

한국이민법학회 · 숙명여자대학교 법학연구소
2015년 추계공동학술대회

아동이주의 이민법적 쟁점

- 일시: 2015년 10월 30일(금) 13:30~18:00
- 장소: 숙명여자대학교 진리관 501호
- 주최: 한국이민법학회 · 숙명여자대학교 법학연구소

한국이민법학회



숙명여자대학교
법학연구소

프로그램

13:30 ~ 14:00 등 록

14:00 ~ 14:20 개회식

- 개회사: 석동현 변호사(한국이민법학회 회장)
- 환영사: 우병창 교수(숙명여대 법학연구소장)

제1부

사회: 김해룡 교수(한국외대)

14:20~14:50 • 제1주제: 이주아동의 현황과 쟁점

- 발표: 강성식 변호사(법무법인 공존)

14:50~15:40 • 제2주제: 미성년 이주자의 권리

- 특히 이른바 '미등록' 미성년 이주자의 권리를 중심으로 -

- 발표: 최윤철 교수(건국대)
- 토론: 정상우 교수(인하대)

15:40~16:00 휴 식

제2부

사회: 김환학 박사(헌법재판연구원)

16:00~16:50 • 제3주제: 결혼이민과 헤이그 국제아동탈취협약의 적용

- 발표: 광민희 교수(숙명여대)
- 토론: 문홍안 교수(건국대)

16:50~17:50 종합토론

- 토론: 박현영 비서관(이자스민 의원실)
채현영 법무담당관(유엔난민기구, UNHCR)
이창원 박사(IOM 이민정책연구원)

17:50

폐 회

- 폐회사: 석동현 변호사(한국이민법학회 회장)

목 차

【제1주제】

이주아동의 현황과 쟁점	강 성 식	1
--------------------	-------	---

【제2주제】

미성년 이주자의 권리

- 특히 이른바 ‘미등록’ 미성년 이주자의 권리를 중심으로 -	최 윤 철	15
--	-------	----

토 론 문	정 상 우	37
-------------	-------	----

【제3주제】

결혼이민과 헤이그 국제아동탈취협약의 적용	곽 민 희	41
------------------------------	-------	----

토 론 문	文 興 安	75
-------------	-------	----

【종합토론】

토 론 문	박 현 영	79
-------------	-------	----

토 론 문	채 현 영	83
-------------	-------	----

토 론 문	이 창 원	87
-------------	-------	----

[제1주제]

이주아동의 현황과 쟁점

강 성 식*

- I. 서론
- II. 이주아동의 법적 정의
- III. 이주아동의 사회통합방법론
- IV. 마치며

I. 서론

출입국·외국인 정책본부가 매년 발표하는 출입국·외국인 통계연보에 따르면, 1990년 49,507명이던 국내 체류 외국인¹⁾은, 10년 후인 2000년 210,249명으로 4배로 증가하였고, 다시 10년 후인 2010년에는 1,261,415명으로 6배로 증가하였으며, 2014년에는 1,797,618명으로 4년 만에 다시 1.5배로 증가하였는 바, 이는 대한민국 전체 인구의 3.57%에 해당되는 수로, 대한민국은 소위 ‘다문화’ 또는 ‘다국적’ 사회로 이행되고 있음은 명백하다.

그러나 아직까지도 위 새로운 이주자들에 대한 대한민국 사회의 인식은 냉랭하다. 한국 사회에서 외국인들은 일자리 잠식과 범죄율 증가, 그리고 복지비용 증가 문제의 원흉으로 지목받는 경향이 있다.²⁾

이러한 사회 분위기 속에서 2014. 12. 18., 이자스민 의원의 대표발의로 이주아동

* 법무법인 공존, 변호사.

1) 출입국관리법 상 ‘외국인’은, 대한민국의 국적을 가지지 아니한 사람으로, 무국적자를 포함한다. 이하에서 ‘외국인’은, 출입국관리법 상 외국인을 의미한다.

2) 2014. 2. 6. 아산정책연구원이 발표한 ‘한국인의 이민자 인식’ 여론조사 참조 <http://me2.do/szZ7S7sl>

의 기본권 보장을 목적으로 하는 ‘이주아동권리보장기본법안’이 발의되었으나, 발의된 법안에 대해서는 극심한 반대여론이 일어,³⁾ 당해 법안의 통과 여부는 미지수인 상황이다.⁴⁾

국내에 체류하는 19세 이하의 등록외국인의 수는 2015. 6. 30. 기준으로 93,288명(전체 등록 외국인의 5.3%)이며, 19세 이하의 미등록 불법체류자는 5,775명(전체 불법체류외국인의 2.7%)으로 추산된다.⁵⁾ 그러나 관련 전문가들에 따르면, 그 밖에도 부모 또는 본인에 대한 체류상의 불이익이 두려워 외국인등록을 하지 못하고 있는 불법체류자들의 미성년 자녀들까지 합하면, 불법체류 아동들은 20,000여 명에 이를 것이라고 한다.⁶⁾ 불법체류 아동들은, ‘세계인권선언’ 및 ‘아동의 권리에 관한 협약(이하 ‘아동권리협약’)’에 의해 보장되는 최소한의 교육권, 의료권, 출생등록권, 국적취득권 등을 보장받지 못한다.

한편, 위와 같은 국내 체류 외국인 중 상당수는, 국제결혼에 따른 결혼이민자들이다. 결혼이민자들은 2000년대 이후 급속하게 증가하여 2014년에는 150,996명⁷⁾에 이르렀는데, 이는 국내체류외국인의 8.4%에 해당하는 수로, 그들과 한국인 배우자 사이에서 태어난 한국인 또는 외국인 자녀들은, 대단히 특수한 문제에 직면하고 있다.

2014년 결혼이민자 중 대다수를 차지하는 중국, 베트남, 필리핀, 캄보디아 국적자들(96,128명) 중 상당수는 경제사정이 좋지 않기 때문에, 한국인 배우자의 경제력을 보고 한국에서의 경제적으로 풍요로운 생활을 꿈꾸며 결혼을 하거나, 또는 결혼 후 대한민국에서 취업하여 본국의 가족들에게 송금하기 위한 목적으로 결혼을 하는 경우가 많은데, 그 때문에 문화적·언어적 차이에 대한 별다른 고려 없이 결혼에 이르게 되고, 얼마 지나지 않아 부부관계가 파탄에 이르는 경우가 상당수 존재한다. 1995년부터 2014년까지 국제결혼부부 이혼 누적 건수는 총 112,632건에 달한다.⁸⁾

3) 국회입법예고 홈페이지 이주아동권리보장기본법안 페이지에는, 2주 간의 입법예고기간 동안 14,000개가 넘는 반대 댓글들이 달렸다.

4) 2010. 10. 22.에는 김동성 의원의 대표발의로 ‘이주아동권리보장법안’이 발의된 바 있으나, 18대 국회에서 통과되지 못하고 폐기된 바 있다.

5) 출입국·외국인통계월보(2015. 6.)

6) 이주아동권리보장기본법 제정 추진 네트워크, 『이주아동 인권보장을 위한 정책 브리프』 (2015. 5.)

7) 출입국·외국인통계연보(2014)

8) 통계청, 인구동향조사 : 이혼종류별 외국인과의 이혼(1995~2014)

국제결혼부부가 이혼한 후에도 결혼이민자가 한국에 거주하는 경우도 있지만, 여러 가지 이유로 본국으로 돌아가는 경우도 많이 있는데, 본국으로 돌아가는 결혼이민자가 어린 자녀를 배우자의 동의 없이 본국으로 데려가 버리는 상황이 종종 발생하고 있다. 이는 소위 ‘아동 약취’의 문제로, 최근 대법원이 베트남 여성이 한국인 남편과의 사이에서 낳은 아들을 베트남으로 데려간 사건에 대해 미성년자약취죄 등이 성립하는지 여부에 대하여 판단하기도 하였는바(대법원 2013. 6. 20. 선고 2010도14328 전원합의체 판결), 배우자의 자녀에 대한 친권 및 양육권, 면접교섭권 등이 침해될 소지가 있음은 물론이고, 당해 아동의 인권까지 침해될 소지가 크다는 점에서, 이주아동과 관련된 중요한 법적 쟁점 중 하나라 할 것이다.

따라서 본 대회에서는 이주아동과 관련된 주요 쟁점들인 ‘이주아동의 지위와 복지’ 및 ‘아동 약취’를 주제로 논의가 이루어질 예정이며, 이 글에서는 그러한 논의들을 위한 일반론으로서 ‘이주아동’의 법적 정의와, ‘이주아동’의 사회통합에 대한 바람직한 방법론에 대해 간단히 살펴보고자 한다.⁹⁾

II. 이주아동의 법적 정의

1. ‘아동’의 법적 정의

‘아동’이란, ‘아동’에 관한 가장 대표적인 국제 규범인 아동권리협약에 따르면, 18세 미만인 자를 말한다. 그러나 ‘국제적 아동탈취의 민사적 측면에 관한 협약(이하 ‘헤이그 국제아동탈취협약’)'에서는 16세 미만인 자를 의미하며, ‘가혹한 형태의 아동 노동금지와 근절을 위한 즉각적인 조치에 관한 협약’에서는 18세 미만인 자를 의미한다.

국내법에서도 ‘아동복지법’, ‘실종아동등의 보호 및 지원에 관한 법률’, ‘장애아동 복지지원법’ 등이 ‘아동’의 정의를 18세 미만인 자로 규정하고 있고, ‘아동의 빈곤에

⁹⁾ 사회통합방법론은 엄밀히 말하면 법적인 쟁점은 아니나, 이주아동 관련법들이 취해야 하는 방향에 대한 논의이므로, 이주아동 관련법들을 논함에 있어서 논의의 전제로서 짚고 넘어가야 하는 부분이다.

방 및 지원 등에 관한 법률'과 '아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법'이 아동복지법의 '아동' 정의규정을 인용하고 있는 반면, 아동·청소년의 성보호에 관한 법률은 19세 미만인 자를 '아동·청소년'으로, '헤이그 국제아동탈취협약 이행에 관한 법률'은 16세 미만인 자를 '아동'으로 규정하고 있다.

이처럼, '아동'의 연령 범위를 달리 정의한 경우도 분명히 존재하며, 기타 법률에서 규정하는 '미성년자', '청소년', '영유아'와 같은 개념들과의 구별도 모호한 경우가 많기는 하지만, 국제 규범들이나 국내법들은 대체로 18세 미만의 자를 '아동'으로 정의하고 있다. 따라서 법적인 '아동'의 범위는 원칙적으로 18세 미만의 자라고 볼 수 있을 것이다.

한편, 국가인권위원회에서 2010. 10. 발표한 '이주아동의 교육권 실태조사'라는 연구용역보고서에서는 '7세 이상 18세 미만'을 '아동'의 범위로 정하고 있고, 동 위원회에서 2013. 10. 발표한 '가족형태의 변화에 따른 이주아동의 인권상황 실태조사'라는 연구용역보고서에서는 원칙적으로 '8세 이상 18세 이하'를 대상으로 하면서, 중도입국 아동의 상당수가 20대 초반이라는 실태조사 결과에 따라 24세까지도 대상으로 포함시키고 있다.

또한 법무부의 출입국·외국인 통계연보는, 외국인등록을 한 체류외국인의 연령별 통계를 '0~4세', '5~9세', '10~14세', '15~19세'의 범위로만 구분하고 있고, 출입국·외국인 통계월보는 '19세 이하'의 범위로만 구분하고 있어, 18세 미만 또는 16세 미만인 '아동'인 외국인의 통계는 발표되지 않는다.¹⁰⁾

이와 같이, 원칙적으로 법적인 '아동'의 범위는 18세 미만의 자라고 볼 수 있음에도, 학계의 논의나 정부의 통계에서는 그러한 규정들과는 상관없이 필요에 따라 범위를 설정하기도 한다. 헤이그 국제아동탈취협약 상의 '아동'은 16세 미만으로 규정되어 있는 점을 근거로, 보호해야 할 아동의 권리의 특수성이나 그 보호필요성에 따라 법적인 '아동'으로 보는 연령을 달리 정할 필요가 있을 수도 있지만, 18세 미만으로 통일적인 '아동'의 범위를 설정하는 것이, 적어도 법적 정의의 측면에서는 불필요한

10) 행정자치부가 발표하는 '2015년도 지방자치단체 외국인 주민 현황' 통계자료에는, 외국계 부 또는 모를 둔 18세 이하 주민의 통계가 발표되고 있으나(2015. 1. 1. 기준 207,693명), 이는 결혼이민자 및 국적취득자들만을 대상으로 그 자녀들의 수를 집계한 것으로, 자녀의 국적, 그리고 결혼이민자 및 국적취득자들을 제외한 다른 유형의 이민자 부모들은 고려되지 않은 통계이다.

혼란을 막고 합리적 이유 없는 차별의 소지도 줄일 수 있을 것으로 보인다.

2. '이주'의 법적 정의

다음으로 어떠한 '아동'이 법적인 '이주아동'이라고 볼 것인지에 관한 문제가 있다. '이주'라는 단어의 사전적 의미¹¹⁾에 비추어보면 '이주아동'의 법적 의미는 외국에서 출생하여 대한민국 내로 '이주'한 외국인 아동으로 해석할 수 있지만, 조금 넓게 해석하면, 아동 본인이나 아동의 부모 중 일방이 외국에서 출생하여 대한민국 내로 '이주'한 외국인인 경우를 의미한다고 볼 수도 있다.¹²⁾

구체적으로 이에 관한 국내 입법안들을 살펴보면, '이주아동권리보장법안(2010. 10. 22. 김동성 의원 대표 발의)'은 '대한민국 국민이 아닌 부모를 둔 아동으로서 국내에서 90일 이상 거주한 자'를 '이주아동'으로 정의하였고, '아동복지법 일부개정법률안(2014. 11. 18. 정청래 의원 대표발의)'은 '이주아동'을 '출입국관리법 제23조를 위반하여 체류자격을 받지 아니하고 대한민국에 체류 중인 사람으로서 보건복지부령으로 정하는 아동'이라 정의하였으며, '이주아동권리보장기본법안(2014. 12. 18. 이자스민 의원 대표 발의)'은 '대한민국에서 거주하는 대한민국의 국민이 아닌 18세 미만의 사람'을 '이주아동'으로 정의하였다.¹³⁾

이처럼 '이주아동'에 대한 정의도 다양한 형태로 이루어지고 있는데, 그 개념상 차이를 구성하는 부분은 '아동 본인의 국적', '부 또는 모의 국적', '대한민국 내 출생 여부', '대한민국 내 일정기간 거주 여부' 등이다.

11) 본래 살던 지역을 떠나 다른 지역으로 이동하여 정착함 (출처 : 국립국어원)

12) 더 넓은 개념으로, 탈북청소년과 제3국 출생 북한이탈주민 자녀를 포함하는 '이주배경청소년'이라는 개념도 사용되고 있다. (국회 여성가족위원회 정책연구 - 이주배경청소년의 유형별 실태와 정책과제(2012. 9.) 및 여성가족부 홈페이지 '이주배경청소년 지원사업' 관련 자료 http://www.mogef.go.kr/korea/view/support/support01_03_03_06.jsp 참조)

13) 참고로, 국가인권위원회는 2010. 10. 발표한 '이주아동의 교육권 실태조사'라는 연구용역보고서에서, '이주아동'을 '외국에서 출생하여 한국으로 이주했거나, 한국에서 출생했으나 부모가 한국으로 이주한 경험을 가진 (만 7세 이상 18세 미만의) 자'로 정의하여, 위 법안들의 '이주아동' 정의들을 모두 포함하는 광의의 정의를 한 바 있다.

<이주아동 관련 법안들의 이주아동 정의 유형>

	이주아동권리보장법안	아동복지법 일부개정법률안	이주아동권리보장기본법안
아동 본인의 국적	관계없음	외국 국적	외국 국적
부 또는 모의 국적	외국 국적	관계없음	관계없음
대한민국 내 출생 여부	관계없음	대한민국 내 출생한 아동	관계없음
대한민국 내 일정기간 거주 여부	90일 이상 거주	90일 또는 30일 이상 거주 ¹⁴⁾	관계없음

위와 같이 이주아동에 관한 법안들은 제각기 고유한 ‘이주아동’ 정의 규정을 가지고 있는 바, 어떠한 ‘아동’을 ‘이주아동’으로 볼 것인지에 관해서 아직 사회적 합의가 이루어지지 않는 것으로 보인다. 그러나 아동 본인 또는 그 부모 중 일방이 이주한 경험이 있는 경우에는 대한민국 사회에 통합됨에 있어서 일반적인 대한민국 아동에 비해 어려움이 있을 가능성이 높으므로, 입법론적인 측면에서는 아동 또는 그 부모 일방의 국적 중 어느 하나라도 대한민국 국적이 아닌 것이 있다면, 대한민국 내 출생 여부 및 체류기간에 관계없이 ‘이주아동’의 정의에 포함시켜 규율하는 것이 타당할 것으로 보인다.

이에 대해서도 역시 통일된 정의가 필요하지 않으며, 국제결혼가정 자녀, 외국인 근로자가정 자녀, 난민 청소년, 중도입국청소년 등 보호해야 할 대상들을 구체적으로 정하여 개별적으로 정의하면 된다는 주장도 있을 수 있으나, 위와 같은 분류들이 양립 불가능한 것들이 아니어서 과잉보호 및 과잉복지 논란이 발생할 수 있고, 불합리한 차별의 소지도 발생할 수 있다는 점에서, 적어도 법적 정의 측면에서는 통일된 정의가 필요하다고 생각한다.

3. 소결

¹⁴⁾ 출입국관리법 제23조를 위반하기 위해서는 출생 후 90일 이내, 또는 국적 상실 및 이탈 등 그 밖의 사유 발생일로부터 30일 이내에 체류자격 부여신청을 하지 않아야 하므로, 90일 또는 30일 이상 거주할 것을 요건으로 하고 있음을 알 수 있다.

이주아동들에게 어떠한 권리를 보장해 줄 것인지 만큼이나, 어떠한 대상에게 보장해 줄 것인지도 중요한 문제이다. 대상을 적절히 제한함으로써 법안에 대한 사회적인 반감을 낮출 수도 있는 반면, 대상이 과도하게 제한되면 권리보장의 의미가 퇴색될 수도 있기 때문이다.

물론 사회적 합의를 통해 통일적인 정의를 마련하는 것은 어려운 일이기도 하고, 통일적인 정의의 필요성이 높지 않다는 인식도 있을 수 있다. 그러나 개인적으로는 이주아동에 관한 논의 및 법적 규율에 있어서, 통일된 '이주아동'에 대한 정의가 필요하다고 생각한다.

그때그때 문제되는 주제들에 대하여 개별법을 제정하여 대처하기 보다는, 이주아동에 대한 전체적이고 통일적인 규율을 할 수 있는 일반법을 제정하여 큰 틀의 이민정책을 세워나가는 것이, 급속히 늘어나는 이민자들을 대한민국 공동체 내로 받아들이기 위한 바람직한 방향이라고 생각하고, 이를 위해서는 논의 및 법적 규율의 객체가 명확히 설정되어야 할 필요가 있기 때문이다.

III. 이주아동의 사회통합방법론

1. 이주자의 사회통합방법론

한 국가가 이주자들을 국가공동체 내로 통합시키는 방법에는, 동화주의적 방법론과 다문화주의적 방법론이 있다.¹⁵⁾ 동화주의적 방법론은 이주자들을 인종이나 민족 등의 구별 없이 국가공동체의 주류에 편입할 수 있도록 역량을 강화시키는 방식을 말하고, 다문화주의적 방법론은 이주자들의 인종이나 민족에 따른 다양성을 존중하며 이주자들에게 문화적 선택을 제공하는 방식을 말한다.¹⁶⁾

15) 동화주의를 민족주의적 다문화주의라고, 다문화주의를 비판적 다문화주의라고 부르기도 한다. (양천수, 영남대학교 법학전문대학원, 「안전행정부 외국인 주민 및 다문화 가족 지원 표준조례안의 인권적 평가와 개정방향」, 「외국인 인권 관련법 제개정을 위한 전문가 공청회 - 외국인근로자 자녀의 발달권 보장을 위한 법제 개선방안」, 경기도외국인인권지원센터, 2014. 3. pp.6-22)

16) 이민경, 대구대학교 교육대학원, 「이주가정 자녀 사회통합정책」, 2010, pp.4-5

이러한 이주자 사회통합방법론은, 국가의 정체성과도 깊이 연관되어 있다. 동화주의적 방법론은 국가적·민족적 정체성이 비교적 뚜렷한 프랑스¹⁷⁾, 영국, 독일 등의 유럽국가들에게서 나타나는 것으로 보이고, 다문화주의적 방법론은 전 세계로부터 이주민을 지속적으로 받아들여 사회구성원을 형성한 이민국가인 미국, 캐나다, 호주 등의 국가들에서 나타나는 것으로 보인다.

2. 이주아동 사회통합의 특수성

이주자 사회통합방법론은, 이주자들 중에서도 이주아동에 대해서는 더욱 중요한 의미를 가질 수 있다. 이주아동은 본인의 의사보다는 부모의 의사로 이주아동이 되는 경우가 일반적이기 때문에, 본인의 의사와 관계없이 사회적 차별 등 이민자로서 겪게 되는 어려움들에 노출되고, 이로 인해 사회에 대한 반감을 가지기 쉬운 측면이 있다. 그러나 한편으로는, 이주아동은 기본적으로 교육의 대상이 되기 때문에, 이미 본국에서 본국의 사회적 규범 및 문화를 따라 사회화를 거친 이주자들과는 달리, 이주한 국가의 사회적 규범 및 문화를 따라 잘 사회화될 여지도 크다.

이로 인해, 이주한 국가의 사회통합정책에 따른 영향은, 이주자 1세대보다는 그들의 자녀이자 이주자 1.5세대 및 2세대에 해당하는 이주아동에게 더 크게 나타나게 된다. 사회통합이 잘 이루어지게 된다면 이주아동들은 이주한 국가의 구성원으로서 귀속감을 그 이전 세대들보다 더 쉽게, 더 많이 느낄 수 있게 되며, 실제 생활방식이나 언어 또는 문화적인 측면에서 이주한 국가 공동체의 주류 사회로의 진입도 대단히 수월하다.

반면, 사회통합이 잘 이루어지지 않게 되면, 이주아동들은 그 이전 세대보다 쉽게 사회에 대한 반감을 드러내게 되고, 범죄나 폭동, 테러 등의 사회적 문제들을 야기하기도 한다. 최근 프랑스에서 발생한 샤를리 엡도(Charlie Hebdo) 테러사건도 이주자 2세대의 일탈에서 그 원인을 찾는 사람들이 많다.¹⁸⁾

17) 한승준, 「프랑스 동화주의의 다문화정책의 위기와 재편에 관한 연구」, 『한국행정학보』 제42권 제3호(2008 가을), pp.463-486

18) 오정은, 「이민 2세 사회통합을 위한 프랑스 정부의 새로운 실험 : 학교에서의 라이시테 현장」, IOM 이민정책연구원 이슈브리프, 2015, p.2.

3. 대한민국의 이주자 사회통합방식 - 다문화주의를 표방한 동화주의

대한민국은 지리적으로 다양한 인종과 문화가 공존할 만큼 영토가 크지 않고, 민족적 순혈주의가 매우 강한 나라이다. 그로 인해 대한민국 국민들은 일반적으로 이주자들을 대한민국의 구성원으로 인정하려 하지 않는 경향이 있다.

그러한 국가적·국민적 특수성은, 이주자들에 대한 사회통합정책의 기본방향이 동화주의로 흐를 수밖에 없게끔 한다. 프랑스, 영국, 독일과 마찬가지로, 국가적·민족적 정체성이 뚜렷하기 때문에, 국가 내로 새로이 진입한 이주자들에 대해 국가의 문화를 습득하여 동일한 문화를 가진 사회의 일원이 될 것을 요구하게 되는 것이 자연스러운 흐름이기 때문이다.

그런데 2000년 이후 급속하게 확산되고 있는 다문화 담론의 등장으로, 대한민국 정부는 다소 급격하다고 할 수 있는 다문화주의를 표방하고 있지만, 실제로는 일방적인 ‘한국화’에 기반한 동화주의 정책을 구사하고 있는, 이론과 실천의 괴리를 보여주고 있다. 이는 대한민국 정부가 채택하고 있는 ‘다문화 정책’이 그 이념적 토대라고 할 수 있는 다문화주의에 대한 충분한 고찰 없이 채택된 결과이며, 그로 인해 정책의 명확한 이념적 지향점이 없이 정책도 부처별로 혼선을 겪고 있는 실정이다.¹⁹⁾

4. 바람직한 이주아동 사회통합방법론

정부가 정책적으로 이주자들을 받아들이는 주된 이유는, 이주자들의 권익 신장이 아닌, 국가이익의 증진에 있다. 현재 대다수의 선진국들은 저출산·고령화 문제를 겪고 있기 때문에, 사회구성원 및 노동가능인구가 줄어드는 문제를 해결하기 위한 현실적인 대안으로 이민자 유입정책을 선택하고 있지만, 이민자들은 주류사회로 통합되지 못하고 사회통합을 저해하는 부작용을 일으키는 경우가 많다.

이주아동들의 경우는, 앞서 보았듯 정부의 사회통합정책에 따라 주류사회로 잘 통합되기도 하지만, 잘 통합되지 않으면 심각한 사회문제를 야기하기도 하여 이민자 유입정책의 성패에 결정적인 역할을 하게 되므로, 이주아동에 대한 사회통합 정책은 이

¹⁹⁾ 이민경, 앞의 글, pp.8-9. 정장엽, 정순관, 「한국 다문화가족정책의 정향성 분석 : 동화주의와 다문화주의」, 『지방정부연구』 제17권 제4호(2014 겨울), pp.121-142.

주자 1세대에 대한 정책보다는 더 치밀하고 체계적으로 진행해야 할 필요가 있다.

그리고 그 시작점으로서, 대한민국 이주아동에 대한 사회통합방법론에 대한 사회적 합의가 이루어져야 할 필요가 있다. 앞서 보았듯, 문화적 다양성을 경험해보지 못하고 국가적·민족적 정체성이 강한 대한민국의 특수성을 고려하면, 불필요한 사회적 갈등을 최소화하고, 이민자 유입정책의 효과를 극대화하기 위하여, 이주아동에 대한 사회통합정책은 동화주의적 방법론을 기초로 하여야 한다.

그러나 이러한 동화주의는, 다양한 다른 문화들에 대한 무시에서 출발하는 것이 아니라, 이해와 존중에서 출발해야 할 필요가 있다. 무조건 ‘한국화’를 부르짖을 것이 아니라, 상호 소통을 통해 왜 이주자들이 그러한 문화를 형성하게 되었는지 이해하고, 그 문화를 존중하되, 그 문화가 대한민국 사회에서 받아들여질 수 있는 것이 아니라면 개별적으로 수정을 요구하고, 필요하다면 대한민국의 문화를 수정하기도 하는, 지난한 과정들을 거쳐야 한다. 그러한 과정들을 거치면서, 중국적으로는 다양한 문화들의 장점들을 결합한 완전히 새로운 문화 정체성을 갖는 국가로 재탄생해야 할 필요가 있다.²⁰⁾

5. 소결

이주자 1세대의 경우라면, 이미 정체성이 공고하게 형성된 경우가 많기 때문에, 이주한 국가의 정체성을 적극적으로 교육하더라도 정체성이 변화되기는 어려우며, 오히려 이주한 국가에 대한 반감만 강하게 불러일으킬 수 있다. 따라서 이주자 1세대에 대해서는 기본적으로 다문화주의를 기초로 문화적 다양성을 존중하면서, 사회적 갈등이 일어날 부분들을 최소화하는 정책을 펼치는 것이 타당하다고 생각한다. 그러나 대한민국에서 교육을 받고 완전하게 우리 사회의 구성원으로서 생활해야 할 이주아동들에 대해서는, 다른 정책을 취해야 할 필요가 있다.

이와 관련하여 현재 프랑스 정부가 이주아동들에 대해 시행하고 있는 교육 정책은, 우리에게 많은 시사점을 주고 있다. 프랑스 교육부장관인 뱅상 페이용(Vincent Peillon)은 2013년 ‘학교에서의 라이시테(정교분리) 현장’을 발표하고, 유치원부터 고

20) 김대원, 「다문화사회의 통합을 위한 패러다임으로서의 유럽상호문화주의에 대한 이론적 탐색」, 『유럽사회문화』 제9호, 2010, pp.179-213에서는 ‘상호문화주의’라고 표현한다.

등학교까지 모든 학교에 이 현장을 부착하고 교사들이 그 내용을 학생들에게 해설할 것을 명령하였다. 현장의 내용은 프랑스의 종교중립적, 민주적, 사회적 가치를 강조하는 것으로 구성되어 있다. 이는 프랑스에서 교육받는 이주아동들에게, 특정 민족과 종교의 가치에 집착하는 태도를 버리고, 다양성을 존중할 줄 아는 프랑스인이 될 것을 요구하는 것이다.²¹⁾

그러면서도 프랑스의 교사들은, 식민지시대에 일어난 역사적 사실, 인종과 문화의 다양성, 인류의 지리적 이동과 역사, 전 세계에 나타나는 불평등한 부의 분배 등을 가르침으로써 프랑스인 학생들이 이주민들의 역사와 문화를 이해하여 프랑스인 아동들이 이주아동들을 보다 잘 받아들일 수 있도록 돕는다. 또한 이주민 아동들의 프랑스어 습득을 위한 프랑스어 입문반을 공식적으로 개설하고, 특별교사를 배치하여 이주민 아동들에게 문화, 역사를 비롯한 프랑스 이해교육도 실시하는 등 이주아동들이 프랑스를 이해하고 프랑스 사회에 잘 동화될 수 있도록 돕는다.²²⁾

정책의 구체적인 형태는 달라질 수 있겠지만, 위와 같은 정책방향이 대한민국 정부의 이주아동 사회통합 정책이 취해야 할 방향이라고 생각한다. 한 국가의 정책이 동화주의를 채택하느냐 또는 다문화주의를 채택하느냐에 대한 논의가 무의미할 수 있다고 주장하는 견해도 있지만²³⁾, 어떤 방향성을 기초로 정책들을 설정할 것인지에 대한, 즉 큰 틀에 대한 사회적 합의가 없다면 장기적으로는 정책들의 혼선을 피할 수 없고, 정책 실현의 동력도 약화될 수밖에 없다는 점에서, 방향에 대한 사회적 합의는 반드시 필요하다고 생각한다.

IV. 마치며

그 밖에도 가장 많이 논의되고 있는 이주아동과 관련된 법적인 쟁점들을 몇 가지

21) 오정은, 앞의 글, p.6.

22) 한승준, 앞의 글, p.478.

23) 김재연, 「전략적 관용주의에 따른 Web 2.0 기반 이민정책 제안 - '선택'의 차원을 넘어서 '원칙'의 문제로 -」, 이민정책분야 우수논문 공모전, 2009, pp.10-12. 정명주, 「정책수단 분석을 통해 본 한국의 다문화 정책의 특성: 제1차 외국인정책기본계획을 중심으로」, 『사회과학연구』 제26(2), pp.275-295.

짚어보면서 발표를 마치려 한다.

그 첫 번째는 이주아동의 출생등록 문제이다. 부모가 불법체류자이거나, 난민신청자여서 그 자녀인 아동의 출생신고를 하지 못하거나 하지 않은 경우,²⁴⁾ 당해 아동은 공식적으로 어떠한 국가의 국민으로도 인정받지 못하는 상황에 놓이게 되며, 출생에 대한 공적인 기록이 없기 때문에 성인이 되어서도 의료·교육 서비스를 받거나, 결혼을 하거나, 운전면허증을 발급받거나, 투표를 하거나, 일을 하면서 신용을 인정받을 경로 자체를 원천적으로 차단당하게 될 가능성이 높다.

이에 이자스민 의원이 대표발의한 이주아동권리보장기본법안은 제9조에서 이주아동의 출생등록권을 법 규정으로 명시하고자 하였지만, 법무부는 이에 대해 “출생등록 제도는 기본적으로 국적취득과 관련하여 속지주의와 부합되는 제도로, 속인주의를 원칙으로 하는 우리나라에서 출생등록제도를 도입할 경우 불법체류자의 자녀에 대하여도 대한민국 국적자인지 여부를 불문하고 출생 즉시 자동으로 신분관계기록을 창설해 주게 되는 문제가 있어, 이에 대하여 국민의 공감대 형성 등이 선행되어야 하므로 신중한 검토가 필요하다”는 의견을 피력한 바 있다.²⁵⁾

두 번째는 재중 탈북 아동의 보호 문제이다. 북한의 식량난으로 북한을 탈출하여 중국에 정착한 탈북자들이 많아졌고, 이에 탈북자와 중국 국적자 사이에서 태어난 탈북자 2세 아동들이 늘어나고 있는데, 탈북자들은 자녀의 출생신고를 하게 될 경우 본인의 불법체류 신분이 발각되어 북한으로 강제송환될 것을 두려워하기 때문에 자녀들의 출생신고를 하지 않고 있으며, 그로 인해 출생신고가 되지 않아 사실상 무국적 상태인 재중 탈북 아동의 규모는 미국 의회 산하 ‘의회-행정부 중국위원회 (Congressional-Executive Commission on China)’의 2011년 보고서에 따르면 최대 10만 명에 달하는 것으로 추정된다.²⁶⁾

24) 경향신문 2015. 9. 11.자 기사 “[존재기록조차 없는 12살 무국적 소년의 절망] “저는 이 세상에 없는 사람이에요””, 한겨레신문 2011. 2. 25.자 기고문 “출생신고도 못하는 ‘난민’ 아이들” 참조

25) 법무부, “『이주아동 권리보장 기본법(안)』 검토의견”, 국회의원 이자스민 『이주아동권리보장기본법(안) 관련 부처간 간담회 (2차 간담회)』, 2013. 12. 17. 참조 동 검토의견에서 법무부는 또한, 자국민의 출생등록 등 자국민의 보호는 기본적으로 대한민국에 주재하는 자국 공관의 책무이므로 국내 출생 이주아동은 주한 자국 공관에서 본국법에 따라 출생등록할 수 있는 점, 자국의 보호를 받기 힘든 난민 및 난민신청자 자녀의 경우에는 병원 등에서 발급한 출생증명서를 출입국관리사무소에 제출하면 외국인 등록 및 합법적인 체류 자격을 부여받을 수 있도록 하고 있는 점을 신중한 검토가 필요한 근거로 들고 있다.

이들은 법적으로는 중국 국적과 대한민국 국적을 모두 가질 수 있으나, 출생등록이 되지 않아 공식적으로는 어떠한 국가의 국적도 보유하지 못하고, 기본적인 권리들을 보장받지 못하고 있다는 점에서²⁷⁾, 대한민국 내의 미등록 무국적 아동들과 조금 다르지만 유사한 법적 지위를 가지고 있다. 이들의 중국 내 법적 지위 문제는 엄밀히 말하면 이주아동에 관한 문제는 아니지만, 재중 탈북 아동들이 대한민국 영역 내로 이주할 경우, 이주아동에 관한 문제가 될 수 있다.

재중 탈북 아동들은 북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률의 보호대상에서 제외되어 있기 때문에²⁸⁾, 대한민국 정부에 보호를 요청하더라도 위 법률에 따른 특별한 보호를 받을 수는 없는 상황이다. 이에 보호범위를 재중 탈북 아동들을 포함한 제3국 출생자들까지로 넓히는 내용으로, 2013. 11. 13. 심윤조 의원 대표발의로 북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률 개정안이 발의된 상태이다.²⁹⁾

세 번째는 국내에서 외국인 등록을 마친 이주아동들에 대해, 아동에 대한 보호 및 복지제도를 규율하고 있는 국내법들이 아동권리협약 등 국제 규범들이 요구하는 수준에 합치되도록 적용되고 있는지에 관한 문제이다. 영유아보육법, 유아교육법, 초중등교육법, 모자보건법, 응급의료에 관한 법률, 국민건강보험법, 의료급여법, 아동복지법, 긴급복지지원법, 국민기초생활보장법 등이 아동의 보육, 교육, 의료, 아동복지와 관련된 내용들을 규율하고 있는 바, 그러한 내용들이 이주아동들에게 어떠한 수준으로 적용되고 있는지, 그리고 어떠한 수준으로 적용되어야 하는지에 대해서도 논의가 시작되고 있다.³⁰⁾

26) 미국의 소리(Voice of America) 2011. 11. 3. “미 의회 중국위원회, ‘중국 내 무국적 탈북 고아 최대 10만 명’” 뉴스기사 참조

27) 이규창, 「무국적 탈북자 보호를 위한 법제도적 대응 방안 모색」, 『통일정책연구』 제21권 1호, 2012, pp.219-222. 이원웅, 「해외체류 북한이탈주민 아동인권보호를 위한 정책제언」, 국가인권위원회 해외체류 북한이탈 주민 아동 인권개선 방안 토론회 발제문, 2013, pp.5-9.

28) 동법은 적용대상인 “북한이탈주민”을 “군사분계선 이북지역(이하 “북한”이라 한다)에 주소, 직계가족, 배우자, 직장 등을 두고 있는 사람으로서 북한을 벗어난 후 외국 국적을 취득하지 아니한 사람을 말한다.”고 규정하여, 중국에서 태어난 재중 탈북 아동들은 동법의 적용대상이 아니다.

29) 발의된 개정안 제안이유에 따르면, 2013. 8. 기준으로 5년 간 국내로 입국한 제3국 출생 북한이탈주민 직계비속의 수는 510명에 달하고 있다.

30) 박영아, 「외국인근로자 자녀의 발달권 보장을 위한 입법과제 : 교육 및 의료보장을 중심으로」, 「외국인 인권 관련법 제개정을 위한 전문가 공청회 - 외국인근로자 자녀의 발달권 보장을 위한 법제 개선방안」, 경기도외국인인권지원센터, 2014. 3. pp.23-36. 『외국인 인권

[제2주제]

미성년 이주자의 권리

- 특히 이른바 '미등록' 미성년 이주자의 권리를 중심으로 -

최 윤 철*

- I. 들어가는 말
- II. 미등록 미성년 이주자의 의의
- III. 미등록 미성년 이주자 관련 법제
- IV. 미등록 미성년 이주자의 처우 개선
- V. 나가는 말

I. 들어가는 말

외국인 노동자 및 결혼이민자의 증가와 함께 이들이 동반하거나 출산한 미성년자의 수가 증가하고 있다. 현재 한국의 법제는 미성년자가 부모 등 보호자 없이 독자적으로 입국하고 체류하는 것은 유학 등 특별한 경우를 제외하고는 원칙적으로 인정하지 않고 있다. 그러나 외국인 노동자들이 한국에 체류하는 동안에 혼인 또는 동거 중의 출산, 본국에 거주하고 있는 자녀의 초청(관광비자 등) 등을 원인으로 하여 미성년 이주가 발생하고 이들의 수도 늘어나고 있는 것으로 보고되고 있다. 또한 결혼이민을 통하여 한국인 배우자 사이에서 출생한 미성년 이주자도 증가하고 있다. 미성년 이주자는 부모의 입국목적은 물론, 체류자격과 활동의 적법 여부 등에 따라 지위 및 실제 생활이 매우 다르게 나타나게 된다.

대한민국 국적을 취득하거나 합법적 체류를 하고 있는 미성년 이주자의 경우는 적어도 체류자격에서 문제가 없는 한 각종 법률과 제도를 통한 보호가 보장되어 있으

* 건국대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

므로 학교, 지역사회 등 실제 생활환경에서도 차별받지 아니하고 생활하고 있는 지가 문제가 된다. 그러나 부모의 체류자격 등으로 인하여 미등록, 또는 불법 체류를 하게 되는 미성년 이주자의 경우는 생활환경에서 받게 되는 여러 가지 어려움은 물론, 법적 지위 및 제도에 있어서도 매우 취약한 상태에 놓이게 된다. 더욱이 미성년 이주자 본인이 범죄를 저지르게 되는 경우에는 그 지위가 매우 취약하고 이들을 보호하기 위한 구제수단도 없게 된다. 이 글은 이처럼 미성년 이주자 가운데 특히 법적 지위와 처우가 매우 취약한 미등록 미성년 이주자를 대상으로 한다. 이를 위해서 우선 미성년 이주자의 개념과 발생 유형, 현행 한국의 법제에 따른 법적 지위 등에 대한 문헌적 분석을 하고, 이어서 이들 미등록 미성년 이주자들이 가지는 일반적인 권리와 보호에 대한 내용을 살핀다. 이러한 분석을 기초로 하여 현재 한국에 체류중인 미성년 이주자의 권리와 보호와 관련한 현행 법제의 문제점을 살펴보고 이에 대한 개선 방안을 살펴보는 것을 목적으로 한다.

II. 미등록 미성년 이주자의 의의

1. 미성년 이주자

이주자는 관광 등 단기간 체류하는 외국인을 제외하고 보다 넓은 생존조건을 찾아서 자국을 떠나 외국에 정주 또는 상당기간 머무르면서 생활관계를 형성하는 사람'이라고 정의한다. 체류국 입장에서는 이들 이주자를 순수한 외국인, 영주권을 가지고 체류하는 외국인, 국적을 취득하여서 자국의 국민이 된 이주 배경을 가진 사람으로 구분할 수 있다. 또한 법적 고권행사 측면에서 본다면 자국의 법적 승인과 복종아래에 체류 중인 외국인(노동, 혼인, 유학 등의 체류목적, 영주외국인 등)과 법적 승인을 벗어난 외국인(이른바, 불법체류 외국인)으로 구분하여 볼 수도 있다. 이 가운데 미성년 이주자는 '이주자 가운데에서 아직 성년에 이르지 아니한 모든 사람'이라고 할 수 있다.

미성년자는 성년자와 달리 자신의 법적 관계형성과 그 결과를 완전히 이해하고 책

임을 지기에는 아직 미숙한 자이며 성년자의 특별한 보호를 요하는 자로서 법과 제도에 의해서도 아들은 특별한 보호를 받고 있다. 이주자 가운데 미성년인 자는 자신의 독립적이고 독자적인 결정에 의해 생활근거를 타국으로 이주하는 성년이주자가 아니다. 이들은 부모 등 이들을 보호하고 교육과 양육을 하는 다른 성년이주자의 의사에 종속되어 이주를 하게 된다. 따라서 이들 미성년 이주자는 특별한 보호를 받아야 하는 상태에 있게 된다.

미성년 이주자는 자신의 부모 등 교육과 양육의 권한이 있는 성인에 의해서 보호를 받는다. 또한 이들이 이주하여 거주하는 해당 국가의 법과 제도들도 이들 미성년 이주자들에게 교육과 건강 등과 관련한 기본적인 서비스를 제공한다. 따라서 일반적으로 미성년 이주자의 경우도 유입국 미성년자들과 마찬가지로 그들이 실제로 생활하는 환경에서 생겨날 수 있는 차별(감정)을 제외하고 법과 제도적 영역등 공적 영역에서 나타나는 노골적인 차별은 거의 없다고 할 수 있다.¹⁾ UN의 각종 협약을 비롯하여 대부분의 국가들도 이들 미성년 이주자에 대해서는 교육, 건강 등 각종 보호제도를 통해서 이들이 성년으로서 성장할 수 있도록 보장하고 보호하도록 하고 있다.

2. 미등록 미성년 이주자의 의의

미성년 이주자는 보통의 경우에는 체류국으로부터 교육과 건강 등의 보호를 받는다. 그러나 미성년 이주자 가운데에는 체류국가의 이주관련 법률과 절차와 다른 형태로 해당 국가에 체류하는 경우도 있게 된다. 이처럼 체류국가의 관련 법률과 제도가 예정하지 않거나 이러한 법과 제도에 위반한 채 체류하고 있는 이주자 가운데 미성년인 자를 이른바 ‘미등록(un-document) 또는 위법한(Illegal) 미성년 이주자’라고 볼 수 있다.

1) 학교환경을 비롯한 그 밖의 생활환경에서 미성년 이주자에게 가해지는 사실상의 차별도 법률과 제도를 통해서 제거를 해야만 한다. 생활환경에서의 차별도 결국은 해당 국가가 이에 대하여 법적, 제도적으로 부작위를 하거나 태만하여 일어나기도 한다. 차별을 시정하기 위한 국가의 노력은 당연히 요구된다. 해당 국가는 이주자를 차별하거나 배척하는 행위가 공적 영역(학교 등 교육기관, 공공기관)에서 일어나는 것에 대한 책임을 부담하여야 하며, 사적 영역(작업장 등)에서도 이러한 행위가 발생하지 않도록 법과 제도를 마련하는 것을 포함하여 제도 등 각종 정책들을 적극적으로 실시할 필요가 있다.

3. 미등록 미성년 이주자의 발생 유형

미등록 미성년 이주자는 다양한 모습과 경로를 통해 발생한다. 한국의 미성년 이주자를 유형별로 분류하면 출생지에 따라 국내출생과 국외출생, 부모의 국적에 따라 부모 모두 외국인인 경우, 부모 중 일방이 대한민국 국적을 취득한 경우, 부모 모두 대한민국 국적을 취득한 경우를 들 수 있다. 또한 미성년자 본인을 중심으로 단기체류자격자, 장기체류자격자, 영주권자, 미등록자, 무국적자 등으로 분류할 수 있다. 그러나 이러한 유형별 분류는 각각 분리되어서 나타나는 것이 아니라 여러 유형이 중첩되어 나타나고 있다. 여기서 다루는 미성년 이주자는 부모 모두 외국인이거나 적어도 어느 일방이 외국국적을 가진 상태에서 이들 가운데에서 한국 내에서 출생하거나 또는 외국에서 출생한 뒤에 한국에 입국한 미성년자로서, 각각 출입국관리법이 정하는 체류자격에 따라 거주하고 있거나 또는 체류자격의 변동, 미등록 상태에서 한국에 거주 중인 자를 대상으로 한다. 이들 가운데에는 이미 부모와 함께, 또는 다른 사유로 대한민국 국적을 취득한 미성년자도 있을 수 있다. 이 가운데 합법적인 체류자격을 가지고 활동하고 있는 부모의 미성년 자녀 또는 미성년자는 법률이 정하는 교육, 보건 등에서 원칙적으로 문제가 없으므로 이 글에서 다루는 미성년 이주자에서 제외한다. 여기서 문제가 되는 미성년 이주자는 부모가 합법적인 체류자격을 가지지 못하였거나 체류자격이외의 활동을 하여 출입국관리법 등을 위반한 이른바 불법체류자의 미성년 자녀들이다.

이미 사후에 대한민국 국적을 취득한 미성년 이주자는 국민으로서 처우를 받고 있으므로 여기서 말하는 미성년 이주자의 범주에서 제외가 가능할 것이다. 또한 외국인 배우자와 국민배우자의 혼인에 의해 출생한 자녀의 경우는 국민배우자가 출생 시부터 대한민국 국민이므로 그 자녀의 국적은 한국 국적법이 적용되는 한 출생시 부터 대한민국 국민으로서 외국 배경을 가진 경우가 아니므로 엄격히 본다면 여기서 말하는 미성년 이주자라고 볼 수 없다.²⁾ 그러나 부모 중 적어도 일방이 한국인인 아동의

2) 이들에 대한 국가의 지원은 이들이 다른 생래적 한국 국적의 미성년자에 비하여 언어 등의 능력이 부족할 것으로 예상되므로 이들에게는 보다 집중적인 지원을 할 정책적 필요가 있을 것이다. 이른바 '다문화가족'의 범주에서 이해되고 있는 국민배우자와 외국인배우자 사이에 출생한 미성년의 자녀의 경우도 가정 내에서의 양육조건, 학교에서의 교육조건에서 그러하지 않은 미성년자에 비하여 상대적으로 부족할 수 있으므로 이들에 대한 지원도 고려되어야 한다. 다문화가족 지원법, 재한외국인 처우 기본법은 이들에 대한 지원

경우에서도 부모의 혼인의 형태가 사실혼의 경우와 법률혼인 경우에 해당 자녀의 국적문제가 생길 수 있으며, 부와 모 가운데 누가 미성년 자녀를 양육하고 있는지도 문제가 될 수 있으며, 부모가 이혼한 상태에서 외국인 부 또는 모에게 양육되는 미성년 자녀의 경우도 그 처우가 문제가 될 수 있다.

Ⅲ. 미등록 미성년 이주자 관련 법제

1. 국제법

1) 미등록 미성년 이주자와 관련한 국제협약

‘UN 세계인권선언’은 가족을 사회의 자연적이고 기본적인 집단으로 규정하고 사회와 국가가 가족을 보호하여야 한다(제16조 제3항)고 규정하고 있다. 또한 ‘경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제연합 인권 규약’(1966년 12월 채택, 1976년 1월 발효. 이하 ‘UN 인권규약’). 한국도 가입하여 1990년 7월 10일 발효되었다. ‘UN 인권규약’은 가정의 보호와 미성년자의 보호를 위하여 ‘가정’을 사회의 자연적이고 기초적인 단위로 규정하고, 이러한 가정이 성립과 그 가정이 부양어린이의 양육과 교육에 책임을 맡고 있는 동안에는 가능한 한 광범위한 보호와 지원을 부여할 것을 규정하고 있다(A 규약, 제10조 제1항). 따라서 이러한 ‘가정’은 사회와 국가의 보호를 받을 권리가 있음을 정하고 있다(B 규약 제23조 제1항).

한국이 1962년 11월부터 적용하고 있는 ‘무국적자의 지위에 관한 협약’(1954년 9월 채택, 1960년 발효. 이하 ‘무국적자 협약’)은 무국적자의 사회경제적 권리와 관련한 부분에서 임금노동이나 자영업, 기타 자유업과 관련하여 국민과 동일한 권리 내지 일반 외국인에 비하여 호의적인 대우를 하도록 규정하고 있다(협약 제5조). 또한 교육, 사회복지, 이주의 권리와 관련한 광범한 보호규정을 두고 있다. 미성년자가 출생 시부터 무국적자가 되거나 부모의 국적취소 등의 사유로 무국적자가 되는 경우가 상당수 발생할 수 있는데, 이러한 경우 ‘무국적자 협약’은 무국적인 미성년자의 보호에

을 규정하고 있지만, 보다 효율적이고 실질적인 지원이 되도록 개선해야 할 필요가 있다.

중요한 의미를 가진다. 또한 무국적자 미성년 이주자에 대해서 적용가능성 또는 고려할 수 있는 것으로는 한국은 가입하고 있지 않지만 ‘무국적자의 감소에 관한 협약’(1961년 채택, 1975년 12월 발효)을 들 수 있다.

‘모든 이주노동자와 그 가족의 권리보호에 관한 협약’(1990년 채택, 2003년 7월 발효. 이하 ‘이주노동자 보호 협약’)은 이주노동자에 대한 일반적인 보호 이외에도 미등록 체류자와 그 가족의 보호까지 규정하고 있다. 그러나 ‘이주노동자 보호협약’의 가입국 들은 대부분 송출국가이며 유입국가로 볼 수 있는 한국도 가입하지 않고 있다. 이 협약은 미성년 이주자의 가족결합권, 미성년 이주자가 형사처벌의 대상이 된 경우 그 처리 기준 등을 규정하고 있다.

미등록 미성년 이주자에게 가장 중요하고 의미 있는 국제협약은 ‘UN 아동권리협약’(1989년 채택)이다. 한국은 1990년 9월 25일에 유엔 아동권리협약에 서명하고, 1991년 11월 20일 비준하여 12월 20일 협약 당사국이 되었다.

2) UN 아동권리협약

‘UN 아동권리협약’은 “아동은 신체적, 정신적 미성숙으로 인하여 출생전후를 막론하고 적절한 법적 보호를 포함한 특별한 보호와 배려를 필요로 한다.”³⁾고 전제하고 아동들에 대한 특별한 보호를 규정하고 있다. ‘UN 아동권리협약’은 체약국들이 아동들이 아동 그 자신은 물론, 그의 부모, 후견인의 인종, 피부색, 성별, 언어, 종교, 정치적 의견, 민족적·인종적·사회적 출신, 재산, 태생, 신분 등의 차별 없이 협약에 규정된 권리를 존중하고 모든 아동들에게 보장할 것을 규정하고 있다. 협약의 개별규정은 단순한 선언적 의미를 넘어서 협약국들이 최대한 이를 국내법에 적용하여야 할 준거 틀이라고 볼 수 있다.⁴⁾ 특히, 강제법(*ius cogens*)에 바탕을 하여 가입 당사국에 대하여 절대적이고 객관적인 의무이행을 요구하는 인권조약의 특성상⁵⁾ ‘UN 아동권리협약’에 가입한 한국은 협약의 내용을 국내에 입법, 행정은 물론 사법 분야에 적극적으로 실현할 의무를 부담한다.⁶⁾

3) ‘UN 아동권리협약’ 전문.

4) 오정은 외, 미성년 이민자 관련 정책 및 법제 분석, IOM, 2013, 32쪽.

5) 박진완, ‘아동권리협약의 국내적 이행과정에 대한 분석’, 세계헌법학연구 제16권 제1호, 186쪽.

‘UN 아동권리협약’은 미성년 이주자에 대해서도 매우 의미가 있는 규정들을 두고 있다. 협약은 보호를 받아야 하는 아동을 18세 미만인 미성년자로 정하고 있다(협약 제1조). 협약의 보호대상에는 18세 미만인 이주자가 당연히 포함되며, 이주자의 체류 자격의 유무도 묻지 않고 있으므로 미등록 미성년 이주자도 보호의 범위에 당연히 포함된다. 나아가 이들 미등록 미성년 이주자는 협약의 취지로 볼 때 보호의 필요가 더욱 요구되므로 두텁게 보호하여야 할 것이다.

2. 국내 이주관련 법제

1) 개요

한국의 이주 관련 법률들은 대부분 2000년 이후에 제정되거나 기존의 법률들이 대폭 개정되어 사실상 제정법의 수준이라고 보아도 과언이 아니다. 그럼에도 불구하고 한국의 이주관련 법제는 기본적으로 외국인을 동등한 사회구성원으로 공존의 대상으로 보기 보다는 관리의 대상, 정책의 대상으로 보고 이들의 입국과 체류관리를 효율적으로 하기 위한 방향으로 이루어져 있다고 볼 수 있다. 한국의 대표적인 이주관련 법률은 ‘출입국관리법’이며, 2007년 이후 제정된 ‘제한외국인 처우 기본법’, ‘다문화가족 지원법’이 있으며, 외국인 노동자 관리를 위한 ‘외국인 근로자 고용 등에 관한 법률’, 난민에 대한 기본적인 내용을 담은 ‘난민법’이 있다. 또한 외국인 중에서도 혈연적 연관성을 기준으로 하여 이들을 우대하는 ‘재외동포의 법적 지위에 관한 법률’도 이주와 관련한 법률에 속한다. ‘국적법’도 이주자에게는 의미를 가지는 법률이다. 그러나 미등록 미성년 이주자를 직접 적용대상으로 하는 법률은 없는 상태이다. 미등록 미성년 이주자의 체류자격, 교육 및 의료제공 등을 내용으로 하는 법률안이 국회에 제출된 적이 있었으나⁶⁾ 법률로서 시행된 경우는 없다.

2) 출입국관리법

현재 시행중인 이주관련 법률에서 미성년 이주자와 관련한 규정은 대부분 이주행

6) 박진완, 위의 논문, 186쪽.

7) 가장 최근의 것은 2014년 12월 새누리당 이자스민 의원이 대표 발의한 ‘이주아동 권리보장 기본법’(안)이다.

정의 측면에서 접근하고 있다. 미성년 이주자 특히, 미등록 미성년 이주자를 대상으로 하여 이들의 권리의 확인 또는 각종 정책지원을 규정하고 있는 규정은 없다고 볼 수 있다. ‘출입국관리법’은 대한민국에 출생한 외국인은 출생일로부터 90일 이내에 체류자격을 받아야 한다고 규정하고 있다(법 제23조). 또한 17세 미만의 외국인에게는 외국인 등록증 발급을 아니 할 수 있다(제33조 제1항)고 하여 이들에게는 사실상 외국인등록증 휴대의무가 부여되지 않고 있다. 다만 외국인이 만 17세가 되면 외국인 등록증 발급신청을 하여야 함을 규정하고 있다(제33조 제2항). 이 규정에 따르면 ‘출입국관리법’은 체류관리 대상 외국인의 나이를 17세로 보고 있는 것으로 생각된다. ‘UN 아동권리협약’과 ‘아동복지법’은 18세 미만의 사람을 아동으로 보고 있고, ‘민법’ 등 관련 법률들이 19세 미만을 미성년자로 보고 있는 반면에 ‘출입국관리법’은 관리대상 외국인을 17세 로 규정하고 있는 특징이 있다. 외국인이 만 17세가 되면 외국인 등록증 발급신청을 하고 자신의 신체정보를 제공할 의무를 부담하여 외국인 등록증을 발급 받은 이후에는 외국인 등록증을 항상 휴대하여야 한다(제17조). ‘출입국관리법’은 미성년 이주자에 대하여 ‘UN 아동권리협약’이나 ‘아동복지법’상의 아동연령인 18세보다 1세 낮은 17세를 외국인 등록 대상으로 하여 관리대상으로 하고 있다. 미성년 이주자에 대한 더 이상의 특별한 규정은 두고 있지 아니하다. 미등록 미성년 이주자의 체류 등에 관한 규정은 더욱 찾아볼 수 없다. 아마도 미성년 이주자는 부모의 체류 등에 수반되어서 결정되는 것으로 보고 별도의 규정을 두지 않는 것으로 생각된다. 특별한 사유가 발생하는 경우 미성년 이주자는 물론 미등록 미성년 이주자의 특별체류가격, 기간 등과 관련한 관련 규정을 둘 필요가 있다고 생각한다.

3) 재한외국인 처우 기본법

한국에 3개월 이상의 활동을 목적으로 체류 중인 외국인에 대한 처우에 대한 기본적인 사항을 정하고 있는 ‘재한외국인처우기본법’은 그 적용대상을 합법적으로 체류 중인 외국인만으로 정하고 있다. 따라서 미등록 상태인 외국인(이른바 ‘불법체류자’)은 처음부터 이 법률의 적용대상에서 제외되므로 미등록 외국인 또는 불법체류자의 미성년 자녀는 물론 미성년 이주자 본인이 이 법률을 근거로 어떠한 처우를 기대하는 것은 불가능하다고 할 수 있다. ‘재한외국인처우기본법’이 지원하는 ‘결혼이민자의

자녀에 대한 보육 및 교육 지원, 의료 지원 등(법 제12조)’은 해당 법률에서 오히려 예외적인 내용이다. 결혼이민자의 자녀는 대부분 출생에 의해서 한국의 국적을 취득한, 외국인이 아닌 한국 국적자이어서 이들에 대한 지원은 국민들의 자녀에게 적용되는 기존의 다른 법률의 적용범위에도 속한다. 따라서 해당 법률의 지원은 기존의 다른 법률의 지원이외에 추가적인 지원을 의미한다. 다만, ‘대한민국 국민과 사실혼 관계에서 출생한 자녀를 양육하고 있는 재한외국인의 자녀에 대하여 준용한다(제12조 제2항).’는 규정은 대한민국 배우자(생부 또는 생모)가 자녀를 친자로 인지하지 않고 있는 상황에서 의미가 있을 수 있다. 그러나 법률은 그 적용대상을 합법적인 체류외국인으로만 제한하고 있어서 예를 들면, 재한외국인이 한국인과 사실혼 관계에서 출생한 자녀를 양육하고 있고 한국인 생부 또는 생모가 해당 자녀를 인지하지 아니한 가운데, 해당 재한외국인이 불법체류자인 경우에도 적용할 수 있는지가 의문이 된다. 법문에 충실할 경우 적용대상에서 배제되어야 할 것인데, 문제가 있다.

4) 다문화가족 지원법

‘다문화가족 지원법’은 다문화가족을 원칙적으로 한국인과 외국인배우자와 그들 사이에 출생한 자녀로 정의하고 있다(법 제2조). 이 법에 따른 외국인 배우자는 한국인의 배우자로서 특별한 사유가 없는 한 그 체류가 당연히 인정되며, 일정한 거주기간 요건이 충족되면 국적을 취득할 수 있다. 다문화가족의 구성원인 자녀의 경우는 국적법에 따라 출생으로 인하여 한국 국적을 취득하므로 미성년 이주자 또는 미등록 미성년 이주자가 발생할 수 없다. 다만, 혼인의 진정한 의사 없이 한국인과 혼인한 경우 해당 외국인은 불법체류자가 될 수 있으며, 혼인의 취소이후 혼인 중에 포태한 아이를 출산하고 이 아이를 배우자였던 한국인이 인지를 하지 않은 경우에 예외적으로 미등록 미성년 이주자가 생겨날 수 있다. 그러나 ‘다문화가족 지원법’은 이러한 경우에 발생한 미등록 미성년 이주자를 지원하는 것까지 규정하지는 않고 있다. 다만, 혼인의 취소가 아닌 이혼의 경우에서 생겨난 자녀 또는 한국인과의 사실혼 관계에서 태어나서 외국인 부 또는 모가 양육하고 있는 경우 해당 미성년인 자녀에 대한 지원을 규정하고 있다. 하지만 이 경우 해당 미성년 자녀는 이미 한국 국적을 취득하였거나(이혼), 인지가 있으면 한국 국적을 취득하므로(사실혼) 엄격히 말하면 미등록 미성년 이주자는 아니다. 결국 다문화가족 구성원인 결혼이민자는 합법적 체류 외

국민이고 이들과 혼인을 통해 구성된 가족의 자녀는 대부분 한국 국민으로서 지위를 가지게 된다.

3. 아동복지법

‘아동복지법’은 성인에 비하여 약한 지위에 있는 아동을 행복하고 안전하게 자라게 하여 조화로운 인격발달을(법 제1조, 제2조 일부)하게 함으로서 독립된 인격체가 될 수 있도록 특별히 보호하고자 하는 것을 목적으로 한다. 아동은 자신 또는 부모의 성별, 연령, 종교, 사회적 신분, 재산, 장애유무, 출생지역, 인종 등에 따른 어떠한 종류의 차별도 받지 아니하고 자라나야 하며, 완전하고 조화로운 인격발달을 위하여 안정된 가정환경에서 행복하게 자라나야 할 것을 법률의 기본 이념으로 하고 있다. 이를 위해서 아동에 관한 모든 활동에 있어서는 아동의 이익이 최우선적으로 고려되어야 하는 것을 이념으로서 강조하고 있다.

아동의 권리보장과 복지증진을 위한 보호와 지원을 하도록 규정하고 있는 ‘아동복지법’은 적용대상을 만18세 미만의 사람으로 하고 있다(법 제3조 제1호). 그러나 특별히 미성년 이주자 또는 미등록 미성년 이주자를 적용대상으로 명시하고 있지는 아니다. ‘아동복지법’이 ‘UN 아동권리협약’의 국내 이행법률의 성격을 가지고 있다고 볼 수 있다. 그러하기 때문에 아동복지법이 적용대상으로 하고 있는 미성년 아동(18세 미만)은 국적, 인종, 체류자격 등과는 무관하다고 본다. 미등록 이주자라고 하여도 그 사람이 18세 미만의 미성년자라고 한다면 ‘아동복지법’의 적용을 받아 보호하여야 한다.

IV. 미등록 미성년 이주자의 처우 개선

1. 의의

법무부 통계에 의하면 2013년 2월 기준으로 합법체류 기간 만료로 인해 미등록 신분으로 변경된 19세 미만의 아동 수가 6천여 명에 이르며, 통계로 잡히지 않는 미등

록 아동을 포함하면 현재 우리나라의 미등록 이주아동은 2만 명이 넘는 것으로 추산된다.⁸⁾ 그러나 이들 미등록 미성년 이주자에 대한 처우 등을 정하고 있는 법제는 없는 상태이다. 특히 이들의 상당수는 한국에서 출생하여 스스로 한국인으로서 정체성을 가지고 성장하고 있으나 교육, 의료, 기타 생활부분에서 매우 열악한 처지에 있다. 미등록 미성년 이주자 본인의 성장에 부정적 결과를 가져오는 것은 물론 이들이 성장하면서 가질 수 있는 사회에 대한 불만 등은 그들의 수의 증가와 비례하여 한국사회의 불안요인으로 나타날 가능성이 있다는 점에서 대책이 필요하다.

UN 아동권리협약을 비롯한 각종 국제협약과 상당수 국가들의 법과 제도는 이들 미등록 미성년 이주자에 대하여 일반적인 미성년 이주자와 크게 다르지 않게 처우를 하고 있다. 미성년자의 체류지위와 관계없이 미성년인 ‘사람’ 그 자체를 보호하는 태도를 취하고 있다. 결국 미성년자를 보호하는 부모를 비롯한 보호자의 체류자격, 지위를 묻지 않고 ‘미성년’인 이주자 자체를 보호하고 있다. 그러나 미성년 이주자가 부모 등 보호하는 성인의 의사에 따라 이주를 하였고, 즉 자발적으로 이주한 것이 아니고 다른 성인의 의사에 따라 이주하였으므로, 이들 미성년 이주자의 법적 지위, 보호의 필요성, 보호의 정도도 이들을 보호하는 성인의 법적 지위에 종속되어 제공될 수 있다는 입장을 취하는 경우에는 이들 미성년 이주자의 지위는 매우 불안정하게 된다. 그러한 경우 미등록 미성년 이주자는 교육과 건강의 권리는 물론 부모의 법적 지위의 변화에 따라 자신의 의사를 주장하지 못한 채 자신의 생활근거를 박탈당할 위험에 처하게 되는 경우가 발생하게 된다.

‘UN 아동권리협약’은 모든 아동은 성명, 출생등록 및 국적을 가질 권리가 있다고 하여 시민으로서의 정체성에 대한 권리를 선언하고 있다(협약 제7조). 그러나 우리의 경우 부모 중 일방이라도 불법체류자인 경우 아동에 대한 출생신고를 하기 위해서는 부모의 불법체류 사실이 알려지고 또한 이러한 신고를 받은 공무원은 불법체류사실을 관할 관청에 통지할 수밖에 없고 결국 자녀의 출생으로 인하여 가족 모두가 강제출국이 되거나 가족이 해체되는 등 불이익을 받게 되어 아동권리협약의 내용을 현실화하는 것이 사실상 불가능하다. 그간 UN 아동권리위원회는 한국 정부가 제출한 제2차 보고서에 대한 권고에서 이주이동에 대한 차별실태에 대한 우려를 표명하였다.

⁸⁾ 이주아동권리보장기본법안(2014년 12월, 이자스민 의원 대표발의) 제안 이유 중.

2. 기본적 권리의 보장

1) 기본권 주체로서 미등록 미성년 이주자

미성년자도 기본권의 주체이다. 다만, 독자적으로 주장하여 관철하는 것이 미성년자라는 한계로 인하여 용이하지 않은 기본권의 경우에 부모 등 친권자, 후견인 등을 통해서 실현된다는 점에서 차이가 있을 뿐 미성년자도 기본권의 주체임에는 변함이 없다. 외국인의 경우도 기본권의 성질에 따라 기본권의 주체가 된다.⁹⁾ 특히, 사람으로서 가지는 권리의 경우에는 국적의 보유여부와 무관하다. 인간의 존엄과 가치, 신체의 자유 등 사람으로서 가지는 권리는 외국인의 경우에도 당연히 주체가 된다. 따라서 외국인인면서 미성년자인 미성년이주자도 헌법이 보장하는 기본권 가운데 사람으로서 당연히 가지는 권리의 주체가 된다. 합법적으로 체류할 자격이 없는 미등록 외국인도 기본권의 주체가 되는지의 문제가 될 수 있으나 기본권의 주체여부는 하위법규에 의해서 주어지는 것이 아니고, 사람으로서 당연히 주체가 되는 권리의 경우는 체류의 적법 또는 위법과는 무관한 것이다. 따라서 행정법규의 성질을 가지는 ‘출입국관리법’을 위반하여 불법체류자가 된 외국인의 경우도 기본권의 성질에 따라서 기본권의 주체가 될 수 있다.¹⁰⁾ 이렇게 본다면, 미등록 미성년 이주자도 인간으로서 가지는 권리를 포함한 성질상 외국인에게도 인정되는 기본권의 주체가 될 수 있다. 아동과 청소년은 신체적 혹은 정신적 미성숙으로 인하여 적절한 법적 보호를 포함한 특별한 보호와 배려를 필요로 하며¹¹⁾, 이들은 어떠한 상황 하에서도 최우선적으로 보호와 구제를 받아야 한다.¹²⁾

2) 미등록 미성년 이주자의 법적 지위에 대한 재검토

미등록 미성년 이주자에게 체류의 보장과 국적 취득기회의 제공할 필요가 있다. 첫째, 엄격한 혈통주의를 취하고 있는 현행 국적법의 국적취득 요건을 완화하여 한국에

9) 헌재 2012. 8. 23. 2008헌마430 등.

10) 대법원은 최근의 판결에서 불법체류노동자들의 단체결성권을 인정하였다. 대판 2015. 6. 25. 2007두4995 외국인 근로자 노동조합 설립신고 사건.

11) 아동권리선언 전문.

12) 아동권리선언 원칙 8.

서 출생한 외국인 자녀에게 국적을 부여하는 방안을 검토할 수 있다. 출생과 동시에 국적을 부여하는 것도 있을 수 있으며, 또는 국내의 교육기관에서 의무 교육기간을 이수하는 등 일정한 조건을 갖추어 국적을 취득하게 하는 방안 등을 생각할 수 있다. 한국에서 출생하여 한국에서 성장하는 미등록 미성년자는 부모의 국적국가의 언어 및 생활환경보다는 한국을 사실상 자신의 모국으로 생각하는 경우가 더 자연스러울 것이다. 자신의 언어적, 문화적 정체성이 한국인 미등록 미성년 이주자를 미등록이라는 이유만으로 출국시키거나 한국사회에서 배제하는 것은 이들에게 매우 가혹하며, 사회통합의 관점에서조차 바람직하지 않다고 생각한다. 따라서 국적법의 관련 규정을 신설하여 한국에서 출생한 외국인 또는 무국적자에 대하여 국적을 부여하는 것을 검토할 필요가 있다. 특히 현행 국적법은 복수국적을 인정하고 있고 일정 시기가 되면 국적을 선택하도록 하고 있으므로 이를 적용하여 한국에서 출생한 미성년 이주자에게 국적을 부여하는 방안이다.

둘째, 미등록 미성년 이주자에게 일정 기간 체류자격을 부여하여 독자적인 생활이 가능하기 전까지는 교육과 의료기회를 제공할 필요가 있다. 이 경우 해당 미등록 미성년 이주자가 부모와 함께 가족으로서 동거를 하고 그 부모가 자녀를 양육하는 것이 전제가 되어야 한다. 다만, 이렇게 하는 경우 미등록 미성년 이주자의 부모에 대한 체류관리 등이 문제가 된다. 그러나 미성년 이주자에 대한 조치들에 대하여 부모의 불법체류의 연장이나 목인을 초래하고 악용되어 외국인 체류관리에 심각한 문제가 발생한다는 시각으로 접근하는 한 미등록 미성년 이주자의 문제는 그 부모의 체류자격에 종속되어 미성년자의 권리가 그들 자신의 의사와는 무관하게 일방적으로 결정될 수밖에 없다. 미등록 미성년 이주자가 성년이 되어 독자적인 생활능력을 가지도록 하는 직접적인 기능은 부모가 담당하기 때문에 미성년 이주자를 위해서 부모에게 일시적이고 잠정적인 체류가 인정되는 것이지 부모에 대한 영구적 체류가 인정되는 것은 아니다. 실제 독일을 비롯한 유럽의 여러 국가들, 미국 등의 국가도 미성년 자녀가 있는 경우 부모가 불법체류자라 하더라도 이들이 가정을 유지하도록 일정기간 체류를 인정하고 있다.¹³⁾ 오히려 미등록 미성년 이주자를 양육하고 있는 부모에게 미등록 이주 아동의 체류신고와 함께 부모의 체류상태를 잠정적으로 양성화하여 이들을 지속적으로 관리할 수 있도록 한다면 외국인의 체류관리가 보다 용이해 질

13) 오정은 외, 위의 책, 74쪽 이하 참조.

수도 있다. 2014년 12월 국회에 제출된 ‘이주아동권리보장기본법’(안)도 이주아동에게 출생 등록할 권리를 가지며, 대한민국에서 출생한 이주아동이 출생사실 등록을 위한 법령정비와 정책을 수립할 의무를 부여 하고 있으며(제9조 제1항, 제2항), 대한민국에서 출생한 미성년 이주자에게 특별체류자격을 부여하는 규정을 담고 있다(법안 제10조).

3) 가족결합권의 보장

세계인권선언을 비롯한 각종 국제협약들은 가정을 사회의 기초단위로 보고 가정을 적극적으로 보호하여야 한다고 규정하고 있다. 가정은 대체적으로 부모와 그 자녀로 구성되는 것으로 이해된다. 부모가 사실혼 상태인지 법률혼 상태인지는 가정의 구성과 보호의 대상으로서 가정인지 여부와는 관계가 없다. 가정은 미성년자인 아동에게 성장과 인격의 형성에 있어서 가장 기초적이며 특별한 의미를 가진다. 한국 헌법은 가족생활은 ‘개인의 존엄’을 기초로 성립되고 유지되어야 하며 국가는 이를 보장하여야 함을 규정하고 있다(제36조 제1항). 가족 내에서의 미성년 자녀는 부모의 양육과 교육 등의 보살핌을 통하여 독립된 인격체로 성장해 나가며 국가는 가족생활이 존엄과 평등에 기초하여 이루어 질 수 있도록 보장하여야 한다.

혼인과 그에 따른 가족의 형성은 인간의 가장 자연스러운 모습이며 전적으로 가족을 형성하고자 하는 개인의 주관적 결정 영역에 속한다. 국가를 비롯한 어떠한 세력도 사람들에게 가족형성을 강요하거나, 해체를 강제할 수 없다. 국가는 형성된 가족을 공권력에 의해서 해체하는 어떠한 행위도 할 수 없을 뿐만 아니라, 사회공동체의 가장 기초단위인 가족이 다른 사회세력에 의해서 해체가 강요되는 것을 예방하여야 한다. 외국인에게도 가족의 형성과 유지가 기본권으로 보장되는지에 대한 논의가 있을 수 있으나 혼인 및 그에 따른 가족의 형성은 인간의 가장 자연스러운 모습으로 사람이면 누구에게나 인정되는 권리이다. 따라서 외국인도 스스로의 결정에 따라 혼인을 하고 가족을 형성하며 그 가족과 함께 행복을 추구할 권리가 있다. 가족이 경제적인 사유 등으로 인하여 자발적이고 일시적으로 분리될 수는 있다. 그러나 가족의 형성과 분리를 법과 제도로 강제하여 분리를 강제하거나 결합하게 하지 못하는 것은 인간의 권리를 부정하는 것이라고 생각할 수 있다.

현행 한국의 법제도는 외국인에게 체류목적에 따라 각각 다르게 가족결합권을 인

정하고 있다. 그러나 한국에 체류하고 있는 외국인 중 가장 많은 비중을 차지하고 있는 외국인 노동자(E-9)에 대하여 규율하고 있는 ‘외국인 근로자 고용 등에 관한 법률’은 외국인 노동자의 가족의 형성이나 외국의 가족과의 결합자체를 처음부터 고려하고 있지 아니하다. 법률은 외국인 노동자가 고용허가제로 입국한 뒤, 법률이 정한 기간만 체류하여 노동을 제공하고 귀국하는 것을 규정하고 있을 뿐 외국인 노동자가 체류하는 동안에 가족을 형성하거나 또는 가족을 초청하여 가족결합을 하는 것에 대해서는 침묵을 하고 있다. 오히려 외국인 노동자가 고용 중에 혼인을 하거나 출산을 하는 경우, 고용주가 근로계약을 해지하고 이를 관청에 신고하고(법률 제17조) 해당 노동자가 일정 기간 내에 다른 고용주에 의해 고용되지 못하면 출국을 하여야 하는 상황에 처하게 된다. 이러한 상황아래서는 외국인 노동자가 가족을 형성하거나 하는 일이 매우 어려울 것으로 예상된다. 재외동포법에 따라 입국하여 한국에서 취업하고 있는 재중동포와 러시아 동포의 경우에도(H-2 비자) 본국의 가족을 초청하여 가족과 결합하는 것이 매우 어려운 상황이다.

가족을 형성하고 가족과 함께 살아가는 것은 인간의 자연스러운 모습이며, 가정 안에서 미성년 자녀들은 부모의 양육과 보호아래 독자적인 생활인으로 성장하여 가는 것이다. ‘UN 아동권리협약’도 아동은 출생 후 즉시 등록되어야 하며, 출생 시부터 성명권과 국적취득권을 가지며, 가능한 한 자신의 부모를 알고 부모에 의하여 양육받을 권리를 가짐(제7조 제1항)을 규정하고 있다. 그에 따라 당사국들은 아동이 그의 의사에 반하여 부모로부터 분리되지 않도록 보장하도록 규정하고 있고(제9조 제1항), ‘유럽사회헌장’(1961년)도 해당 국가에 정주할 것이 허용된 외국인 노동자의 가족결합을 용이하게 할 것을 선언하고 있다. 1990년에 체결된 ‘이주노동자 권리협약’은 계약국들이 이주노동자의 가족결합의 보호를 보장하기 위한 적절한 조치를 취할 것과 이주노동자가 그의 배우자와 미혼의 미성년 자녀와 재결합하는 것을 촉진하기 위해 적절한 조치를 취할 것(제44조 제1항, 제2항)을 규정하고 있다. 2014년 12월 국회에 제출된 ‘이주아동 권리보장 기본법’(안)도 이주아동이 대한민국에서 출생 후 대한민국에서 거주하고 있는 경우, 건강 및 안전에 현저한 위해가 발생하여 치료 및 진료의 보장이 필요한 경우, 대한민국에 입국 후 5년 이상 계속 거주중인 이주아동으로 건강한 발달을 위해 연속적인 교육을 보장해야 할 필요가 있는 경우, 그 밖에 인도적 사유로 이주아동의 한국에서의 거주를 보장해야 할 특별한 사정이 있는 경우에는

이주아동이 계속하여 거주할 수 있도록 특별체류자격을 부여하여야 함을(제10조) 규정하고 있다. 또한 이주아동은 부모와 함께 살 권리를 가지며 특별한 사정이 없는 한 부모와 분리되어서는 안 된다(제12조 제1항)고 규정하고 이를 실현하기 위하여 이주아동의 특별체류기간 종료 시까지 이주아동 부모의 강제퇴거를 유예하는 등 필요한 조치를 취할 것을 주문하고 있다(제12조 제2항).

4) 건강권 인정¹⁴⁾

응급의료에 관한 법률은 “모든 국민은 성별, 연령, 민족, 종교, 사회적 신분 또는 경제적 사정 등을 이유로 차별받지 아니하고 응급의료를 받을 권리를 가진다.”고 규정하고 있었다. 이후 “국내에 체류하고 있는 외국인도 또한 같다”는 내용을 추가하여 외국인에게도 적용된다고 개정하였다.¹⁵⁾ 입법자는 이러한 개정을 통하여 응급의료를 받을 권리가 있는 자에 국내에 체류 중인 외국인을 포함하도록 하여 인도주의를 실현하는 것이라고 밝히고 있다.¹⁶⁾ 우리 입법자는 최소한 국내에 체류하고 있는 외국인도 “질병, 분만, 각종 사고 및 재해로 인한 부상이나 그 밖의 위급한 상태로 인하여 즉시 필요한 응급처치를 받지 아니하면 생명을 보존할 수 없거나 심신에 중대한 위해(危害)가 발생할 가능성이 있는 환자 또는 이에 준하는 사람”¹⁷⁾은 의료서비스를 차별 없이 받아야만 한다는 의지를 가지고 있다.

공공보건의료에 관한 법률에 의하여 ‘취약계층’ 혹은 ‘보건의료발전계획에 따라 보건복지부장관이 정하는 의료’에 대해 보건 의료 서비스를 우선 제공할 수 있도록 하여 미등록 이주민에 대해서도 일정 범위 내의 무료진료를 시행하고 있다. 보건복지부는 “외국인근로자(불법체류자) 건강관리지침”을 통하여 이른바 불법체류 이주노동자에 대한 무료검진과 진료서비스를 제공하고 있다.¹⁸⁾ 그러나 이러한 서비스가 보건복지부 장관의 지침에 의해서 이루어지고 있어서 진료사업이 지속적으로 이루어 질 수 있는가에 대한 의문과 재정의 불충분으로 인하여 그 운영에 한계가 있다는 지적이 있다.¹⁹⁾

14) 미등록 이주아동 및 미등록 외국인에 대한 의료접근권에 대한 자세한 연구는 권용진/임영덕, ‘미등록 이주아동 의료접근권에 관한 고찰’, 고려법학, 제63호(2011), 243쪽 이하 참조.

15) 응급의료에 관한 법률 제3조.

16) 보건복지위원장, 응급의료에 관한 법률 일부개정(대안), 2011.6.28.

17) 응급의료에 관한 법률 제2조.

18) 권용진/임영덕, ‘미등록 이주아동 의료접근권에 관한 고찰’, 고려법학, 제63호(2011), 261쪽.

그러나 응급의료 서비스를 제외한 일반적인 의료에 대한 내용은 여기에 포함되지 아니한다. 따라서 미등록 미성년 이주자의 경우에는 응급의 경우를 제외하고는 건강유지와 증진을 위한 일반적인 의료서비스를 받는 것은 매우 어려울 것으로 생각된다. 물론, 자기의 비용으로 의료서비스를 받을 수는 있겠지만, 고액의 의료비를 감당하기 어려워서 의료서비스를 필요로 하더라도 현실적으로 이용하는 것은 매우 어려울 것이다. 미등록 이주자의 경우 건강보험의 가입이 불가능하므로²⁰⁾제한적인 응급의료서비스를 받은 후 건강회복과 유지를 위한 의료접근은 사실상 어렵다고 보아야 한다.

‘UN 아동권리협약’은 당사국들은 도달 가능한 최상의 건강수준을 향유하고, 질병의 치료와 건강의 회복을 위한 시설을 사용할 수 있는 아동의 권리를 인정할 것을 주문하고 있으며, 또한 아동의 건강관리지원의 이용에 관한 권리가 박탈되지 아니하도록 노력하여야 할 것을 규정하고 있다(제24조 제1항). 당사국들은 이를 위해서 기초건강관리의 발전에 중점을 두면서 모든 아동에게 필요한 의료지원과 건강관리의 제공을 보장하는 조치 구체적인 조치 등을 비롯한 구체적인 조치들을 취하여야 한다.²¹⁾ UN 아동권리협약은 국적여부 또는 체류자격과 무관하게 아동이면 당연히 적용대상이 된다. 따라서 미등록 미성년 이주자에게는 UN 아동권리협약이 규정한 바대로 아동에게 아동이 건강하게 성장할 수 있기 위한 조치를 이행하여야 한다. 부모의 체류자격 여부가 문제되어 그 자녀가 필요한 의료서비스를 받지 못하거나, 의료비

19) 권용진/임영덕, 위의 논문, 261쪽.

20) 국민건강보험법 시행령 제64조.

21) UN 아동권리협약 제24조 제2항 각 호

2. 당사국은 이 권리의 완전한 이행을 추구하여야 하며, 특히 다음과 같은 적절한 조치를 취하여야 한다:

(가) 유아와 아동의 사망율을 감소시키기 위한 조치

(나) 기초건강관리의 발전에 중점을 두면서 모든 아동에게 필요한 의료지원과 건강관리의 제공을 보장하는 조치

(다) 환경오염의 위험과 손해를 감안하면서, 기초건강관리 체계 안에서 무엇 보다 도 쉽게 이용 가능한 기술의 적용과 충분한 영양식 및 깨끗한 음료수의 제공 등을 통하여 질병과 영양실조를 퇴치하기 위한 조치

(라) 산모를 위하여 출산 전후의 적절한 건강관리를 보장하는 조치

(마) 모든 사회구성원 특히 부모와 아동은 아동의 건강과 영양, 모유, 수유의 이익, 위생 및 환경정화 그리고 사고예방에 관한 기초 지식의 활용에 있어서 정보를 제공하고 교육을 받으며 지원을 받을 것을 확보하는 조치

(바) 예방적 건강관리, 부모를 위한 지도 및 가족계획에 관한 교육과 편의를 발전시키는 조치.

를 부담할 능력이 되지 못해서 건강을 해하는 일이 발생하지 않도록 하는 제도의 마련이 필요하다. 미등록 미성년 이주자에게 일정 수준 이상의 의료서비스를 제공한다는 것은 보편적인 인권보장의 차원을 넘어, 우리의 현실 속 가장 열악한 환경에 있는 사회·경제적 소수자에 대한 최소한의 보상의 의미도 담겨있기 때문에²²⁾ 그 의미가 크다고 생각한다. ‘이주아동 권리보장 기본법’(안)은 이주아동의 질병의 치료와 건강의 회복을 위한 적절한 의료지원의 권리와 이를 누릴 수 있도록 국가와 지방자치단체에게 의무를 부여하고 있다.

5) 교육을 받을 권리

UN 아동권리위원회는 2003년 이른바 불법체류 노동자의 미성년 자녀에 대한 복지와 권리보장을 위하여 한국의 교육법 및 사회복지 관련법의 개정을 촉구한 바 있다.²³⁾ 그에 따라 한국 정부는 초·중 등 교육법시행령을 개정하여 외국인 노동자 자녀의 학교입학을 허용하였다(제19조 제1항). 이어서 2006년 교육 관련법 개정을 통하여 이들 미등록 미성년 이주자의 공교육에 대한 접근을 다소 용이하게 하는 조치를 취하였다. 그러나 그 밖에 이들에 대한 복지 서비스를 위한 사회복지 관련법의 개정 또는 개선은 거의 없었다. 아동복지법에 인종 등에 의한 차별을 금지하는 내용이 개정되어 추가되었을 뿐이다(아동복지법 제2조 제1항). 그러나 이 조항도 ‘아동 자신 또는 부모의 성별, 연령, 종교, 사회적 신분, 재산, 장애유무, 출생지역, 인종 등에 따른 어떠한 종류의 차별도 받지 아니하고 자라나야 한다.’고 규정하고 있을 뿐, ‘국적’이나 ‘체류자격 등’에 대한 내용은 담고 있지 않다. ‘인종’은 ‘국적’, ‘체류자격’ 처럼 법적 지위에 관한 사항이라기보다는 사실상의 표지에 해당하는 것이어서 미등록 미성년 이주자의 권리보호에 직접적이고 실질적인 기여를 하기에는 미흡하다고 생각된다.

‘UN 아동권리협약’은 ① 아동의 인격, 재능 및 정신적·신체적 능력의 최대한의 계발 ② 인권과 기본적 자유 및 유엔에 규정된 원칙에 대한 존중의 진전 ③ 자신의 부모, 문화적 정체성, 언어 및 가치 그리고 현 거주국과 출신국의 국가적 가치 및 이질문명에 대한 존중의 진전 ④ 아동이 인종적, 민족적, 종교적 집단 및 원주민 등 모

22) 권용진/임영덕, 위의 논문, 257쪽.

23) UN 아동권리위원회 권고안.

든 사람과의 관계에 있어서 이해, 평화, 관용, 성의 평등 및 우정의 정신에 입각하여 자유사회에서 책임 있는 삶을 영위하도록 하는 준비 ⑤ 자연환경에 대한 존중의 진전을 이념(제28조)으로 하여 당사국은 아동의 교육에 대한 권리를 인정하며, 점진적으로 그리고 기회 균등의 기초 위에서 이 권리를 달성하기 위한 조치를 취하여야 한다. 이러한 조치에는 의무적인 초등교육 기회의 제공과 일반교육 및 직업교육을 포함한 여러 형태의 중등교육의 발전을 장려하고, 이에 대한 모든 아동의 이용 및 접근이 가능하도록 하며, 무료 교육의 도입 및 필요한 경우 재정적 지원을 제공하는 등의 적절한 조치를 취하여야 할 것을 당사국에 주문하고 있다.

독일도 학교 및 교육기관과 양육기관의 경우에는 불법체류외국인을 관할 관청에 통고하는 의무를 면제하고 있다. 따라서 학교는 불법체류자의 자녀가 수학하는 경우 그 부모의 체류상태를 통고할 의무는 지지 않으나 운영의 실제에서 불법체류자인 부모가 불법체류사실의 발각 위협을 무릅쓰고 자녀를 학교에 보낼 수 있기에는 제도 자체가 미흡하다는 비판이 있다. 학교의 입장에서도 해당 미등록 미성년 이주자가 학교에서 사고가 발생하는 경우에 생겨날 수 있는 곤란한 상황 등으로 인하여 적극적인 입장을 취하지 못하고 있다. 또한 해당 미성년자가 상급학교에 진학하고자 하는 경우 이행하여야 하는 신고의무로 인하여 사실상 상급학교에 진학을 할 수 없다고 보고되고 있다. 많은 미등록 미성년 이주자는 특별한 교육 없이 집에 방치되거나 사교육을 받는 것으로 알려져 있다.²⁴⁾

국회에 제출된 ‘이주아동 권리보장 기본법’(안)은 UN 아동권리협약을 구체화하기 위하여 이주아동이 의무교육을 받을 권리를 가짐을 규정하고 그에 따라 국가 및 지방자치단체는 이주아동이 교육권을 향유할 수 있도록 하는 법령정비 등의 필요한 지원을 할 것을 규정하고, 교육을 받는 동안 정당한 사유 없이 해당 학교의 장으로부터 불이익한 조치를 받지 않도록 필요한 조치를 취하여야 한다. 또한 한국어 교육 등의 필요한 지원을 하도록 하고 있으며, 별도의 교육시설을 운영할 수 있음도 규정하고 있다(제18조 이하 제20조).

6) 각종 복지 지원

24) 오정은 외, 앞의 책, 75쪽 참조.

‘UN 아동권리협약’은 당사국에게 모든 아동이 사회보험을 포함한 사회보장제도의 혜택을 받을 권리를 가짐을 인정하며, 자국의 국내법에 따라 이 권리의 완전한 실현을 달성하기 위하여 필요한 조치를 취하여야 함을(제26조 제1항) 규정하고 있다. 제27조는 이를 보다 구체화하여 ① 당사국은 모든 아동이 신체적, 지적, 정신적, 도덕적 및 사회적 발달에 적합한 생활수준을 누릴 권리를 가짐을 인정한다. ② 부모 또는 기타 아동에 대하여 책임이 있는 자는 능력과 재산의 범위 안에서 아동 발달에 필요한 생활여건을 확보할 일차적 책임을 진다. ③ 당사국은 국내 여건과 재정의 범위 안에서 부모 또는 기타 아동에 대하여 책임이 있는 자가 이 권리를 실현하는 것을 지원하기 위한 적절한 조치를 취하여야 하며, 필요한 경우에는 특히 영양, 의복 및 주거에 대하여 물질적 보조 및 지원계획을 제공하여야 한다. ④ 당사국은 국내외에 거주하는 부모 또는 기타 아동에 대하여 재정적으로 책임있는 자로부터 아동양육비의 회부를 확보하기 위한 모든 적절한 조치를 취하여야 한다. 특히 아동에 대하여 재정적으로 책임있는 자가 아동이 거주하는 국가와 다른 국가에 거주하는 경우, 당사국은 국제협약의 가입이나 그러한 협약의 체결은 물론 다른 적절한 조치의 강구를 촉진하여야 한다.

또한 ‘이주아동 권리보장 기본법’(안)은 이주아동이 건강하고 안전하게 보호·양육을 받을 권리를 가짐을 규정하면서(제16조), ‘아동복지법’에 따른 아동보호서비스 및 아동복지전담기관·아동복지시설 이용 등의 혜택을 받을 권리를 가짐을 확인하고 있다(제17조 제1항). 또한 국가 및 지방자치단체의 공무원은 보호가 필요한 이주아동을 발견한 경우에는 아동복지법이 정하는 보호조치를 받을 수 있도록 조치를 취할 것을 규정하고 있다(제17조 제3항).

V. 나가는 말

한국의 외국인 정책은 크게 결혼이민자를 중심으로 하는 이른바 다문화가족 정책과 고용허가제를 기초로 하는 외국인 노동자 정책으로 구분되고 있다. 다문화가족 경우는 부모 중 일방은 한국 국적을 갖고 있으므로 그 자녀는 당연히 한국 국적을 가

지게 되어서 미성년 이주자가 발생할 가능성이 거의 없다. 반면에 한국에 체류 중인 외국인 노동자에게는 고용기간 중 가족형성 또는 가족초청을 사실상 허용하지 않고 있는 법과 정책이 실시되고 있다. 그러나 외국인 노동자들이 한국에 체류하면서 혼인을 통한 가족의 형성과 자녀를 출산하거나, 본국에 거주하고 있는 자녀를 관광 또는 그 밖의 초청방식으로 한국에 불러들여서 가족이 결합하는 사례가 늘고 있다. 이렇게 형성된 가족의 경우 그 부모가 이후에 이른바 불법체류자가²⁵⁾ 되고 그에 따라 그 자녀들도 미등록 외국인이 되어, 보호가 절대적으로 필요한 미성년 자녀들이 보호의 사각지대로 몰리고 있다. 현재 주로 문제가 되고 있는 미성년 이주자는 후자의 경우이다.

미등록 미성년 이주자에게 가장 중요한 것은 부모와 함께 안전하게 살아갈 수 있는 환경의 제공과 이들이 한국에서 성년으로서 한국사회에 통합되어 독자적인 삶을 영위할 수 있기 위한 서비스가 제공되어야 한다. 특히, 학교교육기회의 제공과 각종 보수교육, 건강한 삶을 위한 의료지원 등이 이루어 질 필요가 있다. 체류에 있어서 문제가 없는 미성년 이주자의 경우는 적어도 각종 법률과 제도에 의해서 학교교육과 의료지원이 이루어지고 있다.²⁶⁾ 그러나 미등록 미성년 이주자의 경우는 안전하게 살아갈 수 있기 위한 체류자격, 학교교육, 의료지원 등에서 매우 불안정한 지위에 처해있다. 이들은 한국에서 태어나 스스로 한국적 정체성을 갖고 있음에도 불구하고 한국사회에서 삶의 기반을 찾지 못하고 매우 불안정한 생활을 해 나갈 수밖에 없다.

외국인을 통제하고 관리하는 법률과 제도가 아무리 엄격하게 집행된다고 하여도 이주자의 가족의 형성과 결합을 근본적으로 차단할 수는 없다.²⁷⁾ 오히려 한국사회가 보다 안정적으로 지속발전하기 위하여 보다 진전된 외국인 정책이 필요한 시점이다.

25) E-6 비자로 입국하여 단순 노무에 종사하는 경우, E-9 비자로 입국하여 직장이탈, 체류기간 초과 하고 임의로 고용되는 경우 등 다양한 모습이 나타나고 있다.

26) 그러나 이에 해당하는 미성년 이주자는 대부분 교수, 전문기술인력으로 한국에 입국한 외국인의 자녀들로서 이들은 오히려 한국의 교육시스템보다는 국제학교 등을 선호하는 경향이 있으며, 한국에 통합되어 영구거주하고자 하는 의사가 상대적으로 적은 것으로 알려져 있다.

27) 독일의 경우도 외국인 노동자(Gastarbeiter)를 도입하던 1950년대에는 이들 외국인 노동자들의 노동계약기간이 종료되면 모두 본국으로 돌려보내는 법과 정책을 추진하였으나, 현실에서 이러한 법률과 정책의 미현실성이 입증되고 결국은 1970년대에 이르러 외국인 노동자의 가족초청 등 가족결합을 인정하기에 이르렀다.

참고문헌

- 강현아, 「이주노동자 자녀의 사회권에 관한 논쟁」, 아동과 권리 제13권 제1호(2009).
- 국가인권위원회, 이주아동의 교육권 실태조사, 2010.
- 박진완, 아동권리협약의 국내정 이행과정에 대한 분석, 세계헌법연구 제16권 제1호.
- 조혜영, 미국의 이주 아동·청소년 적응 지원 프로그램 및 시사점에 관한 연구, 청소년 복지 연구 제13권 제1호(2011).
- 김성천, 미등록 이주아동의 권리보정을 위한 제도적 방안에 관한 연구, 21세기 사회복지연구 제7권 제1호(2010).
- 조금주, 국내 이주민 자녀들의 학교교육에서의 교육권 실현을 위한 과제, 청소년학연구 제18권 제1호(2011).
- 권용진/임영덕, 미등록 이주아동 의료접근권에 관한 고찰, 고려법학, 제63호(2011).
- 신은주, 외국인의 강제적인 가족분리와 가족결합권의 보호, 법조 제693호(2014).
- 류유선, 가구화의 관점으로 본 미등록이주아동의 귀환결정, 민족연구 제60호(2014).
- 최경옥, 한국에서의 다문화가정 아동의 교육권, 공법학 연구, 제13권 제1호(2012).

【제2토론】

<미성년 이주자의 권리: 특히 이른바 ‘미등록’ 미성년 이주자의 권리를 중심으로> 토론문

정 상 우(인하대학교 사회교육과)

이 글은 미성년 이주자 가운데 특히 법적 지위와 처우가 매우 취약한 미등록 미성년 이주자를 대상으로 현행 한국의 법제에 따른 법적 지위를 살펴보고, 이들이 누려야 할 권리에 비추어 현행 법제의 문제점과 개선 방안을 제시한 것이라고 할 수 있습니다. 특히 미등록 미성년 이주자의 법적 지위, 가족결합권, 건강권, 교육을 받을 권리 등을 검토하시면서 국회에 제출된 ‘이주아동 권리보장 기본법’(안)의 타당성을 논증한 성격이 강한 것으로 생각됩니다.

이 글에서 중점적으로 논의되고 있는 미등록 미성년 이주자 또는 미등록 이주배경 아동은 우리나라 국적법과 관련 법률상 우리나라에서 태어나거나 장기간 우리나라에 거주하는 경우에도 우리나라 국적을 취득하지 못하고 출생등록조차 할 수 없어 합법적인 체류자격을 취득하지 못하고 보건, 보육, 교육 서비스 등 기본적인 인권보호를 적절하게 제공받지 못하고 있습니다. 이러한 상황은 사실 UN의 아동의 권리에 관한 협약에 위반될 뿐만 아니라 우리 헌법이 보장하고 있는 인간의 존엄과 가치뿐만 아니라 기본권 보장 이론에 위반되고 인류 보편적 가치에도 어긋난다고 할 것입니다. 이러한 점에서 오늘 발제 내용에 대해서는 토론자도 대부분 동의하는 입장이라고 먼저 말씀드릴 수 있습니다. 입장이 크게 다르지 않기 때문에 토론자의 역할을 어떻게 감당할 수 있을지 모르겠습니다.

저는 오늘 발표의 배경이 되는 ‘이주아동 권리보장 기본법’(안)의 입법 필요성에 충분히 공감하면서, 함께 검토되어야 할 문제는 우리나라의 ‘다문화정책’의 정책 대상 범위라고 생각합니다. 우리나라 다문화정책 및 관련 입법의 대상은 ‘제한외국인’으로 합법적인 체류자격을 가진 외국인 또는 이에 기초한 다문화가족으로 한정되어 있습니다. 이주민 지원 정책도 주로 결혼이주여성을 중심으로 하고 있는 다문화가족

에 머물고 있고, 일반인들에 대한 다문화사회 이해 교육도 다문화‘가족’이해 교육에 머무는 경향이 강합니다. 정부의 다문화정책은 이주노동자와 다문화가족을 분리하여 접근하고 있고, 이에 따라 인권사각지대가 여전히 많은 것이 사실입니다. 이러한 현상은 다문화사회에 대응한 여러 입법들과 다문화정책의 핵심적인 철학이 한국인 자녀 출생을 전제로 한 것이기 때문이라고 생각합니다. 대표적으로 다문화가족지원법 제14조(사실혼 배우자 및 자녀의 처우)에서는 대한민국 국민과 사실혼 관계에서 출생한 자녀를 양육하고 있는 다문화가족 구성원에 대하여 다문화가족지원법을 적용하고,¹⁾ 제14조의2(다문화가족 자녀에 대한 적용 특례)에서는 다문화가족이 이혼 등의 사유로 해체된 경우에도 그 구성원이었던 자녀에 대하여는 이 법을 적용한다고 규정하고 있습니다. 이렇게 한국인 자녀 출생이 중요한 판단 기준이 되다보니, 미등록 미성년 이주자 역시 보호 대상에서 제외되고 있는 것으로 판단됩니다.

이러한 문제점을 해결하기 위하여 미등록 미성년 이주자 또는 미등록 이주배경아동에 대해 별도의 독립입법을 하는 것은 입법목적에 충분히 공감할 수가 있습니다. 그럼에도 불구하고 이 법안에 대한 찬반논란이 뜨거웠던 것도 사실입니다. 이에 대한 반대 의견은 대략 다음과 같이 요약될 수 있을 것 같습니다. 첫째는 예산 문제, 둘째는 미등록 체류자 급증 우려라고 할 수 있습니다. 저는 예산 문제의 경우 인권의 문제에서 재정적인 부분은 직접 비교할 대상이 아니라는 점, 우리나라의 인구구조상 국내출생의 이주아동의 포용이 필요하다는 점, 예산의 관점에서 보더라도 이주아동이 우리 사회에 기여하도록 성장할 경우 오히려 국익에 도움이 된다는 점에서 큰 문제가 아니라고 생각합니다. 다만 미등록 체류자 급증, 좀더 직설적으로 표현한다면 최근 정책적으로 미등록 이주아동의 체류를 암묵적으로 용인하는 정책을 하고 있으나(예: 출입국관리법상 통보의무의 면제) 명시적으로 인정할 경우 법률을 악용하여 미등록 체류자가 급증할 것이라는 염려가 있습니다. 이러한 우려가 근거가 없는 것인지, 아니면 우려에도 불구하고 감수해야 하는 것인지, 우려를 불식시킬만한 제도적 장치가 가능한지 혹은 발제자께서 보다 설득력 있는 전제가 있으시면 말씀해 주시기

1) 이 경우에도 발제자께서 지적하신 바와 같이, 재한외국인처우기본법 제12조 제2항에서 규정하고 있는 대한민국 국민과 사실혼 관계에서 출생한 자녀를 양육하고 있는 재한외국인 역시 결국 합법적인 체류외국인만을 의미하기 때문에 미등록 외국인이 한국인과 사실혼 관계에서 출생한 자녀가 한국인 생부 또는 생모로부터 인지받지 못한 경우 적용받지 못하는 한계가 있습니다.

바랍니다.

다른 한편 미등록 미성년 이주자의 권리는 이들에게는 매우 유효적절한 입법이 될 수 있지만, 정책 대상이 대단히 명확한 까닭으로 오히려 입법에 대한 공감대가 형성되지 못하고 입법의 추진동력이 강하지 못할 수 있습니다. 그렇다면 일반적인 입법으로 또는 다소 우회적인 방법으로 접근하는 것은 필요하지 않은지 궁금합니다. 입법체계적으로 국적법이나 출입국관리법 등에 출생등록 규정을 두거나 아동 또는 교육 관련 입법에 차별금지 등을 규정하는 방식입니다. 출생등록을 한 경우 가장 큰 권리는 17세 내지 19세까지 국내에 체류할 수 있는 권리라고 할 수 있습니다. 이러한 권리를 담는 형식이 반드시 새로운 법률의 제정일 필요는 없다고 봅니다. 이러한 입법노력이 사회에 던지는 메시지도 중요하지만, 법률의 체계정합성과 입법 과정에서의 공감대 형성이라는 관점에서 우회적으로 보일 수 있으나 효율적인 쪽을 선택하는 방법도 대안이 될 수 있다고 생각합니다. 법률 제정이 최선이라고 생각하지만 차선으로 현행 법률을 개정하는 방식에 대해서는 발제자께서 어떤 의견을 갖고 계신지 궁금합니다.

다소 사소한 사항이지만, 용어에 있어 이주(배경)아동이라는 용어 대신에 미성년 이주자 용어를 사용하신 의도가 궁금합니다. 미성년과 아동은 19세와 18세의 차이가 있는데, 보호범위를 넓히기 위해서 19세로 하신 것인지 아니면 다른 의미가 있으신지 궁금합니다. 그리고 이주자라는 용어는 사전적 의미로 자칫 국내출생을 제외시키는 느낌을 줄 수 있다는 점에서 굳이 미성년 ‘이주’자 용어를 사용하신 배경이 궁금합니다. 끝으로 우리 헌법에서 아동에 관한 권리가 규정되지 않은 점도 문제점이라고 지적할 수 있습니다. 아동에 대한 국가목표 조항 또는 차별금지 조항을 헌법개정에서 반영해야 할 필요가 있다고 봅니다. 아울러 국제 사회에서 「모든 이주노동자와 그 가족의 권리보호를 위한 국제협약」(ICRMW)에 대한 비준 권고가 있는데, 이 협약의 비준에 대한 전향적인 자세가 필요하다고 생각합니다. 감사합니다.

결혼이민과 헤이그 국제아동탈취협약의 적용

곽민희*

I. 序

II. 결혼이민자의 국제아동탈취의 문제점

III. 협약 및 우리 이행법률의 개요

IV. 가정폭력을 이유로 하는 결혼이민자의
국제아동탈취

V. 結

I. 序

근대사회의 형성과 함께 국가 간 이동의 자유가 보장되고 국제적 교류가 활발해지면서 인구의 이동과 유입을 통한 이민이 증가하였다. 종래 이민의 목적은 크게 노동과 혼인¹⁾이라고 할 수 있는데, 최근 국제화에 수반하여 한국으로의 결혼이민²⁾이 급

* 숙명여자대학교 법과대학 교수, 법학박사.

- 1) 사법영역에서는 우리 민법상의 개념으로서 “혼인”이라고 하는 용어가 일반적으로 사용되고 있지만, 이하에서 서술하는 바와 같이 결혼중개업의 관리에 관한 법률, 재한외국인처우기본법, 다문화가족지원법 등에서는 “결혼”이라는 용어가 주로 사용되고 있으며, 사회적으로도 후자의 용어가 보다 친숙하게 보편적으로 사용되고 있다. 본 장에서는 각 법적 개념으로서의 “혼인” 또는 “결혼”이라는 용어를 혼용해서 사용하고 있지만, 될 수 있는 한 관련 법률에서 정의하는 용어를 그대로 사용하기로 한다.
- 2) 한국에 체류하는 외국인의 기본법이라고 할 수 있는 재한외국인처우기본법상에 “결혼이민자”의 정의가 규정되어 있다. 재한외국인처우기본법에서의 “결혼이민자”란 대한민국 국민과 혼인한 적이 있거나 혼인관계에 있는 재한외국인을 말하고(제2조 제3호), 여기에서 재한외국인이란 거주목적의 합법적으로 체류하는 외국인을 의미한다(제2조 제1호). 재한외국인처우기본법을 기초로 제정된 다문화가족지원법도 역시 재한외국인처우기본법의 정의에 따른다. 따라서 현행법상 “결혼이민자”란 대한민국 국민과 혼인한 적이 있거나 혼인

증하였다. 한국은 2000년대를 계기로 혼인을 매개로 하는 이민이 증가하였고 혼인을 통해 유입되는 이민자의 70% 이상이 여성이라는 점에서 한국사회에서 결혼이민은 민족적 현상일 뿐 아니라 강력한 성별적 현상의 특성을 가진다.³⁾ 이로 인해 단일민족을 표방하던 우리나라의 기존의 보수적 가족문화에 국제성이라고 하는 매우 이질적인 요소가 혼입됨에 따라서, 소위 “다문화가족”이라고 하는 새로운 법적 개념이 등장하게 되었다.⁴⁾ 다문화가족의 등장은 우리 사회의 정치, 경제, 문화 전반에 많은 영향을 미쳤고, 이를 보호하고 지원하기 위한 여러 법적·제도적 수단이 마련되고 있다. 이처럼 우리 사회는 바야흐로 다문화 공생의 시대를 맞이하고 있다. 반면 다문화가족의 해체로 인하여 소위 국제가족법상 문제가 다양한 형태로 발생하고 있고, 그중 자녀를 둘러싼 분쟁은 아동에게 미치는 영향을 고려할 때 국제사회에서 매우 심각한 문제로 인식되고 있다. 결혼이민의 급증과 함께 우리나라에서도 자녀의 양육과 관련한 분쟁이 적지 않게 발생하고 있다. 특히 결혼이민자가 혼인 파탄을 이유로 상대방 배우자의 동의 없이 자녀를 데리고 모국으로 동반 귀국하는 사례가 많이 발생하고 있다. 대표적으로 2013년 우리나라에서 최초로 대법원이 재판과정을 공개한 베트남 모(母)의 자녀동반출국사건⁵⁾은 위와 같은 사실을 반증하는 것이다.

한편 최근에는 결혼이민과 함께 아동의 동반 이주 현상도 증가하고 있다. 즉, 결혼이민자가 전혼 자녀와 함께 우리나라에 입국하거나 우리 국민과 혼인 후 우리나라로

관계에 있는 합법적인 체류자격을 가진 재한외국인을 말한다. 한편 재한외국인처우기본법을 기초로 제정된 다문화가족지원법은 이와 같은 “결혼이민자” 및 “귀화자” 등을 구성단위로 하는 “다문화가족”이라는 용어를 법적 개념으로 인정하였다.

- 3) 양현아, 가족 안으로 들어온 한국의 다문화주의(Multiculturalism)실험, 저스티스 통권 제134-2호(2013.2), 298면.
- 4) 국제결혼이라는 사회적 현상에 상응하는 정책적·제도적·법적인 규제와 지원을 정립하고 추진하는 과정에서, 결혼이민 관련 법제에서는 의식적으로 “다문화”라는 용어가 보편화되었다. 또한 사회적으로 결혼이민자 등을 중심으로 하는 새로운 가족단위가 형성됨에 따라서, “결혼이민자”, “다문화가족”이라고 하는 용어들이 법적개념으로 등장하였다. 즉, “다문화가족”은 다문화가족지원법 제2조 제1호에 의해 이 법의 적용을 위해 의도적으로 생성된 법적 개념이다. 이에 따르면, “다문화가족”이란, 결혼이민자와 출생, 인지, 귀화(국적법 제2조부터 제4조)에 의해서 대한민국 국적을 취득한 자로 이루어진 가족이거나, 인지 및 귀화(동법 제3조 및 제4조)에 의해 대한민국 국적을 취득한 자와 출생, 인지, 귀화에 의해서 대한민국 국적을 취득한 자로 이루어진 가족을 의미한다(동법 제2조 제1호). 따라서 현행 다문화가족지원법상의 “다문화가족”은 국적이 외국인인 자를 구성원의 필수적 요소로 하고 있지는 않다.
- 5) 대법원 2013.6.20, 선고 2010도14328 전원합의체 판결. 이 판결에 대해서는 후술한다.

아동을 입국시키는 경우이다. 이 경우 우리 국민은 혼인을 계기로 결혼이민자의 전혼 자녀를 입양하는 사례가 늘고 있다.⁶⁾ 이처럼 한국사회에서 다문화가족의 해체로 인한 결혼이민자와 그 자녀의 문제는 심각한 사회적·법적 분쟁을 야기하고 있다. 또한, 우리나라는 지난 2012년 「국제적 아동탈취에 관한 헤이그 협약(이하, 헤이그 아동탈취협약 또는 협약)」에 가입하고, 2013년 3월 1일부터 협약이 국내에서 발효된 이상, 이 문제에 관한 본격적인 논의가 필요한 시점이다.

따라서 이하에서는 먼저 결혼이민자의 아동탈취의 문제점을 명확하게 파악한다. 다음으로 결혼이민자의 국제아동탈취 행위에 적용될 협약의 구체적 내용과 절차에 관해서 검토한다. 그리고 실제로 협약이 적용되는 경우 결혼이민자와 그 자녀의 보호방안에 대해서 살펴본다. 참고로 국제적 아동탈취의 문제는 국경을 넘어서 아동을 데리고 우리나라로 귀국하거나(Incoming Case), 결혼이민자가 아동을 데리고 출국하는 행위(Outgoing Case) 모두 문제 되지만, 이 글은 결혼이민자의 아동탈취에 대해서 다루고 있기 때문에 주된 논의는 국외아동탈취사안(Outgoing Case)을 전제로 한다.

II. 결혼이민자의 국제아동탈취의 문제점

1. 부모에 의한 국제아동탈취의 불법성

(1) 공동양육권자의 양육권 침해

우선 우리 민법상, 아동의 최선의 이익 또는 복리는 중요한 보호법익이지만 부모의 양육권 역시, 법률상 매우 중요한 이익으로서 다루어진다. 예컨대, 부모가 이혼하는 경우 자녀에 대한 양육권은 주요한 분쟁의 대상이 되고 있고, 아동의 거소지정을 포

6) 이때 그 자녀는 외국국적을 가지는 경우가 대부분이기 때문에, 적법한 국제입양절차를 따라야 한다. 이처럼 국제입양을 하고자 하는 경우에 입양의 절차나 효과에 관해서 우리 국제사법은 입양 및 파양에 관해서는 양친의 본국법에 따르도록 하고 있다(국제사법 제43조). 따라서 본문의 예에서 우리 국민이 양친이 되는 경우에는 우리 민법의 입양에 관한 요건이나 절차에 따라서 입양을 하면 된다. 다만, 자녀의 본국법상 입양을 위해서 그 자녀 또는 제3자의 승낙이나 동의 등이 요건인 경우에는 입양 시에 그 자녀의 본국법이 요구하는 요건도 갖추어야 한다(동법 제44조).

함한 아동의 양육에 관한 사항을 결정함에 있어서도 친권 또는 양육권(right of custody)⁷⁾의 존부는 중요한 판단기준이 된다. 우리 민법상 당사자가 이혼하는 경우 공동친권을 가지는 것도 가능하고, 이러한 부모 권리의 침해는 불법행위를 구성한다. 나아가 민법뿐만 아니라 다른 관련 법률에서도 부모의 양육권은 다른 보호법익에 비해서 중시되는 경향이 있다. 예컨대 아동복지법상, 보호자가 아동을 학대하고 있는 경우라고 하더라도 친권상실이 선고되지 않는 한, 부모의 의사에 반해서 그 아동을 부모로부터 탈취하는 것은 인정되지 않는다. 따라서 제3자가 양육권자로부터 자녀를 탈취하는 행위는 아동학대로부터 해당 아동을 보호하기 위해서 이루어진 경우라고 하더라도 생명 등의 이익을 보호하기 위한 긴급피난에 해당하지 않는 한 부모 및 아동에 대한 불법행위를 구성한다(민법 제750조). 나아가 아동에 대한 공동양육권을 가진 부모의 동의 없이 일방 부모가 아동을 데리고 출국하는 행위도 민법상 상대방의 양육권 침해에 해당한다.

한편, 형법상 종래 판례는 일관되게 자녀를 공동으로 양육하는 부모의 1인이 다른 부모와의 협의 또는 법원의 결정을 거치지 않고 일방적으로 자녀를 데리고 외국으로 출국하는 행위는 불법한 것으로 판시하고 있다. 즉, 우리나라 대법원은 “미성년자를 보호 감독하는 자라고 할지라도 다른 보호감독자의 감호권을 침해하거나 자신의 감

7) “right of custody”라고 하는 용어는 일반적으로 “양육권” 또는 “감호권”으로 번역할 수 있다. 협약상 이 용어에 대해서는 우리 민법 제837조가 양육책임, 양육자, 양육비용 등의 양육이라는 용어를 사용하고 있고, 이행법률도 기본적으로 “양육권”으로 번역하여 사용한다. 다만, 우리 민법상 친권과 양육권의 구별에 대해서는 이론상 논의가 있다. 일본에서 협약상 “right of custody”는 통상 “감호권(監護權)”으로 번역하여 사용된다. 일본 민법 제820조는 친권자가 행하는 권리와 의무의 내용으로써 감호라고 하는 개념을 별도로 인정하고, 감호란 자(子)가 순조롭게 자랄 수 있도록 해주는 부양과 의료 및 거소지정을 의미한다고 한다. 일반적으로 친권자가 친권에 포함하는 권리로서 감호권을 가진다(大村敦志 『家族法』(有斐閣, 2004) 102頁). 그러나 일본 민법은 이혼 시 단독 친권의 원칙(일본 민법 제819조 제1항 내지 제3항)을 규정하고 있는데, 부(父) 또는 모(母)가 단독으로 친권을 행사하는 경우라도 친권자와는 별도로 감호권자를 정하는 것이 타당하다고 인정되는 경우에는 친권을 가지지 않는 일방 부모에게 감호권이 주어질 수 있다고 한다. 이때 친권자의 친권에서 감호권은 제외된다. 따라서 일본 민법상 친권과 감호권은 서로 구별되는 법적 개념 내지 권리라고 한다(大村敦志, 앞의 책, 168頁). 일본 민법의 영향으로 이전 우리 판례에서도 종종 감호권이라고 하는 용어가 사용되기도 하였지만, 오늘날 우리나라에서 감호권이라는 용어를 사용하는 학자는 많지 않다. 이상으로 민법상 “친권”과 “양육권(또는 감호권)”에 대해서는 개념상 다양한 논의가 있지만, 이 글에서는 자녀의 양육에 관해서 거소지정권을 포함하는 부모의 권리 또는 책임의 의미로서 “양육권”이라고 하는 용어를 사용한다.

호권을 남용하여 미성년자 본인의 이익을 침해하는 경우에는 미성년자 약취·유인죄의 주체가 될 수 있다⁸⁾고 함으로써, 미성년자의 약취유인죄의 보호범익은 「아동의 자유와 안전」과 더불어, 상대방 「부모의 양육권(판례상 “감호권”）」도 중요한 보호범익이라고 해석하고 있다. 따라서 결혼이민자가 아동에 대한 양육권을 가지고 있다고 하더라도 상대방 배우자인 공동양육권자의 동의 없이 아동을 데리고 다른 국가로 출국하는 행위는 상대방 양육권자에 대한 양육권 침해로서 민법상뿐만 아니라 형법상으로도 불법하다고 해야 할 것이다.

(2) 결혼이민자의 아동탈취행위에 대한 최근 대법원 판결

① 사실관계와 판결의 결론

최근 대법원 판결에 따르면, 공동양육권자의 동의 없이 국외로 아동을 이동시킨 모의 행위는 우리 형법상 국외이송목적약취유인죄의 구성요건에는 해당하지는 않는다고 판시한 바 있다.⁹⁾ 이 사건은 결혼이민자인 베트남 국적의 모(母)가 한국 국적 남편과의 불화를 이유로 남편의 동의 없이 두 사람 사이에서 출생한 아이를 데리고 모국인 베트남으로 귀국한 사건이다. 이후 모는 모국의 가족에게 아동만을 맡겨두고 며칠 뒤 한국으로 단독 귀국하여 장기간 베트남으로 귀국하지 않고 있었다. 이 사건에서 부는 아동과 용이하게 연락하거나 만남의 기회를 가질 수 없었고, 모와의 연락도 쉽지 않은 상태였다. 이 사건은 우리 형법상 베트남 모(母)의 행위가 국외이송목적약취유인죄의 구성요건해당성이 다투어진 사건으로서 매우 중요하고 다양한 논점을 포함하는 사건이었지만, 결론적으로 대법원은 이 사건 베트남 모(母)의 행위는 형법상 국외이송목적약취죄의 구성요건에 해당하지 않는다고 판시하였다. 즉, 대법원은 모가 아동을 데리고 나갈 때 폭행 또는 협박과 같은 물리적 유형력의 행사가 없었기 때문에 약취죄의 수단에 해당하지 않고, 모가 베트남에 있는 가족의 보호 아래 아동만을 남겨두고 모만 한국으로 귀국했다고 하더라도 이는 아동에 대한 직접적인 위협을 초래하는 것이 아니므로 「아동의 안전」에 대한 보호범익 침해가 없다고 하여 본죄의 성립을 부정하였다.¹⁰⁾

8) 대법원 2008.1.31. 선고 2007도8011 판결.

9) 대법원 2013.6.20. 선고 2010도14328 전원합의체 판결.

10) 이와 유사한 사안에 대해 일본 최고재판소는 일방 부모의 자녀탈취행위에 대한 국외이송

② 판결의 문제점

이 판결은 다음과 같은 점에서 문제가 있다. 우선, 종래 판례에 따르면, 약취유인죄의 보호법익은 「아동의 안전」뿐만 아니라, 「부모의 양육권(일방의 공동양육권 포함)」도 해당하는 것으로 해석된다. 성인에 대한 약취유인죄와 달리, 미성년자약취죄에서 「부모의 양육권」은 「미성년자의 자유와 안전」이라고 하는 보호법익만으로는 해소될 수 없는 독립되고 중요한 보호법익이다. 예컨대, 어떤 사람이 부모의 학대로부터 아동을 보호하려는 의사로 양육권자의 동의 없이 그 미성년자를 약취유인한 경우, 「아동의 안전」의 관점에서만 본다면 약취자의 보호 아래에 있는 것이 부모와 함께 있는 것보다 안전하다고 판단되더라도 형법 제287조의 해석상 그가 미성년자약취죄로 처벌되는 것에는 이론(異論)이 없다. 이 경우 본죄가 아동의 안전에 대한 추상적 위험범이라는 점을 별론으로 하더라도, 처벌의 근거는 「미성년자의 안전(자유)」이라기보다는 「부모의 양육권 침해」에서 찾을 수 있다. 나아가 형법상 본죄의 성립에 제3자와 공동양육권자의 행위를 구별하지 않고 있는 이상, 판례의 해석상 불법성에는 차이가 없다.

다음으로 이 사안에서 모는 아동을 데리고 국외로 출국한 뒤, 모의 가족에게 아동만을 맡겨두고 단독으로 한국으로 귀국하였다. 이는 공동양육권자의 양육 기회 및 아동과 접촉할 권리를 원천적으로 봉쇄·박탈하고, 적법절차에 의한 양육권 지정을 다투지 않고 실력으로 이를 탈취할 목적으로 동반 출국하였다는 점에서 법적 절차에 대한 정당한 신뢰를 무시하였다는 점에서 더욱 정당화되기 어렵다. 나아가 대법원은 부의 양육 아래에 있는 것 보다 베트남 모 가족의 보호 아래에 있는 아동이 특히 더 위험하다고 할 수 없으므로 아동의 안전에 대한 보호법익의 침해가 없으므로 본죄의 구성요건에 해당하지 않는다는 결론을 내렸다. 그러나 정당한 법적 절차에 의하지 않은 모의 아동 양육권 실력탈취 행위를 용인하고, 또 다른 중요한 법익인 공동양육권자의 「양육권의 침해」의 관점에서 본조에 의한 구성요건 성립 근거를 적극적으로 검토하지 않았다는 점은 문제가 있다고 생각된다. 이러한 점 때문에 이 판결은 우리

약취죄가 성립한다고 명시적으로 판시한 바 있다. 즉, '유형력을 이용하여 피약취자가 보호되고 있던 환경으로부터 데리고 나와 자신의 사실적 지배하에 둔 행위는 부부 일방의 감호권에 위반하여 국외이송약취죄가 성립한다'고 한다. 여기서 유형력은 반드시 폭행 또는 협박과 같은 물리적 유형력의 행사일 것을 요하지 않는다(일본 최고재판소 평성15년(2003) 3월18일 결정[제2소법정결정])

국민에게 결혼이민자의 보호 필요성을 인식하게 만드는 계기가 되었다기보다 우리 사회에 뿌리 깊게 박혀있는 결혼이민자에 대한 불신과 오해를 더욱 깊게 만들었다. 물론 형법의 보충성의 관점에서 국제아동탈취행위를 반드시 형사처벌의 대상으로 삼아야 하는가는 별론으로 하더라도 해석상 그 불법성에 관한 적극적인 설명이 필요한 부분이었다고 생각한다.¹¹⁾

이 사건은 비록 헤이그 아동탈취협약 체결 전의 사건으로서 협약이 적용되는 경우는 아니었지만, 부모에 의한 국제아동탈취(International Parental Child Abduction)의 전형적 사안으로서 협약은 명시적으로 이를 불법으로 규정하고 있다. 우리나라에서도 향후 국제이혼과 다문화가족의 해체에 수반하여 발생하는 결혼이민자의 국제아동탈취 문제는 원칙적으로 불법하다는 인식을 하고 대처해야 할 필요성이 있다.

2. 결혼이민자의 아동탈취의 특성

다문화가족의 해체에 의한 결혼이민자의 아동탈취사건 대부분은 모(母)에 의해서 이루어진다. 즉 미성년 자녀와 모(母)의 관계나 양육환경 등에 비추어, 모에 의한 아동탈취는 우리나라에만 특유한 현상은 아니다. 세계적으로도 주요한 양육권자(Primary Carer)인 모(母)에 의한 탈취가 증가하고 있다. 헤이그 국제사법회의의 최근의 공식적인 통계자료에 의하면, 2008년에 헤이그 아동탈취협약 제약국을 대상으로 하는 아동탈취사건의 전체 중 약 67%가 모에 의한 아동탈취사건이다.¹²⁾ 그 이유는

11) 외국의 경우에는 형법 자체 또는 특별법을 통해 탈취부모가 주요한 양육권자라고 할 지라도 국제결혼의 파탄으로 인해서 공동양육권자인 상대방 부모의 동의나 합의 없이 아동을 국외로 이동시킨 행위를 형사처벌의 대상으로 규정하는 경우가 많다. 예컨대, 미국의 경우에는 종래 주(州) 형법을 근거로 상대방 배우자의 의사에 반한 아동의 이동 및 유치 행위를 처벌해 왔었다. 그러나 1993년에 아동이 비체약국으로 탈취된 경우를 포함하여 자녀인도 절차의 실효성 확보를 위해 자녀를 탈취한 부모의 형사적 제재를 규정하는 '국제적 아동탈취에 관한 형사법[International Parental Kidnapping Crime Act 1993(IPKCA)]을 제정하여 이에 의해 규율하고 있다. 1984년 영국의 아동탈취법(Child Abduction Act, CAA)과 호주의 가족법(the Family Act(1975))도 원칙적으로 공동친권자인 부부 일방의 배우자의 동의 없는 아동의 이동 또는 유치를 범죄로 규정한다. 따라서 대부분 국가는 부모에 의한 아동탈취의 불법성을 인정하고 이를 형법상의 범죄로 규정하고 있다. 따라서 우리나라의 국내형법에 의해서 처벌되지 않는다고 하더라도 다른 국가에서는 범죄로 규정되어 있기 때문에 예기치 않게 탈취부모가 범죄자가 되는 경우가 많이 발생한다.

12) Nigel Lowe, *A Statistical Analysis of Applications made in 2008 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction, Part I-Global*

여러 가지가 있지만, 종종 가정폭력이 문제되는 경우가 있다. 우리나라의 경우에도 국제결혼의 파탄의 중요한 원인 중의 하나가 가정폭력이고, 이로 인해 결혼이민자가 아동을 데리고 가출하거나 모국으로 동반 귀국하는 경우가 발생하고 있다. 즉, 우리나라의 결혼이민은 개인적인 만남과 사적인 주선으로 이루어지기보다는 주로 혼인을 목적으로 하는 ‘국제결혼중개행위’에 의해서 이루어져 왔다는 특성이 있다. 종래 국제결혼의 중개를 통한 결혼이민은 진실한 혼인 의사의 합치보다 성혼률을 높이기 위한 매매혼, 인신혼 등에 의해 심각한 인권침해의 문제를 발생시켰다. 즉 국제결혼중개 과정에서 혼인생활에 직접적인 영향을 미칠 수 있는 당사자의 중요한 신상정보가 제대로 전달되지 않거나 허위로 고지됨으로써, 정상적인 혼인생활을 영위하지 못하고 가정이 파탄되거나 가정폭력과 같은 심각한 인권문제를 양산하였다는 비판이 강하다.¹³⁾ 이로써 혼인의 성립 후 혼인생활과정에서 언어와 외국환경에 익숙하지 않은 결혼이민자를 대상으로 하는 가정폭력의 문제가 심각하게 지적되고 있다. 결국 이러한 환경에 있는 결혼이민자가 종종 가정폭력에 견디다 못해 아동을 데리고 가출하는 경우가 많이 발생하고 있는 것도 사실이다. 국제적으로도 가정폭력을 이유로 하는 아동탈취의 문제는 아동의 복리와 피해자의 보호라는 관점에서 헤이그 아동탈취협약의 적용상 일정한 방향성을 가진 논의가 독자적으로 발전·전개되고 있다. 전술한 바와

reports, Preliminary Document No 8 A(update) of November 2011 for the attention of the Special Commission of June 2011 on the practical operation of 1980 Hague Child Abduction Convention and the 1996 Hague Child Protection Convention, Permanent Bureau(2011)(이하, Lowe, Statistics National Reports(2011)로 인용), p.5

- 13) 이에 따라 지난 2007년, 국제결혼 중개업체의 왜곡된 중개관행을 규율하기 위해서 「결혼중개업의 관리에 관한 법률」(이하, 결혼중개업법)이 제정되었다. 이 법은 그동안 국제결혼의 폐해로 지적되고 있는 신상정보제공의 문제를 개선하고, 현지 업체와의 협력을 통해 이루어지고 있는 중개관행의 올바른 방향을 정립하는 것을 목적으로 한다. 따라서 국제결혼중개업자는 위와 같이 계약을 체결한 이용자와 결혼중개의 상대방으로부터 일정한 신상정보를 받아 각각 해당 국가 공증인의 인증을 받은 다음 그 신상정보를 상대방과 이용자에게 서면으로 제공하여야 한다(동법 제10조의2). 이때 제공되는 신상정보는 혼인경력, 건강상태(후천성면역결핍증, 성병 감염 및 정신질환 여부를 포함), 직업, 성폭력, 가정폭력, 아동학대, 성매매 알선 및 강요 관련 범죄경력과 최근 10년 이내의 금고 이상의 형에 해당하는 범죄경력, 그 밖에 상대국의 법령에서 정하고 있는 사항이다(동조 제1항 각 호). 통상 국제결혼중개업자는 이용자와 상대방 간의 원활한 의사소통을 지원하기 위해서 통역·번역서비스를 제공해야 할 의무를 지고 있으므로(동법 제10조의3), 위 신상정보는 그 정보를 제공받는 이용자와 상대방이 이해할 수 있는 언어로 작성하여야 한다(동법 제10조의2 제3항).

같이, 부모에 의한 아동탈취가 아동에게 미치는 영향을 생각할 때 불법하다는 인식을 가지고 대처해야 할 필요가 있지만, 주요한 양육권자인 모(母)의 가정폭력을 이유로 하는 국제아동탈취의 경우에는 그 사정을 특별히 고려해야 할 필요성이 있다.

3. 아동탈취에 대한 국제협약의 성립

이와 같이 우리나라에서뿐만 아니라, 국제이혼 및 다문화가족의 해체에 수반하는 불법한 아동탈취의 문제는 특히, 아동에게 미치는 영향 때문에 오래전부터 국제사회에서는 이미 심각한 수준의 문제로 인식되고 있었다. 무엇보다도 “아동의 복리(최선의 이익)”라고 하는 관점에서, 「부모에 의한 국제아동탈취(International Parental Child Abduction)」에 대한 국제사회의 공동 대처와 협력의 필요성이 강조되고 있다. 이에 따라 헤이그 국제사법회의는 1980년에 「국제적 아동탈취의 민사적 측면에 관한 협약」(이하, ‘협약’이라고 한다)¹⁴⁾을 제정하였다. 이 협약에는 현재 93개국이 가입하였고,¹⁵⁾ 국제협약으로서는 상당히 성공한 협약으로 평가되고 있으며 앞으로 더 많은 국가의 가입이 기대되고 있다. 최근 일본과 거의 같은 시기에, 우리나라도 2012년 이 협약에 가입하고, 2013년 3월 1일부터 「헤이그 국제아동탈취협약의 이행에 관한 법률」(이하, ‘이행법률’이라고 한다)을 제정·시행하고 있다.¹⁶⁾ 현재 아시아에서는 중국

14) 「국제적 아동탈취의 민사적 측면에 관한 협약」(Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction). 협약상 “abduction”이라고 하는 용어는 양육권자의 동의 없는 아동의 국제적인 이동 또는 유치의 「불법성」을 강조하기 위해 통상 탈취(奪取)로 번역되고 있다. 참고로 협약체결 당시 탈취라는 용어는 형사범죄의 이미지가 강해서 오해의 소지가 있다는 점이 지적됨에 따라, 이 협약의 명칭에 “민사적 측면(civil aspect)”이라고 하는 수식어가 붙은 것이라고 한다(Elisa Pérez-Vera, Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention(1982) para. 53.c-vision.nl/index_en.php?act=publications.details&pid=2779).

15) 헤이그 국제사법회의 홈페이지 http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=24 (최종방문일, 2015.10.26.) 참조.

16) 2012년 12월 11일에 법률 제11529호로 제정된 우리의 「헤이그 국제아동탈취협약 이행에 관한 법률」은 총 4장, 17개 조문과 부칙 2개 조문으로 구성되어 있고, 하위법령으로서 「헤이그 국제아동탈취협약 이행에 관한 법률 시행규칙」(이하, ‘시행규칙’)과 「헤이그 국제아동탈취협약 이행에 관한 대법원규칙」(이하, ‘대법원규칙’)을 두고 있다. 헤이그 국제아동탈취협약이 전문 규정과 총 6장, 45개의 조문을 두고 있다. 일본의 「국제적인 자의 탈취의 민사상의 측면에 관한 조약의 실시에 관한 법률」(이하, ‘실시법’)이 총 6장 153개 조문, 그리고 총 4장 97개 조문으로 구성된 시행규칙 이외에 정령(政令), 외무성령(外務省令) 등을 두고 있는 것에 비추어, 우리의 이행법률은 조문 개수로만 고려하면 비교적 그 체계와 내

(홍콩, 마카오만 해당), 싱가포르, 스리랑카, 태국, 한국, 일본의 6개국이 가입한 상황이다.¹⁷⁾ 종래 우리나라 결혼이민자의 국적을 살펴보면, 중국, 베트남, 일본, 필리핀, 싱가포르 등이고, 요즘에는 캄보디아 등으로부터의 결혼이민도 증가하고 있다.¹⁸⁾ 이들 국가 중 중국에서는 홍콩이 이미 1997년에 가입을 하였고, 싱가포르는 2010년, 한국과 일본은 각각 2012년과 2013년에 가입을 하고 각 국내 이행법률을 제정하여 시행하고 있다. 협약은 기본적으로 체약국 간의 아동의 불법한 이동 또는 유치가 있는 경우 적용되는데, 결혼이민의 현상 및 세계적 추세에 비추어 앞으로 협약적용의 문제가 현실화될 가능성은 더욱 커질 것으로 보인다. 즉, 앞서 설명한 바와 같이 이 협약은 이미 상당히 많은 체약국을 보유하고 있고, 세계적인 추세도 비체약국을 포함한 비협조적 성향의 국가(Countries with pattern of noncompliance)에 대한 가입과 협약의 국제적인 준수를 촉구하는 경향에 있기 때문이다. 예컨대, 미국은 최근 2014년에 「국제아동탈취의 방지와 반환에 관한 법률」(International Child Abduction Prevention and Return Act, 이하, ICAPRA)¹⁹⁾을 제정함으로써, 협약의 가입과 그 국제적 준수를 강조하고 있다. 이 법에서는 비체약국을 포함하여 협약 이행에 소위 “비협조적인 성향(pattern of noncompliance)”의 체약국을 분류하고, 이들에 대해서는 중앙당국인 국무부장관이 적극적인 대응과 조치를 할 수 있는 규정을 두고 있다. 이 경우 미국 중앙당국에게는 외교적·경제적 제재를 포함한 비교적 높은 수위의 대응 조치를 취할 수 있는 권한이 부여되어 있다. 여기서 “비협조적인 성향(pattern of noncompliance)”의 국가란 일반적으로 협약(또는 양자 간 협정)의 규정을 이행하거나 준수하는 것에 대해서 “불이행의 경향을 고수하는(persistent failure)”²⁰⁾ 협약 체약국

용이 간단하다. 우리의 이행법률의 상세한 내용에 대해서는 광민희, 헤이그 아동탈취협약의 국내이행입법에 관한 검토-일본의 헤이그 아동탈취협약 실시법으로부터의 시사, 가족법연구 제28권 제2호, 29면 내지 50면 참조.

17) 헤이그국제사법회의의 홈페이지 http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=24(최종방문일, 2015.10.26.) 참조.

18) 「출입국·외국인정책 통계월보 2014년 7월호」(출입국·외국인정책본부, 2014.8)에 따르면, 2014년 7월말 현재 결혼이주자의 국적별·성별현황은 여성이 82.5%, 남성이 14.8%이고, 그 출신지(국적)는 중국 40.4%, 베트남 26.8%, 일본 8.2%, 필리핀 7.1% 순으로 나타나고 있다.

19) ICAPRA는 제22장 국제관계와 교류(Title-Foreign Relations and Intercourse)에 규정되어 있고, ICARA의 뒤에 위치하고 있다.

20) 구체적으로 “불이행의 경향을 고수하는” 국가란 다음의 어느 하나에 해당하는 경우를 의미한다(ICAPRA 제9101조(19)). ① 총 아동탈취사건의 30% 이상이 미해결인 경우 ② 협약

(또는 양자 간 협정국)을 말한다. 또한, 아동탈취의 문제를 해결하기 위해서 미국의 중앙당국과 협력하기를 거부하는 비체약국도 이에 포함된다. 이러한 추세에 비추어, 선진 체약국을 중심으로 한 비체약국에 대한 협약가입의 직·간접적 압력은 거세어 질 것으로 생각되고, 그 수단의 적절성은 별론으로 하더라도 타의든 자발적이든 본 협약의 체약국은 증가할 것으로 예상된다.²¹⁾

Ⅲ. 협약 및 우리 이행법률의 개요

우리나라는 이미 협약체약국으로서 결혼이민 및 아동의 동반이주에 수반하는 아동탈취의 문제가 현실화되고 있고 앞으로 이에 대해서는 본 협약이 이행법률을 통해 직접 적용된다. 즉, 결혼이민자 및 그 자녀의 보호와 직접적인 관련을 갖는 헤이그 아동탈취협약에 대한 올바른 인식과 이해가 무엇보다도 필요한 시점이다. 또한, 결혼이민의 직접 당사자뿐만 아니라 이민문제의 전문가는 협약이 적용되는 경우 우리 중앙당국의 구체적인 지원 내용이나 아동반환의 주요한 절차에 대해서 미리 숙지하고 있을 필요가 있다.

1. 협약의 목적과 기본원칙

(1) 불법한 아동의 이동 또는 유치

협약은 불법적인 아동의 이동 또는 유치를 방지하는 것을 목적으로 한다. 협약상의

상 또는 미국과의 양자 간 협정을 맺은 해당 국가의 중앙당국이 그 협약이나 양자 간 협정에 관한 책임을 준수하지 않은 경우 ③ 협약상 또는 양자 간 협정을 맺은 해당 국가의 사법 또는 행정기관이 협약 또는 양자 간 협정을 통상적으로 이행하지 않거나 따르지 않는 경우 ④ 해당 국가의 법집행기관이 협약상 사법기관 또는 행정기관이 내린 반환명령 또는 면접교섭명령을 통상적으로 이행하지 않는 경우이다.

21) 실제로 일본의 경우, 가정폭력 피해자인 국민의 보호를 이유로 최근까지 가입을 주저하고 있었는데, 미국을 중심으로 캐나다, 호주 등의 선진국이 외교적 수단 등을 통한 다소 강제적인 형식으로 가입을 종용하였다. 결국, 이들 서구선진국의 강한 외압은 2013년에 일본이 가입을 결정하게 주요한 배경이 되었다(早川眞一郎·大谷美紀子「日本のハーグ條約加盟國をめぐる」ジュリスト1460号(2013)iii頁).

“불법”의 개념에 대해 제3조는 양육권의 침해를 의미하는 것으로 보는 것이 일반적이다.²²⁾ 예컨대, 이동 혹은 유치 직전에 아동이 상거소를 가지고 있던 국가의 법에 의해 개인, 시설 기타 기관에 단독 또는 공동으로 부여된 양육권을 침해한 경우가 이에 해당한다. 또한, 이동 혹은 유치 당시에 그 양육권이 현실로 단독 또는 공동으로 행사되고 있었거나 그 이동 혹은 유치가 없었더라면 현실로 행사되고 있었어야 한다. 이때의 양육권은 법에 의해 부여된 것이거나 사법 또는 행정기관의 결정 또는 법적 효력이 있는 합의에 의해서 부여된 경우를 불문한다. 또한 탈취자가 주요한 양육권자라고 하더라도 상대방 부모의 공동양육권을 침해한 경우에는 불법하다. 공동양육권의 침해 여부는 상거소국의 법률에 의해 결정된다.

(2) 아동의 신속한 반환 원칙

협약은 체약국 간에 위와 같은 아동의 불법한 이동 또는 유치가 발생한 경우, 원칙적으로 신속하게 아동을 원래의 상거소²³⁾로 반환해야 한다고 규정한다. 협약의 기초자들은 아동의 원래 상거소로부터 탈취된 아동의 신속한 반환을 위해 체약국의 중앙당국 및 아동반환신청을 심사하는 사법 또는 행정당국의 절차적 메커니즘을 창조하고 있다. 이에 따라 아동을 탈취당한 부모(Left-Behind Person(Parent), 이하, LBP)는 협약에 근거하여 아동을 탈취한 부모(Taking Person(Parent), 이하, TP)에게 아동

22) 그러나 면접교섭권의 침해에 대해서는 협약은 그 불법성을 규정하지 않고 있다. 따라서 부모 일방이 면접교섭권을 가지고 상대방이 양육권을 가지는 경우, 양육권을 가지는 자가 면접교섭권자의 동의 없이 아동을 이동 또는 유치한 경우에는 본 협약상 국제아동탈취에 해당하지 않으므로, 이 협약을 근거로 한 아동의 반환을 구할 수 없다.

23) ‘상거소(habitual residence)’의 의미에 대해서 협약은 아무런 규정을 두고 있지 않다. 원래 상거소(habitual residence)라고 하는 용어는 1902년의 「미성년자의 후견에 관한 헤이그협약」(Hague Convention relating to the Settlement of Guardianship of Minors)에서 처음 사용되었다고 한다. 이병화(법무부), 17면. 神前禎=早川吉尙=元永和彦 『國際私法(2版)』(有斐閣, 2006) 51頁以下, 溜池良夫 『國際私法講義(第2版)』(有斐閣, 1999) 116頁以下 참조. 이에 따르면 상거소는 본국법주의와 주소지법주의의 대립을 지양하기 위해 헤이그 국제사법회의에서 창출된 개념으로 헤이그의 각 협약이나 규칙에서는 그 개념에 대해서 명확히 정의하고 있지는 않다. 다만 준거법 결정의 요소의 연결점으로서 상거소라는 개념이 채용되었으므로 각 협약이나 규칙에서는 그러한 취지에 비추어 개별적으로 해석해야 한다고 한다. 참고로 일본의 국제사법이라고 할 수 있는 「법적용에 관한 통칙법」에서는 상거소를 “사람이 상시 거주하고 있는 장소로서, 단순한 거소(居所)와는 구별되고 상당히 장기간에 걸쳐서 거주하고 있는 장소”라고 하고 있다(南敏文 『改正法例の解説』(法曹會, 1992), 42頁의 각주1 참조). 따라서 개념상 상거소가 중복하는 경우는 생각하기 어렵다고 할 수 있다.

이 원래 거주하던 상거소로의 반환을 요구할 수 있다.²⁴⁾ 협약은 당사자의 아동반환 신청을 지원하기 위해서 각 체약국에 중앙당국을 지정하고 여러 가지 지원조치를 취할 수 있는 권한을 부여하고 있다. 따라서 LBP는 현재 아동이 거주하는 국가의 중앙당국에 직접 아동반환 신청을 할 수도 있고, 아동이 원래 상거소로서 자신이 거주하는 국가의 중앙당국을 통해 아동반환 신청을 할 수도 있다. 또한, LBP는 현재 아동이 소재하는 체약국의 법원²⁵⁾에 아동반환명령을 내려 줄 것을 청구할 수 있고, 청구를 받은 법원은 협약이 정하는 반환요건을 충족하였는지를 심리하여 아동을 반환할 것인지를 결정한다. 이 경우, 법원은 협약상 규정된 일정한 예외사유(반환거부사유)가 없는 한, 아동을 원래의 상거소국(촉탁국)으로 신속하게 반환하라는 결정을 내려야 한다. 협약은 6주 이내에 반환 여부에 대한 결정이 내려질 것을 요구하고 있다. 이처럼 중앙당국의 아동반환 지원과 법원에서의 아동반환청구 심리절차는 신속하게 이루어져야 하며, 이 신속한 반환의 원칙은 협약의 기본원칙이자 목적이다.

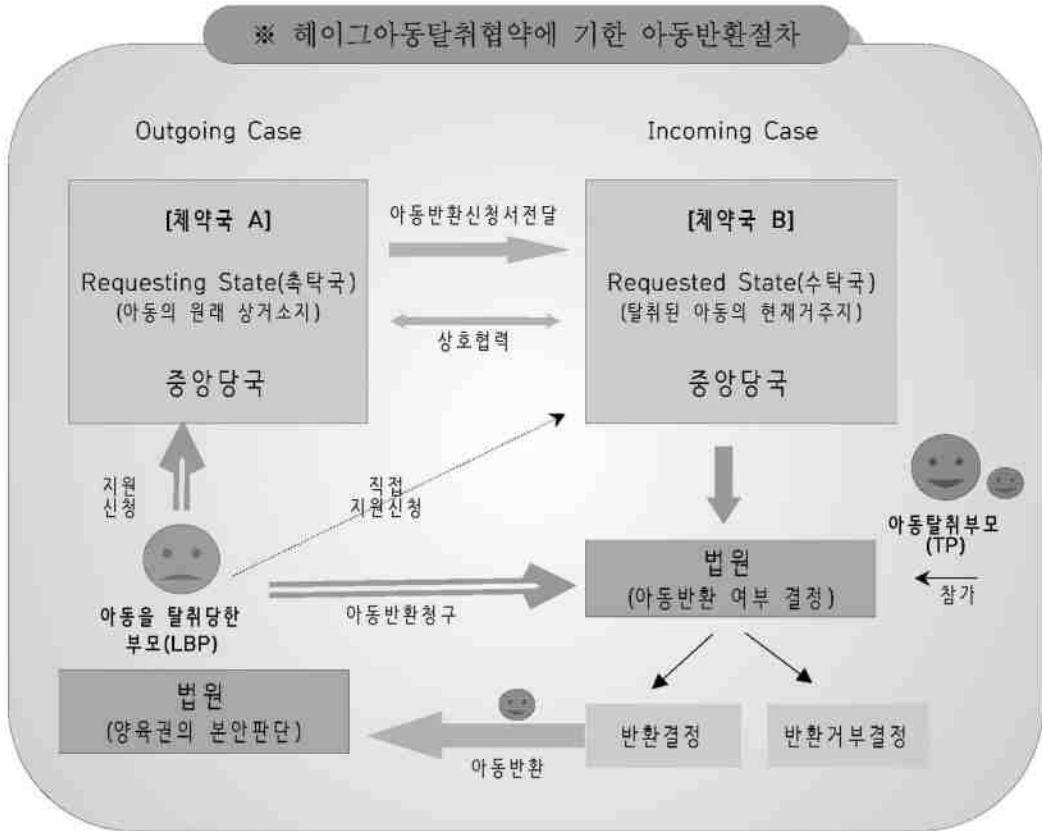
(3) 아동반환결정과 양육권 본안판단의 구별

아동의 신속한 반환은 현재의 아동탈취자가 불법한 탈취행위로부터 얻는 이익을 제거할 수 있고 장래의 아동탈취자를 저지할 수 있다. 즉, 협약의 목적은 양육권자의 동의 없이 아동을 데리고 모국으로 귀국한 부모가 이후, 자신의 모국에서 해당 아동에 대한 양육권 결정을 구하여 쉽게 양육권을 부여받고자 하는 행위를 방지하는 것이다. 이를 위해 협약은 아동이 탈취된 곳의 법원에서 양육권 판단을 금지하고, 반대로 아동의 반환 여부를 결정할 수 있도록 한다. 이것이 바로 협약 제16조의 “양육권 본안판단 금지의 원칙”이다. 이는 아동을 상거소로부터 이동하거나 유치하는 경우에 양육권, 면접교섭권을 포함한 친권 등 아동의 장래에 관한 사안의 본안에 대해서는

24) 이 때, 아동이 탈취되기 이전에 상거소를 가지는 국가를 아동의 반환을 요구하여 아동을 반환 받는 국가라는 의미에서 ‘촉탁국(Requesting State)’이라고 하고, 탈취된 아동이 현재 탈취부모와 함께 거주하고 있는 국가를 아동반환을 요구받는 국가라는 의미에서 ‘수탁국(Requested State)’이라고 한다.

25) 협약상 아동반환신청을 심리하는 기관은 사법 또는 행정당국이라고 규정하고 있으므로, 체약국의 국내 이행법률이나 법체계에 따라서는 반드시 법원이 심리해야 하는 것은 아니다. 그러나 거의 모든 체약국은 아동반환신청에 대한 심리는 사법기관 즉 법원에 관할을 두고 재판을 통해서 이루어지도록 하고 있다. 따라서 이하에서는 통상 법원에서 아동반환 신청을 심리하는 상황을 전제로 하여 설명한다.

아동이 이동 또는 유치된 국가의 법원이 판단할 수 없다는 것이다(협약 제16조). 다만, 아동이 이동 또는 유치된 국가의 법원은 아동을 원래의 상거소국으로 반환할 것 인지의 여부를 심리하여, 특별한 예외사유가 없는 한 신속하게 아동을 반환하라는 명령을 내려야 한다. 이 협약에 근거한 아동의 반환에 관한 결정은 양육과 관련한 본안 결정으로 간주되지 아니한다고 명시하고 있다(협약 제19조). 요컨대, 협약에 따르면 아동반환에 대한 심리는 아동이 탈취된 국가, 즉 아동반환신청을 받은 수탁국의 법원에서 이루어지고, 아동의 종국적인 양육권에 대한 결정은 아동이 원래 거주하던 상거소지로서 아동이 반환되어 돌아가는 축탁국의 법원에서 행해질 것을 요구한다.²⁶⁾



26) 이러한 의미에서 협약은 직접적으로 재판관할을 규정하는 협약은 아니지만, “신속한 아동 반환의 원칙”과 “아동반환을 결정하는 법원의 양육권 본안판단금지의 원칙”에 의해서 재판관할과 밀접한 관련을 가지고 있다. 결국 양육권 등의 본안판단의 재판관할은 배타적으로 아동의 원래 상거소국에 있다고 해석된다.

따라서 이 ‘협약에 기한 아동반환결정’과 ‘양육권 본안에 대한 결정’의 문제는 구별된다. ‘협약에 기한 아동반환결정’은 양육권이나 면접교섭권에 대한 결정을 하는데 가장 적절한 국가인 ‘아동의 원래 상거소국’에 일단 아동을 신속히 돌려보내라는 명령이다. 이 경우 LBP로부터 아동반환을 요구받은 수탁국의 법원이 아동반환이 협약의 규정에 비추어 정당한 것인지를 심리하여 아동을 LBP가 있는 원래의 상거소로 돌려보낼 것을 결정하였다고 해도, 이것이 아동의 양육권을 아동반환을 신청한 LBP에게 부여하라는 의미는 아니다.

‘양육권 본안에 대한 결정’은 누구에게 양육권이 부여되는지, 아동이 어떤 부모와 살아야 하는지 또는 어느 국가에서 사는 것이 아동의 최선의 이익에 가장 적합한 것인지에 관한 결정이다. 양육권을 LBP 또는 TP 누구에게 부여할 것인지의 결정은 수탁국 법원의 아동반환명령에 따라 아동이 원래의 상거소로 반환되어 돌아간 후에, 그 상거소국(축탁국)의 법원에서 최종적으로 결정된다.

2. 협약의 내용

(1) 중앙당국의 지정과 역할

각 체약국에서 중앙당국의 지정은 협약상 필수적 의무이다(협약 제6조).²⁷⁾ 즉, 협약은 각 체약국에 중앙당국을 지정하여, 협약의 원활하고 효과적인 이행을 위하여 상호 협력하는 체계를 갖추 것을 요하고 있다. 즉 국제아동탈취의 문제는 개인의 차원을 넘어 필연적으로 국경을 넘는 국가 간의 국제문제로 발전하기 때문에, 협약에 가입한 체약국은 중앙당국이라고 하는 하나의 국제적 협력의 창구를 지정하여 협약에서 정한 의무를 이행해야 한다. 따라서 만약 체약국이 중앙당국을 지정하지 않거나, 중앙당국이 원활하게 업무를 처리할 수 있는 자원과 업무담당자가 없다면, 현실적인 아동의 반환이 실현될 수 없거나 안전한 반환이 확보될 수 없다. 협약상 중앙당국은 법률에 근거하여 성립될 것을 요하지 않으므로, 체약국 내에서의 중앙당국의 성립과

27) 연방국가의 경우에는 하나 이상의 중앙당국을 지정할 수 있다. 연방국가는 반드시 ‘중앙의(연방)’ 중앙당국을 협약의 비준 또는 승인시까지 지정해야 하며, 연방중앙당국과 관할 중앙당국이 다른 역할을 수행하고 있다는 점을 다른 체약국과 그 중앙당국에 명백히 인식시켜야 한다. 연방중앙당국에 반환신청이 들어오면 적합한 관할의 중앙당국에 그 신청 등이 전달되어야 한다(협약 제6조).

지정의 근거는 각 국가의 법률시스템에 맡겨져 있다. 대부분 체약국에서도 협약 시행을 위한 국내 이행법률을 통해서 중앙당국에게 협약상 의무를 수행할 수 있는 폭넓은 권한을 부여하고 있다. 협약 제7조는 중앙당국이 아동반환을 위해 할 수 있는 조치를 다음과 같이 규정하고 있다(협약 제7조).

[협약 제7조]

- ① 중앙당국은 아동의 신속한 반환을 확보하고 이 협약의 다른 목적을 달성하기 위해서 상호협력하고 각각의 국내에서 권한 있는 기관 간에 협력하고 협력을 촉진해야 한다.
- ② 특히, 중앙당국은 직접 또는 중개를 통해서, 다음의 사항을 위해 모든 적절한 조치를 해야 한다.
 - a) 불법하게 이동 또는 유지된 아동의 소재를 파악하기 위한 것
 - b) 잠정조치를 취하거나 취하도록 함으로써 아동에 대한 추가적인 위해 또는 관련 이해관계인에 대한 불이익을 방지하기 위한 것
 - c) 아동의 자발적인 반환을 확보하고 또는 문제의 우호적인 해결을 위한 것
 - d) 바람직하다면 아동의 사회적 배경에 관한 정보를 교환하는 것
 - e) 이 협약의 적용과 관련된 자국법에 관한 일반적인 성격의 정보를 제공하는 것
 - f) 아동의 반환을 위해서, 그리고 적당한 경우에는 면접교섭권의 내용을 구성하거나 효과적인 행사를 보장하기 위해, 사법기관 또는 행정기관의 절차를 개시하거나 개시를 용이하게 하는 것
 - g) 필요한 경우에는 변호사 그리고 법적 조인자를 참가시키는 것을 포함해서, 법적인 지원이나 조언을 제공하거나 이를 용이하게 하는 것
 - h) 아동의 안전한 반환을 확보하는 데 필요하고 적합한 행정적 조치를 하는 것
 - i) 이 협약의 이행에 관한 정보를 항상 상호 제공하고 협약의 적용에 관한 모든 장애를 가급적 제거하는 것

아동이 TP에 의해서 A국에서 B국으로 탈취된 경우, 체약국에서는 통상 아동의 반환을 요구하는 LBP의 거주국인 A국(아동의 이전 상거소국)을 촉탁국(Requesting State)이라고 하고, 아동의 반환을 요구 받는 TP의 거주국인 B국(현재 아동의 소재국)을 수탁국(Requested State)이라고 한다. 협약상 촉탁국의 중앙당국과 수탁국의 중앙당국의 역할은 다음과 같다.

먼저 촉탁국 중앙당국의 가장 중요한 역할은 LBP가 제출한 신청서를 심사하여 수탁국의 중앙당국으로 송부하는 것이다. 그러나 종국적으로 아동반환이 성공적으로 실현되기 위해서는 촉탁국이 신청서를 송부한 후에도 LBP와 수탁국의 중앙당국 사이

의 중개역할을 하고 외국의 법령과 절차에 익숙하지 않은 LBP에게 적절한 정보제공과 지원을 하는 것도 중요하다. 따라서 촉탁국의 중앙당국은 수탁국에서 제대로 아동반환을 위한 절차가 진행되고 있는지를 포함하여 아동이 안전하게 촉탁국으로 반환될 때까지 전 과정에 걸쳐 모니터링하고 연락하는 중개자의 역할을 효과적으로 수행해야 한다.

반대로 아동반환신청을 받는 수탁국 중앙당국의 가장 중요한 역할은 우선 LBP의 아동반환신청서를 심사하여 수리하는 경우에는 아동반환을 위한 적절한 지원을 해야 한다. 이때 수탁국은 LBP로부터 직접 아동반환신청을 받을 수도 있고, 촉탁국을 경유해서 반환신청을 받을 수 있다. 일단 수탁국이 LBP 또는 촉탁국의 중앙당국으로부터 아동반환신청서를 받고 수리한 경우에는 자국 내의 아동의 소재를 파악하고 아동의 자발적인 반환을 위해서 탈취부모(TP)를 설득하고 지원하는 노력을 하는 것이 중요하다. 만약 탈취부모가 아동의 반환을 거부하는 경우에는 법원에 의한 아동반환여부에 대한 심리가 개시된다. 계약국에 따라서는 수탁국의 중앙당국이 LBP를 대신하여 직접 아동반환신청의 당사자가 되어 재판에 참가할 수도 있지만,²⁸⁾ 대부분 계약국에서는 LBP가 직접 당사자로서 수탁국의 법원에 아동의 반환신청을 한다. 이러한 아동반환신청을 받은 수탁국의 법원은 아동을 원래의 상거소로 반환해야 하는지 심리하고 결정한다. 이 경우, 통상 아동반환을 요구하는 LBP는 외국(수탁국의 법원)에서 이러한 절차를 진행하여야 하므로, 언어나 경제적인 문제 등의 어려움에 직면하게 된다. 따라서 협약은 반환심리가 행해지고 있는 수탁국의 중앙당국에 LBP를 위한 여러 가지 지원이나 조치를 할 의무를 부과하고 있다. 계약국에 따라서는 변호사를 소개하거나 일정한 법률부조를 통한 비용을 지원하는 등의 제도를 마련하고 있다.²⁹⁾

(2) 아동반환청구의 심리

28) 대표적으로 호주의 경우, Incoming Case의 경우 자국 내에 있는 법원에서 아동반환의 재판절차가 개시되는 경우에 직접 LBP를 대신해서 호주 중앙당국이 아동반환청구의 당사자로서 재판을 수행한다.

29) 일본의 변호사소개제도 및 법률부조제도에 의한 비용대납제도 등이 대표적이라고 할 수 있다. 앞서 설명한 호주의 경우에는 중앙당국이 이러한 재판절차를 당사자로서 수행하기 때문에, 실제로 아동반환을 요구하는 LBP는 아동반환재판과 관련하여서는 어떤 비용도 부담하지 않는다.

협약상 아동을 반환할 것인지를 결정하는 심리는 수탁국의 사법 또는 행정기관에서 행할 수 있다. 따라서 해석상 행정기관인 중앙당국이 아동의 반환청구에 대해 심리하고 아동반환명령을 내릴 수 있지만, 대부분 계약국에서는 법원이 이를 심리·결정하도록 하고 있다. 우리나라도 마찬가지이다. 즉 아동반환 신청의 행정적 지원은 중앙당국이 담당하고, 아동반환청구에 대한 심리는 법원에서 재판절차를 통해 이루어진다. 이때, 아동반환청구를 받은 법원은 협약에 규정된 요건을 심리하여 원칙적으로 아동반환거부사유가 없는 한 아동의 신속한 반환을 명해야 한다.

① 원칙

이 협약에 근거하여 반환명령을 내릴 수 있는 것은 다음과 같은 두 가지 요건을 충족한 경우이다. 첫째, 아동이 상거소국에서 다른 국가로 이동 또는 유치되었을 것과 둘째, 그러한 이동과 유치가 불법할 것을 요한다. 여기서 불법의 의미는 아동반환을 신청하는 자의 양육권을 침해한 경우임은 전술하였다(협약 제3조). 또한, 여기에서 양육권의 침해는 단독양육권자의 양육권을 침해한 경우뿐만 아니라, 공동양육권자의 양육권을 침해한 경우도 포함된다. 따라서 예컨대, 결혼이민자가 그 자녀에 대한 양육권을 가지고 있는 자라고 하더라도, 상대방 공동양육권자의 동의나 합의 없이 자녀를 데리고 국외(대부분 모국)로 간 경우에는 이는 협약상 불법한 행위이며 아동의 탈취에 해당한다. 위 두 가지 요건을 충족한 경우 원칙적으로 법원은 협약에 근거하여 아동을 원래 있던 상거소로 즉시 반환할 것을 명해야 한다. 아동반환 명령이 내려지면 TP는 아동을 원래의 상거소로 반환해야 한다. TP는 아동을 단독으로 반환하는 것도 가능하고 아동과 함께 원래의 상거소로 돌아갈 수 있다. 협약상 아동의 반환명령은 아동을 “원래의 상거소”로 반환하는 것이기 때문에, 반드시 아동반환 청구를 한 “상대방 양육권자(LBP)”에게 반환하라는 의미는 아니라고 해석된다. 협약은 신속한 반환원칙을 명시하고 있으므로, 이러한 반환명령결정절차는 신속하게 행해져야 하는데(협약 제11조) 협약상 법원은 원칙적으로 6주 이내에 아동반환 여부를 결정해야 한다.³⁰⁾

30) 그러나 헤이그 국제사법회의 상설사무국에 제출된 가장 최근의 통계보고서에 따르면, 실제로 각 계약국의 법원에서 아동반환심리가 개시되어 종국결정에 이르기까지 평균 약 206일 정도가 걸리고 1심 결정에는 약 168일 걸리는 것으로 나타났다(Nigel Lowe, A Statistical Analysis of Applications made in 2008 under the Hague Convention of 25 October

② 예외

법원은 협약상 일정한 예외가 인정되는 경우에는 아동의 반환을 거부할 수 있다. 협약상 규정된 반환 예외사유는 크게 5가지 경우가 있다. 첫째로, 아동반환의 신청이 아동의 이동 또는 유치로부터 1년이 경과한 후에 개시되고 아동이 새로운 환경에 정주한 경우(협약 제12조), 둘째, 아동을 보호하는 자가 이동 또는 유치당시에 실제로 양육권을 행사하고 있지 않았거나, 그 이동 또는 유치에 동의하거나 추인한 경우(협약 제13조 제1항 a호), 셋째, 아동의 반환이 아동에게 신체적 혹은 정신적 위해를 가하거나 기타 아동이 건디기 힘든 상황에 처하게 될 중대한 위험이 존재하는 경우(협약 제13조 제1항 b호), 넷째, 아동이 반환에 이의를 제기하는 경우(협약 제13조 제2항)이다. 마지막으로 다섯째, 아동의 반환이 체약국의 인권 및 기본적 자유 보호에 관한 기본원칙에 의하여 허용되지 않는 경우(협약 제20조)이다. 협약상 아동의 신속한 반환이 원칙이므로, 이러한 예외의 항변사유는 피청구인인 TP가 입증해야 하는 것으로 해석된다. 이 중 체약국의 판례상 가장 문제 되고 있는 것이 바로 세 번째 사유인 소위, “중대한 위험”에 관한 항변이다. 우리나라 결혼이민자의 경우, 가정폭력이 가정불화와 해체의 중요한 원인으로 지적되는 경우가 많은데, 이와 같은 아동탈취 사례에서는 TP가 법원에서 주로 “중대한 위험”을 주장하여 반환을 거부하는 경우가 많다.

3. 우리 이행법률의 내용

(1) 중앙당국의 지정과 역할

우리나라의 중앙당국은 법무부장관으로 지정되었다. 아동의 반환이나 면접교섭에 관한 각종의 지원신청을 받도록 하고 있고(이행법률 제2조, 제5조) 협약에서 정한 지원을 하도록 한다. 법무부장관의 아동반환 등의 지원조치 및 절차는 이행법률 제2장 및 시행규칙에 따라 정해지는데, 이 경우 법무부장관은 지원 등 협약의 이행을 위하여 필요하면 관계 중앙행정기관, 지방자치단체, 공공기관(「공공기관의 운영에 관한 법률」에 따른 공공기관을 말한다) 또는 법원행정처의 장에게 아동의 출입국과 소재,

1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction, Permanent Bureau(2011)(Lowe, *Statistics National Reports(2011)*로 인용) p.41.

사회적 배경 등 아동 관련 자료 또는 정보의 제공, 그 밖에 협약 제7조에 따른 중앙당국의 역할을 수행하는 데 필요한 협조를 요청할 수 있다고 규정하고 있다. 이와 같은 요청을 받은 기관의 장은 특별한 사정이 없으면 그 요청에 따라야 한다(동법 제9조). 구체적으로 이행법률에서 규정하는 중앙당국(법무부장관)의 역할은 다음과 같다.

① 다른 체약국으로 아동이 탈취된 경우(Outgoing Case)

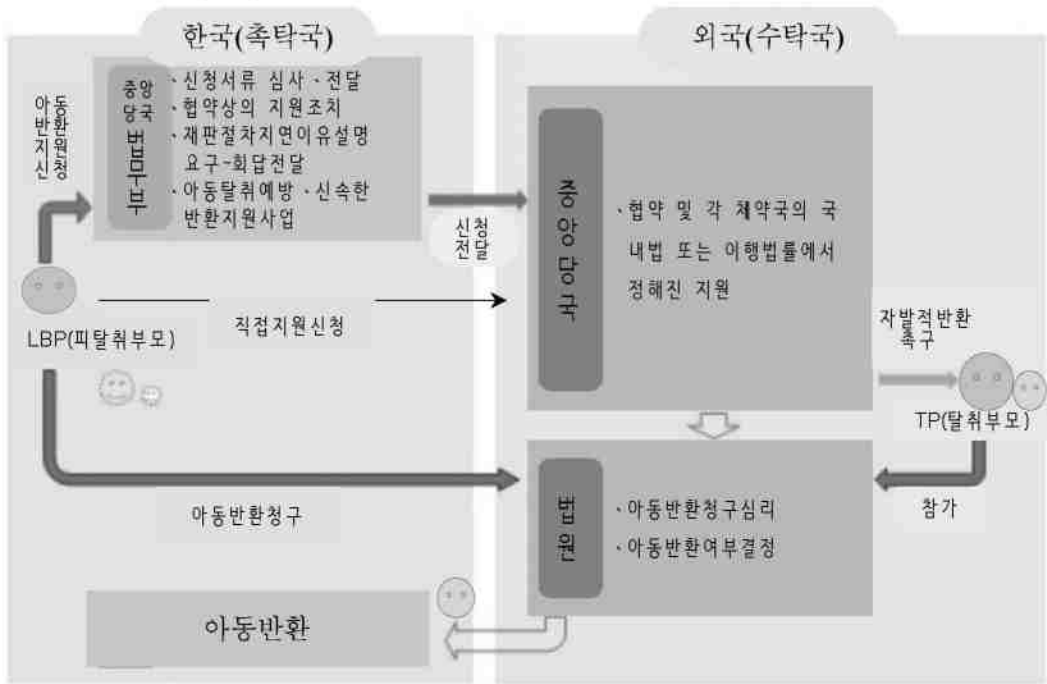
법무부장관은 우리 국내에 상거소를 가지는 아동이 다른 체약국으로 불법적인 이동 또는 유치로 인하여 협약에 따른 양육권이 침해된 자가 아동반환 지원 신청을 하는 경우에 아동 소재국 중앙당국으로의 지원 신청서 전달 등 협약에서 정한 범위에서 그에 필요한 지원을 할 수 있다.(이행법률 제8조). 상술하면 법무부장관은 이러한 지원 신청이 있게 되면, 먼저 이 지원 신청이 협약이 정한 아동반환 및 면접교섭신청 요건을 충족하였는지의 여부를 심사한다. 법무부장관은 이러한 요건을 충족하였다고 판단하면 아동이 소재하는 체약국의 중앙당국에 신청인의 신청서 및 첨부 서류 등을 전달할 수 있다(시행규칙 제6조). 한편, 수탁국의 법원에서 아동반환청구에 관한 심리가 개시되었음에도 그 절차 개시일로부터 6주 이내에 결정에 이르지 못한 경우에 신청인은 법무부장관에게 해당 체약국 중앙당국을 통하여 재판절차의 지연 이유를 전달해 줄 것을 요청할 수 있다(동 규칙 제7조 제1항). 법무부장관은 직권 또는 이러한 요청이 상당한 이유가 있는 경우에만 수탁국의 중앙당국에 재판절차의 지연 이유를 설명해 줄 것을 요청할 수 있다. 수탁국으로부터 요청에 대한 회답을 받은 경우에는 이를 신속하게 신청인에게 알려주어야 한다(동 규칙 제7조 제2항, 제3항).

이 밖에도 법무부장관은 아동의 효율적인 예방과 탈취된 아동의 신속한 반환 등을 위한 각종의 사업을 수행할 수 있고,³¹⁾ 협약 제16조에 따른 본안재판의 중지를 위하여, 아동반환청구의 대상이 되는 아동의 양육에 관한 처분과 변경, 친권자의 지정과

31) 이행법률 제10조에서 정하는 사업으로서는 1.협약에 따라 처리하는 사건의 통계수집, 2.인터넷·신문·방송, 그 밖의 언론 매체를 통한 국내외 홍보, 3.아동탈취 예방 및 탈취된 아동의 신속한 반환 등을 위한 연구·조사, 4.각 체약국 중앙당국과의 교류, 5.아동탈취 반환 등 관련 업무 담당자의 교육·훈련 등의 사업을 수행할 수 있다. 1호의 협약에 따라 처리하는 사건의 통계수집과 관련해서는 이행법률 제9조(관계기관에 대한 협조요청)에 근거하여, 법무부장관은 관계 중앙행정기관 등의 장에게 처리한 사건과 관련된 통계자료의 제공을 요청할 수 있다.

변경에 관한 재판이 계속 중인 법원에 대해 아동의 불법적인 이동 또는 유치 사실을 통지할 수 있다(이행법률 제7조 제1항, 대법원규칙 제3조 제1항).³²⁾

※ Outgoing Case: 한국에서 외국으로 아동이 탈취된 경우



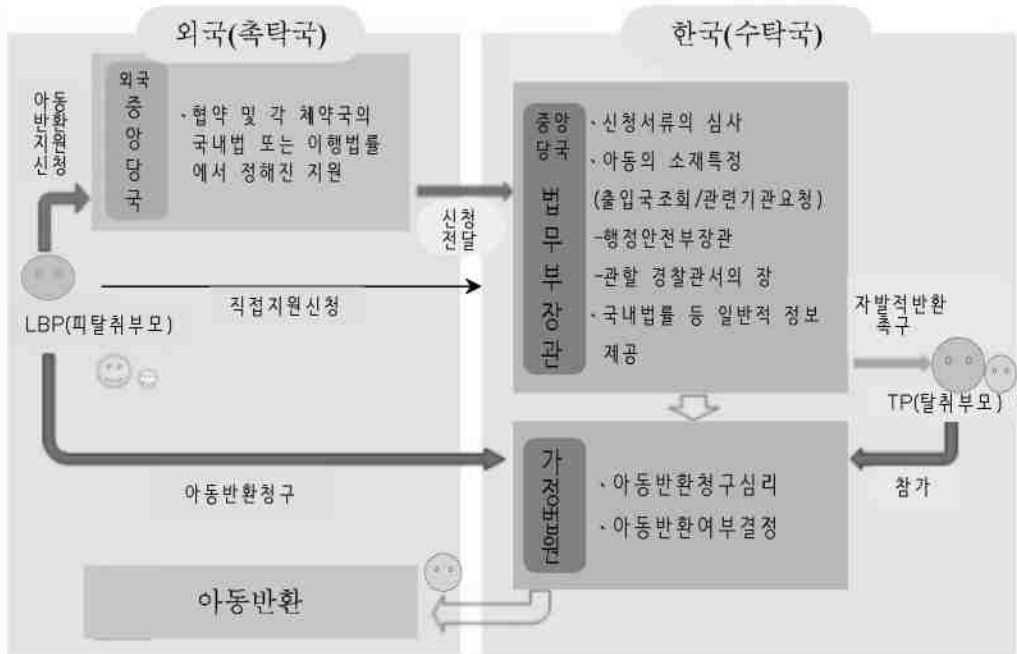
② 대한민국으로 아동이 탈취된 경우(Incoming Case)

대한민국으로의 아동의 불법적인 이동 또는 유치로 인하여 본 협약에 따른 양육권이나 면접교섭권의 침해가 있는 자는 아동의 반환을 확보하기 위해서, 아동의 소재발견이나 협약의 적용과 관련한 국내 법률의 일반적 정보제공, 그 밖에 협약에서 규정한 지원을 신청할 수 있다(법률 제5조 각 호). 아동의 소재 파악 등을 위한 이행법률 제5조 또는 제8조에 따른 지원신청이 있으면, 법무부장관은 아동의 출입국자료를 조

32) 이러한 통지는 법무부장관뿐만 아니라 이행법률 제5조 제1항의 신청, 즉 아동반환을 확보하기 위한 지원신청을 한 자(신청인)도 관할법원에 아동의 불법적인 이동이나 유치사실을 통지할 수 있고, 이러한 통지나 이행법률 제12조 제1항에 의한 아동반환청구가 있는 경우에는 일정한 경우를 제외하고 법원은 본안 재판을 중지해야 한다(이행법률 제7조 제1항, 제2항).

회하여 그 결과 그 아동이 국내에 체류하고 있음이 확인된 경우에는 행정안전부장관에게 그 아동 또는 그 아동을 탈취 또는 보호 중인 것으로 보이는 者의 주소 등 「주민등록법」에 따른 주민등록전산정보자료의 제공을 요청할 수 있다(시행규칙 제3조 제1항). 또한 아동의 국내 주소지가 확인된 경우에는 관할 경찰관서의 장에게 그 아동의 소재 파악을 요청할 수도 있다(동 규칙 동조 제2항).

※ Incoming Case: 외국에서 한국으로 아동이 탈취된 경우



③ 면접교섭신청

이러한 지원 신청은 양육권이 침해된 자뿐만 아니라, 협약에 따른 면접교섭권이 침해된 자도 법무부장관에게 지원을 신청할 수 있다. 면접교섭 지원에 관해서는 이행법률 자체에 상세한 규정을 두고 있지 않으므로 면접교섭의 개념이나 방법, 절차 등은 통상 국내 관련 법률에 따를 수밖에 없다. 이에 대해서는 국내법의 면접교섭권 개념과 협약상 개념의 상위가 지적되고 있고, 중앙당국의 구체적인 면접교섭 지원 내용이 이행법률에서 명확히 규정되어 있지 않다는 점에서 문제가 있다.

(2) 법원에서의 아동반환 여부의 결정

우리 이행법률은 아동반환사유에 관해서 별도규정을 두고 있지는 않고, 아동반환거부사유에 관해서만 규정하는 형식을 취하고 있다. 즉, 우리 이행법률 제12조 제4항은 “법원은 아동의 불법적인 이동 또는 유치로 인하여 협약에 따른 양육권이 침해된 경우에도 협약에서 정하는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있는 경우에는 제1항에 따른 반환청구를 기각할 수 있다”고 규정한다. 협약 제12조의 규정형식은 아동반환청구가 원칙적으로 인정되는 것을 전제로 예외적으로 제12조 제3항 각 호의 사유가 있는 경우에는 기각될 수 있다고 하고 있으므로, 협약상의 원칙과 예외의 관계를 명확히 하고 있다고 할 수 있다. 이에 따라 반환사유에 대한 입증은 청구인이 할 필요는 없지만, 반환거부사유에 대해서는 반환을 거부하고 있는 상대방에게 증명 책임을 부담하고 있는 것으로 해석된다. 한편, 이행법률에는 예외사유(협약 제12조, 제13조, 법률 제12조 제4항 각 호)가 인정되는 경우에 “반환청구를 기각할 수 있다”고 하고 있으므로 예외사유가 인정되는 경우에도 법원의 재량이 인정된다. 우리 이행법률 제12조 제3항은 아동반환거부사유에 관해서 규정하고 있는데 이는 전술한 협약의 5가지 예외를 그대로 규정하고 있다. 이처럼 우리 이행법률은 다른 체약국의 이행법률에 비해서 상대적으로 조문 수는 적지만,³³⁾ 구체적 심리절차는 통상의 가사소송법상의 가사비송사건에 관한 규정을 준용(이행법률 제11조)하거나 가사소송규칙에 따르도록 하고 있어 기본적으로 협약의 적용상 큰 문제는 없다. 그러나 국제아동탈취사건의 특수성을 고려하여 아동의 이익을 보호를 위한 특별 규정이나 신속한 반환을 실현할 수 있는 절차를 마련할 필요가 있다.

33) 참고로 일본의 경우에는 협약의 국내이행법률로서, 2013년 6월 19일 법률 제48호로 「국제적인 자(子) 탈취의 민사적 측면에 관한 조약에 관한 법률」(國際的な子の奪取の民事上の側面に關する條約の實施に關する法律)을 제정하고, 2014년 4월 1일부터 시행하고 있다. 이 실시법은 총 7장으로 구성되어 전부 153개 조, 부칙 2개 조문으로 되어 있다. 이들 규정은 협약상 아동반환절차의 특성과 아동의 복리에 근거하여 마련되었고 협약의 이행법률로서는 완비된 절차법을 구현하였다는 평가를 받는다.

※ 한국 이행법률상 헤이그 협약 적용 절차³⁴⁾



4. 비체약국 국적 결혼이민자의 아동탈취

앞서 설명한 바와 같이, 우리나라 결혼이민자의 국적은 대체로 중국, 필리핀, 베트남, 싱가포르, 일본 등의 순이라고 할 수 있다. 이 중에는 체약국도 있지만, 필리핀이나 중국 본토의 경우에는 비체약국이기 때문에, 결혼이민자의 아동탈취에 협약이 직접 적용되지 않는 경우도 있다. 그러나 전술한 바와 같이, 공동양육권자의 동의 없는 일방 부모의 아동탈취(Parental Child Abduction)가 불법하다는 점에는 변함이 없다.

34) 이 절차도는 판민희, 헤이그아동탈취협약의 국내 이행입법에 관한 검토, 가족법연구 제28권 제2호(2014), 50면에서 인용.

따라서 협약이 적용되지 않는다고 해서 LBP가 TP에 대해 탈취된 아동의 반환을 요구할 수 없는 것은 아니다. 그러나 현실적으로 우리 가정법원에서 부 또는 모의 아동반환청구를 받아들인다고 하더라도 아동반환의 집행방법과 관련하여 아동에 대한 직접강제에 대해서는 부정적인 시각³⁵⁾이 많았기 때문에 제도적으로 반환명령을 확보하기 위한 효율적인 대안이 필요하다.³⁶⁾ 이에 따라 독일의 경우에는 재판소의 반환명령 중에서 자주적으로 본래의 상거소에 되돌려 놓게 하는 입의의 반환을 추구하고 있고, 영국, 노르웨이 같은 경우에는 반환명령으로부터 일정한 기간을 두고 당사자가 반환의 방법이나 조건을 상의하도록 하는 방법을 선택하고 있다. 비체약국 간에는 해당 국가의 자발적인 협조에 의존할 수밖에 없기 때문에 별도의 국가 간 절차적·제

35) 민사집행법상 강제집행방법으로서 간접강제는 직접강제가 불가능한 경우의 보충적인 강제집행방법이다. 따라서 아동이 유아인 경우에는 비교적 용이하게 직접강제를 인정할 수 있을 것이고, 아동이 일정한 연령에 도달하여 상황에 대한 이해력을 어느 정도 갖추고 있어 직접강제가 어렵다고 판단되는 경우에는 간접강제가 의미를 가질 수 있다. 사실 이론상 아동에 대해 직접강제가 가능한가의 여부는 별론으로 하더라도, 반환명령에 따라 아동을 이동시키거나 유치하고 있는 부모로부터 아동을 강제로 떼어 놓는 것이 아동에게 미칠 수 있는 정신적 영향을 생각한다면 직접강제의 수단이 현실적으로 긍정적이라고는 할 수는 없다. 각 가입국의 실무에 관한 헤이그국제사법회의 보고서(Enforcement of orders made under the 1980 convention-Towards Principle of Good Practice, Enforcement of orders made under the 1980 convention-A Comparative Legal Study-(2006)에서는 협약(1980)의 가입국의 실무상 직접강제의 수단에 의해서 아동이 반환되는 사례가 많지 않다. 따라서 민사법적 구제 보다 각국에서는 형법상 처벌의 필요성을 인정하는 경우가 많다는 점은 전술하였다.

36) 참고로 우리 가사소송법 제64조는 판결·심판·조정조서 또는 조정에 갈음하는 결정에 의하여 금전의 지급 등 재산상의 의무, 유아의 인도 의무 또는 자녀와의 면접교섭 허용의무를 지는 할 자가 이를 이행하지 아니하는 경우에는 당사자의 신청에 의하여 가정법원 또는 조정위원회, 조정담당판사가 일정한 기간 내에 그 의무를 이행할 것을 과태료나 감치와 같은 제재(가사소송법 제67조 제1항, 제68조)를 통해 압박할 수 있다. 그러나 崔孝燮, “家事事件에 있어서의 履行確保制度”, 사법연구자료 제9집(법원도서관, 1982), 159면에 따르면 위와 같은 이행명령이 내려진다고 하더라도 유아의 반환의무자에게 심리적인 압박이 될 뿐이어서 강제집행에서의 간접강제(민사집행법 제261조)와 유사한 역할을 하지만, 이로써 채무자에게 곧 이행의무가 발생하는 것은 아니며 집행력도 생기지 않는다고 한다. 따라서 이행명령 그 자체로는 실제 아동의 반환이나 인도의무의 이행을 확보하는 수단으로서 실효성이 있다고 할 수 있을지는 의문이다. 강제집행과 관련하여 별도의 이행명령의 필요성에 대해서는 김연, “家事訴訟上 效率的인 履行確保方案 마련에 관한 研究”(한국민사소송법학회, 2006), 382면. 이에 따르면 실제로 유아의 인도 의무 또는 자녀와의 면접교섭 허용의무의 강제집행이 가능하다고 하더라도 실제 집행에는 상당한 장애가 따르고, 또 이러한 집행을 가급적 하지 않는 것이 좋다는 점을 감안하면 이행명령이 가장 적절하다고 한다.

도적 합의가 필요하다. 한편, 협약이 적용되지 않더라도 각 국의 국내법에 따라서는 아동탈취행위가 형법상 범죄를 구성하는 경우가 많기 때문에, 주요한 양육권자인 모(母)가 공동양육권자의 동의 없이 아동을 국외로 이동 또는 유치하는 경우에는 주의할 필요가 있다.

IV. 가정폭력을 이유로 하는 결혼이민자의 국제아동탈취

1. 가정폭력을 이유로 하는 국제아동탈취의 증가

원래 헤이그 아동탈취협약이 성안될 당시, 전제로 하는 탈취의 상황은 주요한 양육권자인 모(母)로부터 양육권을 가지지 않는 또는 공동양육권자인 부(父)가 아동을 데리고 국경을 넘는 사안이었다. 그리고 협약상 아동의 탈취는 기본적으로 아동이 원래 있던 곳에서의 평온한 생활을 침해하고 아동이 익숙하지 않은 환경으로 이동 또는 유치하는 것은 원칙적으로 불법하고 자력 구제에 의한 아동탈취로 인해 얻는 탈취부모의 이익을 박탈하는 것이 목적이다. 이에 따라 협약의 기본적인 원칙, 즉 아동의 상거소국으로의 신속한 반환은 원칙적으로 아동의 이익에 부합한다는 추정을 받기 때문에, 반환을 거부할 수 있는 협약상 예외사유(협약 제12조 및 제13조)의 해석은 논리 필연적으로 ‘제한적’으로 해석되어야 한다고 한다.³⁷⁾ 따라서 이러한 제한적 해석에 근거하여, 특히, 협약 제13조 제1항 b호의 반환거부사유, 즉 “아동의 반환이 아동에게 신체적 정신적 위해를 가하거나 기타 아동이 건디기 힘든 상황에 처하게 될 중대한 위험이 존재하는 경우”의 「중대한 위험」의 해석, 역시 엄격하고 제한적으로 해석된다는 것이 종래 각국 실무의 일반적 시각이었다. 또한, 반환거부사유는 협약 문언상 반환을 거부하는 상대방(피청구인)이 주장·증명해야 하는 사항이고, 이러한 증명에 성공하지 못한 경우에는 아동은 반환되어야 하는데, 반환예외사유가 제한적으

37) 협약의 반환거부(예외)사유를 제한적으로 해석해야 한다는 것에 대해서는 국제사회에서 일반적인 합의를 얻은 것으로 보인다. 그러나 가정폭력을 이유로 하는 아동탈취에 관해서 INCADAT의 최근까지의 재판례를 분석해보면 종래의 제한적 해석의 경향에는 상당한 도전과 새로운 해석방법에의 변화가 일어나고 있다.

로 해석됨에 따라 증명의 정도에 있어서도 엄격한 정도의 증명을 요한다고 한다.³⁸⁾

그런데 최근 아동탈취사건은 오히려 주요한 양육권자인 모(母)에 의해서 발생하는 경우가 대부분이고, 그중에는 배우자의 가정폭력으로부터 도피하기 위해서 아동을 탈취하는 사례가 상당수를 차지하고 있다. 우리나라의 경우에도 앞서 지적한 바와 같이, 국제결혼중개의 잘못된 관행으로 인해서 결혼이민자와 그 자녀에 대한 가정폭력의 문제가 심각하게 지적되고 있다. 따라서 적어도 이와 같은 일정한 사례유형, 예컨대 가정폭력의 피해자로서 결혼이민자가 아동을 데리고 모국으로 귀국하는 아동탈취사안에 한해서는 종래 협약의 경직된 적용방식에 대한 재검토가 요청되고 있다. 즉, 가정폭력을 이유로 하는 아동탈취의 경우에는 주로 아동에 대한 “중대한 위험”의 예외사유의 항변이 주장되는데, 이때 협약의 신속한 아동반환 원칙의 고수, 바꾸어 말하면 반환거부사유의 엄격하고 제한된 해석은 가정폭력의 피해자에게 가해자가 거주하는 종래의 상거소로 아동을 반환 또는 아동과 함께 돌아갈 것을 강요하는 결과로 되기 때문이다. 따라서 협약상 반환거부의 예외사유, 특히 “중대한 위험”의 예외를 제한적으로 해석하는 종래의 판결 경향에 대해서는 아동의 실제적인 복리가 희생될 수 있고, 결혼이민자의 인권보호의 관점에서 적당하지 않은 경우가 있다는 점이 지적되고 있다.

2. 협약의 해석상 문제점

협약 제13조 제1항 b호는 아동반환에 대해서 중대한 위험이 있는 경우의 예외사유에 관해서 규정하고 있다. 각국의 실무에서는 이 반환거부사유, 즉 중대한 위험의 예외사유가 주장된 사례가 가장 많다고 할 수 있다. 협약에서 말하는 「중대한 위험」이란, 협약 제13조 제1항 b호의 내용에 따르면 반환으로 인해 야기되는 다음의 3가지 경우가 있는 때를 말한다. 첫째, 아동에 대한 신체적 위협의 중대한 위험(grave risk of physical harm), 둘째, 아동에 대한 정신적 위협의 중대한 위험(grave risk of

38) 석광현, 국제아동탈취의 민사적 측면에 관한 헤이그협약과 한국의 가입, 서울대학교 법학 제54권 제2호(2013), 99면에서도 반환을 거부하는 상대방이 아동의 중대한 위험에 대한 증명을 해야 한다고 하면서, 이는 엄격히 해석해야 한다고 한다. 즉 반환으로 인하여 아동이 구체적 현실적으로 육체적 또는 정신적 위해 기타 중대한 위험에 처하게 되는 경우에 한정해야지, 이를 아동의 반환에 수반되는 경제적 또는 교육적 불이익에까지 확대해서는 안된다고 한다.

psychological harm), 셋째, 아동을 건드릴 수 없는 상황에 두게 될 중대한 위험 grave risk of intolerable situation)이다. 각각은 독립된 피청구인의 항변사유이지만, 후술하는 바와 같이 실무에서는 명확한 구별을 하지 않고 있는 듯하고 전체로서 중대한 위험의 항변으로서의 인부만이 문제 되는 경우가 많다. 또한, “중대한” 위험은 아동을 건드리기 어려운 상황에 두게 되는 위험성의 「정도」를 나타내기도 한다. 이처럼 협약상 「중대한 위험」이라고 하는 사유는 규범적 요소가 강한 추상적 요건이라고 할 수 있으므로,³⁹⁾ 그 판단에 있어서는 어떠한 사정이 어느 정도로 고려되는지 협약상 반드시 명확한 것은 아니다. 이는 결국 협약의 해석 문제로서 각국의 판결에 맡겨지고 있다.

각국의 실무상, 중대한 위험의 이유로 주장되는 사유들은 다음과 같이 정리할 수 있다.⁴⁰⁾ 우선, 청구인(LBP)의 아동에 대한 폭력이나 학대 등의 사유로 인한 경우가 가장 많다. 이 경우 아동에 대한 직접적인 폭력뿐만 아니라 탈취부모(TP)에 대한 폭력이나 학대 등의 사유도 아동이 반환되는 경우 중대한 위험의 사유로 종종 거론되고 있다. 이 외에도 경제적 곤란 등을 이유로 하는 사유나 탈취부모(TP)가 반환명령이 내려지는 경우, 아동과 함께 상거소국으로 돌아가는 것이 어렵거나 불가능한 것을 이유로 하는 경우도 있다. 또한 반환에 대한 아동의 강한 거부나 상거소국이 분쟁상태이거나 전쟁지역이라는 등의 위험한 지역을 이유로 하는 사유 등을 예로 들 수 있다. 이처럼 협약상 아동탈취로 인한 반환을 거부하는 항변사유는 다양하지만, 각 체약국의 실무상 공통적으로 아동에 대한 폭력이나 탈취부모에 대한 가정폭력은 매우 중요한 문제로 다루어지고 있다. 전술한 바와 같이 종래 체약국의 실무에서는 예외사유를 제한적으로 해석하는 경향이 있기 때문에, 위 예 중에서 상거소국이 분쟁상태이거나 전쟁지역이기 때문에 아동이 반환되면 아동에게 중대한 위험이 초래될 수 있는 경우에만 반환거부의 예외를 인정하고 있다. 또한, 협약이 정하는 반환으로 인한 중대한 위험은 원칙적으로 그 직접적인 대상이 아동인 경우이다. 이에 대해서 체약국 중에는 아동을 직접적 대상으로 하지 않는 경우에도 이 예외사유의 적용이 가능하다고 해석하는 경우도 있다.⁴¹⁾ 그러나 대부분 체약국에서는 아동에 대한 직접

39) 本坊憲緯子「ハーグ條約實施法の實施に向けて-子の返還申立事件」自由と正義第64卷11号(2013) 16頁.

40) 「國際的な子の奪取に關するハーグ條約關係裁判例についての委囑調査」報告書(2011.5.24.), 1 24頁 이하 참조.

적인 폭력이 없는 경우에는 TP에 대한 가정폭력이 있다고 하더라도 이는 아동 반환 거부 사유인 중대한 위험에 해당하지 않는다고 한다. 따라서 우리 법원에서 결혼이민자, 즉 아동탈취부모인 모(母)에 대한 폭력 등을 이유로 아동의 반환이 거부될 수 있는가에 대해서는 향후 심도 있는 논의가 필요하다. 요컨대, 아동에 대한 직접적인 폭력 등을 이유로 하는 아동탈취의 경우에는 가해자인 LBP가 거주하는 상거소국으로 아동을 반환하면 아동에게 중대한 위험이 초래될 가능성이 크기 때문에 수탁국의 법원은 비교적 용이하게 반환을 거부할 수 있다. 그러나 탈취부모(TP)에 대한 직접적 폭력 등을 이유로 하는 아동탈취의 경우에는 아동반환의 거부사유인 중대한 위험을 인정하기 어려운 경향이 있다.⁴²⁾

3. 자발적 반환의 중요성

-
- 41) 대표적으로 일본의 실시법의 해석상 직접 아동에 대한 폭력이 없다고 하더라도 TP에 대한 LBP의 가정폭력은 아동에 대한 중대한 위험을 초래할 수 있다고 한다.
- 42) 협약상 예외사유의 제한적 해석 경향은 원칙적으로 협약의 기본적 취지와 목적에 근거한 것이다. 예외사유를 확장 해석하거나 폭넓게 적용하는 것은 다음과 같은 이유에서 적합하지 않다. 수탁국의 법원에 아동반환청구가 제기된 경우, 탈취부모(TP)가 아동의 반환을 거부하기 위해서는 예외사유를 입증해야 한다. 통상 가정폭력을 이유로 하는 국제아동탈취의 경우, TP는 협약이 정한 예외사유 중 아동의 반환으로 인하여 아동이 육체적 또는 정신적 위해에 노출되거나 그 밖에 견디기 힘든 상황에 처하게 될 중대한 위험이 있음을 주장하여 반환을 거부한다. 이 경우 수탁국의 법원은 중대한 위험의 판단을 위해 실제 가정폭력의 발생 여부, 청구인(LBP)의 성격과 기질에 대한 조사를 바탕으로 향후 아동에 대한 가정폭력의 행사 가능성을 검토한다. 나아가 아동과 청구인의 관계, 아동의 성격 및 이전 상거소에서의 생활환경, 과거 또는 현재의 심리상태 등 모든 사항을 심도 있게 조사하고 궁극적으로 반환이 아동에게 미치는 영향을 종합적으로 심사해야 한다. 그런데 이와 같은 조사와 심사는 결국 아동의 반환이 아동의 복리에 적합한 것인지를 판단하는 심사와 유사하게 된다. 그러나 이처럼 해당 아동의 실제적 이익에 대한 상세한 조사나 검토의무가 아동반환을 결정하는 수탁국의 법원에 부과된다면 신속한 반환의 협약 목적 달성이 어려워지고, 수탁국의 법원에 아동의 복리에 관한 양육권 본안 판단의 길을 열어주는 것이 된다. 이처럼 가정폭력사안의 경우, 단순히 아동의 반환 여부만을 결정하는 수탁국의 법원이 반환 후 아동에게 초래될 중대한 위험이 있는지를 판단하기 위해서 「아동의 실제적 복리 및 개별적·구체적 이익」의 관점에서 상세한 조사를 하고 검토하는 것은 반환의 예외를 유연하게 인정하는 길을 열게 되고 궁극적으로 협약의 틀 자체가 흔들리게 되는 사태가 초래될 수도 있다(동지(同旨)의 지적으로는 N Lowe, 'The enforcement of Custody and Access Decision under the Revised Brussels II Regulation'[2011] IFL 21; J Chamberland, 'Whither the "best interests of the child" in the 1980 Child Abduction Convention?'[2012] IFL 27; L Silberman, 'Recent US and European Decisions on the 1980 Hague Convention on Child Abduction'[2012] IFL 53).

(1) 문제의 우호적 해결

실제로 아동이 궁극적으로 누구와 살아야 하고 누가 양육권자가 되는 것이 아동의 복리에 적합한가라고 하는 양육권 본안판단과 반환으로 인해서 아동에게 중대한 위협이 초래될 것인지의 판단을 구별하는 것은 매우 어려운 일이다. 따라서 각 계약국의 법원은 가정폭력을 원인으로 하는 아동탈취사안의 경우, 확일적으로 예외사유의 해석을 넓게 하여 아동반환을 거부하는 결정을 내리는 위협을 부담하기보다는 아동 및 탈취부모에 대한 보호조치를 조건으로 아동반환을 명하는 경우가 있다.⁴³⁾ 그러나 이러한 보호조치의 실효성에 대한 문제가 제기됨에 따라서 최근 계약국 간에는 협약의 기본취지를 해치지 않는 한도에서 당사자의 자발적 반환을 촉구하는 것이 가장 바람직한 해결이라는 점에 인식을 같이하고 있다.

협약은 중앙당국에 대해서 아동의 입의 반환을 확보하고 또는 문제의 우호적인 해결을 위한 협력촉진의 중요성을 강조하고 있다(협약 제7조). 또한, 계약국의 중앙당국에 아동의 자발적인 반환을 촉진하고 이를 지원하기 위한 조치를 할 의무를 부과하고 있다(협약 제10조). 이러한 당사자의 자발적 반환의 장점은 우선 당사자 간 합의를 통한 원만한 해결이 신속하게 이루어질 수 있다는 것이다. 예컨대 호주의 경우, 자발적인 반환의 경우에는 일반적으로 평균 18일 정도로 매우 신속하게 문제가 해결되지만, 반면 법원에서 아동반환청구가 제기되어 반환명령에 이르기까지는 총 202일 이상 걸린다는 사실은 협약의 효과적인 이행의 관점에서 중요한 의미가 있다.⁴⁴⁾ 또

43) 예컨대, 미국의 경우, 반환명령을 결정하는 법원은 상거소국에서의 본안판단이 행해지는 동안 아동을 충분히 보호하기 위한 잠정적 보호조치(예컨대, 언더테이킹(undertaking))를 부과하는 것을 조건으로 협약의 원칙을 관철하는 경향이 있다. 즉, 이러한 조치가 취해진 경우에는 반환청구인이 가정폭력의 가해자라고 할지라도 아동의 중대한 위협은 부정되고, 원칙적으로 상거소국에 아동은 신속히 반환되어야 한다는 것이다. 바꾸어 말하면 반환의 거절(기각)은 아동을 폭력적인 부의 양육하에 두지 않도록 하는 합리적인 수단을 발견할 수 없는 경우에만 인정된다(이에 관한 상세는 광민희, 헤이그 아동탈취협약의 해석상 「중대한 위협」과 子の 利益, 민사법학 제67호(2014), 39면).

44) Lowe, *Statistics National Reports(2011)*, p.12에 따르면, 아동반환신청절차가 호주에서 개시되는 경우, 호주 중앙당국이 반환신청을 받고 신청서를 심사한 후에 법원의 심리절차로 이송하기 전까지 걸린 시간은 평균 35일 정도가 걸린다. 이는 전체 계약국 중앙당국의 평균 신청서 심사기간이 약 76일 정도 소요된다는 점에 비추어서, 신속한 절차가 진행될 수 있도록 호주의 중앙당국이 많은 노력을 하고 있음을 알 수 있다. 신청이 법원의 심리절차로 이송되고 법원의 최종결정에 이르기까지 걸리는 기간은 약 128일 정도이고, 호주에서는 신청이 접수된 후부터 어떤 식으로든 최종적인 결론에 이르기까지는 평균 140일 정도

한 다른 계약국에서도 자발적 반환의 경우에는 정도의 차이는 있지만, 비교적 다른 해결, 특히 법원에서의 해결보다 시간이 적게 걸리고 당사자에게도 우호적인 해결이 된다는 점에서 바람직한 대안으로 제시되고 있다. 나아가 가정폭력에 의한 아동탈취 문제에 대처하기 위해서는 협약 해석상의 문제로 인해서 그 예외사유의 확장해석에는 부담이 있기 때문에, 가급적 문제를 우호적으로 해결하는 것이 중요하다. 계약국에서는 조정 또는 재판 외 분쟁해결제도(Alternative Dispute Resolution, 이하 ADR)가 활용되고 있다.

(2) 조정 또는 ADR 제도의 활용

자발적 반환을 촉진하기 위해서, 기존의 제도를 이용하는 예로서 일본의 경우에는 임의해결의 실효성을 확보하기 위해 일본변호사협회의 분쟁해결중재센터를 이용하거나, 부조정제도와 같은 재판절차 중의 조정절차를 이용할 수 있도록 하고 있다.⁴⁵⁾ 또한 재판 외에서 일본의 중앙당국은 협의(協議)의 알선을 위해서 ADR 기관을 소개하는 등의 지원도 하고 있다. 우리나라 이행법률의 범규정상으로도 재판상 조정절차를 이용할 수 있기 때문에, 당사자의 임의해결을 위한 법원의 조정절차에의 접근 가능성은 확보되어 있다. 법원에 의한 조정절차는 우선 비용이 적게 들고 출두하지 않은 당사자에 대해서 과태료의 제재가 부과되거나, 조정조항이 지켜지지 않은 경우 가정조사관에 의한 이행권고(일본 가사사건절차법 제289조)나 직접·간접강제가 가능하다는 점에서 이행 확보의 면에서 이점이 있다. 그러나 일반적인 조정사건과 동일한 조정절차에 의하는 경우에는 기일의 문제가 있어서 헤이그협약이 추구하는 신속성을 확보하기 어렵다는 점이나, 가사조정위원이 국내인에 한정되고 언어의 문제나 상대방

가 걸리는 것으로 나타났다. 그런데 호주에서 자발적인 반환의 경우에는 일반적으로 평균 18일 정도로 매우 단기간에 문제가 해결되고 있다는 점은 의미가 크다.

45) 일본의 협약실시법에 따르면 아동반환사건의 절차를 행하는 가정법원 또는 고등법원은 「당사자의 동의」를 얻어서 언제나라도 직권으로 당해 아동의 반환청구사건을 가사조정예 부의할 수 있도록 하고 있다(실시법 제144조). 이러한 부조정제도는 조정위원의 중개하에 사안의 해결을 위한 자발적이고 실질적인 임의해결방안을 예정하고 있다. 이 경우의 조정절차는 가사사건절차법의 규정에 근거하여 행한다. 본조가 당사자의 동의를 요하도록 하고 있는 이유는 협약이 신속한 심리가 이루어질 것을 원칙으로 하고 있으므로, 조정가능성을 고려할 때 당사자의 동의를 얻어 조정에 부치는 것이 효율적이라는 것이 그 이유로 생각된다. 또한, 부조정(付調停)절차 외에, 재판상 화해도 인정하고 있다(실시법 제100조).

국가의 문화나 풍습, 법·제도에 관해서 전문성이 부족할 수 있다는 점 등이 문제로 지적될 수 있다.⁴⁶⁾ 즉, 국내법상의 일반적인 조정절차를 이용하는 경우 문화와 법·제도 등을 달리하는 국경을 초월한 소위 헤이그사안에 있어서는 국내법상 가사조정의 방식으로는 대응할 수 없는 문제들이 있다.

이에 대해 최근에 각 계약국 내에서는 양국 간 조정제도(Co-Mediation)나 민간 ADR의 활용이 장려되고 있다. 특히 민간단체에 의한 조정은 헤이그 국제사법회의 「모범실무지침(Guide to Good Practice)」⁴⁷⁾에서도 권고되고 있다. 국제적 아동탈취사건은 사건의 성격상 국경을 넘어서 이루어지기 때문에 각 당사자가 소재하는 국가가 다르고 관할에 관한 분쟁이 자주 발생한다. 이 경우 양국 간 조정은 쌍방 부모가 소재하는 국가의 법제도, 문화, 언어를 잘 아는 사람들을 각 조정인으로 선임하고 그러한 조정인을 통해 공동조정을 하는 것을 말한다. 예컨대, 조정절차가 아동의 탈취국(수탁국)에서 이루어지는 경우, 원래의 상거소국의 사정을 잘 아는 사람이 조정에 개입할 길을 열어 조정절차의 신뢰성을 높이는 것이 장점이라고 할 수 있다. 대표적으로 영국의 경우 리유나이트(reunite international Child Abduction Centre)⁴⁸⁾라고 조정단체의 역할이 당사자의 자발적 반환과 신속한 결과를 유도하는 데 큰 영향을 미쳤다고 하는 점은 잘 알려진 사실이다. 이 리유나이트라고 하는 기관에서 사용하고 있는 모델은 2일 동안 3회의 조정을 행하고, 조정이 이루어지지 않으면 종료하는 절차이다.⁴⁹⁾ 실제로 리유나이트에서는 조정 건수가 많은 것은 아니지만, 조정을 하는데 합의한 당사자들이 일단 조정에 들어가면 이 기간에 조정이 성립될 확률이 매우 높다고 한다. 또한 독일의 경우에도 민간단체인 MIKK(Mediation bei internationalen

46) 池田綾子·橋高眞佐美「日本における子の監督に關する調停事項の檢討」法の支配165号(2012) 169-170頁.

47) http://www.hcch.net/upload/guide28mediation_en.pdf 31면 내지 32면.

48) 영국의 리유나이트 기관은 1987년에 설립되어 국제아동탈취된 부모들에게 여러 가지 지원을 하는 단체로서 출발하여, 1999년에는 reunite international Child Abduction Centre으로 이름을 바꾸고 민간의 지원을 받는 기관으로서 국제아동탈취에 관한 대표기관의 역할을 하고 있다(이 기관에 관해서는 <http://www.reunite.org/aboutus.asp> 참조). 특히, 현재는 영국정부의 기금지원을 받는 공식적인 지원기관으로서 홈페이지에 등록된 국제아동탈취사안에 대한 영국에서 가장 중요한 기능을 담당하는 단체라고 할 수 있다(<https://www.gov.uk/international-child-abduction>의 홈페이지참조).

49) Mediation in International Parental Child Abduction, The reunite Mediation Pilot Scheme by reunite International Child Abduction Centre, October 2006, p.11 (<http://www.reunite.org/edit/files/Library/%20-%20reunite%20Publications/Mediation/%20Report.pdf>)

Kindschaftskonflikten)를 주축으로 하는 양국 간 조정제도 등이 활용되고 있다.⁵⁰⁾ 이와 같이, 이 조정모델은 영국, 독일을 비롯하여 네덜란드 등에서 도입되고 유럽에서 점차로 확산되어 최근에서는 호주에서도 주목받고 있다.⁵¹⁾ 나아가 이와 같은 조정은 기일 설정에 여유를 둘 수 있고 격지자 간 화상회의, 전화 등을 이용할 수 있는 장점도 있다.⁵²⁾ 결혼이민자가 아동을 데리고 모국으로 귀국한 경우, 결혼이민자의 모국(수탁국)에서 외국인인 LBP가 협약상 절차를 수행하는 것은 여러 가지 면에서 어려움이 있다. 따라서 LBP가 수탁국에 입국하기 어려운 경우에 가능하면 위와 같은 수단을 이용할 수 있는 조정제도를 활용하는 것이 도움이 된다. 다만, 민간단체의 조정이나 ADR을 이용하는 경우에는 국내법상 집행력 확보 등에 문제가 있기 때문에, 법·제도상으로 가사조정이나 가사심판절차와의 연계 등을 고려하는 것이 필요하다.

V. 結

국제결혼의 파탄에 수반하여 결혼이민자가 자신의 자녀를 데리고 모국으로 귀국하는 사례는 우리나라뿐만 아니라 세계적으로도 급증하고 있다. 이로 인해, 우리 국민과 결혼이민자 양자 모두 피해자로 만드는 결과를 가져오고 있다. 남겨진 우리 국민은 피를 나눈 자녀와의 생이별을 경험하고 아동의 소재를 알 수 없다는 불안감과 분노는 이민자에 대한 불신의 불씨가 되고 있다. 반대로 한국에서의 안정적이고 행복한 가정생활을 꿈꾸고 입국한 이민자에 대해, 우리 사회의 선입견이나 편견으로 인해서 인권 침해나 가정폭력 등이 빈번하게 행해지고 있는 것도 사실이다. 이는 결혼이민자가 자신의 자녀를 데리고 모국으로 돌아갈 수밖에 없는 상황을 만드는 결정적인 원인 중의 하나이다. 결혼이민자가 우리 사회에서 바르게 정착하고 다문화공생의 주체로서 함께 살아가기 위해서는 무엇보다도 이민자를 바라보는 우리의 인식 변화가 전

50) 小池美和・永田ゆう子「各國調停の位置づけと先例—ドイツにおけるMIKKの活動と二國間調停モデル」法の支配165号(2012)163-164頁.

51) 이에 관한 상세한 논문으로는 Sarah Vigers, *Mediating International Child Abduction Cases-The Hague Convention*, Oxford and Portland, Oregon(2011)가 있다.

52) 池田綾子・橋高眞佐美「日本における子の監督に關する調停事項の檢討」法の支配165号(2012)169-170頁.

제되어야 한다. 특히 주로 여성인 결혼이민자와 그 2세인 자녀를 둘러싸고 발생하는 다양한 가족법상의 문제 해결에는 사회적 약자에 대한 배려와 아동의 최선의 이익 또는 복리라는 관점에서 특별한 보호의 필요성을 고려해야 할 것이다. 최근 우리나라는 이러한 문제에 대한 국제적 협력을 강조하는 「국제적 아동탈취의 민사적 측면에 관한 헤이그 협약」에 가입하였다. 따라서 앞으로 우리 법원에서 협약에 근거한 사건을 다루는 날이 머지않았다고 할 수 있다. 이 글은 결혼이민과 아동탈취의 문제점을 지적하고, 이에 적용되는 협약상의 기본원칙과 협약 및 이행법률의 내용에 대해서 검토하였다. 그리고 우리나라 결혼이민의 문제점과 특성에 따라 구체적으로 협약이 적용되는 경우에 발생할 수 있는 법적 쟁점에 대해서도 개략적으로 검토하고 그 대안에 대해서도 살펴보았다.

【제3토론】

결혼이민과 헤이그 국제아동탈취협약의 적용

文 興 安(건국대학교 법과대학, 교수)

2012년 우리나라가 「국제적 아동탈취에 관한 헤이그 협약」에 가입함에 따라 2013년 3. 1. 「국제적 아동탈취의 민사적 측면에 관한 협약」이 발효되고, 「헤이그 국제아동탈취협약 이행에 관한 법률」이 시행되고 있어, 본 논문은 불법적인 이동이나 유치에 의해 피해를 입는 아동을 신속하게 보호하기 위한 구체적인 방안을 연구하는데 많은 지침이 될 것으로 보이고, 토론자로서 국제결혼으로 인한 아동보호의 문제를 다른 시각에서 고민할 수 있는 정보를 주셔서 매우 감사하다는 말씀을 드립니다.

법무부 통계자료 중 국민의 배우자 현황에 의하면,¹⁾ 2015. 9. 말 현재 우리나라에 거주하는 국민의 배우자는 총 149,083명으로 이 중 결혼이주남성은 22,920명 결혼이주여성은 126,163명이다. 이들 중 미국과 캐나다를 제외한 대부분은 결혼이주여성이 절대적 우위를 차지하고 있어, 우리나라에서는 한국인남자와 외국인여자의 혼인이 주류를 이루고 있다는 의미가 된다. 그런데 우리나라에서의 국제결혼은 이 논문에서 적절히 지적한 바와 같이 주로 국제결혼중개업자의 주선으로 이루어짐으로서 많은 문제점을 낳고 있다. 우리나라의 경우 2011년 우리나라의 총 이혼건수는 114,284건으로 이 중 국제결혼의 이혼건수가 14,450건으로 총 이혼건수 대비 12.6%에 달하고 있다.²⁾ 2009년부터 2010년까지 서울가정법원 단독재판부에서 처리한 사건에 대한 실증적 연구결과에서도 조사대상 재판부에서 선고한 사건 중 다문화가정과 관련된 사건은 약 60%에 달하고 있는 실정이다.³⁾ 이러한 통계는 향후 국제이혼 부부의 증가에

1) http://www.moj.go.kr/doc_html/attach/imm/f2015//20151022239140_1_21.xls.files/WorkBook.html (2015. 10. 26. 방문)

2) 김민아, “다문화가족의 현황 및 2011년 정책방향,” 다문화 가정의 이혼 실태와 법적 과제 토론회, 한국가정법률상담소, 2011.6.21. 10면.

3) 이현곤, “법정에서 바라본 다문화가정,” 국제결혼관련 문제점 및 개선방안세미나, 대한변호사협회·서울가정법원, 2011.7.7, 93면; 안종화, “다문화가정 이혼사건의 특성, 법적·제도적 개선 및 지원방향,” 다문화가정의 이혼실태와 법적 과제 토론회, 한국가정법률상담

정비례한 자녀문제가 심각한 사회문제가 될 가능성이 매우 높다는 의미이기도 하다. 마침 베트남결혼이주여성이 남편의 동의 없이 자녀를 데리고 베트남으로 귀국한 사례가 아동탈취문제에 대한 여론을 환기시키며, 국제결혼 파탄에 따른 자녀문제로 관심을 증폭시키고 있다. 특히 논문에서 제시한 자발적 반환의 중요성 강조는 아동의 최선의 이익의 관점에서나 사회적 약자배려의 차원에서 전적으로 견해를 같이 합니다.

그런데 2005년 자녀보호를 최우선 가치로 하여 친권제도를 대폭 개정한 우리나라가 다른 아시아 국가들에 비해 비교적 늦게 「국제적 아동탈취에 관한 헤이그 협약」에 가입한 이유가 무엇일까 하는 의문이 듭니다. 혹시 발표자가 이 논문에서 국외아동탈취사안(Outgoing Case)를 주로 다룬다는 의미가 Ingoing Case에서는 견해가 달라질 수 있다는 것을 의미하는 것인지, 또 이 논문에서 인용한 대법원 2013. 6.20. 선고 2010도14328 전원합의체 판결의 소수의견처럼 “~(전략)~형사정책적 측면에서도 국가의 자국민에 대한 보호라는 기본적인 책무를 소홀히 하는 해석론(밑줄은 토론자가 입의로 붙임)이어서 동의할 수 없다.”는 입장과 상관관계에 있는 것인지 궁금합니다.

한편 상기 대법원 2013. 6.20. 선고 2010도14328 전원합의체 판결에 대한 논의는 형법 전공자들의 영역에 속하는 것이지만, 결혼이민자의 아동탈취에 대한 사실관계만을 본다면 베트남여성의 아동을 동반한 베트남으로의 출국과 한국남편의 아동반환에 대하여 ‘협약 제13조 제1항 b호에 의해 중대한 위협이 있는 예외사유에 해당한다고 볼 수 없는지’ 고견을 듣고 싶습니다. 아울러 위 대법원 전원합의체 판결과 동일한 사안에 대하여 일본 대판 명치43년 9. 30.과 일본최고재판소 2003. 3. 18. 결정의 구체적 사안을 소개해 주시면 감사하겠습니다.

참고로 우리나라는 조선왕조 창건이념으로 유교를 수용하여 유교이념에 근거한 사회질서를 형성하고, 일반 백성들도 유교적 가족질서를 수용하였다. 이에 비해 베트남은 철학적인 유교이념보다는 실용적인 유교의례와 도덕적 규칙 등을 정치권력의 필요에 의하여 수용하였다. 그 결과 한국은 정치제도가 바뀌어도 가족제도를 비롯한 국민들의 사상에 큰 영향이 없지만, 베트남은 정치제도가 바뀌면 유교도 사라질 수 있고 국민들의 사상이 변할 수 있다. 이러한 사상적 배경은, 우리나라에서 최근까지 남

존여비, 가부장제 가족제도를 당연시 하는 풍조였고, 베트남은 이미 20세기 중반부터 남녀평등을 수용하여 실천하고 있는 것으로 나타난다. 베트남에서는 여자도 당연히 호주가 될 수 있고, 자식들이 어머니의 성을 따를 수 있으며, 이혼시 여자가 자녀양육권을 갖는 것을 당연시한다.⁴⁾ 한편 베트남결혼이주여성과 한국남편은 상호 문화적 차이를 이해하지 못함으로써 많은 갈등이 누적된다. 남녀평등이 실현되고 대화와 타협에 익숙하며 개인의 자율성이 보장되고 있는 베트남의 가정과 사회에서 성장한 이주여성들은, 한국의 수직적인 가부장적인 문화를 이해하지 못한다. 그 결과 분명한 자기주장에 대한 남편과 시집식구들의 몰이해로 인한 갈등, 가사노동 분담 등에 대한 갈등, 특히 비언어적 행동에 대한 오해 등⁵⁾ 사소한 것 같은 문제가 가정파탄의 직접적인 원인이 되어 가정폭력과 가출의 원인이 되기도 합니다.⁶⁾

한편, 헤이그아동탈취협약이 성안될 당시의 아동의 탈취상황과 현재의 상황은 부(父) 중심의 아동탈취에서 모(母) 중심의 아동탈취로 변하였다고 본 발표는(IV. 1.), 그렇다면 현재 우리나라의 국제결혼의 실태에 비추어 모의 아동탈취로 아동이 모와 함께 있다는 것은 아동의 이익에 부합하는 것으로 이해된다. 논문에서도 “가정폭력의 피해자로서 결혼이민자가 아동을 데리고 모국으로 귀국하는 아동탈취사안에 한해서는 종래 협약의 경직된 적용방식에 대한 재검토가 요청된다”고 하시면서 특히 “중대한 위험”의 예외를 제한적으로 해석하는 종래의 판결의 경향에 대해서는 아동의 실제적인 복리가 희생될 수 있다고 하십니다. 전적으로 공감합니다.

이런 전제하에 있다면 발표자가 말씀하시는 베트남결혼이주여성의 아동탈취 사건에 대하여, 발표자께서는 한국남성에 의한 아동반환청구에 대하여 베트남이주여성

4) Do Ngoc Luyen, “NGHIÊN CỨU NHẠ THỨ VỆ GIA ĐÌNH ĐA VĂN HÓA VIỆT NAM VÀ HÀN QUỐC -TẠ TRUNG NGHIÊN CỨU QUAN HỆ GIA ĐÌNH-(한국과 베트남의 다문화가정에 대한 인식 연구-가족관계를 중심으로-)”, 『한국-베트남 문화공통점과 차이점 및 한-베 협력에 미치는 영향』, 호치민국립인문사회과학대학교, 2013. 4. 23. 520-521면

5) 안정현, “문화의 이질성으로부터 발생하는 문제의 해결방안”, 『한국-베트남 문화공통점과 차이점 및 한-베 협력에 미치는 영향』, 호치민국립인문사회과학대학교, 2013. 4. 23. 414쪽에 의하면, 베트남인이 팔짱을 끼고 뒷사람의 말을 듣는 모습은 가장 겸손한 자세라고 한다. 또 미안하다는 표시로 베트남인들은 가볍게 웃는 경향이 있는데, 이는 한국인에게서는 자신을 무시한다는 의미로 전달된다. 한국인들이 흔히 화가 났을 때, 손으로 때리는 흉내를 내거나 야단을 칠 때 물건을 집어던지는 등의 행위는 베트남에서는 결코 허락되지 않는 행동이라고 한다.

6) 문홍안, “베트남결혼이주여성의 혼인의 특징과 국제결혼의 제도적 개선방안”, 법제연구 제44호, 758-763면 참조.

“중대한 위험”의 항변을 하는 경우 이를 수용하여야 한다고 보시는지요?

아동의 불법적 이동 및 유치로부터 아동의 복리가 최우선 가치로 신속히 보호되기 위해서는 법률실무자들의 정교한 법리해석과 절차에 대한 철저한 준비가 필요함을 세삼 일깨워주시고 향후 연구에 많은 시사를 주신 발표자께 다시 한 번 감사의 말씀을 드립니다.

【종합토론】

이주아동의 현황과 쟁점에 대한 토론문

박 현 영(국회 이자스민 의원실 비서관)

1. 이주아동의 개념에 대하여

- 이주아동들에게 어떠한 권리를 어떤 형태로 보장해 줄 것인지에 앞서, 어떠한 대상에게 보장해 줄 것인지도 중요한 문제이며, 통일된 ‘이주아동’에 대한 정의가 필요함
 - 발제자는 사회통합론적인 관점에서 아동 또는 그 부모 일방의 국적 중 어느 하나라도 대한민국 국적이 아닌 것이 있다면, 국내 출생 여부 및 체류기간에 관계없이 ‘이주아동’의 정의에 포함시키는 것이 입법론적으로 타당하다고 함
 - 「이주아동권리보장기본법」(이하, ‘이주아동법’)에서는 ‘대한민국에서 거주하는 대한민국의 국민이 아닌 18세 미만의 사람’으로 규정하고 있음
 - 발제자의 정의에 따르면, 국적을 취득한 아동(부모 일방이 한국인일 경우)도 이주아동에 포섭될 수 있는데, 국적을 취득한 경우에는 (아동인)국민으로서 다양한 법적 제도를 향유할 수가 있음. 따라서 국적을 취득한 아동의 경우에는 설령 국외에서 국내로 입국했다라도 사실 상의 ‘이주아동’에는 해당하지만, 특별히 법적 보호가 필요한 법률상 ‘이주아동’ 개념에 넣을 필요성은 적다고 보여짐
 - 이주아동법의 개념 정의는 대부분 현행 아동복지법을 따르고 있으며 민법의 경우 성년을 19세로 지정하고 있어 18세와 비교해 볼 때 권리를 좀 더 연장한다는 측면이 있다고도 보여질 수도 있으나, 유엔아동권리협약(18세)을 구체화하는 측면이 강하고, 아동 관련 기본법인 만큼 아동복지법(18세)과 균형을 맞춰 18세로 규정을 함

2. 이주아동의 사회통합방법론에 대하여

- 이주자 사회통합방법론(동화주의, 다문화주의)은 이주자들 중에서도 이주아동에 대해서 더욱 중요한 의미를 가짐. 그것은 이주아동은 본인의 의사와 관계없이 사회적 차별 등 이민자로서 겪게 되는 어려움들에 노출되고 그에 따른 사회에 대한 반감을 가지기 쉬운 측면이 있는 반면, 교육의 대상이 되기 때문에 이주한 국가의 사회적 규범 및 문화를 따라 잘 사회화 될 여지도 크다는 주장에 대해 공감함
- 그러면서 정부의 사회통합정책에 따라 주류사회로 잘 통합되기도 하지만, 잘 통합되지 않으면 심각한 사회문제를 야기할 수도 있다고 전망하면서 이주아동에 대해서는 국가적·민족적 정체성이 강한 한국의 특수성을 고려하여 동화주의적 방법론을 기초로 해야 한다고 말하고 있음
 - 교육을 통해 완전한 우리 사회의 구성원으로 생활해야하기 때문이라는 현실적 이유에 대해서는 공감함
 - 미등록 이주아동의 경우에는 교육이 법적으로 보장되고 있지 않은 상황에서 부모의 교육자로서의 역할이 절대적이며, 부모의 의사에 따라 성장하면서 부모의 나라로 출국하게 될 가능성이 상존하는 점도 고려해야 할 필요가 있음

3. 미등록 이주아동의 기본적 권리 보장에 대하여

- 발제자는 미등록이주아동(미등록 미성년 이주자)에 대한 개념과 발생유형 그리고 관련 국제협약은 물론 국내 법제를 소개하면서 결론적으로 기본권 주체로서 누릴 수 있는 최소한의 권리는 보장되어야 함을 주장하고 있음. 그러면서 미등록 이주아동에게 체류의 보장과 국적 취득기회를 제공할 필요가 있다고 함
 - 이주아동의 체류 보장이 부모의 체류와 연계되어 미등록 이주아동에 대한 문제가 그 부모의 체류자격에 종속되어 아동의 권리가 그들 자신의 의사와 무관하게 일방적으로 결정될 수밖에 없다는 지적은 타당함
 - 미등록 이주아동을 통해 부모의 체류상태를 잠정적으로 양성화하여 체류관리가 보다 용이해 질수도 있다는 점에 대해서는 공감함. 더 나아가 아동의 존재가 무조건적인 부모의 체류기간 연장으로 이어지는 것을 방지하기 위해, 체류기간 연장 허가 시, 거소지 신고나 서약서 작성 등 다양한 방법을 강구할 필요가 있음

4. 결혼이민과 헤이그 국제아동탈취협약 적용에 대하여

- 최근 대법원은 베트남 모(母)의 행위는 형법 상 국외이송목적약취죄의 구성요건에 해당하지 않는다는 판결을 통해(평가는 별론으로 하고) 결국 결혼이민자의 사실상 자력에 의한 아동탈취를 용인하는 결과를 가져옴. 결혼이민자의 보호 필요성을 인식하게 만드는 계기가 되었다기보다 결혼이민자에 대한 불신과 오해를 더욱 깊게 만들었다는 발제자의 주장에 동의함. 다문화가정이나 국제결혼 자체에 대해 색안경을 끼고 바라보는 인식이 확산됨.
- 헤이그협약이 2013년 3월 1일부터 발효됨에 따라 앞으로는 종전 대법원 판결이 아닌 협약의 내용에 근거한 판결이 나올 것이지만, 우리나라의 결혼이민자 출신국이 대부분 협약에 가입을 하고 있지 않아 얼마나 실효성을 가질 지는 의문임
 - 다수의 결혼이민여성 출신국(중국, 필리핀, 베트남 등)과의 협상을 통해 헤이그 협약에 가입하도록 외교적인 노력을 강화할 필요가 있음

5. 「이주아동권리보장기본법」 향후 전망

- 2014년 12월 18일 발의(이자스민 의원 등 23인)
- 2015년 4월 29일 법제사법위원회 상정 및 법안심사제1소위원회 회부
- 정치적 현안 및 2016년도 제20대 국회의원 선거
- 국회 차원에서의 여론 환기 및 지속적인 관심 촉구
- 학계는 물론 시민사회단체에서의 지속적인 제정의 목소리 절실

토 론 문

채 현 영(유엔난민기구 한국대표부)

세 분 발제자님의 분석에 이어 저는 특히 강성식 변호사님과 최윤철 교수님의 발제문에서 논의되었던 출생등록과 무국적을 아동의 최선의 이익 원칙에 기반한 차별 없는 기본권의 보장이라는 측면에서 다시한번 간단히 말씀드리고자 합니다.

출생한 아동이 국가에 등록된다는 것은 건강권, 교육권, 기초 사회보장 등의 기본권을 누릴 수 있기 위한 전제조건입니다. 최윤철 교수님께서 언급하신 바와 같이 이러한 기본적인 권리들은 사람으로서 당연히 주체가 되는 권리로서 국적여부나 체류의 적법 또는 위법 여부와 무관합니다. 이미 언급된 바와 같이 대한민국이 가입한 유엔아동권리협약 제7조 1항에 따르면 아동은 출생 후 즉시 등록되어야 하며, 출생 시부터 성명권과 국적취득권을 가지고, 가능한 한 자신의 부모를 알고 부모에 의하여 양육받을 권리를 가지고 있습니다.¹⁾ 또한, 세계인권선언 제15조는 국적에 대한 권리를,²⁾ 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 역시 모든 아동의 국적을 취득할 권리와 출생등록의 권리를 역설하고 있습니다.³⁾

1) 유엔아동권리협약 (Convention on the Rights of the Child) 제 7조.

1. 아동은 출생 후 즉시 등록되어야 하며, 출생 시부터 성명권과 국적취득권을 가지며, 가능한 한 자신의 부모를 알 권리와 부모에 의하여 양육받을 권리를 가진다.
2. 당사국은 이 분야의 국내법 및 관련 국제문서상의 의무에 따라 이러한 권리가 실행되도록 보장하여야 하며, 권리가 보장되지 않으면 무국적 상태가 되는 아동의 경우에는 특히 그러하다.

2) 세계인권선언 제15조.

1. 모든 사람은 국적을 가질 권리를 가진다.
2. 어느 누구도 자의적으로 자신의 국적을 박탈당하지 아니하며 자신의 국적을 변경할 권리가 부인되지 아니한다.

3) 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제 규약 제 24조

1. 모든 어린이는 인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 민족적 또는 사회적 출신, 재산 또는 출생에 관하여 어떠한 차별도 받지 아니하고 자신의 가족, 사회 및 국가에 대하여 미성년 자로서의 지위로 인하여 요구되는 보호조치를 받을 권리를 가진다.

유엔아동권리위원회는 우리나라의 2011년 제3,4차 국가보고서 심의 결과 우리나라의 출생신고제도는 보편적 출생등록제도라고 보기 어렵고, 이러한 제도 하에서 사실상의 입양이 일어날 수 있다는 점에 우려를 표명했습니다. 또한, 부모의 법적 지위 또는 출신에 관계없이 모든 아동의 출생신고를 가능하게 할 것을 촉구하면서, 특히 대한민국에서 태어난 난민 아동들의 출생등록 및 보호를 보장할 것을 강조하였습니다.⁴⁾ 보편적 출생등록은 국내에서 출생한 모든 아동을 차별없이 등록하기 위한 것으로, 유엔난민기구의 보호대상자인 난민⁵⁾ 및 무국적자⁶⁾를 포함한 모든 이주 아동의 기본권 보장의 시작점입니다. 이는 또한, 아동에 관한 모든 활동에 있어서 아동의 최선의 이익이 최우선적으로 고려되어야 한다는 원칙⁷⁾에 기초한 국가 정책 집행 활동의 근간입니다. 그러나, 현행 출생신고제도에 따르면, 외국 국적의 부모를 둔 이주아동이나 무국적 아동들은 대한민국 정부에 출생신고를 할 수 없기 때문에, 특히 불법 체류 상태에 있는 부모에게서 태어났거나 부모의 국적이 없는 경우 아동의 존재 자체가 그 어느 국가의 기록에도 남아있지 않을 수 있으며, 이는 신분증명의 발급과 기본권의 보장 외에도, 광민희 교수님께서 지적하신 아동약취 문제 해결에 있어서도

2. 모든 어린이는 출생 후 즉시 등록되고, 성명을 가진다.

3. 모든 어린이는 국적을 취득할 권리를 가진다.

- 4) 유엔아동권리위원회. 2012년 2월 2일. 유엔아동권리협약 제3,4차 국가보고서 심의결과 유엔아동권리위원회 권고사항. (국문본: 여성가족부 홈페이지 http://www.mogef.go.kr/korea/view/policy/policy02_02a.jsp?func=view¤tPage=9&key_type=&key=&search_start_date=&search_end_date=&class_id=0&idx=641861 영문 원본: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fKOR%2fCO%2f3-4&Lang=en)
- 5) 2013년 7월 1일부터 시행된 대한민국의 난민법은 ‘난민의 지위에 관한 1951년 협약(이하, 난민협약) 및 난민의 지위에 관한 1967년 의정서(이하, 난민의정서) 등에 따라 난민의 지위와 처우 등에 관한 사항을 정함을 그 목적으로 한다.(제1조) 대한민국 난민법 제2조 제1항에 따르면 ‘난민’이란 인종, 종교, 국적, 특정 사회집단의 구성원 신분 또는 정치적 견해를 이유로 박해를 받을 수 있다고 인정할 충분한 근거가 있는 공포로 인하여 국적국의 보호를 받을 수 없거나 보호받기를 원하지 아니하는 외국인 또는 그러한 공포로 인하여 대한민국에 입국하기 전에 거주한 국가(이하 “상주국”이라 한다)로 돌아갈 수 없거나 돌아가기를 원하지 아니하는 무국적자인 외국인을 말한다. 이 토론문에서는 대한민국의 난민신청자, 인도적체류자, 그리고 난민인정자를 통틀어 ‘난민’으로 총칭함.
- 6) 1954년 무국적자의 지위에 관한 협약 제1조에 따르면 무국적자는 ‘어떠한 국가에 의하여도 그의 법률의 시행상 국민으로 간주되지 않는 자’를 말함. 유엔난민기구는 1974년 유엔 총회 결의안 제3274호(XXIX)와 1976년의 31/36호에 따라 1954년 무국적자의 지위에 관한 협약 및 1961년 무국적 감소에 관한 협약의 수행을 위해 임무를 수행하도록 위임받았으며, 대한민국은 1962년에 유보조항 없이 가입함.
- 7) 아동권리협약 제3조 제1항.

큰 걸림돌일 수 있습니다. 또한, 등록되지 않은 아동의 경우 인신매매, 가정폭력 및 부모로부터 방치되어 학대당할 수 있는 취약성이 더욱 커질 수 있습니다. 게다가, 이러한 아동들이 단체 등에 의해 파악되었다하더라도, 기록의 부재, 공무원의 통보 의무, 불안정한 체류 자격 등으로 인하여 대안적인 보호를 부여하는 것이 어려운 현실입니다.

무엇보다, 출생등록을 본국 대사관에서 해야 하지만 대사관으로의 접근이 어려운 부모에게서 출생한 아동들은 이 때문에 그 어떤 신분증도 발급받지 못할 수 있고, 이는 무국적이라는 문제를 더욱 심화시킬 수 있습니다. 2009년에 법무부가 발간한 무국적에 관한 연구용역보고서에 따르면 조사대상인 11명의 대한민국에서 출생한 난민 자녀 가운데 “대사관에서 출생신고하여 국적이 있는 자녀”는 단 1명이었고, 대사관에 출생신고하지 못하여 국적이 없는 자녀가 10명으로 나타났습니다. 이들 10명은 출입국관리사무소에 출생신고를 하였는데, 이들 가운데, 외국인 등록증을 발급받았으나 국적은 표기되어 있지 않은 자녀가 1명, 외국인 등록증을 발급신청하지 않은 자녀가 1명, 신청상태인 자녀가 1명이었습니다.⁸⁾ 또한, 2010년 법무부가 발간한 난민실태 조사보고서에 따르면 조사대상자 395명 가운데 대한민국에서 태어난 자녀가 있는 41명의 응답자들 중, 자국 대사관에 출생등록을 한 사람이 10명, 외국인 등록만을 한 사람이 13명이었습니다. 14명은 병원에서 발급한 출생증명서만 가지고 있었고, 4명은 아무런 증명도 가지고 있지 않는 것으로 나타났습니다.⁹⁾ 본인의 신분을 증명할 문서가 아무도 없는 이러한 아동들은 결국 무국적 상태로 평생동안 그 어떤 국가로부터도 안정적인 보호를 받지 못할 수도 있습니다. 이러한 상황을 고려하여, 무국적 문제 해결에 중심적인 국제 문서인 1954년 무국적자의 지위에 관한 협약의 실질적인 이행을 위한 제도 마련과 1961년 무국적자의 감소에 관한 협약 가입의 고려가 필요합니다.

강성식 변호사님께서 말씀하신 바와 같이 현행 한국의 외국인 정책하에서 난민 및 기타 미등록 아동이나 무국적 아동들이 차별없이 안정적인 환경에서 자신의 기본권

8) 정인섭, 박정혜, 이철우, 이호택. 2009. ‘무국적자 관리 및 체류질서 확립을 위한 제도 연구’. 법무부. 또한, 김철효. 2013.11.08. 무국적과 이주배경 아동 출생등록에 관한 컨퍼런스 자료집 중 ‘이주배경 아동의 출생등록제도 연구 결과 및 정책 제언 (2013 세이브더칠드런 ‘이주배경아동의 출생등록’ 연구보고서 요약본)’. 40-41쪽.

9) 김현미, 이호택, 최원근, 박준규. 2010. ‘한국 체류 난민 등의 실태조사 및 사회적 처우 개선을 위한 정책 방안’. 법무부. 또한, 김철효. ‘이주배경 아동의 출생등록제도 연구 결과 및 정책 제언 (2013 세이브더칠드런 ‘이주배경아동의 출생등록’ 연구보고서 요약본)’ 참조.

을 누리는 것은 어려운 현실입니다. 하지만, 말씀하셨듯이 이들을 통합하여 안정된 사회로 한국사회가 지속발전하기 위해서는, 안정적인 환경과 사회통합에 근거한 보다 진전된 외국인 정책이 필요할 것입니다. 일례로, 상당수의 선진국들에서는 아동의 교육권 및 가족결합권 등의 보장을 위하여 임시적인 체류허가를 부여하는 등의 다양한 대안적 보호 체계를 구축하여 실행하고 있습니다. 이러한 아동의 차별없는 보호에 초점을 맞춘 외국인 정책은 기본권 보장의 측면에서 뿐만 아니라, 정확한 통계 산출 및 안정적인 사회 환경 구축의 측면에서도 긍정적인 결과를 낼 수 있을 것입니다. 결론적으로, 모든 아동들은, 그 어떤 이유와 상황을 막론하고 그들이 아동이라는 그 사실만으로 적절한 법적, 제도적 보호를 받을 수 있어야 합니다.

【종합토론】

이주아동 권리 보장 방안의 구체화를 위해 필요한 논의들

이 창 원(IOM이민정책연구원)

2014년 12월 「이주아동권리보장기본법안」이 국회에 상정된 이후 이주아동의 권리 보장을 위한 법적·정책적 방안 마련에 대한 논의가 뜨겁습니다. 특히 미등록 이주 아동 및 가족과 관련해서는 상당한 의견 차이가 존재합니다. 저는 기본적으로 이주배경 아동에 대해서는 사회의 건전한 구성원으로 양육될 수 있는 환경을 만드는 것이 중요하며, 이러한 환경을 제공하는데 있어서 미등록인지 등록인지에 따라 차별하는 것은 부당하다고 생각합니다. 이 부분에 대해서는 공감대 형성이 그리 어렵지 않아 보입니다. 그럼에도 불구하고 이주아동 권리 보장을 위한 법안이 아직 통과되지 않고 있습니다. 아직 구체적인 정책적 실천방안을 내놓을 수 있는 수준으로 논의가 발전하지 못했기 때문이 아닌가 생각합니다. 찬성-반대를 두고 팽팽하게 맞서는 형국에서 한 발 나아가 이제 어떤 식으로 구체화할 것인지에 대한 논의가 필요한 시점인 것 같습니다. 구체화 과정에서 공감대가 형성되고 합의할 수 있는 수준의 정책이 나올 가능성도 있기 때문입니다. 이 기회를 빌어 논의의 구체화에 필요한 질문들을 생각해 보았습니다.

1. 정책을 통해 보호해야 할 이주아동이 누구인가?

어떤 이주아동의 권리가 특별히 정책적으로 보호될 필요가 있는지 보다 명확히 할 필요가 있습니다. 정주할 아동만인지, 합법적 이주아동만 보호할 것인지, 아니면 미등록 이주아동이 정책적으로 보호가 필요한 대상인지, 국내 출생 한국국적 아동도 이주 아동 정책에 포함시켜야 하는지 등, 정책 대상이 되어야 하는 이주아동에 대한 의견이 다양할 수 있을 것입니다. 첫 번째 발제자는 사회통합정책의 대상으로 “이주아동”이라고 표현하고 있는데, 본문을 읽다보면 이 이주아동은 국내 출생하여 이주의 경험

이 없는 아동까지 포함하는 개념인 것 같습니다.)¹⁾ 그런데 다른 한편으로 발제자는 사회통합정책의 방향은 동화주의로 가는 것이 바람직하다고 주장합니다. 이 주장을 고려하다보니 발제자가 정주자격이 있는 이주아동만을 정책 대상으로 상정하고 있는 것은 아닌지, 아니면 정주자격이 없는 이주아동(예, 고용허가제 외국인근로자의 자녀 등)에 대해서도 동화주의 정책의 대상으로 포함하자는 의견인지 모호해집니다. 또한, 이주배경아동 중에 미등록 이주배경아동에 대해서는 어떤 입장인지가 잘 드러나지 않습니다. 미등록 이주배경아동도 사회통합정책의 대상으로 포함해야 한다는 입장인지요? 그렇다면 이들에 대한 소제과약이 필요하며 이를 위해서는 체류자격이 부여될 필요가 있습니다. 이 부분에 대한 입장이 궁금합니다. 한편 이와 관련하여, 두 번째 발제자는 미성년 이주자 중 “국적취득자나 합법적 체류자는 각종 법률과 제도를 통한 보호가 보장되어있다”면서 논의의 초점을 “국내 기존 법에서 보호를 받지 못하는 아동”(즉 미등록 미성년 이주자)에 두고 있습니다. 즉 미등록 미성년 이주자가 따로 정책적 보호 장치를 만들어 보호해야 하는 대상이라는 입장인 것으로 이해됩니다.

2. 이주배경아동을 위한 법을 따로 만들 것인가? 이주아동권리보장이 반드시 법률로 보장되어야 하는가?

첫 번째 발제자는 “이주아동에 대한 전체적이고 통일적인 규율을 할 수 있는 일반법을 제정”할 것을 주장하고 있습니다. 이주배경아동에 대한 일반법을 제정할 경우, 기존의 「제한외국인처우기본법」 및 「다문화가족지원법」과 중첩되는 부분들은 어떻게 할 것인지 궁금합니다. 이들 법에서 아동에 대한 부분을 분리해내어 모두 이주아동관련 법의 틀 속에 넣는 것을 의미하는지요? 다른 한편으로, 이주아동 권리 보장이 반드시 법률로 보장되어야 하는지에 대해서 이견이 많은 것 같습니다. 입법이 될 경우 미성년 이주자의 지위가 책임자 개인의 임의적 판단에 좌지우지 될 가능성 또는 정권 교체에 따라 변화될 가능성을 줄인다는 데서 중요한 의미를 갖습니다. 그러나 다른 한편으로는 자녀를 통해 합법화할 수 있다는 기대를 높여 법이 악용되는 사례가 증가할 수도 있습니다.

1) 이 경우 이주아동 보다는 “이주배경아동”으로 표현하는 것이 보다 정확한 의미 전달이 될 것 같습니다.

3. 미성년 이주자 부모의 체류자격을 어떻게 할 것인가?

아동만 생각한다면 (그들이 의도하지 않은) 미등록 문제를 부각시켜서는 안 된다는 것에 쉽게 동의가 되지만, 이들의 권리를 보장하는 것이 아동의 권리 보장 문제로 국한되지 않고 다른 영역에도 중대한 영향을 미치게 된다는 점 때문에 복잡한 문제가 되고 있습니다. 이 중 가장 논란이 되고 있는 것이 자녀에게 합법적 체류자격을 주는 기간 동안 부모에게도 합법적 체류자격을 주는 것과 관련된 문제일 것입니다. 현재 발의되어 있는 「이주아동권리보장기본법안」 제10조(특별체류자격의 부여)와 제12조(부모와 함께 살 권리)를 보면 국내에서 출생한 미등록 자녀 또는 국내 거주 5년 이상 된 미등록 이주자녀는 특별체류자격을 부여받을 수 있고 그 기간 동안 부모에게도 특별체류자격을 제공하는 내용을 포함하고 있습니다. 특별체류자격을 얼마동안 부여할 지에 대해서는 명확한 언급이 없지만 이주아동에 대한 정의가 만 18세 미만인 것으로 보면 아동이 18세가 될 때까지는 부모에게도 특별체류자격을 부여하는 것을 염두에 두고 있는 것 같습니다. 아동의 권리 보장을 위해서 부모의 체류자격을 안정적으로 만드는 것은 필요한 일입니다. 부모가 미등록 상황인 경우에는 그 자녀가 교육이나 건강 등의 서비스 접근에 제도적으로 아무런 제한이 없다고 하더라도 마음 편히 이용을 못하게 됨을 강조합니다. 또한 부모의 체류가 안정적이지 않기 때문에 항상 “불안”을 끼고 살게 되는데, 이는 자녀의 심리적 건강을 해치고 이들의 사회통합에도 악영향을 미칠 수도 있습니다.

그러나 부모에게 합법적 체류자격을 주는 것을 반대하는 입장에서는 다음과 같은 문제를 제기합니다. 우선 미등록 이주아동 부모의 합법적 체류를 범으로 보장할 경우 자녀를 이용한 합법화를 기대하며 불법체류를 선택할 외국인이 늘어날 수 있다는 것입니다. 또한 미등록자가 자녀를 통해 “손쉽게” 체류자격을 얻게 된다면 합법적 체류자격을 취득하기 위해 인내하며 기다리는 외국인들에 대한 역차별로 비춰질 수도 있습니다. 예를 들어 고용허가제 외국인근로자들은 체류기간 연장을 위해 사업장을 이동하지 않고 4년 10개월을 고용주의 눈에 들기 위해 노력해야 합니다. 그러나 국내 출생 자녀 또는 5년 이상 국내 거주 자녀한국에서 거주한 자녀가 있다면 그러한 노력없이도 체류기간을 연장할 수 있게 됩니다. 게다가 성실근로자 재입국자는 4년 10개월까지만 허용되는데, 만약 미등록 이주아동 부모에게는 자녀가 고교를 졸업할 때

까지 머무를 수 있도록 한다면 성실근로자제 재입국자보다 더 오랜 기간 체류허가를 받을 수도 있습니다. 이러한 점에 대해 일부의 시각에서는 합법적 절차를 밟고자 하는 사람들보다 자녀를 둔 미등록 이주자에게 더 좋은 혜택을 제공하는 것으로 비춰질 수도 있을 것입니다.

4. 자녀 통한 합법화를 목적으로 불법 입국 또는 불법 체류할 가능성을 어떻게 줄일 것인가?

앞서 언급한 역차별 상황은 합법적 경로 보다는 불법 후 자녀를 통한 합법화 방법을 선호할 가능성을 높입니다. 이러한 경향성을 줄이기 위해서는 이 방법이 다른 합법적 경로에 비해 체류자격 획득이 더 쉽거나 얻는 것이 더 많지 않도록 하는 구체적인 방안을 마련할 필요가 있습니다. 영국에서는 미등록자가 합법적 체류자격을 얻기 위해서는 성인의 경우 영국에서 20년 이상을 거주하여야 하며 미성년인 경우 7년 이상을 거주하여야 합니다. 합법화 신청이 받아들여지면 최장 30개월 체류 허가를 받습니다. 즉 미성년 이주자는 최장 30개월 체류허가(연장신청 가능)를 위해 7년을 기다려야 합니다. 영국에서 7년 동안을 불안 속에서 자녀를 교육시킬 것인지 아니면 함께 본국으로 돌아갈 지는 부모(또는 자녀)가 선택해야 할 사항인데, 합법 체류자격을 얻기가 까다로우며 그에 비해 얻게 되는 체류기간은 그리 길지 않다면 자녀를 통한 합법화를 목적으로 의도적인 불법 입국 또는 불법 체류를 선택할 가능성은 그리 높지 않을 것입니다. 이러한 맥락에서 본다면 「이주아동권리보장기본법안」이 구체적으로 특별체류자격 부여 기간을 언제까지로 설정하고 있는지가 중요해집니다. 아직 정해진 구체적인 안이 없다면 체류기간을 어느 정도 허용하는 것이 이러한 부작용을 최소화할 수 있을 것인지에 대한 논의가 필요할 것으로 보입니다.

5. 모든 미등록 이주자녀 부모에게 동일하게 적용되어야 하는가?

이주자녀와 부모가 미등록이 된 과정을 고려하여 차등 적용하는 방안에 대한 논의도 필요해 보입니다. 예를 들어 관광비자로 자녀와 함께 입국하여 처음부터 불법 취업을 하고 5년이 지난 경우에도 특별체류자격을 부여할 것인지에 대한 고민이 필요

합니다. 이 경우까지 특별체류자격을 제공한다면 한국어 시험을 봐야하고 또 오래 기다려야 하는 합법적인 고용허가제를 통한 입국 대신 자녀를 동반하여 관광으로 들어와 불법취업할 가능성이 더욱 높아질 수도 있습니다.

6. 미등록자가 계속 양산되는 구조를 어떻게 할 것인가?

이주아동 관련 제도에만 초점을 둘 것이 아니라 이민 정책 전반에 걸쳐 미등록자를 발생시키는 제도들을 개선하는 노력이 함께 진행될 필요가 있습니다. 미등록 이주아동의 발생은 부모가 미등록이기 때문에 발생하는 경우가 대부분입니다. 즉 미등록자가 많이 존재하는 한 미등록 이주아동은 계속 생길 수밖에 없는데, 그 때마다 미등록 이주아동을 통해 그 부모에게 체류자격을 주는 것은 근본 원인을 해결하지 않은 채 시행되는 임시방편적인 정책이라 할 수 있습니다. 전체적으로 미등록자를 감소시켜 미등록 이주아동이 발생하지 않도록 하는 것이 바람직한 방향이라고 생각합니다. 2014년 기준으로 국내 체류 미등록 외국인이 약 21만 명이며, 이 중 1/4인 약 53,000명이 고용허가제(E-9) 출신 체류도과자입니다. 이들 중 상당수가 고용주와의 합의 또는 묵인 하에 일을 하고 있습니다. 고용주를 엄격하게 단속하거나 아니면 일정기간 체류를 허용해 주는 보다 인도주의적 방안을 마련하는 등에 대한 노력이 병행되지 않은 채 미등록 이주아동에 대해서만 이야기 한다면, 결국 미등록자의 ‘자녀를 통한 체류’ 시도는 계속 될 것이고 정부의 외국인 체류관리는 큰 어려움을 겪게 될 것입니다.

7. 정책 간의 상충 문제를 어떻게 풀 것인가?

가족결합권에 대한 범정부 차원의 논의가 필요합니다. 현재 고용허가제는 외국인근로자의 가족결합권을 부정하고 있습니다. 반대로 「이주아동권리보장기본법안」은 이주아동의 체류자격과 상관없이 부모와의 결합이 기본권으로 인정되어야 한다는 입장입니다. 서로 대상이 다르기 때문에 문제가 없다고 할 수 있겠지만, 고용허가제 외국인근로자의 자녀가 관광비자 등을 통해 입국하여 부나 모와 국내에 함께 거주하게 되면, 이 부모는 고용허가제 외국인근로자라고 하더라도 이후 자녀를 통해 합법적으로

동반 거주를 지속할 수 있게 됩니다. 이는 고용허가제의 가족결합금지 원칙을 유명무실하게 만들 수 있습니다. 만약 「이주아동권리보장기본법안」이 원안대로 입법된다면 결국 고용허가제의 가족결합제한 원칙에 대한 재검토가 불가피할 것으로 보입니다.