

중국동포와 한국국적취득의 문제점^{*,**}

-2003헌마806을 중심으로-

Issue of Korean-Chinese and Acquisition of Their Korean Nationality

-Focused on 2003 Hunma 806-

최 경 옥^{***}

Choi, Kyeong-Ok

목 차

- | | |
|-------------------|----------------------|
| I. 서 설 | IV. 중국동포와 국적: 돌아올 권리 |
| II. 사건개요 | V. 결 론 |
| III. 중국동포들의 법적 지위 | |

오늘날 한국은 외국인의 노동력을 필요로 할 정도로 경제력이 눈부시게 정도로 발전하였다. 그러나 그러한 발전의 뒤편에는 과거 역사의 짐은 접어둔 채로 달려온 것을 부인할 수 없다. 일제 식민지 시절 독립운동, 강제징용, 노역 등으로 중국과 사할린 등으로 많은 조선인들이 건너갔다. 그러나 해방 이후 그들은 본의 아니게 한국으로 귀국하지 못하게 되면서 누군가는 자발적이든 비자발적이든 그 나라 국적을 취득하기도 하고, 끝까지 조선인으로 남겠다고 무국적자로 남아 있는 경우도 있었다.

그러나 이러한 재외동포들에 대하여 그동안 한국 정부는 재외국민 또는 재외동포들을 보호할 의무를 잘 지켜왔는가라고 물으면 그러한 물음에 긍정적으로 확신할 수 없을 것이다.

투고일 : 2014. 8. 29. / 심사회의일 : 2014. 9. 26. / 게재확정일 : 2014. 10. 13.

* 이 논문은 2012년 정부(교육과학기술부)의 재원으로 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임 (NRF-2012-S1A3A2-033324).

** 이 논문은 2014. 8. 19. 건국대학교 법학연구소 아시아법센터·연변대학교 동북아법학연구소 주최 한·중 국제학술대회-아시아법의 현안과 과제-에서 발표한 논문이기도 함(개최장소: 중국 길림성 연변대학교 대회의실).

*** 영산대학교 법과대학 교수

Professor of Faculty of Law in Youngsan University

2014. 6. 20. 서울행정법원 행정 제2부에서, 사할린 강제징용 피해자의 후손이 한국 정부를 상대로 ‘대한민국 국적을 확인해 달라’는 국적 확인 소송에서 처음으로 원고승소 판결을 내렸다.

이러한 사례는 중국동포들에게도 적용할 수 있는 부분이 있을 것이다. 동일한 케이스는 아니나, 유사한 케이스로 분류할 수 있을 것이다. 이와 관련하여 중국동포들이 한국 국적을 취득하기를 원할 때, 모두가 한국의 국적 취득이 가능하느냐 하는 것이다. 이와 관련하여, 중국동포들도 한국 정부를 상대로, 한국 국적 선택을 할 수 있도록 법률 제정이나 중국 정부와 조약 체결을 할 헌법상 의무가 있는지 여부와, 불법체류자인 중국동포들의 국적회복신청을 불허하고 있는 업무지침에 대한 헌법소원 적격 여부를 묻는 소송을 제기하였다. 이와 관련하여 본 논문은 사건개요(II), 중국동포들의 법적 지위(III)와, 중국동포와 국적: 돌아올 권리(IV) 등을 분석하고자 한다.

[주제어] 중국동포, 재외동포, 국적회복 · 선택, 이중국적, 한국 국민, 돌아올 권리

I. 서 설

오늘날 한국은 외국인의 노동력을 필요로 할 정도로 경제력이 눈부시게 발전하였다. 그러나 그러한 발전의 뒤편에는 과거 역사의 짐은 접어둔 채로 달려온 것을 부인할 수 없다. 일제 식민지 시절 독립운동, 강제징용, 노역 등으로 중국과 사할린 등으로 많은 조선인들이 건너갔다. 그러나 해방 이후 그들은 본의 아니게 한국으로 귀국하지 못하게 되면서 누군가는 자발적이든 비자발적이든 그 나라 국적을 취득하기도 하고, 끝까지 조선인으로 남겠다고 무국적자로 남아 있는 경우도 있었다.

그러나 이러한 재외동포들에 대하여 그동안 한국 정부는 재외국민 또는 재외동포들을 보호할 의무를 잘 지켜왔는가라고 물으면 그러한 물음에 긍정적으로 확신할 수 없을 것이다.

2014년 6월 20일 서울행정법원 행정 제2부에서, 사할린 강제징용 피해자의 후손이 한국 정부를 상대로 ‘대한민국 국적을 확인해 달라’는 국적 확인 소송에서 처음으로 원고승소 판결을 내렸다.¹⁾

1) 그동안 사할린 동포들은 국적을 판단 받을 기회가 없었으며, 주로 법무부장관에게 국적인정 신청을 내고, 거부되면 거부처분취소소송을 내기는 하였지만, 국가를 상대로 처음으로 직접 국적확인을 구하는 소송이었다. 서울행정법원 2014. 6. 20. 선고, 2012구합26159, 연합뉴스 참조. 이 소송은 2012. 8. 6. 제기된 소송으로 김씨 부모는 각자 러시아 사할린으로 강제 동원되어 갔다가 결혼해 김씨를 낳았다. 그러나 그는 부모님(1910년생, 1924년생, 경상남도 출신)의 유언에 따라 무국적자로 남았었다. 그동안 정부는

이러한 사례는 중국동포들에게도 적용할 수 있는 부분이 있을 것이다. 동일한 케이스는 아니나, 유사한 케이스로 분류할 수 있을 것이다. 이와 관련하여 중국동포들이 한국 국적을 취득하기를 원할 때, 모두가 한국의 국적 취득이 가능하느냐 하는 것이다. 이와 관련하여, 중국동포들도 한국 정부를 상대로, 한국 국적 선택을 할 수 있도록 법률 제정이거나 중국 정부와 조약 체결을 할 헌법상 의무가 있는지 여부와, 불법체류자²⁾인 중국동포들의 국적회복신청을 불허하고 있는 업무지침에 대한 헌법소원 적격 여부를 묻는 소송을 제기하였다.³⁾ 이와 관련하여 본 논문은 사건개요(II), 중국동포들의 법적 지위(III)와, 중국동포와 국적: 돌아올 권리(IV) 등을 분석하고자 한다.

II. 사건개요

2014년 3월 기준 현재 국내 체류 중국동포는 522,439명이다. 이는 한국에 체류 중인 외국국적동포의 1/3에 해당하는 숫자이다.⁴⁾ 우선 중국동포는 중국의 55개 소수민족 중

그가 법무부를 통한 국적 판정 절차를 거치지 않고 곧장 소송으로 제기하였다고 주장하였다. 이 소송의 대리는 공익인권법재단 공감의 윤지영 변호사이다. 참고로 일본에서는 이렇게 징용되어간 사할린에 있던 동포들이 일본인이라고 주장하여 일본으로 귀환시키라는 소송이 발생하기도 하였다. 이에 관한 부분은 최경욱, “사할린 동포의 한국과 일본에 있어서의 법적지위 -일제시대 강제징용과 관련하여-”, 헌법학연구 제18권 제4호, 한국헌법학회, 2012, 141-191쪽 참조.

한편 독일은 서독 시절부터 이런 해외잔류자 후손이 나중이라도 원하면 ‘돌아올 권리’를 법적으로 보장하였다. 예를 들면, 이번에 브라질 월드컵에서 우승한 독일 국가 대표팀 선수들은 2명의 이민자, 2명의 혼혈인, 그리고 2명의 ‘귀국자’가 참가했었다. 즉 루카스 포돌스키는 폴란드인 부모 밑에서 폴란드에서 태어났으나, 과거 조부모가 독일 국적이어서 2살 때 부모와 함께 합법적으로 서독으로 이주하였으며, 미로슬라프 클로제는 독일계 폴란드인이었지만 8살 때 부모를 따라 서독으로 옮겼다. 하지만 한국인 디아스포라의 희생자와 그 후손들은 역사의 희생자이긴 마찬가지인데도 ‘돌아올 권리’가 보장되고 있지 않다. 독립운동가의 자손이 증명되어야 한국 국적을 얻을 수 있을 뿐이다. “고려인들, 중국의 조선족 동포들... 역사의 질곡으로 전 세계에 퍼져있는 한민족을 우리 정부가 아니면 누가 책임질 것인가 ...”; 중앙일보, 2014. 7. 17. 서소문 포럼 참조.

- 2) 사실 ‘불법체류자’라는 용어는 그들을 모두 범죄자로 간주하는 용어이기 때문에, 이하 본 논문에서 사용하는 ‘불법체류자’ 용어를 필자는 ‘미등록체류자’라는 개념으로 사용하고 있는 것으로 양해를 구한다.
- 3) 헌법재판소 2006. 3. 30. 선고, 2003헌마806 전원재판부 확인 각하.
- 4) 2014년 3월 기준 국내 체류 외국 국적 동포 총 628,943명 중 중국동포가 536,921명, 국내 체류 외국인 총 1,609,670명 중 중국동포는 522,439명, 취업자격 체류 외국인 총 556,114명 중 중국동포는 238,191명에 달한다. 법무부, 출입국외국인정책 통계월보, 2014.3; 서정경, “중국동포의 귀환과 한국사회의 과제 : ‘중국의 조선족’과 ‘한국의 중국동포’를 넘어”, 디아스포라연구 제8권 제1호, 전남대학교 세계한상문화연구단, 2014, 72쪽 참조.

하나이며, 한국에서도 소수자로서 이들은 두 집단 모두에서 경계인 또는 주변인에 위치하고 있다.⁵⁾ 사실 중국동포들을 ‘조선족’이라 부르기도 하는데, 이 명칭은 과거의 한국의 전신이기도 한 조선의 이름이기도 하거니와 동시에 현재는 중국에서 소수민족으로서 분류되는 명칭이기도 하다.⁶⁾

과거에 조선인들은 만주로 건너가 독립운동도 하고, 1949년 10월 1일 신중국 성립 이후에는 중국국적을 취득하게 된다.⁷⁾ 그러다 6·25 사변으로 중국과 소원한 관계였으나, 1992년 한중 수교 이후 중국동포들이 한국으로 유입된 숫자가 지금까지 50만을 넘어섰다. 이들 중에는 중국인으로 사는 외국인일 수도 있고, 한국으로 귀화하는 사람들도 있다. 이들 중 한국 국적을 취득하고 싶다면 외국인으로서 귀화를 하여야만 할까 그렇지 않으면, 원래의 한국인임을 확인 내지 국적회복을 하여야 할까? 그도 아니면, 그들에게 복수국적을 인정할 수는 없는 것인지 등 이러한 문제는 ‘국적’과 관련되면서 중국과 마찰이 있기도 하였다.

본 논문에서 다루고자 하는 바는, 이들 중에 한국 국적을 취득하고자 하는 사람들-미등록체류자들도 포함-이 한국국적을 취득하려고 할 때에 문제가 생겨 한국에 헌법소원을 한 사건이다.

○ 이 사건(2003헌마806) 청구인들

청구인 이×구; 1938. 2. 28. 부산에서 출생한 이후, 중국으로 이주하여 흑룡강성 연수현에서 생활하다 1992년경 대한민국에 입국한 이래 현재까지 불법체류 중인 중국 동포로서, 2003. 11. 13. 대한민국 법무부에 국적회복허가를 신청한 사람, 나머지 청구인들도 위 청구인과 동일한 지위에 있는 사람들임.

5) 서정경, 위의 논문, 72쪽.

6) 그러나 위 서정경 필자는 그의 논문에서, ‘조선족’이란 용어는 본래 중국이 1949년 중화인민공화국 성립 이후 국가를 통치하기 위하여 맑스주의적 민족개념을 바탕으로 시행한 민족분류정책에 의하여 확정된 중국식 행정용어이므로, 그는 되도록 이 용어 사용은 자제하고, 대한민국 정부 수립 이전 중국으로 가서 중국 국민이 되어 현재 중국에 거주하고 있거나, 이후 한국으로 유입된 한인 모두를 ‘중국동포’라 칭한다고 한다. 서정경, 위의 논문, 72쪽.

7) 중국으로 건너갔던 조선인들의 중국국적 취득에 관한 경우들은, 석원화/심민화/패민강 엮음, 김승일 옮김, 중국언론, 신보(申報)에 그려진 한국근현대사, 역사공간, 2004 참조. 이 책에서는 조선 말부터 그 이후에 중국에 건너와 살면서 중국국적을 취득하는 다양한 경우들이 그 당시 중국신문(申報)을 기준으로 하여 현실적으로 상세하게 기록되어 있다.

○ 사건개요

위 청구인들은 2003. 11. 14. 헌법소원심판을 청구하였음;

청구이유:

1. **입법부작위에 대한 위헌여부 판단:** 대한민국이 1992년 8월, 한중수교 이후 중국동포들이 대한민국 국적을 선택할 수 있는 절차에 관한 법률의 제정 또는 조약을 체결할 의무가 있음에도 불구하고 아무런 조치를 취하지 않고 있어 헌법이 요청하는 의무를 위반하였고,

2. **업무처리지침의 법적 성격:** 법무부장관이 ‘중국동포국적업무처리지침’⁸⁾이 차별적인 내부 규정을 통하여 국적회복의 길을 가로막고 있는 것은, 청구인들의 국적선택권, 평등권, 행복추구권, 거주이전의 자유, 직업선택의 자유, 양심의 자유 등 헌법상 보장된 기본권을 침해하는 것이라고 주장하며, 이의 위헌확인을 구하는 헌법소원심판 청구하였음. (밑줄은 필자가 친 것임)

이 사건은 처음부터 조선인이었던 국민이 중국으로 이주하여 살다가 1949년 10월 1일 중국 정부가 출범함으로 인하여 그곳에서 또한 중국 국적을 취득하게 되었으며, 이후 1992년 8월 한중수교가 이루어져 한국에 입국한 자로서, 이들이 입국하여 다시 중국으로 귀국하지 아니하였다고 하여 불법체류자로 인정하여, 국적회복허가 신청 자체를 받아들이지 아니한 사건이다.⁹⁾ 그러나 이 사건에는 자진하여 중국 국적을 선택한

8) 이 소송 개시의 근거가 된 지침은, 2001. 5. 7. 법무부예규 551호로 개정된 것임. 동 제3조(국적취득절차): ‘제1항: 중국동포 중 중국국적자 또는 무국적자는 국적법·동법 시행령·동법 시행규칙 및 이 지침이 정하는 요건을 갖춘 때에 한하여 법무부장관의 국적회복허가 또는 귀화허가를 받아 대한민국의 국적을 취득할 수 있다. 제2항 1호: 한반도 및 그 부속도서에서 중국으로 이주한 자 및 그 부계혈통 직계비속으로서 1949. 10. 1. 이전에 출생한 자는 국적회복허가 대상자로 한다. 동 2호: 한반도 및 그 부속도서에서 중국으로 이주한 자 및 그 부계혈통 직계비속으로서 1949년 10월 1일 이후에 출생한 자는 귀화허가 대상자로 한다.’라고 규정되어 있다.

9) 정부는 지난 1988년 발표한 ‘7·7 선언’에 포함된 자유왕래 허용 방침이 시행됨에 따라 엄격해진 해외동포 영주귀국 허용기준으로 지난 1985년부터 1991년까지 중국에 살다 국내에 들어와 정착하고 있으나, 불법체류자로 분류되어 있는 중국 동포 50명에 대하여 영주귀국을 허용하기로 하였다. 1995. 5. 1. 연합뉴스 참조. 그러나 위 청구인들은 한중수교 이후인 1992년경에 한국에 입국하였으며, 1991. 12. 14. 해외이주법 제12조에서 ‘영주귀국신고’란을 신설하여, ‘해외에 이주하여 일정기간 거주한 자가 국내에서 생업에 종사할 목적 등으로 영주귀국하고자 하는 때에는 외무부령이 정하는 영주귀국을 증명할 수 있는 서류를 갖추어 외무부 장관에게 신고하여야 한다.’라고 규정하고 있었다. 위 청구인들은 이러한 영주귀국신고를 하였는지를 이 판례문에서는 알 수 없다. 그 당시 ‘중국동포’라면, 독립유공자 및 국가유공자 후손에게만 영주귀국의 문호가 열려 있었으나, 1939년 14살 때 부산에서 다른 집 일을 돕던 정 할머니(71세)는 하얼빈으로 강제로 군대에 끌려가 군대 위안부가 되었으며, 그 이후 산둥성에서 간호원으로 일하다, 1994년 교회초청으로 한국으로 왔으나, 외무부에서 영주귀국을 허용하지 않아서 도로 돌아갔으나, 외무부는 1995년 5월 ‘중국거주동포영주귀국허가지침’을 제정하였으며, 이에 근거하여 정 할머니는 귀국을 신청하였으며, 법

사람들이 아니라, 어쩔 수 없는 역사적 사실 때문에 그들이 한국으로 돌아올 수 없었던 사유로 인하여 그들이 태생적으로 취득한 국적을 혈통주의를 채택하는 한국에서 이들을 불법체류자로서 범법자로 인정하여, 국적회복신청을 받아들이지 않는 것은, 죄를 지으면 태생적인 국적도 인정할 수 없는 것처럼 하는 이와 같은 내부지침은 분명히 문제를 내포하고 있는 것이다.¹⁰⁾ 그 결과 이 사건에서는, 중국동포들의 한국에서의 법적지위, 한중수교로 인한 국적회복절차를 규정하지 않은 한국 정부의 입법부작위와 그리고 불법 체류자들의 국적회복신청을 불허하는 내부지침으로 하여 기본권이 침해되는지 여부를 묻는 헌법소원 적격성 여부가 문제되는 것이다.¹¹⁾

무부는 북한 국적의 할머니를 한국 국적으로 판정하고, 외무부 등 부처 간 협의를 거쳐 1996. 3. 5. 귀국을 허용하였다. 참고로 외무부는 영주귀국을 허용할 경우 200만 중국동포가 대거 귀국할 것을 우려하여 제한하고 있으며, 예외로서 독립유공자와 국가유공자의 직계존비속, 국내에 직계존비속이 거주하고 있는 동포를 대상으로 한다. 위의 정 할머니는 인도적 차원에서 배려한 것이다. 그녀는 그의 올케와 사촌오빠가 각각 부산과 경주에서 살고 있다. 연합뉴스, 1996. 3. 5. 참조.

- 10) 이 판결 이후에도 불법체류 사실을 알면서 이를 장기간 계속한 것이 국적회복허가 제한사유에 해당한다고 본 판결; 서울행정법원 제 2부 2007. 8. 22. 선고, 2007구합2258(국적회복허가신청반려처분취소): 요지는 원고가 불법체류 사실을 알면서 이를 장기간 계속한 것은 대한민국 법질서를 무시하는 태도를 보인 것으로서, 국적법 제9조 제2항 제2호의 ‘품행이 단정하지 못한 자’에 해당한다고 보고, 이는 출입국관리법 제94조 제5호, 제17조 제1항에 의하여 3년 이하의 징역이나 금고 또는 2,000만 원 이하의 벌금에 처할 수 있는 범죄로서, 원고의 이와 같은 태도와 행위가 출입구관리 등 국가의 질서유지에 저해되는 결과를 초래하였음이 분명한 이상, 원고는 국적법 제9조 제2항 제1호의 ‘국가 또는 사회에 위해를 끼치는 자’ 또는 같은 항 제4호의 ‘국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 법무부장관이 국적회복을 허가함이 부적당하다고 인정하는 자’에 해당한다고 보았다. 그러나 이러한 논리를 적용시키면 ‘대한민국의 국민 중 대한민국 법질서를 무시하는 죄를 지으면 대한민국 국민이 될 수 없도록 국외로 추방하여야 한다.’라는 주장으로 보이며, 이는 대한민국 정부가 정책적으로 표면적으로 강제적으로 이들 모두를 수용할 수 없는 한계가 있어서 간접적으로 이러한 판결을 통하여 그들의 국적회복을 불허하는 측면은 있을지 모르나, 그럼에도 불구하고, 국가 책임을 회피하기 위한 이유에 불과한 것으로 재량남용에 해당하는 것으로 보인다.
- 11) 2004. 2. 재외동포법을 개정하면서, 외국국적동포의 범위를 대한민국 수립 이전에 이주한 재외동포들도 포함시켜, ‘대한민국 국적을 보유하고 있던 자(대한민국 수립 이전에 국외로 이주한 동포를 포함한다)’로 변경하고—그 이전에는 중국동포가 제외되어 있었음, 그러나 이에 대하여 국내 체류 중국 동포 3인이 1999년 8월, 이 법이 헌법상의 평등권을 침해한다고 하여 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구하였으며, 그 결과 2001년 11월 29일, 대한민국 수립 이전에 국외로 이주한 동포를 재외동포의 적용에서 제외한 재외동포법 제2조 제2호와 동법 시행령 제3조가 헌법상 평등의 원칙을 위배하여 헌법에 불합치 된다는 판결(헌법재판소 2001. 11. 29. 선고, 99헌마494 전원재판부 확인.)을 내리게 되고, 2004년 4월 ‘외국국적 동포의 국적처리업무 처리지침’을 개정하여, 국적취득신청대상에 신청자의 기혼자녀를 추가하였으며, 불법체류자의 경우라도 가족결합 등 대한민국에 체류하여야 할 특별한 사정이 있는 한, 대한민국 국적을 보유하고 있던 자로서 가족관계등록부에 등록(폐쇄된 경우를 포함한다.) 되어 있는 자(동법 제8조 제3항 제1호)의 가족 등 일부는 국내체류를 허용하였으며(동법 제8조 제3항, 단 밀입국자나 여권위변조 행사시에는 그러하지 아니하다, 2013. 1. 1. 법무부 예규 제1012호; 그러나 이러한 자들의 국적회복신청을 허용하는

1. 청구인들은 해방 전에 조선인을 부친으로 하여 출생한 중국동포로서, 1945. 5. 11. 남조선과 도정부법을 제11호로 제정된 「국적에 관한 임시조례」 제2조 제1호의 ‘조선인을 부친으로 하여 출생한 자는 조선의 국적을 가진다.’는 규정에 따라 조선 국적을 취득하였다가, 1948년 7월 17일 제헌헌법에 따라 대한민국 국적을 취득하였다.

또한 1948. 12. 20. 제정된 국적법 제12조는 ‘자진하여 외국의 국적을 취득한 자’(제4호) 또는 ‘이중국적자로서 법무부장관의 허가를 얻어 국적을 이탈한 자’(제5호)에 한하여 국적을 상실하는 것으로 규정하였으며, 현행 국적법 제15조 제1항도 ‘대한민국의 국민으로서 자진하여 외국 국적을 취득한 자는 그 외국 국적을 취득한 때에 대한민국의 국적을 상실한다.’고 규정하고 있다. 따라서 청구인들은 ‘자진하여’ 중국 국적을 취득한 것이 아니므로 대한민국 국적을 상실하지 아니하여 중국 국적과 대한민국 국적을 보유한 이중국적자에 해당한다. (즉 **이미 출생으로 대한민국 국적을 취득하였으며, 동시에 중국 국적자이기도 하다는 주장**)

2. 헌법 전문은 ‘유구한 역사와 전통에 빛나는 우리 대한민국은 3·1운동으로 건립된 대한민국 임시정부의 법통……을 계승하고’라고 하였고, 제2조 제2항은 ‘국가는 법률이 정하는 바에 의하여 재외국민을 보호할 의무를 진다’고 규정하고 있다. 따라서 대한민국은 1992년 한중수교 당시 또는 그 이후 이중국적자의 중국 동포들이 대한민국의 국적을 선택할 수 있는 절차에 관한 법률의 제정 또는 중국 정부와의 조약을 체결할 헌법적 의의가 있음에도 불구하고 이를 이행하지 아니한 입법부작위에 의하여 청구인들의 ‘국적선택권’을 포함한 행복추구권, 평등권, 거주 이전의 자유, 직업선택의 자유, 양심의 자유 등의 헌법상 보장된 기본권을 침해하였다.

청구인들이 설령 대한민국 국적을 상실하였다 하더라도 법무부예규인 위 업무처리지침이 불법체류자라는 이유로 중국동포의 국적회복허가신청에 대하여 일률적으로 불허하거나 접수를 거부하도록 규정함으로써 청구인들의 평등권을 침해하고 있다. (밑줄은 필자가 친 것임)

이하에서는 이러한 문제점에 대한 찬반양론을 분석하여 보기로 한다. 사실은 이 사건은 각하되고, 단 한명의 재판관의 반대의견만 있었던 것이다.

1. 청구인들의 주장

우선 청구인들의 주장을 요약하여 보면, 첫째, 이미 앞에서 본 바와 같이 1938년 부산에서 태어나, 중국으로 이주하여 살다가, 한중수교 이후 한국으로 돌아와 중국으로 돌아가지 않고 불법체류자가 된 경우이다. 그들의 주장대로 그들은 자진하여 외국 국적

것은 아니다), 국적 회복 신청자 본인이 한국 국민이었던 사실증명의 요건도 완화시켰다(동법 제5조). 또한 재외동포법의 문제점에 관하여서는, 전재호, “세계화 시기 한국 재외동포정책의 쟁점과 대안”, 한국과 국제정치 제24권 제2호, 경남대학교 극동문제연구소, 2008, 115쪽 이하 참조.

을 취득한 경우도 아니고, 태생적으로 조선에서 태어났으며, 역사적 사실로 인하여 중국에 이주하여 살다가 해방이 되었지만 중국과 국교정상화가 되지 않아 그동안 한국으로 귀환할 수 없었으며, 그 이전에 신생 중국이 출범하여 중국 국적도 취득할 수밖에 없었던 이중국적자이나, 이들은 한중수교로 인하여 한국으로 귀환하였으나, 한국 국적은 취득되지 않아 불법체류자가 되었으며, 이들이 한국 국적으로 회복하려고 신청을 하려고 하나, 위 업무지침에 의하여 불법체류자는 이를 위한 신청 자체를 거부하거나 불허하는 일들이 발생하므로, 위 청구인들이 이러한 부분에 대하여, 대한민국 정부의 입법부작위와, 위 업무처리지침에 대한 위헌성에 대한 여부를 헌법소원으로 신청하였던 것이다.

2. 판시사항

위 청구인들의 주장에 대한 헌법재판소의 판시사항의 핵심은 두 가지이다.

1. 중국동포의 특수상황을 고려하여 이들의 이중국적 해소 또는 대한민국 국적선택을 위한 특별법 제정 또는 조약체결의 헌법적 의무가 헌법의 명문규정상 또는 헌법해석상 대한민국 정부에 있다고 인정할 수 있는지 여부(소극)
2. 불법체류자인 중국동포들의 국적회복신청을 불허하고 있던 ‘중국동포국적업무처리지침(법무부 예규)’(이하 ‘업무처리지침’이라 칭함)¹²⁾에 대한 헌법소원이 적법요건을 갖추었는지 여부(소극)

이 사건의 요지는 첫째, 중국동포의 국적선택을 위한 입법의무 내지 중국과의 조약 체결의 의무가 대한민국 정부에 책임이 있는 것인가? 둘째, ‘업무처리지침’에 대한 헌법소원이 그 적격성이 있는지 여부 등에 관한 것이다. 이러한 부분에 대하여 다수의견과 한 명의 소수의견이 있다. 두 상반된 견해와 문제점을 살펴보기로 한다. 그 이전에 우선적으로 광복이 되면서 수립된 대한민국 정부 최초의 국민은 누구일까?

12) 중국동포업무처리지침(2001. 5. 7. 법무부예규 제551호로 개정된 것). 또한 이 지침은 ‘외국국적동포의 국적회복 등에 관한 업무처리지침’(2005. 6. 17. 법무부예규 제729호로 개정된 것)으로 전환되면서 폐지된다.

Ⅲ. 중국동포들의 법적 지위

1. 대한민국의 국민이란?

1.1 해방 이후에 누가 대한민국의 최초의 국민인가 하는 점에 있어서는 여기에 관한 규정은 찾아 볼 수가 없다. 다만, 위에서 본 바와 같이 1945년 5월 11일 남조선과도정부법을 제11호로 제정된 「국적에 관한 임시조례」(이하 ‘임시조례’라 칭함) 제2조 제1호의 ‘조선인을 부친으로 하여 출생한 자는 조선의 국적을 가진다.’는 규정에 따라 조선 국적을 취득하였다가, 1948년 7월 17일 제헌헌법에 따라 대한민국 국적을 취득하였다라는 주장에 대하여, 대한민국의 헌법 전문에서 ‘유구한 역사와 전통에 빛나는 우리 대한민국은 3·1운동으로 건립된 대한민국 임시정부의 법통……을 계승하고’라고 하였으므로, 「국적에 관한 임시조례」 제2조 제1호에 따라서 조선인이며, 1948년 7월 17일 공포된 제헌헌법 제3조에서는 ‘대한민국의 국민 되는 요건을 법률로 정한다’라고 규정하였으며, 동법 제100조는 ‘현행 법령은 이 헌법에 저촉되지 아니하는 한 효력을 가진다’고 규정하였다. 그리고 1948년 12월 20일 국적법 제정 이래 누가 최초의 대한민국 국민인가를 명문 규정으로 정하지 않았다.¹³⁾

그러나 이상에서 그 당시 대한민국의 국민은 조선인을 부친으로 하여 출생하는 혈통주의를 취하고 있으며,¹⁴⁾ 제헌헌법전문에는 임시정부를 승계하고 있고, 그 당시 존재하는 법률들은 제헌헌법에 저촉되지 않은 한 효력을 가지므로 위 청구인들은 한국 국적을 취득하는 것이 적합하다고 본다.

1.2 위 임시조례에서의 ‘조선인’이란 과거의 역사를 거슬러 올라가서 살펴보아야 한

13) 헌법재판소 2006. 3. 30. 선고, 2003헌마806 전원재판부 확인, 재판관 조대현의 일부 반대이견; 그는 위 청구인들의 청구이유 중 입법부작위 부분은 받아들일 수 없으나, 이 사건 업무처리지침은 재외국민의 기본권을 침해하는 것으로 선언하여야 한다고 보았다. 또한 외국국적동포의 경우 대한민국 국적법 제정 당시 첫 국민이 누구인가에 관한 것은, 최윤철, “국적법의 현황과 문제점”, 일감법학 제17호, 건국대학교 법학연구소, 2010년, 24쪽, 26쪽, 28쪽 이하 참조; 서보진, “국적판례연구-재외동포와 관련한 국민의 개념”, 헌법학연구 제8권 제2호, 한국헌법학회, 2002, 180쪽; 이병훈, “한국인은 누구인가?, 북한과 재외동포의 국적 문제”, 헌법학연구 제10권 제2호, 한국헌법학회, 2004; 김수자, “대한민국 정부수립 전후 국적법 제정 논의과정에 나타난 ‘국민’경계설정”, 한국근현대사연구 제49집, 한국근현대사학회, 2009년 여름호 등 참조.

14) 현재는 남녀평등의 원칙에 의거, 신지침 제5조(대한민국 국민이었던 사실의 증명)에서, 제1항 제2호: ‘본인의 부 또는 모의 가족관계기록사항에 관한 증명서·제적등본 및 본인과의 관계를 증명할 수 있는 출생증명서, 관련국의 공적서류 또는 공증증서’라고 규정하고 있다.

다. 첫째, 일제가 대한제국을 강제병합한 후 칙령 제318호로 대한제국을 ‘조선’이라 칭하였으며, 대만인과 사할린인에게는 일본 국적법을 적용하면서도 조선인에게는 일본 국적법을 적용하지 않았으며, 일제시대 민적법에 따른 민적이나 조선호적령에 따른 조선 호적은 일본의 호적법에 따른 일본호적과 준별하였으며, 조선호적과 일본호적과의 교류는 혼인·이혼·입양·인지 등 특별한 신분변동사유가 있는 경우에만 매우 제한적으로 인정되었으며, 그 결과 일제시대에는 호적을 기준으로 일본인으로서의 지위를 가진 사람과 조선인으로서의 지위를 가진 사람을 법적으로 구별하였다.

둘째, 일제는 1941년부터 3개년 계획으로 만주 거주 무호적 조선인에 대하여 간단한 절차로 국적을 취득하게 하여 재만조선인(在滿朝鮮人)으로 전환하였으며,¹⁵⁾ 조선호적령은 일제 패망 이후에도 재조선미국육군사령부군정청 법령 제21호에 의하여 효력이 지속되었으며, 임시조례 제5조는 일본호적을 취득한 혈통상 조선인이 일본호적에서 이탈하면 조선국적을 소급적으로 회복한다는 취지의 규정이 있었으며, 호적의 임시조례에 관한 규정(1948년 4월 1일 남조선과도정부 법령 제179호)에 의하여 38선 이북에 본적을 두고 38선 이남에 거주하는 자의 신고를 받아 38선 이북에 거주하는 자에 대하여서도 가호적이 편제되었다. 이러한 모든 상황들을 종합적으로 살펴볼 때, 위 임시조례에서 말하는 ‘조선인’이란 일제시대에 조선인으로서의 법적지위를 가졌던 사람, 즉 조선호적에 등재되었거나 등재될 사람을 의미한다고 본다.

셋째, 제헌헌법 전문에서, ‘유구한 역사와 전통에 빛나는 우리들 대한민국은 기미 3·1운동으로 대한민국을 건립하여, 세계에 선포한 위대한 독립정신을 계승하여 이제 민주 독립 국가를 재건’한다고 규정되어 있으며, 1919년 3·1운동을 계기로 수립된 대한민국 임시정부의 헌법인 대한민국임시헌법(1919년 9월 11일) 제1조에는 ‘대한민국은 대한인민으로 조직함’이라고 규정되어 있으며, 대한민국 임시헌장(1944년 4월 22일) 제3조에서는, ‘대한민국의 인민은 원칙상 한국 민족으로 함’이라고 규정하고 있는 점 등을 종합하여 보면, 위 임시조례 제2조의 내용은 제헌헌법에 저촉되지 아니한다고 할 것이므로, 1948년 5월 11일 임시조례에 의하여 조선의 국적을 부여받은 조선인 및 그 후손들은 1948년 7월 17일 제헌헌법 제3조, 제100조에 의하여 대한민국의 국적을 취득하였다고 할 것이다. 그렇다면 최초의 대한민국 국민은 임시조례상의 조선인, 즉 조선호적 입적자 또는 입적대상자라고 할 것이다.¹⁶⁾

15) 또한 중국의 조선인 귀화에 관하여서는, 권영준, “근대 중국의 국적법과 조선인 귀화정책”, 한일민족문제 연구 제5호, 한일민족문제학회, 2003. 11., 참조.

이와 같은 조대현 재판관의 지적은 헌법사적으로 헌법의 승계를 통한 정권의 승계를 합법적으로 설명하고 있다 할 수 있겠다. 그럼에도 왜 그의 의견이 단 한 명의 소수의견으로 머물렀을까?

이러한 해석은 대한민국 정부의 그동안의 책임을 묻는 중요한 이론이 된다. 그러한 점에서 헌법재판소의 재판관들은 이러한 부분을 고려하여 정책적인 판단을 한 것으로 보인다. 이러한 헌법재판소의 판결을 살펴본다.

2. 입법부작위인가?

2.1 중국동포는 이중국적자인가, 또는 국적회복자인가?

현재의 결정요지는, 현재의 청구인들과 같은 중국동포는 일반적으로 중국국적을 가진 외국인으로 보며, 설혹 어쩔 수 없이 중국국적을 취득하였다고 하더라도 대한민국 국적을 상실한 것이 아니라고 하는 경우에도, 이미 1997년 전문개정 된 국적법에서 국적선택 및 국적판정제도(제20조)를 이미 규정해 놓았으므로, 청구인들의 주장처럼 이중국적을 가지고 있다고 하더라도 이들에게 개정된 국적법에 따라 국적선택 또는 국적판정의 기회는 주어졌다고 보는 입장이다(밑줄은 필자가 친 것임). 또한 이와 같은 국적판정제도는 법무부에규인 ‘국적업무처리지침’에 근거하여 중국 및 사할린 동포에 대하여 시행되어오다가, 개정 국적법에서 실정화되어, 이들뿐만 아니라 한반도 및 그 부속도서에서 국외로 이주한 자와 그 비속으로서 출생 이력 면에서는 대한민국 혈통으로 추정되면서도 혈통의 연원이나 대한민국 국적 취득경과의 입증이 어려운 모든 사람을 그 대상으로 한다.¹⁷⁾

이러한 사건에 있어서 현재가 주장하듯이 청구인들이 설혹 불가피한 상황에서의 이중국적자라고 하더라도 개정된 국적법에서 이미 그러한 기회를 보장하였다고 본다. 그런데 이 판결문에서만 보면 그럼에도 불구하고, 위 청구인들은 1992년 한중수교 이후 한국에 입국한 이래로 2003년 이 소송을 제기하기까지, 1997년 개정된 국적법에 따라 국적회복이나 국적선택을 하지 않은 이유가 드러나고 있지 않다.¹⁸⁾ 또한 그들의 입국동기 내지

16) 헌법재판소 2006. 3. 30. 선고, 2003헌마806 전원재판부 확인, 재판관 조대현의 일부 반대의견.

17) 위의 판결, 다수의견.

18) 1995. 5. ‘중국동포영주귀국허가지침’이 제정되었으나, 어떤 사람은 그 이전에 ‘해외이주법’ 제12조에 따른 영주귀국신고(본조신설: 1991. 12. 14. 원래 해외이주법은 1962년 처음으로 제정되었으며, 그 이후 개정을

비자의 종류를 알 수도 없다. 혹 한중수교 이후 방문비자를 받았다가 돌아가지 않고 장기체류를 하였을 수도 있다. 그리고 그들이 이러한 국적선택이나 회복에 관한 법조항이 있다는 사실을 몰라서 못하였을 수도 있으며, 그러는 동안 체류기간이 지난 채로 한국에 머물러 불법체류자가 되었을 수도 있다.

그런데 위 청구인의 경우 1938년생의 부산 출신이어서 태생적으로 조선국적에서 대한민국 국적으로 전환되는 경우이다. 그들이 특수적 역사상황에서 그동안 한국으로 돌아오지 못한 이유를 제외하고는. 그렇다면 한중수교가 이루어지자마자 곧바로 한국으로 귀환한 동포이고, 그들 스스로 대한민국 국적으로 회복하고자 하는데 이를 불법체류자라고 하여 이러한 국적회복의 기회조차 주지 않은 법무부의 내부지침은 위헌적임에 틀림없다.

그러면 이들은 국적선택권자일까 아니면 국적회복자에 해당할까? 우선 이들을 국적선택을 인정한다는 것은 이들의 국적이 이중국적자라는 사실을 인정하는 경우가 되고, 국적회복자로 본다면 이들은 ‘대한민국의 국민이었던 외국인’이 되는 것이다. 즉 이중국적자로 인정하지 않아, 국적선택 절차를 거치지 못하고, 국적회복만을 신청하여야 하는 것이다.

한국 정부의 현재까지의 입장은 이들이 ‘대한민국의 국민이었던 외국인’ 또는 귀화대상인 ‘외국인’인 것이다.¹⁹⁾ 여기에 한국정부의 해외동포들에 대한 책임감 내지 인식이

반복하여, 그 당시 해외이주법은 1993년 12. 27. 법률 제4602호, 시행 1993. 12. 27.)를 한 바가 없어, 앞의 지침에 따른 서류를 구비하여 1996. 11. 29. 영주귀국허가를 신청하였으나 부적합한 청구라고 받아들여지지 않은 적도 있었다. 영주귀국허가이행청구-외무부 97-04629, 1997. 10. 24. 외무부; 이와 같은 중 간과정이 있었으며, 또한 이들과처럼 미등록체류자들을 위하여 몇 차례 구제방안을 내어 구제하기도 하였다. 또한 러시아 및 구소련 등에 머물던 동포들을 위하여서는, ‘고려인 동포 합법적 체류자격 취득 및 정착 지원을 위한 특별법(법률 제10306호, 2010. 5. 20. 제정, 시행 2010. 11. 21. 그리고 다시 이들을 지원하기 위하여 법률 제11690호, 2013. 3. 23. 개정)’이 있으며, 동법 제2조에서 ‘고려인 동포’란, “1860년 무렵부터 1945년 8월 15일까지의 시기에 농업이민, 항일독립운동, 강제동원 등으로 러시아 및 구소련 지역으로 이주한 자 및 민법 제7776조에 따른 그 친족으로 현재 해당 지역에 거주하고 있는 자를 말한다”라고 규정하고 있다. 그런데 이들을 위한 특별법이 이렇게 늦게 제정된 것은 문제가 있어 보인다. 이들은 1980년부터 한일양국 합의로 양국 적십자를 통하여 모국방문사업이 진행되었으며, 영주귀국 문제는 충분히 논의되지 못하였던 것이다. 그 이후 영주에 관한 노력이 이루어져 2009년 정도까지 3,600명 정도가 고국으로 돌아왔다. 이에 관한 참고연구는, 최중혁, 사할린 영주귀국 동포 생활실태 조사, 강남대학교 한국사회복지연구소, 2003; 조성길, 한인소식 사할린, <<http://sakhalinlo.com/80044101010>>, 검색 일: 2014.7.9.

19) 중국동포업무처리지침(2001. 5. 7. 법무부예규 제551호로 개정된 것) 제3조 제2항 1. 한반도 및 그 부속도에서 중국으로 이주한 자 및 그 부계혈통 직계비속으로서 1949년 10월 1일 이전에 출생한 자는 국적회복허가 대상자로 한다. 2. 한반도 및 그 부속도에서 중국으로 이주한 자의 부계혈통 직계비속으로

결여되어 있음을 추정할 수 있다. 그럼에도 불구하고, 이들을 ‘이중국적자’로 인정한다면 이러한 문제는 물론 중국정부가 강하게 반대하는 입장이기도 하나, 이는 어디까지나 대외적인 경우에 한하고, 이들이 한국에 들어온 경우에는 내부적으로는 ‘이중국적자’로 인정할 수도 있는 것이다. 다음의 경우로 나누어서 분석할 수 있을 것이다. 즉 그들을 ‘이중국적자’와 ‘국적회복자’로 나누어 볼 수 있을 것이다. 그러나 이 지침에 따르면, 중국동포들을 1949년 10월 1일을 기준으로 국적회복자(1)와 귀화자(2)로 구분하고 있으며, 이는 바꾸어 말하면 그들은 외국인인 것이다. 이 사건 지침 제3조 제2항 1에서는 국적회복자로서 그 자격이 ‘대한민국의 국민이었던 외국인’이며, 동 2에서는 ‘귀화자’로 보아 역시 외국인이다. 그러므로 그들은 어느 경우에도 ‘외국인’에 해당하므로 체류기간에 제한을 받았으며, 이를 어긴 경우에 ‘불법체류자’가 되었으며, 이로 인하여 이 지침에 따라 그들은 국적회복허가신청조차 할 수 없었던 것이다. 이 지침에 따르면, 청구인들은 국적회복자에 해당한다. -1949년 10월 1일 이전에 중국으로 이주한 자에 해당하므로-

그런데 이들을 이중국적자로 본다면, 1997년 12월 13일 법률 제5431호로 개정된 국적법 부칙 제5조(이중국적자의 국적선택의무 및 절차에 관한 경과조치)에서, ‘동법 제12조에서 제14조(제12조: 복수국적자의 국적선택의무, 제13조: 대한민국 국적 선택 절차, 제14조: 대한민국 국적의 이탈 요건 및 절차)의 개정규정은 이 법 시행 이전에 대한민국의 국적과 외국 국적을 함께 가지게 된 자(이미 국적이탈허가를 받은 자는 제외한다)에 대하여서도 이를 적용한다. 다만, 이 법의 시행일 현재 만 20세 이상인 자는 이 법의 시행일을 제12조의 제1항에 규정된 국적 선택 기간의 기산일로 본다.’라고 되어 있다.

그런데 동법 제12조 제1항에서는, ‘출생 기타 이 법의 규정에 의하여 만 20세가 되기 전에 대한민국의 국적과 외국 국적을 함께 가지게 된 자(이하 ‘이중국적자’라 한다)는 만 22세가 되기 전까지, 만 20세가 된 후에 이중국적자가 된 자는 그때부터 2년 내에 제13조 및 제14조의 규정에 의하여 하나의 국적을 선택하여야 한다.’ 그리고 동조 제2항에서, ‘제1항의 규정에 의하여 국적을 선택하지 아니한 자는 그 기간이 경과한 때에 대한민국 국적을 상실한다.’라고 규정되어 있다.

그러므로 이 두 조항을 청구인들과 결합시키면, 청구인들은 이미 이법 시행 당시 20세 이전에 이중국적자가 되어 있던 자들이며 또한 22세도 이미 지나간 사람들이다. 그러면 이들은 동법 부칙 단서 조항인 이 법 시행일이 이들에게 국적선택의 기산일이

서 1949년 10월 1일 이후에 출생한 자는 귀화허가 대상자로 한다. 또한 이 지침은 ‘외국국적동포의 국적회복 등에 관한 업무처리지침’(2005. 6. 17. 법무부예규 제729호로 개정된 것)으로 전환되면서 폐지된다.

되므로, 이들은 1997년 12월 13일부터 2년 이내인 1999년 12월 12일까지는 그들은 국적 선택을 하여야만 하였다. 그들이 이 기간 내에 국적 선택을 하지 않았다면 그들은 국적을 상실하게 되며 -그들이 이러한 한국 국적법의 구체적인 조항을 알고 있었을까?, 만약 이러한 사실을 모르고 지나갔다면, 그들은 ‘대한민국의 국민이었던 외국인’이 되어 국적 회복을 신청하여야 하는 것이다. 그러나 동법 부칙 제5조의 경과조치를 몰랐던 이중국적자 또는 알고도 그 기간 이내에 신청을 하지 않았거나, 신청할 수 없었던 사람들은 대한민국 국적을 상실하게 되었던 것이다. 이러한 경우, 적어도 그러한 경과조치 규정을 몰랐던 사람들을 구제하는 규정이 마련되어야 할 것이다.

여기에서 살펴보면, 국적법 제12조 제1항과 동법 부칙 제2조에서는 이들에 대하여 ‘이중국적자’라는 개념을 인정하나, 그 하위법인 내부지침에서는 중국동포들을 어디까지나 ‘국적회복자’ 또는 ‘귀화자’인 외국인으로만 보고 있다. 이러한 점 때문에 이 지침은 2005년에 폐지된 것인가? 그렇다고 하여도 국적법은 1997년에 개정된 것이고, 위 지침은 2001년도에 제정된 것인데, 이는 중국동포들에게만 이중국적자의 지위는 인정하지 않았던 것이다. 그러므로 이 지침은 나중에 다른 동포들과의 차별의 문제가 있어 폐지가 된 것이다.

이러한 문제점들을 고려하여 최근의 ‘외국국적 동포의 국적회복 등에 관한 업무처리 지침: 법무부예규 제1012호, 2013년 1월 1일 이하 신지침이라 칭함’에서는, ‘1949년 10월 1일 전에 한반도 및 그 부속도에서 중국 등지로 이주하였거나 중국 등지에서 출생한자와 그 직계비속’에 대하여 국적회복 신청을 할 수 있도록 하였으며(동 제2조 제1호, 제2호), 이러한 신청기간에 대한 제한 조항도 없다. 그리고 동 제3조(의제규정)에서는, ‘제2조 제1호에 해당하는 중국 국적 동포는 1949년 10월 1일부로 중국국적을 취득함과 동시에 대한민국 국적을 상실한 것으로 본다.’라고 규정하여, 국적 회복 내지 귀화를 하도록 하고 있으므로, 해석상 이중국적의 문제를 지침으로 해결한 것이다.

2.2 대한민국의 입법부작위와 국적법과의 관계

2.2.1 대한민국의 입법의무?

이 부분에 관하여서는 다수의견과 소수의견이 유사하다. 우선 다수의견에서는, ‘어떠한 사항을 법률로 규율할 것인가 하는 것은 특단의 조치가 없는 한 입법자가 그 당시의 정치적·경제적·사회적 각종 고려 하에서 정하는 입법정책의 문제이므로, 국민에 국회

에 대하여 입법청원을 하는 것은 별론으로 하고, 법률제정을 청구하는 헌법소원은, 헌법에서 기본권 보장을 위하여 법령에 명시적인 입법위임을 하였음에도 불구하고 이를 방치하거나, 헌법해석상 특정인에게 구체적인 기본권이 생겨 이를 보장하기 위한 국가의 행위의무 내지 보호의무가 발생하였음에도 불구하고 입법자가 아무런 조치를 취하지 않은 경우가 아니면 원칙적으로 인정될 수 없다.’²⁰⁾라는 판결을 인용하고 있다.

그러나 재중동포들의 경우 한중수교로 인하여 본국으로 귀환할 돌아올 권리가 있음에도 불구하고, 입법자나 행정 당국이 어떠한 조치도 취하지 않아 이들이 한중수교가 이루어진 현재에 있어서도 ‘외국인’으로만 대우받고 있으므로, 청구인들은 이에 대하여 한국 정부와 중국 정부가 조약을 체결하거나, 한국 내에서는 이들이 돌아올 권리를 침해당하고 있으므로, 이들은 헌법 전문과 재외국민보호조항, 아니면 중국과의 이를 위한 조약체결을 요구하고 있는 것이다. 그러므로 위에서의 판결과 같은 입장을 현재가 재차 인용한 것은 정부의 책임을 현재가 면제시켜 주는 판결을 하는 것으로, 이는 미국 대통령 오바마가 이민자들을 위하여 입법이 제때에 이루어지지 아니하자, 행정명령²¹⁾으로라도 이들을 구제하고자 했던 미국 행정부의 인간의 인권을 중시하는 적극적인 측면을 고려할 필요가 있을 것이다.

2.2.2 입법부작위와 국적법과의 관계

위에서 살펴본 바와 같이 대한민국의 국적 부여 여부는 다양한 경우들을 고려하여 대한민국 정부는 국적법을 정비하여 왔다. 즉 1997년 12월 13일 법률 제5431호로 국적법을 전면개정하면서, 동법 제20조에서, 대한민국 국적의 취득·보유 여부가 불분명한 사람에 대하여 국적을 판정할 수 있는 제도를 마련하였다. 그리고 동법 시행령 제24조에서, 국적판정절차의 경우에 다음과 같은 경우들을 고려하여 판정할 수 있도록 규정하였다. 즉 신청자의 혈통관계, 국외이주경위, 대한민국 국적을 취득한 사실 여부, 또는 대한민국 국적을 취득하였다가 자진하여 외국 국적을 취득하여 대한민국 국적을 상실한 사실이 있는지 여부 등을 심사하도록 규정하고 있다. 또한 국적법은 이중국적자의 국적

20) 헌법재판소 1995. 5. 25. 선고, 90헌마196 전원재판부.

21) 14년 전 부모님을 따라 미국에 가서 줄곧 불법체류자로 지내다 2012. 10. 추방유예 판정을 받고 임시 합법 신분을 취득하였다. 그녀는 미국 뉴저지주 러더포드 고교 졸업반인 박○○(18세) 양으로 그녀는 이번에 하버드 대학에 합격하였다. 이는 버락 오바마 대통령이 ‘불법체류 청년 구제’의 행정 명령을 내린 결과이다. 중앙일보, 2014. 4. 3. 참조; 또한 이주자들의 가족결합권에 대하여도 2013. 8. 미국 이민세관단 속국(ICE)은 ‘자녀가 있는 불법체류자 가정 특별고려 지시 전달’이라는 지침서로 미성년 자녀를 둔 부모의 강제퇴거를 자제토록 하였다. <<http://news1.kr/articles/1617056/print>>, 검색일: 2014. 4. 3.

선택제도(제13조), 국적상실자에 대한 국적회복제도(제9조), 대한민국 국민이었거나 국민인 자녀의 간이귀화(제6조), 특별귀화(제7조) 등이 정비되어 있다.

이와 같이 국적법이 정비되어 있으므로, 청구인들과 같은 재중동포의 국적문제를 해결하기 위하여 법률을 추가하거나, 중국과 이중국적자 처리를 위한 조약을 체결하여야 할 필요는 없다고 본다. 그러므로 청구인들이 주장하는 대한민국 국적취득을 위한 입법부작위의 상태는 국적법의 이와 같은 정비로 해소되었다고 본다.²²⁾ 그러나 이 사건에서 청구인들(1938년 부산 출생 외)이 왜 한중수교 이후 한국에 입국하여 불법체류자가 되었으며, 이러한 불법체류자는 국적회복허가 신청도 할 수 없게 되어 있는 것이 문제이다. 그는 처음부터 한국인이었으며, 중국으로 건너가 살다 한중수교 이후 한국으로 입국한 사람이다. 그렇다면 그는 한국인인 동시에 중국인인 이중국적자이다. 이 판례만으로는 그가 왜 한국에 입국한 이후로 국적 선택을 하지 않아 불법체류자가 된 것인가 하는 것은 알 수가 없다. 아마도 그들이 이러한 국적선택의 법적 문제를 모르고 지내다 중국인으로 지내다 국적 선택의 기회를 놓쳐서 불법체류자가 된 경우이거나, 처음부터 중국동포 1세대인 점을 감안하지 않고 모든 중국동포들을 외국인인 중국인으로 대우하여 국적을 선택할 기회가 없었으며,²³⁾ 그 결과 불법체류자가 되었으며, 대한민국의 국민이었던 외국인으로 국적회복허가를 신청하려 하였으나(제9조), 불법체류자란 이유로 이러한 신청을 행정당국이 거부한 경우이다. 이 사건에서는 후자인 편이다. 즉 대한민국 정부가 모든 중국동포들을 출생시기와 관계없이 외국인으로 보았던 점이다. 그들은 원래의 조선인이었으며, 임시조례, 제헌헌법에 근거하여 한국 국적을 승계한 사람들이었으나, 장기간 역사적, 정치적 이유로 국내에 돌아올 수가 없었던 것일 뿐이다. 이러한 동포들을 돌아올 권리를 인정하지 아니하고 이렇게 대우하는 것은 입법부작위 이전에 이들을 그들이 원할 경우에 한하여 대한민국 국민으로 수용할 의지가 없고, 준비도 아니된 행정부작위에 해당한다고 볼 것이다. 즉 이들은 처음부터 국적을 선택하거나, 회복할 필요도 없이 자기 나라로 돌아온 대한민국 국민인 것이다.

22) 위의 판결 중, 조대한 재판관의 소수의견.

23) 이러한 점들을 고려하여, 최근에는, ‘외국국적 동포의 국적회복 등에 관한 업무처리 지침: 법무부예규 제1012호, 2013. 1. 1.’에서는, ‘1949. 10. 1. 전에 한반도 및 그 부속도서에서 중국 등지로 이주하였거나 중국 등지에서 출생한자와 그 직계비속’에 대하여 국적회복 신청을 할 수 있도록 하였으며(동 제2조 제1호, 제2호), 이러한 신청기간에 대한 제한 조항도 없다. 그리고 동 제3조(의제규정)에서는, ‘제2조 제1호에 해당하는 중국 국적 동포는 1949. 10. 1.부로 중국국적을 취득함과 동시에 대한민국 국적을 상실한 것으로 본다.’라고 지침에서 이러한 문제들을 해결하고 있다. 그러나 이러한 하위법이 헌법 정신에 부합하는 것인지는 별개 문제이다.

게다가 자기 나라로 돌아온 국민을 외국인으로 취급하여 불법체류자로 보아 국적회복도 할 수 없게 한 내부지침은 청구인들의 돌아올 권리를 침해한 것이다.

즉 현재의 다수의견은, 광복 이후 한국정부는 국적법을 정비하여 그 이전에 한국을 떠났던 국민들에 대하여 앞에서 살펴본 바와 같이 국적법을 정비하고 있다고 주장한다. 그러나 이러한 법정비가 청구인들과 같은 부류의 중국동포들에게 적정한 법이었다고 한다면 이들이 이와 같은 입법부작위에 대한 위헌확인소송을 제기할 필요가 없었을 것이다. 다시 말하면 이미 관련 법령들이 정비되어 있다고는 하나, 그 법령들에는 이들을 위한 법령이 아니었던 것이다. 법령들을 정비하면서 구체적인 상황들을 고려하지 않은 채, 아니면 단순히 외국과의 마찰을 피하기 위하여 그러한 부분을 예상하면서도 제외시킨 채 법령들을 정비하였기 때문에 이와 같은 소송을 제기하게 된 것임을 재판부는 고려하여야 하였다. 즉 입법이 되어 있기는 하였으나, 부적정하고 불충분한 입법으로 부진정부작위에 의한 입법부작위라고 할 수 있을 것이다.

앞에서 국적판정절차가 있다고는 하나, 먼저 비자를 받아 대한민국에 입국하여야 하고, 판정결과가 나올 때까지 긴 시간을 한국에 체류하여야 한다. 이는 현실적으로 사용할 수 없는 절차를 만들어 놓고, 그 절차를 거치지 않았다고 주장하는 것은 국민에 대한 보호 의무를 회피하는 것이다. 이에 반하여 사할린 징용 자손이 러시아에서 무국적자로 살다가 한국에 국적회복 신청이나 귀화 신청을 한 것이 아니라,²⁴⁾ 국적확인 소송을 제기한 사건에 있어서 러시아와 체결한 협약에 의하여 한국의 공문서와 동등한 효력을 가지는 러시아 공문서를 믿을 수 없다는 것과 같다. 그러나, 2014년 6월 20일 서울행정법원에서 이 사건에 관하여 승소판결을 하였다.

그 내용은 다음과 같다.

국민은 귀화 등 후천적인 국적 취득이 아닌 한 헌법과 국적법이 정하는 바에 따라 출생과 동시에 당연히 국적을 취득한다. 따라서 헌법과 국적법이 정하고 있는 국적 취득 요건을 갖추고 있는 사람은 당연히 대한민국 국민에 해당하는 것이지, 반드시 행정부가 그를 국민으로 판정하여야만 대한민국 국민이 되는 것이 아니다(밑줄은 필자가 친 것임). 헌법과 국적법에 따라 대한민국 국민으로서의 지위를 누릴 수 있도록 보장하는 것은 헌법 전문, 제2조 제2항, 제10조에서 규정하고 있는 국가의 재외국민 보호의무 및 기본권 보장 의무를 이행하는 것으로 중요한 의미를 지닌다.²⁵⁾

24) 정근식/염미경, 사할린 한인의 역사적 경험과 귀환문제, 1999년도 후기 사회학 대화, 오전 제7분과 사회사 분과.

물론 이 사건은 러시아에 강제 징용되어간 자손이 무국적자로 있었기 때문에, 위 사례의 중국동포와는 다르다고 볼 수는 있겠으나, 위 청구인들은 그 자손도 아니고 부산에서 출생한 사람으로 중국으로 건너갔다가, 한중수교가 이루어지자 바로 한국으로 입국한 사람이다. 그리고 그가 자진하여 중국 국적을 취득한 것도 아닌데, 외국인으로 간주하여 불법체류자로 취급하고, 자기 나라로 돌아온 국민을 국적회복신청도 못하게 하는 것은 정책적인 측면이 강하다고 보아진다.

2.2.3 헌법 전문과 재외국민보호조항

헌법재판소는 위와 같이 두 가지 경우 수를 모두 고려하더라도, 이와는 별개로 헌법 전문의 ‘대한민국 임시정부의 법통계승’ 또는 제2조 제2항의 ‘재외국민보호조항’이 중국동포와 같이 특수한 국적상황에 처한 자들의 이중국적 해소 또는 국적선택을 위한 특별법 제정의무를 명시적으로 위임한 것이라 볼 수 없고, 뿐만 아니라 동 규정 및 그 밖의 헌법규정으로부터 그와 같은 해석을 도출해낼 수도 없다고 본다.

또한 청구인들이 2005년 8월 10일 추가로 낸 ‘의견서’에서, 비록 청구인들과 같은 중국동포들이 대한민국의 국적을 상실한 것으로 본다 하더라도, 국가는 이들에 대한 국적회복 요건과 절차 등에 관한 법률 제정이나, 조약을 체결할 의무가 있다고 주장한다.

이에 대하여 현재의 다수의견은, 1948년 제정된 구 국적법에서 제14조에서 ‘전 2조의 규정에 의하여 대한민국의 국적을 상실한 자가 대한민국에 주소를 가진 때에는 법무부장관의 허가를 얻어 대한민국의 국적을 회복할 수 있다’고 규정되어 있으며, 1997년 개정된 국적법 제9조(국적회복에 의한 국적취득) 제1항에서도, ‘대한민국의 국민이었던 외국인은 법무부장관의 국적회복허가를 받아 대한민국의 국적을 취득할 수 있다’고 규정되어 있으므로, 일반적인 대한민국 국적회복에 대하여는 이미 입법이 이루어진 상태이고, 이는 물론 중국동포의 경우에도 적용되므로, 특별히 중국동포의 국적회복을 위한 법률 규정이나 조약 체결을 할 국가의무가 없다는 것이다. 그러므로 이 사건 헌법소원 중 입법부작위에 대한 심판청구는 부적합하다고 결론을 내고 있다. 이에 관한 소수의견도 거의 동일하다.

여기에서 문제는 이러한 중국동포들을 위한 규정이 없는 것이 아니라, 있음에도 불구하고 사용할 권리를 부여하지 않은 데 있는 것이다. 즉 이들이 단지 등록을 하지 않은

25) 서울행정법원 2014. 6. 20. 선고, 2012구합26159.; <<http://withgonggam.tistory.com/1443>>, 검색일: 2014.7.9.

장기체류자라고 하여 이들이 대한민국 법질서를 존중하지 않는다는 이유로 이들에게 국적회복허가 신청서를 접수하지 않는 데 있는 것이다.²⁶⁾ 이러한 중국동포들은 단순히 외국인이 한국에 입국하여 돌아가지 않는 그런 부류의 사람들이 아닌 것이다. 그러면 대한민국 정부는 이들의 미등록에 대한 행정·형사처벌을 할 수는 있겠으나, 이를 근거로 국적을 회복하려는 신청조차도 못하게 하는 것은 재량 남용인 것이다. 이는 인권침해이며, 헌법정신에도 반하는 것이다.

2.2.4 한국 정부의 조약부작위가 있는가?

다수의견에서는, 한국 정부가 그동안 특수 상황에 처하였던 중국동포에 대한 국적회복을 위한 조약체결의무는 헌법전문이나 동 제2조 제2항에서 도출되지 않는다고 본다. 왜냐하면 국가 간의 조약체결은 고도의 정치적 판단을 요하고, 국무회의 심의나 국회의 동의를 요하는 사항이므로, 위와 같은 중국동포들을 위한 이중국적 해소나 국적회복 절차를 위한 입법이나 조약체결이 명시적으로 위임되었다고 볼 수 없고, 동 규정 및 그 밖의 헌법규정으로도 그와 같은 해석을 도출할 수 없다고 본다.

그러나 이와 같은 해석은, 그동안 한국정부가 이러한 재외국민을 보호하는 데 등한시 하였을 뿐만 아니라, 앞으로도 있을 책임을 미리 예단하는 해석으로 보인다. 왜냐하면, 조약 체결이 고도의 정치적 사항이라고는 하나, 모든 중국동포들에게 한국국적을 회복시키는 것도 아니고, 한국에 주소를 두고 본인이 원하는 경우에 한하여 한국국적으로 회복시키거나 국적을 선택하게 하는 것이므로 이러한 문제가 양국 간의 정치적 문제와는 별개의 문제이며, 더 나아가 그동안 국가가 자기 국민의 보호를 등한시하였던 국가책무를 인정하는 것이며, 동시에 한 인간의 인권을 존중하고, 한 국민이었던 사람의 돌아올 권리를 보장하는 것이기 때문이다.

3. 업무처리지침의 법적 성격

위 판시사항 2에서, 불법체류자인 중국동포들의 국적회복신청을 불허하고 있던 ‘중국동포국적업무처리지침(법무부예규)’에 대한 헌법소원이 적법요건을 갖추었는지 여부에

26) 이러한 현재의 판결로 인하여 그 이후에도 여전히 ‘불법체류 사실을 알면서 이를 장기간 계속한 것이 국적회복허가 제한사유에 해당한다.’고 본 판결; 서울행정법원 제2부 2007. 8. 22. 선고, 2007구합2258. (국적회복허가신청반려처분취소)

대하여 다수의견은 소극적인 입장을 취하였다. 왜 현재가 그러한 결정을 할 수밖에 없었는지 그 근거와 이유를 살펴보기로 한다.

3.1 업무처리지침의 내용: 다수의견

위 업무처리지침은 ‘중국동포의 국적에 관한 업무처리를 위한 법무부의 내부지침’으로서 2001년 5월 7일 법무부예규 제551호로 개정된 것이다. 동 지침 제3조에서, 중국동포 중에서 중국국적자 및 무국적자는 한국의 국적법, 동법시행령, 동법시행규칙 및 동지침이 정하는 요건을 갖추게 되면 법무부장관의 허가를 얻어서, ‘국적회복’ 또는 ‘귀화’를 하여 대한민국 국적을 취득할 수 있다(동지침 제3조 제1항), 이 규정에 따라, 중국동포는 1949년 10월 1일(신중국 성립일)을 기점으로, 그 이전에 한반도 및 그 부속도에서 중국으로 이주한 자 및 그 부계혈통 직계비속으로서 출생한 자는 ‘국적회복허가’대상자이고(동조 제2항 제1호), 그 이후에 출생한 자는 ‘귀화허가’대상자이다(동조 제2항 제2호)라고 규정하고 있다.

또한 이 업무처리지침보다 상위의 법률인 국적법에는 ‘대한민국의 국민이었던 외국인’이 국적회복허가’를 규정(제9조)이 있으며, 국적회복허가신청을 위한 시행령(국적법시행령 제8조), 또한 이의 심사를 위한 국적회복허가신청에 대한 심사 규정(동법시행령 제9조)이 있으며, 국적법시행규칙에는, 국적회복허가신청서의 서식 및 첨부서류(제6조)를 위한 일반규정들이 있다.

그리고 이 사건 업무처리지침은, ‘이러한 일반 규정과는 달리, 특별히 중국동포의 국적업무처리를 하기 위하여 법무부가 마련한 행정규칙으로서 중국동포들에게만 적용되는 점에서, 법령의 규정에 의하여 행정관청에 법령의 구체적 내용을 보충할 권한을 부여한 경우나, 법령의 직접적인 위임에 따라 수입행정기관이 그 법령을 시행하는데 필요한 구체적 사항을 정한 것이라고는 할 수 없다.’라는 입장이다. 즉 업무처리지침이란, 내부적인 사무처리 준칙에 불과할 뿐, 이는 법무부장관이 반복적으로 행하여지는 국적 업무에 관하여 행정사무의 통일을 위하여, 그 직무집행 시에 지침을 정해주는 것으로, ‘국민이나 법원을 기속하는 법규적 효력이 없는 것으로 보아야 하며, 따라서 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당되지 않는다고 본다.’라는 입장이다.²⁷⁾

27) 이와 같이 내부지침에 대한 법적 성격을 다룬 판례로는, 서울행정법원 1998. 9. 4. 선고, 98구8178 결정 【국적이탈허가거부처분취소】 [1] 국적업무처리지침의 법적 성질(=사무처리준칙) [2] 법무부장관의 국

그러나 이러한 업무처리지침의 결과로 인권이 침해되는 결과가 발생하고, 그리고 그러한 지침의 결과로 반복적으로 그 지침 대상자가 침해-국적을 회복할 수 없는-를 당하는 것은 이러한 지침의 정책의 효과가 법무부 내부에 한정되어 있는 것이 아니라 그 적용 대상자에게 심각한 인권침해로 나타나고 있는 것이다.

이에 대하여는, ‘재량권행사의 준칙인 행정규칙이 그 정한 바에 따라 되풀이 시행되어 행정관행이 이룩되게 된 경우이어서 헌법소원의 대상이 될 수 있는 공권력에 해당한다.’는 현재의 판례²⁸⁾가 있기도 하였다. 그러므로 이러한 업무지침의 반복적 관행의 결과로 공권력이 행사되어 국적회복신청절차를 진행조차 할 수 없는 이러한 지침은 결코 행정기관 내부의 결과로만 그칠 수 없는 것이며, 이로 인한 공권력의 행사 결과로 보아야 하는 것으로, 헌법소원의 적격성이 인정된다고 보아야 할 것이다. 이러한 현재의 다수의 견에 대하여 반론을 제기하는 소수의견을 살펴본다.

3.2 내부지침의 문제점: 소수의견

3.2.1 내부지침의 방향

이 사건 업무처리지침은 정부입장과 동일하게 재중동포들을 출생 시기에 따른 1세대, 2세대 구분 없이 모두 ‘대한민국 국적을 상실한 중국 국적자’로 취급하여 왔으며, 이러한 업무지침으로 인하여 대한민국 국적을 보유하고 있는 재중동포들이 대한민국 국민으로서 보호받지 못하고, 중국인으로 취급받게 되었으며, 재외국민이 아니라 재외동포로 취급되어 국내체류기간의 제한을 받고, 국내체류기간을 넘겼다는 이유로 국적회복신청까지 거부당한 것이다.

또한 이 사건 업무처리지침은 재중동포 중 대한민국 국적을 가지고 있는 사람까지도 재외국민이 아닌 재외동포로 취급하는 것은 헌법 2조 제2항은 ‘국가는 법률이 정하는 바에 의하여 재외국민을 보호할 의무를 진다’고 규정을 어겨, 보호받을 기본권을 침해하는 작용을 하였으며, 그러한 기본권 침해는 다수인에게 계속적·반복적으로 발생하고 있으므로, 이 지침이 비록 법무부 내규라고 하더라도 방지할 수는 없다고 본다.²⁹⁾

적이탈허가 여부의 결정 기준 [3] 국적이탈의 자유의 한계 및 국적법시행령 제16조의 위헌 여부(소극)

[4] 부모의 미국 유학 중 출생하여 3세 전에 귀국한 이래 12년 이상을 국내에서 출근 생활한 다음 3년간 미국에서 학업중인 18세의 제1국민역 편입자에 대한 국적이탈허가거부처분이 재량권을 일탈·남용한 것이 아니라고 본 사례도 있다.

28) 헌법재판소 1990. 9. 3. 선고, 90헌마13 전원재판부.

그러나 이러한 조 재판관의 논리는 재중동포 중 재외국민이 있다는 것을 전제로 하는 주장이고, 정부의 입장은 재중동포는 모두 재외동포라는 입장에서 차이가 나고 있으나, 필자는 이러한 조 재판관의 주장에 동의하는 바이다.

3.2.2 헌법재판소와 내부지침의 관계

이는 곧 내부지침으로 인한 기본권 침해가 헌법소원의 적격성을 갖추느냐 하는 것이다. 즉 내부지침으로 인하여 기본권이 침해된 것은 이 지침으로부터의 직접적인 영향이 아니고, 이 지침에 따른 행정처분의 결과라는 주장이다. 그러므로 기본권을 침해한 행정처분은 법원의 행정소송절차에 다룰 문제이긴 하나, 그러한 행정처분 및 기본권 침해의 근본원인이 된 업무처리지침과 정부방침에 대한 것은 헌법재판소가 심판하여 이를 취소하거나 위헌임을 선언하여야 한다(헌법재판소법 제75조 제3항), 그리고 기본권을 반복적으로 유발하는 근본원인이 있을 때에는 그 근원을 해소하는 것이 헌법질서를 수호하기 위하여 긴요한 일이며, 동시에 헌법재판소의 사명으로 받아들였다.³⁰⁾

즉 조 재판관은 내부지침으로 인한 계속적인 기본권의 침해는 행정처분으로 발생하고, 그러한 기본권 침해의 근원적인 해결은 헌법재판소가 이를 해결할 책무가 있다고 본 것으로, 이러한 견해는 내부지침으로 인한 기본권 침해에 대한 적극적인 헌법재판소의 사명감³¹⁾을 내포하는 견해이며, 앞에서 본 헌법재판소의 소수의견의 판결 내용과도

29) 위의 판결 중, 조대한 재판관의 소수의견.

30) 위의 판결 중, 조대한 재판관의 소수의견.

31) 하위법의 위헌인 부분을 헌법의 범위 내에서 적극적으로 해석하여 사법책무로서 기본권을 보호한 일본에서의 유명한 판결이 있다. 최경욱, “일본의 국가구성원과 국적과의 관계—平成19(行ツ)164 国籍確認請求事件(平成20年06月04日 最高裁判所大法廷 判決 破棄自判 東京高等裁判所)을 중심으로—”, 공법학연구 제14권 제3호, 한국비교공법학회, 2013, 여기에서는 구 일본국적법이 반드시 ‘부모의 혼인’을 전제로 인지를 할 수 있다(제3조: 인지된 자의 국적 취득)는 조항에 대하여, 일본최고재판소는 다음과 같이 판결하여, 해석으로서 사법부의 책무를 적극적으로 인정한 유명한 판결이 되었다. 즉, “일본 국민인 父와 일본 국민이 아닌 母와의 사이에서 출생하여, 父로부터 출생 후에 인지를 받은 子는, 부모의 혼인에 의한 적출자로서의 신분을 취득한 부분을 제외한 국적법 제3조 제1항의 요건을 충족시켰을 경우에는, 同項에 근거하여 일본 국적을 취득하는 것을 인정한다”고 하였으며, 즉 이러한 해석에 의한 판결은, 상위법인 헌법과 하위법인 국적법과의 관계에 있어서 하위법의 과잉 요건에 대하여 위헌이라는 판결을 거쳐 개정을 하는 대신에 헌법의 범위 내에서 합리적·합헌적 해석으로 불합리한 차별적 대우를 받은 사람에 대하여 직접적인 구제의 길을 열어준 판결이다. 이 또한 해석에 의하여, 하위법에 위헌 요소가 존재함에도 불구하고 헌법의 범위 내에서 합리적인 해석을 통하여 상고인들에게 직접적인 구제의 길을 열어주고 있다. 또한 보충의견에서도, 이 조항을 전부 무효로 하지 말고, 국회가 나중에 동 조항을 헌법에 적합하게 하는 것은 입법재량에 속하긴 하나, ‘부모의 혼인’이라는 내용만 제외하고, 이 조항을 국적취득하는 것으로 적용할 수밖에 없으며, 이는 사법이 새로운 입법을 하는 것이 아니라, 사법의 역할로 당연한 것이며, 사법은 이러한

일치한다고 할 것이며, 일본 대법원의 사법정신과도 동일한 것으로, 이러한 주장이 인권 침해를 당할 사람들을 적극적으로 보호하는 헌법재판소의 기능으로 적합할 것이다.

3.2.3 폐지된 업무처리지침의 법적 효력

i) 다수의견: 이 사건의 업무처리지침(이하 ‘구지침’으로 칭함)은 2001년 5월 7일 법무부예규 제551호로 개정된 것이며, 이 소송은 2003년에 제기되었으며, 그 이후에 2004년 4월 1일 법무부예규 제703호인 ‘외국국적 동포의 국적회복 등에 관한 업무처리지침’(이하 ‘신지침’으로 칭함)이 제정되었으며, 공식적으로는, 2005년 6월 17일 법무부예규 제729호로 개정되면서 그 부칙 제2조의 규정에 의하여 이 사건 업무처리지침은 폐지되었다. 그리고 이 소송에 대한 판결은 2006년 3월 30일 내려졌다. 이러한 상황에 있어서, 헌법재판소의 다수의견은 이미 폐지된 법에 대하여는 권리보호의 이익이 없어졌다고 본다.

또한 신지침은 외국국적 동포가 국적법에 따라 대한민국의 국적을 회복하거나, 대한민국에 귀화하는 경우에 관한 업무지침(신지침 제1조)으로서, ‘외국국적 동포’란 ‘대한민국의 국적을 보유하고 있던 자 또는 그 직계비속’(동지침 제2조)으로서, 이는 중국동포를 배제하거나 차별하지 아니하고, 국적취득 제한의 범위를 축소하고 있으며, 이는 구지침과 신지침이 제정 목적이 다르며, 그 규율 대상-국적회복 허가가 제한되는 인적 범위-이 다르므로 동일성을 가지고 있다고 할 수 없다고 본다. 즉 구지침은 신지침의 시행으로 폐지되어 더 이상 중국동포들에게 적용되지 않으므로, 구지침을 대상으로 한 심판청구 부분은 권리보호의 이익이 없다고 본다.

현재의 판결처럼 구지침과 신지침이 그 제정 목적과 규율 대상이 다르다고 할 수 있을까? 그리고 그로 인하여 구지침과 신지침이 동일성이 없다고 할 수 있을까? 즉 ‘중국동포’(A)와 ‘외국국적 동포’(B)의 함수관계는 A는 B에 포함되며, A와 B가 겹치는 부분에 있어서는 동일성이 유지된다고 보아야 할 것이다. 게다가 구지침으로 인하여 이미 중국동포가 국적회복 신청조차 할 수 없는 상황으로 기본권이 침해되었음에도 불구하고, 즉 과거의 지침으로 그 피해가 현재에도 여전히 잔존하고 있는데, 이미 폐지되었다고 이 사건 심판청구에 대한 권리보호의 이익이 없다고 하는 것은, 인권을 지켜야 하는 현재의 재판이 너무 국가 중심적인 판결을 하였다고 보아야 할 것이다.

ii) 소수의견: 문제가 된 업무처리지침으로 인하여 이 지침이 폐지되기 전에 이미

차별을 받는 이를 보호할 책무가 있다는 보충의견도 있었다. 같은 논문, 102쪽 이하, 105쪽 이하 참조.

대한민국 국적을 보유하고 있는 재중동포의 기본권을 침해한 이상, 이는 그 원인을 밝혀야 한다고 주장한다. 그리하여 이미 폐지된 업무처리지침을 취소할 법률상 이익은 없어졌으나, 이 지침으로 인하여 과거에 이미 침해받은 사실에 대하여는 그 이유를 밝혀야 한다는 주장이다. 왜냐하면 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원제도는 현존의 기본권침해를 배제하는 기능뿐만 아니라, 과거에 있었던 기본권 침해도 밝혀야 하는 사명이 있기 때문이라고 본다.

그러면서 재중동포들의 출생 시기에 관계없이 모든 재중동포들을 재외국민이 아닌 재외동포로 보는 정부방침과 이 사건 업무처리지침은 재외국민으로 보아야 하는 재중동포들의 기본권을 상시적, 반복적으로 침해하고 있음을 선언하여야 하며, “청구인들과 같은 재중동포들을 출생 시기에 관계없이 무조건 중국국적의 재중동포로 취급할 것이 아니라, 그들이 대한민국 국적을 취득하였는지 여부와 아직도 보유하고 있는지 여부를 판정한 뒤 그 결과에 따라 적절히 대우하도록 개선시킬 필요가 있다”³²⁾고 한다.

즉 소수의견은 재중동포들의 출생 시기에 따라 재중동포들을 재외국민과 재외동포로 구분하여 각각의 사안으로 다루어야 하며, 지금까지의 정부방침이나 이 사건 업무처리지침이 재외국민인 재중동포들의 기본권을 침해하였다고 선언하여야 한다는 국가 책무를 강조하고 있는 것이다. 이와 같이 한 인간의-특히 그동안 국가가 그 책무를 다하지 못한 재중동포, 또는 재 소련동포, 재일동포 등에 관하여-적극적인 해석을 통하여 침해된 그들의 기본권을 인정하려는 소수의견의 자세는 헌법재판소의 기능을 인권보호에 적합하게 운영하려는 취지로 보아 앞에서 본 일본 판례처럼 높이 평가할 만하다. 그러나 소수의견으로 남아, 이 같은 견해로는 해석을 통하여 -개정을 하지 아니하더라도- 이들

32) 위의 판결 중, 조대환 재판관의 소수의견. 이러한 판례들을 근거로 최근에 신지침이 개정된 것을 앞에서 보았다. 신지침 제5조 참조: 한편 법무부는 이러한 신지침을 제정하면서, 중국동포들이 강제출국을 앞두고 국적회복을 위한 헌법소원을 제기하였던 것과 관련하여, 불법체류자라도 호적(제적)등본에 기록이 있는 동포 1세와 그 배우자, 미혼자녀는 국적회복이나 귀화 신청이 가능하도록 한시적으로 구제하였다. 동북아신문, <<http://www.dbanews.com>>, 검색일: 2004.4.1; “단 배우자와 미혼자녀는 ‘동반신청’을 하거나 아니면 호적 있는 본인이 국적회복한 후에야 신청할 수 있습니다. 불법체류자인 경우는 위의 서류 외에 ‘불법체류자로 된 이유’를 본인 ‘진술서’에 설명하여야 하고 법무부 법무과로 직접 제출해야 합니다. 신청가능한 시간은 매주 목요일로써(법정 공휴일 제외) 오후 2시부터 6시까지이고 장소는 과천 정부종합청사 안내동에서 합니다. (위치: 서울지하철 4호선 안산, 오이도방면 정부과천청사역 7, 8번출구, 전화: 02-503-7030-2)”라고 안내되어 있기도 하다: 내사랑 연변 홈피, <<http://cafe.daum.net/woaiyanji/GKpk/>>, 검색일: 2005.5.4. 참조. 그러나 신지침 제4조(국내신청자격): ‘외국국적동포로서 이 지침에 따라 국내에서 국적회복 또는 귀화 허가 신청을 하고자 하는 자는 적법하게 입국·체류 중인 때에 한하여 법무부장관에게 그 신청을 할 수 있다’라고 규정되어 있어, 여전히 불법체류의 경우에는 그 제한을 두고 있기도 하다.

의 기본권을 직접적으로 보장할 수 없는 안타까움이 남는다.

그러나 늦으나마 사법부의 자세도 조금은 전향적으로 재외국민-특히 그동안 광복 이전에 국외로 이주할 수밖에 없었던 동포들과 그 직계비속-을 보호하여야만 하는 국가 책무를 인정하고 바뀌어 가는 모습으로 나타나,³³⁾ 재 소련동포의 국적확인을 인정한 판례도 나오고 있음을 앞에서 보았다.

Ⅳ. 중국동포와 국적: 돌아올 권리

돌아올 권리란, 세계인권선언 제13조에서 ‘모든 사람은 자기 나라 영토 안에서 어디든 갈 수 있고, 어디서든 살 수 있다. 또한 그 나라를 떠날 권리가 있고, 다시 돌아올 권리도 있다’라고 규정하고 있다. 그러나 대한민국 정부는 광복을 하고 60여 년이 지나도록 재외동포들을 외국인으로 간주한 채, 돌아올 권리를 보장하고 있지 않는 행정부작위로 인하여 재외동포들의 기본권을 침해하고 있는 것이다.

1. 중국동포와 국적

위 청구인들과 중국동포들은 재일동포나 재 소련동포들과 마찬가지로 조선인을 부친으로 하여 출생한 사람들이 대부분이며, 이러한 조건은 임시조례상의 국적취득 요건을 충족시키며, 이들은 동시에 1948년 7월 17일 제헌헌법의 공포와 동시에 대한민국 국적을 취득하였다고 보아야 한다. 그 결과 대한민국 국적을 취득한 재중동포의 자녀들도 혈통주의를 택하는 대한민국의 국적을 취득한다고 할 수 있을 것이다. 또한 중국동포들은 1949년 10월 1일 ‘56개 민족 대가정’을 표방하는 신 중국인 중화인민공화국의 국적도 본의

33) 물론 최근에 2013. 1. 1. 법무부 예규 제1012호로 개정된 ‘외국국적동포의 국적처리업무 처리지침’에는, 국적취득신청대상에 신청자의 기혼자녀를 추가하였으며, ‘불법체류자의 경우라도 가족결합 등 대한민국에 체류하여야 할 특별한 사정이 있는 한, 대한민국 국적을 보유하고 있던 자로서 가족관계등록부에 등록(폐쇄된 경우를 포함한다.) 되어 있는 자(동 제8조 제3항 제1호)의 가족 등 일부는 국내체류를 허용’하였으며, ‘단 밀입국자나 여권위변조 행사시에는 그러하지 아니하다(동 제8조 제3항)’라고 규정하고 있다. 그러나 이러한 자들의 국적회복신청을 허용하는 것은 아니며, ‘동 제3항에 해당하는 자가 출입국 심사결정 사항을 이행한 때에는 출국조치를 하여야 할 특별한 사정이 없는 한 강제퇴거 조치 등을 취하지 아니한다(동 제8조 제5항)’라고 규정하여 강제퇴거는 가능한 한 제한하고 있기는 하다. 또한 국적 회복 신청자 본인이 한국 국민이었던 사실증명의 요건은 완화시켰다(동 제5조).

아니게-자진하여 중국 국적을 선택한 것이 아니다-취득하게 된 것이다. 즉 그들은 한국 입장에서 보면 이중국적자-또는 복수국적자-³⁴⁾가 된 것이다.

2. 중국국적 취득의 배경: 자진한 것인가

재중동포들 대부분은 일제시기의 고통을 면하고자, 또는 독립운동을 하기 위하여, 혹은 일본이 강제로 만주로 이동시켜서 중국에 정착하게 된 경우로서, 신 중국인 중국 공산당에 의하여 강제로 중국 국적을 부여받아 중국 인민이 되었던 것이다. 그러나 광복 이후 그들은 한국적 상황, 즉 남북분단과 6·25 전쟁 등을 거치며 냉전의 시대 중국과 국교가 단절된 채로 한국 정부의 보호나 귀국의 기회를 가질 수 없었던 상황을 두고, 그들이 장기간 중국 국적으로 생활하여 왔다든지, 광복 후 귀국하지 않았든지, 중국 여권을 소지하고 대한민국을 방문하였다는 등의 이유를 내세워, 그들이 자진하여 중국 국적을 취득하였다고는 할 수 없을 것이다.

그러므로 한국국적법에서 말하는 ‘자진하여 외국국적을 취득한……한국 국적을 상실 한다.’라는 조항에 이러한 이유들을 근거로 중국동포들을 ‘자진하여’라는 항목에 포함시킬 수는 없는 것이다.

3. 국적선택권이란?

한편 1998년 6월 14일부터 시행된 국적법(1997년 12월 13일 법률 제5431호로 개정) 제12조에서는, 출생 기타 국적법의 규정에 의하여 만 20세가 되기 전에 대한민국의 국적과 외국 국적을 함께 가지게 된 자-이중국적자-는 만 22세가 되기 전까지, 만 20세가 된 후에 이중국적자가 된 경우에는 그때부터 2년 이내에 국적을 선택하도록 하였으며, 이를 이행하지 않을 시에는 국적을 상실한다고 하였다. 동시에 국적법시행령 제16조에서는 위 국적법 제12조에서 말하는 ‘출생 이외의 사유에 의한 이중국적자’의 범위를 규정하였다.³⁵⁾

34) 현 국적법 제11조의 2(복수국적자의 법적 지위 등)으로, “이중국적자”란 어감이 부정적이라고 보아 “복수국자”로 개정하였다(2010. 5. 4. 본조신설).

35) 국적법시행령 제16조 ① 법 제11조의2 제1항에서 그 밖에 이 법에 따라 대한민국 국적과 외국 국적을 함께 가지게 된 자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람으로 한다.

1. 법 제10조제2항에 따라 외국국적불행사서약을 한 사람

그런데 국적선택의 시기에 있어서 중국동포들의 경우에는 어떠한 시기를 이중국적 선택의 기준으로 삼아야 할 것인가 하는 부분이 문제가 될 수 있겠다. 즉 제헌헌법이 공포된 된 시점인 1948년 7월 17일부터 중국국적을 강제로 부여받기 이전인 1949년 9월 30일 사이에 중국동포들은 제헌헌법과 임시조례, 국적법에 따라 대한민국 국적을 취득한 후에, 1949년 10월 1일 중화인민공화국의 성립으로 중국국적을 취득한 재중동포(1949년 9월 30일 이전 출생자들을 ‘재중동포 1세대’라 칭한다)의 경우에는 출생으로 이중국적을 취득한 것도 아니고, 국적법시행령 제16조에 말하는 ‘출생 이외의 사유에 의한 이중국적자’에 해당하는 것도 아니어서 국적선택 의무가 없다 할 것이다. 그러므로 이들에 대하여 국적선택을 하지 아니하였다는 이유로 국적상실이 되지 않는다. 따라서 재중동포 1세대는 여전히 대한민국과 중국의 이중국적자이다.³⁶⁾

한편 재중동포 2세대들(제1세대의 후손들: 1949년 10월 1일 이후 중국에서 출생한 자들)의 경우에는 ‘출생으로 인하여’ 대한민국과 중국의 국적을 동시에 취득한 경우에 해당되므로, 국적선택 의무가 있다 할 것이며, 국적법에서 규정한 기일 이내에 국적을 선택하지 않았다면 대한민국 국적을 상실하였다고 할 것이다.³⁷⁾

그런데 이러한 논리는 이론상으로는 합당할지는 모르나, 현실적으로는 불가능한 주장이다. 왜냐하면, 재중동포들이 이러한 한국의 국적법의 내용을 알 수가 없었을 터이며, 한국에 돌아오지 않을 동포들은 그 당시로서는 이러한 선택을 할 필요도 없었을 것이다. 그런데 이러한 이유들로 인하여 이들에게 한국 국적을 상실시킬 수는 없는 것이다.

4. 재중동포의 국적 판정 절차

앞에서 살펴본 바와 같이 신 중국 성립일인 1949년 10월 1일을 기점으로 중국동포는 1세대와 2세대로 나누어질 것이며, 현재는 2세대들의 후손인 3세대로 분류할 수 있을

2. 대한민국의 국민으로서 법 제15조 제2항에 따라 외국 국적을 취득하게 된 후 6개월 내에 법무부장관에게 대한민국 국적의 보유 의사를 신고한 사람

3. 법률 제10275호 국적법 일부개정법을 부칙 제2조 제1항에 따라 법무부장관에게 외국국적불행사서약을 하고 대한민국 국적을 재취득하거나 같은 조 제2항에 따라 외국 국적을 재취득한 후 외국국적불행사서약을 한 사람

② 만 20세가 되기 전에 법 제12조 제3항 각 호의 어느 하나에 해당하게 된 사람은 만 20세가 된 때부터 같은 조 제2항 본문의 기간을 계산한다(전문개정 2011. 3. 29.).

36) 위의 판결 중, 조대환 재판관의 소수의견. 필자는 이 소수의견에 전적으로 동의하는 바이다.

37) 위의 판결 중, 조대환 재판관의 소수의견.

것이다. 이를 근거로 하여, 재중동포 1·2세대의 구분은 조선인을 부친으로 하였는지 하는 혈통, 그리고 그 출생시기와 국적선택 여부에 따라 ‘대한민국과 중국의 이중국적자’, ‘대한민국 국적을 상실한 중국국적자’ 또는 ‘대한민국 국적을 취득한 적이 없는 자’로 분류하고, 이와 같은 여러 가지 경우를 참고로 하여 대한민국의 국적 취득·보유 여부를 판정하여야 한다고 본다.³⁸⁾

그러나 이와 같은 기준은 ‘대한민국 국적을 상실한 중국국적자’로 분류할 경우에 앞서 살펴본 바와 같이 국적선택 기간 내에 국적을 선택하지 않았다는 이유로 대한민국 국적을 상실시킬 수는 없을 것이다. 다음으로 ‘대한민국 국적을 취득한 적이 없는 자’의 경우란 어떤 기준일까? 즉 조선인을 부친으로 하여 출생하지 않은 경우, 다시 말해서 어머니가 조선인인 중국동포, 또는 위의 1949년 10월 1일 이후 신 중국에서 출생한 중국동포 2세대를 대한민국 국적을 취득한 적이 없는 자로 할 수 있을까? 설혹 신 중국 성립 이후에 출생하였다고 하더라도, 이미 한국 국적을 가질 수 있는 1세대의 후손이라면 혈통주의를 취하는 한국의 국적법상 이들이 한국 국적 취득을 원한다면 한국국적을 부여하지 않을 수는 없을 것이다-물론 중국과 외교적으로 충돌하는 바가 있으므로, 그들이 한국 영토에 입국한 이후 그들이 한국 국적 취득을 원한다는 전제하에, 그들이 단지 역사적인 한계로 한국으로 돌아올 수 없었던 한중수교의 1992년 8월까지 그 기간에 국적선택을 하지 않았다고 해서 이들에게 한국국적을 상실시킬 수는 없는 것이다 이에 대한 경과조치로는, 1997년 12월 13일 법률 제5431호로 개정된 국적법 부칙 제5조(이중국적자의 국적선택의무 및 절차에 관한 경과조치)에서, ‘동법 제12조에서 제14조(제12조: 복수국적자의 국적선택의무, 제13조: 대한민국 국적 선택 절차, 제14조: 대한민국 국적의 이탈 요건 및 절차)의 개정규정은 이 법 시행 이전에 대한민국의 국적과 외국 국적을 함께 가지게 된 자(이미 국적이탈허가를 받은 자는 제외한다)에 대하여서도 이를 적용한다.’ 그리고 동 제2항에서, ‘제1항의 규정에 의하여 국적을 선택하지 아니한 자는 그 기간이 경과한 때에 대한민국 국적을 상실한다.’라고 규정되어 있어서, 이러한 법규정을 몰라서 그 시점까지 국적선택을 신청하지 못한 사람들에 대한 구제조치가 필요한 사항이다.

이러한 문제로 인하여, “‘중국 조선족’이란 개념은 신 중국 성립 후에 형성되었으므로 이 기준을 중국 조선족 이민의 상한선으로 하는 것이 설득력이 있을 것이다.”라는 주장을 펴기도 한다.³⁹⁾

38) 위의 판결 중, 조대환 재판관의 소수의견.

V. 결 론

지금까지 살펴본 이 사건에서, 한국의 국적법에서는 중국동포들에 대하여, 나아가 재외동포들에 대하여 국적상실자, 국적회복자, 이중국적자-복수국적자-, 귀화자들로 구분하고 있음을 살펴왔다.

첫째, 중국동포들에 대하여, 특히 이 사건 청구인들의 경우, 그들은 이중국적자이며, 그러므로 국적을 선택할 수 있는 권리가 있다는 주장이다. 그러나 이들에 대한 정부방침이나-고도의 정치적 판단, 중국과의 마찰 회피, 그 결과 국가의 책무회피-, 과거의 ‘중국동포국적업무처리지침’에서 그들은 어디까지나 국적을 상실하였던 외국인으로서 ‘국적회복자’에 해당하거나, 아니면 처음부터 외국인으로 취급되어 ‘귀화자’로 분류하고 있는 것이다. 즉 이러한 중국동포들에 대하여 ‘이중국적자’로서 인정하지 않기 때문에 그들은 국적 선택을 할 수 없으며, 단지 국적회복 내지 귀화만을 할 수 있는 것이다.

둘째, 위의 결과 그들이 국적회복 내지 귀화를 하려고 하여도, 그들이 이미 장기미등록 체류자로 분류되어 있어, 한국 법질서 문란 사유로 국적회복 불가 사유에 해당된다고 하여 이를 위한 신청 자체를 거부하고 있는 것이다. 물론 그들이 처음부터 순수한 외국인 이었다면 그러한 이유로 인하여 귀화를 허가하지 않을 수는 있겠으나, 역사적 특수상황을 지닌 이들에 대하여 ‘조선인을 부친으로 하여 출생한 이들’에게 국적선택권도 아닌 국적회복 조차도 허락하지 않는 것은, 국내 법질서 문란이라는 이유로 그들을 형별로 처리하는 것과는 별개로, 내부지침이 위헌이며, 과잉재량의 지침으로 이는 폐지되는 것이 맞다. 결국 이 지침이 폐지되기는 하였지만, 그 지침 집행의 결과는 여전히 진행 중인 것이다. 과거의 잘못된 지침으로 인한 인권 침해는 그 구제 방안을 마련할 필요가 있으며, ‘법질서 문란’의 과잉집행과 형벌 그리고 이에 따른 국적회복불가라는 정부의 지침이나, 이를 근거로 하는 판결들은 국적취득이라는 인권과 직결되는 사항과 단순한 형벌을 구별할 필요가 있으며, 이 두 문제를 혼합하여 특히 국적회복신청조차 받아주지 않는 것은 국적법에 대한 과잉해석이며, 더 나아가 국제규범에도 맞지 않는 것이다. 물론 이러한 해석이나 정책 집행을 할 수밖에 없는 국내의 내부적인 문제가 내포되어 있다고 할지라도-너무 많은 중국동포들이 국적회복, 귀화를 하는, 국내의 실업문제

39) 2014. 7. 3. 연변대학에서 개최된 ‘세계 한민족 전통문화연구 네트워크를 위한 국제 학술회의’(연변대학교 민족연구원과 한국학중앙연구원이 공동으로 주최)에서, 김홍배 연변대학 역사학 박사가 이렇게 주장하다; 동북아신문, <<http://dbanews.com>>, 검색일: 2014.7.14.

등등.

그럼에도 불구하고 계속적으로 이어지는 이들의 국적회복 또는 국적판정 절차보다는 국적을 확인해주는 법령을 정비하는 방향으로 나아가야 할 것이다.

셋째, 위 두 경우가 아닌 경우, 국적법에서는 1997년 12월 13일 법률 제5431호로 국적법을 전면개정하면서, 동법 제20조에서, 대한민국 국적의 취득·보유 여부가 불분명한 사람에 대하여 국적을 판정할 수 있는 제도를 마련하였고, 그리고 동법시행령 제24조에서, 국적판정절차의 경우에 다음과 같은 경우들을 고려하여 판정할 수 있도록 규정하였다. 즉 신청자의 혈통관계, 국외이주경위, 대한민국 국적을 취득한 사실 여부, 또는 대한민국 국적을 취득하였다가 자진하여 외국 국적을 취득하여 대한민국 국적을 상실한 사실이 있는지 여부 등을 심사하도록 규정하고 있다.

그러나 앞에서 살펴보았듯이, 내부지침에서 아니면 법원에서 장기미등록 체류가 불법이며, 그러므로 국내 법질서 문란은 국적회복불가 사유에 해당한다든가, 국적 판정 요건들이 너무 자의적이거나, 증거가 곤란할 경우들은 고려되어 있지 않는 점들은 재고할 필요성이 있겠다. 사실은 그들은 조선인을 부친으로 태어난 사람으로 출생으로 국적을 취득하는 혈통주의에 입각하여 국적판정을 받을 필요도 없는 조선인과 그 후예들이다. 그리고 그들이 원하지 않은 상황에서 강제로 한국국적을 부여하는 것도 아니고, 그들이 한국에 입국하여 한국 국적을 회복하고자 하는 것이다. 다시 말하면 그들은 선천적 한국 국적자로 국적확인 대상자일 뿐이다.

넷째, 위의 모든 경우를 제외하고서라도 이들에게는 ‘조국으로 돌아올 권리’가 있다. 그들은 자진하여 외국 국적을 선택한 것도 아니고, 설혹 그러한 경우라도, 조국에 다시 돌아오고 싶으면 돌아올 수 있도록 제도를 마련하는 것이 필요할 것이다. 물론 자신의 이익만을 위한 국적 선택이나, 병역면탈용이 아닌 한에서이다.

돌아올 권리란, 세계인권선언 제13조에서 ‘모든 사람은 자기 나라 영토 안에서 어디든 갈 수 있고, 어디서든 살 수 있다. 또한 그 나라를 떠날 권리가 있고, 다시 돌아올 권리가 있다.’라고 규정하고 있다. 그러므로 한국 정부는 지금까지의 소극적인 재외동포 정책이 아니라, 재외국민 -일제 시절 중국, 사할린, 일본 등으로 갔던-에게 그동안 이들에 대한 책임을 등한시하였던, 아니면 그럴 수밖에 없었다는 상황이 있었다고 할지라도, 이제부터라도 이들에 대한 적극적인 수용 자세가 광복 60주년이 지나가는 시점에서 재외국민을 보호할 수 있는 대전환일 것이다.

참고문헌

1. 단행본

석원화/심민화/패민강 엮음, 김승일 옮김, 중국언론, 신보(申報)에 그려진 한국근현대사, 역사공간, 2004.

2. 학술지

권영준, “근대 중국의 국적법과 조선인 귀화정책”, 한일민족문제연구 제5호, 2003. 11, 37-65쪽.

김수자, “대한민국 정부수립 전후 국적법 제정 논의과정에 나타난 ‘국민’경제설정”, 한국근현대사연구 제49집, 한국근현대사학회, 2009 여름호 등 참조.

서보건, “국적판례연구-재외동포와 관련한 국민의 개념”, 헌법학연구 제8권 제2호, 한국헌법학회, 2002, 175-199쪽.

서정경, “중국동포의 귀환과 한국사회의 과제 : ‘중국의 조선족’과 ‘한국의 중국동포’를 넘어”, 디아스포라연구 제8권 제1호(제15집), 2014, 전남대학교 세계한상문화연구단, 71-94쪽.

이병훈, “한국인은 누구인가?, 북한과 재외동포의 국적 문제”, 헌법학연구 제10권 제2호, 한국헌법학회, 2004, 153-177쪽.

전재호, “세계화 시기 한국 재외동포정책의 쟁점과 대안”, 한국과 국제정치 제24권 제2호, 2008(여름), 99-134쪽.

정근식/염미경, “사할린 한인의 역사적 경험과 귀환문제”, 1999년도 후기 사회학 대화, 오전 제7분과 사회사분과, 113-121쪽.

최경옥, “일본의 국가구성원과 국적과의 관계 - 平成19(行ツ)164 国籍確認請求事件(平成20年06月04日 最高裁判所大法廷 判決 破棄自判 東京高等裁判所)을 중심으로 -”, 공법학연구 제14권 제3호, 2013.8, 87-120쪽.

_____, “사할린 동포의 한국과 일본에 있어서의 법적지위-일제시대 강제징용과 관련하여-”, 헌법학연구 제18권 제4호, 한국헌법학회, 2012.12, 141-196쪽.

최윤철, “국적법의 현황과 문제점”, 일감법학 제17호, 건국대학교 법학연구소, 2010, 3-35쪽.

3. 자료집

법무부, 출입국외국인정책 통계월보 2014년 3월호, 정책브리핑, 2014.

최종혁, 사할린 영주귀국 동포 생활실태 조사, 강남대학교 한국사회복지연구소, 2003.

4. 신문기사

동북아신문, 2014. 7. 14. <<http://dbanews.com>>.

중앙일보, 2014. 7. 17. 서소문 포럼.

중앙일보, 2014. 4. 3.

5. 전자문헌

윤지영, “사할린 징용 피해자 후손, 국적 확인소송 첫 승소”,

<<http://withgonggam.tistory.com/1443>>, 검색일: 2014.7.9.

조성길, “사할린영주귀국 현황”, <<http://sakhalinlo.com/80044101010>>, 검색일: 2014.7.9.

* 아래표는 본 논문 중에서 대한민국 국적 승계의 근거 법령을 정리한 것임.

대한민국 국적 승계의 근거 법령(2006. 3. 30. 2003헌마806, 조대현 재판관의 견해)

1. 남조선과도정부 법률 제11호(국적에 관한 임시조례)
제2조: ‘조선인을 부친으로 하여 출생한 자 등은 조선의 국적을 가진다’
대한민국 헌법(1948. 7. 17.) 제3조: 대한민국의 국민되는 요건은 법률로 정한다.
제100조: 현행 법령은 이 헌법에 저촉되지 않는 한 효력을 가진다
2. 일제가 대한제국을 강제병합한 후 칙령 제318호로 대한제국을 조선이라 칭함—
대만인과 사할린인에게는 일본 국적법을 적용하면서도 조선인에게는 일본 국적법을 적용하지 않았으며,
일제시대 민적법에 따른 민족이나 조선호적령에 따른 조선 호적은 일본의 호적법에 따른 일본호적과 준별하였으며,
조선호적과 일본호적과의 교류는 혼인·이혼·입양·인지 등 특별한 신분변동사유가 있는 경우에만 매우 제한적으로 인정되었으며,
그 결과 일제시대에는 호적을 기준으로 일본인으로서의 지위를 가진 사람, 조선인으로서의 지위를 가진 사람을 법적으로 구별
3. 일제는 1941년부터 3개년 계획으로 만주 거주 무호적 조선인에 대하여 간단한 절차로 적을 취득하게 하여 재만조선인(在滿朝鮮人)으로 하는 취직사업을 하였으며,
조선호적령은 일제 패망 이후에도 재조선미국육군사령부군정청 법령 제21호에 의하여 효력이 지속되었으며,
임시조례 제5조는 일본호적을 취득한 혈통상 조선인이 일본호적에서 이탈하면 조선 국적을 소급적으로 회복한다는 취지의 규정이 있었으며,
호적의 임시조례에 관한 규정(1948. 4. 1. 남조선과도정부 법령 제179호)에 의하여 38선 이북에 본적을 두고 38선 이남에 거주하는 자의 신고를 받아 38선 이북에 거주하는 자에 대하여서도 가호적이 편제되었다.
이러한 모든 상황들을 종합적으로 살펴볼 때, 위 임시조례에서 말하는 ‘조선인’이란 일제시대에 조선인으로서의 법적지위를 가졌던 사람, 즉 조선호적에 등재되었거나 등재될 사람을 의미한다고 본다.
4. 제헌헌법 전문에서, ‘유구한 역사와 전통에 빛나는 우리들 대한민국은 기미 3·1운동으로 대한민국을 건립하여, 세계에 섰은 위대한 독립정신을 계승하여 이제 민주 독립국가를 재건’한다고 규정되어 있으며,
1919년 3·1운동을 계기로 수립된 대한민국 임시정부의 헌법인 대한민국임시헌법(1919. 9. 11.) 제1조에는 ‘대한민국은 대한민민으로 조직함’이라고 규정되어 있으며,
대한민국 임시헌장(1944. 4. 22.) 제3조에서는, ‘대한민국의 인민은 원칙상 한국 민족으로 함’
5. 이상으로 종합하여 보면, 위 임시조례 제2조의 내용은 제헌헌법에 저촉되지 아니한다고 할 것이므로, 1948. 5. 11. 임시조례에 의하여 조선의 국적을 부여받은 조선인 및 그 후손들은 1948. 7. 17. 제헌헌법 제3조, 제100조에 의하여 대한민국의 국적을 취득하였다고 할 것이다. 그렇다면 최초의 대한민국 국민은 임시조례상의 조선인, 즉 조선호적 입적자 또는 입적대상자라고 할 것이다.

[Abstract]

**Issue of Korean-Chinese and Acquisition of
Their Korean Nationality**
—Focused on 2003 Hunma 806—

Choi, Kyeong-Ok*

Today, the South Korean economy has evolved dazzlingly so that it requires a foreign labor force. However, behind the development, it cannot be denied that it has put aside the burdens of the history. Many Koreans moved to China and Sakhalin for the independence movement, compulsory manpower draft and labor during the Japanese colonial period. However, after the liberation, as they could not return to Korea against their will, some obtained the nationality of the country where they stayed, either voluntarily or involuntarily, or some remained stateless persons, wanting to remain as Koreans to the end.

And yet, if a question is asked whether the South Korean government has maintained its duty to protect overseas residents or Koreans abroad, no affirmative response can be assured.

On June 20, 2014, the second Administrative Department of the Seoul Administrative Court made a decision of a case in favor of the plaintiff for the first time in a nationality confirmation suit ‘to confirm their Korean nationality’: Descendants of victims of compulsory manpower draft to Sakhalin v. The South Korean government.

Part of this case might apply to Korean-Chinese: It is not the same case, but it could be classified into a similar case. The problem regarding this is that when Korean-Chinese would like to obtain South Korean nationality, could everyone acquire one? Concerning this, Korean-Chinese filed a lawsuit asking for judgment on whether there is a Constitutional duty of legislation or conclusion of a treaty with the Chinese government, so that they can choose to have Korean nationality to the South Korean government and ask the appropriateness of

* Professor of Faculty of Law in Youngsan University

the Constitutional appeal on the service guidelines, which disapprove the reinstatement of the nationality of Korean-Chinese. With respect to this, this study will analyze case overview (II), legal position of Korean-Chinese (III) and nationality of Korean-Chinese - their right to return (IV).

[Key Words] Korean Chinese, Nationality of Korean-Chinese-Right to Return, to confirm their Korean nationality, a Constitutional duty of legislation, Conclusion of a treaty with the Chinese government

