

南北韓 法(學)體系의 比較와 統合*

朴 秀 赫**

- I. 서언
- II. 남북한 법질서 비교
- III. 남북한 법통합의 일반론과 동서독의 비교
- IV. 남북한 법(학)의 통합의 원칙
- V. 통합법의 내용
- VI. 결어 및 제언

I. 서 언

제 1차 연도와 제 2차 연도의 연구를 통하여 우리는 북한 법(학)이 Marx-Lenin주의 법체계와 이론에 뿌리를 둔 사회(공산)주의 법(학)에 속하나, 그 발전 과정에서 주체사상 등 정치적·경제적·사회적 현실에 영향을 받아 변화된 모습을 보이고 있음을 알게 되었는데, 자본주의에 바탕을 두고 있는 남한 법(학)과 다르다.

그럼에도 불구하고 남한과 북한은 혈연·역사·언어 등을 같이하는 분단체제인 바, 남한의 법(학)과 북한의 법(학)은 각각의 법학이 이론과 체계가 다르다 할지라도 동화·통합되어야 하겠고, 이를 위하여 상이점을 연구·제시하여야 하겠다. 이는 앞으로 전개될 통일한국에 대

*본 연구는 1998년도 한국학술진흥재단 인문·사회과학분야 중점영역연구비 지원에 의한 것임.

**서울시립대학교 법학과 교수

비하여 미래의 통일한국이 실현하여야 할 바람직한 법질서를 수립해 두는 것이 무엇보다 중요한 일이라 생각된다.

II. 남북한 법질서 비교

1. 헌법질서

우리나라를 비롯한 이 지구상의 현존하는 모든 분단 국가는 한쪽의 서구민주주의(자본주의)체제와 다른 쪽의 사회(공산)주의 체제로 구별되어 분단되어 있다. 그러나 이들 헌법이 규정하고 있는 기본원리는 서로 다른 바, 이를 간단히 살펴보면 다음과 같다.¹⁾

첫째, 남한은 민주공화국이다(제1조 제1항). 이것은 남한의 국가형태를 규정한 것이다. 이에 대하여 1979년 개정된 북한 헌법은 제1조에서 북한을 자주적인 사회주의국가라고 규정하고 있다(민주공화제와 사회주의적 민주주의).

둘째, 남한의 헌법은 「주권은 국민에게 있고, 모든 국가권력은 국민으로부터 나온다」라고 규정(제1조 제2항)하면서 국민주권주의의 원칙을 선언하고 있다. 반면에 북한의 헌법은 「주권은 노동자, 농민, 근로인테리와 모든 근로인민에게 있다. 근로인민은 자기의 대표기관인 최고

1) 분단국의 헌법적 기본질서 일반에 관하여는 Park Soo-Hyuck, *Verfassungssysteme in zweigeteilten Korea und die Grundzüge einer Einheitlichen Verfassung im Falle der Wiedervereinigung*, 105~301면, 박수혁, “분단국의 헌법질서와 그 통일에의 전망”, 「국가발전의 사회과학」(雪峰鄭熙影 박사 회갑기념논문집), 1987, 201~222면; 분단국 특히 과거 동서독일의 헌법질서의 비교에 관하여는 Bundesministerium für innerdeutsche Beziehungen(편), *BRD-DDR System Vergleich 2 : Recht*, 1972, 32면이하; Georg, Brunner, *Einführung in das Recht der DDR* 등 참조바람.

인민회의와 지방 각급인민회의를 통하여 주권을 행사한다」고 선언(제4조)함으로써 근로자주권주의를 선언하고 있다(국민주권주의와 근로자주권주의).

셋째, 남한의 헌법은 간접적인 대의민주주의를 중요한 원칙으로 규정(제40조, 제66조, 제101조)하고 있다. 국민은 국가의 권력을 원칙적으로 선거를 통하여 행사하며(제41조), 예외적으로만 국민투표(제72조)를 통한다. 그러나 북한은 그들의 헌법(제12조)과 노동당헌에서 인민민주주의독재를 강화한다고 규정하고 있다. 그밖에 북한은 헌법상의 이념으로서 사회주의(공산주의)의 실현(제9조)과 소위 주체사상(제3조)을 선언하고 있다(대의민주주의와 인민민주주의 독재).

넷째, 남한 헌법은 「정당의 설립은 자유이며, 복수정당제는 보장된다」고 규정하여 복수정당제와 아울러 정당의 설립과 활동의 자유를 보장하고 있다(제8조). 그러나 북한 신헌법은 「공민은 언론, 출판, 집회, 결사의 자유를 가진다. 국가는 민주주의적 정당, 사회단체의 자유로운 활동조건을 보장한다」라고 규정하여 복수정당제와 정당의 자유로운 활동을 보장하고 있다 (복수정당제와 사회주의적 다당제).

다섯째, 남한은 엄격한 권력분립 원칙(제40조, 제66조, 제101조)에 입각함으로써 국민의 자유와 평등을 확보하기 위하여 국가권력 상호간에 상호견제와 균형의 원리를 도입하고 있다. 이에 대하여 북한은 민주주의의 기본원리인 국가권력기관 상호간의 권력분립 원칙을 배제하고 있다 (권력분립주의와 권력집중주의).

여섯째, 남한의 정부형태는 서구민주주의 정부형태의 하나인 대통령제를 채택하고 있는데 대하여, 북한은 주석(총비서)형 헌법형태에 입각한 전체주의적 독재체제 내지는 노동당의 일당독재의 정부형태에 입각하고 있다(대통령 정부형태와 전체주의적 독재체제).

일곱째, 한반도의 남쪽은 지방자치가 헌법의 기본원칙이다(제117조). 그러나 북한은 「조선민주주의 인민공화국에서 모든 국가기관은 민주주의 중앙집권제의 원칙에 의하여 조직되며 운영된다」고 규정하여 국가조직의 중심원리로서 민주주의 중앙집권제를 선언함(제5조)으로써 일찍부터 지방자치가 존재할 여지를 없애버렸다(지방자치제와 민주적 중앙집권주의).

여덟째, 남한의 헌법은 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중하는 사회적 시장경제주의를 경제질서의 기본으로 하고 있다(제119조). 이에 대하여 북한 헌법은 그들의 경제질서가 「사회주의적 생산경제」(제19조)이고, 생산수단은 국가와 협동단체만이 소유한다(제20조)라고 하는바 이는 계획경제주의를 선언하고 있다. (사회적 시장경제주의와 계획경제주의)

2. 민사법

1) 북한민사법의 특징

북한 민법의 기본원칙으로는 생산수단에 대한 사회주의적 소유의 원칙, 사회주의 공공재산보호의 원칙, 중앙집권제 원칙, 사회주의 공공재산 우선의 원칙, 노동자의 단결 및 협조를 보장하는 원칙, 법적 규율보장의 원칙. 그밖에 근로자들의 동지적 단결과 호상협조를 보장하는 원칙과 법적규율보장의 원칙이 있다.

분야별 특색으로는 첫째, 민법전의 체계상의 특색. 둘째, 총칙편상의 특색- 민사관계의 당사자로서 합영회사를 명문화한 점. 행위능력을 완전행위능력자, 제한행위능력자 및 행위무능력자로 구분하고 있는 점, 시효규정을 둔 점. 셋째, 소유권을 국가소유, 협동단체소유 및 개인소유로 나누고 있고, 생산수단의 사적소유를 금하고 있는 점. 넷째, 채무법

을 민사책임이라는 하나의 장속에 채무불이행책임과 불법행위책임을 모두 포함시켜 일원화하고 있고, 계획적 계약의 수를 크게 줄이고 있다.²⁾

북한의 구체적 법률관계는 주권을 장악한 계급이나 사회적 집단의 요구가 구현된 법률적인 사회관계이므로 사회계급적·정치적 성격을 갖게 된다고 한다. 따라서 사회주의민사법률관계는 "근로인민대중의 자주성을 위한 사회주의정치적 산물"이며, 사회주의민사법률관계의 사회정치적 성격을 엄격히 하는 두 가지 측면은 생산수단에 대한 사회주의적 소유권의 강화와 개인소유권의 사회주의적 근로자들의 소비적 목적에의 국한이라고 하였다. 또 "생산수단에 대한 사회주의적 소유를 기본원칙으로 규제하는 사회주의민법은 모든 근로대중에게 자기의 물질문화적 수요를 보장하기 위한 다양한 민사법률관계에 들어서게 된다"고 강조하고 있다. 여기서 북한은 이러한 사회계급적·정치적 성격의 사회주의적 민사법률관계에 비해 당사자평등·계약의 자유 등에 입각한 자본주의 민사법률관계를 자본가계급의 이익을 위한 부르조아정치의 도구에 지나지 않는다고 한다. 나아가 이른바 '사회주의권의 붕괴'는 '소유의 다양화'라는 구호 하에 개인에게 생산수단에 대한 소유권을 방대하게 인정함으로써 결국 사회주의 민사법률관계의 사회정치적 성격의 변질을 가져옴으로써 비롯되었다고 주장한다. 이에 북한은 민사법률관계에서 사회주의적 원칙의 고수에 따른 우리식 사회주의의 옹호를 강조하고 있는데, 이는 사회주의에 입각한 북한체제의 수호를 의미하는 것이다.

이러한 북한의 주장은 자본주의민사법률관계에 대한 비판과 남한민법에 대한 비판으로 이어진다. 즉, 자본주의민법원리로 표방되고 있는 정치와 경제의 분리, 소유권의 절대적 권리성, 계약의 자유 등은 생산

2) 상세히는 세종연구소(편), 북한법 체계와 특색, 253면~334면 참조 바람.

수단의 사적 소유에 기초한 법률관계를 규율하는 원리로서 자본주의의 현실을 왜곡한 것이라는 비판은 자본주의원리에 입각한 남한민법에도 그대로 적용된다. 따라서 자본주의와 사회주의의 이념의 대립 하에 있는 남북한민법은 본질적으로 그 원리면에서의 차이를 보이고 있다.

2) 남북한 민사법의 비교

위에서와 같이 북한민법은 남한에서 이해하고 있는 일반적인 민법의 개념 및 내용과 비교할 때 차이점을 찾아볼 수 있다.

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

둘째, 구성면에서 남한의 민법은 재산법 분야뿐만 아니라 친족·상속법 분야도 규정하고 있으나, 북한의 민법은 재산법분야만을 규정하고 친족·상속법분야는 「가족법」을 단일법전화 하여 따로 규정하고 있다. 북한은 이에 관하여 “사회주의민법은 가족관계에서 주되는 것이 인격적 관계라는 입장에서부터 그것을 민법에서 규제하지 않고 독자적인 법, 가족법에서 규제한다”고 하여 자본주의민법과의 차이를 설명한다.

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. 다시 말해 북한민법은 상법 및 경제법에 해당하는 분야를 포함한 넓은 내용을 포괄하고 있다.

이러한 차이에도 불구하고 남북한 민법의 대비는 전혀 불가능한 것

은 아니며, 다음의 측면에서 그 공통점을 찾아볼 수 있다. 북한민법의 편별은 남한민법도 같이 독일식의 편별을 취하고 있다고 할 수 있다. 즉, 북한민법의 편별은 1964년의 구소련의 민법전체계를 답습하고 있는 것으로 결과적으로 독일식의 이른바 판덱텐체계에 의한 것이다. 이는 남한민법도 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.³⁾

3. 형사법

1) 북한형사법의 특징

북한형사법의 특징을 요약하여 제시하면 첫째, 현행 형법(1987)은 반혁명적 범죄를 폐지하고, 반국가적 범죄만을 규정함으로써 이데올로기적 정치형법적 색채를 띄고 있다. 둘째, 유추적용제도에 대하여 비교적 자세한 제약규정을 둬으로써 형법의 민주성이 조금 개선되었다. 셋째, 법의 소급효를 금지하는 규정으로 전환하였다. 넷째, 개별적인 범죄구성요건에서 법정형을 완화하였다. 다섯째, 개정형법이 경제관계와 정치도구로만 생각되는 사회주의 법시각을 벗어나지 못하고 있기 때문에 인간존중형 형사법으로의 개선이 요망된다.⁴⁾

2) 남북형사법의 비교

형법이 일반적으로 체제방어적 기능을 한다는 점에서 볼 때, 남한과의 상이한 이념과 체제하에서 남한과 북한의 형법의 체계와 운용의 차이는 필연적이라 할 수 있다. 남한 형법은 자유민주주의의 이념적 토

3) 문준조, 남북한 기본합의서 이행에 대비한 법제 정비방안연구, 16면 이하.

4) 세종연구소(편), 앞의 글(3), 175면~212면.

대 위에서 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 프롤레타리아 독재의 실현을 그 특성으로 하고 있다. 이에 따라 한국 형법이 법치국가 이념에 따라 국가와 사회의 가치체계를 보호할 목적 하에 사회체제 내에서 승인된 법의 질서를 보호하고 사회질서를 확립하는 것을 주된 기능으로 삼고 있는데 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.

첫째, 남한형법은 개인의 자유를 보장하는 보루로서 죄형법정주의를 형법해석의 기본원리로 삼고 있는데 비해, 북한형법은 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 징표 기능을 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 인정하며, 미수범의 형은 기수에 비해 형을 감면하고 있다. 이에 비해 북한 형법은 준비(예비)와 미수를 기수의 경우와 동일한 조항에 의해 처벌하도록 함으로써 범죄완성의 단계에 따라 각각 형식

적으로 차등을 하여 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 국가의 범죄에 대한 법률상 효과로서 범죄자에 대하여 그의 책임을 전제로 과하는 법익박탈로 이해하는 토대위에 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 범죄종류의 축소, 형벌의 완화 등 1974년 형법상 비민주적인 요소를 완화하였지만, 여전히 근대 형사법원리와 거리가 먼 규정들을 포함하고 있다.⁵⁾

5) 문준조, 앞의 글, (주3), 11면.

4. 북한상사법제 및 대외경제법제의 특징

북한법분야에서 상사법의 존재여부의 판단은 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 북한법 분야에서의 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 기업합영과 합작의 장려조항(제37조)을 신설하였으며, 1998년 헌법에서 '특수경제지대'에서의 기업창설운영을 장려하는 대목을 추가하였다(제37조). 이러한 헌법적 근거에 따라 북한에서 대외경제 개방법제 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.⁶⁾

6) 문준조, 앞의 글, (주3), 13면.

Ⅲ. 남북한 법통합의 일반론과 동서독과의 비교

1. 남북한의 헌법통합

1) 의의

남북한 법률통합은 남북한을 하나의 법체제로 포괄하는 방대한 작업으로 통일의 법률적 완성이라 하겠다. 이는 통일과정의 전개양상에 따라 다르다.

점진적 통합의 경우 각 과정에 상응하는 통합방안이 남북한 당국의 협의 결과에 따라 도출될 것이다.

북한 체제가 급격히 붕괴하는 급변통합에 있어서는 원칙적으로 대한민국의 법질서를 북한지역에 확장·적용한다. 다만, 북한 주민의 법적 안정성 유지를 위한 경과조치가 필요한 형태이다. 그러나 어느 경우이든 큰 차이는 없다고 할 것이다.

독일의 경우가 남북한에 교훈이 될 수 있는가에 대하여는 사정이 다름으로 더 이상 교훈이 될 수 없다는 견해가 있다. 그러나 독일통일이 헌법과 동서독은 유사 측면 많은 법과 법치주의를 준수하였고, 남북한에의 독일 선례적용은 여전히 유용하다고 하겠다.

2) 통합과정

① 북한의 공산주의 일당 독재가 무너지고 사실상 무정부상태가 도래하면 남한과 자유우방국가들은 연대를 꾀하고 아울러 통일협약을 체결하도록 노력하여야 할 것이다.

② 북한에 과도개혁정권이 등장하면 그 과도개혁정권과의 통일협상이

순탄하지 아니할 경우 우리의 일방적인 개혁프로그램을 관철시켜야 할 것이다.

③ 북한이 위기타개책으로 전쟁을 선택할 경우 북한을 자유화한 후 효과적인 절차를 거쳐 남북 헌법통합이 실현될 수 있을 것이다.

2. 동서독의 법통합

1) 과정

동서독에 있어서는 법통합의 과정을 세 단계로 나누어 살펴볼 수 있다.

첫째 단계는 1989년 10월의 동독의 민주화 혁명 이후 1990년 7월에 발효된 국가조약에 의한 통화동맹의 성립까지이다.

이 단계에서는 동독이 스스로 민주화혁명을 하였기 때문에 자체적으로 체제전환을 위한 여러 가지 입법적 조치를 단행하였다. 여기에는 물론 서독 정부의 뒷받침이 컸다. 그리하여 동독에서는 동독헌법 제1조의 공산당의 지도력 역할을 규정한 문구도 삭제하였고 광범위한 개정작업을 진행하였다.

둘째 단계는 통화동맹 성립 이후부터 통일조약이 발효된 90년 10월 까지이다.

이 단계에서는 동서독이 서독 마르크화를 단일 통화로 하는 통화 동맹을 맺어 경제 공동체를 실현하였고, 또 이러한 통화동맹에 따라서 동독은 여러 가지 경제적 혜택을 많이 보게 되었다. 이 통화동맹 창설을 위한 전제조건으로써 서독에서 제시한 동독측에 대한 자유주의, 민주주의, 법치국가주의, 사회적 기본질서 등을 동독측이 대폭 수용함으로써 이러한 동서독의 법률통합이 급진적으로 이루어지게 되었다.

셋째 단계는 통화동맹성립에서부터 통일조약 발효 이후까지이다.

이 단계에서는 90. 10. 3 발효된 통일조약에 의해서 독일통일이 실현

되고 법의 동화작업이 본격화되었다. 통일조약상 법의 동화에 관한 일반원칙은 첫째, 통일조약 제8조로써 서독연방법은 원칙적으로 동독지역에 확장 적용된다. 둘째, 통일조약 제9조 1항으로써 구동독법중 연방기본법상 주법에 해당하는 것은 일정한 전제하에 즉 기본법이나 연방법, EU법에 어긋나지 않는 한 주법으로써 계속 적용한다. 셋째, 통일조약 제9조 제1항으로써 동독법중 조약 제2부속서에 열거된 것은 동독지역에서 계속 유효하다.

2) 내용

(1)헌법통합

통일조약에 의하여 기본법에 많은 수정이 있었다. 그 내용은 기본법을 동독지역에 확장, 적용한다는 선언과 기본법 전문을 개정하여 새로 편입된 독일의 동독지역의 5개주를 열거하였고, 기본법의 과도적 성격을 표현한 종전의 문구를 삭제하여 독일통일의 완성을 천명하였다.

또 독일통일의 헌법적 근거가 되었던 기본법 제23조는 그 존재 목적이 달성되었고, 또 국제정치적으로도 다른 지역이 연방가입의 형식으로 독일 영토로 될 수 없음을 명백히 하기 위해서 폐지하였다.

기본법 제143조를 신설하여 동독법은 그 내용이 기본권의 본질과 연방질서를 해치지 않는 한, 동독지역에서 기본법과 내용상 차이를 두어도 적용이 가능하도록 함으로써 동독의 낙태허용 기준 같은 것이 계속 적용될 수 있는 근거를 마련하였다.

또 과거 소련 점령당국의 재산몰수처에 대한 원상회복을 인정하지 아니한다는 조항을 둬으로써 소련과의 합의에 의한 문제에 헌법적 위헌문제가 발생하지 않도록 하는 조치도 취하였다. 그 외에 연방상원의 투표권 조정이라든지 구동독의 채무승계, 동독지역 재정에 관한 조항 등의 많은 개정이 있었다.

(2) 민사법통합

연방민법은 통일조약 제8조에 따라 원칙적으로 연방민법이 독일전역에 확장 적용되도록 되었고, 동독지역에 대하여 민법총칙, 채권, 물권, 친족 상속 등 각 분야에 관한 경과규정을 설치하였다. 예를 들면, 동독지역에서의 행위무능력선고효력, 사단재단설립의 효력과 같은 것들이 어떻게 될 것인가에 대한 경과규정을 두고 있다. 민사소송법 분야에서도 역시 통일조약 제8조에 따라서 연방민사소송법이 독일 전역에 적용되고, 동독지역에 존재하는 다른 종류의 법원조직과의 조정 등에 관한 한시적 절차조정 규정이 시행되었다.

(3) 상사법통합

상사법 통합분야는 통일조약 이전에 이미 통화동맹의 근거가 된 국가조약에 의해서 많은 통합이 이미 이루어졌다. 즉, 중앙집권적 중앙계획 경제원리의 폭이라든지, 효율적 자유 경쟁체제를 도입한다든지 하는 많은 부분이 통일조약이 발효되기 이전에 성립되었다. 다시 말하여 독일은 경제적으로는 이미 그전부터 통일이 많이 가속화되었다. 통일조약에 따라 상사법분야에 대한 연방법 적용이 더욱 확대되어서 통합이 이루어지게 되었다.

(4) 형사법통합

연방형법 분야에서도 역시 서독형법이 동독지역에 확장 적용되고 이에 대한 예외조항을 제1부속서와 제2부속서에 두도록 되어 있었다. 그 내용을 보면 제1부속서의 서독형법의 개선정비부분에 관하여는, 통일조약상 서독형법의 동독지역에의 적용이 배제되어 동서독 지역간에 준거법 충돌사건이 발생하는 경우에는 원칙적으로는 행위지법이 적용된

다. 이른바 지역간 형법이론에 따르는 것인데, 서독에서는 낙태죄가 상당히 강하게 처벌되었고, 동독지역에서는 태아가 12주 이하인 경우에는 아주 넓게 낙태가 허용되고 있었다. 그래서 서독지역에서 동독지역으로의 낙태 여행이 유행하였는데, 이를 서독형법에 따라서 처벌할 것인지 아니면 동독형법을 적용해서 처벌하지 않을 것인지 문제되었다. 이를 지역간 형법이론의 문제로 파악하여 동독형법을 적용해서 행위지법인 동독형법을 적용하여 처벌하지 않는다는 결론을 내렸다.

통일전 동독에서 행하여진 범죄에 대하여는 서독형법에 따라 처벌이 경한 법률우선원칙을 적용하였다. 다만, 당해 범죄에 대하여 통일전에 이미 서독형법에 의하여 처벌할 수 있었던 경우에는 통일 후에도 계속하여 서독형법을 적용하도록 하는 예외적용을 두었다. 이는 그후 동독의 집권층에 대한 정치적 가해자 처벌에 관한 서독형법을 적용하는 근거가 되는 조항이 되었다.

동독형법이 계속 발령되는 특별규정에 관해서는 서독형법상 대응규정이 없는 일부 규정이 있었다. 예를 들면, 환경법상 토지오염에 대해서 처벌을 행하는 부분이라든지, 복권법, 법관독립 침해죄 같은 부분은 상당히 진보된 법규정이다. 이런 인정을 받아서 동독지역에 계속 적용하도록 되어 있었다. 동서독간 대응규정이 있지만 동독주민의 법감정에 상응한다는 이유로 서독규정이 배제되고 동독규정이 적용되는 경우가 있었다. 예를 들면 성범죄관련 규정이라든지, 낙태허용규정, 인간성에 반한 범죄의 시효배제규정 등이 그 예이다.

형사소송법 분야도 역시 연방형사소송법이 독일 전역에 적용되고, 동독지역에 존재하는 다른 종류의 법원 조직과의 조정 등에 관한 한시적 절차 규정이 시행되었다.

IV. 남북한 법(학)의 통합의 원칙

1. 대원칙

남한의 실정법을 북한지역에 확장·적용한다.

2. 헌법통합

1) 새로운 통일헌법 제정의 경우

이는 북한과 협상을 통하여 통일헌법을 새로 제정하는 방식이다. 이 방식에 의하면 결국 통일은 헌법제정권력의 발동을 통하여 이루어지게 된다. 이 방식은 남북협상의 기본원칙인 상호주의 원칙에 부합되고, 법리적으로도 매우 자연스러우며 아주 이상적인 방안이라 하겠다. 다만, 헌법제정권력의 발동방법과 절차의 분리로 인하여 통일상황이 현실적으로 급박하게 도래할 경우, 헌법적 대응이 쉽지 않고 통일지연을 초래할 수 있다는 우려 등 단점이 있다.

2) 현행 헌법개정 경우

이는 현행 헌법을 개정하는 방식이다. 북한과 통일협약을 체결하고 기존의 남한의 헌법을 북한 지역에 확대 실시 하되, 이를 위하여 필요한 관련 헌법 조항을 개정하는 것이다. 예측하지 못하는 도발적 통일상황에 신속하고 효율적인 대책의 강구가 가능하다. 또 내용상·절차상 헌법개정방식이 기존법에 구체화되어 있다는 점에서 장점이 있다. 독일 통일의 경우, 정치가와 정당에 따라 전자를 택할 것인가 후자를 택할 것인가에 대하여 견해가 일치하지 않았지만, 전자의 통일헌법 제정방

식이 아닌 서독기본법 제23조에 의한 기존 헌법의 개정방식을 채택한 것은 너무나 잘 알려져 있다.

3. 민사법상의 통합원칙

통일이전 북한지역에서 성립된 법률관계는 그대로 유지하는 것이 필요하다. 다만, 특별경과 규정이 많이 필요하다.

예를 들면 남북한의 성년이 각각 남한 20세, 북한 17세로 다른 경우가 그렇다. 소유권의 경우 북한민법상 국가소유권, 협동단체소유권, 국가재산이용권, 산림집이용권 등의 처리문제라든가 개인소유권에 대한 남한 민법적용 문제, 북한의 소유권 중 남한 민법상의 등기를 요하는 물건의 처리문제, 장기간 남북분단으로 인한 취득시효상의 문제, 그 밖에 채권관계, 상속관계, 유언 등을 들 수 있다.

4. 형사법

원칙적으로 남한 형사법의 확장적용과 일부적용이 유보되어야 한다. 다만, 일부 북한형법 규정의 한시적 효력인정은 필요하다.

구체적 방안으로는

㉠ 북한 형사법에 대응되는 규정이 있는 경우에는 원칙적으로 남한의 규정을 확장 적용하여야 한다. 그러나 북한 형법 규정 중 그대로 효력을 인정할 조항이 있는지 검토가 필요하다. 예컨대 미성년자 의제강간죄의 행위객체를 북한은 15세 미만, 남한은 13세 미만으로 상이하다.

㉡ 남한 형법으로만 규정하고 있는 사항은 원칙적으로 북한지역에도 확장·적용되어야 할 것이다. 심신상실미약자, 법률상 감경, 벌금형제도의 선고유예, 형의 실효, 친고죄, 반의사불벌죄 등이 이에 해당한다.

㉔ 북한 주민의 법적 안정성 보장차원에서 간통죄, 낙태죄, 혼인빙자 간음죄 등은 북한형법에는 규정되어 있지 않으므로, 이를 즉시 적용하기에는 어렵고, 유보기간을 정하는 규정이 필요하다.

㉕ 자유민주주의적 기본질서, 법치국가주의, 사회적 시장경제 등에 위반되는 북한형법 규정은 폐지하는 것이 바람직하다.

㉖ 북한형법에만 규정되어 있는 사항, 예컨대 형법의 임무나 유추해석허용, 사회주의 분배원칙 위반죄, 신소청원묵살죄, 국가기관의 권위 훼손죄, 불량자적행위죄 등이 이에 해당한다.

㉗ 그러나 북한형법 규정중 형사정책상 진보적 요소가 있는 규정은 계속 존치를 고려할 필요가 있다. 예컨대 죽을 위협에 처할 자에 대한 미신고죄 등은 인간 생명의 존귀성과 보호의 절대적 가치에 비추어 채택할 만하다.

㉘ 통일 전 북한 지역에서의 범죄행위에 대한 경과조치. 이에 는 행위 시법원칙을 적용함이 타당하다.

통일전 북한지역에서 저질러진 범죄행위를 통일 후 재판함에는 원칙적으로 우리 형법 제1조에 따라 행위시법률인 북한형법을 적용하여야 할 것이다. 다만, 예외적으로 남북형법에 동일한 또는 유사한 규정이 있어 양측의 법률에 의하여 모두 처벌이 가능하고, 재판시 법률인 남한 형법을 적용하는 것이 피고인에게 유리한 경우에는 남한 형법을 적용할 것이다. 예컨대, 친고죄, 반의사불벌죄, 친족관계로 인한 형의 면죄 또는 감경 등의 예가 있다.

북한형법에만 처벌규정이 있는 경우에는 범죄후 법률의 변경에 의하여 행위가 범죄를 구성하지 아니하는 경우에 해당한다고 볼 것임으로 북한 형법의 적용을 배제할 것이다.

V. 통합법의 내용

1. 헌법

통일헌법의 기본이념은 사회주의의 몰락과 헌법에 관한 세계사적 주류 및 민족의 재통일이라는 역사적 상황에 부응하는 이념의 정립이 필요하다. 이에 따라서 자유민주주의, 법치국가주의, 사회적 시장경제주의, 민족 복지국가주의 등을 들 수 있다. 이에 따른 통일한국의 미래상은 인간의 존엄과 민족의 복지가 보장되는 자유민주국가라고 하겠다.

헌법통합의 형태로는 통일헌법을 제정하는 방식과 현행 헌법을 개정하는 방식이 있다. 통일헌법을 제정하는 방식은 북한과 협상하여 통일헌법을 새로 제정하는 것으로써 통일을 계기로 한 헌법제정권력의 발동이라 하겠다.

이는 남북협상의 기본원칙인 상호주의 원칙에 부합되고 법리적으로도 자연스러우며 이상적인 방안이다. 다만, 헌법제정권력의 발동방법과 절차의 분리로 인하여 통일상황이 현실로 도래한 급박한 상황에서 헌법적 대응이 곤란하고 통일지연을 초래할 우려가 있는 단점이 있다. 기존 헌법개정 형식은 북한과 통일협약을 체결하고 기존의 대한민국 헌법을 북한지역에 확대 실시하되 이를 위하여 필요한 관계 헌법조항을 개정하는 것으로써 예측하지 못한 도발적 통일상황에 신속하고 효율적인 대책이 가능하며 내용상 절차상 헌법개정 방식의 요건이 구체화되어 있다는 장점이 있다.

독일의 예를 보아도 전자보다는 후자에 의한 방법을 위한 것을 알 수 있다. 이러한 통일헌법의 내용으로 어떤 것이 포함되어야 할 것인지

이에 관해서는 먼저 헌법전문에 평화적인 통일의 사명 규정을 개정하여야 할 것이다. 그리고 전문의 통일완성 사실을 천명하여야 할 것이고, 그 외에 헌법에 산재해 있는 통일에 관한 조항을 삭제하는 개정 절차를 밟아야 할 것이다. 국가 승계에 따른 필수조항으로써 북한의 조약 승계관련문제, 북한의 국유협동단체소유 재산처리관계 문제, 북한의 대외 채권채무승계 관련문제와 경제조항으로서 북한지역의 경제복구에 관한 조항, 북한주민 특별 사회보장제도 도입근거조항, 자본주의 경제 질서가 미숙한 북한지역주민의 재산형성을 위한 보호조치도입 근거조항 등이 필요하겠다. 또한 북한 헌법 중 발전적으로 수용이 가능한 부분을 살펴보면 북한 헌법 중에 재외국민보호조항이 있다. 또 우리말보호육성조항, 선거권과 선거권연령의 인하, 교육을 받을 권리, 노동의 기준과 조건, 휴식권, 보건권, 국민체육진흥, 인민복지보장의지, 이러한 조항 등의 발전적 수용이 가능하다.

통합에 따른 경과조항으로는 정치범, 사상범 처리와 정치적 피해자 구제문제 등 인적청산에 관한 법률제정근거 규정과 몰수재산권처리 법률제정 근거 규정, 북한지역내 통일헌법 적용의 부분적 제한문제, 북한법의 한시적 적용에 대한 헌법근거조항 등이 필요하다.

2. 민사법

민법은 통일이후 남한민법을 북한지역에 확장·적용 하고, 통일이전 북한지역에서 성립된 법률관계는 그대로 유지하는 것이 필요할 것이다. 다만, 특별경과규정이 많이 필요할 것으로 보이는데, 그 사례를 보면 먼저 성년기에 관해서 남한 민법상 성년기는 20세이고, 북한 민법상 성년기는 17세로 되어 있다. 남한민법의 확장·적용 시 북한민법상 이미 성인이 되었는데, 통일이후 남한 민법을 적용함으로써 미성년자가

되는 부당한 결과가 초래될 것이다.

이러한 경우에는 거래의 안정 등 법적 안정성과 북한주민의 법 감정을 고려해서 통일 전에 북한 민법상 성인이 되었다면 남한 민법상 성인으로 간주한다는 경과규정 등이 필요하다. 소유권에 관해서도 남한 민법의 확장·적용 시 여러 가지 문제점이 발생할 수 있다. 북한 민법상은 국가소유권 및 협동단체소유권, 국가재산리용권, 산림집리용권 등의 처리문제라든가 북한 민법상 개인 소유권에 대한 남한민법적용여부문제, 북한의 소유권 중 남한 민법상 등기를 요하는 물건의 처리문제라든지, 장기간 남북분단으로 인한 취득시효상환 문제점 등 여러 가지 문제점이 많이 발견되고 있다.

이들 문제점을 살펴보면 국가소유권 및 협동단체소유권에 대해서는 사유화를 하여야 할 것인데, 가칭 북한지역몰수재산처리등에관한특별조치법이라든가 북한지역국유기업사유화에관한특별조치법의 제정이 필요하다고 보겠다. 협동농장의 국가재산리용권을 사유화할 때까지 한시적으로 북한 민법을 적용하는 방안도 생각해 볼 수 있고, 산림집리용권은 일종의 특수용익물권 또는 소유권으로 그 이용권을 보호하는 특별경과 규정이 필요하다고 하겠다.

그 외에도 채권관계라든지 상속관계, 유언 등에 관해서 여러 가지 특별경과 규정을 많이 두어야 할 것으로 생각된다.

3. 형사법

형법은 통합의 기본원칙으로 하는 남한 형법의 원칙적 확장 적용과 일부 적용유보, 일부 북한형법 규정의 한시적 효력인정 등 법률통합의 대원칙과 유사하다.

구체적 방안으로는 북한형법과 남한형법 사이에 서로 대응되는 규정

이 있는 경우에는 원칙적으로는 남한의 형법을 확장 적용하겠지만, 북한 형법규정 중 그대로 둘 부분이 있는지를 면밀히 검토를 해야 할 것이다.

예를 들면 미성년자의 강간죄 행위객체를 북한형법은 15세 미만으로 보고 있고, 우리의 형법은 13세 미만으로 규정하고 있는 것과 같이 약간의 차이가 있는 경우가 많다. 또 남한 형법에만 규정된 사항의 경우 원칙적으로 북한지역에 확장 적용해야 될 것이다.

예컨대 심신상실 미약자, 법률상 감경, 벌금형제도, 선고유예, 형의 실효, 친고죄, 반의사불벌죄 같은 것은 남한 형법에만 규정이 있는데 북한에도 확장·적용해야 될 것이다. 다만, 북한주민의 법적 안전성보장 차원에서 일부 조항 예를 들면 간통죄, 낙태죄, 혼인빙자간음 등의 규정은 북한형법에 규정이 없는데, 이런 것에 대해서는 바로 적용하기는 어렵고 유보기간을 정하는 규정이 필요하다고 하겠다.

북한형법에만 규정된 사항도 있다. 이들 중 자유민주적 기본질서나 법치국가주의, 사회적 시장경제원칙에 위반되는 제반 규정을 폐지함이 마땅하다. 예를 들면 형법의 임무라든가 유추해석허용, 사회주의 분배주의원칙 위반죄, 신소청원 목살죄, 국가기관의 국위훼손죄, 불량자적 행위죄 등이다.

북한형법 규정 중 형사정책상 진보적 요소가 있는 규정은 계속 존치를 고려할 필요가 있다. 이에선 죽을 위험에 처한 자에 대한 미신고죄가 있다. 이는 인간 생명의 존귀성과 보호의 절대적 가치에 비추어 채택을 고려할 만하다.

통일 전 북한지역에서의 범죄행위에 대한 경과조치에 관한 법률도 필요하다. 또 행위시법주의의 원칙을 적용하는 것이 타당하다. 통일 전 북한지역에서 저질러진 범죄행위를 통일 후 재판하게 되는 경우에는 우리 형법 1조에 따라 원칙적으로 행위시 법률인 북한형법을 적용해야

될 것이다.

다만, 예외적으로 남북한 형법에 동일 또는 유사한 규정이 있어서 양측의 법에 의해 모두 처벌이 가능하고, 재판 시 법률인 남한 형법을 적용하는 것이 피고인에게 유리할 경우에는 남한 형법을 적용하여야 할 것이다.

물론 남한형법에만 규정된 사항으로써 피고인에 유리한 규정은 남한 형법을 적용해야 할 것이다. 이에선 친고죄, 반의사불벌죄, 친족관계로 인한 형의 면제 또는 감경 등의 예가 있다.

북한 형법에만 처벌규정이 있는 경우에는 범죄 후 법률의 변경에 의하여 행위가 범죄를 구성하지 않는 경우에 해당한다고 볼 수 있기 때문에 북한 형법의 적용을 배제해야 할 것이다. 다만, 북한의 불법체제청산과 관련한 반법치국가 범죄자의 처벌을 위해서는 형사증거법으로는 우리 형법의 속지주의라든지 보호주의 원칙에 따라 우리 형사법을 증거법으로 적용함이 상당하다고 하겠다.

북한의 과도개혁정부와 통일 합의를 체결한다면 통일독일의 경우와 마찬가지로 대한민국 형법을 적용할 수 있는 근거조항을 존치시키는 방안도 고려할 수 있다.

4. 상사법

한마디로 남한의 상사관련 법률을 원칙적으로 확장적용하고, 북한지역의 경제체제를 전환하고 경제를 재건하기 위한 특별입법을 많이 시행하여야 할 것으로 본다. 특히 북한의 국유재산과 국유기업의 사유화 조치, 북한지역 투자촉진을 위한 특별입법, 북한지역 부동산투기 방지를 위한 거래제한 관련 입법 등이 필요하다.

5. 민사소송법

북한 민사소송법은 1994년 5월 25일 전면 개정이 되었지만, 아직도 법원의 철저한 집권주의, 검사의 민사재판감시, 인민재판적 성격, 당의 정치사업을 위한 가변적 관할제도 등 사적자치원칙에 기반을 둔 민사 사건을 처리하기 위한 소송법으로는 상당히 부적절하다.

특히 강제집행에 관한 규정이 8개에 불과해서 재산관련분야에 따른 집행단계에서는 문제점의 해결이 불가능하다고 본다. 따라서 남한의 민사소송법을 북한에 확장 적용하되 주민생활의 법적 안정성을 보장하기 위한 많은 경과조치가 필요하다고 하겠다. 가사관련사건에 대하여는 북한 주민의 가사생활 실태를 고려하여 잠정 적용할 특별규정을 많이 설치하여야 한다고 본다.

통일 전에 확정된 북한의 판례는 그 효력을 인정하고, 특별재심절차 등에 의해서만 그 취소가 가능하도록 하여야 할 것이다.

중재법에 의한 북한의 중재제도는 국가경제기관, 기업소, 경제단체들 사이의 분쟁을 심의 해결하는 국가중재제도와 외국무역 거래상의 분쟁을 해결하는 무역중재, 국제중재제도 등의 중재제도가 있다. 이중 국가중재에 해당하는 것은 우리 대한민국의 중재법 또는 민사소송절차에 따라 해결하고, 무역중재나 국제중재에 해당하는 것은 우리의 중재법이나 상사중재규칙을 적용하여 처리함이 타당하다고 본다.

6. 형사소송법

통합의 기본원칙은 남한 형사소송법을 원칙적으로 확장 적용하는 것인데 북한 형사소송법에 대하여 예외적 적용을 해야 되는 경우가 많이 있을 것으로 보인다. 남북한 형사소송법에 모두 공통적으로 규정되어

존재하는 경우도 있고, 남한 형사소송법에만 규정이 있는 경우도 있다.

예컨대, 법원 직원의 기피·회피제도라든지, 소송행위의 대리 및 보조 제도라든지, 보석제도, 증언거부권 및 증언거부권 등 여러 가지 제도가 있다. 이런 경우에는 우리의 법을 확장하여 적용하는 것이 필요할 것이고, 북한 소송법에만 규정이 있는 경우도 있다. 또 검사도 인민참심원에 대한 재청 및 참심원제도, 예심단계에서의 증인구인, 증인진술 등 여러 가지가 많이 있는데, 이런 부분의 일부에 대하여는 우리가 검토하여 수용하고 기타 부분에 대해서는 적용배제를 하여야 할 것이다.

7. 국제법

남북한이 체결한 조약의 효력에 관해서는 기본적으로는 남한이 체결한 조약 기타 협정은 계속 통일 후에도 유효하고, 북한지역에 확장 적용할 수 있을 것이다. 다만, 남북분단을 전제로 체결된 조약 기타 협정은 사정 변경원칙에 따라 개정 또는 폐지를 하여야 할 것이다. 북한이 체결한 조약 기타 협정은 국제사회의 신뢰보호 및 체약 상대국과의 이해관계 등을 고려하여 필요한 경우에는 당사국과 협의해서 조약의 계속 유효 또는 개폐여부를 결정하여야 할 것이다. 또 북한의 대외채무관련 조약에 따른 채권 채무도 통일한국이 계수하는 것이 타당하다고 본다.

VI. 결어 및 제언

앞으로 다가올 한반도 통일이 ① 동서독일의 경우⁷⁾처럼 남한이 북한을 가입(편입)하게 함으로써 통일을 이룩하는 경우, ② 동독초기의

7) 통일원, 독일통합과 체제전환(통일과정 연구시리즈) 등 참조바람.

예상이나 예멘⁸⁾의 경우처럼 상호 대등한 입장에서 협상을 통한 연방제 식 통일을 실현시키는 경우, ③ 남한에게는 바람직하지 않은 통일방식인 과거 베트남과 같은 공산화 통일방식 등을 볼 수 있다.

현행 남한의 헌법은 현행 독일헌법과 비교해 볼 때, 미래 「평화공존의 아세아」를 지향하는 정신은 커녕 「통일을 대비」하는 헌법이라고 하기에 도 크게 미비하다. 또 우리헌법에는 통일에 관련된 규정이 제4조와 제72조밖에 없다. 그나마 이 조항들만으로는 지향하는 적극적인 규정이 못된다. 따라서 머지않아 실현될 것으로 기대하는 한반도 통일에 기여하고 이에 적극적으로 대비할 헌법의 개정, 통일헌법의 개정, 기존 법령의 정비, 보완이 요구된다. 예컨대, 현행헌법 제 3조의 영토조항의 개정이나 서독기본법 제23조나 제146조와 같은 규정을 도입하는 문제 등이 있다.⁹⁾

미래의 통일된 한국은 현재 우리가 겪고 있는 분단의 고통을 거울 삼아 한 민족 공동체의 단일성과 자유·자주·자결권을 저해하거나 침해하는 모든 요소들을 지양하고 극복하여야 하겠다. 아울러 우리나라가 처한 특수한 지정학적 여건을 고려하여 동북 아시아의 공존과 평화유지 및 번영을 구원하기 위하여 필요한 모든 제도와 조치를 강구하여야 할 사명을 띠고 있다.

8) 예멘의 경우는 국토통일원, 예멘 통일관계 자료집, 1990년 참조.

9) 통일독일의 헌법개정 문제에 대하여는 박수혁, 「統獨에 있어서의東西獨憲法統一」, 법제연구, 한국법제연구원 제2권 제1호, 1992 125~144면 ; Ossenbühl, Fritz, Probleme der Verfassungsbgsreform in der Bundesrepublik Deutschland, in : DVBI, 1992 ; Isensee, Josef, Das Grundgesetz zwischen Endgültigkeitsanspruch und Ablösungsklausel, in ; Deutsche Wiedervereinigung, 1991, Köln ; Kirchhof, P. ; Der Auftrag zur Rechtseinheit im Vereinten Deutschland, in ; Kirchhof/Klein/Raeschke-Kessler, Die Wiedervereinigung und damit zusammenhangende Rechtsprobleme 1991 ; 이승우, 「독일통일과 헌법개혁논쟁」, 복지국가와 헌법개혁 논쟁, 한국공법학회(제31회 학술발표회), 1992, 1~9면 참조.