

韓國 憲法上 脫北者의 法的 地位

崔 京 玉*

I. 문제제기

사건 1) 1999년 1월5일 8시20분쯤 전남 영암군 삼호면 대불부두에서 캄보디아 국적 1천3백27톤급 화물선 ‘제미스휘네’호를 타고 밀입국을 시도하던 조선족 등 밀입국자 16명이 목포해경에 검거됐다.1)

사건 2) 1999년 1월 7일 국가안전기획부는 6·25당시 국군포로였던 서정

* 이 논문은 1997년도 한국학술진흥재단의 박사후(Post. Doc) 지원에 의한 것임.

* 동아대학교 법과대학 강사 및 법학연구소 특별연구원

1) 해경은 특히 이들 밀입국자 중에는 20대 후반 남자 탈북자 1명이 끼어 있었다. 그들은 4일 중국 다롄(大連)항에서 출발하여 5일 대불부두에 입항, 정박해 있던이 배를 수상히 여겨 급습해 배안에 있던 이들을 검거했다; 자세한 것은 국제신문, 1999. 1. 6.; 또한 1999년 1월 13일, 북한을 탈출한 최선희씨(여, 24)가 김포공항을 통해 밀입국한 뒤 귀순을 요청해왔는데, 그녀는 함북 은덕군 오봉구 소재 오봉탄광 탄차 운전공으로 일하다 지난해 1월 북한을 탈출, 그동안 제3국에 거주하다가, 의사소통이 곤란해 정착이 어렵게 되자 항공편을 이용, 12일 밀입국했다고 밝혔다; 국제신문, 1999. 1. 14.; 또한 최근에는 어린이와 부녀자를 포함 북한인 69명이 서해에서 표류하다 중국 선박에 구조돼 북한탈출 여부에 대한 추측을 낳았으나 중국 당국에 의해 북한으로 송환된 것으로 알려졌다; 동아일보, 1998. 12. 11.

현씨(사망)의 처(62),

등 일가족과 북한주민 6명이 6일과 7일 각각 제3국을 통해 입국, 귀순을 요청해왔다고 밝혔다.²⁾

사건 3) 평양연극영화대학 4학년에 재학중이던 북한 여배우 김혜영씨(26)가 지난해 8월 13일 제3국을 통해 귀순했다. 정부 당국은 김씨가 그의 가족과 함께 망명했다고 1999년 1월5일 안기부가 확인했다.³⁾

사건 4) 1998년 10월 29일 오전, 독립국가연합(CIS·구 소련)지역에 숨어지내다 한국으로 귀순을 희망한 오성준씨 등 탈북별목공 4명이 김포공항을 통해 입국했다고 외교통상부가 밝혔다. 이들 별목공은 유엔난민고등판무관(U-NHCR)의 도움으로 서울에 도착하였으며, 정부는 인도적 차원에서 귀순을 받아들였다고 외교부가 밝혔으나 구체적인 신상과 탈북경로는 공개되지 않았다.⁴⁾

사건 5) 1997년 12월, 20대 임신부를 포함해 북한을 탈출한 3가족등 13명은 지난 해 10월 중순 중국을 거쳐 베트남의 한국 대사관에 망명 신청을 했다. 그러나 이를 안 베트남 정부가 이들을 인도할 것을 요구하자 우리 대사

2) 안기부에 따르면 국군포로 서씨는 6·25전쟁 당시인 지난 53년 6월 강원도 금화지구 전투에서 중공군에 포로로 붙잡혀 북한으로 끌려간 뒤 함북 경성 등지에서 광부로 일하다 97년 3월 사망한 것으로 알려졌으며 현재 국립공원현충원에 전시자로 위패가 봉안돼 있다. 또한 북한주민 유씨는 노동당 38호실 외화별이 요원으로 지난 해 3월에, 상하수도사업소 노동자인 지씨는 지난 96년 12월에 각각 북한을 탈출, 제3국 체류중 귀순을 요청했다고 밝혔다(국제신문, 1999. 1. 8.).

3) 청진 출신의 김씨는 여섯살 때부터 평양무대에 진출하는 등 평양연극영화대 재학중 평양국립연극단 주연으로 발탁되기도 했으나 출신 성분 때문에 95년 김정일이 만든 '보천보전자악단'에 들어가지 못한 것이 귀순의 계기가 된 것으로 알려졌다; 국제신문, 1999. 1. 6.

4) 동아일보, 1998. 10. 30.

러시아에서 밀입국한 또 다른 탈북자의 경우는 다음과 같다.

1998년 9월 16일 오후 부산 사하구 하단동 가락타운 아파트 3단지내 외환은행 출장소에 나타나 탈북자를 자칭하며 루블화의 환전을 요구한 30대 남자는 지난 12일 러시아 사할린 캄차카항에서 러시아 화물선에 몰래 승선, 부산 감천항으로 밀입국한 북한 함경북도 회령출신의 김남수씨(39)로 밝혀졌다; 자세한 것은, 국제신문, 1998. 9. 18.

관측은 외교문제화될 것을 우려하여 이들의 신병을 인도하였고 베트남 정부가 이들을 중국으로 추방하는 과정에서 7명이 양국지대에서 실종되었다.⁵⁾

사건 6) 6년전 북한강제수용소를 탈출, 중국을 거쳐 한국을 망명했던 강철환씨(30)가 1998년 12월 12일 파리에서 열린 '아시아 민주주의자 회의'에 참석, 북한수용소 생활의 비인간적인 잔혹상을 증언했다.⁶⁾

사건 7) 1998년 10월 14일 오전 6시 45분께 북한군 남녀 2명이 강원도 철원 동북방 중부전선 비무장지대를 통해 귀순했다.⁷⁾

사건 8) 두만강을 넘어 중국에 밀입국한 북한 여성들을 인신매매하는 행위가 공공연하게 저질러지고 있다고 중국신문이 처음으로 보도했다.⁸⁾

사건 9) 1998년 11월 27일, 홍콩 주권 회복 이후 최초로 북한인이 중국을 통해 홍콩에 밀입국, 政治的 망명을 요청한 것으로 알려졌다.⁹⁾

5) 이후 국민의 따가운 질책으로 이들이 결국 서울에 도착하긴 하였지만 이같은 사례가 중국과 러시아에서 수없이 벌어지고 있으며, 지금도 이들은 러시아, 중국, 베트남 등지로 재탈출을 시도하고 있다. 한 자료에 따르면 94년과 95년 중국에 체류하고 있던 탈북자 140여명이 중국 공안당국에 체포돼 북한으로 강제송환 되었다. 이영중(중앙일보 정치부 기자), 늘어나는 제3국 유랑탈북자, 대책은 없나, 월간 同和, (1998. 3월호), 66-73면 참조.

6) 강씨는 “반혁명분자로 낙인찍힌 할아버지 때문에 9살때 온 가족을 따라 함경남도에 있는, 북한에서 두번째로 큰 수용소에 끌려갔다”고 자신을 소개하고, “그 안에 있는 정치범들은 인간이 아니라 무슨 수를 써서라도 살아 남으려는 동물에 불과하다”고 말했다. 그는 19세까지 10년을 강제수용소에서 보냈다; 자세한 것은, 조선일보, 1998. 12. 4.

7) 국방부는 이날 북한군 석영환대위(34)와 송명순중사(여, 23) 등 2명이 옛 철원과 와수리 중간지점 비무장지대를 넘어 귀순, 군당국에 귀순동기와 경위 등에 대하여 조사를 받고 있다고 밝혔다; 국제신문, 1998. 10. 15.

8) 服務導報와 延邊日報는 최근 산둥(山東)성 원청현의 한 농촌에서 밀입국한 20대 북한 여성 4명이 유괴돼 중국돈 3천9백-4천7백위안(약 60만-80만)에 현지 농민들에게 팔린 사건을 상세히 전했다.

이 신문에 따르면, 지난 6월 중국 동베이(東北)지방으로 밀입국한 28세 전후의 북한 여성들은 현지에서 알게 된 중국인의 뽀에 빠져 산둥성 내륙에 있는 그의 고향 원청현 쑤러우(蘇樓)촌으로 팔려 갔던 것. 현지 공안당국은 다른 지역으로 팔려간 1명을 제외한 3명을 북한으로 돌려보냈다고 신문은 덧붙였다. 이 부분은 별도로 다른 논문에서 다루어보고자 한다; 자세한 것은, 국제신문, 1998. 10. 29.

9) 구 영국 통치시절에는 종종 북한인들이 홍콩에 망명요청을 해 대부분 한국으로 보내졌으나 중국으로 권한이 넘어간 이후 망명요청 사례는 처음으로 그 처리결과가 주목

사건 10) 불법입국의 유형 중 하나는 다음과 같다. 주 중국대사관에 분실 신고된 여권의 10%가량이 이미 신고전 조선족 등 불법입국자에 의해 사용됐는데도 대사관이 이를 확인하지 않고 분실신고자에게 여행증명서를 발급하였다.¹⁰⁾

이상의 사건들에서 북한을 탈출, 국내에 입국한 탈북주민은 1998년 9월15일 현재 모두 9백23명으로 이 가운데 사망자와 국외이민자를 제외한 7백24명 중 3분의 1 정도가 직업이 없는 것으로 나타나 탈북주민에 대한 생활대책마련이 시급한 것으로 나타났다. 뿐만 아니라 늦었지만 정부가 이산가족상봉을 위해 제3국 상봉시 보조금을 지급하기로 했듯이 탈북자들도 탈북을 하는데 드는 비용을 사후에라도 지급을 하는 방안도 모색해봄직 하다.¹¹⁾

된다. 홍콩 보안국 소식통에 따르면, 1998년 11월 중순 60대와 30대 북한인 두 명이 중국을 통해 홍콩에 밀입국했으며 국경수비대가 이를 발견, 조사한 결과 政治的 망명을 요청했다는 것이다. 보안국 소식통에 따르면, “현재 이들은 상수이(상수) 싼옥링(산옥령)구치소에 구금돼 있으며, 조사는 보안국과 유엔고등난민판무관실에서 하고 있다”고 전했다. 이들의 신분은 민간인이며 지난 9월경 북한 국경을 넘어 중국에 들어간 것으로 알려졌다. 이들은 망명동기에 대해서 “배가 고파서 북을 떠났다” 말하고 “한국으로 가겠다”는 의사를 밝혔다고 소식통은 전했다. 홍콩 보안국은 이들의 망명과 관련, “아무런 정보도 없다”고 부인했다; 조선일보, 1998. 11. 28.; 홍콩반환이후에 중국과의 관계에 관한 상세한 논문은, 文興鎬·邪嬖奎, 홍콩반환이후 兩岸關係 변화와 전망: 兩岸關係의 결정요인을 중심으로, 中蘇研究-Sino-Soviet Affairs-, (한양대학교 아태지역연구센터, 제 22권 제3호, 1998 가을), 115-143면 참조.

10) 지난 2일 감사원은 1년반동안 주중국대사관이 여행증명서를 발급한 1,188명의 분실 여권 사용실태를 조사한 결과 1백9명의 여권이 신고전에 조선족 등의 불법입국에 사용된 것으로 조사됐다고 밝혔다. 이는 한국여권이 해외불법여권 매매조직에 의해 3백만-4백만원에 유통되고 있는 것과 관련해 정부의 출입국 및 여권관리에 큰 ‘구멍’이 있음을 드러낸 것이다. 감사원 관계자는 “브로커에게 여권을 팔아넘기고 이를 변조해 조선족이 국내입국에 성공한 사실을 확인한 뒤인 1-2주 후에야 분실신고를 하고 여행증명서를 발급받아 국내에 들어오는 수법이 많다”고 설명했다; 동아일보, 1998. 12. 4. A 21면.

11) 1998년 10월 12일 통일부가 국회에 제출한 ‘북한 이탈주민 생활실태’ 자료에 따르면, 국내 입국 탈북자의 직업은 무직이 2백34명으로 가장 많고, 군인, 공무원, 연구원, 회사원 등이 2백명, 자영업(농업, 작가 등 포함) 98명, 학생 59명, 직업훈련자 25명 등이다.

이밖에 노동으로 생계를 잇거나 61세 이상 고령자, 유아와 사망자 등 기타로 분류된 숫자도 3백7명에 달하는 것으로 밝혔다.

한편 국내입국 탈북자 9백23명의 남녀비율은 남성 8백8명, 여성 1백15명이며 또 년

탈북자¹²⁾-이 용어에 대해서 문제를 제기하는 이도 있으므로 이에 관해서는 뒤에서 논하기로 한다-, 그들은 누구인가? 북한에서 탈출한 사람들이다. 즉 단순히 합법적으로 이민한 이들이 아니다. 그러면 그들은 어느 나라 백성인가? 그들은 왜 북한을 등지고 누구를 찾아서 어디로 떠났는가? 그리고 대한민국은 왜 그들을 방치해서는 안되는가? 그 첫번째 근거는 그들에게 '인간으로서의 존엄권'을 찾아줘야 한다. 둘째, 바로 그 입무의 주체가 대한민국이다. 왜냐하면 그들은 대한민국 국민이기 때문이다. 셋째, 그들을 수용하고 보호하는 길이 통일의 첩경임을 독일의 사례에서도 관찰하여야 할 것이다.¹³⁾

따라서 위에 든 사례가 어떠한 부류의 사람들이 왜 북한을 탈출하며, 어떠한 경로를 통해서 한국으로의 입국을 시도하고 있는가, 또한 그에 따라서 한국은 이들을 어떠한 방법으로 수용하여야 하는지 충분히 문제를 제공하고 있다고 본다. 물론 이러한 사례들이 탈북의 모든 케이스가 아님은 누구나 아는 사실이다. 그러나 위에 든 사례는 탈북자들이 가장 최근에 처하고 있는 상황들을-직업, 탈북동기, 탈출경로 등- 유추 할 수 있게 해주는 대표적인 케이스들을 유형별로 선별한 것이다. 탈북자들의 탈북동기도 시대에 따라 변

도별로는 89년 이전까지 모두 6백7명이며, 90년대 들어 매년 꾸준히 늘어 90년 9명에서 95년에는 40명, 96년에 56명, 97년에 86명으로 각각 늘어났고 올해에는 9월 현재 48명에 달하는 것으로 집계됐다; 부산일보, 1998. 10. 12.

탈북자의 또 다른 생활실태를 살펴보면, 90년 이후 탈북자 3백8명의 14%인 43명이 범죄를 저지르는 등 탈북자의 남한사회 부적응이 심각한 수준인 것으로 드러났다.

이같은 사실은 어느 국회의원이 90년 이후 탈북자 1백68가구를 상대로 실시한 설문 조사와 관계부처에서 입수한 자료를 종합분석해 공개함으로써 밝혀진 것이다.

설문조사결과 탈북자의 21%는 남한사회에서 적응하기가 지극히 어렵다고 답한 것으로 밝혀졌다. '부적응' 내용은 워낙 민감한 사안이라 공개되지는 않았지만 남한체제 선호도와 관련된 충격적인 것으로 알려졌다. 따라서 "탈북자의 사회적응을 돕기 위해 북한이탈주민 보호법개정안을 제출할 방침"이라고 말했다; 동아일보, 1998. 11. 14.

- 12) 최근에 해외에 체류하고 있는 북한이탈주민은 1997년 말 현재 1400-1600명 수준으로 통일원이 추정했다. 이 중 중국에 1200-1300명 정도, 러시아를 비롯한 일부 국가에 200-300명 정도 체류하고 있다고 공개했다. 또한 이들 중 약 500명이 직간접적으로 국내입국을 희망있다고 밝혔다; 이영종, 급증하는 제3국 유랑탈북자, 대책은 없나, 월간 同和, (1998. 3.), 66면 이하 참조. 그러나 사실은 이보다 훨씬 많을 것으로 추정된다. 왜냐하면 그들은 신분을 공개적으로 노출시킬 수가 없기 때문이다. 또한 탈북자들의 고통과 그 실상에 관한 기사로는; 김동성, 朝變夕改 탈북자 수용 정부정책, (한국논단, 1994. 5.), 128면 이하.

- 13) 서병문, 서독 난민 수용정책이 통독 촉진했다, 한국논단, (1994. 5.) 참조.

화한다. 즉 1960년대에는 귀순자 중 72%는 공산체제에 불만을 품었던 것이며, 1990년대 이후로는, 처우불만, 이성문제, 처벌우려, 경제문제 등이 주요인으로 꼽히고 있다.

우선 90년대 이후 특히 김일성 사망 이후 탈북자의 숫자가 매년 늘어나고 있으며, 그 주된 원인이야 현재의 북한의 경제난에 있다고 하겠으나, 반드시 그렇다고는 볼 수 없다. 이는 탈북자의 신분계층으로 미루어 보아도 알 수 있다. 그 계층이 다양해지고 있음을 본다.

문제는 첫째, 앞으로도 계속 이러한 추세가 증가할 것이 틀림없으므로, 이러한 문제들에 대해 각각의 사례들을 충분히 예측하고 진단해서 신속하고도 광범위한 통일대비책이 있어야 할 것이다. 여기에는 남북한간의 역사적 변천에 따른 상황변화와 그에 따른 한국 헌법상의 국내외적 문제들이 있을 수 있을 것이다. 즉 그들이 제3국, 특히 중국과 러시아에 많이 분포되어 있는 점이다. 따라서 이들이 제3국에 불법체류하고 있는 동안 이들의 국적과 법적 지위는 한국 헌법상 어떤 지위에 있게 되는가 하는 것이다.

둘째, 이러한 탈북자들이 한국에 들어 왔을 때, 우리 정부는 그들을 어떻게 보호하며 그들이 잘 적응하고 행복하게 살아갈 수 있게 하겠는가 하는 基本權 문제가 국내에서의 가장 핵심적 과제이다.¹⁴⁾

셋째, 우리가 또한 역사와 더불어 잊고 있는 국군포로들의 상태가 위의 사례에서도 알려지고 있다. 이들을 이대로 방치해서는 결코 아니될 것이다. 늦었지만 이들의 귀환을 위한 신속한 대응방안을 마련하여야 할 것이다—이들이 탈북자가 되어서라도 고국에 돌아오기 이전에, 아울러 이들이 생존해 있을 동안에, 왜냐하면 지금 그들은 이미 70이 넘었기 때문이다—. 넓게는 이러한 관점에서 1) 남북관계의 역사적 변천과정과 2) 그에 따른 탈북자의 한국 헌법상 법적지위와 3) 그들의 한국 헌법상의 基本權 등을 중점적으로 짚어보고자 한다.

14) 이들이 국내에 들어와서 조사를 받는 과정에 문제가 있는 것으로 보인다. 즉 지난해(1998년) 12월 30여명의 탈북자들로 결성된 '자유를 찾아온 북한인 협회'(회장 韓蒼權, 39)는 1999년 1월 15일 오전 서울 명동 카톨릭회관 대강당에서 기자회견을 갖고 "탈북자 상당수가 안기부의 조사과정에서 욕설과 구타 등 가혹행위를 당했다"고 주장했다;중앙일보, 1996. 3. 21.

II. 南北 分斷 이후의 역사적 변천과정

1. 분단 이후

한민족은 언제부터 남과 북으로 나뉘었는가? 탈북자란 용어는 왜 생겨나게 되었는가?

1948년 남북한은 각각 미·소의 점령구역에서 성립하였다.¹⁵⁾ 그러나 한반도 전체는 한국민 전체국가의 국토로 계속되고 있다. 남한의 경우 1948년 헌법 이래로 헌법 제1조에 ‘대한민국’(Republic of Korea), 북한의 경우 북한헌법 제1조에서 국호를 ‘조선민주주의인민공화국’(Democratic People’s Republic of Korea)으로 규정함으로써 한민족의 국가를 의미하는 ‘Korea’¹⁶⁾를 그들의 국호로 보유하였다. 국명인 ‘Korea’는 1897년 대한제국의 성립으로 조선에서 대한으로 바뀌었으며, 1919년의 임시정부는 국호를 1919년 임시헌장 제1조에서 계속해서 대한을 보유하였다. 내부적으로는 南韓은 大韓民國, 北韓은 朝鮮이라는 구별되는 국호를 외국에 대하여는 동일하게 ‘Korea’로 사용하고 있다.

특히 북한은 1972년 헌법개정으로 북한의 수도가 평양으로 변경될 때까지 북한은 1948년 헌법 제103조에 그들의 수도를 남한의 수도인 ‘서울’로 규정하고 있었다.

이렇게 남북이 1948년 이후 분단되고나서 각각 헌법을 개정하면서도 계속해서 ‘全韓國’이라는 국가질서와 ‘각각’의 국가질서가 동일함을 유지하고 있다.¹⁷⁾

15) 연합군의 한반도 점령의 법적 성격에 대해서는 C.-K. Kim, Die staatliche Einheit Koreas Berücksichtigung des Selbstbestimmungsrechts des koreanischen Volks, Diss. Würzburg, 1995, S. 58 ff.; G. F. von Steinaecker, Das Problem der Neutralität im Korea-Konflikt, Diss. Würzburg, 1966, S. 83ff.

16) 김충구, 통일한국 헌법의 기본원리로서 자유민주주의 원리-국가적 계속성을 중심으로-, 북한 및 통일연구 논문집(III), 통일정책 및 협상전략분야, (통일원, 1995), 278면 이하 참조; 또한 북한의 1948년 1972년 헌법전문은 정경모·최달갑 편, 북한법령집(전5권), 제1권, 대륙연구소, (1990), 2면 이하 참조. 1992년 4월 9일 개정된 헌법 또한 이 조항을 계속유지하고 있다; 남한의 역대헌법 비교는 김철수 편, 입법자료교재 헌법, (박영사, 1985), 77면 이하 참조.

17) 1962년 12월26일 헌법 제3조와 1987년 헌법 제3조 참조. 자세한 것은 J. Hacker,

이렇게 하여 남과 북이 분단되면서 위에서 본 것처럼 ‘전한국’과 ‘각각’이라는 이중성을 지닌 채, 국내외적으로 극도의 이념적 체제대립을 계속하여 왔다.

이러한 시기에 북을 탈출하여 남한으로 들어오는 그들은 단순 ‘탈북자’라기 보다는 분명 ‘귀순자’였다. 왜냐하면 남과 북이 서로 체제가 극단적으로 달라 서로를 ‘적군’이라 여기고 있는 냉전상태가 계속되고 있었기 때문이다. 비록 남북이 ‘전한국’이라는 국가의 동일성과 계속성을 유지하고는 있었다 하더라도, 그러므로 그 당시 ‘귀순자’는 그들의 정보능력에 따라 정착금 및 ‘보로금’을 받았던 것이다.¹⁸⁾ 한국이 지금까지 북한탈출주민에게 준 특별보상의 성격은, 그들이 냉전적 구도에서 북한의 정치체제에 항거하여 남한으로 귀순함으로써 자본주의 체제의 우위를 인정한데 대한 보훈적 성격이 강했다. 이러한 특별보상의 보로금의 개념도 이제는 보상의 원칙(principle of compensation)으로 바뀐 것이다. 보상의 원칙이란 이주민의 경우 정치이념과 인종적인 차이로 인하여 출신지역의 정치집단으로부터 박해와 인권침해 그리고 이주에 따른 생계수단의 상실 등 각종 불이익을 받는데 대한 보상차원인 셈이다. 즉 이주민에 대하여 적용력 제고와 보상의 원칙을 적용시켰다.¹⁹⁾

한편 탈북자의 국내정착을 돕기 위한 법으로는, 1962년 4월, 법률 제1053호로 ‘국가유공자 및 월남귀순자 특별원호법’, 1974년에는 ‘국가유공자 등 특별원호법’으로, 1978년 12월, 법률 제3156호로 ‘월남귀순용사 특별보상법’, 그 이후 탈냉전시대를 맞으며 1993년 6월, 법률 4568호로 ‘귀순북한동포법’으로 대체되었으나 계속적인 시대요구는 ‘귀순’이라는 용어의 부적절성과 그에 따른 보상문제와 관련하여 1997년 1월 13일, 법률 제5259로 ‘북한이탈주민의보호및정착지원에관한법률’이 제정되고, 이들에 정착지원을 현실화하기 위하여

Die Problem der Wiedervereinigung Koreas aus der Sicht beider Staaten, in: Aus Politik und Zeitgeschichte, B 36-38/88, S. 17ff(22ff) 참조; 김충구, 위의 논문, 279면.

18) 이러한 지원법의 변천에 따른 지원정책에 대한 구체적인 내용은, 박종철·김영윤·이우영, 북한이탈 주민의 사회적응에 관한 연구: 실태조사 및 개선방안, (민족통일연구원: 1996. 12.), 8면 이하 참조.

19) 이종우, 남북한 관계 변화의 시나리오와 사회통합 과제, 북한의 체제전환과 통일, (인제대학교, 인문사회과학연구소, 1998. 10.), 81, 81면.

1998년 12월 그 내용을 일부 다시 개정하였다.

2. 남북기본합의서(1991년 12월 13일 합의, 남북사이의 화해와 불가침 및 교류·협력에 관한 합의서) 이후

남북한이 유엔에 동시가입하고, 남북기본합의서에 합의함으로써 지금까지의 적대관계는 통일을 지향하는 동반자로서의 내부관계로 들어선 것이다. 양 정부는 이 합의서에서 '나라와 나라사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계라고 규정하였다. 이러한 경우 서독연방헌법재판소의 1973년 12월 21일의 기본조약판결(Grundvertragsurteil)에서는 양 독일의 관계를 '내부관계'(interse-Beziehungen)로 파악하였다.²⁰⁾

남북한 정부는 남북합의서에서 상호간에 교류와 협력의 근거를 창출해 내면서 통일을 위한 협력을 이러한 내부관계에서 찾을 수 있다.²¹⁾

이러한 역사적 변천으로 인하여 북한에서 탈출하여 남한에 입국한 주민들은 더이상 '귀순자'가 아니라, '탈북자'로 전환되는 것이다. 즉 바꾸어 말하면, 이제는 북한이 더이상 '적국'이 아니라 통일을 지향하는 동반자이기 때문이다. 따라서 이들에 대한 법적용도 '귀순북한동포법'에서 '북한이탈주민보호법'의 대상이 된 것이다. 이 법에서도 보듯이 탈북자들이 비록 한국에 입국을

20) (BVerfGE 36, S. 1 ff., (17, 23ff); 이러한 관계는 남북한의 국내외적 법적성격뿐만 아니라, 교역관계에도 외국과의 무역이 아니다라는 결론을 얻게된다; 여기에 관해서는, 김충구, 위의 논문 (주 16), 303-4면참조; 제성호, 남북한 특수관계론, (한올아카데미, 1995), 15면 참조.

남북의 유엔동시가입과 남북합의서의 합의 이후에 남·북한의 법적성격에 관해서는, 이종훈, '남북간 화해와 불가침 및 교류·협력에 관한 합의서' 분석 및 평가, 현안분석, 제45호, (1992. 5.), 4면 이하 참조; 김충구, 위의 논문, 299면 이하; 제성호, 위의 논문, 22, 27, 31, 148면 참조; 김석현, 대한민국 정부의 북한 인권문제에 대한 개입의 합법성 및 그 방법, (1995, 북한 및 통일연구논문집, 통일정책 및 협상전략분야, 통일원), 358-361, 362, 특히 365-368, 369면 이하, 376면 이하 참조; 또한 헌법 제3조와 관련하여서는, 최경욱, 한국헌법제3조와 북한과의 관계, (영남공법학회, 1999년 게재예정) 참조.

21) 독일의 통일에서도 동독의 서독으로의 편입은 결국 양독일간의 내부관계로부터 가능하였다고 한다; D. Blumenwitz, Selbstbestimmungsrecht und Volksgrupensrecht, in: JöR (1991), S. 17 ff.; ders., Reorganisation, S. 16; 김충구, 위의 논문 (주16), 305면 이하 참조.

하였다하여도 이들을 ‘북한이주민’이라고는 하지 않는다.

III. 韓國 憲法上 脫北者의 地位

1. 脫北者의 概念과 限界

북한지역을 벗어나 남한으로 입국한 북한주민에 대하여 ‘탈북자’라는 용어는 단순히 사회학적 의미이기 때문에 이 용어를 ‘북한으로부터 남한으로 이주한 주민’이라는 의미의 ‘북한이주민’이라는 용어로 통일하자는 학자가 있다.²²⁾

그러나 이는 ‘탈북자’라는 용어의 개념에 관한 것으로써 대단히 중요한 법적 의미를 지니는 것을 간과하고 있는 것 같다. 왜냐하면 일반적으로 ‘탈북자’라는 개념은 북한을 탈출한 북한주민으로써 그들이 반드시 한국에 들어온 자만을 가리키는 것이 아니다. 지금도 북한을 탈출한 주민들이 죽음을 무릅쓰고 제3국에서 한국에 들어오려고 하는 모든 자들을 통칭하는 것이다. 이점을 염두에 두지 않고, 단지 남한 입국자만을 통틀어 중국동포, 러시아동포 등도 포함된 점을 예로 들어- ‘탈북자’라는 용어를 사용한다고 지적한 점은, 지금 현재 학계가 이러한 용어-진정한 의미의 탈북자가 아닌 중국동포, 러시아 동포를 구분하지 않고-를 통칭하여 사용하는 것에 대한 지적으로 보인다. 따라서 ‘탈북자’와 ‘북한이주민’이라는 용어를 구분하여 사용하는 것은 가능할 것이다. 물론 ‘탈북자’ 개념에는 제3국을 유랑하는 북한을 탈출한 조선족과 ‘북한이주민’도 포함된다. 그러나 ‘북한이주민’이란 용어도 부적절하다고 본다. 왜냐하면 일반적으로 이주민이라하면 합법적인 이동을 전제로 하기 때

22) 정영화, 북한주민의 정착지원을 위한 법정책론, (1996. 5. 10., 공법학회발표문), 1면; 그 이전에도 이들에 대해 ‘북한출신 남한이주자’란 용어를 제안한 학자도 있었다; 이장호, ‘남한이주자의 한국 사회 적응을 위한 체계적 접근’, 아카데미하우스에서 열린 ‘탈북자 지원을 위한 대책과 과제’, 모임발표논문, 6면; 이만식, 북한출신 남한이주자의 국내 적응력 향상을 위한 통합적 지원모델 개발, 북한 및 통일관련 논문집 (III), 통일교육 및 통일대책분야, (1996, 통일원), 11면 참조.

문이다. 그러므로 독일의 경우에도 동독탈주자들에게 통일 이후에 '이주자'로 대우하였다. 따라서 이들의 구서독으로의 이주는 단지 사적인 거주이전 행위로서만 인정되기 때문에 국가가 개입하거나 보호할 필요가 없어진 것이다.²³⁾ 따라서 이러한 용어의 구분이 분명해져야 이들에 대한 처우도 달라지는 것이다. 한국은 역사적으로 많은 문제를 안고있다. 일제침략에서부터 조국광복, 그리고 분단과 전쟁 등으로 그러한 역사적 사건뒤에는 수많은 사람들의 희생이 있다. 따라서 시대에 따른 용어구분이 되어야 할 것이다.

첫째, 일제침략이 있으면서부터 조국광복을 위해 만주 등 제3국에서 그들의 생애를 바친 사람과 그 후예들과 그리고 그당시 끌려갔던 종군위안부들²⁴⁾과 국군포로들과 그 후예들이 있다.²⁵⁾ 이들에 대해서는 그들이 제3국에 머물면서 그 나라

23) 독일에서의 이러한 용어 구분은, Günter Gugel, Ausländer, Aussiedler, Übersiedler : Fremden- feindlichkeit in der BRD, (Tübinger, 1994), S. 123-124; 또한 김세연, 한반도 통일시 위기관리방안연구-독일의 난민, 탈주민 및 이주주민 대책 사례를 중심으로-, 북한 및 통일관련 논문집, (통일정책·환경(I), 1997), 131-132면. 이러한 용어구분은 본 논문 (주 40)도 참조; 박종철·김영운·이우영, (주 18), 24면 이하 참조.

24) 현재 베이징시 충원(崇文)구에 살고 있는 배삼엽 할머니(74세)는 당시 고향이 '경남 하동군 화개면'이었었는데 13세때 돈을 벌게 해주겠다는 '최가'라는 일본군위안소 중간관리자의 꾀에 빠져, 부산, 마산 등지의 15-17세 처녀 20여명과 함께 인천항에서 배편으로 연타이(煙臺)항과 텐진(天津)을 거쳐 1937년 중국 네이멍구(內蒙古) 바오터우(包頭)시의 일본군 위안소로 끌려가 4년여 동안 위안부 생활을 강요당했다. 그는 4년만에 피를 토해내는 병을 얻어 귀국했다가 몸이 회복되자 다시 중국 텐진으로 흘러 들어가 댄서생활을 하다가 일제 패망 후 베이징으로 옮겼고 중국인과 결혼했다가 6년만에 헤어졌다. 자세한 것은, (1998. 10. 15., 국제신문, 제21면) 참조. 이 사건은 최경옥, 위의 논문 (주 24)에도 소개되어 있음.

25) 예를 들면, 안기부는 1998년 9월 30일, 6·25전쟁 당시 북한군에 포로로 끌려간 장무환씨(72)가 45년만에 북한을 탈출, 최근 제3국을 통해 귀환했다고 밝혔다. 북한에 억류된 국군포로가 귀환한 것은 1994년 10월 조창호씨와 1997년 12월 양순용씨-53년 7월 강원 금성지구 전투에서 중공군 포로가 된 뒤 귀환하여 최근 자신의 기억을 더듬어 공개한 1백여명의 명단에 장무환씨는 포함되어 있지않았다-에 이어 세번째다. 그는 경북 울진에서 태어나 53년 4월 국군22연대에 입대했으며, 하사로 있던 같은 해 7월 강원 금화지구 전투에 참가했다가 북한군의 포로가 된 뒤 함북 아오지에서 지내왔다. 국방부는 장씨를 전사자로 처리, 서울 동작동 국립현충원에 위패를 봉안한 상태였다;동아일보, 1998. 10. 1. 제14면.

국군포로와 관련 정부는 뒤늦게나마 관심을 표명하고 있다. 6·25전쟁 당시 북한군과 중공군에 끌려가 지금까지 생존해 있는 것으로 추정되는 국군포로는 1998년 11월 현재 136명이라고 정부는 공식확인 했다. 이들을 미전향 장기수와 교환을 검토하겠다고 정부당국자가 발표했다(1999년 2월 22일)-동서독 정부는 정치범 송환협상

의 국적을 취득을 하였든 아니하였든 한민족공동체의 차원에서 한국으로의 재이주-영주귀국-의 기회를 주어야 한다. 따라서 이들을 '재이주민'이라 부를 수 있을 것이다. 그러나 이번에 '재외동포특별법'에서도 이들은 그 적용대상에서 제외되었다.²⁶⁾ 엄격히 말해서 배삼엽종군위안부 할머니같은 경우는 '탈북자'가

을 하였었다-

그리고 정부는 이들에 대해 "6·25 전쟁 50주년 기념사업의 일환으로 남한지역에서 한국과 미국이 합동으로 한국군과 미군의 전사자유해 발굴작업을 추진하는 방안을 검토하고 있다"고 덧붙였다. 6·25전쟁 때 북한군이나 중공군에 끌려갔다가 귀환한 국군포로는 조창호, 양순용, 장문환씨 등 3명이다.

참고로 전체 국군포로 숫자에 대해 한국은 2만8천명, 북한은 7천명, 중국은 3만7천-3만8천명으로 주장해왔다; 자세한 것은, 동아일보, 1998. 11. 24. 1면, A3면, 기타 일간지 참조. 정부차원에서 적극 지원하기 위해 '국군포로예우 등에 관한 법률'이 1998. 12월 국회에서 통과됐다.

한편 이들의 북한에서의 생활상을 들여다보면, 그들이 국방위에 나와 증언한 내용은 다음과 같다.

6·25전쟁이 끝난 뒤 북한군 예하부대에 편성돼 건물 교량 도로복구 작업에 동원됐다가 함북 아오지 등 탄광지역으로 끌려갔다. 출신성분이 최하계층으로 분류된 이들은 보위부와 안전부의 특별감시대상이어서 모든 행동을 통제받았다. 양씨는 국방위 증언에서, "두 사위가 탄광 막장에서 일하다 숨졌고 딸들이라도 살려야 겠다고 생각해 탈출했다"고 밝혔다. "양씨는 살아있는 포로들마저 약 5년만 지나면 모두 죽게된다"며 "포로2세에 대해서도 정부가 적극적인 관심을 가져야 한다"고 당부했다; 동아일보, 1998. 11. 25.

참고로 미국은 지금까지도 6·25전쟁에서 숨겨간 미군유해를 돌려받기 위해 국방 및 외교력을 총동원하고 있음은 우리에게 시사하는 바가 많다.

- 26) 현재, 한국의 역사 이래로 해외에 흩어져 있는 동포는, 중국에 2백만, 미국에 150만, 일본에 70만 그리고 소련에 47만 정도가 살고있다. 이에 관한 상세한 것은, 정동주 지음, 까레이스끼, 또 하나의 민족사, (우리문화사;1995년), 21-23면; 또한 이들에 관한 논문으로는, 김재기, 통일대비 교포정책 활성화방안에 관한 연구-중국 및 독립국가연합 거주 교포를 중심으로-, 북한 및 통일연구논문집(I), 통일정책분야(1996, 통일원); 심현용, 러시아 한인들의 민족정체성과 한반도 통일에 대한 인식연구, 북한 및 통일연구논문집(I), 통일정책분야(1996, 통일원); 김호성·노영돈, 재중국 동포들의 올바른 민족관 정립을 위한 이념·제도적 방안, (ACDPU; 민주평화통일자문위원회, 1997); 백영옥, 한민족공동체 形成過程에서의 僑胞政策, 민족통일연구원 연구보고서 93-25(1993. 12); V.I. 라린, E.A. 플라센, 재소한인의 연해주이주에 대한 연구: 여론조사결과 분석, 러시아研究, 제1권 2호(1994 하반기), p. 167; 강원식, 한·러 안보협력방안 연구, 민족통일연구원, (1996. 2.), 157면 이하; 문광삼, 민족구역차치법과 조선족, 한국민족문화 10, 부산대학교 한국민족문화연구소, 1997., 216면 ; 최경옥, 崔京玉, 脫北者의 難民으로서의 地位-中國·러시아에 있어서-, 柳谷 朴源永教授 追慕論文集, (세종출판사; 1997), 84면; 同人, 위의 논문 (주 20), (1999) 참조.

아니라 독일에서와 마찬가지로 '전쟁휴유증법'에 의한 '재이주자'로서 영주귀국이 허용되어야 할 것이다. 그런데 문제는 이들의 국적이 모두 '조선'인 것이다. 여기에 남북과 중국의 관계가 복잡하게 얽혀있는 것이다.

어쨌든 현재로서는 이들이 불법입국을 하여서라도 한국에 입국하기만 하면 그들은 판례에서와 마찬가지로 대한민국 국민으로서의 자격이 생기는 것이다.

둘째, 조국광복을 맞으면서 국토는 분단되고 이로인해 체제가 다른 두 정부가 생겨나고, 그 체제에 견디지 못한 북한주민이 드디어 탈출을 시도하고, 이들중에 다행스럽게도 한국에 밀입국이라도 하면 한국 국민이 되지만, 그렇지 못할 경우에 제3국을 떠도는 난민이 되는 것이다.

이들의 법적지위에 대하여 국제법상 '난민'이나, 아니면 대한민국 헌법에 기초한 국적법을 적용하여 대한민국의 국민의 지위를 부여할 것인가에 대하여는 국내외적으로 이들의 지위를 나누어 보아야 할 것이다. 즉 제3국을 떠도는 이들 탈북자들이 국제법상 남과 북이 서로 자국민이라고 주장할 때, 제3국은 '진정한 관계'(genuine link)라는 기준에서 '실효적 국적의 원칙'(principle of effective nationality)을 따를 수 있다(1937년 발효한 '국적법의 충돌에 대한 어떤 문제에 대한 협약'(제5조; 두개 이상의 국적을 가진 자가 제3국에 있을 때는 제3국은 그의 주된 거소 또는 그가 밀접한 관련을 가진 곳이 어디인가에 따라 그를 하나의 국적을 가진 것으로 결정할 수 있다.²⁷⁾

27) 자세한 것은, 김찬규, 북한탈출자의 난민자격과 그 처우에 관한 고찰, 인권과 정의, (1994년 6월호), 제9-10면; 제성호, 북한 탈출동포의 처리방안, 36-69면, 북한, (1994년 6월호) 최경욱, 위의 논문, (1997), 96면 이하 참조.

또한 제3국-특히 중국, 러시아-을 떠도는 참상에 관한 기사는, 탈북자들의 현실과 대책(특집), 생명을 건 필사의 탈출/어느 탈북자의 고백, 편집자; 이동률, 어느 조선족 양어머니의 사랑과 눈물, 121-125면, 북한, (1994년 6월호); 이금순, 대륙을 방황하는 탈북자의 인권을 방관할 것인가, 62-69면; 정혜정, 在러동포가 본 소련별목현장의 인권, 70-77면; 김시영, 눈물로 얼룩진 탈주자의 통곡, 121면 이하, 북한, (1995년 12월호); 정상용, 북 고위층 잇따른 망명사태와 대북지원 한·미·일 시각차, 북한, (1996년 3월호), 202면 이하; 이민복, '중국', '러시아' 땅 해매는 탈북자들 언제까지 방치할 건가, 월간 同和, (1996년 4월호), 126면 이하; 이건호, 북한 망명·탈북자 러시 대비책 긴급하다, 민족정론, (1996년 4월호), 109면 이하; 이순옥(개천교회화소에서 생활하다 귀순함)증언, 북조선의 지상낙원은 '악마'의 소굴이었다, 북한, (1996년 8, 9월호), 121면 이하; 특히 탈북여성의 고난에 관한 상세한 내용은, 남호(가명,

현재 러시아와 중국에서의 이들에 대한 처리를 보면, 러시아 벌목공의 경우 러시아에게, 중국행 탈북자에게는 중국이 각각 난민부여권을 가지고 있다. 그러나 러시아와 중국의 반응은 판이하다. 즉 러시아는 이들의 한국행에 전향적인 반면, 중국은 지금도 강제송환을 하고 있는 상황이다. 그나마 러시아가 이들에게 전향적이긴 하나, i) 이들에게 난민지위를 부여하기 보다는 이들의 러시아거주허가 신청-거주허가-출국허가-한국행의 수순을 밟기도 한다. 이럴 경우에도 이들이 신분을 노출시켜 거주허가 신청을 해야하는 부담이 있기 때문에 결코 자연스러운 것은 아니다(1994년 4월 26일, 한국일보 참조). 뿐만 아니라 러시아에서의 거주허가를 위해서는 현지인과 결혼 등으로 거주허가를 받아야 한다(그래서 그렇게 한 6명을 우선 수용한 듯하다. 왜냐하면 이들의 입국절차에 대해 정부가 합구하고 있기 때문이다). 이 경우 국내수용에 따른 법적 문제 해소를 위해 이들을 국민으로 간주하여 여행증명서를 발급하여야 한다. ii) 또 다른 방법으로는, 거주절차없이 한국대사관이 이들을 한국국민으로 간주하여 우리여권이나 여행증명서를 발급하고 러시아가 출국허가를 내주는 방법인데, 이 경우는 러시아와 중국이 모두 동의하기 힘든 부분이다.

즉 그들이 제3국, 특히 중국과 러시아를 떠도는 유랑민일때 그들의 지위는 국제법적으로는 대부분 '경제적 난민'-현시점의 북한사정상-에 해당할 것이며,²⁸⁾ 국내에 입국했을 때는 '탈북자'로서 대한민국 헌법 제3조에 의하여 대한민국 국민이 된다고 본다.

탈북귀순자), 탈북 부녀자들의 '고난의 행군', 월간조선, (1998년 2월호), 597면 이하; 장선희, 세상에서 가장 비참한 유민의 땅, 야수의 땅-29세 탈북여성의 충격수기-, 월간조선, (1998년 3월호), 291면 이하 참조.

28) 북한은 소련과 1957년 12월 16일 조약(Abkommen zwischen der Regierung der UdSSR und der DVRK über die Regelung der Frage der Staatsangehörigkeit von Personen mit doppelter Staatsbürgerschaft) 을 통해 소련지역에 정착하고 소련의 법률에 의해 소련국민으로 간주되는 한국인은 소련 또는 북한의 국적을 선택하게 했다(조약 제2조); 김충구, (주 16), 282면 참조. 최경옥, 위의 논문 (주 26), (1997), 96-102면 참조. 한편 북한과 중국은 북한적 중국교포를 1952년 중국정부의 정책적 고려에 의하여, 북한적으로 분류해왔다. 러시아는 1993년에, 중국은 1982년에, 한국은 1992년에 난민의 지위에 관한 의정서(Protocol Relating to the Status of Refugee, 1967년 1월 작성되고 10월 4일 발효되었음)에 가입하였다; 김찬규, 북한탈북자의 난민자격과 그 처우에 관한 고찰, 인권과 정의, (1994년 6월호), 제10면 이하; 최경옥, 위의 논문, (1997), 87면 이하 참조.

이영순 사건²⁹⁾이 그 대표적인 판례가 될 것이다. 그러나 그녀를 '이주자'라고 하는 할 수 없을 것이다. 바로 이 두번째 그룹에 속하는 국내외의 모든 북한 이탈주민을 '탈북자'함은 전혀 사회적인 의미가 아닌 법적 의미이다.

그러므로, 이상에서 '탈북자', '이주자', '난민', '귀순' 그리고 '재이주자', 북한으로부터의 '추방자'의 개념들을 구분하여 사용하고, 그에 따른 대우들을 하여야 할 것이다. 특히 첫번째 그룹이 한국으로의 '재이주자'가 될 수 있도록 정부는 중국과 러시아와의 사이에 외교력을 발휘하여야 할 것이다.³⁰⁾

2. 國籍取得問題

제3국에 있는 탈북자들을 어떤 절차를 밟아 한국에 수용할 것인가 하는 문제는 바로 이들의 국적취득절차와 관계가 있다. 그러므로 한국과 서독의 경우를 비교해보자 한다. 한국의 경우에는 위의 이영순의 경우를 예로 들어 보기로 한다.

1) 한국의 경우

i) 원고 이영순은 1937. 3. 17. 강원도 화천군 상서면 사향리에서 아버지를 조선인인 이승호, 어머니를 조선인인 곽옥순으로 하여 출생한 자로서 8·15 광복에 이은 남북분단 이후 북한지역에서 거주하던 중 6·25 사변으로 부모를 잃고 북한의 여러 지역을 돌아다니며 생활하다가 1960년 경 중국으로 건너갔다.

ii) 중국에 건너간 직후인 1961년 경 한국계 중국인인 소외 황좌권과 결혼하였다가 1963년경 이혼하였고, 1979년 경 다시 한국계 중국인인 소외 서정심과 재혼하여 살다가 1992. 7. 13. 중국정부로부터 중국여권을 발급받아 대한민국 법무장관으로부터 체류자격을 방문목적으로 하고 체류기간을 30일로 하는 사증을 발급받아 1992. 9. 1. 남편과 함께 대한민국에 입국한 사실, 원고는 중국에 거주하던 1977. 8. 25. 중국 주재 북한대사관으로부터 해외공민증을 발급받았고, 1987. 3. 1. 에는 외국인

29) 대법원 1996. 11. 12. 선고96누1판결; 강제퇴거명령처분무효확인등.; 최경옥, 위의 논문 (주 26), 108면 참조.

30) 廣渡清五, 統一ドイツの法變動 -統一の一つの決算-, (有信堂, 1996), 第4章, 241頁, 183-261頁; 김세연, 위의 논문 (주 23), 115면, 131-132면 이하; 최경옥, 위의 논문, (주 26), 105면 이하; 同人, 위의 논문 (주 20), (주 46) 참조.

거류중의 유효기간을 1997. 3. 1. 까지로 연장받은 사실을 인정하였다.

iii) 남조선과도정부법률 제11호 국적에 관한 임시조례 제2조 제1호는 조선인을 부친으로 하여 출생한 자는 조선의 국적을 가지는 것으로 규정하고 있고, 제헌헌법은 제3조에서 대한민국의 국민되는 요건을 법률로써 정한다고 규정하면서 제100조에서 현행법령은 이 헌법에 저촉되지 아니하는 한 효력을 가진다고 규정하고 있다.

iv) 원고는 조선인인 위 이승호를 부친으로 하여 출생함으로써 위 임시조례의 규정에 따라 조선국적을 취득하였다가 1948. 7. 17. 제헌헌법의 공포와 동시에 대한민국 국적을 취득하였다 할 것이고, 설사 원고가 북한법의 규정에 따라 조선국적을 취득하여 1977. 8. 25. 중국 주재 북한대사관으로부터 북한의 해외공민증을 발급받은 자라 하더라도 북한지역 역시 대한민국의 영토에 속하는 한반도의 일부를 이루는 것이어서 대한민국의 주권이 미칠 뿐이고, 대한민국의 주권과 부딪치는 어떠한 국가단체나 주권을 법리상 인정할 수 없는 점에 비추어 볼 때 이러한 사정은 원고가 원고가 대한민국 국적을 취득하고, 이를 유지함에 있어 아무런 영향을 끼칠 수 없다고 판단하였다.

첫째, 이영순의 사건에서 보듯이, 남조선과도정부법률 제11호 국적에 관한 임시조례 제2조 제1호는 조선인을 부친으로 하여 출생한 자는 조선의 국적을 가지는 것으로 규정하고 있고, 둘째, 제헌헌법은 제3조에서 대한민국의 국민되는 요건을 법률³¹⁾로써 정한다고 규정하면서 제100조에서 현행법령은 이 헌법에 저촉되지 아니하는 한 효력을 가진다고 규정하고 있는 바, 원고는 조선인인 위 이승호를 부친으로 하여 출생함으로써 위 임시조례의 규정에 따라 조선국적을 취득하였다가 1948. 7. 17. 제헌헌법의 공포와 동시에 대한민국 국적을 취득하였다 할 것이고, 설사 원고가 북한법의 규정에 따라 조선국적을 취득하여 1977. 8. 25. 중국 주재 북한대사관으로부터 북한의 해외공

31) 1948년 12월 20일 법률 제16호, 개정, 1976년 12월 22일.

그 중요한 내용을 보면, 대한민국의 국적취득은 혈통주의를 원칙으로 하고 속지주의 원칙을 예외적으로 적용한다. 국적법 제2조 1항 1호, 출생 당시 아버지가 대한민국 국민인 경우 대한민국 국적을 갖는다(*ius sanguinis a parte*). 제2조 2항, 출생하기 전에 아버지가 사망한 경우에는 사망당시에 대한민국 국민일 때 대한민국 국적을 갖는다. 제2조 3, 4호, 아버지가 분명하지 않을 경우에는 어머니가 대한민국 부모가 분명하지 않을 경우, 또는 무국적자인 경우에는 대한민국에서 출생한 자도 대한민국 국적을 갖는다. 제3조 3항, 제5-7조, 9조, 대한민국 국적은 결혼, 인지 및 귀화에 의해 취득할 수 있다. 그리고 대한민국 국적을 상실한 자는 국적법 제14조 1항에 의해 법무부장관의 허가를 받아 회복할 수 있다.

민증을 발급받은 자라 하더라도 북한지역 역시 대한민국의 영토에 속하는 한반도의 일부³²⁾를 이루는 것이어서 대한민국의 주권이 미칠 뿐이고, 대한민국의 주권과 부딪치는 어떠한 국가단체나 주권을 범리상 인정할 수 없는 점에 비추어 볼 때 이러한 사정은 원고가 대한민국 국적을 취득하고, 이를 유지함에 있어 아무런 영향을 끼칠 수 없다고 판단하였다(대법원 1996. 11. 12. 선고96누1판결; 강제퇴거명령처분무효확인등).³³⁾

이러한 논리는 영토주권과 국가고권 지역의 유효범위의 상이에서 비롯되는 결과이다. 이는 비록 남북한이 분단되어 있다고는 하나 '전체로서의 한국'의 부분적 동일성을 유지하고 있는 것이다. 이는 서독이 분단 이후 '전체로서의 독일'(Deutschland als gabzes)으로써 그 부분적 동일성을 유지한 점과 동일하다고 볼 것이다.³⁴⁾

32) 독일의 경우 국적과 관련한 이와 같은 견해는, BVerfGE 36, S. 16, 30참조. 독일의 경우에 관해서는, D. Blumenwitz, Die staatsangehörigkeitsrechtliche Folge der Teilung Deutschlands, in: D. Heurich/B. Hoffman (Hrsg.), Konflikt und Ordnung. Festschrift für M. Ferid zum 70 Geburtstag, München (1978), S. 439ff; M. Hillfruber/B. Kempen, Das Selbstbestimmungsrecht des deutschen Volks und der Teso-Beschluß des Bundesverfassungsrecht, in: ROW (1989), S. 1313ff.

33) 한편 남북한 모두는 각각의 헌법 내지 법률에 의해 외국에 거주하는 자국민의 보호를 규정하고 있다(1987년 대한민국 헌법, 제2조 2항, 북한국적법 제3조).

34) 이러한 이론을 엄격히 구분하면, 지붕이론(Dachtheorie, 부분질서론, Teilsordnung)과 부분동일성 이론(Teilidentitätstheorie)으로 구분된다. 즉 1) 지붕이론은 남북한의 헌법에 의하여 창출된 국가적 질서는 전체로서의 국가인 한국의 헌법질서가 아니라는 것이다. 남북한은 국제법주체로서의 행위능력은 제한되었지만 본질적인 국가로서의 성격은 유지하며, 부분국가로서 제한된 국제법 주체일 뿐이다.

독일의 경우 이 견해에 따른 입장은, H. P. Ipsen, Das Grundgesetz in seiner Vorläufigkeit in: Über das Grundgesetz, (Hamburg, 1950), S. 182ff; K. Vocke, Deutschlands Rechtslage im Spiegel der Lehre und Praxis, Diss. (Würzburg, 1957), S. 79ff; J.G.Gleich, Die Anerkennung der DDR durch die Bundesrepublik, Augsburger Schriften zum Staats- und Völkerrecht, Bd. 3, Bern/Frankfurt am Mein, (1975), S. 79ff; R. Geiger, Status der Oder-Neiße-Linie-völkerrechtlichen Status der Oder-Neiße-Linie-nach dem Warschauer Vertrag vom 17. Dezember 1970, in: Kulturschriftung (Hrsg.), Reden zu Deutschland 1980, (Bonn, 1981), S. 121ff(127); D. Blumenwitz, Die Grundlage eines Friedensvertrages mit Deutschland, Ein völkerrechtlicher Beitrag zur künftigen Deutschland, Schriften zum Öffentlichen Recht, Bd.,(Berlin, 1966)(이하 Grundlage), S. 116ff.

2) 부분동일성 이론에 따르면, 남한과 북한은 전적으로 동일하지 않고 다만 부분적으로 동일하다는 것이다. 즉 부분동일성 이론은 동일성이론과 부분질서이론의 요소

이러한 원리에 따라 제3국을 유랑하다 국내에 입국하게 되면 탈북자들의 국적취득은 전혀 법적 문제가 되지 않는다. 다만 그 절차상의 문제에 있어서 어떠한 절차를 밟을 것이냐 하는 것이다. 이는 서독의 사례에서 그 근거를 찾아본다.

2) 서독(BRD)의 경우

1945년부터 1990년 사이에 독일 국경을 넘거나 제3국을 통해 서독으로 망명한 동독난민의 수는 약 45만에 달한다. 이들 모두가 '소련점령지역으로부터의 난민' 또는 '독일민주공화국(동독, DDR)으로부터의 난민이다. 그러나 이들은 엄격한 의미로는 국제법상 난민이 아니다. 그들은 주로 자유시장체제와 개인의 복지를 위해 탈출한 이들이기 때문이다.

그들의 이러한 탈출 배경에는 두 가지의 전제조건이 있다. 첫째, 독일기본법 제116조의 국적관계에 관한 경과규정이다.

를 포함한다. 다시말해서, 남한은 유효성의 문제로 인하여 그 헌법의 유효한 범위에서 지역고권만을 행사하므로 그 동일성은 전체로서의 한국과 주체성의 범위에서 동일하다고 한다; 독일에서 이같은 견해는, F. Klein, Das rechtliche Verhältnis der Bundesrepublik zur Reichsrepublik und zum Deutschen Reich, in: Man-goldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz, Bd., 1, 2. Aufl., (Bern/Frankfurt am Mein, 1957), S. 29f f(35); D. Blumenwitz, Grundlage, S. 94ff; F.A. Heydte, Die Entstehung der deutschen Rechtlage, in: JIR., (1962), S.137ff. 독일연방헌법재판소에서도 서독이 전체로서의 독일과 부분동일하다고 주장하였다. 이에 대해서는 BVerfGE 36, S. 1ff: 1987년 10월21일의 판결(이른바 Teso결정)참조, Teso판결에 관해서는 M. Hillfruber/B. Kempen, Das Selbstbestimmungsrecht des deutschen Volkes und der Teso-Beschluß des Bundesverfassungsrechts, in: ROW, (1989), S. 1313ff; D. Blumenwitz, Denk ich an Deutschland. Antworten auf die deutsche Frage, Bayerische Landezentrale für politische Bildungsarbeit(Hrsg.), 1. Aufl., (München, 1989), S. 126ff; G. Teyssen, Deutschlandstheorien auf der Grundlage der Ostvertragspolitik, Schriften zum Staats-und Völkerrecht, Bd. 22, (Frankfurt am Mein, 1987), S. 384ff. 한편, 3) 동일성 이론(Identitätstheorie)에 따르면, 한국은 남북으로의 분단에도 불구하고 계속성을 유지하고 있으며, 양 국가가운데 하나가 이전의 한국과 동일하다고 한다. 독일의 경우 이 설에 있는 입장은, A. Arndt, Der deutsch Staat als Rechtsproblem, (Berlin, 1960), S. 36ff; U. Schneider, The Staatsrechtliche Kontinuität in Deutschland, in: DVBl, (1950), S. 481 ff; D. Blumenwitz, Grundlage, S. 87ff. 그러나 이 설에도 약간의 견해차이는 있다; 자세한 것은, 김충구, 위의 논문 (주 16), 284면 이하. 이러한 남북한과 전한국과의 법적관계와 국제관계에 관한 국가계속성 여부에 관해 독일이론에 비교해놓은 것으로서, 자세한 것은, 김충구, 위의 논문, 284 이하 참조.

제1항, 이 기본법에서 말하는 독일인이란 법률에 달리 규정이 없는 한, 독일 국적을 가진 자이거나, 1937년 12월 31일 현재 독일국 영역내의 독일 혈통을 가진 망명자 또는 피추방자 또는 그 배우자나 비속으로 받아들여진 자이다.

제2항, 1933년 1월 30일(역자주: 나찌정부 입성)에서 1945년 5월 8일(역자주: 세계 제2차대전 당시의 독일의 항복일) 까지의 기간 중 政治的·종족적 또는 종교적 이유로 국적을 박탈당한 구 독일국적 보유자와 그 비속은 신청에 따라 다시 귀화한다. 1945년 5월 8일 이후 독일안에 주소를 가져왔고 반대의사를 표명하지 않는 한 이들은 국적을 상실하지 않은 것으로 본다.

이러한 조문상의 독일식 민족주의인 혈통주의를 바탕으로 서독 정부의 꾸준한 정책이 이렇게 많은 탈주자들을 탄생시키고 수용하고, 마침내는 통일을 이루어 낸 것이다.³⁵⁾

두번째는 1972년 12월 동서독과의 기본조약이다. 사실 이 조약때문에 지금까지 동독을 국가로 인정하지 않다가 오히려 국가로 인정을 해주어야 되는 상황이 되어버린 것이다. 이렇게 되면 동독탈주민을 내국인으로 간주할 수가 없었다. 그럼에도 불구하고 서독은 동독이 전체독일의 일부로서 동서독은 타국이 아니며, 독일에는 오직 하나의 독일국적만이 존재한다는 입장을 견지했

35) 독일 국적에 관한 역사적 변천에 관한 상세한 것은, Ekkehart Stein, Staatsrecht, 11 Aufl., (Tübingen: J. C. B. Mohr(Paul Siebeck), 1988), S. 338-342; 전체독일의 政治的 문제에 대해서는, ders., a. a. O., S. 343ff; 기타 국적에 관한 참고는, Hailbronner, K., Deutsche Staatsangehörigkeit und DDR-Staatsbürgerschaft, in: JuS 1981, S. 712-718; Teppert, F., Die Rechtsstellung der "Deutschen ohne die deutsche Staatsangehörigkeit" im Sinne des Artikels 116 Abs. 1 des Grundgesetzes, 1969 (Diss.); Grawert, Staat und Staatsangehörigkeit. Verfassungsrechtliche Untersuchung zur Entstehung der Staatsangehörigkeit, 1973; v. Morr, H., Der Bestand der deutschen Staatsangehörigkeit nach dem Grundvertrag, 1977; Weidener/Hemberger, Deutsches Staatsangehörigkeit, 1979; Bleckmann, A., Problem der gemeinsamen deutschen Staatsangehörigkeit, Politik und Kultur, 1980, S. 31ff.; Schleser/Heinzel, Die deutsche Staatsangehörigkeit, 4. Aufl., 1980; Fritzsche, R., Funktion und Bestand der deutschen Staatsangehörigkeit nach dem Grundvertragurteils, 1981; Makarow/v. Mangoldt, Deutsches Staatsangehörigkeitsrecht, Loseblatt, 3. Aufl., ab 1982; v. Mangoldt, H., Zur Einheit der deutschen Staatsangehörigkeit im Spiegel jüngerer Konsulverträge, AVK 1984, S. 138-171; Bergmann/Korth, Deutsches Staatsangehörigkeit- und Paßrecht, 1985; 기타 독일연방헌법재판소의 판결은, BVerfGE 37, S. 217-239ff, BVerfGE 14, S. 142, 150ff., BVerfGE 17, S. 224, 227ff, BVerfGE 66, S. 277, 278ff 참조.

다. 이것이 바로 위에서 살펴본 ‘부분적 동일성’ 이론을 견지하는 독일연방헌법재판소의 견해의 결과이기도 하다. 그러므로 동독에서 서독으로 넘어온 모든 주민은 ‘자국민’으로 간주되어 동독당국이 발급한 신분증명서만 있으면 등록을 하고 이 증명서를 서독 여권이나 신분증으로 바꾸어 줌으로써 독일인으로서의 지위를 확보하는데 어려움이 없도록 배려했다.³⁶⁾

그 이외에도 서독은 제도적으로 다음과 같은 용어를 정비하고 그에 따른 적절한 조치를 취했다.

1) 독일은 동독 탈주자(Übersiedler)-더 상세하게는 동독정부로부터 허가를 얻어 이주한 합법이주민은 (Übersiedler), 동독정부로부터 허가를 얻지 못하고 탈출한 탈출이주민은 (Flüchtlinge)로 분류한다-및 동구권에 흩어져 살던 제3국 국적의 독일인들이 대량 유입되었다. 특히 동구권에 살다가 독일로 재이주한 사람들을 ‘재이주자’(Aussiedler)라고 부르는데, 이들은 동구권으로 이주했던 독일인의 자손들이었다.

2) ‘추방자’(Vertriebene)란, 19세기 말까지 독일은 이민을 갔던 나라였다. 처음에 이민을 갔던 곳이 동구권이기 때문에 아직도 그곳에는 독일인 후예들이 많이 살고 있다. 독일제국의 영토나 독일의 점령지에 살다가 전후 처리과정에서 독일로 추방된 사람들을 추방자라 한다. 제2차 대전이 끝나고 약 1천5백만 정도의 독일인이 재이주자와 추방자로서 서독에 유입되었다. 1950년 이후에도 약 300만명의 독일인들이 서독으로 재이주하였다.

3) 한편, 독일은 1950년대에, 독일국적 소유자인지 아닌지에 상관없이 독일인이라는 이유만으로 나치에 부여했다는 죄명으로 제2차 세계대전 후에 동구권에서 추방되거나 강제로 이주당한 사람들을 받아들여야만 했다. 이때에도 독일은 기본법 제116조상의 독일민족소속(deutsche Volkzugehörigkeit)원이란 개념-i) 독일의 국가에 소속된 사람이란 의미에서 국적보유자(deutsche Staatsangehörigkeit) 보유자와, ii) 독일민족에 소속된 사람이란 의미의 독일민족소속(deutsche Volkzugehörigkeit)

36) 한편 동독의 경우에는 1949년 동독헌법 제1조에 따라 오직 하나의 독일국적만이 존재한다고 했었다. 그러므로 1976년 2월 20일 동독인민의회가 동독의 국적에 관한 법률을 새로 제정하기까지는 동서독에는 하나의 독일제국 국적만이 존재했다(DDR Handbuch Band 2 M-Z, 3., überarbeitete und erweiterte Auflage, Verlag Wissenschaft und Politik, Köln, Januar 1985, S. 1277-1278 참조.

그 후 기본조약 서명전인 1972년 10월 16일 다시 ‘국적문제를 규율하는 법률’을 제정, 1972년 1월1일 이전에 동독을 떠나 거주지에 돌아오지 않고 있는 자와 그 자손은 본 법 발효후 동독의 국적을 상실한다(Cronik der Deutschen 1983, S. 1032)고 규정했었다; 이장희, 독일통일의 국제법적 조명-서독의 주권회복과정을 중심으로-, : 허영 편저, 독일통일의 법적조명, (박영사, 1994), 66면 참조.

보유자란 개념이 동시에 내포되어 있다³⁷⁾-을 사용하여 독일인을 광범위하게 수용하는 '추방자연방법'(das Bundesvertriebenengesetz)을 제정하였다.³⁸⁾

또한 이 '추방자연방법'을 근거로 독일 국적 소지자나 독일 민족소속원이면서 1945년 5월 8일 현재 추방지역에 살았던 사람으로서 독일인에 대한 압박의 결과 추방지역을 떠나지 않을 수 없었던 자들을 추방자로 규정하여 독일로 받아들여졌다.

4) 계속해서 '전쟁후유증처리법'(das Kriegsfolgenbereinigungsgesetz)을 제정하여 1993년 1월 1일 이후에 독일로 이주하는 사람들을 수용하는 법적 근거를 만들었다. 이 법에 따라서 독일정부는, 독일 국적자나 독일 민족 구성원으로부터 출생한 자나, 부모나 부모의 일부 혹은 친척을 통하여 언어, 교육, 문화 등 확증할 수 있는 독일민족 특징을 전달받은 자나, 동구권에 있던 독일인 거주지역을 떠나는 시점에서 독일 민족 구성원임을 선언하고, 떠나는 시점까지 독일 민족 구성원임이 알려져 있었거나 그가 거주하는 국가의 법에 의하여 독일민족으로 분류되었던 자를 독일인으로 폭넓게 인정하여 독일인과 동일한 사회보장 혜택을 주고 독일로 재이주시키는 정책을 수행하였다³⁹⁾

5) 독일 정부는 국제적으로도 재이주자들을 합법적으로 수용하기 위하여, 1970년에 소련과 '모스크바조약'을 체결하였고, 1972년에는 폴란드와 '바르샤바 조약'을, 1975년에는 'KSZE 조약'을 체결했다.⁴⁰⁾

게다가 1985년 이후에는 동구권이 민주화되면서 독일 재이주민들이 동구권 각국에서 독일로 이주할 수 있는 길을 열어 놓고 있었다.

37) Hans-Justus Rink and Dieter Hesselberger, Grundgesetz für die BRD Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsrechts, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 1989, SS. 936-940).

38) 그 내용에 관해서는, Adolf Wolf, Aussiedler und DDR -Übersiedler heute. Ein Ratgeber für die Statusfeststellung, (Karlsfeld bei München: Wilhelm Jüngling GmbH & Co., 1986), S. 16-17. 참조.

39) Günter Gugel, Ausländer, Aussiedler, Übersiedler: Fremdenfeindlichkeit in der BRD, (Tübingen: Verein für Friedenspädagogik Tübingen e. V., 1994.), S. 109.

40) 김세연, 위의 논문 (주 23), 131-132면. 그리고 이 부분은, 최경옥, 위의 논문 (주 20)에도 실려 있지만 이 본문에서의 용어구분의 이해를 돕기 위한 것으로서 중복해서 소개하고 있음을 밝힌다.

IV. 脫北者 保護問題와 基本權과의 關係

위에서도 보았듯이 탈북자들의 자유를 향한 걸음은 목숨을 건 사투였다. 이다지도 힘든 길을 택했던 그들이기에 우리 정부에 대한 기대 또한 크지 않을 수 없었다.⁴¹⁾ 이들에 대한 인권에 관한 보호문제를 국내적인 측면에서 조명해보려고 한다.

국내적으로는 이들에 대하여 대한민국에 입국하여 어떻게 정착하느냐 하는 문제는 1) 거주·이전의 자유와 관련된다고 할 것이다. 이들 탈북자에게 거주이전의 자유는 과연 어떻게 보장되어질 수 있을 것인가 하는 문제와, 2) 경제적 문제가 가장 우선시되는 인간다운 삶의 생존권과 관련된 생존권적 基本權이며(예를 들면, 94년 9월 당시 나이 22세였던, 과거 북한인민군이였다가 귀순하여 2년여만에(1996년 1월 7일) 중국행 화물선을 타고 역탈출을 시도했다가 발각된 김형덕 사건),⁴²⁾ 3) 이들이 어떻게 새로운 사회에서 적응할 수 있도록 보호정책을 펼 것이냐 하는 것이며(예를 들면, 김정일의 전처, 성혜림의 조카, 이한영 피살사건), 특히나 이들이 받는 문화적 이질성에서 받는 충격이라는 것은 실로 상상을 넘을 수도 있을 것이다. 이와 관련하여 이들의 인간존엄으로서의 幸福追求權은 어떻게 보장해야만 될 것인가, 4) 이들에게 직업선택과 사유재산 관리와 관련된 경제적 基本權은 어디쯤 와 있으며, 5) 이들에게 대한민국이란 땅에서 政治的 참여는 어떤 형태로 보장할 것이냐 하는 것은 어쩌면 참으로 묘한 문제가 될 수도 있을 것이다. 그러나 그들도 이 땅에서 선거에 직접 참여하기도 했었다. 그러면 이들은 피선거권자는 될 수 없는 것인가 하는 문제도 짚어볼 일이다.

41) 탈북귀순동포들의 현주소(특집), 안수길, 귀순자 대책 무엇이 문제인가-귀순자는 북주민 축소판, 송의동지회 사무실도 마련못해-, 102면 이하; 김진숙, 생활고 참을 수 있지만 무관심은 참기 어려워-생소한 남한살이 정보나누는 귀순자들 '사랑방' 탐방, 월간 동화, (1996년 5월호), 112면 이하 참조.

42) 한국일보, 1996. 2. 8. 그는 대한민국에서 일정한 직업없이 골프장에서 골프공을 줍는 아르바이트를 하면서 살았다고 함. 그의 54년에 월남 귀순한 김원기씨, 55년도 홍성선씨 등이 80년대 후반 생활고를 비관해서 자살; 안수길, 위의 책, 103면 참조.

1. 居住移轉의 自由

대한민국 헌법 제14조는 '모든 국민은 거주·이전의 자유를 가진다'라고 규정하여 놓고 있다. 거주이전의 자유란 국가의 간섭을 받지않고 자신이 원하는 곳에 주소 또는 거소를 정하거나 그곳으로부터 자유로이 이전하거나 또는 자신의 의사에 반하여 居住地와 滯留地를 변경하지 아니할 자유를 말한다. 게다가 거주이전의 자유는 표현의 자유와도 관계가 있다. 특히 북한주민들이 거주를 남한으로 옮기겠다는 의사표시는 공산주의치하에서 살기를 원하지 않고 민주주의 정부인 남한에서 살겠다는 의사표시으로써 또한 사상과 양심의 표현의 자유와 관련되는 부분이기도 하다.

또한 거주이전의 자유의 주체는 한국 국적을 가진 모든 자연인과 국내법인이 그 주체가 된다.⁴³⁾

이러한 거주이전의 자유의 문제에 있어서 북한주민들의 거주이전의 자유는 어떤 근거에서 발생할 수 있을까? 그 근거는 물론 대한민국 헌법제3조(영토조항; 대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다)에서 비롯된다고 볼 수 있다.⁴⁴⁾ 이 조항에 의해서 북한에서 살고 있는 북한주민은 대한민국의 국민으로서 거주이전의 자유의 주체가 될 수 있는 것이다.

그렇지만 현재로선 3·8선 때문에 이러한 거주이전의 자유는 북한의 국가 권력에 의한 제한을 받고 있는 것이다. 따라서 북한주민들은 3·8선을 넘어 자유로운 왕래는 할 수가 없다. 그러므로 북한주민은 불법적으로 국경을 이탈하여 탈북자란 이름으로 제3국을 통하여 한국으로 거주이전을 하는 것이므로 이들의 대한민국 입국에는 대한민국 국적을 새로이 취득해야 할 의무가 없는 것은 말할 필요도 없다. 다만 국적취득의 절차만 밟으면 되는 것이다.⁴⁵⁾

43) 권영성, 헌법학개론, (법문사, 1995), 316면 이하 참조.

44) 이에 관해서는 최경옥, (주 20) 참조.

45) 통일독일이 이루어진다는 바로 이 거주이전의 자유가 그 주된 원인이다. 즉 헝가리가 동독에 대하여 국경을 개방하자 오스트리아를 통하여 동독의 경제인구가 다 빠져나가기 시작했다. 이리하여 동독의 붕괴는 동독건국 40주년 축제일인 1989년 10월 7일 직후에 시작되었다. 마침내 동독의 Egon Krenz 서기장은 1989년 11월 9일 헬싱키 최종결의(Final Act of CSCE, 1975. 8. 1.)에 따라 동독국민에게 여행자유화

더 나아가 현시점의 북한과의 햇볕정책에 입각해서 이전의 동서독에서처럼 3·8선을 넘나들 수 있는 제한된 자유로운 통행만이라도 할 수 있는 협상을 취해 봄직도 하다.⁴⁶⁾ 물론 중국이나 러시아가 국경을 개방해주면 더 말할 나위도 없을 것이다. 이 점에 대해서 대한민국 정부는 특별히 외교력을 발휘할 필요가 있을 것이다.

2. 生存權的 基本權

탈북자들이 대한민국의 국민이 됨과 동시에 가장 문제가 되는 것은 우선 인간에게 있어 가장 근본적이면서도 필수적인 것은 경제적인 문제가 될 것이다. 이들이 낮은 곳에 와서 최저한의 기본적인 생활이 보장되지 못한다면 이들은 위의 김형덕 사건에서 처럼 재탈출을 시도할 수 있을 것이며, 심지어 자유를 찾아 목숨을 버리고 찾아왔던 땅에서 자살을 하고 마는 결과를 초래하는 것이다. 그러므로 무엇보다도 중요한 것은 그들의 의식주는 인간적인 삶을 추구하게 하기 위해서 반드시 보장되어야 하는 대한민국 헌법상의 생존권적 基本權이다.

대한민국 헌법 제34조 1항에 따르면, 모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다. 제2항, 국가는 사회보장·사회증진에 노력할 의무를 진다.

이러한 조항에 따라 탈북자들은 그들의 국민된 권리를 누릴 수 있어야 하며, 국가는 이들의 사회복지에 증진해야할 의무가 있다.

를 완전히 허용하였다. Berlin 장벽이 무너지는 금세기 최대의 역사적 조치를 단행했다; Bundesministerium für innerdeutsche Beziehungen(Hrsg.), Informationen, Nr. 21, 17. 11. 1981, S. 7-8; Bundesministerium für innerdeutsche Beziehungen(Hrsg.), Presspiegel, Nr. 18, 17. 11. 1989, S. 1-3). 원래 동·서독간의 거주이전의 자유를 허용하는 여행자유화는 그러나 1945년 이래 승전 4대국에 의해 1989년 11월 9일까지 제한되어 왔다. 한쪽 지역에서 다른 쪽 지역으로의 여행은 연합국이 사안별로 검토하여 발행한 통과여권이 있어야 가능했다. 이러한 제한은 서방지역에서는 곧 폐지되었으나, 소련점령지역에서는 50년대까지 계속되었다. 이후 동독은 1968년 6월 10일 세베를린과 서독간의 통행에 여권 및 비자의 의무규정을 만들어 여행제한을 계속했던 것이다. 이 규정의 주 목적은 동독이 서독과 서베를린과의 연결을 막으려는데 있다; Chronik der Deutschen, 1983., S. 1040 참조; 이장희, 위의 논문(주 36), 67면 참조.

46) 북한과의 일괄타결론, 동아일보 1999. 2. 13자 사설 참조.

이들의 남한에서의 생활상태가 어느 정도인가는 그들의 증언에서 잘 나타나고 있다. 또한 이들에게 직접적으로 적용될 수 있는 하위법은 북한이탈주민보호법이 될 것이다. 과거의 귀순자들에게 포상하던 방식으로 그들의 정보나 기타 군사무기 등을 가지고 입국한 것에 대한 댓가성 포상인 보로금 등 — 여기에는 또다른 문제가 내포되어 있었다. 즉 북한에서 호위호식하고 잘 살았던, 다시말해 북한에 충성을 맹세하며 살았던 계층들은 남한에서도 잘 살고, 그렇지 못하고 오히려 북한정권에 불협조자였던 이들은 남한에서도 못 살게 되는 모순이 생겨났다. 뿐만 아니라 이러한 문제로 인해 귀순자들간에도 화합이 잘 안될 뿐만 아니라 위화감이 조성되고 있다고 한다. 이 부분은 경우에 따서는 행복추구권의 부분에 커다란 장애요소가 되기도 한다. — 이 아니라, 이제는 그들이 이제까지 잃었던 자유에 대한 보상과 이곳에서 적용할 수 있는 기본정착금적 성격으로 변화해온 것이다.

이러한 정착금이라도 독일에 비해서도 결코 적다고는 할 수 없다.⁴⁷⁾ 그러나 중요한 것은 그들이 정착금만으로는 안정된 생활을 유지하기가 힘들다는 사실이다. 이들에게는 직장알선, 기타 직업교육⁴⁸⁾ 등으로 그들이 이 남한사

47) 한국의 현재 지원상태는, 1998년 11월 13일 통일부는 탈북귀순자에게 지급하는 정착금을 현재의 1인당 6백90만원에서 2천7백만으로 올리는 것을 골자로 한 '북한이탈주민보호시행령 개정안'을 입법예고했다. 이 개정안이 국회를 통과할 경우 귀순자에게 대한 초기 지원금은 정착금과 주거지원금을 합하여 현재의 1인당 1천5백여만원에서 3천7백여만원으로 늘어난다. 개정안은 이와 함께 취업을 위한 훈련수당을 신설해 매월 교통비를 포함, 47만원을 지급키로 했다. 통일부는 "내년(1999) 1월 1일 개정안 시행을 목표로 현재 예산당국과 재원문제를 협의 중"이라면서 "그러나 이미 한국에 들어온 귀순자들에게는 새 시행령을 소급적용하지 않을 방침"이라고 밝혔다; 동아일보, 1998. 11. 14.. 또한 서독에서의 동독 이주민 정착지원 내역으로는 크게, 거주지 마련, 생활상담과 후견, 생활용품, 가구구입을 저리용자, 학력인정, 교육촉진금 지원, 대졸자 사회진출 보조, 사회복지 지원 등으로 크게 나누어져 있다. 자세한 것은, 박종철·김영윤·이우영, 앞의 논문, (주 18), 제40면 참조.

48) 가장 어려운 문제가 바로 취업문제이다. 1993년 이전까지는 이들 탈북자들의 취업을 의뢰받으면 그 기업들은 의무적으로 받아들여야 했기 때문에 그다지 문제가 없었다. 그러나 1993년 이후부터는 경찰에서 개인적인 연줄로 부탁을 하면 기업들로서는 그다지 달가워하지 않았다. 왜냐하면 일부 전문직 종사자를 제외하고는 업무능력이 떨어졌기 때문이다. 그 이유중의 하나가 본인의 경력이나 능력, 적성에 관계없이 희망직종에 우선적으로 취직시켜 주었기 때문이기도 한다.

북한이탈주민에 대한 직업교육은 그동안에는 실시해오지 않다가 이러한 이유로 여러가지 문제도 발생하거니와, 199년 별목공들이 귀순하면서 이들의 직장알선이 중

회에서 제대로 적응하고 삶을 이끌어 갈 수 있도록 인도해주는 것이 그들에게 실질적 의미의 생존권을 보장하는 길이 될 것이다. 실질적 생존권의 의미는 어쩌면 인간으로서의 존엄을 가질 수 있는 幸福追求權과도 연결된다고 볼 수 있을 것이다.

3. 幸福追求權

행복이라는 단어의 의미는 참으로 다의적이라고 할 수 있을 것이다. 주관적일 수도 있고 객관적일 수도 있다. 동시에 물질적인 것과 정신적인 것이 충족되어야 하는 필요충분적 조건이기도 하다.⁴⁹⁾ 이러한 행복을 추구한다는 것은 우리 헌법상의 基本權에 어떤 위치를 차지할까 하는 문제와, 탈북자들에게 있어서 행복을 추구하는 데는 과연 무엇이 전제되어야 하는가 하는 문제를 검토해본다.

幸福追求權은 人間으로서의 尊嚴과 價値를 실현하기 위한 수단으로서의 권리가 될 것이다. 그렇다면 외부로부터의 어떤 정신적·물질적 침해를 받지 않을 소극적인 측면과, 인간으로서의 진정한 문화적 삶을 누릴 적극적인 측면이 포함될 것이다.

대한민국 헌법 제10조 제1문 후단에, '모든 국민은 행복을 추구할 권리를 가진다'라고 규정되어 있다.

이러한 幸福追求權이 실현되는데는 對國家的 效力과 第3者的 效力이 있을 수 있을 것이다. 우선, 대국가적 효력으로는 탈북자 그들에게 있어서는 그들이 안심하고 이 대한민국 땅에서 살아갈 수 있게 해주는 것이 가장 우선적인 경우가 될 것이다.

먼저 탈북자들이 국내에 입국한 이후 제일 먼저 겪게 되는 기본권 침해를

요한 문제로 대두되면서 부분적으로 직업교육이 실시되었다. 그러나 이 교육도 본인의 적성, 능력에 관계없이 주로 기술직에 한정되고, 집단생활의 통제도 많고, 남북한의 교육문제 차이로 교육 자체가 힘들어서 '정수직업훈련원'에서의 훈련도 중단되었다. 기타 자세한 것은, 박종철·김영윤·이우영, 위의 논문, 21면이하 참조.

49) 이러한 幸福追求權이 基本權 전체 내에서 차지하는 위치에 대해서는 견해가 엇갈리고 있지만 포괄적 基本權으로서 基本權의 총칙적 규정으로 보는 것이 좋을 것이다. 권영성, 헌법학개론, (법문사, 1995), 264면 이하 참조.

보면 다음과 같다.

사례1; 이날 기자회견에서 조선인민군 제2군단 수산기지 지도원으로 있다 96년 1월 북한을 탈출, 중국을 거쳐 남한에 온 홍모씨(29)는 “귀순 직후 조사교육기관인 ‘대성공사’라는 곳으로 옮겨져 조사받는 과정에서 안기부직원들로부터 수차례에 걸쳐 곤봉 등으로 구타당해 오른쪽 손목인대가 늘어나는 부상을 당했다”고 주장했다. 이에 대해 안기부의 한 관계자는 “탈북자에 대한 가혹행위란 있을 수 없으며 최근 법개정으로 정착금이 줄어들자 이에 불만을 가진 일부 탈북자들이 사실을 과장한 것”이라고 반박했다(동아일보, 1999. 1. 16.)

이 사례에서도 보는바와 같이 그들은 그들의 입장에서 볼때 자백이나 심문을 강요당한다고 생각할 수도 있을 것이다.

사례2; 한편 피살된 이한영 사건의 경우, 그는 남한에서도 계속 북한관계자들의 추적때문에 하루도 마음편하게 살아본 적이 없다고 한다.

그는 계속해서 그러한 위험을 피하기 위하여 이사를 다녀야 했다. 그럼에도 불구하고 그는 결국 피살되고 말았다. 그가 그동안 이렇게 불안한 생활로 떠돌아 다니면서 겪었을 정신적·물질적 고통은 행복과는 거리가 얼마나 멀었을까?! 게다가 한국에서의 그들에 대한 감시·아닌 관찰의 측면도 그들에게는 결코 달가운 일은 아니었을 것이다.

이러한 이유들로 인하여 인간의 근원적이며 최고의 목표인 행복추구권과 인간의 존엄성이 훼손되고 있는 측면이 있다. 물론 이러한 측면은 幸福追求權의 방어적이며 소극적인 측면밖에 되지 않는다. 그러면 적극적인 측면의 幸福追求權은 어떤 경우가 있을까?

이는 아마도 오히려 私人간의 제3자적 효력에서 찾아야 할 것이다. 물론 이는 직접적인 침해측면 보다는 그들에게 보이지 않는 정신적 고통을 느끼게 하는 부분이 될 것이다.

사례3; 탈북자들은 남한에서의 생활자체가 어렵다고 한다. 첫째, 말이 잘 통하지 않아 남한사람들과의 의사소통이 제대로 되지않아 남한 사람들과 인간적으로 사귀는데 커다란 장애요인이 되고 있다.⁵⁰⁾

인간이 살아가는데 중요한 문화적 요소인 인간관계의 형성이 제대로 되지 않는다는 것은 고독한 삶이 되고 스스로의 자아정체성(self-identity)을 유지하기가 힘들어진다. 자신의 존재도 결국 타인과 더불어 형성되어지고 그 가운데서 자신과 타인의 인격을 교환하며 행복을 창조하는 과정이 되는데 탈북주민에게는 이러한 부분이 힘들다.

왜냐하면 인간에게 있어서 상호이해의 행위가 행위조정의 메카니즘의 역할을 담당함으로써 의사소통적 이성이 사회적 삶의 과정과 직접적으로 연관되어 있다. 의사소통적 행위들의 조직은 생활세계로부터 자원을 공급받고, 동시에 구체적 생활형식들을 재생산하는 매개수단을 형성하기 때문이다.⁵¹⁾

둘째, 40~50년간의 문화적 이질성에서 오는 괴리감도 탈북주민으로서는 감내하기 힘든 부분이다. 물론 문화라는 단어의 포괄성에는 교육, 이념, 경제, 예술 그리고 사람들의 살아가는 일상적인 생활—관습—등 모든 분야가 포함될 것이다. 이러한 모든 분야에서의 이질성이 그들이 남한생활을 하는데 참으로 어려워하는 부분이기도 하다.

‘理解’의 필요성을 딜타이(W. Dilthey)는 다음과 같이 강조한다. 즉 ‘理解’에 ‘個人과 超個人’의 二重的 構造는 全體로 향한 部分의 관계를 가지적으로 만드는 것이다. 인간은 목적과 의미를 가지고 스스로의 생활가치로서 생활과 역사를 형성하는 개인의 최고의 창조적인 존재이며, 가치에 의해서 의식적으로 충족되고, 사물의 이용가치와 관련이 있는 이와 같은 창조적인 힘은 목적

50) 같은 한국말임에도 불구하고 통역이 필요할 정도라고 한다. 예를 들면, 남) 우리 아이 머리 좋다, 북) 우리 아이 골이 좋다/ 남) 소꿉친구, 북) 송아지 동무 / 남) 훌륭하다, 북) 비슷하다; 국립국어연구원, 북한 문학 작품의 어휘, (1998); 동아일보, 1999. 2. 3. A12면 참조.

또한 탈북주민의 이야기 한 토막; “대학에 입학하였으나 1년만에 중퇴하였습니다. 영어나 한자도 그렇지만 역사부분에서도 처음 들어보는 사람들이 많았습니다. 예를 들어 신채호 같은 분은 북한의 역사시간에 전혀 배워본 적이 없습니다.”(1996. 10. 23. ㄸ 씨)

“직업교육을 받고 있습니다. 자동차 정비인데 기술습득보다 용어를 이해하는 것이 더욱 어려웠습니다. 두 달 정도 지나서야 비로소 강의를 이해할 수 있었습니다. 따라서 남한 사람들과 같은 기간의 교육과정을 마치고 자격시험을 치는 것을 감당하기 어렵습니다.”(1996. 7. 3. ㄱ 씨); 자세한 것은, 박종철·김영운·이우영, 앞의 논문, (주 18), 88면 이하 참조.

51) 워르겐 하버마스/이진우 옮김, 현대성의 철학적 담론, (문예출판사, 1995), 369면 참조.

을 형성한다. 그래서 역사적인 세계는 목적에 의하여 충족된다. 즉 價値는 善과 目的이며, 경우에 따라서는 선과 목적에 가치를 부여하는 그 자체이다. 따라서 '價値賦與'는 目的設定의 前提條件이며 개인적인 목적실현 가운데 자기정의의 행복스런 전제조건이다.⁵²⁾

그러므로 이러한 상호이해의 폭이 좁다는 것은 추상적인 고차원의 문화를 누리기란 참으로 어려운 난제로서 그들의 행복추구권이 제대로 형성되고 보장되어 진다고는 할 수 없을 것이다.

셋째, 남한 사람들의 은연중의 멸시행위, 특히 자본주의하에서의 물질숭배주의와 경쟁적인 생활태도가 그들을 남한에서의 생활을 어렵게 만들고 있다.

넷째, 그들 스스로 가족을 버리고 혼자서만 잘 살겠다고 넘어 온 죄책감과 그로 인해 주위 사람들에게서 받는 정신적 피해 등이 또한 그들을 괴롭히고 있다.

다섯째, 그들은 이 시대가 필요로 하는 정보를 구하기가 쉽지가 않다. 그래서 자기네들끼리 동아리를 만들어 정보를 교환하기도 하지만 그나마 극히 한정될 수밖에 없다.⁵³⁾

그러므로 이러한 모든 私人간의 보이지 않는 精神的 問題에 관한 제3자적 基本權에 관한 문제는 어찌면 그들이 자신을 가지고 자발적 내지 창조적으로 남한에서의 생활을 이끌어가는데 보이지 않는 장애가 되고 있다. 따라서 특히 남한주민들은 그들에게 따뜻한 배려를 아끼지 않을 뿐만 아니라, 그들 편에 서서 이해하고 더 나아가서 적극적으로 그들이 남한에서 생활하는데

52) W. Dilthey, Die Geistige Welt. Einleitung in die Philosophie des Lebens. Erste Hälfte. Abhandlungen zur Grundlegung der Geisteswissenschaften. Bd. V, (Stuttgart: B. G. Teubner, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 6. Aufl., 1974), S. 238, 256, 258; 최경옥, 루돌프 스펜트의 統合理論에 대한 批判的 研究, (東亞大學校 博士學位論文, 1995學年度), 25면 참조.

53) 탈북주민의 하소연 한 토막; "국민학교 문제도 잘 모르겠습니다. 컴퓨터화, 기계화되어 자신감이 없습니다. 지식이 따라주지 못합니다.;" 자세한 것은, 박종철·김영윤·이우영, 앞의 논문, (주 18), 88면; 북한 이탈 주민의 친목단체로는, 일반귀순자들의 모임인 '승의동지회'(1981년 창설, 약 510명으로 구성), 군인출신 및 간첩활동을 하다 전향한 자들의 모임인 '통의동지회', 그리고 동구 유학생 중심으로 결성된 '동유회', 1990년대 귀순한 사람들의 일부 모임인 '나라사랑모임회', '한백회', 이들의 '집단지주 지역인 가양동회 친목회' 등이 결성되어 있다; 박종철·김영윤·이우영, 위의 논문, (주 18), 23면 참조.

도움이 되도록 정신적으로 도와주는 것이 그들에게 행복을 찾게 해주는 환경이 될 것이다.

사례4: 또 북한에서 고위관료였던 탈북자들은 남한에서도 풍족한 생활을 누리고 있으나 일반주민 탈북자들은 극심한 생활고를 겪는 등 북한에서의 계층차이가 남한에서도 이어져 탈북자간에 위화감이 조성되고 있는 것으로 밝혀졌다.⁵⁴⁾

이는 참으로 심각한 정신장애를 일으키는 문제인 것 같다. 뿐만 아니라 대한민국 정부에도 체제자체에 부담을 유발시킬 수 있는 문제이기도 하다. 왜냐하면 이러한 부류의 사람들은 오히려 북한체제에 협력하지 않은 사람들이었고 그로 인해 불이익을 당했던 사람들이다. 그런데 그런 부류의 사람들이 대한민국이란 체제하에서도 북한에 불협조했었던 연유로 인해 또다시 불이익을 상대적으로 당한다면 이것은 참으로 역사의 아이러니가 아닐 수 없다. 이로 인하여 그들이 대한민국 정부에서 제대로 행복을 추구하지 못하고 상대적 박탈감을 느끼게 한다는 것은 이것은 체제의 존재이유를 되묻게 될 것이다.

4. 經濟的 基本權⁵⁵⁾

인간에게 있어서 소유한다는 것만큼 좋은 일은 없다. 그러나 북한주민으로

54) 한 탈북자의 증언을 들어보면, “지금 우리는 북한에서 중노동이나 굶주림에 고생하던 노동자 계급이나 벌목공, 하급 군인 등의 탈북자는 해외에서 떠돌게 내버려 둔 채, 김정일에 빌붙어 호위호식하다가 체제붕괴를 걱정해 자기 혼자 잘 살겠다고 이 탈하는 사람들을 대대적으로 환영하는 우를 범하고 있는 것입니다. 북에서도 쌀밥 먹던 사람은 남에서도 쌀밥만 먹고 북에서 죽도록 고생만 하던 사람은 남에서도 역시 대접 못받는다면 어딘가 잘못된 일입니다.”, 안수길(1942년 황해도 재령출생, 1966년 원산에서 예인선 몰고 탈북, 귀순), 동국대학교 행정학과 입학, 동대학원 석사과정 수료, 승의동지회(귀순자모임) 조직간사, (주) 현대해상화재보험 이사 재직 중, 정부에서는 처음에 철도공무원으로 취직시켜준 것을 그만두고, 이 자리도 본인의 노력에 의하여 구했다고 함), 귀순자 대책 무엇이 문제인가, 위의 책 (주 41), 110면 참조.

55) 탈북자들이 남한에 와서 자신에게 생긴 가장 큰 변화가 무엇인가라는 질문에 대하여 “나의 재산이 생겼다는 것, 돈이 늘어가고 있다는 것”이라는 대답이 가장 많았다, 이영선·전우택 편, 탈북자의 삶—문제와 대책—, 연세대학교 통일연구원 연구총서, (오름, 1996), 28면 참조.

써 살았던 이들 탈북자들은 사적 소유의 개념이 없었다. 그들에게는 平等主義原理와 集團主義原理만이 존재했었다. 그러다 남한에 내려와서 개인재산을 소유해보는 경험을 하게 된 것이다.

근대적 인권선언에도 소유권의 불가침을 열거해놓고 있다. 이는 인간다운 생활을 확보하고 더 나아가 문화적이고 정신적으로 풍요로운 인격을 지닌 고차원의 행복을 지닐 수 있는 바탕이 되기도 한다.

그런데 문제는 남한에 살고 있는 이들 탈북자들이 남한이란 사회의 적응력이나 경험 또는 정보 부족 등으로 그들이 가지고 있는 최소한의 재산이나 마 여러가지 이유로 소진시켜 버리는데 있다.⁵⁶⁾

현행 한국 헌법에는 經濟的 基本權으로서 職業選擇의 自由(제15조)와 財產權(제23조)을 규정하고 있다. 그러나 탈북자들의 이러한 경제적 基本權은 과연 보장되고 있는 것일까?

먼저 직장이란 자아를 실현하여 세계로 나아가는 길이며 이를 바탕으로 미래를 설계하는 인생에 있어서 중요한 경제적 필수요소이다. 그러나 탈북자들에게는 직업선택의 자유가 극히 제한되어 있다.⁵⁷⁾ 그러므로 이들에게 그들의 능력과 적성에 맞추어 직업교육을 시켜서 그들의 노동력이 적재적소에 배치되어 생산성을 갖추도록 장소와 시대에 따른 직업교육을 시킬 필요가 있다.

한편 헌법 제23조에서 財產權이란 ‘經濟的 價値가 있는 모든 公法上 및 私法上의 權利를 말하고.....’는 의미가 내포되어 있다.⁵⁸⁾ 이러한 재산권의 보장

56) 어느 탈북자의 이야기; “..... 그러다가 애가 사기를 당했어요. 전주에 있는 사람에게 사기를 당했는데 친구를 사장으로 앉혀놓고 결재만 하고 도장만 팡팡 찍으라고 하니까 시키는 대로 했는데.... 나중에 부도가 난거예요. 달아난 거지요.”; 선한승, 북한 노동자의 적응력 실태와 인력활용방안, (한국노동연구원, 1995), 89면.

57) 그들은 북한에서의 생산체제하에서 노동력의 생산성이 낮을 뿐만 아니라 그들이 남한에서 필요로 하는 노동력을 갖추었을 리가 없다. 그런데 사실 남한 정부에서도 이들에 대한 직업교육이 제대로 이루어지고 있지가 않다. 이러한 이유로 인해 이들에게 직업을 선택할 여건이 조성되고 있지 못하다. 이에 대한 상세한 것은, 윤덕룡·김태규, 탈북자의 실업과 빈부격차에 의한 갈등 및 대책: 탈북자들의 경제문제에 관한 설문조사 결과를 중심으로, 통일연구, 제1권 제2호(1997. 169-220)(연세대학교 통일연구원), 177면 이하 참조.

58) 판례: 헌재결 1992. 6. 26.(90 헌바 26).

은 사유재산에 대한 任意的 處分權과 그 침해에 대한 防禦權이라는 主觀的 公權과 客觀的 價値秩序로서 사유재산제를 제도로서 보장하는 것이다. 그런데 탈북자들에게는 아직 자본주의 생활에 익숙하지 못한 관계로 인해 위의 사례에서와 같이 그들의 사유재산을 제대로 관리 처분할 능력이 없으며 이로 인해 타인으로부터 그들 재산을 침해받는 경우가 많다. 이러한 경우를 대비해 탈북자들이 그들의 재산을 제대로 관리처분할 수 있는 지도를 할 수 있는 제도적 장치를 마련하는 것도 그들의 經濟的 基本權을 보장하는 하나의 방법이 될 것이다.

5. 政治的 基本權

‘인간은 政治的 動物이다’라는 표현에서도 알 수 있듯이 政治的 基本權은 인간의 제1차적 욕구본능이다. 게다가 오늘날 민주정치는 국민이 국가의 의사형성에 직·간접으로 참여하며 이로 인해 국가기관의 정치과정에도 참여하며 또한 통제를 하고 있다.

이와 같은 參政權은 政治的 基本權의 핵심으로 이에 國民發案權, 國民表決權, 國民召還權 등과 같은 直接 參政權과, 選舉權과 公務擔任權(被選舉權, 公職就任權) 등의 間接 參政權이 있다.

그런데 특히 탈북자에게 있어서는 간접참정권 중에서도 공무담임권이 문제가 된다. 먼저 선거권을 보면, 현행 헌법 제24조에는 ‘모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 선거권을 가진다’라고 규정되어 있다. 탈북자들에게도 선거권은 대한민국 국민으로써 잘 보장되고 있다고 본다.

그러면 문제가 되는 것은 公務擔任權에 관한 것이다. 현행 헌법 제25조에는 ‘모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 공무담임권을 가진다.’라고 규정되어 있다. 공무담임이라 함은 입법부·사법부·행정부는 물론 지방자치단체 등 국가·공공단체의 구성원으로서 공무를 담당하는 것을 말한다.

물론 공무담임권에는 연령·거주기간 등을 요건으로 하고 있을 뿐만 아니라 여러가지 결격사유를 포함하고 있다(공직선거 및 선거부정방지법 제19조).

그럼에도 불구하고 여기서 특히 문제시 삼을 수 있는 것은 위에서 규정된 조건들을 다 갖춘 탈북자들의 被選舉權에 관한 것이다. 물론 북한에서 그들은 진정한 의미의 參政權도 가져보지 못하였을 것이다. 그러므로 한국에서 자기의 의지대로 秘密選舉를 치러본다는 것은 참으로 그들에게겐 민주주의의 산경험을 하게 되는 순간이었을 것이다. 그러나 그것이 대한민국 국민으로서 당연히 누릴 수 있는 피선거권을 가진 것은 아니다. 즉 아직도 탈북자들 중에서 어느 누구도 선거에 입후보한 적은 없다. 물론 모든 대한민국 국민이 모두 입후보자가 될 수도 없고 되려고도 하지 않는 경우도 있다.

문제는 대한민국의 社會的·文化的·政治的 여건이 이들 탈북자에게 피선거권을 누릴 수 있는 분위기를 조성하고 있는가 하는데 있다. 아마도 이러한 여건들은 전혀 고려되고 있다고 보아지지 않는다. 그렇다면 이러한 현재의 여건에는 어떠한 문제점이 있는 것일까?⁵⁹⁾

첫째, 탈북자 자신들의 의식이 문제일 것이다. 왜냐하면 그들은 지금 한국이란 낮은 땅에서 생활자체를 유지하고 즐기는 것도 힘에 겨울지도 모른다. 따라서 그들이 이러한 政治的 문제에까지 관여할 정신적·물질적·경제적 여유가 없을 수도 있다.

둘째, 혹시라도 탈북자들이 정치에 직접 관여하고 담당하기 위하여 입후보자가 되려고 했을 때, 한국 국민들이 이들의 思想的·政治的 인식에 대해 그들을 어떻게 생각할까 하는 두려움이 앞설 수도 있을 것이며, 실제로 한국 국민들도 그들의 政治的 意志를 진정하게 이해하려 하지 않을 수도 있을 것이다.

셋째, 어쩌면 탈북자들은 정치란 것에 대한 혐오를 가지고 있을 수도 있을 것이다. 그러므로 평범한 행복을 추구하려고 할지도 모른다.

넷째, 탈북자들은 또한 민주주의에 대한 경험이 아직도 미숙하기 때문일 수도 있다.

이러한 이유들로 인해서 탈북자들에게는 그들이 피선거권을 행사하기에는 社會的·政治的 장애가 가로놓여 있는 것이다.

59) 현행헌법 제11조 제1항은 법앞에 평등과 함께 '누구든지 성별, 종교, 사회적 신분에 의하여 政治的·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 차별을 받지 아니한다'라고 규정하여 놓고 있다.

한편 경우에 따라서는 북한체제에 대한 반기로 한국에서 북한에 남아있는 주민들을 하루라도 빨리 자유와 인간존엄을 찾아주기 위하여 더욱더 민주적인 정치를 해보고 싶어할 수도 있다.

그렇다면 이러한 두 부류, 즉 어떠한 이유로든 정치를 할 수 없는 전자의 부류나, 후자의 정치를 하고 싶어하는 부류들에게 있어서 한국 정부는 이들의 政治的 基本權 — 특히 피선거권 — 을 보장하기 위하여 어떠한 정책을 세워야만 할까?

첫째, 탈북자들이 정치에 있어서 ‘反民族 反民主’적 사고를 버리고 그들의 ‘反北韓的이고 親民主的인 思想’을 실현할 수 있는 社會的·政治的 制度를 법적으로 제도화시켜주는 방안도 생각해 볼 수 있을 것이다. 왜냐하면 이들의 사상은 이미 대한민국의 헌법적 질서를 보장할 수 있는 검증된 思想과 良心을 지녔다고 유추할 수 있기 때문이다. 따라서 과거의 선택할 수 없었던 상황에서 거수로 인해 그들의 사상의 표현의 자유와 그 구체적 실행이 제한되어서는 아니될 것이다. 따라서 이들에게 특히 그들의 政治的 思想과 表現의 自由를 실행할 基本權을 보장해주는 制度的 장치도 검토해야만 될 것이다.

둘째, 그들이 정당한 대한민국 국민이라는 인식을 가지고 당당한 권리행사를 할 수 있는 교육적 프로그램을 개발하여 그들이 대한민국 국민으로 완전히 동화될 수 있는 여건을 조성하는 것도 그들에게 진정한 행복을 추구하면서 政治的 基本權을 보장할 수 있는 방안이 될 것이다.

셋째, 위의 두 여건을 조성하는데는 무엇보다도 남한에 거주하고 있는 한국 국민들의 그들에 대한 인식전환을 유도하는 분위기를 조성하는 것도 그들의 幸福追求權 및 政治的 基本權을 보장해주는 방법이다. 이와 같은 여건이 조성되지 않는 것은 어쩌면 눈에 보이지 않는 정신적 침해로 간주될 수 있으며, 이로 인해 그들의 政治的 基本權이 침해될 수 있기 때문이다. 基本權의 침해가 반드시 가시적이 아니고 無形的이고 抽象的이며 精神的인 것이라도 그것은 侵害임에 틀림없다. 이러한 침해로부터도 보호될 수 있는 적극적인 정책이 요구되어진다.

V. 結 論

조국 광복의 기쁨도 잠시 3·8선이 생겨나 남·북한이라는 굴레를 벗어날 수가 없게 되었다. 그것은 역사적 사실이 되어 탈북자라는 용어를 탄생시켰다. 그들도 법적으로는 위에서 살펴본 바대로 대한민국 국민이였었고 지금도 대한민국 국민이다. 그럼에도 불구하고 지금도 여전히 탈북자라는 이름 하나로 국내외에서 여러가지로 그들의 권리를 제대로 찾지 못하고 있다. 특히 중국이나 러시아 등 제3국을 떠돌면서 그들이 겪는 고통은 人間尊嚴과 인간으로서의 幸福追求權에 반하는 것으로서 이들을 위해 국제적 보호를 요청할 책임은 대한민국 정부에 있다— 이러한 대한민국의 책임에 이미 다른 논문에서 다루었기 때문에 여기서는 그 부분은 제외되었다—.

그러면 앞서 예를 든 경우에서처럼 탈북의 경로, 동기, 신분 등이 참으로 다양하며 그 경로의 험남함때문에 대한민국 정부는 이들을 더욱더 보호해야 할 의무가 있는 것이다. 즉 그들에게 인간으로서의 존엄성과 행복을 추구할 수 있는 원천적인 基本權을 보장할 최선의 정책을 세우고 실현하여야 할 것이다.

따라서 이러한 어려움을 견디고 생명을 담보로 자유를 찾아 여러 경로를 통해 참으로 힘들게 대한민국에 입국한 이들이 이 땅에서나마 자유와 행복을 마음껏 즐길 수 있는 사회적·경제적·문화적 여건을 조성하여 실질적인 법 앞의 평등을 누리고 있는가를 점검하지 않을 수 없다. 그러나 이 물음에 확답을 하기에는 이 땅에서의 탈북자들의 생활이 그렇게 순조로운 것만은 아니다.

탈북자들이 대한민국이란 땅에서 사는 동안에는 대한민국 정부는 이들에게 원래의 남한주민들만큼의 행복은 보장해주어야 한다. 그들이 일상생활의 모든 면에서 인간다운 삶을 추구할 수 있는 여건을 조성해 주어야 한다.

대한민국 헌법이 이들에게 보장해야 할 基本權으로서 크게 다음의 것으로 들 수 있을 것이다.

첫째, 居住·移轉의 自由를 들 수 있을 것이다. 법적으로는 남북한이 대한민국의 영토이기 때문에 거주이전이 자유롭다. 그러나 사실은 이 부문마저도

제대로 보장할 수 없는 것이 오늘날의 국제적 여건이다. 따라서 우리 정부는 이 부분에 관해서 중국이나 러시아 당국 기타 제3국과 또는 국제적 기구와의 연대를 강화할 필요가 있을 것이다. 이것은 물론 탈북자들의 국적취득의 문제와도 직결된다. 아직도 이러한 거주·이전의 자유를 보장하기에는 정부의 적극적인 대책이 요구된다.

둘째, 生存權的 基本權에 관한 것이다. 탈북자들이 단순히 정착금만으로는 그들의 생활을 운영해가기가 힘들 것이다. 이들에게 좀더 구체적이고 적성에 맞는 실질적인 직업교육을 시킨다든지 하여 실질적인 생존권을 보장해 주도록 배려를 하여야 할 것이다.

셋째, 幸福追求權에 대한 보장이다. 탈북자들이 대한민국에 입국한 이후에 문화적 이질성이나 기타 사회적 여건 등으로 진정한 행복을 추구하고 있다고 보기는 어렵다. 정부는 이러한 부분에 더욱더 세심한 배려를 하여 이들이 적극적으로 이 사회에 동화될 수 있는 프로그램을 마련하는 복지정책을 펴야 할 필요가 있을 것이다.

넷째, 經濟的 基本權에 관한 것이다. 탈북자들이 사유재산을 소유해 본 것은 그들의 인생에서 처음 경험해보는 소중한 것이다. 그런데 그들의 사회적·경제적 경험부족으로 그들의 재산을 탕진하기 일쑤이고, 또한 그들의 적성에 맞는 직업선택의 폭이 좁다. 그러므로 탈북자들에게 그들의 재산을 지키고 직업을 선택할 수 있는 제도적 장치를 마련할 필요가 있다.

다섯째, 政治的 基本權에 관한 것이다. 그중에서도 특히 被選舉權에 관한 제도적 보장이다. 탈북을 하였다는 것만으로 그들의 政治的 思想은 표현되었다고 볼 수 있을 것이다. 그리하여 이들이 대한민국 국민으로서 누릴 수 있는 권리는 최대한 보장을 해주어야 할 의무가 있다—이들이 공무담임을 하는데 결격사유가 없을 시—. 누릴 수 있는 권리를 누리지 않는 것과 누리고 싶어도 보이지 않는 장애로 인해 권리 그 자체를 포기하는 것은 다르다. 후자는 政治的 基本權의 權利侵害에 해당한다.

이와 같은 문제들은 탈북자들이 한국국적을 취득하는 과정에서부터 한국에 입국한 이후에 겪게 되는 것으로서 대한민국 헌법이 보장하는 基本權이 실질적으로 보장되어지지 않고 있는 부분들이다.

역사는 만들어 낸 자의 책임이다. 어떠한 과정으로 오늘날과 같은 분단상황이 왔다고 하더라도 그 역사의 책임은 그 후손에게도 승계된다. 그러한 책임은 회피할 것도 아니고 둘러갈 것도 아니다. 정당한 길을 밟아 가도록 대한민국 정부가 그 책임을 질 수밖에 없는 것이다. 결국 대한민국의 영토는 '한반도와 그 부속도서이다'라는 규정에 따른 책임과 의무인 것이다.