울산대학교 사회과학논집 제9권 2호 pp. 59~74, 1999.
Journal of Social Science Vol.9 No2, pp. 59~74, 1999.
University of Ulsan.

국민과 국적*

도회근
법학과

<요 약>

전통적인 국적 중심의 국민 개념은 우리나라에서 다소 편협하게 이해되어 왔고 따라서 비슷한 용어인 인민과의 잘못된 구별 등 일부 오해가 있었다. 최근에는 전통적인 국민 개념을 넘어서는 현상들도 나타나고 있다. 이 글에서는 전통적인 국민에 관한 이론들의 문제점을 지적하고 불분명하였던 부분들을 수정 내지 보완하는 논리를 제시하였다.

The National and the Nationality

Do, Hoe-Kun
Dept. of Law

<abstract>

The traditional concept of the national based on nationality is understood somewhat narrowly in Korea, so there are some misunderstandings as to a difference between the concept of the national and the people. In recent days there happen cases that we cannot explain with a traditional concept of the national. This study points out the problems of the traditional theory of the national, and suggests a theory that revises or amends uncertain elements of the traditional theory.

* 이 논문은 1998년 울산대학교의 연구비에 의하여 연구되었음.

I. 머리말

국민은 Jellinek가 주권(국가권력), 영토(영역)과 함께 국가구성의 3요소로 주장한 이후[1] 오늘날까지 중요한 국가의 구성요소로서 헌법학의 연구대상이 되어 왔다. 이 3요소설은 우리나라에서 약간의 논의는 있으나 대체로 받아들여지고 있다.[2] 우리 헌법도 제1조에서부터 제3조까지 주권, 국민, 영토를 규정하고 있어 건국헌법의 제정자들도 당시에 이 3요소설을 암묵적으로 수용하고 있었던 것으로 추정할 수 있다.[3]

영토는 고정된 요소로서 정복이나 합병같은 경우 이외에는 변하지 않는 것이고 주권도 독립국가에게 인정되는 단 하나의 국가권력으로서 국가가 소멸하지 않는 한 역시 불변의 요소이다. 그러나 국민은 추상적 통일체로서 이해될 때에는 고정된 요소일지 모르겠으나 개개 국민은 끊임없이 변화하는 가변적 요소라는 점에서 다른 두 요소와 구별된다. 영토와 주권의 경우 취득과 상실이라는 현상이 매우 드물게 일어나는 예외적 현상이지만, 국민의 경우 국민사격의 취득과 상실이라는 현상은 일상적으로 일어나는 일이고 따라서 이에 관한 법원칙과 이론이 발달한 것은 당연한 일이다. 국민은 한 국가의 영토내에 있을 수도 있고 영토 밖, 즉 외국의 영토에 있을 수도 있다. 국민은 영토 안팎을 끊임없이 왕래하는 존재이다. 드문 경우지만 2중 국적을 인정하는 나라도 있고 명시적으로 인정하지는 않지만 잠정적으로 이를 인정하는 경우도 적지 않다.

한 국가의 국민이 되는 자격을 국적(國籍)이라고 하는데 이를 결정하는 것은 나라에 따라 다르다. 국적을 가진 국민은 그 소속국 안에서 여러 가지 권리와 의무를 가지게 되고 국가는 자국의 국민에게 보호를 제공하고 일정한 의무를 요구한다. 지금까지의 국제법과 국내법은 이러한 기본적 법률관계를 기초로 국민과 국가와의 관계를 형성하여 왔다. 이와 같이 국적이라는 매개개념을 가지고 국가권력과 개인간의 관계를 규율하여 오던 법률관계

---

1) 게오르그 옐리네크, 김효전 역, 일반국가학, 부산: 태화출판사, 1980, 383-421.

2) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 1999, 111; 김철수, 헌법학개론, 박영사, 1999, 99-100; 최대권, 헌법학강의, 박영사, 1998, 82-90; 구병삭, 신헌법원론, 박영사, 1996, 82.
반면 국가를 동적인 개념으로 이해하려는 Smend는 국가론의 기초로서 이 3요소설은 공간적·정적 사고의 잘못된 길로 이끈다고 비판하고 있다(Rudolf Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, München und Leipzig: Duncker & Humblot, 1928, 9; 루돌프 스멘트 지음, 김승조 옮김, 국가와 헌법, 교육과학사, 1994, 24). 국내에서도 3요소설을 따르지 않는 학자들이 있다. 계희열교수와 홍성방교수는 국가의 구성요소라는 개념 자체를 사용하지 않고 헌법의 '적용범위'라는 항목에서 인적 적용범위로서 국민과, 장소적 적용범위로서 영역만을 다루고 있을 뿐이고(계희열, 헌법학(상), 박영사, 1995, 152-164; 홍성방, 헌법I, 현암사, 1999, 41-46), 허영교수는 국가의 '구성요소' 개념 대신 국가의 '존립기반'이라는 용어를 사용하여 인적 존립기반, 공간적 존립기반, 권력적 존립기반으로 각각 국민, 영토, 국가권력을 설명하면서, "옐리네크적인 국가의 3요소론에 입각해서 국가를 일정한 지역 내의 국민에 대한 통치의 메커니즘으로 보는 입장은 적어도 우리나라에서는 이제 지양되는 것이 바람직하다"고 하고 있다(한국헌법론, 박영사, 1999, 180-186). 강경근교수는 '국가의 헌법적 존립조건'이라는 용어를 사용하여 국민, 영토, 주권을 설명하고 있다(헌법학, 법문사, 1998, 90). Kelsen은 기본적으로 국가3요소설을 수용하면서도 '국가질서의 효력범위'라는 항목을 따로 설정하여 공간적 효력범위로서 영토를, 인적 효력범위로서 국민을 다루고 있다(한스 켈젠 지음, 민준기 옮김, 일반국가학, 민음사, 1990, 142 및 199 이하).
한편 국제법에서의 국가 이해는 우리의 흥미를 끈다. 「국가의 권리·의무에 관한 1933.12.26의 Montevideo 협약」 제1조는 국제법의 주체로서의 국가가 갖추어야 할 조건으로 다음의 4가지를 들고 있다. a)항구적인 인구, b)확정된 영토, c)정부, d)외국과 관계를 맺을 수 있는 능력.
이 글의 목적이 국가구성요소설의 문제점을 밝히는 것에 있지 아니하므로 이에 대한 자세한 논의는 생략한다.

3) 건국헌법(1948)에서는 제1조 대한민국의 국호와 성격, 제2조 주권, 제3조 국민, 제4조 영토로 되어 있었으나, 제5차 개헌(1962.12.26)에서 제1조와 제2조를 묶어 제1항과 제2항으로 하고 나머지도 한조항씩 앞당겨 오늘날과 같은 형태로 개정하였다.

가 최근 변화되고 있다는 조짐이 여러 곳에서 나타나고 있다. 전통적인 1인 1국적주의 국제법원칙에서 실제적으로 2중 국적을 허용하고 있는 나라들이 늘어가고 있다든지, 국적에 관계없이 외국인에게도 국민과 거의 같은 권리 의무를 허용하고 있다든지 하는 현상들은 국제교류의 증대와 국제경쟁의 심화에 따른 국익우선주의적 경향과 외국자본유치를 위한 외국인 우호적인 법환경 조성의 결과일 수도 있다. 우리나라도 지난 해 이른바 'IMF 사태'를 극복하는 과정에서 외국인투자유치를 촉진하기 위하여 외국인에게 차별적으로 적용되던 법체계를 대폭 개정하였으며, 최근 대한민국 국민이 아닌 해외동포들에게 대한민국 국민과 거의 같은 법적 지위를 보장하여 주기 위하여 「재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률」(1999.9.2. 이하 「재외동포지위법」이라 함)을 새로 제정하였다. 또 우리 정부는 국내에 장기거주하는 외국인들에게 지방자치단체장에 대한 선거권 등을 부여하는 법률을 제정하기 위한 관련부처간 협의에 들어갔다는 보도도 있었다.[4]

이러한 새로운 현상들이 전통적인 국민과 국적관계의 제도적 틀을 허물 정도로 심각한 것은 아닐지라도 우리의 전통적인 국민과 국적 이론을 재고하여 볼 필요성은 충분히 있다고 생각된다. 이 글은 이와 같이 변화된 국내적 국제적 상황의 변화 속에서 종래의 국적 중심의 국민 개념이 가지는 의의와 한계를 살펴보고, 국민 이외에 시민, 인민 등의 인접개념들이 헌법적 분석도구로서 활용될 수 있는 개념인가를 검토하며, 국민 개념의 다의적·다층적 측면을 명확히 함으로써 국민에 관한 기존의 헌법이론들의 문제점과 불분명하였던 부분을 보완 또는 수정함을 목적으로 한다.

II. 국민의 개념과 국적

1. 국민의 개념

1) 국민의 의의

국민(nation, national, Staatsvolk)이라 함은 국가에 소속하는 개개의 자연인을 말하며, 이들 개개인은 전체로써 국민을 구성한다.[5] 또는 국가의 인적 요소 내지 항구적 소속원으로서 국가의 통치권에 복종할 의무를 가진 개개인의 전체집합을 의미하는데, 경우에 따라서는 국가에 소속하는 개개의 자연인을 의미하기도 한다고 설명하기도 한다.[6] 이러한 국민으로서의 신분 또는 국민이 되는 자격을 국적이라고 한다. 국적을 가진 사람을 국민이라고 하고 다른 나라의 국적을 가진 사람을 외국인(alien, Ausländer)이라고 한다. 아무 국적도 가지지 않은 사람을 무국적자(stateless, Staatenlose)라고 하는데 무국적자는 외국인으로 취급된다.

재외국민이란 한 국가의 국적을 가지고 있으면서 외국정부로부터 영주허가를 받았거나 계속하여 장기간 외국에 체류하는 사람을 말한다. 우리 헌법은 재외국민에 대한 국가의 보호의무를 명시하고 있다(제2조 제2항).

---

4) 조선일보, 1999. 9. 9, 1면 보도 참조.
5) 권영성, 116; 계희열, 152.
6) 김철수, 104.

2) 국민의 인접개념

국민의 개념과 비슷하지만 다른 의미를 가진 여러 가지 용어가 있다. '민족', '인민', '시민', '공민', '주민', '소속민', '민중', '신민' 같은 것들이 그것이다.

민족(民族, nation. 겨레·동포와 같은 뜻)이란 동일한 인종적·지역적 기원을 가지는 역사적 운명 및 문화적 전통, 특히 언어·종교·역사·생활양식 등을 공통으로 하는 기초적 사회집단을 뜻한다.[7] 이러한 민족 개념과 국민 개념과의 관계에 관하여 이를 구분하는 견해와 동일시하는 견해가 있다. 즉, 국민이 법적 개념인데 반하여 민족은 혈연을 기초로 한 자연적·문화적 개념이라는 점에서 단일민족인 경우라도 국민과 민족은 개념상 구분된다는 견해[8]와, 국민을 정치적·사회적·경제적·문화적 개념으로서의 국민(nation)과 국가의 구성원을 의미하는 법적 개념으로서의 국민(nationality)으로 구분하고 앞의 개념의 국민을 민족으로 보는 견해[9]가 그것이다.

이러한 개념의 차이는 민족 및 국민 개념의 역사적 전개에 따른 이해의 차이에서 비롯된 것이라고 생각된다. 오늘날과 같은 국민의 개념이 서구에서 처음 쓰이기 시작한 것은 근대국가가 탄생한 18세기말에서 19세기초 이후의 일이다. 근대 시민혁명 이후 유럽에서는 이른바 민족주의의 열풍이 불고 민족단위의 국가가 수립되기 시작하였는데 이때 성립된 국가가 근대적 의미의 국가, 즉 nation-state라고 불리는 것이 바로 그것이다. 이를 민족국가 또는 국민국가로 번역하는 것은 이 당시 국가 구성원인 국민이 민족을 단위로 형성되었다는 역사적 배경 때문이다.[10] 18-9세기의 근대국가의 구성원은 바로 민족이었으므로[11] 국민 개념과 민족 개념을 같은 뜻으로 써도 큰 무리는 없었던 셈이다. 그러나 국민주권이란 이름으로 국가들이 새롭게 편성되면서 민족단위의 국가 개념은 어느 정도 희석되지 않을 수 없었다. 다민족국가도 있었고 같은 민족이 아닌 국민도 생겼으므로 국민=민족이라는 등식은 더 이상 성립되지 않게 되었고, 민족 개념은 역사적·문화적 개념으로부터 정치적 통일체로서의 국민 개념으로 전화된 것이다. 그러므로 오늘날에는 국민의 개념과 민족의 개념이 분화되었다고 하는 것이 정확한 설명이라고 생각된다.[12]

인민(人民, people)이란, 우리나라에서는 대체로, 국가적 질서와 대립되는 사회적 개념으로서 사회의 구성원을 뜻한다고 보고, 국가적 질서를 전제로 한 법적 개념인 국민과 구별한다.[13] 인민의 개념에는 이밖에도 peuple(인민)주권론에서 사용되는 인민 개념, 인민민주주의 또는 '조선민주주의 인민공화국'과 같이 사회주의에서 사용되는 계급적 인민 개념이

---

7) 한국어사전편찬회 편, 국어대사전, 삼성문화사, 1991.

8) 김철수, 104; 구병삭, 92; 홍성방, 41. 권영성교수도 과거에는 이렇게 구분하였으나(헌법학원론, 1994, 135) 최근에는 이러한 설명을 삭제하였다.

9) 최대권, 85-86. 최교수는 이러한 국민(민족)이 주권의 주체이고 또 주체이어야 한다는 것이 국민주권의 원리이며, 이러한 국민 개념이 동태적인 개념이라고 한다. 반면 대인고권의 대상으로서의 국민은 정태적인 국민 개념인데 이러한 의미의 국민의 요건은 법률로 정하게 하고 있다고 한다(같은 책, 86).

10) 그러나 nation 이라는 말은 처음 다소 모호하게 사용되었다고 한다. nation 및 nation-state 개념의 전개에 관하여는 C.D.Kernig ed., *Western Society and Marxism Communism: A Comparative Encyclopedia, Vol.6*, Herder and Herder, 1973, 74-75; *International Encyclopedia of the Social Sciences, Vol.II*, The Macmillan Company & The Free Press, 1974, 7-13 참조.

11) 물론 미국이나 식민지를 가지고 있던 제국주의 국가들에게는 1민족 1국가라는 개념이 정립되지 않았다.

12) 19세기 초 독일에서 민족, 국민 개념에 해당하는 Volk, Nation, Staatsvolk 등의 용어들이 사용되던 상황에 대한 배경과 국가이론에 관하여는 헤르만 헬러 지음, 홍성방 옮김, 국가론, 민음사, 1997, 201-230, 특히 218 이하 참조.

13) 권영성, 116; 김철수, 104; 구병삭, 92; 계희열, 152; 강경근, 90; 홍성방, 41.

있다. 주로 프롤레타리아 계급을 뜻하는 사회주의국가의 인민 개념은 우리의 논의차원과 다르므로 특별히 문제삼을 필요가 없고 문제가 되는 것은 첫 번째의 인민 개념인데 우리나라 다수의 학자들은 이를 법학적 개념이 아니라고 하여 헌법의 연구대상에서 제외하고 있다. Rousseau 등의 사회계약론에서 사회계약의 주체인 peuple(인민)과 국가 성립 이후 그 구성원이 된 국민을 개념적으로 구별할 때에는 위와 같은 이해가 도움이 될 수 있다. 그러나 인민 개념이 반드시 법학적 개념이 아니라고 할 수는 없다고 생각된다. 미국헌법은 우리나라에서 국민이란 말로 번역되는 nation이란 용어를 사용하지 아니하고 citizen[14] 또는 people[15]이란 용어를 사용하고 있다는 점을 상기할 필요가 있다. 미국헌법의 citizen이나 people을 우리 헌법의 표현으로 바꾸면 모두 국민이라는 말로 표현할 수밖에 없다. citizen은 주로 개인적인 차원, people은 주로 추상적인 전체 국민의 차원에서 사용되고 있다는 점에 차이가 있을 뿐이다. 적어도 영어권 국가에서 사용되는 people 개념은 우리나라의 국민 개념과 다를 바가 거의 없다. 그러므로 우리나라에서 people을 인민으로 번역하는 한 국민과 인민은 다른 개념이라고 일의적으로 재단하는 것은 올바른 이해가 아니라고 생각된다.[16]

다만 주권자인 국민의 개념을 2원화하여 nation(국민)주권과 peuple(인민)주권으로 이해하는 프랑스의 주권이론 중 peuple(인민)주권론에서 말하는 인민은 국민 중에서 유권자집단만을 뜻하는 것이므로 위에서 설명한 인민의 개념과는 일치하지 아니한다.[17]

시민(市民, citizen) 또는 공민(公民, citizen)은 국가 또는 지방자치단체의 정치에 참여할 수 있는 권리와 의무를 가진 사람을 가리킨다.[18] 시민권(rights of citizen) 또는 공민권이라 함은 선거권, 공무담임권과 같은 참정권을 주로 뜻한다.[19] 프랑스 인권선언이라고 알려진 '인간과 시민의 권리선언'(1789)은 '시민'(citoyen)이라는 표현을 사용하였는데 여기서의 시민 개념도 국가에 대하여 능동적인 관계를 갖는 국민(이란 부분), 즉 참정권을 주체로 하여 나타나는 국민을 의미하였다.[20] 미국헌법에서도 시민(citizen)이라는 표현은 거의 대

14) 제1조 제2항 2문, 제3항 3문, 제2조 제1항 5문, 제3조 제2항 1문, 제4조 제2항 1문, 수정 제11조, 제15조, 제19조, 제24조, 제26조 등.

15) 예컨대 전문, 제1조 제2항 1문, 수정 제1조, 제2조, 제4조, 제9조, 제10조, 제17조 등. 미국 헌법에는 이 밖에도 person이란 용어도 사용되고 있는데(제1조 제2항 2문, 제3항 3문, 제9항 1문 및 8문, 제2조 제1항 2문, 3문, 5문, 제3조 제3항 1문 및 2문, 제4조 제2항 2문 및 3문, 수정 제5조, 제12조, 제14조, 제22조 등) 이 경우는 '어느 누구도…', '누구든지' 또는 '…하는 자'와 같은 경우로서 일반적으로 '국민'으로 번역되지 않는 부분이다.

16) 한국어사전편찬회편 국어대사전에서도 인민을 ① 사회를 구성하는 사람, ② 국가를 구성하고 있는 자연인. 법제사적으로는 봉화국의 국가구성원을 말하고 군주국에서는 군주에 대한 피치자를 말함, ③ 일반대중 등 3가지로 설명하고 있다.

17) 이는 프랑스 특유의 이론으로서 국내에 널리 소개되어 있기는 하지만(권영성, 633-634; 김철수, 127-128; 구병삭, 192-197; 허영, 128; 한태연, 헌법학, 법문사, 1983, 141-145 등) 우리나라 헌법이론에 적용할 수 있을 만큼 보편성을 획득한 이론인지에 관하여는 의문의 여지가 있다. 프랑스의 주권이론에 관하여 자세한 것은 성낙인, 프랑스헌법학, 법문사, 1995, 164-185; 조병륜, 국민대표론의 연구, 서울대학교 대학원 법학박사학위논문, 1983, 100 이하; 성종섭, 대의제에 관한 비판적 연구, 연세대학교 대학원 법학박사학위논문, 1989, 149-157; 국순옥 엮음, 자본주의와 헌법, 까치, 1987, 49-82 참조.

18) 한국어사전편찬회 편, 국어대사전에 의하면 시민에는 이밖에도 ① 시의 주민, ② 부르조아, 제3계급의 사람, ③ 중산계급의 사람, ④ 도시국가의 자유민, ⑤ 서울 백각전(白各廛)의 상인들 등의 뜻이 있다고 한다. 이 중 사회역사적 개념인 ②의 개념은 본문의 개념과 함께 학문적 개념이다.

19) 일본에서는 명치헌법시대에 정치에 참가할 자격을 가진 국민을 가리 공민이라고 하고 선거권 등을 공민의 권리라는 뜻에서 공민권이라고 불렀다고 한다. 일본에서의 공민 용어의 유래에 관하여는 이께다 마사아끼, "시민과 헌법," 伊藤正己 편, 구병삭 역, 현대일본국헌법론, 법문사, 1983, 122-123 참조.

20) 이께다 마사아끼, 119. 이렇게 부르게 된 것은 연혁적으로 Rousseau가 사회계약론에서 수동적 관계에 있어서의 국민을 sujet(臣民), 능동적 관계에 있어서의 국민을 citoyen(시민)이라고 부른 것에서 기인한

부분이 선거권, 피선거권, 소송수행자 등 일정한 자격을 가진 구체적인 개인을 전제로 한 경우에만 사용되었다. 프랑스나 미국헌법에서 시민이라는 용어는 이와 같이 법적인 개념으로 사용되고 있다. 한편 북한헌법과 중국헌법은 공민과 인민이라는 용어를 각각 사용하고 있는데, 공민은 국적을 가진 자로서 '공민의 권리와 의무'와 같이 권리와 의무의 주체로서의 개인, 인민은 '조선인민의 리익', '전체인민' 등과 같이 계급전체를 주로 가리킨다.[21] 북한과 중국헌법의 공민 개념은 국민 또는 위의 시민 개념과 거의 같고, 인민 개념은 이데올로기적인 의미를 가지고 있다는 점에서 위의 인민 개념과 구별된다.[22]

주민(住民, inhabitant, habitant)이란 국가 안에 주된 거주지를 가지고 있는 모든 사람을 뜻하는데 이에는 그 국가 국민 이외에 외국인을 포함하고 국민 중에서 외국에 거주하는 사람은 제외된다.[23] 「주민등록법」에서 주민이라 함은 '30일이상 거주할 목적으로 그 관할구역 안에 주소 또는 거소를 가진 자'를 말한다(제6조).

소속민(所屬民, ressortissant)이란 국가에 소속된 사람이라는 뜻으로 국적뿐 아니라 국적과 비슷한 법적 연결에 의하여 그 국가에 결속된 사람들까지도 포함된 개념인데 피보호국의 주민도 보호국가의 소속민이 된다.[24]

한편 민중(民衆)이란 개념은 '국민의 무리, 많은 사람의 무리'[25]라는 사전적 의미 이외에 학문적 개념으로 우리나라에서 정립된 독특한 개념이라고 할 수 있다. 이 개념은 1970년대 중후반에 당시의 억압적 비민주적 상황속에서 사회과학·역사학·신학 등의 학문분야에서 진보적 학자들이 서구중심적 종속적 학문질서로부터의 탈피를 목표로 추구하였던 일련의 연구과정에서 나타난 개념이다. 연구자에 따라 매우 다양한 민중 개념이 제시되었으나 대

것이라고 생각된다고 한다.

21) 북한에서 사용하는 '공민'과 '인민'의 사전적 개념은 각각 "일정한 국가의 국적을 가지고 그 국가의 헌법에 규정된 모든 권리와 의무를 가진 사람", "사회발전에 진보적 역할을 하는 계급들과 계층들을 통털어 가리키는 사회역사적 개념"이다(조선민주주의인민공화국 사회과학원, 정치용어사전, 평양: 사회과학출판사, 1970). 북한헌법에서 공민과 인민의 개념에 관한 더 자세한 내용은 김동한, "북한헌법에 있어서의 기본권," 최종고 외, 북한의 법과 법이론, 경남대학교출판부, 1988, 80-81 참조.
중국헌법에서 '공민'과 '인민'의 개념도 이와 비슷하다. 공민은 권리를 누리고 의무를 가지는 주체이며, 공민의 개념은 국적과 서로 일치된다고 한다. 중국에서는 공민과 국민의 개념이 다르다고 하며 중국의 '공동강령'에서 국민이라는 단어를 사용한 적이 있는데 1953년 선거법에서 비로소 공민이란 단어로 바꾸어 쓰기 시작하였다고 한다. '공민'과 '인민'도 구별한다. 인민은 국가의 주인을 가리키는데, 역사적으로 다른 시기에서 다른 내용을 가지고 있다고 하면서 중국의 현단계에서의 인민은 전체 사회주의 노동자이고, 사회주의를 옹호하는 애국자를 가리킨다고 한다. 인민과 공민은 세 가지 다른 점이 있다고 한다. 첫째, 공민은 법률적 개념이고 인민은 정치적 개념이다. 둘째, 공민의 범위는 인민보다 크다. 공민은 사회전체의 구성원을 포괄한다. 법에 의해 정치적 권리를 박탈당한 사람과 기타 적대분자는 인민에 속하지는 않지만 중국의 공민이다. 셋째, 공민과 인민의 두 단어를 사용함에 있어 일정한 구별이 있다. 공민이라는 단어는 전체를 나타내는 것이지만 주로 개인을 나타낼 때 많이 쓰인다. 하지만 인민이라는 단어는 왕왕 전체를 나타낼 때 사용된다(허숭덕 저, 변상필 역, 중국헌법, 동현출판사, 1996, 247-248). 그밖에 공민과 인민의 개념에 관하여 구병삭, "북한헌법과 중국헌법상의 기본권문제," 한국법학교수회 편, 현대법학의 제문제(무애 서돈각박사 화갑기념), 법문사, 1981, 79-80; 구병삭, "중공헌법상의 기본권문제,", 율산 한태연박사 회갑기념논문집, 법문사, 1977, 356-358 등 참조.

22) 시민과 공민을 구별하는 견해도 있다. 고전적 마르크스주의 전통에서 국가와 사회를 대립항으로 설정하는 이분법적 사고를 전제로 하여 인간개체를 부르주아사회의 구성원인 사적 인간과 정치적 국가의 구성원인 공적 인간으로 구분할 때 뒤의 것을 공민이라고 한다는 것이다. 반면 시민 개념은 국가와 사회의 이분법적 구분을 거부하고 정치사회와 경제사회간의 변증법적 긴장관계에 있는 시민사회를 전제로 하여 그 주체를 가리킨다고 한다. 공민은 참정권의 주체에 지나지 않지만 시민은 독자적으로 행동하는 자유, 평등 그리고 독립의 인격주체로서 기본권 일반의 담지자라고 한다(국순옥, "민주주의와 헌법실천," 민주법학 제16호, 1999, 141 참조).

23) 유병화, 국제법I, 진성사, 1990, 377.

24) 유병화, 376 377.

25) 한국어사전편찬회 편, 국어대사전.

체로 '정치적 경제적으로 소외된 피지배층으로서 기존의 정치 경제적 지배층을 대체하여 사회변혁을 주도할 수 있는 사람들의 집단' 정도로 정의할 수 있을 것 같다. 사회주의국가의 인민 개념과 비슷하지만 이 인민은 노동자·농민 등 프롤레타리아 계급만을 가리키는 데 비하여 민중에는 노동자·농민 외에도 사회변혁에 뜻을 같이 하는 쁘띠부르조아나 지식인, 중소지주 등을 포함한다는 점에 차이가 있다.[26]

신민(臣民, subject)이란 봉건제국가에서 국왕에게 충성의무를 지는 자를 뜻하였는데 근대국가 이전의 봉건제국가의 국민 개념에 해당한다. 신민의 충성의무는 국왕의 영토에서 출생함에 따라 원시적으로 발생하였으며 이 관계는 한 번 발생하면 개인의 자유의사에 따라 변경될 수 있는 성질이 아니었다고 한다.[27]

2. 국적

1) 국적의 의의

국적(國籍, nationality, Staatsangehörigkeit)이란 개인과 국가를 연결하는 법적 유대,[28] 또는 국민으로서의 신분 또는 국민이 되는 자격,[29] 또는 국가의 인적 요소를 이루는 개인과 국가간의 연결 내지 결속인 동시에 국가 인적 관할권의 기초[30] 등으로 설명되고 있다. 이러한 국적 개념을 확립하여 국민과 외국인을 구별하고 이에 따라 권리의무관계를 처리하게 된 것은 개인의 국가귀속성을 절대시하던 19세기부터 20세기에 이르는 일반적 시대정신의 산물이다.[31]

어떤 개인에게 자국의 국적을 주고 자국민으로 하는가는 원칙적으로 그 국가의 자유이며, 국적결정의 문제는 일반적으로 국내문제이다(「국적법의 저촉에 관한 어떤 종류의 문제에 관한 조약」 제1조, 제2조). 그러나 개인의 국적이 국내법상 유효한 것이라 할지라도 그 국적이 국제법상 실효적으로 기능하기 위하여는 국적에 관한 국내법이 국제조약·국제관습 및 국적에 관하여 일반적으로 인정된 법의 일반원칙에 일치된 것으로서 타국에 의하여 승인된 것이어야 한다.[32] 국적에 관하여 이를 규정하는 입법형식에는 국적헌법주의, 국적민법주의, 국적단행법주의 등이 있는데,[33] 우리나라는 헌법 제2조 제1항에서 국민이 되

---

26) 이에 대하여는 매우 많은 자료들이 있다. 대표적인 것으로 한완상, 민중사회학, 종로서적, 1984; 안병무, 역사앞에 민중과 더불어, 한길사, 1986; 한국신학연구소 편, 한국민중론, 한국신학연구소, 1984; 조희연/김동춘, "80년대 비판적 사회이론의 전개와 '민족·민중사회학'," 한국사회학회 편, 한국사회의 비판적 인식, 나남, 1990, 15-50 등 참조.

27) "한 번 신민이면 영구히 신민"(Once a subject, always a subject)이라는 법언은 이러한 관계에서 유래된 것이라고 한다. 석동현, "국적의 개념과 그 득상에 관한 고찰," 법조, 1996.12, 30 참조.

28) 이한기, 국제법강의, 박영사, 1997, 410.

29) 권영성, 116; 김철수, 104; 구병삭, 신헌법원론, 92; 계희열, 153.

30) 유병화, 376.

31) 이한기, 411.

32) 그리하여 국제사법재판소(ICJ)는 Nottebohm 사건(1955)의 판결에서 국적법이 국제적으로도 타당하기 위해서는 그것이 특정의 개인을 법적으로 국가에 결부시키고 있는 것만으로는 충분하지 않고 국가와 개인과의 사실상의 진정한 결합관계에 입각한 실효적인 국적이 아니면 안된다고 판시하였다(이한기, 411-413 참조).

33) 민법에 국적규정을 두고 있는 나라는 극히 적다. 1803년의 프랑스민법이 그 예이고 현재는 이란(1905)과 스페인(1982) 정도이다. 헌법에 국적규정을 두고 있는 나라로는 라틴아메리카국가들이 대부분이다. 한편 인도는 민법과 헌법, 포루투갈은 민법과 국적법, 멕시코는 헌법과 국적법, 파나마·베네주엘라·볼리비아는 민법, 헌법, 국적법에 각각 국적에 관한 사항을 분산하여 규정하고 있다고 한다. 석동현, 48 참조.

는 요건은 법률로 정하도록 하고 이에 따라 「국적법」을 따로 제정하는 국적단행법주의를 채택하고 있다.

2) 국적의 인접개념

국적과 비슷하지만 다른 내용을 가진 개념들로서 '시민권', '영주권', '호적' 등이 있다.

시민권(citizenship)이란 시민으로서의 모든 권리와 의무를 향유할 수 있는 자격을 가리키는데, 시민권제도만을 운영하고 있는 국가가 있고 미국 등 영미법계의 많은 국가들처럼 국적과 별도로 이러한 시민권제도를 운영하고 있는 국가들도 있다.[34] 시민권제도만을 운영하는 국가에서는 시민권이 국적과 동일시되지만 시민권제도와 국적제도를 2원적으로 운영하는 국가에서는 국적을 가진 국민과 시민권을 가진 시민이 일치하지 않는다. 시민권을 가지지 못한 국민이 있게 되는 것이다. 미국의 「이민국적법(Immigration and Nationality Act)」에 의하면 미국 국민(national)은 '미국 시민(citizen)과 시민은 아닐지라도 미국에 대하여 항구적인 충성의무를 지는 자'로 규정하고 있고(제101조 제1항 제22호), 미국의 해외속령[35]에서 미국시민을 부 또는 모로 하지 아니하고 태어난 자는 미국의 국민일 뿐 미국시민은 아니다(제308조). 그러나 미국은 20세기 이후 해외속령에서 태어난 국민에게 점차 시민권부여의 범위를 확대하여 지금은 양개념의 차이가 거의 없다고 한다.[36]

영주권(permanent residence)이라 함은 국가가 자국민이 아닌 외국인 중 특별한 요건과 사정을 갖춘 자에 대하여 자국내에 영구적으로 거주할 수 있도록 부여한 자격을 뜻한다. 영주권자는 본래의 국적을 상실하지 아니하고 체류국에 적법하게 영주할 수 있는 자격을 갖게 된다.[37] 미국, 캐나다, 호주 등은 영주권제도를 실시하고 있지만 우리나라에는 이러한 제도가 없다. 신문의 보도대로[38] 우리나라가 국내에 장기거주하는 외국인에게 지방선거권을 부여하는 입법을 한다면 영주권제도의 도입도 함께 고려해 볼 수 있을 것이라고 생각된다.

호적(戶籍)제도란 개인의 신분관계를 공인하고 공시하기 위한 제도로서[39] 사법상의 가족제도를 전제로 하고 있다. 호적제도는 중국전래의 제도로서 일본, 대만도 이 제도를 운영하고 있고, 우리나라는 신라시대부터 당(唐)의 호적제도를 모방한 호적제도를 가지고 있었다.[40] 서양에는 동양의 호적과 달리 중세부터 교회를 중심으로 교인의 출생, 혼인, 사망 등의 신분상의 변동관계를 기록하는 신분등록제도가 있었는데 근대 이후 이 사무가 국가로 이전되어 오늘날 사법상의 신분관계를 증명하는 제도로 정착되었다. 그런데 이러한 신분등록제도는 국적을 별도로 등록하는 공부제도를 두고 있지 않은 국가의 경우 사법상의 신분

---

34) 시민권제도만을 운영하는 나라로 벨기에, 이탈리아가 있고, 시민권제도와 국적제도를 2원적으로 운영하는 나라로 미국, 영국, 캐나다, 호주, 뉴질랜드, 아르헨티나, 인도네시아 등이 있다(석동현, 33 주)11 참조).

35) 미국의 해외속령으로는 American Samoa, Swains Islands가 있다(「이민국적법」 제101조 제1항 제29호.). 해외속령은 미국의 영토에는 포함되지 않으나 대외적인 관계에서는 미국의 관할권내에 있고 미국국민의 거주영역이 되며 미국정부의 외교적 보호권이 미친다. 미국영토는 50개주와 Puerto Rico, the Virgin Islands, Guam을 포함한다.

36) 시민권과 국적에 관한 자세한 내용은 석동현, 32-35 참조.

37) 이에 대한 자세한 내용은 석동현, 35-37 참조.

38) 조선일보, 1999.9.9, 1면.

39) 양수산, 친족상속법, 일신사, 1994, 43.

40) 호적제도의 역사와 다른 나라들의 예에 대하여는 김주수, 친족·상속법, 법문사, 1999, 54-55, 정광현, 한국가족법연구, 서울대학교출판부, 1967, 124-142 참조.

변동사항뿐 아니라 국적 관련사항을 공증하는 제도로서의 의미도 가지게 되었다. 우리나라나 일본은 별도의 국적부(國籍簿)제도를 두고 있지 않으므로 호적부가 국적판단의 유일한 공적 사료로서 일종의 국적등록부와 비슷한 기능을 가지게 된다.[41]

3. 국가와 국민

국가와 국민과의 관계에 관하여는 다양한 이론이 있을 수 있다. Jellinek와 같이 국가에 대한 국민의 지위를 논할 수도 있고, 헌법을 매개로 하여 국민의 헌법상 지위를 논할 수도 있다. 여기서는 일단 한 개인이 한 국가의 소속원, 즉 국민이 되었을 때 그 국가와의 관계에서 발생하는 권리의무관계를 살펴보기로 한다. 이를 국제법과 국내법관계로 나누어 본다.

1) 국제법상의 관계

국가는 외국에 체류하는 자국민이 그 외국으로부터 부당 또는 불법의 대우를 받을 경우 자국민에게 적당한 구제가 주어질 수 있도록 외교절차를 통하여 상대국에 요구할 수 있는 국제법상의 권리가 있다. 이를 재외국민에 대한 국가의 외교적 보호(diplomatic protection)라고 한다.[42]

국가는 타국 영역내로의 입국 또는 타국 영역 내에서의 체류가 허용되지 아니한 자국민을 자국에 받아들일 의무가 있다. 외국인에 대하여는 이러한 의무가 없으며 원칙적으로 외국인에 대하여는 국내법에 의하여 자국에의 입국을 불허하거나 체류중인 외국인의 강제퇴거를 명할 수 있다. 그러나 국가는 조약에 따라 타국 국민의 외교적 보호권 또는 보호의무를 인수할 수도 있다. 이처럼 외교적 보호의 대상이 된 타국 국민을 피보호자(protégé)라 하며, 타국의 영토내에 있는 자국의 공관에서 고용하고 있는 현지인에 대하여 외교적 보호권을 행사하는 경우도 있는데 이러한 현지인을 피보호자 또는 사실상의 국민(de facto subject)이라고 한다.[43]

2) 국내법상의 관계

국가는 자국민과 외국인에 대하여 국제법에 위배되지 않는 한 국내법이 정하는 바에 따라 규율체계를 달리 할 수 있다. 일반적으로 각국은 자국민에 대하여는 헌법과 하위법에 보장된 모든 권리를 보장하고 의무를 부담하게 하고 있지만 외국인에 대하여도 자국민과 똑같은 권리를 보장하거나 의무를 부담하게 하지는 않는다. 우리나라에서도 국민에게는 인정되나 외국인에게는 인정되지 않는 권리가 있다. 그것은 헌법상의 기본권일 수도 있고 법률상의 권리일 수도 있다.[44]

---

41) 그러나 호적기재에 공신력이 인정되지 아니하고, 국적을 취득한 후 아직 호적신고를 하지 않은 경우나 국적상실 이후 호적말소신고를 하지 않은 경우와 같이 호적의 기재사항과 국적보유사실이 반드시 일치하는 것은 아니므로, 호적기재는 국적보유여부에 대한 추정력을 갖는 정도라고 한다. 이에 관한 자세한 사항은 석동현, 37-39 참조.

42) 이한기, 420-421.

43) 석동현, 40-41.

44) 외국인의 헌법상 기본권 주체성에 관하여는 학설대립이 있다. 권영성, 286-287; 김철수, 271-272; 구병삭, 342-343; 허영, 234-237; 홍성방, 196-197 등 참조. 허영교수는 외국인은 우리 민족의 동화적 통합을 해치지 않고 그들을 우리 사회에 동화시키는데 필요한 범위 내에서 기본권의 주체가 될 수 있다고 하면서, 참정권 인정은 부인한다. 참정권 이외에 구체적으로 어떤 기본권을 외국인이 향유할 수 있도록

우리나라에서 외국인에게는 인정되지 않는 권리로는 정치적 자유(예컨대 「정당법」 제18조)를 비롯하여 선거권·피선거권·공무담임권·국민표결권 등의 정치적 기본권(참정권)과 원칙적으로 사회적 기본권 등이 있으며, 직업선택의 자유와 재산권 등에 대하여는 합리적 차별이 가능하다. 자유권 중에서도 거주·이전의 자유, 언론·출판의 자유, 집회·결사의 자유 등에도 제한을 가할 수 있다(「정기간행물의 등록 등에 관한 법률」 제4조 및 제9조, 「방송법」 제9조 등). 출입국의 자유에 대하여는 그에 관한 특별한 조약이 없는 한 국가에게 입국허가의 의무는 없다. 그러나 일단 입국을 허가받은 외국인에게는 출국의 자유가 보장된다. 평등권은 합리적인 차별근거가 없는 한 외국인에게도 인정된다고 본다. 국가배상청구권과 토지소유권에 대하여는 상호주의원칙에 따라 외국인에게 인정 또는 제한할 수 있으며(「국가배상법」 제7조, 「외국인토지법」 제3조) 광업권에도 제한을 가할 수 있다(「광업법」 제6조).[45]

한편 국민은 준법·납세·국방·교육·근로·환경보전의 의무를 지며, 외국인은 우리나라 국법준수의 의무와 국내에 재산이 있거나 과세대상이 되는 행위를 한 때에는 납세의 의무, 환경보전의 의무를 지며, 국방의 의무는 지지 않으나 방공(防空)의 의무는 부담한다.[46]

이와 같이 국적보유자인 국민과 국적이 없는 외국인에게는 국제법과 국내법에 의한 차별이 가능하다는 점에서 국적은 국가법적용의 중요한 기준이 된다.

III. 국민의 헌법상 지위론

1. 국민의 헌법상 지위론의 의의

위에서 국적보유자인 국민은 외국인에 비하여 실정법의 세계에서는 여러 가지로 다른 법적 지위를 가지고 있음을 살펴보았다. 이러한 실정법체계를 전제로 하여 이제부터는 국민의 개념과 지위를 더욱 명확히 하기 위하여 '국민의 헌법상 지위론'을 살펴보기로 하자. 국민의 헌법상 지위를 논하는 것은 헌법에서 사용되는 다양한 국민이란 용어의 개념을 명확히 하고 헌법상 국민이 행하는 기능 내지 역할, 국민의 권리와 의무관계, 즉 국가와 국민과의 관계를 명확히 규정하는데 도움이 된다.

우리나라 학자들은 대부분 국민의 헌법상 지위를 다루고 있는데 약간의 표현상의 차이가 있기는 하지만 대체로 ① 주권자로서의 지위, ② 국가기관으로서의 지위, ③ 기본권의 주체로서의 지위, ④ 피치자로서의 지위 등으로 나누고 있다.[47] 독일에서도 과거 Jellinek나

하느냐는 개별적인 경우에 설정할 문제이지 처음부터 이를 획일적으로 정할 수는 없다고 하며, 외국인이 주체가 될 수 있는 기본권을 처음부터 확정적으로 열거하는 것은 의미가 없다고 한다(237). 홍성방 교수는 모든 기본권은 인권을 핵심으로 하며 부차적으로만 실정법적 요소를 가진다고 하며, 일반적으로 국민에게만 인정되는 것으로 해석되는 권리들도 헌법제정자가 여러 가지 사정을 고려하여 국민만이 그것들을 행사할 수 있도록 그 주체를 한정한 것으로 해석하여야 할 것이라고 기존의 내외국인 차별론을 비판하고 있다(197).

45) 권영성, 288-290; 김철수, 272-275; 최대권, 86-87; 구병삭, 342-343; 강경근, 411-412.

46) 권영성, 616-626; 김철수, 833-842; 구병삭, 746-752; 최대권, 86-87.

47) 권영성교수는 주권자로서의 국민(주권의 주체로서의 국민과 주권행사자로서의 국민), 기본권주체로서의 국민, 피치자로서의 국민으로(118-119), 김철수교수는 이념적 통일체로서의 국민과 개인으로서의 국민으로 나누고 앞의 것에 주권자로서의 국민과 주권행사기관으로서의 국민, 뒤의 것에 기본권주체로서의 국민과 의무주체로서의 국민이 있다고 하며(132-137), 구병삭교수는 주권자로서의 국민, 국가기관으로

Kelsen 등이 우리나라의 헌법상 지위론과는 정확히 일치하지 않지만 국민의 국가에 대한 지위 내지 상태를 다룬 바 있다.[48] 우리나라의 논의를 중심으로 살펴보기로 한다.

2. 주권자로서의 국민

헌법상 대한민국의 주권은 국민에게 있으므로(제1조 제2항) 국민은 주권자로서의 지위를 가진다. 주권자로서의 국민을 주권보유자로서의 국민과 주권행사자로서의 국민으로 구분하기도 하고, 주권행사자로서의 국민을 국가기관으로서의 국민과 동일시하기도 하는데,[49] 이 글에서는 주권자를 주권보유자의 뜻으로 사용하기로 한다.[50]

주권보유자로서의 국민은 헌법 전문, 제1조 제2항, 제7조 제1항, 제8조 제2항 등에서 '대한국민, 국민전체, 국민'으로 표현되어 있다. 이 국민은 성별, 연령 등과 관계없이 전체적(이념적) 통일체로서의 국민이다. 이 국민에는 국적을 가진 자연인만이 포함되며 법인이나 국적을 가지고 있지 않는 외국인은 배제된다.[51]

그런데 이러한 국민의 실체가 무엇인가에 관하여는 약간의 논란이 있다. 국민주권의 원리를 이념적 내지 이데올로기적 원리로 이해하는 견해에 의하면, 주권자로서의 국민은 법적 개념으로 성립할 수 없다고 한다.[52] 이에 대하여 국민이 조직화되지 않았고 크기가 유동적이라 하더라도 구체적인 정신적 통일체로서 현존하기 때문에 비록 실정법적으로 법적 의견을 형성할 수 없다 하더라도 여론의 주체로서 또한 주권기관으로서 주권을 보유함에 아무런 지장이 없다면서 주권자로서의 국민의 실체를 인정하기도 한다.[53]

주권이론의 대립에도 불구하고 구체적 개인과 개인의 총화로서의 국민이 아니라 관념적 추상적인 공동체로서의 국민의 개념을 상정하는 것은 논리적으로 가능하며 이러한 국민이 구체적 실제적으로 행동할 수 있는 수단은 없지만 헌법 전문이나 제1조 제2항에서 말하는 국민이 바로 이러한 의미의 국민을 가리키는 것은 분명하다. 이러한 국민은 법적으로 조직된 집단은 아니지만 여론의 형성이나 국가권력행사의 정당성의 근거로서 작동하는 것도 또한 가능하므로 주권자로서의 국민을 상정하는 것은 충분히 가능하다.

서의 국민, 기본권향유자로서의 국민, 의무주체로서의 국민으로(792-794), 최대권교수는 주권의 주체로서의 국민, 국가의 최고기관으로서의 국민, 기본권보장의 대상으로서의 국민, 피치자 내지 통치권의 대상으로서의 국민으로(87 88), 강경근교수는 주권자(주권보유자, 주권행사자), 기본권향유자, 의무주체로 나누고 있다(98-99). 과거 박일경, 문홍주, 김기범, 윤세창교수도 국민의 헌법상 지위를 다루었다(김철수, 133, 각주 참조)

48) Jellinek가 국민의 국가에 대한 지위(상태)를 수동적 지위, 소극적 지위, 적극적 지위, 능동적 지위로 나눈 것은 널리 알려진 사실이다(Georg Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tübingen: J.C.B Mohr, 1919, 94 이하). 국내에서는 박일경교수가 이 국민의 지위를 논하면서 이 분류방식을 따른 바 있다(박일경, 제5공화국헌법, 일명사, 1981, 161). Kelsen은 '법질서에 대한 국민의 관계'라는 항목에서 수동적 관계, 능동적 관계, 소극적 관계로 나누고 이에 의무, 주관적 권리, 자유를 각각 귀속시켰다(한스 켈젠, 217 220 참조).

49) 뒤의 주) 55-57 참조.

50) 권영성교수는 이를 이념적 주권자, 주권행사자로서의 국민을 현실적 주권자라 한다(118).

51) 최대권교수는 이러한 의미의 국민을 민족 개념의 국민으로 이해하고 있는데(87), 여기서는 법적 개념인 국민으로 이해하여야만 할 것이다. 외국 국적을 취득하고 우리 국적을 상실한 한민족까지 한국의 주권자라고 하기에는 무리가 있다.

52) 박일경, 162-163.

53) 김철수, 134. 그밖에 주권자로서의 국민 개념에 대한 논란에 대하여는 한태연, 133-141 참조.

3. 주권행사자(국가기관)로서의 국민

주권(보유)자로서의 국민이 전체국민을 말하는 데 비하여 주권행사자 또는 국가기관으로서의 국민이란 주권에서 연원되는 권력 내지 권리를 구체적으로 행사할 수 있는 능동적 시민, 즉 유권자집단만을 말한다. 이러한 의미의 국민에는 전체국민 중에서 일정한 연령에 달하여 국민투표권이나 선거권을 가지게 된 국민만이 해당된다. 선거권에 결격사유가 있는 자와 법인 및 외국인은 물론 포함되지 않는다. 헌법제정과정에 참여하거나 또는 헌법개정안에 대한 국민투표(헌법 제130조 제2항), 국가안위에 관한 중요정책에 대한 국민투표(제72조), 대통령·국회의원·지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 선거(제67조 제1항, 제41조 제1항, 제118조 제2항)에 참여하는 국민이 이러한 의미의 국민이 된다.[54] 이러한 의미의 국민 개념은 프랑스의 주권이론 중 peuple주권론에서 말하는 주권자인 peuple과 정확히 일치하게 된다.

이러한 지위의 국민에 관하여는 여러 가지 논란이 있다. 국민에 관한 표현과 관련하여 주권행사자로서의 국민 개념만을 인정하고 국가기관으로서의 국민의 개념은 인정하지 않는 학자도 있고[55] 주권행사자로서의 국민은 인정하지 아니하고 국가기관으로서의 국민만을 들고 있는 학자도 있으며,[56] 양자를 동일시하는 학자도 있다.[57] 그러나 각각의 설명을 살펴보면 그 내용에 있어서는 서로 차이가 거의 없다. 주권행사자로서의 국민에 대한 설명이나 국가기관으로서의 국민에 관한 설명이 거의 같다는 말이다. 그렇다면 이러한 이해의 차이는 단지 선거나 국민투표에 참가할 수 있는 능력을 가진 국민을 무엇이라고 표현할 것인가만이 문제라고 할 수 있다.

이와 같은 표현상의 차이점 이외에 국민을 국가기관으로 보는 것 자체를 비판하는 견해가 있다. 역시 국민주권의 원리를 이데올로기적 원리로 이해하는 경우에는 국가기관으로서의 국민의 지위를 인정하지 않는다. 이러한 국민의 지위는 참정권의 주체로서의 국민의 능동적 지위로부터 결과적으로 유래하는 것이지 그것과 별개로 독립·병존하는 국민의 다른 지위는 아니라고 한다.[58] 또한 국민은 하나의 통일된 행동을 할 수 있는 실체가 아니며, 다양한 개성과 능력과 이해관계를 가지는 무수한 인간의 집단을 상징적으로 표현하기 위한 '관념적 크기'에 지나지 않기 때문에 현실적으로 하나의 '기관'으로서 통일된 행동을 할 수 있는 속성을 지니고 있지 못하므로 국민이 최고의 독립성을 가지고 국가의사를 불가분적으로 결정한다는 논리는 하나의 의제이며 허구에 지나지 않는다는 비판도 있다.[59]

국민을 국가기관으로 보는 견해는 국가기관을 여러 가지로 분류하면서 제1차적 기관과

---

54) 독일에서도 이러한 구별은 인정된다. 독일헌법 제20조 제2항은 "모든 국가권력은 국민(Volk)으로부터 나온다. 모든 국가권력은 국민(Volk)이 선거와 국민투표로써 또는 입법·집행권·사법의 특별한 기관에 의하여 행사된다"라고 규정하고 있는데 제1문에서의 국민은 전체국민을 말하고 제2문의 국민은 주권행사자로서의 능동적 시민을 뜻한다는 데에 대체로 학설이 일치하고 있다고 한다. 김철수, 법과 정치, 교육과학사, 1995, 162-163 참조.

55) 권영성, 118-119; 강경근, 98-99.

56) 구병삭, 792-793; 최대권, 87.

57) 김철수, 헌법학개론, 135.

58) 박일경, 163. 박교수는 그러면서도 대통령선거인단(1980년 헌법 제40조 제1항)과 함께 국민투표에서 국회의원선거권자 과반수(제131조 제2항), 국회의원선거인단(제77조 제1항)을 국가기관으로 보는 점에는 별로 이의가 없다고 한다.

59) 허영, 136-138. 프랑스식 국민 개념 2분설을 비판하는 허교수는 국가기관으로서의 국민 개념을 비판하지만 국가권력의 정당성의 근거로서의 국민 개념 자체를 부정하기나 비판하고 있는 것 같지는 않다.

제2차적 기관의 구분을 인정한 Jellinek[60]의 영향이 아닌가 한다. 그는 개인의 다양한 지위를 설명하면서 국가에 의하여 국가의 목적을 위하여 부여된 권한은 인격에 관한 다시 별개의 지위의 근거가 된다고 하며, 선거도 기관적 지위의 담당자로서 개인이 행하는 기관행위로 이해한다.[61] 법인의 기관인 사원총회가 의결로써 법인의 의사를 결정하듯이 국민이 선거나 국민투표를 통하여 국가의사의 형성에 참여하는 것을 국가의 기관인 국민의 지위에서 행하는 행위로 이해하는 것은 국가를 하나의 법인으로 보는 Jellinek에게는 충분히 가능한 일이다. 이러한 이해의 연장선에서 선거를 하나의 공의무로 보는 견해[62]도 또한 충분히 가능한 일일 것이다.

선거권이나 국민투표권과 같은 참정권은 일반적인 자유권이나 평등권, 청구권 등과 같이 자신의 이익을 위하여 국가를 상대로 무엇인가를 요구할 수 있는 주관적 공권이라고 볼 수만은 없다는 점에 문제가 있다. 참정권은 개인의 이익보다는 국가적 활동의 실행에 대한 참가 요구라는 측면이 크다는 점,[63] 그래서 공의무의 성격도 갖는다는 점, 선거와 투표의 효과도 국가에 귀속된다는 점[64] 등에서 다른 주관적 공권들과 다른 점이 있음은 사실이다. 그런데 참정권의 행사를 국가의 기관의 지위에서 행사되는 것이라고 이해하게 되면 상당히 어려운 문제들이 야기될 수 있다. 참정권의 행사가 공적인 성격을 갖기는 하지만 그것은 어디까지나 국민의 국가에 대한 참여권으로서의 성격으로부터 나오는 것이지 기관의 지위에서 나오는 것이라고 보기는 힘들다. 그렇게 되면 그것은 '권리'라기보다는 '권한' 또는 의무의 성격이 강하게 될 것이기 때문이다. 참정권은 전통적으로 권리로 분류되고 있고 우리 헌법도 권리라고 명시하고 있다(제24조). 참정권은 위와 같이 다른 권리들과 다른 특수한 성격을 가지고 있지만 여전히 국가에 대한 권리(주관적 공권)임을 부인할 수 없다.[65] 그렇다면 참정권을 행사하는 국민을 국가기관으로 보는 것은 온당치 않다. 국민은 조직되고 통일적인 집단, 즉 기관은 아니고 다만 그렇게 의제될 뿐이다.

한편 주권행사자로서의 국민이라는 표현도 문제가 없는 것은 아니다. 국민이 실제로 행사하는 것은 국민투표권과 선거권이라는 '권리'이지 '주권' 그 자체는 아니다. 다만 선거권과 국민투표권은 주권자인 국민의 지위로부터 나온 권리로서 헌법원리인 국민주권원리가 구체화된 제도적 산물이라고 이해하여야 한다. 그러므로 주권행사자라는 표현은 틀린 것은 아닐지라도 정확한 표현은 아니며, 이 때의 국민은 주권자인 국민의 지위의 일부일 뿐이라고 보아야 할 것이다.[66] 그리고 이 때의 국민을 주권행사자로 표현하는 것은 역시 하나의 의제적 표현으로 보아야 할 것이다.[67]

---

60) 옐리네크, 일반국가학, 530.

61) 옐리네크, 409. 국민투표행위도 이미 개인행위가 아니라는 것은 의심의 여지가 없고 최고국가기관의 행위라고 한다(410, 주52).

62) 권영성, 197; 최대권, 87.

63) 켈젠, 222 참조.

64) 구병삭, 91.

65) 켈젠도 이러한 점들이 참정권을 다른 주관적 공권과 구별할 수 있는 결정적으로 중요한 내용은 아니라고 하며 선거권자도 자신의 사적 이익을 행하고 있다고 한다(222-223).

66) 이 점에서 주권자로서의 국민 안에 주권의 주체로서의 국민과 주권행사자로서의 국민을 포함시키는 견해(권영성, 강경근)가 이해될 수 있다.

67) 주권행사자로서의 국민과 국가기관으로서의 국민 개념 모두를 비판하는 허영교수는 예외적으로 국민이 국민투표에 의하여 "직접 주권을 행사"한다고 하면서도 이것은 주권자로서 국가기관을 창조하고 국가정책의 길정에 민주적 정당성을 부여해 주기 위한 국민주권원리의 표현이지 그 자체가 '국가기관'으로서의 행위를 뜻하는 것은 아니라고 설명하고 있다(138). 국민주권원리를 이념적으로 이해하면서 국민이 예외적이지만 "실제 주권을 행사"한다는 표현은 오해의 여지가 있다고 생각된다.

4. 기본권주체로서의 국민

기본권의 주체로서의 국민이란 개개인으로서의 국민을 가리킨다. 우리 헌법 제10조에서부터 제37조까지 열거되어 있는 기본권을 향유하는 개개인이 바로 이것이다. 여기에는 미성년자나 금치산자도 포함되며, 기본권의 성격에 따라 법인도 포함될 수 있다. 다만 선거권, 피선거권의 경우에는 일정한 연령에 도달하고 소정의 결격사유에 해당하지 않아야 그 권리를 행사할 수 있다.

헌법상의 기본권은 외국인에 대하여도 인정되는 경우가 많이 있음은 앞에서 이미 살펴본 바 있다. 그렇다고 할지라도 그 외국인이 국민으로 취급되는 것이 아님은 물론이다.

5. 피치자(의무주체)로서의 국민

개개인인 국민은 국가로부터 보호대상이 됨과 동시에 국가의 통치권의 대상, 즉 피치자로서의 지위도 갖게 된다. 이 때의 국민은 헌법상 공의무의 주체로서 나타나는데, 납세의 의무(제38조), 국방의 의무(제39조), 교육을 받게 할 의무(제31조 제2항), 근로의 의무(제32조 제2항), 환경보전의 의무(제35조 제1항) 등을 부담한다. 의무의 성질에 따라 법인도 포함되며, 외교특권이나 외교면제의 대상이 되지 않는 한 외국인도 포함된다. 외국인이 의무주체가 된다고 하여 국민이 되는 것이 아님은 기본권주체로서의 국민의 경우와 마찬가지이다.

주권자로서의 국민과 참정권의 주체(주권행사자)로서의 국민이 전체국민을 가리키는 반면 기본권주체와 의무주체로서의 국민은 개개인으로서의 국민을 가리킨다.

IV. 국민 개념의 재검토 - 맺는말을 대신하여

1. 국민인접개념의 재정립

우리는 지금까지 우리 헌법이 사용하고 있는 '국민'이라는 표현이 가지고 있는 여러 가지 다양한 의미와 내용을 살펴보았다. 우리 헌법과 일본국헌법은 국민이라는 표현을 사용하고 있지만 미국헌법은 people과 citizen을, 독일헌법은 Volk를, 프랑스헌법은 peuple과 citoyen을,[68] 중국과 북한헌법은 인민과 공민이라는 표현을 각각 사용하고 있다. 이데올로기적·계급적 함의를 가지고 있는 중국과 북한헌법의 인민 개념을 제외하면 나머지 표현들은 모두 거의 같은 개념, 즉 국적을 가지고 있는 국민의 뜻으로 사용되고 있다.

우리나라 헌법학계에서는 이미 살펴본 바와 같이 국민의 인접개념을 소개하면서 인민 개념을 국민 개념과 구별하고 있는데 people(peuple)을 인민으로 번역할 수밖에 없다면 이 인민 개념을 국민 개념과 구별할 아무 이유가 없는 셈이다. 그렇다면 이를 국민과 구별하는 우리나라 다수설은 시정될 필요가 있다.

한편 프랑스헌법은 "국민주권은 인민에게 속하며 인민은 대표자와 국민투표를 통하여 이를 행사한다"(제3조)라고 규정되어 있는데 이것은 오랜 nation 주권론과 peuple 주권론의 대립의 타협과정에서 나타난 것이라고 한다. 이에 대한 설명은 성낙인, 179-183 참조.

68) 1789년의 「인간과 시민의 권리선언」에서는 표제와 같이 citoyen이란 표현이 주로 사용되고 있고 peuple은 전문에서 한 차례 사용되었을 뿐이다.

민족과 국민 개념의 구별은 모호한 점이 없지 않지만[69] 근대 민족(국민)국가 형성과정에서 나타난 역사적 맥락과 국민과 민족이라는 별개의 용어와 개념을 사용하고 있는 우리의 언어관행을 감안하면, 한 단어로 두 개념을 표현하거나 여러 가지 단어를 혼용하고 있는 서양에서와는 달리 우리의 경우 두 개념을 구분하는 것은 비교적 쉬운 편이다.

우리나라 헌법은 국민이라는 한 가지 용어로 모든 사람의 지위를 표현하고 있기 때문에 이를 명확히 하기 위하여 국민의 헌법상 지위라는 설명방식을 취하는 경우가 많다. 이 경우에도 약간의 문제가 없는 것은 아니지만 이러한 설명방식을 통해서 비로소 국민의 다의적·다층적인 구조와 내용이 드러날 수 있다는 점에 나름대로 의의가 있다고 하겠다.

2. 국민 개념의 확장(?)

그러나 오늘날에는 전통적인 국민 개념만으로는 정확히 표현할 수 없는 많은 현실적 문제점들이 제기되고 있다. 전통적으로 국적을 가진 국민에게만 인정되던 참정권의 경우 아직은 국회의원이나 대통령선거권, 국민투표권에까지는 이르지 못하지만 지방자치단체에서의 선거권은 외국인 주민에게도 인정하려 한다든가,[70] 한국민이 아닌 재외 한민족에게 「재외동포지위법」을 제정하여 사실상 대한민국 국민과 거의 같은 법적 지위를 인정하고 있는 것[71] 등이 그런 것들이다. 국적만을 기준으로 한 국민 개념만으로는 설명되기 어려운 현상이 나타나고 있으니만큼 이에 대한 연구가 필요하다고 생각된다.

3. 시민참여의 헌법학

무엇보다도 문제는 다른 사회과학에서는 시민운동, 시민사회, 시민의 정치참여 등 시민 개념을 다양하게 사용하고 있음에 반하여 우리 헌법학계에서는 시민이라는 개념과 용어를 전혀 포섭하지 못하고 있다는 점이다. 주권행사자로서의 국민이 참정권을 가진 국민이란 뜻으로 이해되는 한 시민의 개념으로 표현할 수 있으며, 주권행사라는 개념을 선거나 국민투표에 참여하는 정도에 그치지 아니하고 시민이 시민운동 등 다양한 형태로 국정 내지 지방자치에 참여하거나 영향을 미치는 행위까지 포함하는 넓은 뜻으로 이해하게 되면 시민의 개념을 헌법적인 개념으로 수용하여 헌법학의 지평을 넓힐 수 있다고 생각된다.[72]

최근 시민참여의 관점에서 사회과학분야의 연구성과를 헌법학에 도입하여 '시민사회적 기본권민주주의론'을 전개하면서 헌법실천의 주체로서 기본권담지자로서의 시민 개념을 제

---

69) 영어권에서는 nation이란 단어가 국민과 민족 개념을 포괄하는 개념으로 사용되고 있고 특히 국적을 가진 국민의 뜻으로는 national이라는 단어를 사용한다(미국 「이민국적법」의 경우). 독일의 문헌에서는 Volk, Nation, Staatsvolk, Staatsnation, Staatsbürger 등 다양한 용어가 쓰이고 있다. 이들은 용례에 따라 의미, 민족, 국민 등으로 번역이 가능한데, 이 중 Staatsvolk, Staatsnation, Staatsbürger는 국적을 가진 국민의 개념이다. 통상방교수에 의하면, 이들은 서로 혼용되거나 동일시되는데 엄밀히 이야기하면 Volk는 민족, Nation은 사회학적 의미의 국민, 곧 인민, Staatsvolk는 법적 의미의 국민을 뜻한다고 한다(41, 주 90). 이 개념들에 관한 독일의 논의에 관하여는 Josef Isensee & Paul Kirchhof(Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts, Bd. I*, C.F.Müller, 1987, 664-668 참조.

70) 일본의 경우 재일한국인들에게 지방참정권을 인정하려는 법개정은 이미 상당히 진척되어 가고 있으며, 우리나라의 경우에도 비슷한 입법을 추진하려는 움직임이 있다.

71) 이 법률에 대하여는 적용대상에서 재중국 및 재러시아동포를 제외한 점 등 많은 문제점이 드러나고 있다. 그러나 그 문제점을 밝히는 것에 이 글의 목적이 있지 않으므로 자세한 논의는 생략한다.

72) 일본의 시민참가의 관점에서 시민헌법의 전망을 제시한 이께다 마사아끼, 126-132 참조.

시한 연구는 하나의 이정표로 받아들여도 좋을 것이다.[73]

전통적인 국민 개념은 다소 편협하게 이해되어 왔고 그에 관한 설명에도 일부 오해가 있는 것이 사실이다. 다의적·다층적인 국민 개념을 사례에 따라 명확히 설명하기 위하여는 국민 이외에 인민이나 시민 등의 용어를 헌법학의 용어로 끌어들여 개념을 풍부화할 필요가 있고 이에 관한 깊이 있는 연구도 필요하다고 생각한다.

73) 국순옥, 134-143 참조. 국교수는 관념적 통일체에 지나지 않는 국민을 주권의 담지자로 보는 국민주권 원리를 극복하고, 민주주의가 몸을 낮추어 시민사회의 열린 마당으로 내려와야 한다고 주장한다. 이를 위하여 지방자치와 같이 민주주의의 수직적 심화 못지 않게 중요한 것은 민주주의의 수평적 확장인데, 이것은 정치사회와 경제사회에 대한 기본권담지자 시민들의 헌법실천적 개입이 주종을 이루는 시민참여의 형태가 될 것이라고 한다(142).