

탈북자의 離婚 請求에 있어서의 國際私法的 問題

-서울가정법원 2004년 2월 6일 선고 2003드단58877 판결을 계기로-

任 成 權*

I. 序

2003년 말 도하 신문에 보도된 바와 같이 북한에서 탈출하여 남한에 온 여인(원고)이 북한에 있는 것으로 추정되는 남편(피고)을 상대로 離婚 請求를 법원에 제기하였다. 이 사건에 대한 서울가정법원의 판결이 2004.2.6에 있었다. 사건의 내용은 다음과 같다.

원고인 이 여인은 1997.11. 북한지역에서 婚姻하고 동거하던 중 1998.6. 여아를 출산하였다. 이 가족은 북한에서의 생활이 경제적으로 어렵자 2000.3. 경 모두 함께 북한지역을 떠나 중국으로 건너갔다. 남편은 중국에서 목축장의 잡역부로 일하였는데 2000.12. 경 목축장 관리인과 임금 미지급 문제로 다투다가 목축장 관리인을 폭행하였고, 목축장관리인의 신고로 중국 공안원에게 체포되어 북한지역으로 강제송환되었다. 그 후 이 여인은 딸과 함께 중국공안원을 피하여 숨어살다가 주위의 도움으로 2003.2. 경 딸과 함께 제3국을 거쳐 남한지역으로 건너왔다. 대한민국의 관련기관의 조사를 받고 통일부장관의 신청에 의하여 2003.4.4. 서울가정법원에서 취적허가를 받아 딸을 호주로 하여 호적이 편제되었다. 그리고 이 여인의 신분사항란에 피고와의 북한에서의 婚姻사실이 기재되었다.¹⁾

* 인하대 법대 교수.

1) 이 글의 발표 후 2004.9.10. 서울가정법원에서 한국가족법학회와 서울가정법원 공동 세미나가 있었는데 그 세미나에서 주제발표한 정상규, “탈북자 離婚사건에 관한 연구”(미공간), 5-8면에서는 월남 또는 월북한 사람들의 가족관계에 관한 규율의 변화를 다루고 있다. 가족법관계의 실정법적 효과의 규율을 위해서는 호적상 기재의 의미, 취적의 의미, 대법원 호적예규에 따라 기재한 호적부의 신분사항란의 기재사실의 법적 효과 등이 문제될 수 있는데 이것은 가족법적 연구에 속하므로 그에 미루고 이 글에서는 國際私法적인 논의만 다루기로 한다.

이 사안에서 법원은 이 사건의 婚姻의 有效性 여부를 먼저 판단하였다. 그리고 離婚請求 및 親權行使者 指定請求에 관한 판단을 하였다. 그러나 이 사안을 일종의 準國際私法的인 사안으로 보아야 사안의 본질을 정확하게 파악하는 것이 된다. 즉 사안의 요소로서 우선 離婚請求를 당하는 피고가 북한에 거주하고 있는 것으로 추정되고 따라서 管轄權의 여부가 먼저 판단되어야 한다. 그 다음에 管轄權이 있다는 판단을 한다면 이 사건의 피고가 되는 자에 대한 送達 문제가 있다. 그리고 그 다음에 離婚請求에 대하여 어느 법을 적용할 것인지를 판단하여야 한다. 마지막으로 親權行使者 指定에 적용할 법을 선택하여야 하는 문제가 남는다. 이 사안에 대한 법원의 판단에서는 이러한 사항들이 전혀 검토되지 않은 것처럼 판결문이 나와 있는데 이것은 모처럼 있는 準國際私法的인 사건의 판단으로서는 무척 아쉬운 점이다. 아래에서는 이러한 사항들에 대하여 나름대로의 생각을 서술하고자 한다.²⁾

II. 管轄權 문제

1. 국제재판관할원칙

가. 학 설

1) 이중기능설

민사소송법상의 토지관할규정은 國際裁判管轄規定을 동시에 규정한 것이라고 보는 견해이다. 독일의 경우 1877년 민사소송법을 제정하면서 재판권 문제를 염두에 두었지만 외국관련 사건을 독일 법원이 재판권을 행사한다는 것으로 규정한다면 발생할 지도 모르는 외국과의 충돌을 피하기 위하여 입법기술상 국내 재판권이 인정되면 재판권이 인정된다는 생각으로 국내 토지관할의 형식으로 입법하였다고 한다. 따라서 민사소송법상의 토지관할 규정은 국내 국제 재판관할을 함께 규율하는 이중의 기능을 가진 것으로 직접 적용된다고 한다. 독일 민사소송법 제정 당시에는 國際裁判管轄의 개념보다는 재판권 행사의 제한 문제로 인식하고 국내에 토지관

2) 이 사안과 관련하여 남북한의 상호 법적 지위, 남북한 주민 사이의 법률관계 등에 대하여 논의할 필요가 있으나 이에 대해서는 필자가 이미 “남북한 사이의 國際私法적 문제”, 國際私法연구 제4호에서 다루었으므로 여기에서는 논의하지 않는다.

할이 있는 경우에는 널리 재판권을 인정하는 정도의 관념이었을 것으로 보는 견해가 있다.³⁾ 반면에 우리 법상으로도 이중기능설을 인정할 수 있다는 견해도 있다.⁴⁾ 후자의 견해는 우리 법이 독일법을 계수한 일본법을 계수하면서 의식적으로 국제적인 고려를 배제하는 작업을 하지 않았으므로 비록 우리 입법자들이 토지관할규정 제정시 국제적인 고려를 인식하지 못하였다 하더라도 우리 법상으로도 기본적으로는 이중기능을 인정할 수 있다고 본다.

2) 역추지설

민사소송법상 재판권의 한계를 직접 규율하는 규정이 없으므로 토지관할에 관한 규정에서 역으로 추지할 수밖에 없다고 한다. 이 견해는 국제관할에 관한 규정이 없으므로 민사소송법상의 토지관할규정에서 국제관할에 관한 규칙을 추지할 수밖에 없다고 하는 것이다.

國際管轄權이 논리상 國內管轄權의 상위의 독립된 개념인데도 불구하고 이 학설에 의하면 國內管轄權이 있음을 전제로 하여 國際管轄權이 인정된다는 불합리에 빠진다는 비판을 받는다.

3) 관할배분설

裁判管轄權은 각국의 재판기관이 재판기능을 분담하는 것으로서 법의 불비는 결국 조리에 의하여 보충될 수밖에 없으며 여기서의 조리는 국제민사소송법의 기본이념으로서의 조리라고 한다. 성문규정이 없는 이상 조리에 의한다면 구체적 개별적인 사안의 내용을 심리하는 법관의 자유재량으로 이익형량에 따라 결정되어야 한다고 하는 利益衡量說도 이 견해의 발전이라고 볼 수 있다.

나. 판례

대법원이 國際裁判管轄에 대하여 견해를 밝힌 몇 판례를 정리하여⁵⁾ 4

3) 최공웅, “國際裁判管轄 원칙에 관한 재론”, 법조 1998. 9-10면.

4) 석광현, “國際裁判管轄의 몇 가지 문제”, 인권과 정의 262호 (1998) 37면.

5) 그 중에서도 대법원 1992.7.28. 선고 91다41897 판결과 1995.11.21. 선고 93다39607 판결이 유명하다. 전자는 외국법인의 서울사무소에서 근무하던 외국인들이 부당해고를 이유로 우리 법원에서 외국법인에 대해 손해배상을 請求한 사건인데 법원은 민사소송법상의 토지관할에 관한 규정(제10조)에 의한 재판권이 국내에 있을 때에는 설외사건에 관한 소송에 관하여도 우리 나라에 재판관할이 있다고 인정함이 상당하다는 것을 전제로 우리 법원의 國際裁判管轄權을 인정하였다. 후자는 한국 회

단계설을 주장한 견해가 있다.⁶⁾

① 섭외사건의 國際裁判管轄에 관해 조약이나 일반적으로 승인된 국제법상의 원칙이 아직 확립되어 있지 않고 우리의 성문법규도 없다.

② 따라서 섭외사건에 관한 법원의 國際裁判管轄 유무는 결국 당사자간의 공평, 재판의 적정, 신속이라는 기본이념에 따라 조리에 의해 결정함이 상당하다.

③ 이 경우 민사소송법의 토지관할규정 또한 위 기본이념에 따라 제정된 것이므로 위 규정에 의한 재판적이 한국에 있을 때에는 한국 법원에 國際裁判管轄이 있다고 봄이 상당하다.

④ 다만, 위 ③에 따라 國際裁判管轄을 긍정하는 것이 조리에 반한다는 특별한 사정이 있는 경우에는 한국 법원은 國際裁判管轄權이 없다.

이 견해에서 ①②원칙은 國際裁判管轄 규칙을 정하는 원칙이라고 보기 보다는 전제적인 사정에 그치므로 ③④원칙의 2단계설이라고 보아도 될 것이라는 평가가 있다.⁷⁾ 원칙을 정함에 있어서는 그렇게 평가하는 것이 타당할지 몰라도 우리 대법원의 태도를 살피는 데에는 4단계 구조가 더 정확하게 파악할 수 있다.

1단계는 현재의 상태를 판단하는 대법원의 견해이다. 우리 민사소송법이 國際裁判管轄을 정면에서 규정하는 바가 없고⁸⁾ 또 국제적으로 합의된 國際裁判管轄原則도 없다는 평가를 하고 있는 것이다. 2단계는 민사소송의 기본이념인 공평, 적정, 신속을 國際裁判管轄의 결정 기준으로 들고 있는데 결국 재판을 공평하고 적정하며 신속하게 할 수 있는 法廷地를 선택

사가 수출한 무선전화기의 결합으로 인하여 손해를 입은 미국의 피해자들이 미국의 수입업자를 상대로 소송을 제기하고 수입업자는 한국 회사를 제3자소송인수참가의 방식으로 피고로 참가시킨 뒤 수입업자와 제조물책임보험을 체결한 보험회사가 피해자들에게 손해를 먼저 배상하고 한국 회사를 상대로 승소판결을 받아 한국 법원에서 집행판결을 얻으려고 한 사건인데 이 사건에서 법원은 제조자와 손해발생지 사이에 실질적 관련이 없다는 이유로 플로리다 주 법원의 國際裁判管轄을 부정한 사건이다. 이 사건에서 법원은 특별한 사정에 의한 國際裁判管轄 규칙의 수정가능성을 인정하였다.

6) 석광현, “국제적인 제조물책임과 관련한 國際私法상의 문제”, 國際私法과 국제소송 제1권, 박영사, 2001년, 217면 이하 참조.

7) 한충수, “國際私法の 탄생과 國際裁判管轄”, 법조 2001.5(536권) 55-57면.

8) 석광현, “國際裁判管轄에 관한 연구”, 서울대 대학원 법학박사학위논문, 2000.2., 136면에서는 민사소송법 제9조(현행법으로는 제11조로 재산소재지의 특별재판적을 규정한 조항을 말한다)가 섭외적인 요소를 갖고 있는 사건을 전제로 한 것으로서 적어도 문면상으로는 명백히 國際裁判管轄을 전제로 한 규정이라고 평가하고 있다.

하는 것이다. 3단계는 민사소송법의 토지관할 규정에 따라 재판적이 있으면 國際裁判管轄이 있다는 것인데 우리 민사소송법의 토지관할 규정이 모두 國際裁判管轄에 적용될 수는 없다는 점은 명백하므로 규정들의 성격에 따라 다시 판단해야 한다. 즉 그대로 國際裁判管轄 규칙으로 쓸 수 있는 것은 그대로 적용하고 수정하여야만 적용할 수 있는 것은 수정하여 國際裁判管轄 규칙으로 쓰고 적절하지 않은 규정은 아예 배제하여야 하는 문제가 남는다. 4단계는 특별한 사정의 법리에 따른 부적절한 法廷地의 법리를 받아들이는 것이라고 평가하고 있다. 그러나 반드시 그렇게 볼 것인지는 의문이다. 미국에서도 이 법리를 주에 따라 받아들이는 정도가 다른데 우리가 그 법리를 완전히 받아들이는 것으로 해석하는 것은 의문이다. 또한 특별한 사정'을 어느 정도까지 인정하느냐에 따라 예외의 범위가 결정될 것이므로 명확한 기준을 제시하는 것은 아니다.

다. 사 건

國際私法 제2조 제1항에서 사건과 법원과의 “실질적 관련성”을 裁判管轄權 판단의 제1요소로 선언하고 있다. 그리고 동 제2항에서 “국내법의 토지관할 규정을 참작”할 것을 요청하고 또한 이 경우 “國際裁判管轄의 특수성을 충분히 고려할” 것을 규정하고 있다. 이러한 國際裁判管轄權에 대한 규정은 민사소송법에도 없는 것으로서 우리 법 사상 처음으로 등장한 것이다.⁹⁾ 그러나 최근 이에 대한 법원의 판단이 있었으며¹⁰⁾ 어느 정도 판례가 형성된 것으로 판단할 수 있다. 그러나 판결들은 國際裁判管轄權에 대하여 추상적 내용만을 말할 뿐 구체적인 기준을 제시한 것으로 평가받지는 못하고 있다.¹¹⁾

國際裁判管轄權은 그 법원의 조직이라든가 법의 존재 양식, 판사의 소양의 정도 등이 각국에 따라 다른 것이 보통이므로 국내토지관할규정을 그대로 國際裁判管轄規則으로 볼 수도 없거니와 경우에 따라서는 혹여 국내법원에 裁判管轄權이 인정된다고 하더라도 외국법원에서 재판하는 것이 당사자의 정의에도 맞고 실효성에도 접근하는 경우가 있을 수 있으므로 國際裁判管轄規則은 국내토지관할규정을 기초로 판단하되 이러한 특수성

9) 민사소송법 제217조에서 “國際裁判管轄權”이란 말을 사용하고 있으나 그 내용을 규정하고 있지는 않다.

10) 대법원 1992.7.28. 선고 91다41897 판결, 대법원 1995.11.21. 선고 93다39607 판결 등.

11) 한충수, “섭외사범 개정법률안의 검토”, 國際私法연구 제6호 224면.

을 반영하여 새로이 정립하라는 것이 법규정의 취지라고 보는 것이 타당할 것이다. 그러므로 그 규칙을 어떻게 정립할 것인가는 여전히 학설과 판례에 맡겨져 있다고 본다.

2. 準國際私法 사건에서의 管轄權

남북한 주민 사이의 법률관계에 대하여 일부 이견이 있기는 하지만 準國際私法的인 문제로 다루는 데에 학계는 대체로 동의하고 있는 것으로 보인다.¹²⁾ 그러나 우리 법원에서는 남북한 주민 사이의 이러한 準國際私法的 문제를 전혀 고려하지 않고 있는 것으로 보인다.¹³⁾ 그러나 이러한 태도는 곧 변경되어야 할 것으로 보인다. 앞으로 남북한 주민 사이에 생길 법률문제는 다양한 형태로 나타날 수 있기 때문에¹⁴⁾ 그 때마다 북한을 인정하지 않는 태도로 일관하는 것은 법적 문제를 바르게 해결하기 어렵게 만들 수 있기 때문이다. 남북한 주민 사이에 법률쟁송이 벌어졌을 때 어느 법원이 管轄權을 행사할 것인가? 準國際私法的인 문제에서도 管轄權 판단은 전제되어야 한다. 이에 대하여 별도의 규정이 없으므로 國際私法에서의 國際裁判管轄權規定을 유추해석하여 판단해야 하지 않을까 한다.¹⁵⁾ 따라서 남북한 주민 사이의 법률문제에 대하여서도 당사자 또는 분쟁의 대상이 된 사안이 남한과 실질적 관련이 있을 때에 우리 법원이 裁判管轄權을 갖는다. 이때 우리 법원은 국내 관할규정을 참작하여 裁判管轄權의 유무를 판단하여야 한다. 물론 이 경우 북한의 사법체계 등의 특수성을 고려하여 당사자에게 실질적인 형평성이 보장될 수 있게 해야 한다.

12) 오수근, “남북한간의 國際私法적 문제” 國際私法연구 제3호, 559면 이하 : 임성권, “남북한 사이의 國際私法적 문제” 國際私法연구 제4호, 171면 이하 참조.

13) 우리 법원은 북한지역을 아직도 “미수복지구로서 괴뢰정권이 참탈한 지역”으로 보고 있다. 따라서 국내법만 고려하여 적용한다. 이것은 우리 헌법의 영토조항에서 비롯된 것으로 남북한이 유엔에 동시가입한 이후엔 그 태도를 변경해야 마땅한 일이다.(상게 논문 임성권 참조)

14) 離婚 사건 뿐만 아니라 상속 사건이 법원에 계류중이라고 한다. 그 외에 지적 재산권 문제도 제기되고 있다.

15) 이러한 문제에 대하여 일일이 그 실질사법적 내용을 별도로 규정하는 것이 타당하다고 하는 견해도 있다.(오수근, 전게논문 574면 이하 참조) 물론 그렇게 별도의 실질사법적 법률을 갖게 되더라도 裁判管轄權 판단은 별개의 문제로 판단해야 한다.

3. 이 사안에서의 판단

離婚 사건의 國際裁判管轄權을 판단하는 데에는 국적을 기준으로 하는 것이 통상적이라고 한다.¹⁶⁾ 부부가 국적을 달리하는 경우 부부 모두의 본국에 管轄權을 인정하는 견해, 피고인 부부 일방의 본국에만 管轄權을 인정하는 견해, 남편의 본국에만 管轄權을 인정하는 견해 등이 있을 수 있다. 또 國際裁判管轄權 판단의 기준으로 주소를 들 수도 있다. 부부의 주소가 서로 다른 경우 부부 각각의 주소지국에 모두 管轄權을 인정하는 견해, 피고인 부부 일방의 주소지국에만 管轄權을 인정하는 견해, 피고 주소지국을 원칙으로 하되 특별한 사정이 있는 경우 예외적으로 원고의 주소지국의 管轄權을 인정하는 견해 등으로 나누어질 수 있다.¹⁷⁾ 우리는 주소 대신에 常居所를 기준으로 판단할 수도 있다.

우리 대법원은 “외국인 간의 離婚審判請求事件에 대한 裁判請求權 행사는 소송절차 상의 공평 및 정의 관념에 비추어 상대방인 被請求인이 행방 불명 기타 이에 준하는 사정이 있거나 상대방이 적극적으로 응소하여 그 이익이 부당하게 침해될 우려가 없다고 보여져 그들에 대한 심판의 거부가 오히려 외국인에 대한 법의 보호를 거부하는 것이 되어 정의에 반한다고 인정되는 예외적인 경우를 제외하고는 상대방인 被請求人の 주소가 우리 나라에 있을 것을 요건으로 한다”고 하여 제일 후자의 견해에 가까운 태도를 밝히고 있는 것으로 보인다.¹⁸⁾

그렇다면 이 사안에서는 어떻게 판단하는 것이 타당할까? 물론 우리 대법원에서는 북한 주민들도 대한민국 국민이라는 태도를 취하므로 부부 공통의 국적인 대한민국에 管轄權이 있고 대한민국 법을 적용한다는 일관된 견해를 가질 수도 있다.

그러나 앞에서 밝힌 바와 같이 이 문제를 準國際私法的인 문제로 보는 견해에서는 원칙적으로 被請求人の 常居所地에 裁判管轄權이 있고 예외적으로 소송절차 상의 공평 및 정의 관념에 비추어 상대방인 被請求인이 행

16) 오승룡, “섭외적 離婚관계에 관한 법적 고찰” 國際私法연구 제3호, 762면 참조.

17) 이호정, 섭외사범, 한국방송대학교 출판부, 1998년, 338면 참조.

18) 대법원 1975.7.22. 선고 74므22 판결에서는 이러한 이유로 管轄權을 인정하지 않았고 서울고등법원 1986.12.30. 선고 85드6506판결에서는 예외적인 사정을 고려하여 管轄權을 인정하였다.

방불명 기타 이에 준하는 사정이 있거나 상대방이 적극적으로 응소하여 그 이익이 부당하게 침해될 우려가 없다고 보여져 그들에 대한 심판의 거부가 오히려 이들에 대한 법의 보호를 거부하는 것이 되어 정의에 반한다고 인정되는 때에는 원고의 常居所地에 裁判管轄權을 인정해도 될 것이다.

이 사건에서는 피고인 남편이 북한 지역에 있는 것으로 추정만 될 뿐 생사 여부도 확인이 불가능한 경우이므로 원고의 常居所地인 남한에 裁判管轄權이 인정된다고 볼 것이다.¹⁹⁾

만약 피고 당사자인 남편의 생존이 확인되고 북한 지역에 거주하고 있는 사실이 확인된다면 그 때에도 남한에 裁判管轄權을 인정할 것인가? 이때 남한에 裁判管轄權을 인정하려면 예외적인 사정이 존재하여야 할 것이다. 사법체계가 우리와 다르다는 사정만으로 예외를 인정하는 것은 곤란하다. 이 경우 원고가 재판을 북한에서 받는 것이 사실적으로나 법적으로나 곤란하다는 것이 그 첫째 이유가 될 것이다. 만약 앞으로 남북한 당국자 사이에 이에 대한 협의가 성립되어 그 절차 등을 따로 규정한다면 문제를 해결할 수도 있을 것이다. 아직 그런 시기가 도래하기까지는 상당한 시일이 소요될 것으로 보이므로 현재로서는 원고 당사자가 북한에 있는 배우자를 상대로 하여 북한에서 離婚訴訟을 진행한다는 것이 법적으로나 사실적으로나 불가능하다. 그렇다고 하여 북한에 거주하는 배우자와의 婚姻을 지속하기도 곤란하므로 당사자 사이의 婚姻을 해소하기 위해서는 남한의 법원에 離婚訴訟을 제기하는 것이 법적으로 인정되어야 할 것이고 따라서 남한의 법원에 예외적으로 裁判管轄權이 인정된다고 하여야 한다.

Ⅲ. 離婚의 準據法

1. 국제사법 상의 규정

離婚의 準據法으로 婚姻의 일반적 효력의 準據法을 준용하고 있다. 다만 부부 중 일방이 대한민국에 常居所가 있는 대한민국 국민인 경우에는 準據法을 대한민국 법으로 하고 있다. 따라서 부부의 동일한 本國法, 부부의 동일한 常居所地法, 부부와 가장 밀접한 관련이 있는 곳의 법의 순서

19) 다만 이 사건의 경우 원고의 주소지는 부산인데 서울가정법원에 管轄權이 어떻게 인정된 것인지는 별도의 판단이 필요하다고 본다.

로 準據法을 정하게 된다.

2. 준국제사법 사건에서의 준거법

準國際私法 사건에서는 부부의 동일한 常居所地法, 부부와 가장 밀접한 관련이 있는 곳의 법의 순서로 準據法을 정해야 할 것이다. 제39조 단서를 準國際私法的 문제에도 적용할 것인가 하는 문제가 있다. 만약 이를 인정한다면 이러한 準國際私法的인 사건에서는 부부 중 일방이 대한민국에 常居所를 갖는 대한민국 국민인 경우에 해당하게 되므로 언제나 대한민국법을 적용하게 될 것이다. 따라서 이러한 견해를 피하는 것이 타당하다. 왜냐하면 이러한 견해를 따른다면 제39조 본문은 적용될 여지가 없게 되고 제39조 단서만 적용된다면 남북한 주민 사이에 문제되는 準國際私法的 사건으로서의 독자적인 의미가 없게 되기 때문이다. 그러므로 제39조 단서는 準國際私法的 사건에는 적용이 배제된다고 보아야 한다.

3. 이 사안에서의 판단

남북한 주민 사이에 적용할 법을 실질사법으로 따로 정해야 한다는 견해도 있으나²⁰⁾ 그런 단계가 아닌 현재로서는 準國際私法的인 논리에 따라 판단하여야 한다.²¹⁾ 이 사안의 경우에는 부부의 동일한 常居所地가 없으므로 부부와 “가장 밀접한 관련이 있는 곳”의 법을 선택해야 한다. 외견상으로는 이 부부에게 북한이 “가장 밀접한 관련”이 있다고 볼 여지가 있다. 그러나 부부가 그 지역을 탈출하여 생활한 점에서 보듯이 결혼생활의 근거를 북한에서 찾는 것은 곤란하다. 그렇다고 남편은 와보지도 않은 남한을 “가장 밀접한 관련이 있는 곳”이라고 곧바로 판단하는 것도 곤란하다. 공통의 이해관계가 있는 곳이 없으므로 판단에 어려움이 있다. 그렇다면 현재 離婚을 請求하는 사람의 常居所地가 그나마 “가장 밀접한 관련이 있는 곳”이라고 판단하는 것이 차선의 선택이 된다. 즉 法廷地로서의 법이 아니라 원고의 常居所地法이 그 準據法으로 되는 것이라고 보아야 한다.

20) 오수근, 전제논문, 575면.

21) 물론 이 경우 제39조 단서를 적용한다면 문제는 간단하다. 언제나 대한민국 법을 적용하면 그만일 것이다. 그렇게 본다면 準國際私法的인 사건의 경우 準據法の 결정 문제 등은 전혀 고려할 가치도 없는 것이 되고 나아가 準國際私法的인 문제를 인정하지 않게 되는 것과 같다.

IV. 親權行使者の 指定

1. 국제사법 상의 규정

離婚에 따라 親權行使者 指定의 문제가 나온다. 이 문제의 準據法을 離婚의 準據法에 따를 것인가 아니면 親子關係의 準據法에 따를 것인가 하는 문제가 있다.²²⁾ 親權의 행사는 권리보다는 의무의 성격이 더 강하므로 “子の 福利”를 중심으로 판단하는 것이 보다 타당하다고 본다.²³⁾ 따라서 親權行使者 指定문제의 準據法으로는 원인이 된 離婚의 準據法에 따르는 것보다는 親子關係의 準據法에 따르는 것이 보다 적합하다고 본다. 이 경우에도 親子關係의 성립원인의 準據法에 따를 것인가 아니면 親子關係의 효력의 準據法에 따르는 것이 타당할 것인가 하는 문제가 있으나 親權行使者 指定의 문제는 이미 親子關係가 인정된 후에 발생하는 문제이므로 親子關係의 효력의 準據法에 따르는 것이 타당하다고 본다. 國際私法 제 45조에서는 父母와 子の 本國法이 모두 동일한 경우에는 그 법에 의하고 그 외의 경우에는 子の 常居所地法에 의하도록 하고 있다. 즉 國際私法도 子の 福利를 중심에 놓고서 準據法을 선택하도록 한 것이다. 다만 원칙적으로 本國法에 연결하고 생활의 중심이 되는 常居所地法을 보충적인 연결로 한 점은 논리의 전개상 아쉬운 점이 있다.

2. 준국제사법 사건에서의 준거법

準國際私法 사건의 경우 국적 대신에 常居所地를 연결점으로 하므로 제 45조를 유추해석하여 본다면 “父母와 子の 常居所地法이 모두 동일한 경우에는 그 법에 의하고 그 외의 경우에는 子の 常居所地法에 의한다”라고 하겠으나 전자의 경우는 아예 準國際私法的 문제로 등장하지도 않게 되므로 “子の 常居所地法에 의한다”라는 부분만 남게 될 것이다. 따라서 準國

22) 오승룡, 전계논문, 780면에서 子の 양육 문제를 다루면서 이를 離婚의 효과로 보기 보다는 親子關係에 관한 문제로 파악하는 타당하다고 하는데 같은 경향이라고 판단된다.

23) 석광현, 전계서, 355면에서는 “자의 이익을 보호하기 위해 연결의 중심에 자를 두”었다고 서술하고 있는데 동일한 취지로 볼 수 있겠다.

國際私法的 사건에서는 子의 福利를 최우선으로 하는 현대법의 경향과도 일치하는 해결을 보게 된다.

3. 이 사안에서의 판단

이 사안에서는 子의 常居所地가 남한이므로 대한민국 법을 準據法으로 적용하게 된다.

V. 기타의 問題

1. 송 달

피고에게의 訴狀 送達 문제가 있다.²⁴⁾ 피고가 재판에 참여하여 공정한 재판을 받을 권리는 보장되어야 한다. 그러나 본 사안의 경우 피고에게 送達할 방법이 없고 또 설혹 送達이 된다고 하더라도 피고가 재판에 참석할 방법이 끊어져 있는 상황이므로 부득이하게 公示送達에 의하여 절차를 진행하였다. 그러나 公示送達에 의하더라도 문제가 남는다. 즉 민사소송법의 규정에 의하여 국내의 경우 2주일을 공시하면 되지만 외국이라면 2월 동안 공시하여야 하는데 이에 대한 판단이 문제되는 것이다. 북한이 현행 헌법상으로는 미수복지구로서 우리의 영토에 속하게 되겠지만 1991년 남북한이 유엔에 동시가입하고 남북한 사이에 기본합의서가 교환되어 있는 상황에서 그 기본합의서가 남북한 사이의 관계를 나라와 나라 사이의 관계가 아닌 특수한 관계임을 표창하고 있으므로 북한을 우리의 국내로 다룰 수도 없고 외국으로 다룰 수도 없다. 국내법으로서 남북교류협력에 관한 법률이 제정되어 있지만 이 법은 남북한 주민간의 접촉, 왕래, 교류를 주된 적용대상으로 다루고 있을 뿐이다. 따라서 남북한 주민 사이의 이러한 법률쟁송에 대한 절차적인 내용이 남북한 당국자 사이에 합의되어야 한다. 앞으로 남북한 당국 간에 이에 대한 협의를 통하여 문제가 해결될 것을 기대한다.

24) 이 사안에서 送達 문제에 대하여는 판단을 하지 않았다. 다만 재판을 담당했던 판사의 대외 해설에 의하면 원고의 公示送達을 받아들이고 이러한 公示送達에 의한 절차진행으로 인한 피고의 불이익은 향후 추완항소를 통하여 구제받을 수 있을 것이라는 견해를 제시하였다.

2. 선결문제로서의 혼인의 유효성 판단

先決問題의 해결에 대하여 法廷地의 國際私法에 의하여 準據法을 결정하여야 한다는 견해와 본문제 準據法인 나라의 國際私法에 의하여 準據法을 정하여야 한다는 견해가 있다. 婚姻의 법률효과는 夫부재산제, 離婚, 親子關係, 사후혼에 의한 準正, 法定相續權, 遺留分 등 여러 가지가 있는데 이러한 문제들이 사안이 되었을 때 그 先決問題의 準據法을 본문제 準據法이 소속되는 나라의 國際私法에 따라 정한다면 하나의 婚姻의 효력이 문제되는 사안에 따라 유무효의 판단이 달라질 수 있다. 따라서 先決問題의 準據法 선택은 法廷地의 國際私法에 의하여 결정하여야 한다.

본 사안에 이를 적용하면 婚姻의 有效性 여부는 우리 國際私法 제36조를 유추해석하여 북한의 법에 의하여 결정하여야 한다. 즉 북한의 婚姻法에 따라 이 婚姻의 유효 여부를 판단하여야 한다.

북한의 婚姻法은 1990.10.24. 최고인민회의 상설회의 결정 제5호로 제정한 조선민주주의인민공화국 가족법이 이에 해당되는데 규정 내용이 빈약하여 가족법 전반을 규율하기 어려우므로 종래의 법령이나 해석론에 의존하여야 하는 경우가 많고 입법기술상의 치밀성이 결여되어 해석상 논란의 여지가 많다고 한다.²⁵⁾ 북한의 가족법 제11조 제1항에서 “결혼은 신분등록기관에 등록을 하여야 법적으로 인정되며 국가의 보호를 받는다”고 하여 법률혼주의를 택하고 있다. 북한 가족법이 우리의 공서에 반하지 않는 한 원칙적으로 그 적용결과를 인정하여야 한다. 이렇게 북한 가족법에 따라 婚姻이 유효한 것으로 판단하더라도 우리 법원이 북한의 가족법을 적용한 것은 아니다. 또한 북한 가족법에 따라 유효한 婚姻으로 인정한 결과가 우리의 공서에 반하는 것도 아니다. 그러므로 이 사건에서 법원이 북한 법의 적용 여부를 판단하지 않고서 대한민국의 헌법 및 북한이탈주민의보호및정착지원에관한법률에 의하여 이 婚姻의 有效性을 인정한 것은 부당하다.

婚姻의 실질법적 효력에 대하여 학설의 대립이 있을 수 있다. 우선 우리 헌법 제3조의 우월성을 주장하면서 북한에서의 婚姻 등 신분질서의 형성을 전면적으로 부정하는 견해가 있을 수도 있는데 사법적인 질서의 형

25) 신영호, “북한 가족법의 회고와 전망”, 북한법률행정논총 제10집, 고려대학교 법학연구소, 1995, 132면.

성은 공법적인 원리와 달리 보아야 하므로 그러한 태도는 도저히 수용할 수 없다. 그리고 북한에서의 婚姻을 유효로 보더라도 그 효력이 발생하는 시기에 대하여 논의가 있을 수도 있다. 북한이탈주민의보호및정착지원에 관한법률이 정하는 취적허가에 따른 婚姻은 일정한 절차에 따라 서울가정법원으로부터 취적허가와 호적기재의 촉탁에 의하여 호적이 편제될 때 그 婚姻이 법률상 有效性을 갖게 된다고 보는 견해가 있을 수도 있는데 이 견해는 서울가정법원이 취적허가를 한 때로부터 우리 법상의 법률혼이 성립한다고 그 성립의 시기를 약간 소급할 수도 있지만 어느 쪽이든 타당한 견해라고 보기 어렵다. 이러한 견해는 북한에서의 신분질서의 형성을 우리 법상 전면적으로 부정하는 견해와 별다른 바 없다.

북한에서의 신분질서 형성은 북한 법에 따라 이루어졌다면 그 효력을 그대로 그 때부터 인정하여야 한다. 북한이탈주민의보호및정착지원에 관한 법률이 정하는 취적허가는 일종의 보고적 신고로서의 효력이 있을 뿐이라고 보아야 한다.²⁶⁾

VI. 맺는 말

이 사건이 신문에 보도된 이후 북한에서 온 탈북자들 중 상당수의 사람들이 서울가정법원에 離婚請求를 하였다는 이야기가 있다. 그것은 그 사람들이 그럴 필요성을 상당히 가지고 있다는 말이다. 즉 탈북자들도 정상적인 법률서비스를 받고 싶어 하는 것이다. 이러한 문제를 법적으로 해결할 필요성을 이제 진지하게 다루어야 할 때이다. 남북한 주민 사이에 離婚 사건 외에도 相續問題와 知的 財産權 問題가 제기되고 있다고 한다.

이러한 문제들을 다루기 위해서는 우선 남북한 당국자 사이에 이러한 문제들의 법적 처리를 위한 절차에 대한 협의가 필요하다. 특히 판결에 대하여 당사자들이 후에 다시 재판을 청구하여 다투는 사태가 생기지 않도록 할 필요가 있다. 재판에 참여하지 않은 당사자가 나중에 追完節次에 의하여 다룰 수 있으므로 그 재판은 정당하다는 주장은 곤란하다. 재판의 正當性은 당사자가 재판에 공정하게 참여할 수 있을 때 긍정된다. 따라서 이러한 절차를 어떻게 형성할 것인가에 대한 남북한 당국자들의 협의가

26) 정상규, “탈북자 離婚사건에 관한 연구”(미공간), 2004.9.10. 한국가족법학회와 서울가정법원 공동세미나, 64-66면.

시급한 형편이다.

절차에 대한 남북한 당국자 간에 합의가 도출되기 전까지는 재판을 하지 않고 마냥 연기하는 것이 타당한가. 그렇지 않다는 것은 누구나 알 수 있는 일이다. 당사자들에게 그러한 재판의 무기한 연기는 고통의 시간이 연장된다는 것과 다름없다. 이들에게도 헌법상의 幸福追求權이 일반인과 동일하게 인정된다. 또한 裁判請求權도 인정된다. 따라서 이들이 일종의 섭외적인 성격이 있는 사건을 법원에 제기하는 경우에 법원은 이것을 그냥 미루어둘 수는 없다. 우리 국회가 이러한 사건을 다루는 특별법을 형성한다면 그나마 바람직하겠지만 그렇지 않은 현재로서는 우리의 國際私法을 類推解釋하여 적용하는 것이 가장 합리적인 선택이라고 할 것이다. 즉 準國際私法的인 사건으로 보아서 문제를 해결하는 것이 타당하다. 이 문제를 우리의 헌법 적용문제로 오해하고 사건에 대하여 북한 법의 적용이라는 시각을 갖는 것은 무척이나 잘못된 일이다. 남북한 주민 사이의 法律爭訟에 대하여 우리 헌법의 적용범위 내의 문제로만 다루어 헌법 제3조의 適用說, 修正適用說 등을 주장하는 것은 결코 적절한 문제 해결의 길이 아니다. 더군다나 南北基本合意書가 있고 남북한이 동시에 유엔에 가입한 지도 벌써 십여년이 지났다. 그리고 헌법은 정치적인 성격의 법이다. 헌법에 얽매어서 이러한 사건을 다루는 것은 타당하지 못하다. 이러한 사건의 본질을 제대로 보자면 準國際私法的인 문제로 다루어야 한다. 물론 그러더라도 소송절차적인 면에서 법적인 흠결이 있는 것도 사실이다. 특히 送達 등에서 그러하다. 이 부분에 대한 입법적인 보충이 있어야만 한다. 남한에 거주하게 된 북한 출신들의 법적인 수요를 이제 무시해서는 안된다.