

북한주민의 혼인·친자·상속관계소송에 관한 諸問題*

1)정구태

(조선대 법대 부교수)

▶ 목 차 ◀

I. 序 言	5. 특례법의 규율
1. 사안의 개요	IV. 친자관계소송
2. 문제의 제기	1. 관할
II. 북한 및 북한주민의 법적 지위	2. 소송대리권의 存否
1. 남북한 특수관계론	3. 준거법
2. 남북한 특수관계론에 따른 북한의 법적 지위	4. 친자관계의 存否
3. 남북한 특수관계론에 따른 북한주민의 법적 지위	5. 특례법의 규율
III. 혼인관계소송	V. 상속관계소송
1. 緒	1. 관할
2. 관할	2. 준거법
3. 제1혼인의 유효성	3. 북한주민의 상속권 인정과 남한 상속인의 기여분 특례
4. 제2혼인에 대한 중혼취소청구의 인용여부	4. 북한주민의 상속권 행사의 제한
	5. 상속회복청구권의 제척기간
	VI. 結 語

I. 序言

1. 사안의 개요

甲은 1918. 2. 25. 군사분계선 이북지역(이하 ‘북한’이라 한다)에서 출생하여 1938. 3. 5. A와 혼인하였고(분가신고를 하여 본호적이 편제되었다, 이하 ‘제1혼인’이라 한다), 그 사이에서 장녀 X1, B(1996. 12. 1. 북한에서 사망), X2·X3·X4·X5 등 2남 4녀를 출산하였다. 甲은 6·25전쟁 발발 후 1·4 후퇴시 X1만 데리고 군사분계선 이남지역(이하 ‘남한’이라 한다)으로 피난하였고 나머지 가족들은 북한에 그대로 남게 되었는데, 그 후 휴전이 성립되고 남북한 왕래가 단절되면서 이산가족이 되었다.

甲은 1953. 6. 16. 군정법령 제179호(호적의 임시조치에 관한 규정)에 의한 “서울

* 이 글은 북한법연구회 제196회 월례발표회(2013. 12. 26.) 발표문으로서 <고려법학> 제70호(고려대학교 법학연구원, 2013.09), 279-328면에 게재된 것입니다.

영등포구 영등포동 6가 1번지”를 본적으로 새로이 취적신고를 하여 가호적을 편제한 다음, 1957. 1. 28. 북한에 남아 있는 처 A(미수복지구 거주) 및 함께 월남한 X1에 대하여 취적허가를 받아 자신의 가호적에 등재하였으나, 북한에 거주하는 나머지 자녀들은 호적에 등재하지 않았다. 甲은 남한에서 동거하던 Y1이 자녀를 출산하자 1959. 10. 19. A가 1952. 7. 8. 서울 영등포구 영등포동 6가 1번지에서 사망한 것으로 사망신고한 다음, 1959. 10. 20. Y1과 혼인신고를 하였고(이하 ‘제2혼인’이라 한다), 이후 그 사이에서 Y2, Y3, Y4, Y5 등 2남 2녀를 출산하였다.

甲은 서울 영등포에서 개인의원을 운영하면서 100억원대에 달하는 재산을 축적하였으나 1981년 뇌출혈로 쓰러져 거의 식물인간 상태로 투병생활을 하다가 1987. 11. 24. 사망하였고, A는 북한에서 거주하다가 1997. 4. 10. 사망하였다. 甲은 생전에 다수의 부동산을 소유하고 있었으나 사망 후 약 20년간 명의 변경이 이루어지지 않다가 2008. 12. 2. 남한의 가족관계등록부에 등록되어 있는 상속인들에 대해서만 상속등기가 이루어졌는데, X1과 후처(Y)의 가족들 간에 상속재산과 관련한 다툼이 있었다.

甲의 사망 후 X1은 북한에 두고 온 가족들을 찾기 위하여 2000. 9. 경 남북이산가족찾기 신청을 하였으나 찾지 못하고 있던 중 2005.경 일본에 거주하고 있는 외삼촌을 통하여, 북한에서 모친 A와 동생 B가 사망하였고 나머지 4명의 동생인 X2, X3, X4, X5(이하 ‘X2 등’이라 한다)가 생존해 있으나 월남자 가족으로 북한에서 반동분자로 몰려 비참한 생활을 하고 있다는 소식을 접하였다. X1은 2008. 2.경 서울에서 미국 국적의 선교사로서 북한을 자주 왕래하는 C를 만나, C로 하여금 북한에 거주하는 가족들의 소재를 파악하여 이들에게 자신(X1)을 수임인으로 하여 甲의 상속재산에 대한 소송수행 및 재산관리를 위임할 의사가 있는지 타진해 달라고 의뢰하였다. C는 평양을 방문하여 친분이 있는 북한 국가보위부 관계자와 함께 X2 등의 주소지를 찾아가 甲의 사망 사실을 알렸고, X2 등으로부터 이 사건 친자확인 및 상속권회복청구의 소송수행 및 상속재산 관리를 X1에게 위임하겠다는 의사를 확인하였다.

그 후 C는 X2 등으로부터 자필진술서와 서명·무인한 자필 소송위임장, X1을 수임인으로 하는 상속재산에 대한 법적 관리위임장 등 서류 일체와 신원 확인을 위하여 채취한 X2 등의 모발 및 손톱 샘플과 이들 자료를 준비하기 위한 전 과정이 담긴 동영상, X2 등의 공민증·북한당국이 보관하는 주민대장·주민등록문건 등을 카메라로 촬영한 자료가 담긴 디지털카메라 저장장치 등을 교부받고, 2008. 9.경 남한에 입국하여 X1에게 이들 서류와 디지털 자료 일체를 전달하였다.

X2 등은 위 자료들을 가지고 궁극적으로 甲의 재산을 상속받고자 남한의 소송대리인을 통해 2009. 2.부터 일련의 소송을 제기하였는데, ① 먼저 서울남부지방법원에 가족관계등록부 창설허가 신청을 하였고,¹⁾ ② 다음으로 서울가정법원에 검사를 상대로 甲과의 친자관계 존재의 확인을 구하는 訴를 제기하였으며, ③ 마지막으로

1) 이에 대하여 서울남부지방법원은 2009. 7. 15. “신청인들이 북한에 주소를 두고 있지만, 헌법상 대한민국 국민인데다 특별히 이들에게 가족관계등록을 배제할 만한 결격 사유가 없다”는 이유로 신청을 인용하였다. 이는 북한 주민의 가족관계등록부 창설을 인정한 최초의 결정이다.

서울중앙지방법원에 Y1, Y2, Y3, Y4, Y5(이하 ‘Y1 등’이라 한다)를 상대로 상속 회복청구의 訴²⁾를 제기하였다. 한편, X1은 이와 별개로 2009. 2. 16. 서울가정법원에 Y1을 상대로 제2혼인이 중혼임을 이유로 중혼취소의 訴를 제기하였다.

2. 문제의 제기

위 사안은 북한주민³⁾의 상속권 회복에 관한 소송이라는 특수성으로 인해 언론의 큰 관심을 불러일으켰으며, 한편으로 북한 주민과 관련된 친족·상속문제를 해결하기 위한 특별법 제정의 필요성을 크게 촉발시킴으로써 2012. 2. 10. ‘남북 주민 사이의 가족관계와 상속 등에 관한 특별법’(이하 ‘특별법’이라 한다)이 제정되는 직접적인 계기가 되었다. X2 등이 제기한 상속회복청구의 訴는 결과적으로 민사조정이 성립되어 종결되었으나, 이들 소송은 북한 주민의 친족·상속관계에 관한 중요한 법적 쟁점을 망라하고 있어 학술적으로는 물론 실제적으로도 연구의 필요성이 매우 크다. 이에 이 글에서는 이들 소송을 쟁점 별로 각기 분석·검토하고, 현재 특별법상으로는 이들 쟁점이 어떻게 규율되고 있는지 고찰하고자 한다. 이하에서는 먼저 논의의 전제로서 북한 및 북한 주민의 법적 지위를 어떻게 파악해야 하는지 살펴본 후에(Ⅱ), 위 사안에서 전개된 일련의 소송을 혼인관계소송(Ⅲ), 친자관계소송(Ⅳ), 상속관계소송(Ⅴ)으로 대별하여 검토한다.

Ⅱ. 북한 및 북한 주민의 법적 지위

남한과 북한은 분단국가라는 특수한 관계에 있다. 역사적인 문제나 정치적인 문제는 별론으로 하더라도 이러한 현실은 남한과 북한의 관계가 일반적인 대외관계와는 다를 수밖에 없음을 의미한다. 또한 북한의 법적 지위를 어떻게 파악하느냐에 따라 북한주민의 법적 지위를 어떻게 파악할 것인지가 결정된다.

1. 남북한 특수관계론

대한민국헌법은 제3조에서 영토조향을 두어 규범적으로 완성헌법을 기본으로 하면서도, 제4조에서 통일조향을 두어 현실적인 분단상황을 인정하고 있기 때문에, 남북한관계는 규범체계상 국가간 관계라고 할 수 없지만 그렇다고 단일한 국내법이 현실적으로 적용되지도 않는 특수한 관계이다. 국제사회에서도 남북한이 각각 엄연

2) X2 등은 앞서 Y 등을 상대로 상속재산인 부동산에 관하여 법원에 처분금지 가처분 신청을 하였는데, 서울중앙지방법원 2008. 12. 23. 2008가합4303 결정은 “X2 등이 제출한 소명자료로 볼 때 가처분 신청은 이유가 있다”고 하여 이를 인용하였다. 이는 북한 주민의 가처분 신청을 인정한 최초의 결정이며, 이로써 부동산등기부등본에는 주민등록번호 없이 X2 등의 성명만 기재되었다.

3) 이 글에서는 ‘북한 주민’이라는 용어를 북한 내에 거주하는 주민, 탈북하여 남한에 체류하는 북한이탈주민, 중국에 거주하는 북한의 ‘해외공민증’ 소지자 등을 포함하는 넓은 의미로 사용한다.

히 국가적 실체를 가지고 국제법의 주체로서 활동하고 있어 헌법을 비롯한 국내법을 국제법적 규범영역에 그대로 적용할 수도 없는 특수성이 존재한다. 즉, 북한은 국내법적으로 헌법상 불법단체 또는 국가보안법상 반국가단체로서의 지위와 동시에 평화통일을 위한 대화와 협력의 동반자로서의 지위를 이중적으로 가지며, 규범적으로는 대한민국의 일부분으로서 대한민국과 함께 단일한 국가성을 가지나, 현실적으로는 국제사회에서 독립된 주권을 가진 국가로서 인정받고 활동하고 있기 때문에, 한반도에는 사실상 두 개의 국가가 존재하고 있는 것으로 평가된다.⁴⁾

2005. 12. 29. 제정된 남북관계에 관한 법률 제3조 제1항은 “남한과 북한의 관계는 국가간의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계이다”라고 규정함으로써 최초로 남북한 특수관계론을 입법적으로 수용하였으며,⁵⁾ 특례법 제2조(법 적용의 기본원칙)도 “이 법을 해석·적용할 때에는 남한과 북한의 관계가 국가 사이의 관계가 아닌 평화적 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계임을 고려하여야 한다”고 규정하여 남북한 특수관계론을 명문화하였다.

2. 남북한 특수관계론에 따른 북한의 법적 지위

이러한 남북한특수관계론을 헌법규범적으로 분석할 경우에는 남북한관계가 적용되는 규범영역에 따라서 상이한 규범적 의미를 부여할 수 있고, 이는 국내법적 규범영역과 국제법적 규범영역으로 구분할 수 있는바, 그 각각의 의미를 살펴보면 다음과 같다.⁶⁾

첫째, 남북한관계가 국내법적 규범영역에서 적용될 경우, 그 소극적인 의미는 남북한관계가 나라와 나라 사이의 관계가 아니라는 것을 의미하므로, 남북한관계에 대하여는 국제법원칙을 적용할 수 없다. 이는 정치적으로는 남북한이 하나의 민족 국가를 달성하기 위하여 노력한다는 것을 대내외적으로 선언한 것일 뿐, 남북한관

4) 남북한 특수관계론에 대해서는 이주현, “남북한 특수관계의 의미”, 『남북교류와 관련한 법적 문제점』 제1권(법원행정처, 2002), 11~64면; 이규창, “‘남북관계 발전에 관한 법률’의 분석과 평가 -남북한 특수관계 및 남북합의서 관련 조항을 중심으로-”, 『법조』 제55권 제8호(법조협회, 2006. 8), 159~195면; 양영희, “북한의 법적지위”, 『통일사법정책연구』 제1권(법원행정처, 2006), 1~26면; 이영진, “헌법상 영토·통일 조항의 개정논의와 남북특수관계론 -국가보안법의 위헌·폐지론과 관련하여-”, 『통일사법정책연구』 제2권(법원행정처, 2008), 53~104면.

5) 일찍이 1991. 12. 13. 체결되어 1992. 2. 19. 발효된 ‘남북 사이의 화해와 불가침 및 교류협력에 관한 합의서’ (이하 ‘남북합의서’라 칭한다)가 남북한관계를 ‘나라와 나라 사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성된 특수관계’로 규정하였으나, 헌법재판소 1997. 1. 16. 선고 92헌바6 등 결정 및 대법원 1999. 7. 23. 98두14525 판결은 공히 남북합의서의 법적 성격을 법적 구속력이 없는 공동성명 또는 신사협정에 준하는 것으로 파악한 바 있다. 남북합의서의 법적 성격에 대해서는 이효원, “남북합의서의 법적 성격과 효력”, 『북한법연구』 제7호(북한법연구회, 2004. 6), 297~324면; 김성주, “남북합의서와 관련된 법적 문제”, 『통일사법정책연구』 제2권(법원행정처, 2008), 269~297면.

6) 이하의 立論은 이효원, 『남북교류협력의 규범체계』 (경인문화사, 2006), 152~154면; 이효원, “북한이탈주민의 이혼소송과 북한주민의 법적 지위”, 『가족법연구』 제22권 제3호(한국가족법학회, 2008. 11), 426~435면에 따른 것이다.

계를 직접 규율하는 기준을 제시하는 것은 아니다.

둘째, 남북한관계가 국내법적 규범영역에서 적용될 경우, 그 적극적인 의미는 북한의 이중적 지위가 반영된다는 것이다. 즉, 북한이 반국가단체로서 활동하는 규범 영역에서는 헌법 제3조와 국가보안법 등 국내법이 적용되고 그러한 범위에서는 국제법원칙이 적용되지 않으며, 남북교류협력법 등 국내법률과 남북합의서도 적용되지 않는다. 한편, 북한이 평화통일을 위한 대화와 협력의 동반자로서 활동하는 규범 영역에서는 북한의 실체를 규범적으로도 인정하고 있으므로 원칙적으로 국제법원칙이 적용될 수 있고, 남북교류협력법 등과 남북합의서도 적용된다.

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 적용될 수 있다. 다만, 국내법적 규범영역에 속하는 남북한관계가 일정한 범위에서 제3국 또는 국제기구와 관련성을 갖는 경우에는 남북한관계의 특수성을 최대한 반영하여 국제법원칙을 탄력적으로 적용할 필요가 있다.

3. 남북한 특수관계론에 따른 북한주민의 법적 지위

남북한특수관계론을 북한주민의 법적 지위에 대하여 적용할 경우, 소극적인 의미에서 남북한은 나라와 나라 사이의 관계가 아니므로 북한주민을 외국인으로 인정할 수 없다는 것을 전제로 하게 되는바, 그 구체적 의미는 다음과 같다.⁷⁾

첫째, 북한이 반국가단체로서 활동하는 국내법적 규범영역에서는 북한주민에 대하여 반국가단체를 구성하는 적극적인 주체로 인정하든지 반국가단체에 의하여 사실상 지배당하고 있는 대상으로 인식하든지 모두 대한민국 국민이다.

둘째, 북한이 평화통일을 위한 화해와 협력의 동반자로서 활동하는 국내적 규범 영역에서는 북한주민은 국가적 실체를 가진 북한을 구성하는 주민으로 인정되므로, 그러한 범위 내에서는 남한과 동등한 지위를 갖는 실체로서 분단체의 일부분을 구성하는 북한의 주민인 특수한 지위를 가진다. 즉, 북한주민은 외국인은 아니지만 현실적으로 한국인으로서의 법적 지위를 현실적으로 누리고 있지 않은 특수한 지위로서 북한적을 가진 주민이므로 원칙적으로 국제법원칙을 유추적용하거나 북한주민에 대하여 외국인에 준하는 지위를 인정하여야 한다. 대법원 2004. 11. 12. 선고 2004도4044 판결도 “남북한의 특수관계적 성격을 고려하여 북한지역을 외국에 준하는 지역으로, 북한 주민 등을 외국인에 준하는 지위에 있는 자로 규정할 수 있고, 그러한 규정 내용이 우리 헌법의 영토조항이나 평화통일조항 등에 위배되지 않는다”고 판시하였다.

셋째, 남북한관계가 국제법적 규범영역에서 적용될 경우, 가령 남북한 일방 또는

7) 이하의 立論은 이효원, 『남북교류협력의 규범체계』(註6), 178~180면; 이효원, “북한이탈주민의 이혼소송과 북한주민의 법적 지위”(註6), 435~449면에 따른 것이다.

쌍방이 각각 특정한 제3국 또는 국제기구와 법률관계를 형성할 경우에는 북한적을 인정하여 국제법원칙을 유추적용하거나 외국인에 준하는 지위를 인정하여야 한다. 이는 해외체류 중인 북한주민에 대한 외교적 보호권의 행사 또는 북한이탈주민의 특수한 지위와 관련되는 문제이다.

III. 혼인관계소송

1. 緒

사안에서 X1은 2009. 2. 16. Y1을 상대로 제2혼인이 중혼임을 이유로 그 취소를 구하는 訴를 제기하였으나, 당시 시행되던 민법(2005. 3. 31. 법률 제7427호로 개정되기 전의 것) 제818조는 ‘당사자 및 그 배우자, 직계존속, 8촌 이내의 방계혈족 또는 검사’만을 취소권자로 규정하고 있어 직계비속인 X1에게는 취소권이 인정되지 않았다. 이에 X1은 소송계속 중이던 2009. 6. 8. 민법 제818조에 대하여 법원에 위헌법률심판제청을 신청하였고, 법원은 이를 받아들여 헌법재판소에 위헌법률심판을 제청하였으며,⁸⁾ 헌법재판소는 이에 대해 위헌취지로 헌법불합치결정을 선고하였다.⁹⁾ 이후 2012. 2. 10 민법 개정에 의해 직계비속도 취소권자의 범위에 포함되었다.¹⁰⁾ 이하에서 X1의 중혼취소 청구의 適否를 판단함에 있어서는 일응 X1에게 취소권이 인정됨을 전제로 한다.

2. 관할

북한주민의 중혼취소에 관한 訴가 남한 법원에 제기된 경우, 남한 법원에 재판관할권이 인정되는지가 문제된다. 이 문제는 앞의 II.에서 살펴본 남북한 특수관계론에 입각하여 판단되어야 한다. 즉, 남북한 특수관계론에 따라 남북한을 국가와 국가의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수한 관계로 파악한다면, 북한은 내국도 아니고 외국도 아닌 ‘준외국’으로 간주된다. 그렇다면 북한주민의 중혼취소에 관한 訴가 남한 법원에 제기된 경우에도 국제사법 제2조의

8) 서울가정법원 2009. 8. 28. 2009즈기666 결정.

9) 헌법재판소 2010. 7. 29. 2009헌가8 결정: “중혼의 취소청구권자를 규정한 이 사건 법률조항은 그 취소청구권자로 직계존속과 4촌 이내의 방계혈족을 규정하면서도 직계비속을 제외하였는바, 직계비속을 제외하면서 직계존속만을 취소청구권자로 규정한 것은 가부장적·종법적인 사고에 바탕을 두고 있고, 직계비속이 상속권 등과 관련하여 중혼의 취소청구를 구할 법률적인 이해관계가 직계존속과 4촌 이내의 방계혈족 못지않게 크며, 그 취소청구권자의 하나로 규정된 검사에게 취소청구를 구한다고 하여도 검사로 하여금 직권발동을 촉구하는 것에 지나지 않은 점 등을 고려할 때, 합리적인 이유 없이 직계비속을 차별하고 있어, 평등원칙에 위반된다.” 이 결정에 대한 헌법연구관의 해설로 이준희, “민법 제818조 위헌제청”, 『헌법재판소결정 해설집』 제9집(헌법재판소, 2010), 289~313면.

10) 종전의 ‘직계족속’이 ‘직계혈족’으로 개정되었다.

국제재판관할에 관한 규정을 유추적용하여, 당사자 또는 분쟁의 대상이 된 사안이 남한과 실질적 관련이 있다면 남한 법원에 준국제재판관할권이 인정된다. 이때 실질적 관련 유무는 준국제재판관할 배분의 이념에 부합하는 합리적인 원칙에 따라 판단하되, 남한 민사소송법의 관할규정을 참작하고 준국제재판관할의 특수성을 고려하여야 한다.¹¹⁾

특례법 제4조(재판관할) 제1항은 “이 법이 적용되거나 그와 관련된 사건에서 법원은 당사자 또는 분쟁이 된 사안이 남한과 실질적 관련이 있는 경우에 재판관할을 가진다. 이 경우 법원은 재판관할 배분의 이념에 부합하는 합리적인 원칙에 따라 실질적 관련 유무를 판단하여야 한다”고 하고, 제2항은 “법원은 국내법의 관할 규정을 참작하여 재판관할의 유무를 판단하되, 제1항의 취지 및 제2조의 기본원칙을 고려하여야 한다”고 규정하여, 이러한 원칙을 명문화하였다.

살피건대, 민사소송법 제2조는 “訴는 피고의 보통재판적이 있는 곳의 법원이 관할한다.”고 규정하고, 동법 제3조는 “사람의 보통재판적은 그의 주소에 따라 정한다.”고 규정하는바, 이들 관할규정을 참작하고 준국제재판관할의 특수성을 고려하면 Y1의 주소지 법원인 남한 법원에 재판관할권이 인정되는 데 아무런 문제가 없다. 서울가정법원 2010. 10. 29. 2009드단14527 판결도 이러한 취지이다.

3. 제1혼인의 유효성

(1) 선결문제에 적용되는 준거법 결정

월남자 甲과 한국인 Y1 간의 남한에서의 제2혼인이 중혼으로서 취소되어야 하는지를 판단하기 위한 선결문제(preliminary question)로서, 월남자 甲과 북한주민 A 간의 북한에서의 제1혼인이 유효하게 성립되었는지가 문제된다. 선결문제에 적용되는 준거법에 관하여는 법정지 국제사법설, 본문제 준거법설, 질충설, 본문제 실질법설 등 학설이 여러 갈래로 나뉘고 있으나,¹²⁾ 선결문제도 본문제와 독립된 국제사법적 법률관계로서 법정지에서 문제되고 있다는 점을 고려한다면, 법정지 국제사법이 지정한 준거법에 의하는 법정지 국제사법설이 기본적으로 타당하다.¹³⁾

한편 제1혼인은 1938년에 신고되었는바, 국제사법의 時際法¹⁴⁾에 관한 문제로서 제1혼인의 유효성에 관한 준거법 결정에 있어 재판시의 국제사법을 적용하여야 하는지, 아니면 사실관계 발생시의 국제사법을 적용하여야 하는지가 문제된다. 前者와

11) 장준혁, “탈북자의 이혼의 준국제관할”, 『민사판례연구』 제31권(민사판례연구회, 2009.02), 638~641면; 임성권, “북한주민과 관련한 가사분쟁의 특수문제”, 『남북한 사이의 사법적 법률관계』 (법영사, 2007), 53~54면(初出: 2006); 조의연, “남북한 간의 관할권과 준거법 결정기준”, 『통일사법정책연구』 제1권(법원행정처, 2006.12), 42면.

12) 상세는 김연·박정기·김인유, 『국제사법[제3판]』 (법문사, 2012), 171~175면.

13) 同旨: 신창선, 『국제사법[제7판]』 (Fides, 2011), 128~129면; 이호정, 『국제사법』 (경문사, 1981), 132~135면.

14) 時際法이란, 법의 변경으로 인해 신법과 구법 사이에 충돌이 발생한 경우에 신규 양법 중 어느 법을 적용할 것인가를 정하는 시간적 저촉법을 뜻한다. 신창섭, 『국제사법[제2판]』 (세창출판사, 2012), 16면.

같이 본다면 현행 국제사법이 적용될 것이고, 後者와 같이 본다면 1912. 3. 28. 勅令 제21호 ‘法例를 朝鮮에 施行하는 件’에 의해 당시 조선에서 시행되고 있던 ‘法例’가 依用될 것이다.

2001년 개정 국제사법 부칙 제2항은 “법 시행 전에 생긴 사항에 대하여는 종전의 섭외사법에 의한다. 다만, 이 법 시행 전후에 계속(繼續)되는 법률관계에 관하여는 이 법 시행 이후의 법률관계에 한하여 이 법의 규정을 적용한다.”고 하여 경과규정을 두고 있는 반면, 1962년 제정 섭외사법 부칙 제2항은 “西紀 1912年 3月 勅令 第21號 「法例를朝鮮에施行하는件」은 이를 廢止한다.”고 할 뿐 별다른 경과규정은 두고 있지 않다.

살피건대, 2001년 국제사법 부칙 제2항 본문은 진정소급입법의 원칙적 금지를, 단서는 부진정소급입법의 원칙적 허용을 규정한 것으로 보아야 하는바, 이는 헌법 제13조 제2항으로부터 도출되는 법리이므로,¹⁵⁾ 별다른 경과규정을 두고 있지 않은 1962년 섭외사법의 해석상으로도 섭외사법 시행 전에 생긴 사항에 대하여는 法例를 依用하여야 한다.¹⁶⁾ 法例는 軍政法令 제21호 제1조(법률의 존속) 제1문¹⁷⁾에 의해 효력이 유지되었고, “현행법령은 이 헌법에 저촉되지 아니하는 한 효력을 가진다.”고 규정한 대한민국 제헌헌법 부칙 제100조에 의해 대한민국의 법질서에 편입되었다.

일제 강제 징용사건에 관한 대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다22549 판결도 같은 취지에서 “...그 법률관계가 발생한 시점은 구 섭외사법(1962. 1. 15. 법률 제996호로 제정된 것)이 시행된 1962. 1. 15. 이전부터 그 이후까지 걸쳐 있다. 그 중 1962. 1. 15. 이전에 발생한 법률관계에 적용되는 대한민국의 저촉규범은 1912. 3. 28.부터 일왕(日王)의 칙령 제21호에 의하여 우리나라에 의용(依用)되어 오다가 군정 법령 제21호를 거쳐 대한민국 제헌헌법 부칙 제100조에 의하여 ‘현행법령’으로서 대한민국 법질서에 편입된 일본의 ‘법례(法例)’(1898. 6. 21. 법률 제10호)이다.”라고 판시하였다.

따라서 제1혼인의 유효성은 (依用)法例가 지정한 준거법에 따라 판단되어야 한다. 제1혼인의 유효성은 혼인의 성립요건에 관한 문제이므로, 실질적 성립요건(혼인의 방식을 제외한 모든 요건)과 형식적 성립요건(혼인의 방식)으로 나누어 검토한다.¹⁸⁾

(2) 제1혼인의 실질적 성립요건

혼인의 실질적 성립요건에 관하여 (依用)法例 제13조 제1항 제1문은 배분적 연결 방법을 취하여 “혼인의 성립요건은 각 당사자에 관하여 그 본국법에 의하여 이를

15) 이에 관한 상제는 정구태, “유류분제도 시행 전 증여된 재산에 대한 유류분반환 -대법원 2012. 12. 13. 선고 2010다78722 판결-”, 『홍익법학』 제14권 제1호(홍익대학교 법학연구소, 2013.02), 851~853면.

16) 결과에 있어서 같은 취지로 장준혁, “일본통치기 강제징용사건의 준거법”, 『국제사법연구』 제19권 제1호(한국국제사법학회, 2013.06), 168~169면.

17) “모든 法律 또한 朝鮮舊政府가 發布하고 法律的 效力을 有한 規則, 命令 告示 其 其他 文書로서 一九四五年八月九日 實行中인 것은 其間 이미 廢止된 것을 除하고 朝鮮軍政府의 特殊命令으로 廢止할 때까지 全效力으로 此를 存續함.” 『主要 舊法令集[下]』(법원행정처, 1988), 43면.

18) 혼인의 실질과 방식의 구별은 성질결정(qualification)의 문제로서 법정지법인 한국법에 따라야 한다. 석광현, 『국제사법 해설』(박영사, 2013), 446면.

정한다.”고 규정하였다.¹⁹⁾ 여기서 본국법이라 함은 혼인 당시의 본국법을 의미하므로,²⁰⁾ 朝鮮民事令이 본국법으로서 준거법이 된다.

朝鮮民事令 제1조는 “민사에 관한 사항은 본령 외의 법령에 특별히 정함이 있는 경우를 제외하고는 다음 법률에 의한다. 1. 민법 (이하 생략)”이라 규정하였고, 1922. 12. 7. 制定 제13호 ‘朝鮮民事令中 改正의 件’에 의해 同 제11조 제1항은 “조선인의 친족 및 상속에 관하여는 별도의 규정이 있는 것을 제외하고, 제1조의 법률에 의하지 아니하고 관습에 의한다. 다만, ...혼인연령...에 관한 규정은 그러하지 아니하다.”고 규정하였으므로, 혼인의 실질적 성립요건 중 혼인연령에 관한 준거법은 (依用)民法으로, 혼인연령을 제외한 나머지 요건들에 관한 준거법은 우리나라 舊慣習으로 결정되어야 한다. (依用)民法은 軍政法令 제21호 제1조 제1문에 의해 효력이 유지되었고, 대한민국 제헌헌법 부칙 제100조에 의해 대한민국의 법질서에 편입되었다.

이와 달리, 서울가정법원 2010. 10. 29. 2009드단14527 판결은 “북한을 독립한 외국으로 볼 수는 없고 다만 외국에 준하는 지역으로 볼 수 있으므로, 이 사건과 같은 남북한 간의 섭외적 민사법률관계는 국제사법을 유추적용하여 준거법을 결정해야 한다”고 하면서, “국제사법 제37조 제1호에 따르면 혼인의 일반적 효력은 우선적으로 부부의 동일한 본국법에 따르는데, 이 사건에서 제1혼인은 북한에서 북한 사람들 사이에 체결된 혼인이기 때문에 북한법이 준거법이 된다”고 판시하였다.²¹⁾

그러나 이러한 立論은 다음과 같은 이유에서 타당하지 않다. 첫째, 서울가정법원은 현행 국제사법을 적용하여 준거법을 결정하고 있는바, 위 3. (1)에서 본 바와 같이 국제사법의 時際法을 고려한다면 1938년에 신고된 제1혼인의 유효성에 관한 준거법은 당시 시행되던 (依用)法例에 따라 결정되어야 한다.

둘째, 혼인의 일반적 효력이라 함은 일단 혼인이 유효하게 성립된 것을 전제로 그 신분적·재산적 효력 여하를 판단하는 것인데, 여기에서 문제되는 것은 제1혼인의 성립요건이 구비되었는지 여부이므로 이는 (依用)法例 제14조²²⁾가 아니라 (依用)法例 제13조 제1항 제1문의 문제로 보아야 한다.

셋째, 서울가정법원이 국제사법 규정을 ‘유추적용’한다고 본 것은 준국제사법 이론에 따른 것인바, 준국제사법 이론에 의할 경우 국적은 연결점이 될 수 없으므로 부부의 동일한 ‘본국법’이 준거법이 될 수는 없다. 준국제사법(quasi-private international law)이란 불통일법국, 즉 지역에 따라 서로 다른 법이 시행되고 있는 국가(미국, 캐나다 등 연방주의 국가)에 있어서 이들 異法地域 간의 법의 저촉을 해결하기 위한 법을 가리킨다.²³⁾ 남북한은 불통일법국은 아니지만 불통일법국에 유사한 상태에 있으므로, 남북한 간의 섭외적 민사관계에 관한 준거법 결정에 있어서 ‘국적’이

19) 『主要 舊法令集[上]』(법원행정처, 1987), 758면.

20) 신창섭(註14), 271면.

21) 同旨: 장철익, “북한 주민이 제기한 소송 -쟁점과 과제-”, 『북한법연구』 제13호(북한법연구회, 2011.12), 116면; 『북한관련 법적 쟁점 사례연구』(사법발전재단, 2010), 131면.

22) “혼인의 효력은 夫의 본국법에 의한다.” 『主要 舊法令集[上]』(註19), 758면.

23) 윤종진, 『개정 현대 국제사법』(한울, 2003), 25~26면.

연결점인 경우, 준국제사법 이론에 따라 국제사법 제3조 제3항을 유추적용하여 ‘당사자와 가장 밀접한 관련이 있는 지역의 법’을 준거법으로 보아야 한다.²⁴⁾

우리나라 舊慣習上 제1혼인의 실질적 성립요건 중 혼인연령을 제외한 나머지 요건들은 모두 충족되었다고 전제한다. 제1혼인의 신고 당시 시행되던 (依用)民法 제765조는 혼인연령에 관하여 “남자는 만 17년, 여자는 만 15년에 이르지 아니하면 혼인할 수 없다.”²⁵⁾고 규정하였는바, 사안에서 甲은 혼인당시 만 20세였고 A는 연령미상이나 당시 만 15세 이상이었다면, 제1혼인은 일응 실질적 성립요건을 갖춘 것으로 판단된다.

(3) 제1혼인의 형식적 성립요건

혼인의 형식적 성립요건에 관하여 (依用)法例 제13조 제1항 단서는 “그 방식은 혼인거행지법에 의한다”고 규정하였다.²⁶⁾ 1945년 해방과 더불어 북한에서는 1945. 11. 16. 北朝鮮 司法局 布告 제2호 ‘북조선에 시행할 법령에 관한 件’을 발표하여 일제하에서 실시되던 모든 법령들의 효력이 상실됨을 원칙으로 하면서 “성질상 조선 신국가 건설 및 조선 고유의 민정과 조리에 부합하지 않는 법령과 조항을 제한 나머지 법령은 신법령을 발표할 때까지 효력을 존속한다”고 하였고, 1922. 12. 7. 制定 제13호 ‘朝鮮民事令中 改正의 件’에 의해 朝鮮民事令 제11조 제2항이 개정되어 “...혼인은 ...신고함으로써 그 효력을 발생한다.”고 규정함으로써 1923. 7. 1. 부터 형식혼주의로 전환되었으므로, 사안에서 제1혼인이 당시 시행되던 朝鮮戶籍令 (1922년 12월 朝鮮總督府令 제154호로 제정)에 따라 적법하게 신고되었다면 일응 그 유효성을 긍정해야 할 것이다.²⁷⁾

2007. 1. 26. 신설된 북한이탈주민의 정착 및 지원에 관한 법률(이하 ‘정착지원법’이라 약칭한다) 제19조의2(이혼의 특례)는 북한에서 신고된 혼인이 유효함을 전제로 규정된 것이다.²⁸⁾ 특례 규정이 시행되기 전에도, 서울가정법원 2004. 2. 6.

24) 정구태·이흥민, “재일동포의 상속에 있어서 준거법 결정에 관한 고찰”, 『가족법연구』 제25권 제1호(한국가족법학회, 2011.03), 84면.

25) 『主要 舊法令集[上]』(註19), 181면.

26) 『主要 舊法令集[上]』(註19), 758면.

27) 결과에 있어 같은 취지로 신영호, “대량탈북사태와 사법적 대응”, 『법제연구』 제12호(한국법제연구원, 1997.06), 125면; 신영호, “남북한 가족법의 저축과 그 해결”, 『가족법연구』 제12호(한국가족법학회, 1998.12), 48면. 한편, 윤대해, “남북 주민 사이의 가족관계와 상속 관련 문제 해결 -‘남북 주민 사이의 가족관계와 상속 등에 관한 특례법(안)’을 중심으로”, 『남북교류와 관련한 법적 문제점』 제10권(법원행정처, 2012), 91면은 “혼인은 지극히 사적인 영역이고 국제사법 원칙에 의할 때에도 가족 등 신분관계의 형성·소멸은 행위지 국가의 법률에 의한다는 점에서 북한에서 북한법에 따라 이루어진 혼인도 유효한 것으로 인정할 필요가 있다.”고 하는바, 그 결론 자체는 수긍할 수 있으나, 혼인이 지극히 사적인 영역이라는 사실로부터 곧바로 당해 혼인이 유효하다는 결론이 도출될 수는 없다는 점, “가족 등 신분관계의 형성·소멸은 행위지 국가의 법률에 의한다”는 국제사법 원칙이란 존재하지 않는다는 점에서(단기 혼인 방식의 준거법은 혼인거행지법으로 결정될 뿐이다), 이 견해가 제시하는 논거에는 찬동하기 어렵다.

28) 다만, 석광현(註18), 474면은 저축법의 문제로서 이혼의 특례 규정에 의해 이혼의 준거법이 당연히 한국법으로 결정되는 것인지, 실질법의 문제로서 이혼의 특례 규정에 의해 사실상 파탄주의에 입각하여 이혼원인이 추가된 것인지, 즉 탈북과 그에 이은 별거라는 이유만으로 이혼이 허용되는 것인지 의문을 제기하고 있다.

2003드단58877 판결 및 서울가정법원 2007. 8. 23. 선고 2004드단63067 판결은 북한에서의 혼인의 유효성을 전제로 북한이탈주민의 한국에서의 이혼을 인정한 바 있다.²⁹⁾

4. 제2혼인에 대한 중혼취소청구의 인정여부

(1) 제2혼인의 형식적 성립요건

제2혼인이 형식적 성립요건을 구비하지 못하였다면 제2혼인이 중혼으로서 취소되어야 하는지를 살펴볼 필요도 없으므로, 제2혼인에 대한 신고가 유효한지 여부에 대하여 먼저 검토한다. 위 3. (1)에서 본 바와 같이 국제사법의 時際法을 고려한다면 1959. 10. 20. 남한에서 신고된 월남자 甲과 한국인 Y1 간의 제2혼인의 유효성에 관한 준거법은 (依用)法例에 따라 결정되어야 하는바, (依用)法例 제13조 제1항 단서에 따라 제2혼인의 형식적 성립요건에 관한 준거법은 혼인거행지법으로 결정된다.

1960년 제정 호적법 부칙 제142조(폐지법령)는 호적법의 시행으로 폐지되는 법령 중 朝鮮戶籍令을 열거하고, 同 제137조(정의)는 “부칙에서 舊法이라 함은 본법에 의하여 폐지되는 법령 또는 법령중의 조항을 말한다.”고 규정하며, 同 제138조(구법에 의한 호적)는 “舊法の 규정에 의한 호적 및 가호적은 이를 본법의 규정에 의한 호적 또는 가호적으로 본다.”고 규정하고 있으므로, 제2혼인 당시 혼인거행지인 남한에서 시행되던 朝鮮戶籍令에 따라 제2혼인이 적법하게 신고되었는지를 검토하여야 한다.

월남자가 남한에서 가호적·호적을 취적할 경우에는 북한에 두고 온 가족(이른바 잔류자)을 사실대로 반영해야 하고,³⁰⁾ 다만 일부 가족이 누락된 경우 추가취적허가 신청에 의하여 보완될 수 있었다.³¹⁾ 따라서 혼인사실을 숨기고 단신인 것처럼 신고

29) 관련 논의로는 최금숙, “북한이탈주민의 혼인 및 이혼에 관한 법적 고찰”, 『법학논집』 제15권 제3호(이화여자대학교 법학연구소, 2011.03), 107~138면; 문홍안, “가족법상 북한이탈주민의 남한사회 정착지원 방안에 관한 연구 -이혼의 특례를 중심으로-”, 『가족법연구』 제21권 제3호(한국가족법학회, 2007.12), 391~428면; 신영호, “새터민의 이혼소송”, 『인권과 정의』 제368호(대한변호사협회, 2007.04), 114~126면; 신한미, “북한이탈주민의 이혼소송”, 『통일사법정책연구』 제1권(법원행정처, 2006.12), 51~123면; 신영호, “북한이탈주민의 법적 지위와 이혼문제에 관한 소고”, 『북한법연구』 제9호(북한법연구회, 2006.06), 61~78면; 정상규, “탈북자 이혼사건의 실무상 쟁점 및 입법안에 관한 검토”, 『실무연구』 제10권(서울가정법원 법관가사재판실무연구회, 2005.07), 41~124면; 정상규, “탈북자 이혼사건에 관한 연구”, 『사법논집』 제38집(법원도서관, 2004.12), 567~656면; 임성권, “탈북자의 이혼청구에 있어서의 국제사법적 문제”, 『남북한 사이의 사법적 법률관계』 (법영사, 2007), 61~78면(初出: 2004).

30) 가족관계의 등록 등에 관한 규칙 제52조 제2항: “군사분계선 이북지역에 호적을 가졌던 사람이 가족관계등록부를 창설하는 경우, 군사분계선 이북지역에 거주하는 호주나 가족에 대한 가족관계등록창설허가도 신청할 수 있으며 그 등록부에는 원적지 및 군사분계선 이북지역에 거주한다는 취지를 기록한다.”

31) 군사분계선 이북지역을 본적지로 종전의 호적을 가졌던 사람의 가족관계등록창설 등(2007. 12. 10. 제정, 가족관계등록예규 제217호) 제1호: “군사분계선 이북지역을 본적지로 종전의 호적을 가졌던 사람의 가족관계등록 창설은 그 본적이 북위 38도선 이북의 군사분계선 이북지역인 경우에는 1945년 8월 15일을, 북위 38도선 이남의 군사분계선 이북지역인 경우에는 1950년 6월 25일을 각 기준하여 군사분계선 이북지역에 거주하는 종전 호적의 호주 또는 가족도 가족관계등록부를 작성하고, 가족관계등록부 일반 등록사항란에 “군사분계선 이북지역 거주”라고 기록하며, 가족관계등록부사항란에 원적지를 기록해야 한다.”/ 제3호: “가족관계등록부에 “미수복지구 거주” 또는 “군사분계선 이북지역 거주”라고 기록되어 있는 자가 월남한 경우 가족관계등록신고는 추후보완신고에 의한다.”

하여 취직한 경우, 호적법리를 엄격히 적용한다면 당해 호적은 무효로 볼 수밖에 없고, 북한에서 혼인한 사실을 숨기고 남한에서 혼인한 월남자의 혼인신고는 무효인 호적에 기초한 것으로서 유효한 신고가 될 수 없다.³²⁾ 사안에서 甲은 북한에 잔류한 배우자 A에 대하여 추가취직신고는 하였으나, A에 대한 실종신고나 재판상 이혼절차를 거치지 않고 A가 1952년 사망한 것으로 1959. 10. 19. 허위의 사망신고를 하고 1959. 10. 20. Y1과 혼인신고를 하였다. 형식적으로만 본다면, 甲과 Y1의 혼인신고는 A에 대한 허위의 사망신고로 무효인 호적에 기초한 것으로서 역시 무효라고 볼 수밖에 없다.

그러나 이산가족 간 재결합의 가능성이 차단된 채 장기간 고착된 분단상황에서의 허위사실기재를 그렇지 아니한 평상 상황에서의 그것과 같은 차원에서 보는 것은 ‘다른 것을 같게 취급하는 것’으로서 헌법상 평등원칙에 반한다.³³⁾ 남북 간의 역사적인 특수상황을 고려하여 그러한 혼인신고도 일단 유효한 것으로 인정하되, 그것이 중혼으로서 취소될 수 있는지는 별개의 문제로 따져보아야 할 것이다.³⁴⁾ 특례법 제6조(중혼에 관한 특례)는 사안의 제2혼인과 같은 혼인신고도 일응 유효함을 전제로 규정된 것이다.

(2) 제2혼인의 실질적 성립요건

1) (依用)法例 제13조 제1항 본문은 “혼인의 성립요건은 각 당사자에 관하여 그 본국법에 의하여 이를 정한다.”고 규정하였는바, 1938년에 신고된 제1혼인에서와 달리 1959년에 신고된 제2혼인에 있어서 甲은 북한적을 가지고 있는 월남자이므로, 甲에 관한 준거법을 결정함에 있어서 ‘국적’은 연결점이 될 수 없고, 위 3. (2)에서 본 바와 같이 준국제사법이론에 따라 국제사법 제3조 제3항을 유추적용하여

32) 본문에서 다루고 있는 문제와는 상황을 달리하여, 북한에서 혼인신고되어 있지 않은 남녀가 남한에서 가호적을 취적하면서 북한에서 혼인신고를 마친 부부인양 등재한 경우에 관한 판례로서 대법원 1992. 1. 21. 선고 91므238 판결 참조: “1945. 8. 15. 이전에 38도선 이북의 본적상에 혼인신고가 되어 있지 않았던 남녀가 월남하여 군정법령 제179호에 의하여 가호적을 취적하면서 실제로는 혼인신고를 한 바 없음에도 불구하고 마치 본적지에서 이미 혼인신고를 마친 부부인 양 허위의 신고를 하여 혼인관계가 호적상 부부인 것처럼 등재되었다 하더라도 당시에 의용되던 조선훈적령에 의한 혼인신고가 없었다면 위 가호적의 기재만으로는 혼인관계가 적법하게 성립될 수 없고 호적상 기재되어 있는 혼인은 무효이다.”

33) 주지하는 바와 같이 헌법상 평등원칙은 “같은 것은 같게 다루고, 다른 것은 다르게 다루라”(또는 “각자에게 그의 것을 주라”)는 ‘명령’으로 이해되고 있다. 그런데 “같은 것을 다르게 다루거나 다른 것을 같게 다루지 마라”는 ‘금지’로도 이해되기 때문에, 결국 평등원칙은 “같은 것을 같게 다루라” 또는 “같은 것을 다르게 다루지 마라”는 평등명령 또는 불평등(차별)금지인 동시에 “다른 것을 다르게 다루라” 또는 “다른 것을 같게 다루지 마라”는 불평등(차별)명령 또는 평등금지이기도 하다. 이준일, “평등원칙”, 『안암법학』 제8호(안암법학회, 1999.02), 3면. 또한 정구태, “상속채권자와 한정승인자의 근저당권자 간의 우열 문제 -대법원 전원합의체 2010. 3. 18. 선고 2007다77781 판결-”, 『고려법학』 제64호(고려대학교 법학연구원, 2012.03), 77면; 정구태, “피압류채권을 수동채권으로 한 제3채무자의 상계권 행사의 허용범위 -대법원 전원합의체 2012. 2. 16. 선고 2011다45521 판결-”, 『고려법학』 제66호(고려대학교 법학연구원, 2012.09), 418면; 정구태, “부부 쌍방의 소극재산 총액이 적극재산 총액을 초과하는 경우에도 재산분할이 가능한지 여부 -대법원 전원합의체 2013. 6. 20. 선고 2010므4071(본소), 2010므4088(반소) 판결-”, 『법학논총』 제20집 제2호(조선대학교 법학연구원, 2013.08) 106면도 참조.

34) 결과에 있어서 같은 취지로 신영호, “이산가족의 재결합에 따른 가족법상의 문제”, 『사회과학논총』 제7집 (성신여자대학교 사회과학연구소, 1995), 39면.

‘당사자와 가장 밀접한 관련이 있는 지역의 법’을 준거법으로 보아야 한다.

당사자와 밀접한 관련을 가진 법을 적용함으로써 구체적 타당성을 보호하려는 시도는 ‘상거소’라는 연결점의 채택·수용과정과 병행되어 왔으므로,³⁵⁾ 당사자와 가장 밀접한 관련이 있는 지역의 법은 상거소지법으로 보아야 한다.³⁶⁾ 당초 특례법안 제5조(준거법) 제1항 단서는 “국적이 연결점인 경우 상거소지를 국적으로 본다”고 규정하여 이러한 취지를 명문화하였으나, 이 규정은 입법과정에서 삭제되었다.

1959. 10. 20. 제2혼인 신고 당시 甲은 남한에 상당 기간 정주하면서 생활의 중심을 형성해 왔으므로, 상거소지법인 한국법이 가장 밀접한 관련이 있는 곳의 법으로서 준거법이 된다.³⁷⁾ 그런데 1959년은 제정 민법이 시행되기 전이므로 甲에 관하여는 朝鮮民事令이 ‘상거소지법’으로서 제2혼인의 실질적 성립요건에 관한 준거법이 된다. 甲과 혼인한 한국인 Y1에 관하여도 朝鮮民事令이 ‘본국법’으로서 제2혼인의 실질적 성립요건에 관한 준거법이 된다.

朝鮮民事令 제11조 제1항 단서³⁸⁾는 혼인의 실질적 성립요건 중 혼인연령에 관하여만 (依用)民法을 적용하도록 규정하고 있으므로, 위 3. (2)에서 본 바와 같이 제2혼인의 혼인연령에 관한 준거법은 (依用)民法으로, 혼인연령을 제외한 나머지 성립요건들의 준거법은 우리나라 舊慣習으로 결정되어야 한다. 사안에서 Y1의 연령은 미상이나 Y1이 혼인 신고 당시 만 15세 이상이었다면 甲과 Y1 모두 (依用)民法上 혼인적령에 달한 것으로 판단된다. 혼인연령을 제외한 나머지 성립요건 중에서는 무엇보다도 ‘중혼이 아닐 것’이라는 요건이 문제되는바, 항을 바꾸어 검토하기로 한다.

2) 혼인의 실질적 성립요건에 관한 준거법으로서 본국법이란 혼인 당시의 본국법을 의미하므로, 혼인의 실질적 성립요건의 준거법은 불변경주의를 따른다.³⁹⁾ 여기서 불변경주의는 時際法과 혼동되어서는 안 된다. 가령, 국제사법 제50조 제1항은 “유언은 유언 당시 유언자의 본국법에 의한다.”고 규정함으로써 불변경주의를 취하고 있으므로, 유언 후에 유언자가 국적을 변경하더라도 유언에 적용될 준거법은 변경되지 않는다. 그러나 이것이 유언 당시에 시행된 법을 그대로 적용해야 한다는 의미는 아니다. 국제사법 제50조의 불변경주의는 유언자의 본국법이 유언 후에 변경되어 유언 당시의 본국법과 현재의 본국법이 상이한 경우에 유언 당시의 본국법을 준거법으로 결정한다는 의미이지, 유언 당시 본국에서 시행되고 있던 법을 준거법으로 결정한다는 의미는 아니기 때문이다. 바꿔 말해, 유언 당시의 본국법이 그 후

35) 한복룡, 『국제사법』(충남대학교 출판부, 2007), 163~164면은 이러한 점에서 ‘상거소’는 국제사법 내에서 오늘날의 법감정을 적절하게 대변해주는 중요한 개념으로서 그 중요성과 효용성이 앞으로 더욱 증대될 것이라고 한다.

36) 홍창우, “남북한 가족법의 비교와 통합”, 『통일과 사법』 제1권(법원행정처, 2011), 465면; 신영호, “북한 주민에 대한 한국민사법의 적용”, 『저스티스』 제121호(한국법학원, 2010.12), 295면.

37) 임복규, “남북한 주민 사이의 상속문제 해결방안”, 『통일사법정책연구』 제2권(법원행정처, 2008), 1~12면.

38) “다만, 혼인연령·재판상 이혼·인지·친권·후견·보좌인·친족회·상속의 승인 및 재산의 분리에 관한 규정은 그러하지 아니하다.”

39) 석광현(註18), 446면.

변경된 경우에 新法과 舊法 중 어느 법에 의할 것인지는 전적으로 그 본국법의 時
際法에 의하여 해결할 문제이지 국제사법이 해결할 문제는 아니다.⁴⁰⁾

따라서 제2혼인의 실질적 성립요건 중 중혼금지에 관하여 우리나라 舊慣習이 준
거법으로 결정되더라도, 그 후 민법 제정으로 인해 중혼금지에 관한 舊法이 新法으
로 변경된 경우에는 新法의 경과규정에 따라 준거법의 내용이 결정되어야 한다. 우
리나라 舊慣習은 중혼을 무효로 하고 있었으나,⁴¹⁾ 1960. 1. 1.부터 시행된 제정 민법
부칙 제18조 제1항은 “본 법 시행일 전의 혼인 또는 입양에 본 법에 의하여 무효
의 원인이 되는 사유가 있는 때에는 이를 무효로 하고 취소의 원인이 되는 사유가
있는 때에는 본법의 규정에 의하여 이를 취소할 수 있다”고 규정하였고, 제2혼인
을 중혼으로서 취소할지의 문제는 과거에 완성된 법률관계에 관한 것이 아니라 과
거에 시작하였으나 아직 완성되지 않고 진행과정에 있는 법률관계에 관한 것이므
로, 현행 민법 부칙 제2조⁴²⁾의 반대해석에 따라 1959. 10. 20.에 성립한 제2혼인에도
현행 민법상 중혼규정(제810조, 제816조 제2호, 제818조)이 소급적용되어 제2혼인에
는 무효사유가 아니라 취소사유가 존재하게 된다.

3) 사안에서 제2혼인은 甲의 사망으로 이미 해소되었으나, 중혼자가 사망한 경우
에도 그 사망에 의하여 중혼으로 인하여 형성된 신분관계가 소멸되는 것은 아니므
로, X1이 생존한 중혼의 일방당사자인 Y1을 상대로 중혼을 취소할 법률상 이익은
인정된다.⁴³⁾ 그러나 사안에서 제2혼인이 취소됨으로써 보호받게 되는 제1혼인의 배
우자인 A는 이미 사망하였다는 점, X1이 제2혼인을 취소하고자 하는 실질적인 이유
는 Y1을 상속인의 범위에서 배제하기 위함인데, 중혼취소에는 소급효가 인정되지
않아 제2혼인이 취소되더라도 Y1이 甲의 배우자로서 이미 취득한 상속권에는 아무
런 영향이 없다는 점에서,⁴⁴⁾ X1의 중혼취소청구는 권리남용으로서 인정될 수 없다.

40) 신창선(註13), 30면; 신창섭(註14), 16~17면; 이병화, “전후 국가배상책임에 관한 국제사법적 고찰”, 『비
교사법』 제17권 제2호(한국비교사법학회, 2010.06), 539~540면.

41) 『친족상속에 관한 舊慣習』(법원행정처, 1985), 161~162면.

42) “제2조(이 법의 효력의 불소급) 이 법은 종전의 규정에 따라 생긴 효력에 영향을 미치지 아니한다.”

43) 대법원 1991. 12. 10. 선고 91므535 판결.

44) 대법원 1996. 12. 23. 선고 95다48308 판결: “민법 제824조는 “혼인의 취소의 효력은 기왕에 소급하지
아니한다.”고 규정하고 있을 뿐 재산상속 등에 관해 소급효를 인정할 별도의 규정이 없는바, 혼인 중에
부부 일방이 사망하여 상대방이 배우자로서 망인의 재산을 상속받은 후에 그 혼인이 취소되었다는
사정만으로 그 전에 이루어진 상속관계가 소급하여 무효라거나 또는 그 상속재산이 법률상 원인 없이
취득한 것이라고는 볼 수 없다.” 이와 달리, 윤진수, “1990년대 친족상속법 판례의 동향”, 『민법논고V[상
속법』(박영사, 2011), 461~462면(初出: 2001); 김주수·김상용, 『친족·상속법 -가족법-[제11판』
(법문사, 2013), 587~588면; 곽윤직, 『상속법』(박영사, 1997), 116면은, “이러한 경우에 혼인 취소의
소급효가 전혀 인정되지 않는다고 한다면, 배우자 일방이 사망한 후에 이루어진 혼인 취소에는 그 혼인
의 해소라는 혼인 취소의 기본적인 효과가 인정되지 않는 셈이 되므로(중혼배우자들의 혼인은 사망에
의하여 해소된 것이지 혼인 취소에 의하여 해소된 것이 아니다), 이 경우에 혼인 취소를 인정하는 것이
무슨 의미를 가지는 것인지 알 수 없다”고 하면서, “배우자 일방의 사망 후에 혼인이 취소된 때에는
그 혼인 취소의 효과가 적어도 후혼의 배우자 중 일방이 사망한 때로 소급하여, 그 후혼은 사망이 아니라
혼인 취소에 의하여 해소되었다고 보는 것이 배우자 일방의 사망 후에도 혼인 취소를 인정하는 법률의
규정과 조화를 이루는 해석”이라고 한다. 그러나 가령 C와 D가 중혼배우자들인데, C가 사망한 후에
중혼이 취소되면 D는 C의 배우자로서의 지위를 상실하여 C를 피대습자로 하는 상속이 개시되더라도

서울가정법원 2010. 10. 29. 2009드단14527 판결도 결과에 있어서 같은 취지이다.

보다 근본적으로, 제2혼인은 민족분단이라는 불가항력으로 인해 제1혼인이 더 이상 유지될 수 없는 상태에서 성립되었기 때문에 이를 공서양속에 반하는 일반적인 중혼의 경우와 동일시할 수는 없다는 점, 제2혼인을 취소하면 장기간 실제로 부부로서 생활공동체를 유지해 온 제2혼인의 당사자 및 그 친족의 가정생활에 중대한 영향을 미치게 되고, 이는 민족분단이라는 비극적 결과에 대한 책임을 개인에게 전가시키는 것과 다를 바 없다는 점에서, 북한에 남아 있는 전혼 배우자의 생사를 모른 채 남한에서 성립된 제2혼인에 대하여 중혼임을 이유로 취소를 청구하는 것은 신의성실의 원칙에 어긋나는 것으로서 허용될 수 없다.

설령 사안에서 제1혼인의 배우자인 A가 생존해 있는 경우라고 하더라도 이러한 결론에는 영향이 없다. A가 甲과의 재결합을 바라고 독신으로 지내온 경우와 같이 A가 북한에서 재혼을 하지 않았다면 인도주의 원칙상 A와 甲의 前婚은 회복되지만, 이때에도 기존의 가족·신분관계보호의 원칙상 전혼 배우자와의 혼인의 효력은 상속이나 부양료청구를 허용하는 범위에서만 인정하는 것이 합리적이다. 물론 당사자 자치의 원칙상 甲과 A, B 3자 간에 後婚을 해소하고 前婚을 회복하기로 하는 합의가 이루어진다면 당연히 그에 따르면 될 것이다. 반대로 부부 쌍방이 모두 중혼자인 때에는 나중에 혼인한 자가 중혼으로 된 날로부터 前婚關係는 소멸한다고 볼 것이다.⁴⁵⁾

6. 특례법의 규율

특례법 제6조(중혼에 관한 특례) 제1항은 “1953년 7월 27일 남한 군사정전에 관한 협정이 체결되기 전에 혼인하여 북한에 배우자를 둔 사람이 그 혼인이 해소되지 아니한 상태에서 남한에서 다시 혼인을 한 경우에는 중혼이 성립한다.”고 하고, 제2항은 “제1항의 사유로 중혼이 성립한 경우에는 민법 제816조제1호와 제818조에도 불구하고 중혼을 사유로 혼인의 취소를 청구할 수 없다. 다만, 後婚 배우자 쌍방 사이에 중혼취소에 대한 합의가 이루어진 경우에는 그러하지 아니하다.”고 하며, 제3항은 “제1항의 사유로 중혼이 성립한 경우로서 북한에 거주하는 前婚의 배우자도 다시 혼인을 한 경우에는 부부 쌍방에 대하여 중혼이 성립한 때에 前婚은 소멸한 것으로 본다”고 규정하여, 앞의 4. (2)에서 본 바와 같은 취지를 모두 명문화하였다.

중혼에 관한 특례가 적용되기 위한 요건으로서 혼인시기를 정전협정 체결 전으로 제한한 이유는, 특례법이 해방 이후 분단과 전쟁이라는 역사적 특수상황에서 본인

대습상속권을 행사할 수 없으므로, 중혼 취소의 실익이 없다고 단정할 수 없다. 혼인 취소에 장래효만을 인정하는 민법상 판례와 같은 해석은 부득이하다. 남효순, “혼인(중혼)취소의 소급효와 재산상의 법률관계 -중혼배우자의 사망 후 취소판결에 대한 후혼 생존배우자의 상속인자격 상실 여부”, 『민사판례연구』 제20권(민사판례연구회, 1998.06), 377~395면도 판례에 찬동한다.

45) 同旨: 이은정, “남북교류에 따른 가족법 대응방안 -이산가족의 재결합을 중심으로-”, 『가족법연구』 제15권 제2호(한국가족법학회, 2001.12), 176면; 신한미, “남북한 교류에 따른 중혼문제에 관하여”, 『통일과 사법』 제1권(법원행정처, 2011), 255면.

들의 의사와는 무관하게 이산가족이 된 경우를 전형적인 예로 상정하고, 1997년경부터 입국하기 시작한 북한이탈주민에 대해서는 그 적용을 고려하고 있지 않기 때문이다.⁴⁶⁾ 이들 북한이탈주민의 대부분은 정전협정 체결 후에 혼인하였을 것인데, 이들은 정착지원법의 이혼 특례 규정에 의해 북한에 있는 배우자와 이혼하고 남한에서 재혼할 수 있으므로 특례법 규정에 의한 보호필요성은 반드시 크다고 볼 수 없다. 만일 이들 북한이탈주민도 특례법의 보호범위에 포함시킬 경우, 정전협정 체결 후 성립된 북한에서의 혼인관계를 숨기는 등 부정한 방법으로 가족관계등록을 한 사람은 남한에서 별도의 이혼절차를 거치지 않고 재혼할 수 있고 이 경우 특례법에 의해 남한에서의 후혼이 보호되는 반면, 북한에서의 혼인관계를 사실대로 진술한 사람은 남한에서 재혼하기 위해 반드시 정착지원법상의 이혼 특례 규정을 통해 이혼소송을 거쳐야 되어, 오히려 탈북자의 허위가족관계 등록을 조장할 우려가 존재한다.⁴⁷⁾

IV. 친자관계소송

1. 관할

앞의 III. 2.에서 살펴본 바와 마찬가지로, 북한주민의 친자관계존재확인청구의訴가 남한 법원에 제기된 경우 국제사법 제2조의 국제재판관할에 관한 규정을 유추적용하여, 당사자 또는 분쟁의 대상이 된 사안이 남한과 실질적 관련이 있다면 남한 법원에 준국제재판관할권이 인정된다. 살피건대, X2 등이 친자관계존재확인을 구하는 甲이 남한에서 거주하다가 사망하였고 이로 인한 신분 및 상속관계가 문제되는 등 실질적 관련성이 인정되므로, X2 등이 제기한 이 사건 청구에 대하여 남한 법원은 재판관할권을 가진다. 서울가정법원 2010. 12. 1. 선고 2009드단14534 판결도 이러한 취지이다.

한편, “절차는 법정지에 의한다”는 법언이 말해주는 바와 같이 소송상 발생하는 여러 절차적 문제는 법정지법에 의하여 해결하는 것이 일반적이므로, 친자관계소송이 남한 법원에서 진행될 경우 소송절차에 관한 제반문제는 남한 민사소송법

46) 김상용, “남북주민 사이의 중혼 등 가족관계 문제해결”, 『법무사』 제523호(대한법무사협회, 2011.01), 43면.

47) 『남북 주민 사이의 가족관계와 상속 등에 관한 특례법 해설』(법무부, 2010.11), 15~17면. 이와 달리, 최성경, “남북주민의 가족관계와 상속 - 「남북 주민 사이의 가족관계와 상속 등에 관한 특례법」을 중심으로-”, 『가족법연구』 제26권 제1호(한국가족법학회, 2012.03), 180면; 최금숙·안소영, “남북 주민의 가족관계와 북한주민의 상속권 - 「남북 주민 사이의 가족관계와 상속 등에 관한 특례법」안 검토를 중심으로-”, 『법학논집』 제16권 제2호(이화여자대학교 법학연구소, 2011.12), 78면은 혼인시기에 제한을 두지 않고 중혼의 특례를 인정하여야 한다는 취지에서 특례법의 태도에 반대한다. 홍창우, “남북 주민 사이의 가족관계와 상속 관련 문제 해결(지정토론문)”, 『남북교류와 관련한 법적 문제점』 제10권(법원행정처, 2012), 143면도 북한이탈주민에게 정착지원법에 의한 이혼가능성이 있었는지 여부를 중혼의 취소를 판가름하는 중요한 기준으로 삼는 것은 다소 적절하지 못하다고 한다.

규정을 적용하여 해결하여야 한다.⁴⁸⁾

2. 소송대리권의 存否⁴⁹⁾

사안에서 피고 검사 및 피고 보조참가인 Y2는, “X2 등이 자유로운 의사로 소송 대리인에게 이 사건 소송을 의뢰하였는지 여부를 확인할 자료가 없고, 소송위임에 관하여 공증을 받지 않았으며, 제출한 소송위임장이 X2 등이 직접 작성한 것이라 하더라도 그것이 X2 등의 진정한 의사에 의한 것인지 아니면 북한 국가보위부 등 북한 당국의 강압에 의한 것인지를 확인할 수 없고, 이 사건 소송을 포함한 일련의 절차를 통하여 궁극적으로 상속회복이 이루어진다 하더라도 사유재산을 인정하지 않는 북한 체제의 실상에 비추어 X2 등이 얻을 수 있는 이익은 아무 것도 없다고 보아야 하므로, 이 사건 소송은 X2 등의 대리인에게 적법한 소송대리권이 없어 각 하되어야 한다”고 주장하였다.

소송위임이 적법하게 이루어졌는지의 여부는 사실문제로서 이에 관한 다툼이 있을 경우에는 원고가 소송위임사실을 증명하여야 한다. 사안에서 원고들은 손톱과 머리카락 등 유전자검사를 위한 샘플, 자필진술서, 공민증, 위임장과 이를 작성하는 모습을 찍은 동영상 등을 증거로 제출하였다. 기록상 소송위임이 진정하다고 인정할 만한 뚜렷한 증거가 없는 경우 법원으로서도 소송대리인에게 그러한 권한이 있는지 직권으로 조사하여야 한다. 외국에 있는 남한 주민이 소송위임을 한 경우에는 그 외국의 남한 영사가 위임 관련 서면을 인증할 수 있다(재외공관공증법 제2조, 제25조). 그러나 북한 주민의 경우에는 이러한 인증이 불가능하므로 소송위임의 진정 유무를 확인하기가 매우 어렵다. 대리권을 서면으로 증명하게 하는 취지는 대리권의 유무에 관한 분쟁을 미연에 방지하여 소송절차의 안정과 그 신속한 진행을 도모하고자 하는 데에 있다. 사안에서 X2 등이 공민증, 위임장, 위임장을 작성하는 모습을 촬영한 동영상 등을 법원에 제출하였다면 소송위임은 일응 진정한 것으로 인정될 수 있을 것이다.⁵⁰⁾ 서울가정법원 2010. 12. 1. 선고 2009드단14534 판결도 이러한 취지로 판시하였다.⁵¹⁾

48) 윤상도, “남북한 주민 사이의 불법행위로 인한 손해배상사건의 법적 문제”, 『통일사법정책연구』 제1권 (법원행정처, 2006), 147면. 이는 상속관계소송에서도 마찬가지이다.

49) 여기에서의 논의는 아래 V. 상속관계소송에서도 통용된다.

50) 소송과정에서는 제출된 북한주민대장과 공민증 등 신분증이 실제임을 증명하기 위해 탈북한 전직 국가보위부 공무원도 증인으로 채택되었는데, 그는 서류들이 모두 북한에 존재하는 문건임을 증언했다.

51) “X2 등이 북한에서 C를 통하여 자필로 소송위임장을 작성·제출하여 이 사건 소송을 소송대리인에게 위임한 사실은 분명하므로 이에 관하여 별도의 공증이 필요한 것은 아니라고 판단되고, 소송위임의 진정성과 관련해서도 이 사건 소송은 원고들과 甲 사이의 친자관계 확인을 구하는 소송으로서 재산관계가 아닌 신분상의 법적 이익이 있는지 여부를 주된 고려대상으로 삼아야 하는 점, 소송의 위임과정에서 북한 국가보위부 관계자의 도움을 받았다고 하더라도 친자관계를 확인하는 것이 X2 등 본인들에게 특별히 불이익이 된다고 볼만한 정황이 없고, X2 등과 같은 남북이산가족들이 부모·자식의 관계를 법적으로 확인받고자 하는 것이 당사자의 진정한 의사에 반하는 것이라고 쉽사리 단정해서는 안 되는 점 등의 사실을 종합하여 볼 때, 원고 대리인의 소송대리권이 인정되지 않는다는 피고 및 피고 보조참가인 Y2의 주장은 받아들이지 않는다.”

남한 변호사에 대한 북한 주민의 소송위임이 적법한 것으로 인정되면 그 후의 소송진행이나 증명·송달 등의 문제는 제거될 것이나, 남한 변호사의 소송대리권이 소멸한 경우의 송달 문제 등 그 밖에 북한 당국의 사법공조를 필요로 하는 경우의 해결방안은 여전히 문제된다. 국가 간의 사법공조는 원칙적으로 사법공조조약 또는 국제민사사법공조법, 민사소송법에 의할 것이나, 남북한 관계는 국가 간의 관계가 아닌 특수성이 있고, 실제 사법공조가 이루어질 경우 외교경로가 아닌 통일관련 부처나 반관반민 단체 등을 통해 이루어질 가능성이 있다. 이러한 특수성을 반영하는 남북 간 사법공조의 구체적인 절차 및 내용은 남북합의서 방식으로 규범화하여야 현실적으로 기능할 수 있을 것이지만, 남북한 간 교류가 거의 없고 상호보증도 어려운 현 단계에서 남북한 법원 간에 사법공조가 이루어지기란 현실적으로 기대하기 어렵다.⁵²⁾⁵³⁾

3. 준거법

사안에서 X2 등은 1938년부터 1950년 사이에 출생한 것으로 보이는데, 위 3. (1)에서 본 바와 같이 국제사법의 時際法을 고려한다면 월남자 甲과 북한주민 X2 등 간의 친자관계 存否에 관한 준거법은 (依用)法例에 따라 결정되어야 한다. (依用)法例 제17조는 “子の 摘出 여부는 그 출생 당시 母의 夫가 속한 국가의 법에 의하여 이를 정한다.”고 규정하였는데,⁵⁴⁾ (依用)民法를 적용하도록 규정한 朝鮮民事令 제11조 제1항 단서⁵⁵⁾에 친자관계는 열거되어 있지 않으므로, A와 X2 등 간의 친자관계의 存否는 우리나라 舊慣習에 의하여 판단하여야 한다.

이와 달리, 서울가정법원 2010. 12. 1. 선고 2009드단14534 판결은 “㉠ 이 사건에서 북한 지역의 법이 적용될 여지가 있기는 하나, 다른 한편으로 국제사법 제8조(준거법 지정의 예외) 제1항에서 “이 법에 의하여 지정된 준거법이 해당 법률관계와 근소한 관련이 있을 뿐이고 그 법률관계와 가장 밀접한 관련이 있는 다른 국가의 법이 명백히 존재하는 경우에는 그 다른 국가의 법에 의한다”고 하여 이에 대한 예외를 규정하고 있는데, ㉡ X2 등의 이 사건 청구는 남한 내에서의 친자관계의 법적 확인과 가족관계등록부에의 등재를 위해 제기된 것이고, 북한 지역에서의 신분상 법률관계를 확정하기 위한 목적이 아닌 점, ㉢ X2 등 또한 대한민국 민법의 규정을 근거로 이 사건 소송을 제기한 점 등을 고려할 때, 국제사법 제8조 제1항을 유추적용하여 이 사건과 가장 밀접한 관련성을 가진 대한민국 민법을 준거법으로

52) 남북한 사이의 사법공조 방안에 대한 논의로는 이승련, “남북한 사이의 사법공조 방안”, 『통일사법정책연구』 제2권(법원행정처, 2008), 13~32면; 신영호, “남북간 민사분쟁 해결방안”, 『법무자료』 제276집(법무부, 2007), 365~366면.

53) 당초 특례법안 제6조 (남북한 사법공조)는 “남북한 사이의 사법공조의 내용과 절차에 관하여는 제2조의 기본원칙을 고려하여 이 법과 민사소송법, 국제민사사법공조법의 목적과 취지에 반하지 않는 범위 내에서 해당하는 법률을 준용한다.”고 하여 주의적 규정을 두었으나, 이 규정은 입법과정에서 삭제되었다.

54) 『主要 舊法令集[上]』(註19), 759면.

55) “다만, 혼인연령·재판상 이혼·인지·친권·후견·보좌인·친족회·상속의 승인 및 재산의 분리에 관한 규정은 그러하지 아니하다.”

지정함이 타당하다”고 판시하였다(㉠, ㉢, ㉣의 구분은 筆者 註).

그러나 이러한 立論은 다음과 같은 이유에서 타당하지 않다. 첫째, 서울가정법원은 현행 국제사법을 적용하여 준거법을 결정하고 있는바, 위 III. 3. (1)에서 본 바와 같이 국제사법의 時際法을 고려한다면 甲과 X2 등 간의 친자관계의 存否에 관한 준거법은 당시 시행되던 (依用)法例에 따라 결정되어야 한다.

둘째, 국제사법 제8조는 국제사법이 본래 지정하고 있는 법질서가 당해 사안과 근소한 관련만 있는 반면 다른 법질서는 명백하게 보다 더 밀접한 관련을 갖고 있는 경우에 예외적으로 그 다른 법을 적용하도록 하는 취지이므로 그 적용은 매우 신중하게 이루어져야 하고,⁵⁶⁾ 법원이 ‘보다 좋은 법(better law)’으로서 법정지법을 손쉽게 적용하기 위한 수단으로 활용되어서는 안 된다(㉠ 부분).

셋째, 법원은 이 사건 청구가 남한에서의 친자관계 확인을 구하기 위한 것이지 북한에서의 친자관계 확인을 구하기 위한 것이 아니라고 하고 있으나, 친자관계가 확정되면 남한에서든 북한에서든 친자관계는 동일하게 인정되는 것이지, 남한에서의 친자관계와 북한에서의 친자관계가 별도로 존재할 수 있는 것이 아니다(㉢ 부분).

넷째, 준거법 결정에 있어서 당사자에게 선택권이 부여되거나 당사자자치가 인정되는 경우가 아닌 한 법원은 당사자의 청구에 구속되지 않고 직권으로 준거법을 결정하여야 한다(㉣ 부분).⁵⁷⁾

4. 친자관계의 存否

우리나라 舊慣習上으로도 부모와 자녀의 관계는 혈연적 관계로 파악되므로,⁵⁸⁾ 사안에서 유전자감정 등의 방법에 의해 甲과 X2 등 사이에 진실한 부자관계가 인정되는 것으로 인정된다면, 일응 X2 등의 친자관계존재확인청구는 인용되어야 할 것이다. 서울가정법원 2010. 12. 1. 선고 2009드단14534 판결도 이러한 취지로 판시하였다.⁵⁹⁾

이 판결의 상고심인 대법원 2013. 7. 31. 선고 2011므3105 판결도 원고 대리인의 소송대리권이 인정된다는 전제 하에 X2 등이 甲의 친생자라고 판단한 원심은 정당하다고 판시하였다. 이로써 X2 등은 甲의 가족관계등록부에 자녀로서 등재될 수 있게 되었다.⁶⁰⁾

56) 신창섭(註14), 127면.

57) 사건에 적용할 실체법규를 탐색하는 것은 직권조사사항이다. 정동윤·유병현, 『민사소송법[제3보정판]』(법문사, 2010), 339~340면; 정영환, 『신민사소송법』(세창출판사, 2009), 447면.

58) 『친족상속에 관한 舊慣習』(註41), 195면.

59) “유전자감정측탁결과 X2 등의 대리인이 이 법원에 제출하여 감정을 의뢰한 모발 및 손톱 샘플에서 채취한 유전자는 불순물에 의하여 오염되지 않은 상태로서 원고별로 각각 독립한 개체성이 인정되고, 성별 또한 원고들과 일치하는 것으로 나타났으며, 이들 샘플과 X2 등의 형제인 X1, 보조참가인 Y2의 유전자와의 대조 결과, 원고들과 X1은 모두 동일 母系의 자녀들인 사실, X2와 이복형제 Y2는 동일 父系의 자녀들인 사실이 확인[되고], 이를 종합하여 보면 X2 등은 모두 甲의 친생자임을 인정할 수 있다.”

60) 친자관계의 판결에 의한 가족관계등록 창설절차 예규(2009. 7. 17. 제정, 가족관계등록예규 제302호) 제3조(첨부서류): “가족관계등록창설허가를 신청하는 사람은 비송사건절차법 제9조제1항의 신청서에

5. 특례법의 규율

특례법 제8조(친생자관계존재확인의 訴에 관한 특례) 제1항은 “혼인 중의 자(子)로 출생한 북한주민(북한주민이었던 사람을 포함한다)이 남한주민인 아버지 또는 어머니의 가족관계등록부에 기록되어 있지 아니한 경우에는 민법 제865조제1항에 따라 訴를 제기할 수 있는 사람이 친생자관계존재확인 訴를 제기할 수 있다.”고 하고, 제2항은 “제1항의 訴는 민법 제865조제2항에도 불구하고 분단의 종료, 자유로운 왕래, 그 밖의 사유로 인하여 訴의 제기에 장애사유가 없어진 날부터 2년 내에 제기할 수 있다.”고 규정하고 있다.

소제기권자로서 “북한주민이었던 자”를 포함시킨 이유는 북한이탈주민은 북한주민의 개념에서 제외되므로 訴 제기 당시에 북한을 이탈하여 남한주민이거나 외국인이 된 경우도 친생자관계존재 확인청구의 訴를 제기할 필요가 있고, 북한에 있는 동안 현실적으로 訴 제기를 하지 못한 경우가 있으므로 訴 제기기간의 특례를 부여할 필요가 있기 때문이다. 중혼에 관한 특례와 달리 출생시기는 정전협정 전·후를 불문한다. 정전협정 체결 후에 출생한 자도 父 또는 母와 남북으로 이산한 경우 친생자관계존재확인청구의 訴를 제기할 필요가 있기 때문이다.

한편, 민법 제865조(다른 사유를 원인으로 하는 친생자관계존재확인 訴) 제2항은 “제1항의 경우에 당사자일방이 사망한 때에는 그 사망을 안 날로부터 2년내에 검사를 상대로 하여 訴를 제기할 수 있다.”고 규정하는바, 특례법은 인도적 견지에서, 북한에 있는 자녀가 남한에 있는 父 또는 母가 사망했다는 사실을 알게 되었지만 남북 분단으로 인하여 친자관계존재확인청구소송을 사망을 안 날로부터 2년 내에 제기하지 못한 경우에도, 분단종료 등 訴 제기가 사실상 가능한 때로부터 2년간 訴를 제기할 수 있도록 특례를 규정하였다.

V. 상속관계소송

1. 관할

앞의 III. 2.에서 살펴본 바와 마찬가지로, 북한주민의 상속회복청구에 관한 訴가 남한 법원에 제기된 경우 국제사법 제2조의 국제재판관할에 관한 규정을 유추적용하여, 당사자 또는 분쟁의 대상이 된 사안이 남한과 실질적 관련이 있다면 남한 법원에 준국제재판관할권이 인정된다.

살피건대, 민사소송법 제2조, 제3조는 피고의 주소가 있는 법원에 보통재판적이 있다고 규정하고, 동법 제20조는 “부동산에 관한 訴를 제기하는 경우에는 부동산

다음 각 호의 서류를 첨부하여야 한다. 2. 친자관계의 판결문 및 확정증명서 각 1통”

이 있는 곳의 법원에 제기할 수 있다.”고 규정하며, 동법 제22조는 “상속에 관한 訴 또는 유증, 그 밖에 사망으로 효력이 생기는 행위에 관한 訴를 제기하는 경우에는 상속이 시작된 당시 피상속인의 보통재판적이 있는 곳의 법원에 제기할 수 있다.”고 규정하는바, 이들 관할규정을 참작하고 준국제재판관할의 특수성을 고려하면 피상속인 甲의 주소지 법원인 남한 법원에 재판관할권이 인정된다.⁶¹⁾

2. 준거법

국제사법 제49조는 사망 당시 피상속인의 본국법을 상속의 준거법으로 하되(제1항), 피상속인이 유언에 적용되는 방식에 의하여 명시적으로 피상속인의 상거소지법⁶²⁾이나 부동산소재지법을 준거법으로 지정한 경우에는 우선적으로 그에 따르도록 규정하고 있다(제2항). 사안에서 甲은 준거법 지정에 관한 유언을 남기지 않았으므로, 국제사법 제49조 제1항이 적용된다.

월남자인 甲의 상속에 관한 준거법 결정에 있어서 남북한 특수관계론에 따라 국적은 연결점이 될 수 없으므로, 위 III. 4. (2) 1)에서 본 바와 같이 준국제사법이론에 따라 상거소지법이 준거법으로 결정된다. 사망당시 甲은 남한에 상당 기간 정주하면서 생활의 중심을 형성해 왔으므로 한국법이 상거소지법으로서 준거법으로 결정된다.⁶³⁾

3. 북한주민의 상속권 인정과 남한 상속인의 기여분 특례

一說은 북한주민의 상속권을 인정할 경우 남북 분단 이후 이루어진 상속관계가 전부 복멸되어 상속질서가 무너지게 되므로, 남북한 주민이 재결합하기 전에 이미 상속이 개시된 때에는 그것을 기정사실로 받아들임으로써 북한주민에 의한 상속회복은 일률적으로 부인되어야 하고, 만약 이들의 상속권이 현행법 해석상 인정될 수 밖에 없다면 특별법을 제정하여 이를 부인함이 옳다고 한다.⁶⁴⁾ 다른 一說은 상속제도는 피상속인의 상속인에 대한 배려의 측면과 상속재산에 대한 상속인의 기여의 평가라는 측면을 포함하고 있으므로 남·북한 상속인이 경제적·사회적으로 동일한 상속분을 상속한다는 것은 상속제도의 취지에 맞지 않고 일반인의 법감정에도 상치되므로, 북한주민의 상속권을 인정하더라도 남한주민의 상속분과는 차등을 두어야 될 것이라고 한다.⁶⁵⁾

61) 김원태, “섭외가사소송에서의 국제재판관할권에 관한 연구”, 『경성법학』 제5호(경성대학교 법학연구소, 1996), 248면.

62) 여기서 상거소는 피상속인의 유언에 의한 지정 당시를 기준으로 하며, 그 지정은 피상속인이 사망시까지 그 국가에 상거소를 유지한 경우에 한하여 유효하다(국제사법 제49조 제2항).

63) 임복규, “남북한 주민 사이의 상속문제 해결방안”, 『통일사법정책연구』 제2권(법원행정처, 2008), 1~12면.

64) 최달곤, “남북이산가족 재결합에 따르는 법적 문제점”, 『북한학연구』 제1호(고려대학교 북한연구소, 2000), 322면.

65) 소계선, “이산가족의 재결합에 따른 가족법상의 문제점”, 『가족법연구』 제10호(한국가족법학회,

그러나 피상속인과의 친자관계가 인정되는 한 외국인이나 국적 상실자에게도 아무런 제한 없이 상속권이 인정된다는 점을 고려하면,⁶⁶⁾ 북한주민의 상속권을 아예 부인하는 것은 헌법상 평등원칙·과잉금지 원칙 등에 위배되어 정당화될 수 없으며,⁶⁷⁾ 균분상속의 원칙상 상속분에 차등을 두는 것도 타당하지 않다. 상속분에 차등을 두어야 한다는 견해는 남·북한의 경제수준의 차이와 개인소유제도의 차이로 인하여 남한에 있는 상속인이 불만을 느낄 가능성이 높고 이는 통일에 장애요인으로 작용할 수도 있을 것이라고 우려하나, 그러한 불균형은 남한 상속인에 대한 기여분 특례를 인정함으로써 해결하는 것이 합리적이다.

특례법은 제11조(상속회복청구에 관한 특례) 제1항에서 북한주민의 상속회복청구권을 인정하면서도, 제2항·제3항에서 기여분에 관한 특례를 규정함으로써 남북한 상속인의 이해관계를 조정하고 있다.⁶⁸⁾ 기여분 특례 규정과 관련하여서는, 기여분제도가 1991. 1. 1.부터 시행되었다는 점에서 1991. 1. 1. 전에 개시된 상속에 대하여도 남한 상속인의 기여분을 인정할 수 있을 것인지 문제된다. 생각건대, 기여분 특례를 인정하는 것은 북한주민에게 제한 없이 상속권을 인정함으로써 인해 초래될 수 있는 불균형을 해소하기 위한 것일 뿐, 민법상 기여분제도가 1991. 1. 1.부터 시행되었다는 것과는 직접적인 관련이 없으므로, 1991. 1. 1. 전에 개시된 상속에 대하여 기여분 특례 규정의 적용을 배제할 이유가 없다. 입법자의 의사도 이와 같다.⁶⁹⁾

당초 특례법안은 “[제11조] 제2항 및 제3항은 1991년 1월 1일 이전에 개시된 상속의 경우에도 적용한다.”고 하여 이러한 취지를 명문화하였으나 이 규정은 입법과정에서 삭제되었는데, 이는 주의적 규정에 불과하므로 이 규정의 존부에 따라 해석이 달라지는 것은 아니다. 이와 달리, 一說은 이 규정이 입법과정에 삭제되었으므로 1991. 1. 1. 전에 개시된 상속에 대하여는 기여분 특례 규정이 적용되지 않는다고 해석하는바,⁷⁰⁾ 특례법 제11조(상속회복청구에 관한 특례) 제2항은 기여분 특례가 인정되기 위한 상속개시 시점에 아무런 제한을 두고 있지 않으므로, 특례법의 문리해석상으로도 그와 같이 제한적으로 보아야 될 이유는 없다.

1996.12), 513~516면.

66) 다만, 외국인이 상속에 의하여 대한민국 안의 토지를 취득한 때에는 토지를 취득한 날부터 6개월 이내에 시장 등에게 신고하여야 한다(외국인토지법 제5조). 김성욱, “외국인의 토지취득과 관련한 법적 문제”, 『토지법학』 제28권 제2호(한국토지법학회, 2012.12), 160면.

67) 결과에 있어서 같은 취지로 대법원 1982. 12. 28. 선고 81다451, 453 판결: “상속인이 이복에 있어 생사불명이라는 이유만으로 상속에서 제외될 수는 없다.”

68) 상속회복청구 사건은 본래 일반법원이 관할하는 민사사건이나, 특례법 제11조 제1항에 따른 상속회복청구 사건은 가정법원 합의부의 전속관할로 하며, 가사소송법에 따른 다류(類) 가사소송사건의 절차에 따라 심리·재판한다(특례법 제5조 제2항). 한편, 권순한, “남북한 가족법의 통합과 법률문제”, 『연세법학연구』 제7집 제1권(연세법학연구회, 2000), 207면은 북한주민에게 상속권을 인정하더라도 과도기적으로 권리내용은 상속가액에 해당하는 금전적 청구만을 허용해야 한다고 주장하였으나, 특례법에는 반영되지 않았다.

69) 신영호, “남북 이산가족 사이의 상속관련 문제해결”, 『법무사』 제524호(대한법무사협회, 2011.02), 43면.

70) 전세영, 『남북한 주민의 가족·상속 법률관계에 대한 연구 -남북 주민 사이의 가족관계와 상속 등에 관한 특례법을 중심으로-』 (서울대학교 대학원 석사학위논문, 2012.02), 107면.

4. 북한주민의 상속권 행사에 대한 제한

특례법은 북한주민의 남한 내 상속·유증재산 등이 북한으로 반출되어 북한 당국에 의해 침탈당하는 것을 방지하고, 북한주민이 남북한 자유왕래 등으로 남한 내 재산을 실질적으로 관리할 수 있을 때까지 당해 재산이 적절히 관리될 수 있도록, ‘북한주민의 상속·유증재산 등의 관리’에 관한 제5장에서 북한주민의 상속권 행사의 제한에 관해 상세히 규정하고 있다.⁷¹⁾ 또한 특례법 부칙 제2조(효력의 불소급 및 경과조치)는, “이 법은 이 법 시행 전에 이 법에서 규율하는 내용과 관련된 법률에 따라 생긴 효력에 영향을 미치지 아니한다.”고 하여 법률불소급원칙을 규정하면서도, 제3조(재산관리인 선임 등에 관한 적용례)는 “이 법 시행 전에 북한주민이 상속·유증 또는 상속재산반환청구권의 행사로 남한 내 재산을 취득한 경우에도 이 법 시행일(2012. 5. 11. - 筆者 註)부터는 제5장의 규정을 적용한다.”고 규정하고 있다.

이에 대해 一說은 특례법 시행 전에 상속 등에 의해 남한 내 재산을 취득한 경우에도 특례법이 적용되도록 하여 상속 당시 확정적으로 취득한 재산권을 현시점에서 제한하는 것은, 북한주민의 입장에서 볼 때 소급입법에 의한 재산권의 제한으로서 위헌의 소지가 있다고 한다.⁷²⁾ 그러나 반드시 그와 같이 볼 것은 아니다. 과거의 사실관계 또는 법률관계를 규율하기 위한 소급입법에는 이미 과거에 완성된 사실 또는 법률관계를 규율의 대상으로 하는 진정소급입법과, 이미 과거에 시작하였으나 아직 완성되지 않고 진행과정에 있는 사실 또는 법률관계를 규율의 대상으로 하는 부진정소급입법이 있다.⁷³⁾ 이 중 ‘소급입법에 의한 재산권 박탈금지’를 규정하고 있는 헌법 제13조 제2항에 의해 금지되는 소급입법이란 진정소급입법만을 말하고, 부진정소급입법은 오히려 원칙적으로 허용된다.⁷⁴⁾

기존의 법에 의하여 형성되어 이미 굳어진 개인의 법적 지위를 사후입법을 통하여 박탈하는 것을 내용으로 하는 진정소급입법의 경우, 입법권자의 입법형성권보다도 당사자가 舊法秩序에 기대했던 신뢰를 보호하고 법적 안정성을 도모하기 위해, 특단의 사정이 없는 한 舊法에 의하여 이미 얻은 자격 또는 권리는 그대로 존중되어야 한다.⁷⁵⁾ 즉, 진정소급입법은 개인의 신뢰보호와 법적 안정성을 내용으로 하는 법치국가원리에 의하여 헌법적으로 허용되지 않는 것이 원칙이며, 다만 국민이 소급입법을 예상할 수 있었거나, 법적상태가 불확실하고 혼란스러웠거나 하여 보호할 만한 신뢰의 이익이 적은 경우, 소급입법에 의한 당사자의 손실이 없거나 아주 경

71) 유옥, “북한주민의 남한 내 상속재산 등 관리방안”, 『법무사』 제525호(대한법무사협회, 2011.03), 44~55면.

72) 최봉경, “부칙(附則) 연구 -그 체계적 시론-”, 『서울대학교 법학』 제53권 제2호(서울대학교 법학연구소, 2012.06), 280면. 사안에서 X2 등의 소송대리인이었던 배급자 변호사도 여러 매체를 통하여 이러한 의사를 피력하였다. 배급자, “南 상속재산 받으려면 탈북하라?”(<http://www.nocutnews.co.kr/Show.asp?IDX=2573004>)

73) 헌법재판소 1989. 3. 17. 선고 88헌마1 결정.

74) 이준일, 『헌법학강의[제5판]』 (홍문사, 2013), 132면.

75) 정구태, “유류분제도 시행 전 증여된 재산에 대한 유류분반환”(註15), 851면.

미한 경우, 그리고 신뢰보호의 요청에 우선하는 심히 중대한 공익상의 사유가 소급 입법을 정당화하는 경우 등에 한하여 예외적으로 허용될 수 있다.⁷⁶⁾

살피건대, 진정소급입법으로 북한주민의 상속권 행사를 제한하는 것은 북한주민에 대한 신뢰보호의 요청에 우선하는 심히 중대한 공익상의 사유가 있으므로 예외적으로 허용될 수 있다. 북한주민이 남한 내 상속재산을 북한으로 반출할 경우 그 재산이 북한주민을 배제하고 북한 당국에 귀속될 우려가 있고, 북한 당국이 당해 재산을 군사적으로 전용할 가능성도 배제할 수 없는바, 남한의 자본재가 무상으로 북한지역으로 이전되는 것을 제한함으로써 얻을 수 있는 중대한 공익이 있기 때문이다.⁷⁷⁾

사안에서 X2 등이 Y1 등을 상대로 제기한 상속회복청구소송(서울중앙지방법원 2009가합18507 사건)은 특례법 시행 전인 2011. 7. 12. X2 등이 상속재산인 부동산의 지분 일부와 현금 32억 5천만원을 수령하는 것으로 임의조정이 성립되어 종결되었는데, X2 등의 상속회복을 위한 모든 절차를 실질적으로 주관한 X1은 Y1 등으로부터 수령한 금원 중 변호사 수임료와 소송비용 등으로 6억 9,000여만원을 사용하고 X2 등의 수임인으로서의 지위를 이용해 자신의 부동산을 X2 등에게 25억원에 매도하는 계약을 체결하면서, 앞서 수임료 등으로 지급하고 남은 돈 23억여원을 매매대금으로 수령하였다.⁷⁸⁾ 이후 X1은 서울가정법원에 자신을 X2 등의 재산관리인으로 선임해달라고 청구하였으나, 서울가정법원 2012. 11. 23.자 2012느단4785 심판은 특례법 부칙 제3조가 적용되는 것을 전제로, X2 등과 이해관계가 상반되는 X1이 아니라 한국 변호사를 재산관리인으로 선임한다고 판시하였다.⁷⁹⁾ 이는 북한주민의 남한 내 재산에 대하여 한국 변호사를 재산관리인으로 선임한 최초의 심판이다.

5. 상속회복청구권의 제척기간

(1) 문제의 소재

76) 헌법재판소 1998. 9. 30. 선고 97헌바38 결정.

77) 결과에 있어서 같은 취지로 신영호, “남북한이산가족의 왕래 및 재결합에 관한 법령정비 방안”, 『법학논집』 제34집(고려대학교 법학연구원, 1998.12), 319면.

78) 등기명의를 X2 등이 부동산을 직접 관리할 수 있을 때 이전하기로 하였다.

79) “특례법은 북한주민이 상속이나 유증 등으로 소유하게 된 남한 내 재산의 효율적인 보호·관리에 이바지함과 동시에 북한주민이 취득한 남한 내 재산이 북한으로 유출되어 다른 용도로 전용되는 것을 방지할 목적으로 재산관리인제도를 도입하여 위 재산을 보호·관리하도록 하는 한편, 북한주민의 상계에 필요한 개인적 소비를 위한 경우나 질병치료를 위한 경우 등 북한주민의 보호에 필요한 경우 법무부장관의 허가를 받아 북한주민으로 하여금 직접 남한 내 재산을 사용·관리할 수 있도록 하고 있다. 이 사건에 관하여 보건대, X1과 X2 등의 관계, 나이, X2 등의 재산취득 경위 및 취득한 재산의 액수와 현황, 특례법의 입법취지 및 이 사건 매매계약이 특례법 제15조([재산관리인을 통하지 아니한 법률행위의 효력] 재산관리인을 통하지 아니하고 상속·유증재산 등에 관하여 한 법률행위는 무효로 한다.)를 위반하였는지 여부에 대한 법적 판단이 필요한 점, 기타 제반사정을 종합하여 보면, X2 등은 남한 내에 상당한 재산을 취득하였고, 그 재산을 효율적으로 보호·관리하기 위해서는 X2 등을 대리하여 매매계약을 체결함으로써 X2 등의 재산에 이미 이해관계를 가지게 된 X1이 아니라, 법원에서 중립적인 지위에 있는 변호사를 재산관리인으로 선임함이 상당하다.”

특례법 제정 시 가장 큰 쟁점 중 하나는 상속회복청구권의 제척기간에 관한 특례를 규정할 것인지 여부였다. 당초 특례법안은 분단의 종료, 자유로운 왕래 그 밖의 사유로 訴의 제기에 장애가 없어지기 전에 민법 제999조 제2항에서 정한 기간(상속권 침해한 날로부터 3년, 상속권 침해시로부터 10년)이 경과하였거나 위 사유가 발생한 날 당시 위 기간이 3년 미만 남아 있는 경우에는 위 사유가 발생한 날로부터 3년간 상속회복청구권(민법 제1014조의 경우를 포함)을 행사할 수 있도록 하되, 이 경우 상속을 받은 자는 이 법 제정일 당시 그 받은 이익이 현존하는 한도에서 반환의무가 있는 것으로 하고, 상속재산을 취득한 제3자에 대하여는 반환청구할 수 없도록 규정을 마련하였다.⁸⁰⁾ 그러나 이러한 특례를 인정할 경우 이미 오래 전에 제척기간이 경과하여 상속재산을 확정적으로 취득하고 있었던 남한 상속인에게 커다란 불이익을 안김으로써 소급입법에 의한 재산권박탈로서 위헌이라는 주장에 부딪칠 가능성이 크고⁸¹⁾ 상호주의에도 맞지 않다⁸²⁾는 지적에 따라 입법과정에서 이 규정은 삭제되었다.⁸³⁾

북한에 있는 상속인에게 상속권을 인정하고 그에 기한 상속회복청구를 허용하더라도 분단의 장기화로 인하여 상속회복청구권의 제척기간이 경과한 경우가 대부분일 것인데, 민법상 상속회복청구권의 제척기간 규정을 북한주민의 상속회복청구에도 그대로 적용한다면 북한주민이 제기한 상속회복청구의 訴는 제척기간의 경과로 却下될 수밖에 없는바,⁸⁴⁾ 이는 사실상 북한주민의 상속권을 부인하는 것과 다를 바 없다. 입법자가 특례법에 상속회복청구권의 제척기간에 관한 특례를 규정하지 않은 것은 현실적으로 입법에 의해서보다는 학설·판례를 통해 이 문제를 해결할 수밖에 없다고 보았기 때문이다.⁸⁵⁾ 따라서 이 문제에 대한 해결은 여전히 학설·판례에 맡

80) 특례법 제정 전에도 북한주민의 상속회복청구권의 행사기간에 대해서는 특례를 두어야 한다고 보는 견해가 다수였다: 최금숙·안소영(註47), 88면; 유욱, “남북주민 간 가족 관계 및 상속 관련 주요 쟁점-독일사례 비교-(발표문)”, 『법무부/IPUS/HSS 공동주체 국제 학술회의』 (법무부, 2010.10), 92면; 이은정, “북한주민의 상속권”, 『가족법연구』 제24권 제1호(한국가족법학회, 2010.03), 168면; 최금숙, “북한주민의 상속권 보호를 위한 고찰”, 『가족법연구』 제15권 제1호(한국가족법학회, 2001.06), 329면; 임성권, “남북한 주민 사이의 가족법적 문제”, 『남북한 사이의 사법적 법률관계』 (법영사, 2007), 43면(初出: 2001); 신영호, “통일지향적 새 남북관계 정립을 위한 사법적 과제 -이산가족의 신분·상속법상의 법적 과제를 중심으로-”, 『법제연구』 제19호(한국법제연구원, 2000.11), 84면; 『북한의 가족법』 (법원행정처, 1998), 353면.

81) 윤영미, “남북 이산가족 사이의 상속 관련 문제 해결(지정토론문)”, 『남북 주민 사이의 가족관계와 상속 등에 관한 특례법 제정 공청회』 (법무부, 2010.11), 71~81면은, 특례법에는 아직 상속회복청구권의 제척기간이 경과하지 않은 경우에 이를 연장하는 내용과 이미 제척기간이 경과한 경우에 추가적으로 제척기간을 인정하는 내용이 포함되어 있는바, 前者의 경우에는 부진정소급입법으로서 상대적으로 정당화되기 쉽지만, 후자의 경우에는 진정소급입법으로서 이를 허용해야 하는 예외적 정당성이 크지 않으므로 위헌 소지가 있다고 한다.

82) 한명섭, “북한주민 제기 소송의 소송중지특례법 제정을 촉구하며”, 『법률신문』 제3907호(법률신문사, 2011.1.27), 12면.

83) 임복규, “남북 주민 사이의 가족관계와 상속 등에 관한 특례법’ 중 상속 관련규정에 대한 고찰”, 『통일과 사법』 제1권(법원행정처, 2011), 353면.

84) 사안에서 甲은 1987. 11. 24. 사망하였으나 X1과 Y1 등 사이에 상속재산과 관련한 다툼이 있어 상속등기가 2008. 12. 2.에야 행해진 까닭에, 2009. 2. 19. X2 등이 Y1 등을 상대로 제기한 상속회복청구의 訴는 각하되지 않을 수 있었다.

겨져 있는 것이고, 특례법에 특례 규정이 없다고 하여 반드시 민법상 상속회복청구권의 제척기간 규정이 북한주민의 상속회복청구에 그대로 적용된다고 보아야 할 이유는 없다.⁸⁶⁾

(2) 해석론: 민법 제166조의 유추적용

결론부터 말한다면, 제척기간에 관한 특례 규정이 없는 현 시점에서는 “소멸시효는 권리를 행사할 수 있는 때로부터 진행한다.”고 규정한 민법 제166조를 유추적용하여, 북한주민의 상속회복청구권의 제척기간은 북한주민이 실제로 권리를 행사할 수 있게 된 때, 보다 구체적으로는 분단의 종료, 자유로운 왕래 그 밖의 사유로 訴의 제기에 장애가 없어지게 된 때부터 진행한다고 해석해야 할 것이다.

소멸시효제도와 제척기간의 구분은 단지 입법정책상의 문제에 불과하며, 입법자가 법률관계를 신속하게 확정하기 위해 권리행사기간을 제척기간으로 규정하였더라도, 근본적으로 제척기간 역시 소멸시효와 마찬가지로 최소한 권리자가 권리를 행사할 수 있음을 전제로 하는 것이다.⁸⁷⁾ 바꿔 말해 법은 누구에게도 불가능한 것을 요구할 수 없는바, 북한주민의 상속회복청구권의 제척기간에 있어서는 이른바 불가항력 이론이 적용되기 위한 요건으로서 ① 불가저항성, ② 불가예측성, ③ 외래성이 모두 충족된다.⁸⁸⁾ 이러한 해석은 공무원의 직무수행 중 불법행위로 납북된 피해자의 국가배상청구권에 관한 소멸시효는 납북상태가 지속되는 동안 진행하지 않는다고 판단한 대법원 2012. 4. 13. 선고 2009다33754 판결⁸⁹⁾에 의해서도 뒷받침된다.⁹⁰⁾

한편, 一說은 과거 독일 민법시행법이 신분관계소송에서 제척기간의 정지이론을 도입한 예에 좇아, 상속회복청구권의 제척기간에 정지를 인정할 것인지의 문제도 해결할 수 있다고 본다.⁹¹⁾ 이 견해는 “천재 기타 사변으로 인하여 소멸시효를 중

85) 신영호, “남북 이산가족 사이의 상속관련 문제해결”(註69), 46면.

86) 이와 달리, 최성경(註47), 200~201면은 특례법에 제척기간에 관한 특례가 규정되지 않은 이상 민법상 상속회복청구권의 제척기간에 관한 규정이 그대로 적용될 수밖에 없다는 것을 전제로, 특례를 규정하지 않은 특례법의 태도를 비판하고 있다. 이백규, “북한 주민에 대한 한국민사법의 적용(지정도문문)”, 『저스티스』 제121호(한국법학원, 2010.12), 311면도 북한주민의 상속회복청구에 민법상 제척기간을 그대로 적용할 것인지의 문제는 입법적으로 해결할 문제이지 임의로 예외를 인정하는 것은 무리라고 본다.

87) 고상룡, 『민법총칙[전정판]』(법문사, 1999), 667면.

88) 프랑스에서의 불가항력 이론에 관한 상세는 명순구, “1980년 계엄당국의 강박에 의한 증여계약의 효력과 취소권의 제척기간”, 『고려법학』 제37호(고려대학교 법학연구원, 2001.10), 334~335면.

89) 이 판결은 다음과 같이 판시하였다: “국가배상청구권에 관한 3년의 단기시효기간을 기산함에 있어서도 민법 제766조 제1항 외에 소멸시효의 기산점에 관한 일반규정인 민법 제166조 제1항이 적용되므로, 위 3년의 단기시효기간은 그 ‘손해 및 가해자를 안 날’에 더하여 그 ‘권리를 행사할 수 있는 때’가 도래하여야 비로소 시효가 진행한다 (대법원 1998. 7. 10. 선고 98다7001 판결 참조). 그런데 이 사건과 같이 공무원의 직무수행 중 불법행위에 의하여 납북된 것을 원인으로 하는 국가배상청구권의 행사에 있어, 남북교류의 현실과 거주·이전 및 통신의 자유가 제한된 북한 사회의 비민주성이나 폐쇄성 등을 고려하여 볼 때, 다른 특별한 사정이 없는 한 북한에 납북된 사람이 피고인 국가를 상대로 대한민국 법원에 소장을 제출하는 등으로 그 권리를 행사하는 것은 객관적으로도 불가능하다고 하겠으므로, 납북상태가 지속되는 동안은 소멸시효가 진행하지 않는다고 봄이 상당하다(다만 이 사건에서와 같이 납북자에 대한 실종선고심판이 확정되게 되면 상속인들에 의한 상속채권의 행사가 가능해질 뿐이다).”

90) 이 판결에 대한 평석으로 김미리, “납북된 피압자의 납북 피해에 대한 국가배상청구권의 소멸시효 기산점”, 『특별법연구』 제10권(특별소송실무연구회, 2012), 567~636면.

단할 수 없을 때에는 그 사유가 종료한 때로부터 1월내에는 시효가 완성하지 아니한다.”고 규정한 민법 제182조(천재 기타 사변과 시효정지)가 제척기간에도 유추적용된다는 것을 전제로,⁹²⁾ 북한주민이 불가항력적 사유로 상속회복청구권을 행사할 수 없는 상황을 천재 기타 사변에 준하는 것으로 보아 그 사유가 해소되기 전까지 제척기간의 진행은 정지된다는 취지로 이해된다. 이 견해의 취지는 충분히 납득이 가는 바이지만, 엄밀히 말해 민법 제182조의 유추적용으로 그와 같은 결론을 도출하는 것은 다음과 같은 이유에서 무리라고 생각된다.

첫째, 독일민법상의 시효정지는 정지사유가 존재하는 기간 동안은 시효기간에 산입되지 않는 것인 반면,⁹³⁾ 우리 민법상의 시효정지는 시효의 완성정지, 즉 시효의 완성 직전에 일정한 사유(정지사유)가 존재하는 경우 그 사유가 존재하는 기간 및 그 사유가 종료한 후 일정기간 내에는 시효가 완성하지 아니한다는 것인데,⁹⁴⁾ 여기에서의 논의는 북한주민이 권리를 행사할 수 있는 때부터 비로소 제척기간이 진행된다는 것이지, 그 제척기간이 이미 경과된 상황에서 완성만 정지한다는 것이 아니므로, 민법 제182조를 유추적용하는 것은 부적절하다.

둘째, 민법 제182조는 天災·戰亂 등에 따라 국가 전반에 걸쳐 무차별적으로 발생하는 교통·통신의 두절이나 재판업무의 마비 등으로 인하여 시효중단조치를 취할 수 없는 경우를 대비한 규정으로서, 권리자의 납치·감금 등 주관적 사유는 비록 그것이 권리자에게 책임을 돌릴 수 없는 사유라도 여기서의 天災 기타 事變에는 해당되지 않는다.⁹⁵⁾ 그렇다면 분단의 고착화로 인하여 북한주민이 상속회복청구권을 행사할 수 없었다는 사정에 대해서도 민법 제182조를 유추적용할 수는 없다고 보아야 한다.⁹⁶⁾

셋째, 설령 위와 같은 사정을 天災 기타 事變으로 보아 민법 제182조를 유추적용한다고 하더라도 민법 제182조는 시효의 완성이 정지되는 기간을 불과 1개월로 정하고 있으므로 제척기간이 진행되지 않는 기간을 이보다 훨씬 長期로 해석하는 것이 불가피한바, 민법 제182조를 유추적용하면서 그 기간만 이와 전혀 별개로 해석한다는 것은 부자연스럽다.

91) 신진화, “통일 전후의 신분법제 정비방안 -혼인과 이혼, 부모와 자, 부양의무자, 상속을 중심으로-”, 『통일사법정책연구』 제1권(법원행정처, 2006.12), 299면.

92) 유추적용 긍정설: 김주수·김상용, 『민법총칙[제7판]』 (삼영사, 2013), 522면; 김형배·김규완·김명숙, 『민법학강의의 -이론·판례·사례-[제12판]』 (신조사, 2013), 양창수·김형석, 『권리의 보전과 담보』 (박영사, 2012), 135면; 곽윤직·김재형, 『민법총칙[제9판]』 (박영사, 2013), 421면; 명순구(註88), 340~341면.

93) 과거 동독에서도 청구권자가 서독지역에 거주하고 있다는 이유로 제477조 제1항 제4호 ZGB(“소멸시효는 법의 적용이 불가능한 기간 동안 정지한다.”)에 따라 소멸시효는 진행하지 않는다고 본 예가 있다. 윤철홍·김범철·Karlheinz Muscheler, “독일통일후 동독지역에서 상속법상의 제문제”, 『민사법학』 제27호(한국민사법학회, 2005.03), 575면.

94) 윤진수 집필부분, 『민법주해[III] 총칙(3)』 (박영사, 1992), 544면; 이연갑 집필부분, 『주석민법 총칙(3)[제4판]』 (한국사법행정학회, 2010), 659면.

95) 윤진수(註94), 550면.

96) 결과에 있어서 같은 취지로 김미리(註90), 603면.

(3) 입법론: 부진정소급입법으로서 제척기간 특례 규정의 입법

다른 한편, 당초 특례법안이 마련하였던 제척기간에 관한 특례 규정이 진정소급 입법으로서 위헌 소지가 있다는 견해⁹⁷⁾도 반드시 타당하다고는 볼 수 없다. 분단의 종료, 자유로운 왕래, 그 밖의 사유로 북한주민의 訴 제기에 장애가 없어지게 된 날 까지 북한주민의 상속회복청구권의 제척기간은 진행하지 않는다고 보아야 한다면, 제척기간에 관한 특례 규정은 이미 과거에 완성된 법률관계를 규율 대상으로 하는 진정소급입법이 아니라, 이미 과거에 시작하였으나 아직 완성되지 않고 진행과정에 있는 법률관계를 규율 대상으로 하는 부진정소급입법이라고 보아야 하기 때문이다.

부진정소급입법의 경우에는, 舊法秩序에 대하여 기대했던 당사자의 신뢰보호보다 광범위한 입법권자의 입법형성권을 경시해서는 안 되므로, 특단의 사정이 없는 한 새 입법을 하면서 舊法關係 내지 舊法上의 기대이익을 존중하여야 할 의무는 발생하지 않는다. 따라서 부진정소급입법은 원칙적으로 허용되지만, 단지 소급효를 요구하는 공익상 사유와 신뢰보호 요청 사이의 교량과정에서 신뢰보호 관점이 입법자의 형성권에 제한을 가하게 된다. 이때 신뢰보호원칙의 위배 여부를 판단하기 위하여는, 침해받은 이익의 보호가치, 침해의 중한 정도, 신뢰가 손상된 정도, 신뢰침해의 방법 등과 새 입법을 통해 실현하고자 하는 공익적 목적을 종합적으로 비교·형량하여야 한다.⁹⁸⁾

살피건대, 제척기간 경과로 인하여 남한 상속인이 얻는 이익은 거래안전을 위한 단기 제척기간 규정의 반사적 이익으로서 보호가치가 크지 않은 반면, 북한주민에게 상속회복청구권의 제척기간 특례를 인정해 줌으로써 얻는 이익은, 분단의 장기화로 인하여 자신의 책임과 무관하게 박탈당한 북한주민의 상속권을 회복하여 상속을 둘러싼 남북한 주민 사이의 갈등을 해결함으로써 사회통합과 민족화합을 도모하는 공익으로서 보호가치가 매우 크다는 점에서, 제척기간 특례를 입법화하더라도 이는 부진정소급입법으로서 헌법적으로 정당화된다고 본다.⁹⁹⁾

요컨대, 제척기간의 특례 규정이 없는 현 시점에서는 부득이 해석론으로서 민법 제166조를 유추적용하여 북한주민이 권리를 행사할 수 있게 된 때부터 상속회복청구권의 제척기간이 진행되는 것으로 보아야 하고, 입법론으로서는 당초 특례법안이 마련하였던 제척기간의 특례 규정과 그에 따른 남한 상속인 및 제3취득자의 보호

97) 本稿 註81 참조.

98) 정구태, “유류분제도 시행 전 증여된 재산에 대한 유류분반환”(註15), 853면.

99) 同旨: 이인호, “북한 거주 상속인에게 상속회복청구권 제척기간의 연장특례를 인정하는 것에 대한 헌법적 평가”, 『통일과 법률』 제8호(법무부, 2011.11), 103~124면. 이 견해는 남한의 참칭상속인이 제척기간의 완성에 의하여 얻는 이익은 반사적 이익으로서 소급입법에 의한 재산권 박탈을 금지하는 헌법 제13조 제2항의 재산권 개념에 포함되지 않는다고 하면서, 북한주민인 진정상속인이 자신의 권리의 존재 자체를 알 수 없었거나 알지 못하였고 설령 알 수 있었다 하더라도 권리를 회복하기 위한 구제수단을 사용하는 것이 원천적으로 불가능한 남북분단의 상황에서는 제척기간의 법적 효력이 본질적으로 발생할 수 없는 것이고, 이런 상황이 지속되는 기간 동안에는 시효의 완성이 성립될 수 없다고 보아야 하므로, 특례법은 완성된 시효의 효력을 소급적으로 배제하는 진정소급입법이 아니라, 완성되지 않은 시효의 기간을 연장한 것에 불과하여 부진정소급입법으로 보아야 한다고 한다. 그리하여 이 견해는 결론적으로 특례법이 부진정소급입법을 통해 보호하고자 하는 공익이 남한상속인에 대한 신뢰보호의 필요성에 비해 더 커서 신뢰보호의 원칙에 위반되지 않는다고 한다.

규정을 속히 명문화해야 할 것이다.¹⁰⁰⁾

VI. 結 語

이상에서의 논의를 요약·정리하면 다음과 같다.

첫째, 남북한 특수관계론에 따라, 북한주민은 외국인은 아니지만 현실적으로 한국인으로서의 법적 지위를 현실적으로 누리고 있지도 않은 특수한 지위로서 북한적을 가진 주민이므로, 원칙적으로 북한주민에 대하여 외국인에 준하는 지위를 인정하여야 한다.

둘째, 북한주민이 남한 법원에 訴를 제기한 경우, 국제사법 제2조의 국제재판관할에 관한 규정을 유추적용하여 당사자 또는 분쟁의 대상이 된 사안이 남한과 실질적 관련이 있다면 남한 법원에 준국제재판관할권이 인정된다. 북한주민이 제기한 혼인관계소송이나 친자관계소송, 상속관계소송은 모두 남한과 실질적 관련성이 인정되므로, 남한 법원은 재판관할권을 가진다.

셋째, 북한주민이 당사자인 법률관계에 관하여 국제사법상 국적이 연결점으로 규정되어 있는 경우, 남북한 특수관계론에 따라 국적은 연결점이 될 수 없으므로 준국제사법이론에 따라 상거소지법이 당사자와 가장 밀접한 관련이 있는 곳의 법으로서 준거법이 된다.

넷째, 월남자가 남한에서 성립한 혼인이 중혼이 되는 경우, 제2혼인은 민족분단이라는 불가항력으로 인해 제1혼인이 더 이상 유지될 수 없는 상태에서 성립되었기 때문에 이를 공서양속에 반하는 일반적인 중혼과 동일시할 수 없고, 제2혼인을 취소하면 장기간 실제로 부부로서 생활공동체를 유지해 온 제2혼인의 당사자 및 그 친족의 가정생활에 중대한 영향을 미치게 되므로, 북한에 남아 있는 전혼 배우자의 생사를 모른 채 남한에서 성립된 제2혼인에 대하여 중혼임을 이유로 취소를 청구하는 것은 허용될 수 없다. 법원이 이와 같은 취지에서 X1의 중혼취소 청구를 권리남용으로서 배척한 것은 결과적으로 타당하다. 그러나 그 결론에 이르는 과정에 있어서는 국제사법의 時際法을 간과하였고, 혼인의 성립요건과 혼인의 일반적 효력을 혼동하였으며, 준국제사법이론에 입각하여 준거법을 결정하면서도 본국법을 준거법으로 결정하는 등 적지 않은 오류가 존재한다.

다섯째, 친자관계확인소송은 재산관계가 아닌 신분상의 법적 이익이 있는지 여부를 주된 고려대상으로 삼아야 하고, 소송의 위임과정에서 북한 국가보위부 관계자의 도움을 받았다고 하더라도 친자관계를 확인하는 것이 본인들에게 특별히 불이익이 되지 않는 이상, 남북이산가족들이 부모·자식의 관계를 법적으로 확인받고자 하는 것이 당사자의 진정한 의사에 반하는 것이라고 쉽사리 단정해서는 안 된다. 법원이 이와 같은 취지에서 남한 변호사의 소송대리권이 인정된다는 전제 하에 甲과 X2 등의 친자관계를 인정한 것은 결과적으로 타당하다. 그러나 그 결론에 이르

100) 전세영(註70), 104면도 제척기간의 특례를 인정하는 방향으로 특례법의 개정이 이루어져야 한다고 본다.

는 과정에 있어서는 국제사법의 時際法을 간과하였고, 합리적 근거 없이 국제사법 제8조를 적용하였으며, 당사자에게 준거법 결정에 관한 선택권이 부여되거나 당사자자치가 인정되는 경우가 아님에도 당사자의 청구에 구속되어 준거법을 결정하는 등 여러 문제점을 드러내고 있다.

여섯째, 북한 주민에게도 당연히 상속권이 인정되어야 하지만, 남한의 자본재가 무상으로 북한지역으로 이전되는 것을 제한함으로써 얻을 수 있는 중대한 공익이 있는 이상 북한주민의 상속권 행사를 제한하는 것은 허용될 수 있다. 특례법은 상속회복청구권의 제척기간에 관한 특례 규정을 두지 않았는바, 특례 규정이 없는 현 시점에서는 부득이 해석론으로서 민법 제166조를 유추적용하여 북한주민이 권리를 행사할 수 있게 된 때부터 상속회복청구권의 제척기간이 진행되는 것으로 보아야 하고, 입법론적으로는 당초 특례법안이 마련하였던 제척기간의 특례 규정과 그에 따른 남한 상속인 및 제3취득자의 보호 규정을 속히 명문화해야 할 것이다.

[참고문헌]

1. 국내문헌

(1) 단행본

- 고상룡, 『민법총칙[전정판]』 (법문사, 1999)
- 곽윤직, 『상속법』 (박영사, 1997)
- _____, 『민법총칙[제8판]』 (박영사, 2012),
- 김연 · 박정기 · 김인유, 『국제사법[제3판]』 (법문사, 2012)
- 김주수 · 김상용, 『친족 · 상속법 - 가족법 - [제11판]』 (법문사, 2013)
- _____, 『민법총칙[제7판]』 (삼영사, 2013)
- 김형배 · 김규완 · 김명숙, 『민법학강의 - 이론 · 판례 · 사례 - [제12판]』 (신조사, 2013)
- 석광현, 『국제사법 해설』 (박영사, 2013)
- 신창선, 『국제사법[제8판]』 (Fides, 2012)
- 신창섭, 『국제사법[제2판]』 (세창출판사, 2012)
- 양창수 · 김형석, 『권리의 보전과 담보』 (박영사, 2012)
- 윤종진, 『개정 현대 국제사법』 (한울, 2003)
- 윤진수 집필부분, 『민법주해[III] 총칙(3)』 (박영사, 1992)
- 이연갑 집필부분, 『주석민법 총칙(3)[제4판]』 (한국사법행정학회, 2010)
- 이준일, 『헌법학강의[제5판]』 (홍문사, 2013)
- 이호정, 『국제사법』 (경문사, 1981)
- 이효원, 『남북교류협력의 규범체계』 (경인문화사, 2006)
- 전세영, 『남북한 주민의 가족·상속 법률관계에 대한 연구 - 남북 주민 사이의 가족관계와 상속 등에 관한 특례법을 중심으로 -』 (서울대학교 대학원 석사학위논문, 2012.02)
- 정동윤 · 유병현, 『민사소송법[제3보정판]』 (법문사, 2010)
- 정영환, 『신민사소송법』 (세창출판사, 2009)
- 한복룡, 『국제사법[제2판]』 (충남대학교 출판부, 2013)
- 『남북 주민 사이의 가족관계와 상속 등에 관한 특례법 해설』 (법무부, 2010.11)
- 『북한관련 법적 쟁점 사례연구』 (사법발전재단, 2010)
- 『북한의 가족법』 (법원행정처, 1998)
- 『主要 舊法令集[上]』 (법원행정처, 1987)
- 『主要 舊法令集[下]』 (법원행정처, 1988)
- 『친족상속에 관한 舊慣習』 (법원행정처, 1985)

2. 논문

- 권순한, “남북한 가족법의 통합과 법률문제”, 『연세법학연구』 제7집 제1권(연세법학연구회, 2000)
- 김미리, “납북된 피랍자의 납북 피해에 대한 국가배상청구권의 소멸시효 기산점”, 『특별법연구』 제10권(특별소송실무연구회, 2012)
- 윤철홍 · 김범철 · Karlheinz Muscheler, “독일통일후 동독지역에서 상속법상의 제문제”, 『민사법학』 제27호(한국민사법학회, 2005.03)
- 김상용, “남북주민 사이의 중혼 등 가족관계 문제해결”, 『법무사』 제523호(대한법무사협회,

- 2011.01)
- 김성욱, “외국인의 토지취득과 관련한 법적 문제”, 『토지법학』 제28권 제2호(한국토지법학회, 2012.12)
- 김성주, “남북합의서와 관련된 법적 문제”, 『통일사법정책연구』 제2권(법원행정처, 2008)
- 김원태, “섭외가사소송에서의 국제재판관할권에 관한 연구”, 『경성법학』 제5호(경성대학교 법학연구소, 1996)
- 남효순, “혼인(중혼)취소의 소급효와 재산상의 법률관계 - 중혼배우자의 사망 후 취소판결에 대한 후혼 생존배우자의 상속인자격 상실 여부”, 『민사판례연구』 제20권(민사판례연구회, 1998.06)
- 명순교, “1980년 계엄당국의 강박에 의한 증여계약의 효력과 취소권의 제척기간”, 『고려법학』 제37호(고려대학교 법학연구원, 2001.10)
- 문홍안, “가족법상 북한이탈주민의 남한사회 정착지원 방안에 관한 연구 -이혼의 특례를 중심으로-”, 『가족법연구』 제21권 제3호(한국가족법학회, 2007.12)
- 소재선, “이산가족의 재결합에 따른 가족법상의 제문제”, 『가족법연구』 제10호(한국가족법학회, 1996.12)
- 신영호, “이산가족의 재결합에 따른 가족법상의 문제”, 『사회과학논총』 제7집(성신여자대학교 사회과학연구소, 1995)
- _____, “대량탈북사태와 사법적 대응”, 『법제연구』 제12호(한국법제연구원, 1997.06)
- _____, “남북한 가족법의 저촉과 그 해결”, 『가족법연구』 제12호(한국가족법학회, 1998.12)
- _____, “남북한이산가족의 왕래 및 재결합에 관한 법령정비 방안”, 『법학논집』 제34집(고려대학교 법학연구원, 1998.12)
- _____, “통일지향적 새 남북관계 정립을 위한 사법적 과제 -이산가족의 신분·상속법상의 법적 과제를 중심으로-”, 『법제연구』 제19호(한국법제연구원, 2000.11)
- _____, “북한이탈주민의 법적 지위와 이혼문제에 관한 소고”, 『북한법연구』 제9호(북한법연구회, 2006.06)
- _____, “새터민의 이혼소송”, 『인권과 정의』 제368호(대한변호사협회, 2007.04)
- _____, “남북간 민사분쟁 해결방안”, 『법무자료』 제276집(법무부, 2007)
- _____, “북한 주민에 대한 한국민사법의 적용”, 『저스티스』 제121호(한국법학원, 2010.12)
- _____, “남북 이산가족 사이의 상속관련 문제해결”, 『법무사』 제524호(대한법무사협회, 2011.02)
- 신진화, “통일 전후의 신분법제 정비방안 -혼인과 이혼, 부모와 자, 부양의무자, 상속을 중심으로-”, 『통일사법정책연구』 제1권(법원행정처, 2006.12)
- 신한미, “북한이탈주민의 이혼소송”, 『통일사법정책연구』 제1권(법원행정처, 2006.12)
- _____, “북한 교류에 따른 중혼문제에 관하여”, 『통일과 사법』 제1권(법원행정처, 2011)
- 양영희, “북한의 법적지위”, 『통일사법정책연구』 제1권(법원행정처, 2006)
- 유 욱, “남북주민 간 가족 관계 및 상속 관련 주요 쟁점 -독일사례 비교-(발표문)”, 『법무부 /IPUS/HSS 공동주최 국제 학술회의』 (법무부, 2010.10)
- _____, “북한주민의 남한 내 상속재산 등 관리방안”, 『법무사』 제525호(대한법무사협회, 2011.03)
- 윤대해, “북한 주민에 대한 한국민사법의 적용(지정토론문)”, 『저스티스』 제121호(한국법학원, 2010.12)
- _____, “남북 주민 사이의 가족관계와 상속 관련 문제 해결 -‘남북 주민 사이의 가족관계와

- 상속 등에 관한 특례법(안)’을 중심으로”, 『남북교류와 관련한 법적 문제점』 제10권(법원행정처, 2012)
- 윤상도, “남북한 주민 사이의 불법행위로 인한 손해배상사건의 법적 문제”, 『통일사법정책연구』 제1권(법원행정처, 2006)
- 윤영미, “남북 이산가족 사이의 상속 관련 문제 해결(지정토론문)”, 『남북 주민 사이의 가족관계와 상속 등에 관한 특례법 제정 공청회』 (법무부, 2010.11)
- 윤진수, “1990년대 친족상속법 판례의 동향”, 『민법논고V[상속법]』 (박영사, 2011)
- 이규창, “남북관계 발전에 관한 법률’의 분석과 평가 -남북한 특수관계 및 남북합의서 관련 조항을 중심으로-”, 『법조』 제55권 제8호(법조협회, 2006.08)
- 이백규, “북한 주민에 대한 한국민사법의 적용(지정토론문)”, 『저스티스』 제121호(한국법학원, 2010.12)
- 이병화, “전후 국가배상책임에 관한 국제사법적 고찰”, 『비교사법』 제17권 제2호(한국비교사법학회, 2010.06)
- 이승련, “남북한 사이의 사법공조 방안”, 『통일사법정책연구』 제2권(법원행정처, 2008)
- 이영진, “헌법상 영토·통일조항의 개정논의와 남북특수관계론 -국가보안법의 위헌·폐지론과 관련하여-”, 『통일사법정책연구』 제2권(법원행정처, 2008)
- 이은정, “남북교류에 따른 가족법 대응방안 -이산가족의 재결합을 중심으로-”, 『가족법연구』 제15권 제2호(한국가족법학회, 2001.12)
- _____, “북한주민의 상속권”, 『가족법연구』 제24권 제1호(한국가족법학회, 2010.03)
- 이인호, “북한 거주 상속인에게 상속회복청구권 제척기간의 연장특례를 인정하는 것에 대한 헌법적 평가”, 『통일과 법률』 제8호(법무부, 2011.11)
- 이주현, “남북한 특수관계의 의미”, 『남북교류와 관련한 법적 문제점』 제1권(법원행정처, 2002)
- 이준일, “평등원칙”, 『안암법학』 제8호(안암법학회, 1999.02)
- 이준희, “민법 제818조 위헌제청”, 『헌법재판소결정 해설집』 제9집(헌법재판소, 2010)
- 이효원, “남북합의서의 법적 성격과 효력”, 『북한법연구』 제7호(북한법연구회, 2004. 6)
- _____, “북한이탈주민의 이혼소송과 북한주민의 법적 지위”, 『가족법연구』 제22권 제3호(한국가족법학회, 2008. 11)
- 임복규, “남북한 주민 사이의 상속문제 해결방안”, 『통일사법정책연구』 제2권(법원행정처, 2008)
- _____, “남북 이산가족 사이의 상속 관련 문제 해결(지정토론문)”, 『남북 주민 사이의 가족관계와 상속 등에 관한 특례법 제정 공청회』 (법무부, 2010.11)
- _____, “북한 주민에 대한 한국민사법의 적용(지정토론문)”, 『저스티스』 제121호(한국법학원, 2010.12)
- _____, “남북 주민 사이의 가족관계와 상속 등에 관한 특례법’ 중 상속 관련규정에 대한 고찰”, 『통일과 사법』 제1권(법원행정처, 2011)
- 임성권, “남북한 주민 사이의 가족법적 문제”, 『남북한 사이의 사법적 법률관계』 (법영사, 2007)
- _____, “북한주민과 관련한 가사분쟁의 특수문제”, 『남북한 사이의 사법적 법률관계』 (법영사, 2007)
- _____, “탈북자의 이혼청구에 있어서의 국제사법적 문제”, 『남북한 사이의 사법적 법률관계』 (법영사, 2007)

- 장준혁, “탈북자의 이혼의 준국제관할”, 『민사판례연구』 제31권(민사판례연구회, 2009.02)
- _____, “일본통치기 강제징용사건의 준거법”, 『국제사법연구』 제19권 제1호(한국국제사법학회, 2013.06)
- 장철익, “북한 주민이 제기한 소송 -쟁점과 과제-”, 『북한법연구』 제13호(북한법연구회, 2011.12)
- 정구태, “공동상속인 간의 유류분반환과 특별수익 -헌법재판소 2010. 4. 29. 선고 2007헌바144 결정을 중심으로-”, 『가족법연구』 제24권 제3호(한국가족법학회, 2010.11)
- _____. 이홍민, “재일동포의 상속에 있어서 준거법 결정에 관한 고찰”, 『가족법연구』 제25권 제1호(한국가족법학회, 2011.03)
- _____, “상속채권자와 한정승인자의 근저당권자 간의 우열 문제 -대법원 전원합의체 2010. 3. 18. 선고 2007다77781 판결-”, 『고려법학』 제64호(고려대학교 법학연구원, 2012.03)
- _____, “피압류채권을 수동채권으로 한 제3채무자의 상계권 행사의 허용범위 -대법원 전원합의체 2012. 2. 16. 선고 2011다45521 판결-”, 『고려법학』 제66호(고려대학교 법학연구원, 2012.09)
- _____, “유류분제도 시행 전 증여된 재산에 대한 유류분반환 -대법원 2012. 12. 13. 선고 2010다 78722 판결-”, 『홍익법학』 제14권 제1호(홍익대학교 법학연구소, 2013.02)
- _____, “부부 쌍방의 소극재산 총액이 적극재산 총액을 초과하는 경우에도 재산분할이 가능한지 여부 -대법원 전원합의체 2013. 6. 20. 선고 2010므4071(본소), 2010므4088(반소) 판결-”, 『법학논총』 제20집 제2호(조선대학교 법학연구원, 2013.08)
- 정상규, “탈북자 이혼사건에 관한 연구”, 『사법논집』 제38집(법원도서관, 2004.12)
- _____, “탈북자 이혼사건의 실무상 쟁점 및 입법안에 관한 검토”, 『실무연구』 제10권(서울가정법원 법관가사재판실무연구회, 2005.07)
- 조의연, “남북한 간의 관할권과 준거법 결정기준”, 『통일사법정책연구』 제1권(법원행정처, 2006.12)
- 최금숙, “북한주민의 상속권 보호를 위한 고찰”, 『가족법연구』 제15권 제1호(한국가족법학회, 2001.06)
- _____, “북한이탈주민의 혼인 및 이혼에 관한 법적 고찰”, 『법학논집』 제15권 제3호(이화여자대학교 법학연구소, 2011.03)
- _____. 안소영, “남북 주민의 가족관계와 북한주민의 상속권 - 「남북 주민 사이의 가족관계와 상속 등에 관한 특례법」 검토를 중심으로-”, 『법학논집』 제16권 제2호(이화여자대학교 법학연구소, 2011.12)
- 최달곤, “남북이산가족 재결합에 따르는 법적 문제점”, 『북한학연구』 제1호(고려대학교 북한연구소, 2000)
- 최봉경, “부칙(附則) 연구 -그 체계적 시론-”, 『서울대학교 법학』 제53권 제2호(서울대학교 법학연구소, 2012.06)
- 최성경, “남북주민의 가족관계와 상속 - 「남북 주민 사이의 가족관계와 상속 등에 관한 특례법」 을 중심으로-”, 『가족법연구』 제26권 제1호(한국가족법학회, 2012.03)
- 한명섭, “북한주민 제기 소송의 소송중지특례법 제정을 촉구하며”, 『법률신문』 제3907호(법률신문사, 2011.1.27)
- 홍창우, “남북한 가족법의 비교와 통합”, 『통일과 사법』 제1권(법원행정처, 2011)
- _____, “남북 주민 사이의 가족관계와 상속 관련 문제 해결(지정토론문)”, 『남북교류와 관련한 법적 문제점』 제10권(법원행정처, 2012)