

북한이탈주민의 재산법상 법률문제

－북한잔존가족에 대한 송금행위와 북한잔류재산의 법적보호－

양재모*

목 차

- I. 서 론
- II. 북한이탈주민의 지위와 현행민법의 적용여부
- III. 북한이탈주민의 북한지역에 대한 송금의 법적 보호
- IV. 통일시 북한이탈주민의 권리인정여부
- V. 결 론

I. 서 론

북한이탈주민에 관한 신문기사는 이제 우리 국민에게 아주 익숙한 주제로 다가오고 있다. 북한의 경제적 상황이 악화될수록 북한을 탈주하는 주민수는 계속 증가하고 있어 현재 거주하는 북한이탈주민은 1만8천명에 이르는 것으로 보고되고 있다¹⁾. 북한이탈주민의 증가는 이들과 관련한 여러 사회문제발생가능성을 확대하고 있고 점점 더 현실화하고 있는 상황이다. 북한이탈주민과 관한 법적 논의는 북한주민을 대한민국의 국민으로 인정할 것인가 하는 북한주민의 법적지위 문제와 북한이탈 후 대한민국에 거주하게 된 북한이탈주민을 문화적, 경제적 충격 없이 정착하도록 하기 위한 지원책에 대한 논의가 주된 내용을 이루고 있었다. 또한 이외에 혼인 관계의 문제로 대한민국에 거주하게 된 북한이탈주

* 한양사이버대학교 부교수, 법학박사

1) 통일부자료 <http://www.unikorea.go.kr/CmsWeb/viewPage.req?idx=PG0000000365>

민이 북한에서 이미 혼인을 하였음에도 불구하고 남한주민과 혼인을 하게 됨으로써 현행 우리민법상 중혼에 위반되는 경우, 북한배우자와의 이혼문제²⁾, 6. 25동란으로 인한 남한 이주 실향민이 남북이산가족상봉으로 인해 북한잔류가족의 생사를 확인하게 되고 그 결과 북한거주가족이 남한내 재산에 대한 상속권을 주장하게 되는 배우자로서의 상속문제³⁾ 등이 논의되고 있다.

이를 정리하면 북한과 관련한 사법상의 문제는 재산적 문제와 신분상의 문제로 나눌 수 있고 재산적 문제는 실향민의 북한내 재산문제를 중심으로 신분상의 문제는 북한잔존 배우자 및 가족관계가 중심이다.

논의를 검토하여 보면 최근 북한이탈주민을 중심으로 하는 재산적 문제에 대한 논의는 크게 중심에서 있지 못함을 알 수 있다. 최근 북한이탈주민과 관련한 문제는 이들의 정착 지원방안 등에 관한 것이다. 이는 북한과 남한이 경제적으로 공산주의와 자본주의라는 완전히 다른 체제를 가지고 있고 북한이탈주민이 북한내 잔류재산을 가지고 있다고 하여도 이를 현실적으로 권리행사를 하는 것이 어려우며 북한체제 자체가 부동산 등 개인소유권을 사실상 부인하고 있으므로 재산이 존재하지 않을 것을 전제로 하여 논의를 진행하고 있지 않기 때문이다. 또한 북한이탈주민이 한국내에서 취득한 재산은 한국법에 따르면 되고 북한이탈주민의 재산과 관련하여 북한잔존가족이 문제가 되는 경우, 6. 25 당시의 실향민과 동일한 사실관계의 문제이므로 이를 별도로 논의할 필요성이 없게 된다.

북한이탈주민이 남한에서 취득한 재산의 경우 대한민국의 일반적인 법원칙에 따라 처리될 것이므로 크게 문제가 되지 않을 수 있다. 그러나 북한잔류가족에 대한 취득재산의 이전, 즉 북한으로의 송금행위나 북한이탈주민의 북한내 권리(재산)에 대한 법적처리는 논의없이 현실에 맡겨져 있고 북한이탈주민에게 여러 문제를 야기하고 있는 상황이다.

북한이탈주민의 북한내 가족에 대한 송금이나 재산권의 이전은 현재 분단의 상황에서도 해결을 해야 할 법적 문제이고 북한이탈주민의 북한내 권리의 문제는 향후 통일에 있어 예비적으로 고려되어야 할 문제이다.

전술한 두 가지 문제 모두 일정한 전제를 필요로 한다. 북한내 잔존가족에 대한 재산이

2) 손행선, “북한이탈주민의 북한배우자에 대한 이혼소송고찰”, 법학논총 제20권 제1호, 국민대학교 출판부, 2007, 153면; 양천수, “법이론과 법적책의 관점에서 접근한 새터민 이혼소송”, 통일정책연구 제17권 제1호, 통일연구원, 2008, 293면; 이효원, “북한이탈주민의 이혼송과 북한주민의 법적 지위”, 가족법연구 제22권 제3호, 한국가족법학회, 2008, 425면 등.

3) 신영호, “북한주민에 대한 한국민사법의 적용”, 저스티스, 제121호, 한국법학원, 2010, 289면; 임복규, “남북한 주민사이의 상속문제 해결방안”, 북한법연구, 북한법연구회, 2007, 105면; 최은숙, “북한주민의 상속권보호를 위한 고찰”, 가족법연구 제15권 제1호, 한국가족법학회, 2001, 301면.

전이나 송금의 경우에는 북한이탈주민과 북한내 잔존가족의 법적 지위가 문제된다. 북한내 잔존가족을 우리나라의 국민으로 볼 수 있는가 아니면 적대국가의 구성원으로 볼 것인가의 문제라고 할 것이다. 물론 이는 헌법상 영토조항과 통일조항의 합리적 해석이라는 문제와 연관성을 가지고 있다.

재산이전이라는 사법상의 문제를 논하면서 공법적 지위문제를 논하는 것은 재산이전행위 특히 송금행위의 합법성의 전제요건이 될 수 있기 때문이다.

북한내 잔존가족에 대해 북한이탈주민의 송금행위는 일반화되어 있으나 현행 법상 합법화된 방법은 사실상 단절되어 있는 상태이다. 남북한 관계에서 북한의 반국가단체성은 남한국민의 북한주민접촉의 제한근거가 되고 있고 이에 따라 북한이탈주민도 북한주민과의 접촉이 제한된다. 북한이탈주민이 북한내 잔존가족을 위해 재산행위, 특히 송금행위를 하기 위해서는 남북교류협력에 관한 법률의 적용을 받아야 하지만 현실적으로 북한이탈주민이 북한으로의 송금행위를 허가받아 행하기는 어려운 상황이다. 이에 따라 대부분의 송금행위는 허가없이 행하여지게 되고 사기나 채무불이행 등의 피해가 발생하고 있다.

북한이탈주민의 북한내 권리의 경우 남북한 통일방식이 어떻게 결정될 것인가가 가장 중요한 전제가 된다. 북한이탈주민의 북한내 법률상의 지위가 왜 논의되어야 하는가에 의문을 제기할 수 있겠으나 향후 북한의 급격한 사정변동으로 자유민주적 기본질서에 따른 통일이 되는 경우 어떠한 방식으로든 북한내 토지 등의 재산에 대한 사유화의 조치가 필요하며 이 경우 북한이탈주민도, 실향민처럼 그 권리가 문제가 될 것이기 때문이다.

북한에 대한 흡수통일이 이루어지고 북한정부의 행위가 모두 불법적 행위로 인정된다면 북한이탈주민의 재산권 주장은 큰 의미가 없어질 수 있다. 북한이탈주민의 북한내 재산적 권리는 개인적 소유권이 아니라 집단적 소유권의 일부이어서 그 전제가 된 북한정부의 행위를 불법으로 인정한다면 집단적 권리의 일부로서의 권리를 주장할 수 없게 될 것이기 때문이다. 그러나 실향민의 재산회복을 인정한다고 하더라도 현실적으로 북한주민의 재산적 권리를 인정하지 않을 수 없다는 점, 만약 협의에 의한 통일이나 독일의 경우와 유사하게 북한내 현존 재산관계를 인정하는 것을 전제로 통일이 진행된다면 반드시 검토가 되어야 할 문제이다.

북한이탈주민이 북한내 집단적 소유제도하에서 가졌던 권리의 법적성질을 파악하는 것은 통일이후 북한주민의 경제적 활동보장을 위해 집단적 소유제도를 합법화하는 과정에서 발생할 법률문제를 예측할 수 있다는 점에서도 큰 의미가 있다.

이 문제는 6.25전후로 북한을 떠났으나 북한의 토지몰수조치전에 토지나 재산을 소유하고 있던 피난목적의 북한이탈주민의 처리문제와 일정범위에서는 궤를 같이한다. 그러나 실향민의 재산권의 문제는 북한내 재산제도의 위법성을 전제로 다루어야 하는 문제이고

북한이탈주민의 권리문제는 현재 북한내 집단적 소유제도를 사유화하는 과정에서 북한이탈주민을 어떻게 보호할 것인가를 다루는 문제라고 할 수 있다. 북한이탈주민의 경우 북한내에서 집단적 소유제도화 과정에 참여하였거나 6.25이후 출생세대로 토지나 건물 등에 대해 개인적 소유권을 주장할 수 없는 세대라는 점에서 실향민처럼 사적 소유권을 전제로 권리를 주장할 수 없다.

이미 북한을 떠나 한국에서 거주하고 있는 북한이탈주민에 대해 통일 후 북한내 주민과 같이 사유화의 과정에서 권리를 인정할 필요가 있을 것인가라는 문제제기도 있을 수 있으나 북한내에 거주하였다면 일정권리를 인정받을 수 있는데 목숨을 걸고 북한을 떠난 이 탈주민에게 통일당시 북한에 거주하지 않았다는 이유로 사유화의 과정에서 권리를 부인하는 것은 실향민의 권리를 인정하자는 데 대해 이론이 없는 것과 비교하면 불합리하고 불평등한 문제가 될 것이다.

북한이탈주민과 관련한 私法上的 문제를 검토하여 보면 단기적 문제로 북한이탈주민의 북한내 잔존가족에 대한 재산행위 특히 송금행위의 문제, 장기적 차원의 문제로 북한이탈주민의 북한내 권리보호의 문제로 나누어볼 수 있을 것이다.

이러한 장단기적 문제를 검토하기위해 우선 북한주민에 대해 우리 사법상의 효과를 인정할 수 있을지여부가 선행되어야 한다. 다만 이 문제는 많은 학자들의 연구와 판례의 태도로 정리가 되고 있으므로 이를 사법상의 적용측면에서만 검토하기로 하고 북한이탈주민의 재산이전행위, 송금행위와 북한내 북한이탈주민의 권리문제를 나누어서 검토하기로 한다.

Ⅱ. 북한이탈주민의 지위와 현행민법의 적용여부

1. 북한의 법적 지위

북한이탈주민의 법적 지위를 논하기 위해서는 북한의 법적 지위를 어떻게 볼 것인가에 달려있다고 할 것이다. 이에 관련하여 우리헌법의 영토조항의 해석이 문제되고 있다. 영토조항의 해석에 따라 북한을 반국가단체로 인정할 수도 있고, 독립된 국가내지 사실상의 국가로 인정할 수도 있기 때문이다. 우선 영토조항의 해석에 대한 검토를 하여보기로 한다.

가. 학설

헌법 제3조는 “대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다.”고 규정하고 있어 북한에 대한 우리법의 적용여부는 결과적으로 영토조항의 해석문제로 귀결된다고 할 수 있다.

다수설⁴⁾은 헌법 제3조 영토조항의 규범력을 인정하여 북한에 우리법이 당연히 적용된다는 입장이다. 부정설은 북한의 국가성을 인정하는 견해⁵⁾, 헌법 제3조의 헌법변천을 주장하는 견해, 헌법 제4조를 제3조의 특별법적 지위로 인정하는 견해⁶⁾ 등으로 다양하게 논의가 진행되고 있다.

북한의 국가성을 인정하는 견해는 북한이 국제기구에 가입하는 등 국제적으로 국가적 지위를 인정받는 점과 남북교류협력 등의 관계에서 정부승인이 인정되었으므로 영토조항이 규범적 효력을 갖지 못한다고 주장하고 있다.

헌법변천을 주장하는 견해⁷⁾는 헌법 제3조와 제4조가 모순되므로 이를 헌법해석을 통해 규율하여야 하고 대북정책의 변화는 영토조항에 대한 본래의 내용을 실질적으로 변경하였으므로 헌법 제3조의 규정이 실질적으로 사문화된 규정이라고 주장한다.

헌법 제4조에 대해 특별법적 효력을 주장하는 견해⁸⁾는 헌법 제3조도 규범력을 가진 규정이나 제3조와 제4조와의 관계에서 제4조 즉 평화통일조항이 헌법이념과 가치에서 제3조보다 우월적 지위를 가지는 특별법상의 지위에 있다고 한다.

나. 판례

대법원은 북한을 반국가단체로 보고 “한반도 중 28선 이북인 괴뢰집단 점령지역도 헌법상은 우리나라 영토이고 헌법에 의거하여 제정 시행된 모든 법령의 효력이 당연히 동 지역에 미칠 것임으로서”⁹⁾라고 하여 민법을 포함한 모든 현행 법령이 효력이 북한에 미친다고 해석하고 있다. 이러한 입장은 북한에 대한 국제기구의 인정여부나 남북기본합의서 등의 체결이후에도 변하지 않고 있다.

그 이후 판결에서도 대법원은 “북한은 6.25전쟁을 도발하여 남침을 감행하였고 휴전 이후에도 대한민국에 대하여 도발행위를 계속하고 있으며, 그 헌법과 형법에 적화통일의 의지를 드러내고 있을 뿐 아니라 막강한 군사력으로 대한민국과 대치하면서 대한민국의 자

4) 김도창, “헌법과 국가통일문제”, 법학 제8권 제2호, 서울대학교, 1966, 43면; 박윤훈, “남북기본합의서의 이행에 따른 남북교류협력법령의 보완발전사항”, 법학 제34권 제1호, 1993, 1면; 허영, 한국헌법론, 박영사, 1990, 439면.

5) 윤병선/김병목, 헌법체제론, 법지사, 1998, 156면; 홍성방, 헌법학, 현암사, 2002, 46면.

6) 김선택, “헌법과 통일정책”, 한국법학 50년-과거, 현재, 미래 ; 대한민국건국 50주년 기념 제1회 한국법학자대회 논문집, 한국법학회, 1998, 363면 참조.

7) 장명봉, “남북한 기본관계 정립을 위한 법적 대응”, 유엔가입과 통일의 공법문제, 한국공법학회, 1991, 133면 이하.

8) 도회근, “헌법 제3조(영토조항)의 해석”, 헌법규범과 헌법현실(권영성교수 정년기념논문집), 법문사, 1999, 853면 이하; 최경옥, “한국헌법 제3조와 북한과의 관계”, 공법학연구, 영남공법학회, 1999, 202면.

9) 대판 1954.9.28. 4286형상109

유민주적 기본체제를 전복할 것을 완전히 포기하였다는 명백한 징후를 보이지 않고 있어 우리의 자유민주적 기본질서에 대한 위협이 되고 있음이 분명한 상황에서 대한민국의 헌법과 남북교류협력에 관한 법률이 평화통일원칙을 선언하고 제한적인 남북교류를 규정하고 있거나 우리 정부가 북한당국자의 명칭을 쓰면서 남북국회회담과 총리회담을 병행하고 정상회담을 도모하며 유엔 동시가입을 추진하는 등을 한다고 하여 북한이 국가보안법상 반국가단체가 아니라고 할 수 없다.”¹⁰⁾라고 판시하였다.

이에 대하여는 헌법재판소도 “우리 헌법이 영토조항을 두고 있는 이상 대한민국의 헌법은 북한지역을 포함한 한반도 전체에 그 효력이 미치고 따라서 북한지역은 당연히 대한민국의 영토가 되므로”라고 판시함으로써 동일한 입장을 취하고 있다.¹¹⁾

다. 소결

다수설과 판례는 한반도를 영토로 하는 영토조항에 근거하여 북한을 반국가단체로서 인정하고 있고 북한에게도 대한민국의 법률이 적용된다는 점을 분명히 하고 있다. 우리 헌법이 평화통일조항을 가지고 있다고 하더라도 영토조항은 우리 헌법의 근간이 되는 국토의 범위를 정하는 것이므로 북한지역도 우리 헌법이 적용되어야 한다는 점은 부인할 수 없을 것이다.

2. 북한이탈주민의 지위

재산법에 관한 기본원칙을 정하고 있는 우리 민법은 자연인에 대하여는 국적과 관계없이 동일한 권리주체성을 인정하고 있고 일부의 권리에 대하여만 권리능력을 제한하고 있다. 따라서 북한이탈주민이 외국인으로 취급되는가 아니면 대한민국국민으로서 인정되는가의 여부가 공법과 달리 사법의 경우에는 중요성이 낮을 수 있다. 그러나 토지 등의 소유에 있어 외국인에 대한 제한이 일부 존재하고 있으며 부동산 등의 재산의 소유를 위해서는 등기를 하여야 하고 이를 위해서는 대한민국국민인지, 재외국민인지, 외국인인지의 여부에 따라 다른 절차를 이행하여 한다. 또한 본 연구의 대상이 되고 있는 북한잔존가족에 대한 송금행위의 문제에서 북한이탈주민을 외국인으로 판단하는 경우 남북교류협력에 관한 법률의 적용을 받지 않는다는 점에서 북한이탈주민의 국적은 매우 중요하다.

10) 대판 1991.4.23. 91도212

11) 헌법재판소 2005.6.30. 2005헌바114 결정

가. 학설

북한이탈주민의 법적지위는 영토조항의 해석과 밀접한 관련성이 있다. 북한의 국가성을 인정하는 견해에 의하면 북한이탈주민은 타국으로부터 이탈하여 대한민국에 입국하게 된 자로 외국인으로 취급되어야 하고 북한이탈주민이 대한민국의 국적을 취득하기 위해서는 망명, 귀화 등의 절차를 거쳐야 한다. 이런 절차를 통해 대한민국의 국적을 취득하지 아니하면 북한이탈주민의 송금행위는 외국인에 대한 규제와 동일하게 판단되어야 하며 북한내 재산관계의 문제도 대한민국의 사법이 적용되는 문제가 아니라 외국제도의 문제로 해석되어야 한다. 북한의 국가성을 부인하고 북한지역을 대한민국의 영토로 보는 견해에 의하면 북한이탈주민은 대한민국의 국민이 되는 것이며 다만 반국가단체에 의해 대한민국법이 실질적 실효성을 갖지 못하는 것이 된다. 따라서 북한정부의 지배를 벗어난 북한이탈주민은 대한민국법이 다시 실효성 갖고 효력이 미치게 되는 사실상의 측면으로서의 의미를 갖는다.

나. 판례

우리나라의 판례는 북한주민이 우리나라의 국민임을 명확히 하고 있다. 즉 북한을 반국가단체로 인정하고 북한주민에 대해서도 대한민국의 주권이 인정된다는 점을 명확히 하고 있는 것이다. 이에 관한 판례의 내용을 보면 대법원은¹²⁾ “원고가 북한법의 규정에 따라 북한국적을 취득하여 1977.8.25. 중국 주재 북한대사관으로부터 북한의 해외공민증을 발급받은 자라 하더라도 북한지역 역시 대한민국의 영토에 속하는 한반도의 일부를 이루는 것이어서 대한민국의 주권이 미칠 뿐이고, 대한민국의 주권과 부딪치는 어떠한 국가단체나 주권을 법리상 인정할 수 없는 점에 비추어 볼 때 이러한 사정은 원고가 대한민국 국적을 취득하고, 이를 유지함에 있어 아무런 영향을 끼칠 수 없다.”고 하고 있다.

다. 소결

판례와 다수설에 의하면 북한주민은 대한민국국민이며 북한이탈주민은 당연히 대한민국법이 실효적으로 적용되어진다는 점에서 차이가 있을 뿐이다. 즉 북한이탈주민은 대한민국국민과 동일한 지위에 있다. 이러한 헌법상의 해석뿐만 아니라 개별법도 이러한 입장에서 제정되고 실현되고 있다.

북한과 대한민국의 구체적 관계를 정하고 있는 북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률의 경우에도 북한주민이 당연히 대한민국 국민이라는 것을 전제로 하고 있다. 통상 외국인에게 인정되지 아니하는 공무담임권을 인정하거나(제18조 특별임용) 외국인이

12) 대판 1996.11.21. 96누1221

대한민국의 국적을 취득하기 위해서는 귀화 등을 절차를 거쳐야 하지만 북한이탈주민에게는 등록기준지를 정하여 서울가정법원에 가족관계등록창설허가신청서를 제출하여 허가를 받도록 하고 있는 점(제19조)이 그 예라고 할 것이다.

결론적으로 북한이탈주민은 대한민국국민이며 이에 따라 대한민국의 민법이 적용되고 북한이탈주민이 북한잔존가족에 재산이전행위를 하기 위해서는 남북교류협력에 관한 법률에 따라야 할 것이다.

Ⅲ. 북한이탈주민의 북한지역에 대한 송금의 법적 보호

1. 서언

북한이탈주민에게 북한지역으로의 송금은 북한내 잔존가족의 생존을 보장한다는 의미에서 매우 중요한 의미를 갖는다. 이 때문에 많은 북한이탈주민은 북한으로 송금 등 재산이전행위를 하고 있으며, 그 수도 계속 증가하고 있다. 한 언론의 보도에 의하면 한국과 중국 등에 있는 북한이탈주민 가운데 매월 3-4만 명이 북한의 가족에게 송금하고 있는 것으로 나타난다.¹³⁾ 북한이탈주민이 송금행위를 밝히기를 꺼려한다는 점에서 그 숫자는 더 많을 것으로 예측되고 있다. 이러한 송금행위를 허용할 것인가에 대해 국민의식은 혼란상태에 빠져 있다. 기존연구에서 우리나라 국민들은 '가족에 때문에 어쩔 수 없는 일이고 나라도 그렇게 할 것'(55.6%)이라는 견해와, '생계비이긴 하지만 북한에 돈이 들어가는 것은 안 된다'(44.4%)는 견해가 대립하는 혼돈된 의식¹⁴⁾을 가지고 있는 것으로 나타나고 있다. 국민의식의 혼돈과 법적 보완의 미비에도 불구하고 북한경제정책의 실패로 인해 북한이탈주민수가 계속해서 증가하고 있는 실정이고 이에 따라 국내 북한이탈주민의 수도 증가하고 있으며 결과적으로 북한이탈주민의 송금행위는 계속 확대될 수밖에 없다. 현재 북한내 송금행위는 적법절차를 거치고 있지 않음으로 인해 사기 등 불법행위와 약속된 송금행위를 하지 않음으로서 생기는 채무불이행 등의 문제를 갖고 있다. 북한내 송금행위가 남북교류협력에 관한 법률에 의하지 아니하고 개별적 계약을 통해 이루어짐으로써 법적 보호를 받지 못하게 되는 문제가 발생하고 있는데 이들 송금행위가 법적 보호의 대상이 될 수 있는가의 문제를 검토할 필요가 있다.

13) [연합뉴스] 2009년 07월 07일(화) ; 북한에서는 한국 내 탈북자들이 송금한 돈은 '한라산 줄기,' 중국내 탈북자들이 송금한 돈은 '두만강 자금'이라 부르고 있다고 한다.

14) 원혜영의원(국회외교통상통일위원회), 새롭고 하나된 조국을 위한 모임의 공동조사결과 발표 내용 ; 파이낸셜뉴스, 2010년 10월 11일 ; <http://www.fnnews.com/>

2. 대북송금행위의 적법성

가. 송금행위에 대한 남북교류협력에 관한 법률적용여부

북한주민과의 교류를 위해서는 남북교류협력에 관한 법률에 따라야 한다. 동법은 본법의 적용을 받기 위해서는 남북교류와 협력을 목적으로 하여야 한다고 규정하고 있다.¹⁵⁾ 동법 제9조의 2는 남한의 주민이 북한의 주민과 회합·통신, 그 밖의 방법으로 접촉하려면 통일부장관에게 미리 신고하여야 한다. 다만, 대통령령으로 정하는 부득이한 사유에 해당하는 경우에는 접촉한 후에 신고할 수 있다고 규정하고 있다.

북한주민과의 접촉을 위한 절차로 남한 주민은 접촉 7일전까지 북한주민접촉신고서를 통일부장관에게 제출하여야 하고 북한주민과의 접촉을 사전에 신고할 수 없는 경우에는 접촉후 7일 이내에 북한주민사후접촉신고서를 제출하여야 한다.

북한이탈주민이 북한이탈 후 북한내 잔존가족과의 연락이나 생사확인을 위해 접촉을 하는 것은 남북교류협력에 관한 법률상 신고대상이 된다.

북한잔존가족에 대한 송금행위는 물품 등의 이동으로 동법 제2조가 정하고 있는 반출, 반입에 해당한다. 북한으로의 반입반출을 위해서는 통일부장관의 승인을 얻어야한다(제13조). 북한화폐의 경우 대외지급수단으로 인정하기 어렵기 때문에 반출반입승인대상 품목 및 승인절차에 관한 고시에 의하면 물품으로 인정하고 있다. 또한 북한잔류가족에 대한 선물도 증여이므로 반출, 반입의 승인대상에 포함된다고 할 수 있다.

이를 위반한 경우에는 3년이하의 징역 또는 1천만원이하의 벌금에 처해지도록 하고 있다.

나. 사법상의 유효성

(1) 남북교류협력법률위반의 송금행위의 유효성

북한이탈주민의 대북송금은 대부분 적법한 절차에 의하여 이루어지고 있지 못하고 있는 것으로 보인다. 북한이탈주민의 범죄피해조사결과에 의하면 북한이탈주민이 당한 범죄중 가장 높은 범주는 사기로 약 21.5%가 피해를 입으로 것으로 조사됐으며 이는 우리나라 사기 범죄발생률 0.5%에 43배이르는 것으로 나타났다. 이러한 사기피해중 20%가 북한가족초청 및 송금과 관련한 사기인 것으로 밝혀졌다.¹⁶⁾

이처럼 법적 절차의 진행없이 이루어지는 대북송금은 위법행위가 된다. 이한 위법행위의 경우 대북송금행위의 私法的 효력이 문제될 수 있다.

민법상의 법률행위는 적법성, 즉 강행법규에 위반되어서는 안된다. 강행법규란 『법령중

15) 대판 1997. 9.9. 97도1656

16) 장준오/이정환, “북한이탈주민의 범죄피해실태연구”, 한국형사정책연구원, 2006, 79면.

의 선량한 풍속 기타 사회질서에 관계있는 규정』을 의미한다. 다만 강행법규의 경우 그 규정이 효력규정인가 단속규정인가에 대해서는 논의가 있다. 강행규정·효력규정·단속규정의 의의를 어떻게 파악하고, 이들 규정의 관계를 어떻게 이해하는가에 관하여는 학설이 대립하고 있다. 즉 첫째, 강행법규에 효력규정과 단속규정이 있다고 보고, 단속규정은 사법상 효력에 영향을 미치지 않는 것으로 이해하는 견해이다. 둘째, 효력규정은 법률행위가 무효로 되는 규정이고, 단속규정은 그렇지 않은 경우라고 양자를 대립개념으로 보며, 효력규정과 내용강제규정을 포괄하여 강행규정으로 이해하는 견해로 나눌 수 있다.

판례는 강행규정은 법률행위를 무효로 하는 효력규정으로, 단속규정은 법률행위의 효력에는 영향을 미치지 않는 단순한 행위금지규정으로 이해한다.¹⁷⁾ 본 연구에서는 통설적 견해에 따라 효력규정과 단속규정으로 이분하여 논의하도록 한다.

대북송금행위에 관한 남북교류협력법의 금지규정을 위반한 것을 단속규정으로 볼 것인지 효력규정으로 볼 것인가에 따라 사법상의 효과는 달라진다. 효력규정으로 본다면 대북송금을 제3자에게 위탁하거나 대북송금을 통한 증여행위자체가 무효가 될 것이고 단속규정으로 본다면 사법상의 효력은 부인되지 않을 것이다.

그렇다면 남북교류협력법상 금지규정을 효력규정으로 볼 것인가 아니면 단속규정으로 해석할 것인가의 문제가 남는다. 남북교류협력법은 위반행위에 대한 형사처벌조항은 두고 있지만 부동산실권리자 명의등기 등에 관한 법률처럼 위반행위의 효력을 무효로 규정하고 있지 않아 그 해석의 문제가 남게 된다.

(가) 단속규정과 효력규정의 구별에 관한 학설

단속규정과 효력규정의 구별에 대해서 강행법규위반은 모두 효력규정위반으로 해석하기도 하였지만 사적 경제의 발달과 더불어 구체적인 구별의 필요성이 제기되었다.¹⁸⁾ 행위 자체만을 금지하는 경우가 단속규정이고 행위의 결과도 부인하는 경우가 효력규정이라는 입장¹⁹⁾도 있고, 법규의 형식을 기준으로 하는 견해, 법규의 성질을 표준으로 하는 견해 등이 다양하게 주장되고 있다. 그러나 일률적 기준을 통해 단속규정과 효력규정을 구별하는 것이 어려우므로 학설의 대부분은 구체적 고려요소를 통해 종합적으로 판단하여야 한다는 유보적 입장에 있다.

학설이 주장하는 고려요소를 보면 유무효에 따른 사회경제적 영향, 법규의 입법취지, 위반행위에 대한 사회의 윤리적 비난여부, 당사자 간의 신의 등²⁰⁾이다.

17) 이은영, 민법 I, 박영사, 1998, 210-211면.

18) 김영삼, “행정법규위반행위의 법적효과에 관한 연구”, 연세법학연구, 연세대학교 법과대학 법률문제연구소, 1990, 65면.

19) 고상룡, “단속법규위반과 사법상의 효력”, 판례월보 184호, 판례월보사, 1986, 38면.

(나) 판례

판례는 단속규정과 효력규정의 구별에 대해 윤리적 비난가능성을 주된 근거로 삼는 것으로 보인다. 보험업법이 정한 담보제공제한 등의 규정이 단속규정인가의 여부²¹⁾, 농수산물유통 및 가격안정에 관한 법률 제32조가 단속규정인지 여부²²⁾, 전기통신사업법 제36조의 3 제1항 제4호의 위반행위의 사법성 효력여부²³⁾ 등에서 모두 반사회성, 반도덕성이라는 기준을 제시하고 있다.

(다) 소론

대북송금행위를 효력규정위반으로 할 것인지 아니면 단속규정위반으로 볼 것인지를 검토하는 명백한 기준은 존재하지 않으며 학설의 다양한 기준에 따라 판단되어질 수밖에 없다. 그러나 이처럼 다양한 기준에 의해 결과적으로 그 평가가 개별화할 수밖에 없고 최종적으로는 법원의 판단에 의할 수밖에 없다는 무의미한 회귀적 결론에 도달하는 결과가 발생할 수밖에 없는 상황이다. 이 때문에 북한내 송금행위에 대한 일반적이고 구체적인 기준이 필요한 것이다.

북한이탈주민의 송금행위가 북한내 잔존가족의 생계를 유지하기 위한 점에서는 최소한의 인간다운 삶의 보장이고 이를 도덕적으로 비난할 수는 없을 것이다. 반대로 북한으로의 송금행위가 결과적으로 반국가단체인 북한의 재정상태를 강화하는 것이라면 민주적 헌법질서를 파괴하는 행위에 일조하는 것이므로 반사회성을 가질 수 있다. 그러나 북한이탈주민의 북한잔존가족에 대한 송금행위는 생존의 배려라는 목적에서 이루어지고 이 행위에 북한정부가 개입하는 것이 아니며 개별적인 사법상의 계약으로 이루어진다는 점에서 단속규정으로 해석하는 것이 타당할 것이다.

(2) 대금송금위탁과 불법원인급여

대북송금행위와 관련하여 또 다른 문제는 대북송금행위가 제3자를 통한 방법으로 이루어지고 있으므로 이것이 불법원인급여에 해당하게 되는가의 문제이다. 만약 불법원인급여에 해당한다면 대금송금을 위탁하였으나 북한잔류가족에게 송금이 이루어지지 않은 경우 대금의 반환을 청구할 수 없게 될 것이고 불법원인급여에 해당하지 않는다면 송금이 북한잔류가족에게 전달되지 않는 경우 이에 대한 반환청구를 인정할 수 있기 때문이다.

불법원인급여에 있어 가장 문제가 되는 것은 746조 「불법성」의 의미 내지 범위에 관한

20) 김재형, “법률에 위반한 법률행위-이른바 강행법규의 판단기준을 중심으로-”, 민사판례연구, 민사판례연구회, 2004, 16-17면.

21) 대판 1989. 9.12. 88다카2233,2240

22) 대판 2007. 10. 26. 2005다33121

23) 대판 2009. 6. 25. 2007다12944

문제이다.

학설은 103조 위반의 법률행위가 모두 746조의 불법원인급여에 해당하는 것은 아니라는 통설과 판례의 입장과 103조 위반의 불법행위는 모두 제746조의 불법원인급여에 해당한다는 견해로 나누어지고 있다.

통설²⁴⁾과 판례²⁵⁾는 선량한 풍속과 관련된 것(윤리적 비난 가능성이 있는 법률적 행위)만을 불법으로 보자는 견해이고 소수설은 행정목적 달성을 위한 금지 및 효력규정 위반의 경우에도 포함되어야 한다는 견해²⁶⁾이다.

북한주민에 대한 송금행위가 반사회적 법률행위인가에 대하여 북한가족에 대한 생계적 보조라는 측면에서 보자면 이를 선량한 풍속에 위반되는 것이라고 해석할 수는 없을 것이다. 따라서 통설과 판례의 입장에 따르자면 이는 불법원인급여에 해당하지 않으면 북한간류가족에 대한 지급이 이루어지지 않으면 반환청구가 가능하다고 할 것이다. 소수설에 의하면 이는 행정목적의 위반행위에 해당하므로 반환청구가 불가능하다고 할 것이다. 다만 북한에 대한 송금이 결과적으로 북한의 정치적 유지와 역할에 일정한 기여를 하거나 자유민주적 기본질서를 해할 우려가 있다고 주장하는 입장에서는 송금행위자체를 반사회적 법률행위로 인정한다고 할 수 있을 것이다.

3. 결어

대북송금행위는 대부분 남북교류협력법에 따른 신고나 승인 없이 사실상 환치기 등의 불법적 방법으로 이루어지고 있는 것으로 보인다. 이들 행위가 효력규정위반으로 무효라고 한다면 위탁한 금전을 반환받을 수 있으나 송금행위를 강제할 수 없고, 더 나아가 불법원인급여로 판단된다면 반환청구도 불가능하게 된다. 이점에서 대북송금행위가 효력규정위반인가 단속규정위반인가는 중요하다. 명문의 규정이 없는 경우 이를 단속규정으로 해석할 것인지, 아니면 효력규정으로 해석할 것인가에 대한 일반원칙은 없는 상황이다.²⁷⁾ 최종적으로는 학설과 법원의 해석에 의해 결정되어 왔다고 할 수 있다. 그러나 사법상의 효력은 사적 자치의 원칙에 따라 가능한 한 유효한 것으로 해석되어야 한다는 입장은 판례나 학설 모두 동일하다고 할 수 있다.

24) 양형우, “반사회적 법률행위에 관한 법적 고찰”, 사회과학논총 제12집, 서경대학교 사회과학연구소, 1999, 109면.

25) 대판 1979.11.13. 79다483(전원합의체)

26) 김형한, “명의신탁된 부동산과 불법원인급여”, 재판관 판례 제13집, 대구판례연구회, 2003, 354면.

27) 김형한, 상계논문, 351면.

북한잔류가족을 위한 생계지원목적으로 개별송금행위의 경우 남북교류협약법의 합리적 해석을 통해 유효한 것으로 하여야 할 것이다. 다만 남북교류협약법상 반입반출규정을 단속규정으로 해석하는 경우 동법의 입법취지를 약화할 우려가 있고 북한잔류가족을 위한 송금행위에 대해 여전히 행사처벌이 적용되므로 이를 보완할 방법이 필요할 것이다.

또한 북한잔류가족에 대한 송금행위로 인해 북한잔류가족이 재산을 취득하는 경우 향후 통일과정에서 이들 재산은 합법성이 인정되어야 한다.

Ⅳ. 통일시 북한이탈주민의 권리인정여부

1. 서언

남북한의 통일시에 북한내 토지소유권처리문제는 매우 중요한 문제이며 이에 관해서는 많은 연구들이 이루어져 왔다. 다만 예측할 수 없는 통일의 방식과 내용으로 인해 가정적(假定的) 의견들을 제시할 수밖에 없는 상황이다. 다만 통일방식에도 불구하고 북한주민에게 토지소유권이 어떠한 방식으로든 인정될 수밖에 없다는 점은 대부분의 학자들이 인정하고 있는 것 같다.²⁸⁾ 독일의 경우와 달리 원상회복을 전면적으로 실시할 수 없는 점으로 들고 있는 이유는 구동독의 경우에는 북한과 달리 일정한 사적 소유와 함께 토지의 거래와 저당권의 설정이 가능했었고, 특히 사회주의 국가임에도 불구하고 등기부를 계속 유지해 왔으나²⁹⁾ 북한의 경우 지적과 등기부의 유지가 없었다는 점을 들고 있다.³⁰⁾ 이처럼 북한주민에게 토지소유를 인정한다면 북한이탈주민에게도 이에 관한 권리를 인정할 수 있는가의 문제가 발생한다. 물론 이 문제는 몇 가지 전제가 필요하다. 우선 북한 내의 토지개혁 등의 토지몰수행위를 전면적으로 부정하고 공산화이전의 단계로 되돌릴 수 없다는 점과 현재 북한주민의 생존의 배려를 위한 생산수단의 소유를 인정할 수밖에 없다는 점이다. 다만 이 경우 북한의 몰수조치에 의하여 몰수된 토지소유자의 배상문제는 해결해야할 과제가 된다.

통일시 북한이탈주민에 대한 북한내 재산보호는 북한을 이탈하였기 때문에 문제가 되지 않을 수 있다고 생각할 수 있으나 통일후 북한주민에게 토지소유권을 인정하면서 북한이

28) 제성호, “통일 후 바람직한 토지정책방향-특히 북한토지의 처리와 관련해서-”, 법학논문집 제 29집 제2호, 중앙대학교 법학연구소, 2005, 173면.

29) 김상용, “구동독의 토지제도”, 토지연구 제4권 5호, 1993, 134면.

30) 김성욱, “남북한의 재산법 통합과 관련한 법적 쟁점”, 통일정책연구 제16권 제1호, 통일연구원, 2007, 231면.

탈주민에게 인정하지 않는 경우 결과적으로 북한내 거주를 우리법이 인정하지 않는 것과 같으며 북한내에서 재산권을 근거 없이 박탈한다는 점에서 문제가 될 것이다. 통일 후 북한이탈주민에게 북한내 재산에 대한 권리인정여부를 검토하기 위해서는 현재 북한의 소유체제를 우리 민법상 어떻게 해석을 할 수 있는가에 대한 연구가 필요하다. 이는 향후 북한 소유체제를 남한체제에 편입하는 과정에서 발생할 수 있는 문제를 최소화할 수 있다는 점에서도 매우 중요한 의미를 갖는다고 할 것이다.

2. 북한내 소유권의 변화과정

가. 북한의 토지몰수와 분배

북한정권은 1946년 3월 5일 북한지역에 '토지개혁에 대한 법령'을 제정·공포하여 '무상몰수와 무상분배'에 의한 토지개혁을 실시하였다. 동 법령은 일본·일본인 및 민족반역자 소유의 토지와 면적이 5정보 이상인 조선인 소유의 토지 등을 무상으로 몰수하여 무산농민들에게 무상으로 분배하도록 하고 있고 분배되지 않은 나머지 토지에 대해서는 북조선임시인민위원회에 그 처리를 위임하는 것으로 하고 있다.³¹⁾

산림지와 대지 등의 경우에도 1947년 3월 22일 '산림에 관한 결정서'와 '대지 및 잡종지에 관한 결정서'에 의하여 무상몰수 되었다.³²⁾

북한의 토지개혁법령은 북한농민연맹의 대표회의에서 채택된 요구사항이 북조선임시인민위원회에 제출됨으로써 시작되었다. 북조선임시위원회는 이를 받아들여 토지개혁에 대한 법령을 제정하고 이를 시행하기 위해 토지개혁 실시에 대한 임시조치법을 제정하였다. 이법은 토지개혁법령이 공포된 그대부터 축력(우마)과 농업기구를 매각·은닉·훤손 기타 처분하는 지주는 인민의 적으로 인정하는 동시에 5년 이하의 징역 또는 10만원 이하의 벌금형에 처하도록 하였다(제1조). 둘째, 토지개혁법령이 공포된 때부터 주택·창고·기타 건축물을 매각·훤손 기타 처분을 하는 지주는 인민의 적으로 인정하는 동시에 10년 이하의 징역 또는 20만원 이하의 벌금형에 처하도록 하였다(제2조). 셋째, 제1조와 제2조에 해당하는 지주의 축력·농업기계·주택·창고 기타 건축물을 매수하는 자는 3년 이하의 징역 또는 5만원 이하의 벌금형에 처하도록 하였다(제3조).³³⁾

토지개혁의 실시조직과 절차에 관한 규정으로는 토지개혁법령에 관한 세칙이 공포되어

31) 법원행정처, 북한의 부동산제도, 1997, 324면; 정경모/최달곤, 북한법령집 제2권, 대륙연구소, 1990, 273-274면.

32) 배병일, "통일한국의 토지소유제도 개편방향", 북한연구 제4권 제3호, 대륙연구소, 1993, 195면.

33) 정경모/최달곤, 전제서, 276면.

있으며 동법령은 농촌위원회의 조직과 그 임무(제1장), 물수될 토지(제2장), 토지분배(제3장), 과수원과 과목(제4장), 산림(제5장), 관개시설 및 건물(제6장)등을 규정하고 있다.

농민에게 분배된 토지는 도인민위원회가 토지소유권에 관한 증명서를 교부하여 이를 토지대장에 등록함으로써 완료되도록 하였다(토지개혁에 대한 법령 제7조).

이 시기의 북한의 경우 사적소유권제도가 계속하여 유지가 되어 있다는 점에서 매우 큰 의미가 있다. 이후 북한에서 이루어진 농업협동화조치가 북한주민의 자발적 의사에 의하여 이루어졌다고 가정한다면³⁴⁾ 농업협동체제, 즉 집단적 소유제도를 우리나라의 사법체계에 편입하는데 중요한 기준을 제공할 수 있기 때문이다.

나. 농업협동화조치와 사적소유권의 부정

1953년 8월 5일 개최된 조선노동당 중앙회의 제6차 전원회의는 정전협정체결이후 북한체제의 새로운 변화를 위해 개최되었다. 동 회의는 북한의 사회주의 경제건설의 방향을 결정하기 위한 회의로서 중공업의 우선적 장려와 경공업, 농업의 동시발전을 추구하기로 하면서 농업발전을 위해서 농촌의 사회주의적 개조, 즉 농업협동화의 조기 추진을 결정하였다.³⁵⁾

농업협동화는 사적 소유권을 전면적으로 부인하는 것이 아니라 개별적 토지소유를 인정하면서 토지, 농기구 등을 공동으로 이용하는 형태를 취하였다. 그리고 수확량의 분배는 투입된 노동력의 양에 따라 결정하도록 하였다.³⁶⁾ 1954년 1월에 공포된 ‘농업협동조합의 조직문제’법령에 따르면 농업협동조합은 세 가지의 형태로 나누어져 있다. 첫 번째는 작업만을 공동으로 하는 고정적 노력협조형태(제1형태)이고 두 번째는 토지를 통합하고 공동경리를 운영하되, 노동과 토지의 몫에 의하여 분배하는 반사회주의적(半社會主義的) 형태(제2형태), 세 번째는 토지를 비롯한 기본생산수단을 모두 통합하고 노동에 의하여서만 분배하는 완전한 사회주의형태(제3형태)이다.³⁷⁾

1954년 3월 11일 내각결정 제40호로 ‘농업협동경리의 강화·발전의 대책에 관하여’가 공포되어 협동조합에 대한 본격적인 지원을 하면서, 개인경리가 협동조합에 가입하도록 하였다.³⁸⁾

1954년 5월 4일에는 ‘농업협동경리의 국가등록에 관한 규정’을 공포하여 농업협동조합

34) 북한의 공산화과정을 불법적 행위로 전면적으로 부정할 수도 있고 현재의 실효적 점령을 인정할 수도 있다.

35) 김영운, “북한 토지소유제의 전개과정”, 북한 통권 300호, 북한연구소, 1996, 129면.

36) 김영운, 상계논문, 129면.

37) 한 결, “공화국 농업협동조합법의 발전”, 우리나라 법의 발전, 국립출판소, 1960, 91면.

38) 정경모/최달곤, 전거서, 316-318면.

에 대한 등록제를 실시하였다. 이후 농업협동조합은 신속히 확대되기 시작하였으며 농업 현물세에 관한 법령에 의하여 현물세율을 경감하게 함으로써 개인소유토지의 협동조합화는 더욱 가속화되었다.

농업협동조합화과정은 북한에서 순조롭게 진행이 되어 1957년에는 총농가호수의 95.6%가 협동정리에 속하였고, 그 중에서 제3형태의 비율은 98.8%를 차지하였다.³⁹⁾⁴⁰⁾

이후 북한은 농업협동조합을 통합하는 과정을 진행하는데 1958년 10월 11일 내각결정 제125호 '농업협동조합을 통합하여 그의 규모를 확장하는데 관하여'를 제정, 공포한다. 동 법령은 리단위로 한 개의 농업협동조합으로 통합하도록 하고 있다.⁴¹⁾ 농업협동조합은 1961년10월 이후 협동농장으로 개명되었다.⁴²⁾

3. 농업협동조합(협동농장)의 법적 성질

북한내 협동농장(집단적 소유)을 통일 후 어떻게 편입시킬 수 있는가는 우선 현행법상의 법리적 해석을 전제로 논의가 이루어져야한다. 즉 현행법으로서의 합리적 해석이 되지 않는 경우 별도의 입법적 조치가 필요하며 일도양단의 정치적 접근으로 결정되어야 하는 것은 아니다.

우리나라의 현행민법 속에서 북한의 소유체계가 어떻게 해석될 수 있는지를 검토하는 것은 향후 정책적 결정을 하는데 있어 매우 중요한 근간이 될 수 있으며 특히 본 연구처럼 북한이탈주민의 개별적 재산권인정여부를 다루기 위해서는 반드시 전제가 되어야 하는 연구라고 할 것이다.

북한협동농장의 경우 현재의 소유 및 재산관리형태는 개인소유권을 인정하는 현행 민법의 태도와는 매우 다른 입장에 있어 그 해석이 쉽지는 않다. 그러나 협동농장의 전개과정을 살펴보면 그 형성과정에서는 몇 가지 단초들을 파악할 수 있다.

우선 협동농장은 개인적 소유권을 전제로 하여 출발하였으며 이를 통합하는 과정을 거쳤다는 점이다. 둘째 협동농장화이후 개인적인 분할이나 관리가 부인되고 있다는 점이다. 셋째 협동농장의 기초적인 법률관계는 토지라는 물적 기반의 기초위에 이루어지고 있다는 점이다.

39) 한 걸, 전제서, 102면.

40) 제3형태로의 발전과정에서 불법적 행위가 이루어졌을 가능성이 사실상 크며 이 부분은 실제 소유주와 북한정부와의 불법행위문제이고 이후 협동농장에 참여를 하여 일정한 권리를 취득한 북한주민과 원래의 소유주와의 문제라고 볼 것은 아니므로 이 수치를 인용하기로 한다.

41) 정경모/최달곤, 전제서, 368면.

42) 법원행정처, 전제서, 101면.

이러한 몇 가지 요인을 분석하면 북한의 협동농장은 우리법상 조합, 사단, 재단의 제도의 특성을 가지고 있다고 할 수 있다.

가. 협동농장과 조합

민법상 조합은 “2인 이상이 상호출자하여 공동사업을 경영할 것을 약정”함으로써 성립한다(민법 제703조 1항). 조합의 재산은 합유에 의하여 규율된다. 조합재산은 조합이 존속하고 있는 동안 조합원의 개인재산과 구별되는 “특별재산”을 형성한다. 따라서 조합원은 조합재산에 대한 지분권을 제한적으로만 주장할 수 있고, 조합이 해산된 후에 비로소 그 지분권에 기한 권리를 완전히 주장할 수 있다.

합유의 경우에도 지분은 존재하며 지분의 비율은 존재한다.⁴³⁾ 협동농장 중 제2형태의 경우 공동경영를 통해 노동과 토지의 몫에 의하여 분배를 하고 있다는 점에서 조합과 유사한 성질을 가지고 있다고 할 수 있다. 즉 토지의 몫이라는 점이 결과적으로 출자재산의 비율을 의미할 수 있기 때문이다.

그러나 토지분배의 마지막 유형인 제3유형의 경우에는 조합에 해당할 수 없다. 자신이 출자한 토지의 비율에 관계없이 부여한 노동의 결과에 따라 분배를 받기 때문이다. 1957년에 제3유형이 약 99%에 이르렀으므로 현재 북한의 협동농장의 유형은 사실상 제3유형만 존재한다고 할 것이므로 조합이라는 법률관계를 적용하기에는 어려움이 있을 것이다.

나. 법인으로서의 협동농장

우리 민법상 법인은 사단과 재단으로 나누어진다. 사단법인이란 일정한 목적을 위하여 결합된 사람의 집합 즉 단체가 법인으로 된 것을 말하며, 재단법인이란 일정한 목적을 위하여 제공된 재산에 대하여 법인격을 부여한 것을 말한다.

민법은 법인으로서 성립하기 위해서는 설립행위와 주무관청의 허가 등 일정한 절차를 준수할 것을 규정하고 있다. 이러한 민법규정을 현행 민법이 실효적으로 적용되지 않는 북한에서 적용될 것을 요구할 수는 없다.

북한의 협동농장을 북한법제의 유효성을 인정하여 법적 절차를 준수하였다고 인정한다면 우리법상 법인설립과 유사한 법적 절차를 이행하였다고 할 수 있으므로 사단 또는 재단으로 인정할 수 있을 것이다.

북한의 민법규정을 인정하지 않는다고 하여도 실제적인 조직체를 가지고 있고 법률상의 행위를 협동농장의 이름으로 행한다는 점과 협동농장의 재산소유상태를 공시하는 제도를

43) 박윤직, 채권각론, 1995, 524면; 김재형, 조합에 대한 법적규율, 민사판례연구, 민사판례연구회 제19집, 1997, 649면.

가지고 있는 점 등을 고려한다면 적어도 우리법상 비법인사단 및 재단으로서의 법적 성질을 인정할 수 있을 것이다.

학설은 권리능력 없는 사단의 성립요건을 설명하면서 다음 두 가지 요건을 요건으로 내세우고 있는 것이 일반적이다⁴⁴⁾ 첫째는 단체로서의 조직을 갖출 것이고 둘째는 대표의 방법·총회의 운영·재산의 관리 기타 사단으로서의 주요한 점이 정관 등에 의하여 확정되어 있어야 한다는 것이다. 전자는 이른바 사단적 조직이어야 한다는 의미로 보이며, 후자는 조직의 골격이 자치규범에 의하여 확립되어 있어야 한다는 뜻으로 이해할 수 있다.

학설은 재단성을 갖추기 위한 요건으로 첫째, 비영리적 목적을 가져야 하고 둘째, 어떤 관리조직을 갖추고 있어야 하며 셋째, 전술한 비영리적 목적에 바쳐진 재산이 있어야 한다고 하고 있다.⁴⁵⁾ 학설에 따르면 재단이 성립하기 위하여는 ① 목적재산의 분리·독립과 ② 재산관리기구의 확립이라는 일반적 성립요건이 필요하다고 할 수 있다. 목적재산의 분리·독립이란 출연자나 관리자의 개인재산과 뒤섞이지 아니하는 것이고, 재단채권자에 대하여 재단의 재산만이 책임재산이 됨을 말하며, 재산관리기구의 확립이란 재단목적 달성을 위하여 목적재산을 관리하고 업무집행을 하는 관리인 내지 대표자가 있어 대외적 행위의 효과가 행위자인 그 자에게 귀속되지 아니하고 목적재산 즉 재단 자체에 귀속하는 체제가 갖추어져 있음을 말하는 것으로 이해된다.

협동농장은 비법인 사단인가? 비법인 단체인가? 우리 법은 사단법인과 재단법인의 중간형을 인정치 않으므로 그 결과 실체에 있어서 인적 요소와 물적 요소를 모두 가지고 있다 해도 중간적 특수법인으로 성립하지는 못하도록 되어 있다.

북한의 협동농장은 자신의 토지를 농장에 편입하여 재산을 구성하였다는 점에서는 재단적 성질을, 협동농장의 구성원의 자치적 조직체라는 점에서는 사단적 성질을 가지고 있다.

우리나라판례의 경우 비법인 사단과 재단의 법적성질의 구별에 명확성을 두고 있지 않고 있다.

판례는 「... 독립된 단체를 이루고 있는 사찰은 그 등록처분의 유무에 불구하고 권리능력 없는 사단 또는 재단으로서의 독립된 권리능력과 소송상의 당사자능력을 가지며」⁴⁶⁾라고 판시하거나 일반적인 사찰은 사설사찰과는 달리 법인격 없는 사단 또는 재단이므로...⁴⁷⁾라고 판시하여 비법인 단체가 인적 요소를 포함하고 있는 경우 그것이 재산관리기구의 조직

44) 곽윤직, 민법총칙, 박영사, 1998, 190면; 이영준, 민법총칙, 박영사, 1996, 851-852면; 김상용, 민법총칙, 법문사, 1999, 275면; 고상룡, 민법총칙, 법문사, 1999, 260면; 백태승, 민법총칙, 법문사, 2000, 212면.

45) 졸고, "사찰의 법적성질", 한양법학, 한양법학회, 제14집, 2003, 262면.

46) 대판 1988.3.22. 85다카1489

47) 대판 1989.10.10. 89다카2902

체인지 아니면 이용상의 법률관계인지를 분명히 밝히지 아니함으로써 구체적인 기준을 제시하고 있지는 않다.

이러한 해석에 기초하면 북한의 협동농장을 사단과 재단으로 구별하지 아니하고 구체적 타당성에 따라 재판기준을 적용할 것으로 보인다.

4. 북한이탈주민의 협동농장지위변동 여부

협동농장에 대하여 사단성을 인정한다면 북한주민은 리(里)를 중심으로 하는 협동농장의 구성원으로서의 지위를 갖고 있던 것으로 볼 수 있다. 사단의 소유형태에 대하여 현행 민법은 권리능력없는 사단의 재산은 사원의 총유에 속한다(제275조)고 규정하고 있다.

이러한 우리법상의 규정을 적용한다면 협동농장의 소유형태와 가장 유사한 소유형태로 총유를 인정할 수 있을 것이다.

총유란 소유권이 질적으로 분유되어 그 재산의 관리·처분의 권능은 공동체 자체에 속하고, 그 사용·수익의 권능은 각 단체원에 속하는 공동소유형태를 말한다.⁴⁸⁾ 총유는 공유와는 달리 개인적인 지분의 관념이란 거의 찾아볼 수 없고, 게다가 그 근본바탕이 되는 개인적 소유권에 관한 사상도 존재하지 않는다.⁴⁹⁾ 그러므로 개인의 수익권능의 양도·상속 등에 관해서도 인정될 수 없다(민법 제277조).

이러한 총유적 입장은 북한 협동농장의 시설의 공동이용과 수익이라는 측면과 많은 면에서 유사성을 가지고 있다고 할 수 있다. 또한 초기에 그것이 형식적 자율성에 기인한 것 인지는 문제가 될 수 있으나 주민 스스로 협동농장에 편입하는 절차를 거쳤다는 점에서 단체적 소유권을 인정하였다는 특성을 부인할 수는 없을 것이다.

북한의 협동농장의 소유형태를 총유에 유추적용할 수 있다면 북한이탈주민이 기존에 북한에 가지고 있던 농장이나 기업에 대한 재산적 권리는 총유적인 사원권의 하나라고 해석될 수 있을 것이다.

총유적 사원권은 지분이 인정되지 않으며 오로지 단체에 가입되거나 탈퇴함으로써 단체의 재산적 이익을 향수하게 된다. 그렇다면 북한이탈주민의 경우 북한을 이탈한 것이 협동농장 등의 단체로부터의 이탈행위로 해석될 수 있는가가 문제가 될 것이다. 북한의 협동농장에 자치규약이 있다면 이 자치규약의 해석이 가장 중요한 근거가 될 것이지만 현실적으로 이에 관한 규정을 찾기 어려운 문제점이 있다.

만약 북한이탈행위를 북한이 범죄로 간주하고 북한내의 권리를 제한, 박탈한 경우라도

48) 황적인, 전현대민법론 2, 박영사, 1987, 249면.

49) 정권섭, 부동산법총론, 법원사, 1992, 113면.

우리법이 반국가단체인 북한으로부터의 이탈을 범죄라고 규정할 수는 없으므로 이에 대한 사법적 효력은 부인되는 것이 타당할 것이다. 북한이탈주민의 협동농장에 대한 사원적 지위는 북한이탈행위로 인해 부인되어서는 안될 것이다.

그렇다면 탈북행위를 사원권의 박탈을 부인하기 위해서는 사법상 이를 불가항력 등으로 사원권을 행사할 수 없는 것으로 해석할 필요가 있다. 따라서 향후 통일 후 협동농장 등 집단적 소유권을 재사유화하는 과정에서 북한이탈주민에게 협동농장 등에 대한 사원적 권리를 인정하여야 할 필요가 있다.

V. 결 론

북한이탈주민의 북한잔류가족에 대한 재산이전행위는 대법원과 헌법재판소의 입장에 따른다면 대한민국 국민의 행위이다.

북한이탈주민의 가족에 대한 대북송금은 남북교류협력법상 위법행위이고 형사처벌의 대상이 된다. 북한이탈주민의 송금행위를 위법행위라고 할지라도 사법상 효력규정위반으로 볼 것인지, 단속규정위반으로 볼 것인지가 문제되는데 행위의 반사회성, 반도덕성의 기준으로 본다면 단속규정으로 보는 것이 타당할 것이다. 다만 단속규정으로 이해할 경우 발생하는 위법효과를 최소화하기 위해서는 별도의 규정과 절차가 필요하다. 미국 의회의 예산으로 운영되는 미국평화연구소가 한국에 정착한 북한이탈주민의 대북송금실태와 그 영향에 대한 연구를 하였다는 점은 대금송금행위의 중요성을 반증하는 것이다.

북한이탈주민의 북한잔류재산의 경우, 현행 대한민법의 법체계가 북한지역에 유효하다고 한다면 현재 북한 내에서 적용되는 있는 재산적 행위를 우리 민법으로 해석하는 작업이 선행되어야 한다.

협동농장의 형성과정을 검토하여 보면 자신의 토지를 단체에 출연한 것으로 해석될 수 있고 이 단체적 소유는 재단과 사단의 중간적 성질을 갖는 것으로 해석된다. 다만 토지출연행위에 대한 위법성으로 인해 토지출연행위자체가 무효가 된다면 원상회복의 문제가 남게될 수 있다. 그러나 이런 해석은 토지귀속이후 출생하여 집단적 소유제도의 일원이 된 자의 지위를 보장하지 못하므로 합리적 해석이 필요하다. 북한이탈주민은 집단적 소유제도에서 사원권적 지위를 가지고 있고 탈북을 하여 실질적으로 권리행사를 할 수 없다고 하여 이를 배제하는 행위를 인정해서는 안된다. 북한이탈주민에 대한 북한이 협동농장의 일원으로서의 지위를 몰수 또는 배제하는 결정을 한다면 실향민의 재산에 대한 몰수행위처럼 위법한 것으로 인정하여야 할 것이다.

본 연구를 진행함에 있어 북한 내의 구체적인 의사결정과정이나 준칙, 권리의무에 대한 기초자료나 연구결과를 찾을 수 없어 북한의 협동농장 등의 소유권을 북한의 토지개혁과정을 통해 연혁적으로 검토할 수밖에 없었다. 향후 북한내 협동농장의 가입과 탈퇴, 제재 조치 등과 관련하여 보다 세부적이고 구체적인 자료의 확보를 통한 연구가 이루어져야 할 것으로 보인다. 특히 북한내 거주지역의 이전이나 신규인구의 유입절차는 북한의 소유체제의 핵심을 이루는 협동체의 법적 성질을 파악하는 데 매우 중요한 의미를 가질 것으로 보인다.

【주제어】

북한이탈주민, 송금행위, 협동농장, 남북교류협력에 관한 법률, 불법원인급여, 사유화

원고접수일: 2011. 10. 15.

원고심사일: 2011. 11. 08.

게재확정일: 2011. 11. 12.

【참고문헌】

- 곽윤직, 민법총칙, 박영사, 1998.
- _____, 채권각론, 1995.
- 고상룡, 민법총칙, 법문사, 1999.
- 김상용, 민법총칙, 법문사, 1999.
- 법원행정처, 북한의 부동산제도, 1997.
- 백태승, 민법총칙, 법문사, 2000.
- 윤병선/김병목, 헌법체계론, 법지사, 1998.
- 이영준, 민법총칙, 박영사, 1996.
- 이은영, 민법 I, 박영사, 1998.
- 장준오/이정환, “북한이탈주민의 범죄피해실태연구”, 한국형사정책연구원, 2006.
- 정경모/최달곤, 북한법령집 제2권, 대륙연구소, 1990.
- 정권섭, 부동산법총론, 법원사, 1992.
- 황적인, 전현대민법론 2, 박영사, 1987.
- 허영, 한국헌법론, 박영사, 1990.
- 홍성방, 헌법학, 현암사, 2002.

- 고상룡, “단속법규위반과 사법상의 효력”, 판례월보, 184호, 판례월보사, 1986.
- 김도창, “헌법과 국가통일문제”, 법학, 제8권 제2호, 서울대학교, 1966.
- 김상용, “구동독의 토지제도”, 토지연구, 제4권 5호, 1993.
- 김선택, “헌법과 통일정책”, 한국법학 50년—과거, 현재, 미래; 대한민국건국 50주년 기념 제1회 한국법학자대회 논문집, 한국법학회, 1998.
- 김성욱, “남북한의 재산법 통합과 관련한 법적 쟁점”, 통일정책연구, 제16권 제1호, 통일연구원, 2007.
- 김영삼, “행정법규위반행위의 법적효과에 관한 연구”, 연세법학연구, 연세대학교 법과대학 법률문제연구소.
- 김영운, “북한 토지소유제의 전개과정”, 북한, 통권 300호, 북한연구소, 1996.
- 김재형, “법률에 위반한 법률행위—이른바 강행법규의 판단기준을 중심으로”, 민사판례연구, 민사판례연구회, 2004, 1990.
- _____, 조합에 대한 법적규율, 민사판례연구, 제19집, 민사판례연구회, 1997.
- 김형한, “명의신탁된 부동산과 불법원인급여”, 재판관 판례, 제13집, 대구판례연구회, 2003.

- 도희근, “헌법 제3조(영토조항)의 해석”, 헌법규범과 헌법현실(권영성교수 정년기념논문집), 법문사, 1999.
- 박윤흔, “남북기본합의서의 이행에 따른 남북교류협력법령의 보완발전사항”, 법학, 제34권 제1호, 1993.
- 배병일, “통일한국의 토지소유제도 개편방향”, 북한연구, 제4권 제3호, 대륙연구소, 1993.
- 손행선, “북한이탈주민의 북한배우자에 대한 이혼소송고찰”, 법학논총, 제20권 제1호, 국민대학교 출판부, 2007.
- 신영호, “북한주민에 대한 한국민사법의 적용”, 저스티스, 제121호, 한국법학원, 2010.
- 양재모, “사찰의 법적성질”, 한양법학, 제14집, 한양법학회, 2003.
- 양형우, “반사회적 법률행위에 관한 법적 고찰”, 사회과학논총, 제12집, 서경대학교 사회과학연구소, 1999.
- 양천수, “법이론과 법정책의 관점에서 접근한 새터민 이혼소송”, 통일정책연구, 제17권 제1호, 통일연구원, 2008.
- 이효원, “북한이탈주민의 이혼송과 북한주민의 법적 지위”, 가족법연구, 제22권 제3호, 한국가족법학회, 2008.
- 임복규, “남북한 주민사이의 상속문제 해결방안”, 북한법연구, 북한법연구회, 2007.
- 장명봉, “남북한 기본관계 정립을 위한 법적 대응”, 유엔가입과 통일의 공법문제, 한국공법학회, 1991.
- 제성호, “통일 후 바람직한 토지정책방향—특히 북한토지의 처리와 관련해서”, 법학논문집, 제29집 제2호, 중앙대학교 법학연구소, 2005.
- 한 겉, “공화국 농업협동조합법의 발전”, 우리나라 법의 발전, 국립출판소, 1960.
- 최경옥, “한국헌법 제3조와 북한과의 관계”, 공법학연구, 영남공법학회, 1999.
- 최은숙, “북한주민의 상속권보호를 위한 고찰”, 가족법연구, 제15권 제1호, 한국가족법학회, 2001.
- <http://www.unikorea.go.kr/CmsWeb/viewPage.req?idx=PG0000000365>
- <http://www.fnnews.com/>
- 연합뉴스, 2009년 07월 07일
- 파이낸셜뉴스, 2010년 10월 11일

【Abstract】

The Legal Matters of North Korean Refugee's Property

Yang, JaeMo

We are faced with political difficulties of North Korean Refugees. The protection and management of the defectors from North Korea is the most important task but those problem is not easy.

Under current law, North Korea is enemy but on constitutional aspects, North Koreans and South Koreans have the same ethnic roots and the unification of South and North Korea is a constitutional duty of the president, the National Assembly, south korean people and so on.

above this, North Korean Refugees issues have complications. so It's looked at from all ramifications, as we might imagine-political ramifications, financial ramifications, social and cultural ramifications

North Korean Refugees issues are usually discussed by publicists. they focus on economic aids and North Korean Refugees' settlement in South Korea.

This article have two main subjects. one is North Korean Refugees's money transfer to the North korea. the other is North Korean Refugees's property in North Korean

Interchange and Cooperation Act between South and North Korea prohibit koran send money to North Korea without report to the competent authorities. but many North Korean Refugees send money to their families in north korea under the counter. now we must do legalize their transfer.

North Korean Refugees's property in North Korean didn't deserves much attention. but it will be a difficult affair to manage on privatization process of the North Korean Collective Farm System After Unification after the unification of South and North Korea,

I think Collective Farm ownership in north korea is "chongyou". one of common property ownership. a north korean refugee has obligation of member. if he don't take a duty. he lose his rights of common property, but it is a result of force majeure. so, north korean refugee's right must be not deprived.

【Key Words】

North Korean Refugee, Money Transfer to the North Korea, Interchange and Cooperation Act between South and North Korea, Collective Farm System, Privatization