

統一指向的 新 南北關係 定立을 위한 私法的 課題

- 離散家族의 身分 · 相續法上的 法的 課題를 中心으로 -

申 榮 鎬*

차 례

I. 총 설

1. 이산가족의 의의와 그 범위
2. 이산가족관련 현행법제
3. 이산가족관련 제문제와 논의의 범위

II. 이산가족의 신분관계에 관한 몇 가지 문제

1. 북한가족법에 기초하여 형성한 신분관계의 유효성
2. 취적과 호적정정
3. 혼 인

III. 이산가족의 상속상의 몇 가지 문제

1. 월남자가 피상속인인 경우
2. 월북자가 피상속인인 경우 남한에 있는 재산의 귀속

IV. 맺음말

* 高麗大 法大 教授, 法學博士

I. 총 설

남북정상회담의 가시적 성과의 하나로서 남북이산가족의 생사확인파 재회가 이루어지고 그 정례화 내지 제도화도 예상된다. 이산가족의 생사확인파 재회와 관련하여 언론은 당사자들의 기쁨과 슬픔 그리고 실망을 동시에 전해주고 있다. 이산 이후에도 즐곤 살아 있을 것으로 굳게 믿고 있었던 북한외 잔류가족이 이미 오래 전에 사망하였다는 통보에 통곡하는 이산가족, 생존 사실의 통보에 환호하던 순간은 잠시이고 결국 사망 사실을 접하고 절망감에 망연자실하던 이산가족이 있는 반면에, 실종선고나 사망신고를 하였던 가족을 만나게 된 이산가족도 있다. 아울러 지금의 배우자에게 북한에도 배우자나 자녀가 있음을 알게 된 경우도 있으며, 사망하였을 것으로 믿고 재혼하였으나 다시 재회하게 된 부부의 경우도 있다.

한편 피상속인은 북한에 생존하고 있는 배우자나 자녀에게 유산의 일부를 상속시키고자 하였으나, 이를 가로챘다 하여 이복형제들이 유산분배를 다투는 사건도 이미 발생하고 있다. 이러한 사건은 이산가족의 왕래가 자유로워질 경우에는 더욱 빈번하게 발생할 것으로 예상된다.

이처럼 이산가족의 생사확인이나 재회는, 이들의 취적이나 호적정정과 같은 호적법상의 문제를 비롯하여 발생 가능성이 높은 중혼문제, 소송으로까지 비화될 개연성이 큰 상속문제 등을 어떻게 해결하여야 할 것인가라는 과제를 던져주고 있다. 이산가족의 생사확인이나 재회 더 나아가 법률상의 재결합에 따른 호적법상의 문제나 가족법상의 문제를 규율하기 위한 별도의 법률이 없는 상황에서는 현행법령에 기초하여 해결할 수밖에 없다. 그러나 현행법령은 민족분단이라는 특수한 상황 하에서 발생하는 이산가족간의 법률문제를 염두에 둔 것이 아니라, 정상적인 생활관계 속에서 발생하는 법률문제의 해결을 그 전제로 삼고 있다는 점에서 한계가 있을 수밖에 없다. 어떻든 이하에서는 이산가족의 생사확인파 재회 및 재결합에 따른 가족법상의 몇 가지 문제를 어떻게 해결하여야 할 것인가를 현행법령에 근거하여 살펴보고, 입법적 보완이 필요한 사항은 무엇인가를 검토하고자 한다.

1. 이산가족의 의의와 그 범위

“이산”이라는 말의 사전적 의미는 “떨어져 흩어짐”을 뜻한다. 따라서 이산가족이라 함은 일단 한 가족을 이루던 구성원 중의 일부가 이유나 원인을 불문하고 종래의 가족으로부터 떨어져 나와 흩어진 상태에 이르게 됨을 가리킨다고 할 수 있다. 이러한 넓은 의미의 이산가족은 어떤 사회나 시대를 막론하고 발생한다. 그런데 남북이산가족문제를 취급함에 있어서는 그 의미를 좀더 한정하여 규정할 필요가 있다. 즉 넓은 의미의 이산가족 중 민족분단이라는 역사적 원인으로 말미암아 남북한지역에 각기 거주하고 있는 가족으로 보아야 할 것이다.

이산가족은 이산의 원인과 시기에 따라 여러 유형으로 구분될 수 있다. 이산의 원인이나 이유 및 시기에 따라 이산가족에 관한 문제를 달리 취급하여야 할 필요도 있을 것이나, 이산가족문제의 인도주의적 성격을 고려할 때 굳이 구분하여 취급을 달리할 필요는 없다고 본다. 다만 여기에서는 이해의 편의를 돕기 위하여, 수적으로도 가장 많은 이산가족이라 할 수 있는 한국전쟁기간 중 ① 북한지역에서 월남하여 남한에 거주하고 있는 월남자와 북한에 잔류하고 있는 가족, ② 남한지역에서 월북하여 북한에 거주하고 있는 월북자와 남한거주가족을 전형적인 이산가족유형으로 삼아 논의를 전개하고자 한다.

이산가족의 범위를 어디까지로 볼 것인가에 대한 규범적 정의는 다음과 같다.

① 이산가족의 고향방문·상봉과 관련하여 남북한간에 이루어진 잠정적 합의에 의하면, 이산가족의 범위는 이산당시의 가족과 그 후 출생한 자녀를 포함한 직계존비속과 방계 8촌, 처·외가 4촌 및 본인의 희망에 따라 소재가 확인된 친척까지이다.¹⁾ 외친의 범위를 따로 언급하고 있는 것으로 보아 여기에서의 방계 8촌은 부계 8촌 이내의 방계혈족을 가리키는 것으로 해석된다.

② 남북교류협력에 관한 법률 시행령 제19조 제4항 제3호는 외국에서 가족인 북한주민과의 회합 관련하여 그 범위를 8촌 이내의 친·인척 및 배우자 또는 배우자이었던 자로 규정하고 있다. 이 법령은 남북한주민간의 상호방문이나 접촉·상봉을 규율목적으로 삼기 때문에, 가족의 개념을 최광의로 파악하여 대가족제도하의 친족적 공동생활을 함께 하던 자 곧 습속상의 친족의 범위

1) 『북한의 가족법』, 법원행정처, 1998, 338면.

를 고려하여 규정한 것이다. 가족법적 측면에서 볼 때 친척의 경우는 주로 친족관계확인의 의미가 있다.

이처럼 아직까지 현행법령상 이산가족의 의의나 범위를 명확하게 정의하고 있는 규정은 없다. 이에 관한 학설상의 논의도 활발한 편은 아니나, 그 간 주장된 견해로는,

① 1945년 9월 이후 현재까지 동기를 불문하고 분단된 한반도의 남북한지역에서 분리된 상태로 각기 거주하고 있는 부부, 부모와 자녀, 조부모와 손자녀, 형제자매로 보는 입장,²⁾

② 부부, 부모와 자녀, 조부모와 손자녀, 형제자매를 원칙으로 하나, 당사자들의 자유의사에 의한 방계 8촌, 외사촌까지 확대하자는 견해³⁾가 주장되고 있다.

사건으로는 이산가족의 범위를 협의와 광의로 나누어 파악할 필요가 있다고 본다. 즉 ㉠ 좁은 의미의 이산가족은 북한에서 1946년 7월 30일자로 『남녀평등권에대한법령』과 동년 9월 14일자로 동 시행세칙이 발효되기 이전에는 『조선민사령』과 『조선호적령』에 의하여, 그 이후에는 남북한 각각의 가족법에 의하여 배우자나 자녀 등 가족으로서의 신분관계가 인정되던 자 중 원인과 동기를 불문하고 남북한지역으로 각각 분리된 상태로 거주하고 있는 자와 이산 이후 출생한 그들의 자녀를 말하고, ㉡ 넓은 의미의 이산가족은 재결합에 의하여 배우자, 혈족, 인척으로서의 신분관계를 회복·형성하게 되는 자를 가리키는 것으로 구분하여야 할 것이다.⁴⁾

2. 이산가족관련 현행법제

현행법체계 하에서 남북한이산가족의 상호 접촉 및 왕래를 뒷받침하고 있는 법령으로는 『남북 사이의 화해와 불가침 및 교류·협력에 관한 합의서』(이하 『남북기본합의서』라 한다)와 동 합의서의 ‘제3장 남북교류·협력’의 이행과 준수를 위한 부속합의서, 남북기본합의서를 뒷받침하기 위한 『남북교류협력에 관한 법률』 및 동 시행령·시행세칙을 비롯하여 『출입국관리법』, 『여권법』 등을 들 수 있다.

2) 제성호, “남북이산가족의 재결합에 따른 법적 문제점과 해결방안”, 『통일원 91연구논문』, 1991, 8면.

3) 민족통일연구원, 『이산가족문제해결 및 자유왕래·접촉 실현방안』, 1992, 13면.

4) 신영호, “이산가족의 재결합에 따른 가족법상의 문제”, 『사회과학논총』 제7집, 성신여자대학교 사회과학연구소, 1995, 36면.

『남북기본합의서』 제3장은 남북교류·협력을 규정하며, 동 제17조는 민족구성원들의 자유로운 왕래와 접촉의 실현을, 동 제18조에서는 이산가족·친척들의 자유로운 서신거래와 상봉 및 방문의 실시와 자유의사에 의한 재결합 실현 및 기타 인도적으로 해결할 문제에 대한 대책 강구를 규정하고 있다. 또 이에 관한 부속합의서 제2장 제10조에서는 자유로운 왕래와 접촉을 실현하기 위한 남북한 양측이 취하여야 할 의무와 조치사항 등을 명시하며, 제3장 인도적 문제의 해결에서는 이산가족문제와 관련하여 ① 이산가족·친척의 자유왕래, 자유의사에 의한 재결합의 실현(제15조제2항, 제4항), ② 이산가족·친척의 범위, 면회소 설치 등의 적십자단체에의 위임(동 제1항, 제3항), ③ 이산가족·친척 중 사망자의 유품처리, 유골이전 등 편의제공과 인도주의 정신과 동포애에 입각한 상대방 재난에 대한 지원(동 제5항), ④ 남북적십자회담에 관한 사항(제16조, 제17조) 등을 규정하고 있다.

『남북교류협력에관한법률』 제10조 내지 제11조는 남북한 주민의 상호 왕래와 접촉에 관한 사항을 규정하며, 동 시행령 제3장은 그에 관한 절차를, 동 시행규칙 제2조 내지 제7조는 서식 등을 규정하여 남북한 주민의 왕래 및 접촉을 뒷받침하고 있다.

한편 북한주민의 법적 지위에 관한 현행법으로서는 『헌법』 제3조의 영토조항, 제4조의 평화통일조항 및 『국적법』 등이 있다. 또한 이산가족의 신분관계에 대하여 적용될 법률로는 『민법』, 『부재선고등에관한특별조치법』, 『호적법』, 『섭외사법』을 들 수 있다. 그 간 남한에서 이산가족의 신분관계와 관련하여 취해진 법적 대응 현황의 개요는 다음과 같다.

첫째, 해방 이후 북한정권이 수립되고 인민민주주의혁명 내지 사회주의혁명을 추구하게 되자 이념과 사상 면에서 입장을 달리하였던 자가 남한으로 이주한 경우, 특히 1946년에 단행된 토지개혁의 여파로 일부 가족이 남한으로 이주하여 이산된 경우이다. 이 경우에 있어서의 주목할 만한 입법조치로는 1948년 4월 1일자의 남조선과도정부 법령 제179호 『호적의임시조치에관한규정』을 들 수 있다. 아직 대한민국 정부가 수립되기 이전으로서 『국적법』이 제정되지 않았던 시기에 제정된 이 법령은 남북조선이 통일될 때까지 북위 38도선 이북에 본적을 두고 38도선 이남에 거주하고 있는 자 등에 관한 호적의 임시 조치를 규정한 바 있다. 즉 본적을 38도선 이북에 두고 동 이남 지역에 거주하는 자들에게, 그 사회생활상에 필요한 신분관계의 확인이나 증명 또는

신분상 행위를 함에 있어서 호적이 동 이남 지역에 없는 까닭으로 불가능하였기 때문에 이를 해결해 주기 위한 법령이다. 월남자와 그 가족에게 가호적을 취적할 수 있게 해 준 법령이다.

둘째, 6·25 한국 전쟁의 발발로 인하여 남한 지역으로 피난한 경우이다. 이들을 위한 입법 조치로는 1967년 1월 16일자 『부재선고등에관한특별조치법』이 있다. 위 군정법령은 본래 38도선의 획정으로 월남하게 된 자들을 위한 것이었으나, 제헌헌법 제100조에 의하여 효력이 지속되고, 그 후 실제에 있어서는 6·25로 인한 월남자와 그 가족의 가호적 취적에도 활용되었다. 아울러 그에 의한 가호적 취적은 1960년 1월 1일 『호적법』 부칙 제136조로 이어졌으며, 동조는 1962년 12월 29일 호적법 개정으로 삭제되나, 그에 의하여 편제된 가호적은 개정 호적법 부칙 제2항에 의하여 현행 호적으로 된다. 이로 말미암아 호적에 미수복지구(1953년 7월 28일 현재 행정구역으로서 아직 수복지구 아니한 지역) 거주로 표시되어 있는 자(이를 잔류자라 한다)의 신분 및 재산관계를 정리할 수 있도록 뒷받침하기 위하여 제정된 법률이다. 또 이 법률은 1945년 8월 15일부터 1953년 7월 28일 사이에 미수복지구 이남의 지역에서 그 주소나 거소를 떠난 후 생사가 분명하지 아니한 자를 부재자로 규정하고 민법상의 실종선고절차의 특례를 인정한 바 있다. 잔류자나 부재자의 신분 및 재산관계의 정리는 민법상의 실종선고제도를 통하여도 가능한데도 절차·비용의 면에서 특례를 두기 위한 법률이다.

3. 이산가족관련 제문제와 논의의 범위

이산가족문제의 궁극적인 해결은 법률상의 재결합을 통해서 완료된다. 재결합이 이루어지기 위해서는 먼저 이산된 가족의 생사가 확인되어야 한다. 생존 사실이 확인되어 재회·상봉 또는 상호 왕래가 가능하게 되어야 법률상의 재결합이 발생할 수 있다. 이러한 과정에서 빚어질 수 있는 법률문제를 예상해보면 다음과 같다.

생존사실을 확인한 월남자의 북한잔류가족이 재결합을 위한 법적 조치를 강구하기 위한 구체적인 방법은 두 가지가 될 것이다. 하나는 북한에 그대로 거주하면서 대리인을 내세워 이산 이전의 신분관계의 확인이나 회복을 구하는 방법이고, 다른 하나는 남한을 직접 방문하여 그를 구하는 방법이다. 후자의 경우에는 가족법을 비롯한 사법상의 문제뿐만 아니라, 월남자의 북한잔류가족

이 남한을 왕래 또는 체류·정주와 관련한 공법상의 제반 문제 즉 북한거주자의 남한에 있어서의 공법상의 법적 지위, 형법의 적용 여하, 납세 등의 여러 문제가 발생할 수 있다. 월북자와 남한거주가족과의 관계에서도 마찬가지로 문제가 발생한다. 다만, 강제납북된 경우는 현행법상 여전히 우리 국민으로서의 지위를 유지하고 있는 것으로 취급되어야 하기 때문에, 본래부터 북한에 거주하고 있었던 경우와는 달리 보아야 할 점도 있다.

월남자의 북한잔류가족과 월남자간의 사법상의 문제는 주로 그들의 신분관계에 관한 문제로 국한된다. 이산 이전의 신분관계의 확인이나 그에 따른 가족법상의 문제를 우리 법원에 제기할 때, 이산 이전의 신분관계를 일률적으로 회복하여 줄 것인가 아니면 그를 무시하고 이산 이후 각자가 새로 형성한 신분관계만을 존중해 주어야 할 것인가라는 문제가 제기될 것이다.

전자의 경우에 있어서도 이산 이전의 신분관계를 규율하였던 가족법도 각기 다르다. 남한의 경우는 분단이 고착화될 때까지는, 제헌헌법 제100조에 의하여 『조선민사령』 제11조가 그대로 적용되어 관습가족법에 의하였다. 반면에 북한은 1946년 7월 30일자 『남녀평등권에대한법령』을 통하여 과거의 가족질서와의 단절을 피한 바 있다. 따라서 이 법에 기초하여 형성되었던 신분관계를 유효한 것으로 승인할 것인가의 문제도 제기된다. 이는 북한의 입장에서도 마찬가지이다. 유효한 것으로 승인한다면, 이산 이후 상이한 가족법에 근거하여 각기 새로 형성한 신분관계와의 충돌이 발생하게 된다. 특히 민족분단이라는 역사적 이유로 발생할 수밖에 없었던 중혼문제를 어떻게 해결하여야 할 것인가라는 비극적인 문제가 대두된다. 또한 북한가족법에 근거한 이산가족 상호간의 가족·친족관계의 유효성이 긍정되면, 월남자가 피상속인인 경우의 상속문제가 발생하게 된다. 재산상속뿐만 아니라 호주상속(승계)과 관련해서도 북한잔류가족이 선순위의 상속(승계)인으로서의 지위를 회복하게 되는 문제도 발생하게 될 것이다. 반면에 북한잔류가족이 피상속인인 경우의 상속문제는 북한민법·가족법을 전제로 할 때 무시하여도 무방할 것이다. 섭외사법에 기초하여 상속에 관한 준거법으로 정해질 피상속인의 본국법인 북한법상의 상속재산은 큰 의미가 없기 때문이다.

월북자와 남한거주가족간에도 위와 동일한 문제가 발생하는 것 이외에, 월북자소유로 되어 있는 남한소재재산의 귀속문제가 추가될 것이다. 월북자가 사망으로 취급되어 개시된 상속의 원상회복, 월북자의 상속권회복으로 인한

상속의 재처리문제가 등장하게 되며, 호주상속(승계)의 회복도 문제될 것이다. 여기에 덧붙여 이산 이전에 월북자가 남한지역에서 맺었던 그 밖의 재산 관계의 유효성 여부도 수반될 것이다.

이처럼 남북한이산가족을 둘러싼 제반 법률문제는, 매우 복잡하고 그 해결이 쉽지 않다. 이러한 여러 문제 중 여기에서는 이산가족문제의 궁극적인 해결인 재결합과 직접 관련되는 사법상의 문제 중 호적, 부부관계, 상속관계에 초점을 맞추어 논의를 전개하고 그 밖의 문제는 생략한다.

II. 이산가족의 신분관계에 관한 몇 가지 문제

1. 북한가족법에 기초하여 형성한 신분관계의 유효성

월남자와 북한잔류가족 또는 월북자와 남한거주가족간의 가족법상의 문제를 검토함에 있어서 전제가 되는 바는, 이들이 이산 이전 또는 이산 이후에 형성 또는 해소한 신분관계의 유효성을 인정하여야 하는가의 여부가 해결되어야 한다. 특히 북한가족법에 기초하여 형성 또는 해소된 신분관계의 유효성 인정 여부가 문제된다.

남북한가족법은 몇몇 분야에서는 전통과 습속에 근거하여 공통된 제도를 두고 있다. 그러나 혼인의 성립요건이나 이혼, 친자관계의 발생, 양자제도 등에 있어서는 차이점도 적지 아니하다. 뿐만 아니라 그 간 이산가족의 신분관계에 대하여 그 간 적용되어 온 가족법도 각각 다르다. 월남자와 북한잔류가족 사이의 이산 이전의 신분관계는 그 때 당시의 북한가족법에 의하여 규율되었으며, 이산 이후의 신분관계는 월남자에 대하여는 남한가족법이, 잔류가족에 대하여는 북한가족법이 각각 적용되었다. 반면에 월북자와 남한거주가족 사이의 이산 이전의 신분관계는 그 때 당시의 남한가족법에 의하여 규율되었으며, 이산 이후의 신분관계는 월북자에 대하여는 북한가족법이, 남한거주가족에 대하여는 남한가족법이 각각 적용되어 왔다. 어떠한 경우에 북한가족법에 근거하여 형성된 신분관계의 유효성 인정 여부가 문제되는가를 검토한다.

(1) 월남자(A)와 북한잔류가족(B)간의 신분관계

① 이산 이후 A·B의 신분관계에 어떠한 변화도 없을 때 즉 이산 전의 신분관계가 그대로 유지되고 있을 때이다. 이 경우 이산 이전에 그 때 당시의

북한가족법에 근거한 A·B 사이의 신분관계의 유효성을 인정할 것인가?

긍정하여야 할 것이다. 왜냐하면 그 간 다른 경우에도 실정법상 그 유효성이 인정되어 왔기 때문이다. 예컨대 월남자의 호적 취득, 『부재선고등의특별조치법』상의 부재선고 등과 관련하여 실정법상 그 유효성을 전제로 한 규정들이 있기 때문이다.

② A는 이산 이후에도 이산 이전의 B와의 신분관계를 그대로 유지하고 있었으나, B는 이산 이후 A와의 신분관계를 북한가족법에 따라 해소하고 새로운 신분관계를 형성하였을 때이다. B가 북한가족법에 근거하여 A와의 이산 이전의 신분관계를 해소한 데 대한 유효성을 긍정할 것인가?

긍정한다면, A의 이산 이전의 B와의 신분관계는 소멸되는 것으로 취급되어야 하며, 부정할 경우에는 A·B의 이산 이전의 신분관계는 회복되어, B가 이산 이후 새로 형성한 북한에서의 신분관계가 무시될 수밖에 없다. 양자의 병존을 인정할 것인가 라는 문제가 등장한다.

③ B는 이산 이후에도 이산 이전의 A와의 신분관계를 그대로 유지하고 있었으나, A는 남한가족법에 따라 B와의 이산 이전의 신분관계를 해소하고 새로운 신분관계를 형성하였을 때이다. A가 부정한 방법으로 B와의 이산 이전의 신분관계를 해소하지 아니한 이상 A·B 사이의 이산 이전의 신분관계해소는 유효하다. 따라서 이 경우에는 B의 이산 이전의 A와의 신분관계가 B의 의사와는 전혀 관계없이 해소될 수 있는가가 문제되며, B의 의사를 존중하자면 양자의 병존을 인정하여야 하는데, 현행법상 양립될 수 없는 신분관계 예컨대 중혼관계의 성립을 긍정하여야 할 것인가 라는 문제가 발생한다.

④ A·B 모두 이산 이후에 각자의 가족법에 따라 이산 이전의 신분관계를 해소하고 새로운 신분관계를 형성하였을 때이다. 위 ②에서와 마찬가지로 B의 북한가족법에 따른 A와의 이산 이전의 신분관계해소의 유효성이 문제된다. 반면에 A의 남한가족법에 따른 B와의 이산 이전의 신분관계해소는 유효한 것으로 취급된다. 취급상의 균형을 고려하여 B의 북한가족법에 따른 A와의 이산 이전의 신분관계해소의 유효성을 긍정한다면, 이산 이후 새로 형성한 신분관계만이 유효하게 된다.

(2) 월북자(A)와 남한잔류가족(B)간의 신분관계

① 이산 이후 A·B의 신분관계에 어떠한 변화도 없을 때 즉 이산 전의 신

분관계가 그대로 유지되고 있을 때이다. 이 경우에는 A·B 사이의 신분관계의 유효성은 당연히 인정된다.

② A는 이산 이후에도 이산 이전의 B와의 신분관계를 그대로 유지하고 있었으나, B는 이산 이후 A와의 신분관계를 관련법에 따라 해소하고 새로운 신분관계를 형성하였을 때이다. 이 경우도 B의 A와의 이산 이전의 신분관계해소는 유효하다.

③ B는 이산 이후에도 이산 이전의 A와의 신분관계를 그대로 유지하고 있었으나, A는 북한가족법에 따라 새로운 신분관계를 형성하였을 때이다. A가 북한가족법에 근거하여 이산 이후 새로 형성한 신분관계의 유효성을 긍정할 것인가?

긍정할 경우에는 A의 이산 이전의 B와의 신분관계는 소멸되는 것으로 보아야 한다. 그러나 B의 의사와는 무관하게 그것도 북한가족법에 근거하여 형성된 A의 신분관계로 말미암아 이산 이전의 A·B사이의 신분관계가 당연히 소멸하는 것으로 볼 수는 없다고 본다. 한편 부정할 경우에는 A·B의 이산 이전의 신분관계는 회복되나, A가 이산 이후 새로 형성한 북한에서의 신분관계가 무시될 수밖에 없다. 양자의 병존을 인정할 것인가 라는 문제가 등장한다.

④ A·B 모두 이산 이후에 A는 북한가족법에 근거하고, B는 관계법에 따라 A와의 이산 이전의 신분관계를 해소하고 새로운 신분관계를 형성하였을 때이다. 앞의 경우에서와 마찬가지로 A가 북한가족법에 따라 새로 형성한 신분관계해소의 유효성이 문제된다. 반면에 B의 A와의 이산 이전의 신분관계해소는 유효한 것으로 취급된다. 취급상의 균형을 고려하여 A의 북한가족법에 따른 새로운 신분관계해소의 유효성을 긍정한다면, 이산 이후 새로 형성한 신분관계만이 유효하게 된다.

이상을 정리해 보면 북한가족법에 근거하여 이산 이후에 새로 형성된 신분관계의 유효성을 긍정하여야 하는가의 문제는 (2)의 ③, ④의 경우에 발생하고, 북한가족법에 근거하여 해소된 이산 이전의 신분관계의 유효성 여부는 (1)의 ②, ④의 경우에 발생한다. 그리고 이산 이전과 이후의 신분관계가 예외적으로나마 양립될 수 있음을 긍정하여야 할 경우가 발생하는 경우는 (1)과 (2)의 ②, ③의 경우이다.

기본적으로는 북한가족법에 근거하여 형성 또는 해소된 신분관계의 유효성을 인정하는 바탕 위에서 관련 문제를 풀어나가야 할 것으로 본다. 우리 가족

법의 일방적인 적용만을 고집하는 것은, 오랫동안 나름대로 적법성을 유지해 온 기존의 신분관계의 인위적 변경을 초래하게 될 가능성이 많기 때문이다. 그러나 북한가족법의 적용결과를 긍정할 경우에도 남북한가족법의 상위점을 어떻게 극복하여야 할 것인가라는 문제는 남는다.

예컨대 북한가족법에 근거하여 형성된 신분관계의 유효성을 긍정한다고 할 때, 북한가족법상의 “가족”이나 “친족”의 개념이나 구체적인 범위는 남한가족법과 다른데, 이러한 차이를 무시하고 남한가족법상의 “가족”·“친족”에 맞추어 친족법상의 각종 문제를 해결하는 것이 타당한가는 의문이다. 예컨대, 월북자와 계친자관계에 있던 자가 북한가족법에 의하여 그 간 법정친자로서의 신분관계를 인정받아 왔는데, 이를 무시하고 남한가족법에 따라 1촌의 인척관계에 불과하며, 따라서 상속이 개시되어도 상속권은 부정된다고 볼 수는 없는 일이다. 남한에 거주하는 가족·친족과의 관계에 대하여는 남한가족법의 적용을 긍정하더라도, 북한법에 의하여 인정되던 신분관계에 인위적인 변경이 초래되어서는 안된다고 본다.

2. 취적과 호적정정

북한잔류가족의 월남자의 호적에의 취적 문제는 현행 호적실무에 의하면 다음과 같이 처리될 것이다.

① 미수복지구에 본적을 둔 자가 남한에서 가호적 또는 호적을 취득하면서 누락시켰던 북한잔류가족은 추가취적허가신청에 의하여 월남자의 호적에 입적하게 된다.⁵⁾

② 무적자의 취적은 『호적법』 제116조의 절차에 따라 취적하여야 하나, 월남자(미수복지구 재적자)는 『호적법시행규칙』 제56조의 절차에 따라 취적하게 된다. 만일 월남자가 이에 따른 취적을 하지 않은 상태에서 사망하였다면, 재결합한 북한잔류가족 중 선순위의 호주승계인이 원호적의 내용대로 취적허가를 받아 사망한 자를 호주로 하는 신후적을 편제한 다음 그 호적에 입적하고 호주에 대한 사망신고와 호주승계신고를 하게 된다.⁶⁾

③ 월남자의 호적에 미수복지구거주라고 기재되어 있는 자 즉 『부재선고등에관한특별조치법』상의 잔류자이나 부재선고에 의하여 제적되지 않고 있는 자

5) 경룡국·주명식, 『호적실무대전』, 육법사, 1985, 1133면.

6) 1993년 5월 11일 법정 제911호 참고.

는 추완신고절차를 밟게 된다.⁷⁾

④ 잔류자로서 부재선고에 의하여 제적되었던 자는 부재선고취소절차에 의하여 부활기재된다(『호적법』 제95조제3항). 부재선고를 받은 잔류자의 북한에서의 생존사실 또는 남한에서의 재결합은 부재선고취소사유에 해당되지는 아니하나, 실종선고취소에 준하여 처리되어야 하기 때문이다.⁸⁾

한편 월북자가 남한거주가족과 재결합할 경우, 월북자가 사망신고에 의하여 제적된 때에는 그 호적기재를 정정하고, 실종선고에 의하여 제적된 경우에는 그 취소절차에 의하여 부활기재하게 된다.

월남자가 남한에서 취적을 하면서 허위사실을 기재하였고, 재결합에 의하여 부진정한 호적으로 판명되었을 경우에는 호적을 정정하여야 할 것이다.

① 허위의 친생자출생신고는 친생자관계부존재확인의 소를 통하여 정정할 수 있다.⁹⁾

② 혼인신고를 하지 않았던 남녀가 취적하면서 북한에서 이미 혼인하였던 것처럼 가장신고하였으나, 그러한 사실이 판명되면 당사자 사이에 혼인의사가 있더라도 혼인의 효력은 없고¹⁰⁾ 그 호적기재는 호적정정허가신청에 의하여 말소된다.¹¹⁾ 즉 이산 이전의 배우자가 월남자의 혼인무효를 내세워 호적정정을 주장할 수 있게 된다.

③ 이산 이전의 배우자와 이미 북한에서 이혼한 것처럼 신고한 경우에도 그 호적기재는 호적정정절차에 의하여 말소되고 이산 이전의 혼인관계가 회복된다. 따라서 월남자가 재혼하였다면 그 재혼은 중혼으로 된다.

④ 월남자가 혼인한 사실을 숨긴 경우에는 재결합한 배우자의 호적정정허가신청에 의하여 혼인사실이 기재되고, 따라서 월남자의 재혼은 중혼으로 된다.¹²⁾

3. 혼 인

혼인과 관련하여서는 중혼의 문제가 발생할 수 있다. 반세기 넘게 지속된

7) 호적예규 제951항(1956. 11. 5. 법행법 제827호); 미수복지구에 본적을 가졌던 자의 취적(1963. 2. 28. 호적예규 제201호) 제4호.

8) 전게 『북한가족법』, 343면.

9) 대법 1967. 7. 18. 67마332.

10) 대법 1968. 4. 30. 67다499 등.

11) 대법 1976. 7. 20. 76마267-277.

12) 전게 『북한가족법』, 343~344면.

남북한간의 장기간의 단절은 양측 주민들의 혼인관계에도 많은 변화를 초래하였다. 분단과 단절 이전에 혼인하였던 부부가 남북으로 이산되어, 일방 또는 쌍방이 각자의 거주지에서 이미 재혼하거나 또는 타인과 사실혼관계를 유지하는 등의 변화가 생겨났기 때문에, 앞에서 살펴본 바와 같이 이산 이전의 쌍방 배우자가 이산 이후에도 독신으로 지냈으면 모르나, 어느 일방이라도 재혼하였다면 중혼문제가 발생하게 될 것이다. 장기간에 걸친 분단상황의 지속, 이산 이후 상호 왕래는 물론이고 생사도 확인할 수 없는 상태에서 이루어진 재혼이 중혼으로 취급되고, 재혼에 의하여 형성된 신분관계가 근본에서부터 동요되는 상황이 전개될 것이다. 중혼문제를 어떻게 처리하느냐에 따라 상봉과 재회의 기쁨은 잠시이고 새로운 비극을 초래하게 될 수도 있다. 민족분단에 의하여 불가피하게 발생할 중혼문제를 정상적인 상황 하에서 발생하는 중혼의 경우와 동일한 차원에서 처리할 수는 없을 것이다.

물론 전혼관계를 재판상 이혼이나 실종선고 등 통상의 절차에 따라 해소하고 재혼하였을 경우에 발생할지도 모르는 중혼문제의 해결은 그다지 어렵지 않다고 본다. 그러나 예컨대 북한지역에서 당시의 법률(『조선민사령』·『조선호적령』 또는 『남녀평등권에대한법령』·동 시행규칙)에 따라 B와 혼인하였던 월남자 A가 남조선과도정부 법령 제179호 『호적의임시조치에관한규정』에 의한 가호적을 취득하면서 B와의 혼인사실을 기재하지 않았으며, 그 후 C와 혼인하고도 그러한 사실을 숨겨 왔으나 B와의 재회로 혼인사실이 밝혀진 경우, 즉 법리상으로는 A·C간의 혼인이 무효인 중혼을 어떻게 하여야 할 것인가가 특히 문제된다.

그 간 호적상 A는 배우자가 없는 독신으로 기재되어 있었기 때문에, A의 C와의 혼인은 아무 문제가 없었으며 그에 기초한 가족·신분관계가 적법한 것으로 취급되어 왔다. 그러함에도 불구하고 A의 가호적 취득은 무효이다 또는 유효로 인정되더라도 A·C간의 혼인신고는 원호적과 저촉되므로 법적 효력이 없다(위 『규정』 제4조 참조)는 전제 하의 해결책이나 재회 후 B의 A 호적에의 추가취적신고에 의한 중혼의 발생을 전제로 한 해결책은 무리가 있다고 본다.

민족분단이라는 역사적 원인에 의해 발생될 중혼문제의 처리에 대해서는 별도의 정책적 고려조치가 필요하다고 본다. 기본적으로 이러한 역사적 원인으로 인하여 발생하는 중혼문제에 대하여는, ① 기존 신분관계보호의 원칙, ② 당사자의사존중의 원칙, ③ 인도주의의 원칙이라는 삼대 기본원칙 하에 대처하여야 한다고 본다.

신분관계의 형성에 있어서 본인의 진의를 존중하여야 함은 가족법의 일반원칙이나, 형성된 신분관계에 어떠한 법적 효과가 부여될 것인가는 이미 사회적으로나 습속적으로 이미 정형화되어 있고 그 한에 있어서는 당사자의 의사와는 무관하다. 따라서 당사자가 법률상의 배우자관계를 회복할 것인가 또는 중혼관계를 해소할 것인가의 여부는 전적으로 그 의사에 맡겨질 사항이더라도, 이산 이후 새로이 형성되어 오랜 기간 그 적법성이 유지되어 온 기존의 신분관계를 인위적으로 변경시킬 수 없다는 제약하의 당사자의사존중의 원칙이어야 한다. 그런데 기존의 신분관계보호의 원칙을 전면에 내세울 경우에는 재결합만을 고대하면서 독신으로 지내온 이산 이전의 배우자 보호가 배제되는 결과를 피할 수 없게 된다. 이러한 불합리는 인도주의원칙을 통하여 보완되어야 할 것이고, 그 한에 있어서는 일부일처제라는 가족법의 기본원칙 내지 사회질서에 대하여도 잠정적·일시적으로나마 예외가 인정되어야 한다고 생각한다.

무효인 중혼문제는 남한에서 혼인하였던 단신 월북자들이 북한에서 다시 혼인하였을 경우에도 발생하게 된다. 남한에서의 혼인사실이 확인되면 북한에서의 혼인은 중혼으로 되며, 북한가족법상 중혼은 무효이기 때문이다.

Ⅲ. 이산가족의 상속상의 몇 가지 문제

1. 월남자가 피상속인인 경우

(1) 상속인이 북한잔류자로서 호적에 기재되어 있는 경우

북한거주 상속인이 호적상 잔류자로 기재되어 있는 이상 상속권은 인정된다.¹³⁾ 따라서 이미 개시된 상속관계에 있어서도 남한거주 상속인은 잔류자에 대한 부재자재산관리인을 선임하고 상속관계를 처리하여야 한다. 이러한 절차 없이 남한거주상속인들만이 상속재산을 분할하였다면 그것은 무효이다. 따라서 북한거주상속인은 상속재산재분할 또는 민법 제1014조에 기한 상속분가액지급을 청구할 수 있으나, 판례는 이 청구를 모두 상속회복청구로 보고 있다. 그러므로 상속권침해를 안 날로부터 3년, 상속이 개시된 날로부터 10년을 경과한 경우에는, 상속회복의 소를 제기할 수 없다(『민법』 제999조제2항).

13) 대법 1982. 12. 28. 81다452, 453.

(2) 상속인이 북한잔류자로서 부재선고 또는 실종선고에 의하여 제적된 경우

북한거주상속인은 부재선고 또는 실종선고의 취소에 의하여 상속권을 회복한다. 북한거주상속인은 (1)의 경우와 마찬가지로 방법으로 상속권회복절차를 밟을 수 있다. 다만 남한거주상속인이 상속재산을 제3자에게 처분하였을 때에는 『민법』 제29조제1항 단서와 『부재선고등에관한특별조치법』 제5조제1항 단서 및 제2항의 제한을 받는다. 즉 상속재산처분의 양 당사자가 선의이면 그 처분행위는 유효하며, 실종선고 또는 부재선고를 직접 원인으로 하여 재산을 취득한 남한거주상속인은 그 받은 이익이 현존하는 한도에서 반환하면 된다.

(3) 상속인이 호적에 누락되어 있는 경우

이 경우에는 먼저 추가취적절차를 밟아야 한다. 이에 의하여 피상속인의 호적에 입적되면 위의 경우와 동일한 처리가 가능하다.

2. 월북자가 피상속인인 경우 남한에 있는 재산의 귀속

(1) 실종선고에 의한 사망시기와 다른 시기에 사망한 것으로 판명된 경우

남한에만 상속인이 있는 경우에도 상속시기에 따라 적용되어야 할 상속법이 다르기 때문에 상속관계의 재처리 문제가 등장되나 이는 논외로 한다. 남북한 양 지역에 상속인이 있는 경우에는 상속권을 회복한 북한거주상속인에 의한 상속회복이 문제되고 그 처리관계는 위에서의 경우와 동일하다.

(2) 생존에 의한 실종선고취소의 경우

실종선고의 취소에 의하여 실종선고로 개시된 상속은 무효로 된다. 다만 실종선고취소의 소급효 제한이 수반한다.

이산가족간의 상속문제는 생사확인만 가지고도 발생한다. 북한에 거주하는 상속인의 상속인으로서의 신분관계를 어떻게 증명할 것인가라는 문제는 있으

나, 일단 상속인으로서의 신분관계가 인정되면 상속권을 인정할 수밖에 없다. 문제는 남한거주 상속인과 동등한 지위를 부여할 것인가 아니면 상속대상이나 상속분에 제한을 가하여 상속재산이 무제한 북한으로 이전되는 것을 차단할 것인가, 현행법상의 상속회복청구권의 제척기간을 그대로 적용할 수 있는가, 예외를 인정한다면 기존의 상속질서의 보호와 거래의 안전대책은 무엇인가에 있다고 본다.

법리상 북한거주상속인에게도 상속권이 인정되어야 한다면, 그들의 상속상의 지위 또한 남한거주상속인과 동등하여야 한다. 그러나 그 간 유지되어 온 상속질서에 혼란이 초래되어서는 안 될 것이며, 자본제가 무상으로 북한지역으로 이전되는 것을 제한하여야 할 정책적인 제한이 가해질 필요가 크다고 본다. 상속권행사와 상속재산취득에 일정한 제한을 가하고 있는 대만의 입법례는 참고할 만하다.¹⁴⁾ 아울러 현행법상의 상속회복청구권의 제척기간에 관하여도 예외가 인정되어야 할 것이다. 북한거주상속인에게 상속권이 인정되더라도 현행 규정을 그대로 적용할 경우에는, 현실적으로는 북한거주상속인의 상속회복은 거의 인정될 수 없기 때문이다. 법이론상 제척기간에는 시효의 중단이나 정지가 인정되지 아니하나, 이는 권리행사가 가능한 다시 말하여 제소가 가능한 경우에서이다. 민족분단이라는 역사적인 원인에 의하여 상속권 행사가 처음부터 불가능하였던 경우에도 그대로 적용될 수는 없다고 본다.

IV. 맺음말

이상에서 살펴 본 바와 같이 이산가족과 관련된 법률문제는 여러 분야에서 발생하고, 이를 현행 관계법령에 근거하여 해결하기에는 적지 않은 곤란이 뒤따름을 알 수 있다. 입법적 보완이 절실하다. 입법적 보완을 함에 있어서는 두 가지 방법을 생각할 수 있다. 하나는 기존 관계법령 중 해당 부분을 개정하는 것이고, 다른 하나는 한시적·잠정적 성질을 지니는 특별법을 제정하여 대처하는 방법이다. 후자의 방법을 취하여야 할 것이다. 특별법을 제정하여야 할 이유는 다음과 같다.

완전한 민족통일이 달성될 경우에는, 통일방식에 따라 기존 법령의 전 체계를 그에 맞추어 개편하여야 하는 과제가 제시될 것이며, 사전에 그에 대비하

14) 『대만지구와 대륙지구 주민관계 조례』 제66조, 제67조.

여야 할 필요성에 대하여는 누구나 공감하고 있다. 이는 보다 거시적인 접근이 요청되는 문제이다. 그러나 통일 이후의 남북한법제의 완전 통합에 앞서, 민족통일 이전일지라도 성사되어야 하고 또 성사될 가능성이 매우 높다고 보는 남북이산가족의 생사확인, 왕래 및 재결합에 수반되는 법률문제는 성질상 한시적·잠정적인 성격이 짙다. 아울러 기존의 관계법령에 근거하여 관련문제를 합리적으로 해결하기 위하여는, 앞에서도 언급한대로 많은 예외규정을 들 수밖에 없다. 기존 관계법령의 일반성을 감안할 때, 일반법이론에 어긋나는 상당수의 예외규정을 두는 것은 바람직하지 않다고 본다. 또한 기존 관계법령의 보완방법을 취할 경우에는 법령 상호간의 충돌이나 모순이 빚어져 효율성을 떨어뜨릴 가능성도 많다.

특별법을 통하여 이산가족을 둘러싼 법적 문제를 규율함에 있어서 견지하여야 할 기본관점을 제시하면 다음과 같다.

첫째는, 기존의 신분관계의 존중이다. 이를 위해서는 이산 이전이나 이산 이후 북한지역에서 북한가족법에 근거하여 형성 또는 해소된 신분관계의 유효성이 인정되어야 한다. 유효성의 인정은 헌법상의 영토조항에 반한다는 형식 논리를 고집할 필요는 없다고 본다. 이와 아울러 북한의 사법절차에 따라 선고된 판결이나 공증문서에 대한 유효성도, 외국판결의 효력 승인에 관한 절차에 준하여 북한에서 내려진 판결의 효력을 인정할 것인가의 여부가 문제되나, 일단 긍정되어야 할 것이다. 이산 이전이나 이산 이후 우리 가족법의 적용에 의하여 형성 또는 해소된 신분관계의 유효성이나 판결 내지 판결에 준하는 법적 문서의 유효성이 긍정되어야 함은 당연하다.

둘째는, 당사자의 의사존중이다. 이산 이전의 신분관계를 회복할 것인가 아니면 이산 이후 새로 형성된 신분관계를 해소할 것인가는 전적으로 당사자들의 의사에 맡겨져야 한다. 이러한 측면에서는 기존신분관계의 존중 원칙의 적용은 제한되어야 한다. 그 결과, 가족법의 일반원칙에 어긋나는 신분관계가 예외적·잠정적으로 발생될 수 있음을 용인할 수밖에 없다고 본다.

셋째는, 인도주의의 원칙에 따른 배려이다. 기존의 신분관계보호의 원칙을 전면에 내세울 경우에는 독신으로 지내온 이산 이전의 배우자 보호가 배제되는 결과를 피할 수 없게 된다. 이러한 불합리는 인도주의원칙을 통하여 보완되어야 할 것이고, 그 한에 있어서는 일부일처제라는 가족법의 기본원칙 내지 사회질서에 대하여도 잠정적·일시적으로나마 예외가 인정되어야 한다고 생각한다.

넷째는 상속(재산)권의 보호이다. 이산 이후 개시된 상속질서도 최대한 보호되어야 할 것이나, 상속법리상 북한거주상속인의 상속권은 당연히 인정된다. 뿐만 아니라 사망으로 처리되었던 월북자도 상속으로 처리되었던 자기 재산에 대한 소유권을 회복한다. 후자의 경우에는 소유권의 성질상 시효의 문제가 발생하지 아니하나, 전자의 경우는 상속회복청구권의 제척기간의 적용이 문제된다. 민족분단을 이유로 한 예외가 인정되어야 할 것이다. 다만, 남한거주상속인과의 형평성 또는 거래의 안전을 고려하여 상속권의 행사와 상속분에 있어서는 일정한 제한을 가할 필요가 있다고 본다. 아울러 북한거주상속인이 상속을 이유로 남한에 소재하는 부동산물권의 취득이나 자본제의 북한지역으로의 무상이전을 제한 없이 허용할 것인가는 정책적인 판단이 요청되는 사항에 속한다.