

발 간 등 록 번 호

33-9750040-000449-01

통일 헌법 연구

2023-D-1

북한주민의 헌법적 보호

- 헌법해석과 북한인권법의 개선방안을 중심으로 -



Constitutional Research Institute



헌법재판소
헌법재판연구원



북한주민의 헌법적 보호

- 헌법해석과 북한인권법의
개선방안을 중심으로 -

연구책임자 : 진 호 성 책임연구관(제도연구팀)

목 차

I. 서론 / 1

- 1. 연구의 배경 및 목적 1
- 2. 연구의 범위, 방법 및 구성 4

II. 북한주민의 인권문제와 관련 헌법적 쟁점 논의 / 7

- 1. 논의의 필요성 7
- 2. 북한주민 인권문제에의 접근 8
 - 가. 국제사회의 문제제기와 조사, 연구 8
 - 나. 국내의 실태조사와 통일부 북한인권보고서 10
- 3. 북한주민의 인권문제 현황 - 통일부 북한인권보고서를 중심으로 11
 - 가. 논의의 방향 11
 - 나. 주요 내용 11
 - 1) 시민적·정치적 권리 11
 - 2) 경제적·사회적·문화적 권리 14
 - 3) 취약계층 14
 - 4) 주요사안 15
 - 다. 분석 및 평가 16
 - 라. 소결 19
- 4. 북한과 북한주민의 헌법적 지위 20
 - 가. 논의의 방향 20
 - 나. 영토조항과 평화통일조항의 해석론 21

1) 종래 학설과 판례	21
2) 검토	22
가) 이북지역에서의 영토조항의 효력	23
나) 이북지역에서의 남한 법령 기타 공권력행사의 효력	26
다. 북한주민의 법적 지위	27
1) 북한주민의 개념	28
2) 학설과 판례	29
가) 통설과 판례의 태도 - 국민으로 보는 견해	29
나) 이중국적자 또는 특수한 지위의 국민으로 보는 견해	31
다) 외국인 또는 무국적자로 보는 견해	32
3) 검토	33
라. 북한의 법체제 인정 가능성	37
마. 소결	39

III. 헌법해석상 북한주민의 보호 / 40

1. 논의의 방향	40
2. 규범적 근거	42
3. 기본권 보호내용과 판단기준	44
가. 기본권 제한 가능성	44
나. 기본권 보호내용, 방식별 분류	45
다. 특수한 형태의 기본권제한의 정당화와 그 한계	46
라. 기본권 보호내용, 방식별 특성 및 판단기준	47
1) 국가의 소극적 간섭(방해)금지 내지 부작위 - 자유권적 기본권 영역	47
2) 국가에 의한 적극적 실현 - 사회권적 기본권 영역	49
3) 제3자의 침해로부터의 국가의 보호 - 기본권보호의무 영역(일반사인)	51
4) 체제불법으로부터의 국가의 보호 - 기본권보호의무 영역(북한당국)	52
4. 관련 헌법재판소 결정례 검토	53

가. 남북관계 발전에 관한 법률 일부 개정법률 위헌확인 등	53
나. 남북교류협력에 관한 법률 제9조 제3항 위헌소원	54
다. 북한인권법의 입법부작위 위헌확인	55
5. 소결	56

IV. 헌법정책적 보호 - 북한인권법의 개선방안을 중심으로 / 57

1. 서론	57
2. 현행 북한인권법 개관	58
가. 의의 및 기능	58
나. 제정배경, 경과 및 개정 논의	59
다. 주요내용 및 특징	60
라. 비교법적 검토	62
1) 미국	62
2) 일본	64
3. 개별 법조항 검토	65
가. 목적(제1조)	65
나. 기본원칙 및 국가의 책무(제2조)	67
다. 정의(제3조) - “북한주민”	68
1) 관련 규정 및 비판	68
2) 제3국 소재 북한주민 등의 보호 문제 - 적용대상 확대 문제	69
3) 기타 문제	71
라. 다른 법률과의 관계(제4조)	72
마. 북한인권 관련 일반 규정	72
1) 북한인권증진자문위원회(제5조)	72
2) 북한인권증진기본계획 및 집행계획(제6조)	73
3) 남북인권대화의 추진(제7조)	74
4) 인도적 지원(제8조)	75

5) 북한인권증진을 위한 국제적 협력(제9조) - 북한인권대외직명대사	77
6) 북한인권재단(제10조 내지 제12조)	78
가) 관련 규정	78
나) 문제점	79
다) 개선방안	81
7) 북한인권기록센터 및 북한인권기록보존소(제13조)	83
가) 관련 규정	83
나) 문제점 및 개선방안	84
다) 통일부 북한인권보고서	87
바. 벌칙규정(제17조)	90
4. 신설조항의 도입 논의	90
가. 대북 제재조치의 추가 문제	90
나. 정보의 자유 증진을 위한 조치 추가 문제	91
다. 형사사법절차 추가 문제	92
라. 기본권에 관한 실체적 내용의 추가 가능성	93

V. 결론 / 95

■ 참고문헌	97
--------	----

초 록

북한주민의 인권 문제는 국내외에서 처음 공론화된 1990년대 이래 지금까지 거의 개선되지 아니하였다. 근래에는 북한당국의 억압적인 사회통제가 강화된 가운데 북한주민의 체제 외 비공식 활동이 다수 확인되었다. 이 연구보고서에서는 북한주민이 적어도 통일국가의 구성원으로서의 지위를 가진다는 점을 중요하게 고려하여 헌법해석과 북한인권법의 개선을 중심으로 북한주민의 헌법적 보호방안에 대해 살펴보았다.

이전까지 우리 정부는 주로 대북정책의 일환으로 북한주민 인권문제에 대응하였고, 사법기관은 북한을 반국가단체이자이자 평화통일을 위한 대화와 협력의 동반자라는 이중적 지위로 판단하여 왔다. 그러나 북한주민의 헌법적 보호라는 관점에서는 북한주민을 단순히 반국가단체 또는 평화통일의 동반자 소속 구성원으로만 볼 것이 아니라, 헌법상의 기본권 주체로서 법적 권리와 그 한계를 구체화함으로써 법적 지위를 명확히 구성할 필요가 있다. 이 점에서 통설, 판례와 같이 우리 헌법이 군사분계선 이북지역에도 효력을 가지며, 북한주민도 우리 국민에 해당한다는 해석론을 취할 실익은 여전하다. 나아가 북한의 법체제 역시 북한주민의 기본권 실현 문제와 긴밀한 관련성을 갖는다면 필요에 따라 이를 부분적 이나마 헌법적으로 긍정함이 바람직하다.

헌법해석의 측면에서는 종래의 통설의 입장에서 한발 더 나아가 보다 구체적인 형태로 북한주민을 보호하는 방안에 대해 논의해보았다. 북한주민의 기본권 보호내용과 국가의 역할에 따라 (i) 주로 자유권적 기본권에 관한 국가의 소극적 간섭(방해)금지 내지 부작위, (ii) 사회권적 기본권 등에 관한 국가의 적극적 실현과, 국가의 적극적인 기본권 보호가 필요한 부분으로서 (iii) 일반사인에 의한 침해 배제와 (iv) 북한당국의 불법적 침해 배제로 나누어 법리를 구성해볼 수 있다. 이러한 해석론은 적어도 통일헌법 제정이나 통일합의서 체결 전까지는 독자적 의의가 있으나, 현 상태에서 북한주민을 실효적으로 보호함에 있어서는 한계가 있어 별도 헌법정책적 논의도 필요로 한다.

헌법정책적 접근으로는 북한주민의 헌법적 보호가 법제화된 유일한 사례인 북한인권법의 개선방안을 중심으로 검토하였다. 북한인권법은 북한주민 인권의 보호 및 증진을 위해 초당적 합의로 도입된 법률로서 비교법적으로도 독특한 내용을 담은 통일법제에 해당하

나, 그 시행과정에서 북한인권재단의 미구성 등 많은 어려움을 겪고 있다. 이에 현행법상 개별 조항의 내용과 문제점을 분석, 평가하는 한편, 신설조항의 도입에 관한 입법론도 살펴봄으로써 북한인권법의 개선에 관한 여러 시사점을 찾아보았다.

주제어: 북한, 북한주민, 북한주민의 기본권, 인권, 영토조항, 평화통일조항, 헌법적 보호, 헌법해석, 헌법정책, 북한인권법, 통일법

I. 서론

1. 연구의 배경 및 목적

1945년 8월 15일 해방 이후 한반도(韓半島)에는 남북한¹⁾ 두 개의 정부가 수립되었는데, 1950년 6·25 전쟁을 거쳐 무려 70여 년의 시간이 지난 지금까지 분단과 대치상황이 계속되고 있다. 우리 헌법은 1948년 제정시 “대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다”라고 규정하여 군사분계선 이북지역에 대한 수복 의지를 표현하였고 이를 현행 헌법까지 그대로 유지하고 있기는 하나, 1972년 개정 헌법 전문에서 평화적 통일을 선언하는 한편 1987년 개정시 제4조에서 “대한민국은 통일을 지향하며, 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책을 수립하고 이를 추진한다”라고 규정함으로써 한반도 분단의 현실을 헌법규범적으로 수용하였다. 헌법은 위 조항 외에 북한이나 통일에 관하여 구체적인 지침을 제시하고 있지 아니하다.

영토조항과 평화통일조항은 우리 헌법의 핵심을 구성한다. 그러나 양 조항은 헌법 조문 중에서도 특히 추상적이고 개방적인 편이고, 현실적으로 우리 정부의 실효적 지배가 군사분계선 이북지역까지 직접 미침에도 분명한 한계가 있었다. 이에 북한과 북한주민에 관한 여러 중요한 법적 문제는 헌법해석보다는 입법, 정부정책의 영역에 놓이게 되었다. 정부는 남북관계에서 발생하는 다양한 법적 문제들을 주로 고도의 정치적 결단과 타협의 대상으로 보아²⁾ 대북정책 기조의 변화에 따라 국가안보, 남북교류협력 등 개별 사안별 편의를 도모하는 방향으로 대응해왔다. 우리 사법기관 역시 북한 체제의 합법성 부인을 전제로 그 이중적 지위를 인정하는 독특한 해석론을 견지하였는데,³⁾ 그 결과 북한, 북한주민과의 관계에 있어서는 남북관계의 특수성이라는 정책적 고려 하에 법치(法治)의 예외가 되는 공권력행사 가능성이 비교적 넓게 인정되었다. 이와 같은 헌법해석상 북한의 법적 지위의 이중성, 모호성과 통일정책의 통치행위적 성격은 군사분계선 이북지역에서

1) 이하에서는 남북한 헌법상의 공식 명칭인 대한민국과 조선민주주의인민공화국을 대신하여 이에 대응하는 용어인 ‘남한’과 ‘북한’을 각각 사용하는 것으로 한다.

2) 이효원, 남북한관계에 대한 판례 분석- 국가보안법의 최근 변화 동향과 남북교류협력에 관한 판례를 중심으로 -, 서울대학교 법학 제52권 제3호(통권 제160호), 2011, 2면.

3) 대법원 2008. 4. 17. 선고 2003도758 전원합의체 판결; 헌재 1993. 7. 29. 92헌바48, 판례집 5-2, 65 등.

북한당국과 ‘사실상의’ 공법적 관계를 맺고 있는 북한주민에 대한 헌법적 보호 문제의 어려움을 가증시켰다.

정부는 2019년 북한이탈 어민 2명을 복송한 사례 외에는 거의 일관되게 북한이탈주민을 대한민국 국민으로 보는 입장을 취해왔고,⁴⁾ 대법원과 헌법재판소도 북한주민을 대한민국 국민으로 보는 입장을 수차례 사법적으로 확인하여 왔다.⁵⁾ 그러나 이북지역 북한주민의 권익이 문제될 수 있는 제반 쟁점이 명쾌하게 해결되었다고 보기 어려운 면이 있다. 국내 법령은 주로 군사분계선 이남지역의 남한주민이나 북한이탈주민을 규율 대상으로 하는데, 이북지역의 북한주민에 대해서는 적용 여부와 범위조차 명확하지 않다. 헌법학계의 지배적 입장은 이북지역의 실효적 지배 여부와 관계없이, 우리 헌법의 효력이 이북지역에 사실상 미치지 못함에 불과하고 북한주민도 당연히 ‘대한민국 국민’에 해당한다는 입장이었다. 이 입장에서 북한주민 역시 헌법상의 기본권을 최대한으로 보장받아야 마땅하나, 사실상의 제약으로 그 시도가 좌절되었을 뿐이다. 반면 국내법의 적용범위를 가장 좁게 보는 입장을 취한다면 이북지역은 헌법의 적용범위에서 배제되며, 북한주민은 북한당국의 통치하에 있는 실질적인 의미의 ‘외국인’으로서 향후 통일과정에서 통일헌법의 제정이나 통일합의서의 체결에 따라 그 취급이 달라질 가능성이 있을 뿐이다.

북한주민의 헌법적 보호는 우리의 법체계에서 ‘북한주민의 기본권을 어떻게 보장할 것인가’에 관한 문제이다. 대북인권 정책이 남북관계에서 북한인권 문제 해결을 위한 정부 차원의 일련의 정책목표와 그 성취를 위한 전략적 수단을 뜻한다면,⁶⁾ 북한주민의 헌법적 보호는 우리의 법체계 하에서 북한주민이 헌법적으로 마땅히 보장받아야 할 기본적 인권을 법제도적으로 구현하는 방법론을 의미한다. 이 문제의 해결을 위해서는 북한이나 북한주민에 관한 해석론을 전제로, 북한주민이 향유하는 헌법상의 권리의 내용과 그 한계를 정확히 밝혀내고 정책적 실현 수단을 검토하는 작업이 선행되어야 한다. 북한주민의 기본권 침해는 주로 북한당국에 의해 자행되므로, 관련 논의의 많은 부분이 공허하거나

-
- 4) 예컨대, “통일부 “북한이탈주민 ‘전원 수용’, 정부의 기본 원칙””, KBS뉴스, 2022. 8. 2. 수정, 2023. 10. 1. 접속, <https://news.kbs.co.kr/news/pc/view/view.do?ncd=5523385>. 우리 정부가 분단 이후 현재까지 북한주민을 대한민국 국민으로 간주해왔으나, 이러한 정부의 공식 입장과는 별개로 사실상 1980년대와 1990년대에 이미 북한주민이 ‘우리 겨레’이기는 하지만 ‘우리 국민’은 아닌 ‘제3의 존재로’ 표상되며 ‘우리 대한국민’의 범주에서 배제되기도 하였고, 나아가 ‘위협, 경계의 대상’에서 ‘민족공동체의 동반자’, ‘구호의 대상’으로 변화하였다는 분석으로, 김범수, 북한 주민은 ‘우리 국민’인가?: 1980년대와 1990년대 한국 민족주의와 국민의 경계, 통일과 평화 제11권 제2호, 2019, 341-345면.
- 5) 대법원 2016. 1. 28. 선고 2011두24675 판결; 헌재 2000. 8. 31. 97헌가12, 판례집 12-2, 167, 176.
- 6) 한동호, 한국의 대북 인권정책 연구, 통일연구원 북한인권연구센터, 2014, 5면.

경우에 따라 단순한 이론적 구성에 그칠 수 있다. 그러나 종전까지 남북관계의 특수성이 라는 명목 하에 집행되었던 우리 정부의 법제도와 정책이 북한주민의 기본권에 영향을 미쳐온 점도 부정하기 어려우므로, 현 상황에서 관련 논의의 필요성이 없지는 않다.

종래의 지배적 견해 및 정부의 입장과 같이 이북지역에 우리 헌법의 효력이 미침을 전제로 북한주민을 대한민국 국민 또는 적어도 이에 준하는 기본권주체로 본다면, 이론상 북한주민의 헌법적 보호를 어떻게 현실화할 것인가가 문제될 수 있다. 일반적인 경우의 대한민국 국민과 마찬가지로 북한주민의 경우에도 헌법 제10조 후문의 해석으로부터 국가가 그 기본권을 최대한으로 보장해야 한다는 것에서 출발해본다. 이 경우 국가의 의무는 (i) 자유권적 기본권에 관한 국가의 소극적 간섭(방해)금지 내지 부작위, (ii) 사회권적 기본권이나 참정권, 청구권 등에 관한 국가의 적극적 실현, (iii) 일반 사인 등 제3자의 침해로부터의 국가의 보호 등이 있고, (iv) 북한당국 역시 제3자라고 본다면 (iii)의 특수한 형태로서, 혹은 북한당국을 유사(類似) 주권적 단체 또는 준(準) 외국으로 본다면 별도의 분류로서 북한당국의 불법적 침해 배제로도 나누어 살펴볼 수 있다. 대표적으로 남한의 법령이나 공권력의 행사가 실질적으로 북한주민의 기본권을 과도하게 제약한다면, 그 사법적 구제방안이 논의될 수 있다. 한편, 북한주민의 헌법적 보호는 헌법정책적으로도 논의될 수 있는데, 대표적으로 이북지역의 북한주민의 ‘인권’ 신장을 주목적으로 제정된 북한인권법이 위 (iv)의 경우에 해당된다. 북한주민의 인권문제는 단순히 국제사회에서의 보편적 인권 문제에서 더 나아가 우리 헌법이 예정한 통일과정에서 발생하는 특수한 기본권 실현 대상이라는 점에서 특별하다. 특히 북한인권법의 실질적인 내용은 향후 통일과정에서 통일헌법이나 통일합의서의 기초로 활용될 여지가 있다.

이 연구보고서는 현재진행중인 북한주민의 헌법적 보호 문제의 해결에 초점을 두고 연구를 수행하였다. 북한주민에 관한 헌법해석, 개정론에는 완성된 통일국가나 과도기적 체제는 물론, 통일과정으로서 현 단계에서 북한주민을 법제도적으로 어떻게 보호할 것인지에 관한 논의가 포함된다. 기존 헌법, 통일법 연구는 완성된 통일국가를 전제로 통일헌법의 기본원리나 기본권, 법제도, 또는 장래 통일과정의 과도기적 체제 하의 논의가 대부분이었다.⁷⁾ 현재 북한주민을 대상으로 하는 연구도 북한인권법의 제정 시기를 전후로 한

7) 비교적 최근의 연구를 중심으로 살펴보면 예컨대, 통일 진행기에 발생할 구체적인 헌법적 문제들에 대해 논의한 논문(이전까지 기존 연구는 주로 통일헌법이나 통일의 원칙론에 관한 것이고 그렇지 않은 경우에도 주로 몰수재산권 처리문제에 집중되어 있었다고 함)으로, 김승대, 헌법재판과 남북한 통일, 헌법논총 제19집, 2008, 225-262면; 통일헌법이 입각해야 할 기본원리, 전문과 총강에서 담보해야 하는

일부 연구 외에는 이미 이북지역을 이탈하여 국내에 진입한 북한이탈주민에 관한 것이거나, 이론상 북한주민의 법적 지위에 관한 원론적 논의를 위주로 전개되었다. 반면 이 연구보고서는 헌법해석을 통한 북한주민의 헌법적 보호를 이론화하는 한편 헌법정책적 차원에서 북한인권법의 법제도적 개선방안을 함께 논의함으로써 현재 북한주민과 관련된 여러 법적 문제 해결의 단서를 제공하고자 한다. 이를 위해 북한주민의 최근의 인권 침해 실태에 대해 살펴보고, 북한과 북한주민의 법적 지위에 관한 종전 해석론을 간단히 정리한다. 북한주민의 헌법적 보호에 관한 구체적인 내용은 헌법해석에 의한 보호와 북한인권법과 같은 정책수단의 측면에서의 보호로 나누어 살펴볼 것이다.

2. 연구의 범위, 방법 및 구성

이 연구보고서는 ‘북한주민’의 ‘기본권’을 주된 연구대상으로 삼아서 북한주민의 헌법적 보호에 관해 논의한다.⁸⁾

사항, 자유민주주의 등에 대해 논의한 논문으로, 성낙인, 통일헌법의 기본원리 소고, 서울대학교 법학 제53권 제1호, 2012, 415-446면; 남북통일과 통일한국의 완성이라는 매우 특별한 상황에서의 사법제도 정비방안에 관한 논문으로, 이효원, 통일과정에서의 특별사법제도 운영 가능성, 저스티스 통권 제146-3호, 2015, 245-262면; 통일헌법의 기본권 체계 구성과 관련하여 주로 우리 헌법과 국제조약(그의 일부 북한 헌법)을 논의한 논문으로, 전종익, 통일헌법의 기본권체계, 법조 제61권 제2호, 2012, 152-184면; 통일이 남북주민의 정치적 평등권 보장을 위해 법적 평등성 확보, 실질적 평등 조치 등의 기본원칙을 제시하고 주권행사, 의회제, 선거법제, 정당제 등에 대해 논의한 논문으로, 이재희, 통일이 남북주민의 정치적 평등권 보장, 통일법연구 제1권, 2015, 353-385면; 통일 이후 통일헌법의 이념과 헌법재판소의 위상, 준비 등에 관해서는, 최은석, 통일한국의 미래와 헌법재판소의 기능과 역할 - 헌법이념과 위상 정립을 중심으로 -, 헌법논총 제26권, 2015, 5-65면; 독일 연방헌법재판소 판례를 중심으로 통일과정에서의 헌법적 문제를 살펴본 연구로, 허완중, 독일통일과정의 헌법적 문제 - 독일 연방헌법재판소 판례를 중심으로 -, 헌법재판연구 제2권 제1호, 2015, 167-199면; 통일헌법에 대한 이해를 전제로 통일방식, 통일헌법의 내용 및 그 정당성 전반에 대하여 상세히 살핀 논문으로, 김선택, 통일헌법 논의의 Prolegomena, 통일법연구 제2권, 2016, 1-45면; 통일의 이념적 기초인 자유민주적 기본질서에 관한 논의로, 통일과 헌법재판 3 - 통일에 관한 헌법이론 및 헌법재판소 결정 연구 -, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2018, 95-138면(허완중 집필부분); 통일과정에서 북한지역에 대한 특별관리법의 필요성, 주요 쟁점, 규범적 기준, 제정과 근 한계, 법률체계와 내용 등을 다룬 논문으로, 이효원, 통일과정에서 북한지역 관리를 위한 법제도, 저스티스 통권 제166호, 2018, 40-72면. 통일 이후의 국가 시스템 형성 및 사회통합을 위한 준비작업에 관한 논의로, 장영수, 통일 준비와 헌법의 역할, 법학연구 제31권 제1호, 2023, 71-98면 등.

한편, 통일법제 연구 현황에 대해 정리한 대표적인 경우로, 통일과 헌법재판 3 - 통일에 관한 헌법이론 및 헌법재판소 결정 연구 -, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2018, 33-37면(도회근 집필부분); 박정원, 통일법제 연구 현황과 향후 과제, 통일과 법률 제1호, 2010, 150-196면 등 참조.

8) 북한주민의 법적 지위나 국적의 의미에 관한 헌법재판연구원의 선행 연구보고서로는 김현귀, 북한주민

우선, ‘북한주민’은 남한주민과 비교할 때 단순히 이북지역에 생활의 근거를 두고 있는 자가 아니라, 북한당국의 사실적 지배 하에서 당국과 공법적 관계를 맺고 있거나 맺었던 자라고 보는 것이 보다 엄밀하다. 남한주민이나 제3국인이 이북지역에 생활의 근거를 두고 있다고 하여 북한주민이 되는 것은 아니지만, 귀화, 월북 등으로 북한당국과 공법적 관계를 맺게 되는 경우에는 북한주민이 된다. 그러나 우리 법제는 헌법상 북한체제의 불법성을 전제로, 북한인권법 등에서 ‘북한주민’을 군사경계선 이북지역에 생활의 근거를 두고 있거나 과거 두었던 자라고 규정한다.⁹⁾ 어떠한 개념을 사용하더라도 결국 ‘북한주민’의 기본권 침해는 북한당국의 사실적 지배 여하에 크게 좌우되므로, 북한주민의 헌법적 보호에 관해 논의할 때 사용하는 북한주민은 우리 법제 하의 법적 개념보다는 실질을 중시한 강학상의 개념으로 파악하는 것이 보다 정확하다. 이들에 대한 헌법적 보호 필요성 역시 소재지보다는 북한당국과의 공법적 관계성에 따라 달라진다고 볼 수 있다.

북한주민은 다시 크게 국내(남한) 북한이탈주민, 제3국 북한이탈주민, 이북지역 북한주민으로 분류할 수 있다. 이 연구보고서는 북한당국의 통제 하에 있는 이북지역 북한주민을 주된 연구대상으로 하되, 제3국 거주 북한이탈주민 중 자신의 의사에 반하여 북한으로의 강제송환 가능성이 있는 경우와 같이 실질적으로 북한당국의 지배영역에서 벗어나지 못하여 기본권 침해가 문제가 될 수 있는 경우도 함께 검토한다. 국내 거주 북한이탈주민의 경우 우리 헌법의 규범 영역에 진입하여 남한주민과 같이 국민으로서 기본권 대부분이 완전히 회복되고, 사회적 약자로서 특별한 보호 내지 지원이 필요한 경우에 해당되므로 보호의 방향성이 전혀 다르다. 주로 북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률에 의해 규율된다. 제3국 북한이탈주민의 경우 특히 대한민국 국적을 이탈한 경우에는 우리 국민으로 보기 어려울 수 있고, 자유의사로 제3국에 정착하였다면 재외동포에 준하여 보호할 필요가 있을 뿐으로, 이북지역의 북한주민과는 이의상황이 상당히 다르다.

한편 이 연구보고서에서는 북한주민의 법적 권리 중에서도 헌법상의 ‘기본권’에 중심을 두고 논의를 진행한다. 헌법상의 기본권은 헌법 제10조 후문의 “기본적 인권”을 축약한 실정법상의 권리로 헌법재판소법 제68조 제1항 등에서 “헌법상 보장된 기본권”으로도 표현된다. 반면 인권의 경우 그 개념상 보다 다양한 정의가 가능한데, 대표적으로 국가인

의 지위, 통일헌법연구, 2019-D-1, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2019; 소은영, 국적에 관한 헌법적 검토 - 국민의 의미 변화를 중심으로 -, 2023-A-5, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2023 등이 있다.

9) 우리 법제에서 이러한 개념을 사용하지 않는 이유에 대해서는 별도 후술한다.

권위원회법은 제2조 제1호에서 이를 “대한민국헌법 및 법률에서 보장하거나 대한민국이 가입·비준한 국제인권조약 및 국제관습법에서 인정하는 인간으로서의 존엄과 가치 및 자유와 권리”라고 정의한다. 양자는 근본적으로 실정법으로서의 헌법적 차원에서 보장되는 권리인지 여부에 차이가 있다.

이 연구보고서는 주로 북한주민의 ‘헌법상의 권리’를 근거로 정부정책 및 그에 대한 사법심사와 권리구제의 가능성에 대해 살펴볼 것이므로 ‘인권’보다는 ‘기본권’을 주요 개념으로 사용하게 된다. 그럼에도 일부에서는 ‘기본권’을 대신하여 ‘인권’이라는 용어를 사용하는 부분도 존재한다. 우리 헌법의 규범력이 북한에도 미치는 것인지에 관해서는 충분히 논쟁 대상이 될 수 있는 것에 반해, 북한이 각종 국제규약에 가입하였다는 등의 경우라면 별다른 이견 없이 북한주민도 ‘인권’을 가진다는 입장을 취할 수 있어 논란의 여지가 적다. 북한인권법 및 북한인권보고서 역시 여러 정책적 이유로 ‘기본권’을 대신하여 ‘인권’이라는 개념을 사용하고 있다. 나아가 향후 통일헌법 제정 또는 남북합의서 체결시 북한주민의 권리는 국제관계에서의 남북관계를 고려하여 남북한헌법뿐만 아니라 국제조약도 중요하게 참고하여 제정될 가능성이 높다. 마지막으로 우리 헌법이 다른 인권의 개념을 적어도 법률적 차원에서는 대부분 수용할 수 있다. 이러한 점을 고려할 때 헌법상 기본권 해당 여부가 반드시 구별되어야 하는 경우가 아니라면 문맥에 따라 헌법상의 기본적 인권 대신 인권이라고 지칭하는 경우도 있을 수도 있다.

연구방법은 관련 문헌 연구를 기초로 하고, 필요한 경우 판례 검토나 비교법적 연구방법을 활용한다.

연구보고서의 전체적인 구성은 다음과 같다. 서론, 결론을 제외하고 3개의 장으로 구성한다. II장에서는 통일부 북한인권보고서를 중심으로 북한주민의 인권 침해 현황을 살펴보는 한편, 영토조항과 평화통일조항의 해석론을 중심으로 헌법의 적용범위, 북한과 북한주민의 법적 지위 등에 관한 기존 논의를 검토하고 실무에서의 함의를 위주로 살펴본다. III장에서는 북한주민이 헌법적 보호의 대상임을 전제로 현 시점에서 헌법해석상 북한주민의 헌법적 보호 문제를 이론적으로 분류하고 해결방안을 도출하는 작업을 수행한다. 기존에 남북관계의 특수성이라는 추상적 개념 하에 비교적 경시되었던 북한주민의 이익을 살펴본다. IV장에서는 헌법정책적 관점에서 북한인권법의 의의와 기능, 제정배경과 경과, 주요내용 및 특징, 비교법 등을 살펴보고, 통일헌법과의 관계에서 북한인권법의 역할을 확인하는 한편 추후 법제도적 개선방향에 관한 논의까지 진행해본다.

II. 북한주민의 인권문제와 관련 헌법적 쟁점 논의

1. 논의의 필요성

이 장에서는 북한주민의 인권문제 현황에 대해 간략히 살펴보는 한편, 북한과 북한주민의 법적 지위에 관한 종전의 해석론을 최신의 논의까지 반영하여 전체적으로 다시 정리해볼 것이다. 우선 근래 북한주민의 인권문제를 되짚어봄으로써 관련 문제의식을 제고하는 한편 그 실상을 정확히 파악하여 후술할 헌법적 논의에 판단근거 내지 참고자료로 활용할 수 있도록 한다. 1990년대 이래 국내외에서 다방면으로 북한주민의 인권문제에 대한 접근이 이루어져 왔고, 특히 북한이탈주민을 상대로 한 인적 조사는 문제의 확인과 인식의 전환에 지대한 기여를 해왔다. 지난 2023년에는 통일부가 북한인권보고서¹⁰⁾를 발간함으로써 북한주민의 인권침해 실태가 최초로 정부 차원의 보고서로 공인되었다. 현재 북한주민 대다수가 법적, 경제적으로 매우 열악한 지위에 놓여있다는 점에 관해서는 거의 이론의 여지가 없다. 평양의 핵심 지배계층조차도 헌법상의 실제적, 절차적 권리를 충분히 보장받고 있다고 보기 어려운데, 이러한 반(反)헌법적 현실을 분석, 평가한다.

위와 같은 내용을 살펴본 뒤에는 헌법 제3조 영토조항과 제4조 평화통일조항의 해석론을 기초로 북한과 북한주민의 법적 지위에 관한 여러 헌법적 쟁점을 검토할 것이다. 헌법상 기본권은 국민이 국가에 대해 갖는 주관적 공권이므로, 국가가 북한주민의 기본권을 어느 정도까지 보장해야 하는가는 헌법에 의해 국회, 정부, 법원과 헌법재판소를 구속시켜 어떻게 북한주민에 관한 의무를 실현하도록 할 것인지에 관한 문제라고 할 수 있다. 특히 북한주민의 헌법적 보호 논의는 (i) 우리 헌법과 법률의 장소적 효력이 이북지역까지 미치는 것인지, (ii) 북한주민을 남한주민과 같은 대한민국 국민으로 볼 것인지, (iii) 한반도와 그 부속도서에서 북한의 법체제를 인정할 수 있는지 등 쟁점별 입장에 따

10) 통일부, 2023 북한인권보고서, 통일부 북한인권기록센터, 2023.

참고로 북한은 위 북한인권보고서의 발간에 대응하여 일종의 남한인권보고서(인권동토대, 남조선인권실상을 파헤쳐보다, 평양출판사, 2023)를 발간하였다. 해당 보고서는 ‘여지없이 말살되는 사회정치적 권리’ ‘무참히 짓밟히는 경제문화적 권리’ ‘범죄와 여성 천시, 패륜패덕의 난무장’ ‘침략자의 군화 밑에서 신음하는 인권’ 등 4개 항목으로 구성되어 있고, 남한의 높은 자살률, 취업난, 산업재해, 여성 및 장애인 차별, 아동학대 등을 지적하는 내용을 포함하였다.

라 논리전개의 방향성이 크게 달라질 수 있다. III장과 IV장에서 헌법해석과 헌법정책적 수단을 통한 북한주민의 헌법적 보호에 관해 논의함에 앞서, 그 전제가 되는 여러 쟁점을 선행적으로 검토할 필요가 있다.

2. 북한주민 인권문제에의 접근

가. 국제사회의 문제제기와 조사, 연구

북한주민의 인권침해 문제는 1990년대부터 본격적으로 제기되었는데, 이는 당시 이북 지역에서 극심한 경제난으로 인하여 북한이탈주민의 수가 급격히 증가하는 한편, 국제구호 활동 등 외부 사회의 지원과 개입으로 부분적이거나 북한 내부의 실상이 공개되었기 때문이다.¹¹⁾ 국제사회에서는 1997년 유엔 인권소위원회(United Nations Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights)에서 북한인권 문제가 논의되기 시작하였고, 2000년대 초반 북한인권 개선을 위한 다양한 활동이 전개되면서 2003년 유엔 인권위원회(United Nations Commission on Human Rights)¹²⁾에서 최초로 북한인권 상황을 규탄하는 결의가 채택되었다.¹³⁾ 2004년부터는 북한인권특별보고관이 임명되어 활동하고 있다. 나아가 2008년 이래 유엔 인권이사회(United Nations Human Rights Council)는 매년 북한인권결의를 채택하고 있고, 2015년에는 유엔 총회(United Nations General Assembly)에서 강도 높은 북한인권 규탄 결의가 채택되기도 하였다.¹⁴⁾

11) 임예준, 박영자, 민태은, 북한인권 제도 및 실태 변화추이 연구, 통일연구원 KINU 연구총서 16-12, 2016, 4면.

12) 현행 유엔 인권이사회(United Nations Human Rights Council)의 전신.

1990년대 이래 현재까지 계속하여 제52차 유엔 인권이사회 보고서 등 유엔에서의 각종 보고서 제출 및 결의가 이루어져왔다. 관련하여 https://unikorea.go.kr/nkhr/reference/presentation/unresolution/?mode=list&boardId=bbs_000000000000069&category=&pageIdx=1 등 통일부 북한인권포털 발표자료 참조.

13) 통일연구원 북한인권연구센터, 북한인권법 제정 의의와 향후 과제, Online Series, 2016, 1면; 통일연구원, 북한인권백서, 통일연구원, 2022, 38면. 이러한 결의는 2005년까지 반복되었다.

14) 통일연구원 북한인권연구센터, 북한인권법 제정 의의와 향후 과제, Online Series, 2016, 2면. 2014년부터는 유엔 안전보장이사회가 북한인권 문제를 논의되었고, COI 활동 종료 후 각종 후속 조치가 취해지기도 하였다.

한편, 미국, 영국 등 개별 국가나 유럽연합 차원에서도 기관과 개인을 대상으로 하는 각종 인권제재가 이루어진 바 있다. 이규창, 2020년 전후 북한의 인권정책 분석과 평가:제·개정 사회통제법규 분석을 중심으로, 북한법연구 제29호, 2023, 30-32면.

그러나 국제사회의 오랜 압박에도 불구하고 북한당국은 유엔 북한인권특별보고관이 군사분계선 이북지역에 진입하는 것 자체를 거부하는 등 방북 조사 요청에 응하지 아니하였고, 중국정부 역시 북·중 접경지역에 대한 접근을 거절하는 등 북한주민에 대한 현장 실태조사에 대해 비협조적인 태도를 취함으로써 그간 북한주민의 인권 침해 상황을 정확히 파악함에 어려움이 있었다. 이에 북한주민의 인권 침해에 관한 여러 연구는 주로 공청회, 비공개 면접 등을 통해 북한이탈주민의 증언을 수집하는 방식으로 수행될 수밖에 없었다. 이 경우에도 증언자들은 대다수가 가족의 안전에 대한 우려와 북한당국에 의한 비밀 감시 등 보복에 대한 두려움으로 증언을 자제하는 경향을 보여 여전히 자료 수집에 한계가 존재하였다.¹⁵⁾

그럼에도 2014년 유엔에서는 북한인권조사위원회(Commission of Inquiry on Human Rights in the Democratic People's Republic of Korea, 일명 'COI')가 북한인권 문제에 관한 조사 후 북한인권보고서를 발표하였다. 2013년 설치된 COI는 주요 조사결과를 사상, 표현 및 종교의 자유 침해/차별/이동 및 거주자의 자유 침해/식량권 및 관련 생명권 침해/자의적 구금, 고문, 처형 및 정치범수용소/외국인 납치 및 강제실종 등으로 나누고 반인도 범죄에 대해서 별도로 서술하였다. 동 보고서는 조직적이고 광범위하며 중대한 인권 침해가 북한, 북한의 기관 및 관리에 의해 자행된다는 점에서 기관 책임(Institutional accountability)이 있다고 결론내면서, 인도에 반한 죄(crimes against humanity) 위반자들이 형사책임을 져야 한다고 보았다. 그 방법으로는 유엔 안전보장이사회(United Nations Security Council)가 북한 상황을 국제형사재판소(International Criminal Court, ICC)에 회부하거나 유엔 특별재판소(ad-hoc tribunal)를 설립하는 방안을 제시하는 한편, '최고지도자'가 노동당 및 국방위원회와 별도로 독자적인 의사결정기관으로 역할을 한다고 그 형사책임을 언급하기도 하였다.¹⁶⁾

그러나 위 보고서에 대해서는 정보원의 대표성 문제, 인권침해 발생 시기 및 사건의 구체성 미비(인권 상황의 동학(dynamics)과 변화), 역사적 비유의 과도함 등이 한계점으

15) 통일연구원, 2014 유엔 인권이사회 북한인권조사위원회보고서, 통일연구원 북한인권연구센터, 2014, 5면.

16) 통일연구원, 2014 유엔 인권이사회 북한인권조사위원회보고서, 통일연구원 북한인권연구센터, 2014, 1-624면 참조. 그간 국제사회의 인권 문제 제기에 별다른 반응을 하지 않던 북한은 이를 최고 존엄에 대한 모독이며 북한 체제의 전복을 의도하는 것이라고 극렬하게 반발하며 공세적인 대응으로 전환하였다. 통일연구원, 북한인권백서, 통일연구원, 2022, 39-40면.

로 지적되기도 하였다.¹⁷⁾

나. 국내의 실태조사와 통일부 북한인권보고서

우리 정부의 자체 조사 결과가 외부에 공식적으로 공개되지 아니하던 시기에도 통일연구원, 북한인권정보센터, 대한변호사협회 등 국내 단체들은 북한주민의 인권 상황에 대한 조사 및 연구를 계속해왔다. 대표적으로 통일연구원(북한인권연구센터)은 1996년부터 북한이탈주민을 대상으로 한 면접조사를 바탕으로 북한인권백서 등을 계속하여 발간하여 왔다. 북한인권백서는 북한이 1981년 가입하였던 시민적, 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights) 및 사회적, 문화적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights) 등을 토대로,¹⁸⁾ 북한인권 문제를 시민적·정치적 권리 실태(생명권, 고문 및 비인도적 처우를 받지 않을 권리, 강제노동을 하지 않을 권리, 신체의 자유와 안전에 대한 권리, 피구금자의 권리, 이동 및 거주에 대한 권리, 공정한 재판을 받을 권리, 사생활을 보호받을 권리, 사상·양심 및 종교의 자유에 대한 권리, 표현의 자유에 대한 권리, 집회 및 결사의 자유에 대한 권리, 참정권, 평등), 경제적·사회적·문화적 권리 실태(식량권, 건강권, 노동권, 교육권, 사회보장권), 취약계층(여성, 아동, 장애인), 주요사안(정치범수용소, 해외 탈북자, 해외 노동자, 이산가족·납북자·국군포로, 재해재난) 등으로 나누어 분석하였다.¹⁹⁾

우리 정부 차원에서 공식적으로 북한인권보고서가 처음 발간된 것은 불과 2023년 3월

17) 김현준, 유엔 북한인권조사위원회 최종보고서의 성취와 문제점, 통일정책연구 제25권 제2호, 통일연구원, 2016, 101-106면은 동시에 동 보고서가 북한 인권 침해의 재해석, 투명성 추구를 통한 객관성 달성, 거시 담화와 개인 이야기의 유기적 연결 등의 성취를 이루었다고 한다.

18) 그밖에 북한은 아동의 권리에 관한 협약(Convention on the Rights of the Child), 아동의 매매·성매매·아동음란물에 관한 아동권리협약 선택의정서(Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography), 여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약(Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women), 장애인에 대한 권리에 관한 협약(Convention on the Rights of Persons with Disabilities)의 당사국이다. 인간으로서 마땅히 누려야 할 존엄성과 권리에 대한 최소한의 보편적 기준을 담고 있는 세계인권선언(Universal Declaration of Human Rights)은 유엔 총회의 결의로 채택되었기 때문에 그 자체로 법적 구속력을 갖지는 않으나, 그 내용의 상당 부분은 오늘날 국제관습법으로 발전되었다고 평가되고 있다. 통일연구원, 북한인권백서, 통일연구원, 2022, 27-28면.

19) 관련하여 https://www.kinu.or.kr/main/module/report/view.do?idx=835&nav_code=mai1674786121, 통일연구원, 북한인권백서, 통일연구원, 2022 등 통일연구원 연구자료 참조.

의 일이다. 통일부 산하 북한인권기록센터는 국내 북한인권법에 근거하여 설립된 조직인데, 2017년부터 2022년까지 6년간 북한의 인권실태를 진술한 북한이탈주민 508명의 증언을 중심으로 하여, 450여쪽 분량의 백서 형식의 “2023 북한인권보고서”를 국문/영문으로 공개 발간하였다. 동 보고서는 역시 앞서 살펴본 다른 북한인권보고서와 유사하게, 국제 인권규약상 권리별(자유권/사회권/취약계층/특별사안) 북한 주민의 인권 실태를 서술하는 방식을 취하되, 최근의 북한인권 상황을 균형적·객관적으로 작성하고자 하였다.²⁰⁾

3. 북한주민의 인권문제 현황 - 통일부 북한인권보고서를 중심으로

가. 논의의 방향

북한주민의 인권문제의 현황에 관해서는 2023년 발간된 통일부 북한인권보고서를 중심으로 주요 내용을 요약하고 변화된 양상을 간략히 분석, 평가하되, 필요한 경우 그간의 민간 및 국제 차원의 조사결과를 더하여 종합하여 검토하고자 한다. 통일부 북한인권보고서는 우리 정부 차원에서는 공식적으로 발간한 자료라는 점에서 특별한 의미가 있다. 우선 북한주민의 인권문제에 관한 정부 공식 조사결과는 북한주민의 실태 파악에 신뢰성과 객관성을 더해줄 뿐만 아니라 추후 북한과 통일에 관한 정부정책의 수립은 물론 다른 공공기관의 국가작용에 있어서도 최소한의 기초자료로 활용될 가능성이 높다. 이 점에서 위 보고서를 중심으로 인권문제의 실상을 파악할 가치가 있을 것이다.

한편, 통일부 북한인권보고서는 북한인권법에 따라 설치된 북한인권기록센터가 수집, 정리한 최신의 자료를 바탕으로 작성된 것이다. 정부정책에 따라 발간된 보고서이므로 보고서의 내용과 발간 경위, 정책적 의미 등에 대해서도 북한인권법에 대해서 다루는 IV장에서 추가적으로 논의할 실익이 있어 별도 후술한다.

나. 주요 내용

1) 시민적·정치적 권리

20) “정부의 첫 『2023 북한인권보고서』 공개 발간”, 통일부 보도자료, 북한인권기록센터, 2023. 3. 30.

<p>생명권</p>	<ul style="list-style-type: none"> - 공권력에 의한 자의적 생명박탈 사례 다수 - 마약범죄, 한국영상물 유포, 종교·미신행위 사형 집행 - 국경지역에서의 즉결처형, 구금시설에서의 사망 등 지속 발생 - 아동과 임신부에 대한 사형 집행 - 비상방역법 등 특별법으로 사형 부과 근거 추가 마련
<p>고문, 비인도적 처우 받지 않을 권리</p>	<ul style="list-style-type: none"> - 신문과정에서 구타, 고정자세 유지 등 다양한 고문 - 공개처형 등 비인도적, 굴욕적인 형벌이나 취급 자행 - 교화소 출소를 위한 뇌물 지급 - 구타행위방지법 등 제정 효과 미비
<p>강제노동을 하지 않을 권리</p>	<ul style="list-style-type: none"> - 교화소와 노동단련대 과도한 시간의 노동 투입 - 대기실, 여행자·비법월경자 집결소 등 임시수용시설 노동 동원 - 인민반·직장·학교 등 사회조직 건설현장, 농촌 강제동원 - 재판소 선고가 아닌 행정기관의 결정으로 노동교양처별
<p>신체의 자유와 안전에 대한 권리</p>	<ul style="list-style-type: none"> - 영장주의, 적법절차, 최대 구금기간, 비구속수사 등 북한 형사소송법까지도 위반하여 자의적, 불법적 체포, 구속²¹⁾ - 종교행위, 체제비판 등의 사유로 체포 후 행방불명 사례 다수
<p>피구금자의 권리</p>	<ul style="list-style-type: none"> - 매우 열악한 구금환경, 수감자에 대한 심각한 가혹행위 등 - 최근 자체 방침의 하달로 개선된 부분도 있다는 증언도 존재
<p>이동 및 거주와 자유에 대한 권리</p>	<ul style="list-style-type: none"> - 여행증명서, 숙박검열로 북한 헌법상 여행의 자유 제한. 뇌물을 주고 여행증을 발급받거나 여행증 없이 이동 증언 다수 - 평양 등 특별지역으로의 이전의 경우 당국 추가 승인이 필요 - 정치적 사유, 남한정보 접촉 등을 이유로 강제이주조치 실시 - 여권 등 발급, 출급의 엄격한 제한, 강제송환시 다양한 처벌
<p>공정한 재판을 받을 권리</p>	<ul style="list-style-type: none"> - 행정기관이 징역형의 성격을 갖는 노동교양처벌을 부과 - 반국가·반민족 범죄행위는 법원 재판 없이 정치범수용 - 사법부 실질적 독립성 없이 당의 통제 - 공개재판제도가 주민교양을 위한 선전도구로 이용, 자백 강요 - 변호권, 진술거부권 등 피고인 권리도 충분히 보장 안 됨

사생활을 보호받을 권리	<ul style="list-style-type: none"> - 거주지 단위의 인민반 제도와 주 1회의 조직 내 생활총화(반성 및 상호비판)를 통한 광범위한 주민 감시와 통제 - 외부정보 접촉, 밀수품·전자제품 단속 등 가택수색 시행 - 휴대전화 검열, 통화 감청, 서신검열, 복장 검열 등
사상·양심 및 종교의 자유에 대한 권리	<ul style="list-style-type: none"> - ‘김일성-김정일주의’, ‘당의 유일적 영도체계 확립의 10대 원칙’ 등을 통해 평생 동안 주민 사상을 절대로 통제 - 인민반의 사상동향 감시 - 반종교교육 및 위반시 공개처형, 정치범수용소 이송 - 2018년 이후 미신행위도 비사회주의 행위로 보아 강력 처벌
표현의 자유에 대한 권리	<ul style="list-style-type: none"> - 당국의 감시나 검열에 의해 자유로운 의견표명이 제한됨 - 최고지도자나 북한 정치체제 비난 단속, 처벌 - 특별전담조직 및 정보통제 법규 정비를 통해 외부정보 접촉이나 유포를 강력 통제²²⁾
집회, 결사의 자유 권리	<ul style="list-style-type: none"> - 신분과 관계없이 관제집회나 군중행사에 강제 동원됨 - 개인의사에 따른 탈퇴는 불가능
참정권	<ul style="list-style-type: none"> - 선거불참, 반대투표시 처벌 우려로 선거가 사실상 의무화²³⁾ - 후보자는 당위원회에 의해 단일 추천되는 경우가 대부분
평등권	<ul style="list-style-type: none"> - 평양시(중심구역, 주변구역)와 지방, 도시와 농촌, ‘성분’ 또는 ‘토대’를 기준으로 모든 주민을 분류, 사회적 지위(거주 지역, 직장배정, 승진, 대학진학, 노동당 입당 등) 결정 - 특히 북한이탈주민 가족을 비롯하여 국군포로·이산가족·재일교포 귀국자·중국 연고자 등이 받는 차별이 더욱 큼

21) 북한은 통념보다는 비교적 체계가 갖추어진 형사소송제도를 마련하고 있다. 그러나 형식적 체계 구비에도 불구하고 실질적으로 영장주의를 거부하고, 재판의 독립이 없으며, 무죄추정의 원칙과 진술거부권이 보장되어 있지 아니한 한계를 가진다. 김태현, 국제인권규약을 통해 본 북한 형사소송법의 반인권적 성격, 동아법학 제70호, 2016, 223-248면 참조.

22) 오랜 기간의 통제에도 불구하고 종전까지는 유학생, 해외노동자, 장사꾼 등을 통해 외부정보가 북한으로 유입되어 다수 주민이 이에 접촉한 경험이 있는 것으로 파악되었다. 그러나 외부정보 단속의 경우 예전에는 비교적 적은 액수의 뇌물로 무마하는 경우가 많았으나 최근에는 공개비판을 받거나 노동교화형 등 처벌받는 사례도 다수 수집되었다.

23) 북한주민이 형식적으로나마 선거로 선출할 수 있는 대표는 최고인민회의와 도·시·군 인민회의의 대의원이다.

2) 경제적·사회적·문화적 권리

식량권	<ul style="list-style-type: none"> - 북한주민 전반의 식량 확보 부족 - 계층이나 경제력 수준에 따라 차별적 식량 접근²⁴⁾
건강권	<ul style="list-style-type: none"> - 의료체계의 근간인 무상치료제(호담당의사제)의 유명무실화로 비용을 개인이 부담하거나, 성분에 따라 이용에 차별 - 일부 무상예방 접종 이루어지나, 결핵 등 전염력 높은 전염병 관리 여하에 대해서는 증언 상반됨 - 2020년 이후 코로나19의 확산을 막기 위해 비상방역법을 실시하였으나 인권침해적으로 운영
노동권	<ul style="list-style-type: none"> - 기피업종에 제대군인이나 졸업생 집단 강제 배치. 이를 기피하기 위해 서는 인맥과 뇌물이 필요 - 보수 지급 미비로 형식적 출근 후 사적 경제행위 다수 - 해외파견노동자의 경우 직종에 따라 극히 일부 보수만 받고 과도한 시간 노동에 시달리고, 사생활이 감시, 통제됨
교육권	<ul style="list-style-type: none"> - 무상의무교육 부실, 교육비용 전가, 교원 열악한 처우 - 출신성분이나 경제력, 지역에 따른 교육환경 격차 및 차별
사회보장권	<ul style="list-style-type: none"> - 연로연금과 노동능력상실 연금의 경우 지급액수가 과소 - 유가족 연금 및 각종 보조금의 경우 실제 대부분 미지급

3) 취약계층

여성	<ul style="list-style-type: none"> - 각종 법규보다 관습의 영향으로 여성의 권리가 제한되고, 가정폭력, 성폭력 등에 노출되며 불이익 우려로 신고에 소극적임 - 산전검진 등 의료지원이 부족하여 가정 내 출산 비중이 높고, 출산휴가, 노동단축 등 모성보호 규정이 제대로 실현되지 않음 - 북한이탈주민 여성의 경우 인신매매나 성폭력에 취약하고, 강제송환시 구금시설 강제검사, 성폭력, 강제낙태 등에 노출됨
----	--

24) 1990년 경제난으로 배급제가 제대로 작동하지 않았던 상황에서도 당·군·보위부·보안성 등 핵심계층에게만 배급이 유지되었다고 한다. 기업소 배급은 기업소의 상황에 따라 배급량에 상당한 차이를 보였으나, 외화벌이 기관은 대체로 배급이 원활하게 이루어졌다. 식량배급제가 제대로 작동되지 않으면서 대부분의 주민들이 소토지 경작, 가축 키우기, 장사, 밀무역 등 개인적인 경제활동을 통해 식량을 확보하고 있는 것으로 나타났다. 대북제재로 북측 합작회사의 운영이 어려워지고, 연료와 전기부족으로 광산과 탄광의 가동이 멈추기도 하였다.

아동	<ul style="list-style-type: none"> - 18세 미만임에도 공개처형, 한국영상물 시청 등 사유로 적법절차 없이 체포, 구금되고 분리수용 없이 성인과 동등한 처우 - 가정과 학교, 보호시설에서 각종 폭력에 노출, 보호조치 미비 - 교과과정 외 노동현장에 강제동원됨 - 보호자 없는 아동 졸업생은 돌격대나 공장노동자로 강제배치 - 북한이탈주민의 경우 인신매매 문제도 존재
장애인	<ul style="list-style-type: none"> - 장애인 인식은 존재 자체가 불명예로 인식될 정도로 부정적 - 일부 장애인 치료, 재활 환경 부족한 여건 - 장애인 특수직장을 별도 구성하여 '경로동 근로'를 하도록 하나 일반 근로자와 마찬가지로 대개 보수는 거의 받지 못함 - '특류' 영예군인 이외 영예군인(1-3급)은 지원 내용이 매우 부족

4) 주요사안

정치범수용소	<ul style="list-style-type: none"> - 정치범수용소는 총 11곳이며 이 중 5곳이 현재까지 운영됨 - 시설에 따라 처우가 다르나 대체로 열악함 - 수용 사유는 성분 문제, 말반동 등 김일성·김정일의 권위훼손 문제, 간첩 행위, 종교활동, 북한 내 권력다툼이나 기관원 횡령 등 비위, 가족의 탈북으로 인한 한국 거주나 본인의 탈북 시도, 인신매매나 한국거주자 통화 등 남한 관련 문제 등이 있음 - 대개 가족까지 동반 수용 - 법적 절차가 잘 지켜지지 않음. 탈출 시도자 처형 증언 존재 - 대부분 광산에 배치되어 매우 열악한 환경에서 강도 높은 노동을 수행할 뿐만 아니라 남녀교제, 결혼이 금지되고 의료, 교육 측면에서도 차별이 존재한다는 증언과, 반대로 일반 주민과 비슷하게 생활한다는 반대 진술이 존재 - 다만 최근 정치범수용소 거주 또는 직접 목격 사례가 드물어 수용소 현황, 수용자 처우 파악 등에 한계 존재
이산가족·납북자 ·국군포로	<ul style="list-style-type: none"> - 이산가족으로 월남자 가족과 월북자 가족이 있으나 차별의 정도는 천차만별. 다만 이산가족 상봉행사 후 감시와 차별이 강해졌다거나, 월남자 가족에 불이익을 가하였다는 증언 존재

	<ul style="list-style-type: none"> - 남북자의 경우 북한당국이 남북 사실 자체를 부정하나, 많은 수가 광산에 무리 배치되고, 지속적인 감시가 이루어짐 - 국군포로는 대부분 탄광, 농장 등에 무리배치되고, 자녀 등 직계가족에 대한 감시와 차별이 심각한 수준임 - 최근 수집 사례가 적어 인권침해 실태 파악이 어렵다는 한계
--	---

다. 분석 및 평가

북한의 사회주의체제의 특수성에서 비롯되는 북한의 인권 개념 및 정책의 주요 특성으로는 ‘우리식 인권관’을 기초로 한 ① 김일성·김정일 교시에 대한 의존, ② 수령의 시혜에 의한 실현, ③ 보편이 아닌 ‘계급적’ 성격, ④ 개인의 천부적 권리가 아닌 집단이익의 우선시, ⑤ 정치적 개념으로서 권리가 아닌 의무성, ⑥ 물질적 기초의 강조, ⑦ 사법제도의 통치권 예속 등이 제시된 바 있다.²⁵⁾ 특히 북한은 국제사회의 인권문제 제기에 대해 자주권과 연계하여 ‘최고 존엄 모독, 제도 전복 시도, 북한 체제 도전’으로 간주하여 계속하여 반발하는 양상을 보여 왔다.²⁶⁾

북한인권보고서로부터 추론 가능한 근래의 북한주민의 인권침해의 특징을 정리해보면 다음과 같다. 첫째, 과거와 같이 오로지 일인독재 체제의 보위를 위한 사회시스템은 여전히 건재한 가운데, 체제유지를 위한 사회통제 시도가 다방면으로 더욱 강화되고 이로 인해 인권침해가 보다 심각해지는 경우도 있는 것으로 보인다. 북한에서 북한주민의 권익 증진 자체는 체제유지에 비해 우선순위에 밀려난다. 북한당국은 김정은 시대에 들어서 헌법 개정 및 북한식 사회주의법치의 실시와 함께²⁷⁾ 형법과 행정처벌법을 강화하였을 뿐만 아니라, 최근에는 과도한 방역규정 준수 강제, 간부 인사통제, 군중신고제도 도

25) 통일연구원, 북한인권백서, 통일연구원 북한인권센터, 1999, 15-26면.

26) 이규창, 2020년 전후 북한의 인권정책 분석과 평가:제·개정 사회통제법규 분석을 중심으로, 북한법 연구 제29호, 2023, 32-33면. 2019년 11월 20일에는 대응조치법을 제정하여 한미합동 군사훈련, 국제사회 경제제재 등에 대한 대응의 성격을 가진 법제를 마련하기도 하였다.

27) 북한은 1980년대말 1990년대초 사회주의권의 붕괴 직후부터 북한식 사회주의법제정사업에 관심을 쏟았는데, 특히 김정은 정권에 들어서 법제를 통한 통치권 강화 및 사회주의 법치 시스템 강화를 시도하였다. 이러한 북한식 사회주의법치는 기본권 보장을 위한 수단으로서 법이 아니라 통치권 강화 수단으로서의 법으로서 형식적 법치주의조차 아닌 ‘법제주의’라는 평가를 받는다. 황의정, 김정은 시대 북한식 사회주의법치의 의미와 한계 - 법의 지배(rule of law)의 일반론적 시각을 중심으로 -, 동북아법연구 제 12권 제3호, 2019, 117, 119면 이하, 128면 이하.

입,²⁸⁾ 사상·정보·문화통제 강화,²⁹⁾ 마약범죄 통제, 처벌 강화 등의 모습을 보여 왔다.³⁰⁾ 이는 인권실태에서 새롭게 나타난 반체제적인 ‘범죄행위’의 양상으로서 한국영상물 유포, 종교·미신행위,³¹⁾ 체제비판(‘말반동’) 등의 사안에 대해 사형 집행을 포함하여 강력한 통제와 처벌을 실시하는 것으로도 확인된다. 종전의 가택수색, 서신검열에서 나아가 휴대전화와 같은 외부정보 접촉수단 제한하거나 탈북행위에 대한 강력한 처벌 및 그 가족 차별 역시 같은 맥락에서 행해진 것으로 보인다. 한편, 출신성분과 지역에 따른 차별은 식량접근부터 시작하여 교육, 직장생활 등 모든 생활과 연관되는데, 이 역시 사실상 상위계급일수록 체제유지에 가담할 유인을 제공, 강제하는 수단의 일환이다.

둘째, 북한은 특유의 독자모델 하에 사회주의 체제의 전형적인 특징을 고수하고자 하나, 정작 하부구조에서는 생존이 다른 모든 가치보다 우선시되고 사실상 다수의 체제 외의 비공식적인 활동이 묵인되기도 하였다. 현대 법치국가는 명확하게 규정된 법에 의한 국가권력의 통제를 통하여 그 자의적 지배를 배격하는 것을 핵심으로 하나, 사회주의국가에서 법은 주로 중앙 국가기관의 지시 하에 국가정책을 실현하고 인민을 지도통제, 관리하기 위한 수단으로 활용된다.³²⁾

공권력에 의한 자의적 생명박탈, 공개처형 및 공개인민재판, 사법권의 종속, 형사법규의 미준수, 군중행사 강제 모두 법과 체제, 집단이 개인보다 우선시되는 사회체제의 일반적 모습이다. 반면 구금기간을 줄이거나 여행을 위하여 법이 아닌 인맥을 이용하거나 뇌물을 지급하는 경우는 물론, 집단노동제, 호담당의사제, 무상교육제, 사회보장제 등 법규의 존재에도 불구하고 이를 신뢰하지 아니하여 당국에 발각되거나 심하게 처벌되지 아니하는 한도에서 형식적으로 준수하는 모습만 보이고 이보다 개인과 가족의 생존과 이익을

28) 북한 기관, 기업소, 단체와 공민에게 적대방송 시청, 적지물 보관, 리용, 류포, 불순출판선전물의 수입, 제작, 복사, 보관, 류포, 시청 등 범죄 및 위법행위에 대한 신고의무를 부과하고, 위반시 행정, 형사상 책임을 지운다(2019년 4월 18일 제정 군중신고법 제15조, 제34조, 제35조).

29) 법제 측면에서 반동사상문화배격법, 청년교양보장법, 평양문화어보호법, 혁명사적사업법 등 여러 특별법이 제정되었다.

30) 이규창, 2020년 전후 북한의 인권정책 분석과 평가:제·개정 사회통제법규 분석을 중심으로, 북한법 연구 제29호, 2023, 34-50면.

31) 이미 대부분의 북한주민은 무종교인에 가까운 상황에서 미신행위에까지 통제를 실시하는 것이다.

32) 이는 사회주의 체제 특성상 인민 개인 및 집단과 구별되는 억압주체로서의 국가가 존재하지 아니한다는 점, 그리고 종래 법질서의 본질을 지배계급의 이익만을 수호하는 강제규범이라고 보아 이를 희석시켜 법을 이상적인 사회주의 체제를 완성하기 위한 실증주의적인 체제 수단으로만 봄을 전제하고 있기 때문으로 보인다. 김도균, 북한 법체계에서의 법개념론과 법치론에 관한 고찰, 서울대학교 법학 제46권 제1호(통권 제134호), 2005, 452-456, 503-512면.

위해 체제 외의 비공식적 활동을 하는 것은 구 동구권 사회주의 국가 소속 국민의 전형적인 행동양태와 유사하다.³³⁾

셋째, 북한당국이 국제사회의 대응을 의식하여, 또는 지배계층의 지적을 위해 일부 권리상황의 개선에 필요한 조치를 취한 사실이 확인되었다. 특히 체제존속의 위협과 직접 관계되지 않는 부분에 대해서는 북한당국의 상대적으로 유한 대응 내지 개선 노력이 나타났고, 이에 따라 북한주민의 인권 상황이 부분적이거나 개선된 것으로 평가될 여지가 전혀 없는 것은 아니다.³⁴⁾ 그 실질적 효과에 전혀 의문이 없는 것은 아니나 2021년 11월 30일 구타행위방지법 제정되는 한편, 북한당국의 인권유린 금지 방침³⁵⁾ 하달로 열악한 구금환경이 다소 개선되고 수감자 가혹행위가 줄어들었다는 증언도 존재하였다. 나아가 정치범수용소의 경우 일반 주민과 비슷하게 생활한다는 반대 진술이 존재하였다.

특히 북한은 여성 및 아동의 권리개선에 관해 비교적 적극적인 태도를 취해왔는데, 2014년 북한의 보편적 정례인권검토에서 북한이 수용한 113개의 권고사항 중 여성 및 아동이 직접 언급된 권고사항이 전체의 1/4 정도를 차지하며, 취약계층 및 교육 관련 권고사항까지 포함하면 전체의 1/3 정도에 이른다고 한다.³⁶⁾ 북한인권백서에 따르면 김정은 집권 이후 제도적으로 여성의 권리가 증진되었다고 하고, 국가정책에 따라 여성의 정치참여와 사회진출이 과거에 비해 비교적 확대되었으며, 지역과 세대에 따라 아들과 딸을 똑같이 공부시킨 사례, 여성의 생계 부양으로 아내의 가정 내 지위가 상승하는 경향, 남녀가 가사를 함께 수행하는 사례 등이 확인되었다.³⁷⁾ 또한 북한에서도 저출산이 중요

33) 북한인권보고서에서 직접 확인가능한 것은 아니나, 출신성분과 지역에 따른 차별에도 불구하고 비공식적인 경제활동에 의해 경제력 있는 자의 영향력이 강해지거나, 북한이탈주민 가족에 대한 차별에도 불구하고 북한이탈주민의 송금에 의해 보다 윤택한 생활을 영위하는 경우도 이에 포함될 수 있을 것이다.

34) 북한은 김정일 시대인 2009년 헌법 개정을 통해 “인권을 존중하고 보호”한다는 조문을 명시한 바 있다. 또한 이에 대응하여 북한은 아동의 매매·성매매·아동음란물에 관한 아동권리협약 선택의정서 등 국제협약에 가입하고 종래 가입하였던 협약의 유보를 철회하거나, 아동, 여성, 장애인에 한하여 관련 협약의 당사국으로서 보고서 제출의무를 이행하거나(이는 통상 체제유지, 책임규명 문제와 크게 관련이 없는 것으로 여겨짐), 장애자보호법(2003), 연로자보호법(2007), 여성권리보장법(2010), 아동권리보장법(2010), 해외동포권익보호법(2022) 등 인권 관련 법규를 지속적으로 제정하고 있다. 통일연구원, 북한인권백서, 통일연구원, 2022, 35-37, 42면.

35) 이규창, 김정은 시대 북한의 사회통제 및 처벌 실태는?, 통일연구원, 2023, 44-45면.

36) 도경욱, 임예준, 이기태, 홍제환 외 3인, 북한 여성·아동 인권 실태, 통일연구원, 2016, 2-3면. 그러나 영양부족으로 인한 발육부진 문제는 만성적인 식량부족 등으로 여전히 열악한 수준이라고 한다.

37) 통일연구원, 북한인권백서, 통일연구원, 2022, 349-388면. 그러나 평양과 그 외 지역, 도농 간 그리고 세대 간 인식 격차 역시 심각한 것으로 보인다. 그 외에 배우자 외도, 음주 및 폭력, 아편 등 결혼생활 불가능한 경우 이혼이 가능하나, 이혼성립시 유책 여부를 불문 여성을 비난하는 사회적 분위기가 있어 여성들이 제도적 결혼보다 동거를 통한 사실혼 관계를 선호한다고 하며, ‘계약결혼’의 사례도 수집되었다.

한 사회문제로 대두됨에 따라 자녀 3명부터 약간의 보조금 및 학습장, 학용품 등을 부정 기적으로 받거나, 영유아에 대한 보건의료 상황이 개선되거나, 고아들을 위한 시설이 많이 설치되고 꽃제비의 수가 많이 줄었다는 증언도 존재한다.³⁸⁾ 보고서의 내용과 달리 최근 장애인, 영예군인 등에 대한 사회 인식 전반이 바뀌고 있다는 증언도 존재한다.³⁹⁾

다만 당국의 선전 및 법제와 실태 권리 침해 실태 간에는 상당 수준의 괴리가 존재하는 듯한데, 이는 사회주의 계획경제 체제의 근본적 한계, 최상위가치로서 체제존속의 강조 및 이를 위한 군비증강, 국제사회의 제재 등으로 인한 경제문제 등의 사정과도 밀접하게 관련되는 것으로 생각된다.

넷째, 북한주민과 다소 다른 위기상황에 놓이는 북한이탈주민의 구조적 취약성이 재차 확인되었다. 북한이탈주민 특히 여성의 경우 인신매매와 성폭력에 상시 노출되어 있는 편이고, 강제송환시의 불이익도 이전보다 한층 강화된 것으로 보인다.

한편, 보고서에서 직접 확인 가능한 사실은 아니나 남한의 북한이탈주민 송환 정책이 북한주민의 북한이탈 및 국내 입국에 영향을 미치는 것으로 분석하는 경우도 존재한다.⁴⁰⁾

라. 소결

통일부 북한인권보고서 등을 통해 살펴본 북한주민의 인권 침해 실태에 대한 분석은, 헌법연구의 측면에서도 중요한 시사점을 제공해줄 수 있다. 우리는 정부조사결과를 바탕으로 북한주민의 헌법적 방치 상황을 살펴봄으로써 헌법해석상 북한과 북한주민을 어떻게 수용할 것인가에 대해 고민해볼 수 있다.

여성의 간부, 판사, 보위부, 보안원, 군관, 대의원, 지배인, 작업반장, 분조장 등 임용이 늘었다거나 직급, 능력에 따른 차이가 있어도 보수, 임금에서는 차별이 없다는 다수 증언도 확인되었으나, 외모나 인맥 같은 요소가 간부 등용에 유리하고 여성들 스스로도 성차별 인식이 내재화된 경우가 많으며 승진가능성에서는 상대적으로 낮은 기회를 가진다는 증언도 확인되었다.

38) 통일연구원, 북한인권백서, 통일연구원, 2022, 393-402면.

39) 통일연구원, 북한인권백서, 통일연구원, 2022, 426면 이하. 북한당국의 실행계획에도 불구하고 실제 장애인에 대한 교육, 재활 프로그램은 사실상 전무하고, 국가적 배려 내지 보호 없이 가족 부양이나 구걸로 생활 유지가 많다고 한다. 다만 장애인 복지를 통해 당국의 치적을 알리려는 정치적 의도 외에도 과거 장애인 언급 자체가 기피되었던 상황과 비교할 때 긍정적 변화로 볼 부분은 존재하고, 특히 평양시민 중 장애인이 출생했다고 지방으로 보내지 않고, 직장을 가지지 않아도 되고 자기 돈벌이만 하기 때문에 더 잘 산다는 증언이 있고, 왜소증 장애인에 대한 강제 불임수술 관련 증언이 줄기도 하였다.

40) “강제복송 이후 해상 귀순자 ‘0’“, 조선일보, 2023. 7. 16. 수정, 2024. 1. 1. 접속.

북한주민에 관하여 국제적 차원에서는 인권, 국내적 차원에서는 기본권의 침해가 문제 되고, 이 중 많은 부분은 북한당국의 체제모순에서 기인한 것이다. 그러나 사안에 따라서는 긍정적이든 부정적이든 우리 정부정책이 북한주민의 법적, 사실적 지위에 영향을 주는 경우도 존재한다. 이러한 국가의 조치에 헌법적 한계를 설정하거나 국가의 기본권보호의무 이행의 일환으로 보다 적극적인 정책적 조치가 요청될 수 있다. 물론 이 과정에서 평화통일을 위한 정책적 특성 등 남북관계의 특수성도 고려되어야 한다.

이하에서는 북한주민과 관련된 제반 헌법적 문제들에 대하여 살펴본다.

4. 북한과 북한주민의 헌법적 지위

가. 논의의 방향

영토조항의 해석론은 우리 헌법의 근간에 관한 기초적인 논의이자 제헌 이래 가장 오랫동안 다루어진 주제 중 하나이다. 그간 학술적으로도 수많은 견해가 제시되었는데, 개인의 입장에 따라 견해의 차이가 분명하게 드러나는 비교적 정치적으로 민감한 사안이기도 하다. 특히 북한과 북한주민의 법적 지위에 관해서는 이미 잘 정리된 논문이나 연구 결과물이 다수 존재하는데, 이 주제만으로 별도 연구보고서를 작성할 수 있을 정도의 방대한 논의를 대상으로 한다. 이 점에서 연구보고서에서 북한과 북한주민의 법적 지위에 관해서만 지나치게 상세하게 다루는 것은 북한주민의 헌법적 보호라는 연구 본연의 목적에 부합하지 아닐 뿐만 아니라, 연구자 개인의 견해를 하나의 종결된 결론처럼 제시하는 것 역시 바람직하지 않다.

이에 이 연구보고서에서는 다음의 세 가지 작은 목표를 두고 연구를 수행할 것이다. 첫째, 종래의 논의에 더하여 최근의 연구결과까지 추가하여 가급적 간략히 정리한다. 둘째, 세부 쟁점에 관하여 개별 견해에 따라 법리적으로 달라지는 부분 위주로 논증하는데, 실무상 논의의 실익을 중심으로 살핀다. 셋째, 앞서 북한주민의 인권 문제 현황에 대해서 살펴보았는데, 관련하여 헌법상 북한주민의 권익의 최대보장이라는 관점에서 해당 문제를 어떻게 법적으로 풀어나가는 것이 가능한지 검토한다.

나. 영토조항과 평화통일조항의 해석론

1) 종래 학설과 판례

판례는 헌법 문언의 변화와 현실 시간의 경과 및 남북관계의 진전 여하에 따라 영토조항 해석론을 달리하였다. 종래 대법원은 “한반도 중 38선 이북인 괴뢰집단 점령지역도 헌법상은 우리나라 영토이고 헌법에 의거하여 제정 시행된 모든 법령의 효력이 당연히 동 지역에 미칠 것”이라고 하거나,⁴¹⁾ “북한지역은, 대한민국 헌법 제4조에 의하여 대한민국의 영토에 속하는 한반도의 일부를 이루는 것이므로 이 지역에는 대한민국의 주권이 미칠 뿐이요, 대한민국의 주권과 부딪히는 어떠한 주권의 정치도 법리상 인정될 수 없다고 보아야 할 것”이라는 입장을 취해왔다.⁴²⁾

그러나 1987년 평화통일조항이 신설된 이후 법제적으로 남북 간에 각종 남북합의서가 체결되고 남북관계 발전에 관한 법률 등이 제정되는 한편, 실질적으로 남북교류협력이 활성화되면서 판례의 태도도 변화하였다. 우선 1990년대 헌법재판소가 기존 대법원의 입장을 따르던 것⁴³⁾에서 벗어나 “현 단계에 있어서의 북한은 조국의 평화적 통일을 위한 대화와 협력의 동반자임과 동시에 대남적화노선을 고수하면서 우리자유민주체제의 전복을 획책하고 있는 반국가단체라는 성격도 함께 갖고 있”다고 보아⁴⁴⁾ 북한의 이중적 성격을 인정하였고, 2000년대에 들어서 대법원 역시 “북한은 조국의 평화적 통일을 위한 대화와 협력의 동반자임과 동시에 적화통일노선을 고수하면서 우리의 자유민주주의 체제를 전복하고자 획책하는 반국가단체라는 성격도 아울러 가지고 있다”라고 판시하여 지금까지 이러한 태도를 견지하고 있다.⁴⁵⁾

학설 역시 기본적으로 남북관계의 변화에 따라 영토조항의 해석론을 달리하는 방향으로 대응하였다. 그동안 수많은 학설이 제기되었고, 각 학설을 이해하거나 분류하는 방식 역시 상이한 태도를 보였다. 그 중 각 학설을 8가지로 분류한 견해에 따라 그 내용을 살

41) 대법원 1954. 9. 28. 선고 4286형상109 판결.

42) 대법원 1961. 9. 28. 선고 4292형상48 판결.

43) 현재 1990. 4. 2. 89헌가113, 판례집 2, 49.

44) 현재 1993. 7. 29. 92헌바48, 판례집 5-2, 65.

45) 대법원 2003. 5. 13. 선고 2003도604 판결 등. 북한의 법적 지위에 대한 논의는 크게, ① 대결의 시기(분단~1990년) ② 교류협력 시작기(1990년~2000년), ③ 교류협력 확대 및 중단기(2000년 이후~현재)의 3단계를 거쳐 시기에 따라 달라져 왔다는 견해로, 송인호, 조장현, 헌법상 북한주민의 국적에 대한 고찰, 법학논총 제44권 제4호, 2020, 38면.

퍼보면, ① 대법원의 초기 판례를 지지하는 과거의 다수설(1설), ② 영토조항이 평화통일 조항과 상호 모순되므로 개정·삭제해야 한다는 2설, ③ 평화통일조항의 우월적 효력을 인정하는 3설, ④ 영토조항을 헌법변천으로 보는 4설, ⑤ 북한지역에 당연히 남한의 주권적 권력이 미치나 장애로 인하여 그 실현이 배제되고 있음을 전제로 영토조항과 평화통일조항이 조화된다고 보는 5설, ⑥ 북한지역에 남한의 주권적 권력이 미치지 않음을 전제로 영토조항과 평화통일조항이 조화된다고 보는 6설, ⑦ 국제사회에서 통용되는 국제법의 영토개념에 바탕을 두어 남한지역만이 영토라고 보는 7설, ⑧ 영토조항과 평화통일조항의 상충모순관계를 인정하면서 그 병렬적 효력을 인정하는 8설로 구분된다.⁴⁶⁾

학설은 이 중 대체로 5, 6, 8설로 수렴하는 경향이 있다고 한다.⁴⁷⁾ 마찬가지로 헌법학자 대부분의 견해는 국가의 주요 요소를 이루는 헌법 제3조 영토조항의 규범적 의미를 인정하나, 동일하게 규범적 의미 자체를 인정할 경우 북한에서의 한국법의 실효성 문제나 한국주권의 실효적 행사 문제, 북한정권의 실체를 어떻게 볼 것인가 관한 문제 등이 제기된다고 입장도 있다.⁴⁸⁾

한편, 개정론으로는 영토조항 삭제론, 전면개정론, 단서 추가 개정론 또는 법률 위임론, 개정불필요론 등이 제기되었는데, 개정불필요론이 다수설이라고 한다.⁴⁹⁾

2) 검토

학설과 판례는 결론에 이르는 개별 논거에 관하여 다소 차이가 있을지언정 대체로 영토조항과 평화통일조항이 모두 효력이 있고 규범조화적으로 해석되어야 한다는 입장으로 수렴하였다.⁵⁰⁾ 이 경우 북한이 반국가단체로서 활동하는 영역에서는 국가보안법이, 북한

46) 사단법인 헌법학회, 헌법주석 I, 박영사, 2013, 111-116면(도회근 집필부분); 통일과 헌법재판 3 - 통일에 관한 헌법이론 및 헌법재판소 결정 연구 -, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2018, 14-26면(도회근 집필부분) 등 참조. ① ~ ⑧에 적시된 순서대로 1설 내지 8설이라고 할 때, 1설은 판례의 변경으로 5설과 8설로 발전적 분화가 이루어졌고, 2설은 입법론에 불과하며 이 이론의 주장자들도 대체로 다른 해석론을 병행하여 제시하고 있으며, 7설은 헌법이 아닌 국제법의 관점에서 제시된 것으로 더 이상 거론되고 있지 않다고 한다. 한편, 통일과 헌법재판 3 - 통일에 관한 헌법이론 및 헌법재판소 결정 연구 -, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2018, 158-163면(이장희 집필부분)은 헌법 제3조와 제4조의 해석론을 세 가지 유형으로 구분한다.

47) 사단법인 헌법학회, 헌법주석 I, 박영사, 2013, 116면(도회근 집필부분).

48) 정재황, 헌법 제3조의 재해석과 현안, 통일법제 Issue Paper 18-19-9, 한국법제연구원, 2018, 3면.

49) 도회근, 헌법개정의 쟁점과 과제 -공법학자 설문조사 결과분석-, 공법연구 제34권 제1호, 2005, 59-60면.

50) 이 중 평화통일의 과정에서 잠정적으로 특별한 법적 관계와 지위를 형성하는 범위에서 상대적으로 헌법 제3조의 규범력이 약화될 뿐이고, 북한의 법적 지위를 규정하는 원칙적이고 기본적인 헌법적 근거

이 평화통일을 위한 대화와 협력의 동반자로서 활동하는 영역에서는 남북교류협력에 관한 법령이 각 적용된다. 그러나 국내의 모든 법령이 이분법적으로 구분, 적용되는 것은 아니며, 구체적인 사안에 따라 달리 보아야 한다.

적어도 영토조항이 군사분계선 이남지역에서 우리 정부가 공권력을 행사하는 장소적 범위에 대한 규범적 근거가 된다는 점은 명백하다. 나아가 헌법상 통일의 기준이 영토조항에 의해 한계지어진다는 점 즉 통일은 영토조항과 완전히 무관한 제3국이 아니라 헌법 제정시에 역사적, 민족적 동질성을 공유했던 북한을 상대로 함을 명시한 것이라는 점, 영토조항을 근거로 할 때 비로소 남북한 사이의 물자교역도 민족내부거래로 인정하여 북한에 대한 특혜조치를 할 수 있다는 점, 영토조항은 북한주민의 인권보호를 위해 남한의 개입을 정당화하고 나아가 유사시 북한의 체제변환 또는 급변사태로 인한 통일과정에서 대한민국이 북한지역에 대하여 주권과 통치권을 행사할 수 있는 헌법적 근거가 된다는 점⁵¹⁾ 등은 부인하기 어려울 것이다.

그밖에 실무상 법무부의 국적판정절차를 거쳐 북한이탈주민으로 인정되면 바로 대한민국 국적을 인정하는데,⁵²⁾ 통설은 이를 영토조항에 근거한 것으로 해석한다.

아직까지 구체적으로 해결되지 않은 문제는 영토조항에 따라 우리의 헌법과 하위 법령이 군사분계선 이북지역에 대하여도 법적 효력이 있는 것으로 해석할 수 있느냐는 것이다. 현실적으로 남한의 헌법과 법령이 이북지역에 ‘대체로’ 실효적이지 않다는 점은 부정할 수 없다. 그러나 이러한 현실론과는 별개로 영토조항이 이북지역에도 효력을 갖는다면, 법리상 이북지역도 국민의 기본권실현을 위해 국가권력이 행사되어야 할 범위에 포함된다. 물론 이 경우에도 남한의 개별 법령 기타 공권력행사의 효력이 이북지역에도 미치는 것인지 여부는 별도 논의가 필요하다. 반대로 영토조항의 이북지역에 대한 규범력을 인정하지 않는다면 실효적 지배의 확보 전에 이 지역에서 남한 공권력행사의 효력 범위를 별도 논할 실익이 크지 않다.

가) 이북지역에서의 영토조항의 효력

긍정론의 입장에서는 영토조항의 문언 그대로의 해석이 필요하다는 점, 실효적 지배의

는 헌법 제3조로 보아야 한다는 입장으로, 통일과 헌법재판 3 - 통일에 관한 헌법이론 및 헌법재판소 결정 연구 -, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2018, 307면(손인혁 집필부분).

51) 이효원, 통일법의 이해, 박영사, 2014, 98면 참조.

52) 예컨대 현재 2000. 8. 31. 97헌가12, 판례집 12-2, 174의 외교통상부장관의 의견.

부재(현실)가 규범적 효력(당위)까지 부인할 수 없다는 점,⁵³⁾ 영토조항과 평화통일조항은 상반구조적 입법기술에 의한 것이므로 긍정론의 해석이 반드시 모순된 해석이 아니라는 점, 긍정론을 취해야 북한주민의 대한민국 국민성을 인정하기 수월하다는 점, 영토조항이 이북지역에도 미친다는 상징적, 선언적 의미를 경시할 수 없다는 점, 헌법제정 당시 영토조항의 해석론⁵⁴⁾ 즉 이북지역을 이남지역과 동등한 수준으로 규율할 의사가 변했다고 보기 어렵다는 점 등을 논거로 제시해 볼 수 있다.

부정론의 입장에서는 이북지역에 영토조항의 규범력이 없어 현실과 완전히 괴리된 점, 목표조항에 불과한 영토조항의 규범력이 있다고 해석할 실익이 크지 않다는 점, 평화통일조항과의 규범조화적 해석시 이북지역의 유사 주권단체가 존재하는 것을 부정하기 어려운데, 국제적 차원에서 일응 주권국가성을 갖는 북한에 대한 과도한 내정간섭이 될 수 있다는 점, 특히 북한주민이 우리 헌법의 성립이나 정부 구성에 주권을 전혀 행사하지 못하였다는 점 등을 지적할 수 있을 것이다.

사건으로, 부정론의 날카로운 지적에도 불구하고, 헌법의 효력범위를 이북지역까지 포함하는 것으로 해석하는 것이 헌법 본연의 목적에 부합함은 물론 북한주민의 헌법적 보호에도 도움이 될 수 있음은 부인하기 어려울 것 같다. 비록 북한주민이 우리 헌법의 제정과 국가권력의 구성에 주권을 행사하지는 못하였지만, 헌법이 국가권력을 통제하여 궁극적으로 국민(인간)의 자유와 권리를 보장하기 위한 법이라는 점에서 적어도 수혜적 측면에서는 장래 통일의 대상인 북한 지배 하의 이북지역을 그 적용대상으로부터 원칙적으로 배제할 합리적인 이유를 찾기 어렵기 때문이다.

이북지역에 우리 헌법의 효력을 인정하는 것은 적어도 두 가지 측면에서 구체적인 실익이 있다. 하나는 우리 헌법과 북한주민 사이의 법적 관계를 설정함으로써 헌법 하에 이루어진 우리 정부의 공권력행사의 한계를 제시하고 필요한 경우 이를 헌법적으로 제어할 수 있도록 하는 것이다. 북한주민의 기본적 인권의 내용과 한계가 명시될 가능성이 높은 통일헌법 제정이나 통일합의서 체결 이전의 단계까지는, 오로지 헌법해석에 의해서

53) 같은 취지로 이북지역에 거주하는 북한 주민들에 대해 대한민국의 법이 적용되지 않는다는 것은 규범적인 요인이 아닌 현실적인 요인에 따른 장애상태로 보아야 한다는 입장으로 장영수, 북한 주민 강제송환의 헌법적 쟁점, 세계헌법연구 제26권 제2호, 2020, 43면.

54) 적어도 제정 당시의 헌법은 완성헌법으로서 대한민국의 주권과 정부가 행사하는 국가권력(통치권)이 한반도 전체에 미치는 것으로 보았다. 김선택, 통일헌법 논의의 Prolegomena, 통일법연구 제2권, 2016, 12-13면; 전광석, 북한공권력행사의 법적 효력 여부와 그의 규범적 근거, 헌법재판대상으로서의 통일관련 헌법적 문제 - 체제불법청산을 제외하고 -, 헌법재판소, 1997, 85면.

만 북한주민의 기본권 보호가 가능하다는 점에 주목해본다.

현재로서는 우리 정부의 북한주민에 대한 영향력이 매우 제한적이고, 현실적으로 북한주민이 법적으로 남한의 공권력행사를 다룰 가능성이 상당히 미미한 것도 사실이다. 그러나 현행 헌법 하에서도 상황변화에 따라 남한의 이북지역에 대한 실효지배가 언제든지 부분적이거나 회복될 가능성이 있을 뿐만 아니라, 실효지배 없이도 남북주민 간의 비공식적인 교류 확대 등으로 남한 정부의 공권력행사가 북한주민의 생활에 적지 않은 영향을 미치는 경우가 있을 수 있다. 우리의 법령이나 공권력행사가 북한주민의 기본권을 직접 제약할 의도는 아니었지만, 사실상 북한주민의 기본권을 과도하게 제한하는 결과를 가져온다면, 공권력행사의 단계에서부터 그와 같은 결과가 되지 않도록 해야 할 뿐만 아니라 사후적으로라도 규범통제를 통해 위헌적 상황을 제거할 수 있도록 함이 바람직하다. 국가행위의 정당화 문제는 국가행위의 형식이 아니라 국가행위가 개인의 자유와 권리에 대하여 가지는 실질적 효과에 의하여 판단되어야 하기 때문이다.⁵⁵⁾

이와 달리 향후 우리 정부의 이북지역에 대한 실효적 통치가 가능해진 경우어야 비로소 헌법의 효력이 실질적으로 확대된다는 해석은, 우리 정부와 북한주민의 관계를 법치의 예외인 오로지 고도의 정책적 판단의 영역으로만 남겨두는 결과를 초래할 수 있다. 앞서 북한주민의 인권문제의 현황에서 살펴본 바와 같이, 북한주민은 북한당국의 체제유지를 위한 매우 억압적인 사회통제 구조 하에 방치 내지 제압되어 있으나, 정작 하부구조에서는 생존을 위해 체제 외의 비공식적 활동이 사실상 묵인되고 있기도 하다. 바로 이 부분에서 우리 헌법은 정면에서 북한체제의 불법성을 지적할 수 있어야 할 뿐만 아니라, 북한 체제 내외에서 비공식적 활동에 관하여 남한 정부의 공권력행사가 미치는 기본권침해적 효과를 제거할 수 있도록 할 필요가 있다.

다른 하나는 헌법정책상 아직 통일헌법이나 통일합의서가 존재하지 않는 현 단계에서는 긍정론과 같은 헌법해석론이 정부의 북한주민 보호를 정당화할 수 있는 유력한 근거를 제공해줄 수 있다는 점이다. 영토조항의 효력범위를 이남지역으로 제한적으로 해석할 경우, 남한 정부는 이북지역에 존재하는 북한주민에 관하여는 주로 평화통일조항에 근거하여서만 특별한 조치를 취할 수 있게 된다. 헌법이론적으로 비교해보면, 오로지 통일정책의 대상으로서 북한주민과, 규범적이거나 영토 내에 거주하는 북한주민에 대한 정책적

55) 한수용, 자유권의 제한 개념과 헌법소원심판에서 제3자의 자기관련성 - 사실적 기본권제한의 문제를 중심으로 -, 헌법학연구 제15권 제1호, 2009, 462면 참조.

대응이 동일한 수준에서 이루어질 것이라고 기대하기 어렵다. 후자가 향후 불시의 급작스러운 통일이 이루어질 경우 국내법적으로 북한주민의 보호에 관해 정부의 관여와 개입을 정당화하기에 용이함은 물론이다.

결국 이 논쟁은 영토조항의 해석상 이북지역에 우리 헌법의 효력이 원칙적으로 미치는 것이나 예외적으로 헌법현실 및 남북관계의 특수성에 따라 그 규범력을 제외할 것인지, 아니면 헌법현실을 규범과 일치시켜 이북지역에 우리 헌법의 효력이 미치지 않는 것으로 보되 향후 통일과정에서 또는 이북지역에 대한 실효 지배가 회복되는 한도에서 그 규범력을 인정할 뿐 현 단계에서는 북한주민의 보호를 전적으로 평화통일정책에 맡겨둘 것인가의 문제라고 할 수 있다. 일단은 전자와 같이 북한주민을 우리 헌법의 보호 범위에 포함시키되 사안에 따라 ‘남북관계의 특수성’ 등 이론적 근거를 통하여 불가피한 현실을 정당화시키는 것이 바람직하다고 생각한다.

물론 이러한 해석론은 향후 우리 헌법의 개정 여부, 남북관계의 변화, 그리고 남북한주민의 통일의지 여하에 따라 그 설득력이 크게 달라질 수 있는 것이다.

나) 이북지역에서의 남한 법령 기타 공권력행사의 효력

우리 헌법이 이북지역에서도 효력이 있다는 입장을 취한다고 하더라도, 남한 법령이나 기타 공권력행사의 효력이 언제나 이북지역에 효력이 있다고 할 수는 없다. 남한의 모든 법령이 남한주민뿐만 아니라 북한주민에 관해서도 규율할 목적으로 입법된 것은 아니다. 그러나 어떠한 법령은 북한 내의 사실상의 법질서와는 별개로 북한주민의 기본권 행사에 직, 간접적인 영향을 미치기도 한다. 예컨대 남한에서 누구든지 남북 간의 자유로운 통행을 제한하는 법률을 제정한다면, 이는 사실상 남한주민의 이북지역으로의 거주, 이전의 자유만을 제한할 뿐만 아니라 북한주민이 이남지역으로의, 그리고 이남지역으로 이탈한 후 다시 이북지역으로의 거주, 이전의 자유를 제한할 수 있다.

이북지역에서 남한 법령 기타 공권력행사의 효력을 인정할 수 있을까? 북한의 경우 역외관계가 문제되는 다른 외국의 경우와 달리⁵⁶⁾ 영토조항과 평화통일조항의 해석상 우리 헌법의 효력이 미치는 범위를 개별 사안에 따라 어느 정도 유연하게 조절할 수 있다는 해석이 가능하고, 만약 북한주민을 우리 국민으로 보는 입장에 선다면 그 정당화가 더욱

56) 물론 외국과의 관계에서도 공정거래 등과 관련하여 우리의 입법관할권이나 집행관할권을 확장하는 경우가 전혀 없는 것은 아니다.

용이다. 무엇보다 구체적인 사안에 따라 남한의 공권력행사에 의해 북한주민의 기본권 행사에 법적, 사실적 제약이 생기는 경우도 있다는 점도 간과할 수 없다.

남한 법의 이북지역 및 북한주민 적용에 관한 실무의 태도는 어떠한가? 개별 법률 적용사례에서 법원은 이북지역을 외국에 준하는 지역으로, 북한주민을 외국인에 준하는 지위에 있는 자로 해석하기도 하나,⁵⁷⁾ 반대로 대한민국 법률이 북한지역에도 당연히 적용됨을 전제로 그 법률관계를 판단하기도 하였다. 대표적으로 법원은 가족관계에 관한 소송이나 저작권 또는 민법 등의 법령의 효력이 북한지역에 미치는지 여부가 문제된 경우 남한 법률의 효력 범위를 북한주민이나 북한지역까지 넓히는 태도를 견지해왔다.⁵⁸⁾

우리 헌법의 효력범위를 한반도와 그 부속도서 전체로 본다는 전제 하에, 헌법에 근거하여 입법된 하위 법령이나 국가기관의 공권력행사가 북한주민의 기본권을 직, 간접적으로 제한하는 효과가 있다면 이에 대한 규범통제가 필요할 수 있다. 이러한 경우에 해당하는지 여부는 개별 법률의 목적, 내용, 효력 등의 해석 여하에 따라 달라질 것이고, 헌법적 판단과정에서 이북지역의 특수한 상황 등 남북관계의 특수성을 고려하여야 할 것이다. 이에 관해서는 다음 III장에서 상세히 논의하도록 한다.

다. 북한주민의 법적 지위

헌법은 북한주민에 관해 명시적으로 규정하고 있지 아니하고, 하위 법령인 국적법도 침묵하고 있는데, 그 의도는 다소 명확하지 않다. 북한주민이 대한민국 국민이라는 점이 당연하기 때문일 수도 있고, 반대로 입법적 불비일 가능성이 없는 것도 아니다. 북한주민의 법적 지위와 관해서는 북한주민을 대한민국 국민으로 볼 수 있는지, 또는 헌법해석으로 국민의 범위를 어느 정도까지 배타적으로 결정할 수 있는지 여부가 논의될 수 있다. 이는 곧 북한주민이 대한민국 국민인지 여부가 실질적인 의미의 헌법사항인지에 관한 문제이기도 한데, 만약 그와 같다면 이론상 북한주민은 자신의 법적 지위를 박탈하는 정부

57) 대법원 2004. 11. 12. 선고 2004도4044 판결; 헌재 2005. 6. 30. 2003헌바114, 판례집 17-1, 879.

58) 대법원 1982. 12. 28. 선고 81다452,453 판결, 대법원 1990. 9. 28. 선고 89누6396 판결, 대법원 2011. 3. 10. 선고 2010다87641 판결, 대법원 2016. 1. 28. 선고 2011두24675 판결, 대법원 2016. 10. 19. 선고 2014다46648 전원합의체 판결 등. 하급심으로는 서울고등법원 1999. 10. 12.자 99라130 결정, 서울가정법원 2004. 5. 20.자 98누합1969,2000누합25 심판, 서울남부지법 2014. 1. 21. 선고 2011가단83213 판결 등.

의 공권력행사에 대해 위헌임을 주장할 수 있다.

이 문제는 북한주민이 대한민국 국민 또는 (적어도 현실적인 보호에 한계가 있다는 점에서) 그에 준하는 기본권주체로 인정되느냐에 따라 북한주민의 국적과 기본권 보호 수준이 달라질 수 있다는 점에서 논의의 실익이 크다. 헌법 제6조 제2항에 따라 외국인은 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 그 지위가 보장되는데, 헌법재판소는 ‘국민의 권리’와 ‘인간의 권리’를 나누어 입법재량 여하를 달리 보는 입장이고,⁵⁹⁾ 나아가 북한주민이 대한민국 국민인지 여부에 따라 국가의 기본권보호의무의 이행 및 이북지역에의 개입 정도가 달리 판단될 수 있다.

관점에 따라 반드시 구체적인 사안에서의 결론이 불일치하는 것은 아니다. 북한주민을 국민으로 보더라도 남북관계의 특수성이라는 정책적 판단 여지를 넓게 보다 사실상의 기본권 제약 가능성을 크게 인정하는 견해와, 북한주민을 외국인으로 보더라도 통일과정에서 일시적으로 준외국인으로서 특수한 지위에 있어 특별한 기본권을 향유한다고 보는 견해는 모두 실질적으로 동일한 결론에 도달할 수 있다. 그럼에도 북한주민의 법적 지위에 관한 시각차에 따라 원론적인 의미에서 국가의 보호 정도의 출발점과 실질적인 보호 정도가 달라질 수 있다는 점은 부정하기 어려우므로, 이 문제는 논의의 실익이 있다.

1) 북한주민의 개념

우선 법률상 개념으로서 “북한주민”에 대해 살펴본다. 북한인권법상 북한주민은 군사분계선 이북지역에 거주하며 직계가족·배우자·직장 등 생활의 근거를 두고 있는 사람을 말한다. 개념상 군사분계선 이남지역에 거주하는 대한민국 국민은 이에 포함될 수 없고, 재일동포와 같이 북한 외의 지역에서 거주하고 있는 자 역시 배제될 것이다. 반면 중국 등 제3국에서 주로 활동하는 경우라고 하더라도 북한 공민권을 가지고 있거나 가족 등의 생활의 근거가 북한에 있는 경우에는 북한주민이라고 보아야 한다. 이러한 입법론은 현실적으로 존재하는 북한당국의 유사 공법관계를 전면 부정하여 법적으로 엄밀하게 북한주민을 구분해낼 수 없다는 한계가 있다.

법률적 개념으로서 북한주민이 반드시 헌법적 개념으로서 국민과의 개념 설정에서의 북한주민과 일치하는 것은 아니다. 우리 헌법은 국민과 외국인에 대해서만 그 법적 지위

59) 헌재 2001. 11. 29. 99헌마494, 판례집 13-2, 714, 724 참조.

를 구별하여 규정하고 있을 뿐, 북한주민을 직접 규율하지 아니하였다. 헌법 제2조 제1항에 따라 법률로 제정된 국적법 역시 북한주민의 범위에 대해서 따로 규정하고 있지 아니다. 그 결과 아이러니하게도 우리 정부는 헌법의 영토조항의 해석상 북한의 법체제를 부정하는 입장이지만, 통일의 대상이 북한이라는 점을 고려해보면, 현실적으로 북한주민은 북한지역에 생활의 근거를 두고 있는 자가 아니라 북한당국과의 관계에서 국가 관계와 유사한 공법적 관계를 존재를 맺고 있는 자를 말하는 것이라고 파악하는 것이 보다 정확할 수 있다.⁶⁰⁾

북한주민의 범위를 1945년 해방 시점으로 고정하여 이후 그 범위의 변동을 북한 법체제가 아닌 남한 헌법과 법령의 해석으로 판단하는 견해도 제시해볼 수 있다. 그러나 북한 법체제의 규범적 효력을 전면 부인하는 이 견해는 해방과 분단으로부터 무려 70년 이상의 시간이 지나고 이북지역에 유사 공권력이 실제 존재하여 사실상 공법관계를 설정해 온 현 시점에서 채택하기 어려운 면이 있다. 이에 따르면 예컨대 해방 이후 북한에 사실상 귀화하여 북한당국과 공법적 관계를 설정한 자는 북한주민의 국적성 논의와 관계없이 여전히 북한주민이 아닌 외국인으로 머물게 된다는 난점이 있다.

이하에서는 북한주민이 대한민국 국적자인지에 관한 여러 견해를 살펴본다.

2) 학설과 판례

가) 통설과 판례의 태도 - 국민으로 보는 견해

전통적인 통설은 헌법해석상 북한주민을 우리 대한민국 국민으로 보아왔다.⁶¹⁾ 그 논거로는 대개 영토조항의 해석상 대한민국이 조선을 승계한 것으로 해석할 수 있어 그 인적 적용범위를 북한주민에게까지 확대할 수 있다거나, 헌법규정의 수권에 의해 제정된 국적법

60) 즉 현실적으로 북한주민은 북한의 공민으로서 공민증 또는 공민권을 가진 사람이라고 보아야 할 수 있다. 김현귀, 북한주민의 공법적 지위에 대한 검토, 법과정책연구 제19권 제3호, 2019, 101면.

61) 예컨대, 김명기, 북한주민의 인권과 국제법, 법서출판사, 2000, 45면; 제성호, 남북한 특수관계론, 한울 아카데미, 1995, 144-145면; 김철수, 헌법학신론, 박영사, 2013, 80면; 성낙인, 헌법학, 법문사, 2022, 104-15면; 이효원, 판례로 보는 남북한관계, 서울대학교 출판문화원, 2012, 101-105면; 송인호, 북한 주민 강제송환 사건에 관한 법적 고찰, 인권과 정의 통권 제492호, 2020, 186-188면; 제성호, 귀순의사를 표시한 북한 범죄혐의자의 강제복송에 관한 법적 고찰, 통일과 법률 통권 제51호, 2022, 12-13면; 송인호, 조장현, 헌법상 북한주민의 국적에 대한 고찰, 법학논총 제44권 제4호, 2020, 45-49면 등.

한편, 제헌헌법과 남조선과도입법의원이 제정한 국적에 관한 임시조례 등의 체계적 해석에 따라 북한주민을 대한민국 국민으로 인정할 수 있다는 견해로는, 정인섭, 우리 국적법상 최초 국민 확정기준에 관한 검토, 국제법학회논총 제43권 제2호(통권 제84호), 1998, 240-246면.

이 다른 외국인과 달리 북한주민에 대해서는 대한민국 국적을 가지지 아니한다는 취지를 명시하지 않고 있다거나,⁶²⁾ 헌법의 효력이 이북지역에서는 사실상의 제약으로 제한됨에 불과하다거나, 영토조항에 의하여 북한당국이 국적을 부여할 수 있는 국제법주체성을 가지지 않는다는 점⁶³⁾ 등이 제시되었다.

통설의 입장에서는 국민과 외국인 외 잠재적 국민 등의 별도 개념을 설정할 필요가 없고, 북한주민은 귀화절차는 물론 명시적, 묵시적 귀순의사의 표현 없이도 대한민국 국민의 지위를 가지나 다만 이북지역에서는 사실상의 제약으로 국민의 권리의무를 행사하지 못하고 있음에 그친다. 다만 통설이라는 이름으로 포섭된 견해가 북한주민의 법적 지위에 관해 모두 동일한 논거를 제시한다거나, 그 내용을 일률적으로 파악하고 있다고 보기는 어렵다. 과거에는 북한을 오로지 반국가단체만으로 파악하여 북한주민의 지위를 검토하기도 하였으나, 영토조항의 해석론의 변화로 북한주민이 대한민국 국민이라는 이유로 예외없이 북한주민의 국제법적 국적성을 전면 부정하지는 않았고,⁶⁴⁾ 근래에는 북한주민이 대한민국 국민임을 전제로 그 법적 지위를 규범영역에 따라 국내법과 국제법의 영역, 그리고 특수관계에 따라 나누어 살피는 방향으로 나아가기도 하였다.⁶⁵⁾

실무상으로는 북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률에 따른 북한이탈주민의

62) 나아가 헌법의 제정을 즈음하여 “국적법”과 “외국인의입국출국과등록에관한법률” 역시 같은 시기에 제정되었는데, 과연 여기서도 외국인의 범위에 북한주민이 포함되는 해석이 당연히 받아들여졌는지에 대해서는 다소 의문이 있다.

63) 북한이탈주민을 포함하여 모든 북한주민을 대한민국 국민으로 취급하는 것은 오로지 대한민국 헌법과 국적법에 의거한 국내법적 지위에 대한 확인일 뿐으로 이러한 법리를 견지하는 경우 북한은 물론 중국 등 제3국과 국제법적 관계에서 충돌이 불가피하나, 대한민국의 최고규범으로서 헌법이 효력을 갖는 국내에서 관할권이 인정되는 범위에서 ‘국제법과 헌법의 우열관계’를 논하는 것은 이 문제와는 관계가 없는 논의이고 입법을 포함하여 모든 공권력행사가 평화통일의 과업 그리고 북한주민도 포함되는 국민보호라는 국가목표에 합치해야 한다는 입장으로, 이덕연, ‘헌법적 정체성’ 확립의 과제와 북한이탈주민의 헌법적 지위, 저스티스 통권 제136호, 2013, 51-52면. 동 견해에 따르면 탈북민의 국적문제와 관련하여 제3국이 북한 주민의 국적에 대하여 어떤 판단을 할 것인지는 전적으로 개별 국가들의 관할사항이고, 국제법관계상 이 문제와 관련하여 대한민국의 법적 판단을 존중할 것을 요구할 수 없으나 그렇다고 해서 국제법관계와 관련하여 주어진 현실을 그대로 우리 헌법의 규범력을 제약하는 상수로 받아들여야 하는 것은 아니라고 한다. 다만 국제법적 한계에도 불구하고 우리의 국내법논리에 따른 외교적 주장을 법 및 법리적으로 뒷받침할수 있는 국적법제의 보정이 절실하게 요구된다고 한다.

64) 예컨대 북한주민의 이중적 지위를 전제로 남한의 국가기관과 접촉하는 북한이탈주민은 모두 대한민국 국민으로서 별도의 귀화 절차 없이 남한 주민과 동등한 대우와 보호를 받아야 하는 반면, 중국 등 제3국에 체류하는 북한 주민은 자신의 의사에 따라 남한 또는 북한의 보호를 선택할 수 있다는 입장으로, 김주환, 영토변증설(領土辨證說), 세계헌법연구 제17권 제2호, 2011, 24면.

65) 이효원, 통일법의 이해, 박영사, 2014, 175-177면.

국적 판정절차 역시 북한이탈주민이 진정으로 북한주민이라는 점이 확인된다면 별도의 귀화절차 없이 그를 대한민국 국민으로 취급하였다.⁶⁶⁾ 대법원,⁶⁷⁾ 헌법재판소⁶⁸⁾ 역시 일부 특수 사안⁶⁹⁾을 제외하고는 위와 같은 입장을 취해왔다.⁷⁰⁾

나) 이중국적자 또는 특수한 지위의 국민으로 보는 견해

남북한의 특수관계에 비추어 북한주민은 국내법상 대한민국 국민이면서도 국제법상,

66) 북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률을 보면 제정이유에서 북한이탈주민을 국민의 일원으로 서 정착 지원으로 밝히고 있을 뿐만 아니라, 교육, 의료, 복지 등 여러 방면에서 대한민국 국민과 사실상 동등하게 대우하고 있음을 알 수 있다.

67) 대법원 1990. 9. 28. 선고 89누6396 판결, 대법원 1996. 11. 12. 선고 96누1221 판결 등. 대법원은 위 96누1221 판결에서 조선국적 취득 후 북한법에 의하여 북한국적을 취득하여 중국 주재 북한대사관에서 해외공민증을 발급받은 자가 대한민국 국민과 같은 지위가 있다고 판시한 이래, 북한이탈주민도 대한민국의 국민과 동일한 지위를 가진 것으로 인정하고 있다.

반면 96누1221 판결은 북한주민을 대한민국 국민으로 인정한 것이 아니라 원고가 해방 이전에 한반도에서 태어난 사실로 인하여 처음부터 대한민국 국민이라고 본 판결이라는 입장으로, 오승진, 북한이탈주민의 국적과 재판관할권 행사, 서울국제법연구 제29권 제2호(통권 제57호), 2022, 71-107면. 위 판결에서 북한주민이 대한민국 국민인 이유는 그들이 국적법상 출생에 의한 국적취득 요건인 “조선인을 부친으로 하여 출생한 자”에 해당한다고 보기는 하나, 헌법 제3조가 아닌 헌법 제2조와 국적법의 해석에 따라 북한주민의 법적 지위를 논하는 입장으로, 김현규, 북한주민의 공법적 지위에 대한 검토, 법과정제연구 제19권 제3호, 2019, 101-104면.

그러나 위 판결 외에도 대법원과 하급심에서는 북한주민이 당연히 대한민국 국민에 해당함을 전제로 사법판단을 계속해왔다는 점을 고려하면 위 판결의 취지를 부정하는 것만으로 사법부의 입장 전반을 부인하기는 어려운 것으로 보인다. 대법원 2016. 1. 28. 선고 2011두24675 판결에서는 “대한민국 헌법은 북한 지역을 포함한 한반도 전체에 그 효력이 미치는 것이므로 북한 지역도 당연히 대한민국의 영토가 되고, 북한주민 역시 일반적으로 대한민국 국민에 포함된다”고 실시한 바 있다. 같은 취지에서, 비록 개별법 적용에 있어서 북한 주민을 외국인에 준하여 취급할 수 있다는 판례도 있으나 이는 자격인정, 기부금, 외국환 거래 같은 개별법 사안에 한정된다는 견해로, 송인호, 북한 주민 강제송환 사건에 관한 법적 고찰, 인권과 정의 통권 제492호, 2020, 185면.

68) 헌재 1999. 1. 28. 97헌마253등, 판례집 11-1, 54 [기각, 각하], 헌재 2000. 8. 31. 97헌가12, 판례집 12-2, 167, 176, 헌재 2017. 8. 31. 2015헌가22, 판례집 29-2상, 258 등. 위 97헌가12 결정에서 헌법재판소는 북한지역은 대한민국의 영토에 속하는 한반도의 일부를 이루는 것이어서 대한민국의 주권이 미치고 북한주민도 대한민국 국적을 취득·유지하는 데 아무런 영향이 없는 것으로 해석하여, 조선인을 부친으로 하여 출생한 자는 설사 그가 북한법의 규정에 따라 북한국적을 취득하였다고 하더라도, 국적에 관한 임시조례(1948. 5. 11. 남조선과도정부법을 제11호)에 따라 조선국적을 취득하였다가 1948. 7. 17. 제헌헌법의 공포와 동시에 대한민국 국적을 취득하였다는 입장을 수용하였다.

이 외에도 헌재 2007. 6. 28. 2004헌마644등, 판례집 19-1, 859; 헌재 1999. 1. 28. 97헌마253등, 판례집 11-1, 54 등에서는 북한주민의 선거권 행사에 대한 제한이 어느 정도 허용될 수 있다는 점을 전제하는 등 북한주민을 대한민국 국민으로 취급해온 것으로 보인다.

69) 대법원 2004. 11. 12. 선고 2004도4044 판결; 헌재 2006. 11. 30. 2006헌마679, 판례집 18-2, 549.

70) 역시 헌법재판소가 대법원과 같이 헌법 제3조에 근거하여 북한주민이 대한민국의 국적을 취득하는 해석론을 지지하고 있는 것으로 볼 수 있다는 입장으로, 통일과 헌법재판 3 - 통일에 관한 헌법이론 및 헌법재판소 결정 연구 -, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2018, 312면(손인혁 집필부분).

사실상 북한국적을 가지는 이중적 지위로 보는 견해도 제기된 바 있다.⁷¹⁾ 이 견해는 종래에는 이중국적론으로 분류되었겠지만, 현재에는 사실상 지배적 통설과 같은 입장을 취한 것이라고 볼 여지가 없는 것도 아니다.

한편, 최근에는 종래의 국민-외국인에 대한 이분법적인 분류에서 벗어나 북한주민을 국민이라고 보지만 ‘특수한 형태의 국민’으로 보아야 한다는 견해도 일부 전개된 바 있다.⁷²⁾ 표현에 따라 북한주민은 잠재적 국민이며 ‘귀순 및 보호요청의사’가 있어야 현실적 국민이 된다는 견해, 또는 북한주민은 ‘잠재적 국민’으로 존재하되, 북한을 이탈해 국내 입국 또는 재외공관 진입 등에 의해 대한민국의 관할권에 들어올 경우에 ‘현실적 국민’이 된다는 견해 등이 그와 같다.⁷³⁾ 북한주민의 이중적 지위를 인정하는 입장이나, 동시에 귀순이라는 대한민국의 보호를 받으려는 의사표시가 요구된다는 입장을 취하기도 한다.⁷⁴⁾

이는 대체로 이북지역에 북한이라는 별개의 유사 주권단체가 존재한다는 현실을 인정하여 남한 정부가 북한주민을 어느 정도까지 보호해야 하느냐는 논의를 배경으로 한다. 그러나 견해에 따라 특수한 법적 지위론은 사실상 통설의 입장으로 수렴할 수 있으므로, 결국 이 입장은 북한주민을 잠재적 국민이라는 국민과 구별되는 기본권주체로 취급할 것인지, 그리고 잠재적 국민이 현실적 국민이 되는 요건은 무엇인지를 쟁점화한다는 점에서 통설과 구별할 필요가 있다.

다) 외국인 또는 무국적자로 보는 견해

종래에는 통설과 대비하여 북한주민은 외국인 또는 무국적자라는 주장도 제기된 바

71) 장명봉, 북한주민의 법적 지위 문제의 고찰 -대법원 판결(이영순 사건)과 관련하여-, 법조 제47권 제9호, 1998, 55-61면.

72) 영토조항의 해석상 이북지역이 대한민국의 영토라면 북한주민 역시 대한민국 국민으로 보는 것이 당연한 논리적 귀결인지에 대한 도전이라고 한다. 김현귀, 북한주민의 공법적 지위에 대한 검토, 법과정책연구 제19권 제3호, 2019, 102-103면.

73) 예컨대, 류지성, 북한이탈주민지원법의 주요 논점에 관한 연구, 서울법학 제25권 제3호, 2017, 134면; 김현귀, 북한주민의 공법적 지위에 대한 검토, 법과정책연구 제19권 제3호, 2019, 115면.; 홍진영, 범죄를 저지른 북한이탈주민 추방의 법적 문제, 법조 제70권 제3호(통권 제747호), 2021, 262-270면 등.

74) 이규창, 살인혐의 북한 주민 추방 사건 법적 쟁점과 과제, Online Series, 통일연구원, 2019, 2면; 이규창, 북한주민 송환법제 개선에 관한 연구-특별법 제정 방안 및 내용을 중심으로, 통일과 법률 제42호, 2020, 33-38면; 이규창, 북한 주민의 법적 지위에 대한 고찰 - 이중적 지위의 관점에서 -, 통일과 법률 제49호, 2022, 42면 등. 북한주민의 법적 지위를 체류 유형에 따라 세분화하여 살펴되, 헌법 제3조, 남 북한 특수관계, 국제법 모두를 충족시키기 위해서 ‘사실상 국가인 북한(국)적 소유자인 준외국인이면서 잠재적인 대한민국 국적 소유자’로, 우리나라의 배타적인 관할권 하에 들어오는 시점에 이중적인 지위에서 벗어나 대한민국 국적을 실효적으로 취득하게 된다고 해석되어야 한다는 입장이다.

있는데, 이에 따르면 북한주민이 대한민국 국민이 되려면 귀화 등 별도 절차를 거쳐야 한다고 하였다.⁷⁵⁾

최근에는 사정변경을 이유로 북한주민을 대한민국 국적자로 보지 않아야 한다는 견해도 제기된 바 있다.⁷⁶⁾ 그밖에 다수설과 달리 북한지역이 대한민국 영토라고 하여 그곳에서 출생한 사람이 대한민국 국적을 취득한다고 볼 수 없다는 전제 하에, 북한주민은 국민이 아니며, 북한이탈주민은 비보호사유가 없는 한 통일부장관의 보호결정으로 국적을 취득한다고 볼 경우 북한이탈주민이 대한민국의 국적을 취득하는 법적 근거, 절차와 시점이 명확해진다는 입장이 있다.⁷⁷⁾

3) 검토

북한주민의 법적 지위에 관한 논쟁은 얼핏 복잡해보인다. 그러나 남북한특수관계론의 적극적 수용으로 다중적 지위, 즉 북한주민의 국제법상의 지위는 별개로 하되 국내법상으로는 영역에 따라 국민 또는 외국인으로 취급할 수 있음을 인정하는 방향으로 해석론이 전개되면서, 종래 북한주민을 반국가단체 구성원인 국민이나, 우리 국민이자 북한국적자로서 이중적 지위를 갖느냐, 아니면 외국인이나에 대한 견해의 대립이 장점 위주로 통합되었다고 볼 수 있다. 즉, 동일한 법적 지위의 국민이지만 법 적용영역에 따라 일부 지위를 달리 보기도 하는 것이다. 다만 최근에는 정부의 공식 입장과 사법부의 헌법해석에 반대하여 현실론을 보다 적극 반영하여 남북분단의 장기화, 이북지역에 대한 실효 지배의 부재 등을 이유로 북한주민은 ‘잠재적 국민’에 불과하고 다만 소정의 요건을 거칠 경우야 남한주민과 같은 완전한 대한민국 국민이 된다고 보거나 더 나아가 외국인으로만

75) 도회근, 북한주민의 헌법상 지위에 관한 연구, 헌법학연구 제4권 제2호, 1998, 353-357면.

76) 동 견해는 종래 실무의 태도가 남북교류에 따라 북한주민에게 반국가단체 구성원 이상의 잠정적 지위를 부여하기 위한 것이었는데, 장기간의 시간 경과, 남북한 유엔 동시가입, 장래 남북한주민의 교류 확대 가능성 등을 고려한다면 북한주민의 법적 지위를 현재와는 달리 봐야 한다고 본다. 권은민, 북한주민의 법적 지위에 관한 재검토, 통일문제연구 제33권 제2호(통권 제76호), 2021, 75-111면.

77) 오승진, 북한이탈주민의 국적과 재판관할권 행사, 서울국제법연구 제29권 제2호(통권 제57호), 2022, 71-107면.

그밖에 남북한 법률관계를 다루는 과정에서 광의의 준국제사법적 접근이 타당함을 전제로 북한주민의 지위를 파악하는 견해도 있었다. 예컨대, 석광현, 남북한 주민 간 법률관계의 올바른 규율 : 광의의 준국제사법규칙과 실질법의 특례를 중심으로, 국제사법연구 제21권 제2호, 2015, 390-391면. 이와 같이 북한주민의 지위 일부에 대해서 외국인 또는 준외국인으로 접근하여 파악하는 견해는 통설과 판례에 의해 구체적 타당성을 기하는 과정에서 이미 상당 부분이 수용되었다고도 볼 수 있다.

구성하는 비판론도 나타났다.

위 논의를 보다 간명하게 정리하여 그 차이점을 확인해본다. 통설과 판례가 우리 헌법의 당위가 이북지역에도 미친다는 점을 근거로 북한주민이 대한민국 국민이되 이북지역에서는 실효적 지배의 부재로 그 규율에 한계가 있는 ‘특수한 상황’에 놓인 자로 본다면, 주요 비판론은 현실적으로 이북지역에 헌법의 규범력이 미치지 못하고 있는 가운데 대한민국 국민이 될 의사가 확인되지도 아니하였고 국민으로서 권리의무를 행사하지 못하였을 뿐만 아니라 국가의 기본권보호영역에 있지 못한 북한주민을 대한민국 국민과 똑같이 취급할 수 없으므로, 귀순의사의 표현, 대한민국의 지배영역에의 진입 등의 요건 충족시 비로소 (귀화의 경우보다 훨씬 용이하게 국적 확인 후) ‘잠재적인 지위’가 현실화된다는 입장을 취한다. 양자는 언뜻 비슷한 논리로 이해될 수 있으나, 전자가 사실 여하와 관계 없이 당위에 따라 북한주민을 대한민국 국민과 동일하게 보는 입장이라면, 후자는 사실을 반영하여 조건부 당위로 북한주민을 대한민국 국민으로 취급한다. 양자는 대한민국의 국적 확인 요건과 절차에 관한 시각이 다를 뿐만 아니라 요건 충족 이전까지 북한주민을 어떠한 법적 지위에 둘 것인가, 즉 요건을 충족하지 못한 북한주민이 이론상 기본권을 어떻게 어느 정도까지 향유할 수 있는가에 관하여 구별할 실익이 있다.

이외에 북한주민을 외국인으로 보는 견해 또한 견해별로 세부적인 논거에는 차이가 있으나 현행 헌법이나 국적법, 북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률의 해석 또는 분단의 현실에 따른 국민과 다른 취급의 필요성 등에 따라 북한주민을 외국인으로 본다.

통설과 판례는 분단 후 70년이 넘는 시간이 경과하였고 그동안 우리 정부의 공권력행사가 이북지역에 거의 미치지 못하는 현실을 충분히 반영하지 못한다는 점 특히 우리 정부의 지배영역 밖의 북한주민이 우리 헌법상 기본권을 전적으로 향유한다는 것을 당위적으로 선언하는 것의 의미가 크지 않다는 점,⁷⁸⁾ 그리고 남한과 통일에 대한 북한주민의 집단적 주권의사가 확인되지 않았을 뿐만 아니라 이들이 우리 헌법의 제정⁷⁹⁾과 정부 구성에 전혀 관여한 바가 없다는 점이 약점으로 꼽힌다.

반면 비판론에 대해서는 통설과 판례의 태도가 적어도 북한에 북한주민의 자유와 인

78) 분단으로 북한주민이 국민으로서의 권리를 제대로 행사하기 어려운 가운데 대한민국 국적을 인정하는 해석의 실익이 있느냐는 것이다.

79) 1948년 5월 10일 남한에서 유엔 한국 임시 위원단의 감시 아래 총선거가 실시되면서부터 북한지역에 배정된 100석을 제외한 남한지역의 200석에 대해서만 선거가 실시되었고, 총선거를 통해 헌법을 제정하기 위한 제헌국회가 구성되었다.

권을 스스로 보호하는 정부가 들어서기 전까지는 북한주민도 대한민국 국민으로 인정하고 보호하겠다는 헌법제정·개정권력자의 대내외적인 명시적 선언으로서 이해할 수 있고⁸⁰⁾ 북한을 오로지 외국이나 준외국으로 취급할 경우에는 우리 국민과 정부의 관심과 노력의 법적 근거가 상실될 수 있는 점,⁸¹⁾ 국적법에 아무런 관련 조항이 없는 결과 이와 별도 입법 목적을 가진 북한이탈주민보호법이 국적 인정에 관한 사실상의 규율을 하는 것처럼 혼동된 상황이라는 점, 출생에 의한 국적 취득은 본질적으로 당사자의 국적 취득 의사를 불문하고 국가의 대인 고원에 따라 당연히 부여되는 속성을 가진다는 점에서 비판론은 제도의 본질에서 벗어난 해석이라는 점⁸²⁾ 등이 약점으로 지적된다.

특히 잠재적 국민론에 대해서는 규범의 영역에서 별다른 근거 없이 국민도 외국인도 아닌 제3의 지위를 창설할 뿐만 아니라 이 경우 국민의 지위가 현실화되는 시점 등 요건이 다소 자의적이라는 점,⁸³⁾ 동 견해가 분단현실을 반영하는 해석론을 제시하고 경우에 따라 우리 정부의 보호책임을 경감하는 것⁸⁴⁾ 외에 어떠한 법적 실익이 있는지 알기 어려

80) 송인호, 조장현, 헌법상 북한주민의 국적에 대한 고찰, 법학논총 제44권 제4호, 2020, 53면. 이미 북한에 거주하는 북한주민이 남한에 있는 주민을 상대로 친생자관계존재확인인 소, 상속회복청구의 소를 제기하고 이를 법원에 받아들인 사례 등이 존재한다는 사실과, 무엇보다 이미 생사의 길을 뚫고 온 3만 명이 넘는 북한주민들이 별도의 국적 취득 절차 없이 대한민국 국민으로 인정받아왔다는 사실이 헌법적으로 북한주민이 대한민국 국민으로 인정받는 실익과 헌법 현실을 헌법 규범에 최대한 부합하도록 해석해온 실례를 보여주고 있다고 할 것이고, 일각에서는 당위론적 해석에 불과하다고 비판하기도 하나 앞서 살핀 바와 같이 북한이 여전히 폐쇄적인 인권침해적 왕조국가적 상황에서 벗어나지 못하고 있는 이상 우리의 헌법적 가치를 수호하기 위해서라도 북한주민의 국적 문제에 대해 헌법상 원칙적 입장을 분명히 할 필요가 있다고 한다. 한편 미국, 호주, 영국에서도 이미 수년 전부터 우리 헌법 제3조의 규범력을 인정하여 북한주민이 남한 국적자임을 인정해왔다는 점도 이러한 해석을 유지할 필요성을 뒷받침해 준다고 한다. 관련하여 북한주민의 법적 지위와 관련하여 제3국에서의 난민의 지위 인정 여하까지 고려하는 것이 바람직한지, 대한민국 국민이지만 난민으로서의 지위도 가질 수 있는 북한주민의 특수한 상황을 고려하여 외국법원에서 적의 판단할 문제가 아닌지 등 문제도 제기될 수 있다.

81) 영토조항의 개정론에 대해서도 북한이탈주민에 대한 우리 정부의 관심과 노력의 법적 근거가 상실될 것이라는 점에서 같은 취지의 반론이 유력하게 제기된다. 장영수, 헌법총강에 대한 헌법개정 - 국가의

기본적 구성요소 및 헌법의 기본원리와 관련한 헌법개정 -, 공법연구 제34집 제4호 제2권, 2006, 98면.

82) 김덕주, 북한이탈주민의 법적 지위에 관하여, IFANS 주요국제문제분석 2023-16, 국립외교원 외교안보연구소, 2023, 12-14면. 현실에서는 귀순의사의 표명과 북한이탈주민보호법 제7조의 보호 신청이 별도의 개념으로 명확히 분리되지 아니한 채 한꺼번에 이루어짐으로써 법적 지위에 혼선을 야기하고 있다고 한다.

83) 유사한 취지로, 북한주민이 대한민국 국민이지만 국민이 되려면 귀순 등 추가적인 요건이 필요하다는 주장은 북한주민이 국민이면서 아직 국민이 아니라는 것이므로 논리적으로 모순이고, 이와 같이 북한주민의 법적 지위를 귀순 등의 단계 또는 유형별로 구분하는 법적 근거나 실익을 전혀 제시못한다는 비판으로, 오승진, 북한이탈주민의 국적과 재판관할권 행사, 서울국제법연구 제29권 제2호(통권 제57호), 2022, 71-107면 참조.

84) 잠재적 국민론이 헌법상 자국민보호의무와 주권을 임의로 축소하는 위헌적 해석이 될 수 있다는 비판

운 점, 잠재적 국민을 (정치적 수사가 아닌) 법률적 표현으로 보기 어렵고 실질적으로 외국인으로 취급함과 다르지 않으므로 국가의 기본권 보호에 충분하지 않을 수 있다는 점⁸⁵⁾ 등이 비판으로 제시된 바 있다.

사건을 다소 덧붙이자면, 북한주민의 헌법적 보호라는 관점에서 본다면 북한주민의 법적 지위를 적어도 “법률상의 명문의 규정 없이” 오로지 해석만으로 잠재적인 국민이나 외국인으로 격하시키는 것은 헌법정책적으로 북한주민을 오로지 통일의 대상인 북한의 구성원으로서만 취급하여 자의적으로 헌법의 보호영역을 축소하게 되는 것은 아닌지에 대한 우려가 있다. 헌법 제4조에 따라 평화통일정책의 대상으로서만 북한주민을 바라보는 것과, 대한민국 국적자로서 북한주민을 바라보는 것에는 근본적인 차이가 있기 때문이다. 나아가 적어도 장래 통일한국에서는 북한주민을 남한주민과 같이 통일한국의 국민으로 인정할 것을 전제로 하는데, 현재 북한주민을 대한민국 국민으로 보지 않는 입장은 통일정책으로 북한주민을 외국인 또는 이에 준하는 자 이상의 특별한 지위에 있는 것으로 취급할 수 있겠으나, 이는 자칫 북한주민이 본래 국민으로서 갖고 있던 지위를 회복시키는 것이 아니라 통일과정에서 정책적 필요에 따라 국민의 지위를 부여하는 것으로 오해될 수 있지 않을까 하는 생각이다. 한편, 북한주민을 국민으로 본다고 하여 구체적인 사안에서 남북관계의 특수성에 따라 예외적인 경우 이들을 준외국인으로 취급하는 것이 불가능한 것도 아니다.

향후 남북관계의 변화에 따라 북한주민이 더 이상 스스로를 대한민국 국민이 될 가능성이 없다고 인식하고,⁸⁶⁾ 남한주민 역시 더 이상 북한주민과의 동질성을 거의 느끼지 못하는 단계에 이를 경우, 또는 헌법개정절차를 통해 영토조항을 삭제하는 등의 경우에는 달리 볼 수 있을 것이나, 아직 시기상조인 면이 있어 보인다. 반면 분단으로 인해 북한주민과의 동질성을 깊게 생각하기 어려운 세대가 사회의 주류가 될 근 미래에서는 북한주민의 법적 지위에 대한 해석론 역시 크게 달라질 가능성이 상당히 높다고 예상되는 것도 부인하기는 어렵다.

으로, 송인호, 북한 주민 강제송환 사건에 관한 법적 고찰, 인권과 정의 통권 제492호, 2020, 180-194면.

85) 김덕주, 북한이탈주민의 법적 지위에 관하여, IFANS 주요국제문제분석 2023-16, 국립외교원 외교안보연구소, 2023, 11-12면.

86) 아직까지는 특히 다문화이주민과 비교할 때 북한이탈주민을 국민으로 수용함에 있어 민족정체성 등을 이유로 비교적 호의적인 편으로 보인다. 권수현, 북한이탈주민에 대한 남한국민의 태도, 한국정치연구 제20권 제2호, 2011, 129-153면 등.

라. 북한의 법체제 인정 가능성

우리 헌법의 해석상 북한당국의 법체제 내지 유사(類似) 권력작용의 법적 효력을 인정할 수 있는지 여부에 관하여 살펴본다. 국제법상 북한은 전통적인 의미에서 영토, 주민, 정부의 3요소를 갖춘, 별개의 독립된 주권국가이나,⁸⁷⁾ 헌법에 의한 북한의 법체제 승인 여부는 국내법적 문제라는 점에서 차이가 있다. 즉 국제법상 북한의 국가성을 인정할 것인지 여부와, 국내법 특히 헌법으로 북한의 법체제의 합법성을 인정할 것인지 여부는 전혀 별개의 문제로, 전자를 이유로 반드시 후자도 긍정하여야 하는 것은 아니다. 이 문제는 국내법 차원에서의 북한과 북한주민 사이의 공법관계를 긍정할 것인지, 그리고 북한과의 관계를 준(準)외국과의 관계로 구성할 수 있는지 여부에서 논의의 실익이 있다.

헌법은 우리 영토 내에서 대한민국 외 다른 법체제의 병존을 직접 규정하고 있지 아니하므로, 북한의 체제 인정 여하는 앞서 살펴본 영토조항과 평화통일조항의 해석론의 연장선에서 다루어진다.⁸⁸⁾ 즉 북한의 법체제를 인정하는 입장은 헌법 제3조의 법적 규범성을 완화시키는 견해가 주를 이루는 반면, 반대 견해는 대체로 헌법 제3조의 법적 규범성을 강하게 인정한다.⁸⁹⁾ 현재 대법원과 헌법재판소는 북한을 평화통일을 위한 대화와 협력의 동반자이자 반국가단체로 보아 그 이중적 성격을 인정하고 있다. 이에 따르면 북한의 법체제는 “현 단계에서는” “평화통일을 위한 대화와 협력의 동반자”로서의 지위에 있는 한도 내에서 그 공법관계의 합법성이 인정될 여지가 있을 뿐이고, 그 헌법상의 직접 근거는 평화통일조항이 될 것이다.

학설 역시 대체로 남북한특수관계론에 따라 북한의 이중적 지위를 인정하므로, 적어도 교류협력 분야에서는 북한의 법체제의 효력을 긍정할 수 있다는 입장이다.⁹⁰⁾ 이에 따라 남북교류협력 분야의 경우 북한의 법체제를 간접적이거나 긍정할 수밖에 없는 영역에 해당한다. 북한당국과의 대화와 협력을 할 뿐만 아니라 물론 남북합의서에 국내법적 효력을 부여하기 때문이다.

87) 임예준, 국제법상 북한의 법적 지위에 대한 고찰, 안암법학 제46호, 2015, 317-350면.

88) 이하 이상훈, 헌법상 북한의 법적 지위에 대한 연구, 법제논단, 법제처, 2009, 1-87면 참조.

89) 남북한특수관계론의 주류도 후자에 따라 북한의 법적 지위를 국내법적 성격과 국제법적 성격으로 구분하고, 다시 그 국내법적 지위를 반국가단체이자 평화통일을 위한 교류와 협력의 대상으로 보는 것이다.

90) 예컨대, 남북한특수관계론 하에서도 제한적으로나마 북한에 대해 국제법의 적용을 주장함으로써 사실상의 2국가론이 성립할 수 있다는 견해로, 제성호, 북한의 법적 지위 재검토 - 국내법(헌법) 및 국제법적 측면의 종합적 이해를 위하여 -, 법조 통권 제655호, 2011, 70-72면.

남북교류협력 분야와 같이 우리 정부가 당사자로서 법적 효력을 부여하는 경우⁹¹⁾ 외에 헌법해석상 어떤 분야에서 어느 수준 정도까지 북한당국의 법체제의 합법성을 수용할 수 있을까?⁹²⁾ 현행 헌법의 해석상 특별한 헌법현실의 변화, 예컨대 북한의 민주화, 통일로의 급진전 등이 있지 않는 한 현 단계에서 북한의 국가체제를 전면적으로 긍정하기 어려울 것으로 보인다.⁹³⁾ 그러나 헌법은 영토조항 외에도 평화통일조항과, 국민의 기본권과 관련하여 여러 조항을 두고 있는데, 이러한 헌법조항의 규범조화적 해석으로 현재와 같은 대화와 협력의 동반자로서 북한의 법적 지위에서 한 발 더 나아가, 북한주민의 기본권 제한성이 문제될 경우에는 이를 부분적으로 보다 확대하여 인정할 가능성이 있다.⁹⁴⁾ 평화통일조항은 예외적으로 북한의 외국 또는 준외국으로서의 지위를 인정할 경우에 헌법적 근거가 될 수 있고, 기본권조항은 영토조항 또는 평화통일조항을 매개로 북한주민의 기본권 제한 내지 실현 여부가 문제될 경우 북한의 국가체제 하에서 이루어진 공

91) 1987년 헌법개정 당시까지만 하더라도 남북 간에 발생하는 문제에 대처할 수 있는 법이 국가보안법 외에는 없었다. 처벌법인 국가보안법만으로는 변화하는 남북관계에 대처할 수 없게 되자 급히 제정한 법이 남북교류협력법이었다. 통일과 헌법재판 3 - 통일에 관한 헌법이론 및 헌법재판소 결정 연구 -, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2018, 28면(도회근 집필부분).

즉, 종전에는 헌법 제4조 외에 남북합의서를 규율하는 규범적 근거가 미비하였으나, 2006년 남북관계 발전에 관한 법률 시행에 따라 남북합의서의 체결절차와 효력범위 등이 입법적으로 수용된 것이다.

그러나 남북교류협력법에 관해서도 그동안 당국의 행정편의적 자의적 법해석과 집행 문제, 각종 절차의 효율화 및 간편화 등 주로 실무적인 분야에서 여러 문제점이 제기되어 왔다. 통일과 헌법재판 3 - 통일에 관한 헌법이론 및 헌법재판소 결정 연구 -, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2018, 29면(도회근 집필부분).

92) 참고로, 남북교류협력에 적용되는 법률체계의 기준에 관해서는, 첫째, 남북교류협력법이 기본법으로 적용되고, 둘째, 위 법에서 직접 규정하지 않는 내용으로서 교역이나 물품거래 등에 있어서 필요한 범위에서 외국환거래법 등 관련 법률이 준용되고, 셋째, 남북교류협력에 준용 규정을 두지 않는 경우 원칙적으로 국제법원칙을 적용하되 남북관계의 특수성을 고려하여 변용이 필요하고, 넷째, 남북교류협력에서 발생하는 사안이라도 북한이 반국가단체로 활동하는 규범영역에서는 국가보안법 등이 적용되고, 다섯째, 국가기관이 공적 영역에서 활동하는 경우에는 남북관계 발전에 관한 법률, 통일교육지원법, 북한인권법 등을 준수하여야 한다는 견해로, 통일과 헌법재판 3 - 통일에 관한 헌법이론 및 헌법재판소 결정 연구 -, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2018, 285-287면(이효원 집필부분).

93) 다수 학설과 판례가 북한의 국가성을 부정하고 있는데, 헌법 제3조가 존재하는 한 북한의 국가성을 인정하기 힘들고, 다만 북한과의 대화와 협력이 요구되는 영역에서는 정책 영역의 문제로 다소 탄력적으로 북한을 다룰 수 있다는 입장으로, 김용훈, 북한의 국가성(statehood)에 대한 법정책적 쟁점 소고 - 『서울동부지법 2021가합106706』 사건을 소재로 -, 서울법학 제31권 제1호, 2023, 35-78면.

94) 통일과 헌법재판 3 - 통일에 관한 헌법이론 및 헌법재판소 결정 연구 -, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2018, 31면(도회근 집필부분)은 특수관계론이 북한을 다양한 실체, 예컨대 국제법상의 교전단체나 다른 어떤 주체, 또는 분단국의 한 당사자로서의 분단체, 지방자치단체에 준하는 단체, 연방국가의 구성단위 간의 관계에 준하는 단체, 지방적 사실상의 정부(de facto local government), 외국에 준하는 지역 등 다양한 실체로 인정하고 관계를 발전시킬 수 있는 길을 열어두어, 다양하게 법적 창의력을 발휘할 가능성을 열어놓은 개념이라고 한다.

법관계를 긍정하는 일련의 근거조항으로 활용될 수 있다. 우리 사법부도 여러 판례에서 남북관계에 관하여 “현 단계”라는 표현을 사용함으로써 사정변화에 따라 북한의 법체제를 인정할 여지를 남겨두고 있다. 또한 필요한 경우 이북지역에 주권적 국가가 존재하는 현실을 인정하는 듯한 태도를 취하기도 한다.⁹⁵⁾

마. 소결

이 장에서는 영토조항과 평화통일조항의 해석에 관한 기존 논의 속에서 북한주민의 인권침해 상황을 우리 헌법상의 기본권의 보호영역으로 받아들이기 위한 작업을 수행하였다. 그 결과 현실적 제약에도 불구하고 영토조항의 효력 범위에 이북지역을 포함시키고 남한의 법령 기타 공권력행사가 구체적 내용에 따라서는 이북지역에 기본권제한적 효력을 가질 수 있음을 인정할 실익이 있고, 북한주민을 대한민국 국민으로 보고 남북관계의 특수성이라는 정책적 판단 영역을 가급적 법치의 영역으로 끌고 올 필요가 있으며, 북한의 법체제를 전면 인정하는 것은 아니더라도 인도주의적 차원에서 북한주민의 기본권 실현에 도움이 되는 한도에서는 부분적으로 긍정해야 함을 확인하였다.

95) 관련하여 현재 소송실무적으로 가장 문제가 되는 부분은 북한과 북한당국을 상대로 한 소송이다. 2020년 서울중앙지방법원은 정전협정 이후에도 남한에 송환되지 않고 북한의 강제노역에 동원되었다가 탈북한 국군포로 2인이 북한과 김일성, 김정일 및 상속인으로서 김정은을 상대로 제기한 손해배상소송에서 공식송달에 의한 판결절차를 진행하여 별도 판단없이 승소판결을 하였다(서울중앙지방법원 2020. 7. 7. 선고 2016가단5235506 판결). 남북자의 북한 및 김정은을 공동피고로 한 손해배상소송 및 원고 승소판결에 따른 추심금 소송에서 법원은 북한을 비법인사단이나 지휘통솔체계를 갖춘 사실상의 지방정부와 같은 정치적 단체로 볼 수 없다고 판단하기도 하였다(서울중앙지방법원 2021. 3. 25. 선고 2020가단5306603 판결). 2022년 서울동부지방법원 역시 원고들이 남북경제문화협력재단을 상대로 청구한 추심금 소송에서 “우리 법과 제도 하에서 북한을 독립한 국가로 취급할 수 없”고 “북한이 비법인 사단에 해당하거나 지휘통솔체계를 갖춘 사실상의 지방정부와 같은 정치적 단체”라고 볼 수 없다고 판단하여 청구기각하였다(서울동부지방법원 2022. 8. 10. 선고 2021가합106706 판결). 이후에도 유사한 성격의 손해배상소송이 여러 건 계속 중에 있는데, 본안에서의 원고 승소 판결에도 불구하고 아직 실제 집행까지 성공한 사례는 존재하지 않는다(서울동부지방법원 2022. 1. 14. 선고 2020가단154367 판결 등. 이상 김형률, 북한 관련 소송의 최신 경향, 북한 관련 소송법제의 현황과 전망 발표자료집, 사법정책연구원, 2022, 4, 17, 18면 참조).

생각건대, 남북관계의 특수성 및 한반도에서의 북한의 국가유사적인 작용을 고려한 해석론을 적용하여, 북한을 외국에 준하는 존재 등으로 보아 국가면제이론을 유추적용하는 방법에 의해 해결이 필요할 수 있다. 관련하여 신영호, 북한 주민에 대한 한국민사법의 적용, 저스티스 통권 제121호, 2010, 289-300면; 송진호, 남북한 특수관계에서 국가면제이론의유추적용 문제에 대한 고찰 - 최근 하급심 판례를 중심으로, 통일과 법률 통권 제45호, 법무부, 2021, 3면 이하; 임예준, 국가면제에서 ‘국가’의 의미에 관한 소고 -북한을 상대로 한 소송에의 함의-, 국제법평론 제65호, 2023, 30-32면 등 참조.

Ⅲ. 헌법해석상 북한주민의 보호

1. 논의의 방향

이번 장에서는 우리 헌법이 이북지역에도 효력이 있으며 북한주민도 대한민국 국민이라는 정부의 공식 입장을 취함을 전제로, 헌법해석상 보다 구체적인 형태의 북한주민의 보호방안에 대해 논의할 것이다.⁹⁶⁾ 이와 달리 영토조항의 해석상 우리 헌법의 규범력의 범위를 이남지역으로 제한하고 북한주민을 대한민국 국적자 또는 이에 준하는 특별한 지위를 가진 자로 취급하지 않는다면, 물론 이 역시 견해에 따라 사실상 통설과 유사한 효과를 가질 수 없는 것은 아니나, 기본적으로 이북지역에 헌법적 보호를 취할 직접 근거가 평화통일조항으로 한정되고 북한주민의 기본권주체성 역시 외국인과 같아짐으로써, 헌법해석에 의한 북한주민의 보호에 한계가 있을 수밖에 없다.

여기서 헌법해석상의 북한주민의 보호방안은 무엇을 의미하는가? 영토조항과 평화통일조항의 해석에 관한 오랜 논의에도 불구하고 남한의 이북지역에 대한 실효적 지배의 부재로, 우리 헌법은 물론 하위 법령 기타 공권력행사는 이북지역에서 사실상 규범력을 발휘하지 못하는 것으로 받아들여져 왔다. 이에 따라 우리 정부는 북한주민과 직접 행정관계를 맺지 못함을 당연한 전제로 적대적/협력적 대북정책을 펼치는데, 대북정책의 통치행위적 성격으로 말미암아 비교적 넓은 범위의 행정재량을 갖는 것으로 이해되었다. 국회 역시 일부 특별법을 제외하고는 입법의 북한주민의 기본권 행사에 대한 영향력을 고려하지 않게 되며, 실제로 현 시점에서 오로지 북한주민의 기본권만을 제한하거나 실현하려는 목적을 가진 법령은 현행 북한인권법 외에 거의 존재하지 않는다. 이에 대한 헌법적 통제도 거의 시도된 바 없다.

그러나 이 장에서는 우리 헌법이 이북지역에도 효력이 있다는 점을 전제로 할 경우, 남한과 북한주민 사이에도 사실상의 공법관계가 성립될 수 있고, 남한의 법령 기타 공권력의 행사 결과 사실상 북한주민의 기본권에 제약이 발생할 가능성이 있음을 살펴보고자 한다. 북한 법체제 하에서 북한주민의 기본권을 주로 침해하는 주체는 북한당국이지만,

96) 남북교류협력이 문제되는 등 남북관계의 특수성을 반영하여 북한을 준외국으로, 북한주민을 준외국인으로 취급해야 하는 특별한 경우를 배제하는 것은 아니다.

경우에 따라 남한의 법령 기타 공권력행사도 북한주민의 생활을 제약할 수 있다. 예컨대 북한이탈주민이 가족인 북한주민의 최소한의 생존과 생활유지를 위해 금전을 송금하는 것을 금지하는 법령이 남한에 있고 정부가 이와 같은 법령을 엄격하게 집행한다면, 북한주민의 기본권은 이남지역으로부터의 수신을 금지하는 북한 법체제뿐만 아니라 남한의 법령 기타 공권력행사에 의해서도 제한될 수 있다. 이 경우 헌법해석을 통해 우리 정부가 그와 같은 공권력행사를 지양하도록 해야 할 뿐만 아니라, 때로는 사법권의 적극적 개입에 의해 기본권침해적 상황의 역제가 필요할 수 있다. 즉, 이는 남북관계의 특수성이 라는 정부재량에 헌법적 한계를 구축하는 작업이다.

위와 같은 논의는 우리 정부의 장래 북한지역에 대한 완전한 실효적 지배 회복을 전제로 하지 않고, 그리고 북한당국과 통일헌법을 제정하거나 통일합의서를 체결하기 전까지의 시점에 관한 것이라는 점에서 종래의 학술적 논의와 차별화된다.⁹⁷⁾ 우리 정부의 이북지역에 대한 전면적인 실효지배(북한당국이 우리 정부에 협조하는 경우도 포함)가 가능하지 않은 경우라도, 현행 헌법 하에서도 헌법해석으로 북한주민의 기본권 보호가 문제될 수 있는데, 예컨대 북한당국이 이북지역에 대한 통제력이 완전히 상실되지 않는다고 다소 저하되어 그 반사적 효과로 특정 상황에 놓인(또는 특정 지역의) 북한주민의 헌법상의 권리(거주이전의 자유)가 일시적/한정적으로 회복되는 경우를 상정해볼 수 있다. 북한당국의 의도와 상관없이 이북지역 및 북한주민에 대한 영향력이 부분적/단계적으로 감소하는 경우, 북한당국의 최고 수준의 사회통제에도 불구하고 북한주민의 비공식적인 사회, 경제활동이 활성화되는 경우 등이 이에 해당한다. 이하에서는 헌법해석에 의한 북한주민의 보호를 논하기 위해 그 규범적 근거, 기본권 보호영역과 판단기준, 문제되는 상황 및 관련 기존 헌법재판소 결정례에 대해 차례로 살펴본다.

97) 대표적으로 통일후 헌법소원의 심판대상과 심판요건 및 통일시 예상되는 헌법재판의 심판대상의 유형 등을 나누어 살펴본 연구로, 정영화, 통일후 헌법재판의 심판대상과 심사방법에 관한 연구, 헌법재판대상으로서의 통일관련 헌법적 문제 - 체제불법청산을 제외하고 -, 헌법재판소, 1997, 195-300면. 통일 후 북한지역에 대한 헌법 발효의 기산점과 확정과 북한주민의 국민의 지위 유무 문제, 북한주민의 현행 헌법의 적용을 통한 남북한지역 소재 재산권에 대한 권리보호 청구 문제, 수복지역의 북한주민의 농지소유권 청구권 폐지 법률 관련 헌법적 문제, 실향민들의 북위 38도선 이남 미수복 실지지역 소재 농지에 대한 원소유권 주장 문제, 남한주민의 현행 헌법, 법률 적용을 통한 북한지역 소재 재산가치에 대한 권리회복 문제 등에 대해 논의하였다.

한편, 형사정책적으로 북한주민(북한이탈주민의 처분 문제이지만 그 실질은 북한이탈주민이 북한지역에서 저지른 범죄에 관한 것임)이 북한에서 저지른 범죄의 가벌성에 대한 논의를 시도한 경우로, 송은용, 장서린, 유현, 조연수, 북한이탈주민이 북한에서 저지른 범죄의 가벌성 고찰 - 특별법 제정을 통한 남한형법의 적용을 중심으로 -, 고려법학 제91호, 2018, 383-418면.

2. 규범적 근거

종래 북한주민의 헌법적 보호 문제는 주로 장래 통일헌법의 제정이나 통일합의서의 체결에 의한 일괄적인 해결이라는 전제 하에 거론되는 경향이 있었다. 이와 같이 흡수통일이든, 합의통일이든 이북지역에 대한 실효적 지배의 회복을 전제로 현행 헌법과는 다른 새로운 헌법적 근거를 갖고 북한주민의 기본권에 관해 논의하는 것은, 당해 규범이 북한주민이 갖는 구체적인 법적 지위를 염두에 두고 기본권 제한의 가능성과 과도한 제한 발생시의 구제절차까지 모두 포괄할 것이라는 가상의 법제도라는 점에서, 많은 어려움을 헌법정책적/입법적으로 비교적 쉽게 극복할 수 있다. 그러나 이 장에서는 현행 헌법 체계 하에서 남한의 이북지역에 대한 실효지배의 전면회복 이전에 현재 진행중이거나 가까운 미래에 발생할 수 있는 북한주민의 기본권 침해 문제를 어떻게 처리할 것인가에 대한 해결방안을 강구할 것이다.⁹⁸⁾

이북지역의 북한주민 기본권보장과 관련하여 적용 여부가 논의될 수 있는 규범으로는 남북한 헌법, 남북합의서, 국제규약 등을 생각해볼 수 있다. 남한과 북한주민 사이의 법적 관계에 관하여 1차적으로 우리 헌법이 규범적 기준이 될 수 있다. 영토조항과 평화통일조항을 매개로 하여, 남북관계의 특수성이 반영되어 헌법의 내용이 모두 전면 적용될 수는 없을 것이다. 예컨대 우리 법상의 인신구속제도나 사회보장제도를 즉각적으로 이북 지역에도 적용하는 것은 실효지배 없이 현실적으로 가능하지 않을 뿐만 아니라 법해석상으로도 타당한 결론에 이르지 못한다. 그럼에도 우리 헌법은 이북지역 및 북한주민에 대하여 단순히 평화통일조항에 의거하여 통일정책의 집행 및 북한주민의 특별한, 예외적인 취급의 헌법적 근거를 제공하는 것만이 아니라, 영토조항을 매개로 하여 우리 헌법에서 보장된 여러 기본권⁹⁹⁾을 실현할 수 있는 근거를 제공해줄 수 있다. 물론 이 경우 앞서

98) 종래 헌법학계의 논의는 통일헌법이나 통일합의서 등이 마련된 경우를 전제로 하거나, 또는 그 이전 단계에서 입법적으로 북한이탈주민이 겪는 법리적 불합리함을 극복하는 방향에 초점을 두었다. 그러나 통일 이전 단계에서도 북한당국이 지금과 같은 정도로 남한과 극한의 군사적 대치상황에 놓이지는 않더라도, 여전히 자유민주적 기본질서를 전면 수용하지는 않는 동시에 남한 정부와 비협조적 관계에 놓이지 않을 가능성을 감안해 볼 필요도 있다. 북한당국의 북한주민에 대한 억압의 정도를 평가할 때에도 언제나 매우 억압적인 수준(100%)과 매우 자유로운 수준(0%, 남한 정부의 통제 하에 있는 수준)의 이분법적인 상황만 존재하지는 않을 것임을 고려해야 한다.

99) 대표적으로 양심의 자유, 거주이전의 자유, 통신의 비밀 등 각종 자유권적 기본권. 그러나 다른 기본권이라고 하더라도 통일 이전 단계로서 아직 통일헌법이나 통일합의서가 마련되지 않았고, 북한당국의 (현재와 같은 억압적 형태의) 이북지역에 대한 통치력이 완전히 상실되지 않은 경우에도 북한사회 및

논의한 남북관계의 특수성이 반영되어 북한주민에 대한 기본권 제한의 과잉 여부의 심사 기준이 달라질 수 있음을 부인하는 것은 아니다.

북한 헌법의 경우 북한 법체제를 전면 부정하는 견해를 취한다면 규범적 근거가 될 수 없을 것이나, 북한주민의 기본권보장에 반드시 필요한 경우라면 규범적 근거로 삼을 여지가 전혀 없지는 않다. 그러나 실질적으로 북한 헌법이 남한 헌법 이상으로 기본권을 보장하는 경우는 흔치 않을 것으로 보인다. 북한헌법을 포함한 북한 법체제는 주로 과거 이미 북한주민 사이에서의 사실상의 법적 관계 또는 북한당국과 북한주민 사이의 사실상의 법적 관계를 부인하는 것이 북한주민의 기본적 인권의 실현에 저해적인 경우에 한하여 법적 안정성 및 통일시의 체제 존중의 관점에서 그 소급효를 제한하는 정도로 인정될 가능성이 높다. 이 경우에도 북한헌법의 수권 하에 자행된 사실관계 중 체제불법성이 심각한 영역은 우리 헌법에 의해 수용되기 어려울 뿐만 아니라 그러한 사실관계에 한하여 북한헌법의 규범성을 인정하기도 어려울 것이다.

남북합의서의 경우에는 우리 헌법상의 조약체결절차에 준하여 체결된 것이라면 법적 효력을 인정할 수 있을 것이고 실제로 경제합의서 등에 관해서는 법률적 효력까지 인정하는 입장이 상당수 존재하고 그와 같은 필요성을 인정할 수 있으나,¹⁰⁰⁾ 헌법개정절차 없이 남북합의서에 헌법적 효력까지 부여하기는 어렵다. 설령 북한주민의 기본권에 상당한 영향을 미치는 여러 남북합의서가 체결되어 법적 효력을 가진다고 하더라도, 남북합의서 자체가 북한주민의 기본권을 제한하는 헌법적 근거규범이 된다고 보기는 평화통일조항을 매개로 북한주민의 기본권에 특별한 조치가 취해지는 것일 뿐이다.

마지막으로 국제규약의 경우에는 남한은 물론 북한도 가입한 시민적, 정치적 권리에 관한 국제규약, 사회적, 문화적 권리에 관한 국제규약, 그밖에 아동, 여성, 장애인 등에 관한 제반 협약의 법적 효력은 비교적 쉽게 인정할 수 있다. 물론 헌법의 효력범위를 가장 광의로 본다면 남한이 단독으로 가입한 국제규약만으로도 이를 규범적 근거로 제시할 수 있다. 아직 우리 헌법의 해석상 국제규약이 헌법적 효력까지 가지는 것으로 해석하기는 어려우므로 형식상 직접적인 판단근거로 삼기에는 무리가 있으나, 그 실질적인 내용

민간 차원의 남북교류의 안정을 위해 북한의 하위 법제를 긍정해야 하는 경우가 있을 수 있는데, 이 경우 그 근거조항이 평화통일조항만이 되는 것은 아니다.

100) 남북기본합의서 외에 경제합의서 및 후속합의서에 대해 이를 법적 구속력 있는 조약으로서의 성격을 가진다고 보는 견해로, 이효원, 남북한관계에 대한 판례 분석- 국가보안법의 최근 변화 동향과 남북교류협력에 관한 판례를 중심으로 -, 서울대학교 법학 제52권 제3호(통권 제160호), 2011, 27면.

이 우리 헌법과 사실상 일치한다면 일응 규범적 근거로 참고할 수 있을 것이다.

3. 기본권 보호내용과 판단기준

가. 기본권 제한 가능성

남한주민과 마찬가지로 북한주민의 경우에도 국가적인 행위에 의해 그 기본권보호영역에 속하는 행위나 상태 등이 불가능해지거나 현저하게 어려워질 수 있다. 여기서 국가는 북한주민에 대해 실효적으로 지배력을 행사하고 있는 유사 주권단체인 북한뿐만 아니라, 사안에 따라 남한도 해당될 가능성을 배제할 수 없다. 이러한 기본권제한적 효과는 전통적인 개념과 같이 공권력행사가 의도적이고, 직접적이며, 명령과 강제 형식을 취하고, 법적 행위의 결과로서 발생할 뿐만 아니라, 형식과 무관하게 국가행위의 간접적이고 사실적인 결과로서도 발생할 수 있다.

북한주민의 국적성 인정 문제와는 별개로, 북한주민을 기본권주체로 보아 기본권제한성을 인정할 것인지, 아니면 현실론에 입각하여 남한주민만을 온전한 기본권주체로 보되 이익형량 과정에서 간접적으로 북한주민의 이익을 고려할 것인지에 관해서는 여전히 견해가 대립될 수 있다. 기본권제한성의 개념을 엄격하게 보아 기본권제한 여부가 문제되는 공권력행사의 (입법)목적상 규율대상을 남한주민만으로 해석한다면 북한주민은 간접적, 사실적 효과의 대상에 불과하므로 기본권 침해를 인정하기 어려울 수 있다. 그러나 이러한 해석론이 언제나 구체적 타당성을 가질 것인지에 대해서는 의문이 있다. 법령 등 공권력행사의 기본권제한성은 그 목적이나 형식이 아니라 실질적인 내용과 효과에 따라 판단되어야 하기 때문이다. 이 점에서 극소수의 북한주민을 직접 대상으로 하는 법률뿐만 아니라 효과 측면에서 북한주민의 기본권제한과 실현에 직접 영향을 미치는 일부 법령이나 공권력행사에 대한 헌법적 평가의 재론이 요청된다.

국내 법령은 국가보안법이나 남북교류협력에 관한 여러 법률이 아닌 한 원칙적으로 군사분계선 이남지역에 대한 적용만을 목적으로 입법된 경우가 많고, 공권력행사 역시 대개 이와 같다. 여전히 다수 법령은 단순히 남북간의 상호교류 및 협력 증진을 규정하는 경우에 있어 북한에 관한 조사, 연구 및 보존, 지원 등을 규정함에 그친다는 점은 사

실이다. 하지만 장래 남북관계의 변화에 따라 이북지역의 북한주민에 대하여 남한의 법령이 확대하여 적용해야 할 필요가 있거나 당초의 입법목적과 다르게 결과적으로 북한주민의 기본권을 제한하는 경우가 생길 수 있다. 실제로 북한이탈주민의 증가로 남한법원에 북한당국과 북한주민을 대상으로 한 각종 소송이 제기되는 등 기본권주체로서 북한주민의 법적 지위를 전제로 각종 법적 문제의 해결이 요구되기도 한다.

보다 구체적으로 (i) 불과 수년 전까지만 해도 남북간의 정부/민간 차원의 교류와 협력이 비교적 활발한 편이었는데, 남북간에 별도 합의를 체결하거나 남한에서 특별법을 제정하여 기본권을 제한하기 전까지는 이론적으로 헌법 외의 규범적 공백이 발생하게 된다.¹⁰¹⁾ (ii) 심지어 남북교류가 거의 완전히 단절된 현 상황에서도, 북한당국의 강력한 사회통제 조치에도 불구하고 비공식적인 형태의 남북교류는 암암리에 이어지고 있다. 특히 북한주민의 최소한의 생존과 생활을 위해 남북간의 경계를 넘나드는 민간의 활동이 그와 같다. (iii) 나아가 가까운 장래에 특히 민간 차원에서의 남북 간의 교류가 다시 급속도로 활성화된다면, 남한의 어떠한 형태이든 이북지역에 대한 실효적 지배의 부재에도 불구하고 북한주민이 남한의 법령은 물론 남북합의서나 기타 공권력행사의 위헌성을 다툴 가능성이 없지 않다.

특히 남북간의 팽팽한 군사적 대치 속에 남한 사회 역시 내부적으로 비교적 엄격한 사회통제를 하던 20세기와 달리, 국내 북한이탈주민의 수가 급증하였을 뿐만 아니라 통신 기술 등 과학기술이 발달하는 등 여러 경제적, 사회적 요인으로 암암리에 비공식적인 인도주의적 교류(송금, 의사소통, 문화전파 등)가 이루어지고 있다. 이 경우 남한의 법령이 북한주민에 대해 사실상, 간접적인 기본권제한적 효과를 발하기도 한다.

나. 기본권 보호내용, 방식별 분류

북한주민을 대한민국 국민으로 본다면 그에게도 기본권의 최대보장이라는 헌법 원리가 그대로 적용된다.¹⁰²⁾ 이 경우 북한주민도 인간의 권리는 물론 국민의 권리를 모두 향

101) 특히 이북지역에서 북한주민 간의 법적 분쟁을 어떻게 처리하는 것이 타당한 지에 대해서는 북한이탈주민보호법 등 여러 특별법의 제정에도 불구하고 여전히 적지 않은 부분이 헌법해석과 입법적 공백으로 인한 사법적 결단(필요에 따라 국내법을 그대로 적용하거나, 외국에 준하여 처리)에 놓여있게 되는데, 이러한 문제는 언제든지 이남지역에서 북한이탈주민의 법적 분쟁으로 표출될 수 있고, 국경에서의 긴장 완화에 따라 북한주민이 직접 문제를 제기할 가능성도 없지 않다.

102) 통일과정의 문제이나 유사한 취지로 최은석, 남북 분단 해소 시 북한지역 주민의 대규모 남하 관련 헌법적 논의, 북한법연구 제22권, 2019, 101-132면. 통일과정에서 북한주민에게 현행 기본권 규정이 보

유할 수 있어야 하나, 분단과 반국가단체의 이북지역 지배라는 사실적 제약으로 인하여 이를 행사하지 못하고 있을 뿐이기 때문이다.

규범적으로 개별 기본권의 특징이나 보호 작용의 종류에 따라 침해양상이 달라지므로, 강화상의 분류 시도가 가능하다. 국가는 북한주민에 대해 남한주민의 경우와 마찬가지로 헌법 제10조 후문에 근거하여 그 기본권을 보장해야 한다는 점에 착안하여 다음과 같이 분석해본다. 기본권의 보호내용에 따라 국가의 역할을 나누어 (i) 주로 자유권적 기본권에 관하여 국가의 소극적 간섭(방해)금지 내지 부작위, (ii) 사회권적 기본권 등에 관하여 국가에 의한 적극적 실현, (iii) 북한당국과 일반 사인 등 제3자의 침해로부터의 국가의 보호로 나누어볼 수 있다. (iii)의 경우 유사 공권력행사를 하는 북한당국에 의한 침해와 일반 사인에 의한 침해를 동등한 것으로 보기 어려우므로, 다시 별도의 분류로서 (iv) 북한당국의 불법적 침해 배제를 특별히 따로 살펴볼 필요가 있다.

(i)에는 남한의 법령이 그 의도와 관계없이 실질적으로 북한주민의 기본권을 제약하는 경우, 우리 정부의 공권력행사에 의하여 북한주민의 기본권이 직접 제한되는 경우 등이 포함된다. (ii)로는 북한주민의 최소한의 생존 보장이나, 북한주민 간의, 북한주민과 남한주민 사이의, 또는 북한주민과 우리 정부 사이의 법률관계에 관한 법제도의 형성 등이 문제된다. (iii)에는 북한주민 간의 또는 남한주민이나 제3국인에 의한 북한주민의 기본권 침해의 경우가 해당된다. (iv) 북한당국과의 관계에서 국가의 기본권보호의무의 이행은 결국 체제불법의 극복 문제로 귀결될 것이다.

다. 특수한 형태의 기본권제한의 정당화와 그 한계

남한 법령 기타 공권력행사에 의한 북한주민의 기본권제한 역시 남한주민의 경우와 동일하게 헌법유보는 물론 헌법 제37조 제2항의 일반적 법률유보를 포함하여 법률유보에 의해서도 가능할 것이다. 다만 북한주민의 기본권제한의 경우에는 남북관계의 특수성이라는 정책적 요소가 상대적으로 월등한 비중을 가져 함께 고려되어야 하고, 그 결과 비교적 기본권제한성 인정 여부 및 헌법적 심사의 기준이 비교적 유연하게 판단될 수 있다. 이는 남북관계가 민족 내부의 관계이지만 사실상 국가 간의 관계와 준하는 법적 관

다 더 강화되거나, 또는 보완되어야 하는 경우에 기본권 보장은 최대한 확대하고 기본권 제한은 최소한의 그치다는 헌법 정신을 적극 고려해 반영할 수 있는 대안을 찾아야 한다는 입장이다.

계일 뿐만 아니라, 헌법 제4조에 의해 평화통일의 목적달성을 위해서 고도의 정치적 판단이 요구되므로 정부에 비교적 광범위한 정책재량을 부여할 필요가 있기 때문이다.

그러나 법치주의와 같은 우리 헌법의 기본원리상 기본권을 과도하게 제한하는 경우에는 어떠한 국가기관의 공권력의 행사도 법의 지배로부터 벗어날 수 없으므로, 모든 국가작용은 국민의 기본권적 가치를 실현하기 위한 수단이라는 점에서 도출되는 한계를 반드시 준수하여야 한다. 헌법적 판단을 하는 경우에도, 비록 고도의 정치적 결단에 의하여 행해지는 국가작용이라고 할지라도 그것이 국민의 기본권침해와 직접 관련되는 경우에는 당연히 헌법재판소의 심판대상이 될 수 있음을 고려할 때,¹⁰³⁾ 남북관계의 특수성이라는 특수한 형태의 기본권제한을 정당화하는 요소에 대해서도, 비록 국가의 실효적 지배 하에 있는 남한주민과 완전히 동일한 기준을 적용할 수는 없지만, 북한주민의 기본권을 근본적으로 박탈하는 정도의 수준에 이르고 이를 정당화할만한 다른 사람의 생명, 신체 등 중요한 사익이나 공익이 있는 것이 아니라면 한계를 유월한 것으로 해석하여야 한다.

라. 기본권 보호내용, 방식별 특성 및 판단기준

1) 국가의 소극적 간섭(방해)금지 내지 부작위 - 자유권적 기본권 영역

자유권적 기본권 영역은 현 상황에서 남한 법령 기타 공권력행사에 의한 북한주민의 기본권 제한 여부가 가장 민감하게 문제될 수 있는 영역이다. 이는 자유권적 기본권의 경우 국가의 부작위 등에 의해 이북지역에 대한 전적인 실효적 지배 없이도 실현이 가능하므로, 반대로 우리 정부에 의한 기본권제한의 가능성도 배제할 수 없기 때문이다. 특히 남한 법령이 정작 남한주민에 대해서는 기본권 제한 정도는 크지 않은 반면 북한주민에게는 경우에 따라 생존을 어렵게 할 정도로 기본권 제약 정도가 큰 경우도 존재할 수 있다. 예컨대 북한이탈주민의 가족인 북한주민에 대한 대북송금의 경우, 관련 외국환거래법 규정의 존재에도 불구하고 이러한 상황이 우리 정부에 의해 사실상 묵인되어 왔는데, 최근 복수의 인도주의적 차원의 대북송금에 관한 수사가 진행되고 외국환거래법 위반 혐의로 검찰 송치된 경우가 있었다.¹⁰⁴⁾ 이 경우 관련 외국환거래법 규정이나 수사기관의 수

103) 헌재 1996. 2. 29. 93헌마186; 헌재 2004. 10. 21. 2004헌마554등 참조

104) “탈북민 ‘대북 송금’ 곳곳서 이례적 경찰 수사 논란(종합)”, 연합뉴스, 2023. 11. 15. 수정, 2024. 1. 1. 확인, <https://www.yna.co.kr/view/AKR20231111046851504>.

사는 북한이탈주민의 송신할 자유는 물론 북한주민의 수신할 자유 및 최소한의 인간다운 생활을 할 권리 등을 위반하는 것은 아닌지 여부가 문제될 여지가 있다.¹⁰⁵⁾

생존과 무관한 문제 역시 거주, 이전이나 표현, 가족생활의 유지 등과 관련하여 기본권 침해적인 경우가 있을 수 있다. 남북교류협력에 관한 법률상 방문승인절차나 주민 접촉 시 신고와 같이 북한주민에 대한 규율 목적이 함께 존재하는 경우,¹⁰⁶⁾ 국가보안법 또는 이 연구보고서에서 자세히 다룰 것은 아니나 우리 정부에 의해 북한에 송환된 경우와 같이 (개성공단 등의 경우와 같이 헌법에 따라 체결된 남북합의서가 없는 상황에서) 공권력 행사로 기본권이 직접 제한되는 경우도 있고,¹⁰⁷⁾ 해당 법령 등이 북한주민의 자유와 권리를 직접 규율할 목적으로 입법된 것은 아니나, 결과적으로 북한주민의 기본권 역시 제한되는 사례도 있다. 최근 북한이탈주민이 스스로 북한주민이라고 주장하면서 북한 송환을 요청하는 경우도 있었는데, 북한당국의 억압적 성격이 조금이라도 완화된다면 북한주민이 우리 정부를 상대로 북한이탈주민과의 통신교류, 가족결합, 거주이전을 요구할 가능성이 전혀 없는 것도 아니다.

자유권적 기본권의 특성상 침해 여부의 판단은 비교적 용이한 편이다. 헌법재판소가

105) 참고로 헌재 2005. 6. 30. 2003헌바114, 판례집 17-1, 879 이하의 사안에서는 남한주민이 재경부장관에게 신고를 하지 아니하면 북한주민 또는 단체(아태위원회)에 당해 거래 또는 행위에 관한 지급을 하지 못하도록 하는 구 외국환거래법(1998. 9. 16. 법률 제5550호로 제정된 것)의 위헌성이 다투어졌는데, 헌법재판소는 남북한 주민 사이의 외국환거래에 대하여는 남한과 북한 주민 사이의 외국환 거래에 대하여는 법 제15조 제3항에 규정되어 있는 “거주자 또는 비거주자” 부분 즉 대한민국 안에 주소를 둔 개인 또는 법인인지 여부가 문제되는 것이 아니라, 남북교류협력에 관한 법률 제26조 제3항의 “남한과 북한” 즉 군사분계선 이남지역과 그 이북지역의 주민인지 여부가 문제되므로, 당해사건에서 아태위원회가 법 제15조 제3항에서 말하는 ‘거주자’나 ‘비거주자’에 해당하는지 또는 남북교류법상 ‘북한의 주민’에 해당하는지 여부는 법률해석의 문제에 불과한 것이고, 헌법 제3조의 영토조항과는 관련이 없다고 판단하였다. 관련 법원 사건으로 대법원 2004. 3. 26. 선고 2003도7878 판결(위 헌법재판소 결정의 청구인이 같은 사실관계로 형사적으로 문제된 사안에서, 법원의 사법심사 가능성을 인정한 사례)이 있고 이에 대한 판례평석으로서 대북정책에 대한 사법심사 가능성을 긍정해야 한다는 입장으로, 통일과 헌법재판 3 - 통일에 관한 헌법이론 및 헌법재판소 결정 연구 -, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2018, 216-252면(정연주 집필부분).

106) 그밖에 국가보안법, 몰수금품 등 처리에 관한 임시특례법(북한괴뢰집단 및 그 구성원 대상), 지방세법(반출승인을 받은 담배로서 북한지역에서 취업 중인 근로자 및 북한지역 관광객에게 판매하는 담배과세 면제) 등의 규정이 있다.

107) 이러한 공권력행사가 헌법재판화된 사례로, 청구인은 헌법상 북한주민은 우리나라 국민임에도 불구하고 귀순 의사를 밝힌 북한주민 2명에 대하여 이들이 흉악범이라는 이유로 강제복송한 행위가 위헌이라고 주장하면서, 2022. 7. 22. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였는데, 헌법재판소는 청구인에게 자기 관련성을 인정할 수 없다고 보아 심판청구를 부적법 각하하였다. 헌재 2022. 8. 9. 2022헌마1072, 결정문 참조.

위헌성 심사기준으로 제시하는 ‘과잉제한금지의 원칙’을 해석하고 적용함에 있어서 남한 주민의 기본권 제한의 경우와 크게 달리 볼 이유가 없다. 당연히 남북관계의 특수성이 고려되어야 하지만 인도주의적 차원에서 북한주민의 기본권 제한이 문제되는 경우에는 재량의 영역이 축소된다고 보아야 한다. 북한당국의 억압적 통치로 인하여 북한당국의 기본적 권리의 실현이 어렵다고 하여, 남한 정부가 북한주민에 대해 과도하게 기본권 제한적인 결과를 가져오는 조치를 취하는 것이 남북관계의 특수성이라는 명분 하에 언제나 긍정될 수 있는 것은 아니다.

2) 국가에 의한 적극적 실현 - 사회권적 기본권 영역

사회권적 기본권 영역은 국가에 의한 적극적 조치를 요한다는 점에서 영토에 대한 실효적 지배 없이는 법령 등을 실제로 집행하기 어려운 경우에 해당하므로, 현실적으로 기본권 침해 여부가 문제되기 어려운 영역에 해당한다. 이는 참정권이나 청구권의 영역에서도 대체로 동일하다.

헌법재판소가 위헌성 심사기준으로 제시하는 ‘과소보호금지원칙’을 해석하고 적용함에 있어서 남한주민의 기본권 제한의 경우와 전혀 다른 이익 상황에 놓인 것으로 보아야 한다.¹⁰⁸⁾ 설령 인도주의적 차원에서 북한주민의 보호가 요청된다고 할지라도, 헌법정책적으로 북한주민을 지원하는 것을 넘어 법적 의무로서 남한 정부의 적극적 개입의 요청을 강제하기는 어렵다. 구태여 문제삼을 수 있는 경우가 있다면 북한주민의 생존과 같이 생명과 신체, 자유에 준하여 중대한 이익의 보호가 요청되면서도, 동시에 북한당국의 상황을 고려할 때 남한 정부의 실효적 개입의 가능성이 있었다고 볼 수 있는 매우 예외적인 경우에 한정될 것이다.

다만 북한 법체제 하에서의 이북지역에서의 공법관계, 예컨대 북한에서의 공민 등록, 가족관계, 사회생활관계, 기타 체제불법과 관련이 없는 공법적 관계를 부분적으로 인정함으로써 법적 안정성을 부여할 필요성을 존재한다. 이 경우 북한 법체제 자체는 헌법상의 자유민주적 기본질서와 영토조항에 반하는 것이지만, 헌법개정 등으로 다른 근거를 마련하지 않는 한 평화통일조항 및 기타 기본권조항에 근거하여 과도한 혼란을 방지하여야

108) 예컨대 우리 정부가 북한주민의 표현의 자유를 직접 제한하는 법률을 제정한 것의 위헌성과, 북한주민의 정보자유화를 적극 촉진하는 법률을 제정하지 아니한 것의 위헌성을 동등한 선상에서 판단하기는 어렵다.

할 보호필요성이 생길 수 있다. 참고로, 비록 이북지역 자체에 대한 직접적인 규율은 아니나 북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률은 보호대상자인 북한이탈주민의 학력과 자격을 북한이나 외국에서 이수한 교육과정이나 취득한 자격에 상응하는 학력, 자격으로 인정받을 수 있도록 절차를 마련하고 있고(법 제13조, 제14조), 가족관계 등록 창설이나 이혼에 있어서도 특례를 인정한다(법 제19조, 제19조의2). 이는 북한이탈주민의 기본권 보호를 위한 것이나, 간접적으로 북한주민의 공법관계를 입법에 의해 긍정하는 경우이기도 하다.¹⁰⁹⁾

한편, 장래 통일과정에서는 특히 통일헌법의 제정이나 통일합의서의 체결에 앞서 남한의 이북지역에 대한 실효적 지배가 부분적/단계적으로 회복된 경우, 비교적 기준이 명확한 자유권적 기본권 영역에 비해 사회권적 기본권 영역의 기본권 침해 여부가 훨씬 심하게 다투어질 가능성이 있다.¹¹⁰⁾ 이는 자유권적 기본권 영역의 경우 북한주민의 대량 이주와 같이 남한이나 북한사회에 지나친 혼란을 가져오는 경우 등 공익상의 이유가 명확한 경우가 아니라면 가급적 그 권리를 최대한으로 인정할 가능성이 높지만, 사회권적 기본권 영역의 경우 (통일에 인접하여 탈북한) 북한이탈주민과 북한주민 사이의 평등문제, 남한 정부의 재정상황을 고려할 경우 북한주민에 대한 (최소한의 생존에 필요한 정도를

109) 이러한 공법관계의 간접적 긍정 여부와 관련된 사례로 북한 한의사 자격불인정 위헌확인 사건이 있다 (헌재 2006. 11. 30. 2006헌마679, 판례집 18-2, 549). 동 사건에서 청구인인 탈북의료인이 주위적 청구로서 북한에서 취득한 동의사 자격을 대한민국의 한의사 자격으로 인정할 것을 요하는 취지의 민원에 대한 보건복지부장관과 국회 보건복지위원장이 한 회신, 예비적 청구로서 탈북의료인에게 국내 의료면허를 부여하는 입법을 하지 아니한 부작위에 대해서 위헌확인을 구하는 헌법소원심판을 청구하였으나, 전자의 경우 청구인의 기본권을 직접 제한하는 공권력의 행사에 해당하지 아니하여 대상적격이 흠결되어 부적법하다는 이유로, 후자의 경우 탈북의료인에게 국내 의료면허를 부여할 것인지 여부는 북한의 의학교육 실태와 탈북의료인의 의료수준, 탈북의료인의 자격증명방법 등을 고려하여 입법자가 그의 입법형성권의 범위 내에서 규율할 사항이지 헌법조문이나 헌법해석에 의하여 바로 입법자에게 국내 의료면허를 부여할 입법의무가 발생한다고 볼 수 없어 부적법하다는 이유로 심판청구 모두 각하하였다.

대상결정은 법상 탈북의료인에 대한 의료 자격의 인정에 대한 구체적인 입법상의 지침과 한계를 제시하였다는 점에서 그 의미를 발견할 수 있고, 다만 국민의 생명과 건강을 보호하는 의료행위의 특수성에 비추어 면허인정에 대해 서로 상반된 평가가 가능할 것이나 북한이탈주민의 남한사회에의 정착을 위한 국가적 차원의 보호와 지원 역시 국민의 생명과 건강과 동열의 헌법적 가치를 가진다는 입장이 제시된 바 있다(통일과 헌법재판 3 - 통일에 관한 헌법이론 및 헌법재판소 결정 연구 -, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2018, 307, 328-329면(손인혁 집필부분)).

110) 북한이 오랫동안 다소 변질되기는 하였더라도 국가의 후견적 간섭으로 개인과 가족의 삶이 지탱되어 왔기 때문에, 통일이 사회적 권리의 보장 범위와 보장 수준이 가장 심각한 문제가 될 것이라고 보는 견해(독일 역시 통일 이후 가장 심각하게 문제되었고 가장 심혈을 기울여 관리한 것이 사회보장의 문제였다고 함)로, 김선택, 통일헌법 논의의 Prolegomena, 통일법연구 제2권, 2016, 33-34면.

넘어서는) 사회권의 보장 정도 등이 문제될 수 있기 때문이다. 많은 경우 남북관계의 특수성을 근거로 북한주민의 주장을 배척할 수 있겠지만, 남한 정부의 입법해태로 북한사회에 심각한 법적 혼란이 초래되는 등 중대한 공익의 저해가 발생하거나 이와 같은 상황이 지나치게 장기화된다면 북한주민을 과소하게 보호하는 것은 아닌지 법적 의문이 제기될 가능성을 배제할 수 없다.

3) 제3자의 침해로부터의 국가의 보호 - 기본권보호의무 영역(일반사인)

국가의 기본권보호의무 이행이 문제되는 경우로는 남북한주민, 또는 제3국인에 의한 북한주민의 생명, 신체가 직접 위협받는 경우가 대표적이다. 그러나 이와 같은 기본권보호의무의 이행은 기본적으로 국가의 실효적 개입가능성을 전제로 하므로, 가상공간에서의 행위(예컨대 북한주민의 개인정보의 보호)와 같은 예외적인 경우가 아닌 한 실무적으로 문제가 될 가능성이 높지 않다. 군사분계선 이남지역의 북한주민은 북한이탈주민으로서 남한주민과 동등하게 보호하는 것으로 문제가 없다.

다만 제3국 소재 북한(이탈)주민의 경우 그 생명이나 신체에 중대한 위협이 가해질 경우, 비록 제3국에서 국가의 개입 정도 특히 외교적 조치에 한계가 있겠지만, 구체적인 사안(예컨대 제3국인으로부터 착취당하고 있던 북한주민이 제3국 소재 남한 대사관에 도움을 요청하는 경우)에 따라 보다 적극적인 기본권보호의무의 이행이 요구될 수 있다. 나아가 국내 소재 북한이탈주민의 급격한 증가로 이북지역에서 북한주민 간의 사실관계 내지 유사 법적 관계가, 북한이탈주민 간에 또는 남한주민이나 외국인 등 제3자 등을 상대로 한 법적 쟁송(예컨대 북한에서의 폭행, 사기 등의 형사사건/북한주민 간의 거래, 불법행위 등으로 인한 민사사건)으로 비화될 가능성도 상당하다. 이러한 소송은 외관은 결국 남한주민이 된 대한민국 국적자끼리의 소송이지만, 그 실질은 이북지역에서 북한주민 간의 또는 북한주민과 제3자와의 관계에서의 문제를 두고 다투는 것이다. 많은 부분 현행 헌법과 관련 법령의 해석으로 사법적 판단에 의해 해소될 수 있지만, 생명이나 신체와 같은 중대한 법익 침해로서 수차례 유사한 사건이 반복되는 경우에는 과소한 보호로 판단될 여지가 있을 경우 국가의 보호가 의무로서 강제될 가능성이 없는 것은 아니다.

헌법재판소가 국가의 기본권보호의무 위반의 위헌성 심사기준으로 제시하는 ‘과소보호금지의 원칙’을 해석하고 적용함에 있어서도 남한주민의 기본권을 보호하는 경우와 구

별되는 특수성을 반영하여야 할 것이다.¹¹¹⁾ 이에 따라 북한주민에 대한 기본권보호의무는 현실적인 상황을 고려하여 실질적으로 남한주민에 대한 기본권보호의무에 비하여 보다 완화된 심사기준이 적용될 수 있다.¹¹²⁾

4) 체제불법으로부터의 국가의 보호 - 기본권보호의무 영역(북한당국)

북한당국에 의한 불법적 침해에 관해서도 주로 국가의 기본권보호의무 차원에서 다루어질 수 있다. 특히 체제불법은 남한 정부나 사인에 의한 기본권 침해가 아니라, 북한이라는 특수한 법체제 하에서 일단 적법한 것으로 보이거나 체제붕괴 후 평가될만한 조직적, 구조적 불법행위를 말하는데, 우리 헌법상 기본권을 침해하는 정도가 중대한 경우에는 통상 이에 해당할 수 있다.

그러나 이북지역의 북한주민에 대해서는 북한당국이 실효적 지배를 하고 있으므로, 북한 체제의 전면 붕괴, 변화 등으로 인하여 우리 정부가 실효적 개입이 가능해지기 전까지는 체제불법 피해자를 구제하지 않는다고 하여 기본권보호의무 위반이라고 판단하기는 어려울 것이다. 우리 정부가 체제불법으로 인해 기본권을 침해받은 북한주민에 대해서 아무런 의무도 부담하지 않는 것은 아니겠지만, 북한당국의 존재와 관계없이 직접 체제불법 피해자의 생명 등을 구할 수 있는 예외적인 경우가 아니라면 그로부터 헌법상 구체적인 의무를 도출하기는 쉽지 않다. 물론 헌법적 의무강제가 불가능하다고 하여 헌법정책적인 접근까지 배제하는 것은 아니다.

참고로, 헌법재판소는 전시납북자 보상입법의 부작위 위헌확인 사건¹¹³⁾에서 전시납북자 등에 관한 보상법 제정에 관하여 헌법의 명시적 입법 의무 부과가 없음은 물론 헌법해석상 이는 광범위한 입법재량 사안에 해당하는데, ‘전시납북자는 전시라는 특수한 상황에서 국가의 공권력이 유효하게 행사될 수 없었던 시기에 납북된 자들로서 전쟁이라는 국가적 비상사태에 국가가 자국민의 납치를 막지 못한 것은 어느 정도 불가항력적인 상

111) 이효원, 통일법의 이해, 박영사, 2014, 210면.

112) 이효원, 통일법의 이해, 박영사, 2014, 211면.

113) 헌재 2022. 8. 31. 2019헌마1331, 판례집 34-2, 226. 해당 사안에서 청구인들인 6·25전쟁 중 본인의 의사에 반하여 북한에 의하여 강제로 납북되어 북한에 억류 또는 거주하게 된 자(이하 “전시납북자”라고 함)의 직계비속 또는 형제자매가 전후납북자에 관해서는 ‘군사정전에 관한 협정 체결 이후 납북 피해자의 보상 및 지원에 관한 법률에서 보상 및 지원 규정을 두고 있으나, 전시납북자에 대해서는 그러한 법률을 제정하지 아니한 입법부작위가 청구인들의 평등권 등을 침해한다고 주장하였다.

황임을 부인하기 어려우므로, 정책적으로 바람직한 것은 별개로 그러한 입법이 헌법상 의무로 강제된다고 보기는 어렵다고 보아 청구인들의 심판청구를 부적법 각하한 바 있다.¹¹⁴⁾ 다른 유형의 기본권 보호 문제와 달리, 체제불법에 대해서는 위와 같은 특수한 상황으로서 우리 정부의 공권력이 유효하게 행사될 수 있게 되기 전까지는 구체적인 기본권보호의무를 도출함에 있어 한계가 있고, 많은 부분이 고도의 정책적 판단 부분에 놓여 있다고 볼 수밖에 없다.

4. 관련 헌법재판소 결정례 검토

이하에서는 북한주민의 기본권 제한이 문제될 여지가 있었던 헌법재판소 결정례를 살펴본다. 여기서의 사례는 북한주민을 대상으로 하는 법률은 아니나, 북한주민의 기본권 제한과 실현에 직접 또는 간접적으로 영향을 미칠 수 있는 법률 내지 공권력행사에 관한 것이다.

가. 남북관계 발전에 관한 법률 일부 개정법률 위헌확인 등¹¹⁵⁾

2020년 12월 29일 남북관계 발전에 관한 법률에서 남북합의서 위반행위 금지조항이 신설되면서, 누구든지 군사분계선 일대에서의 북한에 대한 확성기 방송, 군사분계선 일대에서의 북한에 대한 시각매개물(게시물) 게시, 전단등¹¹⁶⁾ 살포 등의 행위를 하여 국민의 생명·신체에 위해를 끼치거나 심각한 위협을 발생시켜서 아니 된다고 하고, 이를 위반한 자에 대하여 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금을 규정하게 되었다(남북관계 발전에 관한 법률 제24조, 제25조).¹¹⁷⁾

114) 과거 북한 관련 모든 인권침해 문제에 관하여 국가가 헌법적 보호의무를 이행해야 한다고 해석하기 어려우므로 위 판시내용은 타당하다고 사료된다.

115) 헌재 2023. 9. 26. 2020헌마1724등, 공보 324, 1505.

116) 전단, 물품(광고선전물·인쇄물·보조기역장치 등을 포함한다), 금전 또는 그 밖의 재산상 이익을 말한다(남북관계 발전에 관한 법률 제4조 제5호).

117) 한편, 대통령은 남북관계에 중대한 변화가 발생하거나 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요하다고 판단될 경우에는 기간을 정하여 남북합의서의 효력의 전부 또는 일부를 정지시킬 수 있다(남북관계 발전에 관한 법률 제23조 제2항). 국회의 체결·비준 동의를 얻은 남북합의서의 효력정지에 대해서는 국회의 동의도 얻어야 한다(남북관계 발전에 관한 법률 제23조 제3항).

하지만 2023년 9월 26일 헌법재판소가 위 법 제24조 제1항 제3호, 제25조 중 제24조 제1항 제3호에 관한 부분은 모두 헌법에 위반된다고 결정함에 따라 해당 부분은 법적 효력을 상실하게 되었다.¹¹⁸⁾ 비록 해당 결정에서 청구인들의 직접적인 인적 관련성 부재로 자세히 다루어지지 않는 아니하였으나, 위 남북관계 발전에 관한 법률 해당 조항은 이미 북한 법체제 하에 사실상 금지되어 있는 북한주민의 알 권리(또는 표현의 자유)를 남한 법률에 의해 재차 제한한다는 점에서도 문제될 소지가 있었다.

나. 남북교류협력에 관한 법률 제9조 제3항 위헌소원¹¹⁹⁾

청구인인 민주사회를 위한 변호사모임이 북한주민의 기아해결을 돕기 위하여 북한에 쌀 또는 현금을 보내고자 통일부에 남북교류협력에 관한 법률 제9조에 따라 북한주민접촉신청을 하였으나, 통일부장관은 같은 해 위 신청이 민간차원의 대북지원에 관한 정부 방침에 어긋난다는 이유로 이를 불허하자 위 불허처분의 근거법률에 대해 위헌소원을 한 사안이다.

헌법재판소는 북한주민과의 접촉이 그 과정에서 불필요한 마찰과 오해를 유발하여 긴장이 조성되거나, 무절제한 경쟁적 접촉으로 남북한간의 원만한 협력관계에 나쁜 영향을 미칠 수도 있으며, 북한의 정치적 목적에 이용되거나 국가의 안전보장이나 자유민주적 기본질서에 부정적인 영향을 미치는 통로로 이용될 가능성도 완전히 배제할 수 없으므로 통일부장관이 북한주민 등과의 접촉을 원하는 자로부터 승인신청을 받아 구체적인 내용을 검토하여 승인 여부를 결정하는 절차는 현 단계에서는 불가피하여 헌법에 위배된다고 볼 수 없다고 판시하였다.

위의 사실관계에 한정하여 볼 때 헌법재판소의 판단은 일응 타당성이 있다고 사료된다. 그러나 가족 간의 인도주의적 차원에서의 접촉이나 이북지역으로부터 탈출을 목적으로 한 접촉까지도 별도 승인을 필요로 보는 관점의 경우, 남한주민에 대한 기본권 제한

118) 헌재 2023. 9. 26. 2020헌마1724등, 결정문[위헌]. 법정의견은 해당 입법의 목적의 정당성은 인정되나, ‘표현의 상대방’이 가지는 특별한 의미 등을 고려할 때 청구인들의 표현의 자유에 대한 매우 증대한 제한이 발생하므로 과잉금지원칙을 위반하여 이를 침해한다고 보았다. 위헌의견 중 일부는 책임주의 원칙 위반을 문제삼기도 하였다. 참고로, 헌법재판소는 해당 결정에서 이적단체 가입과 찬양, 고무 행위를 금지하는 등의 국가보안법 조항은 헌법에 위배되지 않는다고 판단하였다.

119) 헌재 2000. 7. 20. 98헌바63, 판례집 12-2, 52 이하.

이상으로 북한주민의 기본권을 제한할 수 있으므로 헌법적 정당화에 보다 어려움이 있을 수 있다. 같은 쟁점은 ‘이적성’을 근거로 처벌하는 국가보안법상의 각종 금지행위에 관해서도 유사하게 문제될 수 있다. 국가보안법 자체에 관한 위헌 논란 문제와는 별개로, 북한주민은 태생적으로 북한 법체제 하에서 살아가면서 이적행위를 할 수밖에 없다는 점을 고려하면, 관련 조항을 가급적 좁게 해석하여 적용하지 않는 한 인도주의적 차원에서 보장되어야 하는 북한주민의 기본권을 과도하게 제한하는 결과가 될 수 있기 때문이다.

다. 북한인권법의 입법부작위 위헌확인¹²⁰⁾

북한인권법은 제정 이전인 2013년 북한이탈주민(일부는 가족이 북한 내 정치범수용소에 억류되어 있음) 및 시민단체들을 중심으로 ‘북한주민 등에 대한 인권유린의 증거조사 및 기록보존을 위한 제도적 장치를 마련하고, 인권유린의 중단 및 예방조치를 강구하기 위한 법률’, 이른바 ‘북한인권법’을 제정하지 아니한 입법부작위가 청구인들의 기본권을 침해한다고 주장한다고 하며 그 위헌확인을 구하는 헌법소원심판을 청구한 바 있다. 헌법재판소는 사건 계속 중 국회에서 북한인권법을 제정하여 심판청구의 권리보호이익이 소멸되었고 달리 헌법적 해명의 필요성도 찾아보기 어렵다고 보아 심판청구가 부적법하므로 전원일치의 의견으로 이를 각하하였다.

위와 같은 결론은 타당하다고 생각된다. 통일부 등 우리 정부가 북한주민의 기본권침해 상황에 관하여 정보수집, 보존, 인권유린 중단을 위한 각종 조치를 최소한으로 강구하고 있다면 반드시 이를 “법률”의 형식으로 제정해야만 할 헌법적 의무를 도출할 수 없기 때문이다. 입법부작위에 대하여 ‘구체적으로’ 증거조사, 기록보존, 중단예방조치 강구를 요청할 수 있는 것도 아닐뿐더러, 그것이 인과적으로 생명침해, 신체의 훼손 등의 결과와 관련성을 가지는 경우에 해당하지 않기도 하다. 남북관계의 특수성과 이북지역에의 실효적 통제가 불가능하다는 점을 함께 고려해보면 더욱 그러하다.

그러나 위와 같은 판시에 문제가 없는 것은 아니다. 헌법재판소는 북한인권법이 제정되어 권리보호이익이 소멸되었다는 것을 각하 이유로 삼았으나, 그 이전에 자기관련성이 있는지 여부부터 판단하여 그 적법요건이 갖추어지지 아니하였다고 판시하였어야 함이

120) 헌재 2016. 4. 28. 2013헌마266, 결정문.

옳다. 만약 권리보호이익의 소멸을 이유로 삼을 것이었다면, 청구인들이 국가에 대하여 요청할 수 있는 기본권보호의 구체적인 내용이 무엇이고(정보수집 등의 구체적인 조치를 요할 수 있었을지 의문임), 이러한 내용이 제정된 북한인권법과 정확히 일치하였는지를 따져보고 권리보호이익이 없다는 판단을 내리는 것이 타당했을 것으로 사료된다. 마지막으로 과연 헌법적 해명의 필요성이 없는 사안에 해당하는지 여부에 대해서도 이견이 있을 수 있다.

5. 소결

이 장에서는 이북지역에 우리 헌법이 적용된다는 것을 전제로, 헌법해석에 의한 북한주민의 보호방안에 대해서 살펴보았다. 북한주민의 자유권적 기본권의 제한이 문제되어 국가의 소극적 태도가 요청되는 경우에는 이러한 방안이 헌법적 보호에 상당히 유효할 수 있고, 다른 경우에도 남한의 실효적 개입이 가능해진다면 이론상 헌법적 보호가 가능할 수 있다. 그러나 동시에 오로지 헌법해석에 의해서는 북한주민에 대한 보호가 충분하지 않을 수 있다는 점도 확인할 수 있었다.

IV. 헌법정책적 보호 - 북한인권법의 개선방안을 중심으로

1. 서론

II장에서 북한주민의 인권침해 관련 헌법적 쟁점들을 정리하면서 헌법에 의한 북한주민의 보호 가능성을, III장에서 구체적인 사안에서 헌법의 해석에 의존한 북한주민의 헌법적 보호방안을 검토해보았다면, 이 장에서는 헌법정책적 측면에서 북한주민의 보호에 관한 사항을 살펴볼 것이다. 우리 정부는 북한이탈주민에 대해서는 북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률을 필두로 하여 다양한 방식으로 기본권을 신장하기 위한 정책을 시행하고 있으나, 북한주민에 대해서는 상대적으로 적극적인 법집행에 나서지 못하였다. 그 이유로는 정부 정책이 북한주민에게 직접 영향을 주기 어려운 점(실효적 지배의 부재), 통일정책의 차원에서 대북관계를 고려한 고도의 정책적 판단이 요구된다는 점, 북한에 대한 내정간섭이 되고 인권정책이 역으로 북한주민의 인권을 저해할 우려가 있다는 점 등이 있다.¹²¹⁾

우리 헌법의 효력이 이북지역에도 미치고 북한주민을 대한민국 국민(또는 장래 통일국가의 국가의 구성원으로서 잠재적 국민 내지 외국인)으로 볼 수 있다는 입장을 취한다면, 북한주민 역시 일반적인 대한민국 국민과 마찬가지로 그 헌법상의 기본적 인권을 향유한다.¹²²⁾ 이와 관련하여 앞서 국가의 의무를 (i) 자유권적 기본권 측면에서의 부작위의무, (ii) 사회권적 기본권 측면에서 적극적 실현의무, (iii) 일반 사인 또는 (iv) 북한당국으로부터의 불법적 침해배제의무로 나누어 보았다. 북한인권법의 입법부작위 위헌확인소송에서 살펴본 바와 같이 모든 사안에서 헌법소송에 의해 이러한 의무의 이행을 강제하기에는 법리적인 한계가 있다. 그러나 헌법정책적 차원에서 북한주민에 대한 보호를 시도하는 것은 충분히 가능한 일이다.

121) 그러나 과연 정부 정책이 언제나 북한주민의 인권 상황에 직접 영향을 주지 않는지, 기본권 침해가 문제되는 인도주의적 사안 역시도 정책적 판단의 대상으로 보아야 할 것인지, 모든 북한인권정책이 역으로 북한주민의 인권을 저해하는 결과를 가져오는지는 의문이다.

122) 설령 그와 같은 입장을 취하지 않더라도 북한주민이 인간으로서 가장 기본적인 자유와 권리를 누린다는 점, 남한이 통일국가의 구성원인 북한주민에 대해 특별한 의무를 부담할 수 있다는 점까지 부정하기는 어려울 것이다.

국내에서도 2016년 처음으로 북한인권법이 제정되면서 대북인권정책의 법제화 시도가 이루어졌는데, 동법은 간접적이거나 북한주민의 기본적 인권 특히 ‘자유권’과 ‘생존권’을 확인하는 한편, 국가의 기본권보호의무 이행의 일환으로서 북한당국에 의한 불법적 침해 상황의 개선하는 조치를 규율하고 있다는 점에서 특별한 의미가 있었다. 나아가 북한인권법상의 개별 규율은 일부 정치적 타협의 산물이기도 하지만 많은 경우 북한주민의 보호에 관한 헌법해석론을 반영한 것이기도 하다. 그러나 북한인권법은 제정 이후 여러 난관에 부딪히면서 실효성 확보에 한계를 보이고 있는데, 그 보호방안에 대해 헌법해석상 여러 개선안을 제시해볼 수 있다.

북한인권법의 개선을 통한 북한주민의 보호방안에 관해서는 다음의 순서로 살펴볼 것이다. 우선 현행 북한인권법에 관한 전반적인 사항을 개괄할 것인데, 북한인권법의 의의 및 기능, 제정배경, 경과 및 개정 논의, 주요내용 및 특징, 미국과 일본을 중심으로 한 비교법적 검토의 순으로 살펴볼 것이다. 다음으로 북한인권법의 개별 조항 17개조와 하위법령을 하나하나 검토하면서 그 정비방향을 논의할 것이다. 마지막으로 북한인권법에 기존에는 없는 새로운 조항을 만들어야 한다는 의견을 상정할 수 있어 이를 살펴볼 것이다.

2. 현행 북한인권법 개관

가. 의의 및 기능

북한인권법(법률 제14070호, North Korean Human Rights Act)은 2016년 3월 3일 제정, 2016년 9월 4일부터 시행된 법률이다. 북한인권법은 여러 북한인권 단체의 보고서에서 확인되는 바와 같이 북한주민이 “인간으로서 누려야 할 최소한의 자유권적 기본권조차 보장받지 못하고” 경제적으로도 “어린이, 노약자의 생존에 필수적인 식량, 의약품 등의 부족으로 건강과 생명에 위협을 받는 등 생존권적 기본권”도 매우 심각하게 위협받고 있는 정을 고려하여, “북한주민의 자유권적 기본권과 생존권적 기본권을 보호하기 위하여 다양한 제도와 장치를 마련함으로써 북한주민의 실질적인 인권 보호 및 증진을 이끌어내기 위”한 것이라고 법 제정의도를 설명하였다.

북한인권법에 관해서는 그 제정과정에서도 ① 인권의 보편적 가치성에 대한 충실, ②

헌법적 명령(북한주민의 인권개선을 위한 법제도적 장치 마련에 관한 헌법적 의무 및 자유민주적 기본질서에 입각한 평화통일 의무) 외에도 ③ 법치주의의 요구 수용, ④ 국제사회(특히 유엔)의 요청에 부응, ⑤ 정책적 일관성 확보(안정적 대북 인권정책에 대한 입법적 뒷받침) 등의 필요성과 당위성이 논의된 바 있다.¹²³⁾

비록 북한인권법은 보편적 인권론에 입각하여 북한이 가입하여 국제법적 효력이 있는 국제규약상의 인권 개념을 원용하고 있기는 하나, 기본적으로 대한민국 헌법에 직접 근거하여 제정된 실정법이다. 북한인권법은 현재 북한주민이 처해있는 반인권적 현실 상황과 이북지역에 대한 우리 정부의 실효적 지배의 한계를 동시에 고려하여 인권을 매개로 북한주민의 기본권의 최대 보장이라는 헌법적 원리를 실천함과 동시에, 향후 평화통일의 과정을 염두에 두고 단계적으로 과도한 기본권 제한을 해제해나가는 기능을 수행한다.

나. 제정배경, 경과 및 개정 논의

북한주민의 인권문제는 1990년대 북한 내부의 실상이 부분적이거나 공개되면서 국내 외적으로 공론화되기 시작하였다. 특히 유엔에서는 1997년 처음으로 북한인권 문제가 논의된 이래 지속적으로 북한인권 결의를 채택하여 왔고, 특히 2014년과 2015년에는 유엔 북한인권조사위원회의 북한인권보고서 발표와 유엔 총회의 규탄 결의가 채택되는 등 국제사회의 압력이 강화되었다. 이와 같은 흐름 속에서 국내에서의 북한인권 관련 논의 역시 자연스럽게 활성화되면서 본격적인 입론으로 이어졌고, 결국 2016년에 이르러서 북한인권법을 제정되었다.

그러나 북한인권법은 입법 이전부터 북한주민 인권문제에 관한 정치권의 현격한 인식차, 남북관계 악화의 우려 및 유연한 대북정책의 수립과 실행가능성 저해, 법 자체의 현실적 집행력 한계로 인한 법제정 실효성 의문 등의 암초에 부딪혀 2005년 최초로 국회에서 발의된 이후 무려 11년간 입법되지 못한 배경을 가지고 있다.¹²⁴⁾ 특히 북한인권법을

123) 제성호, 북한인권법 제정의 필요성·당위성과 입법 추진방향, 북한인권 관련 법안에 대한 공청회, 제 316회 국회 임시회 공청회 자료집, 국회 외교통일위원회, 2013, 27-30면.

124) 입법과정에서 북한정부의 긍정적 반응을 이끌어 내기 위해 북한을 일방적으로 대상화하지 않는 한편 남북간 협력이 요청된다는 점을 감안하여 법안명을 “남북인권협력법” 또는 “남북 인도주의 협력에 관한 법”으로 고치는 것을 검토해 볼 수 있다는 입장도 제시되었다. 서보혁, 북한인권법 공청회 진술, 북한인권 관련 법안에 대한 공청회, 제316회 국회 임시회 공청회 자료집, 국회 외교통일위원회, 2013, 23면. 참고로, 제21대 국회 이재정 의원안(의안번호 제2113466호) 역시 이와 같은 취지에서 범명, 목적 등에

둘러싼 정쟁은 근본적으로 북한인권 문제를 둘러싼 견해의 차이에서 비롯된 것이다. 과거 인권침해의 원인 내지 책임소재를 북한지배체제와 경제의 폐쇄적, 독재적, 체제 모순적 속성(내부)에서 찾으려는 시각과 서방의 경제재제, 사회주의적권 무역의 붕괴 등 비우호적 대외환경(외부)에서 찾으려는 시각이 맞선 바 있고,¹²⁵⁾ 정책적으로도 남북관계 발전에 강조점을 두되 대북 인권정책에는 소극적인 기초와, 보편적 인권관에 기초하여 양자적 차원에서 북한인권 문제에 대해 명시적으로, 다자적 차원에서 국제결의에 적극 참여하는 기초가 대립된 바 있다.¹²⁶⁾

이에 북한인권법안이 처음 발의된 2005년 이래 제17대 국회(2004-2008)에서 3건, 제18대 국회(2008-2012)에서 5건, 제19대 국회(2012-2016)에서 11건의 법안이 발의되었음에도 번번이 입법이 무산되었다. 이후 유엔의 보고서 발표 및 규탄 결의 채택 등 국제사회의 압박이 눈에 띄게 강해지자, 2016년 국회 외교통일위원회가 제19대 국회의 11건의 법안을 병합 심사하여 위원회 차원의 대안을 마련한 뒤에야 법안이 국회를 비로소 통과되었다.

이후 제20대, 제21대 국회에서 상당수의 개정안이 발의되었으나 아직까지 재차 개정이 이루어진 적은 없다.

한편, 북한인권법은 현재까지도 핵심기구인 북한인권재단이 구성되지 않는 등 입법에도 불구하고 실제 시행에서 진통을 겪고 있다.

다. 주요내용 및 특징

북한인권법은 단 17개조로 구성된 비교적 단출한 법률이다. 법 제1조 내지 제4조에서는 목적, 기본원칙 및 국가의 책무, 정의, 다른 법률과의 관계에 규정한다. 이러한 사항은

서 남북인권협력사업이라는 점을 강조하고 남북인권대화 역시 실질적으로 그러한 내용을 추구하는 방향으로 하는 개정안을 제시하였다.

125) 우승지, 북한 인권문제 연구의 쟁점과 과제, 국제정치논총 제46권 제3호, 2006, 196-198면. 내부론은 사회주의 경제체제의 모순, 정권의 차별적 식량배분에서 원인을 찾지만, 외부론은 비우호적인 대외환경에서 스스로의 생존을 위해 폐쇄적이고 자립적인 정치, 경제체제를 구축하게 되었다고 한다. 이에 대해 비생산적인 이분법을 지양하고 북한인권 상황의 악화 요인의 다양성을 보자는 의견도 대두되었다고 한다.

126) 한동호, 한국의 대북 인권정책 연구, 통일연구원 북한인권연구센터, 2014, 23-38면 참조. 이는 지난 정권인 문재인 정부와 현 정권인 윤석열 정부의 대북정책에서도 그대로 나타났다.

보통 형식적인 요소에 그치는 경우가 많으나, 북한인권법의 해당 부분은 헌법상 북한과 북한주민의 법적 지위, 그리고 통일정책의 중핵이 되는 내용들이 이에 포함되어 있다. 북한인권법의 핵심 내용은 제5조 내지 제13조에 규정되어 있는데, 법률규정을 근거로 한 북한인권정책의 수립, 남북인권대화 추진, 인도적 지원, 국제협력, 북한인권재단과 북한인권기록센터 및 보존소의 운영이 이에 해당된다. 이외에 법 제14조, 제15조에서 관련 기관 등의 협조, 국회 보고에 관한 사항을, 제16조, 제17조에서 벌칙 적용에서 공무원의 제, 벌칙에 대해서 규정한다.

북한인권법의 특징은 다음과 같다. 첫째, 북한인권법은 단순히 제3의 외국에서의 보편적 인권실현을 지향하는 것을 넘어 헌법상 영토 내에서 평화통일을 염두에 두고 북한주민의 인권향상을 추구한다는 점에서 통일법의 일종이다. 또한 장래 통일과정에서의 북한주민의 기본권 보호와 관련된 가장 기초적이면서도 초기 단계의 규율을 의도한다는 점에서 실질적인 의미에서는 통일헌법의 기초법적 성격을 가진다. 이는 통일을 전제로 하지 않는 다른 비교법적 사례와 가장 차별화되는 요소이다.

둘째, 북한인권법은 국내 정치상황 및 북한과의 관계 등을 종합적으로 고려하여 탄생한 정치적 타협의 산물이다. 이에 북한인권법은 불가피하게 “증진”, “생활의 근거” 등 애매모호한 표현의 사용, “인권”, “국제인권규약” 등을 매개로 한 간접적 권리 확인, 별도 비정부조직을 통한 인권보호활동 추진, 노력의무 위주의 규율방식을 취할 수밖에 없었던 것으로 보인다. 규율내용 역시 간접적으로 국가의 기본권보호의무의 이행을 촉진하는 측면에 치우쳐져 있다. 그러나 그동안의 법제가 남북교류협력과 반국가단체에 관한 규율 어느 한 쪽으로의 취급에 치중되어 있었을 뿐 북한주민의 권익은 상대적으로 경시되는 경향이 있었고, 국가의 보호 역시 주로 국내에 입국한 북한이탈주민에 치중되어 있었다는 점을 고려하면 이념과 사상을 초월하여 보다 적극적인 국가의 보호에 대한 합의에 이른 것은 특별한 의미가 있다.

셋째, 북한인권법은 영토조항과 평화통일조항을 매개로 북한지역에서의 기본권에 관한 근본규범을 법률의 형태로 구체화한 것이다. 북한인권법은 유엔 세계인권선언 등 국제인권규약에 근거한 자유권 및 생존권을 추구할 것을 명시함으로써, 북한주민에게 보장되는 최소한의 권리의 실체적 내용을 간접적으로 확인하는 법률이다(북한인권법 제1조). 북한주민이 우리 헌법에 의해 보호의 대상이 된다는 것은 헌법해석 및 그간의 실무에 의해 당연할 수 있으나, 이러한 사실이 법제화된 예는 거의 없다. 비록 기본권이 아닌 인권을

매개로 하고 있으나, 북한인권법은 제2조 제1항에서 북한주민이 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권을 가진다고 명시하여 헌법상 기본권과의 연계 가능성을 남겨두었다.

넷째, 북한인권법은 적용대상인 북한주민의 범위를 스스로 규정함과 동시에 군사분계선 이북지역에 생활의 근거를 둔 북한주민에 대한 직접적인 법적용을 명시한 소수의 법률 중 하나이다(북한인권법 제3조). 기본권보장의 내용 중 국가의 기본권보호의무가 구체화된 경우에 해당한다. 그러나 국가에 대하여 기본권 실현을 위한 구체적 조치를 강제하도록 하는 내용은 포함되어 있지 않고, 이 점 역시 비교법적으로 구분되는 규율 방향성 중 하나이다.

다섯째, 북한인권법은 조직법적 성격이 강하고, 일부 절차법적 내용도 포함되어 있다. 전자와 관련된 북한인권법의 핵심내용은 북한인권증진자문위원회와 북한인권재단의 구성을 통한 북한인권증진정책의 계획과 집행(북한인권법 제5조, 제6조, 제10조 내지 제12조, 제16조), 그리고 북한인권기록센터의 운영을 통한 북한주민의 인권상황 및 인권증진을 위한 정보의 수집·기록이다(북한인권법 제13조). 후자와 관련된 것은 남북인권대화의 추진, 인도적 지원 등에 관한 규정이다(북한인권법 제7조 내지 제9조).

라. 비교법적 검토

1) 미국

미국은 2004년 한시법으로서 북한인권법(North Korean Human Rights Act of 2004(H.R. 4011))을 제정, 시행한 바 있다. 이후 미국은 2008년, 2012년, 2018년 약 5년 간격으로 총 3차례에 걸쳐 북한인권법의 연장안을 통과시켰으나, 동법은 2022년 9월 30일 기간만료로 종료된 이래 현재까지 법시행이 연장되지 못하고 있는 상황이다.¹²⁷⁾ 이로 인해 미

127) 미 상원에 이어 하원서도 2022년 9월 만료된 북한인권법(대북 방송, 인도적 지원, 민주주의 프로그램 등)을 연장하는 재승인 법안이 발의되어 무난히 통과될 것으로 당초 예상되었다. 그러나 미국 의회 내부 정치 문제로 인해 법안 통과가 지연되고 있다고 하며, 이로 인하여 북한인권 연구, 기록 단체의 지원금에도 악영향이 있을 것 이라고 한다. “미 상원 이어 하원서도 북한인권법 재승인법 발의”, 연합뉴스, 2023. 4. 29. 수정, 2023. 10. 1. 접속, <https://www.yna.co.kr/view/AKR20230429031100009?input=1195m>; “미 의회 ‘북한인권법’ 연장 지연 2년째...“관련 예산 지원 빠듯해질 것””, VOA, 2023. 10. 3. 수정, 2023. 10. 1. 접속, <https://www.voakorea.com/a/7293894.html>; “美의회 올해도 北인권법 재승인안 처리 불발...입법 공백 15개월”, 연합뉴스, 2023. 12. 29. 수정, 2024. 1. 3. 접속, <https://www.yna.co.kr/view/AKR20231229001600071> 참조.

국의 북한인권법이 후일 일본과 우리의 북한인권법의 제정에 영향을 미쳤음에도, 현재 북한인권에 대한 미국 정부의 정책집행 의지가 약화되었다는 평가도 제기되고 있다.

미국 북한인권법은 북한주민 및 북한이탈주민의 인권 보호와 인도적 지원, 북한 내외로의 정보 자유화 촉진, 남북의 민주적, 평화적 통일 등을 목적으로 제정되었다. 그 제정 배경으로 북한당국에 대해 “김정일의 절대 통치하 심각한 인권침해를 자행하는 독재국가”라고 조사결과를 규정한 바 있다.¹²⁸⁾ 동 법은 북한주민의 인권문제에 관한 조사결과를 기초로, ① 북한주민에 대한 인권조치의 일환으로 라디오 방송, 북한인권담당특별보고관의 활동 촉구, 북한인권특사 임명 등 북한 내 인권, 민주주의, 시장을 육성하는 민간 비영리단체의 프로그램 지원(Title I - Promoting the Human Rights of North Koreans), ② 북한주민을 상대로 한 조건부¹²⁹⁾ 인도적 지원(정치적, 군사적 전용 배제, 취약계층 지원 극대화, 투명성 제고, 북한이탈주민 지원 중간 개인 또는 단체에 대한 지원, 다른 국가 및 단체에 대한 권고 등. Title II - Assisting North Koreans in Need), ③ 북한이탈주민의 탈북, 강제송환, 중국 등 제3국에서의 유엔직원 접촉 및 중국의 조치, 미국 입북자 및 시민권자와의 관계 등에 관한 보고를 포함하여 북한난민에 대한 보호조치(Title III - Protecting North Korean Refugees)¹³⁰⁾ 등을 주요 내용으로 하였다.

이후 재승인(reauthorization)된 연장안은 대체로 위와 같은 틀을 기본으로 일부 실효성을 제고하기 위한 조치가 추가되었다. 그 주요 내용은 추가 보조금 승인, 대북 정보 유입을 위한 휴대용저장장치(USB), 음성, 영상 재생기, 휴대폰, 무선인터넷, 웹페이지 등 전자매체의 활용 및 대중문화의 유입 조치 추가, 북한인권특사의 책임과 의무 확대 및 정부의 중국과 동남아 등에서의 북한이탈주민 적극 보호 등이었다. 특히 마지막 재연장에서는 미국 정부가 북한주민에게 최신의 정보통신 기술을 활용하여 외부 세계의 정보를 제공하는 노력을 우선적으로 추진하는 한편, 유엔인권고등판무관실은 북한 인권개선을 위해 주도적 역할을 해야 하며, 특히 미국은 중국으로 도망친 북한이탈주민이 직면한 강

참고로, 최근 캐나다 의회에서도 북한인권특사 신설과 탈북민들의 난민 지위 신청 촉진 등의 내용이 담긴 북한인권법 입법안이 상정되었다. “캐나다 하원, 북한인권법 동의안 상정…북한인권특사 신설 포함”, VOA, 2023. 9. 30. 수정, 2023. 10. 1. 접속, <https://www.voakorea.com/a/7290847.html>.

128) 이승열, 미국 실행정부의 북한인권 관련 입법정책 전망과 시사점, 외국입법 동향과 분석 제72호, 국회입법조사처, 2020, 2면,

129) 북한당국에 대한 지원은 기본적인 인권의 존중, 보호, 가족 결합 허용, 남북자 정보 공개 및 귀국 허용, 강제수용소 등의 개혁 및 개선 상황 보고서 제출 등을 조건으로 한다.

130) 북한주민이 대한민국 국민이라는 법적 지위는 북한이탈주민이 미국 내 난민지위나 망명자격을 획득하는 것을 저해하지 아니하고, 중요 정보 제공자에게는 영주권이 부여될 수 있다.

제송환을 막기 위한 중국의 태도 변화를 촉구할 필요가 있음을 밝혔다.¹³¹⁾

미국 북한인권법은 북한의 핵문제 해결 시도로 상대적으로 경시된 북한인권문제의 해결 및 공론화를 목적으로 제정된 것이나, 북한이탈주민을 수용할 법적 근거를 마련하고 관련 절차를 처리한다는 의미가 강하며 북한에 대한 인도적 또는 정부간 원조를 북한 내 인권상황과 엄격히 연계시킨 점을 그 특징으로 한다.¹³²⁾ 법시행 직후에는 향후 추이를 보아야 하나 국제사회의 북한인권 논의가 한층 힘을 얻게 된 한편, 특히 중국의 입장에서 국제사회의 압박으로 여러 전망이 가능하나 미국의 정책적 입장이 얼마나 강하느냐에 따라 변화의 폭이 달라질 것이라는 견해도 있었다.¹³³⁾ 나아가 북한인권법이 실제적용상의 문제점으로 인도적 지원국을 압박하고, 중국, 북한과의 외교적 마찰을 초래하는 한편, 인권개선의 실효성 없이 기간이 연장되었다는 평가,¹³⁴⁾ 북한인권법이 북한에 대한 압박으로 북한인권 문제를 풀기 위한 근거법으로 마련되었으나 본질적으로 개선하지는 못했고 북한과 갈등을 초래했으며 다만 북한이탈주민 지원의 측면에서는 부분적인 성과가 있었다는 견해도 있었다.¹³⁵⁾

2) 일본

일본은 2006년 “납치 문제 및 기타 북한 당국에 의한 인권침해문제에의 대처에 관한 법률”(拉致問題その他北朝鮮当局による人権侵害問題への対処に関する法律, 이른바 일본 북한인권법)을 제정하여 7개 조항으로 일본인 납북자 문제를 중심으로 국가 및 지방공공단체의 책무, 북한인권침해문제 계발, 국회 보고, 국제 연계 강화 등을 규율하는 한편, 인권침해상황 미개선시 대북조치(입항금지 조치, 외국환 및 외국무역법상의 조치)

131) 이승열, 미국 신행정부의 북한인권 관련 입법정책 전망과 시사점, 외국입법 동향과 분석 제72호, 국회 입법조사처, 2020, 4-5면.

132) 제성호, [이달의 초점] 미국의 북한인권법안 통과 의미와 전망 - 탈북자, 북한 주민들의 인권보호 목적, 북한 제2004년 9월호(통권 제393호), 2004, 38면; 서보혁, 한·미·일 3국의 북한인권법 비교 연구, 담론201 제19권 제4호(통권 제64호), 2016, 67면 이하는 북한인권법의 특징으로 북한 원조와 북한 당국의 인권보호 조치 연계, 북한주민의 외부 정보 접근성 증진, 북한이탈주민 지원으로 정리한다.

133) 박광득, 미국 북한인권법에 대한 중국의 대응과 전망 -탈북자 문제를 중심으로-, 대한정치학회보 제13권 제3호, 2006, 68-74면. 북한이탈주민의 강제송환 문제와 관련된 중국의 대응은 지금까지도 개선되고 있지 아니하다. “북한: 침묵과 호소...탈북민들 강제복송 사태 어떻게 받아들이나”, BBC NEW 코리아, 2023년 11월 3일 수정, 2024년 1월 3일 접속, <https://www.bbc.com/korean/articles/cp3d83kpj6ko>.

134) 김동한, 한,미,일 북한인권법 비교분석, 북한학연구 제4권 제2호, 2008, 38-40면.

135) 이승현, 미국의 북한인권법과 영향, 통일연구 제12권 제2호, 2008, 46-47면.

등을 비교적 구체적으로 나열한 바 있다.

그러나 일본의 북한인권정책의 경우 대체로 일본인 납치문제 해결과 미일동맹관계의 특수성에 기초하여 이루어지고 있다는 점에서 정책적, 도구적 측면이 강하고, 일본이 북한의 인권문제 전반에 관심이 없으며 일본인 납치문제만을 인권문제로 인식하여 최상의 조건에서 북한과의 수교교섭을 매듭지으려는 정치적 카드로 활용하려 한다는 견해,¹³⁶⁾ 일본의 북한인권법은 실질적으로 북한 인권 문제보다는 납치문제에 초점이 있고, 실질적 재정지원 등이 부재하여 전체적으로 당위 규정에 그친다는 인상이라는 비판¹³⁷⁾ 등이 제시된 바 있다. 역시 비슷한 취지로, 북한당국에 의한 일본인 납치문제를 최우선으로 하고 있으나, 선언적이고 여론계도적인 성격이 강하여 북한과의 관계정상화를 위한 압박수단으로 활용될 가능성이 크다는 견해가 있다.¹³⁸⁾

3. 개별 법조항 검토

가. 목적(제1조)

북한인권법은 유엔 세계인권선언 등 국제인권규약¹³⁹⁾에 규정된 자유권 및 생존권을 추구함으로써 북한주민의 인권 보호 및 증진¹⁴⁰⁾에 기여함을 그 목적으로 한다(북한인권법 제1조).

북한인권법은 법체계상 국제법이 아닌 우리 헌법에 근거하여 제정된 법률이고, 북한주

136) 이기완, 일본의 북한인권정책의 본질과 한계, 대한정치학회보 제19권 제3호, 2012, 143-162면.

137) 송인호, 최귀일, 북한인권법 제정의 필요성에 대한 고찰 - 북한인권기록보존소 설치의 필요성을 중심으로 -, 인권과 정의 통권 제429호, 2012, 142-159면. 이금순, 북한인권 관련 미국 행정부 및 의회의 동향분석, 북한인권 관련 국가, 국제기구 및 NGO의 동향분석, 국가인권위원회, 2007, 265면(재인용)은 미국과 일본의 북한인권법이 모두 상징적 의미 이상의 특별한 북한인권개선 효과가 없어 실효성이 없다는 입장이다.

138) 김동한, 한,미,일 북한인권법 비교분석, 북한학연구 제4권 제2호, 2008, 43면.

139) 반면 세계인권선언과 국제인권규약이 모호하게 적시되어 혼선을 줄 수 있다는 견해로, 전수미, 북한인권법에 대한 소고, 법학연구 제17권 제4호, 2017, 369면.

140) 북한인권법 제2조 이하에서는 이를 “북한인권증진”이라고 축약하여 표현한다. 북한인권법 역시 북한 “주민”의 인권 “보호 및 증진”에 관한 법률을 간소하게 포함한 것이고 이해할 수 있을 것이다. 한편, 북한인권법 제1조에서는 “북한주민의 인권 보호 및 증진을 위하여 (...) 북한주민의 인권 보호 및 증진에 기여”하는 것을 목적으로 한다고 규정하고 있는데, “북한주민의 인권 보호 및 증진”이라는 문구를 불필요하게 두 번 사용할 필요가 없어 보인다.

민의 헌법상의 권리가 국제인권규약상의 자유권 및 생존권과 반드시 불일치하는 것은 아니다. 그럼에도 북한인권법이 목적규정에서 국제법상의 권리 추구를 명시한 것은 북한인권법이 제정되기까지의 배경 설명 외에도, 북한인권 문제가 국내법적 규율사항에 국한되는 것이 아니라 정치적 견해와 입장을 초월하여 보편적 인권 문제에도 해당한다는 점을 강조하기 위함으로 보인다. 나아가 이는 장래 남북통일시 남북한이 통일헌법을 제정하거나 통일합의서를 체결할 경우 근간이 되는 법규범은 남북한 헌법뿐만 아니라 자유권규약, 사회권규약과 같이 남북이 공통으로 가입, 체결하고 있는 국제인권규약이 될 것이라는 점을 고려한 것이기도 하다.

인간으로서의 제반 권리 중 자유권 및 생존권을 선별하여 명시한 점 역시 위와 같은 맥락에서 국내법인 북한인권법이 북한인권 문제에 대해 가장 보편적이면서도 인도주의적인 접근을 취했기 때문으로 이해된다. 즉, 북한지역의 극도로 열악한 인권상황을 고려할 때 인간의 인간다운 생존과 생활을 위하여 (누구도 의심할 여지없이) 최소한으로라도 보장되어야 할 권리임을 강조하기 위해 ‘자유’와 ‘생존’을 특히 부각시킨 것이다. 북한인권법의 입법과정에서는 기본적 권리를 자유권과 사회권으로 나누어 볼 때, 양자를 함께 가져가야 하는 것인지, 아니면 식량권을 위주로 한 사회권을 먼저 가져가는 것이 타당한지에 대한 근본적 견해의 차이가 나타나기도 하였는데,¹⁴¹⁾ 현행 규정은 정치적 입장에 따라 자유권적 기본권을 강조한 견해와 사회권적 기본권을 강조한 견해가 북한주민의 최소한의 기본권 보장이라는 측면에서 타협한 결과이기도 하다.

위와 같은 목적에도 불구하고 북한인권법에 기초한 각종 활동은 기본적으로 북한 주민의 기본적 인권 전반에 대하여 이루어져 왔고, 미국, 일본과 같은 제3국과 달리 우리 입장에서는 그와 같은 조치를 취해야 할 당위성이 보다 강하다. 북한주민 역시 헌법상 대한민국 국민의 일종에 해당한다는 입장에서 본다면, 그 기본권은 최대한으로 보장되어야 하며 제한 역시 헌법과 법률에 의해서만 가능하다.

다만 국제인권규약상의 자유권과 생존권은 얼핏 우리 헌법상의 기본권체계와 정합되

141) 이에 대하여 특히 전자의 입장을 취하는 견해로, 제성호, 북한인권법 제정의 필요성·당위성과 입법 추진방향, 북한인권 관련 법안에 대한 공청회, 제316회 국회 임시회 공청회 자료집, 국회 외교통일위원회, 2013, 33면은 “지구상의 대량 아사사태는 식량이 없어서가 아니라 독재체제이기 때문에 일어나고 있다”는 경제학자 아마르티아 센의 주장을 인용하며 자유권과 사회권을 인위적으로 쪼개어 자유권 침해는 나중에 해결해도 된다는 자세는 반인권적일 수 있음을 지적한 바 있다. 반면, 생존권이 당연히 자유권에 포함됨에도 이를 동일선상에서 열거한 것에 대해서 문제를 제기하는 견해로, 전수미, 북한인권법에 대한 소고, 법학연구 제17권 제4호, 2017, 370면.

지 않는 것으로 보일 수 있다. 여기서 자유권의 경우 국가로부터의 자유를 의미한다는 점에서 헌법의 자유권적 기본권과 많은 부분 일치할 것이나, 우리 헌법이 실정법으로서 예컨대 헌법 제12조의 신체의 자유의 구체적인 내용, 헌법 제21조 제2항의 언론, 출판 및 집회, 결사의 자유에 관한 허가제의 금지 등에 대해 특별히 규정하고 있고, 해석상 명문의 규정 없이 인정되는 내용도 있어 보호내용 내지 구체적인 판단기준에서는 다소 차이가 있을 수 있다. 생존권의 경우 우리 헌법에는 명시적으로 존재하지 않는 법개념이나, 제정이유에서 “어린이, 노약자의 생존에 필수적인 식량, 의약품 등의 부족으로 건강과 생명에 위협을 받는 등 생존권적 기본권”이라고 밝히고 있는 사항을 고려해보면, 헌법상 모든 기본적 권리의 보장에 필수적 전제가 되는 사회권적 기본권으로서 헌법 제34조 제1항 인간다운 생활을 할 권리를 최소한도로 규정한 것이라고 해석할 수도 있을 것이다.

한편, 인권 “증진”이라는 개념이 모호하고 적절하지 않다는 취지의 지적도 제기된다.¹⁴²⁾ 그러나 ‘인권’ 내지 ‘기본권’이라는 개념이 보통 보호, 보장, 신장, 확대 등의 단어와 함께 사용되는 것은 사실이지만, 북한인권법에서의 “증진”은 남북관계의 정책적 특수성을 고려하여 ‘현재보다 조금씩 나아지도록 한다’는 부분에 주안점을 두고 북한주민의 인권보장 범위를 점진적으로 늘려나가기 위해 사용된 것으로 선해해 볼 수 있을 것이다. 개선 등의 용어를 사용할 경우 이는 좋지 못한 상황을 나아가게 한다는 점에서 불필요하게 북한당국 등을 자극할 수 있다는 점도 고려하였을 것이다.¹⁴³⁾

나. 기본원칙 및 국가의 책무(제2조)

북한인권법은 제2조 제1항에서 국가가 북한주민이 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구할 권리가 있음을 확인하는 한편, 제2조 나머지 조항에서 국가가 북한인권증진과 함께 남북관계 발전, 한반도 평화정착을 위해서 노력하여야 하고 특히 북한인권증진을 위하여 필요한 재원을 지속적이고 안정적으로 마련하여야 함을 규정하고 있다(북한인권법 제2조).

북한인권법 제2조 제1항은 헌법 제10조 전문과 동일하게 보편적 권리로서 북한주민의

142) 전수미, 북한인권법에 대한 소고, 법학연구 제17권 제4호, 2017, 370-371면.

143) 북한인권법의 실효성에 관하여 장기적인 관점에서 북한의 점진적 변화를 촉진하기 위한 것이라는 입장으로, 송인호, 최귀일, 북한인권법 제정의 필요성에 대한 고찰 - 북한인권기록보존소 설치의 필요성을 중심으로 -, 인권과 정의 통권 제429호, 2012, 152면.

불가침적 존엄성과 가치, 그리고 행복추구권을 확인한 것이다. 나머지 조항은 북한지역에 대한 실효적 규범력의 한계 등을 고려하여 헌법 제10조 후문의 국가의 기본권보호의무를 법률적 차원에서 최소한으로 풀어서 규정한 것으로 해석할 여지가 있다.

법제정과정에서는 국가의 책무와 관련하여 “국가는 북한인권증진 노력과 함께 남북관계발전과 한반도 평화정착 방향으로도 노력해야 한다”라는 규정방식과 “국가는 북한인권증진 노력을 남북관계 발전 및 한반도 평화정착노력과 함께 추진하여야 한다”라는 규정방식이 대립한 바 있으나,¹⁴⁴⁾ 이러한 개별 목적은 상호연결되어 총체적으로 추구해야 할 목표라는 점에서 규정방식에 따라 결과에서 관련 법조문의 해석상 실질적인 차이가 있다고 보기는 어렵다.¹⁴⁵⁾ 동 조항은 북한인권법이 극적인 정치적 타협의 산물임을 알 수 있는 경우에도 해당한다.

다. 정의(제3조) - “북한주민”

1) 관련 규정 및 비판

북한인권법은 “북한주민”에 대하여 군사분계선 이북지역에 거주하며 이 지역에 직계 가족·배우자·직장 등 생활의 근거를 두고 있는 사람이라고 정의한다(북한인권법 제3조). 이는 일견 북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률이 “북한이탈주민”을 군사분계선 이북지역에 주소, 직계가족, 배우자, 직장 등을 두고 있는 사람으로서 북한을 벗어난 후 외국 국적을 취득하지 아니한 사람이라고 규정한 것(북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률 제2조 제1호)과 일견 체계적으로 정합되는 것처럼 보인다.¹⁴⁶⁾

북한인권법 등이 특정 지역에 “거주”, “생활에 근거를 두고 있는” 등의 개념을 사용하는 것은 국내법상 북한의 법체제가 원칙적으로 부정됨을 전제로 북한당국과 북한주민 사

144) 북한인권법 제정 당시 여야 간에는 기본원칙상의 표현에 대해서 치열하게 다툼이 있었다. 홍용표, 장두희, 한반도에서 인권과 평화: 북한인권법 제정을 둘러싼 논쟁과 그 의미, 문화와 정치 제6권 제4호, 2019, 288-290면 참조.

145) 김한균, 북한인권법 제정 및 북한인권조사위원회 보고서에 따른 형사정책적 과제, 2016, 425-427면. 반면, 마치 북한인권증진과 한반도 평화정착이 서로 대립하는 반대개념이라는 오해를 줄 수 있어 삭제 필요하다는 주장으로, 송인호, 현행 북한인권법의 개선방향에 대한 고찰, 동아법학 제79호, 2018, 79면.

146) 이에 대해 북한인권법 제정이 종전 북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률의 보호대상을 넘어 북한주민에 대한 입법적 차원의 포용적 행동을 보여주는 조치라는 견해로, 제성호, 북한인권법 제정의 필요성·당위성과 입법 추진방향, 북한인권 관련 법안에 대한 공청회, 제316회 국회 임시회 공청회 자료집, 국회 외교통일위원회, 30-31면, 2013.

이의 공법적 관계¹⁴⁷⁾를 인정하지 않기 때문이다. 나아가 북한인권법은 북한주민의 기본권 제한을 위한 법률이 아니라 사실상 북한주민의 인권 보호 및 증진을 위한 국내법상의 정책적 대응을 규정하였기 때문에 북한주민을 추상적으로 규정해도 무방하다는 인식이 있었던 것으로도 추측된다.

그러나 헌법상 대한민국 국민의 범위가 직접 정의되지 아니한 가운데 대한민국 국민에 해당하는 북한주민의 범위 역시 명확하지 아니하다는 점, 북한인권법상 생활의 근거가 무엇인지 해석의 여지가 큰 편인 한편 북한지역에 생활의 근거를 둔 자라고 하여 이를 모두 북한주민이라고 보기 어렵고 이들을 모두 인권증진의 대상으로 삼을 실익이 없다는 점, 법상 북한주민의 개념상 국군포로, 납북자, 북한이탈주민 등 특수한 경우를 모두 포괄할 수 없다는 점 등이 한계로 지적될 수 있다. 이에 따라 만약 헌법해석만으로 북한주민의 법적 지위를 보다 명확히 할 수 없다면, 입법적으로 헌법해석의 결과를 그 한계 내에서 정확히 반영하는 방안, 또는 개별법으로 이북지역에서의 북한주민의 공법관계를 부분적이거나 긍정하는 방안에 의해 해결이 가능하다.

2) 제3국 소재 북한주민 등의 보호 문제 - 적용대상 확대 문제

북한인권법은 기본적으로 현재 북한의 실효적 지배 하에 있는 북한주민을 대상으로 하는 법이다. 그러나 국내에 진입한 북한이탈주민 외에도 제3국 특히 중국 쪽의 북한접경지역을 중심으로 한 북한(이탈)주민의 인권 문제 역시 보다 직접적으로 다루어야 한다는 견해가 수차례 제기된 바 있다.¹⁴⁸⁾

제3국 소재 북한이탈주민은 과거 북한주민과 같이 북한당국과 공법관계를 맺었으나 이로부터 이탈하여 북한당국의 실효적 지배로부터 벗어나고 있는 도중이나 강제송환될 우려가 있는 자라고 할 수 있다. 북한이탈주민이 북한인권법상 “이북지역에 거주하며 직계가족·배우자·직장 등 생활의 근거를 두고 있는 사람”에 해당하는지 여부가 명확하지 않다. 통일부에서 제3국 소재 북한이탈주민도 북한인권법의 적용대상이라고 발표하였으나 이 유권해석은 문리해석의 범위를 넘어서는 것이라고 하는 비판도 제기되었다.¹⁴⁹⁾

147) 북한의 경우 신분등록, 공민등록 이외에 주민등록제도를 운영하고 있다. 이은정, 북한의 신분등록-공민등록-주민등록제도 - 가족관계등록을 중심으로 -, 안암법학 제51호, 2016, 190-194면.

148) 예컨대, 윤철홍, 한국의 북한인권법에 관한 소고, 법학논총 통권 제36호, 2016, 243면.

149) 송인호, 현행 북한인권법의 개선방향에 대한 고찰, 동아법학 제79호, 2018, 80면.

나아가 (자녀 등이 타국 국적을 갖게 되어 대한민국 국적을 갖지 못하는 경우를 모두 포함하여) 국적과 무관하게 북한이탈주민 자녀의 기본적 인권침해 역시 심각한 문제 중 하나로 지목되고 있다. 북한을 이탈하는 과정에서 북한이탈주민은 경제적, 사회적으로 매우 열악한 처지에 놓이게 되는데,¹⁵⁰⁾ 특히 중국 쪽 북한이탈주민의 경우 북한과 중국과의 관계, 중국 자체의 외국인에 대한 비인도적 규율 등으로 기본적 인권을 침해당하는 사례가 다수 발생하는 것으로 확인되고 있다.¹⁵¹⁾ 북한주민의 인권침해(인신매매, 탈출과정에서의 폭력, 학대, 열악한 처우 등)의 많은 수가 중국 등 다른 국가에서 많이 발생하는데 이 지역에서의 정보 수집, 기록 등을 제외할 경우 북한인권기록보관소 등의 핵심 기능 및 역할이 퇴색되고 목적실효성 또한 상실될 수 있다고 보는 견해도 있다.¹⁵²⁾

국내법은 북한인권법 외에도 별도로 북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률 등을 통해 북한(이탈)주민에 대한 보호를 꾀하는 경우도 있기 때문에, 서로 다른 법령 간의 체계적 정합이 요구될 수 있다는 점에서 반드시 북한인권법상의 보호범위를 확대하는 방식으로 보호해야 한다는 결론을 도출하기는 어렵다. 북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률 역시 북한이탈주민 중 동법에 따라 보호 및 지원을 받는 자를 “보호대상자”라고 하여(북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률 제2조 제2호) 북한이탈주민과 실질적인 보호대상자를 구분하는 한편, 대한민국의 외국 체류 북한이탈주민의 보호 및 지원에 대한 외교적 노력(북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률 제4조 제2항)을 규정할 뿐이다.

생각건대, 제3국 소재 북한(이탈)주민의 경우 강제송환 전까지는 북한의 체제불법에 의한 기본권 침해가 발생하지 아니하고, 제3국과의 외교적 마찰 내지 내정간섭이 문제될 수 있다는 점 등 특수한 사정이 있기는 하나, 북한이탈주민 및 그 자녀 역시 기본적 인권을 보편적으로 향유할 뿐만 아니라 이들이 사실상 북한당국의 기본권침해로 인한 결과적 피해자이자 대한민국과 밀접한 관련성을 가진다는 점은 부정하기 어렵다. 따라서 제3국

150) 이춘호, 중국 내 북한이탈주민 정착가정 자녀의 생활 실태 연구, 평화학연구 제16권 제4호, 2015, 144-146면.

151) 중국과의 외교마찰 우려에도 북한주민 인권의 실질적 보장을 위하여 중국 소재 북한이탈주민에 관한 내용의 삽입 여부를 고민해 볼 필요가 있다는 견해로, 송인호, 최귀일, 북한인권법 제정의 필요성에 대한 고찰 - 북한인권기록보존소 설치의 필요성을 중심으로 -, 인권과 정의 통권 제429호, 2012, 144면.

152) 이견목, 동독주민과 북한주민의 인권침해 기록보존소에 대한 정치적 갈등사례 비교와 시사점, 사회과학담론과 정책 제4권 제2호, 경북대학교 사회과학연구원, 2011, 57-59면. 이러한 상황이 중국의 입장에서 인권보호국가로서의 이미지에 커다란 타격을 입는 방향으로 작용할 수 있다고 한다.

소재 북한주민에 대해서도 국가의 인권 보호가 필요하다는 점을 부정할 수 없으므로 북한인권법에서 이에 대해 전혀 규정하지 않는 것은 정책적으로 바람직하지 않아 보인다. 나아가 북한인권법은 태생적인 북한주민을 기본 대상으로 하지만 국군포로, 납북자 문제 등 북한과의 관계에서 파생되는 문제에 대해서도 함께 다루는 면이 있고, 북한이탈주민 역시 (특히 국내 소재 북한이탈주민의 경우) 타법에 의한 보호가 이루어지기도 하나 그 근본은 북한인권 문제에서 비롯된 것이므로, 북한인권법에서 북한 관련 여러 인권 사안을 종합적으로 다루는 것도 충분히 고려할 가치가 있다. 앞서 살펴본 바와 같이 미국 북한인권법의 경우 인도적 지원 등의 내용 외에도, 북한이탈주민을 난민으로 취급하여 규율하는 내용 등도 포함되어 있다.

참고로 국회는 2011년, 2012년에 이어 2023년 11월 30일 중국의 북한이탈주민 강제복송 중단 촉구 결의안(의안번호 제2125661호)을 채택한 바 있다. 이는 중국정부의 북한이탈주민 강제복송 즉각 중단, 난민 또는 현장난민(refugee sur place)으로 인정하여 대한민국 또는 제3국으로의 이동 협조, 국제기구 및 대한민국 정부의 적극적 노력 촉구, 중국 등 각 유관국 입법기관들의 자국 행정부 국제인권조약 준수 촉구 등을 내용으로 한다.

3) 기타 문제

이산가족, 국군포로, 납북자 문제 등 인도주의적 사안에 대해서도 원칙적 규정으로써 보다 적극적으로 그 인권보호 및 증진을 규정하거나,¹⁵³⁾ 구체적인 조치사항을 추가하여야 한다는 지적이 있을 수 있다.¹⁵⁴⁾ 일단 현행 북한인권법은 1차적으로 정의규정에서 북한주민으로 그 대상을 특정하였으나, 실질적으로 국군포로, 납북자, 이산가족 관련사항도 포괄하고 있어(북한인권법 제13조 제2항) 이 역시 적어도 인권침해 문제나 통일 형사정책의 과제로 부여했다고 볼 수 있다.¹⁵⁵⁾

참고로 북한인권법 입법과정에서는 통일부에 국군포로, 납북자, 이산가족 문제 해결을 위한 기획단을 설치하거나, 관련 대책을 마련하고 각급 남북회담에서 주요의제로 다루는

153) 최용전, 북한의 국내법적 지위와 북한인권법의 법적 기능, 토지공법연구 제79집, 833면. 북한이탈주민이나 이산가족도 대한민국 국민에 해당하므로 보호범위를 확대하는 것이 바람직하다고 한다.

154) 북한인권법 제정 이후 국회 개정안을 보면 북한인권재단의 업무내용으로써 이산가족, 국군포로, 납북자 문제 등을 약간 더 상세히 규율하려는 경우가 없지 않았다.

155) 김한균, 북한인권법 제정 및 북한인권조사위원회 보고서에 따른 형사정책적 과제, 형사법의 신동향 통권 제51호, 한국형사정책연구원, 2016, 426-427면.

방안이 논의된 바 있다.¹⁵⁶⁾

한편, 북한주민 중 가장 중요하고 시급한 보호대상에 해당하는 영유아와 모자보건에 관하여 추상적 규정만이 존재할 뿐 실천이 담보되는 구체적인 규정이 없다는 지적도 제기된 바 있다.¹⁵⁷⁾

라. 다른 법률과의 관계(제4조)

북한인권법은 북한인권증진 노력에 관해서는, 남북교류협력에 관한 법률, 남북협력기금법, 남북관계 발전에 관한 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 우선 적용된다(북한인권법 제4조).

다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 특별법-일반법 원칙에 따라 특별법이 우선 적용되므로 위 조항은 법리상 당연한 내용을 확인하는 규정이라고 볼 여지가 없는 것은 아니다. 그러나 북한인권법 제4조는 입법 당시 어디까지나 남북교류협력 등에 관한 다른 법률에 반하지 않는 범위에서 법을 운용하겠다는 취지였다는 것으로 읽히기도 한다.

북한인권법이 북한주민의 헌법상 기본적 인권이면서 동시에 국제규약상 보편적 인권에 관한 사항을 다룬다는 점에서 구태여 특정 법률을 예시하는 규정형식을 취할 필요성이 있는지에 대해서는 의문이 있다. 실무적으로 일반적인 법해석원칙에 따라 충분히 해결이 가능한 문제인 점도 지적할 수 있다.

나아가 법상의 핵심내용이라고 할 수 있는 북한인권재단의 운영과 북한인권기록센터의 활동이 자제되거나 후순위가 되어야 할 특별한 상황을 쉽게 생각하기 어렵고 동 규정이 없더라도 예외적 운영이 불가능하지 않다는 점을 고려해보면, 이와 같은 규정형식에 전혀 문제가 없다고 단언하기는 어려울 것이다.

마. 북한인권 관련 일반 규정

1) 북한인권증진자문위원회(제5조)

북한인권증진 관련 정책에 관한 자문을 위하여 통일부에 북한인권증진자문위원회를

156) 제19대 국회 이인제 의원안(의안번호 제1901220호).

157) 윤철홍, 한국의 북한인권법에 관한 소고, 법학논총 통권 제36호, 2016, 243-244면.

둔다(북한인권법 제5조 제1항).¹⁵⁸⁾ 위 위원회는 위원장 1명을 포함한 10명 이내의 국회 추천 인사로 구성하고 위원장은 위원 중에서 호선한다(북한인권법 제5조 제2항 전문).¹⁵⁹⁾ 국회가 위원을 추천함에 있어서는 대통령이 소속되거나 소속되었던 정당의 교섭단체와 그 외 교섭단체가 2분의 1씩 동수로 추천하여 통일부장관이 위촉한다(북한인권법 제5조 제2항 후문). 즉, 여야 어느 쪽의 교섭단체도 단독 추천으로는 위원회의 과반수를 구성할 수 없다.

북한인권증진자문위원회는 북한인권증진기본계획 및 집행계획의 수립에 관한 사항, 북한인권재단 및 북한인권기록센터의 운영에 관한 사항, 그 밖에 통일부장관이 북한인권증진을 위하여 필요하다고 인정하는 사항에 관하여 통일부장관의 자문에 응한다(북한인권법 시행령 제2조 제6항).

그러나 북한인권증진자문위원회는 2019년 1월 1기 자문위원회의 활동 종료 이후 국회의 위원 추천이 없어 현재까지도 2기 위원회가 구성되지 않고 있다.¹⁶⁰⁾ 북한인권법상의 주요 활동을 위해서는 위 위원회의 자문이 필요적이므로 위원회 자체가 구성되지 않는 것은 입법취지에 반하는, 법적으로 바람직하지 못한 상황이다. 한편, 통일부는 2023년 3월 6일 북한인권법 제정 취지를 실질적으로 구현하기 위해 통일부장관 자문기구로 북한인권증진위원회를 출범시켜 3월 10일 1차 회의를 개최하기도 하였는데,¹⁶¹⁾ 이는 법상 위원회와 유사한 명칭과 달리 전혀 별개의 기구이다. 이 역시 북한인권법상의 사업을 사실상 우회하여 시행하기 위한 기구라는 점에서 입법취지에 부합되지 않는다.

2) 북한인권증진기본계획 및 집행계획(제6조)

통일부장관은 관계 중앙행정기관의 장과 협의하여 3년마다 (i) 북한주민의 인권실태

158) 북한인권증진자문위원회는 업무의 효율적 수행을 위해 필요한 경우 소위원회를 둘 수 있다(북한인권법 시행령 제3조 제1항). 그밖에 북한인권증진자문위원회의 구성·운영에 관해서는 북한인권법 시행령 제4조에 따라 북한인권증진자문위원회 운영규정(통일부훈령)에 규정되어 있다.

159) 북한인권증진자문위원회 위원의 임기는 2년이다(북한인권법 시행령 제2조 제3항).

160) “北인권법 제정후 7년간 식물상태…통일부 “법 이행 협력해달라” 국회에 호소“, 서울경제, 2023. 3. 3. 수정, 2023. 10. 1. 접속, <https://www.sedaily.com/NewsView/29MVUCV3OR>.

161) “통일부, ‘북한인권증진위원회’ 발족…북한인권법 취지 구현”, 대한민국 정책브리핑, 2023. 3. 7. 수정, 2023. 10. 1. 접속, <https://www.korea.kr/news/policyNewsView.do?newsId=148912435>. 이에 따르면 북한인권재단 설립이 7년째 지연되고 있는 가운데 재단이 정식 출범하기 전까지 자문 역할을 수행할 ‘북한인권증진위원회’가 발족한 것이다; “권영세 “북한인권법 이행 정상화 중요…실천적 조치 취해야””, 연합뉴스, 2023. 3. 10. 수정, 2023. 10. 1. 접속, <https://www.yna.co.kr/view/AKR20230310120500504>.

조사, (ii) 남북인권대화와 인도적 지원 등 북한주민의 인권 보호 및 증진을 위한 방안, (iii) 북한주민의 인권실태 평가 등 대통령령으로 정하는 사항¹⁶²⁾을 포함한 북한인권증진 기본계획을 북한인권증진자문위원회의 자문을 거쳐 수립하여야 하고, 위 기본계획에 따라 매년 북한인권증진에 관한 집행계획을 북한인권증진자문위원회의 자문을 거쳐 수립하여야 한다(북한인권법 제6조 제1항, 제2항, 동법 시행령 제5조 각 호).¹⁶³⁾ 통일부장관은 위 계획이 수립된 때에는 이를 지체 없이 국회에 보고하여야 한다(북한인권법 제6조 제3항).

통일부장관은 매년 위 계획 외에도 (i) 북한주민 인권 실태, (ii) 북한인권증진 추진 결과 및 개선 상황, (iii) 국군포로 및 납북자의 송환, 이산가족의 상봉 등에 관한 계획의 수립·추진 상황, (iv) (i) 내지 (iii)에서 규정된 업무와 관련하여 국가·지방자치단체 및 공공기관이 각각 수행한 사업 내역과 시행결과 및 평가, (v) 그 밖에 북한인권증진에 관하여 필요하다고 통일부장관이 인정하는 사항에 관하여 정기회 전까지 국회에 보고하여야 하고, 국회는 필요한 경우 정부의 보고에 대하여 시정 또는 개선을 권고할 수 있다(북한인권법 제15조).¹⁶⁴⁾

북한인권증진계획은 북한인권법의 시행에 있어 핵심적인 내용 중 하나이다. 그러나 북한인권증진기본계획 역시 2017년 4월 제1차, 2020년 제2차 계획 발표 이후 다시 수립되고 있지 아니하다.¹⁶⁵⁾

3) 남북인권대화의 추진(제7조)

정부는 북한인권증진의 중요사항에 관하여 남북인권대화를 추진하여야 한다(북한인권

162) 북한주민의 인권실태 평가, 북한인권증진 관련 정책의 목표와 추진방향, 북한인권증진 관련 정책의 세부과제와 추진방법, 북한인권증진을 위한 국내외 협력, 북한인권증진에 관한 교육 및 연구 지원, 북한주민의 인권과 관련된 시민사회단체와의 협력체계 구축 및 지원, 그 밖에 통일부장관이 북한인권증진을 위하여 필요하다고 인정하는 사항 등이 이에 해당한다(북한인권법 시행령 제5조).

163) 북한인권증진계획에 있어 형사정책은 북한정권의 인권침해 감시·억제와 북한 내 친인권적 법제도 환경 조성의 유도·조력 두 가지 방향으로 수립될 수 있다는 입장으로, 김한균, 북한인권법 제정 및 북한인권조사위원회 보고서에 따른 형사정책적 과제, 형사법의 신동향 통권 제51호, 한국형사정책연구원, 2016, 431면. 입법취지상 북한인권증진 자체가 국민적 합의를 바탕으로 추진되어야 한다고 본다.

164) 한편, 통일부장관은 북한인권증진 업무 관련하여 타 행정기관과 공공단체 등에 협조를 요청할 수 있고(특별한 사유가 없으면 이에 따라야 함), 관계 중앙행정기관 또는 지방자치단체의 장이 관련 법령 및 조례를 제정, 개정하려는 경우 미리 통일부장관에게 통지하여야 한다(북한인권법 제14조).

165) 대한민국 정부, 제3차 남북관계발전기본계획, 2021년도 시행계획, 2021. 4. 참조; “北인권법 제정후 7년간 식물상태…통일부 “법 이행 협력해달라” 국회에 호소“, 서울경제, 2023. 3. 3. 수정, 2023. 10. 1. 접속, <https://www.sedaily.com/NewsView/29MVUCV3OR>.

법 제7조 제1항). 남북인권대화 대표의 임명에 관해서는 남북관계 발전에 관한 법률 제 15조를 준용하여(북한인권법 제7조 제2항), (i) 북한과 북한인권증진과 관련된 중요사항에 관하여 교섭 또는 회담하거나 중요한 남북인권대화 문서¹⁶⁶⁾에 서명 또는 가서명하는 경우에는 통일부장관이 관계기관의 장과 협의한 후 제청하고 국무총리를 거쳐 대통령이 임명하고, (ii) 통일부장관은 당연남북회담대표가 되며, (iii) 위 (i), (ii)를 제외한 남북인권대화 대표는 통일부장관이 임명하고, (iv) 대북특별사절에 준하는 남북인권대화 대표는 대통령이 임명한다.¹⁶⁷⁾ 여기서 “대북특별사절”이라 함은 북한에서 행하여지는 주요 의식에 참석하거나 특정한 목적을 위하여 정부의 입장과 인식을 북한에 전하거나 이러한 행위와 관련하여 남북합의서에 서명 또는 가서명하는 권한을 가진 자를 말한다(남북관계 발전에 관한 법률 제4조 제2호).

북한인권법은 북한인권증진에 관하여는 정부로 하여금 보다 적극적으로 대북정책을 취하도록 정하고 있다. 남북 간의 대화에 임하도록 인권대화는 큰 틀에서 남북회담의 일종이므로, 위 규정은 북한인권에 관한 회담 등을 입법적으로 특별히 제도화한 것이라고 이해할 수 있다. 이에 따라 북한인권법은 남북인권대화에 관한 주요한 사항에 관하여 남북관계 발전에 관한 법률상의 남북회담대표 임명 등의 절차를 준용하도록 한다.

이러한 인권대화의 목적은 인권에 관한 협력증진과 상호관심사를 국가간 또는 유엔을 비롯한 국제적 차원에서 논의하고, 해당국가 인권실태 파악과 인권상황 증진을 위해 노력하는 데 있다고 한다.¹⁶⁸⁾

4) 인도적 지원(제8조)

국가는 국가 또는 민간단체가 북한 당국, 기관을 통해 북한주민에 대한 인도적 지원을

166) 결국 이 역시 남북합의서의 일종이 될 것이다. 남북합의서의 법적 성격과 효력에 관해서는, 김현규, 남북합의서의 법적 효력, 통일헌법연구, 2021-D-1, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2021; 김소연, 남북합의서의 법적 성격과 효력 - 기존 남북합의서의 분석과 이에 기초한 향후 남북 간 합의의 발전방향 -, 공법연구 제47권 제4호, 2019, 143-174면 등 참조.

167) 통일부장관은 북한인권증진을 위하여 필요한 대화와 교류를 촉진하는 한편, 이를 위하여 비영리민간단체 등에 필요한 행정적·재정적 지원을 할 수 있다(북한인권법 시행령 제6조).

168) 김한균, 북한인권법 제정 및 북한인권조사위원회 보고서에 따른 형사정책적 과제, 2016, 433면. 다만 이 경우에도 북한 인권상황에 대한 일방적 비판보다는 한국 인권상황도 같이 검토하는 상호성과 보편성의 관점이 유지되어야 한다는 입장도 있다. 정태욱, 북한 체제와 인권문제의 논의에 단서를 붙이며, 민주법학 제20권, 2001, 67면.

하는 경우에는, 국제적으로 인정되는 인도(引渡)기준에 따라 투명하게 추진되도록 하고 특히 임신부 및 영유아 등 취약계층에 대해 우선되도록 노력하여야 한다(북한인권법 제8조).

여기서 인도적 지원은 (i) 북한주민의 생명 및 건강을 보호하기 위하여 필요한 지원, (ii) 재해 등으로 인하여 북한주민에게 발생한 긴급한 위기에 대처하기 위하여 필요한 지원, (iii) 그 밖에 통일부장관이 북한인권증진을 위하여 필요하다고 인정하는 지원을 의미하는데, 인도적 지원의 절차 또는 구체적인 지원 방법 등의 사항은 통일부장관이 정한다(북한인권법 시행령 제7조). 그러나 법상 인도적 지원의 내용과 절차, 한계 등이 상세히 규정되어 있지는 아니하다.

북한인권법 제정 이전에는 인도적 지원의 법적 근거, 지원내용과 형식, 지원내용의 투명성을 확보하는 절차, 한계 등에 대해서 보다 구체적으로 규정하지는 견해도 존재하였다.¹⁶⁹⁾ 북한주민에 대한 인도적 지원이라고 하더라도 재정집행의 한 종류라는 점에서 북한인권법에 직접 법적 근거를 둘 필요가 있고, 군용으로의 전용에 대한 우려, 그 지원내용 및 구체적인 집행 단계에서의 투명성 확보 필요 등이 있음은 분명하므로 예컨대 미국 북한인권법 등을 참고하여 법을 개정하는 방안도 고려해 볼 수 있을 것이다. 미국 북한인권법은 북한 내외부에 제공하는 지원을 구분하고, 다시 내부에 대한 지원을 NGO와 국제기구를 통한 인도적 원조, 북한정권에 대한 지원(인도적 원조, 비인도적 원조)으로 구분하며, 각 항목별 원조조건 등을 비교적 상세히 규정하였다. 특히 원조 전용의 극소화를 위한 감시 의무를 부과하고, 비인도적 원조의 경우 북한의 실질적 진보를 조건으로 이행할 것을 규정하고 있는 것이 특징이다.¹⁷⁰⁾ 인도적 지원 관련 분배과정의 투명성에 대한 국내외적 우려와 의구심을 불식시키기 위한 수단이 된다는 점에 대한 고려가 필요하다.

다만, 민간단체에 대한 활동 지원시 민간단체의 독립성, 순수성을 훼손하거나 정치적으로 이용될 우려가 있다는 지적 역시 중요하게 참고할 필요가 있다.¹⁷¹⁾ 또한 현행 북한인권법상의 국제적 인도기준에 따라 이미 국제규범으로 확립되어 있는 부분에 대해서는 반드시 이를 국내법으로 구체화할 필요성이 없을 수 있다.

입법과정에서는, 제21대 국회 김선교 의원안(의안번호 제2109095호)에서는 특별히 인

169) 이효원, 통일법의 이해, 박영사, 2014, 221면.

170) 송인호, 최귀일, 북한인권법 제정의 필요성에 대한 고찰 - 북한인권기록보존소 설치의 필요성을 중심으로 -, 인권과 정의 통권 제429호, 2012, 144면.

171) 서보혁, 북한인권법 공청회 진술, 북한인권 관련 법안에 대한 공청회, 제316회 국회 임시회 공청회 자료집, 국회 외교통일위원회, 2013, 22면.

도적 지원이 이루어져야 할 대상으로 장애인을 추가하는 방안이, 지성호 의원안(의안번호 제2108447호)에서는 국가에 대해 북한주민에 대한 조건 없는 인도적 지원 노력의무를 명시하는 방안이 제시된 바 있다. 북한인권법의 제정과정에서 인도적 지원센터의 설치 및 이를 통한 북한에 대한 대규모 지원을 명기하는 법안이 발의되기도 하였다(제19대 국회 심재권 의원안(의안번호 제1902587호)). 그러나 인도적 지원센터의 경우 대북정책의 주무부처인 통일부가 그 일의 책임성을 강화하도록 하되 대북협상의 유연성을 가질 수 있도록 별도 설치하지 않는 것이 적절하다는 견해가 제기되었고,¹⁷²⁾ 위 법안은 인도적 지원을 넘어 남북농업협력에 해당될 공산이 큰 내용으로 인도적 지원의 범주를 뛰어넘는 내용으로 남북교류협력에 관한 법률의 규율을 받아야 할 내용을 구태여 북한인권법에 포함시킬 필요가 없다는 지적도 있었다.¹⁷³⁾

5) 북한인권증진을 위한 국제적 협력(제9조) - 북한인권대외직명대사

국가는 북한인권증진 관련하여 국제기구, 단체 및 외국 정부 등과 협력하고 국제사회의 관심 제고를 위하여 노력하여야 하는데, 그 국제적 협력을 위하여 외교부에 북한인권 대외직명대사를 둘 수 있다(북한인권법 제9조). 약칭 “북한인권국제협력대사”라고도 한다.

참고로 미국 북한인권법도 기능적으로 유사한 북한인권담당 특사 제도를 두었고, 현 시점까지도 비교적 적극적인 활동을 펼치고 있다.

2016년 초대 북한인권대외직명대사로 임명된 이정훈 연세대 국제대학원 교수는 1년간 대사직을 수행하며, 미 국무부 북한인권대사를 면담하고 유엔 북한인권 상호대화에 참여하는 등의 역할을 수행한 바 있다. 이후 문재인 정부 5년간 동 대사 자리가 공식으로 있다가, 2022년 윤석열 정부에서 이신화 고려대 정치외교학과 교수가 대사로 임명되면서 활동이 재개, 2023년에 다시 한 번 임기가 연장된 바 있다.¹⁷⁴⁾ 참고로, 제21대 국회 태영호 의원안(의안번호 제2104830호)은 북한인권대외직명대사를 의무적으로 두는 방향의 개정안을 제시하였는데, 이는 정권에 따라 북한인권대외직명대사가 임명되지 않는 상황

172) 서보혁, 북한인권법 공청회 진술, 북한인권 관련 법안에 대한 공청회, 제316회 국회 임시회 공청회 자료집, 국회 외교통일위원회, 2013, 23면.

173) 제성호, 북한인권법 제정의 필요성·당위성과 입법 추진방향, 북한인권 관련 법안에 대한 공청회, 제316회 국회 임시회 공청회 자료집, 국회 외교통일위원회, 2013, 41-42면.

174) “북한 인권: 한국, 5년 만에 북한인권대사 임명… 어떤 일을 할까?”, BBC NEWS 코리아, 2022. 7. 20. 수정, 2023. 10. 1. 접속, <https://www.bbc.com/korean/news-62195309>.

을 막기 위한 입법론으로 보인다.

6) 북한인권재단(제10조 내지 제12조)

가) 관련 규정

정부는 북한인권 실태를 조사하고 남북인권대화와 인도적 지원 등 북한인권증진과 관련된 연구와 정책개발 등을 수행하기 위하여 북한인권재단(법인)을 설립, 운영한다(북한인권법 제10조 제1항, 제2항). 북한인권재단은 남북인권대화(북한인권 실태에 관한 조사·연구, 남북인권대화 등을 위한 정책대안의 개발 및 대정부 건의 등), 인도적 지원(북한 내 인도적 지원 수요에 관한 조사·연구, 대북 인도적 지원을 위한 정책대안의 개발 및 대정부 건의 등) 등 북한인권증진을 위한 사업을 수행하며,¹⁷⁵⁾ 이를 수행하는 별도의 담당기구를 둘 수 있다(북한인권법 제10조 제3항).

북한인권재단에는 이사장 1명을 포함한 12명 이내의 이사를 두며, 이사는 통일부장관이 추천한 인사 2명과 국회가 추천한 인사로 구성하되, 국회가 이사를 추천함에 있어서는 대통령이 소속되거나 소속되었던 정당의 교섭단체와 그 외 교섭단체가 2분의 1씩 동수로 추천하여 통일부장관이 임명한다(북한인권법 제12조 제1항).¹⁷⁶⁾ 이는 북한인권증진자문위원회의 구성방법과 실질적으로 동일하다.

북한인권재단은 정부의 출연금, 그 밖의 수입금으로 운영되고, 통일부장관이 북한인권재단을 지도·감독한다(북한인권법 제11조 제1항, 제3항). 본래 국가, 지방자치단체 및 그 소속기관 등에서 출자, 출연하여 설립된 법인이나 단체는 자발적으로 기탁하는 금품이라고 하더라도 별도 규정이 없는 한 이를 접수할 수 없으나(기부금품의 모집 및 사용에 관한 법률 제5조 제2항 본문), 북한인권법은 이에 대한 예외 규정을 두어 사용목적에 부합하는 범위에서 통일부장관의 승인을 받아 접수할 수 있도록 규정한 것이다(북한인권법 제11조 제2항). 그 밖에 북한인권재단의 설립, 운영에 관해서는 북한인권법 시행령 제9조 내지 제13조에 규정되어 있다.¹⁷⁷⁾

175) 남북인권대화, 인도적 지원과 관련하여 북한인권증진자문위원회가 심의하고 통일부장관이 지정하는 사업, 관련 사업수행에 필요한 시민사회단체 지원 등도 이에 포함된다.

참고로, 북한인권재단의 업무 범위 관련해서는 업무 범위를 보다 명확히 열거하는 방식으로 변경하여 북한인권법을 둘러싼 여야 간의 의견 대립을 해소하는 방안도 제시될 여지가 있다.

176) 이사장은 호선하고, 이사장과 이사 임기는 3년이며 한 차례 중임할 수 있다(북한인권법 제12조 제3항).

177) 참고로 반드시 동일한 맥락에서 이루어지는 것은 아니나, 미국 북한인권법의 경우에도 인권과 민주주

나) 문제점

북한인권재단은 실태 조사와 연구, 정책입안과 건의, 시민단체 지원, 홍보와 교육 등을 종합적으로 관리하는 등 북한인권을 체계적으로 총괄하는 조직으로서, 특히 북한인권법의 구체적인 집행을 위하여 재원이 요구되므로 관련 정책을 지속가능하게 추진하기 위한 목적으로 입법화되었다.¹⁷⁸⁾ 그러나 북한인권재단이 북한인권법의 목적 실현에 필요한 가장 핵심적인 기능을 수행하는 기구임에도 불구하고, 법제정 이후 7년 이상이 지난 시점까지 국회의 재단이사 추천이 이루어지지 아니하여 재단은 출범조차 하지 못하였다.¹⁷⁹⁾ 앞서 살펴본 바와 같이 통일부 산하 별도 위원회가 사실상 북한인권재단의 역할을 대신하고 있는 상황인데, 이는 여야 간의 초당적 합의에 따라 정부 외 별도 재단법인을 두고자 한 북한인권법의 입법취지에 반한다.¹⁸⁰⁾

북한인권법은 북한주민의 자유권, 생존권 등 ‘보편적 인권’을 보호하기 위한 ‘법률’로써, 실제 시행 당시의 여야 혹은 집권당의 입장을 떠나 적어도 ‘최소한의 인권’에 관해서는 실태조사, 인도적 지원 등 필요한 조치가 지속적·안정적이고, 일관되며, 체계적으로 취해질 수 있도록 ‘입법적으로’ 확정해 둔 것이다.¹⁸¹⁾ 정부는 임의로 이러한 틀을 변경할

의 프로그램 후원을 위해 민간비영리단체에 대한 보조금 지급을 규정하였다.

178) 이효원, 통일법의 이해, 박영사, 2014, 219면 참조. 같은 취지로, 북한인권법의 입법과정에서 남북대화, 교류협력을 추진하는 통일부에 직접 북한인권 담당부서를 설치하는 것은, 북한이 남북대화 및 교류협력, 이산가족 상봉 등의 전제조건으로 북한인권 불거론 및 국제협력 중단을 요구해 올 공산이 있어, 적절해 보이지 않아 별도 재단법인으로 설립하는 것이 적절하다는 지적이 있었다. 제성호, 북한인권법 제정의 필요성·당위성과 입법 추진방향, 북한인권 관련 법안에 대한 공청회, 제316회 국회 임시회 공청회 자료집, 국회 외교통일위원회, 2013, 38면 참조.

179) “北인권법 제정후 7년간 식물상태…통일부 “법 이행 협력해달라” 국회에 호소“, 서울경제, 2023. 3. 3. 수정, 2023. 10. 1. 접속, <https://www.sedaily.com/NewsView/29MVUCV3OR>; “인권위 “국회의장, 민주당에 北인권재단 이사 추천 촉구하라” 권고안 채택“, 조선일보, 2023. 9. 25. 수정, 2023. 10. 1. 접속, https://www.chosun.com/national/national_general/2023/09/25/GRNKNHOZIRHXTJAS4DYQEZGGQ4/?utm_source=naver&utm_medium=referral&utm_campaign=naver-news 참조.

180) 과거 고위공직자범죄수사처 처장 임명 절차에서도 유사한 문제가 나타난 적이 있다. 한편, 이를 두고 북한인권재단의 이사를 여야 동수로 추천하도록 하여 북한인권법이 정치에 영향을 받을 수 있도록 여지를 둔 법의 문제점이 그대로 나타나고 있다는 견해로, 송인호, 현행 북한인권법의 개선방향에 대한 고찰, 동아법학 제79호, 2018, 73면.

181) 제성호, 북한인권법 제정의 필요성·당위성과 입법 추진방향, 북한인권 관련 법안에 대한 공청회, 제316회 국회 임시회 공청회 자료집, 국회 외교통일위원회, 2013, 38면에 따르면 당초 북한인권재단의 설치구상은 미국의 ‘국립민주주의기금’(National Endowment for Democracy: NED)을 모델로 제시된 것으로, 초당적인 NGO가 중심이 되어 정권의 정책에 영향을 받지 않고 일관성 있게 북한인권 개선 노력을 하자는 것이 본래의 취지였다.

북한에 대한 인도적 지원에 대해서 남북교류협력에 관한 법률에 따라 사안별로 정책적 판단에 따라 지원하기보다 북한인권법을 제정하여 대북 인도적 지원에 관한 법적 근거를 마련하는 것이 대북정책

수 없고, 오로지 국회만이 재차 법개정으로 관련 내용을 변경, 폐지할 수 있다. 만약 법 내용 자체에 문제가 있다면 동 법을 개정하여 미비점을 개선해야 할 것이고, 아니라면 북한인권재단의 구성 이후 그 구체적인 운영 과정에서 문제점을 보완해 갈 수 있을 뿐이다. 법 자체에 문제가 없다고 단언하기는 어렵지만, 적어도 헌법적으로 기본권을 침해하는 등 위헌성을 문제삼을 정도는 아닌 것으로 사료된다.¹⁸²⁾ 이 점에서 현재까지 입법부의 태도는 자기모순적이다.

북한인권법이 북한인권증진자문위원회의 소속 위원 및 북한인권재단 이사를 여야 동수로 추천하도록 하고 있다는 점에도 주목해 보아야 한다. 이는 북한인권이라는 문제에 한하여서는 여야의 다양한 목소리를 동등하게 반영하는 방향으로 조치가 이루어져야 한다는 의미이지, 어느 한 측에 거부권(Veto)을 부여한다거나 (여야 어느 한 쪽이 상대적 다수의 구성원을 확보하여) 일방적으로 북한인권 문제를 다룰 수 있다는 취지가 아니다. 북한인권법이 시행된 지 오랜 기간이 경과하면서 다른 정치적 의제에 휩쓸려 북한인권 문제가 이미 일반 국민의 관심 범위 밖에 있게 되거나 국내외의 정치적 외압으로부터 보호하지 못하게 된 것이 아닌가 하는 우려도 있는데,¹⁸³⁾ 관련하여 비중의 차이는 있을지언정 여야를 불문하고 국회의 책임이 결코 작지 않다.¹⁸⁴⁾

을 투명하고 안정적으로 수립하고 추진할 수 있는 제도적 장치로서 유용하다는 견해로, 이효원, 통일법의 이해, 박영사, 2014, 214-215면 참조. 이에 따르면 북한인권법이 정치적 목적으로 이용되거나, 실질적인 인권 개선에 도움이 되지 않을 수 있다는 비판이 있음에도, 관련 법의 실제 운영과정에서 남북관계의 현실을 적절히 고려하여 탄력적으로 적용하여 우려점을 해소할 수 있다고 보았다. 실제로 통일부의 조직개편에 대한 우려를 지적하는 목소리로, ‘통일부 ‘조직개편’ 정권 따라 오락가락...“北 상대할 전문가가 없다”, 한국일보, 2023. 7. 5. 수정, 2023. 10. 1. 접속, <https://www.hankookilbo.com/News/Read/A2023070413560004986?did=NA>.

182) 헌법재판을 통해 위헌무효가 될 이론적 가능성을 생각할 수 없는 것은 아니나, 북한인권법의 내용상 그 가능성은 거의 없다고 보아야 할 것이다.

183) 독일의 경우에도 북한인권기록보존소에 대응되는 기관인 잘츠기터 중앙기록보존소의 종사자 역시 서독 시민당의 폐지 주장 등 국내적 폐쇄 요구에 의하여 신분에 대한 불안감을 느꼈고, 동독이 잘츠기터 중앙기록보존소 종사자 처벌 규정을 만드는 등(그밖에 지명수배자명부에 등록, 서베를린으로 가는 동독 지역 일시 통행 차단)의 조치를 취함에 따라 대외적 위기감을 느끼지 않을 수가 없었다. 송인호, 최귀일, 북한인권법 제정의 필요성에 대한 고찰 - 북한인권기록보존소 설치의 필요성을 중심으로 -, 인권과 정의 통권 제429호, 2012, 149-150면. 또한, 동독은 잘츠기터 중앙기록보존소가 ‘보복의 기관’으로 동독의 내정에 간섭하고 동독인들의 헌법상 공민권 행사를 불법적으로 박해하는 반국제법적 기관이라고 맹렬히 비난하기도 하였다. 그밖에 동독의 폐쇄 요구와 서독의 정부의 대응에 대해서는 제성호, 북한인권 침해기록 및 북한인권법 제정 문제, 법조 제64권 제5호(통권 제704호), 2015, 54-57면 참조.

184) 법무부 산하 북한인권기록보존소에서 올해 두 차례에 걸쳐 담당 행정사무관 채용에 실패했는데, 채용 경쟁률 저하 등의 원인으로 조직 확대 등을 지적하는 견해도 존재한다. “[단독]尹정부 北인권 부각에도...북한인권기록보존소 잇따라 채용 실패 ‘굴욕’”, 매일경제, 2023. 5. 1. 수정, 2023. 10. 1. 접속,

한편, 북한인권법의 집행은 국가의 기본권보호의무 이행이라는 입장을 떠나서, 국제적 차원에서 널리 수용되는 보편적 자유와 권리를 실현하기 위한 것이기도 하다. 미국은 이미 보다 오래 전에 북한인권법을 제정하여 시행한 바 있고, 유엔 총회, 인권이사회, 안전보장이사회 등에서도 북한인권 문제 해결을 위한 논의가 지속되어 왔다. 대한민국은 2008년 이래 2019년부터 2022년을 제외하고는 유엔 인권이사회의 북한 인권결의안 공동 제안국으로 참여해왔다. 심지어 2021년 제46차 인권이사회는 보고서를 통해 대한민국에 북한인권재단의 설립을 포함하여 2016년 제정된 북한인권법의 집행을 권고하기도 하였다.¹⁸⁵⁾ 즉, 국회 교섭단체의 추천거부로 북한인권증진자문위원회 및 북한인권재단이 구성되지 않는 것은 법논리의 구성은 물론 정책적으로 일관성을 확보하지 못한다는 점에서 어떠한 이유로도 정당화되기 어렵다.

다) 개선방안

위 문제를 입법적으로 해결할 수 있을까? 예컨대 위원회 위원 또는 재단이사 추천 자체를 변경, 삭제하거나,¹⁸⁶⁾ 추천에 기한을 두고 이를 넘길 경우 대체 추천이 가능하도록 하는 방안¹⁸⁷⁾을 고려해볼 수 없는 것은 아니다.¹⁸⁸⁾ 그러나 여소야대와 같은 예외적 정치상황임을 가정한다면 위와 같은 입법적 개선방안이 현실성이 없을 수 있음과는 별개로, 북한주민의 보편적 인권이라는 기본적인 당연한 의제를 어느 일방이 정치적으로 강행하는 것은 본래의 입법취지에 부합한다고 보기 어렵다.

북한인권 침해상황에 대한 국제적 인식, 그리고 북한인권법이 적어도 제정 당시에는

<https://www.mk.co.kr/news/society/10725597> 참조.

185) 제46차 인권이사회 보고서 51조 (f)항 참조.

186) 북한인권증진자문위원회의 경우 제21대 국회 태영호 의원안(의안번호 제2104830호)이 이와 같은 태도를 취하였다.

187) 제21대 국회 하태경 의원안(의안번호 제2116952호), 김석기 의원안(의안번호 제2107283호)의 경우 각각 추천 절차에 기한을 두거나 이에 더하여 재단이사 임명 기한을 두고 있다. 제21대 국회 조태용 의원안(의안번호 제2102575호)의 경우에는 추천 절차에 기한을 둘 뿐만 아니라 추천이 없을 경우 차순위 교섭단체에 추천권을 부여하도록 하였다.

제20대 국회 김재경 의원안(의안번호 제2017677호)의 경우 통일부장관이 국가인권위원회 위원장, 대한변호사협회, 북한이탈주민지원재단 등이 추천하는 사람을 포함하여 북한인권재단의 최초 이사를 임명할 수 있도록 하려 하였으나 임기만료 폐기되었다.

188) 송인호, 현행 북한인권법의 개선방향에 대한 고찰, 동아법학 제79호, 2018, 81-82면은 국가인권위원회 위원처럼 국회, 대통령, 대법원장이 동수로 추천하는 자를 대통령이 임명하는 방식으로 개정하거나 통일부, 법무부, 국가인권위원회 등에서 철저히 전문성을 기초로 추천한 자를 통일부장관이 임명하는 방법도 고려할 수 있다고 한다. 동지 윤남근, 북한인권법 시행에 나타난 문제점과 대책, 북한인권법 제정 2주년, 이행상황 점검 토론회 자료집, 국가인권위원회, 2018, 20면. 또한 위 논문은 북한인권재단 이사 자격요건에 대해 아무런 제한을 하고 있지 않다는 점도 지적한다.

국민적 합의 하에 도입되었다는 제정 배경을 뒤돌아보면 여야의 타협과 양보 등 민주적 절차를 통해 조속히 이 문제를 해결하는 것이 가장 바람직하다. 북한인권재단은 남북분단 상황에서 대한민국이 북한주민의 열악한 상황에 대하여 실질적으로 어떠한 태도를 취하였고 이들에 대한 지원 및 보호를 위해 노력하였는지를 구체적으로 규율한다는 점에서, 추후 통일과정에도 불신과 갈등을 극복하고 사회적 통합을 이루는 것에 직접 도움이 되는 한편, 대한민국의 헌법적 규범력이 이북지역에도 미친다는 사실을 상징적으로 보여주는 사례가 될 수 있다는 사실이 간과되고 있다.

특히 북한인권재단 등이 본격적으로 출범한다고 하더라도 북한 인권문제에 대한 논의와 남북교류협력, 국가안보 등이 반드시 공존하기 어려운 가치가 되는 것은 아니라는 점을 확실히 할 필요가 있다. 북한인권법의 핵심내용 및 당초의 입법취지를 살펴보면 동법은 북한주민의 인권 보호 및 증진, 즉 북한인권 실태에 관한 조사·연구, 인도적 지원 등에 관한 것이지, 직접적인 대북제재 내지 교섭카드로 활용하기 위한 것이었다고 보기 어렵다. 이 점에서 북한인권법은 내용상 미국, 일본의 북한인권법과도 근본적인 차이가 있다. 결국 위헌성이 있다는 등 특별한 사정이 없는 한 시행되어야 할 입법적으로 보장되어야 할 북한인권 증진활동을 별다른 법적 근거 없이 제한할 수는 없다.

참고로, 북한이탈주민, 북한주민의 가족, 납북된 피해자의 가족인 청구인들이 피청구인인 국회가 북한인권재단의 이사를 추천하지 않는 부작위로 인하여 기본권을 침해받았다고 주장하며 헌법소원심판을 청구하였는데, 청구인들이 피청구인의 부작위로 인하여 일차적으로 기본권을 침해받는 자는 북한주민이지만 현실적으로 북한주민은 헌법소원을 제기할 수 없어 청구인들의 자기관련성을 인정해야 한다고 주장하였음에도, 헌법재판소는 피청구인이 북한인권재단의 이사를 추천하면 통일부장관이 이사를 임명하여 북한인권재단의 임원이 구성되는 효과가 발생될 뿐이므로, 부작위가 북한주민이나 그 가족인 청구인들의 법적 지위에 어떠한 영향을 미친다고 볼 수 없고, 향후 북한인권재단이 사업을 수행하여 북한주민의 인권이 증진될 가능성이 있다는 사정은 이 사건 부작위와 관련하여 간접적, 사실적 또는 경제적인 이해관계에 지나지 아니하므로, 청구인들의 자기관련성을 인정할 수 없다고 보아 심판청구를 각하하였다.¹⁸⁹⁾ 북한인권증진자문위원회 위원 및 북한인권재단 이사의 추천을 거부하는 것을 일종의 국가기관의 부작위로 보아 위법하다고 판단할 여지가 없지 않으나, 헌법소원심판, 권한쟁의심판 등 헌법소송을 통해 해결하기는

189) 헌재 2017. 5. 10. 2017헌마406, 결정문.

어려워 보인다.

7) 북한인권기록센터 및 북한인권기록보존소(제13조)

가) 관련 규정

북한주민의 인권상황과 인권증진을 위한 정보를 수집·기록하기 위하여 통일부에 북한인권기록센터를 둔다(북한인권법 제13조 제1항).¹⁹⁰⁾ 북한인권기록센터에서는 (i) 북한주민의 인권 실태 조사·연구에 관한 사항, (ii) 국군포로, 납북자, 이산가족과 관련된 사항, (iii) 그 밖에 위원회가 심의하고 통일부장관이 필요하다고 인정하는 사항에 관한 ‘업무’를 수행하고 각종 자료 및 정보의 수집·연구·보존·발간 등을 담당한다(북한인권법 제13조 제2항).

북한인권기록센터 소속 공무원은 관계인의 진술을 통하여 정보를 수집하는 경우에는 통일부령으로 정하는 문답서에 기록하고, 문답서 끝 부분에 해당 관계인의 기명날인 또는 서명을 받아야 한다. 다만, 진술 내용이 복잡하거나 해당 관계인이 원하는 경우에는 통일부령으로 정하는 바에 따라 자필 진술서를 작성하여 제출하게 할 수 있다(북한인권법 시행령 제14조 제1항). 북한인권기록센터 소속 공무원은 위 관계인의 진술을 수집하는 경우 북한주민에 대한 인권 침해 사례와 그 증거를 체계적으로 수집·기록하여야 하며, 이를 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 해당 관계인의 동의를 받은 후 그 진술 과정을 녹화할 수 있다(북한인권법 시행령 제14조 제2항).

북한인권기록센터에서 수집·기록한 자료는 3개월마다 법무부에 이관하며, 인권기록 관련 자료를 보존·관리하기 위하여 법무부에 담당기구인 북한인권기록보존소를 둔다(북한인권법 제13조 제5항, 동법 시행령 제15조). 이와 같이 수집·기록한 자료의 현황은 매 분기 종료 후 10일 이내에 법무부장관에게 통보되고, 통보된 자료의 원본은 매분기 종료 후 20일 이내에 법무부장관에게 이관된다(북한인권법 제13조 제5항, 동법 시행령 제14조 제3항). 수집·기록의 방법, 영상녹화동의서, 물건 등의 수집·기록 방법 등 실무사항은 북한인권법 시행규칙 제2조 내지 제4조에 규정되어 있다.¹⁹¹⁾

190) 북한인권기록센터에는 센터장 1명을 두며, 센터장은 고위공무원단에 속하는 공무원 또는 북한인권과 관련하여 학식과 경험이 풍부한 민간전문가 중에서 통일부장관이 임명 또는 위촉한다(북한인권법 제13조 제4항).

191) 통일부장관은 북한주민의 인권상황과 인권증진을 위한 정보의 수집·관리 또는 북한인권증진 관련 정

즉, 현행 북한인권법은 통일부에 북한인권재단 및 북한인권기록센터를 두는 한편 법무부에도 북한인권기록보관소를 두어, 북한인권기록센터에서 수집·기록한 자료를 주기적으로 북한인권기록보관소에 이관하고 동 보관소가 인권기록 관련 자료를 보존·관리하도록 한다.¹⁹²⁾

나) 문제점¹⁹³⁾ 및 개선방안

북한주민 인권 침해 자료를 수집·기록·보존하는 것은 북한인권정책의 수립을 위한 기초자료를 확보하는 것일 뿐만 아니라,¹⁹⁴⁾ 통일 과정과 이후에 피해자에 대한 복권과 보상, 가해자에 대한 형사처벌 등 체제불법의 극복¹⁹⁵⁾을 위해 증거자료를 보존하는 것이기도 하다.¹⁹⁶⁾ 통일부가 수집·기록한 자료는 우선적으로 남북인권대화를 비롯한 북한인권정책에 활용될 것이나, 인권침해 관련 증언, 문서, 영상 등의 자료는 법무부가 넘겨받아 장차 국내법적, 국제법적 제재 및 피해구제 절차에 자료로 활용하기 위하여 분류, 관리하게 된다.¹⁹⁷⁾ 북한당국이 유엔인권위원회와 유엔총회의 대북인권개선 결의안에 대해

책을 효과적으로 수립·추진하기 위하여 필요한 경우에는 관계 행정기관 소속 고위공무원단에 속하는 공무원 등이 참여하는 협의체를 구성·운영할 수 있는데(북한인권법 시행령 제17조), 이에 따른 협의체의 구성·운영 등에 필요한 사항은 북한인권정책협의회 운영규정(통일부훈령)으로 규정되어 있다.

192) 참고로 북한인권기록보존소는 2018년 용인 법무연수원 분원으로 이전되었다가 2023년 다시 정부과천청사로 복귀하였다.

193) 북한인권자문위원회, 북한인권기록보존소, 북한인권재단의 설치 여부 및 담당 주무부처에 대해서는 오랜 기간 문제가 되어왔다. 관련하여 박광득, 북한인권법 제정의 당위성과 향후 과제에 관한 연구, 통일전략 제13권 제1호, 2013, 65면 참조.

194) 이러한 기록은 더 나아가 북한인권 실상에 대한 인식의 제고 및 국내외 공감대 확산, 국제사회의 인권개선 활동을 주도하기 위한 자료로 활용될 수 있다. 김수암, 북한인권 조사기록의 의미 및 북한인권 인식 제고 방안 모색, 통일부 ‘북한인권 조사기록의 의미 및 북한인권 인식 제고를 위한 민·관·국제사회의 역할’ 토론회 발제문, 2023. 4. 24., 9면.

195) 서독의 잘츠기터 중앙법무기록보존소(Die Zentrale Erfassungsstelle der Landesjustizverwaltung in Salzgitter)의 사례에 관해서는 제성호, 북한인권 침해기록 및 북한인권법 제정 문제, 법조 제64권 제5호(통권 제704호), 2015, 46-57면 등 참조.

196) 이효원, 통일법의 이해, 박영사, 2014, 218면 참조. 제성호, 북한인권법 제정의 필요성·당위성과 입법추진방향, 북한인권 관련 법안에 대한 공청회, 제316회 국회 임시회 공청회 자료집, 국회 외교통일위원회, 2013, 31면은 북한인권 침해 기록을 축적하는 것에 북한이 단기적으로는 강력하게 반발할 것이나, 중장기적으로는 북한당국의 주민들에 대한 인권침해를 억제하는데 도움이 될 것이라고 한다. 나아가 제성호, 북한인권 침해기록 및 북한인권법 제정 문제, 법조 제64권 제5호(통권 제704호), 법조협회, 2015, 45-46면은 반문명적인 인권침해를 억제하고 견제하는 방법의 하나는 가해행위를 문제 삼고 이를 체계적이고 지속적으로 기록, 보존하고 관리하는 일이라고 보았다.

197) 김한균, 북한인권법 제정 및 북한인권조사위원회 보고서에 따른 형사정책적 과제, 형사법의 신동향 통권 제51호, 한국형사정책연구원, 2016, 432면.

자주권의 침해이며 내정간섭이라고 강력히 반발해 오면서도 인권탄압국이라는 부정적 인식을 떨기 위해 최소한 나름대로 노력을 해왔으며 국제사회에서 생존하기 위해서도 그와 같은 입장을 취해왔다는 입장도 있다.¹⁹⁸⁾

그러나 북한인권기록센터와 북한인권기록보존소의 이원화된 정보 수집, 관리 체계에 대해서 비판이 제기되기도 하였다. 입법 이전부터¹⁹⁹⁾ 인권침해기록의 확보를 통한 불법 청산에 중점을 두고 법무부에 두어야 한다는 여당측 방안과 인권문제 조사연구와 자료수집을 중시하고 통일부에 두어야 한다는 야당측 방안이 중요한 쟁점 사항이었다.²⁰⁰⁾ 이 외에도 국가인권위원회가 업무 범위에서 실효적 구제를 할 수는 없으나 인권전담기구이자 독립기구로서 적절하다는 입장,²⁰¹⁾ 국가인권위원회 하에 두되 소장 및 소원을 검사와 수사관으로 임명하자는 견해,²⁰²⁾ 국가인권위원회가 가장 무난하나, (다만 직접 남북회담

198) 김중일, 북한인권법 제정과 북한인권, 북한 통권 460호, 북한연구소, 2010, 122면. 이 외에도 북한주민에 대한 위로적 효과와 북한당국에 대한 경고적 효과가 있다는 입장으로, 송인호, 최귀일, 북한인권법 제정의 필요성에 대한 고찰 - 북한인권기록보존소 설치의 필요성을 중심으로 -, 인권과 정의 통권 제 429호, 대한변호사협회, 2012, 153면 등.

199) 국회에서는 (산하에 별도 법인을 두는 경우를 포함하여) 국가인원위원회(예컨대, 제17대 국회 김문수 의원안(의안번호 제172378호), 제18대 국회 황우여 의원안(의안번호 제1800142호), 황진하 의원안(의안번호 제1800355호), 윤상현 의원안(의안번호 제1803239호), 제19대 국회 이인제 의원안(의안번호 제1901220호), 조명철 의원안(의안번호 제1901585호), 심윤조 의원안(의안번호 제1904337호) 등), 법무부(제19대 국회 황진하 의원안(의안번호 제1900152호), 김영우 의원안(의안번호 제1912600호)), 통일부(제18대 국회 김동철 의원안(의안번호 제1812228호), 제19대 국회 윤상현 의원안(의안번호 제1900058호), 윤후덕 의원안(의안번호 제1906130호), 심재권 의원안(의안번호 제1902587호)) 등에 이를 설치하는 방안이 논의되었다.

200) 김한균, 북한인권법 제정 및 북한인권조사위원회 보고서에 따른 형사정책적 과제, 형사법의 신동향 통권 제51호, 한국형사정책연구원, 2016, 427면; 송인호, 최귀일, 북한인권법 제정의 필요성에 대한 고찰 - 북한인권기록보존소 설치의 필요성을 중심으로 -, 인권과 정의 통권 제429호, 2012, 156-157면; 이효원, 통일법의 이해, 박영사, 2014, 217-219면; 제성호, 북한인권 침해기록 및 북한인권법 제정 문제, 법조 제64권 제5호(통권 제704호), 2015, 70-78면.

201) 서보혁, 북한인권법 공청회 진술, 북한인권 관련 법안에 대한 공청회, 제316회 국회 임시회 공청회 자료집, 국회 외교통일위원회, 2013, 22-23면.

202) 송인호, 현행 북한인권법의 개선방향에 대한 고찰, 동아법학 제79호, 2018, 82-85면 역시 실제 업무상 중복과 혼란, 효율성 저하를 지적하면서, 현행 법률상으로는 북한주민의 인권실태의 주된 담당기관인 것처럼 되어 있는 북한인권기록센터가 실제 업무적으로는 기록 원본조차 보관하지 못한다는 점, 법무부 북한인권기록보존소로의 이관 이후 추가조사의 필요가 발생한 경우 북한인권기록보존소에서 자체 조사를 할 법적 근거가 없다는 점(특히 “증거능력의 측면에서 한계가 명확하다”고 한다), 법 제정 이전에도 이미 통일부 산하 통일연구원에서 매년 북한인권백서를 발간해왔음에 별도 북한인권법을 제정한 취지를 고려해야 한다는 점 등을 고려할 필요가 있다고 한다. 또한 가장 이상적인 구조는 국가인권위원회에 북한인권기록센터를 두고, 산하에 반관반민단체로 북한인권기록보존소를 두되 소장 및 소원을 검사와 수사관으로 임명하고 통일부가 업무에 협조하게 하는 것이라고 한다.

에 임하는 부처로 부담이 있다고는 하나) 통일부도 고려될 수 있고 어떠한 경우에도 통일부의 기여가 중요하다는 견해,²⁰³⁾ 북한인권기록보존소의 경우 설치목적이 통일 과정과 그 이후에 체제불법의 청산 관련 소송법상 증거자료를 확보한다는 의미가 크므로 준수법적 기능을 담당하는 법무부에 설치하는 것이 상당하다고 보는 견해²⁰⁴⁾ 등이 존재하였고 현재까지도 비판 내지 대안이 제시되고 있다.²⁰⁵⁾

생각건대, 북한인권법의 취지에 비추어볼 때 통일부나 북한인권재단 산하에 북한인권기록 담당 조직을 두는 것이 북한인권 보호 및 증진이라는 1차적 목적에는 부합할 수 있으나, 이와 같은 업무 전반의 최종적인 도달점, 즉 소송법상 증거자료의 확보와 체제불법의 극복을 통한 ‘통일’을 고려할 때 법무부의 관여를 일체 배제하는 것은 바람직하지 못하다. 다만 북한인권기록센터의 실태조사의 목적이 서독의 경우와 같이 오로지 가해자의 범죄혐의에 대한 조사가 아니라는 점을 고려하지 않을 수 없다. 만약 북한인권재단의 출범 이후에도 이원화된 체제로 인한 문제점만이 부각되는 등 현행 체제로 심각한 비효율이 발생하거나 통일부 산하 북한인권기록센터의 1차적 처리로 향후 사법절차의 진행에 문제가 생길 우려가 커진다면,²⁰⁶⁾ 북한인권기록센터 부문을 아예 법무부 측으로 통합시키거나, 적어도 북한인권기록센터의 역할에 검사, 사법경찰관리 등을 파견하는 등 법무부

203) 윤여상, 제성호, 서독의 동독 인권침해 기록사례와 한국적 원용방안: ‘북한인권기록보존소’ 설치·운영을 중심으로, 중앙법학 제8권 제1호, 2006, 310면.

204) 이효원, 통일법의 이해, 박영사, 2014, 218면. 제성호, 북한인권법 제정의 필요성·당위성과 입법 추진방향, 북한인권 관련 법안에 대한 공청회, 제316회 국회 임시회 공청회 자료집, 국회 외교통일위원회, 2013, 39면 역시 이와 같은 입장에서, 증거수집은 수사기관이 할 수 있는 것이지만 민간기구가 할 수 없고, 통일부 장관이 북한인권재단에 대한 지도감독을 한다는 점에서 대북 교섭력을 약화시킨다는 문제점을 지적하였다.

법 제정 이후에도 법무부가 소관부서가 되어야 한다는 지적도 계속되었다. 대표적으로 윤철홍, 한국의 북한인권법에 관한 소고, 법학논총 통권 제36호, 2016, 244-245면이 그와 같다.

205) 최근까지도 제20대 국회 나경원 의원안(의안번호 제2011206호)의 경우 이원적 운영이 기관 운영의 권한과 책임 측면에서 바람직하지 않고 실제 운영과정에서도 여러 혼선을 초래한다는 이유로 법무부에 일원화하는 개선방안을 제시하였으나 임기만으로 폐기되었고, 현재 제21대 국회 태영호 의원안(의안번호 제2104830호)은 아예 북한인권기록센터도 법무부에 두는 방향의 개정을 제시한 상황이다. 이원화된 체제를 비판하며, 북한인권재단을 국가인권위원회나 국무총리 산하에 두거나, 통일부의 북한인권기록센터와 법무부의 북한인권기록보존소와 통합할 필요가 있다는 주장도 제기되고 있다. “태영호, ‘북한인권재단 설립위한 정책 제언’ 세미나 개최”, 스트레이트뉴스, 2022. 6. 14. 수정, 2023. 10. 1. 접속, <https://www.straightnews.co.kr/news/articleView.html?idxno=212426>.

206) 현행 북한인권법에는 ‘북한인권기록센터’와 ‘북한인권기록보존소’의 목적 및 역할, 수집대상 정보의 종류에 관해 구분하고 있지 아니하여, 양 기구 운영체계의 적절성 등 여러 문제점이 발견된다는 견해로, 이보드레, 북한인권법의 문제점과 개선방향 (I) - 북한 인권침해사례 수집·기록 기구의 일원화를 중심으로 -, 법학논총 통권 제39호, 2017, 149-152면.

차원의 적극적인 관여 내지 협조가 가능하도록 하는 방안도 고려해 볼 수 있을 것이다.

현행법을 그대로 유지할 경우에는 각 기관 사이의 업무협조체제를 원활히 작동시키는 것이 중요하다.²⁰⁷⁾ 현행법과 같은 이원화 체제의 경우에도 심리상태가 불안정한 북한이 탈주민에 대한 통일부 자체의 전문성을 살리면서도 법무부에서 필요한 증거자료 수집절차를 거치기 위한 것으로 운용될 가능성이 있기 때문이다.²⁰⁸⁾ 다만 북한인권기록센터의 적극적인 활동이 어려운 예외적 상황에서는 북한인권기록보존소의 대체적 업무대응이 가능하도록 법을 개정하는 등 대북교섭 상황에 따라 북한인권기록센터의 활동이 위축되는 일이 없도록 해야 하고, 적어도 북한인권기록보존소의 추가 보완 조사에 대한 법적 근거를 확보할 필요는 있다.²⁰⁹⁾

다) 통일부 북한인권보고서

207) 최용전, 북한의 국내법적 지위와 북한인권법의 법적 기능, 토지공법연구 제79집, 2017, 834면 역시 이와 같은 이원화 구조가 정치적 타협의 산물이기에 양 기관의 활동과 업무에 대한 명확한 구분과 절차가 마련되어 있지 않으므로, 효율적인 업무절차에 대한 조율이 필요함을 지적한다.

208) 이 문제는 북한인권법의 입법목적, 즉 북한주민의 인권 보호 및 증진 그리고 궁극적인 목적인 통일을 염두에 두되, 실무자의 입장 역시 적극적으로 살펴 풀어가야 하는 것이 필요하다.

209) 한편 업무 분장 관련하여 김수암, 북한인권 조사기록의 의미 및 북한인권 인식 제고 방안 모색, 통일부 ‘북한인권 조사기록의 의미 및 북한인권 인식 제고를 위한 민·관·국제사회의 역할’ 토론회 발제문, 2023. 4. 24., 10면에 따르면 현행 북한인권법상 북한인권재단과 북한인권기록센터 모두 북한인권실태에 관한 조사·연구 기능이 부여되어 있는데, 관련 법상 특별히 조사의 목적이 정해져 있지 아니하여 향후 북한인권재단이 출범할 경우 이러한 기능을 어떻게 분장할 것인지 문제될 수 있다고 한다. 이에 대해서는 추후 출범하게 될 경우 북한인권재단이 직접 실태조사 등을 담당하는 것이 가능하긴 하나, 북한인권재단이 법무부, 통일부, 외교부, 국가인권위원회 등에 산재되어 있는 관련 기능을 체계적으로 총괄하여 통일적으로 관리하기 위한 기능도 포함하고 있다는 것을 고려할 때, 결국 실무적인 사항은 북한인권기록센터(또는 통합된 북한인권기록보관소)가 담당하는 것이 보다 자연스럽다고 본다. 다만 입법과정에서는 북한인권재단의 업무와 국가인권위원회, 통일부, 통일연구원 등 다른 기관의 그것이 중복될 경우 전자의 업무에서 후자의 업무를 제외시키도록 하는 것은 어떤가 하는 의견이 제시되기도 하였다. 제성호, 북한인권법 제정의 필요성·당위성과 입법 추진방향, 북한인권 관련 법안에 대한 공청회, 제316회 국회 임시회 공청회 자료집, 국회 외교통일위원회, 2013, 38면 참조.

이 경우 북한인권 문제를 담당하는 다른 부처, 기관이나 민간 연구조직 또는 시민단체 간의 효율적인 협업체계 구축 여부도 중요해진다. 북한인권재단의 출범 이후 정부와 민간, 북한인권재단과 다른 민간단체 사이의 역할 분담에 대해서 추가적으로 논의할 필요가 있다.

한편, 김수암, 북한인권 조사기록의 의미 및 북한인권 인식 제고 방안 모색, 통일부 ‘북한인권 조사기록의 의미 및 북한인권 인식 제고를 위한 민·관·국제사회의 역할’ 토론회 발제문, 2023. 4. 24., 10면과 같이 정부 내에 산재되어 있는 기존 북한인권 관련 기록을 종합적으로 파악하여 어떠한 방식으로 정리해나갈 것인지 여부도 정리되어야 한다. 기존 북한인권정보센터(NKDB)의 인권 기록 역시 활용할 방안을 모색해야 한다는 의견도 제시되었다(최용전, 북한의 국내법적 지위와 북한인권법의 법적 기능, 토지공법연구 제79집, 2017, 834면).

앞서 살펴본 바와 같이 북한인권기록센터는 2023년 3월 정부 차원에서 최초로 450여 쪽 분량의 백서 형식 “2023 북한인권보고서”를 공개 발간한 바 있다.²¹⁰⁾ 통일부 북한인권보고서는 북한주민의 권리 침해 실태에 대해서 정부 조사결과를 공식적으로 발간한 첫 사례라는 점에서 기존 다른 인권실태 조사결과와 차별화된다. 북한이 1981년 가입하였던 국제 인권규약상 권리를 기준으로 북한 주민의 인권 실태를 대체로 객관적으로, 있는 그대로 기술하려 하였다라는 점 역시 평가할 만하다. 이와 같은 북한주민의 인권 현황 자료는 정부의 통일정책은 물론 북한주민의 기본권 제한이 문제되는 상황에서도 기초 판단자료로 활용될 여지가 있다.²¹¹⁾

그러나 동 보고서에 대해서는 약 6년 동안 북한인권기록센터가 정보 수집, 구축한 인권조사데이터 베이스를 충분히 활용하지 못하였고, 연례로 보고서를 발간하는 것도 아니면서 북한인권에 대한 기초적인 분석마저 제시하지 못하였다는 비판이 제기되기도 하였다.²¹²⁾ 제21대 국회 조태용 의원안(의안번호 제2102626호)에서는 통일부장관이 북한인권기록센터 조사분석 보고서를 매년 2회 대통령과 국회에 보고하는 것을 내용으로 하는 개정안을 제시한 바 있는데 그 취지를 참고할만하다.²¹³⁾

그밖에 통일부 북한인권보고서의 발간내용과 관련하여 문제점으로 지적할만한 사항은 다음과 같다. 관련 정보의 조사, 수집상의 본질적 한계로는 북한주민 전체가 아닌 소수의 국내 북한이탈주민만을 상대로 증언을 수집할 수밖에 없었다는 점이 있다. 정치범수용소

210) 통일부, 2023 북한인권보고서, 통일부 북한인권기록센터, 2023.

211) 과거 북한체제의 비인도성에 관한 주장과 증거들이 과장, 왜곡되었다는 지적도 존재하였으나, 북한 인권상황과 관련된 직접 정보를 수집하기 여의치 않다는 사실 자체가 역설적으로 북한체제의 폐쇄적이고 낙후된 면모를 드러낸다는 입장으로 우승지, 북한 인권문제 연구의 쟁점과 과제, 국제정치논총 제 46권 제3호, 2006, 198면.

212) “北 인권보고서 영문판 발간 지연 논란…통일부 “4월25일 노력””, 아시아경제, 2023. 3. 3. 수정, 2023. 10. 1. 접속, <https://view.asiae.co.kr/article/2023041216465757554>.

한편, 북한인권기록센터는 2023년 6월 ‘북한 내 강제노동 실태 심층조사 연구’ 용역에 대한 공모를 내어 ‘강제노동’이라는 구체적인 사안에 대해 심층조사를 진행하도록 하였다. ‘北 강제노동’ 첫 조사… “실태 최대한 알릴 것”, 아시아경제, 2023. 6. 20. 수정, 2023. 10. 1. 접속, <https://view.asiae.co.kr/article/2023062009484693763>. 이에 따르면 연구는 먼저 최근 5년 이내 입국한 탈북민을 대상으로 심층면접을 실시하고, 이를 통해 북한 내 구금시설, 학교, 각종 사회조직 등에서 발생하는 다양한 강제노동 실태를 파악하며, 김정은 정권을 기점으로 강제노동 양상이 어떻게 변화하였는지를 포함하여 북한 당국이 주민들을 강제노동에 동원하는 관계 법령 및 제도까지 조사할 계획이다. 여기서 강제노동은 나이·성별과 무관하게 당 지도부의 뜻대로 무상노동에 동원되는 것을 의미한다.

213) 제20대 국회 정병국 의원안(의안번호 제2024093호) 역시 이와 유사한 내용으로 발의되었으나 임기만료 폐기된 바 있다.

수용자나 이산가족·납북자·국군포로 실태 파악의 어려움도 이로부터 비롯된다. 최근에는 북한이탈주민의 절대 숫자도 부족했지만, 북한이탈주민 중 많은 수는 비교적 탈북이 용이하면서도 계급적 차별로 동기가 충만한 북부 해안지방 또는 북중 국경지역 출신으로 표본이 지역적으로 편중될 수밖에 없고, 또 이들이 체제불법의 피해자로서 사안에 따라 과장된 증언을 할 수밖에 없다는 점도 무시할 수 없다. 또한 다른 보고서와 같이 북한당국에 의한 보복 우려로 증언의 수집, 공개에 한계가 있고, 북한당국에 대한 부정적 의견을 가진 자 위주로 계층/성별 등이 편중되어 대표성 확보가 어렵다는 점도 위와 같다. 법규와 관습, 그리고 실제 현상의 관계성에 대한 고려가 부족하고, 시간 경과를 고려한 인식 차이도 명확히 확인되지 않았다. 보고서를 일독하면서 선부른 일반화에 유의하여야 할 수밖에 없다.

북한인권보고서의 체계상의 한계로는 발간의 목적성을 정확히 알기 어렵고, 이에 따라 보고내용도 인권별로 침해 관련 증언을 나열하는 방식을 취할 수밖에 없었다는 점이다. 보고서의 주목적이 단순히 북한당국의 인권침해 사실을 공표하는 것이라면, 통일연구원 등 다른 기관의 조사결과와의 차별성을 찾기 어렵고, 부분에 따라서는 기존 조사와 비교하여 참신한 내용이 거의 담겨있지 않다. 정부가 공인으로 북한주민의 인권문제를 보고한다는 점에서 발간의 의의가 없지는 않지만, 북한인권기록센터가 지난 6년간 조사, 분석한 내용뿐만 아니라 그 이전 정부/민간조사결과 등을 종합하여 결과물을 만들고 유의미한 정책적 시사점을 도출하지 못한 점도 아쉬움으로 남는다. 내용상 객관성, 중립성을 유지하기 위한 불가피한 조치로도 이해되지만, 이 경우 보고서 발간은 보편적 인권을 명분으로 한 북한당국에 대한 압박수단에 그치게 된다.²¹⁴⁾ 북한인권보고서가 당장은 아니더라도 정치상황 변화에 따라 북한인권정책은 물론 통일정책의 기초자료로 활용할 필요가 있다는 점을 고려해보면, 향후 북한주민의 인권문제를 국내 기본권 논의로도 수용하는 한편, 북한주민의 익명성과 안전을 최대한 존중하면서도 구체적인 사건을 전제로 문제의 원인을 분석하고 평가하는 작업이 병행되어야 할 것이다. 한편, 제3국 소재 북한이탈주민, 제3국 소재 북한주민, 재해재난자 등에 대한 논의도 가능할 것으로 보인다.

그럼에도 통일부 북한인권보고서가 헌법연구의 측면에서 중요한 시사점을 제공해줄 수 있다는 점은 인정할 수 있다는 점은 앞서 살펴본 바와 같다.

214) 관련하여 실질적으로 체제불법 극복에 사용할 수 있을 정도의 데이터가 축적되고 있는지, 이를 정부가 공식화하여 외부에 공개할 필요성이 있는지에 대한 비판의 입장도 존재한다.

바. 벌칙규정(제17조)

북한인권법은 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 북한인권법에 따른 지원금을 받은 자에 대해 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다(북한인권법 제17조). 벌칙규정은 오로지 북한인권법 지원금 부정수령에 관한 것뿐이다.

한편 북한인권재단의 임직원은 북한인권법에 따른 직무수행과 관련하여 공무상비밀누설죄(형법 제127조) 또는 뇌물죄(형법 제129조 내지 제132조)에 해당하는 행위를 한 경우 공무원으로 의제된다(북한인권법 제17조). 이는 열거된 범죄에 한하여 공무원 아닌 자를 공무원으로 의제하여 처벌할 수 있도록 하는 규정으로, 북한인권재단 관련 업무의 공공성이 크기 때문에 그 업무수행을 할 때 공정성과 책임성을 확보하기 위한 것으로 이해된다.²¹⁵⁾

4. 신설조항의 도입 논의

가. 대북 제재조치의 추가 문제

일본의 북한인권법이나, 여타 다른 국가의 북한에 대한 경제제재 법령과 같이 우리의 경우에도 위와 같은 일종의 대북 제재조치를 법률에 구체적으로 규율하는 방안을 고려해 볼 수 있을 것이다.

그러나 대북 제재조치(예컨대, 5.24조치)야말로 입법적으로 직접 규율하기보다는 구체적인 상황에 따라 정부의 유연한 행정재량 내지 정책적 판단이 긴요하게 요구되는 영역이라는 점, 각종 안보리 결의 등 유엔 제재에 따라 외국환거래법, 공중 등 협박목적 및 대량살상무기확산을 위한 자금조달행위의 금지에 관한 법률 등에 근거하여 현행과 같은

215) 기타 최근의 북한인권법 개정안을 보면 북한인권의 날 지정 등을 추가하는 경우가 있었다(제20대 국회 조원진 의원안(의안번호 제2016761호), 제21대 국회 태영호 의원안(의안번호 제2107214호)). 제20대 국회 홍일표 의원안(의안번호 제2024598호)의 경우 공무원 등에 대한 북한주민 인권 교육 의무화를 추진하였으나 임기만료 폐기되었다. 북한인권법상 국가 외에 지방자치단체의 책무를 추가하고, 종전의 수동적인 보고의무를 보다 적극적인 것으로 바꿀 필요가 있으며, 북한인권 상황에 대한 국민 인식제고 강화 역시 필요하다는 입장도 있다(송인호, 현행 북한인권법의 개선방향에 대한 고찰, 동아법학 제79호, 2018, 77-78, 86면).

방식으로 대북 제재조치를 하는 것에 특별히 문제가 없다는 점, 우리 북한인권법은 정치 성향이나 이념과 관계없이 북한주민에 대한 최소한의 보편적 인권을 보호, 증진하기 위한 것으로 대북 제재조치를 추가로 포함시킬 경우 오히려 본래의 취지를 몰각시킬 수 있다는 점 등을 고려할 때, 적어도 현 상황에서 일본의 경우와 같은 내용을 포함시킬 실익이 크지 않다.

다만, 정부가 대북정책 등을 시행함에 있어 인도주의적 차원에서 북한주민의 기본권에 대한 과도한 제한이 발생해서는 아니된다는 등의 내용을 포함시키는 방안은 고려해 볼 수 있다.

나. 정보의 자유 증진을 위한 조치 추가 문제

현행 북한인권법은 북한인권재단이나 북한인권기록센터 등의 실태조사, 인권 증진 정책 수립 및 시행 등 비교적 소극적 대북 대응 수단을 규정하고 있을 뿐, 미국 북한인권법과 같이 대북 라디오 방송 확대 등 북한 내에서의 정보입수가능성을 증가시키는데 필요한 조치까지 규정하고 있지 아니하다. 실제로 현행 북한인권법 입법과정에서는 북한주민의 정보접근에 대한 논의가 진행되기도 하였다.²¹⁶⁾

관련하여 북한인권법상 북한인권재단이나 산하 담당기구 등을 통하여 보다 직접적으로 북한주민의 인권향상에 필요한 적극적인 조치, 예컨대 대북 방송 기타 정보전달수단 확대 조치를 취할 수 있도록 개정하는 것도 가능할 것이다. 이는 북한당국에 대한 경제적 제재 내지 압력이 아닌, 북한주민에 대한 직접적인 인권 보호 및 증진 조치에 가깝다는 점에서 위 대북 제재조치 추가 여부와는 성격이 다르다.

그러나 위 대북 제재조치의 추가 여부 문단에서 살펴본 바와 같이, 북한인권법의 당초 도입취지 및 남북 간의 특수관계를 고려할 때 위와 같은 적극적인 조치를 취함에 있어서는 보다 신중함을 요한다고 해야 할 것이다.²¹⁷⁾ 우리 정부가 북한주민에 대한 자연스러운 정보의 자유 자체를 보장해야 한다는 것과, 정부가 직접 나서서 정부 증진 조치를 취

216) 예컨대, 제19대 국회 이인제 의원안(의안번호 제1901220호).

217) 북한주민의 정보접근을 위한 제반 수단을 구체적으로 명시하고 정부의 구체적인 의무를 정할 경우 북한을 지나치게 자극할 우려가 있어 미국 북한인권법과 같이 할 필요가 있는지 의문이라는 입장으로, 제성호, 북한인권법 제정의 필요성·당위성과 입법 추진방향, 북한인권 관련 법안에 대한 공청회, 제 316회 국회 임시회 공청회 자료집, 국회 외교통일위원회, 2013, 40면.

하는 것은 북한주민의 정보의 자유 보장과 대북정책의 재량의 비교형량에서 근본적인 차이가 있다. 나아가 당초 북한인권법이 북한주민에 대한 생존권과 자유권 등 가장 기본적인 인권을 보호, 증진하기 위해 도입되었다는 점을 감안하면, 정치적 사안과 분리가 어려운 활동 내지 조치를 북한인권법에 직접 명시하는 것은 기대했던 것과는 전혀 다른 결과, 예컨대 북한주민에 대한 억압과 감시만을 강화하는 결과를 가져올 우려도 있다.

한편 반드시 북한인권재단과 같은 비정부단체가 이와 같은 활동을 할 필요가 있는지, 이로 인하여 오히려 북한인권법을 둘러싼 정쟁 악화만을 초래하는 것은 아닌지에 대해서도 세심한 주의가 필요하다. 최근 북한당국은 외부 정보, 문화 유입을 체제에 대한 도전으로 간주하여 강력 대응하고 있는데 2019년 4월 군중신고법을 제정하여 외부 정보, 문화 보관, 유포, 시청 행위를 신고하도록 하고 신고하지 않을 경우 행정벌, 형사처벌에 처하도록 하고, 2020년 12월에는 반동사상문화배격법을 제정하여 특정 법 위반시 최고 사형에 처할 수 있도록 하는 규정까지 두고 있다.²¹⁸⁾ 다만 이는 북한당국에 대한 정부 조치가 북한주민의 인권을 억압하는 방향으로 작용할 수 있다는 점과 함께, 반대로 대한민국 법이 북한 지역에 직접 규범력을 행사하지는 못하나 현실이 북한사회에 직접 영향을 미치고 있으므로 오히려 이에 대한 보다 적극적인 규율의 필요성 보여주는 것으로도 판단할 여지가 있다.²¹⁹⁾

다. 형사사법절차 추가 문제

현행 북한인권법상으로는 북한주민의 인권 실태 조사 및 인권증진 추진을 위한 개괄적인 조치, 대북 인도적 지원을 위한 조치 등을 취할 수 있을 뿐, 북한지역에서의 체제불법으로 인한 형사조치에 대해서까지 직접 규율하고 있지는 아니하다. 이와 같은 이와 같이 북한인권법에서 국제적인 형사사법절차에 관해서 규정하거나 (대한민국 정부의 실효적 지배가 미치는 범위 내에서) 북한인권 문제를 국내 절차로 해결하는 방안을 명시하는 것도 고려해볼 수 있다.

218) 이규창, 북한인권보고서 공개 발간 이후의 추진 방향과 과제, 이슈 인사이트 제38호, 경제사회연구원, 2023, 11면 참조.

219) “‘한류 단속할수록 갈증 더 강렬해져… 北 젊은 세대가 김정은 이길 것’”, 조선일보, 2024. 2. 1. 수정, 2024. 2. 14. 접속, https://www.chosun.com/politics/north_korea/2024/02/01/PHYEYDB5UF CGFIS742G2MTYUZU.

과거 국내 북한인권법안 중에는 누구든지 북한인권 관련 침해사건에 대해 국가인권위원회에 신고할 수 있으며, 북한당국의 인권유린 결과 그 침해가 국제형사재판소 관할 범죄의 처벌 등에 관한 법률 제8조 집단살해죄, 제9조 인도에 반한 죄 등에 해당된다면 통일부장관 및 법무부장관에게 그 사실을 통보하고 국제형사재판소에 소를 제기할 수 있도록 규정한 경우도 존재하였다.²²⁰⁾ 다만 이와 같은 개정은 국내법상 국내관할권이 있는 범죄를 규정하면서 그 위반행위를 국제형사사법재판소에 제소할 수 있도록 하는 것인데, 이는 주권행사를 포기하는 것으로 해석될 수 있어 타당하지 않다는 지적도 제기되었다.²²¹⁾

생각건대, 장래 남북관계의 변화에 따라 북한지역에서 발생한 체제불법을 사법적으로 청산해야 할 필요성 자체를 부정할 수는 없다. 그러나 현행 북한인권법은 북한주민에 대한 보편적 인권 보호 및 증진을 목적으로 제정된 것으로, 이러한 입법목적조차 달성하고 있지 못한 상황에서 인권침해 등 체제불법의 사법적 해결을 포함하는 입법을 하는 것은 다소 시기상조로 보인다.²²²⁾ 나아가 이러한 논의로 인하여 북한인권 문제가 불필요하게 과도한 정치화되거나, 오히려 남북관계의 개선에 있어 행정부에 의해 정치적 해결의 영역으로 두어야 할 부분까지 불필요하게 경직적으로 규율하는 결과를 초래할 가능성이 있으므로, 적어도 아직까지는 북한인권법에 위와 같은 내용을 포함시키는 것은 어려운 것으로 생각된다.

라. 기본권에 관한 실체적 내용의 추가 가능성

현행 북한인권법은 “인권”이라는 개념을 활용하여 유엔 세계인권선언 등 국제인권규약에 규정된 자유권 및 생존권 정도를 실체적 내용으로 제시하고 있을 뿐이다. 현행법의 규율목적과 범위를 월등히 초과하는 것으로 현 단계에서는 적극적인 입법을 생각해보기 어렵지만, 향후 남북관계의 진전에 따라 북한인권법이 기본권법률, 통일헌법 또는 통일합의서로 구성될 경우 북한주민의 국제규약상의 인권, 우리 헌법상의 기본권, 북한 법체계

220) 제19대 국회 이인제 의원안(의안번호 제1901220호) 등.

221) 이효원, 통일법의 이해, 박영사, 2014, 222면 참조.

222) 제성호, 북한인권법 제정의 필요성·당위성과 입법 추진방향, 북한인권 관련 법안에 대한 공청회, 제316회 국회 임시회 공청회 자료집, 국회 외교통일위원회, 2013, 40면에서도 현 단계에서 실현가능성이 커 보이지 않는 사안을 북한인권법에 명기해서 불필요하게 북한을 과도하게 자극할 필요가 있을지 의문이 있다는 의견이 제시되었다.

상의 권리 등을 통합하여 새로운 법체계를 구성할 수 있을 것이다. 예컨대 기본권보장의 원리나 기본권의 구체적인 내용과 그에 대한 특별한 제한, 한시법적 사항 등을 추가하는 방안을 고려해볼 수 있다.

V. 결론

1987년 현행 헌법의 제정 이후 남한에서는 입헌주의가 실질적으로 기능하기 시작하면서 국민의 기본권 역시 여러 방면에서 큰 폭으로 신장되었다. 그러나 같은 기간 북한은 정치적, 사회적, 경제적 상황의 열화를 겪었고, 특히 북한주민의 인권 상황은 동 문제가 국내외적으로 이슈화된 1990년대 이래 거의 나아지지 않았으며 기본적 자유의 경우에는 오히려 큰 폭으로 퇴행하였다는 평가가 가능할 정도이다.

당초 우리 헌법은 영토조항 등을 통해 이북지역의 수복과 실효지배의 회복을 당연한 목표로 하였으나, 남북대치가 장기화되면서 평화통일 외에는 그 현실적 가능성이 거의 없어지게 되었다. 이러한 상황 속에서 헌법해석상 북한은 단순히 반국가단체로서의 지위 뿐만 아니라 평화통일을 위한 대화와 협력의 동반자로서의 이중적 지위를 갖게 되었다. 그러나 정작 북한과 사실상의 공법적 관계를 맺고 있는 북한주민을 오로지 위와 같은 이중적 지위를 가진 존재로 대우하는 것은 우리 헌법이 보장하고 있는 인간으로서의 최소한의 권익을 보장하기에 충분한 해석론이 아닐 수 있다. 이 점에서 북한인권 문제를 가급적 우리 법제의 틀로 끌어들이므로써 북한주민의 헌법적 보호를 시도하는 작업은 평화통일이라는 헌법의 목표 달성은 물론 국민 또는 인간의 기본권의 보장이라는 헌법 본연의 목적에도 부합한다.

북한주민에 대한 헌법적 보호를 실질화하기 위해서는 북한주민의 기본권 자체를 헌법 해석의 중요한 요소로 두고 우리 헌법의 효력범위, 북한주민의 법적 지위, 북한 법체제의 합법성 인정 가능성을 검토할 필요가 있다. 그간 우리 정부의 공식 입장은 일부 이와 같은 맥락이라고 볼 여지가 없지 않으나, 단순히 통일정책을 넘어서 국민이자 인간으로서 북한주민의 지위를 헌법적으로 보호하고자 했냐고 하면 그 점은 다소 의문이 있다. 향후 북한과의 통일헌법이나 통일합의서를 만들기 전까지 북한주민의 실질적인 보호는 오로지 헌법해석과 정책에 의해서만 가능한바, 남한과 북한주민 사이에 헌법적 관계를 설정함으로써 특히 인도주의적 관점에서 북한주민의 자유권적 기본권 제한 여부를 살펴볼 필요가 있다. 한편, 헌법정책적으로는 북한인권법이 시행됨으로써 비로소 법률적 차원에서 북한주민의 최소한의 기본적 인권을 보장하기 위한 기반을 마련할 수 있었는데, 법 자체가 아직 미비한 점이 적지 않고, 시행과정에서도 다소 진통을 겪고 있다는 한계가 있다. 대

북정책의 많은 부분은 고도의 정치적 판단이 필요하지만, 적어도 북한주민의 최소한의 기본권 보장은 이익형량의 대상에서 제외할 필요가 있을 수 있다.

향후 북한주민에 대한 헌법적 보호가 문제되는 경우로서 관련 정부정책, 법제도를 시행하거나 관련 사법적 판단을 함에 있어서도 단순히 남북관계의 특수성 - 반국가단체의 구성원이자 통일을 위한 대화와 협력의 동반자의 구성원 - 만을 고려할 것이 아니라 헌법이 현실적 한계 속에서 최저한도로 보장하는 북한주민의 기본권 역시 염두에 두는 것이 절실하다.

참 고 문 헌

1. 단행본

- 김명기, 북한주민의 인권과 국제법, 법서출판사, 2000.
- 김철수, 헌법학신론, 박영사, 2013.
- 사단법인 헌법학회, 헌법주석 I, 박영사, 2013.
- 성낙인, 헌법학, 법문사, 2022.
- 이효원, 통일법의 이해, 박영사, 2014.
- 이효원, 판례로 보는 남북한관계, 서울대학교 출판문화원, 2012.
- 제성호, 남북한 특수관계론, 한올아카데미, 1995.
- 통일과 헌법재판 3 - 통일에 관한 헌법이론 및 헌법재판소 결정 연구 -, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2018.
- 한수용, 헌법학, 법문사, 2022.

2. 논문

- 권수현, 북한이탈주민에 대한 남한국민의 태도, 한국정치연구 제20권 제2호, 2011, 129-153면.
- 권은민, 북한주민의 법적 지위에 관한 재검토, 통일문제연구 제33권 제2호(통권 제76호), 2021, 75-111면.
- 김도균, 북한 법체계에서의 법개념론과 법치론에 관한 고찰, 서울대학교 법학 제46권 제1호(통권 제134호), 2005, 452-456, 446-513면.
- 김동한, 한,미,일 북한인권법 비교분석, 북한학연구 제4권 제2호, 2008, 31-57면.
- 김범수, 북한 주민은 ‘우리 국민’인가?: 1980년대와 1990년대 한국 민족주의와 국민의 경계, 통일과 평화 제11권 제2호, 2019, 297-350면.
- 김선택, 통일헌법 논의의 Prolegomena, 통일법연구 제2권, 2016, 1-45면.
- 김소연, 남북합의서의 법적 성격과 효력 - 기존 남북합의서의 분석과 이에 기초한 향후 남북 간 합의의 발전방향 -, 공법연구 제47권 제4호, 2019, 143-174면.
- 김승대, 헌법재판과 남북한 통일, 헌법논총 제19집, 2008, 225-262면.

김용훈, 북한의 국가성(statehood)에 대한 법·정책적 쟁점 소고 - 『서울동부지법 2021가합 106706』 사건을 소재로 -, 서울법학 제31권 제1호, 2023, 35-78면.

김종일, 북한인권법 제정과 북한인권, 북한 통권 460호, 2010, 117-123면.

김주환, 영토변증설(領土辨證說), 세계헌법연구 제17권 제2호, 2011, 1-27면.

김태헌, 국제인권규약을 통해 본 북한 형사소송법의 반인권적 성격, 동아법학 제70호, 2016, 223-248면.

김현귀, 북한주민의 공법적 지위에 대한 검토, 법과정책연구 제19권 제3호, 2019, 93-122면.

도회근, 북한주민의 헌법상 지위에 관한 연구, 헌법학연구 제4권 제2호, 1998, 339-358면.

도회근, 헌법개정의 쟁점과 과제 —공법학자 설문조사 결과분석—, 공법연구 제34권 제1호, 2005, 49-72면.

류지성, 북한이탈주민지원법의 주요 논점에 관한 연구, 서울법학 제25권 제3호, 2017, 119-158면.

박광득, 미국 북한인권법에 대한 중국의 대응과 전망 -탈북자 문제를 중심으로-, 대한정치학회보 제13권 제3호, 2006, 55-78면.

박광득, 북한인권법 제정의 당위성과 향후 과제에 관한 연구, 통일전략 제13권 제1호, 2013, 37-73면.

박정원, 통일법제 연구 현황과 향후 과제, 통일과 법률 제1호, 2010, 150-196면.

서보혁, 한·미·일 3국의 북한인권법 비교 연구, 담론201 제19권 제4호(통권 제64호), 2016, 61-91면.

석광현, 남북한 주민 간 법률관계의 올바른 규율 : 광의의 준국제사법규칙과 실질법의 특례를 중심으로, 국제사법연구 제21권 제2호, 2015, 335-399면.

성낙인, 통일헌법의 기본원리 소고, 서울대학교 법학 제53권 제1호, 2012, 415-446면.

송은용, 장서린, 유현, 조연수, 북한이탈주민이 북한에서 저지른 범죄의 가벌성 고찰 - 특별법 제정을 통한 남한 형법의 적용을 중심으로 -, 고려법학 제91호, 2018, 383-418면.

송인호, 북한 주민 강제송환 사건에 관한 법적 고찰, 인권과 정의 통권 제492호, 2020, 180-194면.

송인호, 조장현, 헌법상 북한주민의 국적에 대한 고찰, 법학논총 제44권 제4호, 2020, 35-62면.

송인호, 현행 북한인권법의 개선방향에 대한 고찰, 동아법학 제79호, 2018, 67-84면.

송인호, 최귀일, 북한인권법 제정의 필요성에 대한 고찰 - 북한인권기록보존소 설치의 필요성을 중심으로 -, 인권과 정의 통권 제429호, 2012, 142-159면.

신영호, 북한 주민에 대한 한국민사법의 적용, 저스티스 통권 제121호, 2010, 289-300면.

오승진, 북한이탈주민의 국적과 재판관할권 행사, 서울국제법연구 제29권 제2호(통권 제57호), 2022, 71-107면.

우승지, 북한 인권문제 연구의 쟁점과 과제, 국제정치논총 제46권 제3호, 2006, 189-212면.

윤여상, 제성호, 서독의 동독 인권침해 기록사례와 한국적 원용방안: ‘북한인권기록보존소’ 설치·운영을 중심으로, 중앙법학 제8권 제1호, 2006, 291-322면.

윤철홍, 한국의 북한인권법에 관한 소고, 법학논총 통권 제36호, 2016, 227-248면.

이건목, 동독주민과 북한주민의 인권침해 기록보존소에 대한 정치적 갈등사례 비교와 시사점, 사회과학담론과 정책 제4권 제2호, 2011, 39-65면.

이규창, 2020년 전후 북한의 인권정책 분석과 평가:제·개정 사회통제법규 분석을 중심으로, 북한법 연구 제29호, 2023, 27-60면.

이규창, 북한 주민의 법적 지위에 대한 고찰 - 이중적 지위의 관점에서 -, 통일과 법률 제49호, 2022, 38-68면.

이규창, 북한주민 송환법제 개선에 관한 연구-특별법 제정 방안 및 내용을 중심으로, 통일과 법률 제42호, 2020, 31-60면.

이기완, 일본의 북한인권정책의 본질과 한계, 대한정치학회보 제19권 제3호, 2012, 143-162면.

이덕연, ‘헌법적 정체성’ 확립의 과제와 북한이탈주민의 헌법적 지위, 저스티스 통권 제136호, 2013, 27-63면.

이보드레, 북한인권법의 문제점과 개선방향 (I) - 북한 인권침해사례 수집·기록 기구의 일원화를 중심으로 -, 법학논총 통권 제39호, 2017, 135-159면.

이승현, 미국의 북한인권법과 영향, 통일연구 제12권 제2호, 2008, 29-50면.

이은정, 북한의 신분등록·공민등록·주민등록제도 - 가족관계등록을 중심으로 -, 안암법학 제51호, 2016, 185-229면.

이재희, 통일시 남북주민의 정치적 평등권 보장, 통일법연구 제1권, 2015, 353-385면.

이춘호, 중국 내 북한이탈주민 정착가정 자녀의 생활 실태 연구, 평화학연구 제16권 제4

- 호, 2015, 143-163면.
- 이효원, 남북한관계에 대한 판례 분석- 국가보안법의 최근 변화 동향과 남북교류협력에 관한 판례를 중심으로 -, 서울대학교 법학 제52권 제3호(통권 제160호), 2011, 1-36면.
- 이효원, 통일과정에서 북한지역 관리를 위한 법제도, 저스티스 통권 제166호, 2018, 40-72면.
- 이효원, 통일과정에서의 특별사법제도 운영 가능성, 저스티스 통권 제146-3호, 2015, 245-262면.
- 임예준, 국가면제에서 ‘국가’의 의미에 관한 소고 -북한을 상대로 한 소송에의 함의-, 국제법평론 제65호, 2023, 1-36면.
- 임예준, 국제법상 북한의 법적 지위에 대한 고찰, 안암법학 제46호, 2015, 317-350면.
- 장명봉, 북한주민의 법적 지위 문제의 고찰 -대법원 판결(이영순 사건)과 관련하여-, 법조 제47권 제9호, 1998, 35-62면.
- 장영수, 북한 주민 강제송환의 헌법적 쟁점, 세계헌법연구 제26권 제2호, 2020, 35-58면.
- 장영수, 헌법총강에 대한 헌법개정 - 국가의 기본적 구성요소 및 헌법의 기본원리와 관련한 헌법개정 -, 공법연구 제34집 제4호 제2권, 2006, 83-111면.
- 장영수, 통일 준비와 헌법의 역할, 법학연구 제31권 제1호, 2023, 71-98면.
- 전상현, 외국인의 기본권-헌법재판소 결정례에 대한 비판적 검토를 중심으로- 강원법학 제43권, 2-14, 579-611면.
- 전수미, 북한인권법에 대한 소고, 법학연구 제17권 제4호, 2017, 359-381면.
- 전종익, 통일헌법의 기본권체계, 법조 제61권 제2호, 2012, 152-184면.
- 정태욱, 북한 체제와 인권문제의 논의에 단서를 붙이며, 민주법학 제20권, 2001, 55-85면.
- 정인섭, 우리 국적법상 최초 국민 확정기준에 관한 검토, 국제법학회논총 제43권 제2호 (통권 제84호), 1998, 235-248면.
- 정인섭, 조선적 재일동포에 대한 여행증명서 발급의 법적 문제, 서울국제법연구 제21권 1호, 2014, 1-24면.
- 제성호, [이달의 초점] 미국의 북한인권법안 통과 의미와 전망 - 탈북자, 북한 주민들의 인권보호 목적, 북한 제2004년 9월호(통권 제393호), 2004, 34-40면.
- 제성호, 귀순의사를 표시한 북한 범죄혐의자의 강제복송에 관한 법적 고찰, 통일과 법률

통권 제51호, 2022, 9-50면.

제성호, 북한의 법적 지위 재검토 - 국내법(헌법) 및 국제법적 측면의 종합적 이해를 위하여 -, 법조 통권 제655호, 2011, 37-75면.

제성호, 북한인권 침해기록 및 북한인권법 제정 문제, 법조 제64권 제5호(통권 제704호), 2015, 43-82면.

최용전, 북한의 국내법적 지위와 북한인권법의 법적 기능, 토지공법연구 제79집, 2017, 815-837면.

최은석, 남북 분단 해소 시 북한지역 주민의 대규모 남하 관련 헌법적 논의, 북한법연구 제22권, 2019, 101-132면.

최은석, 통일한국의 미래와 헌법재판소의 기능과 역할 - 헌법이념과 위상 정립을 중심으로 -, 헌법논총 제26권, 2015, 5-65면.

한수용, 자유권의 제한 개념과 헌법소원심판에서 제3자의 자기관련성 - 사실적 기본권 제한의 문제를 중심으로 -, 헌법학연구 제15권 제1호, 2009, 455-495면.

허완중, 독일통일과정의 헌법적 문제 - 독일 연방헌법재판소 판례를 중심으로 -, 헌법재판연구 제2권 제1호, 2015, 167-199면.

홍용표, 장두희, 한반도에서 인권과 평화: 북한인권법 제정을 둘러싼 논쟁과 그 의미, 문화와 정치 제6권 제4호, 2019, 271-303면.

홍진영, 범죄를 저지른 북한이탈주민 추방의 법적 문제, 법조 제70권 제3호(통권 제747호), 2021, 253-294면.

황의정, 김정은 시대 북한식 사회주의법치의 의미와 한계 - 법의 지배(rule of law)의 일관적 시각을 중심으로 -, 동북아법연구 제12권 제3호, 2019, 109-139면.

3. 보고서, 논평, 토론회 자료집 기타

김수암, 북한인권 조사기록의 의미 및 북한인권 인식 제고 방안 모색, 통일부 ‘북한인권 조사기록의 의미 및 북한인권 인식 제고를 위한 민·관·국제사회의 역할’ 토론회 발제문, 2023. 4. 24.

김덕주, 북한이탈주민의 법적 지위에 관하여, IFANS 주요국제문제분석 2023-16, 국립외교원 외교안보연구소, 2023.

김한균, 북한인권법 제정 및 북한인권조사위원회 보고서에 따른 형사정책적 과제, 형사

- 법의 신동향 통권 제51호, 한국형사정책연구원, 2016.
- 김현귀, 남북합의서의 법적 효력, 통일헌법연구, 2021-D-1, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2021.
- 김현귀, 북한주민의 지위, 통일헌법연구, 2019-D-1, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2019.
- 김현준, 유엔 북한인권조사위원회 최종보고서의 성취와 문제점, 통일정책연구 제25권 제2호, 통일연구원, 2016.
- 김형률, 북한 관련 소송의 최신 경향, 북한 관련 소송법제의 현황과 전망 발표자료집, 사법정책연구원, 2022, 3-28면.
- 도경옥, 임예준, 이기태, 홍제한 외 3인, 북한 여성·아동 인권 실태, 통일연구원, 2016.
- 서보혁, 북한인권법 공청회 진술, 북한인권 관련 법안에 대한 공청회, 제316회 국회 임시회 공청회 자료집, 국회 외교통일위원회, 2013.
- 소은영, 국적에 관한 헌법적 검토 - 국민의 의미 변화를 중심으로 -, 2023-A-5, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2023.
- 송진호, 남북한 특수관계에서 국가면제이론의유추적용 문제에 대한 고찰 - 최근 하급심 판례를 중심으로, 통일과 법률 통권 제45호, 법무부, 2021.
- 윤남근, 북한인권법 시행에 나타난 문제점과 대책, 북한인권법 제정 2주년, 이행상황 점검 토론회 자료집, 국가인권위원회, 2018(재인용).
- 이규창, 김정은 시대 북한의 사회통제 및 처벌 실태는?, 통일연구원, 2023.
- 이규창, 북한인권보고서 공개 발간 이후의 추진 방향과 과제, 이슈 인사이트 제38호, 경제사회연구원, 2023.
- 이규창, 살인혐의 북한 주민 추방 사건 법적 쟁점과 과제, Online Series, 통일연구원, 2019.
- 이금순, 북한인권 관련 미국 행정부 및 의회의 동향분석, 북한인권 관련 국가, 국제기구 및 NGO의 동향분석, 국가인권위원회, 2007, 265면(재인용).
- 이상수, 중국·북한의 인권과 주권과의 관계: 인권의 상대론과 보편론의 갈등을 중심으로, 한국연구재단, KRF-2005-037-B00015, 2005.
- 이상훈, 헌법상 북한의 법적 지위에 대한 연구, 법제논단, 법제처, 2009.
- 이승열, 미국 신행정부의 북한인권 관련 입법정책 전망과 시사점, 외국입법 동향과 분석 제72호, 국회입법조사처, 2020.

- 임예준, 박영자, 민태은, 북한인권 제도 및 실태 변화추이 연구, 통일연구원 KINU 연구
총서 16-12, 2016.
- 전광석, 북한공권력행사의 법적 효력 여부와 그의 규범적 근거, 헌법재판대상으로서의
통일관련 헌법적 문제 - 체제불법청산을 제외하고 -, 헌법재판소, 1997, 79-197면.
- 정영화, 통일후 헌법재판의 심판대상과 심사방법에 관한 연구, 헌법재판대상으로서의
통일관련 헌법적 문제 - 체제불법청산을 제외하고 -, 헌법재판소, 1997, 195-300면.
- 정재황, 헌법 제3조의 재해석과 현안, 통일법제 Issue Paper 18-19-9, 한국법제연구원,
2018.
- 제성호, 북한인권법 제정의 필요성·당위성과 입법 추진방향, 북한인권 관련 법안에 대한
공청회, 제316회 국회 임시회 공청회 자료집, 국회 외교통일위원회, 2013.
- 한동호, 한국의 대북 인권정책 연구, 통일연구원 북한인권연구센터, 2014.
- 통일부, 2023 북한인권보고서, 통일부 북한인권기록센터, 2023.
- 통일연구원, 2014 유엔 인권이사회 북한인권조사위원회보고서, 통일연구원 북한인권연
구센터, 2014.
- 통일연구원, 북한인권백서, 통일연구원 북한인권센터, 1999.
- 통일연구원, 북한인권백서, 통일연구원, 2022.
- 통일연구원, 북한인권법 제정 의의와 향후 과제, Online Series, 통일연구원 북한인권연
구센터, 2016.

북한주민의 헌법적 보호
- 헌법해석과 북한인권법의 개선방안을
중심으로 -

2024年 3月 19日 印刷

2024年 3月 26日 發行

발행: 헌법재판소
헌법재판연구원

인쇄: 성문인쇄사(02·2272·7553)

〈비매품〉

* 본 보고서의 내용은 본원의 공식견해가 아닙니다.

