인권법학회·공익인권법재단 공감 공동집담회

이주민 기본권의 재구성

주　　최 :　　인권법학회, 공익인권법재단 공감

후　　원 :　　서울지방변호사회

일　　시 :　　2016. 5. 19.(목) 19:00~22:00

장　　소 :　　서초동 변호사회관 지하1층 대회의실

목 차

■ 프로그램 ····· 1

■ 발 제

이주민 기본권의 재구성
황필규 (공익인권법재단 공감 변호사, 인권법학회 이사) ····· 2

■ 토 론

토론문
최유 (한국법제연구원 부연구위원) ····· 39
이주민 기본권의 재구성 (토론문)
정광현 (한양대법전원 교수) ····· 43

‘이주민 기본권의 재구성’ 논문에 대한 토론문
백범석 (경희대 국제대학 조교수, 인권법학회 연구이사) ····· 47

“이주민 기본권의 재구성”에 대한 토론문
김지혜 (강릉원주대 다문화학과 조교수, 인권법학회 회원) ····· 52

‘이주민의 기본권의 재구성’에 관한 토론문
이한숙 (이주와인권연구소 소장) ····· 58

인권법학회 · 공익인권법재단 공감 공동집담회

이주민 기본권의 재구성

주　　제 :
이주민을 사회권적 기본권의 주체에서 배제하는 것은 정당한가.
국가배상, 사회보장 법제에 규정된 상호주의는 어떻게 평가되어야 하는가.
출입국통제가 기본권을 배제하는 방식으로 운영되는 현실은 문제가 없는가.
헌법상 외국인 지위 보장의 근거인 국제법규의 내용은 무엇인가.
확산되고 있는 외국인혐오주의, 인종주의적 법제와 정책, 인식은 어떻게 할 것인가.

주　　최 : 인권법학회, 공익인권법재단 공감

후　　원 : 서울지방변호사회

일　　시 : 2016. 5. 19.(목) 19:00~22:00

장　　소 : 서초동 변호사회관 지하1층 대회의실

프로그램 :

사　　회	김종철 연세대법전원 교수, 인권법학회 부회장	
발　　제	황필규 공익인권법재단 공감 변호사, 인권법학회 이사	19:00-19:30
토　　론	최유 한국법제연구원 부연구위원	19:30-19:50
	정광현 한양대법전원 교수	19:50-20:10
휴　　식		20:10-20:20
토　　론	백범석 경희대 국제대학 조교수, 인권법학회 연구이사	20:20-20:40
	김지혜 강릉원주대 다문화학과 조교수, 인권법학회 회원	20:40-21:00
	이한숙 이주와인권연구소 소장	21:00-21:20
전 체 토 론		21:20-22:00

이주민 기본권의 재구성

황필규 (공익인권법재단 공감 변호사, 인권법학회 이사)

I. *"Living"* 헌법과 국제인권법, "*Transnational*" 접근[1)]

1. 국제법과 국내법의 이분법에 대하여

(1) 문제의식

국내법적 접근과 국제법적 접근의 차이를 인식하고 그 간극을 좁히고 통합적으로 접근하기 위한 모색이 필요하다. 조약이 헌법-법률-대통령령-국무총리령-부령의 국내법 질서에서 어떠한 효력을 가지는 규범인가의 문제와 조약이 헌법재판에서 그 재판규범 혹은 해석기준이 될 수 있는가의 문제는 구별될 필요가 있다.

(2) 국내법적 접근과 국제법적 접근의 통합

국제법적으로 국가가 조약에 가입하면 헌법을 포함한 국내법 규정 내용에도 불구하고 조약을 이행할 법적 의무를 지는 반면,[2)] 국내법적으로는 조약이 헌법에 위배될 수 없다.[3)] 따라서 조약 미가입, 가입시 일부조항 유보, 국내 입법시 조약 합치성 심사 등을 통해 상충되는 상황이 발생하지 않도록 하여야 하며, 정부나 국회가 관련 권한을 남용하거나 의무를 해태했을 때 그 불이익을 국민 등에게 돌려서는 안 된다.

국내적으로는 헌법 부칙 제5조, "대한국민"[4)]의 정치적 결단인 헌법의 최고규범성에 비추어 조약이 일반적으로 법률로서 효력을 갖는다는 보는 것이 합리적이고 헌법-법률-대통령령-국무총리령-부령의 국내법체계상 헌법과 법률 사이에 중간적 법영역 혹은 가치가 있다는 것은 받아들이기 곤란하다. 또한 헌법 제60조 제1항[5)]을 근거로 조약의 비준·체결에 대한 국회의 동의가 없는 경우 법률이 아닌 법규명령의 성

---

1) 황필규, "이주민과 북한이탈주민에 대한 자의적 구금 토론 : "Living" 헌법과 국제인권법, "Transnational" 접근을 위하여", 인권법학회, 서울대 인권센터, 『2015년 인권법학회 학술대회 : 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약의 국내 이행』(2015. 12. 19.) 참조.

2) 조약법에 관한 비엔나협약 제27조 (국내법과 조약의 준수) 어느 당사국도 조약의 불이행에 대한 정당화의 방법으로 그 국내법 규정을 원용해서는 아니 된다.

3) 헌법 부칙 제5조 이 헌법 시행 당시의 … 조약은 이 헌법에 위배되지 않는 한 그 효력을 지속한다.

4) 헌법 전문 유구한 역사와 전통에 빛나는 **우리 대한국민은** … 1948년 7월 12일에 제정되고 8차에 걸쳐 개정된 헌법을 이제 국회의 의결을 거쳐 국민투표에 의하여 개정한다.

5) 헌법 제60조 ① 국회는 상호원조 또는 안전보장에 관한 조약, 중요한 국제조직에 관한 조약, 우호통상항해조약, 주권의 제약에 관한 조약, 강화조약, 국가나 국민에게 중대한 재정적 부담을 지우는 조약 또는 입법사항에 관한 조약의 체결·비준에 대한 동의권을 가진다.

격을 갖는다는 것도 지극히 형식적인 접근이다. 즉 1) 입법사항에 관한 조약에 대하여 국회가 동의하지 않은 경우가 아닌 동의권의 단순 불행사의 경우, 그 불이익을 국민 등에게 돌릴 수는 없고, 2) 아동의 권리에 관한 협약 등 입법사항에 관한 조약을 국회의 동의가 없었다는 형식적인 이유로 다른 국제인권조약과 효력을 달리 평가하는 것은 불합리하고, 3) 조약에 대한 유보 철회는 국회의 동의를 요하지 않는데, 유보 철회가 있는 경우 전체 조약을 법률적 효력을 갖지만 유보 철회된 조항만 법규명령적 효력을 갖는다는 기이한 결과를 낳을 수 있다.

(3) 조약의 이중적 지위

헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다.[6] 따라서 유엔헌장, 한국이 가입한 유엔인권조약 기타 인권 관련 조약 등과 관련 국제관습법은 국내에서 직접적인 법적 효력을 가진다. 따라서 이러한 국제인권법은 인권과 관련하여 입법, 사법, 행정의 법적 근거가 되고, 경우에 따라서는 국내법을 해석하는 기준이 되거나 보완하는 역할을 수행할 수도 있다.[7] 예컨대 기존 법률 혹은 새로운 법률은 국제인권법과 배치되지 않도록 심사되고,[8] 국제인권법은 구체적인 재판규범으로 적용된다. 행정의 경우 국제인권법은 모든 행정작용의 기초가 될 뿐만 아니라, 행정주체 혹은 공무원이 이를 어겼을 경우 국가배상,[9] 직무유기,[10] 성실의무 위반[11] 등 민형사상 책임과 법적 징계로 이어지게 된다.

평화적 집회에 대한 형법상 일반교통방해죄 및 업무방해죄의 적용

제주지방법원 2016. 2. 18. 선고 2014노589 판결 (업무방해)

"국제적으로도 평화적 집회의 자유 행사에 대하여 형법상 일반교통방해죄와 업무방해죄를 적용하는 것이 대한민국이 가입, 비준한 '시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약' 제19조[12]에 정한 표현의 자유 및 제21조[13]에 정한 평화로운 집회의 권리 등 국제인권기준에 부합하지 아니한다는 문제가 꾸준히 제기되고 있는 점도 고려되어야 할 것이다.[14]"

---

6) 헌법 제6조 제1항.
7) 황필규, "국제인권기준에 비추어 본 한국 인권현실: 유엔인권이사회 국가별 인권상황 정례검토 NGO보고서와 정부보고서 초안의 비교·평가를 중심으로", 국제엠네스티 한국지부 법률가위원회, 『2008년 제1차 인권세미나: 국제인권현안과 국제인권법』 (2008. 3. 22.), pp. 1-2.
8) 대한민국은 유엔인권기구에 제출한 국가보고서에서 지속적으로 유보조항과 관련된 사항을 제외하고는 국내법적 효력을 가지는 국제인권법이 기존 국내법과 배치되지 않으며 새로운 입법 시에도 반드시 기존 인권조약 등과 배치되지 않도록 하는 절차가 마련되어 있음을 강조하여 왔다.
9) 국가배상법 제2조.
10) 형법 제122조.
11) 국가공무원법 제56조.
12) 제19조 1. 모든 사람은 간섭받지 아니하고 의견을 가질 권리를 가진다.

조약은 비록 국제법적으로는 국가가 조약상 의무 불이행을 지게 되더라도 국내적으로는 법률로서 위헌법률심판의 대상이 된다고 보아야 한다. 다만 조약, 특히 국제인권조약의 경우 헌법의 기본권 조항에 규정된 '법률'의 내용을 구성하여 헌법 제12조 제1항,[15] 제27조 제1항,[16] 제37조 제2항[17] 등에서 주로 기본권 구체화적 법률유보의 구체적 내용을 구성하여 간접적으로 "살아있는"는 헌법 해석의 기초가 된다.

조약은 헌법과 직접 상충되지 않는 한, 1) 헌법 해석의 기준이 되고 헌법재판규범성이 인정되는 헌법 전문[18]의 "항구적인 세계평화와 인류공영에 이바지"한다는 국제협조주의, 2) 헌법 제6조 제1항[19]과 조약법에 관한 비엔나협약 제27조 등의 국제법 존중주의,[20] 3) 헌법 제10조 후문[21]와 헌법 제37조 제1항[22]의 국가의 기본권 확인·보장의무, 열거되지 않은 기본권 보장주의 등을 근거 혹은 매개 규정으로 헌법재판의 재판규범 혹은 해석기준의 성격을 동시에 가지고 있다고 보아야 한다.

---

2. 모든 사람은 표현의 자유에 대한 권리를 가진다. 이 권리는 구두, 서면 또는 인쇄, 예술의 형태 또는 스스로 선택하는 기타의 방법을 통하여 국경에 관계없이 모든 종류의 정보와 사상을 추구하고 접수하며 전달하는 자유를 포함한다.
3. 이 조 제2항에 규정된 권리의 행사에는 특별한 의무와 책임이 따른다. 따라서 그러한 권리의 행사는 일정한 제한을 받을 수 있다. 다만, 그 제한은 법률에 의하여 규정되고 또한 다음 사항을 위하여 필요한 경우에만 한정된다.
(a) 타인의 권리 또는 신용의 존중
(b) 국가안보 또는 공공질서 또는 공중보건 또는 도덕의 보호

13) 제21조 평화적인 집회의 권리가 인정된다. 이 권리의 행사에 대하여는 법률에 따라 부과되고, 또한 국가안보 또는 공공의 안전, 공공질서, 공중보건 또는 도덕의 보호 또는 타인의 권리 및 자유의 보호를 위하여 민주사회에서 필요한 것 이외의 어떠한 제한도 과하여져서는 아니된다.

14) 2013. 6. 7.자 마가렛 세카기야(Magaret Sekaggya) 유엔 인권옹호자 특별보고관(UN Special Rapporteur on the situation of Human Rights Defenders)의 대한민국 주요 인권 논란에 관한 제1차 조사 내용 발표(http://www.jejusori.net/news/articleView.html?idxno=130290), 2015. 10. 대한민국에 대한 유엔 자유권규약위원회 심의에서 대한민국이 제출한 국제보고서 관련 주제 목록, 2016. 1. 29.자 유엔 평화적 집회 및 결사의 자유 특별보고관 방한 결과 보고서(http://freeassembly.net/news/statement-republic-of-korea-korean/) 등.

15) 헌법 제12조 ① 모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 누구든지 **법률**에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, **법률**과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.

16) 헌법 제27조 ① 모든 국민은 헌법과 **법률**이 정한 법관에 의하여 **법률**에 의한 재판을 받을 권리를 가진다.

17) 헌법 제37조 ② 국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 **법률**로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.

18) 헌법재판소 1992. 3. 13. 선고 92헌마37등 결정.

19) 헌법 제6조 ① 헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다.

20) 헌법재판소 1991. 7. 22. 선고 89헌가106 결정. "국제연합(UN)의 "인권에 관한 세계선언"은 법적 구속력을 가진 것은 아니고, 우리나라가 아직 국제노동기구의 정식회원국은 아니기 때문에 이 기구의 제87호 조약 및 제98호 조약이 국내법적 효력을 갖는 것은 아니지만(헌법 제6조 제1항, 위 87호 조약 제15조 제1항, 98호 조약 제8조 제1항 참조), 다년간 국제연합교육과학문학기구의 회원국으로 활동하여 오고 있으며, 국회의 동의를 얻어 국제연합의 인권규약의 대부분을 수락한 체약국으로서 위 각 선언이나 조약 또는 권고에 나타나 있는 국제적 협력의 정신을 존중하여 되도록 그 취지를 살릴 수 있도록 노력하여야 함은 말할 나위도 없다."

21) 헌법 제10조 … 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.

22) 헌법 제37조 ① 국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다.

이처럼 두 가지 다른 성격을 하나의 틀로 규정하는 기존 논의 방식은 불필요한 혼란과 합의될 수 없는 논란의 계속만을 가져왔다. 헌법재판규범 혹은 해석기준으로서의 성격과 입법, 사법, 행정의 기준이자 위헌심판의 대상인 법률로서의 성격이라는 이중적 지위의 문제는 법원이 법률과 법규명령을 재판규범으로 삼으면서 동시에 법원이 위헌법률심판제청권을, 대법원이 명령·규칙 등의 위헌·위법법률심판권 등을 가지고 있는 점[23]에 비추어 보아도 전혀 이상한 것이 아니다. 또한 어떤 법규의 해석 근거 여부는 제정 당시의 논의, 학설 등에서 알 수 있는 바와 같이 그 근거의 내용 혹은 규정의 형식이나 법적 구속력에 의해 좌우되는 것이 아니다.

2. 해석/구체화 있는 국내법과 해석/구체화 없는 국제인권법의 이분법에 대하여

(1) 문제의식

국제조약의 법률적 성격으로 인하여 반드시 국제조약을 재판규범을 적용하여야 하는 법원이나 국제조약의 이중적 성격으로 인하여 국제조약을 재판규범 혹은 헌법의 해석기준으로 적용하여야 하는 헌법재판소 모두 사안을 판단함에 있어 국제조약을 적용하는 경우는 극히 선별적이고 제한적이다. 법원이나 헌법재판소가 국제조약을 재판규범으로 적용하거나 해석기준으로 인용하는 경우에도 국제조약에 대한 충분한 해석을 전제로 하는 경우는 거의 없고 개별 조항의 문언 자체만을 언급하는데 그치고 있다. 이는 마치 헌법, 민법, 형법 규정에 대하여 축적된 학술적 논의나 판례를 모두 무시한 채 그 규정 문언만을 가지고 판단을 하는 것과 유사한 상황이다. 입법부와 행정부 역시 국제인권법은 추상적인 규정내용만이 입법 및 행정의 기준이 되고 있다.

(2) 조약의 해석 기준[24]

조약의 해석과 관련해서는 『조약법에 관한 비엔나협약』(이하 '비엔나협약')이 이를 규정하고 있다. 이 협약 상 조약의 해석과 관련된 규정은 일반적으로 국제관습법의 지위를 인정받고 있다.[25] 조약은 원칙적으로 조약문의 문맥 및 조약의 대상과

---

23) 헌법 제107조 ① 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판한다.
② 명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다.

24) 황필규, 『난민의 지위에 관한 협약상 '충분한 근거가 있는 공포'』, 서울대학교 대학원 법학박사 학위논문 (2010. 8.), pp.30-37 참조.

25) Malcolm N. Shaw, *International Law, Sixth Ed.* (Cambridge University Press, 2008), p.933; *Kasikili/Seduda Island (Botswana v. Namibia), Preliminary Objections,* [1996] ICJ Report, p.803, para. 812; *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya v. Chad)*, [1994] ICJ Report, p.6, para. 21; *Arbitral Award of 31 July 1989 (Guinea-Bissau v. Senegal),* [1991] ICJ Report, p.53, para. 69.

목적으로 보아 그 조약의 문맥에 부여되는 통상적 의미에 따라 성실하게 해석되어야 한다. 그 문맥은 조약 본문, 전문 및 부속서, 조약체결과 관련하여 당사자들이 작성한 문서 등을 포함한다.[26] 이는 문언주의에 입각한 객관적 해석에 목적론적 해석을 가미한 것이라고 볼 수 있다. 문맥의 요소 중 조약의 대상과 목적을 명시적으로 천명하고 있는 전문과 조약 본문은 특히 중요한 의미를 가진다.

비엔나협약 제31조 제3항은 조약의 해석에 있어 문맥과 함께 "(a) 조약의 해석 또는 그 조약규정의 적용에 관한 당사국간의 추후의 합의, (b) 조약의 해석에 관한 당사국의 합의를 확정하는 그 조약적용에 있어서의 추후의 관행, (c) 당사국간의 관계에 적용될 수 있는 국제법의 관계규칙" 등이 참작되어야 한다고 규정하고 있다. 이러한 자료들에 대한 종합, 분석 및 평가가 조약의 해석을 명확히 하고 구체화하는 데 있어서 실제로 결정적인 역할을 할 수도 있다.

비엔나협약 제32조에 의하면 조약교섭시의 기록 또는 체결 시 사정 등도 조약의 의미를 결정하기 위한 수단이 될 수 있다.[27] 다만 교섭 기록 등에 대한 의존은 조약상의 표현이 그 표현 자체와 드러난 문맥상 그 의미가 명확하지 않을 때 보충적으로 필요한 해석방법이라고 볼 수 있다.

비엔나협약상의 원칙에 기초한 조약의 해석에 있어서 제31조가 규정하고 있는 다양한 요소들이 위계질서를 구성하고 있는 것으로 이해되어서는 안 된다. 즉 제31조 전체는 하나의 '일반원칙'으로서 다양한 요소들이 상호작용을 하는 단일한 통합된 해석 작용을 전제로 한다. 그리고 비록 제32조가 보충적 해석의 수단으로 제31조를 보완하는 성격을 가진 것은 분명하지만 경우에 따라서는 조약상 표현의 의미를 명료히 하는 데 상당한 기여를 할 수도 있음을 고려할 필요가 있다.[28]

---

26) 조약법에 관한 비엔나협약 제31조 (해석의 일반원칙): 1. 조약은 조약문의 문맥 및 조약의 대상과 목적으로 보아 그 조약의 문맥에 부여되는 통상적 의미에 따라 성실하게 해석되어야 한다.
2. 조약의 해석 목적상 문맥은 조약문에 추가하여 조약의 전문 및 부속서와 함께 다음의 것을 포함한다.
(a) 조약의 체결에 관련하여 모든 당사국간에 이루어진 그 조약에 관한 협의
(b) 조약의 체결에 관련하여, 1 또는 그 이상의 당사국이 작성하고 또한 다른 당사국이 그 조약이 관련되는 문서로서 수락한 문서
3. 문맥과 함께 다음의 것이 참작되어야 한다.
(a) 조약의 해석 또는 그 조약규정의 적용에 관한 당사국간의 추후의 합의
(b) 조약의 해석에 관한 당사국의 합의를 확정하는 그 조약적용에 있어서의 추후의 관행
(c) 당사국간의 관계에 적용될 수 있는 국제법의 관계규칙
4. 당사국의 특별한 의미를 특정용어에 부여하기로 의도하였음이 확정되는 경우에는 그러한 의미가 부여된다.

27) 조약법에 관한 비엔나협약 제32조 (해석의 보충적 수단) 제31조의 적용으로부터 나오는 의미를 확인하기 위하여 또는 제31조에 따라 해석하면 다음과 같이 되는 경우에 그 의미를 결정하기 위하여 조약의 교섭 기록 및 그 체결시의 사정을 포함한 해석의 보충 수단에 의존할 수 있다.
(a) 의미가 모호해지거나 또는 애매하게 되는 경우 또는
(b) 명백히 불투명하거나 또는 불합리한 결과를 초래하는 경우

28) International Law Commission, "Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries", *Yearbook of the International Law Commission,* vol. II (1966), pp.219-220; Ian Brownlie, *Principles of Public International Law, Sixth Ed.* (Oxford University Press, 2003), pp.603-604.

한편 조약, 특히 국제인권조약의 해석에 있어 그 적용 당시의 구체적인 상황과 맥락이 적극적으로 고려될 필요가 있다. "(유럽인권)협약은 살아있는 문헌(living instrument)으로서 오늘날 상황에 기초하여 해석되어야 한다."[29] "국제조약은 해석 당시에 지배적인 전체 법체계의 틀 안에서 해석되고 적용"되어야 하고[30] "인권에 영향을 미치는 조약은 그 적용 당시의 이해에 비추어 인권을 부정하는 방식으로 적용되어서 안 된다."[31]

(3) 유엔인권권고[32]의 법적 성격[33]

유엔인권권고는 실체적인 측면으로뿐만 아니라 절차적인 측면에서도 국내법적 효력을 가지는 국제인권법에 근거한다. 유엔인권이사회의 국가별 인권상황 정기검토(UPR)와 특별절차의 경우, 국내법적 효력을 가지는 유엔헌장 명문의 규정[34]과 법적 기구인 유엔총회의 결의 등에 기초하고 있다. 한편 인권조약과 관련된 권고의 경우, 권고의 주체인 조약기구의 구성과 임무가 조약상 명문으로 규정되어 있을 뿐만 아니라, 그 권고가 이루어지는 절차에 대하여도 명문의 규정[35]을 두고 있다. 따라서 국가보고서가 제출되고 유엔인권권고가 이루어지는 절차는 법률에 근거한 법적 절차라고 볼 수 있다. 유엔인권기구의 권고는 그 권고가 실체적·절차적 측면에서 국내에서 법적 구속력을 갖는 국제인권법의 명문의 규정에 근거한다는 점에 비추어 비엔나협약 제31조 제3항상 조약의 해석기준인 "조약의 해석 또는 그 조약규정의 적용에 관한 당사국간의 추후의 합의"이나 "조약의 해석에 관한 당사국의 합의를 확정하는 그 조약적용에 있어서의 추후의 관행"에 해당할 수 있다. 또한 국내법과 명백히 배치되지 않는 한 충분히 존중되고 그 취지가 충분히 반영될 수 있도록 국내적으로 해석·적용되어야 한다.[36]

예컨대, 『난민의 지위에 관한 협약』의 해석에 있어서는 특히 UNHCR의 각종 문

---

29) *Tyrer v. United Kingdom,* Application No. 5856/72, 25 April 1978 (European Court of Human Rights).

30) *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia,* [1971] ICJ Report p.6.

31) *Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia),* [1997] ICJ Report p.6, paras. 114-115.

32) 유엔인권권고는 유엔총회 및 유엔인권이사회의 결의, 조약기구의 조약에 대한 일반적·추상적 유권해석인 일반논평(General Comments) 혹은 일반권고(General Recommendations), 개별적·구체적 유권해석인 국가보고서에 대한 최종평가(Concluding Observations), 개인통보에 대한 의견(Views 또는 Opinions), 유엔특별절차의 연례보고서(Annual Reports), 국가방문 보고서(Mission Reports), 개인통보에 대한 의견(Opinions) 등이 모두 포함되는 개념이다.

33) 황필규, "유엔인권권고 이행 메커니즘 확립 방안", 대한변호사협회·유엔인권정책센터, 『제2회 유엔인권권고 분야별 이행사항 점검 심포지엄』(2012. 12. 6.), pp.151-153 참조.

34) 유엔헌장 제1조 제3항, 제13조 제1항 (b), 제55조 (c), 제56조, 제62조 제2항, 제68조, 제76조 (c) 등.

35) 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제40조, 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약 제16조, 제17조 등.

36) 황필규, "외국인의 인권과 차별금지", 『인권과 정의』 제365호 (대한변호사협회, 2007. 1.), p. 49.

헌을 통해서 드러나는 난민협약의 해석이 중요한 의미를 지닌다. UNHCR의 편람, 지침, 집행이사회(Executive Committee) 결정 등은 1) 난민협약의 명문의 규정[37]상 난민협약의 적용을 감독할 임무가 있는 유엔난민기구가 의사결정구조, 즉 집행이사회 검토 혹은 결정을 통해 마련하였다는 점, 2) 난민협약 당사국의 법제와 관행에 근거하고, 당사국의 자문과 권고에 기초하여 마련되었다는 점, 3) 그 이행을 위한 활동이 이루어지는 과정에서 당사국의 명시적인 반대의견 표명이 없었다는 점 등에 비추어 비엔나협약 제31조 제3항에서 이야기하는 "조약의 해석 또는 그 조약규정의 적용에 관한 당사국간의 추후의 합의" 혹은 "조약의 해석에 관한 당사국의 합의를 확정하는 그 조약적용에 있어서의 추후의 관행"에 해당할 수 있다. 난민협약은 그 전문에서 UNHCR이 "난민의 보호에 관하여 정하는 국제협약의 적용을 감독하는 임무를 가지고 있다."는 점을 확인하고 있고 협약 제35조는 체약국이 UNHCR의 임무 수행에 있어서 협력하여야 하고, 특히 UNHCR이 난민협약 규정의 적용을 감독하는 책무를 수행함에 있어서 편의를 제공하여야 함을 명시하고 있다. 결국 난민협약 자체에서 UNHCR이 난민협약의 이행에 있어서 그 해석을 포함하여 어느 정도 권한을 부여받고 있음이 명문화되어 있다고 볼 수 있고, 따라서 UNHCR의 난민협약에 대한 해석은 특별히 존중될 필요가 있다. '항구적인 세계평화와 인류공영에 이바지함'(헌법 전문)을 목적으로 하는 헌법정신과 법적 구속력이 없더라도 유엔기구의 "권고에 나타나 있는 국제적 협력의 정신을 존중하여 되도록 그 취지를 살릴 수 있도록 노력하여야" 한다고 판시한 헌법재판소의 결정[38]에 비추어보면 더더욱 그러하다. 한편 유엔인권조약과 지역별 인권조약은 비엔나협약 제31조 제3항의 "당사국간의 관계에 적용될 수 있는 국제법의 관계규칙"으로 작용할 수 있다. 따라서 난민협약의 해석과 적용은 이들 조약과의 관계 속에서 이루어질 필요가 있다.

유엔난민기구의 난민편람의 법적 성격

서울행정법원 2013. 10. 10. 선고 2013구합13617 판결
(강제되거명령및보호명령취소)

""난민의 지위에 관한 1951년 협약과 1967년 의정서에 의한 난민지위 인정기준 및 절차편람"(이하 "난민편람"이라 한다) 제192항 (vii)호는 "신청자는 … 관할기관에 의하여 그의 신청이 명백히 남용적인 것이 아니라고 증명되지 않는 한, 심사기간 동안 그 국가에서의 체류가 허용되어야 한다. 또한 상급행정기관이나 법원에 이의신청을 하고 있는 동안 그 국가에서의 체류가 인정되어야 한다."고 기술하고 있는데, 난민편람은 국제연합 난민고등판무관사무소(UNHCR, 약칭 "유엔난민기구") 국제보호국이 발행한 난민지위인정에 관한 실무지침서로서, 그 전문

37) 난민의 지위에 관한 협약 전문.
38) 헌법재판소 1991. 7. 22. 선고 89헌가106 결정.

에서 난민편람이 체약국 정부공무원을 위한 지침서로 사용되도록 만들어졌다고 기술하고 있으므로 체약국 정부가 난민편람의 내용에 구속되는 것은 아니지만, 「난민의 지위에 관한 협약」(이하 '난민협약'이라 한다) 전문에 따라 유엔난민기구가 체약국의 난민협약 이행을 감독할 임무를 맡고 있는 점이나, 체약국이 유엔난민기구의 이러한 임무가 원활히 수행되도록 편의를 제공할 의무가 있는 점(난민협약 제35조 제1항) 등을 고려하면, 체약국은 난민협약의 해석 및 적용에서 난민편람의 내용을 존중함이 마땅하다."

유엔인권권고의 수용, 권고의 이행 혹은 이행 노력의 약속은 국제법적으로는 조약에 의한 의무부담의 의사표시일 수 있다. 유효한 모든 조약은 그 당사국을 구속하며 또한 당사국에 의하여 성실하게 이행되어야 한다.[39] 어느 당사국도 조약의 불이행에 대한 정당화의 방법으로 그 국내법 규정을 원용해서는 안 된다.[40] 한편 이러한 약속은 국내법적으로는 법적 기관의 권고에 대한 의무부담의 의사표시로서 행정작용의 의미를 지닌다. 따라서 비록 유엔인권권고 자체는 법적 구속력이 없다고 하더라도 그에 대한 행정상 의사표시에는 신뢰보호의 원칙의 적용가능성 등 법적인 효과가 발생하게 된다고 보아야 한다. 한편 유엔인권권고가 국가인권정책기본계획 등에 반영되는 경우 이는 행정계획의 일부로서의 법적 성질을 가지게 된다.

II. 이주민의 헌법상 지위에 관한 기존 논의[41]

『대한민국헌법』[전부개정 1987. 10. 29 헌법 제10호] 은 전문, 제1장 총강, 제2장 국민의 권리와 의무, 제3장 국회, 제4장 정부, 제5장 법원, 제6장 헌법재판소, 제7장 선거관리, 제8장 지방자치, 제9장 경제, 제10장 헌법개정, 부칙 순으로 구성되어 있다. 법률에 대하여 우위에 있는 『헌법』에서 외국인을 어떻게 바라보는지는 모든 법률의 입법, 해석 및 운영의 지표가 된다. 『헌법』 제6조 제2항은 "외국인은 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 그 지위가 보장된다."고 규정하고 있고 동조 제1항은 "헌법에 의하여 체결, 공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다."고 명시하고 있다.[42] 헌법재판소는 이에 대하여 "헌법 제6조 제1항의 국제법 존중주의는 우리나라가 가입한 조약과 일반적으로 승인된 국제법규가 국내법과 동일한 효력을 가진다는 것" 이라는 언급을 통하여 그 의미를 재확인

39) 조약법에 관한 비엔나협약 제26조.
40) 조약법에 관한 비엔나협약 제27조.
41) 황필규, "한국 이민관련법", 정기선, 이선미, 황필규, 이민경, 이규용, 『한국 이민정책의 이해』(백산서당, 2011), pp.64-67 참조.
42) 이는 헌법 전문에서 '항구적인 세계평화와 인류공영에 이바지'할 것을 표방하고 있는 국제평화주의의 실현의 한 형태로서 국제법질서를 존중하여 최소한 외국인의 지위에 관한 국제법상의 확립된 기준에 의하여 외국인을 보호하겠다는 국제법 존중의 정신을 담고 있는 것으로 이해되고 있다(권영성, 『헌법학원론: 보정판』(법문사, 2001), p.301; 김철수, 『헌법학개론: 제14전정신판』(박영사, 2002), p.230; 허영, 『헌법학원론: 제4판』(박영사, 2004), p.175.

하고 있다.[43] 따라서 한국이 가입, 비준한 국제인권조약 등은 국내법과 동일한 효력을 가질 뿐만 아니라 이들 조약을 통한 외국인의 인권 보장은 헌법상 명문의 규정에 의한 요청이라고 볼 수 있다.[44]

한편 『헌법』은 기본권의 주체를 "국민"으로만 표현하고 있다(제2장 국민의 권리와 의무). 그러나 헌법재판소는 "기본권의 보장에 관한 각 헌법규정의 해석상" "국민과 유사한 지위에 있는 외국인은 기본권주체가 될 수 있다."고 명시하면서 "인간의 존엄과 가치, 행복추구권은 인간의 권리로서 외국인도 주체가 될 수 있고, 평등권도 인간의 권리로서 참정권 등에 대한 성질상의 제한 및 상호주의에 따른 제한이 있을 뿐이다."라고 설시하고 있다.[45] 그러나 헌법재판소의 일부 의견은 "우리 헌법 문언상 외국인은 기본권의 주체가 될 수 없다." "국가와 헌법 그리고 기본권과의 근본적인 관계에 관해서 보더라도 우리나라 국적을 가진 국민만이 대한민국 헌법상의 기본권 주체가 될 수 있다고 보아야 한다."는 등의 이유로 외국인의 기본권 주체성을 전면적으로 부정하고 있다.[46]

한국 헌법학계의 경우 기본권 보장에 관한 헌법 제2장의 표제가 '국민의 권리와 의무'라고 되어 있으므로 '국민'의 권리만을 보장한 것이지 외국인을 포함하여 널리 '인간'의 권리까지 실정 헌법상 보장되는 것이 아니라는 일부 견해[47]가 있기는 하다. 그러나 성질상 인간의 권리로 볼 수 있는 기본권은 외국인에게도 보장되어야 하고 그 밖의 기본권은 상호주의에 따라야 한다는 견해,[48] 한국 국민의 동화적 통합을 해치지 않고 외국인들을 한국사회에 동화시키는 데 필요한 범위 내에서 기본권의 주체가 될 수 있다는 견해,[49] 외국인의 한국 사회경제적 공동체 편입 여부를 기준으로 외국인의 기본권 주체성을 판단해야 한다는 견해,[50] 등 외국인의 기본권 주체성을 원칙적으로 인정하는 견해들이 주류를 이루고 있다. 결국 헌법의 해석상 외국인도 원칙적으로 기본권의 주체이며 『헌법』 제11조 평등조항의 차별금지사유 중에 '국적'도 당연히 포함된다고 볼 수 있다.[51]

---

43) 헌법재판소 2001. 4. 26. 선고 99헌가13 결정.
44) 황필규, "외국인 기본법에 관한 의견", 법무부, 『재한외국인 처우 기본법 제정안 마련을 위한 공청회』(2006), p.199.
45) 헌법재판소 1994. 12. 29. 선고 93헌마120 결정, 헌법재판소 2001. 11. 29. 99헌마494 결정.
46) 헌법재판소 2011. 9. 29. 선고 2007헌마1083등 결정 재판관 김종대의 반대의견(각하의견).
47) 박일경, 『신헌법학』(법경출판사, 1990), p.199.
48) 권영성, 『헌법학원론: 보정판』(법문사, 2001), p.301; 김철수, 『헌법학개론: 제14전정신판』(박영사, 2002), p.285; "자유권·청구권적 기본권도 원칙적으로 외국인에게 인정된다. 다만 자유권도 일정한 경우에 제한될 수 있고, 청구권적 기본권도 원칙적으로 상호주의원칙에 따라 제한될 수 있다. 그러나 사회권(생존권)과 참정권은 원칙적으로 외국인에게 인정되기 어려운 문제점이 있다." 성낙인, 『헌법학: 제12판』(법문사, 2012), p.341;
49) 허영, 『헌법학원론: 제4판』(박영사, 2004), pp.176, 234.
50) 전광석, 『한국헌법론: 제10판』(집현재, 2015), p.232.
51) 황필규, "국제인권기준에 비춰본 미등록 이주민의 인권현실", 한국인권재단, 『2008 제주인권회의: 시장과 인권 - 생존과 존엄사이』(2008), p.345.

다만 헌법재판소는 최근 결정을 통하여 사회권적 기본권의 경우 국민에 대하여만 인정된다는 입장을 취하였고,[52] 헌법학계의 통설도 생존권적 기본권 혹은 사회적 기본권 등은 국민의 권리로서 외국인에게 당연히 보장되는 것은 아니라는 입장을 취하고 있다.[53]

III. 이주민의 헌법상 기본권 주체로서의 지위의 제문제[54]

1. 외국인을 사회권적 기본권 주체에서 배제하는 이분법에 대하여

(1) 문제의식

'자유권적 기본권 = 외국인을 포함한 인권의 권리', '사회권적 기본권 = 외국인을 제외한 국민의 권리'라는 이분법이 연혁적으로, 이론적으로, 시대적으로 정당한지를 살펴볼 필요가 있다.

(2) "인간의 권리 v 국민의 권리" 이분법의 극복

헌법 제정 당시 국회 본회의[55]에서 헌법안 제2장 '국민의 권리·의무'의 '국민'을 외국인을 포함하는 모든 사람을 의미하는 '인민'으로 바꾸자는 안이 제시된 바 있다. 권리·의무의 주체를 모두 '국민'으로 하고 해석상 외국인에게도 인정되는 권리를 확인하면 된다는 주장, 모두 '인민'으로 규정하고 해석에 의해 국민만의 권리·의무를 파악하면 된다는 주장, 각각의 권리·의무에 관해 '국민' 또는 '인민'을 주체로 달리 규정해야 한다는 주장, '국민'이나 '인민' 모두 국가의 구성원을 지칭하고 외국인의 지위는 일차적으로 국제조약에 의하는 것이라는 주장 등 다양한 주장이 제시되었으나 외국인에게 인정되는 권리가 무엇인지에 대한 논의는 없었다. 그리고 '인민'으로 바꾸자는 안은 재적인원 167인, 가 32인, 부 87인 등 과반수로 부결된다.

---

52) "근로의 권리가 "일할 자리에 관한 권리"만이 아니라 "일할 환경에 관한 권리"도 함께 내포하고 있는바, 후자는 인간의 존엄성에 대한 침해를 방어하기 위한 자유권적 기본권의 성격도 갖고 있어 건강한 작업환경, 일에 대한 정당한 보수, 합리적인 근로조건의 보장 등을 요구할 수 있는 권리 등을 포함한다고 할 것이므로 외국인 근로자라고 하여 이 부분에까지 기본권 주체성을 부인할 수는 없다. 즉 근로의 권리의 구체적인 내용에 따라, 국가에 대하여 고용증진을 위한 사회적·경제적 정책을 요구할 수 있는 권리는 사회권적 기본권으로서 국민에 대하여만 인정해야 하지만, 자본주의 경제질서하에서 근로자가 기본적 생활수단을 확보하고 인간의 존엄성을 보장받기 위하여 최소한의 근로조건을 요구할 수 있는 권리는 자유권적 기본권의 성격도 아울러 가지므로 이러한 경우 외국인 근로자에게도 그 기본권 주체성을 인정함이 타당하다." 헌법재판소 2007. 8. 30. 선고 2004헌마670 전원재판부 결정.

53) 권영성, 『헌법학원론: 보정판』(법문사, 2001), p.304; 김철수, 『헌법학개론: 제14전정신판』(박영사, 2002), p.287.

54) 황필규, "이주민과 북한이탈주민에 대한 자의적 구금 토론 : "Living" 헌법과 국제인권법, "Transnational" 접근을 위하여", 인권법학회, 서울대 인권센터, 『2015년 인권법학회 학술대회 : 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약의 국내 이행』(2015. 12. 19.) 참조.

55) 제1대국회 제1회 제22차 국회본회의 (1948년 07월 01일) 속기록 참조.

헌법 제정 후 일부 헌법학자들이 독일의 (구) 헌법이론을 내세워 사회권적 기본권은 국민의 권리로서 외국인의 그 주체가 될 수 없다는 (취지의) 주장을 제시하였고, 그 후 수십 년간 대다수의 헌법학자들이 이를 무비판적으로 수용하였고 헌법재판소 역시 이를 그대로 받아들인 것으로 파악된다.[56]

그러나 현재 명시적으로는 물론 묵시적으로도 이러한 헌법상 기본권 이분법을 받아들이고 있는 국가는 거의 없고, 독일의 경우에도 연방헌법재판소 2012. 7. 18 판결에서 헌법상 인권의 존엄성 규정을 근거로 난민신청자에 대하여 헌법상 사회권적 기본권인 생활보호급부청구권을 인정한 바와 같이[57] 이러한 이분법을 따르고 있지 않고, 외국인의 인권을 포함한 모든 사람의 인권을 규정한 국제인권조약의 경우에도 직접적인 참정권의 불허 가능성, 출입국상의 통제 가능성의 예외를 제외하고는 원칙적으로 외국인에게도 모든 인권을 보장하고 있다.[58] 헌법재판소의 일부견해의 경우 비록 외국인의 기본권 주체성을 부정하는 입장이기는 하지만 이러한 이분법은 그 객관적 기준이 불분명하고 구체적인 헌법적 판단에 있어 그 판단의 순서가 역행되는 문제점이 있음을 지적하고 있다.[59]

난민신청자의 생존권 : 독일 헌법재판소 판례

---

56) 자유권적 기본권에 대해서도 헌법의 명문 규정상, 그리고 비교법적 관점에서도 '보편적으로 국민에게 유보되고 있는 기본권', 예컨대 국민의 정치적 활동과 관련된 기본권으로서 집회결사의 자유 등에 대해서는 한국 헌법도 외국인의 기본권주체성을 배제하고 있다고 보아야 한다는 주장이 있다. 한수웅, 『헌법학 제4판』(법문사, 2014), p.386.

57) Zitierung: BVerfG, 1 BvL 10/10 vom 18.7.2012, Absatz-Nr 참조.

58) 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제13조 합법적으로 이 규약의 당사국의 영역 내에 있는 외국인은, 법률에 따라 이루어진 결정에 의하여서만 그 영역으로부터 추방될 수 있으며, 또한 국가안보상 불가피하게 달리 요구되는 경우를 제외하고는 자기의 추방에 반대하는 이유를 제시할 수 있고 또한 권한 있는 당국 또는 동 당국에 의하여 특별히 지명된 자에 의하여 자기의 사안이 심사되는 것이 인정되며, 또한 이를 위하여 그 당국 또는 사람 앞에서 다른 사람이 그를 대리하는 것이 인정된다.
제25조 모든 시민은 제2조에 규정하는 어떠한 차별이나 또는 불합리한 제한도 받지 아니하고 다음의 권리 및 기회를 가진다.
(a) 직접 또는 자유로이 선출한 대표자를 통하여 정치에 참여하는 것
(b) 보통, 평등 선거권에 따라 비밀투표에 의하여 행하여지고, 선거인의 의사의 자유로운 표명을 보장하는 진정한 정기적 선거에서 투표하거나 피선되는 것
(c) 일반적인 평등 조건하에 자국의 공무에 취임하는 것

59) "헌법상 기본권들을 인간으로서의 권리와 국민으로서의 권리로 분류하는 것 자체가 객관성이 없고 명확하지 않은데다가 심지어 하나의 기본권을 내용에 따라 어떤 부분은 인간의 권리고 어떤 부분은 국민의 권리라고 나누기까지 한다면 그 구별기준이 더욱 불명확해진다. 특히 다수의견 중 재판관 5인의 의견은 청구인들의 이 사건 심판청구는 직업선택의 자유 중 직장 선택의 자유에 관한 것으로서 헌법 제10조의 행복추구권과 밀접한 관련을 맺고 있어 외국인에게도 기본권 주체성을 인정해야 한다고 하나, 헌법상 인정되는 기본권 중 행복추구권과 관련을 맺지 못할 기본권이 과연 무엇인지 알 수 없다. 또 기본권의 주체가 될 수 있는 일반적·추상적 자격이 기본권 주체성의 문제라고 할 것인데, 청구인이 주장하는 권리의 구체적인 내용에 들어가 그 성질을 검토해 본 후에야 기본권의 주체성 인정 여부가 결정된다는 것은 판단의 순서가 역행되어 부당하다." 헌법재판소 2011. 9. 29. 선고 2007헌마1083등 결정 재판관 김종대의 반대의견(각하의견); 인권의 권리인지, 국민의 권리인지가 불명확한 기본권에 대해서는 원칙적으로 외국인에게도 기본권주체성이 인정되어야 한다는 견해가 있다. 이준일, 『헌법학강의 제5판 』(홍문사, 2013), p.318.

Zitierung - BVerfG, 1 BvL 10-10 vom 18.7.2012, Absatz-Nr. (1 - 40)

"기본법 제1조 제1항은 인간의 존엄성의 불가침성을 선언하고 있고, … 이 기본권은 독일에 거주하는 독일인과 외국인들에게 똑같이 적용된다. … 기본법 제1조 제1항에 다른 객관적 의무에 상응하여 개인적 급부신청권이 도출된다."

" 존엄한 최소한의 삶의 보장은 법률적 청구권으로 강제되어야 한다. 도움이 필요한 이는 주관적 권리로 보장되지 않는 국가 또는 제3자의 자발적 지원에 의존하도록 해서는 안 된다. 만일 입법부가 최소한의 생존의 결정에 관한 헌법적 의무를 충분히 이행하지 않는다면 법률은 그 부족한 내용의 범위에서 위헌이다."

"만일 존엄한 최소한의 삶을 설정함에 있어 입법부는 수혜자의 체류자격을 이유로 차등을 두어서는 안 된다. 입법부가 특정 집단이나 개인의 특성을 반영하기를 원한다면 그러한 차등은 생존에 필요한 급부에 대한 수요가 다른 수요자와 현저히 다르고 그것이 합리적이고 내용적으로 투명한 절차에서 해당 집단의 실질적 수요에 의해 입증될 수 있는 경우에만 가능하다."

난민신청자의 생존권 : 서울행정법원 판례

서울행정법원 2013. 10. 10. 선고 2013구합13617 판결
(강제되거명령및보호명령취소)

"피고가 난민신청자인 원고에 대하여 생계지원 없이 난민신청일로부터 1년이 지난 후부터 극히 제한적으로 체류자격 외 취업활동을 허가하고 난민불인정 결정 후에서는 허가기간을 연장하지 않으면서, 그 허가기간 외에 취업활동을 하였음을 이유로 강제퇴거명령을 한 것은 행정의 획일성과 편의성만을 일방적으로 강조하고 난민신청자의 인간으로서의 존엄성은 무시한 조치로서, 이를 통해 달성하고자 하는 공익에 비해 원고가 입는 불이익이 현저하게 커 위법하다."

"우리나라 정부는 난민신청자에 대하여 아무런 생계지원을 제공하지 않았다. 이런 상황에서 취업활동을 일체 불허하는 것은 난민신청자의 생존을 난민지원 비정부단체나 자선단체 등의 호의에 전적으로 맡기는 것이어서 인간의 존엄성을 수호하고 생존권을 보장하여야 할 문명국가의 헌법정신에 어긋난다."

"행정지체는 난민이 야기한 것이 아니며, 난민신청자 전부를 난민이 아닌 것으로 추정하여 취업활동을 할 수 없게 하는 것은 보호의무를 방기하는 것이다. 지연된 정의는 정의가 아니다."

헌법재판소의 경우, 기본권 이분법을 고수하면서도 이 틀의 현실부적합성을 “기본권 쪼개기”로, 예컨대 사회권적 기본권인 근로의 권리를 사회권적 기본권인 국민의 “일할 자리에 대한 권리”와 자유권적 기본권인 인간의 “일할 환경에 대한 권리”로[60] 규정하는 방식으로 보완하고 있다. 일반적으로 사회권적 기본권으로 분류되는 직업의 자유 중 직장 선택의 자유에 대해서는 “인간의 존엄과 가치 및 행복추구권과도 밀접한 관련"을 가지므로 인간의 권리로 보아야 한다.”고 판시하고 있다.[61] 그러나 이러한 접근방식은 외국인의 기본권을 보장하기 위한 근본적인 해결의 접근방법이라고 보기 어렵다.

위와 같은 이분법은 헌법의 명문의 규정과 이에 근거한 국제법규의 대부분이 차별금지 혹은 내외국인 평등주의를 채택하고 있는 현실에 대한 검토를 배제한 채 이론적인 접근만을 하고 있다는 측면에서, 특히 ‘상호주의’를 선험적으로 전제하고 있다는 점에서 적절하지 못하다.[62] 즉, 유엔이나 국제노동기구에서 채택한 국제법규에서 외국인에 대하여 근로의 권리, 노동3권 등 생존권적 기본권이 보장되어야 한다는 입장을 취하고 있음이 명확한 추세임에 비추어 생존권적 기본권 역시 원칙적으로 자국의 영토 안에 있는 모든 ‘사람’에게 보장되어야 할 성질의 것으로 보아야 할 것이다.[63] 사회권이란, 일반적으로 (최소한의) 인간다운 생활을 할 권리, 사회적 위험으로부터 보호받을 권리, 자신이 속한 사회의 자원을 배분받을 권리, 자신이 속한 구성원으로서 그 사회에 참여하고 헌신할 권리 등을 포함하는 개념이다.[64] 사회권을 ‘인간존엄유지에 적절한 생활수준을 누릴 권리’로 이해하는 관점에서, 사회적 기본권 또한 우리 삶의 필수적인 기초로서 인권이므로 외국인에게도 기본적으로 기본권주체성이 인정되어야 한다.[65] 외국인의 사회경제공동체 편입을 전제로 참정권 등

---

60) 헌법재판소 2007. 8. 30. 선고 2004헌마670 결정.

61) “직업의 자유 중 이 사건에서 문제되는 직장 선택의 자유는 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권과도 밀접한 관련을 가지는 만큼 단순히 국민의 권리가 아닌 인간의 권리로 보아야 할 것이므로 권리의 성질상 참정권, 사회권적 기본권, 입국의 자유 등과 같이 외국인의 기본권주체성을 전면적으로 부정할 수는 없고, 외국인도 제한적으로라도 직장 선택의 자유를 향유할 수 있다고 보아야 한다. 한편 기본권 주체성의 인정문제와 기본권 제한의 정도는 별개의 문제이므로, 외국인에게 직장 선택의 자유에 대한 기본권주체성을 인정한다는 것이 곧바로 이들에게 우리 국민과 동일한 수준의 직장 선택의 자유가 보장된다는 것을 의미하는 것은 아니라고 할 것이다.” 헌법재판소 2011. 9. 29. 선고 2007헌마1083등 결정.

62) 황필규, “국제인권법과 한국 이주노동자의 인권: 조약에 기초한 유엔인권체제를 중심으로”, 외국인이주노동자대책협의회 외, 『세계이주노동자의 날 기념 토론회: 산업연수제 10년이 남긴 것과 외국인력 제도의 나아갈 길』(2004), p.2; 현행법에서 규정하고 있는 상호주의는 적극적으로 외국의 정책을 고려하여 처우를 개선한다는 의미로 해석되어야 하고 기본적 인권과 관련되어 헌법질서상 양보할 수 없는 사항에 대해서는 상호주의를 고려해서는 안 될 것이다. 이순태, 『다문화사회의 도래에 따른 외국인의 출입국 및 거주에 관한 법제연구』(한국법제연구원, 2007), pp.256-259.

63) 김지형, “외국인 근로자의 헌법상 기본권 보장: 현행 산업연수생제도의 위헌성 검토를 중심으로”, 『저스티스』 통권 제70호, (2002), pp.14-15.

64) 강현아, “이주노동자 자녀의 사회권에 대한 논쟁”, 한국아동권리학회 『아동과 권리』 제13권 제1호, (2009), p.59.

65) 최유, “외국인의 사회권 주체성에 관한 작은 연구”. 충남대학교 사회과학연구소『사회과학연구』 제19권 가을호, (2009), pp.122-131; 권영호, 지성우, 강현철, 『사회통합을 위한 다문화가정관련법에 대한 입법평가: “다문화가족지원법”에 대한 입법평가를 중심으로』(한국법제연구원, 2009), p.131.

명백히 외국인에게 인정되기 어려운 기본권을 제외한 모든 기본권 주체성을 인정하는 접근도 가능하다고 보아야 한다.[66]

기본권 주체성은 헌법에서 이를 명문으로 확인할 수 있도록 하는 것이 바람직하다. 즉, 참정권이나 입국의 자유 등과 관련하여서는 그 기본권의 주체를 '국민'으로 규정하되 다른 여타 권리에 관하여는 '모든 사람'을 그 기본권의 주체로 규정함이 타당하다. 또한 헌법 제11조 평등권 조항의 차별금지대상에 현재 시점에서 그 권리 보호의 특별히 요구된다고 판단되는 장애 등 다른 사회적 소수자 범주와 함께 인종, 민족, 국적 등을 명문으로 규정하여 이들 범주와 관련된 인권 보호를 강조하는 것을 적극적으로 사고할 필요가 있다고 판단된다. 한편 현행 헌법은 "민족의 단결을 공고히 하고"(헌법 전문), "민족문화의 창달에 노력하며"(헌법 제69조) 등 단일민족성을 표방하는 규정만을 두고 있는데, 다문화, 다민족사회를 현실로서 받아들이고, 이를 헌법에 어떻게 반영할 수 있는지를 연구하여 보는 것도 필요하다고 하겠다.[67] 국회에서도 헌법 전문에 세계주의적 성격의 가미, 헌법 제11조에 출생, 인종, 언어 등 차별금지사유의 추가, 다문화현상에 대처하기 위하여 외국인의 기본권주체성의 명시, 지방선거에서의 외국인 선거권 인정규정, 다문화가정 및 아동의 보호규정 등의 필요성이 논해지고 있다.[68] 이주민의 헌법상의 지위와 관련된 규정 정비를 위한 비교헌법적인 연구조사가 반드시 이루어질 필요가 있다고 하겠다.

(3) 국제인권법상 차별금지 원칙의 수용[69]

『세계인권선언』은 제2조 제1항에서 "모든 사람은 인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치적 또는 그 밖에 견해, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생 기타의 지위 등에 따른 어떠한 종류의 구별도 없이, 이 선언에 제시된 모든 권리와 자유를 누릴 자격이 있다."고 규정하고 있고,[70] 『시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약』(『자유권규

66) 전광석, "다문화사회와 사회적 기본권 - 헌법적 접근을 위한 시론", 『헌법학연구』 제16권 제2호, (2010), p.123 참조.

67) 황필규, "이주노동자의 인권", 『대한변호사협회 인권보고서』 2005년도 제20집, (2006), pp.197-200; 헌법적 관점에서 다문화주의는 접근되어야 하고((최유, "헌법적 관점에서 바라 본 다문화주의", 한국법제연구원. 『외국인정책 및 다문화에 관한 법제의 동향과 과제』(2007) 참조), 현행 헌법에 있어서 허용되는 다문화주의의 범위와 한계를 명확히 할 필요가 있다(이순태, 『다문화사회의 도래에 따른 외국인의 출입국 및 거주에 관한 법제연구』(한국법제연구원, 2007), pp.76-91).

68) 미래한국헌법연구회, 『대한민국 헌법의 바람직한 개헌방향에 관한 연구』(2008). http://ebook.assembly.go.kr/ebooklnk/research/pdf/research63182658.pdf. (검색일: 2010. 1. 31); 헌법연구자문위원회, 『헌법개정자문위원회 결과보고서』(2009), pp.23, 76.

69) 황필규, "한국의 이주민 법제의 시각과 관련 쟁점", 『조선대 법학논총』 제16집 제2호, (2009), pp.3-6 참조.

70) 헌법재판소는 '세계인권선언이 모든 국민과 모든 나라가 달성하여야 할 공통의 기준을 선언하는 의미는 있으나, 그 선언 내용인 각 조항이 보편적인 법적 구속력을 가지거나 국내법적 효력을 갖는 것으로 볼 것은 아니다'라고 하였으나(헌법재판소 1991. 7. 22. 선고 89헌가106 결정 참조), 세계인권선언 전체가 국제관습법을 구체화한 것인가에 관하여는 논란이 있으나 유엔총회의 결의로 채택된 세계인권선언이 적어도 일부 인권보호 관련 국제관습법상의 국가의무를 제시하고 있다는 점은 국제사회에서 일반적으로 받아들여지고 있다. Robert McCorquodale and Martin Dixon, Cases and Materials on International Law, 4th ed., Oxford

약』')[71]과 『경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약』('『사회권규약』')[72]도 각각 제2조에서 이와 유사한 내용을 규정하고 있다. 즉 대부분의 국제인권법은 모두 몇몇 예외적인 조항, 예컨대 『자유권규약』이 제25조에서 참정권의 주체를 "모든 시민"으로 규정한 것 등을 제외하고는 "모든 사람"을 그 권리의 주체로 함으로써 국적에 의한 차별을 배제하고 적용상의 상호주의를 부정함으로써 내외국인 평등주의를 엄격하게 규정하고 있다.

『모든 형태의 인종차별 철폐에 관한 국제협약』('『인종차별철폐협약』') 제1조 제1항은 "인종차별"의 개념을 명확히 하고 있는데 협약 제1조 제2항은 국민과 외국인을 달리 취급할 수 있는 가능성을 열어놓고 있다. 그러나 이는 차별의 기본적 금지를 훼손함을 방지하는 방향으로 해석되어야 한다. 즉 『세계인권선언』, 『자유권규약』, 그리고 『사회권규약』에서 규정되고 인정된 권리와 자유를 어떠한 방식으로든 회피하는 방향으로 해석되어서는 안 된다.[73] 비록 시민적, 정치적, 경제적, 사회적 및 문화적 권리 중 참정권과 같은 권리는 국민에게 한정될 수 있더라도 모든 사람은 원칙적으로 인권을 향유할 수 있어야 한다. 당사국은 국민과 외국인(무국적자 포함)의 평등한 이들 권리의 향유를 국제법이 인정하는 범위까지 보장하여야 할 의무가 있다.[74] 국적이나 출입국자격에 기초한 상이한 취급의 기준이 협약의 목적에 비추어 합법적 목적에 따르지 않고 적용되거나 이러한 목적의 달성에 비례하지 않는다면 협약상 이러한 상이한 취급은 차별을 구성할 수 있다.[75] 당사국은 인종차별을 금지하는 입법적 보장이 출입국자격과 무관하게 외국인(무국적자 포함)에게 적용되고, 법령의 적용이 외국인(무국적자 포함)에게 차별적 효과를 가지지 않도록 보장하여야 하고,[76] 출입국정책이 인

University Press, 2003, pp.182-202 참조; 국제사법재판소는 Teheran의 인질과 관련된 사건의 의견에서 "세계인권선언에서 선언된 근본원리들"이 이란에 대하여, 특히 자유의 위법한 박탈 및 고통스런 상황에서의 신체적 제약"을 가하는 경우와 관련하여서는, 법적 구속력을 가지는 것으로 명확히 인용하였다. United States Diplomatic and Consular Staff in Teheran (United States of America v. Iran), Judgment, ICJ Reports 1980 p.42, para. 91 참조.

71) 일반적으로 규약에 규정된 권리는 상호주의나 국적 혹은 무국적상태와 무관하게 모든 사람에게 적용된다. 따라서 규약상 각각의 권리가 국민과 외국인간에 차별 없이 적용되어야 함은 일반적인 원칙이다. 외국인은 규약상 보장된 권리와 관련하여 제2조에 규정된 차별금지의 일반적인 요청의 혜택을 누린다. 이 보장은 국민과 외국인 모두에게 같이 적용된다. 예외적으로 규약상 인정된 일부 권리는 명시적으로 국민에게만 적용가능하거나(제25조 참정권), 외국인에게만 적용된다(제13조 추방). Human Rights Committee (HRC), General Comment, No. 15, 1986, pp.1-2.

72) 규약은 수록된 권리를 특성상 당사국에 대하여 "권리의 완전한 실현을 점진적으로 달성하기 위하여" "자국의 가용자원이 허용하는 최대한도까지 조치를 취할 것"을 요구하고 있으나(제2조 제1항), 이러한 권리의 "점진적" 달성은 국적이나 출입국자격의 차별 없이 이루어져야 한다. Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No.14, 2000; 또한 규약은 개발도상국은 인권과 국가경제를 고려하여 외국인에게는 규약상의 경제적 권리를 제한할 수 있다고 규정하고 있다(제2조 제3항). 세계은행 등의 기준에 비추어 한국은 개발도상국으로 분류될 수 없다는 점에서 이 조항은 별다른 의미를 가질 수 없는데, 이 외에도 "인권과 국가경제를 고려"하여야 한다는 점, 제한되는 권리가 "경제적 권리"에 국한된다는 점을 지적할 필요가 있다.

73) Committee on the Elimination of Racial Discrimination(CERD) General Recommendation, No.30, 2004, p.2.

74) CERD General Recommendation, No.30, 2004, para. 3.

75) CERD General Recommendation, No.30, 2004, para. 4.

76) CERD General Recommendation, No.30, 2004, para. 7.

종, 피부색 또는 민족이나 종족의 기원에 기초한 차별적 효과를 가지지 않도록 보장하여야 한다.[77] 당사국은 비록 취업허가가 없는 외국인(무국적자 포함)에게 일자리 제공을 거부할 수는 있지만, 모든 사람이 고용관계가 시작되면 그것이 종료될 때까지 집회와 결사의 자유를 포함한 근로와 고용과 관련된 권리를 부여받았음을 인정하여야 한다.[78] 모든 인권조약의 중심에 놓인 차별금지는 국민과 이주민 모두에게 평등한 보호를 제공하여야 한다.[79] 이주민 특히 미등록 이주민의 상황의 악화를 막는 유일한 방법은 이 집단의 인권을 인정하고 차별금지의 원칙을 적용하는 것일 수밖에 없다.[80]

또한 차별금지의 원칙은 국제관습법으로서 인정되기도 한다.[81] 인권위원회(Human Rights Committee, '자유권위원회')는 "차별금지의 원칙은 법 앞의 평등 및 차별 없는 법의 평등한 보호와 더불어 인권의 보호와 관련된 기본적이고 일반적인 원칙을 구성한다."[82]고 밝힌 바 있고, 국제사법재판소도 Barcelona Traction Light and Power Co. Ltd. 사건에서 "차별금지의 원칙은 특히 인종과 관련된 경우, 오랫동안 국제관습법으로 간주되어 왔다."[83]고 판시하였으며 South West Africa 사건에서 Tanaka 재판관은 반대의견을 통해 "평등의 원칙은 유엔헌장의 불가결한 부분으로서 또는 일반국제법의 독립된 연원으로서 직접 적용이 가능"하며 "인종에 기초한 차별 혹은 분리금지의 규범은 국제관습법이 되었다."고 주장한 바 있다.[84]

차별금지의 원칙은 국제관습법일 뿐만 아니라 강행규범(Jus Cogens)[85]일 수 있다. 인종차별철폐위원회는 인종차별금지가 국제법상 강행규범임을 언급한 바 있다.[86] 국제법위원회(International Law Commission)는 일반적인 차별금지가 아닌 인종차별금지가 명확하게 수용되고 인정된 강행규범임을 지적하고 있는데, 인종차별금지가 강행규범으로 간주된다면 "인권의 이론과 유엔의 원칙"상 성이나 국적 기타 다른 사유에 따른 차별금지가 배제되어야할 이유나 정당화사유는 존재하지 않는다고 보아야 한다.[87] 평

77) CERD General Recommendation, No.30, 2004, para. 9.
78) CERD General Recommendation, No.30, 2004, para. 35.
79) Office of High Commissioner for Human Rights(OHCHR), Migration and Development: a Human Rights Approach, High Level Dialogue on International Migration and Development, New York, Sept. 2006, para. 2.
80) Gabriela Rodriguez Pizzrro, Report of the Special Rapporteur on rights of migrants(UN Special Rapporteur), UN Doc. E/CN.4/2005/85, 2005, para. 75.
81) 일부 국가들은 헌법에서 차별금지의 원칙을 불분명하게 규정하거나 이주민과 같은 일부 집단에게 적용하지 않는 경우가 있는데 이러한 경우 국제관습법에 관한 논의는 특별히 그 의미가 크다.
82) HRC, General Comment No.18, 1989, para. 1.
83) ICJ Judgment on Barcelona Traction Light and Power Co. Ltd., Belgium v. Spain, 1970.
84) Dissenting Opinion of Judge Tanaka, ICJ Judgment on South West Africa, Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa, Second Phase, 1966.
85) 조약법에 관한 비엔나협약 제53조(일반 국제법의 절대규범(강행규범)과 충돌하는 조약) 조약은 그 체결 당시에 일반 국제법의 절대규범과 충돌하는 경우에 무효이다. 이 협약의 목적상 일반 국제법의 절대 규범은 그 이탈이 허용되지 아니하며 또한 동일한 성질을 가진 일반 국제법의 추후의 규범에 의해서만 변경될 수 있는 규범으로 전체로서의 국제 공동사회가 수락하며 또한 인정하는 규범이다.
86) CERD, Statement on racial discrimination and measures to combat terrorism, UN. Doc. A/57/18, Chapter XI (C), 2002, para. 4.

등권은 유엔헌장에 규정된 유일한 권리라는 점 외에도 평등과 차별금지는 모든 사람의 고유한 성질과 존엄성이라는 근본적인 관념으로부터 도출되고 평등권의 부정은 개인의 가치에 존재하는 인권의 기초의 부정임을 주목할 필요가 있다.[88] 미주인권재판소는 "국내적 국제적 공공질서의 전체적인 법적 구조가 법 앞의 평등, 법의 평등한 보호 및 차별금지의 원칙에 기초하고 있고 이 원칙은 모든 법에 스며들어 있는 근본적인 원칙이라는 점에서 이는 강행규범에 속한다."고 판시하고 있다.[89]

2. 외국인에 대한 '상호보증', '상호주의'라는 헌법적 해석에 대하여

(1) 문제의식

'외국인은 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 그 지위가 보장된다.'는 헌법 제6조 제2항의 규정의 의미에 대하여 다수의 헌법학자들은 이를 외국인에 대한 상호주의를 규정한 것으로 해석하고 있는 바 과연 이러한 해석이 타당한지를 살펴볼 필요가 있다.

(2) 근거 없는 해석상 '상호주의'의 극복

헌법 제정 당시 국회 본회의 속기록[90]을 살펴보면 현행 헌법 제6조 제2항[91]과 사실상 동일한 조항을 헌법안에 신설하는 수정동의안이 제안되었다. "헌법을 제정하는데 있어서 외국인의 법적지위를 보장하지 않는 것은 밖으로 헌법 체제에 있어서 좋지 못한 그런 점", 헌법이 세계의 한 법으로 되어가지고 이러한 조항이 없으면 대단히 유감"인 점 등이 근거로 제시되었고, "국제상 관계로 남의 나라에 우리나라 사람이 살고 있는 이때에 그런 조문이 없다고 하면 남들이 생각하드라도 우리만 생각한다는 웃음을 받을 것"이라는 동의 의견이 있었으나 그 조약의 내용에 어떤 것들이 있는지 혹은 들어가야 하는지에 대해서는 전혀 언급이 없었다. 재석의원 157인, 가 109인, 부 2인 등으로 수정안이 가결되었다.

이 조항에 대해서도 헌법 제정 후 일부 헌법학자들이 관련 '국제법'이나 '조약'의 내용에 대한 검토를 전혀 하지 않은 채 이를 '상호주의'를 규정한 것으로 해석하였고

87) Bruno Simma and Philip Alston, The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens and General Principles, Australian Yearbook of International Law, vol. 12, 1988-1989, p.93.
88) Dinah Shelton, Are There Differentiations among Human Rights? Jus Cogens, Core Human Rights, Obligations Erga Omnes and Non-Derogability, UNIDEM Seminar: The Status of International Treaties on Human Rights, Coimbra, Portugal, 7-8 October, 2005, <http://www.venice.coe.int/docs/2005/CDL-UD(2005)020rep-e.asp>, 2009. 8. 31. 방문.
89) Inter-American Court of Human Rights, Judicial Conditions and Rights of the Undocumented Migrants, Advisory Opinion OC-18/03 of September 17, 2003.
90) 제1대국회 제1회 제27차 국회본회의 (1948년 07월 07일) 속기록 참조.
91) 제6조 ② 외국인은 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 그 지위가 보장된다.

그 후 수십 년간 대다수의 헌법학자들이 이를 무비판적으로 수용하였다. 국제법과 조약은 기본적으로 상호주의에 지배됨을 강조하기도 하고[92] 청구권적 기본권의 경우 원칙적으로 상호주의원칙에 따라 제한될 수 있다는 주장이 제시되기도 한다.[93] 헌법재판소 역시 외국인의 기본권주체성의 경우 "상호주의에 따른 제한"이 있다고 설시하여[94] 이를 그대로 받아들인 것으로 파악된다. 헌법재판소의 일부견해는 헌법 제6조 제2항을 근거로 "외국인의 지위는 상호주의를 기본으로 해서 보장해야 한다는 것이 우리 헌법의 기본원칙이다."라고 주장하고 있다.[95]

그러나 외국인의 인권을 포함한 모든 사람의 인권을 규정한 국제인권조약의 경우 거의 예외 없이 "모든 사람"을 그 권리의 주체로 함으로써 국적에 의한 차별을 배제하고 적용상의 상호주의를 부정함으로써 내외국인 평등주의를 엄격하게 규정하고 있다.[96]

우선 상호주의를 외국인의 기본권 주체성에 대한 판단기준으로 삼는 접근방식은 외국인의 기본권 주체성이 인정될 때 비로소 상호주의에 따른 제한이 논의될 수 있다는 점에서 부당하다.[97] 헌법 제6조 제2항은 국제조약이 외국인의 헌법상 지위와 관련해서도 제6조 제1항 등에 따른 이중적인 지위를 지님을 전제로, 특히 헌법상 기본권 전반에 걸친 일반적 기본권 구체화적 법률유보의 성격을 가진다는 점, 그리고 이 특별조항으로 인하여 국내 법률에 우선하는 특별법의 성격을 가진다는 점을 규정한 것으로 해석하는 것이 그 규정의 명문과 헌법 전문 등의 취지상 합리적이라고 볼 수 있다.[98]

---

92) 전광석, 『한국헌법론: 제10판』(집헌재, 2015), p.233.

93) 성낙인, 『헌법학: 제12판』(법문사, 2012), p.341.

94) 헌법재판소 1994. 12. 29. 선고 93헌마120 결정, 헌법재판소 2001. 11. 29. 99헌마494 결정.

95) "헌법 제6조 제2항은, "외국인은 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 그 지위가 보장된다."라고 규정하고 있다. 위 규정은 국제법 존중의 원칙에 입각하여 외국인의 지위에 관한 국제법상의 일반원칙을 우리 법질서가 수용하기 위한 헌법상의 근거조항이며, 오늘날 외국인의 보호에 관하여 국제법적으로 확립된 관례는 상호주의 원칙이기 때문에 우리 헌법도 상호주의원칙을 존중하겠다는 뜻을 분명히 밝힌 것이기도 하다. 그렇다면 적어도 기본권의 주체성을 주장하는 외국인이 속한 국가의 헌법도 우리나라 국민에 대해서 기본권 주체성을 인정할 경우에만 우리도 그 국가 국민에 대해 기본권 주체성을 인정해야 할 것인데, 다수의견은 이 사건 청구인이 어느 나라 국민인지 그 나라의 헌법은 우리 국민을 어떻게 처우하는지 묻지 않고 널리 외국인에게도 기본권의 성질에 따라 기본권 주체성을 인정하겠다는 것인바, 이는 국제관계에서의 상호주의원칙을 취한 우리 헌법에 어긋난다 할 것이다. 우리의 헌법은 대한민국헌법이지 국제헌법이 아니다. 그런데도 우리 헌법의 역사적 배경을 무시하고 과잉 세계화로 나가는 것은 우리 헌법을 지키는 올바른 길이 아니라고 본다." 헌법재판소 2011. 9. 29. 선고 2007헌마1083등 결정 재판관 김종대의 반대의견(각하의견).

96) 일반적으로 규약에 규정된 권리는 상호주의나 국적 혹은 무국적상태와 무관하게 모든 사람에게 적용된다. 따라서 규약상 각각의 권리가 국민과 외국인간에 차별 없이 적용되어야 함은 일반적인 원칙이다. 외국인은 규약상 보장된 권리와 관련하여 제2조에 규정된 차별금지의 일반적인 요청의 혜택을 누린다. 이 보장은 국민과 외국인 모두에게 같이 적용된다. 예외적으로 규약상 인정된 일부 권리는 명시적으로 국민에게만 적용가능하거나(제25조 참정권), 외국인에게만 적용된다(제13조 추방). Human Rights Committee, General Comment, No. 15, 1986, pp.1-2.

97) 전광석, 『한국헌법론: 제10판』(집헌재, 2015), pp.236-237.

98) 이에 대해서는 조약 및 국제법에 의하여 정해지는 외국인의 지위는 법적 효력을 갖지만, 헌법상의 기본권에 관한 논의를 구속하지는 않으며 따라서 외국인의 법적 지위를 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 보장하는 헌법 제6조 제2항은 외국인의 기본권 주체성에 직접 관련된 규정이 아니라는 주장이 있다. 전광석, 『한국헌

(3) 국가배상법 및 범죄피해자구조법상 상호주의의 문제점[99]

『국가배상법』은 제7조에서 "이 법은 외국인이 피해자인 경우에는 상호의 보증이 있는 때에 한하여 적용한다."[100]고 규정하고 『범죄피해자구조법』은 제10조에서 "이 법은 외국인이 피해자이거나 유족인 경우에는 상호의 보증이 있는 경우에 한하여 적용한다."고 규정하여 공무원의 직무상 불법행위에 대한 국가의 손해배상과 타인의 범죄로 인한 생명, 신체피해자에 대한 국가의 구조에 있어서 상호주의를 취하고 있다.

미국의 경우 헌법에 국가배상을 별도로 규정하고 있지 아니하지만 헌법상의 기본권 주체가 "인간"인 이상 외국인에게도 국가배상청구권이 당연히 인정되는 것으로 해석된다. 독일의 경우 선거권을 제외하고 기본권 주체를 '인간'으로 보고 있고 헌법 제34조에서 "한 사람이 자기 공직 내에서 제3자에게 지켜야 할 의무를 준수하지 아니하면 그것의 책임은 그가 소속되어있는 국가나 조직이 진다. 고의나 과실행위의 경우에는 잘못한 자가 책임을 져야 한다. 국가배상청구를 위한 소송의 방법을 막아서는 아니된다."고 하여 명문으로 국가배상청구권을 인정하고 있다. 따라서 국가배상청구권의 주체에는 국민뿐만 아니라 외국인도 포함된다고 보아야 하며 경찰법에서도 국가배상을 규정하면서 국민과 외국인의 차별을 두고 있지 아니한다.

국가배상의 상호주의를 규정한 나라는 거의 그 예를 찾아보기 어려우나 한국의 법제에 상당한 영향을 준 일본의 경우 이를 규정하고 있다. 즉 일본의 국가배상법 제6조는 "이 법률은 외국인이 피해자인 경우에는, 상호보증이 있는 때에 한하여 이를 적용한다."고 규정하고 있다. 그러나 이에 대해서는 공무원의 불법행위에 대한 피해자의 구제여부를 피해자 본국 법제에 관련시키는 것은 합리성을 결여하고 있고 조리에 맞지 아니하며 일본 헌법 제17조 및 제14조 제1항의 정신에 비추어 외국인의 인권을 합리적인 이유 없이 제한하고, 차별적 취급을 하는 것으로 위헌의 소지가 있다는 비판이 있다. 또한 판례도 상호보증은 유연하게 해석하고 있다. 상호보증의 유무를 누가 입증하여야 하는가에 대하여 피고인 국가 또는 공공단체가 상호보증이 없는 것을 입증한 경우에 한하여 국가배상법의 적용이 부정된다고 해석하고 있고,[101] 외국의 법제가 배상한도액을 정하고 있거나 별도의 면책사유를 규정하고 있는 경우에도 이를 구체적으로 고려하지 아니하여도 된다고 판시하고 있다.[102] 또한 피해자가 이중국적인 경우,

---

법론: 제10판』(집헌재, 2015), p.233 참조.

99) 황필규, "한국의 이주민 법제의 시각과 관련 쟁점", 『조선대 법학논총』 제16집 제2호, (2009), pp.20-22 참조.

100) "중화민국 민법 제188조, 제192조, 제197조에 외국인도 중화민국을 상대로 피용인의 직무집행시의 불법행위에 인한 재산상 및 정신상 손해를 배상하도록 규정되어 있으므로 중화민국과 우리나라 사이에 국가배상법 본조에 이른바 외국인이 피해자인 경우에 상호의 보증이 있는 때에 해당한다." 대법원 1968. 12. 3. 선고 68다1929 판결.

101) 大分地判昭和 60. 2. 20.

102) 名吉室高判昭和 41. 9. 30.

어느 한 쪽 국가에 상호보증이 있으면 된다고 해석하고 있고,[103] 무국적의 경우에는 당연히 상호보증이 있는 것으로 간주한다. 지금까지 한국, 노르웨이, 독일연방공화국, 중화민국, 영국 등에 대하여 상호보증을 인정하였고 판례상 상호보증이 없다고 판단한 나라는 지금까지 단 한 건도 없다.[104]

이미 국내법과 같은 효력을 지니는 국제법과 배치되거나 심지어는 헌법의 정신과 명문의 규정에도 반한다고 볼 수 있는 위 상호주의 규정들은 삭제되거나 개정될 필요가 있다. 즉, 상호주의를 전혀 언급하고 있지 않은 헌법상의 관련조항인 제29조와 제30조와 비교하여 보아도 불합리할 뿐만 아니라 이는 『자유권규약』 제9조 제1항과 제5항의 신체의 자유와 안전에 대한 권리, 제2조 평등권, 제26조 법 앞의 평등 등을 침해하는 것이고 『자유권규약』 제2조 제3항의 국가의 구제조치 보장의무를 위반하는 것이며, 『인종차별철폐협약』 제1조, 제5조, 제6조에도 정면으로 배치된다.[105]

3. 주권에 기초한 출입국 통제의 추상성과 헌법적 함의에 대하여

(1) 문제의식

출입국상의 통제 가능성이 모든 기본권 보장에 우선시되는 경향이 있는데 전체적으로 외국인의 헌법적 지위를 어떻게 이해할 것인가에 대한 근본적이고 전향적인 패러다임 변화의 필요성에 대한 논의가 이루어져야 한다.

(2) 국가주권과 이주통제에 관한 이해[106]

유엔인권시스템에서 외국인에 대한 차별금지의 원칙의 유일한 명시적인 예외는 참정권과 강제추방과 관련된다. 이는 국가들의 영토적 권한, 즉 외국인의 출국과 입국을 통제하고 국적을 부여할 권한을 묵시적으로 확인하고 있는 것이다. 국적에 대한 권리와 참정권은 국가의 구성원으로서의 지위와 그 국가의 운명을 결정할 수 있는 권리와 관련된다. 이런 면에서 이주민의 참정권을 제한하는 것은 일면 합리적이라고 볼 수 있지만, 이주민의 사회구성원으로서의 지위는 어떻게 볼 것인가, 이주민 자신과 직접적으로 관련된 문제들에 대한 대표성의 결여는 불가피하게 이들의 근본적인 취약성을 규정한다고 했을 때 이를 어떻게 볼 것인가, 지방 차원에서의 참정권도 국가주권의 문제인가 등의 문제는 여전히 남는다.

---

103) 京都地判昭和 48. 7. 12.
104) 上村榮治, 「行政法教室」, 2000, <http://uno.law.seikei.ac.jp/~uemura/chap17.html> 2009. 8. 31. 방문.
105) 이에 더하여 상호주의는 조약체결을 유도하기 위한 외교상 원칙이고 그 압력의 객체는 국가인데 상호주의의 적용 결과로 외국인 개인이 희생되는 것은 개인은 목적이지 수단이 될 수 없다는 의미에서 헌법상 인간의 존엄과 조화될 수 없다는 의견이 있다. 전광석, 『한국헌법론: 제10판』(집현재, 2015), p.237 참조.
106) 황필규, "한국의 이주민 법제의 시각과 관련 쟁점", 『조선대 법학논총』 제16집 제2호, (2009), pp.11-13 참조.

많은 경우, "이주통제에서의 국가주권"에 관한 주장은 그 개념의 불가분성을 전제로 한다. 예컨대, "국가는 외국인을 아예 받아들이지 않을 수 있기 때문에, 국민의 권리보다 적은 권리를 부여할 수도 있고, 제한된 조건 하의 일정한 권리를 부여할 수도 있다."[107]는 주장이 그러하다. 그러나 이러한 주장은 합리적이지도 않으며, 국제법의 관점에서도 받아들이기 어렵고, 모든 차별적인 법과 관행을 합리화시키는 데 활용될 수 있다. 국제인권조약도 국가들의 영토적 권한, 즉 외국인의 출국과 입국을 통제하고 국적을 부여할 권한을 묵시적으로 확인하고 있다. 그러나 외국인을 받아들인다는 것은 단순히 입국을 허용하는 것이거나 생산요소 혹은 개발인자를 도입하는 것이 아니라, 오히려 그 외국인이 그를 받아들이는 국가의 관할권 내에 들어오게 되면 원칙적으로 차별금지의 원칙 하에서 국제법 및 국내법제가 보장하는 모든 권리를 그 외국인에게 부여한다는 국가의 주권적 결정을 포함하는 것이다. 따라서 외국인 수용국의 비용-이익 분석도 처음부터 모든 관련된 권리를 고려하면서 이루어져야 하는 것이다.

입국, 체포, 구금 및 강제퇴거 상의 절차적 권리는 국가주권과는 아무런 관련이 없다. 이는 법의 지배와 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우로부터 보호받을 권리와 같은 근본적인 권리의 보호의 문제일 뿐이다. 외국영토에 거주하는 이주민의 시민적, 정치적, 경제적, 사회적 및 문화적 권리는 그 체류의 기간이나 정규성과 무관하게 그 국가의 영토 혹은 관할권 하의 모든 이의 권리를 차별 없이 증진하고 보호할 국가의 의무와 직접적으로 관련된다. 따라서 이러한 면에서의 어떠한 제한이나 차별은 국가주권의 문제가 아니며 정당한 목적과 균형성의 심사의 대상이 될 뿐이다.

따라서 "특정 국가의 이민법을 위반하고 그 국가에 입국한다고 하여 인권기준에 입각한 이주민의 근본적인 권리들이 박탈당하지는 않으며 또한 이것이 비정규적 상황에 놓인 이주민을 보호하여야 할 국가의 의무에 영향이 미치지도 않는다."[108] "고용국가가 한 개 또는 그 이상의 부문에서 국가의 생산을 보호하기 위해 불법이주노동자들을 고용하여 그들을 착취하여 고용주에 비해 취약한 그들의 상황을 이용하거나 낮은 임금을 제공하거나 법정에 노동권이 침해되었다고 신고하지 못하도록 함으로써 그들의 노동을 착취하도록 권장하거나 용인해서는 안 된다. 국가가 이민 정책을 포함한 공공정책의 목적을 달성하기 위해 법 앞에서의 평등의 원칙과 차별 금지의 원칙을 경시할 수 없다. 이 일반적인 원칙은 항상 존중되고 보장되어야 하고 이에 반하는 행동 또는 태만은 국제인권협약에 위배되는 것이다."[109]

---

107) Linda S. Bosniak, Human Rights, State Sovereignty and the Protection of Undocumented Migrants under the International Migrant Workers' Convention, Bogusz, Barbara, Cholewinski, Ryszard, Cygan, Adam and Szyszczak, Erika eds., Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2004, p.331.

108) Global Commission on International Migration(GCIM), Migration in a interconnected world: New directions for action, 2005, p.55.

109) Inter-American Court of Human Rights, Judicial Conditions and Rights of the Undocumented

“특정 국가의 이민법을 위반하고 그 국가에 입국한다고 하여 인권기준에 입각한 이주민의 근본적인 권리들이 박탈당하지는 않으며 또한 이것이 비정규적 상황에 놓인 이주민을 보호하여야 할 국가의 의무에 영향이 미치지도 않는다.”[110] 결국, 이주통제에서의 국가주권의 문제는 체류의 허용 (기간 포함), 취업의 허용 (기간, 종류 포함), 비정규 이주민, 그리고 법이 특정한 경우 정규 이주민의 강제추방 그 자체와만 관련이 있다고 보아야 한다.

미등록 이주노동자의 노동3권

2006누2774 노동조합설립신고서반려처분취소 사건 준비서면 (2006. 12.)

"모든 형태의 인종차별 철폐에 관한 국제협약"의 일반권고(CERD General Recommendation)에서도 “당사국은 취업허가가 없는 외국인에게 일자리 제공을 거부할 수는 있지만, 모든 사람이 고용관계가 시작되면 그것이 종료될 때까지 집회와 결사의 자유를 포함한 근로와 고용과 관련된 권리를 부여받았음을 인정하여야 한다”라고 유권해석을 내려 체류자격 없는 외국인근로자의 노동3권을 보장하고 있음을 명시적으로 확인하고 있습니다.

체류자격 없는 외국인근로자에게 노동과 관련된 인권을 보장하는 근거에 대하여 미주인권재판소는 자신의 권고의견에서 매우 분명하게 제시하고 있습니다.

“8. 개인의 이민 지위는 이민자로부터 노동과 관련된 인권을 포함한 인권을 누리고 행사할 수 있는 권리를 박탈하는 것을 정당화하는 수단이 될 수 없다. 고용관계가 성립되었을 때 이주민은 피고용인으로서 고용 국가 내에서의 체류의 합법성과 관계없이 인정받고 보장되어야 하는 권리를 획득한다. 이러한 권리들은 고용관계로부터 발생하는 것이다..... 10. 노동자들은 노동권의 소유하는 자로서 노동권을 적절하게 행사할 수 있는 수단을 가져야 한다. 불법이주노동자들 역시 고용 국가에서의 다른 노동자들과 마찬가지로 이러한 노동권을 가지며, 국가는 노동권이 인정되고 현실에서 부합되는 것을 보장하는 데 필요한 조치를 취해야 한다.”

이처럼 체류자격 없는 외국인근로자라고 하더라도 실질적인 근로관계가 형성되는 한 출입국관리법상의 위반여부와 관계없이 근로기준법상 혹은 노노법상의 근

Migrants, Advisory Opinion OC-18/03 of September 17, 2003.

110) Global Commission on International Migration(GCIM), Migration in a interconnected world: New directions for action, 2005, p.55.

로자의 지위를 가진다고 할 것이므로 이들 역시 노노법상의 근로자로서 노동조합의 주체가 되는 것은 너무나도 당연한 결과라고 할 것입니다. 이러한 권리들은 고용관계로부터 발생하기 때문입니다.

미등록 이주노동자의 노동3권 : 판례 (노동조합설립신고서반려처분취소)

서울행정법원 2006. 2. 7. 선고 2005구합18266 판결

"불법체류 외국인은 출입국관리법상 취업이 엄격히 금지되어 있고 때문에 이들은 장차 적법한 근로관계가 계속될 것임을 전제로 근로조건의 유지•개선과 지위향상을 도모할 법률상 지위에 있는 것으로는 보이지 아니하므로 불법체류 근로자들이 … 노동조합가입이 허용되는 근로자에 해당한다고 보기 어렵다."

서울고등법원 2007. 2. 1. 선고 2006누6774 판결

"근로 3권의 입법취지에다가 외국인의 지위를 보장한 헌법 제6조, 국적에 따른 근로조건의 차별대우를 금지한 근로기준법 제5조, 조합원에 대하여 이종 등에 의한 차별대우를 금지한 노노법 제9조의 입법취지 및 헌법에 의한 근로자의 단결권•단체교섭권 및 단체행동권을 보장하여 근로조건의 유지•개선과 근로자의 경제적•사회적 지위의 향상을 도모한다는 노노법의 목적을 더하여 보면, 불법체류 외국인이라 하더라도 … 노동조합을 설립할 수 있는 근로자에 해당한다고 보아야 한다… 출입국관리법(은) … 취업자격 없는 외국인의 고용이라는 사실적 행위 자체를 금지하고자 하는 것에 불과할 뿐…이다."

대법원 2015. 6. 25. 선고 2007두4995 판결

"노동조합법상 근로자란 타인과의 사용종속관계 하에서 근로를 제공하고 그 대가로 임금 등을 받아 생활하는 사람을 의미하며, 특정한 사용자에게 고용되어 현실적으로 취업하고 있는 사람뿐만 아니라 일시적으로 실업 상태에 있는 사람이나 구직 중인 사람을 포함하여 노동3권을 보장할 필요성이 있는 사람도 여기에 포함되는 것으로 보아야 한다(대법원 2004. 2. 27. 선고 2001두8568 판결, 대법원 2014. 2. 13. 선고 2011다78804 판결, 대법원 2015. 1. 29. 선고 2012두28247 판결 등 참조). 그리고 출입국관리 법령에서 외국인고용제한 규정을 두고 있는 것은 취업자격 없는 외국인의 고용이라는 사실적 행위 자체를 금지하고자 하는 것뿐이지, 나아가 취업자격 없는 외국인이 사실상 제공한 근로에 따른 권리나 이미 형성된 근로관계에 있어서 근로자로서의 신분에 따른 노동관계법상의 제반 권리 등의 법률효과까지 금지하려는 것으로 보기는 어렵다(대법원 1995. 9. 15.

선고 94누12067판결 등 참조).
따라서 타인과의 사용종속관계 하에서 근로를 제공하고 그 대가로 임금 등을 받아 생활하는 사람은 노동조합법상 근로자에 해당하고, 노동조합법상의 근로자성이 인정되는 한, 그러한 근로자가 외국인인지 여부나 취업자격의 유무에 따라 노동조합법상 근로자의 범위에 포함되지 아니한다고 볼 수는 없다."

(3) 출입국 통제 절차와 구금의 통제 필요성

인신보호법이 구금 후 "일회성" 구제신청절차를 규정하고 있기는 하지만 인신보호에 직접적이고 효과적인 구금 성립과정 및 구금 중 헌법이 표방하는 "법률과 적법절차"는 부재한 경우가 많다. 출입국 통제와 관련해서는 아무런 법적 근거 없는 난민신청자의 송환대기실 장기구금이 대표적인 예이다.

최소한 법원 등 독립된 기관에 의한 구금의 결정, 변호인의 조력을 받을 권리 보장, 구금의 목적, 요건과 절차에 관한 구체적이고 명확한 법률의 규정, 행정절차법 등이 보장하고 있는 절차의 예외 없는 적용 등 반드시 확보되어야 한다.

헌법 제12조 제6항은 "누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 적부의 심사를 법원에 청구할 권리를 가진다."고 규정하고 있고, 헌법재판소는 이에 대하여 헌법에 제12조에 규정된 '신체의 자유'는 수사기관 뿐만 아니라 일반 행정기관을 비롯한 다른 국가기관 등에 의하여도 직접 제한될 수 있으므로 최소한 모든 형태의 공권력 행사기관이 '체포' 또는 '구속'의 방법으로 '신체의 자유'를 제한하는 사안에 대하여는 헌법 제12조 제6항이 적용된다고 판시한 바 있다.[111] 그런데 이를 구체화하기 위하여 마련된 『인신보호법』은 제2조 제1항에서 "피수용자"의 정의를 "자유로운 의사에 반하여 국가, 지방자치단체, 공법인 또는 개인, 민간단체 등이 운영하는 의료시설, 복지시설, 수용시설, 보호시설 … 에 수용, 보호 또는 감금되어 있는 자"로 규정하면서 "출입국관리법에 따라 보호된 자"를 그 적용범위에서 배제하고 있다. 즉 미등록이라는 이유 하나만으로 헌법이 보장한 인신보호를 부정하고 있는 것이다.

한편 출입국관리법에 의하면 강제퇴거명령을 받은 자의 경우 "여권 미소지 또는 교통편 미확보 등의 사유로 즉시 대한민국 밖으로 송환할 수 없으면 송환할 수 있을 때까지" 수용할 수 있고, 그 기간이 3개월을 넘는 경우에는 3개월마다 법무부장관의 사전 승인이 있어야 하고,[112] 법무부장관의 승인이 있으려면 보호기간 연장의 필요성 소명되어야 한다.[113] 비록 대법원이 "출입국관리법 제63조 제1항의 보호명령은

111) 헌법재판소 2004. 3. 25. 선고 2002헌바104 결정 참조.
112) 출입국관리법 제63조 제1항, 제2항.
113) 출입국관리법 제78조 제2항.

강제퇴거명령의 집행확보 이외의 다른 목적을 위하여 이를 발할 수 없다는 목적상의 한계 및 일단 적법하게 보호명령이 발하여진 경우에도 송환에 필요한 준비와 절차를 신속히 마쳐 송환이 가능할 때까지 필요한 최소한의 기간 동안 잠정적으로만 보호할 수 있고 다른 목적을 위하여 보호기간을 연장할 수 없다는 시간적 한계를 가지는 일시적 강제조치"[114]라고 해석하고 있기는 하지만 외국인에 대하여는 내국인과는 달리 형의 선고나 특별한 장애가 없어도 장기 구금할 수 있도록 법이 보장하고 있음은 부정할 수 없다.

일견 1) 구금에 정기적 타당성 심사가 이루어지고, 2) 그 구금 필요성의 소명 책임이 관련 당국에 있고, 3) 그 심사의 주체가 책임 있는 행정기관의 장으로 규정되어 있는 것으로 보인다. 그러나 수용기간의 연장을 배제하기 위한 요건이 법령에 전혀 규정되어 있지 않기 때문에 강제퇴거명령 당시 그 명령이 집행되지 않고 수용이 이루어졌던 사유가 해소되지 않는 한 정기적 심사는 아무런 의미가 없고 사실상 동일한 당국인 법무부장관이 특단의 사정 변경이 없는 한 보호를 해제할 근거는 없다. 즉 위 조항은 무기한 장기구금을 명시적으로 규정한 조항이라고 보아야 한다.

즉 이처럼 무기한 장기구금을 명시적으로 예정하고 있는 구금에 대하여도 "보호 자체에 대한 적법여부를 다툴 수 있는 기회를 최소한 1회 이상 제공"[115]하는 것으로 인신보호가 이루어졌다고 판단하는 것이 정당한지 의문이다. 헌법재판소의 표현을 차용하면 적어도 인신보호청구권을 "행사할 수 있는 절차적 기회가 불합리하게 박탈된 영역이 존재"하여 "그 범위 내에서 입법형성의무의 불이행으로 인한 법적 공백상태가 발생"[116]한 경우라고 보아야 할 것이다.

이주민 구금 : 유엔자유권위원회 최종견해 (2015. 11.)

난민신청자의 구금

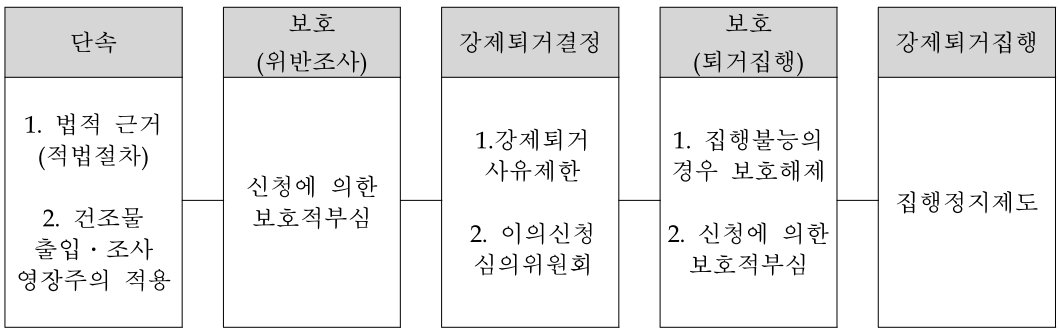
38. 위원회는 대한민국의 2013년, 난민법과 그 시행령 및 시행규칙의 제정을 환영하는 한편, 이주구금의 기간에 법적 상한이 없는 것과 이주 아동의 구금, 그리고 이주 구금 시설의 열악한 환경에 대해 우려한다. (제9조, 24조)

39. 대한민국 정부는 이주구금의 기간을 제한해야 하며, 구금이 최단 기간 동

114) 대법원 2001. 10. 26 선고 99다68829 판결 참조.
115) 헌법재판소 2004. 3. 25. 선고 2002헌바104 결정, 헌법재판소 2014. 8. 28. 선고 2012헌마686 결정 참조.
116) 헌법재판소 2004. 3. 25. 선고 2002헌바104 결정.

안 최후의 수단으로만 사용되도록 보장해야 한다. 또한 대한민국 정부는 일반논평(General Comment) 35번에 부합하도록 아동의 최선의 이익을 고려한 뒤에, 최단 기간 동안 최후의 수단으로 사용되는 경우를 제외하고는, 아동의 자유가 박탈되지 않도록 해야 한다. 또한 이주구금시설의 생활 조건이 국제기준에 부합하도록 하며, 정기적이며 독립적인 심사를 받을 수 있도록 보장해야 한다.

10여년 가까운 논의의 종지부를 찍고 출입국관리법상 관련 규정의 개정이 이루어져야 한다. 출입국관리법 개정 방향으로서 무엇보다도 중요한 것은 일련의 절차를 헌법과 국제인권법상 기본권의 법률제한 원칙 및 법치주의 관점에서 법률에서 명확하게 규정하고, 절차적 통제를 마련하는 것이며, 그 동안 출입국관리 행정에 과도하게 부여된 재량권을 제도적으로 제한하고, 절차적인 통제가 가능한 시스템을 구축하는 것이다. 출입국관리법을 인권의 기초 위에 세워야 한다.[117]



4. 인종차별, 인종주의와 외국인혐오주의에 대하여[118]

(1) 문제의식

인종차별, 인종주의나 외국인혐오주의라는 용어는 아직도 한국에서는 생소한 단어다. 그러나 한국의 법제나 관행, 정부의 정책, 일부 법원의 태도를 보면 입법, 행정, 사법 전 영역에 걸쳐 인종차별, 인종주의와 외국인혐오주의는 매우 깊게 뿌리를 내리고 있고 점점 확산되는 경향을 보이고 있다. 이러한 흐름은 헌법적으로 어떻게 해석되어야 하고 이러한 방향을 돌리기 위해서는 무엇이 필요한가는 국가적으로도 매우 중요한 과제일 수밖에 없다.

(2) 이주 관련 법제의 문제점[119]

117) 황필규, “이주노동자의 인권”, 대한변호사협회, 『2005 인권보고서』(2006. 11.), pp. 246-260 참조.
118) 황필규, “지정토론문”, 서울행정법원, 『서울행정법원 개원 15주년 기념 학술대회: 다문화·국제화 시대의 사회통합과 행정재판』(2013. 9. 6.), pp.115-130 참조.
119) 황필규, “한국의 이주민 법제의 시각과 관련 쟁점”, 『조선대 법학논총』 제16집 제2호, (2009), pp.13-18 참조.

한국의 법제는 이주민에 대하여 철저한 차별과 배제에 기초하고 있다. 우선 외국인에 대한 기본법이라고 볼 수 있는 『재한 외국인 처우 기본법』은 제2조 제1호에서 "재한외국인"의 정의를 "대한민국의 국적을 가지지 아니한 자로서 대한민국에 거주할 목적을 가지고 합법적으로 체류하고 있는 자"로 규정하여 미등록 이주민을 그 개념 정의에서부터 배제하고 있다. 또한 소위 "불법체류외국인"은 단지 체류자격 있는 이주민에 관한 기본계획을 효율적으로 수립함에 있어 실태조사가 되어야 할 대상일 뿐이다(『재한 외국인 처우 기본법』 제9조 제1항). 결국 '재한외국인 처우 기본법'은 외국인에 대한 기본법도 아니고, 외국인정책의 '총체적, 장기적 접근'의 시작도 아니다. 본 법은 법무부의 예산과 인력을 확충하기 위한 조직법의 측면이 강하고, 미등록이주민을 한국에 존재하는 외국인('재한외국인')의 범주에서 배제하고 있고,[120] 대부분의 조항이 '할 수 있다.'로 끝나는 재량적 시혜조치만을 나열하고 있다.

"외국인근로자"의 개념에 있어서도 『외국인근로자의 고용 등에 관한 법률』 제2조에서 "대한민국의 국적을 가지지 아니한 자로서 국내에 소재하고 있는 사업 또는 사업장에서 임금을 목적으로 근로를 제공하고 있거나 제공하고자 하는 자"라고 규정하면서도 대통령령을 통해 미등록 이주노동자를 포함한 상당수의 이주노동자를 그 개념에서 배제하고 사실상 고용허가제로 들어온 이주노동자만을 "외국인근로자"의 개념에 포섭시키고 있다.[121] 이를 통하여 특히 정부는 미등록 이주민의 노동기본권의 주체성을 부정하려고 하고 있고, 사회보장법제에서는 명시적, 묵시적으로 그 사회적 권리가 철저하게 부정하고 있다.

국내에서 법률차원에서 유일하게 "다문화"와 관련된 정의를 내리고 있는 『다문화가족지원법』 제2조 제1호에 의하면 "다문화가족"이란 "결혼이민자와 출생 시부터 대한민국 국적을 취득한 자로 이루어진 가족" 또는 "귀화허가를 받은 자와 출생 시부터 대한민국 국적을 취득한 자로 이루어진 가족"만을 의미한다. 즉, 한국 국민의 포함된 가족만이 다문화가족이 될 있고 이주민으로만 구성된 가족은 다문화가족이 아니라는 것이다. 또한 이주민, 특히 이주노동자의 주요한 체류자격인 산업연수(D-3), 고용허가제 하의 이주노동자들의 비전문취업(E-9), 대다수 취업 재외동포의 방문취업(H-2) 등은 가족동반을 원천적으로 배제하고 있기 때문에 많은 경우 이주민가족의 존재 가능성 자체가 부정되고 있다.[122] 이주민은 한국인과 결혼하더라도 그의 신분이 바로 한국인이

120) 재한외국인 처우 기본법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.
1. "재한외국인"이란 대한민국의 국적을 가지지 아니한 자로서 대한민국에 거주할 목적을 가지고 합법적으로 체류하고 있는 자를 말한다.

121) "산업연수생은 … 기술, 기능 또는 지식을 목적으로 하고 있으므로 근로기준법 및 노동조하법상의 근로자로 볼 수 없다." 근기 68207-1974, 1994. 12. 13. 시행; "산업연수생이 연수라는 명목 하에 사업주의 지시, 감독을 받으면서 사실상 노무를 제공하고 수당명목의 금품을 수령하는 등 실질적인 근로관계에 있는 경우에도, 근로기준법이 보장한 근로기준 중 주요사항을 외국인 산업연수생에 대하여만 적용되지 않도록 하는 것은 합리적인 근거를 찾기 어렵다." 헌법재판소 2007. 8. 30. 선고 2004헌마670 판결.

122) 출입국관리법 시행령 별표 1: 외국인의 체류자격 28. 동반(F-3): 문화예술(D-1) 내지 특정활동(E-7)자격에

되지 않는다. 그는 한국 가정으로 편입은 되었으나 한동안 여전히 '외국인'으로 살아가야 하는 것이다. 국제결혼한 이주민이 1년을 산 뒤에는 체류연장 허가를 받아야 하고, 2년을 살고 나서는 국적신청을 통해서만 귀화허가를 받을 수 있다. 체류연장과 국적신청을 할 때에는 한국인 배우자의 도움이 필수적이다. 결혼생활이 유지되고 있는데도 한국인 배우자가 의도적으로 체류연장과 국적신청을 돕지 않는다면 외국인 배우자는 강제퇴거의 위험에 노출된다. 따라서 2년이라는 기간 동안 국제결혼한 이주민의 신분은 매우 불안정적이며, 이와 같은 상황은 때때로 한국인과 외국인 부부 사이를 위계적인 관계로 자리매김되도록 작용하고 있다.[123] 한편 베트남과 필리핀에서는 영리목적 결혼중개업이 불법으로 규정되어 있는데,[124] 한국 정부는 1,000개가 넘은 국제결혼중개업자들의 현지에서의 위법행위를 사실상 방치하고 있다.[125]

재외동포에게 출입국과 취업에 있어서 상당한 권리를 부여하고 있는 『재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률』은 이것이 사실상 재중동포와 재러동포 등 일반적으로 그리고 상대적으로 가난한 국가의 가난한 동포들을 그 적용대상에서 배제함으로써 위헌결정을 받은 바 있다. 현재 이 법이 제2조에서 재외동포를 "대한민국의 국적을 보유하였던 자(대한민국 수립 이전에 국외로 이주한 동포를 포함한다) 또는 그 직계비속으로서 외국국적을 취득한 대통령령이 정하는 자" 등으로 규정하여 형식적으로 모든 재외동포를 이 적용범위에 포함시키고 있는 것이 사실이다. 그러나 이 법에 의해 주어지는 활동제한 없는 재외동포(F-4) 체류자격의 경우 "단순노무행위"를 목적으로 하는 경우에는 그 적용을 배제하고 있고(『출입국관리법 시행령』 제27조의2 제3항), 중국, 러시아 등 이주노동자들이 들어오는 거의 모든 국가들을 불법체류다발국가로 고시하여 이들 국가의 제외동포의 입국과 체류에 대해서는 엄격한 자격요건을 강요하고 있는 등(『법무부장관 불법체류다발국가 고시』) 기본적으로 가난한 재외동포는 『재외동포의 출입과 법적 지위에 관한 법률』상의 혜택을 받는 재외동포가 될 수 없음을 선언하고 있다.

"행정의 공정성·투명성 및 신뢰성을 확보"(제1조)를 목적으로 하는 『행정절차법』은

해당하는 자의 배우자 및 20세 미만의 자녀로서 배우자가 없는 자[산업연수(D-3)자격에 해당하는 자는 제외].

123) 공익변호사그룹 공감, 「이주노동자지원활동가를 위한 법률메뉴얼」, 2007.

124) "베트남 68호 명령 제2조 ①국제결혼의 보호, 국제결혼을 통한 인신매매, 노동착취, TGJD폭행 기타 착취행위 금지 ②이윤을 목적으로 한 결혼중개 금지; 필리핀 우편주문 신부 금지법 제2조 우편주문방식이나 개인적 소개 방식으로 필리핀 여성과 외국인과의 결혼을 알선할 목적으로 사업체를 설립하거나 사업을 하는 행위 금지, 위반 시 6년 이상 8년 이하의 징역 또는 8,000페소 이상 20,000페소 이하의 벌금 부과". 인권단체연석회의·민주사회를 위한 변호사모임, 「한국인권보고대회 자료집」, 2007에서 재인용).

125) 결혼중개업의 관리에 관한 법률 제11조 (외국 현지 법령 준수 등) ①국제결혼중개업자는 국제결혼중개를 함에 있어서 현지 법령을 준수하여야 한다. ②외교통상부장관은 국제결혼중개업자가 외국 현지 형사법령을 위반한 경우 관련 내용을 보건복지부장관에서 통보하여야 하고, 보건복지부장관은 이를 시·도지사에게 통보하여야 한다. 이 경우 통보절차에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제18조(영업정지 등) ①시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 결혼중개업자가 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우 등록을 취소하거나 1년 이내의 기간을 정하여 영업의 정지를 명할 수 있다.

9. 제11조 제2항에 따라 외국 현지 형사법령을 위반하여 보건복지부장관에게 통보된 경우.

“출입국”에 대하여는 적용되지 아니한다(제3조 제2항 제9호). 법원도 “행정절차법 제3조 제2항 제9호에 의하면 외국인의 출입국에 관한 사항에 대하여는 행정절차법이 적용되지 아니한다 할 것이므로, 이 사건 퇴거명령의 경우에 피고가 원고에게 처분의 이유를 제시하지 아니하고, 불복방법 등을 고지하지 아니하였다 하더라도 그 사유로 이 사건 처분이 위법 하다고 할 수 없다.”고 판시하여 이를 확인하고 있다.[126] 결국 이주민은 행정절차에 있어서의 절차보장, 예컨대 이유부기, 청문, 관련 자료 열람등사 등의 권리가 법적으로 부정되고 있는 것이다.

헌법 제12조 제6항은 “누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 적부의 심사를 법원에 청구할 권리를 가진다.”고 규정하고 있고, 헌법재판소는 이에 대하여 헌법에 제12조에 규정된 ‘신체의 자유’는 수사기관 뿐만 아니라 일반 행정기관을 비롯한 다른 국가기관 등에 의하여도 직접 제한될 수 있으므로 최소한 모든 형태의 공권력 행사기관이 ‘체포’ 또는 ‘구속’의 방법으로 ‘신체의 자유’를 제한하는 사안에 대하여는 헌법 제12조 제6항이 적용된다고 판시한 바 있다.[127] 그런데 이를 구체화하기 위하여 마련된 『인신보호법』은 제2조 제1항에서 “피수용자”의 정의를 “자유로운 의사에 반하여 국가, 지방자치단체, 공법인 또는 개인, 민간단체 등이 운영하는 의료시설, 복지시설, 수용시설, 보호시설 … 에 수용, 보호 또는 감금되어 있는 자”로 규정하면서 “출입국관리법에 따라 보호된 자”를 그 적용범위에서 배제하고 있다. 즉 미등록이라는 이유 하나만으로 헌법이 보장한 인신보호를 부정하고 있는 것이다.

(3) 정부 정책의 문제점

1) ‘순혈주의’와 정부 정책

법무부는 ‘글로벌 시대를 맞아 순혈주의만 고집하기도 어렵게 되었다’[128]고 주장한다. 그러나 소위 ‘글로벌 시대’가 아니더라도 ‘순혈주의’는 존재할 수 없고 존재하지 않았다. ‘순혈’(‘pure blood’)주의는 나찌 시대에나 볼 수 있었던 용어다. 과거에 ‘우리’가 고집하였다는 ‘순혈주의’의 실체는 무엇인가. “역사적으로 한국은 스스로를 단일민족사회로 바라보았다.”[129] “그러나 한국이 민족적 단일성을 강조하는 것은 그 영토 내에 거주하는 다른 민족 집단 간의 이해, 관용, 우의를 증진시키는 데 저해가 될 수 있다. 한국에서 여전히 쓰이고 있는 ‘순혈’과 ‘혼혈’과 같은 용어, 그리고 그러한 용어가 야기할 수 있는 인종우월주의는 한국사회에서 지속적으로 광범위하게 존재한다.”[130]

---

126) 서울행정법원 2005. 1. 26. 선고 2004구합28570 판결 참조.
127) 헌법재판소 2004. 3. 25. 선고 2002헌바104 결정 참조.
128) 김창석 법무부 출입국·외국인정책본부 국적통합정책단장, “외국인정책의 현황과 목표”, 서울행정법원, 『서울행정법원 개원 15주년 기념 학술대회: 다문화·국제화 시대의 사회통합과 행정재판』(2013. 9. 6.), p.18.
129) Jorge Bustamante, 이주민의 인권에 관한 특별보고관 보고서: 한국 방문, UN Doc. A/HRC/4/24/Add.2, 14 Mar. 2007, para. 53.

2) 외국인정책 환경

법무부는 1) 이민자 통합 강화, 2) 치열한 우수인재 유치 경쟁, 3) 비자정책을 통한 관광객 적극 유치 등을 외국인정책의 세계적 흐름으로 나열하고 있다.[131] 그러나 이는 범주를 달리하는 현상을 기계적으로 조합한 것에 불과하다. 국민에 대한 정책으로 1) 사회 통합 강화, 2) 우수인재 양성, 3) 소비 진작 등을 나열하는 것만큼이나 어색하다. 외국인정책의 핵심은 이민자의 사회통합과 사회적 갈등 조정이다. 불완전한 사회 구조 혹은 그 변화로 인한 사회 갈등의 형성은 지극히 자연스러운 현상이다. 문제는 정책의 입안·집행자가 갈등의 본질과 현상을 구분하여 정확히 파악하고, 그 조정을 위해 노력하고, 그 과정에서 사회적 약자로서의 이주민의 목소리를 얼마나 경청하는가이다.

그러나 법무부는 갈등 조정을 이야기하면서도 정책대상에 따른 정책의 차별화와 위계적 분할[132]이라는 통제의 기조를 초지일관 유지하고 있다. 즉 "① 결혼이민자 및 재외동포의 동화·차별적 포섭과 전문기술인력의 수용, ② 단순노무인력 및 미등록 이주민의 통제·배제로 특징 지워진 국가주의, 배타적 민족주의적 접근"의 틀을 벗어나지 못하고 있다.[133]

3) 외국인정책의 기본방향

법무부는 『2013~2017 제2차 외국인정책 기본계획』의 정책 실패로 인한 사회적 갈등의 표출, 반다문화 정서의 형성 등에 대한 엄정한 평가와 반성, 그리고 이를 극복하기 위한 구체적인 대안 제시로 나아가기 보다는 반다문화주의, 외국인혐오주의, 인종주의 경향을 국민의 인식으로 규정하고 이를 정책에 어떻게 반영할 것인가의 문제로 접근하고 있다. 이는 필연적으로 사회적 갈등을 더욱더 심화시키고 외국인혐오주의, 인종주의를 확대 재생산하는 결과를 초래할 수밖에 없다.

즉, 문제는 법무부가 외국인 혐오주의, 인종주의 경향을 통제하고 극복되어야 할 부정적인 사회현상으로 파악하기 보다는 정책에 적극 반영하여야 할 객관적인 '국민의 인식'으로 판단하여 이를 방치하고 오히려 부추기고 있다는 점이다.

---

130) CERD, 인종차별철폐위원회 최종견해, UN Doc. CERD/C/KOR/CO/1, 17 August 2007, para. 11.

131) 김창석 법무부 출입국·외국인정책본부 국적통합정책단장, "외국인정책의 현황과 목표", 서울행정법원, 『서울행정법원 개원 15주년 기념 학술대회: 다문화·국제화 시대의 사회통합과 행정재판』(2013. 9. 6.), pp.19-21.

132) 정정훈, "노동 관련 국내법 현황 및 국제기준의 이해", 국가인권위원회 대구인권사무소, 『이주관련 국내법 현황 및 국제기준 이해』 (2009), p.13.

133) 황필규, "한국에서의 미등록 이주아동의 교육권", 미등록 이주아동 합법체류보장 촉구연대, 『미등록 이주아동 교육권 보장을 위한 토론회』 (2008), pp.1-2.

외국인정책위원회 - 최근 정책관련 국민의 인식 (2012. 12)[134]

* 외국인 범죄, 인종적·문화적 갈등에 대한 우려
- 최근 외국인들의 범죄 및 쓰레기 무단투척, 주취폭력 등 기초사회질서 위반행위에 대한 제재가 제대로 이루어지지 않아 이와 관련한 국민의 불만이 증가하는 추세
* 反 다문화현상의 표출 및 외국인에 대한 균형 잡힌 정책 요구
- 일자리 경쟁에서 밀려난 저소득계층, 국제결혼 피해자 등을 중심으로 '국민에 대한 역차별', '다문화 정책 반대'정서가 싹트고 있으며, 다문화가족 편중지원 시책들이 이러한 현상을 가속화
- 최근 이민자에 의해 발생한 살인 사건 등의 영향으로 외국인에 대한 국가의 지원에 반대하는 목소리가 높아지는 한편, 외국인의 질서위반 행위에 대한 국가적 관리가 미흡하다는 비판 제기
* 대한민국의 정체성에 대한 위기감 증대
- 최근 다양한 문화가 급속히 유입되고 있으나 이에 대한 국민적 합의가 완전하지 않은 상황에서 '한국적 가치'를 확립하지 못한 이민자 및 이민 2세의 국적취득 등에 따른 정체성 혼란 우려 증가

더욱 심각한 문제는 정부가 단지 이러한 외국인 혐오주의, 인종주의적 경향을 정책에 반영하는데 그치는 것이 아니라 제2차 외국인정책기본계획이 이전 정책과 다른 핵심적인 내용으로 이들 경향의 반영을 명시하고 있다는 데 있다. 법무부는 존재한 적이 없는 '과거' 외국인에 대한 인권, 다문화 존중 민원편의 제공 등의 가치가 '절대시' 되었던 시점[135]과 '최근' 국가주권. 국가정체성, 질서와 안전 등의 가치도 중요하다는 국민 인식의 확산을 대비시키며 외국인 혐오주의에 대한 '관용'과 갈등 증폭의 정책 방향을 합리화시키고 있다.

외국인정책위원회 - 「제1차 기본계획」과의 차별성 (2012. 12)[136]

○ 「제2차 기본계획」은 국민의 다양하고 상반된 요구들을 최대한 반영하여 균형 잡힌 정책 기조 유지로 안정적인 미래 준비
○ 「제2차 기본계획」은 질서와 안전, 이민자의 책임과 기여를 강조하는 국민인식 반영

134) 외국인정책위원회, 『2013-2017 제2차 외국인정책기본계획』 (2012. 12, 법무부 출입국·외국인정책본부), pp.18-19.
135) "고용, 혼인, 주거, 교육 및 인간관계를 포함한 삶의 모든 영역에서, 이주노동자와 민족 간 결합을 통하여 출생한 자녀를 포함한 외국인에 대하여 광범위한 사회적 차별이 지속되고 있다." CERD, 인종차별철폐위원회 최종견해, UN Doc. CERD/C/KOR/CO/1, 17 August 2007, para. 11.

법무부는 또한 지역 주민들이 혐오시설로 생각해 반대하거나 반대할 것이라는 이유로 헬기장, 하수처리장이 위치한 주거지역이 아닌 외딴 곳에 난민지원센터의 설치를 진행해왔고,[137] 주민들이 반대한다는 이유로 그 명칭도 '출입국'지원센터로 둔갑시켰다. 완공 전 주민들의 반발이 있자 센터 입소자는 두 단계에 걸쳐 '위해성'을 검증한 사람들[138]이라며 난민신청자의 공항 입국심사와 시설 이용 심사를 '위해성' 심사로 둔갑시켰다. 법무부와 경찰청은 전국적으로 그리고 지속적으로 외국인 범죄에 대한 정보를 언론에 제공하고 있고, 대부분의 경우 범죄율이 아닌 절대수의 증가를 강조하면서 이주민에 대한 경계 심리와 위기의식을 부추기고 있는데[139] 외국인의 범죄율은 내국인의 범죄율의 1/2에 불과하다.[140] 이처럼 의도하건 의도하지 않았건 정부가 나서서 외국인 혐오주의를 조장하는 행태가 벌어지고 있다.

인터넷상 반다문화 카페들로 대변되는 한국의 반다문화 담론, 외국인혐오주의, 인종주의는 자본과 민족 문제는 물론이고 종교와 음모론에 이르기까지 다양한 분야에서 인식공격과 희생양 만들기, 그리고 협박에 가까운 공포심 유발 등을 통해 자신들의 영역을 구축하고 있다.[141] 개인의 표현의 자유에 대한 기본적인 권리가 인종 우월주의적인 사상을 유포하거나 인종 혐오를 선동하는 행위까지 보호하는 것은 아님에도 불구하고 이주민을 향한 인종주의적 혐오발언은 정부로부터 그 어떠한 통제를 받지 않고 대중매체와 인터넷에서 더욱 확산되고 노골적이 되어가고 있다.[142] 한국에는 현재 온라인상에 '다문화정책 반대 카페(회원 수 1만여 명)'[143]등 反 다문화 카페가 20여 개 개설되어 활동 중이고,[144] 가장 영향력 있는 온라인상 카페 중의 하나인 일간베스트저장소[145] 등도 강한 외국인혐오주의 경향을 보이고 있다. 이들은 이주민들과 이주민들의 권리를 옹호하고자 하는 개인과 단체들에 대하여 무차별적인 온라인상의 공격을 하고 있고, 오프라인으로 그 활동의 범위를 넓혀나가고 있다.

2012년 10월 20일 한국의 가장 영향력 있는 포털사이트인 네이버에 '난민법'이 급상

136) 외국인정책위원회, 『2013-2017 제2차 외국인정책기본계획』 (2012. 12, 법무부 출입국·외국인정책본부), p.21.
137) 연합뉴스 2010. 4. 28.일자 기사, 난민인권센터 영종도 `난민촌' 건립 반대, http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2010/04/28/0200000000AKR20100428134400004.HTML.
138) 법무부 출입국·외국인정책본부, 『소통하고 협력하는 열린 출입국지원센터』 (2013. 8.)
139) 연합뉴스 2012. 9. 26.일자, 외국인 범죄자 3년여 간 8만8천여명, http://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=102&oid=001&aid=0005838898.
140) 2008년 기준으로 외국인이 전체 한국내 인구의 2.34%를 차지하지만 외국인 범죄는 전체 한국내 범죄의 1%에 불과하다. 임준태, 『외국인 범죄대책 수립을 위한 기초연구』(2010, IOM이민정책연구원), p.31.
141) 강진구, '한국사회의 반다문화 담론 고찰 : 인터넷 공간을 중심으로', 『인문과학연구』 제32집 (2012. 3, 강원대학교 인문과학연구소), pp.5-34.
142) CERD, 유엔인종차별철폐위원회 최종견해, CERD/C/KOR/CO/15-16 (2012. 8. 31), para. 10.
143) http://cafe.daum.net/dacultureNO/
144) 외국인정책위원회, 『2013-2017 제2차 외국인정책기본계획』 (2012. 12, 법무부 출입국·외국인정책본부), p.18.
145) http://www.ilbe.com/

승 검색어 1위에 올랐다. 난민법은 2011년 12월에 국회를 통과하여 2013년 7월 시행 예정이었기 때문에 갑자기 '난민법'이 급상승 검색어가 될 이유가 없었다. 결국 이러한 상황은 외국인 혐오주의 경향이 강한 온라인 카페 일간베스트저장소가 의도적이고 조직적으로 개입한 결과였고, 며칠 동안 인터넷과 트위터 등 SNS에 '난민은 성범죄자들이다', '난민은 AIDS를 한국에 퍼뜨린다' 등의 수만 개의 댓글이 올라왔다. 난민법을 발의한 국회의원, 관련 인권단체들에 대한 욕설과 협박성 글들도 상당수 존재했다. 최근 들어서는 이주민 혹은 난민에 대하여 우호적인 기사가 나오기만 하면 이들 외국인 혐오주의 단체들이 조직적으로 부정적인 댓글을 다는 것을 파악된다. 이들은 또한 국회에 발의된 차별금지법에 대하여 차별금지사유 중 '인종', '출신국가', '국적' 등을 배제하는 운동을 펼치고 있다.

이처럼 외국에서도 그 예를 찾아보기 힘든, 무차별적이고 폭력적으로 확대 강화되고 있는 반 다문화 경향에 대하여 법무부는 '외국인범죄 피해자 등을 중심으로 전개되고 있는 반 다문화 현상 등 외국인관리에 대한 국민적 우려 해소'라는 '새로운' 정책 방향으로 응답하고 있다. 상당 부분 법무부의 정책 실패로 기인하는 외국인 혐오주의와 인종주의라는 파괴적인 경향의 발호에 대해 그 어떠한 정책 마련이나 대응 조치 없이 피해자격인 이주민을 갈등의 주범, 갈등유발자로 낙인찍고 이들에 대한 억압과 통제를 통해 갈등을 '해소'하려는 기이한 행보를 취하고 있는 것이다. 이러한 국가주의적 '새로운' 정책 방향이 외국인 혐오주의와 인종주의의 발호를 더더욱 부추길 것이라는 점은 자명하다.

4) '사회통합적 관점'

법무부는 그동안의 '통합정책'의 실패의 원인을 '다문화 정책', '다문화주의'에서 찾고 있다. 문화다양성 정책 때문에 '정책 간의 혼선, 부처 간 정책의 중복, 예산 비효율화'의 부작용을 낳았다고 주장한다. 법무부는 '다문화 현상'과 '다문화 정책'이 혼동된 점, '다문화정책'에 대한 사회적 논의나 국민적 합의 없었던 점 등을 지적하면서 '다문화 정책'을 '다문화가족에 대한 지원정책' 혹은 '인종이나 문화의 차이 등으로 인한 차별 금지' 정도로 인식한다. 그리고 여기서 더 나아가 무분별한 '다문화 정책'이 '국가 정체성', '공동가치'의 훼손에 대한 국민적 우려를 낳았다고 주장한다. 법무부는 또한 사회통합을 '대한민국의 헌법정신, 기초법질서를 존중하는 외국인을 우리사회 구성원으로 받아들이는 것'이라고 규정하고 국적제도, 영주제도, 사회통합 프로그램 등이 이와 관련된다고 언급한다.[146]

그동안 정부가 표방하였던 '다문화정책'은 진정한 의미에서의 다문화정책이 아니었

146) 김창석 법무부 출입국·외국인정책본부 국적통합정책단장, "외국인정책의 현황과 목표", 서울행정법원, 『서울행정법원 개원 15주년 기념 학술대회: 다문화·국제화 시대의 사회통합과 행정재판』(2013. 9. 6.), pp.29-30.

다. 국민재생산의 문제를 해결하기 위해 인신매매성 국제결혼까지도 사실상 방치하면서 어쩔 수 없이 국민의 가족이 된 이들에 대한 경우에 따라서는 과도한 시혜적 조치를 통해 빠른 시일 내에 이들을 동화시키려고 했던 것이 기존 '다문화정책'의 본질이다. 결국 인권 방치와 시혜적 조치가 혼합된 국가주의적, 민족주의적 결혼이주민 동화정책이 '다문화정책'과 동일시되었던 것이다. 그렇다고 다문화정책이 법무부가 이야기하는 '인종이나 문화의 차이 등으로 인한 차별 금지'만을 의미하는 것도 아니다. 다문화정책의 핵심은 다양한 문화가 상존하게 되는 과정과 그 상존에서 야기될 수 있는 인권 침해, 사회적 갈등을 최소화하고 각자가 독립된 사회 주체로서 공존할 수 있는 사회시스템을 구축하는 과정인 것이다. 법무부가 이야기하는 '국가정체성', '공동가치'의 훼손은 본래의 의미의 다문화주의와는 상관이 없으며, 이는 사회통제 강화를 정당화시키기 위한 법무부의 구실에 불과하다.

'대한민국의 헌법정신 존중'은 중요하다. 그러나 법무부가 헌법 제6조 제2항으로 대표되는 관련 헌법 규정과 관련 조약 및 권고 등을 출발점으로 하여 외국인정책을 수립하였다고 볼 수 없다. 법무부가 이야기하는 '대한민국의 헌법정신 존중'이 무엇인가. 결국 법무부의 통합정책 '법질서 존중'으로 포장된 강화된 통제정책 그 이상도 그 이하도 아니다.

법무부는 또한 통합정책의 핵심 제도로 국적제도, 영주제도, 사회통합프로그램 등을 들고 있는데 이 제도들은 귀화(예정)자, 영주권(예정)자만을 위한 제도이고 그 대상은 주로 소위 '우수인력'과 결혼이주민이다. 그리고 그 제도의 개선 방향은 '우수인력'에 대해서는 다양한 특혜와 선택권을, 결혼이주민에 대해서는 강화된 통제를 예정하고 있다. 결국 법무부는 외국인정책의 핵심이라고 할 수 있는 사회통합정책에서 미등록이주민뿐만 아니라 이주민의 다수를 차지하고 있는 이주노동자를 그 대상에서 사실상 배제하고, '우수 인력'을 제외한 모든 외국인에 대한 통제강화를 '통합정책'이라고 주장하고 있는 것이다. '배제와 통제의 관점'이 법무부의 '사회통합적 관점'이다.

(3) 법원 태도의 문제점

이민정책은 '대의정치의 밖에 존재하는 사람들'을 대상으로 하고, '국가주권'을 기초로 한다. 문제는 이것이 이민정책에서 외국인을 바라보는 시각, 법관의 양심[147]에서 구체적으로 어떤 내용을 띠게 되는가이다. 1) '출입국관리=주권의 문제'로 바라보면서 기본권에 대한 출입국관리의 우위 및 행정청의 광범위한 재량권을 인정할 것인가, 아니면 2) 출입국관리를 주권의 문제와 동일시하지 않으면서 출입국관리와 무관한 기본권 존중을 인정하고 행정청의 재량권 행사의 한계를 명확하게 하고자 할 것

147) 헌법 제103조 법관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다.

인가.

1) 이주민을 '우리의 것'을 가져가는 혹은 가져가려고 하는 '타자'로 볼 것인가, 아니면 2) 차별금지원칙이 관철되어야 하는 취약성에 노출된 사회적 약자로 볼 것인가. 이민정책이 광범위한 재량권이 인정된다는 이유로, 특히 난민사건의 경우 충분한 증거 없이 장래의 가능성을 판단하여야 한다는 이유로 법관의 가치관이 결정인 역할을 한다. 유사한 민주화 활동을 한 미얀마 난민신청자들에 대한 대비되는 아래 두 판례는 이러한 가치관의 차이를 극명하게 드러내주고 있다.

난민인정불허처분취소 사건 (청구인용 사례)

서울행정법원 2006. 2. 3. 선고 2005구합20993 판결

"비록 위 원고들이 미얀마 군사정부의 박해를 피해 대한민국에 입국한 것이 아니라 **산업연수 등의 목적으로 대한민국에 입국**하였고, 위 원고들이 2000. 5. 16. 이 사건 **난민인정신청을 할 당시**에는 NLD-LA 한국지부에서 **지도적인 지위에 있지 아니하였을 뿐만 아니라 반정부시위에 참가한 회수도 3 내지 5회에 불과**하였던 사정이 인정된다. 그러나 피고가 위 원고들의 이 사건 난민인정신청일로부터 이 사건 각 처분일까지 **약 5년간** 난민인정여부에 대한 결정을 보류하는 동안 위 원고들이 NLD-LA 한국지부의 **회원으로서 미얀마 군사정부의 민주세력에 대한 정치적 탄압을 국제사회에 알림으로써 미얀마인들의 인권을 위한 적극적인 활동을 계속**하여 온 점,

위 원고들이 미얀마대사관 앞에서 군사정권타도 등의 슬로건을 외치며 반정부시위를 할 당시 **미얀마 대사관원이 위 원고들의 활동을 비디오로 촬영**하기도 한 점, 위 원고들과 정치적 활동을 함께 하였던 NLD-LA 한국지부의 회원 약 21명 중 8명(일본국에서 인정된 1명 포함)이 모두 난민지위를 인정받은 점, 미얀마 군사정부가 2002년 당시에는 일시적으로 아웅산 수지를 가택연금에서 해제하고 유화적인 조치를 취하기도 하였으나 **2003년 이래로 NLD의 정치활동을 탄압하고 그 지도자뿐만 아니라 일반 당원의 경우에도 정치범으로 감금을 하여 오고 있는 점** 등에 비추어 보면,

위 원고들은 NLD-LA 한국지부의 회원으로서 대한민국에서의 적극적으로 반정부활동을 계속해 온 것에 의해 **미얀마 정부로부터 위와 같은 활동이 파악되어 있을 가능성이 높다.** 따라서 위 원고들은 이미 인정 된 난민과 결합하거나 거주국에서 정치적 의견을 표명하는 자신의 행동 결과로서 대한민국 현지에서 체제 중 난민이 되었다고 할 것이다(편람 제96항 참조)."

난민인정불허처분취소 사건 (청구기각 사례)

서울행정법원 2009. 8. 13. 선고 2009구합10277 판결

"(나) 미얀마에서 반정부활동을 하였다는 원고들은 미얀마 정부로부터 본인들 이름으로 된 **여권을 정상적으로 발급**받아 대한민국에 입국하였다.
(다) 원고들은 이른바 '체재 중 난민'에 해당한다고 주장하면서 박해받을 우려가 있는 사유로 주로 버마행동의 대한민국 내 반정부활동을 들고 잇다. 그런데 위 단체는 **당초 주한 미얀마대사관이 여권 재발급시 부과하는 수수료 경감 등을 주된 목적으로 결성**되었고 **그 규모나 활동수준도 미미한 편**이며 미얀마 본국에 있는 반정부단체나 민주국민연맹과는 아무런 연계도 없다(원고들은 버마행동이 2005년경부터 반정부 무장단체에 매달 미화 400달러 정도를 후원하고 있다고 주장하나 이를 인정할 증거도 없다).
(라) 버마행동의 **일반회원인 원고들이 2~3개월에 1 차례 정도 1인 시위를 하거나 매월 수차례 행사에 참석하는 등의 소극적인 활동**을 한 사실만으로 미얀마 정부가 주목할 만한 반정부 정치활동을 한 것으로 보기는 어렵다(더구나 원고 8은 2005. 6.경 위 단체를 탈퇴하였다). 또한, 원고들이 참여하는 미얀마공동체는 **친목단체에 불과하고 특별히 정치적 활동을 하는 단체로는 보이지 않는다.**
(마) 원고들은 **경제적 목적으로 대한민국에 입국**하여 **여러 해 동안 경제적 활동에만 주력하다가 대한민국 정부의 불법체류자 단속이 강화된 이후에서야 이 사건 난민신청**을 하였다.
(바) 버마행동은 원고들이 이 사건 **난민신청을 할 무렵부터 당초 결성목적과는 다른 여러 가지 활동을 시작**하였는데 **주로 미얀마 대사관 앞에서 집회를 열거나 1인 시위를 계속적으로 진행시키는 등 시위자들의 얼굴을 노출시키는 방식을 사용**하였다.
(사) 원고들이 가입하여 활동한 버마행동의 결성시기와 목적, 조직원의 수와 활동내역 추이 등에 비추어 원고들은 미얀마 정부로부터 박해를 받게 될 것이라는 공포를 느껴 이 사건 난민신청을 한 것이라기보다는 **불법체류자로서 본국에 송환되면 더 이상 대한민국 내에서의 경제적 활동이 곤란해질 것이라는 염려에서 이 사건 난민신청을 한 것으로 추단**된다."

또한 앞서 언급한 미등록 이주노동자의 노동3권 관련 서울행정법원의 2005구합18266 판결 판시내용은 이주민을 바라보는 태도의 몇 가지 심각한 문제를 드러내주고 있다. 첫째, 근로자의 근로3권의 보장에 단지 국가기관 등의 형식적인 행정작용이 개입된다는 이유만으로 이를 부정하는 것은 전혀 그 취지와 법리를 달리하는 기본권의 영역과 특수한 행정작용인 출입국관리를 혼동하는 것이고, 체류자격 없는 외국인근로자의 기

본권 문제를 출입국관리라는 행정작용에 종속시켜서 파악하는 위험한 발상이다. 둘째, 근로자의 근로3권은 실질적 근로관계로부터 도출되는 근로자성과 사용자와의 관계에서의 사회적 약자성에서 도출되는 것인데, 2005구합18266 판결의 논리로 일관한다면 체류자격 없는 외국인근로자는 그 근로자성이 매 찰나 긍정과 부정을 반복하는 것이거나, 단속 혹은 강제퇴거를 정지조건부로 하는 근로자성을 가진다는 기이한 결론이 도출되게 된다. 기본권의 행사라는 것은 당연하게도 “장래”를 전제로 하는 것인데 그 “장래성”을 부정하는 것은 결국 그 권리 자체를 부정하는 것이 될 수밖에 없는 것이다. 셋째, 근로3권은 개인이자 경제적 약자로서의 근로자에게 헌법과 법률에 의하여 부여된 기본권으로 경제적 강자인 사용자와의 관계에서 의미를 가지는 권리이고 이를 통하여 비로소 노사관계에 있어서 실질적 평등이 실현되게 되는 것인데, 출입국관리법이 미등록 이주민의 취업과 한국인의 그 고용의 행위의 위법성을 동일하게 평가하면서도 개인이자 경제적 약자의 위치에 있는 이주민의 노사관계에서의 권리를 전면적으로 부정하는 것은 국가가 나서서 사인간의 차별 혹은 불평등을 조장하는 것이 되는 것이다.

법무부의 현실 인식과 이민정책의 방향이 법관의 양심과 법관의 행정청의 재량권의 범위 판단에 어느 정도 어떠한 영향을 미치는지는 알 수 없다. 다만 그것이 법무부의 이민정책이든지, 편견과 선입견이 녹아 있는 언론의 보도이든지, 그리고 무엇보다도 첫 단추가 잘못 끼워진 상태에서 관성으로 유지되어 온 기존 판례의 영향이든지, 헌법상 법관의 양심은 그것을 넘어서야 한다.

토 론 문

최유 (한국법제연구원 부연구위원)

황변호사님의 발제문을 여러 차례 읽으면서 많이 배웠습니다. 이주민의 기본권에 대해서 기본적인 지식이 부족하고, 최근까지도 공부가 부족한 저는 발제문과 다른 의견이나 보충의견을 드리기가 힘듭니다. 다만 발제문을 읽으면서 들었던 생각들 몇 가지를 짧게나마 메모처럼 말씀드리고자 합니다.

1. 이주민의 개념 내지 범주

- 우리 헌법은 이주, 이주민, 난민 등에 관한 규정을 두고 있지 않고 있다. 즉, 국민 이외의 인적(人的) 분류에 관해서 오직 헌법은 제6조 제2항에서 '외국인은 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 그 지위가 보장된다'고만 규정하고 있음
- 난민의 경우는 「난민법」이 규정하고 있듯이 정치적 박해로 본국으로 돌아갈 수 없는 사람들로 규정되지만, 이주민을 규정하고 있는 국내법률은 없다. 다만 「재한외국인처우기본법」에서 재한외국인을 대한민국의 국적을 가지지 아니한 자로서 대한민국에 거주할 목적을 가지고 합법적으로 체류하고 있는 자로 규정하고 있다. 이주민으로 흔히 분류되는 경우는 결혼이주민, 이주노동자, 유학생 등을 들 수 있음
- 유럽과 같은 난민과 이주민에 대한 압박은 없지만, 체류 외국인이 지속적으로 증가하여 2016년 3월말 현재 체류외국인은 1,943,576명으로 2백만명이 조금 안됨 이 중에서 외국인등록자는 1,134,619명, 국내거소신고 외국국적동포는 330,386명, 단기체류외국인은 478,571명이라 함
- 인구 대비 비중이 크다고 볼 수는 없지만 이주민과의 교류를 무시할 수 없는 상황이라고 할 수 있음
- 난민이나 이주민에 대한 권리보장은 우리 국가와 사회의 인권보장 수준을 단적으로 보여줌

2. 국제법과 국내법의 이분법

- 이주민은 스스로를 민주주의제도로 대표하지 못함. 국가의사를 결정하는 정치적 대표를 뽑을 권리를 이주민에게 보장하는 것에 대해서 부정적임. 정치적 권리가 없는 이주민 스스로 자신들의 자유와 권리를 보장할 법률을 제정하는데 한계를 지님
- 따라서 이주민의 권리보호는 헌법과 국제인권법에 의존할 수밖에 없음
- 헌법 제6조가 규정한 '일반적으로 승인된 국제법규', 외국인의 법적 지위를 정하는 '국제법'을 규정하고 있지만, 이를 통해 국내법원이 적극적으로 국제인권법을 원용하거나 적용하지 않는 상황임

- 국제인권법의 국내적용 내지 효과에 관한 적지 않은 논의가 있음에도 불구하고 국내법에 유사한 내용에만 인용하거나 또는 보완적 역할로만 인식하는 현재의 법원태도가 획기적으로 변화하기는 힘들 것으로 봄
- 베스트팔렌체제에서 유래하는 국가주권론에 기인한 국제법과 국내법의 구분론이 여전하다면, 국내적으로는 국제인권법 내용을 바탕으로 한 국내법을 제정하는 입법운동이 필요하며, 국제적으로는 유럽과 같은 지역인권협약을 체결하거나 지역인권재판소 등을 설치하여 국제인권법의 집행력을 높이는 방법을 생각해 볼 수 있지만, 이는 지역 국가간 합의를 전제로 한다는 점에서 쉽지 않을 것으로 예상됨

3. 이주민의 헌법상 지위

- 우리 헌법은 외국인과 이주민 그리고 난민의 구별이 없음
- 이주민은 한국사회에 편입하고자 찾아 온 사람들이고, 한국은 이들을 법적으로 받아들였다는 점에서 외국인 중 우리 공동체 구성원으로 되거나 되고자 하는 의지가 가장 강한 집단임
- 따라서 이른바 헌법재판소가 지적한 '국민과 유사한 지위에 있는 외국인'이라 할 수 있음
- 자유권 이외에 이주민은 사회권과 정치권의 주체가 된다는 것에 대해서 부정적임
- 이주민에 대한 사회권과 정치권의 인정여부는 국가 내의 권리로서 인간이 아닌 시민 내지 국민의 권리로서 인권이 아니라는 점에서 부정됨
- 특히 사회권은 국가재정이 투여되는 것이라는 점에서 이주민에 대한 권리인정은 배제 또는 후순위로 인식됨
- 기본권 주체성에 관해서는 한국사회에서 생활하기 위해 찾아온 이주민에게 사회권이 부정되는 역설적인 상황임. 다만 개별 법률적 차원에서는 특별규정을 두어 인정하거나 특별한 내용을 규정하지 않아서 배제하지 않는 방식으로 이주민에 대한 법적 권리를 보장함.

4. 인간의 권리와 국민의 권리의 차이

- 헌법에 두 가지의 국가관이 존재함. 즉, 자유권은 국가와 사회가 분리되는 야경국가관에 기초함 그리고 사회권은 국가와 사회가 중첩되는 복지국가관에 기초함
- 자유권과 사회권은 작동방식과 역할이 구분된다는 점에서 그 구분은 여전한 의의를 지님
- 다만 현대 민주복지국가에서 정치권과 사회권은 필수적인 국가의 의무가 되어 정치권과 사회권은 필수적인 권리가 됨
- 국가를 전제로 하지 않는 헌법과 법률 그리고 권리는 없음
- 또한 법률을 통한 제도화의 필요성은 자유권도 마찬가지라 할 수 있음

- 따라서 자유권과 사회권의 구별은 상대적임
- 특히 이주민에 대한 사회권 부정은 차별의 문제임
- 공동체의 일부인 이주민에게 사회적 권리를 배제시키는 것이 정당한지에 관한 논증이 필요함
- 상호주의는 적극적으로 해석해야 함. 즉, 우리가 이주민에게 인정하는 권리보호수준은 타국에 대해서 요구해야 함
- 한국은 여전히 이민송출국이며, 재일동포를 비롯한 재외국민보호를 헌법이 규정함
- 김대중 정부에서 일부 외국인에게 지방선거권을 인정한 것은 일본에 대한 정치적 제스쳐라 할 수 있음
- 사회권에 대해서도 적극적인 권리인정의 필요성이 있음
- 이주민은 한국사회로의 통합 내지 귀화를 통한 동화의 대상으로 보고 있지는 않는가?
- 우리의 다문화 정책이란 것이 결국 한국국적을 강요하고 있는 결과를 초래하고 있는 것은 아닌가?
- 이주민을 같은 사회의 구성원으로서 동등하게 인정하고 있는가? 인정의 문제?
- 이주민은 자기 의사로 한국에 온 것이지만 이주노동자, 결혼이주민 등 이주민을 불러들인 한국사회의 책임은 없는가?
- 이주민은 국적만 없을뿐 노동자, 소비자, 납세자의 역할을 함
- 사회권의 국가재정적 한계도 상대적으로 할 수 있음, 자유권 보호에도 국가재정이 필요함
- 현대사회에서 사회권을 빈민구제의 최소기준으로 이해하는 것이 옳은지 의문임
- 최소기준이라고 쓰고 기본적인 기준이라고 이해해야 함
- 사회권은 특정한 빈민의 권리만이 아니라 국가와 사회의 공동영역에 대한 모든 시민의 참여권으로 이해하고자 함, 교육, 노동, 건강, 환경, 안전, 사회보험 등은 국가와 사회의 공동영역이 됨
- 사회권을 통하여 헌법재판소나 법원이 적정한 분배수준을 판단하기 힘듦 의회의 역할이라 할 수 있음. 다만 급부수준이 현실과 동떨어지거나 입법이 전혀 없는 경우에는 입법에 대한 헌법적 의무를 확인할 수 있다고 봄
- 여기서 더 나아가 사회법을 실현하는 입법을 제정하거나 개정절차를 진행할 때 적절한 수준의 재정적 수요를 고려했는지를 판단할 수 있음.
- 다만 이주민의 경우에는 분배의 문제에 앞서서 배제냐 인정이냐를 결정하는 중요한 헌법문제가 선행되어 있음

5. 인종차별 인종주의 외국인혐오주의

- 이주민은 본국과 이주국에 대한 2개의 충성심(loyalty)이 있다고 추정하고 이주국

에 대한 충성심은 보다 열등한 것으로 추정함
- 베스트팔렌 체제 이후 서양근대 헌법의 모델이라 할 수 있는 영토민족국민국가 헌법을 그대로 따르고 있음
- 2차대전 이후 민족주의는 금기시되었으며, 초국가기구의 EU의 등장과 국제인권법의 발전은 영토민족국민국가의 의미를 감소시킴
- 한국은 여전히 영토민족국민국가의 틀에서 벗어나지 못함
- 직접적인 원인이라 할 수는 없지만, 우리 헌법이 갖는 민족주의적 속성도 무시할 수 없음
- 한국은 해방이후 제정된 탈식민지헌법으로서의 민족주의적 특색을 갖고 있음
- 헌법의 민족주의적 성격이 외국인을 배제하는 것은 아니지만 사회문화적인 영향은 분명함
- 우리 사회는 한국인과 한국문화의 우수성을 강조하고 사회·문화적으로 인종우월주의적 문화가 적지 않다고 볼 수 있음 (do you know Gangnam style?)
- 동시에 외국인을 경쟁상대로 봄, 스포츠뿐만 아니라 모든 분야에서 fighting 해야 함, 한일전은 반드시 이겨야 하고, 올림픽에서는 반드시 일등해서 금메달을 따야 함
- 민족통일국가가 미완성되었다는 점에서 헌법에서 민족주의의 강조는 계속될 가능성이 큼
- 우리 헌법이 갖고 있는 민족주의적 성향과 이주민에 대한 인식과 권리보호를 어떻게 조화시킬지가 중요한 헌법적 문제가 됨

6. 실패?한 다문화 정책

- 전세계적인 경제불안감이 조성되면서 국가통합에 실패 등 유럽에서도 다문화 정책의 실패를 자인함
- 이주민을 고려한 다문화정책을 실시하였던 것인지 의문
- 한국위주의 통합정책 즉, 국가정체성, 사회통합을 강조하는 국가주도 다문화정책의 한계
- 다문화 정책은 이주민 지원정책 뿐만 아니라 주류집단의 인식변화를 위한 정책도 필요함(주류집단에 대한 다문화 교육)
- 정책중심이 아니고 기본적이고 개별적인 권리보호가 필요한 것은 아닌지 생각함

이주민 기본권의 재구성 (토론문)

정광현 (한양대법전원 교수)

1. 머리말

이렇게 뜻깊은 자리에 토론자로 된 것을 정말 영광으로 생각합니다. 그러나 영광은 그만큼 부담도 뒤따르게 마련이라는 것을 다시 한 번 절감하기도 합니다. 발제문을 받고서 무엇을 어떻게 토론해야 할지 무척 고민스러웠습니다. 솔직히 저는 이 분야 전문지식이 거의 전무한 상황입니다. 반면에, 발제자는 이주민의 인권과 관련하여 오래 전부터 이론적으로 궁구해 오셨을 뿐만 아니라, 몸소 현장에서 많은 실무를 처리해 왔습니다. 발제문 곳곳에 그 치열한 문제의식이 배어 있음을 느낄 수 있었습니다. 또한 다른 토론자들도 저와는 달리 이주민과 난민의 기본권 문제에 대해 조예가 깊으신 분들입니다. 제가 감히 이 자리에서 더불어 토론한다는 게 어렵게 여겨지는 이유입니다.

뒤늦게 일천한 고민으로 토론거리를 급조하다 보니 그 내용이 매우 단순하고 조야합니다. 하지만 일단 저 자신에게 화두를 던지는 심정으로 토론을 진행하고, 찬찬히 검토하는 것은 나중으로 미루는 수밖에 달리 도리가 없을 듯합니다. 이 점은 미리 양해를 구합니다.

2. 외국인의 기본권주체성에 대하여

발제가 지적하신 바와 같이, 외국인의 '기본권주체성'에 관해 헌법재판소는 원칙적으로 긍정하면서 참정권 등에 대한 '성질상의 제한'이나 '상호주의에 따른 제한'이 있을 수 있다는 입장을 취하고 있습니다(헌재 2001. 11. 29. 99헌마494). 하지만 그렇게 보는 헌법상 근거가 무엇인지는 전혀 밝히고 있지 않습니다.

그런가 하면 헌법재판관 김종대는 어느 반대의견에서 "우리 헌법 문언상 외국인은 기본권의 주체가 될 수 없다"는 견해를 피력한 바 있습니다. 즉, 헌법조항은 기본권주체를 "국민"으로 한정하고 있을 뿐 아니라, 헌법제정사적으로도 헌법제정권자는 외국인을 헌법상 기본권의 주체에서 일단 배제하고 그 대신에 외국인 보호를 위한 헌법 하위규범인 국제법과 조약을 통해 보호하면 충분하다는 취지로 헌법의 설계를 했다는 것입니다.

하지만 여기서 우선 ‘기본권’이란 도대체 무엇인지 그 개념부터 짚고 넘어갈 필요가 있다고 생각합니다.

헌법재판소법 제68조 제1항은 “헌법상 보장된 기본권”을 침해받은 자는 헌법소원을 제기할 수 있도록 규정하고 있습니다. 그런 점에서 ‘기본권’은 실정법에서 사용하고 있는 개념입니다. 하지만 정작 헌법은 그 어디에서도 “기본권”이라는 표현을 사용하고 있지 아니합니다. 헌법 제2장에서 “국민의 권리와 의무”라는 표제하에 각종 자유와 권리를 규정하고 있긴 하나, 그것이 기본권인지, 혹은 그것만 기본권인지에 대해 헌법과 법률은 아무런 정의도 내리고 있지 않습니다. 결국 ‘기본권’의 개념은 어느 정도 해석에 맡겨져 있습니다.

헌법재판소는 ‘기본권’을 “헌법에 의하여 직접 보장된 개인의 주관적 공권”이라고 파악한 바 있습니다(헌재 2001. 3. 21. 99헌마139). 헌법 제2장에서 열거된 ‘국민의 권리’가 그에 해당함은 물론입니다. 하지만 헌법 제2장 외 헌법규정에서도 그러한 주관적 공권이 도출되기도 합니다. 헌법 제8조의 ‘정당설립의 자유’, 헌법 제130조 제2항에 따른 ‘국민투표권’(헌재 2004. 10. 21. 2004헌마554 참조) 등이 그 예입니다.

이처럼 ‘헌법에 의하여 직접 보장된 개인의 주관적 공권’을 기본권이라고 정의하고, 그것이 헌법 제2장 외에서도 인정될 수 있는 것이라고 한다면, 헌법 제6조 제2항이 보장하는 ‘외국인의 지위’도 일종의 기본권이라고 못 볼 바 아니라고 생각됩니다. ‘국민의 기본권’은 헌법 제2장에서 구체적으로 명시하고 있는 데 반하여, ‘외국인의 기본권’은 헌법에서 일일이 열거하는 대신에 ‘국제법과 조약이 정하는 바에 의하게’ 위임한 점에서 양자는 차이가 있을 따름입니다.

다만, 여기서 ‘국제법이나 조약에서 정하는 외국인의 지위’란 헌법 제2장의 ‘국민의 기본권’에 준하는 근본적 중요성을 가진 것만 가리킨다고 제한해석을 해야 할 것입니다. 그렇지 않을 경우, 별로 중요하지 않은 비교적 사소한 조약상 지위를 가지고 국내 법률에 대해 기본권침해를 이유로 한 헌법소원을 제기하거나 위헌법률심판을 제청할 위험이 있기 때문입니다.

이러한 해석은 입법연혁적으로도 근거가 있습니다. 현행 헌법 제6조 제2항과 유사하게, 제헌헌법 제7조 제2항에서는 “외국인의 법적 지위는 국제법 국제조약과 국제관습의 범위 내에서 보장된다”고 규정하고 있었습니다. 이 조항은 원래 외국인에 대해서도 기본권적 보호를 하기 위해 도입되었습니다. 다시 말해, 헌법 제2장에서 열거하는 바와 같은 “주관적 공권”을 “국민의 권리”로 표시할 경우 자칫 외

국인이 인권보호의 대상에서 배제될 우려가 있기 때문에 그러한 오해를 불식시키기 위해 현행 헌법 제6조 제2항과 같은 규정이 마련된 것입니다. 그런 점에서 헌법 제6조 제2항에서 말하는 "외국인의 지위"는 인권차원에서 보호가치가 있는 것만 가리키는 개념으로 풀이함이 상당합니다.

그리고 이런 해석을 바탕으로, 헌법 제6조 제1항에 따른 '국제법의 효력'과 같은 조 제2항에 의한 '기본권의 효력'을 구분할 필요가 있습니다. 전자의 효력은 국내법, 즉 기껏해야 '국내법률과 같은 효력'을 가지는 데 불과한 것으로 볼 여지가 있는 반면, 후자의 효력은 엄연히 '헌법상 기본권으로서의 효력'을 가진다고 할 것이기 때문입니다. 말하자면, 헌법 제6조 제2항은, 원래 같은 조 제1항에 의해 국내법률과 같은 효력을 가진 데 불과한 '조약상의 권리'에 대해, 외국인의 인권보장을 위해 '기본권으로서의 효력을 부여하는 조항'이라고 할 것입니다.

요컨대, 헌법 제2장 내의 규정들만 기본권조항인 것이 아니라, 헌법 제6조 제2항도 일종의 기본권조항이라고 볼 수 있다고 봅니다. 그 실질적 내용은 '국제법과 조약에 정하는 바에 의하여 외국인의 인권을 보호'하는 것입니다. 각종 국제인권조약에는 '인간으로서의 권리'가 포괄적으로 규정되어 있고, 오늘날 우리나라가 그러한 국제인권조약에 대부분 가입되어 있기 때문에, 헌법 제6조 제2항의 규정만으로도 외국인의 인권을 보호하는 데 부족함이 없으리라고 생각됩니다.

이와 같은 견지에서 외국인의 기본권주체성은 일반적으로 인정된다고 할 것입니다. 그리고 외국인이 누리는 기본권은 헌법 제2장의 권리를 유추적용하는 방식으로써가 아니라, 관련 국제인권조약 등을 해석하는 방식에 의해 그 내용이 구체화된다고 할 것입니다.

3. 외국인에 대한 사회권적 기본권의 인정 여부에 대하여

이상을 전제로 할 때, 외국인에 대해 사회권적 기본권이 인정될 수 있는지에 대한 출발점도 관련 국제법 내지 조약이 되어야 할 것입니다.

가령 '경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약'은 1990. 7. 10.부터 우리나라에도 적용되고 있습니다. 그리고 이 규약 제6조 제1항에서는 "이 규약의 당사국은, 모든 사람이 자유로이 선택하거나 수락하는 노동에 의하여 생계를 영위할 권리를 포함하는 근로의 권리를 인정하며, 동 권리를 보호하기 위하여 적절한 조치를 취한다"고 규정하고 있습니다. 또한 같은 규약 제8조 제1항 (a)호에 의해 규약당사국은 "모든 사람이 그의 경제적, 사회적 이익을 증진하고 보호하기 위하여 관계단

체의 규칙에만 따를 것을 조건으로 노동조합을 결성하고, 그가 선택한 노동조합에 가입하는 권리"를 보장해야 합니다.

또한 1993. 3. 3.부터 우리나라에 적용된 '난민의 지위에 관한 협약' 제24조 제1항 (b)호에 따르면, 체약국은 '합법적으로 그 영역 내에 체재하는 난민에게' '사회보장(산업재해, 직업병, 출산, 질병, 폐질, 노령, 사망, 실업, 가족부양 기타 국내법령에 따라 사회보장제도의 대상이 되는 급부사유에 관한 법규)에 관하여' '자국민에게 부여한 대우와 동일한 대우를 부여'하도록 되어 있습니다.

이러한 예에서도 알 수 있듯이, 사회권적 기본권이라고 하여 외국인은 무조건 누릴 수 없다고 하는 것은 법적으로 정당한 근거가 있다고 보기 어렵습니다. 다만, 사회권적 기본권에 관하여는, 심지어 그 향유주체가 일반국민인 경우에도, 입법형성의 재량이 광범위하게 허용되는 것이 통상적입니다. 그런 점에서 일반적인 자유권만큼 강력하게 보호되기는 어려운 실제적 한계가 있다고 할 것입니다.

4. 맺음말

기존의 헌법학계에서의 논의나 헌법재판소의 판례에서는 외국인의 기본권 보호를 국민의 기본권 보호에 비해 부차적인 것으로 취급해 온 감이 있었다고 생각됩니다. 그 중요한 원인 중 하나는 헌법 제6조 제2항의 제정취지를 제대로 살리지 못하는 헌법해석에 있었다고 할 것입니다. 헌법 제6조 제2항은 단지 법률적 효력만 가진 '외국인 지위'의 보장에 관한 규정이 아니라, 그 자체가 '외국인의 인권'에 헌법상 기본권으로서의 효력을 부여하는 조항이라는 게 제 졸견의 요지입니다.

이와 같은 '헌법규정의 새로운 해석'의 시도로부터 결론을 이끌어낼 것이냐, 아니면 발제자처럼 '국제법과 국내법의 이분법 청산'과 '국제법 친화적인 헌법해석'을 통해 결론을 이끌어낼 것이냐는 사소한 방법론적 차이가 있는 외에는, 결론에서는 저는 발제자의 견해에 거의 전적으로 동감합니다.

‘이주민 기본권의 재구성’ 논문에 대한 토론문

백범석 (경희대 국제대학 조교수, 인권법학회 연구이사)

* 발제문은 이주민의 기본권에 대한 전통적 시각의 한계와 문제의식을 가지고 새롭게 재해석하려는 시도를 담고 있음. 특히 이주민의 인권에 대한 국내적 문제를 포괄적으로 논함. 아울러 필자의 기존의 연구 발표들을 통합적으로 정리하여 다루고 있음.

****

1. 조약의 국내법상 지위에 관한 논의와는 별개로 재판규범 내지 구체적인 해석기준으로서의 조약의 역할을 논함

“조약, 특히 국제인권조약의 경우 헌법의 기본권 조항에 규정된 ‘법률’의 내용을 구성하여 헌법 제12조 제1항, 제27조 제1항, 제37조 제2항 등에서 주로 기본권 구체화적 법률유보의 구체적 내용을 구성하여 간접적으로 살아있는 헌법 해석의 기초가 된다.”

2. 법원이 재판규범으로 적용하거나 해석기준으로 인용하는 경우 국제 조약에 대한 충분한 해석을 전제로 하는 경우가 거의 없고 단순히개별조항의문언자체만을언급하는데그침을적시.

“조약, 특히 국제인권조약의 해석에 있어 그 적용 당시의 구체적인 상황과 맥락이 적극적으로 고려될 필요가 있다.”

3. 유엔인권권고의 법적 성격 관련하여 국내법과 명백히 배치되지 않는 한 충분히 존중되고 그 취지가 충분히 반영될 수 있도록 국내적으로 해석·적용되어야 함을 강조.

“비록 유엔인권권고 자체는 법적 구속력이 없다고 하더라도 그에 대한 행정상 의사표시에는 신뢰보호의 원칙의 적용가능성 등 법적인 효과가 발생하게 된다고 보아야 한다.”

- 모든 사람’은 누구나 기본적인 인간으로서의 권리를 향유할 수 있어야 한다.
  - 인권문제의 인권적 접근방식
  - 침해와 제한의 경계
  - 입법론적 접근법과 헌법상 기본권 법리의 확대 발전을 통한 방안 모색
  - 한계?

- 인권은 개별 국가의 국민들이 그 규범적 가치를 인정하고 당해 사회와 문화의 구성체로써 받아들이지 않는 한 실제 수용될 수 없음. 인권의 보편성(Universality)이 인권규범 이행의 획일성(Uniformity)을 의미하지도 않음.

- 결국 인권이 개별 사회의 구성원의 합의를 통해 실현된다는 측면과 인권 조약을 개별 국가가 준수한다는 것은 다를 수 있음. 더 나아가 인권 규범의 위반에 대한 제재를 취한다고 하여 곧바로 인권 규범이 실제 개별 사회의 가치로서 적용될 수 있는 것도 아님.
- 실질적이고 효과적인 국내이행방안을 고려하려면 왜 국제사회는 해당 권리를 구체화 해왔는지 그리고 실제 인권조약상의 조문으로 채택되기까지 어떠한 논의들이 있어왔는지에 대한 체계적인 분석이 우선 필요함.

● 국제법학자로써 국제규범의 국내적 일반적용 내지 보편적 이행의 어려움에 대해 늘 직면하게 됨. 개별 국가 및 사회의 문화적 다양성과 특수성을 고려해야 한다는 것은 매우 우울한 결론일 수 있음. 그러나 가치와 이익의 충돌은 모든 법 분야에 있어 피할 수 없음. 어찌 보면 분쟁 내지 충돌이 없다면 법은 필요하지 않을 수 있음.
- 이주민의 인권에 관한 충돌 역시 매우 해결하기 어려운 문제임.
- 인간으로서의 권리가 어느 범위까지 그리고 어느 정도까지 이주민에게 보장되어야 하는가의 문제는 국내적으로 의견의 일치를 보기 어려운 문제일 것임.

● 이주민의 인권과 국가의 주권. 주권 개념의 변화.
- 국제인권법의 발전과정을 보면 인권의 국제화 및 내재화 과정을 통한 주권 개념에 관한 '이해'의 점진적인 변화를 알 수 있음. 물론 변화가 아닌 주권개념의 축소와 인권의 확산으로 바라볼 수도 있을 것임.
- 유엔 인권체제상의 사실조사제도, 국가 보고, 진정절차, 보편적 정례검토 등은 오랜 시간 국내 사항으로 취급 받았던 개별 국가의 인권 문제가 더 이상은 완전한 주권 사항이 아님을 의미한다고도 볼 수 있기 때문임.
- 그러나 유엔은 타국으로부터 간섭을 받지 않을 국가의 권리로서의 주권이라는 개념을 점차적으로 개별 국가 내 주민들의 기본권 역시 보장해야 한다는 국가의 의무로서의 주권으로 그 개념 범위를 확장해 왔다고 이해하는 것이 더 맞지 않나 생각함.
- 결국 인권과 주권의 관계는 오늘날 상호보완적인 것으로 이해되어야 함. 인권의 보호와 증진이 동시에 주권의 존중을 의미할 수 있기 때문임.
- 다시 말해 개별 국가는 인권의 가해자로써가 아닌 자국 주민의 인권을 보호할 보장자로써 인식되어야 하며, 같은 맥락에서 주권의 존중은 기본적인 인권의 보호를 통해 실현될 수 있음. 지난 70년간 유엔을 통한 인권메커니즘의 발달 과정은 이를 분명히 보여주고 있음.

- 국제인권규범의 실효적인 국내이행이 어려운 일차적인 원인으로는 국내 법관들의 국제인권법에 대한 인식 부족을 들 수 있음. 한편 국내에서 지금까지 이뤄진 국제인권법에 대한 학문적 연구가 개별협약에 대한 소개 수준에 머물렀고, 국제인권법에 대한 학문적 연구 및 재판과정에 있어서 국제인권법 실무는 매우 초보적인 단계에 불과하였음.

- 국제인권법이 국내 법원에서 재판규범으로 제대로 적용되기 위해서는 (특히 국제관습법의 형태로 존재하는 국제인권규범의 경우 국내법적으로 효력을 인정받기 위해서는) 법규발견의 역할을 담당해야 할 국내 법관들이 우선 국제인권규범과 친밀하여야 함. 국제인권법에 익숙하지 않고 무지하다면 국제인권법 관련 사안들에 있어서 국내 법원은 매우 엄격한 입장을 취할 수 밖에 없음. 실제 국제인권조약이 직접적, 구체적으로 적용될 수 있음에도 이를 적용하지 아니한 채 헌법이나 기타 법률의 해석으로 이를 갈음하거나 보충적으로만 인용한 경우가 다반사임.

****

4. 외국인의 기본권 주체로서의 지위 및 차별금지 원칙

"헌법의 해석상 외국인도 원칙적으로 기본권의 주체이며 『헌법』 제11조 평등조항의 차별금지사유 중에 '국적'도 당연히 포함된다고 볼 수 있다."

"독일의 경우에도 연방헌법재판소 2012. 7. 18 판결에서 헌법상 인권의 존엄성 규정을 근거로 난민신청자에 대하여 헌법상 사회권적 기본권인 생활보호급부청구권을 인정한 바와 같이 이러한 이분법을 따르고 있지 않고, 외국인의 인권을 포함한 모든 사람의 인권을 규정한 국제인권조약의 경우에도 직접적인 참정권의 불허 가능성, 출입국상의 통제 가능성의 예외를 제외하고는 원칙적으로 외국인에게도 모든 인권을 보장하고 있다."

"참정권이나 입국의 자유 등과 관련하여서는 그 기본권의 주체를 '국민'으로 규정하되 다른 여타 권리에 관하여는 '모든 사람'을 그 기본권의 주체로 규정함이 타당하다."

- 인간으로서 마땅히 향유하여야 할 기본적인 권리는 무엇일까?
- 외국인의 기본권과 법적 권리에 대한 전통적 시각의 변화
- 자유권과 사회권의 밀접한 관계 고려. 예를 들어 인간의 존엄과 가치, 행복추구권을 구체적인 권리로써 보호, 보장받기 위하여는 일정한 사회권 역시 보장받아야 할 필요가 있을 것.
- 개인(individual)과 국민(national)

- 국제법은, 특히 국제인권법은, 그 특성상 이행에 있어 개별 국가의 국내적 문화와의 충돌을 내재하고 있음. 그럼에도 점차 다양한 인권 분야들이 인권조약과 협약 등을 통해 점차 구체화되어 가고 있음.

- 이주민에 대한 '국적'에 따른 차별은 심각한 인권문제라는 인식이 필요. 즉 오늘날 발생하고 있는 이주민에 대한 차별 및 인권침해 문제는 기존의 국제법이 이미 요구하고 금지하고 있는 규범들에 대한 위반임.
- 결국 국내 법원은 이주민 인권을 보장하는 국제인권규범을 재판규범 및 해석기준으로써 인지하고 국내적 상황에 맞게 보장할 수 있도록 그 법리를 발전시켜야 함. 또한 국내법상 인권규정을 해석, 적용함에 있어서 이를 국제인권법상의 기준에 따라 적극적으로 해석하는 방법 역시 폭넓게 활용할 필요가 있음.

● 외국인 인권에 관한 기본법?
- 개별 기본권 목록의 기본권 주체규정인 국민개념이 외국인에게도 개방되어 있다는 입법론적 접근도 고려해야 함.

● CERD의 경우 1978년 국회 비준 동의 하에 가입함. CRC가 91년 국회 비준 동의 없이 가입한 것이나 ICCPR, ICESCR에 대해 90년 국회 비준 동의 얻어 가입한 것과 비교해도 훨씬 전의 일임.

5. 상호주의와 국적에 의한 차별 금지

"이미 국내법과 같은 효력을 지니는 국제법과 배치되거나 심지어는 헌법의 정신과 명문의 규정에도 반한다고 볼 수 있는 위 상호주의 규정들은 삭제되거나 개정될 필요가 있다."

● 인권 보호의 최소한의 기준(Minimum standard)의 검토

6. 출입국 통제와 외국인의 기본권

"외국인 수용국의 비용-이익 분석도 처음부터 모든 관련된 권리를 고려하면서 이루어져야 하는 것이다."

"외국영토에 거주하는 이주민의 시민적, 정치적, 경제적, 사회적 및 문화적 권리는 그 체류의 기간이나 정규성과 무관하게 그 국가의 영토 혹은 관할권 하의 모든 이의 권리를 차별 없이 증진하고 보호할 국가의 의무와 직접적으로 관련된다."

"미등록이라는 이유 하나만으로 헌법이 보장한 인신보호를 부정하고 있는 것이다."

● 전통적 국적 개념과 genuine link (1951 노테봄 사건 ICJ) 그리고 다중국적
- 거주지와 유대가 깊은 외국인에 대한 권리보호의 외연을 확대

7. 인종주의와 외국인 혐오주의

“문제는 법무부가 외국인 혐오주의, 인종주의 경향을 통제하고 극복되어야 할 부정적인 사회현상으로 파악하기 보다는 정책에 적극 반영하여야 할 객관적인 ‘국민의 인식’으로 판단하여 이를 방치하고 오히려 부추기고 있다는 점이다.”

“이처럼 의도하건 의도하지 않았건 정부가 나서서 외국인 혐오주의를 조장하는 행태가 벌어지고 있다.”

“법무부의 현실 인식과 이민정책의 방향이 법관의 양심과 법관의 행정청의 재량권의 범위 판단에 어느 정도 어떠한 영향을 미치는지는 알 수 없다. 다만 그것이 법무부의 이민정책이든지, 편견과 선입견이 녹아 있는 언론의 보도이든지, 그리고 무엇보다도 첫 단추가 잘못 끼워진 상태에서 관성으로 유지되어 온 기존 판례의 영향이든지, 헌법상 법관의 양심은 그것을 넘어서야 한다.”

- 국민 공감대 형성 및 우리나라의 현실여건 고려 등의 기존의 지체 사유에 국한되지 않는 인식 전환이 필요.
  - 특히 국제인권기준에 기반하여 국가 정책 일반에 인권적 요소가 충분히 고려하고 유효한 구제수단을 보장할 수 있어야 함.

- 시혜적 관점이 아닌 인권적 관점
  - 외국인을 사회적 약자의 관점에서 특별히 더 보호할 필요 및 목적에서 입법되어야 함에도 불구하고 실제 외국인 관련 국내법은 차별을 전제로 그 권리를 특정한 조건과 범위 내에서 보장하려 한다는 점에서 문제가 있음.

- 난민법 관련
  - 5%정도 난민 인정받음 (국제적인 난민 인정률: 난민 신청자 대 난민 인정자 비율은 38%).
  - 20년 넘는 난민행정에도 연간 예산은 20억원이 안됨.
  - 난민법 개정을 위해 8개정도 개정안 나왔으나 20대 국회로 넘어갈 듯. 난민인정자 및 난민신청자의 배우자 및 자녀에 대한 지원대책 (교육권포함), 난민신청자의 심사시설 내 생활 개선, 공항에서 이뤄지는 사전심사제도 포함 절차적 문제해소, 당국의 재량에 따라 이뤄지는 인도적 체류자의 지위에 관한 문제 등이 개정안에서 다루어졌으나 여전히 출생등록제도, 가족결합원칙의 실질화를 위한 난민가족에 대한 해외공관 여행증명서 발급, 최장기간 구금규정 등은 전혀 논의 없음.

“이주민 기본권의 재구성”에 대한 토론문

김지혜 (강릉원주대 다문화학과 조교수, 인권법학회 회원)

이주민의 기본권에 관한 발제자의 포괄적이고 깊이 있는 논의에 존경과 찬사를 보낸다. 헌법과 국제인권법의 관계에서 국제법에 대한 법원과 헌법재판소의 태도, 이주민의 기본권과 관련하여 인간의 권리와 국민의 권리를 구분하는 이분법적 태도, 외국인에 대한 상호주의적 헌법 해석의 문제, 출입국 관련 절차적 권리의 제한을 국가주권과 연결하여 정당화하는 문제, 인종차별, 인종주의 및 외국인혐오 관련 법정책의 미비 등에 대한 발제자의 지적과 주장에 공감하며, 관련된 논의를 제 나름대로 정리해보는 차원에서 이 토론을 하고자 한다.

이 토론문에서는 먼저, 헌법상 기본권 보장의 대상이 되는 사람의 범위를 해당 영토 및 관할 내에서의 실질적인 법적 관계에 중심을 두어 도출하는 것이 아니라, 입법자에 의해 자격이 결정되는 국적법상 국민에게 부여하는 것의 모순과 불합리성에 대해 논하고자 한다. 그리고 법적 관계로 얽혀 있는 외국인과 내국인 사이에 기본권을 불평등하게 인정한 결과 그 차별 자체의 정당성 심사가 이루어지지 않게 되는 문제와, 자칫 외국인에 대한 배타적 태도가 자의적인 헌법 해석에서 드러나는 위험성에 대해 이야기하려고 한다. 마지막으로, 인간의 보편적이고 불가침의 권리인 인권의 속성에 비추어, 국내에서 헌법상 기본권이 미치지 않는 외국인에게 최소한 국제법이 보충적으로 적용되어야 한다는 생각을 나누고자 한다.

1. 국가권력과 국민의 지위

국가권력은 “국가 영역과 그 곳에 거주하는 인간에 대한 지배권”으로 정의된다.[148] 헌법은 “한반도와 그 부속도서”의 영토(제3조)에 거주하는 인간에 대해 ‘법률에 따라’ 국민의 지위를 부여하고(제2조 제1항), 국가가 이들에 대한 지배권을 갖도록 한다. ‘국민’이라는 것이 자연적인 지위가 아닌 법적으로 부여되는 지위이며, 국가의 영토 및 관할권과 연동되어 규정되는 지위라는 점은 자명하다.

그렇다면 헌법 제2조 제1항에서 “대한민국의 국민이 되는 요건은 법률로 정한다.”라고 하여 입법부가 국민의 자격요건과 관련하여 무엇이든 마음대로 정할 수 있도록 백지의 권한을 부여했다고 보는 것이 타당한지 의문이다.[149] 헌법에 의하여 위임을 받았더라도 입법부는 헌법의 기본원칙의 틀 안에서 입법행위를 하여야 하

148) 한수웅(2015). 『헌법학(제5판)』, 법문사, 85쪽
149) 관련하여, 조한상(2012). “국민의 헌법적 의미”, 법학연구, 48, 75-97 참조.

고, 이때 국가권력이 어디까지 미쳐야 하는가에 대한 논증에 바탕하여 헌법에서 말하는 국민의 자격기준을 정해야 한다고 본다.

같은 맥락에서 입법부가 정한 국민의 자격이 헌법상 기본권에 대한 자격기준을 결정한다고 해석하는 것도 모순적이다. 해당 영토에 거주하는 인간 가운데 일부 사람들에게 국민으로서의 자격을 부여하는 입법부의 (자의적일 수도 있는) 결정이 미치는 법적 영향이 매우 광범위함을 고려할 때, 헌법상 기본권의 통제 범위가 이와 같이 입법자에 의해 결정된다고 상정하는 것은 헌법에 의한 규범통제의 근본을 부정하는 셈이 된다. 국민의 자격을 결정하는 입법행위는 다른 모든 입법과 마찬가지로 국가권력의 사용과 그 권력에 의해 영향을 받는 사람 사이의 관계 속에서 헌법이 천명하는 자유와 평등, 민주주의 등의 원칙 아래 통제됨이 마땅할 것이다.[150]

그렇다면 헌법상 기본권 주체에 대한 판단을 단순히 '국민' 대 '외국인'이라는 문언에 의존하면서 그 의미가 국적법상 정의로써 결정되는 것으로 보는 헌법해석의 타당성에 근본적으로 의심이 있다. 다시 말하건대, 헌법상 '국민'의 의미는, 헌법에 명시적인 규정이 있지 않은 이상, 국가권력의 지배권이 어디까지 미치는 것이 타당한가에 대한 헌법적 사고 안에서 그 내용이 추상적으로 결정되어야 하고, 기본권을 향유하는 주체로서의 '국민'의 의미 역시 마찬가지의 논증을 거쳐 이해되어야 한다고 본다.

이렇게 볼 때, 헌법상 국민이란 단순히 형식적인 국적 취득 여부를 뛰어넘는 국가와의 실질적인 관계 속에서 해석되어야 할 것이다. 해당 개인에 대한 국가의 개입수준이나, 해당 개인과 다른 국민과의 관계에서의 기본권 보호의 필요성 등이 고려되어야 한다. 예컨대, 어떤 개인에 대한 국가권력에 의한 개입수준이 높고 다른 국민과 법적 관계로 긴밀히 얽혀있다면, 국가권력이 그 개인에게 미치는 영향만큼 부당한 국가권력으로부터 해당 개인을 보호해야 할 헌법적 요구도 있다고 보아야 한다.

이런 측면에서 헌법재판소가 "국민과 유사한 지위"[151]에 있는 외국인에 대해 기본권 주체성을 인정한 설시의 의미에 대해 생각해 볼 수 있다. 여기서 '지위'란 법적 관계를 의미하는 것으로 볼 수 있고, 그렇다면 '국민과 유사한 법적 관계'에 있는 사람에 대해 기본권 주체성을 인정할 수 있다는 의미로 이해된다. 이주노동자와 같이 노동자라는 법적 지위 속에서 다른 국민과 긴밀한 법적 관계를 맺고 생활하는 사람의 경우, 실질적으로 이러한 공권력의 영향과 공동체의 관계 속에

150) 헌재 2000. 8. 31. 97헌가12 ("헌법의 위임에 따라 국민되는 요건을 법률로 정할 때에는 인간의 존엄과 가치, 평등원칙 등 헌법의 요청인 기본권 보장원칙을 준수하여야 하는 입법상의 제한"을 받는다) 참조.

151) 헌재 1994. 12. 29. 93헌마120; 헌재 2001. 11. 29. 99헌마494; 헌재 2011. 9. 29. 2007헌마1083등 참조.

있다는 의미이고, 따라서 최소한 이런 상황에서 발생하는 기본권 제한에 관하여 '국민'과 다름없는 헌법적 보호가 제공되어야 한다고 볼 수 있다.

이에 비해 발제자가 지적한, 외국인에 대해 원칙적으로 자유권을 인정하고 사회권은 인정하지 않는 식의 도식적 접근의 문제는, 근본적으로 이와 같은 외국인의 국내에서의 실질적 법적 관계를 염두에 두지 않고 단편적으로 국적법에 의하여 헌법상 권리를 확정하려고 하는 태도에 기인한다고 사료된다.

2. 국적법상 혈통주의와 기본권 해석에서의 외국인에 대한 배타성

국적법에 의존하여 헌법상 기본권을 결정하는 방식의 접근이 갖는 중대한 결함의 한 가지는, 해당 개인이 다른 개인이나 국가와 맺고 있는 실질적인 법적 관계 속에서 보호의 불균형이 발생한다는 점이다. 특히 외국인이 국민 또는 국가와 위계적 내지 상호적 관계를 맺고 있을 때 양자 사이의 기본권 인정 및 보호수준의 차이가 중요한 문제가 된다. 예컨대, 고용이나 공권력 행사의 관계 속에서, 국민인 고용주나 공무원 등 권력자에 대해서는 기본권을 온전히 인정하면서 외국인에 대해서는 일부 기본권을 인정하지 않거나 기본권을 인정하더라도 국민에 미치지 못하는 수준으로 인정하는 경우, 이러한 불균형은 필연적으로 이주민에 대해 광범위하게 불리하게 작용하게 된다.

게다가, 외국인에 대해 인정되는 기본권의 목록과 그 수준을 헌법재판소가 해석으로 결정하는 과정에서 자의성이 작용하고 있다는 의심이 제기된다. 예컨대, 헌법재판소는 직장 선택의 자유를 인간의 권리로서 인정하며 외국인근로자의 기본권주체성을 인정하면서도 별다른 설명 없이 '우리 국민과 동일한 수준의 직장 선택의 자유가 보장된다는 것을 의미하는 것은 아니다'라고 설시하고 심사기준을 완화하였다.[152] 이렇게 헌법재판소는 기본권 향유에 있어서 '국적'을 이유로 한 차별의 정당성을 '심사'하는 것이 아니라, 아예 기본권 자체가 국적에 따라 다르다는 차별적인 전제를 상정함으로써 그 차별의 정당성을 헌법적 심사 대상에서 제외시킨다.

이런 방식의 이주민의 기본권에 대한 논의 속에 국적법에서 채택하고 있는 혈통주의적 사고가 작용하고 있다고 생각된다. 즉, 국민의 지위가 혈통과 연동되어 출생시 부여되고 유지되어 오면서, 국민이라는 지위가 민족을 이유로 획득되는 자연적 지위인 듯 착각하게 되는 효과가 있다고 생각된다. 이런 효과로 국가권력과의 관계에서 법적 지위로서 국민의 관계를 상정하는 것이 아니라, 선주민의 특권으로서 국민이라는 지위를 사유하게 된다고 생각된다. 혈통주의는 시민으로서의 지위를 부여

152) 헌재 2011. 9. 29. 2007헌마1083등; 헌재 2011. 9. 29. 2009헌마351 참조.

하는 기준에 대한 법률상 원칙일 뿐인데, 오히려 이러한 법률상의 원칙이 기본권 해석에서의 배타적인 태도를 형성하고 정당화하는 역전현상이 일어나고 있다고 보인다.

이런 기본권의 인정에서의 이주민에 대한 배타성이 특징적으로 드러나는 것이, 외국인의 강제적 출국이라는 인권 제한에 대한 둔감한 태도이다. 예컨대 외국인에 대한 보호조치나 출국만기보험지급 등에 대한 헌법재판소의 결정에서 이런 태도가 관찰된다. 2012. 8. 23. 선고된 2008헌마430 사건에서 외국인이 불법체류를 했다는 사실 자체로 보호의 긴급성을 인정하여 출입관리사무소장등의 보호명령서 없이 실시된 긴급보호를 헌법적으로 허용한 결정이나, 2016. 3. 31. 선고된 2014헌마367 사건에서 개인의 재산권으로서의 출국만기보험의 성격을 인정하지 않은 채 이 보험금을 출국을 강제하는 도구로 사용한 국가행위를 "출국을 담보하기위해 불가피하다"는 이유로 정당화한 것 등이다.

그런데 강제성이 있는 출국 요구 혹은 조치는 국가가 공권력을 이용해 신체 및 거주지를 이동시키는 행위로서, 그것이 물리적으로 행해지든 법적으로 행해지든 인간의 자유에 대한 상당히 높은 수준의 제한이라고 보고 엄격하게 접근해야 한다. 체류자격 역시 법률에 의해 정해지는 것임을 고려하면, 단순히 이러한 체류자격에 따라 개인의 기본권 자체를 달리 해석하는 것은 인권 내지 기본권 보장을 포기하는 것과 다름없다. 일반적으로 주거에서의 강제퇴거와 마찬가지로, 점유 및 거주에 대한 법적 자격이 없다고 하여 그 사람의 인권 내지 기본권이 줄어들거나 사라지지 않는다. 체류자격이 없는 외국인이 영토를 떠나야 한다는 법적 제한 자체가 헌법적으로 인정된다고 해서, 외국인이 영토를 떠나도록 하는 목적을 달성하기 위한 어떤 수단이든 정당화되는 것은 아니라는 관점에서 그 논의가 진행되어야 한다.

3. 국제법과의 관계와 인권보호의 공백

헌법상 기본권이나 국제인권법상 인권은 근본적으로 인간이라는 존재 자체로부터 도출되는, 따라서 '모든' 인간에게 인정되는, 존엄성, 자유와 평등의 가치를 증진하고 보장하는 것을 목적으로 한다. 인권과 관련하여 헌법과 국제법의 효력에 대한 논의는, 이런 공동의 목적을 달성하겠다는 약속을 전제로 하면서, 동시에 주권을 고려하여 구체적인 관할을 정한 문제라고 볼 수 있을 것이다. 그렇다면 인권의 가치를 승인한 헌법을 채택하고 또 관련 국제조약을 승인한 국가라면, 설령 관할 내에 헌법의 기본권 적용범위에서 배제되는 사람이 있다고 하더라도 최소한 국제법상의 인권 보호를 받도록 하는 것이 타당한 헌법 해석이라고 보아야 할 것이다. 적어도, 영토 및 관할 내에 있는 어떤 사람이 헌법상 기본권도 국제법상 인권도 보장

받지 못하는 공백의 상태는 본질적으로 인정될 수 없을 것이다.

그렇다면 헌법 제6조 제2항에서 "외국인은 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 그 지위가 보장된다."라고 규정한 것은, 상호주의의 원칙이라기보다 오히려 보충성의 원칙으로 이해되는 것이 더욱 타당한 것이 아닌지 생각된다. 즉, 한국의 영토 또는 관할 내에서 외국인이 헌법상 기본권의 보호를 받지 못하는 경우 국가가 최소한 국제법을 따라야 한다는 헌법적 명령이라고 보는 것이다. 이런 해석에서는 헌법상 기본권 주체성이 인정되지 않을 때 더 이상 구제받을 방법이 없다고 볼 것이 아니라, 최소한 인권과 관련해서는 국제법과 조약에 의하여 구제받을 수 있게 함이 타당할 것이다. 그런 측면에서 기본권 내지 인권의 공백을 초래하는 방식의 '상호주의'적 해석은 발제자의 지적대로 근거도 없고 합리성도 없다고 본다.

이렇게 외국인의 기본권과 관련하여 보충성의 원칙으로 국제인권법이 적용된다면, 헌법에 의한 기본권 보호가 충분히 이루어지지 않을 때 국제법이 직접적인 효력을 가질 수 있다. 관련하여, 외국인에 대해 일어나는 현상인 외국인혐오(제노포비아)나, 고용허가제상의 사업장변경제한과 같이 직장의 이동을 금지하는 제한에 대해 생각해 볼 수 있다. 전자의 외국인에 대한 혐오표현(차별선동, 증오선동)에 관해서는 국내법에 관련 규정이 없더라도 최소한 외국인에 대해 세계인권선언 제7조,[153] 자유권규약 제20조 제2항,[154] 인종차별철폐협약 제4조[155] 등의 규범이 적용되어야 한다고 인정될 수 있다.[156] 후자의 사업장변경제한과 관련해서는 강제노동의 금지와 관련된 국제노동기구의 조약과 해석이 헌법의 적용에서 보충적으로 고려될 수 있다.[157]

---

153) 세계인권선언 제7조("모든 사람은 … 어떠한 차별의 선동에 대하여도 평등한 보호를 받을 권리를 가진다").

154) 자유권 규약 제20조 제2항("차별, 적의 또는 폭력의 선동에 해당하는 민족적, 인종적 또는 종교적 증오의 옹호는 법률에 의하여 금지되어야 한다").

155) 인종차별철폐협약 제4조("당사국은 특정 인종이나, 특정 피부색 또는 특정 종족출신인 사람들의 집단이 우월하다는 관념이나 이론에 근거를 두고 있거나, 어떠한 형태로든 인종적 증오와 차별을 정당화하거나 증진시키려고 시도하는 모든 선전과 모든 조직을 규탄하며, 또한 당사국은 이 같은 차별의 모든 선동 또는 행위를 근절시키기 위한 즉각적이고 적극적인 조치를 취할 의무를 지며, 이 목적을 위하여 세계인권선언에 담긴 원칙 및 이 협약 제5조에 명시적으로 언급된 권리를 합당하게 고려하여, 무엇보다, (a) 모든 인종우월주의나 인종증오에 바탕을 둔 관념의 전파, 인종차별의 선동, 그리고 어떤 인종이나 다른 피부색 또는 종족적 기원을 가진 사람들로 구성된 집단에 대한 모든 폭력행위와 그런 행위의 선동, 또한 재정적 지원을 포함하여 인종주의적 활동에 대한 모든 원조의 제공을 법률에 의하여 처벌되는 범죄로 선언하여야 한다. (b) 인종차별을 고무하고 선동하는 조직과 조직적 및 기타 모든 선전활동을 불법으로 선언하고 금지시켜야 하며, 이러한 조직이나 활동에의 참여를 법률에 의하여 처벌되는 범죄로 보아야 한다. (c) 국가 또는 지방의 당국 또는 공공기관이 인종차별을 고무하거나 선동하는 것을 허용하여서는 아니 된다").

156) 관련하여, 2014. 12. 9. 일본최고재판소는 '재일특권을 허용하지 않는 시민회'(이하 '재특회')가 재일조선인 학생에 대하여 명예훼손적 발언을 한 것을 인종차별철폐협약에서 금지한 인종차별에 해당한다고 인정하고 그 위법성을 인정하여 손해인정액을 가중시키는 결정을 내린 바 있다. 헌법재판소 헌법재판연구원, "재일조선인에 대한 헤이트 스피치와 표현의 자유의 한계(2014년 12월 9일 최고재판소 제3소법정 결정)", 세계헌법재판동향(제11호), (2015. 2.) 참조.

157) 사업장 변경제한 조항과 관련하여 강제금지의 원칙에 비추어 논의한 연구로 김지혜(2016). "외국인근로자의 사업장 변경제한과 강제노동금지의 원칙". 공법연구(한국공법학회), 44(3), 189-210 참조.

이 말은 결국 외국인에 대해 국민과 같은 수준이거나 최소한 국제법에 따른 수준에서 반드시 기본권 내지 인권 보호를 제공해야 한다는 의미가 된다. 이런 식의 외국인의 권리 보장이 불합리하다고 보기 어렵다. 외국인이 이주민으로서 국가 공동체 안에서 생활하면서도 민주주의 국가에서 행사하여야 할 정치적 권리를 갖지 못하고 따라서 입법자에게 영향을 미치지 못한다는 점을 고려할 때, 외국인의 기본권이 오롯이 해당 국가의 입법자에 의하여 결정되게 한다면 외국인에 대한 최소한의 방어막이 보장되지 않을 가능성이 있다. 역사적으로 노예나 노동착취가 많은 경우 외국인에 대해서 이루어지고 그들에게 시민권을 주지 않은 상태에서 이루어졌다는 점은, 이러한 보충적 보호의 정당성을 더욱 뒷받침한다.

결론적으로, 외국인이 국민에 비해 여러 가지 법적 권리의 측면에서 제약이 있기 쉽고 이러한 제약의 정당성이 심사를 통해 인정될 수는 있지만, 단순히 국적법상 외국인이라는 이유로 헌법상 기본권이 자의적으로 거부되거나 축소될 수 없을 것이다. 외국인에 대해 헌법상 기본권 보호가 미치지 못한다고 하더라도 최소한 국제법상 인권규범이 적용되어야 한다고 보아야 할 것이다.

‘이주민의 기본권의 재구성’에 관한 토론문

이한숙 (이주와인권연구소 소장)

이주민의 기본권의 재구성에 대한 논의를 헌법에서 출발하는 것에 대해

발제자는 ‘이주민의 기본권의 재구성’을 위한 논의에서 “이주민의 헌법상 기본권 주체로서 지위”를 중요한 문제로 제기하고 있다. 이는 “「헌법」에서 외국인을 어떻게 바라보는지가 모든 법률의 입법, 해석 및 운영의 지표”가 된다고 보기 때문일 것이다.

「헌법」은 제2장 표제를 “국민의 권리와 의무”로 하고 있지만, 제6조 제1항 “헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다.”, 제2항 “외국인은 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 그 지위가 보장된다.”고 명시하고 있다. 사실상 제6조만으로도 ‘외국인’ 또한 기본권의 주체로서 헌법상 지위가 보장되는 것으로 볼 수 있다. 한국정부가 가입한 국제인권조약이 대부분의 기본권을 포괄하고 있기 때문이다.

그런데 「헌법」 제2장 표제와 제6조에 대한 법원과 헌법학자들의 해석은 그렇지 않기 때문에 발제자는 이러한 해석에 대해 문제제기 한 후 참정권이나 입국의 자유 등을 제외한 기본권 주체성을 ‘국민’이 아니라 ‘모든 사람’으로 명문으로 확인할 수 있도록 하는 등 헌법 개정 방향을 제안하였다.

발제자의 이런 제안에는 전적으로 동의한다. 그러나 그런 전적인 동의와는 다른 차원에서 ‘이주민의 기본권의 재구성’을 위한 논의에서 헌법상 지위의 보장을 가장 우선 제기한 것에 대해 몇 가지 염려가 생긴다.

우선 실제 2016년 한국의 현실에서 이주민의 기본권은 둘째 치고 ‘국민’의 기본권에 대해서도 「헌법」이 여타 법률의 입법, 해석, 운영의 지표가 되고 있는 게 맞는지 모르겠다. 헌법에서 보장한 국민의 기본권을 침해하는 법률이 입법되고, 헌법에서 보장한 국민의 기본권을 침해하는 방식으로 법률이 운영되는 것을 드물지 않게 볼 수 있기 때문이다.

또한 헌법은 국회 의결을 거쳐 국민투표에 의해서만 개정될 수 있다. 때문에 충분한 사회적 논의를 통한 사회적 동의가 있어야(전반적인 사회적 인식이 변해야), 그러한 동의의 최종 결과로서만 헌법이 개정될 수 있을 것이다. 그런 점에서 헌법 개정은 외국인의 기본권 주체로서 지위를 인정받기 위한 출발점이 되기는 어렵지 않을까. 즉 헌법이 먼저 개정되고 개정된 헌법 하에서 국내 법체계가 재정비되기를 기대하는 것은 비현실적이지 않은가 하는 것이다.

그러나 실제 헌법 개정이 어렵더라도 ‘이주민의 기본권 주체로서 지위’에 대한 사회적 논의를 불러일으키는 계기로 이주민의 헌법상 지위 문제를 제기할 수도 있을 것이다. 그러나 그런 경우에도 왜 헌법인가, 하는 의문은 여전히 남는다.

헌법은 매우 중요하지만 선언적이고 상징적이다. 그런데 현재의 한국사회 상황을 고려할 때 선언적이고 상징적인 법을 기존 법체계에 대한 문제제기의 선두에 두면 실속은 적고 반발은 크지 않을까.

이주민의 기본권은 당사자에게는 절박한 생존권의 문제다. 기본권에서 배제된 당사자들은 보육원에 버려졌지만 공적 지원을 받지 못하는 이주아동, 장애인등록을 하지 못해서 활동보조인 지원을 받지 못하고 그래서 학교에 가지 못하는 난민 장애인아동, 가족이 아무도 없는 채 병들었지만 시설에 입소할 자격이 없고 건강보험도 없는 화교 노숙인 같은 구체적 인간들이다. 이주민의 기본권을 재구성하기 위한 국내 법체계 정비를 위한 논의의 출발점이 기본권을 박탈당한 이런 구체적 인간들을 드러낼 수 있는 어떤 지점이라면 좋지 않을까.

자유권적 기본권과 사회권적 기본권의 이분법에 대해

인간이 인간답게 살기 위해서 누려야 하는 기본권의 범위는 어디까지인지, 그 기본권을 누릴 수 있는 대상은 누구인지는 시대에 따라 변해온 역사성을 가진다고 생각한다. 그리고 누군가에 의해 절대불변의 진리로 선언되는 것이 아니라 합의되는 것이라고 생각한다. 때문에 누군가가 어떤 권리에서 배제되는 것이 마땅하다고 주장한다면 그 근거를 밝혀야 한다. 역사적으로 권리에서 배제된 집단들은 그 근거와 맞서 싸우고 설득하며 평등권을 확장해 왔다.

어떤 인종이어서, 어떤 종족이어서, 여성이어서 그 시대가 합의한 기본권을 누리지 못하던 시절도 있었다. 현대 민주주의 국가에서 어떤 사람을 인종, 종족, 젠더에 근거해서 명시적으로 기본권에서 배제시키는 경우는 없다. 지금은 국적 혹은 시민권이 그 배제의 기준이 되곤 한다. 그러나 모든 외국인(비시민)이 모든 기본권에서 배제되는 경우도 드물다. 때로는 어떤 외국인이냐에 따라 시민과 거의 동등한 권리를 누리기도 한다.

그런데 왜 외국인은 자유권적 기본권은 누릴 수 있지만 사회권적 기본권은 누리지 못한다고 주장하는지 도무지 그 근거를 모르겠다.

그 주장에 따르자면 국내 체류 외국인은 자유권적 기본권은 누려야 할텐데 「출입국관리법」 제17조 2항에서 외국인의 정치활동을 금지하고 있는 것을 보면 그런 것도 아닌 듯하다. 반면 국제조약조차 예외로 두고 있다는 참정권은 일부 보장되고 있다.

그리고 그 주장에 따르자면 국내 체류 외국인은 사회권적 기본권은 보장받을 수 없지만, 실제 한국에서 외국인의 사회권적 기본권 보장은 매우 제한적이고, 매우 느리지만 분명히 점진적으로 확대되어 왔다. 외국인이라도 사회복지의 큰 비중을 차지하는 사회보험에 가입할 권리를 가진다. 산업재해보상보험은 미등록 체류자도 그 적용 대상이다. 4대 사회보험 중 유일하게 국민연금이 상호주의 원칙을 견지하고 있지만 그조차 취업비자를 가진 외국인은 상호주의와 양국 간 사회보장협약에 관계

없이 일시반환금을 받을 수 있다. 공공부조는 사회보험보다는 훨씬 제한적이지만 역시 일부 외국인에게 적용된다.

한국뿐 아니라 국제사회에서도 이런 권리의 확대는 법적 맥락보다는 다른 경제적, 사회적, 정치적 맥락에서 이루어져 온 것 같다.

자유권적 기본권과 사회권적 기본권을 분리하는 헌법학자들의 주장에 따르자면 이런 사회권적 기본권을 외국인에게서 다시 빼앗아 와야 하는 것인가? 외국인은 사회권적 기본권을 보장받을 수 없다는 법원과 헌법학자들의 법 해석은 배가 이미 떠난 항구에서 그 배에 누구를 태울지 싸우고 있는 꼴인 것 같다.

본 토론자는 불행히도 법조인이 아니기 때문에 법 조항을 둘러싼 (매우 전문적인 용어로 설명되는) 해석을 잘 이해하기 힘들고, 다행히도 법조인이 아니기 때문에 그런 해석에 별로 관심이 없다. 그리고 헌법학자들이나 법원이 관련 법 조항을 이러저러하게 해석했기 때문에 이러저러한 판결이 나온 것이 아니라 이러저러한 판결을 하기 위해서 이러저러한 해석을 동원한다고 생각하는 편이다.

같은 맥락에서 기본권 주체성을 '국민'이 아니라 '모든 사람'으로 명문으로 확인할 수 있도록 헌법이 개정되더라도 자유권적 기본권과 사회권적 기본권을 분리해 해석하던 헌법학자들이 달라질 것 같지 않다. 아마도 이 '모든 사람'은 '관할권 내의' '모든 사람'이 되고, 미국의 수정헌법 제14조를 둘러싼 해석의 역사처럼 이번에는 '관할권'이 어디까지인지를 두고 갖가지 해석이 등장할 것 같다.

이주민이 누릴 수 있는 기본권의 범위를 결정하는 문제가 출입국관리의 문제인가

본 토론자는 헌법에서 명시한 기본권은 인간이든 국민이든 적어도 최소한은 누려야 되는 권리를 명시한 것이라고 생각해 왔다. 만약 헌법에서 명시한 기본권이 최소한의 권리를 명시한 것이라면 헌법에서 국민만을 기본권의 주체로 명시했다 하더라도, 헌법이 이주민에게는 그런 권리를 보장하면 안 된다고 규정한 것도 아니지 않은가. 여타 법률이 헌법 이하를 보장하면 안 되지만 헌법 이상을 보장하는 거야 무슨 문제가 있겠는가.

헌법에서 명시한 기본권이 최소한의 권리를 명시한 것이라면 이 사회구성원은 그 이상의 권리를 누려야 한다. 이주민도 마찬가지다. 그리고 실제 이주민이 누릴 수 있는 기본권이 어디까지인지는 사회적 합의에 의해 결정될 것이고, 여타 법률에 의해 구체화될 것이다.

그런데 문제는 이주민이 누릴 수 있는 기본권의 범위가 법률이 아니라, 때로는 그보다 훨씬 더 자주 시행령과 시행규칙과 행정당국의 각종 내부 지침에 의해 결정되고 있다는 것이다. 그 결정에서 가장 큰 권한을 가지고 있는 곳은 출입국관리당국이다.

출입국관리당국은 우선 비자 타입을 세분화해서 나누고, 각종 기본권도 잘게 세분화해서 나눈 뒤 비자 타입에 따라 누릴 수 있는 권리를 정한다. 그래서 비자타입

중 영어스펠링대문자-숫자-그 다음 숫자까지 확인해야 해당 이주민이 구체적으로 어떤 기본권을 누릴 수 있는지, 고용보험의 혜택을 어디까지 받을 수 있는지, 건강보험은 언제 가입할 수 있는지, 국민연금 일시반환금은 받을 수 있는지 등등을 알 수 있다.

물론 모든 외국인이 동등한 기본권을 보장받을 수는 없을 것이다. 외국인 관광객과 장기체류자에게 동일한 기본권 보장을 요구하는 것은 비현실적이다. 그런 점에서 헌법을 중심으로 한 논의가 가지는 또 하나의 한계는 은연중에 국민과 외국인의 이분법을 따라가게 된다는 것이다.

외국인이라도 사실상 한국사회의 구성원인 사람들에게는 한국사회에서 살아가기 위해 필요한 기본권을 보장해야 하지 않을까. 그런데 사실상의 한국사회의 구성원, 구성원으로 받아들여져야 하는 사람들의 기준은 무엇인가. 누가 이 기준을 결정하는가.

현재의 비자시스템을 통한 이주민 서열화의 기준에는 혈통, 인종, 종족, 젠더가 노골적으로 녹아들어있다. 남아시아 출신 결혼이주남성이 영주권을 받기 얼마나 어려운지 아는 사람은 안다. E-9 이주노동자는 E-7이나 F-2로 비자를 변경하면 영주권과 국적에 접근할 수 있지만 그러려면 그게 가능한가, 싶은 관문을 통과해야 한다. 한국에서 태어나서 자라고 한국말밖에 모르지만 부모를 잘 못 만나서 합법적인 체류권이 없는 이주아동에게는 영주권은커녕 합법적 체류권 자체가 그림의 떡이다. 그런데 일정액 이상을 국내에 투자한 해외투자자들은 영주권을 한 번에 받을 수 있다.

비자 타입과 그에 따른 권리, 합법적 체류 여부와 체류 기간의 결정은 출입국관리당국, 사실은 담당 공무원의 재량에 맡겨져 있다. 그런데 이런 결정이 정말 출입국관리의 영역인가? 우리 사회의 구성원 자격을 결정하는 문제는 우리 사회의 지향과 가치를 결정하는 문제가 아닌가.

그렇다면 그 문제를 누가 결정해야 할까? 출입국관리당국도 아니지만 사법부도 아니었으면 좋겠다. 헌법소원은 어떤 것이 이주민의 권리가 아니라는 판례를 쌓아가는 것 같고, 법해석은 이주민들이, 그들을 지원하는 활동가들이 긴 세월 동안 어렵게 얻은 작은 권리조차 부정한다.

「교육기본법」은 “국민”이 갖는 의무교육의 권리만을 보장하지만 이주아동의 교육권 보장을 위한 오랜 싸움은 미등록 체류아동이라도 의무교육을 받을 수 있는 관행을 만들었고, 이는 「초중등교육법」 시행령을 통해 명문화되었다. 반면 「아동복지법」은 국민만을 그 대상으로 규정하고 있지 않지만 그 적용대상이 국민이라고 ‘해석’된다.

법률의 규정은 중요하다. 그러나 그보다 더 중요한 것은 우리사회의 시민들이 적어도 그 권리는 누구나 생존을 위해 꼭 필요하다고 생각하는 사회적 합의가 아닐까. 많은 경우 법이나 제도보다 더 결정적인 것은 관행(practice)이고, 관행은 사회

적 합의에 기초해 형성되고, 법은 그 뒤를 따라오는 것은 아닐까. 그 합의를 어떻게 만들어 낼 수 있을까. 그 합의를 위한 논의를 어떻게 끌어낼 수 있을까. 그 논의를 위한 법적 쟁점은 어디서 형성되어야 할까. 법률가들의 고민이 거기서 시작되었으면 좋겠다.