무국적 사할린 동포의 대한민국 국적 확인 소송
- 서울행정법원 2014. 6. 19. 선고 2012구합26159 판결 -

Ⅰ. 들어가며

일제강점기에 사할린으로 강제 징용되었다가 고국으로 돌아오지 못한 동포들이 있다. 이들의 수는 43,000에 이른다. 일본은 1938년 「국가총동원령」을 제정하여 당시 식민지 조선인을 일본에 할양된 사할린에 강제 징용했다. 1945년 패전으로 일본은 본국으로 철수하면서 강제 징용한 조선인은 사할린에 내버려두었다. 이후 사할린은 소련에 편입되었는데 소련은 사할린에 방치된 조선인을 일괄적으로 무국적자로 처리했다. 시간이 흐르면서 이들 중 상당수는 생존을 위해 러시아 국적이나 북한 국적을 취득해야 했다. 그렇지 않으면 무국적자로 남아 각종 사회적 제약 속에서 살아야 했다. 우리 정부는 국제적인 냉전 체제 속에서 소련과 수교를 맺지 않았다는 이유로 사할린 동포에 무관심했다. 1990년 9월 30일 한소수교가 이루어진 후에도 우리 정부는 일본에 책임을 떠넘기면서 사할린 동포 문제 해결에 미온적인 태도를 보였다.

이에 2009년 시민단체와 동포들을 중심으로 사할린 동포 문제를 해결하기 위한 '사할린 희망 캠페인단'이 꾸려졌고, 2010년 5월에는 사할린 동포 지원 변호인단이 사할린을 방문했다. 방문 후 사할린 동포 지원 변호인단은 2건의 소송을 기획했다. 무국적 사할린 동포를 대리한 대한민국 국적 확인 소송과 러시아 국적 사할린 동포를 대리한 위로금 지급 각하 결정 취소 소송이 그것이다. 「대일항쟁기 강제동원 피해조사 및 국외강제동원 희생자 등 지원에 관한 특별법」은 대한민국 국적자만 위로금 지급 신청을 할 수 있게 요건을 정하고 있다. 위 2건의 소는 모두 2012년 8월에 제기되었다. '위로금 지급 각하 결정 등 취소' 사건은 1심에서 패소하여 현재 서울고등법원에서 항소심 진행 중에 있고, '대한민국 국적 확인' 사건은 2014년 6월 19일에 원고의 청구를 인용하는 판결 선고가 이루어진 후 상대방이 항소하지 아니하여 승소 확정되었다. 이 글은 무국적 사할린 동포의 대한민국 국적을 확인한 서울행정법원의 판결을 평석한 것이다.

Ⅱ. 사건의 경위 및 피고의 주장

1. 사건의 경위

원고의 아버지는 1910. 5. 18., 원고의 어머니는 1924. 1. 3. 각 경상남도에서 태어나 일제강점기 때 사할린으로 강제 징용되었다가 귀국하지 못하고 사할린에 남게 되었다. 원고의 부모는 사할린에 거주하던 1954. 1. 10. 원고를 낳았다. 원고의 부모는 러시아 국적을 취득하지

아니한 채 1977. 2. 17., 1983. 1. 7. 각 사망하였다. 원고는 러시아 국적을 취득해서는 안 된다는 부모의 뜻에 따라 태어나서 지금까지 무국적 상태로 사할린에 거주해 왔다. 이에 원고는 부모의 유언에 따라 대한민국을 상대로 대한민국 국민임을 확인하는 소를 제기하였다.

2. 피고의 주장

원고는 피고(대한민국)에게 국적과 관련한 어떠한 문의도 하지 않았고, 여권을 신청하거나 재외국민 등록을 신청하지도 않았으며 국적 판정 절차를 이용하지도 않았다. 따라서 확인의 대상이 되는 법률관계에 관하여 원고와 피고 사이에 어떠한 분쟁도 없으므로 이 사건 소는 확인의 이익이 없어 부적법하다. 또한 확인의 소의 적법요건인 확인의 이익은 권리 또는 법률상 지위에 현존하는 불안·위험이 있고 그 불안·위험을 제거하기 위하여 확인 판결을 받는 것이 가장 유효·적절한 수단일 때에만 인정된다. 그런데 「국적법」 제20조 제1항에는 법무부장관이 대한민국 국적의 취득이나 보유 여부가 분명하지 아니한 자에 대하여 이를 심사한 후 판정할 수 있는 국적판정 제도가 마련되어 있다. 원고가 자신의 국적을 확인 받기 위해서는 국적판정 제도가 직접적이고 유효·적절한 수단임에도 국적판정 제도를 거치지 아니하고 바로 국적의 확인을 구하는 소를 제기하였으므로 보충성의 요건을 충족하지 못하여 부적법하다.

Ⅲ. 쟁점

일단 이 사건의 가장 큰 쟁점은 무국적 동포가 대한민국 국민인지 여부다. 그런데 이 쟁점을 논하기 전에 먼저 동포가 무엇인지 알아야 한다. 무국적 동포라고 했을 때 동포가 무엇인지 알아야 무국적 동포의 국적도 논할 수 있기 때문이다. 동포가 무엇인지, 어디까지 동포로 볼 것인지 명확하게 규정한 법은 없다. 「재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률」은 재외동포를 "1. 대한민국의 국민으로서 외국의 영주권을 취득한 자 또는 영주할 목적으로 외국에 거주하고 있는 자, 2. 대한민국의 국적을 보유하였던 자(대한민국정부 수립 전에 국외로 이주한 동포를 포함한다) 또는 그 직계비속으로서 외국국적을 취득한 자 중 대통령령으로 정하는 자"로 정의하고 있으나(제2조) 당해 정의에 따르더라도 동포가 무엇인지 해석이 필요하다. 이론이 없지는 않지만 이 글에서는 대체적인 견해에 따라 '국적을 불문하고 한민족의 혈통을 지닌 자'로 정의하겠다. 이러한 정의에 따르면 무국적 동포는 '국적이 없는 한민족의 혈통을 가진 자'로 해석된다. 이러한 무국적 동포는 크게 대한민국 국민이라는 견해와 대한민국 국민이 아니라는 견해가 있다. 이 사건에서 피고는 원고가 대한민국 국민이 아니라고 주장했다. 그러나 그 논거는 원고가 제출한 증거들, 즉 원고의 부모가 조선인이었고 원고는 러시아에서 태어나 무국적 신분으로 살아 왔음을 입증하는 서류들[1]을 믿을 수

1) 대한민국과 러시아는 「외국공문서에 대한 인증의 요구를 폐지하는 협약」(이하 '아포스티유 협약')의 가입국

없다는 것이다. 이 사건에서 피고는 무국적 동포가 대한민국 국민인지 여부에 관해서는 간접적으로나마 인정하는 태도를 보였다. 그러나 국적이 문제가 된 다른 사건들을 보면 피고의 태도는 일관되지 않다.

그 다음 쟁점은 국적판정 제도를 거치지 않고 대한민국을 상대로 곧바로 국적 확인을 구할 수 있는지 여부다. 당해 쟁점은 이 사건뿐만 아니라 국적 확인 혹은 국적 판정에 관한 일련의 사건에서도 중요한 쟁점이다.

Ⅳ. 무국적 재외 동포가 대한민국 국민인지 여부

1. 문제의 제기

「국적법」은 출생에 의한 국적 취득에 있어서 혈통주의를 원칙으로 하고 있다. 「국적법」 제2조 제1항은 "다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 출생과 동시에 대한민국 국적(國籍)을 취득한다. 1. 출생 당시에 부(父)또는 모(母)가 대한민국의 국민인 자 2. 출생하기 전에 부가 사망한 경우에는 그 사망 당시에 부가 대한민국의 국민이었던 자 3. 부모가 모두 분명하지 아니한 경우나 국적이 없는 경우에는 대한민국에서 출생한 자"라고 정하고 있다.

혈통주의를 취하는 「국적법」에 있어서는 「국적법」 제정 당시의 국적자를 정한 경과 규정이 필요하다. 경과 규정은 국적 취득의 출발점이 되기 때문이다. 특히 독립-피보호-피병합-외세군정-분단(재독립) 등으로 점철된 대한민국 역사로 말미암아 대한민국 국적을 설정하는 것이 일반적인 규정들만으로는 불충분하다. 따라서 대한민국 「국적법」의 경우 경과 규정의 필요성은 더욱 높다. 그런데 「국적법」이 제정된 1948년 12월 20일 당시의 시점에서 누가 당초의 대한민국 국민인가를 결정하는 경과 규정이 「국적법」을 비롯한 그 어디에도 없다[2]. 「국적법」을 제정할 때 한국인, 즉 대한민국 국적자의 범위를 어디까지로 할 것인가가 반드시 유의되어야 했다. 구체적으로 첫째 남한의 한인, 둘째, 북한의 한인, 셋째 재외 한인 중에서 「국적법」 제정 당시 어느 범위까지 한국 국적을 가지는지 명확히 하여야 했다. 이런 논의와 경과 규정이 없기 때문에 무국적 동포의 국적 논란이 벌어지는 것이다.

2. 학계의 입장

이다. 아포스티유 협약은 협약 가입국 사이에서 공문서의 상호간 인증을 보다 용이하게 하기 위해 외국 공관의 영사 확인 등 복잡한 인증 절차를 거치지 아니하고 공문서 발행 국가가 이를 확인하는 것으로 그 효력을 인정하는 협약이다. 이에 따라 협약 가입국이 발행한 공문서는 당해 협약 가입국의 아포스티유 확인만 받으면 대한민국에서 대한민국 공문서와 동일한 효력을 인정받게 된다. 원고는 러시아 정부가 발행한 원고 부모의 각 사망증명서, 원고의 출생증명서, 원고의 러시아 무국적 상태 거주권에 각 아포스티유 확인을 받아 증거로 제출했다.

2) 노영돈, '사할린한인에 관한 법적 제문제', 국제법학회논총 제37권 제2호 제138쪽

무국적 재외 동포의 국적이 대한민국이라는 점에 대해 학계는 대체로 입장을 같이 하는 것으로 보인다. 다만 그 이유는 저마다 다르다. 「남조선과도정부법률」 제11호(국적에 관한 임시조례, 1948년 5월 11일 제정) 제1조는 “본조례는 「국적법」이 제정될 때까지 조선인의 국적을 확립하야 법률관계의 귀속을 명백히 함을 목적함”, 제2조는 “좌의 일에 해당하는 자는 조선의 국적을 가짐. 1. 조선인을 부친으로 하야 출생한 자 2. 조선인을 모친으로 하야 출생한 자로서 그 부친을 알 수 없거나 또는 그 부친이 아무 국적도 가지지 않은 때 (3.~5. 생략)”, 제5조는 “외국의 국적 또는 일본의 호적을 취득한 자가 그 국적을 포기하거나 일본의 호적을 이탈한 자는 단기 4278년(서기 1945년) 8월 9일 이전에 조선의 국적을 회복한 것으로 간주함.”이라고 명시하고 있는데, 「국적법」과의 관계에서 이 조례의 계속적 효력을 인정하는 입장에서는 조례에 의해 조선호적에 있는 자와 일본호적에 있었다가 이를 이탈한 자는 조선국적자가 되고 이 조선국적자는 「국적법」 제정 이후 한국 국적자로 자동 전환되었다는 본다[3]. 반면 조례의 계속적 효력을 부정하는 입장에서는 조선인이라는 민족적 정체성에서 한국 국적을 인정할 수 있다고 본다. 다만 「국적법」의 입법적 불비를 지적하며 「국적법」을 개정할 것을 지적한다[4]. 한편 호적에의 등재로 대한국 국민의 자격을 정하는 것은 인정하면서도 이러한 「국적법」에 문제가 있다고 지적하며 국적으로서 한인을 분류하는 것에 대해 이의를 제기하는 견해도 있다[5].

3. 국회 및 정부의 태도

대한민국 정부 수립 후 국회에서의 「국적법」의 제정 과정을 보면 재외 동포들을 대한민국 국적자로 보지 않는 듯하다. 「국적법」 제정 과정에서 해외에 거주하고 있는 동포와 그 후손들이 모두 대한민국 국적을 가질 수 있도록 하자는 의견이 주장되었으나 채택되지 않았기 때문이다. 또 「국적법」 제정 과정에서 법제사법위원회는 “이 법안 중 제1조를 제외한 각 조문 중 대한민국의 국민을 한인으로 수정하고자 하며 그 이유는 법률의 소급효를 일반적으로 인정하지 않는 것이 관계이므로 대한민국 국민이라고 할 때 이 법 제정 이전에 출생한 자에 대한 구제책이 없으므로 이를 한인이라고 수정하여 이 법 제정 이전에 출생한 한인은 이를 국적을 가진 것으로 추정하려는 것”이라는 수정 이유를 달아 수정안을 제시하였다. 그런데 본회의에서는 이 위원회 수정안이 삭제되고 다시 원안대로 가결되어 공포·시행되었다. 이러한 국회의 태도는 재외한인을 대한민국 국민에서 적극적으로 배제한 것으로 해석된다[6].

반면 정부는 일관된 태도를 보이고 있지 않다. 조선적 재일동포에 대한 여행증명서 발급이 거부된 사건에서 정부는 이들을 무국적자의 지위에 있는 것으로 본 반면, 대한민국 국적자

3) 정인섭, ‘우리 국적법상 최초 국민 확정기준에 관한 검토’, 국제법학회논총, 제43권 제2호
4) 노영돈, ‘재일한인의 국적’, 백산학보, 2004. 4.
5) 이철우, 이호택, ‘한인의 분류, 경계 확정 및 소속 판정의 정치와 행정’,
6) 노영돈, 앞 논문에서 그대로 인용

와 결혼한 조선적 재일동포가 무국적자임을 전제로 F-2 체류자격을 신청한 사안에서 조선적 재일동포는 대한민국 국민이므로 F-2 체류자격을 받을 수 없다고 하였다. 한편 이 사건에서도 피고인 대한민국은 무국적 사할린 동포는 대한민국 국민임을 인정하지만, 원고가 무국적이라는 점, 동포라는 점에 대한 추가적인 입증(예컨대 호적에의 기재)이 필요하다고 하였다.

그런데 정부는 독립운동가의 경우 호적이 없더라도 무국적자나 외국인으로 취급하지 않는다. 일제시대에 해외로 망명하여 1948년 「국적법」 발효 전에 사망하거나 외국 국적을 취득한 독립운동가를 무국적자 또는 외국인으로 가정하고 이들에게 대한민국 국적을 찾아주자는 취지의 법률안 3개가 2005년에 발의되었는데 정부는 "무국적 상태에서 사망한 경우 일제시대 호적에 기재되지 아니하면 일응 무국적자가 되나 호적은 국적의 득실 등을 절차적으로 정리하는 행위에 불과한 것으로 일제시대 조선인을 부로 하여 출생하였다면 국적에 관한 임시 조례에 의하여 미군정하의 조선의 국적을 가지므로 우리 국민"이라는 입장을 밝혔다.

4. 다른 사건에서의 법원의 판단

대법원은 조선 국적을 취득 후 북한법에 의하여 북한 국적을 취득하여 중국 주재 북한대사관에서 해외공민증을 발급 받은 자의 지위에 관하여 "조선인을 부친으로 하여 출생한 자는 「남조선과도정부법률」 제11호 국적에 관한 임시 조례의 규정에 따라 조선국적을 취득하였다가 제헌헌법의 공포와 동시에 대한민국 국적을 취득하였다 할 것이고, 설사 그가 북한법의 규정에 따라 북한국적을 취득하여 중국 주재 북한대사관으로부터 북한의 해외 공민증을 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, 그러한 사정은 그가 대한민국 국적을 취득하고 이를 유지함에 있어 아무런 영향을 끼칠 수 없다"고 판시한 바 있다(대법원 1996. 11. 12. 선고 96누1221 판결)

반면 조선적 재일동포에 대한 여행증명서 발급 거부 처분이 문제된 사안에서 서울고등법원은 "대한민국 여권의 발급대상은 대한민국의 국적을 취득한 자로 제한됨이 원칙이고, 무국적의 외국 거주 동포는 여권법의 적용 대상이 아니다"고 하여 무국적 동포를 무국적자로 판단한 바 있다(서울고등법원 2010. 9. 28. 선고 2010누3536 판결 참조). 참고로 이 사건의 상고심에서 대법원은 무국적 동포의 국적에 대해서는 별도로 판단함이 없이 조선적 재일동포는 구 남북교류법상 여행증명서를 소지하여야 대한민국에 왕래할 수 있다고만 판단하였다(대법원 2013. 12. 12. 선고 2010두22610 판결)

5. 이 사건에서의 법원의 판단

"사할린 거주 한인의 이주 경위와 국적 취득 과정 등에 비추어 보면 사할린에 강제 이주된 한인은 대부분 일제 강점기에 일본에 의하여 강제 동원되지 않았더라면 1948. 7. 17. 제정된 헌법(이하 '제헌헌법'이라 한다)의 공포와 동시에 당연히 대한민국의 국적을 취득하였을 것이다.

제헌헌법 제3조는 대한민국의 국민되는 요건은 법률로써 정한다고 규정하여 국적법률주의를 천명하고 있었다. 한편 제헌헌법 제정 당시에는 「국적법」이 제정되어 있지 않았으나 제헌헌법 제100조는 현행법령은 이 헌법에 저촉되지 아니하는 한 효력을 가진다고 규정하여 1948. 12. 20. 법률 제16호로 「국적법」이 제정되기 전까지는 「남조선과도정부법률」 제11호 국적에 관한 임시조례(이하 '임시조례'라 한다)에 의하여 국적관련 법률관계가 규율되었다. 임시조례는 제2조에서 조선의 국적을 가지기 위한 요건을 규정하였는데, 그 중 제1호에서 조선인을 부친으로 하여 출생한 자는 조선의 국적을 가진다고 규정하여 혈통주의를 원칙으로 하였고, 이러한 혈통주의는 1948. 12. 20. 법률 제16호로 제정된 「국적법」(이하 '제정국적법'이라 한다)에도 이어져 제정 국적법 제2조 제1호는 출생한 당시에 부(父)가 대한민국의 국민인 자는 대한민국의 국민이라고 규정하고 있었다(이 규정 내용은 1997. 12. 13. 법률 제5431호로 개정된 「국적법」 제2조 제1항 제1호의 내용이 '출생한 당시에 부 또는 모가 대한민국의 국민인 자'로 개정되기 전까지 계속 유지되었다). 한편 임시조례 제2조 제2호는 조선인을 모친으로 하여 출생한 자로서 그 부친을 알 수 없거나 또는 그 부친이 아무 국적도 가지지 않은 때, 제3호는 조선 내에서 출생한 자로서 그 부모를 알 수 없거나 또는 그 부모가 아무 국적도 가지지 않은 때, 제4호는 외국인으로서 조선인과 혼인하야 처가 된 자(다만 혼인 해소에 의하여 외국에 복적한 자는 제외한다), 제5호는 외국인으로서 조선에 귀화한 자(다만 귀화의 요건 급 귀화인의 권한은 별로 법률로서 정한다)를 규정하고 있었다.

이와 같은 제헌헌법과 제정 국적법에 따르면 사할린으로 강제 동원된 한인으로서 임시조례 제2조 각 호에 정한 요건에 해당하는 사람은 조선의 국적을 가지고 있다가 제헌헌법의 공포와 동시에 대한민국 국적을 취득한다. 그리고 그 자녀, 특히 조선인을 부친으로 하여 출생한 자는 제헌헌법 공포 전에 출생한 경우 임시조례 제2조 제1호에 의하여 조선의 국적을 취득하였다가 제헌헌법의 공포와 동시에 대한민국의 국적을 취득하고(대법원 1996. 11. 12. 선고 96누1221 판결 등 참조), 제헌헌법 공포 후에 출생한 경우 임시조례 제2조 제1호 또는 제정국적법 제2조 제1호에 따라 출생과 동시에 대한민국 국적을 취득한다."

6. 소결 - 이 판결의 의미 및 한계

이 사건 판결은 무국적 동포의 국적을 법리적으로 밝힌 최초의 판결이다. 기존에 북한 국적자에 대해서는 판결이 있었지만 무국적자에 대한 판결은 존재하지 않았기 때문이다. 더 나아가 무국적 동포가 대한민국 국민이라는 점을 확인했다는 점에서 이 사건 판결은 중요한 의의를 가진다. 법원은 임시조례의 계속적 효력을 인정하면서도 호적에의 등재 여부를 따지지 않았다는 점에서도 의의가 있다. 호적에의 등재 여부를 따지게 되면 이를 입증하기 어려

운 대부분의 무국적자는 대한민국 국민이 아니라는 결론에 이르기 때문이다.

그럼에도 불구하고 여전히 한계는 존재한다. 법원의 판결대로라면 자발적으로 러시아의 국적을 취득한 사할린 동포는 대한민국 국민이 아니게 된다. 그러나 현재 남아 있는 무국적 사할린 동포의 수는 극히 적다. 현실적인 이유로 절대다수의 동포가 러시아 국적을 취득했기 때문이다. 또한 법원의 판결대로라면 본인의 의사에 반하여 국적을 취득한 자, 예컨대 재중 동포 역시 대한민국 국민이 아니게 된다. 참고로 재중 동포는 대한민국 국민이 아니라는 판결은 이미 존재한다. 그러나 다른 나라의 국적 취득 여부를 가지고서만 대한민국 국민인지 여부를 판단하는 것은 우리의 복잡하고 슬픈 과거사를 망각하는 것이다. 특히 일제 강점기 이후 이어진 러시아, 북한, 중국, 일본과의 일그러진 정치적 관계를 동포들에게 무책임하고도 폭력적으로 전가하는 것이다. 애초에 동포 전체에 대해 대한민국 국적을 부여하려 했던 논의 과정 및 제한적이나마 복수국적이 허용되는 현행 「국적법」을 고려한다면 무국적자인지 여부를 불문하고 대한민국 국민임을 확인하는 것도 의미가 있다. 그런 의미에서 「외국국적 동포의 국적회복 등에 관한 업무처리 지침」은 눈여겨 볼만하다. 동 지침은 중국 국적 동포를 포함한 외국국적 동포들의 국적회복을 인정하고 있기 때문이다. 그러나 동 지침은 정부로 하여금 국가정보원장과의 협의를 거쳐 신원조회, 체류동향조사를 할 수 있게 하고 있다. 또한 동 지침에는 신청의 근거만 있을 뿐 이에 대한 심사나 허가 기준이 없다. 결국 동 지침에 따르면 정부가 원하는 동포나 국민으로 선별적으로 받아들일 수 있게 되는 것이다.

한편 대한민국 국민으로 본다고 해서 모든 문제가 해결되는 것은 아니다. 조선의 핏줄이라는 정체성을 유지하는 사람들에게 반쪽 자리 정부의 국민임을 확인하는 것은 강요일 수도 있는 것이다. 예컨대 조선적 재일동포 중에는 역사에 대한 인식에서 의도적으로 대한민국 국적을 취득하지 않는 자도 있다. 또한 「남북교류협력에 관한 법률」 제10조(외국 거주 동포의 출입 보장)는 “외국 국적을 보유하지 아니하고 대한민국의 여권(旅券)을 소지하지 아니한 외국 거주 동포가 남한을 왕래하려면 「여권법」 제14조제1항에 따른 여행증명서를 소지하여야 한다.”고 정하고 있고 「여권법」 제14조제1항은 “외교부장관은 국외 체류 중에 여권을 잃어버린 사람으로서 여권의 발급을 기다릴 시간적 여유가 없는 사람 등 대통령령으로 정하는 사람에게 여행목적지가 기재된 여권을 갈음하는 증명서(이하 "여행증명서"라 한다)를 발급할 수 있다.”고 하여 같은 대한민국 국민에 대해서도 출입국의 자유를 제한할 수 있는 권한을 정부에 부여하고 있다. 결국 지금과 같은 법제 하에서는 대한민국 국민임을 확인 받더라도 다시 차별을 당하는 역설적인 상황이 발생하게 된다. 이 부분을 반드시 재고해야 한다.

Ⅴ. 국적판정 제도와 소의 이익

「국적법」 제20조는 “① 법무부장관은 대한민국 국적의 취득이나 보유 여부가 분명하지 아니한 자에 대하여 이를 심사한 후 판정할 수 있다. ② 제1항에 따른 심사 및 판정의 절차와 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.”고 하여 국적판정제도를 두고 있다. 이에 따르면 국적 판정을 받으려는 자는 국적판정 신청서를 작성하여 법무부에 제출하면 되고 법무부는 소정의 절차를 거쳐 국적을 판정하게 된다.

그렇다면 이러한 국적판정 제도는 소송을 하기 위해 반드시 거쳐야 하는 절차인가. 즉 국적판정 제도를 거치지 않고 곧바로 국가를 상대로 국적확인의 소를 제기하는 것이 적법한가, 아니면 먼저 국적 판정 절차를 거친 후에 해당 판정 결과에 불복할 때에 항고소송으로 다퉈야 하는 것인가.

참고로 이 사건에서는 국적판정 제도를 거치지 아니하고 곧바로 국가를 상대로 당사자 소송 형태로 국적 확인을 구했다. 국적판정 제도를 거치지 않은 데에는 이유가 있다. 당해 절차는 국내에서만 이용 가능하기 때문이다. 국적 판정 제도에 관해서는 법무부예규인 「국적업무처리지침」에서 구체적으로 정하고 있는바, 동 지침은 국적 판정 신청자가 신청 당시부터 판정 시까지 국내에 머무르는 것을 전제로 절차를 마련하고 있다. 즉 국적 판정 신청을 하기 위해서는 여행 체류자격 등을 소지하여 대한민국에 먼저 입국하여야 하고 입국 후 국적 판정 신청을 한 후 심사 결정이 있을 때까지 대한민국에 체류해야 한다. 동 지침 제10조 제3항 단서에 따라 예외적으로 국적 판정 신청자가 심사 도중 잠시 출국할 수는 있지만 이 경우에도 신청 및 결정 당시에는 대한민국에 체류해야 한다. 요컨대 외국에 있는 상태에서 국적 판정 신청을 할 수는 없다. 그리하여 현실적으로 사용할 수 없는 절차를 거치기보다는 정공법으로 대한민국을 상대로 국적 확인을 구한 것이다.

이에 대해 대한민국은 원고가 자신의 국적을 확인 받기 위해서는 국적판정 제도가 직접적이고 유효·적절한 수단임에도 국적판정 제도를 거치지 아니하고 바로 국적의 확인을 구하는 소를 제기하였으므로 보충성의 요건을 충족하지 못하여 부적법하다고 주장하였다. 그러나 국적판정 제도를 거친 자가 법무부장관을 상대로 국적비보유판정의 취소를 구한 사건에서 대한민국은 모순된 주장을 하였다. 즉 당해 사건에서 대한민국은 “행정소송 중 취소소송의 대상인 처분은 행정청의 공법상 행위로서 특정사항에 대하여 국민의 구체적 권리의무에 직접적인 변동을 초래하는 행위여야 하는데, 「국적법」 제2조 이하의 관계법령에 의하면, 국적은 국민의 자로 출생한 사실 등이 있을 때 당연히 발생하거나 인지에 따른 신고, 또는 귀화허가에 따라 발생하는 것이고, 이 사건 통보는 원고가 대한민국 국민인 부 또는 모의 자로 출생한 사실이 없어 「국적법」 제2조에 의한 국적자로 판정할 수 없다는 것으로서 그로써 원고의 국적이 박탈되거나 변동되는 것이 전혀 아니어서 이를 항고소송의 대상인 처분으로 볼 수 없으며, 그러한 내용이 원고에게 통지되었다 한들 이는 원고가 「국적법」이 정한

국적자에 해당하지 않는다는 객관적 사실을 알려주는 관념의 통지에 불과하다. 따라서 이 사건 통보는 취소소송의 대상이 되는 처분에 해당한다고 볼 수 없어 이 부분 소는 부적법하다"고 주장한 것이다[7].

피고의 주장대로라면 국적 판정에 대해서는 어떤 식으로든 다툴 수 없다는 결론에 이른다. 그러나 국적판정 제도는 국적 판정을 간이하게 받기 위함에 있는 것이지 국적 판정에 대해 정부에 최종적인 결정권을 부여하기 위한 것은 아니다. 만약 국적판정에 대해서만 불복할 수 있도록 한다면 결과적으로 사실상 국적판정 제도를 소송의 전치요건으로 하여 행정소송법과 「국적법」이 규정하고 있지 아니한 행정심판전치주의를 강제하는 것이 된다.

관련하여 이 사건에서 법원은 다음과 같이 판결하였다.
"피고는 「국적법」 제20조 제1항에 따른 국적판정 절차를 통해 원고가 손쉽게 대한민국 국민에 해당함을 확인받을 수 있다고 주장한다. 「국적법」 제20조 제2항에 따르면 국적심사 및 판정의 절차와 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다고 규정하고 있다. 그에 따라 마련된 국적법 시행령 제24조 제1항에 따르면 법무부장관은 국적을 판정할 때 필요하면 관계 기관의 장에게 국적판정 신청자에 대한 신원조회, 범죄경력조회 또는 체류동향 조사를 의뢰하거나 그 밖에 심사에 참고가 될 사항에 관한 의견을 구할 수 있고, 제2항에 따르면 법무부장관은 필요하면 국적판정 신청자에게 의견을 진술하게 하거나 보완자료 제출을 요구할 수 있으며, 제3항에 따르면 법무부장관은 국적판정 신청자에 관하여 혈통관계, 국외이주 경위, 대한민국 국적 취득 여부, 대한민국 국적을 취득한 후 스스로 외국국적을 취득함으로써 대한민국 국적을 상실한 사실이 있는지 여부 등을 심사한 후 현재도 대한민국 국적을 보유하고 있는지를 판정한다. 그런데 러시아 사할린주에 무국적자로 거주하는 원고가 국내에서 이루어지는 국적판정 절차를 이용할 수 있을지 의문인 데다가, 원고가 설령 피고가 주장하는 바와 같이 여행증명서나 사증을 발급받아 국내에 입국할 수 있다고 하더라도 위 규정에서 알 수 있는 바와 같이 상당한 시간과 비용이 소요될 것으로 예상되는 국적판정 절차를 필요적으로 거치도록 하는 것이 과연 원고에게 유효·적절한 수단이라고 볼 수 있을지는 회의적이다[피고가 주장하는 바와 같이 원고가 국내에 입국하여 국적판정을 신청한 후 거주(F-1) 또는 기타(G-1) 체류자격을 받아 다시 출국하면 국내에 계속 체류할 필요가 없다고 하더라도 마찬가지이다]. 원고가 국적판정 제도를 이용하더라도 피고가 원고는 대한민국 국적을 보유하고 있지 않다고 판단하는 경우 원고는 그 결정에 대하여 다시 항고소송을 제기하는 등의 방법으로 다툴 것인데, 이 경우 원고는 시간과 비용에 있어 이중의 부담을 지게 된다. 법원은 원고에게 불필요한 부담을 강요할 수 없다.
(중략) 나아가 헌법 제2조 제2항은 "국가는 법률이 정하는 바에 의하여 재외국민을 보호할 의무를 진다"고 규정하고 있고, 여기서 재외국민이라 함은 외국에 거주하거나 체류하는 대한민국 국민을 말한다(재외국민등록법 제2조, '재외국민의 가족관계등록 창설, 가족관계등록

7) 서울행정법원 2012. 2. 17. 선고 2011구합22051 판결

부 정정 및 가족관계 등록부 정리에 관한 특례법’ 제2조 제1호, ‘재외국민의 교육지원 등에 관한 법률’ 제2조 제1호 참조). 따라서 설령 원고가 국내로 돌아와 정착하지 않고 외국에서 계속 거주할 의사를 갖고 있다고 하더라도, 원고가 다른 나라의 국적을 취득하지 않는 이상 외국에서 대한민국 국민으로서 헌법 및 관계 법률에서 인정되는 국가의 지원·보호 등을 받기 위해서는 대한민국 국민임이 확인되어야 한다.“

Ⅵ. 결론

무국적 사할린 동포가 대한민국 국민이라는 점은 법논리적인 측면에서는 당연한 일이다. 그러나 정부는 정치적, 역사적인 맥락에서 의도적으로 무국적 사할린 동포에 관심을 두지 않았다. 비단 무국적 사할린 동포뿐만 아니다. 재중 동포에 대해서는 배제적인 태도를, 재일 동포에 대해서는 포섭과 사상 전향을 강제하는 태도를 보였다. 독립운동가와 경제적으로 여유가 있는 자는 국민으로 끌어안고 그렇지 않은 자는 국민으로 보지 않았다. 대한민국에게 국적은 도대체 무엇을 의미하는 것일까. 물론 국적이라는 것이 국가라는 근현대적 역사적 산물의 부산물임을 부인하지는 않는다. 그러나 대한민국의 역사를 돌이켜 보면 국적을 핏줄·민족과 떼어서 생각할 수도 없는 노릇이다. 헌법 전문이 명시하고 있는 “유구한 역사와 전통에 빛나는 우리 대한국민”의 의미를, 헌법 제2조제2항이 정하는 “국가는 재외국민을 보호할 의무를 진다”는 것의 의미를 다시금 되새길 필요가 있다. 그리하여 단순히 무국적 사할린 동포를 국민으로 확인하는 데에만 머물러서는 안된다. 적극적으로 이들 무국적 사할린 동포를 찾아내서 대한민국 국민으로서 누려야 할 권리를 부여해야 한다. 또한 이미 외국 국적을 얻은 사할린 동포에 대해서도 위로금 지급 등의 적극적인 동포 지원 정책을 펼쳐야 한다.