

# 탈북자의 법적 지위와 보호 방안에 관한 국제법적 문제

- 在中 脫北者를 중심으로 -

김 부 찬\* · 김 하 룡\*\*

## 목 차

- I. 서론
- II. 국제법상 난민과 탈북자의 지위
- III. 국제법상 강제송환금지원칙과 탈북자 보호
- IV. 탈북자에 대한 외교적 보호 문제
- V. 결론

## I. 서 론

근래 들어 북한 이탈주민, 즉 탈북자 문제는 해결하기 어려운 국제적 문제로 부각되고 있다. 해외 탈북자들은 특히 중국을 통하여 한국으로 넘어 오려고 시도하는 경우가 대부분인데 최근 중국의 탈북자 정책이 강경 일변도로 바뀐 것 같다는 분석이 나오는 가운데 중국 정부의 탈북자에 대한 조치가 관심을 끌고 있다.

중국 당국은 2004년 10월 26일 새벽 베이징시 통저우(通州)의 아파트 두 채를 급습, 그곳에 숨어 있던 탈북자 62명과 그들을 돕던 한국 민간단체(NGO) 회원 2명을 전격 체포하고, 단지 한국행을 모색하던 예비 단계에서 체포된 탈

\* 제주대학교 법학부 교수

\*\* 제주대학교 대학원 법학과 박사과정

북자도 체포한지 열흘 만에 북한으로 송환한 바 있다. 당시 중국 외교부 대변인은 “탈북자들의 외교공관 진입을 지원하는 ‘서터우’(蛇頭·밀출입국 조직의 두목)를 엄벌에 처하겠다.”며 탈북자와 그들을 지원하는 조직에 대한 강경 방침을 발표했다. 또한 2005년 8월 29일 중국 산둥(山東)성 엔타이(煙臺) 소재 한국 국제학교에 들어가 한국행을 요구했던 탈북자 7명에 대해서도 연행 후 한 달 만에 북한으로 송환하였다.<sup>1)</sup>

이른바 ‘企劃脫北’이 시도된 이후 중국 당국이 ‘기획탈북자’들에 대한 엄벌 방침을 천명하고 단순 탈북자들까지 체포하기 시작한 것은 분명 예전과 달라진 강경한 모습이다. 중국 당국은 탈북자들이 집단적으로 외국 공관에 진입하지 못하도록 특단의 조치를 취하고 있는 것이다.

북한은 최근 가난과 기아 등에 의한 단순 탈북자에 대한 처벌은 일부 완화했지만 한국행을 시도하다가 체포된 탈북자에 대해서는 정치범수용소 수감 등 가혹한 형벌에 처하고 있다. 따라서 탈북자들에 대한 가혹한 처벌이나 박해가 충분히 예견되는 상황에서 중국 당국이 탈북자에 대하여 비인도적으로 집단 강제복송을 감행하는 데 대하여 우리 정부는 물론 유엔(UN)을 비롯한 정부간 국제기구(IGOs) 및 민간 국제인권단체(INGOs)의 대응이 주목되고 있다. 이제 국제적인 문제로 대두되고 있는 탈북자 문제의 해결과 관련하여 한국을 포함한 관련 당사국은 물론 국제사회의 관심과 대책이 요망되고 있다.

본 논문은 재중 탈북자를 중심으로 國際人權法 및 國際難民法의 차원에서 그 법적 지위 및 보호에 대한 문제에 관하여 고찰하고자 한다.

## II. 국제법상 난민과 탈북자의 지위

### 1. 국제법상 난민의 개념과 지위

#### 1) 시설

일반적으로 難民(refugee)이라 함은 국적국이나 상주국(주로 무국적자의 경

1) 『朝鮮日報』, 2004. 11. 9. ; 2005. 10. 11.

우)을 벗어나 외국에서 庇護(또는 亡命, asylum)을 구하고 있는 자를 의미한다.<sup>2)</sup> 넓은 의미에서, 少數者(minorities)를 “특정 국가의 영역 내에서 국적(nationality)을 불문하고 대부분의 다른 구성원들과 구별되며 또한 수적으로 소수의 위치에 있는 사람들(people), 또는 그들에 의하여 구성되는 집단”이라고 이해할 때 난민도 소수자의 범주로 포함시킬 수 있다.<sup>3)</sup> 이러한 일반적·포괄적 개념으로 이해되는 소수자는 UN 설립 이후 평등권 및 무차별의 원칙에 대한 강조를 통해 그들을 보호하고자 하는 협약이나 제도가 계속 발전하여 오고 있는 것이 사실이다.

흔히 난민은 탈출 또는 망명 요청의 동기를 고려하여 대체로 정치적 난민, 전쟁난민, 경제적 난민, 인도적 난민 등 4가지 유형으로 대별되어 왔다. 그러나 이들 유형 간 경계에 위치하여 명확하게 어떤 부류의 난민이라고 확정하기가 어려운 경우도 적지 않는 것이 사실이다.<sup>4)</sup>

첫째, 정치적 난민(political refugee)이란 정치적 신념을 이유로 본국에서 박해 받을 우려가 있는 경우 타국으로 탈출하여 타국의 비호를 요청하는 난민을 말한다. 정치적 난민은(정치적) 망명자라고도 한다. 오늘날 이에 해당하여 국제적 보호를 받을 수 있는 난민은 극소수에 불과하다.

둘째, 전쟁난민(war refugee)이라 함은 전쟁, 내란이나 대규모 폭동이 발생한 경우 이를 피해 타국 또는 타 지역으로 피난한 난민을 말한다. 전쟁난민은 피난민 또는 실향민(displaced persons)이라고도 한다.

셋째, 경제적 난민(economic refugee)이라 함은 경제적 궁핍에서 벗어나기 위해 타국으로 탈출한 난민을 말한다. 보다 나은 경제적 삶을 추구하기 위해 다른 나라에 들어와 보호를 요청하는 경우가 여기에 해당된다. 단순히 경제적인 궁핍을 피하기 위하여 외국으로 탈출하는 경우 국제법적 보호를 받을 수 있는 가능성은 훨씬 줄어드는 것이 사실이며, 이들에 대해서는 경제적 이주민(economic migrants)이란 용어가 일반적으로 사용되기도 한다.

2) 제성호, “해외 탈북자의 법적 지위와 처리방향”, 『서울국제법연구』 제9권 1호, 서울국제법연구원, 2002, p.43 참조.

3) 김부찬, “국제법상 소수자의 권리”, 『동아시아 연구논총』 제8집, 제주대학교 평화연구소, 1997, p.2.

4) 이하, 제성호, 전제논문, pp. 43-44 참조.

넷째, 인도적 난민(humanitarian refugee)은 자연재해 또는 대규모 인권침해 사태가 발생한 경우 이를 피하기 위하여 타국으로 도피 또는 탈출한 난민을 말한다. 경제적 궁핍으로 말미암아 최저한도의 인간다운 삶도 영위하지 못하는 자가 생존을 위해 탈출, 보호를 요청하는 경우도 넓은 의미에서 인도적 난민에 포함될 수 있다고 본다. 이러한 인도적 난민의 개념은 비교적 최근에 확립된 것이라고 할 수 있다.

본래 네 번째 유형의 난민만을 인도적 난민이라고 부르지만, 학자에 따라서는 두 번째, 세 번째, 네 번째 범주의 난민을 모두 포함하여 인도적 난민이라고 칭하는 사람도 있고, 정치적 난민을 비교적 넓게 이해하고 기타의 난민을 경제적 난민으로 분류하는 사람도 있다. 이 중 주로 첫 번째 유형을 중심으로 난민에 관한 실정 국제법규는 발전해 왔다고 볼 수 있다.<sup>5)</sup>

## 2) 협약난민과 위임난민

조약을 중심으로 한 국제법상의 난민 개념에는 두 가지가 있는데, '난민협약상의 난민'과 'UN 難民高等辦務官(United Nations High Commissioner for Refugees, 이하 'UNHCR') 사무소 규정상의 난민'이 그것이다. 첫째, '난민협약상의 난민'은 "인종, 종교, 국적, 특정 사회집단에의 소속 또는 정치적 견해를 이유로 박해 받을 충분히 근거 있는 공포로 인해 국적국 밖에 있으면서 국적국의 보호를 받을 수 없거나 받기를 원하지 않는 사람"을 일컫는 것이다. 이러한 난민에 관한 정의는 1951년 7월 제네바에서 채택된 「난민의 지위에 관한 협약」(Convention Relating to the Status of Refugees, 이하 '난민협약') 및 난민협약에서 시간적 제한을 철폐한 1967년 「난민의 지위에 관한 議定書」(Protocol Relating to the Status of Refugees, 이하 '난민의정서')에 의거한 것이다. 일단 공식적으로 협약난민의 지위를 부여받게 되면 강제송환으로부터 보호 받는 등 안전하게 비호 받을 권리를 갖게 될 뿐만 아니라 모든 개인적 기본권을 포함한 경제·사회적 권리 및 의료 혜택, 노동 및 교육의 권리 등을 향

5) 상계논문.

6) 난민협약상의 난민은 '協約難民(Convention refugees)'이라고도 한다. Joan Fitzpatrick, *Human Rights Protection for Refugees, Asylum-Seekers, and Internally Displaced Persons*, Transnational Publishers, 2002, p.4.

유할 수 있는 시민권을 얻게 된다.

1951년 난민협약 제1조 A(2)에 의하면, 난민을 “인종, 종교, 국적, 특정사회 집단의 구성원 신분 또는 정치적 의견을 이유로 박해를 받을 우려가 있다는 충분한 근거가 있는 공포로 인하여, 자신의 국적국 밖에 있는 자로서, 국적국의 보호를 받을 수 없거나, 또는 그러한 공포로 인하여 국적국의 보호를 받는 것을 원하지 아니하는 자, 또는 (그러한 사건의 결과로 인하여) 종전의 상주국 밖에 있는 무국적자로서, 상주국에 돌아갈 수 없거나, 또는 그러한 공포로 인하여 상주국으로 돌아가는 것을 원하지 아니하는 자”라고 정의하고 있다.<sup>7)</sup>

난민협약상 난민으로 인정되는 경우, 이들은 특히 ① 국적국으로 송환되지 않을 권리(강제송환금지원칙), ② 1951년 난민협약 또는 1967년 난민의정서에 명시된 (여행증명서 발급과 같은) 권리 및 이들 조약에 서명하지 않은 국가에서 일반 국제법에 의하여 부여되는 권리, ③ 필요한 경우 즉각적인 지원 혹은 보호조치, ④ 영구적 해결책(자발적인 본국 귀환, 현지 동화 또는 제3국에의 재정착)의 모색과 관련된 지원 등을 받을 수 있게 된다.

난민으로서의 지위를 부여할 것인가 여부는 어디까지나 난민이 소재하는 영토국(현지국)에 의해 결정된다. 그리고 난민협약상의 난민 지위결정과 난민에 대한 일정한 보호와 대우의 제공 등 권리·의무관계는 어디까지나 난민협약(조약) 당사국간에만 적용되는 관계이며, 난민협약은 비당사국에 대해서는 적용되지 않는다는 것을 유의해야 한다.<sup>8)</sup>

이와 같이 현 단계의 국제법상 어떤 사람이 난민이나 아니냐를 결정하는 권한은 원칙적으로 영토국에 있다. 박해를 피해 자국에 피신해 온 자가 관계당국에 출두하여 난민지위를 주장하면, 영토국은 해당 국내법 절차를 밟아서 난민인가 여부를 판정하게 될 것이다. 하지만 문제의 사람이 난민 판정을 받으려면 인종, 종교, 국적 등 난민협약 제1조 A(2)상의 5 가지 사유에 해당되어야 하며,

7) "(Any person who) owing to a well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group of political opinion, is outside the country of his nationality and is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country ; or who, not having a nationality and being outside the country of his former habitual residence as a result of such events, is unable or, owing to such fear, is unwilling to return to it."

8) 제성호, 전계논문, pp.44~45.

영토국은 그에 해당된다고 판단할 경우 난민 지위를 인정하게 되는 것이다. 이 경우 난민은 국제법(난민협약)상의 난민이 되는 것이고, 영토국의 국내법상으로도 난민의 지위와 일정한 대우가 보장되게 된다.<sup>9)</sup> 즉, 신변의 안전 내지 신분의 인정은 확보하게 되는 것이다. 문제의 탈출지가 영토국에 의해 국제법상의 난민 판정을 받을 경우 그는 자기 의사에 따라서 현지국에 정착할 수 있고, 난민협약 제28조에 의한 여행증명서(travel document) 또는 제27조에 의한 난민신분증명서(identity paper)를 발급 받아 해외여행을 하거나 또는 영토국과 제3국간의 협의를 거쳐 제3국행(제3국 정착)을 모색할 수도 있다. 난민이 제3국 망명을 희망하는 경우에는 이들의 제3국 정착에 필요한 지원을 제공해야 한다.<sup>10)</sup>

둘째, 다른 하나의 난민 개념은 1950년 12월 채택된 「UNHCR 事務所規程」(Statute of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees)<sup>11)</sup>에 의한 난민이다. 이는 난민협약상의 난민 개념과 유사하면서도 약간의 차이가 있다. UNHCR은 주지하는 바와 같이 UN 총회의 보조기관(산하 기관)이다. UNHCR은 UN의 한 기관이기 때문에 전체적으로 UN의 목적 실현

9) 영토국은 난민을 국내적으로 수용하기로 결정한 경우 그에게 안정적인 비호 부여와 함께 최소한도의 생활 영위에 필요한 대우를 부여해야 한다. 난민협약 당사국들이 이 협약에 따라 부담하는 보호의무의 내용에 관해서는 노명준, 「난민의 국제법적 보호」, 『인권과 국제법』, 석암 배재식 박사 화갑기념 논문집, 박영사, 1989. pp.52~55.

10) 난민협약 제32조 제3항은 “체약국은 상기 난민에게 타 국가에의 합법적인 입국허가를 구하기 위하여 타당하다고 인정되는 기간을 부여한다. 체약국은 그 기간 동안 동국이 필요하다고 인정하는 국내조치를 취할 권리를 유보한다.”고 규정하고 있다. 이 조항에 따라 난민들이 제3국 정착을 희망하는 경우 영토국은 제3국행에 필요한 기간동안 최소한의 잠정적인 비호(temporary asylum, provisional asylum)를 난민들에게 부여해야 한다. 이를 ‘잠정적 비호부여의무’라 한다. 잠정적 비호에 관한 각국의 실행에 관해서는 장효상, “난민의 법적 지위와 처우”, 『국제법학회논총』 제26권 1호 1981. pp.17~29.

11) Marjoleine Zieck, *UNHCR and Voluntary Repatriation of Refugees*, Martinus Nijhoff Publishers, 1967, pp.26~29. ; Chater 2.3 Refugee Status을 보면, 난민의 정의는 다음과 같다. “... The Statute defines a ‘refugee’ as any person, who is outside the country of his nationality, or if he has no nationality, the country of his former habitual residence, because he has of had well-founded fear of persecution by reason of his race, religion, nationality or political opinion and is unable or, because of such fear, is unwilling to avail himself of the protection of the government of the country of his nationality, or, if he has no nationality, to return to the country of his former habitual residence ....”

을 그 목표로 하고 있다. UN의 목적은 인권 및 기본적 자유의 존중·보호에 있고, 더 나아가 인도적 차원의 도움을 필요로 하는 사람들, 즉 난민을 지원하는 것이다. 이러한 임무를 수행하는 기관이 바로 UNHCR이다. UNHCR은 UN 총회의 권한에 의거하여 총회 또는 경제사회이사회의 정책지시에 따라 활동을 수행한다.<sup>12)</sup> 따라서 UNHCR의 보호 대상인 난민은 자연히 난민협약상의 난민의 개념보다는 그 범위가 더욱 확대되고 있다. 말하자면 UNHCR 사무소 규정상의 난민 개념은 동적이며 발전적인 것이라고 할 수 있다.<sup>13)</sup>

UNHCR은 난민 지위를 판정하기도 하고 난민을 구제하기도 하며, 전 세계 여러 지역에서 난민에 대한 구호업무를 수행하는 NGOs와 연대하여 구호활동을 전개하고 있다. 다시 말해서 UNHCR은 '인도적인 구호활동을 하는 국제기관'으로서 난민협약상의 난민 개념에 구애되지 않고 보다 탄력적인 난민 개념을 채택하고 있는 것이다. 일반적으로 난민협약상의 난민을 '協約難民' 또는 '法定難民'(statutory refugee)이라 하며, UNHCR 사무소 규정상의 난민을 '委任難民'(mandate refugee)<sup>14)</sup>이라고 칭하고 있다. 즉, '위임난민'이란 UNHCR에 의거한 난민인데, 이들은 난민협약상 난민의 지위를 인정받지 못하였지만 국제인권법상 '사실상의 난민'으로 간주되는 자들이다.<sup>15)</sup> 일반적으로 UNHCR은 난민협약상의 난민, 즉 정치적 난민뿐만 아니라 전쟁 난민, 환경난민 그리고 인도적 난민까지도 구호하고 있는 것이 현실이며 단순한 '경제적 이주민'이 아닌 경제적 난민에 대해서까지 그 보호 범위를 확대하고 있는 실정이다.<sup>16)</sup>

난민 지위 결정에 관한 국제적 실행을 보면, 어느 국가에서 난민 지위를 요청하는 사람들이 나타났을 때 UNHCR이 먼저 이 문제에 개입할 수 있는 여지

12) UNHCR 사무소 규정 제1조 및 제3조.

13) 제성호, 전제논문, pp.46~47.

14) 위임난민은, UNHCR 사무소규정에 따라 UNHCR에 의하여 난민으로 인정된 자로서, 이러한 결정은 난민협약 또는 난민의정서 체결국의 정부에 의한 난민인정이 아니다. 위임난민은 UNHCR의 활동으로부터 혜택을 받는다. 그러나 이들이 협약당사국에 의해서 난민으로 인정되지 못하는 경우에는, 협약난민에게 부여되는 권리의 혜택은 부여받지 못한다. 이 용어는 UN 총회에 의하여 UNHCR에 부여된 광범위한 권한에 속하는 난민들을 위하여 사용된다.

15) 장복희, "대량탈북난민 유출시 국제적 대응방안"(북한인권시민연합 제23회 학술토론회 발표 논문), 2003. 12, pp.6~8.

16) 오윤경 외, 『21세기 현대국제법철서』, 박영사, 2001, p.261 참조.

는 별로 없는 것이 사실이다. 영토주의 원칙상 난민이라고 주장하는 자가 소재하고 있는 국가, 즉 영토국이 난민 지위 여부를 1차적으로 판정하도록 되어 있기 때문이다. 영토국이 필요하다고 판단하여 협조를 요청하거나 관련 국제기관의 개입(구호 및 지원활동)에 동의할 하거나, 또는 기타의 방법으로 수락(양해·묵인 등)하는 경우에 비로소 UNHCR이 2차적으로 난민 보호를 위해 개입할 수 있을 뿐이다.<sup>17)</sup>

일단 UNHCR 사무소 규정에 따른 위임난민도 'UNHCR의 보호 대상이 되는 사람들'(persons of concern to UNHCR)로 분류되어지지만 '협약난민'에게 부여되는 것과 동일한 지위를 인정받지는 못한다. 또한 협약상의 난민개념은 불변한데 비해 UNHCR 사무소규정이 규정하는 난민 개념은 국제정세나 특수한 사정에 따라 그 정의가 탄력적으로 수정될 수 있다는 점에서 중요한 차이가 있다. 다만 협약난민이 아니라 하더라도 UNHCR에 의해 난민 판정을 받으면 난민으로서 국제적 보호를 받을 수 있는 길이 열리게 되는 것이다.

난민 판정과 관련하여 난민들이 대규모로 어느 한 국가로 유입된 경우, UNHCR은 개개인이 난민 지위를 부여받을 자격이 있는지 일일이 심사하는 것이 불가능하므로 난민이 아니라는 '反證이 없는 한', 집단난민의 접근 방식을 적용하여 이들에게 '사실상 난민 인정'을 하는 경우가 많다.<sup>18)</sup> 동남아시아의 베트남과 아프리카의 소말리아와 르완다 등에서의 대량난민문제, 중동의 쿠르드 난민들, 동유럽의 코소보 사태 시 알바니아 난민문제와 관련하여 이러한 방법이 적용된 바 있다.

UNHCR에 의한 난민 판정은 그 대상자에 대하여 UNHCR이 난민으로서 대우를 할 수 있도록 하기 위한 것이다. 대부분의 국가들이 이러한 난민 인정을 존중해 온 것이 사실이지만 이를 구속력 있는 것으로 수락해야 할 법적인 의무가 없기 때문에<sup>19)</sup> 난민에 대한 국제적 보호의 실효성에 문제가 있는 것이

17) 제성호, "탈북자 대책 : 대량탈북", 『자유공론』 통권 제413호, 2001. 8. p.53.

18) UNHCR, *An Introduction to the International Protection of Refugees*, Training Module, RLD 1, June 1992, p. 30.; UNHCR & Inter-Parliamentary Union, *Refugee Protection, A Guide to International Refugee Law*, Handbook for Parliamentarians No. 2, 2001.

19) 이 때 난민 지위의 최종 판정은 각국의 국내법에 따른다. 1951년 난민협약의 당사국들은 UNHCR과 자발적으로 체결한 특별협정에 따라 UNHCR과의 협조 하에 난민의 자격을



사실이다. 더욱이 '비호신청자들'(asylum-seekers)은 난민으로 판정받기 위해 대기 중인 예비적·잠재적 난민의 지위에 있는 사람들을 일컫는데, 이들은 많은 경우 전쟁, 내전, 독재, 기아 등의 이유로 국적국이나 상주국을 떠났음에도 불구하고 난민 신청이 받아들여지기 전까지는 충분한 법적 보호를 받지 못하고 있는 형편이다. 또한 대량난민 발생 시 또는 비호국의 국내 사정이 여의치 않은 경우, 비록 협약난민이라 할지라도 비호국 정부가 난민들에 대해 이들이 누릴 수 있는 자유나 권리를 제한하는 상황에 처할 수 있는데, 이런 상황에서는 특히 UNHCR과 NGOs를 중심으로 국제사회의 난민에 대한 특별한 관심과 지원 대책이 필요하게 된다.

## 2. 탈북자의 현황 및 기획탈북 문제

### 1) 탈북자의 현황 및 유형

1999년 중국의 東北 3省을 중심으로 탈북 주민의 현황과 실태를 조사한 탈북자 지원단체인 '좋은 벗들'은 『북한 식량난민의 실태 및 인권보고서』를 통해 29개 마을을 현지 조사한 결과 조선족 사회를 중심으로 탈북자들이 거주하고 있으며 대략적인 비율을 바탕으로 최소 14만 명에서 최대 20만 명이라는 판단을 내린 바 있다.<sup>20)</sup> 한국의 탈북자를 지원하는 시민단체의 경우에도 자체적인 조사를 통해 탈북자의 규모를 최대 30만으로 파악하기도 한다.

'좋은 벗들'의 보고서에 의하면 난민 가운데 함경북도(59.6%)와 함경남도(20%) 출신이 약 80% 정도를 차지한다고 보고하고 있다. 함경남북도 출신이 이처럼 많은 데는 여러 가지 이유가 있다. 조사가 무엇보다 연변 지역에서 중점적으로 이뤄졌다는 점과 함께 함경북도 출신이 가장 많은 것은 조선족 집단 거주지인 연변지역과의 지리적 인접성에 기인하는 바가 크다고 본다. 중국과 국경을 접하고 있는 양강도, 자강도, 평안북도 출신보다 함경남도 출신이 훨씬 더 많은 이유는 무엇보다도 함경남북도의 식량난이 가장 심각했기 때문으로

결정하며, 만일 특별협정이 체결되어 있지 아니한 경우에는 자국의 국내법절차에 따라 그 자격을 결정할 수 있는 것이다. 오윤경 외, 전계서, p.261 주 9) 참조.

20) 실지 조사가 이루어진 것은 아니기 때문에 난민의 비율을 통한 간접적인 파악이다. 좋은 벗들, 『북한 식량난민의 실태 및 인권보고서』, 서울, 1999.

보고 있다. 그리고 양강도, 자강도, 평안북도 출신의 난민 수가 상대적으로 적은 이유는 교통 조건과 지형상 渡江 조건이 좋지 못하다는 점에서도 찾을 수 있다.

<표 1> 조사 단체별 탈북자 현황<sup>21)</sup>

조사단체	중국정부	한국정부	미국 난민위원회 (USCR)	유엔고등 판무관실 (UNHCR)	불교운동 본부	좋은 벗들	국내 시민단체
탈북자수	7천~ 만명	1만~3만	5만	3만	10만	14만~ 20만	30만

<표 2> 거주지 대비 난민의 비율<sup>22)</sup>

지 역	총 주민수	조선족 주민수	유민수	주 민 기준비율	조 선 족 기준비율
연 변	829,582	416,236	15,525	1.9%	3.7%
동북 3성	822,598	259,329	12,947	1.6%	5.0%
총 계	1,652,180	675,565	28,472	1.7%	4.2%

보고서에 나타난 면담 대상자의 성별 구성을 보면 남자가 52.2%, 여자가 47.8%로 남자가 약간 많다. 연령별 구성을 보면, 30대(33.8%)와 40대(28.%)가 가장 많고, 그 뒤로 50대(15.8%), 20대(15.1%), 60대(5.0%), 10대(2.0%), 70대 이상(0.2%) 순으로 이어진다. 현지에서 조사에 참여한 관계자의 얘기에 따르면, 10대와 20대 초반 연령층에 해당하는 난민의 수가 실제보다 적게 반영되었을 가능성이 크다. 그것은 이들 중 많은 사람이 소위 '꽃제비'로 떠돌아다니는 생활을 하여 면담하기가 무척 어려웠다는 점과 관련이 있다.

보고서에 나타난 난민들의 직업 분포를 보면, 생산직 노동자가 53.6%를 차지하고 있으며 무직업(15.3%), 사무직 노동자(13.8%), 농민(5.3%)이 그 뒤를 잇고 있다.<sup>23)</sup> 탈북자들의 구성 비율을 통해서 보자면 30~40대의 노동자들이 합

21) 미국난민위원회, 『난민실태보고서』, 2002. ; 좋은 벗들, 전계보고서와 정부 보고서 자료 및 언론 보도 등을 통해 종합하였음.

22) 좋은 벗들, 전계보고서.

23) 장수현, "중국점경시대 북한난민의 실태와 인류학적 연구"

경남도를 중심으로 해서 주로 연변 쪽으로 이동하였음을 알 수 있다.

이러한 탈북자의 현황은 인권 실태와는 또 다른 측면에서 탈북자 문제의 쟁점이 되어 왔다. 왜냐 하면 탈북자의 규모야말로 사안의 심각성을 가장 극명하게 보여주는 수치가기 때문이다. 특히, 탈북자 규모가 10만 명을 넘어선다고 보았을 때에는 이들이 소재하고 있는 동북아 각국의 경제적·정치적 이해관계와 크게 연관될 수 있는 수준이기 때문이다.

다른 한편으로 탈북자 현황 파악에서 가장 중요하게 고려되어야 하는 것은 무엇보다 탈북자의 유형 및 탈북 배경이다. 사실상 대부분의 탈북자들은 중국에서 3개월 이상 거주하지 않는다. 많은 수는 필요한 식량이나 생필품을 구하고는 바로 북한으로 돌아가고 있으며, 중국이나 한국, 또는 UNHCR 사무소에서 이들을 '난민'으로 규정하고 있지는 않다. 특히 정치적인 난민으로서 망명을 요청하는 경우는 실제로 극소수에 불과하다. 따라서 우리 정부와 UNHCR 사무소에서 파악하고 있는 탈북 난민의 수는 1~3만 정도에 불과하다고 보기도 한다. 그러나 탈북 이유나 거주 기간에 상관없이 모든 탈북자들은 검거되어서 북한으로 송환되는 경우 엄중한 처벌을 받을 위험이 있다는 점과 이들이 생명·신체의 자유 및 인권과 관련된 심각한 위협에 직면하고 있다는 점에서 국제적 보호의 대상이 된다는 공통점이 있기 때문에 탈북자 관련 NGO에서는 이들 모두를 구별하지 않고 취급하고 있는 것이 사실이다.

보다 현실적이고 실효적인 접근을 위하여 탈북자의 현황 그 자체보다는 탈북자의 유형 및 배경을 검토하고 이를 기초로 탈북자 문제의 해결에 나서는 것이 바람직하다고 본다. 이와 관련하여 탈북자의 유형은 크게 세 부류로 나눌 수 있다.<sup>24)</sup> 제1 유형은 단순히 중국에서 양식만을 구한 후 북한으로 바로 귀환하는 집단이고, 제2 유형은 중국에 거주하면서 은신처와 일자리를 구하여 정착하는 집단이며, 제3 유형은 망명을 위하여 한국 또는 제3국으로 이동하는 집단이다. 북한에서 중국을 오가는 사람의 숫자는 일정하지 아니하며 계절, 상황 등에 따라 수시로 달라진다. 예컨대 중국과 북한에서 탈북자에 대한 집중 단속

<<http://www.jungsan.es.kr/stydy/4.htm>>

24) 분류유형의 기준은 다를 수 있지만 대략 세 가지로 분류하는 것이 탈북자 연구자들의 공통점이라 할 수 있다. 여기서도 이러한 분류를 따랐다. 제성호, "북한탈출동포의 법적 지위와 처리방안", 『북한연구』, 1994 가을호.

이 실시되는가의 여부는 탈북의 추세를 변화시키는 결정적인 요소 중의 하나로 작용한다. 탈북자의 탈북 배경을 보면 이들 대부분은 제1 유형에 속하는 것으로 보이며 이들이 가장 큰 비율을 차지하고 있다고 한다.

중국은 제2 유형의 대부분을 제1 유형으로 파악하는 입장이기 때문에 실질적으로 난민의 숫자는 별로 없다는 주장을 펴는 반면에, 인권 관련 NGOs는 제1 유형과 제2 유형을 광범위하게 난민으로 파악하려는 입장을 견지하고 있다. 반면 우리 정부는 기본적으로 제1 유형이든 제2 유형이든 모든 탈북자는 헌법상 대한민국 국민으로서의 지위를 갖고 있다는 전제에서 대외적으로 이들을 보호하기 위하여 나서야 할 책임을 지고 있는 반면에, 남·북 관계 및 북·중 관계를 고려한 정치적 입장 때문에 탈북자의 보호를 비롯한 탈북자 문제 해결을 위한 적극적인 대책을 세우지 못했던 것이 사실이다.

<표 3> 탈북자 거주기간<sup>25)</sup>

거주기간	탈북자 수	백분율(%)	유효백분율(%)	누적백분율(%)
15일 미만	6,729	22.1	22.4	22.4
1개월 미만	4,476	15.7	16.0	38.4
3개월 미만	3,327	11.7	11.9	50.3
6개월 미만	5,815	20.6	20.9	71.1
1년 미만	5,001	17.6	17.8	98.0
3년 미만	3,085	10.8	11.0	100.0
총계	28,472	98.4	100.0	

근본적으로는 북한의 체제 및 경제적 안정을 통하여 제1 유형의 탈북자 수가 감소될 수는 있겠지만 이는 중장기적으로 그 경과를 지켜보아야 하는 문제이며, 제2 유형의 경우에는 중국의 적극적인 협조와 지원대책이 전제되어야 하는 것이지만 북한과 중국의 관계로 볼 때 그 실현가능성이 문제라고 할 수 있다. 제3 유형의 경우는 우리 정부가 가장 적극적으로 대처해야만 하는 경우이지만 지금과 같이 '조용한 외교'를 견지한다고 할 때 그 성과가 크게 기대될 수

25) 좋은 벗들, 전계보고서.

는 없는 것이다. 제3 유형은 물론이고 제1 유형이든 제2 유형이든 우리 정부의 보다 적극적인 외교적 노력과 대책 마련이 요청된다.

## 2) 기획탈북의 문제

2002년 6월 장길수군 가족이 베이징의 UNHCR 사무실에 진입한 사건을 계기로 이와 유사한 '기획탈북' 문제가 크게 부각되고 있다. 북경 주재 스페인, 독일, 미국대사관과 선양 주재 일본과 미국 총영사관에 이어 그동안 '기피 대상'이던 한국 대사관에까지 탈북자들이 들어오게 되었다. 최근 기획탈북은 재외공관으로의 진입 방식과 더불어 대규모 보트 피플(boat people) 방식을 통한 망명으로까지 이어지게 된 것이다.

탈북자들의 이런 움직임은 인권·인도적 차원의 국제법적 문제뿐 아니라 보다 직접적으로는 현실 정치적인 관점에서 중국·북한과의 외교문제 등 복잡한 파장을 야기하고 있는 것이 사실이다. 특히 일본 대사관과 한국 대사관 진입 시 중국 및 북한과의 외교 문제가 크게 불거졌던 점과 보트 피플의 일본으로의 망명 실패 후 난민에 대한 북송 및 제3국으로의 추방 논쟁이 제기되었던 사실을 볼 때 탈북자 문제가 언제든 동북아시아의 중대한 국제적 불안 요인이 될 수 있다는 것을 알 수 있다.

중국 정부는 1999년 이후 한국의 종교 그룹, 특히 기독교 그룹 활동가들의 중국 내 탈북자 관련 활동에 대한 경고를 한국 정부를 통하여 지속적으로 전달해 왔다. 이를 계기로 현장에서 압박을 느낀 NGO 활동가들이 탈북자 문제를 기존의 방식으로 끌고 갈 수 없다는 점을 인식하게 된 것으로 보인다.<sup>26)</sup> 특히 한국과 중국 정부가 탈북자 문제를 이른바 '조용한 외교'로 처리하면서 연간 수천 명의 탈북자들이 체포되고 북한으로 강제 송환되는 것을 지켜본 NGO 활동가들은 탈북자 문제에 대한 국제적 여론을 조성해야 하겠다는 생각을 굳히게 되었으며 이것이 '탈북과 공관진입에 대한 기획', '보트 피플 기획'으로 이어지게 되었던 것이다.

일련의 기획탈북은 한국의 국내 NGOs만이 아니라 외국의 국내 NGOs와의 연계 및 국제 NGOs의 주도적인 역할을 통하여 추진됨으로써 보다 강도 높게 국제여론의 탄향을 불러일으키는 효과를 보이고 있다는 점에 주목할 필요가

26) 「朝鮮日報」, 2003. 7. 2.

있다. 일부 부작용에도 불구하고 기획탈북을 통한 여론 조성으로 탈북자 문제에 대한 국제사회의 관심과 해결방안에 대한 모색을 유도함으로써 긍정적인 평가를 받고 있는 것도 사실이다.<sup>27)</sup>

기획탈북의 가장 큰 성과는 첫째, 탈북자 문제의 국제여론화에 있다. 기획탈북 방식은 지원 세력, 호소 대상, 관련 국가, 처리 방식 등의 면에서 이전의 탈북자 문제에 대한 접근 방식과 확연한 차이가 있다. 국내 NGOs가 중심이 되고, NGOs가 국제적으로 조직화하여 국제사회의 이목을 집중시켰다. 그 결과 탈북자 문제가 국제 사회의 중요 문제로 부각되고 탈북자의 처리에 대하여 국제적인 관심이 집중되기 시작했던 것이다.<sup>28)</sup>

둘째, 국제여론화를 통해 중국 정부의 탈북자 처리에 대한 새로운 외교 양식을 이끌어 냈다는 점이다. 어찌되었건 기획탈북을 통하여 탈북자들은 대부분 제3국을 통한 한국 입국에 성공을 거둔 것이 사실이다. 한국 공관에 진입했던 탈북자들이 대부분 한국으로 입국하였고 보트 피플의 경우에도 강제 북송보다는 중국 정부의 전향적 자세로 한국 또는 제3국으로의 추방이 모색되었던 것이다. 기획탈북의 형태로 중국의 외국 공관 시설에 잠입했던 탈북자 처리 문제가 우리 정부의 적극적인 개입을 통하여 사실상 정리됨으로써 탈북자 처리에 대한 새로운 외교적 선례가 구축되었다는 점이 특히 중요하다고 평가될 수 있다.<sup>29)</sup>

이러한 외교적 진전은 공식적으로 탈북자 문제가 북·중만의 문제가 아니라 한·중간의 문제임을 중국 정부가 인정하는 동시에 중국 외교 당국이 새로운 양식으로 대응했다는 점에서 중요하다. 어쨌든 기획탈북은 향후 중국이 가부간에 탈북자 문제에 대하여 정책적 결단을 내려야 하는 상황을 만들고 있다. 이는 탈북자 문제 해결에 새로운 계기가 될 수도 있다는 점에서 그 귀추가 주목되고 있다.

반면에 NGOs가 기획하고 추진해 온 탈북 유형은 방법론상의 미숙함에 대한 지적과 함께 그것이 결과적으로 탈북자에 대한 지원 성과를 위축시켰다는 평가가 있는 것도 사실이다. 일부 NGOs가 그 의도와 관계없이 '소영웅주의'에 사

27) 강권찬, "기획탈북후의 탈북자문제 해결 방안", 『민족연구』 제10호, 2003, pp.165-166.

28) 상계논문, p.167.

29) 상계논문.

로잡혀 지나치게 언론을 의식하면서 편협성을 드러내고 있다는 비판과 아울러 NGOs는 문제를 제기하는 능력은 있지만 해결할 능력은 부족하다는 평가도 있다. 특히 기획탈북의 경우 가장 큰 문제는 탈북자들이 한국이나 제3국으로 가지 못하고 현지에 남는 경우 그 생존 및 생활 대책을 어떻게 마련하느냐 하는 것이다.

기획탈북이 증가함에 따라 최근 중국 공안 당국이 탈북자에 대한 검거 선봉이 시작되고 중국 내 탈북자 관련 NGOs 활동가들에 대한 감시와 통제가 더욱 강화됨으로써 탈북자 문제 해결이 더욱 어렵게 되었다는 점도 부인할 수 없다. 기획탈북 문제는 무엇보다 탈북자들을 중국으로부터 한국으로 어떻게 데리고 오느냐에 그 초점이 맞추어져 있었다는 점에서 한계가 있다는 것이다. 즉, 탈북자의 인권 보호 및 생활 대책과 관련된 장기적인 대응이 기획탈북의 파장에 의해 더욱 어려워지게 되었다는 역설적 상황이 나타나고 있는 것이다.<sup>30)</sup>

우리 국회 통일외교통상위원회가 2004년 12월 3일 주최한 이탈주민 지원정책 수립을 위한 공청회에서 탈북자지원단체인 '괴담·탈북인권연대'의 도희운 사무총장은 "기획탈북은 일시적으로 탈북자의 신변을 위협하고 중국 정부의 강경 탄압을 예고한다는 역기능적 측면에서 신중하게 검토되고 실행돼야 한다."고 말한 사실<sup>31)</sup>을 주목할 필요가 있다.

### 3. 탈북자의 국제법적 지위

탈북자들의 탈북 유형 및 배경이 다양함에도 불구하고 탈북자 문제의 해결은 국제법적 차원에서 탈북자에 대하여 난민의 지위가 부여될 수 있는가에 초점이 맞추어지고 있는 것이 사실이다. 탈북자들은 북한을 이탈하여 중국 등 제3국에 체류하고 있는 북한 주민을 의미한다. 북한의 현실적 지위를 인정할 때, 이들은 국제사회에서 대한민국의 국민이 아니라 북한의 국적을 보유한 채 중국 등 제3국이나 대한민국의 보호를 바라고 있는 자들인 것이다. 따라서 이들 탈북자에 대한 보호가 적절하게 이루어지기 위해서는 탈북자의 지위가 국제법상 난민으로 판정될 수 있도록 하는 것이 가장 바람직하다고 본다.

30) 상계논문, p.168.

31) 「朝鮮日報」, 2004. 12. 4.

이러한 관점에서 '북한난민보호UN청원추진위원회'는 1999년 4월 21일 수십만에 달하는 탈북자들을 국제법상 난민으로 인정하고 탈북자 수용 시설을 설치해 줄 것 등을 UN에 촉구했다. 이들은 UN에 보내는 '북한난민보호청원서'를 작성하기도 하였다. 또 NGO인 '북한인권시민연합'에서도 "중국 정부는 중국헌법 제32조와 중국이 가입한 1951년 '난민의 지위에 관한 협정', 1967년 '난민의 지위에 관한 의정서' 정신을 살려 이들 탈북자를 난민으로 인정해 달라."고 주한 중국대사에게 서한을 보내기도 하였다.<sup>32)</sup>

난민은 박해를 받을 충분한 근거가 있는 공포로 인하여 국적국을 이탈한 사람들이기 때문에 국적국과의 유대가 끊어질 수밖에 없고 국적국 정부에 의한 보호를 받을 수 없거나 받기를 원하지 않는 사람들을 말한다.<sup>33)</sup> 탈북자들의 입장이 이와 매우 유사한 실정에 있는 것이 사실이기 때문에 과연 탈북자들이 난민으로서의 지위를 가질 수 있는지에 대한 검토가 필요하다고 본다. 따라서 난민협약상 난민으로 인정받기 위한 5 가지 박해요소 중 인종, 종교, 국적 등의 요소는 탈북자의 경우 거의 해당되지 않는 반면, '특정사회 집단'에의 소속과 '정치적 의견' 등의 사유로 탈북자들이 본국에서 박해 또는 탄압을 받을 우려가 있는 경우에 해당하는지 여부에 대하여는 구체적인 검토가 필요하다고 본다.

일부 탈북자의 경우, 북한 내에서의 감시 대상인 소위 '적대계층'에 속한다는 이유로 지속적인 감시와 박해를 받아 왔거나 아니면 박해의 가능성으로 인한 공포의 존재를 입증할 수 있다면 이들은 바로 난민협약상의 난민으로 간주될 수 있을 것이다.<sup>34)</sup> 또한 '정치적 의견'을 이유로 하는 박해의 존재(또는 가능성)와 관련하여 이른바 '정치범'(political criminals)의 경우는 직접적으로 난민협약에 의거한 난민에 해당될 수 있지만 이러한 유형의 탈북자는 극히 소수에 불과할 것이다. 일용 탈북자의 대다수는 당초 정치적 의견을 이유로 하는 박해 여부와는 관련 없이 북한을 탈출한 자들로 보이는 것도 사실이다.

이러한 관점에서 중국 당국도 자국 영역 내 탈북자들을 일반적으로 경제적 이유로 북한을 탈출한 불법입국자로 보고 있다. 중국은 난민협약과 난민의정서

32) 「朝鮮日報」, 1999. 9. 14.

33) 난민협약 제1조 참조.

34) 제성호, 전개논문, p.50.



모두의 당사국이면서도 아직 탈북자들에 대하여 난민의 지위를 인정한 바는 없다. 중국은 협약상 난민의 정의를 가장 엄격하게 해석하여 주로 정치적 난민에 한하여 난민의 지위를 인정하고 있으며 탈북자에 대해서는 정치적 난민으로 인정할 수 없다는 입장인 것이다.

그러나 탈북자들이 생사를 걸고 북한을 탈출하여 한국이나 제3국으로 이주하려고 시도하는 것을 보면 이를 단순히 경제적 이유만으로 설명하는 것도 문제가 있다고 할 수 있다. 북한의 억압적 체제 및 경제적 사정을 감안할 때 경제적 동기와 정치적 동기를 엄격히 구분하는 것은 매우 어려운 것이 사실이라고 본다.<sup>35)</sup>

이 때문에 혹자는 정치적 의견을 이유로 한 박해가 없을지라도 북한체제의 특성상 탈북자의 대부분이 정치적 난민으로 간주될 수도 있다는 주장을 펴기도 한다. 탈북자가 북한을 탈출한 이유가 혹은 경제적인 것이라고 하더라도 이는 결국 북한의 총체적인 정치적 불안정의 결과로 인한 것이라고 볼 근거가 충분하다는 것이다. 따라서 '탈북' 행위는 결국 북한의 경제에 대한 불만인 동시에 정치적 체제에 대한 불신 및 저항을 의미한다고 보아도 크게 무리가 없다고 생각한다. 따라서 탈북자의 난민 지위 인정과 관련하여 북한의 특수한 정치적·경제적 상황 및 인권 침해 실태를 종합적으로 고려하여 이들을 난민협약상 난민으로 인정할 수 있는 근거가 전혀 없다고 볼 수도 없는 것이다.<sup>36)</sup>

탈북자의 유형을 막론하고 탈북자들이 북한으로 송환되는 경우, 북한 당국에 의하여 행해져 온 처벌 실태<sup>37)</sup>와 탈북자에 대하여 엄중한 형벌을 규정하고 있

35) 장복희, 전계논문, pp.3~4.

36) 제성호, 전계논문, pp.50~51 참조.

37) 북한의 탈북자에 대한 귀환 시 처벌(형벌과 수용기관)을 살펴보면 다음과 같다.

- ① 현재 중국에 다녀 온 것이 발각되거나 중국에서 송환된 유민들은 중국에서의 체류 기간과 생활한 유형 등을 조사받은 뒤 집으로 돌려보내지거나 노동단련대, 교화소, 정치범수용소에 보내지는 처벌을 받는다.
- ② 어린이와 단순히 식량을 구하려고 탈북한 노인, 여성은 3일~7일 정도 사상 교육을 받은 뒤 집으로 돌려보내지는데, 옥설과 폭언, 가벼운 구타를 겪는다.
- ③ 16세 이상의 청소년이나 경미한 정도의 탈북자는 노동 단련대로 보내져 노동을 통한 교육을 받는다.
- ④ 여러 번 탈북 했거나, 유물이나 금속 등의 물품을 가지고 중국으로 가서 팔았거나, 중국에서 시집을 갔거나, 경미한 정도의 인신매매를 한 사람들은 교화소로 보내어져

는 1987년 북한형법 제47조38)와 제117조39)의 규정을 감안하면, 이들은 분명 난민으로서 아니면 최소한 인도적 차원에서 국제적 보호와 관심이 주어져야만 하는 범주에 속한다고 본다. 이 때문에 UNHCR은 박해로 인해 본국을 떠난 사람들뿐만 아니라 본국으로 송환되는 경우 부당한 형벌과 박해의 대상이 되는 사람 역시 난민으로 간주할 것을 권고하고 있다.

국제사면위원회(Amnesty International)의 2001년도 보고서에 의하면, 최근 북한의 식량위기로 인하여 수만의 북한주민이 자신의 상황이 매우 위험한 중국 국경으로 내몰리고 있으며, 일부는 중국과 북한의 보안대에 체포되어 북한으로 강제로 송환되고 있다. 강제 복송된 자들에게 어떠한 일이 발생하는지는 자세히 밝혀지고 있지 않으나, 수많은 정보에 의하면 이들은 장기간 심문과 고문을 당하고, 일부는 구금되거나, 상황이 극히 열악한 노동수용소로 보내지고 있다고 한다.<sup>40)</sup> 1994년 이후 북한 전역을 강타한 심각한 식량부족사태로 수많은 북한주민이 외국으로 탈출하였다. 이에 북한 당국은 동의를 얻지 않고 조국을 떠난 것에 대해 조국에 대한 배신으로 규정하여 엄중처벌하고 있는 현실을 감안한다면 탈북자에 대한 난민 인정의 당위성은 더욱 커졌다고 할 수 있을 것이다.

대량 탈북난민의 경우에는, 개인 난민의 경우와는 달리 '집단적 접근'<sup>41)</sup>이 이

1년~15년 정도의 징역살이를 하게 된다.

- ⑤ 한국 사람을 만나 모의했다는 혐의를 받게 되면 정치범 수용소에 보내진다. 노동단련대나 교화소, 정치범수용소에 보내진 유민들 중 적지 않은 수가 절대적으로 부족한 식사량과 열악한 수용 환경에 따른 질병, 중노동, 고문에 시달리다 죽어가고 있다. 북한 '식량난민'의 실태 및 인권 보고서 - 중국 동 북부지역 2,497개 마을 현지 조사 결과, 좋은 벗들, 1999. 6., p.26.
- 38) 북한 형법 제47조 : "공화국 공민이 조국과 인민을 배반하고 다른 나라 또는 적의 편으로 도망치거나 간첩행위를 하거나 적을 도와주는 것과 같은 조국반역행위를 한 경우에는 7년 이상의 노동교화형에 처한다. 정상이 특히 무거운 경우에는 사형 또는 전부의 물수형에 처한다." 김명기, 『북한주민의 인권과 국제법』, 법서출판사, 2000, pp.197~198.
- 39) 북한 형법 제117조 : "당국의 동의 없이 북한 국경을 넘은 자는 3년 이상의 교정훈련(a reform institution)을 받게 된다." Democratic People's Republic of Korea Persecuting the Starving: The Plight of North Koreans Fleeing to China, AI-Index : ASA 24/003/2000, 15 December 2000.
- 40) Korea (Democratic People's Republic of), Amnesty International Annual Report 2001. <http://web.amnesty.org/web/ar2001.nsf/webasacountries/KOREA+Democratic+Peoples+Republic+Open+Document>.

루어지게 되며, '사실상 난민 인정' 혹은 '反證이 없는 한 난민 인정'(prima facie determination) 문제로 다루어진다. 이러한 상황에서 개개인이 박해를 받을 위험에 관하여 충분한 근거가 있는 공포를 가지고 있는지 결정하기 위하여 집단에 속하는 개인을 일일이 심사하는 일은 불가능하므로, 난민 지위를 집단적으로 인정하는 방식을 택할 수밖에 없고, 이들 난민 집단은 본국을 떠날 수밖에 없었던 상황에 비추어 '난민집단'으로 인정된다.

이러한 형태의 '집단적 난민인정'(group determination of refugee status)은 점차 일반관행이 되어 왔으며, 특히 신속한 조치가 필요한 위험한 상황에서 그 필요성이 더욱 크다고 본다. 이는 개별적 난민 지위 인정 없이도 탈출을 야기한 본국의 객관적 상황에 근거하여 난민 개념의 보다 융통성 있는 적용을 기초로 인정되는 것이다.<sup>42)</sup> 대량 탈북자의 경우 이러한 집단적 난민인정 방식이 적용될 가능성은 충분하다고 본다.

문제는 난민협약상 난민의 지위 인정은 어디까지나 영토국에 있기 때문에 재중 탈북자에 대한 난민 지위 인정 여부는 중국 정부의 재량에 달려 있다는 점이다. 앞으로도 중국 정부가 대다수의 탈북자들을 단순한 경제적 난민(이주민)으로 보려고 하는 경우 이들을 난민협약상 난민으로 인정받도록 하는 데는 많은 어려움이 예상되는 것도 사실이다. 따라서 탈북자들에 대한 난민 지위 인정과 관련하여 UNHCR에 의한 위임난민 인정 가능성에 주목할 필요가 있게 된다. 앞에서 살펴본 바와 같이 북한의 특성상 경제적 이유로 인한 탈북자들에 대한 보호와 지원은 곧 이들의 생존과 관련된 문제로서 인권 문제와 직결된다고 볼 수 있기 때문에 대부분의 탈북자들을 이른바 넓은 의미에서 '인도적 난민'의 개념에 포섭할 수 있게 되며 이러한 관점에서 UNHCR의 역할이 매우 중요하다고 본다. 다만 이 경우에도 중국이 UNHCR의 개입을 반대한다면 UNHCR에 의한 난민 판정은 그 실효성이 크게 저하될 수밖에 없게 된다.

41) 1960년대 아프리카에서의 대규모의 난민이주로 인하여 난민지위의 인정에 있어서 실용적인 접근법이 필요하게 되었다.

42) UNHCR, *An Introduction to the International Protection of Refugees, Training Module*, RLD 1, June 1992, p.30.

### III. 국제법상 강제송환금지원칙과 탈북자 보호

#### 1. 강제송환금지원칙과 비호권

##### 1) 국제법상 강제송환금지원칙

일반국제법의 원칙상 주권국가는 어떤 외국인이 그들 영토에 들어오고 또 그곳에서 머무르게 할 수 있는지를 결정할 자유가 있다. 국가는 일반국제법상 외국인의 입국을 허용할 의무가 없기 때문에 어느 국가가 국경선에서 외국인의 입국을 거부하거나, 그들을 영토에서 추방하는 것을 법적으로 비난할 수는 없다. 난민협약도 난민에게 외국에의 입국의 권리(right of entry)를 보장하고 있지 않으며, 다만 제31조 제1항에서 "각 체약국은 난민이 당국에 지체 없이 출석하여 불법적 입국 혹은 존재(illegal entry or presence)에 대해 상당한 이유를 제시하는 경우에는 그에게 불법 입국을 이유로 하여 벌금(penalties)을 부과할 수 없다."고 규정하고 있을 따름이다.

따라서 국가는 외국인에 대하여 일반적 행정조치인 입국거부와 추방 조치를 취할 수 있으며, 또한 犯罪人引渡(extradition)의 방식으로 강제송환 조치를 취할 수 있다. 범죄인인도는 관할권을 보유하고 범죄인을 인도받고자 하는 국가를 위한 법집행조치라고 할 수 있다.<sup>43)</sup> 일반국제법상 범죄인인도의 의무는 존재하지 않기 때문에 국가들은 상호간에 조약체결을 통해 이러한 의무를 창설하고 있다. 그러나 대부분의 범죄인인도조약에는 이른바 "政治犯不引渡原則"이 포함되고 있다. 정치범불인도의 원칙은 정치적 난민에 대한 국제적 보호의 기초로 원용되고 있다는 점에서 매우 중요한 의미가 있다. 다만 이는 범죄인인도 청구의 기초된 행위가 정치범죄(political crime)인지의 여부를 결정할 권한이 범죄인 인도를 요청받는 국가의 정부나 그 국가의 사법부에 있는 것으로 규정되고 있다는 점이 문제이다.<sup>44)</sup>

그리고 국가는 외국인에 대한 입국거부, 추방 그리고 범죄인인도를 할 수 있는 권한을 갖고 있지만 그 외국인이 난민에 해당되는 경우에는 난민협약상 이

43) 김대순, 『국제법론』 제10판, 박영사, 2005, p.618

44) 상계서, p.619.

론바 '強制送還禁止原則'(principle of non-refoulement)에 의하여 제약을 당하게 된다. 즉, 난민협약은 제33조 1항에서 체약국들이 "난민을 어떠한 방법으로도 인종, 종교, 국적, 특정사회집단의 구성원 신분 또는 정치적 의견 때문에 그의 생명이나 자유가 위협받을 우려가 있는 영토의 국경 지방으로 추방하거나 송환하는 것"을 금지하고 있다. 그리고 난민협약 제32조 1항을 보면, 난민에 대하여 "국가안보 또는 공공질서를 이유로 하는 경우를 제외하고는 추방할 수 없다."고 함으로써 난민에 대한 '추방금지원칙'을 규정하고 있는데, 이 조항은 다만 "합법적으로 체약국 영토에 있는 난민"(refugee lawfully in their territory)에 대해서만 적용되는 것으로서 '강제송환금지원칙'이 불법적으로 체약국 영토 내에 있는 동안이나 입국거부와 관련해서도 적용되는 것과 차이가 있다.<sup>45)</sup>

## 2) 국제법상 비호권

庇護(asylum)란 본국의 관할권이 미치지 아니하는 외국의 영토나 외교공관, 외국군대병영, 외국군함, 외국항공기 내에 들어간 난민에 대하여 그 영토국이 망명을 허용하고 그의 본국에 인도를 거절하고 보호를 제공하는 것을 말하며, 국제관습법상 모든 주권국가는 비호권(right of asylum)을 향유한다. 흔히 비호권은 비호가 이루어지는 장소와 관련하여 '영토적 비호권'(right of territorial asylum)과 '외교적 비호권'(right of diplomatic asylum)으로 구분되고 있다.<sup>46)</sup>

'영토적 비호'는 자국의 영역에 들어온 난민 또는 망명 신청자에 대하여 비호를 부여하는 것을 말하며 현행 국제법상 국가의 권리로 확립되고 있는 것이다. 반면 '외교적 비호'는 난민이 자국 내에 있는 다른 나라의 외교공관 또는 외국영토 내에 소재한 제3국 공관에 들어가 보호를 요청하는 경우 해당 외교공관이 부여하는 비호를 말하는데, 외교적 비호권은 아직 국제관습법으로 확립되지 않았으며 오늘날 국제관행도 관계국간에 외교적 비호권을 인정한다는 특별협정이 있는 경우가 아닌 한 외교공관에서의 비호를 인정하지 않고 있다.<sup>47)</sup> 국제사법재판소도 Asylum Case(1950)에서 "외교적 비호의 경우 난민은 범죄가

45) Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States* (Oxford: Clarendon Press, 1978), p.140.

46) 최재훈 외, 『국제법신강』, 신영사, 2004, p.272.

47) 상계서.

범하여진 국가의 영토 내에 있는 것이다. 외교적 비호권을 허용하는 결정은 범 죄지국의 주권의 훼손을 의미한다... 그러나 영토주권의 훼손은 특별한 경우에 그의 법적 근거가 수립되어 있지 않는 한 승인될 수 없는 것이다.”라고 판시한 바 있다.

이러한 비호권은 어디까지나 국가의 권리일 뿐 아직 개인의 국제법상 권리로 인정되지는 않고 있다. 따라서 난민 또는 망명 신청자에 대하여 비호를 부여해야 하는 국가의 의무도 존재하지 않는다. 「세계인권선언」(Universal Declaration of Human Right) 제14조 제1항은 “사람은 누구를 막론하고 박해를 피해 비호를 타국에 요구하고 향유할 권리를 갖는다.”<sup>48)</sup>라고 규정하고 있기는 하지만, 비호권은 외국인에게 그 영토 내에서 보호와 피난처를 제공할 ‘국가’의 ‘권리 혹은 특권’에 머무르고 있을 뿐, ‘(외국에서)비호를 부여(제공)받을 개인의 권리’라는 관념은 국제법적으로 여전히 인정되지 않고 있다.<sup>49)</sup>

따라서 난민 또는 망명 신청자의 경우 영토국(체류국)의 영토적 비호권에 입각하여 보호를 받을 수 있게 되지만 영토국으로 하여금 자신에 대하여 비호를 부여하도록 요구할 수 있는 법적 권리를 향유하지는 못하는 것이고 비호권의 발동도 영토국의 재량에 의존하는 것이기 때문에 영토적 비호권에 근거하여 난민에 대한 보호를 확정적으로 기대하는 것은 무리라고 할 수도 있는 것이다. 다만 난민협약에 규정되고 있는 강제송환금지원칙에 의거하여 난민은 그의 생명이나 자유가 위협을 받을 우려가 있는 영역의 국경으로 추방하거나 송환되지 아니 하도록 되어 있기 때문에 난민에 대한 국제법적 보호의 근거가 어느 정도 확립되어 있다고 할 수도 있게 된다.

## 2. 탈북자에 대한 강제송환과 비호 문제

탈북자 문제, 그 중에서도 가장 많은 수를 점하고 있는 재중 탈북자 문제

48) “Everyone has the right to seek and to enjoy in other countries asylum from persecution.”

49) The ILA Report, 1998, p.408. 국내법의 차원에서, 종래 독일은 그 基本法(Grundgesetz) 제16조 2항 두 번째 문장에서 “정치적 이유로 박해받는 사람은 庇護權(Asylrecht, right of asylum)을 향유한다.”고 규정함으로써 비호권을 개인의 권리로서 보장하고 있었으나, 통일 후 1993년 6월 28일의 제39차 基本法 改正에서 이 규정을 삭제하였다.

를 해결하기 위해서는 당사국인 중국의 입장을 중심으로 쟁점을 검토해야 할 필요가 있다. 사실 지금까지 중국은 탈북자를 국제법상 '난민'으로 인정하지 않으려는 입장을 견지해 왔으며, 탈북자들을 식량난 등 경제적 사유에 따른 단순한 밀입국자 또는 불법체류자로 보아 왔다. 따라서 탈북자 처리 문제는 난민협약 등에 구애받지 않고 중국이 재량적으로 처리할 수 있는 사항이며 외교적 문제가 있다면 이는 단지 북한과 중국 간에 처리되어야 하는 것으로 제3국 정부나 국제기구가 개입할 수 있는 문제가 아니라는 것이 기존의 입장이었다.

과거 1999년 11월 북한을 탈출, 중국을 경유해서 러시아에 들어갔던 탈북자 7인이 러시아 국경수비대에 잡혔던 적이 있다. 이들에 대해 UNHCR 사무소가 난민 인정을 하고 이를 근거로 러시아 외교부가 한국행 비자까지 발급했음에도 불구하고 러시아 당국은 이들을 중국으로 추방했다. 이들을 인수한 중국은 우리 정부의 설득 및 UNHCR의 호소에도 아랑곳하지 않고 2000년 1월 12일 이들을 북한으로 강제 송환한 바 있다. 이 일에 대해 러시아와 중국은 국제법에 따른 처리라고 주장했고 UNHCR은 난민협약 및 인도주의의 기본원칙에 대한 위반이라고 비난하였다.<sup>50)</sup>

북한과 러시아 간에는 「朝·蘇 국경제도에 관한 협정」이 체결되었으며, 북한과 중국 간에는 1986년 「중·북한 변경지역 관리의정서」가 체결된 바 있다. 전자에는 국경의 불법·통과를 막기 위해 당사국의 국경당국이 침범자를 '적기에'(timely) 송환해야 한다는 규정이 있으며,<sup>51)</sup> 후자에는 북한 주민의 불법 월경을 방지하기 위하여 북한과 중국이 상호 협력할 의무가 있으며 불법 월경자에 대해서는 송환하도록 되어 있는 것이다. 이에 따라 중국과 러시아는 앞에서 언급된 7인의 탈북자들을 이 협정을 위반한 밀입국자로 보고 북한에의 강제송환을 정당화하고 있는 것이다.

이와 관련하여 「중·북한 변경지역 관리의정서」의 탈북자 송환의무와 난민협약상 강제환금지원칙에 따른 불송환 의무의 효력관계가 문제가 되고 있다. 경우에 따라 양자의 의무가 서로 충돌될 가능성을 배제할 수 없기 때문이다. 이와 관련하여 무조건 난민협약상 강제송환금지원칙이 우선하느냐 아니면 사

50) 2000년 1월 13일자 보도용 UNHCR 발표문 참조.

51) 제14조 1항.

안에 따라 그 구체적인 법적용이 달라질 수 있으나에 관하여 논의가 있다.<sup>52)</sup> 생각건대, 전자의 경우는 단순한 불법 越境者를 대상으로 하는 것이고 후자는 난민을 대상으로 하는 것이기 때문에 양자가 양립 가능하기는 하지만 불법월경자라 할지라도 국제적인 보호가 요청되는 난민에 대하여 적용되는 난민협약은 일종의 '국제조직 기본법우선의 원칙'<sup>53)</sup>에 해당되는 것으로 우선적 효력을 갖고 있기 때문에 난민에 대하여 단순히 불법 월경을 이유로 강제송환 하는 것은 허용되지 않는다고 보아야 할 것이다.

또한 일부 학자는 '강제송환금지원칙'은 국제관습법으로서 이른바 국제강행규범(jus cogens)에 해당되기 때문에 탈북자의 강제송환을 가능하게 하는 「조·소 국경제도에 관한 협정」이나 「중·북한 변경지역 관리의정서」는 강행규범 위반으로 무효가 된다는 근거에서 탈북자에 대한 강제송환이 허용되지 않는다는 주장을 제기하고 있다.<sup>54)</sup>

현행 국제법상 난민 보호는 개별 국가와 UNHCR에 의해 이원적으로 시행될 수 있도록 하고 있는데 전자는 난민협약과 난민의정서를 법적 근거로 하고, 후자는 UNHCR 사무소규정을 법적 근거로 하고 있다. 이들 법적 근거에 포함되고 있는 난민의 정의조항을 보면 공통적으로 이른바 '適用排除條項'(exclusion clause)이 포함되고 있다. 우선 난민협약에 따르면, "난민으로서의 피난지국에의 입국이 허가되기 전에 그 국가 밖에서 중대한 비정치적 범죄를 범한 자"에 대해서는, 이 협의 규정이 적용되지 않는다고 되어 있다.<sup>55)</sup> UNHCR 사무소규정에도 이와 유사한 조항이 있다.<sup>56)</sup> 또한 이 규정에도 적용배제조항이 포함되고 있는데, 이를 보면 "범죄인인도조약의 규정에 해당하는 범죄를 범했다고 생각할 중대한 사유가 있는 자"에 대해서는 UNHCR의 권한이 미치지 않는다고 되어 있다.<sup>57)</sup> 이러한 예외가 인정되고 있기 때문에 아직

52) 이에 대해서는 제성호, "해의 탈북자의 법적 지위와 처리방향," pp.59~61 참조.

53) 김명기, 전제서, p.219.

54) 김명기 외, "국제법상 제중국 탈북자의 법적 지위에 관한 연구," 『국제법학회논총』 제42권 2호, 1997, pp.32~33.

55) 난민협약 제1조 F(b).

56) UNHCR사무소규정 GB 참조.

57) UNHCR사무소규정 7(d).



은 '강제송환금지원칙'이 강행규범으로까지 인정되지는 못한다고 보는 것이 타당할 것이다.<sup>58)</sup>

어쨌든 이러한 '강제송환금지원칙'은 난민협약상 난민의 지위를 인정받은 사람들만이 아니라 난민 판정의 대기 상태에 있는 사람, 그리고 UNHCR의 관행에 의해 인정되는 '인도적 난민'에 대해서도 적용되도록 하고 있는 추세를 볼 때 탈북자에 대한 강제송환을 밀고 나가는 중국의 자세는 국제법상, 아니면 인도주의적 견지에서 비판의 여지가 많다고 본다.

그런데 이른바 '기획탈북' 사건을 계기로 탈북자 문제에 대한 국제사회의 관심이 고조됨으로써 이러한 기존의 강경한 입장에 변화가 나타나기 시작한 것도 사실이다. 국제적 관심이 고조되는 사안의 경우 중국은 탈북자들을 후조건 북한으로 강제송환하지 않고 경우에 따라 난민 처리에 관한 국제법과 자국의 국내법을 기초로 인도주의에 입각한 처리를 강조하는 유연한 자세도 발견할 수 있었다. 그러나 중국 당국은 동시에 자국의 입장을 곤란하게 만드는 탈북자 지원 NGOs와 종교 단체의 활동은 물론 탈북자와 연계된 조선족들에 대해서도 대대적으로 단속하고 통제하는 등 탈북자 문제가 국제문제로 비화하는 것을 방지하기 위한 대책도 병행하는 이중적 태도를 보여 주고 있다.<sup>59)</sup>

우리 정부는 탈북자 문제를 국제법적 차원에서 해결하기 위한 노력을 경주함과 동시에 체류국인 중국과의 외교 협상을 통하여 실질적인 성과를 거둘 수 있도록 하고 있다. 최근 유엔의 난민개념 및 보호대상의 확대에 따라 탈북자를 '廣義의 난민'으로 간주하고 보호해야하며 어느 경우에도 본인의 의사에 반해 북한으로 강제송환해서는 안 된다는 입장을 재확인하고 있다. 그러나 우리 정부는 난민협약 등 국제법적 관점에서 탈북자들에 대한 난민 인정에 부정적인 입장을 가지고 있는 중국의 입장을 이해하고 존중하면서 다만 인도주의적인 차원에서 체류 목인 및 강제송환 중단 등 탈북자에 대한 특별 배려와 지원을 요청하는<sup>60)</sup> 기존의 '조용한 외교'의 수준을 크게 벗어나지 못

58) 제성호, "해의 탈북자의 법적 지위와 처리방향," p.55.

59) 윤이상, "탈북자 문제의 국제적 이슈화에 대한 평가와 전망", 『대한정치학회보』 제11집 1호, 2003, p.373 참조.

60) 오윤경 외, 전거서, pp.267~268.

하고 있는 것이다.

### 3. 탈북자 문제에 대한 UNHCR의 역할

지금까지 중국은 경우에 따라 탄력적인 입장을 표방해 오기는 했지만 여전히 재중 탈북자들에 대하여 난민으로서의 지위를 인정하지 않는 정책을 견지하고 있는 것이 사실이다. 난민으로서의 비호의 부여는 물론 인도적 차원의 보호도 의미하는 강제송환의 관행이 재연될 가능성도 커지고 있다. 탈북자에 대한 난민 지위의 인정과 그 보호에 있어서 영토국인 중국의 관심과 의지가 가장 중요함에도 불구하고 난민협약상 '난민인정 절차'가 조만간 개시될 가능성은 적어 보인다. 이러한 중국의 태도가 난민 보호에 관한 국제법이나 인도주의 원칙에 비추어 많은 문제가 있다는 것이 공론화되고 있는 실정에 비추어 UNHCR의 역할에 대하여 기대를 걸지 않을 수 없다.<sup>61)</sup>

탈북자들에 대하여 난민으로서의 지위를 인정하고 보호와 지원책을 마련하는 데 주도적인 역할을 수행해야만 하는 중국의 입장이 여전히 소극적이고 부정적인 수준에 머무르고 있는 것은 문제가 아닐 수 없다. 따라서 2차적인 해법 이기는 하지만 이제 탈북자 문제의 해결은 많은 부분 국제사회의 관심과 UNHCR의 개입으로부터 찾지 않으면 안 되는 시점에 와 있는 것이다. 중국의 영역 내에서 UNHCR의 개입을 정당화하기 위해서는 탈북자 문제의 국제공론화가 무엇보다도 선행되어야 하며 인도주의적 차원의 탈북자 보호의 당위성에 대한 국제적 공감대가 형성되어야만 한다. 이를 위하여 UN이나 유럽연합(EU) 등 국제기구와 인권 및 탈북자 관련 국내·외 NGOs, 그리고 한국, 중국 등 관련당사국에 의한 다자주의적 논의를 통한 탈북자 문제의 해법이 모색될 필요가 있다. 이를 통하여 UNHCR의 개입이 허용되기 위한 전제조건인 영토국(중국)의 동의 내지 묵인과 함께 적극적인 협조 약속이 이루어질 수 있도록 해야만 한다.

UNHCR인 루드 루버스(Rund Lubbers)는 재중 탈북자 문제에 대해 깊은 우려를 표명하고, 2003년 제네바에서 열린 제54차 UNHCR 집행위원회에서 행한

61) 고기복, "난민보호를 위한 유엔난민고등판무관(UNHCR)의 역할", 『아·태공법연구』 제9집, 2001, pp.229-245 참조.

연설을 통해 중국에 은신 중인 탈북자 문제는 여전히 UNHCR이 안고 있는 중대한 사안으로 규정한 바 있다. 루버스는 재중 탈북자 보호와 관련하여 무엇보다도 '강제송환금지원칙'이 존중되어야 한다는 입장도 표명하였다. 지난 수년간 UNHCR은 탈북자들의 면접을 위해 노력했으나 중국 정부 당국에 의해 줄곧 거부를 당했던 것이 사실이다. 그러나 UNHCR은 이미 정보 분석을 통하여 실제 중국 내 상당 수 탈북자들이 난민으로 간주될 수 있다는 기본입장을 견지하고 있으며, 이들을 지원하기 위한 대책 수립과 관계당국들과의 협력할 준비가 돼 있다고 하였다.<sup>62)</sup>

UNHCR에 의하여 탈북자들이 최소한 '인도적 난민' 내지 '국제적 실항민'에 해당된다고 판정되는 경우, 이는 영토국인 중국으로 하여금 이들을 난민협약상 난민으로 판정하여 국내에 수용 내지 정착시키도록 하는 부담을 지지 않게 하면서도 탈북자들에 대하여 국제기구 및 NGOs를 통하여 인도적 보호와 지원이 제공될 수 있도록 하는 근거를 마련하는 셈이 되는 것이다. 탈북자들에 대하여 인도적 난민으로서의 지위를 인정하는 경우, 영토국인 중국의 입장을 고려하여 그 기한과 관련하여 '일시적 피난민'(temporary refugee) 또는 '잠정적 보호'(temporary protection)의 개념을 원용하는 것도 하나의 방법이라고 보고 있다.<sup>63)</sup>

#### IV. 탈북자에 대한 외교적 보호 문제

##### 1. 탈북자의 국내법상 지위(국적)

탈북자가 국내법상 한국의 국적을 가질 수 있는가에 대하여 여러 가지 논의가 대두되고 있다. 이런 논쟁은 기본적으로 우리 「헌법」과 「국적법」의 해석과 관련되어 발생하고 있다. 헌법 제3조 '영토조항'은 "대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다."고 규정함으로써 북한지역도 대한민국의 관할 하에 두

62) "UNHCR 고등판무관, '탈북자문제 심각한 우려 상황', 『聯合뉴스』, 2003. 9. 30.

63) 이에 대해서는 제성호, "해의 탈북자의 법적 지위와 처리방향," p.65 주 88 참조.

고 있으며 해석상 당연히 북한주민에 대해서도 대한민국 국민으로서의 지위를 인정할 수 있도록 되어 있다. 한편 헌법 제2조 1항은 “대한민국의 국민이 되는 요건은 법률로 정한다.”고 규정하고 있으며, 이에 따라 국적법이 제정된 바 있다. 문제는 이 법에서 북한 지역에 거주하고 있는 주민의 국적에 관하여 명시적인 규정을 두지 않고 있기 때문에 북한주민의 국적에 관하여 논의가 야기되고 있는 것이다.

국적법과 관련해서는 ‘최초의 한국인’(대한민국 국민)에 대한 해석이 문제되고 있다. 이에 대하여 국적법은 침묵하고 있으며 학자들 사이에서는 견해가 나뉘고 있는 것이 사실이다. 일부학자들은<sup>64)</sup> 형식논리에 입각하여 최초의 한국인에 대한 경과규정이 없다면 1948년 1월 20일 이전의 조선인(탈북자를 포함하는 넓은 의미)이 당연히 대한민국의 국적이 되는 것이 아니라고 하며, 이를 입법상의 흠결이라고 지적하고 있다. 이에 따르면 1948년의 「국적에관한임시조례」에 의한 국적 처리는 38선 이남 이외의 지역에 거주하던 조선 혈통자의 국적을 확정할 수 없게 되었으며,<sup>65)</sup> 임시조례의 적용에 의하여 해방 이후 우연히 남조선에 있던 사람만이 한국인이 되고 그 외의 지역에 있던 사람들은 모두가 외국인으로 간주되게 되었다<sup>66)</sup>고 비판한다.

반면, 다른 견해<sup>67)</sup>에 의하면, 1948년의 「국적에관한임시조례」의 관련 조항과 이를 계승한 현행 국적법의 해석상 최초 국민의 확정 기준은 충분히 도출될 수 있으며, 그 내용은 일제시대부터 사용되어 온 조선 호적 입적자를 대한민국 국민의 기본으로 수용하는 것이라고 한다. 이에 따라 거주지와 관계없이 조선

64) 노영돈, “우리나라 국적법의 몇 가지 문제에 대한 고찰”, 『국제법학회논총』 제41권 2호, 1997, p.53 ; 노영돈, “1997년 국적법 개정안의 검토”, 『서울국제법연구』 제4권 2호, 1997, p.50 ; 이장희, “통일시대에 대비한 국적법의 개정방향”, 사회과학연구원, 1998, pp.55~56 ; 손희두, “북한의 국적법”, 한국법제연구원, 1997, pp.61~62.

65) 이장희, 상계논문, p.58.

66) 노영돈, 전계논문, p.64.

67) 정인섭, “우리 국적법상 최초 국민 확정기준에 관한 검토”, 『국제법학회논총』 제43권 2호, 1998, pp.243~246 ; 이러한 견해에 대해서는 법률에 의해서가 아니라 관행으로 호적을 국적으로 본다는 점에서 국적법주의에 위배된다는 비판이 있었고(노영돈, 이장희 교수), 이러한 비판에 대하여 정인섭 교수는 단순히 호적을 국적으로 보는 관행을 통하여 최초 국민의 문제가 해결되었다고 주장한 바 없으며, 임시조례의 조항과 이를 승계한 국적법의 해석, 적용을 통하여 그러한 결론을 내린 것이라는 반론을 제기하기도 하였다.

호적 입적(대상)자는 임시조례에 의하여 대한민국 국적을 인정받았다고 해석되며, 따라서 북한주민도 제헌헌법의 발효와 동시에 대한민국의 국적을 인정받았다고 해석한다.<sup>68)</sup> 비슷한 결론으로 국제법적 관점에서 1910년의 한일합방조약은 무효이므로 1910년 이후 한국은 국가로서 소멸한 것이 아니라 그대로 법통성을 가지고 국가로서 존속한 것이고 따라서 1910년 이후 1948년 이전에 출생한 자도 그 당시 아버지가 한국 국민이면 그는 일본의 국적을 취득한 것이 아니라 대한민국 국적을 취득한 것이라는 주장도 있다.<sup>69)</sup>

국적법의 개정 과정에서 당시 법무부의 입장은 외국인, 즉 대한민국의 국민의 아닌 자가 대한민국의 국적을 취득하는 요건과 절차를 규율하는 국적법에서 이미 대한민국의 국민으로 되어 있는 북한 주민의 국적에 관하여 특별히 규율하는 것은 논리적으로 모순이라고 하였다.<sup>70)</sup> 그리고 대한민국 정부는 북한 주민 또는 탈북자를 당연히 대한민국의 국민(최초의 한국인)으로 간주하여 왔다. 우리에게 있어 북한은 헌법상 영토조항에 의해 대한민국의 주권이 미치는 지역이라는 점에서 북한 지역에 살고 있는 북한 주민이나 중국 또는 러시아 등 한반도 이외의 지역에 거주하는 북한의 해외 주민은 대한민국 국민으로 볼 수밖에 없다는 것이 판례<sup>71)</sup>와 국내 국제법학계는 물론 헌법학계의 견해로 보인다.<sup>72)</sup>

결론적으로 북한주민과 탈북자 모두가 우리 국내법(헌법 및 국적법)의 차원에서 대한민국 국민으로 볼 수 있는 충분한 법적 근거가 있다고 하겠다. 기본적으로 대한민국의 국적을 인정받을 수 있는 범위는 조선후적의 입적(대상)자 등을 기준으로 삼을 수 있을 것이며 실무와 판례<sup>73)</sup>에서도 이미 그

68) 상계논문, p.245.

69) 김명기, "북한주민을 대한민국 국민으로 본 대법원 판결의 법이론", 『저스티스』 제44호, 1997, pp.203~240; 김명기, "제외탈북자에 대한 법적 보호의무"(북한동포의 생명과 인권을 지키는 시민연합이 주최한 제1회 북한동포의 생명과 인권세미나 발표문), 1997, p.5.

70) 석동현, "국적법의 개정방향", 『서울국제법연구』 제4권 2호, 1997, p.25.

71) 헌재, 1990. 9. 25, 90도1451. 여기서 헌재판소는 대한민국의 주권과 부딪치는 어떠한 국가단체도 인정할 수가 없다고 판시하고 있다.

72) 석동현, 전계논문, p.15.

73) 대법원 1996. 11. 12. 선고 96누1221판결. "조선인을 부친으로 하여 출생한 자는 남조선 과도정부법률 제11호 「국적에관한임시조례」의 규정에 따라 조선국적을 취득하였다

러하다. 탈북자들이 대한민국의 영역 내에 들어왔을 때, 이들에 대하여 지원 및 보호와 함께 주민등록증을 발급하는 관행은 이를 잘 보여준다. 다만 현실적으로 북한 지역에 거주하고 있는 주민들에 대하여 대한민국의 관할권이 미치지 않고 있기 때문에 법논리적인 해석이 아닌 '실효성'의 관점에서 검토해 볼 필요도 있다고 본다. 현재 북한 당국의 관할 지역에 거주하고 있는 주민들은 형식적으로 대한민국의 국적을 가지고 있지만 이들에 대해서는 대한민국이 아니라 사실상 북한 당국의 관할권이 행사되고 있다는 점이 중요하다. 그러나 북한의 관할지역을 이미 벗어난 탈북자들의 경우는 북한의 관할권과 대한민국의 관할권이 동시에 미칠 수 있는 특수한 상황이기 때문에 이들의 법적 지위에 대해서는 별도의 검토가 이루어져야 한다고 본다. 이와 관련하여 독일의 경우, 통일 과정에서 적용되었던 '단일국적(a single nationality)이론'<sup>74)</sup>과 '문호개방(open door)이론'을 참고해 볼 필요가 있다.<sup>75)</sup>

첫째, '단일국적이론'에 의하면 동독 주민들이 동독의 국적을 취득함과 동시에 독일국적(서독국적)을 취득하는 법적 효과가 발생한다고 하는 이론이다. 동·서독을 불문하고 독일의 경우에는 오로지 '독일국적'이라는 단일국적만이 존재할 뿐이며, 동독 국적의 취득은 기본법 제16조 제1항 및 제116조 제1항에 따라 서독의 법질서나 공공질서의 한계 내에서 서독에서 인정되는 독일국적의 취득이라는 법적 효과를 가지게 된다고 본다. 둘째, '문호개방이론'에 의하면, 동독주민도 기본법 제16조에 근거하여 독일인으로서 독일국적(서독국적)

가 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, 그러한 사정은 그가 대한민국 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."

74) 서독 기본법 제116조 제1항은 1937년 12월 31일의 독일제국영역이라는 연결점을 가지는 사람들의 독일국적문제에 관한 규율권한을 기본법이 인정하고 있음을 규정하고 있다. 이에 '독일국적'이라는 단일국적만이 존재할 뿐이며, 동독시민권의 취득은 기본법 제16조 제1항 및 제116조 제1항에 따라 서독에서 인정되는 독일국적의 취득이라는 법적 효과를 가지게 되는 것이다.

75) 제성호, "해외 탈북자의 법적 지위와 처리 방향", p.30 참조

을 가지는데, 다만 그가 동독의 영역 안에서 머무는 한 이러한 독일국적은 그 효력이 정지된 상태에 있게 되고 동독의 영역을 벗어나 서독의 영역으로 들어오면 이러한 효력정지상태에서 벗어나게 된다고 본다. 또한 동독을 탈출하여 제3국에 머물고 있는 경우에는 이미 동독의 영역을 벗어난 것이므로 자동적으로 독일국적의 효력정지상태에서 회복되어 즉시 독일국적을 취득한다고 하였다.

탈북자에 대하여 '문호개방이론'과 '단일국적이론'을 적용한다면, 이들도 처음부터 대한민국의 국적을 획득한 셈이 되며 다만 이들이 북한 당국의 관할 지역에 거주하고 있는 동안에는 대한민국 국적에 근거한 관할권 행사가 이루어지지 않지만 북한 지역을 벗어남과 동시에 대한민국 국민으로서의 지위를 회복하게 되며 대한민국의 관할권도 실효적으로 행사할 수 있게 되는 것이다. 다만 탈북 주민들에 대하여 북한이 여전히 관할권을 행사하려고 하고 특히 북한을 국가로 승인하고 외교관계를 맺고 있는 국가가 이들을 여전히 북한 국민으로 인정하는 경우에는 탈북자들이 사실상 '이중국적자'로서의 지위를 가지게 된다고 보아도 무리가 아닐 것이다.

## 2. 탈북자에 대한 외교적 보호

'外交的 保護權'(right of diplomatic protection)이란 외국에 재류하는 자국민이 재류국으로부터 부당한 대우를 받거나 또는 불법하게 권리·이익의 침해 받을 경우에 재류국에게 적당한 구제방법을 취하도록 요구할 수 있는 국가의 권리를 말한다.<sup>76)</sup> 이러한 외교적 보호권은 원칙적으로 자국민에 대해서만 행사할 수 있고 외국인에 대해서는 이를 행사할 수 없으며 오랫동안 주로 자연인에 대하여 적용되어 왔다. 하지만 최근에 와서는 법인의 해외활동이 활발해지고 다국적기업에 의한 해외투자 활동이 환상화되면서 법인, 특히 다국적기업에 대한 외교적 보호 문제가 국제법의 중요한 과제로 등장하게 되었다.<sup>77)</sup>

76) Wilhelm K. Geck, "Diplomatic Protection", in Rudolf Bernhardt(ed), *Encyclopaedia of Public International Law*, Vol. 10, Amsterdam: North-Holland, 1989, p.105.

77) 김부찬, "국제기업의 국제법주체성과 외교적 보호제도", 『국제법학회논총』 제44권 제2

국제관습법상 어느 국가도 국제법주체로서 타국의 국제법 위반행위에 의하여 손해를 입은 경우에 국제적인 청구를 통하여 법적 구제를 받을 수 있다. 그러나 개인의 경우 자신에 대하여 손해를 야기한 국가를 상대로 직접 국제적 청구를 제기하는 것은 허용되지 않아 왔으며, 오직 국가만이 가해국을 상대로 국제적 청구를 제기할 수 있었다. 이러한 경우에도 국가가 타국의 국제법위반행위에 의하여 직접 손해를 입은 경우에는 바로 국제적 청구에 의하여 가해국의 책임을 추궁할 수 있는 데 반하여, 자국민이 외국에 의하여 손해를 입은 경우에는 그 본국이 곧바로 가해국의 국제책임을 추궁할 수 없다고 보았다. 왜냐하면 개인이 외국에 나가서 거주하게 되는 경우 일단 그 국가의 법체계에 따라야 하는 의무도 생기는 것이 원칙이기 때문이다.<sup>78)</sup>

외교적 보호는 피해자 개인에 대한 가해국의 행위가 청구국과 피청구국간의 국제문제로 전환되어지는 기초가 된다. 따라서 '칼보 조항'(Clavo clause)의 배경에서 알 수 있듯이, 외교적 보호 조치는 피청구국의 입장에서 보면 자신의 주권 및 관할권에 대한 청구국의 부당한 '간섭'(intervention)으로 인식될 수 있는 경우도 비일비재하다. 따라서 개인의 손해를 근거로 국가책임을 추궁하기 위해서 이루어지는 외교적 보호는 관습법상 몇 가지 전제조건을 충족시킨 경우에 한하여 행사될 수 있도록 발전되어 왔다. 만일 이러한 전제조건을 충족하지 못한 경우에 피청구국은 일종의 '선결적 항변'(preliminary objection)을 통하여 청구국의 외교적 보호권 행사를 거부할 수 있게 된다.<sup>79)</sup>

'이러한 전제조건으로서, 외교적 보호를 행하는 국가와 그에 의하여 구제를 받게 되는 피해자는 국제위법행위에 의한 손해가 발생한 시점부터 최소한 청구국 국가 제기되는 시점에 이르기까지 동일한 국적으로 연결되어야 한다는 '청구국적계속(continuous nationality of the claims)의 원칙' 또는 '국적계속(continuous nationality)의 원칙'과, 외교적 보호가 행사되기에 앞서 피해자가 가해국의 국내법상 활용할 수 있는 모든 구제절차를 완료하여야 한다는 '국내

호, 1999. p.12.

78) David R. Mummery, "The Content of The Duty To Exhaust Local Remedies", *American Journal of International Law*, Vol. 58, 1964, p.390.

79) Peter Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7th ed., London and New York : Routledge, 1997, pp.252~263.



구제완료(exhaustion of local remedies)의 원칙'이 있다.<sup>80)</sup>

'청구국적계속의 원칙'은 "외교적 보호는 개인의 국적에 근거를 두고 있다."는 원칙으로부터 당연히 도출되는 것으로서 오랫동안 국제관습법의 규칙으로 인정되어 왔다. '국적계속의 원칙'의 첫 번째 요청은 외교적 보호를 받는 개인은 국제위법행위가 행해진 시점에서 '청구국'의 국적을 가져야 한다는 것이다. 그리고 두 번째는 청구가 외교적 보호권을 행사하는 국가에 의해서 제기되는 시점 또는 국제적 절차에 의하여 문제가 해결되는 시점까지 그 국적이 계속되어야 한다는 것이다. '국내구제완료의 원칙'은 국가는 국제위법행위에 대하여 가해국의 법에 따른 '국내적 구제'(local remedies)를 완료한 개인에 대해서만 외교적 보호를 부여할 수 있다는 것이다. 이러한 원칙도 또한 국제관습법의 규칙으로 확립되고 있다.

난민은 그 본국의 관할권을 이탈하여 외국의 보호를 구하고 있는 특수한 상황에 속하고 있기 때문에 본국에 의하여 보호를 받을 수 없거나 또는 받기를 원하지 아니하는 사람이라고 할 수 있다. 외교적 보호에 관한 한 난민은 사실상 '무국적자'와 유사한 지위에 놓여지게 되는 것이다. 따라서 이러한 난민에 대하여 그 본국에 의하여 외교적 보호권이 행사될 가능성은 거의 없다. 국제인권법의 발달에 따라 난민과 무국적자에 대한 외교적 보호의 근거를 마련하고자 시도하는 모습이 보이고는 있으나 아직 확립되지는 않은 단계이다.<sup>81)</sup> 요컨대, 난민에 대한 외교적 보호권은 그가 사실상 외교적 보호를 받을 수 없거나 또는 받기를 원하지 아니하는 그의 본국에 있는 것이기 때문에 그 행사 가능성이 거의 없는 것이 사실이다.

탈북자의 경우는, 앞에서 살펴본 바와 같이 이들이 전적으로 대한민국의 국적을 가지고 있는 것으로 보든지, 아니면 사실상 북한 국적을 동시에 갖고 있는 이중국적자로 보든지 법논리적으로 보면 우리 정부가 이들에 대하여 외교적 보호권을 행사할 수 있는 근거는 확보될 수 있다고 본다. 특히 탈북자의 보호에 관한 한 북한에 비하여 한국의 관심과 의지가 보다 확실하고 탈북

80) 김부찬, "국제관습법상 외교적 보호제도에 관한 고찰", 『법학연구』, 부산대학교, 2001. 12, pp.90~91.

81) 이에 대해서는 오승진, "외교적 보호에 관한 연구", 제주대학교 대학원 석사학위논문, 2002, pp.87~91 참조.

자들 자신이 북한보다는 한국(남한)에 대한 애착이 더 강하다고 볼 수도 있기 때문에 한국의 국적이 '실효성'이나 '정당성' 면에서 우선한다고 보아야만 할 것이다.

다만 중국이 북한과 외교관계를 맺고 있고 우호관계를 지속적으로 유지하고 있는 현실을 볼 때, 중국 정부는 탈북자에 대하여 북한 국적만을 인정하고 외교적 보호권도 북한에 있다는 입장을 견지하려고 하고 있다는 점이 문제이다. 과거 우리 정부는 중국과의 수교 과정에서 대한민국 국민의 범위와 북한 주민에 대한 국적 문제를 제기하지 않은 것이 사실이기 때문에 이러한 우려는 더욱 설득력 있게 보인다. 따라서 우리 국내법상 탈북자들도 대한민국의 국민으로서의 지위를 보유하고 있다는 것은 근거로 탈북자 문제에 관하여 중국을 상대로 외교적 보호권을 행사하는 것은 많은 외교적 마찰이 수반되는 동시에 그 실효성도 크게 의문시 될 수밖에 없는 것이다.

## V. 결 론

1990년대 중반 이후 점차 가시화 되어온 탈북 러시는 최근 2~3년 동안 새로운 국면을 맞이하게 되었다. 종전까지 탈북자 문제는 남·북한과 중국 사이의 문제로 간주되어 탈북자를 한국으로 데려오기 위해서는 '비공개교섭'이 바람직하며 공론화는 많은 부작용을 초래한다는 것이 우리 정부의 기본적인 입장이었다. 즉 탈북자 문제에 대한 공개적인 대응으로 말미암아 북한과 특수관계에 있는 중국이 외교적 딜레마에 빠질 수 있는 만큼 이 문제를 '조용한 외교' 혹은 '몰밀 외교'를 통해 처리해야 한다는 주장이었다. 그러나 최근 2~3년 사이에 연이어 벌어지고 있는 탈북자들의 해외 외교공관 진입사건은 탈북자 문제에 대한 국제사회의 인식전환과 함께 적극적인 해결책을 모색하도록 하고 있다.

가장 바람직한 방안은 제1차 비호국인 중국이 난민협약 당사국으로서 탈북자들을 개별난민이든 집단난민이든 '협약난민'으로서의 지위를 부여하도록 하는 것이지만, 북한과 우호관계를 지속하고 있는 중국 정부에 대하여 이러한 조치

를 기대하는 것은 비현실적이다. 따라서 최소한 중국 정부로 하여금 인도주의적 차원에서 탈북자들에 대하여 '일시적 보호'를 부여하고 난민협약상 '강제송환금지원칙'을 존중하여 북한으로 강제송환하지 않도록 외교적인 노력을 경주할 필요가 있다.

탈북자 문제가 국제적 현안으로 대두되면서 UNHCR을 비롯한 국제기구 및 여러 국가들 사이에 탈북자들에 대한 '북한 강제송환 반대' 및 '인도적 처리'의 2대 원칙이 준수되어야 하며 탈북자 중 망명을 원하는 자들에게 적어도 망명 신청의 기회는 부여해야 한다는 목소리가 높아지고 있는 것이 사실이다. 또한 이를 계기로 북한 내 인권문제에 대한 국제 여론을 환기시켜 북한 당국에 압력을 가해야 한다는 주장도 제기되고 있다. 특히 미국은 북한의 민주화, 탈북자들의 망명허용 및 탈북자 지원 방안 등을 포괄적으로 규정한 「북한인권법」을 제정하여 북한 인권 문제에 적극적으로 대처하기 시작하였다. 최근 탈북자 문제를 국제적 이슈로 발전시키는 움직임이 일고 있는데, UNHCR은 54차 집행위원회에서 상당수 탈북자들을 '우려그룹'으로 공식 발표하고 이들을 '위임난민'으로 간주할 수 있다는 입장을 밝힘으로써 탈북자들에 대한 난민 지위 인정이 가시화될 수 있는 계기를 마련하기도 하였다.

영토국인 중국에 의한 난민지위 인정이 현실적으로 불가능한 것이 사실이라면 탈북자들에 대하여 UNHCR에 의한 '위임난민'의 지위 인정을 위하여 노력할 필요가 있다. 그러나 이 경우에도 영토국인 중국의 양해와 협조가 매우 중요하며 위임난민의 지위가 인정된 이후에도 그 지위를 적극적으로 존중하도록 하는 조치가 계속되어야 한다. 최근 국제사면위원회는 UNHCR에 의해 난민으로 인정된 경우에도 중국 당국이 조직적으로 보호를 거부하고 북한으로 강제 송환하고 있는 점에 우려를 표시한 바 있다. 지금도 중국은 UNHCR의 탈북자 문제에 대한 개입을 극도로 배제하고 있는데, 우리 정부는 중국 정부를 설득하여 UNHCR이 보다 적극적으로 탈북자 문제에 있어서 중요한 역할을 할 수 있도록 최선을 다해야 한다고 본다.

이제 우리 정부는 탈북자 문제에 대한 이제까지의 소극적이고 피동적인 자세에서 벗어나 좀 더 능동적인 역할 수행에 나설 수 있도록 해야만 한다. 우리 정부의 입장에서는 한국이나 제3국으로의 이주를 희망하는 탈북자들에 대하여 보다 적극적인 지원과 협조를 통하여 성사될 수 있도록 해야 하며, 중국에서의

정착을 희망하는 탈북자들에 대해서도 중국과의 협의를 통하여 안정적으로 정착할 수 있도록 지원해야만 한다. 경제적인 이유로 북한을 이탈한 대다수의 탈북자의 경우, 일시적인 보호 과정을 거친 후 중·장기적으로 북한의 체제가 안정되고 경제적 여건이 호전된다면 이들의 생명·신체의 안전과 생존권 등 인권이 보장된다는 전제에서 북한으로의 '자발적 귀환'을 유도하는 방안도 모색할 수 있을 것이다.

우리 정부가 탈북자 문제에 개입하고 이들에 대하여 외교적 보호를 행사할 수 있는 근거는 국제인권법적 차원에서 탈북자의 인권 보호를 지향한다는 의미도 없지 않지만 보다 직접적으로는 이들 탈북자들이 법적으로도 대한민국 국적을 보유하고 있는 우리의 국민이기 때문이다. 특히 탈북자의 보호에 관한 우리의 관심과 의지가 북한에 비하여 훨씬 강한 것이 사실이기 때문에 이들에 대한 외교적 보호의 정당성이 인정된다고 본다. 다만 중국이 북한과의 우호관계를 유지하고 있는 현실을 볼 때, 중국 정부가 탈북자에 대한 우리 정부의 외교적 보호권을 인정하지 않으려 하는 것이 큰 문제이다.