

**제1회**  
**통일 형사정책연구 워크숍**  
**자료집**

일 자 : 2008년 5월 7일(수) 10:00-12:00

장 소 : 한국형사정책연구원 12층 회의실

**한국형사정책연구원**

# 목 차

## 제 1주제

남북한 형사사건의 처리방안 .....5

발 표 : 이효원 (서울대 법대 교수)

토 론 : 도중진 (한국형사정책연구원 연구위원)

## 제 2주제

남북한 형사사법공조에 대한 검토 ..... 41

발 표 : 한명섭 (법무법인 렉스 변호사)

토 론 : 김수암 (통일연구원 연구위원)

## 남북한 형사사건의 처리방안

서울대 법대 이효원 교수

### 1. 서론

1990년 들어 사회주의체제의 붕괴와 독일의 통일에 따라 국제적 긴장이 완화되고 체제·이념의 대립구도가 와해되었다. 남북한도 1992년 국제연합(UN)에 동시에 가입하고, '남북 사이의 화해와 불가침 및 교류협력에 관한 합의서'를 체결하는 등 남북한간 교류를 확대하고 경제 분야를 중심으로 협력을 강화하여 왔다. 특히, 2000년 6월 15일 남북한 정상회담이 개최되고 개성공단과 금강산관광사업이 실현되어 남한 주민의 북한방문은 427,000명을 초과하고, 물적 교류도 남북협력사업승인이 440여건을, 남북한 반출입도 총 178,000여건 900만 달러를 초과하였다. 또한, 북한이탈주민이 남한에 정착하는 사례가 꾸준히 증가하는 등 정치·군사·경제·사회문화 각 분야에서 남북한관계는 급속한 발전과 변화를 보이고 있다. 국제사회에서도 북한 핵문제의 평화적 해결을 위한 노력과 북한이탈주민을 포함한 북한주민들의 인권문제의 개선을 위한 노력이 지속적으로 전개되고 있다.<sup>1)</sup>

특히, 2003년 6월 착공된 개성공단 개발사업은 2008년 3월 현재 총 69개 기업이 가동 중이며, 10여개 기업이 공사를 준비하고 있다. 2004년 12월 리빙아트가 가정용 냄비세트를 생산한 것을 시작으로 총 3억 3천 4백 달러의 생산품을 생산하고 있으며, 섬유업종이 총 49%, 금속·기계 업종이 21%, 전기·전자 업종이 21%를 차지하고 있다. 2008년 3월말 현재 북한주민 25,930명이 남한주민 947명과 함께 근무하고 있으며, 개성공단 방문자는 총 224,226명이며, 방문차량은 109,669대에 달한다.<sup>2)</sup> 이와 같이 개성공단과 금강산관광사업은 다수의 남한주민이 북한지역에 상시 출입하

1) 남북한 인적·물적 교류는 1990년 이후 지속적으로 증가하고 있는데, 2007년 12월말 현재를 기준으로 첫째, 인적 교류로는 남한주민의 북한방문은 총 427,506명(금강산관광객은 제외)이고, 특히 금강산관광객은 1,734,696명에 이르고, 남북한 주민의 접촉은 총 88,168명에 달하고 있으나, 북한주민의 남한방문은 총 7,157명에 불과하다. 둘째, 물적 교류로는 남북협력사업자 승인이 총 472건(경제분야 321건, 사회문화분야 151건)이며, 남북협력사업 승인이 총 441건(경제분야 288건, 사회문화분야 153건)인 가운데 북한으로 반출한 내역은 총 90,163건 4,856,801달러, 반입내역은 총 88,340건 4,238,749달러로 총 178,503건 9,195,551달러에 이른다. 통일부, 월간 남북교류협력 동향 제198호, 2007. 12.

2) 통일부 홈페이지 '통일부 뉴스' 2008. 4. 30. 현재 통계자료.

고 그곳에서 장기간 체류·거주하면서 북한주민과 더불어 근무하고 생활할 것을 예정하고 있는데, 이는 그 동안 남북교류협력과정에서 일정한 규모의 남한주민이, 단기간 동안, 제한된 특정의 목적으로, 엄격히 제한된 북한지역을 방문하여 체류하였던 것과 비교할 때 매우 다른 양상이다. 따라서 개성과 금강산지역에서는 남북한 주민 사이에 다양한 형태의 각종 민사·형사상의 사건사고와 그에 따른 법률문제와 분쟁이 발생할 개연성이 매우 높다고 하겠다.<sup>3)</sup>

남북한 인적·물적 교류의 확대와 협력사업의 강화에 따라서 발생하게 되는 형사사건에 대한 법률적용은 본질적으로 남북한 사법제도와 형사법원칙·내용의 차이로 인하여 발생하게 되는 법률의 모순·충돌문제에 속한다. 남북분단 이후 현재까지 남북통일과 남북한관계는 남북한이 서로 상대방의 존재를 규범적으로 인정하지 않아 법규범적으로 규율되지 못하였고 정치적인 방법으로 해결해왔다. 이에 따라 남북한관계는 남북한간 교류협력의 진전에 따라 법제도적인 규율의 필요성과 당위성이 보다 강력하게 요청됨에도 불구하고 오히려 법치주의 원칙으로부터 이탈되어 법제도적 규율에서 방기되는 결과를 초래하였다. 현재 활발하게 추진되고 있는 개성공단과 금강산관광사업도 그 사업추진과정에서 발생하는 다양한 법적 문제를 해결하기 위한 법제도적인 안전장치와 대책이 충분히 마련되지 않는 상태에서 진행되고 있다.<sup>4)</sup> 따라서 남북한 교류협력이 확대·강화되고 있는 현실에서 남북한 사이에 발생하는 형사사건을 합리적으로 해결하는 법적 장치를 마련하는 것은 자유민주적 기본질서와 법치주의에 입각한 남북통일을 실현하는 기본적인 과제의 하나이다.

## 2. 남북한특수관계론

### 가. 남북한 법률충돌 해결의 법이론적 기초

남북한 관계에 대한 헌법이론으로서 남북한특수관계론을 들 수 있다. 이는 일반적으로 “남한과 북한의 관계는 현실적으로 분단된 국가인 남한과 북한의 관계로서 나

- 3) 남북한주민이 상호 지역을 왕래함에 있어서 발생한 형사사건으로는 1999년 6월 남한주민인 금강산관광객 억류사건, 2001년 평양에서 개최된 8.15남북공동행사에서 범민련 등 이적단체의 회합사건, 2003년 8월 하계유니버시아드 대회기간에 발생한 북한기자의 남한주민 폭력사건을 들 수 있다. 이때 금강산관광객에 대하여는 북한과 정치적 협상을 통하여, 나머지 사건에 대하여는 남한법률을 적용하여 형사처벌 또는 기소유예처분을 하였다.
- 4) 남북한교류협력과정에서 제기되는 법률문제를 해결하기 위한 전제로서 북한법률의 국내법적 효력을 분석할 필요가 있는데, 이에 대해서는 이효원, “북한법률의 국내법적 효력 - 개성공단에서의 적용 가능성과 범위·한계를 중심으로 -”, 법조 통권 583호, 2005, 4, 19~65면.

라와 나라 사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수한 관계이다. 이는 북한의 이중적 지위를 바탕으로 하며, 남북한간 발생하는 구체적인 사건의 법적 영역에서 북한의 지위에 따라서 국내법 또는 국제법(원칙)이 상이하게 적용되는 관계"라고 설명된다. 남북기본합의서도 그 서문에서 “쌍방 사이의 관계가 나라와 나라 사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계”라고 선언하였으며, 남북관계발전에관한법률 제3조에서 “남한과 북한의 관계는 국가간의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계이다.”라고 규정하고 있는데, 이러한 규정들도 남북한특수관계를 설명하고 있는 것이다.

그 동안 남북특수관계론은 그 개방성과 동태적 발전성을 이유로 “개별적 사건에 있어서 북한의 법적 지위 또는 남북관계의 특수성에 따라서 국내법 또는 국제법(원칙)이 적용되어야 한다.”는 총론적 논의에만 머물러 왔으며 남북한관계를 비롯한 남북한간 교류협력과정에서 발생하는 구체적인 법률적 쟁점들에 대해서 이를 법리적으로 해결할 수 있는 기준을 제시하지 못하였다.<sup>5)</sup> 물론 남북한특수관계의 구체적인 내용과 의미는 통일을 지향하는 과정에서 남북한관계의 발전 양상과 정치적 상황에 따라서 가변적일 수밖에 없으며, 법규범이 적용되는 영역에 따라서 다양한 모습으로 나타나게 된다. 그러나 남북한특수관계론이 남북관계를 규정하고, 이를 규율하는 법규범을 마련하는 기초이론으로 기능하기 위해서는 일정한 규범적 기준에 따라 구체적인 기본원리를 제시할 수 있어야 한다. 즉, 이 이론은 남북한관계의 현실을 반영하고 평화통일을 달성하기 위한 기본원칙으로 기능할 수 있어야 하며, 남북한 교류협력, 남북대화과 합의서 체결, 통일정책의 수립과 집행 등을 이끌어가는 규범적 기준이자 정당성의 기초로서 기능하여야 한다. 이러한 의미에서 남북한특수관계론은 남북한 법률충돌과 모순을 해결하는 헌법이론적 기초로서 남북한 형사사건을 해결하는 법적 기준을 제시하는 기본원리라고 하겠다.

## 나. 구체적 내용

남북한관계의 법적 성격은 기본적으로 북한의 법적 지위와 성격에 의하여 확정되는데, 남한헌법상 북한은 국내법적으로 이중적 지위를 가지는 동시에 국제법적 지위와도 상이한 특수한 지위를 갖는다고 하겠다. 즉, 북한은 국내법적으로는 헌법상 불법단체 또는 국가보안법상 반국가단체로서의 지위와 동시에 평화통일을 위한 대

5) 지금까지 논의된 남북한특수관계론에 대한 자세한 내용은 최대권, 앞의 논문 ; 민족통일연구원, 남북한특수관계의 법적 성격과 운영방안, 1994 ; 제성호, 남북한 특수관계론, 한울 아카데미, 1995 ; 김승대, “남북한간 특수관계의 법적 성격에 관한 고찰”, 법조 제44권 3호 등 참조.

화와 협력의 동반자로서의 지위를 이중적으로 가지는 한편, 국제사회에서는 보편적으로 독립된 주권을 가진 국가로 인정받고 있다는 현실을 인정하여야 하고, 국제법 상으로도 대한민국과는 별개의 국제법상 주체가 되므로 국제법원칙이 적용되는 영역에서는 한반도에 사실상 두개의 국가가 존재하고 있는 것으로 평가하여야 한다.<sup>6)</sup>

남북한특수관계론을 헌법규범적으로 분석할 경우에는 남북한관계가 적용되는 규범영역에 따라서 상이한 규범적 의미를 부여할 수 있고, 이는 국내법적 규범영역과 국제법적 규범영역으로 구분할 수 있다.

첫째, 남북한관계가 국내법적 규범영역에서 적용될 경우 그 소극적인 의미는 남북한관계가 나라와 나라 사이의 관계가 아니라는 것을 의미하므로 남북한관계에 대하여는 국제법원칙을 적용할 수 없다고 할 것이다. 그러나 이는 정치적으로는 남북한은 하나의 민족국가를 달성하기 위하여 노력한다는 것을 대내외적으로 선언한 것이고, 규범적으로는 남북한관계가 국가간 관계가 아니므로 국가승인을 한 것이 아니라는 것을 의미할 뿐 남북한관계를 직접 규율하는 기준을 제시하는 것은 아니다. 따라서 이는 남북한관계에 적용하는 법규범은 남북한관계가 국가간 관계가 아니므로 가급적 이러한 특수성을 고려하여 결정되어야 한다는 대원칙을 선언한 것으로 이해하여야 할 것이다. 만약 남북한관계가 국가간 관계가 아니라는 이유로 남북한간에 국제법원칙의 적용 가능성을 원천적으로 봉쇄할 경우에는 남북한관계에 대하여는 남한 또는 북한 어느 일방의 법률을 적용하거나 법률적 효력을 갖는 남북합의서를 제정하여 이를 적용하는 방법 이외에는 달리 남북한관계에 적용할 법규범을 발견하기가 어렵다. 그러나 남북한이 상이한 이념·체제를 바탕으로 상이한 법률체계를 가지고 있는 현실에서 남한 또는 북한 어느 일방의 법률을 적용할 것을 기대하기는 어려우며, 남북한관계에서 발생하는 모든 법률관계를 규율하는 남북합의서를 체결하는 것도 불가능하므로 결국 남북한관계를 규율하는 법규범체계를 정립할 수가 없다. 이러한 결과는 평화통일을 지향하는 과정에서 남북한교류협력을 위하여 북한의 실체를 인정하는 것을 전제로 하는 헌법 제3조와 제4조의 평화통일원칙에도 부합하지 않는 것이라고 하겠다.<sup>7)</sup>

6) 북한의 법적 지위에 관한 판례로는 대법원 2004. 11. 12. 2004도4044, 2004. 8. 30. 2004도3212, 2003. 5. 13. 2003도604, 1999. 12. 28. 99도4027, 1999. 10. 8. 99도2437, 1998. 7. 28. 98도1395, 헌법재판소 2005. 6. 30. 2005헌바114, 2003. 5. 15. 2000헌마66, 2000. 7. 20. 98헌바63, 1997. 1. 16. 92헌바6·26 및 93헌바34·35. 등.

7) 남북한간에 남북합의서를 체결하여 이를 남북한관계에 적용하는 것도 남북합의서의 법적 성격과 효력에 비추어 국제법원칙을 적용하는 것이므로 남북한관계를 국가간 관계로 보지 않는다고 하더라도 국제법원칙을 적용하는 것을 방해하는 것은 아니라고 할 것이다. 남북합의서의 법적 효력에 대하여는 이효원, “남북합의서의 법적 성격과 효력”, 북한법연구 7호, 북한법연구

둘째, 남북한관계가 국내법적 규범영역에서 적용될 경우 그 적극적인 의미는 북한의 이중적 지위가 반영되는데, 1) 북한이 반국가단체로서 활동하는 규범영역에서는 헌법 제3조와 국가보안법 등 국내법이 적용되고 그러한 범위에서는 국제법원칙이 적용되지 않으며, 헌법 제4조와 이를 근거로 하여 제정된 남북교류협력에관한법률 등 국내법률과 각종 남북합의서도 적용될 여지가 없다고 할 것이다. 2) 북한이 남한의 평화통일을 위한 노력에 대응하여 남북교류협력 등 그에 부합되는 활동을 하면서 평화통일을 위한 대화와 협력의 동반자로서 활동하는 규범영역에서는 북한의 실체를 규범적으로도 인정하고 있으므로 원칙적으로 국제법원칙이 적용되어야 할 것이다.<sup>8)</sup> 이러한 규범영역에서는 국제법원칙 이외에도 헌법 제3조, 제4조와 이를 근거로 하여 제정된 남북교류협력에관한법률 등 국내법률과 각종 남북합의서도 북한을 평화통일을 위한 대화와 협력의 동반자로 인정하고 제정된 것으로서 남북한관계에 그대로 적용된다고 할 것이다.

셋째, 남북한관계가 국제법적 규범영역에서 적용될 경우에는 국제사회에서 남북한이 각각 국제법의 주체로서 활동하고 있는 현실과 국내법을 이유로 국제법의 적용을 배제할 수 없다는 국제법원칙을 고려하여 남북한 일방 또는 쌍방이 각각 특정한 제3국 또는 국제기구와 법률관계를 형성할 경우에는 국제법원칙이 적용된다고 할 것이다. 그러나 남북한관계가 국내법적 규범영역에 머무르지 않고 특정한 제3국 또는 국제기구와 관련성을 갖는 경우에는 그러한 범위 내에서는 원칙적으로 국제법원칙이 적용되어야 할 것이다. 그러나 이러한 경우에도 남북한관계의 특수성을 최대한 반영하여 국제법원칙을 변용 또는 탄력적으로 적용하는 방안을 마련할 필요가 있으며, 이때에는 우리 헌법은 물론 남북교류협력에관한법률, 국가보안법 등 법률체계와 정합성을 유지할 수 있도록 하여야 하겠다.

## 다. 헌법적 근거

남북한특수관계론은 대북·통일정책을 수립하고 추진하는 현실적인 전제임과 동시에 정당성의 기초이자 한계가 되므로 그 헌법적 근거는 헌법제정권력자인 국민의 의사에 의하여 정립된 국가사회의 근본가치와 발전방향을 규정하고 있는 헌법규정에서 찾아야 한다. 우리 헌법은 남북한관계에 대하여 이를 직접적으로 규정하고 있는 것은 아니나 영토조항이나 통일관련 조항을 통하여 북한의 법적 지위에 대하여

회, 2004, 297~324면.

8) 남북한관계에 있어서 국제법원칙을 그대로 적용할 경우에는 남북한관계가 국가간 관계가 아니라 대원칙의 취지에 반하게 되며, 남북한관계의 특수성을 반영하여 국제법원칙을 변용하거나 탄력적으로 적용할 수 있는 법적 근거를 부여할 현실적인 필요성이 있으므로 국제법원칙을 적용할 수 있는 법적 근거를 법률에 명시하는 것이 바람직하다고 하겠다.

그 규범적 의미를 밝히고 있다. 북한의 법적 지위를 비롯한 남북한관계에 대한 기본적인 제1차적인 헌법상 근거규정은 헌법 제3조와 제4조라고 할 것이며, 전문 등 기타 헌법조항에도 그 정신이 반영되어 있다. 따라서 남북한특수관계를 규명하기 위해서는 헌법 제3조와 제4조에 대한 심층적인 법이론적·규범적 분석이 반드시 필요하며, 이와 동시에 헌법에서 지향하는 정치적 이념과 가치체계와의 통일적이고 조화로운 규범체계를 정립할 것이 요구된다. 이러한 의미에서 남북한특수관계론은 현재의 남북한관계를 규범적으로 설정하는 것은 물론 남북교류협력, 남북합의서의 체결, 통일정책의 수립과 집행 등을 이끌어가는 규범적 기준이자 정당성의 기초로서 기능하여야 한다.<sup>9)</sup>

현행 헌법규정 이외에도 남북한이 체결한 합의서는 남한 당국이 통일의 당사자로서 남북한관계와 통일문제에 대한 기본원칙을 합의한 것으로서 그 내용이 남북한관계와 통일에 대한 규범적 기준을 제시할 뿐만 아니라 남북한특수관계에 대한 직접 당사자의 의사를 확인할 수 있다는 점에서 남북한특수관계론에 대한 규범적 근거가 될 수 있다고 하겠다. 그러한 남북합의서로서 중요한 것은 7.4남북공동성명, 남북기본합의서, 그리고 6.15남북공동선언을 들 수 있다.<sup>10)</sup>

법원과 헌법재판소도 남북한관계의 규범적 의미에 대하여 직접적으로 이를 확인하고 있는 것은 아니지만, 국가보안법 등 구체적인 사안의 적용에 있어서 북한의 법적 지위에 대하여 규범적인 판단을 하고 있다. 법원의 판결과 헌법재판소의 결정은 헌법에 대한 최고의 유권적 해석·확인·선언으로서 북한의 법적 지위에 관한 규범적 해석을 통하여 남북한특수관계를 추론할 수 있다는 의미에서 가장 중요한 헌법적 근거의 하나가 된다고 하겠다.<sup>11)</sup>

## 라. 규범체계상 특징

남북한특수관계는 한반도에서 역사적으로 형성, 발전되어 온 하나의 민족이 당사자의 자율적인 의사에 따라서 평화적으로 재통일하겠다는 것을 그 이념적 기초로 하고 있다. 남북한특수관계가 나라와 나라 사이의 관계가 아니고 남북한 사이의 거래가 민족내부거래라고 한다면 이는 국제법주체로서 ‘한민족 전체국가’의 존속을 전제로 하고 있으며 남한과 북한의 상위개념으로서 ‘한민족 전체국가’는 통일의 법적

9) 남북한특수관계론에 대한 헌법규정에 대한 해석에 대한 자세한 검토는 이효원, 남북교류협력의 규범체계, 경인문화사, 2006, 100-114면.

10) 남북한특수관계론에 대한 헌법적 근거로서의 남북합의서에 대한 자세한 검토는 이효원, 앞의 책, 136-141면.

11) 남북한관계에 관한 헌법재판소 결정과 법원의 판례에 대한 자세한 검토는 이효원, 앞의 책, 114-126면.

근거를 이루게 된다.<sup>12)</sup> 남북한특수관계는 ‘한민족 전체국가’로서 재통합을 의미하는 통일을 달성하기 위하여 그 과정에서 상호 대등한 입장에서 양자의 관계를 법적으로 규정하고 통일을 달성할 때까지 잠정적으로 양자의 관계를 규율하는 법적 원리인 것이다. 이러한 의미에서 남북한특수관계는 국제법상 민족자결의 원칙, 남북한 상호주의와 대등성, 통일지향의 잠정성의 성격을 갖는다고 하겠다. 또한, 남북한특수관계는 헌법 제3조와 제4조와의 관계로부터 도출되는 북한의 지위를 바탕으로 하고 있으므로 북한의 이중적 지위에 따라서 남북관계에 적용되는 규범영역에 따라서 그 법적 성격과 적용범위가 다르게 나타날 뿐만 아니라 남한과 북한의 헌법가치의 근본적인 변화, 남북교류협력의 확대와 발전, 국제사회에서의 남북한 지위의 변화 등에 따라서 유동적이고 가변적인 것이 될 수 있다. 이러한 의미에서 남북한특수관계는 개방성, 동태적 발전성을 가진다고 하겠다.

요컨대, 남북한특수관계는 헌법 제3조와 제4조를 중심으로 한 헌법규정을 직접적인 근거로 하여 도출되며, 이러한 헌법적 근거와 남북한특수관계를 바탕으로 남북교류협력에관한법률, 남북관계발전에관한법률, 북한이탈주민의보호및정착지원에관한법률, 남북협력기금법 등 법률과 하위법령들이 제정되었으며, 이러한 법령들과 남북간 체결되는 각종 합의서는 물론 북한의 법령도 모두 헌법과 이를 바탕으로 한 남북한특수관계론을 기초로 하여 해석, 적용되어야 한다. 남북관계발전에관한법률은 제3조 제1항에서 “남한과 북한의 관계는 국가간의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계이다.”고 규정하고, 제2항에서 “남북과 북한간의 거래는 국가간의 거래가 아닌 민족내부의 거래로 본다.”고 규정하고 있다. 또한, 남북교류협력에관한법률도 제1조에서 “남한과 북한간의 상호교류와 협력을 촉진하기 위하여” 제정된 것이라고 규정하고, 제3조에서 “남북교류와 협력을 목적으로 하는 행위에 관하여는 다른 법률에 우선하여 적용한다.”고 규정하면서 남북왕래·접촉과 물품반입·반출 등 교류협력을 원칙적으로 금지하여 허가사항을 규정하는 한편, 남북교류협력과정에서 발생하는 교역 등 거래관계에 있어서 대외무역법, 외국환관리법, 외국인투자촉진법, 수출보험법 등을 준용하도록 규정하고 있다. 남북관계발전에관한법률이나 남북교류협력에관한법률의 위 규정들은 모두 북한의 지위와 남북관계에 남북한특수관계론을 반영하고 있는 것으로 판단된다.

12) 국제법주체로서의 한민족 전체국가의 존속을 통일의 법적 근거이자 남북한특수관계의 기초로 제시하면서 남북한과 한민족 전체국가와의 계속성, 동일성, 국제적 단독대표권에 대한 검토는 나인균, “한국헌법과 통일의 법적 문제”, 헌법논총 제6집, 1995, 445면 이하.

### 3. 외국의 형사사건 처리 사례

#### 가. 통일전 동서독의 경우

통일전 동서독의 경우에 있어서 동서독 주민들의 인적교류 과정에서 동서독간 상이한 형사법체계로 인하여 발생하는 형사법률의 충돌문제에 대하여 동서독은 각각 동서독관계에 대한 인식을 반영하여 상이한 입장을 취하였다.

서독의 경우, 이를 해결하기 위한 법이론으로 서독형법적용설, 지역간형법적용설, 국제형법적용설 등이 제시되었는데 이들은 모두 속지주의 원칙에 따라 동독의 형사재판관할권을 인정하는 것을 전제로 하고 있었다.<sup>13)</sup>

이를 구체적으로 살펴보면 첫째, 서독형법적용설은 서독법원이 서독형법에 따라서 동독인의 범죄에 대한 형사사건을 재판할 수 있다는 것이다. 그 근거에 대하여는 독일구형법 제3조 제1항의 속인주의 조항을 통하여 동독지역 및 독일국적자를 독일 및 독일국민으로 해석하여 동독인을 포함한 모든 독일국적자에 대하여 독일구형법을 무제한적으로 적용된다는 입장과 서독법원이 형사사건을 재판함에 있어서 동독지역에서의 범죄와 동독인에 의한 범죄는 내국범죄 또는 내국인에 의한 범죄이므로 법정지법인 서독형법이 적용된다는 입장으로 구별된다.<sup>14)</sup> 이에 대하여는 서독의 입장에서 서독법원이 형사재판관할권을 가진다는 것을 전제로 그 준거법으로서 서독형법을 적용하여야 한다는 것을 설명하기 위하여 고안된 것으로서 동서독의 특수관계를 정확히 반영하지 못하고 있다는 비판이 가능하다.

둘째, 지역간형법적용설은 한 국가 내의 여러 지역에 각 지역마다 적용되는 각기 다른 지역별 형법이 존재하고 범죄행위의 행위지와 재판지 및 범인의 주거지 등이 각기 다른 경우에 어느 형법을 적용할 것인지를 결정하는 이론이다. 여기에도 재판관할권을 가지는 법원의 관할지역의 실제형법을 적용하여야 한다는 법정지법주의, 법정지와 무관하게 범죄가 행해진 지역의 법률을 적용하여야 한다는 행위지법주의, 행위지법을 기본으로 하되 행위지법상 처벌규정이 없는 경우에는 주거지법을 고려하여야 한다는 주거지법주의로 구별된다.<sup>15)</sup> 지역간형법적용설은 동서독이 분단된 이후 1972년 동서독기본조약이 체결되기 이전까지 판례와 다수설의 입장이었다. 즉,

13) 통일전 동서독의 형사사건 처리에 대한 자세한 내용은 장영민, “남북한 인적 왕래에 따른 형사문제 처리방안”, 체제통일 및 변화에 따른 형사정책의 방향, 형사정책연구원 제1회 국제워크숍, 1993, 67~76면 ; 통일원, 동서독 교류협력 사례집, 1993, 12, 204~210면 등.

14) 1950년 1월 23일 영국점령지역에서의 최고법원 판결은 법정지법으로서 서독형법이 적용된다는 입장을 취하였다. 장영민, 앞의 논문, 67~68면.

15) 장영민, 앞의 논문, 69~72면.

독일구형법 제3조 이하의 이른바 국제형법규정은 행위자가 외국인이거나 행위지가 외국인 경우에 적용되는 규정으로서 동서독관계는 외국간 관계가 아니므로 이를 동서독관계에 직접 적용할 수는 없고 독일영토상에 사실상 독립된 법영역으로 존재하는 동독과 서독에 상이한 형법이 존재함을 인정하고 관습적으로 형성되어 온 지역간형법을 적용하여야 한다는 것을 근거로 하여 기본적으로 행위지법주의를 채택하고 있었다. 이에 따라 서독지역에서의 범죄에 대하여는 동독인과 서독인을 불문하고 모두 서독형법에 따르되, 동독지역에서의 범죄에 대하여는 동독인의 범죄에 대하여는 행위지법인 동독형법을 적용하였다. 그러나 서독인의 범죄에 대하여는 동독형법의 내용에 따라서 구별되는데, 동서독 형법상 구성요건과 처벌이 동일한 경우에는 행위지법인 동독형법을, 처벌에 차이가 있거나 서독형법 또는 동독형법에 의해서만 처벌되는 경우에는 서독형법을 각각 적용하도록 하였다. 한편, 지역간형법적용의 예외를 인정하여 동독지역에서의 범죄라도 정치형법에 해당하는 내란죄, 간첩죄 등에 대해서는 국제형법을 유추적용하고, 동독형법을 적용하는 것이 서독의 법치국가원칙, 법감정, 도덕감정에 위반하거나 서독법률과 법률적 모순을 초래하거나 윤리적 원칙에 저촉되는 결과를 초래한 경우, 서독형법상의 위법성조각사유 또는 책임조각사유에 해당하는 경우에는 그 적용을 유보할 수 있도록 하였다. 이에 대하여는, 동서독은 상호 입법에 대한 영향력을 행사할 수 없는 별개의 정치적 실체이므로 하나의 국가에 존재하는 지역간 형법의 차이에 불과한 것이 아니며, 행위지법주의에 따라 동독형법을 적용하는 것도 서독기본법상 근거가 없는 것이라는 비판이 가능하다.<sup>16)</sup>

셋째, 국제형법적용설은 독일구형법 제3조 이하의 국제형법규정을 동서독간에 발생한 형사사건에도 직접 또는 유추적용하자는 입장이다.<sup>17)</sup> 이는 1968년 동독이 형법을 제정한데 이어 1972년 동서독기본조약을 체결함으로써 사실상 동서독은 두 개의 정치적·법적 실체로서 구별되고, 행위지법주의에 따라 동독형법을 적용하는 것은 동서독간 형사법체제의 이질성에 비추어 헌법에 위반될 수 있다는 것을 고려하여 등장한 것이다. 이 학설도 독일구형법 제3조 이하의 '내국'은 서독만을 의미하고 '독일인'도 서독국민만을 의미한다는 전제 하에 국제형법규정을 직접 적용하여야 한다는 입장과 동서독관계는 외국간 관계가 아니므로 외국 및 외국인의 범죄를 규율하는 국제형법을 직접 적용하는 것은 타당하지 않고 이를 유추적용해야 한다는 입장으로 구별된다. 이 학설은 1972년 동서독기본조약이 체결된 이후 서독에서 판례와 다수설에 의하여 채택되었으나, 국제형법직접적용설에 대해서는 동서독관계를

16) 장영민, 앞의 논문, 75면.

17) 장영민, 앞의 논문, 72~74면.

외국간 관계로 파악한다는 비판이, 국제형법유추적용설에 대해서는 서독기본법 제 103조 제2항이 규정하는 유추해석금지의 원칙에 위반된다는 비판이 각각 가능하다.<sup>18)</sup>

한편, 서독은 위와 같은 일반원칙과 구별하여 동독주민에 대한 형사사건의 처리와 관련하여 동서독의 특수관계를 고려한 특별법을 제정하였다. 서독은 1966년 ‘독일재판권의 잠정적인 적용배제에 관한 법률(Gesetz über befristete Freistellung von der deutschen Gerichtsbarkeit)’을 제정하였다. 이 법률은 1966년 3월 동독 공산당이 서독 사민당에 대하여 정치인 상호방문과 대중연설을 제의하면서 서독형법의 국가안전에 관한 규정(형법 제80조~제100조)과 동독주민에 대한 서독재판권 적용에 대하여 문제를 제기하자 동독 정치인들의 서독방문을 법률적으로 보장하기 위하여 제정한 것이다. 위 법률은 서독 이외의 지역에 살고 있는 독일인들의 활동이 중요한 공공의 이익을 촉진하기 위하여 필요하다고 인정되는 경우에는 그들에 대하여 잠정적으로 재판권 적용을 배제함으로써 모든 법원, 형사소추기관과 수사기관의 법적용을 유보한다는 것을 내용으로 하였다.<sup>19)</sup> 또한, 1976년 형사소송법을 개정하여 검찰총장이 반국가범죄행위에 대하여 소추를 유예할 수 있는 법적 근거를 마련하였다. 즉, 민주적 법치국가에 대한 위해 내지 국가반역 등의 범죄행위에 대한 소송의 수행이 서독에 대한 중대한 위해를 발생시킬 가능성이 있거나 그 소추가 그 밖의 중대한 공공이익에 반하는 때에는 검찰총장은 그 소추를 배제할 수 있도록 하고, 이미 소가 제기된 경우에는 검찰총장이 소송절차의 어느 단계에서나 그 소를 취소하고 절차를 중지할 수 있도록 규정하였다.<sup>20)</sup> 그 밖에도 서독은 1984년 법원조직법을 개정하여 서독 재판관할권은 외국의 대표자 및 독일의 공식초청에 의하여 이 법의 적용영역에 체류하는 수행자에 대하여 미치지 않는다고 규정하였다.<sup>21)</sup> 그리고 국가원수 이외에 서독 재판관할권이 면제되지 않는 정부수반, 장관 등 외국의 대표자와 그 수행원에게도 그와 같은 치외법권을 확대하였다.<sup>22)</sup> 이는 동독의 국가평의회 의장 및 그 구성원들이 서독을 방문할 경우를 예상하고 이들에 대한 형사고소로 인한 혼란을 방지하기 위하여 개정한 것으로 평가된다.<sup>23)</sup>

18) 연방최고재판소는 1977년 9월 9일 동독국경수비대 소속 Weinhlod가 서독으로 망명하면서 동독국경수비대 2명을 사살한 사건에서 서독형법상 국제형법규정인 제7조 제2항 제1호(행위시에 독일인이었거나 행위 후에 독일인이 된 자의 외국에서의 범죄)를 준용하는데 아무런 문제가 없다고 판시하여 국제형법적용설을 따랐다.

19) 신현윤, “남북한 교류·협력의 제도적 발전방향 - 동서독 사례와의 비교 및 시사점을 중심으로 -”, 남북교류와 관련한 법적 문제집(3), 법원행정처, 2004, 304~305면.

20) 서독 형사소송법 제153조의 d, 제1항, 제2항.

21) 성영훈등, 주석 독일법원조직법, 법무부, 2001, 36~37면 ; 독일법원조직법 제20조 제1항.

22) 독일법원조직법 제20조 제2항.

23) D. Blumenwitz, Genießt der Vorsitzende des Staatsrats der DDR in der Bundesrepublik

동독의 경우, 서독과 서독인을 외국 또는 외국인으로 인식하고 있었으므로 동서독간 형사법률의 충돌문제에 대하여 동독형법과 동독 국적법이 제정되기 이전에는 독일구형법에서 규정하는 국제형법을 유추적용하였다. 1968년 7월 1일 동독형법을 제정하여 제80조 제1항에서 “제1항에서 장소적 적용범위에 대하여 “동독 내에서 행해졌거나 그 행위의 결과가 발생하였거나 발생할 모든 범죄에 동독형법을 적용한다.”고 규정하고, 제2항에서 인적 적용범위에 대하여 “동독인은 동독 외에서의 가벌적 행위에 대하여 형사책임을 추궁받을 수 있다.”고 규정하여 동독형법의 장소적·인적 적용범위를 명확히 하는 한편, 1967년 제정된 국적법에서 동독국적자로서 “국적취득 시 동독 내에 주소나 거소를 가진 자는 계속 동독국적을 보유한다.”고 규정하였다. 동독은 나아가 1972년 10월 16일 ‘국적문제에 관한 규제법령’을 제정하여 제1조에서 “제1항 : ‘근로자와 농민의 국가’의 법을 위반하고 1972년 1월 1일 이전에 독일민주공화국을 이탈한 뒤 독일민주공화국에 다시 주거하지 않은 독일민주공화국 인민은 법령의 발효와 동시에 독일민주공화국의 국적을 상실한다. 제2항 : 제1항에서 규정한 사람들의 자손이 독일민주공화국의 국가당국으로부터 허가를 받지 않고 독일민주공화국 영토 밖에 거주할 경우에도 본 법령의 발효와 함께 독일민주공화국의 국적을 상실한다.”고 규정하는 한편, 제2조에서 “제1조 제1항에서 말한 사람들이 불법으로 독일민주공화국을 이탈한 사실에 대하여는 형사처벌을 소추하지 않는다.”고 규정하였다. 이와 같이 동독은 동서독간 형사사건에 대하여 국제형법을 적용할 것을 법률로 명확히 규정하면서 일정한 경우에 형사처벌을 면제하였다.

## 나. 중국·대만의 경우

중국과 대만의 경우에는 중국과 대만 모두 자신이 중국과 대만에서의 유일한 정통성과 합법성을 가진 국가임을 주장하면서 자신의 법률이 중국 전체에 적용된다는 것을 기본입장으로 하면서도 현실적으로는 각각 양안관계에 있어서 장기간의 격리 단절상태의 특수성을 반영하여 예외를 폭넓게 인정하고 있는 것이 특징이다.<sup>24)</sup>

중국은 대만을 중국영토의 일부분으로 인식하고 중국 형사재판권의 장소적·인적 효력범위에 대하여 속지주의에 따라 대만을 포함한 중국 전체와 대만인을 포함한 전체 중국인에게 미친다는 것을 기본원칙으로 하여 양안관련 형사사건에 대해 중국 법원의 형사재판관할권을 인정하고 중국형법을 적용하여야 한다는 입장이다. 다만, 현실적으로 대만지역은 중국지역과 별도의 법률체계에 의하여 규율되고 있으므로

Immunität nach den allgemeinen Regeln des Völkerrechts?, JZ, 1985, S. 614.

24) 중국과 대만의 형사사건처리에 관한 자세한 내용은 문준조, 앞의 책, 63~72면, 126~132면 ; 법무부, 중국과 대만의 통일 및 교류협력법제, 1995, 268~286면, 395~405면.

중국의 형사재판권 행사가 제한된다는 사실을 인정하고 '일국양제'의 통일방안에 따라서 양안간 존재하는 법률관계의 충돌문제를 구제(區際) 또는 역제(域祭) 형사법률 충돌문제 즉, '하나의 국가내부에서 서로 다른 법률제도를 가진 다수 지역간의 법률 충돌문제'로 파악하고 있다. 이에 따라 양안간에 발생하는 형사법의 충돌과 모순을 국제형사법률의 충돌문제가 아니라고 인식하고 있으며, 향후 대만이 '하나의 중국'이라는 대원칙 하에 중국에 편입될 경우에는 대만을 특별행정구로 인정하고 대만에 독립된 사법권과 재판의 최종심판권을 부여할 수 있다는 입장을 견지하고 있다.<sup>25)</sup>

특히, 중국은 양안간의 장기간의 격리단절상태를 고려하여 특별한 경우에는 중국 형사법을 적용하지 않는 예외를 인정하고 있다. 첫째, 대만인의 과거범죄에 대한 불소추로서 1988년 3월 14일 최고인민법원과 최고인민검찰원은 '대만이주자의 중화인민공화국 성립 이전 범죄행위의 불소추에 관한 공고'를 발표하여 대만이주자가 중화인민공화국 성립 이전에 범한 범죄행위에 대하여는 중국형법 제76조에서 규정하는 공소시효의 입법취지를 고려하여 소추하지 않기로 하였다.<sup>26)</sup> 1989년 9월 7일 '대만이주자의 중화인민공화국 성립 이후 지방인민정권 수립 이전 범죄행위의 불소추에 관한 공고'를 발표하여 대만이주자의 중화인민공화국 성립 이후 지방인민정권 수립 이전에 범한 범죄행위에 대하여도 이를 소추하지 않기로 하였다.<sup>27)</sup> 둘째, 대만주민이 중국에서 범죄행위를 저지른 경우에는 범죄사실에만 근거하고 그 이외의 특수한 신분 등 다른 요소를 고려하지 않고 동일하게 처리한다는 원칙을 견지하면서도 특별히 현저한 정상이 있는 경우에 한하여 죄질에 따라 징역형에 처하고 정상이 동일한 경우에는 가급적 벌금 등 경제적 처벌을 가하는 한편, 경미한 범죄행위에 대해서는 형사재판권 행사를 자제하고 있다. 특히, 대만주민에 대하여는 원칙적으로 관제(管制)나 구역(拘役)을 적용하지 아니함으로써 형법적용에 있어서 신중을 기하고 있다.<sup>28)</sup>

한편, 대만도 대만헌법상 중국대륙도 중화민국의 영토에 속하고 중국주민도 중화

25) 문준조, 앞의 책, 63~64면 ; 법무부, 앞의 책, 268~271면.

26) 중국형법 제87조 제4호는 공소시효에 대하여 "법정최고형이 무기징역, 사형에 해당하고 20년이 경과한 후에도 소추할 필요성이 있는 경우에는 최고인민검찰원에 보고하여 허가를 얻어야 한다."고 규정하고 있다.

27) 다만, 그 범행이 범죄지에서 지방인민정권이 수립된 이후에도 계속된 경우에는 그 범죄행위가 종료한 날부터 그 공소시효기간을 산정하여 적용하도록 하였다.

28) '관제(管制)'란 법원의 판결에 의하여 선고되는 주형의 일종으로서 범죄자를 감옥 등에 구금하거나 유치시키지 않고 통상의 직장에서 노동에 종사시키며 공간기관의 관리단속과 군중의 감시 하에 행동의 자유에 일정한 제한을 가하는 형벌이며 그 기간은 3개월 이상 2년 이하이며, '구역(拘役)'이란 15일 이상 6개월 이하의 단기 유기징역형에 해당하는 것으로 범죄자의 소재지 관할 공간기관이 집행하며, 집행기간 중 매월 1일 내지 2일 귀가가 허용되고 노동에 종사한 경우에는 일정한 보수가 지급된다. 문준조, 앞의 책, 64면.

민국 주민이라는 것을 전제로 하여 중국주민이 중국 또는 대만에서 범한 범죄행위에 대하여 대만법원의 형사재판관할권이 미치고 대만형법이 적용된다는 것을 기본 입장으로 하고 있다. 그러나 1992년 양안관계조례를 제정하여 양안관계에서 발생하는 형사사건에 대하여 장기간의 격리단절상태를 고려하여 일정한 예외를 인정하고 있다. 즉, 1992년 양안관계조례가 제정되기 이전까지는 대만주민의 중국에서의 범죄행위는 물론, 중국주민의 대만에서의 범죄행위에 대하여 대만법원의 형사재판관할권을 인정하고 대만형법을 적용하였다.<sup>29)</sup> 그러나 중국주민의 중국에서의 범죄행위에 대하여는 법률적으로는 대만법원이 대만형법을 적용하여 형사처벌할 수는 있으나 사실상 처벌이 곤란한 점을 고려하여 처벌하지 아니하였다.<sup>30)</sup>

대만은 1992년 9월 양안관계조례를 제정하여 시행하면서 양안간 주민왕래에 있어서 발생하는 형사문제를 처리하는 특별규정을 두었다.<sup>31)</sup> 첫째, 대륙에서 처벌받은 경우의 형 집행의 면제로서 양안관계조례 제75조는 “대륙지구 또는 대륙지구의 선박·항공기 내에서 발생한 범죄는 비록 대륙지구에서 형사처벌을 받더라도 대만의 법에 따라 처벌할 수 있다. 그러나 그 형의 전부 또는 일부의 집행을 면제할 수 있다”고 규정하였다.<sup>32)</sup> 위 조문에서 “처벌한다.”고 규정하지 않고 “처벌할 수 있다.”고 규정한 것은 중국에서 발생한 범죄행위에 대하여 사실상 모두 처벌하는 것이 불가능하다는 현실을 반영한 것이며, 그 형의 집행을 전부 또는 일부를 면제할 수 있도록 한 것도 국제형법규정에서 외국에서 받은 형의 집행에 관하여 면제하는 것을 반영한 것으로 보인다.

둘째, 중혼 및 간통사건의 소추와 처벌의 면제로서 대만형법은 중혼죄와 간통죄를 형사처벌하고 있으나 양안간 40여년 동안 분리되어 단절된 상태에서 발생한 새로운 혼인과 동거관계를 보호하고 법적 안정성을 유지하기 위하여 양안관계조례 제76조는 “배우자의 일방은 대만지구에 있고, 타방이 대륙지구에 있는 상황에서 1987년 7월 1일 이전에 중혼하거나 배우자가 아닌 자와 공동생활을 목적으로 동거한 경

29) 1990년 대북지방법원에서 대만주민이 중국에서 범한 여권위조행위에 대하여 대만형법을 적용하였고(楊雙伍 사건), 중국주민이 대만으로 불법입경하여 저지른 문서위조 및 공정증서원본부 실기재죄 사건(歐金枝 사건, 徐驍春 사건), 중국주민의 항공기납치 사건(張慶國 사건) 등에서 대만형법을 적용하였다.

30) 위 서효춘 사건에서 대만검찰과 법원은 중국주민인 피고인이 중국에서 사기죄로 지명수배되었으나 이에 대하여는 검찰의 수사절차나 법원에서 증거조사를 거치지 않았고 사기죄 부분에 대하여는 판결선고를 하지 아니하였다.

31) 양안관계조례는 대만이 중국과 대만의 상호 교류협력단계에서의 주민관계를 규율하는 기본법으로서 1992년 7월 31일 제정하여 같은 해 9월 18일 시행되었으며, 1993년 2월 3일 1차 개정되었다.

32) 문준조, 앞의 책, 127면 ; 법무부, 앞의 책, 396면.

우에는 소추 및 처벌을 면제한다. 그 상대자 또는 동거인도 같다.”고 규정하였다.<sup>33)</sup>

셋째, 내란죄 및 외환죄를 범한 중국주민에 대한 소추와 처벌의 면제로서 양안관계조례 제77조는 “대만지구 이외의 지구에서 내란죄, 외환죄를 범한 대륙지구주민이 허가를 받아 대만지구에 들어오는 경우에는, 입국신고시 그 사실을 신고한 경우에는 그 소추 및 처벌을 면제한다. 대만지구에 들어와 주관기관이 개최를 허가한 회의 또는 활동에 참가한 경우나 특별전문허가로 신고를 면제한 경우에도 같다.”고 규정하였다.<sup>34)</sup> 대만은 중국 공산당을 반란단체로 규정하고 공산당정부의 활동 자체를 내란죄 및 외환죄로 규정하여 처벌하여 왔으나 양안관계의 특수성에 비추어 중국정부의 활동에 참여한 것을 이유로 형사처벌하는 것은 양안간 교류협력의 취지에 어긋난다는 현실을 고려하여 대만에 들어오는 중국주민이 대만당국에 신고를 하는 것을 전제로 형사법체계와 법현실을 조화롭게 반영한 것으로 평가된다.

넷째, 중국주민의 고소 및 자소권의 제한으로서 양안관계조례 제78조는 “중국주민이 자신의 저작권 또는 그 밖의 권리가 대만에서 침해받은 경우에 그 고소 또는 자소의 권리는 대만주민이 중국에서 향유하는 것과 동등한 소송권리에 한하여 인정한다.”고 규정하였다. 이는 중국주민의 저작권 등 권리에 대하여 대만주민의 권리와 의 호혜주의와 평등주의를 적용한 것으로 판단된다. 즉, 대만형법상 중국주민이 범죄의 피해자가 된 경우에 대만법원에 고소 또는 자소할 수 있는 권리가 당연히 인정됨에도 불구하고 중국의 저작권법상 형사책임에 대한 규정이 없어 대만주민이 중국에서 저작권의 침해를 받은 경우에 고소 및 자소권이 인정되지 않는 현실을 고려하여 중국주민들에 대하여도 고소 및 자소권을 인정하지 않는다는 것을 명확히 한 것으로 평가된다.

## 4. 북한 형사법체계의 문제점

### 가. 북한 형사법 개요

북한은 1950년 3월 소련의 영향을 받아 사회주의 형사법원리에 따라서 형법과 형사소송법을 제정한 이후 2004년 4월 29일 최고인민회의 상임위원회 정령 제432호로 형법을 개정하였고, 같은 해 5월 6일 최고인민회의 상임위원회 정령 제436호로 형사소송법을 개정하였다.<sup>35)</sup> 같은 해 6월에는 개정 형법과 형사소송법을 포함하여 총

33) 문준조, 앞의 책, 127면 ; 법무부, 앞의 책, 397면.

34) 문준조, 앞의 책, 127면 ; 법무부, 앞의 책, 396면.

112개의 법률이 수록된 '조선민주주의인민공화국 법전(대중용)'을 발간하여 이를 공개하였다. 위 법전은 서문에서 “법은 모든 국민들이 의무적으로 지켜야 할 행동준칙이다. ... 국민들이 법을 알고 스스로 지키는데 도움을 주기 위해서 ... 법전을 편찬하여 발행한다.”고 선언함으로써 그 동안 법률, 특히 형사법률에 대한 비밀주의를 탈피하는 모습을 보여주고 있다. 북한은 1999년 형법과 형사소송법을 개정한 이후 약 5년이 경과한 2004년 그 내용을 대폭 개정하였는데, 개정 형사법은 형식과 체계 면에서는 포괄적이고 추상적인 내용을 보다 구체적으로 명확하게 규정하고 관련된 조문들을 주제에 따라 분류함으로써 입법을 체계화하였다. 그 내용면에서도 죄형법정주의를 규정하고 형사소송절차에서 인권보장을 위한 제도적 장치를 구체적으로 보완하는 등 형사법으로서 규범력을 제고하는 제도적 장치를 마련한 것으로 평가할 수 있다. 특히, 대외개방과 경제악화 등을 통하여 변화된 주민생활과 사회분위기를 반영하고 이를 효율적으로 규율하기 위하여 경제범죄와 반사회적 일탈행위에 대하여 다양한 규정을 신설하고 그 내용을 구체적으로 규정함으로써 현대 입헌주의 헌법원리를 기준으로 볼 때 인간의 자유와 권리의 보호를 위하여 개선된 것으로 볼 수 있다. 그러나 반국가범죄와 군사범죄 등 사회주의 체제수호와 관련된 범죄와 사회주의 계획경제질서를 침해하는 범죄에 대하여는 처벌을 강화하는 한편, 대외개방에 따른 사회적 이완분위기를 규율·통제하기 위하여 사회주의 문화·공동생활을 침해하는 범죄에 대하여도 엄중하게 대처하고 있는 것으로 판단된다.

## 나. 기본원리

북한 형사법은 “법이란 계급투쟁과 사회주의 국가관리의 수단이고, 혁명에서 싸워 이겨 얻은 전취물을 지키기 위한 무기”로서 인식되고 있다. 특히, 형사법은 프롤레타리아 독재를 실현하는 중요한 수단으로서 사회의 주체사상화에 적극 이바지하는 것을 사명으로 할 뿐만 아니라 북한에서 최고의 규범력을 가진 주체사상과 김일성·김정일 교시, 그리고 이를 실천하기 위한 조선노동당의 혁명노선과 결정들이 헌법과 형사법을 포함한 모든 법률의 상위규범으로 기능하고 있다. 그러므로 북한 형사법제도는 사회주의체제를 나라의 안과 밖의 모든 반혁명세력으로부터 보호하는 한편, 모든 주민들을 계급투쟁과 주체사상을 맹종하는 공산주의적 인간으로 개조하는 것을 목적으로 한다. 따라서 북한의 형사법은 이러한 범위 내에서만 그 존재의의를 가지며, 개인의 자유와 인권보장, 실체적 진실의 발견, 적법절차의 원리를 기

35) 북한 형법과 형사소송법에 대한 자세한 내용은 법무부, 북한법의 체계적 연구(2), 1995; 법무부, 개정 북한형사소송법 해설, 2004; 법무부, 개정 북한형사법제 해설, 2005; 이효원, “북한 형사법제 개선과 북한사회의 변화”, 남북교류협력과 북한의 변화 - 2005년 북한연구학회 춘계학술회의 자료집 -, 북한연구학회, 2005. 4. 15. 61~76면 등.

본이념으로 하는 남한의 형사법제도와는 그 본질과 기능에 있어서 근본적인 차이가 있다고 할 수 있다.

이와 같이 북한 형사법은 사회주의헌법이 규정하는 민주적 중앙집권제 원칙과 집단주의 원칙, 형법과 형사소송법이 규정하는 계급노선과 균중노선<sup>36)</sup>을 기본원칙으로 따르고 있어서 사회주의헌법 제62조 내지 제86조의 ‘공민의 권리와 의무’, 제69조의 ‘신소·청원권’, 제79조의 ‘인신과 주택의 불가침 등’, 제158조의 ‘공개재판과 변호권 보장’ 등과 형법 제6조의 ‘형법에 규정된 행위에만 형사책임 부과’, 제9조의 ‘소급효 금지’, 형사소송법 제4조의 ‘과학성과 객관성, 신중성, 공정성 보장’, 제5조의 ‘인권보장’, 제98조의 ‘강압적 수사의 제한과 자백의 보강법칙’ 등 형사법의 일부 규정에도 불구하고 사회현실에서 법집행 여부와 그 실효성은 의문이라고 하겠다.

#### 다. 분석과 평가

최근 개정된 북한 형사법은 인권보장 측면에서 일부 개선된 부분에도 불구하고 사회주의 형사법의 기본원리를 그대로 유지하고 있어 근본적인 변화는 기대할 수 없으며, 일부 개선된 부분도 실제의 법현실에서 적용되는 태양과 정도에 따라서 평가되어야 할 것이므로 형사법의 개정 내용만으로 그 공과를 쉽게 평가할 수는 없을 것이다. 또한, 북한에서의 형사법의 본질과 기능에 따른 한계 이외에도 형법에서 규정하는 범죄의 구성요건은 여전히 추상적이고 불명확한 규정이 산재해 있다. 형사소송절차에 있어서도 법관에 의한 영장주의 미채택·비법률가의 광범위한 재판참여, 심급·사물관할의 변태적 운용, 민·형사절차의 미분화 등 인권보장을 위한 제도적 장치가 미흡한 것으로 평가된다. 북한에서의 법률, 특히 형사법의 기능과 역할에 비추어 형사법의 개정과 그 내용을 통하여 북한사회의 변화상을 추론하고 예측할 수 있을 것이나, 북한이 사회주의 체제수호를 엄격하게 고수하는 한, 사회주의 법이론에 따른 형사법의 본질과 사명, 헌법상 민주적 중앙집권제와 집단주의 등에 의하여 형사법에 있어서 변화는 근본적인 한계를 가진다고 할 것이다.

외국의 언론보도, 탈북자들의 증언 등을 종합할 때 법과 사회변화의 관계에 있어

36) 북한헌법은 제1조(형법의 사명)에서 “조선민주주의인민공화국 형법은 범죄에 대한 형사책임 및 형벌제도를 바로 세워 국가주권과 사회주의제도를 보위하고 인민들의 자주적이며 창조적인 생활을 보장하는데 이바지한다.”, 제2조(범죄자의 처리원칙)에서 “국가는 범죄자의 처리에서 노동계급적 원칙을 확고히 견지하고 사회적 교양을 위주로 하면서 이에 법적 제재를 배합하도록 한다.”고 각각 규정하고, 북한형사소송법은 제2조(계급노선의 관철원칙)에서 “국가는 반국가 및 반민족범죄와의 투쟁에서 적아를 엄격히 가려내어 극소수의 주동분자를 진압하고 다수의 피동분자를 포섭하며, 일반범죄와의 투쟁에서 사회적 교양을 위주로 하면서 법적 제재를 배합하도록 한다.”고, 제3조(균중노선의 관철원칙)에서 “국가는 형사사건의 취급처리에서 균중의 힘과 지혜에 의거하도록 한다.”고 각각 규정하고 있다.

서 북한의 경우에는 법률규정의 내용만으로 그 법현실을 제대로 가늠하기 어려운 한계가 있다고 할 수 있다. 이와 같이 최근 형사법의 개정에 대하여 형사법의 적용 등 법현실과 관련하여 북한은 국제사회의 인권문제 제기를 중요한 이슈로 인식하기 시작하였으며 경제적 지원이 필요한 상황을 고려하여 북한인권문제에 대하여 ‘우리식 인권’ 등을 주장하며 문화상대주의 논리로 반박하면서도 형사법을 개정하는 등 전향적인 제도적 조치를 취한 것으로 분석하는 것은 매우 설득력이 있어 보인다. 결국, 북한의 형사법 적용 등과 관련한 법현실을 고려할 때 소와 식량절도, 인신매매 등에 있어서 공개총살형의 집행은 물론 정치범수용소(관리소), 노동단련대, 집결소 등 불법적인 구금시설의 운영과 출신성분에 의한 차별과 여행과 종교의 자유에 대한 제한 등 실질적이고 구조적인 인권침해 실태는 별로 개선되지 않고 있는 것으로 평가된다.<sup>37)</sup>

결국, 북한에서의 법률, 특히 형사법의 기능과 역할에 비추어 형사법의 개정과 그 내용을 통하여 북한사회의 변화상을 추론하고 예측할 수 있을 것이나, 북한이 사회주의 체제수호를 엄격하게 고수하는 한, 사회주의 법이론에 따른 형사법의 본질과 사명, 헌법상 민주적 중앙집권제와 집단주의 등에 의하여 형사법에 있어서 변화는 근본적인 한계를 가진다고 할 것이다. 이와 같은 북한 형사법과 법현실의 문제점으로 인하여 남북한 형사사건 처리에 있어서 남북한특수관계론의 상호주의를 전적으로 적용할 수 없는 헌법적 한계가 있다.

## 5. 남북한 형사사건 처리의 기본원리

### 가. 남북한특수관계론의 적용

남북한 형사사건은 기본적으로 국내법 적용의 문제로 북한의 국제법적 지위를 전제로 하는 것이 아니므로 국내법적 규범영역에 해당하며 국제법적 영역에 해당하는 것은 아니라고 하겠다. 또한, 이는 본질적으로 북한이 반국가단체 또는 불법국가로서 활동하는 규범영역에서 발생하는 것이 아니라 헌법이 규정하는 조국의 평화적 통일을 달성하기 위한 화해와 협력의 동반자로서 활동하는 규범영역에서 파생되는 것이라고 하겠다. 물론 북한이 남북한특수관계에 있어서 이중적 지위를 가지고 있어 반국가단체 또는 불법단체로서 활동하는 과정에서 발생하는 형사사건은 국가보안법을 통하여 규율되므로 남북한고류협력의 과정에서 발생하는 형사사건을 처리하

37) 통일연구원, 2007년 북한인권백서, 2007.

기 위한 기본원칙은 적용되지 않을 것이다. 따라서 남북한 형사사건은 남북한특수관계론에 따라 국내법적 영역에서, 북한의 법적 지위에 대하여 평화통일을 위한 화해와 협력의 동반자로서의 지위에 기초를 두고 그 법적 해결방안을 모색하여야 할 것이다.

이와 관련하여 법이론적으로 검토되어야 할 쟁점사항은 구체적으로 형사재판관할권의 인정여부와 한계, 형사재판에 있어서 적용되는 준거법의 충돌, 형사사법공조와 범죄인인도 등을 들 수 있으며 남북한특수관계론에 따라서 해결되어야 할 것이다. 그러나 남북한의 형사법체계는 남북한의 상이한 체제와 이념을 직접적으로 반영하고 있어 남북한간 법체계의 이질성의 정도가 민사법체계에 비하여 훨씬 심각하고 국민의 기본권 보장의 측면에서 기본권을 침해할 우려가 크기 때문에 북한의 재판관할권과 형사법 적용문제를 더욱 엄격하게 고려할 필요가 있다.

#### 나. 북한 재판관할권 인정 가능성

남한헌법 제3조의 영토조항, 국가보안법, 국적법 등을 제한적으로 해석할 경우에는 북한은 반국가단체 또는 불법단체이며 북한주민도 대한민국 국민이고, 대한민국 헌법과 법률의 효력이 당연히 북한지역과 북한주민에게도 미치므로 북한의 재판관할권을 인정할 여지가 없다. 그러나 북한의 법적 지위에 대하여 평화통일을 위한 화해와 협력의 동반자로서의 지위를 인정할 수 있고, 이를 바탕으로 하여 북한에 대하여 사실상 국가로서의 실체와 존재를 인정할 수 있는 이상 북한은 남한과 동등한 지위를 가지며, 북한법률도 일정한 범위에서 국내법상 규범적 효력을 가진다고 할 것이다. 따라서 북한과 북한법률에 대하여 위와 같은 법적 지위와 성격을 인정할 수 있는 규범영역에 있어서는 북한의 재판관할권을 인정할 여지가 있다고 할 것이다. 이와 같이 북한의 재판관할권을 인정하는 것은 헌법 제3조와 제4조의 통일적·규범조화적 해석을 바탕으로 하는 남북한특수관계론에 의하여 헌법적 근거를 가지며, 평화통일을 위한 당사자로서의 상호주의와 대등성 원칙뿐만 아니라 남북기본합의서 등 남북한 당국의 실질적인 의사에도 부합한다고 하겠다.<sup>38)</sup>

현행법률도 사실상 대한민국의 통치권과 관할권이 남한지역과 남한주민에게만 미치고 북한지역과 북한주민에게는 미치지 않는다는 것을 인정하고 있는 것으로 판단된다. 즉, 헌법 제27조 제1항에서 국민의 재판을 받을 권리의 구체적인 내용과 절차를 법률로 정하도록 규정하고 있으면서도 이를 구체화한 하위법률인 법원조직법과

38) 한편, 북한의 조선노동당 규약과 헌법 제1조, 국적법, 형법 등을 근거로 하여 한반도에서의 북한의 정통성을 주장하고 남한을 미국의 괴뢰정권으로서 인식하고 있는 이상 남한의 재판관할권을 인정할 여지가 없다고 할 것이다.

각급법원의설치와관할구역에관한법률은 대한민국의 통치권이 현실적으로 남한지역에만 미치고 북한지역에는 미치지 않는다는 것을 전제로 하여 법원의 관할구역에 따른 재판관할권을 정함에 있어 북한지역을 제외하고 있어 북한주민과의 민사상 문제에 대하여는 현실적으로 관할권을 행사할 수 없는 경우를 예정하고 있다. 이러한 의미에서 북한지역과 북한주민에 대하여는 입법의 불비라고 해석할 수도 있으나 이는 북한의 관할권을 인정할 수 있는 여지를 제공하고 있다고 판단된다.<sup>39)</sup>

국제법상 형사관할권은 크게 속지주의, 속인주의, 보호주의, 세계주의, 국가간 협정을 통한 관할권 결정 등의 기본법리에 의하여 구별되나 이는 재판관할권을 의미하는 집행관할권과 준거법으로서 적용되는 특정국가 형사법의 지역적·인적 적용범위를 의미하는 입법관할권을 포괄하는 것이므로 입법관할권이 존재하는 경우에도 현실적으로 집행관할권은 법률규정이나 조약 등에 의하여 제한을 받는 경우가 있다.<sup>40)</sup> 형사재판권의 효력범위 및 형법의 적용범위에 대하여 남한형법은 속지주의를 기본원칙으로 하면서 속인주의와 보호주의를 보충적 원칙으로 규정하고 있으며, 북한형법은 속인주의와 속지주의를 기본원칙으로 하면서 보호주의를 보충적 원칙으로 규정하고 있다. 이에 따라 남북한 주민이 각각 남한지역 또는 북한지역에서 남한주민 또는 북한주민을 상대로 한 범죄나 남한법익 또는 북한법익을 침해하는 범죄를 저지른 경우에는 현실적으로 법률충돌의 문제는 발생하지 않을 것이나 그 이외의 경우에는 남한형법과 북한형법의 충돌·모순이 발생하게 될 것이다. 이와 같이 형사사건에 대한 재판관할권에 대하여는 속지주의가 국제법상 확립된 기본원칙이며, 국가의 영토주권에서 도출되는 당연한 결과이다. 또한, 일반적으로 범죄는 범죄지국의 법질서를 침해하는 것이므로 이를 범죄지국에서 처벌하는 것이 소송절차와 관련하여 가장 합목적적이라는 점에 비추어 남한주민이 북한지역에서 범죄를 저지른 경우에는 원칙적으로 북한의 형사재판관할권을 인정하고 북한의 형사소송절차법을 적용하는 것을 인정하는 것이 합리적이고 타당하다고 할 것이다.

#### 다. 북한 재판관할권 인정의 한계

남북한 형사사건을 처리하기 위한 전제로서 북한의 재판관할권을 인정하는 것은 위에서 검토한 바와 같이 북한이 평화통일을 위한 대화와 협력의 동반자로서 활동하는 국내법적 규범영역에 있어서는 북한의 재판관할권을 인정할 수 있으며, 이는

39) 또한, 자연환경보전법도 제2조에서 '자연유보지역'을 정의하면서 "관할권이 대한민국에 속하는 날부터 2년간의 비무장지대"라고 규정하고 있어 북한지역을 포함한 비무장지대에 대하여는 남한의 관할권이 미치지 않는다는 것을 전제로 하고 있는 것으로 해석할 수 있다.

40) 우리 대법원 판례도 북한도 당연히 우리 영토의 일부이므로 형법의 적용대상 지역이지만 단지 그곳에 재판권이 미치지 못할 뿐이라고 하고 있다(대판 1957. 9. 20. 4290 형상 228).

남한의 헌법과 법률에 위반하는 것은 아니고 헌법규범적 가치와 이념에 기초하고 있어 헌법적 근거를 가진다고 할 것이다. 그러나 북한의 형사재판관할권이 인정된다고 하더라도 이는 북한 형사법체계가 법치주의 원칙에 부합할 정도로 민주화되는 것을 전제조건으로 하여 인정할 수밖에 없는 한계가 있는 것이다. 그러므로 현재의 북한 형사법체계의 내용과 현실, 남북한 교류협력의 진전과 정도를 고려할 때 북한의 형사재판관할권의 인정과 북한 형사소송절차법의 적용은 아직은 시기상조라고 판단되며 향후 이는 북한체제 및 형사법체계의 변화에 따라서 가변적이라고 할 것이다.

즉, 국내법적 규범영역의 일정한 범위에서 북한의 재판관할권을 인정하는 경우에도 다음과 같은 한계를 가진다고 하겠다. 첫째, 남북한특수관계론이 헌법규범적 가치를 가진다고 하더라도 대한민국 헌법이 추구하는 다른 모든 헌법적 가치와 이념에 우월하는 것이 아니라 이들 헌법적 가치 및 이념과 서로 조화를 이루는 범위 내에서 인정되는 것이므로 그와 같은 한계를 가진다고 할 것이다. 즉, 남북한특수관계론은 대한민국 헌법의 기본원리로서 이념적·법적 기초에 해당하는 국민주권주의, 정치적 기본원리인 자유민주적 기본질서, 경제·사회·문화의 기본원리인 사회복지국가원리, 국제질서의 기본원리인 국제평화주의와 서로 조화를 이루면서 이에 부합하는 경우에만 헌법적 규범으로서 인정된다고 할 것이다.

둘째, 헌법상 기본권 보장 및 북한의 형사법체계의 비민주성에 따른 한계가 있다. 즉, 남한주민에 대한 형사사건 처리는 재판청구권은 물론 신체의 자유 등 헌법상 기본권 보장과 직접적으로 관련성을 가지므로 헌법에서 보장하는 기본권 제한의 한계를 준수하는 범위에서 해결방안이 모색되어야 한다. 우리 헌법상 인신구속제도의 기본원칙으로는 법률주의, 적법절차원리, 영장주의, 변호인의 조력을 받을 권리 등을 들 수가 있다. 특히, 우리 헌법 제27조가 규정하고 있는 “헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리”와 신속한 재판을 받을 권리 등 헌법상 기본권 보장을 고려해야 하므로 국민의 재판청구권의 근본요소이자 핵심적 요소인 기본권의 본질적 내용을 침해하는 것은 헌법 제37조 제2항에 의하여 금지되므로 북한의 재판관할권을 인정함으로써 기본권의 본질적 내용을 침해하는 결과를 초래할 경우에는 허용되지 않아야 할 것이다. 즉, 북한 사법제도가 권력분립의 원칙, 사법권의 독립, 법치주의 등 입헌주의를 기초로 하지 않고 있으므로 남북한관계의 특수성과 헌법 제37조 제2항에 따라서 국민의 재판청구권의 제한을 인정한다고 하더라도 이를 엄격히 해석하여 제한의 한계를 명확히 할 것이 요구된다.

셋째, 북한의 재판관할권을 인정하기 위해서는 법률적 근거가 필요하다. 비록 남

북한특수관계론에 따라서 북한의 재판관할권을 인정할 수 있는 헌법적 근거가 있다고 하더라도 이를 제도적으로 구체화하고 형성화하기 위해서는 이에 대한 법률이 필요한 것이다. 헌법 제27조 제1항에서도 국민의 재판을 받을 권리의 구체적인 내용과 절차를 법률로 정하도록 규정하고 있고, 앞에서 검토한 바와 같이 현행 법원조직법과 각급법원의설치와관할구역에관한법률도 대한민국의 통치권이 현실적으로 남한지역에만 미치고 북한지역에는 미치지 않는다는 것을 전제로 하여 법원의 관할구역에 따른 재판관할권을 정함에 있어 북한지역을 제외하고 있으므로 북한의 재판관할권을 구체적으로 인정하는 법적 근거가 필요할 것이며, 이러한 경우에는 입법을 통하여 북한재판관할권의 근거와 한계를 함께 규정할 수도 있을 것이다. 이와 같이 북한의 재판관할권을 인정하기 위한 법적 근거를 마련하기 위한 입법기술로서는 국내법의 제·개정을 통한 입법과 남북한 당국간 조약으로서 법률적 효력을 갖는 남북합의서를 체결하는 방법을 고려할 수 있다.<sup>41)</sup> 전자와 같이 국내법을 제·개정하는 경우에는 남북한관계에 관한 별도의 특별법을 제정함에 있어서 이를 반영하는 방법과 법원조직법 등 현행 법률의 개정을 통하여 특별관할을 인정하는 규정을 두는 방법이 있을 수 있고, 후자와 같이 남북합의서를 체결하는 경우에는 그 규정내용이 입법사항에 해당하므로 헌법 제60조 제1항에 따라서 국회의 동의를 필요로 한다고 할 것이다. 북한 재판관할권을 인정하기 위한 법률적 근거를 마련하는 방법으로는 남북한특수관계에서 비롯되는 민족자결성, 상호주의를 고려하여 법률적 효력을 갖는 남북합의서를 체결하는 것이 보다 바람직하다고 판단된다.

넷째, 남북한특수관계론의 본질적 성격에 따른 한계를 들 수 있다. 남북한특수관계론은 민족자결성, 통일지향의 잠정성, 동태적 발전성과 가변성을 그 본질적 성격으로 보유하고 있는데, 민족자결성에 따라서 남북한특수관계론의 구체적인 내용으로서 재판관할권에 대하여도 남북한이 남북합의서 등 합의를 통하여 자율적으로 결정할 수 있다. 또한 북한의 재판관할권을 제한할 경우에는 남북한특수관계의 상호주의와 대등성 원칙에 따라서 북한주민이 남한지역에서 범죄를 저지르거나 남한주민에 대하여 범죄를 저지른 경우에도 남한의 형사재판관할권을 행사할 수 없으며, 남한의 형사소송절차법을 적용할 수 없는 한계를 인정하여야 할 것이다. 이러한 해석은 남북한특수관계의 특성인 상호주의, 통일지향의 잠정성, 동태적 발전성에도 부합하는 것이라고 할 것이다. 따라서 통일을 달성할 때까지 남북한관계에 있어서 화해협력의 진전 내용과 정도, 향후 북한 사법제도의 민주화 등 북한체제의 변화에 따

41) 남북교류협력에관한법률 제26조 제3항에서는 남북한 경제교역에 대하여 준용되는 남한법률을 열거하면서 대통령령으로 그 준용법률을 정할 수 있도록 위임하고 있는데, 이러한 입법형식도 참고할 수 있을 것이다.

라서 북한의 재판관할권을 인정하는 범위와 한계가 결정될 것이다. 이는 남북한 교류협력의 과정에서뿐만 아니라 통일과정 또는 그 이후의 남북한 사법제도의 통합을 위해서도 중요한 의미를 가진다고 할 것이다.

## 6. 실체법으로서의 형사실체법의 충돌

### 가. 남한형법의 태도

형사재판관할권과는 별개의 문제로 형사재판에 있어서 적용되는 준거법으로서 형사실체법의 장소적·인적 적용범위에 대하여 남한형법은 속지주의를 기본원칙으로 하면서 속인주의와 보호주의를 보충적 원칙으로 규정하고 있다.

첫째, 형법 제2조(국내범)는 “본법은 대한민국 영역 내에서 죄를 범한 내국인과 외국인에게 적용된다.”고 규정하여 속지주의(영토주의)를 원칙으로 택하고 있다. 이는 국가주권사상에 입각하여 자국의 영역 안에서 발생한 모든 범죄에 대하여 행위자의 국적을 불문하고 자국형법을 적용하는 원칙을 말한다. 여기서 말하는 대한민국 영역이라 함은 우리의 영토, 영해, 영공을 포함하는 개념이며, 헌법 제3조는 “대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다.”라고 규정하고 있어 북한지역도 당연히 대한민국 영역에 포함되는 것으로 보아야 한다. 따라서 남한주민이 북한지역에서 범죄를 저지른 경우에도 위 속지주의에 의하여 우리 형법이 적용된다고 보아야 할 것인지의 문제가 발생한다. 이에 대하여는 형법의 적용범위는 형법이 법률적 및 사실적으로 적용되는 범위를 말하므로 북한은 형법의 장소적 적용을 받는 대한민국 영역이라고 할 수 없다는 견해<sup>42)</sup>와 북한지역도 당연히 대한민국 영역 내이므로 우리 형법이 적용된다는 견해<sup>43)</sup>로 나뉘어 진다. 이 문제는 남북한 법률의 충돌에 관한 것으로 북한법률의 국내법적 효력과도 밀접한 관련이 있는데, 남북한특수관계론에 따르면 남한은 북한지역의 남한주민에 대하여 입법관할권은 가지나 집행관할권의 행사에 제한을 받는다고 할 수 있다. 따라서 북한은 특별규정이나 법률적 효력을 갖는 남북합의서에서 달리 규정하지 아니하는 한 이에 대하여 입법관할권과 집행관할권을 모두 가지게 되지만, 남한은 입법관할권은 가지나 북한의 실체를 인정함으로써 실제로는 그 집행관할권의 제한을 받게 되는 것으로 해석하는 것이 타당할 것이다.

42) 김일수·서보학, 형법총론, 박영사, 2004, 54면 ; 배종대, 형법총론, 홍문사, 2004, 105면 ; 박상기, 형법총론, 박영사, 2005, 39면.

43) 이재상, 형법총론, 박영사, 2003, 43면 ; 정성근·박광민, 형법총론, 삼지원, 2005, 55면.

둘째, 형법은 제3조(내국인의 국외범)는 “본법은 대한민국 영역 외에서 죄를 범한 내국인에게 적용한다.”고 규정하여 속인주의를 보충적으로 채택하고 있다. 이는 자국의 국적을 가진 자에 대하여는 범죄지를 불문하고 자국형법을 적용한다는 원칙으로서 여기에서 내국인이란 대한민국 국적을 가진 자를 말하며, 범행 당시 대한민국 국적을 가지고 있어야 함은 물론이다.<sup>44)</sup> 여기에서도 헌법 제3조의 영토조항 등과 관련하여 북한주민도 내국인으로 보아야 할 것인지가 문제될 것이다. 이에 대하여 형법의 적용을 받는 내국인은 사실상·법률상 우리나라 형사재판권의 영향 아래 있는 대한민국 국적을 현재 가지고 있는 자에 국한해야 하므로 형법의 적용에 있어서 내국인에는 북한 주민이 포함되는 것은 아니라는 견해가 있다.<sup>45)</sup> 그러나 헌법, 국적법 등에 의하여 북한주민도 대한민국 국민인 것을 전제로 하여 남북한특수관계론에 따라서 남북한의 특수성이 인정되는 규범영역 내에서 ‘북한적’을 지닌 특수한 국민으로 해석하여 그들에 대하여는 남한의 입법관할권은 미치나 집행관할권의 제한을 인정함으로써 조화롭게 해결할 수 있을 것이다.<sup>46)</sup>

셋째, 형법 제5조(외국인의 국외범)는 “본법은 대한민국 영역 외에서 다음에 기재한 죄를 범한 외국인에게 적용한다. 1. 내란의 죄, 2. 외환의 죄, 3. 국기에 관한 죄, 4. 통화에 관한 죄, 5. 유가증권, 우표와 인지에 관한 죄, 6. 문서에 관한 죄 중 제225조 내지 제230조, 7. 인지에 관한 죄 중 제238조”라고 규정하여 보호주의를 보충적으로 채택하고 있다. 또한, 남한형법이 명문으로 채택하지 않고 있으나 국제조약 등을 통하여 채택할 수 있는 것으로 세계주의가 있는데, 이는 해적행위(piracy), 전쟁범죄(war crimes) 등 반인도적 범죄에 대한 사회방위의 국제적 연대성을 강조하는 입장에서 누가, 어디에서 범한 범죄인지를 불문하고 자국형법을 적용하는 원칙을 말한다. 북한주민의 범죄에 대하여는 이러한 보호주의와 세계주의에 따라 남한형법이 적용될 수 있을 것이다.

그 밖에도 외교관계에 관한 비엔나협약 등 보편적 관할권에 관한 조약, ‘대한민국과 아메리카합중국간의 상호방위조약 제4조에 의한 시설과 구역 및 대한민국에서의 합중국 군대의 지위에 관한 협정’ 등과 같은 특정한 국가간 합의 등을 통하여 형법

44) 속인주의에는 자국민의 국외범죄에 대하여 본국형법의 적용을 인정하는 적극적 속인주의와 국외에 있는 자국민의 보호를 위하여 자국민이 피해자가 된 일정한 범죄에 대하여 피해자 본국형법의 적용을 인정하는 소극적 속인주의가 있으며, 남한형법은 양자 모두를 채택하고 있다.

45) 김일수·서보학, 형법총론(제10판) 55면.

46) 이러한 해석이 북한주민을 일관되게 대한민국 국민으로 인정하고 있는 판례의 태도에도 부합한다고 할 것이다. 대법원 1996. 11. 22. 96누1221 등. 북한주민의 법적 지위에 대하여는 이효원, 앞의 책, 164~188면.

의 인적 적용의 범위가 제한되기도 하므로 남북합의서에 의하여 그 적용범위가 제한될 수도 있을 것이다.

## 나. 북한형법의 규정

북한형법은 속인주의를 기본원칙으로 하면서 속지주의와 보호주의를 보충적 원칙으로 규정하고 있다. 즉, 형법 제8조(형법의 대인적 및 공간적 효력원칙)는 “이 법은 범죄를 저지른 공화국 국민에게 적용한다. 공화국 영역 밖에서 범죄를 저지른 공화국 국민에게도 이 법을 적용한다. 공화국 영역 안에서 범죄를 저지른 다른 나라 사람에게도 이 법을 적용한다. 그러나 외교특권을 가진 다른 나라 사람에 대한 형사 책임은 그 때마다 외교적 절차에 따라 해결한다. 다른 나라에서 공화국을 반대하였거나 공화국 공민을 침해한 다른 나라 사람에게도 이 법을 적용한다.”고 규정하고 있다. 북한형법의 적용범위를 규정하는 위 조항의 해석에 있어서 북한형법은 속인주의와 속지주의를 기본원칙으로 하고 보호주의를 보충적으로 채택하고 있는 것으로 파악할 수도 있다. 그러나 북한법률이 우선적으로 중요한 내용을 먼저 규정하는 입법체계의 특성이나 속인주의에 대하여 절대적인 전속적 관할권을 주장하고 있는 것에 비추어 볼 때 속인주의를 기본원칙으로 하고 있는 것으로 해석하는 것이 타당할 것이다.

여기에서 공화국의 영역과 공민의 범위에 대하여 남한지역과 남한주민이 포함되는지 여부가 문제될 수 있다. 북한헌법과 조선노동당 규약은 남한헌법과는 달리 별도의 영토조항을 두고 있지는 않으나, 조선노동당 규약 전문, 헌법 전문, 제1조, 제62조, 47) 국적법 제2조 제1호 등의 규정내용에 비추어 남한지역과 남한주민도 공화국의 영역과 공민에 포함되는 것으로 해석된다.

북한형법의 적용범위의 구체적인 내용과 관련하여, 속인주의에 대하여는 “공화국 공민이 공화국형법에 예견된 범죄행위를 비록 외국에서 감행하였다고 하더라도 그에 대한 처분권은 완전히 조선민주주의인민공화국만이 가지며 조선민주주의인민공화국 이외의 그 어떤 나라도 우리나라 공민을 마음대로 처벌할 권리가 없다.”고 해설하여 행위지국가의 제1차적 관할권을 부인하고 있는 것으로 평가된다. 또한, 속지주의에 대하여는 “공화국 영역 안에서 감행된 범죄에 대해서는 그 어떤 나라도 간섭할 수 없으며 범죄사건에 대하여 어떻게 처리하는가 하는 것은 오직 조선민주주의인민공화국의 전속적 권한에 속하는 문제이다. 영역원칙은 범죄의 준비 또는 실

47) “조선민주주의인민공화국 공민이 되는 조건은 국적에 관한 법으로 규정한다. 공민은 거주지에 관계없이 조선민주주의인민공화국의 보호를 받는다”

행이 외국에 이루어지고 그 결과만이 공화국 영역 안에서 일어나든지, 반대로 범죄의 준비 또는 실행이 공화국 영역 안에서 이루어지고 그 결과가 외국에서 일어나든지 관계없이 범죄의 일부가 공화국 영역 안에서 실현된 이상 공화국의 법을 적용할 것을 요구하는 것이다.”고 해설하고 있다. 한편, 보호주의에 대하여는 적용대상이 되는 범죄를 구체적으로 열거하지 않고 있으나 “이것은 외국인이 우리나라 밖에서 범죄를 감행하고 우리나라에 와있지 않다고 하여 처벌할 수 있는 권리를 상실하거나 범인을 우리에게 넘겨줄 데 대한 요구권이 없다는 것을 의미하지 않는다.”고 해설하고 있어 속지주의 원칙에 대하여 절대적·배타적·전속적 관할권을 주장하고 있는 것으로 해석된다.<sup>48)</sup>

결국 북한형법은 속인주의, 속지주의, 보호주의에 따라서 북한주민과 남한주민, 그리고 북한지역과 남한지역에 모두 적용되는 것을 명백히 규정하고 있다. 그러나 북한형법의 태도에 대하여도 남북한특수관계론의 상호주의를 적용하여 북한이 남한주민과 남한지역에 대하여는 입법관할권은 가지만 집행관할권이 제한되는 것으로 해석함으로써 법률규정과 법현실을 조화시킬 수가 있을 것이다.

## 다. 법률충돌 해결방안

### (1) 남북한 형법의 충돌

남북한 형법이 각각 형법의 적용범위에 대하여 속지주의 또는 속인주의를 기본원칙으로 채택하고 있어 남북한간 교류협력의 과정에서 형사사건이 발생한 경우에 적용된 형사실체법의 적용에 있어서 남북한 형법의 충돌·모순이 발생하게 될 것이다. 여기서 한 가지 주의할 것은 현실에 있어서 이와 같은 법률충돌의 문제가 발생하는 것은 남북한이 상대방과 상대방측 주민을 어떻게 인식하고 남북한관계를 어떻게 인식하느냐에 따라서 달리 나타나는 것이 아니라는 것이다. 즉, 남한주민이 북한지역에서 범죄를 저지른 경우에 남한의 입장에서 북한지역을 남한영토로 보느냐에 관계없이 남한형법에 따라서 남한형법이 적용되며, 북한의 입장에서 남한주민을 북한국민으로 보느냐에 관계없이 북한형법에 따라서 북한형법이 적용된다는 것이다. 따라서 이 문제는 한반도에서 남한과 북한이라는 두 개의 정치적 실체로서 존재하여 일정한 지역적·인적 범위에서 통치권을 행사하고 있는 현실을 인정하는 이상 남북한특수관계의 규범적 성격과 무관하게 발생하는 것이다. 그러므로 현실적인 논의의 핵심쟁점은 남북한 주민이 범죄행위를 저지른 경우에 남북한이 각각 남북한 형법의 인적 적용범위의 예외를 어느 정도 인정하여 상대방측 형법의 적용을 수용

48) 김근식, 형법학 1, 김일성종합대학출판사, 평양, 1986, 74~75면.

할 것인지에 관한 문제라고 하겠다.

## (2) 기본원칙

남북한 형사실체법의 충돌을 해결하고 준거법을 결정하는 방안으로는 이론상 남한형법을 적용하는 방안, 지역간형법이론을 원용하여 그에 따라 북한형법의 적용을 인정하는 방안, 국제형법을 유추적용하는 방안을 고려할 수 있을 것이다.<sup>49)</sup> 첫째, 남한형법을 적용하는 방안에 대하여는 북한지역과 북한주민에 대하여는 남한의 통치권이 행사되지 못하고 있는 분단현실을 고려하지 못한 것으로 비현실적이며, 남북한특수관계론에 따르더라도 남북한이 특수한 관계를 인정하지 않은 것이 되므로 이는 형식논리적이며 적실성 있는 해결방안이라고 할 수 없다는 비판이 가능하다. 둘째, 지역간형법이론을 원용하는 방안에 대하여는 한반도에 헌법상 부합하는 두 개의 상이한 형법영역이 존재한다는 것을 전제로 하나 남북한 헌법은 각각 한반도에 상이한 형법영역을 인정하지 않을 뿐만 아니라, 북한형법을 남한주민에게 적용할 수 있는 법적 근거도 없고 이는 남한주민의 헌법상 기본권을 침해하는 것으로서 죄형법정주의에 위배된다는 비판이 가능하다. 셋째, 국제형법을 유추적용하는 방안에 대하여는 남북한특수관계론, 북한의 법적 지위, 북한법률의 국내법적 효력 등에서 살펴본 바와 같이 가장 현실적으로 적실성이 있고 법이론적으로도 남북한특수관계에 부합하는 것이라고 할 수 있다.<sup>50)</sup> 그러나 북한 형사법체계의 비민주성이 개선되지 않는 상황에서 남한주민에게 북한형법을 적용하는 것은 결과적으로 법치주의 원칙과 헌법상 기본권 제한의 한계를 넘어서는 것이다. 그러므로 남북한 당국간 조약으로서 법률적 효력을 갖는 남북합의서를 통하여 남한주민의 기본권과 신변안전을 보장하는 법제도적인 안전장치를 마련하는 것을 전제로 하여 인정할 수 있을 것이다.

이와 같이 원칙적으로 국제형법을 유추적용하는 방안에 따를 경우, 남북한의 형법의 적용범위에 대하여는 다음과 같은 기본원칙을 제시할 수 있을 것이다. 첫째, 국제법원칙에 따라 속지주의를 기본원칙으로 하고 속인주의, 보호주의, 세계주의를 보충적으로 채택하되, 남북한특수관계론을 고려하여 속인주의의 범위를 제한하여 상

49) 남북한 인적 왕래에 있어서 발생하는 형사문제 처리에 관하여는 장영민, · 박강우, “남북한 인적 왕래에 따른 형사문제 처리방안”, 형사정책연구원, 1994 ; 제성호, “남북한간 인적 교류시 형사문제 처리방안 - 형사관할권 행사를 중심으로 -”, 법조 통권 449호, 1994, 2 ; 박광섭, “남북한 주민의 왕래에 따른 신변안전보장방안”, 남북교류협력 법제연구, 법무부, 2005, 한명섭, “형사사건 처리관련 남북협력체제 구축방안”, 남북교류협력 법제연구(2), 법무부, 2007 등.

50) 한편, 국제형법을 유추적용하는 것은 죄형법정주의에 위반된다는 비판이 가능하나, 국제형법 규정을 유추적용하는 것 자체가 형벌권을 창설하거나 확대하는 것이 아니므로 죄형법정주의 원칙에 위반된다고는 할 수 없을 것이다.

대방 주민에 대한 속인주의는 배제하는 것이 타당하다. 둘째, 속지주의에 대한 예외로서 남북한 양측의 어느 일방의 형사법에 의해서만 처벌되는 경우 또는 남북한 주민이 상대방 지역에서 범죄를 저지르고 자기 지역으로 돌아온 경우에는 속인주의를 적용하고, 남북한 주민이 자기 지역에서 범죄를 저지르고 상대방 지역으로 간 경우에도 우선 범죄인인도를 요청하고, 만약 범죄인인도요청이 거부될 경우에는 남북한 간 합의에 따라 상대방 지역에서의 재판권을 행사를 인정할 수 있을 것이다. 셋째, 하나의 범죄행위로 인하여 남북한의 형사재판권이 경합하거나 남북한에 걸쳐서 수개의 범죄를 저지른 경우에는 남북한의 형사재판관할권이 경합하므로 남북한 쌍방의 재판관할권을 인정하되 사물관할의 기준, 관련사건의 범위, 범죄자의 현재지 재판권의 우선여부, 중한 범죄에 대한 재판권 우선여부, 시간적으로 먼저 소송절차를 시작하여 진행 중인 재판권 우선여부 등에 대하여는 남북 당국간 합의에 의하여 결정하여야 할 것이다.

요컨대, 남북한 형사실체법의 충돌을 해결하는 문제는 남북한특수관계론에 따라서 북한의 실체를 인정하고 북한이 평화통일을 위한 대화와 협력의 동반자로서의 지위에서 활동하는 규범영역에 있어서는 속지주의에 따라 원칙적으로 남한주민에 대하여도 북한형법을 적용하는 것이 합리적이고 타당하다고 할 것이다. 그러나 이는 북한의 형사재판관할권의 한계에서 검토한 바와 같이 북한 형사법체계가 법치주의 원칙에 부합할 정도로 민주화되는 것을 전제조건으로 하여 인정할 수밖에 없는 한계가 있다. 그러므로 향후 북한체제 및 형사법체계의 변화에 따라서 가변적이기는 하지만 현재로서는 남한주민에 대하여 북한형법을 직접 적용하는 것은 곤란하다고 하겠다. 이와 마찬가지로 남북한특수관계의 상호주의와 대등성 원칙에 따라서 북한주민에게도 남한형법을 적용할 수 없는 한계를 인정하여야 할 것이다.

### (3) 구체적 해결방안

남북한 형사법의 충돌을 해결하는 위와 같은 기본원칙을 현실적으로 발생하는 남북한 형사사건에 적용할 경우에는 그 범죄의 유형, 범죄지역과 가해자의 현재 소재지, 가해자와 피해자와의 관계 등에 따라 다양한 유형으로 구별하여 그 해결방안을 제시할 수 있다. 이 문제는 남북한 형법의 인적 적용범위의 예외를 어디까지 인정할 것인지 하는 것이 핵심쟁점이므로 범죄를 저지른 자가 남한주민인지 북한주민인지를 기준으로 구별하는 것이 현실적이라고 할 수 있다.

첫째 남한주민이 범죄를 저지른 경우로서 1) 남한지역에서 범죄를 저지르고 남한 지역에 소재하는 경우에는 남한형법이 적용되나 그 범죄가 북한형법상 처벌가능한

경우에는 보호주의에 따라서 북한형법의 적용이 가능하나 범죄인인도가 문제될 것이다. 2) 남한지역에서 범죄를 저지르고 현재 북한지역에 소재하는 경우에는 남한형법이 적용될 것이나, 보호주의에 따라 북한형법의 적용이 가능한 경우가 있다.<sup>51)</sup> 3) 북한지역에서 범죄를 저지르고 북한지역에 소재하는 경우에는 북한의 속지주의가 남한의 속인주의보다 우선적으로 적용되며,<sup>52)</sup> 범죄가 남한형법에 의하여만 처벌가능한 경우에는 북한의 속지주의가 적용될 여지가 없으므로 이때에는 범죄인인도 등 형사사법공조가 문제될 것이다. 4) 북한지역에서 범죄를 저지르고 남한지역에 소재하는 경우에는 북한의 속지주의가 남한의 속인주의보다 우선적으로 적용될 것이나 남한의 자국민불인도 원칙에 따라서 인도를 거부할 것이므로 남한형법이 적용된다. 5) 북한지역에서 범죄를 저지르고 제3국에 소재한 경우에는 남한의 속인주의와 북한의 속지주의가 경합하나 남한의 입장에서는 속인주의에 따라 제3국에 범죄인인도를 요청하고 북한에 대하여는 형사사법공조를 요청할 수 있다. 6) 제3국에서 범죄를 저지르고 북한지역에 소재한 경우에는 보호주의에 따라 북한형법에 의하여 처벌할 수 있는 경우를 제외하고는 북한형법은 적용될 여지가 없고 남한의 속인주의에 따라 남한형법이 적용되고 북한에 대하여는 범죄인인도 문제가 발생할 것이다.

둘째, 북한주민이 범죄를 저지른 경우로서 1) 북한지역에서 범죄를 저지르고 북한에 소재한 경우에는 원칙적으로 북한형법이 적용되나 그 범죄가 남한형법상 내란죄 등에 해당하는 경우에는 남한의 보호주의에 따라서 남한형법이 적용될 수 있을 것이나 현실적으로 범죄인인도가 문제될 것이다. 2) 북한지역에서 범죄를 저지르고 현재 남한지역에 소재하는 경우에는 북한형법이 적용될 것이나, 보호주의 또는 세계주의에 따라 남한형법의 적용이 가능한 경우가 있다. 3) 남한지역에서 범죄를 저지르고 남한지역에 소재하는 경우에는 남한의 속지주의가 북한의 속인주의보다 우선적으로 적용되며, 그 범죄가 북한형법에 의하여만 처벌가능한 경우에는 남한의 속지주의가 적용될 여지가 없으므로 이때에는 범죄인인도 등 형사사법공조가 문제될 것이다. 4) 남한지역에서 범죄를 저지르고 북한지역에 소재하는 경우에는 남한의 속지주의가 북한의 속인주의보다 우선적으로 적용될 것이나 북한의 자국민불인도 원칙에 따라서 인도를 거부할 것이 예상된다. 5) 남한지역에서 범죄를 저지르고 제3국에 소재한 경우에는 남한의 속지주의와 북한의 속인주의가 경합하나 남한의 입장에서는 속지주의에 따라 제3국에 범죄인인도를 요청할 수 있으나 북한도 속인주의에

51) 다만, 북한형법은 제8조에서 보호주의의 대상이 되는 범죄를 구체적으로 명시하지 않고 있어서 형사재판권 행사와 형법의 적용에 있어서 다툼이 있을 수 있다.

52) 다만, 이 경우에는 남한형법 제7조에 따라서 외국에서 받은 형집행을 인정함으로써 이를 조정할 수 있을 것이다.

따라 제3국에 범죄인인도를 요청하고 남한에 대하여 형사사법공조를 요청할 가능성이 있다. 6) 제3국에서 범죄를 저지르고 남한지역에 소재한 경우에는 보호주의 또는 세계주의에 따라 남한형법에 의하여 처벌할 수 있는 경우를 제외하고는 남한형법은 적용될 여지가 없고 북한의 속인주의에 따라 북한형법이 적용되고 남한에 대하여는 범죄인인도 문제가 발생할 것이다.

## 7. 개성·금강산지구에서의 신변안전보장

### 가. 현황

남북한교류협력의 진전에 따라 남북한주민의 인적 교류가 확대되고 있으나, 위에 서 지적한 바와 같이 남북한 형사법률의 모순·충돌문제를 법제도적으로 해결하지 않고 있어 남한주민의 신변안전보장이 매우 불안정한 것이 현실이다. 남한주민이 북한지역에 장기간 또는 정기적으로 체류·거주하는 경우로는 개성공단사업, 금강산관광사업 이외에 KEDO와 북한과의 경수로공급협정에 따라 북한 함경남도 금호지구 일대에서 추진하였던 경수로사업의 경우를 들 수가 있다. 이는 KEDO와 북한이 체결한 경수로사업의 공급에 관한 협정<sup>53)</sup> 및 '특권·면제 및 영사보호의정서'를 통하여 KEDO의 독립된 법적 지위를 보장하고 있다. 이에 따라 KEDO와 그 직원은 물론 계약자 인원에 대하여 KEDO의 위임된 기능의 수행에 필요한 북한영역 내에서의 특권 및 면제를 부여하며, 그 신변과 재산을 보호하는 조치를 취하는 등 외교관 수준의 영사보호와 면제·특권을 부여하였다. 또한, KEDO에 부지 내에서의 자체적인 질서유지권을 부여하는 한편, 북한의 형사재판관할권을 배제함으로써 법률 적용의 경합·모순·충돌문제를 해결하였다. 이는 경수로부지라는 제한된 장소에 국한된 것이지만 남한주민의 신변안전을 가장 확실하게 법제도적으로 보장하고 있었던 것으로 평가된다.<sup>54)</sup>

이에 반하여, 개성공업사업과 금강산관광사업의 경우에는 남한주민의 신변안전보장은 매우 미흡한 것으로 판단된다. 현재까지 남한주민이 방북하는 경우에는 남북

53) 정식명칭은 '한반도에너지개발기구와 조선민주주의인민공화국 정부간의 조선민주주의인민공화국에 대한 경수로사업의 공급에 관한 협정'으로서 위 협정 제4조 제6항, 제7항 참조. 한편, KEDO의 경수로사업은 2000년 10월 북한의 핵문제로 인하여 미국의 중유공급이 중단된 이후, 2000년 12월 1일부터 중단되었다가 2005년 12월 1일 공식적으로 경수로사업 종료를 선언하였다.

54) 실제로도 경수로부지에서 발생한 형사사건에 대하여는 남한이 형사재판권과 형사사법권을 행사하여 경수로부지에서 범죄를 저지른 남한주민을 형사처벌한 사례가 있다.

교류협력에관한법률시행령 제10조 제1항에 따라 북한으로부터 “신변안전보장과 무사귀환을 보장한다.”는 내용이 명기된 초청장을 발급받고 있고, 특히 금강산관광의 경우에는 금강산관광을 위한 계약서·부속계약서, 신변안전보장에 관한 합의서 등에서 ‘신변안전과 편의, 무사귀환’ 등에 대한 규정을 두고 있다.<sup>55)</sup> 그러나 그 내용이 불명확하고 북한 일방의 초청장 또는 북한과 금강산관광사업자인 현대그룹·주식회사 현대아산 사이에 체결된 합의문건으로서 정치적 약속에 불과할 뿐 법적 구속력이 없는 것이며, 개별적인 사업추진을 목적으로 하는 일시적인 합의에 불과하여 이것만으로는 북한형법의 적용을 배제할 수가 없으므로 남한주민의 신변안전을 보장하는 법적 장치로서는 매우 미흡하다고 판단된다. 이와 같은 현실에서 남북한관계에 있어서 국가기관의 기능과 역할에 대하여 입장차이가 있을 수 있으나, 일반적인 민간교류와는 달리 개성공단사업과 금강산관광사업에서의 남한주민의 활동에 대해서는 국가가 주도가 되어 안정적인 경제활동을 위한 제도적 장치를 마련하여야 할 것이다.

## 나. 북한 관련법령

북한은 영토고권을 이유로 개성공단에서는 북한법률이 적용되는 것을 전제로 하고 있는데, 개성공업지구 지정령 제4조와 개성공업지구법 제1조에서 개성공단에는 북한의 주권과 법률이 적용됨을 선언하고 있고, 개성공업지구법은 “공업지구에서 경제활동은 이 법과 그 시행을 위한 규정에 따라 한다. 법규로 정하지 않은 사항은 중앙공업지구지도기관과 공업지구관리기관이 협의하여 처리한다.”(제9조)고 규정하여 개성공단에서의 경제활동에 대하여는 개성공업지구법과 하위규정이 적용되며, 아무런 규정이 없을 경우에는 중앙특구개발지도총국과 개성공업지구관리위원회가 협의하여 처리하도록 하였다.<sup>56)</sup> 또한 개성공업지구법 부칙 제3항은 “이 법의 해

55) 남북한주민의 신변안전보장에 대하여는 1992년 9월 17일 남북기본합의서에 따라 체결된 ‘남북교류협력의 이행과 준수를 위한 부속합의서’ 제10조 제3항에서 신변안전을 약속한 것을 시작으로 ‘남북교류협력공동위원회 구성, 운영에 관한 합의서’ 제2조 제6항, ‘남북군사공동위원회 구성, 운영에 관한 합의서’ 제3조 제5항에 규정한 이후, ‘남북간 식량차관 제공에 관한 합의서’ 제6조 및 위 합의서에 부속된 ‘식량 인도·인수절차’ 제9조, ‘남북 철도 및 도로 연결공사 자재·장비 제공에 관한 합의서’, ‘제5차 남북철도·도로연결 실무접촉 합의서’, ‘남북철도·도로연결 실무협의회 제3차 회의 합의서’ 부록, ‘남북사이에 거래되는 물품의 원산지 확인 절차에 관한 합의서’, ‘남북철도·도로연결 제6차 실무접촉 합의서’ 등에서도 이를 규정하고 있다. 한편, 금강산관광사업과 관련하여 현대아산과 조선아시아태평양평화위원회가 1998년 6월 22일 ‘금강산관광을 위한 계약서’ 제4조 제1항에서 신변안전과 편의보장을 규정한 이후 계약서 또는 합의서를 통하여 유사한 규정을 두고 있다. 이에 대한 자세한 내용은 통일부, 남북합의서, 2004 ; 법무부, 북한 금강산관광지구법 분석, 2003 등.

56) 2003년 4월부터 2008년 4월 현재까지 개성공업지구에 대하여는 총 16개의 하위규정과 38개의 사업준칙이, 금강산관광지구에 대하여는 총 12개의 하위규정이 각각 제정되었다.

석은 최고인민회의 상임위원회가 한다.”고 규정하고 있다. 결국, 북한법률상으로는 개성공단에서는 원칙적으로 북한법률이 일반적으로 적용되고, 특히 경제활동과 관련된 제한된 범위에서는 개성공업지구법과 하위규정이 적용되며, 최종적으로는 법률해석 또는 개성공업지구관리위원회와 협의를 통해 북한당국이 결정하도록 함으로써 남한법률의 적용을 배제하고 있다.<sup>57)</sup>

개성공업지구법과 개성공업지구 출입·체류·거주규정에서도 남한주민의 신변안전보장과 관련된 조항이 있다. 개성공업지구법 제8조는 “법에 근거하지 않고는 남측 및 해외동포, 외국인을 구속, 체포하거나 몸, 살림집을 수색하지 않는다.”고 규정하고 있고, 개성공업지구 출입·체류·거주규정 제28조는 “공업지구에 체류, 거주하는 자는 인신과 주택의 불가침권, 서신의 비밀을 보장받는다. 법에 근거하지 않고서는 체류자·거주자를 구속, 체포할 수 없으며 몸이나 살림집을 수색할 수 없다.”고 규정하고 있다. 한편, 금강산관광지구법은 남한주민에 대한 신변안전보장에 대하여는 아무런 규정을 두지 않고 있다.<sup>58)</sup> 이와 같이 위 규정들은 모두 북한의 형사법을 적용하는 것을 전제로 하고 있으며, 원칙적인 선언규정에 그치고 있을 뿐만 아니라 위 법령에 대하여는 위에서 본 바와 같이 북한당국이 최종적으로 결정하도록 하고 있어 남한주민의 신변안전보장을 위한 실효성 있는 규범으로 기능할 것을 기대하기 어렵다. 다만, 개성공업지구법과 금강산지구법은 부칙 제2조에서 개성공업지구 또는 금강산관광지구와 관련하여 남북 사이에 맺은 합의서의 내용에 대하여는 개성공업지구법 또는 금강산관광지구법과 같은 효력을 가진다고 규정하고 있어 남북간 합의서의 체결을 통하여 신변안전보장을 제도적으로 강화할 수 있는 여지는 있다고 하겠다.<sup>59)</sup>

#### 다. 개성·금강산지구 출입·체류합의서

남북한은 2004년 1월 29일 ‘개성공업지구와 금강산관광지구의 출입 및 체류에 관한 합의서(이하 ‘개성·금강산지구 출입·체류합의서’라고만 한다)’를 체결하여 남한

57) 금강산관광지구의 경우에도 금강산지구 지정 정령 제3조, 금강산관광지구법 제1조·제4조·부칙 제3조와 그 하위규정을 통하여 동일한 내용을 규정하고 있다.

58) 한편, 북한이 2002년 9월 12일 제정한 신의주특별행정구기본법은 제47조에서 “법에 근거하지 않고는 주민을 구속, 체포하거나 몸, 살림집을 수색할 수 없다.”고 규정하고 있으나 외국과의 조약 또는 남북합의서에 대한 특별규정을 두지 않고 있으며, 부칙 제2조에서 북한의 국가안전에 관한 법규를 그대로 적용한다고 규정함으로써 북한형법의 효력이 그대로 미친다는 것을 전제로 하고 있는 것으로 해석된다.

59) 그러나 북한의 법체계에 있어서 특별법우선의 원칙, 신법우선의 원칙, 상위법우선의 원칙 등 법률해석과 적용에 관한 일반원칙이 그대로 적용되는지 여부가 불투명하므로 여전히 한계가 있다고 할 수 있다.

주민 등이 개성공업지구와 금강산관광지구에 출입·체류하는 절차와 함께 신변안전보장에 관한 기본원칙에 합의하였다. 남한은 위 합의서의 규정에 따라 법적 효력을 부여하는 절차로서 2004년 9월 23일 국회의 동의절차를 경료하였으며 위 합의서는 2005년 8월 5일 남북한이 문건을 교환함으로써 발효되었는데, 앞에서 남북합의서의 법적 성격과 효력에 대하여 검토한 바와 같이 그 내용과 체결절차 등에 비추어 법률적 효력을 가진 조약의 성격을 가진다고 할 것이다. 따라서 이는 개성공업지구법 제8조에서 규정하고 있는 “신변안전 및 형사사건과 관련한 북남사이의 합의”에 해당하므로 개성공업지구법과 동일한 효력을 가진다.

이 합의서는 제10조에서 신변안전보장에 관하여 “1. 북측은 인원의 신체, 주거, 개인재산의 불가침권을 보장한다. 2. 북측은 인원이 지구에 적용되는 법질서를 위반하였을 경우 이를 중지시킨 후 조사하고 대상자의 위반내용을 남측에 통보하며 위반 정도에 따라 경고 또는 범칙금을 부과하거나 남측 지역으로 추방한다. 다만 남과 북이 합의하는 엄중한 위반행위에 대하여는 쌍방이 별도로 합의하여 처리한다. 3. 북측은 인원이 조사를 받는 동안 그의 기본적인 권리를 보장한다. 4. 남측은 법질서를 위반하고 남측 지역으로 추방된 인원에게 대하여 북측의 의견을 고려하여 조사, 처리하고 그 결과에 대하여 북측에 통보하며, 법질서위반행위의 재발방지에 필요한 대책을 세운다. 5. 남과 북은 인원의 불법행위로 인하여 발생한 인적 및 물질적 피해의 보상문제에 대하여 적극 협력하여 해결한다. 6. 외국인이 법질서를 위반하였을 경우에는 북측과 해당 국가 사이에 맺은 조약이 있을 경우 그에 따른다.”고 규정하였다.

이에 대하여는 개성공단과 금강산이라는 제한된 지역이지만 현실적으로 남한주민이 장기간 또는 정기적으로 왕래하는 북한지역에 있어서 남한주민의 신변안전보장을 위한 기본원칙을 남북 당국간 법률적 효력을 갖는 합의서를 통하여 마련하였다는 점에서 매우 중요한 의미를 발견할 수 있다. 종전에는 당국간 또는 사업자간 합의서 또는 계약서에 추상적인 신변안전보장 문구를 삽입하는 정도에 머물렀던 신변안전보장에 관한 규정을 법률적 효력을 가지는 합의서에 규정하였다는 점에서 법제도적 장치의 기틀을 마련한 것으로 평가할 수 있는 것이다. 남한주민의 기본적인 권리의 보장은 물론 이들에 대한 처리절차, 피해보상과 재발방지 등에 대하여도 규정하는 한편, 남한주민이 범죄를 저지른 경우에는 원칙적으로 북한의 형사재판관할권과 형사법의 적용을 배제하도록 한 것은 개성지역과 금강산지역의 특수성, 북한 형사법체계의 비민주성, 남북한 교류협력의 진전 정도 등을 고려하여 남한주민의 신변안전을 최대한 보장하기 위한 조치로서 남북회담의 큰 성과로 평가된다. 그러나

이러한 기본적인 원칙규정만으로는 법제도적 안전장치로서 부족하므로 이들에 대한 후속합의서와 후속조치를 통하여 위 합의내용을 구체화하여야 할 것이 요구된다.<sup>60)</sup>

## 라. 향후 과제

남북한 형사사건의 처리에 있어서 위와 같은 기본방향에 따라서 장기적인 해결방안을 수립하는 것과 별개로 현실적으로 시급한 과제는 개성공업지구와 금강산관광지구에서 남한주민의 신변안전보장에 관한 법제도적 안전장치를 마련하는 것이라고 할 수 있다. 이는 개성·금강산지구 출입·체류합의서의 후속합의서 체결을 통해서 해결하여야 할 사항으로 다음과 같은 후속조치를 과제로 제시할 수 있다.

첫째, 제10조 제2항의 “지구에 적용되는 법질서”의 의미내용을 명확히 할 필요가 있는데, 제2조 제3항은 “인원은 지구에 적용되는 법질서를 존중하고 준수한다.”고 규정하고 있어 개성공업지구와 금강산관광지구에서 적용법률의 문제를 명확하게 해결할 필요가 있다.

둘째, 제10조 제2항, 제4항의 규정에는 법질서위반행위를 한 대상자를 북한이 추방한 경우에 남한이 그 대상자를 조사하여 처리하고 그 결과를 북한에 통보하도록 규정하고 있는데, 이는 남한의 형사사법권과 형사재판권이 적용되는 인적범위가 북한에 의하여 추방되는 인원에 국한된다는 것으로 해석할 여지가 있고, 그 준거법에 대해서도 명확한 규정이 없으므로 형법과 형사소송법은 물론 기타 형사관계법과 일반적인 법적용에 있어서 남한법률을 적용할 것인지, 북한법률을 적용할 것인지의 문제도 명확하게 해결해야 한다.

셋째, 북한의 법질서위반행위에 대한 신속한 통보절차, 추방이 결정된 인원에 대한 신병인수인계 절차, 남한의 조사 및 처리결과 통보절차, 피해보상과 재발방지 대책에 관한 구체적인 절차 등 제10조에서 규정하고 있는 원칙규정에 대한 절차를 규정해야 한다.

넷째, 북한이 제1차적 조사권한을 행사하는 경우에 그 조사기관, 조사권의 구체적 내용과 범위를 명확하게 하고, 조사기간의 제한, 접견권과 변호인 조력권, 범칙금부과의 요건과 한계, 그 이의절차 등 인원의 신체, 주거, 재산의 불가침권을 실효성 있게 보장할 수 있는 규정도 보완해야 한다.

60) 한편, 법무부는 개성공단사업과 금강산관광사업을 추진하는 과정에서 남한주민의 형사사건이 발생하고 있는 현실적인 상황을 고려하여 2005년 3월 14일 ‘개성공업지구 및 금강산관광지구에서 발생한 형사사건 처리지침(법무부훈령 제512호)’을 제정하여 시행하고 있다.

다섯째, 특히 제10조 제2항 단서에서 “남북이 합의하는 엄중한 위반행위에 대하여는 별도로 합의하여 처리한다”고 규정하고 있는데, 엄중한 위반행위의 개념과 범위, 그에 대한 처리원칙과 구체적인 절차를 합의서로 규정하여야 한다.

여섯째, 출입·체류와 관련하여 발생하는 전반적인 문제를 협의하여 해결하는 기구인 공동위원회의 구성·운영에 대하여도 조직과 구성, 구성시기, 인원, 구체적 기능 등을 조속히 합의하여야 한다.<sup>61)</sup>

일곱째, 그 밖에도 개성공단에서 남한의 경찰력이 행사되기 어려운 현실에서 범죄발생 초기에 질서유지가 필요한 경우에 개성공업지구관리위원회가 자체의 질서유지기관을 둘 수 있는지 여부, 북한의 제1차적 조사결과나 증거자료 등에 대한 남한 법률상 증거능력을 인정할 것인지 여부, 형사사건 처리를 위하여 필요한 경우에 북한주민에 대한 참고인 조사는 물론 법정에서의 증인채택 등이 현실적으로 어려운 점을 고려하여 형사사법공조가 가능한지, 어떠한 경우에 형사사법공조가 가능한지 등에 대하여도 합의하여야 할 것이다. 이와 같은 후속합의서가 체결되지 않은 상태에서는 현재의 개성·금강산지구 출입·체류합의서가 신변안전보장을 위한 규범으로 기능하는 데에는 한계가 있으므로 결국 구체적인 사건이 발생한 경우에 남북한 간 정치적 노력에 따라서 해결될 수밖에 없다.

#### IV. 결론

현재의 남북한 교류협력의 진전과 정도에 비추어 볼 때 남북한 형사사건을 처리하는 기본방향으로는 남북한특수관계론에 따라서 남북한 호혜와 상호주의를 바탕으로 평화통일에 기여하고 법적 안정성을 보장하는 동시에 구체적인 사안에 따라서 남북한의 특수관계를 반영할 수 있는 탄력성을 부여하여야 한다는 것을 제시할 수 있다. 특히, 형사사건에 있어서는 위에서 검토한 바와 같이 남북한의 교류협력의 진전과 북한 형사법체계의 민주화 등을 통하여 북한의 형사법을 남한주민에게 적용하는 것이 현실적으로 가능할 것을 전제로 하여 기본적으로는 형법에서 규정하는 국제형법원칙을 유추적용할 수 있을 것이다. 다만, 남북한 형사법체계의 상이성으로 인하여 남북한 각각의 입법에 의하여 처리하는 데에는 한계가 있으므로 근본적으로는 남북한 당국이 남북합의서를 체결하여 해결하는 것이 근본적이며 바람직한 것이라고 할 수 있다. 그러나 이 문제는 체제이념이 강하게 반영되어 있는 형사법체계

61) 한편, 2003년 10월 체결된 남북상사중재위원회 구성·운영합의서는 남북상사중재위원회의 구성, 조직, 기능, 중재규정 등에 대하여 구체적으로 규정하고 있으며, 특히 합의서의 발효일로부터 6개월 이내에 남북상사중재위원회를 구성하고 중재규정에 대한 쌍방의 초안을 작성하여 교환하도록 명시하고 있다.

의 특성상 남북한이 쉽게 합의에 도달할 수 있는 가능성이 크지 않기 때문에 현실적인 방안으로서 포괄적인 형사사법공조 등에 대한 합의를 체결하기에 앞서 개성공단 등 특정지역에 대한 형사사건을 처리하기 위한 남북합의서나 국가안보에 관한 범죄 등 특정범죄를 제외하고 남북한이 공통으로 처벌하는 일반 자연범죄를 중심으로 한 남북합의서를 체결하는 방안이 현실적이다. 그 외에도 남한이 일방적으로 이를 위한 특별법률을 제정하거나 남북한특수관계론을 바탕으로 한 일반 법해석을 통하여 현실적으로 발생하는 형사사건에 대한 처리기준을 마련하는 방안이 차선책으로 제시될 수 있을 것이나 어떠한 경우에도 우리 헌법상 기본권 제한과 한계의 기본원칙과 법치주의에 충실하기 위해서는 그 헌법적·법률적 근거가 필요할 것이다.

남북한 형사사건의 처리에 있어서 우선적으로 고려하여야 할 사항은 북한형사법의 비민주성이라고 할 것이다. 북한 형사법체계가 북한체제의 변화와 함께 법치주의 원리에 따라 민주화가 이루어질 경우에는 민사문제에 대한 법률충돌의 문제의 해결에 있어서와 마찬가지로 보다 광범위하게 북한의 재판관할권과 형사법을 인정할 여지가 있을 것이다. 북한의 형사법체계가 우리 헌법에서 보장하는 국민의 기본권 보장과 법치주의에 부합하지 않으므로 남한주민에 대하여 북한 재판관할권과 형사법을 적용하는 것은 헌법위반의 문제를 발생시키고 법정책적으로도 이를 수용하기 어려운 것이 현실이다. 북한의 형사법체계가 어느 정도 개선되었을 경우에 국제형법을 유추적용하는 것이 가능할 것인지에 대하여는 본질적으로 국민의 신체의 자유, 재판청구권 등 국민의 기본권 보장의 이념과 법치주의 원칙의 구체적인 실현여부, 형사사건 처리의 법적 기준에 대한 예측가능성과 법적 안정성, 남북교류협력과정에서의 신변안전보장 여부 등이 기준이 될 것이다. 그러나 남북한의 상이한 체제를 인정한다는 전제 하에 남북한특수관계를 고려하고, 남북한간 법적 분야에서의 교류협력을 강화하는 것이 장기적으로 북한의 형사사법체계를 법치주의로 전환할 수 있도록 유도할 수 있는 촉매역할을 할 것이며, 이는 통일과정과 통일 이후의 남북한간 사법·법률통합의 기초를 마련한다는 점도 함께 고려하여 남한주민의 신변안전보장을 확보할 수 있는 최소한의 여건이 마련된다면 북한의 형사법체계를 적극적으로 수용하는 자세도 필요하다고 할 것이다.

## 남북한 형사사법공조에 대한 검토

법무법인 렉스 변호사 한명섭

### 목 차

#### I. 서 론

1. 논의의 필요성
2. 일반 국제형사사법공조에 의한 해결의 한계
3. 현재 상황 및 논의의 범위

#### II. 북한에서 발생한 남한 주민의 형사사건 처리에 대한 검토

1. 북한 형사법의 문제점
2. 북한 형법의 적용범위
  - 가. 형법의 규정
  - 나. 남북한 형법 적용범위의 충돌
3. 신변안전보장을 위한 형사사건 처리 방안
  - 가. 북한 형사사법권 배제 방향
  - 나. 독일과 중국의 경우
  - 다. 남북한 합의를 통한 해결 방안
4. 북한의 형사사법권 배제 범위에 대한 검토
  - 가. 전면배제와 일부배제에 대한 검토
  - 나. 범죄유형에 따른 검토
  - 다. 침해 범익에 따른 검토
  - 라. 적용 대상자의 범위에 대한 검토

#### III. 형사사법공조에 대한 검토

1. 협의의 형사사법공조
2. 범죄인인도
3. 외국형사판결의 집행
4. 형사소추의 이송

#### IV. 결 론

## 1. 서론

### 1. 논의의 필요성

남북한 교류와 협력의 발전과 더불어 북한을 방문하거나 그곳에 체류하는 남한 주민의 수가 날로 증가하고 있다. 통일부 통계자료에 의하면 북한을 방문한 남한 주민의 수가 2007년 12월 말 현재 금강산 관광객 수는 173만여명에 이르며, 금강산 관광객을 제외하더라도 15만 9,214명에 이르렀다. 또한 2007년 12월 말 현재 아파트형 공장 등 소규모 기업 27개를 포함하여 총 65개의 기업이 가동 중인 개성공단에는 약 800여명의 남측 근로자가 2만 2,000여명의 북측 근로자와 함께 근무하고 있으며 금강산 관광지구내에도 상당수의 남한 근로자들이 체류 또는 거주하고 있다.<sup>62)</sup> 또한 2007년 12월 5일부터 하루에 300여명의 남측 관광객이 개성 관광을 하고 있으며, 2008년 5월 14일부터는 금강산관광지구에 골프장이 정식 개장을 하게 되어 남북한 간의 인적 교류는 더욱 증가할 것으로 예상된다. 이와 같은 인적 교류는 항시 우리 주민에 의한 북한 내에서 형사사건의 발생 가능성을 내포하고 있고, 실제로도 대검찰청公安부에 따르면 북한에서 발생한 폭력, 교통사고, 업무상과실치사 등 형사사건은 2004년 2건, 2005년 4건, 2006년 6월 현재 2건이 발생하였다고 한다.<sup>63)</sup>

특히 2005년 12월 27일 현대아산 협력업체 직원이 금강산관광지구에서 음주상태로 승용차를 운전하다가 북한 인민군 3명을 치어 이중 1명이 숨지고 2명이 부상을 입는 사고가 발생하였고, 위 직원이 북한 당국에 45일간이나 억류되는 사건이 발생하였다. 위 사건을 계기로 언론에서도 남한 주민들이 북한 지역에서 범죄를 저지른 경우에 북한이 이들의 형사 사건을 어떻게 처리할 것인지에 대하여 구체적인 관심을 보이기 시작하였다. 또한 위와 같은 사건은 사전에 충분히 그 발생가능성을 예견할 수 있는 것임에도 그 동안의 인적 교류의 확대에 비하여 위와 같은 사건이 발생하였을 경우 이를 해결하기 위한 우리 정부의 법적·제도적 조치가 미흡하였던 것은 아닌지 되돌아보게 하는 계기도 되었다. 이와 같은 배경을 토대로 남북한 상호간 상대지역에서 발생한 범죄를 어떻게 처리할 것인지를 비롯한 형사사법 분야에

62) 북한이 2003년 12월 11일 최고인민회의 상임위원회 결정 제12호로 채택한 「개성공업지구 출입, 체류, 거주 규정」에 따르면 공업지구에 도착한 날로부터 7일안으로 돌아가는 자는 체류등록대상에서 제외하고 있으며(위 규정 제16조 제1호), 이를 초과하여 90일까지 체류하는 자는 단기체류자로, 91일을 초과하여 1년까지 체류하는 자는 장기체류자로 분류하고 있고, 1년 이상 체류하려는 자는 거주자로 분류하여 각 체류등록과 거주등록을 하도록 하고 있다(위 규정 제13조, 제15조, 제17조 참조). 한편 북한은 그 동안 위 규정을 적용하지 않고 있다가 2007년 3월 27일부터 위 규정에 따라 개성공단 내에 있는 남한 인원으로부터 실제로 체류등록과 거주등록을 받기 시작하였다. 《조선일보》, 2007년 4월 9일자.

63) 《국민일보》, 2006년 7월 3일자.

서의 남북한 공조문제에 대한 논의의 필요성이 제기된다.

## 2. 일반 국제형사사법공조에 의한 해결의 한계

위에서 살펴 본 문제점에 대한 해결의 출발점으로는 국제형사사법공조에 의한 해결 방안을 생각해 볼 수 있다. 국제형사사법공조란 범죄 진압이라는 국제적인 공통관심사를 실현하기 위한 모든 형태의 협력행위로, 이를 세분하면 ① 범죄인인도, ② 협의의 형사사법공조, ③ 외국형사판결의 집행, ④ 형사소추의 이송의 4가지로 나눌 수 있다.<sup>64)</sup> 일반적으로 위 4가지 형태를 총칭하여 최광의의 형사사법공조라 하고 그중 범죄인인도와 협의의 형사사법공조를 합하여 광의의 형사사법공조라 하는데 통상 형사사법공조라 함은 협의의 형사사법공조를 말한다.

그런데 남북한 간의 문제에 있어서는 이와 같은 국제형사사법공조에 의한 해결 방식만으로는 법률적인 한계점과 현실적인 한계점이 있다. 먼저 법률적인 측면에서 본다면 우리 주민이 북한에서 죄를 범한 경우와 외국에서 죄를 범한 경우는 법이론적 측면에서 볼 때 양자를 같이 취급할 수 없다는 것이다. 이는 남한과 북한의 법체계가 모두 상대방을 외국으로 보지 않고 내국으로 보고 있기 때문이다. 다른 한편으로는 북한의 형사법 체계가 매우 비민주적이고 비인도적인 것으로 여겨져 북한의 형사사법권이 우리 주민에게 미치지 않도록 해야 한다는 현실 정책적인 필요성이 있다는 것이다. 만일 북한에서 범죄를 저지른 우리 주민에 대하여 북한의 형사법이 그대로 적용되어 북한 형사법에 따라 수사와 재판을 받고 형의 집행까지 이루어진다면 향후 남북한의 모든 교류와 협력 사업에 막대한 지장을 초래하게 될 것이다. 이와 같은 문제는 통상의 국제형사사법공조만으로는 적합한 해결책을 기대할 수 없는 것이다.

## 3. 현재 상황 및 논의의 범위

그동안 남북한 간의 인적 교류는 우리 주민이 북한을 방문하더라도 별도의 법·제도적 신변안전보장에 대한 조치 없이 주로 북한의 일방적인 정치적 신변안전보장 약속만을 믿고 이루어져 왔다. 다만 개성공업지구와 금강산관광지구를 방문하거나 체류하는 자에 대하여는 남북한 사이에 2004년 1월 29일 체결되어 2005년 8월 5일 발효된 「개성공업지구와 금강산관광지구 출입 및 체류에 관한 합의서」에 의한 신변보호가 이루어지고 있다.<sup>65)</sup> 그러나 위 합의서는 개성공업지구와 금강산관광지구

64) 백진현·조균석, 『국제형사사법공조에 관한 연구』(서울: 형사정책연구원, 1993), 4쪽.

라는 매우 제한된 지역 내에서 발생하는 일정 범위의 사건에만 적용될 뿐이며 아직 공동위원회 구성 등 위 합의서에 대한 후속 조치도 충분히 이루어지지 못한 상태이다. 본 글에서는 먼저 왜 북한에서 발생한 남한 주민의 형사사건에 대하여 북한의 형사법이 적용되어서는 곤란한지에 대하여 북한 형사법상의 문제점을 간단히 살펴본 뒤 위에서 언급한 법리적인 문제점과 아울러 현실적인 문제점에 대한 해결 방안을 모색하기 위하여 북한에서 발생한 남한 주민의 형사사건에 대한 처리 방안을 검토하고 이어서 통상의 형사사법공조에 대한 논의를 해보고자 한다.

## II. 북한에서 발생한 남한 주민의 형사사건 처리에 대한 검토

### 1. 북한 형사법의 문제점

2004년 개정 이전의 북한 형법은 대외적으로 비밀문서로 취급되어 일반인들이 그 내용을 구체적으로 알 수도 없었다. 뿐만 아니라 그 내용에 있어서도 형사사법의 대원칙인 죄형법정주의를 채택하고 있지 않았고, 심지어는 유추해석까지 허용하고 있어 자의적인 해석과 집행이 가능한 것으로 여겨졌다. 이 두 가지 이유만으로도 그 동안 우리가 북한 지역을 방문하거나 체류하는 우리 주민들에게 북한 형사법의 적용을 받게 해서는 안 된다는 주장의 충분한 근거가 되어 왔다. 그러나 2004년의 개정 형법은 외형상의 변화는 물론 그 내용에 있어서도 유추해석 허용 관련 조문이 삭제되었고, 제6조에서 죄형법정주의를 명문으로 채택하고 있으며, 각칙상의 구성요건을 보다 명확하게 하고자 노력하였음을 곳곳에서 찾아볼 수 있다. 또한 대중용 법전을 발간하여 형법을 비롯한 대부분의 법률을 공개하여 법 개정 이전의 우리 측 주장을 유지할 수 없게 되었다.

그러나 북한 형법은 이러한 외형적 변화에도 불구하고 아직도 그 내용상 적지 않은 문제점이 남아 있고, 무엇보다 북한 형법이 우리 주민에게도 그대로 적용되도록 한다는 것은 우리 측 정서상 도저히 받아들이기 어려운 형편이다. 기본적으로 북한은 우리나라와 같이 법령체계가 헌법, 법률, 대통령령, 총리령·부령, 지침의 순으로 되어 있는 것이 아니라 각종 성문법보다도 최고위층의 교시와 지시, 노동당의 지침·강령, 내각의 정령 또는 결정이 성문법보다 상위 법규범으로 인정되고 있다.<sup>65)</sup> 따라서 위와 같이 아무리 형법을 개정하였다 하더라도 법률의 위계질서가 없어 심지어는 내각의 정령 또는 결정에 의하여 얼마든지 형법의 규정과는 다른 법적용이

65) 이하에서는 본 합의를 「개성·금강산지구 출입·체류 합의서」라 한다.

66) 법무부, 『통일법무 기본자료』, 347쪽

가능하다는 점을 간과해서는 안 될 것이다. 또한 위와 같은 형법의 개정에도 불구하고 북한 형법은 그 내용상 아직도 인권 보장적 측면에서 살펴보면 여러 가지 문제점이 발견되고 있다. 북한 형법은 제2조에서 “국가는 범죄자 처리에서 노동계급의 원칙을 확고히 견지하고 사회적 교양을 위주로 하면서 이에 법적 제재를 배합하도록 한다”고 규정하여 여전히 강한 정치적 성격을 드러내고 있다. 구체적인 내용을 살펴보다라도 제57조는 반국가 및 반민족범죄와 고의적 중살인범죄에 대해서는 형사소추시효기간에 관계없이 형사책임을 지운다고 규정하여 공소시효제도의 예외를 인정하고 있고, 반국가 및 반민족범죄에 대한 은닉죄(제70조), 반국가범죄에 대한 불신고죄(제71조), 반국가범죄에 대한 방임죄(제72조)의 처벌규정을 두고 있어 반국가범죄의 경우 일종의 연좌제를 제도화 하고 있다는 비난을 받고 있다.

형사소송법의 경우도 북한은 1950년 3월 3일 형사소송법을 제정한 이래 8차에 걸친 개정을 한 뒤 형법과 마찬가지로 2004년 5월 6일 제9차 개정을 통하여 재판절차를 대폭 보완하였고, 이후 2005년 7월 26일 제10차 개정을 통해 몇몇 조문이 변경되어 현행 형사소송법에 이르고 있다. 2004년 개정 형사소송법 역시 인권 보장적 측면에서 진일보한 측면이 있다는 평가를 받으면서도 구체적인 내용면에서는 아직 미흡하다는 지적을 받고 있다. 수사와 예심절차에서는 여전히 수사기관 및 예심기관이 재판소의 사법적 심사를 받음이 없이 체포·구속은 물론 압수·수색 등의 강제처분을 검사의 지휘·감독만 받고 임의로 할 수 있도록 하고 있다. 또한 재판소의 통제를 받지 않는 수사예심단계에서의 장기간 구금이 허용되고, 변호인의 실질적 조력을 받을 기회도 충분히 제공되지 않는다. 재판의 독립성이란 측면에서도 여전히 많은 문제점을 내포하고 있다. 북한의 재판기관은 그 체계상 최고인민회의, 국방위원회, 내각을 상부기관으로 하여 그 하부에 위치하여 다른 국가기관의 사업지도에 의한 통제를 받도록 되어 있어 사법권의 독립이 인정되지 않고 있다. 개정 형사소송법은 제272조에서 “재판소는 재판에서 독자적이며 그것을 법에 의거하여 수행한다”고 규정하여 재판의 독자성 보장을 선언하고 있으나 이는 개개 법관의 독립을 보장하는 내용이 아니라 재판소 단위의 조직체계로서의 독립만을 선언한 것에 불과하여 진정한 의미의 재판의 독립이라 할 수 없다. 또한 판사가 판결에 대하여 정치적 책임을 지고 있으며, 재판소구성법 제6조에 따르면 선거권을 가진 북한 주민은 누구나 판사가 될 수 있도록 하고 있다. 재판절차에 있어서는 인민참심원제를 채택하고, 헌법 제157조와 재판소구성법 제9조에 따라 1심재판소는 판사 1명과 인민참심원 2명이 재판소를 구성하도록 되어 있으며, 각급 판사와 인민참심원은 헌법 제110조 제13호, 134조 제5호에 의해 최고인민회의 상임위원회와 지방(도, 직할시, 시, 군, 구)인민회의가 선출하도록 되어 있다. 인민참심원은 판사와 동일한 지위와

권한을 가지고 있어, 사실상 노동당의 사법적 통제를 위한 제도로 이용된다는 비난을 받고 있다.<sup>67)</sup> 이 밖에도 보석이나 구속적부심제도의 미채택, 무죄추정의 원칙과 전문법칙 배제 등 적법절차원칙의 미비 점 등 인권 보장적 차원에서 여전히 많은 문제점이 지적되고 있다.

그러나 무엇보다도 가장 큰 문제점은 이와 같은 북한의 형사법이 그나마 현실에서 제대로 적용이 되고 있는지에 대한 의문이다. 이에 관해서는 아직까지 직접 북한의 사법기관을 방문하여 그 실태를 확인하거나 혹은 북한의 내부 관련 자료를 확인할 방법이 없어 단정적으로 말하기는 어렵다. 하지만 탈북자들의 증언이나 북한 인권실태와 관련된 여러 국제기구의 조사자료 등에 의하면 여전히 부정적인 평가를 벗어나기 어려운 실정이다. 이런 점에서 우리 주민에 대한 형사사법권을 북한의 형사법체계에 따르도록 할 수 없다는 강력한 현실적 요청이 제기되는 것이다.

## 2. 북한 형법의 적용범위

### 가. 형법의 규정

북한 형법 제8조(형법의 대인적 및 공간적 효력원칙)는 “이 법은 범죄를 저지른 공화국 국민에게 적용한다. 공화국 영역 밖에서 범죄를 저지른 공화국 국민에게도 이 법을 적용한다. 공화국 영역 안에서 범죄를 저지른 다른 나라 사람에게도 이 법을 적용한다. 그러나 외교특권을 가진 다른 나라 사람에 대한 형사책임은 그때마다 외교적 절차에 따라 해결한다. 다른 나라에서 공화국을 반대하였거나 공화국 국민을 침해한 다른 나라 사람에게도 이 법을 적용한다”고 규정하여 속인주의를 기본 원칙으로 하면서 보충적으로 속지주의와 보호주의를 채택하고 있다. 따라서 우리 주민이 북한 지역에서 범죄를 저지른 경우 북한이 남한 주민을 다른 나라 사람으로 해석한다면 속지주의(영역원칙)에 의하여, 공화국 국민으로 해석한다면 속인주의(국민원칙)에 의하여 각 북한 형법의 적용을 받게 된다. 또한 경우에 따라서는 보호주의에 의하여도 북한 형법의 적용을 받을 수 있다. 위 일반적 적용범위와 관련하여 현실적으로는 한반도에너지개발기구 관련 협정 및 의정서, 「개성·금강산지구 출입·체류 합의서」 등에 의한 예외가 있기는 이에 대한 구체적인 설명은 생략하기로 한다.

67) 통일연구원, 『북한인권백서 2005』, 71쪽.

### 나. 남북한 형법 적용범위의 충돌

각국 형법의 일반적인 추세는 속지주의를 기본원칙으로 하면서 보충적으로 속인주의를 택하고 있다. 물론 북한의 경우는 속인주의를 기본원칙으로 하면서 보충적으로 속지주의를 택하고 있으나 어느 것을 기본원칙으로 하든지 속지주의와 속인주의를 채택하고 있다는 점에서는 동일하다. 이와 같이 속지주의와 속인주의를 채택하는 경우 통상 어느 한 국가의 속인주의는 다른 국가의 속지주의와 충돌이 생기지 마련이다.

남북 관계에 있어서도 서로 상대 지역 또는 주민을 자국이나 자국민으로 보느냐, 아니냐와 관계없이 이러한 적용범위의 충돌이 발생하는 것이다. 우리 입장에서는 우리 주민이 북측 지역에서 범죄를 저지른 경우 형법 제2조가 북한 지역에도 적용된다고 보는 견해에 따르면 속지주의와 속인주의에 의하여 우리 형법이 적용되게 되며, 위 형법 제2조가 북한 지역에는 적용되지 않는다는 견해에 따르면 속인주의에 의하여 우리 형법이 적용된다 할 것이다. 북한의 입장에서 본다면 우리 주민도 자신들의 공민에 해당하므로 속인주의에 의하여 북한 형법이 적용되는 것이고, 우리 주민이 북한의 공민에 해당하지 않는다고 하더라도 속지주의에 의하여 북한 형법의 적용범위에 포함되는 것이다. 따라서 우리 주민이 북한 지역에서 남한과 북한의 형사법에 위반하는 범죄를 저지른 경우에는 헌법 제3조를 어떻게 해석할 것이냐, 북한이 별개의 국가냐 아니냐의 문제를 떠나 현실적으로는 남한 형법과 북한 형법이 중첩적으로 적용되게 되는 것이다.

## 3. 신변안전보장을 위한 형사사건 처리 방안

### 가. 북한 형사사법권 배제 방향

북한 지역에서 북한 형법에 위반되는 범죄를 저지른 우리 주민들에 대하여 북한의 형법 적용을 배제하고 우리가 형사사법권을 행사하겠다고 하는 것은 상호간 인적 적용범위의 예외를 어디까지 인정할 수 있겠느냐는 현실적인 정책의 문제라 할 수 있다. 이러한 점에서 북한에서 범죄를 저지른 우리 주민에 대하여 북한의 형사사법권의 행사를 배제함으로써 우리 주민의 신변안전을 보장받는 방법은 북한과의 상호 협상에 의하여 북한 형법의 인적 적용범위의 예외를 인정받는 방식으로 해결책을 모색하여야 할 것이다.

### 나. 독일과 중국의 경우

독일과 중국의 경우 공통점은 정부차원의 어떤 특별한 신변안전보장에 대한 제도적 장치 없이 교류와 협력이 진행되었다는 것이다. 차이점은 독일의 경우 서로 상대방을 외국 또는 외국에 준하는 것으로 보아 결과적으로는 국제형사법의 일반원칙에 따라 법적인 해결책을 택한 반면, 중국의 경우 서로 상대방의 국가성을 인정하지 않으면서 양안간의 합의서 체결 없이 각자의 입법과 행정조치를 통하여 해결하고 있다는 것이다.

결과적으로 독일이나 중국과 같은 다른 분단국가들도 자기의 통치권이 미치는 지역 내에서 발생한 상대 주민의 범죄에 대하여는 법 이론상은 물론, 현실적으로도 그 범죄가 발생한 장소에서 통치권을 행사하고 있는 국가가 1차적인 형사사법권을 행사하게 된다.

이와 같이 위 분단국들이 상대방과의 협정 등을 통한 신변안전보호에 관한 별도의 조치 없이 인적 교류가 가능한 이유는 상대방의 법치주의 실현여부에 대한 신뢰가 어느 정도 있기 때문에 가능한 것으로 보인다. 만일 상대방의 법치주의에 대한 신뢰가 전혀 없었다면 당국의 조치에도 불구하고 사실상의 인적 교류가 이루어지기 어려웠을 것이다. 양안관계에 있어서 대만은 법치주의를 실현하는데 의심의 여지가 별로 없고, 중국도 개혁 개방을 시작하면서 인치에서 법치로 전환하여 1979년부터 헌법을 제정한 외에 형법, 형사소송법 등 각종 법률을 제정하였고, 1997년에는 법치주의 및 죄형법정주의를 더욱 보강하여 전면 개정한 형법 및 형사소송법을 시행하는 등 각종 법령을 제정 및 정비하면서 법치주의를 실현하고 있어 양안 간 상대 지역 주민에 대한 자기 측 형사 법률의 적용이나 형사사법공조에 큰 거부감이 없는 실정이라고 한다.<sup>68)</sup>

독일의 경우에 비추어 보아 우리의 경우도 북한 지역에서 발생한 남한 주민의 범죄에 대하여 어떤 형법을 적용할 것인지에 대하여는 남한형법적용방안, 지역간형법적용방안, 국제형법적용방안이 있을 수 있다. 이 점에 대하여 북한의 법학자들은 어떤 논리를 전개하고 있는지 알 수 없으나, 북한의 입장에서 바라보는 남한의 법적 지위는 남한에서 바라보는 북한의 법적지위와 같은 문제가 발생하므로 논리적으로는 북한의 입장에서 우리와 같은 내용의 방안이 있을 수 있을 것이다.

위 문제는 우리 법체계상 북한의 법적지위를 어떻게 볼 것인가와 밀접한 관련이 있다. 북한의 국가성을 인정하지 않고 북한을 대한민국의 일부로 보고 북한 주민도

68) 김중국, 『중국·대만 양안관계법제의 남북한관계에서의 적용에 관한 연구』 (한양대학교 행정대학원 석사학위 논문, 1998), 149쪽 참조.

대한민국 국민으로 보는 견해에 따른다면 당연히 남한 형법을 적용해야 한다고 할 것이고, 남북한이 하나의 국가이면서도 서로 다른 법역이 존재하는 형태라고 본다면 지역간형법적용설에 따르는 것이 논리적이며, 북한을 외국 또는 외국에 준하는 것으로 본다면 국제형법직접적용설 또는 국제형법유추적용설을 따르는 것이 논리적일 것이다.

현재의 남북한 관계 내지는 북한의 법적지위에 대하여는 우리 헌법 제3조의 영토 조항에 대한 해석 등과 맞물려 견해가 다양하다. 아직도 북한의 실체를 인정하지 않고 북한을 반국가단체로만 보려는 시각이 존재하고 있으나 1992년 남북한이 유엔에 동시 가입하고, 서문에 “쌍방 사이의 관계가 나라와 나라 사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수한 관계”라고 규정한 남북기본합의서를 체결하여 서로의 실체를 공식적으로 인정하고 남북교류와 협력을 지속 발전시켜 가고 있는 상황에서 여전히 북한을 반국가단체로만 보는 견해는 지나치게 냉전적인 시각이라 아니할 수 없다.

더군다나 2005년 12월 29일 제정되어 2006년 6월 30일부터 시행된 ‘남북관계 발전에 관한 법률’ 제3조 제1항은 남한과 북한의 관계에 대하여 “남한과 북한의 관계는 국가 간의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계이다”라고 명시적으로 밝히고 있다. 남북한 간의 관계를 위와 같은 특수관계로 볼 경우 남한 형법을 적용하자는 견해는 북한 지역에는 우리의 통치권이 미치지 못한다는 현실과도 맞지 않고 이미 법률로도 인정한 북한과의 특수관계를 인정하지 않는 입장에 있으므로 받아들이기 어렵다. 지역간형법적용 방안의 경우는 위 이론이 하나의 국가 내에 유사한 체계를 갖춘 수개의 법역이 존재하는 국가에 적합한 이론으로 북한 형법을 남한 주민에게 적용할 수 있는 법적근거도 없고 이는 남한 주민에게 헌법상 보장된 기본권을 침해하는 것으로 죄형법정주의에 반한다는 비판이 가능하다.<sup>69)</sup> 또한 북한이 외국이 아니므로 국제형법직접적용설도 적합한 이론이라 할 수 없다.

결국 법 이론적으로나 북한의 정치적·법적실체를 인정하는 현실을 고려해 볼 때 북한이 외국은 아니나 양자 간의 법률관계의 적용에 있어서는 북한을 외국에 준하는 것으로 보아 국제형법을 유추적용하자는 견해가 가장 현실에 부합한다고 본다. 다만 이에 대하여는 북한을 외국이라고 볼 수 없는 민족적 정서가 형성되어 있고, 헌법상 우리 영토인 북한을 외국에 준하여 취급할 수 없으며, 죄형법정주의 원칙상 유추해석의 금지 및 유추적용의 금지에 반한다는 비판이 있다.<sup>70)</sup> 그러나 앞의 두

69) 이효원, 『남북한특수관계론의 헌법학적 연구 -남북한 교류협력에 관한 규범체계의 모색-』(서울대학교 대학원 법학박사 학위논문, 2006), 301쪽 참조.

70) 제성호, “남북한 인적교류시 발생하는 범죄의 처리 방향”, 위의 25차 남북법령연구특별분과위원회 학술자료,

가지 이유는 남북한 관계를 특수 관계로 볼 경우 비록 내부적으로는 나라와 나라의 관계는 아니나 북한의 정치적·법적 실체를 인정한다면 북한을 외국에 준하여 보더라도 무리가 없다 할 것이며, 죄형법정주의에 반한다는 것은 국제형법 규정을 유추 적용하는 것이 형벌권을 창설하거나 확대하는 것이 아니므로 죄형법정주의 원칙에 반하는 것이 아니라고 본다.<sup>71)</sup>

다만 주의할 것은 이와 같이 법 이론상 국제형법유추적용설이 타당하다고 보더라도 이는 우리가 남한 형법을 적용함에 있어서 북한이나 북한 주민을 외국 또는 외국인과 마찬가지로 보아 우리 형법 제2조 이하의 규정을 유추적용한다는 의미인 것이고, 북한이 북한 지역 내에서 범죄를 저지른 우리 주민에 대하여 북한 형법을 적용할 것인지의 문제와는 별개의 문제라는 것이다. 또한 상호주의에 입각하여 북한 역시 우리와 마찬가지로 북한 형법의 적용에 있어서 남한 주민을 외국인으로 간주한다 하더라도 북한 지역 내에서 북한 형법에 위반되는 행위를 한 남한 주민에 대하여는 속지주의에 의하여 북한 형법이 적용된다고 볼 것이고 다만 남한 주민에 대하여 어느 정도의 범위에서 인적 적용범위의 예외를 둘 것인지의 문제만이 남게 된다.

#### 다. 남북한 합의를 통한 해결 방안

북한의 통치권이 미치는 지역에서 우리 주민이 범죄를 저지른 경우 이에 대한 1차적인 형사사법권 행사여부는 국제형사법의 일반 원칙이나 북한 형법의 적용범위에 대한 법리적 해석뿐만 아니라 현실적으로도 그 신병을 확보하고 있는 북한의 형사법이 적용될 수밖에 없다고 보아야 할 것이다.

다만 남북한 관계에 있어서 다행스러운 것은 비록 제한된 지역이기는 하나 개성공업지구와 금강산관광지구 내에서의 범죄에 대하여는 별도로 체결된 합의서에 따라 북한이 '남과 북이 합의하는 엄중한 위반행위'에 해당하지 않는 범죄에 대하여는 형사사법권을 포기하였다는 것이다. 그러나 남한 주민이 북한을 방문하는 것은 위 지역에만 제한되는 것이 아니므로 위 지역 외에서 발생한 범죄나 위 지역 내에서 발생한 범죄 중에서도 비록 제한된 범위이기는 하나 '남과 북이 합의하는 엄중한 위반행위'에 대하여는 아직도 북한의 형사사법권이 행사될 여지가 얼마든지 있는 것이다.

이와 같이 북한의 형사사법권이 행사될 영역이 남아 있는 불안한 상황이 계속되

65쪽.

71) 이효원, 앞의 논문, 301쪽 참조.

는 것은 남북한 간 교류협력의 확대와 발전에도 바람직하지 못하다. 따라서 이에 대책이 필요한 바, 앞서 살펴본 바와 같이 이 문제는 남북한 쌍방이 상대방 주민에 대하여 각자의 형법의 인적 적용범위의 예외를 어디까지 인정할 것인가에 달려 있으며, 위 인적 적용범위의 예외는 어느 일방이 스스로 자제하거나 쌍방의 합의를 통해 해결할 수밖에 없다. 이중 어느 일방의 형법 적용의 자제는 법제도적인 해결책이 되지 못하여 일관성과 계속성이 보장되지 않으므로 결국 이 문제는 남북한 간의 합의를 통해 해결할 수밖에 없다.

#### 4. 북한의 형사사법권 배제 범위에 대한 검토

##### 가. 전면배제와 일부배제에 대한 검토

남북한의 합의에 의하여 북한의 형사사법권을 제한 할 경우 그 제한 범위에 대하여는 북한의 형사사법권을 전면배제하는 방안과 일부만 배제하는 방안을 생각해 볼 수 있다. 전면배제 방안은 남북 상호간 속인주의 원칙에 따라 각자의 주민에 대한 형사사법권을 각자 행사하기로 하고, 상대방의 형사 관할권을 완전 배제하는 방안으로 우리 주민의 신변안전보장을 위해서 가장 확실한 방안으로 보일 수는 있다. 그러나 현재 남북한 간 인적교류 형태가 주로 남한 주민이 북한을 방문하거나 체류하는 형식으로 이루어지고 있는 상황에서 북한이 과연 자신들의 형사사법권 행사를 완전히 포기할 것인지는 의문이다. 그리고 상호주의에 입각하여 남한 역시 남한 내에서 범죄를 저지른 북한 주민에 대한 형사사법권을 완전히 포기할 수 있을지도 의문이다.

따라서 국제형사법의 원칙에 따라 어느 정도 북한의 형사사법권이 행사될 여지는 인정을 하되 그 범위를 어느 정도로 제한할 것인지를 검토하는 것이 현실적인 방안이라고 본다.

##### 나. 범죄유형에 따른 검토

적용 배제의 범위를 살펴봄에 있어서 남북한 형사법상 처벌대상이 되는 범죄가 동일한 것이 아니므로 우선 범죄유형별로 나누어 생각해 볼 필요가 있다. 범죄유형은 크게 우리 법에 의해서만 범죄가 되는 경우, 북한 법에 의해서만 범죄가 되는 경우, 양측 법 모두에 의하여 범죄가 되는 경우로 나누어 볼 수 있다.

이중 북한 법에 의해서는 범죄가 되지 않고 우리 법상으로만 범죄가 되는 경우는

북한이 형사사법권 행사를 주장할 여지가 없고, 다만 경우에 따라서 남한이 수사와 재판을 위한 남북한 간의 협의의 형사사법공조 문제만 발생할 것이다. 남한 법에 의해서는 범죄가 되지 않는데 북한 법에 의해서만 범죄가 되는 경우는 대부분의 범죄가 북한의 체제안정과 관련된 것이므로 가장 해결이 어려운 문제일 것이다. 이에 해당하는 범죄에 대하여는 결국 남북한 간 교류 협력의 발전을 위한다는 대승적 차원에서 협상을 통해 북한의 형사사법권 행사를 포기하도록 설득해야 할 것이다. 이 점에 대하여는 우리 역시 상호주의에 입각하여 마찬가지로 입장에 있는 북한 주민에 대한 형사사법권을 포기하는 방향으로 협력관계가 이루어져야 할 것이다. 따라서 범위 선택과 관련하여 가장 문제가 되는 것은 남북한 법 모두에 의하여 범죄가 되는 경우이다.

#### 다. 침해 범익에 따른 검토

남북한 형사법에 의하여 모두 처벌이 가능한 범죄는 다시 남북한 모두의 법익이 침해된 경우를 포함하여 북한의 법익이 침해된 경우와 오로지 남한의 법익만 피해를 입은 경우로 나누어 볼 수 있다. 이중 예를 들어 남한 주민이 폭행을 당한 경우와 같이 피해자가 남한 주민이어서 남한의 법익만 침해된 경우에는 비록 북한 형법상 범죄가 된다 하더라도 북한의 형사사법권을 전면적으로 배제시키는데 크게 어려움이 없을 것으로 보인다. 또한 그 협력의 범위도 수사상 필요한 절차적인 내용이 대부분일 것이다.

따라서 문제가 되는 것은 북한 주민이 피해자인 경우와 같이 북한의 법익이 침해된 경우인데, 이에 대하여는 피해자에 대한 충분한 피해보상과 아울러 북한이 형사사법권을 포기하더라도 가해자에 대하여는 우리 형사사법권에 의하여 그 행위에 상응한 충분한 형사처벌이 이루어질 것임을 보장하는 등의 조치를 통하여 북한의 형사사법권 행사를 최소화 시키도록 하는 합의 노력이 필요할 것이다.

#### 라. 적용 대상자의 범위에 대한 검토

위와 같이 북한 형사사법권 행사의 범위를 제한하는 합의를 한다고 할 경우 그 적용을 받는 남한 주민의 범위를 어떻게 할 것인지에 대한 검토가 필요하다.

첫 번째로는 북한 내에 있는 남한 주민 모두를 대상으로 하는 방안을 생각해 볼 수 있다. 이 방안은 북한이 남한 주민 전체에 대하여 북한이 형사사법권을 행사할 수 없다는 점에서 신변안전보장을 위하여 가장 안전한 방안으로 보일 수 있다. 또

한 때면 남북 협력 사업을 시행할 때마다 새로운 신변안전보장 관련 협상을 체결할 필요가 없다는 점에서 장점이 있을 것으로 보인다. 그러나 다른 한편 어떤 범죄를 저지르더라도 서로 상대 주민에 대한 형사사법권 일체를 포기하게 된다면 현실적으로 어려운 문제가 발생할 소지가 있다.

다음은 교류·협력 범위 내에서 왕래, 체류 또는 거주하는 자를 대상으로 하는 방안으로 이는 상호 형사사법권을 포기하는 범위의 인적대상을 남북교류협력 추진의 범위 내에서 상호 승인을 받아 상대지역을 왕래하거나 체류하면서 그 목적 범위 내에서 활동하는 자 모두에 대하여 적용하자는 것이다. 이와 같은 내용의 협약이 체결된다면, 매 사업별로 신변안전보장 방안을 별도로 체결할 필요가 없다는 점에서 편리할 것이다. 위 방안은 개성공업지구나 금강산관광지구 외에도 교류협력 관련 업무로 북한 지역을 왕래하거나 체류하는 우리 주민 모두의 신변안전보장 방안이 마련된다는 점에서 가장 추진을 해봄직한 방안이라 생각된다. 다만 문제는 북측이 이와 같은 협약의 체결에 순순히 응할 것인지의 문제가 남아 있을 것이나 중장기적으로는 이와 같은 내용의 협약이 체결되도록 노력하는 것이 바람직할 것으로 보인다.

마지막으로 「개성·금강산지구 출입·체류 합의서」에 대한 관련 후속조치를 통한 신변안전보장방안을 마련한 후 이를 북한의 다른 지역으로 확대 적용하는 방안을 생각해 볼 수 있다. 이는 이미 체결된 「개성·금강산지구 출입·체류 합의서」에 대한 후속조치를 통하여 우리 주민들에 대한 신변안전보장 방안을 철저히 마련한 후 점진적으로 이를 다른 사업지역이나 일반 왕래, 체류자에게도 확대 적용하는 방안으로 실현가능성이 가장 큰 방안이라 할 수 있다. 다만 이 방안에 따른다면 당분간은 개성공업지구와 금강산관광지구 외의 지역 및 향후 다른 사업목적 등을 위하여 북한을 왕래하거나 체류하는 우리 주민들에 대하여는 현재와 같이 북한의 일방적 신변안전보장 약속이나 해당 합의서에 따른 신변안전보장 약속에 그 안전을 맡겨야만 한다는 문제점이 남아 있다.

현재 상황에서는 단기적으로는 위 합의서 관련 후속조치를 철저히 준비하여 우리 주민들에 대한 신변안전조치를 취한 후 이를 점진적으로 확대하여 나가는 방안을 취하는 것이 가장 현실성 있고 합리적인 방안으로 생각되나 중장기적으로는 남북 교류협력 사업과 관련하여 상대지역을 왕래하거나 체류하는 주민 모두에 대하여 남북한이 서로 형사사법권의 행사를 포기하는 협약을 체결하는 것이 바람직하다고 본다. 이와 같이 북한 형사사법권의 배제 문제는 인적 적용범위의 예외 문제로 접근하면서 그 범위는 범죄유형별로 협상을 시도하되 후술하는 바와 같이 위 합의서의 후속조치와 연계하여 위 합의서 제10조 제2항의 엄중한 위반행위의 범위를 최소화

하여 구체화 시키는 방법을 선택하는 것이 가장 현실적이고 효율적인 방법이라 생각된다.

### III. 형사사법공조에 대한 검토

#### 1. 협의의 형사사법공조

협의의 형사사법공조란 범죄인인도와는 달리 범죄인의 신병확보를 목적으로 하는 것이 아니라 형사사건과 관련한 국제협력을 통해 범죄의 예방이나 진압 혹은 범죄인의 인권보호를 위하여 존재하는 제도로 외국에서 행하는 형사절차를 돕기 위한 증인 및 감정인 등 관계인의 증언이나 진술의 확보, 물건의 인도, 압수·수색·검증, 문서의 송달, 정보의 제공 등 형사절차와 관련된 행위를 수행하는 것을 의미한다. 그러나 구체적인 공조의 내용과 범위는 각국의 사법조직이나 형사절차가 동일하지 않은 관계로 다양한 형태를 취하고 있으나 그 범위는 점차 확대되는 추세에 있다.

우리나라의 경우도 형사사건의 수사 또는 재판과 관련하여 외국의 요청에 따라 실시하는 공조 및 외국에 대하여 요청하는 공조의 범위와 절차 등을 정하여 범죄진압 및 예방에 있어서 국제적인 협력을 증진할 목적으로 1991년 3월 8일 국제형사사법공조법을 제정하여 시행하고 있다. 위 법 제5조에서는 공조의 범위를 사람 또는 물건의 소재수사, 서류·기록의 제공, 서류 등의 송달, 증거수집, 압수·수색·검증, 증거물 등 물건의 인도, 진술청취 기타 요청국에서 증언하게 하거나 수사에 협조하게 하는 조치로 규정하고 있으나, 공조에 관하여 공조조약이 있는 경우 그 조약 내용이 우선하도록 하고 있다(위 법 제3조).<sup>72)</sup> 이러한 형사사법공조는 상호주의,<sup>73)</sup> 쌍방가벌성의 원칙,<sup>74)</sup> 특정성의 원칙,<sup>75)</sup> 일사부재리 원칙을 기본원칙으로 하면서 일반적으로 정치범죄, 군사범죄, 재정범죄와 같이 고도의 정치성을 띤 일정한 유형의 범죄에 대하여는 그 대상에서 제외시키고 있다.

72) 우리나라는 2007년 4월 현재 호주, 미국, 캐나다, 프랑스, 중국, 홍콩, 러시아, 몽골, 뉴질랜드, 인도, 우즈베키스탄, 베트남, 브라질, 일본, 멕시코, 타일랜드와 형사사법공조 조약을 체결하고 있다.

73) 외국이 사법공조를 해주는 것만큼 자국도 동일 또는 유사한 범위 내에서 상대국의 공조에 응한다는 원칙을 말한다.

74) 형사사법공조의 대상이 되는 범죄는 요청국과 피요청국에서 모두 처벌 가능한 범죄이어야 한다는 원칙을 말한다.

75) 특정성의 원칙은 범죄인인도에서 확립된 원칙으로 인도대상 범죄인은 인도사유에 해당되는 행위만으로 소추되거나 처벌받아야 한다는 원칙을 말하나, 형사사법공조에 있어서는 첫째, 공조에 의하여 취득한 자료를 요청 관련 범죄이외의 목적으로 사용하여서는 안 된다는 것을 의미하며, 둘째, 피요청국의 증인이나 관계인이 공조 요청에 따라 요청국에 가는 경우 피요청국을 출발하기 이전의 행위나 선고 등을 이유로 구금되거나 소추되지 않는다는 원칙을 말한다.

현실적으로 북한이 북한 지역에서 범죄를 저지른 우리 주민에 대하여 형사사법권을 포기한 경우에도 이들에 대한 신병인수<sup>76)</sup>뿐만 아니라 기초 조사 자료의 인수, 증거물의 인수, 압수·수색·검증에 대한 협조 등 수사와 재판과정에서 필요한 여러 가지 절차상의 협조가 필요하다. 따라서 이 경우에는 북한과의 사이에 일반적인 협의의 형사사법공조가 필요하다 할 것이며, 그 절차를 위해 북한과의 사이에 형사사법공조에 대한 협약 체결이 필요할 것이다. 한편 북한과 위와 같은 협약을 체결하더라도 절차상 필요한 모든 내용을 위 협약에 모두 기재하는 것이 불편할 수 있으므로 위 협약을 보충하기 위하여 국제형사사법공조법을 북한과의 관계에서도 적용할 수 있는지가 문제가 될 수 있다. 우리 국제형사사법공조법은 요청국 또는 피요청국을 외국으로 규정하고 있어 북한을 여기서 말하는 외국으로 볼 수 있는지 여부가 문제가 되는 바, 헌법 및 국가보안법 등에 비추어 북한을 외국으로 볼 수는 없다. 따라서 국제형사사법공조법을 바로 북한과의 관계에 직접 적용할 수 없다 할 것이므로 북한의 경우에는 위 법을 준용하도록 하는 법 개정 문제 등이 검토되어야 할 것이다.

## 2. 범죄인인도

범죄인인도는 협의의 형사사법공조와 함께 형사사법 분야에서는 가장 오래된 국제협력의 형태로 외국에서 범죄를 저지른 후 자국으로 도피하거나, 유죄판결을 받고 자국에 체재하는 범죄인의 소추 또는 처벌을 위하여 당해 국에 그를 인도하는 제도를 말한다. 범죄인인도 역시 일반적으로 상호주의, 쌍방가벌성의 원칙, 일사부재리의 원칙, 특정성의 원칙, 정치범 불인도 원칙, 자국민 불인도 원칙 등을 기본원칙으로 하고 있다.

우리나라는 1988년 8월 5일 범죄인인도법을 제정하여 시행하고 있으며, 위 법 제 4조는 인도조약이 체결되어 있지 않더라도 인도를 청구하는 국가가 동종의 인도범죄에 대한 대한민국의 범죄인인도청구에 응한다는 보증이 있는 경우에는 위 법을 적용한다고 규정하고 있다.<sup>77)</sup> 한편 범죄인인도법의 경우 국제형사사법공조법 제3조와 같은 조약우선원칙을 명문으로 규정하고 있지 않으나 조약은 국내법과 같은 효력을 가지며(헌법 제6조 제1항), 조약이 체결되어 있는 경우 그 조약이 범죄인인도법의 특별법에 해당한다고 보아야 할 것이므로 조약의 내용이 우선 적용된다고 보

76) 이는 범죄인인도의 문제가 아니라 협의의 형사사법공조의 한 형태에 해당한다.

77) 우리나라는 2007년 4월 현재 호주, 필리핀, 스페인, 캐나다, 칠레, 아르헨티나, 브라질, 파라과이, 멕시코, 미국, 타일랜드, 몽골, 중국, 인도, 뉴질랜드, 일본, 과테말라, 우즈베키스탄, 페루, 베트남과 범죄인인도 조약을 체결하고 있다.

아야 할 것이다.<sup>78)</sup>

범죄인인도의 경우 예를 들어 개성공업지구나 금강산관광지구에서 우리 주민이 우리 주민을 살해하고 북측의 다른 지역으로 도주한 경우와 같이 현실적으로 우리가 북측에 범죄인인도를 요청할 필요성이 있는 경우가 현실적으로 발생할 수도 있다는 측면에서 본다면 이 제도에 대하여도 적극적으로 검토할 필요성이 있다. 그러나 현실적으로 북한에서 상당수 탈북자들이 남한으로 온 상황에서 만일 이들 중 북한에서 범죄를 저지르고 중국 등 제3국을 통해 남한으로 입국한 자들에 대하여 범죄인인도 요청을 할 경우에 상황에 따라서는 정치적인 문제로까지 확대될 우려가 있으므로 도입 여부에 신중을 기해야 할 것이다.<sup>79)</sup> 물론 이 경우에도 범죄인인도 제도의 기본원칙인 상호주의, 쌍방가별성의 원칙, 일사부재리의 원칙, 특정성의 원칙, 정치범 불인도 원칙, 자국민 불인도 원칙 등이 제대로 지켜진다면 개개의 사안에 있어서 합리적인 결정이 가능할 것이다. 그러나 그 과정에서 남북한 간의 불필요한 충돌이 발생할 우려가 높고, 현 상황에서 위에서 본 바와 같이 남한 주민이 범죄를 저지르고 북한 지역으로 도주한 경우에는 남북한 간의 정치적인 협상 등을 통해 북한이 이들의 방북 절차상의 문제를 이유로 남한 지역으로 추방을 하는 형태로도 문제 해결이 가능할 것으로 보인다.

### 3. 외국형사판결의 집행

외국형사판결의 집행은 집행의 인수와 집행의 청구가 있는데, 외국형사판결의 집행의 인수는 내국인이 외국에서 형을 선고받은 경우 국가가 자국민에 대한 배려로 외국에서 형의 선고를 받은 자에 대하여 그 집행만을 인수하는 것을 말한다. 외국에 대한 형사판결의 집행청구는 수형자가 외국인으로 외국에 주소 또는 통상적인 거소를 가지고 있거나 그 곳에 체재하고 있고, 인도되지 아니한 경우나 피청구국에서의 집행이 수형자나 공공에 이익이 되는 경우에 외국에 대하여 당해 외국인에게 과하여진 형 또는 기타 제재조치의 집행을 청구하는 제도이다.<sup>80)</sup>

우리나라의 경우 2003년 12월 국제수형자이송법을 제정하여 위 법이 발효되었으나 당시 국제적 추세에 따라 조약전치주의를 채택함으로써 조약체결 전까지는 수형자 이송을 실시할 수 없었다. 그러던 중 2005년 7월 20일 유럽평의회(COE) 사무국에 우리 정부의 수형자이송협약 가입서를 기탁함으로써 2005년 11월 1일부터 가입

78) 서울지방검찰청, 『외사사범 수사실무』(서울: 서울지방검찰청, 2002), 335쪽 참조.

79) 통일부 당국자의 발표에 의하면 2007년 2월 16일 현재 남한으로 들어온 탈북자 수가 10,006명이라고 한다. 『조선닷컴(<http://news.chosun.com>)』, 2006년 2월 17일자.

80) 백진현·조균석, 앞의 책, 4-5쪽.

이 발효되어 미국·일본·유럽국가 등 59개 협약 가입국들과 수형자이송을 실시할 수 있게 됨으로써 외국에서 자유형을 선고받고 수형중인 우리 국민들을 생활본거지인 국내로 송환받아 국내에서 그 외국판결을 집행할 수 있게 되었다.

남한 주민의 신변안전을 위해서는 가능한 북한의 형사사법권이 행사되는 범위를 최소화 하도록 노력해야 함은 물론이나 경우에 따라서는 북한이 남한 주민에 대하여 수사·예심, 재판, 형의 집행을 하게 되는 경우를 전혀 배제할 수는 없을 것이다. 따라서 북한이 형사사법권을 행사하게 되는 경우라도 각 단계별로 나누어 경우에 따라서는 수사만을, 경우에 따라서는 재판까지도 행사하도록 하는 한편 최종적으로 북한이 재판을 통해 형사판결 선고까지 한 경우라도 그 집행만은 우리 측에서 할 수 있도록 해야 할 것이다. 이러한 측면에서 볼 때 향후 남북관계의 발전 정도에 따라 외국형사판결의 집행이나 수형자이송제도를 남북한 간에 도입하는 문제도 적극적인 검토가 필요하다고 본다.

#### 4. 형사소추의 이송

형사소추의 이송이란 범죄지국에서 범인의 본국 또는 거주지국에 대하여 범인의 소추를 청구하고, 피청구국에서 소추 및 처벌을 하게 하는 제도로 통상 범죄지국이 청구국으로 되는 것은 속지주의의 우위에서 유래한다. 형사소추의 이송제도는 범죄인인도 특히 자국민불인도 원칙과 밀접한 관련이 있으며 범죄인인도가 거부되었을 때 소추를 보장하기 위한 보충적 제도라 할 수 있다.<sup>81)</sup> 형사소추의 이송에 관한 제도도 쌍방가벌성의 원칙을 일반적 원칙으로 택하고 원칙적으로 피청구국의 법을 준거법으로 한다.

형사소추의 이송은 남한 주민 또는 북한 주민이 서로 상대 지역에서 범죄를 저지르고 각자의 지역으로 되돌아간 경우에 유용할 수 있다. 아직까지 남북한 간의 현실이 서로 상대 주민에 대한 형사사법권 행사를 자제하는 것이 중요한 상황에서 이미 범죄를 저지르고 자신의 거주 지역으로 돌아간 경우까지 적극적으로 그에 대한 형사소추를 의뢰할 필요성이 있어 보이지는 않는다. 만일 북측의 엄중한 위반행위에 해당하는 정도의 범죄라면 그 범죄자를 북측으로 돌려보낼 것인지 아니면 우리가 직접 형사사법권을 행사할 것인지를 또 다른 문제가 발생한다.

81) 한국형사정책연구원, 앞의 책, 140쪽.

#### IV. 결 론

남북한 간의 인적교류가 날로 증가해 가고 있고, 특히 남한 주민의 방북 형태는 종전의 단순 방문이나 단기간 체류의 형태를 벗어나 장기간 체류하거나 거주하는 등 그 형태가 양적으로나 질적으로 계속하여 발전해 가고 있다. 이와 같은 상황에서 북한에서 발생한 우리 주민의 범죄를 어떻게 처리할 것인가 하는 문제가 현실적으로 발생한다.

이와 같은 문제가 제기되는 근본적인 이유는 북한의 형사법 체계가 아직까지는 상당히 비민주적이면서도 비인도적인 것으로 여겨지고 있기 때문이다. 종래 북한은 대외경제와 관련된 법률을 제외하고는 대부분의 법률을 공개하지 않고 비밀문서로 취급하여 왔으며, 특히 형법의 경우 형사사법의 대원칙인 죄형법정주의에 반하는 유추해석까지 허용하고 있었다. 이러한 북한이 2004년에 형법과 형사소송법을 대대적으로 개정하면서 대중용 법전까지 발간하여 법률을 공개하고, 그 내용에 있어서도 종래 허용되던 유추해석을 명문으로 금지시키고, 죄형법정주의 원칙을 천명하였으며, 상당 부분이 추상적, 예시적으로 규정되어 있던 범죄의 구성요건을 구체적, 제한적 열거방식으로 바꾸는 등 인권 보장적 측면에서 진일보한 모습을 보이고 있다. 그러나 위와 같은 법 개정에도 불구하고 북한의 형법과 형사소송법은 아직까지도 인권 보장적 측면에서 볼 때 여러 가지 미비점과 문제점을 내포하고 있으며, 무엇보다도 법 규정과 현실에 많은 괴리가 있다는 각종 보고가 끊이지 않고 있다.

이와 같은 문제점에도 불구하고 북한 형법 역시 다른 나라의 형법과 마찬가지로 장소적 적용범위에 있어서 국제형사법의 일반원칙인 속인주의와 속지주의 등을 택하고 있다. 그 결과 북한 내에서 발생한 남한주민의 범죄에 대하여는 최소한 속지주의에 의하여 북한의 형법이 적용되도록 되어 있고, 남한 형법 역시 최소한 속인주의에 의하여 적용이 되므로 하나의 범죄에 대하여 양측의 형법이 적용되는 형법 적용범위의 충돌 문제가 발생한다.

그러나 이와 같은 형법 적용범위의 충돌이란 현상이 발생하였다 하더라도 이 문제는 법리상 남한 형법과 북한 형법 중 어느 형법을 우선 적용하는 것이 옳은 것이냐의 문제도 아니고, 남북한 관계에 있어서 북한이 별개의 국가인지 여부와 관계없이 북한이 자기 지역 내에서 사실상의 통치권을 행사하고 있는 한 북한 지역에서 범죄를 저지르고 그곳에 체류하고 있는 남한 주민에 대하여 북한의 형사법이 이를 어떻게 취급하는지가 최우선적으로 고려되어야 하는 문제이다.

위와 같이 북한에서 발생한 남한 주민의 범죄에 대하여 남한과 북한의 형법이 모두 적용될 수 있는 형법의 적용범위의 충돌이 발생하는 경우 법리적으로나 현실적

으로 범죄 발생 지역의 통치권을 행사하고 있는 북한에서 1차적으로 형사사법권 행사 여부에 대한 결정권을 가지게 된다. 사정이 이와 같음에도 불구하고 그동안 우리 주민들의 방북은 주로 북한의 일방적인 혹은 합의에 의한 신변안전 보장 약속에 의해 이루어져 왔다. 그러나 이와 같은 신변안전보장 약속이나 합의만으로는 우리 주민들에 대한 북한의 형사사법권을 배제시킬 수는 없다. 다만 특별히 체결된 합의서 등에 의하여 KEDO부지 내에서 발생한 범죄나 개성공업지구와 금강산관광지구 내에서 발생한 범죄중 남과 북이 합의하는 엄중한 위반 행위를 제외한 범죄, 북한 해역에서의 선박사고 등에 대하여는 인적 적용범위의 예외가 인정되고 있다. 이와 같은 문제는 남북한 간에만 발생하는 것이 아니라 통일 전 독일 또는 중국과 대만과 같이 분단된 상태에서 인적교류가 이루어지고 있는 분단국가의 공통된 문제점이다. 먼저 독일의 경우를 살펴보면 서독은 동독을 외국에 준하여 보고, 동독은 서독을 외국으로 보아 결과적으로 국제형사법의 일반원칙에 따라 해결하였다. 중국과 대만은 법적으로는 서로 상대방의 국가성을 부인하고 있다는 점에서 남북한의 경우와 공통점이 있으나, 양안간의 합의서 체결 없이 각자의 입법과 행정조치를 통하여 문제를 해결하고 있다. 결과적으로는 양 분단국가 모두 상대방 지역에서 발생한 자기 측 주민의 범죄는 상대방의 형사법에 따라 처리되는 것을 원칙으로 받아들인 셈이다. 따라서 우리 주민에 대하여 북한의 형사법이 적용되지 않도록 노력해야 하는 우리의 입장에서는 위 양 분단국가의 사례는 원칙적으로 모델로 삼기가 곤란하다.

이와 같이 남북한이 다른 분단국가의 경우와는 달리 양자의 합의 등을 통해 사실상 북한의 형법의 적용범위와 관련하여 인적적용범위의 예외를 인정하고 있음은 매우 다행스러운 일이다. 현실적으로는 「개성·금강산지구 출입·체류 합의서」에 대한 후속조치를 통해 우리 주민의 신변안전에 대한 제반 선례를 만든 후 이를 북한의 다른 지역으로 확대시켜 나가는 방안이 가장 현실성이 있는 방안이라고 본다.

남북한 간의 형사사법공조와 관련하여서는 통상의 형사사법공조를 말하는 협의의 형사사법공조는 현실적으로 필요한 부분이 많으므로 가급적 빠른 시일 내에 이에 대한 준비를 하는 것이 바람직하다. 그러나 범죄인인도의 문제나 형사소추의 이송 문제는 탈북자들에 대한 보호 등의 문제로 득보다는 실이 많아 보이므로 당분간은 굳이 이 문제를 거론할 필요성은 없어 보인다. 외국형사판결의 집행 혹은 수형자 이송제도에 대해서는 경우에 따라서는 엄중한 위반행위가 발생한 경우와 같이 부득이한 경우에 북한의 형사사법권이 행사될 경우를 배제할 수 없으므로 이 경우 최소한 북한에서 우리 주민이 재판을 받는 경우가 발생하더라도 그 형의 집행만은 우리 측에서 할 수 있도록 해야 할 필요성이 크므로 적극적인 검토가 필요하다고 본다. 마지막으로 형사소추의 이송은 남한 주민 또는 북한 주민이 서로 상대 지역에서 범

죄를 저지르고 각자의 지역으로 되돌아간 경우에 유용할 수 있으나 아직까지 남북한 간의 현실이 서로 상대 주민에 대한 형사사법권 행사를 자제하는 것이 중요한 상황에서 이미 범죄를 저지르고 자신의 거주 지역으로 돌아간 경우까지 그에 대한 형사소추를 의뢰할 필요성이 있어 보이지는 않는다.