

남북한 관계에 대한 판례 분석¹⁾

이효원 교수(서울대 법대)

1. 남북한관계와 사법적 판단

가. 남북한관계와 법치주의

해방 이후 한반도가 남북한으로 분단되고 6.25전쟁을 거치면서 남한과 북한은 상이한 이념과 체제를 채택하여 상대방을 규범적으로 인정하지 않았다. 따라서 남북한 사이에 발생한 다양한 문제들은 그것이 법률적 쟁점을 포함하고 있음에도 불구하고 사법적 판단이 아닌 고도의 정치적 결단과 타협에 따라서 해결하여 왔다. 이는 남북한이 분단되어 상이한 법이념과 법률체계를 채택하여 상대방을 규범적으로 인정하지 않는다는 현실과 냉전이데올로기에 바탕을 둔 국제정세를 고려할 때 이러한 문제들을 사법적 판단을 통하여 규율한다는 것이 현실적으로 한계가 있다는 점에 기인한 것으로 판단된다.

그러나 이러한 현실은 자유민주주의와 법치주의에 바탕을 둔 평화통일의 원칙을 심각하게 위협하는 요인이 될 수 있다. 즉, 남북한관계에서 발생하는 다양한 문제들을 법치주의의 틀 안에서 해결하지 않고 그때그때의 정치상황에 따라서 통치행위의 차원에서 해결함에 따라 남북한관계에 법적 안정성과 예측가능성이 없게 되고, 남북한관계가 정치적으로 이용될 위험성이 있다는 것이다.

1990년대 이후 국제적으로 냉전체제가 종결됨에 따라 남북한은 남북기본합의서를 체결하고 다양한 분야에서 남북교류협력을 추진하였다. 2000년 이후 남북한교류협력은 급격하게 발전하여 양적으로나 질적으로 새로운 양상을 맞이하게 되었으며, 남북이산가족의 상봉과 북한이탈주민의 증가로 남북한주민 사이에서도 가족과 상속관계와 관련하여 다양한 법적 문제가 발생하게 되었다. 특히, 개성공단사업과 금강산관광사업 등 북한과의 경제협력이 확대되고 북한에 대한 인도적 지원사업도 활발하게 진행되어 남북한 사이에 물적 교류도 확대되었다. 그러나 2008년 발생한 금강산관광객 총격사건과 2010년 발생한 천안함 폭격과 연평도 포격사건으로 인하여 정치군사적 긴장이 고조되어 개성공단사업을 제외하고는 대부분의 남북한의 교류협력사업이 중단된 상태이다.

1) 이 글은 통일평화연구소 2011년 특별기획과제로 제출한 “남북한교류협력에 관한 판례분석(박명규/이효원)”의 내용을 요약한 것이다.

다. 판례 분석의 필요성

남북한관계의 변화는 남북한관계를 규율하는 규범체계에도 반영되었다. 즉, 남북한 관계가 발전됨에 따라 남북한 사이에 법적 분쟁이 발생할 여지가 많아지게 되었고, 이러한 법적 문제를 해결하는 법률체계도 많이 정비되어 구체적 사건에 있어서 사법적 판단이 가능하게 되었다. 또한, 현행 헌법에 의하여 새로 설치된 헌법재판소는 위헌법률심판과 헌법소원 등 헌법재판을 통하여 남북한관계와 남북교류협력에 대하여도 다양한 판례를 내고 있다. 이러한 남북교류협력의 확대와 그에 따른 사법적 판단이 증가하고 있음에도 불구하고 북한이 불법단체로 활동하는 규범영역에 있어서 국가보안법을 적용하는 판례도 계속 나오고 있다.

남북한관계에 대한 사법적 판단을 분석하고 평가하는 것은 자유민주적 기본질서와 법치주의에 따른 평화통일을 달성하기 위하여 매우 중요한 의미가 있다.

첫째, 남북한관계에 대한 사법적 판단은 남북한관계의 현실을 정확하게 인식할 수 있는 지표를 제시한다. 헌법규범과 모순된 헌법현실에서 북한과 북한주민의 법적 지위를 남북한특수관계론이라는 헌법적 규범을 기준으로 파악함으로써 국가의 안전보장의 필요성과 남북교류협력의 현실을 규범조화적으로 이해할 수 있는 것이다.

둘째, 법치주의 기초 위에서 남북한관계를 안정적으로 발전시켜 나가는 규범적 기준을 도출할 수 있다. 법치주의는 헌법적 가치를 내용으로 하는 법률의 제정과 그 법률에 의한 국가작용을 의미하지만, 사법적 판단을 통하여 그 규범적 의미가 구체적으로 확인된다. 남북한관계에 대한 사법적 판단은 평화통일에 대한 정책을 입안하고 집행하는 국가권력으로 하여금 헌법적 가치질서를 준수하도록 통제하고, 남북한관계에 있어서 법적 안정성과 예측가능성을 확보할 수 있도록 한다.

셋째, 남북한교류협력을 법제도적으로 지원하고 평화통일을 달성하는 기준과 지침을 제공한다. 남북한관계에 관한 사법적 판단을 분석함으로써 남북한특수관계론을 보다 구체화하고, 이를 통하여 남북한관계에 관한 사안에서 국가권력과 개인이 결정하고 행동하는 규칙을 발견할 수 있을 것이다. 이러한 규범적 기준은 남북교류협력을 촉진하고 평화통일을 달성하는 데 기여할 것으로 기대되며, 남북한관계를 규율하는 중요한 선례가 되어 평화통일의 과정과 그 이후에 필요한 법률통합의 기초가 될 것이다.

1990년 이후 남북한관계를 규율하는 규범체계가 정비되고 있으나 남북한관계를 적실성 있게 규율하지 못하고 있다. 남북한관계에 관한 다양한 법률적 문제가 계속하여 발생하고 있으며, 이에 대하여 헌법재판소와 법원의 판례도 축적되고 있다. 현재까지 축적된 사법부의 판례는 남북한관계에서 발생한 모든 유형의 사안을 다루고 있는 것

은 아니지만, 이를 통하여 남북한관계의 과거와 현재의 규범적 위치를 가늠할 수 있으며, 미래에 발생할 것으로 예상되는 다양한 법적 분쟁을 해결하는 기준을 도출할 수 있을 것이다. 이와 같이 법치주의에 기초하여 형성한 사법부의 판례는 남북한 평화통일의 방식과 내용을 결정하는 중요한 이정표로 기능할 수 있을 것이다.

2. 헌법규범에 대한 판례

가. 북한의 법적 지위

(1) 대법원 판결

북한의 법적 지위에 대한 대법원의 판결은 현행헌법의 개정을 기준으로 그 이전과 그 이후를 구분하여 검토할 필요가 있다. 즉, 현행헌법에서 제4조에서 평화통일조항을 규정하기 이전까지 대법원은 건국헌법에서 밝힌 헌법제정권력자의 의지를 바탕으로 제3조의 영토조항을 해석하여 그 법적 규범력을 철저하게 인정함으로써 국가보안법과 그와 관련된 판결을 통하여 북한의 반국가단체성을 인정하였다. 대법원은 "북한 괴뢰집단은 우리 헌법상 반국가적인 불법단체로서 국가로 볼 수 없으나, 간첩죄의 적용에 있어서는 이를 국가에 준하여 취급하여야 한다."고 판결하였고,²⁾ "헌법이 지향하는 조국의 평화통일과 자유민주적 기본질서를 부인하면서 공산계열인 북한공산집단 등 불법집단이 우리나라를 적화변란하려는 활동을 봉쇄하고 국가의 안전과 국민의 자유를 확보하기 위하여 제정된 국가보안법이 헌법에 위반된다고 할 수 없다."고 판결하였다.³⁾ 이러한 태도는 북한이 대한민국의 법적 지위에 대하여 인식하고 있는 것과 기본적으로 동일한 것으로 평가된다.

대법원은 1987년 개정된 현행헌법에서 제4조에 평화통일조항을 신설한 이후에도 제3조에 대하여는 그 규범력을 그대로 인정하여, 이를 정치적 선언규정이 아니라 헌법제정권력자의 의지가 규범화되어 법적 효력을 지닌 규정으로 이해하고 있다. 즉, 북한의 법적 지위에 대해서 헌법 제3조의 영토조항과 제4조의 평화통일조항과의 규범조화적 관계에도 불구하고 북한의 국가성을 부인하고, 자유민주적 기본질서를 수호하는 헌법원칙을 근거로 북한을 반국가단체 또는 불법단체에 불과한 것으로 인식하였다. 이는 대법원이 헌법 제3조 영토조항을 헌법본질적인 가치규범으로 인식하고 제4조는 그 범위 안에서 제한적으로 적용된다는 것을 확인하고 있는 것으로 평가할 수 있다. 그러나 대법원은 2000년 6.15남북공동선언 이후 남북한관계의 변화를 수용하여 북한의 이중적 지위에 따라 북한을 평화통일을 위한 대화와 협력의 당사자로 인정하고 이것을 바탕으로 북한과 평화통일을 달성하기 위한 교류협력의 헌법적 정당

2) 대법원 1983. 3. 22. 82도3036.

3) 대법원 1986. 10. 28. 86도1784, 대법원 1987. 7. 21. 87도1081. 등

성을 인정하고 있다.⁴⁾ 최근 대법원이 평화통일 정책에 대하여 헌법 제4조를 직접적으로 제시하고 있는 것은 이러한 인식을 바탕으로 하고 있는 것으로 평가할 수 있다.

(2) 헌법재판소 결정

헌법재판소는 현행헌법에 의하여 헌법기관으로 구성되었는데, 국가보안법 또는 남북교류협력에 관한 법률에 대한 사건에서 북한은 남북한의 유엔(UN)에의 동시가입, 남북기본합의서의 체결에도 불구하고 여전히 적화통일의 목표를 버리지 않고 각종 도발을 자행하고 있으며 남북한의 정치, 군사적 대결이나 긴장관계가 조금도 해소되지 않고 있다는 것을 엄연한 현실로 인정하고, 북한의 반국가단체성이나 국가보안법의 필요성에 관하여는 아무런 상황변화가 없다고 판단하여 대체로 대법원의 입장을 그대로 유지하고 있다. 이와 같이 헌법재판소는 헌법 제3조의 규범력을 그대로 인정하는 것을 전제로 북한을 반국가단체 또는 불법단체로서 인정하는 한편, 평화통일정책의 수립·추진을 위해서는 자유민주적 기본질서를 저해하지 아니하는 범위 안에서 북한을 대화와 협력의 일방 당사자로 인정할 수밖에 없다는 인식에 기초하여 일찍부터 북한에 대하여 이중적 지위를 인정하였다.⁵⁾

헌법재판소의 입장은 대법원의 입장과 비교할 때 다음 두 가지 점에서 특징을 보이고 있다.

첫째, 헌법재판소는 1993년부터 남북한관계의 특수성을 반영하여 북한의 이중적 지위를 인정하여 북한을 대화와 협력의 일방 당사자로 인정하는 헌법적 근거로서 제4조를 직접적으로 제시하고 있다. 이는 남북한특수관계를 헌법적 차원에서 인정하고 해석한 것으로 남북교류협력에 관한 법률에 대한 헌법적 근거를 제시하는 동시에 북한과의 교류협력정책에 대하여 헌법적 정당성을 부여하였다는 점에서 큰 의의가 있다.

둘째, 헌법재판소는 대법원과 달리 북한의 이중적 지위를 인정하면서도 북한을 반국가단체 또는 불법단체로서 인정하는 법적 근거로 '국가의 안전과 국민의 자유보장, 자유민주적 기본질서의 유지라는 헌법적 가치를 위협하고 있는 객관적 실체라는 점'을 제시하고 있을 뿐, 헌법 제3조를 직접적인 근거로 제시하지 않고 있다. 헌법재판소가 북한의 반국가단체성의 근거로 헌법 제3조를 제시하지 않은 것은 제3조의 현실적인 규범력을 제4조와의 관계 속에서 상대적인 것으로 이해하려고 하는 노력으로 판단된다.

(3) 평가

4) 대법원 2000. 9. 29. 2000도2536.

5) 헌재 1993. 7. 29. 92헌바48 등

대법원과 헌법재판소는 법리적 접근방식과 강조하는 부분을 다소 달리하고 있으나, 기본적으로는 헌법 제3조의 규범력을 인정한다는 전제 하에 헌법 제4조와의 규범조화적 해석을 통해 북한의 이중적 지위를 인정하고 있다. 또한, 북한의 반국가단체성 또는 불법단체로서의 지위를 인정하는 근거로서 공통적으로 '북한이 여전히 적화통일의 목표를 버리지 않고 자유민주주의체제를 전복할 것을 완전히 포기하였다는 명백한 징후를 보이지 않고 있는 엄연한 현실'을 제시하고 있다. 이러한 태도는 북한이 적화통일의 목표를 버리고 자유민주주의체제를 전복할 것을 완전히 포기하였다는 것이 명백하게 된다면 북한은 더 이상 반국가단체 또는 불법단체가 아닐 수 있다는 것을 의미한다.

이러한 의미에서 북한의 법적 지위, 특히 반국가단체성과 불법단체성은 헌법 제3조 또는 제3조와 제4조의 관계로부터 직접적이고 무조건적으로 도출되는 것이 아니라 북한의 실체와 활동내용에 따라 결정되므로 제3조와 제4조의 실질적 규범력도 이러한 헌법현실의 변화에 따라 탄력적으로 반영된다는 것으로 해석하고 있는 것으로 평가된다. 특히, 대법원이 “남북관계가 더욱 진전되어 남북 사이에 화해와 평화적 공존의 구도가 정착됨으로써 앞으로 북한의 반국가단체성이 소멸되는 것은 별론으로 하고”라고 판시하고 있는 것과,⁶⁾ 헌법재판소가 북한의 반국가단체성의 근거로 헌법 제3조를 제시하지 않고 있는 것도 위와 같은 해석을 뒷받침하고 있다.

대법원의 입장에 대해서는 헌법규정의 규범력을 실효적으로 강화하는 방향으로 해석하는 것에 대해서는 공감하지만, 우리 헌법원칙에 부합하는 규범체계로서 구체적인 사안에 적용할 수 있는 체계적인 법이론을 논리적으로 제시하지 못하는 문제점이 있다. 한편, 헌법재판소의 입장에 대해서는 헌법 제4조의 규범력을 제시함으로써 남북한관계와 평화통일을 헌법적 차원에서 적극적으로 수용하였으며, 이를 통하여 남북한의 특수한 현실을 법치주의에 적절하게 반영하였다는 긍정적인 측면이 있으나, 헌법 제3조와 제4조의 규범체계 문제에 있어서는 법리적인 판단을 회피하였다는 문제점이 있다.

나. 대한민국 국민

(1) 대한민국 국민의 규범적 의미

북한주민의 법적 지위에 있어서는 일반적으로 북한 국적법에 의하여 국민의 자격이 인정되는 자를 의미하는 북한주민이 대한민국 국민에 해당하느냐의 문제가 핵심쟁점이다. 이는 대한민국 법률의 인적 관할권의 범위와 외교적 보호권의 행사를 위한 전제조건으로서 기능하기 때문에 남북한 법률적용의 문제, 이산가족의 혼인과 상속문

6) 대법원 2003. 5. 13. 2003도604.

제, 북한주민의 지적재산권 보유와 행사, 제3국에 대한 외교적 보호권 인정여부 등을 결정하는 요건사실이 된다. 개인의 국적문제는 그가 소속된 국가를 전제로 하여 결정되는 법률문제이므로 북한주민의 법적 지위는 법논리적으로 북한의 법적 지위의 문제와 직접적 관련성을 가지게 된다. 따라서 북한주민의 법적 지위는 헌법 제3조 영토조항과 제4조 평화통일조항의 해석을 바탕으로 하여 도출되는 북한의 법적 지위에 대한 판단에 따라 그 규범적 의미가 결정된다. 우리 헌법과 국적법은 북한주민의 법적 지위에 관하여 아무런 규정을 두지 않고 있으며, 북한이탈주민보호법에서 '북한이탈주민'에 대하여 정의규정을 둬으로써 간접적으로 규정하고 있을 뿐이다. 따라서 북한주민의 법적 지위에 대하여는 우리 헌법과 관련 법률의 규정, 북한의 국내법적 지위 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

헌법재판소는 국적법에 대하여 “국적은 국가와 그의 구성원간의 법적 유대이고 보호와 복종관계를 뜻하므로 이를 분리하여 생각할 수 없다. 즉, 국적은 국가의 생성과 더불어 발생하고 국가의 소멸은 바로 국적의 상실사유이며, 국적은 성문의 법령을 통해서가 아니라 국가의 생성과 더불어 존재하는 것이므로 헌법의 위임에 따라 국적법이 제정되나 그 내용은 국가의 구성요소인 국민의 범위를 구체화, 현실화하는 헌법사항을 규율하고 있는 것이다.”고 판시하였다.⁷⁾ 이는 헌법 제2조가 규정한 국적법정주의의 규범적 내용과 효력을 명확히 한 것으로서 국적에 관한 요건사실은 기본적으로 헌법적 사항이지 법률의 규정에 의하여 창설되는 것이 아니라는 점을 밝힌 것이라고 판단된다.

(2) 북한주민의 법적 지위

북한주민은 헌법 제3조에 따라 원칙적·법규범적으로 대한민국 국민으로 인정되고 헌법 제4조에 따라서 그 특수한 지위가 인정되는 것이므로 헌법 제4조의 현실적인 규범력의 정도와 범위에 따라서 그 규범적 의미가 구체적으로 결정된다. 이러한 점을 고려할 때, 정치적 통일체로서 국가공동체를 구성하는 국민의 국적귀속의 문제는 국가를 구성하는 기본요소로서 고도의 안정성이 요구되어 규범영역에 따라 달라질 수는 없다. 그러므로 북한주민에 대하여 일정한 규범영역에서 특수한 법적 지위를 인정한다는 것도 대한민국 국민으로서의 법적 지위를 기본적인 바탕으로 하고, 구체적 사안에 있어서 남북한관계의 특수성을 반영하여 법률의 근거에 따라서 특별한 취급을 할 수 있다는 의미에 국한된다. 이러한 의미에서 북한주민의 법적 지위에 관하여는 헌법 제3조의 규범적 효력이 제4조에 비하여 우월적으로 적용된다고 판단된다.

북한주민의 법적 지위에 관하여는 북한을 평화통일을 위한 대화와 협력의 동반자로서 인정하여야 할 규범영역에서는 남북회담을 위하여 또는 남북한 사이의 합의에

7) 헌재 2000. 8. 31. 97헌가12.

따라 남한을 방문한 북한주민이나 우연한 사고로 남한에 입경한 북한주민, 남북교류 협력의 과정에서 발생하는 각종 사건사고와 관련된 북한주민에 대하여 당사자가 대한민국 국민으로서 인정받기를 거부하는 의사를 표시한 경우에는 그 의사에 반하여 대한민국의 국민임을 강제할 수는 없다. 이러한 관점에서 그 동안 UN인권위원회에서 북한주민의 인권상황 개선을 촉구하면서 채택한 북한인권결의안에 대하여 우리 정부가 소극적인 태도를 보였으나 최근에는 이에 적극적으로 참여하고 있는 것은 바람직한 변화로 판단된다.

(3) 판례 분석

대법원은 헌법 제3조를 근거로 하여 북한주민도 대한민국의 국민에 포함된다고 판단하였으며, 하급심 판례도 동일한 입장을 그대로 유지하고 있다.⁸⁾ 대법원은 위 판결에서 북한주민이 대한민국 국민이라는 근거로서 건국헌법뿐만 아니라 미군정 당시의 ‘국적에관한임시조례’를 들고 있는데, 이는 국적법이 ‘최초의 대한민국 국민’에 대하여 아무런 규정을 두지 않아 국적법이 제정되기 이전에 출생한 자에 대하여 대한민국 국적을 부여하기 위하여 위 임시조례에 따라 조선의 국적을 취득하고 이어서 건국헌법의 공포와 동시에 대한민국 국적을 취득한다는 논리를 구성한 것으로 판단된다. 대법원과 하급심은 우리 저작권법의 적용과 관련하여 북한주민도 대한민국 국민이라는 것을 전제로 하여 대한민국의 헌법과 법률을 적용하였는데, “우리 헌법에 의거하여 제정된 저작권법이나 민법 등 모든 법령의 효력은 당연히 북한지역에 미친다 할 것이므로 월북작가가 북한지역에 거주하면서 저작한 저작물이라 하더라도 우리 저작권법에 따라 보호되는 저작권을 취득하였다 할 것이고 그가 사망한 경우에는 남한에 있는 그의 상속인이 이를 상속한 것으로 보아야 한다.”고 결정하고 그 헌법적 근거로 헌법 제3조를 제시하였다.⁹⁾ 또한, 대법원은 “타인의 저작물을 복제, 배포, 발행함에 필요한 요건과 저작재산권의 존속기간을 규정한 저작권법의 효력은 대한민국 헌법 제3조에 의하여 여전히 대한민국의 주권 범위 내에 있는 북한지역에도 미치는 것이므로”라고 판시하였다.¹⁰⁾ 이외에도 서울가정법원은 북한이탈주민의 이혼소송에 있어서도 북한이탈주민은 물론 북한주민도 대한민국 국민임을 인정한다고 판단하였다.¹¹⁾

한편, 헌법재판소는 북한주민이 대한민국 국민에 포함된다는 것을 직접적으로 선언하지는 않고 있으나 북한주민의 법적 지위에 대한 대법원의 판결내용을 수용하고 있

8) 대법원 1990. 9. 28. 89누6396, 서울고법 1999. 10. 12. 99라130, 서울지법 2003. 6. 27. 2002나60862 등.

9) 서울민사지법 1989. 7. 26. 89카13692.

10) 대법원 1990. 9. 28. 89누6396.

11) 서울가정법원 2004. 2. 6. 2003드단58877 등.

어 간접적으로 북한주민도 대한민국 국민에 포함된다는 입장을 취하고 있다고 판단된다. 즉, 헌법재판소는 북한주민인 모(母)의 자(子)가 헌법 및 국적법상 대한민국 국민임을 주장하면서 강제퇴거명령의 무효확인을 구하는 소송을 본안소송으로 하는 국적법 제2조 제1항 제1호에 대한 위헌제청사건에서 부칙조항의 재판의 전제성을 인정하고, 위 대법원의 판결 취지를 그대로 인용하고 있다.¹²⁾

또한, 재외국민에 대한 선거권 부여에 관한 공직선거법 위헌여부 결정에서 “대법원 판결에 따르면 북한주민이나 조총련계 재일교포도 우리나라 국민이라는 점에는 의문이 없으므로”라고 판시하였고,¹³⁾ “국토가 분단되어 남북한이 대치하고 있는 상황에서 모든 재외국민에게 선거권을 인정한다면 북한주민이나 조총련계 재일동포들도 선거권을 행사함으로써 국가의 안위 및 국민의 생존, 자유가 위협받을 수 있고, 재외국민에 대한 체류국의 정책과 충돌함으로써 외교적 마찰이 발생할 수 있다.”고 판시하여 북한주민이 대한민국 국민이라고 밝히고 있다.¹⁴⁾

다. 국제평화주의, 국군의 사명 등

우리 헌법은 전문과 제4조 등에서 평화통일주의, 국제평화주의, 국제법존중, 국군의 정치적 중립성 등을 기본원리로 채택하고 있는데, 남북한관계와 통일에 대한 국가정책의 결정과 집행은 국제평화주의와 국제법존중주의와 규범적으로 조화를 이루어야 한다. 이에 따라 대법원은 “북한이 아직도 우리나라의 자유민주적 기본질서에 대한 위협이 되고 있는 현상황에 있어 국가보안법이 북한을 반국가 단체로 규정한 것이 우리 헌법이 천명한 국제평화주의나 평화통일의 원칙(헌법전문 제4조, 제5조)과 모순되는 법률이라고 볼 수 없다.”고 판시하였고,¹⁵⁾ 헌법재판소도 “국가의 존립·안전과 국민의 생존 및 자유를 수호하기 위하여 국가보안법의 해석·적용상 북한을 반국가단체로 보고 이에 동조하는 반국가활동을 규제하는 것 자체가 헌법이 규정하는 국제평화주의나 평화통일의 원칙에 위반된다고 할 수 없다.”고 결정하였다.¹⁶⁾

남북한관계 또는 평화통일정책의 구체적인 내용은 남한과 북한의 상황, 국제정세 등에 따라서 다양하게 결정되어야 하므로 고도의 정치적 고려나 결단이 반영되어야 한다. 또한, 우리 헌법은 제72조에서 통일 등 중요정책에 대하여 국민투표를 인정하고 있으므로 남북한관계와 통일에 대한 정책결정은 통치행위로 인정될 가능성이 크고, 통치행위의 인정여부는 사법심사의 대상에서 제외되는 문제와 직접적으로 연관된다. 이른바 통치행위가 사법심사의 대상이 되는지 여부에 대하여는 통치행위의 개념

12) 헌재 2000. 8. 31. 97헌가12.

13) 헌재 1999. 1. 28. 97헌마253·270(병합).

14) 헌재 2007. 6. 28. 2004헌마644, 2005헌마360(병합).

15) 대법원 1991. 11. 22. 91도2341 등.

16) 헌재 1997. 1. 16. 89헌마240.

자체를 긍정하는 입장과 이를 부정하는 입장으로 구분된다. 이를 인정하는 입장도 내재적 제약설, 권력분립설, 자유재량행위설, 사법적 자기제약설 등 다양한 근거를 제시하고 있다.¹⁷⁾ 그 동안 법원은 주로 대통령의 비상계엄선포행위에 대하여 통치행위를 인정한 사례가 있었는데, 내재적 제약설, 권력분립설, 자유재량행위설, 사법자제설에 따라 판단한 것으로 이해된다.¹⁸⁾ 한편, 대법원은 '12. 12 군사반란과 5. 18 내란 등 사건'에서 "대통령의 비상계엄의 선포나 확대행위에 대하여 통치행위성을 인정하지만, 그것이 국헌문란의 목적을 달성하기 위하여 행하여진 경우에는 법원이 그 자체가 범죄행위에 해당하는지의 여부에 관하여 심사할 수 있다."고 판시하였다.¹⁹⁾ 또한, 대법원은 앞에서 설명한 바와 같이 '대북송금 사건'에서도 통치행위 자체의 개념을 인정하면서도 그 요건과 범위를 엄격히 제한함으로써 사법심사의 대상에서 제외되는 범위를 최소화시키고 있다.

한편, 헌법재판소는 외국에 대한 파병결정과 군사훈련에 대한 헌법소원사건에서 대법원과 같이 통치행위의 개념을 인정하지만 대법원에 비하여 통치행위에 해당하는 요건을 보다 구체적으로 제시하였다. 즉, 헌법재판소는 1996년 '금융실명거래 및 비밀보장에 관한 긴급재정경제명령 사건'에서는 "이른바 통치행위를 포함하여 모든 국가작용은 국민의 기본권적 가치를 실현하기 위한 수단이라는 한계를 반드시 지켜야 하는 것이고, 헌법재판소는 헌법의 수호와 국민의 기본권 보장을 사명으로 하는 국가기관이므로 비록 고도의 정치적 결단에 의하여 행해지는 국가작용이라고 할지라도 그것이 국민의 기본권 침해와 직접 관련되는 경우에는 당연히 헌법재판소의 심판대상이 될 수 있는 것일 뿐만 아니라, 긴급재정경제명령은 법률의 효력을 갖는 것이므로 마땅히 헌법에 기속되어야 할 것이다."고 판시하였다.²⁰⁾ 헌법재판소는 고도의 정치적 결단에 의한 통치행위라고 하더라도 헌법과 법률이 정한 절차를 위반하거나 국민의 기본권 침해와 직접 관련되는 경우에는 사법심사의 대상이 된다고 판단하여 구체적인 기준을 제시하였다. 그러나 헌법재판소는 2004년 4월 29일 결정한 '일반사병이라크파병 위헌확인 사건'에서 "국방 및 외교에 관련된 고도의 정치적 결단을 요하는 문제로서 헌법과 법률이 정하는 절차를 지켜 이루어진 이상, 대통령과 국회의 판단은 존중되어야 하고 헌법재판소가 사법적 기준만으로 이를 심판하는 것은 자제되어야 한다."고 판시하기도 하였다.

대법원과 헌법재판소가 남북한관계와 통일에 대한 국가정책의 결정과 집행에 대하여 그것이 통치행위인지 여부에 관하여 직접적으로 판단한 사례는 앞에서 설명한 바

17) 통치행위에 대한 자세한 내용은 성낙인, 헌법학, 법문사, 2011, 1214-2121면 등.

18) 서울고법 1964. 7. 16, 64로159, 대법원 1964. 7. 21, 64초4, 대법원 1979. 12. 7, 79초70, 대법원 1981. 4. 28, 81도874 등.

19) 대법원 1997. 4. 17. 96도3376.

20) 헌재 1996. 2. 29. 93헌마186.

와 같이 대법원이 판결한 '대북송금 사건'이 유일하다. 하지만, 남북한특수관계론에 따른 북한의 법적 지위의 특수성을 고려할 때 앞으로 예상되는 위와 같은 국가정책에 대한 구체적인 내용은 고도의 정치적 고려나 결단에 의하여 결정될 것이다. 또한, 대통령은 남북한관계의 발전과 국제정세에 따라서 통일에 대한 중요정책에 대하여는 국민투표에 부칠 수도 있을 것이다. 이러한 점을 고려할 때 대법원과 헌법재판소가 통치행위에 대한 개념과 요건에 대하여 위와 같이 규범적인 기준을 구체적으로 제시하는 것은 바람직한 것이라고 평가된다. 이러한 기준은 남북한관계와 통일에 대한 사법심사에 대하여도 그대로 적용될 수 있을 것이다.

3. 국가보안법에 관한 판례

가. 반국가단체의 구성·가입

(1) 반국가단체의 개념과 범위

대법원은 그 동안 북한이 대한민국의 합법성과 정통성을 부정하고 대남적화통일을 기본목표로 정부를 참칭하고 있다고 판단하면서 그 조직과 활동에 대하여는 공지의 사실로서 그 인정에 반드시 증거를 요하지 않는다고 판시하여 그 반국가단체성을 당연한 것으로 인정하였다.²¹⁾

대법원은 북한 이외의 단체에 대하여 반국가단체성을 인정하면서 반국가단체의 구성요건으로서 국가를 변란할 것을 목적으로 한다는 것의 규범적 기준을 제시하고 있다. 즉, 대법원은 반국가단체로 인정되기 위해서는 그 단체가 국가를 변란하고 새로운 정부를 수립하는 것을 목적으로 하여야 한다고 판시하였다. 또한, 반국가단체의 객관적 구성요건인 결사에 대하여도 공동의 목적을 가진 특정 다수인의 임의적인 계속적 결합체로서 2인 이상의 구성원이 필요하고, 공동목적이 있어야 하고 그 공동목적이 있는 이상 그것이 결사조직의 유일한 목적임을 요하지 않고 다른 목적이 있어도 무방하며, 다수인의 임의적 결합이어야 하고, 계속성이 있어야 한다고 하였다. 또한, 집단이란 결사와 같이 공동목적의 가진 특정다수인의 결합이지만, 결사가 계속적인 집합체임에 대하여 집단은 일시적인 점에서 상이하다고 판시하였다.

대법원은 지휘통솔체제를 갖춘 단체로 되기 위해서는 2인 이상의 특정 다수인이 단체의 내부질서를 유지하고 그 단체를 유지하기 위하여 일정한 위계와 행위의 분담 등의 체계를 갖추어 결합하면 충분하다고 판시하여 지휘통솔체제의 범위를 비교적 넓게 인정하였다. 한편, 대법원은 과거에는 반국가단체의 구성·가입죄의 성격에 대하여 반국가단체의 해체 또는 탈퇴가 없는 한, 구성·가입행위가 계속된다고 판단하

21) 대법원 1986. 10. 28. 86도1764, 대법원 1991. 4. 23. 91도212 등.

여 이를 계속범으로 보았으나 1960년 이후 국가보안법상 반국가단체의 지도적 임무에 종사한 자의 공소시효가 그 반국가단체에 가입한 때부터 진행한다고 보아 반국가단체의 구성·가입죄에 대하여 이를 즉시범으로 판단함으로써 종전의 판시내용을 변경하였다.²²⁾ 그 이후 대법원은 반국가단체의 구성·가입죄를 계속범이 아닌 즉시범으로 판단하는 입장을 유지하고 있다.

대법원과 헌법재판소는 북한 이외의 단체에 대하여 비교적 엄격하게 심사하여 반국가단체로 인정하고 있는데, 1996년까지 '자주, 민주, 통일', '남한사회주의 노동자 동맹', '구국전위', '사회민주주의 청년연맹'을 반국가단체로 인정한 이후 새로운 단체에 대하여 반국가단체로 인정한 사례는 없다. 그러나 대법원은 2010년까지 '한총련', '아람회', '남북공동선언 실천연대' 등 다수의 단체에 대해서 국가보안법 제2조와 제3조에서 규정하는 반국가단체는 아니지만 제7조 제3항에서 규정하는 이적단체로 인정하고 있다.

(2) 반국가단체와 이적단체의 구별

국가보안법이 처벌대상으로 하는 단체로서 반국가단체와는 구별하여야 할 개념이 이적단체이다. 국가보안법이 규정하는 이적단체는 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서 위와 같은 행위를 목적으로 하여 특정 다수인이 결성한 계속적이고 독자적인 결합체를 의미한다.

대법원은 반국가단체와 이적단체는 그 처벌조항을 달리하고 있으므로 엄격하게 구분하여야 한다고 하면서 그 구별기준으로 해당 단체의 직접적이고 1차적인 목적이 무엇인지를 제시하고 있다. 즉, 반국가단체와 이적단체는 국가를 변란하고 새로운 정부를 수립하는 것을 궁극적 목적으로 한다는 점에서는 동일하다. 하지만, 반국가단체는 이를 직접적이고 1차적인 목적으로 하지만, 이적단체는 반국가단체를 전제로 하여 그 단체의 활동에 동조하거나 국가변란을 선전 또는 선동하는 것을 직접적이고 1차적인 목적으로 하는 것이라고 한다.²³⁾ 대법원은 이적단체의 해당여부에 대하여도 "어느 단체가 실제 활동에서 그 단체가 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 끼칠 위험성을 가지고 있다고 인정된다면 그 단체를 이적단체로 보아야 한다."는 입장을 그대로 유지하고 있다. 이에 대하여 소수의견은 이적단체의 구성·가입죄에서 요구하는 '국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서'라는 위험성 요건은 '실질적 해악을 끼칠 위험성'만으로 충족되는 것이 아니라 '명백하고 현존하는 위험의 기준'에 따라야 한다는 입장을 제시하고 있다.²⁴⁾

22) 대법원 1960. 4. 5. 선고 60도57(4293형상57).

23) 대법원 1995. 5. 12. 94도1813.

구체적인 사건에 있어서 어떤 단체를 이적단체로 인정할 것인지 여부에 대하여 다수의견과 소수의견이 가장 큰 차이점을 보이는 것은 그 단체의 이적성이 현실적으로 표현되는 내용과 정도의 점이라고 하겠다. 대법원은 그 동안 다수의견을 통하여 그 단체의 이적성을 인정하기 위해서는 그 단체가 자유민주적 기본질서가 허용할 수 없는 주장을 함으로써 찬양·고무·선전 또는 이에 동조하거나 국가변란을 선전·선동하는 행위를 목적으로 하는 것으로 충분한 것으로 판단하였다. 그러나 소수의견은 이것만으로는 부족하고 그 사상과 주장의 내용이 자유민주적 기본질서와 양립할 수 없는 주장이라 하더라도 무장봉기나 폭력혁명 등 자유민주적 기본질서에 반하는 방법을 동원하여 이를 실현시키려는 경우에 한하여 명백하고 현존하는 위험을 인정하여야 한다고 하였다.²⁵⁾

나. 목적수행

(1) 대법원 판결

대법원은 '대법원 1997. 7. 16. 97도985' 판결을 통하여 국가기밀의 개념에 대하여 엄격한 기준을 제시하였다. 대법원은 그 이전까지는 국가기밀인지 여부를 판단하는 기준으로 공지성 여부를 요구하지 않았다. 즉, 널리 알려진 공지의 사항이라고 하더라도 그 누설로 인하여 대한민국에게 불이익을 초래하고, 북한에 유리한 경우에는 널리 국가기밀에 해당하는 것으로 판단하였다.²⁶⁾ 그러나 1997년 위 판결을 통하여 국가기밀의 요건으로서 비공지성과 실질가치성을 제시하였다.

대법원은 비공지성에 대하여 종전에는 국내에서 널리 알려진 공지의 사실이라고 하더라도 반국가단체인 북한에게 유리한 자료가 되고, 대한민국에는 불이익을 초래할 수도 있는 사항은 국가기밀에 포함시키는 견해를 취하였다. 한편, 대법원이 위와 같이 판결을 변경한 이후에도 "탐지·수집이나 확인·확증의 필요가 없을 정도로 일반인에게 널리 알려진 공지의 사실이 아닐 뿐만 아니라 국가의 안전에 대한 불이익을 방지하기 위해서는 반국가단체에 알려지지 아니하도록 할 필요성도 있어야 한다."고 판시하여 비공지성 이외에 '요비닉성(要秘匿性)'을 추가로 요구하기도 하였다.²⁷⁾ 대법원은 실질가치성에 대하여 대한민국의 이익을 위하여 반국가단체에 대하여 비밀로 하거나 확인되지 않도록 할 필요가 있는 모든 정보자료로서 기밀로 보호할 실질가치와 무관하게 국가의 모든 기밀사항이 국가기밀에 포함된다는 입장이었으나, 1997년 위 판결을 통하여 국가의 안전에 위협을 초래할 우려가 있는 기밀로 보호할 실질적

24) 대법원 2008. 4. 17. 2003도758, 대법원 2010. 7. 23. 2010도1189 등.

25) 대법원 2010. 7. 23. 2010도1189.

26) 대법원 1986. 2. 25. 85도2533 등.

27) 대법원 1997. 9. 9. 97도1656.

인 가치를 갖춘 것이어야 한다는 입장을 취하여 국가기밀에 실질비성(實質秘性)을 요구하였다. 다만, 대법원이 “그 기밀이 사소한 것이라 하더라도 누설될 경우 반국가단체에는 이익이 되고 대한민국에는 불이익을 초래할 위험성이 명백하다면 이에 해당한다.”고 판시한 것은 실질가치성에 대한 종전의 국가기밀에 관한 해석으로부터 완전히 벗어나지 못한 것으로 평가된다.

한편, 대법원은 국가보안법 제4조 제1항 제2호의 국가기밀 탐지 등의 죄를 처벌하는 사건과 형법상 간첩죄를 처벌하는 사건에서 북한의 지위에 관하여 일관되지 않은 입장을 보이고 있다. 즉, 대법원은 국가보안법을 적용함에 있어서는 북한을 반국가단체로 판단하면서도 형법상 간첩죄로 처벌함에 있어서는 “북한괴뢰집단은 우리 헌법상 반국가적인 불법단체로서 국가로 볼 수 없으나, 간첩죄의 적용에 있어서는 이를 국가에 준하여 취급하여야 한다.”고 판결한 것을 비롯하여 북한을 적국으로 판단하고 있다.²⁸⁾ 이와 같이 북한의 법적 지위에 있어서 발생하는 모순된 법적 판단에 대하여는 최종적으로 관련 법률의 개정을 통하여 해결하여야 할 것이다.

(2) 헌법재판소 결정

헌법재판소는 국가기밀을 인정하는 요건과 범위에 대하여 대법원보다 훨씬 엄격한 입장을 취하고 있다. 헌법재판소는 이미 1992년에 군사기밀보호법상의 군사기밀에 대하여 비공지성 이외에 실질비성을 요구함으로써 대법원에 비하여 엄격한 요건을 제시하였다.²⁹⁾

이에 따라 헌법재판소는 1997년 결정에서 국가기밀에 대하여 “비공지의 사실로서 국가의 안전에 대한 불이익의 발생을 방지하기 위하여 그것이 적국 또는 반국가단체에 알려지지 아니하도록 할 필요성 즉 '요비닉성'이 있는 동시에, 그것이 누설되는 경우 국가의 안전에 명백한 위험을 초래한다고 볼 만큼의 실질적 가치가 있는 것 즉 '실질비성'을 갖춘 것이어야 한다.”고 판시하였다. 이와 동시에 헌법재판소는 대법원의 국가기밀에 대한 종전의 해석은 국가기밀이라는 문언의 문의적(文意的) 한계를 훨씬 벗어나고, 기밀의 실질적 요건을 헐어버린 것으로서 죄형법정주의에 위배된다고 비판하였다.³⁰⁾

대법원의 태도가 국가기밀에 엄격한 요건을 요구하는 것으로 변화된 것도 이와 같은 헌법재판소의 결정에 큰 영향을 받은 것으로 판단된다. 그러나 국가기밀의 실질가치성에 대하여 헌법재판소가 국가의 안전에 명백한 위험을 주는지 여부를 기준으로 판시하는 반면, 대법원은 반국가단체에 이익이 되고 대한민국에 불이익이 되는지 여

28) 대법원 1983. 3. 22. 82도3036.

29) 헌재 1992. 2. 25. 89헌가104.

30) 헌재 1997. 1. 16. 92헌바6·26, 93헌바34·35·36(병합).

부를 기준으로 제시하고 있어 대법원에서 인정하는 국가기밀의 범위가 보다 광범위하다고 평가할 수 있다. 이러한 차이점은 대법원이 "그 기밀이 사소한 것이라 하더라도 그것이 누설될 경우 반국가단체에는 이익이 되고, 대한민국에는 불이익을 초래할 위험성이 명백하다면 이에 해당한다."고 판시하고 있는 반면, 헌법재판소는 "국가의 안전에 명백한 위험을 초래한다고 볼 만큼의 실질가치를 지닌 사실·물건 또는 지식을 국가기밀로 인정한다."고 판시하는 것에서 분명하게 나타난다.

다. 자진지원, 금품수수, 잠입, 탈출, 찬양, 고무등

(1) 탈출의 개념

국가보안법은 제6조 제1항과 제2항에서 탈출의 구성요건적 행위를 다르게 표현하고 있고, 탈출의 문언적 해석은 어느 지역으로부터 빠져나가는 것을 의미하는 한편, 국가보안법에서 처벌하는 탈출의 행위유형은 이러한 문언적 해석 이외에 입법론적이고 체계적인 해석을 통하여 그 정확한 의미를 확정할 수 있다는 점에서 그 개념과 적용범위가 쟁점이 되어왔다.³¹⁾

국가보안법 제1항과 제2항의 적용과 관련하여 현실적으로 예상할 수 있는 탈출의 행위유형은 ① 대한민국에서 북한으로 직접 탈출하는 경우, ② 대한민국에서 제3국을 거쳐 북한으로 탈출하는 경우, ③ 제3국에 거주하면서 북한으로 탈출하는 경우, ④ 대한민국의 통치권이 미치는 지역을 벗어나 외국으로 나가는 경우로 구분할 수 있다. 대법원은 종전에 국가보안법 제1항의 탈출의 개념에는 그 행위주체가 대한민국 국민이거나 외국인이거나를 불문하고 ①, ②, ③의 유형이 포함되고, 제2항의 탈출의 개념에는 ①, ②, ③, ④의 유형이 모두 포함된다고 판시하였다.³²⁾ 대법원은 2004년 종전의 입장을 변경하여 대한민국 국민이 아닌 외국인이 외국에 거주하다가 그곳을 떠나 북한으로 들어가는 행위는 탈출의 개념에 포함되지 않는다고 판시하였다. 이에 따르면 국가보안법 제1항의 탈출의 개념에는 위 ①, ②, ③의 유형이 포함되고, 제2항의 탈출의 개념에는 ①, ②, ③, ④의 유형이 모두 포함되지만 외국인의 경우에는 ③의 유형이 탈출의 개념에서 제외되는 결과가 된다.³³⁾

헌법재판소도 국가보안법 제6조 제1항에 대하여 기본적으로 변경된 대법원의 입장과 동일하게 판단하고 있다.³⁴⁾ 대법원과 헌법재판소는 국가보안법의 적용에 있어서

31) 국가보안법 제6조의 탈출의 개념에 대한 학설에 관하여는 박이규, "국가보안법 제6조 탈출의 의미", 대법원 판례해설 제76호, 법원도서관, 2008, 500-506면 ; 변종필, "대법원의 형법해석론에 대한 비판적 고찰", 비교형사법연구 제7권 제1호, 한국비교형사법학회, 2005.7, 13-14면 ; 하태훈, "형법규의 해석과 죄형법정원칙 -대법원 판례를 중심으로-", 형사판례연구 11 : 지송 이재상교수 화갑기념호, 형사판례연구회, 2003, 22-23면 등.

32) 대법원 1997. 11. 20. 선고 97도2021.

33) 대법원 2008. 4. 17. 2004도4899.

국가의 안전보장을 위하여 탈출의 개념을 문의적으로 해석할 뿐만 아니라 체계적이고 목적론적으로 해석하고 있으나, 탈출의 개념에서 외국인이 외국에서 북한에 들어가는 것을 제외하여 국가보안법과 형법의 적용범위를 엄격하게 해석함으로써 국가보안법을 현실에 부합하도록 적용하기 위해 노력하고 있다고 평가된다.

(2) 통일부장관으로부터 북한 방문증명서를 발급받아 북한에 들어간 경우의 탈출죄 성립 여부

북한을 방문하기 위하여 통일부장관으로부터 남북교류협력에 관한 법률이 규정하는 방북승인을 받은 경우에도 국가보안법 제6조에서 규정하는 탈출죄를 적용할 수 있는지가 문제된다. 대법원은 통일부장관으로부터 북한 방문증명서를 발급받아 북한을 방문한 것은 원칙적으로 남북교류협력을 목적으로 하는 행위로서 정당하므로 국가보안법의 적용을 받지 않지만, 대한민국의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 하는 행위를 할 명백한 의도를 가진 사람이 방문목적은 속여 북한 방문증명서를 받은 다음 그 방문증명서에 기재된 방문목적에 따른 행위는 전혀 하지 않고 다른 행위를 한 경우에는 국가보안법의 탈출죄를 적용할 수 있다고 판단하였다. 이와 동시에 북한을 방문한 행위에 대한 정당성 여부를 방문목적별로 나누어 따로 평가할 수는 없으므로 오직 법률상 허용될 수 없는 다른 행위를 하기 위하여 북한을 방문한 것이고 밖으로 내세운 방문목적은 단지 북한 방문증명서를 받아내기 위한 명목상의 구실에 불과한 것이었다고 볼 수 있는 경우가 아니라면 그 북한 방문행위 자체는 정당성이 인정되므로 국가보안법상의 탈출죄로 처벌하여서는 안 된다고 하여 위와 같은 예외적인 경우를 엄격하게 제한하였다.³⁵⁾

남북교류협력에 관한 법률과 국가보안법은 그 입법취지와 입법체계는 서로 상이하지만 남한에 대하여 이중적 지위를 갖는 북한과 관계를 가지는 일정한 사항에 대하여는 동일한 규율대상에 대하여 적용되므로 이러한 범위에서는 일반법과 특별법의 관계에 있다고 해석하는 것이 타당하다. 남북교류협력에 관한 법률은 "이 법의 목적 범위 안에서 다른 법률에 우선하여 이 법을 적용한다."고 규정하여 그 입법형식은 다른 법률의 특별법으로서 성격을 갖는 것으로 표현하고 있으나, 국가보안법과 동일한 규율대상에 대해 적용하는 경우에는 위와 같이 해석하는 것이 체계적이고 규범조화적 해석이라고 하겠다.

(3) 찬양·고무등과 이적성 판단기준

국가보안법은 제7조에서 규정하는 찬양·고무등은 그 구성요건으로서 이적성을 전제

34) 현재 1997. 1. 16. 92헌바6·26, 93헌바34·35·36(병합).

35) 대법원 2008. 4. 17. 2003도758.

로 하고 있어 이적단체와 이적표현물의 개념적 요건이 된다. 특히 이적표현물의 경우에는 이적성이 인정되는지 여부는 표현의 자유를 어디까지 보장할 것인지와 직접적으로 연관되어 이적성을 인정하는 요건과 범위가 매우 중요한 의미를 가지게 된다.³⁶⁾ 우리 대법원과 헌법재판소도 이적성의 판단기준에 대하여 다양한 입장을 제시하고 있다.

대법원은 이적성과 관련하여 반국가단체에게 구체적·객관적으로 이익이 아니라 추상적으로 이익이 될 수 있는 개연성만 있으면 인정된다는 입장을 취하였다.³⁷⁾ 그 이후 대법원은 표현물의 전체내용 등이 국가의 존립·안전과 자유민주적 기본질서를 위협하는 적극적이고 공격적인 것이면 이적표현물이라고 판단하였으며,³⁸⁾ 이러한 입장이 현재까지 대법원의 다수의견을 이루고 있다. 한편, 종전 대법원의 소수의견은 국가의 존립·안전과 자유민주적 기본질서를 파괴할 구체적이고 가능한 위험이 있는 표현행위로서 법익을 침해하는 해악의 내용이 구체적이고, 법익침해의 결과발생이 가능한 것을 의미하며, 해악의 내용도 실질적이고 중대한 것이고, 법익침해의 결과가 초래될 상당한 개연성이 있는 것을 의미한다고 하였다.³⁹⁾ 그러나 최근 대법원의 소수의견은 이적표현물로 인정하기 위해서는 적극적이고 공격적인 표현이라는 요건 외에 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 대한 위험을 가진 표현물이어야 하며, 그 위험성 요건을 인정하는 기준은 명백하고 현존하는 위험의 기준이 적용되어야 한다고 요구하여 훨씬 더 엄격한 기준을 제시하였다.⁴⁰⁾

대법원이 기본적으로 제시하고 있는 이적성 판단기준에 대하여 이는 위험경향의 원칙 또는 해악경향의 원칙에 입각한 것으로 평가되며, 1992년 판결에서 소수의견이 제시한 구체적이고 가능한 위험의 범리는 위험경향의 원칙보다 엄격한 요건을 요구하지만 명백하고 현존하는 위험의 원칙에서 요구하는 명백성을 보다 완화한 것이다. 대법원은 이적표현물 관련 범죄의 목적성 여부에 대하여도 종전 판례를 변경하여 초과주관적 구성요소로서의 이적행위의 목적을 추정할 수 없다고 판단하였으며,⁴¹⁾ 피

36) 이적표현물의 이적성 판단기준에 대한 학설 등에 대한 자세한 내용은 황교안, 앞의 책, 319면 ; 장호순, “국가안보를 위협하는 이적표현의 범위”, 한국언론학보 제43-4호(1999. 여름), 한국언론학회, 1999, 204·213-214면. ; 강금실, “국가보안법 제7조의 이적성에 관한 두 가지 견해”, 인권과 정의 277권, 대한변호사협회, 1999.9, 116면 ; 민병로, “국가보안법의 과거·현재·그리고 미래 - 헌법재판소 결정에 대한 비판적 고찰”, 법학과 행정학의 현대적 과제(유소 이방기 교수 정년기념논문집), 2000, 167-168면 ; 김대휘, “국가보안법 제7조 제1항·제5항의 해석기준”, 법과 정의 : 이회창 대법관판결의 연구, 경사 이회창 선생 화갑기념 논문집 간행위원회, 1995, 47-48면 ; 이광범, “국가보안법 제7조 제5항·제1항의 해석기준에 관한 대법원 판례의 동향”, 형사재판의 제문제 2권, 박영사, 1999, 247면 등.

37) 대법원 1984. 11. 27. 84도2310.

38) 대법원 1992. 3. 31. 90도2033, 대법원 1997. 11. 20. 97도2021, 대법원 2010. 7. 23. 2010도1189 등.

39) 대법원 1992. 3. 31. 90도2033의 대법관 이회창 등 3인의 소수의견.

40) 대법원 2010. 7. 23. 2010도1189의 대법관 박시환 등 4인의 소수의견.

41) 대법원 2010. 7. 23. 2010도1189.

고인의 초과주관적 구성요건인 이적의 목적성에 대하여도 검사에게 입증책임이 있다고 판단하였다. 그러나 대법원은 주관적 구성요건인 이적성의 인식에는 반드시 확정적인 인식이 필요한 것은 아니고 미필적 인식만으로 충분하다는 입장은 그대로 유지하고 있다.

한편, 헌법재판소는 이적표현물의 이적성에 대하여 국가보안법의 입법목적에 부합하도록 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 줄 명백한 위험성이 있는 경우에 적용되며, 이는 특단의 사정이 없는 한 그 표현물의 내용이 그와 같은 경우일 때라고 볼 것이고, 그 표현물과 외부관련성도 이러한 위험성을 판단하는 기준이 된다고 하였다.⁴²⁾ 헌법재판소는 이와 같이 이적성에 대하여 처음부터 대법원보다 엄격한 기준을 제시하였으며, 이러한 입장이 주류를 이루고 있다. 한편, 헌법재판소의 소수의견은 명백하고도 현존하는 위험의 원칙에 따라서 법률에 의하여 금지된 해악을 초래할 명백하고도 현실적인 위험성이 입증된 경우에 한정되어야 하므로 국가보안법 제7조 제1항의 규정은 표현의 자유의 본질적 내용을 침해하고, 명확성의 원칙에도 반한다고 하였다.⁴³⁾ 헌법재판소가 제시하고 있는 실질적 해악을 줄 명백한 위험성은 위험의 현존과 시간적 근접성을 엄격하게 요구하지 않으며, 소수의견이 명백하고 현존하는 위험의 법리를 적용할 것을 주장하는 점에 비추어 그것이 명백하고 현존하는 위험의 법리와 동일한 것은 아니라고 해석된다. 다만, 대법원에서 제시하는 기준에 비하여 훨씬 더 엄격한 요건을 요구하고 있는 것으로서 명백하고 현존하는 위험의 법리의 영향을 받거나 이를 반영한 것으로 평가할 수 있을 것이다.

라. 회합·통신 등, 편의제공, 불고지

대법원은 통일부장관으로부터 북한 방문증명서를 발급받아 북한을 방문한 기간 동안의 행위에 대하여 회합·통신죄를 적용하여 처벌할 수 있다고 판단하였다. 즉, 통일부장관의 북한 방문증명서 발급은 북한방문 자체를 허용한다는 것일 뿐, 북한 방문 중에 이루어지는 구체적이고 개별적인 행위까지 모두 허용한다거나 정당성을 부여한다는 취지는 아니므로 북한 방문증명서를 발급받아 북한을 방문하였다고 하더라도 그 기회에 이루어진 반국가단체 구성원 등과의 회합행위로서 조국통일범민족연합의 강령·규약 개정을 논의하기 위해 북한방문을 기화로 조국통일범민족연합 회합을 가진 행위에 대하여 국가보안법 제8조 제1항의 회합·통신죄를 적용하였다.⁴⁴⁾ 한편, 대법원의 위 판결에서 소수의견은 그 회합의 경위나 그 회합 석상에서 논의된 내용에서 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 대한 명백하고 현존하는 실질적 해악성을 인정하기 어렵다면 그 회합에 대하여는 국가보안법상 회합죄로 처벌할 수

42) 헌재 1990. 4. 2. 89헌가113.

43) 헌재 1990. 4. 2. 89헌가113의 재판관 변정수의 소수의견.

44) 대법원 2008. 4. 17. 2003도758.

없다고 하였다.⁴⁵⁾ 헌법재판소도 국가보안법은 제8조 제1항을 개정하여 '이익이 된다는 정을 알면서'라는 부분을 삭제하고, 그 대신 '국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서'라는 주관적 구성요건을 추가함으로써 위헌적 요소는 제거되었다고 판단하였다.⁴⁶⁾

국가보안법 제9조의 편의제공죄에 대하여 헌법 제12조 제1항이 규정하는 죄형법정주의의 본질적 내용을 침해한다는 논란이 있었으나, 대법원과 헌법재판소는 헌법에 합치된다고 판단하였다.⁴⁷⁾ 대법원은 국가보안법 제9조의 편의제공죄에서 규정하는 '기타의 방법으로 편의를 제공한' 경우에 대하여 국가보안법을 위반한 범인에 대하여 총포, 탄약, 금품 기타 재산상의 이익제공행위, 잠복, 회합연락을 위한 장소제공행위를 제외한 모든 방법으로 하는 일체의 편의제공 행위라고 판단하였다.⁴⁸⁾ 한편, 대법원은 평소의 친분관계에 비추어 자연스러운 인정의 발로에 불과한 것으로 일화가 없어서 귀국할 비행기표를 사지 못하고 있는 것을 보고 원화를 빌려준 행위에 대하여 편의제공죄가 성립하지 않는다고 하였고,⁴⁹⁾ 단지 의례적·사교적인 차원의 것인 경우에도 편의제공행위에 해당하지 않는다고 판단하였다.⁵⁰⁾

헌법재판소도 국가보안법상의 편의제공죄의 규제대상이 되는 편의제공 행위에 대하여 모든 편의제공 행위가 아니라 그 중에서 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 미칠 구체적이고 명백한 위험성이 있는 경우로 제한하여야 할 것이고, 그와 같은 위험성이 있다고 단정하기 어려운 것은 처벌의 대상에서 배제시켜야 한다고 결정하였다.⁵¹⁾

4. 남북교류협력에 관한 판례

가. 남북교류협력에 관한 법률 관련

남북교류협력에 관한 법률을 적용한 판례는 이 법률이 제정된 1990년 이후부터 나타났는데, 남북교류협력이 다양한 분야에서 확대되면서 지속적으로 증가하였다. 대법원은 남북교류협력법상의 협력사업자 승인을 받지 않고 협력사업을 시행한 것은 이 법률에 위반되며, 통일원장관의 반입승인을 받지 아니하고 반입하려다 미수에 그친 범죄행위로 인하여 취득한 물건은 형법 제48조 제1항 제2호의 몰수의 대상이 된다고

45) 대법원 2008. 4. 17. 2003도758의 대법관 박시환, 김지형, 전수안의 별개의견.

46) 헌재 1997. 1. 16. 92헌바6·26, 93헌바34·35·36(병합), 헌재 2003. 5. 15. 2000헌바66.

47) 대법원 1990. 9. 14. 90도1518, 헌법재판소 1992. 4. 14. 90헌바23.

48) 대법원 1984. 10. 10. 84도1796.

49) 대법원 1990. 8. 24. 90도1285.

50) 대법원 1994. 3. 11. 93도3145.

51) 헌재 1992. 4. 14. 90헌바23.

판단하였다.⁵²⁾ 또한, 남한주민이 북한주민 등과 접촉할 의도나 계획을 가지고 있고 그러한 접촉 가능성이 객관적으로 존재하는 경우라면 그 접촉에 앞서 통일원장관의 승인을 얻어야 하며, 단지 그러한 접촉의 상대방이 구체적으로 특정되어 있지 아니하다거나 접촉의 성사가능성이 다소 유동적인 상태에 놓여 있다는 이유만으로 사전승인을 받을 필요가 없는 것은 아니라고 하였다.⁵³⁾

헌법재판소도 남북교류협력법의 적용을 받는 교역이란 교역당사자의 남북간 물품이동(단순히 제3국을 경유하는 경우를 포함한다)의 경우에만 적용되는 것이고 단순경유지가 아닌, 북한 이외의 제3국으로부터 남한에 도착된 물품에는 관세법 등이 적용된다고 보아 제3국을 단순히 경유하지 않고 제3국에서 수입통관 후 국내에 반입된 물품은 남북교역 대상 물품으로 취급되지 않고 일반수입 물품으로 취급된다고 판단하였다.⁵⁴⁾

나. 민사법 관련

남북한은 분단 이후 냉전체제를 거치면서 정치군사적 대결구도에서 상대방을 규범적으로 인정하지 않았으며, 이에 따라 민사법 분야에서는 교류협력의 여지가 없었다. 따라서 민사법 분야에서 남북한관계와 관련된 판례는 남북한의 교류협력의 과정에서 발생하는 사안에 관한 것이 아니라 분단과 6.25전쟁의 과정에서 미수복지구의 농지개혁과 관련하여 발생한 토지소유권의 정비 등 토지재산권을 확정하기 위한 것과 이산가족의 발생과 관련하여 부재신고와 가호적을 통한 혼인관계의 정비를 위한 것이 대부분이었다.

대법원은 남북한의 분단과 특수성을 고려하여 의미있는 판결을 하기도 했다. 즉, 북한에 거주하여 생사불명인 자를 남한에 거주하다가 행방불명된 것처럼 허위로 주소를 기재하여 공시송달을 통해 확정판결을 받아 소유권이전등기를 경료한 것은 비록 허위의 주소를 기재하였다고 하더라도 적법한 공시송달의 방법에 의하여 확정되어 기판력을 갖고 있으므로 재심에 의하여 취소되지 않는 한, 위 판결에 기한 소유권이전등기의 말소를 구할 수 없다고 판단하였으며,⁵⁵⁾ 6.25전쟁 중에 납북되어 약 17년간 연락이 두절되어 있던 자는 매매계약에 관한 대리권을 수여할 수 없고, 그 자의 가족관계 등 사정을 잘 알고 있었던 자는 그와 같은 대리권의 수여를 믿었음을 정당화할 만한 객관적인 사정이 존재하였다고 볼 수 없다고 판단하였다.⁵⁶⁾

52) 대법원 1995. 5. 23. 93도1750.

53) 대법원 2003. 12. 26. 2001도6484.

54) 헌재 2006. 7. 27. 2004헌바68.

55) 대법원 1987. 3. 24. 86다카1958.

56) 대법원 2009.4.23. 2008다95861.

대법원은 남북한 주민의 혼인과 상속에 대하여도 많은 판결을 하였으나, 그 대부분은 남북한의 분단과 6.25전쟁에 따른 혼란을 정비하기 위하여 군정법령 제179조에 의한 가호적에 의한 취적과 부재선고 등에 관한 특별조치법의 해석과 적용에 관한 것이었다.⁵⁷⁾ 또한, 대법원은 이미 혼인한 자가 법원의 취적허가를 받아 취적하는 기회에 마치 북한에 있는 종전의 원적지에서 타인과 이미 적법하게 혼인신고를 마친 법률상의 처인 양 입적하여 이중의 호적을 갖게 된 경우에 그 정정은 신분관계에 중대한 영향을 미치는 사항이므로 호적정정의 방법으로 말소할 수는 없고, 이중호적에 기재된 혼인의 무효판결 등 확정판결에 의하여야 한다고 하였다.⁵⁸⁾

한편, 북한주민의 재산상속과 관련하여 대법원은 직계비속인 딸이 한 사람 더 있다면 북한에 있어 생사불명이라는 이유만으로는 재산상속인에서 제외될 수 없다고 판단하였으나,⁵⁹⁾ 서울가정법원은 대법원의 위와 같은 입장을 인정하면서도 상속재산분할에서 재북 상속인들 또는 그들의 상속인은 후에 상속회복청구권 등의 방법으로 그 권리를 회복하는 수밖에 없다고 판단하였다.⁶⁰⁾

다. 행정법 관련

남북한관계에 있어서 행정법적 쟁점이 사법적 판단의 대상이 되었던 것은 북한에서 행정법적 효과로서 취득한 의사면허 등에 대하여 남한에서 그 법적 효과를 인정할 것인지에 관한 경우가 대부분이었다. 대법원은 북한에서 의약업자의 자격을 취득하고 남한으로 이주한 자가 남한에서 그 자격을 취득하기 위하여 위 특별법에 따라서 국가시험에 응시자격 인정신청을 한 것에 대하여 행한 행정처분에 대하여 위 특별법의 효력이 종료된 이후에는 항고대상이 되지 않는다고 판단하였다.⁶¹⁾ 또한, 한지 의사자격시험에 응시하기 위하여 북한의 의학전문학교를 졸업하였다는 내용의 허위 내용의 이력서 학력보증 증명서를 제출한 자에 대하여 한지의사면허처분을 한 것은 하자 있는 처분이므로 그 한지의사면허를 취소하는 행정처분은 적법하다고 하였고,⁶²⁾ 일제시대에 북한에서 침구사시험에 합격하여 그 자격을 인정받은 자는 의료법에서 규정하는 의료유사업자자격증의 갱신교부신청을 할 수 있으며, 그가 월남할 때 침구사 자격증을 북한에 두고 가져오지 못하거나 북한당국에 빼앗겨서 소지하지 않은 경우에 이를 보건사회부 공고에서 말하는 자격증 분실자와 같이 볼 수는 없다고 판단하였다.⁶³⁾

57) 대법원 1970. 7. 28. 70므9, 대법원 1987. 2. 24. 86므119, 대법원 1992. 1. 21. 91므238 등.

58) 대법원 1991. 7. 23. 91스3.

59) 대법원 1982. 12. 28. 81다452.453.

60) 서울가법 2004. 5. 20. 98느합1969·2000느합25.

61) 대법원 1988. 12. 27. 87누547.

62) 대법원 1975. 12. 9. 75누123.

63) 대법원 1977. 8. 23. 76누315.

1990년 남북교류협력에 관한 법률이 제정된 이후 남북한 사이에 주민의 왕래와 물품의 교역이 증가함에 따라 이와 관련한 행정법적 쟁점에 대하여 사법적 판단도 증가하고 있다. 대법원은 대한민국 국민은 출입국관리법 제46조에서 규정하는 강제퇴거명령이나 보호명령의 대상이 될 수 없음에도 불구하고 북한주민인 대한민국 국민에 대하여 강제퇴거명령과 보호명령을 한 경우에는 그 하자가 중대하지만, 그가 중국 여권을 소지하고 있어 일응 중국국적을 보유하고 있는 자라고 판단될 만한 외관을 가지고 있었던 이상 그 하자가 객관적으로 명백한 것이라고는 할 수 없으므로 당연 무효라고 할 수 없고, 다만 취소할 수 있을 뿐이라고 판단하였다.⁶⁴⁾

남북한 주민의 교류협력의 과정에서 행정법과 관련된 사법적 판단도 계속하여 증가하고 있다. 서울지방법원은 통일부장관이 북한방문이나 북한주민접촉에 대한 승인 여부를 결정하는 것은 재량행위에 속한다고 판단하였으며,⁶⁵⁾ 대구지방법원은 남북교류협력법 제26조 제1항과 그에 의하여 준용되는 대외무역법령에 따라 남북한의 교역에 있어서는 북한을 대한민국의 주권이 미치지 않는 외국에 준하여 인정하고, 남북교역품을 수입·수출품에 준하여 취급하여야 한다고 하였다.⁶⁶⁾

라. 지적재산권법 관련

남북한의 교류협력의 과정에서 지적재산권과 관련된 사안이 다른 분야에서보다 많이 발생하였으며, 대법원과 하급심 법원이 이에 대하여 사법적 판단을 한 사례가 다수 있다. 서울민사지방법원은 우리 헌법에 의하여 제정된 저작권법이나 민법 등 모든 법령의 효력은 당연히 북한지역에 미친다는 것을 전제로 비록 월북 작가가 북한지역에 거주하였으며 이 사건 저작물을 북한에서 저작하였다고 하더라도 그는 남한의 저작권법에 의해 보호되는 저작권을 취득하였으며 그가 사망함으로써 남한에 있는 그의 상속인이 그 상속지분에 따라 저작권을 상속하였다고 판단하였다.⁶⁷⁾ 한편, 남북한의 교류협력이 확대된 이후에는 북한의 법적 지위에 대하여 유연한 태도를 보이는 판례도 나타나고 있는데, 서울지법 남부지원은 권리의무의 주체를 단지 단체로서의 실체가 있는지 여부로 판단하여 북한의 저작물에 대한 저작권의 주체로서 북한의 기관도 인정하였다.⁶⁸⁾ 또한, 북한의 당국이나 영화촬영소도 원래의 저작권자로부터 양도받아 저작권의 주체가 될 수 있다고 판단하였다.⁶⁹⁾

남북한관계에 있어서 지적재산권과 관련된 사건은 대부분 북한의 저작물이 남한에

64) 대법원 1996. 11. 12. 96누1221.

65) 서울지법 2003. 6. 27. 2002나60862.

66) 대구지법 2008. 4. 1. 2007노3631.

67) 서울민사지법 1989. 7. 26. 89카13692.

68) 서울지법 남부지원 1994. 2. 14. 93카합2009.

69) 서울고법 1999. 10. 12. 99라130.

서 사용되는 과정에서 상속인 또는 양수인의 권리보호와 관련하여 법률적으로 문제 되었으며, 반대로 남한의 저작물이 북한에서 사용되는 것이 문제된 사례는 발견되지 않는다. 즉, 북한주민의 저작물은 남한의 저작권법에 따라 당연히 보호되는 것으로 보고, 그 저작권을 침해한 행위에 대하여 민사적으로 침해금지가처분 결정을 하거나, 저작권법위반으로 형사처벌하였다.

5. 북한이탈주민에 관한 판례

가. 혼인 관련

서울가정법원의 2004년 판결은 북한이탈주민으로서 남한에서 적법한 절차에 따라 취직한 자가 북한지역에 있는 배우자를 상대로 제기한 최초의 이혼 및 친권자지정에 관한 소송인데, 원고와 피고가 북한의 가족법에 따라서 등록된 혼인이 유효하다는 것을 전제로 이혼사유가 있다고 인정하여 원고의 이혼청구를 인용하였다.⁷⁰⁾ 그 법적 근거로서는 헌법 제3조와 혼인과 가족생활을 보장하는 제36조 제1항, 그리고 북한이탈주민보호법 제1조, 제4조 제1항, 제12조, 제19조, 민법 제840조 제6호를 제시하였다. 위 이혼소송에서는 소송법적으로는 당사자 적격, 재판관할의 유무, 소송절차의 중지 여부, 송달절차가 문제되었고, 실체법적으로는 혼인의 효력과 그 준거법, 이혼의 준거법, 이혼사유가 문제되었다. 위 판결문에서는 위 쟁점 사항 가운데 이 사건 혼인의 유효 여부와 이혼사유에 대하여만 판단하였고, 나머지 쟁점 사항들은 남한 민법 등을 적용하여 본안판단을 하였다는 사실, 소송절차를 진행하고 판결하였다는 사실로부터 간접적으로 그 판단내용을 추론할 수 있을 뿐이었다.

서울가정법원은 판결문에서 이혼소송의 전제로서 당사자의 혼인의 유효성을 인정하고 있는데, 판결이유에서는 혼인관계가 유효하다는 법적 근거로는 남한의 헌법 제3조에 따라 북한주민은 대한민국 국민이라는 점, 헌법 제36조 제1항, 그리고 남한법률인 북한이탈주민보호법을 직접적인 근거로 제시하고 있고, 기초사실에서 원고와 피고가 1997년 북한지역에서 '혼인하고 동거하던 중' 및 '혼인사실'이라고 표현하고 있을 뿐, 북한의 가족법에 대해서는 이를 전혀 언급하지 않고 있다. 따라서 남한의 헌법과 법률에 따라 혼인관계를 유효한 것으로 인정하고, 이를 전제로 이혼심판청구를 인용한 것으로 해석될 수 있다. 이러한 점에서 위 판결은 북한주민의 법적 지위에 대하여는 대법원의 입장을 그대로 따르고 있는 것으로 평가된다.

70) 서울가법 2004 .2. 6. 2003드단58877.

또한, 이혼사유에 대하여는 기초사실에 기초하여 이 사건 혼인관계는 더 이상 회복할 수 없을 정도의 파탄상태에 이르렀고, 원고에게 더 큰 잘못이 있다고 보기 곤란하므로 민법 제840조 제6호 소정의 재판상 이혼사유로 인정하였다. 위 재판부가 판결문을 통해서 밝히고 있지 않지만, 위 나머지 쟁점 사항들과 관련하여 북한이탈주민의 북한주민을 상대로 한 이혼소송의 재판관할은 대한민국 법원에 있으며, 그 토지관할은 가사소송법 제22조 제2호, 제13조 제2항에 따라서 서울가정법원의 전속관할을 인정한 것으로 판단된다. 또한, 남북한 분단상황의 특수성을 고려하여 위 사건은 민사소송법 제246조의 당사자의 장애로 인한 소송절차의 중지사유에 해당하지 않으며, 공시송달할 수 있다고 판단하고 소송절차를 진행한 것으로 판단된다.

이 판결은 2004년 10월 12일 제기된 이혼소송 사건에 대하여 북한이탈주민보호법이 개정되기를 기다렸다가 위 법률이 개정된 이후 그 법률에 따라서 소송을 진행하고 선고한 것이다. 서울가정법원은 이 사건에서도 북한이탈주민으로서 남한에서 취직한 자가 북한지역에 있는 배우자를 상대로 제기한 이혼소송에서 원고의 이혼청구를 인용하였다.⁷¹⁾ 이 판결은 그 법적 근거로서 종전 판결과는 달리 헌법 제3조와 혼인과 가족생활을 보장하는 제36조 제1항을 제시하지 않고 그 대신 개정된 북한이탈주민보호법 제19조의2 제1항, 제2항을 제시하였다. 개정 북한이탈주민보호법은 당사자 적격, 재판관할, 송달절차 등 소송법적 쟁점과 혼인의 효력, 이혼사유 등 실체법적 쟁점을 입법적으로 해결하였는데, 소송절차의 중지 여부, 이혼의 준거법에 대하여는 직접적으로 규정하지 않고 있다. 위 특례규정의 입법취지에 비추어 배우자가 북한에 있다는 사실은 소송절차의 중지 사유에 해당하지 않으며, 이혼의 준거법은 남한의 가족법을 의미하는 것을 전제로 하고 있다고 판단된다.

이 판결은 재판상 이혼사유에 대하여는 북한이탈주민보호법 제19조의2 제1항의 '그 배우자가 남한지역에 거주하는지 여부가 불명확한 경우'가 아닌 민법 제840조 제6호의 '혼인관계를 계속하기 어려운 중대한 사유'를 직접적 근거규정을 제시하고 있는 것이 특징이다. 따라서 위 재판부는 북한이탈주민보호법 제19조의2 제1항은 민법 제840조의 특별규정으로서 이혼사유를 규정한 것이 아니라 혼인의 효력과 이혼소송의 관할에 관한 특례규정이라고 해석하였다고 판단할 여지가 있다. 북한이탈주민보호법의 개정규정과 이에 따른 위 판결은 북한주민의 법적 지위에 대하여는 명확한 입장을 밝히고 있지 않으나, 북한주민도 대한민국 주민이지만 북한이탈주민의 북한 소재 배우자에 대한 이혼소송에 있어서는 남북한관계의 특수성을 반영하여 국제법원칙을 적용할 수 있도록 위와 같은 특례규정을 둔 것이라고 평가할 수 있다.

나. 행정법 관련

71) 서울가법 2007. 6. 22. 2004드단77721.

북한이탈주민보호법에 의하여 보호결정을 받은 북한이탈주민은 대한민국 국민으로서 동일한 법적 권리와 의무를 가진다. 대법원은 북한이탈주민도 헌법이 보장하는 거주이전의 자유의 내용인 해외여행의 자유를 가지므로 북한 고위직 출신의 북한이탈주민으로서 그 신변에 대한 위해의 우려가 있다는 이유로 미국 방문을 위한 여권발급을 거부한 것은 여권법에서 규정하는 거부사유에 해당되지 않아 거주이전의 자유를 과도하게 제한하는 것으로 위법하다고 판단하였다.⁷²⁾ 또한, 북한이탈주민보호법은 북한을 벗어난 후 외국의 국적을 취득하지 아니한 북한이탈주민을 그 적용대상으로 규정하여 보호결정을 할 수 있으며, 북한을 벗어난 후 외국의 국적을 취득하거나 북한을 벗어나기 전에 이미 외국 국적을 취득하고 북한을 벗어난 후 그 외국 국적을 그대로 보유하고 있는 자는 법의 적용대상인 북한이탈주민에 해당하지 않는다고 전제하고, 외국 국적을 보유한 자가 이를 숨긴 채 마치 북한 공민권자인 것처럼 허위진술을 하여 위 법률에 의한 보호 및 지원을 받은 경우에는 위 법률 33조 제1항 소정의 사위 기타 부정한 방법으로 보호 및 지원을 받은 때에 해당하여 형사처벌을 할 수 있다고 판단하였다.⁷³⁾

헌법재판소는 북한이탈주민의 법적 지위와 관련하여 결정을 하였는데, 이들은 모두 적법요건을 갖추지 못하여 각하결정을 한 것으로 본안심사를 통하여 구체적으로 판단하지 않았다. 즉, 헌법재판소는 북한이탈주민보호법 제32조 제1항에서 통일부장관의 보호 및 지원에 관한 처분에 대한 이의신청기간을 그 처분의 통지를 받은 날부터 60일 이내로 제한하고 있어 북한이탈주민의 행복추구권 등을 침해한다는 내용의 헌법소원에 대하여 행정소송의 제소기간을 도과하였거나, 헌법소원의 심판을 청구하는 청구기간을 도과하였다는 이유로 각하결정을 하였다. 또한, 북한이탈주민이 보호신청을 하였으나 체류국에서 10년 이상 생활근거지를 두고 있다는 이유로 비보호결정처분을 받아 이에 대하여 평등권 위반 등을 이유로 헌법소원을 제기한 사건에서는 보충성의 원칙에 따라 비보호결정처분에 대하여 행정심판을 청구하거나 행정소송을 제기할 수 있음에도 불구하고 위 구제절차를 거치지 아니하고 헌법소원심판을 청구하였다는 이유로 각하결정을 하였다.⁷⁴⁾

6. 남북합의서에 대한 판례

가. 남북기본합의서의 법적 성격

72) 대법원 2008. 1. 24. 2007두10846.

73) 대법원 2009. 1. 30. 2008도10831.

74) 헌재 2005. 6. 14, 2005헌마550 등.

1992년 남북한 사이에 체결된 남북기본합의서에 대하여 대법원과 헌법재판소는 이를 일종의 공동성명 또는 신사협정에 준하는 성격을 가짐에 불과하며, 국내법과 동일한 효력이 있는 조약이나 이에 준하는 것으로 볼 수 없다고 하면서 그 법적 구속력을 인정하지 않았다.⁷⁵⁾ 남북기본합의서에 대한 이와 같은 사법적 판단은 1972년 동서독이 체결한 동서독기본조약에 대하여 서독연방헌법재판소가 동독과 서독의 내부관계를 규율하는 국제법상 조약으로서의 성격을 인정하여 법적 구속력을 부여한 것과 대비된다.

남북기본합의서의 체결절차 및 형식과 체결 이후의 현실적 상황 등을 종합적으로 고려해볼 때, 남북기본합의서의 조약으로서의 성격은 인정되기 어렵다고 하겠으나, 남북한 당국이 평화통일을 지향하는 과정에서 성실하게 이행하고 준수하여야 할 규범으로서의 성격을 가진다고 할 것이다.

나. 기타 남북합의서의 법적 성격

현재까지 남북기본합의서 이외의 남북합의서에 대하여 헌법재판소나 법원이 판결을 한 적이 없다. 남북한 사이에 체결된 투자보장·이중과세방지·청산결제·상사분쟁해결절차 등에 대한 '4개 경협합의서'와 그 이행을 위하여 체결된 9개의 후속합의서는 남북한 당국이 법적 구속력을 갖는다는 의사에 따라 체결하였음을 인정할 수 있는 점, 남북한 당국이 조약체결 방식으로 합의를 체결하고 그 후속조치를 취한 점, 남북한이 각각 국회의 동의와 최고인민회의 상임위원회의 결정 등 최고입법기관의 동의 또는 승인을 받는 등 합의서의 효력발생 규정에 따라 발효에 필요한 절차를 거친 점, 법률적 효력이 있다는 것을 전제로 법률제정 절차에 관한 법률에 따라 공포되고 관보에 게재된 점 등에 비추어 법적 구속력이 있는 조약으로서의 성격을 가진다고 하겠다.

향후 남북한 사이에 체결되는 각종 합의서 중에서 국민의 권리와 의무에 직접 영향을 미치는 내용이 포함되어 국회의 동의를 받아야 하는 합의서가 증가할 것이며, 남북교류협력의 확대 및 진전에 따라 남북한간 각종 합의서의 법적 효력에 관한 법적 판단이 요구되는 구체적인 사건도 다수 발생할 것으로 예상된다. 남북한이 체결하는 남북합의서는 헌법과 남북관계발전에 관한 법률에 따라 규율되며, 그 법적 성격과 효력도 그에 따라서 결정될 것이다. 이러한 의미에서 남북한이 체결한 남북합의서는 실체법적으로나 절차법적으로 헌법과 관련 법률규정을 준수하여야 하며, 이와 함께 남북한관계를 실효적으로 규율하는 법규범으로 기능할 수 있도록 남북한에 의하여

75) 현재 2000. 7. 20. 98헌바63, 대법원 1999. 7. 23. 98두14525 등.

제대로 이행되어야 할 것이다. 헌법재판소와 법원도 남북합의서가 이와 같이 실효적으로 기능할 때에야 비로소 구체적 사건에서 법적 효력을 인정할 것이다.

7. 개성공업지구·금강산관광지구 관련 판례

가. 법률적용에 대한 합의서

2011년 4월말 현재 개성공업지구에서는 총 122개의 입주기업이 가동되고 있으며, 총 11억 달러를 생산하였으며, 남한주민 500여명과 북한주민 47,000여명이 함께 근무하고 있다.⁷⁶⁾ 한편, 금강산관광지구는 1998년 관광사업을 시작한 이후 193만명 이상의 남한주민이 관광을 다녀왔으나, 2008년 7월 이후 현재까지 중단된 상태이다. 개성공업지구와 금강산관광지구는 북한이 실효적으로 지배하는 지역이며, 남한의 주권적 효력이 실질적으로 미치지 않는 지역이다. 그러나 주로 남한주민이 체류하면서 부분적으로 북한주민과 함께 생활하고 있어 이곳에서 발생하는 각종 사건과 법적 분쟁에 대하여 어떠한 법률체계를 적용되는지가 중요한 쟁점이 된다.⁷⁷⁾

개성공업지구와 금강산관광지구의 법률적용과 관련하여 주목할 것은 형사사건에 있어서 남한주민이 북한의 법률을 위반한 경우에는 원칙적으로 북한의 형사사법권을 배제하고 남한의 형사사법권을 적용하도록 하고 있는 것이다. 남북한은 2004년 1월 29일 ‘개성·금강산 출입·체류합의서’를 체결하였는데, 위 합의서 제2조는 “인원은 지구에 적용되는 법질서를 존중하고 준수한다.”고 규정하고, 형사법의 적용에 대하여 제10조는 제1항에서 “북측은 인원의 신체, 주거, 개인재산의 불가침권을 보장한다.”, 제2항에서 “북측은 인원이 지구에서 적용되는 법질서를 위반하였을 경우 이를 중지시킨 후 조사하고 대상자의 위반내용을 남측에 통보하며 위반정도에 따라 경고 또는 범칙금을 부과하거나 남측지역으로 추방한다. 다만 남과 북이 합의하는 엄중한 위반행위에 대하여는 쌍방이 별도로 합의하여 처리한다.”, 제3항에서 “북측은 인원이 조사를 받는 동안 그의 기본적인 권리를 보장한다.”고 각각 규정하여 남한주민의 형사범죄와 신변 안전보장에 대하여는 원칙적으로 강제추방을 규정함으로써 이른바 속지주의의 예외로서 속인주의를 채택하여 남한이 재판관할권 등 원칙적인 형사사법권에 대한 집행관할권을 가지도록 하고 있으면서도 북한에 대하여 형사범죄에 대한 조사권을 인정함으로써 형사사법권의 집행관할권의 일부를 인정하고 있다. 따라서 이 부분에 대한 구체적인 집행관할권의 범위와 한계 등에 대해서는 형사사법권 행사에 관한 구체적인 절차와 함께 위 남북합의서의 후속합의서를 체결함으로써 해결방안을 마련하여야 할 것이다. 한편, 법무부는 개성공단사업과 금강산관광사업을 추진하는 과정에서 남한 주민의

76) 자세한 내용은 개성공업지구지원재단 홈페이지(www.kidmac.com) 참조.

77) 개성공단에 적용되는 법률관계에 대한 자세한 내용은 이효원, “개성공단의 법률체계와 남한 행정형벌 적용여부”, 2008, 법조 통권 제627호 참조.

형사사건이 발생하고 있는 현실적인 상황을 고려하여 2005년 3월 14일 ‘개성공업지구 및 금강산관광지구에서 발생한 형사사건 처리지침(법무부훈령 제512호)’을 제정하여 시행하고 있다.

나. 판례 분석

개성공업지구와 금강산관광지구에서 발생한 사건에 대하여 대법원이나 헌법재판소의 판례는 아직 없다. 하급심에서 판결한 사례도 대부분 형사사건이며, 민사사건도 남한주민 사이에 발생한 투자금, 임대료, 공사대금과 관련된 것으로서 남북한관계의 특수성이 반영되거나 북한법의 적용 등이 문제가 된 것도 아니다.⁷⁸⁾ 다만, 형사사건의 경우에는 남한주민의 범죄에 대하여는 피해자가 북한주민인 경우에도 ‘개성.금강산 출입.체류합의서’에 따라서 남한이 형사사법권을 행사하고 있다. 이는 개성공업지구와 금강산관광지구라는 제한된 지역이지만 남한주민이 장기간 또는 정기적으로 왕래하는 북한지역에 있어서 남한주민의 신변안전보장을 위한 기본원칙을 남북한이 법률적 효력을 갖는 합의를 통하여 마련하였다는 점에서 매우 중요한 의미를 발견할 수 있다. 그러나 이러한 기본적인 원칙규정만으로는 법제도적 안전장치로서 부족하므로 이들에 대한 후속합의서와 후속조치를 통하여 위 합의내용을 구체화하여야 할 것이 요구된다. 2008년 금강산관광지구에서 남한주민인 관광객이 피격되었을 때나 2009년 개성공단에 남한주민이 억류되었을 당시에 북한이 위 합의서의 내용을 준수하였지만, 그에 대한 구체적인 후속합의서가 마련되지 않아 실질적으로 유용한 법제도적인 장치로 기능하지 못하였다는 점을 고려할 때 그에 관한 후속조치가 시급히 요청된다.

8. 결론

우리 사법부는 오랫동안 북한을 불법단체 또는 반국가단체로 인정하여 국가보안법의 적용대상으로 판단하였다. 그러나 남북한관계의 변화와 함께 남북한 사이에 교류협력이 확대되고 그와 관련된 법적 분쟁이 발생하게 되자 헌법규범과 현실을 조화롭게 해석하기 위하여 북한에 대하여 이중적 지위를 인정하기에 이르렀다. 이에 따라 사법부는 남북교류협력의 과정에서 발생하는 구체적 사건을 헌법적 가치에 따라서 합리적으로 해결할 수 있는 법률적용의 기준을 모색하게 되었다. 특히, 현행헌법의 규정에 따라서 헌법재판소가 신설되어 개별적 법률차원이 아니라 헌법적 차원에서 남북한 관계를 적실성 있게 규율하는 법률해석의 기준을 제시할 수 있는 제도적 장치가 마련되었다. 분단 이후 현재까지 남북한관계에 대한 사법적 판단을 분석한 결과, 다음과 같은 특징을 가지는 것으로 평가할 수 있다.

78) 의정부지방법원 고양지원 2008. 3. 28. 2008고합1, 서울동부지방법원 2006. 6. 28. 2006고단891, 춘천지방법원 속초지원 2006. 2. 10. 2006고단12 등.

첫째, 우리 헌법재판소와 대법원은 헌법규범과 모순된 헌법현실에서 발생하는 다양한 법적 분쟁을 해결하는 과정에서 남북한관계를 정확하게 이해하고, 평화통일을 지향하는 헌법적 가치를 실현할 수 있는 규범적 기준을 제시하였다.

둘째, 대법원과 헌법재판소는 국가보안법과 관련된 사건을 통해 분단국가의 특성을 고려하여 국가의 안전보장을 통한 자유민주주의를 수호하는 데 큰 기여를 하였다고 평가할 수 있다. 특히, 헌법재판소는 대법원과 마찬가지로 북한의 이중적 지위를 인정하면서도 국가보안법상 이적단체의 인정과 이적표현물의 요건에 있어 필요한 이적성의 기준으로 실질적 해악을 줄 명백한 위험성을 요구하고, 국가보안법의 해석과 적용에 있어서 헌법합치적 한정합헌 결정을 통하여 국가보안법의 남용을 통제하고 있다.

셋째, 남북한교류협력이 확대됨에 따라서 다양한 분야에서 발생하는 남북한관계의 법률적 쟁점과 분쟁을 해결하는 과정에서 평화통일의 헌법적 의미를 확인하고, 관련 법령의 해석지침을 제시하고 있다. 민사법 분야와 행정법 분야에서 남북한관계에 관한 사법적 판단은 매우 적은 것이 현실이나 이산가족의 상봉과 생사확인으로 인한 가족관계와 상속에 관한 분쟁에서 사법부는 북한의 이중적 지위를 바탕으로 북한주민도 대한민국 국민이라는 것을 적극적으로 인정하면서도 교류협력의 규범영역에서는 북한의 실체를 인정하여 국제법원칙을 적용하고 있다.

넷째, 개성공단사업과 금강산관광사업의 추진으로 인하여 형사사건을 중심으로 법적 분쟁이 계속적으로 발생하였으며, 이에 대하여는 남북합의서를 체결함으로써 법률 충돌과 모순을 해결하고 있다. 그러나 개성공업지구에 대한 법령과 남북합의서도 미비한 실정이며, 금강산관광지구는 2007년 7월 관광객 총격사건 이후 중단된 상태이고, 개성공단사업의 성공을 위해서는 법적 분쟁을 신속하고 합리적으로 해결할 수 있는 법제도적 장치가 절실히 요구되고 있다.

우리 사법부가 그 동안 제시한 다양한 판례는 향후 남북한관계의 변화와 평화통일의 과정에 있어서 중요한 자산이 될 것이며, 통일 이후의 사법통합과 법률통합을 실현하는 지침을 제공할 수 있을 것이다.