

· 한국이민법학회 창립총회 및 공동학술대회 ·

외국인정책과 이민법제

- 일시: 2013년 5월 31일(금) 13:00~18:00
- 장소: 한국외국어대학교 법학전문대학원(법학관) 101호
- 주최: 한국이민법학회
한국법제연구원
한국외국어대학교 법학연구소

한국이민법학회



한국법제연구원
KOREA LEGISLATION RESEARCH INSTITUTE



한국외국어대학교
법학연구소

목 차

【제1주제】

이민법이 행정법학에 주는 과제 이 회 정 1

【제2주제】

이민현황과 외국인정책의 주요쟁점 차 용 호 11

【제3주제】

다문화주의와 이민정책의 과제 이 순 태 69

토론문 김 세 진 83

【제4주제】

난민법의 과거, 현재 그리고 미래 황 필 규 93

토론문 임 재 흥 133

[제1주제]

이민법이 행정법학에 주는 과제

이 희 정 (고려대)

- I. 보호대상의 특수성 - 외국인과 시민 -
- II. 법치주의의 적용 문제
- III. 행정청의 제량의 문제
- IV. 행정절차법등의 적용 문제
- V. 맺음 말

‘이민법학’을 구축하기 위해서는 ‘환경법학’과 마찬가지로 ‘이민’이라는 사회현상을 ‘문제’로 놓고 이에 대해 기초법, 국제법, 공법, 사법, 사회법, 절차법 등 관련되는 다양한 법학분과에서 종합적으로 접근하여 그 합리적 해결방안을 모색함이 필요할 것이다. ‘이민’이라는 문제영역의 일반성과 특수성을 부단히 분간해 내어, 각 법학 분과의 법원리와 도그마틱 그리고 방법론들이 그대로 적용될 수 있는 쟁점과 그 특수성에 맞게 새로이 변형 내지 재단해 내야 하는 쟁점들이 무엇인가를 살펴보는 과정이 축적되면 독자적인 ‘이민법학’의 내용이 형성될 것으로 기대된다. ‘이민법학회’의 창설은 그러한 축적과정의 의미있는 한 걸음으로 기록될 것이다. ‘이민법학의 과제’를 찾기 위해서는 ‘문제’가 무엇인지를 알아보는 과정과 더불어 그 문제의 일반성과 특수성을 식별해 내는 과정이 선행되어야 할 것이다. ‘이민법학에서 대상으로 하여야 할 문제가 무엇인가 하는 것은 이미 이민법학의 선행연구가 풍부하신 다른 발표자들께서 제시하여 주시는 것으로 보여, 이 발표문은 행정법적 관점에서 이민법으로 접근하기 위한 문제의 일반성과 특수성에 대해 몇 가지 말씀드리고자 한다.

I. 보호대상의 특수성 - 외국인과 시민 -

행정법의 연구자라면 언젠가 ‘이민법’도 공부해야 하지 않을까 하는 생각을 하게 된 것은 대학원생 시절 각각 ‘State’, ‘Power’, ‘Citizenship’ 이라는 제목 하에 편찬된 논문집을 접하게 되면서였다. 공법학이 국가와 구성원인 시민 간의 관계를 규율하는 것이라면, 어떤 개인이 ‘非시민’이었던 상태에서 그 정치공동체의 ‘시민’이 되는 시점이 바로 공법학의 규율이 시작되는 지점이고, 그렇다면 ‘이민법’은 공법학의 중요한 일부가 될 것으로 보였다. 이렇게 개인이 어떤 정치공동체의 구성원이 되기로 의사를 결정하는 순간, 그 정치공동체가 개인을 구성원으로 받아들일 것인지 여부를 결정하는 순간이 있다는 상상은 플라톤과 아리스토텔레스가 고대 그리스의 도시국가(police)의 통치방법론으로 ‘법치(rule of law)’를 옹호하면서 제시한 정치공동체의 모델을 연상시킨다. 즉, 그 당시 폴리스는 과거와 달리 혈연이나 가문, 부족 등의 연대감에 기초하여 유지되는 공동체가 아니라 같은 법을 준수하기로 동의한 ‘시민(citizen)’의 추상적 연대감에 기반한 공동체이므로, 법치의 성공이 그 공동체의 통합을 이루어내는 중요한 덕목이라는 것이다. 국가공동체의 구성원이 될 자를 결정하는 과정으로서 이민법제의 문제들, 예컨대, 다음과 같은 문제들은 곧 공법의 핵심적인 내용에 해당하는 것으로 보인다.

- 공동체의 구성원인 ‘시민’이 될 자를 누가, 어떻게 결정할 것인가?
- ‘시민’이 될 자에게 기존의 공동체 구성원들이 요구할 수 있는 자격, 또는 공동체 구성원이 될 경우 수락해야 할 책임 등이 있는가? 있다면, 어떤 내용이어야 하는가?
- 그 공동체는 ‘시민’이 되고자 하는 자에게 자신의 인생에 있어 매우 중요한 결정을 함에 있어서 사전에 예측가능한 기준을 주어야 할 책임이 있는가? 그 공동체의 ‘시민’이 되면 어떤 권리를 얻게 되고, 어떤 책임과 의무를 지게 되는지를 명확히 해야 할 필요가 있는가?

따라서 이민법학의 과제를 발견하는 것 역시 ‘시민으로서의 지위’¹⁾와 관련된다는

1) ‘citizenship’은 ‘시민권’으로 번역되는 경우가 많은데, 이것이 단지 ‘권리’를 부여받는 지위

점에서 출발해 보고자 한다. ‘시민으로서의 지위(citizenship)’와 ‘국적(nationality)’은 양자 모두 개인이 어떤 국가의 구성원이라는 점을 의미한다는 점에서는 공통적이지만, 그 함의는 다소 차이가 있다. ‘시민으로서의 지위’는 그 개인과 그가 속한 정치 공동체(polity)간의 법적 관계를 묘사하는 개념으로서 주로 국내법질서를 전제로 한 개념이라면, 국적은 주로 국제법질서 속에서 특정 국가에 소속된 그 개인의 지위를 묘사하는 개념이라고 할 수 있다.²⁾ ‘Citizenship’ 이론은 고대 아테네 이래로 ‘자주적 공동체(autonomous polity)’라는 관념에 기반해 왔다. 따라서 ‘시민으로서의 지위’는 공동체와 구성원의 관계를 지칭하는 기술적(descriptive) 개념일 뿐만 아니라, 현대의 개인주의와 대척점에서 공동체에의 소속감, 통합 등을 강조하는 공화주의 또는 공동체주의에 기초한 규범적(normative) 의미를 내포하는 개념이다. ‘시민으로서의 지위’는 법적 의미로는 포괄적인 권리(right)와 책임(responsibility)이 인정되는 형식적인 법적 근거를 의미하지만, 좀 더 넓은 의미로 어떤 공동체 내에서 권리(right)와 의무(duty)는 물론 사회적·정치적 구성원(membership)으로서공동체의 결정에 참여할 수 있는 기회까지 포함하는 총체적인 지위를 의미하기도 하다.

이에 비해, ‘국적’ 개념은 국제법상 국가는 어떻게 그 국민(nationals)을 정할 것인지 자율롭게 결정할 수 있다. 우리 헌법도 제2조 제1항에서 국적법 제정의 근거를 두고 있다. 국가마다 그 구성원인 시민과 비시민을 구별하는 기준은 다양하고, 그 결과 한 사람이 수개 국가의 국적취득요건을 충족하여 복수의 국적으로 갖게 되는 경우가 발생한다. 국적은 외교적 보호의 대상인지 여부를 결정하거나, 자국 국민이 외국에서 불법행위를 하였을 경우 국가가 이를 막지 못한 책임을 외국에게 지거나, 그 국가에 대한 충성의무를 다하기 위해 국방의 의무를 이행해야 하는 자를 결정할 때, 전시에 ‘적’인지 여부를 결정하는 경우 등에 국적이 쟁점이 된다.

이상을 보면, ‘시민으로서의 지위’와 ‘국적’은 어떤 공동체의 소속원으로서의 지위를 표현함에 있어서는 공통된 개념이지만, ‘시민으로서의 지위’는 대내적 관념이자 실질적인 접근을 통해 내용이 충족될 수 있는 개념이라면, ‘국적’은 대외적 관념이자

만이 아니고 공동체 구성원으로서의 권리는 물론이고 의무와 책임 등도 모두 포함하는 지위라는 점이 중요하다고 생각되어, ‘권리’를 연상케 하는 ‘-권’을 피하고 ‘시민으로서의 지위’라는 용어를 사용해 보지만, 이 역시 정확한 표현은 아니라고 생각된다.

2) Kim Rubenstein, *Globalization and Citizenship and Nationality*, in *Jurisprudence for an Interconnected Globe*, pp. 160-161

형식적 접근으로 판별할 수 있는 개념이라는 차이를 갖는다. 유사한 맥락에서 국적은 특정 국가의 국적이 있거나 없는 양자택일의 문제이지만, 어떤 공동체에서 ‘시민으로서의 지위’는 내용적으로 다양한 수준의 권리와 책임, 그리고 참여의 기회로 구성되는 복수의 층위가 설정될 수 있는 개념이 될 여지가 있다. 예컨대, 대한민국에 거주하는 대한민국의 국민으로서 권리와 의무, 참여의 기회를 최대한 부여받는 ‘시민’이 ‘시민으로서의 지위’의 스펙트럼의 한 끝에 있다면, 영주의 자격을 취득하고 외국인등록을 함으로써 국가 차원의 참정권은 없지만 지방자치단체에서 조례제정의 개폐청구권이나 주민투표권을 행사하는 지위는³⁾ 스펙트럼의 가운데에 위치한다고 할

- 3) 아래의 지방자치법 관련 규정들을 보면, 외국인 주민에게 부여되는 정치적 참여권이 참여행위의 유형에 따라 세부적으로 재단된 것을 볼 수 있다. 선거권 및 소환권은 (비록 지방자치법 제13조의 규정과 공직선거법 제15조의 규정이 불일치해 보이는 점은 정비가 필요하다고 생각되지만) 영주의 체류자격을 취득한 후 3년이 경과한 외국인으로서 외국인등록대장에 올라 있는 자에게만 부여되지만, 주민투표권은 부여되는 외국인의 범위가 좀더 확장되는 것으로 보인다. 이것이 입법의 오류가 아니라면, 사안별 주민투표에 대한 권한을 대표를 선출하는 권한보다는 제한적인 것으로 파악하여 더 넓은 범위의 외국인에게 주민투표권한을 부여하는 것이라고 생각할 수도 있겠다.

지방자치법 제12조(주민의 자격) 지방자치단체의 구역 안에 주소를 가진 자는 그 지방자치단체의 주민이 된다.

지방자치법 제13조(주민의 권리) ① 주민은 법령으로 정하는 바에 따라 소속 지방자치단체의 재산과 공공시설을 이용할 권리와 그 지방자치단체로부터 균등하게 행정의 혜택을 받을 권리를 가진다.

② 국민인 주민은 법령으로 정하는 바에 따라 그 지방자치단체에서 실시하는 지방의회의원과 지방자치단체의 장의 선거(이하 "지방선거"라 한다)에 참여할 권리를 가진다.

공직선거법 제15조 ② 19세 이상으로서 제37조제1항에 따른 선거인명부작성기준일 현재 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 그 구역에서 선거하는 지방자치단체의 의회의원 및 장의 선거권이 있다. <개정 2009.2.12, 2011.11.7>

2. 「재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률」 제6조제1항에 따라 해당 지방자치단체의 국내거소신고인명부(이하 이 장에서 "국내거소신고인명부"라 한다)에 3개월 이상 계속하여 올라 있는 국민

3. 「출입국관리법」 제10조에 따른 영주의 체류자격 취득일 후 3년이 경과한 외국인으로서 같은 법 제34조에 따라 해당 지방자치단체의 외국인등록대장에 올라 있는 사람

지방자치법 15조(조례의 제정과 개폐 청구) ① 19세 이상의 주민으로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람(「공직선거법」 제18조에 따른 선거권이 없는 자는 제외한다. 이하 이 조 및 제16조에서 "19세 이상의 주민"이라 한다)은 시·도와 제175조에 따른 인구 50만 이상 대도시에서는 19세 이상 주민 총수의 100분의 1 이상 70분의 1 이하, 시·군 및 자치구에서는 19세 이상 주민 총수의 50분의 1 이상 20분의 1 이하의 범위에서 지방자치단체의 조례로 정하는 19세 이상의 주민 수 이상의 연서(連署)로 해당 지방자치단체의 장에게 조례를 제정하거나 개정하거나 폐지할 것을 청구할 수 있다. <개정 2009.4.1>

2. 「재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률」 제6조제1항에 따라 해당 지방자치단체

수 있다. ‘국민의 권리’로서의 기본권은 부여받지 못하지만 ‘인간의 권리’로 볼 수 있는 기본권만은 향유하는 외국인(불법체류외국인도 포함)은⁴⁾ ‘시민으로서의 지위’ 스펙트럼의 반대쪽 끝 또는 (‘시민’의 개념에 따라 ‘시민’임이 부정된다고 본다면) 바깥에 위치한다고 할 수 있다.

과거에 우리 법체계가 구별해 온 것은 주로 대한민국의 국적을 갖고 있는 ‘국민’과 국민이 아닌 ‘외국인’이라는 2가지의 개념적 범주였고, 그에 따라 권리와 의무, 사회적·정치적 참여의 정도가 차별적으로 취급되었다. 국적법의 규율을 근거로 구분되는 ‘국민’과 ‘외국인’은 상대적으로 형식적 기준에 치중한 구별이다. 그리고 행정법은 주로 국민의 권리구제를 위한 법체계와 절차를 구축하는데 주력하였다고 할 수 있다. 그러나 그간 우리 사회는 민주주의와 법치주의의 진전, 급속한 고령화, 광범한 세계화 등 국내외적인 환경변화를 경험하는 중에 사회 구성원의 지위에 관한 관념 체계를 변화시킬 필요가 생겼다. 그 변화의 방향은 이는 최소한 2가지 측면에서 이루어졌다. 첫째는 재외교포의 방문, 결혼이민자, 노동력 제공자 등 다양한 외국인들이 영구적 또는 일시적 정주를 추구하고 이에 상응하는 국내적 수요가 존재함으로써 우리 사회의 구성원들이 되는 실제적 기준, 절차적 과정, 그 권력행사에 대한 통제수단 등

의 국내거소신고 인명부에 올라 있는 국민

3. 「출입국관리법」 제10조에 따른 영주의 체류자격 취득일 후 3년이 경과한 외국인으로서 같은 법 제34조에 따라 해당 지방자치단체의 외국인등록대장에 올라 있는 사람

주민소환에 관한 법률 제3조(주민소환투표권) ① 제4조제1항의 규정에 의한 주민소환투표인명부 작성기준일 현재 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 주민소환투표권이 있다.

2. 19세 이상의 외국인으로서 「출입국관리법」 제10조의 규정에 따른 영주의 체류자격 취득일 후 3년이 경과한 자 중 같은 법 제34조의 규정에 따라 당해 지방자치단체 관할구역의 외국인등록대장에 등재된 자

주민투표법 제5조(주민투표권) ① 19세 이상의 주민 중 제6조제1항에 따른 투표인명부 작성기준일 현재 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람에게는 주민투표권이 있다. 다만, 「공직선거법」 제18조에 따라 선거권이 없는 사람에게는 주민투표권이 없다. <개정 2009.2.12>

1. 그 지방자치단체의 관할 구역에 주민등록이 되어 있는 사람 또는 「재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률」 제6조에 따라 국내거소신고가 되어 있는 재외국민

2. 출입국관리 관계 법령에 따라 대한민국에 계속 거주할 수 있는 자격(체류자격변경허가 또는 체류기간연장허가를 통하여 계속 거주할 수 있는 경우를 포함한다)을 갖춘 외국인으로서 지방자치단체의 조례로 정한 사람

4) 현재 2001.11.29 99헌마494 결정; 현재 2007. 8. 30, 2004헌마670 결정, 현재 2011.9.29, 2007헌마1083 결정 등

의 필요성이 증가하였다. 둘째, 민주주의가 심화되는 과정에서 지방자치가 20여년 이상 실시되면서 국가 차원에서는 생각하기 어렵던 민주주의의 구현 수단들이 지방자치단체에서는 구현되었다. 그러한 과정에서 등록외국인, 재외국민 등 다양한 구성원들의 정치적 참여권의 차이가 규범적 평가의 대상이 되어 왔다. 외국인들을 단순히 ‘국민이 아닌 자’ 따라서 ‘국민이 부여받는 권리·의무, 참여의 기회를 부여받지 못하는 자’로 취급하는 관념 체계는 한계를 노출하였고, 비록 그 일부에 대해서이지만, 우리 사회 구성원의 일부로서 ‘어느 정도의’ 권리·의무, 참여의 기회를 부여받는 ‘(준?)시민’으로서 지위를 부여하자는 결단이 이루어진 것이다.

그렇다면, 이렇게 지방자치의 단계에서는 일부 정치과정에 적극적인 참여의 기회까지 부여받는 완전하지 않으나 의미있는 ‘준시민’으로서의 지위, ‘영주권자’의 지위는 이민법학에서 어떤 의미를 가지는가?⁵⁾ 먼저 ‘외국인’이 ‘영주권자’로, 영주권자가 귀화절차에 의해 ‘국민’으로 이행하는 과정이 제도화됨으로써 한 개인이 우리 공동체의 구성원이 되는 과정, 우리 공동체가 한 개인을 구성원으로 받아들이는 과정이 합리화된다. 이 과정의 시간과 경험을 통해 개인은 과연 대한민국이라는 공동체의 구성원이 되는 것이 그 때까지의 자신의 삶의 기초를 이룬 것들을 포기할 정도로 가치 있는 일인가에 대해 평가해 볼 수 있을 것이고, 국가는 그 개인이 전면적인 ‘시민으로서의 지위’를 부여하는데 부족함이나 문제가 없는지에 대해 평가해 볼 수 있는 기회가 된다. 한편 이 과정을 설계하면서, 국가의 기존 구성원들은 대한민국의 시민으로서의 권리, 의무와 책임으로 요구되는 것이 무엇인지를 궁리하게 되는데, 이는 외국인에 대한 영향을 넘어 ‘국민’인 시민에 대해서까지 영향을 미칠 수 있을 것이다. 왜냐하면, 시민이 되고자 하는 외국인에게 어떠한 자격을 요구할 것인가, 어떤 권리와 책임을 부여할 것인가를 결정하는 과정에서 기존의 국민들은 비로소 자신들의 자격이나 권리와 책무를 객관적으로 생각해 볼 기회를 가지게 되기 때문이다. 외국인이 국적을 취득하여 국민이 되면, 헌법상 기존의 국민과 차별없는 지위를 가져야 하기 때문이다. 속인주의에 기초한 국적취득이 원칙인 경우 국민은 혈연에 기초하여 이 공동체의 구성원이 될 뿐, 이 국가공동체의 구성원이 되기로, 그래서 이 공동체의 법질

5) 영주제도와 관련하여 상세한 것은 이희정, 김성배, 윤혜선, 다문화사회의 통합증진방안으로서의 영주권제도 - 미국 영주권제도 분석·연구 -, 법무부 출입국·외국인정책본부, 2009 참조

서를 준수하기로 의지적으로 결단하는 과정이 없으므로 시민으로서의 지위에 대해 충분히 음미할 기회가 적을 것이다. 그러나 세계화와 고령화 등으로 외국인이 다양한 형태로 사회의 구성원이 되고, 특히 귀화허가와 같은 개인과 공동체간의 의식적인 결정과정을 거치는 새로운 방법으로 구성원이 충원되는 경우, 기존의 국민이 그 새로운 구성원을 바라보는 시각을 자신에게도 돌리는 날 비로소 자신의 지위를 객관화시켜서 보게 될 것이다. 그러한 점에서 결과적으로 이민법의 발전은 곧 우리나라를 고대 그리스의 폴리스처럼 동일한 법체계를 준수하기로 하는 약속에 기초한 추상적 정치공동체에 좀 더 가까이 가도록 하는 계기가 될 수 있지 않을까 한다.

다른 한편, 세계화 등으로 국경을 넘어 인구의 이동이 매우 활발해진 현재 이러한 다양한 유형의 ‘시민으로서의 지위’를 설정함으로써 특정 시점에 사실상 그 사회를 구성하는 구성원들 중 최대한 많은 이들의 소속감을 끌어낼 수 있는 방법이 된다. ‘국민’과 ‘외국인’의 2가지 유형만 있는 경우에는 사실상 대한민국에서 많은 생활관계를 쌓아나가고 있는 외국인이라 하더라도 소속감을 갖기 어려울 것이다. 사실상 그 시점에 매일매일의 생활공동체의 일부를 이루고 있는 외국인 구성원들의 ‘시민정신’을 길러내는 것이 그 공동체의 통합을 위해 중요한 수단이다. 공동체에 대한 소속감은 그 공동체로부터 취할 이익이 많은 경우에 못지않게 그 공동체의 집단적 의사결정과정에 참여할 수 있는 공화주의적 자유를 부여하는 데서 올 가능성이 크다. ‘시민으로서의 지위’라는 관점에서 접근하는 것은 문제되는 상황이 국가로부터 개인의 소극적 자유를 보호하는 것이 아니라 국가로부터 적극적으로 실질적 자유의 조건을 제공받을 것을 요구하는 사회권과 관련될 때에도 의미를 가진다. 사회권의 실현은 비용을 부담하는 자와 급부를 받을 자 사이의 규범적 논리에 근거를 찾을 수 있을 때 정의롭고 지속가능하다. 그것은 필요의 논리일 수도 있고, 기여에 대한 대가일 수도 있다. 정주 외국인에 대한 사회권의 부여 여부에 대한 논쟁의 대상이 될 때, 그 지위를 공동체 구성원으로서의 권리뿐만 아니라 책임이나 의무를 함께 받아들여야 하는 ‘시민으로서의 지위’를 준거로 판단해야 하지 않을까 생각된다. 외국인에 대한 인권법적 접근이 이러한 ‘시민으로서의 지위’라는 관점과 어떠한 관계에 놓일 것인지도 생각해 보아야 할 문제이다.

물론, 권리·의무 등에 있어서 제한적인 내용을 갖는 ‘시민으로서의 지위’를 유형화하는 것이 결과적으로는 시민의 지위에 대한 불완전한 보장을 허용하는 것으로 평등

권 침해 등의 문제가 제기될 수도 있다. 이 점은 달리 말하면, ‘외국인에게 정주의 의사 등에 따라 어떠한 내용의 지위를 부여할 것인가를 정하는 입법자의 권한에 대해 얼마나 재량권이 부여되어 있는가? 헌법적합성의 심사 등에서 얼마나 존중되어야 하는가?’ 의 문제이기도 하다. 이 점에서 행정법 상 ‘법치행정’에 대한 논의로 넘어가도록 하겠다.

II. 법치주의의 적용 문제

법치행정의 원칙은 행정법의 존재근거이자 작동원리라 할 수 있다. 이민법 영역에서 법치행정의 원칙은 국민을 상대방 또는 이해관계인으로 다른 행정영역에서와 마찬가지로 관찰되어야 하는가? 특히 법치행정 원칙을 구현하기 위한 덕목 중 일정한 행정작용은 그 근거를 법률에 두어야 한다는 법률유보는 어떠한가? 법률유보는 칙익적 행정영역에서 요청된다는 점은 합의가 되어 있을 뿐만 아니라, 나아가 공동체나 시민에게 중요한 (본질적인) 행정권의 조치는 침해행정인가 급부행정인가를 가리지 않고 법률의 근거를 요하며, 그 중요성의 정도에 비례하여 보다 구체적인 규율을 하여야 한다는 점 역시 우리 헌법재판소의 판례에서 받아들이고 있는 원칙이다. 또한 이와 관련하여 그 근거가 행정입법을 포함하는 ‘법령’의 근거로는 불충분한 영역이 있고, 국민의 권리·의무에 관련된 기본적이고 본질적인 사항은 구체적 위임도 안되며 법률로 정해야 한다는 의회유보이론 역시 받아들여지고 있다고 보인다. 다만 무엇이 중요한 사항인가는 추상적 개념 차원에서 확정할 수 있는 것은 아니므로 행정분야별로 행위형식에 따라 개별적으로 검토되어야 한다고 한다.⁶⁾ 첫째, 외국인의 출입국이나 체류에 관한 규율에 일반적으로 법치행정의 원칙이 적용되어야 하는가? 이를 우리 헌법재판소가 세운 ‘국민의 권리’와 ‘인간의 권리’로서의 기본권을 구분하고 후자의 경우 외국인에게도 이를 인정하는 법리에 따르면, 변호인의 조력을 받을 권리, 재판청구권이 성질상 인간의 권리에 해당한다고 하는 것을 보아 이러한 기본권들을 아우르는 헌법의 기본원리로서의 법치행정 원칙도 인간의 권리에 해당할 것으로 보인다.⁷⁾ 법치행정의 원칙은 자의적인 공권력의 행사로부터 개인을 보호한다는 점에

⁶⁾ 박근성, 행정법론 (상), 제11판, 25면

서 인권법의 차원에서도 이민제도에 적용되어야 한다고 할 수 있다. 다만, 법치행정의 정당성 또는 그 기능은 2가지 측면이 내포되어 있다고 생각된다. 하나는 주권자인 국민의 대표인 의회가 제정한 법률에 의해 행정권 행사를 규율함으로써 대의제 민주주의를 통한 정당성이 법치주의의 근거에 있다는 점이고, 다른 하나는 법률을 적용하기 전에 당사자가 누구인지, 어떤 사건인지에 대해 무지한 상태에서 규범을 정해 두고 이에 따라 이후 분쟁을 처리한다는 형식적 합리성이 그것이다. 물론 이에 법률의 내용이 합헌적이어야 한다는 실질적 법치주의의 명제가 추가된다. 그렇다면 선거권이 없는 외국인의 경우 법치주의가 적용된다는 것은 대표를 통한 자기통치의 측면은 적용을 요구할 수 없는 것이고, 그 밖에 형식적 합리성, 예측가능성, 법률 내용의 합헌성 등은 요구할 수 있을 것이다. 그리고 그 정당성의 원천은 국민의 경우와는 달리 법이념으로서의 정의나 인권 등에서 찾아져야 할 것이다. 그러나 이민행정에 관한 법치행정원칙의 적용 문제는 외국인과 관계에서만 판단되어야 하는 것은 아니다. 소극적으로는 고용, 결혼 등 외국인의 구체적인 체류목적과 관련하여 영향을 받는 내국인들이 존재하므로 이들의 권리, 의무에 영향을 미친다는 점에서 국회가 제정한 법률로 결정되어야 할 사항이 있을 것이다. 더 적극적으로는 외국인의 출입국 및 체류에 관한 사항, 나아가 사회통합에 관한 사항 등은 국가공동체, 사회공동체의 주요 구성원들에 관한 사항이므로 이는 공동체에 중요한 사항이고 따라서 공동체 차원의 논의와 결정이 필요하다는 점이다. 침익행정유보의 원칙이 주로 개인의 권리에 대한 권력적 침해에 대한 방어적 기제로 작동하는 것이라면 중요사항유보는 공동체의 의사결정권의 배분과 그 절차의 적절성에 대한 사항도 규율하는 개념이며, 이민에 관한 사항은 전반적으로 의사결정에 있어 의회의 직접 관여가 요청되는 공동체의 중요한 결정사항이라 할 수 있다. 따라서 외국인의 강제퇴거 등은 물론이고 입국 시 체류자격의 종류 등도 공동체에 중요한 사항으로 볼 수 있다. 이에 대해 출입국관리법은 제10조(체류자격)에서 “① 입국하려는 외국인은 대통령령으로 정하는 체류자격

7) 인간의 자유인 일반적 인격권을 매개로 외국인이 출국절차에 대하여도 법치국가적 요청을 준수할 것을 요구할 수 있는 주관적 청구권이 있다는 입론 또는 행정절차에서의 청구권은 법치국가원칙에 근거하여 곧바로 외국인에게도 헌법상 권리로 인정될 수 있다는 입론 등의 가능성에 대해 언급한 글로 공진성, 출입국관리법상 ‘보호’ 및 ‘강제퇴거’와 외국인의 기본권 보호 - 현재 2012.8.23. 2008헌마430 결정에 대한 평석 -, 공법학연구 제 14권 제1호, 2013. 2 236면

을 가져야 한다.② 1회에 부여할 수 있는 체류자격별 체류기간의 상한은 법무부령으로 정한다.”고 규정하고, 체류자격의 구체적인 유형은 출입국관리법 시행령 별표1에서, 1회에 부여할 수 있는 체류기간은 별표1에서 규정하고 있다. 이렇게 법률상 체류자격에 관한 규율밀도가 낮은 이유로 추측될 수 있는 것은 외국인의 출입국 및 체류에 관한 사항이므로 국민에 관한 사항이 아니라는 점, 외국인의 체류자격 및 기간은 국가의 주권의 행사로서 국제법상 국가의 재량이 인정되므로 침익의 대상으로 보호되는 선제하는 기본권이나 법적 권리로 보호되지 않는다는 점 따라서 침익행정으로 보기도 어렵다는 점 등이 고려되어 이것이 정당화될 수 있다고 보지 않았을까 하는 점이다. 그러나 체류외국인의 수와 체류형태의 변화로 우리 사회에서 외국인구성원의 비중이 커진 이 상황에서 체류자격제도 전체는 국회에서의 논의와 결단이 필요할 만큼의 중요성을 가지고 있고, 특히 ‘영주자격’과 같은 것은 우리 사회의 영구적 정주구성원으로서의 자격을 주는 것으로 그 자체로서 귀화결정에 근접한 비중을 갖는 것이고, 또한 귀화의 전제가 되는 절차로서의 의미도 갖는 것이므로 최소한 ‘영주자격’ 제도를 도입하며, 어떠한 요건을 갖춘 자에게 ‘영주자격’을 부여하는가에 대해서는 국회 차원의 논의와 합의가 필요하다.

법치행정원칙이 적용된다고 하여도, 法源에 있어서 전통적인 국가법체계만이 아니라 인권법이 중요한 법원이 되고 있다는 점에서 특수성이 인정된다고 보인다. 이는 국내법체계에서 주로 국민의 이익으로 보호하는데 중점을 두므로, 그 사각지대에 있는 외국인의 이익을 보호하기 위한 법규범적 논거로 인권법을 원용할 필요가 있기 때문이다. 그러나 특정한 주권국가의 실정법과는 법체계를 달리 하는 인권법을 직접 행정법의 법원으로 삼는 것은 용이한 일이 아니고, 논리적 연결이 필요하다고 생각된다. 이것이 이민법에 대한 행정법에 던지는 과제 중 하나라 할 수 있다.

III. 행정청의 재량의 문제

IV. 행정절차법등의 적용 문제

V. 맺음 말

[제2주제]

이민현황과 외국인정책의 주요쟁점*

차 용 호(법무부 출입국·외국인정책본부 이민통합과장)

제1장 이민자

제2장 이민현황

제3장 외국인정책의 주요쟁점1 : 사증제도

제4장 외국인정책의 주요쟁점2 : 외국인의 입국

제5장 외국인정책의 주요쟁점3 : 국가안보 및 질서유지

제6장 외국인정책의 주요쟁점4 : 외국인력제도

제7장 외국인정책의 주요쟁점5 : 국적제도

제8장 외국인정책의 주요쟁점6 : WTO와 자연인의 이동

제9장 소위 다문화사회의 이민정책 추진체계

제1장 이민자

I. 이민자

1. UN의 개념

이민자(immigrants)를 정의할 때 사용되는 고려요소로는 이민의 목적과 기간이다.

* 이하의 발표문은 법무부의 공식적 견해 또는 공식적 정책이 아님을 명확히 밝힌다. 한국 이민법학회 창립에 기하여 향후 연구방향과 주제를 폭넓게 하기 위하여, 필자가 이민분야 공무원으로 근무하면서 경험하고 느꼈던 것을 정책 및 법이론에 근거하여 작성한 것이다. 법무부의 공식적 견해 또는 공식적 정책인지에 대하여는 명확한 확인을 거친 후에 인용하기를 바랍니다.

또한 어느 미국 로스쿨 교수의 syllabus에 의하면 ‘이민법은 법학과 정치학 사이의 학문’라고 하듯이, 이민법은 국가주권에 의한 정치적 고려가 반영되어야 하는 것이다.

이민자는 하나의 국가로부터 다른 국가로 일시적일지라도 체류할 목적으로 국경을 넘나드는 일상적 거주지를 바꾼 자를 의미한다. 따라서 휴양 등 관광객, 친구 또는 친척 방문자, 의료관광, 국경통과 통근자, 단기간 사업목적 방문자는 이민자의 범위에 포함되지 않는다. 예를 들어 세계관광기구(World Tourism Organization)에 의하면 관광객은 아무리 그 이동의 기간이 장기간일지라도 이민자로 간주되지 않는다.¹⁾

UN에 의하면, 이민자(immigrant)란 하나의 국가에서 다른 국가로 3개월을 초과하여 거주지를 옮길 의도를 가진 자를 말한다. 이에 의하면 이민자는 그 체류하는 기간에 따라 다음과 같이 구분할 수 있다. 첫째, 3개월을 초과하여 12개월 이내의 기간 동안에 일상적 거주지를 다른 국가로 옮기고 체류할 의사를 가진 자를 ‘단기이민자’라고 한다. 둘째, 1년을 초과하여 일상적 거주지를 다른 국가로 옮기고 정착 또는 영주할 의사를 가진 자를 ‘장기이민자’라고 한다. 장기이민자의 경우에는 그 다른 국가가 새로운 일상적 거주지로 된다.²⁾ 즉 이민자란 일시적 또는 영구적으로 다른 국가의 사회구성원 자격을 부여받고 그 국가로 이주한 외국인을 의미한다.

그러나 출입국관리법, 국적법 등에서는 이민자의 정의를 규정하지 않고 있다. 다만 그 해석과 실무상 UN의 정의를 따르는 것으로 이해된다. 예를 들어 외국인은 입국한 날로부터 90일을 초과하여 대한민국에 체류하려면 원칙적으로 입국한 날로부터 90일 이내에 그의 체류지를 관할하는 출입국관리사무소장 또는 출장소장에게 외국인 등록을 하여야 한다(출입국관리법 제31조 제1항 본문).

2. 사건

이민자의 개념에는 대한민국으로 이주한 자의 국적이 반드시 외국국적일 것을 요구하는 것은 아니다. 귀화자의 경우도 이민자의 개념 범위에 포함되어 넓은 의미의 이민자로 구분될 수 있다. 예를 들어 후술할 국적에 관한 ‘세대적 접근방법(generational approach)’으로 이민 제2세대, 이민 제3세대의 개념을 들 수 있다. 학자에 따라서는,³⁾ 이민자의 개념적 범위를 현재 대한민국의 국적을 취득한 자 및 아직

1) IOM, Essentials of Migration Management - A Guide for Policy Makers and Practitioners, Volume Two : Developing Migration Policy, (2004), p2

2) <http://unstats.un.org/unsd/demographic/sconcerns/migration/migmmethods.htm>

3) 노영돈, 이주여성의 인권 : 법제와 정책 - 다문화가정을 중심으로, 이주여성의 인권 현황과 개선방안, 제32회 국회인권포럼, (2008), p4

외국인인 자로 나누고, 이민자의 개념에 귀화자가 포함되도록 하여 넓은 의미의 이민자와 좁은 의미의 외국인으로 구분하는 견해도 있다. 그러나 재한외국인 처우 기본법에서는 ‘결혼이민자’의 정의와 관련하여, 결혼이민자란 대한민국 국민과 혼인한 적이 있거나 혼인관계에 있는 재한‘외국인’으로 규정함으로써(재한외국인 처우 기본법 제2조 제3호), 법률용어인 결혼이민자에는 귀화자 또는 대한민국의 국적 취득자는 제외된다고 해석된다.

그리고 이민자란 대한민국에서 일시적 또는 영구적으로 사회구성원 자격을 부여받고 대한민국으로 이주한 자 외에도, 대한민국의 국적을 가지지 않은 자로서 대한민국으로 이주하기 위한 일정한 절차가 진행 중인 자를 포함한다고 본다. 이민법의 적용 범위는 국내에서 뿐만 아니라 외국에서 대한민국으로 이주를 준비하는 사증발급 신청인에게도 적용되므로, 광의의 이민자의 범위에는 ‘대한민국으로 이주하기 위한 일정한 절차가 진행 중인 자’를 포함할 필요가 있다.

II. 구별개념

이민자의 개념을 보다 용이하게 이해하기 위하여 그 유사개념인 ‘외국인’, ‘이주민’의 개념을 각각 살펴볼 필요가 있다.

1. 외국인

‘외국인(alien, alienage)’이란 국민에 반대되는 개념으로, ‘대한민국의 국적을 가지지 아니한 자’를 말한다(출입국관리법 제2조 제2호). 외국인을 정의하는 방식은 누가 외국인에 해당되는지를 구체적으로 열거하는 것이 아니라, 대한민국의 국적을 가진 자를 배제하는 방식으로 이루어진다.⁴⁾ 대한민국의 국적을 가지지 아니한 모든 자는 외국인이 된다. 따라서 외국인의 정의에는 외국국적을 소지한 자뿐만 아니라, 대한민국에서 영주(F-5) 체류자격을 부여받아 장기간 합법적으로 거주하는 자, 어느 국가의 국적도 가지고 있지 않은 무국적자도 포함된다. 반면에 대한민국의 국적과 외국국적을 함께 가지고 있는 복수국적자는 외국인이 아니라 대한민국의 국민이다. 다만, 부

4) 이규창, 추방과 외국인 인권, 한국학술정보, (2006), p.62.

모가 모두 분명하지 아니한 경우나 국적이 없는 경우에는 대한민국에서 출생한 자는 출생과 동시에 대한민국의 국적을 취득하고(국적법 제2조 제1항 제3호), 대한민국에서 발견된 기아(棄兒)는 대한민국에서 출생한 것으로 추정한다(국적법 제2조 제2항).

일반적으로 ‘외국인’이라는 용어로부터 이방인, 아웃사이더, 낯선 자, 소외자 등의 어감을 느끼고, 기존 사회와의 차별·격리 및 본질적인 인간으로서의 존엄성을 저해할 오해가 발생하는 경우가 종종 있다. 따라서 본 저서에서는 법률 또는 관례에서 외국인으로 사용된 경우 또는 귀화 등을 통하여 대한민국의 국적을 취득한 자를 제외하는 좁은 의미로만 사용한 경우에는 ‘외국인’이라는 용어를 사용하도록 하고, 그 외의 경우에는 주로 ‘이민자’라는 용어를 사용하도록 하여 과거에 외국인이었던 자를 포함하는 넓은 의미로 사용하기로 한다.⁵⁾

2. 이주민

이민자와 유사한 개념으로, ‘이주민’ 또는 ‘이주자’(migrants)라는 용어가 주로 사용되고 있다. 국내에 체류하는 외국인을 뜻하는 ‘이주민’이라는 용어는 법률에서 사용하는 정식용어는 아니다. 다만, 국방·군사시설 사업에 관한 법률, 댐건설 및 주변지역 지원 등에 관한 법률, 신항만건설촉진법, 행정중심복합도시건설청과 그 소속기관 직제, 국유재산법 시행령, 국토해양부와 그 소속기관 직제 시행규칙 등 여러 국내법령에서 사용되는 이주민이란 대한민국 내에서 지역을 바꿔 이동하는 자를 말한다.⁶⁾

Grete Brochmann and Tomas Hammar에 의하면, 외국인을 뜻하는 이주민·이주자 및 이민자의 용어에 대하여 그 용어가 모두 집합적 개념으로, 상호간에 구별하는 것은 분석에 실익이 없다고 한다.⁷⁾ 예를 들면 해외이주법에서 규정한 ‘이주(移住)’란 국경을 넘어 이동하는 것으로(해외이주법 제2조, 제4조), 이주의 실질적인 의미와 내용은 ‘이민’과 다르지 않는다.

5) 외국인(alien)이 가지는 이와 같은 어감의 차이로 인하여, Stephen H. Legomsky & Cristina M. Rodriguez 저 Immigration and Refugee law and Policy, Foundation Press(2009)에서는 ‘alien’ 용어 대신에 ‘noncitizen’이라는 용어를 사용하고 있다.

6) 황필규, 이민 관련 법 기초 연구, IOM 이민정책연구원 working paper No. 2010-02, (2010), p.1.

7) Grete Brochmann and Tomas Hammar, Mechanisms of Immigration Control - a comparative analysis of european regulation policies, Berg publisher, (1999)

제2장 이민현황

우리나라는 2016년에 생산가능인구가 3,704만명(총 인구의 72.9%)를 정점으로 감소하여, 2040년에는 2010년의 80.2% 수준인 2,887만명까지로 감소될 전망이다. 이로 인해 국내 경제활동 인구가 감소하기 되어 국가적인 성장동력과 내수시장에 대한 축소될 위기감이 있다. 반면에 세계적인 추세는 이민자를 통한 창의적인 사회개혁과 새로운 일자리를 창출하고자 하고, 각 국가는 이민정책을 활용하여 우수한 외국인재를 유치하는데 치열하게 경쟁하고 있다. 예를 들어 2011년, 2012년 ‘새로운 미국경제를 위한 파트너십 보고서’에 따르면, 미국 500대 기업 중에 40.8%인 204개가 이민자가 창업하였으며 특허등록 상위 10개 대학의 1,466개 특허 중에서 76%는 이민자가 참여하고 있다고 한다.⁸⁾

그러나 한국의 이민현황과 현실을 들여다보면 실망스럽기 짝이 없다. 고용노동부의 단순기능인력에 대한 제한적 입국문호 개방이라는 기본방향에도 불구하고 취업자격을 가진 전체 외국인 중에서 외국인력정책위원회를 통해 도입 결정된 단순기능인력이 차지하는 비중이 여전히 높다. 취업자격을 소지한 전체 외국인 중에서 단순기능인력은 2008년에 51만여명(93.2%)에서 2011년에 54만여명(92%)이다. 그리고 고용허가제도를 통한 단순외국인력에 대해 채택한 정주화금지의 원칙을 사실상 무너져 외국인근로자에게 최대 9년 8개월까지 장기체류를 허용하게 되었다. 장기체류하는 고용허가제도를 통한 단순외국인력이 그들의 가족동반 요구가 발생할 우려가 있고, 또한 대한민국 국민과의 혼인 등을 통해 본국에 있는 그들의 가족동반 요구가 있을 경우에는 이를 명시적으로 거부하기도 어려운 상황이 나오고 있다.

또한 결혼이민자에 대한 지원이 집중되고 있음에도 결혼이민자의 사회부적응 문제와 피해사례는 지속적으로 발생하고 있다. 법률상 국민으로 간주되는 결혼이민자의 자녀에 대해서도 다문화가족이라는 새로운 사회적 신분을 계속적으로 부여하여 정부가 차별을 조장할 우려가 발생하고 있다. 특히 여성가족부 등이 중심이 되어 2012년에 1,183억원의 많은 예산을 지출하고 있음에도 불구하고, 법무부 등 부처간 협조체계가 잘 이루어지지 않아 정책수립과 집행에 효율이 떨어지고 있는 상황이다.

⁸⁾ 법무부, 제2차 외국인정책 기본계획, (2012), pp.17~19 참고

이제 한국사회는 다문화사회로 진입하기 위한 초기적 상황에 처해 있고, 아직 이민 현황을 법학적 관점에서는 심도있는 분석과 정책제시가 부족한 상황이다. 이하에서는 사증제도와 국가행위의 성격, 외국인의 입국에 대한 국가의 허용정도, 불법이민과 불법이민자에 대한 국가의 질서유지, 외국인력제도와 외국국적동포, 국적취득제도의 새로운 접근시도, FTA를 통한 외국인력 이동, 재한외국인 처우 기본법과 다문화가족지원법의 관계를 의견대립 중심으로 살펴보기로 한다.

제3장 외국인정책의 주요쟁점1 : 사증제도

I. 의의

사증제도는 외국인의 이민을 관리하기 위해서 보편적으로 활용되는 제도이다. 원래 사증의 유래는 라틴어에서 비롯되었는데, ‘본 적이 있는 물건’, ‘조사한 적이 있는 물건’이라는 의미이다. 사증에 함축된 초기의 뜻은 ‘문서상에 그것이 유효함을 서명’하는 것이었고, 훗날에는 여권에 날인하여 사증을 소지한 자의 출입국을 관리하는 전문 용어가 되었다.⁹⁾

출입국관리법 등에서는 사증의 정의규정을 직접적으로 두고 있지 않다. “외국인이 입국할 때에는 유효한 여권과 법무부장관이 발급한 사증을 가지고 있어야 한다.”라는 규정에 따라 사증을 다음과 같이 정의할 수 있다(출입국관리법 제7조 제1항). 사증(Visa, 査證)이란 여권 또는 여행증명서에 사증담당 영사가 기재한 배서(written endorsement)로서 사증신청에 대해 적절한 심사절차를 거쳤고, 사증소지자가 입국하려는 국가로 입국심사절차가 허가된 것을 의미하는 문서를 말한다.¹⁰⁾ 즉 사증이란 사증발급 신청인의 여권이 그 국적국가의 정부기관에서 합법적으로 발급된 유효한 여권임을 확인하고, 사증발급 신청의 사유와 사증발급에 요구되는 기준에 의해 입국하고자 하는 국가로 입국·체류하는 상당함을 확인하여 입국항만에서 출입국관리공무원의 입국심사를 받도록 허가한 문서이다. 국제이주기구(IOM : International

⁹⁾ 김원숙, 출입국관리정책론, 한민족, (2008), p.158 ; 이충훈, 미국에서의 이주노동자 : 미국의 사증통제와 이주노동자, (2004)

¹⁰⁾ Ronaldo P. Ledesma, An outline of Philippine Immigration and Citizenship Laws, Rex Printing Company, (2006), p.84.

Organization for Migration)에 의하면, 사증이란 외국인이 그 국적국가가 아닌 국가로 여행할 수 있도록 부여된 허가증(permission) 또는 증서(authority)라고 말한다.¹¹⁾

외국인에게 법무부장관이 발급한 사증은 유효한 여권과 더불어 외국인이 대한민국에 입국하기 위한 예비조건에 불과하고, 법무부장관이 발급한 사증이 외국인에게 입국할 권리를 부여하거나 입국을 보증하는 것으로는 볼 수 없다.

II. 기능

사증제도는 국가안보 및 질서유지를 위한 주요한 수단들 중의 하나이다. 국가안보 및 질서유지는 주권국가가 합리적인 이민관리를 통해 추구될 수 있는 정당한 목적에 해당되기 때문이다.¹²⁾

사증의 주된 기능은 다음과 같다. 우선 사증의 기능은 국가적 차원의 국가이익 보호 및 개인적 차원의 사적이익 보호로 구분된다. 국가적 차원에서의 국가이익 보호 기능이란 i) 사증발급은 국가의 주권사항 내지 국내적 관할권에 관한 사항으로 국경에서 외국인의 입국심사 절차를 신속 간편하게 하고, ii) 외국인의 전체적 입국규모와 체류자격별로 입국규모를 조정함으로써 국가의 경제사회적 기반의 수요·공급을 균형 있게 조정하고, iii) 국익에 저해되거나 저해될 외국인의 입국을 사전에 억제하여 국가안전 및 사회질서를 유지하고, iv) 불법체류하려는 자를 사전에 통제하여 국내노동시장의 안정성과 내국인의 고용을 유지 안정되게 하고, v) 불법체류외국인의 강제추방으로 인해 발생될 국제관계의 저해를 사전에 방지하는 것을 말한다. 반면에 개인적 차원에서의 사적이익 보호 기능이란 재외공관이 외국인의 입국 가능성에 대해 사전 심사하여, 공항만에서의 입국금지·거부로 인해 발생될 수 있는 그 외국인의 시간적·경제적 손실을 부수적으로 사전에 예방하는 것을 말한다.¹³⁾ 결과적으로 사증의 기능은 개인적 차원의 사적이익 보호 보다는 국가적 차원에서의 국가이익 보호에 중점을 두고 있다.

11) IOM, Essentials of Migration Management - A Guide for Policy Makers and Practitioners, Volume Three : Managing Migration, Passport and Visa Systems, (2004), p.20.

12) 헌법재판소 2005. 3. 31. 자 2003헌마87 결정 【한중국제결혼절차위헌확인】 참고

13) 그러나, 대한민국의 공항만에서 외국인이 입국금지·거부되는 경우에 그 외국인이 제기하는 손해배상청구에 대해서는 재외공관은 외교적 행위로 그 책임이 면제 된다.

Ⅲ. 사증발급의 고려요소

국가가 사증을 발급(grant of visa)하는 것은 매우 어려운 문제이다. 특히 국가가 민감하고 경제적인 사안에 처해 있을 경우에는 더욱 그러하다. 외국인의 이민에 관한 판단은 신중을 요하는 것으로 여러 가지 문제를 고려해야 하는 복잡성을 지닌다. 따라서 국가가 외국인에게 사증을 발급하는데 있어 경제협력, 국가안보, 인구요인, 보건 조치, 국제관계 등을 포함한 폭넓은 고려가 필요하다.¹⁴⁾ 일반적으로 경제협력과 관련하여 FTA, 수출·수입의 증대, 관광·무역의 활성화 등 긴밀한 경제적 연관이 있는 경우에는 사증면제(visa waiver)가 선호될 수 있다. 국가안보와 관련하여 어떠한 국가 또는 그 국가의 국민이 잠재적인 위협요인으로 간주될 경우에는 이와 같은 국가 또는 그 국가의 국민에게 사증을 요구하도록 하는데 있어서 국가안보가 주요한 요소로 작용한다. 인구요인과 관련하여 인구의 고령화와 노동인력의 부족을 겪고 있는 경우에는 취업사증제도를 완화하고 우수한 외국인력에게 문호를 확대하고 있다. 세계적으로 전염병이 유행하는 경우에는 특정국가로부터의 자연인의 이동에 대해 단기적 보건조치로서 사증을 요구할 수 있다.¹⁵⁾

Ⅳ. 법적성격

1. 의의

일반적으로 외국인에 대한 사증발급 행위는 국가의 고유한 주권행위로 국제관습법상 국내문제 불간섭의 원칙이 적용되는 것으로 간주된다. 따라서 외국인 또는 외국인의 국적국가는 대한민국의 사증발급 행위에 간섭할 수 없게 된다. 그러나 일정 범위에 속하는 외국인에게 사증을 발급하거나, 이를 거부하는 행위의 법적성격에 관하여 의견이 대립되고 있다. 특히 사증발급·사증발급거부의 법적성격에 대한 의견대립은 사증 발급거부에 대한 행정심판 등 불복이 가능한지와 관련된다.

¹⁴⁾ Dr. Gurbax Singh, Law of Foreigners Citizenship & Passports in India, Universal Law Publishing Co. Pvt. Ltd. (2011), pp.9~10.

¹⁵⁾ IOM, Essentials of Migration Management - A Guide for Policy Makers and Practitioners, Volume Three : Passport and Visa Systems, (2004), p.21.

2. 행정행위성 및 행정심판 청구인적격 여부

(1) 행정행위성

사증을 발급하거나 거부하는 행위에 대하여는 행정행위가 아니라는 견해 및 행정행위로 보는 견해로 구분될 수 있다.

첫째, 외국인에 대해 사증을 발급하거나 거부하는 행위는 국가이익의 침해를 미연에 방지하고 국가안보 및 질서유지를 확보하기 위한 국가의 주권행위로 행정행위가 아니라는 것이다. 이 견해의 논거로는 외국인이 대한민국에 입국하기 위한 사증을 외국에 소재한 재외공관 등을 통해 합법적으로 취득한 경우일지라도, 출입국관리법 제12조(입국심사)에 따른 출입국관리공무원의 입국심사에서 그 외국인이 유효한 여권과 사증이 아니거나, 입국목적과 체류자격이 부합되지 않는 등 입국허가의 요건을 갖추지 못한 경우에는 그 외국인의 입국이 허가되지 않을 수 있다는 것에 근거한다. 재외공관이 외국인에게 사증을 발급하는 것은 그 외국인의 입국허가 신청을 위한 입국추천행위로 된다.

둘째, 사증을 발급하거나 거부하는 행위가 행정행위라는 것이다. 이 견해의 논거로는 행정행위란 ‘행정청이 구체적인 사실에 대한 법집행으로서 행하는 외부에 대하여 직접·구체적인 법적 효과를 발생시키는 권력적 공권행위’ 또는 ‘행정청이 법아래서 구체적 사실에 대한 법집행으로서 행하는 권력적 단독행위로서 공법행위’이다. 따라서 사증 발급행위는 행정기관인 한국대사관·영사관이 외국인의 사증발급 신청에 대해 출입국관리법 제12조(입국심사)에 따른 출입국관리공무원의 입국심사를 받도록 하는 사증 발급이라는 직접적이고 구체적인 법적효과를 발생시킨다는 점에서 행정행위의 일종이라고 할 수 있다.

(2) 행정심판의 청구인적격

외국인이 사증발급 거부 처분에 대하여 행정심판을 청구할 수 있는지가 문제된다. 이하에서는 그 상반되는 견해를 살펴보기로 한다.

첫째, 외국인의 행정심판 청구인적격을 부정하는 견해가 있다. 즉 외국에 있는 외국인이 사증발급 거부 처분에 대하여 행정심판으로 다룰 수가 없다는 것이다. 다만, 이 견해에 의할지라도 외국국적동포의 경우에는, 재외동포의 출입국과 법적지위에 관한 법률 제5조 제1항16)에 따라 외국국적동포에게 신청에 의하여 재외동포(F-4) 체류

자격을 부여할 수 있도록 하고 있으므로, 외국국적동포는 사증발급 거부 처분에 대하여 이를 다룰 수 있는 권리가 인정된다.¹⁷⁾ 외국인의 행정심판 청구인적격을 부정하는 이 견해의 논거로는 아래와 같다. i) 외국인의 출입국에 관한 문제는 국내문제 불간섭의 원칙이 적용되는 국가주권에 관한 사항이다. 따라서 사증발급 행위는 통치행위 또는 대한민국의 영토고권에 입각한 주권적 재량행위에 해당하는 것으로 외국인은 물론 그의 외국정부도 이의제기 내지 행정심판을 제기할 수 없고, 국내행정과 전혀 관련성이 없는 경우에는 이것은 순수한 통치행위로 행정쟁송의 대상이 되는 처분이 아니다.¹⁸⁾ ii) 행정심판법 제1조에서는 “이 법은 행정심판 절차를 통하여 행정청의 위법 또는 부당한 처분(處分)이나 부작위(不作爲)로 침해된 국민의 권리 또는 이익을 구제하고, 아울러 행정의 적정한 운영을 꾀함을 목적으로 한다.”라고 규정하고 있다. 따라서 행정심판은 국민의 권리 또는 이익을 구제하는 제도이므로, 국민이 아닌 외국인의 권리구제는 그 대상으로 하지 않는다.¹⁹⁾ 또한 입국이 허가되기 전 단계인 외국인에 대한 사증발급 불허 처분은 대한민국 법률에 의하여 외국인에게 인정된 권리 또는 법률상 이익을 침해하는 것이 아니다.²⁰⁾ iii) 헌법 제6조 제2항에서는 “외국인은 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 그 지위가 보장된다.”라고 규정하고 있다. 이것은 상호주의원칙에 따라 국제법규에 의하여 외국인의 지위를 보장한다는 취지이고, 모든 외국인이 일률적으로 대한민국의 국민과 같은 지위가 인정된다는 것을 의미하는 것은 아니다.²¹⁾ iv) 국내법은 대한민국의 국민과 그 영역에서 효력을 가지는 것이다. 따라서 행정심판법은 지역적 효력 범위에서 국내공법에 해당하고, 외국의 영역에 있는 외국인에 대하여 당연히 적용된다고 할 수는 없다.²²⁾

16) 재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률 제5조(재외동포체류자격의 부여) 제1항 법무부장관은 대한민국 안에서 활동하려는 외국국적동포에게 신청에 의하여 재외동포 체류자격을 부여할 수 있다.

17) 김승열, 알기쉬운 행정심판

18) 박경림, 사증발급거부행위와 외국인의 행정심판 청구인적격에 대한 소고, 법제, (2005), p.73 ; 중앙행정심판위원회 재결, 사건번호 200210613, 재결일자 2003-04-28, 재결결과 기각, 사건명 입국불허 및 복수비자 취소처분 취소청구 중 피청구인 주장 참고

19) 김승열, 알기쉬운 행정심판.....

20) 박경림, 사증발급거부행위와 외국인의 행정심판 청구인적격에 대한 소고, 법제, (2005), p.73.

21) 김승열, 알기쉬운 행정심판.....

22) 김승열, 알기쉬운 행정심판..... ; 박경림, 사증발급거부행위와 외국인의 행정심판 청구인적

둘째, 외국인의 행정심판 청구인적격을 인정하는 견해이다. 즉 외국인에 대하여 일률적으로 행정심판 등 청구인적격을 부정하는 것이 아니라, 국제화 시대에 맞추어 행정심판법의 해석, 사증발급 행위의 성질 등을 종합하여 외국에 있는 외국인에게도 대한민국의 행정처분에 대하여 불복할 수 있는 기회를 제공해야 한다는 것이다.²³⁾ 이 견해의 논거로는 아래와 같다. i) 행정심판법은 개인의 권리보호라는 목적 외에도, 위법·부당한 공권력의 행사를 통제한다는 행정의 자율 통제적 성격을 가진다.²⁴⁾ ii) 행정심판법에서 ‘국민의 권리 또는 이익을 구제’한다고 규정하고 있으나, 이것이 곧바로 외국인의 행정심판 청구인적격을 부정한다고는 보기 어렵다. 또한 재외공관은 외국의 영역에 있더라도 외교통상부장관 소속의 행정청이고, 사증발급 행위 또한 넓은 범위의 재량권이 주어지는 것과는 관계없이 그 재량권에 대한 적절한 통제가 필요하다.²⁵⁾ iii) 비록 외국인일지라도 그가 국내의 법률로 인하여 권리 또는 법률상 이해관계를 가지는 경우에는 본안판단을 하여야 할 것이고, 이것은 사증발급과 관련하여 행정청의 자기통제의무에 합치된다.²⁶⁾

3. 재량행위의 일탈·남용

(1) 의의

법무부장관이 사증 등의 발급을 승인하거나 출입국관리법 제8조 및 출입국관리법 시행규칙 제9조의 위임에 따라 재외공관의 장이 사증을 발급하려는 경우에는, 법무부장관 또는 재외공관의 장은 사증발급을 신청한 외국인이 i) 유효한 여권을 소지하고 있는지 여부, ii) 입국금지 또는 입국거부의 대상이 아닌지 여부,²⁷⁾ iii) 출입국관

격에 대한 소고, 법제, (2005), p.72.

23) 박경림, 사증발급거부행위와 외국인의 행정심판 청구인적격에 대한 소고, 법제, (2005), p.72.

24) 박경림, 사증발급거부행위와 외국인의 행정심판 청구인적격에 대한 소고, 법제, (2005), p.72.

25) 박경림, 사증발급거부행위와 외국인의 행정심판 청구인적격에 대한 소고, 법제, (2005), p.72.

26) 박경림, 사증발급거부행위와 외국인의 행정심판 청구인적격에 대한 소고, 법제, (2005), p.73.

27) 법무부장관은 외국인이 감염병환자, 마약류중독자, 그 밖에 공중위생상 위해를 끼칠 염려가 있다고 인정되거나, 대한민국의 이익이나 공공의 안전을 해치는 행동을 할 염려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있거나, 경제질서 또는 사회질서를 해치거나 선량한 풍

리법 시행령 별표 1에서 정하는 체류자격에 해당하는지 여부, iv) 출입국관리법 시행령 별표 1에서 정하는 체류자격에 부합한 입국목적의 소명하는지 여부, v) 해당 체류자격별로 허가된 체류기간 내에 그 외국인의 본국으로 귀국할 것이 인정되는지 여부, v) 그 밖에 체류자격별로 법무부장관이 따로 정하는 기준에 해당하는지 여부의 요건을 갖추었는지를 심사·확인하여야 한다(출입국관리법 시행규칙 제9조의2). 따라서 사증발급을 신청한 외국인이 위와 같은 요건에 미치지 못할 경우에는 사증발급이 거부될 수 있다. 또한 사증발급을 신청한 외국인이 출입국관리법 등에서 규정된 사증발급을 위한 위의 요건을 모두 갖추었을지라도, 국제관례에서는 법무부장관 또는 그 위임에 따라 재외공관의 장은 재량으로 사증발급을 거부할 수도 있다.

사증발급이 불허된 경우에 그 재량행위의 일탈·남용 여부에 대한 판단이 문제된다. 출입국관리법에서는 사증발급을 신청한 외국인이 그 불허결정에 대한 이의신청 내지 재심사를 요청할 수 있는 불복절차를 규정하지 않고 있다. 반면에 헌법에서는 행복추구권, 평등권, 직업수행 또는 선택의 자유권 등 개인의 기본권을 보장하고, 혼인과 가족생활의 보장 등 제도적 보장을 하고 있다. 대한민국의 국민은 그의 외국인 가족, 외국인 친족, 외국인 사업가 등 외국인을 초청할 수 있다. 이와 관련하여, 국가 및 개인 간의 상충된 이해관계로 인하여 국가가 일정한 이유로 또는 일정한 이유가 없이 사증발급을 거부한 것이 헌법상 개인에게 부여된 기본권 및 제도적 보장을 침해하여 위법·부당한 처분으로 되는지가 문제된다. 특히 사증발급을 신청한 외국인의 입장에서는 앞에서 살펴본 사증발급 거부처분의 취소 등을 구할 수 있는지와도 관련된 문제이다.

(2) 견해의 대립

법무부장관 또는 그 위임에 따라 재외공관의 장은 사증발급을 신청한 외국인이 출입국관리법 등에서 규정된 사증발급의 형식적 또는 실질적 요건을 모두 갖추었을지라도, i) 일정한 이유로 또는 일정한 이유가 없이 사증발급을 거부한 행위가 합법한

속을 해치는 행동을 할 염려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 경우 등에 해당할 때 외국인의 입국을 금지할 수 있고(출입국관리법 제11조 제1항), 입국하려는 외국인의 본국이 대한민국 출입국관리법에서 정하는 사유 이외로 대한민국 국민의 입국을 거부할 때에는 그와 동일한 사유로 그 외국인의 입국을 거부할 수 있다(출입국관리법 제11조 제2항).

처분이라는 견해, ii) 일정한 이유가 없이 사증발급을 거부한 행위가 위법·부당한 처분이라는 입장으로 나뉠 수 있다. 이하에서는 대립되는 두 입장을 살펴보기로 한다.

첫째, 사증발급 거부행위를 합법한 처분으로 보는 입장이다. 사증발급에 대한 권한은 국가가 외국인에 대하여 갖는 주권적 사항으로 사증발급 또는 사증발급 거부에 대하여 완전한 재량권을 향유한다는 것에 기초한다. 이 입장의 논거로는 i) 출입국관리법에서 정한 입국금지 또는 입국거부의 대상인지 여부에 따라 사증발급의 거부 가능성이 가능하다(출입국관리법 제11조, 출입국관리법 시행규칙 제9조의2 제2호), ii) 외국인의 출입국에 관한 사항은 당해 행정작용의 성질상 행정절차를 거치기 곤란하거나 불필요하다고 인정되는 사항과 행정절차에 준하는 절차를 거친 사항으로서 대통령령으로 정하는 사항에 해당되므로 행정절차법의 적용이 배제된다. 따라서 사증발급 거부의 근거와 사유를 신청인 등에게 제시할 필요가 없다(행정절차법 제3조 제2항 제9호, 행정절차법 시행령 제2조 제2호). iii) 국제조약 또는 국제관행에 따라 외국인에게는 사증을 발급받을 수 있는 권리 또는 법률상 이익이 있다고 할 수 없다.²⁸⁾ iv) 국가안보 및 질서유지를 도모하기 위한 국가행정의 본질적 권한·기능에 근거하여, 외국인이 체류자격에 부합한 진정한 입국목적 등 사증발급의 요건을 구비하고 있을지라도 사증발급을 재량적으로 거부할 수 있다. v) 외국인에 대한 사증발급 또는 입국허가 여부는 국가가 자유로이 결정하는 고유한 주권적 행위이고, 다른 국가의 간섭을 허용하지 않는 전형적인 국내문제로서, 국가의 전속적인 재량사항에 속한다.²⁹⁾ vi) 행복추구권 등 헌법상 개인에게 부여된 기본권 내지 제도적 보장은 무제한적으로 보장되는 것이 아니고, 그 본질적 부분이 침해되지 않는 한도 하에서 일정한 제한이 가능하다. 따라서 사증발급의 거부 행위는 개인의 기본권 내지 제도적 보장을 침해하는 것이라고 보기 어렵다 등을 제시할 수 있다.

둘째, 사증발급 거부행위를 위법·부당한 처분으로 보는 입장이다. 이 입장의 논거로는 i) 사증발급 거부는 출입국관리법 제11조에 규정한 입국금지 또는 입국거부의 대상에 대하여 사실성 또는 그 가능성이 있거나, 최소한 그러한 의심이 합리적이거나

28) 서울행정법원 2007. 11. 15. 선고 2007구합21983 판결 중 2. 소의 적법 여부 가 불안 전 항변 참고.

29) 법무부, 사증발급편람, (2011), p.9.

상당한 증거가 있어야 한다. 이와 같은 증거 등이 전혀 없이 사증발급을 거부하는 것은 재량권의 한계를 현저하게 일탈 또는 남용한 위법·부당한 처분이다. ii) 국내에서 생활관계가 지속적으로 형성된 외국인 또는 장기간 거주하는 외국인, 대한민국의 국민과 혼인한 외국인 배우자(결혼이민자를 말한다)와 같이 국내에서 생활관계의 기반이 있는 경우에는, 헌법상 국가는 그 개인의 행복추구권을 보장하고 가족제도를 보장할 의무가 있다. 이에 해당하는 경우에는 인도주의적 정신에 비추어 사증발급을 거부하는 것은 헌법상 인정된 개인의 기본권 또는 제도적 보장의 본질적 부분을 침해한 것으로 그 제한의 한계를 넘어선다. iii) 사증발급의 거부에 대한 적법성 판단은 국익과 사익 간의 균형의 문제로 양자의 조화로운 해석·적용이 필요하다 등을 제시할 수 있다³⁰⁾.

제4장 외국인정책의 주요쟁점2 : 외국인의 입국

I. 입국의 개념

출입국관리법에서 ‘외국인의 입국(entry)’을 정의하는 규정은 없다. ‘외국인의 입국’에 대한 사전적 의미는 외국인이 대한민국의 안으로 들어오는 것을 말한다. 외국인의 입국이란 외국인이 대한민국 밖의 지역으로부터 대한민국의 영역에서 출입국관리공무원의 입국허가를 받아 들어오는 각종 형태를 말한다.

외국인의 입국을 정의하려는 실익은 외국인이 입국심사를 받아야 하는 시점, 외국인의 입국 행위가 종료되는 시점, 출입국관리공무원에 의한 입국심사를 받아야 하는 외국인이 그 입국심사를 받지 않고 불법으로 입국하거나 외국인 또는 국민이 불법입국을 알선한 경우에 출입국관리법 위반죄의 기수 시기와 관련된다. 다시 말해 외국인이 입국심사를 거치지 않고 출입국관리공무원의 허가가 없을지라도 대한민국의 일정한 영역에 들어오는 행위 자체로 입국으로 인정되는지 또는 외국인이 입국심사를 마

30) 스위스의 경우, 사증발급이 거부되거나 취소되는 경우에 소관 연방행정기관은 신청인의 청구에 따라 수수료가 부과된 처분을 발하고, 신청인이 수수료를 납부한 후부터 이의신청에 대한 심사를 개시하도록 연방외국인체류및거주법 및 같은 법에 의한 외국인입국및등록령에 규정하고 있다(국가인권위원회 결정례 2004.5.27자 외국인 입국심사제도 개선에 대한 권고).

친 후 출입국관리공무원의 허가가 있어야 입국으로 인정되는지가 문제된다. ‘외국인의 입국’의 정의와 관련하여, 외국인의 입국 행위가 종료되는 시점에 대하여 다음과 같이 구분하는 입장이 있을 수 있다. 첫째, 외국인이 대한민국의 공항만 또는 공항만 이외의 장소에 들어오는 모든 행위를 말한다는 입장이다. 우리 대법원의 입장이라고 할 수 있다. 둘째, 외국인이 출입국관리공무원의 입국심사를 받아 대한민국의 영토에 들어오는 것을 말한다는 입장이다.

‘외국인의 입국’에 대한 정의 및 그 입국행위가 종료되는 시점과 관련한 대법원 판례가 있다. 불법으로 입국하려는 외국인이 대한민국의 ‘영해’ 안으로 들어와 검거된 사안에서, 대법원은 “출입국관리법상 ‘입국’이라 함은 대한민국 밖의 지역으로부터 대한민국 안의 지역으로 들어오는 것을 말한다. 여기서 ‘대한민국 안의 지역’이라 함은 대한민국의 영해, 영공 안의 지역을 의미한다. 출입국관리법 제12조(입국심사) 제1항 또는 제2항의 규정에 의하여 입국심사를 받아야 하는 외국인을 집단으로 불법 입국시키거나 이를 알선한 자 등을 처벌하는 출입국관리법 제93조의2 제2항 제1호 위반죄의 기수 시기는 불법 입국하는 외국인이 대한민국의 영해 또는 영공 안의 지역에 들어올 때를 기준으로 판단하여야 한다.”라는 논거를 제시하면서, “외국인들이 출입국장에서 출입국관리공무원의 입국심사 없이 입국하였을 때에 비로소 출입국관리법 제93조의2 제2항 제1호 위반의 기수에 이른다.”라고 판시하였다.³¹⁾

II. 국가의 의무성 여부

1. 의의

국가의 입장에서는 외국인이 그의 국적국가가 아닌 외국에 입국하는 것에 대하여 크게 4가지 경우를 관념적으로 상정할 수가 있다. i) 국가가 모든 외국인의 입국을 허가해야 하는 의무를 부담하는 경우, ii) 범죄인, 마약 중독자, 전염병 환자 또는 기타 바람직하지 않은 외국인 등 특정 부류의 외국인을 제외하고는, 국가가 외국인의 입국을 허가해야 하는 의무를 부담하는 경우, iii) 국가가 외국인의 입국을 허가하되, 그의 입국과 관련하여 일정한 조건을 부담하게 하는 경우, iv) 국가가 자의적으로 모

³¹⁾ 대법원 2005. 1. 28. 선고 2004도7401 판결

든 외국인의 입국을 금지 또는 거부하는 경우로 크게 구분할 수 있다. 국제법규 또는 국내법 및 국가의 관행상으로는 국가가 모든 외국인의 입국을 받아드려야 하는 의무가 존재하지 않는다. 주권국가는, 국제조약 등에 의해 규범적으로 구속되지 않는 한, 외국인의 입국을 허가해야 할 의무를 부담하지 않는다.³²⁾ 또한 형식 논리적으로는 국가가 자의적으로 모든 외국인의 입국을 금지 또는 거부할 수 있는 권리를 그 고유한 주권(territorial sovereignty)의 본질적 속성에 기하여 행사할 수 있게 된다.

이하에서는 국가가 외국인의 입국허가 여부를 결정할 때에, 국가가 외국인의 입국허가를 고려하여야 하는 경우를 구분한다. 국제조약 또는 국내법에서 국가가 외국인의 입국을 허용해야 할 법적의무를 부담하는 경우를 살펴보기로 한다. 또한 국제조약 또는 국내법에 의하지 않더라도 구체적이고 특수한 경우에는 국가가 외국인의 입국을 허가해야 하는 의무를 부담하는지를 살펴보기로 한다.

2. 국가의 의무성

국가는 그 영역에 대하여 완전한 주권을 지닌다고 여겨진다. 그러나 예외적으로 양자조약 또는 다자조약 등 국제조약, 국내법에 명시된 국가의 일정한 의무는 국가가 주권을 일방적으로 행사하는 것을 제지하는 역할을 한다.³³⁾ 따라서 대한민국은 양자 또는 다자조약 등 국제조약, 국내법의 규정에 따라 일정한 요건을 충족하는 경우에는 이에 해당하는 외국인의 입국을 허가하거나 보장해야 할 법적의무를 부담하고, 이에 따른 반사적 효과로 그 외국인은 대한민국에 입국할 권리를 누릴 수 있다. 일정한 요건을 충족하는 경우에 외국인의 입국을 허용하거나 보장해야 할 국가의 법적의무를 부담하는 것은 국제조약의 형태 및 국내법의 형태로 구분할 수 있다.

3. 국가의 의무성 여부

국제관행 내지 국제실행에 따르면, 국가는 별도의 양자조약 등 국제조약이 없을지라도 외국인의 입국을 일반적으로 허용하는 것이 추세이다. 국가가 외국인의 입국을 허용하지 않은 경우에 특정한 사안의 경우에는 상대방 국가에 대한 비우호적인 행위

³²⁾ I.A.Shearer, *Starke's International Law*, OXFORD, (1994), p.314.

³³⁾ IOM, *Essentials of Migration Management - A Guide for Policy Makers and Practitioners*, Volume One : Authority and Responsibility of States, (2004), p.8.

로 간주될 수도 있다. 외국인의 입국과 관련하여 문제가 되는 경우로는 다음과 같이 2가지로 분류된다. 첫째, 외국인이 재외공관에서 적법하고 정당한 절차를 거쳐 발급 받은 사증을 소지하고 있는 경우이다. 그 재외공관이 속한 국가가 사증을 소지한 그 외국인을 입국시켜야 할 의무가 있는지가 문제된다. 둘째, 구체적이고 특수한 사정이 있는 경우이다. 예를 들어 외국인이 거주하는 외국에서 천재·지변 등 위급한 상황이 발생한 경우이거나, 외국인이 대한민국에서 영주(F-5) 체류자격 또는 국적을 취득한 이민자와의 공동생활을 위해 가족 재결합에 해당하는 경우이거나, 입국하려는 외국인이 대한민국에서 외국인등록을 하고 장기간 거주한 사실 등이 있는 경우에, 대한민국이 그 외국인의 입국을 허용하거나 보장해야 할 국가의 의무를 부담하는지가 문제된다. 이하에서 상술하기로 한다.

(1) 유효한 사증이 발급된 경우

외국인이 입국하려는 국가의 재외공관으로부터 적법하고 정당한 절차를 거쳐 법무부장관이 발급한 유효한 사증과 유효한 여권을 가지고 대한민국에서 출입국관리공무원의 입국심사를 받는 경우에, 그 외국인의 입국을 반드시 허가해야 하는지가 문제된다. 이에 대하여는 외국인에게 발급된 사증은 유효한 여권과 더불어 외국인이 대한민국에 입국하기 위한 예비조건에 불과하고, 재외공관으로부터 법무부장관이 발급한 사증이 외국인에게 대한민국에 입국할 권리를 부여하거나 입국을 보증하는 것으로는 볼 수 없다. 일반적으로 국가가, 국제조약 또는 국내법에 의하여 그 외국인의 입국을 허용하거나 보장해야 할 국가의 법적의무를 부담하지 않는 한, 외국인의 입국 여부는 특별한 사안을 제외하고는 국가의 재량사항, 국내관할 내지 국내문제로 간주되기 때문이다. 즉 국가는, 국제조약 또는 국내법상의 일정한 의무가 없는 한, 사증을 발급 받은 외국인의 입국을 허가해야 할 의무를 부담하지 않는다.

(2) 구체적이고 특수한 사정이 있는 경우

천재·지변 등 위급한 상황, 가족의 재결합, 아동의 보호, 비차별의 기본원칙 및 인권보호 등 구체적이고 특수한 사정이 있는 경우에는 국가가 그 외국인의 입국을 허용하거나 보장해야 할 의무를 부담하는지에 대하여는 국가주권의 본질적 속성에 따라 순수한 국내문제라는 견해 및 국제조약 또는 국제관습법에 따라 국가의 권한이

온건하게 제한되고 책임이 강조된다는 견해로 나뉠 수 있다.

첫째, 외국인의 입국을 허용하거나 보장해야 할지 여부는 국가주권의 본질적 속성에 따라 순수한 국내문제라는 견해이다. 이 견해에 의하면 i) 외국인이 그 국적국가 아닌 국가에 자유로이 입국하는 것을 허용하는 국가는 실제로 존재하지 않는다고 본다. 국제조약에서도 외국인에게 다른 국가에 입국할 권리를 명시적으로 부여하는 입법례는 찾기가 어렵다. 1966년 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights, 일명 'B 규약') 제12조 제1항에서는 “합법적으로 어느 국가의 영역 내에 있는 모든 사람은 그 영역 내에서 이동의 자유 및 거주·이전의 자유에 관한 권리를 가진다.”라고 규정하여, 일단 합법적으로 입국이 허가된 외국인에게는 그 영역 내에서 거주·이전의 자유가 보장된다. 동 국제규약 제2항에서는 “모든 사람은 자국을 포함하여 어떠한 나라로부터 자유로이 퇴거할 수 있다.”라고 규정하여, 외국인의 자유로운 출국만이 보장된다. ii) 외국인의 입국에 대한 요건·허가에 관한 규율은 국가가 자유로이 정할 수 있는 국내문제로 간주된다. 따라서 국가는 경제적 이유로 국내에서 체류비용을 부담할 능력이 없는 빈곤자, 사회안전망 확보를 이유로 병자와 범죄인의 입국을 금지할 수 있다. 더 나아가 외국인의 입국 요건에 정치적·인종적 차별을 두는 것도 실정법상 위법이라고 보기는 어렵고, 상대방 국가는 정치적 비난과 외교단절, 상호주의에 의한 보복조치 등 외교적 또는 경제적 보복을 통하여 법 이외의 다른 방법으로 대항할 수밖에 없다.³⁴⁾ iii) 특정한 국제조약 또는 국내법에 따라 국가가 그 외국인의 입국을 허가할 의무가 있을지라도, 외국인의 입국 요건 또는 입국 여부를 결정하는 국가의 권한은 절대적으로 제한되는 것은 존재하지 않는다. 국제조약 또는 국제관습법의 일반원칙은 일종의 지침으로서의 역할만 있을 뿐이고, 국가의 권한을 절대적으로 제한하지는 못한다.³⁵⁾

예를 들어 2002년에 미국 시민권자인 유00의 입국불허 사건에서 미국 시민권자인 유00가 본인에 대한 입국금지·거주·이전의 자유를 침해한 것이라는 주장에 대하여, 국가인권위원회는 “외국인은 대한민국에 입국할 자유가 보장되지 아니한다. 입국의 경우 각 주권국가는 자국에 있어서 바람직하지 않다고 인정하는 외국인의 입국을 거

³⁴⁾ 이한기, 국제법강의, 박영사, (1997), p.425.

³⁵⁾ IOM, Essentials of Migration Management - A Guide for Policy Makers and Practitioners, Volume One : Authority and Responsibility of States, (2004), p.11.

부³⁶⁾할 권한을 가지고 있다는 것이 국제관습법상 확립된 원칙이다.”라고 결정한바 있다.³⁷⁾ 유00의 입국불허 사건에서 국가가 외국인의 입국을 허용해야 할지의 문제는 국가주권의 본질적 속성에 따른 순수한 국내문제라는 견해를 취한 것으로 해석된다.

둘째, 국제조약 또는 국제관습법에 따라 국가의 권한이 온건하게 제한되고 그 책임이 강조된다는 견해이다. 이 견해에 의하면 i) 1966년 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights, 일명 ‘B 규약’) 등 국제조약에서는 가족생활에 관한 존중, 아동의 권리에 대한 보호, 비차별의 기본원칙 및 인권보호, 인간 이하의 대우의 금지 등 구체적이고 특수한 사정이 있는 경우에는 국가가 그 외국인의 입국을 금지 또는 거부할 권리는 제한된다.³⁸⁾ 1966년 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약에 따른 외국인의 지위에 대하여 ‘시민적·정치적 권리 위원회’의 1986년 일반논평 15는 “동 규약은 당사국 영토 내의 외국인의 입국 및 체류에 관한 권리를 인정하고 있지는 않다. 자국 영토 내에 누구를 받아들일 것인가에 대한 결정은 원칙적으로 당사국의 몫이다. 그러나 어떤 상황에서는, 예를 들어, 비차별, 비인도적 처우의 금지 및 가정생활에 대한 존중과 같은 문제가 대두될 경우에는 입국과 체류에 관련된 사항일지라도 외국인은 동 규약상의 보호를 향유할 수 있다.”라고 하고, “입국 허가(consent for entry)는 예컨대 이동, 체류, 고용 등과 관련하여 상황에 따라 부여된다. 그러나 일단 외국인이 당사국 영토 내로의 입국을 허가 받으면 동 규약에 명시된 권리를 보장받을 자격이 있다.”라고 해석하고 있다.³⁹⁾ ii) 국가

36) 국가인권위원회의 동 결정에서 언급한 ‘외국인의 입국을 거부’한다는 표현은 잘못된 표현으로, ‘외국인의 입국을 금지’로 수정하여야 한다. 출입국관리법상 외국인에 대한 입국의 금지(출입국관리법 제11조 제1항)와 입국의 거부(출입국관리법 제11조 제2항)는 법률적으로 다른 의미를 가진 용어이기 때문이다.

37) 국가인권위원회 결정례 2003.7.28자 02진인2181, 03진인1124 병합결정 미국시민권자 입국불허 관련.

38) David Fisher, Suan Martin, and Andrew Schoenholtz, (2003), Migration and Security in International Law, Migration and International Legal Norms, TMC Asser Press, (2003), p.99.

39) CCPR General Comment No. 15 : The position of aliens under the Covenant : 1986-04-11. ; 국가인권위원회 결정례 2008.2.18자 출국명령처분 취소소송(서울행정법원 2007구합24500호, 원고 허00, 피고 서울출입국관리사무소장)에 관한 의견제출 <CCPR General Comment No. 15>

<http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/0/bc561aa81bc5d86ec12563ed004aaa1b?Opendocument>

5. The Covenant does not recognize the right of aliens to enter or reside in the territory of a State party. It is in principle a matter for the State to decide who it will admit to its territory. However, in certain circumstances an alien may enjoy the protection of the Covenant

는 외국인의 입국을 통제하고 관리하는 권한을 지니고 있으나, 이러한 권한은 그 국가가 가입한 국제조약 또는 국제관습법의 일반원칙에 따라 온건한 정도의 제한(modest limitations)을 받게 된다. 따라서 국가가 외국인의 입국에 관하여 완전한 통제력을 가지는 것은 아니다.⁴⁰⁾ 국제법규 등에 근거하여 국가가 가지는 외국인의 입국허가에 관한 권한은 제한될 수 있다. 다만 그 제한의 정도는 온건한 수준에 그치게 된다. 즉 외국인의 입국에 관하여 국가의 권한을 제한하는 국제조약 또는 국제관습법이 있을지라도, 국가가 그 외국인의 입국으로 인하여 초래될 국가안보 또는 정치적 사유를 고려하는 것을 완전히 배제할 수는 없다. 외국인의 입국에 관한 국가권한의 제한은 구체적이고 특수한 사정이 있는 예외적인 상황에서는 가능하지만, 국가주권에 관한 기본원칙은 여전히 유효하다는 것이다.⁴¹⁾

III. 입국의 요건

1. 의의

국가는 어느 외국인의 입국을 허가할 것인지에 대하여 자체적인 기준을 설정할 권한을 가지고 있다.⁴²⁾ 이에 따라 외국인이 대한민국에 입국할 때에는 유효한 여권과 법무부장관이 발급한 사증(査證)을 가지고 있어야 한다(출입국관리법 제7조 제1항). 또한 출입국관리공무원은 입국심사를 할 때에 i) 여권과 사증이 유효할 것. 다만, 사증은 출입국관리법에서 요구하는 경우만을 말한다. ii) 입국목적이 체류자격에 맞을 것, iii) 체류기간이 법무부령으로 정하는 바에 따라 정하여졌을 것, iv) 출입국관

even in relation to entry or residence, for example, when considerations of non-discrimination, prohibition of inhuman treatment and respect for family life arise.

6. Consent for entry may be given subject to conditions relating, for example, to movement, residence and employment. A State may also impose general conditions upon an alien who is in transit. However, once aliens are allowed to enter the territory of a State party they are entitled to the rights set out in the Covenant.

⁴⁰⁾ IOM, Essentials of Migration Management - A Guide for Policy Makers and Practitioners, Volume One : Authority and Responsibility of States, (2004), pp.3~4.

⁴¹⁾ IOM, Essentials of Migration Management - A Guide for Policy Makers and Practitioners, Volume One : Authority and Responsibility of States, (2004), pp.7~8.

⁴²⁾ IOM, Essentials of Migration Management - A Guide for Policy Makers and Practitioners, Volume One : Authority and Responsibility of States, (2004), p.6.

리법 제11조에 따른 입국의 금지 또는 거부의 대상이 아닐 것의 요건을 갖추었는지를 심사하여 입국을 허가한다(출입국관리법 제12조 제3항). 즉 대한민국의 국적을 가지지 아니한 외국인이 대한민국에 입국하기 위하여는 형식적 요건으로 ‘외국인’, ‘여권’, ‘사증’, ‘법무부령이 정하는 체류기간’을 갖추어야 하고, 실질적 요건으로 ‘입국 목적과 체류자격의 동일성’, ‘입국금지 또는 거부의 대상자가 아닐 것’을 갖추어야 한다.

2. 절차적 요건 : 불복절차

(1) 의의

출입국관리법에서는 입국이 불허된 외국인이 불복할 수 있는 절차를 규정하지 않고 있다. 이와 관련하여 입국심사 단계에서 입국이 불허된 외국인에게 이의신청권(right to appeal)이 보장될 수 있는지가 문제된다. 이것은 출입국관리공무원의 입국 불허 결정에 대한 합리적인 불복절차의 문제이기도 하다.

이의신청권에 대하여는 상반된 견해 내지 입장이 존재하고 있다. 첫째, 이의신청권을 부정하는 견해이다. 외국인의 입국 여부는 국가의 주권적 재량사항에 속한다는 점, 외국인이 국적국가가 아닌 다른 국가에 입국하는 것은 국제법상 기본적 권리로 인정되지 않는다는 점, 입국이 불허된 외국인으로부터 무절제한 이의신청이 제기되는 경우에 입국심사의 행정능률이 저하된다는 점, 법무부장관이 발급한 사증의 성격은 입국추천행위에 해당한다는 점, 이의신청에 대한 결정기간이 장기간 소요되어 외국인이 불안정한 상태에서 장기간 기다리는 동안에 다른 형태의 인권침해가 발생할 수 있는 가능성이 있다는 점 등을 그 이유로 제시한다. 둘째, 이의신청권을 긍정하는 견해이다. 외국인은 그의 입국이 불허되는 경우에 그 외국인이 신뢰 있는 구제절차를 통하여 입국 목적의 진실성을 소명하고 소명자료를 제출할 수 있는 절차적 권리가 보장되어야 한다는 점, 가족결합권의 보장, 대한민국에 장기간 거주한 사실, 기타 인도적인 사유 등 구체적이고 특수한 사정의 경우에는 국가주권의 재량성이 합리적으로 제한될 수 있다는 것 등을 이유로 제시한다.⁴³⁾

43) 국가인권위원회 결정례 2004.5.27자 외국인 입국심사제도 개선에 대한 권고

(2) 규정 및 입법례

1) 규정

출입국관리법에서는 입국이 불허된 외국인이 이의신청 또는 행정적 재심사 등을 제기할 수 있는 불복절차를 규정하지 않고 있다. 단지 출입국관리법 제11조(입국의 금지 등), 제12조(입국심사), 제13조(조건부 입국허가), 제56조(외국인의 일시보호)가 규정되어 있을 뿐이다. 출입국관리법에서는 입국심사 단계에서 입국이 불허된 외국인은 법무부장관에게 이의신청을 제기할 수 있는 여지가 없다.

외국인이 입국하여 불법체류자로 된 후에 출입국관리법 제46조(강제퇴거의 대상자) 및 제59조(심사 후의 절차)에 의한 강제퇴거명령을 받고, 이에 따라 출입국관리법 제51조(보호)에 의한 보호명령을 받았을 경우에는 보호된 자나 그의 법정대리인 등은 법무부장관에게 보호에 대한 이의신청을 할 수 있다(출입국관리법 제55조 제1항). 그러나 출입국관리법에서는 입국이 불허된 외국인은 이의신청 또는 입국심사의 재심 청구 등을 할 수 있는 불복절차를 규정하고 있지 않아, 입국이 불허된 외국인은 법무부장관에게 입국의 금지 또는 거부에 대해 이의신청을 할 수 없다.⁴⁴⁾ 다만 법무부 내부규정에서는 출입국관리공무원에 의한 1차 심사 및 재심사를 규정하고 있을 뿐이다.⁴⁵⁾

2) 입법례

입국이 불허된 외국인에게 이의신청권(right to appeal)을 인정하는 입법례를 살펴보기로 한다. 영국은 입국이 불허된 외국인에게 입국 불허의 사유와 이의신청이 가능한지에 대한 설명이 적힌 서면통지서(written notice)를 발급한다. 이의신청이 가능한 외국인은 유효한 사증을 소지한 자에 한정된다. 외국인이 이의신청을 할 수 있는지는 그 입국이 불허된 사유에 의하여 결정된다. 입국이 불허된 외국인의 주장이 충분한 근거가 없는 등에 해당하지 않는 한, 누구든지 인도적 사유가 있는 경우에는 강제출국이 시행되기 전에 이의신청을 할 수 있다. 또한 입국 불허의 사유에 따라서는 입국이 불허된 외국인은 영국 내에서 또는 영국 밖에서 이의신청을 제기할 수 있다.⁴⁶⁾

44) 황필규, 기초발제 : 인권을 기준으로 출입국관리법 개정해야, 다문화사회를 위한 출입국관리법 개정방안 모색, (2009), pp.9~10.

45) 국가인권위원회 결정례 2004.5.27자 외국인 입국심사제도 개선에 대한 권고

46) Fragomen Global, Global Business Immigration Handbook 2009 Edition, West, (2009), p.999 ;

제5장 외국인정책의 주요쟁점3 : 국가안보 및 질서유지

I. 불법이민 및 이민행정법·이민행정벌

1. 불법이민 및 불법이민자

(1) 의의

불법이민(illegal immigration)이란 외국인이 이민법에 정한 요건과 절차에 따르지 않고 입국한 것을 말하며, 불법이민자 또는 불법체류 외국인(illegal immigrants)이란 이민법에 정한 요건과 절차에 따르지 않고 다른 국가에 들어온 외국인을 말한다. 반면에 합법이민이란 외국인이 이민법에 정한 요건과 절차에 따라 입국한 것을 말하고, 합법이민자 또는 합법체류 외국인이란 이민법에 정한 요건과 절차에 따라 다른 국가에 들어온 외국인을 말한다. 불법이민은 국가안보 및 질서유지에 매우 심각한 도전 내지 걸림돌이 된다.⁴⁷⁾ 국가안보 및 질서유지에 영향을 미치는 불법이민은 크게 2가지로 구분된다. 첫째, 국가의 안보 또는 사회질서에 악영향을 끼치고자 하는 외국의 요원이 입국하는 것이다. 둘째, 국가의 사회질서에 악영향을 초래하는 범죄자가 입국하는 것이다.⁴⁸⁾

이민은 현대사회에서 일반적이고 필수적으로 나타나는 현상 중의 하나이다. 그러나 지속되는 불법적 형태의 이민의 흐름, 불법이민자가 착취당할 취약성, 불법이민이 밀입국(smuggling)과 인신매매(trafficking)의 범죄조직 네트워크에 연계될 위험성은 고질적인 문제이다. 특히 밀입국은 착취와 인신매매로 이어질 수 있고, 이것은 조직범죄(organized crime), 폭력, 공무원 부패와 연결되어 국가안보 및 질서유지에 대한 위협요인으로 작용될 수도 있다.⁴⁹⁾

Nicholas Blake QC & Raza Husain, *Immigration, Asylum and Human Rights*, Oxford university press, (2003), p.21.

⁴⁷⁾ IOM, *Essentials of Migration Management - A Guide for Policy Makers and Practitioners*, Volume Three : Irregular Migration, (2004), p.3.

⁴⁸⁾ David Fisher, Suan Martin, and Andrew Schoenholtz, *Migration and Security in International Law, Migration and International Legal Norms*, TMC Asser Press, (2003), p.88.

⁴⁹⁾ IOM, *Essentials of Migration Management - A Guide for Policy Makers and Practitioners*, Volume Three : Irregular Migration, (2004), p.4.

(2) 성격

‘불법’이라는 용어와 관련하여 불법이민자 또는 불법체류 외국인을 이민관리의 차원을 넘어서 형사법상 범죄자로 보는 견해가 있다. 이 견해에 의하면 불법이민(illegal immigration)의 경우에는 그 접두사에 해당되는 불법(illegal)이 지니는 법적 함의로 인해 불법체류 외국인이 ‘범죄자’에 해당하며 불법이민 또는 불법체류를 범죄 현상으로 보고, 경찰관직무집행법에 의한 임의수사인 일반경찰의 불심검문을 강제수사로 전환하여 외국인이 불심검문에 불응할 때에는 지문채취·사진촬영을 강제하자는 것이다.⁵⁰⁾ 그러나 불법이민 또는 불법체류는 형사범이 아니라 후술할 이민행정법에 해당하므로 불법체류 외국인에 대한 임의수사인 불심검문을 강제수사로 전환하자는 견해는 부적절하다고 본다.

(3) 유형

불법이민자 또는 불법체류 외국인은 밀입국자, 이민법상 부여된 체류기간을 초과한 자, 미리 법무부장관의 체류자격 외 활동허가를 받지 않고 그 체류자격에 해당하는 활동과 다른 체류자격에 해당하는 활동을 한 자 등을 포괄하는 개념이다.⁵¹⁾

불법체류 외국인의 유형에 구직활동을 하는 실업자까지 포함하려는 견해가 있다. 이 견해에 의하면 외국인이 취업활동이 가능한 사증을 발급 받지 않았음에도 그 체류기간의 초과 여부를 불문하고 대한민국 내에서 구직활동을 하는 경우에도 불법체류 외국인의 범위에 속하게 된다.⁵²⁾ 그러나 이 견해는 불법체류 또는 불법취업의 예비·음모를 인정하는 것이며, 그 외국인의 내심을 파악하기가 어려우므로 타당하지 않다고 본다. 다만 취업활동을 할 수 있는 체류자격을 가지지 아니한 외국인의 고용을 업으로 알선·권유한 자는 3년 이하의 징역이나 금고 또는 2천만원 이하의 벌금에 처하고(출입국관리법 제94조 제10호), 취업활동을 할 수 있는 체류자격을 가지지 아니한 외국인의 고용을 알선·권유한 자는 500만원 이하의 벌금에 처하게 된다(출입국관리법 제97조 제1호).⁵³⁾

50) 김택수, 불심검문과 불법체류자 단속절차의 연계방안, 연세대학교 법학연구원 법학연구, (2011), pp.43~44, p.60.

51) 노재철, 미등록외국인근로자의 문제점과 해결방안, 노동법논총 제18집, (2010), p.40.

52) 위 논문, p.40.

53) 출입국관리법 제18조(외국인 고용의 제한)

(4) 구별개념

불법이민자 또는 불법체류 외국인과 유사한 용어로는 미등록 외국인(undocumented foreigners, undocumented immigrants), 비정규 이민자(irregular immigrants), 비밀 이민자(clandestine immigrants) 등이 사용된다.

학계·시민단체 및 국제기구 등에서는 불법이민자 또는 불법체류 외국인이라는 용어 사용을 기피한다. 예를 들어 1986년 노벨평화상 수상자 엘리 위젤(Elie Wiesel)은 인간은 그 존재로서 불법(illegal)일수 없다고 하면서, ‘불법(illegal)’이라는 용어가 지닌 부정적 개념은 이민자가 거주국가의 경제, 사회, 문화 등에 기여하는 부분을 간과시킬 우려가 있고, 다수의 외국인이 인신매매 또는 송출업체에 의해 착취될 상황에 처하게 되는 희생자로 된다는 점이 무시된다고 설명한바 있다.⁵⁴⁾ 그러나 미등록 외국인(undocumented foreigners, undocumented immigrants)의 경우에는 관광객, 유학생 등이 재외공관으로부터 발급받은 합법적이고 유효한 사증을 소지하여 국내에 입국한 후에, 그 체류자격에 해당하지 않는 분야에 활동 또는 취업하는 것까지를 포함하지 못하는 한계가 있다.⁵⁵⁾ 출입국관리법에서는 ‘불법’이라는 법률용어를 사용하고 있다.⁵⁶⁾

2. 이민행정법 및 이민행정벌

(1) 이민행정법

각종 행정법규에는 행정목적 달성을 위하여 여러 가지 의무를 두고 그 실효성을 확보하기 위하여 그 위반에 대한 제재 또는 처벌을 규정하고 있다. 이와 같이 특

① 외국인이 대한민국에서 취업하려면 대통령령으로 정하는 바에 따라 취업활동을 할 수 있는 체류자격을 받아야 한다.

④ 누구든지 제1항에 따른 체류자격을 가지지 아니한 사람의 고용을 알선하거나 권유하여서는 아니 된다.

54) Piyasiri Wickramasekera, *Asian Labour Migration : Issues and Challenges in an Era of Globalization*, INTERNATIONAL LABOUR OFFICE INTERNATIONAL MIGRATION PAPERS 57, (2002), p.1.

55) 설동훈, 국내 불법체류 외국인의 적정 규모 추정, 법무부 출입국관리국 정책연구보고서, 문중인쇄, (2006), p.75.

56) 출입국관리법 제12조의3에서는 ‘불법으로 입국 또는 출국’, 출입국관리법 제81조 제2항에서는 ‘외국인의 불법입국’, 출입국관리법 제90조의2에서는 ‘불법취업 외국인’라고 규정하고 있다.

정한 행정목적을 위해 정해진 법규에 위반하는 행위로서, 그 행위 자체는 반사회성·반도덕성을 갖지 않으나 법규에 정한 명령·금지에 위반되기 때문에 위법성을 갖게 되는 범죄를 행정범(行政犯)이라고 한다. 다시 말해 행위자의 행위를 중심으로, 법규에서 정한 의무를 위반하여 다음에서 설명할 행정벌이 부과하여지는 행위를 행정범이라고 말한다.⁵⁷⁾ 행정범은 행위 그 자체가 반사회적·반도덕적 성격을 띠는 자연범(自然犯)에 대응한 것으로, 행위 그 자체는 윤리적으로 무색(無色)이나 법률에 정해진 범죄를 범했다는 뜻에서 법정범(法定犯)이라고도 할 수 있다. 따라서 이민법이 추구하는 행정목적 달성을 위하여 법규에 정한 명령·금지를 위반하여 행정벌이 과하여지는 행위를 ‘이민행정범’이라고 칭할 수 있다.

이하에서는 이민행정범은 이민행정형벌 또는 이민행정질서벌이 부과하여지는 행위로 구분하여 상술하기로 한다.

(2) 이민행정벌

1) 의의

행정법상의 의무 위반에 대하여 일반통치권에 의거하여 과하는 제재로서 법령에 규정된 벌 내지 벌칙규정을 강학상 행정벌(行政罰)이라고 말한다. 행정벌은 형법상의 형벌을 그 제재로서 과하여지는 ‘행정형벌’ 및 형법상의 형벌이 아닌 제재가 과하여지는 ‘행정질서벌’로 구분된다.⁵⁸⁾ 행정형벌과 행정질서벌은 다 같이 행정법령을 위반한 것에 대한 제재라는 점에서는 같다.⁵⁹⁾ 그러나 헌법재판소는 행정법규 위반행위에 대하여 행정형벌을 부과할 것인가 아니면 행정질서벌을 부과할 것인가는 기본적으로 입법재량에 속하는 문제로 보고 있다.⁶⁰⁾ 이민법에서는 외국인의 출입국관리 등에 관하여 그 행정목적 달성을 위하여 여러 의무를 두고 있는데 당사자가 이민법상의 의무를 위반한 경우에 이민법상 제재로서 처벌, 즉 이민행정벌을 규정하고 있다. 따라서 이민행정벌은 그 처벌의 종류·내용에 따라 이민행정형벌 및 이민행정질서벌로 구분될 수 있다.

57) 김동희, 행정법 I, 박영사, (2010), pp.479~480.

58) 김동희, 행정법 I, 박영사, (2010), pp.479~480.

59) 대법원 1969. 7. 29. 자 69마400 결정 【과태료결정에대한재항고】

60) 김동희, 행정법 I, 박영사, (2010), pp.479~480 ; 헌재 1994.4.28, 91헌마14

이민행정벌은 당사자의 자유와 재산에 침해할 초래하므로 이민행정벌의 부과는 헌법 제37조 제2항에 따라 법적 근거를 필요로 한다.⁶¹⁾ 따라서 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 당사자의 자유와 재산을 제한할 수 있다. 단, 제한하는 경우에도 그 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.

2) 이민행정형벌

(가) 의의

이민행정형벌이란 이민법상의 의무 위반에 대한 제재로 형법에 형명이 있는 형벌⁶²⁾이 부과되어지는 행정벌을 말한다. 즉 제재로서의 처벌을 중심으로, 이민행정벌이란 이민행정법에 이민법상의 의무를 위반한 경우에 형법상의 형벌이 과하여지는 이민법상 제재로서의 처벌을 말한다. 출입국관리법에서는 출입국관리법에 의해 형사처벌 또는 통고처분에 해당되는 죄를 범하였다고 인정되는 자를 ‘출입국사범’이라고 한다. 이민행정형벌에는 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 형법총칙이 적용된다(형법 제8조).⁶³⁾ 이민행정형벌은 그 행정법규 위반이 직접적으로 행정목적과 사회공익을 침해하는 경우에 과하여지는 것이므로 그 이민행정형벌을 과하는데 있어서 고의 또는 과실을 필요로 한다.⁶⁴⁾

이민형법에 따라 이민행정형벌에 부과되는 형벌의 종류로는 징역, 금고, 벌금으로만 규정되어 있다(「출입국관리법」, 「여권법」, 「결혼중개업의 관리에 관한 법률」, 「외국인근로자의 고용 등에 관한 법률」). 이민행정형벌에는 이민행정질서벌에 부과하는 과태료는 제외된다.

(나) 특수성 : 형사벌과의 구별

이민행정형벌과 형사벌을 구별하는 실익은 형법총칙이 이민행정형벌에 그대로 적

61) 홍정선, 경찰 행정법, 박영사 (2010), p.418 참고

62) 형법 제41조(형의 종류) 형의 종류는 다음과 같다.

1. 사형 2. 징역 3. 금고 4. 자격상실 5. 자격정지 6. 벌금 7. 구류 8. 과료 9. 몰수

63) 형법 제8조(총칙의 적용) 본법 총칙은 타법령에 정한 죄에 적용한다. 단 그 법령에 특별한 규정이 있는 때에는 예외로 한다.

김동희, 2010, 행정법 I, 박영사, (2010), p.483.

64) 대법원 1969. 7. 29. 자 69마400 결정 【과태료결정에대한재항고】 참고

용되는지의 문제, 영장주의가 이민행정형벌에도 적용되는지의 문제, 출입국관리공무원이 특별사법경찰관으로서 검사의 수사지휘를 받아야 되는지의 문제, 출입국관리사무소장 등의 전속적 고발권과 통고처분을 연계한 취지, 법인의 책임을 인정하는 양벌규정의 문제 등에서 관련되어진다. 이민행정형벌이 형사벌과 구별되는 것은 이민행정형벌의 행정범으로서 특수성이 반영되는 것이다.

3) 이민행정질서벌

이민행정질서벌이란 이민법상의 의무 위반에 대한 제재에 해당하지만 형법에 형명이 없는 과태료가 부과되어지는 행정벌을 말한다. 이민행정질서벌은 이민법상의 위반행위가 행정목적은 직접적으로 침해하거나 일반사회의 법익에 직접적으로 영향을 주는 것이 아니라, 다만 행정목적은 달성하는데 장애가 되는 정도의 비행인 경우에 과하여지는 것이다. 단순한 신고의무를 위반한 자 등에 해당하는 자는 이민행정질서벌의 위반자에 해당한다고 본다. 예를 들어 출입국관리법 제100조가 이에 해당된다. 이민행정질서벌에는 형법총칙이 적용되지 않고, 그 과벌 절차는 특별한 규정이 없는 한 질서위반행위규제법이 정하는 바에 의한다.⁶⁵⁾ 이민행정질서벌인 과태료는 행정목적이나 사회공익을 직접적으로 침해하는데까지는 이르지 않고, 다만 간접적으로 행정상의 질서에 장애를 줄 위험성이 있는 정도의 단순한 의무태만에 대한 제재로 과하여지는데 불과하므로 다른 특별한 규정이 없는 한 원칙적으로 고의 또는 과실을 필요로 하지 않는다.⁶⁶⁾

3. 불심검문

(1) 의의

불심검문(직무질문이라고도 한다) 출입국관리공무원이 거동이 수상한 자를 발견한 때에는 이를 정지시켜 질문하는 것을 말한다.⁶⁷⁾ 출입국관리법에서는 “출입국관리공무원은 거동이나 주위의 사정을 합리적으로 판단하여 이 법을 위반하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 외국인에게 정지를 요청하고 질문할 수 있다.”라고 규정하여

65) 김동희, 행정법 I, 박영사, (2010), pp.479-480.

66) 대법원 1969. 7. 29. 자 69마400 결정 【과태료결정에대한재항고】 참고

67) 이재상, 형사소송법, 박영사, (1998), p.181.

(출입국관리법 제81조 제3항), 외국인에 대한 불심검문을 인정하고 있다.

(2) 법적성격

불심검문의 성격은 불심검문을 통하여 이민행정법의 혐의가 있으면 이민행정법의 조사 또는 수사가 개시되는 조사 또는 수사의 단서가 된다. 즉 불심검문은 그 대상자인 이민행정법이 특정되었는지에 따라 이민행정법의 조사 또는 수사와 구별된다. 불심검문은 이민행정법이 발각되기 전에 이민행정법의 조사 또는 수사의 단서가 될 뿐만 아니라, 특정한 이민행정법에 대한 범죄혐의가 발각되지 않은 때에는 이민행정법 발견의 계기가 된다는 점에서 조사 또는 수사와 밀접한 관련성을 가진다.⁶⁸⁾

출입국관리법에 의한 불심검문은 상대방의 동의를 전제로 하는 임의조사인 동향조사의 하나이고, 신분을 확인하는 사실행위로서 행정조사의 성질을 갖는다.⁶⁹⁾ 따라서 출입국관리공무원은 상대방의 명시적 또는 묵시적 의사에 반하는 강제력을 통하여 행정조사의 목적을 달성할 수는 없다.⁷⁰⁾

(3) 주체

1) 의의

출입국관리법에서는 불심검문을 행하는 주체로 출입국관리공무원을 규정하고 있다(출입국관리법 제81조 제3항). 따라서 출입국관리법을 위반하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 외국인 또는 출입국관리에 관한 범죄와 경합범 관계에 있는 범죄에 대한 불심검문의 주체는 출입국관리공무원만이 된다.

2) 주체의 경합

반면에 경찰관직무집행법에서는 불심검문의 주체로 경찰관을 규정하고 있다(경찰관직무집행법 제3조 제1항).⁷¹⁾ 따라서 출입국관리법 또는 경찰관직무집행법에 따라 불

68) 위의 책, p.181 참고

69) 홍정선, 경찰 행정법, 박영사 (2010), p.246 참고

70) 김택수, 불심검문과 불법체류자 단속절차의 연계방안, 연세대학교 법학연구원 법학연구, (2011), p.46.

71) 경찰관직무집행법 제3조(불심검문) 제1항에서는 “경찰관은 수상한 거동 기타 주위의 사정을 합리적으로 판단하여 어떠한 죄를 범하였거나 범하려 하고 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 자 또는 이미 행하여진 범죄나 행하여지려고 하는 범죄행위에 관하여 그

심검문의 주체가 다르게 된다.

출입국관리법에서 불심검문의 주체를 출입국관리공무원에게만 한정하고 있지만, 이것이 경찰관이 경찰관직무집행법에 의한 불심검문의 절차에 따라 출입국관리법을 위반하였거나 위반하려 하고 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 외국인을 정지시켜 질문할 수 있는 것을 배척하는 것으로는 해석되지 않는다.⁷²⁾ 다만 누구든지 출입국관리법을 위반한 것은 형사범에 해당하는 것이 아니라 출입국관리법을 위반한 이민행정법에 해당하는 것이므로 형사범과는 달리 취급되어야 한다.⁷³⁾ 따라서 경찰관이 경찰관직무집행법에 따른 불심검문의 절차에 의해 출입국관리법을 위반하였거나 위반하려 하고 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 사건을 입건하였을 때에는 지체 없이 관할 출입국관리사무소장·출장소장 또는 외국인보호소장에게 인계하여야 한다(출입국관리법 제101조 제2항). 여기에서의 ‘인계’는 출입국관리법에 따른 사건의 인계이지만, 형사소송법 제238조에서 규정된 송부와 마찬가지로 수사서류·증거물의 이첩 및 신병의 인도를 포함하는 것으로 해석된다.⁷⁴⁾

경찰관직무집행법은 국가경찰공무원의 직무수행에 필요한 사항을 일반적으로 규정하고 있지만,⁷⁵⁾ 출입국관리법 등 다른 법률에서 경찰관직무집행법의 내용을 배제하거나 별도로 규정하는 내용이 있는 경우에는 출입국관리법 등 다른 법률이 우선하여 적용된다. 형사소송법에 의하면 출입국관리 또는 이민 등 특별한 사항에 관하여는 사법경찰관의 직무를 행할 자와 그 직무의 범위는 법률로써 정한다고 하고(형사소송법 제197조), 이에 따라 「사법경찰관리의 직무를 수행할 자와 그 직무범위에 관한

사실을 안다고 인정되는 자를 정지시켜 질문할 수 있다.”라고 규정하고 있다.

72) 김택수, 불심검문과 불법체류자 단속절차의 연계방안, 연세대학교 법학연구원 법학연구, (2011), p.50.

73) 김수원, 불법체류 외국인과의 인권 - 단속과 보호를 중심으로 -, 한독사회과학회 한독사회과학논총 제18권 제1호, (2008), p.318.

74) 김택수, 2011, 불심검문과 불법체류자 단속절차의 연계방안, 연세대학교 법학연구원 법학연구, (2011), p.51.

형사소송법 제238조 (고소, 고발과 사법경찰관의 조치) 사법경찰관이 고소 또는 고발을 받은 때에는 신속히 조사하여 관계서류와 증거물을 검사에게 송부하여야 한다.

75) 국가경찰공무원이란 국가사무로서의 경찰사무를 수행하기 위해 국가가 설치 유지하는 경찰을 말한다. 국가경찰공무원에 반대되는 개념으로는 지방자치단체경찰공무원이 있다. 지방자치단체경찰공무원이란 지방자치단체사무소로서의 경찰사무를 수행하기 위해 지방자치단체가 설치 유지하는 경찰을 말한다(홍정선, 2010, 경찰 행정법, 박영사 (2010), pp.32~33).

법률」에서는 출입국관리공무원은 특별사범경찰관리로서 출입국관리에 관한 범죄와 경합범 관계에 있는 형법 제225조부터 제240조까지의 규정에 해당하는 범죄, 여권법 위반범죄, 밀항단속법 위반범죄에 관하여 사범경찰관리로서의 직무를 수행한다(사범경찰관리의 직무를 수행할 자와 그 직무범위에 관한 법률 제3조 제5항).

제6장 외국인정책의 주요쟁점4 : 외국인력제도

I. 단순외국인력의 활용

1. 의의

단순외국인력의 개념을 명확히 내리기는 매우 모호하고 어렵다. 쉽게 말하면, 단순외국인력이란 전문외국인력의 개념 밖의 범주에 있는 외국인력이라고 말할 수 있다. 외국인근로자 고용법 제2조(외국인근로자의 정의) 및 동법 시행령 제2조(적용 제외 외국인근로자)에 의하면, 단순외국인력은 ‘외국인근로자’라고도 말한다. 단순외국인력에 해당하는 영문 용어로는 "low migrant worker", "semi-skilled migrant worker", "unskilled migrant worker"가 주로 사용된다. 본 글에서는 "semi-skilled migrant worker"라는 용어를 택하기로 한다. 대다수의 외국인근로자는 그 수행하고 있는 업무의 성질에 상관없이 일정한 어느 정도의 기초 기술(basic skill)을 가지고 있기 때문이다.⁷⁶⁾

2. 단순외국인력 활용의 유형

단순외국인력을 활용하는 유형으로는 고용허가제도와 노동허가제도로 구분된다. 고용허가제도와 노동허가제도는 단순외국인력 활용의 유형으로 외국인력 고용정책의 한 부분임과 동시에, 사증정책·출입국관리정책과도 관련을 가지며 이민정책과도 밀접한 관련성을 가지는 것이다.⁷⁷⁾ 이민정책은 외국인력의 규모, 도입업종 및 외국인력

⁷⁶⁾ IOM, World Migration 2008 - Managing Labour Mobility in the Evolving Global Economy, Volume 4-IOM World Migration Report Series, (2008), p.78.

⁷⁷⁾ 하갑래, 외국인고용허가제의 변천과 과제, 한국비교노동법학회 노동법논총 제22집, (2011) 참고, 외국인력정책은 출입국관리정책으로부터 분리된 고용정책의 영역이라는 견해를 제

의 통합 등을 포함하는 광의의 개념이기 때문이다. 이하에서는 고용허가제도 및 노동허가제도의 내용과 특징을 간단히 살펴보기로 한다.

(1) 활용유형

고용허가제이란 내국인력 구인노력에도 불구하고 내국인근로자를 구하지 못한 사용자가 정부로부터 특정한 단순외국인력을 고용할 수 있도록 허가를 받고, 외국인근로자는 그 사용자와 근로계약을 체결한 후에 입국하여 합법적인 근로자 신분으로 고용되는 제도를 말한다.⁷⁸⁾ 외국인근로자가 입국하기 전에 사용자와 근로계약을 체결한다는 점에서 노동허가제도와는 구별된다.

노동허가제이란 일정한 요건을 갖춘 외국인력이 국내에서 취업할 수 있는 노동허가를 받아 입국 한 후에, 외국인근로자가 원하는 사업장에서 근로를 제공하는 제도를 말한다.⁷⁹⁾ 외국인근로자가 미리 사용자와 근로계약을 체결하지 않고 입국하여 구직을 한다는 점에서 고용허가제도와는 구별된다. 따라서 노동허가제도는 고용허가제도에 비하여 상대적으로 외국인근로자의 사업장 이동을 넓게 인정하고, 취업활동기간도 길다.⁸⁰⁾

(2) 대한민국에의 적용

대한민국은 단순외국인력 활용의 유형으로 원칙적으로 고용허가제를 채택하고, 외국국적동포에 한하여 노동허가제적 요소를 가미하고 있다.⁸¹⁾ 따라서 고용허가제도에서는 외국인근로자는 사업주와 근로계약을 체결하여야 국내에 입국할 수 있게 된다. 반면에 외국적동포의 특례고용허가제도에 대해서는 이를 ‘방임적 노동시장정책’이라

시하고, 그 근거로서 외국인근로자 고용법의 목적조항(제1조)을 들고 있다.

78) 유길상, <고용허가제 시행 3년에 대한 평가 및 발전방향>, <고용허가제 시행 3주년 기념> 동아시아의 저숙련 외국인력정책, (2007), p.5 ; 하갑래, 근로기준법, (주)중앙경제 제22판, (2010), p.911; 하갑래, 외국인고용허가제의 변천과 과제, 한국비교노동법학회 노동법논총 제22집, (2011), p.336.

79) 하갑래, 근로기준법, (주)중앙경제 제22판, (2010), p.911.

80) 하갑래, 외국인근로자 활용제도에 관한 입법론적 연구, 동국대학교 대학원 박사논문, (2003), p.9.

81) 하갑래, 근로기준법, (주)중앙경제 제22판, (2010), p.911 ; 하갑래, 외국인고용허가제의 변천과 과제, 한국비교노동법학회 노동법논총 제22집, (2011), p.337.

고 비판적인 입장이 있다.⁸²⁾

II. 특례고용허가제도 (외국국적동포 고용관리)

1. 의의

특례고용허가제이란 건설업, 서비스업, 제조업, 농업, 어업으로서 외국인력정책위원회에서 정한 사업장의 사용자가 이미 입국한 ‘외국국적동포’를 고용할 수 있도록 허용하는 제도를 말한다(외국인근로자 고용법 제12조 제1항). 외국인근로자 고용법에서는 사용자가 건설업, 서비스업, 제조업, 농업, 어업에 취업하려는 이미 입국한 ‘외국국적동포’를 고용할 수 있는 외국인근로자 고용의 특례를 인정하고 있다. 특례고용허가제도에 의해 입국하는 외국인은 방문취업(H-2)의 체류자격에 해당하는 자이다(외국인근로자 고용법 시행령 제19조).

2. 도입취지

단순외국인력의 도입은 국내인력난 해소에 단기적으로 도움을 줄 수는 있으나, 단일한 문화와 혈통주의가 강한 대한민국에서 단순외국인력의 유입이 증가하고 이들의 장기간 체류로 인하여 대한민국의 정치·경제·사회·문화적 통합비용 및 복지비용이 증가하게 된다. 국내인력의 부족문제를 해결하고 민족공동체의 발전에 기여하기 위해 대한민국에 유입하는 외국인력 중에서 외국국적동포의 비중을 늘려 재외동포인력을 적극적으로 활용하는 방안이 장기적 관점에서 바람직하다는 견해가 있다.⁸³⁾ 이 견해에 의하면 특례고용허가제도는 역사적 배경을 감안하여 외국국적동포에게 국내에서의 취업을 지원하기 위한 것이다.⁸⁴⁾

3. 국적에 의한 차별금지 위반여부

(1) 의의

82) 전형배, 외국인근로자 고용정책, 저스티스 제109호, 한국법학원, (2009), p.295 참고.

83) 윤인진, 장래 우리나라 인력난 문제 해결 및 재외동포 인력 활용방안, 법무부 출입국관리국 정책연구 보고서, (2006), p.8.

84) 하갑래, 최태호, 외국인 고용과 근로관계, ㈜중앙경제, (2005), p.185 참고

외국인근로자 고용법 제12조에서는 “ i) 건설업으로서 외국인력정책위원회가 일용근로자 노동시장의 현황, 내국인근로자 고용기회의 침해 여부 및 사업장 규모 등을 고려하여 정하는 사업 또는 사업장, ii) 서비스업, 제조업, 농업 또는 어업으로서 외국인력정책위원회가 산업별 특성을 고려하여 정하는 사업 또는 사업장에 해당하는 사업 또는 사업장의 사용자는 직업안정기관의 장으로부터 특례고용가능확인을 받은 후 ‘대통령령으로 정하는 사증을 발급받고 입국한 외국인’으로서 국내에서 취업하려는 자를 고용할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 여기에서 ‘대통령령으로 정하는 사증을 발급받고 입국한 외국인’이란 출입국관리법 시행령 별표 1 중 방문취업(H-2)의 체류자격에 해당하는 자를 말한다(외국인근로자 고용법 시행령 제19조).

외국인근로자 고용법 제12조에서는 건설업 및 서비스업, 제조업, 농업 또는 어업에 취업할 수 있는 대상자를 ‘대통령령으로 정하는 사증을 발급받고 입국한 외국인’이라고 규정하고 있으므로, 외국인근로자 고용법의 규정 자체만으로는 평등권 위반의 문제가 발생하지 않는다. 그러나 외국인근로자 고용법 시행령에서 방문취업(H-2)의 체류자격이라고 대상자를 한정하고 있으므로 외국국적동포와 일반 외국인 간에 차별의 문제가 발생할 소지가 있다. 다시 말해 외국국적동포에 비하여 일반 외국인이 차별대우를 받는지의 문제이기도 하다. 외국국적동포에 한하여 사용자와 근로자계약을 체결하지 않고 대한민국에 입국하여 구직하는 것을 허용하고, 사업장 이동을 넓게 인정하는 것이 「시민적·정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights, B규약)」 제26조에 규정된 "모든 사람은 법 앞에 평등하고 어떠한 차별도 없이 법의 평등한 보호를 받을 권리를 가진다. 이를 위하여 법률은 모든 차별을 금지하고, 인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치적, 또는 기타의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 기타의 신분 등의 어떠한 이유에 의한 차별에 대하여도 평등하고 효과적인 보호를 모든 사람에게 보장한다."와 「1965년 모든 형태의 인종차별 철폐에 관한 국제협약(International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination)」 제4조 (c)에 규정된 "국가 또는 지방의 공공기관이나 또는 공공단체가 인종차별을 촉진시키거나 또는 고무하는 것을 허용하지 아니한다."라는 국제인권법에 위반되는지가 문제된다.

(2) 견해의 대립

일반 외국인에 비하여 외국국적동포를 우대하는 것에 대하여는 역사적 유대관계에 근거하여 외국국적동포를 일반 외국인과는 달리 합리적으로 우대하는 것이라는 견해와 출신국가(national origin 또는 민족)를 이유로 외국국적동포보다 일반 외국인이 불합리하게 차별받는 것이라는 견해로 구분할 수 있다. 이하에서는 외국국적동포를 일반 외국인과는 달리 합리적으로 우대하는 것이라는 견해를 살펴보기로 한다.

외국국적동포를 역사적 유대관계에 근거하여 일반 외국인과는 달리 합리적으로 우대하는 것이라는 견해는 외국인근로자 고용법 시행령 제19조가 일반 외국인에 대한 차별적인 조치로 보일 수는 있으나, 이러한 차별은 합리적이고 객관적인 사유에 근거하고 있으므로 인종 또는 국적에 의한 차별을 금지한 국제인권법에 위반되지 않는다는 것이다. 그 논거로는 i) 외국인의 입국 또는 체류에 대한 결정은 국내문제의 범위가 축소되어 국제문제의 범위가 확장되는 추세이지만, 여전히 국가의 재량적 판단이 크게 작용하는 분야이다. ii) 국가가 외국국적동포를 일반 외국인에 비하여 편의와 우대를 부여하는 것은 국가의 재량적 이민정책에 속한다. iii) 「재외동포의 출입국 및 법적지위에 관한 법률」에 따라 중국 등 외국국적동포를 대상으로 포용정책의 차원에서 특별한 혜택을 부여하는 것이지 비동포인 일반 외국인을 차별하는 것은 아니다.⁸⁵⁾ iv) 동포 포용정책을 통해 장래에 남·북한의 통일시대를 준비하기 위한 것이다.⁸⁶⁾ v) 국가가 국민정서를 고려하여 외국국적동포와의 긴밀한 역사적 유대관계를 강화하기 위해 노력하는 것은 바람직한 것이며, 국제인권법이 이를 금지한다고는 보이지 않는다. vi) 외국국적동포는 단순히 외국인으로 간주될 수 없다는 특수한 사정이 있고,⁸⁷⁾ 외국국적동포에 대해 우대조치를 하는 것은 세계적인 추세라는 입장을 제시한다.

85) ‘국가인권위원회 결정례 2012.4.24자 11진정0147700 재외동포 고충해소 합법화 조치로 인한 비동포 외국인에 대한 차별’ 중에서 피진정인인 법무부장관의 주장 요지이다.

86) 이규용 외 4인, 외국인력 노동시장 분석 및 중장기 관리체계 개선 방향 연구, 한국노동연구원, (2006), p.320.

87) 이학춘, 外國人勤勞者의 法的地位, 한국비교노동법학회 勞動法論叢 第九輯, 329~346쪽, (2006), p.344.

제7장 외국인정책의 주요쟁점5 : 국적제도

I. 출입국관리와 국적의 연계 - 통합이민법

출입국관리법에서는 ‘국민’이란 대한민국의 국민을 말하고(출입국관리법 제2조 제1항), ‘외국인’이란 대한민국의 국적을 가지지 아니한 자를 말한다(출입국관리법 제2조 제2항). 그리고 국적법에서는 대한민국의 국민이 되는 요건을 정함을 그 목적으로 한다(국적법 제1조). 출입국관리법과 국적법은 국민 또는 외국인에 대한 출입국관리, 외국인에 대한 체류관리 및 법적지위 및 국적의 취득·상실 등에 관한 내용을 주로 다루고 있다. 즉 출입국관리법과 국적법 등으로 이루어진 이민법에서는 자연인의 국가간 이동, 국가의 구성원이 되기 위한 요건, 구성원이 가지는 법적지위를 규율한다.

국민과 외국인의 구별에 따라 이민법의 적용조항, 외국인 지위의 적용이 다르게 된다. 출입국관리법과 국적법은 그 적용 대상자가 대한민국의 국적을 가지고 있는지에 따라 그 적용조항 등에서 차이가 발생하게 된다. 국적법이 출입국관리법에 영향을 미치는 적용례를 들어 보면, 대한민국의 국민은 외국에서 본국으로 귀국할 경우에 입국이 금지 또는 거부되지 않고, 대한민국 내에서 출입국관리법을 위반할지라도 대한민국의 밖으로 강제퇴거 되지는 않다. 따라서 그 자가 대한민국의 국적을 보유하고 있는지에 따라 출입국관리법의 적용조항이 다르게 된다. 반면에 출입국관리법이 국적법에 영향을 미치는 적용례를 들어 보면, 외국인이 일반귀화 허가를 받기 위해서는 5년 이상 계속하여 대한민국에 주소가 있어야 하는데, 이것은 그 외국인이 대한민국에 적법하게 입국하여 외국인등록을 마친 후 합법적인 체류자격으로 5년 이상 거주한 것을 의미한다(국적법 제5조 제1항).

그러나 출입국관리법과 국적법은 하나로 통합되어 규정되지 않고, 각각 별개의 법률로 존재하고 있다.⁸⁸⁾ 이민법 체계에서 두개의 법률이 각각 별개로 제정되어 시행되고 있으나, 출입국관리법과 국적법은 동전의 양면과 같이 상호작용하여 그 적용영역, 적용 대상자, 적용절차, 적용효과 등에서 밀접한 관련성을 가지고 있다. 예를 들

⁸⁸⁾ 외국의 입법례에 의하면, 이민을 적극적으로 받아 드리는 미국 등 주요 이민국가에서는 출입국관리법과 국적법이 서로 통합되어, 통합된 이민법으로 국민 및 외국인의 출입국관리, 외국인의 체류, 국민이 되는 자격요건, 통합을 위한 노력 등을 규정하고 있다.

어 출입국관리법의 적용영역, 적용 대상자, 적용절차, 적용효과 등은 출입국관리법이 적용되는 자가 대한민국의 국적을 가지고 있는냐를 기초로 한다.⁸⁹⁾ 그리고 출입국관리법 제5장 제2절 ‘사회통합프로그램’에 법적근거를 두고 있는 이민자 통합교육은 대한민국의 국적취득과 연결되어 출입국관리법과 국적법은 기능적으로 연계된다. 즉 출입국관리법과 국적법은 대한민국에 필요한 새로운 구성원을 확보하고 이들이 통합 되도록 하는데 필요한 법적기능을 갖추고 있다.

II. 출생에 의한 국적취득의 기본원칙

1. 의의

국적법에서는 국적을 취득하는 방법을 출생에 의한 국적취득(선천적 국적취득) 및 출생에 의하지 않는 국적취득(후천적 국적취득)으로 크게 구분한다. 참고로 외국인이 대한민국의 국민과 결혼하는 것은 대한민국의 국적을 취득하기 위한 후천적 국적취득의 요인에 해당하지만, 국적취득을 위한 직접적인 방법에는 해당하지 않는다. 그 이유는 외국인이 대한민국의 국민과 결혼했다는 사실 자체만으로는 대한민국의 국적을 자동적으로 바로 취득하는 것은 아니기 때문이다.

국적을 취득하는 방법은 출생과 더불어 국적을 취득하는 것이 일반적이므로, 출생에 의한 국적 취득(선천적 국적취득)에 영향을 미치는 국적취득의 기본원칙이 중요한 의미를 가진다.⁹⁰⁾ 선천적 국적취득이란 출생(birth) 그 자체를 원인으로 하여 출생과 동시에 국적을 취득하는 것을 말한다. 이를 ‘생래적 국적취득’⁹¹⁾이라고도 한다. 반면에 출생에 의하지 않는 국적취득(후천적 국적취득)의 대표적인 유형으로는 귀화제도가 있다. 귀화제도에 대해서는 후술하기로 한다. 이하에서는 출생에 의한 국적취득(선천적 국적취득)의 기본원칙을 살펴보기로 한다.

2. 새로운 접근방법 - 세대적 접근방법(generational Approach)

89) 법무부, 국적취득제도에 관한 비교법적 연구-미국, 일본, 중국의 국적취득제도를 중심으로, 연구용역 보고서, (2002), p.20.

90) 법무부, 국적취득제도에 관한 비교법적 연구-미국, 일본, 중국의 국적취득제도를 중심으로, 연구용역 보고서, (2002), p.28.

91) 석동현, 국적법, 법문사, (2011), p.37.

(1) 전통적 접근방법에 대한 견해

출생에 의한 국적취득의 기본원칙 또는 표준적 접근방법으로 제시된 출생지주의(속지주의) 및 혈통주의(속인주의)의 구별이 일반적으로 생각하는 것과는 달리 실제로는 그다지 중요하지 않다는 T.Alexander Aleinikoff and Douglas Klusmeyer의 견해가 있다.⁹²⁾ 그 이유는 대다수의 사람은 그의 부모가 국적을 가지는 국가의 영역에서 출생을 기준으로 국적을 취득하기 때문이다. 또한 현대 국가에서는 출생지주의(*ius soli*)와 혈통주의(*ius sanguinis*)의 구별이 명확하지 않다는 것을 이유로 든다. 즉 미국, 영국 등 대다수의 국가는 출생지주의 또는 혈통주의 중에서 하나를 원칙으로 삼고 다른 하나를 보충적으로 채택하는 등 출생지주의와 혈통주의를 혼합하여 채택하고 있다.⁹³⁾ 예를 들어 혈통주의를 채택하고 있는 어떤 국가는 그 국가의 영역에서 출생한 3세대 자녀에게 국적을 부여하고 있다. 따라서 출생에 의해 국적을 취득하는 방법은 현저히 수렴하여 가는 모습을 보이고 있다는 것이다.

국적취득의 기본원칙에 대한 새로운 접근방법은 이와 같은 추세와 수렴현상을 반영하고 있다. 새로운 접근방법은 그 기준으로 세대(*generation*)라는 개념을 채택하고 있다. 이에 의하면 국적취득에 관한 주된 관심은 새로이 입국하여 거주하는 외국인 및 그 직계가족의 구성원(*immediate family members*), 그들 자손의 국적취득 방법에 주로 집중된다.⁹⁴⁾

(2) 세대적 접근방법

제1세대 이민자의 직계가족 및 그 후세대가 체류하는 국가의 국적을 취득하는 것에 대하여는 새로운 질문이 제기된다. 그 이유는 출생지주의 및 혈통주의의 구별이 점점 모호해지거나 수렴되어 가고, 많은 수의 외국인이 국가 간에 이동함에 따라 새로이 체류하는 국가의 사회적 동질성(*social homogeneity*)이 감소되어 다문화사회적 특징이 증가하고 있다. 이에 따라 국가는 국가의 사회적 단결(*national cohesion*) 또는 단일(*national unity*)을 발전·유지하는 과제에 직면하여 있기 때문이다.⁹⁵⁾ 세대적

92) 최근 IOM 등 국제기구의 자료, 외국문헌에서 출생에 의한 국적취득의 원칙으로 세대적 접근방법이 자주 인용되는 추세이다.

93) David Weissbrodt, *Immigration Law and Procedure*, West Group, (2003), p.325.

94) T.Alexander Aleinikoff and Douglas Klusmeyer, *Citizenship policies for an age of migration*, Carnegie Endowment for international peace, (2002), p.7.

접근방법의 예를 들어보기로 한다. 외국인이 다른 국가에 이민하여 본인과 그 후세대가 새로이 언어를 습득하는 과정은 일반적으로 3세대의 패턴을 거친다. 즉 제1세대 이민자들은 주로 성인으로서 그들이 살아가기에 충분한 정도로만 언어를 습득하는 과정을 거친다. 제2세대 이민자들은 그 부모의 언어와 거주하는 국가의 언어를 2중으로 구사하는 과정을 거친다. 제3세대 이민자들은 대체로 그 거주하는 국가의 언어만을 구사하는 과정을 거치게 된다.⁹⁶⁾ 이 경우에 혈통주의 국가가 그 국가에서 출생한 이민자의 제3세대 자녀에게 시민권을 부여한다.

국적에 관한 ‘세대적 접근방법’은 국적 부여를 결정하는 요소로서 ‘세대(generation)’를 그 기준으로 한다. 세대적 접근방법은 제1세대 이민자의 후세대가 국적을 취득하도록 하는 것이 바람직하다는 것으로부터 도출된다. 따라서 제2세대 이민자에게는 거의 자동적으로 국적을 취득할 수 있도록 제안하고, 제3세대 이민자에게는 출생과 동시에 국적을 취득하도록 제안한다. 즉 세대적 접근방법은 혈통주의(jus sanguinis) 원칙을 따르는 국가에게 그 국적정책의 변화를 요구하는 것이다.⁹⁷⁾

제8장 외국인정책의 주요쟁점6 : WTO와 자연인의 이동

I. 서비스무역 및 인력이동

1. 인력이동 논의

1948년 무역과 고용에 관한 유엔회의(the United Nations Conference on Trade and Employment)에서 설립 예정이었던 국제무역기구(ITO : International Trade Organization)는 그 위임을 받아 기술인력(skills)에 대한 주제를 포함하려고 하였다. 국제무역기구(ITO) 창설을 위한 ‘하바나 현장’에는 고용 관련 내용이 포함되었으나, 하바나현장은 발효되지 못하였다.⁹⁸⁾ 그 이후 국제무역기구(ITO)는 설립되지 못하여

⁹⁵⁾ IOM, *Essentials of Migration Management - A Guide for Policy Makers and Practitioners, Volume Three Managing Migration : Migration and Citizenship*, (2004), p.15.

⁹⁶⁾ 임형백, *한국의 다문화사회의 방향 모색*, 제17회 한글문화토론회 - 다문화 담론과 바람직한 외국인정책, (2012), p.41.

⁹⁷⁾ IOM, *Essentials of Migration Management - A Guide for Policy Makers and Practitioners, Volume Three Managing Migration : Migration and Citizenship*, (2004), p.15.

기술인력(skills)의 이동에 대한 논의는 우루과이라운드 협상(1986년~1994년) 전까지 40여년 동안 국제무역체계의 밖으로 밀려 나가 되었다. 세계무역기구(WTO : World Trade Organization)가 설립되기 이전 시기인 1947년에서 1994년까지는 「관세 및 무역에 관한 일반협정(GATT : the General Agreement on Tariff and Trade)」에 의해 규율되었던 시대로, 당시에는 외국인력(workers)과 전문가(professionals)에 대하여 관심을 거의 두지 않았다.⁹⁹⁾

현재 국제무역을 규율하는 무역체제는 세계무역기구(WTO)이다. 세계무역기구(WTO)는 1947년에 설립된 이래 세계무역질서를 이끌어온 GATT체제의 문제점을 해결하고 기존 GATT체제를 대신할 새로운 다자간 세계무역질서를 세우고자 1986년부터 시작된 우루과이 라운드 협상(UR : Uruguay Round of Multinational Trade Negotiation)을 통하여 1995년 1월 1일에 출범되었다. 세계무역기구(WTO)의 설립을 위하여 열린 1986년에서 1994년 사이의 우루과이라운드(UR) 협상 동안에 기술인력(skills)에 대한 주제가 다시 논의되기 시작하였다. WTO는 관세 인하뿐만 아니라 시장 개방의 확대, 서비스 등 새로운 규범의 제정 등을 통해 세계 각국 간의 교역을 확대하기 위하여 결정되었다. WTO 체제하에서는 「서비스무역에 관한 일반협정(GATS : General Agreement on Trade in Services)」 등을 통하여 다자간 국제무역에서 자연인의 국경간 이동을 최초로 규율하고 있다. 이하에서는 「서비스무역에 관한 일반협정」을 중심으로 서비스무역의 내용을 살펴보기로 한다.

2. 서비스무역의 유형(Modes)

WTO 서비스무역에 관한 일반협정(GATS : General Agreement on Trade in Services)에 따라 국가 간에 서비스무역에 관한 분류는 4가지로 분류된다. GATS 제1조 제2항에서는 서비스무역의 4가지 유형(Modes)을 아래와 같이 분류한다. 그리고 한-인도 CEPA 제6.1조에서는 GATS의 4가지 유형을 그대로 원용하고 있다. GATS에 따른 서비스무역의 유형을 살펴보기로 한다.

제1유형(Mode1)은 ‘서비스의 국경간 공급(Cross-border Supply)’이라고 하며, 어느

98) 외교통상부, 세계화와 국제경제 관리체계 - 무역과 이동, (2002), p.115.

99) T.Alexander Aleinikoff & Vincent Chetail, Migration and International Legal Norms, TMC Asser Press, (2003), p.242

한 쪽 당사국의 영역으로부터 다른 쪽 당사국 영역 내로의 서비스 공급(from the territory of one Member into the territory of any other Member)을 말한다. 즉 서비스 공급자(service supplier)가 어느 국가에 있으면서 그 국가의 영역으로부터 다른 국가의 영역으로 인터넷 등 통신수단을 이용하여 서비스의 공급이 이루어지는 형태로서 ‘국경통과 무역’¹⁰⁰⁾이라고도 한다. 예를 들어 인터넷을 통한 원격교육 또는 원격진료 및 국제금융거래, 원고 교정서비스 등이다. 제1유형의 특징은 서비스 공급자가 다른 회원국가의 영토 내에서 주재하지 않는다는 것이며, 전통적인 상품무역에 근접¹⁰¹⁾한다.

제2유형(Mode2)은 ‘서비스의 해외소비(Consumption Abroad)’라고 하며, 어느 한 쪽 당사국의 영역 내에서 그 당사국의 인(人)에 의한 다른 쪽 당사국의 인(人)에 대한 서비스 공급(in the territory of one Member to the service consumer of any other Member)을 말한다. 즉 한 국가의 주권이 미치는 영역 내에서 다른 국가의 서비스 수요자에게 서비스를 공급하는 형태로서 서비스 소비자(service consumer)가 어느 국가로부터 다른 국가로 이동하여 서비스를 받는 방식을 의미한다. 예를 들어 해외여행, 해외유학 또는 의료치료 등이다. 제2유형의 특징은 Mode1의 경우처럼 서비스 공급자가 다른 국가의 영토 내에서 주재하지 않는다는 것이다.

제3유형(Mode3)은 ‘상업적 주재(Commercial Presence)’라고 하며, 어느 한 쪽 당사국의 서비스 공급자에 의한 다른 쪽 당사국의 영역 내에서의 상업적 주재를 통한 서비스 공급(by a service supplier of one Member, through commercial presence in the territory of any other Member)을 말한다. 즉 한 국가의 서비스 공급자(service supplier)가 다른 국가에서 자회사 또는 지점을 설립하여 주재하면서 상업적 성격의 서비스를 공급하는 방식을 의미한다. 예를 들어 자회사 설립 또는 한 국가의 은행이 다른 국가에 지점을 설치하여 은행업(bank)을 하는 경우 등을 들 수 있다. 제3유형의 특징은 서비스 공급자가 다른 회원국가의 영토 내에서 주재하며, 생산요소인 자본과 노동의 이동을 수반¹⁰²⁾한다는 것이다.

100) 송병진, 한미FTA 타결에 대한 역사적 고찰, 한미FTA의 노동시장 파급효과와 노동제도 변화, (주)중앙경제, (2007), p.33

101) 김준동 외, 서비스자유화 협상의 Mode 4 관련 대응방안 연구 : 독립전문기를 중심으로, 서울기획문화사, (2008), p.32.

102) 위의 책, p.33.

제4유형(Mode4)은 ‘자연인의 주재(Presence of Natural Persons)’라고 하며, 어느 한 쪽 당사국의 서비스 공급자에 의한 다른 쪽 당사국 영역 내에서의 자연인의 주재를 통한 서비스 공급(by a service supplier of one Member, through presence of natural persons of a Member in the territory of any other Member)을 말한다. 즉 한 국가의 자연인(natural person)이 서비스의 공급자로서 다른 국가에 주재하면서 서비스를 공급하는 방식을 의미한다. 예를 들어 모회사에서 자회사로 관리자·임원·전문가의 이동, 경영 컨설턴트가 다른 회원국에 일시적으로 입국하여 컨설팅 서비스를 제공하고 귀국하는 경우 등이다. 제4 유형의 특징은 Mode 3의 경우처럼 서비스 공급자가 다른 회원국가의 영토 내에서 주재하며, 생산요소인 자본과 노동의 이동을 수반¹⁰³⁾한다는 것이다.

3. 한-인도 CEPA 및 인력이동

한-인도 포괄적경제동반자협정(CEPA : Comprehensive Economic Partnership Agreement)은 2009년 11월 6일에 국회의 비준을 거쳐 2010년 1월 1일에 발효되었다. 한-인도 CEPA에 대한 체결 논의는 2003년 12월에 인도 뉴델리에서 열린 한-인도 공동위 외무장관회담이 양국간 무역, 투자 및 서비스 분야에서의 포괄적 협력관계 수립을 위한 공동연구그룹 설치 문제를 검토하기로 합의한 것으로부터 시작되어, 2006년 3월에 한-인도 CEPA 제1차 협상이 시작된 이후 3년 6개월만에 타결되었다.¹⁰⁴⁾ 한-인도 CEPA 협상의 과정 중에 양국의 입장 차이가 가장 두드러진 부분은 서비스무역 관련 전문인력(특히 독립전문가)의 개방이었다.¹⁰⁵⁾ 한-인도 CEPA 제8장(자연인의 이동)에 따르면, 비록 전문인력에 대한 개방이 비노동시장 접근의 원칙하에 고용계약이 아닌 ‘도급계약’에 기초하고 있지만 국가간 인력이동의 새로운 유형으로 등장하고 있다(한-인도 CEPA 제8.2조 제2항 자호, 차호). 사실상 고용계약과 도급계약의 구별이 어렵고, 도급계약에 기초한 전문인력의 노동시장 접근으로도 이해되

¹⁰³⁾ 위의 책, p.33.

¹⁰⁴⁾ 외교통상부, 한인도 CEPA 주요내용, 대외경제정책연구원, (2009), pp.1~3.

¹⁰⁵⁾ 정민정, 한-인도 CEPA의 인력유입효과 제고방안, 국회입법조사처, (2009), p.1 ; 백좌홍, 한-인도 CEPA의 서비스무역 규정, 법학연구 제18권 제2호, (2010), p.329 ; 김준동 외, 서비스자유화 협상의 Mode 4 관련 대응방안 연구 : 독립전문가를 중심으로, 서울기획문화사, (2008), p.27.

는 경향이 있어 연구가 필요한 분야이다.¹⁰⁶⁾ 2010년 1월 1일에 한-인도 CEPA가 시행된 이후, WTO 서비스무역에 관한 일반협정(GATS : the General Agreement on Trade in Services)에 따른 4가지 서비스무역 유형(Modes) 중에서 특히 Mode 4(자연인의 주재, Presence of Natural Persons) 규정의 해석과 적용이 중요한 관심을 받게 되었다.

II. 한-인도 자연인의 이동 규율

1. 한-인도 CEPA 제8장 개관

한-인도 CEPA 제8장(자연인의 이동)에서 인력이동을 규율하는 규정은 일반원칙, 적용범위, 일시입국의 허용, 배우자 및 부양가족의 고용, 규제의 투명성, 문제해결, 분쟁해결, 유보조항 등 총 8조의 협정문과 한-인도 양국이 상호 개방하기로 양허한 전문가 목록인 부속서로 구성되어 있다.¹⁰⁷⁾ 제8장(자연인의 이동)은 한-인도 양국간 자연인의 이동과 관련하여 제2장(상품무역), 제6장(서비스무역), 제10장(투자)에 규정된 권리와 의무에 관한 사항에 부수되는 사항을 규정한다(CEPA 제8장 제8.1조 제1항). 이에 따라 한-인도 CEPA 제6.1조에 분류된 서비스무역의 형태에 따라 제4유형(Mode 4)에 해당하는 각 자연인의 적용범위(기업내전근자, 계약서비스 공급자, 독립전문가), 입국 및 체류기간 등 일시입국에 관한 내용, 배우자 및 부양가족의 고용에 관한 내용 등으로 구성된다. 한-인도 CEPA 제8장 이행을 위해 법무부에서는 『한-인도 포괄적경제동반자협정 관련 사증 및 체류관리 지침』 마련하여 2010년 1월 1일부터 시행하고 있다.

2. 한-인도 CEPA 발효로 인한 규율의 차이

2010년 1월 1일에 한-인도 CEPA가 발효되기 이전에는 상용방문자, 기업내전근자, 전문인력 및 그 배우자, 부양가족은 한-인도 양국의 국내법(한국의 출입국관리법, 인도의 외국인법 등)의 요건에 부합되면 사증이 발급되어 상대방 국가로 입국이 가능

106) 이규용, 외국인 인력정책의 기초연구, IOM이민정책연구원, (2010), p.35.

107) 외교통상부, 인력이동 해설서, (2009), p.115.

하였다. 자연인의 국가간 이동을 규율하는 국가의 권한은 국가가 ‘영토’와 ‘인구’에 대해 전적인 권한을 가진다는 ‘국가의 국제체계의 개념(the concept of an international system of states)’으로부터 나온다. 국가가 외국인에 대해 사증을 발급하고 입국을 허용할지 여부는 국가의 주권사항에 해당하므로¹⁰⁸⁾, 국가가 사증발급과 입국을 거부할지라도 각 당사국은 다른 쪽 당사국에 법적으로 취할 수 있는 조치는 없었다. 다만 정치적 비난과 외교단절, 상호주의에 의한 보복조치 등 외교적 방법과 경제적 보복 등은 별론으로 한다.

그러나 2010년 1월 1일에 한-인도 CEPA가 발효되어 CEPA 규정에 의해 자연인의 이동을 규율받는 상용방문자, 기업내전근자, 전문인력 및 그 배우자, 부양가족에 대해 합리적인 이유 없이 사증발급과 입국, 체류 등을 거부할 경우에는 한-인도 CEPA 분쟁해결 절차를 통한 이의제기가 가능한 것이 달라진 점이다.¹⁰⁹⁾

제9장 소위 다문화사회의 이민정책 추진체계

I. 소위 다문화사회의 문제점

1. 이민법과 통합의 연계 부족

다문화사회가 발생한 원인은 외국인의 이민으로 인한 것임에도 불구하고 이민정책·법과 연계되지 않는 다문화사회 논의가 문제로 지적된다. 이민자 유입의 양적 규모는 통합의 대상자를 국내에 어느 정도까지 받아 드릴 것인지, 이민자의 질적 규모는 통합의 대상자를 누구로 할 것인지 또는 이민사증제도를 도입할 것인지의 문제이다.¹¹⁰⁾ 그러나 이민자의 양적·질적 규모의 문제가 「재한외국인 처우 기본법」상의 외국인정책위원회에서 논의될 수 없는 법적 한계가 있다. 대한민국이 다문화사회로 진입하는 것에 대비하여, 중앙부처가 추진하는 정책 및 학계·민간 등이 제안하는 다문화사회

¹⁰⁸⁾ T.Alexander Aleinikoff & Vincent Chetail, *Migration and International Legal Norms*, (TMC Asser Press, 2003), p.3.

¹⁰⁹⁾ 외교통상부, *인력이동 해설서*, (2009), p.122.

¹¹⁰⁾ 임형백, *한국의 다문화사회의 방향 모색*, 제17회 한글문화토론회 - 다문화 담론과 바람직한 외국인정책, (2012), p.24.

의 방향성이 위와 같은 이민자의 수적·질적 규모에 대한 진지한 고민이 없이 도입되고, 다른 이민국가의 경험을 국내에 적용이 가능한지에 대한 검토 없이 무비판적으로 수용하고 있다.

다문화주의가 가져오는 긍정적 효과 외에도 부정적 결과에 대해 균형 잡힌 시각이 필요하다. 다문화사회의 출현은 이민자의 유입을 직접적인 원인으로 하여 발생된 현상임에도 불구하고, 아직 다문화사회에 대해 이민법을 중심으로 한 법이론 개발 및 교육이 부족한 상황이다.¹¹¹⁾ 일각에서는 대한민국에서 다문화가족 또는 결혼이민자에 대한 국가의 통합정책이 동화주의에 근거한 한국인 만들기이고 다문화주의에 역행한다는 일부의 견해는 동화주의는 일방적이며 편협한 사고라는 인식에 근거하고 있다. 따라서 다른 이민국가에서 도입하였던 다문화주의의 한계와 부작용에 대한 고찰이 필요하다.

2. 다문화가족 용어 사용의 혼동

다문화가족이라는 용어가 「다문화가족지원법」상 용어와는 달리 국내에 거주하는 외국인근로자, 외국국적동포, 유학생, 난민, 전문외국인력 등 외국인 전체를 대표하는 개념적 혼란이 발생하고 있다. 또한 다문화가족이라는 용어는 이민자 및 그 자녀에 대한 복지지원과 유사한 개념으로 오해된다.¹¹²⁾ 다문화가족을 중심으로 하는 복지정책을 가지고 이민자 전반에 대한 통합정책이라고 하기는 어렵다.¹¹³⁾ 다문화가족이라는 용어가 이민의 목적·과정이 상이한 외국인근로자, 유학생, 난민 등 다른 유형의 이민자와 혼동되어 사용되는 것은 다양한 출신국가, 국적, 피부색, 언어, 역사, 문화 등을 지닌 이민자의 증가로 다문화사회로 변화될 한국사회의 변화과정, 미래의 진단과 효과적인 대응방안 및 실행계획을 진단하고 수립하는데 상당한 장애가 된다. 「다문화가족지원법」에 규정된 다문화가족이 외국인 전체를 포괄하는 개념적 혼동으로

111) 다문화사회와 이민법의 연구 교육에 대한 좋은 예로는 미국 Georgetown University law school의 Immigration Law and Policy 과목(3학점) 등에서 다문화사회와 통합의 문제를 이민법 이론을 중심으로 운영하고 있다.

112) 법무부, 제2차 외국인정책 기본계획, (2012) 참고

113) 임형백, 한국의 다문화사회의 방향 모색, 제17회 한글문화토론회 - 다문화 담론과 바람직한 외국인정책, (2012), p.23 ; 김혜순, 결혼이민자 다문화가족 사회통합정책, 한국이민정책의 이해, (2011), p.180.

이민자가 처한 특징과 문제점을 정확히 파악하는데 혼란스럽기까지 하다.¹¹⁴⁾ 2012년 12월을 기준으로 현재 국내에 거주하는 전체 외국인 130만여명 중에서 588,944명이 단기순환원칙이 적용되는 외국인근로자이고, 결혼이민자는 144,214명이다. 한국사회에서는 다문화가족에 대한 사회적 이슈와 정책의제를 부각시키기 위하여 2012년 12월을 기준으로 130만여명에 달하는 외국인 전체를 제시하면서 실제로 채택되는 정책의제와 정책결정은 결혼이민자만을 중심으로 하는 배타적 접근을 선택한다.¹¹⁵⁾

3. 국가재정의 우선순위 문제

이민자의 ‘초기 진입기’에는 사회적 갈등이 표면화되지 않지만, 이민자가 전체 인구에서 차지하는 비중이 10% 이상을 넘어선 ‘확산기’에는 사회적 갈등 내지 마찰이 본격화될 가능성이 있다. 2013년에 대한민국은 총인구 대비 외국인의 비중이 2.8%로 아직은 사회적 갈등 내지 마찰을 해소하기 위한 비용이 적게 소요되지만, 장기적으로는 이민자의 증가에 대비하여 통합을 위한 비용 마련이 필요하게 된다.¹¹⁶⁾ 그러나 대부분의 국가에서는 국가재정을 배분하는데 이민자가 정책적 우선순위에서 밀리고 있다. 통합과 귀화의 문제는 오로지 이민자의 이해관계에만 그치는 것은 아니다. 외국인을 대한민국의 완전한 구성원으로 변형시키는 정책적 관심은 매우 중요한 공공의 이해관계를 가지고, 공공정책에서 매우 높은 우선권이 부여되어야 한다.¹¹⁷⁾

114) 2008년 11월 5일 중부일보 “100만 명이 넘는 다문화가정에 많이 발생하는 폭력은 사회문화적 구조에서 비롯된 것”, 2008년 5월 “외국인 100만 명 맞이, 다문화가족사랑 걷기 모금 축제”, 2008년 5월 2일 문화일보 “2008 가정의 달 특집 - 다문화가족 100만 시대의 변화”, 2008년 4월 16일 주간동아 “최초의 이주여성 창조한국당의 비례대표 후보로 나서고, 100만 다문화가정을 위해 이주여성의 언어·보육·직업교육에 힘 쓰겠다”, 2008년 5월 6일 한겨레 미디어전망대 “국내 다문화가족이 100만명을 넘어 섰다”, 2008년 5월 8일 뉴시스 “다문화가정의 수가 100만으로 추산되는 우리의 현실 속에서 이국 여성들이 감내해야할 어려움과 고통”, 2008년 5월 26일 뉴시스 “외국인 100만 시대, 이주 여성들 눈물바다”, 2008년 7월 17일 올댓뉴스 “지금 한국사회는 다문화가정이 날로 늘어가고 있는데, 외국인 노동자들~에 신경을 써야 할 것이다” 등 대다수 언론매체, 보고서, 사설 등에서 외국인 100만 명 시대와 다문화사회·문화적 다양성 존중을 기획하면서 거의 대다수가 결혼이민자·다문화가정·다문화가족에 논의가 집중되고 있다.

외국인 100만 명, 외국인노동자, 전문인력 등과 결혼이민자·다문화가정·다문화가족이 개념적으로 다름에도 불구하고 동일시하는 한계와 문제점이 있다.

115) 임형백, 한국의 다문화사회의 방향 모색, 제17회 한글문화토론회 - 다문화 담론과 바람직한 외국인정책, (2012), p.25.

116) 삼성경제연구소, 다문화정책 : 동화에서 융화로, CEO Information 제853호, (2012), p.3.

II. 통합과 이민정책

1. 통합 및 이민정책의 관계

이민자 사회통합은 이민정책과 밀접한 관계를 가지고 이민정책의 하위정책에 해당하며, 이민자 사회통합은 이민정책의 이민허용 및 인권옹호와 상관관계를 가지게 된다. 첫째, 외국인의 “이민허용”과 “사회통합”의 관계에서 국가는 국가 및 사회에 사회통합되기 유리한 외국인을 우선적으로 입국, 거주, 영주 또는 국적부여를 허용하는 것을 원칙으로 하므로 “이민허용”과 “사회통합”은 밀접한 관계를 가지고 있다. 이에 관해 적용하는 법률로서 미국, 일본, 캐나다, 호주, 독일, 영국 등 대다수 국가에서는 이민법(Immigration law)을 통해 규율하고 있다. 대한민국의 경우 하나의 이민법이 아니며 출입국관리법, 국적법, 재외동포법 등으로 구분되어 있다. 둘째, 외국인의 “인권옹호”와 “사회통합”의 관계에서 인권옹호는 차별방지·구제를 기본으로 하며 이는 외국인이 공적부문인 국가 및 사적부문인 사회에서 차별을 받지 않고, 일시적 또는 영구적 구성원으로 생활하도록 하므로 “인권옹호”와 “사회통합”은 밀접한 관계를 가지고 있다. 이에 관해 적용하는 법률로서 영국, 미국 등 대다수 국가에서는 차별방지법(다만 명칭은 국가에 따라 상이하다)을 통해 규율하고 있다. 대한민국의 경우 차별방지법 제정은 2007년에 입법이 추진된 바 있으며, 2010년 현재는 「재한외국인 처우기본법」에서 외국인의 인권옹호에 관한 국가의 노력의무를 규정하고 있을 뿐이다.¹¹⁸⁾

2. 통합을 위한 법률

한국은 이민자 사회통합에 대한 사회적 또는 학문적 시각의 변천과정이 과거에는 주로 화교¹¹⁹⁾의 인권 문제에만 중심을 두었으나, 2005년에 하인즈위드의 한국방문을 계기로 혼혈인¹²⁰⁾의 인권 문제와 사회적 중요성을 강조하다가, 2005년 이후 결혼이

117) T.Alexander Aleinikoff and Douglas Klusmeyer, Citizenship policies for an age of migration, Carnegie Endowment for international peace, (2002), p.20 참고

118) 차용호, 이민자 사회통합을 위한 정책방향, 한국이민학회 후기학술대회, (2008)

119) 에컨대, 국가인권위원회, 국내거주 화교 인권실태조사, (2003) ; 화교에 대한 영주권 발의 입법노력 등

120) 당시에는 혼혈인 용어가 널리 사용되었으나, 현재에는 혼혈인의 용어를 사용하는 것을 사실상 금지되고 있다.

민자의 사회부적응 및 그 자녀의 학교 부적응 등으로 인해 사회통합의 관심영역이 결혼이민자 및 다문화가족으로 확대되고, 2006년부터 정부차원에서 다문화 사회통합에 대한 정책의제가 본격적으로 다루어지고 있다. 더불어 결혼이민자 및 다문화가족에 대한 관심이 전체 외국인의 사회통합에 대한 관심으로 영역이 확대되는 추세이다. 즉 과거에는 특정한 지위에 있는 외국인에 대한 인권침해와 이에 대한 예방·구제가 주된 초점이었던 반면, 최근에는 이민자 전체에 대한 지원과 통합의 문제로 논의의 영역이 진전되고 있다.¹²¹⁾

이민자에 대한 지원과 통합을 위한 법률은 그 지원의 대상 영역에 따라서 크게 ‘제한외국인 처우 기본법’과 ‘다문화가족지원법’으로 구분된다. 2007년에 법무부는 이민정책적 측면에서 기본법적 성격을 지니는 ‘제한외국인 처우 기본법’을 제정하였고, 동 기본법을 전제로 하여 2008년에 보건복지가족부는 가족정책적 측면에서 다문화가족지원법을 제정하였다. 법률의 명칭과 공통규정, 제정시기, 적용대상자의 범위 등을 고려할 때 ‘제한외국인 처우 기본법’이 ‘다문화가족지원법’의 상위법 또는 모법으로 판단되나, 두 법률의 상호관계가 불분명하다는 견해가 있다.¹²²⁾

Ⅲ. 제한외국인 처우 기본법 및 다문화가족지원법의 문제

1. 제한외국인 처우 기본법의 적용대상자

(1) 불법체류외국인

제한외국인 처우 기본법이 적용되는 제한외국인의 정의에 대해서, 제한외국인 처우 기본법은 “제한외국인이란 대한민국의 국적을 가지지 아니한 자로서 대한민국에 거주할 목적을 가지고 합법적으로 체류하고 있는 자를 말한다.”라고 규정하고 있다(제한외국인 처우 기본법 제2조 제1호). 여기에서 제한외국인 처우 기본법의 적용 대상자를 합법체류외국인에 한정하는 것이 타당하지 않다거나, 제한외국인 처우 기본법이 불법체류자를 법 밖에 두어 사회갈등을 해소하지 못한다는 지적이 있다.¹²³⁾ 이것은

121) 김정순, 외국인 이주민의 사회통합 법제 연구, 한국법제연구원 연구보고 2009-13, (2009), p.24 ; 한승준, 우리나라 다문화정책의 거버넌스 분석, 한국행정학회 2008년도 추계학술대회 발표논문집, (2008), p.74.

122) 노영돈, 이주여성의 인권 : 법제와 정책 - 다문화가정을 중심으로, 이주여성의 인권 현황과 개선방안, 제32회 국회인권포럼, (2008), p.7.

제한외국인 처우 기본법의 적용 대상자에서 제외되는 불법체류외국인의 처우를 어떻게 할 것인지와 관련된 것이다. 다시 말해서 제한외국인 처우 기본법이 불법체류외국인에 적용될 가능성이 있는지와 적용될 가능성이 있을 경우 어떤 형식과 절차로 적용될 수 있는지의 문제이다. 이에 대한 견해는 불법체류외국인은 간접적인 적용 대상자에 포함된다는 견해와 불법체류외국인은 적용 대상자에 포함되지 않는다는 견해로 구분된다.

첫째, 불법체류외국인은 제한외국인 처우 기본법의 적용 대상자에 포함되지 않는다는 견해이다.¹²⁴⁾ 즉 제한외국인 처우 기본법은 명시적으로 불법체류외국인을 적용 대상자에서 제외하고 있다는 것이다. 이 견해에 따르면 불법체류외국인에 관하여 출입국관리법에 강제퇴거 또는 보호에 절차적 규정을 두고 있는 것 외에는, 불법체류외국인의 처우에 대해 규정하고 있는 법률은 없다. 불법체류외국인 중에서 불법체류외국인으로서 대한민국의 국민과 사실혼관계에 있는 자 또는 불법체류외국인이 대한민국의 국민과의 사이에 자녀를 두고 있는 경우, 불법체류외국인의 미성년 자녀 교육 등 인권·인도주의적 관점 또는 경제사회적 관점에서 법의 보호를 필요로 하는 경우가 있으므로 개별적·구체적인 경우에 불법체류외국인에 대해 보호의 가능성을 열어 두는 것이 필요하다는 것이다. 이 견해에 의하면 제한외국인 처우 기본법은 그 적용 대상자를 합법체류 외국인에 한정하고 있으므로 불법체류자로서 한국인과 사실혼 관계에 있거나 한국인과의 사이에 자녀를 두고 있는 불법체류외국인, 한국인과 혼인 후 국적 취득 전에 이혼하여 불법체류자가 된 결혼이민자 등은 제한외국인 처우 기본법의 적용 대상자에서 제외된다.

둘째, 제한외국인 처우 기본법의 적용 대상으로 불법체류외국인을 제외한 것은 입법재량에 의한 입법형성권의 범위에 해당하고, 불법체류외국인은 제한외국인 처우 기본법의 간접적인 적용 대상자에 포함된다는 견해이다. 즉 국가가 불법체류외국인의 사회적응 및 거주를 지원하는 것을 법적으로 보장하는 것은 결과적으로 국가가 불법

123) 이정민, 제한외국인 처우 기본법 및 이주민가족 지원 법률안에 대한 검토, 부산지방변호사회 부산법조 제25호, (2008), p.55.

124) 이하의 견해는 이정민, 제한외국인 처우 기본법 및 이주민가족 지원 법률안에 대한 검토, 부산지방변호사회 부산법조 제25호, (2008) ; 소성규, 결혼이민자 인식조사를 통한 다문화가족 법제도의 개선방향 - 포천시 사례를 중심으로 -, 한국법정책학회 법과 정책연구, (2010), pp.504~505.

이민을 장려하고 법질서를 교란하게 되므로 재한외국인 처우 기본법 제2조 제1호의 재한외국인의 범적정의에서 불법체류외국인을 제외하고 제3장 재한외국인 등의 처우에서 불법체류외국인의 처우에 대한 규정을 두지 않은 것이다. 다만 불법체류외국인의 문제는 재한외국인 처우 기본법 제5조(외국인정책의 기본계획) 및 재한외국인 처우 기본법 제6조(연도별 시행계획)에 따라 외국인정책의 기본계획 및 연도별 시행계획을 수립할 경우 정책적 문제로서 간접적으로 적용 대상으로 선정할 수 있다는 것이다.¹²⁵⁾

2. 개별법으로서 다문화가족지원법 논쟁

(1) 건강가정기본법의 개별법 여부

법률 용어로 다문화화를 처음으로 사용하고 있는 다문화가족지원법은 가족정책의 관점에서 다문화가족 구성원을 지원대상으로 규정하고 있다. 또한 2004년 2월 9일에 제정된 건강가정기본법은 건강한 가정생활의 영위와 가족의 유지 및 발전을 위해 가정문제의 적절한 해결방안을 강구하고 가족구성원의 복지증진에 이바지할 수 있는 지원정책을 강화하여 건강가정 구현에 기여하는 것을 목적으로 하고 있다. 이하에서는 다문화가족지원법과 건강가정기본법의 관계에 대하여 살펴보기로 한다.

다문화가족지원법은 건강가정 구현이라는 목적 범위 내에서 건강가정기본법의 제정목적인 건강한 가정생활의 영위와 가족의 유지 발전을 다문화가족에게도 실현하기 위한 것으로, 건강가정기본법의 개별법(실행법)이라는 견해가 있다.¹²⁶⁾ 즉 다문화가족 지원법은 “다문화가족 구성원의 안정적인 가족생활 영위를 통해 삶의 질 향상과 사회통합에 이바지”함을 목적으로 하고(다문화가족지원법 제1조), 건강가정기본법은 “건강한 가정생활의 영위와 가족의 유지 및 발전”과 “가정문제의 적절한 해결방안을 강구하고 가족구성원의 복지증진에 이바지할 수 있는 지원정책을 강화하여 건강가정 구현에 기여”함을 목적으로 하므로(건강가정기본법 제1조), 두 법률이 지향하는 목적이 동일하다는 것이다.

125) 배병호, 재한외국인 처우 기본법상 사회통합에 관한 연구, 성균관대학교법학연구소 성균법학, (2009) ; 김정순, 외국인 이주민의 사회통합 법제 연구, 한국법제연구원 연구보고 2009-13, (2009), p.50.

126) 이경희, 다문화가족지원법의 문제점과 개선방향 - 다문화가족의 정의 및 범위를 중심으로 -, 경북대학교 법학연구원 법학논고 제32집, 2009-536쪽, (2010), pp.530-532.

그러나 다문화가족지원법의 주된 적용 대상자는 제정취지와 목적 및 조항의 규정상 기본적으로 국적을 취득하기 전 단계에 있는 외국인인 반면에, 건강가정기본법의 주된 적용 대상자는 제정취지와 목적 및 조항의 규정상 기본적으로 국민으로 보고 있으므로 건강가정기본법의 개별법으로 볼 수는 없다고 본다. 이하에서는 다문화가족지원법과 재한외국인 처우 기본법 간의 관계를 살펴보기로 한다.

(2) 재한외국인 처우 기본법의 개별법 여부

다문화가족지원법은 외국인 가족 또는 가정에 대한 지원이라는 측면에서 재한외국인 처우 기본법과의 중복·충돌문제가 제기되고 있다. 즉 다문화가족지원법의 규정형식은 일반적으로 노력규정 내지 프로그램적 규정형식을 따르고 있으므로 그 규정형식만으로 볼 경우에 다문화가족지원법도 기본법적인 성격을 띠는 것으로 해석 적용될 여지도 있다. 따라서 다문화가족지원법이 재한외국인 처우 기본법의 노력규정 내지 프로그램적 규정을 구체적으로 실행하기 위한 개별법적 성격으로 보기 어려워서 재한외국인 처우 기본법과의 중복·충돌문제가 발생하는 것이다. 그 이유로는 다문화가족지원법에서는 기본법적 성격을 지닌 재한외국인 처우 기본법을 구체적으로 실행하기 위한 내용을 포함하지 못하고 있기 때문이다.¹²⁷⁾ 또한 외국인정책의 수립 및 추진체계와 적용 대상자, 각 조문의 구체적인 내용에 있어서 ‘다문화가족지원법’과 ‘재한외국인 처우 기본법’은 상당한 부분이 동일하거나 유사하기 때문에 중복·충돌문제가 발생하기 때문이다.

두 법률의 제정시점¹²⁸⁾ 및 제정취지, 적용 대상자의 범위, 법체계 및 조문의 내용 등을 종합적으로 보면, ‘재한외국인 처우 기본법’은 법체계와 적용 대상자 등에서 기본법적 성격을 지니고, 다문화가족지원법은 재한외국인 처우 기본법의 집행법적인 하위의 성격 또는 특별법적 성격을 지니고 있다고 보는 견해가 있다. 즉 재한외국인 처우 기본법은 재한외국인의 처우와 관련된 사항뿐만 아니라 외국인과 다문화사회 전반에 관한 기본법적인 성격을 지니고, 다문화가족지원법은 재한외국인 처우 기본법의 개별법에 해당한다는 것이다.¹²⁹⁾

127) 소성규, 결혼이민자 인식조사를 통한 다문화가족 법제도의 개선방향 - 포천시 사례를 중심으로 -, 한국법정책학회 법과 정책연구, (2010), p.506.

128) 재한외국인 처우 기본법이 2007년 5월 17일 제정되어 2007년 7월 18일에 시행되었고, 다문화가족지원법은 2008년 3월 제정되어 동년도 9월 22일 시행되었다.

다문화가족지원법이 재한외국인 처우 기본법의 집행법적인 하위의 성격 또는 특별 법적 성격이라는 논거를 살펴보기로 한다. 첫째, 재한외국인 처우 기본법 제4조(다른 법률과의 관계)에서 “국가는 재한외국인에 대한 처우 등과 관련되는 다른 법률을 제정 또는 개정하는 경우에는 이 법의 목적에 맞도록 하여야 한다.”라고 규정하여 외국인정책의 수립 및 추진 체계, 재한외국인의 사회통합과 인권, 국민과 재한외국인이 더불어 살아가는 환경 조성 및 다문화 등에 대한 다른 법률의 상위법적인 성격을 가진다. 둘째, 「재한외국인 처우 기본법」 제2장 외국인정책의 수립 및 추진 체계(재한외국인 처우 기본법 제5조부터 제9조)에 따라 법무부장관은 관계 중앙행정기관의 장과 협의하여 5년마다 외국인정책에 관한 기본계획을 수립하고(재한외국인 처우 기본법 제5조 제1항), 다문화가족지원법에서 여성가족부장관은 다문화가족 지원을 위하여 5년마다 다문화가족정책에 관한 기본계획을 수립하고 실태조사를 실시하며 외국인정책 관련 사항에 대하여는 「재한외국인 처우 기본법」 제2장 외국인정책의 수립 및 추진 체계 [재한외국인 처우 기본법 제5조(외국인정책의 기본계획), 제6조(연도별 시행계획), 제7조(업무의 협조), 제8조(외국인정책위원회), 제9조(정책의 연구·추진 등)]에 따르고(다문화가족지원법 제3조, 제3조의2), 다문화가족의 실태조사를 실시함에 있어서 외국인정책 관련 사항에 대하여는 법무부장관과의 협의를 거쳐야 한다(재한외국인 처우 기본법 제9조 제1항 제1호, 다문화가족지원법 제4조 제3항). 셋째, 재한외국인 처우 기본법과 다문화가족지원법은 각각 제1조(목적) 조항에서 “사회통합”을 그 목적의 하나로서 규정하고 있으므로 재한외국인 처우 기본법과 다문화가족지원법은 양자 모두 사회통합이라는 같은 목적을 추구하고, 재한외국인 처우 기본법의 외국인정책과 다문화가족지원법의 가족정책은 긴밀한 관련성을 가지는 동전의 양면에 해당한다. 따라서 재한외국인 처우 기본법에 따른 사회통합의 의미를 가족의 영역에서 재한외국인 처우 기본법에 따라 마련된 다문화가족지원법이 개별법으로 구체화한 것이다¹³⁰⁾. 넷째, 다문화가족지원법은 다문화가족(다문화가족지원법 제2조 제1호)과 그

¹²⁹⁾ 김기하, 사회통합을 위한 법의 역할, 한국법학원 저스티스 通卷106號, 218~237쪽, (2008), p.229 ; 한승준, 우리나라 다문화정책의 거버넌스 분석, 한국행정학회 2008년도 추계학술대회 발표논문집, (2008), p.75 ; 소성규, 2010, 결혼이민자 인식조사를 통한 다문화가족 법제도의 개선방향 - 포천시 사례를 중심으로 -, 한국법정책학회 법과 정책연구, (2010), p.30.

¹³⁰⁾ 김기하, 사회통합을 위한 법의 역할, 한국법학원 저스티스 通卷106號, 218~237쪽, (2008) p.229.

구성원인 결혼이민자 및 외국인이 국적법 제4조 귀화에 의해 국적을 취득한 자(다문화가족지원법 제2조 제2호)의 안정적인 가족생활을 영위할 수 있도록 하여 이들의 삶의 질 향상과 사회통합에 이바지함을 목적으로 하고 적용 대상자에 대한 차별 배제의 금지 형태가 아닌 적극적 사회서비스의 지원을 목적¹³¹⁾으로 하는 개별적 지원법인 반면, 재한외국인 처우 기본법은 다문화가족과 그 구성원을 포함하여 재한외국인의 처우 등에 관한 기본적인 사항을 정하는 포괄적 지원의 기본법의 성격을 지닌다. 다섯째, 다문화가족지원법 제5조, 제6조, 제7조, 제8조, 제9조, 제10조, 제11조, 제13조, 제14조, 제15조, 제16조 등은 재한외국인 처우 기본법의 각 조문과 유사하게 규정하고 있다.

¹³¹⁾ 김정순, 외국인 이주민의 사회통합 법제 연구, 한국법제연구원 연구보고 2009-13, (2009), p.51 참조

【참고문헌】

<서적, 논문 - 국문>

- 곽경림, 사증발급거부행위와 외국인의 행정심판 청구인적격에 대한 소고, 법제, (2005)
- 김기하, 사회통합을 위한 법의 역할, 한국법학원 저스티스 通卷106號, 218~237쪽, (2008)
- 김동희, 행정법 I, 박영사, (2010)
- 김수원, 불법체류 외국인과 인권 - 단속과 보호를 중심으로 -, 한독사회과학회 한독 사회과학논총 제18권 제1호, (2008)
- 김원숙, 출입국관리정책론, 한민족, (2008)
- 김정순, 외국인 이주민의 사회통합 법제 연구, 한국법제연구원 연구보고 2009-13, (2009)
- 김준동 외, 서비스자유화 협상의 Mode 4 관련 대응방안 연구 : 독립전문가를 중심으로, 서울기획문화사, (2008)
- 김택수, 불심검문과 불법체류자 단속절차의 연계방안, 연세대학교 법학연구원 법학 연구, (2011)
- 김형배, 민법학강의(이론, 판례, 사례), 신조사, (1999)
- 김혜순, 결혼이민자 다문화가족 사회통합정책, 한국이민정책의 이해, (2011)
- 노영돈, 이주여성의 인권 : 법제와 정책 - 다문화가정을 중심으로, 이주여성의 인권 현황과 개선방안, 제32회 국회인권포럼, (2008)
- 노재철, 미등록외국인근로자의 문제점과 해결방안, 노동법논총 제18집, (2010)
- 배병호, 제한외국인 처우 기본법상 사회통합에 관한 연구, 성균관대학교법학연구소 성균법학., (2009)
- 백좌흠, 한-인도 CEPA의 서비스무역 규정, 법학연구 제18권 제2호, (2010)
- 법무부, 국제취득제도에 관한 비교법적 연구-미국, 일본, 중국의 국제취득제도를 중심으로, 연구용역 보고서, (2002)
- 법무부, 사증발급편람, (2011)

- 삼성경제연구소, 다문화정책 : 동화에서 융화로, CEO Information 제853호, (2012)
- 소성규, 결혼이민자 인식조사를 통한 다문화가족 법제도의 개선방향 - 포천시 사례를 중심으로 -, 한국법정정책학회 법과 정책연구, (2010)
- 석동현, 국적법, 법문사, (2011)
- 설동훈, 국내 불법체류 외국인의 적정 규모 추정, 법무부 출입국관리국 정책연구보고서, 문중인쇄, (2006)
- 설동훈, 이주노동자와 인권, 인권법 교재발간위원회 편저 인권법, (2006)
- 송병건, 한미FTA 타결에 대한 역사적 고찰, 한미FTA의 노동시장 파급효과와 노동제도 변화, (주)중앙경제, (2007)
- 외교통상부, 세계화와 국제경제 관리체계 - 무역과 이동, (2002)
- 외교통상부, 인력이동 해설서, (2009)
- 외교통상부, 한인도 CEPA 주요내용, 대외경제정책연구원, (2009)
- 유길상, 고용허가제 시행 3년에 대한 평가 및 발전방향, <고용허가제 시행 3주년 기념> 동아시아의 저숙련 외국인력정책, (2007)
- 윤인진, 장래 우리나라 인력난 문제 해결 및 재외동포 인력 활용방안, 법무부 출입국관리국 정책연구 보고서, (2006)
- 이경희, 다문화가족지원법의 문제점과 개선방향 - 다문화가족의 정의 및 범위를 중심으로 -, 경북대학교 법학연구원 법학논고 제32집, 2009~536쪽, (2010)
- 이규용 외 4인, 외국인력 노동시장 분석 및 중장기 관리체계 개선 방향 연구, 한국노동연구원, (2006)
- 이규용, 외국인 인력정책의 기초연구, IOM이민정책연구원, (2010)
- 이규창, 추방과 외국인 인권, 한국학술정보, (2006)
- 이정민, 재한외국인 처우 기본법 및 이주민가족 지원 법률안에 대한 검토, 부산지방 변호사회 부산법조 제25호, (2008)
- 이재상, 형사소송법, 박영사, (1998)
- 이충훈, 미국에서의 이주노동자 : 미국의 사증통제와 이주노동자, (2004)
- 이학춘, 外國人勤勞者の 法的 地位, 한국비교노동법학회 勞動法論叢 第九輯, (2006)
- 이한기, 국제법강의, 박영사, (1997)
- 임형백, 한국의 다문화사회의 방향 모색, 제17회 한글문화토론회 - 다문화 담론과

- 바람직한 외국인정책, (2012)
- 정민정, 한-인도 CEPA의 인력유입효과 제고방안, 국회입법조사처, (2009)
- 정인섭, 1991-92년도 국적법(國籍法) 개정작업, 서울국제법연구원 서울국제법연구, (2007)
- 차용호, 이민자 사회통합을 위한 정책방향, 한국이민학회 후기학술대회, (2008)
- 하갑래, 외국인고용허가제의 변천과 과제, 한국비교노동법학회 노동법논총 제22집, (2011)
- 한승준, 우리나라 다문화정책의 거버넌스 분석, 한국행정학회 2008년도 추계학술대회 발표논문집, (2008)
- 홍정선, 경찰 행정법, 박영사 (2010)
- 황필규, 기초발제 : 인권을 기준으로 출입국관리법 개정해야, 다문화사회를 위한 출입국관리법 개정방안 모색, (2009)
- 황필규, 이민 관련 법 기초 연구, IOM 이민정책연구원 working paper No. 2010-02, (2010)

<서적, 논문 등 - 영문>

- David Fisher, Suan Martin, and Andrew Schoenholtz, (2003), Migration and Security in International Law, Migration and International Legal Norms, TMC Asser Press, (2003)
- David Weissbrodt, Immigration Law and Procedure, West Group, (2003)
- Dr. Gurbax Singh, Law of Foreigners Citizenship & Passports in India, Universal Law Publishing Co. Pvt. Ltd, (2011)
- Fragomen Global, Global Business Immigration Handbook 2009 Edition, West, (2009)
- Grete Brochmann and Tomas Hamma, Mechanisms of Immigration Control - a comparative analysis of european regulation policies, Berg publisher, (1999)
- H. Victor conde, A Handbook of International Human Rights Terminology, University of Nebraska Press, (1999)

<http://unstats.un.org/unsd/demographic/sconcerns/migration/migmethods.htm>

I.A.Shearer, *Starke's International Law*, OXFORD, (1994)

IOM, *Essentials of Migration Management - A Guide for Policy Makers and Practitioners, Volume One : Authority and Responsibility of States*, (2004)

IOM, *Essentials of Migration Management - A Guide for Policy Makers and Practitioners, Volume Three : Managing Migration, Passport and Visa Systems*, (2004)

IOM, *Essentials of Migration Management - A Guide for Policy Makers and Practitioners, Volume Two : Developing Migration Policy*, (2004)

IOM, *World Migration 2008 - Managing Labour Mobility in the Evolving Global Economy, Volume 4-IOM World Migration Report Series*, (2008)

Nicholas Blake QC & Raza Husain, *Immigration, Asylum and Human Rights*, Oxford university press, (2003)

Piyasiri Wickramasekera, *Asian Labour Migration : Issues and Challenges in an Era of Globalization*, INTERNATIONAL LABOUR OFFICE INTERNATIONAL MIGRATION PAPERS 57, (2002)

Ronaldo P. Ledesma, *An outline of Philippine Immigration and Citizenship Laws*, Rex Printing Company, (2006)

T.Alexander Aleinikoff & Vincent Chetail, *Migration and International Legal Norms*, TMC Asser Press, (2003)

T.Alexander Aleinikoff and Douglas Klusmeyer, *Citizenship policies for an age of migration*, Carnegie Endowment for international peace, (2002)

Thomas Straubhaar, *Why do we Need a General Agreement on Movement of People (GAMP)?*, *Managing Migration - Time for a New International Regimes?*, edited by Bimal Ghosh, (2003)

<판례, 결정례 등>

국가인권위원회 결정례 2003.7.28자 02진인2181, 03진인1124 병합결정 미국시민권

자 입국불허 관련

- 국가인권위원회 결정례 2004.5.27자 외국인 입국심사제도 개선에 대한 권고
- 국가인권위원회 결정례 2008.2.18자 출국명령처분 취소소송(서울행정법원 2007구합 24500호, 원고 허00, 피고 서울출입국관리사무소장)에 관한 의견제출
- 국가인권위원회 결정례 2012.4.24자 11진정0147700
- 대법원 1969. 7. 29. 자 69마400 결정 【과태료결정에대한재항고】
- 대법원 2005. 1. 28. 선고 2004도7401 판결
- 서울행정법원 2007. 11. 15. 선고 2007구합21983 판결 중 2. 소의 적법 여부 가 불
안 전 항변 참고
- 중앙행정심판위원회 재결, 사건번호 200210613, 재결일자 2003-04-28, 재결결과 기
각, 사건명 입국불허 및 복수비자 취소처분 취소청구 중 피청구인 주장 참
고
- 헌법재판소 2005. 3. 31. 자 2003헌마87 결정 【한중국제결혼절차위헌확인】

다문화주의와 이민정책의 과제

이 순 태 (한국법제연구원 연구위원)

- I. 들어가며
- II. 이민정책의 과제
 1. 이민정책의 의의와 관련 법제
 2. 사회통합을 위한 이민정책의 과제
 3. 외국인 전문인력 유치
 4. 부동산 투자이민
- III. 다문화주의
 1. 사회통합과 과잉된 다문화주의 담론
 2. 한국적 상황에서의 문화적 권리에 관한 갈등의 단순화
 3. 보편적 관점에서의 다문화현상에 대한 접근

I. 들어가며

교통 및 정보통신 기술의 발달, 경제교류의 세계적 확대 등으로 국내 체류외국인의 수가 증가하고 있으며, 이에 대한 공존이나 통합의 필요성이 인식되면서 이에 적합한 정책이나 법제도를 정비해야 하는 필요성이 높아지고 있다.

정책환경의 급격하고 근본적인 변화에 능동적으로 대응하기 위해 다양한 입법적 노력이 지속적으로 이루어지고 있으며, 충분히 공감하는 바가 있다.

아래에서는 이민정책의 과제를 먼저 살펴보고, 다문화현상에 대한 인식틀 내지는 방향, 목적, 방식 등을 지도하는 이념으로서 자주 논의되고 있는 다문화주의에 대해 간략히 살펴보면서 발제를 마무리하고자 한다.

II. 이민정책의 과제

1. 이민정책의 의의와 관련 법제

(1) 이민정책의 의의

이민을 외국인이 거주 목적으로 입국하여 거주하는 과정 전체로 이해할 경우에, 이민정책은 국경 및 출입국관리, 재한외국인의 처우, 국적부여, 이민자 사회통합정책을 포괄하는 정책이라 할 수 있다. ‘이민’이라고 하는 용어는 일상생활에서는 친숙한 용어이지만, 법령상으로는 그 사용례가 많지 않을 뿐만 아니라¹⁾ 정확한 개념정의가 없다. 그리고 ‘이민’이라는 용어는 ‘해외이민’과 혼동될 우려가 있다는 점에서도 ‘이민정책’이라는 용어를 사용하지 않는 것처럼 보인다.²⁾ 법령상으로는 「재한외국인 처우 기본법」 제5조(외국인정책의 기본계획), 제8조(외국인정책위원회) 등에서 ‘외국인정책’이라는 용어를 사용하고 있는바, 그 개념은 국제사회에서 통용되고 있는 국경(Border)과 이주민(Migrant)을 대상으로 하는 “이민정책”(Immigration Policy)의 개념과 사실상 일치한다고 할 수 있다.³⁾

법령상으로는 ‘외국인정책’이라는 용어를 사용하고 있지만, 학문적으로는 ‘이민’에 관한 문제라면 굳이 ‘해외이민’을 제외시켜야 할 필요도 없으며, 이민정책이 국내 외국인정책의 문제에 국한되지 않고 향후 국제적 협력 내지는 이민 송출국과의 협력문제와도 관련있다는 점에서 이민정책이라는 용어를 사용하고자 한다. 다만, 이 말제는 ‘이민정책’을 ‘외국인정책’과 동일한 개념으로 사용한다는 점을 미리 밝힌다.

(2) 이민정책에 관한 법제

이에 관한 법제로는 출입국 및 체류에 관한 「출입국관리법」, 「난민법」, 국내에 거주하는 외국인에 대한 처우에 관한 「재한외국인 처우 기본법」, 일정한 자격을 갖춘

1) 결혼이민이라는 용어가 출입국관리법 시행령에 체류자격의 하나로 사용되고 있는데, 이 용어도 대통령령 23274호 2011.11.1 개정(시행 2011.12.15)에 의해 신설된 것이다.

2) 외국인정책위원회, 제2차 외국인정책 기본계획, 법무부 출입국·외국인정책본부, 2012.12. 7면 참조

3) 전게서, 7면 참조.

자에 대한 국적 부여에 관한 「국적법」, 다문화가족에 대한 지원에 관한 「다문화가족 지원법」, 「외국인근로자의 고용 등에 관한 법률」, 「재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률」 등을 들 수 있다.

아래에서는 이민정책의 방향으로 삼고서 적극적으로 도입하고자 하는 외국인 전문 인력 유지 및 투자이민에 관하여 제도를 살펴보고 과제를 제안하고자 한다.

2. 사회통합을 위한 이민정책의 과제

(1) 사회통합 및 사회통합 프로그램

1) 사회통합의 의의

사회통합을 무엇으로 상징하는가에 따라 사회통합의 방향, 내용과 범위가 설정될 것이며, 이에 관한 이민정책의 과제가 도출될 수 있다.

법령에서는 사회통합을 정의하고 있지는 않지만, 목적조항에서 사회통합을 목적으로 규정하는 법률은 다수 존재하고 있다. 주로 고용, 복지, 갈등·분쟁 해결에 관한 법령은 사회통합을 목적으로 정하고 있다.

이민정책과 관련하여 「재한외국인 처우 기본법」 제1조는 “이 법은 재한외국인에 대한 처우 등에 관한 기본적인 사항을 정함으로써 재한외국인이 대한민국 사회에 적응하여 개인의 능력을 충분히 발휘할 수 있도록 하고, 대한민국 국민과 재한외국인이 서로를 이해하고 존중하는 사회 환경을 만들어 대한민국의 발전과 사회통합에 이바지함을 목적으로 한다.”고 정하고 있다.

제2차 외국인정책 기본계획은 정책목표 및 중점과제로서 ‘대한민국의 공동가치가 존중되는 사회통합’을 정하고 있는데, 이를 통해 ‘대한민국의 공동가치가 존중’되는 것을 사회통합의 내용으로 한다는 점을 알 수 있다.

따라서 일응 사회통합이란 대한민국의 공동가치가 존중되면서 대한민국 사회에 적응하여 개인의 능력을 충분히 발휘하고, 국민과 외국인이 서로 이해하고 존중하는 사회 환경을 만드는 것이라 할 수 있다고 하고 논의를 진행하고자 한다.

2) 사회통합 프로그램

「재한외국인 처우 기본법」 이외에도 「출입국관리법」 및 동 시행령, 시행규칙, 법무

부장관 훈령 등이 이민정책에 관한 사회통합에 관한 내용을 정하고 있다.

출입국관리법은 제2절(사회통합 프로그램) 제39조 내지 제40조에서 사회통합 프로그램의 시행에 관한 내용을 정하고 있다. 동법 제39조제1항은 “법무부장관은 대한민국 국적, 대한민국에 영주할 수 있는 체류자격 등을 취득하려는 외국인의 사회적응을 지원하기 위하여 교육, 정보 제공, 상담 등의 사회통합 프로그램(이하 "사회통합 프로그램"이라 한다)을 시행할 수 있다.”고 정하고 있으며, 제40조(사회통합 프로그램 이수자에 대한 우대)는 “법무부장관은 사증 발급, 체류 관련 각종 허가 등을 할 때에 이 법 또는 관계 법령에서 정하는 바에 따라 사회통합 프로그램 이수자를 우대할 수 있다.”고 정하고 있다.

<표 사회통합 프로그램>

근거법령	대상	목적	수단	효과
제한외국인 처우 기본법 제11조	외국인	대한민국에서 생활하는데	교육, 정보제공, 상담	
제한외국인 처우 기본법 제12조	결혼이민자(제1항) 대한민국 국민과 사실혼 관계에서 출생한 자녀를 양육하고 있는 제한외국인 및 그 자녀(제2항)	결혼이민자 및 그 자녀가 대한민국 사회에 빨리 적응	국어교육, 대한민국의 제도·문화에 대한 교육, 결혼이민자의 자녀에 대한 보육 및 교육 지원, 의료 지원 등	
제한외국인 처우 기본법 제15조	제한외국인이 국적을 취득한 경우	상동	상동	
출입국관리법 제39조	국적, 영주할 수 있는 체류자격 등을 취득하려는 외국인	사회적응	교육, 정보제공, 상담(사회통합프로그램)	사증 발급, 체류 관련 각종 허가 등의 경우에 우대

(2) 출입국관리법상 사회통합 프로그램의 문제

1) 법체계적 문제

출입국관리법 제39조는 특히 이를 “사회통합 프로그램”이라 하는 바, 실질적 내용에서는 재한외국인 처우 기본법상의 관련 내용도 다름없음을 알 수 있다. 재한외국인 처우 기본법은 그 대상을 외국인에 한정하지 않고, 외국인이었던 국민에 대해서도 개방하고 있다는 점에서 출입국관리법의 대상보다 범위가 넓으며, 출입국관리법은 국적, 영주체류자격 등을 취득하려는 목적을 가진 외국인을 대상으로 한다는 점에서 외국인의 범위도 제한된다.

이렇게 정할 수 밖에 없었던 이유를 살펴보면, 추측컨대, 교육, 정보제공, 상담과 같은 정책의 시행이 가장 시급하게 필요한 분야가 출입국관리에 필요했기 때문에 그러하였던 것으로 보인다. 또한 대한민국의 국적을 취득하는 자를 대상으로 하는 점에 있어서는 국적취득의 문제는 출입국에서 직접적으로 다루기보다는 국적법의 소관사항으로 보는 것이 더욱 적절하다고 할 것이다.

2) 행정규칙인 훈령에 의한 권리창설

또 하나의 문제는 영주할 수 있는 체류자격을 취득하려고 하지 않는 재한외국인에 대해서는 사회통합 프로그램의 운영에 관한 규정이 없다는 점이다. 실질적으로 재한외국인에 대해서도 사회통합 프로그램을 적용하고 있는데, 이는 「이민자 사회통합프로그램 운영 등에 관한 규정」(전부개정 2013.2.25. 법무부훈령 제888호)을 근거로 한다. 훈령 제2조제1항은 “사회통합프로그램은 법 제31조에 따라 외국인등록 등을 하고 합법적으로 체류하고 있는 외국인 또는 재한외국인처우기본법 제15조가 적용되는 귀화자 등이 참여할 수 있다.”고 정하고 있는 바, 행정규칙인 훈령으로 법에서 창설하지 않은 권리를 창설하는 것은 법체계적으로 적합하지 않다는 문제가 제기될 수 있다.

(3) 사회통합에 관한 이민정책의 과제

제2차 외국인정책 기본계획에서는 사회통합을 위한 주요 추진과제로서 첫째, 자립과 통합을 고려한 국적 및 영주제도 개선, 둘째, 체계적인 이민자 사회통합프로그램

운영, 셋째, 국제결혼 피해 방지 및 결혼이민자 정착 지원, 넷째, 이민배경자녀의 건강한 성장환경 조성, 다섯째, 사회통합을 위한 기금조성 등 인프라 구축을 들고 있다.

사회통합에 관한 이런 주요 추진과제는 충분히 타당한 것이라 생각되지만, 사회통합의 개념 및 정책에 있어 그 대상이 외국인 내지는 외국인이었던 국민에 한정된다면, 사회통합의 노력이 충분히 발휘되는 데는 한계가 있을 수 있고, 다른 문화와의 대화를 통한 상호작용의 과정을 보완함으로써 보다 정책의 효과성이 높아질 수 있을 것이다.

사회통합을 위한 프로그램의 시행에 있어 그 법적 근거를 출입국관리법령에서 정할 것이 아니라, 이민정책의 모든 과정에서 사회통합 프로그램이 운영될 수 있도록 독립된 법제도를 만들 필요가 있다. 말하자면, 국경관리와 출입국, 거주, 국적, 재외동포, 외국인 노동자에 관한 사항에서 사회통합 프로그램을 사항 적합적으로 설계하고 운영할 수 있는 물적·인적 기반을 조성해야 한다.

3. 외국인 전문인력 유치

(1) 전문인력의 의의 및 체류자격 등

1) 전문인력의 의의

국가간 발전정도나 기술수준이 다르기 때문에 명확하게 정의하기는 곤란하나, 공통적 판단기준으로서 학력과 경력을 들 수 있다. 이에 바탕해서 말하자면, 고등교육을 이수했거나 전문직 경험이 있는 기술 및 지식보유자, 예를 들면 건축, 회계, 금융전문가, 엔지니어, 기술자, 연구자, 과학자, IT관련 전문가 및 엔지니어가 이에 해당할 것이다.

각국은 자국의 상황에 맞게 전문인력 개념을 설정하고 해당 인력의 유입을 위해 다양한 인센티브 및 우대조치를 제공하고 있다.

2) 체류자격 상 전문인력의 현황

출입국관리법 상 체류자격(출입국관리법 시행령 제12조 관련 별표 1) 중에서 일반적으로 E-1에서 E-7까지를 전문인력으로 볼 수 있을 것이나, 법무부 출입국·외국인정책본부에서는 체류자격 단기취업(C-4)을 전문인력에 포함하여 통계를 작성하고 있다.⁴⁾

전문인력 중 회화지도(E-2)⁵⁾가 다수를 차지(22,541, 전문인력의 47.18%)하고 이어서 특정활동(E-7, 음식점이나 교육서비스업 종사)과 예술행의 순으로 비율이 높다. 전문직업(E-5)의 경우 98%이상이 항공사의 조종사이며, 그 밖의 교수(E-1), 연구(E-3), 기술지도(E-4)는 합계 5,282(전문인력 중 11%)에 불과하다.

<표 2 취업자격 체류외국인 현황>⁶⁾

표8. 취업자격 체류외국인 현황

(2011. 12. 31. 현재 단위: 명)

구 분		2011년 12월말		
		총계	합법체류자	불법체류자
총 계		595,098	540,259	54,839
전문인력	소 계	47,774	44,730	3,044
	단기취업(C-4)	679	466	213
	교 수(E-1)	2,474	2,468	6
	회 화 지 도(E-2)	22,541	22,435	106
	연 구(E-3)	2,606	2,599	7
	기 술 지 도(E-4)	202	199	3
	전 문 직 업(E-5)	629	614	15
	예 술 행(E-6)	4,246	2,800	1,446
특 정 활 동(E-7)	14,397	13,149	1,248	
단 순 기능인력	소 계	547,324	495,529	51,795
	비전문취업(E-9)	234,295	189,190	45,105
	선 원 취 업(E-10)	9,661	6,629	3,032
	방 문 취 업(H-2)	303,368	299,710	3,658

총계	중국	베트남	인도네시아	필리핀	타이	우즈베키스탄
595,098	320,241	64,831	28,522	28,352	22,728	21,078
	스리랑카	미국	캄보디아	몽골	네팔	기타
	19,868	14,169	11,833	11,185	10,632	41,659

4) 법무부 출입국·외국인정책본부, 2011 출입국·외국인정책 통계연보, 2012, 262면 참조
 5) 법무부장관이 정하는 자격요건을 갖춘 외국인으로서 외국어전문학원, 초등학교 이상의 교육기관 및 부설어학연구소, 방송사 및 기업체 부설 어학연수원, 그 밖에 이에 준하는 기관 또는 단체에서 외국어 회화지도에 종사하려는 사람
 6) 법무부 출입국·외국인정책본부, 2011 출입국·외국인정책 통계연보, 2012, 262면 참조

3) 영주체류자격

체류자격 중 영주(F-5)에는 체류자격에 해당하는 사람 또는 활동범위를 가목에서 하목까지 규정하고 있는 바, 그 중에서 사목부터 자목까지가 전문인력에 해당하는 것으로 볼 수 있다.

<p>28의3. 영주(F-5)</p>	<p>법 제46조제1항 각 호의 강제퇴거 대상이 아닌 사람으로서 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 사람 가.~ 바. (생략) 사. 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람으로서 법무부장관이 인정하는 사람 1) 국외에서 일정 분야의 박사 학위를 취득한 사람으로서 영주(F-5) 체류자격 신청 시 국내 기업 등에 고용된 사람 2) 국내 대학원에서 정규과정을 마치고 박사학위를 취득한 사람 아. 법무부장관이 정하는 분야의 학사 학위 이상의 학위증 또는 법무부장관이 정하는 기술자격증이 있는 사람으로서 국내 체류기간이 3년 이상이고, 영주(F-5) 체류자격 신청 시 국내기업에 고용되어 법무부장관이 정하는 금액 이상의 임금을 받는 사람 자. 과학·경영·교육·문화예술·체육 등 특정 분야에서 탁월한 능력이 있는 사람 중 법무부장관이 인정하는 사람 차.~ 하. (생략)</p>
----------------------	--

(2) 전문인력 유치를 위한 정책과제

각국의 경제상황과 인력구조에 따라 전문인력에 대한 개념이 상이하기 때문에, 우리나라의 산업구조와 인력구조를 바탕으로 필요한 전문인력의 범주를 설정하고 수요량을 조사하여 대응할 필요가 있다. 현재 체류자격 유형별로 활동범위를 규정하고 있지만, 추상적으로 규정되어 있어 구체성이 상대적으로 낮다.

따라서 전문인력에 관한 체류자격의 유형을 별도로 구성하고, 그 활동범위를 구체적으로 명시하여 체류자격을 정비해야 한다.

또한, 입국단계에서 영주비자 발급 또는 2년 정도의 단기간의 체류만으로 영주비자를 신청할 수 있는 자격을 부여하는 신규입국자를 위한 영주체류자격을 부여하는 제도를 도입하고, 전문인력이 본국에서와 유사한 수준으로 가족과 일상생활을 유지할 수 있을 정도로 가족동반의 범위와 동반가족의 국내활동 범위가 동반가족 비자를 통해 보장되도록 보완(동반가족의 범위를 배우자와 미성년자녀 이외에도 부모와 성년자녀까지 확대)할 필요가 있다.

중소기업을 위한 전문인력 활용 인프라구축을 위해 공공기관이 해당 인력 DB 구축하여 기업에 제공하고, 전문인력에게 이를 홍보하고 지원하는 기구를 설치하여 대응할 필요가 있다.

4. 부동산 투자이민

(1) 의의 및 법적 근거

1) 의의

국내 부동산에 일정한 금액 이상을 투자한 외국인에게 거주(F-2)자격을 주고 5년 이상 체류하면 영주(F-5)자격을 부여하는 제도이다.

2) 법적 근거

법적 근거	내 용
출입국관리법 제10조제1항	① 입국하려는 외국인은 대통령령으로 정하는 체류자격을 가져야 한다.
출입국관리법시행령 제12조 동 시행령 별표1의 제27호 거주(F-5)의 차목	법 제10조제1항에 따른 외국인의 체류자격은 별표1과 같다. 투자지역, 투자대상, 투자금액 등 법무부장관이 고시하는 기준에 따라 부동산 등 자산에 투자한 사람
별표1의 제28의3호 영주(F-5)의 하목	거주(F-2) 차목의 체류자격을 받은 후 5년 이상 계속 투자상태를 유지한 사람으로서 생계유지 능력, 품행, 기본 소양 등을 고려하여 대한민국에 계속 거주할 필요가 있다고 법무부장관이 인정하는 사람과 그 배우자 및 미성년 자녀
법무부고시 제2010-26호	제주특별자치도 관련
법무부고시 제2011-67호	평창 알펜시아 관련
법무부고시 제2011-390호	전남 여수 관련
법무부고시 제2011-553호	영종도 관련

3) 도입현황

구분 시행일	제주도 2010.2.1	강원도 평창 2011.2.14	전남 여수 2011.8.19	인천 영종도 2011.11.1
투자지역	제주특별자치도	강원도 평창군 대관령면 용산리·수하리	전라남도 여수시 경호동 대경도	인천광역시 중구 운북동, 운서동
투자대상	「제주특별자치도 특별법」 제299조에 따라 도지사의 승인을 얻어 개발한 지역 내의 부동산 중	「관광진흥법」제52조에 따라 강원도 지사가 승인하여 지정한 ‘대관령알펜시아 관광단지’ 내의 부동산 중	「2012여수세계박람회 지원특별법」 제33조에 따라 국토해양부 장관이 박람회장 지원시설구역으로 지정·고시한 ‘여수경도해양관광단지’ 내의 부동산 중	「경제자유구역의 지정 및 운영에 관한 특별법」제4조, 제9조에 따라 지식경제부 장관이 지정·승인한 ‘운북복합레저단지’ 및 ‘영종하늘도시 1-②단계(복합리조트)’ 내의 부동산 중
	휴양콘도, 리조트, 펜션, 별장 등 휴양목적 체류시설	휴양 콘도미니엄(빌라), 별장 등 휴양목적 체류시설	휴양 콘도미니엄, 펜션, 별장 등 휴양목적 체류시설	휴양 콘도미니엄, 펜션, 별장 등 휴양목적 체류시설
투자금액	미화 50만불 또는 한화 5억원 이상	미화 100만불 또는 한화 10억원 이상	미화 50만불 또는 한화 5억원 이상	미화 150만불 또는 한화 15억원 이상

(2) 문제점 및 정책과제

1) 문제점

법제적 측면에서 보자면, 독립된 부동산 투자이민 제도가 있는 것이 아니라, 출입국관리법 시행령상 거주(F-2) 체류자격 부여를 위한 요건에 불과하고, 요건설정의 형식이 법무부 장관의 고시로 결정되고 있다.

내용적 측면에서 보자면, 현재 휴양목적 체류시설에만 인정하고 있는 바, 그 내용

적 당부는 차치하고서도 부동산 투자이민에서 투자대상의 범위가 협소하다는 지적을 충분히 가능하다. 부동산 투자이민이라기보다는 휴양목적 부동산에 대한 투자이민이라 할 수 있다.

2) 정책과제

법제적 측면에서는 독립된 투자이민에 관한 체류자격을 출입국관리법 시행령의 체류자격을 정하는 별표에 신설하고, 요건의 설정을 고시의 형식이 아닌 보다 상위의 법령으로 규율할 필요가 있음

Ⅲ. 다문화주의

1. 사회통합과 과잉된 다문화주의 담론

이민정책 내지 외국인정책에 있어 ‘사회통합’ 정책의 필요성이 강조되고 있으나, 그 정책의 방향, 목적, 방식 그리고 내용을 지도할 수 있는 이념은 무엇인가. 이를 위해 서술적 의미에서 ‘다문화사회’를 말하면서, 이와 쌍으로 ‘다문화주의’를 논하고 있다. 한국사회에서 다수가 받아들이고 있는 다문화주의는 이 사회통합에 관한 다양한 인식을 포괄하는 개념으로서, 한국사회의 이민 내지 외국인 정책의 과제해결을 위한 고민을 거쳐서 형성된 것이 아니라, 오랜 기간 서구에서 형성된 논의를 바탕으로 하는 것으로서, 이민정책의 규범이념 내지 지도이념으로 삼을 수 있는지에 대해 의문이 제기되고 있다.

2. 한국적 상황에서의 문화적 권리에 관한 갈등의 단순화

다문화주의의 논의단계에서 보장여부를 다투는 핵심 개념인 문화적 권리는 그 내용으로 대체로 다문화의 권리(polyethnic rights), 집단자치권(self government), 집단대표권(self representation)등으로 이루어지고, 이러한 권리는 소수인종(ethnic minority)과 소수민족(national minority)의 서로 다른 요구에 따라 다르게 규정될 수 있다.⁷⁾

이러한 분류에 따르자면 한국의 경우 소수민족이나 원주민은 존재하지 않고, 1980년대 후반부터 유입된 외국인노동자와 1990년대 중반 이후 국내에 정착하기 시작한 결혼이주자 등으로 구성된 소수인종이 존재한다. 이와 같은 한국적 현실은 다문화주의에서의 문화적 권리를 둘러싼 갈등구조를 훨씬 단순하게 만든다.⁸⁾

3. 보편적 관점에서의 다문화현상에 대한 접근

대한민국에서 다문화주의에 관한 논의는 국내에서의 보편적 인권의 보장과 소수자, 여성에 대한 차별의 시정과 같은 다문화주의를 논의하기 위한 기본적 전제를 논의하기 위한 이론으로서 차용되고 있다고 생각된다. 서술적 의미로서의 다문화주의가 한국 사회에서 논의되고 있을 뿐, 규범적 의미에서 다문화주의는 아직 민주적 공론의 장에서 논의되고 있지 않다는 점에서, 그리고 다문화주의를 접근한 선행연구를 살펴보면 이렇게 볼 수 있다고 생각된다. 다문화주의가 문화적 권리로서 집단대표권, 집단자치권 등을 요구한다고 할 때, 역시 소수민족을 가지고 있지 않는 대한민국의 경우에는 이런 권리에 대한 요구가 없고, 소수인종의 경우에 주장하는 보편적 인권의 보장은 국민국가 내에서 항시 요청되는 사항이므로 다문화주의에 대한 현 상황에서의 문화적 권리는 국내적 보편적 인권의 보장으로 수렴될 수 있을 것이라 생각된다. 다만, 소수자 보호 및 사회통합의 관점에서 제한 외국인에 대한 처우를 고려하는 정책은 필요하지만, 이런 정책들도 아직까지는 다문화주의를 원용해야 할 특별한 필요가 있는 것으로 생각되지 않는다. 다문화주의가 국민국가 내지 민족국가가 민족간의 갈등과 이문화간의 갈등을 해결하기 위한 새로운 정책적 과제를 해결하기 위한 개념

7) 소수인종은 자발적 이민을 통해 다수 사회로 삶의 근거를 옮긴 사람들로서 이들은 다문화의 권리를 요구하지만 집단 자치권이나 집단 대표권을 요구하지는 않는다. 즉 이들은 문화적 차원에서 자신의 정체성을 지킬 수 있기를 바라지만, 정치·사회·경제적으로는 주류 사회에 차별없이 편입되기를 바란다. 반면 소수민족은 역사속에서 비자발적인 전쟁이나 정복, 조약 등을 통해 다수 사회로 합병된 집단을 가리킨다. 이들은 영토적 기반, 언어, 문화 등을 갖고 있고, 따라서 집단자치권이나 집단대표권을 요구한다. 소수민족은 다시 원주민(indigenous people)과 구별된다. 그 구별기준은 국민국가 건설과정에서 의미있는 경쟁자였는지 그렇지 않은지이다. 김남국, 한국에서 다문화주의 논의의 전개와 수용, 경제와 사회, 2008년 겨울호(통권 제80호), 343-361면, 참조.

8) 김남국, 한국에서 다문화주의 논의의 전개와 수용, 경제와 사회, 2008년 겨울호(통권 제80호), 343-361면, 참조.

이라고 할 경우에 과연 대한민국에서 이러한 의미에서의 정책적 과제가 있는지를 더욱 세밀히 관찰하고, 한국적 상황에 맞는 논의를 하는 것이 더욱 문제해결의 가능성을 높이는 것이라 할 것이다.

다만, 현행과 같은 사회통합의 방식이 과연 타당한 것인지에 대해서는 지속적으로 고민이 필요하다는 점을 지적하고자 한다. 현행 이민정책을 아우르는 사회통합이라는 목적이 그 방식에 있어서 일방적 한국어, 한국사회에 대한 이해만을 요구하는 것으로 범위를 한정해 버린다면, 일방에 대한 이해만을 강요하게 될 가능성이 있기 때문에, 이를 보완하는 방향으로 상호이해와 대화를 위한 정책의 수립 및 집행이 필요하게 된다.

이민정책에서 관심을 두어야 하는 것은 다양한 문화의 동결보존주의적 다문화주의가 아니라, 다문화현상 속에서 가능해지는 「다양한 문화 접촉」으로부터 풍부하고 역동적인 가능성을 현실화하는 것이며, 이를 위해서는 상호대화적 사회통합이나 문화에 대한 개방성이 강조되는 방향으로의 정책전환이 필요할 것이다.

[토론문]

이민정책에서 이민자 사회통합이 갖는 의미와 다문화 개념*

김 세 진(법무부 출입국외국인정책본부 출입국관리사무관,
서울대학교 박사과정)

I. 들어가는 말

발제자는 발제문을 통해 이민정책을 먼저 검토하고 다문화주의를 고찰하면서 각각의 정책 평가와 개선방안을 제시하였다. 먼저 이민정책의 과제를 다루면서는 이민정책의 정의 및 관련 법제, 사회통합을 위한 이민정책의 과제, 전문인력, 부동산투자이민 순으로 설명하고 있다. 또한 다문화주의에 대해서는 아직 다문화주의를 논할만한 정책적 과제가 발견되지 않은 이상 다문화주의를 논하기는 이르고, 다만 현행 사회통합방식의 개선과제가 있다는 점으로 결론을 내리고 있다.

필자는 전반적으로 이민정책과제와 관련하여 현행 「재한외국인처우기본법」상 등장하는 외국인정책 개념이 이민정책이고 국적이냐 영주체류자격을 취득하고자 하는 외국인 이외에 보다 다양한 외국인대상별(재외동포, 외국인노동자 등)로 사회통합 프로그램을 맞춤형 설계하여 운영할 수 있는 법제적, 물적, 인적 기반을 조성하자는 필요성에 동감한다.

하지만 근본적으로 ‘다문화주의’와 관계에서 이민정책의 과제를 논함에 있어 이민정책의 과제에 대한민국 이민자의 상당수를 구성하고 사회통합의 타겟 그룹이 되어야 할 영주권자, 결혼이민자, 재외동포를 제외하고 오로지 전문인력과 부동산 투자이민만을 언급한 점이나 이민자 사회통합의 문제를 사회통합 프로그램만으로 한정하는 점은 자칫하면 이민정책의 의미를 ‘국가가 적극적으로 이민유치하기 위한 정책’으로 한정짓거나 이민자 사회통합의 의미를 ‘한국어 교육 등 이민자 대상 한국적응 프로

* 이 토론문은 토론자의 개인적 학문적 사견일 뿐 토론자가 속해 있는 기관의 공식적 견해가 아닙니다.

그럼'의 의미로 지나치게 편협하게 보이게 할 우려가 있어 본 토론문을 통해 이민정책의 특성과 이민정책에서 이민자 사회통합의 의미를 간략히 언급해 볼까 한다.

한편 발제자는 다문화주의에 대해 담론을 벌이기보다는 보편적 관점에서 다문화현상을 접근하는게 맞다고 주장한 바, 이에 공감하며 이를 뒷받침하기 위해 다문화과잉담론을 불러일으킨 '다문화' 개념을 정리해보는 것으로 본 토론문을 마칠까 한다.

II. 이민정책의 특성과 이민정책에서 이민자 사회통합의 의미

1. 이민정책의 특성

미국에서 일반인을 대상으로 쓰여진 대표적인 미국이민 안내서인 Ilona Bray의 「U.S. Immigration Easy」책 도입부분에 이런 말이 나온다.

“미국 이민체제는 두 얼굴을 가진 신화적 동물과 같다. 한 얼굴로는 웃으면서 미국 경제에 돈을 벌어들여주는 사람 (예를 들면 관광객, 유학생, 외국인투자자 등)이거나 숙련인력 등과 같은 사람들에게 미국에 일시적으로나 영구히 거주하며 일할 수 있게 허가해주고 있다.

하지만 다른 얼굴로는 찡그리며 미국은 이미 많은 이민자들로 넘쳐나고 있으며, 따라서 미국 이민법이 허용하는 카테고리에 들어 있지 않거나, 범죄경력자, 경제적 능력이 없거나 미국 이념이나 국가안보에 위협이 되는 사람 등을 방지해야 한다고 한다.”

실제 이민정책을 두 글자로 표현하면 이러한 양면성을 그대로 반영한 '선별'이다. 국가주권의 견지에서 국가에 필요한 사람은 적극 유치하고, 국익에 부합하지 않는 사람은 입국 및 체류를 관리하여 국가에 유입되는 인구의 질과 양을 결정하기 위한 정책이 바로 이민정책의 핵심이다. 따라서 이민정책은 이민자 유치정책일 수도 있고 이민자 억제정책일 수도 있으나, 대개의 경우 모든 국가는 쇄국정책을 쓰지 않는 한 동시대적 관점에서는 이 두 가지 모두를 한꺼번에 추구하는 양면성을 가지고 있다.

나아가 시대변화를 종적으로 살펴볼 때 이민정책의 방향성은 매우 탄력적이다. 미국이나 유럽 선진국의 경우 대선이나 총선 등 주요 선거에 있어 그 정당이 표방하는 이민정책의 방향이 표심의 상당수를 좌우하며 집권당이 바뀌자마자 이민정책의 방향

이 180도 변하는 것은 다반수이다.

따라서 이민정책은 적극적 이민유치로 방향성이 한정되지 않는다. 즉 이민자 집단 별로 유치 및 억제 기준을 어느 정도로 조정할 것이냐, 조절기제를 무엇으로 할 것인지 등만 달리할 뿐 모든 이민자들은 물론 장차 이민자가 될 우려가 있는 사람들 까지도 이민정책의 대상이 된다. 따라서 이민정책의 대상은 영주자격자, 결혼이민자, 이민2세(중도입국자녀와 다문화가정 자녀 등), 재외동포, 난민 등을 포함하여 전문인력이나 부동산투자이민보다 더 넓을 수밖에 없으며 다만 발제자께서 예로 드신 전문인력과 부동산투자이민은 최근 정부가 유치하는 대표적인 이민자 대상을 예로 든 것이라는 점에서 유의미한 선정이라 할 수 있다.

2. 이민정책에 있어 사회통합정책의 의미

가 이민자 사회통합 정책의 의의

일반적으로 이민자 사회통합정책이란 외국인, 귀화자와 그 자녀 및 국민 등이 서로를 이해하고 존중할 수 있는 사회환경을 조성하기 위하여 한국어, 한국사회의 이해 등에 대한 교육 및 정보 등을 제공하는 정부의 제반 정책을 말한다. 즉 외국인이 국가구성원으로서의 기본소양을 갖추도록 지원하고 그 자격을 검증하는 정책 영역으로서 대부분의 국가에서는 주재국 언어 및 법제도 등 사회이해교육을 기본으로 하고 있다.

보다 광의의 사회통합정책은 외국인의 사회적응지원이라는 측면에서 외국인의 의료, 교육, 노동, 주거, 복지 등 외국인의 생활전반에 걸친 정책이 포함될 수 있지만 현재 그런 기능은 개별부처에서 담당하고 있다. 다만 이민자 사회통합정책은 광의와 협의가 잘 맞물려 돌아가야 하는 바, 그런 의미에서 광의의 사회통합정책에 대해 오케스트라의 지휘자와 같은 총괄기능은 필요하다.

나. 이민정책과 이민자 사회통합 정책

왜 이민정책에 있어 이민자 사회통합정책이 등장하였는가?

좀 뜬금없지만 토론자가 대학원 수업시간에 하나의 ‘화두’를 고민한 적이 있다. “왜 국가는 문제가 발생하고 나서 사후적 해결하는데 그치지 않고, 발생하기 전부터

개입하여 자유와 권리를 제약하는 사전적 규제를 해야 하는가?” 쉬운 예를 들자면 범죄에 대해 범죄예방이 그러하고, 환경오염에 대해 환경오염방지를 위한 사전규제(환경영향평가, 오염원 배출 규제기준 등)가 그러하다. 사전적 규제로 모두가 규제적용을 받아 높은 비용을 지불하기보다 문제되는 경우만 처벌하는 사후적 규제만 적용하고 위하효과를 통한 사전예방 정도만 피하는게 사회경제적으로 바람직한 측면도 있지 않은가?

통상 그 답으로 ‘막상 문제가 발생했을 경우 피해 회복불가능 내지 회복이 무의미하거나 회복에 극히 막대한 국가·사회·경제적 비용이 소모될 것’이 지적되곤 한다.

하지만 토론자는 여기에 나름 두 가지를 더 덧붙이고 싶었다. 바로 “사고발생 가능성이 높고” “국가가 사전 개입함으로써 피해자 뿐 아니라 가해자도 발생하지 않게 하여 가해자의 낙인효과도 방지할 수 있다는 점”등이 그러했다.

토론자는 이민정책에 있어 이민자 사회통합정책도 비슷한 맥락이라 생각한다. 이민 학은 경험에서 기인한 학문으로 급작스레 이민현상을 겪는 과정에서 어떤 형태로든 대부분의 국가는 이민자로 인한 갈등¹⁾을 겪었고 또 지금도 겪으면서 이민자 사회에서 사회통합에 실패할 경우 그 문제는 이민자 개인의 문제에 국한되지 않고 사회 및 국가 전반의 문제가 될 수밖에 없음에 인식을 같이하였다. 특히 이런 문제는 이미 발생한 뒤에는 되돌릴 수 없는 것이 대부분이며 이러한 갈등으로 인한 가해자가 누구이든 간에 사회 구성원 모두가 상처를 받고 피해를 입을 수밖에 없다.

행정적으로나 국가적으로 볼 때 이민자 사회통합의 가장 쉬운 방법은 바로 통합에 문제가 되지 않을 사람만 유입되도록 하는 정책이다. 즉 한국에서 사회통합의 문제를 일으키지 않을 사람만(단기체류자, 국가경제에 기여함으로써 국민과 갈등의 소지가 적은 사람, 우수인재 등) 유입을 허가하면 어찌면 이민자 사회통합의 문제는 발생하지 않거나 쉽게 해결된다

따라서 세계 각 국의 이민당국은 사증단계 심사는 물론 외국인 입국 후 체류, 영주자격 등 장기체류자격 취득, 국적취득에 이르기까지 전반에 걸쳐 단계적으로 외국

1) 이민자 소요사태(프랑스, 영국 등)나 자국민에 의한 반이민정서 표출 테러(노르웨이, 인도네시아, 남아프리카공화국 등)와 같은 극단적 사회적 갈등까지는 아니라도 다문화실패 선언(독일, 프랑스, 영국 등), 극우정당의 급부상 및 의회입성(덴마크, 스웨덴, 일본 등), 호주의 샤리아법 제정움직임을 둘러싼 법무부와 이슬람단체들과의 갈등, 유럽의 부르카 착용금지 등

인의 사회통합도를 검증한다. 이민당국에게 이민정책에 있어 이민자가 ‘대상’이라면 ‘사회통합’은 목표이자 심사기준의 중요한 한 부분이다. 그리고 외국인이 마지막으로 취득하는 국적은 사회통합의 수단이 아니라 결과이다.

하지만 시간이 지남에 따라 이민자 본인의 자발적 노력만으로는 한계가 있을 수밖에 없다. 사회가 고도화되어 갈수록, 또 그 사회 구성원의 교육수준이 높을수록 후발적으로 유입된 외국인이 단기간내 기존 사회구성원들과 동등한 수준으로 경쟁하기가 쉽지 않다. 국가입장에서는 이민자 유입으로 인한 긍정적 효과는 최대한 끌어올려 시너지 효과를 발휘하도록 하되, 부정적 갈등은 최소화하기 위해 기존처럼 입국 후 방입하여 개별적으로 사회통합이 되도록 사회에 맡기되 국가는 소극적으로 그것을 평가하는 방식을 넘어서서 국가가 사회통합 증대라는 국정철학하에 국가가 가진 정책 전반에 걸쳐 일관되면서 효율적으로 사회통합철학을 정책화 시켜 문제를 사전에방할 필요가 발생한 것이다.

또 사회통합도를 관리하는 것이 이민정책의 과제라는 점에서 이민자 사회통합의 가장 강력하면서 효율적 수단은 이민정책적 해결로 귀결될 수 밖에 없다. 사회통합정책이 등장하기 이전부터 이민문제 있어서 사회통합은 고려되어 왔고 지속적으로 고려되어야 할 숙제이다. 다만 소극주의에서 적극주의로의 변모가 있을 뿐이다.

다. 현행 「출입국관리법」사회통합 프로그램 규정에 대한 해석론

발제문과 관련하여 보자면 토론자는 이민정책에서 이민자 사회통합 과제로 사회통합 프로그램을 보다 다양화하고 보다 다양한 외국인을 대상으로 하는 보편적 사회통합 프로그램 시행을 위한 개선의 필요성을 드는 바 이부분에서 발제자의 의견에 적극 동감한다.

다만 발제자는 현행 법령이 국적이거나 영주체류자격을 취득하려는 사람에 대한 사회통합 프로그램만 근거가 있고 나머지 대상에 대해서는 근거가 없다 평가하고, 「제한외국인처우기본법」제11조2)에도 불구하고 「출입국관리법」제39조 신설이유를 단지 출입국관리상 시급한 필요를 들고 있으나 이에 대해 토론자는 의견을 달리한다.

2) 제11조(제한외국인의 사회적응 지원) 국가 및 지방자치단체는 제한외국인이 대한민국에서 생활하는 데 필요한 기본적 소양과 지식에 관한 교육정보제공 및 상담 등의 지원을 할 수 있다.

「제한외국인처우기본법」제11조는 일반법이자 기본법인 관계로 그 조항을 통해 「출입국관리법」상 사회통합 프로그램도 그 일환임은 분명하나, 그럼에도 「출입국관리법」에 입안한 이유는 앞서 본 바와 같이 사회통합은 이민정책의 한 축이고 사회통합 프로그램의 활성화를 위하여 「출입국관리법」상 부여하는 각종 체류관련 혜택을 부여한다는 점에서 어떤 법률보다 모든 체류허가의 근거가 되는 「출입국관리법」이 보다 적합했음이 주된 이유라 할 것이다. 대부분의 세계 이민법에서도 사회통합을 강조하는 국가는 이민법 한 장을 사회통합 및 관련 사회통합 프로그램에 할애하고 있다.

또 「출입국관리법」제39조나 제40조에는 ‘국적이나 영주체류자격 이외의 체류자격’을 갖고자 하는 사람에 대한 프로그램의 근거가 없다 하나 이에도 다소 이견이 있다. 동 조항이 원래 입법예고 당시에는 ‘국적이나 영주체류자격 등을 취득하고자 하는’이란 제한이 없었으나 사회통합 프로그램 내용이 너무 모호하다는 지적이 있어 동 부분은 예시적 차원에서 들어간 것일 뿐이었다.

법문상으로도 ‘국적이나 영주체류자격 등을 취득하려는’로 되어 있어 이외의 체류자격을 포함하고 있고 동법의 위임에 따른 시행령, 시행규칙을 통틀어 ‘사회통합 프로그램’을 이수하려는 대상의 제한규정이 없어 현행 법규상 모든 외국인에 대해서 사회통합 프로그램을 운영할 수 있다고 봄이 옳다.

다만 발제자의 의견처럼 현행 출입국관리법 보다 좀 더 다채로운 대상을 위한 프로그램 다변화를 위해 향후 「제한외국인처우기본법」과 연계하여 양 법 모두 사회통합부분을 보완하는 것은 반드시 필요한 일로 보인다. 또 장기적으로는 선진국의 경우 사회통합 프로그램 이수를 의무화하면서 대상 자체를 장기체류 외국인중 일정한 자로 제한하는 입법례가 상당한 바, 장기적인 관점에서 우리도 사회통합 프로그램 다변화와 함께 의무화 도입이나 프로그램별 대상 차등화도 고려해볼직 하다.

Ⅲ. 다문화 개념 분석

1. 분석 이유

토론자가 법무부 출입국·외국인정책본부에서 일한다고 하면 사람들이 대뜸 “아

너 다문화하는구나?”라고 말한다. 정부, NGO, 언론이 내는 외국인이나 이민에 대한 수많은 정책이나 기사가 사람들에게는 그냥 ‘다문화’로 인식된다. 이하 우리사회에서 쓰이는 뉴스검색을 통해 다문화개념 사용 빈도수를 정리해보고, 다문화 개념의 다양성에 대해 간략히 고찰해보도록 하겠다.

2. 뉴스검색을 통한 다문화 개념 사용 빈도 분석

포털 사이트 뉴스검색을 통해 기간별로 제목이나 본문에 ‘외국인’나 ‘다문화’가 들어간 빈도수를 조사한 결과는 다음과 같다.

년도	외국인	다문화
1960 ~1999	24,595	31
2000	23,221	49
2001	34,899	41
2002	45,698	76
2003	62,581	92
2004	89,521	159
2005	80,151	251
2006	86,002	925
2007	99,744	3,109
2008	134,577	9,400
2009	161,649	21,202
2010	171,475	31,817
2011	178,562	37,011
2012	202,585	52,318

○ 1960년대부터 2003년까지 다문화라는 용어는 다문화주의나 문화다양성이 공존하는 사회현상과 관련해서 사용되었을 뿐 ‘사람’이나 특정 대상을 지칭하는 용어로는 사용되지 않았다.

○ 변화가 시작된 것은 하이패밀리라는 NGO가 2003. 12월 기존 혼혈아나 국제결혼이라는 말이 차별적이라며 국제결혼가족을 ‘다문화가족’으로 혼혈인을 ‘다문화가족 2세’로 바꾸는게 좋겠다고 주장하기 시작하면서다.³⁾

3) <혼혈 아니라 다문화가족 2세입니다>, 2003. 12. 8. 한겨레

○ 이에 건강가정시민연대가 2004. 4. 27. ‘개선해야 할 가정용어’를 발표하면서 혼혈아를 ‘다문화가정 2세’로 권고하였고 이 시점 이후부터 다문화 용어 사용 빈도수는 2009년 「다문화가족지원법」이 제정되면서 ‘다문화가족’이 법률용어화 되기까지 매년 2배~3배씩 사용빈도수가 증가한다⁴⁾. 이때부터 ‘다문화’ 용어는 사회현상에서 대상을 지칭하는 용어로 사용되면서 사용 빈도수가 급증하게 된 것이다.

○ 반면 외국인이라는 용어는 체류외국인 증가 수에 따라 꾸준히 증가하였으나 2007년 「재한외국인처우기본법」이 제정된 이후인 2008년~ 2009년 급증하다 잠시 주춤하였으나, 2012년 우웬준 사건 등을 계기로 외국인정책에 대한 관심이 많아짐에 따라 다시금 급증한 바 있다.

3. 다문화 용어의 범주 : 현상 vs 대상 vs 이념

토론자는 이 시대에 다문화용어는 크게 다음과 같은 세 가지 범주로 쓰이는 것으로 생각한다.

○ 첫 번째로 다양한 민족과 문화가 공존하여 살아가는 사회현상으로서 다문화로 보다 정확하게는 ‘다민족사회’를 의미할 수 있다. 주로 ‘다문화사회를 대비하기 위하여’와 같은 문구에서 사용되며 정부가 의도하든 않았든 사회구성원이 되는 민족이 다양해지는 현상 자체를 일컫는다.

○ 두 번째로 대상으로서 다문화로 좁게는 「다문화가족지원법」상 정한 다문화가족을 의미하며 국제결혼을 통해 이루어진 가족과 그 2세를 일컫는다. ‘다문화가족’, ‘다문화가정’, ‘다문화아동’, ‘다문화여성’ 등 뒤에 사람을 보다 특징하는 말과 함께 쓰이는 경우가 많다. 다문화가족지원정책의 수혜대상이라는 점에서 온정적 시선이 깃들 경우가 대부분이다.

○ 세 번째 이념으로서 다문화, 말 그대로 정책방향으로서 ‘다문화주의(Multiculturalism)’이다. 즉 이민자 사회통합의 모델로 예시되는 동화주의, 다문화주의, 상호문화주의 등 이론적 모델의 하나로서 다문화주의, ism 으로서 다문화주의를 말한다.

4) <주인양반, 짐사람 대신 남편, 아내로 불러야>, 2004. 4. 27. 연합뉴스

4. 소결

다문화라는 용어를 통해 서로 너무 많은 얘기를 하다 보니 모두 ‘다문화’를 얘기하지만 각자가 말하는 다문화의 의미가 다른 경우가 다반사다. 특히 최근 사용되고 있는 ‘다문화정책’이라는 용어가 그러하다. 다문화정책의 실체가 ‘현상으로서 다문화’에 대처하기 위한 것인지, ‘대상으로서 다문화’에 대처하기 위함인지 아니면 ‘다문화주의를 지향’하기 위하여 펼치는 정책인지 불분명하다.

그리고 이 모든 걸 포함한다 해도 ‘다문화정책’이라는 용어를 쓰는 것은 부적절하다. ‘다문화’는 ‘다문화주의’와 뉘레야 뉘 수가 없는 가치지향적 개념인데다 이상의 서로 다른 개념들이 혼재되어 사용되다 보니 정책 네이밍 자체로 대상, 방향, 시선이 정해져있다. 설사 ‘대상’을 확대한다 하더라도 이미 방향과 시선이 고정된 이상 ‘다문화정책’이란 용어를 사용하는 것은 정책방향을 한 방향으로 몰고 가 버리기에 담론자체를 옅아낼 수 밖에 없다. 나아가 최근에는 엄연한 대한민국 국민에 대해 ‘다문화’로 구분짓고 별도 정책을 펴는 자체가 그 정책 내용이 ‘separate but equal’을 넘어서서 ‘separate but advantageous’ 이라 할지라도 차별적이라는 지적까지 나오고 있다. 지원을 해주더라도 조용히 숨어서 보편적 복지의 틀 내에서 지원을 해주는 것이 이민자나 국민 모두에게 바람직하다는 것이다.

그런 의미에서 전세계적으로 다문화사회를 대비하기 위한 정책에 ‘다문화정책’이라는 용어보다 ‘이민정책’이라는 용어를 사용함에 보다 유의할 필요가 있다. 이민법학회의 할 일이 산적해 있다.

[제4주제]

난민법의 과거, 현재 그리고 미래*

황 필 규(법학박사, 변호사, 공익인권법재단 공감)

1. 난민협약의 가입과정
2. 난민법 이전 난민에 관한 국내법 현황
3. 난민법 이전 난민에 관한 국내법의 문제점
4. 난민법 제정 및 주요 내용
5. 난민 등의 권리 규정에 대한 평가
6. 2013년 2월 14일 입법예고된 난민법 시행령·규칙 총론 및 절차규정 평가
7. 여론 1 : 난민의 개념과 박해가능성의 입증
8. 여론 2 : 반다문화주의, 외국인혐오주의 그리고 인종주의

1. 난민협약의 가입과정¹⁾

『난민의 지위에 관한 협약』(Convention relating to the Status of Refugees: 이하 ‘난민협약’) 및 『난민의 지위에 관한 의정서』(Protocol relating to the Status of Refugees: 이하 ‘난민의정서’) 가입 이전까지는 한국에서 난민 문제가 본격적인 법적·사회적 문제로 제기되지는 않았다. 유엔한국재건기구(UN Korea Reconstruction Agency: 이하 ‘UNKRA’)는 한국전쟁 당시인 1950년 한국의 정치적 안정과 경제적 지원, 그리고 구호활동을 목적으로 설립되었다. UNKRA는 오늘날 UNHCR이 난민과 국내실향민을

* 이 글은 황필규, “『난민 등의 지위와 처우에 관한 법률안』상 난민 등의 권리 : 난민 등의 경제적, 사회적 및 문화적 권리를 중심으로”, 『인권법의 이론과 실제』, 제2호 (2011), pp.1-35를 수정보완한 것임.

1) 황필규, 『난민의 지위에 관한 협약』상 ‘충분한 근거가 있는 공포’ (서울대학교 박사학위논문, 2010. 8), pp.138-140 참조.

위해 펼치는 활동과 비슷한 활동을 수행하였고 한국 경제의 회복과 정세 안정으로 1959년 활동을 사실상 중단하고 1960년 정식으로 그 임무를 종료하였다.²⁾

1960년대 초부터 1990년대 초까지는 과거 냉전시대 공산권 국가인 중국, 소련, 체코 슬로바키아 등으로부터 탈출한 정치적 망명자가 국내에서 망명을 요청하는 사례가 있었다. 이들은 주로 제3국으로 보내졌는데 한국 정부가 이들에게 공식적으로 난민의 지위를 인정한 것은 아니었다.³⁾ 그 당시의 인식은 별도의 국내법규가 없는 이상 난민을 보호해야 할 국제법적 혹은 국내법적 국가의 의무가 발생하지 않는다는 것이었다.⁴⁾ 한편 한국은 1975년부터 1993년까지 3,000여명의 베트남 난민을 수용한 바 있는데 이 중 2,400여명이 미국, 뉴질랜드, 캐나다, 프랑스, 네덜란드 등에 재정착하고 600여명이 한국에 정착함으로써 구호시설이 폐쇄되게 된다.⁵⁾ 베트남 난민의 경우에도 한국 정부에 의하여 국제적 보호를 필요로 하는 난민으로 정식 인정되었다고 볼 수는 없다.

난민의 문제가 법률의 문제로 접근되기 시작한 것은 1985년 10월 14일 정부가 난민의정서에 대한 가입동의안을 국회에 제출하면서부터이다.⁶⁾ 정부는 이 가입동의안 제안이유에서 “최근 증가하고 있는 망명사건처리에 있어서 야국에 유리한 입장을 뒷받침할 수 있는 국제법적 근거가 될 것”이라고 밝히고 있다. 난민의정서상 난민의 요건 및 처우가 엄격하고 제한적이라는 판단이 전제되었다고 볼 수 있다. 이 가입동의안은 1986년 4월 2일 국회 외무위원회에 상정되었고,⁷⁾ 전문위원 검토보고서에서는 출입국관리법, 국적법 등 국내법 개정 혹은 특별법 제정의 필요성이 제기되었다.⁸⁾ 그러나 난민의 요건이나 처우와 관련된 국내법의 정비에 대해서는 별다른 논의가 이루어지지 않았고, 1988년 5월 29일 이 가입동의안은 국회 임기만으로 폐기되게 된다.

1992년 7월 2일 정부는 난민협약 및 난민의정서 가입동의안을 다시 국회에 제출하였고, 이 가입동의안은 같은 해 11월 2일 국회 외무통일위원회의 가결을 거쳐 같

2) <http://www.unhcr.or.kr/unhcr/html/001/001004001002.html>, 2010. 10. 1 방문.

3) 정인섭, “한국에서의 난민 수용 실행”, 『서울국제법연구』, 제16권 제1호 (2009), pp.198-201.

4) “정치적 피난민에 대한 보호는 소수의 국가가 국내법상으로 보장하고 있을 뿐 우리나라도 이를 보장하는 국내법규가 없으며, 개개의 조약을 떠나서 일반 국제법상의 보장이 확립된 것도 아니다.” 대법원 1984. 5. 22. 선고 84도39 판결.

5) 정인섭, “한국에서의 난민 수용 실행”, 『서울국제법연구』, 제16권 제1호 (2009), pp.201-205.

6) <http://naph.assembly.go.kr/billDisplay.do?billId=010123>, 2010. 10. 1 방문.

7) 대한민국국회사무처, 『제129회국회 외무위원회회의록』 제1호 (1986. 4. 2).

8) 외무위원회, 『난민의 지위에 관한 의정서 가입동의안에 대한 검토보고서』 (1986. 4. 2).

은 달 11일 국회 본회의를 통과하게 된다.⁹⁾ 다만 3년 거주 난민에 대한 상호주의 적용으로부터의 배제를 규정한 난민협약 제7조를 당시 국내법 규정에 저촉됨을 이유로 유보하였다. 즉 당시 국가배상법 제7조, 외국인토지법 제2조, 공인회계사법 제4조, 변호사법 제6조 제2항, 특허법 제25조, 의장법 제4조 등이 상호주의를 규정하고 있다는 것이 그 이유였다.¹⁰⁾ 그 후 같은 해 12월 3일 정부는 유엔사무총장에게 가입서를 기탁하여 같은 날 난민의정서는 발효되고 난민협약은 다음 해 3월 3일 발효되게 된다.¹¹⁾ 이를 통하여 난민협약과 난민의정서는 국내법적 효력을 획득한다. 이 가입동의안의 전문위원 검토보고서에서도 난민자격 인정 및 취소절차, 일시적 보호에 관한 사항, 국내 정착 시 거주자격 부여 조건 완화 등에 관한 국내법 규정을 마련할 필요성이 지적되었다.¹²⁾ 그러나 난민의 요건이나 처우 일반에 대해서는 “경제적 동기에 의한 피난민은 난민의 범주에서 제외”된다는 정도의 언급이 있었을 뿐이다.¹³⁾

2. 난민법 이전 난민에 관한 국내법 현황

1993년 12월 10일 난민의 정의 조항¹⁴⁾과 인정 조항 등을 신설한 출입국관리법 개정안이 국회를 통과하였고, 1994년 7월 1일 개정 출입국관리법이 발효되어 1994년 처음으로 난민신청을 접수하게 되었다. 출입국관리법은 난민의 개념에 대하여 난민협약을 원용하는 방식을 취했고, 국회 논의 과정에서도 이에 대한 별다른 논의가 이루어지지 못했다.¹⁵⁾ 난민인정절차 및 난민의 처우와 관련한 사항은 주로 출입국관리법에서 규정

9) <http://naph.assembly.go.kr/billDisplay.do?billId=012115>, 2010. 7. 1. 방문.

10) 외무통일위원회, 『난민의 지위에 관한 협약 및 난민의 지위에 관한 의정서 가입동의안 심사보고서』 (1992. 11.), p.6.

11) <http://naph.assembly.go.kr/billDisplay.do?billId=012481>, 2010. 7. 1 방문; 헌법 제6조 제2항은 “외국인은 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 그 지위가 보장된다.”고 규정하고 있다. 따라서 난민의 경우에는 이 헌법조항에 의해서도 난민협약 및 난민의정서상의 지위가 보장된다고 볼 수 있다.

12) 외무통일위원회, 『난민의 지위에 관한 협약 및 난민의 지위에 관한 의정서 가입동의안 심사보고서』 (1992. 11), pp.9-10.

13) 대한민국국회사무처, 『제159회국회 외무통일위원회회의록』 제9호 (1992. 11. 2).

14) 출입국관리법 제2조 (정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.
2의2. “난민”이라 함은 난민의지위에관한협약(이하 “난민협약”)이라 한다) 제1조 또는 난민의지위에관한의정서 제1조의 규정에 의하여 난민협약의 적용을 받는 자를 말한다.

하고 있다. 출입국관리법의 난민 관련 규정은 1993년 처음으로 난민 관련 내용이 추가된 이후, 3차례의 개정을 거쳐 현행의 체계를 이루고 있다. 특히 2008년 개정에서는 난민의 처우에 관한 규정이 처음으로 도입되었는데, 취업허가 등과 관련된 난민 등의 처우(제76조의8 신설), 난민 지원 시설(제76조의9 신설), 난민에 대한 상호주의 적용의 배제(제76조의10 신설) 조항 등이 신설되었다. 또한 2010년에 개정된 출입국관리법(2010. 5. 14 법률 제10282호)은 난민과 관련해서, 난민 심사 중인 자에 대한 강제퇴거 정지(제62조 제4항 신설), 난민인정의 취소사유 추가(제76조의3)하는 내용이 포함되었고, 간접적으로 난민신청자를 포함한 외국인의 보호기간에 대한 제한이 규정되었다. 출입국관리법상 난민 관련 규정의 개정 경과를 살펴보면 <표 1>과 같다.¹⁵⁾

<표 1> 『출입국관리법』의 난민 관련 주요 개정 경과

개정일자	주요 개정 내용	비고
1993.12.10	·제16조의2(난민임시상륙허가) ·제64조제3항(강제송환금지) ·제8장의2(난민의 인정 등) 신설 - 제76조의2(난민의 인정) - 제76조의3(난민인정의 취소) - 제76조의4(이의신청) - 제76조의5(난민여행증명서) - 제76조의6(난민인정증명서 등의 반납) - 제76조의7(난민에 대한 체류허가의 특례) - 제80조제1항(사실조사)	난민 규정 신설 (*1992. 12. 3 난민협약 가입)
2001.12.29	·제76조의2(난민의 인정) - 신청기간 연장(60일→1년)	
2008.12.19	·제76조의4(이의신청 기간 연장)(7일→14일) ·제76조의8(난민 등의 처우) 신설 - 제1항: 「난민협약」의 지위와 처우 보장 노력 - 제2항: 인도적 체류 지위 부여 법적 근거 마련 - 제3항: 인도적 체류자와 난민신청자에 대한 취업활동 허가(신청으로부터 1년 경과 후) ·제76조의9(난민 지원 시설) ·제76조의10(난민에 대한 상호주의 적용의 배제)	법무부 「출입국관리 및 난민인정에 관한 법률안」 입법예고안(2007. 11. 8) ¹⁷⁾ 중 일부가 '조윤선의 원안'에 반영·처리된 내용임.

15) <http://naph.assembly.go.kr/billDisplay.do?billId=012481>, 2010. 7. 1 방문.

16) 정정훈, 『외국인 인권 기초 연구』 (2010. 8), pp.77-81. 참조.

17) 법무부는 2005년 2월 민간 전문가를 포함한 '난민법제(개)정연구위원회'를 구성하여 난민

개정일자	주요 개정 내용	비고
2010.5.14.	·제62조(강제퇴거명령서의 집행) -제4항: 난민신청자의 강제퇴거 집행 정지 ·제76조의3(난민인정의 취소) 개정 -제2호: 취소사유로「난민협약」의 규정 추가 -제3호: 난민 인정이 거짓 서류제출 및 진술, 사실의 은폐 등에 의한 것으로 밝혀진 경우	2009년 5월「난민 등의 지위와 처우에 관한 법률안」이 발의되었으나, 정부의 「출입국관법」개정안만 통과

한편 출입국관리법의 난민에 관한 규정 외에 일부 개별 법률에도 난민에 관한 규정이 존재한다. 2007년 재한외국인처우기본법 제정 시 난민의 처우에 관한 규정도 도입되었고, 2006년 의료급여법 일부개정으로 난민에 대한 특례가 신설되었으며, 2005년 도로교통법 전부개정 시 난민인정자에 대한 운전면허시험 일부 면제가 규정되었고, 행정절차법은 1996년 제정 시부터 난민인정에 대하여는 본 법의 적용을 배제하는 규정을 두고 있다. 개별 법률의 관련 조항의 구체적인 내용은 다음과 같다.¹⁸⁾

<표 2> 『출입국관리법』외 현행 법률상 난민 관련 규정

법률	조항
재한외국인처우 기본법	제14조 (난민의 처우) ① 「출입국관리법」 제76조의2에 따라 난민의 인정을 받은 자가 대한민국에서 거주하기를 원하는 경우에는 제12조제1항을 준용하여 지원할 수 있다. ② 국가는 난민의 인정을 받은 재한외국인이 외국에서 거주할 목적으로 출국하려는 경우에는 출국에 필요한 정보제공 및 상담과 그 밖에 필요한 지원을 할 수 있다. 제12조 (결혼이민자 및 그 자녀의 처우) ① 국가 및 지방자치단체는 결혼이민자에 대한 국어교육, 대한민국의 제도·문화에 대한 교육, 결혼이민자의 자녀에 대한 보육 및 교육 지원, 의료 지원 등을 통하여 결혼이민자 및 그 자녀가 대한민국 사회에 빨리 적응하도록 지원할 수 있다.

보호 법제를 연구하고, 이를 바탕으로 「출입국관리 및 난민인정절차에 관한 법률안」을 입법예고(2007. 11.8)하였으나, 입법예고 이후 국회 상정절차를 거치지 못하고 폐기되었다. 이 법안은 당초 ‘난민법제(개)정연구위원회’가 제안한 법률 개선안을 수용하지 못하였고, 법안의 상당한 내용이 난민협약에 위반되거나 그 수준에 이르지 못한다는 비판을 받았다.

18) 정정훈, 『외국인 인권 기초 연구』 (2010. 8), pp.77-81. 참조.
 18) 국회인권포럼, 『「난민 등의 지위 및 처우에 관한 법률」 제정을 위한 공청회』, 제36회 국회인권포럼 세미나 (2008. 12. 2), pp.201-213 참조.

법률	조항
의료급여법	제3조의2 (난민에 대한 특례) 「출입국관리법」 제76조의2의 규정에 따라 난민 의 지위를 인정받은 자로서 「국민기초생활 보장법」 제5조의 수급권자의 범위에 해당하는 자는 수급권자로 본다.
도로교통법	제84조 (운전면허시험의 면제) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람에 대하여는 대통령령이 정하는 바에 의하여 운전면허시험의 일부를 면제한다. 3. 외국의 권한있는 기관에서 교부한 운전면허증(이하 "외국면허증"이라 한다)을 가진 사람 가운데 다음 각 목의 어느 하나에 해당되는 사람다. 「출입국관리법」 제76조의2의 규정에 의하여 난민 으로 인정된 사람
행정절차법	제3조 (적용범위) ② 이 법은 다음 각호의 1에 해당하는 사항에 대하여는 적용하지 아니한다. 9. 병역법에 의한 징집·소집, 외국인의 출입국· 난민 인정·귀화, 공무원 인사관계 법령에 의한 징계 기타 처분 또는 이해조정을 목적으로 법령에 의한 알선·조정·중재·재정 기타 처분등 당해 행정작용의 성질상 행정절차를 거치기 곤란하거나 불필요하다고 인정되는 사항과 행정절차에 준하는 절차를 거친 사항으로서 대통령령으로 정하는 사항

3. 난민법 이전 난민에 관한 국내법의 문제점

(1) 난민협약 가입 당시 국내법 정비의 미비

난민협약 가입 당시 국회는 난민협약의 국내법 저촉 여부 및 국내법 정비 필요성에 대한 검토를 하지 않은 것은 아니다. 실제로 난민협약의 개별 조항과 국내법의 관련 규정을 검토함으로써 국내법상 상호주의 규정을 이유로 한 난민협약 제7조의 유보, 출입국관리법령의 개정 필요성 등의 결론을 도출하였고 기타 법령에 대해서는 별도의 개정이 필요하지 않다는 판단을 하였다. 당시 국회에서 난민의 권리를 규정하고 있는 난민협약 제12조 내지 제34조의 내용과 국내법 규정을 비교·검토한 결과는 다음과 같다.¹⁹⁾

19) 대한민국국회사무처, 『제159회국회 외무통일위원회회의록』 제9호 (1992. 11. 2), pp.11-18 참조.

<표 3> 난민협약 규정과 국내법 규정 비교 (국회, 1992년)

협약 규정	국내법 규정 비교 결과
제14조 (저작권 및 공업소유권)	·난민을 포함한 외국인에 대하여 국내법상 저작권, 특허권, 실용신안권 등 예술상의 권리 및 공업수요권도 보호 (저작권법, 특허법, 실용신안법)
제15조 (결사의 자유)	·난민에게도 적용될 수 있는 차별금지 보장 (노동조합법)
제16조 (재판을 받을 권리)	·난민을 포함한 외국인에게 소송능력을 인정하는 재판을 받을 권리가 부여되고 법해석상 국선변호인 선임 등 법률적 도움에 있어서 내국인과 동일 취급 (민사소송법, 형사소송법)
제17조 (임금이 지급되는 직업)	·출입국관리법 시행령의 "고용될 수 있는 체류자격"에 관한 규정에서 동 취지 반영 필요 (출입국관리법)
제22조 (공공교육)	·외국인이 원하는 경우에는 내국인과 같이 교육을 받을 기회 부여 (교육법 시행령)
제24조 (노동법제와 사회보장)	·근로기준법, 노동조합법 등이 국적, 인종 등에 의한 차별대우 금지 (근로기준법, 노동조합법) ·난민을 포함한 외국인 근로자가 원하는 경우 의료보험법 및 산업재해보상보험법에 의한 혜택 가능 (의료보험법, 산업재해보상보험법, 근로기준법)
제27조 (신분증명서)	·거류신고를 할 수 없는 불법입국 난민에 대하여 신분증명서 발급을 위한 행정조치를 취함으로써 해결 (출입국관리법)
제28조 (여행증명서)	·(여권법 시행령)
제30조 (자산의 이전)	·외환관리법의 해석상 운영으로 협약 규정 이행 가능
제31조 (피난국에 불법으로 있는 난민)	·난민이 한국에 불법입국 혹은 체재할 경우 이들에 대한 협약상의 처벌금지조항과 출입국관리법상의 벌칙조항은 상호저촉될 수 있으나 벌칙해당 난민에 대하여 기소유예 등 검찰권 발동의 유보라는 법운영상의 방식으로 해결할 수 있음 (출입국관리법) ·외국인의 활동에 대한 제한은 협약규정에 따른 필요한 제한이라고 볼 수 있음. 난민에 대한 편의제공 등 일시 비호는 행정 조치로 실시 (출입국관리법)
제32조 (추방)	·출입국관리법이 규정하는 강제퇴거의 대상은 협약이 규정하는 공공질서 유지 등을 위한 사유로 볼 수 있음 (출입국관리법) ·난민도 외국인의 경우와 마찬가지로 협약규정에 합치하는 출입국관리법상 강제퇴거절차를 적용 받음 (출입국관리법)
제33조 (추방 또는 송환의 금지)	·(출입국관리법)
제12조 (개인적 지위); 제13조 (동산 및 부동산); 제18조 (자영업); 제19조 (자유업); 제20조 (배급); 제21조 (주거); 제23조 (공공구제); 제25조 (행정적 원조); 제26조 (이동의 자유); 제29조 (재정상의 부과금); 제34조 (귀화) 등에 대하여는 비교 검토 의견 없음	

비록 난민협약 가입 당시 국내법 규정 정비가 고려되지 않은 것은 아니지만 난민 협약 규정과 관련 국내법 규정이 충분히 검토되지 못한 채 난민협약의 가입이 이루

어졌다는 문제점이 있다. 예컨대, 난민협약 규정 중 사회보장과 긴밀하게 관련되어 있는 제23조(공공구제)나 제25조(행정적 원조) 등에 대해서는 국내법 규정과의 비교 검토가 전혀 이루어지지 못했다. 결국 난민협약 가입 당시 사회보장 관련 법률인 사회보장에 관한 법률, 국민연금법, 의료보험법, 산업재해보상보험법, 생활보호법, 의료급여법, 범죄피해자구조법, 재해구호법, 노인복지법, 아동복지법, 장애인복지법, 영유아보육법, 한부모가족지원법, 장애인 고용촉진 및 직업재활법 등이 난민에게 적용되는 것인지, 적용된다면 어떻게 적용될 수 있는 것인지에 대한 충분한 검토가 거의 이루어지지 못했고, 따라서 난민의 경우 난민협약에서 보장하고 있는 권리조차도 제대로 보장받을 수 없는 상황에 놓이게 되었다.

난민협약은 체류 기간과 그 합법성을 기준으로 각각의 권리의 보장 여부를 규정하고 있는데, 실제로 가장 유의미한 분류는 난민으로 인정된 자와 난민인정절차를 진행 중인 자의 구분이다. 그런데, 한국은 난민협약의 가입 당시 난민신청자에 대하여는 체류와 관련된 일부 논의를 제외하고는 그 지위 혹은 권리에 대한 어떠한 검토도 진행하지 않았다. 따라서 난민인정절차가 진행 중인 자는 단지 물리적으로 한국 내에 체류할 수 있다는 점 외에는 사실상 생계를 유지할 수 있는 권리를 포함한 그 어떠한 권리도 보장되지 않는 결과를 초래했다.

난민은 본국에서의 박해를 피해 언어, 문화 등이 전혀 다른 국가에서 생활할 수밖에 없는 매우 취약한('vulnerable') 상황에 놓인 이들이다. 즉 난민은 국가 혹은 국가 간 권력구조에 의하여 개인에게 부과된 “권한 혹은 권력의 부족 혹은 부재”(lack of empowerment or powerlessness) 상황²⁰⁾에 놓인 이들이고, “특별한 프로그램을 통한 보호를 필요로 하는 특히 빈곤한 인구의 구성부분”이며,²¹⁾ “인권의 관점에서 특별한 보호나 관심을 받는 혹은 받아야하는 인구의 구성부분”이다.²²⁾ 따라서 난민의 사회적 취약성의 구조적인 성격은 이를 해결하기 위한 적극적 평등실현조치를 요구하기도 하고 이들에 대한 실질적인 평등을 보장하기 위해서는 특별한 보호조치 혹은 절

20) Jorge A. Bustamante, *Working paper of the working group of intergovernmental experts on the human rights of migrants*, UN Doc. E/CN.4/AC.46/1998/5, 1998, para. 28.

21) Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), *General Comment No. 12*, 1999, para. 13.

22) Alexander H. E. Morawa, “Vulnerability as a Concept of International Human Rights Law”, *Journal of International Relations and Development*, vol. 6, no. 2 (June 2003), p.139.

차가 필요한 경우가 대부분이다.²³⁾ 그러나 한국은 난민협약 당시 이러한 난민의 특수한 상황에 대한 고려나 특별한 보호조치 마련의 필요성에 대한 논의를 전혀 하지 않은 채 난민협약의 일부 규정에 대한 형식적인 검토를 토대로 별다른 준비 없이 난민협약에 가입함으로써 난민의 실질적 보호가 거의 불가능한 상황을 사실상 방치하게 되었다.

(2) 난민협약 가입 후 국내법 정비의 문제점

출입국관리법은 2008년 12월 19일 개정을 통해 난민의 권리 혹은 처우와 관한 규정을 신설하였다. 우선 난민인정자에 대해서는 국내법상 상호주의 규정을 적용하지 않도록 한 같은 법 제76조의10 규정은 긍정적인 평가가 가능하다.²⁴⁾ 그러나 다른 신설된 규정은 난민협약의 권리조항을 적용을 사실상 배제하고 난민 혹은 난민신청자에게 극히 제한된 권리만을 보장하는 등 많은 문제점을 가지고 있다. 같은 법 제76조의8 제1항은 “정부는 대한민국에서 난민의 인정을 받고 체류하는 외국인에 대하여 「난민협약」에서 규정하는 지위와 처우가 보장되도록 노력하여야 한다.”고 규정하고 있다. 그러나 이는 난민협약이 국내법적 효력을 가지며 협약이 보장하고 있는 권리가 법적인 권리임을 무시한 규정으로 난민협약의 법적 구속력을 법률로서 배제하는 유해한 조항이다.²⁵⁾ 한편 같은 법 제76조의8 제3항은 인도적 체류를 받은 자와 난민신청자 중 일부에 대한 취업활동 허가 가능성을 규정하고 있지만 그 요건과 절차가 엄격하여²⁶⁾ 실제로 극히 일부만이 한정된 기간 동안 취업허가를 받고 있고, 인도적 체

23) 황필규, “한국의 이주민 법제의 시각과 관련 쟁점”, 『조선대 법학논총』, 제16집 제1호 (2009), pp.7-10 참조.

24) 2009년 9월 1일 한국 정부는 유엔사무총장에게 보낸 통지문을 통해 2009년 9월 8일자로 난민협약 제7조 제2호와 난민의정서 제7조 제1호에 대하여 유보를 철회할 것임을 통지하였다. http://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsII.aspx?&src=UNTSO&mtdsg_no=V-2&chapter=5&Temp=mtdsg2&lang=en#30, 2010. 10. 1. 방문.

25) 황필규, “난민의 지위”, 대한변호사협회, 『2007 인권보고서』 (2008. 3), p.553.

26) 취업활동 허가를 신청하기 위해서는 신분증, 신청서 외에 장래 사용자와의 고용계약서, 사용자의 사업자등록증 사본을 요구하고 있고, 인도적 체류허가자에 대해서는 정식 체류자격 없는 체류기간 동안의 범칙금 납부를, 난민신청자에 대해서는 난민인정 신청 후 1년간 최초의 결정이 나지 않았거나 장애 등으로 근로능력이 없는 피부양자를 부양해야 하거나 기타 이에 준하는 사유로 사무소장 등이 특히 필요하다고 인정하는 경우일 것을 요구하고 있다. 그 취업활동 허가 기간도 인도적 체류허가자는 6개월 이내, 난민신청자는 3

류 허가자나 난민신청자가 생계를 유지할 수 권리를 규정한 것이라고 보기 어렵다. 또한 같은 법 제76조의8 난민 등에 대한 지원이 난민지원시설을 통해 이루어질 수 있는 가능성을 규정하고 있는데 이 조항이 규정하고 있는 “한국어 교육 및 직업 상담, 사회적응훈련 및 정착지원, 의료지원, 그 밖에 지원을 위하여 필요한 사항” 등이 난민과 난민신청자의 권리를 얼마나 어떻게 보장할 수 있을지 의문이다. 무엇보다도 현재 추진되고 있는 난민지원시설에 대해서는 (준)구급시설화의 위험, 단일한 시설 중심의 지원체계의 폐해, 격리된 지역의 입지 선정으로 인한 사회통합의 저해 등 많은 문제점이 제기되어 왔다.²⁷⁾

출입국관리법령 외에 난민에 대한 규정을 신설한 법률에 있어서 여러 문제점이 있기는 마찬가지이다. 우선 행정절차법 제3조 제2항 제9호는 “난민인정”을 그 적용 범위에서 제외하고 있는데 행정의 공정성, 투명성 및 신뢰성 확보를 그 목적으로 하고 있고 청문, 문서의 열람, 처분의 이유 제시 등 행정절상의 제반의 권리를 규정하고 있는 이 법의 적용 배제는 난민신청자의 행정절차상의 권리를 전면적으로 부정하는 것이고 이는 명백히 헌법상 차별금지원칙에도 위배된다고 볼 수 있다.²⁸⁾ 한편 비록 재한외국인처우기본법, 의료급여법, 도로교통법 등은 난민의 권리를 새로이 규정하였다는 긍정적인 면이 없지 않지만, 이들 법률이 모두 난민인정자만을 그 대상으로 하고 있는 점, 관련 다른 법률에 대해서는 검토나 정비가 전혀 이루어지지 않다는 점 등의 문제점이 지적될 수 있다. 또한 재한외국인처우기본법에서 규정한 “국어교육, 대한민국의 제도·문화에 대한 교육, 자녀에 대한 보육 및 교육 지원, 의료 지원 등”이 기존 국내법상 보장되는 권리와 어떤 관련이 있는지가 전혀 정리되지 않았다는 점, 의료급여법 규정도 국민기초생활보장법상의 수급권자의 범위에 포함되는 난민으로 그 대상을 제한하고 있는 점 등의 한계도 가지고 있다.

난민협약 가입이 이루어진 1992년 이후의 시기는 사회보장입법의 완비기로서 사회보장법이 전국민의 사회안전망으로 기능하게 되고 사회보험의 관리운영이 통합이 이

개월에 그치고 있다(출입국관리법 제76조의8 제3항, 같은 법 시행령 제88조의9 제4항, 난민인정업무처리지침 ‘3. 난민신청 등에 대한 체류자격외 취업활동 허가’ 참조).

27) 최원근, “한국에서의 난민의 사회적 통합을 위한 도전과 대안. 난민신청자의 생계지원과 난민지원센터를 중심으로”, 일본난민협회, 피난처, 연세대법학연구원, 『동아시아 난민NGO 국제회의: 동아시아의 난민보호와 시민사회의 역할』 (2010. 4. 28), PP80-83 참조.

28) 황필규, “난민의 지위”, 대한변호사협회, 『2007 인권보고서』 (2008. 3), p.541.

루어지게 되었으며 사회보장급여가 법적 권리로서 인식되는 경향이 자리 잡게 되는 시기였다.²⁹⁾ 국민연금법의 적용 범위가 사실상 전국민으로 확대되었으며, 1995년 사문화된 사회보장기본법을 대체하는 사회보장기본법이 제정되었으며, 1999년 노동능력이 없다고 의제되는 자만을 보호대상자로 하고 있던 생활보호법을 대체하는 국민기초생활보장법이 제정되었다. 이 외에도 기존의 법률을 대체하거나 새로운 사회보장 내용을 규정한 국민건강보험법, 노인장기요양보험법, 고용보험법, 국민기초생활보장법, 기초노령연금법, 긴급복지지원법, 정신보건법, 장애인·노인·임산부 등의 편의증진보장에 관한 법률, 농어촌주민의 보건복지 증진을 위한 특별법, 건강가정기본법, 장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률, 청소년보호법 등이 제정되었다. 문제는 이러한 사회보장법제의 큰 변화에도 불구하고 이들 개별 법률이 난민에게 적용되는지 여부에 대한 논의가 거의 없었다는 것이고, 난민의 권리나 처우에 대한 법률의 정비가 거의 이루어지지 않았다는 것이다.

(3) 헌법과 국제법에 입각한 난민의 권리 보장의 문제

난민협약상 난민의 권리는 단지 최소한의 권리를 규정한 것일 뿐만 아니라 난민의 향유해야할 모든 권리를 열거하고 있는 것도 아니다. 따라서 난민의 권리를 포괄적으로 정리하기 위해서는 난민의 헌법상 및 국제법상 권리를 정리할 필요가 있고 이에 입각하여 개별 법률의 제정·개정 등이 이루어져야 한다. 난민의 헌법상 혹은 국제법상의 권리는 난민 혹은 난민신청자가 한국 내에 존재하고 한국의 관할권 하에 있는 ‘외국인’임을 전제로 한다.³⁰⁾

헌법은 기본권의 주체를 “국민”으로만 표현하고 있으나 헌법재판소는 “기본권의 보장에 관한 각 헌법규정의 해석상” “국민과 유사한 지위에 있는 외국인도 기본권주체가 될 수 있다”고 명시하면서 “인간의 존엄과 가치, 행복추구권은 인간의 권리로서 외국인도 주체가 될 수 있고, 평등권도 인간의 권리로서 참정권 등에 대한 성질상의 제한 및 상호주의에 따른 제한이 있을 뿐이다”라고 설시하여³¹⁾ 외국인의 기본권 주

29) 전광석, 『한국사회보장법론』 제8판 (법문사, 2010), pp.195-213 참조.

30) 황필규, “이주노동자의 인권”, 대한변호사협회, 『2005 인권보고서』 (2006. 11), pp.186-189 참조.

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

체성을 원칙적으로 인정하고 있다. 다만 헌법재판소는 “국민의 권리”와 “인간의 권리”를 구분하여 외국인을 “인간의 권리”의 주체로 보면서 사회권적 기본권의 경우 국민에 대하여만 인정된다는 입장을 취하고 있다.³²⁾ 그러나 이러한 이분법은 헌법의 명문의 규정과 이에 근거한 국제법규의 대부분이 차별금지 혹은 내외국인 평등주의를 채택하고 있는 현실을 외면하는 것이다.³³⁾ 즉, 유엔이나 국제노동기구에서 채택한 국제법규에서 외국인에 대하여 근로의 권리, 노동3권 등 생존권적 기본권이 보장되어야 한다는 입장을 취하고 있음이 명확한 추세임에 비추어 생존권적 기본권 역시 원칙적으로 자국의 영토 안에 있는 모든 ‘사람’에게 보장되어야 할 성질의 것으로 보아야 할 것이다.³⁴⁾

헌법 제6조 제2항은 “외국인은 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 그 지위가 보장된다.”고 규정하고 있고 동조 제1항은 “헌법에 의하여 체결, 공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다.”고 명시하고 있다. 헌법재판소는 이에 대하여 “헌법 제6조 제1항의 국제법 존중주의는 우리나라가 가입한 조약과 일반적으로 승인된 국제법규가 국내법과 동일한 효력을 가진다는 것”³⁵⁾이라는 언급을 통하여 그 의미를 재확인하고 있다. 따라서 한국이 가입, 비준한 국제인권조약인 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약, 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약, 모든 형태의 인종차별 철폐에 관한 국제협약 등은 국내법과 동일한 효력을

32) “근로의 권리가 “일할 자리에 관한 권리”만이 아니라 “일할 환경에 관한 권리”도 함께 내포하고 있는바, 후자는 인간의 존엄성에 대한 침해를 방어하기 위한 자유권적 기본권의 성격도 갖고 있어 건강한 작업환경, 일에 대한 정당한 보수, 합리적인 근로조건의 보장 등을 요구할 수 있는 권리 등을 포함한다고 할 것이므로 외국인 근로자라고 하여 이 부분에까지 기본권 주체성을 부인할 수는 없다. 즉 근로의 권리의 구체적인 내용에 따라, 국가에 대하여 고용증진을 위한 사회적·경제적 정책을 요구할 수 있는 권리는 사회권적 기본권으로서 국민에 대하여만 인정해야 하지만, 자본주의 경제질서하에서 근로자가 기본적인 생활수단을 확보하고 인간의 존엄성을 보장받기 위하여 최소한의 근로조건을 요구할 수 있는 권리는 자유권적 기본권의 성격도 아울러 가지므로 이러한 경우 외국인 근로자에게도 그 기본권 주체성을 인정함이 타당하다.” 헌법재판소 2007. 8. 30. 선고 2004헌마 670 전원재판부 결정.

33) 황필규, “국제인권법과 한국 이주노동자의 인권: 조약에 기초한 유엔인권체제를 중심으로”, 외국인이주노동자대책협의회 외, 『세계이주노동자의 날 기념 토론회: 산업연수제 10년이 남긴 것과 외국인력 제도의 나아갈 길』(2004. 12. 16), p.2.

34) 김지형, “외국인 근로자의 헌법상 기본권 보장: 현행 산업연수생제도의 위헌성 검토를 중심으로”, 『저스티스』 통권 제70호 (2002. 12), pp.14-15.

35) 헌법재판소 2001. 4. 26. 선고 99헌가13 결정.

가질 뿐만 아니라 이들 조약을 통한 외국인의 인권 보장은 헌법상 명문의 규정에 의한 요청이라고 볼 수 있다. 한국의 가입·비준한 유엔 및 기타 주요 국제인권기준은 다음과 같다.³⁶⁾

<표 3> 한국의 국제인권기준 가입·비준 현황

유엔핵심인권협약	가입·비준일	선언/유보
인종차별철폐협약	1978. 12. 5.	없음
사회권규약	1990. 4. 10.	없음
자유권규약	1990. 4. 10.	제22조
자유권규약 제1선택의정서	1990. 4. 10.	없음
여성차별철폐협약	1984. 12. 27.	제16조 제1항 (g)
여성차별철폐협약 선택의정서	2006. 10. 18.	없음
고문방지협약	1995. 1. 9.	없음
아동권리협약	1991. 11. 20.	제21조 (a), 제40조 제2항 (b)(v)
아동권리협약 아동의 무력충돌 참여 선택의정서	2004. 9. 24.	없음
아동권리협약 아동매매 등 선택의정서	2004. 9. 24.	없음
장애인권리협약	2008. 12. 11.	제25조 (e)
대한민국이 당사국이 아닌 유엔핵심인권협약	자유권규약 제2선택의정서, 고문방지협약 선택의정서, 이주노동자권리협약, 장애인권리협약 선택의정서 및 강제실종자보호협약	

기타 주요 관련 국제기준	가입·비준 여부
집단살해죄의 방지와 처벌에 관한 협약	○
국제형사재판소에 관한 로마규정	○
인신매매, 특히 여성과 아동의 매매의 예방, 금지 및 처벌을 위한 국제조직범죄방지협약 추가의정서	X
난민 및 무국적자 관련 조약 ³⁷⁾	○ (무국적자의 감소에 관한 협약 제외)
1949년 8월 12일자 제네바협약 및 그 추가의정서 ³⁸⁾	○(제3의정서 제외)
국제노동기구 핵심협약 ³⁹⁾	○ (국제노동기구협약 제29호, 제87호, 제98호, 및 제105호 제외)
유네스코(UNESCO) 교육상의 차별금지 협약	X

36) 황필규, “세계인권선언 60주년, 대한민국의 국제인권기준 이행에 대한 평가”, 대한변호사협회, 『2008 인권보고서』 (2009. 8), pp.349-352 참조.

37) 난민의 지위에 관한 협약, 난민의 지위에 관한 의정서, 무국적자의 지위에 관한 협약, 및 무국적자의 감소에 관한 협약.

38) 육전에 있어서의 군대의 부상자 및 병자의 상태 개선에 관한 1949년 8월 12일자 제네바

국제인권기준은 국민이나 외국인 일반에 대한 권리보장의 근거가 된다는 점 외에도 특히 난민의 권리와 관련하여 난민협약의 내용을 실질적으로 수정·보완하고 있다는 점에서 특별한 의미를 지닌다.⁴⁰⁾ 첫째, 난민협약상 난민 혹은 난민신청자의 권리는 국제인권법이 보장하는 권리의 일부만을 규정하고 있다. 예컨대 난민협약은 신체의 자유와 안전에 대한 권리, 가정에 대한 권리 등을 규정하고 있지 않다. 둘째, 난민협약은 체류 자격이나 기간에 따른 상이한 권리 보장의 복잡한 구조를 가지고 있고,⁴¹⁾ 협약 제3조는 “인종, 종교 또는 출신국”에 의한 차별만을 금지하고 있는 반면에 국제인권기준은 특정 국가의 관할권 내에 있는 모든 사람에 대하여 차별 없는 적용을 전제로 하고 있다. 셋째, 국제인권기준은 난민협약과는 달리 개인 진정 등 피해구제 메커니즘을 가지고 있는 경우가 있다. 넷째, 국제인권기준은 한국과는 달리 난민협약 당사국이 아닌 국가에서는 난민의 권리를 보호하는 중요한 역할을 담당할 수 있다. 다섯째, 국제인권기준은 난민협약상 난민으로 인정되지 않은 다수의 국제적 보호를 필요로 하는 이들을 보호하기 위한 기준으로 작용할 수 있다.⁴²⁾ 난민협약상

협약 (제1협약), 해상에 있어서의 군대의 병자, 부상자 및 조난자의 상태 개선에 관한 1949년 8월 12일자 제네바협약 (제2협약), 포로의 대우에 관한 1949년 8월 12일자 제네바협약 (제3협약), 전시에 있어서의 민간인의 보호에 관한 1949년 제네바협약 (제4협약), 1949년 8월 12일자 제네바협약에 대한 추가 및 국제적 무력충돌의 희생자 보호에 관한 의정서 (제1의정서), 1949년 8월 12일자 제네바협약에 대한 추가 및 비국제적 무력충돌의 희생자 보호에 관한 의정서 (제2의정서), 및 1949년 8월 12일자 제네바협약에 대한 추가 및 추가적인 표장의 채택에 관한 의정서 (제3의정서).

39) 강제노동협약 (국제노동기구협약 제29호), 결사의 자유 및 단결권 보호 협약 (국제노동기구협약 제87호), 단결권 및 단체교섭 협약 (국제노동기구협약 제98호), 동일가치 노동에 대한 남녀 근로자의 동일보수에 관한 협약 (국제노동기구협약 제100호), 강제노동폐지협약 (국제노동기구협약 제105호), 고용 및 직업상의 차별에 관한 협약 (국제노동기구협약 제111호), 취업 최저연령에 관한 협약 (국제노동기구협약 제138호), 및 가혹한 형태의 아동노동금지와 근절을 위한 즉각적인 조치에 관한 협약 (국제노동기구협약 제182호).

40) Alice Edward, "Human Security and the Rights of Refugees: Transcending Territorial and Disciplinary Borders", *Michigan Journal of International Law*, vol. 30, no. 3 (2009), pp.792-795 참조.

41) James C. Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law* (Cambridge, 2005), p.154; Guy S. Goodwin-Gill and Jane McAdam, *The Refugee in International Law*, 3rd Ed. (Oxford, 2007), pp.305-307.

42) UNHCR에 의하면 2009년 말 현재 전 세계적으로 강제 이주된(forcibly displaced) 사람의 수가 약 43,300,000명에 이르고 있다. 여기에는 난민 약 15,200,000명, 비호추구자 약 10,000,000명, 그리고 국내실향민(internally displaced persons) 약 27,100,000명 등이 포함된다. UNHCR, 2009 *Global Trends: Refugees, Asylum-seekers, Returnees, Internally Displaced*

의 권리는 난민이 잠재적 비호국 내에 존재할 때에만 의미를 가지는 반면에 국제인권법은 난민이 어디에 있든지 그 적용가능성이 열려 있다.

4. 난민법 제정 및 주요 내용⁴³⁾

현행과 같이 출입국관리법에서 난민 관련 내용을 규정하는 입법방식에 대해서는, ‘난민보호’(refugee protection) 차원이 아니라 ‘출입국관리(immigration control)’의 차원에서 난민 문제에 접근하여 난민의 인권보장을 위한 법률 체계로는 적절하지 않고, 난민인정절차와 난민에 대한 사회적 처우는 분리될 수 없는 것이나 현행 출입국관리법에서는 난민의 기본적 지위 및 난민에 대한 사회적 처우에 대한 적절한 규정을 들 수 없다는 문제점이 지적되어 왔고,⁴⁴⁾ 유럽연합(EU)에서는 가입국이 반드시 출입국 관리에 관한 법과 별도로 난민법을 제정하도록 권고하고 있다는 점을 들어 독자적인 단일 난민법이 제정되어야 한다는 의견이 제출되었다. 2006년 국가인권위원회도 법무부장관에게 별도의 난민법을 제정하도록 권고한 바 있고,⁴⁵⁾ UNHCR도 난민심사과정에서의 절차적 권리보장, 구금의 대안과 기간 제한, 난민지위인정절차뿐 아니라 난민과 비호신청자의 권리와 의무를 정하는 독립된 난민보호법을 제정할 것을 정부에 제안한 바 있다.⁴⁶⁾

이러한 논의를 반영하여, 2009년에는 독자적인 단일 난민법으로 『난민 등의 지위와 처우에 관한 법률안』(의안번호 1804927, 2009. 5. 25. 황우여 의원 대표발의, 이

and Stateless Persons (June 2010), p.2.

43) 정정훈, 『외국인 인권 기초 연구』 (2010. 8), pp.82-86. 참조.

44) 정정훈, “난민인정절차 및 난민, 난민신청자의 법적 지위의 문제점과 개선 방향”, 한국이주정책연구소 정책심포지엄, 『난민과 사회보장 지원』 (2006. 6. 19), p.7; 최원근, “난민관련 분야의 문제점과 개선방향”, 민주사회를위한변호사모임, 한국기독교교회협의회, 한국교회인권센터, 『출입국관리법 개정안, 무엇이 문제인가?』 (2008. 1. 30), p.1; 황필규, “난민의 지위”, 대한변호사협회, 『2007 인권보고서』 (2008. 3), p.541; “난민에 대한 법률은 출입국관리 차원이 아닌 총체적인 접근이 가능하여야 하므로 난민인정에 관한 법률은 장기적으로 출입국관리법과 분리하여 난민의 처우에 관한 사항 등과 함께 별도로 제정하여야 한다.” 국제앰네스티 한국지부, 『대한민국: 출입국관리법 개정안에 관한 의견서』 (2007. 11. 28).

45) 국가인권위원회, 『난민의 인권보호를 위한 정책개선에 관한 권고』 (2006. 6. 12).

46) UNHCR, 『대한민국 출입국관리법 개정안에 대한 의견』 (2006. 8).

하 ‘난민법안’)이 발의되었다.⁴⁷⁾ 난민법안은 현행 난민제도의 문제점에 대한 기존의 실태조사 결과 및 학계의 연구와 시민단체의 논의, 유럽연합(EU)의 난민 보호에 관한 각종 기준⁴⁸⁾과 각국의 입법례 등을 적극적으로 수용·종합하여 법률로 체계화한 것으로, 한국 난민제도와 난민의 인권 보장과 관련하여 국제적 기준에 부합하는 방향을 제시하였다는 점에서 그 의의가 크다.⁴⁹⁾ 단일 난민법의 제정은, 세계인권선언⁵⁰⁾의 정신을 구현하고 국제인권법의 국내법적 수용을 통해, 국제인권법의 대원칙인 ‘차별 금지원칙’을 준수하고, 보편적 인권 보장의 적극적 실현을 통해 앞으로의 여타 관련 소수자보호법 제정에 박차를 가하는 촉매 역할을 할 수 있다는 점에서 그 적극적 의미를 찾을 수 있다.⁵¹⁾

『난민 등의 지위와 처우에 관한 법률안』은 2011년 12월 28일 국회 법제사법위원회의 수정가결을 거쳐⁵²⁾ 다음날인 29일 본회의에서 재석 184인 중 찬성 181인, 기권 3인을 통해 『난민법』으로 통과되었다.⁵³⁾ 원안과의 차이는 여러 가지가 있지만 특

47) 발의자 : 황우여, 김춘진, 손범규, 김태원, 이한성, 안상수, 유기준, 오제세, 이성현, 현경병, 정희균, 김성수, 김정권, 우제창, 신지호, 전여옥, 이경재, 이두아, 김동성, 이정선, 정몽준, 장윤석, 김영선, 홍일표.

http://naph.assembly.go.kr/billDisplay.do?billId=PRC_Z0B9H0R5S2U5MIE0H3Z0L0L4M3N5E7.

48) European Union: Council of the European Union, *Council Directive 2003/9/EC of 27 January 2003 Laying Down Minimum Standards for the Reception of Asylum Seekers in Member States*, 6 February 2003, 2001/0091 (CNS); European Union: Council of the European Union, *Council Directive 2005/85/EC of 1 December 2005 on Minimum Standards on Procedures in Member States for Granting and Withdrawing Refugee Status*, 2 January 2006, 2005/85/EC.

49) 난민법안의 주요한 내용과 규정 근거에 대하여는, 황필규, “난민 등의 지위 및 처우에 관한 법률 제정 법률안”, 국회인권포럼, 『난민 등의 지위 및 처우에 관한 법률』 제정을 위한 공청회, 제36회 국회인권포럼 세미나 (2008. 12. 2), pp.41-91 참조; 국회 법제사법위원회 법안심사제1소위원회에서의 관련 논의에서도 인권 중시, 인권국가로서의 국제사회에서의 위상 제고 등을 이유로 난민법안의 취지를 강조하는 의원들의 지적이 있었고, 법무부도 출입국관리법의 명칭상 난민에 관한 규정은 없는 것처럼 비취질 수 있고, 출입국관리법에서 제8장의2에서 하나의 조문, 제76조에 덧붙여 가지고 제72조의2부터 제72조의10조를 규정하는 방식은 적절하지 않으며, “인권을 신장한다는 의미에서 그리고 우리가 국가적인 책무를 다한다는 의미에서 독립법을 제정하는 데 대해서는 적극적으로 찬성”한다는 입장을 분명히 밝혔다. 대한민국국회사무처, 『제289회국회(임시회) 법제사법위원회회의록(법안심의회제1소위원회) 제1호 (2010. 4. 5), pp.12-13.

50) 세계인권선언 제14조 제1항

모든 사람은 박해를 피하여 타국에서 피난처를 구하고 비호를 향유할 권리를 가진다.

51) 장복희, “국제인권법에서 바라본 단일 난민법 제정의 의의” 『저스티스』통권 제110호 (2009. 4), pp.280-301 참조.

52) 국회사무처, 『제304회국회 법제사법위원회회의록 제2차(2011년 12월 28일)』, p.37.

히 첫째, 거짓 서류를 제출하여 난민인정 신청을 하는 자 등에 대해서는 면접 등의 심사절차를 일부 생략할 수 있도록 근거를 마련하고 입국한 날로부터 1년을 경과하여 난민인정 신청을 하는 경우 등에 이러한 특례가 적용되도록 하였고 둘째, 난민신청자에 대해서 생계비 지원 등을 할 수 있도록 하되 난민 불인정 결정에 대한 불복절차가 진행 중인 난민신청자 등에 대해서는 일부 처우를 제한할 수 있도록 하였다.⁵⁴⁾

난민법의 주요 내용은 다음과 같다. 난민법은, ‘난민’, ‘난민신청자’, ‘인도적 지위를 부여받은 자’ 등의 개념 정의를 명확히 규정(제2조), 국제법에 근거하여 예외 없는 강제송환 금지원칙 천명(제3조), 난민인정절차에서의 정보접근성을 강화하고, 난민신청자의 체류자격을 명확히 규정(제5조, 제7조), 공항·항만 등에서의 난민인정의 신청절차를 규정하여 난민신청이 자의적인 행정에 의하여 거부되는 상황 방지(제6조), 난민인정 심사기간을 원칙적으로 6개월로 제한하고 면접 및 면접과정의 녹음 또는 녹화, 사실조사, 관계기관의 협조, 변호인의 조력, 신뢰관계에 있는 자의 동석, 통역, 난민면접조서의 확인, 자료 등의 열람, 복사권, 비밀의 보장, 전담 난민심사관 신설 등 절차적 보장의 내용을 구체적으로 명시(제8조, 제10조~제18조), 재신청의 경우 등에 심사절차 일부 생략(제8조 제5항), 난민신청자에게 유리한 자료도 적극적으로 수집하여 심사자료로 활용하여야 하는 법무부장관의 의무(제9조), 난민신청자의 구금기간 제한(제20조), 이의신청 심의기관인 난민위원회와 난민조사관 신설(제21조, 제25조~제28조), 인도적 지위 부여절차의 난민인정절차 준용(제27조), 재정착난민을 규정하여 해외난민의 대한민국 재정착의 가능성을 부여(제24조), 유엔난민기구와의 교류·협력(제29조), 난민의 처우는 최소한 「난민협약」에 규정된 권리는 보장(제30조), 난민의 가족결합 보장을 명문화하여 기존에 관행적으로 이루어지거나 경우에 따라서는 그 보장이 이루어지지 않았던 가족결합이 법적 근거를 마련(제37조), 인도적 지위를 부여받은 자의 취업활동 허가(제39조), 난민신청자의 경우 생계비지원을 원칙으로 하고 일정 기간이 지나면 예외적으로 취업을 할 수 있도록(제40조)하는 내용 등을 규정하고 있다. 현행 출입국관리법과 『난민 등의 지위와 처우에 관한 법률안』의 주요 내용을 비교하면 다음과 같다.

53) 국회사무처, 『제304회국회 국회본회의회의록 제2차(2011년 12월 29일)』, p.25.

54) 국회사무처, 『제304회국회 법제사법위원회회의록 제2차(2011년 12월 28일)』, pp.30-31.

<표 4> 현행 출입국관리법과 난민법 비교

	출입국관리법	난민법안
난민의 정의	「난민협약」제1조 또는 「의정서」 제1조의 적용을 받는 사람	“박해를 받을 수 있다고 인정할 충분한 근거가 있는 공포” ⁵⁵⁾
인도적 지위 요건	“특히 인도적인 고려가 필요하다고 인정되는 경우”	난민에는 해당하지 아니하지만 “고문 등의 비인도적 처우나 처벌 또는 그 밖의 상황으로 인하여 생명이나 신체의 자유 등을 현저히 침해당할 수 있다고 인정할 만한 합리적인 근거가 있는 사람”
난민신청자 범위	.	“난민인정불허결정에 대한 행정심판 또는 행정소송이 진행 중인 자” 포함 규정
난민 송환 금지의 예외 사유	“법무부장관이 대한민국의 이익이나 안전을 해한다고 인정하는 때”는 강제송환 가능	(예외규정 삭제)
난민신청자의 체류	난민인정 여부가 결정되지 아니한 경우에는 송환할 수 없으나, 신청자가 대한민국의 공공의 안전을 해쳤거나 해칠 우려가 있다고 인정되면 송환 가능	난민신청자는 체류자격 유무와 무관하게 난민인정 여부에 관한 결정이 확정될 때까지 체류할 수 있도록 규정
난민인정의 신청 기간	난민신청은 대한민국에 상륙하거나 입국한 날(대한민국에 있는 동안에 난민의 사유가 발생한 경우에는 그 사실을 안 날)부터 1년 이내에 하여야 하나, 질병이나 그 밖의 부득이한 사유가 있는 경우에는 예외	(신청기간 규정 삭제)
입증책임	.	직접적인 입증책임에 관한 규정이라고 볼 수는 없지만 “법무부장관은 난민신청자에게 유리한 자료도 적극적으로 수집하여 심사 자료로 활용하여야 한다.”고 규정
절차적 권리 (변호인 조력권, 통역 등)	.	난민신청자에게 변호사의 조력을 받을 권리, 이해관계 있는 자의 동석 및 통역 제공 의무 규정
열람 복사권	.	난민신청자 본인이 제출한 자료 및 난민면접조서 등에 대하여 열람·복사할 수 있도록 규정

불허결정의 이유 기재	난민인정을 불허하는 경우, 서 면으로 그 사유를 통지	난민인정불허 결정 시 신청자의 사실 적·법률적 주장에 대한 판단을 포함한 불허이유를 기재한 난민인정불허통지 서를 교부
난민신청자의 보호 (구금 기간)	“송환할 수 있을 때까지” 보호 할 수 있고, 기간이 3개월을 넘 는 경우에는 3개월마다 미리 법 무부장관의 승인을 받도록 규정	난민신청자의 신원 확인을 위한 보호 의 경우 원칙적으로 10일을 넘지 않 도록 규정
난민인정 등 결정 기간	(규정 없으나, 신청 후 1년 경과시 취업허가 가능)	공항 등에서의 난민신청에 대하여는 7 일 이내에 난민인정 심사 회부 여부를 결정하도록 하고, 기타 난민신청 및 이의신청의 의 경우 접수 후 6개월 이내에 결정하되, 1회(6개월) 연장 가 능하도록 규정
UNHCR과의 협조의무 및 존중의무	.	법무부장관에 유엔난민기구의 난민신 청자 면담, 난민신청자에 대한 면접 참여에 협력할 의무를 부과
인도적 지위	(신청권 없는 법무부장관의 재량 사항)	“인도적 체류 허가를 받은 사람”에 대한 정의 규정 신설
재정착 난민 ⁵⁶⁾ 수용	.	재정착(resettlement) 난민의 정의 규정과 외국인정책위원회의 심의를 거 쳐 재정착난민을 수용할 수 있도록 하 는 근거를 규정
난민위원회	시행규칙상 ‘난민인정협의회’를 두 어 난민의 인정, 이의신청, 정착 지원 등에 관한 중요사항을 협의	이의신청에 대한 심의를 하기 위하여 법무부에 난민위원회를 두고, 산하에 난민조사관을 둔다고 규정
난민의 처우	<ul style="list-style-type: none"> • “난민협약에서 규정하는 지위 와 처우가 보장되도록 노력하여 야 한다.” • 상호주의 적용 배제 	<ul style="list-style-type: none"> • 난민협약에서 따른 처우 보장 • 「사회보장기본법」, 「국민기초생활 보 장법」 적용, 학력 및 자격 인정, 사회 적응교육 및 직업훈련 실시 • 상호주의 적용 배제
가족결합권 보장	(재량 사항)	난민인정자의 배우자 및 미성년자 자 녀가 대한민국에 입국하고자 할 경우 그 가족의 결합이 가능하도록 입국을 허가할 의무 부과
인도적 지위자 처우	취업활동 허가 가능	취업활동 허가 가능
난민신청자의 처우	난민신청을 한 날로부터 1년이 지날 때까지 인정여부가 결정되 지 않은 경우 취업허용	생계비 지원 가능, 주거시설 설치 가 능, 의료지원 가능, 미성년자의 교육 권 보장, 난민신청 후 6개월이 경과한 경우 취업을 허가 가능 규정

4. 난민법안 상 난민 등의 권리 규정의 취지 및 내용

(1) 난민의 권리

현행 제도는 난민에게 난민인정증명서 교부, 3년의 거주 및 취업(F-2-2)자격부여(갱신가능), 신청에 따라 유효기간 1년의 난민여행증명서를 발급하는 외에 사회권에 관한 보장규정이 없다. 비록 출입국관리법이 정부의 난민협약상 권리의 보장, 난민지원시설을 통한 지원 등을 규정하고 있지만 난민의 사회적 권리의 성격, 내용, 범위 등을 명확하게 제시하고 있지 못하다. 난민협약 상에 규정된 난민의 사회적 처우는 제약국의 법적인 의무이므로 난민법은 이와 같은 법적 성격이 드러나도록 난민의 처우에 관한 규정을 신설하였다.⁵⁷⁾ 또한 난민에 대한 사회적 처우를 규정한 난민협약에 대한 충실한 이행 입법으로서의 의미뿐만 아니라 국제인권법상의 권리 보장, 사회통합에 필요한 프로그램에 관한 내용을 담고자 하였다.⁵⁸⁾

55) 난민협약의 영문본은 난민의 요건으로 “well-founded fear”를 규정하고 있는데, 한국어 번역본은 이를 “박해를 받을 우려가 있다는 충분한 이유가 있는 공포”로 번역하고 있다. 이러한 한국어 번역이 타당하지 않다는 문제가 제기되고 있으며, 영문본과 함께 난민협약의 정본으로 인정되는 불어본에서는 영어본의 “well-founded fear”를 “craignant avec raison”로 규정하여 “합리성을 갖춘 공포”가 인정되면 난민으로 인정된다는 점을 명시하고 있다. 이러한 점을 근거로 난민법 원안은 각국 법원의 국제적 경향인 ‘합리적 가능성(reasonable chance)’기준을 법률로 수용하고자 하였다. 그러나 통과된 난민법은 기준의 난민협약 한국어 번역본의 용어를 그대로 채택하였다. 황필규, 김종철, 윤치환, “난민법 제개정 논의의 쟁점.” 서울지방변호사회, 『난민의 실태와 법적 지위에 관한 세미나』 (2008. 7. 15), pp.42-44.

56) ‘재정착(resettlement) 난민’이란 해외 난민 중 대한민국으로의 재정착이 허용된 자를 말한다.

57) 황필규, “난민 등의 지위 및 처우에 관한 법률 제정 법률안”, 국회인권포럼, 『「난민 등의 지위 및 처우에 관한 법률」 제정을 위한 공청회』, 제36회 국회인권포럼 세미나 (2008. 12. 2), p.81.

58) 황필규, 김종철, 윤치환, “난민법 제개정 논의의 쟁점.” 서울지방변호사회, 『난민의 실태와 법적 지위에 관한 세미나』 (2008. 7. 15), pp.60.

<표 5> 난민법 제4장 제1절 난민인정자의 처우

<p>제30조(난민인정자의 처우) ① 대한민국에 체류하는 난민인정자는 다른 법률에도 불구하고 난민협약에 따른 처우를 받는다.</p> <p>② 국가와 지방자치단체는 난민의 처우에 관한 정책의 수립·시행, 관계 법령의 정비, 관계 부처 등에 대한 지원, 그 밖에 필요한 조치를 하여야 한다.</p> <p>제31조(사회보장) 난민으로 인정되어 국내에 체류하는 외국인은 「사회보장기본법」 제8조 등에도 불구하고 대한민국 국민과 같은 수준의 사회보장을 받는다.</p> <p>제32조(기초생활보장) 난민으로 인정되어 국내에 체류하는 외국인은 「국민기초생활보장법」 제5조의2에도 불구하고 본인의 신청에 따라 같은 법 제7조부터 제15조까지에 따른 보호를 받는다.</p> <p>제33조(교육의 보장) ① 난민인정자나 그 자녀가 「민법」에 따라 미성년자인 경우에는 국민과 동일하게 초등교육과 중등교육을 받는다.</p> <p>② 법무부장관은 난민인정자에 대하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 그의 연령과 수학능력 및 교육여건 등을 고려하여 필요한 교육을 받을 수 있도록 지원할 수 있다.</p> <p>제34조(사회적응교육 등) ① 법무부장관은 난민인정자에 대하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 한국어 교육 등 사회적응교육을 실시할 수 있다.</p> <p>② 법무부장관은 난민인정자가 원하는 경우 대통령령으로 정하는 바에 따라 직업훈련을 받을 수 있도록 지원할 수 있다.</p> <p>제35조(학력인정) 난민인정자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 외국에서 이수한 학교교육의 정도에 상응하는 학력을 인정받을 수 있다.</p> <p>제36조(자격인정) 난민인정자는 관계 법령에서 정하는 바에 따라 외국에서 취득한 자격에 상응하는 자격 또는 그 자격의 일부를 인정받을 수 있다.</p> <p>제37조(배우자 등의 입국허가) ① 법무부장관은 난민인정자의 배우자 또는 미성년자인 자녀가 입국을 신청하는 경우 「출입국관리법」 제11조에 해당하는 경우가 아니면 입국을 허가하여야 한다.</p> <p>② 제1항에 따른 배우자 및 미성년자의 범위는 「민법」에 따른다.</p> <p>제38조(난민인정자에 대한 상호주의 적용의 배제) 난민인정자에 대하여는 다른 법률에도 불구하고 상호주의를 적용하지 아니한다.</p>
--

(2) 인도적 체류허가자의 권리

인도적 지위를 부여받은 자는 난민협약 상 협의의 난민요건에는 해당하지 않지만 최소한 국제적인 보호가 필요한 사람임에는 틀림없으므로 난민에 준하는 사회적 처우가 인정되어야 한다.⁵⁹⁾ 그러나 난민법은 기존 출입국관리법과 마찬가지로 재량사

⁵⁹⁾ 황필규, “난민 등의 지위 및 처우에 관한 법률 제정 법률안”, 국회인권포럼, 『「난민 등의 지위 및 처우에 관한 법률」 제정을 위한 공청회』, 제36회 국회인권포럼 세미나 (2008. 12.

항으로서 취업활동 허가의 내용만을 담고 있다.

<표 6> 난민법 제4장 제2절 인도적체류자의 처우

제39조(인도적체류자의 처우) 법무부장관은 인도적체류자에 대하여 취업활동 허가를 할 수 있다.

(3) 난민신청자의 권리

난민신청인은 대상, 요건, 기간 등과 관련하여 엄격한 제한을 두고 있는 취업활동의 가능성, 난민지원시설을 통한 최소한의 지원 가능성을 제외하고는 현재 아무런 권리 보장 없이 생존을 위한 불법적인 취업으로 내몰리고 있는 것이 현실이다. 따라서 난민신청 후 신청심사가 장기화 될 경우의 곤란을 해소하고 생계를 유지하고 최소한의 인간다운 삶을 영위할 수 있도록 다양한 지원방안이 마련될 필요가 있다.⁶⁰⁾

<표 7> 난민법 제4장 제3절 난민신청자의 처우

제40조(생계비 등 지원) ① 법무부장관은 대통령령으로 정하는 바에 따라 난민신청자에게 생계비 등을 지원할 수 있다.

② 법무부장관은 난민인정 신청일부터 6개월이 지난 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 난민신청자에게 취업을 허가할 수 있다.

제41조(주거시설의 지원) ① 법무부장관은 대통령령으로 정하는 바에 따라 난민신청자가 거주할 주거시설을 설치하여 운영할 수 있다.

② 제1항에 따른 주거시설의 운영 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제42조(의료지원) 법무부장관은 대통령령으로 정하는 바에 따라 난민신청자에게 의료 지원을 할 수 있다.

제43조(교육의 보장) 난민신청자 및 그 가족 중 미성년자인 외국인은 국민과 같은 수준의 초등교육 및 중등교육을 받을 수 있다.

제44조(특정 난민신청자의 처우 제한) 제2조제4호다목이나 제8조제5항제2호 또는 제3호에 해당하는 난민신청자의 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 제40조제1항 및 제41조부터 제43조까지에서 정한 처우를 일부 제한할 수 있다.

2), p.88.

60) 황필규, “난민 등의 지위 및 처우에 관한 법률 제정 법률안”, 국회인권포럼, 『「난민 등의 지위 및 처우에 관한 법률」 제정을 위한 공청회』, 제36회 국회인권포럼 세미나 (2008. 12. 2), p.89.

5. 난민 등의 권리 규정에 대한 평가

(1) 난민 등의 처우 규정의 체계

법제사법위원회 전문위원의 검토보고서는 난민에 대한 난민협약에 따른 처우의 보장에 관한 일반조항을 두면서 난민협약에서 규정한 사회적 처우 중에서 일부 사항만을 규정하고 있는 난민법 원안의 입법방식에 대하여, 난민협약에 규정된 다른 처우조항, 가령 재산권(제13조와 제14조), 결사의 권리(제15조), 재판받을 권리(제16조), 배급(제20조), 노동권(제24조) 등의 효력을 어떻게 이해해야 하는지에 대한 의문이 제기될 수 있으므로, 이에 대한 입법론적 검토가 필요하다고 지적하고 있다.⁶¹⁾ 또한 UNHCR도 난민협약에 규정된 모든 난민의 권리가 난민법안에 포함되어야 한다는 취지의 의견을 제시하고 있다.⁶²⁾

이러한 지적은 입법형식 일반론의 관점에서는 분명 타당한 측면이 있다. 그러나 이러한 지적은 난민 등의 사회적 처우를 위와 같이 규정한 난민법의 취지의 검토를 전제로 평가되어야 한다. 첫째, 난민법은 제30조 제1항을 통해 난민협약에서 규정한 처우가 난민인정자에게 적용되어야 함을 강조하고 있는데, 국내법적 효력을 가지는 국

61) 법제사법위원회 전문위원 진정구, 「난민 등의 지위와 처우에 관한 법률안(황우여의원 대표발의) 검토보고」(2009. 11), pp.9-10; “난민지위협약에 규정된 다른 처우조항은 어떻게 되느냐는 의문이 제기된다. … 이 내용의 국내이행의무는 2차적 의무에 불과한가 하는 의구심이 제기될 수 있다. 제36조 의하여 당연히 모두 커버된다고 한다면 그럼 왜 제37조 이하에서는 일부 조항만을 조문화하였는가라는 질문이 제기될 것이다. 이러한 규정방식은 협약 내용에 대한 예기치 않은 혼선을 야기할 우려가 있다고 보인다.” 정인섭, “토론문”, 국회인권포럼, 『「난민 등의 지위 및 처우에 관한 법률」 제정을 위한 공청회』, 제36회 국회인권포럼 세미나(2008. 12. 2), pp.122-123; 한편 법무부는 “난민인정 절차 및 그 사회적 처우에 관한 근거 법령이 정비되어야 한다는 취지에는 기본적으로 공감”한다고 하면서도 난민에 대한 처우는 “외국인에 대한 처우를 전제로 하지 않고서는 논의하기 어려우므로 별도의 법을 제정하기보다는 기존의 재한외국인처우기본법을 통해 체계적으로 지원하는 방안”을 검토할 필요가 있다는 의견을 제시하고 있다. 차규근, “토론문”, 국회인권포럼, 『「난민 등의 지위 및 처우에 관한 법률」 제정을 위한 공청회』, 제36회 국회인권포럼 세미나(2008. 12. 2), p.129.

62) UN High Commissioner for Refugees, *UNHCR's Comments on the Republic of Korea 2009 Draft Bill on Refugee Status Determination and Treatment of Refugees and Others*, 15 June 2009, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4a8d58092.html> [accessed 1 October 2010], pp.27-35 참조.

제법에서 규정하고 있는 권리가 모두 법적으로 난민에게 보장되어야 함을 강조할 필요가 있다. 즉 난민협약상 권리 보장만으로는 난민에 대한 충분한 보호가 이루어졌다고 볼 수 없다. 국내법에서 난민을 그 적용대상으로 하고 있지 않거나 법령에서 권리를 구체적으로 실현할 수 있는 절차가 마련되어 있지 않다면 관련 조항의 수정·신설 등이 이루어져야 한다. 둘째, 난민법은 난민협약상 권리 중 난민의 필요, 국내법제와 관행에 비추어 즉각적인 보장이 필요한 권리를 우선적으로 규정하는 형식을 취함과 동시에(예컨대 제32조(기초생활보장) 등), 난민의 특수성을 감안한 특별한 권리 부여를 규정하고 있다(예컨대 제34조(사회적응교육 등), 제37조(배우자 등의 입국허가) 등). 셋째, 물론 난민법에는 일반조항만을 두고 개별적인 권리는 관련 법령의 제·개정을 통해 보장하는 방식을 택할 수도 있다. 문제는 대부분의 사회보장법률이 적어도 명시적으로는 국민을 그 권리 주체로 하고 있어 난민 혹은 외국인의 일부⁶³⁾에 대한 예외 조항의 신설은 그 입법취지와 무관하게 다른 외국인에 대한 적용을 배제하는 결과를 초래할 위험이 있고, 외국인 일반에 대한 권리 보장에 혼란을 야기할 가능성이 있다는 점이다. 따라서 기존 사회보장법률의 개정 작업은 난민뿐만 아니라 외국인 일반에 대한 검토를 전제로 하여야 한다는 것이고 이에 연구조사와 합리적이고 포괄적인 개정안의 마련을 요구하게 된다. 따라서 난민법의 제정 이후 난민뿐만 아니라 외국인 일반을 고려한 사회보장법제에 대한 전반적인 정비, 난민법의 개정 등의 과정을 밟는 것이 현실적일 뿐만 아니라 합리적이라고 할 수 있다.

다만 난민협약의 권리 보장을 규정한 제36조가 난민으로 인정된 자만을 그 적용대상으로 하고 있는 것은 문제가 있어 보인다. 즉 난민협약의 적용은 난민으로 인정된 자뿐만 아니라 난민신청자, 인도적 체류허가제에게도 적용되어야 하는 것이고 다만 그 적용의 내용과 범위만을 달리할 뿐이다. 따라서 이 조항의 경우 난민 등의 처우에 대한 총론적인 조항으로 배치되는 것이 타당할 것이다. 또한 개별적인 권리 보장 조항들의 경우 내국인에게 적용되는 사회보장법제와 관련된 것과 난민 등의 특수성으로 인하여 특별한 보호를 규정한 것을 명확하게 구분하여 혼란을 미연에 방지할 필요성이 있다.

63) 국민기초생활보장법 제5조의2 (외국인에 대한 특례) 국내에 체류하고 있는 외국인 중 대한민국 국민과 혼인하여 대한민국 국적의 미성년 자녀를 양육하고 있는 사람으로서 대통령령이 정하는 사람이 제5조에 해당하는 경우에는 수급권자가 된다.

(2) 난민 등의 처우 규정의 내용

전문위원의 검토보고서는 난민법 원안이 난민신청자의 절차적 권리를 대폭 강화하고 ‘난민신청자’, ‘인도적 지위를 부여받은 자’ 및 ‘난민’에 대해 명시적으로 각종 사회적 처우에 관한 권리를 보장함으로써 국내 외국인노동자의 대량난민신청과 해외난민 또는 경제적 이주자들의 대량 유입 등 예기치 못한 결과를 초래할 가능성이 있다는 점을 지적하고 있다. 또한 난민법 원안이 상당한 예산의 확보와 추가적인 인력의 배치를 요구한다는 점을 강조하고 있다.⁶⁴⁾ 또한 2010년 4월 국회 법제사법위원회 법안심사제1소위원회의 논의에서 난민의 대량 유입, 소위 ‘불법체류자’의 난민 신청 등 제도의 남용, 국가재정 부담의 급증 가능성에 대한 지적이 있었다.⁶⁵⁾

그러나 이러한 우려나 지적은 잘못된 전제에 서 있거나 근거가 없는 기우에 불과한 것이 대부분이다. 우선 난민인정절차와 관련해서는 난민법은 그 절차의 공정성, 투명성 및 신속성을 확보하는 데 초점을 맞추고 있다. 따라서 이는 난민의 대량 유입이나 제도의 남용과는 무관한 것이고 오히려 제도의 남용을 막기 위해서조차도 이러한 절차적 보장을 반드시 필요하다고 볼 수 있다. 제도의 남용을 막기 위하여 그 제도의 절차가 불공정하고, 불투명하며, 지연되어야 한다고 주장하는 것이라면 이는 법치행정을 부정하는 주장일 수 있다.⁶⁶⁾ 난민 등의 권리와 관련해서는 난민법이 규정하고 있는 권리 대부분이 이미 난민협약에 의하여 난민 등에게 당연히 보장되어야 하는 권리임을 인식할 필요가 있다. 그리고 난민신청자의 생계 보장에 관한 규정은 난민신청자에게 합법적인 생계 유지 수단을 부정함으로써 난민신청자로 하여금 생존을 위해 불법적인 취업을 강요하는 것을 방지하기 위함이다. 법이 불법을 강요한다면 이는 법치주의에 대한 부정으로 이어질 수밖에 없고, 행정작용은 신뢰성에 대한 근본적인 불신을 조장하게 될 수밖에 없다. 한국은 다른 국가들에 비하여 상대적으로 극히 적은 수의 난민만을 수용하여 왔음도 지적될 필요가 있다.⁶⁷⁾ 또한 난민협약에 따

64) 법제사법위원회 전문위원 진정규, 「난민 등의 지위와 처우에 관한 법률안(황우여의원 대표발의) 검토보고」(2009. 11), pp.12.

65) 대한민국국회사무처, 「제289회국회(임시회) 법제사법위원회회의록(법안심의회제1소위원회) 제1호(2010. 4. 5), pp.12-13.

66) 이호택, “난민법 제정의 필요와 영향”, 국회인권포럼, 『「난민 등의 지위 및 처우에 관한 법률」 제정을 위한 공청회』, 제36회 국회인권포럼 세미나(2008. 12. 2), pp.34-38 참조.

67) 2006년 말 유엔난민기구의 통계에 의하면 난민 1명에 대한 총인구 비율이 캐나다의 경우

르는 것이 난민의 대규모 유입을 초래할 수 있다는 우려는 지금까지의 각국의 경험에 비추어 보더라도 사실이 아닌 것으로 나타났음을 확인할 필요가 있다.⁶⁸⁾

국회예산정책처의 비용추계 결과에 의하면 난민법 원안이 시행될 경우 5년간 총 219억 4,800만원의 예산이 소요될 것이라고 한다.⁶⁹⁾ 우선 국가재정의 건전성과 안정성을 위하여 과도한 예산의 지출을 바람직하지 않을 것이지만 그것이 필요한 예산이라면 반드시 확보될 필요가 있다. 예컨대, 난민의 경우 그 인정절차에서 물증을 제시할 수 있는 경우는 극히 드물고 대부분 그 진술이 난민 여부의 판단에 결정적인 작용을 한다는 점에서 그 진술의 제대로 전달되는 것이 필요하다. 따라서 제대로 된 통역의 제공은 그 절차가 유의미할 수 있는 최소한의 조건이다. 한편 이 비용추계서는 기본적으로 법무부가 추진하고 있는 대규모 난민지원시설을 설치 및 유지를 전제로 하고 있고 대부분의 예산은 난민지원시설과 관련된 것이다. 그러나 난민 등에 대한 지원을 이러한 단일한 대규모 시설이 아닌 기존의 사회복지시설을 활용하는 방식 등을 취한다면 그 예산규모를 크게 줄일 수 있다. 그리고 위 비용추계서는 난민 등의 구급에 따른 추가적인 비용 발생을 언급하고 있지만 이는 난민법안의 취지를 오해한 것에서 비롯된 언급이다. 즉 난민법은 오히려 기존의 난민신청자에 대한 장기 구급 관행을 지양해야 한다는 취지의 규정을 두고 있고 이는 기존 비용의 경감을 의미하는 것이다.

443명, 미국은 578명, 영국 972명, 호주 849명, 이란 26명이지만 한국의 경우 1,000,000명이나 된다고 한다. 김종철, “2007 난민분야 인권 보고서”, 민주사회를 위한 변호사 모임, 『2007 한국인권보고서』 (2008. 1.), p.448.

68) 유엔난민기구, 국제의회연맹, 『국회의원을 위한 편람 No. 2-2001 - 난민보호: 국제난민법의 이해』 (2001), p.100.

69) 국회예산정책처, 「난민 등의 지위와 처우에 관한 법률안 비용추계서」.

(단위: 백만원)

	2010	2011	2012	2013	2014	계
공항 등에서의 의식주 제공	102	105	107	110	113	537
국선변호인 비용	175	180	185	189	194	923
통역인 비용	143	143	143	143	143	715
생계비 지원	271	284	298	314	330	1,497
주거 지원	15,457	569	441	471	501	17,439
한국어 교육 등 교육비용	157	162	167	173	178	837
총비용	16,305	1,443	1,341	1,400	1,459	21,948

난민협약상 권리의 확인 및 이를 실질적으로 보장하기 위한 절차의 마련, 인도적 체류 허가자의 난민에 준하는 처우, 난민신청자의 생계를 유지할 권리의 보장이라는 난민법 원안의 기본적인 틀을 난민법의 적용에 있어서도 지향할 필요가 있다.⁷⁰⁾ 예컨대, 난민신청자의 경우 정부의 지원이나 취업활동 없이도 생계를 유지하는 데 지장이 없는 경우에만 생계 지원이나 취업허가가 제한될 수 있어야 한다.⁷¹⁾ 난민신청자 대부분은 정부의 지원 등이 없는 생계 유지가 곤란하다는 점에서 지원 등을 원칙으로 하여야 하고 일부 예외를 두는 방식으로 접근할 필요가 있다. 다만 이러한 규정을 두더라도 이것이 난민신청자의 생계 유지에 지장을 초래하는 방식으로 규정되거나 운영되어서는 안 될 것임은 아무리 강조해도 지나침이 없다고 하겠다.

6. 2013년 2월 14일 입법예고된 난민법 시행령·규칙 총론 및 절차 규정 평가⁷²⁾

(1) 시행령 및 시행규칙 제정의 원칙

난민법 시행령 및 시행규칙은 난민협약과 난민의정서 등에 따라 그 내용을 정한다(난민법 제1조)는 난민법의 목적에 입각한 것이어야 하고, 따라서 난민협약 등의 취

70) 2008년 서울지방변호사회와 국회인권포럼의 공청회, 2009년 UNHCR의 의견, 2010년 UNHCR의 법제 연구와 법무부의 실태 조사, 그리고 국회 법제사법위원회 공청회 등의 결과를 수렴하여 법안의 내용을 최종적으로 확정하고 시급히 입법화시킬 필요가 있다. 서울지방변호사회, 『난민의 실태와 법적 지위에 관한 세미나』(2008. 7. 15); 국회인권포럼, 『「난민 등의 지위 및 처우에 관한 법률」 제정을 위한 공청회』, 제36회 국회인권포럼 세미나(2008. 12. 2); UN High Commissioner for Refugees, *UNHCR's Comments on the Republic of Korea 2009 Draft Bill on Refugee Status Determination and Treatment of Refugees and Others*, 15 June 2009, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4a8d58092.html> [accessed 1 October 2010] 등 참조.

71) "생계비 지급 여부는 1차적으로 난민의 개인적 경제상황에 따라 판단되어야 할 문제이며, 난민 신청자라고 하여 반드시 경제적 무능력자라는 전제는 성립되지 않는다." 정인섭, "토론편", 국회인권포럼, 『「난민 등의 지위 및 처우에 관한 법률」 제정을 위한 공청회』, 제36회 국회인권포럼 세미나(2008. 12. 2), p.123.

72) 황필규, "난민법 시행령 & 시행규칙(안)에 대한 의견 : 총청과 난민인정 신청과 심사 등 일부 조항을 중심으로", 법무부, 『난민법 시행령 제정을 위한 공청회』(2013. 3. 20), pp.13-23 참조.

지와 그 명문의 규정, 법률(국내법적 효력을 가지는 국제법 포함)에 반하는 내용을 담을 수 없다. 즉, ‘난민문제의 사회적, 인도적 성격’을 확인하고 ‘난민에게 … 기본적인 권리와 자유의 가능한 한 광범위한 행사를 보장’(난민협약 전문)한다는 난민협약 등의 취지가 충분히 고려되어야 하고, 난민협약 등의 내용보다 난민의 지위 또는 처우를 제한하거나, 고문방지협약 등 관련 법규범을 위배해서는 안 된다. 또한 난민협약에서 명확하게 규정되지 않았거나 여러 해석의 여지가 있는 내용에 대해서는 이러한 원칙을 관철시키는 방향으로 시행령과 시행규칙을 규정하여야 한다.

(2) 총칙

1) 난민의 정의

난민법은 제2조 제1호에서 난민의 정의에 대하여 대한민국에 ‘입국’을 전제로 하고 있고, 제5조에서 일반 규정으로서 대한민국 ‘안’의 난민인정 신청을 규정하고 있고, 제6조에서 특별 규정으로서 ‘입국심사’를 받는 때의 난민인정 신청을 규정하고 있다.

난민법 제5조의 취지상 난민인정의 심사와 결정 절차의 개시와 종료는 대한민국 ‘안’을 전제로 하는 것이고, 이는 대한민국의 영토, ‘한반도와 그 부속도서’(헌법 제3조), 영해, 영공을 의미한다. 대한민국 ‘안’은 당연하게도 대한민국의 관할권이 미치는 출입국항, 환승구역 등을 포함한다. 따라서 난민법 제2조 제1호의 입국은 ‘입국심사’와 ‘입국 허가’ 혹은 ‘밀입국’을 통해 출입국항이나 국경지대를 통과한 상태를 의미하는 것이 아니라 대한민국의 관할권이 미치는 지역으로 들어오는 것을 의미하는 것이고, 의미상의 혼란을 방지하기 위하여 이러한 취지를 시행령 등에 명시할 필요가 있다.

2) 인도적체류자의 정의

난민법은 제2조 제4호 정의규정에서 인도적체류자 대상으로 난민에 해당하지 아니하지만 ‘고문 등의 비인도적인 처우나 처벌 또는 그 밖의 상황으로 인하여 생명이나 신체의 자유 등을 현저히 침해당할 수 있다고 인정할 만한 합리적인 근거가 있는

자'를 규정하고 있다.

난민법상의 인도적 체류는 그 문언상 국제적 보호를 필요로 하는 '보충적 보호'를 의미함이 알 수 있다. 이는 대량유입을 전제로 하는 '일시적 보호'나, 산업재해, 소송 진행, 체불임금, 사망, 출산 등을 전제로 하는 온정주의적인 의미에서의 소위 '인도적 체류'인 일반적인 기타(G-1) 체류자격과는 뚜렷하게 구별된다. 한편 일반적으로 '보충적 보호'의 사유로 무력분쟁 혹은 심각한 사회질서 혼란, 자연재해 등으로 인한 심각한 인권 침해가 국제적으로 언급되고 있다. 따라서 시행령 등에 국제적 보호를 필요로 하는 '보충적 보호'의 취지를 명시하고 난민법상의 '그 밖의 상황'의 주요 예시를 명시함으로써 이에 대한 판단의 원칙과 기준을 구체화할 필요가 있다.

3) 난민신청자의 정의

법무부장관은 난민인정 신청을 받은 때에는 '즉시' 신청자에게 접수증을 교부하여야 하고 (난민법 제5조 제5항), 난민법 제5조에 따른 난민인정신청서를 제출받은 사무소장등은 '지체 없이' '난민신청자'에 대하여 면접을 실시하고 사실조사를 하여야 한다(난민법 제8조 제1항). 그런데 난민법 제2조 제5호는 난민신청자의 정의에서 난민인정을 신청한 자 중 적어도 그 '신청에 대한 심사가 진행 중'일 것을 요구하고 있고 난민법 제6조는 출입국장에서 하는 신청에 대해서 법무부장관이 '난민인정 심사에 회부할 것인지'를 결정하도록 규정하고 있다.

난민법은 '난민인정을 신청한 사람'과 제5조 제6항의 의하여 난민인정 여부에 관한 결정이 확정될 때까지 대한민국에 체류할 수 있는 적어도 그 '신청에 대한 심사가 진행 중'인 '난민신청자'를 구별하고 있다고 판단된다. 그러나 '신청에 대한 심사가 진행 중'의 의미는 법률에서 명확하게 제시되고 있지 않은데, 예컨대 접수증이 '즉시' 교부되지 않거나, 사실조사 등이 '지체 없이' 진행되지 않는 경우가 문제될 수 있다. 불명료한 법률의 규정을 구체화하기 위하여 관련 규정과 그 취지를 고려하여 시행령 등에 원칙적으로 신청 즉시 심사가 개시된 것으로 보고, 예외적으로 출입국장에서 하는 신청의 경우 회부 결정이 있는 시점부터 심사가 개시된 것으로 본다는 점을 규정하여야 한다. 다만 출입국장에서 하는 신청과 관련된 이러한 해석은 시행령(안) 및 시행규칙(안)과의 관계 속에서가 아닌 후술하는 관련 의견과의 관계 속에서만 의미를 가질 수 있다.

4) 강제송환금지

난민법 제3조는 난민인정자, 인도적체류자 및 난민신청자에 대하여 난민협약 제33조⁷³⁾ 및 고문방지협약 제3조⁷⁴⁾의 강제송환금지 원칙을 확인하고 있다.

어떠한 원칙, 권리나 의무에 대하여 그 행사 주체, 관련 절차 등이 규정되지 않으면 그 원칙 등은 선언적인 의미에 그치게 될 위험성이 많다. 그러나 강제송환금지의 원칙은 국제법상 강행규범의 성격을 가지는 것으로 설사 명문의 규정이 없거나 이에 반하는 규정이 있다고 하더라도 반드시 지켜져야 할 법규범이다. 또한 난민법 제3조 ‘본인의 의사에 반하여 강제로 송환되지 아니한다.’는 문언의 해석상 난민신청자 등에게 신청권이 있다고 보아야 하고 이 신청권이 행사되기 위해서는 시행령 등에 그 절차를 규정하여야 한다. 즉 시행령 등에 난민협약 제33조 및 고문방지협약 제3조의 요건 심사를 전제로 난민협약 제31조⁷⁵⁾ 및 제32조⁷⁶⁾, 난민법 제5조 제6항⁷⁷⁾ 및 제

73) 난민협약 제33조 추방 및 송환의 금지 1. 체약국은 난민을 어떠한 방법으로도 인종, 종교, 국적, 특정사회집단의 구성원 신분 또는 정치적 의견을 이유로 그 생명 또는 자유가 위협받을 우려가 있는 영역의 국경으로 추방하거나 송환하여서는 아니된다.

2. 그러나 이 규정에 의한 이익은 그가 있는 국가의 안보에 위험하다고 인정되는 상당한 이유가 있고, 또는 중대한 범죄를 저지른 것에 대한 최종적인 유죄판결이 내려지고 그 국가공동체에 대하여 위협한 존재가 되는 난민에 의하여서는 요구될 수 없다.

74) 고문방지협약 제3조 1. 어떠한 당사국도 고문받을 위험이 있다고 믿을 만한 상당한 근거가 있는 다른 나라로 개인을 추방·송환 또는 인도하여서는 아니된다.

2. 위와 같이 믿을 만한 근거가 있는지 여부를 결정하기 위하여, 권한 있는 당국은 가능한 경우 관련국가에서 현저하며 극악한 또는 대규모 인권침해 사례가 꾸준히 존재하여 왔는지 여부를 포함하여 모든 관련사항을 고려한다.

75) 난민협약 제31조 피난국에 불법으로 체재하고 있는 난민 1. 체약국은 이 협약 제1조와 같은 의미로 그들의 생명과 자유가 위협받는 영역에서 직접 탈출해 온 난민에게, 그들이 불법적으로 자국 영역 내에 입국하고 또는 체류하고 있다는 이유로 형벌을 과하여서는 아니된다. 다만 그 난민이 지체없이 국가기관에 출두하고 그들의 불법적인 입국 또는 체재에 대한 상당한 이유를 제시할 것을 조건으로 한다.

2. 체약국은 상기한 난민의 이주에 대하여 필요 이상의 제한을 가하지 아니하며, 또한 그러한 제한은 그 난민이 그 국가에서의 지위가 합법적으로 정하여지고 또는 그 난민이 다른 국가에의 입국허가를 얻을 때까지만 적용된다. 체약국은 그러한 난민에게 다른 국가에의 입국허가를 얻기 위하여 타당하다고 인정되는 기간과 이를 위하여 필요한 모든 편의를 부여한다.

76) 난민협약 제32조 추방 1. 체약국은 국가안보 또는 공공질서를 이유로 하는 경우를 제외하고 합법적으로 자국영역 내에 체재하고 있는 난민을 추방하여서는 아니된다.

2. 이러한 난민의 추방은 적법절차에 따라 내려진 결정에 의하여서만 이루어져야 한다. 달리 국가안보를 위하여 불가피한 이유가 있는 경우를 제외하고, 그 난민은 자신이 추방될 이유가 없다는 결백함을 밝히는 증거를 제시하고, 또한 관할기관 또는 관할기관이 특별히

30조 제1조⁷⁸⁾, 출입국관리법 제62조 제4항⁷⁹⁾ 및 제64조⁸⁰⁾ 등을 고려한 안정적인 체류가 보장되는 제3국으로의 송환이나 필요적 절차에 의한 기속행위로서 체류자격 부여를 규정하여야 한다.

(3) 난민인정 신청과 심사 등

1) 언어 - 통역/번역

면접과정에서 대통령령으로 정하는 일정한 자격을 갖춘 통역인에게 통역하게 하여야 하는 제14조를 근거로 시행령(안) 제10조는 ‘난민통역업무 수행에 적합하다고 인정’, ‘소정의 교육과정’ 등 통역인의 자격을 규정하고 교육, 위촉 및 수당 등의 구체적인 사항은 법무부장관이 정하도록 규정하고 있다. 한편 시행규칙(안) 제2조 제2항은 난민인정신청서 접수과정에서의 통역인 통역 가능성을 규정하고 있다.

지명한 자에게 이의를 신청하고 이 목적을 위하여 대리인을 내세우는 것이 인정된다.

3. 체약국은 이러한 난민에게 다른 국가에의 합법적인 입국허가를 얻을 수 있는 상당한 기간을 부여한다. 체약국은 그 기간동안 필요하다고 보는 국내조치를 취할 권한을 유보한다.
- 77) 난민법 제5조(난민인정 신청) ⑥ 난민신청자는 난민인정 여부에 관한 결정이 확정될 때까지(난민불인정결정에 대한 행정심판이나 행정소송이 진행 중인 경우에는 그 절차가 종결될 때까지) 대한민국에 체류할 수 있다.
- 78) 난민법 제30조(난민인정자의 처우) ① 대한민국에 체류하는 난민인정자는 다른 법률에도 불구하고 난민협약에 따른 처우를 받는다.
- 79) 출입국관리법 제62조(강제퇴거명령서의 집행) ④ 제3항에도 불구하고 강제퇴거명령을 받은 사람이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 송환하여서는 아니 된다. 다만, 「난민법」에 따른 난민신청자가 대한민국의 공공의 안전을 해쳤거나 해칠 우려가 있다고 인정되면 그러하지 아니하다.
 1. 「난민법」에 따라 난민인정 신청을 하였으나 난민인정 여부가 결정되지 아니한 경우
 2. 「난민법」 제21조에 따라 이의신청을 하였으나 이에 대한 심사가 끝나지 아니한 경우
- 80) 제64조(송환국) ① 강제퇴거명령을 받은 사람은 국적이나 시민권을 가진 국가로 송환된다.
 - ② 제1항에 따른 국가로 송환할 수 없는 경우에는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 국가로 송환할 수 있다.
 1. 대한민국에 입국하기 전에 거주한 국가
 2. 출생지가 있는 국가
 3. 대한민국에 입국하기 위하여 선박등에 탔던 항(港)이 속하는 국가
 4. 제1호부터 제3호까지에서 규정한 국가 외에 본인이 송환되기를 희망하는 국가
 - ③ 삭제

난민인정 신청 및 심사에서 언어 혹은 통역인의 문제는 난민인정이 대부분 직접적인 증거보다는 신청자의 진술에 의존하는 경우가 많고 그 난민신청자의 진술의 일관성, 신뢰성, 구체성 등에 직접적인 영향을 미치게 된다. 또한 박해의 위험성에 대하여 진술하여야 하는 신청자의 입장에서는 통역인이 (잠재적) 박해자의 집단에 속해 있다거나 성별이 다른 경우 제대로 진술하기 어려울 수 있고 통역인의 입장에서도 난민신청자에 대한 왜곡된 인식 등에 기초하여 제대로 된 통역을 하지 않거나 못할 수 있다. 따라서 단지 ‘난민통역업무 수행에 적합하다고 인정’이라는 추상적인 문구만을 시행령에 규정할 것이 아니라 법무부장관의 지침이 아니라 시행령 등에 난민신청자의 요청이 있는 경우 난민과 같은 성(性)을 가진 경우 통역을 하여야 한다는 규정과 더불어 박해자 집단에 속한 통역인의 경우 그 특정 신청자와 관련된 통역에 참여시키지 않는다는 규정 정도는 명시될 필요가 있다.

난민신청자에게 있어서 언어의 문제는 비단 면접과정에서의 문제만은 아니다. 그러나 시행규칙(안)은 접수과정에서만 통역인 통역 가능성을 규정하고 있고 이는 난민신청자에 대한 배려라기보다는 당국의 편의를 위한 고려에서 비롯된 것이라고 볼 수 있다. 난민인정절차 전반에 걸쳐 언어상의 제약으로 난민신청자가 불이익을 당하는 일이 없도록 하여야 한다는 규정형식을 취하여야 한다.

2) 출입국항에서 하는 신청

난민법 제6조는 출입국항에서 하는 신청을 규정하고, 이를 구체화하기 위하여 시행령(안)은 제2조에서 신청절차 등을, 제3조에서 대기실 등을, 제4조에서 난민인정 심사 회부 기준을, 제5조에서 난민인정 심사 회부 결정 등에 대하여 규정하고 있다.

우선 출입국항을 통과하여 국내로 들어오기 전 단계에 대하여 출입국관리법제16조 제2항은 ‘선박등에 타고 있는 때’를 규정하고 있고 난민법 제6조는 ‘입국심사를 받는 때’를 규정하고 있어 문언 그 자체만을 봤을 때에는 환송구역에서 난민인정 신청을 한 경우 등의 공백이 발생할 수 있다. 따라서 공백이 발생하지 않도록 ‘입국심사를 받는 때’를 환송구역 등을 포함하는 것으로 해석하는 규정을 시행령 등에 규정할 필요가 있다.

난민법 자체가 난민신청만으로는 난민신청자의 지위를 인정하지 않고 최소한 심사 진행 중일 것을 요구하고 있고(제2조 제4호), 출입국항의 경우 심사회부결정이라는

도입함으로써(제6조) 사실상 난민인정 신청 접수거부 혹은 심사 거부를 정당화시킬 수 있는 위험성이 있다. 난민신청을 했는데 심사를 하지 않고 이를 무효화시키는 것은 난민협약과 난민법의 취지에 정면으로 반하는 것일 수 있으므로 관련 시행령, 시행규칙은 이를 엄격하게 제한하는 방향으로 규정되어야 한다.

시행령(안) 제2조 제2항은 난민인정 심사 회부 결정 여부를 심사하기 위하여 ‘신청이유’ 등을 심사하도록 규정하고 있고, 제4조는 심사 회부 기준으로 대부분 난민인정 여부의 실질적인 기준을 포함하고 있다. 즉 난민인정 심사를 위한 ‘신청이유’ 심사를 통해 ‘신청이유’ 심사 여부를 결정한다는 기이한 구조를 명문화하고 있고, 거짓 진술, 재신청 등 난민법 제8조 5호에서 난민인정 심사 시에 고려하도록 되어 있는 사항과 동일한 사항을 난민인정 심사를 배제할 수 있는 사유로 열거하여 난민법의 규정의 취지를 무효화시키고 있다. 또한 국제적으로 논란이 되고 있는 안전한 출신국 및 제3국(경유국) 개념을 거리낌 없이 명문화하고 있고 난민법 제19조 해당사항과 ‘신청이 명백히 이유 없는 경우’ 처럼 난민인정이나 난민인정 심사가 전제가 될 때에만 가능한 판단을 심사 자체의 거부의 사유로 나열하고 있다.

이러한 규정의 내용은 ‘신청 절차 등 필요한 사항’을 대통령령에 규정하도록 한 난민법 제6조 제4항의 위임의 범위를 명백하게 넘어서는 위법한 것일 수밖에 없고 ‘법률의 시행에 관하여 필요한 사항’이라는 이유로 정당화될 수도 없다. 따라서 난민인정 심사 회부 결정 여부에 관한 심사는 난민인정 심사와 무관한 것이어야 하고 그 기준은 법률의 명문의 규정과 해석에 입각하게 제한적으로 규정되어야 한다. 사증이 있는 경우나 무사증 입국이 가능한 경우, 난민인정 신청이 입국 허가 전에 이루어진 점을 고려하여 입국 거부와 유사한 강제퇴거명령이 가능한 상황을 규정한 난민협약 제33조 제2항, 출입국관리법 제62조 제4항 단서의 내용 정도만이 불회부 결정의 근거가 될 수 있다고 보아야 한다.

절차적인 측면에서 출입국항의 경우, 별도의 규정이 마련되지 않으면 변호사, 유엔 난민기구 등의 접근이 거의 불가능하다는 점에서 난민신청권의 실질적인 보장을 위하여 시행령, 시행규칙에 관련 규정을 마련하였어야 함에도 불구하고 시행령(안), 시행규칙(안)은 아무런 규정을 두고 있지 않다.

난민인정 심사 불회부 결정이 있는 경우 이의신청 등 어떠한 후속절차가 있는지에 대하여 시행령(안), 시행규칙(안)은 아무런 규정을 두고 있지 않다. 그러나 난민인정

심사 불회부 결정은 행정처분이고 별도의 규정이 없더라도 행정심판, 행정소송의 대상이 된다는 점에서 이러한 불복절차에 관한 권리가 실질적으로 보장되기 위한 별도의 규정을 마련할 필요가 있다.

난민인정 심사 회부 결정이 있는 경우에도 입국허가 뿐만 아니라 주거제한, 보증금 등을 요구할 수 있는 조건부 입국허가가 가능하다고 명시함으로써 난민신청절차의 진행을 곤란하게 하거나 사실상 구금 상태에 놓일 수 있는 위험성을 드러내고 있다. 조건부 입국허가에 대한 규정은 삭제되어야 한다.

3) 인도적 체류 허가

시행령(안) 제13조와 제14조 제4항은 난민인정불허 혹은 이의신청 기각 시 법무부장관이 인도적 체류 허가를 할 수 있다고 규정하고 있다.

별다른 결정 절차에 관한 내용 없이 인도적 체류 허가를 임의절차와 재량행위로 규정한 시행령(안)의 형식 문제가 지적되어야 한다. 난민법 제2조 제3호는 법무부장관의 체류허가를 대통령령에서 정하도록 규정하고 있을 뿐 관련 절차가 법무부장관 임의에 맡겨진거나 그 결정이 재량행위라는 취지는 전혀 보이지 않는다. 오히려 난민법 제정 전 출입국관리법에서 재량행위 형식으로 규정하고 있던 난민인정을 기속행위 형식으로 규정한 점(난민법 제18조 제1항), 난민법 제2조 제3호의 규정 내용상 인도적 체류는 국제적으로 통용되고 유럽연합 등 많은 지역 및 국가가 채택한 입법례에서 규정된 ‘보충적 보호’를 의미한다는 점, 보충적 보호는 비록 사유는 달리하지만 난민과 거의 동일한 국제적 보호의 필요성을 전제로 한다는 점을 고려할 때 이를 임의절차로 규정하는 것은 난민법의 취지에 반하고 위임의 범위를 넘어서는 것으로 보아야 한다. 또한 난민법 제3조와 고문방지협약 제3조에 의해 ‘고문받을 위험’의 ‘상당한 근거’가 있는 경우 예외 없는 강제송환금지의 원칙이 적용되는 것에 비추어, 그리고 ‘보충적 보호’가 도입되게 된 배경, 관련 입법례 등에 비추어 이를 재량사항으로 규정한 것은 문제가 있다. 따라서 강제송환금지 원칙의 적용대상인지 여부, 보충적 보호의 대상인지 여부는 필요적으로 심사되어야 하고 그 결정은 기속행위 형식을 취해야 한다. 또한 난민신청자 등의 신청권을 규정하여야 하고 난민인정 심사 시 난민신청자의 신청 혹은 당국의 직권으로 심사가 진행되어야 함을 명시하여야 한다.

4) 이의 신청과 난민위원회

난민법 제21조는 이의신청, 제25조부터 제28조까지는 난민위원회에 관한 내용을 규정하고 있고, 시행령과 시행규칙에서 이를 구체화하고 있다.

1차 심사 단계의 난민심사관보다 이의 신청 단계의 난민조사관이 더 중요한 역할과 고도의 전문성이 요구됨에도 불구하고 그 자격, 지위 등에 대한 아무런 규정을 두지 않은 것은 이의신청의 중요성을 제대로 인식하고 있지 못한 것이라고 할 수 있다. 이의신청을 제출된 자료 일체가 아닌 법무부 차원에서 걸러진 내용이 난민위원회에 제출되는 기이한 관행이 반복되지 않기 위해서는 이와 관련된 규정의 마련을 고려할 필요가 있다. 이의신청 단계에서의 난민신청자의 청문권은 당연히 보장되어야 할 권리이다. 1차 심사 단계에서 권리로써 주어진 청문권을 이의신청단계에서 박탈하는 것은 그 정당성을 가지기 어렵다. 난민위원회의 재량사항이 아닌 권리로써의 청문권을 규정할 필요가 있다.

7. 여론 1 : 난민의 개념과 박해가능성의 입증⁸¹⁾

난민이 급증하면서 국가들은 이주통제를 강화하고 난민을 제한적으로 인정하려는 경향을 보이고 있다. 난민에 대한 보호의 필요성은 난민 개념과 무관한 이주통제의 강화라는 외적인 요소와 난민에 대한 부정적인 인식, 그리고 난민의 특수성이 난민인정절차에서 어떻게 작용하고 있는지를 규명할 것을 요구하고 있다. 그 출발점은 난민협약상 난민 개념, 특히 그 핵심을 이루는 ‘충분한 근거가 있는 공포’의 개념을 확정하고 그 개념의 적용에 대하여 종합적으로 평가하는 것이라고 볼 수 있다.

‘충분한 근거가 있는 공포’의 개념에 대한 전통적인 입장은 이 개념이 ‘공포’라는 주관적인 요소와 ‘충분한 근거’라는 객관적인 요소로 이루어져 있다는 이분법에 기초하고 있다. 그러나 이러한 접근에 의하면 주관적인 요소는 그 근거인 객관적인 요소에 의해 뒷받침될 때에만 의미를 가질 수 있기 때문에 주관적인 요소가 형해 화될 수 있고, 주관적인 요소를 입증할 요하는 독립된 요건으로 바라보기 때문에 신청자에

⁸¹⁾ 황필규, 「난민의 지위에 관한 협약」상 ‘충분한 근거가 있는 공포’ (서울대학교 박사학위논문, 2010. 8) 참조.

게 과도한 입증의 부담을 요구하게 된다. 이에 대한 비판적인 논의도 그 의도와 무관하게 개념의 실체와 입증의 문제, 요건의 객관성과 평가의 객관성을 혼동함으로써 논의를 혼란에 빠뜨리기도 하고, 주관적인 요소를 그 개념에서 배제함으로써 난민의 실체 파악을 곤란하게 만들기도 한다. 한편, 전통적인 입장과 객관적인 접근은 난민 신청자의 일반적인 신뢰성을 ‘충분한 근거가 있는 공포’에 대한 평가에 끌어들여 결정권자의 자의적인 재량의 범위를 넓히는 경향을 보이고 있다. ‘충분한 근거가 있는 공포’의 개념은 박해가능성 혹은 그 위협으로서, 다양한 주·객관적 요소들이 독립적으로 혹은 상호작용을 통하여 이를 나타내거나 이에 영향을 미치게 된다고 보아야 한다.

‘충분한 근거가 있는 공포’의 입증은 증거 확보의 어려움, 문화적 차이 등 난민의 특수성을 고려하여 이루어져야 한다. 그리고 그 특수성을 증거법적 언어로 구성할 필요가 있다. 심사 당국의 조사의무의 존재는 입증책임의 부분적 전환 혹은 완화를 의미한다. 또한 신청자의 진술에 대한 ‘유리한 해석을 통한 이익부여’는 입증책임의 전환 및 완화, 입증의 정도의 완화 등을 의미한다. ‘충분한 근거가 있는 공포’, 즉 박해가능성의 정도는 ‘사실이 존재할 가능성이 사실이 존재하지 않을 가능성보다 높은 정도’(more probable than not)보다는 낮은 정도를 의미한다. 그리고 ‘신뢰성’(credibility)의 문제는 신청자의 일반적인 신뢰성이 아닌 난민 진술의 신뢰성과 관련되고 그 신뢰성을 평가함에 있어 트라우마 등 난민의 특수성을 충분히 고려해야 함을 의미한다.

한국의 경우 ‘충분한 근거가 있는 공포’ 개념의 의미에 대하여 기본적으로 전통적인 입장을 취하고 있고, 따라서 전통적인 입장이 가지고 있는 문제점을 그대로 답습하고 있다. 입증과 관련해서는 비록 그 특수성에 대한 언급은 있지만 이것이 구체적인 사례에서 어떻게 적용되는 것인지에 대해서는 충분한 정보를 제공하고 있지 못하다. 무엇보다도 난민이 아닌 이주민이 경제적 동기 등으로 난민제도를 악용하고 있다는 예단을 전제로 하고 있는 듯한 판시들이 이루어지고 있다. 그리고 신청자의 일반적인 신뢰성에 대한 평가나 객관적인 상황에 대한 주관적인 평가가 이러한 예단을 뒷받침하는 근거로 제시되는 경우가 많다. 결국 이주통제를 강화하려는 국가의 경향과 난민신청자를 제도를 악용하는 경제적 이주민으로 추정하는 인식이라는 외부적인 요소가 주관적인 요소 혹은 난민신청자의 신뢰성에 대한 평가, 그리고 객관적인 상황

에 대한 법관의 주관적인 평가를 매개로 하여 난민인정절차를 왜곡시키고 있다고 평가할 수 있다. 난민의 실질적 보호를 위해서는 ‘충분한 근거가 있는 공포’ 개념에 대한 해석과 그 입증에서 난민이 가지는 특수성이 최대한 반영되어야 하고, 개념 외적 요소의 개입을 최소화하기 위한 인식의 전환과 제도의 개선이 이루어져야 할 것이다.

8. 여론 2 : 반다문화주의, 외국인혐오주의 그리고 인종주의

인터넷상 반다문화 카페들로 대변되는 한국의 반다문화 담론, 외국인혐오주의, 인종주의는 자본과 민족 문제는 물론이고 종교와 음모론에 이르기까지 다양한 분야에서 인식공격과 희생양 만들기, 그리고 협박에 가까운 공포심 유발 등을 통해 자신들의 영역을 구축하고 있다.⁸²⁾ 개인의 표현의 자유에 대한 기본적인 권리가 인종 우월주의적인 사상을 유포하거나 인종 혐오를 선동하는 행위까지 보호하는 것은 아님에도 불구하고 이주민을 향한 인종주의적 혐오발언은 정부로부터 그 어떠한 통제를 받지 않고 대중매체와 인터넷에서 더욱 확산되고 노골적이 되어가고 있다.⁸³⁾ 한국에는 현재 온라인상에 ‘다문화정책 반대 카페(회원 수 1만여 명)’⁸⁴⁾ 등 反 다문화 카페가 20여 개 개설되어 활동 중이고,⁸⁵⁾ 가장 영향력 있는 온라인상 카페 중의 하나인 일간베스트저장소⁸⁶⁾ 등도 강한 외국인혐오주의 경향을 보이고 있다. 이들은 이주민들과 이주민들의 권리를 옹호하고자 하는 개인과 단체들에 대한 무차별적인 온라인상의 공격을 하고 있고, 오프라인으로 그 활동의 범위를 넓혀나가고 있다.

2012년 10월 20일 한국의 가장 영향력 있는 포털사이트인 네이버에 ‘난민법’이 급상승 검색어 1위에 올랐다. 난민법은 2011년 12월에 국회를 통과하여 2013년 7월 시행 예정이었기 때문에 갑자기 ‘난민법’이 급상승 검색어가 될 이유가 없었다. 결국 이러한 상황은 외국인 혐오주의 경향이 강한 온라인 카페 일간베스트저장소가 의도

82) 강진구, ‘한국사회의 반다문화 담론 고찰 : 인터넷 공간을 중심으로’, 『인문과학연구』 제32집 (2012. 3, 강원대학교 인문과학연구소), pp.5-34.

83) 유엔인종차별철폐위원회 최종견해, CERD/C/KOR/CO/15-16 (2012. 8. 31), para. 10.

84) <http://cafe.daum.net/dacultureNO/>

85) 외국인정책위원회, 『2013-2017 제2차 외국인정책기본계획』 (2012. 12, 법무부 출입국·외국인정책본부), p.18.

86) <http://www.ilbe.com/>

적이고 조직적으로 개입한 결과였고, 며칠 동안 인터넷과 트위터 등 SNS에 ‘난민은 성범죄자들이다’, ‘난민은 AIDS를 한국에 퍼뜨린다’ 등의 수만 개의 댓글이 올라왔다. 난민법을 발의한 국회의원, 관련 인권단체들에 대한 욕설과 협박성 글들도 상당수 존재했다. 최근 들어 이주민 혹은 난민에 대하여 우호적인 기사가 나오기만 하면 이들 외국인 혐오주의 단체들이 조직적으로 부정적인 댓글을 다는 것을 판단된다. 이들은 또한 국회에 발의된 차별금지법에 대하여 차별금지사유 중 ‘인종’, ‘출신국가’, ‘국적’ 등을 배제하는 운동을 펼치고 있다.

정부는 이러한 움직임을 충분히 파악하고 있다. 문제는 정부가 이러한 외국인 혐오주의, 인종주의 경향을 통제하고 극복되어야 할 부정적인 사회현상으로 파악하기보다는 정책에 적극 반영하여야 할 객관적인 ‘국민의 인식’으로 판단하여 이를 방치하고 오히려 부추기고 있다는 점이다.

<표 8> 외국인정책위원회 - 최근 정책관련 국민의 인식 (2012. 12)⁸⁷⁾

- | |
|---|
| <p>* 외국인 범죄, 인종적·문화적 갈등에 대한 우려</p> <ul style="list-style-type: none"> - 최근 외국인들의 범죄 및 쓰레기 무단투척, 주취폭력 등 기초사회질서 위반행위에 대한 제재가 제대로 이루어지지 않아 이와 관련한 국민의 불만이 증가하는 추세 <p>* 反 다문화현상의 표출 및 외국인에 대한 균형 잡힌 정책 요구</p> <ul style="list-style-type: none"> - 일자리 경쟁에서 밀려난 저소득계층, 국제결혼 피해자 등을 중심으로 ‘국민에 대한 역차별’, ‘다문화 정책 반대’정서가 싹트고 있으며, 다문화가족 편중지원 시책들이 이러한 현상을 가속화 - 최근 이민자에 의해 발생한 살인 사건 등의 영향으로 외국인에 대한 국가의 지원에 반대하는 목소리가 높아지는 한편, 외국인의 질서위반 행위에 대한 국가적 관리가 미흡하다는 비판 제기 <p>* 대한민국의 정체성에 대한 위기감 증대</p> <ul style="list-style-type: none"> - 최근 다양한 문화가 급속히 유입되고 있으나 이에 대한 국민적 합의가 완전하지 않은 상황에서 ‘한국적 가치’를 확립하지 못한 이민자 및 이민 2세의 국적취득 등에 따른 정체성 혼란 우려 증가 |
|---|

87) 외국인정책위원회, 『2013-2017 제2차 외국인정책기본계획』 (2012. 12, 법무부 출입국·외국인정책본부), pp.18-19.

더욱 심각한 문제는 정부는 단지 이러한 외국인 혐오주의, 인종주의적 경향을 정책에 반영하는데 그치는 것이 아니라 2013년-2017년 제2차 외국인정책기본계획이 이전 정책과 다른 핵심적인 내용으로 이들 경향의 반영을 명시하고 있다는 데 있다.

<표 9> 외국인정책위원회 - 「제1차 기본계획」과의 차별성 (2012. 12)⁸⁸⁾

<ul style="list-style-type: none"> ◦ 「제2차 기본계획」은 국민의 다양하고 상반된 요구들을 최대한 반영하여 균형 잡힌 정책 기조 유지로 안정적인 미래 준비 ◦ 「제2차 기본계획」은 질서와 안전, 이민자의 책임과 기여를 강조하는 국민 인식 반영

법무부는 또한 지역 주민들이 혐오시설로 생각해 반대하거나 반대할 것이라는 이유로 헬기장, 하수처리장이 위치한 주거지역이 아닌 외딴 곳에 난민지원시설을 설치했다.⁸⁹⁾ 경찰청은 전국적으로 그리고 지속적으로 외국인 범죄에 대한 정보를 언론에 제공하고 있고, 대부분의 경우 범죄율이 아닌 절대수의 증가를 강조하면서 이주민에 대한 경계 심리와 위기의식을 부추기고 있는데⁹⁰⁾ 외국인의 범죄율은 내국인의 범죄율의 1/2에 불과하다.⁹¹⁾ 이처럼 의도하건 의도하지 않았건 정부가 나서서 외국인 혐오주의를 조장하는 행태가 벌어지고 있다.

개별적인 법제나 관행의 문제를 넘어 외국인 혐오주의, 인종주의의 문제는 한국 사회의 엄연한 현실의 문제가 되었다. 정부, 언론, 그리고 관련 단체들의 문제에 국한되는 것도 아니다. 반다문화주의, 외국인 혐오주의, 인종주의를 근절하고 진정한 사회 통합을 이루기 위한 종합적인 정책의 수립과 시행, 사회적인 공감대의 형성에 있어서 관심 있는 이들이 해야 할 역할은 너무도 크다.

88) 외국인정책위원회, 『2013-2017 제2차 외국인정책기본계획』 (2012. 12, 법무부 출입국·외국인정책본부), p.21.

89) 연합뉴스 2010. 4. 28.일자 기사, 난민인권센터 영종도 '난민촌' 건립 반대, <http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2010/04/28/0200000000AKR20100428134400004.HTML>.

90) 연합뉴스 2012. 9. 26.일자, 외국인 범죄자 3년여 간 8만8천여명, <http://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=102&oid=001&aid=0005838898>.

91) 2008년 기준으로 외국인이 전체 한국내 인구의 2.34%를 차지하지만 외국인 범죄는 전체 한국내 범죄의 1%에 불과하다. 임준태, 『외국인 범죄대책 수립을 위한 기초연구』(2010, IOM이민정책연구원), p.31.

[토론문]

외국인법제와 이민정책에 대한 토론

임 재 홍(한국방송통신대학교 법학과)

1. 이민자 현황

우리나라에서 이민자는 계속해서 증가하는 추세에 있다. 현재 우리나라에서 체류하고 있는 외국인의 수는 약 140만여 명으로 전체 인구의 약 2.75%에 해당한다(2011년 12월 기준).

국내 총인구의 증가율은 점차 감소되어 2019년부터는 전체 인구가 감소할 것으로 예상되나, 이민자 인구는 지속적으로 증가하여 2020년에는 전체 인구의 5%에 달하는 250만 명, 2050년에는 9.2%에 달하는 409만 명으로 증가할 것으로 전망되고 있다(통계청 2008). 저출산·고령화로 인한 인구감소 및 노동력 부족문제가 심화되는 상황에서 우리 사회의 이민자의 수요는 향후 더욱 증가될 것으로 전망된다. 그에 따라 다문화사회로의 이행속도 역시 점차 가속화될 수밖에 없다.

이민자 문제는 법정정책적으로 중요한 문제로 대두되고 있다. 이민자가 많아질수록 사회통합의 필요성도 더 커진다. 그러나 사회통합의 효과가 적을 경우 이민자의 사회 부적응, 범죄, 각종 법적 분쟁의 가능성이 커질 것이다. 이에 따라 학문적 접근도 필요하게 되었다. 이런 맥락에서 이민법학회의 창립은 매우 유의미하다.

2. 이민자에 대한 인권적 접근의 필요성

우리나라는 민주화를 달성한 이후 유엔에 가입하였고, 중요 국제인권조약을 비준하였다. 유엔이 권고하는 바에 따라 국가인권기구로서 국가인권위원회를 설치하였다. 우리나라는 국제사회에서 한 때 모범적인 인권국가의 전형으로 받아들여지기도 하였

다.

그러나 이민행정분야에서는 이런 모습을 보여주지 못하였다. 이주노동자협약을 비준하지 않고 있고, 미등록노동이주자의 강제퇴거에서 볼 수 있는 전혀 인권적이지 못한 행정의 모습은 아직도 남아 있다.

이민정책에서 전문인력과 단순기능인력을 구분하여 전자에 대해서는 우대정책을, 후자에 대해서는 정주방지정책을 펴는 것은 국가주권의 영역이라 하더라도 사회적 지위에 따른 차별에 해당한다.

인권적 접근에 대해서는 종래 의문을 두는 시각도 많다. 인권적 접근이 필요한 것은 인권이란 개념 자체에 내재되어 있다. 즉 인권은 보통 ‘인간이 인간답게 살아가기 위해 누구나 마땅히 누려야 하는 권리’로 정의된다. 이러한 인권에 대한 정의에는 ‘존엄성을 지니고 태어난 인간은 누구나 자유롭고 평등하고 이는 침해될 수 없고 양도할 수 없는 권리이다’는 의미가 담겨있기 때문이다.

또한 국제적 인권레짐의 관점에서 만들어진 국제인권조약은 인권의 최대가 아닌 최소한을 설정한 것이다. 즉 인간다운 생존을 위해 필요불가결한 것들이라 할 수 있다.

난민협약의 경우를 보아도 난민으로 인정되기 위해서는 다음 세 가지 기본 요건 즉 ① 자신의 국적국 혹은 상주국 밖에 있는 자, ② 박해를 받을 우려가 있다는 합리적 근거가 있는 두려움으로 인하여 국적국의 보호를 받을 수 없거나 받는 것을 원하지 않는 자, ③ 인종, 종교, 민족, 특정 사회 집단의 구성원 신분 또는 정치적 의견 중 하나 또는 복합적 이유로 박해를 받을 우려와 두려움이 있는 자이어야 한다.

난민의 권리를 보아도 강제송환금지의 원칙과 종교의 자유(제4조)로부터 시작된 제반권리 역시 인간으로서의 생존을 위한 기본적인 권리를 부여하는데 그치고 있다.¹⁾ 우리가 아직 비준하고 있지 않은 <이주노동자권리협약>의 경우에도 비슷하다.²⁾

1) <난민협약>상 권리로서 · 종교의 자유(제4조), · 재판받을 권리(제16조), · 유급직업에 종사할 권리(제17~19조), · 주거권(제21조), · 교육권(제22조), · 공적구호를 받을 권리(제23조), · 이동의 자유(제26조), · 신분 및 여행증명서를 발급받을 권리(제27~28조), · 거주국의 영토로의 불법 입국을 이유로 형벌을 받지 않을 권리(제31조), · 강제추방 금지(제32조) 등이 있다.

2) 이 협약에는 안전하고 건강한 노동조건 보장, 공정한 임금결정, 동일노동 동일임금의 보장, 노동조합의 결성권과 참가권, 의료, 복지, 교육에 대한 권리, 가족의 체류권 등에 대하여 규정하고 있다. 구체적으로 살펴보면, 차별받지 않을 권리(제7조), 자유로운 출국과 입

난민문제에 대해서 난민법을 제정한 것은 인권적 관점에서 볼 때 성과로 볼 수 있다. 오늘 발표문에서는 난민법의 과거, 현재 그리고 미래에 대해서 아주 상세한 소개를 하고 있고, 대부분 동의되는 내용이기 때문에 별다른 언급의 필요성을 느끼지는 못한다. 다만 난민문제는 인권적 관점 이외에도 국제사회의 일원으로서 그리고 문명국가로서 부담하는 책임이라는 점에서 접근해야 하지 않을까 한다.

20세기는 난민의 세기라고 불리울 만큼 난민문제가 전지구적 문제가 되었고, 이러한 상황은 21세기에 도 마찬가지이다. UNHCR 글로벌 동향보고서(2011년 6월 발행)를 보면 아시아지역에 가장 많은 난민배출국가가 있다.³⁾ 특히 난민 인구의 80% 이상이 개발도상국에 체류 중이며, 그 중 절반 이상이 아시아 지역에 체류하고 있다. 이런 현실을 감안할 때, 실질적인 난민보호를 제공할 수 있는 한국과 일본이 국제사회의 기대에 부응할 필요가 있다.⁴⁾

국, 체류의 권리(제8조), 생명권의 보장과 고문, 굴욕적 처우나 형벌의 금지(제9조 및 제10조), 강제적 노동 또는 의무적 노동 금지(제11조), 사상·양심 및 종교의 자유(제12조), 표현의 자유(제13조), 사생활, 가정, 주거, 서신 또는 기타 통신의 자유(제14조), 이주노동자와 그 가족의 단독재산과 공유재산의 박탈금지(제15조), 이주노동자와 그 가족에 대한 신체의 자유와 적법절차 보장, 체포이유고지, 체포 또는 억류 사실의 출신국으로의 통보 등(제16조), 자유를 박탈당한 이주노동자와 그 가족은 인도적으로 그리고 인간 고유의 존엄성과 그들 문화의 독자성을 존중받으며 처우되어야 함(제17조), 계약상의 의무 불이행은 이유로 한 구금 및 체류허가 또는 취업자격 박탈 금지(제19조 및 제20조), 이주노동자와 그 가족에 대한 집단적 추방조치 금지 및 추방의 경우 임금청구권과 이주노동자의 권리 보장(제22조), 출신국 또는 외교당국의 보호와 지원을 요청할 권리(제23조), 이주노동자에 대한 불리한 처우 금지(제25조), 집회활동의 자유, 노동조합에 자유로이 가입할 권리, 조직의 원조 및 지원을 추구할 권리(제26조), 이주노동자의 자녀는 성명, 출생등록 및 국적에 대한 권리를 가짐(제29조), 이주노동자와 그 가족은 취업국에서의 체류가 종료되었을 때 소득과 저축을 이전시키고, 관련국의 해당 법률에 따라 가재 및 소지품을 이전시킬 권리를 가짐(제32조), 일시출국의 자유(제38조), 취업국에서 단체와 노동조합을 결성을 권리(제40조), 이주노동자 가족들의 결함의 보호를 보장하기 위한 적절한 조치(제44조), 취업국은 이주노동자의 자녀에 대한 모국어 및 출신국의 문화교육을 촉진하도록 노력해야 함(제45조), 이주노동자는 그의 수입과 저축, 특히 가족 부양에 필요한 금액을 취업국으로부터 출신국 또는 기타 국가로 송금할 권리를 가짐(제47조), 이주노동자와 그 가족의 수입 및 저축에 대한 이중과세 방지(제48조), 이주노동자가 사망하거나 혼인의 해소시 취업국은 가족의 재결함에 근거하여 그 국가에 체류하고 있는 이주노동자 가족에 대한 체류허가 부여에 대해 호의적인 고려를 해야 함(제50조) 등의 권리내용을 담고 있다.

3) 아시아지역은 2010년 12월 기준으로 5,715,818명의 난민을 배출하여 전체 10,549,686명의 거의 54%를 차지하고 있다.

4) 한국의 난민인정자는 260명으로 난민인정률은 9%정도(2011년 말 기준)로 매우 낮은 편에 속한다. 이러한 수는 대한민국 인구 100,000명 당 2명 꼴로 난민을 보호하고 있는 비율인

난민레짐을 구성하는 주요 규범에는 ‘비호(asylum)’와 ‘책임분담(burden-sharing)’이 있다. 비호가 한 국가의 영토 내에 도달한 난민을 보호하는 조치라면 책임분담은 다른 국가의 영토 내 체류하고 있는 난민을 위한 보호 조치이다.

비호는 강제송환금지 원칙에 근거한 강력한 규범적, 법적 틀로 규정되어 있다. 비호를 통한 국제협력은 국제사회에서 합법적 국가 혹은 ‘문명국가(civilized State)’로 인정받는 수단이 된다.

3. 이민법학의 전제로서 이민자와 외국인

학문적 접근에서 가장 중요하면서도 기본적인 것이 개념을 명확히 하는 작업이라고 본다. 이런 점에서 오늘의 발표문들은 모두 중요한 작업들이라고 생각된다. 학문적으로 개념을 정립하는 것은 이후 실정법의 제·개정이나 판결, 정책수립에 중요한 영향을 미칠 것이기 때문이다.

종래 이주자, 이민자, 외국인 등 개인의 주관적 선호에 따라 혼란스럽게 사용되었던 개념들에 대해서 정리가 되어 간다는 느낌도 받는다. 예를 들어 이민자라는 개념을 정립함에 있어서 “이민의 목적과 기간”을 고려하여 “하나의 국가로부터 다른 국가로 일시적일지라도 체류할 목적으로 국경을 넘나드는 일상적 거주지를 바꾼 자”로 정의하면서 넓게 보아 “일시적 또는 영구적으로 사회구성원 자격을 부여받고 대한민국으로 이주한 자 외에도, 대한민국의 국적을 가지지 않은 자로서 대한민국으로 이주하기 위한 일정한 절차가 진행 중인 자”까지 포함한 것은 개념을 명확히 하는데 도움이 되고 있다.

이를 토대로 이주자, 외국인 개념과의 구별이 보다 명료해 졌다. 그런데 이러한 개념 정립에도 불구하고 법령상의 표현이나 실무를 감안하여 “외국인정책”⁵⁾이라는 표

데, OECD 30개국 평균이 인구 1,000명 당 2명 수준으로 난민을 보호하고 있음에 비하면 양적인 측면에서 매우 낮다. 2010년 전세계 평균 난민보호률(TRR)은 약 38.5%로, 한국과 비슷한 GDP를 가지고 있는 슬로베니아(70%), 체코 공화국(38%) 등과 비교해 보아도 현저한 차이가 난다. APIL, 2012, <http://www.apil.or.kr/900>.

5) 외국인정책은 대한민국으로 이주하고자 하는 외국인에 대해 일시적·영구적 사회구성원 자격을 부여하거나, 국내에서 살아가는 데 필요한 제반 환경의 조성에 관한 사항을 정치·경제·사회·문화 등 종합적 관점에서 다루는 정책으로 보는 것 같다. 김원숙, 우리나라 외국

현을 주로 사용하면서 이를 내용적으로는 “이민정책”과 다를 바가 없다고 하는 것에는 이의가 있다.

외국인정책의 쟁점으로 사증제도, 외국인의 입국, 국가안보 및 질서유지, 외국인력제도, 국적제도, WTO와 자연인의 이동을 들고 있으면서, 다문화주의 혹은 다문화사회와 관련해서는 이민정책이라는 표현을 쓰고 있다.

외국인이란 개념은 발표문에도 있듯이 국민이라는 개념에 비교하여 ‘대한민국의 국적을 가지지 아니한 자’의 의미이다. 즉 국적의 유무에 따라 구별되고 현재 거주하고 있는 장소가 국내이든 국외이든 구별하지 않고, 법률상 국민과 달리 대우받아야 할 필요가 있는 자의 의미가 된다.

따라서 외국인이라는 개념에는 국경을 넘나들며 생활을 영위해야 하는 인간의 관점이 강조되고 있지 않다. 반면 이민자라는 개념에는 일정한 목적에 따라 우리나라 관할 영역으로의 이동이나 이동의 결과 우리나라 영역에서 거주하고 있는 자와 같이 장소적 이동을 염두에 둔 개념으로 좀더 한정되어 이해된다. 따라서 이민이란 개념에는 국가간 관계의 개념, 생활주체로서 그리고 인권의 보호대상자로서의 인간이라는 의미를 내포한다. 반면 외국인은 국가주권의 입장에서 국민과 구별하여 원칙적으로 배제되고, 경우에 따라서는 조르조 아감벤이 지적한 호모 사케르로 전락되어 버리는 느낌도 든다.

아감벤에 따르면, 호모 사케르는 공동체의 법적, 종교적 질서로부터 추방된 자이다. 그렇기 때문에 그는 희생 제의의 대상이 될 수 없으며(종교 질서에서의 배제), 그를 죽이는 행위가 살인죄를 구성하지도 않는다(법질서에서의 배제). 외국인 중에서도 본국의 보호를 받지 못하고 오히려 본국에 의하여 박해받을 우려가 큰 난민이야 말로 절대 권력 앞에 무기력하게 내맡겨져 있는 힘없는 생명을 연상시킨다. 따라서 실정법상 표현이나 혼동 가능성에도 불구하고 이민정책이란 표현을 사용하는 것이 타당하지 않을까 한다.

인정책의 역사적 전개에 관한 소고, 2010. 12. 참조. <http://www.immigration.go.kr/HP/COM/bbs_003/ListShowData.do?strNbodCd=noti0093&strWrtNo=42&strAnsNo=A&strOrgGbnCd=104000&strRtnURL=IMM_6020&strAllOrgYn=N&strThisPage=1&strFilePath=imm/>

4. 이민법학의 활성화를 위해

이민정책을 펴기 위해서는 이민관련 법제의 정비와 더불어 이들 법에 대한 체계적인 해설도 필요하다. 종래 우리 법학계에서는 이민행정에 대한 체계적인 접근이 부족했다. 이제 학제적으로 체계적인 접근의 필요성이 부각되는 상황에서 행정법학도 개별행정법의 영역으로 이민행정법을 소개해야 한다고 본다.

오늘 발표원고에서 “외국인정책의 주요쟁점”으로 다루어진 내용들은 이 자리에서 그 쟁점들에 대한 법적인 접근에 대해서 일일이 논하기에는 한계가 있지만, 이민행정법에서 우선적으로 다루어야 할 내용들이 아닌가 한다.

토론자도 아직은 이민정책이나 이민관련 법령에 대한 체계적인 지식이 없는 관계로 본 토론이 부실할 수밖에 없다. 오해의 소지가 있거나 부족한 점이 있었다면 이는 모두 토론자의 한계에 기인한 것으로 양해를 구한다.