

국제법 현안 Brief



국제법 현안 Brief 편집위원회

편집위원장 최태현 교수 (한양대학교)
편집위원 오승진 교수 (단국대학교)
권현호 교수 (성신여자대학교)
김성원 교수 (원광대학교)
이기범 박사 (아산정책연구원)

투고문의 ksilbrief@gmail.com
웹사이트 www.ksil.or.kr

국제법 현안 Brief는 국제법 관련 현안문제에 관해 간략한 설명을 제공함으로써 국제법 연구자는 물론 일반인에게 국제법에 대한 이해를 돕는 것을 목표로 합니다. 국제사회에서 발생하는 최근 현안과 관련된 국제법 쟁점에 대한 인식과 최근 국제법 동향에 대한 지식을 공유함으로써 국제법에 대한 사회적 인지도를 향상시키는데 도움이 되기를 기대합니다.

북한은 소송의 피고가 될 수 있는가? - 국군포로 판결과 관련하여

오 승 진 (단국대학교 법과대학 교수)



1. 판결의 내용과 쟁점

서울중앙지방법원은 2020. 7. 7. 북한과 김정은에게 6·25 전쟁에 참여하였다가 포로가 된 국군포로에 대하여 손해를 배상할 것을 명하는 판결을 선고하였다.¹ 그러나 법원은 북한을 한국의 헌법상 국가가 아니라 사실상의 지방정부와 유사한 정치적 단체로 ‘비법인 사단’ 이라고 보았다. 한국 전쟁동안 82,000명의 국군이 실종되었고, 약 50,000-70,000명의 국군이 북한 및 북한의 동맹국에 억류되었다.² 그리고 한국전 종전 직후에 약 8,343명의 한국군 포로가 송환되었는데, 결과적으로 약 50,000명의 한국군 포로가 송환되지 못하였다.³

원고들은 불법적인 포로송환 거부와 억류, 탄광에서의

강제노역, 내각결정 143호에 의한 북한주민으로의 강제편입, 가혹한 탄광 노역 및 학대, 본인 및 자녀들에 대한 신분 차별과 박해 등 인권침해를 주장하면서 민법상의 불법행위, 정전협정상의 포로송환의무 위반, 전쟁포로의 대우에 관한 제네바 제3협약 위반, 국제노동기구(ILO)의 강제노동폐지를 규정한 제29조 협약 위반 등을 책임의 근거로 제시하였다.

민사소송법에 따르면 외국에서 하는 송달은 당해 외국의 관할 공공기관에 촉탁해야 하지만 북한 등에 대한 송달은 이 규정에 따를 수 없거나 이에 따라도 효력이 없을 것으로 인정되어 공시송달의 방법으로 소송이 진행되었다. 그리하여 피고가 원고의 청구사실을 모두 자백한 것으로 보고 변론 없이 원고 승소판결이 선고되었다.

국제법상 국가는 외국의 법원에서 자국의 동의 없이는 소송의 피고가 되지 않는 특권을 누리는데, 이를 ‘국가면제’ 또는 ‘주권면제’라고 한다. 이는 사인(私人)에게는 인정되지 않는 국가의 특권이다. 국가면제는 국가의 승인과 밀접한 관련이 있다. 국가가 새로이 등장하면 다른 국가들로부터 승인을 받으며, 외교관계를 형성하게 된다. 승인의 국제법적 효과에 대하여, 새로운 국가는 승인을 받아야만 법적으로 존재하게 된다는 견해(창설적 효과설)가 있지만 대체적으로는 국가는 타국의 승인 여부와 상관없이 법적으로 존재한다는 견해(선언적 효과설)가 일반적이다.

국가승인의 효과는 국제법에서는 물론 국내법적으로도 나타난다. 국가가 타국을 승인하지 않는다면 국내법 상으로도 그 실체를 인정하기 어렵다. 그러나 법률상 승인이 없다는 이유로 특정한 영토를 실효적으로 통제하고 있는 국가나 정부를 아예 존재하지 않는 것처럼 취급하게 되면 실제상 상당한 어려움이 생기게 된다. 그리하여 대부분의 국가에서는 미승인국가의 국내법적 지위를 일률적으로 부인하지 않고 사안에 따라 달리 취급한다.

이 소송의 판결은 한국의 법체계상 북한은 국가가 아니므로 적어도 국가의 자격으로는 소송의 피고가 될 적격도 인정하지 않았다. 이와 관련하여 우리나라에서 미승인국가인 북한을 피고로 하여 소송을 제기하는 것이 가능한지가 문제가 된다.

2. 한국법상 북한의 지위

헌법 제3조는 대한민국의 영토를 한반도와 그 부속도서로 한다고 규정하고 있으며, 이 규정은 한국의 헌법이 북한 및 북한 정부를 국가로 인정하지 않는 주된 근거가 되고 있다.⁴ 헌법재판소 97헌가12 사건에서 외교통상부 장관은 한국이 북한의 국적을 인정하지 아니하므로 이론상 북한주민도 한국의 국적을 가진다는 의견을 진술하였다.⁵ 대법원은 북한지역도 한국의 영토에 속하는 한반도의 일부이므로 한국의 주권이 미치고 북한주민은 한국의 국적을 보유하는 것으로 해석한다.⁶

다만, 헌법재판소는 북한이 반국가단체 조항의 반국가단체에 해당하는지 여부는 형사재판절차에서의 사실인정 내지 구체적 사건에서의 법률조항의 포섭, 적용에 관한 문제이므로 위헌심판청구의 대상은

아니라고 판시하였다.⁷ 한국의 법률 자체가 북한을 반국가단체로 지정한 것은 아니며, 이는 법률해석의 문제라는 것이다. 헌법재판소는 승인과 관련하여 남북한이 유엔(U.N.)에 동시 가입하였다고 하더라도, 다른 회원국과의 관계에 있어서도 당연히 상호간에 국가승인이 있었다고 볼 수 없다고 판시하였다.⁸ 대법원도 북한이 유엔이 가입하였다는 사실만으로는 다른 회원국에 대하여 당연히 상호간에 국가승인이 있다고 볼 수 없으며, 남북회담과 경제협력 등의 현상들만으로 북한을 국제법과 국내법적으로 독립한 국가로 취급할 수 없다고 판시하였다.⁹

헌법재판소는 북한의 법적 지위와 관련하여, 1991. 12. 13. 남북한 사이에 체결된 남북합의서에 기초하여 남북관계를 “나라와 나라 사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계”로 정의하면서도 남북합의서의 채택 이후에도 북한이 적화통일의 목표를 버리지 않고 도발을 자행하고 있으며, 남북한의 정치, 군사적 대결이나 긴장관계가 해소되지 않고 있으므로 북한의 반국가단체성에 변함이 없다고 보았다. 대법원도 이와 같은 입장이다.

입법 및 사법의 실무에서는 경직된 이론을 적용하기 보다는 사안에 따라 유연성을 발휘하고 있다. 북한의 국가성과 밀접한 관련성을 가지는 국적의 문제와 관련하여, 대법원은 북한법의 규정에 따라 북한 국적을 취득한 자에 대하여 “중국 주재 북한 대사관으로부터 북한의 해외공민증을 발급받은 자라 하더라도 북한 지역 역시 대한민국의 영토에 속하는 한반도의 일부를 이루는 것이어서 대한민국의 주권이 미칠 뿐이고, 대한민국의 주권과 부딪치는 어떠한 국가단체나 주권을 법리상 인정할 수 없”다는 이유로¹⁰ 북한 국적자를 당초부터 대한민국의 국민으로 인정하고 있다. 그러나 남북 사이의 1972년 7·4 남북공동성명, 2000년 6·15 남북공동선언, 여러 차례의 남북정상 회담에 비추어 보면, 한국 정부는 공적인 관계에서 사실상 북한을 반국가단체가 아니라 사실상의 국가로 인정하는 것으로 여겨진다. 나아가 개인의 사권과 관련된 문제에 대하여는 북한 및 북한 정부의 법적 효력을 인정하고 있다. 북한 주민은 북한의 학력 및 자격을 인정받을 수 있으며,¹¹ 북한에서 이루어진 결혼도 그 효력이 있음을 전제로 이혼에 관한 특례를 규정하고 있다.¹² 이상을 종합하면, 한국이 북한을

승인하는 것은 아니지만 전적으로 북한의 실체를 부인하는 것은 아니며, 북한과의 공식적인 관계 및 사적인 영역과 관련된 문제에서 북한을 국가에 준하여 대우하는 것으로 보인다.

3. 외국의 사례

영국은 1980년대부터 공식적인 승인을 하지 않는 정책을 채택하고 있다. 외국의 승인 여부 및 그 효과는 법원이 판단한다. *Gur Corporation v. Trust Bank of Africa* 사건에서 이 문제가 다루어졌다. 이 사건에서 Ciskei 지역이 영국에서 제소 또는 피소될 수 있는 당사자능력이 있는가 여부가 문제되었다. 이 지역은 남아프리카 공화국의 일부였는데, 1981년 Ciskei 지위법 (Status of Ciskei Act, 1981)에 따라 남아공에 의하여 독립이 인정되었다. 영국 외교부는 Ciskei 지역이 법률상 및 사실상 독립국이 아니며, 이 지역에는 대표부도 파견되어 있지 않다고 확인하였다. 이 사건에서 재판부는 Ciskei의 입법부는 남아프리카 당국의 위임을 통하여 권한을 행사하는 것이므로 남아공 정부의 하부 기구로 영국 법원에서 제소 또는 피소의 당사자능력을 갖는다고 판시하였다. 이 판결은 미승인국가를 남아공의 하부 기구로 인정하여 당사자능력을 인정하였다. 이 사안은 남아공의 일부 지역이 남아공에 의하여 독립이 부여된 사안으로 남북한 사이의 관계에 유추하여 적용하기는 무리이다.

미국의 법원에서는 승인을 받은 국가나 정부만이 소송을 제기할 수 있으나 예외적으로 미승인 국가나 정부도 제소의 권리를 얻은 사례도 있다. *Ministry of Defense of the Islamic Republic of Iran v. Gould* 사건에서 미국의 승인을 받지 못한 이란 정부는 미국 내에서 중재판정을 집행하려고 시도하였다. 미국 정부는 재판과정에서 이란 정부의 입장을 지지하였다. *National Petrochemical v. The M/T Stolt Sheaf* 사건에서 법원은 행정부가 미승인 정부를 어떻게 대우할 것인지에 대한 판단 권한을 가져야 하지만, 공식적인 승인이 없다고 하여 반드시 외국 정부가 미국의 법원에서 제소권을 상실하는 것은 아니라고 판시하였다.

이상과 같은 영국과 미국의 사례를 보면, 미승인국가도 국내법원에서 제소권 등 당사자의 자격을 인정받고 있음을 알 수 있다.

4. 국가면제의 적용 여부

국가는 외국의 법정에서 소송의 피고가 되지 않는다는 국가면제 또는 주권면제의 특권을 누린다. 그렇다면 미승인국가도 국가면제를 향유할 수 있는가? 승인을 받지 못하였다면 국가의 특권인 국가면제를 누릴 수 없다는 주장도 가능하다. 이 경우에 위 한국 법원의 판결처럼 비법인사단의 책임을 인정하는 것도 하나의 방법이 될 수 있다. 그러나 이와 같은 입장은 몇 가지 점에서 문제점이 있다. 첫째, 미승인국가의 국내법상 지위는 북한만의 문제로서 고려할 것이 아니라 일반 국제법상으로 정할 필요가 있다. 다른 유사한 사안에서 제3의 미승인국가를 비법인 사단으로 보는 것은 상당한 어려움을 초래할 수 있다. 둘째, 법원의 판결은 국가로서의 실체를 가지고 있는 북한의 현실과 괴리된다. 일부이기는 하지만 한국은 공식적 또는 사적인 영역에서 북한을 사실상의 국가로 인정하고 있다. 셋째, 미승인국가를 소송의 피고로 한다는 것은 국가로서의 책임을 추궁하는 것이다. 이 사건에서도 원고들은 북한에게 포로의 대우 및 송환거부로 인한 책임을 추궁하고 있다. 국가가 아닌 주체에게 국가의 책임을 추궁할 수는 없을 것이다. 위 법원의 판결은 내용상으로는 포로의 대우에 관한 국가의 책임을 추궁하는 것인데, 형식상으로는 국가로서의 책임을 추궁하는 것이라고 보기 어렵다.

다만, 미승인국가에게 국가로서의 책임을 추궁하는 경우에도 국가면제가 적용되는가 여부의 문제는 남는다. 그러나 미승인국가라고 하여 당연히 국가면제가 적용되지 않는다고 볼 근거는 없다. 오늘날 다수의 국가는 제한적 국가면제론을 따른다. 이에 의하면 타국의 행위를 주권적 행위와 상업적 행위로 나누어 주권적 행위에 대하여는 면제의 특권을 인정하고, 상업적 행위에 대하여는 재판관할권을 행사한다. 주권적 행위와 상업적 행위는 행위의 성질 및 목적을 고려하여 구분하는데, 대표적으로는 국가의 행위 중 국방이나 전쟁의 수행과 관련된 행위는 주권적 행위로, 상품의 매매와 관련된 행위는 상업적 행위로 볼 수 있을 것이다.

국제사법재판소(ICJ)는 이탈리아인인 페리니가 2차 대전 기간 중에 독일에서 강제노동을 당하였다는 이유로 이탈리아 법원에서 독일 정부를 상대로 제소하여 승소한 사건과 관련하여, 국가가 국가면제를

향유하는가 여부는 사건의 본안을 검토하기에 앞서 판단할 사항이라는 이유로 이탈리아 법원의 관할권 행사는 국가면제에 관한 국제법을 위반한 것이라고 판단하였다. 쿠웨이트에서 고문 피해를 받은 Al Adrani가 영국의 법원에서 쿠웨이트 정부를 상대로 제소하였다가 패소한 사건과 관련하여, 유럽인권재판소는 고문의 금지가 강행규범이기는 하지만 법정지 외에서 저질러진 고문에 대하여 영국의 법원이 국가면제론에 따라 관할권을 행사하지 않은 것이 유럽인권협약을 위반한 것은 아니라고 보았다. 이상과 같은 논리를 이 사건에 적용하면 포로의 대우에 관한 북한의 행위는 주권적 행위에 해당할 가능성이 높으므로 국가면제가 적용되어 한국의 법원은 관할권을 행사할 수 없다는 결론에 이를 수도 있다.

다만, 위 사건들은 모두 불법행위가 법정지가 아닌 외국에서 발생한 경우이다. 유엔국가면제협약 제12조에 의하면 사람의 사망, 신체의 손해 또는 재산상 손해에 관한 소송으로 불법행위가 일부라도 법정지에서 발생한 경우에는 소송의 피고가 된 외국은 국가면제를 주장할 수 없다. 그러므로 법정지에서 발생한 불법행위는 비록 주권적 행위라 하더라도 국가면제가 제한될 수 있다.

국가에 따라서는 테러행위와 같이 특정한 행위에 대하여 국가면제를 부인하는 입법을 한 사례도 있다. 미국은 제한적 주권면제론을 반영한 외국주권면제법(Foreign Sovereign Immunity Act)을 가지고 있는데, 이 법의 예외규정에 따르면 테러지원국으로 지정된 국가가 미국 시민을 납치, 고문, 살해한 경우에는 주권면제가 부인되어 미국의 법원이 관할권을 행사할 수 있다. 북한에서 유죄판결을 받아 복역 중 혼수 상태로 미국으로 송환된 후 사망한 오토 워비어(Otto Warmbier)의 유족들이 북한을 상대로 제기한 소송에서 승소할 수 있었던 것도 이 규정에 따른 것이다. 한국은 이와 같은 국내입법이 없으므로 일반적인 국가면제론에 따라 관할권 행사 여부를 결정해야 할 것이다.

5. 결론

위 사건에서 한국의 법원은 미승인을 이유로 북한을 사실상의 지방정부와 유사한 정치적 단체인 ‘비법인 사단’으로 보아 배상책임을 인정하고, 국가면제의 문제는 발생하지 않는다고 보았다. 그러나 미승인국가에

대하여도 국내법상 국가로서의 지위를 인정하는 사례에 비추어 볼 때 법원의 판단이 적절한지는 다소 의문이 있다. 미승인국가를 상대로 제소하는 것은 책임을 추궁하는 것이므로 승인 여부와 상관없이 국가로서 당사자적격을 인정하는 것이 타당하다고 본다. 다만, 미승인국가에게도 국가면제는 적용되어야 하므로 그 예외를 인정할 사정이 존재하는지 여부를 검토하는 것이 필요하다. 이 사안에서는 한국의 헌법상 북한 지역도 한국의 영토이고 불법행위가 국내에서 발생하였다는 이유로 국가면제를 부인하는 것이 더 설득력이 있지 않았나 생각해 본다.

※ 필자 소개 ※

오승진 교수는 단국대학교 법과대학 교수로 재직 중이다.

국제법 헌안 Brief의 내용은 필자 개인의 견해이며 대한국제법학회의 공식적인 입장은 아닙니다.

-
- 1 사단법인 물망초 보도자료 (http://www.mulmangcho.org/forgetmenot/?page_id=401&lang=ko&uid=7315&mod=document)(2020. 08. 10 방문).
 - 2 Report of the detailed findings of the commission of inquiry on human rights in the Democratic People's Republic of Korea, A/HRC/25/CRP.1, para. 861.
 - 3 para. 862.
 - 4 헌법재판소 2000. 8. 31. 97헌가12 참조.
 - 5 위 판결 참조.
 - 6 위 헌법재판소 판결 참조.
 - 7 헌법재판소 2015. 4. 30. 2012헌바95261, 2013헌가26, 2013헌바77· 78· 192· 264· 344, 2014헌바100· 241, 2015헌가7(병합).
 - 8 헌법재판소 1997. 1. 16. 92헌바6· 26, 93헌바34· 35· 36(병합) 전원재판부).
 - 9 대법원 2008. 4. 17. 선고 2002도758 전원합의체 판결.
 - 10 대법원 1996. 11. 12. 선고 96누1221 판결.
 - 11 북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률 제13조, 제14조.
 - 12 위 법률 제19조의 2.