제3국 중재를 원칙으로 하되 분쟁발생후 달리 합의할 수 있는 여지를 남기면 된다)하다고 규정하고 있다. 물론 남북교류협력을 민족내부거래로 보고 있고 그에 상응하는 대우조치를 요구하여야 할 것이므로 가급적이면 분쟁을 제3국 중재로까지 가는 것은 바람직하지 않다. 북한의 중재규칙에 의하면 북한의 중재인 명부는 20인 안팎의 북한인만으로 구성되어 있다고 한다. 또한 섭외경제중재사건을 처리한 경험이 없는 것으로 판단된다. 북한중재의 불확실성과 비신뢰성은 바로 여기에서 찾을 수 있다. 따라서 북한측에 중국의 예를 따라 북한의 중재인단에도 대한민국을 비롯한 외국인이 포함될 수 있도록 요구하여야 할 것이다.

가장 바람직한 방안은 남과 북의 당국이 합의하여 별도의 중재기구를 구성하고 이를

268) 예컨대, 한중투자보장협정 제5조.

통하여 분쟁을 해결하는 것이 바람직하다고 생각된다. 특히 투자규모가 적은 중소기업의 입장에서는 중재비용이나 승소후의 집행 등 여러가지 문제를 고려해 볼 때 제3국중재를 선택하는 것은 그다지 합리적이라고 할 수 없다. 물론 대규모, 중규모인 경우에는 제3국 중재, 특히 중국, 홍콩, 일본 또는 스웨덴을 일용 생각해 볼 수 있다.

그런데 중재판정의 집행과 관련하여 고려하여야 할 사항이 있다. 즉, 우리측이 승소하여도 북한의 인민법원이 국가소유재산으로 기업활동을 하는 북한측 합영당사자 또는 합작당사자의 재산을 강제집행할 수도 없고 269) 북한은 외국중재판정의 승인과 집행에 관한 뉴욕협약에도 가입하지 않았다. 또한 중국의 예를 보더라도 북한내에서 중재하고 승소하였다 할지라도 북한측이 판정의 내용을 불이행하는 경우에는 제3국중재판정의 경우와 마찬가지로 별다른 실제적인 구제방법이 없다.

설령 북한의 법원으로부터 강제집행판결을 받아낸다 할지라도 북한 법원이나 은행 등의 적극적인 협조가 없으면 그러한 판결로부터 아무 것도 얻어낼 수 없을 것이다. 이러한 점은 중국의 예를 보더라도 쉽게 알 수 있다. 따라서 가능한 한 분쟁이 발생하지 아니하도록 하고 또한 분쟁이 발생한 경우에도 우호적인 협의 또는 조정을 통해 해결하는 것이 가장 바람직하다.

(2) 남한투자가와 북한 당국간의 분쟁

남측 투자가와 북한 당국과의 투자분쟁에 대한 제3국 중재를 규정한 투자보장협정이 체결되어 있지 아니하므로 남한 투자는 북한당국으로부터 그 재산을 국유화 또는 수용을 당하거나 달리 피해를 입은 경우의 구제방법은 제한을 받는다. 즉, 북한내의 행정적·사법적 구제절차를 이용하여 북한 당국을 상대로 청구를 제기할 수밖에 없으므로 북한의 국내법상의 제약이 따를 뿐만 아니라 북한의 사법기관이 행정기관의 판단과 다른 결정을 내릴 가능성도 없다. 또한 북한의 국내적 구제절차의 완료후 피해가 구제되지 아니한 경우 한국이 외교적 보호권을 행사한다는 것이 가능하겠느냐의 문제가 남아 있다.

이러한 점에서 볼 때, 남북간의 교섭을 통하여 중립적인 제3국 중재에 대해 합의하는 것이 가장 바람직하고 본다. 한편, 본국정부가 준거법인 국내법 또는 투자보장협정에 의거한 자국민의 청구를 옹호하여 배상을 지급한 경우, 대위변제의 원칙에 의하여 배상을 지급한 경우, 대위변제의 원칙에 의하여 배상받은 투자가가 가지는 자본도입국에 대한 권리 또는 청구권은 본국 정부에 이전된다. 자본도입국은 그러한 권리의 이전을 승인하여야 한다. 그런데 중국과 베트남이 가입하고 있는 반면에 북한은 아직 ICSID 협정에 가입하고 있지 않다. 따라서 ICSID에서의 조정이나 중재의 이용가능성은 현재로서는 실현가능성이

269) 사회주의 국가에서 국영기업의 재산은 일반적으로 기본기금과 유동기금으로 구분되며, 전자는 건물·시설·기계·운송수단 기타 경제적으로 중요한 재산으로 구성되고 이러한 재산에 대하여는 국영기업은 사용권만을 가지므로 처분하거나 양도할 수 없다. 후자는 생산과정에서 필요한 물품 예컨대, 원자재·반가공제품·원자재 등이며 국가계획에 따라 다른 국영기업과의 계약으로 구입할 수 있다. Konzard Zweigert and Hein Kötz, *Introduction to Comparative law*, Vol.1, (London: Clarendon Press, 1987), p.337. 과거 소련에서는 국가재산과 관련된 중재판결 또는 법원판결의 집행에 대한 법적 제한이 있었다. 즉, 소련법상의 재산분리개념에 의하여 국가의 재산 또는 다른 국가소유단체의 재산 또는 국영기업의 자산 중에서 건물과 자본장비 등 기본자산은 집행할 수 없었으며, 현금이나 상품 등 유동자산에 대하여만 집행 가능하였다. 그러나 국영기업이 자신의 거래상품에 대한 소유권을 갖지 아니하므로 실질적으로 유동자산은 거의 보유하고 있지 아니하였다.

없다. 그러나, 투자보장협정은 그 유효기간이 최소한 10년이상일 것이므로 이에 대비한 규정을 두는 것이 바람직하다.

(3) 남과 북의 당국간의 분쟁

북한과의 투자보장협정에서 과연 당사자인 남한과 북한간의 협정의 해석·적용에 관한 분쟁에 대한 중립적인 국제기관에 의하여 해결하도록 규정하는 것을 북한당국이 쉬게 용인하지는 않을 것이다. 예컨대, 국제사법재판소의 재판 또는 국제중재에 회부한다고 규정한 경우, 그러한 판결이나 판정은 법적 구속력을 갖기 때문에 협정 자체가 법적 구속력이 있다는 것과 다를 바 없다. 그러나, 어떠한 투자보장협정이나 이중과세방지협정에서도 당사국간의 분쟁해결에 관한 조항을 두고 있으므로 반드시 북한과의 투자보장협정에서도 이를 관찰시켜야 할 것이며, 만약 부속합의서 형식으로 체결된다면 남북합의서나 기타 부속합의서의 법적 성격에 대해서도 조약인지의 여부를 놓고 논란이 제기될 것으로 예상된다.

III. 이중과세방지협정

1. 문제의 제기

남북합의서의 제3장 '남북교류·협력'의 이행과 준수를 위한 부속합의서 제1조 제12항에서는 남북이 경제교류와 협력을 위하여 이중과세방지 등에 대해 합의하여 정하기로 하였다. 또한, 북한의 1993년 1월 31일의 외국인투자기업및외국인세금법(이하 "외국인세금법"이라 한다) 및 1994년 1월 31일의 그 시행규정(이하 "시행규정"이라 한다)도 외국과의 이중과세방지협정의 체결을 고려하여 "외국투자기업과 외국인은 자기 나라 정부와 조선민주주의공화국 정부사이에 체결한 세금과 관련한 협정에서 이 법(규정)과 다르게 세금 문제를 정하였을 경우에는 그 협정에 따라 세금을 납부할 수 있다"라는 규정을 두고 있다.²⁷⁰⁾ 그러나, 북한은 지금까지 어떠한 국가와도 이중과세방지협정을 체결한 적이 없으며 남북간에도 이중과세방지에 관한 어떠한 형태의 합의도 이루어져 있지 않다.

북한에 진출한 남한 기업과 여기에 종사하는 개인에 대하여 소득 원천지인 북한과 한국이 각각, 기업세, 소득세를 부과한 경우에는 명백히 이중과세가 발생하므로 조세협정을 통하여 납측의 투자자는 북한지역에서 발생한 소득과 관련된 비용이 공제되도록 하는 것에 대한 보증을 하여야 하며 중국과의 협정에서 보듯이 원천지국의 국내법에 비해, 이자, 로얄티에 대한 원천징수세율도 경감받을 수 있다. 일반적으로 이중과세방지협정의 체결은 세정경제부가 주무부처이지만, 남북간의 이중과세방지협정은 민족내부거래에 대하여 적용된다는 점에서 남북사이의 화해와 불가침 및 교류·협력에 관한 합의서의 부속합의서 형식을 채택하여 통일부 장관이 재정경제부 장관과 협의하여 체결하도록 하여야 할 것이다. 만약 이러한 협정이 없으면 국내법에 의한 이중과세감면조치를 할 수 밖에 없다.

우리 나라의 租稅特例制限法 제3조 제12호는 남북교류협력에 관한 법률에 의하여 조세 특례를 정할 수 있도록 하고 있을 뿐이다. 다만, 남북교류협력에관한법률시행령 제53조 제3항에서 남북교류·협력에서 발생하는 소득에 대한 과세에 대하여 남한과 북한의 당국

270) 외국인세금법 제7조, 시행규정 제12조 1문.

간의 합의가 있을 때에는 소득세법의 전부 또는 일부를 준용하지 아니할 수 있다는 규정을 두고 있다. 이 규정은 남북간의 이중과세방지협정의 체결을 예정하고 있다고 할 수 있다. 그러나 제반분야에서의 교류가 활성화될 때에 대비하여야 하고 남과 북의 조세정보교환의 필요성, 북한측 조세정책의 예측가능성 보장 그리고 특히 우리 기업의 탈세방지를 위해서도 우리 국내법에 의한 일방적인 이중과세방지방식은 바람직하지 않다.²⁷¹⁾

2. 협정의 필요성

남북간에는 각기 고유한 특성을 지니는 조세제도를 실시하고 있어 어떠한 소득에 대하여 모두 이중과세하거나 과세를 하지 못하는 과세상의 모순이 발생할 수 있으며, 이러한 모순은 각각의 국내법만으로는 해결할 수 없는 한계가 있다. 이러한 남북한이 자신들의 조세관련법의 흠결을 보완하고 조세적 측면에서 상호이익이 조정된 경제관계를 적절하게 보호하여야 할 필요성이 있다. 이중과세의 회피 및 탈세의 방지에 관한 협정(Convention for the Avoidance of Double Taxation; 이하 “이중과세방지협정”이라 한다)은 구체적으로 말해서 과세의 면제 및 적용세율의 인하여 대하여 정할 뿐만 아니라, 과세대상소득을 한정하고 소득원천의 판정 및 과세소득의 계산(비용의 공제)에 대하여도 필요한 규정을 두며, 용어에 대한 정의를 통하여 상호간의 불필요한 해석상의 분쟁을 회피할 수 있도록 한다.

물론, 남북한이 자본주의와 사회주의를 채택하고 있어 조세제도의 근본적인 차이가 있고 쌍방의 조세가 동일하거나 최소한 유사한 성격을 가져야 한다는 표준적인 이중과세방지방식의 전제를 감안해 볼 때, 남북간에 이중과세의 방지를 위한 충분한 공통기반이 존재하는지에 대하여 의문이 가지 않을 수 없다. 그러나 자본주의국가와 사회주의국가간, 선진국과 개발도상국간은 물론이고 선진자본주의국가간의 조세제도도 결코 동일한 것은 아니므로 과거에도 뿔뿔이 떨어진 이중과세방지협정은 반드시 필요한 것으로 그리고 큰 저항없이 체결되어 왔다. 실제로 중국이 1978년 이후 개혁개방정책을 추진하면서 이미 80년대 초반에 미국, 일본을 비롯한 많은 국가들과 이중과세방지협정을 체결하였으며, 외국인투자의 촉진하기 위해서는 투자보장협정과 더불어 가장 절실하게 요구되는 것이 이중과세방지협정이라는데 이의를 제기하지 않았다.

더욱이 북한이 어떠한 국가와 이중과세방지협정을 체결한다면 북한에서 경제활동을 하는 우리 기업이나 개인은 그 국가의 기업이나 개인보다 높은 세율의 세금을 북한에 납부하여야 하며 즉, 북한에서 발생한 원천소득에 적용되는 세율의 면에서 상대적으로 불리한 위치에 있을 수 있다. 뿐만 아니라 이중과세방지협정을 체결하게 되면 우리측 기업이나 개인이 그러한 협정에 위배되는 조세조치로 부당한 대우를 받아 발생한 분쟁에 대해서는 이 협정의 위반을 근거로 우리측 당국이 이의를 제기할 수 있게 된다.

한편, 앞서 지적한 바와 같이 북한의 관련법에서도 이미 이중과세방지협정의 체결을

271) 대만은 1992년 7월 17일 제정한 대만지구와 대륙지구주민관계법에서 일방적인 이중과세방지 조치를 규정하고 있다. 즉 『제24조 ① 대륙에 소득원이 있는 대만지구 주민, 법인, 단체 또는 기타 기구는 대만지구의 소득원과 동일하게 그 소득세를 납부하여야 한다. 다만, 대륙지구에서 이미 납부한 세액은 납세액에서 이를 공제한다. ② 제1항의 공제액은 대륙지구의 소득을 가산하여 그 적용세율로 계산하여 증가한 납세액을 초과할 수 없다.』라고 하고 있다. 그러나 중국 관련법에서는 자본도입국의 입장으로 이중과세방지에 관한 규정은 일체 두고 있지 않다(예컨대, 국무원의 대만동포투자장려규정). 이러한 예에 따라 북한은 우리측에게 일방적으로 이중과세방지문제를 해결하도록 요구할 가능성도 없지 않다.

예정하고 있다. 다만, 과세권이라는 것은 일종의 국가주권의 일부를 구성하는 것이라는 점에서 남북 당국간의 이중과세방지협정의 체결이 우리측의 입장에서 볼 때는 북한의 조세권을 인정하는 것 다시 말해서 북한의 국가성을 인정하는 것으로 현행 헌법규정이나 사법부의 태도와 크게 배치되는 것은 아닌가라는 가장 원론적인 의문이 제기되지 않을 수 없다. 그러나 남북간에는 앞서 지적한 바와 같이 남북합의서의 부속합의서에서 이중과세방지를 위한 합의를 예정하고 있다는 점에서 현실적으로 크게 장애가 되지 아니할 것이다.

3. 북한과의 이중과세방지협정에 포함되어야 할 조항

(1) 의 의

OECD모델협정은 사회주의국가들이 체결한 협정에도 크게 영향을 미쳤으며, 소득원천지국(대부분 개발도상국)이 조세권의 상당부분을 포기하는 대신 소득자의 거주지국이 이중과세를 방지하기 위하여, 외국원천소득에 대한 외국세액공제 또는 면제를 채택하는 것을 인정하고 있다. 한편, 중국이 체결한 이중과세방지협정은 OECD모델협정을 근간으로 하면서도 고정사업장의 범위를 일부 확대하는 등 국제연합모델협정(이 모델협정은 OECD모델협정에 비해 원천지국이 더 큰 조세권을 행사하도록 하고 있어 최근 개도국과 선진국간의 협정에서는 채택하는 경향이 증가하고 있다)을 부분적으로 채택하고 있다. 따라서 북한측이 요구하게 될 모델유형은 중국의 예를 참고하게 판단할 수 있을 것이다. 이중과세방지협정은 당해 국가의 상황(개도국인가 선진국인가, 타방당사자의 투자를 절실히 원하는가 등)이나 조세제도에 따라 그 내용이 크게 달라질 수 있다.

따라서 각 조문별로 면밀히 따져야 할 부분들이 많으며 우리 나라가 체결한 이중과세방지협정도 타방당사자가 선진국인가 아니면 개도국인가의 여부에 따라 크게 달라지고 있다. 예컨대, 후발개도국의 경우에는 우리의 자본을 도입하기 위하여 우리측에 다소 유리한 내용이 많다. 북한과의 이중과세방지협정체결은 북한측의 동 협정체결관행이 전혀 없이 그들이 요구할 사항이 무엇인지 파악하기 어렵지만 적어도 다음과 같은 조항들과 관련되어 있을 것이다.

(2) 과세대상의 범위조정

북한 외국인세금법은 그 적용대상으로서 “...공화국의 영역 안에서 경제거래를 하거나 소득을 얻는 외국인투자기업과 외국인에게 적용한다. 공화국 영역 안에서 경제거래를 하거나 소득을 얻은 공화국영역밖에 거주하고 있는 조선동포에게도 이 법을 적용한다.”라고 규정하고 있다. 한편 시행규정 제2조 1문은 “이 규정은 공화국 영역안이나 밖에서 경제거래를 하거나 소득을 얻은 외국인투자기업과 외국인, 공화국 영역안에서 소득을 얻은 외국기업과 외국인에게 적용한다”라고 하여 적용범위를 외국인세금법보다 확대하고 있는 듯하지만 양자간에 모순이 있는 것은 아니다. 이상에 언급된 “공화국 영역안에서 경제거래를 하거나 소득을 얻은 공화국 영역밖에 거주하고 있는 조선동포”, 및 “공화국 영역 안에서 소득을 얻은 외국기업과 외국인”에 대한 용어가 우리 남한 주민까지도 포함하는지를 이중과세방지협정에서 보다 명확히 할 필요가 있다. 뿐만 아니라 남한주민의 범주에 대한민국의 외국인투자기업이 포함되는지 또한 포함된다면 어떠한 기준에 따라 그 범위

를 설정할 것인가 그리고 제3국에 설립된 남한 주민의 현지법인은 여기에 포함되는가에 대해서도 명시되어야 할 것이다.

또한 북한 외국인세금법에 의하면 외국인투자기업이 북한영역밖에서 지사, 출장소, 자회사 등을 설치하여 얻은 소득에 대해서도 기업소득세를 납부하여야 한다라고 규정하고 있는 바²⁷²⁾, 과세의 대상을 지나치게 확대하고 있다. 이 점에 대해서는 이중과세방지협정을 통하여 분명히 하고 조정할 필요가 있다. 또한 북한영역내에서 '180일'이상 체류하는 외국인이 북한 영역내에서 소득을 얻은 경우²⁷³⁾ 또는 북한에 1년이상 거주하는 외국인이 북한영역밖에서 있으면서 북한영역내에서 소득을 얻은 경우 개인소득세를 납부하도록 하고 있다.²⁷⁴⁾ 그러나 북한당국과 다른 나라 정부사이에 체결한 협정에 의하여 개인소득세를 납부하지 아니하기로 한 소득은 당연히 과세대상에서 제외된다고 하고 있다.²⁷⁵⁾ 이러한 점도 이중과세방지협정을 통해 일정한 유형의 개인소득에 대해서는 과세하지 아니하도록 할 수 있을 것이다.

(3) 절세조항의 필요성

또한, 북한의 세금법은 여러 가지 세금감면제도를 두고 있으며 그 대부분이 자유경제무역지대를 대상으로 하고 있다. 이러한 세금감면의 대표적인 예를 들면 일정한 경우의 이자소득세감면,²⁷⁶⁾ 장려부문의 외국투자기업과 자유경제무역지대의 생산부문에 외국투자기업이 10년이상 기업을 운영할 경우, 기업소득세를 이윤이 발생한 영도부터 3년간 면제, 그 다음 2년간 50%의 범위안에서 감면할 수 있다.²⁷⁷⁾ 또한 재투자에 대한 소득세 50% (하부건설부문의 재투자에 대해서는 100%)환급 등을 규정하고 있다.

북한의 세금법에 의하면 기업소득세의 세율은 자유경제무역지대에 설립된 외국투자기업의 경우에는 원가와 기타 지출을 공제한 결산이윤의 14%, 그 밖의 지역에서는 25%로 하되, 첨단기술부문, 자원개발과 하부구조 건설부문, 과학연구 및 기술개발부문 등 장려부문에 대해서는 10%이다. 다만, 외국투자기업중 외국기업의 기타 소득에 대해서는 소득액의 20%의 세율을 적용하되, 자유무역지대에서는 10%의 세율을 적용한다. 이와 같이 자유경제무역지대에 설립한 기업에 대해서는 조세상의 특혜를 부여하고 있다.

그런데 자국에서의 통상적인 세액공제는 외국에서 실제로 납세한 경우에 한하여 적용되므로 투자지국인 조세우대조치는 아무런 의의가 없게 된다. 그러나 이중과세방지협정에 이른바 「절세구제조항」을 두게 되면 면제 또는 경감된 외국세액은 그 외국에서 실제로 납부된 것으로 자국에서 간주하게 된다. 이러한 「보이지 않는 세액」의 공제는 북한의 조세관련 법에서의 조세감면 및 환급대상이 되는 것으로 그 적용대상이 될 수 있을 것이다.

따라서, 북한의 세금감면 또는 환급 등 조세우대조치를 실질적으로 보장하기 위해 「절세구제」조항을 북한과의 이중과세방지협정에 포함시켜야 할 것이다. 물론 모든 조세우대내용을 절세조항의 대상으로 할 수는 없겠지만, 우리 기업들의 대북투자를 장려하기 위해서는 상당한 정도 반영하여야 할 필요가 있다. 중국이 체결한 모든 이중과세방지협정도 이러한 조항을 포함하고 있다. 통상적인 국가간의 이중과세방지협정에서는 그 협정

272) 외국인세금법 제8조 2문.

273) 시행규정 제36조 1문.

274) 시행규정 제36조 2문.

275) 시행규정 제42조.

276) 외국인세금법 제15조 제1호.

277) 외국인세금법 제15조 2호, 시행규정 제28조 1문.

의 부속합의서에서 그러한 절세조항의 적용대상을 정하게 된다. 예컨대, 중국이 일본과 체결한 이중과세방지협정에서도 협정의 본문이 아닌 부속합의서에서 그러한 절세조항의 적용대상을 정하고 있는 바, 중국의 조세제도가 변경될 수 있으므로 협정의 개정보다는 후속적인 부속합의서에 그 내용을 반영하는 방식을 채택하였던 것이다.

남북간의 이중과세방지협정은 남북기본합의서의 부속합의서 형식으로 체결하는 방식과 남북기본합의서와는 관련이 없는 독립적인 협정을 체결하는 방식이 있을 수 있으나 어떠한 형식을 취하든지간에 남북기본합의서의 정신과 실효성 제고에 배치되지 아니하도록 하여야 할 필요가 있다. 만약 전자의 방식에 의한다면 『남북기본합의서의 이행을 위한 이중과세방지를 위한 부속합의서』 등의 명칭이 붙게 될 것이다. 이러한 형식을 취하는 경우에는 추후에 북한의 조세상의 우대와 관련된 조세제도가 변경되는 경우 이를 반영하기 위하여 지체없이 그 부속합의서를 개정한다는 규정을 두어야 할 것이다.

후자의 방식, 즉 독립적인 이중과세방지협정의 형식을 취하는 경우에도 협정 제1조 등에서 반드시 남북기본합의서에 따라 동 협정이 체결되는 것임을 명시함으로써 남북기본합의서의 존재의의를 살려야 할 것이다. 어찌되었건 이 형식을 택하는 경우에는 그러한 독립된 이중과세방지협정의 부속합의서에 그러한 절세조항의 적용대상을 정함으로써 향후 북한의 조세우대제도의 변화가 있는 경우 협정 본문을 개정하지 않고도 단순히 후속적인 부속합의서를 통하여 원래의 부속합의서의 내용을 개정할 수 있으므로 간편하게 처리할 수 있다는 장점이 있다.

(4) 협정상의 원천과세율

중국의 외국기업소득세법 제11조에 의하면 중국회사가 중국에 고정사업장(permanent establishment)을 설치하지 아니한 외국 주주에게 지불하는 배당금에 대한 원천과세의 세율은 20%였지만, 중국이 체결한 모든 이중과세방지협정에서는 중국법인이 중국에 고정사업장을 설치하지 아니한 타방 계약국의 주주에게 지불하는 배당금에 대한 최고의 원천과세율은 10% 또는 그 이하로 하고 있다.

예컨대, 한국과 체결한 이중과세방지협정 제10조 제2항은 배당에 대하여는 수익적 소유자가 배당을 지급하는 회사의 자본의 25퍼센트 이상을 직접 소유하는 회사(조합은 제외)인 경우 총배당액의 5퍼센트, 기타의 모든 경우 총 배당액의 10퍼센트를 초과할 수 없도록 하고 있다. 또한 제12조 제2항은 로열티가 발생한 계약국에서도 부과되는 조세는 사용료 총액의 10퍼센트를 초과하지 아니하도록 하고 있다. 따라서 이중과세방지협정에 의하여 낮은 세율을 적용받는다. 북한과의 이중과세방지협정에서도 이와 같이 북한의 국내법보다 낮은 세율을 정할 필요가 있을 것이다. 더 나아가 가능하다면, 우리기업의 대북 투자가 민족내부거래라는 점을 감안하여 외국보다 훨씬 높은 조세우대조치를 정하도록 유도할 필요가 있을 것이다.

(5) 고정사업장의 범위설정

이중과세방지협정상 고정사업장(permanent establishment)은 국가간 과세권의 귀속을 결정하는 동시에 과세소득의 범위를 결정하게 된다. 국가간에 이중과세방지협정이 빈번하게 체결됨에 따라 어느 정도 통일된 고정사업장의 정의가 정착되어 가고 있으나, 고정사업장의 개념은 일국으로부터 타국에까지 미치는 경제활동과 관련하여 타국에서의 조세

납부여부를 결정하게 된다는 점에서 여전히 국가마다 상이한 태도를 보이고 있다. 일반적으로 A국이 B국에 대하여 채무국에 있을수록 A국의 영토에서 수행되는 B국의 거주자의 활동에 대한 과세를 가능한 한 확대하기 위하여 고정사업장의 개념을 넓게 정의하고자 한다. 그러므로 각국은 고정사업장의 결정을 단순한 개념적 접근방식에 의하기보다는 상호간의 경제적 이익 조정에 치중하고자 한다. 우리나라 이중과세방지협정 중 80년 이후 개도국과 체결한 조약을 분석해 보면 분명히 이러한 현상을 찾아 볼 수 있게 한다. 개개의 조약에서 고정사업장에 대한 정의가 상이한 것도 바로 이러한 경향을 시사하여 준다.

한편, 북한의 조세관련법령의 규정을 볼 때 그리고 중국이 체결한 이중과세방지협정도 고정사업장의 범위를 다소 넓게 잡고 있다는 점을 볼 때, 향후 북한이 남한과 체결하게 될 이중과세방지협정에서도 고정사업장의 범위를 넓게 잡고자 할 것이다. 따라서 남북한 간에 협의를 통하여 합당한 고정사업장의 범위를 설정할 필요가 있다. 즉, 우리 기업들이 북한에 설치한 사업소와 관련하여 북한내에서 지점 등의 고정사업장을 통하여 사업을 영위한 경우에 한하여 그 고정사업장에 귀속하는 소득에 대해서만 북한이 과세할 수 있도록 하여야 할 것이다.

제5장 우리정부의 대응전략

1. 북한의 남한법제 개폐주장과 대응

북한은 다양한 경로로 남한의 법제에 대한 개폐주장을 되풀이 해왔으며, 특히 남북 회담과 관련하여 “남북간 법률적·제도적 장치의 개폐” 문제를 제기해왔다. 이러한 북한의 주장은 남북기본합의서의 타결과정에서도 제기되어 몇 가지 사항에 대하여 「남북법률 실무협의회」에서 협의·해결할 것을 합의하기도 하였다. 남북간 법률적·제도적 장치의 개폐문제는 남북기본합의서의 이행과 관련하여 중요한 과제일 뿐만 아니라 남북관계의 변화 내지 진전에 있어서도 상호주의에 근거하여 해결하여야 하는 과제인 것이다.

2. 북한의 법률적 장애제거론에 대한 대응(북한형법의 문제점)

북한이 주장하는 통일을 위한 법률적·제도적 개폐의 중점은 남한의 국가보안법의 철폐문제이다. 즉, 법률적 장애제거문제는 국가보안법의 철폐주장이 그 중점내용으로 제기되고 있는데, 남한의 국가보안법과 상응하여 북한형법상 문제점을 인식시킴으로써 북한에도 통일의 법률적 장애제거의 필요성이 존재한다는 점을 제시할 필요가 있다.

(1) 북한형법상 인권보장의 문제점

북한이 1987년에 형법을 개정한 것은 1974년 형법에 대한 이른바 정치형법 또는 반통일적 형법이라는 비난을 벗어나고자 하는 의도를 담고 있다고 할 수 있다. 전술하였듯이 종전에 이데올로기적 성향을 띠었던 ‘반혁명범죄’를 ‘반국가범죄’로 용어를 바꾸고, 비민주적인 요소로 지목되어온 유추적용제도에 대하여 상세한 제한을 두는 등 개선된 입법태도를 보인 것에서 그러한 의도를 엿볼 수 있다. 그러나 1987년 형법도 인권침해적 요소를 여전히 내포하고 있다.

(2) 남한의 국가보안법과 북한형법의 비교

북한은 남한의 국가보안법을 남북대화와 교류추진에 방해가 되고 있는 법이라고 하고, 이와 같은 법은 북한에 존재하지 않는다고 주장하면서 국가보안법 철폐를 주장하고 있다. 그러나 북한은 ‘조선로동당’ 규약과 형법에 반통일적이고 반인륜적인 내용을 규정하고 있다. 특히 북한형법상 규정들은 국가보안법에 비해 사형·전재산 몰수 등으로 가중 처벌하고 있으며, 더욱이 국가보안법상 처벌규정이 없는 범죄에 대하여 이른바 ‘민족해방투쟁을 반대하는 범죄’(제52조~제53조)로 처벌하고 있다.

다음 북한형법은 국가보안법상의 반국가사범에 해당하는 반국가범죄(제44조~제55조)에 관하여 규정하고 있다. 이를 보면, 북한체제에 반대하는 모든 행위를 반국가범죄로 규정하고, 법정치벌도 사형, 전재산 몰수 등 가혹하다. 더욱이 북한형법은 “범죄행위를 한 경우 형사법에 그와 똑같은 행위를 규정한 조항이 없을 때에는 종류와 위험성으로 보아 가장 비슷한 행위를 규정한 조항에 따라 처벌한다”(제10조)고 규정하고 있어 유추해석을 인정함으로써 근대형법의 기본원칙인 죄형법정주의를 무시하고 있고, “반국가범죄 대하

여는 공소시효 기간에 관계없이 형사책임을 추궁할 수 있다”(제42조)고 규정하여 공소시효를 인정하지 않고 있다. 또한 ‘민족해방 투쟁을 반대하는 범죄’라는 개념에 의해 대남 적화 노선에 반대하는 사범을 처벌할 수 있는 근거를 두고 있다. 북한형법상 반국가범죄에 해당하는 조항은 남한의 국가보안법의 규정보다 오히려 많으며 그 법정형도 가중되어 있다. 북한은 정치를 법보다 상위개념으로 보고 형법상 반국가범죄를 적용하므로 자의적 해석에 의한 인권유린의 가능성이 많다.

3. 국제인권규약과 북한법제의 상충문제 검토

북한은 1981년 9월 14일 국제인권규약에 가입하였는데, B규약상 가입국간 상호간 고발 제도를 규정한 선택조항(제41조)과 인권침해에 대한 개인의 청원절차를 규정하고 있는 B규약 선택의정서에 대한 비준을 유보하였다. 따라서 북한은 국제인권규약상 형식적 보고서 제출의무만을 지고 있다(B규약 제40조). 더욱이 북한은 UN 인권소위원회가 대북인권 개선 결의안을 가결한 데(1997. 8. 21)에 대해 B규약의 탈퇴를 선언하였다(1997. 8. 27). 이에 대해 제61차 인권이사회(1997. 10. 20~11. 7)는 “북한의 인권규약탈퇴는 인권규약 및 국제법에 의거하여 허용될 수 없다”라는 공식입장을 채택하고(1997. 10. 29), 이를 UN 사무국과 북한에 통보하였다(1997. 10. 30). 이로써 북한의 B규약탈퇴는 국제사회에서 인정받지 못하고 있으며, B규약이행과 관련한 정기보고서의무도 여전히 남아 있는 것이다. 이에 북한의 인권보고서 제출을 유도하여 인권개선을 도모하는 방안을 추진하여야 할 것이다.

북한법제에서 국제인권규약상 상충되는 내용을 표를 통하여 살펴보면 다음과 같다.

<국제인권규약상 상충되는 북한법제 일람>

북한관련법제	규정 내용	국제인권규약 B규약	상충 사유
형사소송법 제170조	피심자·피소자의 근친자, 소속단체의 대표자도 될 수 있으며, 그 밖의 사람도 검사 또는 재판소의 승인에 의해 변호인이 될 수 있도록 함	제14조 ③ ⑥ 변호권 보장	실질적 변호권의 보장 어려움
헌법 제157조, 재판소구성법 제32조	비공개재판의 가능	제14조 ① 형사사건 및 미성년자이의, 혼인관계분쟁, 아동후견 등을 제외한 재판의 공개원칙	예외적인 비공개재판의 개념을 벗어나 공정한 재판을 저해하는 수단으로 악용되는 사례가 많음
형법 제10조	형벌법규의 유추적용 표명	제15조 ① 죄형법정주의 원칙	형법의 기본원칙을 훼손할 우려

헌법 제68조	신앙의 자유, 종교건물의 건축 혹은 종교의식의 허용으로 보장	제18조 종교의 자유	신앙의 자유보장의 조건으로 인해 그 자유를 침해할 가능성
형사소송법 제40조, 제100조, 제111조, 제129조	'수사일군'과 '예심원'들의 증거조사, 구속처분, 수색·압수 등의 강제처분시 재판소의 영장제도를 채택하지 않음	제9조 ② 신체의 자유와 안전에 대한 권리	법절차에 의한 사법권의 행사 제약
형사소송법 제179조, 제230조	사건과 직접 관련 없는 일반대중의 심리참여	제7조 잔학하고 비인도적인 형벌금지	사형수에 대한 공개처형의 실시
형사소송법 제2조	형사사건의 취급에서 균중의 힘과 지혜에 의거		
형사소송법 제179조, 제230조	▲재판소의 균중에 대한 각성과 범죄예방을 위해 필요에 따라 '현지재판'의 조직진행 ▲이 경우 노동자·농민 대표에 의한 범죄자 죄행의 폭로규탄 가능		
형사소송법 제181조, 제184조	▲필요에 따른 도(직할시)재판소의 당해 도(직할시) 인민재판소의 관할사건의 직접 재판, ▲필요에 따른 중앙재판소의 어떠한 재판소관할의 제1심사건에 대한 포괄적 관할권 등 세 재판소의 제1심형사사건에 대한 관할권 인정	제14조 ⑤ 상소권 보장	상급재판소는 하급재판소의 관할사건을 임의 이송에 의한 상소권 박탈.
형사소송법 제74조, 제181조	'반국가범죄'(북한형법 제44조~제55조)에 해당하는 정치범은 국가보위기관의 예심원이 예심하고, 도(직할시)재판소가 제1심관할이 되어 일반형사범과 구분하여 취급	제14조 ① 재판소에 의한 공정한 공개심리	재판에서의 평등 침해, 공개심리를 받을 권리 침해
헌법 제156조, 재판소구성법 제31조	통상 판사 1인과 인민참심원 2인으로 재판소 구성	제14조 ① 독립·공평한 재판소에 의한 재판	인민참심원은 비법률가이며 비상임임에도 불구하고 판사와 동등한 권리를 가지고 재판에 참여
재판소구성법 제39조	재판의 판결 및 결정은 판사와 인민참심원의 다수결에 의함		

헌법 제120조 3호	중앙인민위원회가 사법기관 사업을 지도	제14조 ① 독립·공평한 재판소의 설치	북한의 사법기관은 다른 국가기관의 사업지도에 의해 통제됨으로써 그 독립성이 침해될 소지가 있음.
헌법 제160조	중앙재판소에 대한 중앙인민위원회의 지도		
헌법 제161조	▲중앙재판소는 자기사업에 대하여 최고인민회의와 주석, 중앙인민위원회 앞에 책임지고, ▲도(직할시)재판소와 인민재판소는 자기사업에 대하여 해당 인민회의 앞에 책임짐.		
헌법 제101조 9호, 제136조 7호	판사·인민참심원의 선거, 소환제	제14조 ①	'조선로동당'이 지명하는 단일후보만의 피선과 당의 정책에 위배되는 재판을 이유로 소환되는 운영실태, 법과 양심에 따른 재판을 위협
형법 제129조	부당한 판결·판정을 한 자에 대한 2년 이하의 노동교화형		
변호사법 제28조~제30조	▲변호사조직과 기능; 각급 변호사위원회는 법률상방조의 신청접수 및 사업분담조직과 변호사의 사업조건보장 및 변호사보수의 수급과 함께 변호사들에 대한 법·규정의 공고 및 교양업무 ▲변호사들의 사업경험의 일반화 및 자질향상을 위한 사업조직·진행, 변호사활동의 일상적 지도·통제 등의 임무를 수행	제14조 ③ ⑤ 변호권 보장	변호사의 개인적 사건수임과 보수수급의 금지와 변호사위원회로부터 일상적 업무지도·통제를 의미, 변호사의 독자성침해
변호사법 제9조	변호사는 변호사회의 지도하에 활동		

그런데, 마르크스의 계급적 인권관에 따르면, 인류사회 자체의 계급적 성격상, 초계급적·추상적 인성은 존재할 수 없으므로, 인권은 그 본질상 계급적 성격에서 탈피할 수 없다고 한다. 마르크스는 유물론의 관점에서 “인간의 본질은 개개인 고유의 추상물이 아니며, 인간은 각종 사회관계의 총화”이고, 인간은 주관적으로는 이러한 사회관계를 초탈할 수 있을지 모르지만, 객관적으로 경제범주의 인격화일 뿐이다”라고 지적하였다. 278) 이와 같이 마르크스는 인간을 오로지 사회관계의 산물로 파악

하고 있기 때문에, 천부인권의 관념을 역사유심주의의 산물이라는 이유로 철저히 부인하고 있다.

중국의 법학자들도 권리는 국가가 제정한 헌법과 법률이 확인한 바에 따라 공민이 어떠한 행위를 실현할 수 있는 「가능성」일 뿐이라고 한다. 279) 이와 같이 초계급적인 천부인권은 있을 수 없다고 주장하였으나 대외개방정책의 추진과 더불어 다음과 같은 새로운 견해가 등장하기 시작하였다. 280) 첫째, 인권은 유산계급적인 것만은 아니며, 유산계급의 계몽사상가들이 인권과 신권, 인권과 특권은 상호대립되는 것으로 파악한 것은 인류역사상 첫번째의 위대한 사상해방운동이었으며, 따라서 사회주의 체제하에서도 인권은 적극적인 의의를 갖는다는 설이다. 281) 둘째, 한걸음 더 나아가, 유산계급도 그의 인권관을 가지고 있듯이 무산계급도 자신의 인권관을 가져야 하며, 후자는 전자보다 더욱 진보적이고 숭고한 것이어야 할 뿐만 아니라 인민의 이익에 부합된 것이어야 한다는 설이다. 282)

한편, 중국의 학자들이 일반적으로 가지고 있는 국제법상의 인권개념은 집단인권의 우위, 경제적 권리의 우위 및 인권개념의 국가주권에의 종속성 등이라고 지적할 수 있다. 첫째, 그들이 말하는 인권은 집단주의에 기초한 것으로, 전통적인 개인중심적이던 인권개념에서 집단인권을 포함하는 보다 넓은 개념으로 발전한 것이다. 특히 식민주의 통치와 종족억압의 사회에서 억압받는 모든 인민과 민족의 자결권은 국제법상의 강행규범이라고 주장하고 있다.

둘째, 경제적 권리와 경제적 보장이 개인의 공민의 권리와 정치적 권리의 물질적 조건이자 기초라고 하여 인권실현의 중점을 경제적·사회적 권리의 방면에 두고 있다. 특히 강대국에 의한 과거의 약탈의 결과, 오늘날 개발도상국들의 낙후성이 가속화되고 있으므로 국제적으로 구경제질서를 타파하고 공정하고 평등한 신국제경제질서의 확립을 통하여 인권은 쟁취될 수 있으며, 이것은 오늘날의 인권발전의 특징이자 진정한 인권의 실현에 필수적인 방향이라고 주장한다. 283)

셋째, 서구의 학자들은 인권은 초국가적인 것으로 보고 인권원칙과 주권원칙을 대등한 지위에 두어 국제사회가 간섭할 수 있다는 주장하는데 반하여, 중국의 학자들은 집단적 인권이 아닌 개인의 인권은 주권의 원칙보다 열등한 위치에 있으며 그러한 개인의 인권의 보호는 일국의 국내문제일 뿐이며 타국이나 국제조직이 간섭할 수 없다고 주장한다. 284) 王鐵崖는 서구학자들의 소위 인권의 국제성은 개인의 국제법 주체성을 인정하는 것으로 인권원칙과 국가주권원칙이 상호대립적인 것이라는 이론을 근거로 한 것이지만, 인권과 국가주권은 결코 대립적인 것이 아니라 상호결합적인 것이며 인권의 원칙은 현대국제법의 가장 중요한 원칙인 국가주권에 종속되는 것이라고 한다. 즉, 개인의 인권은 국내법상의 것이지 국제성을 갖지 않는다는 것이다. 285)

278) 許光泰, 中共法制論, (臺北: 臺灣商務印書館, 1990), 2면.

279) 張金, 大陸法制之現狀·問題, (臺北: 蔚理法律出版社, 1988), 2면.

280) 王鐵崖, 國際法, (北京: 法律出版社, 1981), 268면.

281) 王家福, 陣爲典, “『人權』不是無產階級的口號,” 北京日報, 1979年 4月 22日 1面.

282) 李澤銳, “關於國際人權法的理論探討,” 中國國際法年刊(1983), 93~116면.

283) 보다 구체적인 것은 王鐵崖, “第三世界與國際法,” 中國法學文集, 第1輯, (北京: 法律出版社, 1984), 413~416면 참조.

284) 劉海年, 商兆儒, “革命法制保障人民權利的傳統及其歷史經驗,” 法律史論叢, 第1篇 (北京: 中國社會科學出版社, 1981), p.266.

이러한 인권관은 북한에서도 그대로 받아들여지고 있다고 보아야 할 것이다. 따라서 북한은 인권을 국가가 프로레타리아 계급에게 부여하는 공민의 권리일 뿐이지 프로레타리아계급에 대한 적에게까지 그러한 권리가 인정되는 것은 아니라는 입장을 취하고 있다고 보아야 할 것이다. 이 점은 북한의 인권개선을 요구하는데 가장 결정적인 장애가 될 것으로 예상된다. 결국 우리측에서는 국제인권규약의 위반문제로서 북한의 인권개선을 요구할 수밖에 없으나, 그들은 인권을 주권의 하위개념일 뿐이라는 전제하에 그러한 요구를 배척할 것으로 예상되고 있다.

결국 북한의 인권개선문제는 국제사회의 여론을 환기하면서 특히 NGO의 힘을 빌리는 수밖에 없다고 생각한다. 우리가 그러한 문제에 대해 주의를 환기할 수는 있겠으나, 직접적으로 거론하는 것은 남북기본합의서상의 상호체제인정이라는 정신에도 배치된다는 반박이 나올 수 있으므로 북한이 우리의 국가보안법이나 기타 인권침해적 규정의 개정을 들고 나올 때 우리 측에서 북한의 인권침해문제를 거론하는 것이 순서일 것이다. 요컨대, 국제인권위원회를 비롯한 국제사회의 여론과 국제적인 NGO들의 힘을 빌려 북한을 압박하는 것이 가장 좋은 방법이라고 생각되며, 우리가 직접 거론하는 경우에는 결코 북한측으로부터 저항만을 받게 될 것이다.

4. 남북기본합의서의 이행을 위한 남북의 법령정비

‘남북기본합의서의 제1장 남북화해의 이행과 준수를 위한 부속합의서’(제1부속합의서)는 남북기본합의서의 ‘제1장 남북화해’에 관한 합의사항의 이행을 위하여 남북화해공동위원회를 구성하고 그 안에 법률실무위원회를 두기로 하였다. 더욱이 동 부속합의서는 제4조에서 남북기본합의서에 저촉되는 법률적, 제도적 장치의 개정 또는 폐기문제를 법률실무위원회에서 협의, 의결하기로 하였을 뿐만 아니라 상대방에 대하여 그 시정을 요구할 수 있도록 하였기 때문에, 남북기본합의서의 국내적 실시 또는 시행을 위한 국내법령의 개정, 폐지 등의 후속적 입법의 보완조치를 이행하기 위해 노력하여야 한다.

정부는 법률실무위원회에서의 협의과정에서 남북관계전반에 있어 변화를 고려하면서 대북관계에 있어 주도권을 유지하기 위하여 남북기본합의서의 정신에 배치되는 국내법령의 정비작업을 수행하는 다른 한편으로 상호주의원칙을 기초로 북한에 대해서도 남북기본합의서의 북한내 실시 또는 시행을 위한 북한법령의 개정, 폐지 등의 후속적 입법조치를 이행하도록 강력히 요구하여야 한다.

특히 개선이 요구되는 북한외국인투자관련법의 규정내용은 대단히 많다. 예컨대, 노동자의 채용과 해고에 있어서 북한측 인력알선기관과의 계약 내지 합의요구, 직업동맹조직의 역할, 토지이용권매각시 토지임대기관의 우선매입권, 사회간접자본시설 건설비에 대한 토지개발비 명목의 토지임대료에의 포함, 토지임대기간 만료시 건물 기타 부속물의 무상반환, 내수시장판매자금의 硬貨로의 태환불가, 외국인종업원 소득의 해외 송금한도(원칙적으로 60%)제한, 북한보험의 강제 등을 비롯하여 법규정상외의 문제점을 이루 해야 할 수 없이 많다. 이러한 규정상들은 주로 사회주의체제의 특성을 띤 것이라 할 것이며, 북한이 어느 정도까지 개혁·개방을 추진하고자 하는가에 따라 그 개선여부와 수준이 결정될 것이다.

285) 그도 엄중한 인권침해행위 즉, 인종격리(apartheid), 인종차별, 집단살해, 노레매매, 난민의 박해와 인질랍치 등 비인도주의와 테러활동은 이미 공인된 국제범죄로서, 국내문제가 아니므로 인권보호의 책임을 회피할 수 없다는 것을 인정하고 있다. 王鐵崖, 앞의 글, 269면.

5. 이중과세방지협정과 투자보장협정

또한 향후 남북이 체결하여야 할 부속합의서로서 중요한 것은 이중과세방지협정, 투자보장협정 그리고 분쟁의 해결에 관한 기본원칙을 정하는 협정 등을 들 수 있다. 북한의 여러 가지 미흡한 문제들에 대해서는 남북한 당국이 합의서를 통해 법적으로 해결하는 것이 요망된다는 점도 이러한 주장을 뒷받침한다. 이러한 각종 합의서의 틀 속에서 대북경협은 이루어져야 할 것이다. 남북교류협력부속합의서 제1조 (12)는 “남과 북은 경제교류와 협력을 원활히 추진하기 위하여 필요한 투자보장, 이중과세방지, 분쟁조정절차 등에 대해서는 쌍방이 합의하여 정한다.”라고 규정하고 있다. 투자를 하는 남한 기업의 입장에서 북한의 관련 법규의 정비와 더불어 남한 당국과 북한 당국간의 협정은 필수 불가결하다. 이러한 남북간의 합의서들은 하나의 법적 틀로서 우리 당국의 대북투자관리에 효율성을 부여하게 되는 것이다. 따라서 남북관계가 진전되는 경우, 이러한 다른 조항과 더불어 남북 당국간의 합의서의 해석과 이행과 관련 분쟁해결조항을 삽입하는 방향으로 유도하는 것이 바람직하다고 본다. 한편, 우리 기업이 체결하는 대북투자계약서에서도 반드시 남북간의 각종 합의서에 따라 투자가 이루어지는 것이라는 점을 명시하여야 할 것이다.

남북한 법제 정비방안 연구

- 남북 기본합의서 이행 대비 -

印刷 : 1999. 12. 21

發行 : 1999. 12. 23

發行處 : 統一部 統一政策室
政策企劃課

電話 : 725 - 0762

FAX : 739 - 0624

<http://www.unikorea.go.kr>

<비매품>