

이주법제 정립을 위한 입법 이론적 고찰*

최 윤 철**

목 차

- | | |
|-------------------------|---------------------|
| I. 들어가는 말 | IV. 이주법제와 입법원칙 |
| II. 이주법제의 대상으로서 이주사회 | 1. 이주에 대한 기본적 입장 정립 |
| 1. 다문화, 다문화주의, 다문화사회 논쟁 | 2. 이주법제의 범위 확정의 필요성 |
| 2. 이주사회의 의의와 유형 | 3. 인간존엄에 기초한 이주법제 |
| III. 우리나라 이주법제의 현황과 문제점 | 4. 일반적 입법원칙에 따른 정비 |
| 1. 이주법제의 입법 배경 | V. 나가는 말 |
| 2. 우리나라 이주법제의 현황과 문제점 | |

I. 들어가는 말

한국사회가 빠른 속도로 이주사회로 진입하고 있다는 진단이 곳곳에서 이루어지고 있다.¹⁾ 1990년대의 경제성장과 사회구조의 변화, 노동환경과 시장의 변화 등이 외국인의 대량유입을 가져왔고 그 결과 2013년 현재 한국에는 약 98만여 명이 장기체류하고 있는 것으로 보고되고 있다.²⁾ 그 밖에도 외국배경을 가진 대한민국 국민의 수도 급속히 증가하고 있다.³⁾ 혈통주의에 기초하고 있는 한국사회는 오랫동안 외국인의

* 이 논문은 2012년 정부(교육과학기술부)의 재원으로 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임(NRF-2012-S1A3A2-033324).

** 건국대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사

1) 이순태, 다문화사회의 도래에 따른 외국인의 출입국 및 거주에 관한 법제연구(한국 법제연구원, 2007); 윤인진, 국가주도 다문화주의와 시민주도 다문화주의(한국사회학회 동북아시아대위원회 용역과제 07-7, 2007) 등 참조.

2) 법무부 출입국·정책본부, 출입국·외국인정책 통계월보 2013년 4월호, 9쪽 이하.

3) 법무부 출입국·정책본부, 출입국·외국인정책 통계연보(2011) 참조.

유입을 경험하지 못한 채 단일민족국가의 정체성을 가진 것으로 인식되어 왔다. 그러나 많은 외국인의 급속한 유입은 한국 사회에 뿌리 깊게 자리 잡고 있던 단일민족, 순수혈통을 가진 일원적 정체성에 대한 물음을 던지기 시작하였다. 외국인 유입에 대하여 매우 배타적이고 국수적인 입장에서부터 무관심한 입장은 물론 매우 우호적인 입장⁴⁾까지 다양한 입장이 공존하면서 갈등하고 있다.

많은 외국인의 유입과 외국배경을 가진 국민의 증가로 인하여 새로이 생겨난 현상과 갈등을 해결하고 향후 한국사회의 방향에 대한 전망에 기초한 여러 가지의 법률들과 제도들이 새로이 마련되어 시행되고 있다. 그러나 관련 법률들이 이미 오래전에 제정되어 새로운 현실을 제대로 반영하지 못하거나, 현실 자체에 대한 정확한 파악이 미흡함에도 불구하고 현상에 대한 대응에만 초점을 맞춘 경우 또는 사회적 합의가 아직 부족함에도 불구하고 먼저 법률이 제정된 경우 등이 있다. 그에 따라 현상과 법제 간의 괴리로 인하여 수범자는 물론 집행자에게도 법의 준수와 집행에 혼선과 어려움을 주고 있다.

이 글은 최근 제정되어 시행되고 있는 외국과 이주민을 수범자로 하고 있는 현행 법제를 연구의 대상으로 하여 현행 법제의 문제점을 분석하고 개선하기 위한 방안을 모색하는 것을 목적으로 한다. 이를 위해 다문화주의, 다문화사회, 이주, 이민 등 관련 개념들에 대한 비교분석을 한다. 이어서 다른 국가들의 사례를 간략히 살핀 뒤, 이주법제의 개선과 발전을 위한 이념적·법이론적 원칙들을 제시하고자 한다.

4) 매우 국수적이고 배타적인 성격을 가진 상당히 많은 그룹들이 온라인을 중심으로 활동하고 있다.

Ⅱ. 이주법제의 대상으로서 이주사회

1. 다문화, 다문화주의, 다문화사회 논쟁

한국에서는 외국인의 유입과 결혼이민자의 증가에 따라 한국사회가 다문화사회가 되어가고 있다는 말과 함께, ‘다문화’, ‘다문화사회’, ‘다문화주의’라는 용어가 빈번히 사용되고 있다. ‘다문화’라는 말은 이미 법률과 정부의 정책, 제도, 기구들에도 광범위하게 사용되고 있다. 그러나 정작 ‘다문화’의 본래의 정치적·철학적·문화적 의미에 대한 고찰은 크게 없이 단지, 외국인 또는 외국출신 국민들을 각자의 문화담지자로 보고, 한국사회를 다른 하나의 문화로 보면서 이들이 함께 있는 그 자체만을 다문화라고 칭하는 것으로 보인다.⁵⁾ ‘재한외국인처우기본법’ 제18조의 ‘다문화’도 그러한 이해의 선상에 놓여 있다. 그에 따라 이러한 외국인들이 한국사회에 혼재하고 있으면 당연히 다문화사회가 되버리게 되었다.⁶⁾

‘다문화주의’는 일반적으로 공동체의 조직적 수준에서 인종의 다양성을 기초로 특정장소의 인구학적 구성에 적용되는 다양한 인종 문화를

5) ‘다문화’ 개념의 불명확성, 불철저성 등에 관한 비판은 많이 찾아볼 수 있다. 대표적 인 것들로 서운호, “다문화주의와 문화다양성-다문화법제의 기본개념 분석-”, 일감법학 제23호(건국대학교 법학연구소, 2012); 김비환, “포스트모던 시대에 있어 합리성, 다문화주의 그리고 정치”, 사회과학 제35권 제1호(성균관대학교 사회과학연구소, 1996); 김남국, “한국에서 다문화주의 논의의 전개와 수용”, 경제와 사회(비판사회학회, 2008); 정상준, “문화적 다양성과 다문화주의”, 외국문학 제43집(열음사, 1995) 등 참조.

6) 외국인이 되었던 한국인이 되었던 누구든지 사람들은 각자의 언어, 습관, 행동 등을 통해서 다른 사람과 구별되며, 집단적 공통점(언어, 풍속, 종교 등)과 정체성들이 집단적으로 구분되어 이를 의도적이든 비의도적이든 외부로 작위 또는 부작위를 통해서 나타내며 이러한 것을 문화라고 할 수 있다. 그러한 의미에서 모든 사람은 각각 문화의 담지자이다. 따라서 위와 같은 의미로 보게 되면 사람들이 관계를 맺는 순간부터 다문화적일 수밖에 없게 된다.

수용하는 것⁷⁾으로 정의된다. 주류집단과 비주류·소수집단 사이에 갈등을 겪고 있던 캐나다의 문제를 해결하기 위한 정책적 방향과 관련하여 주장된 차인의 인정과 승인을 골자로 하는 찰스 테일러 류의 다문화주의⁸⁾로부터 자유의 개념으로부터 원주민 또는 소수민족의 자치권 인정을 위한 자유주의적 입장에서 주장되는 월 킴리카 류의 다문화주의⁹⁾ 등 많은 유형의 다문화주의가 논의되고 실제로 정책에 반영되고 있다.¹⁰⁾

그러나 한국에서 논의되고 있는 다문화주의는 이러한 정치·철학적 인식과 주장과는 상대적으로 거리가 있다. 현상으로서 부각된 외국인의 유입과 그에 따른 한국사회의 뒤 늦은 반응을 다문화주의 논쟁의 구조 속에 끼워 맞춘 것은 아닌지 하는 의심이 든다. 실제로 정부의 다문화관련 법제의 입법과정, 다문화정책의 추진과정 등을 살펴보면 초기에는 외국인 증가에 따른 대책 마련(관리중심)에 관심이 있었지 정작 다문화주의에서 논의하고 있는 근본적인 성찰을 없었던 것으로 보인다. 몇몇 사건이 계기가 되어¹¹⁾ 입법이 서둘러졌으나, 그러함에 따라 오히려 새로운 부작용이 현장에서 나타나고 있다. 현장에서는 ‘다문화’가 과거 외국인과의 사이에서 출생한 한국인들을 비하하여 사용하던 대표적인 차별적 용어인 ‘혼혈’을 대체한 것에 불과한 것에 지나지 않는다는 비판도 있다.¹²⁾ 이러한 상황에서 한국사회가 다문화사회인가라는 물음에는

7) 서윤희, 위의 논문, 291쪽.

8) Taylor, Charles, *The Politics of Recognition*, in: Gutmann, Amy(ed.), *Multiculturalism*(Princeton University Press, 1994).

9) Kymlicka, Will, *Multicultural Citizenship* (Oxford, 1996).

10) 다문화주의 정책을 채택한 국가들로는 미국, 호주, 캐나다 등 상당수에 이르고 있다. 그러나 그 구체적인 내용은 개별 국가별로 다른 모습을 보이고 있다.

11) 미식축구 선수인 한국계 하워드 씨의 경우, 결혼이민자들의 한국사회의 부적응으로 인한 부작용 발생에 따른 국제사회의 비난 등이 입법과정과 입법의 신속함에 일정한 영향을 미쳤다.

12) 동아일보 인터넷판(2013.5.6), <<http://news.donga.com/3/all/20130506/>>

답을 할 수가 없다고 생각한다. 그러한 의미에서 한국사회는 여전히 순혈주의가 지배하고 있으면서 표피적으로는 혼혈과 문화의 다원성 및 다문화를 수용하는 것으로 가장하는 이중적인 태도를 가진 불완전한 다문화사회라고 볼 수 있다.

2. 이주사회의 의의와 유형

2.1 이주, 이주사회

이주사회는 인종적, 언어적, 종교적·문화적 차이를 가진 사람과 사람들이 기존의 원주 집단이 지배적인 영역 내에서 자발적 또는 비자발적으로 진입하여, 즉 이주민이 되어 원주민과 서로 경쟁하고 갈등하면서 공존을 추구하거나 공존하고 있는 사회라고 정의할 수 있다. 이주 집단과 원주 집단 간의 힘의 균형상태의 변화에 따라 이주 집단이 원주 집단을 축출하는 경우도 있으며(과거 남아메리카에서의 스페인과 원주 집단, 북아메리카의 유럽계와 인디언 등), 이주 집단이 원주 집단에 동화되어 이주 집단의 고유성이 약화되거나 소멸되는 경우(중국 등), 양 집단이 힘의 균형을 이루고 있는 사회도 있다. 그러나 대부분의 경우는 원주 집단이 개별적 이주민 또는 이주 집단과 접하면서 이들을 승인하여 받아들이는 형태로 나타나고 있으며, 원주집단은 이들 이주 집단을 관리하면서 탐색하고 승인하는 제도들을 가지게 된다.

이방인(Gebietsfremde) 처우에 대한 법적 규정은 수백 년 전부터 있어 왔다. 하지만 입국, 출국 및 체류허가를 국가적 차원에서 행하게 된 것은 19세기에 들어서였으며 19세기 전체에 걸쳐 형성되고 확립되어 오늘에 이르고 있다. 19세기에 들어서 비로소 이주법에 관한 법제사적으로 의미있는 내용이 보이기 시작한다. 이 당시는 거주이전의 자유와

결부한 내용 속에 현대적 의미의 국적관련 부분의 일말이 보이기 시작하는데 독일의 경우는 19세기 말 급증하는 입국이주민을 통하기 위한 법제가 등장하였다.¹³⁾ 국가 간 대량이주는 유럽에서의 기근(아일랜드)과 빈곤(이탈리아 등) 및 전쟁 등이 발생하고 새로운 국가인 미국의 발전이 이루어지는 19세기 말 20세기 초반에도 발생하였다. 미국의 경우는 외국에서의 이주에 대하여 상대적으로 관대하였으나 20세기 후반에 들어서면서 국경통제를 강화하고 있다. 제국주의적 팽창정책, 두 번의 세계대전, 전후 식민제국의 독립이 국제 간 이주를 촉진하는 계기가 되었다. 1990년대에 들어서는 유럽의 재구성, 아프리카 제국의 내전 등으로 생겨난 난민들의 이주가 주목을 받았다. 경제적 이유를 근거로 하는 이주는 그러한 가운데에서도 이주의 가장 큰 이유이며, 동시에 가장 많은 이주민을 발생시켰다.

한국을 비롯한 아시아의 경우도 커다란 범주에서는 크게 다르지 아니하다. 대부분의 국가가 제국주의의 침략을 겪으면서 강제이주를 당하거나, 전쟁으로 인한 거주지의 변경 등이 있었으며, 전쟁 후 이주민의 귀환 등을 겪었다. 현대에 들어서는 일부 경제적으로 부유한 국가로의 저개발국가 국민들의 이주가 증가하였고 1990년대 이후에는 한국의 경우도 유입국가로 전환되기에 이르렀다.

2.2 유형

2.2.1 원주민 지배적 사회

어떠한 사회가 원주민집단이 지배적이고 이주 집단이 소수인가 하는 질문에 대한 대답은 매우 상대적이다. 국제적·국내적 상황, 개별국가 역의 역사, 관점 등에 따라 다양한 대답이 나올 수 있기 때문이다. 그러함

13) Thym, Daniel, *Migrationsverwaltungsrecht* (Tübingen, 2010), S. 52 ff., 특히, 독일의 근대 이주법과 현대 이주법의 법제사적 고찰은 Thym, a.a.O., SS. 51-67.

에도 불구하고 현재 국경을 중심으로 하여 살펴본다면 대부분의 국가들이 원주민이 계속적으로 사회를 지배하고 있는 국가들이다. 대체적으로 아시아와 유럽의 대부분의 국가들이 그러하다. 그 밖에 이주민이 원주 집단을 구축하고 원주민화한 국가들도 있는데 이들이 사실상 수적으로도 원주 집단을 압도하고 있고, 국가가 형성된 이후 제2차적인 이주민이 유입되면서 이들과의 관계 속에서 이주민에서 원주민으로 지배적 위치를 차지하고 있는 사회가 있다. 미국, 캐나다, 대부분의 남미 국가, 호주 등이 대표적인 그러한 국가이다. 찰스 테일러와 윌 김리카의 다문화주의 주장의 동기가 된 것도 인디언과 유럽계 이주민 간의 관계에 대한 문제가 아니라, 일차 이주집단과 2차 집단 간의 관계설정이었다. 테일러의 다문화주의의 목표는 캐나다의 영국계 주류와 프랑스계 소수(퀘벡주)의 공존을 위한 캐나다의 법·제도 및 정책의 문제점과 대안 제시를 위해서였다.¹⁴⁾ 김리카가 주목한 것도 일차적으로 원주민과 나중에 유입되어 지배 집단이 되어 버린 이주민 사이에서 이주민으로 인하여 인종적·문화적 소수가 되어 버린 원주민들이 고유성과 자치의 문제였다. 이차적으로는 이미 지배적인 집단으로 변화된 일차 이주출신 원주민과 이후 유입된 이주민 사이의 문제를 주목하였다.¹⁵⁾

2.2.2 이주민 지배사회

이주민 지배사회는 영국의 식민 국가의 대부분(미국, 캐나다, 오스트레일리아)에서 보이는 바와 같이 소수의 유럽계 백인들이 원주민들을 축출하거나 지배하에 두면서 원주민들을 대체하고 자신들이 사실상 원주민화 한 국가들이다. 남아메리카의 경우도 스페인과 포르투갈의 장기간에 걸친 식민지배를 통해 형성된 사회이다. 아프리카도 이른바

14) Taylor, Charles, op. cit., 37쪽.

15) Kymlicka, Will, *Contemporary Political Philosophy* 2, ed.(Oxford Univ. Press, 2002), 346쪽.

‘대항해’(16세기) 시대 이후 유럽제에 의해 지배되어온 사회가 대부분이다. 특히 남아프리카 공화국은 소수의 이주민이 다수의 원주민을 지배하는 사회로서 네덜란드계인 소수의 보어인들이 아프리카 원주민들을 지배하고 최근까지 강력한 분리주의정책(아파르트헤이트)을 통해 백인이 지배하던 사회였으나 1990년대 아프리카 민족주의 운동과 국제 사회의 지원을 받아 백인 소수정부에서 다수 흑인정부로 교체가 되고 분리주의정책은 공식적으로 폐지가 되었다. 아시아의 경우도 대표적인 사례로 비록 실패하였지만 일본의 한반도 지배과정에서의 강력한 강제적 동화정책이 있었으며, 이른바 일본 본토(本洲) 세력이 북방으로 영토를 확장하는 가운데 북쪽의 경우 홋카이도, 남쪽의 경우 오키나와를 비롯한 태평양의 섬 등지에 거주하고 있던 원주민을 강력한 동화정책을 통해 지배하였다. 결국 홋카이도와 오키나와는 원주민이 거의 그 세력을 상실하고 지배집단인 이주세력에 대부분 편입이 되어 버렸다.¹⁶⁾

2.3 한국의 이주사회로의 변화 또는 변화가능성

2.3.1 외국인 유입의 급증과 그 특징

한국은 오랫동안 동안 상대적으로 독자적인 문화를 형성하여 온 국가로서 20세기 약 40여 년에 걸친 일본의 식민 지배를 거쳤음에도 사회적·문화적 독자성을 유지하여 왔다. 특히 강력한 민족주의를 바탕으로 하는 순혈주의, 단일민족주의가 사회의 공식·비공식 영역에 강력히 뿌리박고 있어서 외부문화 및 사람들에게 대한 상당한 배타성을 내포하고 있었다. 이러한 가운데 1990년대의 외국인의 유입은 한국사회에 상당한 충격과 도전으로 여겨졌으며, 이러한 충격은 미디어 등을 통해서

16) 일본의회는 홋카이도 원주민을 공식적으로 인정하는 결의문을 채택하여 원주민인 아이누 족을 독자적인 언어·종교·문화를 보유한 원주민족으로 인정하였다(중앙일보 인터넷판(2008.6.7), <http://article.joinsmsn.com/news/article/article.asp?total_id=3173712&cloc=>), 검색일 : 2013.5.3.

더욱 증폭된 것으로 추정된다. 그러나 실제 외국인의 유입은 1990년 이후에 늘어가기 시작하여 지난 20여 년 동안 꾸준히 증가하고 있으나 그 정도가 한국사회의 급격한 충격과 변동을 야기할 정도는 아니라고 생각된다.

한국사회에서 2013년 4월 체류외국인 수는 약 148만 명이며, 이 가운데 3개월 이상의 장기체류 목적 외국인인 약 98만 명 정도이다. 숫자상으로 볼 때 한국사회가 외국인의 유입으로 인하여 한국사회가 결정적인 충격과 도전을 받고 있다고 볼 수 없다. 특히, 유입외국인의 출신국과 한국행의 목적 대부분은 단순 노동을 위한 것이며, 영구적인 정착을 목적으로 한국에 입국하는 숫자는 상대적으로 더 적은 것으로 보인다. 현재 우리사회에서 외국인과 관련한 직접적이고 심각한 문제로서 한국사회의 기초와 관련되는 계기는 아직은 적다고 보인다. 오히려 오랫동안의 순혈주의와 단일민족주의라는 신화 속에 길들여진 한국사회가 상대적으로 짧은 시간동안 이전보다 많은 외국인을 접하면서 느끼는 상대적 충격이 그 원인이라고 생각된다. 그러한 의미에서 본다면 한국사회는 위에서 본 바와 같은 유형의 국가들과는 여전히 비교할 만큼 원주민(국민)과 이주민(외국인) 사이에 결정적 갈등이나 구조변화를 논하기에는 아직 이르거나 또는 그러한 가능성이 매우 적다고 평가할 수 있다.

2.3.2 이주사회에 대한 대응

한국사회는 1990년대 고도성장에 따른 고용시장과 도시화의 촉진에 따른 농어촌사회의 급격한 변화를 겪으면서 외국인의 유입이 늘었다는 특징을 가지고 있다. 제2차 세계대전 이후 재건을 한 독일¹⁷⁾과 일본

17) 독일의 경우 전체 인구가운데 외국인(Ausländer)이 차지하는 비율은 2010년 현재 약 8.8%로 보고되고 있다(참조, Bundesministerien des Innern, Migration und Integration, Okt. 2011, S.30).

등도 고도성장과 함께 생겨난 노동력 부족의 해결과 도시화에 따른 농어촌 붕괴 및 그에 대한 대책으로 외국인과의 혼인 등이 늘어난 현상을 보여주고 있다. 이 가운데 독일의 경우 1950년과 1960년대의 고도성장(이른바 라인강의 기적)기에 부족한 노동력 해결을 위하여 터키인들을 대거 받아들였다(이른바 Gastarbeiter). 이들을 받아들일 당시 독일 정부는 터키인들을 독일에 정주시킬 의도는 없었다. 그러나 사용자의 노동력, 특히 숙련 노동력의 계속사용 등이 요구와, 장기 체류한 터키인들의 귀국의 사실상 어려움, 독일에서 출생한 2세들의 처우 문제 등으로 인하여 결국은 이들의 독일 내의 체류를 묵인하거나 허가하기에 이르렀으며 현재 독일 내의 외국인 또는 외국계 독일인(국적 취득) 가운데 대다수가 터키인 또는 터키계이며 이들의 2세 집단이 독일 내에서 상당한 집단으로 성장하고 있다. 1990년대에 들어서는 동유럽의 붕괴와 내전에 따른 난민이 급격한 유입, 구소련 등 동유럽국가에 거주하고 있던 구 독일인(이른바 Vertriebene)들의 독일귀환 등으로 통일 이전의 서독인과 동독인, 외국계와 외국인들, 귀환 독일인, 난민 등의 공존을 위한 사회통합 정책들이 수립되어 추진되고 있다.

Ⅲ. 우리나라 이주법제의 현황과 문제점

1. 이주법제의 입법 배경

이주 개념의 정립이 아직 확립이 되기도 전에 상대적으로 많은 수의 외국인들이 단기간에 유입되었다. 한국에서 외국인의 유입이 절대적 숫자가 그다지 크지 않음에도 주목을 받은 이유는 한국사회가 단일정체성에 대한 확신이 큰 사회라는 점이 크게 작용하였다. 또한 2000년대 들어서면서 나타난 급속한 출산을 감소와 이에 따른 이후 세대에서

나타날 생산성 감소 및 사회의 부진이 발생할 가능성이 높다는 예측도 무시할 수 없다. 그에 따라 각계에서 다양한 대응책을 촉구하게 되었다. 순혈과 민족의 단일성을 주장하는 그룹은 외국인의 유입에 대하여 보다 철저한 관리와 구별을 통한 단일정체성 유지를 주문하였고, 인구감소에 따른 한국사회의 동력상실을 우려하는 그룹은 적극적인 이주정책과 그에 따른 대책을 요구하였다. 그러함에도 불구하고 입법자는 그러한 요구들 사이에서 합의점을 찾는 데 어려움을 겪었으며, 이주 외국인은 처우에 대한 불만을 토로하고 있으며, 이주민을 받아들여야 하는 단위 공동체에서는 전통적 가치관 및 정체성 속에서 이주민들에 대한 대응을 고민하기에 이르렀다. 결국 이주 외국인의 그룹별 특성에 대한 분석, 이들에 대한 입법자, 결국은 한국국사회의 입장 정립, 입법의 방향과 원칙에 대한 논의가 미약한 채 현상을 해결하기 위한 불충분한 입법과 관리가 있었다.

2. 우리나라 이주법제의 현황과 문제점¹⁸⁾

우리나라의 이주관련 법제의 현황을 보면 크게 외국인의 출입국과 관련한 법률로서 ‘출입국관리법’이 1963년 제정되어 현재에 이르고 있고, 그보다 훨씬 오래전에 ‘국적법’이 1948년 제정되어 시행되고 있다. 외국인 노동자 및 결혼을 통해 이주한 외국인이 증가하자 이에 대한 대응을 위해 제정된 법률이 2007년의 ‘재한외국인 처우 기본법’과 2008년의 ‘다문화 가족 지원법’이다. 그보다 이전인 2004년에는 ‘외국인근로자 고용 등에 관한 법률’이 제정되어 과거 산업연수생제도에 대한 대안으로 시행되고 있다. 그렇게 본다면 외국인과 이주민과 관련을 맺고 있는 중요법률은 위의 5개의 법률이라고 할 수 있다.¹⁹⁾

18) 보다 자세한 내용은 최윤철, “다문화사회로의 변화에 따른 입법적 대응”, 저스티스 제134권 제2호(한국법학원, 2013) 참조.

이를 간략하게 살펴보면, 제정된 지 가장 오래된 국적법의 경우 전통적인 속인주의원칙에 따라 부·모 중 한 명이 국적자이면 그 자녀는 출생과 함께 대한민국 국적을 취득하여 국민이 되는 것을 규정하고 있다.²⁰⁾ 또한 제정 이래 국적단일주의를 택하여 누구든지 반드시 하나의 국적만을 가지도록 하였으나 2010년 국적법의 개정에 따라 부분적 복수국적을 허용하기에 이르렀다.²¹⁾ 출생이 아닌 원인으로 대한민국의 국적을 취득하는 경우는 대부분 혼인을 원인으로 하여 외국국적 배우자가 대한민국 국적을 신청하고 취득하는 사례가 가장 많다.²²⁾ 국적의 취득은 개인에게는 기존의 공동체 구성원들과 동등한 권리의 주체가 됨을 의미하며, 기존의 공동체는 특정 개인을 해당 공동체의 일원이 됨을 공적으로 허용하는 최종적인 행위이다. 그러한 점에서 외국인에서 국민으로의 전환을 의미하는 국적취득은 이주민에게 이주행위의 공식적인 종결을 의미하며, 이후의 생활은 동일한 국민으로서 해당 국가의 법질서 안에서 평등하게 이루어짐을 의미한다.

외국인이 대한민국에 입국하고자 하는 경우에는 입국허가를 사전에 받아야만 한다(사증제도). 입국허가를 가진 외국인이 대한민국의 영토에 상륙하여 대한민국의 영토의 진입을 허가 받는 순간 입국이 이루어지며(공항, 항구 등),²³⁾ 반대의 과정을 거쳐 출국이 이루어진다.²⁴⁾ 외국

19) 다른 법률들도 외국인 및 이주민과 관련을 맺고 있지만, 그 관련성이 상대적으로 적다. 그러나 그렇다고 해서 그러한 법률들이 중요하지 않다는 것은 아니다. 예를 든다면 공직선거법은 영주권을 가진 외국인에 대해서 일정 요건을 충족하면 지방선거의 선거권을 부여하고 있어서(공직선거법 제18조), 외국인의 정치적 권리에 있어서 중요한 기능을 한다.

20) 국적법 제2조. 과거 국적법은 부계혈통주의를 택하고 있었으나 이후 헌법재판소의 해당 조항에 대한 위헌결정과(헌법재판소 2000. 8. 31. 선고, 97헌가12 결정) 부·모 양계혈통주의로 개정하여 현재에 이르고 있다.

21) 국적법 제11조의2 이하.

22) 법무부 출입국·정책본부, 출입국·외국인정책 통계연보 2011, 596쪽 이하.

23) 대한민국의 경우는 정치적인 이유로 인하여 육로(철도, 차량, 도보 등)를 통한 입국은 거의 없다. 북한주민은 헌법 제3조에 의해 대한민국 국민이므로 외국인의 입국과

인의 입국과 체류, 체류 중의 활동, 출국을 관장하는 법률이 출입국관리법이다. 출입국관리법은 1963년 제정되어 많은 개정을 거쳤다. 출입국관리법은 외국인의 입국과 활동이 거의 미미하였고, 또한 외국인에 대한 편향된 시각과 민족주의적 순혈주의가 강력하게 지배하던 시절에 제정되어 그 흔적이 곳곳에 남아 있다. 개정을 거쳐서 그러한 점이 다소 개선되었으나, 1990년대 급증하는 외국인의 입국과 체류관리 부담을 모두 담아내고 있지 못하고 있는 것으로 생각된다. 특히, 체류관리부분에서의 인권의 문제, 적법절차 원칙의 문제 등이 내용상 개선되어야 할 점으로 지적되고 있다. 해당 법률가운데 자리 잡고 있는 사회통합프로그램(법 제5장) 부분의 경우에는 서로 다른 내용을 같은 법률안에 담고 있다는 지적도 할 수 있다.

외국인의 체류가 증가하면서 원주민과의 갈등의 해소 및 외국인의 안정적인 체류가 중요한 과제로 되면서 외국인 관리정책을 실현하기 위한 필요가 증가하였다. 외국인 관리와 처우인정을 위한 목적으로 급히 제정된 법률이 재한외국인처우 기본법이다. 하지만 해당 법률은 실체적이고 구체적인 집행법이라기보다는 외국인정책의 수립을 위한 법적 근거의 마련과 재한 외국인에 대한 처우 및 관리의 기본원칙을 정하고 있는 대표적인 외곽법(Rahmengesetz)이라고 할 수 있다. 해당 법률의 경우에는 이후 제정된 다문화가족 지원법 등과의 관련 속에서 법체계상의 긴장과 갈등을 일으키고 있다.

도시화에 따른 농·어촌 공동화, 노령화, 혼인기피에 따른 출산을 저하, 농·어촌 남성들의 혼인기회의 부족 등은 많은 외국인 여성을 한국으로 불러들이는 계기가 되었다. 이른바 결혼이민자라고 불리는 외국인 여성이 증가하고, 또한 이들이 국적을 취득하는 수가 증가하면서 이들에 대한 사회정착과 통합을 위한 필요가 생겨났고 그에 따라

는 다른 법리에 의해 다루어진다.

24) 다만, 출국허가는 입국과 달리 따로 받을 필요는 없다는 점이 차이가 있다.

다문화가족 지원법이 제정되었다. 특히, 이 법률은 외국인 여성과 혼인을 한 국민배우자 및 그 사이에서 출생한 자녀들의 사회적응과 기회의 제공을 위한 필요를 인식하고 각종 지원프로그램 등을 규정하고 있다. 그러나 그러함에도 불구하고 상당수의 규정이 임의규정이며, 수범자 그룹도 다소 산만하게 규정되어 있어 개선의 여지가 상당히 필요하다고 생각한다.

급속한 산업화와 고학력화는 노동시장의 구조를 변화시킨다. 한국의 경우도 1990년대 고도성장과 고학력자의 급증으로 인하여 노동시장에 변화가 생겨났다. 제조업과 단순 노무에 해당하는 직종의 경우 노동력 부족이 발생하였다. 이러한 노동력의 부족을 타개하기 위하여 초기에는 산업연수생이라는 이름으로 동남아시아를 중심으로 외국인 노동자를 받아들이기 시작하였다. 산업연수생에게는 사실상 노동자임에도 불구하고 교육생이라는 법적 지위만을 인정하고 노동을 강요하여 많은 문제를 야기하였다.²⁵⁾ 이를 해결하고자 외국인근로자 고용 등에 관한 법률을 제정하여 외국인 노동자의 노동자성을 인정하고 사용자에 대한 책무 등을 규정하여 이전의 산업연수생보다는 다소 개선된 내용을 담게 되었다. 그러나 해당 법률도 작업장 이동의 제한, 최대 체류노동기간의 제한, 노동자의 권리 등에서의 제한 등 비판과 개선요구에 직면하고 있다.

그 밖에도 외국인 체류자의 반 이상을 차지하고 있는 중국국적의 재외동포(조선족)의 활동과 체류의 법적 기초인 재외동포보호법도 관련 법률이라고 할 수 있다.²⁶⁾ 그 밖에도 북한지역 주민들의 법적 지위 및 탈북이후 남한입국 이전 상태에 대한 법적 지위, 남한 입국 이후의 정착과 통합과 관련한 법률들도 범위에 포함시킬 수 있을 것으로 보인다.

25) 헌법재판소 2007. 8. 30. 선고, 2004헌마670 결정.

26) 유사한 사례로 독일통일과 소련 등 동유럽 붕괴에 따라 해당 지역에서 해당 국가의 국적을 가지고 살고 있던 귀환 독일인(자발적 귀환과 추방독일인 등) 사례가 참조될 수 있을 것이다(참조, Bundesministerien des Innern, a.a.O. 2011).

IV. 이주법제와 입법원칙

1. 이주에 대한 기본적 입장 정립

1.1 공동체 수용 대상인지 관리의 대상인지에 대한 입장의 정리

국민국가가 생겨난 후 국가라는 정치적 정체성으로 구분된 현대에서 정치적 정체성을 달리하는 사람과 집단을 특정 국가에서 해당 국가의 정체성 범위내로 받아들이는 데에는 복잡한 절차와 과정이 필요하다. 입국의 허용(사증발급 등), 체류의 허가, 영주의 인정, 국적의 부여 제도 등은 정치공동체 바깥의 사람을 공동체 내에 받아들이는 일련의 모습을 보여주고 있다. 한 사회가 이질적인 문화를 가진 사회출신의 어떠한 ‘사람’을 자신들의 공동체의 일원으로 받아들이는 것(이른바 Membership)은 사회 내부에서는 일반적으로 상당히 장기적인 시간을 요한다. 그러나 시민적 국민국가가 형성되고 국가가 객관적 법질서로서 기능하는 현대에서는 이주민을 적어도 법령이 정하는 일정한 요건을 충족하기만 하면 국가라는 질서 속에 받아들임으로써 적어도 공적이고 객관적 영역에서는 이주민과 원주민간의 차별을 제거한다. 이주민이 한 국가의 일원으로서 해당 국가의 시민으로 지위가 변하는 것은 해당 사회 내에서 실질적으로 원주민이 되거나 적어도 원주민들에 의해서 의도적인 차별의 대상에서 벗어나는 중요한 단계이다.

이주민이 시민 또는 국민이 되게 되면 해당 이주민은 공적 영역에서는 당연히 원주민과 동등한 지위를 가지므로 해당 국가의 모든 법질서와 제도 속에서 원주민과 동일한 권리와 의무를 부담하게 된다. 지금까지 원주민들이 결정하여 오던 국가의 중요결정을 이주민이 국민이 되어 함께하게 되고 그 결과에 대한 책임까지 공동으로 부담하는 공적 영역에서 운명공동체가 되는 것을 의미하므로 어떠한 국가가 이주민을 어

한 방식으로 인식하고 대응하는가 하는 것은 해당 국가공동체의 운명을 장래적으로 좌우하는 중요한 것이므로 이주민에 대한 국가의 입장이 기본적으로 먼저 이루어져야 한다.

이주민을 장래의 공동체 구성원으로 인정하고 동등한 국민이 될 것을 전제하고 이루어지는 한 국가의 법과 제도는 이주민의 정치적 통합과 이들이 시민으로서의 지위를 온전하게 가질 수 있도록 하기 위해 이주자 중심으로 편성이 될 것이다. 그러나 이주민에 대한 경제적·비경제적 지원은 원주민에 대해서는 차별을 의미할 수 있으므로 법률의 규율수위, 제도 및 정책의 집행범위와 밀도는 원주민과의 관계에서 합리적인 수준을 유지한 채 이루어져야 한다. 이주민을 시민으로 받아들이기 위한 기간의 설정도 그러한 관점에서 가능한 한 연착륙이 될 수 있도록 하여야 한다.

그러나 이주민을 관리의 대상으로 인식하고 이들을 장래적 공동체 일원의 수용가능성보다는 원주민과 일정한 거리를 유지한 채 타인으로 접근하는 법제는 원주민과 원주공동체를 외부세력으로부터 보호하고 유지하는 데 그 초점이 맞추어질 것이다. 이러한 경우는 한 사회가 오랜 기간 외부와 일정한 거리를 유지하면서 존속해오거나, 경제적인 영역에서 이주민 또는 이주집단과 경쟁을 해야만 한다는 우려가 앞서는 경우 나타날 것이다. 우리나라를 비롯한 상당수의 국가가 이주 노동자를 무제한·무기한으로 받아들일 경우 생겨날 자국내 노동시장의 긴장관계를 원치 않으면서, 동시에 노동시장에서의 불균형 해소를 도모하기 위해 상당한 조건들을 전제로 하여 외국인 노동자를 수용하고 관리하는 모습을 보이고 있다.

1.2 통합을 통한 공존을 목표로 하는 이주법제

1.2.1 공존(Coexistence)의 의의

공존(共存)의 사전적 의미는 첫째, 서로 다른 둘 이상의 생활체나 활동체가 함께 존재하는 현상을 가리키거나 둘째, 서로 도와서 함께 더불어 사는 것을 의미한다. 첫 번째의 의미로는 서로 다른 사람들이 하나의 사회 속에서 더불어 살아가고 있는 것을 설명하기에는 부족하다. 그에 따르면 외국인 또는 이주국민과 원주민이 단지 한 공간 안에서 존재하고 있는 것, 그 자체만으로도 ‘공존’하고 있다고 말할 수 있다. 사람 상호 간의 관계의 종류, 관계설정의 방식, 깊이 등이 전혀 고려되지 않고도 외적 현상만으로 공존을 이야기할 수 있기 때문이다.

그러나 그러한 설명만으로는 한 국가 및 사회 내에서 사람들이 공존하여야 한다는 명제에 대답을 줄 수 없다. 공존을 말하기 위해서는 왜 공존을 하여야만 하는지, 공존의 방식은 어떠한 것이 있는지, 공존의 두 번째 의미가 공존의 사회적 의미를 포함하면서 그 결과를 설명하고 있다. 그러나 여기서도 공존의 결과만을 이야기 하고 있을 뿐 그러한 결과에 이르기까지의 과정은 설명하지 않고 있다. 공존을 설명하기 위해서는 공존을 위한 과정(공존의 유형, 방식 등) 등이 이야기되어야만 한다.

외국인 또는 이방인이 원주 집단 속으로 들어와 그저 생활하고 있다는 사실 그 자체로는 공존하고 있다고 할 수는 없다. 적어도 공존을 이야기하기 위해서는 사회 구성원 간에 상호 존재하기 위한 일정한 가치의 동의가 있어야만 한다. 일정한 가치에 대한 동의는 여러 방식을 통해서 이루어지는데 그러한 방식의 결정과 관철이 다문화주의의 구체적인 실현태라고 할 수 있다. 다문화주의는 이러한 가치의 동의방식을 결정하는 한 국가의 태도 또는 정책²⁷⁾으로 이해할 수 있다.

27) 서운호, 앞의 논문, 313쪽.

1.2.2 공존의 유형

1.2.2.1 공존거부 유형

대부분의 국가는 외국인의 유입에 직면하거나 또는 제국주의 시대에서 보였던 것처럼 다른 국가를 식민지배하기 위한 방식으로 외형적으로는 공존을 내세워 더불어 살아가는 것을 표방하였음에도 불구하고 구체적인 방식에서는 다양한 정책을 실시하였다.

가장 쉬운 유형으로는 외국인을 비롯한 이방인의 유입을 철저히 배제하고 접촉을 차단하여 자신들의 사회를 외부와 고립시킴으로서 자신들만의 사회를 유지하고 하는 것을 생각할 수 있다. 제국주의의 침략에 대항하여 국가를 철저히 고립시켰던 조선후기, 중국 청나라 말기 등에서 그 사례를 찾아 볼 수 있다.

1.2.2.2 방임유형

두 번째 유형으로 외국인 또는 이방인의 유입과 이들의 생활에 대해서 국가가 개입하지 아니하고 사회에 전적으로 일임하는 것을 생각할 수 있다. 국가가 사회에 개입하지 않고 방임하는 유형인데 이러한 방식을 채택하는 국가나 사회는 매우 드물다.

1.2.2.3 동화주의유형

동화주의적 방식을 들 수 있다. 동화주의는 다시 여러 유형으로 구분할 수 있다, 첫째 제국주의 하에서 식민국이 피식민국에 대하여 피식민국으로 하여금 무조건 식민국에 복속되어 동화될 것을 강요하는 유형을 생각할 수 있다. 일본이 한국을 강점하고 추진했던 이른바 ‘내선일체’(內鮮一體) 정책을 그 예로 들 수 있다. 둘째, 외국인 또는 이방인의 고유성 등을 적극적으로 부정하여 원주사회에 그들이 생활하기 위해서는 원주사회의 모든 가치에 동의를 강요하고 그러하지 아니하는 경우에는 공존의 상대방으로 인정하기를 적극적으로 거부하는 유형이 있다. 셋째 유형으로 미국과 같은 이른바 용광로 유형을 들 수 있다. 현재의

미국 또는 과거 로마제국이나 중국의 당나라 등 경제·문화적으로 월등한 국가에서 해당 국가로 유입된 이주집단이 해당 국가에서 생존하기 위해 스스로 원주국가의 가치를 받아들이는 방식으로 이루어진다. 그렇게 되면 이주집단이 자신들의 정체성을 적어도 공적 영역에서는 표시하지 않는 경향을 보인다. 그러나 원주집단의 우월성은 사실상 약소집단인 이주집단의 자연적 집단화를 유발하고 이들만이 거주하는 섬(게토)들이 만들어진다. 외형적으로는 용광로와 같은 공존을 보여주지만(용광로 모델), 장기적으로는 사회가 분극화되어 갈등이 잠복하는 상태에 있게 된다.

1.2.2.4 통합유형

이주집단의 고유성과 정체성을 인정하면서 원주집단의 가치에 대한 동의를 기초로 하여 사회를 유지하는 유형이다. 통합을 위하여 국가가 적극적인 대응을 하기도 하는데 이러한 경우 국가는 이주집단에게 원주집단의 문화적·정치적·사회적 가치를 습득할 수 있는 기회를 적극적으로 제공하고 참가하는 것을 이주집단을 수용하는 전제조건으로 설정하는 정책을 실시하는 것이 보통이다.²⁸⁾ 법과 제도 및 집행기관 등 공공부분이 적극적으로 개입하고 주도하거나 일련의 통합 과정(Integrationsprozess) 사회에 맡겨두고 기본적인 제보마련과 지원만 하는 경우 등을 생각할 수 있다. 위의 동화에 의한 공존과 다른 점은 동화의 경우는 이주집단의 고유성과 정체성이 적어도 공적 영역에서는 인정되지 아니하지만, 통합을 통한 공존의 경우에는 이주집단의 고유성과 정체성을 승인하고 인정하는 것을 당연히 한 뒤에 공적 영역에서 공동의 가치(실제에서는 원주집단의 가치)에 대한 승인과 인정을 요구하는 것이다.

28) 출입국관리법 상의 사회통합프로그램, 다문화가족 지원법상의 결혼이민자에 대한 언어교육 기회등, 국적취득을 위한 언어시험 등이 그 예라고 할 수 있다.

1.2.3 통합을 통한 공존

공존은 문화적, 사회적 정체성 인정과 정체성 유지의 보장을 전제로 하여 이주민과 원주민이 공동으로 점하고 있는 공간과 시대를 관류하고 있는 공동가치에 대한 합의에 기초하여야 한다. 그러나 이러한 경우에도 국가의 역할을 최소한에 그쳐야 하는데 사회의 자율적 영역이 보다 활성화될 수 있도록 기반을 조성하고 기회를 제공하며(이주민, 원주민 모두에게), 인위적이고 직접적인 공적 수단의 개입은 최소화하여야 한다. 예를 든다면, 문화의 다양성 및 다원적 정책이라는 이름하에 이주집단의 문화적·사회적 게토화가 발생하지 않도록 하여야 한다.

통합을 통한 공존은 각 개인의 개별적 특성은 인정을 하는 전제하에서 그러한 각 개인들이 공동체 내에서 공동체의 구성원으로서의 정체성을 가지고 서로 교섭하는 것이다. 그렇게 본다면 적어도 공적 영역 특히 법적 영역에서는 개별적 특성별로 규율대상에 접근하는 것보다는 공동체의 관점에서 접근하는 것이 개인의 고유성을 침해하지 않으면서 공동체를 유지·발전하는 것이 바람직하다고 본다. 그러한 의미에서 본다면 국가는 이주민과 원주민의 최소한의 기본 조건에 대한 지원과 통제에 그치고 사회의 자율적 통합능력이 조성될 수 있기 위한 노력을 하는 소극적 의미의 통합을 바탕으로 하는 법제와 정책을 개발할 필요가 있다.

2. 이주법제의 범위 확정의 필요성

2.1 수범자 범위의 확정

이주법제의 지향이 이주민들이 한국사회에 통합되어 공존할 수 있도록 하는 것이라면, 관련 법제는 이주민을 관리대상에서 통합지원 대상으로 개편되어야 한다. 물론 국가가 외국인에 대하여 법적 고권을 관철

하여 그들을 관리하고 지원하는 것은 포기할 수 없는 국가의 고유 권한이다. 결국 한국에 입국하는 외국인에 대하여 입국의 형태, 체류의 내용 등에 대한 면밀한 관리를 통하여 한국사회에 정착을 목적으로 하는 정주 목적 외국이주민에 대해서는 적극적 지원을 통하여 정착지원과 통합지원을 할 필요가 있다.

현행 이주법제는 제정의 시기, 제정 당시와 현재의 법현실의 차이, 법률집행 기관의 중복, 흠결 등으로 인하여 효율적이지 못하다는 비판을 받고 있다. 또한 이주에 대한 입장의 확립 및 원칙이 불명확하여 이주민의 인권보호에 미흡하거나, 이주민 관리에 미흡하여 이주민에 대한 지원이 효과적으로 이루어지지 못하고 있는 반면에 비용은 과다하게 지출되어 국민의 부담이 가중되고 있다는 비판 등이 있다. 그러나 무엇보다도 현행 법제가 외국인 및 이주민의 통합과 공존을 통한 한국 사회의 지속발전을 위한 근본적인 개편이 필요한 시기가 되었다는 비판을 주목하여야 한다.²⁹⁾

다양하고 차이가 있는 이주유형을 파악하고 해당 유형별 집단이 가지고 있는 유사성과 차이점에 따라 법체계가 구성이 되면, 해당 법률을 집행하는 행정기관이 전문화되고 법집행의 효율성이 높아진다.³⁰⁾ 국내 이주민의 지위의 부과 및 지위의 변동에 따른 법률과 법률조항의 설정을 하는 것이 통합적 공존을 위해서 보다 효율적일 것으로 생각한다. 국내 이주민이 대한민국 법 체계 속에 직·간접적으로 들어오는 시점은 국내 이주의 목적에 따라 다시 세분할 수 있다. 결혼을 이유로 이주하는

29) 최윤철, 앞의 논문; 최경옥, “한국에서의 다문화가정 아동의 교육권”, 공법학연구 제13권 제1호(한국비교공법학회, 2012) 등 참조. 1990년대 이전의 이주의 형태는 주로 국민이 해외로 이주하는 것이 대부분이었고 이러한 해외이주를 이민(移民)이라고 하였고 한국으로 유입되는 외국인의 장기거주에 상응하는 용어는 없었다. 사용하던 국외이주(Emigration)와 한국으로 이민하여 오는 국내이주(Immigration)의 상위 범주 및 개념으로서 이주(Migration)라는 용어를 사용하는 것이 바람직하다고 생각한다.

30) Vgl. Thym, a.a.O., S. 20 f.

경우 간접적으로는 결혼중개업법이 최초로 적용될 수 있으며, 입국시점에는 출입국 관리법, 입국 이후에는 영주권 또는 국적취득 이전에는 재한외국인 처우기본법과 다문화가족 지원법 등이, 국적을 취득하는 경우에는 일반적인 대한민국 법체계에서의 주체 및 적용대상이 되는 것이다.³¹⁾ 노동자의 경우 및 일반적인 국내 이주의 경우도 체류목적, 기간의 경과, 체류자격의 변동, 국적의 취득 등에 따라 세분하여 법체계를 나누어서 전문화하면 법집행의 관할과 집행기관의 집행의 용이성 및 수법자의 법체 대한 이해의 정도도 향상될 것으로 기대된다.³²⁾

2.2 이주과정을 기준으로 하는 법제

이주민의 지위에 따른 법체계 및 법적 접근을 보다 명확하게 할 필요가 있다고 생각한다. 위에서 본 바와 같이 외국인이 국내에 입국을 하면서 이주민(단기체류자 제외하는 개념으로서)은 체류기간 중에 법적 지위의 변동을 겪거나 적극적으로 법적 지위의 변경을 꾀하게 된다. 법체계도

31) 예를 든다면, 결혼이민자의 경우 국적취득 이전의 결혼이민자의 경우는 국민 배우자와 가족과의 관계를 유의하고, 국적을 취득한 결혼이민자의 경우는 국민의 지위를 주목하여 외국인 중심의 법제 적용을 하지 않고 국민에게 일반적으로 적용되는 법령을 적용하는 것을 생각할 수 있다. 그렇게 되면 현행 다문화가족 지원법은 대폭 개편될 수 있을 것이다. 특히 현행 다문화가족 지원법은 ‘다문화’라는 용어를 다문화주의와는 별개로 외국계 국민 또는 그들과 함께 가족을 구성한 국민가족을 특별히 구별하여 사용하고 있어서 차별적 의미를 강하게 가지고 있다. 즉, ‘다문화’, ‘다문화가족’이라는 법률에서 쓰이는 용어는 지나치게 개별적이고 구체적인 개인적 특성에만 중심을 두고 있어서 차별적 요소가 뚜렷이 부각이 된다. 따라서 이러한 법률 용어의 사용을 중지하고 해당 개인에게 입국 시 부여된 법적 지위와 체류과정 중에 변경된 법적 지위에 따라 해당 지위에 상응하는 국민과 대등한 규율을 하면서 사회권적 관점에서 생존배려, 각종 부조를 해당 그룹에게 각 법령과 제도별로 설정하는 것이 필요하다.

32) 팀(Thym)은 외국인법, 난민법, 국적법, 귀향민법(Vertribenenrecht) 전체를 아우르는 법 영역을 ‘이주법’(Migrationsrecht)이라고 하고 있다(Thym, a.a.O., S. 11).

그러한 과정에 맞추어서 보다 전문화되고, 그에 따른 집행기관의 전문성도 동시에 확보하는 방안을 연구하여야 할 것으로 생각된다. 이주법의 개념성 및 범주는 외국인의 지위의 상대성에 영향을 받게 되는데,³³⁾ 예를 든다면 국적의 취득을 기준으로 하여 국적취득 이전의 이주민에 대한 법체계와 적용(Migrationsrecht)과 국적취득 이후의 국민이 된 이주배경자(Migrationshintergrunde)에³⁴⁾ 대한 적용법체계(Migrationsfolgenrecht)³⁵⁾의 마련 등을 생각할 수 있다.³⁶⁾

국적을 취득한 이주배경자의 경우에는 국내법 체계 속에서 국민으로서, 공동체의 구성원으로서, 개인으로서 정착하고 공존할 수 있는 지원 방안을 마련하는 것을 생각할 수 있다. 출입국관리법 상의 통합프로그램 부분을 따로 떼어 내고, 다문화가족 지원법 상의 각종 지원내용 등을 통합하여 이주배경 국민에 대한 지원을 위한 기본적 법체계를 만들고 구체적인 지원방안과 내용 등은 다른 사회권 관련 법률들 속에서 개별적으로 지원하는 (특별히는) 것도 생각할 수 있다. 당연히 그에 따른 집행기구도 필요할 것이다. 그렇게 된다면 다문화가족 등 기타 법률용어 사용으로 인하여 사실상 국가에 의해서(법령 및 정책) 차별적 집단이 되어 버린 ‘다문화’ 또는 ‘다문화가족’이라는 용어도 없어질 것으로 생각한다.³⁷⁾

그렇게 된다면 우선은 현행 ‘재한외국인 처우기본법’의 기본법으로서의 성격이 명확해질 것이며, ‘출입국관리법’의 경우도 국민과 외국인

33) Thym, a a.a.O., S. 11.

34) Thym, a.a.O., S. 11.

35) Thym, a a.a.O., SS. 11-12.

36) 독일의 경우에는 ‘이주배경자’(Migrationshintergrund)는 외국인이 아니지만, 사회학적 관점에서 사회적 통합의 중요한 요인들로 다루어지고 있다. 이들에 대한 사회통합 근거법제 이주후속법(Migrationsfolgenrecht) 체계를 이룬다.

37) 사회의 영역에서 이루어지는 구분, 차별의 문제들은 보다 근본적이고 구조적인 것이어서 이를 모두 제거하는 것을 사실상 불가능하다. 그러나 최소한 공식적 영역에서의 차별을 야기하는 정책, 제도들은 충분히 제거할 수 있다.

에 대한 출입국 관리행정의 근거 법률로서 출입국관리법 자체가 가지는 고유 입법목적에 더욱 부합할 것으로 생각된다. ‘난민규정’을 별도로 가지고 있어서 체계상의 문제를 가지고 있다는 비판이 있었으나 최근 새로이 제정된 ‘난민법’으로 이 같은 문제가 해소된 것이 그 예이다.³⁸⁾ 출입국관리법은 법제명대로 출입국을 관리하는 법률로서 기능하고 그 밖의 체계상 문제가 있다고 여겨지는 내용을 떼어내어 법률을 슬림화하는 것이 체계정합성, 명확성, 이해의 가능성을 높일 것으로 생각한다.

국적취득 이전의 외국인에 대해서는 각 체류목적에 따라 규정하는 법률들이 있으므로 해당 법률에서 가장 적절한 통합프로그램을 규정하고 운영하면 될 것으로 생각한다. 예를 든다면, 노동을 목적으로 입국한 외국인 근로자의 경우는 ‘외국인 근로자 고용 등에 관한 법률’에서 적응 프로그램과 관리프로그램을 개선하는 방향으로 규정하는 것으로 가능할 것이다. 다만, 외국인 노동자와 관련한 부분은 국내 경제상황의 변화, 노동시장의 요구 등에 따라 가변적이므로 장기적으로는 정착가능성도 고려하여 법제와 정책이 마련되어야 한다.³⁹⁾

국적을 취득하기 이전 또는 국적취득을 하지 않는 결혼이민자의 경우는 결혼이민자 본인이 국민배우자와의 혼인과 가족생활이 가능하도록 하는 기초적이고 실효적인 지원을 할 수 있는 내용과 국민배우자 및 그 자녀에 대한 지원도 실효적으로 이루어져야 한다. ‘재한외국인 처우 기본법’을 ‘재한외국인 정착지원에 관한 법률’이라는 이름으로 현행 다문화가족 지원법의 상당부분을 ‘재한외국인 처우 기본법’ 속에 담고 지원의 기초를 마련하고 집행하는 것도 생각해 볼 수 있다. 다만, 이 경우에도 ‘다문화가족’이라는 모호하고 차별적인 용어 사용은 피하여야 할 것으로 생각한다.

38) 새로이 제정되어 2012. 2. 10. 공포된 난민법(법률 제11298호)은 2013. 7. 1. 부터 시행이 된다.

39) 독일의 터키계 노동자의 경우가 그 예이다.

이주법의 인적 범주와 적용대상을 위와 같이 이주민의 법적 지위와 법적 지위의 변경에 따라 달리하게 되면 국적취득을 통한 지위의 변동이 이주법과 그에 따른 이주법의 물적 경계가 정해진다.⁴⁰⁾ 다만, 그러한 경우에도 사회적 통합을 위한 행정과제가 종료되는 것은 아니고 ‘이주 후속법’(Migrationsfolgenrecht)의 문제로서 다루어지며 이주법속에 흡수되는 것이 아니라는 점을 주의하여야 한다. 그에 따라 국적취득 이전의 이주민을 대상으로 하는 이주행정은 주관 행정기관과 사회적 주체의 동조를 근거로 하여 이주후속법이 기능하도록 기여하며, 다른 법 영역에 이주법의 조정수단을 결합하는데 기여할 의무를 부담할 수 있을 것이다.⁴¹⁾

3. 인간존엄에 기초한 이주법제

3.1 인간으로서의 권리 보장

3.1.1 고전적 자유권의 보장

이주법제는 기본적으로 이주를 하는 ‘사람’을 그 대상으로 한다. ‘사람’은 국가라는 정치공동체 이전의 모든 것의 기초가 되는 본원적인 실체이다. 따라서 국적이라는 정치적 표지 이전에 인간으로서의 권리가 존중되고 보장되어야 한다.⁴²⁾ 이주법제의 직접 규율대상은 외국인이거나 이주국민이다. 이들은 대부분 소수자의 지위인 것이 대부분이어서 특별한 법적 보호가 요구된다고 할 수 있다. 이주국민의 경우는 헌법상 지위가 국민이므로 다른 원주 국민과 동일한 기본권과 법적 권리를

40) Thym, a.a.O., S. 11.

41) Thym, a.a.O., SS. 11-12.

42) 헌법재판소 2001. 11. 29. 선고, 99헌마494 결정-외국인’은 ‘국민’과 유사한 지위에 있으므로 원칙적으로 기본권 주체성이 인정 된다; 헌법재판소 1994. 12. 29. 선고, 93헌마120 결정.

가지고 있으므로 이들이 실질적으로 권리를 주장하고 향유할 수 있도록 지원하는 것이 중요하다. 그러나 장기 체류 중인 외국인의 경우는 체류 국과의 관련 속에서 기본적 인권을 물론 구체적인 생활관계에서 발생하는 법적 권리의 확인과정에서 열세에 처하는 경우가 많다. 학설 및 판례는 성질상 인간에게 적용되는 기본권은 외국인도 향유의 주체가 된다고 인정하고 있다. 그 밖의 기본권은 오로지 국민에게만 적용되거나⁴³⁾ 상호주의에 따르는 경우에만 인정하고 있다. 외국인이 체류하고 있는 국가의 정치적 의사결과와 대표가 되는 것, 권리의 대상인 외국인이 체류 국가의 관리범위에서 벗어나 자유롭게 활동하는 것은 해당 기본권이 가지는 헌법적 의미와 결과로 인하여 이를 전적으로 인정하는 것은 어렵다고 할 것이다. 그러나 고전적 자유권에 해당하는 기본권들의 경우에는 외국인에게도 국민과 같은 정도의 지위를 인정하는 것이 바람직하다. 특히, 신체의 자유와 같은 직접적인 기본권, 정신적 영역의 기본권들은 전적으로 인정하면서 이를 실효적으로 행사할 수 있도록 보장해 주어야 한다.

예를 든다면, 출입국관리법에서 규정하고 있는 불법체류자에 대한 보호과정에서 영장주의 적용 등 적법절차 적용 및 그에 따른 보호조치의 개선이⁴⁴⁾ 있어야 한다. 체류자격을 위반하고 체류 중인 외국인들에 대한 관리는 국가의 고권적 행위로서 당연한 것이지만, 법률의 집행하는 과정에서 인권의 보장과 인신의 보호는 당연히 수반되어야 한다.⁴⁵⁾ 현행 출입국관리법의 보호조치는 외형이 사실상 형사법상 체포·

43) 각종 정치적 참여권, 사회권, 자유권에서도 거주·이전의 자유 등.

44) 출입국관리법의 보호관련 규정에 대한 비판은 이재삼, “출입국관리법상의 외국인에 대한 강제퇴거와 보호에 관한 연구”, 토지공법연구 제59집(한국토지공법학회, 2012); 김병록, “불법체류 외국인 강제퇴거의 인권 문제”, 조선대학교 법학논총 제17권 제3호(조선대학교 법학연구소, 2010) 등 다수의 논문이 있다.

45) 헌법재판소 2012. 8. 23. 선고, 2008헌마430 결정에서 재판관 송두환, 재판관 이정의 반대의견 등.

구속과 동일함에도 불구하고 절차가 지나치게 집행기관 위주로 되어 있어서 많은 비판이 있다. 불법체류자에 대한 인신 구속의 경우에 법관이 발부한 사전영장을 요건으로 하는 것이 가장 바람직하다. 대부분 긴급집행으로 이루어진다는 특징상 법관에 의한 사전영장 청구가 어렵다는 점을 감안하더라도 검사의 사전 지휘와 집행과정에 대한 사법적 심사가 보완되어야 한다.

장기체류 외국인의 가족결합권도 적극적으로 검토하여야 한다. 특히 체류기간 중 외국인 간의 혼인 또는 출산과 관련한 부분도 주목하여야 하며, 본국의 가족과의 결합을 전향적으로 검토할 필요가 있다. 가족은 개인 행복의 기초이다. 가족의 결합을 통하여 인간의 존엄과 행복이 실현될 수 있다. 그런데 한국의 경우 예외적인 경우를 제외하고 대부분의 단순노무를 제공하는 외국인근로자에게는 가족 초청과 동거를 인정하지 않고 있다. 외국인근로자 고용 등에 관한 법률은 외국인 노동자에 대하여 4년 이상의 체류기간(외국인근로자 고용등에 관한 법률 제18조, 제19조)을 보장하고 있는데 이 기간은 해당 외국인의 노동 숙련도가 매우 높아지는 기간이며, 법률이 정하는 요건을 충족하면 재입국하여 노동을 학되는데 이는 사용자 입장에서조차 작업을 위한 재교육 비용의 절감과 숙련노동자를 통한 생산성 향상에 도움을 받을 수 있으므로 재고용율이 높아질 것이다. 하지만 외국인 노동자는 매우 장기간 가족과 떨어져 있어야 하므로 매우 불안정한 상태가 될 것이며, 노동생산성 저하 및 사회에 대한 부정적 영향도 높아질 것으로 예상된다.

3.1.2 사회권의 향유

3.1.2.1 기본적 생존 배려의 제공

국적을 취득한 이주배경 국민들의 경우는 원칙적으로 헌법상 모든 기본권향유의 주체가 되며 기본권 향유에 있어서 이주를 이유로 한

어떠한 차별도 인정되지 아니한다(헌법 제11조). 사회권의 향유에 있어 서도 당연하다. 그러나 이주국민에 대한 특별 배려는 원주국민과의 관계에서 보다 신중한 접근이 있어야 한다. 제한된 재화의 배분과 관련하여 이주민에 대한 공존 배려의 다른 면은 원주민에 대한 차별이 발생한다(이른바 역차별의 문제). 따라서 공존 배려의 적정성이 유지되지 않는 경우에는 이주민과 원주민간의 갈등이 심화될 가능성이 생겨나기 때문이다. 그러한 점에서 현행 다문화가족 지원법과 같이 독립된 법률에 의해서 다문화가족을 별도로 지원하는 방식보다는 사회보장과 관련한 개별 지원법에서 이른바 다문화가족에 관한 규정을 두는 것이 이주국민과 원주국민 간의 차별과 역차별 문제를 완화시킬 수 있을 것으로 생각된다.

영주권자를 비롯한 외국인의 경우에는 사회권을 인정할 것인가를 둘러싸고 견해가 갈린다. 외국인의 기본권 주체성 인정과 관련하여 자유권 영역에서는 다소 개방적이지만, 사회권의 경우에는 외국인은 기본권 주체가 되지 못한다는 것이 지배적인 견해였다.⁴⁶⁾ 그러나 정주의사를 가지고 체류하고 있는 외국인을 포함하여 장기가 노무를 제공하면서 한국사회에서 사실상 국민과 유사한 생활양식을 가지고 살아가는 외국인들에게도 그들의 신분이 단지 외국인이라는 이유만으로 사회권의 기본권 주체성을 전면적으로 부인하는 것은 바람직하지 아니하다. 결국 사회권이 사람의 생존조건의 확보와 이를 위한 배려를 국가에 대하여 요구하는 것이고, 이를 통하여 개인의 생존충족이라는 주관적 이익과 사회통합을 추구하는 기능을 하는 것이라면 국민과 외국인을 명확히 구별하여 후자는 주체가 되지 못한다고 주장하는 것은 적절하지 아니하다.⁴⁷⁾ 특히, 외국인 노동자의 경우 납세, 보험금의 부담 등에 있어서

46) 전광석, “다문화사회와 사회적 기본권”, 헌법학연구 제16권 제2호(한국헌법학회, 2010), 120쪽.

47) 전광석, 위의 논문, 129쪽 참조.

국민노동자와 동일한 지위에 있으므로 이들에 대한 사회부조 및 노동의 권리를 인정하는 것은 문제가 없다.

3.1.2.2 교육을 받을 권리

이주외국인이 장래에 국민이 될 것으로 예정한다면 해당 이주외국인에 대한 법제, 특히 사회보장 법제도보다 광범위하게 인정될 필요가 있다. 그 가운데에서도 민주시민으로서의 기본 지식과 소양을 기르는 교육을 받을 권리는 이주외국인의 국민편입과 그에 따른 국민으로서의 생활을 습득하는 데 매우 중요한 의미를 가진다. 따라서 이주외국인에게도 교육을 받을 권리를 부인할 이유는 없다. 헌법 제31조는 교육을 받을 권리, 교육기회를 제공할 의무, 교육제도의 유지를 위한 국가의 의무 등을 개인의 권리와 국가의 의무로서 규정하고 있는 데 이주외국인과 이주배경을 가진 국민 모두에게 능력에 따라 균등하게 제공되어야 한다.

교육은 ‘관용을 바탕으로 사회 및 지구공동체 내에서 타인과의 평화로운 공동생활을 가능하게 하는 자율적이고 독자적인 민주시민’을 길러내는 것을 이념으로 한다.⁴⁸⁾ 외국인을 원주사회에 한 시민으로서 인정받기 위해서는 원주사회의 헌법이념과 지도 원리를 이해할 것이 요청된다.⁴⁹⁾ 특히, 장기간 체류하거나 출생에 의해 특정 국가에서 성장하고 있는 이주외국인의 자녀들에 대한 교육기회의 제공은 이주민의 통합과 원주사회의 안정에 매우 중요한 기능을 한다. 형식적 요건을 갖추고 시민 또는 국민이 된 이주배경의 국민과 그 가족, 자녀들에게도 중요한 의미가 있다. 비록, 시민 또는 국민으로서의 지위를 얻었다 하더라도 공적 가치를 규범적으로 확인하는 의미에서의 원주사회의 헌법적 가치, 사회지도 이념, 문화적 전통, 비공식적 가치 등은 교육을 수단으로 제공

48) 한수웅, 헌법학(법문사, 2013), 958쪽.

49) 대부분 국가가 외국인을 자국민으로 인정하기 위한 요건으로서 법질서의 준수 및 소통과 자주적 생존을 위한 기본적 조건의 충족을 요구하고 있다.

되고 습득되어진다.

이주가 원인이 되어 경제적·사회적 어려움에 처하여 교육을 받는데 어려움을 겪는 이주배경 국민에 대한 국가의 특별배려도 제공되어야 한다. 사회권의 본질적 상격으로부터 도출이 가능하며 입법자의 형성을 통하여 이들에 대한 배려는 정당화될 수 있다. 또한 체류자격의 위법적 변동에 의해 불법체류자로서 장기체류 중인 외국인의 경우도 최소한 그 자녀에 대한 교육의 기회는 부모의 법적 상태와 관련 없이, 제한 없이 무조건 제공되어야 한다.⁵⁰⁾

3.1.2.3 근로자의 권리

한국에 입국하는 외국인 가운데 가장 많은 비중을 차지하는 유형에 노동을 목적으로 입국하는 이른바 외국인 근로자이다.⁵¹⁾ 한국에 입국하는 외국인 근로자의 대부분은 단순노무직에 종사하고 있다. 그러나 이들에게는 노동자에게 인정되는 권리(노동3권)가 부인되거나 그 행사에 있어서 매우 많은 제한을 받고 있다. 직업의 자유의 기초인 직장선택의 자유도 제한되고 있으며⁵²⁾(외국인근로자 고용 등에 관한 법률 제25조), 노동조합의 결성에서의 엄격한 태도,⁵³⁾ 단체행동의 금지 등을

50) 최윤철, “다문화가족 아동들의 교육권”, 공법연구 제38권 제2호(한국공법학회, 2009), 162쪽.

51) 법무부 출입국·정책본부, 출입국·외국인정책 통계월보(2013. 4), 15쪽.

52) 헌법재판소 2011. 9. 29. 선고, 2007헌마1083 결정 등은 외국인에게도 제한적으로라도 직장선택의 자유를 향유할 수 있다고 보아야 한다고 한다. 헌법재판소 2007. 8. 30. 선고, 2004헌마670 결정은 외국인에게도 근로의 권리에 있어서 기본권 주체성을 긍정하고 있다. 특히, “일할 환경에 관한 권리”는 인간의 존엄성에 대한 침해를 방어하기 위한 자유권적 기본권의 성격도 갖고 있어 건강한 작업환경, 일에 대한 정당한 보수, 합리적인 근로조건의 보장 등을 요구할 수 있는 권리 등을 포함한다고 할 것이므로 외국인 근로자라고 하여 이 부분에까지 기본권 주체성을 부인할 수는 없다고 한다.

53) 서울고등법원은 불법체류 외국인이라 하더라도 우리나라에서 현실적으로 근로를 제공하면서 임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 이상 노동조합을 설립할 수 있는 근로자에 해당한다고 보아야 할 것이라고 하고 있다(서울고등법원 2007. 2.

행사하지 못하여 노동자의 권리를 향유하지 못하고 있다.

외국인노동자의 유입은 처음에는 단순노무직의 부족을 메우기 위하여 외국인력을 도입하기로 정책을 수립한 뒤 민간을 내세워 외국인 노동자를 초청하면서 시작되었으나 이후 경기호황에 맞추어 더욱 많은 외국인들이 입국하기에 이르렀다. 초기에는 외국인 노동자의 노동력에만 관심을 두고 이들의 노동자성을 인정하지 않기 위해서 ‘산업연수생’이라는 형태로 직업교육을 제공하는 방식으로 이루어졌다. 그러나 비인권적인 산업연수생 제도와 노동현장에서의 비인간적 대우로 인한 국내 외의 비판⁵⁴⁾이 늘자 산업연수생제도를 폐지하고 근로자로서의 지위를 인정하는 방식으로 전환되어 오늘에 이르고 있다.

고용허가제에 의해 합법적인 신분을 가진 외국인 노동자는 노동조합 결성과 가입에 아무런 제한을 받아서는 아니 되며,⁵⁵⁾ 근로조건의 향상을 위한 외국인 노동자의 활동도 정치적인 성격의 활동이 아닌 한 폭넓게 인정하는 태도의 변화가 있어야 한다. 아울러 미등록외국인 노동자(이른바 불법체류외국인 노동자)들의 경우도 그들이 사실상 노무를 제공하고 임금 등을 받고 현실적으로 노동을 제공하고 있다고 한다면, 그들의 노동자성을 인정하여 노동자로서 권리를 인정하는 것도 검토해 볼 수 있을 것이다.⁵⁶⁾

1. 선고, 2006누6774 판결). 위 판결의 한계에 대한 비판은 전윤구, “외국인근로자의 노동법적 지위”, 한국노동법학 제42호(한국노동법학회, 2012), 254쪽 이하.

54) 헌법재판소 2007. 8. 30. 선고, 2004헌마670 결정-산업연수생이 연수라는 명목 하에 사업주의 지시·감독을 받으면서 사실상 노무를 제공하고 수당 명목의 금품을 수령하는 등 실질적인 근로관계에 있는 경우에도, 근로기준법이 보장한 근로기준 중 주요사항을 외국인 산업연수생에 대하여만 적용되지 않도록 하는 것은 합리적인 근거를 찾기 어렵다. 특히 이 사건 중소기업청 고시에 의하여 사용자의 법 준수능력이나 국가의 근로감독능력 등 사업자의 근로기준법 준수와 관련된 제반 여건이 갖추어진 업체만이 연수업체로 선정될 수 있으므로, 이러한 사업장에서 실질적 근로자인 산업연수생에 대하여 일반 근로자와 달리 근로기준법의 일부 조항의 적용을 배제하는 것은 자의적인 차별이라 아니할 수 없다.

55) 전윤구, 앞의 논문, 273쪽.

3.1.3 정치적 권리의 인정

외국인도 대한민국의 정치결정에 참가할 수 있는 권리의 주체가 될 수 있는지의 문제가 있다. 이주법의 규율대상과 적용 범위설정이 있게 되면 한국 내에 체류하는 외국인들의 법적 지위-권리와 의무의 상태-에 따라 정치적 권리의 부여여부, 정치적 권리의 행사 범위 등이 구체화될 수 있을 것이다. 국적 취득 요건을 충족하여 국적을 취득한 외국출신 국민의 경우는 정치적 기본권은 물론 모든 기본권의 향유에 있어서 이른바 생래적 국민과 동일하게 되므로 문제될 것이 없다.

출신국의 국적을 유지한 채 한국 내에 상당 기간 체류하면서 경제활동, 혼인생활을 하고 있는 외국인들의 경우는 체류의 형태, 한국 사회와의 관련 양태 등이 매우 다양하게 나타나고 있으므로 정치적 권리를 인정하게 되는 경우에도 일반적 인정은 문제가 있다. 특히 정치적 의사결정은 국가 또는 공동체의 구성원으로서 지속적인-때로는 영속적으로-자기결과와 책임부담을 의미하므로 해당 공동체에 구성원 스스로는 물론 구성원 간에 정체성에 있어서 상당부분 동질성이 확인되어야 한다. 일시적으로 체류하는 자는 해당 공동체의 존속, 유지, 변화 등에 대한 과제와 책임을 부과할 수 없기 때문에 그들에게 정치적 권리를 인정하기 어렵다. 그러나 이주민의 법적 지위의 외양이 외국인이라는-외국 국적 보유자-사실 하나만으로 이주민들에게 일반적으로 정치적 권리를 부인하는 것도 또한 공동체의 유지, 존속에 도움이 되지 못한다. 정주의사를 가지고 경제활동을 하거나, 혼인을 통하여 가족 공동체를 구성하고 있는 이주민의 경우는 실질적으로 공동체의 원주민과의 동일한 정체성을 가지고 있거나 가져가는 것이고, 그러한 이주민에게는 공동체의 일원으로서(membership) 공동체 의사형성과 결정과정에 참여하

56) 물론, 이주근로자에 관한 국제협약도 합법적 체류자격이 없는 이주근로자에 대하여 노동조합 결성을 보장하지 않고 있다. 우리나라는 이주근로자에 관한 국제협약에 비준하지 않고 있다.

게 하고 참여하도록 유도하여야 한다. 다만, 어떠한 이주민이 그러한 의사를 가지고 있는지, 어느 정도의 정치적 권리를 행사할 수 있는지 등에 대해서는 입법자가 이를 결정할 수밖에 없다.

예를 들면 현행 공직선거법은 영주권을 취득하고 3년이 지난 외국인으로서 해당 지방자치단체의 외국인등록대장에 올라 있는 외국인에게는 지방자치단체의 의회의원과 장의 선거권을 부여하고 있다. 해당 규정의 기본 취지는 이해하지만, 영주권을 취득하고도 3년이라는 기간이 경과하여야만 비로소 선거권을 행사할 수 있도록 하는 것은 해당 외국인의 지방자치단체 구성원으로서 통합에 지나치게 인색하다는 생각이다. 영주권 취득자에 대한 지방선거권 행사를 위한 거주기간의 단축을 고려하여야 하며, 피선거권행사와 관련한 논의도 필요하다.

4. 일반적 입법원칙에 따른 정비

4.1 체계정합성의 확보

이주법제는 그 적용대상이 외국인 또는 외국국적을 가졌던 사람들이므로 한 국가의 대인고권을 독점적이고 배타적으로 관철할 수 없으며, 국제법상의 원칙과 헌법상의 원칙에 따라 입법이 되어야 한다. 한국이 비준하고 있는 국제협약의 국내이행과 준수는 당연한 것이다. 다자간 조약의 국내적용을 위한 비준은 다자간 조약이 가지는 성격과 국내법 및 국내사정이 당연히 고려되어야 하지만, 현대사회가 세계화·국제화를 띠고 있고, 한 국가의 문제가 해당 국가의 문제로 국한되지 않는 사례가 늘고 있으며, 특히 인력의 국제간 이동이 매우 활발하고 보편화되고 있으므로 다자간 조약, 특히 이주관련 다자간 조약의 비준을 적극 고려해 볼 필요가 있다.

우리 헌법은 제정 이후 9차례의 개정을 통하여 기본권 보장의 강화

및 새로운 상황에 대한 대응을 하여 왔다. 그러나 외국인 및 이주국민의 증가는 현행 헌법이 시행된 이후 본격적으로 생겨난 현상이다. 따라서 현행 헌법은 이주사회에 대한 전망과 대응에 다소 부족한 면을 가지고 있다. 물론 외국인 및 이주국민에 대한 부분도 헌법재판소의 헌법해석과 사법적 확인을 통하여 규범적 범위가 확인되고 넓어지고 있다는 점은 긍정적인 요소이다. 그러나 해석작용을 통한 헌법규범의 확인도 일정 한계가 있으며, 헌법적 의미를 넘어서는 해석까지 허용되는 것도 아니다. 이주외국인과 이주국민의 비중이 증가하는 이주사회에 대응하는 법제의 헌법적 수권규정을 마련할 필요가 있다. 헌법적 수권 아래 이주법제의 합헌성과 그에 따른 집행의 정당성이 강화되는 것이다.⁵⁷⁾

개별법 내에서도 입법의 목적과 조문상호 간의 체계성이 확보되어야 한다. 예를 든다면, 출입국관리법은 입법목적이 대한민국에 입국하거나 대한민국에서 출국하는 모든 국민 및 외국인의 출입국관리를 통한 안전한 국경관리와 대한민국에 체류하는 외국인의 체류관리 및 난민(難民)의 인정절차 등에 관한 사항을 규정하는 것이라고 하지만 오히려 일정 기간 이상 장기체류 외국인, 정주 의사를 가지고 입국한 이주민들의 경우까지를 포괄적으로 규율대상으로 하여 체류관리를 하는 것보다는 해당 외국인들에 대해서는 별도의 법률을 통하여 체류관리 및 정주 지원을 하는 것이 법체계 및 법 집행의 효율성이 있다고 생각한다. 그렇게 본다면 출입국관리법의 목적에서 대한민국에 체류하는 외국인의 체류관리라는 부분은 수정이 되거나 삭제될 필요도 있다고 본다.⁵⁸⁾ 출입국관리법은 법률의 명칭 그 자체에 맞게 국경을 기준으로 하여 출경

57) 자세한 것은 최윤철, “다문화주의의 헌법적 수용에 관한 연구”, 공법연구 제41권 제2호(한국공법학회, 2012) 참조.

58) 출입국관리법에서 규정하던 난민부분(제8장의 2)이 별도의 독립된 법률인 난민법(2013년 7월 1일 시행 예정)으로 제정된 것도 난민의 법적 성격 및 규율대상이 출입국관리법의 법체계와 맞지 않다는 비판이 있었고 별도의 난민법 제정이 있게 된 데에는 이러한 비판이 상당부분 감안된 것으로 보인다.

과 입경을 중심으로 밀도 있게 규정하는 것이 법률의 간결함과 집행의 효율성을 높여 줄 것으로 생각한다. 그렇게 본다면 출입국 관리법의 경우 제5장의 외국인의 등록 및 사회통합 프로그램의 경우는 출입국 관리법의 입법취지와 체계로 보아 적합하지 않은 것으로 보인다. 해당 부분은 장기체류 외국인들의 체재 및 정주를 지원하는 것을 목적으로 하는 독립된 법률을 제정하거나, 기존의 재한외국인 처우 기본법과 통합을 하여 장기체류 외국인을 통일적이고 일원화된 법체계 속에서 지원할 수 있도록 하는 것이 적절할 것으로 생각한다. 출입국관리법과 재한 외국인처우 기본법 등이 통합되어 하나의 법률로서 통합된다면 해당 법률의 효율적 집행을 위한 독립된 별도의 행정기관이 필요할 것이다.

다문화가족 지원법의 경우도 이미 대한민국 국민인 외국 출신 배우자와 아직 또는 자발적 의사에 따라 외국 국적을 유지한 채 혼인상태에 있는 외국인 배우자 모두를 규율대상으로 포함하고 있다. 이 경우도 체류의 지위에 따라 구분할 필요가 있다. 이른바 ‘다문화가족’이라는 범주 속에서 마치 같은 국민이면서도 법령에 의해서 구분을 설정하는 것은 다문화가족의 사회적응·통합 및 가족의 유지를 지원하고 하는 입법목적보다는 용어만 바뀐 기존의 차별을 법령이 확인하는 결과를 가져올 수 있다는 우려가 있다. 전체적으로는 다문화가족 지원법에서 대상으로 하고 있는 국적취득 이전 또는 자국의 국적을 유지하고자 하는 외국인배우자(결혼이민자) 부분을 체류형태에 따라 해당 법률에서 떼어 내어 외국인 체류지원 및 처우와 관련한 법률 속에 통합하는 것이 법체계에 맞을 것으로 생각한다. 즉, 이미 국적을 취득하여 대한민국 국민이 된 외국출신 배우자의 경우에 해당 법에 따른 별도의 지원을 하는 것 보다는 원주 국민 가족과 동일하게 처우하되 각 법령에 따라 그러한 외국배경을 가진 국민(배우자)와 그 가족에 대한 지원을 강화하는 조항을 추가하는 것이 바람직하다. 국적을 취득하지 아니한 외국인배우자의 경우는 재한외국인 처우기본법에 따른 적용과 지원을 받되, 그로 인하여

국민배우자가 불이익을 받지 아니하도록 하는 방법이 있을 수 있다.⁵⁹⁾

4.2 명확하고 이해가 가능한 입법

선언적이거나 방침적인 내용으로 채워지는 입법이 아니라 현상에 대한 구체적인 해결책을 제시할 수 있도록 명확하고 이해가 가능하도록 입법이 이루어져야 한다. 선언적이거나 집행이 유보되는 기본법 방식의 입법보다는 구체적인 집행법 형식의 입법이 필요하다. 집행법의 경우에도 실제에서 조문의 형식이 대부분 집행기관의 재량에 의하도록 하는 방식의 입법도 지양되어야 한다.

명확하지 않거나 재량이 광범위한 예로서 개념적으로 합의가 되지 않았거나 불확실한 용어인 ‘다문화’라는 용어를 생각해 볼 수 있다. ‘다문화’의 개념은 아직 학문적으로도 합의가 되어 있지 아니하고, 더구나 사용현장에서도 ‘다문화’는 과거 대표적인 차별적 용어이었던 ‘혼혈’이라는 용어를 대체하는 것으로 사용되었으나 실제에서는 ‘혼혈’이라는 용어를 모양만 달리하여 공식적으로 만들고 있다는 비판을 할 수 있다. 국적법에서도 국적취득을 ‘귀화’라는 일본식 용어를 그대로 사용하고 있는데 ‘귀화’는 ‘천황에 귀의하다’는 뜻⁶⁰⁾으로 오로지 일방향적 동화를 전제로 하는 용어로서 통합을 통한 공존을 논하는 용어로는 적합하지 아니하다. ‘국적취득’이라는 중립적이고 객관적 의미를 가지는 용어로 대체하는 것도 생각해 볼 필요가 있다. 출입국관리법이 사용하고 있는 불법체류자로 의심에 되어서 보호조치를 필요로 하는 자를 ‘용의자’라고 쓰고 있다(출입국관리법 제47조 이하). 여기서 ‘용의자’는 매우

59) 다문화가족 지원법을 각 법률 속에 분산시키면, 해당 법률을 폐지하는 것도 가능하다.

60) pressian, 소준섭, “개념을 지배하는 자가 세상을 지배한다”,

〈http://www.pressian.com/article/article.asp?article_num=40090721180009&Section=04〉, 검색일 : 2013.5.3. 참조.

불명확한 용어이다. 특히 용의자에 대한 조치결과가 인신구속과 연관되어 있어서 개선이 필요하다. 헌법과 형사소송법은 유사한 지위에 있는 자를 ‘피의자’라고 하면서 피의자에 대한 인신구속에는 적법절차 원칙의 준수를 강하게 요구하고 있다. 외형이 인신구속으로서 동일함에도 불구하고 외국인과 국민을 구별하고 처리 절차를 달리하는 것은 법률의 일관성에 문제가 있다. 이러한 경우 집행기관의 임의적 법집행 제공의 빌미를 주게 된다. 적법절차 원칙에 적합한 용어를 사용할 필요가 있다. ‘보호조치’의 경우도 적법절차 원칙에 따른 용어 사용 필요하다(출입국관리법 제51조 이하). 보호조치가 사실상 인신구속임에도 불구하고 단순한 행정조치로 해석하여 적법절차 원칙을 회피하려고 하는 것은 아닌지 의심을 가지게 한다. 더군다나 적법절차 원칙은 단순한 형사사법절차의 범위를 넘어서 국가사무의 모든 영역에 확대 적용되고 있으므로⁶¹⁾ 보호조치를 행정조치로 본다고 하여도 적법절차원칙은 지켜져야 한다.

V. 나가는 말

원주민과 이주민의 공존을 위한 정치의 과제는 결국 원주민이 가지는 이주민에 대한 근거 없는 오래된 편견과 고정관념을 정확히 파악하고 이주민에 대한 원주민의 생각이 편견에 기초하고 있어서 매우 불안정하다는 것을 사회에 확인시키는 것과, 이를 바탕으로 정치제도 안에서 이주민과 원주민의 공존이 가능하도록 규범적으로 확인하는 것이다.⁶²⁾ 그러한 면에서 볼 때 현행 이주법제는 단기간에 급증한 외국인과

61) 헌법재판소 1992. 12. 24. 선고, 92헌가8 결정; 헌법재판소 1992. 11. 12. 선고, 91헌가2 결정; 1996. 12. 26. 선고, 94헌바1 결정; 1994. 12. 29. 선고, 94헌마201 결정; 1997. 3. 27. 선고, 96헌가11 결정; 헌법재판소 2001. 11. 29. 선고, 2001헌바41 결정; 헌법재판소 2007. 10. 4. 선고, 2006헌바91 결정; 헌법재판소 2009. 6. 25. 선고, 2007헌마451 결정 등.

이주국민과 기존 원주사회와의 갈등에 대한 신속한 대응의 필요로 제정되어 장기적으로 계속 증가할 것으로 예상되는 이주외국인과 이주국민과의 공존을 위한 장기적 대안으로는 다소 미흡하다고 볼 수 있다.

이주 외국인이 국적 취득을 하여 국민이 된다고 하여도 그러한 지위의 변화는 공적 영역에서의 변화일 뿐이며, 이주국민이 원주국민과 더불어 살면서 공동의 문제를 해결하고 공동의 책임을 부담하기는 등 원주국민과 실질적인 공존을 하기까지는 상당한 노력과 시간을 요한다. 장기 체류외국인의 경우도 그들이 정주의 의사를 가지고 있는 한 자신들의 정체성을 유지한 채 한국이라는 원주 공동체의 가치를 승인하고 공존할 수 있어야 한다. 따라서 이주법제는 정주외국인과 이주국민의 통합을 목표로 하여 개선이 되어야 한다. 외국인 또는 이주국민의 증가를 환경의 변화 또는 그에 따른 불가피한 승인의 대상으로만 둔 채 공존이 아닌 관리에 중점을 두는 법제는 한국이라는 공동체의 진보적 발전에 도움을 주지 못한다. 이주법제의 개념과 목표의 재정립, 이주집단과 이주민의 정주의사와 법적 지위의 변화에 따른 단계별, 체계별 지원과 관리 등을 기준으로 하는 법제의 정비를 통하여 이주 집단과 원주 집단간의 공존기초를 마련하여 이주사회화한다고 하는 한국사회의 지속가능한 발전이 있도록 하여야 한다.

(투고일 2013년 8월 29일, 심사(의뢰)일 2013년 9월 12일 게재확정일 2013년 10월 16일)

주제어 : 외국인, 다문화주의, 국적, 이주법, 입법원칙

- 62) 한나 아렌트는 정치의 과제가 모든 시대와 지역에서 편견을 주목하거나 배제하는 것이라고 하면서 그 이유로 인간의 지능이나 통찰은 자신의 삶 속에서 판단해야 할 모든 일을 원초적으로 판단할 만큼 완벽하지도 않을 뿐 아니라, 편견이 없으면 초인간적으로 깨어 있어야 하기 때문이라고 한다(한나 아렌트(제롬 콘 편집), 김선욱 옮김, 정치의 약속(푸른숲, 2007), 139쪽).

참고문헌

1. 단행본

한나 아렌트(제롬 콘 편집), 김선옥 옮김, 역정치의 약속, 푸른숲, 2007.

한수웅, 헌법학 제3판, 법문사, 2013.

Kymlicka, Will, *Multicultural Citizenship*, Oxford, 1996.

_____, *Contemporary Political Philosophy* 2. ed., Oxford Univ. Press, 2002.

Taylor, Charls, *The Politics of Recognition*, in; Gutmann, Amy(ed.), *Multiculturalism*, Princeton University Press, 1994.

Thym, Daniel, *Migrationsverwaltungsrecht*, Tübingen, 2010.

2. 논문

김병록, “불법체류 외국인 강제퇴거의 인권 문제”, 조선대학교 법학 논총 제17권 제3호, 조선대학교 법학연구원, 2010, 23-52쪽.

김비환, “포스트모던 시대에 있어 합리성, 다문화주의 그리고 정치”, 사회과학 제35권 제1호, 성균관대학교 사회과학연구소, 1996, 205-236쪽.

서윤희, “다문화주의와 문화다양성-다문화법제의 기본개념 분석-”, 일감법학 제23호, 건국대학교 법학연구소, 2012, 283-321쪽.

이재삼, “출입국관리법상의 외국인에 대한 강제퇴거와 보호에 관한 연구”, 토지공법연구 제59집, 한국토지공법학회, 2012, 245-283쪽.

전광석, “다문화사회와 사회적 기본권”, 헌법학연구 제16권 제2호,

한국헌법학회, 2010, 105-146쪽.

전윤구, “외국인근로자의 노동법적 지위 : 단결활동에서의 제한과 차별금지를 중심으로”, 노동법학 제42호, 한국노동법학회, 2012, 249-277쪽.

최경옥, “한국에서의 다문화가정 아동의 교육권”, 공법학연구 제13권 제1호, 한국비교공법학회, 2012, 307-339쪽.

최윤철, “다문화사회로의 변화에 따른 입법적 대응”, 저스티스 제134권 제2호, 한국법학원, 2013, 273-297쪽.

_____, “다문화주의의 헌법적 수용에 관한 연구”, 공법연구 제41권 제2호, 한국공법학회, 2012, 1-31쪽.

3. 기타

윤인진, 국가주도 다문화주의와 시민주도 다문화주의, 한국사회학회 동북아시아위원회 용역과제 07-7, 2007

이순태, 다문화사회의 도래에 따른 외국인의 출입국 및 거주에 관한 법제연구, 한국법제연구원, 2007.

[Abstract]

A Study on the Legal Foundation of Migration in Korea

Yoon-Cheol Choi*

Several new laws and institutions to address the Phenomenonen caused again by influx of foreigners since 90 and increasing migration reasons hindering citizens in Korean society, be adopted and enter into force. Still, there are the laws so that laws lack responsiveness in fact repealed because they are either out of date or adopted only improvised without consensus. Because of the gap between Realität rights institution and advised both law and legal addressees performers in the difficulty, or to follow and execute. Change of foreigners to nationals by the method according to the Nationality Law does not have a complete change of status on all the area, but only acquiring rights to the public domain. To live together with the original citizen on the field all life needs the immigrant reasons for a long time and tediousness. Migrtationsrecht should be reworked to integrate origin citizen and migration background citizen. Growth of foreigners and new citizens bring out a fundamental change in the Korean society. The legislature must observe the changing situation and react time moderately on the future. The focus of migration laws and institutions should not placed on the control, but on the koexsistence to make the Korean society peaceful and sustainable progress.

Key Words : Foreigner, Multiculturalism, Nationality, Law of Migration, Principle of legislation

* Professor, Law School of Konkuk University

