

현행 이주법제의 차별성에 관한 소고*

—입법원칙과 법률용어를 중심으로—

A Study on Discriminatory Provisions of the Current Migration Laws

—Focusing on Legislative Principles and Legal Terms—

최 윤 철**

Yooncheol Choi

목 차

- | | |
|----------------------------|--------------------------------------|
| I. 들어가는 말 | III. 이주자 관련 법률과 차별적 표현 - 주요 법률을 중심으로 |
| II. 이주 관련 법률의 차별적 표현 판단 기준 | IV. 나가는 말 |

한국사회는 유입 장기체류 외국인의 급증과 한국사회의 인구구조 등 사회구조의 변화로 급격히 다문화사회로 변화하고 있다. 그러나 외국인과 이주자를 적용대상으로 하는 법률들 가운데 많은 법률들이 이들의 인권을 충분히 보장하지 않거나 차별을 담고 있는 조항을 가지고 있다.

법률은 자신의 의지(입법목적)를 법문을 통해서 말한다. 수범자는 법령의 문언(조문)을 통해서 입법자의 의지와 목표를 인식하고 자신의 행위의 준칙으로 삼는다. 법령의 문언은 법령의 본질과 목표인 정의 실현과 구체화를 위한 여러 원칙을 기초로 작성이 된다. 실질적 평등을 보장하는 법령용어의 정확한 표현과 작성은 입법에 있어서 정의 실현을 위한 본질

<https://doi.org/10.35148/ilsilr.2021.48.823>

투고일: 2021. 1. 27. / 심사외뢰일: 2021. 2. 4. / 게재확정일: 2021. 2. 15.

* ‘이 논문은 건국대학교 연구집중교수 지원에 의하여 연구되었음.’

이 논문 또는 저서는 2020년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 인문사회분야 중견연구지원사업의 지원을 받아 수행된 연구임(NRF-2020S1A5A2A01043226).

** 건국대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사

Professor, Law School of Konkuk University

적인 내용 가운데 하나이다. 외국인과 이주자를 수범자로 하는 법률도 예외가 아니다.

이주법률의 직접 수범자인 외국인과 이주자는 입법과정에 직접 참여할 수 있는 기회가 적다. 헌법이 보장하는 정치적 과정에 참가할 수 있는 권리는 외국인에게는 인정되지 않는 경우가 대부분이다. 또한 한국어 능력의 부족으로 인하여 고도로 추상적이고 압축적인 법률(안)의 의미를 이해하고 이에 대처할 수 있는 능력이 되지 못한다. 결국, 외국인·이주자는 자신이 수범자이지만 이미 만들어진 법체계를 수동적으로 수용하여야만 하는 위치에 있게 된다. 외국인·이주자의 안정적 적응과 통합을 위하여 인간이 가지는 권리와 헌법상 권리의 보장을 위한 이주 법제의 개선이 필요하다. 외국인·이주자가 한국의 노동시장, 적정인구확보, 시장수요 충족을 위한 수단이 아니라 나와 함께 더불어 살아가는 독립된 인격 체임을 확인하는 법제도를 마련하여야 한다.

[주제어] 외국인, 이주자, 이주법제, 차별, 입법원칙

I. 들어가는 말

한국 사회는 오랫동안 단일민족 및 순혈주의 의식으로 인하여 외국인 및 외국배경을 가진 국민에 대한 소극적 태도를 가지고 있었다. 그러나 1990년대 이후 단기간에 대폭 증가한 외국인과 이주자로 인하여 기존의 사회인식과 사회구조에 상당한 변화를 겪고 있다. 한국 사회는 체류 외국인에 대한 처우, 자국 문화의 보호와 외국 문화의 수용 사이의 갈등, 노동시장에서의 경쟁에 대한 경계심을 비롯하여, 외국계 국민의 증가로 인하여 새로운 긴장을 경험하고 있다. 한국인 스스로가 많은 국제경험을 하면서 외국인 또는 타국 문화를 바라보는 시각이 점차 변화하고 있으며, 외국인과 더불어 살아가는 공간과 생활에 점차 익숙해지고 있다.

그러나 취업, 결혼 및 여러 사유로 한국에 입국하여 체류하고 있는 외국인·이주자는 한국 사회에 쉽게 적응하지 못하여 여전히 많은 어려움을 겪고 있다. 편견과 불평등, 폭력에 노출되어있는 결혼이민자, 고용허가제 아래에서 직장선택의 제한 등 노동자의 권리가 충분히 보장되지 못하고 있는 외국인 노동자들과 무자격 체류자들, 이른바 다문화가족의 자녀, 한국에서 출생하였으나 출생등록이 되지 못한 채 성장하는 미등록 이주 아동, 중도입국 청소년, 차별과 편견 속에 살아가는 외국국적동포, 난민 등 많은 외국인·이주자들이 어려움을 겪고 있다.

외국인·이주자가 한국사회에 통합되고 더불어 살아갈 수 있기 위한 가장 강력한 장치는 법제도이다. 현재 「국적법」, 「출입국관리법」, 「재한외국인 처우에 관한 기본법」,

「외국인근로자 고용등에 관한 법률」, 「다문화가족 지원법」, 「난민법」등 외국인·이주자 관련 법률들이 시행되고 있다. 외국인을 수범자로 하는 법률들은 대체적으로 법률집행의 효율성 등 체류 외국인과 이주자를 효율적으로 관리하는 것을 주요 내용으로 하고 있다. 자유의 보호와 평등의 실현을 본질로 하는 법의 성격상 현재의 이주 관련 법률들이 외국인·이주자의 권리를 충실히 보호하고 있다고 볼 수 있는지 의문이다.

법령은 자신의 의지(입법목적)를 법문을 통해서 말한다. 수범자는 법령의 문언(조문)을 통해서 입법자의 의지와 목표를 인식하고 자신의 행위의 준칙으로 삼는다. 법령의 문언은 법령이 가지는 본질과 목표인 정의의 실현과 이의 구체화를 위한 여러 원칙을 기초로 작성이 된다. 따라서 법령의 문언(조문)이나 구체적으로 법령이 사용하는 용어들의 정확한 기술은 입법에 있어서 본질적인 내용 중의 하나를 이룬다. 외국인·이주자를 수범자로 하는 법률도 예외가 될 수 없다.

이 글은 한국에 체류하고 있는 외국인·이주자를 규율대상으로 하는 법률들을 대상으로 입법기술과 법률 문언 등 법률상 표현에 의하여 차별을 받는 경우가 없는지 검토를 한다. 이를 위하여 법률의 일반성과 추상성 등 법률의 본질적 성격을 바탕으로 입법기술 면에서 법령 작성의 원칙 및 기준을 검토한다. 입법기술 원칙과 기준을 근거로 하여 외국인·이주자를 적용대상으로 하는 주요 법률들의 법문상 표현을 검토한다. 다만, 이 글에서 제시한 것은 단지 많은 외국인 관련 법률 가운데에 담고 있는 차별적 용어들 가운데 일부분에 해당 된다. 검토한 법률 중에도 여기서 제시되지 못한 다른 사례가 다수 있을 것이며, 검토하지 못한 법률 가운데에는 더 많은 사례가 있을 것이다.

II. 이주 관련 법률의 차별적 표현 판단기준

1. 입법을 위한 실질적 원칙

1.1 정의의 원리(Gerechtigkeitsprinzip)

법률은 정의의 원칙에 부합하여야 한다. 정의의 원칙은 대개 평등을 의미하는 것으로 알려져 있다. 여기서 평등은 단순한 균등을 의미하는 것이 아니라 배분적 정의에 상응하는 평등을 의미한다. 같은 것은 같게, 다른 것은 다르게 다루는 것을 의미한다. 그에

따라 ‘차별’의 근거가 합리적이라고 입증되는 경우의 ‘차별’은 ‘합리적 차별’로서 오히려 정의의 원칙에 부합한다. 차별의 근거가 되는 ‘합리적’이라는 의미는 인간의 이성에 기초한 것으로서 인간이 보편적으로 옳다고 생각하여 유지하고 지향하여야 하는 가치에 기원하고 있다. 따라서 사물 및 사안의 본성 및 본질의 차이에 따른 차별이 이루어진다고 하더라도 그러한 차별이 인간의 보편적 가치, 예를 든다면 인간의 존엄, 사물의 본성(Natur der Sache)에 반하는 차별이 가해진다면 그러한 차별은 정의의 원칙에 반하는 것으로서 받아들여질 수 없다.¹⁾ 반면에 어떤 사물 또는 사안들 사이에 차이점 및 구분이 불가능한 경우는 평균적 정의 원리가 지배하여 동일하게 채우하는 것이 너무나 당연한 것이 될 것이다. 입법자가 이를 간과하여 동일한 사안과 사물에 대해서 서로 다르게 적용하는 입법을 한다면 그러한 입법은 정의의 원칙에 반하는 것으로서 그 효력을 인정하기 어려울 것이다.

법률(Gesetz)의 일반적 효력과 추상적 효력은 정의의 원칙으로부터 파생되는 법(Recht)의 본질적 성격이다. 법률의 일반적 효력은 법률은 모든 사람에게 동일하게 적용되어야 한다는 것을 의미한다(법 앞의 평등). 추상적 효력은 법률은 동일한 규율객체(사물)에 동일하게 적용되어야 한다는 원칙을 의미한다. 이러한 법률이 가져야 하는 속성에 근거하여 개별적이거나 처분적인 법률(Gesetz)은 법적 평등에 반하는 법률로서 법(recht)으로 받아들일 수 없는 것이 원칙이다. 법은 특정인이나 집단만을 적용대상으로 하거나 특정 사안만을 적용대상으로 제정되거나 집행되어서는 아니 된다. 입법작용에서의 평등 원칙 준수는 입법목적은 물론 구체적인 집행대상, 집행결과 등 법규범 전반에 해당된다.

1.2 목적 적합성(Zweckmäßigkeit)

목적 적합성이란 법은 법에게 주어져 있는 목적(정의의 실현)과 의도하고 있는 목적(구체적 법규범이 추구하는 목적)이 서로 상응하여야 하며 이러한 목적달성을 위한 적절한 수단이 사용되어야 함을 의미한다.²⁾ 법(Recht) 자체에 처음부터 기대되는 법 목적(정의의 실현)과 구체적으로 어떤 법규범을 만들고자 하는 입법자가 해당 법규범을 통해서

1) ‘차별’이라는 용어는 각 사물 및 사안의 ‘차이점에 따라’(차) ‘구별하여’(별) ‘다르게’ 채우한다는 의미를 가지고 있는 것으로 생각된다. ‘차별’이라는 용어는 부정적(negativ)의미 보다는 모든 사물 및 사안이 본질적으로 처음부터 다르다는 인식하에서 그 차이점을 어떻게 발견할 것인지 인식과 그에 근거한 구분을 내포하고 있다. 그러한 의미에서 ‘차별’이라는 용어는 오히려 사물의 인식론과 관련한 중립적 용어라고 볼 수 있다.

2) Hermann Hill, Einführung in die Gesetzgebungslehre, Heidelberg, 1982, S. 15.

이루고자 하는 목적이 서로 상응하여야 함을 의미한다. 이러한 의미에서 본다면 본래부터 법에 기대되고 주어져 있는 목적과 구체적인 법규범의 제정을 통해서 생겨나는 개별적 법규범의 목적은 서로 ‘목적’과 ‘수단’의 관계가 있다고도 볼 수 있다. 그러한 점에서 입법자가 설정한 입법목적은 특정 법규범 그 자체의 목적적합성이 있다고 주장되더라도 해당 목적은 ‘정당’하여야 한다. 목적이 ‘정당’하다는 것은 정의의 원칙과 직접 관련을 맺는다.

입법자는 구체적인 법규범의 제정을 통해 자신이 의도하는 특정의 목적을 실현할 수 있다. 입법자는 법규범의 내용 등을 스스로 결정할 수 있는 형성의 자유(*Gestaltungsfreiheit*)를 근거로 제정하려고 하는 법규범의 목적을 자유로이 설정할 수 있다. 그러나 입법자의 형성의 자유가 입법자에게 모든 것을 할 수 있도록 허락하는 것은 아니다.³⁾ 법령작성은 법규범의 목적에 종속된다. 법규범의 작성은 결국 입법자의 의지(입법목적)를 글로써 인식 가능한 상태로 만드는 작업이기 때문이다. 법규범의 작성과정에서는 입법자가 설정한 입법목적과 이를 실현하기 위한 수단 사이에 적절한 비례관계가 설정되도록 하여야 한다.⁴⁾ 입법목적이 정당하다 하더라도 이를 실현하기 위한 수단이 수범자의 과도한 희생을 요구하면 해당 법규범은 과잉금지원칙, 특히 수단의 적정성, 최소 침해의 원칙, 좁은 의미의 비례의 원칙 등에 반하는 법규범으로 위헌·위법이 될 것이다.

1.3 보충성 원칙(Subsidiaritätsprinzip)

입법에 있어서 보충성 원칙은 법령제정의 불가피성(*Notwendigkeit*)과 상응하는 개념이다. 법령의 제정은 현안 해결을 위한 최후적 대안이라는 의미이다. 갈등의 발생과 해결 등 현안 해결이 여전히 사회의 자율적 기제에 의해서 이루어지고 있다고 한다면 이러한 영역에 법령을 통하여 국가 등 공권력이 개입하는 것을 최대한 자제하고 사회의 자율적 기능이 작동할 수 있어야 한다는 것을 의미한다. 헌법 제37조 제2항은 그러한 표현이다. 그러나 자율적 해결이 정의의 원칙에 반하거나, 헌법원리, 헌법적 원칙, 사회상규, 사물의 본성(*Natur der Sache*) 등과 맞지 않는 경우는 법령을 통한 국가 개입은 필요하

3) 현재 2020. 3. 3. 2020헌마223 - 헌법재판소가 헌법에 명시적으로 표현된 명백한 위임을 넘어 헌법해석을 통하여 입법자의 헌법적 의무를 폭넓게 인정하면 할수록, 입법자의 형성의 자유는 축소된다. 따라서 헌법상의 권력분립원칙과 민주주의원칙은 입법자의 민주적 형성의 자유를 보장하기 위하여 입법자의 헌법적 입법의무는 예외적으로만 이를 인정하고 되도록이면 헌법에 명시적인 위임이 있는 경우에만 제한할 것을 요구한다.

4) Peter Noll, Gesetzgebungslehre, Hamburg 1973, S. 107 ff.

고 그렇게 하여야만 한다.

보충성 원칙은 무분별하거나 불요불급한 법령의 제정을 막아주어 전체 법령의 간소화를 가져온다. 보충성 원칙은 현행 법령의 집행력을 높여주는 효과를 가져올 것이다. 수범자의 측면에서 보아도 국가의 사회에 대한 자율성 존중으로 인하여 국가의 법집행에 대한 수범자의 신뢰를 가져올 수 있다.

1.4 법적안정성(Rechtssicherheit)

법적안정성이란 법규를 통해서 개인의 자유 및 법 공동체의 존재를 보장하는 것을 의미한다. 특히 법규의 지속성, 예측가능성, 명확성, 개념적 정확성 및 법규의 형식성과 법적 절차 등을 통해서 개인의 자유와 사회의 지속적 유지가 확보되는 것을 의미한다.

수범자 및 행정청과 같은 법 집행자는 이를 통하여 특정 행위가 특정 법규에 의해 금지되거나 허가됨을 알 수 있고, 이를 근거로 자신의 행위의 합법성과 위법성을 판단하거나 특정 행위에 대한 법적 가치 부여의 지속적 근거로 삼게 된다. 수범자는 형식적 법규범 안에서는 자신의 행위의 법적 가치판단이 가능하고 이는 자신의 권리 및 법적 권리의 행사가 법규범 안에서 보호되고 보장된다는 인식을 할 수 있게 하여준다. 이러한 수범자의 인식은 자신의 행위에 대한 예측가능성을 확보하여 준다. 이는 법생활에 참가하는 구성원 모두에게 공동으로 해당되는 것으로서 결국은 해당 법 공동체 구성원 상호간의 행위에 대한 신뢰로 나타나서 법 공동체가 안정될 수 있도록 하여준다. 그러나 법적 안정성은 또 한편으로는 법규범의 고정화 및 법 공동체의 정체를 야기할 우려가 있다.

1.5 이해의 용이성

입법자는 법령을 기술할 때 해당 법령이 예정하고 있는 수범자 집단이 해당 법령의 내용에 대한 최소한 일반적 이해를 할 수 있는 정도의 이해 가능성 정도를 지켜야 한다 (최소 이해가능성). 예상 수범자 집단의 일반적 이해 가능성이 확보된 법령에 대해서는 해당 법령과 관련한 전문가(법관 등)들은 해당 법률의 내용을 충분히 이해할 수 있을 것이다. 보다 구체적으로 말한다면 해당 법령에 복종하여야 하는 일반 수범자 집단의 경우는 그들이 해당 법령의 규범적 내용에 대한 최소한의 일반적 이해는 할 수 있어야

하며, 해당 법령을 집행하여야 하는 집행자의 경우는 해당 법령을 근거로 입법자의 입법 목표와 그에 따른 정당한 법 집행이 가능할 수준으로서 예외적으로 법 전문가의 도움을 필요로 하는 정도일 것이 요구된다. 또한 해당 법령을 해석하고 적용하여야 하는 법관의 경우는 해당 법령의 구체적인 의미와 법적 효과를 찾아내는데 어려움이 없을 정도가 될 것이 요구된다. 외국인을 수범자로 하는 법령의 경우 외국인들이 해당 법령에 대한 이해 가능성을 높일 수 있는 방안이 강구되어야 한다.

1.6 명확성의 원칙

법령은 원칙적으로 수범자, 집행자 및 해석자 모두가 해당 법령의 문언을 통해 입법자의 입법목적이 표현된 구성요건(의도하고 예상하는 효과)과 법령을 준수하였을 때 기대되는 법적 결과(적극적 효과) 및 위반하는 경우 감수하여야 하는 법적 결과(소극적 효과) 사이의 관계를 인식할 수 있을 정도로 기술되어야 한다.

법령의 명확성과 구체성의 정도와 해당 법령의 효력 지속과의 관계도 주목할 할 필요가 있다. 어떠한 법령의 규정범위 및 효력이 개별적이고 구체적인 사안에 대하여 한정되는 정도가 강하면 강할수록 해당 법령의 지속의 정도는 짧아지게 된다. 즉, 법령이 구체적인 사안보다는 근본적이고 본질적인 내용을 규정하면 할수록 해당 법령은 시간의 지속에 따른 대상의 변동에 영향을 적게 받게 된다.⁵⁾ 그러나 그러한 법령의 경우 시간의 경과와 그에 따른 대상 환경의 변화에 대하여 지속적인 적용을 할 수는 있으나 개별적 사건이나 다른 법령과의 관계에서 단순한 지침 또는 기준의 역할을 하는 정도에 머무를 가능성이 높아질 수 있다는 것도 경계를 하여야 한다.

2. 입법 기술 원칙 - 형식적 원칙

2.1 체계정합성(Systemgerechtigkeit)

법률은 대부분 경우 다수의 인적·물적 대상에 대하여 규정을 하고자 하는 목표를 가지고 있다. 그에 따라 규율의 대상들과 규정의 일반성들의 범위는 현재 놓여있는 규정 자료들을 정리하고 특정한 범주 및 기준에 따라 체계화되어야 한다.⁶⁾ 다양한 영역 내에

5) P. Noll, a.a.O., S. 256.

서 특정한 표지를 기초로 한 분류 및 체계화는 법전화 단계에서 법적 안정성을 위한 포기할 수 없는 조건들이다.⁷⁾ 이러한 체계화의 과정과 체계성의 확보는 가능한 한 수범자 입장에서 정당한 정보들을 기초로 이루어져야 한다.⁸⁾

체계성은 내적 체계성과 외적 체계성으로 구분하여 이해할 수 있다. 내적 체계성은 외견적으로는 체계 그 자체가 아니라 특정 체계의 특징을 말하는 것으로서 논리적 무모순성과 목적론적 결과 정합성을 의미한다.⁹⁾ 법 기술적으로 논리적 모순의 예를 든다면 법체계 속에서 개념사용 불일치 또는 개념사용의 상이함을 들 수 있다. 예를 든다면 특정 행위를 A 규범에서는 금지하면서 동시에 B 규범에서는 허용하는 것을 들 수 있다.¹⁰⁾ 원리적 모순(Axilogischer Widerspruch)의 예를 든다면 법질서가 인간의 일반적인 평등을 선언하고 있음에도 불구하고 인종차별을 허용하는 것을 들 수 있다.¹¹⁾ 목적론적 모순은 입법자가 특정 법 규범을 통해서 특정한 목적을 달성하고자 노력하는데 또 다른 규범에 의해서 본래의 목적에 달성에 유일한 수단이라고 여겨지는 정책이 거부되는 경우에 발생한다고 한다.¹²⁾

내적 체계성은 다시 법 규범체계에서 수직적 체계성 수평적 체계성으로 구분할 수도 있다. 수직적 체계성은 법규범 단계에서 상위법과 하위법 사이에서 논리적, 전제적, 목적적 무모순성이 있어야 하는 것을 의미한다. 예를 든다면, 상위법에서 금지하거나 명령하고 있는 내용을 하위법에서 사실상 허용하는 것이 있을 수 있다.¹³⁾ 수평적 체계의 무모순성은 다른 말로 법규범의 통일성 또는 일관성(Einheit der Rechtsnormen)이라고 할 수 있다. 수평적 체계성은 동일한 규범 수준에서 각종 모순이 발생하지 않아야 함을 의미한다.¹⁴⁾

6) P. Noll, aa.O., S. 206; 최윤철, “입법학 체계정립을 위한 작은 시도”, 법과 정책연구 제12집 제3호, 동광문화사, 2012, 1038쪽 이하.

7) H. Hill, aa.O., S. 98.

8) P. Noll, aa.O., S. 202.

9) Karl Engisch, Einführung in das juristische Denken, 9. Aufl., Stuttgart/Berlin/Köln, 1997, S. 122.

10) K. Engisch, aa.O., S. 209 ff.; H. Hill은 이를 규범의 모순(Normwiderspruch)라고 분류하고 있다. Vgl. H. Hill, aa.O., S. 99; P. Noll, aa.O., S. 207.

11) P. Noll, aa.O., S. 208; K. Engisch, aa.O., S. 215 ff.; H. Hill은 이를 원칙의 모순(Prinzipien Widerspruch)라고 한다. 특히, K. Engisch는 이와 관련하여 “세상에서는 우리가 볼 수 없는 두 가지가 있는데 그중 하나는 인종차별이고 또 다른 하나는 바(Bar)에 앉아 있는 흑인(Neger)이다.”라는 미국의 유머를 예로 들고 있다.

12) K. Engisch, aa.O., S. 214; H. Hill, aa.O., S. 99 f.; P. Noll, aa.O., S. 208.

13) 가치, 원리, 목적 등 모두 발생이 가능하다.

14) Vgl. P. Noll, aa.O., S. 202.

법체계의 내적 체계성을 이루는 논리적 또는 목적론적 무모순성은 외적 체계성이 없이는 포착되지 않는다. 즉, 법규범의 실질을 이루는 내적 체계성은 법규범의 외형적 논리구조로 나타나고 있는 외적 체계의 완성을 통하여 구체화 된다. 외적 체계성이란 법령의 구조 및 형식이라고 간단히 말할 수도 있다. 즉, 우리나라의 경우 ‘전문’, ‘장’, ‘절’, ‘관’, ‘조’, ‘항’, ‘호’ 등으로 나타나는 법령의 구체적 외적 형식을 말한다.

2.2 법률문언 작성 원칙

독일의 경우 1900년대 이른바 ‘대법전화 시대’(Die Zeit der grossen Kodifikation)에서의 주요한 논쟁의 하나는 어떻게 하면 “시민적합적인 법률”(Volkstümliches Gesetz)을 만들 수 있는지에 관한 것이었다.¹⁵⁾ 이 논쟁은 당연히 “시민적합성”(Volkstümlichkeit)의 의미에 관한 논의로부터 법률의 ‘일반적 이해 가능성’(Allgemeinverständlichkeit)에 관한 논의를 포함하고 있었다. 이와 관련하여 근대 법치국가 이론의 기초를 제공하였던 폰 몰(R. von Mohl)은 이미 150여 년 전 자신의 저서 <국가학 사전>에서 “법률은 법률집행자(공직자, Beamten)나 학식을 갖춘 자뿐만 아니라 무엇보다도 시민 모두를 위해서 정해진 것이기 때문에 (법률 조문의) 표현에 대한 일반적 파악 가능성은 중요하며 하나의 의무이다”라고 밝힌 바 있다.¹⁶⁾

법령 작성의 실제와 관련하여 구체적으로 살펴본다면 입법자는 가능한 간결한 문장을 사용하고 논리적으로 상호 모순이 없도록 법문을 작성하여야 한다. 법문이 가지는 추상성(Abstraktion)과 개방성(Offenheit)은 법령의 제정 이후 해당 법령이 법현실과 교섭을 하는 가운데 자신의 규범력을 계속 유지할 수 있어야만 하는 것이다.

15) Sigfrid Emmenegger, Gesetzgebungskunst, Tübingen 2006, S. 185.

16) R. v. Mohl, Encyklopädie der Staatswissenschaft, 2. Ausg. der 2. Aufl., Freiburg I. Br. und Tübingen 1872, S. 154; wieder zitiert P. Noll, Fn. 131, a.a.O., S. 258 - Da die Gesetze nicht bloß für die Beamten und die Männer der Wissenschaft, sondern auch, und zwar zunächst, für die Gesamtheit des Volkes bestimmt sind, do ist eine Gemeinfaßlichkeit des Ausdrucks Vorteil und Pflicht.

3. 이주자 관련 법률의 법원(法源, Rechtsquelle)으로서 국제규범

3.1 국제법규의 국내법 효력

조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 지니고 있다(헌법 제6조 제1항). 국가 간 자연인의 이동, 체류 및 정주와 관련한 문제는 본질적으로 국가 사이의 안전이 된다. 그에 따라 많은 국가 간 조약과 초국가적 국제규약들이 합의되거나 제정되었다. 조약의 체약당사국 또는 국제규약에 비준하는 것은 해당 조약과 국제규약의 국내 이행을 위한 의무를 부담할 것을 확인하는 행위이다. 일단 조약이나 국제규약을 비준하면 해당 국가는 그 내용을 이행하기 위한 국내법적인 행위를 하게 되는데 이는 한국의 경우도 예외가 아니다. 그러한 점에서 조약 및 각종 국제법규가 한 국가의 법원이 된다는 것은 명백하다.¹⁷⁾

3.2 이주자 관련 국제법규

인간을 출신이나 기타 여러 지표를 통한 차별을 하지 않고 인간 자체를 존엄한 존재로서 평등하게 처우하여야 한다는 명제의 국제적 첫 결실은 국제연합이 1948년 총회에서 채택한 ‘세계인권선언’(Universal Declaration of Human Rights 1948)이다. 세계인권선언은 정치·경제·문화·종교의 차이와 관계없이 모든 사람과 모든 국가가 달성해야 할 공통의 인권기준이라고 할 수 있다. 외국인의 지위 개선 및 차별금지와 관련한 주요 국제조약은 1950년 11월의 유럽인권협약에서 채택된 ‘시민적·사회적 권리에 관한 유럽인권헌장’(EMRK-Rechte), 1966년 채택된 국제연합의 ‘시민적·정치적 권리에 관한 규약 II’(International Convention on Civil and Political Rights B), 1951년 6월의 ‘난민의 지위에 관한 쟁프 협약’(Convention relation to the Status of Refugees) 1984년의 ‘고문의 금지 및 잔인하거나 비인간적인 또는 부당한 처우나 형벌의 금지를 위한 국제협약’(Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment), 1951년의 ‘모든 형태의 인종적 차별의 철폐에 관한 국제협약’(International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination), 1954년의 ‘무국적자의 법적 지위에 관한 협약’ 등 수많은

17) 참조, BJ, aa.O., S. 183 ff.; 스위스의 경우 법무성이 발간한 입법지침은 국제법규의 국내 법원성에 대하여 밝히고 있다.

초국가적 국제규약들이 체결되어 시행되고 있다. 그 밖에도 ‘이주노동자 등의 법적 지위와 처우 등에 관한 국제노동기구(ILO)의 ‘제111호 고용 및 작업상의 차별에 관한 협약’(Convention Concerning Discrimination in respect of Employment and Occupation 1958년), ‘제19호 노동자의 재해보상에 대한 내·외국인 노동자의 동등한 대우에 관한 협약’(Convention Concerning Equality of Treatment for National and Foreign Workers as regards Workmen’s Compensations for Accidents, 1925) 등도 외국인 법제의 주요 법원이 된다. 또한 1985년 제40차 국제연합 총회에서 채택한 ‘체류국의 국민이 아닌 개인의 인권에 관한 선언’(Declaration on the Human Rights of Individuals Who are not Nationals of the Country in which They live) 및 국제노동기구의 ‘국제노동기구헌장’(ILO Constitution)과 1944년의 제26차 국제노동기구의 연차총회에서 채택된 ‘ILO의 목표와 목적에 관한 선언’(ILO Declaration Concerning Aims and Purposes)등이 있다. 그 밖에도 ‘아동권리협약’(Convention on the Rights of the Child, 1990)도 모든 아동은 국적과 관계없이 국제적인 보호의 대상이 됨을 선언하고 있다.

3.3 그 밖의 이주자 관련 국제법규 - 비준하지 않은 조약

한국은 비준하지 않았지만 국제적으로 발효된 국제법규들이 있다. 1990년 제69차 국제연합 총회에서 채택되어 2003년부터 발효된 ‘이주노동자와 그 가족의 권리보호에 관한 국제협약’(International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, 1990), 국제노동기구의 ‘제97호 취업을 위한 이주에 관한 협약’(Convention concerning Migration for Employment 1949)와 ‘제143호 불법이주 및 이주노동자의 기회와 처우의 균등 촉진에 관한 협약’(Convention concerning Migrations in Abusive Conditions and the Promotion of Equality of Opportunity and Treatment of Migrant Workers, 1975) 등은 향후 한국 체류 외국인 및 이주노동자의 지위 및 차별개선을 위한 중요한 국제법적 법원이 될 수 있다.

Ⅲ. 이주자 관련 법률과 차별적 표현 - 주요 법률을 중심으로

1. 차별적 표현

1.1 출입국관리법

1.1.1 다수의 수범자 비친화적 조문

출입국관리법의 수범자는 국민은 물론 대한민국으로의 출·입국을 하려고 하거나 하는 모든 외국인이다. 그러나 본 법률은 제3장부터 제8장의 2에 걸쳐서 외국인의 출·입국, 체류, 난민 등에 관한 자세한 규정을 두고 있어서 국민을 주요 수범자로 하는 것보다는 오히려 외국인을 주 수범자로 하고 있다. 이해가능성 원칙에서 본다면 출입국관리법은 수범자 비친화적인 법률용어 및 문장을 상당히 포함하고 있다. 이 법률에는 한국어를 모국어로 사용하는 대한민국 국민도 이해하기 어려운 용어들이 매우 많이 사용되고 있다. 다소의 법률소양을 가지고 있는 국민들도 해당 법률 및 관련 하위법규들에서 규정하고 있는 많은 수의 조문에 대한 이해 및 해석이 어려울 정도이다. 그러나 더욱 문제는 본 법률의 수범자가 대부분 외국인이라는 점이다. 한국에 체류하고 있는 외국인에게 직접 적용되는 법률임에도 불구하고 정작 외국인들은 이해하기가 매우 어려운 법률 중의 하나이다. 해당 법률은 외국인에 대한 ‘관리’ 특히, 외국인의 입국과 체류를 위한 ‘효율적 관리’라는 목표를 실질적 목적으로 하고 있는데, 이러한 목표 달성은 외국인의 자유에 대한 제한이라는 수단을 통해서 이루어진다. 외국인 체류관리는 외국인의 신체의 자유에 대한 제한을 전제로 많은 강행규정의 형식을 가지게 되고 그에 따른 명확성과 이해가능성의 정도가 확보되어야 한다. 명확성과 이해가능성은 수범자에 따라 준수와 집행에서 차별의 결과를 가져올 수 있다. 해당 법률이 강행규정이 가져야 할 강한 정도의 명확성의 원칙과 이해가능성을 충분히 확보하고 있는지 살펴봐야 한다.

1.1.2 차별적 법률용어 - 예, ‘용의자’(법률 제46조 이하)

「출입국관리법」 제46조는 강제퇴거 대상자를 열거하고 있고, 제47조는 강제퇴거 대상으로 의심되는 자를 ‘용의자’라고 정의하고 있다. ‘용의자’란 사전적으로는 어떠한 범죄를 저지른 것으로 의심되는 사람을 일컫는 말이다. 즉 ‘용의자’는 단지 법률을 위반한 것으로 의심이 되는 사람을 의미한다. 이와 유사한 용어로 ‘피의자’가 있다. ‘피의자는

위법사실에 대한 상당한 의심이 있어서 수사기관이 법률에 정한 절차와 방법에 따라 조사를 받고 있는 사람을 의미한다. ‘피의자’의 권리는 헌법과 법률에 의해 엄격하게 보호되고 있다. 반면에 ‘용의자’의 경우는 기타 형사절차 등 인신구속과 관련한 어떠한 법률에서도 사용하지 않고 있는 용어이며, 소수의 시행령 및 시행규칙에서만 사용되고 있다.

출입국관리법이 규정하고 있는 ‘용의자’의 의미는 출입국관리법을 위반한 채 대한민국에 체류하고 있거나 기타 중요한 범죄를 저지르거나 그러한 범죄를 저질러서 형을 선고받고 석방된 영주권자 자로서 조사 후 강제퇴거 조치 될 수도 있는 외국인이다(동법 제46조 제1항, 제2항). 제47조는 이러한 용의자 가운데 도주하거나 도주할 염려가 있는 외국인의 경우는 출입국관리공무원이 사무소장·출장소장 또는 외국인보호소장으로부터 보호명령서를 발부받아 해당 외국인을 ‘보호’할 수 있도록 규정하고 있다.¹⁸⁾ 따라서 특정 외국인이 ‘출입국관리법’을 위반하여 불법으로 체류하고 있다는 의심을 출입국관리공무원이 판단만 하면 언제든지 해당 외국인을 ‘용의자’로서 조사 및 보호를 할 수 있다.

외국인의 체류자격 위반과 관련한 조사 및 보호 형식, 절차 및 방법 등이 형사피의자에 대한 조사, 인지 방법 및 절차와 사실상 같음에도 불구하고 「출입국관리법」이 굳이 ‘용의자’라는 용어를 통해 형사 ‘피의자’와 구별하여 차별적으로 규정하고 있는 것은 외국인에 대해서는 헌법상 보장되는 영장주의 등 적법절차를 회피하여 외국인을 차별하고자 하는 것은 아닌지 의구심이 든다. 법률이 ‘용의자’라는 용어를 계속 사용하고자 한다면 법률 제6장 이하 ‘강제퇴거’ 절차, 방법, 보호 등을 적법절차에 따라 개선하여야 한다. 헌법재판소는 적법절차는 형사절차 뿐만 아니라 모든 국가작용에 적용되는 원칙으로 보고 있다.¹⁹⁾ 특히 신체의 자유에 대한 직접적 제한은 초래하는 외국인 보호조치에는 적법절

18) 제46조 (강제퇴거의 대상자) ①사무소장·출장소장 또는 외국인보호소장은 이 장에 규정된 절차에 따라 다음 각호의 1에 해당하는 외국인을 대한민국 밖으로 강제퇴거시킬 수 있다. 1. 2. ... 12.

② 제10조제1항의 규정에 의한 체류자격중 대한민국에 영주할 수 있는 체류자격을 가진 자는 제1항의 규정에 불구하고 대한민국밖으로 강제퇴거되지 아니한다. 다만, 다음 각호의 1에 해당하는 자는 그러하지 아니하다. 1. ... 3.

제47조 (조사) 출입국관리공무원은 제46조제1항 각호의 1에 해당된다고 의심되는 외국인(이하 “용의자”라 한다)에 대하여는 그 사실을 조사할 수 있다.

제51조 (보호) ①출입국관리공무원은 외국인이 제46조 제1항 각호의 1에 해당 된다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고 도주하거나 도주할 염려가 있는 경우 사무소장·출장소장 또는 외국인보호소장으로부터 보호명령서를 발부받아 그 외국인을 보호할 수 있다.

19) 헌재 2001. 11. 29. 2001헌바41.

차원칙이 엄격하게 적용되어야 한다.

1.1.3 이른바 ‘불법체류자’

출입국관리법 제46조에 해당하는 외국인 체류자를 이른바 ‘불법체류자’라고 칭하고 있다. ‘불법체류자’라는 용어를 출입국관리법이 직접 사용하고 있지는 않지만, 일상뿐만 아니라 출입국 실무에서도 ‘불법체류자’라는 용어는 매우 광범위하게 쓰이고 있다. 또한 체류와 관련해서는 ‘불법체류’, ‘미등록체류’, ‘무등록체류’, ‘무자격체류’, ‘체류자격변동’, ‘체류목적 이외의 체류’ 등 용어들이 정책이나 법집행 현장에서 쓰이고 있다. 이 가운데 가장 많이 쓰이는 용어는 ‘불법체류자’이다. 사용되는 용어의 표현대로 한다면 외국인이 한국 땅에 ‘불법(不法)’으로 체류를 하고 있다는 의미이다. 법률을 지키지 않는 경우를 ‘불법’이라고 하는 경우도 있고 ‘위법’이라고 하는 경우도 있다. 외국인의 입국, 체류 등을 관리하는 행정법의 성격을 가지는 출입국관리법은 체류목적에 위반한 외국인을 법률에서 직접적으로 규정하지는 않고 있지만 ‘보호’ 대상이 되는 외국인을 정책적으로 ‘불법’체류자라는 용어를 사용하고 있다. 법률집행자가 적극적으로 의도하였는지는 별론으로 하더라도 ‘불법체류자’라는 용어를 법집행과정에서 사용하는 것은 이들 체류 목적, 자격, 기간을 위반한 외국인을 일반 형사범과 같은 대상으로 바라보게 하고 사회적 비난 대상으로 인식시키고 ‘보호’ 집행의 명분을 얻고자 하는 의도는 없는지 의심할 여지가 있다.

‘불법’의 의미는 어떠한 사람이 의도와 목적을 가지고 적극적으로 법을 지키지 않아서 법을 지키지 않은 책임은 물론 도덕적·사회적 책임도 부담하여야 하는 의미이다. 일정 기준에 따른 가치판단을 전제로 하고 있다. 형법 등 사회적(주관적인 면) 가치질서를 고의로 부정하는 법을 부정하는(지키지 않는) 경우를 의미한다. 행정법처럼 (주관적인) 가치보다는 (객관적인) 가치와 관련된 법을 지키지 않는 경우는 ‘불법’이라기 보다는 ‘위법(違法)’이라는 용어가 적절하다고 생각한다. ‘불법체류자’라는 용어보다는 ‘위법체류자’, ‘체류자격위반자’, ‘무자격체류자’ 등의 용어 가운데 법률을 위반한 사실을 정확히 내포하면서 체류자격을 위반한 외국인에 대한 도덕적 비난을 포함한 주관적 비판이 배제될 수 있는 중립적 용어 사용이 바람직하다고 생각한다. 그러한 의미에서 본다면 ‘불법체류자’라는 용어보다는 ‘위법체류자’, ‘무자격체류자’, ‘체류자격변동자’ 등으로 대체하여 사용하는 것을 고려할 수 있다.

1.2 다문화가족 지원법

1.2.1 ‘다문화’ 개념

「다문화가족 지원법」은 국민(생래적, 후천적 포함)과 해당 국민의 외국인 배우자(결혼 이민자) 또는 외국 국적 출신 배우자(국민) 등으로 구성된 가족을 ‘다문화가족’이라고 정의하고 있다. 부부 중 일방이 외국인인 경우뿐만 아니라 부부 모두 국민인 경우도 일방이 외국 국적 배경을 가지고 있으면 다문화가족이 된다. 「건강가정기본법」은 ‘가족’을 혼인·혈연·입양으로 이루어진 사회의 기본단위(법 제3조 제1호)로 보고 있으므로 다문화가족에서 자녀의 유무는 다문화가족 인정의 필요조건은 아니다.

「다문화가족 지원법」은 정의 규정을 통해 ‘다문화가족’, ‘결혼이민자’ 등을 확정하고 있지만, 정작 ‘다문화’에 대한 정의나 의미에 대해서는 아무런 규정도 두지 않고 있다. ‘다문화가족’의 ‘다문화’라는 것은 ‘다양한 국적 출신’이라는 의미 이외에는 어떠한 다른 의미도 찾아볼 수 없다. ‘다문화’(Multi Culture)는 인문사회과학 영역에서도 다양한 개념 정의와 의미를 가지고 있어서 하나로 정의될 수 없음에도 불구하고 공권력에 의해서 ‘다문화’가 국민과 외국인의 혼인관계로 형성된 가족으로 가두어졌다. 그 결과 법률의 목적과 다르게 다문화가 가지는 다양성, 다원성, 다면성 등의 의미가 모두 매몰되고 국제결혼부부, 이른바 ‘혼혈’을 단순히 대체하면서 이들을 범주 지우고 낙인화하는 결과를 낳았다. 결국 국가가 입법작용을 통하여 가족을 강제로 구분하고 차별하는 결과를 가져왔다고 볼 수 있다.

법률 제2조 제1호 나 목은 「국적법」 제3조²⁰⁾ 및 제4조²¹⁾에 따라 대한민국 국적을 취득한 자와 같은 법 제2조²²⁾부터 제4조까지의 규정에 따라 대한민국 국적을 취득한

20) 제3조(인지에 의한 국적 취득) ① 대한민국의 국민이 아닌 자(이하 “외국인”이라 한다)로서 대한민국의 국민인 부 또는 모에 의하여 인지(認知)된 자가 다음 각 호의 요건을 모두 갖추면 법무부장관에게 신고함으로써 대한민국 국적을 취득할 수 있다.

1. 대한민국의 「민법」상 미성년일 것

2. 출생 당시에 부 또는 모가 대한민국의 국민이었을 것

② 제1항에 따라 신고한 자는 그 신고를 한 때에 대한민국 국적을 취득한다.

③ 제1항에 따른 신고 절차와 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

21) 제4조(귀화에 의한 국적 취득) ① 대한민국 국적을 취득한 사실이 없는 외국인은 법무부장관의 귀화허가(歸化許可)를 받아 대한민국 국적을 취득할 수 있다.

이하 생략 ...

22) 제2조(출생에 의한 국적 취득) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 출생과 동시에 대한민국 국적(國籍)을 취득한다.

자로 이루어진 가족을 ‘다문화가족’이라고 정의하고 있다. 국적법에 따라 대한민국 국적을 취득한 ‘외국인’은 ‘국민’이다. 혼인을 할 당시에는 일방 배우자가 외국인이어서 이 법률에 따라 ‘다문화가족’으로 볼 수 있을 것이지만 이후 해당 외국인 배우자(결혼이민자)가 국적법에 따라 대한민국 국민이 되어 부부가 모두 국민인 경우까지 ‘다문화가족’의 범주에 포함시키는 것은 이들을 선천적으로(출생 시부터) 대한민국 국민간 혼인으로 이루어진 가족들과 구분하고자 하는 것에 지나지 않는다. 또한 국민과 외국인 배우자 사이에서 출생한 자녀도 법률에 따르면 다문화가족 구성원이 되게 되는데, 이들은 출생으로 대한민국 국적을 취득한 국민임에도 불구하고 법률에 의해서 ‘다문화’ 아동으로 강제로 구분된다.

이 법률이 ‘지원에 관한 법률’의 성격을 가지고 있다는 이유만으로 귀화허가를 받아 국민이 된 사람과 국민으로 출생한 국제결혼 부모를 가진 사람을 자신의 부모 또는 스스로가 외국 국적배경을 가진 것만을 근거로 ‘다문화’로 특별히 구별하는 입법태도는 문제가 있다.²³⁾ 더구나 외국인 배우자가 대한민국 국민이 된 후 해당 부부 사이에서 태어난 자녀는 전적으로 국민만으로 이루어진 가족이 된다. 국적취득 등으로 대한민국 국민이 된 경우 굳이 부부가 또는 일방 배우자가 외국출신(이주배경)이라는 것을 법률을 통해서 확인하고 구별을 지우는 태도는 바람직하지 않다. 이러한 특징을 가진 부부 또는 가족의 복지 수준 등이 다른 부부나 가족들보다 낮을 것이며, 따라서 국가가 지원하여야 한다는 이유만으로 다문화 ‘라고 하는 범주로 구별 지우고 그렇지 않은 다수로부터 가두어 놓는 방식의 입법은 헌법 제11조 및 제10조에 비추어 볼 때 적절하지 않다. 사회적 신분(외국출신, 이주배경)과 그와 수반될 수 있는 외모, 피부색, 언어 등으로 인하여 차별을 받을 수 있는 사람들에 대하여 국가가 적극적으로 구별 지우는 것은 평등원칙에 위반될 수 있다. 실질적 평등을 실현하기 위해서는 방법의 선택(최적 방법의 선택)이

1. 출생 당시에 부(父)또는 모(母)가 대한민국의 국민인 자
 2. 출생하기 전에 부가 사망한 경우에는 그 사망 당시에 부가 대한민국의 국민이었던 자
 3. 부모가 모두 분명하지 아니한 경우나 국적이 없는 경우에는 대한민국에서 출생한 자
- ② 대한민국에서 발견된 기아(棄兒)는 대한민국에서 출생한 것으로 추정한다.

23) 국가대표 농구선수였던 김동광씨를 대상으로 하는 연구 논문이 김동광씨를 “최초의 다문화 국가대표”라는 표현을 썼다고 이를 부각한 기사가 있다. 참조, <https://www.yna.co.kr/view/AKR20210120059000007?input=1179m> 2021.1.20. 연합뉴스. 그러나 김동광씨가 국가대표로 활동할 당시에는 ‘다문화’라는 용어는 쓰이지 않았던 때이고 이른바 ‘혼혈’이라는 이유로 ‘트기’라고 조롱받던 때이다. 그러나 ‘다문화’라는 용어가 이전의 차별적 의미를 대체하지 못하였다는 관점에서 볼 때, 위의 논문의 저자는 물론 언론도 인권감수성이 다소 부족하다고 생각한다.

중요한 의미를 가진다. 이들 가족에 대하여 가족구성의 특성상 지원의 필요가 있다면 건강가정기본법 등 다른 법률에 따라 지원을 하는 것이 합리적이라고 본다.

또한 해당 법률이 규정한 다문화가족 지원과 관련한 내용이 대부분이 임의규정이거나 재량규정임에도 불구하고 이 법률 시행규칙 제2조 제3항²⁴⁾는 해당 가족의 매우 사적인 내용까지 실태조사의 내용으로 하는 것을 볼 때²⁵⁾ 이 법률은 ‘귀화한 국민’과 ‘선천적 국민’의 가족을 구별하여 차별적으로 대응하고자 하는 국가의 태도를 엿볼 수 있다.

1.2.2 결혼이민자

「다문화가족지원법」,²⁶⁾ 「재한외국인 처우기본법」²⁷⁾ 등은 국민과 혼인한 외국인 배우자를 ‘결혼이민자’라고 부르고 있다. 결혼이민자는 혼인을 사유로 하여 한국에 체류 중인 외국인 배우자를 말한다. 법률은 결혼이민자를 국민의 외국인 배우자는 물론 국적법에 따라 대한민국 국적을 취득한 외국국적 배경 배우자를 모두 포함하여 결혼이민자로 보고 있다.²⁸⁾

법률이 결혼이민자를 정의하면서 규정하고 있는 취지는 외국인 배우자가 상대 배우자의 국가, 사회, 가정 등에서 소수자의 지위에 있을 것이라는 전제 아래 이들에게 신속한 생활 안정과 사회적응을 돕기 위한 것이다.²⁹⁾ 그러나 결혼이민자에 대한 가장 많은 지원

24) 제2조(다문화가족 실태조사의 대상 및 방법 등) ① 여성가족부장관은 「다문화가족지원법」(이하 “법”이라 한다) 제4조에 따라 결혼이민자등과 그 한국인 배우자 및 자녀 등을 대상으로 하는 다문화가족 실태조사(이하 “실태조사”라 한다)를 실시한다.

② 여성가족부장관은 제1항에 따른 실태조사를 다문화가족에 관한 전문성, 인력 및 장비를 갖춘 연구기관·법인 또는 단체에 의뢰하여 실시할 수 있다.

③ 제1항에 따른 실태조사에는 다음 각 호의 사항이 포함되어야 한다.

1. 성별, 연령, 학력, 취업상태 등 가족구성원의 일반특성에 관한 사항
2. 소득, 지출, 자산 등 가족의 경제상태에 관한 사항
3. 자녀양육, 가족부양 등 가족형태 및 가족관계에 관한 사항
4. 의식주, 소비, 여가, 정보 이용 등 생활양식에 관한 사항
5. 가족갈등 등 가족문제에 관한 사항
6. 다문화가족 지원 관련 교육·상담 등 서비스 수요에 관한 사항
7. 그 밖에 다문화가족의 현황 및 실태파악에 필요한 사항으로서 여성가족부장관이 정하는 사항

④ 여성가족부장관은 사회환경의 급격한 변동 등으로 추가적인 조사가 필요할 때에는 제1항에 따른 실태조사 외에 임시조사를 실시하여 이를 보완할 수 있다.

25) 실태조사의 내용은 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 보호를 침해할 우려가 있다.

26) 법률 제2조 제2호.

27) 제2조 제3호 - “결혼이민자”란 대한민국 국민과 혼인한 적이 있거나 혼인관계에 있는 재한외국인을 말한다.

28) 국적법 제4조: 귀화에 의한 국적취득

내용을 담고 있는 「다문화가족지원법」을 살펴보면 결혼이민자 스스로에 대한 지원보다는 가족구성원으로서 결혼이민자를 지원하는 방식으로 되어 있어서 혼인의 당사자로서 개인(Person)은 가족집단에 매몰되어 있다.

결혼이민자는 결혼이라는 법률행위를 기초로 하여 한국으로 이주한 사람(외국인, 후에 국민이 된)을 법률용어를 통해 명료하게 밝혀주고 있다. 집행부와 법원의 입장에서는 법률용어가 명확하여 집행이나 해석을 하는데 어려움이 없다. 그러나 법률이라는 경직된 도구에 의해서 특정 집단이나 대상이 고정화되면 환경이나 상황이 변하더라도 법 시행과정에서 고착된 인식이 변하지 않아 법률과 현실 사이에 괴리가 생겨난다. 특히, 법률이 입법목적을 위해 특정 사람이나 집단을 정의하게 되면 법 시행 즉시 차별이 생겨난다. 위에서 본 ‘용의자’, ‘다문화가족’ 등도 그러한 예이다. 결혼이라는 1회의 행위에 의해서 해당 외국인배우자는 일생을 걸쳐 ‘결혼이민자’라는 범주 속에 갇히게 된다. 외국인·이주자의 사회통합과 지속가능한 사회가 외국인정책의 주요 목표라고 볼 때 ‘결혼이민자’를 법률로서 정의하여 특정 집단을 법제적으로 구분하여 가는 태도는 지양되어야 할 것이다.

2. 법령용어와 문언의 집중도

현안의 문제를 규범적으로 해결하여 이미 발생한 문제를 해결하고 장래에 발생할 수 있는 분쟁을 예방하기 위함과 수범자들에 대하여 법적 안정성의 확보 및 예측가능성의 제공하는 것이 법률의 중요한 기능 중의 하나이다. 따라서 입법자는 명확하고 일관성 있는 문구 및 용어를 사용하여 입법자의 의지와 해당 법률의 목적을 해당 법률에 밝혀놓아야 한다. 명확하고 구체적인 법률 문구와 용어는 수범자, 법률집행자, 법률의 해석자 모두에게 각각 행위의 기준, 집행의 근거, 해석을 위한 명료한 기준이 된다. 특히, 인간의 자유권적 권리와 관련한 법률 들에 있어서 해당 법률들의 명확하고 일관된 문구와 용어의 사용은 법률의 보장적 기능과 보호적 기능의 확대와 관련한 법치국가 원리의 요청이 기도 하다.

외국인의 처우, 지위 개선이나 지원을 내용으로 담고 있는 법률들은 많은 임의규정을 포함하고 있다. 반면에 외국인의 자유권에 대한 제한을 가하는 내용을 담은 법률들은 월등히 많은 수의 강제규정을 포함하고 있다. 전자의 대표적인 예로서는 ‘재한외국인

29) 다문화가족지원법 제6조 이하 제11조는 결혼이민자에 대한 보호와 지원을 규정하고 있다.

처우에 관한 기본법'을 들 수가 있다. 후자의 경우는 '출입국관리법'과 '외국인 근로자 고용 등에 관한 법률' 등을 들 수 있다.

「재한외국인 처우에 관한 기본법」은 대한민국에 합법적으로 체류하고 있는 외국인 (법 제2조 제1호)에 대하여 대한민국 사회에 적응하여 해당 외국인이 자신의 능력을 충분히 발휘할 수 있도록 하는 것을 내용으로 하고 있다. 그러나 정적 재한외국인에 대한 처우를 위한 규정들은 국가 기속의 정도를 정하기 힘든 노력 의무를 규정하고 있거나, 그 구체적 집행을 국가 및 지방자치단체의 재량에 맡기는 임의규정으로 채워져 있다. 모법의 시행을 구체화하는 시행령의 경우도 외국인정책 수립과 관련한 기구 및 권한의 분배를 중심으로 규정되어 있을 뿐 재한외국인 처우와 관련한 구체적 시행규정은 미흡한 상태이다.

3. 법적 체계성 강화 - 법령의 일관성 강화

모든 법령은 상위법에 수권 근거를 두고 있으며, 동등한 수준의 법령 간에도 상호 모순이 없어야 한다. 외국인 관련 법령의 경우도 이러한 원칙이 지켜져야 함은 너무나 당연하다.

「외국인근로자의 고용 등에 관한 법률」은 외국인 노동자에 대한 인권침해, 송출비리, 불법체류 등의 문제가 있었던 '산업연수생' 제도를 폐지하고 국내 노동자의 고용기회 침식을 방지하는 범위 내에서 최소한의 외국 인력을 수입하되, 근로기준법에 따른 '근로자' 신분을 부여하고 국적에 따른 차별을 철폐하는 것이었다.³⁰⁾ 그러나 법률은 입법 목적을 국내의 노동시장에 대한 원활한 인력수급과 국민경제의 발전에 두고 있음을 정하고 있을 뿐 외국인 노동자의 권리보장과 보호에 관한 구체적인 규정은 두고 있지 않다. 노동력 수급과 관리의 대상으로서 외국인 노동자를 규정하고 있다. 사용자에게 외국인 근로자라는 이유로 부당하게 차별하여 처우하지 않도록 하는 권고 규정만을 두고 있을 뿐이다(법 제22조). 그 밖에 외국인 근로자 단체 지원(법 제24조), 권익보호협회(제24조의 2)를 지원할 수 있는 근거를 두고 있다. 비록 재량규정이지만 위의 지원 규정도 이 법률이 제정되었던 2004년에는 없던 규정이다.

이 법률은 근로계약의 당사자인 사용자와 노동자는 대등한 당사자의 자격으로 노동계

30) 설동훈, “외국인노동자와 인권: ‘국가의 주권’과 ‘국민의 기본권’ 및 ‘인간의 기본권’의 상충요소 검토”, 민주주의와 인권 제5권 제2호, 전남대학교 5·18 연구소 40쪽.

약을 체결하여야 한다는 원칙에도 불구하고 고용기간을 비롯한 중요사안 들이 법률에 의해서 일방적으로 정해져 있다(고용허가제). 사업장 변경도 법률이 정한 사유에만 가능하게 하고 있으며 변경하는 경우에도 고용기간 중 3회로 제한(법 제25조)되어 있어서 일반 노동자의 직장선택의 자유에서도 차별을 받고 있다. 또한 고용기간 만료 후 수령하는 퇴직금의 경우에도 외국인 노동자는 출국을 하여야만 수령할 수 있도록 하여 국내 노동자와 차별을 하고 있다. 사용자가 외국인 노동자에게 가하는 부당노동행위나 인권의 유린행위 등에 관한 금지 및 벌칙 규정도 없거나 미미한 수준에 그치고 있다. 외국인 노동자를 고용하는 과정에서 발생하는 일련의 행정적 절차에 대한 위반사항에 대하여만 미미한 벌칙을 규정하고 있다. 헌법재판소는 이 법률이 정하고 있는 직장이동 3회 제한 규정³¹⁾과 출국만기보혐제도³²⁾에 대해서 헌법에 위반되지 않는다고 하고 결정한 바가 있지만 재고가 필요하다.

4. 수범자 중심의 용어 사용

4.1 쉬운 문구 및 용어의 선택

외국인을 수범자로 하는 법령의 용어는 한국어를 습득하고 일정 기간 생활을 한 외국인이 한글을 모국어로 하는 국민의 설명을 통해서 일차적으로 그 의미를 파악할 수 있도록 쉽게 작성될 필요가 있다. 입법자는 입법을 할 때 수범자 집단의 특성을 고려하여 법문을 작성하여야 한다.³³⁾ 외국인을 직접 관련 수범자로 하는 법령의 경우는 외국인의 한국어 이해 수준을 고려하여 작성될 필요가 있다. 특히, 외국인의 신체의 자유 또는 재산권 행사와 같은 기본적 권리와 관련되는 법령의 경우는 법령문구 및 용어의 선택에 있어서 상당한 주의를 기울일 필요가 있다. 일정 수준의 한국어 능력을 가진 외국인이 약간의 도움을 통해서 해당 법률의 내용을 이해할 수 있다면 외국인의 생활안정과 사회 통합에 기여할 것이다.

31) 현재 2011. 9. 29. 2007헌마1083 등.

32) 현재 2016. 3. 31. 2014헌마367.

33) Helene, Bubrowski, Eine ganz eigene Ästhetik – Warum sind unsere Gesetze nicht schön, schlank, und verständlich, Joachim Lege(Hrsg.), Gelingendes Recht, Tübingen, 2019, S. 6.

4.1.2 법령의 외국어 번역 편찬

다국어 국가가 아닌 대한민국의 경우 입법시에 다국어로 동일한 내용과 효과를 담은 법령을 제정할 수 없다.³⁴⁾ 따라서 법률의 규율대상이 외국인이라는 이유로 외국어로 법령을 제정하고 그에 대한 규범력을 인정하는 것은 불가능하다.³⁵⁾ 그러나 대한민국 법령을 주요 언어 및 대한민국 체류 외국인 수에 따른 해당 국가 언어로 번역은 대한민국에 체류하고 있는 외국인 또는 외국인이었다가 대한민국 국민이 되었지만 여전히 한국어 구사에 어려움을 겪고 있는 외국인들의 권리보호에 도움을 주고 실질적인 평등의 확보에 기여할 것이다.

4.1.3 외국인에 대한 국어 교육강화 및 실질적 지원 - 법제에 대한 이해기반 조성

「외국인 근로자의 고용 등에 관한 법률」에 따른 외국인 노동자에 대한 국어 능력 수준, 「다문화가족 지원법」에서의 다문화가족에 대한 국어교육지원, 「출입국관리법」에 따른 사회통합 과정의 한국어 과정, 「국적법」의 한국어 구사 능력 등 외국인에게 일정 정도의 국어능력을 요구하는 법률들의 경우 수범자인 외국인은 법률이 정하는 요건을 충족하지 못하면 법률이 정하는 효과를 누리지 못하거나 제한을 감수하여야 한다. 외국인의 국어요건, 수준, 교육지원 등이 여러 법률 속에 다르게 규정되어 있는데 외국인을 위한 국어지원, 능력에 대한 일반적인 기준을 정하여 표준화할 필요가 있다.

「국어기본법」은 국어의 사용을 촉진하고 국어의 발전과 보전의 기반을 마련하여 국민의 창조적 사고력의 증진을 도모함으로써 국민의 문화적 삶의 질을 향상하고 민족문화의 발전에 이바지하는 것을 목적으로 하고 있다(제1조). 그러나 국어기본법은 수범자가 국어를 모국어로 사용하고 있는 국민이고 외국인은 직접 수범자가 아니다. 그러나 국어 사용과 관련한 문제를 체계화하고 이를 해결하기 위한 법적 장치를 마련했다는 점에서 의의가 있다. 특히 정부와 지방자치단체의 책무를 규정함으로써, 국어 문제 해결을 위한 가시적 정책이 출현할 수 있게 되었다. 「국어기본법」은 국내에 체류 중인 외국인들을 대상으로 하는 국어교육의 법적 근거가 될 수 있다.

국가 및 지방자치단체는 여러 사유로 인하여 언어사용의 어려움을 겪고 있는 소수 국민의 불편 해소를 위한 정책을 수립하고 실시하도록 하고 있다(제4조 제2항). 외국인

34) 스위스는 법령 및 모든 공문서는 독일어, 불어, 이탈리아어, 스위스 본래의 언어 등으로 작성되고 동일한 효력을 가진다.

35) 이론적으로 검토할 만한 사항이다.

주민의 수가 증가하고 있고 국적취득을 하여 국민이 된 외국국적 배경 국민의 수가 많아지고 있으므로 이들에 대한 국어보급과 교육정책도 실시되어야 한다. 이를 위해 외국인 주민과 장기체류 외국인에 대한 국어보급과 교육에 관한 사항도 국어발전계획에 반영하는 것이 바람직하다(법 제6조 제3항 참조).

IV. 나가는 말

법률은 추상적이고 압축적인 표현으로 쓰여있어서 법률집행자 또는 사법작용에 의한 해석을 통해서 구체적인 모습(효력)을 드러낸다. 법률의 해석을 통해서 해당 법률이 집행과정 등에서 특정 수범자 집단에게 불리하거나, 때로는 유리하게 적용되어 차별을 야기하는지가 나타난다. 수범자 집단이 ‘차별’은 경험하는 것은 대부분 법률의 집행과정과 법원에서의 해석작용을 통해서이다. 하지만 법률의 집행과 해석은 근거 법률안에서 이루어지므로 법률이 처음부터 차별적인 내용을 담고 있는 경우에는 차별을 근본적으로 제거하는 것은 불가능하다. 위헌법률심판, 헌법소원심판 등의 헌법재판작용을 통해 해당 법률의 위헌성(차별)을 제거하는 제도가 있지만, 헌법재판은 사후적 작용이라는 한계가 있다. 따라서 기존의 법률에서 ‘차별’을 제거하는 것보다는 입법과정에서 불합리한 ‘차별’이 없는 법률을 만드는 것이 더욱 중요하다. 입법과정에서 ‘차별’적 의미 및 내용을 가능한 최소화하고 제거하기 위해서는 조문의 의미, 어법, 문법상의 표현뿐만 아니라 법령작성 원칙과 관련한 모든 면을 복합적으로 이해하고 유의하여야 한다.

외국인·이주자를 수범자로 하는 법률들은 입법과정에 수범자들이 참여할 수 있는 기회가 적다. 국민인 사회 소수자를 수범자로 하는 입법의 경우 이들이 국민이라는 점, 국어를 사용한다는 점, 헌법과 법제도에 따라 입법과정에 참여할 수 있는 기회가 보장된다. 그러나 외국인·이주자의 경우는 입법과정에 참여할 수 있는 제도적, 물리적 기회가 매우 적다. 헌법이 보장하는 정치적 과정에 참가할 수 있는 권리는 외국인에게는 인정되지 않는 경우가 대부분이며, 한국어 능력의 부족으로 인하여 고도로 추상적이고 압축적인 법률(안)의 의미를 이해하고 이에 대처할 수 있는 능력이 되지 못하고, 입법과정에 조직적으로 대응할 수 있는 여건의 부족, 공간적인 제약 등으로 인하여 외국인·이주자는 자신이 수범자이지만 이미 만들어진 법체계를 수동적으로 수용하여야만 하는 특징을 가지고 있다.

한국사회는 유입 장기체류 외국인의 급증과 한국사회의 인구구조 등 사회구조의 변화로 급격히 다문화사회로 변화하고 있다. 한국 사회 인구구성의 다원성, 문화의 다원성 등이 한국사회에 새로운 갈등과 긴장의 원인이 되는 것이 아니라 통합과 공존을 기반으로 지속가능한 사회가 되어가는 요소가 될 수 있도록 법제도가 정비되어야 한다. 외국인·이주자의 안정적 적응과 통합을 위하여 인간이 가지는 기본적 권리와 헌법상 권리의 보장을 전제로 하는 법제도의 개선이 필요하다. 외국인·이주자가 한국사회의 수요(노동시장, 적정인구확보, 시장수요) 충족을 위한 수단이 아니라 한국사회에 나와 함께 더불어 살아가는 주체로서 독립된 인격체임을 확인하는 법제도의 개선이 필요하다.

참고문헌

1. 학술지

설동훈, “외국인노동자와 인권, ‘국가의 주권’과 ‘국민의 기본권’ 및 ‘인간의 기본권’의 상충요소 검토”, 민주주의와 인권 제5권 제2호, 전남대학교 5·18 연구소, 2005, 39-77쪽.

최운철, “입법학 체계정립을 위한 작은 시도”, 법과 정책연구 제12집 제3호, 동광문화사, 2012, 1021-1049쪽.

Helene, Bubrowski, Eine ganz eigene Ästhetik – Warum sind unsere Gesetze nicht schön, schlank, und verständlich_, Joachim Lege(Hrsg.), Gelingendes Recht, Tübingen, 2019.

Hermann Hill, Einführung in die Gesetzgebungslehre, Heidelberg, 1982.

Karl Engisch, Einführung in das juristischen Dencken, 9. Aufl., Stuttgart/Berlin/Köln, 1997.

Peter Noll, Gesetzgebungslehre, Hamburg 1973.

Sigfrid Emmenegger, Gesetzgebungskunst, Tübingen 2006.

Ulrich, Karpen, Gesetzgebungs-, Verwaltungs- und Rechtsprechungslehre, Baden-Baden 1989.

Uwe Wesel, Juristische Weltkunde, Frankfurt. a. M., 8. Aufl., 2000.

[Abstract]

A Study on Discriminatory Provisions of the Current Migration Laws

—Focusing on Legislative Principles and Legal Terms—

Yooncheol Choi*

Korean society is rapidly changing into a multicultural society due to increasing in the number of migrants. However, many of the laws targeting foreigners and immigrants do not fully guarantee their human rights or have provisions that contain discrimination.

The law speaks of its will (legal purpose) through the legal text. The norm addressee recognizes the legislator's will and goals through the words of the law and accept as a rule of conduct. The text of the statute is prepared based on a number of principles for the realization and realization of justice, which is the essence and goal of the statute. Accurate expression and preparation of legal terms that guarantee substantial equality are one of the essential contents for realizing justice in legislation. Laws subject to foreigners and immigrants are no exception.

Foreigners and immigrants who are direct addressee of the migration law have fewer opportunities to directly participate in the legislative process. In most cases, the right to participate in the political and lawmaking process guaranteed by the constitution is not recognized by foreigners. Also, due to the lack of Korean language proficiency, the ability to understand and cope with the meaning of highly abstract and compressive laws (drafts) is not possible. Hence, foreigners and migrants are in a position to passively accept the legal system that has already been established, although they are the norm addressee.

For the stable adaptation and integration of foreigners and migrants, it is necessary to improve immigration laws to guarantee human rights and constitutional rights. Migration laws must be established to confirm that foreigners and migrants are not a means for the labor

* Professor, Law School of Konkuk University

market to meet demand, securing adequate population etc., but as an independent person living with me.

[Key Words] Foreigner, Migrants, Legal System of Migration, Discrimination, Principles of Legislation