

개성공단에서의 남한 행정형법 적용 여부에 대한 검토*

한 경 태

(법무부 통일법무과 서기관, 변호사)

요 약 문

2018. 9. 19. 남북 정상회담을 위해 방북한 문재인 대통령이 평양 한복판에 있는 능라도 5·1 경기장에서 평양시민 15만 명을 앞에 두고 연설을 한 장면은 분단 이후 단 한 번도 볼 수 없었던 고무적인 광경이었다. 연설의 내용처럼 우리 민족은 5,000년을 함께 살고, 70년을 헤어져 살았다. 남북이 한 민족으로 함께 한 5,000년은 분단 70년을 너끈히 극복해 낼 만큼 장구한 힘을 가졌음을 부인할 수 없지만, 불과 2년이 지난 현재의 남북 상황을 보면 분단은 과거의 시간만으로는 극복할 수 없는 현실의 문제임을 상기하게 된다.

남과 북이 헤어져 산 70년 동안, 남북의 법과 제도는 서로 다른 발전 과정을 거쳐 왔고, 법치주의의 인식과 수준에도 상당한 차이를 가지고 있다. 그중에서도 형사 법제의 차이는 신변안전 보장과 관련하여 교류협력 과정에서도 상당한 불안요인으로 작용해왔다. 개성공단 사업은 남북이 현재까지 만들어낸 가장 높은 수준의 교류협력 모델이지만, 민사적 분쟁 해결을 위한 남북상사중재위원회의 구성은 중단 상태에 있고, 형사 사건 처리와 관련해서는 금강산 관광객 피살 사건에서 한 걸음도 앞으로 나가지 못하고 있다.

남북의 관계가 원점 회귀를 반복하지 않고 실질적인 발전을 해나가기 위해서는 정치적인 타협과 임기응변이 아닌 법과 제도의 마련으로 돌이킬 수 없는 교류협력의 밑그림을 그려나 가야 한다. 현재는 개성공단 사업이 전면 중단되어 있지만, 남북관계의 개선에 따라 언제든 지 재개될 가능성이 열려 있다. 재개의 시점까지 우리는 왕성한 가동 시기에 돌아보지 못했던 법과 제도를 정비할 기회를 얻었다. 그중에서 최저임금법, 도로교통법, 산업재해법 등 개성공단에서의 남한 행정형법 적용 문제는 시급하게 해결책을 세워야 할 부분이다. 이 글에서는 동·서독 형사법 충돌 해결 이론과 종래 실무 차원에서 수집된 국내의 다양한 견해들을 지금 시점에서 면밀하게 검토해 보고, 실제 발생했던 행정법 위반 사례에 대한 각 견해의

* 이 글은 법무부 법무자문위원회 산하 남북법령연구 특별분과위원회의 제47차 학술회의에서 주제발표를 맡아 발제한 글을 보완한 것이며, 법무부의 공식 입장이 아닌 작성자의 개인적인 의견임을 밝힌다.

결론상의 차이점을 살펴보았다. 이를 바탕으로 개성공단에서의 남한 행정형법 적용에 대한 합리적인 적용 기준을 검토하여, 향후 개성공단 재개 시 보다 안정적으로 사업이 진행되도록 법제 분야에서 미리 준비하는 다양한 노력들에 실마리를 제공하는 것에 목적을 두었다.

주제어

개성공업지구, 남북교류협력, 개성공단 형사 사건 처리, 형사법 충돌, 행정형법, 행정형벌, 남북한 특수관계론, 지역 간 형법 이론, 국제형법 유추적용, 신변안전 보장, 남북 형사사법공조

【目次】

I. 서론

II. 행정형법의 장소적 적용 범위

1. 형법 제3조(내국인의 국외범)
2. 행정형법의 형법 제3조 적용 및 제한 여부

III. 독일의 관련 형법 이론 검토

1. 동·서독 형사법 충돌 해결의 기본 이론
2. 행정형법의 장소적 적용 범위에 대한 독일의 이론

IV. 개성공단에서의 남한 행정법 적용 여부 검토

1. 개성공단에서의 남한 행정법 적용에 관한 기본 전제
2. 개성공단에서의 남한 행정형법 적용 여부에 대한 견해들
3. 구체적 사례 및 각 견해에 따른 결론
4. 검토

V. 결론

I. 서론

2018년 평창 동계올림픽 이후 판문점 선언, 평양공동 선언으로 이어지며 급속도로 진전되었던 남북관계는 3차에 걸친 북미회담이 사실상 결렬되며 의욕적으로 추진되던 여러 사업에 제동이 걸렸고, 현재까지도 교착 상태에 있다. 최근에는 북한이 남북공동연락사무소 청사 건물을 폭파하며 남북관계는 평창 동계올림픽 이전으로 회귀하는 양상마저 보이고 있다.

더욱이 유엔 안보리 대북제재 결의와 미국 등 각국의 독자제재 조치는 북한의 비핵화 문제와 맞물려 해결점을 찾기 어렵고, 이러한 배경에서 개성공단과 금강산 사업의

재개는 구체적인 논의 시점을 예측하기도 어려운 상황이다. 그러나 북·미 간, 남·북 간 관계 개선의 상황에 따라 언제든 빠른 시일 안에 재개될 가능성은 여전히 존재한다.¹⁾

이 글은 개성공단 사업의 재개를 대비하여, 검토가 시급한 문제 중 하나인 개성공단에서 남한의 행정형법²⁾ 적용 문제에 대하여 논의의 실마리를 제공하는 것을 목적으로 한다.

개성공단이 전면 중단되기 직전까지 개성공단의 누적 방문자 수는 1,154,437명이며 일일 평균 방문자 수는 422명이다. 전면 중단 당시 체류 인원은 673명이었으며, 남한 측 근로자는 820명이 근무하고 있었다. 개성공단 사업이 개시된 이래 2014년까지 총 473건의 사건이 발생하였고, 그중 산재 사고는 316건으로, 이로 인해 9명이 사망하고 307명이 다쳤으며, 교통사고는 78건이 발생하여 13명이 사망하였다.³⁾ 이처럼 개성공단은 다수의 남한주민이 방문하고, 상주 근무 인원도 대규모인 관계로 다양한 유형의 사건·사고가 발생하였다.

향후 개성공단이 재개될 경우를 대비하여 행정형법의 적용 여부와 범위, 적용의 기준에 대한 논의가 필요하며, 이는 발생한 사고의 법률적 처리는 물론, 행정형법의 기준을 제시하여 법 위반 행위를 사전에 예방하는 측면의 효과도 있다는 점에서 중요한 주제이다. 또한 향후 남북관계의 개선 정도에 따라 개성공단 이외에 추가될 수 있는 북측지역 내 경제협력지구, 나아가 남측지역에 설치될 수 있는 경제협력지구에서의 양측 행정형법 적용 여부까지 논의의 폭이 확장될 수 있다.

이 글에서는 개성공단에서 남한 행정형법의 적용 문제에 대하여 우선 일반론으로

1) 이하에서는 군사분계선 이남지역 또는 대한민국을 통칭하여 ‘남한’이라 하고, 군사분계선 이북지역 또는 조선민주주의인민공화국을 통칭하여 ‘북한’이라 한다.

2) 강학상 그 행위가 반윤리성이나 반사회성을 가지는 것이 아니고, 행정 목적 확보를 위해 규정된 형벌 규정을 ‘행정형법’이라 하고, 형법에 규정된 범죄행위에 대해 보다 더 가중된 형벌을 부과하거나 절차상의 특별 규정을 규정하고 있는 법률을 ‘특별형법’이라 한다. 형사법은 자연법에 대응하고 행정법은 법정법에 대응하는 것으로 사용되기도 하나, 이 개념 자체가 확정적인 것은 아니며, 행정형법, 특별형법 또한 법의 변천에 따라 형법전에 규정되기도 하므로 이 용어의 사용에 대해서는 여러 견해가 존재하나, 이 글에서는 형법 이외의 행정법상 규정된 금지의무 위반 등에 대한 형벌 규정을 지칭하는 의미로 행정형법, 이로 인해 부과되는 형벌에 대해 행정형벌이라는 용어를 사용하기로 한다. 대법원 또한 이 용어를 사용한다(대법원 2010. 2. 11. 선고 2009도9807 판결 등).

3) 통일부, 개성공단 주요통계, 2015. 12. 기준.

형법 제3조의 속인주의의 적용과 속인주의를 제한하는 근거로서 형법 제8조의 해석론을 검토하고, 추가로 독일의 이론과 사례를 일반론의 검토로 살펴보겠다.

나아가 논의의 전제가 되는 남북한 특수관계론과 남북 간 형법 충돌 문제를 검토한 후, 이를 바탕으로 개성공단에서 남한의 행정형법 적용에 대한 견해들을 제시하고 검토하여 행정형법 적용에 대한 기준을 설정하는 방향을 모색해보고자 한다.

II. 행정형법의 장소적 적용 범위

1. 형법 제3조(내국인의 국외범)

가. 속인주의

자국민이 자국의 영토 외에서 범한 범죄에 대해 자국의 형법을 적용하는 입장을 속인주의라고 하며⁴⁾, 우리 형법 제3조는 ‘내국인의 국외범’이라는 표제로 “본 법은 대한민국 영역 외에서 죄를 범한 내국인에게 적용한다.”라고 규정하여, 제2조의 속지주의와 함께 명시적으로 속인주의를 취하고 있다. 이 조항의 해석과 관련하여 행위지 형법의 가별성 여부를 불문하고 우리나라 형법을 적용하여 처벌할 수 있다고 해석하는 절대적 속인주의의 견해⁵⁾와 행위지 국가의 형법상 가별성이 인정되는 경우에만 우리나라의 형법을 적용하여 처벌할 수 있다는 제한적 속인주의로 해석하는 견해⁶⁾가 대립하고 있다.

생각건대, 보호주의를 규정한 형법 제6조가 “단 행위지 법률로 범죄를 구성하지 아니하거나 소추 또는 형의 집행을 면제할 경우에는 예외로 한다.”라는 단서 규정을 명

4) 속인주의는 강화상 자국민이 범죄의 주체인 경우에 대해 자국의 형법을 적용하는 적극적 속인주의와 자국민이 범죄의 객체이자 피해법익의 주체인 경우에 대해 자국의 형법을 적용하는 소극적 속인주의로 분류되기도 하나, 통상 후자의 경우 ‘보호주의’라는 용어가 더 일반적으로 사용되는 것으로 보이므로, 이 글에서의 속인주의는 적극적 속인주의만을 칭하는 용어로 사용한다.

5) 김성규, “적극적 속인주의에 관한 형법 제3조의 문제점과 그 해결방안, 행위지법의 고려에 관한 입법론”, 『비교형사법연구』 제9권 제1호, 한국비교형사법학회, 2007, 6면; 전지연, “형법의 적용 범위로서 보호주의와 그 개정방안(대법원 2011. 8. 25. 선고, 2011도6507 판결)”, 『동아법학』 제58호, 동아대 법학연구소, 2013, 263면 이하; 김일수서보학, 『새로 쓴 형법총론(제12판)』, 박영사, 2014, 34면; 배종대, 『형법총론(제13판)』, 홍문사, 2017, 89면.

6) 김태수, “형법 제3조의 문제점과 해결방안”, 『형사법연구』 제24권 제1호, 한국형사법학회, 2012, 13면.

시하고 있음을 고려할 때, 그러한 단서를 명시하지 않은 제3조는 문언상 절대적 속인주의를 규정하고 있다고 해석하는 것이 타당하다. 따라서 행위지법에 의하여 처벌되는지 여부를 불문하고 언제나 우리나라 형법을 적용하는 것으로 해석하는 것이 적절하다. 이러한 해석과는 별도로 절대적 속인주의를 규정하고 있는 형법 제3조가 고도로 국제화된 오늘의 사회현실에 맞지 않으며 개정 또는 제한되어야 한다는 비판도 다수 존재한다.

나. 판례의 태도

형법 제3조에 대한 대법원 판례 중 대표적인 사례는 미국문화원 방화 사건에 대한 판결⁷⁾이다. 이 사건에서 대법원은 “설사 논지가 주장하는 바와 같이 국제협정이나 관행에 의하여 서울에 있는 미국문화원이 치외법권 지역이고 그곳을 미국영토의 연장으로 본다 하더라도 그곳에서 죄를 범한 피고인들에 대하여 우리 법원에 먼저 공소가 제기되고 미국이 자국의 재판권을 지금까지도 주장하지 않고 있는 바에야 속인주의를 함께 채택하고 있는 우리나라의 재판권은 피고인들에게도 당연히 미친다 할 것이다.”라고 판시하여 국외로 볼 수 있는 지역에 우리나라의 재판권이 미치고 형법이 적용됨을 명시적으로 판시하고 있다.

내국인의 국외범 사례 중 다수를 차지하고 있는 외국에서의 도박죄 사건과 관련하여 대법원은 “형법 제3조는 ‘본 법은 대한민국 영역 외에서 죄를 범한 내국인에게 적용한다.’고 하여 형법의 적용 범위에 관한 속인주의를 규정하고 있는바, 필리핀국에서 카지노의 외국인 출입이 허용되어 있다 하여도, 형법 제3조에 따라, 피고인에게 우리나라 형법이 당연히 적용된다.”라고 판시하였다.⁸⁾ 이 판결을 통해 대법원은 행위지인 필리핀 법률로 범죄를 구성하지 않음에도 불구하고 우리 형법을 적용하여 처벌된다고 판단하였다.

또한 대법원은 “도박죄를 처벌하지 않는 외국 카지노에서의 도박이라는 사정만으로도 그 위법성이 조각된다고 할 수 없으므로, 원심이 피고인이 상습으로 1996. 9. 19.부터

7) 대법원 1986. 6. 24. 선고 86도403 판결.

8) 대법원 2001. 9. 25. 선고 99도3337 판결.

1997. 8. 25.경까지 사이에 판시와 같이 미국의 네바다주에 있는 미라지 호텔 카지노에서 도박하였다는 공소사실에 대하여 유죄를 인정한 것도 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같이 도박죄의 위법성 조각에 관한 법리 오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.”라고 판시⁹⁾하여 행위지 국가의 해당 범죄 불처벌이 위법성 조각 사유로도 고려될 수 없다는 판단과 함께 형법 제3조를 절대적 속인주의 규정으로 해석하고 있는 태도를 일관되게 유지하고 있다.

다. 검토

이처럼 우리 형법 제3조는 문언상 절대적 속인주의를 규정하고 있으며, 대법원의 판결 또한 일관되게 절대적 속인주의에 기초한 판단을 내리고 있다. 이에 대해서는 형법 제3조의 구성요건과 관련하여 국적 여부를 판단하는 시점에 대한 기준이 존재하지 않는다는 점¹⁰⁾, 국외에 소재한 자에게 행위지국의 문화와 법 감정을 달리하는 자국의 형법을 적용하는 것이 죄형법정주의 원칙에 맞지 않는다는 점, 대량교통수단과 정보통신매체를 통한 인적·물적 국제이동이 일상화된 오늘날의 현실에 동떨어진 규정이라는 점¹¹⁾ 등을 이유로 비판하는 견해가 다수 있다.

여기에는 적극적 속인주의의 적용 대상이 되는 범죄를 일정한 범위로 한정하여 열거하는 방식으로 개정하자는 견해¹²⁾, 쌍방 가벌성의 원칙 문언을 추가하자는 견해¹³⁾ 등 형법 제3조를 개정해야 한다는 견해들이 있고, 또는 구성요건 해당성 등 범죄성립요건의 해석을 통해 형법 제3조의 절대적 속인주의를 제한하는 것이 필요하다는 의견 등이 있다. 특히 행정형법의 경우 형법 제8조의 해석을 통해 제3조의 절대적 속인주의를 제한할 수 있다는 견해들이 다수 있다. 이하에서는 개성공단에서의 행정형법 적용 여부를 검토하는 이 글의 주제와 관련하여, 행정형법에 형법 제3조가 동일하게 적용되는지에 대해 형법 제8조의 해석론을 기초로 살펴보도록 하겠다.

9) 대법원 2004. 4. 23. 선고 2002도2518 판결.

10) 전지연, 앞의 글, 128면 이하.

11) 김성규, 앞의 글, 3-6면.

12) 전지연, “형법의 지역적 적용 범위에 관한 규정의 문제점과 개정방안에 관한 연구”, 『형사정책』 제24권 제1호, 한국형사정책연구원, 2012, 141면; 김성규, 앞의 글, 20면.

13) 김성돈, 『형법총론(제5판)』, SKKUP, 2017, 97면.

2. 행정형법의 형법 제3조 적용 및 제한 여부 - 형법 제8조 해석론

가. 형법 제8조(총칙의 적용)

형법 제8조는 ‘총칙의 적용’이라는 표제하에 “본법 총칙은 타 법령에 정한 죄에 적용한다. 단, 그 법령에 특별한 규정이 있는 때에는 그 예외로 한다.”라고 규정하고 있다. 여기서 ‘타 법령에서 정한 죄’란 행정형법과 특별형법을 의미한다. 그러므로 이 조항은 행정형법에 대하여도 총칙 규정이 적용됨이 원칙임을 선언하고, ‘특별한 규정’이 있는 경우에만 예외적으로 적용이 배제될 수 있음을 규정하고 있다고 해석된다.¹⁴⁾ 이와 관련하여 ‘그 법령에 특별한 규정이 있는 때’에 대해 어떻게 해석할 것인지가 중요한 문제이다.

나. 형법 제8조 ‘그 법령에 특별한 규정이 있는 때’의 해석론

‘그 법령에 특별한 규정이 있는 때’에 개별 행정형법에 명시적인 규정을 두고 있는 경우가 포함되는 것에는 이론이 없다. 명시적인 규정이 있는 경우의 예시로 우선 담배사업법 제31조와 같이 적용을 배제하는 총칙 조항을 명시하는 방식이 있다. 담배사업법 제31조는 “형법 제9조, 제10조 제2항, 제11조, 제16조, 제32조 제2항, 제38조 제1항 제2호 중 벌금 경합에 관한 제한 가중 규정과 같은 법 제53조는 적용하지 아니한다.”라고 하여 적용을 배제하는 특정 총칙 규정을 열거하는 형태를 취하고 있다. 명시적인 규정을 두는 두 번째 방식은 관세법 제271조와 같이 총칙의 구체적인 내용을 다르게 규정하는 방식이다. 관세법 제271조는 제1항에서 “...교사하거나 방조한 자는 정범에 준하여 처벌한다”고 규정하고, 제2항은 “미수범은 본죄에 준하여 처벌한다”고 규정하여, 총칙 규정이 중범을 정범보다 감경하고, 미수에 대한 감면 규정을 두고 있는 것과는 다른 내용을 규정하는 방식으로 총칙 규정을 제한하고 있다.

문제는 ‘그 법령에 특별한 규정이 있는 때’에 묵시적 규정, 즉 해석상 형법총칙의 배제가 도출되는 경우도 포함시킬 것인지에 대한 부분이다. 이에 대해 ‘그 법령에 특별한 규정이 있는 때’란 개별 행정형법에 명시적인 규정을 두는 경우만을 의미한다는 견

14) 구길모, “행정형법의 장소적 적용 범위”, 『동아법학』 제82호, 동아대 법학연구소, 2019, 518면.

해, 명시적인 규정을 두고 있는 경우뿐 아니라 문언의 범위 안에서 목적론적 해석에 의하여 행정형벌의 특수성이 인정되는 경우까지 포함한다고 보는 견해가 있다.¹⁵⁾

생각건대, 상해죄의 동시범의 특례(제257조), 명예훼손죄의 위법성 조각 사유(제310조), 뇌물죄의 필요적 몰수 규정(제134조) 등 각칙에 별도의 규정이 있는 경우에는 형법 제8조와 상관없이 총칙의 규정이 배제되는 점 등 총칙에 대한 예외를 다양하게 인정하고 있는 형법의 규정을 고려하면 형법 제8조의 규정의 해석을 반드시 명시적 규정이 있는 경우에 한정할 필요는 없다고 보인다. 같은 논지로 제8조의 규정은 오히려 행정형벌의 경우에는 ‘그 법령에 특별한 규정이 있는 때’에 묵시적 규정, 즉 해석상 도출되는 경우도 포함되는 것으로 해석하는 데서 그 의미를 찾을 수 있다는 견해도 있다.¹⁶⁾ 이에 따르면 형법 제8조는 죄형법정주의의 원칙상 총칙 규정 배제의 결과로 가벌성이 확대되는 경우에는 명시적 규정을 요한다고 하되, 총칙 규정 배제의 결과로 가벌성이 축소되는 경우에는 묵시적 규정, 즉 해석상 행정형벌의 특수성이 도출되는 경우도 포함한다고 해석한다.

다. 형법 제8조 ‘그 법령에 특별한 규정이 있는 때’에 대한 판례의 태도

대법원이 형법 제8조를 직접 언급한 것으로 형법 제1조 제2항에 대한 것이 있다. 대법원은 수질환경보전법상 처벌 규정에 대해 “형법 제1조 제2항 및 제8조에 의하면 범죄 후 법률의 변경에 의하여 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하는 경우 신법에 의한다고 규정하고 있으나, 신법에 경과 규정을 두어 이러한 재판시법주의의 적용을 배제하는 것도 허용되는 것이다.”라고 판시하여 형법 제1조 제2항의 적용을 제8조를 통하여 제한하고 있다.¹⁷⁾ 이 판결에서 대법원은 법률개정에 의하여 처벌이 경하게 변경된 경우에도 행정형법이 ‘본법 시행 이전의 행위에 대하여는 구법에 의하여 처벌된다’는 취지로 규정하고 있다면, 형법 제8조의 ‘그 법령에 특별한 규정이 있는 때’에 해당한다고

15) 그 외 행정형벌의 특수성을 극단적으로 강조하여 명문 규정 및 해석에 의하여 인정되는 특수성은 물론 조리상 인정되는 특수성까지 의미한다는 일본학자의 견해가 소개되기도 한다. 그러나 현재에는 그러한 주장을 찾아보기 어렵다고 한다[김남진, 『행정법 I (제22판)』, 법문사, 2018, 560면]. 구길모, 앞의 글, 523면에서 재인용.

16) 구길모, 앞의 글, 524면.

17) 대법원 1992. 2. 28. 선고 91도2935 판결.

해석하는 것이다.

또한 대법원은 근로기준법상 처벌 규정에 대해 고의가 문제된 사례에서 “형법 제13조는 죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못한 행위는 벌하지 아니한다. 단 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 예외로 한다고 규정되어 있고 이는 형법 제8조에 의하여 특별형벌법규에도 적용되는 것인데 여기서 형법 제13조 단서에서 말하는 특별한 규정이 있는 경우라 함은 다른 형벌법규에 의하여 처벌하는 죄의 성립에 고의를 요하지 아니한다는 일반적 명문이 있거나 그 법률 규정 중에 그러한 취지를 명백하게 알 수 있는 경우를 의미한다.”라고 판시하였다.¹⁸⁾

이 판결은 형법 조문상 ‘특별한 규정이 있는 경우’에 명문의 규정이 없이 그러한 취지를 명백하게 알 수 있는 경우까지를 포함하는 것으로 해석하여, 행정형법인 근로기준법상 처벌 규정은 고의 외에 과실의 경우에도 적용 가능한 것으로 처벌 범위를 확장하였다. 즉 형법 제8조의 해석과 관련하여 총칙 적용의 배제의 결과로 가벌성이 확장되는 경우에 대하여 ‘그 법령에 특별한 규정이 있는 때’에 명시적인 규정이 있는 경우는 물론 묵시적 규정이 있다고 해석되는 경우까지를 포함하고 있는 것이다. 이러한 판례의 태도에 대해서는 죄형법정주의 원칙에 위반하여 부당하게 처벌 범위를 확대하였다는 비판이 있다. 즉 불리한 유추적용을 금하고 있는 죄형법정주의에 어긋나는 판단이라는 것이다.

라. 형법 제8조의 해석론을 바탕으로 본 행정형법의 속인주의 적용과 제한

결국 개별 행정형법에서 명시적으로 형법 제3조의 적용을 배제하고 있는 경우에는 그 해석에 다툼의 여지가 없다.¹⁹⁾ 문제는 명시적 배제 문언이 없는 경우, 해석상 속인주의의 적용을 배제할 묵시적 규정의 존재를 인정할 수 있는가에 있다.

행정법이라면 대부분의 경우 국내 적용을 전제로 한다. 일반적으로 행정법규 자체가 국가의 통치권이 미치는 영역 내에서의 적용을 전제로 하기 때문이다.²⁰⁾ 때문에 행정

18) 대법원 1994. 5. 27. 선고 93도3377 판결.

19) 이 경우 형법의 적용 범위 문제가 아닌, 구성요건 해당성 문제로 귀결될 것이다.

20) 김동희, 『행정법 I (제23판)』, 박영사, 2017, 70면.

법에서는 지역적인 적용 범위가 문제되는 경우가 많지 않다. 그러나 행정형법은 본질상 형법이므로 앞서 검토한 바대로 원칙적으로 형법총칙의 적용을 받으며, 총칙에 규정된 제3조 속인주의도 원칙적으로 적용되는 것으로 보아야 한다는 것이 통설과 판례의 태도이다. 그럼에도 불구하고 행정형법은 형법과 달리 개별 행정법규의 특수성이 가미된 처벌 규정으로 형법총칙의 적용에 넓은 예외가 인정될 여지가 있고, 이러한 이유로 행정형법에 형법 제3조를 적용하는 것에도 일정한 제한을 두어야 한다는 입장이 다수 존재하고 있는 것이다.

그러나 행정형법 또한 형법이기 때문에 총칙 규정 적용에 무제한적인 예외를 인정할 수는 없는 것이며 제3조 속인주의의 예외를 인정받는 것도 반드시 그 근거를 설명할 수 있어야 한다. 이 근거는 앞서 검토한 형법 제8조의 해석에 의해 설명이 가능하다는 것이 다수의 견해이다.²¹⁾ 즉, 형법 제8조에 따르면 해당 법령에 ‘특별한 규정’이 있는 경우 제3조가 적용되지 않을 수 있는 것이며, 여기에는 명시적인 규정을 두고 있는 경우뿐 아니라, 묵시적인 규정, 즉 해석상 행정형벌의 특수성이 도출되는 경우로 포섭하여 근거를 설명할 수 있다는 것이다. 다만, 이러한 해석은 총칙 규정 배제의 결과로 가벌성이 축소되는 경우에 국한하여야 한다고 한다. 부당하게 처벌 범위를 확대하였다는 비판을 받는 대법원의 판단과 달리, 묵시적인 규정의 해석을 가벌성이 축소되는 방향으로 해석하는 것은 범죄의 성립을 조각하거나 형벌을 감경하는 등 행위자에게 유리한 유추해석을 허용하고 있는 죄형법정주의의 내용에도 부합하기 때문이다.

이러한 논리로 행정형법 중 일부는 국내에서만 적용된다는 점을 절대적 속인주의를 규정한 현재의 형법 규정하에서도 설명할 수 있다. 다만 이러한 해석에 의해 모든 행정형법의 적용 범위가 국내에 한정된다는 것은 아니며, 개별 행정형법별로 해당 법률의 입법 목적, 제반 관계 규정의 취지 및 보호법익, 문언의 해석 가능한 범위 등이 제한의 기준으로 제시되고 있다.

이처럼 행정형벌에 속인주의 적용을 제한하는 논리는 이 글의 주제와 관련하여 개성공단에서의 행정형벌의 적용 여부 및 범위를 제한하는 논리로 연결될 수 있다. 즉

21) 위의 책, 524면; 박균성, 『행정법강의(제15판)』, 박영사, 2018, 401면; 홍정선, 『행정법원론(상)(제26판)』, 박영사, 2018, 667면.

형법 제8조 단서의 규정에 따라 개별 행정형법을 해석함에 있어서 해당 규정을 목적론적 해석에 근거하여 외국 지역에서 발생한 사건에 대해서는 적용되지 않는 ‘특별한 규정’으로 볼 수 있는지 여부, 즉 해당 규정이 형법 제3조의 적용을 제한하고 있는 것으로 볼 수 있는지의 여부로 검토될 수 있다. 다만 이 경우 개성공단을 외국 또는 외국에 준하여 볼 것인지에 대해 남북관계의 특수성 및 개성공단의 특수성을 전제로 분석해야 할 것이다. 이에 관해 제시되고 있는 구체적인 논리들에 대해서는 후술하도록 하겠다.

Ⅲ. 독일의 관련 형법 이론 검토

우리와 유사하게 분단국가의 특수성을 가진 독일은 동·서독 간 형법 충돌 문제와 행정형법의 국외 지역 적용 문제에 대해서도 실무와 판례를 통해 이론을 발전시켜 왔다.

1. 동·서독 형사법 충돌 해결의 기본 이론 - 서독 형법의 장소적 적용 범위에 대한 이론

형법과 형사소송법 등 서독의 형사법 해석에 있어서도 우리의 경우와 마찬가지로 동독 지역이 국내에 속하는지가 문제되었다. 이 문제에 대한 견해들은 동독 지역을 서독 국내로 보는 지역 간 형법 이론, 외국에 준하여 취급하는 국제형법 유추설로 대별할 수 있다. 독일의 경우 1972년 동·서독 기본조약 체결을 기준으로 체결 전에는 지역 간 형법 이론, 그 이후에는 국제형법 유추설이 일반적인 판례와 실무의 기준이 되었다고 평가되고 있다.

가. 지역 간 형법 이론

지역 간 형법 이론은 독일제국이 계속 존속함을 기본 전제로 한다. 동독과 서독을 모두 포함하는 ‘전체로서의 독일제국’이 계속 존속 중이며 이러한 관점에서 그 일부를 이루는 동독은 내국이라는 것이다.

다만 이 이론은 단일국가 내에 다른 형법들이 존재하는 현실을 인정하고, 별도로 성

립·발전된 각 지역의 형법이 상호 적용되는 것을 전제로 한다. 지역 간 형법 이론은 1800년대 독일제국이 영토를 확장하는 과정에서 새로 편입된 지역에서 통용되던 형법과 기존 독일제국의 형법이 다른 경우 이를 해결하기 위해 불문법적으로 발전해온 원칙이다. 즉 지역 간 형법 이론은 하나의 영토 고권을 가진 연방 형태의 국가 내에서 지역적으로 적용되는 서로 다른 많은 형법이 존재하는 것을 전제로 하며, 개별 사안에 대해 그 중 어느 법률을 적용할 것인지를 결정하기 위해 발달한 이론이라고 할 수 있다. 지역 간 형법 이론에서는 적용할 형법(또는 준거법)을 결정하는 기준으로 행위지 원칙을 사용한다. 즉 한 국가 내에서 행위지 형법과 재판지 형법이 다른 경우, 행위지의 형법이 재판지의 공서양속에 위배되지 않는 한 그 법을 준거법으로 채택하는 것이다. 따라서 동독 주민이 동독 지역에서 행한 범죄에 대해 차후에 서독의 법원에서 재판을 진행하는 경우 행위지법인 동독의 형법이 서독의 공서양속에 반하지 않는 한 준거법이 된다.²²⁾

나. 국제형법²³⁾ 유추적용설

지역 간 형법 이론의 전제는 동독도 전체로서의 독일 국내에 해당하기 때문에 쌍방 간 형법에는 근본적인 유사성이 있으며, 서독 법원에서 재판을 함에 있어 동독의 형법을 준거법으로 적용하여도 무방하다는 것이다.

그러나 동독이 1968. 1. 12. 형법을 새로 제정함에 따라 동·서독 간 형법의 내용과 구조에 차이가 발생하였고, 동·서독 간 서로 법적·제도적 발전 양상이 다르게 진행됨에 따라 사실상의 통일성이 약화되어 갔다. 무엇보다도 1972년 동·서독 기본조약 체결로 인하여 동·서독이 상대의 국가성을 인정하였으므로, 동독 주민이 동독에서 행한 범행에 대하여 서독 법원이 형사 관할권을 가진다는 종전의 지역 간 형법 이론을 유지하는 것이 어렵게 되었다.²⁴⁾

22) 법무부, 『동서독 교류협력 법제 연구』, 법무부, 2019, 232면.

23) 국제형법(Internationales Strafrecht)은 형법상 국외에서 행해진 범죄에 관한 규정들을 말하는 개념으로서, ‘국제형법 유추적용설’은 ‘국외법 규정 유추적용설’로도 표현될 수 있다. 이 용어를 국내에서 사용하는 것에 대하여 이러한 규정들은 국제법이 아니라 국내법인 점에서 정확한 표현이라고 할 수 없다는 견해도 있다[이재상·장영민·강동범, 『형법총론(제9판)』, 박영사, 2017, 47면].

24) 동·서독 기본조약 제6조에 의하면 쌍방은 “양국의 국가권력은 그 영토에 국한한다”는 원칙에서 출발

이러한 상황의 변화에 따라 서독 법원들도 동·서독 기본조약 체결 이후로는 지역 간 형법 이론 대신 국제형법 규정의 유추적용설의 입장에 따른 판결을 내리게 되었다. 서독 법원은 동독을 형사 범죄에 있어서는 사실상 외국에 준하여 취급하게 되었으나, 동독은 외국은 아니라는 연방헌법재판소의 명시적인 판례상 국제형법 규정을 직접 적용할 수는 없었기 때문에, 이를 유추적용하는 형태로 형사 사건을 처리하게 된 것이다.

서독 법원이 취한 국제형법 유추적용설의 입장에 따를 때, 동독을 외국에 준하는 것으로 보고 동독 주민을 포함한 독일인이 동독 지역에서 범한 범죄에 대해 서독 법원에서 재판을 할 경우, 속인주의를 규정한 서독 형법 제7조 제2항을 유추적용하여 판단하게 된다. 서독 형법 제7조 제2항은 “행위자가 행위 시 독일인이었거나 행위 이후 독일인이 된 경우, 국외에서 행하여진 기타의 범죄에 대하여는 행위지에서 그 범죄에 관한 처벌 규정을 두고 있거나 행위지에 어떠한 형벌권도 미치지 아니한 경우에는 독일 형법을 적용한다.”라고 규정하고 있다. 결국 동독의 형법을 준거법으로 삼았던 종래의 태도에서 서독의 형법을 준거법으로 채택하게 된 부분에 유의미한 변화가 발생하였다. 이에 따라 가벌성에 있어 각각의 형법에 차이가 존재하는 경우²⁵⁾ 재판 결과에도 차이가 발생하게 되었다.

2. 행정형법의 장소적 적용 범위에 대한 독일의 이론 - 범죄구성요건의 보호 범위 이론

독일에서는 독일국민이 외국에서 범한 행정법상 의무 위반 행위에 대해 행위지인 외국의 행정법규상의 처벌 규정을 기초로 독일의 형벌 규정을 적용하여 처벌할 수 있다고 한다. 독일에서는 이를 범죄구성요건의 보호 범위 문제로 다루고 있다.²⁶⁾

하여 “각기 그 국내·국외의 문제에 있어서 양국 각자의 독립성과 자주성을 존중한다”고 되어 있어 법적으로 상대방 영토에 대해 더 이상 배타적인 형사 관할권을 주장할 수 없게 되었다.

25) 예를 들어 동독의 형법에서는 죄가 되지 않으나 서독 형법에서는 처벌하는 근친상간, 정치적 무고죄 등의 경우. 보다 자세한 내용에 대해서는 법무부, 앞의 책, 262면 이하 참조.

26) 이는 동·서독 양자 간 특수관계를 전제로 발전한 이론이 아니라, 외국에 대한 행정형법 충돌을 해결하는 일반론으로 발전한 것으로 보인다.

가. 범죄구성요건의 보호 범위 이론

독일에서는 범죄구성요건의 보호 범위를 기준으로 개인적 법익의 경우와 국가적·공익적 법익의 경우를 구분하여 국외에서의 행정형법 적용을 판단하고 있다.

즉 특정 범죄행위에 대한 처벌 규정이 개인적 법익을 보호법익으로 하고 있는 경우에는 독일인이 외국에서 행한 범죄에 대해 독일의 형벌 규정이 적용된다고 보고, 반면에 특정 형벌 규정이 국가적 이익 또는 사회적 이익 등을 보호법익으로 하는 경우에는 독일의 형벌 규정은 적용되지 않는다고 해석한다. 예를 들어 독일인이 국외에서 외국인을 살해하는 경우에는 개인적 법익에 관한 범죄이므로 독일 형법이 적용되나, 독일인이 외국에서 외국의 세금을 포탈하는 경우에는 독일의 조세포탈죄가 적용되지 않는다는 것이다.²⁷⁾

이 이론에 따를 때 독일인이 행한 범죄가 우선 개인적 법익 침해와 관련된 범죄라면 행위지가 독일 내인지 여부 또는 피해자가 독일인인지 여부를 불문하고 독일 형법이 적용된다. 즉 독일인이 외국에서 외국인을 살인한 경우와 같이 개인적 법익을 침해한 범죄를 범한 경우 독일 형법의 보호 목적 범위 내에 있으므로 독일 형법이 적용된다는 것이다.²⁸⁾ 여기에는 개인적 법익과 동시에 국가적·공익적 법익도 일부 포함하는 규정의 경우까지를 포함한다. 즉 무고죄(독일 형법 제164조), 주거침입죄(독일 형법 제123조), 문서위조죄(독일 형법 제267조), 위증죄(독일 형법 제153조 이하)와 같은 경우도 독일 형법의 보호 범위 내에 있는 것으로 평가하여, 독일인이 외국에서 외국인에 대하여 무고하거나 외국 문서를 위조한 경우에 대하여도 독일 형법이 적용되는 것으로 본다.

반면에 행위지인 외국의 공공안전, 사회질서, 세금 관련 법익 등 국가적 법익은 독일 형법이 보호하지 않는 것으로 본다. 따라서 독일인이 외국에서 행한 외국의 행정질서 위반, 세금 관련 범죄에 대하여는 독일 형법이 적용되지 않는다.

27) 법무부, 앞의 책, 353면 이하.

28) 다만 독일의 속인주의 규정(제7조 제2항)은 행위지인 외국에서 그 범죄에 관한 처벌 규정을 두고 있는 경우에 독일 형법을 적용하여 처벌할 수 있도록 규정하고 있으므로, 해당 외국에서도 그에 관한 형사처벌 규정이 있어야 할 것이다(법무부, 앞의 책, 245면 이하).

범죄구성요건의 보호 범위와 관련하여 독일에서는 주로 공공질서 보호를 위한 성격을 가지고 있는 것으로 평가할 수 있는 도로교통 관련 범죄들이 가장 빈번하게 문제가 되었다. 즉 독일인이 외국에서 그 국가의 도로교통 법규를 위반한 경우 독일의 형벌 규정으로 처벌할 수 있는지가 문제이다.

독일은 이 문제 역시 그 규정이 개인적 법익의 보호를 위한 것인지를 기준으로 판단하고 있다. 독일 형법 제315조 내지 제315의d조(철도 등의 교통의 안전을 침해하여 타인의 생명, 신체, 고가물품을 해한 죄 등)는 개인적 법익의 보호 규정에 해당한다고 해석한다. 독일 형법 제142조(사고 후 미조치 도주)도 개인적 법익을 보호하는 규정에 해당하며, 독일 형법 제316조(음주운전)는 절대적 위험범임에도 불구하고 개인적 법익 보호 규정으로 해석하고 있다. 따라서 외국에서 위의 죄를 범한 독일인에 대하여 독일 형법 규정들이 적용되는 것으로 본다. 다만 이 경우 과실 여부 등은 행위지인 외국법을 기준으로 판단하였다.²⁹⁾

또 다른 법규로 독일 형법의 환경범죄 규정이 있다. 독일 형법 제324의a조 이하 규정들은 “행정법상 의무에 위반”하여 “토지, 공기, 수자원” 등을 오염시키는 행위들에 대한 처벌을 규정하고 있다. 여기서 “토지, 공기, 수자원”에 외국의 그것들이 포함되는지가 문제였다. 독일은 토지나 수자원 등의 보호 문제를 개인적 법익 보호의 측면이 있는 것으로 보고, 독일 형법의 적용을 긍정하였다. 1994년 6월 27일 제2차 환경범죄와의 투쟁을 위한 법률에 따라 독일 형법 제330의d조 제1호³⁰⁾가 신설됨으로써 독일 형법 제324조 이하의 환경범죄의 보호 범위는 외국의 수자원까지임이 명확해졌으나, 위 제330d조 제1호가 신설되기 이전에도 압도적 견해는 환경범죄의 보호 목적에 비추어 외국의 공기와 토지도 독일 환경형법 규정의 보호 범위에 포함된다고 해석하였다.³¹⁾

나. 주의의무 위반의 기준 - 행위지인 외국법의 적용

국외에 대한 독일 행정형법의 적용을 긍정할 경우, 고의·과실 등 주의의무의 판단

29) 위의 책, 355면 이하.

30) 환경범죄 처벌 규정상 “수자원”의 개념에 관해 ‘지표수, 지하수’뿐만 아니라 ‘해양(Meer)’을 명시함으로써 독일 국내 수자원뿐만 아니라 외국의 수자원도 보호 대상으로 포함하였다.

31) 법무부, 앞의 책, 356면.

기준은 어느 곳을 기준으로 할 것이냐가 문제된다.

독일은 이 경우 주의의무 판단 기준은 독일법이 아니라 외국법의 해당 규정에 따른다고 해석한다. 즉 과실치사(독일 형법 제222조) 등 도로교통상의 주의의무 위반 여부는 사고가 발생한 외국의 도로교통 관련법에 따라 이를 판단한다고 보았고, 외국에서 환경범죄를 저지른 경우는 외국 행정법상 규정의 주의의무 위반 여부에 따라 판단하였다. 따라서 독일의 법규상 위무를 위반하였다고 하더라도 외국의 법규상 의무를 다한 경우에는 이를 처벌할 수 없다. 다만, 이 경우 그 외국법이 독일의 공서양속에 반하는 경우에는 적용은 배제된다고 한다.³²⁾

IV. 개성공단에서의 남한 행정법 적용 여부 검토

1. 개성공단에서의 남한 행정법 적용에 관한 기본 전제

가. 남북관계의 확정 문제 - 남북한 특수관계론

남북은 분단국의 특성에 따라 국제법상 상호 관계가 명확하게 정리되지 못하는 문 제점을 보유하고 있다. 서로에 대하여 국가 간의 관계로 정리된 독일의 경우³³⁾와 달리, 우리는 제헌 헌법 당시부터 유지되어온 헌법 제3조 영토 조항과 1972년 개헌에서 분단 현실을 인정하여 신설된 헌법 제4조 평화통일 조항의 상호 규범조화적인 해석에 따라 북한의 지위가 이중적으로 형성되었다. 현재의 국내법 체계는 북한을 반국가단체로 보는 「국가보안법」을 여전히 유지하면서도, 남북 간의 교류와 협력의 규범 영역에 대해서는 「남북교류협력법」과 「남북관계발전법」 등을 제정하여 시행하고 있다. 특히 남북 관계발전법 제3조는 남북기본합의서 서문과 유사하게 “남한과 북한의 관계는 국가 간의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계이다.”라고 규정하고 있다.

32) 위의 책, 358면.

33) 동독은 2개 국가론을 주장하며 서독을 국가로 인정하는 전제를 두고 있었고, 서독은 1972년 동·서독 기본조약을 근거로 동독의 국가성을 인정하였다. 다만, 서독은 동독을 국제법적으로 국가로 승인하지는 아니하였고, 전체로서의 독일제국 내에 두 개의 국가로서 동서독이 존재한다는 입장을 취하였다.

북한의 법적 지위에 대해서는 다양한 의견이 있는 바, 이러한 남북관계의 특수성을 고려할 때, 국내법적으로 북한의 기본적인 법적 지위는 여전히 반국가단체로 국가성이 부인된다고 할 것이나, 국제법적 영역에 있어서는 유엔 가입 등으로 독립된 주권국가로서의 지위를 확보하고 있음을 부인할 수 없는 상황이다.³⁴⁾

문제는 교류와 협력의 영역에서 상대방인 북한의 지위를 어떻게 규정할 것인가에 있다. 이에 대하여는 우리 헌법 제3조와 제4조의 관계에 대한 해석론을 바탕으로 구체적 사안과 규범 영역에 따라서 법적 성격이 다르게 평가될 수밖에 없으며, 결국 북한의 법적 지위는 우리 헌법을 바탕으로 남북 간의 각종 합의서와 기타 우리 법체계를 전반적으로 고려하여 검토하여야 한다.

이는 후술하는 개성공단에서의 행정형법의 적용 문제와 관련하여 북한의 주체성을 인정하고 외국 또는 외국에 준하여 취급할 것인가, 인정한다면 남북 간 형법 충돌의 문제는 어떻게 정리할 것인가의 문제로 연결된다.

나. 남북 간 형법 충돌의 해결 방안³⁵⁾

개성공단에서 남북 간 행정형법의 적용 여부를 검토하기 이전에, 앞서 살펴본 북한의 지위에 대한 논의를 전제로 남북한 형법 충돌의 경우 이에 대한 접근 방식을 우선적으로 정리할 필요가 있다.

현재 남북 간 형사법의 충돌을 해결하고 준거법을 결정하는 견해로는 형법 제2조 속지주의에 따라 남한 형법을 적용하는 견해³⁶⁾, 앞서 검토한 서독의 지역 간 형법 이론에 따라 북한 형법의 적용을 인정하는 견해, 형법 적용에 있어 서독의 경우와 같이 국제형법 규정을 유추적용하는 견해 등이 제시되고 있다.

34) 한명섭, 『통일법제 특강』, 한울아카데미, 2016, 78면.

35) 개성공단에서 발생하는 형사 사건의 처리와 관련하여 종전의 대다수의 논의는 「개성공업지구 및 금강산 관광지구의 출입 및 체류에 관한 합의서」 제10조의 신변안전 보장 조항의 해석과 적용 문제로 접근하여 왔다. 위 합의서상 ‘지구에 적용되는 법질서 위반’ 행위에 대해 남북은 합의서를 기초로 개별 사건별로 처리해왔고, ‘엄중한 위반행위’에 대한 후속 합의는 현재 중단된 상태이다. 이 항에서는 위 합의서의 해석 및 적용 문제와 별개로 현행 법제상의 형사 충돌 문제의 관점으로 접근하여 검토한다.

36) 헌법 제3조 영토 조항을 근거로 북한지역을 외국이 아닌 우리 영토로 판단함을 전제로 한다.

첫째, 속지주의에 따라 남한 형법을 적용하는 견해는 남한의 통치권이 북한지역에 대해 현실적으로 행사되지 못하고 있는 분단 상황을 고려하지 못하고 있으며, 남북한의 특수관계를 반영하지 않아 현실성 있는 해법을 제시할 수 없다는 비판이 가능하다. 둘째, 지역 간 형법 이론을 적용하는 견해에 대하여는 연방제 배경의 독일과 달리 남북한은 전체로서의 국가의 개념이 성립되기 어렵고, 우리 헌법은 한반도에 별도의 법체계가 존재하는 가능성 자체를 인정하지 않고 있을 뿐만 아니라, 북한 형법 및 형사제도의 수준과 체계상 이를 남한주민의 형사재판의 준거법으로 삼는 것은 용인하기 어렵다는 비판이 가능하다. 셋째, 국제형법 규정을 유추적용하는 방안에 대하여는 남북이 독일의 경우와 같이 상호 국가성을 인정하는 기본조약 등을 체결한 바가 없다는 점에서 현실성이 없다는 비판이 가능하다.

위 세 방안 중에는 국제형법 유추적용 견해가 남북한의 특수관계, 우리 헌법상 북한의 이중적 지위 등을 고려할 때, 현재도 특정한 전제하에 북한을 외국 또는 외국에 준하는 지위를 인정하고 있다고 평가할 수 있으므로 남북 간 형법 충돌 문제에 대한 접근으로 가장 검토해 볼 만한 방안으로 보인다.

2. 개성공단에서의 남한 행정형법 적용 여부에 대한 견해들

이상의 논의들을 전제로 개성공단에서의 남한 행정형법 적용 여부에 대해 제시되고 있는 견해들을 정리하면 다음과 같다.

가. 북한 법규 흡결 시 보충적 적용을 주장하는 견해(1설)

이 견해는, 기본적으로 개성공단에서 남한주민에 대하여 남한의 행정법을 적용할 수 있는지를 검토함에 있어 남북한 형사 사건은 기본적으로 국내법 적용의 문제이지 북한의 국제법적 지위를 전제로 하지 않으므로, 형법 제3조의 적용과 제한의 문제로 파악하는 것은 적절하지 않고, 남한 행정법의 장소적 적용 범위와 형법 제2조의 적용 문제로 접근해야 한다고 한다.³⁷⁾

아울러 북한지역인 개성공단에서 남한주민에게 북한 형법을 적용하는 것은 북한 형

37) 이효원, “개성공단에 대한 남한 행정법 적용 여부 및 범위에 관한 연구”, 법무부, 2008, 44면·67면.

사법체계의 비민주성이 개선되지 않는 상황에서 결과적으로 법치주의 원칙과 헌법상 기본권 제한의 한계를 넘어서는 것이므로, 국제형법의 유추적용은 남북한 당국 간 남북합의서를 통하여 남한주민의 기본권과 신변안전을 보장하는 법·제도적인 안전장치를 마련하는 것을 전제로 하여 인정할 수 있다고 하여,³⁸⁾ 국제형법 유추적용으로 북한 형법이 속지주의에 따라 적용되는 경우의 불합리를 경계하는 듯하다.

이 견해는 개성공단과 같이 북한의 실질적 지배 영역에서 이루어지는 교류협력의 규범 영역에 있어서는 남북 간의 특수관계를 고려하여 북한의 법률의 적용을 우선 고려하고, 남한 법률과 충돌되는 북한 법률이 없을 경우에 한하여 남한 법률이 보충적·잠재적으로 적용된다는 논리로 ‘남한 행정법 규정의 개성공단 적용 문제’를 다루고 있다.³⁹⁾

구체적으로 북한에 대하여 국가의 실체를 인정하는 것을 전제로 국가 관할권에 대한 국제법 원칙에 따라 사법 관할권의 개념을 ‘입법적 관할권’과 ‘집행적 관할권’으로 구분하여, 국가의 법규범을 제정·선언하는 ‘입법적 관할권’은 북한에 있는 자국민에게도 미치나 현실적인 ‘집행적 관할권’은 영토 내로 제한되는 것으로 보아 행정법의 장소적 적용 범위를 구분하는 시도를 제시한다. 남북의 교류협력의 영역인 개성공단에 있어서 남한의 법률이 북한의 집행적 관할권과 충돌되는 경우에는 남북교류협력을 위하여 그 적용을 자제하는 것으로 본다는 것이다.⁴⁰⁾

다시 말해 북한지역인 개성공단에서 남한주민에 대하여 남한의 행정법이 적용되지 않는다는 것은 행정법적인 규율 사항에 대하여 개성공업지구법령과 북한의 행정법이 집행 관할권을 가지고 우선적용되기 때문에 남한의 행정법이 입법 관할권을 가짐에도 불구하고 집행 관할권 행사가 제한되고 있는 것이지 원천적으로 그 적용이 배제되는 것은 아니라는 것이다. 따라서 남한의 행정법이 북한지역에 잠재적·보충적으로 적용될 수 있으며, 특히 개성공단에서의 남한주민에 대하여는 법률 적용의 우선순위에 있어서 ‘남북합의서’, ‘개성공업지구법령’, ‘북한의 행정법’에 비하여 후순위에 있을 뿐 위 법령

38) 위의 글, 48면 이하.

39) 이효원, 『남북교류협력의 규범체계』, 경인문화사, 2006, 208면.

40) 이효원, 앞의 글, 36면.

들이 적용되지 아니하는 규범적·사실적 제한 상황이 있을 경우에는 남한 행정법이 적용될 가능성은 항상 존재하고 있다는 것이다. 구체적인 적용에 대하여 개성공단의 법규범 체계를 ‘경제활동 영역’과 ‘비경제활동 영역’으로 구분하여, 개성공단 내 경제활동에 대하여는 북한 「개성공업지구법」 제9조에 규정한 대로 개성공단 관련 북한법이 적용되고,⁴¹⁾ 개성공단 비경제활동의 영역에 대해서도 일부 북한법(「개성공업지구 자동차관리규정」 등)이 제정되어 있어 이 법이 우선적용되므로, 결국 개성공단에 남한 행정법이 적용되는 경우는 “개성공단에서의 비경제활동의 영역에 해당하는 경우로서 개성공단 법령이 별도로 규정하지 않은 경우”에 국한된다고 해석한다.⁴²⁾

정리하면 남한 행정법은 헌법 제3조 영토 조항에 근거하여 개성공단에도 당연히 적용되는 것이나, 남북한 특수관계론에 따라 남북교류협력의 영역인 개성공단에서는 북한의 집행적 관할권이 충돌하는 경우에 한하여 남한의 집행적 관할권의 적용을 자제하는 것이며, 북한이 특정 사건에 대하여 관할권을 행사하지 않는 등 남북의 집행 관할이 실제로 충돌하지 않을 경우에는 남한이 남한주민에 대하여 남한지역에서와 같이 그 집행 관할권을 행사할 수 있다는 것이다. 이처럼 개성공단에서의 남한 행정법 적용 문제는 남북한 특수관계론을 바탕으로 하여 남한 행정법의 장소적 적용 범위와 형법 제2조의 적용 문제로 해결할 것이지, 형법 제3조의 적용과 제한의 문제로 파악하는 것은 타당하지 못하다고 한다.

이 견해에 대하여는, 개성공단을 외국에 준하는 것으로 전제하고, 개성공단에 대한 북한의 법제에 대하여 외국 법제에 준하는 효력을 인정하는 입장을 상정하고 있음에도, 남한 법률이 북한지역에 완전히 적용이 배제되는 것이 아니라 남한과 북한의 집행 관할권과 충돌되는 경우에 한하여 적용이 제한된다고 설명하여, 개성공단을 외국에 준하여 평가하고 있는 전제와 실제 적용 사이에 논리적 일관성이 미흡하다는 비판이 제기된다. 또한 ‘북한의 관련법 존재 여부’라는 우연한 사정에 따라 우리 형사 사법권이 좌우된다는 것은 불합리하며, 외국에서 범죄를 행한 자국민에 대하여 우리 형법의 적용이 가능한 이유는 우리 형법이 ‘속인주의 원칙’을 명문으로 규정하고 있기 때문이며,

41) 북한 「개성공업지구법」 제9조 “공업지구에서 경제활동은 이 법과 규정에 따라 한다.”

42) 이효원, 앞의 글, 37-38면.

‘입법적 관할권’ 및 ‘집행적 관할권’이라는 도구를 사용하여 분석될 문제가 아니라는 비판도 있다.⁴³⁾

그러나 이 견해가 개성에서 남한 행정형법 적용에 대해, 형법 제3조 속인주의의 적용과 제한의 문제가 아닌 형법 제2조 속지주의의 적용으로 접근하고 있다는 점을 고려할 때, 속인주의를 전제로 한 비판은 적절하지 않으며, 남북관계의 특수성을 기반으로 개성공단에 적용되는 규범들의 체계적 적용을 모색하고 있다는 점에서 전체적인 논리적인 일관성은 유지하고 있는 것으로 보인다.

다만 ‘입법 관할권’ 및 ‘집행 관할권’의 도구로 법률 충돌 문제의 해결을 시도한 부분에 대해서는 평가가 나뉠 수 있을 것으로 보이며, 위 견해가 북한 형사법 체계의 비민주성을 이유로 북한 형사법 적용을 가능하게 하는 국제형법 원칙의 유추적용을 우려했던 점을 고려할 때, 개성공단에 북한 법제의 일방적인 우선적용의 결론이 도출된 결과 간에는 다소간 불합리가 있어 보인다.⁴⁴⁾

다만, 남한 형사법의 속지주의, 속인주의 원칙에도 불구하고 현실적으로 북한이 일정한 지역적, 인적 범위에서 통치권을 행사하고 있는 현실을 조화롭게 해석하려는 시도인 것으로 보이는 점, 남북의 특수한 관계와 교류협력의 각 방면에서 복잡다단하게 형성되는 개별 상황에 대해 일반적인 법률 적용의 틀을 고안해 내는 것은 쉽지 않은 부분이라는 점에서 이 견해의 이러한 시도는 의미가 있다고 보인다. 아울러 개성공단에 적용되는 법률체계를 구체적으로 검토하여 기존의 규범 체계와 남한 행정형법 적용의 관계의 정리를 시도한 부분은 일반론의 한계를 넘어서 실무적으로도 유의미한 접근으로 보인다.⁴⁵⁾

43) 장기석, “개성공단에서 발생하는 행정법 위반 형사사건의 현황과 향후 처리방안”, 『통일과 법률』 통권 제1호, 법무부, 2010, 243면.

44) 위 견해에는 개성공단에 있어서의 남한 ‘행정법’의 적용과 남한 ‘행정형법’의 적용을 구분하여 접근하는 것으로 보이는 면이 있으나, 결론에 있어서는 명확한 구분은 없는 것으로 보인다.

45) 이와 관련하여 개성공단 내에서 자신에게 배속된 북한 근로자를 다른 업체에 양도한 계약을 체결한 사업자에 대해 남한의 과건법 적용 대상임을 판단한 인천지방법원의 사례가 있다. 이 사안에서 법원은 1설의 견해와 유사하게 “남북한의 특수관계 및 북한의 지위를 고려하여, 개성공업지구 내 북한 근로자들의 채용, 해고, 노동시간과 휴식, 보수 등 근로조건과 관련된 내용에 관하여는 북한의 개성공업지구법 및 하위 노동규정 등 북한의 법률이 적용된다고 할 것이나, 북한의 법률이 규율하지 않고 있는 북한 근로자의 운용에 관하여는 남한의 법률의 적용이 일률적으로 배제되는 것이 아니라 개별적으

나. 보호법익의 구분을 기준으로 속인주의 제한을 주장하는 견해(2설)

이 견해는 앞서 검토한 독일의 ‘범죄구성요건의 보호 범위 이론’을 남북한 관계에 적용하여 행정형벌의 적용 범위를 도출하고자 한다. 앞서 살핀 바와 같이 독일 형법 제7조 제2항은 “행위자가 행위 시 독일인이었거나 행위 이후 독일인이 된 경우, 국외에서 행하여진 기타의 범죄에 대하여는 행위지에서 그 범죄에 관한 처벌 규정을 두고 있거나 행위지에 어떠한 형벌권도 미치지 아니한 경우에는 독일 형법을 적용한다”는 내용의 속인주의를 규정하고 있다.⁴⁶⁾ 범죄구성요건의 보호 범위 이론은 국외에서 행하여진 범죄에 대하여 그 범죄가 개인적 법익을 보호법익으로 하거나 또는 개인적 법익과 국가적 법익을 모두 보호법익으로 하는 경우에만 독일 형법의 적용 대상이 되며, 해당 국가의 공공질서나 국고행위 등 국가적 법익만을 보호법익으로 하는 경우에는 독일 형법의 적용 대상에서 제외하고 있다. 또한, ‘국외에서 행하여진 기타의 범죄에 대하여는 행위지에서 그 범죄에 관한 처벌 규정을 두고 있을 것’을 규정하여 주의의무 위반 여부와 정도의 기준은 해당 국가의 법률을 기준으로 하고 있다.

이 견해는 우리 행정형벌 규정의 국외적용의 경우에 형법 적용에 대한 독일의 위 이론을 원용하는 접근을 시도하고 있다. 즉, 구체적인 행정형벌 규정에 형법 제8조 단서에서 속인주의 원칙을 제한하는 ‘특별한 규정’이 있는지 여부의 판단 기준으로 ‘해당 행정형벌 규정의 보호법익’을 제시하고 있다. 다시 말해 개인적 법익을 보호법익으로 하거나 개인적 법익과 국가적 법익을 동시에 보호법익으로 하는 행정형벌 위반 행위를 한 경우에 한하여 행정형벌을 가할 수 있으며, 이때의 주의의무 정도에 대하여는 행위지인 외국법을 기준으로 해야 한다는 것이다.

이는 행정형벌의 경우, 형법 제3조의 속인주의를 전면적으로 적용하는 것은 비현실적이며 일정한 제한의 틀이 필요하므로 앞선 독일의 형법 이론을 남북한 관계에 적용시켜 해당 행정법의 보호법익에 따라서 제한적으로 적용하되, 독일 형법 제7조 제2항

로 문제되는 사안별로 남한의 법률이 적용될 여지가 있는지를 제반사정을 종합적으로 검토하여 판단해야 한다고 봄이 상당하다.”라고 판시하였다. 이 사안에서 법원은 파견법의 적용을 전제로 원·피고 간의 계약을 강행법규 위반으로 무효라 판단하였고, 항소심에서는 조정으로 종결되었다. 관련하여 형사처벌은 별도로 진행되지 않은 것으로 보인다(인천지방법원 2015. 12. 9. 선고 2015가합51391 판결).

46) 이때 형벌의 개념에는 행정질서벌은 포함되지 않는다고 해석하고 있다.

과 우리 형법 제3조의 규정의 차이점을 고려하여 행위지 국가에서 해당 행위에 대한 의무 또는 금지를 규정하고 있기만 하면 처벌 규정이 아닌 행정질서벌만 규정하고 있더라도 남한의 행정형벌을 적용할 수 있다는 결론을 제시한다. 이 입장은 형법 제3조와 제8조의 문리해석에 따라서 남한의 행정법을 개성공단 등 북한지역에 전면적으로 적용할 경우에 나타나는 부작용과 비현실성을 고려하여 독일 이론을 적용한 것으로서, 행정법의 특수성을 참작하여 그 적용을 합리적인 범위로 제한하고자 시도한 것이다.⁴⁷⁾

그러나 독일 형법 제7조의 경우에는 “행위지에 그 범죄에 관한 처벌 규정을 두고 있는 경우”를 형법 적용의 요건으로 규정하고 있어 행정형벌뿐만 아니라 일반 형사 사건의 형벌 적용 범위에 대한 해석이 문제되나, 우리 형법 제3조의 경우에는 이에 대하여 아무런 규정을 두지 않고 있어 남한의 행정형벌의 적용 문제에 독일의 이론을 직접 적용하는 것은 해석론으로는 한계가 있다는 비판이 제기된다.⁴⁸⁾ 또한 이 견해는 내국인의 국외범에 대한 행정형벌 적용에 논의가 국한되어 있고, 개성공단의 규범 체계나 남북관계의 특수성을 반영하지 못하고 있는 측면이 있다.

다. 입법 취지와 목적 등의 종합적인 고려를 기준으로 속인주의 제한을 주장하는 견해(3설)

이 견해는 개별 행정형벌 규정에 형법 제8조 단서의 규정상 속인주의 원칙을 제한하는 ‘특별한 규정’이 있는지 여부를 판단하는 기준으로 “개별 행정형벌 규정의 입법 취지와 목적, 보호법익, 구성요건”을 제시하고 있다. 행정형벌 규정에는 다양하고 상이한 입법 취지와 목적, 보호법익, 구성요건 등을 가진 규정이 모두 포함되어 있으므로, 개별 행정형벌 규정의 입법 취지와 목적 등을 종합적으로 검토하여 개성공단을 포함한 국외에서 죄를 범한 자국민에게까지 적용되는 것으로 해석할 수 있는 규정과 국내에서 죄를 범한 자국민에게만 적용되는 것으로 해석할 수 있는 규정을 구분하여 행정형벌 적용 여부를 결정해야 한다는 것이다.⁴⁹⁾

47) 장기석, 앞의 글, 247면.

48) 위의 글, 247면. 범죄행위 시 외국인이었다가 소추 시에 내국인이 된 경우 또는 그 반대의 경우에 우리나라는 행위 시를 기준으로 판단하여야 하지만 독일 형법은 제7조에서 “행위자가 행위 시에 독일인이었거나 행위 이후에도 독일인이 된 경우”로 규정하고 있는 점에서도 차이가 있다.

49) 위의 글, 248면.

이 견해는 입법 취지와 목적, 보호법익, 구성요건 등을 종합적으로 검토하여 개별 행정형벌 규정을 3가지로 유형화하여 제시하고 있다. 첫째 외국에서 발생한 사건에 적용됨을 전제로 하는 행정형벌 규정, 둘째 비록 외관상으로는 행정법 위반 범죄에 대한 형벌 규정이나 자연법적인 속성도 갖고 있는 범죄에 대한 행정형벌 규정(① 명백히 자연법적 성격의 범죄에 대한 처벌 규정과 ② 다양한 주의의무·금지의무를 선행적인 구성요건으로 하고 있는 처벌 규정으로 세부 구분), 셋째 해당 지역의 행정 관할권을 전제로 하거나 행정 감독상의 편의를 위한 구성요건과 해당 지역 고유의 공공질서를 보호하기 위한 구성요건이 규정되어 있는 행정형벌 등이다. 이 견해에 따르면, 개성공단에서 발생한 행정 의무 위반 사건에 대하여, 위 분류 중 첫 번째 유형에서는 남한의 행정법이 적용될 수 있고, 두 번째 유형 중 ①의 경우에도 적용될 수 있으며, 두 번째 유형 중 ②의 경우에도 개성공단 북한법에도 동일·유사한 주의의무·금지의무를 규정한 법규가 존재한다면 적용될 수 있으며, 세 번째 유형의 행정형벌 규정의 경우에는 적용될 수 없다고 정리한다.⁵⁰⁾

이 견해에 대하여는 모든 개별 행정형벌 규정에 대하여 그 규정이 국외에서도 적용 가능한지 여부를 획일적으로 모두 구분하여 판단할 수 있을 것을 전제로 하나, 이를 일일이 확인하고 판단하는 것은 현실적으로 어렵다는 점에서 적절한 법 해석의 기준이 될 수 없다는 비판의 소지가 있다. 아울러 이 견해가 논증의 수단으로 자연법과 법정법을 구별하여 차별 적용하고 있는 부분에 대하여 자연법과 법정법의 구별이 사실상 불가능하고 의미도 없다는 비판도 가능하다.

또한 종래 개성공단을 규율하는 규범 체계인 남북합의서, 북측의 개성공업지구법, 남측의 개성공업지구지원법, 남북한의 각 행정법 등의 상호 관계 및 적용 순서 등에 대한 고려 없이 단순히 남한 행정형법의 적용 가능성만을 검토하고 있으므로, 향후 발생할 수 있는 남북한 행정형법 적용의 충돌 문제와 개성공단에 적용되는 법률체계를 아우르는 전체적인 결론은 정립하기 어려운 한계가 있다.

50) 위의 글, 249면.

라. 속인주의 전면적 적용 및 범죄성립요건 해석에 따라 제한하는 견해(4설)

이 견해는 형법 제3조를 제한적으로 적용하는 것이 바람직하다는 위의 견해들과는 결을 달리하여 행정형법에 형법 제3조의 전면적 적용을 인정하되, 구체적인 사례는 각 행정형벌 규정의 구성요건, 위법성 등 범죄성립 요건을 엄격하게 해석함으로써 해결이 가능하다고 보는 견해이다. 행정형벌 규정의 내용이 남한지역 내에서의 의무 위반을 전제로 한 것이라면, 관련 행위의 구성요건 해당성 자체를 부인하거나 경우에 따라서는 위법성 조각 사유나 책임 조각 사유를 통해 해결하는 것이 바람직하다는 것이다. 북한을 외국에 준하는 것으로 보고, 형법 제3조를 유추적용한다면, 북한에서 발생한 범죄와 다른 외국에서 발생한 범죄를 동일한 기준으로 해결하는 것이 원칙적인 해결이며 바람직한 방법이며, 행정형벌 규정에 대하여 형법 제3조(내국인의 국외범), 제8조(총칙의 적용)가 적용되는 결과, 논리적으로 외국(개성공단 포함)에서 발생한 행정법 위반 형사 사건에 대하여도 남한 행정법 소정의 행정형벌 규정이 전면적으로 적용된다는 결론이 타당하다는 것이다.⁵¹⁾

이 견해 또한 형법 제3조를 전면 적용할 경우 실무상 불합리한 결과가 도출될 가능성이 있음을 인정하지만, 현실적인 문제 해결의 편의를 위해 북한에서 발생한 범죄와 기타 외국에서 발생한 범죄의 차별을 시도하다가는 그 법적 근거도 문제가 될 뿐 아니라, 일관성 있는 해석이 아니라는 문제점이 발생할 수 있다는 점을 지적한다. 따라서 행정형법의 경우에도 형법 제3조는 전면 적용하되, 구체적인 범죄성립요건 검토의 단계에서 처벌 여부를 판단하는 것이 적절하다는 것이다. 예를 들어 개성공단에서 파주시장의 건축허가를 받지 않고 공장을 건축한 행위는, 파주시 관내에서 건축 시 건축허가를 받도록 한 규정은 파주시장의 현실적 행정 관할권이 미치는 파주시 내에서의 건축행위에 대하여 허가를 받으라는 것이지 개성공단 내에서의 건축허가를 받으라고 규정한 것이 아니므로, 관련 형벌 규정의 구성요건에 해당하지 않는 행위로 보는 것이다. 구성요건을 이와 같이 해석한다면, 범죄 발생지와 무관하게 처벌을 하고자 하는 형법과 형사특별법상의 형벌 규정은 대부분 북한 내에서 범죄가 발생하였더라도 구성요건

51) 한명섭, “실무상 제기되는 남북형사법 충돌 문제 해결방안 - 지정토론문”, 『제33차 남북법령연구특별분과위원회 학술회의 자료(미간행)』, 법무부, 2008, 77면.

에 해당한다고 보는 데 문제가 없다고 보고 있다.⁵²⁾

이런 조건에서 본다면 첫째, 외국에서 발생한 사건에 대한 적용을 전제로 하고 있는 행정형벌의 경우도 처벌이 가능하게 될 것이며, 둘째, 해당 지역의 행정 관할권을 전제로 하거나 행정감독상의 편의를 위한 구성요건과 해당 지역 고유의 공공질서를 보호하기 위한 구성요건이 규정되어 있는 행정형벌의 규정은 특별한 사정이 없는 한 구성요건 해당성이 없다고 보게 된다. 셋째, 외관상으로는 행정법 위반 범죄에 대한 처벌 규정이나 자연범(형사범)적인 속성도 가지고 있는 범죄의 경우에는 해당 형벌 규정이 내외국을 불문하고 해당 행위를 처벌하기 위한 규정인지 여부가 명확하게 구별되지 않을 경우가 많을 것이므로 이러한 유형에 해당하는 행위는 해당 법률의 입법 취지와 목적 등을 종합적으로 고려하여 구성요건 해당성, 위법성, 책임 등 범죄성립 요건을 충족하는지를 판단하여야 한다는 것이다. 이 견해는 구성요건 해당성 여부에 대한 판단에 있어서 결과적으로 형법 제3조의 제한적 적용설 중 입법 취지와 목적 등을 종합적으로 고려한 제한적 적용설의 입장과 크게 다르지 않으나, 전자는 속인주의 규정 자체는 자국민의 국외범 모두에 적용되는 것이며, 실제 처벌을 할 수 있는지 여부를 구성요건 해당성 등 범죄성립 요건의 엄격한 해석을 통하자는 것이고, 후자는 위 속인주의 규정의 적용 자체를 제한하자는 점에 차이가 있다.⁵³⁾

이 견해에 대해서는 구성요건 해당성 등을 엄격하게 해석할 경우 형사처벌 가능성의 범위가 지나치게 축소되어 개성공단이 형벌의 사각지대로 될 우려가 있다는 지적이 있을 수 있다. 그러나 형벌법규의 해석은 엄격하여야 하고 명문 규정의 의미를 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장 해석하거나 유추적용하는 것은 죄형법정주의의 원칙에 어긋나는 것으로서 허용되지 않으며, 이러한 법 해석의 원리는 그 형벌법규의 적용 대상이 되는 행정법규의 규정을 해석하는 데에도 마찬가지로 적용된다는 점⁵⁴⁾을 고려하면, 가벌성을 축소하는 구성요건의 엄격 해석은 문제가 될 여지가 없는 것으로 보인다.

52) 위의 글, 78면.

53) 위의 글, 78면.

54) 대법원 2007. 6. 29. 선고 2006도4582 등; 박균성, 앞의 책, 401면.

다만, 이 견해는 속인주의의 전면 적용을 전제로 하기 때문에 기본적인 가벌성의 범위가 확대된다는 점에서 이를 제한하는 도구로 제시한 구성요건의 엄격 해석의 방법과 가능성이 구체적으로 검토될 필요가 있는 것으로 보인다.

관련하여 최근 대법원은 의료법 위반 사건에 대해 이 견해와 유사한 논리로 판단한 바 있다.⁵⁵⁾ 의료법 제82조에 따르면 “시각장애인 중 사·도지사에게 자격인정을 받은 자 이외에 누구든지 영리를 목적으로 안마, 마사지, 지압 등 각종 수기요법이나 전기기구의 사용, 그 밖의 자극요법으로 인체에 물리적 시술 행위를 하여서는 아니된다.”라고 규정하고 있는데, 위 사건에서 피고인은 시각장애인이 아닌 자로서 일본 도쿄도 신주쿠구 등 2개소에서 안마시술업소를 개설하고 국내 의료법이 정한 안마사 자격이 없는 자들을 고용하여 안마업을 했다는 혐의로 기소되었다. 대법원은 이 사건에서 “위 규정의 목적이 시각장애인에게 안마업을 독점시킴으로써 그들의 생계를 지원하고 직업 활동에 참여할 수 있는 기회를 제공하려는 데 있음을 고려하면, 대한민국 영역 외에서 안마업을 하려는 사람에게까지 사·도지사의 자격인정을 받아야 할 의무가 있다고 보기는 어렵다. 따라서 내국인이 대한민국 영역 외에서 안마업을 하는 경우에는 위와 같은 의무 위반을 처벌하는 의료법 제88조 제3호의 구성요건 해당성이 없다고 할 것이다.”라고 판시하였다.

이 판결에서 대법원은 구성요건 해당성 결여를 이유로 무죄를 선고하고 있으나, 이 사안을 행정형법의 적용 범위에 관하여 형법 제3조의 문제로 본 것인지 여부는 명확하지 않다.⁵⁶⁾ 위 판결의 내용을 참조하여 이 견해를 검토할 때, 우선 형법의 적용 문제와 범죄성립의 문제는 단계를 달리한다는 점을 고려할 필요가 있다고 보인다.

즉 이 사안을 구성요건 해당성이 없다고 하기보다는 우리나라 의료법의 적용 대상 조차 아니라고 보는 것이 더 자연스러운 해석이 아닌가 하는 점이다. 좀 더 구체적으로 만일 대법원이 이 사안을 형법의 적용 범위에서 제외된다고 판단했다면, 이는 무죄 판결이 아니라 형사소송법 제327조 제1호에 따라 공소기각의 판결을 하였어야 하는 점

55) 대법원 2018. 2. 8. 선고 2014도1005 판결.

56) 다만 적용법조와 판결 이유 중 의료법 제82조 제1항, 제88조 제3호만을 적시하여 판단하였을 뿐, 형법 제3조의 언급은 없는 점에서 이 사안을 형법 제3조의 해석과는 무관하게 해결하고 있는 것으로 보인다.

에서 차이가 있다는 것이다. 위와 같은 점에서 이 견해는 형법 제8조의 ‘그 법령에 특별한 규정이 있는 때’의 해석론으로 형법 제3조 속인주의의 적용을 제한하는 앞선 두 견해와는 근본적인 차이가 있다.

생각건대, 이 견해에 따르면 구성요건의 범위를 엄격하게(좁게) 해석하자는 것이나, 범죄성립요건의 해석은 문언의 가능한 범위를 벗어날 수 없다는 한계가 있다. 즉 장소적 적용 범위가 구성요건적 행위의 개념에 내재되어 있거나,⁵⁷⁾ 명시적인 규정이 있는 경우라면 범죄성립요건의 엄격한 해석으로 적용 범위를 제한하는 것이 무방할 것이나, 적용 범위가 명시되지 않은 대다수의 개별 행정형벌의 경우에 어디까지를 문언의 가능한 범위에 대한 해석으로 그 적용 여부를 결정할 수 있는 것인지 기준이 모호하다는 것이다. 만일 문언의 가능한 범위를 넘어서서 입법 취지와 목적 등을 기준으로 범죄성립요건 해당 여부를 검토하는 것까지 가능하다고 본다면, 이는 가벌성의 범위를 사전에 입법적으로 확인할 수 없고, 구체적인 사건에서 법원의 판단에 맡겨야 하는 점에서 성문법주의를 취하고 있는 우리 법체계와 어울리지 않는 문제가 있는 것으로 보인다.⁵⁸⁾

마. 행정형벌의 적용 여부에 앞서 해당 행정법의 적용 여부를 먼저 판단해야 한다는 견해(5설)

이외에도 앞선 속인주의 전면 적용의 견해와 같이 북한지역을 외국과 달리 취급하는 것을 지양하는 견지를 바탕으로 조금 더 근본적인 의문을 제시하는 견해가 있다. 즉 해당 행정법에서 규정하고 있는 개별 행정형벌 규정의 성격이나 내용에 따라 적용 여부를 판단하기에 앞서 과연 해당 행정법규 자체가 북한지역에도 적용되는 법인지 여부를 먼저 판단하는 것이 타당하다고 한다.⁵⁹⁾

이 견해는 개성공단에서의 행정형벌 적용 문제를 다른 외국에서의 행정형벌 문제와

57) 형법 제289조 국외이송 약취·유인죄의 ‘국외이송’의 경우나, 출입국관리법 위반죄에서의 ‘출국’, ‘입국’ 등이 예가 될 것이다.

58) 같은 견지에서 위 판례 사안에서 해당 의료법 제82조에서 국외범의 경우를 제외하는 해석을 도출하고 있는 것은 문언의 가능한 범위를 넘는 해석으로 보인다.

59) 한명섭, “개성공단 내 행정형벌 적용 여부 - 지정토론문”, 『제47차 남북법령연구특별분과위원회 학술자료(미간행)』, 법무부, 2019, 63면.

구별하여 특별한 논리로 적용 기준을 만드는 것은 죄형법정주의의 측면에서도 바람직하지 못하고, 장기적인 관점에서 남북관계 발전이라는 미래지향적 가치에도 부합하지 않는다고 평가한다. 이에 따를 때 대부분의 행정법규는 남한 내에서의 행정 규율을 목적으로 제정된 법들이어서 북한지역 특히, 개성공단에서의 법 위반 행위에 대해 아무런 처벌을 하지 못하는 결론에 이를 수도 있지만, 형사법에서 죄형법정주의는 엄격하게 지켜져야 할 원칙으로 범죄의 사각지대를 방지하고자 북한지역에 적용되지 않는 행정법임에도 그 위반 행위에 대한 처벌 규정만을 적용하는 것은 바람직하지 않다는 것이다. 이 견해는 우리 행정형법 대부분은 일반 형사법으로도 처벌 가능한 경우가 상당수이므로 처벌 및 규율의 필요성이 있는 경우 현행 형사법 규율로 포섭하는 것이 적절하며, 만일 형사정책적 입장에서 기존의 법제가 부족하다고 판단된다면 입법을 통해 해결함이 타당하다고 한다.⁶⁰⁾

3. 구체적 사례 및 각 견해에 따른 결론

개성공단에서 발생할 수 있을 것으로 예상되는 행정형법 사례들은 근로기준법, 최저임금법, 파견법 등 노동관련법 사안부터 산업안전보건법, 수질보호법, 식품위생법 등 공단의 생산활동에 관련된 사안 및 도로교통법 등 근로자의 활동 및 생활에 관련된 사안에 이르기까지 다양하다. 그 중 개성공단 내 남한의 행정형법 위반 사건 처리와 관련하여 실제로 발생했던 사건 중 참고할 만한 실무례를 간략히 소개하면 다음과 같다.

먼저, 남한주민이 금강산관광지구에서 술을 마신 채 운전을 하던 중 북한군 1명을 사망하게 하고, 2명에게 중상을 입힌 사안⁶¹⁾에서, 검찰은 피의자 진술에 따라 혈중알콜농도를 0.027%로 산정하여 도로교통법위반(음주운전)죄에 대해서는 혐의 없음 처분을 하고, 상해 피해자 2명에 대해서는 종합보험 가입 등을 이유로 공소권 없음 처분을 하였다. 그리고 검찰은 북한군 1명 사망에 대해서는 피의자를 교통사고처리특례법 위반죄로 기소하였고, 법원에서도 유죄가 인정되었다.⁶²⁾

60) 위의 글, 64면; 법무부, 앞의 책, 351면 이하.

61) 서울동부지방검찰청 2006형제17239호.

62) 교통사고처리특례법 위반죄는 행정형법이 아니기 때문에 이를 적용하는 데 있어서는 큰 문제가 없어 보인다.

한편, 자동차를 운전하던 중 개성공단 교차로에서 신호위반으로 피해자에게 상해를 입게 한 사안⁶³⁾의 경우에는 개성공단 신호기는 한국토지공사가 설치한 것으로 도로교통법상 신호등으로 볼 수 없고, 종합보험에 가입되어 있다는 이유로 ‘공소권 없음’으로 처분되었다.

다음으로, 남한주민이 개성공단에서 안전사고 방지 조치를 취하지 아니한 과실로 남한 근로자를 사망하게 한 사건⁶⁴⁾에서는 산업안전보건법 위반죄 및 업무상과실치사죄 등으로 기소가 되었고, 재판 관할권에 대한 특별한 설시 없이 산업안전보건법 위반죄에 대해서도 모두 유죄가 인정되었으며, 판결문을 살펴보면 주의의무 위반 여부는 산업안전보건법 시행규칙인 산업안전 기준에 관한 규칙을 바탕으로 한 것으로 보인다.⁶⁵⁾

앞서 제시한 견해들을 위와 같은 구체적 사례에 적용하여 검토하면, 견해 간의 차이에 따라 처벌 여부에 상이한 결론을 나타낸다. 개성공단에서의 행정형법 적용에 대해 앞서 제시한 각 견해들을 발생이 예상되는 주요 사안에 적용한 결과를 정리하면 <표 1>과 같다.

63) 의정부지방법원 고양지청 2008형제38132호.

64) 수원지방법원 2008고단4710판결, 의정부지방법원 고양지원 2008고정364판결, 수원지방법원 사건의 경우 사망장소는 고양시이다.

65) 본 판결에 대한 상세한 논의는 사법발전재단, 『북한 관련 법적 쟁점 - 사례별 연구』, 2010, 120-124면 참고. 위 책은 현재 실무례(검찰은 개성공단에서 발생한 산재 사건 중 피해자가 북측 근로자인지 남측 근로자인지 구별하지 않았고, 사망 사건의 경우에는 산업안전보건법 위반죄와 업무상과실치사죄로 기소하고 상해 사건은 내사종결하고 있으며, 법원은 아무런 의문 없이 기소된 사건에 대해 산업안전보건법을 적용하여 처벌하고 있는 것으로 보임)에 대해 의문을 제기하며, 북한을 외국에 준하는 것으로 인정하여 국제형법을 유추적용하여 사건을 해결하고 행정법규의 적용은 신중을 기하는 것이 타당하다는 전제하에, 개성공업지구 경제활동에 관한 사항은 개성공업지구법이 적용되고 북한의 일반법 및 남한의 각종 산업안전 관련법규도 적용이 배제되기 때문에(개성공업지구법 제9조) 산업안전보건법 위반죄를 적용하는 것은 적절치 못하다는 취지의 견해를 피력하였다. 한편, 개성공업지구에서 발생한 임금 체불 사건에 대해서도 근로기준법을 적용하여 유죄판결이 선고되고 있는데, 개성공업지구 지원에 관한 법률 제15조에서는 개성공업지구 현지기업과 남한 근로자 사이에 대하여 근로기준법 등을 적용하도록 규정하고 있다.

<표 1> 각 견해의 주요 사례에의 적용

	보충적 적용	보호법의 기준	입법취지 등 고려	범죄성립요건
산업안전보건법위반 (업무상과실치사)	처벌불가 (별도 북한법령 존재) ※업무상과실치사로 처벌	처벌가능	처벌가능	처벌불가 (국내적용 전제)
근로기준법위반 (북한근로자에게 퇴직금 미지급)	처벌불가 (별도 북한법령 존재)	처벌가능	처벌가능	처벌불가 (국내적용 전제)
최저임금법위반 (북한근로자에게 최저임금 미지급)	처벌불가 (별도 북한법령 존재)	처벌불가 (개성공단 기준 충족 시)	처벌불가 (취지상 국내 최저 임금을 의미)	처벌불가 (국내적용 전제)
도로교통법위반 (음주운전) “도로”에 해당여부문제	처벌불가 (별도 북한법령 존재)	처벌가능 (자동차관리규정 시행세칙은 음주운전을 금지, 혈중 알콜농도와 무관하게 처벌가능)	처벌가능	처벌가능 (단, 혈중 알콜농도 측정 필요)
도로교통법위반 (무면허운전) “도로”에 해당여부문제	처벌불가 (별도 북한법령 존재)	처벌가능	처벌가능	처벌가능 (북한 면허 보유 시 불가)
식품위생법위반 (유통기간 경과 원료 사용)	처벌불가 (별도 북한법령 존재)	처벌가능	처벌가능	처벌불가 (국내적용 전제)
수질보호법위반 (폐유무단방류)	처벌불가 (별도 북한법령 존재)	처벌가능	처벌불가 (취지상 국내 공공수역만 해당)	처벌불가 (국내적용 전제)
교통사고처리 특례법위반	음주운전 치상 등 처벌가능(교통법위반죄는 행정형법이 아닌 특별형법) 다만, 신호위반 등 교통법 제3조 제2항 단서 일부는 적용이 어려움			

4. 검토

이상의 각 견해들의 주요 내용을 비교해보면 <표 2>과 같다.

<표 2> 각 견해의 주요 내용 비교

	보충적 적용	보호법의 기준	입법취지 등 고려	범죄성립요건
국제형법 유추적용	제2조 속지주의	제3조 속인주의 제한적용	제3조 속인주의 제한적용	제3조 속인주의 전면적용
적용 판단기준	남북특수관계, 입법/집행관할, 경제/비경제영역	개인적 법익/ 국가적 법익	입법취지, 보호법의 구성요건	범죄성립 요건 엄격해석
개성공단 규범체계 검토	북한법규, 합의서 등 우선적용	검토없음	검토없음	검토없음

개성공단에서의 행정형법 적용 문제는 1차적으로 헌법 제3조의 영토 조항과 헌법 제4조 평화통일 조항의 충돌로 인해 개성공단 지역을 외국으로 볼 것인지의 여부에 따라 형법 제2조 속지주의 또는 형법 제3조 속인주의로 적용 법조가 달라진다. 2차적으로 외국 또는 외국에 준하는 것으로 판단하여 속인주의를 적용할 경우, 행정형법의 특수성을 고려하여 속인주의를 전면 적용할 것인지, 제한 적용할 것인지의 논점이 발생한다. 이 부분에는 3차적으로 형법 제8조의 해석에 의해 속인주의를 제한할 것인지, 구성요건 또는 책임 등 범죄성립요건의 제한해석으로 속인주의 적용의 효과를 축소할 것인지의 논점이 추가된다. 4차적으로 형법 제8조의 해석으로 제한하는 경우 그 제한의 기준을 무엇으로 둘 것인지가 추가로 고려되어야 한다. 여기에 더하여 행정형법이 적용되는 경우, 실제로 남북관계의 특수성, 개성공단의 특수성을 반영하여 현재 개성공단 규범 체계 안에서 법 적용 여부와 순서를 어떻게 할 것인지 여부가 추가로 검토될 필요가 있다. 이처럼 검토되어야 할 논점의 단계가 다양하고, 고려되어야 할 예외성과 특수성⁶⁶⁾도 중첩되어 명확한 결론을 도출해 내는 것이 수월하지 않다.

생각건대, 남북이 평화통일을 위한 교류협력의 동반자로서 지위를 갖는 규범 영역에서는 북한의 지위를 현실적으로 인정하고 있으므로 원칙적으로 국제법 원칙이 적용되어야 할 것이며, 남북관계의 특수성을 반영하여 국제법 원칙을 변형하거나 탄력적으로 적용할 수 있는 여지를 부여할 현실적인 필요성이 있으므로 국제법 원칙을 ‘유추적용’

66) 속인주의의 예외, 행정형법의 특수성, 남북관계의 특수성 등이 그것이다.

하는 것이 불가피한 것으로 보인다.

특히 형법 제3조(내국인의 국외범)의 적용과 관련해서는 속인주의의 제한적인 적용이 필요하다는 견해가 다수설이며, 이 부분에 대해서는 형법 제8조의 규정의 해석으로 접근하는 것이 우리 형법 체계상 속인주의 제한 적용의 법적인 근거를 명확하게 하는 입장으로 판단된다.

물론 행정법이 그 적용 대상범위·요건을 정함에 있어 장소적으로 제한하여 남한지역에만 행정작용이 미치는 것을 전제로 규정하고 있을 경우에는 남한의 행정법과 형법 제3조의 ‘죄’의 구성요건을 충족시키지 못하여 이에 해당하지 않을 경우가 있을 것이나, 이는 형법의 적용단계가 아닌 가벌성 판단 단계에서 검토되어야 할 문제이므로, 구성요건 해석의 문제를 형법 제3조 속인주의를 제한하는 목적으로 접근하는 것은 적절하지 않은 면이 있어 보인다.

또한 형법 제8조에 근거하여 속인주의를 제한하는 접근을 보이고 있는 두 견해 중 입법 취지와 목적의 고려를 기준으로 속인주의 제한을 시도하고 있는 3설은 자연범과 법정범의 구분이 모호하다는 점과 모든 개별 행정형법의 경우에 입법 취지와 목적에 따라 적용 여부의 구분이 명확하게 결정될지 의문이라는 점에서 채택이 어렵다.

제시된 견해 중 보호법익을 기준으로 한 2설의 경우, 우리 형법의 규정 체계와 해석상 개인적·국가적 법익의 구분에 대해서는 일응의 기준이 세워져 있어 이 설의 적용이 낮설지 않고, 입법 취지 등의 종합적인 고려를 기준으로 한 3설에 비해 비교적 적용의 기준이 될 여지가 있다. 또한 2설이 주의의무 판단을 행위지인 개성공단의 규정을 기준으로 한다는 점에서 개성공단의 특수성을 반영할 여지가 다른 견해에 비해 열려 있는 것으로 보인다.

다만 이를 개성공단에 그대로 적용하기에는 독일 형법과 우리 형법의 규정에 차이가 존재하므로 이 부분에 대한 검토는 필요하다. 즉 독일 형법은 속인주의를 규정하면서 속인주의가 적용되는 범죄의 종류를 제한적으로 열거하고 있으며, 적용 대상인 ‘독일인’의 개념 및 판단 시점에 있어서도 구체적인 규정을 두고 있는 바, 이러한 제한이 없는 우리 법에서 2설을 채택할 경우 가벌성의 확대를 가져올 수 있으므로 이 부분에 대해서는 개정 등 별도의 입법적 노력이 필요할 것으로 보인다.⁶⁷⁾

1설의 경우 속지주의를 취하면서도 개성공업지구법 및 북한 행정법을 우리 행정법에 우선적용하는 점에 대해 남북한 특수관계론을 근거로 하고 있으나, 남북관계 특수성의 반영은 남한법의 북한에서의 적용을 검토하는 단계에서는 일관된 논의의 기준을 혼동하게 할 가능성이 있는 점에서 행정형법의 적용에 대한 검토와 구분할 필요가 있어 보인다.

다만, 실제 행위에 대해 행정형법의 적용 문제를 검토하는 실무적인 단계에 있어서는 1설이 고려한 남북한 특수관계론 및 개성공단에 적용되는 규범 체계를 고려하여야 할 필요가 있으며,⁶⁸⁾ 법률적 효력을 가진 남북 합의가 존재하는 경우⁶⁹⁾ 남북합의서에 대해 신법·특별법 우선 원칙 등으로 개별 행정형법에 대해 우선적용되는 기준 등을 검토하는 단계는 필요할 것이다.

요약하면 개성공단에 있어서 남한 행정형법의 적용을 검토함에 있어서는 보호법익을 기준으로 적용 여부를 판단하는 2설이 규범의 형식과 예측 가능성, 주의의무 판단의 기준 제시 등에서 가장 적절할 것으로 보인다. 다만, 독일 형법이 우리 형법의 속인주의와 달리 적용 대상이 되는 범죄와 행위자를 규정하고 있는 부분은 개정 등으로 우리 형법에 반영될 필요가 있다.⁷⁰⁾

나아가 위 기준에 따라 행정형법의 적용 여부를 검토한 이후, 처벌 여부를 판단하는 단계에 있어서는 개별 행정형법이 명시적 또는 문언의 가능한 범위 내의 해석에 따라 국내 적용을 전제로 하는 경우 등에 대해서는 구성요건 해당성의 판단으로 가별성을 제한할 수 있음은 당연하며, 남북관계와 개성공단의 특수성을 참작하여 개성공단을 규

67) 독일 형법 제5조는 ‘국내법익에 대한 국외범’이라는 표제하에 “외국에서 범하여진 다음과 같은 행위에 대해 행위지법에 독립하여 독일 형법이 적용된다”고 제한적으로 열거하며, 예컨대 “제176조 내지 제176b조 및 제182조의 경우에서 행위자가 독일인인 경우”(제5조 제8호) 또는 “제218조에서 행위자가 행위 시에 독일인이고 국내에 생활 근거를 두고 있는 낙태죄”(제5조 제9호)의 경우 등으로 속인주의가 적용되는 범죄의 종류를 제한하고 있다.

68) 인천지방법원 2015. 12. 9. 선고 2015가합51391 판결.

69) 앞서 언급한 바와 같이 「개성공단·금강산관광지구 출입체류에 관한 남북합의서」의 형사 사법권 관련 합의 내용 중 ‘엄중한 위반행위’의 해석에 대한 구체적인 후속 합의도 완결되지 않은 상태이다.

70) 그러나 속인주의의 제한에 필요한 규정을 반영하는 제한적 개정은 독일과 달리 우리 형법에는 속인주의의 제한 근거가 되는 형법 제8조가 별도로 존재하는 점을 고려하여 검토되어야 할 것으로 보인다.

을하고 있는 규범 체계와의 관계를 추가로 반영하여 적용 여부 및 순서를 결정하는 것으로 접근하는 것이 실제적인 방안이 될 것으로 보인다.

V. 결 론

이 글에서는 개성공단에서 남한 행정형법의 적용 문제에 대하여 형법 제3조의 속인주의의 적용과 속인주의를 제한하는 근거로서 형법 제8조의 해석론을 검토하고, 독일의 이론과 사례를 일반론의 검토로 살펴보았다.

나아가 논의의 전제가 되는 남북한 특수관계론과 남북 간 형법 충돌 문제를 검토하였고, 이를 바탕으로 개성공단에서 남한의 행정형법 적용에 대한 견해들을 제시하고 검토하였다.

형법 제3조의 속인주의에 따라 남한 행정형법은 개성공단에 있는 남한 사람에게 전면적으로 적용되는 것이 원칙이나, 남북관계의 특수성과 행정형법의 특수성상 전면 적용을 관철하는 것은 불합리한 결과를 도출할 우려가 있으며, 이는 형법 제8조의 “그 법령에 특별한 규정이 있는 경우”의 해석론으로 제한의 근거를 제시할 수 있다.

이 글에서 검토한 여러 견해 중 형법 제8조의 해석론에 바탕을 둔 견해는 보호법익을 기준으로 제한 여부를 판단하는 2설과 입법 취지 등을 종합적으로 고려하여 제한의 기준을 제시하는 3설인 바, 우리 형법의 규정 형식상 보호법익의 구분이 예측 가능하다는 점과 주의의무 판단의 기준을 행위지에 두어 적용의 탄력성을 두고 있는 2설이 보다 적절한 기준이 될 것으로 판단하였다.

다만, 독일 형법 이론을 차용하고 있는 2설의 경우 독일 형법과 우리 형법 간 규정의 차이가 존재한다는 점에서 이 견해의 채택에는 입법적인 조치의 필요성이 검토될 필요가 있다.

나아가 남북관계의 특수성과 개성공단의 규범 체계는 행정형법의 적용 여부의 판단 단계에 추가적으로 검토하여야 할 요소이다. 즉 속인주의와 그 제한 여부를 검토하여 최종적으로 남한 행정형법이 개성공단에 있는 남한 사람에 대해 적용되는 것으로 판

단한다 할지라도, 실무적인 적용상 개성공단을 규율하고 있는 규범 체계와의 적용의 우선 관계는 남북한 특수관계론에 따라 추가로 검토되어야 한다는 것이다.

현재로서는 남북 간 교류협력 사업, 그중에서도 개성공단이 재개되는 시점이 예측하기 어렵다. 그러나 남북관계의 개선에 따라 교류협력 사업의 재개 여지는 늘 열려 있다. 개성공단 협력 사업은 남북이 분단 이후 추진한 교류협력 사업 중 가장 발전된 모델임은 부인할 사람이 없다. 개성공단 사업을 통해 남북은 상대의 법률체계를 직·간접적인 형태로 다양하게 경험할 수 있었고, 일정 수준의 실험도 해낼 수 있었다. 남북 간 형사법 충돌 문제는 모든 규범 영역 중에서도 가장 기초적인 문제이며, 필수적으로 해법을 찾아가야 할 영역이다. 교류협력 사업들이 일시 중단되어 있는 현재가 다른 측면으로는 활발한 교류협력 전개 시기에 미처 챙겨보지 못했던 법률체계를 정비할 수 있는 소중한 기회이다.

그동안 남북 간 교류협력은 정치적 타협의 산물로 상황에 따라 가능한 방안을 찾아 미시적으로 추진해 온 측면이 있다. 소모적인 부침(浮沈)을 반복해 온 남북협력 사업의 여정을 되짚어 볼 때, 향후 전개될 남북의 관계는 서로가 변개하지 못할 굳은 합의와 법률 정비로 튼튼한 토대 위에 세워져 나가야 할 것은 부인할 수 없다. 비록 더디고 지난한 과정이 예견되더라도, 적어도 민주적 기본질서에 입각한 통일 정책을 추진할 의무가 지워져 있음을 고려할 때, 우리는 법치주의의 측면에서 선제적인 모델이 되어 북측을 향도해 가야 할 책임이 있음을 잊어서는 안 된다. 그중에서도 가장 기본적이고 필수적으로 준비되어야 할 영역이 남북 간 형사 충돌 문제의 해결 방안이다. 향후 발생할 수 있는 형사 문제에 대해 남북이 구체적인 분명한 처리 기준을 세워나가는 것은 남북교류 전반을 활성화할 수 있는 신변안전 보장 체계의 일환으로도 작동할 것이다. 비록 실무적인 경험의 한계가 있고, 많은 부분에서 상상에 기반하여 체계를 세워야 하는 어려움이 있지만, 이에 대한 연구와 논의가 꾸준히 이어져갈 때 본격적인 교류협력의 시대를 앞당기는 든든한 초석이 될 것으로 기대한다.

(논문접수: 2020. 7. 23. 심사개시: 2020. 7. 24. 게재확정: 2020. 7. 30.)

참고 문헌

1. 단행본

- 김남진, 『행정법 I (제22판)』, 법문사, 2018.
- 김동희, 『행정법 I (제23판)』, 박영사, 2017.
- 김성돈, 『형법총론(제5판)』, SKKUP, 2017.
- 김일수·서보학, 『새로 쓴 형법총론(제12판)』, 박영사, 2014.
- 박군성, 『행정법강의(제15판)』, 박영사, 2018.
- 배종대, 『형법총론(제13판)』, 홍문사, 2017.
- 법무부, 『동서독 교류협력 법제 연구』, 법무부, 2019.
- 사법발전재단, 『북한 관련 법적 쟁점 - 사례별 연구』, 사법발전재단, 2010.
- 이재상·장영민·강동범, 『형법총론(제9판)』, 박영사, 2017.
- 이효원, 『남북교류협력의 규범체계』, 경인문화사, 2006.
- 한명섭, 『통일법제 특강』, 한울아카데미, 2016.
- 홍정선, 『행정법원론(상)(제26판)』, 박영사, 2018.

2. 논문

- 구길모, “형법의 적용범위에 관한 고찰”, 『안암법학』, 안암법학회, 2015.
- _____, “행정형법의 장소적 적용범위”, 『동아법학』 제82호, 동아대 법학연구소, 2019.
- 김성규, “적극적 속인주의에 관한 형법 제3조의 문제점과 그 해결방안, 행위지법의 고려에 관한 입법론”, 『비교형사법연구』 제9권 제1호, 한국비교형사법학회, 2007.
- 김태수, “형법 제3조의 문제점과 해결방안”, 『형사법연구』 제24권 제1호, 한국형사법학

회, 2012.

박광섭, “남북한 주민의 왕래에 따른 신변안전보장방안”, 『남북교류협력 법제연구』, 법무부, 2005.

이효원, “개성공단에 대한 남한 행정법 적용 여부 및 범위에 관한 연구”, 법무부, 2008.

장기석, “개성공단에서 발생하는 행정법 위반 형사사건의 현황과 향후 처리방안”, 『통일과 법률』 통권 제1호, 법무부, 2010.

장영민·박강우, “남북한 인적 왕래에 따른 형사 문제 처리방안”, 『형사정책연구원 연구총서』 92-25, 한국형사정책연구원, 1994.

전지연, “형법의 적용범위로서 보호주의와 그 개정방안(대법원 2011. 8. 25. 선고, 2011도6507 판결)”, 『동아법학』 제58호, 동아대 법학연구소, 2013.

_____, “형법의 지역적 적용범위에 관한 규정의 문제점과 개정방안에 관한 연구”, 『형사정책』 제24권 제1호, 한국형사정책연구원, 2012.

제성호, “남북한 간 인적 교류 시 형사 문제 처리방안 - 형사 관할권 행사를 중심으로”, 『법조』 제449호, 법조협회, 1994.

한명섭, “실무상 제기되는 남북형사법 충돌 문제 해결방안 - 지정토론문”, 『제33차 남북법령연구특별분과위원회 학술회의 자료(미간행)』, 법무부, 2008.

_____, “개성공단 내 행정형법 적용 여부 - 지정토론문”, 『제47차 남북법령연구특별분과위원회 학술자료(미간행)』, 법무부, 2019.

Abstract

A Review on the Application of the South Korean Administrative Criminal Law in the Kaesong Industrial Complex

Han, Kyoung Tae

(Secretary, Unification Legal Affairs Division, Ministry of Justice)

On 19 September 2018, the scene where President Moon Jae-in, who visited North Korea for the Inter-Korean summit, gave a speech in front of 150,000 Pyongyang citizens at the Rungrado May Day stadium in Pyongyang, was an inspiring sight that had never been seen since the division. As he said, our people lived together for 5,000 years and apart for 70 years. The 5,000 years has enough power to overcome the 70 years of division, but the current situation in the Korean peninsula, just two years after the summit, reminds us that division is a matter of reality that cannot be simply overcome by the past.

During the past 70 years of division, the laws and systems of the two Koreas have established through different development processes, and there are also considerable differences in the perception and level of the rule of law. Especially, the differences of criminal laws have been a significant source of anxiety in the process of exchange and cooperation, with regard to the guarantee of personal safety. The Kaesong Industrial Complex project is the highest level of exchange and cooperation model that the two Koreas have created so far, but the organization of an inter-Korean Commercial Arbitration Committee to resolve civil disputes has been suspended, and the issue of criminal cases has not taken a step forward after the murder of a South Korean tourist at Mt. Geumgang.

In order for inter-Korean relations to make substantial progress without going back to square one, it is necessary to lay the foundation for exchange and cooperation through laws and systems rather than by political compromise and expedient. Although the Kaesong Industrial Complex project is currently suspended, it may resume at any time in accordance with the improvement of inter-Korean relations. Until it resumes, we are given a chance to

review laws and systems that were not examined when it was in full operation. Above all, it is urgent to solve the issue of the application of South Korean Administrative criminal law in the Kaesong Industrial Complex, such as Minimum Wage Act, Road Traffic Act, Industrial Accident Compensation Insurance Act, etc.

This article looks into the theories on the resolution of conflict between criminal laws of East and West Germany and domestic variety of views at the working level, and then examines the difference of the conclusions about real cases involving violations of administrative law from each point of view. Based on this, the paper aims to review the reasonable application criteria of the South Korean administrative criminal law in the Kaesong Industrial Complex and provide the basis for various efforts in the field of legislation to ensure that the project is carried out more reliably in the future when the Kaesong Industrial Complex resumes.

Key Words

Kaesong Industrial Complex, Inter-Korean Exchange and Cooperation, Criminal Case in Kaesong Industrial Complex, Conflict of Criminal Laws, Administrative Criminal Law, Administrative Punishment, Inter-Korean special relations, Interlocal Criminal Law, Analogical Application of International Criminal Law, Guarantee of Personal Safety, Mutual Assistance in Criminal Matters