

한국이민법학회 · 한양대학교 법학연구소  
2017년 추계공동학술대회

---

# 외국인과 헌법

- 일시: 2017년 10월 27일(금) 14:00~18:00
- 장소: 한양대학교 제2법학관 201호 국제세미나실
- 주최: 한국이민법학회 · 한양대학교 법학연구소

한국이민법학회



한양대학교 법학연구소

## 프로그램

- 14:00~14:10 ▷ 등록
- 14:10~14:30 ▷ 개회식
- 사회: 김재선 교수(한경대학교 법학과)
  - 개회사: 박종보 회장(한국이민법학회, 한양대학교 법학전문대학원)
  - 환영사: 이형규 원장(한양대학교 법학전문대학원)
- 주제발표
- 사회: 김환학 박사(헌법재판연구원)
- 14:30~15:00 [제1주제] 헌법제정과 국민형성의 변증법: 주권인민의 정체성과 인민주권의 정당성
- 발표: 김성호 교수(연세대학교 정치외교학과),  
함재학 교수(연세대학교 법학전문대학원)
  - \* [Making We the People 공동저자 공동발표 예정]
- 15:00~15:30 [제2주제] 외국인의 기본권 주체성
- 발표: 정광현 교수(한양대학교 법학전문대학원)
- 15:30~16:00 [제3주제] 주권과 인권 사이에서: 외국인은 어떤 법적 지위를 가지는가
- 발표: 이철우 교수(연세대학교 법학전문대학원)
- 16:00~16:20 ▷ 휴식
- 16:20~18:00 ▷ 종합토론
- 정태호 교수(경희대학교 법학전문대학원)
- 18:00~
- ▷ 폐회사: 박종보 회장(한국이민법학회, 한양대학교 법학전문대학원)
  - ▷ 이후 만찬

# 목 차

## 【제1주제】

The Unbearable Lightness of the People ..... 1

## 【제2주제】

외국인의 기본권주체성: 헌법 제6조 제2항의 해석을 중심으로 ..... 정 광 현 55

## 【제3주제】

주권과 인권의 사이에서: 외국인의 법적 지위 ..... 이 철 우 85

## 【종합토론】

토 론 ..... 정 광 현 145



## The Unbearable Lightness of the People

### CHARISMA AND ITS DISCONTENTS

The basic conceptual template for making sense of democratic constitutional founding seems to have remained surprisingly unchanged since the great revolutions of the eighteenth century. The orthodoxy has it that it is “We the People” who “hold these truths to be self-evident” and “ordain and establish this Constitution” upon those truths. Politically sacrosanct and intuitively appealing, the idea of the people as the foundation of constitutional legitimacy, or simply popular sovereignty, has come to form the core of a latter-day “political theology.” Despite recent attempts to question its necessity and even the very coherence of the idea, popular sovereignty still refuses to relent its firm grip on our political and constitutional imagination. In the words of Jean Bethke Elshtain, “[w]e like the sound of the locution: ‘the sovereignty of the people.’”<sup>1</sup>

This political theology, or what Frank Michelman in our time has called “authority-authorship syndrome,”<sup>2</sup> was given succinct expression by the influential Weimar liberal jurist Erich Kaufmann. “A constitution can do nothing more than create and establish frames in which the people’s actual ethical and *charismatic powers* can find expression in a legal order.”<sup>3</sup> A noted contemporary American constitutional scholar, Richard Kay, echoes this resignation to the authority-authorship syndrome when he states that “at bottom, such democratic legitimacy [as based on popular sovereignty] depends on nothing

<sup>1</sup> Jean Bethke Elshtain, *Sovereignty: God, State, and Self* (New York: Basic Books, 2008), p. 99.

<sup>2</sup> Frank I. Michelman, “Constitutional Authorship,” in Larry Alexander (ed.), *Constitutionalism: Philosophical Foundations* (Cambridge: Cambridge University Press, 1998), p. 67.

<sup>3</sup> Erich Kaufman, “On the Problem of the People’s Will,” in Arthur J. Jacobson and Bernhard Schlink (eds.), *Weimar: A Jurisprudence of Crisis* (Berkeley: University of California Press, 2000), p. 199 (emphasis added).

but its source and is, in that sense, a species of what Weber called *charismatic legitimacy*.<sup>4</sup> These invocations of charismatic legitimacy as a way of expressing this syndrome are a testimony to the religious underpinnings of popular sovereignty that persist to this day. For, originally, charisma was a religious term used in the Old Testament to describe the extraordinary quality of a prophet in the Judaic tradition who successfully claimed to represent the will of God in this secular world.

At Max Weber's hands, famously, this ancient religious term was resuscitated and secularized to explain sudden ruptures in the ordinary routines in our political, legal, and social life. This charismatic rupture sets in motion the beginning of a new institutional order, to be interrupted yet again by another upsurge of charisma at some future point in time. In this Weberian cycle of eternal recurrence, popular sovereignty is the attribution of charisma and its creative-destructive energy to an indeterminate collective agent called "the people."<sup>5</sup> Relying on neither genealogical nor external authorities, charisma of the revolutionary people generates its own legitimacy from within itself by seeking to destroy the routines of the status quo ante in its entirety. To that extent, every democratic revolution in history was necessarily a "usurpation of power" after which legitimacy had to be created illegitimately or in an improvised act of "bootstrapping."<sup>6</sup> Omnipotent and deeply generative at once, Weber's democratic-revolutionary charisma signifies a purely existential will of the people that may do away with reason, universal morals, and even its own past. When it comes to constitutional founding, it is as though charisma of the revolutionary people can tolerate no constraints from a time before the rupture, nor any impositions from outside their putative realm. With this attribution of semidivine charisma to the people, the phrase "*vox populi vox Dei*," originally a mere rhetorical device, has ironically taken on a literal meaning in this modern, democratic, and allegedly secular age.<sup>7</sup>

<sup>4</sup> Richard Kay, "American Constitutionalism," in Alexander (ed.), *Constitutionalism*, p. 25 (emphasis added).

<sup>5</sup> Strictly speaking, Weber believed that charisma is an attribute of an individual person. Its collectivized and institutionalized form, however, is variously suggested in his vast oeuvre. For a recent discussion of institutionalized charisma, see Sung Ho Kim, *Max Weber's Politics of Civil Society* (Cambridge: Cambridge University Press, 2007), pp. 84–8.

<sup>6</sup> Jón Elster, "Constitutional Bootstrapping in Philadelphia and Paris," in Rosenfeld (ed.), *Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy*, pp. 57–83.

<sup>7</sup> Carl Schmitt was only slightly exaggerating when he wrote: "All significant concepts of the modern theory of the state are secularized theological concepts not only because of their historical development . . . but also because of their systematic structure." Carl Schmitt, *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, trans. George Schwab (Cambridge, MA: MIT Press, 1985), p. 36.

At the level of practical reason, this political theology of popular sovereignty raises thorny questions, especially for many liberal constitutionalists. The crux of their discontent is that *vox populi* does not always or necessarily speak for *vox Dei*. For many liberals, voluntary obedience that any constitution worthy of the name commands from its citizenry is, in the final analysis, by virtue of the “rightness” of the constitutional norms. To contend that majority will, assuming it can be ascertained, may supply the source of such normativity, which is what democratic legitimacy boils down to, is presumptuous at best. Worse still, letting majority will prevail without mitigation can menace individual liberty with a new and even more dangerous form of oppression, namely the “tyranny of majority.” In this well-entrenched liberal fear since Tocqueville and Mill, fact does not make validity, and nor does popular consent (alone) create constitutional legitimacy. Even democratic constitutions created by the charismatic authority of the sovereign people need to be underwritten by universal practical reason before their normative validity can be recognized. Thus ensues the liberal-constitutional search for some moral-transcendental *and* democratic-immanent standard by which the sovereign people’s constituent power can be normatively bound. Before the countermajoritarian difficulty, there was, and still is, a “majoritarian difficulty” that must be coped with by suitable constitutional reasoning and institutions.

We do not intend, however, to partake in this crowded genre, at least not in any immediate way. Our inquiry is rather predicated on the suspicion that the authority-authorship syndrome is not the only trouble that makes popular sovereignty seem ungrounded in sound practical reason. In point of fact, this sort of liberal obsession tends to overshadow other aspects of popular sovereignty that can be as troubling on both normative and empirical grounds. Frequently unexamined by the liberal-constitutional whistle-blowers, in particular, is the ontology of “We the People” itself. How the constituent people has come into existence, and in what shape, is often taken for granted as a historical accident that defies normative evaluation. Instead, what the constituent people, once formed, may or may not decide normatively is the entry point where the liberal practical reason comes to bear, for the first time, on discussions about constitutional legitimacy. Curbing popular majority may indeed be morally imperative. Yet, this liberal attempt to square will (authorship) with reason (rightness) tends to cloud our perspective on how “the people” itself was forged. In other words, popular sovereignty often exhibits questionable assumptions, or “syndromes,” about “We the People,” which tend to mystify their constituent power and reinforce the political-theological account of democratic constitutional founding. Our goal is to examine these other

syndromes that are entailed in the attribution of charismatic powers to the constituent people.

Briefly, first of these may be called the “autonomy syndrome.” Democratic constitution-making tends to presuppose that political self-determination of the people has an intrinsic value, and as such, it should be accorded moral respect and legal recognition that are due autonomy claims in general. As a corollary, this collective autonomy is often conceptualized as a matter of noninterference from unwanted foreign influences. As a result, a new constitution may forfeit its legitimacy if and when its “autochthony” is perceived to be compromised by forces from the outside, however well-meaning or reasonable they may be. The mere presence of, to say nothing of intervention by, any external authority is the most critical blow to the people’s sovereignty. The second one might be termed the “*tabula rasa* syndrome.” Here, collective self-determination frequently connotes liberation not only from foreign and/or tyrannical rule but also from the past itself, and constitutional founding is understood to involve both the extinction of the past and the creation of a whole new order on a *tabula rasa*. On this view, constitutional legitimacy is gained and lost on the extent to which the immediate past has been effectively exorcised by the sovereign people’s determination to start from scratch again with a new constitution as its primary tool.

Finally, most conventional views tend to assume the existence of an immutable constituent people with predetermined identity. The two syndromes just mentioned are in fact dependent on such an assumption. Autonomy syndrome presupposes an isolated self-reliant agent with the power to impose its sovereign will on the political universe. Similarly, *tabula rasa* syndrome presupposes an all-powerful constituent agent that is able to annihilate the preexisting order and replace it with a completely new one. As such, these two syndromes make it hard to analyze, or even recognize, how the putatively constituent people is formed or how its boundaries are determined. A sovereign people must simply be postulated. One consequence of this postulation is that it becomes difficult to understand the process by which the people acquires its distinctive identity or articulates its own boundaries. In other words, turning a blind eye to outsiders in the name of self-determination and to the past in the name of new beginning contributes to a theoretically impoverished view in which a charismatic people with all its semidivine powers is presumed to have existed prior to the constitutional founding. Those who find it problematic to assume such a people may just circumvent the issue by positing, for instance, a “closed society.”<sup>8</sup> Such an approach, however, will fail to capture

<sup>8</sup> John Rawls, *Political Liberalism* (New York: Columbia University Press, 1993), p. 12.



*External Others: "Autonomy Syndrome"*

17

the truly momentous aspect of constitutional founding, as it cannot recognize the transformations that take place during that dynamic process. In our view, the identity of a sovereign people is less a constant than a function of the constitution-making process that is necessarily encumbered by external influences and past legacies. The relationship between people-making and constitutional founding is better captured in terms of mutual constitution, and the identity of the people as emerging out of this process of negotiation with external others and past legacies.

By all accounts, constitutional founding based on popular sovereignty is an elusive concept to make sense of. Much ink has been spilt over the household liberal-constitutional paranoia over authority-authorship syndrome, perhaps because "linkage of the Constitution's authority to its authorship is a sitting duck for critique."<sup>9</sup> Often overshadowed by this "sitting duck," however, are these other syndromes that make popular sovereignty so hard to pin down conceptually and to cope with politically. The autonomy syndrome and the *tabula rasa* syndrome obstruct adequate theoretical understanding of the boundary and identity of people as such, which is perhaps why most theories of democratic constitution-making tend to take them for granted. Our goal in this chapter is to foreground and problematize these syndromes at the theoretical level. In the following two sections, we will survey a number of theoretical perspectives on the roles of external others and past legacies to see whether they can justifiably be deemed a part of our theoretical framework for conceptualizing constitutional founding by the sovereign people. We will then, in the following section, reflect on the possibility of understanding the constitution-making process from a perspective that does not presuppose a preexisting semidivine people with a fixed identity.

## EXTERNAL OTHERS: "AUTONOMY SYNDROME"

Historically, the great democratic constitutions of the eighteenth century were quite the exception. The more common mode of constitution-making was one in which "We the People" played very little role. Indeed, the notable cases of constitutional founding of the nineteenth century hardly conformed to the example set by the American and French precedents. The Bonapartist constitutions that Poland (1791), Spain (1812), and Norway (1814) adopted in the wake of the French Revolution were often dictated at the tip of the conqueror's bayonets. Following the Congress of Vienna, the legitimist charters of Holland (1815), Bavaria (1818), and Portugal (1826) sought to

<sup>9</sup> Michelman, "Constitutional Authorship," p. 67.

restore absolutist monarchy of the *ancien régime*. So-called bourgeois constitutions pioneered by the Belgian Charter (1831) were based on “dualism” in which the monarch and the popular assembly vied for authority while a constitution was promulgated as a royal gift to the (bourgeois) people. The constitutions of Wilhelmine Germany (1871) and Meiji Japan (1889) are merely the best-known examples of this type of constitution-making. Aside from the possible exception of the Latin American republican experiments during the same period, constitutional founding in history was more an act of imposition – be it from the outside or the upside – than that of an autonomous people’s self-determination from below. “You the People” seems to be closer to the historical reality of the nineteenth-century than any purported idea of “We the People.”

Of course, the idea of autonomy, or self-determination, eventually came to the fore with the rising tide of nationalist sentiments and class consciousness on a grander, worldwide scale. The interwar period in Europe witnessed an effervescence of constitution-making activities in new “nation-states” carved out of the imperial ruins after World War I. More established countries, whether defeated (as in Weimar Germany) or otherwise (as in New Deal America), also underwent a profound constitutional overhauling in the direction of robust socioeconomic justice. At the conclusion of World War II, these two progressive causes merged into a powerful call for national *and* class liberation among many a postcolonial people who demanded a constitutional edifice befitting their dual liberation.<sup>20</sup> Self-determination of the people became the *sine qua non* for a successful constitution-making in the postwar, postcolonial world. At long last, it appears that “You the People” of the nineteenth century has given way to “We the People” in the twentieth century.

From a more conceptual standpoint, however, it is still worth asking whether constitutions are really no longer “imposed,” now that national self-determination has become the new *zeitgeist*. Constitution-making involves designing the institutions of a body politic, especially the government apparatuses, while carefully engineering a built-in system of their self-restraint. Structures-provisions may do the work alone (as the Federalists at the Philadelphia Convention believed); it may be reinforced by enumerating extensive rights-provisions (as demanded by the Anti-Federalist proponents of the original Bill of Rights). Either way, democratic constitutional founding is often conceptualized in terms of a political *demos* seeking to erect

<sup>20</sup> See, e.g., Said Amir Arjomand, “Constitutional Development and Political Reconstruction from Nation-Building to New Constitutionalism” in Said Amir Arjomand (ed.), *Constitutionalism and Political Reconstruction* (Leiden: E. J. Brill, 2007), p. 3.

an institutional edifice for its collective self-rule, while spawning a web of sticky encumbrances that would hamper the unmitigated exercise of its own power. Constitution, even a democratic one, is meant to empower *and* disempower the sovereign people at the same time.

Loosely building on the classic Aristotelian account of *akrasia*, the conventional answer to this dilemma postulates democratic constitutional founding in terms of collective "self-binding." A common analogy is "Peter sober" hedging himself against the ill-advised decisions of "Peter drunk" at some future point.<sup>11</sup> Putting cumbersome constraints on the people's will can be justified on democratic grounds only insofar as the constraints can be explained away as "self-imposition." In other words, the element of "imposition" has not been completely effaced from the process of constitution-making even in the era of popular sovereignty. It has been only rethought as self-imposition, or self-binding. It may even be that imposition is an unavoidable feature of all forms of law-giving. If that is so, then most disputations surrounding "imposed constitutions," which seem predicated on an ideal type of non-imposed constitutions, may have been misguided all along.<sup>12</sup>

To be sure, the difference between self-imposed constitutions and those imposed at the hands of an alien power is compelling still. By most accounts, one is made autonomously and therefore legitimate, while the other heteronomously and thus illegitimate. This deficiency of foreign imposition cannot be cured no matter how well intentioned it may be or how eagerly accepted by the locals. This belief goes back to the uniquely modern idea of sovereignty itself. According to Jean Bodin, sovereignty is an attribute (*nota*) of the autonomous and independent legislative power that "can give law to all in general and each in particular." He then immediately adds that the power must be exercised "without the consent of any other, whether greater, equal or below."<sup>13</sup> Although Bodin had in mind the exclusionary power of the prince, the essential characteristics of sovereignty did not undergo any change even

<sup>11</sup> See, e.g., Cass Sunstein, *Designing Democracy: What Constitutions Do* (Oxford: Oxford University Press, 2001), p. 241; Stephen Holmes, "Precommitment and the Paradox of Democracy" in Jon Elster and Rune Slagstad (eds.), *Constitutionalism and Democracy* (Cambridge: Cambridge University Press, 1988), p. 195; Charles H. Mellwain, *Constitutionalism: Ancient and Modern* (Ithaca, NY: Cornell University Press, 1947), p. 145.

<sup>12</sup> In this regard, Frederick Schauer states: "The model of the indigenous constitution is even rarer than the model of the borrowed or imposed one, and understanding the non-indigeneity of even the most seemingly indigenously created constitutions is an important facet of contemporary constitution-making and contemporary constitutionalism." "On the Migration of Constitutional Ideas," *Connecticut Law Review*, vol. 37 (2005), p. 907.

<sup>13</sup> Jean Bodin, *On Sovereignty*, ed. and trans. Julian H. Franklin (Cambridge: Cambridge University Press, 1992), p. 56.

after it was attributed to the people. In order for any power to be deemed fully sovereign, its exercise could not be commanded or interfered with by any external power or authority. It had to be exercised *without the consent of any other*. The rise of popular sovereignty has only reinforced this demand for robust autonomy against foreign others by newly grafting it onto the people's right of self-determination. In other words, external sovereignty, a matter of international law, and internal sovereignty, an issue in domestic politics, have come to form an interlocking whole in the dogma of popular sovereignty.<sup>14</sup>

### *A Right Not to Be Second-Guessed?*

In positing freedom from foreign influence as intrinsic to popular sovereignty, the most fundamental concern of this autonomy syndrome is with *who* is to decide rather than *what* is the best or normatively more attractive choice. In democratic constitution-making, the answer is, of course, "We the People" who has a *prima facie* right to self-determination, in which the exclusion of outsiders is seen to undergird the legitimacy of the constitution thus made. In this normative claim, collective self-determination is often seen as a matter of "right," no different in nature from that of individual liberty, which may be defended on one moral ground or another. According to this "rights talk," indeed, collective autonomy is frequently imagined after the freedom and autonomy of an individual. Just as the sovereign individual self should be accorded full autonomy, so the collective self called the people must be autonomous in order to be deemed truly sovereign. This seemingly self-evident use of "freedom" and "autonomy" in understanding popular sovereignty is not without problems, not least of which is that, even at the level of individual, these concepts are not so incontrovertible as they may seem. The standard debate on negative and positive notions of liberty is a testimony to the difficulty inherent in the concept of liberty itself.

At the outset, one may be struck by the structural similarity of the argument for the exclusion of foreign others in order to secure the people's sovereignty with that for the negative conception of individual liberty. Negative liberty is, in a nutshell, the absence of coercion and/or impediments from others, and as such, is built on an unyielding rejection of moral paternalism.<sup>15</sup> The argument

<sup>14</sup> Hans Lindahl thus criticizes recent theoretical attempts to reject state sovereignty on the democratic ground of popular sovereignty since such decoupling pays insufficient attention to the intertwined nature of the international and domestic dimensions of sovereignty. Hans Lindahl, "Sovereignty and the Institutionalization of Normative Order," *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 21, no. 1 (2001), pp. 178–80.

<sup>15</sup> Isaiah Berlin, "Two Concepts of Liberty," in *Four Essays on Liberty* (Oxford: Oxford University Press, 1969), pp. 122–31.

is less that this thin concept of liberty is singularly useful in identifying or exhausting the ways in which an individual may be said to be free. Its main thrust lies rather in the assertion that, if otherwise or more thickly defined, the concept of liberty loses its coherence. Particularly, its central concern is that including more "positive" elements, such as self-government, in the definition of liberty will introduce the possibility of others claiming to have better knowledge of how to be free. In order to be able to resist such "second-guessing" by others on principled grounds, liberty must be understood in strictly negative terms as liberty *from*.<sup>16</sup> It is not so much a celebration of the isolated individual living only in accordance with her unreflective wants and desires as a warning that external scrutiny, no matter how reasonable or well-intentioned, of those wants and desires cannot be squared with liberty rightly understood. Negative liberty is, then, negative in a double sense. One, because it defines liberty as an absence rather than a positive postulation of certain conditions; and two, because it is motivated by a fear of potential paternalism rather than an aspiration for certain normatively attractive goals.

Seen this way, the affinity between negative liberty and the sovereign people's claim to collective autonomy may appear almost self-evident. For the argument for the people's autonomy is driven by the equally strong concern for resisting external interference as such, so as to secure and protect a pristine sphere of the people's collective freedom for its own sake. Unless the absence of external coercion and interference is ensured, the people cannot be said to be sovereign. This is why Hobbes asserted that the primary attribute of sovereignty, as well as individual liberty, is absolute independence from external command and interference.<sup>17</sup> On this view, the core of both negative liberty of the individual and sovereignty of the people consists in the rejection of interference and second-guessing by external others.

Even without picking bones with this negative conception of liberty *per se*, however, one should be struck by the thinness of the analogy on which this negative argument for the right of collective self-determination is based. Especially from our perspective, the main problem turns on the recognition that the people cannot be deemed so unitary, coherent, and self-enclosed as the individual self is assumed to be by the advocates of the negative conception of liberty. For sure, negative liberty does not necessarily assume a fully integrated self, either; that is indeed one of the sources of its entrenched fear of paternalistic second-guessing from others. Still compelling, nonetheless,

<sup>16</sup> Berlin, "Two Concepts," p. 127.

<sup>17</sup> Thomas Hobbes, *Leviathan*, ed. Richard Tuck (Cambridge: Cambridge University Press, 1991), ch. 21.

is the difficulty of ascribing to the first-person plural (“We”) the same kind of unity and closure that we tend to presume for the first-person singular (“I”) subject of negative liberty.

It is hard to maintain that the first-person plural exists before any collective decision-making takes place, for it is actually the efficaciousness of the collective action that certifies the very existence of a collective agent. And this is no more so than during the process of constitutional founding, because this is when the very unity and boundary of “We the People” are still unsettled. As will be seen, such identity is actually acquired through the action of setting out to make a new constitution. Prior to that, the collective agent who instigates revolutionary political action may be subsumed under the rubric of minorities, dissenters, rebels, or secessionists; what they cannot be called, yet, is “We the People.” That is to say, unless their collective action meets with a modicum of success in establishing a new constitutional order, a constituent people has yet to come into being. This could not be more different from the kind of seemingly self-evident and pre-given selfhood presupposed by the negative conception of liberty. In order to speak of absence of coercions and/or impediments, one must assume a coherent pre-given individual self. An individual self may fail to achieve its goal due to external interference. We then may say that the agent’s liberty was compromised; we do *not* say that its selfhood per se was questioned. There are unfree selves and inefficacious agents at the individual level, in other words. By contrast, an inefficacious constituent people is as real as the unfulfilled romantic yearning – or worse, a figment of imagination – on the part of a band of frustrated revolutionaries.

This recognition prompts us to revisit negative liberty’s rival template for conceptualizing freedom, that is, positive liberty, to see if it might supply a more robust link between individual and collective autonomy. In Isaiah Berlin’s classic formulation, positive liberty goes beyond the minimalist demand for non-interference and strives to achieve a higher or richer moral goal. Throughout the history of moral and political philosophy, the goal worthy of such pursuit has been variously known as Kantian autonomy, Hegelian *Sittlichkeit* or even Marxist emancipation of the entire humanity via proletariat revolution. What holds these radically divergent views together under the rubric of positive liberty is the underlying assumption that true freedom consists in active “self-realization,” rather than in merely being left alone. The basic concern is that freedom, properly understood, must be more than simply following one’s unreflective desires. It must, rather, be the fulfillment of one’s authentic goals and genuine wishes, of something that one truly desires and for the right reasons. This means consciously identifying oneself with a

universal ideal larger than one's own wants and desires. One of those ideals, for some, is collective self-realization, because the political community to which one belongs is deeply constitutive of one's own selfhood, and the community's freedom, autonomy, and independence are seen as necessary conditions for individual liberty. In other words, on this view of positive liberty, self-realization of the individual is predicated on the self-determination of the collective whole of which the individual is an organic part. One is genuinely free only to the extent that one's political community is free. In contrast to the negative conception, there seems to be a more natural and logical connection between individual and collective autonomy.

As such, the distinguishing feature of the positive conception is the recognition that one can be wrong about one's own desires, or that there is a difference between first-order and second-order desires.<sup>18</sup> This means that the positive conception of liberty entails an image of the individual self that is deeply divided between lower and higher selves.<sup>19</sup> The brute wants of the lower self must be subjected to "strong evaluation," or second-guessing, by the reflexive, higher self. Constitutionally speaking, an application of this ontology of bifurcated selves may be found in the so-called precommitment theory alluded to previously, which was devised to explain and justify constitutional constraints on the will of the people. For it also presumes the constituent people to be divided between higher ("Peter sober") and lower ("Peter drunk") selves, giving the former the right of constitution-making so as to insulate itself from ill-advised decisions of the latter. A constitution's rights-provisions in this view are a primary tool of restraint, even coercive imposition, by which a sovereign constituent people may achieve its true "self-realization" against its future self. By serializing the ontology of the constituent people into the present one and the future other, the precommitment theory seems to have it both ways, that is, explaining the constraining function of a constitution and justifying it on account of collective self-determination (albeit spread over time).

For democratic detractors, however, this liberal affirmation of collective autonomy is not without problems. Simply put, to presume that the future people's departure from the original intention and founding scheme is reflective of some collective moral weakness is a highly questionable form of moral paternalism, since such a departure may well be the result of reasoned disagreements between generations that developed over time. This is especially troubling because what the later generation surrenders via the precommitment

<sup>18</sup> Charles Taylor, "What's Wrong with Negative Liberty?" in *Philosophy and the Human Sciences: Philosophical Papers 2* (Cambridge: Cambridge University Press, 1985).

<sup>19</sup> Berlin, "Two Concepts," p. 132.

strategy is not just a certain specific course of action, but an overall right of judgment. Jeremy Waldron thus concludes that “[p]recommitment cannot preserve the aura of autonomy (or democracy in the constitutional case).”<sup>20</sup> Unless later generations of the sovereign people can be persuaded to be content with *pouvoir constitué* rather than *pouvoir constituant*, “Peter sober” will only appear as the “dead hand of the past” to “Peter drunk” who is thereby being “coerced to be free.” The higher self of yesterday may be as good as a total stranger to tomorrow’s lower self.

An even more serious problem with the positive conception is that, once second-guessing is permitted across time, it may be difficult to prevent such paternalism across borders. It may be that the model of positive liberty actually invites and justifies some form of overbearing external influence quite incompatible with conventional notions of popular sovereignty. To see why, it is worth recalling why Berlin rejected, albeit not without sympathies, positive liberty as a reliable and defensible conception of individual freedom. The crux of the matter is again moral paternalism that might justify undue interference in the name of freedom – even if such a practice remains only a dormant possibility. As mentioned, positive liberty likely allows for the possibility of second-guessing by others regarding the validity and authenticity of the decision made by the individual. The application of this to the constituent people actually leads to strange conclusions. For, on this view, popular sovereignty à la positive liberty could not mean letting the people have whatever they wish. The quality of their decision must be open to critical scrutiny by others. It turns out that constitutional founding is an act in which agents other than the people themselves are allowed to second-guess the decision of the putatively sovereign people. In other words, if second-guessing is permissible at the individual level, what makes it impermissible at the level of peoples, nations, and states? Or, on what principled grounds are external powers prohibited, under any circumstances, from interfering with the constitution-making process of any given people?

This obviously is a vexing problem not only for good liberals but also for partisans of popular sovereignty. For whatever theoretical cogency achieved by couching the legitimacy of collective self-determination in terms of positive liberty seems purchased only at the expense of allowing for second-guessing about the normative desirability of the constitution made by “We the People.” Respect for collective self-determination that a sovereign people demands from others may be given theoretical justification only in a way that opens the

<sup>20</sup> Jeremy Waldron, “Precommitment and Disagreement,” in Alexander (ed.), *Constitutionalism*, p. 281.



*External Others: "Autonomy Syndrome"*

25

backdoor to external interference in the name of "true" self-government or the "real" benefit of the constituent people. In short, neither the precommitment strategy nor positive liberty in general seems able to provide satisfactory grounds for counting total exclusion of outsiders as an intrinsic requirement of popular sovereignty. The idea of positive liberty may appear to strengthen the analogy between individual and collective autonomy, but it falls far short of laying a justificatory ground for the robust right of self-determination understood as strict exclusion of external others.

To summarize, neither negative liberty nor positive liberty seems to provide justification for understanding popular sovereignty as a doctrine that entails the autonomy syndrome. Negative liberty makes it difficult to graft the conditions of individual liberty onto collective autonomy; positive liberty makes collective autonomy vulnerable to second-guessing and interference from external agents. Moreover, many contemporary theorists of liberty readily acknowledge that the stark dichotomy between negative and positive liberty does not hold under close conceptual scrutiny. This recognition, however, may not yet warrant the conclusion that the autonomy syndrome is not justifiable.

*A Republic If You Can Make It*

The idea of "republican liberty" may be considered a third candidate for thinking that popular sovereignty requires strict exclusion of external interferences. It is so because republican liberty remains within the orbit of the negative principle of non-interference, while making a positive link between individual and collective liberties. Proponents of this republican notion of liberty maintain that the central concern of liberty is with how to secure a sphere of non-interference in which an individual is left free to pursue one's goal without coercion or impediment. Going beyond the original formulation of negative liberty, however, republican liberty holds that fortification of a zone of privacy alone cannot deliver on the promise of negative liberty. For, as Berlin admitted, benevolent autocracy may also respect such individual citadels.<sup>25</sup> This obviously is not only counterintuitive but also unacceptable to republican democrats. For them, missing in this version of non-interference principle is an attention to the *conditions* for such fortification. A slave under a liberal master may be deemed free, but only so long as the master remains benevolent, which is no less arbitrary (i.e., beyond the control of the slave) than when the master is despotic. Even negative liberty, properly understood,

<sup>25</sup> Berlin, "Two Concepts," pp. 129–30.

cannot be had unless the root-cause for coercive interference is brought under democratic control. For republican democrats, thus, non-interference can be sustained on a secure basis if and only if the potential for undue domination is structurally regulated. That is, individual freedom defined as non-interference is predicated on a political and social liberty of “non-domination.”

Thus becomes clear the analytical link between individual and collective freedom. In order to enjoy their own negative liberty, individuals have every reason to participate in the self-rule of the political community they belong to. Also, securing negative liberty requires defending the collective freedom, that is, preventing the formation and consolidation of political, social, and economic structures of undue domination. One is free only by virtue of living as an active citizen in a free political community called the “republic.” Republican liberty apparently makes negative liberty compatible with the collective dimension of positive liberty in an analytically more satisfactory way.<sup>22</sup>

Our concern here is not to scrutinize the internal coherence of the concept of republican liberty. Rather, it is whether republican liberty might provide justification for the claim that constitutional founding by the sovereign people calls for strict exclusion of all external forces. It appears plain that the collective autonomy of the people requires rejecting all interference from the outside. There is no reason why non-domination should be confined to the interior of a republic’s borders; not being subject to a foreign power’s undue domination is also critical for maintaining the conditions of non-domination within the republic. A robust right of collective self-determination (i.e., non-interference from outsiders) can thus be defended in terms of republican liberty (i.e., non-domination by outsiders), not as a matter of weak analogy but of principle. It appears that, on this republican view, a strong case for collective self-determination can be made without becoming vulnerable to the problems of second-guessing or paternalism. According to Philip Pettit, “the free individual is protected against the domination of others by the undominating and undominated state.”<sup>23</sup>

Sensible as it may seem, however, this republican proposition raises a difficult question insofar as constitutional founding is concerned. What if, that is, the state in question is hardly undominating toward its citizens? Can such a dominating state still demand to be undominated by others as a matter of right? In order for this individual-cum-collective liberty to make sense, the collectivity

<sup>22</sup> For a most systematic articulation of the republican notion of liberty, see Philip Pettit, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government* (Oxford: Oxford University Press, 1997), part 1.

<sup>23</sup> Philip Pettit, “A Republican Law of Peoples,” *European Journal of Political Theory*, vol. 9, no. 1 (2010), p. 77 (emphasis added).

has to be of a certain kind, namely, a republic ("undominating state"). For collective autonomy is entitled to respect from the outside only because it is a democratic sphere in which individual members can live free of actual and potential dominations. Put differently, those political communities not organized along republican principles may not deserve to claim the equal extent of non-interference from outsiders because their domestic politics hardly allow for conditions of non-domination. On this view, then, there might even be an argument for foreign "republican" intervention to jumpstart a new republic in cases where the polity at hand seems unable to provide the resources for the task from within. Although "*pro tanto* evil," Pettit thus says, a foreign domination under *some* circumstances may well have "compensating effects."<sup>24</sup> Even if the local conditions allow for the creation of a republic by domestic actors (i.e., for democratic constitutional founding), problems still remain. For, at that stage, there is by definition no republic yet. There is at best a nascent republic in which non-domination still remains but a vague hope or an aspiration. This is obviously problematic because it means that, at the stage of constitutional founding, the polity-under-formation cannot avail itself of the claim for unconditional respect for its domestic affairs by outsiders. When you are not a republic, you cannot demand freedom from external others on grounds of republican liberty. In short, the republican argument for rejecting paternalistic interference from outsiders may not be so watertight as it might seem.

Even if one believes that founding periods are precisely the times when non-interference from external others is most crucially needed, the idea of republican liberty offers little help because no republic is in existence yet. We might call this the "external" version of the familiar conundrum of republican founding discussed by political theorists ever since Rousseau. Briefly stated – founding periods are precisely the times when republican virtue is needed the most among the citizens, but virtuous republican citizens can only be created through the experience of living under republican institutions, which by definition do not exist at the time of the founding.<sup>25</sup> This is commonly understood

<sup>24</sup> In broad strokes, he outlines two such circumstances. One is when "controlling the corporate entity [i.e., a state] may mean promoting the non-domination of such other members [i.e., its citizens suffering from domestic domination]"; two is when "a corporate agent . . . serves the interests of some or all of its members but does badly – say, in domination terms – with outsiders [i.e., a republic that is dominating towards international others]." Pettit, "Republican Law of Peoples," pp. 76–7.

<sup>25</sup> According to Rousseau's famous words, "the effect would have to become the cause, the social spirit which is to be the work of the institution would have to preside over the institution itself, and men would have to be prior to laws what they ought to become by means of them." Jean-Jacques Rousseau, *The Social Contract and Other Later Political Writings*, ed. and trans. Victor Gourevitch (Cambridge: Cambridge University Press, 1997), p. 71.

to mean that the citizens do not yet have the requisite aptitude and knowledge needed for establishing a new republic. If we were to bring into view the republic's external relations, it might also be taken to mean that the citizens cannot engage in collective self-determination because conditions do not yet exist for their autonomous deliberation free from external interference. Either way, a republic cannot be founded in a republican way.

Recognizing that there was no republican solution for this conundrum, Rousseau, the quintessential republican, was compelled to invoke a *deus ex machina* called the "lawgiver." Precisely how this figure resolves this chicken-and-egg paradox need not concern us here. Suffice it to note that the lawgiver's task is "to institute a people" as such by "changing human nature"<sup>26</sup> as well as laying down the legal institutional bedrock for a workable republic. More to the point, what enables all these momentous undertakings is the fact that the lawgiver is a foreigner. This foreignness is what provides the virtue and wisdom the people need but do not have at the founding moment. Rousseau does not assume (as Rawls does) that the people can put on the "veil of ignorance" of their own accord. Impartiality is the most crucial, yet rarest, virtue for making the will of all coincide with the general will, which therefore must be imported from outside and imposed on the people. As Rousseau describes it, the lawgiver is also the embodiment of "sublime reason" and the agent of "an undertaking beyond human force." As such, it is not something that can be incorporated into the institutional framework of the republic established by the lawgiver. It represents a charismatic quality that cannot be made routine. Rousseau apparently realized, however reluctantly, that charisma must be attributed not to the people but to a foreign lawgiver in order to jumpstart a self-governing republic based on popular sovereignty. As much as democratic constitutional founding may appear to be predicated on strong claims of self-determination and freedom from external influences, it cannot be carried out without positing an external (even overbearing) agent. The presence of external others seems not only unavoidable as a matter of history and sociology, but also logically necessary.

For some contemporary theorists of agonistic democracy, this necessity of foreign others is not merely an inconvenient truth to be accepted begrudgingly. For Bonnie Honig, for example, Rousseau's lawgiver is more than a charismatic father-figure who mysteriously, but peacefully, disappears after the founding. The foreign founder actually symbolizes the pole of authority that the people, constituted by the lawgiver, continues to challenge, resist, transgress, and even attempt to obliterate, in an ongoing effort to cleanse the

<sup>26</sup> Rousseau, *Social Contract*, p. 69.

*External Others: "Autonomy Syndrome"*

29

memory of the pervasive violence that inevitably haunts any founding experience.<sup>27</sup> It is a political-psychological device for constantly reminding themselves of the impositional nature of law and institutions laid down during the founding period. As such, the foreignness of the institutions that citizens live under plays a dual function for strong democracy. One is that of compelling citizens to realize that strangeness, foreignness, and radical difference are constitutive parts of who they are as sovereign people. For, had it not been for the mediation of such foreign elements, as symbolized by Rousseau's lawgiver, "We the People" as such would not have come into being. The lesson of the foreign founder lies in deterring the citizenry from calling for unity and homogeneity of the *demos*, which might otherwise arise in the name of popular sovereignty.

The other function is to enable the people to engage in participatory democracy against the reifying effects of those laws and institutions that govern democratic process. The moral of the foreign lawgiver story is to disenchant, rather than enchant, the founding authority, so as to prompt and empower democratic citizens who will continually seek to re-found those laws and institutions by themselves in the hope of effacing the foreignness of their origins. Ironically, the foreign founder has the effect of strengthening, rather than undermining, the democratic virtue of the citizenry. On these radically democratic views, the presence of foreigners in the founding and constitution-making experience is to be not only tolerated as a logical necessity, but also embraced and celebrated as instrumental for sustaining a dynamic democracy of an agonistic kind. Remembrance of the foreign founder is critical for the transfer of charismatic power to the people. Whether celebrated or not, foreign others can hardly be obliterated from constitutional founding.

*The Outsider Who Wouldn't Quit*

Popular sovereignty is based on the claim for self-determination, which requires a strong rights-claim against external interference. It turns out, however, that such a collective right, justified in terms drawn from individual rights-talk, cannot be sustained. Indeed, it is far from self-evident as to why popular sovereignty or collective self-determination should be expressed in terms of a right (what is just and moral), rather than the good (what is desirable or choice-worthy). Couching it in terms of rights-talk leads to the viewpoint that restrictions of sovereignty are a moral injustice in need of condemnation

<sup>27</sup> Bonnie Honig, *Democracy and the Foreigner* (Princeton, NJ: Princeton University Press, 2001), pp. 15–40.

and rectification. Yet, giving prudential concessions to claims of collective self-determination under certain circumstances is not the same as granting an unassailable right of autonomy across the board.<sup>28</sup> To say the least, the claim that constitutional founding based on popular sovereignty requires an a priori rejection of all external forces seems unwarranted. Outsiders may even be an ineradicable presence in all constitutional founding.

Evidently, this is not just an idle matter of conceptual conundrum or theoretical irony. Perhaps Tokyo and Baghdad were not the exceptions after all, but only the more extreme and conspicuous cases of this presence of external others. High-sounding proclamations of the supreme power of the people to forge its own destiny are rarely subjected to careful scrutiny of what it precisely means to be self-sufficient or to reject all agency other than one's own. The story of the American founding is a case in point. For, often neglected in discussions of the making of the American constitution is the presence of external forces. True, there may not have been any foreign founder. Seldom remembered, however, is the fact that the greater part of the Declaration of Independence consists of a long inventory of King George III's "injuries and usurpations" against the people of the thirteen colonies. The presence of these "external" reasons is what provided the motivation and justification for the historic act of founding. It was the foil without which no new republic could have been established. This points to the conceptual impossibility of imagining constituent power in splendid isolation from all external influence. As is well known, the convention in Philadelphia was convened in no small measure in reaction to crises arising from external circumstances, including military establishment, regulations of foreign commerce, and treaty enforcement.<sup>29</sup> The full significance of the drafting of the Constitution of the United States cannot be properly understood without considering the influence of external factors on its contents and orientation.

This suggests that the exercise of constituent power is concerned with not only decisions regarding internal or domestic political life, but also, perhaps more fundamentally, the redrawing of the very line that separates one polity from another. In cases where a new polity is being created via independence,

<sup>28</sup> See, e.g., Ronald Beiner, *Liberalism, Nationalism, Citizenship: Essays on the Problems of Political Community* (Vancouver: University of British Columbia Press, 2003), pp. 155–61. Even the contemporary proponents of national self-determination never fail to qualify their right-based claims by an extensive enumeration of stringent qualifications under which few such claims will likely be sanctioned in practice. See, e.g., Daniel Philpott, "In Defense of Self-Determination," *Ethics*, vol. 105, no. 2 (1995); Avishai Margalit and Joseph Raz, "National Self-Determination," *Journal of Philosophy*, vol. 87, no. 9 (1990).

<sup>29</sup> See, e.g., Frederick W. Marks III, *Independence on Trial: Foreign Affairs and the Making of the Constitution* (Baton Rouge: Louisiana State University Press, 1973).

this involves recasting what had been a domestic relationship into a foreign one between two separate polities. The American Declaration of Independence thus begins by proclaiming that the colonists are about to "dissolve the political bands which [had] connected them with another." Viewed from the perspective of the people's agency, this means that constitutional founding can only proceed by blurring the previous demarcation between the internal and the external. As will be seen, founding periods are times when the boundary of "We the People" undergoes redefinition, sometimes quite radically. They are also times when calls for absolute autonomy, understood as a categorical rejection of all external others, are made most vehemently, precisely because the boundary lines that define the people is unsettled. A good example might be the idea of "constitutional autochthony." The term conveys the sense of a strong resolve to look inward for ideas and institutions to be enshrined in the constitution. But, it was in fact prompted by a process crucially concerned with the outside. At least as used among lawyers of the British Commonwealth, it symbolizes the goal to be reached through the intricate and multifarious processes by which the former colonies of the British Empire severed their constitutional ties with the Westminster Parliament.<sup>30</sup> The metropolitan legislature (and the crown) had to be reconfigured as a foreign "other" before the postcolonial subjects could acquire a home-grown constitution "sprung from their own soil." What we are calling autonomy syndrome is in fact a reflection of the historical reality that the constituent people cannot engage in constitutional founding in isolation from the international context defined by numerous external actors. As one international lawyer has observed, "[t]he 'self' does not emanate exclusively from a nation's own history and revolutionary project, but is being reproduced and re-framed in a sequence of communications among a plurality of domestic and global actors."<sup>31</sup> A sovereign people cannot be identified or activated unless and until external agents are brought into full view.

This is even more so in the era of globalization where state boundaries are growing more porous and individuals are increasingly subject to legal norms set by authorities other than their own local legislatures. Indeed,

<sup>30</sup> Kenneth C. Wheare, *The Constitutional Structure of the Commonwealth* (Oxford: Clarendon Press, 1960), ch. IV. For a recent treatment of the process, see Peter C. Oliver, *The Constitution of Independence: The Development of Constitutional Theory in Australia, Canada, and New Zealand* (Oxford: Oxford University Press, 2005).

<sup>31</sup> Achilles Skordas, "Self-determination of Peoples and Transnational Regimes: a Foundational Principle of Global Governance," in Nicholas Tsagourias (ed.), *Transnational Constitutionalism: International and European Perspectives* (Cambridge: Cambridge University Press, 2007), p. 218.

some argue that the international order based on the distinction between inside and outside is no longer viable. Such developments obviously make it harder to distinguish between those who may rightfully participate in the constitution-making process and those who should stay outside. Projects on nation-building and rule of law assistance are now considered a legitimate part of the foreign aid industry led by a host of developed countries, international organizations, and even private groups. In response to this new global reality, Ulrich Preuss has cautiously proposed that we start entertaining the legitimacy of “international constitutional intervention” on humanitarian grounds.<sup>32</sup> The recent nation-building experiments in post-conflict Kosovo, for instance, have led one observer to conclude that we should “pluralize the unitary concept of constituent power and divorce it from the idea of the ‘people’” and recognize the “existence of constituent powers on both sides of an often tentative political divide between the ‘inside’ and ‘outside’ of an emergent constitutional order.”<sup>33</sup> Another commentator goes even further and asserts that “the idea of foreign powers as contributors to the founding of democracy is not only a theoretical possibility, it is a necessary assumption.”<sup>34</sup> Constitution-making has rarely been a pristine domestic affair at least since the mid-twentieth century.<sup>35</sup> External influences are not only common; they are now seen as routine. The issue seems more a question of extent or gradation than of propriety or permissibility. If this is the case, then the presence of external others should perhaps be incorporated as an integral component in our efforts to theorize democratic constitutional founding. It would be misguided to question the legitimacy of a constitution solely on account of the influence of external constituent powers.

#### PAST LEGACIES: “TABULA RASA SYNDROME”

The language of modern constitutional theory is still surprisingly dependent on religious vocabulary and imageries. One prime example is the idea that,

<sup>32</sup> Ulrich K. Preuss, “Perspectives on Post-Conflict Constitutionalism: Reflections on Regime Change through External Constitutionalization,” *New York Law School Law Review*, vol. 51 (2006–07), pp. 491–3.

<sup>33</sup> Zoran Oklopčić, “Constitutional (Re)Vision: Sovereign Peoples, New Constituent Powers, and the Formation of Constitutional Orders in the Balkans,” *Constellations*, vol. 19, no. 1 (2012), p. 90.

<sup>34</sup> Hans Agné, “Democratic Founding: We the People and the Others,” *I•CON: International Journal of Constitutional Law*, vol. 10, no. 3 (2012), p. 3.

<sup>35</sup> Some scholars make use of terms like “internationalized *pouvoir constituant*,” although their premise is that this is a very recent phenomenon. See, e.g., Philipp Dann and Zaid Al-Ali, “The Internationalized ‘Pouvoir Constituant’: Constitution-Making Under External Influence in Iraq, Sudan and East Timor,” *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 10 (2006).



when a new constitutional order is founded by the sovereign people, it must be a creation *ex nihilo*. Just as God created the world out of nothing through his sovereign will, so the charismatic sovereign people must create an entirely novel political and legal universe. Just as the absolute monarch had been *legibus solutus*, so the sovereign people should not be bound by any legal norms from the pre-founding era. To be so bound would be to admit that the people are actually not sovereign – whoever made those pre-founding era norms would be the real sovereign. In this political-theological outlook, it seems, nothing from the previous age must be allowed to interfere with the charismatic exercise of this creative-destructive power of the people. Constitutional founding by the sovereign people is seen to entail a firm rejection and repudiation of the authority of the past.

### *God Is Dead, Long Live the People!*

This *tabula rasa* syndrome is quite evident in the standard accounts of constitutional founding. For example, Carl Schmitt writes: "The sovereign decision is an absolute beginning... It springs out of a normative nothingness and from a concrete disorder."<sup>36</sup> Insisting that the people are the only agent who can make such a foundational decision, he further claims that their act of making a constitution cannot be "judged by prior constitutional laws or those that were valid until then."<sup>37</sup> Since the people's decision "requires no justification via an ethical or juristic norm," it can only be made in a normless vacuum.<sup>38</sup> While this may be an obvious expression of Schmitt's political existentialism,<sup>39</sup> it is also an unmistakable sign that his conceptual model is the theological idea of *creatio ex nihilo*. On this point, Schmitt is widely seen as a successor to Emmanuel Joseph Sieyès, whose ideas about the people's constituent power were influential during the French Revolution. It was Sieyès who famously argued that the right to make a constitution belongs to the people – for him *la nation* – who is the only agent with the power to make a constitution.<sup>40</sup> The

<sup>36</sup> Carl Schmitt, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* (Berlin: Duncker und Humblot, 1993), pp. 23–4, quoted in Andreas Kalyvas, *Democracy and the Politics of the Extraordinary: Max Weber, Carl Schmitt and Hannah Arendt* (Cambridge: Cambridge University Press, 2008), p. 94.

<sup>37</sup> Carl Schmitt, *Constitutional Theory*, trans. Jeffrey Seitzer (Durham, NC: Duke University Press, 2008), p. 131.

<sup>38</sup> Schmitt, *Constitutional Theory*, p. 136.

<sup>39</sup> For example, in his meditation on Schmitt's famous text, Paul Kahn repeatedly emphasizes that "existence precedes essence." *Political Theology: Four New Chapters on the Concept of Sovereignty*, (New York: Columbia University Press, 2011).

<sup>40</sup> "If we have no constitution, it must be made, and only the nation has the right to make it." Emmanuel Joseph Sieyès, *What is the Third Estate?* trans. M. Blondel (New York: Praeger, 1963), p. 119.

French abbot made it clear that, vis-à-vis the legal and political universe, the nation now occupies the position of God: “The nation is prior to everything. It is the source of everything. Its will is always legal; indeed it is the law itself.” As the constitution is the product of the nation’s will, the nation cannot and must not be subject to a constitution, and the “nation is always free to amend its constitution.”<sup>41</sup> Further, as the all-powerful creator of its constitution, the people-cum-nation cannot be bound by any pre-existing norm or procedure when it makes a constitution. Just as God would cease to be God if he had to obey some independent law or command, a nation would no longer be a free nation if it were to “subject itself to the shackles of a defined procedure.”<sup>42</sup> By relying on nothing else than its own will, the sovereign people makes a new constitution, which has the effect of extinguishing all previous laws.

It is perhaps unsurprising that, as an ordained priest, Sieyès would use theological imagery to express the sovereign people’s constituent power. At the same time, he also employed the Enlightenment language of social contract theorists: “We must conceive the nations of the world as being like men living outside society or ‘in a state of nature’, as it is called.”<sup>43</sup> Interestingly, however, invoking the idea of state of nature to posit the agent of constituent power outside real-life historical society actually reinforces the theological analogy of re-conceptualizing the people as a timeless agent. As the bearer of powers that pre-exist any social or political institutions, the people is now thought to reside in a realm above and beyond the ordinary temporal dimension. As Bernard Yack puts it, the people in this image exists in an “eternal presence,” uncluttered and unencumbered by historical contingencies; it is a being that “never ages or dies.”<sup>44</sup> For these political-theologians, constitutional founding is the political analogue of divine creation of the universe, both taking place outside the normal flow of time.

For Hannah Arendt, too, constitutional founding is predicated on a heroic extraction from the temporal dimension. As such, her theory is also not completely free of the *tabula rasa* syndrome. For sure, she has absolutely no use for the notion of sovereignty or for any semi-divine people residing in an eternal celestial kingdom. Sovereignty, for her, is the very antithesis of political freedom.<sup>45</sup> She commended the American revolutionaries for not having

<sup>41</sup> Sieyès, *What is the Third Estate?*, pp. 126, 134.

<sup>42</sup> Sieyès, *What is the Third Estate?*, p. 127.

<sup>43</sup> Sieyès, *What is the Third Estate?*, p. 128.

<sup>44</sup> Bernard Yack, “Popular Sovereignty and Nationalism,” *Political Theory*, vol. 29, no. 4 (2001), p. 521.

<sup>45</sup> Hannah Arendt, “What is Freedom,” in *Between Past and Future: Eight Exercises in Political Thought* (New York: Penguin Books, 1977), pp. 164–5; Hannah Arendt, *On Revolution* (New York: Viking Press, 1965), p. 152.

repudiated their legal heritage, that is, for having built on received procedures and already-constituted bodies, rather than employing the vocabulary of popular sovereignty.<sup>46</sup> Be that as it may, the theoretical reference point for Arendt's concept of constitutional founding remains the idea of "natality," a radical new beginning, a "new event breaking into the continuous sequence of historical time."<sup>47</sup> The lot of the revolutionary is like someone who "had abolished the sequence of temporality itself," or who had been "thrown out of the temporal order and its continuity."<sup>48</sup> Someone who must enact a new beginning is situated in a "gap of time between past and future."<sup>49</sup> This means that the only resource available to the founders is what they themselves bring to the situation.

Her descriptions of the capacity to create power through "mutual promises" are conspicuously devoid of any reliance on anything inherited from the past. Instead, the people who found a body politic apparently do so in the midst of an existential angst, which, interestingly enough, produces timeless moments of perspicuity and self-empowerment. Even though "frightened by the chartless darkness of the human heart," they are also supremely confident of their own powers, "granted and confirmed by no one," to establish a political community.<sup>50</sup> For it is an enterprise "for which neither the historical nor the legendary truth of their own tradition [can] offer any help or precedent."<sup>51</sup> Since constitutional founding takes place through "action-in-concert" outside time, it cannot be under the constraints of the temporal dimension, nor is it subject to any pre-existing transcendental moral imperatives (e.g., natural law). For Arendt, then, despite her attempts to avoid the deification of the people and to banish all allusions to "will" and "sovereignty" from the discourse on political power, constitutional founding remains a timeless and charismatic event, utterly free of any encumbrance from the past. Notwithstanding crucial differences between Sieyès, Schmitt, and Arendt, these classic accounts of constitutional founding tend to posit the sovereign people as an "all-powerful and ever-living"<sup>52</sup>

<sup>46</sup> For an argument that, contrary to Arendt's characterization, the American revolutionaries heavily relied on the concept of sovereignty, see Jason Frank, *Constituent Moments: Enacting the People in Postrevolutionary America* (Durham, NC: Duke University Press, 2010), ch. 1.

<sup>47</sup> Arendt, *On Revolution*, p. 206. For a different interpretation of Arendt on this score, see Kalyvas, *Politics of the Extraordinary*, pp. 223–31.

<sup>48</sup> Arendt, *On Revolution*, p. 207.

<sup>49</sup> Arendt, *Between Past and Future*, p. 13.

<sup>50</sup> Arendt, *On Revolution*, pp. 166, 195.

<sup>51</sup> Arendt, *On Revolution*, p. 214.

<sup>52</sup> Reference is to the opening lines of the Eucharistic Prayer in Roman Catholic liturgy: "Father, all-powerful and ever-living God, we do well always and everywhere to give you thanks."

agent who are able to “create new heavens and a new earth: and the former shall not be remembered, nor come into mind.”<sup>53</sup>

Der Mann ohne Eigenschaften: *The People Without Qualities*

One consequence of this pervasive *tabula rasa* syndrome is that the process of making a constitution remains mysterious. It is quite telling that both Schmitt and Arendt employ the term “miracle” to describe the founding.<sup>54</sup> For Schmitt, just as God’s creation of the world remains an inscrutable mystery, so the eternal people’s making of a constitution cannot be subjected to reasoned analysis or normative evaluation. Like a miracle, which defies the ordinary laws of nature, the exercise of people’s constituent power is essentially an unfathomable event. The only way to describe it is to call it a “charismatic” decision. To be sure, Arendt eschews analogizing the capacity of enacting a new beginning to divine powers; indeed, for her, it is a quintessentially human capacity. She nonetheless stresses that this power, or freedom, consists in the ability to bring about “the unforeseeable and unpredictable.”<sup>55</sup> While she claims that a new beginning is self-authorizing due to “the interconnected principle of mutual promise and common deliberation,”<sup>56</sup> it is unclear how this principle “makes its appearance in the world.”<sup>57</sup> It seems that the appearance of the principle can only be described as a miracle, or an epiphany, that takes place when the people engage in action-in-concert.

It should be clear that the agents of such miraculous powers could not be the real flesh-and-blood people engaged in actual political processes. The eternal people in the state of nature is a generic concept that has no distinct identity. Just as God has no nationality, so the people is in effect a spiritual being that cannot be differentiated according to history or geography. Such a people is more an abstract and colorless source of legitimacy than an actual agent of political action.<sup>58</sup> As a result, the constitution made by such a disembodied and deracinated people could only be a generic constitution at best. It could not be identified as the constitution of a particular political community.

<sup>53</sup> Isaiah 65:17 (King James version)

<sup>54</sup> E.g., Schmitt, *Political Theology*, p. 36; Arendt, *Between Past and Future*, pp. 169–71.

<sup>55</sup> Arendt, *Between Past and Future*, p. 170.

<sup>56</sup> Arendt, *On Revolution*, p. 215.

<sup>57</sup> Arendt, *On Revolution*, p. 214.

<sup>58</sup> Bernard Yack maintains: “The people invoked as the ultimate source of the Swedish state’s legitimate authority is no different in character than the people invoked as the source of the legitimate authority of the Chinese or Canadian state. In every case, the people is the same.” Yack, “Popular Sovereignty and Nationalism,” p. 521.

A constitution created *ex nihilo* cannot be situated in any specific historical context because, by definition, such a creation both transcends and obliterates all temporal and spatial contexts. It is radically free of any particularizing narrative or attributes that might endow it with an identity of its own.

This could not be otherwise, for the people in this dogma are as good as an "unencumbered self," to use a term made famous by Michael Sandel in his critique of procedural liberalism.<sup>59</sup> Like the target of Sandel's criticism, the sovereign people in the state of nature do not have any constitutive goals or attachments that define them, much less any specific ties that bind them together, or any commonly shared memories or traditions. Their only known attribute is their supreme willfulness, or their complete and unrestricted freedom to choose. The problem is that they have no criteria by which to make their choice. For, only a "thickly-constituted self, burdened by the accidents of social and cultural contingency"<sup>60</sup> would be able to make any meaningful choice. According to another proponent of the communitarian critique of liberalism, even the freely choosing subject itself is a product of a certain specific historical and social context. That is why, for Charles Taylor, "there is an absurdity in placing this subject in a state of nature where he could never attain this identity."<sup>61</sup> While these arguments were targeted at the image of the individual self allegedly presupposed by contemporary liberalism, they are equally, if not more, applicable to the idea of a constituent people in the state of nature, or a charismatic sovereign making a foundational decision in a state of exception.<sup>62</sup> As a charismatic agent thrown out of temporal order, it follows, the people also cannot have any "horizon of understanding" against which they might make sense of their own choice. Having no sense of where they are situated, where they have been, or where they should be headed, the people can only make an "existential" decision. Michael Walzer's following

<sup>59</sup> Michael J. Sandel, "The Procedural Republic and the Unencumbered Self," *Political Theory*, vol. 12, no. 1 (1984).

<sup>60</sup> Michael J. Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice* (Cambridge: Cambridge University Press, 1982), p. 93.

<sup>61</sup> Charles Taylor, "Atomism" in *Philosophy and the Human Sciences: Philosophical Papers 2*, p. 209.

<sup>62</sup> The communitarian critique of liberalism tended to be ambiguous about whether it was targeting an already liberal society composed of "atomistic" selves, or if it was meant to criticize a theory that was based on such an unrealistic and impoverished conception of the self. Michael Walzer, "The Communitarian Critique of Liberalism," *Political Theory*, vol. 18, no. 1 (1990). By contrast, it should be clear that the invocation of the communitarian argument here is not meant as a criticism of any actual "people" living in the state of nature, as there plainly are none.

summation of Alasdair MacIntyre's derision of the liberal self seems an apposite description of the predicament faced by the unencumbered people:

We liberals are free to choose, and we have a right to choose, but we have no criteria to govern our choices except our own wayward understanding of our wayward interests and desires. And so our choices lack the qualities of cohesion and consecutiveness. We can hardly remember what we did yesterday; we cannot with any assurance predict what we will do tomorrow. We cannot give a proper account of ourselves. We cannot sit together and tell comprehensible stories, and we recognize ourselves in the stories we read only when these are fragmented narratives, without plots, the literary equivalent of atonal music and nonrepresentational art.<sup>63</sup>

To be sure, constitutional founding is often said to take place during moments of "rupture" (maybe even "rapture") when historical continuity is violently disrupted. Actual drafters of constitutions may feel as though they are suspended in time, between a past that has been obliterated and a future that has yet to be called into being. According to Kim Lane Scheppele, the predicament faced by real-life constitution drafters is indeed quite analogous to the existential angst experienced by the eponymous character of the parable "He" by Franz Kafka. Taking issue with Arendt's characterization of "He" as a supremely self-assured character able to impose his judgment on an epic battle between forces of the past and the future, Scheppele argues that a proper reading of the whole text reveals a much less heroic figure. "He" is actually:

someone who feels completely unprepared for what the present demands, someone for whom freedom is both alluring and frightening ... [s]omeone who alternatively does not know who he is or what he wants, and someone who nonetheless struggles against the forces that buffet him.<sup>64</sup>

Scheppele then goes on to argue that this ambivalence and uncertainty plaguing Kafka's "He" is also the predicament shared by constitution drafters. "The last thing most of them feel is that they are in control of events, clear-headed about what has to be done, and sure that they are right."<sup>65</sup> It would appear that they have no choice but to make an existential decision, unsure of who they are or what they are deciding. Perhaps, the constituent people truly are suspended in time – "between past and future."

<sup>63</sup> Walzer, "Communitarian Critique of Liberalism," p. 9.

<sup>64</sup> Kim Lane Scheppele, "A Constitution Between Past and Future," *William and Mary Law Review*, vol. 49 (2008), p. 1393.

<sup>65</sup> Scheppele, "Constitution Between Past and Future," p. 1397.

Scheppele, however, also makes it clear that real-life agents of constitution-making should not be imagined as an unencumbered self dwelling in an eternal present. Her aim is actually to show that constitution-making is invariably conditioned by the past, and that constitution drafters "react most of all to what they take to be the crucial histories of their own countries."<sup>66</sup> A good constitution is one that is made with a keen awareness of the past. She cites the examples of the American, French, and German constitutions, all of which were made by people who, driven by the sense of their own inadequacy, turned to history for guidance and grounding. It turns out that the analogy between constitution drafters and "He" is a thin one. Unlike "He," and unlike Arendt's founders, who have no past or identity, the makers of a constitution not only are "thickly constituted" by their historical context, but also actively seek historical knowledge to carry out their task. The constituent people might be afflicted with Kafkaesque angst during the founding moment. But it can never be a timeless and nameless persona with no history or identity, or *ein Mann ohne Eigenschaften*.

In sum, analogizing the exercise of the sovereign people's constituent power on either God's creation of the world *ex nihilo* or decision-making by an existential agent is not only unrealistic but unhelpful. It fails to provide any guidance on how the actual people are to go about the historic and historical project of constitutional founding. It also provides no basis on which to ground the identity of the people or of the constitution that it makes. Therefore, it makes little sense to conceive of constitution-making as an event that suspends the normal flow of time, in which the pre-existing world is forever extinguished and a new universe created. The legitimacy of constitutional founding does not depend on the complete annihilation of the past by a "timeless" people.

#### *Many Lives of the Past*

In practice as well as in theory, it is absurd to posit such a timeless people who obliterates the pre-constitutional past. The question of the past during constitutional founding is not about its presence or absence, but about the kind of relationship that must be established toward it. The past never goes away; it is simply retold. This suggests that constitutional founding, to be properly carried out, must be a new beginning in which not everything from the past is extinguished even as the people seeks to repudiate its pre-constitutional past. It may be that the presence of the past in the constitution and into the

<sup>66</sup> Scheppele, "Constitution Between Past and Future," p. 1380.

post-founding period is not just unavoidable; it may even be requisite for the sustainability and legitimacy of the founding. Constitutional founding must proceed on the basis of recognition that the past is ultimately inextinguishable.<sup>67</sup> More importantly, it must seek to establish a proper stance toward the past and somehow incorporate that stance into the constitution. If this is the case, “then the crucial question to ask about constitutions is how they incorporate the past.”<sup>68</sup>

A philosophical answer to this question has been suggested by Michel Rosenfeld who, drawing on Hegel and Lacan, describes this incorporation of the past as a three-stage dialectical process that culminates in the formation of a distinct narrative about constitutional identity. First is “pure negation,” which involves the total rejection and repudiation of all that went before. Constitutional identity is secured through denial of everything “found within the relevant spatiotemporal framework.” Second stage comes with the recognition that constitutional identity cannot be constructed in a vacuum, which leads to the search for a positive identity from among the identities that had been discarded in the first stage. This necessarily involves selective incorporation of pre-constitutional identities, by “draw[ing] upon the history, traditions, and cultural patrimony of the relevant polity.” The final stage is “the negation of the negation,” attained when those pre-constitutional identities are selected, combined, organized, and deployed into a coherent whole by subjecting them to “the normative constraints prescribed by constitutionalism.”<sup>69</sup> This is when the people – or, the “constitutional subject,” according to Rosenfeld – realize that their identity grounded in the constitution is one that they have constructed themselves rather than being shaped by outside forces beyond their control.

Of these three stages, it should be obvious that this last stage will probably take place over an extended period of time. Forging a coherent narrative into which elements from the pre-constitutional past are incorporated is a task not likely to be over with the promulgation of a new constitutional text. The process of formulating a constitutional identity will probably continue as long as the polity is in existence. By contrast, the first stage consisting of “pure negativity” has to be confined to an instant. It is but the conceptual point of departure for the process of negotiating the

<sup>67</sup> “It is an illusion to think that personal identity can be abstracted from the larger historical narrative of which it is a part, and so too with constitutions.” Gary J. Jacobsohn, *Constitutional Identity* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2010), p. 93.

<sup>68</sup> Scheppele, “Constitution Between Past and Future,” p. 1389.

<sup>69</sup> Michel Rosenfeld, *The Identity of the Constitutional Subject: Selfhood, Citizenship, Culture, and Community* (New York: Routledge, 2010), pp. 46–9.



various pre-constitutional legacies of the past. Having repudiated the past once and for all, the constituent people must start the more nuanced and more difficult task of Rosenfeld's second stage of establishing a proper relationship toward elements selectively incorporated from the past. This is the most crucial stage when a new identity, however tentative, is articulated and encoded in the constitution, which then becomes the basis for later generations' reinterpretations and contestations. This is when the pre-constitutional past is disaggregated and its various elements are put back together into a new coherent narrative about the people's identity. A better and more refined understanding of this stage is, therefore, important for appreciating the modalities by which the past can be brought to bear on constitutional founding.

In order to elucidate Rosenfeld's second stage, we might seek some assistance from recent discussions regarding "transitional justice." For, during transitional periods, the problem of how to deal with the past tends to take center stage in political and legal discussions. In such a context, constitution-making tends to be "backward looking, proceeding from a critique of where past (or other) institutions and principles went badly wrong and taking such critiques as the negative building block of a new constitutional order."<sup>70</sup> Constitutional founding will be colored by and rooted in the people's attempt "to counter the abuses of power that enabled the past regime's evil."<sup>71</sup> Most often, the emphasis is on some form of punishment, or "lustration," of those responsible for injustice under predecessor regimes. According to Jon Elster, issues of lustration have accompanied constitutional transitions ever since ancient Athens.<sup>72</sup> More recently, places like South Africa adopted an innovative approach to transforming the legacies of past injustice with its "amnesty in exchange for truth" formula.<sup>73</sup> Regardless of the specific approach, most cases of constitutional founding include what Ruti Teitel refers to as a "critical" attitude toward the past.

<sup>70</sup> Scheppele, "Aspirational and Aversive Constitutionalism," p. 300.

<sup>71</sup> Ruti Teitel, *Transitional Justice* (Oxford: Oxford University Press, 2000), p. 202.

<sup>72</sup> Jon Elster, *Closing the Books: Transitional Justice in Historical Perspective* (Cambridge: Cambridge University Press, 2004).

<sup>73</sup> After proclaiming that "there is a need for understanding but not for vengeance, a need for reparation but not for retaliation, a need for *ubuntu* but not for victimization," the last clause of South Africa's Interim Constitution of 1993 provided: "In order to advance such reconciliation and reconstruction, amnesty shall be granted in respect of acts, omissions and offences associated with political objectives and committed in the course of the conflicts of the past." For more on that country's post-apartheid constitution-making process, see Heinz Klug, *Constituting Democracy: Law, Globalism and South Africa's Political Reconstruction* (Cambridge: Cambridge University Press, 2000).

Yet, as Teitel points out, constitutions may also be “residual” in the sense of preserving continuity with the past and even containing “features held over from the predecessor constitutional regime.”<sup>74</sup> This is often seen as a regrettable but perhaps unavoidable feature of interim measures designed to effectuate a negotiated, piecemeal transition from authoritarian rule. From the perspective of conventional political theology, maintaining legal continuity will no doubt be seen to contradict the very idea of constitutional founding. Yet, it may be that most successful instances of constitution-making contain residual elements. As a matter of sociology, a certain minimum level of social capital needs to have been preserved from the pre-constitutional past so as to sustain a quorum of mutual trust that can underwrite negotiations and compromises necessary for constitution-making. Some sort of functioning administrative apparatus and police power are needed to facilitate the bargaining process by enhancing the enforceability and predictability of the promises exchanged. For some, maintaining legal continuity is actually integral to the success of constitutional founding. Drawing on the experiences of Spain, Eastern Europe, and South Africa, Andrew Arato argues that new constitutional orders can be successfully established without a break in legal continuity. On this view, the more important break or rupture consists in the demise of the legitimacy of the old regime and the construction of a new basis of legitimacy for the new order.<sup>75</sup> As long as a genuinely new order based on new sources of legitimacy is created, maintenance of legal continuity is not a problem. Indeed, for Arato, a piecemeal approach that preserves legal continuity is to be preferred because it allows for a regulated form of constitution-making without which the people are likely thrown back into the state of nature.<sup>76</sup>

In contrast to both critical and residual approaches, which seem to share a negative attitude toward the past, what Teitel calls “restorative” is based on a more positive evaluation of the past. This refers to cases where a new order is founded and legitimated as a “return to the pre-predecessor constitutional order.”<sup>77</sup> As in post-communist Eastern European and Baltic states, constitution-makers may consciously opt to return, at least rhetorically, to an

<sup>74</sup> Teitel, *Transitional Justice*, p. 198.

<sup>75</sup> Andrew Arato, *Constitution Making under Occupation* (New York: Columbia University Press, 2009), pp. 5–7. He compares this to the conventional notion of revolution, which is defined by breaks in both legitimacy and legality. An example of legal discontinuity coupled with continuity in legitimacy, by contrast, may be found in the case of the Philadelphia Convention of 1787 that drafted the U.S. Constitution to replace the Articles of Confederation of 1781.

<sup>76</sup> Arato, *Constitution Making under Occupation*, pp. 80–4. For him, more important than maintaining legal continuity is securing “state continuity” because a new founding cannot take place unless there is a state. *Ibid.* pp. 53–7, 261–3.

<sup>77</sup> Teitel, *Transitional Justice*, p. 197.

older and more "authentic" order that existed prior to the discredited order of the immediate past. Of course, as Elster points out, politicians may adopt a restorative attitude for less than honorable reasons.<sup>75</sup> Nevertheless, restoration offers the benefit of avoiding the tensions that accompany efforts to launch a completely new constitutional order: "To the extent that such transitional constitutions are restorative, there are seemingly no constitutional beginnings, only returns."<sup>79</sup> This desire to return to an original constitution as a way of legitimizing a new one is of course an age-old trope that goes back to the Roman period.<sup>80</sup> The idea is that authority of the constitution will be secured only if it can be seen as a restoration or reestablishment.<sup>81</sup>

This suggests a more general point about the past as a source of legitimation in constitutional founding. Constitution-making often requires summoning a "useable past" that can sustain the new constitution and the identity of its people.<sup>82</sup> This may take the form of invocations of valiant struggles to (re) gain independence or a proud reference to particular cultural or linguistic traditions. It may be something more abstract and general as the "republican tradition" or even "rule of law." They are often culled from the more distant past, held up as more "authentic," and asked to stand in judgment of the more immediate past that needs to be rejected. In other words, while some parts of the past needs to be effaced, others must be re-inscribed into

<sup>75</sup> "It seems that sometimes the pre-Communist constitution is invoked in defence of an idea that has no good substantive justification; sometimes it serves as a convenient focal point among a plethora of possible arrangements; and sometimes it is harnessed to a genuine need to assert the continuity of the nation's life and the parenthetical character of the Communist regime." Jon Elster, "Constitution-making in Eastern Europe: Rebuilding the Boat in the Open Sea," *Public Administration*, vol. 11, nos. 1/2 (1993), p. 193.

<sup>79</sup> Teitel, *Transitional Justice*, p. 206.

<sup>80</sup> Arendt, *On Revolution*, p. 198–9.

<sup>81</sup> On this view, "even the foundation of Rome was not understood as an absolutely new beginning." It would rather be understood as "the resurgence of Troy and the re-establishment of some city-state that had existed before." Arendt, *On Revolution*, p. 211. Arendt also notes that this link between founding and restoration was underscored by Machiavelli, who essentially elided the two concepts. Successful renovation of a republic was possible only if it amounted to a whole new founding. By the same token, in order for a republic to endure over time, it had to engage in periodic renovations that returned the polity to its founding principles. From this, one might also infer that the establishment of a completely new order must take the form of a return to an earlier – perhaps even counterfactual – founding. Niccolò Machiavelli, *Discourses on Livy*, trans. Harvey Mansfield and Nathan Tarcov (Chicago: University of Chicago Press, 1996), pp. 28–30; 209–12.

<sup>82</sup> Vicki Jackson suggests that this may be a universal phenomenon: "Without a linkage to some imagined past, constitutions could not do the work of helping to constitute a particular community." Vicki C. Jackson, "What's in a Name?: Reflections on Timing, Naming, and Constitution-making," *William and Mary Law Review*, vol. 49 (2008), p. 1280.

the new constitutional order. The balance of how these tasks are carried out will be related to the different outlooks or orientations that are embodied in the constitution.<sup>83</sup> Of course, neither the past to be effaced nor the past to be re-inscribed is an unmediated datum of fact. They are necessarily products of selective memory and willful amnesia. As such, they sometimes require heroic efforts to reinterpret the past so as to create a narrative that can inspire the people and legitimate the constitution. Such reconstructions are the result of a selective reading of the past that may even involve the construction of a new narrative out of whole cloth. As Rosenfeld wrote, “to establish a viable constitutional self-identity, the real must be supplemented by the ideal, or, to put it in another way, facts must be enriched by *counterfactual imagination*.”<sup>84</sup> Events will be re-interpreted, heroes and villains re-evaluated, and traditions (re-)invented. They will be invoked to legitimate the new constitutional order. These will in turn constitute parts of the new identity of the people, which is encoded in the constitution at founding.

In sum, constitutional founding entails various modes of relating to the past. Most constitutions include more than one attitude toward the past. It would thus be a mistake to conclude that any trace of past legacies in the constitution undermines the legitimacy or the sustainability of the founding. The fact that the status quo ante has not been extinguished in its entirety should not be a cause for questioning the efficacy and legitimacy of constitutional founding. The past does not constitute an illegitimate constraint on the people’s constituent power.

#### PEOPLE’S BOUNDARIES: “WE THE PEOPLE” UNBOUNDED

In this section, we take our previous reflections about the two syndromes to bear on the crucial question of the identity of the constituent people. By asking “Who are the people?” we intend to focus on the issue of “Who belongs to the people?” In other words, we will be asking “How is the membership boundary of the people drawn?” Particularly, what are the roles of external

<sup>83</sup> An example might be what Gary Jacobsohn has described as the distinction between “militant” and “acquiescent” forms of constitutionalism. If the constituent people regard “effacement” as the more urgent task, the general orientation of the constitution will likely be toward active suppression and/or transformation of the past’s influence on the present, resulting in a relatively more militant orientation. By contrast, if “re-inscription” is seen as more important, then the constitution will be weighted toward the restoration and preservation of selected past inheritance, leading to a more acquiescent outlook. Jacobsohn, *Constitutional Identity*, pp. 213–70.

<sup>84</sup> Michel Rosenfeld, “The Identity of the Constitutional Subject,” *Cardozo Law Review*, vol. 16 (1995), p. 1064 (emphasis in the original).

others and past legacies in the delineation of that boundary? As diverse as they are in thematic and analytical inclinations, all the theoretical literature we have visited so far seems to share the assumption that the constituent people walk into the constituent moment in an already identifiable, unmistakably delineated, and fully formed shape. Questions regarding the ontology and genealogy of the constituent people per se are typically bracketed out and relegated to the realm of a conceptual and/or historical a priori. A clearly bounded collective self called "the people" is simply taken for granted as the starting point of discussion and not put under careful scrutiny.

We believe that it is incumbent on any theory of constitutional founding to cast a suspicious eye onto the assumption that the sovereign people with a clearly legible boundary exists prior to the constituent moment. This is important not only because, as a factual matter, such a people cannot be assumed. It will also yield an impoverished theory because such an assumption will likely lead us to overlook the deeply "constitutive" aspect of constitutional founding. The constituent people, in and of itself, cannot be assumed to be the Archimedean point from which legitimacy of the new constitutional order may be evaluated. Rather, "the people," particularly its identity and boundary, must be foregrounded as a primary field of analysis, meriting both theoretical and historical investigations.

#### *Free to Choose Who We Are?*

Who ought to be included in the constituent people, and how should its boundary be drawn? We might expect some assistance from discussions by democratic theorists on the so-called boundary problem. This genre is broadly about deciding who ought to be included in the *demos* or the constituency when democratic decisions are made. The first answer to be taken off the table is a simple majoritarian rule. Joseph Schumpeter famously concluded that, since there is no objective criteria by which to set the boundary of a *demos*, we must "leave it to every *populus* to define [it]self."<sup>85</sup> If we follow Schumpeter, we will likely end up in a normatively unattractive position where the majority may abuse minority groups by legitimately expelling them from within the boundary of the people. Rejecting this crude majoritarian solution, contemporary democratic theories have attempted to articulate a normatively objective criterion, which usually comes in two shapes. One argues that all those individuals whose interests are "relevantly affected" by a decision ought to

<sup>85</sup> Joseph Schumpeter, *Capitalism, Socialism, and Democracy* (New York: Harper & Bros., 1950), p. 245.

have an influence over its making. The other suggests that the boundary of the people should be expanded to include all those who will be coerced by its decisions.<sup>86</sup> Intuitively sensible, these formulae seem to provide some promise for deciding on the boundary of the people in a democratically acceptable manner.

When it comes to constitutional founding, however, we believe that these standard democratic answers do not provide satisfactory answers to the boundary problem. Both principles of affected interests and coercion may be deployed effectively for pushing an already established boundary of the people in a more inclusive direction, but they can hardly explain how the boundary was initially determined the way it was. For those two principles walk right into the trap of “infinite regress” that has haunted so many attempts to make sense of democratic constitutional founding. It might be thought that the democratic way to determine whose interest will be affected or coerced by a given decision is to put it to a vote. Yet, that only raises the further question of who is eligible to participate in that prior vote. Clearly, it cannot be answered through another vote, for this move only sets off an infinite logical regression from which no procedural escape is possible. Frederick Whelan, one of the main interlocutors in this genre, had it about right when he concluded that, in delineating the boundaries of a sovereign people at the constituent moment, these principles are as good as attempts “to bypass the crucial question and to propose what is a logical as well as procedural impossibility.”<sup>87</sup> This kind of infinite regress has to be stopped somewhere, and, for many democratic theorists in the boundary problem genre, the only escape seems to be to assume the existing boundary of the people as much as they seek to criticize and deconstruct it on normative grounds.

Also favoring consent and choice as the normative ground for deciding on the people’s boundaries is the common liberal sympathy for what is called “civic nation.” While it comes in a variety of forms, perhaps the most ambitious is what is known as “constitutional patriotism.” For, unlike its classical republican predecessor, constitutional patriotism seeks to ground patriotic attachments and an abiding sense of belonging to one’s political community solely in abstract principles of reason rather than in such contingent

<sup>86</sup> David Miller, “Democracy’s Domain,” *Philosophy and Public Affairs*, vol. 37, no. 3 (2009), pp. 213–24.

<sup>87</sup> Frederick Whelan, “Prologue: Democratic Theory and the Boundary Problem,” in J. Roland Pennock and John W. Chapman (eds.), *Nomos XXV: Liberal Democracy* (New York: New York University Press, 1983), p. 19. For a recent critical survey of this genre, see Sarah Song, “The boundary problem in democratic theory: why the demos should be bounded by the state,” *International Theory*, vol. 4, issue 1 (2012).

and particularistic features as affects and sentiments.<sup>88</sup> Insofar as the people's boundaries are concerned, however, the difference is a question of more or less. For both liberals and democrats have it in common that, in the final analysis, political membership and the boundary of the people can and ought to be determined on the basis of the individual's voluntary choice. Whether it be grounded in abstract reason or affects and sentiments, individual consent remains the most crucial foundation.

Jürgen Habermas suggests, for instance, that certain universal normative principles as contained in a constitution should make the central pole of civic identity around which the peoplehood is formed. The people, in this account, is held to consist of those individuals who are rationally persuaded by the constitutional principles and have agreed to abide by them in organizing their political lives together. Further, Habermas the Kantian believes that it is the formal and procedural principles, such as symmetrical rights and mutual respect, which may elicit rational consent in an "ideal speech situation." It is precisely those procedural principles that underwrite and sustain a public sphere of rational communication, and the constitution which thus arises from this collective deliberation cannot but be the institutionalization of those principles into a set of positive law. In his own words, a constitution worthy of patriotic allegiance contains "in nuce" those principles that obtain in what Rawls would call an "original position."<sup>89</sup> At least on a theoretical plane, it may be taken as a promising solution to the conundrum of infinite regress since liberal rights thus understood are constitutive, rather than constrictive, of the sovereign constituent people. At the same time, more importantly for us, it becomes easier to conceptualize how the constituent people's boundaries are determined; it is formed by those individuals who gave consent to these procedural principles for collective deliberation. In short, the people and the constitution are mutually constitutive in Habermas's co-originality thesis.

Analytically satisfactory and normatively attractive as it may seem, however, Habermas's constitutional patriotism begs many questions once applied to the real world of constitution-making. For one, even if we concede that unified Germany is built around the universal liberal principles encoded in the *Grundgesetz*, yet to be explained is the brute fact that East Germany became a liberal democracy (of sorts) not by merging with, say, Czechoslovakia, but with West Germany. Conceptually speaking, in other words, even the free

<sup>88</sup> Patchen Markell, "Making Affect Safe for Democracy?: On 'Constitutional Patriotism,'" *Political Theory*, vol. 28, no. 1 (2000).

<sup>89</sup> Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms: A Contribution to a Discourse Theory of Law and Democracy*, trans. William Rehg (Cambridge, MA: MIT Press, 1996), p. 453.

and mutual communication in the so-called ideal speech situation cannot but rely on a shared language, even cultural heritage and historical memories, all of which are pre-constitutional artifacts. It is essentially for the same reason that Dieter Grimm criticized Habermas's support for constitutionalizing the European Union.<sup>90</sup> According to this well-known criticism, Habermas's attempt to articulate and establish the mutually constitutive relationship between constitution-making and people-formation falls short because he is unable to dispense with a common language as a medium of communication – a commodity not yet available in Europe even after decades of integration. In other words, Habermas's linguistic turn to discourse theory of law and democracy has made it even more difficult to discard the conceptual dependence on some kind of pre-constitutional and pre-political foundations such as shared language or culture.<sup>91</sup> Habermas's best efforts seemed to succeed in expelling the assumption of a pre-constitutionally bounded people, only to bring it back in through the backdoor.

In sum, neither the democratic nor the liberal efforts to ground constitutional founding in choice and consent seem able to free themselves completely from positing a pre-constitutionally formed boundary of the people. When it comes to the question of constitutional founding, the democratic theories of the boundary are vulnerable to the conundrum of infinite regress. While Habermas's liberal thesis of co-originality may have avoided the logical trap, its crucial reliance on his discourse theory makes it hard to dispense with presupposing a pre-constitutional people bound by a common language. Either at conceptual or historical level, these voluntarist accounts of the people's boundary-setting seem compelled to posit some kind of constituent people existing prior to constitution-making.

#### *Making People Out of Necessity*

These shortcomings in the liberal and democratic theories about the people's boundaries often lead to the conclusion that boundary-setting is ultimately a matter of "blood and soil." For example, nationalists since the Romantic era tend to valorize a historically given cultural *ethnos* and equate it with the political *demos*. This is why popular sovereignty is so often identified with national

<sup>90</sup> Dieter Grimm, "Does Europe Need a Constitution?" *European Law Journal*, vol. 1, no. 3 (1995).

<sup>91</sup> This is what causes him to make such valiant efforts to affirm the existence of a civil society at the European level, despite the absence of a common language shared by all. See Jürgen Habermas, "Comments on Dieter Grimm's 'Does Europe Need a Constitution?'" *European Law Journal*, vol. 1, no. 3 (1995).



self-determination, and "We the People" with an ethnic group. Given the difficulty of pinning down the constituent people via consent and choice, flight is taken from norms and principles to the realm of what nationalists regard as brute facts of history. Yet, the call of history can never be a matter of recognizing incontrovertible and irresistible facts; histories are interpretive constructs and products of negotiation. Failure to appreciate this insight often results in that fateful substitution of the political *demos* by the cultural *ethnos*. Undeniably, this two-way process, that is, nationalization of political community and politicization of national community,<sup>92</sup> has been responsible for a long and well-documented list of human tragedies and unspeakable atrocities in modern times.

Yack explains this conflation by making a distinction between "the people's two bodies."<sup>93</sup> As with the monarchical idea of "the king's two bodies," which posited an abstract and everlasting "kingship" alongside the physical and mortal king, the principle of popular sovereignty has created an abstract and even "mysterious" being called "the people" which is superimposed on the real historical people. A uniquely modern invention, this imagined people is evidently unbounded and unbindable in and of itself. Its premodern counterparts such as *plebs* or *demos* could clearly be identified in terms of their class membership or political citizenship. By contrast, the modern people is a generic category that goes beyond all such parochial distinctions and claims to encompass everyone. This is indeed the source of their legitimacy according the doctrine of popular sovereignty that postulates a generic people that is self-sufficient and timeless. Since it is self-sufficient, the people is seen to be an agent in no need of relationship with others, and because it stands out of time, the people has no particular history that could differentiate it from others. A being that has neither relationship nor history cannot have a particular boundary.

Yack points out that this creates a paradox for understanding the people's boundaries. Although the modern doctrine of popular sovereignty asks us to imagine an unbounded people that pre-exists the establishment of the state, the only way in which we can identify a people is by reference to the territorial boundary of a given state. In other words, "it is shared subjection to a particular state's authority that distinguishes one people from another."<sup>94</sup> The state is supposed to be a creation of the people, who can dissolve it at

<sup>92</sup> Bernard Yack, *Nationalism and the Moral Psychology of Community* (Chicago: University of Chicago Press, 2012), pp. 145–53.

<sup>93</sup> Yack, *Nationalism and the Moral Psychology of Community*, pp. 101–02. For a more classical statement, see Edmund S. Morgan, *Inventing the People: The Rise of Popular Sovereignty in England and America* (New York: W. W. Norton & Co., 1988), ch. 4.

<sup>94</sup> Yack, *Nationalism and the Moral Psychology of Community*, p. 105.

will, but the people is a set of individuals residing within the territory of a particular state more or less permanently. The people is held to come before the state, and yet it is the territorial state that defines the human boundary of the people.

Solving this paradox as such is not our immediate concern.<sup>95</sup> More important is its implication for conceptualizing the relationship between constituent people and constitution-making. For, if boundaries of the people can be ascertained only after the establishment of a territorial state, then the people might be constituted by the constitution as much as they author it. The people is not a pre-given entity that remains constant throughout history, much less a demiurge that stands outside history to make and remake constitutions at will. Making a constitution has the effect of calling a people into existence, whose political and legal identity is grounded in that very constitution. As Sheldon Wolin noted, “a constitution not only constitutes a structure of power and authority, it constitutes a people in a certain way. It proposes a distinctive identity and envisions a form of politicalness for individuals in their new collective capacity.”<sup>96</sup> To be sure, recognition of this aspect of founding is nothing new. It was Hobbes who asserted, in an oft-quoted passage: “For it is the unity of the representer, not the unity of the represented, that maketh the person one.”<sup>97</sup> He clearly perceived that it is only with the creation of the “artificial person” in whom the people vests sovereign powers, that the multitude is transformed into a people. According to Joseph Weiler, the phenomenon may be as old as the announcement of God’s law by Moses to the Jewish people, through which “a bunch of pre-Torah slaves” were constituted into a free people through their acceptance of the covenant.<sup>98</sup> In relation to the American founding, Jacques Derrida has famously remarked: “The signature invents the signer.”<sup>99</sup> Even Sieyès, in his less theologically inspired moments, seems to have conceded that the people can be identified only by referring to the constitutional order that they purportedly establish: “What is a nation? A body of associates living under common laws and represented by the same legislative assembly.”<sup>100</sup>

<sup>95</sup> For those further interested in the so-called paradox of people and territory, see Paulina Ochoa Espejo, “People, Territory, and Legitimacy in Democratic States,” *American Journal of Political Science*, vol. 58, no. 2 (2014), pp. 472–3.

<sup>96</sup> Sheldon S. Wolin, *The Presence of the Past: Essays on the State and the Constitution* (Baltimore: Johns Hopkins University Press), p. 9.

<sup>97</sup> Hobbes, *Leviathan*, ch. 16.

<sup>98</sup> J. H. H. Weiler, *The Constitution of Europe: ‘Do the New Clothes Have an Emperor?’ and Other Essays on European Integration* (Cambridge: Cambridge University Press, 1999), pp. 5–6.

<sup>99</sup> Jacques Derrida, “Declarations of Independence,” *New Political Science*, vol. 15 (1986), p. 10.

<sup>100</sup> Sieyès, *What is the Third Estate?*, p. 58.

Yet, it was perhaps Hans Kelsen who not only recognized this relationship between the people and its constitution but also took it to its logical extreme. He wrote: "the people – from whom the constitution claims its origin – comes to legal existence first through the constitution. It can therefore be only in a political, not in a juristic sense, that the people is the source of the constitution."<sup>101</sup> This is of course understandable given his "pure theory of law" according to which no exercise of "will" could ever give rise to a valid legal norm. If the people are deemed the originator of the constitution, that could only be in the rhetorical sense, as a political assertion rather than as a statement of legal science. For Kelsen, the people is at most a placeholder for the agent to whom legal norms, including the constitution, might be attributed – even that, only retroactively.<sup>102</sup> Although he recognizes the need for a democracy to posit the people as a unity, he states that such a unity is ultimately "an ethical-political *postulate*," which can only be secured through "the unity of the state's legal order."<sup>103</sup> Indeed, the only cognizance that may be given to the people within the Kelsenian system is as an element of the state (which for him is identical with the legal order), rather than as any purported creator of the legal order. The term "people" refers to "the personal sphere of validity of the national legal order," the same way that "territory" refers to the spatial sphere of the legal order.<sup>104</sup> That is why, "in a juristic sense," the people becomes intelligible through the constitution only after the establishment of a legal order.

Despite his insight that the people are constituted by the constitution, it would appear that Kelsen went too far. It may indeed be that the identity of the people can only be known retrospectively, but his views seem to end up eliminating the people entirely from the constitutional order, thereby rendering superfluous any notion of agency, popular or otherwise. As pointed out by Hans Lindahl, Kelsen's idea of attribution ultimately plays no role in his system, because the validity of a constitutional order in the end does not depend on any agency to which it might be attributed.<sup>105</sup> Rather, as is well known, for him the source of a constitution's validity lies in the postulation

<sup>101</sup> Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, trans. Anders Wedberg (New York: Russell & Russell, 1945), p. 261.

<sup>102</sup> Hans Kelsen, *The Pure Theory of Law*, trans. Max Knight (Berkeley: University of California Press, 1967), p. 291–2.

<sup>103</sup> Hans Kelsen, "On the Essence and Value of Democracy," in Jacobson and Schlink (eds.), *Weimar: Jurisprudence of Crisis*, p. 90 (emphasis in the original).

<sup>104</sup> Kelsen, *General Theory of Law and State*, p. 233.

<sup>105</sup> Hans Lindahl, "Constituent Power and Reflexive Identity," in Martin Loughlin and Neil Walker (eds.), *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form* (Oxford: Oxford University Press, 2007), pp. 10–12.

of *Grundnorm*, a logical-psychological presupposition that must be accepted if the normative validity of legal systems is to be secured through norms only. The constitution might be attributable to the people as a matter of political rhetoric, but the people has no role in grounding the constitution's validity or identity. In his desire to purify legal science of the contaminating influence of politics and to reject political-theological conceptions of an eternal people, Kelsen has constructed a pure system of norms in which the people have become superfluous. As a result, despite Kelsen's support for social democracy during the Weimar period, "the people" of his legal theory remains strangely passive, impotent, and utterly lacking in agency. In the hands of Kelsen and his legal positivist ilk in Weimar Germany, the people was made out of logical necessity, but no virtue was made out of it. It might not be too harsh an historical judgment to hold this utter disempowerment of the people in legal positivism accountable for its eventual capitulation to National Socialism.<sup>106</sup>

Theoretically, too, this is problematic because most conceptions of democratic self-government require an image of the people that has some sort of agency. However the boundaries of the "self" might be drawn, some notion of a self that is able to take action seems almost axiomatic. Take away that agency, or the idea of an active people, and it would be very difficult to explain or justify democratic self-government. Especially in relation to the constitution, the people must be somehow seen as the active agent, if not its author. The conventional way of empowering such a democratic agent is of course to posit a people with pre-given interests, identities, and boundaries, as was done by the political-theological conceptions and even some social contract theories that assumed the existence of a people in the state of nature. We have already seen, however, that constitutional founding cannot be conceived of on such assumptions. Instead, what we need is a perspective that can properly account for the fact that the people's boundaries are determined through the process of constitutional founding, while avoiding Kelsen's extreme position of denying their agency *in toto*. Put differently, it seems that we must be able to reject the viewpoint that posits a pre-constitutional people with pre-given boundaries and fully formed

<sup>106</sup> See Sung Ho Kim, "A Constitutional Politics of the Extraordinary: Carl Schmitt, Hans Kelsen, and the 1932 Crisis of the Weimar Constitutional Order," *Korean Political Science Review*, vol. 41, no. 2 (2007); David Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen, and Herman Heller in Weimar* (Oxford: Oxford University Press, 1999); Peter C. Caldwell, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law: The Theory and Practice of Weimar Constitutionalism* (Durham, NC: Duke University Press, 1997).

identity, while affirming the active role of the people in constituting themselves as agents of democratic self-government.

*Facio ergo sum: We the People Make Therefore We Are the People*

Without purporting to provide a full-blown answer to this line of query, we only note here that some pointers might be taken from theories of individual self-constitution as moral agents. The suggestion is that, rather than imagine the people's identity independently of their agency as actors, it might be better to regard the two as fused with each other, such that their identity emerges through, and only insofar as, they take action. We take our cue from philosopher Christine Korsgaard who claims that an agent becomes who she is by engaging in action. Or, more precisely, the agent constitutes herself as a unified actor by the very action that she engages in.

It is as the possessor of personal or practical identity that you are the author of your actions, and responsible for them. And yet at the same time it is in choosing your actions that you create that identity. What this means is that you constitute yourself as the author of your actions in the very act of choosing them.<sup>107</sup>

An agent's decision to act and her constitution of her own identity are not two different things. To take a certain action is to constitute oneself as the author of that action, which means that one's identity materializes and becomes known through that very action. To analogize this observation to constitutional founding, we might say that a people constitutes itself as the author of the constitution in the very act of making that constitution. This also appears to be the import of Hans Lindahl's rather esoteric statement that the people's "self-constitution begins as the constitution of a political unity through a legal order, not as the constitution of a legal order by a political unity."<sup>108</sup> The identity of the people, therefore, is not given prior to the action of deciding to be the author of the constitution. As Korsgaard points out, "there is no *you* prior to your choices and action, because your identity is in a quite literal way *constituted* by your choices and actions."<sup>109</sup> The identity of the constituent people is constituted by the choices and actions that go into the activity of exercising their constituent power. Depending on what kind of constitution it makes, the people may create different identities for itself.

<sup>107</sup> Christine M. Korsgaard, *Self-Constitution: Agency, Identity, and Integrity* (Oxford: Oxford University Press, 2009), p. 20.

<sup>108</sup> Lindahl, "Constituent Power and Reflexive Identity," p. 22 (emphasis in the original).

<sup>109</sup> Korsgaard, *Self-Constitution*, p. 19 (emphasis in the original).

On this view, we need not imagine a people with a fully formed identity prior to constitutional founding. At the same time, however, that does not require the elimination of the people as the active agent of constitutional founding. Indeed, to put it crudely, Korsgaard's central argument is that the function of human action is to constitute the agency and identity of the actor. Her starting point is the presupposition that human beings are "condemned to choice and action."<sup>110</sup> For Korsgaard, we are, essentially, what we do. Her recognition that "there is no *you* prior to your choices and action" does not lead her to conclude that there is no agent or self who could engage in the activity of constituting oneself. On the contrary, it highlights the fact that to take action is to engage in the project of self-constitution.

If this assertion seems paradoxical, her response is that it is only because of "an artificial freezing of the observer's mental frame."<sup>111</sup> The tendency to think that there must be an agent with fully formed identity prior to its engagement in any action arises because we mistakenly think of human agents as static entities. For Korsgaard, human beings are living things whose identity cannot be apprehended at any given "moment." To be an agent is "not a state, but rather an activity." It is therefore ludicrous to think that the identity of a person can be known at a particular point in time. To imagine a person as a static entity requires a "freezing" of our perspective, which will only provide us with an image of the person no longer engaged in any action. That, however, will be a dead person, and not a living agent. For, "to be a person, or a rational agent, is just to be engaged in the activity of constantly making yourself into a person."<sup>112</sup> That is why for Korsgaard the seeming paradox that you are an acting/self-constituting agent even though there is no *you* prior to action is not a paradox at all. Since being an agent is an activity, and since activity takes place on a temporal plane, the self-constitution of an agent "is not a state that we achieve and from which action then issues."<sup>113</sup>

The implication of this line of thinking for constitutional founding is, first, that the people do not first constitute themselves as an agent with clearly defined boundaries and then engage in the action of making a constitution. Rather, self-constitution as an agent and the making of a constitution are one and the same activity. The term "constitution-making" becomes a double entendre. On the one hand, it refers to the people's activity of drawing up a document called the constitution. On the other, it also refers to the process

<sup>110</sup> Korsgaard, *Self-Constitution*, p. 1 (emphasis in the original).

<sup>111</sup> Korsgaard, *Self-Constitution*, p. 36.

<sup>112</sup> Korsgaard, *Self-Constitution*, p. 42.

<sup>113</sup> Korsgaard, *Self-Constitution*, p. 44.

of constituting the identity and boundaries of the people, of determining its own "constitution." In this regard, Korsgaard would probably agree with Stephen Holmes's view that the rules contained in the constitution, rather than constraining the people's will, actually make possible the formation of that will. "No popular will worth taking seriously has a mystical preexistence; it is always the product of constitutional restraints."<sup>14</sup> When referring to the distinction between constitutive rules (e.g., "bishops move diagonally") and regulative rules (e.g., "no smoking"), Holmes seems quite emphatic that the constitutional framework is a form of constitutive rule that makes it possible to form any kind of will at all. "When a constituent assembly establishes a decision procedure, rather than restricting a preexisting will, it actually creates a framework in which a nation can, for the first time, have a will."<sup>15</sup> Drafting a constitution involves the self-constitution of the people as an agent.

Further extrapolating on this view, second, we might even derive a normative standard for judging the people's action of constituting themselves as a people via the constitution. According to Korsgaard's framework, self-constitution through action is successful when it results in integrating the different roles and parts of the person into a coherent identity, thereby yielding a unified agent. If an action is "less successful in constituting its agent," then it is a defective action; such an action is "to that extent less of an action."<sup>16</sup> Relying on a kind of teleological argument, she also argues that an action that does not follow certain constitutive principles of action will inevitably produce poor results. Yet, she emphasizes that the activity that yields poor results is not a different activity from the one that produces good results: "It is the same activity, badly done."<sup>17</sup> From the perspective of constitutional founding, a constitution will be less of a constitution if it is not so successful in constituting disparate individuals into a people as a coherent political agent. By the same token, a constitution that is made well is one that is successful in creating the conditions for integration of various individuals, or the multitude, into a unified agent – a people with settled boundaries. In fact, she states that a constitution "makes it possible for a group of citizens – who without the constitution would be a *mere*

<sup>14</sup> Holmes, "Precommitment," p. 234.

<sup>15</sup> Holmes, "Precommitment," p. 235. At other times, however, Holmes seems less than fully committed to this view. When he is discussing the idea of precommitment as a prophylactic tool against the undesirable, but inevitable, eventuality that the people might fall below its own standard of conduct, he assumes that the agent is already there before it sets up the constitution. Peter sober already exists before he becomes Peter drunk. Ulysses is already there with a very clear-cut will ("I want to hear the Sirens' song without going shipwreck and killing all of us") before he asks his crew to bind him to the mast.

<sup>16</sup> Korsgaard, *Self-Constitution*, p. 25.

<sup>17</sup> Korsgaard, *Self-Constitution*, p. 37.

heap of individual people – to function as a single collective agent.”<sup>118</sup> If, after making the constitution, individuals continue to fight over whether a certain group of persons belongs to the people, the constitution-making activity will have been poorly performed. If the “constitutive rules” that are supposed to unify the individuals into a single agent do not operate properly, we may reasonably conclude that the founding was “done badly.” It would be an instance of defective constitution-making, in both senses of the term.<sup>119</sup>

Particularly, if repression and violence are required to maintain a semblance of people’s unity, then that would be a sure sign that the drafting of a constitution did not result in successful self-constitution of the people. For Korsgaard, relying on violence to achieve a sought-after effect would indicate that the action was not taken according to its constitutive principles, which she understands in Kantian terms as universal maxims issuing from practical reason that must be adhered to in order for the agent to be deemed autonomous. On this view, any action that does not follow such constitutive principles of practical reason will fail to constitute the actor as an autonomous and unified agent. This has profound implications for evaluating the legitimacy of constitutional founding. The suggestion is that, in order to count as an action called constitutional founding, it must be done in accordance with universal practical reason. Unless the people act on such principles, they cannot be said to be engaging in constitutional founding, and (which amounts to the same thing) they will not have constituted themselves as a unified people.<sup>120</sup>

Lastly, we might infer that constitutional founding, or the self-constitution of the people, cannot be captured in a moment – unless we were to freeze our mental frame. With regard to the individual agent, Korsgaard suggests that self-constitution requires constant work; it is an “endless activity.”<sup>121</sup> For an individual agent, self-constitution is an ongoing task that will continue as long as she lives. For a people, by contrast, constitutional founding is commonly thought to be a one-time event. This may suggest the limits of analogizing the political activity of constitutional founding to the individual activity of

<sup>118</sup> Korsgaard, *Self-Constitution*, p. 142 (emphasis in the original). This statement appears in the context of explaining what she calls the “constitutional model” of the soul, by drawing an analogy, following Plato, between the constitution of a city and that of a person.

<sup>119</sup> Korsgaard, *Self-Constitution*, p. 152: “The deliberative procedures that unify the city into a single agent break down, and the city *as such* cannot act.”

<sup>120</sup> In our view, this may provide the building blocks for formulating a theory of constitutional authority that enables us to recognize reliance on universal practical reason as a necessary requirement for truly autonomous self-rule, while avoiding reliance on the brute fact of people’s authorship as the ultimate ground for the constitution’s authority. Fleshing out the details of such a theory, however, is beyond the scope of this book.

<sup>121</sup> Korsgaard, *Self-Constitution*, p. 41.



self-constitution. Yet, it may also suggest the need to rethink our conceptions about the process of founding. For, if we are to follow the Korsgaardian perspective, a people will be an active agent only insofar as it is engaged in the endless activity of self-constitution via the constitution. While the implications of this point are too profound and numerous to pursue here,<sup>122</sup> it should at least be recognized that even the idea of founding cannot be comprehended as an event contained in an isolated moment in time. To be sure, later generations may arrive at some rough agreement as to when the people first successfully engaged in the action of self-constitution. Yet, even that first action must be understood as a temporally extended category that unfolds over time and cannot be completed in an instant. Self-constitution of a people cannot be consummated by merely drafting of a document called the constitution.<sup>123</sup> Much more is required to engage in successful action by which a people constitutes itself as an integrated agent. As a process of self-constitution, the initial founding action may even take years to be successfully carried out. In order fully to understand the process of founding that gives shape to the people's boundaries, in other words, we need to take a wider perspective that encompasses the variegated negotiations, choices, and decisions that take place before and after the drafting.

#### *Constitutive Constitutional Politics*

Evidently, unfreezing our mental frame on the relationship between the constituent people and constitutional founding has to go beyond making philosophical analogies and requires more thorough analytical scrutiny. It is indeed easier expressing than articulating the "reflexive" idea that the people and the constitution are constitutive of each other. Yet, such a paradoxical notion makes much intuitive sense, if one takes note of the historical and contemporary realities of the political process surrounding the making of constitutions.

<sup>122</sup> If the people can be an active agent only by ceaselessly constituting itself, it may be that the people must continually engage in constitution-making even after the founding. This suggests that we might need to relativize the difference between making a constitution and remaking, or amending, it. It might even mean that constitutional interpretation is also a form of self-constitution by the people. Alternatively, the Korsgaardian view might be invoked to justify the claim that, after the founding, the people cannot (or should not) be active in the same sense, or to the same extent, as they were during the original action of self-constitution.

<sup>123</sup> Recent cases have shown that even the drafting process may deliberately be extended. Referring to the different strategies of interim or incremental constitution-making adopted by "transitional" constitutions of such places as South Africa, Hungary, and Poland, Vicki Jackson has suggested that our conceptual framework be expanded to allow for a longer period of time. Jackson, "What's in a Name?," pp. 1291–2.

For, one of the most contested issues in recent real-life cases of constitutional founding involved the question: “Who shall be allowed to participate in the making of the constitution?”

Indeed, one of the lessons from recent cases of so-called post-conflict societies should be the recognition that founding a new constitutional order often goes hand in hand with the process of sorting out *for whom* the constitution will be made, or *in whose name* it will be promulgated. As long as there are continuing fights over whether certain groups are entitled a seat at the drafting table, no constitutional founding will get off the ground. And, as one commentator puts it, “determining who should be involved in constitutional negotiations presupposes a substantive judgment regarding what the boundaries of the relevant political community are.”<sup>24</sup> At issue might be an ethnic group, a religious minority, or perhaps members of the former ruling elites who had just been ousted. In what form will the Kurds in Iraq, for example, be recognized as a partner in the historic project of making a new constitution to recreate the Iraqi state? Will ethnic Serbians regard themselves, and be accepted by others, as part of the people of Bosnia-Herzegovina? Who are the relevant Montenegrin people that have the authority to decide whether to become an independent state and draft a new constitution? Will the white minorities continue to be part of the new sovereign peoples of Zimbabwe and post-apartheid South Africa? The point is that constitution-making does not take place with the boundary of “the people” already given and taken for granted. Rather, delineation of the people’s boundary is, in an important sense, the result of the constitution-making process. The identity of the people remains rather fluid until after the new constitutional order is established. After the founding, the people can be defined, following Yack, as those individuals within the territory of a certain state who submit themselves to the authority of its constitution. Prior to the founding, by contrast, it is not only difficult to specify the boundary of the people; it is even difficult to know if the people can be said to exist as a self-constituted agent. Once we let go of the political-theological dream of an all-powerful and ever-living people, it is not a paradox at all to say that, in order to ascertain the people’s boundary, identity, perhaps even its very existence, we must refer to the constitution.

It bears noting that this is not limited to states that have recently come out from under authoritarian rule. As is well known, many instances of post-colonial founding after World War II, especially in parts of Africa, the

<sup>24</sup> Sujit Choudhry, “Old Imperial Dilemmas and the New Nation-Building: Constitutive Constitutional Politics in Multinational Polities,” *Connecticut Law Review*, vol. 37 (2005), p. 944.

Middle East, and the Indian subcontinent, involved creating new boundary lines where none had existed before. A similar situation obtained in Southeast Asia where the process of granting and gaining independence was accompanied by quite artificial line-drawing motivated by political and economic calculations. Further, this phenomenon of having to sort out the people's boundary during the process of founding is not necessarily unique to multiethnic or multi-lingual states. To be sure, the problem may be more pronounced in cases where there are more than one "nations" within the state's territory.<sup>125</sup> The issue of the people's boundary, however, may arise even in states commonly deemed to be homogeneous. The founding of the German Reich in 1871 involved a convoluted process of political posturing and even open hostility among the various German-speaking principalities which ended with a boundary being drawn for the "German nation" that excluded a sizeable group of German speakers in Austria.<sup>126</sup> To take an even older example, we might say that the establishment of the French Republic required confronting the question of whether to include members of the First and Second Estates in the new order established by and for *la nation française*. Would they be represented in the constitution made by deputies of the Third Estate? Those more knowledgeable about the history of these countries will surely be able to offer more nuanced accounts of the various processes that went into defining the boundaries of the respective peoples. But the point is that the boundaries are not pre-given and they are the products of historical negotiations that take place during constitutional founding. Sujit Choudhry refers to this as "constitutive constitutional politics," and suggests that it may be conceptually differentiated from "normal" constitutional politics, which deals with the design of governmental institutions and the limits of their powers through individual rights.<sup>127</sup>

This distinction makes a good deal of sense when we consider the actual stages of constitutional politics. At least conceptually, we may discern two distinct stages: one concerns the initial convocation of a constitution-drafting convention, and the other the business of making and drafting the constitutional document itself. To be noted, however, is the fact that typically the

<sup>125</sup> To that extent, we disagree with Choudhry who states that this is not a problem for states that are not multinational polities. Choudhry, "Old Imperial Dilemmas and the New Nation-Building," p. 937.

<sup>126</sup> True to his political-theological outlook, Carl Schmitt makes the improbable argument that even the founding of the German Reich in 1871 was in fact effected through the exercise of the national will of the antecedent and everlasting German people which had achieved its political unity prior to the founding. Schmitt, *Constitutional Theory*, p. 143.

<sup>127</sup> Choudhry, "Old Imperial Dilemmas and the New Nation-Building," p. 938.

two stages take place almost simultaneously, during which the identity and boundary of the constituent people remain ill-defined. For even if a drafting convention is formally convoked, it will not – indeed cannot – be done in the name of the people, for there is as yet no people as such who could do the convoking. The events of Philadelphia in 1787 and Paris in 1791, for example, show that the drafters could only be summoned by powers other than the sovereign constituent people. It was the Continental Congress and Louis XVI that convened what eventually became the drafting conventions. After being duly constituted, however, the Philadelphia Convention and the Estates-General severed their ties to the convoking authorities and proceeded to reconstitute themselves as representatives of the people via “bootstrapping.”<sup>128</sup> A constitution was drafted by the convention and then subsequently attributed to the people, who in effect came into being as a result of that act of attribution and became the author of the constitution only retroactively. This recognition leads us to conclude that even if there were a pre-constitutional community that drew up a constitution, it is difficult to assume that it existed as a democratic people – a political *demos* – defined by their mutual freedom and equality. We might think that constitutional founding is a process in which the people first acquire freedom and equality through their struggle, and then make a constitution to codify and preserve those achievements. Yet, it must be admitted that, prior to the making of the constitution, the status of free and equal citizenship is at most a vague hope and a distant ideal. For such a status can only be realized within a constitutional order. According to Gary Jacobsohn, even after the founding, those ideals of freedom and equality embodied in the constitution are likely to remain a “promissory note,” which may be redeemed by later generations through contestation and conflict.<sup>129</sup> At the time of constitutional founding, then, the free and equal people will at best be a potentiality, something that needs to be made real by and through the constitution.

Both as a clearly bounded agent wielding constituent power and as a collective of rights-bearing citizens, “We the People” cannot be said to pre-exist the constitution purportedly authored by them. This does not mean that the people, even at the stage of constitutive constitutional politics, remain merely as passive recipients of their collective identity and political and legal rights. Although not clearly bounded, nor free and equal yet, the people, or some multitude in its semblance, may take active participation in constitutional politics either directly or via their self-appointed representatives. The point,

<sup>128</sup> Elster, “Constitutional Bootstrapping,” p. 57.

<sup>129</sup> Jacobsohn, *Constitutional Identity*, pp. 106, 148.

*People's Boundaries: "We the People" Unbounded*

61

both in theory and practice, is that a new constitution determines the boundaries and identities of the people as much as it is made by the people in the course of constitutional politics. As suggested by Korsgaard, the meaning of constitution-making is truly a double entendre – it has to encompass the self-constitution of the people as well as the creation of the constitutional universe they will inhabit.

*Time, Space, and the People Bounded*

What lessons might we draw from these theoretical reflections for investigating how the constituent people's boundary is actually fixed in the course of constitutional founding? First of all, defining the boundaries of the people involves dealing with the call of history, weighing and sorting out the different historical claims for drawing the line here rather than there. In some places, this will be a rather easy task, while in others it will involve adjudicating conflicting claims based on different views of what counts as "relevant" history. That is why a longer view of history is needed. It also bears emphasizing that the key political actors are always heirs to specific institutional and ideational legacies. They may take a variety of attitudes toward those legacies ("critical," "restorative," or "residual"), but they certainly cannot pretend they do not exist. Regarding the process of shaping the boundaries of the people, we should pay particular attention to past concepts, institutions, and ideologies surrounding various notions of membership. These will be the basis and the foil against which a new self-definition of the people will be formed.

The most salient among those legacies will probably be the system of making individuals "legible" to the state – the categories, the matrices, and the classification schemes utilized by the previous regime to govern the populace. Those institutions of population registration may be rejected outright, but they may also be transformed or even reinforced to give shape to the boundaries of the new people. No less important in this regard will be the election law and other procedures for deciding on the specifics of the constitution. The election law for choosing the delegates who will negotiate and draft the actual text will be critical because this will likely have the effect of pre-determining the scope of the people to be represented at the negotiating table and, by extension, the scope and boundary of the people in whose name the constitution will be promulgated. Decisions regarding the manner in which the franchise is distributed; the concrete way in which the ballot is actually cast; whether or not certain groups will be given special representation; whether or not regional identities will be given recognition; whether or not the draft constitution will be subject to review by some designated agency, and if so,

how that agency will be structured – these and other questions will have to be resolved before any constitution is set in place. These issues will likely be decided in the process of enacting the election law. As Andrew Arato points out, “the *legal* identity of the sovereign people . . . is determined by *prior* electoral and procedural rules that must be given to the ‘people’ by elites who thereby constitute them as a people capable of action.”<sup>130</sup>

This does not mean, however, that the boundary of the people so determined by the election law will necessarily become fixed or enshrined in the constitution. In most cases, the constitution is silent about the boundary of the people.<sup>131</sup> This means rather that, in order to make out the contours of the people as it emerges from the process of self-constitution, we must also look at how the constitution, once promulgated, is then interpreted, implemented, contested, and even transformed. For example, subsequent enactment of key legislations such as nationality law may codify the boundary of the people that was determined during constitutive constitutional politics. But it may also provide the occasion for challenging that boundary. Judicial pronouncements regarding the standard for membership in the newly constituted people may also be of value in this connection. In short, analysis of the delineation of the people’s boundaries through constitutional founding must be capacious enough to include the temporally extended nature of the process.

In the same vein, second, we need to expand our spatial perspective. This is because constitutive constitutional politics takes place, by definition, at a juncture where the line distinguishing insiders from outsiders inevitably remains porous. We have already seen that external actors may be a necessary presence during the founding. Theoretically, determining who is to be labeled an external actor is not so self-evident. Thus, we must not assume a narrow viewpoint that focuses only on the existing residents of the given territory. Residents outside the territory may have special connections – ethnic, religious, linguistic, or other – which can translate into claims either for or against their inclusion in the newly constituted people. By contrast, persons residing inside the territory, and hitherto considered part of the people, may find themselves excluded according to a new yardstick which effectively turns them into the “other” against whom the new people defines itself.<sup>132</sup> Sometimes, the

<sup>130</sup> Arato, *Constitution Making Under Occupation*, p. 258 (emphasis in the original).

<sup>131</sup> The case of Bosnia-Herzegovina seems to be the exception in that its constitution includes a pronouncement that the state is composed of three “constituent peoples,” the Bosniaks, the Serbs, and the Croats. Yet, here, too, the specific boundaries (i.e., membership criteria) of those three peoples remain undefined by the constitution. See, generally, Oklopcic, “Constitutional (Re)Vision.”

<sup>132</sup> What Ulrich Preuss has described as “ethnification of politics” in post-communist Central and Eastern European states might be an example in that ideology was replaced by ethnicity as

territorial boundary of the state itself undergoes quite radical shifts which have obvious ramifications for defining the boundaries of people.

Of course, in some cases, we know exactly whom to label an outsider. Those who brokered the Dayton Agreement that produced the constitution of Bosnia-Herzegovina are outsiders, for example. They had no intention of becoming members of the people of the state they were building. The claim is not that their status as outsiders is unclear. Even if they are and will remain outsiders, however, it is important to bear in mind that such foreign powers can be quite influential in delineating the boundary of the people. Indeed, we know from the recent cases that they can be *the* most important actors during constitutive constitutional politics. The presence of "external constituent power" is no more striking than in cases where a militarily defeated or newly liberated population sets out to reconstruct the nation via new constitution-making under the tutelage of foreign occupying authorities. Through so-called constitutional imposition, the occupying authority often-times enmeshes itself in the process not only of instituting a new constitutional framework but also carving out a new people. Such a project will be met with varying degrees of success, for sure; it may be "done badly" due to lack of local knowledge or outright incompetence on the part of the outsiders. But the presence of external influence in the local people's boundary-setting cannot simply be avoided as a matter of empirical theory or opposed a priori on some moral grounds.

There is yet another sense in which our spatial perspective should be broadened. Aside from the foreign diplomats, negotiators, experts, and observers on the ground actively involved in the political process, external influence may come from groups or movements that have no physical presence in the territory. In his article on imposed constitutionalism in Iraq, Noah Feldman discusses what he calls the "human rights left," the "evangelical right," and the "neoconservative democracy exporters," as major sources of the argument for implanting a constitution with equal rights protection for women and with no official role for Islam.<sup>133</sup> The argument was one which the lead negotiator for the occupying forces had to heed, or at least take into consideration when dealing with the locals. In other words, outside actors on the scene are influenced by larger, if amorphous, forces coming from remoter places. While they may

the new criterion for membership. Ulrich K. Preuss, "The Exercise of Constituent Power in Central and Eastern Europe," in Loughlin and Walker (eds.), *The Paradox of Constitutionalism*, p. 211. See also James Johnson, "Inventing Constitutional Traditions: The Poverty of Fatalism," in John Ferejohn, Jack N. Rakove, and Jonathan Riley (eds.), *Constitutional Culture and Democratic Rule* (Cambridge: Cambridge University Press, 2001).

<sup>133</sup> Feldman, "Imposed Constitutionalism," pp. 865–77.

have been formulated without any relation to the country undergoing constitutional founding, they can converge on the scene to shape the geopolitical dynamics of the region, which in turn affects the way in which the boundaries of the people are determined. To be sure, broadening the scope of our view to include dynamics developing in faraway places may entail the danger of infinitely expanding the chain of causality. When done in a principled manner, however, it will help highlight the fact that the interplay between locals and outsiders during constitutive constitutional politics may be crucially shaped by forces beyond both of them. This is why we should not focus simply on the immediate time and place of the drafting.

All in all, the foregoing theoretical reflections lead us to believe that constitution-making and people-formation are mutually constitutive. No constituent people pre-exists a constitution, at least not in the clear form and unmistakable shape that the conventional dogma of popular sovereignty tends to presume. Nor is the constituent people merely a logical presupposition, an abstraction without meaningful agency and useful only for sustaining a semblance of democracy. We believe that the constituent people come into being as they are doing the constitution-making. In order to examine this process of becoming-by-doing, we believe further that the unyielding presence of external others and the unmasterable pre-constitutional past are not merely nuisances to be theoretically bracketed out or rejected in the name of robust self-determination. They should rather be taken as the primary lens through which this mutually constitutive process is unpacked and accounted for.

POPULAR SOVEREIGNTY, CONSTITUTIONAL FOUNDING,  
AND PEOPLE-MAKING

The modern doctrine of popular sovereignty demands that the people be the charismatic author of the constitution and the ultimate fount of its legitimacy. It is taken for granted that “We the People” is a supreme and self-sufficient agent with a stable identity that stands above the flow of time. Does this doctrine provide an adequate explanation for understanding constitutional founding? Does it have a comprehensive and coherent standard by which to evaluate the legitimacy of the constitutional order? While much ink has been spilt to answer these questions, relatively few attempts have been made to problematize the very ontology of the people itself. Does it make sense logically as well as normatively to simply assume the existence of such a people?

In our view, the idea of a self-sufficient and timeless people needs to be re-examined. Our suggestion is to conduct such an interrogation along the dimensions of time and space. Is it possible to imagine a space outside the



*Popular Sovereignty, Constitutional Founding, and People-Making* 65

people, and if so, what might be the relationship between the people and those who occupy that external space? Is it possible to place the people in a temporal dimension, and if so, how might its past (and future) impinge on the people's agency and identity?

Our theoretical reflections have shown that the presence of both external others and past legacies during constitutional founding not only is permissible but may even be a logical necessity. Positing a solipsistic people that has no relation to external others or to its own past only hampers our understanding of the complex process through which a constitutional order is founded. It promotes the mistaken view that the legitimacy of a constitutional order is necessarily negated or diminished by even the slightest hint of external forces or pre-constitutional pasts. Rather, it should be recognized that the presence of outsiders is a matter of gradation. It should also be recognized that the presence of the past is intrinsic to constitutional founding and may take different modalities. Otherwise, a democratic constitution-making process cannot be adequately explained nor its legitimacy comprehensively evaluated.

These recognitions are critical for unpacking the ontology of the people itself. For constituent people does not, and cannot, have a pre-existing fully formed identity or boundary prior to constitutive constitutional politics. The people's identity and boundary arise through complex negotiations during the founding process vis-à-vis external forces and past legacies. Yet, that does not mean that the nascent constituent people are sitting passively on the receiving end during this constitutive constitutional politics. The people's identity and boundary become crystallized through its own act of constitution-making. To that extent, the people is a self-constituting agent that constitutes its own identity and draws its own boundary via the process of constitutional founding. Giving due theoretical and historical recognition to this two-way dynamics will enable us to reaffirm sovereign people's democratic agency without necessarily embracing the political theology of popular sovereignty.



[제2주제]

## 외국인의 기본권주체성:

헌법 제6조 제2항의 해석을 중심으로\*

정 광 현\*\*

- I. 서 론
- II. 헌법 제6조 제2항의 입법취지
- III. 헌법 제6조 제2항의 구체적 내용
- IV. 헌법 제6조 제2항이 기본권조항인지 여부
- V. 헌법 제6조 제2항을 기본권조항으로 보는 해석의 합목적성
- VI. 결 론

### I. 서 론

우리나라에 체류하는 외국인 수는 2016년 말에 200만 명을 돌파하였다. 이 중 약 4분의 3에 해당하는 153만 명이 장기체류자이다. 1998년 장기체류자 수가 15만 명이 채 안 되었던 것과 비교하면, 18년만에 10배 이상 증가한 수치이다.<sup>1)</sup>

한편, 언젠가부터 우리 사회는 ‘인구절벽’의 위기감에 커지고 있다. 최근 언론보도에 의하면, 국회예산정책처는 올해부터 15세 이상 생산가능인구 증가세가 큰 폭으로 꺾인 뒤, 2020년을 정점으로 하락하기 시작할 것으로 내다보고 있다고 한다.<sup>2)</sup> 이는

\* 이 글은 저자의 저서 ‘외국인의 기본권주체성’, 심인, 2017 중 일부를 발췌, 정리한 것이다.

\*\* 한양대학교 법학전문대학원 교수.

1) [http://www.index.go.kr/potal/stts/idxMain/selectPoSttsIdxSearch.do?idx\\_cd=2756](http://www.index.go.kr/potal/stts/idxMain/selectPoSttsIdxSearch.do?idx_cd=2756).

2) <http://www.segye.com/newsView/20171001002161>.

한국 경제의 잠재성장률이 2012-2016년 3.0%에서 2017-2021년 2.8%로 하락하는 중요한 요인들 중 하나로 지목된다.

‘이주의 시대’, 이제 단순히 ‘세계화’의 부산물의 차원을 넘어 우리가 필연적으로 수용해야 할 정책적 방향인지도 모른다. 외국인도 더 이상 대한민국의 단순한 방문객에 불과한 게 아니라, 우리의 이웃으로서, 우리와 공동으로 근로하고 함께 세금을 내며 더불어 삶을 영위하는, 우리 사회의 새로운 구성원이라는 인식이 점점 절실해지고 있다.

이러한 변화에 우리의 법은 얼마나 잘 적응하고 있는가? 혹시 아직도 ‘국민국가’라는 관념에 고루하게 속박된 채 필수불가결한 발상의 전환마저 거부하고 있지는 않은가? 아니면 지나치게 급진적으로 기존의 관념을 해체하려고 한 나머지 현행의 법체계와 유리된 채 현실감각을 잃어 가는 것은 아닐까? 양자의 적절한 조화의 단초를 정녕 현행법에서는 발견할 수 없는 걸까? 이 글에서는 외국인의 기본권주체성과 관련하여 그 한 가지 시도를 해 보고자 한다.

우리 헌법의 기본권조항들은 대부분 권리주체를 ‘국민’으로 표현하고 있다. 가령 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며”(제10조), “모든 국민은 법 앞에 평등하다”(제11조 제1항) 등등. 국민 이외에 ‘외국인’이 권리주체로서 명시적으로 표시한 조항은 없다. 이로 말미암아 우리 헌법은 외국인의 기본권주체성을 뒷받침할 만한 아무런 규정도 두고 있지 않다는 견해가 주장되기도 한다. 그러나 몇몇 조문은 기본권주체를 ‘국민’이 아니라, ‘누구든지’<sup>3)</sup> 또는 “형사피고인”,<sup>4)</sup> “형사피해자”,<sup>5)</sup> “근로자”<sup>6)</sup> 등 국적중립적 개념을 사용함으로써 외국인을 포함할 여지를 두고 있는 조항도 있다. 따라서 우리 헌법 제2장에 규정된 기본권조항 중에 외국인의 기본권주체성을 뒷받침할 만한 것이 전혀 없다는 견해에 대해서는 동의하기 어렵다. 하지만 ‘국민’을 권리주체로 명시한 대다수 조항들의 경우에는 문리해석상 외국인의 기본권주체성을 직접적으로는 근거지우기 어려워 보이는 게 사실이다.

이에 대해 종래 다수설과 판례는 일종의 유추해석을 통해 기본권주체성의 인정범위를 외국인에게까지 확장하려고 하였다. 즉, “국민과 유사한 지위에 있는 ‘외국인’은

3) 예컨대, 헌법 제11조 제1항 제2문, 제12조 제1항 제2문, 제4항 본문, 제5항 제1문, 제6항 등.

4) 헌법 제12조 제4항 단서.

5) 헌법 제27조 제5항.

6) 헌법 제33조 제1항.

기본권의 주체가 될 수 있다”고 본 것이다.)<sup>7)</sup> 여기서 ‘외국인이 국민과 유사한 지위에 있는지’ 여부는 각 기본권의 특성을 가지고 판단했다. 즉, 기본권을 ‘인간의 권리’와 ‘국민의 권리’로 나눈 후, 외국인은 ‘인간’이라는 점에서는 국민과 유사한 지위에 있다고 할 것이므로, ‘인간의 권리’는 외국인도 그 주체가 될 수 있지만, ‘국민의 권리’에 관한 한, 외국인의 지위는 국민의 그것과 다르므로, 외국인에게까지 그 기본권 주체성을 확장할 수 없다는 식의 논리였다(이른바 ‘기본권성질론’).

대체로 자유권이나 평등권, 청구권적 기본권은 ‘인간의 권리’로, 사회적 기본권이나 참정권은 ‘국민의 권리’로 분류되고 있다. 하지만 이에 대해서는 그 법적 근거가 불분명할 뿐만 아니라, 구체적 구별기준도 모호하다는 점을 지적할 수 있다. 실제로 다수설 내부에서도 가령 직업의 자유, 집회·결사의 자유, 교육을 받을 권리 등이 ‘인간의 권리’인지 ‘국민의 권리’인지 판단이 엇갈리는 경우가 종종 있고,<sup>8)</sup> 판례도 그리 일관되지 않은 듯한 인상을 준다.<sup>9)</sup>

또한 다수설 및 판례의 입장에 대해서는, ‘세계화’와 ‘다문화사회화’로 표상되는 변화된 시대상황을 전혀 반영하지 못한 채 ‘인간의 권리’와 ‘국민의 권리’라는 이분법에 갇혀서 외국인의 기본권주체성을 지나치게 획일적으로 재단하는 것은 아닌지 경계하는 시각도 있다. 즉, 우리 사회에 편입된 주민으로서 살아가는 외국인에 대해서는 사회적 기본권이나 정치적 기본권의 문호를 더 개방하는 쪽으로 전향적 검토가 필요하다는 것이다.<sup>10)</sup> 이를 위하여 ‘국민’ 개념을 변용·확장하여 적어도 ‘정주외국인’은 국민과 대등한 법적 지위를 인정하자는 구체적 제안도 나오고 있다.<sup>11)</sup> 외국인

7) 헌재 2001. 11. 29. 99헌마494: “우리 재판소는 …… ‘국민’ 또는 국민과 유사한 지위에 있는 ‘외국인’은 기본권의 주체가 될 수 있다 판시하여(헌재 1994. 12. 29. 93헌마120, 판례집 6-2, 477, 480) 원칙적으로 외국인의 기본권 주체성을 인정하였다. 청구인들이 침해되었다고 주장하는 인간의 존엄과 가치, 행복추구권은 대체로 ‘인간의 권리’로서 외국인도 주체가 될 수 있다고 보아야 하고, 평등권도 인간의 권리로서 참정권 등에 대한 성질상의 제한 및 상호주의에 따른 제한이 있을 수 있을 뿐이다.”

8) 견해대립의 개관으로는, 김학성/최희수/김주환/홍일선, 『기본권의 주체』, 헌법재판연구 제20권(2009), 91-93쪽, 108쪽, 주 154 참조.

9) 헌재 2014. 8. 28. 2013헌마359 결정에서는 직업의 자유를 국민의 권리로 간주한 데 반하여, 헌재 2011. 9. 29. 2007헌마1083 결정에서는 직장선택의 자유를 인간의 권리로 본 것이 대표적인 예이다.

10) 예를 들면, 김지형, “외국인근로자의 헌법상 기본권 보장”, 저스티스 제70호(2002. 12.), 14-15쪽; 전광석, “다문화사회와 사회적 기본권”, 헌법학연구 제16권 제2호(2010. 6.), 105-146쪽; 최유, “외국인의 사회적 주체성에 관한 작은 연구”, 충남대학교 사회과학연구 제19권 제3호(2008), 115-138쪽.

11) 이은혜, “외국인의 사회적 기본권 주체성에 관한 소고”, 송실대학교 법학논총 제28집(2012. 7.), 185-186쪽; 최유, 위의 논문, 120-121쪽; 김수연, “기본권주체로서의 외국인”, 유럽헌법연구 제7호

의 기본권주체성에 관한 다수설·판례의 견해가 “오늘날 헌법의 시대적 과제”<sup>12)</sup>에 제대로 부응하지 못하는 측면이 있기 때문에 나타나는 현상이라 하겠다.

이러한 문제의식 하에서, 이 글은 헌법 제6조 제2항에서 해결의 실마리를 찾는다. 헌법 제6조 제2항은 “외국인은 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 그 지위가 보장된다”고 규정하는데, 이는 다른 나라에서는 유례를 찾아보기 힘든 특유한 규정이다.<sup>13)</sup> 우리 헌법상 기본권조항에서 ‘국적중립적 개념’을 사용함으로써 외국인의 기본권주체성을 예정하고 있지 않은 한에서, 헌법 제6조 제2항은 ‘외국인의 보충적 기본권조항’으로 기능할 소지가 충분하다는 것이 발제자의 소견이다. 이하에서는 이 점을 구체적으로 논증하도록 한다.

## II. 헌법 제6조 제2항의 입법취지

### 가. 규정의 연혁

헌법 제6조 제2항은 이미 제헌헌법에서부터 그 전신(前身)을 발견할 수 있다. 제헌헌법 제7조 제2항에서는 “외국인의 법적 지위는 국제법과 국제조약의 범위 내에서 보장된다”고 규정하고 있었고, 이 조항은 1960년 개정헌법에 이르기까지 아무런 변화 없이 그대로 이어져 내려왔다. 그러다가 1962년 개정헌법에서 조항 위치를 제5조 제2항으로 옮겼고, 그 자구도 부분적으로 수정하여 “외국인에 대하여는 국제법과 조약에 정한 바에 의하여 그 지위를 보장한다”로 변경하였으며, 1987년 개정된 현행헌법에서는 조항 위치를 다시 제6조 제2항으로 옮기게 되었다. 결국, 조항 위치나 세부적인 자구의 변경을 제외하면, 현행 헌법 제6조 제2항의 규정은 제헌헌법 이래로 계속 존속되어 온 규정이라 할 수 있다.

(2010. 6.), 319-320쪽; 서보건, “다문화사회와 헌법상 국민개념의 변용”, 유럽헌법연구 제13호(2013. 6.), 309-318쪽; 이다혜, “시민권과 이주노동”, 사회보장법연구 2014년 제3권 제1호(2014. 6.), 197-198쪽.

12) 전광석, 위의 논문, 120쪽.

13) 이종혁, “외국인의 법적 지위에 관한 헌법조항의 연원과 의의”, 서울대학교 법학 제55권 제1호(2014. 3.), 527쪽 참조.

## 나. 제헌헌법 제7조 제2항의 도입취지

헌법제정사에 관한 연구에 따르면, 이 조항은 제헌헌법의 기본권조항에서 “인민”이란 표현을 배제하고 “국민”을 사용하기로 최종결정됨에 따라 도입된 것이라고 한다.<sup>14)</sup>

즉, 유진오 등이 기초한 제헌헌법 초안<sup>15)</sup>에서는 원래 기본권주체를 가리키는 표현으로 ‘인민’이라는 용어를 사용하였다. 당시 ‘인민’은 ‘국민’뿐 아니라 경우에 따라 외국인도 아우를 수 있는 넓은 개념으로 인식되었다. 하지만 ‘인민’이라는 용어의 사용에 대해서는 헌법기초위원회 회의과정에서부터 반대가 많았고, 결국 ‘국민’으로 바뀌게 되었다고 한다.<sup>16)</sup>

이 ‘헌법기초위원회안’이 제헌국회 본회의에 상정되었으며, 1948. 7. 1. 그에 대한 제2독회가 이루어지던 중, 진현식 의원 외 44인은 ‘국민’을 다시 ‘인민’으로 수정하는 안을 제안하였다. 헌법 제2장의 규정들은 국가와 개인의 대립구도에 입각한 것인 만큼, ‘국민’보다 ‘인민’이라는 용어가 더 적절하고, ‘국민’이라고 할 때에는 외국인의 법적 지위 내지 권리 보장이 곤란해진다는 이유에서였다.

이에 대해 윤치영 의원 등은 격렬하게 반대했다. 당시 윤치영 말을 그대로 인용하면, “북조선인민위원회 운운만 하더라도 ... 지긋지긋하[여] ‘인민’이라고 쓰는 데에는 절대 반대”라는 것이었다.<sup>17)</sup>

14) 이하의 서술내용은, 이종혁, 위의 논문, 526-542쪽; 이영록, 『우리 헌법의 탄생』, 2006, 174-175쪽; 김수용, 위의 논문, 220-221쪽 참조.

15) 1947년 8월 미소공동위원회가 사실상 결렬되자 미국은 한반도 내 국가 수립문제가 미소공동위원회에서 해결되기 어려울 것으로 전망하고 이를 UN으로 이관했다. 그 무렵 미군정청 사법부 내에 설치된 법전기초위원회는 헌법기초분과위원회를 설치하고 유진오를 그 위원으로 임명했다. 유진오는 1947년 겨울방학부터 헌법안 초고를 작성하기 시작하여 1948년 5월 초 완성된 초고(이른바 ‘유진오의 제1회 초고’)에서 전문(前文)만 빼고 미군정청 사법부에 이를 제출했다(이른바 ‘유진오의 사법부 제출안’). 그리고 이 초안은 나중에 행정연구위원회와 공동작업에 의해 좀 더 보완되었다(이른바 ‘합작안’).

16) 1948년 5월 10일 총선거로 제헌국회가 개원하자 미군정청 사법부법전편찬위원회는 국회에 헌법안을 제출하였다. 이는 권승렬이 기초한 것으로서, 이 때문에 통상 ‘권승렬안’으로 불린다. 제헌국회 헌법기초위원회는 위 유진오의 ‘합작안’을 원안으로 하고, 전술한 권승렬안을 참고안으로 하여 ‘헌법기초위원회안’을 작성하였고, 이는 1948년 6월 23일 국회 본회의에 상정되었다. 국회 본회의에서는 이를 부분적으로 수정하여 최종적인 제헌헌법안을 통과시켰다.

각 헌법초안의 세부적인 작성경위에 관하여는, 김수용, “해방후 헌법논의와 1948년 헌법제정에 관한 연구”, 서울대 박사학위논문, 2007 참조. 각 헌법초안의 원문 내용에 관하여는, 고려대학교박물관, 『헌민 유진오 제헌헌법 관계 자료집』, 2009 참조.

표결 결과 재석의원 167인 중 찬성 32인, 반대 87인으로 수정안은 부결되었다. 부결 원인에는 ‘인민’이라는 용어에 대한 이념적 반감이 상당 정도 작용하였음이 윤치영의 위 발언에서도 잘 드러난다. 반면, 외국인에 대한 기본권적 보호를 배제할 목적에서, 위와 같이 ‘인민’이라는 용어를 사용하자는 수정안을 부결시킨 것은 아니라고 할 것이다.<sup>18)</sup> 이는 위 수정안이 부결된 지 6일만인 1948. 7. 7. 제헌헌법 제7조 제2항을 도입하자는 안이 제안되어 재석의원 157인 중 찬성 109인, 반대 2인이라는 압도적 표차로 가결된 점을 보더라도 명백하다. 수정안 제안 당시 진헌식 의원의 설명을 들어 보면 다음과 같다.

“진헌식 의원: 7월 5일 25차 본회의에 있어서 제2장에 『국민의 권리와 의무』라는 장에 있어서 외국인의 법적 지위를 보장하는 ... 의미에 있어서 『국민』이라는 구절을 『인민』으로 고치자는 것을 제안했습니다. 그러나 그것이 통과되지 못하고 부결이 되었습니다. 그러나 우리가 헌법을 제정하는 데 있어서 외국인의 법적 지위를 보장하지 않는 것은 밖으로 헌법체계에 있어서 좋지 못한 ... 점이 있고 또는 우리 헌법이 세계의 한 법으로 ... 이러한 조항이 없으면 대단히 유감스럽다고 생각이 있어가지고 제7조 2항에다가 『외국인의 법적 지위는 국제법, 국제조약과 국제관습의 범위 내에서 보장된다』라는 조항을 넣으면 ... 적절하다는 의미에 있어서 이것을 제안한 바입니다.”<sup>19)</sup>

요컨대, 헌법 제2장의 기본권조항들에서 ‘인민’이 아니라 ‘국민’이라는 표현을 사용함으로써 야기된 외국인의 기본권 보장상의 결손을 제헌헌법 제7조 제2항을 도입함으로써 보완한다는 취지이다. 그리고 이에 대해서는 이승만 당시 제헌국회의장이 동조의견을 밝힌 것<sup>20)</sup> 외에는 별다른 이론의 제기도 없었다.

이에 대해, ‘제헌헌법 제7조 제2항(현행 헌법 제6조 제2항)이 마련되어 있다는 것

17) 대한민국 국회 편, 제헌국회속기록 (제1권), 1999, 370쪽 [이종혁, 위의 논문, 532쪽에서 재인용].

18) ‘인민’이 아닌 ‘국민’이라는 용어를 선택한 것만 가지고 외국인의 기본권적 보호를 전면 배제하려는 취지였다고 단정할 수는 없다는 견해로는, 전광석, 위의 논문, 117-118쪽; 공진성, “출입국관리법상 ‘보호’ 및 ‘강제퇴거’와 외국인의 기본권 보호”, 공법학연구 제14권 제1호(2013. 2.), 228쪽 참조.

19) 제헌국회속기록 (제1권), 501쪽 [이종혁, 위의 논문, 534쪽에서 재인용].

20) 당시 이승만 국회의장은 다음과 같은 내용으로 동조하였다. “국제상 관례로 남의 나라에 우리나라 사람이 살고 있는 이때에 그런 조문이 없다고 보면 남들이 생각하더라도 우리만 생각한다는 웃음을 받을 것이니까 어떤 나라에서도 보통 어떤 사람이든지 자기 시민뿐만 아니라 그 나라 안에 사는 사람들은 일체로 보호한다고 헌법에 규정이 들어가는 것이니까 우리도 이 조문 하나를 넣으면 대단히 좋을 것 같습니다.” 제헌국회속기록 (제1권), 501쪽 [이종혁, 위의 논문, 534쪽에서 재인용].



자체가, 외국인에 대해서는 기본권주체성을 인정하지 않으려는 헌법제정자의 의사를 추단케 한다'는 식의 주장도 있다.<sup>21)</sup>

하지만 전술한 입법경위에서도 나타나듯, 우리 헌법제정자는 제헌헌법 제7조 제2항을 따로 규정함으로써 외국인을 기본권의 주체에서 배제하려는 의사를 간접적으로 표명하였다고 하기보다는, 어디까지나 헌법 제2장에서 '인민'이라는 용어 대신에 '국민'이라는 용어를 사용하기로 하는 결정이 먼저 이루어지고 나서, 그로 인하여 본의 아니게 외국인의 기본권 보호상의 결손이 발생할 수 있음이 우려되자, 이를 보완하기 위해 위 제7조 제2항과 같은 규정을 추가 도입한 것이라고 보아야 한다. 즉, 위 제7조 제2항에는 외국인에게 기본권주체성을 '부정'하려는 취지가 내포되어 있는 것이 아니라, 오히려 외국인의 기본권 보호상의 결손을 '만회'하려는 뜻이 담겨 있다고 할 것이다.

이 점은 유진오의 제헌헌법 제7조 제2항에 관한 아래의 설명에서도 엿볼 수 있다.

“本條 第二項은 外國人의 法的 地位는 國際法과 國際條約의 範圍 內에서 保障된다고 規定하였는데, 그것은 外國人의 法的 安全을 明示하기 爲하여 特히 設置한 規定이다. 從來 各國은 自國 人民의 自由와 權利는 尊重하고 保障하면서도 自國內에 있는 外國人에게는 不當한 差別待遇를 하여 偏狹한 國家主義로 흐르는 傾向이 많았는데, 우리나라는 그러한 排外主義를 一擲하고 國際法과 國際條約의 範圍內에서 그 地位를 保障하기로 한 것이다. 그러나 國際法과 國際條約의 範圍內에서 外國人의 法的 地位를 保障한다는 것은 如何한

21) 김경제, “대한민국 출입국관리법에 대한 비판적 고찰”, 일감법학 제29호(2014. 10.), 19쪽; 정태호, “외국인의 기본권주체성 문제에 대한 비판적 고찰”, 헌법실무연구 제13권(2012), 417쪽; 이종혁, 위의 논문, 565쪽 등. 헌법재판소 판례 중 동일한 견해로는, 헌재 2011. 9. 29. 2007헌마1083 중 재판관 김종대의 반대이견: “우리 헌법의 제정사적 배경에서 살펴보면, 건국헌법 제정 당시 기본권 규정에서 기본권의 주체로 ‘인민’이라는 용어를 사용할 것인가 ‘국민’이라는 용어를 사용할 것인가를 두고 논쟁이 있었는데 논쟁 끝에 헌법제정권자는 결국 ‘국민’이라는 용어로 결단했다. 이때 국민의 개념에서 제외되는 외국인에 대해서도 그 지위를 보장할 필요가 있다는 생각을 했지만 그렇다고 그 보장의 방법으로써 외국인에 대해 기본권 주체성을 인정하는 방법을 취하지는 않고 비준공포된 국제조약과 일반적으로 승인된 국제법규의 효력이 헌법하위에 있음을 전제로(건국헌법 제7조 전문, 현행헌법 제6조 제1항에 해당) 건국헌법 제7조 후문(현행헌법 제6조 제2항에 해당)을 통해 ‘외국인의 법적 지위는 국제법과 국제조약의 범위 내에서 보장된다.’는 조항을 신설하는 방법으로써 정리했을 뿐이다. 위와 같이 헌법을 문리적으로 충실하게 해석함과 동시에, 우리 헌법제정사에서 외국인의 지위보장에 관한 건국헌법 제7조의 도입경위 등을 종합하면, 우리 헌법 제정권자는 의도적으로 외국인을 헌법상 기본권의 주체에서는 일단 배제토록 하고, 반면 그들에 대한 보호는 외국인 보호를 위한 헌법 하위의 규범인 국제법과 조약 등을 통해 보호하면 충분하다는 취지로 헌법의 설계를 했다고 봐야 한다.”

境遇에나 外國人을 우리나라 國民과 同一하게 取扱한다는 의미는 아니다. 一例를 들면, 身體의 自由(第九條, 第二十三條), 信仰과 良心의 自由(第十二條)같은 것은 우리나라 國民에 對한 것과 마찬가지로 外國人에게도 保障될 것이지만, 選舉權(第二十五條), 公務擔任權(第二十六條), 國土防衛의 義務(第三十條)같은 것은 外國人에게는 制限되거나 또는 賦與되지 않을 것이다. 大體로 말하여 國際法과 國際條約에 특별한 규정이 없는 한, 國防上 또는 治安上 重大한 關係가 있는 境遇에는 私權에 대하여도 外國人에게는 그 享有를 認定하지 않을 수 있는 것이라 할 것이다. 그리고 우리나라 國民에 대하여는 如何한 境遇에도 國外追放(deportation-expulsion) 許容되지 아니하지만, 外國人에 對하여서는 犯罪 또는 公安을 害하는 境遇에 國外追放을 命함은 國際法上的 當然히 容認되는 바이다.”<sup>22)</sup>

여기서 눈여겨볼 대목은, ‘외국인에게 헌법상 보장될 수 있는 법적 지위’의 범위를 고찰함에 있어서 주로 헌법에 규정된 각종 기본권, 예컨대 ‘신체의 자유’, ‘신앙과 양심의 자유’, 선거권, 공무담임권을 거론하고 있는 점이다. 또한, 국민에게 보장하는 자유와 권리는 원칙적으로 외국인에게도 차별대우 없이 보장하는 것이 제헌헌법 제7조 제2항의 기본취지라고 한 부분, 국제법은 선거권이나 공무담임권의 인정 여부 및 국외추방 여부와 관련해서는 외국인 차별을 허용하는바, 그러한 한에서 외국인의 권리가 보장되지 않을 수 있다고 설명한 부분도 주목을 요한다. 이 모든 것은, 제헌헌법 제7조 제2항이 단지 객관적 규범에 불과한 게 아니라 외국인에게 (‘국민의 자유와 권리’에 상응하는) 법적 지위를 보장해 주기 위한 조항이고, 그 구체적인 보장 범위는 (달리 헌법에서 따로 규정하고 있지 않은 한,) 국제법적 규정에 맞게 정해지도록 하려는 취지였음을 보여 준다.<sup>23)</sup>

### III. 헌법 제6조 제2항의 구체적 내용

제헌헌법 제7조 제2항의 규정을 계승하여, 현행 헌법 제6조 제2항에서는 “외국인은 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 그 지위가 보장된다”고 규정하고 있다.

22) 유진오, 『新稿 憲法解義』, 1954, 54-55쪽.

23) 이러한 취지를 기준으로 할 때, 매우 유사한 것으로 보이는 입법례로는, 스페인의 1978년 개정 헌법 제13조 제1항: “외국인은 조약과 법률이 정하는 바에 의하여 이 편의 규정이 보장하는 공적 자유를 향유할 수 있다.” (국회도서관, 『세계의 헌법 I』, 2013, 636쪽에서 인용).

여기서 ‘외국인’이란, 대한민국 국적을 가지지 않은 자를 뜻하며, 그에는 특정 외국의 국적을 가진 자뿐 아니라 무국적자도 포함된다 할 것이다.<sup>24)</sup>

다음으로, 헌법 제6조 제2항에서 ‘지위’는 해석을 요하는 불확정개념으로서, 이 조항의 규정취지나 맥락을 감안해 구체화할 필요가 있다. 제헌헌법 제7조 제2항에서는 “법적 지위”라고 한 데 반하여, 현행 헌법 제6조 제2항에서는 그냥 “지위”라고만 하고 있다. 하지만 그 의미가 달라진 것은 아니라 하겠다. 여기서 ‘지위’는 후술하는 바와 같이 ‘국제법과 조약에 의하여 규정’되는 것이자, ‘헌법 제6조 제2항에 의하여 보장’되는 것이므로 필연적으로 ‘법적 성격’을 띠 수밖에 없다.

그리고 통상적으로 ‘법적 지위’라고 하면, ‘권리’와 ‘의무’ 일체를 포함한다. 하지만 여기서는 “보장”의 대상으로서 거론되고 있으므로, 문맥상 ‘권리’만을 가리키는 것으로 풀이해야 자연스럽다. 덧붙여, ‘반사적 이익’은 국가가 그 귀속주체에게 이를 보장할 의무를 진다는 것 자체가 개념모순이다. 그러므로 헌법 제6조 제2항상의 “지위”에 ‘반사적 이익’은 포함되지 않음은 당연하다. 결국 헌법 제6조 제2항은 ‘외국인이 대한민국에 대해 헌법상 주관적 공권<sup>25)</sup>을 가진다’는 것을 선언한 규정이라고 하겠다.

하지만 특이한 것은, 그와 같은 외국인의 주관적 공권에 어떠한 것들이 포함되고 그 내용이 무엇인지에 대해 이 조항 자체에서는 전혀 완결적으로 특정하고 있지 않다는 점이다. 이 조항에서의 “지위”라는 개념은 일견 개인이 국가에 대해 주장할 수 있는 온갖 종류와 자유와 권리를 모두 함축할 수 있을 만큼 너무 포괄적인바, 그러한 특정 기능을 전혀 하지 못한다. 그 대신 위 조항이 택한 방법은, 아래에서 보는 바처럼, 헌법상 보장된 외국인의 주관적 공권의 범위와 내용을 “국제법과 조약”을 준거로 구체화하도록 하는 것이었다.

그런데 ‘국제법과 조약이 정하는 바’가 이러한 구체화에서 준거로 기능할 수 있려면, 그 규정내용 자체가 헌법 제6조 제2항과 사항적 동질성을 가져야만 한다. 다시 말해, ‘헌법 차원’에서 외국인에게 보장될 주관적 공권은, ‘국제법과 조약 차원’에서도 주관적 공권으로 규정되어 있어야 한다. 가령, 국제법과 조약 차원에서 외국인의

24) 정문식, (사) 한국헌법학회 편, 『헌법주석 I』, 2013, 161쪽.

25) 주관적 공권이란, “개인이 국가에 대해 가지는 다음과 같은 지위(Stellung), 즉, 법률행위에 근거해 혹은 개인의 이익 보호를 위해 제정된 강행법규에 근거해 국가에게 뭔가를 요구할 수 있거나 국가에 대해 뭔가를 할 수 있는 지위”라고 정의할 수 있다. Ottmar Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, 1914, 224쪽 참조.

‘의무’로 규정한 것이 헌법 차원에서 외국인의 ‘권리’로 바뀔 수 없음은 자명하다. 마찬가지로, 국제법과 조약의 차원에서 주관적 공권이 아닌 단순한 ‘반사적 이익’으로 인식되는 것이 헌법 차원에서 ‘주관적 공권’으로 성격이 바뀔 수 없다. 따라서 헌법 제6조 제2항에서 의미하는 “국제법과 조약이 정하는 바”란, 임의의 국제법 규정을 모두 포함하는 의미가 아니라, 외국인이 대한민국에 대해 행사할 수 있는 ‘주관적 공권’을 규정한 것만 가리킨다.

또한 헌법 제6조 제2항상의 외국인의 주관적 공권은 대한민국의 모든 국가권력에 의해 보장되어야 한다. 그러므로 예컨대 어떤 양자간투자협정에서 외국인 투자자에게 대한민국을 상대로 국제기구에 중재신청할 수 있는 권리를 부여하더라도, 이러한 권리 자체는 헌법 제6조 제2항에서 보장하는 ‘외국인의 지위’에 해당하지 않는다고 풀이해야 할 것이다. 그러한 중재신청에 대하여는 해당 국제기구가 권리보장 주체로 되는 것이지, 대한민국이 그 보장의 주체가 될 수 있는 것이 아니기 때문이다.

#### IV. 헌법 제6조 제2항이 기본권조항인지 여부

##### 가. 기존의 인식

종래 지배적인 견해는 헌법 제6조 제2항은 “외국인의 기본권주체성에 직접 관련된 규정은 아니다”는 입장을 취해 왔다.<sup>26)</sup> 그에 따르면, 헌법 제6조 제2항의 의미는 단지 “외국인과 관련해서도 국제법질서를 존중하겠다는 의사를 명시적으로 밝[힌 것]”에 불과하다.<sup>27)</sup> “외국인에 대한 법적 지위의 보장은 일방적일 수 없고 상대국의 보호에 상응하는 것일 수밖에 없다는 것이 국제적 관례”라고 하면서, 결국 헌법 제6조 제2항은 이러한 관례, 즉 이른바 ‘상호주의원칙’에 따라 외국인의 법적 지위를 보장하겠다는 취지라고 풀이한다.<sup>28)</sup>

26) 전광석, 『한국헌법론』, 2015, 233쪽; 허영, 『한국헌법론』, 2012, 247쪽, 주 1; 이부하, “외국인 근로자의 직장선택의 자유”, 세계헌법연구 제17권 제3호(2011), 65-66쪽.

27) 한수웅, 『헌법학』, 2016, 353쪽.

28) 계희열, 『헌법학(상)』, 2005, 218쪽; 권영성, 『헌법학원론』, 2010, 316쪽; 성낙인, 『헌법학』, 2014, 314쪽; 이준일, 『헌법학강의』, 2015, 192쪽; 장영수, 『헌법학』, 2015, 246쪽; 홍성방, 『헌법학(상)』,

소위 ‘상호주의원칙이 지배하는 국제법과 조약이 정하는 바에 의해 보장될 뿐인 지위’는, 헌법에 의해 보장되는 기본권보다 낮은 서열로 간주된다. 그렇기에, 헌법 제 6조 제2항에 따라 외국인의 지위가 보장된다는 것은, 그와 별도로 외국인이 기본권 주체가 되는지에 관하여 논의하는 것을 방해하지 못한다고 한다.<sup>29)</sup> 다수설이 외국인의 기본권주체성을 논할 때, 헌법 제6조 제2항이라는 실정헌법규정에 대해서는 더 이상 깊이 고찰하려 들지 않고, 곧바로 기본권성질설로 나아가는 까닭이 바로 여기에 있다.

#### 나. 기존 인식의 배경

전통적인 국제법은 ‘국가’가 권리의무의 주체이고, ‘개인’은 주체가 아닌 것으로 인식해 왔다.<sup>30)</sup> 조약의 체결은 주권국 대 주권국 상호 간의 국제법적 관계를 규율하는데 주로 초점이 맞추어졌는바, 조약이 개인에게 직접 어떤 체약국들에 대해 구속적인 권리를 설정하는 것 자체가 이례적이었다. 다시 말해, 국제법은 체약국들 사이의 상호적 의무를 규정하는 것이 주를 이루었고, 개인은 그 국적국을 매개로 해당 규정의 “간접적 수혜자”가 될 수는 있을지언정,<sup>31)</sup> 그로부터 직접 그 자신이 독자적으로 행사할 수 있는 권리를 가지지 못하는 게 보통이었다.<sup>32)</sup>

‘상호주의원칙’은 이러한 전통국제법적 관념을 여실히 반영한다. 즉, 개인은 국제법상 독자적인 권리주체로 간주되지 못하기 때문에, 각 국가는 자국 국민의 보호 차원에서 상호주의원칙을 내세움으로써 상대방 체약국에게 조약의 성실한 준수를 사실상 유도 내지 강제할 필요가 있는 것이다.

이처럼, 전통적인 국제법 하에서는 개인에게 ‘주관적 공권’을 설정하는 경우 자체가 드물었다. 또한 조약에서 개인에게 주관적 공권을 규정한 경우에도, 그 권리가 그리 공고하지도 않았다. 개인의 국적국이 스스로 조약을 성실히 준수하면서 상대방 국

2016, 283쪽.

29) 전광석, 위의 책, 233쪽; 공진성, 위의 논문, 228쪽.

30) 김대순, 『국제법론』, 2015, 425쪽; 류병운, 『국제법』, 2016, 214쪽.

31) 정인섭, 『신국제법 강의』, 2016, 812쪽.

32) 김대순, 위의 책, 425쪽; 조홍석, “국제인권법의 국내법적 서열과 직접적용가능성”, 저스티스 제32권 제3호(1999. 9.), 21쪽.

가에 대해서도 상호주의원칙에 부합하는 의무의 이행을 요구할 수 있는 한에서만, 그 조약에 규정된 법적 지위가 실효성을 가질 수 있었기 때문이다.

이 모든 것이 그 동안 헌법 제6조 제2항의 공권을 실질적으로 공동화(空洞化), 부실화(不實化)하는 요인으로 기능했다. 실제로, 헌법제정자가 위 규정을 도입했을 때 가졌던 기대와는 달리, 헌법 제6조 제2항은 외국인의 법적 지위 보장에 있어 단순한 선언적 의미 외에는 이제까지 거의 아무런 실제적 기능도 하지 못하다시피 했다. 그러므로 다수설이 헌법 제6조 제2항을 ‘기본권조항’으로 인정하는 데 소극적이었던 것은, 오랫동안 전통국제법적 관념이 지배한 데 따른 자연스러운 귀결이었다고도 볼 수 있다.

#### 다. 국제인권법의 발전

하지만 그 사이 전통국제법적 관념에는 현저한 균열이 발생했다. 특히 국제인권법이 발전함에 따라 개인이 독자적으로 국제법상 권리의 향유주체가 되는 예외가 늘어났다.<sup>33)</sup>

국제인권법은 “국제적, 지역적, 국내적 차원에서 인권을 보호하고 증진시키기 위한 국제법 체제”, 즉 인권보장이 목적인 조약이나 국제관습법을 총칭한다.<sup>34)</sup> 물론, 국제인권법은 제2차 세계대전 이전에도 비록 소수이지만 존재하고 있었다. 가령, 1921년 ‘여성과 아동 매매 억제를 위한 국제협약’이나 1926년 ‘노예협약’ 등이 바로 그런 예에 해당한다. 하지만 국제인권법이 비약적으로 발전한 것은 제2차 세계대전 이후부터이며, 특히 UN 창설은 그 주요 동인이 되었다고 한다. 현재 범세계적 차원의 인권조약이나 선언 등의 수가 약 50여 개에 달하는 것은 그 동안 쌓여 온 국제인권법의 눈부신 발전을 단적으로 보여 준다.<sup>35)</sup>

국제인권법 영역에서는 더 이상 ‘국가들 상호 간의 권리와 의무’가 아니라, ‘개인과 국가 사이의 권리와 의무’가 주된 규율대상으로서 전면에 부상한다. 여기서 국가의 의무는 ‘특정한 다른 국가에 대한 의무’의 차원을 벗어나 ‘인류나 세계시민공동체

33) 정인섭, 위의 책, 812쪽.

34) 류병운, 위의 책, 640쪽.

35) 정인섭, 위의 책, 853쪽.

전체에 대한 의무'로 격상된다.<sup>36)</sup> 그에 따라 개별 국가들 간의 쌍무적 관계를 전제로 하는 상호주의원칙은 개입할 여지가 거의 없어지고, 조약의 종료나 정지, 복구 등과 같이 상호주의적 성격을 반영하는 구제수단도 국제인권법 영역에서는 원칙적으로 인정되지 않는다.<sup>37)</sup> 그 대신에 해당 인권조약의 이행여부를 감시하기 위한 국가보고서 제도나 국가간 통보제도, 개인통보제도(혹은 '개인청원제도') 같은 것이 주로 활용된다.<sup>38)</sup>

구체적으로, 대표적인 국제인권규약에 속하는 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights, 혹은 B규약)의 일부를 예로 들면 다음과 같다.

**시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약**

이 규약의 당사국은, 국제연합헌장에 선언된 원칙에 따라 인류사회의 모든 구성원의 고유의 존엄성 및 평등하고 양도할 수 없는 권리를 인정하는 것이 세계의 자유, 저의 및 평화의 기초가 됨을 고려하고, 이러한 권리는 인간의 고유한 존엄성으로부터 유래함을 인정하며, 세계인권선언에 따라 시민적, 정치적 자유 및 공포와 결핍으로부터의 자유를 향유하는 자유인간의 이상은 모든 사람이 자신의 경제적, 사회적 및 문화적 권리뿐만 아니라 시민적 및 정치적 권리를 향유할 수 있는 여건이 조성되는 경우에만 성취될 수 있음을 인정하며, 인권과 자유에 대한 보편적 존중과 준수를 촉진시킬 국제연합헌장상의 국가의 의무를 고려하며, 타 개인과 자기가 속한 사회에 대한 의무를 지고 있는 개인은, 이 규약에서 인정된 권리의 증진과 준수를 위하여 노력하여야 할 책임이 있음을 인식하여 다음의 조문들에 합의한다.

**제1조** (1) 모든 사람은 자결권을 가진다. 이 권리에 기초하여 모든 사람은 그들의 정치적 지위를 자유로이 결정하고, 또한 그들의 경제적, 사회적 및 문화적 발전을 자유로이 추구한다.

36) Bryde, "Konstitutionalisierung des Völkerrechts und Internationalisierung des Verfassungsrechts", Der Staat 42 (2003), 64쪽.

37) 우기택, "국제인권법의 국내 이행 과제", 경희법학 제51권 제2호(2016. 6.), 240쪽 참조.

38) 국가보고서 제도란, 개별 인권조약에서 당사국에 대해 정기적인 보고의무를 규정함으로써 당사국이 자율적으로 조약을 준수하도록 유도하는 제도이다. 국가간 통보제도란, 인권조약의 당사국이 조약상의 인권보장 의무를 이행하지 않은 경우 다른 당사국이 이 사실을 해당 국가 또는 인권조약상의 기구 등에 통보하여 시정케 하는 제도이다. 개인통보제도란, 개인이 직접 국제기구에 인권 침해 주장을 제기할 수 있게 하는 제도이다. 이상의 제도들에 관한 좀 더 상세한 설명으로는, 정인섭, 위의 책, 881-885쪽 참조.

(2)모든 사람은, 호혜의 원칙에 입각한 국제적 경제협력으로부터 발생하는 의무 및 국제법상의 의무에 위반하지 아니하는 한, 그들 자신의 목적을 위하여 그들의 천연의 부와 자원을 자유로이 처분할 수 있다. 어떠한 경우에도 사람은 그들의 생존수단을 박탈당하지 아니한다.

[...]

**제6조** (1)모든 인간은 고유한 생명권을 가진다. 이 권리는 법률에 의하여 보호된다. 어느 누구도 자의적으로 자신의 생명을 박탈당하지 아니한다.

[...]

**제12조** (1)합법적으로 어느 국가의 영역 내에 있는 모든 사람은, 그 영역 내에서 이동의 자유 및 거주지의 자유에 관한 권리를 가진다.

[...]

**제15조** (1)어느 누구도 행위시의 국내법 또는 국제법에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 작위 또는 부작위를 이유로 유죄로 되지 아니한다. 또한 어느 누구도 범죄가 행하여진 때에 적용될 수 있는 형벌보다도 중한 형벌을 받지 아니한다. 범죄인은 범죄가 행하여진 후에 보다 가벼운 형을 부과하도록 하는 규정이 법률에 정해진 경우에는 그 혜택을 받는다.

[...]

**제18조** (1)모든 사람은 사상, 양심 및 종교의 자유에 대한 권리를 가진다. 이러한 권리는 스스로 선택하는 종교나 신념을 가지거나 받아들일 자유와 단독으로 또는 다른 사람과 공동으로, 공적 또는 사적으로 예배, 의식, 행사 및 선교에 의하여 그의 종교나 신념을 표명하는 자유를 포함한다.

[...]

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

위에서 인용한 생명권, 거주이전의 자유, 소급형벌금지, 사상·양심·종교의 자유, 집회의 자유 등의 향유주체는 “모든 사람”이다. 따라서 외국인도 그 주체에 포함된다.<sup>39)</sup>

39) ‘경제적·사회적·문화적 권리위원회(UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights)’는 2009. 7. 2.자 일반논평 제20호(General comment No. 20)에서 ‘국적’을 차별금지사유의 하나로 열거하면서, “규약상의 권리들은 법적 지위와 등록 상태에 상관없이, 난민, 망명자, 무국적자, 이주노동자, 국제 인신매매 피해자 등 비국민을 포함한 모든 사람에게 적용된다”고 했다. 이에 앞서, ‘자유권규약위원회(Human Rights Committee)’도 1986. 4. 11.자 일반논평 제15호(General comment No. 15)에서 “이 규약상 각 권리는 국민과 외국인 사이에 차별 없이 보장되어야 하는 게 일반 원칙이다”



특히 강조할 것은, 위 규약 체결국의 관할권 내에 있는 외국인의 지위는 단지 그 국적국을 매개로 간접적으로 수혜를 입는 데 불과한 게 아니라는 점이다. 위 규약의 조문구조나 취지에 비추어, 외국인은 그 체결국에 대해 직접 규약상 권리를 독자적으로 주장할 수 있다고 보아야 한다.

그리고 이처럼 체결국과 그 관할권 내의 외국인이 위 규약상 서로 직접적인 권리의무관계에 놓이는 것으로 인정하는 이상, 그 국적국의 행태는 외국인의 규약상 지위에 있어 더 이상 변수로 끼어들 여지가 없다. 또한 그러한 한에서 외국인은 상호주의원칙에 좌우되지 않는 온전한 권리의 주체가 된다고 할 수 있다.

#### 라. 우리나라에서 국제인권법의 발효

우리나라 헌법 제6조 제1항은 “헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다”라고 규정하고 있다. 이는 ‘조약’의 경우는 헌법에 따른 체결·공포가 행해짐으로써, ‘일반적으로 승인된 국제법규’의 경우는 별도로 체결·공포 등의 절차가 없이도 바로 국내법과 같은 효력이 부여된다는 뜻이다.

국제인권조약의 체결·공포로써 그에 포함된 인권조항은 대한민국 공권력주체를 직접 구속하는 규범이 된다. 이러한 인권조항이 개인의 권익을 보장하는 데 주목적이 있는 만큼, 개인이 그 인권조항을 통해 향유하는 이익은 단순한 반사적 이익이 아닌 법적으로 보장된 이익이며, 개인은 이와 관련해 국가에 대해 주관적 공권을 가지게 된다.

나아가, 이러한 권리의 주체가 외국인인 경우에는, 상호주의원칙에 구애됨이 없이, 대한민국을 상대로 온전하게 자신의 주관적 공권을 행사할 수 있음은 전술한 바와 같다.

하지만 1980년대 말까지 우리나라 정부는 국제인권조약의 체결에 그다지 적극적이지 않았다. 아래 표에서 보는 바처럼, 우리나라가 체결한 주요 국제인권조약은, 몇 가지 예외를 제외하면, 대부분 1990년 이후에 체결되었다.

---

고 했다. 따라서 A규약과 B규약상의 각 인권은 원칙적으로 외국인에게도 적용된다.

협약명	가입서/비준서 기탁일	발효일
인종차별철폐협약	1978. 12. 5.	1979. 1. 4.
여성차별철폐협약	1984. 12. 27.	1985. 1. 26.
- 선택의정서	2006. 10. 18.	2007. 1. 18.
시민적·정치적 권리규약	1990. 4. 10.	1990. 7. 10.
- 제1선택의정서	1990. 4. 10.	1990. 7. 10.
경제적·사회적·문화적 권리규약	1990. 4. 10.	1990. 7. 10.
아동권리협약	1991. 11. 20.	1991. 12. 20.
- 제1선택의정서	2004. 9. 24.	2004. 10. 24.
- 제2선택의정서	2004. 9. 24.	2004. 10. 24.
고문방지협약	1995. 1. 9.	1995. 2. 8.
난민지위협약	1992. 12. 3.	1993. 3. 3.
- 난민의 지위에 관한 의정서	1992. 12. 3.	1992. 12. 3.
장애인권리협약	2008. 12. 11.	2009. 1. 10.

즉, 제6공화국에 들면서부터 우리나라는 주요 국제인권조약에 본격적으로 가입하기 시작했다. 1990년에는 “국제권리장전(International Bill of Human Rights)”이라고 불리는 두 국제인권규약, 즉 ‘시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약’과 ‘경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약’에 가입하였다.<sup>40)</sup> 그리고 뒤이어 ‘아동의 권리에 관한 협약’, ‘고문 및 그 밖의 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 협약’, ‘난민의 지위에 관한 협약’ 및 ‘장애인의 권리에 관한 협약’ 등에도 순차로 가입하였다. 국제인권조약에 규정되어 있던 각종 인권들이 그와 동시에 대한민국의 공권력주체에 구속적인 주관적 공권으로 전환되었음은 물론이다.

#### 마. 헌법 제6조 제2항의 부활

이처럼 1990년 이후 우리나라가 주요 국제인권조약에 본격적으로 가입하면서 외국

<sup>40)</sup> 우리나라는 ‘시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약’에 가입 당시 이 규약의 제14조 제5항, 제7항, 제22조, 제23조 제4항에 대해서 “대한민국 헌법을 포함한 관련 국내법 규정에 일치되도록 적용될 것”이라는 유보를 붙였으나, 1991. 3. 15. 제23조 제4항에 대한 유보를 철회했고, 1993. 1. 21. 제14조 제7항에 대해, 2007. 4. 2. 제14조 제5항에 대해 각 유보를 철회했다. 그리하여 지금은 제22조(노동조합 결성 등)에 대해서만 위와 같은 유보가 유지되고 있다.

인을 포함한 개인에게 ‘상호주의원칙에 좌우되지 않는 온전한 주관적 공권들’이 보장되게 되었다. 이는 곧 헌법 제6조 제2항상의 주관적 공권의 내용을 풍부하게 충전(充填)할 수 있는 소재가 대폭 확충되었다는 것을 의미하는 것이기도 하다.

물론, 국제인권조약 자체는 ‘헌법하위의 서열’을 가진다는 게 통설,<sup>41)</sup> 판례이다.<sup>42)</sup> 헌법 부칙 제5조에서 “이 헌법 시행 당시의 법령과 조약은 이 헌법에 위배되지 아니하는 한 그 효력을 지속한다”고 규정한 취지에 비추어, 국제인권조약이라 할지라도, 국내법적 효력이 인정될 수 있으려면 일단 헌법과 합치할 것이 요구되는바, 그런 점에서 국제인권조약에 대해 헌법이 우위에 있다고 할 수 있다. 또한 그 논리적 귀결로서, 외국인이 만약 단지 국제인권규약상 권리만 주장할 뿐이라면, 이 권리도 역시 헌법하위적 서열을 벗어나지 못할 것이다.

문제는, 그런 ‘헌법하위적 서열의 주관적 공권’에서 만족하는 것은 오히려 헌법 제6조 제2항의 규정취지를 몰각하는 게 된다는 점이다. 이 규정의 의미는 바로 외국인에게 ‘헌법적 서열을 가지는 공권’을 부여하는 데 있다고 할 것이다. 만일 그게 아니었다면, 헌법 제6조 제2항과 같은 규정은 굳이 도입할 필요도 없었을 터이다. 그러므로 국제인권조약에서 규정한 외국인의 인권은 단지 헌법하위적 서열을 가지는 데서 끝나는 게 아니라, 헌법 제6조 제2항에서 말하는 ‘지위’의 내용으로 그대로 전사(轉寫)되어 ‘헌법상 주관적 공권’으로서 거듭나도록 프로그램 되어 있다고 할 것이다.

## 바. 기본권의 개념

41) 예컨대, 우기택, 위의 논문, 247쪽; 정인섭, 위의 책, 129쪽; 장영수, “국제인권규약의 국내법적 의의와 효력”, 법학논집 제34집(1998), 62쪽; 조홍석, “국제인권법의 국내법적 서열과 직접적용가능성”, 저스티스 제32권 제3호(1999. 9.), 14쪽. 단, 법률적 효력이 있다고 하면서도 국내법률에 대해서는 특별법적 지위를 가지므로 우선적용된다는 견해로는, 계희열, 『헌법학(상)』, 2005, 187쪽.

한편, 헌법보다는 하위이지만 법률보다는 우위에 있다는 견해로는, 박찬운, “국제인권조약의 국내적 효력과 그 적용을 둘러싼 몇 가지 고찰”, 법조 제609호(2007. 6.), 151쪽; 박선욱, “국제인권조약의 국내적 적용”, 법학연구 제49집(2013. 3.), 421쪽.

이에 반하여, “헌법통적 효력”을 가진다고 보는 견해로는, 허종렬, “국제인권규약의 국내법적 효력과 헌법”, 성균관법학 제5호(1994), 43-44쪽; 오승철, “UN국제인권규약(B규약) 제9조 제3항의 국내법적 해석·적용”, 인권과 정의 제294호(2001), 143-144쪽. 이와 유사하게, “헌법적 차원의 효력”을 인정할 수 있다는 견해로는, 이명웅, “국제인권법과 헌법재판”, 저스티스 제83호(2005. 2.), 183쪽.

42) 헌재 2001. 4. 26. 99헌가13.

헌법 제6조 제2항에 따라 보장되는 외국인의 지위가 ‘헌법상 주관적 공권’이라 할 때, 이것은 곧 ‘기본권’인가? 헌법재판소는 무엇이 기본권인지에 관해 다음과 같이 판시한 바 있다.

“헌법소원심판을 청구할 수 있기 위하여는 청구인의 ‘헌법상 보장된 기본권’이 침해되어야 한다. 여기서 헌법상 보장된 기본권이 구체적으로 무엇을 의미하는지는 반드시 명확하지는 않다. 우리 헌법 제2장 국민의 권리와 의무 (제10조 내지 제39조) 가운데에서 의무를 제외한 부분이 원칙적으로 기본권에 해당함은 인정할 수 있으나, 그에 한정할 것인지 또는 헌법상의 위 규정들 이외에서도 기본권성을 인정할 수 있는지, 나아가서 헌법의 명문의 규정이 없다 하더라도 인정되는 기본권이 존재하는지, 존재한다면 구체적으로 어떠한 것인지에 대하여는 반드시 명확하다고만은 할 수 없다. 따라서 이 문제는 결국 개별적·구체적인 헌법해석에 의하여 해결하는 수밖에 없으나, 그것에 내재하는 의미를 ‘헌법에 의하여 직접 보장된 개인의 주관적 공권’이라고 파악할 수 있다.”<sup>43)</sup>

위 판시에서도 시사하듯이, 기본권성 여부는 ‘개별적·구체적 헌법해석’에 의해야 하지, 단지 헌법전의 특정한 장(章)·절(節)과 같이 그 편입된 위치만 가지고 가릴 수는 없다. 실제로, 헌법재판소 판례도 헌법 제2장(국민의 권리와 의무) 이외의 장에서 개별 기본권을 도출하곤 한다. 예컨대, 헌법 제1장(총강) 제8조 제1항에서는 ‘정당설립의 자유’라는 기본권을 도출한 바 있고(헌재 2006. 3. 30. 2004헌마246), 헌법 제10장(‘헌법개정’) 제130조 제2항에 규정된 ‘국민투표권’은 참정권적 기본권에 해당한다고 판시한 바 있다(헌재 2004. 10. 21. 2004헌마554).

그렇다면, ‘기본권’과 ‘헌법에 의하여 직접 보장된 개인의 주관적 공권’은 개념적으로 완전히 일치하는가? 독일의 문헌에서는 후자가 전자보다 더 넓은 개념인 것으로 파악하고 있다. 예컨대, 연방하원에 입후보한 자는 독일기본법 제48조 제1항에 의해 자신의 선거준비에 필요한 휴가를 청구할 수 있는데, 이에 따른 권리는 ‘헌법상 주관적 공권(verfassungsmäßiges subjektives Recht)’이긴 하지만, ‘기본권(Grundrecht)’은 아니라고 한다. 바꾸어 말해, 모든 ‘헌법상 주관적 공권’이 전부 다 ‘기본권’인 것은 아니며, 그 중 ‘근본적 성격(Fundamentalität)’이 있는 것만 ‘기본권’으로 간주되는데, 위 휴가청구권은 이러한 근본적 성격을 결여하고 있다는 것이다.<sup>44)</sup>

<sup>43)</sup> 헌재 2001. 3. 21. 99헌마139 등.

이러한 ‘근본적 성격’은 통상적으로 기본권이 ‘선(先)국가적 인권의 내용’을 함유하고 있거나 그 밖에 ‘개인과 국가 사이의 관계에 있어 근본적 가치가 있는 보장사항’을 내용으로 하는 데서 찾아진다.<sup>45)</sup> 이는 국내 문헌상 기본권의 개념 정의에도 일부 반영되어, 기본권은 예컨대 “인류보편적 가치인 인간의 존엄성의 그 시대, 사회에의 토상이자 실현이며, 실정법에 의해 수용된 것으로 인권을 보장하기 위해 헌법에 의해 수용·보장되는 기본적 권리”,<sup>46)</sup> “인간의 자연권 내지 천부인권사상에 기초하여 국가의 실정헌법체계에 편입된 것”,<sup>47)</sup> “국가 이전의 인권을 헌법이라는 실정법을 통해 확인함으로써 실정화(實定化)한 것이 그 중심을 이루며, 이러한 인권 외에 헌법상 보호받을 만한 기본적인 권리도” 포함하는 것,<sup>48)</sup> 또는 “근본적 가치에 관한 당위적 규범으로서 실정헌법에 의거하여 인정되는 소구가능한 주관적 권리”<sup>49)</sup> 등으로 정의되고 있다.

## 사. 헌법 제6조 제2항의 기본권조향적 성격

### (1) 쟁점의 정리

외국인이 단지 ‘국제법과 조약상 권리’의 침해만 들어 헌법소원을 제기하는 것은 허용될 수 없다. ‘국제법과 조약상 권리’ 그 자체는 헌법하위규범상의 권리일 뿐이기 때문이다. 하지만 ‘헌법 제6조 제2항상의 주관적 공권’의 침해를 주장하며 헌법소원을 하는 것도 불가능하다고 할 것인가?

이는, ‘헌법 제6조 제2항상의 주관적 공권’을 헌법재판소법 제68조 제1항에서 말하는 ‘기본권’으로 볼 수 있는가 하는 문제와 직결된다. 앞서 논의된 바를 기초로 바꾸어 표현하면, ‘헌법 제6조 제2항상의 주관적 공권’은 ‘기본권’으로 분류할 수 있을 만큼 ‘근본적 성격’을 가진다고 할 것인가?

44) Merten, in: HGR II, § 35, Rn. 125 참조.

45) Hesse, 제회열 역, 『통일 독일헌법원론』, 2001, Rn. 283; Merten, in: HGR II, § 35, Rn. 124 참조.

46) 김문현, “기본권의 법적 근거와 판단기준에 관한 소고”, 『세계헌법연구』 제18권 제2호(2012), 173쪽; 김기진, “기본권과 개인적 공권”, 『헌법판례연구』 8(2006), 529쪽.

47) 김백유, 『헌법학』, 2009, 4쪽; 성낙인, 위의 책, 882쪽.

48) 양건, 『헌법강의』, 2016, 247쪽.

49) 이장희, 『기본권의 개념 및 인정 기준과 법률적 권리의 관계』, 2015, 52쪽.

## (2) 통상적인 조약의 경우

바로 이 점과 관련하여 다음과 같은 의문이 제기될 수 있다. 가령, 한미 FTA에 의하여 미국인이 우리나라에서 우리나라 국민과 대등한 조건 하에 특정 서비스를 공급하는 일을 할 수 있게 되었다고 해서, 그 지위를 헌법 제15조의 직업의 자유에 상응하는 기본권이라고 볼 수 있는가?

혹은 예컨대 한국과 칠레 정부 간에 사증요건 면제에 관한 협정을 체결함으로써, 칠레인이 유효한 여권을 소지하고 있기만 하면 사전에 입국사증을 발급받지 않고서도 90일 이내의 기간 동안 우리나라에 자유로이 여행할 수 있게 되었다고 해서, 이 지위를 헌법 제14조의 거주·이전의 자유와 대등한 기본권이라고 볼 수 있는가?<sup>50)</sup>

기본권성 유무에 관한 본격적 검토에 들어가기에 앞서 선결적으로 짚고 넘어갈 것은, 협정체결에 의해 외국인에게 어떤 ‘권리’가 발생하였다고 할 수 있는냐이다. 이에 대한 판단은, 전체 법질서 내에서 각 협정이 가지는 법적 의미를 고려하는 가운데, 협정체결을 주도한 정부당국의 의사가 무엇이었는지 구체적으로 확인할 것을 요한다.<sup>51)</sup> 만약 협정체결을 통해 개인에게 직접 권리를 창설하려고 했던 것은 아니라고 한다면, 외국인의 주관적 공권은 부정되고, 그에 따라 헌법 제6조 제2항에 의한 헌법상 권리도 인정될 여지가 없게 될 것이다. 이 경우 외국인의 지위는, 그 국적국이 전체 국익을 위해 그 협정을 체결한 데 따른 단순한 반사적 이익을 향유하는 정도에 그칠 터이다.

반면, 정부당국의 의도가 협정체결을 통해 개인에게 직접 권리를 부여하려는 데 있었다고 한다면, 외국인은 결국 헌법 제6조 제2항에 의한 주관적 공권을 인정받게 되는데, 이것이 ‘기본권’에 해당하는지 검토할 필요가 있게 된다.

50) 유사한 문제 제기 및 이에 대한 부정적 견해로는, 정태호, 위의 논문, 407-408쪽 참조.

51) 국제법 분야에서는 ‘자기집행적 조약(self-executing treaty)’(또는 ‘직접적 효력’)이라는 제목 하에 이와 관련된 고찰을 한다. 여기서 ‘자기집행적 조약’이라 함은, ‘별도의 이행입법 없이 개인이 바로 조약규정을 원용하여 권리행사를 할 수 있는 경우’를 뜻한다. 물론, 이러한 권리행사는 ‘조약규정에 의해 개인의 권리가 성립할 것’을 전제로 하는바, 그런 점에서 여기의 논의와 관련된다. 통상적으로, 자기집행적 조약으로 인정되려면, 첫째, 해당 조약규정이 내용과 형식의 면에서 개인에게 직접 권리를 창설하는 것으로 보일 만큼 구체성·특정성을 가져야 하고, 둘째, 조약의 기초자들이 해당 조약규정을 통해 개인에게 권리를 설정하겠다는 의사와 해당 조약규정을 그 자체만으로 법원에서 직접 원용할 수 있도록 한다는 의사가 있었던 경우라야 한다. 자기집행적 조약에 관한 자세한 설명은, 김태천, “재판과정을 통한 국제인권협약의 국내적 이행”, 인권법연구 제1호(2005), 126쪽, 백충현, “국제인권규약 가입의 법적 의의”, 저스티스 제21권(1988), 12쪽 참조.

그런데 위에서 든 사례들의 경우에는, 설령 개인에게 직접 권리를 창설하려는 의도 및 그에 따라 헌법 제6조 제2항의 주관적 공권의 성립이 인정된다고 하더라도, 이것이 ‘근본적 성격’이라는 기본권의 개념표지를 과연 충족하는지 의문스럽다.

그 이유는 첫째, 위 협정에 의해 성립하는 권리는 체약국의 국적을 가진 자에게만 호혜주의에 따라 보장될 뿐이라는 점이다. 체약국의 국적을 가지지 않은 자에 대해서는 그 협정상 권리가 인정되지 않는 점에서, 그리고 체약국 국적을 가진 외국인일지라도 그 본국이 호혜주의에 반하는 행위를 할 경우에는 상호주의원칙에 따라 권리보장이 폐지될 여지가 있다는 점에서 그 권리는 원천적으로 ‘근본적 성격’이 의문시될 소지가 있다.

둘째, 위 협정이 정하는 바에 의하여 외국인에게 보장되는 지위는 그 내용 면에서 어떤 “국가와 사회의 규범적 기본구조에 관한 결정(Entscheidungen über die normative Grundstruktur des Staates und der Gesellschaft)”<sup>52)</sup>에 속한다기보다는, 당사국들의 그때그때의 이해관계에 즉응하여 세부적이고 기술적인 부분들까지 일일이 협상을 벌인 끝에 도출한 타협물에 불과한 것으로 비친다.

셋째, 이처럼 권리의 ‘근본적 성격’이 희미하다고 할 때, 그 권리 침해에 대한 구제를 헌법재판소에 맡기는 것이 과연 합리적인지도 의문이다. 헌법 제111조 제1항에서 헌법재판소의 관장사항을 한정적으로 열거한 것은, 헌법재판소가 우리 공동체의 근본적인 법문제에 집중할 수 있게 하려는 취지일 터이다. 그 이외의 것은, 사실심리에 적합한 조직, 사건처리의 광범성, 이를 통한 일반법적 전문성의 집적 등에서 헌법재판소보다 비교우위에 있는 법원이 주로 담당하여 처리하는 것이 바람직하다. 특히, 협정에 의해 직접 개인의 권리가 발생하는지에 대한 판단에 있어서, 정부당국의 구체적 의도가 무엇인지 사실확정을 해야 하고 전체 일반법질서와의 관련성 속에서 협정이 가지는 의미도 규명해야 하는 점을 고려하면 더욱 그러하다.

그러므로 위에서 든 자유무역협정이나 사증요건 면제협정이 정한 바에 따른 외국인의 지위 보장에 관하여는, 그 ‘근본적 성격’을 부정하여 헌법재판소법 제68조 제1항에서 의미하는 ‘기본권’에 해당하지 않는다고 봄이 상당할 것이다.

### (3) 국제인권조약의 경우

<sup>52)</sup> R. Alexy, 『Theorie der Grundrechte』, 1994, 475쪽.

반면에, 국제인권조약의 경우에는 전혀 상황이 다르다. 여기서는 우선, ‘개인에 대한 권리 부여의 목적’이 현저하다. 국제인권조약은 기본적으로 인권의 보호 자체가 주된 목적이기 때문이다.<sup>53)</sup> 가령 ‘시민적·정치적 권리에 관한 국제규약’은 개인에게 직접 권리를 부여한다는 데 대해 별로 이론이 없다.<sup>54)</sup>

그리고 ‘경제적·사회적·문화적 권리에 관한 국제규약’에 대해서는 종래 “입법방 침규정적 성격”만 가질 뿐이고 직접적 효력은 없다는 견해,<sup>55)</sup> “즉시 집행가능한 權利의 法源이 될 수 없다”는 견해<sup>56)</sup> 등도 있었지만, UN의 ‘경제적·사회적·문화적 권리 위원회’는 1990. 12. 14. 일반논평 제3호로, ‘이 규약 제2조 제1항에서 말하는 적절한 조치에는 입법뿐만 아니라 사법적 구제도 포함된다’는 점, ‘이 규약 제3조(모든 사회권의 향유에 있어 남녀의 동등한 권리), 제7조(a) (i)(정당한 임금과 동일가치 노동에 대한 동일보수), 제8조(노동조합을 결성하고 가입할 권리), 제10조 제3항(아동의 보호), 제13조 제2항(a) (무상초등교육의 보장), 제13조 제3항(자녀의 학교를 선택할 부모의 자유), 제13조 제4항(개인과 단체의 교육기관 설립권), 제15조 제3항(과학 연구와 창작활동의 자유) 등은 사법기관에서 즉시 적용이 가능하다고 할 것이므로, 이 규약상 규정들이 원래 비자기집행적이라고 하는 그 어떤 견해도 유지되기 어렵다’는 점을 분명히 하였으며,<sup>57)</sup> 국내의 다수 학자들도 이를 지지하는 태도를 취하고 있다.<sup>58)</sup>

다음으로, 국제인권조약상의 인권은 본질적으로 ‘근본적 성격’을 가진다. 제약국들

53) 조홍석, 위의 논문, 21쪽 참조.

54) ‘자유권규약위원회(Human Rights Committee)’는 1994. 11. 4. 일반논평 제20호로 “인권조약, 특히 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약은 국가들 사이에 상호적 의무를 교환한 데 불과한 게 아니다. 인권조약들은 개인에게 권리를 부여하기 위한 것이다.”라고 천명한 바 있다. CCPR General Comment No. 24, CCPR/C/21/Rev.1/Add.6.

55) 김철수, “세계화와 인권국가”, 세계헌법연구 제7호(2003), 9쪽.

56) 최승환, “인권조약의 효용성”, 국제인권법 제2호(1998), 30쪽.

57) CESCR General Comment No. 3, E/1991/23.

58) 정인섭, 위의 책, 858쪽; 류병운, 위의 책, 647쪽; 이명웅, 위의 논문, 194-195쪽; 우기택, 위의 논문, 265쪽; 박찬운, “국제인권법에서 바라본 사회권의 법적 성격”, 인권과 정의 제364호(2006. 12.), 105-110쪽; 이주영, “사회권규약의 발전과 국내적 함의”, 국제법학회논총 제61권 제2호(2016. 6.), 132-146쪽. 한편, 김대순, 위의 책, 975쪽에서는, 2008. 12. 10. UN총회에서 ‘경제적·사회적·문화적 권리에 관한 국제규약에 대한 선택의정서’를 채택함으로써, ‘프로그램적 성격’을 옹호하던 기존의 인식에서 벗어나는 전환점이 마련된 것으로 보고 있다. 국제인권법에서 이 선택의정서가 가지는 의미에 관해 더 상세한 것은, 정경수, “법적 권리로서 경제적, 사회적 및 문화적 권리의 확립”, 부산대학교 법학연구 제54권 제3호(2013. 8.), 133쪽 이하 참조.



은 그 관할권 내에 있는 개인에게 국적을 불문하고 인권을 보장할 의무가 있다. 상호주의는 여기서 원칙적으로 끼어들 여지가 없고,<sup>59)</sup> 인권규약에 가입한 이상 자유로운 탈퇴는 그 성질상 허용되지 않는다.<sup>60)</sup> 권리의 내용도 “기본권의 샘”이자<sup>61)</sup> 국제사회에서 보편적으로 보장하여야 한다고 믿는 ‘인권’에 관한 것으로서, 단순히 국가 간 타협의 소산으로서 상호적 의무를 교환한 데 불과한 통상적인 조약과는 그 차원이 다르다.

나아가, 국제인권조약에 따라 외국인에게 보장되는 인권을 ‘헌법 제6조 제2항의 주관적 공권’이라는 그릇에 담아 헌법상 ‘기본권’으로 보장한다면, 이는 당초 헌법제정자가 위 제6조 제2항과 같은 조항을 도입한 취지에도 잘 부합할 뿐만 아니라, 외국인한테는 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원에 의한 권리구제의 길이 열리고, 우리나라 헌법재판제도에게는 기본권의 내용과 법리를 발전시키는 데 유용한 풍부한 소재가 제공되는 결과가 되어, 여러 모로 바람직하다.

그러므로 국제인권조약에서 정한 바에 따른 외국인의 지위 보장에 관하여는, 그 ‘근본적 성격’을 긍정하여 헌법재판소법 제68조 제1항에서 의미하는 ‘기본권’에 해당한다고 보아야 할 것이다. 또한 그런 한에서 헌법 제6조 제2항은 외국인을 위한 기본권조항으로 간주할 수 있다.

### 아. 헌법 제6조 제2항과 헌법 제2장의 관계

헌법 제6조 제2항의 권리는 ‘국제법과 조약이 정하는 바에 의하여’ 그 내용과 적용범위가 매우 포괄적이고 광범위하게 형성되는바, 헌법 제2장의 각 기본권조항에 대해 일반/특별규정의 관계에 있다고 봄이 상당하다. 즉, 외국인의 기본권에 관하여 헌법 제2장 등에서 특별히 명시적 규정을 두고 있는 경우(즉, 제1기준이 적용되는 경우)에는 그 규정이 우선적으로 적용되고, 헌법 제6조 제2항은 이에 대해 보충적으로 적용되어야 할 것이다.

59) CCPR General Comment No. 24, CCPR/C/21/Rev.1/Add.6.

60) CCPR General Comment No. 26, CCPR/C/21/Rev.1/Add.8/Rev.1; 정인섭, 위의 책, 859쪽; 류병운, 위의 책, 646쪽.

61) 김문현, 위의 논문, 173쪽.

## V. 헌법 제6조 제2항을 기본권조항으로 보는 해석의 합목적성

그렇다면 헌법 제6조 제2항을 기본권조항으로 해석할 경우 실제로 어떠한 실익이 있는가?

첫째로, 외국인의 기본권주체성에 관한 명확한 실정헌법적 근거를 확보할 수 있다. 이로써, 그 기준이 모호한 ‘기본권성질론’에만 의존하여 선형적으로 외국인의 기본권주체성을 논하던 기존의 관행에서 벗어나서, 헌법 제6조 제2항과 결합한 국제인권조약상의 실정규정에 대한 해석을 통해 결론의 법적 타당성과 설득력을 제고하는 게 가능해진다.

둘째로, 외국인의 기본권주체성 인정에 관해 국제사회의 기준 및 요구수준에 충실히 부응할 수 있다. 이는 실제로 우리 헌법제정자가 원래 의도하였던 바라고도 할 수 있다. 제헌헌법 제7조 제2항에서 “외국인의 법적 지위는 국제법과 국제조약의 범위 내에서 보장된다”고 규정했을 때, 그 의미는 ‘기본적으로 외국인의 법적 지위를 보장’하되, ‘그 구체적인 보장수준은 국제법과 국제조약의 범위에서 결정되도록 한다’는 것이었다. 다시 말해, 외국인에 대한 기본적 권리의 보장은 국제법에서 통용되는 기준에 맞추겠다는 뜻이었다.

현행 헌법 제6조 제2항의 규정은 제헌헌법 제7조 제2항을 계승한 것으로서, 마찬가지로 그런 국제법적 요구수준에 대한 적응성이 다른 어떤 나라의 경우보다도 뛰어나다고 할 수 있다.

예컨대, 헌법에서 직접 ‘만인의 권리’와 ‘국민의 권리’를 준별하여 명시한 독일의 규정방식은, 일견 기본권주체성에 관한 명쾌한 헌법적 지침을 제공하는 점에서 장점이 있는 듯 보이지만, 실제로는 오히려 그것이 변화하는 국제사회의 요구수준에 부응하지 못하도록 발목을 붙잡을 위험도 있다. 가령, 독일기본법 제정 당시에는 집회의 자유나 결사의 자유, 거주·이전의 자유, 직업의 자유 등을 독일인에게만 보장할 헌법정책적 필요성 때문에 이들을 ‘독일인의 권리’로 규정했지만, 그러한 태도를 오늘날에도 여전히 그대로 고수하는 것은 ‘세계화’와 그에 따른 ‘국제법의 헌법화’<sup>62)</sup>라는

62) ‘국제법의 헌법화’는 종래 국제법 영역에서 일종의 최고입법기관의 역할을 하던 ‘주권국가들’로 하여금 그 입법적 전권을 행사함에 있어서 ‘상위의 법원칙’, 특히 ‘인권’의 구속을 받게끔 국제법질서를 구축해 나가는 것을 뜻한다. 이로써, 대등한 주권국가들 사이의 수평적 법질서를 특징으로

시대조류와 마찰을 빚는 결과만 초래할 수도 있다.

이에, 독일에서는 주로 ‘일반적 행동의 자유’라는 포괄적 기본권을 외국인에게 인정함으로써 그 위험성을 완화시키려 한다.<sup>63)</sup> 하지만 ‘일반적 행동의 자유’가 외국인을 위해 수행하는 “예비기본권으로서 기능(Reservfunktion)”<sup>64)</sup>은 결코 무제한적이지 않다. 우선, 일반적 행동의 자유는 단지 자유권의 영역에서만 그런 보충적 기능을 할 수 있을 뿐이다. 그 외에 가령 사회적 기본권 등의 영역에서는 보충적 기능을 할 수 없다.

또한 다른 개별적 자유권을 대체한다고 하더라도, 그 보호강도는 개별적 자유권에 비해 현저히 떨어진다. 즉, 기본법 제11조 제2항과 같은 가중적 법률유보가 적용되지 못하고, 기본법 제2조 제1항에서 말하는 “합헌적 법질서”에 의해 광범위한 제한을 받게 된다. 이것은 기본법제정자가 독일인과 외국인을 구별해 기본권주체성을 규정한 취지를 전혀 무시하지 않는 한, 불가피한 것이라 할 테지만, 어쨌든 국제인권법의 관점에서는 미흡하게 여겨지지 않을 수 없다.

이에 비하면, 우리 헌법 제6조 제2항은 국제인권조약이 요구하는 외국인에 대한 인권보호 수준을 거의 그대로 실현할 수 있을 만큼 적용력이 충분하다. 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약에서 규정한 생명권(제6조), 고문금지(제7조), 노예금지(제8조), 계약의무위반으로 인한 구금 금지(제11조), 오심에 대한 배상(제14조 제6항), 이중위험으로부터의 자유(제14조 제7항), 소급효의 금지(제15조), 법 앞에서 인간다운 대우(제16조), 사상·양심·종교의 자유(제18조), 소수민족의 문화적·종교적·언어적 권리(제27조) 등과 경제적·사회적·문화적 권리에 관한 국제규약에서 규정한 노동권(제6조), 공정한 노동조건(제7조), 노동조합 결성·가입권(제8조), 사회보장(제9조), 의식주에 관한 권리(제11조), 건강권(제12조), 교육권(제13조), 문화적·과학적·예술적 권리(제15조) 등을 모아 놓고 보면, 어떤 측면에서는 우리 헌법 제2장의 기본권들

---

하던 전통국제법 구조에, ‘인류 및 세계시민공동체의 이익’이라는 상위의 가치에 각 주권국가가 구속되고 이를 통해 국제법적 정당성이 부여되는 식의 수직적 요소가 가미된다. ‘국제법의 헌법화’에 관한 더 자세한 내용은, 박진완, 『국제법의 헌법화』, 2015; Bryde, “Konstitutionalisierung des Völkerrechts und Internationalisierung des Verfassungsrechts”, *Der Staat* 42 (2003), 61-67쪽 등 참조.

63) 독일연방헌법재판소는 ‘일반적 행동의 자유’라는 우회로를 통해 외국인에게 실질적으로 ‘거주·이전의 자유’에 상응하는 자유를 인정하거나(BVerfGE 35, 382), ‘직업의 자유’에 상응하는 자유를 인정할 바 있다(BVerfGE 78, 179).

64) Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2, Rn. 28.

보다 더 포괄적이다. 이처럼 자유권과 사회적 기본권을 망라하는 각종 인권은 헌법 제6조 제2항을 매개로 외국인의 기본권으로 보장될 수 있고, 그러한 인권의 범위는 향후 국제인권조약의 추가적 가입을 통해 더 확대될 여지도 있다.

나아가, 단순히 국민과 유사한 지위에 있는 외국인들에게 국민과 대등한 정도로 기본권적 보호를 하는 데서 그치는 게 아니라, 경우에 따라 외국인한테만 발생하는 특수한 상황에 대해 기본권적 보호를 할 수도 있게 된다. 가령 ‘난민의 지위에 관한 협약’ 제33조 제1항에 의한 ‘난민의 추방·송환 금지’가 그 대표적인 예이다.

끝으로, 국제인권규약의 아주 정치한 규정은 기본권주체성에 관한 판단의 곤란을 크게 덜어 줄 수 있다. 예컨대, ‘시민적·정치적 권리에 관한 국제규약’ 제12조를 인용하면 다음과 같다.

#### 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약

- 제12조** (1)합법적으로 어느 국가의 영역 내에 있는 모든 사람은, 그 영역 내에서 이동의 자유 및 거주·이전의 자유에 관한 권리를 가진다.
- (2)모든 사람은 자국을 포함하여 어떠한 나라로부터도 자유로이 퇴거할 수 있다.
- (3)상기 권리는 법률에 의하여 규정되고, 국가안보, 공공질서, 공중보건 또는 도덕 또는 타인의 권리와 자유를 보호하기 위하여 필요하고, 또한 이 규약에서 인정되는 기타 권리와 양립되는 것을 제외하고는 어떠한 제한도 받지 아니한다.
- (4)어느 누구도 자국에 돌아올 권리를 자의적으로 박탈당하지 아니한다.

위 규약 제12조는 ‘거주·이전의 자유’의 물적 보호영역을 세분화해 규정하고 있다. 즉, 제1항은 ‘체약국 영역 내에서 거주·이전의 자유’, 제2항은 ‘체약국으로부터 출국의 자유’, 제4항은 ‘체약국으로 입국의 자유’를 규율하고 있다. 이들 각 조항은 권리의 주체를 “모든 사람” 또는 “어느 누구도”라고 적고 있으므로, 일견 외국인도 국민과 같이 거주·이전의 자유를 향유할 수 있는 듯 보인다. 하지만 자세히 보면, 위 제4항은 “자국에 돌아올 권리”라고 규정하고 있음을 알 수 있다. 이에 의해, ‘자국이 아닌 타국에 입국할 자유’, 즉 ‘외국인이 입국할 자유’는 그 보호영역에서 배제된다.

반면, 우리 헌법 제14조는 위와 같이 물적 보호영역을 세분화해 규정하지 않고, “모든 국민은 거주·이전의 자유를 가진다”고만 하고 있다. 즉, ‘대한민국 영역 내에서의 거주·이전의 자유’, ‘출국의 자유’, ‘입국의 자유’가 모두 ‘거주·이전의 자유’라는 개념에 뭉뚱그려진 것이다. 단지 ‘외국인이 입국할 자유’만 보호대상에서 배제하고 싶어도, 조문 구조상 이것만 분리해 내기 어렵다. 그 결과 외국인에 대해서는 ‘거주·이전의 자유’ 전체에 대해 기본권주체성을 부정하는 결론으로 이어질 위험이 커진다.

그렇다고 위 헌법 제14조가 꼭 문제가 있다고는 생각되지 않는다. 적어도 ‘국민’에게는, 번잡하게 보호영역을 나누어 규정하는 것보다 묶어서 “거주·이전의 자유”라고 하는 게 더 간결해서 좋다. 문제는, 외국인의 경우에도 꼭 헌법 제14조에서 거주·이전의 자유를 도출해야 한다는 고정관념이다. 외국인에 관한 한, 헌법 제6조 제2항과 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약 제12조의 결합에 의한 정밀한 규율에 의하는 것이 더 바람직하다. 국제사회가, 전술한 바와 같은 외국인의 거주·이전의 자유의 보호범위와 관련한 교착상황을 예상하여 지혜를 모아 마련한 해결책을 굳이 마다할 이유는 전혀 없다.

## VI. 결 론

‘외국인의 기본권주체성’이 단지 강학상 차원을 넘어 실무적 차원에서 중요한 의미를 가지게 된 것은, 1988년 제정된 헌법재판소법이 헌법소원심판절차를 규정하면서 부터라고 할 수 있다. 헌법재판소법 제68조 제1항 소정의 헌법소원은 기본권을 침해 받은 자만 제기할 수 있는데, 기본권 침해가 인정될 수 있으려면 일단 기본권의 주체여야 한다. 그러므로 외국인도 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원을 할 수 있으려면, 먼저 ‘외국인의 기본권주체성’이 인정되지 않으면 안 된다. 외국인의 기본권주체성이 헌법재판소 실무에서 중요한 쟁점으로 부상할 수 있었던 것은 바로 이러한 배경에서이다.

실제로, 헌법재판소 출범 후 11년만에 ‘외국인의 헌법소원 가능성’ 문제가 구체적

사건으로 제기되었다. 그에 대해 헌법재판소는 2001. 11. 29. “국민과 유사한 지위에 있는 ‘외국인’은 기본권의 주체가 될 수 있다”라고 판시하여,<sup>65)</sup> 외국인에게 헌법소원에 의한 권리구제의 길이 열려 있음을 공식적으로 확인하였다. 그 이론적 근거는 ‘기본권성질론’이었다. “인간의 권리”에 해당하는 기본권은 외국인도 향유할 수 있다는 것이다. 그 동안 학계에서 논의해 왔던 ‘기본권성질론’은 이로써 우리나라 헌법재판제도 발전사를 한 걸음 진전시키는 발판이 되었다.

하지만 이후 일련의 헌법재판소 판례들에서 원래 ‘기본권성질론’에 내재해 있던 문제점들이 금방 노정되었다. 이른바 ‘인간의 권리’와 ‘국민의 권리’를 나누는 기준 자체가 모호한 탓에, 가령 ‘직장선택의 자유’는 ‘인간의 권리’이므로 외국인도 그 주체가 될 수 있지만,<sup>66)</sup> ‘직업의 자유’는 ‘국민의 권리’이므로 외국인이 주체가 될 수 없다고 하는가 하면,<sup>67)</sup> ‘근로의 권리’ 중 ‘일할 자리에 관한 권리’는 사회적 기본권으로서 국민에게만 인정되는 반면, ‘일할 환경에 관한 권리’는 자유권적 기본권의 성격도 아울러 가지므로 외국인에게도 인정될 수 있다고 하는 식으로,<sup>68)</sup> 상호모순적인 판시들이 이어졌다. 또한 그에 따른 결론 자체도 ‘세계화’라는 시대적 변화에 제대로 부응하지 못한 것이라는 아쉬움이 있었다.

이 글에서는 실정헌법조항에 천착한 해결책을 제시함으로써 외국인의 기본권주체성에 관한 판단의 명료성과 시대적 변화에 대한 적응성을 제고하고자 하였다. 논지를 한 마디로 압축하면, 우리 헌법상 기본권조항에서 따로 ‘국적 중립적 개념’ 사용을 통해 외국인의 기본권주체성을 예정하고 있지 않은 한에서, 헌법 제6조 제2항은 국제인권조약상 외국인에게 인정되는 각종 ‘인권’을 헌법재판소법 제68조 제1항에서 말하는 ‘기본권’으로 전환시키는 기능을 하는 것으로 보자는 것이다. 그로써 그간 말전되어 온 국제인권법을 자양분으로 삼아 외국인의 기본권을 대폭 확충할 수 있게 하는 데 이 글의 궁극적인 지향점이 있다.

이러한 시도가 다소 독자적인 견해로 비쳐질지라도, 향후 외국인의 기본권주체성에 관한 새로운 접근 내지 해결을 모색하는 데 하나의 밑거름이 될 수 있었으면 한다.

끝으로, 국제인권법은 외국인의 인권만 보장하기 위한 게 아니다. 우리나라 국민도

65) 헌재 2001. 11. 29. 99헌마494 결정.

66) 헌재 2011. 9. 29. 2007헌마1083.

67) 헌재 2014. 8. 28. 2013헌마359.

68) 헌재 2007. 8. 30. 2004헌마670.

똑같이 국제인권법상의 인권을 보장받을 주체이다. 다만, 국민에 대해서도 이처럼 인권을 헌법상 기본권으로 전환시킬 필요가 있는지, 만약 있다면 그런 전환을 매개할 수 있는 헌법조항은 무엇인지는 별개의 규명대상이다. 이 글에서는 일단 이 문제에 관한 고찰에까지 나아가지는 않고, 이를 추후 연구할 과제로 남겨 두고자 한다.





## 주권과 인권의 사이에서: 외국인의 법적 지위\*

이철우\*\*

- I. 들어가는 말
- II. 국민과 외국인, 그 가름의 패러독스
- III. 주권과 기본권의 공간적 범위와 국경관리의 논리
- IV. 이주민의 지위와 권리
- V. 맺음말: 지구화시대의 이민법

### I. 들어가는 말

국경을 넘는 이동은 많은 현대인에게 일상사가 되었다. 이주를 목적으로 하지 않는 초국경 이동만 보더라도 세계 전체로 볼 때 1995년 5억 4천만 건에서 2014년 11억 6천만 건으로 증가했다.<sup>1)</sup> 대한민국에 입국한 외국인의 수도 1980년대까지 연간 100만 명을 넘지 않던 것이 1990년대에 들어와 매년 300만을 넘었고, 2000년대 들어와 500만을 넘었으며 2016년에는 1,700만을 넘었다.<sup>2)</sup> 이주 인구도 크게 늘고 있다. 유

\* 이 글은 동천공익법총서 제3권에 해당하는 법무법인(유한)태평양/재단법인 동천 위임, 『이주민법연구』, 경인문화사 (2017)의 첫 장에 해당한다.

\*\* 연세대학교 법학전문대학원.

1) World Bank, International Tourism, Number of Arrivals, <http://data.worldbank.org/indicator/ST.INT.ARVL>. 이 수치는 체류기간이 12개월을 넘지 않고 경제활동을 목적으로 하지 않는 비상주자의 입국 건수만을 집계한 것으로서 모든 나라에 통일된 기준을 적용한 결과는 아니다.

2) 한국관광공사, 월별 외래객 입국 (1975-2016), <https://kto.visitkorea.or.kr/kor/notice/data/statis/profit/board/view.kto?id=379522&isNotice=true&instanceId=294&num=0>

엔은 이주자(migrant)를 상주국(country of usual residence)을 변경한 사람으로 정의하고, 1년 이상 상주국이 아닌 곳에 체류하는 사람을 장기(long-term) 이주자로, 3개월 이상 1년 미만 비상주국에 체류하는 사람을 단기(short-term) 이주자로 정의한다.<sup>3)</sup> 그러나 각국은 이주자를 자기의 출생국이 아닌 나라에 체류하는 사람 또는 국적국이 아닌 나라에 체류하는 사람으로 상이하게 정의하고 있어, 유엔은 둘 중 하나의 기준을 선택한 각국의 보고에 따라 이주자의 저량(stock)을 집계한다. 그에 따르면, 2015년 현재 세계의 이주자는 2억 4천 4백만 명에 이른다. 이는 1990년의 1억 5천 3백만에 비해 60% 증가한 것이다.<sup>4)</sup> 대한민국에서는 2007년에 체류외국인이 처음으로 1백만을, 2016년에 2백만을 넘어섰다. 90일 이상 체류하는, 따라서 유엔의 통계에서 이주자로 취급되는 등록외국인도 2014년 1백만을 넘어섰다.<sup>5)</sup> 1971년 등록외국인이 6,800 명, 1990년에도 5만 명을 넘지 않았음을 감안하면 비약적인 증가라 할 수 있다.<sup>6)</sup>

이주가 빈번해지고 이주민의 수가 늘어났다고 해도 세계 인구 전체에서 이주민이 차지하는 비율은 크지 않다. 이주민은 75억 세계 인구의 3.3%에 불과하며, 1990년의 2.9%와 비교할 때 지난 4만세기 동안 그 비율이 크게 변하지 않았다.<sup>7)</sup> 북한을 제외한 대한민국의 이주민 비율은 세계 평균보다 훨씬 낮아 2%가 조금 넘는 정도이다. 세계적으로 불법체류자에 대한 파악이 어려워 이주 인구의 집계가 정확하지 않음을 감안해 이주 인구를 늘려 잡더라도 세계 인구 대비 그 정도 규모의 이주가 대단하다고 단정할 수는 없다. 1846년에서 1939년까지의 기간에 5,900만 명이 유럽을 떠나 미주 대륙과 오세아니아, 남아프리카에 정착하였는바, 일각에서는 인구의 크기를 고려할 때 이 시기의 이주가 상대적 규모 면에서 더 컸다고 말한다.<sup>8)</sup>

3) 이해경, “이민과 이민정책의 개념”, 이해경·이진영·설동훈 외 5인, 『이민정책론』, 박영사 (2016), 4-5.

4) United Nations Department of Economic and Social Affairs (UNDESA), *International Migration Report 2015*, 1. 유엔의 조사에 옹한 232개국 중 188개국은 외국에서 태어난 사람의 수를, 44개국은 외국인 인의 수를 보고했다. 각국이 택한 기준이 달라 장기와 단기 이주자는 구별되고 있지 않다. OECD는 외국인 인구와 해외출생 인구를 모두 집계하며, 1년 이상 국적국 또는 출생국을 떠난 이주자를 영주(permanent) 이주자와 준영주(permanent-type) 이주자로 구별한다. 이해경, 위의 글, 5-6.

5) 법무부 출입국·외국인정책본부, 『출입국·외국인정책통계월보』 2016. 12, 17-19.

6) 이철우, “세계화와 시민권의 변용”, 이숙종·장훈 공편, 『세계화 제2막: 한국형 세계화의 새 구상』, 동아시아연구원 (2010), 204.

7) UNDESA, *International Migration Report 2015*, 2.

그렇다면 오늘날을 왜 “이주의 시대”라고 부르며 국제이주를 증대한 사회현상인 것처럼 말하는가? 현재의 이주가 19세기와 20세기 전반기, 나아가 20세기 후반 냉전 시대에 비해 어떤 면에서 새로운 것인가? 첫째, 삶의 터전을 옮기는 이주는 절대적 비율 면에서 제한되어 있다 하더라도 이동이 용이하고 이동에 소요되는 비용이 낮아져 이주 가능 인구의 규모가 커졌다고 할 수 있다. 둘째, 세계 전역이 이주회로(migration circuit)에 편입되었고 이주의 방향이 다양화되었다. 즉 이주가 지구화(globalization)되었다. 과거에는 어느 한 지역에서 특정 지역으로의 이주가 대량으로 이루어졌고 이주의 방향이 일방적이었다면, 이제는 세계 대부분의 나라가 이민을 내보내기도 하고 받아들이기도 하는 지위로 변화였다. 이민송출국으로 알려졌던 남유럽 국가와 터키, 대한민국에 상당히 많은 이민자가 유입되고 있고, 많은 전통적 이민송출국이 소위 이주전환(migration transition)을 경험했다. 즉 순이민유입국(net immigration countries)으로 변모했다. 아울러 각국의 이주 유형도 다양화되었다. 이주회로에 편입된 대부분의 나라가 영구적 경제 이주, 단기순환이주, 결혼이주, 난민 등 모든 이주 유형을 경험하고 있다.<sup>8)</sup> 셋째, 주권(主權)의 심화와 함께 외국인 인구 유입에 국가들이 예민해졌으며 출입국관리에 대한 관심과 노력이 폭증했다. 역사적 연고에 따라 대량으로 이주가 이루어졌고 개별 이주자에 대한 통제가 느슨했던 과거와 달리, 국가들은 경제적인 득실을 계산해 선별적으로 이민을 수용하는 한편 개별 이주자를 철저하게 파악, 취급, 통제하게 되었다.

전세계적으로 이민법의 중요성이 증대되고 수요가 늘어나고 있음은 정확한 지표를 제시하지 않더라도 실감할 수 있다. 이는 사회의 법제화(juridification) 수준이 전반적으로 높아지는 것의 일환임과 동시에 이주에 대한 국가의 관리와 통제가 심화되고 있음을 뜻한다. 아울러 이주민의 권리 보호를 향한 동력이 강화되기 때문이기도 하다. 그렇다면 이민법은 종래 어떤 특징을 지녀왔으며, 이주 현실의 변화는 이민법에 어떤 영향을 미치고 있고, 국가와 이주민의 관계는 이민법을 통해 어떻게 재조정되고 있는가? 본 장에서는 이민법을 주권과 인권이 만나는 현장으로 보고, 이주 주체의 위치와 이주의 단계에 따라 주권과 인권이 어디에서 균형점을 찾는가를 살핍으로써 이

<sup>8)</sup> Stephen Castles, Hein de Haas & Mark J. Miller, *The Age of Migration: International Population Movements in the Modern World*, 5th ed., New York: The Guildford Press (2014), 5. 이 책 제4판의 번역본으로는 Stephen Castles & Mark J. Miller (한국이민학회 옮김), 『이주의 시대』, 일조각 (2013).

<sup>9)</sup> Castles, De Haas & Miller, 위의 책, 5-17.

민법의 구조적 특질을 드러내 보이고자 한다. 여기에서는 주권과 인권의 관계, 그리고 국가와 이주민의 관계를 세 개의 큰 주제영역으로 나누어 논구한다. 세 주제영역은 각각 II, III, IV절에서 천착한다.

첫째는 주권의 보유자이자 행사 주체로서의 국민과 주권의 행사 대상인 외국인의 준별이라는 문제이다. 이민법이 당연한 전제로 삼는 이 구별은 특정 집단이 어느 시점에 스스로를 타자와 경계짓는 결단을 수행함으로써 만들어내는 것으로서 그 근거에 대해서는 왜 거기에서 경계가 그어지는가라는 논리적 의문이 제기될 수 있다. 그 구별은 이민법의 근본적 토대를 이루고 이민법에 특징을 부여한다. 이민법은 근대 국가의 대부분의 법과 달리 법제정의 시원적 권력 주체인 주권자와 법의 적용 대상인 수범자의 불일치를 특징으로 한다. 오늘날의 입법은 치자와 피치자의 동일성이라는 민주주의 원리에 기초한 주권인민의 자기규제라는 의미를 지닌다. 이에 비해 이민법은 주권적 의사결정에 참여하지 못하는 타자들을 규율 대상으로 삼는다. 이민법은 법공동체와 정치공동체의 불일치를 보여주는 대표적인 분야이다. 체계이론(systems theory)의 언어를 빌어 표현하자면, 이주민의 삶을 지배하는 많은 기능체계들 - 학문, 교육, 노동 등 - 은 국가의 경계에 갇히지 않는다. 그러한 기능체계들과 접속하는 법의 여러 하위체계들 - 정신적 자유를 규율하는 법, 교육서비스 관련법, 노동법 등 - 은 비록 국가제정법의 형식을 띠더라도 그 작동은 주권자를 떠받들지 않으며 필요로 하지도 않는다.<sup>10)</sup> 그것은 국가의 안과 밖이라는 경계를 지니지 않는다. 반면 국가를 단위로 분절화(segmentation) 또는 분절적으로 분화(segmentary differentiation)된 정치체계 및 국가에로의 분절화 논리를 수용한 법의 하위체계들 - 출입국관리법 등 - 은 수범자가 국가에 소속되었는지 아닌지를 끊임없이 문의하며 그가 참여하는 다른 기능체계들을 자극한다. 나중에 보겠지만, 이와 같은 체계들 사이의 대립과 인터페이스 속에서 이주민이 향유하는 권리의 범위가 정해진다.

둘째는 주권 행사의 공간적 범위와 국경관리의 지점, 그리고 이주민 인권 보호의 관계이다. 국가주권과 이주민 인권이 부딪히는 것은 주권이 미치는 공간적 범위 속에서이다. 영토 밖에 있는 외국인은 해당 국가와 아무 관계를 맺지 않든지 입국의 의

10) “즉 법체계는 - ‘법치국가’ 형식을 취하더라도 - 주권자가 없이도 얼마든지 가능하다. 다시 말해 법체계는 더 이상 주권자를 떠받들 이유가 없으며, 법체계의 역설을 다른 방식으로 해소할 수 있기 때문에 주권자를 필요로 하지도 않는다.” Niklas Luhmann (윤재왕 옮김), 『사회의 법』, 새물결 (2014), 554.

사를 전하는 수준에서 관계를 맺을 뿐이다. 그는 배제를 당해도 구제받을 수 없는 위치에 있다. 그가 영토에 발을 딛고자 할 때 비로소 국가는 폭력을 발동한다. 바로 이때부터 국가는 입국하려는 개인의 인권과 맞닥뜨린다. 주권적 폭력이 행사되는 지점에서 비로소 법의 보호가 시작된다는 아이러니가 발생한다. 그런데 어느 정도로 법의 보호를 받을 수 있다는 말인가? III절에서는 입국에 대한 통제와 이주민의 권리구제의 실상을 살핌으로써 타자를 상대로 하는 주권의 크기를 가늠해 본다. 입국의 통제만큼 사람들에게 주권의 강고함을 각인시키는 국가의 작용은 없으며, 다른 나라에 입국할 때 거치는 고통스런 절차만큼 개인이 일상적 수준에서 국가성(stateness)을 실감하는 계기는 없다. 그런데 여기에서 행사되는 주권은 주권의 여러 종류 중 하나에 불과하며 다른 종류의 주권과 크기와 강도에서 반드시 비례적 관계에 있지 않다. 국제관계 이론가 크라스너(Stephen Krasner)는 주권을 국내(domestic) 주권, 상호의존(interdependence) 주권, 국제법적 주권, 베스트팔렌 주권의 넷으로 구별한다. 국경을 넘는 인력과 물자의 이동을 통제하는 권력이 상호의존 주권이다. 크라스너는 네 주권이 반드시 필연적 동반관계에 있지 않음을 보여준다.<sup>11)</sup> 외세에 휘둘리는 나라, 즉 베스트팔렌 주권을 제대로 행사하지 못하는 나라도 상호의존 주권은 제대로 행사할 수 있는 반면, 베스트팔렌 주권을 강고하게 지키면서도 국경관리를 소홀히 하는 나라도 있다. 현재와 같은 국경관리, 상호의존 주권의 행사를 가능하게 만든 기술적 조건은 제1차 세계대전을 전후하여 비로소 형성되었다. 여권의 통용이라는 ID혁명이 일어난 것이다.<sup>12)</sup> 그 전까지 많은 나라에서 국경관리와 입국통제는 제대로 이루어지지 못했다. 상호의존 주권의 역사는 다른 종류의 주권이 성장해 온 역사와 반드시 일치하는 것이 아니었다. “국제관계의 구성 원리로서 국가주권이 최고수위를 맞았다”고 평가되는 19세기말,<sup>13)</sup> 많은 나라는 국경을 넘는 이주를 제대로 통제하지 못했다. 상호의존 주권을 위한 기술적 조건의 형성은 주권과는 계보를 달리하는 권력이 작용한 결과이다. 그것은 푸코(Michel Foucault)가 생명권력(biopower)이라 부르는, 사람의 삶을 관

11) Stephen D. Krasner, *Sovereignty: Organized Hypocrisy*, Princeton: Princeton University Press (1999).

12) John Torpey, “The Great War and the Birth of the Modern Passport System”, in Jane Caplan & John Torpey (eds.), *Documenting Individual Identity: The Development of State Practices in the Modern World*, Princeton: Princeton University Press (2001).

13) Kim Rubenstein & Daniel Adler, “International Citizenship: The Future of Nationality in a Globalized World”, 7 *Indiana Journal of Global Legal Studies* 519, 531 (2000).

리하는 삶과 힘의 작용이며, 푸코가 통치성(governmentality)이라 부르는, 인구를 총체로서 관리함과 동시에 그에 속한 개별자를 심층적으로 파악하는 합리성의 소산이다.<sup>14)</sup> III절에서는 통치성과 생명권력이 어떻게 상호의존 주권에 의해 전유되는가를 최신의 국정관리 기법을 소개함으로써 보여준다. 아울러 국정관리의 탈영토화를 통해 상호의존 주권과 베스트팔렌 주권이 맺는 새로운 관계를 엿보게 한다.

세 번째의 주제는 영토 안에 들어온 이주민의 권리이다. 국민과 외국인의 준별이 근대 국민국가의 핵심 원리라 해서 국민은 전부를 가지고 외국인은 아무 것도 가지지 못하는 것이 아님은 물론이다. 이주민은 하나의 집단이 아니다. 이민법은 공리적, 정책지향적 성격을 가지며, “도움이 되는 이주민”과 그렇지 않은 이주민을 차별적으로 취급한다.<sup>15)</sup> 도움이 되는 이주민에게는 많은 혜택이 주어지며, 국민과의 차이는 중요하지 않다.<sup>16)</sup> 그러나 국가가 공리적 견지에서 부여하는 이익과 어떤 상황에서도 요구할 수 있는 권리는 같지 않다. 이주민이 누리는 이익이 보편적 권리인지의 여부는 최말단에 위치하는 이주민, 소위 메틱(metics)이라 불리는 초청노동자와 비정규(irregular) 이주자들이 그것을 주장할 수 있는지를 통해 알 수 있다.<sup>17)</sup> IV절에서는 통상 시민권의 내용으로 알려진 시민적 권리(자유권), 정치적 권리, 사회적 권리를 이주민이 어느 정도 향유하고 있는지를 개관한다. 흔히 자유권은 모든 인간의 권리이고 참정권은 국민의 권리, 사회권은 원칙적으로 국민의 권리로 관념하지만 IV절의 논의는 각 권리의 향유 여부를 세밀하게 관찰해야 함을 보여준다. 자유권이라 해서 외국인에게도 당연 개방되어 있지 않고, 사회권이라 해서 외국인이 주장할 수 없는 것이 아님을 알 수 있다. 사회적 권리의 향유와 관련해서는, 불법체류 상태에 있는 외국인을 등장시켜 그를 둘러싼 권리의 지형도를 알아본다.<sup>18)</sup> 비정규이주자도 사회적 권리

14) Michel Foucault, “Governmentality”, in Graham Burchell, Colin Gordon & Peter Miller (eds.), *The Foucault Effect: Studies in Governmentality*, Chicago: The University of Chicago Press (1991).

15) 물론 그 차별은 외국인이 수행하는 기능에 기초한 차별로서 상이한 체류자격의 부여로 나타나며, 인종차별이나 성차별과 같은, 기능체계의 요구와 무관한 차별을 뜻하지 않는다.

16) 많은 개발도상국에서 엘리트 외국인은 일반 국민이 가지지 못하는 특권을 누린다.

17) 메틱이라는 용어에 대해서는 Will Kymlicka, *Politics in the Vernacular: Nationalism, Multiculturalism, and Citizenship*, Oxford: Oxford University Press (2001), 153.

18) 본서의 필진 사이에서는 “불법체류”라는 용어가 체류자격을 갖추지 못한 이주민 집단에 부정적 낙인을 부여할 우려가 있다는 점에서 사용을 자제하자는 합의가 있었으나, 어떤 사람의 입국이나 체류가 해당 국가의 실정법상 적법한지는 인식되어야 할 중요한 사실이므로 본절에서는 맥락에 따라 “불법체류”라는 용어를 사용하고, “불법체류자”를 비정규(irregular) 이주자, 미등록(undocumented) 이주자와 혼용한다.

를 누릴 수 있음은 그가 “인간”으로서 참여하는 사회적 기능체계들이 국가에 의해 경계지어지지 않으며, 정치체제와 출입국관리법체제의 간섭으로부터 스스로를 지켜냄을 뜻한다고 설명하게 될 것이다.

이주민이 시민권의 내용을 이룬다고 간주되는 여러 권리를 누리는 것은 새로운 현상인가? 그렇게 됨으로써 시민권은 더 이상 국가에 억매이지 않게 되는가? 탈국가적(postnational) 시민권의 시대가 도래한 것인가? 본질의 땀말에서는 이 문제를 논급할 것이며, 그러한 진단이 적절치 않음을 지적할 것이다. 아울러 현재의 변화를 어떻게 설명할 것인지에 대한 시론을 제시한다.

이 글은 이 책의 각 절이 탐구하는 많은 주제들을 다루게 될 것이다. 견해가 다를 수도 있을 것이다. 그러나 차이의 많은 부분은 용도에서 비롯된다. 이 절에서는 각 절과 같이 이주민권의 개별 영역에 대한 깊이 있는 탐구를 목표로 하지 않는다. 이 글은 주권과 인권이 부딪히는 현장인 이민법의 구조적 특질을 보여주기 위한 방편으로 이주민권의 각 영역에서 법이 어떤 태도를 가지고 있는지를 소개하는 한편 필요한 만큼 그것을 이론적으로 설명하는 데 주안점을 둔다. 각 절이 해당 분야의 현행 법을 비판적으로 평가하고 바람직한 법의 방향을 제시하고자 한다면, 이 절에서는 현재의 법상황이 어떠한지를 사실로서 접근하고, 규범적 평가를 최소화하고자 한다. 그러한 목적과 접근방법의 차이가 각 절의 서술과 이 글 사이에 내용적 불일치를 가져올 수도 있다.

이 글은 국내 법령에서, 외국법, 그리고 국제인권협약에 이르기까지, 국내 판례에서 여러 나라 법원의 판례, 그리고 국제법원의 판례에 이르기까지, 여러 층위와 넓은 범위에서 수집된 사례들을 소개하고 분석한다. 이 글의 접근방법은 일종의 부조적(浮彫的) 수법(手法)이다. 즉 일관된 비교의 기준을 가지고 적실성을 가지는 사례들을 비교하는 것이 아니라 여기저기에 널린, 두드러진 사례들로부터 부분적으로 필요한 정보를 얻을 뿐이다. 이 글은 비교법적 연구를 지향하는 것이 아니라 중요한 쟁점들을 제시하고 그것을 조명하는 것을 목적으로 하며, 쟁점의 조명에 적합한 범위에서 사례들을 활용한다.

## II. 국민과 외국인, 그 가름의 패러독스

이민에 대한 규제는 규제를 가하는 사람과 규제의 대상자의 이분법적 구획을 특징으로 한다. 규제를 가하는 사람은 주권의 집합적 보유 주체인 국민이며, 규제의 대상자는 주권의 행사에 전혀 참여할 수 없는 외국인이다. 외국인은 그 정의에서부터 타자로 규정된다. 즉 외국인은 “국민이 아닌 사람”이다.<sup>19)</sup> 이와 같은 집단적 자아와 타자의 구별은 이민 규제의 전제를 이룬다. 나라에 따라서는 집단적 자아, 즉 국민이 누구인지를 헌법에서 언급하기도 하지만 국민됨의 상세한 요건은 법률로 정하는 것이 일반적이다. 대한민국은 국민됨의 요건을 헌법의 위임에 따라 법률로 정한다.

그런데 대한민국의 헌법과 법률(국적법) 어디에도 최초의 국민이 누구인지를 정하는 규정이 존재하지 않는다. 제헌헌법 제3조는 “대한민국의 국민되는 요건은 법률로써 정한다”고 규정했고 그에 따라 1948년 12월에 제정된 국적법 제2조는 “출생한 당시에 부(父)가 대한민국의 국민인 자” 등 선천적 대한민국 국민을 몇 개의 요건에 따라 정의했지만, 그러한 국민에게 국적을 전해준 시원적(始原的) 대한민국 국민이 누구인지에 대해서는 침묵했다. 심지어 규정 자체에 모순이 있는 것처럼 느껴지기도 한다. 대한민국 헌법이 제정되고 정부가 수립된 지 몇 달 지나지도 않았는데 “부(父)가 대한민국 국민인 자”를 언급한다면, 그때의 “대한민국”은 무엇인가라는 의문이 제기되는 것이다. 국적법 기초자들은 의도적으로 그에 침묵했다. 그것은 여기에서의 대한민국은 고래로부터 내려오는 한민족의 국가를 지칭하는 것으로서 한민족의 국가는 한번도 국권이 단절된 적이 없었다는 믿음 때문이었다.<sup>20)</sup> 한편 대한민국 법원은 미군정기에 공포된 국적에 관한 임시조례라는 법령이 정하는 바에 따라 “조선”의 국적을 가지게 된 사람이 대한민국 헌법의 제정과 함께 대한민국 국적을 취득하였다고 해석함으로써 국적법 기초자들과는 다소 다른 논리를 채택했다.<sup>21)</sup> 1948년 5월 제정된 국적에 관한 임시조례 제2조는 “조선인을 부친으로 하여 출생한 자” 등 몇 가지

19) 최윤철, “외국인의 법적 지위”, 이철우·이희정 외 8인, 『이민법』, 박영사 (2016), 43.

20) 정인섭, “법적 기준에서 본 한국인의 범위”, (임원태교수 정년기념) 『사회과학의 제문제』, 법문사 (1988), 661-662.

21) 서울고등법원 1995. 12. 8. 선고 94구16009 판결, 대법원 1996. 11. 22. 선고 96누1221 판결, 이철우, “국적의 취득과 상실”, 이철우·이희정 외 8인, 앞의 책(주 19), 261-262.



요건에 해당하면 조선의 국적을 가진다고 규정했다. 그러나 “조선의 국적”이 무엇이며 “조선인”이 누구인지에 대해서는 규정을 결여했다. 일각에서는 최초의 국민이 누구인지를 정하는 규정을 결여하고 있음을 문제 삼는다.<sup>22)</sup> 그러나 대한민국이든 조선이든, 최초의 국민이 누구인지를 규정한다고 해서 문제가 해결되는 것은 아니다. 대한제국의 신민(臣民)으로서 제국의 주권에 복속하였던 자를 대한민국 국민으로 본다 또는 조선 국적을 가진 자로 본다고 규정했다더라도 그런 사람이 누구인지는 여전히 정의되어야 한다.<sup>23)</sup> 더 근본적인 문제는 그러한 정의를 누가 어떤 자격으로 하는가이다. 대한민국 국민, 즉 대한민국의 주권자가 누구인지 정하는 법에 선행하여 대한민국 국민을 정의할 수 있는 사람은 누구인가의 문제이다. 이 문제는 모든 독립의 선언 행위, 모든 국가의 창설 행위에 수반된다. 자크 데리다(Jacques Derrida)는 미국 독립선언서를 소재로 이 패러독스를 지적했다. 미국 독립선언은 인민의 이름으로 발화(發話)되었지만 그 인민이 선언에 앞서 존재하는 것이 아니라 역으로 서명에 의해 스스로를 탄생시켰다는 것이다.<sup>24)</sup>

그렇다면 그렇게 탄생하는 인민의 인적 경계는 우연히 결정될 뿐인가? 함재학과 김성호는 시원적 헌법제정권력의 주체인 인민은 그들의 주권을 선언하는 헌법 제정의 행위를 통해 주체로서 등장한다고 하면서도 그러한 제헌의 행위는 그에 선행하는 역사적 경험에 터잡은 기억들을 소재로 하고 있음을 인정한다.<sup>25)</sup> 그렇다면 주체로서의 주권인민이 누구인지를 규정하는 기억은 어떤 기억인가? 흔히 한국인은 스스로를 피를 나누는 단일민족으로 간주하며, 한국인을 외부에서 관찰하는 사람들도 한국인이 매우 강한 종족적(ethnic) 또는 혈연적 민족 관념을 가지고 있음을 지적하는 경우가 많다.<sup>26)</sup> 그러나 그러한 정체성은 오랜 기간 일정한 영토 안에서, 그리고 단일한 국가 권력의 지배를 받고 살아온 경험에서 비롯되는 기억들과 중첩되어 있다. 즉 1천 년

22) 석동현, 『국적법』, 법문사 (2011), 308-331; 노영돈, “우리나라 국적법의 몇 가지 문제에 관한 고찰”, 『국제법학회논총』 제41권 제2호 (1997), 53-57; 이장희, “통일시대를 대비한 한국 국적법의 개정방향 검토”, 이장희 엮음, 『통일시대를 대비한 국적법의 개정방향』, 아시아사회과학연구원 (1998), 58-62.

23) 정인섭, “우리 국적법상 최초 국민 확정기준에 관한 검토”, 『국제법학회논총』 제43권 제2호 (1998), 246-247.

24) Jacques Derrida (진태원 옮김), 『독립선언들』, 『법의 힘』, 문학과지성사 (2004).

25) Chaihark Hahm and Sung Ho Kim, *Making We the People: Democratic Constitutional Founding in Postwar Japan and South Korea*, Cambridge: Cambridge University Press (2015), chap. 1.

26) 신기욱, 『한국 민족주의의 계보와 정치』, 창비 (2009), 제10장.

이 넘는 기간 동안 같은 영토 위에서 하나의 왕권에 복속한 특이한 역사적 경험에 터잡은 정체성과 종족적 정체성 사이에 큰 구별이 없는 것이다. 이렇게 종족과 영토라는 이중적 준거를 가지는 정체성이 현재의 대한민국 국민을 경계 짓는 데 작용했다.<sup>27)</sup>

그러나 그러한 경계의 내부에 속한 집단이 고스란히 대한민국 국민으로 전화한 것은 아니다. 앞에서 언급한 국적법 기초자들이 대한민국 국민임을 전제한 사람들, 즉 대한제국의 신민과 그 자손을 어떻게 식별해내는가의 문제가 있다. 미군정기와 대한민국 정부수립 이후의 실무는 일제시대 조선호적에 등재된 것을 조선인 또는 대한민국 국민의 중요한 표지로 삼았다. 물론 일본으로의 송환대상을 결정하는 데 호적 등재와 무관하게 혈통을 근거로 했고 제헌국회를 구성하기 위한 유권자를 확정하는 데 조선인으로부터의 출생을 하나의 근거로 삼기도 했지만, 대한민국의 행정에서는 호적에의 등재를 가장 확실한 표지로 취급했다.<sup>28)</sup> 그러나 대한제국 또는 그 이전 조선의 신민이었던 자 중에는 국가의 낮은 인구관리능력으로 말미암아 국가의 관료적 시선에서 벗어나 있었던 사람들이 적지 않았고 그 중 통감부시대의 민적(民籍) 및 일제하 조선호적에 입적되지 못하고 한반도를 떠난 사람도 있었다. 더 나아가 호적에의 등재와 무관하게 중국이나 러시아로 이주했다가 돌아오지 못한 사람들도 있다. 그런 사람들은 대한민국과의 접촉이 차단되었고 결국 대한민국 국민임을 부정당하였다.<sup>29)</sup> 이들이 대한민국 국민인지의 여부를 결정하는 주권적 결정에 참여하지 못한 채 배제된 사실은 국민과 외국인을 가름하는 행위에 내재하는 패러독스를 예시한다.

국민은 데리다가 말하는 것처럼 누가 국민인지 결정하는 행위에 참여함으로써 역으로 규정되는 것만은 아니다. 예를 들어, 북한인은 그 결정에 참여하지 못했지만 대한민국 국민의 지위를 일방적으로 부여받고 있으며, 그들의 남한으로의 이주는 국제이주가 아니므로 이민법의 대상이 되지 않는다. 그러나 국제이주자로서, 이민법의 대상이 되는 사람 중에는 대한민국 국민의 인적 경계를 정하는 행위에 선행하는, 그

27) Chulwoo Lee, "The Law and Politics of Citizenship in Divided Korea", 6(1&2) *Yonsei Law Journal* 3, 7-10 (2015).

28) 정인섭, "법적 기준에서 본 한국인의 범위".

29) 중국의 조선족동포는 1997년 법무부의 중국동포국적업무처리지침에 의해 1949년 10월 1일자로 대한민국 국적을 상실한 것으로 취급되었다. Chulwoo Lee, "How Can You Say You're Korean? Law, Governmentality, and National Membership in South Korea," 16(1) *Citizenship Studies* 85, 91 (2012).

경계 내부에 있는 사람들과 다르지 않은 경험과 배경을 가졌음에도 불구하고 결정에서, 그리고 결정에 의해 구획된 경계로부터 배제되어 타자로 취급되는 사람들이 있는 것이다.

### III. 주권과 기본권의 공간적 범위와 국경관리의 논리

#### 1. 입국할 권리

현대 사회로 올수록 사회가 분화되고, 그에 따라 사람의 지위는 자기의 의지와 무관하게 출생 등에 의해 가지게 되는 귀속지위(ascriptive status)에서 성취지위(achieved status) 중심으로 바뀌게 된다. 그러나 여전히 강력하게 존속하고 있고 심지어는 더 강화되는 면까지 보이는 귀속지위가 바로 국적이다. 어느 나라 사람으로 태어났는가는 그 사람의 삶을 결정하는 가장 중요한 조건의 하나이다. 이는 확대되고 심화되는 기능적 분화(functional differentiation)에도 불구하고 세계는 여전히 국민국가(nation-state)로 분절화되어 있다는 점에서 비롯된다. 국민과 외국인의 준별이 실제의 권리 배분에서 그렇게 의미 있는지 반문하는 사람도 있겠지만 여전히 국민과 외국인의 격차는 매우 크다. 국민과 외국인 사이의 가장 큰 권리상의 차별화는 입국의 권리에서 나타난다. 세계인권선언(Universal Declaration on Human Rights) 제13조 제2항은 “자국으로 돌아올 권리”를 선언하고, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights) 제12조 제4항은 “자국에 입국할 권리”를 명시하고 있다. 인종차별철폐협약(International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination)은 “자국으로 돌아올 권리”를 인정하는 데에서 인종차별을 금지하고 있다(제5조 제d항 제ii호). 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약의 제정 과정에서 입국 대상국을 “국적국(country of nationality)”으로 명기할 것인가 “자국(his own country)”으로 느슨하게 규정할 것인가를 둘러싼 논쟁이 있었음은 입국 대상국을 국적국보다 넓게 인정하려는 의도가 있었음을 말해준다. 자국을 국적국으로 제한하지 않으려는 해석론은 해당 국가와 “진정하고 실효성 있는 유대

(genuine and effective link)”를 가진 무국적자, 국적피박탈자, 정주외국인 기타 이해관계자를 입국의 권리의 주체에 포함하고자 한다.<sup>30)</sup> 그러나 어떤 연고관계를 입국의 권리의 근거로 삼을 것인가에 대해서는 “국적국” 대신 “자국”을 고집한 사람들 사이에서도 의견이 일치되지 않았고 현재에도 그러하다. 위의 규약에 의해 설립된 인권위원회(Human Rights Committee, 구 인권이사회)는 국제법에 반하여 국적을 박탈당한 사람, 국적국이 타국에 편입된 사람, 거주국 국적을 취득하지 못하는 무국적자가 그에 해당한다고 볼 뿐 연고 있는 이주민에까지 권리를 연장하려 하지 않는다.<sup>31)</sup> 한편 유럽인권협약(Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 약칭 European Convention on Human Rights) 제4추가개정서(Protocol 4) 제3조 제2항과 미주인권협약(American Convention on Human Rights) 제22조 제5항은 국적국에의 입국 권리만을 명기하고 있다. 대한민국은 입국권 또는 귀국권을 국민에 한정하고 있는데, 영주자격을 가진 사람도 일반 외국인과 동일하게 취급하는 것이 적절한지에 대해 의문이 제기된다.<sup>32)</sup> 출국과 귀국의 권리에 관한 1987년의 스트라스부르선언(Strasbourg Declaration on the Right to Leave and Return)은 “국적국”보다는 “자국”이라는 용어를 선택하였음에도 불구하고(제6조) 별도의 조문으로 영주권자와 무국적자에 대해 규정하고 있다(제7·8조). 입국의 권리는 국민에 한정하더라도 강한 연고를 가졌거나 인도적 고려가 필요한 비국민을 그에 준해 취급해야 한다는 이상을 표현한 것으로 읽힌다. 지금까지 살펴본 바로 볼 때, 입국의 권리는 예외적인 경우가 아니면 국민에 제한된다는 것이 일반적인 믿음임을 알 수 있다. 그렇다고 입국의 허용 여부에 대한 국가의 결정이 전혀 규범의 제한을 받지 않는 것은 아니다. 후술하듯이, 가족재결합을 위한 입국과 체류를 허용해야 한다는 요구가 규범력을 더해가고 있다. 그러나 그것은 입국권의 주체가 넓어졌다기보다는 별개의 인권법적 원리가 국가의 출입국행정을 제한한 결과이다. 1985년 유엔총회 결의로 채택된 비국민 인권선언(Declaration on the Human Rights of Individuals Who are not Nationals

<sup>30)</sup> Kathleen Lewand, “The Right to Return of Palestinians in International Law”, 8(4) *International Journal of Refugee Law* 532 (1996).

<sup>31)</sup> Human Rights Committee, General Comment 27, Freedom of Movement (Art. 12), U.N. Doc CCPR/C/21/Rev.1/Add.9 (1999).

<sup>32)</sup> 차용호, *한국이민법*, 법문사 (2015), 298; 이현수, “외국인의 입국”, 이철우·이희정 외 8인, 앞의 책 (주 19), 76.

of the Country in which They Live)은 이를 다음과 같이 표현한다. “이 선언의 어떠한 내용도 외국인의 불법 입국이나 체류를 합법화하는 것으로 해석되지 아니하며, 어떠한 조항도 외국인의 입국과 체류의 기한 및 조건에 관한 법령을 공포하고, 자국민과 외국인간의 구별을 설정하는 국가의 권리를 제한하는 것으로 해석되지 아니한다. 다만 그 같은 법령은 인권 분야를 포함한 해당국의 국제적 법적 의무와 양립할 수 없는 것이어서는 아니된다”(제2조 제1항).

## 2. 입국을 통제하는 권력과 입국하려는 사람의 권리

외국인의 입국에 대해 국가가 가지는 재량권에 비해 일단 입국한 외국인을 취급하는 국가의 권력은 상당한 제약을 받는다.<sup>33)</sup> 일단 영토 내에 발을 들여놓은 외국인은 인간으로서 누리는 나름의 권리가 있다. 대한민국 헌법은 제6조 제2항에서 “외국인은 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 그 지위가 보장된다”고 규정할 뿐이지만 그것이 외국인은 헌법상의 기본권을 누릴 수 없음을 뜻하는 것은 아니다. 헌법이 기본권의 주체를 “국민”으로 명시하고 있음을 근거로 외국인의 기본권 주체성을 원칙적으로 부정하는 해석론이 없지는 않지만, 헌법재판소는 성질에 따라 기본권을 인간의 권리와 국민의 권리로 분류하여 인간의 권리에 해당하는 기본권은 외국인도 향유할 수 있다는 입장을 견지해왔다.<sup>34)</sup> 외국인을 포함하여 모든 인간이 보편적으로 향유하는 권리로는 인간의 존엄과 가치, 신체의 자유, 주거의 자유 등이 포함된다. 이는 불법체류 상태에 있는 외국인에게도 적용된다. 따라서 일단 입국한 외국인의 신병을 확보하여 퇴거시키는 과정에는 헌법상의 제약이 따른다. 외국인이 누리는 기본권에 의한 제약이 있고 헌법 제12조 제1항이 규정하는 적법절차 원칙에 따른 제약도 있다. 외국인이 입국하여 오랜 기간 체류할수록 그러한 제약은 더욱 커진다. 이는 대부분의

33) “일반적으로 대한민국에 입국하려는 외국인보다 대한민국에 일단 입국한 외국인의 경우가 경제적 내지 사회적으로 대한민국과 좀더 많은 연관성을 가지고 있을 것이고, 이러한 대한민국과 관련된 당해 외국인의 경제적 내지 사회적 이익을 보호할 필요성이 있기 때문이다. 강제퇴거와 관련하여, 재량권의 범위가 입국심사시에 허용되는 재량권의 범위보다 좁다.” 서울행정법원 2014. 9.23. 선고 2014구합5842 판결, 차용호, 『한국이민법』, 534에서 재인용.

34) 헌재 2011. 9. 29. 선고 2007헌마1083, 2009헌마230·352(병합) 결정의 범정의견 및 외국인의 기본권 주체성을 원칙적으로 부정하는 김종대 재판관의 반대의견 참조. 최윤철, “외국인의 법적 지위”, 이철우·이희정 외 8인, 앞의 책(주 19), 47-58.

법치국가에 공통적이다. 그런 제약을 피하기 위해 각국은 외국인의 입국을 규제하는 데 총력을 기울인다.

그렇다면 입국을 규제하는 데 국가는 얼마나 막강한 권한을 가지는가? 위에서 언급한 외국인의 입국 권리에 대한 국제법 해석론과 무관하게, 실제로 국가들은 외국인의 입국을 용인하거나 불허하는 데 어느 정도의 자율적 결정권을 행사하는가? 그리고 그것은 어떤 원리에 근거하는가? 이 문제를 바라보는 데 중요한 단서를 제공해주는 것이 미국의 법리이다. 미국 이민법은 입국의 통제에서 시작했다고 해도 과언이 아니다.

1875년까지 미국의 이민규제는 각 주가 가지는 경찰권의 범위에 속해 있었고 이민의 통제는 실질적으로 이루어지지 않았다. 국정관리가 충실히 이루어지기 위해서는 이민규제가 연방의 권한에 포섭되어야 했다. 1875년에 이르러 전과자와 성매매 여성의 입국을 규제하는 연방 법률을 제정했다. 개별 사유에 기초한 이 같은 규제를 넘어 연방의 정책적 이민규제가 제도화된 것은 확대되는 중국인 이민에 대한 규제 요청 때문이었다. 1868년 미국과 중국은 벌린게임(Burlingame)조약을 체결하여 상대국으로부터 입국하는 여행자에게 최혜국대우를 제공하기로 합의했다. 이로써 중국인의 미국 이주가 확대되었는데, 이에 대해 캘리포니아가 반발하면서 중국인을 차별적으로 처우하자 이민규제의 연방화가 가속화되었다. 캘리포니아 정부가 중국인 승객의 상륙에 보증금을 요구하는 데에서 비롯된 한 사건에서 연방대법원은 외국인의 입국허가에 관한 법률의 제정권은 연방의회의 권한임을 선언했다.<sup>35)</sup> 한편 연방의회와 정부도 반(反)중국인 정서를 반영하는 이민정책을 추진했다. 1880년에는 중국인 이민을 규제할 수 있도록 조약을 개정했다. 이에 근거해 제정된 역사적인 법률이 1882년의 중국인입국불허법(Chinese Exclusion Act)이었다.<sup>36)</sup> 이 법률은 중국인 노동자의 입국을 10년간 금지하는 한편 일시 귀국했다가 돌아오는 중국인에게는 재입국허가서를 지참하도록 했다. 1884년에는 법을 개정하여 중국인 노동자를 중국국적자에 제한하지 않고 중국 출신자를 뜻하는 것으로 넓게 정의하고 노동자는 미속련과 속련을 모두 포함함을 명시하는 한편 재입국허가서만을 입국허가를 위한 근거 서류로 못박았다.

<sup>35)</sup> *Chy Lung v. Freeman*, 92 U.S. 275 (1875).

<sup>36)</sup> 이 법률을 중국인배제법 또는 중국인배척법이라 번역하기도 하나 여기에서의 exclusion은 입국을 불허하는 조치를 뜻하는 출입국관리법상의 용어이다.

1888년에 이르러서는 재입국허가서를 더 이상 인정하지 않고 개정법률의 발효 이후의 모든 재입국을 불허하였다. 이로 인해 약 30,000 명의 중국인이 실효한 재입국허가서를 들고 귀환을 부정당했다. 동법은 1892년에 중국인 노동자가 아닌 모든 “중국인”을 대상으로 10년간 연장되었고, 이미 거주하던 중국인도 거주확인증을 제시하지 않으면 불법체류로 추정하여 강제퇴거하도록 했다. 1902년에는 한시법의 탈을 벗고 영구적으로 중국인 이민을 봉쇄했다.<sup>37)</sup>

1875년에 캘리포니아에 이주했다가 1887년 재입국허가서를 발급받아 출국한 후 1888년 법 개정예에 의해 입국을 불허당한 중국인 사건에서 연방대법원은 매우 중요한 법리를 선언했다. 외국인의 입국을 통제하는 권한은 주권의 내재적 속성에서 비롯되는 것이라 함으로써 이민행정의 권한이 무엇으로부터 도출되는지에 대한 논란을 잠재웠다.<sup>38)</sup> 그러한 권한에는 심지어 이미 부여한 입국허가를 취소할 자유도 포함된다 고 보았다. 주권은 입국을 허가한다는 일종의 계약에 의해 방기되거나 제한될 수 없다는 것이었다. 이 판결은 이민규제 권한이 연방의회의 소위 전권(全權, plenary power)에 속한다는, 즉 이민규제는 의회의 입법권과 행정부의 정책집행권에 전적으로 복속하며 사법부는 이들의 정책적 결정에 대해 실질적으로 심사하지 못한다는 소위 전권이론(plenary power doctrine)의 발원지로 알려져 있다.<sup>39)</sup> 이 법리는 이민정책의 추진을 위해 의회는 광범위한 입법재량을 가지며 의회로부터 폭넓은 권한을 위임 받은 행정부 역시 넓은 재량을 발휘하여 처분을 할 수 있고 사법부는 그러한 의회와 행정부의 권력 행사를 존중해야 한다는 것이다. 전권이론은 미국 정부의 출입국관리 권한을 설명하는 기본 법리로 자리 잡았으며 여전히 건재하다.<sup>40)</sup> 전권이론은 미국

37) Gabriel J. Chin, “*Chae Chan Ping and Fong Yue Ting: The Origins of Plenary Power*”, David A. Martin & Peter H. Schuck (eds.), *Immigration Stories*, New York: Foundation Press (2005), 5-29.

38) 미합중국 헌법은 귀화에 관한 통일된 규정을 연방의회가 정한다는 것을 규정할 뿐(제1조 제8항) 출입국관리에 대해서는 명시적 규정을 결여하고 있다.

39) *Chae Chan Ping v. United States*, 130 U.S. 581 (1889). 이 사건을 중국인입국불허사건(*Chinese Exclusion Case*)으로 부르기도 한다. 이 사건과 함께 전권이론의 발원지로 여겨지는 사건으로 *Fong Yue Ting v. United States*, 149 U.S. 698 (1893)가 있다. 1892년 개정 법률의 적용에 의해 거주확인증이 없음을 이유로 강제퇴거를 당하게 된 3인에 대해 연방대법원은 입국불허와 추방은 모두 주권국가의 내재적이고 양도불가능한 권리에 속한다고 판시하면서 이를 위한 의회의 결정을 사법부는 존중해야 한다고 인정했다. 두 판결에 대한 상세한 해설로는 Chin, “*Chae Chan Ping and Fong Yue Ting: The Origins of Plenary Power*”.

40) 최근의 판례를 인용하면, “연방대법원은 ‘외국인을 추방하거나 입국불허하는 권한을 사법적 통제로부터 벗어나 정부의 정치적 부처들이 행사하는 주권의 근본적 속성으로 오래도록 인정’해왔다.”

특유의 법리로서, 이민정책과 행정에 대한 의회와 행정부의 권력 행사를 유달리 강력하게 보호한다. 그러나 많은 나라들이 그만큼 강력하게 의회와 행정부의 자율성을 인정하지 않는다고 해도, 적어도 입국의 통제에 대해서는 주권 행사의 불가침성에 대한 강도 높은 믿음을 대부분 공유하고 있다. 그렇다고 입국통제에 아무런 규범적 제약이 가해지지 않는 것은 아니다. 어느 정도의 규범적 제약이 가해지는가?

대한민국의 출입국관리 행정을 기준으로 보자면, 누구를 입국하게 할 것인가 말 것인가의 결정에는 두 단계가 있다. 첫 단계는 입국금지와 입국거부로서, 입국금지는 출입국관리법 제11조 제1항이 규정한다. 공중위생, 공공안전, 경제질서, 사회질서, 선량한 풍속, 정신장애 또는 무자력으로 인한 구호 부담 가능성, 강제퇴거의 전력, 일제강점기의 학살과 학대 전력, 이상에 준하는 사정과 같이 사전적 기준에 의해 미리 입국을 할 수 없는 사람을 지정하는 것이다. 동조 제2항은 다른 나라가 대한민국 국민에 대해 대한민국의 입국금지 사유 외의 사유로 입국을 금지하는 경우 그와 동일한 사유로 상대국 국민의 입국을 거부할 수 있게 하고 있다. 공직선거법과 같은 다른 법률에서 입국금지 사유를 규정하는 경우도 있다. 입국금지는 어떤 사유에 해당하는 사람 전체를 대상으로 삼고 있지만, 그에 해당하는 특정인을 미리 출입국관리정보 시스템에 등록하고 그의 입국의 허용 여부를 그 정보에 따라 판단하도록 하는 경우가 많다. 입국을 금지하는 사전적 기준의 설정이 포괄적이라 하여 명확성 결여라는 입법상의 하자가 있다고 보지는 않는 것이 법원의 입장이나, 법무부장관에 과도한 재량권을 부여하여 자의적 법해석의 우려가 있다는 비판이 있다.<sup>41)</sup> 앞에서 언급했듯이, 미국에서는 전권을 행정부에 위임함으로써 행정부가 포괄적 기준에 입각하여 폭넓은 재량을 행사하여 입국의 허용 여부를 정할 수 있도록 하고 있다. 그러나 누구를 입국시킬 것인가를 결정하는 것이 국가에 고유한 주권의 행사라 해서 보편적 인권에 반하는 입국금지 사유를 용인할 수는 없다. 예를 들어, 위에서 본 미국의 중국인입국 불허법을 지금 시행한다면 국제인권법과 헌법에 반하여 용인되지 않을 것이다. 민족

“이 전권을 의회가 집행부에 위임하는 경우 집행부의 결정 또한 일반적으로 행정심사나 사법심사로부터 보호된다.” *Cardenas v. United States*, 826 F.3d 1164 (2016). 그러나 정치적 기관의 판단을 존중하거나 그것을 보호해야 한다는 것이 반드시 정치문제(political question)와 같이 사법적 판단에 적합하지 않음을 이유로 각하해야 한다는 뜻은 아니다. 입법을 통해 사법심사를 배제하거나 주권 국가의 고권적 행위이므로 사법심사의 대상이 아니라 하여 각하하는 경우도 있고, 본안에 대해 심판하되 입법과 행정의 재량을 존중하여 청구를 기각하는 경우도 있다.

41) 차용호, 『한국이민법』, 297-307 및 그(307면)에 인용된 황필규의 관점.



적 출신에 따른 차별에 해당하기 때문이다.<sup>42)</sup>

그러나 사전적으로 입국금지 사유를 규정하는 것을 다루기는 어렵다. 그에 해당하는 사람을 특정하는 정부의 조치를 사법적 수단을 통해 다룰 수 있는지에 대해서는, 그것이 행정 내부의 정보제공 행위에 불과하며 상대방인 외국인에 대한 의사표시에 이른 것은 아니라는 이유로 항고소송의 대상이 되는 처분이 아니라는 견해도 있으나,<sup>43)</sup> 처분성을 인정해 본안판단을 한 사건도 있다.<sup>44)</sup> 그 중 하나는 병역면탈을 위해 미국시민권을 취득했다는 이유로 비난받은 연예인의 사건이었다.<sup>45)</sup> 그렇다고 한국 사회와 전혀 연고가 없이 해외에 있는 외국인에 대한 입국금지가 처분성이 있다고 할 수 있을지는 의문이다. 입국금지 조치 자체의 처분성을 떠나 실제로 다툼은 입국금지가 실현되었을 때 발생한다. 입국금지는 사증발급신청 등 구체적인 입국 시도 행위가 있고 행정부가 그것을 거부할 때 현실적으로 실현된다. 사증발급을 거부한 조치에 대해서는 어느 정도로 다룰 수 있는가? 한국은 명시적 법규정이 없는 가운데, 상이한 판결례가 나와 있다. 결혼이민사증을 거부한 결정에 대해서는 행정소송법상의 처분성을 인정하지만, 방문취업사증에 대해서는 판례의 입장이 일정하지 않다.<sup>46)</sup> 재외동포법상의 외국국적동포를 위한 재외동포사증에 대해서는 신청의 권리가 있음을 이유로 처분성이 있다고 본 판례도 있다.<sup>47)</sup> 사증의 종류가 표상하는 한국 사회와의 연고 및 잠재적 밀착도에 따라 구제절차의 가용 여부가 결정된다 볼 수 있다. 영국과 같이 법령으로 거부당했을 때 사법적 구제가 가능한 사증의 종류와 그렇지 않은 것을 명시적으로 구별하는 나라도 있다. 미국에서는 영토 밖에 있는 사증신청자가 사증발급거부에 대한 사법심사를 청구할 수 없다는 법리가 확립되어 있다.<sup>48)</sup> 다만 국민인 초청자 또는 배우자가 사증발급 거부로 인해 기본권을 침해당했다고 주장하면서 소송을 제기하는 길은 열어놓고 있다.<sup>49)</sup> 이에 비해 한국에서는 외국인을 초청하

42) 중국인의 이민 배제는 아시아인 전체에 확대되었다. 그러한 차별은 1965년 이민법 개정 때까지 계속되었다. 인종차별철폐협약 제1조 제1항에 따르면 “이 협약에서 ‘인종차별’이라 함은 인종, 피부색, 가문 또는 민족이나 종족적 출신에 근거를 둔 어떠한 구별, 배척, 제한 또는 우선권을 말하며...”

43) 이현수, “외국인의 입국”, 107-108.

44) 차규근, “[법률칼럼] 당신의 입국을 거부합니다...②”, 『재외동포신문』, 2016. 11. 23.

45) 서울행정법원 2016. 9.30. 선고 2015구합77189 판결.

46) 이현수 외 3인, “권익 보호 절차”, 이철우·이희정 외 8인, 앞의 책(주 19), 237-238; 차규근, 앞의 글.

47) 서울행정법원 2016. 9.30. 선고 2015구합77189 판결.

48) 이를 consular nonreviewability라는 용어로 표현한다.

는 국민이 사증발급인정서 발급거부로 인해 침해받은 이익을 구제받기 위한 소송의 원고적격을 가지는지에 대해 다수의 판례는 부정적이다.<sup>50)</sup> 물론 사법적 구제절차가 있다 하더라도 사증발급 여부는 광범한 재량에 속하여, 행정청의 결정을 다투는 것은 실질적으로 매우 어렵다.

### 3. 출입국항에서의 통제와 국경관리의 테크닉

입국관리의 두 번째 단계는 출입국항의 입국심사이다. 이 단계의 결정이 입국허가 또는 입국불허이다. 이 단계의 통제에 대한 규범적 제한은 어떠한가? 출입국관리법은 입국금지과 입국거부에 이어 제12조에서 출입국항에서의 입국심사를 규정하면서도 입국이 불허되었을 때 어떤 구제수단이 있는지를 규정하지 않고 있어 입국불허에 대한 사법적 구제 가능성을 둘러싼 견해의 대립이 있다.<sup>51)</sup> 미국에서는 처음 또는 새로 이 입국하려는 자가 입국을 불허당하는 경우 청문을 거치지 않고 강제출국시킬 수 있도록 허용하는 법률도 입법재량에 속한다는 법리가 확립되어 있다.<sup>52)</sup> 그 후 입법과 판결에 의해 사법심사가 가능하게 되었으나 일반 이주자에 그러한 권리가 헌법상 보장됨을 선언한 것은 아니다.<sup>53)</sup> 입국불허는 당사자가 즉시 귀환을 거부함으로써 송

49) 저명한 맑스주의 경제학자 어네스트 만델(Ernest Mandel)에 대한 사증발급을 거부한 데 대해 만델 본인 및 절차적 적법절차와 헌법상 표현의 자유 침해를 주장하는 초청기관 종사자 등이 제기한 소송이 중요한 사례이다. *Kleindienst v. Mandel*, 408 U.S. 753 (1972). 이 판결을 통해 외견적으로 정당한(facially legitimate) 그리고 선의의(bona fide) 이유로 내린 행정부의 결정을 존중해야 한다는 소위 만델 법리가 탄생했다. 만델 기준에 합치하는 이유를 실시하였음을 근거로 결혼이민사증의 발급을 거부당한 사람의 배우자가 제기한 소송에서 적법절차 위배 주장을 배척한 근래의 판결 *Kerry v. Din*, 576 U.S. \_\_\_ (2015) 참조.

50) 차규근, “[법률칼럼] 당신의 입국을 거부합니다...②”. 초청자의 원고적격을 인정하고 사증발급인정 불허처분을 취소한 사례로서 제주지방법원 2006. 6. 7. 선고 2005구합733 판결. 판례와 행정심판례의 동향에 대한 이현수 외 3인, “권익 보호 절차”, 238-239에서는 이를 예외적인 사례로 취급하고 있다. 원래 사증발급인정서의 신청주체를 초청자로 하였으나, 2002년 법개정을 통해 신청자를 외국인으로 하고 초청자는 단지 신청을 대리할 수 있도록 했다. 이현수, “외국인의 입국”, 104.

51) 차용호, 『한국이민법』, 311-314.

52) *United States ex rel. Knauff v. Shaughnessy*, 338 U.S. 537 (1950); *Shaughnessy v. United States ex rel. Mezei*, 345 U.S. 206 (1953). 이 두 사건 모두 미국 시민의 배우자의 입국이 안보상의 이유로 거부된 사례로서 연방대법원은 “입국이 거부된 외국인에 대해서는 의회가 승인한 모든 절차는 적법절차이다”라는 유명한 명제를 되풀이했다. 후자 사건의 당사자는 19개월 해외 체류 후 귀환했으나 입국을 불허당한 후 송환할 다른 나라가 없자 입국전 구금수용시설(악명 높은 뉴욕의 엘리스섬 Ellis Island)에 무기한 수용되었다. 연방대법원은 아무런 사법적 구제절차 없이 무기한 구금하더라도 입국 전의 외국인이므로 조치를 다룰 헌법상의 권리를 가지지 않는다고 판시했다.

환을 위한 대기 상태에 들어가면서 다툼의 대상이 되며, 입국불허를 다투는 것은 곧 강제력을 행사하여 출국을 강제하거나 입국을 막기 위해 인신을 구속하는 조치를 다투는 것이 된다. 그래서 미국에서는 입국불허에 대한 구제는 주로 인신보호(habeas corpus) 청구에 의한다.<sup>54)</sup> 대한민국 출입국관리법은 입국심사의 결과 입국이 허가되지 않은 외국인을 “48시간을 초과하지 아니하는 범위에서 외국인보호소에 일시보호할 수 있다”고 규정하고, 부득이한 사유가 있는 경우 48시간 이내에서 1회 연장할 수 있도록 하고 있다(제56조). “보호”가 헌법 제12조가 규정하는 체포와 구속에 포함되는지, 적법절차, 영장주의, 구속적부심 등 형사절차에 적용되는 원칙들을 얼마나 적용하여야 하는지를 둘러싸고 논란이 있지만,<sup>55)</sup> 입국이 불허된 사람의 송환을 위한 기술적인 이유에서 수행되는 일시보호를 일반보호 또는 강제퇴거의 집행을 위한 보호와 동일하게 취급할 수는 없을 것이다. 그럼에도 불구하고 인신보호법이 정하는 구제절차는 출입국관리법에 의한 보호에는 적용되지 않는다(제2조 제1항). 반면 출입국관리법 제76조에 의해 송환의 의무를 가지는 운수업자에 해당하는 항공사들의 운영 협의회(AOC)에 의해 운영된다는 형식을 가지고 있는 송환대기실은 출입국관리법상의 외국인보호시설이 아니므로 인신보호법의 적용을 받는다는 판결이 있다.<sup>56)</sup> 그럼에도 불구하고 쟁송을 통해서야 변호사접견권을 확보할 수 있었다.<sup>57)</sup> 현재 송환대기실은 개방형으로 전환했다고는 하지만 여전히 사실상 수개월 동안 신체의 자유를 제약당하고 머무는 열악한 환경의 장소로 알려져 있다.<sup>58)</sup>

이상에서 살핀 입국의 단계를 넘게 되면 훨씬 강력한 인권의 보호를 받는다. 대부분의 나라에서 입국심사 단계에서 입국을 불허당한 사람을 송환하는 절차와 불법적이라도 일단 체류를 시작한 사람을 강제퇴거하는 절차를 구별하여 후자에 더욱 강한

53) Immigration and Nationality Act §235.

54) 이민국적법(Immigration and Nationality Act)의 해석상 입국불허 사건에 대해 연방지방법원에 인신보호청구와 무효확인 소를 제기할 수 있다고 본 *Brownell v. Tom We Shung*, 352 U.S. 180 (1956).

55) 최계영, “외국인의 출국”, 이철우·이희정 외 8인, 앞의 책(주 19); 하명호, “외국인 보호 및 강제퇴거절차와 구제절차에 대한 공법적 고찰”, 『고려법학』 제52호 (2009), 167-212.

56) 이 판결은 송환대기실이 외부와의 출입이 통제되는 공간이 되어서는 안된다고 선언했다. 인천지방법원 2014. 4. 30. 자 2014인라4 결정; 대법원 2014. 8.25. 자 2014인마5 결정.

57) 헌법재판소 2014. 6.5. 선고 2014헌사592 결정.

58) 난민네트워크·대한변호사협회, 『한국의 공항, 그 경계에 갇힌 난민들: 공항에서의 난민신청 실태조사 보고서』 (2016).

구체수단을 제공한다.<sup>59)</sup> 마찬가지로 일단 출입국항에 들어온 사람은 그에 받을 디디지 못한 사람에 비해 강한 보호를 받는다. 이를 보면서, 과연 “입국”이라는 행위나 과정은 어느 단계에서 시작하는가라는 문제를 재검토할 필요를 느끼게 된다. 입국은 출입국항의 입국심사대를 통과하는 행위를 의미하는가 아니면 영토, 영해, 영공에 진입하는 행위를 의미하는가?

출입국관리법은 “대한민국 밖의 지역에서 대한민국으로 입국”하는 행위를 “입국”이라 하면서도(제6조 제1항) 많은 경우 출입국항의 입국심사를 거치는 행위에 “입국”이라는 용어를 적용한다. 전자를 물리적 의미의 입국으로, 후자를 규범적 의미의 입국으로 구별해 봄직하다.<sup>60)</sup> 이미 영토 안에 진입하였다도 입국심사를 받지 않았다면 법의 눈으로 볼 때 입국했다고 할 수 없다는 점에서 그와 같은 구별은 유용하다. 그러나 모든 물리적 입국은 규범적 효과를 가진다. 판례는 외국인을 집단으로 불법입국시키는 범죄의 기수시기를 영해 또는 영공에 진입하는 때로 보고 있다.<sup>61)</sup> 또 무단으로 국경을 넘어 입국하는 밀입국자, 즉 규범적 의미의 입국을 하지 않은 자를 내쫓는 절차는 입국심사대를 거쳐 들어왔다가 불법체류하는, 즉 규범적 의미의 입국을 하였으나 규범을 어긴 외국인에 대해서와 마찬가지로 강제퇴거절차이다. 규범적 의미의 입국을 시도하였다가 입국을 불허당한 사람의 취급과 다르다. 이는 규범적 의미의 입국의 시도조차 없는 물리적 입국만으로도 큰 규범적 효과가 발생함을 보여준다.<sup>62)</sup> 그렇기 때문에 각국은 원치 않는 외국인의 물리적 입국을 막으려는 노력을 기울인다. 과거 미국은 레이건, 부시, 클린턴 행정부를 일관하여 도항하는 아이티인의 신병을 공해상에서 확보하여 영토 밖인 판타나모에 수용하거나 심사 없이 돌려보내어 이주 인권단체들의 공분을 산 바 있다. 이로부터 제기된 소송 사건에서 연방대법원은 난민 지위협약(Convention relating to the Status of Refugees) 위반을 인정한 원심을 파기

59) *Shaughnessy v. United States ex rel. Mezei*, 345 U.S. 206 (1953)

60) 이현수, “외국인의 입국”, 81-85.

61) 대법원 2005. 1. 28. 선고 2004도7401 판결; 위의 글, 83.

62) 대한민국 출입국관리법은 밀입국자와 함께 조건부 입국을 한 후 조건을 위반한 자를 강제퇴거의 대상으로 삼아 입국불허결정을 받아 송환 대상이 된 사람에 비해 강력한 절차적 보호를 받도록 하고 있는데, 전자가 후자에 비해 규범적 비난가능성이 더 크어도 불구하고 그렇게 하고 있는 것은 일단 한국 사회에 받을 들여놓은 사람은 사회와의 연고가 발생했을 가능성이 크고 그를 쫓아내기 위해서는 그만큼 더 강한 강제력을 동원하게 되는 문제가 있기 때문이다. 이에 대한 비판으로는 위의 글, 84-85 및 116-119.

하면서 난민지위협약이 요구하는 송환금지(non-refoulement)가 영토 밖에서 이루어질 수 없다고 실시하였다.<sup>63)</sup> 호주가 난민심사를 결코 자국 내에서 시행하지 않고 나우루(Nauru) 등에 난민수용시설을 설치하여 역외에서 시행하고 있음도 좋은 예이다. 일부 동유럽 국가는 중동 사태로 발생한 대량난민의 유입을 막기 위해 국경에 펜스를 높이하고 입국심사 장소를 양국 펜스 사이에 설치함으로써 물리적 의미의 입국과 규범적 의미의 입국을 일치시키려 하고 있다.<sup>64)</sup>

근래 들어 국경관리는 더욱 과학화하고 있다. 전자여권의 도입으로 개인의 신원은 디지털 방식으로 새로운 “카드와 코드에 봉안”되었으며 개인의 생물학적 정보가 신원증명의 중요한 재료로 사용되고 있다.<sup>65)</sup> 축적된 국경관리 정보는 국가들 사이에 공유된다. 유럽연합(EU)은 쉐앵정보시스템(Schengen Information System), 사증정보시스템(Visa Information System)을 구축하여 공동의 외부국경(external borders) 관리에 활용한다. 미국과 캐나다도 9.11 직후 스마트국경행동계획(US-Canada Smart Border Action Plan)을 수립하여 국경관리 공조시스템을 구축해왔는데 정보공조가 중요한 부분을 이룬다.<sup>66)</sup> 한국 등 여러 나라가 현재 사전승객정보시스템(Advanced Passenger Information System, APIS)을 도입하여 탑승 정보를 미리 제공 받아 입국 예정자를 조속히 파악해 대처한다. 이를 들어, 사실상 국경의 개념이 출국지점으로 이동하였다고 말하기도 한다.<sup>67)</sup>

63) Sale v. Haitian Centers Council, 509 U.S. 155 (1993).

64) 이주의 규제 방식을 입국통제에 주안점을 두는 섬나라와 미국 등의 유형과 체류통제에 주안점을 두는 유럽대륙시스템으로 구별하기도 한다. 이현수, “외국인의 입국”, 72-75. 그러한 차이는 지리적 조건에서 비롯되는 바가 크다. 그러나 다수의 국가가 내륙의 국경을 맞대고 있는 유럽에서도 쉐앵 법규들(Schengen acquis)을 통해 내부국경을 개방하는 대신 외부국경의 공동관리 강화 그리고 입국 규제의 강화를 추진해왔다(Schengen Borders Code).

65) “카드와 코드에 봉안(奉安)”되었다는 표현은 서호철, “국민/민족 상상과 시민권의 차질, 차질로서의 자기정체성”, 『한국문화』 제41호 (2008), 97. 한국 출입국관리에서 생물학적 정보의 활용에 대해서는 Chulwoo Lee, “How Can You Say You’re Korean”; Jaeun Kim, “Establishing Identity: Documents, Performance, and Biometric Information in Immigration Proceedings”, 36(3) *Law & Social Inquiry* 760 (2011) 참조.

66) 한 국가에서 수집, 관리되는 개인의 신원 정보를 다른 국가가 공유하여 인구관리 및 이민정책에 활용되는 것을 필자는 초국가적 통치성(transnational governmentality)이라 명명했다. Chulwoo Lee, 위의 글, 96. 개별 국가의 통치성 증대는 국가간의 공조가 없더라도 이주의 증대로 인해 필연적으로 통치성의 초국가화를 가져온다.

67) 신지원·한태희, “국경관리: 축진과 통제 of 균형”, 정기선 엮음, 『한국 이민정책의 이해』, 백산서당 (2011), 443-446.

이러한 변화는 두 개의 새로운 양상을 수반한다. 하나는 국경관리의 민영화이다. 사전승객정보시스템은 출입국당국과 운송업체의 공조에 의해 운영된다. 국가들은 운송업체에 출입국관리 기능의 상당 부분을 위탁하고 있는데, 여기에는 강력한 제재가 작용한다. 1944년 시카고에서 체결된 국제민간항공협약(Convention on International Civil Aviation)은 승객의 관리와 정보제공에 관한 많은 의무를 항공사에 부과하고 있으며, 이에 기초한 운송자제재(carrier sanction)를 통해 국가는 운송업체로 하여금 입국통제에 필요한 기능을 수행하도록 강제한다. 전술한 항공사운영협의회에 의한 인천공항 송환대기실의 운영이 좋은 예이다. 국가들은 항공사연락관(airline liaison officer, ALO)을 해외에 파견하여 항공사와의 공조를 추진한다.<sup>68)</sup> 신원정보관리의 과학화가 대세를 이루는 사정에서 민관공조는 불가피한 추세이지만, 이는 국가의 인권 보호 의무를 우회할 위험을 가져온다. 난민의 탑승을 거부하게 되면 송환금지의 원칙에 반하는 효과를 가져올 수 있는데, 출입국당국이 민간 항공사의 행위를 통해 이 원칙의 적용을 피해갈 가능성이 있다.<sup>69)</sup>

또 하나의 양상은 국경관리의 탈영토화(deterritorialization)이다. 국가들은 이민연락관(immigration liaison officer, ILO)을 타국에 파견하여 불법이주와 이민범죄에 대처하도록 하며, 그들 사이에 네트워크를 구축하여 국제적 공조를 도모한다.<sup>70)</sup> 이러한 수준을 넘어 아예 타국에서 국경관리의 주권을 행사하는 경우도 있다. 미국과 캐나다는 1974년 캐나다-미국항공운송사전검색협정(Canada-US Air Transport Preclearance Agreement)을 체결하여 토론토공항에 파견된 미국의 검사관이 현지 검사관과 함께 미국행 승객의 검색을 수행하도록 했다. 이 검색공간에는 양국의 법이 함께 적용된다. 이러한 공조 모델은 현재 여러 곳에서 시행되고 있다.<sup>71)</sup> 송환금지의 원칙과 같은 국제규범이 이러한 탈영토화된 행정을 통해서도 우회될 수 있다는 우려가 있다. 앞에서 본대로, 미국 연방대법원은 송환금지의 원칙이 자국 영토 안에서만 적용된다고 판시했다. 그러한 문제에 대처하여, 유엔난민기구(UNHCR)는 “송환금지 의무의 역외

68) 위의 글, 445.

69) Tilman Rodelhäuser, “Another Brick in the Wall: Carrier Sanctions and the Privatization of Immigration Control”, 26(2) *International Journal of Refugee Law* 223 (2014).

70) 신지원·한태희, “국경관리: 촉진과 통제의 균형”, 444.

71) Mark B. Salter, “Governmentalities of an Airport: Heterotopia and Confession”, 1 *International Political Sociology* 49 (2007).

적용”이라는 권고적 의견을 발하여 송환금지원칙이 당사국이 사실상 실효적으로 관리는 모든 구역에 적용된다는 원칙을 확립하고자 했다.<sup>72)</sup> 이탈리아 당국이 리비아로부터 도항하는 소말리아와 에리트리아 난민을 공해에서 차단하여 리비아로 돌려보낸 사건에서 유럽인권재판소는 이 원칙을 원용했다. 그리하여 이탈리아의 행위가 이탈리아의 영토 밖에서 이루어졌다 하더라도 비인도적 처우로부터의 자유를 보호하는 유럽인권협약 제3조와 집단적 추방을 금하는 제4추가의정서 제4조에 반한다고 판결했다.<sup>73)</sup>

## IV. 이주민의 지위와 권리

### 1. 인간의 권리와 국민의 권리

외국인이 일단 영토에 발을 디게 되면 주권과 인권은 새로운 균형점을 찾는다. 합법적 이주민은 물론 불법입국자, 불법체류자도 인간이기 때문에 일정한 범의 보호를 받는다. 이주민이 누리는 법적 지위와 권리에 대해서는 본서의 황필규 집필 장에서 체계적으로 설명하고 있고 본서 각장이 각각의 분야에서 상술하고 있다. 그럼에도 여기에서는 국민국가로 분절화된 세계에서 산다는 것이 무엇이며 그러한 질서에 국제이주가 어떤 도전을 가하고 있는지를 시사하는 목적에서 국민과 이주민의 지위를 비교해 본다.

국가에 소속된 지위와 그에 수반하는 권리와 의무의 총체를 흔히 시민권(시티즌십 citizenship)이라 한다.<sup>74)</sup> 시민권이 어떤 내용을 가지는지를 논할 때 가장 빈번히 원용되는 것이 영국의 정치철학자 마샬(T. H. Marshall)의 개념이다. 마샬은 시민권을

<sup>72)</sup> UNHCR, Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol (2007).

<sup>73)</sup> Hirsi Jamaa and Others v. Italy, Application no. 27765/09, 23 February 2012. 영해에서의 난민 추방과 강제송환금지 원칙의 적용에 대해서는 이규창, 「추방과 외국인 인권」, 한국학술정보 (2006), 166-168.

<sup>74)</sup> Chulwoo Lee, “Citizenship, Nationality, and Legal Status”, in Immanuel Ness (ed.), *The Encyclopedia of Global Human Migration*, Oxford: Blackwell (2013).

시민적(civil) 권리, 정치적 권리, 사회적 권리로 구별하고 시민권의 지평이 시민적 권리에서 정치적 권리로, 그리고 사회적 권리로 넓혀져 간다고 보았다.<sup>75)</sup> 영국 복지국가의 발전을 시민권의 개념으로 포착하려 한 마샬의 강연은 외국인의 권리와는 아무 관계가 없는 것이었지만 언제부터인지 외국인의 권리 신장을 논하는 척도를 제공해 주는 것으로 원용되기 시작했다. 외국인이 시민적 권리, 정치적 권리, 사회적 권리를 각각 얼마나 누리는지를 살핌으로써 한편으로는 국민과 외국인의 차이를 상기하고 다른 한편으로는 시민권이 어떻게 국민 지위에 결박된 상태로부터 벗어나는가를 타진하는 것이다.

시민적 권리는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약에서 보듯이 자유권을 의미한다. 앞에서 언급했듯이, 인간의 존엄과 가치, 신체의 자유, 주거의 자유, 양심의 자유, 표현의 자유, 종교의 자유 등은 인간으로서 누리는 권리로서 국민 자격을 요건으로 하지 않는다. 자유권을 외국인도 누릴 수 있음은 세삼스런 일이 아니다. 프랑스가 제정한 첫 근대 헌법이라 할 수 있는 1789년의 인간과 시민의 권리선언(*Déclaration des droit de l'homme et du citoyen*)이 열거하는 권리 중 시민(국민)의 권리에 관한 것은 참정권과 공무담임권에 관한 제6조, 표현의 자유에 관한 제11조 후단, 조세동의권과 감시권에 관한 제14조에 불과하며, 그 중 제11조는 전단에서 사상과 의견의 자유로운 소통을 인간의 권리로 명시했다. 따라서 동 선언이 열거한 자유권 - 일반적 자유권(제1·4·5조), 평등권(제1조), 신체의 자유(제7·8·9조), 의견표명의 자유(제10조), 사상·의견의 소통 자유(제11조), 재산권(제17조) - 은 모두 외국인이 누릴 수 있는 권리로 관념한 것으로 보인다. 1791년 권리장전(*Bill of Rights*)이라 불리는 10개조를 부가하여 기본권을 규정하기 시작한 미합중국 헌법은 “모든 인간(all persons)”이나 “인민(the people)”을 기본권의 주체로 명시하기도 하지만 많은 조항에서는 주체를 언급하지 않으며, 남북전쟁 종전 후 부가된 수정 제14조에 이르러서야 시민의 권리와 인간의 권리를 구별하는 의식이 등장했다고 평가된다.<sup>76)</sup> 그러나 종교 및 언론·출판의 자유(수정 제1조), 신체의 자유(수정 제4·5·8조), 주거의 자유(수정 제3·4조), 중죄에 대한 재판에서 대배심(*grand jury*)에 의한 기소 원칙(수정 제5

<sup>75)</sup> T. H. Marshall, *Citizenship and Social Class and Other Essays*, Cambridge: Cambridge University Press (1950), chap. 1.

<sup>76)</sup> Gerald L. Neuman, “Immigration and Judicial Review in the Federal Republic of Germany”, 23 *New York University Journal of International Law and Politics* 35, 75-81 (1990).



조), 적법절차의 보장(수정 제5조 및 제14조), 사유재산권(수정 제5조), 민·형사 배심에 의해 재판을 받을 권리(수정 제6·7조), 강제노역으로부터의 자유(제13조), 출생에 의한 시민권 취득권(제14조), 평등권(제14조)은 인간의 권리를 선언한 것으로 해석된다. 독일 기본법은 인간의 권리와 독일인의 권리를 세심하게 구별하는 것으로 유명하다. 동 헌법이 규정하는 인간의 권리로는 인간의 존엄(제1조 제1항), 인격발현의 자유(제2조 제1항), 생명권과 신체의 자유(제2조 제2항), 평등권(제3조), 신앙·양심·종교·신조의 자유(제4조), 표현의 자유(제5조 제1항), 예술·학문·연구·강의의 자유(제5조 제3항), 자녀의 양육권 및 모성보호를 받을 권리(제6조 제2·4항), 자녀의 종교수업 결정권(제7조 제2항), 통신의 자유(제10조), 강제노역으로부터의 자유(제12조 제2·3항), 주거의 자유(제13조), 재산권과 상속권(제14조 제1항), 정치적 망명권(제16a조 제1항)이 있다.

위의 열거 사항들로부터 간취되듯이, 모든 자유권이 모든 인간에게 개방된 것은 아니다. 인간의 권리로 선언된 것들도 매우 높은 추상 수준에서 그렇다는 것이지 실제로 현실에서 그것이 어느 정도 보장되고 있는지를 세세히 들여다보면 다른 모습, 다양한 모습이 나타난다.

## 2. 자유권에 의한 이주규제의 제한

독일 기본법은 거주·이전의 자유를 인간의 권리가 아닌 국민의 권리로 명시하고 있다. 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약에서 보듯이, 거주·이전의 자유를 보편적 인권으로 규정하는 경우에도 그것은 해당 국가의 영토 내의 거주와 이전에 한정된다(제12조 제1항). 이미 강조했듯이, 거주·이전의 자유의 중요한 요소인 입국의 자유는 국제인권법상으로도 보편적 인권으로 인정되고 있지 않다. 어떤 외국인을 입국시켜 체류 및 거주하게 할 것인지를 결정하는 것은 주권국가의 최후의 보루라 할 만큼 고유하고 본질적인 권한이다. 그러나 그러한 권한이 인권규범에 의해 제한되고 있음을 간과해서는 안된다. 난민의 요건을 갖춘 자를 난민으로 처우할 의무, 특히 박해의 위험 있는 국가로의 송환금지의 원칙은 세삼 언급할 필요가 없다. 송환금지의 원칙은 고문방지협약(Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment) 및 일부 인권협약에서도 보장한다. 유럽에서는

고문 및 비인도적 대우를 금지하는 유럽인권협약 제3조가 송환금지의 근거로 활용된다. 유럽인권재판소는 마약범죄로 복역한 후 합법적으로 강제퇴거의 대상이 된 자라 할지라도 후천성면역결핍증(AIDS)이 진행된 상태에서 돌보아 줄 사람도 없고 치료 시설이 결핍된 출신국으로 추방되어 치료를 받을 수 없음이 예견된다면 추방할 수 없다고 판결했다.<sup>77)</sup>

가족재결합은 주권 행사를 제한하고 이주민의 지위를 강화하는 또 하나의 근거이다. 가족재결합을 이주민의 권리로 선언하는 국제적 문서는 많지 않다. 구속력을 가지지 않는 비국민인권선언 제5조 제4항은 “국가의 법률과 적절한 허가가 적용되는 전제 하에” 배우자, 미성년자 및 피부양 아동과의 결합을 위한 입국의 권리를 선언하며, 이주노동자권리협약(International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families) 제44조에서는 “당사국은 이주노동자 가족들의 결합의 보호를 보장하기 위하여 적절한 조치를 취한다”(제1항), “당사국은 이주노동자가 그의 배우자나 해당 법률에 따르면 혼인과 동등한 취급을 받는 관계에 있는 자 및 미혼의 피부양 미성년 자녀와 재결합하는 것을 촉진하기 위하여 자신의 권한 내에서 적절한 조치를 취한다”(제2항), 그리고 “취업국은 이주노동자의 다른 가족에 대하여도 인도적 견지에서 본조 제2항에 규정된 것과 동등한 대우를 부여함을 호의적으로 고려한다”(제3항)고 규정할 뿐이다. “가족의 재결합을 위하여 아동 또는 그 부모가 당사국에 입국하거나 출국하기 위한 신청은 당사국에 의하여 긍정적이며 인도적인 방법으로 그리고 신속하게 취급되어야 한다”고 규정한 아동권리협약(Convention on the Rights of the Child) 제10조 제1항이 가족재결합의 원칙을 규정한 것인가에 대해서는 논란이 있으나 그렇지 않다는 것인 지배적인 견해이다.<sup>78)</sup> 그러나 인권보호의 일반적 요청에 따라 가족재결합에 대한 고려는 이주관리를 위한 주권의 행사에 상당한 영향을 미친다. 인권위원회는 이주민에 대한 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약의 적용에 대해 다음과 같이 해설한다. “규약은 외국인이 한 당사국 영토에 진입하거나 거주할 권리를 인정하지 아니한다. 누구를 영토에 들어오게 할 것인지는 원칙적으로 그 국가가 결정할 문제이다. 그러나 사정에 따라서는 외국인이 입국 및 거주와 관련해서도 규약의 보호를 받을 수 있다. 예를 들면, 차별금지,

<sup>77)</sup> D. v. United Kingdom, Application no. 30240/96 (145/1996/767/964), 2 May 1997.

<sup>78)</sup> OHCHR, Migration Paper: Family Reunification (2005), 3-5.

비인간적 처우의 금지, 가족생활의 존중을 고려할 때 그러하다.”<sup>79)</sup> 인권위원회는 한 개인통보(communication) 사건에서 이민법 위반을 이유로 당해국에서 출생하여 자란 자녀와 분리하여 부모를 추방하는 것이 가족에 대한 자의적 간섭으로부터의 자유(제17조 제1항), 가족보호의 원칙(제23조 제1항), 아동보호의 원칙(제24조 제1항)을 선언한 규약에 대한 침해가 될 수 있다는 견해를 밝혔다.<sup>80)</sup>

유럽인권재판소는 가족생활을 존중받을 권리를 규정한 유럽인권협약 제8조를 근거로 하여 가족재결합을 위한 입국과 체류의 허부를 판단한다. 이 규정에 기초하여 체류불허와 강제퇴거명령을 다룬 첫 번째 사건은 네덜란드에서 네덜란드 여인과 결혼하여 딸을 가지게 된 모로코 남성의 사건이었다. 그 남성은 네덜란드 국민과의 동거목적의 체류자격을 얻어 생활하던 중 배우자와 이혼하였고 딸과도 동거할 수 없게 된 상태에서 체류자격의 연장과 변경에 실패하여 강제퇴거명령까지 받았다. 그러다가 임시 체류자격을 받았고 배우자와 다시 결혼함으로써 합법적으로 거주할 수 있게 되었으나, 그렇게 되기까지 정부의 조치가 위법하였음을 확인받고 손해를 배상받기 위해 소를 제기했다. 유럽인권재판소는 이혼하여 자녀와 동거하지 않으나 매주 4회 교섭하는 등 밀접하게 자녀와의 관계를 유지하였음에 비추어 볼 때 네덜란드의 조치는 가족생활을 침해하는, 비례성을 상실한 처분으로서 조약 제8조에 반한다고 판결했다.<sup>81)</sup> 그 후 여러 건의 사건에서 유럽인권재판소는 구체적 사정을 살펴 가족생활에 대한 위법한 침해인지의 여부를 판단했다.<sup>82)</sup>

인권규범이 이민정책과 이주민 체류관리의 방식을 바꾸어나갈 수 있음을 보여준 사례는 적지 않다. 초청노동자(guestworker) 제도를 통한 이주가 결국 영구 정착으로 이어짐을 법적으로 인정한 독일의 경험이 대표적이다. 서독은 1955년부터 남유럽과 터키, 북아프리카로부터 단기 이주노동자를 수입하다가 1973년 오일쇼크를 계기로

79) Human Rights Committee, CCPR General Comment No. 15: The Position of Aliens Under the Covenant, 11 April 1986, United Nations, *International Human Rights Instruments*, Vol. 1, Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. 1), 27 May 2008, 189ff.

80) Winata and Li v. Australia, Communication No. 93/2000, U.N. Doc. CCPR/C/72/D/930/2000 (2001).

81) Berrehab v. The Netherlands, Application no. 10730/84, 21 June 1988. 위나타(Winata) 사건을 비롯한 인권위원회의 견해와 베레하브(Berrehab) 사건 등 유럽인권재판소의 판결을 통한 강제퇴거 제한 사례에 대해서는 이규창, 「추방과 외국인 인권」, 187-194 참조.

82) 가족생활을 존중하는 것이 어디에서 거주하는 것이 좋을지에 대한 부부의 선택을 존중하는 것이 아니라고 언명한 판결로서 Gül v. Switzerland, Application no. 23218/94, 19 February 1996 참조.

노동력 수입을 중단했다. 초청노동자제도의 취지에 따르면 체류 중인 노동자는 귀환해야 했다. 그러나 한 인도인 노동자의 사건이 다른 법리를 가져왔다. 1961년에 연수 목적으로 서독에 입국, 2회에 걸쳐 체류허가를 갱신하여 12년째 거주한 그 인도인에 대해 1973년 주 당국은 체류허가 갱신을 거부했다. 주 행정법원은 그러한 처분을 적법하다고 보았다. 그러나 1978년 연방헌법재판소는 갱신 거부가 기본법 제2조 제1항이 보장하는 일반적 행동자유권을 침해했다고 판시했다.<sup>83)</sup> 그간의 체류허가 갱신이 계속적 거주에 대한 신뢰이익을 형성했고 이것이 헌법의 보호를 받는다는 것이었다. 이 판결은 10년 넘게 거주해온 팔레스타인 학생에 대해 테러를 옹호하는 조직의 성원이었음을 이유로 출국명령을 내린 것이 비례성의 원칙에 반한다고 선언한 이전의 판결과 결합하여, 이미 입국하여 체류 중인 외국인의 지위를 보호하는 근거로 활용되었다.<sup>84)</sup> 입국허가와 체류의 연장은 모두 행정청의 재량에 속하지만 이미 체류 중인 사람은 새로 입국하는 사람과 달리 헌법의 다른 원칙 및 권리에 의해 보호된다는 법리는 이주노동자의 정주를 촉진하고 승인하는 결과를 가져왔다.

### 3. 신체의 자유의 보호와 침해

시민적 권리(자유권)의 보편성에 따라 외국인도 상당한 보호를 받게 됨을 많은 사례가 보여주지만 주권과 인권이 구체적으로 어디에서 균형점을 찾는지는 보다 면밀한 검토를 필요로 한다. 자유권의 발생사를 상징적으로 보여주는 신체의 자유만 하더라도 출입국관리와 이민행정에서 충분히 보호되지 않는 경우가 적지 않다. 불법입국한, 문자 그대로 “문서없는(sans papier)” 외국인을 포함한 비정규이주민은 강제퇴거의 위협을 안고 살아간다. 강제퇴거를 위해서는 강력한 물리력이 행사된다. 한국에서 그러한 물리력 행사는 행정상 즉시강제로 분류되어 범죄 피의자의 체포와 구속과는 다르게 취급된다. 이때 대두하는 문제는 영장주의가 적용되는가이다. 출입국관리법이 이에 대해 침묵하고 있는 까닭에 다양한 학설이 있지만, 현실에서는 영장주의가 제대

83) 일반적 행동자유권은 제정 경위로 볼 때 인격발현의 자유의 내용을 이루는 것으로 해석된다. 김선택, “헌법재판소 판례에 비추어 본 행복추구권”, 『헌법논총』 제9집 (1998), 18.

84) 1 BvR 525/77 (BVerfGE 49, 168); 1 BvR 23, 155/73 (BVerfGE 36, 382). 사건을 해결한 Neuman, “Immigration and Judicial Review in the Federal Republic of Germany”, 48-54; Christian Joppke, *Immigration and the Nation-State: The United States, Germany, and Great Britain*, Oxford: Oxford University Press (1999), 72-74 참조.

로 지켜지지 않고 있으며, 사법부는 급박성을 이유로 영장주의를 배제하는 것을 용인하고 있다.<sup>85)</sup> 개념적으로는 불법체류 단속 및 강제퇴거를 집행하기 위한 강제력 행사를 형사절차와 동일하게 볼 것인지, 그와 구별되는 절차로 볼 것인지에 따라 인권 보호를 어떤 방식으로 할 것인지가 달라질 수 있다. 프랑스와 영국에서는 형사절차 또는 그에 준하는 절차로 보는 반면, 미국, 독일, 일본, 한국은 형사절차와 구별되는 절차로 본다고 한다.<sup>86)</sup> 출입국사범을 형사절차와 동일하게 다루는 것은 형사절차에서의 인신구속에 대한 규제를 적용하여 신체의 자유를 더 철저히 보장할 수도 있는 반면 도덕적 함의를 크게 가지지 않았던 이민법 위반 행위에 대한 부정적 인식을 강화시키고 범죄와 형벌의 균형을 깨뜨리는 딜레마가 있다.<sup>87)</sup> 그러나 두 접근방법의 차이는 이민범죄화(crimmigration)의 경향 속에 희석되고 있다.

출입국관리법은 “보호”라는 이름으로 강제퇴거의 대상자를 구금할 수 있도록 하고 있다(제6장 제3절). 전술했듯이, 인신보호법이 정하는 구제절차는 출입국관리법에 의한 보호에는 적용되지 않는다(제2조 제1항). 따라서 동법이 정하는 적부심청구도 할 수 없어 신속하고 효율적인 권리구제가 어려울 수 있다. 그러나 헌법재판소는 체포와 구속에 대한 적부심을 규정한 헌법 제12조 제6항을 출입국관리법상의 보호에 적용하지 않는 것은 입법재량에 속한다고 판정했다.<sup>88)</sup>

미국에서는 연방의 이민규제가 시작되었을 때부터 배제하고자 하는 외국인에 대한 구금은 법적 통제의 핵심적 요소로 자리잡았다. 불법체류자 단속에서 영장주의를 배제하는 미국에서는 강제퇴거의 집행을 위한 구금에서도 인권 침해의 위험을 적지 않게 가지고 있다. 전술했듯이, 이민법의 집행을 위한 구금은 형사소송이나 행형을 위한 구금과 다르게 취급함으로써 오히려 엄격한 절차적 규범으로부터 벗어나는 문제가 있다. 미국은 1996년 불법이민개혁 및 이민자책임법(IIRIRA)을 통해 입국불허자의 출국강제절차와 불법체류자의 강제퇴거절차를 통합했는데,<sup>89)</sup> 이미 체류하고 있는

85) 박정훈·김환학·플로랑스 르누치·홍기원, 미국 등 주요 선진국가의 행정조사와 영장주의: 출입국관리법상 행정강제와 영장주의에 관한 비교법적 고찰, 법무부 연구용역보고서 (2011. 12), 5-6; 최계영, “외국인의 출국”, 198-199; 하명호, “외국인 보호 및 강제퇴거절차와 구제절차에 대한 공법적 고찰”, 184-191.

86) 박정훈 외3인, 위의 보고서에서 보듯이, 독일은 이민사범의 단속을 형사절차와 구별하면서도 법원이 발부하는 영장을 요구한다는 점에서 특기할 만하다. 최계영, “외국인의 출국”, 199.

87) 박정훈 외 3인, 위의 보고서, 137.

88) 헌법재판소 2014. 8.28. 2012헌마686.

사람을 입국허가를 받지 않은 자에 비해 두텁게 보호하는 일반적 원리에 비추어 볼 때 체류자 통제를 대폭 강화하는 추세를 단적으로 보여준 것으로 해석된다. 동법의 집행은 9.11 이후 더욱 엄격해졌다. 절도 등으로 복역한 한국계 재미 영주권자 김형준에 대한 강제퇴거명령 및 구금으로 야기된 인신보호청구 사건에서 미 연방대법원은 범죄 전력을 이유로 한 강제퇴거명령을 집행하기 위해 도주 또는 범죄의 위험을 심사하지 않고 법률이 정하는 대로 무조건적 구금을 시행한 조치가 적법절차에 반하지 않는다고 판시하면서 다음과 같이 언명했다. “의회는 귀화와 이민에 대해 폭넓은 권한을 행사함에 있어서 국민에게 적용한다면 받아들일 수 없는 규칙도 정례적으로 제정한다.”<sup>90)</sup> 6세에 미국으로 이주한 영주권자에 대해 내려진 이 판결은 9.11 이후 이민법 운용의 보수화를 보여주는 대표적 사례로 간주된다.<sup>91)</sup> 테러방지를 명분으로 의회는 미합중국에국자법(US Patriot Act)을 제정해 외국인의 입국금지, 퇴거, 구금의 요건을 완화했고 신원증명법(REAL ID Act)을 제정하여 강제퇴거 대상자의 인신보호 청구에 대한 연방지방법원의 관할권을 배제했다.<sup>92)</sup>

유럽인권협약은 제5조 제1항에서 “불법입국을 방지하기 위하여 또는 강제퇴거나 범죄인인도를 위한 절차가 행하여지고 있는 사람의 합법적 체포 또는 구금”을 신체의 자유를 제한하는 6개의 체포 및 구금 형태에 포함시키고 있다. 제5조는 범죄 피의자의 구금에 적용되는 권리구제 조항과 모든 구금에 적용되는 권리구제 조항을 두고 있는바, 후자에 의하면 법원의 심사를 통해 구금의 합법성을 지체 없이 판정해야 한다(제4항). 구금의 합법성의 기준은 여러 판례에 의해 제시되었는데 그 중 가장 널리 인용되는 것 중 하나가 차할(Chahal) 사건이다. 인도 출신 시크교도로서 1971년 영국에 이주해 무기한 체류허가(indefinite leave to remain)를 얻은 차할은 라지브 간

89) Hiroshi Motomura, “Immigration Law and Federal Court Jurisdiction Through the Lens of Habeas Corpus”, 91 Cornell Law Review 459, 464 (2006). 이 글에서는 불법체류자의 강제퇴거(deportation)와 통합된 퇴거(removal) 절차를 편의상 모두 강제퇴거로 번역한다.

90) Demore v. Kim, 538 U.S. 510, 521 (2003). 위의 문장은 1976년의 선례(Matthews v. Diaz)로부터 인용되었다.

91) Daniel Wilsher, *Immigration Detention: Law, History, Politics*, Cambridge: Cambridge University Press (2012), 75-77.

92) 신원증명법(REAL ID Act)은 신원증명서의 요건과 기능을 강화하는 내용 외에도 출입국관리와 이민규제에 관한 규정을 포함하고 있다. Jennifer Norako, “Accuracy or Fairness?: The Meaning of Habeas Corpus after Boumediene v. Bush and Its Implications on Alien Removal Orders”, 58 *American University Law Review* 1611 (2009) 참조.

다 인도 수상을 살해하기 위한 음모 혐의로 조사를 받았으나 증거불충분으로 방면되었다. 그러나 1986년 한 시크교 활동과 관련된 난동 사건에 연루되어 폭행 등으로 1심에서 수개월의 징역형을 선고받은 후 항소심이 진행되던 1990년 강제퇴거가 예정되어 구금되었고 1991년 강제퇴거명령을 받았다. 강제퇴거명령 직전 항소법원은 그에게 무죄를 선고했으나 영국 정부는 그가 안보에 위협이 된다는 이유로 강제퇴거를 강행하려 했다. 차할은 인도에 돌아가면 박해가 우려됨을 이유로 비호(asylum)를 신청했으나 안보 위협을 이유로 거부되었다. 영국에서 권리구제에 실패한 차할의 제소에 의해 사건을 다룬 유럽인권재판소는 차할을 인도로 송환하는 것의 적법성, 6년간 지속된 구금의 적법성, 강제퇴거와 구금을 다투는 사법심사의 가용성에 대해 판단한 결과 그를 인도로 송환하는 것은 고문 및 비인도적 대우를 금지하는 협약 제3조에 반하고 그 문제에 대한 사법심사가 미흡한 것이 협약 제13조 위반에 해당하며, 비호 거부, 강제퇴거 및 구금을 다투는 절차도 사법심사라 할 수 없는 성격의 것이었고 영국 법원에 제소가 가능하였다 해도 국가안보를 이유로 실질적 심사를 배제했기 때문에 협약 제5조 제4항이 보장하는 사법심사에 미치지 못한다고 판정했다. 그러나 흥미롭게도, 구금 자체는 범죄 또는 도주의 위협에 대한 판단 없이도 단지 강제퇴거를 목적으로, 그리고 강제퇴거절차를 진행하는 동안 이루어졌으며, 상당한 주의(duo diligence)를 기울였고 자의성에 대한 예방조치가 있었으므로 6년이라는 장기에 걸쳐 지속되었어도 협약 위반이 되지 않는다고 판결했다.<sup>93)</sup> 그러나 구금의 기간을 제한하지 않는 입법은 논란의 대상이 되었고, 비교적 근래의 한 판결에서는 강제퇴거를 위한 구금에 기간 제한을 두고 있지 않으면서 2년 3개월을 구금한 것이 예견가능성을 훼손하여 유럽인권협약 제5조 제1항에 반한다고 판정했다.<sup>94)</sup>

앞에서 언급했듯이, 비정규이주의 규제를 형사법적 절차에 의할 것인지 그와 구별되는 행정적 절차에 의할 것인지에 대한 접근방법의 차이가 있지만, 근래의 이민범죄

<sup>93)</sup> Chahal v. United Kingdom [GC], Application no. 22414/93, 15 November 1996.

<sup>94)</sup> Mathloom v. Greece, Application no. 48883/07, 24 April 2007에 대한 Press Release, ECHR 178 (2012). 이 사건은 그리스에서 성폭력 범죄로 복역하다 가석방된 이라크인의 강제퇴거를 위한 구금이 문제가 되었다. 이라크가 입국에 필요한 서류 발급을 거부하여 송환할 수 없게 되었다는 점에서 미 연방대법원 판례 *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678 (2001)와 사실관계 면에서 유사하다. 후자에서 연방대법원은 구금을 90일까지 허용하되 법무부장관의 결정에 의해 무기한 구금을 계속할 수 있게 하는 법률이 위헌임을 선언하면서 강제퇴거의 즉각 실시가 불투명한 상태의 구금은 60일을 넘기지 않아야 한다는 기준을 만들어내었다.

화(crimmigration) 경향은 그러한 구별의 의미를 감소시킨다.<sup>95)</sup> 이민범죄화는 9.11 이후 미국에서 두드러진 경향이지만 유럽에서도 2000년대 들어와 이민통제의 형사화와 이민법 위반의 범죄화가 뚜렷한 현상으로 등장했다.<sup>96)</sup> 영국, 네덜란드, 프랑스에서 이민사범의 구금은 2000년대 들어와 폭증했다.<sup>97)</sup> 중동사태로 인한 대량 난민의 발생은 유럽 각국의 이주에 대한 통제 능력에 심각한 의문을 가져오고 있으며, 통제의 위기는 테러리즘의 빈발과 결합하여 이민범죄화 경향을 더욱 강화시키고 있다.<sup>98)</sup>

#### 4. 재산권, 근로의 권리와 직업의 자유

비국민인권선언은 “국내법에 따라 단독으로 또는 타인과 함께 재산을 소유할 권리”를 천명하며(제5조 제2항 d호), “어떠한 외국인도 합법적으로 취득한 재산을 자의적으로 박탈당하지 아니한다”고 선언한다(제9조). 그러나 외국인의 재산권을 국민과 동등하게 보장해야 할 국가의 의무는 없다. 예를 들면, 일정한 산업 부문에 외국인 투자를 금지하거나 외국인의 토지소유를 제한하는 것은 인권에 반하지 않는다. 위에서 “국내법에 따라” 그리고 “합법적으로”라는 조건은 경제정책에 따른 재산권의 차별화가 각국의 입법재량에 속함을 전제로 한다. 그러나 일단 취득한 재산을 박탈하는 것은 다른 문제이다. 그것은 적법절차와 같은 헌법상의 원칙에 의해서도 금지된다.

외국인이 입국하고 체류할 권리를 일반적으로 가지지 않는다면, 국내 시장에 진입하여 영업을 하거나 직업을 구해 소득을 얻을 자유를 인정하기 어려움은 당연하다. 외국인도 근로의 권리와 직업의 권리를 가지는지에 대해서는 그러한 권리의 정의가 무엇인지에 따라 다른 결론이 도출되겠으나, 그것을 취업의 권리 또는 소득을 발생시

95) “비행(非行)을 감소하기 위해 행정적 조치를 활용할 때, ‘자유를 제한하기 전에 특정 비행에 대한 공개된 입증을 요하고 그러한 제한행위를 비례성의 요청에 복속’시킨다는 점에서 오히려 형사화(criminalisation)를 선호해야 한다. 그러나 ‘이민범죄화’ 범규의 한계에 대한 논의가 보여주는 것은 형법에 통상적으로 부여된 안전장치가 이민사범에 와서는 옆으로 밀려난다는 점이다.” Joanna Parkin, “The Criminalisation of Migration in Europe: A State-of-the-Art of the Academic Literature and Research”, *CEPS Paper in Liberty and Security in Europe*, No. 61 (2013), 12.

96) 미국에 대해서는 Juliet Stumpf, “The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power”, *56 American University Law Review* 367 (2006).

97) Parkin, 앞의 글, 13-14.

98) Maartje van der Woude, Vanessa Barker & Joanne van der Leun, “Crimmigration in Europe”, *14(1) European Journal of Criminology* 3 (2017).



키는 경제활동(gainful economic activity)을 할 권리로 본다면 그 성질상 외국인도 당연히 향유하는 권리라고는 할 수 없다.<sup>99)</sup> 다만 대한민국 헌법재판소는 근로의 권리에 “일할 자리에 관한 권리”만이 아니고 “일할 환경에 관한 권리”도 포함된다고 보고, 합리적 근로조건을 보장을 요구할 수 있는 권리를 포함하는 “일할 환경에 관한 권리”는 인간의 존엄성 보장을 위한, 외국인에게도 인정되는 권리라고 해석한다.<sup>100)</sup> 한편 근로의 권리에 근로계약을 체결할 자유가 포함된다고 본다면 그러한 자유는 일반적 행동자유권의 내용을 이루는 것으로서 외국인도 주체로 인정된다.<sup>101)</sup>

현재는 직업의 자유에 대해서는 그것이 “자신이 원하는 직업 내지 직종을 자유롭게 선택하는 직업선택의 자유와 자신이 선택한 직업을 자기가 결정한 방식으로 자유롭게 수행할 수 있는 직업수행의 자유를 모두 포함”하며 이는 행복추구권과 밀접한 관련을 갖는다고 보았다. 그리고 직업선택의 자유에는 직장선택의 자유가 포함되며 이는 단순히 국민의 권리가 아닌 인간의 권리로서 “외국인도 제한적으로라도 직장선택의 자유를 향유할 수 있다”고 보았다.<sup>102)</sup> 그런데 고용허가제로 입국해 노동해온 외국인근로자가 외국인고용법의 사업장 이동 3회 제한을 다루는 사건에서와는 달리, 비의료인의 의료행위를 금지하는 의료법 규정을 다루는 외국인에 대해서는 직업의 자유가 국민의 권리로서 외국인이 주체가 될 수 없다는 이유로 심판청구를 각하했다. 다만 이미 근로관계가 형성된 예외적인 경우에 제한적으로 직업의 자유를 누릴 수 있다고 부언했다.<sup>103)</sup> 독일 기본법은 제12조 제1항에서 “직업, 직장 및 직업훈련장을

99) 마샬은 근로의 권리(right to work)를 선택한 장소에서 선택한 직업을 수행하는 권리로 정의한다. Marshall, *Citizenship and Social Class and Other Essays*, 15.

100) 헌법재판소 2016. 3.31. 선고 2014헌마367 결정; 최홍엽, “외국인근로자와 전문외국인력”, 이철우·이희정 외 8인, 앞의 책(주 19), 369-371. 전광석은 외국인의 일할 환경에 관한 권리를 인정한 현재 2007. 8.30. 선고 2004헌마670 결정에서 근로의 권리의 일부인 일할 환경에 관한 권리가 자유권의 성격을 가진다고 본 것을 비판하였다. 자유권의 성격을 갖는지 의문시될 뿐만 아니라 그러한 논리가 사회적 기본권을 외국인에게 인정하지 않는다는 결론으로 이어질 수 있기 때문이다. 전광석, “다문화사회와 사회적 기본권 - 헌법적 접근을 위한 시론”, 『헌법학연구』 제16권 제2호 (2010), 129-130.

101) 헌법재판소 2011. 9.29. 선고 2007헌마1083, 2009헌마230·352(병합) 결정에서 재판관 목영준, 이정미의 별개의견. 근로계약의 자유는 재판관 목영준, 이정미가 부정한, 그리고 법정의견이 외국인에게 인정할 직장선택의 자유보다 더 자유권적 성격이 강하다.

102) 위의 결정.

103) 재판관 김이수, 강일원은 직업의 자유에 대한 외국인의 기본권 주체성을 인정하면서, 법정의견에 따른 경우 이미 근로관계가 형성된 경우에 기본권 주체성을 인정하는 것은 법률에 의해 취업이 허용됨으로써 헌법상 기본권이 발생하는 논리적 문제점이 발생한다고 비판했다. 헌법재판소 2014.

자유로이 선택할 권리”를 선언하면서 이를 독일인의 권리로 명시하고 있다.

## 5. 외국인의 정치적 권리

대한민국 헌법은 제21조 제1항에서 “모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다”라 규정하고 있다. 자유권으로 알려진 이 권리들을 외국인도 응당 누릴 수 있는가? 있다면 어느 범위에서 누릴 수 있는가? 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약은 표현의 자유(제19조 제2항), 평화적 집회의 자유(제21조), 결사의 자유(제22조 제1항)를 보편적 인권으로 규정하고 있으며, 비국민인권선언도 표현의 자유와 평화적 집회의 자유(제5조 제2항) 및 결사의 자유(제8조 제1항)를 선언하고 있다. 반면 인간의 권리와 독일인의 권리를 구별하는 데 철저한 독일 기본법은 집회와 결사의 자유를 독일인의 권리로 명시하고 있다(제8조 제1항 및 제9조 제1항).

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약이 언급하듯이, 표현의 자유와 집회·결사의 자유는 국가안보, 공공질서, 도덕의 보호 등을 이유로 제한할 수 있다. 유럽인권협약은 표현의 자유(제10조)와 집회·결사의 자유(제11조)를 보장하면서도 그것들이 “채약국이 외국인의 정치활동에 대하여 제한을 부과하는 것을 금지하는 것으로 간주되지 아니한다”고 부언하고 있다(제16조). 한국의 출입국관리법은 “대한민국에 체류하는 외국인은 이 법 또는 다른 법률에서 정하는 경우를 제외하고는 정치활동을 하여서는 아니된다” 그리고 “법무부장관은 대한민국에 체류하는 외국인이 정치활동을 하였을 때에는 그 외국인에게 서면으로 그 활동의 중지명령이나 그 밖에 필요한 명령을 할 수 있다”고 규정한다(제17조 제2·3항).

달리 말하자면, 표현의 자유와 집회·결사의 자유는 자유권으로서 보편적 인권이지만 외국인이 정치적 표현, 정치적 집회·결사의 주체가 될 때 자유권의 일반적 속성보다는 정치적 권리로서의 한계가 문제시된다. 외국인에게 정치적 표현 및 집회·결사의 자유를 허용하지 않으려는 것은 외국인이 국민의 정치적 의사형성에 개입하지 않도록 하기 위함과 함께 국제정치적 긴장을 야기하지 않으려는 의도를 반영한다. 유럽인권협약이 체결된 1950년대에는 그와 같은 고려가 강한 영향을 미쳤음을 쉽게 짐작할 수 있다.<sup>104)</sup> 예를 들어, 국제정치에서 중립을 표방하던 스웨덴은 제2차 세계대

8.28. 선고 2013헌마359 결정.

전 당시 나찌 독일로부터 도래한 난민의 정치활동에 극히 민감하게 반응했으며 발틱 3국이 소련에 편입된 후 에스토니아 임시정부운동을 비롯해 발틱 국가 난민의 정치활동도 철저히 규제했다. 1960년대에 이르러 외국인도 정치활동의 자유가 있음을 선언했지만 스웨덴 국익에 반하는 행위를 이유로 한 강제퇴거명령권을 법률에 유보했다. 정도의 차이는 있지만 많은 유럽 국가가 그러한 정치·외교적 고려하에 이주민의 정치적 표현과 집회·결사를 규제했다. 프랑스는 1981년까지 외국인이 단체를 조직하기 위해서는 내무장관의 허가를 얻도록 했다. 독일은 1950년대부터 외국인의 집회·결사의 자유를 법률로 허용했고 심지어 외국인의 정당가입도 용인했다.<sup>105)</sup> 그럼에도 적어도 90년대까지는 상대적으로, 예를 들어 인근국 네덜란드에 비해, 외국인의 정치활동에 훨씬 엄격한 태도를 가지고 있었다. 문제를 야기하는 정치활동은 주로 이주민이 재외국민으로서 모국 정치에 관여하는 활동이었다. 독일은 1983년 극좌파 터키인 조직 데브솔(Dev Sol)을, 1993년에는 쿠르드노동자당(PKK) 독일 지부를 해산하기까지 했다.<sup>106)</sup> 2017년 4월의 터키 개헌 국민투표에 즈음해서는 야당 성향의 정치활동을 억압하고 에르도안 개헌안에 대한 지지를 넓히려는 터키 본국의 개입과 압력 및 보수 성향의 터키인 단체의 활동이 논란을 불러일으켰다. 독일 정부는 외무장관을 통해 터키인 단체에 우려를 전달하는가 하면 일부 집회를 불허하기도 했다. 네덜란드와 벨기에 정부도 일부 활동에 대해 규제조치를 취하였다.<sup>107)</sup>

이와 같은 문제에도 불구하고 국제인권법은 외국인의 정치적 표현 및 집회·결사의 자유를 보장하는 방향으로 발전해 갔다. 외국인의 정치활동 자유를 보장해야 한다는 요구는 유럽평의회(Council of Europe) 내부에서도 제기되어, 1977년 유럽평의회 의원총회(Parliamentary Assembly)는 유럽인권협약 제16조의 삭제를 권고했다.<sup>108)</sup> 제

104) 유럽인권협약의 체결 당시 외국인의 정치활동을 금지할 수 있음을 국제관습법으로 인식하여 제16조를 삽입했다고 한다. Hélène Lambert, *The Position of Aliens in Relation to the European Convention on Human Rights*, Strasbourg: Council of Europe Publishing (2007), 25.

105) Tomas Hammar, *Democracy and the Nation State: Aliens, Denizens and Citizens in a World of International Migration*, Aldershot: Avebury (1990), 127-141.

106) Eva Kristine Østergaard-Nielsen, "Transnational Political Practices and the Receiving State: Turks and Kurds in Germany and the Netherlands", 1(3) *Global Networks* 261, 275 (2001).

107) Alison Smale, "Referendum Inflames Concerns Over Turkey's Grip in Germany", *New York Times*, 15 April 2017.

108) Parliamentary Assembly of the Council of Europe, *Political Rights and Position of Aliens, Recommendation 799* (1977).

16조 불요론은 표현의 자유와 집회·결사의 자유를 보장하는 제10조와 제11조가 국가안보, 공공안전, 질서유지, 도덕의 보호 등을 이유로 하는 제한을 허용하고 있으므로 별도로 외국인에 대해서만 정치활동을 금할 이유가 없다고 본다.<sup>109)</sup> 유럽평의회 주도로 1992년에 체결된 외국인의 지방공공생활 참여에 관한 협약(Convention on the Participation of Foreigners in Public Life at Local Level)의 A장(Chapter A)은 명시적으로 표현·집회·결사의 자유의 보장을 목적으로 하고 있는바, 비록 제한의 사유를 상세히 규정하고 있긴 하지만(제9조) 인권협약 제16조와 같은 유보 조항을 두고 있지는 않다. 이 조약의 당사국은 소수이지만 A장은 적어도 외국인의 정치활동을 보장하는 것이 국제규범의 추세임을 보여준다. 즉 유럽인권협약은 제16조에도 불구하고, 외국인의 정치적 표현·집회·결사의 자유를 보편적 인권으로 규정하면서 일반적 제한 사유를 통해 규제하고 있는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약의 태도와 궤를 같이 하게 된 것이다.<sup>110)</sup> 이와 같은 추세에 비추어 보면, 대한민국 출입국관리법의 외국인 정치활동 금지 규정이 과도하게 포괄적임을 알 수 있다. 국제규범을 따르게 되면, 단지 정치적 성격을 가지는 표현 행위 또는 집회·결사의 행위를 한다는 이유로 규제하는 것은 허용되지 않고, 표현·집회·결사의 자유에 대해 헌법이 승인하는 제한 요건을 갖춘 경우에 한하여 규제가 가능하게 된다.

유럽에서 외국인의 정치적 표현과 집회·결사에 대한 규제를 완화한 입법례들은 외국인에 지방참정권을 부여하는 움직임과 상관관계를 보였다. 위에서 언급한 네덜란드와 독일의 차이도 그것을 반영한다. 스웨덴에서도 외국인에게 지방참정권을 부여한 1960년대 후반부터 외국인의 정치활동에 대한 규제를 완화했다.<sup>111)</sup> 그러나 정치적 표현·집회·결사의 자유를 보호하는 것을 넘어 선거를 통해 외국인을 정치에 참여시키는 나라는 예외적이다. 2005년 당시 일정 자격을 갖춘 외국인에게 모종의 선거권을 부여하는 나라는 전 세계에 45개국으로 조사되었다. 그 중 뉴질랜드, 말라위, 칠레, 우루과이의 4개국이 국정선거권을 부여하고 있었다.<sup>112)</sup> 지방선거권만을 부여하

109) Nuala Molew & Catherine Meredith, *Asylum and the European Convention on Human Rights*, Strasbourg: Council of Europe Publishing (2010), 204-205.

110) 후자의 입장에서 외국인의 정치적 표현 등의 자유를 해석한 T. Alexander Aleinikoff & Douglas Klusmeyer, *Citizenship Policies for an Age of Migration*, Washington DC: Carnegie Endowment for International Peace (2002), 43-45 참조.

111) Hammar, *Democracy and the Nation State*, 132.

112) Rainer Bauböck, "Expansive Citizenship: Voting beyond Territory and Membership", 38(4) *Political*

는 나머지 나라 중 절반 이상은 유럽연합(EU) 시민에게 지방참정권과 유럽의회(European Parliament) 선거·피선거권을 부여해야 하는 유럽연합 회원국이었다. 그 중 유럽연합시민이 아닌 외국인에게도 지방선거를 개방하는 나라는 극소했다. 전술한 외국인의 지방공공생활 참여에 관한 협약의 C장(Chapter C)은 5년 이상 거주한 외국인에게 지방선거권과 피선거권을 부여하는 것을 목표로 하였는데, 이 조약은 11개국 이 서명해 8개국만이 비준했고 그 중 두 나라는 C장을 유보했다.<sup>113)</sup> 독일에서는 1989년 사민당이 장악한 쉴레스비히-홀스타인(Schleswig-Holstein)과 함부르크(Hamburg) 의회가 외국인에게 지방선거권을 부여하는 조례를 제정하자 기민(CDU)/기사(CSU) 소속의 연방하원 의원들이 헌법재판소에 심판을 제청했고 현재는 “모든 국가권력은 인민으로부터 나온다”는 헌법 제20조 제2항의 “인민(Volk)”을 국민으로 해석하여 외국인에게 지방선거권을 부여하는 것이 위헌임을 선언했다.<sup>114)</sup> 반면 일본 최고재판소는 지방자치단체 조례에 의해 외국인에게 지방선거권을 부여하는 것이 위헌이 아니라 판정했으나 국회가 선거법 개정을 통해 외국인의 선거 참여를 가능하게 하지 않고 있다.<sup>115)</sup> 한국은 2005년에 공직선거법을 개정하여 2006년 처음으로 외국인이 참여하는 지방선거를 치렀다. 외국인 유권자가 7,000명이 채 못 된 때였다. 유권자의 수가 너무 적어 변수가 될 수 없었고 그래서 반발을 불러일으킬 리도 없는 이 변화 덕분에 한국은 아시아 최초로 외국인에게 참정권을 부여한 나라로 자리매김할 수 있었다.<sup>116)</sup>

## 6. 외국인의 사회적 권리

*Science and Politics* 683, 684-685 (2005).

113) 1960년대 후반부터 외국인 지방참정권을 인정한 덴마크, 핀란드, 아이슬란드, 네덜란드, 노르웨이, 스웨덴의 6개국만이 C장의 당사국이다. 이철우, “탈국가적 시민권은 존재하는가”, 조희연·지주형 엮음, *지구화시대의 국가와 탈국가*, 한울 (2009), 348-349.

114) Gerald L. Neuman, “We Are the People”: Alien Suffrage in German and American Perspective”, 13 *Michigan Journal of International Law* 259, 283-91 (1992); Christian Joppke, *Immigration and the Nation-State* (1999), 194-199.

115) 이윤환, “헌법상 외국인의 지방참정권”, 『국제인권법』 제4호 (2001), 100-103.

116) 엄밀히 말하여 최초의 참정 사례는 2005년 제주도 행정구역 개편 주민투표였다. Chulwoo Lee, “South Korea: The Transformation of Citizenship and the State-Nation Nexus”, 40(2) *Journal of Contemporary Asia* 230, 243 (2010).

마샬이 본 시민권 확대의 3단계를 구성하는 사회적 권리는 어떠한가? 마샬은 시민적(civil), 정치적, 사회적 권리에로의 지평 확장이 기계적으로 시간의 추이에 따라 진행된 것은 아니었다고 부언한다. 그에 따르면 사회적 권리는 지역과 직능단체의 성원 자격으로부터 기원했다. 한편 구빈법(Poor Law)과 공장법(Factory Acts) 등의 사회입법이 여성, 아동, 빈곤자 등 공적 주체의 자격을 가지지 못하는, 즉 시민이 아닌 사람을 대상으로 하면서 오히려 사회적 권리는 시민권으로부터 분리되었다. 20세기의 변화는 시민권으로부터 분리되었던 사회적 권리가 다시 시민권의 내용을 이루게 된 것으로 요약된다.<sup>117)</sup> 그럼으로써 사회적 권리는 20세기 시민권의 왕관을 차지했다.<sup>118)</sup> 사회적 권리가 시민권의 일부가 된 것과 함께 사회보장은 국가의 급부 기능에 의존하게 되었다. 국가의 급부 능력은 상대적인 것이어서 사회적 권리를 보장하는 국가의 의무 역시 절대적이지 않다. 사회적 권리의 현장이라 할 수 있는 경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)은 “자국의 가용 자원이 허용하는 최대한도까지” 조치를 취할 것을 약속한다고 규정한다(제2조 제1항). 그렇기 때문에 사회적 권리의 주체를 “모든 인간”으로 규정하지만 각국의 태도에 따라 외국인의 주체성은 제한된다. 비국민인권선언 제8조는 작업장의 안전, 급여, 건강보호, 사회보장, 교육, 휴가 등과 관련한 권리를 외국인에게 보장하도록 요구하는데, 시민적 권리(자유권)의 보장은 국내법에 따르고 “국제적 의무”에 기속된다고 한 제5조와 달리 “국내법에 따라” 향유한다고 규정할 뿐이다. 대부분의 나라는 경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약에 가입하고 있지만 많은 나라는 규약이 선언하는 권리를 헌법으로 보장하지 않거나 헌법상의 권리로 삼으면서도 시행을 위한 입법·행정의 조치를 취하지 않는다.<sup>119)</sup> 그러나 다른 한편으로는 국민과 외국인의 준별이 상대화되는 면도 있다. 전광석은 사회적 기본권이 국가권력에 의한 매개를 필요로 하기 때문에 누가 사회적 기본권의 주체인가의 여부가 헌법 문제로서 가지는 의미는 상대적이라 말한다.<sup>120)</sup> 한편 사회적 권리

117) Marshall, *Citizenship and Social Class and Other Essays*, chap. 1. 이렇게 본다면 사회적 권리는 시민권에 선행하였다고도 할 수 있다. 이다혜, “시민권과 이주노동”, 『사회보장법연구』 제3권 제1호(2014), 230-231.

118) Christian Joppke, *Citizenship and Immigration*, Cambridge: Polity (2010), 148.

119) 박찬운, 『인권법』(개정판), 한울아카데미 (2011), 88.

120) 전광석, “다문화사회와 사회적 기본권”, 115.

가 시민권의 내용을 이루게 되었다고 해도 사회적 기능집단에 소속된 지위로부터 도래했다는 발생사적 연원은 외국인의 권리주체성을 자연스럽게 만든다. 일각에서는 외국인이 사회적 권리를 향유하는 것을 시민권의 탈국가화를 보여주는 현상으로 대서특필하기도 하지만, 비스마르크 사회입법에서 이미 국적이 아닌, 노동시장에의 참여 여부를 기준으로 사회적 권리를 배분했음을 잊어서는 안된다.<sup>121)</sup>

사회적 권리도 단일의 성질을 가지는 것이 아니므로 구체적으로 분류해서 보아야 한다. 외국인이 노동시장에 참여하는 한 그는 노동자로서의 지위를 가진다. 그는 근로의 권리 중 일할 자리를 달라는 권리를 가지지는 않으나, 전술한대로 일할 환경에 관한 권리와 함께 계약자유의 일환으로서 근로계약을 체결할 권리를 가진다. 판례는 이미 1990년대 전반기에 산업연수생, 심지어 불법체류자도 근로기준법상의 근로자로서의 지위를 가지며 산업재해보상보험법상의 급여를 청구할 권리를 가짐을 인정했다.<sup>122)</sup> 특히 불법체류자의 권리를 인정한 1993년의 서울고등법원 판결은 이주노동자의 인권 침해가 심각한 사회 문제로 대두되던 시기에 나온 판결로서 노동부의 지침 변경을 가져왔다.<sup>123)</sup>

이주노동자의 노동조합을 통한 단결권은 외국인의 집회·결사의 자유의 가장 중요한 내용을 이룬다. 노동자의 단결권은 경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약이 상세하게 규정하고 있을 뿐만 아니라(제8조) 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약도 선언하고 있다(제22조). 1948년에 제정된 ILO협약 제87호는 결사의 자유와 단결권을 규정한다. 일반 노동자의 단결권을 이주노동자도 누릴 수 있음은 당연하다. 문제는 비정규이주노동자이다. ILO위원회는 지위와 무관하게 모든 이주노동자가 단결권을 누린다고 본다.<sup>124)</sup> 이는 위의 두 국제인권규약의 해석에도 적용된다. 따라서 두 국제인권규약 그리고 ILO협약이 선언하는 단결권에는 체류자격과 관계없이 이

<sup>121)</sup> Christian Joppke, *Immigration and the Nation-State*, 271-272.

<sup>122)</sup> 대법원 1995. 12.22. 선고 95누2050 판결; 1995. 9.15. 선고 95누12067 판결. 후자 판결에서는 이미 형성된 근로관계의 유효성을 인정할 뿐 장래를 향해서는 계약이 정지된다고 보았다. 일찌감치 이를 비판한 최홍엽, “외국인 근로자의 노동법상 지위에 관한 연구”, 서울대학교 법학박사학위논문(1997), 79-81 참조. 후술할 취업자격 없는 노동자의 노동조합 결성권에 대한 대법원 판결을 앞두고 이 문제를 분석한 이승욱, “불법체류 외국인 근로자의 노동조합 설립과 활동”, 『노동법연구』 제37호(2014), 85-156 참조.

<sup>123)</sup> 서울고등법원 1993. 11.26. 선고 93구16774 판결; 최홍엽, “외국인근로자와 전문외국인력”, 402-403.

<sup>124)</sup> Office of the United Nations High Commissioner on Human Rights (OHCHR), *The Economic, Social and Cultural Rights of Migrants in an Irregular Situation*, United Nations (2014), 123.

주노동자가 노동조합을 결성할 자유가 포함된다. 취업자격이 없는 이주노동자가 노조에 가입하는 것을 넘어 스스로 자기들의 노동조합을 결성할 권리를 가지는가는 한국에서 뜨거운 쟁점으로 떠올랐다. 2005년에 제소되어 10년간 지속된 분쟁에서 대법원은 “취업자격 없는 외국인”이라도 노동조합법상의 근로자로서 노동조합을 결성할 권리가 있음을 인정했다.<sup>125)</sup> 한국이 가입하지 않은 이주노동자권리협약 제26조가 이주노동자의 노동조합 가입권과 노동조합을 통한 집회 및 활동의 권리를 규정하면서도 노동조합을 결성할 권리에 대해서는 조심스럽게 침묵하고 있는 것과 비교된다.<sup>126)</sup>

위의 대법원 판결의 반대의견에서는 “시대와 장소를 초월하여 보편타당한 정의를 추구하는 법의 이념을 현실의 실정법이 그대로 구현한다면 더 말할 나위 없이 이상적일 것이다”라 말함으로써 불법체류 상태의 외국인에게 노동조합 결성권을 인정하는 것이 자연법적 원리의 무리한 도출임을 암시적으로 지적하지만, 임노동에 종사한다는 사실로부터 국적, 심지어 체류자격과 무관하게 노동자로서의 권리를 인정받는 것은 사회의 분화에 따른 자연스런 결과이다. 이것은 경제체제와 정치체제의 분화가 심화하면서, 분화하는 경제체제로부터의 자극을 독자적인 코드와 프로그램을 가지고 작동하는 법체계 중 노동인권을 규정하는 하위체계가 자기의 언어로 수용함으로써, 국가로 분절화된 정치체제가 요구하는 국정관리의 논리로부터 통일성을 부여받은 출입국관리법과의 인터페이스를 통해 정치체제가 다른 체계를 침해하여 포섭력을 행사하는 것에 대항하는 체계 분화의 동력이 작용한 결과라 설명할 수 있다.<sup>127)</sup>

이주민이 거주국 사회와 밀착하는 정도에 따라, 그리고 급부의 성격에 따라 국적과 무관하게 사회보장의 혜택을 누리는 것도 사회 분화가 진행되는 양상으로 설명할 수 있다. 자유권의 주체마저도 “모든 국민”으로 못박은 대한민국 헌법은 인간다운 생활을 할 권리의 주체도 응당 “모든 국민”으로 명시하고 있다(제34조). 사회보장기본법도 권리의 주체이자 서비스의 객체를 “모든 국민”으로 규정했다. 이는 정치체제의 복

125) 대법원 2015. 6.25. 선고 2007두4995 판결.

126) 본서 이주민의 노동권에 대한 전형배의 서술 참조.

127) Luhmann, 사회의 법 및 루만의 체계이론으로 인권법의 논리를 설명한 양천수, “인권법체계의 자기생산적 구조 - 법사회학의 측면에서 접근한 시론”, 부산대학교 법학연구 제48권 제2호 (2008), 33-58; 홍성수, “인간이 없는 인권이론 - 루만의 체계이론과 인권”, 법철학연구 제13권 제3호 (2010), 251-280; Gert Verschraegen, “Systems Theory and the Paradox of Human Rights”, in Michael King and Chris Thornhill (eds.), *Luhmann on Law and Politics: Critical Appraisals and Applications*, Oxford: Hart (2006).



지국가화를 보여주는 한 단면이다. 그러나 복지국가가 행정의 대상으로 삼는 사회는 서로 다른 코드에 의해 움직이는 체계들로 분화되어 있다. 노동시장의 참여자들이 국적 및 체류자격과 무관하게 권리를 향유하듯이, 다른 논리에 의해 움직이는 각 체계들은 복지국가를 통한 정치체계의 소통에 그대로 반응하지 않으며, 그들과 소통하기 위해 복지국가는 자기가 설정한 급부의 경계를 허물 수밖에 없다.<sup>128)</sup> 사회적 권리를 누리는 사람이 국민의 경계를 넘어 다양해지는 것이 그것을 보여준다. 그와 같은 동력의 작용을 고려할 때 상호주의를 채택하여 서비스의 제공 여부를 대상자가 속하는 국가의 태도에 따르게 하는 것은 현지 사회와 생활상의 밀착도를 높여가며 다양한 체계에 참여하는 이주민들의 생활관계를 그들이 속한 국가의 정책에 의존시키는 것으로서 속도를 더해가는 사회분화로부터 도래하는 변화의 동력과 충돌한다. “국내에 거주하는 외국인에게 사회보장제도를 적용할 때에는 상호주의의 원칙에 따르되, 관계 법령에서 정하는 바에 따른다”는 사회보장기본법의 규정은 그러한 관점에서 비판할 수 있다.<sup>129)</sup> 한편 관계 법령이 정하는 바에 따라 사회보장을 외국인에게 확대할 수 있음은 분화하는 체계, 즉 국경이 없는 다른 기능체계의 자극을 국가로 분절화된 정치체계가 수용할 수 있음을 확인한 것이라 볼 수 있다.

한국의 사회보장은 사회보험, 공공부조, 사회서비스로 구별된다. 사회보험은 산업재해보상보험, 고용보험, 국민건강보험, 국민연금이라는 4대 보험을 근간으로 하고 있다. 이 중 산업재해보상보험과 고용보험은 노동시장에의 참여를 조건으로 하며, 4개 모두 자기기여를 수혜의 근거로 한다. 즉 사회보험은 경제체계의 논리에 기반하고 있다. 따라서 원리적으로 볼 때 국적을 기준으로 수급 자격의 유무를 정하는 것은 사회보험의 본질에 반한다.<sup>130)</sup> 경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약 제9조는 “모든 인간이 사회보험을 포함한 사회보장에 대한 권리를 가지는 것을 인정한다”

128) 복지국가에 대한 체계이론의 설명은 Michael King & Chris Thonhill, *Niklas Luhmann's Theory of Politics and Law*, Basingstoke: Palgrave (2003), 78-82, 고훈진, “자기준거적 체계로서 복지체계 - 예비적 고찰”, 『법철학연구』 제12권 제1호 (2009), 315-334 참조.

129) 상호주의의 문제점에 대해서는 노호창, “외국인의 사회보장”, 이철우·이희정 외 8인, 앞의 책(주 19), 458-461. 사회보장의涉外적 차원에서 상호주의의 적용 영역들에 대해서는 전광석, 『국제사회보장법론』, 법문사 (2002).

130) 노호창, 위의 글, 460-462. 노호창은 사회보험수급권이 재산권의 성격을 가진다고 본다. 사회보험인 4대 보험 외에 고용허가제 4대 보험 - 출국만기보험, 보증보험, 귀국비용보험, 상해보험 - 이 따로 있는데 이는 사회보험과 다르다. 노재철·고준기, “외국인근로자에 대한 사회보험법상의 문제점과 개선방안”, 『한양법학』 제24권 제3집 (2013), 124.

고 규정한다.

전술한대로, 산업재해보상보험법은 비교적 일찍 국적 및 체류자격과 무관하게 운영되는 방향으로 변모했다. 그러나 불법체류자는 급여를 청구할 때 출입국관리법 위반 사실이 적발될 수 있고 사용자의 입장에서든 제재를 받을 수 있으므로 실질적으로 급여 청구를 하기 어려운 면이 있다. 즉 출입국관리법이라는 하위법체계에서의 위법성이 경제체계 등 다른 기능체계에의 참여를 저해하는 것이다. 그래서 자진신고 및 사용자 처벌 감면과 같은 방안이 제안되는데,<sup>131)</sup> 이는 체계의 분화 및 각 체계의 자율성을 긍정하고 촉진하는 의미를 가진다. 고용보험은 이주노동자를 원칙적으로는 제외하고 예외적으로 일정한 체류자격을 가진 이주노동자에게 수급 자격을 부여하는 형식을 취하는데, 거주(F-2), 재외동포(F-4), 영주(F-5) 외에도 취업활동을 할 수 있는 여러 체류자격이 포함되어 있다(고용보험법시행령 제23조). 국민건강보험은 원칙적으로 등록외국인에게 개방되어 있다. 비정규이주자는 가입할 수 없으므로 ‘외국인근로자 등 소외계층 의료서비스 지원사업’과 같은 정책적 지원을 제공하고 있다.<sup>132)</sup> 국민연금은 불법체류 또는 일부 체류자격을 제외하면 가입할 수 있으나 상호주의를 기본 원칙으로 삼고 있어 이주민의 출신국 정책에 크게 좌우된다. 아울러 사회보장협정이 특히 중요하게 작용한다.<sup>133)</sup>

공공부조는 사회보험과 달리 최저한도의 인간다운 생활을 할 권리를 보장하기 위한 것으로서 시장의 논리에 따르지 않는다. 국민기초생활보장제가 공공부조의 가장 대표적인 제도이다. 한국은 국민기초생활보장법을 통해 제공하는 부조의 수급권자를 원칙적으로 국민으로 제한하면서 예외적으로 국민을 임신하거나 국민인 미성년자를 양육하는 결혼이민자 또는 배우자의 직계존속으로서 국민인 사람과 생계나 주거를 같이하는 등록외국인에 대해서만 수급을 허용한다(국민기초생활보장법 제5조의2; 국민기초생활보장법시행령 제4조). 국민의 출산, 양육, 부양에의 기여를 요건으로 공공부조 수급 자격을 주는 것은 이례적이며 공공부조의 취지에 비추어 볼 때 이질적이다.<sup>134)</sup>

사회서비스에는 의료서비스, 교육서비스 등이 포함된다. 경제적·사회적 및 문화적

131) 노재철, “미등록외국인근로자의 문제점과 해결방안”, 『노동법논총』 제18집 (2010), 68-69.

132) 노호창, “외국인의 사회보장”, 472.

133) 위의 글, 472-475.

134) 전광석, “다문화사회와 사회적 기본권”, 140.

권리에 관한 국제규약 제12조는 “모든 인간이 도달 가능한 최고 수준의 신체적·정신적 건강을 향유할 권리를 가지는 것을 인정한다”고 선언하며, 경제적·사회적·문화적권리위원회(Committee on Economic, Social and Cultural Rights)는 이것이 모든 사람에게 대해 일차의료와 응급의료를 보장하고 “예방, 치료, 완화 의료서비스”에 대한 접근에서 비정규이주자를 비롯한 어느 누구도 접근이 거부 또는 제한되게 해서는 안 된다는 뜻이라 해석한다.<sup>135)</sup> 이주노동자권리협약은 이주노동자와 그 가족이 “해당국 국민과의 평등한 대우를 기초로 하여 생명의 유지와 회복 불가능한 건강상의 피해를 방지하기 위하여 긴급하게 요구되는 진료를 받을 권리”를 가지며 “응급의료는 그의 체류나 취업이 비정규적임을 이유로 거절되어서는 아니된다”고 규정한다(제28조). 세계 각국이 실제로 이주민에게 제공하는 의료서비스의 폭은 구구하다. 크로아티아 가입 전 EU 27개국 중 19개국은 비정규이주자에게 응급의료만을 제공하며 그 중 11개국은 치료비의 사후징수제를 가지고 있는 것으로 조사되었다.<sup>136)</sup> 대한민국의 응급의료에 관한 법률은 “국내에 체류하고 있는 외국인”도 응급의료 대상자임을 분명히 하고 있고 응급환자의 정의에서도 외국인을 배제하고 있지 않다(제2조 제1호 및 제3조). 비공무원인 의료종사자는 불법체류 사실을 통보할 의무가 없고 공공보건의료기관에 종사하는 공무원도 통보의무를 면제받고 있으므로(출입국관리법시행령 제92조의2 제2호) 불법체류자라 하여 의료서비스에서 배제되지 않음을 알 수 있다. 한국은 또 응급의료 대불제도를 가지고 있어 미수응급의료비를 정부가 지원하고 있으나 수급의 절차가 복잡하여 환자인 비정규이주자에게 사전 청구하거나 그를 돕는 NGO 등의 보증을 요구하는 문제가 있다고 알려져 있다.<sup>137)</sup>

## 7. 교육을 받을 권리와 평등권

<sup>135)</sup> CECSR, General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12), adopted at the 22nd Session of the Committee on Economic Social and Cultural Rights, on 11 August 2000, Document E/C.12/2000/4, para. 34.

<sup>136)</sup> 독일은 비정규이주자를 난민신청자와 동등하게 취급하여 응급의료 이상을 제공하지만 응급의료에 한해 진료 사실을 비밀로 하며 그 외의 진료에 대해서는 의료비를 환급받을 수 있게 하는 한편 환급 담당 공무원은 불법체류자를 발견하면 신고하도록 되어 있기 때문에 실제로 비정규이주자를 위한 의료서비스는 응급의료에 제한되어 있다. European Union Agency for Fundamental Rights, *Fundamental Rights of Migrants in an Irregular Situation in the European Union* (2011), 71-83.

<sup>137)</sup> OHCHR, *The Economic, Social and Cultural Rights of Migrants in an Irregular Situation*, 43-44.

교육을 받을 권리는 보편적 인권으로서의 성격이 특히 강한 사회적 권리이다. 경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약은 모든 사람에 대해 초등교육을 무상의 무교육으로서 실시할 것을, 적당한 수단에 의해 그리고 무상교육의 점진적 도입에 의해 중등교육을 일반적으로 이용하게 하고 모든 사람에 개방할 것을 규정한다(제13조 제2항). 아동권리협약은 점진적으로 무상의무 초등교육 제공과 중등교육 발전을 규정함으로써 경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약에 비해 다소 낮은 수위에서 권리를 선언하고 있다(제28조 제1항). 이주노동자권리협약 제30조는 이주노동자의 자녀가 해당국 국민과 평등하게 교육을 받을 기본권을 가진다고 하면서 부모 또는 자녀의 체류가 합법적이지 않다는 이유로 교육에의 접근이 거부되어서는 안된다고 규정한다. 이주노동자권리보호위원회(CMW)는 그것이 경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약 제13조에 합치하는 것이라 해석한다.<sup>138)</sup> 경제적·사회적·문화적권리위원회 또한 외국인도 법적 지위를 불문하고 평등하게 교육을 받을 권리를 가진다고 선언했다.<sup>139)</sup> 이를 종합하면, 불법체류자의 자녀 또는 불법체류 아동도 무상으로 제공되어야 마땅한 초등교육을 누려야 하며 국민과 동등하게 중등교육을 받을 권리를 가진다는 것이 국제규범의 입장이라 해석할 수 있다.

이러한 국제규범이 각국에서 동일한 통용력을 가지지 못하고 있음은 물론이다. 각국의 태도는 비정규이주아동에 대해서는 ① 명확한 규정을 두어 정규이주아동 및 국민과 동등하게 교육에 대한 권리를 누리게 하는 유형(벨기에, 이탈리아, 네덜란드, 아르헨티나, 베네수엘라, 태국), ② 비정규이주아동에 대해 명확하게 규정하지는 않지만 묵시적으로 교육을 받을 권리를 인정하는 유형(프랑스, 스페인, 폴란드, 영국, 알제리), ③ 합법적 체류자격을 취득의 요건으로 명시하면서도 그러한 자격을 가지지 않는 이주아동에게 교육을 제공하는 유형(헝가리), ④ 비정규이주아동의 교육을 받을 기회를 법적으로 배제하는 유형(중국)으로 나누어 볼 수 있다.<sup>140)</sup> 대한민국은 ②유형

<sup>138)</sup> CMW, General Comment No. 2 on the Rights of Migrant Workers in an Irregular Situation and Members of Their Families, CMW/C/GC.2, 28 August 2013, para. 75.

<sup>139)</sup> CESCR, General Comment No. 13: The Right to Education, E/C.12/1999/10, 8 December 1999, para. 34.

<sup>140)</sup> Platform for International Cooperation on Undocumented Migrants (PICUM), *Undocumented Children in Europe: Invisible Victims of Immigration Restrictions* (2008), 16-21; CMW, Concluding Observations of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families: Argentina, CMW/C/ARG/CO/1, 2 November 2011, para. 5; OHCHR, *The Economic, Social and Cultural Rights of Migrants in an Irregular Situation*, chap. 4.

에 속한다. 한국의 법령은 비정규이주아동의 교육을 받을 권리에 대해 언급하지 않으나 2008년 2월 초·중등교육법시행령을 개정하여 외국인 자녀의 초등학교 입학에 위해 제출하는 서류에 출입국 또는 외국인등록사실의 증명서류를 갈음할 서류로서 임대차계약서 또는 거주사실에 대한 인우보증서를 인정하였고(제19조), 2010년에는 중학교 입학절차에 이를 준용함으로써(제75조) 비정규이주아동이 입학할 수 있도록 했다.<sup>141)</sup>

미국은 각 주의 교육정책이 달라 위의 ①~④의 유형을 모두 가지고 있었는데, 1970년대 텍사스에서 벌어진 한 쟁송 사건에 대한 연방대법원의 판결을 통해 비정규이주민의 자녀도 주민 및 합법체류자 자녀와 동등한 조건하에 공립 초·중등학교에 수학할 수 있도록 했다.<sup>142)</sup> 이 사건에서는 합법적으로 입국하지 않은 이주민 자녀에 대해 공립학교가 주의 재정을 지출할 수 없도록 하는 한편 (즉 그들에 대해 학교가 지출한 교육비를 주 정부가 지원하지 않음으로써 해당 학교가 수업료를 징수하도록 방임) 각 학군의 결정으로 미등록이주아동의 입학에 거부할 수 있도록 하는 1975년 텍사스의 입법을 다투었다. 연방대법원은 그러한 입법이 수정 제14조가 규정하는 평등보호의 원칙에 반한다고 판결했는데, 법정의견을 요약하면 다음과 같다.

- 수정 제14조는 각 주가 “그 관할권에 속하는 어떠한 인간에 대해서도 법의 평등보호를 거부해서는 안된다”고 규정하고 있는데, 이 규정에서 언급하는 “인간”에는 불법체류 상태에 있는 외국인도 포함된다.
- 각 주는 해당 주의 영역에 존재하면서 그 주의 법에 복속하는 인간 중 특정 부류를 “그 관할권에 속하지 아니함”을 이유로 평등보호의 대상에서 배제할 수 없다.
- 평등보호의 적용 여부, 즉 무엇이 같고 다른가를 판별하는 기준은 입법부가 정할 수 있으며, 그 분류는 적법한 공공목적에 대해 공정한 관계성을 가져야 한다. 체류자격의 합법성과 불법성을 가르는 연방의 판별 기준을 주가 그대로 가져다가 실제로 강제되게 될 것인지 불분명한 미등록이주아동을 교육으로부터 배제하는 근거로 사용할 수는 없다.

141) 이에 대해서는 본서 노호창이 집필 장을 참조.

142) Plyler v. Doe, 457 U.S. 202 (1982)

- 불법입국자는 스스로의 선택에 의해 위법 상황을 만들어내었으나 그들의 자녀는 그들의 지위 및 부모의 지위에 대해 영향을 미칠 수 없다. 자기들의 책임이 아닌 체류자격의 위법성을 이유로 교육으로부터 그들을 배제하는 것은 잘못이다.
- 교육을 받을 권리는 기본권(fundamental right)은 아니다. 그러나 교육은 사회의 가치를 전승하고 시민적(civic) 제도에 개인들을 편입시키는 중요한 기능을 수행한다. 그로부터의 배제는 개인에게 말할 수 없는 해악을 끼치며 사회에 기여할 수 있는 가능성을 앗아간다. 결국 실업, 복지 지출, 범죄로 인한 비용을 늘이는데 기여한다.
- 미등록이주아동에 대해 공립교육을 제공하지 않는 것이 불법체류를 줄이거나 일반인에 대한 공교육의 질을 높이는 데 기여한다는 증거는 없다.
- 교육의 비용과 필요에 비추어 볼 때 미등록아동은 합법적으로 거주하는 외국인 아동과 “기본적으로 구별되지 않는다.”

교육을 받을 권리의 주체에 대한 이러한 정식은 체계 분화의 양상으로 설명할 수 있다. 즉 사회분화가 심화되면서 가정 등에서 이루어지던 사회화는 공교육의 등장과 함께 독립성을 가지게 된 교육체계에 자리를 내어주게 된다. 교육체계는 사회적 구성물로서의 “인간(person)”을 보편적 인격의 도야라는 명분 아래 사회의 기능체계들의 요구에 부합시키는 역할을 담당한다. 보편적 내용의 학습과 인격의 도야를 목적으로 하는 공교육은 계층과 신분을 넘어 만인의 포섭을 지향한다. 위의 사건은 그러한 분화된 교육체계의 요구와 국가로 분절화된 정치체계의 논리가 충돌한 경우로서 만인의 포섭을 지향하는 교육체계가 국가에 의해 보증되는 국민교육에 의존하면서도 국가의 안과 밖을 가르는 정치체계의 간섭으로부터 스스로를 지켜낸 것으로 설명할 수 있다.<sup>143)</sup> 또한 교육을 받을 권리를 보편적 인간의 권리로 확립하려는 국제규범의 직접적 지시를 받지 않더라도 체계 분화의 동력이 국내 헌법의 장치를 통해 작용함으로써 국가적 멤버십의 경계를 넘어 권리를 확대할 수 있음을 보여준다.

<sup>143)</sup> 교육체계의 논리에 대해서는 Niklas Luhmann (이철·박여성 옮김), 『사회의 교육체계』, 이문출판 (2015) 참조.

## V. 맺음말: 지구화시대의 이민법

VI절을 보면 소위 메타이라 불리는 열악한 지위의 이주민조차 상당히 많은 권리를 누릴 수 있는 것처럼 느끼기 쉽다. 과거에 시민만이 누려온 권리를 많은 이주민들이 누리게 되었다고 박수를 치는 사람들은 국적, 즉 국민국가에 소속된 지위가 이제는 좋은 삶을 보장하는 전제조건이 아니며, 타국에 외국인으로 거주하면서도 얼마든지 질 좋은 삶을 누릴 수 있다고 말한다. 한국에서도 지구화의 진전에 의해 국민국가를 초극하는 “탈근대적”이고 “초국민적” 시민권이 등장하고 있다는 현실 진단이 있다. 그렇게 말하는 사람들은 지구화의 결과로서 “국적이라는 특수주의적 기준이 아니라 인간됨(personhood)이라는 보편주의적 기준에 따라 인간의 권리를 보장해야 한다는 담론”이 힘을 얻음으로써 국민과 외국인의 권리 격차가 줄어들고 “국민적 시민권 제도”가 “지구적 시민권 제도”로 변화한다고 본다.<sup>144)</sup> 이와 같은 소위 “탈국가적(postnational)” 시민권 테제는 서양의 이민학계에서도 상당한 반향을 불러일으킨 적이 있다. 그에 따르면, 보편적 인간지위가 국민국가에의 소속을 대체하며, 국제인권법이 보편적 인간으로서 이주민을 보호함으로써 주권적 통제가 약화되고 국민-외국인의 구별이 동요한다. 탈국가적 시민권의 도래를 경축하는 사람들은 말한다. “국민에게만 귀속되었던 권리들이 이제는 외국인들에게 연장됨으로써 국가적 시민권의 기초를 와해시키고 있다.”<sup>145)</sup> “사회적, 시민적(civil), 경제적, 심지어 정치적 권리도 국적이 아닌 거주에 근거하게 되었다.”<sup>146)</sup>

과연 그러한가? “탈국가론”은 변화의 크기와 정도를 과장하는 경향이 있다.<sup>147)</sup> 탈국가론자들의 진단과 달리 국경을 관리하고 인구를 통제하는 국민국가의 권력은 건재하며, 이를 규율하는 국제적 레짐(regime)의 발전은 낮은 수준에 머물러 있다. 오

144) 최현, “탈근대적 시민권 제도와 초국민적 정치공동체의 모색”, 조희연·지주형 엮음, 『지구화시대의 국가와 탈국가』, 한울 (2009).

145) Yasemin Nuhoğlu Soysal, *Limits of Citizenship: Migrants and Postnational Membership in Europe*, Chicago: University of Chicago Press (1994), 137.

146) David Jacobson, *Rights across Borders: Immigration and the Decline of Citizenship*, Baltimore: The Johns Hopkins University Press (1997), 9.

147) 이철우, “탈국가적 시민권은 존재하는가”, “세계화와 시민권의 변용”, 이숙중·장훈 엮음, 『세계화 제2막: 한국형 세계화의 새 구상』, 동아시아연구원 (2010); Chulwoo Lee, “South Korea: The Transformation of Citizenship and the State-Nation Nexus”.

히려 국가간의 공조는 국경관리와 입국통제를 강화하는 데 기여한다. 탈국가적 시민권을 말하는 사람들은 한편으로는 외국인이 과거부터 누려온 권리들을 과소평가하면서 다른 한편으로는 그들이 현재 누리는 권리를 과대평가한다. 앞에서 보았듯이, 시민적 권리는 프랑스혁명 이래 보편적 권리로서 인식되었지만 다른 한편으로는 여전히 모든 외국인이 모든 시민적 권리를 향유하는 것은 아니다. 국적 없이도 거주와 경제활동을 비롯한 여러 영역에서 일반 외국인에 비해 안정된 권리를 누리는 정주외국인, 특히 영주권자의 지위는 탈국가적 시민권의 대표적인 모습으로 주목된다. 하마르는 신민(subject)과 외국인의 중간에 위치하는 지위를 나타내는 데니즌십(denizenship)이라는 영국 중세법의 범주를 안정된 지위의 정주외국인을 가리키는 분석적 개념으로 개발, 유통시켰다.<sup>148)</sup> 그러나 데니즌도 정치적 권리는 일반적으로 누리지 못하며, 범죄와 안보상의 이유로 추방될 수 있는 위협에 노출되어 있다.<sup>149)</sup> 합법이주민의 의료, 식료공급, 노인 및 장애인 지원 등 복지혜택을 대폭 삭감한 1996년 미국의 복지개혁법(Welfare Reform Act)은 데니즌의 사회적 권리의 취약함을 보여주었다. 이 법 제정의 또 하나의 논리는 시민권과 영주권의 격차가 적어 시민권이 평가절하되어 있는 상태를 극복하기 위하여 시민권과 영주권의 격차를 벌려야 한다는 것이었다. 영주권을 열악하게 만들었으므로 격차를 벌린다는 것이다. 이 법 제정을 전후한 반이민적 분위기 속에 라틴아메리카 출신 이민자의 귀화율이 급등했음은 그러한 전략이 일시적으로라도 성공했음을 말해준다.<sup>150)</sup>

탈국가적 시민권을 예찬하는 사람들이 주목하는 또 하나의 징후는 인간이 국가의 상하위에 형성된 여러 층위의 정치공동체에 소속된다는 것이며 그것을 보여주는 최고의 사례로 손꼽히는 것은 유럽연합의 시민권이다. 그러나 유럽연합기능조약(Treaty on the Functioning of the European Union)은 유럽연합시민권이 국가적 시민권에 부가적인 것이지 그것을 대체하는 것이 아님을 명시적으로 확인하고 있다(제20조 제

148) Hammar, *Democracy and the Nation State*.

149) 앞에서 언급한 *Demore v. Kim*, 538 U.S. 510 (2003).

150) 이철우, “충성과 소속의 분열과 조화: 이중국적과 시민권의 정치사회학”, 정인섭 엮음, 『이중국적』, 사람생각 (2004), 265-267. 헌법학자이자 이민법학자인 셔크는 복지개혁법이 뉴딜(New Deal) 이후 사회정책상 가장 큰 변화에 해당하는 사건이라 평가했다. Peter S. Schuck, “The Re-Evaluation of American Citizenship”, in Christian Joppke (ed.), *Challenge to the Nation-State: Immigration in Western Europe and the United States*, Oxford: Oxford University Press (1998), 193-194. 영국도 1999년 비호이민법(Asylum and Immigration Act)을 통해 일정기간이 지나지 않은 이민들의 복지혜택을 대폭 제거했다. Aleinikoff & Klusmeyer, *Citizenship Policies for an Age of Migration*, 68.



1항). 연합시민권은 회원국 국적으로부터 자동적으로 유래하며 그것만을 요건으로 하고 있다. 거기에는 회원국 국적을 초월하는 권리의 확대가 없다. 따라서 연합시민권은 “기존 시민권 레짐의 논리를 넓은 영토로 이전한 것”에 불과하다.<sup>151)</sup> 연합 차원의 공동이민정책은 주권의 공동출자(pooling)를 통해 국경관리와 역외 이주자에 대한 취급에서 효율성을 기하고자 한다. 더블린규정(Dublin Regulation)에 바탕을 둔 공동유럽비호체제(Common European Asylum System)는 난민신청을 제약하고 인정 기준을 엄격히 하는 것을 목적으로 한다.<sup>152)</sup>

그러나 탈국가적 시민권 개념에 대해 이렇게 반론을 제기하고 만다면, 이 글 본문에서 언급한 복잡한 현실은 시야에서 사라지게 된다. 탈국가적 시민권 개념이 변화를 과장함을 비판해야 하지만, 그렇다고 전혀 아무런 변화가 일어나지 않는 것은 아니다. 시민권을 그것을 이루는 권리 요소들로 분해한 후 개별적 권리가 어떻게 국민과 인간에게 귀속되는가를 살핀 이 글 본문에서 보았듯이, 시민권을 이루는 권리 중 상당수는 이주민에게 개방되어 있다. 그렇다고 해서 그것을 시민권의 해체(disaggregation)라고 말하는 것은 적절치 않다. 그것은 세삼스런 현상이 아니기 때문이다. 시민권을 이루는 요소들은 시민권의 생성 때부터 다양한 형태로 비(非)성원에 의해 향유되었기 때문이다. 지금의 변화는 사회분화의 격화와 함께 체계의 자율성이 급속도로 상승하고 이것이 보편성을 주장하는 권리 담론을 더욱 자극하고 이주민권을 둘러싼 공방을 더욱 치열하게 만들고 있음을 보여준다.

이주민의 권리 주장은 국제인권법에 의해 강화되지만 권리의 인정이 국제인권법의 직접 적용에 의한 것만은 아니다. 탈국가적 시민권 테제에 대한 반론 중 하나는 그 테제가 가정하는 것과 달리 국제인권법의 구속력이 미약하다는 것이다. 국제인권협약이 권리를 부여한다고 해도 그것을 국가에 강제할 수 있는 제도적 기반은 매우 취약하다. 많은 나라에서 이주민권은 국제인권법이 아닌 국내 헌법을 통해 보호된다. 미국에서는 특히 그러하다. 탈국가적 시민권을 말하는 사람들도 이주민을 보호하는 규

<sup>151)</sup> Oliver Schmidtke, “Transnational Migration: A Challenge to European Citizenship Regimes”, 164(1) *World Affairs* 3, 13 (2001); Christian Joppke, “Immigration Challenges the Nation-State”, in Christian Joppke (ed.), *Challenge to the Nation-State*, 29-30; Linda Bosniak, “Citizenship Denationalized”, 7 *Indiana Journal of Global Legal Studies* 447 (2000), 57-59.

<sup>152)</sup> 이철우, “EU 시민권과 이주자의 권리”, 박덕영 외 16인, 『EU법강의』 (제2판), 박영사 (2012), 262-263.

법은 국가의 법제를 통해 집행된다는 점에 동의한다.<sup>153)</sup> 반대로, 국가는 국제인권법 보다는 자국법에 의해 외국인을 취급하려는 경향이 강하지만 자의적 기준에 의해 그러하지는 않는다. 국제인권협약에 가입했는지 여부에 관계없이 국가의 행동은 보편성을 내세우는 규범의 영향을 받는다. 준거가 국제인권법이든 자국 헌법이든 이주민의 권리가 확대된다면 그것은 삶의 영역이 다양화되어가기 때문, 즉 사회분화의 진전과 체계 자율성의 강화 때문이다. 즉 국가로 분절화되어 있는 정치체계에 고유한 의사소통으로부터 자극받지 않는 체계에의 참여 동력이 권리의 보편성을 주장하는 형태로 작용하게 된다. 그 과정에서 사법(司法)의 역할이 중요하다. 서두에서 지적했듯이, 이민법은 법제정의 시원적 권력 주체인 주권자와 법의 적용 대상인 수범자의 불일치를 특징으로 한다. 즉 이민법은 주권적 의사결정에 참여하지 못하는 타자들을 규율 대상으로 삼는다. 이주민은 정치체계가 작동하는 입법과정에 참여하지 못하므로 자기들의 이익을 위해 사법에 호소하는 동인을 가지게 된다. 법원은 이주민의 권리를 인정함으로써 이민정책에 영향을 미친다. 정치의 사법화는 이민정책의 분야에서 두드러진다.<sup>154)</sup> 법원은 법체계의 하위체계로서 법체계의 내측 중심에 위치하고 있다. 즉 법체계에 가해지는 자극이 가장 늦게 전달되는 곳에 위치한다. 사법은 정치와 행정의 자극을 받지만 그것을 법의 독자적인 코드와 프로그램으로 수용한다.<sup>155)</sup> 이민법은 주권의 작용을 뒷받침하는 내용을 담고 있지만 이주민이 참여하는 여러 체계들과 접촉하고 그들의 자극을 자기의 소통 논리로 수용한다. 이를 매개하는 법원의 판결은 이주민을 “인간”으로 취급하는 권리 담론을 프로세싱하는 데 상대적으로 적합하다.

그러나 이민정책의 사법화는 권리의 유무라는 이항대립적 코드에 의한 판단만으로 이주민에 대한 처우를 결정하게 되어 이민정책을 협소한 틀에 가둘 가능성이 있다. 이민정책은 정치체계의 하위체계인 행정체계와 이주민이 참여하는 경제체계 및 기타 여러 사회적 체계들이 접촉하는 지점이다. 그에 대한 인식을 바탕으로 이민행정을 이

<sup>153)</sup> Soysal, *Limits of Citizenship*, 143.

<sup>154)</sup> 이철우, “정치의 사법화와 사법을 통한 정책결정 - 이민정책을 중심으로”, (연세대학교) 『법학연구』 제26권 제1호 (2016), 329-377; Christian Joppke and Elia Marzal, “Courts, the Constitutionalism and Immigrant Rights: The Case of the French Conseil Constitutionnel”, 43(6) *European Journal of Political Research* 823 (2004). 반면 법원의 소극주의와 입법/행정부의 이민정책 존중 태도를 강조하는 연구로 Nora Hui-Jung Kim, “The Janus-Faced Court of Naturalisation: Marriage and Kinship in Naturalisation Litigation in South Korea”, 42(9) *Journal of Ethnic and Migration Studies* 1536 (2016).

<sup>155)</sup> Luhmann, 『사회와 법』, 제7장.

민조종(Migrationsteuerung)의 개념으로 재정의하려는 움직임이 있음이 주목된다. 조종을 이민행정법의 주된 수단으로 수용하자고 제의하는 김환학은 다음과 같이 말한다.

주권범위 내에서만 존재하는 국가와 국경을 넘으려 하는 자본 및 인간의 욕구 사이의 긴장은 영역국가의 발생과 더불어 시작됐지만 세계화 추세에서 더욱 두드러진다. 산업구조 변동에 따른 인력수요는 인간의 이동을 촉발시키고, 이러한 경제적 요인은 문화적 갈등과 통합으로 이어진다. 여기서 외국인의 체류욕구 및 이익은 리스크요소로서 일용 국가질서와 긴장관계에 서게 된다. 세계화로 인해 국민국가의 주권이 상대화하는 반면에 국가가 자본과 인간의 흐름에 대해 공동체를 위한 조절기제로 작동할 필요성 역시 그만큼 높아진다. 세계화의 흐름 안에서 자본의 자유이동과 규제만이 아니라 인간의 이동과 사회적 통합도 공동체의 주요관심사이고 이러한 이민현상에 대한 조종은 행정법의 임무이다.<sup>156)</sup>

그에 따르면, 통제하기 힘든 이주의 물결 속에서 이주민의 통합이라는 복합적 과제를 실현해야 하는 현실에서, 이주에 대한 법의 대응을 경찰법적 위험방지 및 체류법적 질서유지에 그치게 하지 않고, 질서와 경제, 사인의 권리, 통합과 공존, 국제협력이라는 다준거적 정책 목표를 달성하기 위해 명령적 조종과 콘텍스트 조종, 연성적 규율과 도덕적 호소, 경제적 설득 또는 장려 지원 등 다양한 수단을 적용하는 복합적 규제에 재정립하자는 것이다.<sup>157)</sup> 법을 리스크 관리를 위한 유연한 수단으로 활용하고자 하는 이러한 움직임은 법체계와 행정체계 사이의 구조적 결합(structural coupling)을 이루는 행정적 재량을 적절하게 활용하면서도 법체계의 자율성을 훼손하지 않는 것을 관건으로 한다.

156) 김환학, “이민행정법의 구축을 위한 시론”, 『행정법연구』 제32호 (2012), 194-195면.

157) 반면 김환학은 다수의 비국가적 행위자와의 협치를 수반하는 이민거버넌스에 대해서는 회의적이다. 이주민 단체가 잘 조직화되지 않고 국가가 협력 파트너로 삼을 만한 역량과 공공의지를 가진 내국인 조직도 활성화되지 않은 상태에서 거버넌스를 논하는 것은 시기상조라는 것이다. 위의 글, 199-201면.

## 참고문헌

\* 저자를 특정할 수 없는 문헌은 각주에만 기재함

### 1. 국내문헌

- 고봉진, “자기준거적 체계로서 복지체계 - 예비적 고찰”, 『법철학연구』 제12권 제1호 (2009).
- 김선태, “헌법재판소 판례에 비추어 본 행복추구권”, 『헌법논총』 제9집 (1998).
- 김환학, “이민행정법의 구축을 위한 시론”, 『행정법연구』 제32호 (2012).
- 노영돈, “우리나라 국적법의 몇 가지 문제에 관한 고찰”, 『국제법학회논총』 제41권 제2호 (1997).
- 노재철, “미등록외국인근로자의 문제점과 해결방안”, 『노동법논총』 제18집 (2010).
- 노재철 · 고준기, “외국인근로자에 대한 사회보험법상의 문제점과 개선방안”, 『한양법학』 제24권 제3집 (2013).
- 노호창, “외국인의 사회보장”, 이철우 · 이희정 외 8인, 『이민법』, 박영사 (2016).
- 박정훈 · 김환학 · 플로랑스 르누치 · 홍기원, 미국 등 주요 선진국가의 행정조사와 영장주의: 출입국관리법상 행정강제와 영장주의에 관한 비교법적 고찰, 법무부 연구용역보고서 (2011. 12).
- 박찬운, 『인권법』 (개정판), 한울아카데미 (2011).
- 법무부 출입국 · 외국인정책본부, 『출입국 · 외국인정책통계월보』, 2016. 12.
- 서호철, “국민/민족 상상과 시민권의 차질, 차질로서의 자기정체성”, 『한국문화』 제41호 (2008).
- 석동현, 국적법, 『법문사』 (2011).
- 신기욱, 『한국 민족주의의 계보와 정치』, 창비 (2009).
- 신지원 · 한태희, “국경관리: 촉진과 통제의 균형”, 정기선 엮음, 『한국 이민정책의 이해』, 백산서당 (2011).
- 양천수, “인권법체계의 자기생산적 구조 - 법사회학의 측면에서 접근한 시론”, (부산대학교) 『법학연구』 제48권 제2호 (2008).

- 이규창, 『추방과 외국인 인권』, 한국학술정보 (2006).
- 이다혜, “시민권과 이주노동”, 『사회보장법연구』 제3권 제1호 (2014).
- 이승욱, “불법체류 외국인 근로자의 노동조합 설립과 활동”, 『노동법연구』 제37호 (2014).
- 이운환, “헌법상 외국인의 지방참정권”, 『국제인권법』 제4호 (2001).
- 이장희, “통일시대를 대비한 한국 국적법의 개정방향 검토”, 이장희 엮음, 『통일시대를 대비한 국적법의 개정방향』, 아시아사회과학연구원 (1998).
- 이철우, “충성과 소속의 분열과 조화: 이중국적과 시민권의 정치사회학”, 정인섭 엮음, 『이중국적』, 사람생각 (2004).
- 이철우, “탈국가적 시민권은 존재하는가”, 조희연·지주형 엮음, 『지구화시대의 국가와 탈국가』, 한울아카데미 (2009).
- 이철우, “세계화와 시민권의 변용”, 이숙중·장훈 엮음, 『세계화 제2막: 한국형 세계화의 새 구상』, 동아시아연구원 (2010).
- 이철우, “EU시민권과 이주자의 권리”, 박덕영 외 16인, 『EU법강의』 (제2판), 박영사 (2012).
- 이철우, “국적의 취득과 상실”, 이철우·이희정 외 8인, 『이민법』, 박영사 (2016).
- 이철우, “정치의 사법화와 사법을 통한 정책결정 - 이민정책을 중심으로”, (연세대학교) 『법학연구』 제26권 제1호 (2016).
- 이현수, “외국인의 입국”, 이철우·이희정 외 8인, 『이민법』, 박영사 (2016).
- 이현수·이희정·최계영·최운철, “권익 보호 절차”, 이철우·이희정 외 8인, 『이민법』, 박영사 (2016).
- 이혜경, “이민과 이민정책의 개념”, 이해경·이진영·설동훈 외 5인, 『이민정책론』, 박영사 (2016).
- 전광석, 『국제사회보장법론』, 법문사 (2002).
- 전광석, “다문화사회와 사회적 기본권 - 헌법적 접근을 위한 시론”, 『헌법학연구』 제16권 제2호 (2010).
- 정인섭, “법적 기준에서 본 한국인의 범위”, (두남 임원택 교수 정년기념) 『사회과학의 제문제』, 법문사 (1988).
- 정인섭, “우리 국적법상 최초 국민 확정기준에 관한 검토”, 『국제법학회논총』 제43권

제2호 (1998).

차규근, “[법률칼럼] 당신의 입국을 거부합니다...②”, 『재외동포신문』, 2017. 11. 23.

차용호, 『한국이민법』, 법문사 (2015).

최계영, “외국인의 출국”, 이철우·이희정 외 8인, 『이민법』, 박영사 (2016).

최운철, “외국인의 법적 지위”, 이철우·이희정 외 8인, 『이민법』, 박영사 (2016).

최현, “탈근대적 시민권 제도와 초국민적 정치공동체의 모색”, 조희연·지주형 엮음, 『지구화시대의 국가와 탈국가』, 한울아카데미 (2009).

최홍엽, “외국인 근로자의 노동법상 지위에 관한 연구”, 서울대학교 법학박사학위논문 (1997).

최홍엽, “외국인근로자와 전문외국인력”, 이철우·이희정 외 8인, 『이민법』, 박영사 (2016).

하명호, “외국인 보호 및 강제퇴거절차와 구제절차에 대한 공법적 고찰”, 『고려법학』 제52호 (2009).

홍성수, “인간이 없는 인권이론 - 루만의 체계이론과 인권”, 『법철학연구』 제13권 제3호 (2010).

## 2. 외국문헌

Aleinikoff T. Alexander & Douglas Klusmeyer, *Citizenship Policies for an Age of Migration*, Washington DC: Carnegie Endowment for International Peace (2002).

Bauböck Rainer, “Expansive Citizenship: Voting beyond Territory and Membership”, 38(4) *Political Science and Politics* 683 (2005).

Bosniak Linda, “Citizenship Denationalized”, 7 *Indiana Journal of Global Legal Studies* 447 (2000).

Castles, Stephen & Mark J. Miller (한국이민학회 옮김), 『이주의 시대』, 일조각 (2013).

Castles, Stephen, Hein de Haas & Mark J. Miller, *The Age of Migration: International Population Movements in the Modern World*, 5th ed., New York: The Guildford Press (2014).

- Chin, Gabriel J., “Chae Chan Ping and Fong Yue Ting: The Origins of Plenary Power”, in David A. Martin & Peter H. Schuck (eds.), *Immigration Stories*, New York: Foundation Press (2005).
- Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 13: The Right to Education, E/C.12/1999/10, 8 December 1999.
- Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12), adopted at the 22nd Session of the Committee on Economic Social and Cultural Rights, on 11 August 2000, Document E/C.12/2000/4.
- Committee on Migrant Workers (CMW), Concluding Observations of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families: Argentina, CMW/C/ARG/CO/1, 2 November 2011.
- Committee on Migrant Workers (CMW), General Comment No. 2 on the Rights of Migrant Workers in an Irregular Situation and Members of Their Families, CMW/C/GC.2, 28 August 2013.
- Derrida, Jacques (진테원 옮김), “독립선언들”, 『법의 힘』, 문학과지성사 (2004).
- European Union Agency for Fundamental Rights, *Fundamental Rights of Migrants in an Irregular Situation in the European Union* (2011).
- Foucault, Michel, “Governmentality”, in Graham Burchell, Colin Gordon & Peter Miller (eds.), *The Foucault Effect: Studies in Governmentality*, Chicago: The University of Chicago Press (1991).
- Hahm, Chaihark and Sung Ho Kim, *Making We the People: Democratic Constitutional Founding in Postwar Japan and South Korea*, Cambridge: Cambridge University Press (2015).
- Hammar, Tomas, *Democracy and the Nation State: Aliens, Denizens and Citizens in a World of International Migration*, Aldershot: Avebury (1990).
- Human Rights Committee, General Comment 27, Freedom of Movement (Art. 12), U.N. Doc CCPR/C/21/Rev.1/Add.9 (1999).

- Human Rights Committee, CCPR General Comment No. 15: The Position of Aliens Under the Covenant, 11 April 1986, United Nations, International Human Rights Instruments, Vol. 1, Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. 1), 27 May 2008.
- Jacobson, David, *Rights across Borders: Immigration and the Decline of Citizenship*, Baltimore: The Johns Hopkins University Press (1997).
- Joppke, Christian, *Immigration and the Nation-State: The United States, Germany, and Great Britain*, Oxford: Oxford University Press (1999).
- Joppke Christian, *Citizenship and Immigration*, Cambridge: Polity (2010).
- Joppke, Christian and Elia Marzal, "Courts, the Constitutionalism and Immigrant Rights: The Case of the French Conseil Constitutionnel", 43(6) *European Journal of Political Research* 823 (2004).
- Kim, Jaeun, "Establishing Identity: Documents, Performance, and Biometric Information in Immigration Proceedings", 36(3) *Law & Social Inquiry* 760 (2011).
- Kim, Nora Hui-Jung, "The Janus-Faced Court of Naturalisation: Marriage and Kinship in Naturalisation Litigation in South Korea", 42(9) *Journal of Ethnic and Migration Studies* 1536 (2016).
- King, Michael & Chris Thonhill, *Niklas Luhmann's Theory of Politics and Law*, Basingstoke: Palgrave (2003).
- Krasner, Stephen D., *Sovereignty: Organized Hypocrisy*, Princeton: Princeton University Press (1999).
- Kymlicka, Will, *Politics in the Vernacular: Nationalism, Multiculturalism, and Citizenship*, Oxford: Oxford University Press (2001).
- Lambert, Hélène, *The Position of Aliens in Relation to the European Convention on Human Rights*, Strasbourg: Council of Europe Publishing (2007).
- Lee, Chulwoo, "South Korea: The Transformation of Citizenship and the State-Nation Nexus", 40(2) *Journal of Contemporary Asia* 230 (2010).



- Lee, Chulwoo, “How Can You Say You’re Korean? Law, Governmentality, and National Membership in South Korea,” 16(1) *Citizenship Studies* 85 (2012).
- Lee Chulwoo, “Citizenship, Nationality, and Legal Status”, in Immanuel Ness (ed.), *The Encyclopedia of Global Human Migration*, Oxford: Blackwell (2013).
- Lee, Chulwoo, “The Law and Politics of Citizenship in Divided Korea”, 6(1&2) *Yonsei Law Journal* 3 (2015).
- Lewand, Kathleen, “The Right to Return of Palestinians in International Law”, 8(4) *International Journal of Refugee Law* 532 (1996).
- Luhmann, Niklas (윤재왕 옮김), 『사회의 법』, 새물결 (2014).
- Luhmann, Niklas (이철·박여성 옮김), 『사회의 교육체계』, 이론출판 (2015).
- Marshall, T. H., *Citizenship and Social Class and Other Essays*, Cambridge: Cambridge University Press (1950).
- Molew, Nuala & Catherine Meredith, *Asylum and the European Convention on Human Rights*, Strasbourg: Council of Europe Publishing (2010).
- Motomura, Hiroshi, “Immigration Law and Federal Court Jurisdiction Through the Lens of Habeas Corpus”, 91 *Cornell Law Review* 459 (2006).
- Neuman, Gerald L., “Immigration and Judicial Review in the Federal Republic of Germany”, 23 *New York University Journal of International Law and Politics* 35 (1990).
- Neuman Gerald L., “‘We Are the People’: Alien Suffrage in German and American Perspective”, 13 *Michigan Journal of International Law* 259 (1992).
- Norako, Jennifer, “Accuracy or Fairness?: The Meaning of Habeas Corpus after *Boumediene v. Bush* and Its Implications on Alien Removal Orders”, 58 *American University Law Review* 1611 (2009).
- Office of the United Nations High Commissioner on Human Rights (OHCHR), *Migration Paper: Family Reunification* (2005).
- Office of the United Nations High Commissioner on Human Rights (OHCHR), *The Economic, Social and Cultural Rights of Migrants in an Irregular*

- Situation*, United Nations (2014).
- Østergaard-Nielsen, Eva Kristine, “Transnational Political Practices and the Receiving State: Turks and Kurds in Germany and the Netherlands”, 1(3) *Global Networks* 261 (2001).
- Parkin, Joanna, “The Criminalisation of Migration in Europe: A State-of-the-Art of the Academic Literature and Research”, *CEPS Paper in Liberty and Security in Europe*, No. 61 (2013).
- Parliamentary Assembly of the Council of Europe, “Political Rights and Position of Aliens”, *Recommendation 799* (1977).
- Platform for International Cooperation on Undocumented Migrants (PICUM), *Undocumented Children in Europe: Invisible Victims of Immigration Restrictions* (2008).
- Rodelhäuser, Tilman, “Another Brick in the Wall: Carrier Sanctions and the Privatization of Immigration Control”, 26(2) *International Journal of Refugee Law* 223 (2014).
- Rubenstein, Kim & Daniel Adler, “International Citizenship: The Future of Nationality in a Globalized World”, 7 *Indiana Journal of Global Legal Studies* 519 (2000).
- Salter, Mark B., “Governmentalities of an Airport: Heterotopia and Confession”, 1 *International Political Sociology* 49 (2007).
- Schmidtke, Oliver, “Transnational Migration: A Challenge to European Citizenship Regimes”, 164(1) *World Affairs* 3 (2001).
- Schuck, Peter S., “The Re-Evaluation of American Citizenship”, in Christian Joppke (ed.), *Challenge to the Nation-State: Immigration in Western Europe and the United States*, Oxford: Oxford University Press (1998).
- Smale, Alison, “Referendum Inflames Concerns Over Turkey’s Grip in Germany”, *New York Times*, 15 April 2017.
- Soysal, Yasemin Nuhoğlu, *Limits of Citizenship: Migrants and Postnational Membership in Europe*, Chicago: University of Chicago Press (1994).

- Stumpf, Juliet, “The Cimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power”, 56 *American University Law Review* 367 (2006).
- Torpey, John, “The Great War and the Birth of the Modern Passport System”, in Jane Caplan & John Torpey (eds.), *Documenting Individual Identity: The Development of State Practices in the Modern World*, Princeton: Princeton University Press (2001).
- United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol (2007).
- United Nations Department of Economic and Social Affairs (UNDESA), *International Migration Report 2015*.
- Verschraegen, Gert, “Systems Theory and the Paradox of Human Rights”, in Michael King and Chris Thornhill (eds.), *Luhmann on Law and Politics: Critical Appraisals and Applications*, Oxford: Hart (2006).
- Wilsher, Daniel, *Immigration Detention: Law, History, Politics*, Cambridge: Cambridge University Press (2012).
- Woude, Maartje van der, Vanessa Barker & Joanne van der Leun, “Crimmigration in Europe”, 14(1) *European Journal of Criminology* 3 (2017).



[토론문]

## ‘외국인과 헌법’에 관한 토론문

정 광 현\*

헌법학은 정치학이나 사회학과 교류가 다른 어느 법 분야보다 더 절실히 필요하리라고 단지 막연하게만 생각해 왔는데, 함재학 교수님과 김성호 교수님 그리고 이철우 교수님의 발제문을 읽으면서 그 필요성을 제대로 절감할 수 있었습니다. 법철학, 정치철학, 법사회학적 관점에서 ‘헌법제정과 주권인민’, ‘주권과 외국인의 인권’에 관한 논의를 심도 깊게 조명해 주신 덕분에, 저로서는 그 동안 잘 모르고 지내던 것들을 많이 배울 수 있었습니다. 이에 대해 공동발제자 여러분들께 감사드립니다.

사실 이러한 학술적 연구에 거의 문외한인 제가 어떤 영양가 있는 토론을 한다는 게 처음부터 기대하기 어려운 게 아닌가 하는 생각이 듭니다. 이러한 점에 대해 사전에 양해를 구하면서, 몇 가지 단견(短見)에 기초한 질문을 드리는 것으로 토론문을 갈음할까 합니다.

### 1. 함재학 교수님과 김성호 교수님께 드리는 질문

주권인민의 정체성을 규명함에 있어서 리콰르(Paul Ricoeur)의 동질적 집합정체성과 이질적 집합정체성의 구별을 원용하고 계십니다. 동질적 집합정체성은 집단 구성원들의 공통된 ‘무엇’인가에 의해 정체성이 인식되는 것이라면, 이질적 집합정체성은 다원적이거나 심지어 갈등할 수 있으면서도 고유한 상호소통과정을 공유하고 그 절차에 참여하는 ‘우리는 누구인가’라는 반성적 성찰을 통해 찾아가는 것으로 이해했습니다. ‘민족’이 본질적으로 동질적 집합정체성에 기반하고 있다면, ‘주권인민’은 일종의 이질적 집합정체성에 기반한 시민적 결사체로 설명되고 있습니다.

여기서 드는 의문은, ① 실제로 세상에 존재하는 국가는 하나가 아니라 여러 개이

---

\* 한양대학교 법학전문대학원 교수.

고, 따라서 ‘주권인민’도 복수로 존재할 수밖에 없는데, 서로 별개로 반성적 고찰을 하며 상이한 정체성을 형성해 가는 개별 주권인민들 각각을 구획하는 기준은 무엇일지 궁금합니다.

또한 ② 외국인도 우리나라 국민과 함께 소통과정을 공유하고 그 절차에 참여하면 우리나라의 ‘주권인민’에 편입될 수 있는 것이지요? 아니면 외국인은 그의 국적 때문에 어떠한 경우에도 ‘주권인민’과 차별화되는 타자(otherness)로 남아 있어야 하는 것이지요? ‘인민의 민족화’와 ‘민족의 인민화’는 역사적 우연성과 개념적 친화력을 넘어서는 논리적 필연성과 규범적 정당성을 주장할 근거는 약하다고 하시면서, 인민의 개념적 탈민족화를 위해서는 민족의 ‘동질적 정체성’과는 상이한 ‘이질적 정체성’을 통해 인민의 개념을 재정립할 필요가 있다고 하셨는데, 이것이 ‘외국인의 주권인민화’ 가능성도 함께 시사하는 것이지요?

③ 한 국가의 인민주권은 ‘타자’로서의 외국 또는 외국인에 대해서는 정당성의 한계가 적용될 여지가 없는지요? 아니면 이들에 대해서도 획득해야 하고, 또한 어떻게 획득할 수 있는지요?

## 2. 이철우 교수님께 드리는 질문

① 우리 헌법 제1조 제2항은 “대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다”고 규정하고 있습니다. 제6조 제2항은 “외국인은 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 그 지위가 보장된다”고 규정하고 있습니다. 이러한 조문들을 체계적으로 해석하면, 우리나라 헌법은 주권자로서의 대한민국 국민과 기타 외국인을 준별하고 있다고 볼 수밖에 없습니다. 양자의 경계선 획정에 관해서는 헌법 제2조 제1항이 “대한민국의 국민이 되는 요건은 법률로 정한다”고 규정하고 있습니다. 자크 데리다(Jacques Derrida)가 미국 독립선언서를 소재로 한 ‘선언을 하는 주체가 선언에 의해 비로소 탄생한다’는 패러독스는, ‘제헌헌법이 통과되기 전에 이미 대한민국의 국민이 되는 요건을 정한 법률규정이 존재했고, 다만 그 법률규정의 효력이 위헌법 제6조 제2항에 의해 추인되었다’고 가정할 때, 깨질 여지도 있을 듯합니다. 적어도 주권자로서 ‘국민의 규범적 형성’에서도 - 김성호 교수님의 발제문의 표현을 빌어 - ‘시차화(temporalization)’ 내지 ‘간(間)세대화’에 따른 이론구성이 가능할 듯합니

다. 이렇게 볼 때, 국민과 외국인의 규범적 준별 자체를 만드시 패리독스로 보아야만 하는지에 대해서는 의문이 있습니다. ‘국민’은 영토, 주권과 함께 국가의 3대구성요소인데, 이 개념이 불안해지면 헌법의 기초적 전제 자체가 흔들릴 것 같은 생각이 들어 우문(愚問)을 드립니다.

② 발제문 중에 “국가에 소속된 지위와 그에 수반하는 권리와 의무의 총체를” 시민권(citizenship)이라고 정의하셨는데, 그러한 권리와 의무의 법원(法源)은 중요한 고려사항이 못 되는지요? 또한 국제인권규약은 개인이 어떤 국가에 소속되었든 아니든 계약국에 대해 일정한 인권을 절대적으로 보장하도록 규정하고 있는데, 이러한 경우 해당 인권도 ‘시민권’의 개념에 해당할 수 있는지요? 개념에 대한 이해가 불충분하여, ‘시민권’하고 ‘기본권’, ‘인권’의 관계가 궁금한데, 이에 대해 보충설명을 해 주시면 감사하겠습니다.