

國民概念의 現代的 變容

徐 輔 健*

I. 머리말

1. 국민개념 정의의 필요성

지금 우리는 세계화라는 물결 속에서 지구가 하나의 도시로 이루어지고 있는 과정을 지켜보고 있다. 그러한 과정 속에서 많은 문제들이 발생하고 있지만, 과연 이러한 변화 속에서 우리헌법에서의 기본적인 문제에 대한 의식이 필요한 때라 볼 수 있다.

그 중에서 국민주권과 국민대표에 따른 근대입헌주의가 격변을 보이게 되었으며, 그 원인으로는 경제의 국제화, 단일시장경제시스템의 세계각지의 침투와 함께 국경을 초월한 인적, 물적, 정보의 흐름이 국가에 의한 국경의 관리를 곤란하게 하였으며, 거기에 정보통신혁명과 국제교통혁명이 크게 영향을 미쳤으며, 거기에 더불어 세계적인 도시화의 추진이 이루어졌다고¹⁾ 할 수 있을 것이다.

그럼 그러한 기본적인 문제에서 가장 기본적인 것이 무엇이나 하면, 우리헌법의 기본원리라고 할 수 있는 국민주권의 원리라고 할 수 있으며, 거기서 도출되는 국민의 범주가 어디까지나 하는 문제가 중요하다.

여기서 국민주권²⁾의 원리는 루소(Rousseau)를 통한 프랑스혁명의 과정을 거쳐

* 영남대학교 법과대학 강사, 법학박사

1) 江橋 崇, 國民國家의基本概念, 岩波講座・現代の法1, 現代國家と法, 5면.

2) 주권에 관해서는 오늘날 국민주권과 인민주권의 타협과 통일적인 파악이 이루어지고 있다. 그 예로서 1946년 프랑스헌법제정시에는 대혁명기 이래의 국민(nation)주권과 인민(peuple)의 대항을 인정하면서 그 양자를 절충한 타협적인 주권규정(국민(=국가)주권)이

오면서 많은 국가에서 여러 이들에 의해 연구되어왔으나, 그러한 과정에 대한 해답은 영원한 것일 수 없으면 항상 그것은 변화의 단계에 있는 것이라 볼 수 있다. 그 중에서 국민에 대한 개념 정의가 새로운 국면을 맞이하였다고 볼 수 있다.

이는 세계화되는 가는 과정 속에서 국민 또는 민족이라는 집단을 바탕으로 하는 민족국가나 근대적 국민국가를 근본적인 틀을 가지는 현대국가에서 많은 문제를 돌이켜 보게 하며, 그러한 문제속에는 국민이외의 자인 외국인에 대한 설명이 필요할 것으로 생각된다.

2. 외국인(재외동포를 포함)정의의 필요성

우리헌법 제2조의 재외국민에 관한 헌법적 규정을 통해 유추할 수 있는 재외동포³⁾와 제6조에 의한 외국인의 지위⁴⁾에 관한 규정이 있다.

우리는 왜 재외동포를 보호하는가라는 문제와 국민이외의 집단인 외국인(무국적자도 포함)을 국민국가의 틀과 국민주권의 틀 속에서 어떻게 자리매김하는가가 앞으로 주요하게 될 것이라 본다.

국민이외의 자(외국인)에 대한 사회적 변화는 사람의 이동이 빈번해지고 국내에 체류하는 외국인이 증대하고 있는 국제화⁵⁾와 무관하지 않을 것이다. 국적에 따라 국가의 구성원으로서의 자격을 문제로 해온 근대의 국민국가는 점점 많은 외국인을 안고 있으며, 이것은 당초 헌법이 상정해온 인구구조에 변화를 불러일으키고 있고⁶⁾, 역사적인 문제와도 관련한 재외동포 등에 관한 법적 문제 등으로 인해 국민의 개념의 변

채택되었다. 辻村みよ子, 國民主權と國家主權, 二一世紀の立憲主義-現代憲法の歴史と課題, 勁草書房, 2000년, 128면.

3) 외국인의 체류자격(제12조관련)은 외교, 공무, 협정, 사증면제, 관광, 일시, 체재, 유학, 산업연수 등 다양한 종류가 있으면 그중에 재외동포도 포함되어 있다.

4) 일반적으로 외국인에 대한 유형화의 방법이나 정의에 대해서 일정한 것은 없으나, 일단은 출입국관리법의 제2조 정의에 따라 "국민"란 대한민국의 국민을 말하고, "외국인"이란 대한민국의 국적을 가지지 아니한 자를 말한다. 일본의 경우는 출입국관리및난민인정법상으로는 영주자, 일본인의 배우자, 영주자의 배우자, 정주자와 난민등 다양하나, 간단히 영주 외국인, 영주외국인이외의 정주 내지 재류외국인, 일반외국인, 난민 등으로 분류하고 있다. 辻村みよ子, 憲法, 日本評論社, 2000년, 162면; 출입국관리및난민인정법참조.

5) 오늘날 세계국가라는 구상은 점점 유력하게 되어가고 있으며 모든 개인을 특정의 국가에 끼워 맞추는 원칙이 언제까지 변함없을 것이라고 생각할 수 없다는 세계시민론의 조류는 계속해서 생겨나고 있는 추세이다. 宮澤俊義, 憲法入門, 勁草書房, 1950년, 165면 참조.

6) 近藤 敦, 外國人の參政權, 明石書店, 1996, 119면.

화에 대해서 따른 헌법이라는 관점에서 한번 더 살펴볼 필요가 있을 것이다.

II. 국민⁷⁾개념의 전개

1. 국민국가의 형성

베스트팔렌강화조약⁸⁾에 의해 영역주권국가가 확립되었으며, 그것은 아직은 국민국가가 아니라 신분제의 절대주의적인 군주제국가이었으며 18세기 후반까지의 유럽국제관계는 주로 왕조간의 관계로 있었으나, 국민국가의 기초를 파악하고 왕조간의 법에서 새로운 국제법으로 이행하는 것이 프랑스혁명이었다. 여기서 혁명의 제국민의 권리선언의 초안이나 혁명기의 프랑스헌법에 표현되는 부르조아혁명기의 국제법사상은 인민주권론을 취함에 따라 국가의 주권을 인민의 자결에 기초하며, 국가와 等値되는 인민을 외부와의 관계에서 국민으로서 구성함에 따라 국민국가의 기초를 잡게 되었다. 결국 국가의 독립과 주권은 여기에서는 국민개념을 매개로 해서 국내에서 자유 및 민주주의로 나누기 어렵게 결합된 것이다.

또한 국민국가의 형성에 있어서 중요한 것은 프랑스혁명이 그 기초를 잡은 국민국가는 민족국가는 아니라는 것이었다. 민족성원리는 민족의 독립과 통일의 지도원리로서 큰 역할을 했으나 인종, 종교, 언어, 역사 등에 기초를 두는 인민의 귀속의식은 그 자체로서는 국민을 형성하기에는 충분하지 않고 오히려 국민은 국가건설의 뒤에서 그 정통성을 확보하기 위해 만들어진 정치적 구성물이었다⁹⁾는 것이다.

2. 국민국가와 국민의 관계¹⁰⁾

7) 원래 국민은 사회계약을 매개로 해서 보편적인 통합의 상징에 의해 통합된 인위적인 존재로서 개인을 보호하는 것이었다라고 한다. 藤家康江, 市民概念をめぐる覺書—市民の現代的構成のために—, 主權と自由の現代的課題, 勁草書房, 1994년, 84-85면 참조.

8) 1618-48년 사이에 독일을 무대로 벌어진 30년전쟁은 유럽의 여러 나라들이 종교와 왕조, 영토 및 통상에서의 적대관계 등 다양한 이유로 벌인 최후 최대의 종교전쟁이라고 일컬어진다.

9) 松井芳郎, 國民國家と國際社會のなりたち, 岩波講座・現代の法2 國際社會と法, 岩波書店, 1997년, 4-7면 참조.

일반적으로 국민국가라는 것은 국가라는 영역단체가 국민이라는 구성원으로 성립하고 있는 것을 말할 수 있다.

근대국가에서는 원래 지배기구를 의미하는 것으로 거기에는 지배객체로서의 인적요소는 불가결한 것이지만, 그렇다고 반드시 구성요소로서 국민이 존재하지 않으면 안 되는 것은 아니었다.

즉 국민국가는 근대국가에서 탄생시켰으며, 그것은 프랑스의 대혁명을 계기로 이루어져서 거기서 국민은 하나의 동질로서 인식하게 되고 그것이 국가¹¹⁾라는 개념과 동일시하게 된 것으로서 국가State가 국민Nation과 결합하는 것이었다. 이것이 더욱 더 전 유럽 전 세계에 퍼져 하나의 틀로서 마련되었으며, 이것을 더욱더 확대, 발전시킨 것이 사회계약¹²⁾에 의한 것일 것이다¹³⁾.

이러한 국민국가는 국제법적으로 각 국가는 그들 스스로의 국민에 대한 국가의 책임, 즉 구성원으로서 정당하게 대우받도록 하고 있으며 이러한 국민국가의 성격은 현대국가에서 더욱 더 강화되고 있는 것이다¹⁴⁾.

그리고 국내법적으로는 국가구성원으로서의 국민으로서 국가에 대한 복종자임과 동시에 국가의사형성에 참여하는 이중적인 측면을 가지고 있다.

이처럼 현대를 국민국가¹⁵⁾로 볼 때 반드시 필요한 것이 무엇이 국민이냐는 국민의

10) 민족성이나 국민성은 선천적으로 갖추어진 것이 아니라 사회학적 학습과 습관획득의 과정을 통해서 형성된 즉 역사적으로 형성되는 과정으로 본다면 국민이란 상호의존적 관습 및 커뮤니케이션의 편의에 의해 맺어진 인간의 대집단이라고 정의할 수 있을 것이다. 矢野 暢, 國民形成の文化主義的接近, 國民國家の形成と政治文化, 日本政治學會編 岩波書店, 1978년 3면. 여기서는 각국의 국민국가의 형성에 대해서는 설명하고 있다.

11) 한스 켈젠은 그의 저서 일반국가학에서 국가는 복종자를 가지지 않으면 안되지만 국가공민을 가지지 않으면 안되는 것도 아니다. 따라서 외국인이라고 하더라도 국가질서에 복종하는 한 국민에 속한다. 외국인은 무권리이라고 하더라도 법률상 의무가 주어졌을 때에는 국민에 속한다

12) 그러나 근대국민국가가 국가를 국민으로서 통합한 것이지만, 그 국가의 이론적 기초가 사회계약이라면 거기서는 시민(citizen)을 주체로 한 것이다. 糖塚康江, 전계논문, 84면참조.

13) 이에 계약당사자 즉 국민은 그 공동체의 구성원으로서 국가에서 필수요소로서 등장하게 된 것이라고 볼 것이다. 栗城壽夫, ドイツにおける國民の理解のしかたについて, 現代立憲主義の全開(下), 有斐閣, 1993년, 664면. 이것은 또한 국민이라는 것도 사회계약에 의한 설명되는 하나의 약속에 불과하며 국민이라는 것도 인위적으로 만들어질 수 있다는 것이다. 糖塚, 전계논문, 83면.

14) 국제사회의 기본적인 구조는 개인은 두 개의 이중적인 복종의무를 가지고 있다고 한다. 즉 본국에 대해서는 대인고권의 국민의 복종과 함께, 그가 외국에 체재시에는 領土高權에 따른 외국국가의 통치권에 복종할 의무를 가지는 것이 국제법적으로 일반적이다. 高橋正俊, 日本國民の觀念, 現代立憲主義と司法權, 青林書院, 1998년, 521면

결정이 선결과제로 등장하는 것이라 볼 수 있다. 그러나 국민의 결정이 국가에 의한 주관적 결정이라고 하더라도 현재의 국제사회에서는 완전히 자유롭게 스스로 결정할 수 있는 것은 아니다. 결국 각국의 국민의 결정(국적의 결정)에 대해서는 국제법적인 원칙과 함께 국내법적인 원칙인 국제협조주의 등의 관점에서 고려하여야 하는 것이라고 볼 수 있다.

Ⅲ. 주권론에 따른 국민의 내용

1. 국민주권과 국민과의 관계

국민주권이란 주권이 국민에게 있음을 말하는 것이며, 여기서 주권에 대해서는 국가의사를 전반적·최종적으로 결정할 수 있는 최고권력, 국정의 방향을 최종적으로 결정할 수 있는 권력 또는 권위 등 다양한 의미로 쓰여지고 있다. 우리 헌법에서는 국민주권을 채택하고 있고, 이것은 주권자인 국민은 국가구성원인 국민과 일치한다는 것이 일반적일 것이다. 그리고 국민주권을 국민에 의한 헌법제정권이라고 본다면 국민에게 그러한 헌법상 권리가 주어지는 것은 당연할 것이다.

여기에서 국민주권에 있어서 국민의 의미에 관해서 국민은 이념적으로는 국가의 구성원이 전체국민을 의미하는 이념적 주권자로서 파악하는 국민주권이념설과 주권의 현실적 행사자는 유권적 시민의 총체인 유권자집단이 행사하는 현실적 주권자인 국민주권규범설로서 구분할 수도 있다¹⁵⁾.

역사적으로 볼 때 프랑스혁명기에서는 의회파 부르주아는 민중의 정치적 의사결정권을 배제하려고 제한간접선거제나 국민대표제를 도입하면서 전국민에게 주권이 있지

15) 근대국민국가의 자명성은 중요하고 있으며 한편으로는 국민국가의 합리적인 재편성되는 방향으로 바뀌고(유럽통합) 있으며, 다른 한편으로는 비합리적인 민족의 불출에 따라 국민의 해체라는 대조적인 방향으로 변화하고 있기도 한다고 보기도 한다. 樋口陽一, 近代國民國家の憲法構造, 東京大學出版會, 1994. 머릿말부분참조.

16) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2001년, 133면, 그러나 주권의보유자로서의 국민을 바라볼 때 부르주아적인 국민이 아니고 개개인으로서의 인민을 들 수도 있으며 인민은 전체로서의 국민이 아니라 개개인이 주권을 分有하며, 여기서 인민은 사회계약참가자 개개인을 의미한다고도 한다. 김철수, 헌법학신론, 박영사, 95면.

만 실제로는 일부의 능동시민만이 주권을 행사할 수 있다는 국민주권을 채용한 것이다¹⁷⁾.

즉 이러한 국민주권에서는 국민주권원리는 국가와 국민이 서로 구별되는 법주체라는 생각에 반대하는 것이라고 한다. 그것은 주권은 국가와 국민이 오로지 동일인으로 구성된다는 조건 아래에서만 국가적 속성과 국민적 속성이 동시에 존재하기 때문이다¹⁸⁾라고 할 수 있다. 결국 이렇게 형성된 국민의 개념이라는 것은 「통일공동체 즉 공동체적 실체로서 권력과 국가적 체권리의 주체로 국민 즉 주관적 국민은 불가분적·통일적인 주권의 보유자인 총체적 통일체이며 국민은 또한 개개구성원들을 초월한 최고이며 독립적인 권력을 지닌 법인으로서의 주권자로 한다」¹⁹⁾.

국민이 정치의 주인공이라고 하지만 그러나 주인공이라고 하면 국가권력 그 자체가 국민에게 있는 것이 아니라 그 국가권력이 국민전체의 이익을 위하여 행사되어야 한다는 국가권력의 정당성을 위해서 필요한 것이다. 즉 전체국민의 의견이 국민대표의 의견과 반드시 일치하지 않듯이 그러한 허위를 가능한한 현실과 일치하는 해석이 요구되는 것으로서 여기에서 가능한 한 주권자 자신의 직접적인 의사결정을 구하는 인민주권설에 따른 해석이 주장되는 것이라 할 수 있다²⁰⁾.

2. 인민주권과 인민

앞에서 본 국민주권에 대해 인민주권은 보통선거제나 명령적 위임제도를 구하던 의회내의 좌파나 민중이 루소의 이론을 기초로 1793년 헌법이나 憲法私案속에 인민주권원리를 구축한 것이다. 이 원리에서는 주권주체로서의 인민은 정치적인 의사결정능력을 가진 구체적인 시민의 총체인 것이다²¹⁾.

17) 1791년헌법에서 확립된 국민주권의원리에서는 주권주체로서의 국민이 추상적·관념적인 국적 보유자의 총체로 파악되었기 때문에 주권자의 각구성원 스스로 주권을 행사할 수 없고, 주권보유자(전국민)와 주권행사자(국민대표)가 분리된 것이다. 辻村 전게서, 74-75면 참조.

18) 강경근, 헌법상 국민주권에서의 국민의 의미, 숭실대법학논총 3(87.12), 153-156면, 국가란 다름아닌 국민의 인격체로서 국가는 조직된 국민으로 등장한다고 설명하고 있다.

19) 강경근, 상계논문, 159면 참조.

20) 결국 국민주권의 원칙을 인민주권으로서 실효적으로 파악해서 주권주체가 실제로 정치결정을 하도록 헌법을 해석하는 것이 논리적인 해석으로도 그리고 실천적인 면에서도 주권자로서의 개인을 정치권력의 주체로서 파악함이 민주정치의 원리를 철저히 하고 국민주권원리를 활성화, 현실화하는 것이 바람직한 목표로 삼아야 한다고 한다. 辻村, 전게서, 81-82면.

인민주권의 구상은 권력을 철저히 민주화해서 사회의 다수자의 의사나 이익을 국가의 의사 이익으로 보아 권력을 남용을 최소화하는 것이다. 그것은 인민을 구성하는 시민모두에게 법률의 제정에 참가할 권리를 인정하고 시민의 다수자의 의사나 이익을 법률내용으로 하는 것을 보장함에 따라 입법에 시민의 다수자에 대한 인권보장으로서의 기능을 부여하고 있다. 자신의 의사나 이익이 법률의 내용으로 하고 있는 것은 자신과 법률과의 사이의 모순이 없어지기 때문이다.

인민전체로서의 국민의 개념은 자격에서 평등한 인격성을 지닌 국가적 존재에 참여하여, 그럴 경우 계급에 관계되지 아니하는 시민은 근본적으로 통일되어진 인민으로서의 국민²²⁾으로 될 수 있는 것이다.

물론 인민주권론에 대해서는 비판이 끊이지 않는 것이 사실이며,²³⁾ 그러나 이러한 분류에 대해 실제하는 구체적 존재에 대한 구성원인 시민의 의미를 통한 현대적 변화가 가해지고 있는 것은 주목할만한 것이다²⁴⁾.

21) 예로 인민주권을 표방한 1793년 헌법에서는 주권자인민은 시민의 총체이며 구체적으로는 시민이라는 것은 21세이상의 남녀보통선거권자나 일정한 외국인으로 정했다. 辻村, 전게서, 74-75면참조. 프랑스혁명을 담당한 외국인도 의원이 되었다(미국인인 토마스 페인도 프랑스시민이었다).

22) 강경근, 전계논문, 158면.

23) 이러한 비판에는 역사적, 실증적 연구의 원점을 공유하면서 프랑스혁명의 구조나 역사인식, 에 대한 경제사학이나 비교공법학사학등의 성과를 보면서 본격적으로 비판하는 견해도 있고, 헌법학계에서는 상대적으로 해석론적 관심에 근거한 인민주권원리의 비판(민중의 무능성, 구체화의 곤란성, 자기모순성을 이유로 하는비판)와 주권론에 대한 소극적학설과 인민주권에 대한 부정적인 평가를 내리는 견해등이 다양하게 전개되고 있다. 辻村みよ子, 主權論の今日的意義と課題, 主權と自由の現代的課題, 勁草書房, 1994, 45-48면.

24) 이에 대해 주권론의 연구자인 辻村교수는 종래의 국민주권을 전국민주체설, 인민주권을 유권자주체설로 설명하는 경향이 있지만, 정치적인 의사결정능력을 가르키는 인민은 반드시 실정법상의 유권자와 동일시되지 않기 때문에 인민주권설을 유권자주체설로 표현하는 적절하지 않으며 인민주권에서는 주권자로서의 인민을 구성하는 것은 정치적 의사결정능력을 가지는 시민이며 이것을 정치적 의사결정능력설이라 부른다. 따라서 국민의 분류를 전체국민설과 국민 가운데 정치적 의사결정능력자로 보는 것으로 분류하고, 그 안에 국법상의 유권자와 정치적인 의사결정능력이 있는 시민의 총체로서의 인민으로 분류하는 방식을 취하고 있다. 辻村, 전게서, 76-77면 참조.

IV. 국민과 국적과의 관계

1. 국적의 의미

앞에서 본 것과 같이 국민국가라는 틀 속에서 국민의 획정은 중요한 것이었다. 즉 국민주권²⁵⁾을 기반으로 하는 자유민주주의헌법의 탄생과 함께 이어진 국적은 개인에게 정치적 공동체인 국가를 선택할 수 있는 권리를 부여하게 되었고, 그것이 현재는 세계인권선언등에서 그 내용을 밝히고 있다²⁶⁾.

그럼, 우선 기본개념을 보면, 국적(nationality)이란 개인과 국가를 연결하는 법적 유대나 국민으로서의 신분 또는 국민이 되는 자격 그리고 국가의 인적요소를 이루는 개인과 국가 간의 연결 내지 결속인 동시에 국가 인적 관할권의 기초 등으로 설명될 수 있다²⁷⁾.

2. 국적의 법적기능

(1) 권리·의무의 발생

국적은 그 개인이 그 국가의 국적을 가지느냐에 따라 어떤 종류의 권리와 의무가 발생, 제약 소멸하는가하는 문제와 직접적인 관계가 있다. 즉 국제사회속에서 관련하는 권리에 대해서는 실질적 의미의 국적 관념을 가지고 해석하여야 한다.

(2) 외교보호권

외교보호권은 국제법상 인정되는 것으로 이 보호는 국가구성원의 자격에 근거하는

25) 원래 국민주권의 원리는 군주주권에 대항하는 원리로서 그때까지 군주의 지배에 복종하고 있던 사람들의 주권성을 주장하는 것이었다. 결국 거기서의 국민은 군주 및 봉건적 특권층 이외의 비특권층을 총칭하는 것이었다. 그것은 국적보유자라는 의미에서의 국민이 아니었다. 국민주권의 원래의 취지는 국적을 가진자가 주권자다라는 것이 아니라 국민과는 위에 서는 권위에 의한 지배를 배제하는 것이라는 것이다. 浦部法穂, 憲法學教室, 日本評論社, 2000년, 477면참조.

26) 세계인권선언이 제15조에서 사람은 누구를 막론하고 국적을 가질 권리를 가진다. 누구를 막론하고 불법하게 그 국적을 박탈당하지 아니하여야 하며 그 국적 변경의 권리가 거부되어서는 아니다라고 규정하고 있다.

27) 국적에 관한 개념정의는 권영성, 전게서, 116면; 유병화, 국제법 I, 진성사, 1990, 376면 등에서 찾아볼 수 있다.

것으로 국가의 목적이 국민의 생명, 신체, 재산의 보호에 있는 이상, 외국에 재류하는 국민을 보호하는 의무가 있고, 이를 위해 국가의 보호권이 행사되는 것이다²⁸⁾.

3. 국적결정의 원칙

(1) 국적결정의 일반원칙

1) 국내관할사항

국적의 결정에 관해서는 어떤 사람이 자국민이 될 것인가를 결정하는 것은 국내관할사항(domestic matters)이다²⁹⁾. 다시 말하면 국제법상 원칙에서 벗어나지 않는 한 국가가 어떤 사람을 자국민으로 인정할 것인가와 누구를 자국민이 아닌지를 결정할 구체적 결정은 자국의 국내법에 기초한 국가의 재량행위라고 할 수 있는 것이며³⁰⁾, 이는 각국의 국내재판소에 의해서도 인정되어 오고 있다³¹⁾.

이것이 1930년의 국제연맹 주체로 헤이그에서 개최된 제1회국제법전편찬회의에서 성립한 「국적법의 저축에 대한 어떤 종류의 문제에 관한 조약」 제1조는 어떤 사람이 자국민인가를 자국의 법령에 따라 결정하는 것은 각국의 권한에 속한다. 이 법령은 국제조약, 국제관습 및 국적에 관해 일반적으로 인정된 법의 원칙과 일치하는 한 타국에 의해 승인되지 않으면 안된다고 규정하고, 제2조는 개인이 어떤 국가의 국적

28) 江天英文·山田鐸一, 早田芳郎著, 國籍法, 有斐閣, 1989년, 11면.

29) 국적의 결정은 각국이 정한다는 원칙이 국제법상 인정된 이유는 다음과 같다고 할 수 있다. 즉 국민은 영토와 함께 국가성립의 기본적 요소이므로 국민이라고 불리는 인적 집단의 한계를 지우는 것 즉, 어떤 사람이 어떤 원인에 의해 그 국가의 국적을 취득하고 상실하는 것은 그 국가의 존립에 관한 중대한 문제이므로 어떠한 국가도 자국민의 범위를 스스로 결정할 자유를 유보하지 않으면 안된다는 것이다. 溜池良夫, 國籍の決定に關する國籍法の原則について, 法と民主主義の現代的課題, 有斐閣, 1989년, 180면참조.

30) 여기에 관해서는 江天英文, 전개서, 16-17면참조.

31) 각국에서 국적결정에 관한 사건의 간략한 개요에 대해서는 溜池, 전개논문, 178-180면참조. 프랑스에서는 1871년 8월 3일의 파기원판결이 각국은 그 주권의 행사에서 자유롭고 독립되며, 국적의 규율은 국가의 주권을 기초로 한다고 판시했고, 미국은 1898년의 United States v. Wong Kim Ark 사건에서 연방대법원은 어떠한 종류의 개인이 그 시민권을 향유할 수 있는가는 모든 독립국이 스스로의 헌법과 법률에 따라 결정할 수 있는 고유의 권리이다라고 판시했다. 이러한 원칙이 국제재판소에 따라 처음으로 인정된 것은 1923년 2월 7일의 튜니지 및 모로코국적법사건에 관한 상설국제사법재판소의 권고적 의견에서 어떤 문제가 일국의 전속영역에 속하는가의 문제는 본질적으로 상대적인 문제로서 그것은 국제관계의 발전에 의존한다. 국제법의 현상에서는 국적의 문제는 당재판소의 견해에서는 원칙으로서 이 유보영역에 속한다고 판단한 것이다.

을 가지는가 어떤가에 관한 모든 문제는 그 국가의 법령에 따라 결정한다라고 규정하게 되었다.

결국 이 원칙이 국제관습법으로서 성립하게 된 것은 국민은 영토와 함께 국가성립의 기본적 요소로서 어떤 사람이 어떠한 원인에 이해서 그 국가의 국적을 취득하고 상실해야하는가는 그 국가의 존립에 관한 중대한 문제이므로 어떤 국가도 자국민의 범위를 스스로 결정할 자유를 가지지 않으면 안된다는 것이다.

2) 외국국적규제의 금지

각국은 자국민의 범위만을 자유롭게 결정할 수 있으며, 외국국적을 규제하는 것은 금지되어 있다. 이것은 국적의 결정이 각국의 국내관할사항이라는 기본원칙의 당연한 귀결이다³²⁾. 즉 영국국적은 프랑스법에 의해 규제되지 않으며, 한국국적법을 가지고 중국국적법을 규제할 수는 없는 것이다.

(2) 일반원칙에 대한 제한

국가는 외국국적의 규제가 아니라 자국국적의 규제에 관해서는 국가는 완전한 자유를 가지지만, 그러나 이러한 국적은 일반국제법상의 제한을 받는다. 즉 국제법상 실효성을 갖기 위해서는 타국에 의하여 승인되어야 한다는 것이다. 그것의 대표적인 원칙이 바로 국적비강제주의일 것이다. 이것은 국적은 본인의 의사에 반해서 부여할 수 없도록 하여 국가의 자유로운 국가부여의 권리를 제한하고 있다.

4. 국민, 국적과의 관련개념

(1) 시민권이란 시민으로서의 모든 권리와 의무를 향유할 수 있는 자격을 말한다. 최근에 국제화의 현상은 국적과는 별도의 시민권이라는 개념을 필요하게 되었으며, 국적보유자로서의 국민이 아님에도 불구하고 시민권이 인정되는 자의 출현으로 시민과 외국인과의 구별은 애매하게 되고 그 결과 국민이라는 용어도 다의성을 가지게 되었다³³⁾.

(2) 영주권이란 국가가 자국민이 아닌 외국인 중 특별한 요건과 사정을 갖춘 자에

32) 이것은 당연한 귀결이라고 볼 수 있으나, 실제로 그러한 입법례가 채용되기도 하였다고 한다. 프랑스민법규정 중 19조 1항의 구규정이 외국인과 혼인한 프랑스여자는 남편의 신분에서 따온다고 했으나, 이 규정은 외국인과 혼인한 프랑스인 여자는 프랑스국적을 상실하고, 남편의 국적을 따른다는 취지의 것이다. 溜池良夫, 전제논문, 178-180면참조.

33) 즉 시민개념은 국민과 외국인을 架橋역할을 하는 매개개념으로서의 역할을 한다고 할 수 있다. 近藤敦, 外國人の參政權, 明石書店, 1996년, 136-137면.

대하여 자국내에 영구적으로 거주할 수 있도록 부여한 자격을 뜻한다. 이는 영주권자는 본래의 국적을 상실하지 아니하고 체류국에 적법하게 영주할 수 있는 자격을 갖게 되는 것이다³⁴⁾.

(3) 주민 : 주민(inhabitant, habitant)이란 국가 안에 주된 거주지를 가지고 있는 모든 사람을 말하며 여기에는 그 국가 국민 이외에 외국인을 포함하고 국민 중에서 외국에 거주하는 사람은 제외된다³⁵⁾고 할 것이다. 주민이란 자연적 사실은 공동체 상호간을 구별하게 하는 성격으로서 강하나 그것이 곧 국민이 되는 것은 아닌 것이다. 결국 국민이란 과거에 대한 애착을 통하여 미래를 표현해 주면, 더불어 지금까지 존재하고 있던 사람·주민을 계속해서 존재하게 해주는 것이다.

V. 한국헌법에서 국민과 헌법상의 지위

1. 국민이란

국민이란 정의에 대해서는 일반적으로 국가에 소속하는 개개의 자연인을 의미하며 이들 개개인은 전체로써 국민을 구성하는 것이라 한다³⁶⁾. 여기서 국민이란 것이 국가적 공동체를 전제로 한 개념으로 국가의 구성원, 다시 말하면 국적을 가진 개개인의 집합을 의미하는 것이라 한다.

2. 국민과 관련개념

(1) 재외동포

재외동포란 우선 재외국민 이외의 자를 말할 수 있다. 재외동포에 관한 법적 정의는 재외동포법에서 찾아 볼 수 있다. 동 법 제2조에서는 재외동포에 대해서 1)대한민국의 국민으로서 외국의 영주권을 취득한 자 또는 영주할 목적으로 외국에 거주하고 있

34) 석동현, 국적의 개념과 그 득상에 관한 고찰, 법조, 1996.12.30, 32-35면참조.

35) 유병화, 전계서, 1990, 377면.

36) 권영성, 전계서, 119면, 대한민국의 국민이 되는 요건을 정한 국적법에 따르면 대한민국의 국적의 취득방법은 출생(2조)과 인지(3조), 귀화(4조)에 의해서 이루어진다.

는 자(재외국민)과 2) 대한민국의 국적을 보유하고 있던 자 또는 그 직계비속으로서 외국국적을 취득한 자 중 대통령령이 정하는 자(외국국적동포)을 말하며 여기서 대통령령인 재외동포법시행령 제3조에서 1) 대한민국 정부수립 이후에 국외로 이주한 자중 대한민국의 국적을 상실한 자와 그 직계비속과 2)대한민국정부수립 이전에 국외로 이주한 자 중 외국국적 취득 이전에 대한민국의 국적을 명시적으로 확인받은 자와 그 직계비속을 가르키는 것이다.

따라서 재외동포법의 적용에서 배제되는 재외동포집단은 외국국적동포 중에서 “대한민국 정부수립 이전에 국외로 이주한 자 중 외국국적 취득 이전에 대한민국의 국적을 명시적으로 확인 받지 않은 자와 그 직계비속(정부수립이전이주동포)이다.

(2) 재외국민

헌법헌법 제9조 2항은 國家는 法律이 정하는 바에 의하여 在外國民을 보호할 義務를 진다라고 하여 재외국민의 보호³⁷⁾를 규정하고 있으며, 재외국민이라 함은 대한민국국민으로서 외국정부로부터 영주허가를 받았거나 계속하여 장기간 외국에 체류하는 자를 말하는 것으로 관련법률인 재외국민등록법³⁸⁾에 따르면 등록대상이 되는 것은 외국의 일정한 지역에 계속하여 90일 이상 거주 또는 체류할 의사를 가지고 당해 지역에 체류하는 대한민국 국민을 말한다(법제2조).

(3) 북한주민

우리 헌법은 대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다는 규정을 근거로 하여 북한 지역 역시 대한민국의 영토에 속하는 일부이므로 당연히 주권이 미치고 북한주민은 대한민국국적을 취득 유지하는데 아무런 영향이 없다고 해석하고 있다³⁹⁾. 즉 조선인을 부친으로 하여 출생한자는 설사 북한국적을 취득하였다 하더라도, 국적에 관한임시조례(1948.5.11.남조선과도정부법률제11호, 제2조1항은 조선인을 부친으로

37) 제8차개정헌법(1980.10.27)제2조 2항에서 在外國民은 國家의 보호를 받는다고 규정하였다.

38) 재외동포의 입법목적은 재외동포의 생활권을 광역화·국제화함과 동시에 우리 국민의 의식형태와 활동영역의 국제화·세계화의 촉진, 재외동포의 모국투자를 촉진, 이중국적허용에 따른 병역·납세·외교관계의 문제점과 국민적 일체감 저해 등의 부작용을 제거하는 동시에 이중국적 허용요구에 대한 불만을 해소하기 위한 것이라고 한다.

39) 대법원 1996. 11.12.96누1221, 공1996하, 3602, 그러나 북한과 제3국에서는 우리의 실효적 지배권이 현실적으로 미치지 못하기 때문에 외교적 문제 등이 생길 가능성이 있으나, 국내에 들어와 있는 경우는 그가 원하는 한 대한민국국적을 인정하는 것은 문제가 없다고 한다. 헌법재판소 전원재판부 2000.8.31.97헌가12, 국적법 제2조 제1항 제1호 위헌제청사건참조.

하여 출생한자는 조선의 국적을 가지는 것으로 규정)에 따라 1948년 7월 17일 제헌헌법의 공포와 동시에 대한민국 국적을 취득한 것이 된다.

(4) 외국인

국적은 국가의 구성원으로서 국민이 되는 자격 또는 지위를 말하는 것을 국적을 가진 사람이 국민이라면 외국의 국적을 가진 사람 그리고 무국적자도 외국인이라고 할 수 있다. 우리헌법 제6조 제2항에서 말하는 외국인에는 협의의 외국인인 외국국적 소지자 뿐만 아니라 무국적자도 포함된다고도 볼 수 있다⁴⁰⁾. 미국에서는 선거권의 문제에서 국민주권의 원칙의 전제 하에서 국민이라는 것은 반드시 국적보유자를 가리키는 아니라는 것이다⁴¹⁾.

3. 헌법상 국민에 대한 원칙

(1) 국적법률주의⁴²⁾

현행 헌법은 2조 1항에서 대한민국의 국민이 되는 요건은 법률로 정하도록 함으로써 국적법률주의를 채택하고 있고, 이 원칙에 따라 국적의 취득·상실 및 회복 등을 규정하고 있는 법률이 국적법이다. 그리고 이러한 국적법의 일반원칙은 단일국적주의, 속인(부모양계혈통)주의를 원칙으로 하고 있다.

(2) 재외국민의 보호

현행헌법은 2조 2항에서 재외국민의 보호를 함께 규정하고 있다.

이것은 국가는 외국에 있는 자국민이 그 외국으로부터 부당하거나 불법적인 대우를 받을 경우 외교절차를 통하여 상대국에 자국민에게 적당한 구제를 행하도록 요구할 수 있는 외교적 보호권이 있고, 외교사절은 파견된 국가에서 자국을 대표함은 물론 그 국가에서 자국 및 자국민의 이익을 국제법이 인정하는 범위 내에서 보호하는 임무를 가지며, 영사는 국제법이 인정하는 범위 내에서 자국의 이익과 자국민의 이익을 파견된 국가에서 보호하는 기능을 수행하는 것을 목적으로 하고 있다.

40) 이성환, 대한민국 국민의 범위, 國民大法學論叢 9('97.11) 245면, 또한 출입국관리법 제2조에서 '외국인이라 함은 대한민국의 국적을 가지지 아니한 자를 말한다'라고 규정하고 있다.

41) 高佐智美, アメリカにおける外國人の政治参加の歴史, 一橋論叢11卷第1號1996.1, 243면.

42) 국적에 관한 입법형식으로는 국적헌법주의, 국적민법주의, 국적단행법주의 등이 있다. 각국의 규정에 관해서는 석동현, 전개논문, 48면 참조, 제헌헌법(1948.07.17)第3條 大韓民國의 國民되는 要件은 法律로써 定한다.

4. 한국헌법에서 국민의 헌법상 지위⁴³⁾

헌법상 지위에 대해서는 주권자로서의 지위와 기본권주체로서의 지위, 그리고 피치자로서의 국민의 지위를 가지고 있다.

(1) 주권자로서의 국민의 지위

이는 우리의 헌법이 국민주권의 원리를 채택함으로써 국민은 성별과 연령에 관계없는 전체적 통일체로서의 국민으로서 모든 국가권력의 원천으로 따라서 국가의사와 국가적 질서를 결정하고 최고법규인 헌법을 제정할 권능을 가지는 주체로서 파악될 수 있다. 헌법전문, 제1조 2항, 제7조 1항, 제8조 2항의 조문에서 말하는 국민이 그러한 것이다.

(2) 기본권주체로서의 지위

국가의 구성원인 개개인으로서 국민이 국가권력에 의해 보호대상이 되는 것으로 헌법10조에서 37조까지의 국민이 이에 해당한다는 것이다. 따라서 국가의 구성원인 국민, 즉 대한민국국적을 가진 개개인의 국민에게 기본권의 주체를 인정하는 것이라는 것이다. 그러나 기본권이라는 것을 인권으로 본다면 그것은 오로지 국적을 가진 국민에게만 한정된 것은 아니라고 할 수 있다.

(3) 피치자로서의 국민

여기에는 국가적 지배의 대상이 되는 피치자로서의 지위를 가진다는 것으로서 공의무의 주체로서의 국민이 이에 해당한다고 한다. 여기서 公義務라는 것은 헌법상 국방의 의무, 납세의 의무, 교육을 받게 할 의무, 근로의 의무, 환경보전의 의무 등을 들 수 있으며, 여기에는 충분히 국적을 가지지 않은 자에게도 인정될 여지는 있는 것이다.

(4) 국가구성원으로서의 국민

국민은 국가의 구성원으로서 사용되며, 이는 일정한 한정된 지역에 定住하는 인간이 강제력을 가진 통치권의 아래에서 법적으로 조직된 사회를 국가로 볼 때 定住하는 인간을 그 국가구성원으로서의 국민을 말하는 것이다⁴⁴⁾. 이는 헌법 제2조 1항의 국민이 이에 해당한다.

(5) 국가기관으로서의 국민의 지위

제24조, 25조, 제130조 2항의 헌법개정에 대한 국민투표를 말할 때의 국민은 국

43) 국민의 헌법상 지위에 대해서는 관한 학설이 대립하고 있다. 김철수, 헌법학개론, 1998, 제2편 제3장 제1절 2. 국민의 헌법상지위참조.

44) 芦部信喜, 憲法學 I · 憲法總論, 有斐閣, 2000년, 106면.

가기관으로서의 국민이라 할 수 있다. 여기서의 국민은 공무의 성격을 가진 것으로서 법률상 인정된 유권자조직체로서의 국가기관으로서의 국민을 말한다.

5. 재외동포와 관련한 국민의 한계

2001년 헌법재판소의 재외동포의 출입국과 법적지위에 관한 법률⁴⁵⁾ 제2조 제2호 위헌 확인사건에서 정부수립이후이주동포와 정부수립이전이주동포는 이미 대한민국을 떠나 그들이 거주하고 있는 외국의 국적을 취득한 우리의 동포라는 점에서 같고, 국외로 이주한 시기가 대한민국 정부수립 이전인가 이후인가는 결정적인 기준이 될 수 없는 것이라고 확인하고 있다. 또한 이 법은 제정당시에도 입법과정에서 엄밀한 검토를 거치지 않은 것이라는 점과 제정과정에서 정부가 ① 내국인에 대한 형평성문제 ② 재외동포 사회의 다양성 무시 ③ 재외동포 거주 국 정부에 대한 외교적 마찰 가능성 ④ 재외동포의 모국 정부에 대한 과도한 기대심리 유발 ⑤ 외국의 입법선례 없음 ⑥ 대상자의 개념 규정 모호 등을 들고⁴⁶⁾ 부정적인 태도를 보였던 것이다.

헌법재판소의 결정에서도 보여지듯이 「정부로서는 외국국적동포의 현실적인 애로를 수용하기 위하여 단일특별법을 제정하기 보다 제반상황을 고려한 개별적인 제한 완화로 실질적으로 대처 할 수 없는지 우선 살펴보아야 할 것이다. 나아가 혈통주의 입법에 문제가 있다면 당초부터 외국국적동포의 법적 지위보다는 외국인 처우의 전반적 개선이라는 시각에서 출발하되, 재외동포에 대하여는 정착한 현지에서 민족적 정체성을 자각하고 문화적 유대감을 강화시키는 활동을 지원하는 데 초점을 맞추는 것이 바람직 할 것」이라는 것과 같이 결국 국민의 범주에 민족정체성과 동포에 의식에 기초하여 우리 국적 비소지 동포에 대한 법률적 배려를 아끼지 않는 입법은 필요할

45) 정부수립이후이주동포는 재외동포법에 의해 요망사항(구체적으로 재미동포는 이중국적 허용, 교민청 설치, 모국내의 재산권 행사보장, 징집 대상자의 국내 입국시 일정 기간 징집 면제, 민족교육 강화 등을 요구하고 있으며 재외동포는 민족교육의 강화와 더불어 일본 지방정부와 대한민국에 대한 참정권 보장을 요구하고 있고, 재중동포는 입국문호 개방과 취업기회 확대를 요구하고 있다. 이러한 요구사항 가운데 이중 국적 허용, 참정권 확대 요구 같은 것은 현행 제도상 수용에 무리가 따른다. 또한 내국인이 보기에 형평성에 맞지 않을 수도 있다. 납세의무를 다하지 않고 있는 이들이 어떻게 의무면 제 또는 권리확대를 기대하는가 하는 반론이 그것이다)이 거의 완전히 해결된 반면, 정부수립이전이주동포는 동법에서 제외되었다는 것이 중요쟁점이 된 것이라 하겠다.

46) 이종훈, 재외동포정책의 과제와 재외동포기본법의 제정문제, 입법조사연구 통권 제249호 1998년 2월호.

수도 있으나, 그러나 헌법상국민의 지위 등을 볼 때 좀더 많은 입법적 고려가 요구되었어야 한다고 보여진다. 즉 그것은 혈통주의에 따른 동포의 의미보다는 외국인의 범주⁴⁷⁾에 속하는 주체로서의 관점에서 논의되어야 할 것으로 본다.

VI. 국민개념의 현대적 변용

1. 국민개념의 확장론

국민에 관해서 대한민국 국민인 요건을 법률에 의해서 구체적으로 정하는 취지를 헌법 2조에서 정하고 있지만, 그러나 국적문제는 인권선언과 관계가 있으므로 국가를 구성하는 인적요소의 범위를 정한다라는 것은 헌법전체의 기초에 관한 중요한 문제이다⁴⁸⁾ 그러나 일상적으로 국민이라는 단어를 사용할 때에는 반드시 그것을 국적을 가진 자라는 법률상의 의미로서만 인식되는 것은 아니라고 볼 수 있으며, 국민주권이라고 하여 반드시 국적보유자라는 엄격한 의미로만 사용되어지는 것이라고는 할 수 없다⁴⁹⁾는 것이다.

즉 국민개념을 역사적 관념으로 파악하면 국민개념은 「같은 법 아래에서 생활하고, 같은 단어를 사용하고 있는 하나의 국가, 국가의 모든 주민」⁵⁰⁾이라고 하면 국민이라는 것은 국적보유자에게 한정되어 있지 않았다는 것이다.

그러나 국적개념은 근대의 소산이고 국내에서는 기본적 인권을 포함해서 국가와의 관계에서 법률상의 권리·의무의 범위를 국제적으로는 국가가 비호하는 인권의 범위를 밝히는 것으로 기능을 해왔다⁵¹⁾고 볼 때 오늘날의 국가라는 것은 인간의 대량이

47) 재외동포법보다 먼저 제정된 재외동포법 제2조 제2호에서는 재외동포의 정의 중 국적을 불문하고 한민족의 혈통을 지닌 자로서 외국에서 거주·생활하는 자라고 규정하고 있으며, 헌법재판소에서도 재외동포는 넓은 의미의 재외국민의 범주에 속한다고 한다.

48) 芦部信喜, 憲法學Ⅱ・人權總論, 有斐閣, 2000년, 108면.

49) 이에 관해서는 浦部교수는 외국인의 참정권문제와 관련하여 헌법이나 법률이라도 국민이라고 되어있다고 하여 간단히 외국인을 포함할 수 있다고는 할 수 없는 것이 아닌가, 국민주권이라고 하여 당연히 외국인을 포함하지 않는다는 논리가 간단히 성립되는 것은 아니라 주장한다. 浦部法穂, 日本國憲法と外國人の參政權, 徐龍達編・定住外國人の地方參政權, 日本評論社, 1992년, 54면.

50) 矢吹久, 네이션概念の形成と歴史的展開, 思想788호, 1990년, 97-98면참조.

동과 세계화와 통합화의 추세에 따라 국내외적 쌍방으로 다양한 문제⁵²⁾에 직면하고 있는 것이다. 결국 이러한 문제를 볼 때 이제는 국적제도에 따른 국적을 기본으로 한 기본적 인권의 규정에 대해서 인권보장의 재검토와 함께 국적제도 그 자체의 재검토를 살펴볼 필요가 있지 않느냐 한다⁵³⁾.

이러한 점에서 국적의 개념에 따라 국민의 범위를 좀더 세계화의 추세에 따른 변화가 필요할 것으로 본다⁵⁴⁾.

2. 민주주의 원리로서의 국민

민주주의가 무엇인가에 대해서는 다양한 견해가 있으나 민주주의(democracy)가 그리스의 어원의 Demos(지배)와 Kratos(지배·권력)에서 유래하는 의미로 볼 때 그것은 인민이 권력을 소유하고 그것을 스스로 행사한다라는 정치형태를 의미하는 것으로 볼 수 있다⁵⁵⁾.

즉, 민주주의라는 것이 국가의 최고 의사에 국민에 의하여 결정되는 것 즉 국민주권의 원리를 말한다면 이를 전제로 하여 능동적 시민이 직접 국가의사를 결정하거나 국민에 의하여 선출된 국민의 대표를 통하여 국민을 대신하여 국가의사를 결정하게 하는 정치원리라고 할 수 있을 것이다.

이것을 국민주권과 연계해서 보면, 국민주권이라는 것은 국가의 정치형태를 최종적으로 결정하는 권력이 국민에게 있다는 원리로서 그것은 국민의 의사에 의한 권력의 정당성의 원리라고 할 수 있다. 권력의 정당성은 결국 民意에 근거한 정치를 구현하는 것으로 민주주의 정치는 인민에 의한 자기통치, 자기의 정치적 결정⁵⁶⁾에 자기가

51) 浦部法穂, 전제논문, 207면.

52) 다양한 문제의 예로서 들 수 있는 것이 바로 외국인의 참정권에 관한 문제일 것이다.

53) 江橋崇, 國籍再考, JURIST, 1996.11.15, 8면참조.

54) 물론 국민주권의 원리하에서 주권자인 자의 범위의 획정은 민주주의의 관점에서 그 정치사회에서 정치적 결정에 복종하는자(피치자) 모두를 의미해야 하는 것은 아니냐는 것은 많은 생각을 가지게 한다. 浦部法穂, 전제논문, 59면 참조.

55) 현대의 영국, 미국에서 일반적인 정의로서는 「인민에 의한 통치」라고 할 수 있을 것이다. 近藤敦, 外國人參政權と國籍, 明石書店, 1997.1.31, 200면참조.

56) 민주주의의 이념이 전원이 평등하게 공민권을 가지는 능력이 있는 자로서 다루어지는 것이며, 민주주의의 실무에서는 인민에 의해 선출된 대표에 의한 통치이며 다수자의 지배를 어떻게 극복하는 것이 문제라고 할 수 있으며, 이에 대해 치자와 피치자의 동일성이라는 정의를 민주주의적 평등의 요청으로 이해하는 것이 민주주의의 중요한 이론이라고 한다. 近藤, 상계서, 200면참조.

따르는 것으로 볼 때 그 주체는 그 정치사회에서 그 정치결정에 따르는 자라고 할 수 있다는 것이다. 따라서 국제사회에서 항상 변동과 이동이 일어나고 있는 상황에서 국적의 규정으로 인한 획일적 범주의 획정은 좀 더 확대할 필요가 있는 것이 아닌가 한다⁵⁷⁾.

국민과 외국인의 구별로서 주로 설명되는 것으로서 이해관계성⁵⁸⁾을 들 수 있으나 이는 민주주의적 평등의 관점에서 볼 때 치유될 수 있는 가능성이 있는 것이라 보여진다.

3. 시민주권론으로서의 국민개념

앞에서 본 것과 같이 국민주권과 인민주권에 따른 분류는 다양한 비판과 함께 실제적·구체적으로 주권을 행사할 수 있는 인민주권에서 집단으로서의 인민보다는 오히려 주권행사에 참가할 수 있는 능력을 가진 실재하는 구체적 존재 즉 주권주체구성원으로서의 시민을 강조하는 논의가 전개되고 있는 것이다.

결국 시민권이라고 하더라도 그것은 국적과 관련하는 것이지만 근대에서 현대로의 과정 속에서 그 전개는 국적을 전제로 한 선거권자로서의 시민개념을 확대하는 것이라고 볼 수 있다⁵⁹⁾.

국민주권원리의 새로운 이해로서 국민주권의 실질이 자기의 정치적 결정에 자기가 따르는 것이라는 민주주의와 같은 의미로서 보아 주권자인 자가 그 정치사회에 있어서 정치적 결정에 따르지 않으면 안 되는 모든 자라고 하는 원칙 즉 치자와 피치자의 동일성을 민주주의의 정의로 하는 동일성의 원칙을 내세우고 있으며, 여기서 시민주권론이란 것은 헌법해석론 및 입법론으로서 현실에 주권자의 주권행사를 활성화는 방법을 문제로 삼는 경우에는 기본적으로 주권주체 및 주권행사자를 확대해서 주권행사

57) 물론 이러한 국제적인 변동 속에서 국적은 다르다고 하더라도 그 국가에 정착해서 생활하는 자에게 그 체재국에서 정치참가의 권리는 주장하는 것은 당연한 것이라고 주장할 수 있으나, 그러나 그것은 특별한 외국인(재외동포, 정주외국인)에게 인정 될 수 있는 것이 아닌가 한다. 浦部, 전개논문, 59면참조.

58) 이해관계성으로 설명되는 것은 다양하나, 그 중에 중요한 것은 국가에 대한 충성의무, 병역의무, 국가이탈불능성을 들고 있다. 충성의무는 현대에서는 헌법이나 법률의 준수의무로 이해할 수 있고, 병역의무는 외국인에게도 부과할 수 있는 입법적 방법이 있으며, 국민의 국가이탈불능성은 국민이나 외국인이나 모두 국적이탈권을 인권으로서 인정받고 있다고 할 수 있다.近藤, 전개서, 201-202면참조.

59) 糠塚康江, 전개논문, 84면

수단의 확대라는 2개의 측면을 생각할 수 있다는 전제하에서 주권주체로서의 시민⁶⁰⁾을 강조할 수 있을 것이다⁶¹⁾.

VII. 맺음말

이상에서 살펴본 바와 같이 국민의 개념에 대해서 국민국가의 국민의 개념이 현대 사회에서는 국제화를 통한 각종 사회의 발전으로 인하여 오로지 국민이라는 개념과 이를 확정하기 위한 국적의 도구의 한계를 살펴보았다.

그것의 최근의 대표적인 예가 재외동포법에 관한 문제로서 당초부터 외국국적동포의 법적 지위보다는 외국인 처우의 전반적인 개선이라는 시각에서 출발하되, 재외동포에 대하여는 정착한 현지에서 민족적 정체성을 자각하고 문화적 유대감을 강화시키는 활동을 지원하는 데 초점을 맞추는 것이 바람직하며 재외동포에 대한 이해는 민족이라는 관념에서의 이해가 아니라 외국인, 그중 우리와 이해관계가 있는 외국인이라는 관점에서 이해하여야 할 것이라라는 헌법재판소결정을 들 수 있을 것이다.

즉 국적이라는 수단을 이용한 국민이라는 개념을 가지고는 국가 아니면 사회와의 이해관계를 가진 자들의 요구에 부응할 수 없으며, 이것은 민주주의의 원리에도 부합하지 않는 것이라고 할 수 있다.

이러한 문제를 해결 하려는 방안의 모색으로서 일본에서 외국인 범주의 확장과 외국인 참정권의 이론을 둘러싼 주권논쟁 중에서 인민주권설의 입장을 기초하면서 주권자로서의 인민을 전체로서 파악하는 것이 아니라, 인민을 구성하는 주권자 개인으로서의 시민의 위치에 착목해서 현대입헌주의 아래에서 민주주의를 실현하는 기본원리로서의 소위 시민주권의 확립을 추구하고 있는 주장은⁶²⁾ 주목할만한 가치가 있다고

60) 개개의 시민이라는 것은 주권자인민을 구성하는 구체적인 개인으로서의 시민, 즉 다시 말하면 정치적 권리의 주체=주체로서의 시민과 같이 협의로 사용되고 있고, 소위 정치적 시민을 의미하는 것이라 한다. 辻村, 전계서, 386면.

61) 그 예로 드는 것이 프랑스 혁명기의 1793년 헌법이 인민주권의 입장을 전제로 외국인을 주권자로서의 시민으로 인정한 것과 유럽연합에서 국적과 분리된 새로운 시민개념을 사용한 이민노동자의 시민권 인정 등의 논의가 계속되는 것으로 들 수 있다. 辻村, 전계서, 388면.

62) 辻村, 전계서, 82-83면참조.

보여진다. 그것은 집단으로서의 인민보다는 오히려 주권행사(국가의사의 형성)에 참가할 수 있는 능력을 가진 실재하는 구체적 존재, 즉 주권주체구성원으로서의 시민에 관한 것이다. 여기서 인민이라는 것은 시민의 총체에 붙여진 명칭에 불과한 것으로 외국인의 문제와 관련하여 더욱더 주권주체로서의 시민의 역할의 중요성이 재인식되고 있는 것이다.

종래의 외국인과 국민이라는 이분법이 아니라 우선 국가의 구성원임을 전제로 하는 후국가적 권리로서 외국인에게는 인정되어 온 많은 권리들이 정비되고 있으며, 이러한 개개의 상황에 맞추어 외국인의 인권 등의 보장이 구체화 되고 있는 시점에서 일률적으로 국적을 가지고 국민과 외국인에 대해 논해왔다는 반성에서 외국인의 범주를 구분하는 것이 주장되고 있으며⁶³⁾, 그 주장 속에 국민의 개념을 시민의 개념으로까지 확대하자는 논의는 현대사회가 국가·국민 중심에서 시민사회·시민으로의 변화 속에 있는 우리에게 사회적 다원성을 통한 민주주의 의미를 확립할 수 있는 변화를 초래하게 될 것이다.

63) 近藤, 전게서, 123면.