국적에 대한 권리와 국제법

박 정 원 (한양대학교 법학과 강사, 영국 런던정경대학 국제법박사)

목 차

Ⅰ. 들어가며
Ⅱ. 국제법과 국적의 문제
1. 국적의 개념과 '진정한 유대관계' (genuine link)
2. 국가승계와 주민의 국적문제
Ⅲ. 인권으로서의 국적
1. 국적에 대한 권리(right to nationality)
2. 무국적자 발생 방지의 국제의무
Ⅳ. 국적에 대한 권리의 실효성
Ⅴ. 맺음말

Ⅰ. 들어가며

국적(nationality)은 국가와 개인의 법적 연결고리이며 국제법 하에서의 개인의 권리와 의무의 실현을 가능케 하는 법적 기반이다. 국적법은 이러한 양자의 관계를 국내적 차원에서 규율하는 법률이다.[1] 오늘날의 국제사회에서 국적은 개인에게 지대한 현실적 의미를 갖는다. 국적이 없는 무국적자의 취약한 처지와 그들의 보호에 대해서 그 동안 비록 점진적이기는 하나 국제사회가 문제의식을 갖고 관련 조약을 만들어 온 것도 이러한 중요성을 반영한다. 국적은 국제사회의 기본단위인 국가의 틀 속에서 인간이 권리와 의무의 주체로서 정상적으로 살아가기 위한 필수불가결의 법적 조건인 셈이다.

본고는 국제법의 차원에서 국적의 개념 변화에 주목하며 국적문제가 단순한 국가와 그 국가 내의 거주자간의 수동적 관계를 규율하는 차원을 넘어 보편적 인권의 문제로 발전하고 있는 현

1) J.G. Starke, *Introduction to International Law* (London: Butterworths, 1989), p.340.

행국제법의 경향을 파악하고 이러한 인권으로서의 국적에 대한 권리의 내용과 문제점을 간략히 진단하고자 한다.

Ⅱ. 국제법과 국적의 문제

1. 국적의 개념과 '진정한 유대관계' (genuine link)

전통적으로 국적의 문제는 국가의 주권적 권한이 미치는 전형적인 영역으로 인정되어 왔다. 많은 국제법 문건들이 이를 확인하고 있다. 이를테면, 국적법의 충돌에 관한 몇 가지 문제에 관한 협약(일명 헤이그협약) 제1조 및 제2조는 국가가 국민의 구성범위를 국내법적으로 정하는 문제는 국가의 재량사항임을 분명히 밝히고 있다.[2] 국제연맹 시절의 국제상설재판소(Permanent Court of International Justice, PCIJ)의 Tunis and Morocco Nationality Decrees 사건[3]에서도 동 재판소는 국적의 사항에 대한 규제는 국가의 고유 관할영역(reserved domain)이라고 하였다.

그렇다고 해서 국제법이 국가의 국적에 관해 무제한적인 권한을 인정한 것은 아니었다. 위의 사건에서 동 재판소는 국적에 대한 국가의 권한이 국제법의 '제한'을 받으며 국제법의 발달과 상응하면서 변화한다는 의견을 표명한 바 있다.[4] 동 재판소의 이러한 해석 태도는 국적에 관한 국가의 무제한적 권한 남용을 방지하려는 사고를 담고 있다는 점에서 현대국제법 하에서도 그 타당성이 인정되고 있다.

국적의 문제는 유명한 노테봄사건[5]에서 다시 구체적으로 언급된 바 있다. 원래 이 사건은 국제법상의 외교적 보호권이라는 맥락에서 논의된 것이었지만 부분적으로는 국적에 관한 매우 중요한 법적 견해를 밝혔다. 노테봄의 국적국으로서의 리히텐슈타인이 과연 국민에 대한 국가의 권리인 외교적 보호권을 행사할 수 있느냐를 따지면서 노테봄의 국적 판별에 있어 유명한 '진정한 유대관계' (genuine link) 라는 기준을 사용한 것이었다. 즉, 어떤 A라는 자연인이 B국의 국적을 가졌다고 할 수 있기 위해서는 A의 '생활관계 전반'이 B국과 '진정한 유대관계'를 형성할 정도로 일상적, 정서적 요소를 포함한 모든 측면에서 긴밀하게 밀착되어 있어야 한다는 것이 그 요지이다. 이것은 자연인과 자연인의 국적국과의 관계는 단순한 형식논리가 아닌 양자의 관계를 실질적으로 파악해서 결정되어야 함을 밝힌 것이다. 국제사법재판소(International Court of

2) 헤이그협약 제1조 및 제2조. The Hague Convention Concerning Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Laws, 179 LNTS 89. 동 협약은 1937년 7월 1일 발효하였다.

3) *Tunis and Morocco Nationality Decrees Case*, PCIJ Series B, No. 4, 1923, p. 24.

4) *Ibid.*

5) *Nottebohm Case*, ICJ Reports, 1955, p. 23.

Justice, ICJ)는 다음과 같이 말하고 있다. "국적이란 사회적 유대관계, 정서적 요소와 그에 상응하는 제반 권리와 의무가 수반되는 국가와 그 구성원간의 법률적 유대관계를 말한다."[6] 동 재판소는 더 나아가 국가가 국내법으로 국적문제를 규율할 수는 있지만, 그것은 문제의 자연인과 문제의 국가가 '진정한 유대관계'가 있을 때의 일이며 이럴 경우에만 국제관계에서 양자의 국적으로 매개된 관계가 인정된다고 하였다.[7]

노테봄사건이 국적문제에 관해 매우 중요한 이유는 동 재판소가 자연인의 국적 소지 여부의 판별을 '실제적'으로 접근했다는 점이다. 즉, 단순히 형식적인 차원이 아니라 실질적인 차원에서의 '진정한 유대관계'의 존재를 요구했다는 것이다. 이러한 국적에 대한 실제적, 실용적 접근은 미국/이란 중재재판소 판결[8]에서 거듭 확인되고 있다. No.A/18사건 판결에서 동 중재재판소는 국적판단의 기준으로 '실질적이고 실효적인 국적의 원칙'(the principle of dominant and effective nationality)'을 제시하였다.[9]

2. 국가승계와 주민의 국적문제

자연인의 국적문제가 직접적이고 현실적으로 나타날 수 있는 예가 이른바 국가승계에서의 주민의 국적문제이다. 승계대상 지역의 선행국 주민은 원칙적으로 승계국의 국적을 취득한다고 보여지나 이것이 국제법적으로 확립된 원칙이라고 말할 수 있는 단계는 아직 아니다. Brownlie는 이 문제에 관해 "주민은 영토와 함께 이동한다(the population goes with the territory)"는 자신의 유명한 명제를 밝히면서 선행국의 주민은 승계국의 국적을 부여받아야 한다고 주장한다. 국적은 단순히 국민이라고 불리는 자연인과 국가간의 형식적 혹은 수직적 관계가 아닌 정서적 유대를 기반으로 하는 생활관계를 포괄하는 유기적 관계이며 따라서 양자의 관계를 실질적으로 파악해야 한다는 것이다.[10] Brownlie의 주장은 위에서 언급한 노테봄사건과 미국/이란 중재사건 No.A/18의 판결에서 확인된 '실효적이고 진정한 국적의 원칙'과 그 맥을 같이 하는 것이다.

영토주권의 변화가 그 영토 내에 거주하고 있는 자연인들의 국적의 변화를 야기한다면 이는 개개인의 생활관계에 직접적인 영향을 미친다는 것은 말할 나위가 없다. 비록 그 내용이 모호하기는 하나 국적 판별의 기준으로 제시되었던 '실질적이고 실효적인 국적의 원칙'을 고려할 때 이 원칙이 국가의 국적에 관한 재량에 의해 무시되거나 희석되어진다면 그것은 개개 자연인

6) *Ibid.*, p. 23.

7) *Ibid.*

8) *Decision in Case No. A/18* Concerning the Question of Jurisdiction over Claims of Persons with Dual Nationality, reprinted in 23 ILM 489, 496 (Iran-U.S. Claims Tribunal, 1984).

9) *Ibid.*, p. 501.

10) Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2003), pp.324-325.

들의 생활터전을 붕괴시킬 수도 있기 때문이다. 실제 국제관계사를 보더라도 영토주권의 변경과 이에 따른 주민의 국적문제는 매우 오래된 분쟁 사안이었다. 국제관행으로는 선행국 주민이 승계국 국적을 그대로 부여 받는 경우와 그렇지 않은 경우가 상존하고 있다.[11] 탈냉전이후의 관행을 보면 영토주권의 변화가 있을 시 선행국의 국적을 승계국의 주민에게 자동적으로 부여하는 국가관행이 일반적이라고 보여지나 이것이 국제관습법으로 형성되어 승계국을 법적으로 구속한다고 보기는 아직 어려운 단계이다.[12]

이와 같은 현실은 국적과 자연인의 국적관계를 '실질적이고 실효적인 유대관계'에서 찾아야 한다는 원칙과 배치될 수 있는 가능성이 이론적인 차원에서 뿐만 아니라 실제적으로 존재할 수 있고 또한 그러한 경우가 확인된다는 점에서 개인의 생활관계의 안정성 확보의 측면에서 심각한 문제를 초래할 수 있다. 이러한 점에서 국적이 인권으로 인식되고 있는 현대적 경향에 주목하며 실정국제법의 차원에서 국적의 문제를 좀 더 구체적으로 검토해 볼 필요가 있다. 국적의 문제는 개인을 중심으로 볼 때 국적의 취득, 유지, 변경, 소멸 등 제 양상이 있을 수 있으나 여기에서는 주로 '국적 취득'의 측면에 중점을 맞춰 논의하기로 한다.

Ⅲ. 인권으로서의 국적

1. 국적에 대한 권리(right to nationality)

현대국제법의 발달은 국적문제가 이제 더 이상 국가의 배타적인 주권 사항이 아님을 보여준다.[13] 사실 이것은 국적이 영토 국가 내에 거주하는 사람들의 정치, 경제, 사회 등 모든 영역에서 권리를 행사하는데 사실상 필수조건이라는 점을 고려할 때 너무도 당연한 이야기이다. 세계인권선언 제15조는 "(1) 모든 인간에게는 국적에 대한 권리가 있다, (2) 어느 누구도 국적을 함부로 박탈당하지 아니하며 국적을 바꿀 권리도 부정당하지 않는다"[14]라고 규정하고 있다. 그러나 이 규정은 구체적으로 어떤 국가가 국적을 부여할 것인가에 대해서는 언급이 없다.

이 밖에도 다양한 국제법 문건들이 인권으로서의 국적에 대한 권리를 선언하고 있다. 1957년의 혼인한 여성의 국적에 관한 협약도 세계인권선언 제15조와 같이 국적의 인권성을 인정하고

11) 이 문제에 관한 국가관행의 포괄적 검토를 위해서는 다음을 참조. European Commission for Democracy through Law, *Consequences of State Succession for Nationality, Report by the Venice Commission* (Strasbourg: Council of Europe Publishing, 1998), pp. 29-39.

12) V. Mikulka, Second Report on State Succession and its Impact on the Nationality of Natural and Legal Persons, ILC, Forty-eighth Session, UN Doc. A./CN.4/474 (1996), at 19-38.

13) Paul Weis, *Nationality and Statelessness in International Law*(London: Stevens & Sons, 1956), pp. 126-129.

14) 세계인권선언 제15조. GA Res. 217 A, UN Doc. A/810 (1948), at 71.

있다. 동 협약 제1조는 "동 협약의 체약국 국민과 외국인의 결혼과 혼인파탄이 여성의 국적에 영향을 미치지 않는다"라고 규정하고 있고 제2조는 "체약국 국민이 자의에 의해 다른 나라의 국적을 취득하거나 원래의 국적을 포기하는 경우 그러한 국민의 부인이 기존의 국적을 유지하는 것을 제한하지 않는다"[15]라고 규정하고 있다. 1965년 인종차별철폐협약 제5조에서 인간은 인종, 피부색 등에 상관없이 인간으로서의 근본적인 권리를 향유할 수 있다고 했으며 그 근본적인 권리에는 국적에 대한 권리가 포함되어 있다.[16] 1966년 시민적, 정치권 권리에 관한 국제규약(B 규약) 제24조 (3)은 "모든 아동은 국적을 취득할 권리를 가진다"[17]라고 규정하고 있다. 더불어 여성차별철폐협약 제9조는 다음과 같이 규정하고 있다.

"(1) 체약국은 여성이 국적을 취득, 변경 또는 보유함에 있어 남성과 동등한 권리를 부여해야 한다. 체약국은 특히 외국인과의 결혼 또는 혼인 중 부에 의한 국적의 변경으로 처의 국적이 자동적으로 변경되거나, 처가 무국적으로 되거나 또는 부의 국적이 처에게 강제되지 아니하도록 하여야 한다. (2) 체약국은 자녀의 국적에 관하여 남성과 동등한 권리를 여성에게 부여하여야 한다."[18]

거의 모든 국가들에 의해 비준된 1989년의 아동의 권리에 관한 국제협약은 국적에 관해 제7조에서 다음과 같은 규정을 두고 있다.

"(1) 아동은 출생 후 즉시 등록되어야 하며, 출생시부터 성명권과 국적취득권을 가지며 가능한 한 자신의 부모를 알고 부모에 의하여 양육 받을 권리를 가진다. (2) 체약국은 이 분야의 국내법 및 관련국제문서상의 의무에 따라 이러한 권리가 실행되도록 보장하여야 하며, 권리가 실행되지 아니하며 이들이 무국적으로 되는 경우에는 특히 그러하다."[19]

지역적 차원의 조약에도 국적의 인권성이 선언되고 있는데 이를테면 미주인권협약 제20조는 다음과 같은 매우 명료한 표현의 규정을 두고 있다.

"(1) 모든 사람은 국적을 가질 권리를 가진다.

15) 혼인한 여성의 국적에 관한 협약 제1조 및 제2조. The Convention on the Nationality of Married Women, 309 UNTS 65. 동 협약은 1958년 8월11일 발효하였다.

16) 인종차별철폐협약 제5조. International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, 660 UNTS 195. 동 협약은 1969년 1월1일 발효하였다.

17) 국제인권규약 (B 규약) 제24조 (3). The International Covenant on Civil and Political Rights, 999 UNTS 171. 동 규약은 1975년 3월 23일 발효하였다.

18) 여성차별철폐협약 제9조 (1), (2). The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, 1249 UNTS 13. 동 협약은 1981년 9월 3일 발효하였다.

19) 아동권리에 관한 국제협약 제7조 (1), (2). The Convention on the Rights of the Child, 1989, 1577 UNTS 3. 동 협약은 1990년 9월 2일 발효하였다.

(2) 다른 국적을 가질 권리가 없는 경우, 모든 사람은 자신이 출생한 국가의 국적을 가질 권리를 가진다. (3) 어느 누구도 자신의 국적 또는 국적을 바꿀 권리를 자의적으로 박탈당하지 아니한다." [20]

1997년의 유럽평의회(Council of Europe)에 의해 채택된 유럽국적협약은 국적에 관한 가장 포괄적인 다자조약으로 평가받고 있는데 국적에 대한 권리, 무국적자의 방지, 국가에 의한 자의적인 국적박탈의 금지, 여성의 국적 보호 등에 대한 규정 등을 가지고 있다. 동 협약의 제6조 제3항은 다음과 같이 규정하고 있다.

"동 협약의 체약국은 체약국 내에 합법적이며 일상적으로 거주하고 있는 사람들을 위해 국내법을 통해 귀화의 길을 열어줘야 한다. 그리고 귀화의 신청을 위한 요건으로 거주기간이 10년을 넘어서는 안 된다." [21]

따라서 동 협약에서는 국적의 취득 방법으로 혈통주의 및 출생지주의와 더불어 '상주지주의'(habitual residence)도 국적 취득의 권원으로 규정하고 있다. 그런데 여기서 주의해야 할 것은 자연인의 귀화를 위한 거주요건으로 10년을 규정하고 있으나, 이것은 정상적인 경우를 지칭하는 것이며 무국적자나 난민, 소수민족 등과 같이 특수한 경우에 속하는 사람들은 그 기간이 단축되어야 한다는 점이다. 이러한 특별한 경우의 사람들이 거주하고 있는 체약국은 이들의 국적 취득을 위해 특별한 노력을 기울여야 한다.[22]

게다가 동 협약은 국가승계의 경우 선행국 주민들이 승계국의 국적을 취득할 수 있도록 노력해야 한다고 규정하고 있으며 승계국이 영토적으로 '상주지' 임에도 불구하고 승계국의 국적을 취득하지 못한 자는 계속 승계국에 거주할 권리가 있어야 하며 이들은 승계국 국민과 동등하게 사회적, 경제권 권리를 누려야 한다고 규정하고 있다.[23] 뿐만 아니라 국가승계의 경우 국적문제를 해결하는데 있어 법의 원칙과 인권보호의 원칙 및 거주자와 영토국간의 이른바 '진정한 유대관계' 의 원칙을 존중하여야 할 뿐만 아니라 '주민들의 의사' 도 고려해야 한다고 규정하고 있다.[24] 동 협약은 국가승계와 관련한 국적문제에서 선행국과 승계국은 국적에 관한 비차별원칙(the non-discrimination principle)과 '진정한 유대관계' (genuine link)의 원칙 등을 고려

20) 미주인권협약 제20조. American Convention on Human Rights, 1144 UNTS 123. 동 협약은 1978년 7월 18일 발효하였다.

21) 유럽국적협약 제6조 (3). The European Convention on Nationality, ETS No. 166. 동 협약은 2000년 3월 1일 발효하였다.

22) 동 협약 제6조 (4).

23) 동 협약 제20조 (a), (b).

24) 동 협약 제18조; C. A. Batchelor, "Statelessness and the Problem of Resolving Nationality Status", *International Journal of Refugee Law*, Vol.,10, 1998, pp.162-165.

하여 양자조약을 체결함으로써 무국적자의 생산을 막아야 한다고 규정하고 있다. 사실 이러한 동 협약의 입장은 1961년 무국적자감소협약의 입장을 반영한 것이다. 무국적자감소협약 제10조는 국가간의 영토의 변화에 대한 조약은 영토 변화에 따른 국적문제와 관련하여 무국적자가 발생하지 않도록 해야 한다는 규정이 바로 그것이다.

위에서 살펴본 바와 같이 많은 수의 국제적 및 지역적 문건들이 국적에 대한 권리, 특히 국적을 취득할 권리를 인정하고 있으며 이는 국적의 문제가 배타적인 국내관할의 문제가 아니라는 것을 실정국제법상으로 확인해 주고 있는 것이다. 이러한 경향은 미주인권재판소의 Costa Rica 국적법에 대한 권고적 의견에서 명확히 선언되고 있다. 동 재판소는 문제의 제한된(restrictive) 귀화에 관한 국적법이 국제법에 과연 부합하는가를 검토하면서 다음과 같이 언급하고 있다.

"오늘날 국적에 대한 권리는 본질적인 인권으로 인정되고 있다. 국적의 소지는 단순히 정치적 권리의 행사를 가능케 해준다는 차원을 넘어 개인의 법적 능력에 심대한 영향을 미친다. 과거에는 국적의 부여와 국적문제의 규율은 국가의 전속적 재량사항으로 인정되었으나, 현대국제법의 발달의 결과는 국적문제에 대한 국가의 광범한 재량에 제한을 가하고 있으며 국적문제에 대한 국가의 권한은 단순한 국내관할권의 문제로 볼 수 없게 되었다. 국가의 국적에 관한 권한은 동시에 국가의 인권보호의무에 의해 제한을 받게 된 것이다." [25]

이러한 미주인권재판소의 견해가 앞에서 언급했던 국제연맹하의 상설국제재판소의 Tunis and Morocco Nationality Decrees 사건의 견해와 다른 점은 후자의 경우 기본적으로 국가는 국적에 대한 광범한 권한이 있다는 전제 하에 당해 국가가 조약 등 '자발적'으로 국제의무를 부담할 것을 표명한 이후에는 국제법의 제한을 받는다는 의미라고 볼 수 있다면, 전자의 경우는 이미 국적에 관한 국제인권법이 형성되어 있다는 전제를 두고 있다는 점에서이다. 따라서 국가는 이미 위에서 언급한 많은 보편적 및 지역적 조약에서 선언하고 있는 국적에 대한 권리를 보호해야 할 의무가 있다는 의미로 해석되므로 국적문제에 대한 국가 권한의 제한 정도가 본질적으로 다르다고 할 수 있다.

2. 무국적자 발생 방지의 국제의무

무국적자(stateless person) 발생의 방지의무는 국적에 대한 권리와 동전의 앞뒷면과 같은 관계라고 할 수 있다. 무국적자의 보호에 관한 대

25) Amendments to the Naturalization Provisions of the Constitution of Costa Rica, Advisory Opinion No. OC-4/84, Inter-Am.C.H.R. paragraph 32 (Jan. 19, 1984), reprinted in 5 *Human Rights Law Journal* 161, 167 (1984).

표적인 국제협약으로는 1954년의 무국적자 지위에 관한 국제협약이 있고 다른 하나는 1961년의 무국적자의 감소를 위한 협약이 있다.[26] 무국적자는 문자 그대로 국적을 갖고 있지 않은 사람을 말한다. 무국적자의 존재가 심각한 것은 이들이 거주국에서 일반적인 생활에 큰 제약을 받을 수 밖에 없는 취약한 지위에 놓여있다는 점이다.[27] 1954년 협약은 무국적자의 취약한 지위를 인식하고 이들이 무국적 상태에서나마 기본적 자유를 누릴 수 있도록 하는 데 그 목적을 두고 있다. 하지만 이 협약은 이른바 법률상의 무국적자(de jure stateless person)와 사실상의 무국적자(de facto stateless person)를 구별하지 않고 있다는 근본적인 결함을 갖고 있다. 이른바 법률상의 무국적자란 법적으로 혹은 법적 결함으로 인한 무국적자를 말하며 사실상의 무국적자란 법적으로 국적취득이 가능함에도 또는 가능했음에도 불구하고 다른 이유에서 무국적 상태로 남아있는 사람들을 말한다. 동 협약은 무국적자의 방지보다는 이미 무국적자로 존재하고 있는 사람들의 기본적 인권을 보호하는데 역점을 두고 있다. 동 협약의 제32조는 동 협약의 체약국은 "무국적자들의 귀화와 이들이 거주국에 동화될 수 있도록 노력해야한다"[28]는 대단히 추상적인 규정을 두고 있을 뿐이다. 이에 반해 1961년 협약은 무국적자의 발생 자체를 막는데 그 역점을 두고 있다는 차이가 있다. 그러나 동 협약이 문제의 무국적자에게 체약국이 무조건 국적을 부여해야할 의무를 요구하고 있는 것은 아니라는 점에 주의해야 한다. 이를테면 동 협약은 제1조와 제4조를 통해 혈통주의와 출생주의의 원칙하에 거주 영토와 연관되어 있는 무국적자에게 국적을 부여할 수 있다고 규정하였을 뿐, 부여해야 한다는 강제규정을 두고 요구하고 있는 것은 아니다.[29] 동 협약의 핵심조항이라고 할 수 있는 제8조는 "동 협약의 체약국은 만일 국적을 박탈당하면 무국적자가 되는 경우에 국적을 박탈해서는 안 된다"라는 규정을 두고 있다. 하지만 이 조항은 대단히 막연하고 모호할 뿐만 아니라 정확한 해석의 기준을 찾기도 힘들다. 그러나 이러한 일반적 규정조차도 여러 가지 조건하에 거주국이 무국적자에게 국적을 부여하지 않을 수 있도록 인정하였다는 점에 또한 유의해야 한다. 즉, 동 협약 제1조 제2항에 의하면 국내법으로 국적 부여에 있어 연령상의 제한을 둘 수 있으며, 제2조 제2항을 통해 일정한 기간 거주국에

26) Convention Relating to the Status of Stateless Persons, 360 UNTS 130. 동 협약은 1960년 6월 6일 발효했다; Convention on the Reduction of Statelessness, 989 UNTS 176. 동 협약은 1975년 12월 13일 발효하였다.

27) Paul Weis, "The United Nations Convention on the Reduction of Statelessness", *International and Comparative Law Quarterly* Vol.,11, 1962, pp.1073-1075.

28) 동 협약 제32조.

29) 동 협약 제1조 및 제4조.

거주했을 것을 요구하거나, 국가안보에 관한 죄나 형사 범죄로 5년 이상의 징역형을 받지 않았을 것, 해당자가 계속 무국적자로 존재했을 것 등을 조건으로 국적을 부여할 수 있다고 규정하고 있다.[30] 더욱더 심각한 것은 무국적자에게 국적을 부여함으로써 이들의 지위를 보호해야 한다는 것도 이른바 법률상의 무국적자(de jure stateless person)에 한정하고 있다는 점이다. 그러나 이른바 법률적 무국적자와 사실상의 무국적자 모두를 포괄해서 보호해야할 필요가 명백함을 생각할 때 동 협약의 입장은 실효적으로 무국적자를 보호해야 한다는 관점에서 볼 때 치명적인 한계라고 할 것이다.

동 협약의 제9조는 "인종, 종교, 정치적 이유로 국적을 박탈당해서는 안 된다"[31]고 규정함으로써 국적에 관한 차별금지원칙의 적용을 규정하고 있다. 제9조는 국제인권법과 규범조화적으로 해석될 수 있는 근거를 제공할 수 있기 때문에 매우 중요한 규정이라고 평가될 수 있다. 즉, 이 조항은 언어, 인종, 종교상의 소수자가 거주국의 국적정책에 의해 차별적으로 국적을 박탈당할 수 있다는 점을 고려하면 대단히 중요한 의미를 갖는 조항이라고 할 수 있다.

Ⅳ. 국적에 대한 권리의 실효성

국적은 '국적에 대한 권리'라는 표현이 말해주듯 하나의 인권으로 인정되고 있지만 정작 문제는 이러한 국적에 대한 권리의 실효성이다. 과연 국적에 대한 권리가 단순히 추상적인 선언적 의미를 넘어선 실효적인 인권이라고 말할 수 있는가? 이 문제는 일단 현행국제법상 국적에 대한 권리가 조약 하에 인정되는 인권임과 동시에 국제관습법상의 인권으로도 볼 수 있는가에 대한 질문에 대한 해답을 통해 어느 정도 파악할 수 있을 것이다.

국제사법재판소규정 제38조 제1항에 의하면 "국제관습법은 법으로 인정되는 국제관습의 존재"를 말한다.[32] 그리고 국제법상 국제관습법으로 인정되기 위해서는 '법적 확신'(opinio juris)과 명백한 관련 '국가관행'(State practice)의 존재라는 두 가지 요건이 충족되어야만 한다. 많은 국제법 학자들은 특정한 입법조약 (law-making treaty)이 상당수의 체약국을 갖고 있다면 그것의 규범적 효력은 당해 조약의 비당사국에게도 미칠 수 있다는 주장을 펴고 있다.[33] 즉, 이른바 속성 국제관습법(instant customary interna-

30) 동 협약 제1조 (2) (a) 및 제4조 (2) (a); 동 협약 제1조 (2) (b) 및 제2조 (2) (b);동 협약 제1조 (2) (c), 제4조 (2) (c) 및 제1조 (2) (c); 제1조 (2) (d) 및 제4조 (2) (d).

31) 동 협약 제9조.

32) 국제사법재판소규정 제38조 (1).

33) 이 문제에 관한 일반적 논의로는 다음을 참조. Anthony D'Amato (ed)., *International Law Anthology*(Cincinnati: Anderson, Pub. Co., 1994).

tional law)라는 개념을 내세워서 일단 입법조약이 체결된 후에는 당해 조약의 비체약국도 소급적으로 그러한 입법적 조약의 규범적 영향권 안으로 들어가 조약의 구속을 받는다고 주장하고 있다. 물론 이러한 강력한 규범적 효력을 갖기 위해서는 무엇보다도 당해 조약의 체약국이 상당한 숫자를 이루는 것이 필수적이다. ICJ의 북해대륙붕 사건에서도 입법조약 혹은 다자조약의 체약국 숫자는 문제의 조약이 국제관습법의 성립요건인 국제관행의 존재의 여부를 결정짓는 주요 요소라고 판시한 바 있다.[34] 더불어 ICJ는 국제관습법 성립의 또 다른 요건인 '법적 확신'은 관습을 지키는 당사국들이 그것을 법으로의 의식을 갖고 이행해야 한다는 점을 강조했다.

그렇다면 이러한 기준에서 봤을 때 '국적에 대한 권리'는 국제관습법상으로 인정되는 인권이라고 말할 수 있을까? 이 문제의 해답은 국적에 대한 권리를 언급하고 있는 조약규범과의 상호적인 검토를 통해 자연스럽게 도출될 수 있을 것이다.

먼저 지적되어야 할 점은 위에서 살펴본 국적의 인권성을 인정하고 있는 국제문건들은 많은 숫자에 이르고 있지만, 개개 국제문건들의 규범적 차원이 각각 다르다는 것이다. 게다가 국적의 인권성 또는 국적에 대한 권리를 인정한 규정을 갖고 있는 조약들의 체약국의 숫자가 모두 똑같은 것은 더더욱 아니다. 이러한 현실, 즉 다양한 형태의 국제문건들이 국적의 인권성을 언급하고 있지만 개개 문건의 규범적 효력이 저마다 다르고 다층적으로 얽혀 있는 구조 속에서 실효적인 인권으로서의 국적에 대한 권리가 확보되었다고 말하기는 어려울 것이다.

현행국제법상 보편적, 지역적 국제문건들 중 유일하게 미주인권협약만이 체약국으로 하여금 체약국 영토에서 태어난 사람들에게 국적을 부여해야 할 의무를 강제하고 있을 뿐이다.[35] 그 외에 어떤 조약도 체약국으로 하여금 국적을 부여해야 할 '법적 의무'를 강제하고 있지는 않다. 이를테면 1954년 무국적자 지위에 관한 협약은 단지 체약국으로 하여금 무국적자들의 귀화와 동화에 노력을 기울일 것을 촉구하고 있을 뿐이며 이들에게 국적을 부여할 의무를 법적으로 강제하고 있는 것은 아니다. 위에서 언급한 관련 조약들은 국적의 취득과 관련해 거주자가 무국적자가 되는 것을 방지하거나 억제하여야 한다는 막연한 요청을 할 뿐 구체적으로 언제 어느 국가가 국적을 부여해야 할 것인지에 대해서는 침묵하고 있다. 1961년 무국적자 감소협약은 문제의 무국적 거주자의 연령적 제한 등 거주국의 국적 부여에 있어 여러 조건을 달고 있지만, 유일하게 미주인권조약만이 거주지에서 출생한 사람의 경우는 거주국의 국적을 부여할 것을 법적

34) *North Sea Continental Shelf Case* (FRG/Den.; FRG/Neth.), ICJ Reports, 1969, p. 43.

35) 미주인권협약 제20조 (2).

으로 요구한다는 점에서 '실효적인 국적 취득에 관한 권리'를 인정하고 있을 뿐이다.

무국적 방지라는 차원을 넘어 포괄적으로 국적 부여에 관한 원칙을 두고 있는 조약은 현재 유럽국적협약이 유일하다. 이 협약은 혈통주의를 원칙으로 하되 만일 혈통주의 원칙의 적용이 거주자로 하여금 무국적을 초래할 수 있는 경우에는 출생지주의와 '상주지 원칙'(habitual residence)도 고려해야 한다고 규정하고 있다. 그러나 이것은 어디까지가 단지 국적 부여의 기준을 선언한 것으로 이해할 수 있다. 이러한 실정 국제법상의 국적에 대한 권리의 내용의 추상성과 더불어 위에서 살펴본 무국적자에 관한 두 개의 국제협약을 비준한 국가의 숫자가 결코 많은 숫자가 아니라는 점까지 고려한다면 현행국제법상 국적에 대한 권리가 국제관습법상 인정되는 인권이라고 말하기는 어렵다고 할 것이다.[36]

요컨대 현행국제법 하에서 국적에 대한 권리, 특히 국적 취득의 권리가 인권이라는 점에는 국제적 공감대가 무르익었다고 할 수 있으나 '국적에 대한 권리'가 국가가 자국과 영토적인 생활관계 등으로 '진정한 유대관계'(genuine link)를 형성하고 있는 거주자들에게 반드시 국적을 부여해야 한다는 의미에서의 '실효적인 인권'이라고 말하기는 힘든 상태라고 할 수 있다. 무국적자의 취약한 법적지위를 고려하여 무국적 상태의 방지에 대한 국제적 기대가 존재하고 특히 탈냉전 이후의 국가승계의 경우의 사례들에서 파악되듯이 소위 '진정한 유대관계'의 기준하의 승계국 국적을 거주 주민에게 부여하는 관행이 존재하는 것도 사실이지만, 아직 국가가 영토에 착근하여 '실질적이고 실효적인 유대관계'를 형성한 사람들에게 '반드시' 국적을 부여해야 한다는 차원의 국제법상의 의무는 존재하지 않는다고 봐야 할 것이다.[37] 국적의 인권성을 선언하고 인정하는 다수의 국제문건의 존재와는 별도로 '국적에 대한 권리'의 실효성에 중대한 의문이 제기되는 대목이다.

Ⅴ. 맺음말

국제법상 국적의 문제는 더 이상 국가의 전속관할 사항이 아니며 오히려 국적을 인권으로 인정하는 시대에 이르렀고 이는 많은 수의 국제법 문건들이 국적에 대한 권리를 명백히 선언하고 있다는 점에서 그 실증적인 근거가 있다. 게다가 탈냉전 이후의 이른바 국가승계에 있어서의 주민의 국적문제에 관한 국제관행을 살펴보면 선행국의 국민이 승계국의 국적을 자동적으로 부

36) 예를 들면, 무국적자감소협약의 경우 2007년 8월말 현재 31개국이 비준했을 뿐이다.

37) 필자와 비슷한 견해로는 다음을 참조. Karen Knop & Christine Chinkin, "Remembering Chrystal Macmillan: Women's Equality and Nationality in International Law", *Michigan Journal of International Law*, Vol., 22, 2001, pp. 562-563.

여받는 방향으로 나아가고 있으며 이러한 경향은 주민과 주민의 거주국과의 '진정한 유대관계'의 존재를 존중하는 것으로 주민의 안정된 생활터전의 유지라는 점에서 바람직한 모습으로 해석할 수 있다. 그러나 이러한 국가승계에서의 국적부여의 관행, 즉 선행국 주민의 승계국 국적의 자동부여는 아직 국제법상 확립된 원칙이라고 말할 수는 없다.

1997년의 유럽평의회에 의해 채택된 유럽국적협약이 보여주듯이 국적의 인권성은 보다 구체적인 형태를 띠며 진화, 발전하고 있는 단계에 있다고 할 수 있다. 그러나 국적에 관한 현행국제법의 발달 정도를 고려해 볼 때 국적에 대한 권리가 영토국가 내에서 살고 있는 모든 사람들, 특히 인종, 언어상의 소수자들처럼 그들의 거주국에 '착근'하여 살고 있는 사람들에게 그들의 거주국이 반드시 국적을 부여해야 한다는 법적 의무를 부과한 것으로 보기는 어려운 상태이다. 인권으로서의 국적에 대한 권리의 실효성에 중대한 한계를 보여주는 대목이다.