

# 남북간 인적·물적 교류에서 발생하는 법적 분쟁해결에의 적용법에 관한 연구

지 봉 도\*

I. 서론	법적 분쟁해결에의 법적용상의 문제점
II. 남북한 법적 관계의 구분	V. 남북간 인적·물적 교류에서 발생하는
III. 남북간 인적·물적 교류의 법적 성격	법적 분쟁해결에의 법적용 해결방안
IV. 남북간 인적·물적 교류에서 발생하는	VI. 결 론

---

## Abstract

---

### A Study on the Applicable Law for the Settlement of Legal Disputes in Inter-Korean Personnel and Economic Exchange and Cooperation

If *dominium* and *imperium* over the Korean peninsula belonged to both South and North Korea, the law of either South or North Korea would apply to the inter-Korean personnel and economic exchange and cooperation. However, since South and North Korea have the *imperium* over their respective sides exclusively, South Korean law is applied to South while North Korean law is applied to North. Consequently, if a legal dispute arose, it is unclear which of the two sides' laws would apply. For example, in the legal relationship between private individuals in inter-Korean

trade, it is uncertain whether to apply South Korea's or North Korea's private international law, or whether the provisions of 'The Four Economic Corporation Agreement' would apply in the case of private contract between the two Koreas. Therefore, whatever the nature of the inter-Korean personnel and economic exchange and cooperation, it is important to establish a law - "South and North Korea's Quasi-International Private Law"- agreed by both South and North Korea to be applied in case of a dispute..

**Key Words:** exchange, cooperation, *dominium*, *imperium*, dispute, Four Economic Corporation Agreement, private contract, Quasi-International Private Law

---

\* 통일부 전문직

## I. 서 론

### 1. 문제의 제기

오늘날 대부분의 국가들은 사법관계를 구성하고 있는 요소, 즉 당사자의 국적, 주소, 목적물의 소재지, 행위지 등이 타국과 관련이 있는 사건을 해결하기 위해서 그 사건에 적용해야 하는 법을 자국의 법으로 해야 할지 또는 타국의 법으로 해야 할지를 지정해 주는 별도의 법을 마련하고 있다. 이와 관련하여 남한은 물론 북한도 사법관계를 구성하고 있는 요소가 타국과 관련이 있는 사건을 해결하기 위해 그에 적용할 법이 어떤 국가의 법이어야 한다고 지정하는 별도 법률로 각기 ‘국제사법’과 ‘대외민사관계법’을 가지고 있다.

이러한 일반적인 관점에서 볼 때, 장차 남과 북은 상호간 인적·물적 교류가 활발히 진행되는 과정에서 발생하는 법적 분쟁의 해결을 위해 남한 또는 북한의 법 중 과연 어느 쪽의 법을 적용해야 할지를 결정해야 하는 경우가 발생할 것이다.

가령 예를 들어, 개성공단 또는 금강산에 투자하고 있는 남한의 기업이 북한 당사자의 계약불이행으로 인한 손해가 발생하여 그 해결을 위해 남한 또는 북한의 법원에 소를 제기한 경우 또는 탈북해 남한에 입국한 여자가 북한에 거주하고 있는 남편을 상대로 남한의 법원에 이혼소송을 제기한 경우<sup>1</sup> 그리고 남한의 남자와 북한의 여자가 남한 또는 북한에서 혼인을 할 경우, 남한에 살고 있던 이산가족이 사망하여 자신의 재산을 북한의 가족에게 상속한 경우 등에서 남한 또는 북한의 법원은 이 같은 법적 분쟁의 해결과 취적 및 상속문제를 해결하기 위해 남한의 법을 적용해야 할 것인지 북한의 법을 적용해야 할 것인지를 결정해야 할 것이다.

그러나 여기서 남북한의 법적 관계가 국가와 국가와의 관계가 아닌 특수한 관계에서 남한 또는 북한의 법원이 국가와 국가간에 적용되는 각기의 국제사법 또는 대외민사관계법을 민족내부거래 또는 기타 민사적 법률관계에 과연 적용할 수 있는가 하는 법리상의 모순이 나타나게 된다. 또한 설사 남한의 국제사법 또는 북한의 대외민사관계법을 적용한다면 결국 이는 상대방의 법체계를 인정하는 것이 되어 남북간

<sup>1</sup> 이와 유사한 법리적 문제에 관한 실제 사례로 탈북하여 남한에 거주하는 여성이 북한에 거주하는 남편을 상대로 이혼을 청구한 사건(2004년 2월 4일)에서 서울가정법원은 “원고와 피고는 이혼한다”라는 판결을 하였으나, 재판부는 종합적인 판단으로 “현재 탈북자나 이산가족의 가족법 관계와 관련하여 여러 가지 법률적 문제가 발생하고 있어 그에 대한 입법적 대비가 필요하다”고 지적한 바 있다.

물적·인적 교류에 따른 법령간의 충돌과 모순이 발생하게 된다는 문제점도 제기된다. 그 외에도 이와는 별개로 민족내부거래에서 발생하는 상사분쟁의 해결은 ‘협의’ 또는 ‘중재’로 해결한다는 원칙을 마련한 ‘남북사이의상사분쟁해결절차에관한합의서’로 장차 활발히 진행되게 될 남북간 물적 교류에서의 문제를 완전히 해결할 수 있는가 라는 의문이 제기된다.

## 2. 기존의 연구 및 연구방법, 범위

본 연구는 장차 남북간 인적·물적 교류에서 발생하는 법적 분쟁의 해결을 위해 적용해야 할 법을 어떻게 정해야 하는가에 대한 법논리 구성의 필요성에 착안하여, 우선 가장 먼저 고려되어야 할 것으로 첫째, 남북한의 법적 관계가 통상관계인지 기본관계인지를 규명하기 위한 남북한 법적 관계의 구분, 둘째, 남북간 인적·물적 교류의 법적 성격, 셋째, 남북간 인적·물적 교류에서 발생하는 법적 분쟁해결에의 법적 적용상의 문제점, 넷째, 이의 해결을 위한 남북간 인적·물적 교류에서 발생하는 법적 분쟁해결에의 법적용 해결방안의 순으로 논하고자 한다.

이에 관련한 기존의 연구는 북한의 대외민사관계법에 대한 연구와 남북간 민사법률문제 처리를 위한 방향에 대해 독일의 사례를 들어 언급하는 기초적인 수준에 머물고 있으며, 따라서 본 연구는 연구의 심층도를 높이기 위해 남북한에 적용 가능한 남북한 법제를 해석, 분석하여 향후 남북간 인적·물적 교류에서 발생할 수 있는 법적 분쟁사건의 해결에 대한 국제법 이론과 국제사법 이론을 법해석학적 방법과 이론적 분석방법을 병행, 적용하여 그 문제점과 해결방안에 대한 법리를 구성하였다.

## II. 남북한 법적 관계의 구분

### 1. 국제법상 통상관계와 기본관계의 구분

#### 가. 통상관계의 의미

통상관계란 국제법 주체간의 경제적·사회적·문화적 관계, 특히 유리한 상사교섭에 의해 당사자간의 우호와 결속을 강화하기 위한 목적으로 주로 통상조약 또는 우호통상항해조약의 체결로 이루어지는 관계를 말한다.<sup>2</sup> 통상조약은 국가와 국가간

에 체결되는 것이 보통이지만 국가와 미승인국가간에도 체결되는 것이 일반적이다.<sup>3</sup> 따라서 통상관계는 반드시 국가와 국가간에만 성립되는 것이 아니다.

국제법의 원칙에 의하면 국가는 그의 영역 내에 체류하는 외국인과 외국회사의 법적 지위를 규율할 수 있는 권리를 향유하지만, 이러한 접수국의 권리에 대한 최소한의 한계를 명백히 하기 위한 목적으로 관계당사국간에는 통상조약을 체결한다.<sup>4</sup> 따라서 통상조약을 체결하여 당사국이 통상관계에 있는 경우, 이를 통해 당사국 내에 있는 타방 당사국의 국민과 회사의 법적 지위는 명백해 지게 된다.

통상조약의 제도적 취지는 국제경제활동을 규제하는 가장 기본적인 법규 형태를 마련하고, 국제사회의 발달에 따른 빈번한 국제교류에 부응하여 일국의 사인 또는 기업이 타국의 영역에서 무역이나 투자에 관한 사업활동을 할 수 있도록 기본적 조건을 상세하게 규정하는 데 있다. 특히 이 제도는 기업이 상대국의 국내법상으로도 법인으로 활동할 수 있도록 하는 이른바 외국법인의 인·허가를 보장하기 위한 것이다.

일반적으로 통상조약의 내용은 ‘국민’에 관해 입국·여행·거주·직업·신체적 보호·사업활동·재산권·제소권·법인 등의 상호 인정, ‘상품’에 관해 수출입·통관·과세 등, ‘자본’에 관해 재산의 몰수·금융인수 등 여러 가지를 포함한다.<sup>5</sup>

## 나. 기본관계의 의의

국제법상 기본관계란 국가와 국가간에 수립되는 외교관계를 의미하며, 외교관계란 주권국가간의 영구적인 접촉의 형태를 말한다. 일반적으로 외교관계의 수립은 주권국가간 상호합의를 통해 이루어지며, 그러한 합의의 한 방법으로 주로 조약을 체결한다.<sup>6</sup> 또한 외교관계의 수립으로 조약당사자간에는 국가승인 내지 정부승인의 결과를 가져오지만, 그와 반대로 국가승인 내지 정부승인으로도 외교관계는 수립되기도 한다.<sup>7</sup>

따라서 외교관계는 국가와 국가간의 관계를 말하며, 국기와 국제조직간 또는 국제

<sup>2</sup> D. Blumenwitz, “Treaties of Friendship, Commerce and Navigation,” in Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 7, 1984, p. 485.

<sup>3</sup> A. McNair, “The Stimson Doctrine of Non-Recognition,” *British Yearbook of International Law*, Vol. 14, 1933, p. 72.

<sup>4</sup> D. Blumenwitz, “Treaties of Friendship, Commerce and Navigation,” p. 485.

<sup>5</sup> 이병조·이중범, 『국제법신강』 (서울: 일조각, 2003), p. 661.

<sup>6</sup> 김명기, 『국제법원론』 (서울: 박영사, 1996), p. 785.

<sup>7</sup> H. Blomeyer-Bartenstein, “Diplomatic Relations, Establishment and Severance,” in Rudolf Bernhardt(ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 9, 1986, p. 100.

조직과 국제조직간의 관계인 준외교관계와 구분된다. 그리고 또한 국가와 국가간의 통상관계와도 구분되며, 따라서 외교관계와 통상관계는 항상 일치하는 것이 아니다.

## 2. 남북한 통상관계와 기본관계의 구분

### 가. 남북한의 통상관계

남한과 북한 간에는 상호 국가로 승인하는 기본관계조약은 체결되지 않았지만, 상호간의 경제교류협력을 위해 2000년 12월 16일 민족내부거래에서 발생하는 법률관계를 규율하는 4개 경협합의서<sup>8</sup>를 체결한 바 있다. 이 4대 경협합의서는 모두 전문에 “남북공동선언에 따라 진행되는 경제교류협력이 나라와 나라 사이가 아닌 민족내부의 거래임을 확인”한다고 하고 있어 경협합의서가 국가와 국가간에 체결되는 조약이 아님을 밝히고 있다. 그러나 국제법상 조약의 체결능력은 국가는 물론 교전단체, 국제조직 등 국제법 주체는 모두 조약을 체결할 능력이 있는 것으로 인정되고 있어,<sup>9</sup> 남한과 북한 간에 체결된 4대 경협합의서가 국가간에 체결된 조약은 아니라 할지라도 그것이 전부 국제법상 조약이 아니라는 의미는 아닌 것이다.

아울러 4대 경협합의서의 국내적 효력문제를 놓고 볼 때, 남한의 헌법 제6조 1항은 “헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 동일한 효력을 가진다”라고 규정하고 있어 북한과 체결한 4대 경협합의서가 국내법과 동일한 효력을 가질 수 있는 충분한 조건을 가지고 있다. 우리 헌법상 ①헌법절차에 따라 체결·공포된 조약은 이를 국내법으로 변형하는 국내법상 입법 조치 없이 당연히 국내법과 동일한 효력을 가지며, ②그러한 조약이 국회의 동의를 얻어서 체결·공포된 경우는 국내법상 법률과 동일한 효력이 있으며, 국회의 동의를 얻지 아니하고 체결된 경우는 국내법상 명령·규칙과 동일한 효력이 있다는 것이 지배적인 견해이다.<sup>10</sup> 여기서 헌법 제60조 1항은 국회의 동의를 얻어 체결해야 하는 조약을 ① 상호원조 또는 안전보장에 관한 조약, ② 중요국제조직에 관한 조약, ③ 우호통

<sup>8</sup> 남북간 체결된 통상조약은 i) 남북사이의 투자보장에 관한 합의서, ii) 남북사이의 상사분쟁 해결절차에 관한 합의서, iii) 남북사이의 소득에 관한 이중과세방지 합의서, iv) 남북사이의 산결제에 관한 합의서이다.

<sup>9</sup> 김명기, 『국제법원론』, pp. 849~851.

<sup>10</sup> 김철수, 『신고헌법학신론』 (서울: 박영사, 1988), p. 158; 문홍주, 『한국헌법』 (서울: 해암사, 1987), p.148; 권영성, 『헌법학원론』 (서울: 법문사, 1987), p. 187.

상항해조약, ④ 주권제약에 관한 조약, ⑤ 강화조약, ⑥ 국가나 국민에게 중대한 재정적 부담을 지우는 조약, ⑦ 입법사항에 관한 조약 등으로 열거하고 있다.

남북간 체결된 4대 경협합의서는 남북간에 경제교류협력을 촉진하기 위해 투자보장, 청산결제, 이중과세 방지 및 상사교섭 등을 통해 당사자간의 우호 결속을 강화하기 위한 목적으로 체결되었으며, 또한 남한과 북한 모두 국제법상 조약체결능력을 가지고 있어,<sup>11</sup> 조약의 효력발생에 대해 4대 경협합의서 모두 남북한 각기 발효에 필요한 내부절차를 거쳐 그 문본을 교환한 날로부터 효력을 발생하는 것으로 합의하고 있으므로 이는 남북간에 사람, 상품, 자본 등 거래 및 투자에 관한 사업활동을 할 수 있도록 기본적 조건을 상세하게 규정한 통상조약에 해당한다고 할 수 있다.<sup>12</sup>

## 나. 남북한의 기본관계

### (1) 일반국제법상의 관계

국제법상 국가승인의 효과는 승인한 국가와 승인받은 국가와의 관계에서만 발생하는 상대적인 것이다.<sup>13</sup> 따라서 대한민국은 대한민국을 국가로 승인한 국가와의 관계에서는 국가이나 대한민국을 승인하지 않은 국가와의 관계에서 국가가 아닌 것이며, 북한도 북한을 국가로 승인한 국가와의 관계에서는 국가이나 북한을 국가로 승인하지 않은 국가와의 관계에서는 국가가 아닌 것이다.

1945년 대한제국은 일본으로부터 분리된 이후 남북으로 분단되어 1948년 각기의 정부를 수립하였고, 분단된 상태에서 남과 북은 전쟁을 한 후 1953년 한국정전협정의 체결로 남북간 적대행위는 일시적으로 정지되어 있다. 따라서 현재의 남북간 법적 상태는 평화상태가 아닌 전쟁상태인 것이며, 한국정전협정이 체결된 이후 전쟁을 종료하는 평화조약이 체결되지 않는 한, 국제법상 남한의 입장에서는 남한은 국가이나 북한은 교전단체이며, 북한의 입장에서는 북한은 국가이나 남한은 교전단체에 불

<sup>11</sup> 이에 대한 자세한 내용은 이하 남북한의 국제법의 주체성을 설명하는 ‘남북한의 기본관계’를 통해 설명한다.

<sup>12</sup> 이 합의서는 효력발생에 대해 모두 남북한 각기 발효에 필요한 내부절차를 거쳐 그 문본을 교환한 날로부터 효력을 발생하는 것으로 합의하고 있으며, 이에 따라 남한은 2003년 6월 30일 국회의 본회의 가결과 2003년 8월 20일 발효통지문을 남북이 상호 교환함으로써 현재는 국내법과 동일한 효력을 발생하고 있다.

<sup>13</sup> I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 3rd ed. (Oxford: Clarendon, 1979), p. 91; G. Schwarzenberger, *Manual of International Law*, 6th ed. (Milton: Professional Books, 1976), pp. 57~58.

과한 것이 된다.<sup>14</sup>

결국 남북한간의 관계에서 볼 때, 남한은 북한을 국가로 승인한 바 없으며 이는 남북공동성명, 남북기본합의서, 남북공동선언의 채택 이전은 물론 이후에도 동일하고, 북한 역시 남한을 국가로 승인한 바 없으므로 북한의 입장에서 볼 때 남한은 국가가 아닌 것이다.

## (2) 유엔현장상의 관계

1948년 12월 12일 유엔은 남한정부가 한반도에서 유일한 합법정부임을 승인하는 결의를 채택하였다. 따라서 당시 유엔은 남한만을 한반도 전역을 영토로 하는 국가로 본 것이며, 북한은 국가가 아닌 것으로 본 것이었다. 그러나 1991년 9월 17일 남한과 북한 모두 유엔에 가입한 이후 남한과 북한은 모두 유엔과의 관계에서 유엔으로부터 국가로 승인받은 것이 된다.<sup>15</sup> 그러나 남북이 유엔에 가입했다고 해서 남한과 북한 상호간의 관계에서 서로 상대방을 국가로 승인한 것으로 되는 것은 아니며,<sup>16</sup> 상호 상대방을 국가로 승인하지 않는 한, 남한과 북한과의 관계에서 상호는 아직 국가가 아닌 것이다.

결국 유엔과의 관계에서 볼 때, 남한과 북한이 유엔에 가입함으로써 남한과 북한 모두 국가이나, 남·북한 간의 관계에서는 유엔에 가입했음에도 불구하고 남한의 입장에서는 남한만이 국가이고 북한은 교전단체에 불과한 것이며, 북한의 입장에서는 북한만이 국가이고 남한은 교전단체가 되는 것이다.

## (3) 남북기본합의서상의 관계

남한과 북한은 1992년 2월 9일 ‘남북기본합의서’를 채택하였다.

합의서 전문에는 “쌍방 사이의 관계가 나라와 나라사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계”로 규정하고 있으면서, 제1조에서는 “서로 상대방의 체제를 인정하고 존중한다”라고 규정하고 있다.

전문에서 나라와 나라사이의 관계가 아니라는 의미는 남한도 북한도 모두 국가가 아니라는 의미가 아니라 남한의 입장에서는 남은 국가이나 북은 국가가 아니며, 북

<sup>14</sup> 이에 대한 자세한 내용은 지봉도, 『한국평화조약 체결에 관한 연구』 (명지대학교 박사학위논문, 1994).

<sup>15</sup> 유엔헌장 제4조 ①항은 유엔에 가입하기 위한 자격을 평화애호국이라고 규정하고 있다.

<sup>16</sup> 김명기, 『분단한국의 평화보장론』 (서울: 법지사, 1988), pp. 96~97.

한의 입장에서는 북은 국가이나 남은 국가가 아니라는 의미인 것이다.<sup>17</sup> 따라서 남북기본합의서상 남한과 북한과의 관계는 국가와 국가간의 관계가 아니며, 그렇다고 국가와 국제조직 간의 관계도 아닌 것이다. 또한 상대방의 체제를 인정·존중한다는 의미는 남한과 북한의 정부가 상호를 법률상의 정부로 승인한 것이 아니라, 1국 2체제의 특수관계로 인정한 것에 불과한 것이다.

결국 남한과 북한과는 나라와 나라 사이의 관계가 아닌 관계수립을 조약이라는 형태로 확인했을 뿐이며, 그렇다고 해서 이것이 국가와 국제조직 간에 이루어지는 준외교관계를 수립한 것도 아니다.

#### (4) 남북공동선언상의 관계

남한과 북한은 2000년 6월 15일 ‘남북공동선언’을 채택하였다.

남북공동선언 전문과 1항·2항에서 남한과 북한은 남북분단관계를 발전시키고, 나라의 통일문제를 주인인 우리 민족끼리 자주적으로 해결해 나가며, 상호의 통일방안이 공통성이 있음을 확인하고 있다. 또한 제4항에서는 남과 북이 경제협력을 통하여 민족경제를 균형적으로 발전시키고, 사회·문화·체육·보건·환경 제반 분야의 협력과 교류를 활성화하여 서로의 신뢰를 다져나간다고 합의하였다.

따라서 남한과 북한과의 관계를 국가간의 관계인 기본관계로 인정한 것이 아니고, 분단상태에서의 일국가 통일을 위해 경제교류협력의 활성화를 통한 신뢰회복을 확인한 관계일 뿐이다.

요컨대, 남북간 4대 정협합의서의 체결·발효로 남북간에는 통상관계는 수립되었으나, 아직 상호 국가로 승인하는 어떠한 선언 내지 합의서, 조약 등이 체결되지 않았으므로 남북간 기본관계는 아직 수립되어 있지 않은 것이다.

### Ⅲ. 남북간 인적·물적 교류의 법적 성격

#### 1. 조약과 계약의 구분

국제법상 국제법주체간의 합의를 조약이라고 하며, 일방이 국제법주체이고 타방

<sup>17</sup> 김명기, 『남북기본합의서요론』 (서울: 법지사, 1992), pp. 121~122.



은 국내법주체인 경우의 합의를 준조약이라고 한다.<sup>18</sup> 또한 계약은 국내법상의 주체인 사인간의 합의를 말한다. 여기서 국제법 주체란 국제법상의 법인격자인 국가·국제조직·교전단체를 말하며, 국내법주체는 국내법상 법인격자인 사경제주체로서의 국가·공공단체를 포함한 공법인·회사 등의 사법인과 자연인을 말한다. 따라서 국가는 국제법상의 법인격자로서 조약을 체결하는 주체인 것이 일반적이거나, 경우에 따라 국가는 국내법상의 법인격자로서 공권력의 주체가 아닌 사경제주체로서 조약을 체결할 수도 있다. 이 경우 그 조약은 준조약이라고 하며, 이 준조약은 국내법상 계약과 같이 취급된다.<sup>19</sup>

요컨대, 조약이란 국제법상 법인격자인 국가·국제조직·교전단체간의 합의를 말하며, 계약은 국내법상의 법인격자인 자연인·사법인은 물론 사경제주체로서의 국내지 공공단체간의 합의인 것이다. 또한 준조약은 조약의 주체인 일방과 계약의 주체인 타방간의 합의를 말하며, 이는 계약인 것이다.

## 2. 남북간 인적·물적 교류의 법적 성격

### 가. 계약성

남한과 북한 당사자간에 체결되는 합의의 법적 성격은 남한과 북한의 당사자가 모두 국제법상의 법인격자인 경우는 조약이고, 그것이 모두 국내법상의 법인격자인 사인인 경우는 계약이며, 그것이 일방이 국제법상 법인격자이고 타방은 국내법상의 법인격자인 사인인 경우는 준조약인 것이다.

남한과 북한 당국이 주체가 되어 체결한 4대경협합의서는 경제교류협력을 활성화하고 촉진하기 위한 합의이므로 이는 국제법상 통상조약에 해당하나, 남북간 거래당사자간의 계약이 투자계약이든 매매계약이든 임대차계약이든 그 계약의 당사자는 남한측은 사인인 회사 또는 공법인이고, 북한측은 사경제주체로서의 공법인 또는 공공기관인 것이 일반적일 것이므로 그의 법적 성격은 계약인 것이 일반적일 것이다.

<sup>18</sup> Georges van Hedke, "Contracts between States and Foreign Private Law Persons," in Rudolf Bernhardt(ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 9, 1986, pp. 54~58.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 54; A. Fatouros, "International Law and the Internationalized contracts," *American Journal of International Law*, Vol. 74, 1980, pp. 134~141; F. A. Mann, "The Proper Law of Contracts concluded by International Persons," *British Yearbook of International Law*, Vol. 35, 1959, pp. 34~57.

또한 이른바 국영투자 내지 국영무역의 경우라 할지라도 남한은 국가이나 북한은 국가가 아닌 사경제주체로서의 공법인 또는 공공기관인 것이며, 반대로 북한은 국가이나 남한은 공법인 내지 개인인 것이므로 이 경우의 합의는 조약이 아니라 준조약으로 계약인 것이다.

요컨대, 남북간 경제교류협력 과정상 발생하는 민족내부거래가 투자계약 또는 매매계약, 임대차계약이든 이는 조약이 아니라 계약·준조약 등에 해당하며 이는 모두 계약인 것이다.

## 나.涉外적 사법관계성

涉外적 사법관계란 사법관계를 구성하고 있는 요소가 타국에 관련이 있는 사법관계, 즉 외국적 요소를 가진 사법관계를 말한다. 여기서 사법관계의 구성요소란 당사자의 국적, 주소, 목적물의 소재지, 행위지 등을 말하며, 이 같은 요소가 전부 내국과 관련이 있는 것이 아니라 그 중 일부가 타국과 관련이 있는 법률관계를涉外적 사법관계라고 한다. 예를 들어, A국의 국적을 가진 갑이라는 사람이 B국의 국적을 가진 을과 부동산임대차계약을 체결하는 경우 갑과 을간의 사법관계, 또는 A국의 국적을 가진 여자가 B국의 국적을 가진 남자를 상대로 A국의 법원에 이혼청구를 제기한 경우 그 여자와 남자간의 사법관계를涉外적 사법관계라고 한다.

남북한간에 이루어지는 투자계약, 거래계약 또는 신분적·재산적 계약 등의 사법관계는 모두 남한에만 관련이 있는 것이 아니고 그렇다고 전부가 북한에만 관련이 있는 것이 아니므로 이를 남한 또는 북한의 통일된 내국적 사법관계로 간주하기에는 법리상 어려움이 있고, 또 그렇다고 이를 국가간의 외국적 사법관계로 볼 수도 없는 것이다.<sup>20</sup> 그러나 오늘날 대다수의 국가들이 미승인국의 법령효력을 일체 부인하는 것이 아니라 민사법분야의涉外적 사법관계에서 미승인국의 법령의 효력을 인정하고 있는 경향을 보이고 있고,<sup>21</sup> 남북한은 분단국으로서 비국제적 특수관계에 있기는

<sup>20</sup> 남북한 각기 헌법이나 관련 법률상으로 보면 한반도 전체에 대하여 각기의 영유권과 주권을 주장하여 상대방의 법제를 부인하고 있기 때문에 남북한의 사법관계의 구성요소는 어느 경우에도 내국적 사법관계에 불과한 것이 되며, 외국적 사법관계로는 볼 수 없는 것이다. 그러나 실제상으로는 그 사법관계를 구성하는 요소가 남한과 북한에 관련이 있는 것이므로 이를 전적으로 내국적 사법관계로만 볼 수는 없는 것이다.

<sup>21</sup> Yoshiro Hayata, "The Rex Patriae of China and Koreans," *The Japan Annual of International Law*, Vol. 9, 1965, p. 57; R. Jennings & A. Watts(eds.), *Oppenheim's International Law*, Vol. I, 9th ed. (London: Longman, 1993), pp. 201~203; 山本草二, 『新版 國際法』, 第2刷 (東京: 有斐閣, 1994), pp. 74~75.

하지만 상호간에 있어서 상대방을 일종의 미승인국으로 볼 여지가 있다는 점에서 볼 때, 남한과 북한간에 발생하는 민족간 내부거래는 주로 계약인 것으로 그에 규율되는 법률관계는 사법관계인 것이며, 그 사법관계를 구성하는 요소가 남한 또는 북한에서만 이루어지는 것이 아니라 남한 또는 북한과 관련이 있는 법률관계이므로 이는 섭외적 사법관계의 성격을 띠고 있다고 보아야 한다.

## IV. 남북간 인적·물적 교류에서 발생하는 법적 분쟁해결에의 법적용상의 문제점

### 1. 적용원칙

전술한 바와 같이 외국적 요소를 가진 사법관계에서 당사자 쌍방이 국내법의 주체인 경우이든 이 중 당사자 일방이 국제법의 주체인 경우든 그 합의는 국내법상 계약인 것이며, 이 계약에서 발생하는 분쟁은 섭외적 사법관계의 성질로 인하여 그에 적용되게 되는 법은 각국의 국내법인 것이다. 이 경우 각국은 국내적으로 섭외적 사법관계에 적용되는 법 즉, 준거법을 지정하는 법을 가지고 있으며 이를 섭외사법 또는 국제사법이라고 한다.<sup>22</sup> 따라서 당사자 일방이 어느 국가의 법원에 소송을 제기하느냐에 따라 그 분쟁해결에 적용되는 법은 달라지게 되며, 만일 당사자 일방이 자국의 법원에 소송을 제기한 경우의 적용법은 자국의 국제사법의 규정으로 정해지게 된다.

### 2. 문제점

#### 가. 국제사법과 대외민사관계법 적용의 한계

##### (1) 적용원칙

남한과 북한은 각기 내부적으로 섭외적 사법관계에 적용되는 법으로 국제사법과 대외민사관계법을 가지고 있다. 이를 보면 남한의 국제사법 제1조에서 “이 법은 외

<sup>22</sup> 사법의 저촉문제를 해결하는 것이 국제사법인 것이 분명하나, 법률의 저촉은 공법분야에서도 발생한다. 하지만 섭외적 사법관계에 적용될 사법을 지정하는 법인 국제사법의 본질상 공법의 저촉은 국제사법의 범위에서 제외된다. 김명기, 『국제사법원론』 (서울: 법지사, 2002), pp. 72~73.

국적 요소가 있는 법률관계에 관하여 국제재판관할권에 관한 원칙과 준거법을 정함을 목적으로 한다”고 규정하고 있으며, 북한의 대외민사관계법 제2조는 “이 법은 우리나라 법인, 공민과 다른 나라 법인, 공민 사이의 재산가족관계에 적용할 준거법을 정하며 민사분쟁에 대한 해결절차를 규제한다”고 규정하고 있다.

요컨대, 남한의 국제사법의 목적은 외국적 요소가 있는 법률관계에 준거법을 정하기 위한다고 하여 민·상사법률관계 모두를 포함하는 것으로 규정하고 있는 반면, 북한의 대외민사관계법은 외국적 요소가 있는 재산가족관계에 적용할 준거법을 정해 민사분쟁에 한하는 것으로 규정하고 있다.

## (2) 적용한계

남북간 인적교류확대와 함께 부수적으로 발생할 수 있는 문제 중의 하나가 남북간의 법제 차이에서 오는 신분·재산상의 문제이며, 그에 규율되는 법률관계는 사법관계인 것이다. 그러나 그 사법관계를 구성하는 요소가 남한 또는 북한에만 관련이 있는 것이 아니라 남한 또는 북한과 관련이 있는 이른바涉外적 사법관계의 성격을 갖는다.

그러나 이 같은 법률관계에 대해 남북한간의 사법관계의 안정성 확보를 위해 남한의 국제사법 또는 북한의 대외민사관계법을 준용하려면 먼저 국내적으로 남북관계에 관한 새로운 헌법해석이 필요하고 관련법령 등의 정비 내지 새로운 입법이 요구되는 것은 물론 이의 집행을 위해서는 북한과의 별도의 합의가 요구된다.

하지만 이에 앞서 그 동안 남한은 남북교류협력을 촉진하기 위하여 남한지역과 북한지역에 적용되는 특별법으로 남북교류협력에 관한 법률을 제정하면서, 남북교류협력을 목적으로 하는 행위에 관해서는 다른 법률에 우선하여 이를 적용한다고 하여 외국과의 관계에 적용되는 국제사법의 적용을 원칙적으로 배제하고 있다. 그러나 이 남북교류협력법은 내용면에서 남북간의 왕래와 접촉 그리고 교역, 협력사업 등에 관련한 허가와 절차를 규율하는 절차법에 머물고 있을 뿐, 실제로 분쟁이 발생한 경우 이를 해결하기 위한 권리·의무에 관한 사항을 규율하는 실체법으로서의 성격은 전혀 가지고 있지 않다.

반면 민사관계의 기본법으로 작용되고 있는 북한 민법 제10조는 “조선민주주의인민공화국 민법은 국제조약이나 협정으로 달리 정하지 않는 이상 공화국 영역 안에서 이루어진 모든 민사법률관계에 적용한다”는 절대적 규정을 두고 있고, 민족간 민사법률관계의 구성요소 일부가 북한에 관련이 있는 경우 대외민사관계법 제5조에 따

르면 북한 법률제도의 기본원칙을 견지하도록 하면서, 제13조에서는 그렇지 않는 경우 북한의 법을 적용한다고 하여 법적용원칙에 있어서 강한 속지주의의 성격을 내포하고 있기 때문에 대등한 관계에서의 남북경제·사회문화 교류·협력이 활성화되기 위해서는 남북은 무엇보다도 먼저 이를 완화하는 새로운 법을 마련해야 할 것이다.

이 같은 국제사법의 적용한계를 나타낸 대표적인 실례가 2004년 2월 4일 북한을 탈출하여 남한에 정착하게 된 탈북자가 북한에 있는 남편을 상대로 법원에 이혼소송을 제기한 경우이다. 문제는 현행 ‘북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률’ 제19조에 따라 탈북자가 남한에 입국한 경우 남한의 호적취득 과정에서 통일부장관과 가정법원장의 승인을 받아 혼인사실을 표시하므로 남한의 현행법상 법률상 혼인 중에 있는 사람과 다시 결혼을 하게 되면 이중결혼이 되어 현행법상 저촉된다는 점이다. 따라서 그 사람이 남한에서 다시 결혼을 하기 위해서는 먼저 이혼소송을 하여야 하는 경우가 발생하게 되고 소송을 접수한 법원 측은 북한에 있는 당사자에게 이혼청구사실을 알리지도 못하고 출석도 없는 상태에서 법적 절차를 통해 재판을 진행하게 되는 경우가 발생한 것이다.<sup>23</sup>

이 경우 법리상의 쟁점은 북한에서의 혼인의 효력이 남한에서도 법적 효력을 갖는가 하는 것과 이혼재판을 통하여 혼인관계의 해소 효력이 북한에도 미치는가라는 점이다.

이 점에 대해 서울가정법원은 북한의 가족법에 따라 혼인의 효력이 인정된 것을 남한에서 인정해야 하느냐의 문제에 대해 헌법 제3조에 비추어 북한주민도 대한민국 국민이므로 북한주민의 혼인과 가족생활도 국가가 이를 보장해야 하며, ‘북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률’ 제1조<sup>24</sup>, 제4조<sup>25</sup>, 제12조, 제19조<sup>26</sup>를 들어 북한에서의 혼인의 효력을 유효한 것으로 보았다.

<sup>23</sup> 이 문제를 현행 ‘부재선고등에관한특별조치법’에 따라 해결할 수도 있으나, 동법 제4조에 의하면 혼인에 관해 부재선고를 받은 자는 실종선고를 받은 것으로 간주하고 있으며, 이에 대해 민법 제28조는 5년간의 실종선고 기간이 만료한 경우에 사망한 것으로 간주하고 있어 혼인의 당사자는 5년간의 실종선고기간이 지나야 다시 결혼할 수 있다고 해석된다.

<sup>24</sup> 제1조는 “이 법은 군사분계선이북지역(이하 “북한”이라고 한다)에서 벗어나 대한민국의 보호를 받고자 하는 북한주민이 정치·경제·사회·문화 등 모든 생활영역에 있어서 신속히 적응·정착하는데 필요한 보호 및 지원에 관한 사항을 규정함을 목적으로 한다”고 규정하고 있다.

<sup>25</sup> 제4조 1항은 “대한민국은 보호대상자에 대하여 인도주의에 입각하여 특별한 보호를 행한다”고 규정하고 있다.

<sup>26</sup> 제19조는 “통일부장관은 보호대상자로서 군사분계선이남(이하 “남한”이라고 한다)에 본적을 가지지 아니한 자에 대하여 본인의 의사에 따라 본적을 정하고 서울가정법원에 취척허가신청서를 제출한다”고 규정하고 있다.

또한 이혼재판을 통하여 혼인관계를 해소하는 것이 가능한 가에 대하여 법원은 북한에 있는 것으로 추정되는 피고에 대하여 공식적인 방법을 통한 소송서류의 송달이 물리적으로 곤란하다는 점을 들어 향후 추완항소를 통하여 구제받을 수 있다는 전제로 소송절차를 진행한다고 하였다. 다만, 재판부는 종합적인 판단으로 현재 탈북자나 이산가족의 가족법관계와 관련하여 여러 가지 법률적 문제가 발생하고 있어 그에 대한 입법적 대비가 필요하다고 지적한 바 있다.<sup>27</sup>

따라서 북한에서의 혼인이 유효한 가에 대한 점을 법리상 해석으로만 본다면 법원은 대한민국 헌법상 북한은 반국가단체여서 북한체제에서의 혼인의 성립은 무효라고 판단해야 했다고 본다. 하지만 이렇게 될 경우 반사적으로 탈북자들이 남한호적을 취득하는 과정에서 통일부장관과 가정법원장의 승인을 얻어 호적부에 배우자를 표시하는 현행 법제가 무의미해지는 결과가 나타나기도 한다. 또한 법원의 입장대로 북한의 주민도 남한의 주민이고 국가가 이를 보호해야 한다고 하는 것은 북한에서의 혼인의 성립을 규정하고 있는 북한의 민법 제2조의 “국가는 결혼을 법적으로 보호한다”라고 하는 규정을 그대로 인정하는 결과가 되어 법리상의 모순이 나타나게 된다. 따라서 인적교류의 확대와 통일을 대비한 관련입법이 요구되는 것이다.

## 나. ‘남북사이의 상사분쟁 해결절차에 관한 합의서’상 준거법 지정의 한계

### (1) 적용원칙

2003년 체결한 남북 4대 경협합의서에서는 6·15 남북공동선언에 따라 진행되는 남북간의 경제교류협력의 성격을 나라와 나라 사이가 아닌 민족내부거래임을 확인하고 있으며, 이 중 민족내부거래를 바탕으로 한 경제교류·협력과정에서 발생하는 상사분쟁을 공정하고 신속하게 해결하기 위해 ‘남북사이의 상사분쟁 해결절차에 관한 합의서’를 채택하여 발효하고 있다.

이 합의서에서는 남북경제교류·협력과정에서 생기는 상사분쟁의 해결은 당사자간의 협의의 방법으로 해결할 것을 원칙으로 하면서, 협의의 방법으로 해결되지 않는 분쟁은 중재로 해결한다고 하고 있다. 따라서 남과 북은 이의 해결을 위한 남북상사중재위원회를 구성하고 그 기능 중 중재기능으로 ① 남과 북의 당사자 사이에 경제교류·협력과정에서 생기는 상사분쟁의 중재, 조정기능, ② 일방의 당사자와 상대방의 당국 사이에 경제교류·협력과정에서 생기는 상사분쟁의 중재, 조정기능, ③ 상

<sup>27</sup> 사건판례에 대한 정확한 번호는 당사자의 개인적 신변을 위해 생략하기로 한다.

대방의 투자자와 일방 사이에 발생하는 투자분쟁의 중재, 조정기능 등을 담당하도록 합의하고 있다.

따라서 ‘남북사이의상사분쟁해결절차에관한합의서’ 제12조는 중재판정의 준거법을 “중재판정부는 당사자들이 합의한 법령에 따라 중재판정을 한다. 당사자가 합의한 법령이 없을 경우에는 남 또는 북의 관련법령, 국제법의 일반원칙, 국제무역거래 관습에 따라 중재판정을 한다”고 규정하고 있다. 따라서 중재판정의 준거법을 ① 당사자가 합의한 법령, ② 당사자가 합의한 법령이 없는 경우 남 또는 북의 관련법령, 국제법의 일반원칙, 국제무역거래관습법을 지정하고 있다.

## (2) 적용한계

여기서 문제는 중재판정의 준거법으로 정한 ‘당사자가 합의한 법령’이란 남북거래 당사자가 거래를 위해 체결한 계약서를 지칭하는 것이 아니라, 당사자 간에 분쟁이 발생한 경우 이를 남한법에 따르느냐 또는 북한법에 따르느냐를 합의한 것을 의미하는 것으로 해석되기 때문에 분쟁해결의 법적 안정성을 확보할 수 없다는 점이다. 또한 이러한 합의법령이 없는 경우 남과 북의 관련법령이란 남한의 국제사법을 말하는 것인지 북한의 대외민사관계법을 말하는 것인지 분명하지가 않다는 점이다.

# V. 남북간 인적·물적 교류에서 발생하는 법적 분쟁해결에의 법 적용 해결방안

## 1. ‘남북준국제사법’(가칭)의 체결

### 가. 체결 필요성

일반적으로 준국제사법이란 어떤 생활관계가 불통일국법의 여러 법역의 법에 관계를 가지고 있는 경우에 있어서 어느 법역의 법 즉, 어느 지방의 법을 적용할 것인가를 결정하는 법을 말한다.<sup>28</sup> 예컨대, 연방국가에서처럼 지방에 따라 내용이 서로 다른 법을 가지고 있는 나라에서 국제사법에 근거하여 어느 지방의 법을 준거법으로 할 것인가를 정하는 이론이다. 원칙적으로 준국제사법에 있어서는 별도의 법을 제정

<sup>28</sup> 김명기, 『국제사법원론』, p. 88.

하지 않고 국제사법의 경우와 동일한 원칙에 의해서 문제를 해결하는 것이다.<sup>29</sup>

여기서 남북간 민족내부거래에서 발생하는 상사법률관계라든가 혹은 남북간 인적 교류가 해를 거듭할 수록 그 폭이 확대되어 장차 민사법률관계로 발전하게 될 경우 여기에서 발생하는 법적 분쟁이 소송으로 발전하게 되면 그 준거법을 무엇으로 할 것인가라는 문제가 발생하게 된다. 이 경우 준국제사법의 이론상으로 우리의 국제사법 또는 북한의 대외민사관계법을 민족내부거래관계에 준용하는 것을 생각해 볼 수 있으나, 이 때 문제가 되는 것은 법적용의 전제가 되는 국가와 국가간에 적용되는 국제사법 또는 대외민사관계법을 국가와 국가가 아닌 민족내부거래에 적용할 수 있는가 하는 것이다.<sup>30</sup> 만일 민족내부교류에서 준국제사법이론을 들어 남한의 국제사법을 적용한다거나 북한의 대외민사관계법을 적용한다 하더라도 이 경우는 상대방의 법체계를 인정하는 것이 될 뿐만 아니라 자본주의 법원칙·형식과 사회주의 법원칙·형식이 각기 다르므로 새로운 법적 문제가 다시 발생하게 된다.

따라서 민족내부거래 시 발생하는 법률분쟁에 대해서 남북한은 각기의 국제사법 또는 대외민사관계법을 적용법으로 할 것이 아니라 현재의 각자의 사법을 그대로 인정하면서 남북이 합의로 사안에 따라 이 지역에 적용될 남한의 법 또는 북한의 법을 결정하는 법으로 남북 사이에 적용할 가칭 ‘남북준국제사법’(또는 ‘남북법적용법’)의 제정을 고려해 볼 수 있다.

남북이 합의하여 새롭게 체결되는 이 ‘남북준국제사법’은 민족내부교류에서 발생하는 사법관계의 분쟁을 해결하기 위해 현재의 남북의 내국사법을 그대로 인정하는 가운데 이를 준거법으로 지정하는 법이라 할 수 있다. 이 같은 ‘남북준국제사법’의 제정은 다양한 교류협력의 법률관계는 물론, 북한 민법 제10조의 “조선민주주의인민공화국 민법은 국제조약이나 협정으로 달리 정하지 않는 이상 공화국령역 안에서 이루어진 모든 민사법률관계에 적용한다”고 명시한 절대적 규정을 다소 완화할 수 있다. 뿐만 아니라 북한에는 상법이 없는 가운데서 남북 거래당사자간에 발생하는 상

<sup>29</sup> 과거 동서독은 이를 ‘역간법적용법’이라는 논리를 구성, 특별히 명문의 법으로 제정하지 않고 국제사법의 원리를 준용하여 양측지역에도 그들의 법을 직접 적용하다가, 동독은 1975.12.5 별도의 국제사법인 ‘법적용법’을 제정, 적용하면서 서독과의 정치적·법적 유대를 단절하고 서독과는 다른 국가라는 점을 강조하였다. 그리고 서독은 1990.1.1부터 ‘국제사법의 새로운 규율을 위한 법률’을 제정하여 민법, 민사소송법, 민법시행령이 공통적으로 적용된다고 하였다. 제성호, “북한의 「대외민사관계법」과 남북한간 민사법률문제 처리방향,” 『통일정책연구』, 제10권 2호 (2001), pp. 248~249; 오수근, “남북한 교류에 따른 준국제사법 문제해결을 위한 이론적 연구,” 통일원, 『북한·통일연구논문집(IV)』, 국통조 90-12-93, 1990, pp. 70~72.

<sup>30</sup> 장문철, “북한의 국제사법,” 『통상법률』, 제36호, 2000, pp. 191~192.



사관계의 법률분쟁을 원활히 해결하여 남북간 사법관계의 안정성을 확보할 수 있다. 이런 점에 비추어 보더라도 ‘남북준국제사법’의 제정이 요구되는 것이다. 이 밖에도 향후 남북간 사회·문화교류 등 인적 교류가 지금보다 더욱 활성화될 경우 남북한 주민들 간에는 신분상 또는 재산상의 복잡한 민사법률관계가 형성되어 이것이 장차 법적 소송으로 발전될 가능성이 높으며,<sup>31</sup> 이의 해결을 위해 적용할 준거법을 남한의 법으로 할 것인지 또는 북한의 법으로 할 것인지에 대한 법적 절차나 방법이 전혀 마련되어 있지 않아 남북간 합의에 의한 새로운 법제정이 요구된다.

## 나. 체결 목적

### (1) 남북한 사법관계에 대한 분쟁해결의 법적 안정성 확보

북한의 대외민사관계법 제5조와 제13조는 법률관계의 법 적용원칙에 있어서 북한의 법률제도를 우선적으로 적용한다고 하는 것을 기본원칙으로 견지하고 있어 강한 속주주의의 성격을 내포하고 있기 때문에 이를 완화하는 새로운 법의 마련이 요구된다.

따라서 ‘남북준국제사법’의 제정목적은 민족간 내부거래는 물론 주민들 사이에서 발생할 수 있는 민사법률관계가 그것이 일반적인 매매계약이든 토지임대차계약이든 신분계약이든 분쟁이 발생한 경우 이의 해결을 위한 준거법을 지정해 주는 적용법을 마련함으로써 남북간 교류협력에서의 법적 안정성을 확보한다는 새로운 남북간 합의에 그 목적을 두어야 한다.

### (2) 민족교류에 대한 법적 공조

지금까지의 남북간 경제교류협력의 성격을 민족내부거래로 확인하고 있는 상황에 비추어 보면, 그것이 투자계약이든 매매계약이든 임대차계약이든 그 계약의 당사자는 남한 측에서는 사인인 회사 또는 공법인이고, 북한 측에서는 사경제주체로서의 공법인 또는 공공기관인 것이 일반적일 것이므로<sup>32</sup> 그의 법적 성격은 계약으로 보는

<sup>31</sup> 남북한간의 인적 교류확대에 대비하여 남북한 주민간 친족·상속 등 분야의 실제법적인 법률관계조정에 관한 일반규정을 두고, 이에 관한 별도의 특별법을 제정하는 방안을 적극 고려한다는 입장에서이다. 제성호, 『법·제도분야 통일인프라 실태연구』(서울: 통일연구원, 2003), p. 266.

<sup>32</sup> 북한민법상 계약은 i) 계획에 기초하는 계약과 ii) 계획에 기초하지 않는 계약으로 구분되며, 계획에 기초하는 계약은 인민경제계획을 실행하기 위한 목적의 계약으로서 그 주체는 기관, 기업소, 단체로 하고 있고(제90조), 계획에 기초하지 않는 계약은 그러한 인민경제계획이 공민들에게 잘 미치도록 하기 위한 목적의 계약으로서 그 주체에는 공민들까지 포함하고 있다(제135조). 따라서 민족내부거래의 특성상 이는 계획에 기초하는 계약에 해당한다고 볼 수 있어 그

것이 일반적이다.

또한 이른바 국영투자 내지 국영무역의 경우라 할지라도 남한은 국가이나 북한은 국가가 아닌 사경제주체로서의 공법인 또는 공공기관인 것이며, 반대로 북한은 국가이나 남한은 공법인 내지 개인인 것이므로 이 경우의 합의는 조약이 아니라 준조약인 계약이다.

따라서 남북한 간에 이루어지는 투자계약, 거래계약 또는 신분적·재산적 계약 등의 사법관계는 모두 남한에만 관련이 있는 것이 아니고 그렇다고 전부가 북한에만 관련이 있는 것이 아니다. 하지만 이를 일국의 통일된 내국적 사법관계로 간주하기에는 법리상 어려움이 있고, 또 그렇다고 이를 국가간의 외국적 사법관계로 볼 수도 없다.<sup>33</sup>

이렇듯 외국적 요소를 가진 사법관계에서 당사자 쌍방이 국내법의 주체인 경우이든 이 중 당사자 일방이 국제법의 주체인든 그 합의는 국내법상 계약인 것이며, 이 계약에서 발생하는 분쟁은涉外적 사법관계의 성질로 인하여 그에 적용되게 되는 법은 각기의 국내법인 것이고, 그 국내법은涉外적 사법관계에 적용될 내국사법 또는 외국사법을 지정하는 법을 말하며, 동시에 내국사법 또는 외국사법의 적용범위를 결정하는 법을 말한다.<sup>34</sup> 따라서 분쟁이 발생할 경우 당사자 일방이 어느 국가의 법원에 소송을 제기하느냐에 따라 그 분쟁해결에 적용되는 법은 달라지게 되며, 만일 당사자 일방이 자국의 법원에 소송을 제기한 경우의 적용법은 자국의 국제사법의 규정으로 정해지게 된다.

결국 남북간에 적용되는 새로운 준국제사법의 성격은 남북관계발전의 기본명제로서 작용할 민족내부거래는 물론 주민들간의 법률관계의 발생에 대한 보다 명확한 개념 및 법적 성질을 규명하고 적용할 수 있는 특별법인 것이다. 이는 민족내부거래나 주민들간의 법률관계의 발생에 대해 현재의 남한의 국제사법이나 북한의 대외민사관계법을 그대로 적용하는 것은 상대방의 법체계를 인정하지 않고 일방의 법만을 적용하는 경우가 되어 대등한 관계에서의 경제교류협력이 이루어 질 수 없다는 취지에서 현재의 각자의 내국사법을 그대로 두고 남북이 합의로 사안에 따라 이 지역에 적

주체는 공법인 또는 공공기관인 것이 일반적이다.

<sup>33</sup> 남북한 각기 헌법이나 관련 법률상으로 보면 한반도 전체에 대하여 각기의 영역권과 주권을 주장하여 상대방의 법제를 부인하고 있기 때문에 남북한의 사법관계의 구성요소는 어느 경우에도 내국적 사법관계에 불과한 것이 되며, 외국적 사법관계로는 볼 수 없는 것이다. 그러나 실재상으로는 그 사법관계를 구성하는 요소가 남한과 북한에 관련이 있는 것이므로 이를 전적으로 내국적 사법관계로만 볼 수는 없는 것이다.

<sup>34</sup> 김명기, 『국제사법원론』, pp. 3~4.

용될 남한의 법 또는 북한의 법을 결정하는 법으로 가칭 남북 사이에 적용할 ‘준국제사법’(또는 ‘법적용법’)을 제정하는 것이다.

## 2. ‘남북준국제사법’(가칭)의 체결 법리

분단국 내부간의 법률분쟁에 관해서는 이를 해결하는 관련 국제법규가 존재하지 않는 상황에서 이론상으로는 우리의 국제사법 내지 북한의 대외민사관계법의 준용론을 생각해 볼 수 있다. 그러나 이는 어떠한 근거에서 국가와 국가간의 준거법을 정하는 국제사법을 나라와 나라 사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 분단국으로서의 잠정적 특수관계에 있는 남북한 사이에 준용할 수 있는가 하는 본질적인 문제로 봉착되게 된다. 그렇지 않고 이 같은 문제의 해결을 위해 남북간 민사사법공조에 관한 합의를 체결하여 해결하는 방법도 있을 수 있겠으나 이는 현 단계에서 너무나 미래지향적이어서 기대하기란 어려움이 있고, 이 보다 더 어려운 문제로 남북이 현재와 같이 상호 국가성을 부인하면서 상대지역에 대해서도 자기의 법률이 유효할 수 있으므로 민사사법공조의 문제 해결은 더욱 어렵게 하는 것이기 때문에 남북 사이에 발생하는 문제의 해결을 위한 잠정적인 법적용의 이론과 법제정이 요구되는 것이다.

따라서 지방에 따라 내용이 서로 다른 법을 적용하는 나라에서 국제사법과 유사하게 한 국가 내에서 어느 지방의 법을 준거법으로 할 것인가를 정하는 이른바 지방간 법적용법(역간 법적용법) 이론을 적용하여 남북간 새로운 법을 제정하는 것이다. 이 법의 원리는 현행 남과 북의 섭외적 사법관계를 다루는 각자의 법을 직접 적용하거나 또는 이를 준용해서 적용하는 것이 아니라 남북 주민 사이에 발생한 사법관계의 법률문제에 대한 적용법을 한 국가 내에서 지방에 따라 다른 법률을 적용하는 역간 법적용법의 원리 또는 준국제사법의 원리를 발전시켜 독립된 실체적 성격의 특별법으로 제정하는 것이다.<sup>35</sup>

<sup>35</sup> 참고로 서독의 경우는 별도의 법으로 제정하지 않고 이 같은 이론을 적용하여 동서독 주민간에 발생한 민사법률문제에 대한 준거법을 정하였으며, 그 근거는 동독은 전체 독일의 일부이고 외국이 아니므로 동독지역에 적용되는 법률은 독일이라는 한 국가 내에서 지방에 따라 다른 법률을 적용하는 경우에 해당한다고 보았다. 제성호, “북한의 대외민사관계법과 남북한간 민사법률 문제 처리방향,” p. 249.

### 3. ‘남북준국제사법’(가칭)의 체결 내용

#### 가. 적용대상 및 범위

##### (1) 적용대상

‘남북준국제사법’은 남북간의 사법적 법률관계에서 발생하는 문제를 해결하기 위한 준거법을 지정하는 법이므로 그 적용대상은 남북간 경제교류·협력과정에서의 협력당사자와 나아가 남북간 주민들일 것이다. 따라서 남북 사이의 상사분쟁의 해결 절차를 다루고 있는 상사분쟁합의서에서의 적용대상인 남북 당사자 사이 또는 일방의 당사자와 상대방의 당국 사이에서 발생하는 상사분쟁의 증제가 소송으로 발전되는 것은 물론 남북 주민간에 발생하는 민사법률문제 까지도 그 적용대상으로 포함하는 것이다.

이는 우리의 국제사법과 유사한 규정으로 현행 북한의 대외민사관계법을 보면 그 적용대상을 북한 법인 및 공민과 외국의 법인 및 공민 사이의 재산 및 가족관계에 적용한다고 하고 있어 남북간 준국제사법의 적용대상을 남북간의 법인 및 주민 사이의 민사법률문제로 하는 데에는 무리가 없을 것이다.

##### (2) 적용범위

남북간에 발생하는 사법적 법률관계에서 발생하는 문제의 처리를 위해 제정되는 ‘남북준국제사법’의 적용범위는 남북간 경제교류·협력과정에서 발생하는 분쟁에만 한정할 것이 아니라 장기적 차원의 사회·문화교류·협력의 인적교류·협력과정에서 발생하는 민사법률문제로까지 확대하는 것이다. 따라서 남북간의 법인 및 주민들 간의 물권관계, 채권관계, 해상거래관계 및 친족관계에까지 적용범위를 확대하는 것이 바람직하다.

#### 나. 효력범위

일반적으로 서로의 법을 달리 하는 나라들과 관련을 갖는 사법관계를 해결하기 위해 언급되는 법적 해결방법은 ① 서로의 법을 하나로 통일하는 방법, ② 특별한 섭외적 사법관계에 적용되는 별도의 사법을 제정하는 방법, 그리고 ③ 사건에 적용된 준거법과 관할권을 정하는 법을 만드는 방법 등이다. 여기서 첫 번째의 방법은 완전한 법적 통일체가 형성되었을 경우 기대해 볼 수 있는 것이고, 두 번째의 방법

은 사법관계 중 특정분야에서 고려될 수 있는 방법이며, 세 번째의 방법은 사법일반에 관한 문제를 해결하기 위한 방법이다. 특히 이 세 번째의 방법은 재판관할권의 결정, 준거법의 선택, 외국판결의 승인 및 집행 등에 관한 영역에 집중되어 있다.

현실의 남북관계에서 볼 때, 남한은 헌법 및 국가보안법 등에 의해서 북한의 체제를 부인하고 있으므로 북한의 재판권 역시 부인하고 있으며, 북한 역시 남한의 국가로서의 체제 자체를 부인하고 있으므로 형식적으로는 남한의 재판권을 부인하고 있어 남한의 법원의 판결 효력을 인정하고 있지 않다. 그러나 이 문제는 남북교류협력이 증대되면서 상사분쟁해결절차에 관한 합의를 채택하고 있는 현시점에서 볼 때, 중재재판의 관할결정, 준거법의 선택, 그리고 판정의 승인 및 집행에 대해서 남북은 당사자의 관할 지역의 재판기관에 이행의 신청과 중재판정의 구속력을 재판기관의 확정판결과 동일하게 집행하도록 하고 있어 일반 국제사법의 이론을 그대로 따르고 있다는 점에서 효력범위에 대한 기대가 모아지고 있다.

‘남북준국제사법’은 제정목적에서도 밝힌 바 있듯이, 남북한 사법관계에 대한 분쟁 해결의 법적 안정성 확보, 남북간 사법관계의 성격 규명, 역간법적용법 이론의 발전이라는 점에 초점이 맞추어져 있으므로 남북간 준국제사법의 효력범위 역시 일반 국제사법의 이론에서와 같이 재판관할권의 결정, 준거법의 선택, 남북판결의 승인 및 집행에 그 효력범위가 모아져야 한다.

## 다. 주요내용

### (1) 목적 및 일반원칙

‘남북준국제사법’의 제정목적은 먼저 남북간 민사관계에서 발생하는 법률관계를 민족내부의 사법적 법률관계로 설정하고 남북간 사법적 법률관계에서 발생하는 당사자의 이익을 보호하며, 법적 관할권과 준거법을 지정하는데 그 목적을 두어야 한다.

이 법의 제정목적을 민족내부의 사법적 법률관계로 설정한다고 하는 것은 남북간 교류협력의 장애가 되는 남북간의 법적 제약을 미연에 방지하여 남과 북의 법령체계의 존재를 확인하는 것에 있다고 할 수 있으며, 남과 북의 법률관계가 외국간의 법률관계가 아닐 뿐만 아니라 일방적인 국내적 법률관계가 아님을 명시하는 것이라고 할 수 있다. 따라서 남북한 인적·물적 교류협력에서 발생할 수 있는 분쟁을 법적으로 해결하겠다는 의지를 밝히는 것이 필요하며, 특히涉外적 사법관계에서 나타나는 준거법의 지정과 관할을 정하는 것을 필요로 한다는 점이 강조되어야 한다.

현행 남한의 국제사법과 북한의 대외민사관계법의 목적을 보면 남한은 외국적 요

소가 있는 법률관계에 관하여 국제재판관할에 관한 원칙과 준거법을 정한다고 하고 있고, 북한은 대외민사관계에 있어서 당사자의 권익보호 및 대외경제협력과 교류를 공고히 발전시키기 위한 것이라고 하고 있다. 또한 기본원칙에 있어서는 남한은 대한민국법의 강행규정이 법률관계에 적용되어야 하는 경우에만 대한민국의 법을 적용한다고 하고 있으나, 북한은 북한의 법률제도의 기존원칙을 견지한다고 하고 있어 강한 속지주의 원칙을 나타내고 있다.

나아가 남한의 국제사법은 준거법으로 지정한 외국법이 공서양속에 반하는 경우 이를 적용하지 않는다고 하고 있으나, 북한은 북한의 법률제도의 기본원칙에 반하는 경우에 이를 적용하지 않는다고 하고 있어 준거법 지정에 반하는 이유를 명백히 하고 있지 않는 포괄적인 의미를 담고 있다.

따라서 제정되는 ‘남북준국제사법’에서는 법률의 특성상 목적범위를 민족내부의 사법적 법률관계로 한정하고, 이에 관한 법적 관할권과 준거법을 지정함에 두고 아울러 민족교류와 협력정신을 바탕으로 하는 이상 준거법 지정의 기본원칙을 민족내부교류협력에 반하는 경우에 한해서 지정된 준거법의 적용을 예외로 하는 것으로 할 필요가 있다.

## (2) 당사자

남한의 국제사법의 당사자는 법인 및 단체 그리고 자연인으로 하고 있고, 북한의 대외민사관계법은 대외민사관계의 당사자를 법인·공민으로 하고 있다. 그러나 북한민법에 의하면 법률행위의 당사자를 계획에 의한 계약의 당사자와 계획에 의하지 않는 계약의 당사자로 이분화하고 있어 지금의 남북간 경제교류·협력과정에서의 민족내부거래의 법률관계의 북측 당사자는 계획경제에 의한 계약의 당사자로서 기관, 기업소, 단체에 한정되어 있다.

따라서 ‘남북준국제사법’에서의 당사자를 지금의 민족내부거래에서의 법률관계의 당사자로 한정할 경우 자연인은 배제될 수 있다. 따라서 지금의 민족내부거래에 한정하여 당사자를 정할 것이 아니라 인적·물적 교류협력의 활성화를 예상하여 그 당사자를 법인은 물론 기업소, 단체를 포함한 자연인을 모두 포함하여야 한다. 이는 ‘남북준국제사법’의 제정목적이 민족간 내부거래는 물론 주민들 사이에서 발생할 수 있는 민사법률관계가 그것이 일반적인 매매계약이든 토지임대차계약이든 신분계약이든 분쟁이 발생한 경우 이의 해결을 위한 준거법을 지정해 주는 적용법을 제정하는 것이니 만큼 북한의 계획경제에 의하지 않는 계약의 당사자인 공민도 이에 포함

되어야 함이 당연하다.

### (3) 재산관계

#### (가) 물권관계

북한의 대외민사관계법은 물권관계의 준거법은 목적물의 소재지법을 적용하는 것을 기본원칙으로 하고 있다. 즉 점유권, 소유권 등 재산과 관련한 권리에 대하여는 재산이 있는 나라의 법을 적용한다고 하고 있다. 이처럼 원칙적으로 재산의 소재지법을 물권관계의 준거법으로 지정하고 있는 규정은 우리 국제사법이 동산 및 부동산에 관한 물권 또는 등기하여야 하는 권리는 그 목적물의 소재지법에 의한다고 한 규정과 매우 유사하다. 따라서 ‘남북준국제사법’에서도 물권관계의 준거법은 이에 따르도록 하는 것이 바람직하다.

#### (나) 채권관계

북한의 대외민사관계법에 의하면 계약의 준거법은 원칙적으로 당사자의 자치에 따라 자유로이 정하도록 하되 당사자간의 합의가 없는 경우는 행위지법 즉, 계약체결지법에 따르도록 하고 있어, 이는 우리의 국제사법과 유사하다고 할 수 있다. 또한 서로 다른 나라의 당사자들이 전보 또는 서신 등을 통해 체결한 계약의 준거법은 발신지를 행위지로 보고 있어, 이점 또한 우리의 법과 유사하다. 그리고 계약의 방식에 관해서도 행위지법에 따르도록 하고 있어 이 또한 우리의 법과 유사하다. 따라서 ‘남북준국제사법’에서도 채권관계의 준거법은 이에 따르도록 하는 것이 바람직하다.

#### (다) 지적재산권관계

북한의 대외민사관계법에서는 지적재산의 권리에 관한 준거법은 원칙적으로 북한법을 적용하도록 하고 있어 강한 속지주의 원칙에 따르고 있다. 이는 지적재산권의 보호에 대해서는 권리 자체보다는 침해문제를 중요시하고 있어 그 원칙을 침해지법에 따르도록 하고 있는 국제사회의 원칙이나 우리의 국제사법과는 시각이 다소 다르다.

따라서 ‘남북준국제사법’에서는 이러한 국제적 추세에 맞게 저작권 보호에 유리한 침해지법을 따르도록 하는 것이 바람직하다.

#### (4) 가족관계

남북분단과 전쟁을 겪은 우리로서는 남북간의 가족관계란 대단히 복잡하고 중요한 문제 중의 하나이다. 특히 남북이산가족의 재결합시 혼인과 이혼의 준거법 결정은 매우 중요한 문제로 등장할 수 있는 것이며, 실제로 남북간 인적교류확대와 함께 부수적으로 발생할 수 있는 문제 중 그 대표적인 예가 북한을 탈출하여 남한에 정착하게 된 탈북자가 북한에 있는 남편을 상대로 법원에 이혼소송을 제기한 경우이다.<sup>36</sup>

따라서 이산부부의 중혼문제라든가 탈북자 부부의 이혼문제는 본래의 혼인의 유효성을 부인하고 후혼의 효력을 인정하는 것을 원칙으로 하는 것이 현실상 타당하다고 본다. 결국 바람직한 방향은 가족관계에 관한 준거법의 지정원칙인 당사자의 본국법을 적용하는 것을 원칙으로 하되, 단계적으로 주소지법 및 밀접한 관련이 있는 나라의 법을 적용하도록 하는 방향으로 발전되어야 한다.

북한의 대외민사관계법에 따르면 혼인의 성립요건, 효력, 이혼 등에 관해서는 각 당사자의 본국법에 따르도록 하는 것을 원칙으로 하고 있으나, 이 중 특히 혼인의 효력에 대해서 본국법, 상거소지법, 가장 밀접한 관련이 있는 곳의 법으로 하고 있다는 점에서 매우 긍정적이라 할 수 있다.

그러나 이 문제는 여기서 본국법이란 국적을 기준으로 정하여지는 법이므로 남한과 북한의 본국법이라고 할 것이 아니라 이는 지역에 따라 법을 달리하는 동일 국가의 국적으로 보고 당사자와 밀접한 관련이 있는 지역법으로 정할 필요가 있다.

결과적으로 혼인의 성립요건, 효력, 이혼 등의 법률관계에 적용되는 준거법을 본국법이라 하지 않고 이를 지역법으로 하고, 단계적으로 이 지역법이 동일하지 않은 경우 부부가 같이 거주하는 상거소지법, 그리고 부부의 거주지가 다른 경우는 부부와 가장 밀접한 곳의 법으로 하는 것이 바람직하다고 볼 수 있다. 또한 혼인의 방식에 대해서는 우리와 북한이 다소 일치하는 것으로 보아 이를 혼인거행지법에 의한다고 하는 것이 타당하다고 본다.

<sup>36</sup> 이 문제를 현행 ‘부재선고 등에 관한 특별조치법’에 따라 해결할 수도 있으나 동법 제4조에 의하면 혼인에 관해 부재선고를 받은 자는 실종선고를 받은 것으로 간주하고 있으며, 이에 대해 민법 제28조는 5년간의 실종선고 기간이 만료한 경우에 사망한 것으로 간주하고 있어 혼인의 당사자는 5년간의 실종선고기간이 지나야 다시 결혼할 수 있다고 해석된다.



## (5) 분쟁해결

### (가) 재판관할

우리의 국제사법은 당사자 또는 분쟁이 된 사안이 대한민국과 실질적 관련이 있는 경우 재판관할권을 갖는다고 규정하여 재판관할권에 대해 포괄적으로 규정하고 있다. 북한의 대외민사관계법은 우리처럼 이를 포괄적으로 규정하지 않고 이를 세분화하여 재산관계, 가족관계, 비송사건의 관할로 구분하고 있다.

재산관계에 대해서는 당사자들이 합의로 정하도록 하는 합의관할을 원칙으로 인정하면서 부분적인 경우에 해당할 때에는 북한이 관할권을 갖는다고 하고 있다. 또한 가족관계에 대해서는 예외 없이 북한이 관할권을 갖는다고 하고 있다. 그리고 비송사건의 관할에 대해서는 이를 4개의 요건을 들어 재판 또는 중재를 거부하거나 중지한다고 하고 있다.

따라서 ‘남북준국제사법’에서의 재판관할에 대해서는 민족내부거래와 주민들간의 분쟁이 된 사안에 관하여 당사자의 합의에 의한 재판관할권과 법원은 실효적 판단을 할 수 있는 사항에 대해서만 관할권을 갖는다고 인정해야 한다. 이는 일반적으로 국제적 재판관할은 서면에 의한 합의에 의해 정해진다는 경향을 그대로 따른다는 목적 이외에도 남북간 특수상황에서 일방적 내지 복종적 관할을 인정하는 것은 남북관계 발전에 크게 도움이 되지 않는다는 취지와 상사분쟁해결절차에 관한 합의서에서 중재재판의 관할결정에 대해서 당사자의 서면합의에 의해 이를 정한다는 취지를 살려 분쟁의 사항에 대해 당사자들의 의사를 존중하는 한편 법원은 분쟁사항에 대한 법적 실효성을 확보할 수 있는 사항에 대해서만 관할권을 가지는 것으로 할 필요성이 있다고 본다.

### (나) 판결의 승인 및 집행

우리의 국제사법은 외국판결의 승인 및 집행에 대하여 직접적인 규정을 두고 있지 않고, 이를 민사소송법에 규정하여 외국판결의 성립이나 내용에 대해 이를 다시 검토하지 않고 그대로 승인하는 규정을 두어 이를 해결하고 있다. 이에 대해 북한은 대외민사관계법으로 이를 직접적으로 규정하고 있으며, 원칙적으로 국가간의 합의가 있는 경우에만 승인할 수 있으며, 그 집행에 대해서도 이에 준해서 적용한다고 하고 있다.

따라서 ‘남북준국제사법’에서는 남한과 북한의 법원이 내린 판결의 승인과 집행에 대해서는 상사분쟁해결절차에 관한 합의서에서의 판정의 승인 및 집행이 남북 당사자의 관할 지역의 재판기관에 집행의 신청과 중재판정의 구속력이 있는 것으로 인정

하여 재판기관의 확정판결과 동일하게 집행하도록 하고 있다는 취지를 그대로 존중하여 이행 관할지역의 재판기관에 이행의 신청 및 승인 집행을 인정하도록 해야 할 것이다.

## VI. 결 론

남북간 4대 경협합의서의 체결·발효로 남북간에는 통상관계는 수립되었으나, 상호 국가로 승인하는 어떠한 선언 내지 합의서, 조약 등이 체결되어 있지 않으므로 남북간 기본관계는 아직 수립되어 있지 않다. 이 같은 상황 하에서 남북간 거래당사자간의 계약이 투자계약이든 매매계약이든 임대차계약이든 그 계약의 당사자는 남한측은 사인인 회사 또는 공법인이고, 북한측은 사경제주체로서의 공법인 또는 공공기관인 것이 대부분일 것이므로 그의 법적 성격은 계약인 것이 일반적일 것이다. 또한 남북한간에 이루어지는 투자계약, 거래계약 또는 신분적·재산적 계약 등의 사법관계는 모두 남한에만 관련이 있는 것이 아니고 그렇다고 전부가 북한에만 관련이 있는 것이 아니므로 그에 규율되는 법률관계는涉外적 사법관계의 성격을 띠고 있다고 보아야 한다.

현재 남북이 국가와 국가가 아닌 특수한 관계 하에서 남북 거래당사자간 인적·물적 교류에서 법적 분쟁이 발생한 경우 이의 해결을 위해涉外적 사법관계에 적용되는 법으로 남한의 국제사법 또는 북한의 대외민사관계법을 사인간의 거래에 적용할 수 있는가 하는 것이다. 만일 민족내부교류에 준국제사법이론을 들어 남한의 국제사법을 적용한다거나 북한의 대외민사관계법을 적용한다면 이는 결국 상대방의 법체계를 인정하는 것이 될 뿐만 아니라 자본주의 법원칙·형식과 사회주의 법원칙·형식이 각기 다르므로 새로운 법적 문제가 다시 발생하게 된다.

또한 2003년 체결한 남북 4대 경협합의서는 경제교류·협력과정에서 발생하는 상사분쟁을 공정하고 신속하게 해결하기 위해 남북이 채택한 ‘남북사이의상사분쟁해결절차에관한합의서’를 남북간 물적 교류에 적용할 경우, 여기의 중재판정의 준거법으로 정한 ‘당사자가 합의한 법령’은 남북거래당사자가 거래를 위해 체결한 계약서를 지칭하는 것이 아니라, 당사자간에 분쟁이 발생한 경우 이를 남한법에 따르느냐 또는 북한법에 따르느냐를 합의한 것을 의미하는 것으로 해석되기 때문에 분쟁해결의 법적 안정성을 확보할 수 없다는 문제가 발생한다. 나아가 이러한 합의법령이 없는

경우 동 합의서에는 ‘남과 북의 관련법령’을 지정하고 있으나 이것이 남한의 국제사법을 말하는 것인지 북한의 대외민사관계법을 말하는 것인지 분명하지가 않다는 문제점을 가지고 있다.

따라서 민족내부거래시 발생하는 법률분쟁에 대해서 남북은 상호 합의로 사안에 따라 이 지역에 적용될 남한의 법 또는 북한의 법을 결정하는 법으로 가칭 ‘남북준국제사법’을 새롭게 체결할 필요성이 있음을 제시해 본다.

남북이 합의하여 새롭게 체결되는 이 ‘남북준국제사법’은 민족내부교류에서 발생하는 사법관계의 분쟁을 해결하기 위해 현재의 남북 각기의 내국사법을 그대로 인정하는 가운데 이를 준거법으로 정하는 법이라 할 수 있다.

이를 계기로 점차 국내적으로는 통일과 관련한 법제의 정비가 시급히 요구된다는 점을 더불어 제시해 본다.

성문법주의를 채택하고 있는 우리나라에서는 성문법의 효력순위를 헌법을 최상위의 법으로 하여 그 다음이 법률, 명령·규칙, 자치법규 등으로 정해 놓고 있다. 여기서 특히 법률은 권리·의무의 성질, 종류, 내용은 물론 권리·의무의 발생, 소멸 등의 실제적인 사항을 규율하는 실체법과 권리·의무의 실제적인 사항을 구체적으로 실현하는 절차를 규정한 절차법으로 구분된다.

통일과 관련된 현행법령을 분류하면 헌법을 정점으로 하여 실체법으로서 국가보안법, 절차법으로서 남북교류협력법, 그리고 북한이탈주민법, 통일교육지원법, 남북협력기금법 및 4대경협합의서 등이 있다. 이 외에도 남북공동성명, 남북기본합의서, 남북공동선언이 있으나 이는 정치적 선언 또는 신사협정에 머물고 있다. 또 남북공동선언 이후 남북간에는 여러 가지 합의서를 채택하고 있으나, 이 합의서가 효력을 발생하기 위해서 필요한 국내적 변형절차 즉, 국회의 비준동의를 거치지 않아 이는 국내법상 명령·규칙과 동일한 효력이 인정될 뿐 법률로서는 존재하고 있지 않다.

실사 남북간 여러 합의서가 명령·규칙과 같은 효력을 갖는다 할지라도 명령을 발령하는 기관에 따라 그것이 대통령령인지, 총리령인지, 부령인지의 구분이 현재 모호하다. 뿐만 아니라 그 내용에 따라 법률의 내용을 시행하기 위해 필요한 사항을 정하는 집행명령인지 법률에서 일정한 범위를 정하여 위임한 사항에 관하여 세칙을 규정하는 위임명령인지의 구분도 현재로서는 확실치가 않다.

따라서 현재의 대북교류법령과 향후 제정되게 될 후속법령, 남북간 세부합의서 등 통일관련 법령을 체계적으로 구분하여 이의 효력순위를 정하기 위해서는 먼저 남북간의 기본관계와 통상관계와 관련된 법률의 최상위 규범의 마련이 절실히 요구되는 것이다.

이렇게 볼 때, 헌법을 기초로 하여 남북이 1992년 이미 합의한 남북기본합의서를 통일관련 법령의 기본법으로 정하고, 그에 대한 세부적 법률이 정비 또는 제정될 때만이 그에 따르는 시행령과 시행규칙은 물론 관련 특별법을 사항별로 정리할 수 있다. 또한 기존의 체결된 수많은 남북간 합의서가 법률로 존재하는지 아니면 명령·규칙으로 존재하는지 그리고 당해 명령·규칙이 집행명령·규칙인지 위임명령·규칙인지의 구분을 명확히 할 수 있기도 하다.

요컨대, 남북간 인적·물적 교류에서 발생하는 법적 분쟁의 적용법을 마련하기 위해 남북간 합의에 의한 ‘남북준국제사법’의 체결을 통해 남북간 사법 공조라는 새로운 목표달성과 함께 내부적으로는 통일관련 법령의 효력순위 결정이라는 법령체계의 정리를 통해 법제의 혼선을 방지하여 장차 남북교류의 활성화와 발전시대에 상응하는 법제 인프라 구축의 필요성을 강조해 본다.