

제58회 학술대회

다문화 사회와 헌법

| 일시 | 2010년 3월 12일(금) 13:30

| 주최 | 한국헌법학회, 국가인권위원회

| 장소 | 헌법재판소 대강당

社團法人 韓國憲法學會
Korean Constitutional Law Association

 국가인권위원회
National Human Rights Commission of Korea

인 사 말

존경하는 회원님 여러분 안녕하십니까?

아직 완전하지는 않지만 만물이 소생하는 봄기운이 곳곳에서 감지되고 있습니다. 과거보다는 많이 따뜻해졌다고는 하지만 겨울은 여전히 눈·얼음·긴 밤 등으로 우리에게 각인되어있는 반면에, 봄이 우리에게 주는 인상은 무엇보다도 “다채로움”인 것 같습니다. 꽃과 나무들은 다양한 색으로 들판을 물들일 준비를 막 시작하고 있으며, 날씨는 겨울기운과 여름기운 사이에서 오락가락하면서, 때로는 수줍은 봄비로 대지를 잔잔하게 적시기도 하고, 번덕스러운 돌풍과 함께 황사를 옮겨오기도 합니다. 하지만 이러한 다채로움은 싱그러운 건강한 여름과 풍성한 수확의 계절인 가을을 예고하기 위한 것인지도 모르겠습니다. 건강하다는 것은 다양한 요소들이 빠짐없이 기능을 하면서도 이러한 것들이 조화될 때 가능하며, 다양함 가운데 넉넉함이 갖추어져야 비로소 우리는 풍성함을 느낄 수 있는 것 같습니다.

이러한 의미에서 민주화 이후 우리 헌법과 헌법현실은 또 다른 어려움과 도전들에 직면해있긴 하지만, 전체적으로 볼 때 사회적 다원화와 다문화라는 거역할 수 없는 시대상황 속에 이미 깊숙이 들어가 있다는 점에서, 다채로운 봄기운 또한 품고 있다는 생각이 듭니다. 우리 사회의 이러한 다양함의 기운들을 헌법적 관점에서 느껴보고 검토·평가해보고자 “한국헌법학회 제58회 학술대회”를 국가인권위원회와 공동으로 계획했습니다. “다문화 사회와 헌법”이란 주제로 각종 헌법적인 문제들이 발표되고 토론될 것입니다. 새 학기가 시작되어 교육과 연구일정 등으로 모두들 바쁘시겠지만 부디 참석하시어서 다양하고 다채로운 헌법현실의 봄을 함께 느껴봤으면 좋겠습니다.

2010년 3월 12일

한국헌법학회장 조 홍 석

인 사 말

안녕하십니까?

국가인권위원회 위원장 현병철 입니다.

먼저 오늘, 국가인권위원회와 한국헌법학회가 공동으로 주최하는 학술대회에 참여해주신 여러분들께 감사의 말씀을 드립니다. 아울러 오늘 행사를 공동주최하는 한국헌법학회 조홍석 회장님과 회원 여러분들께도 특별한 감사의 말씀을 드립니다.

오늘 이 자리는 다문화사회와 헌법에 대한 학술적인 논의를 위해 마련된 자리입니다. 우리나라는 이미 다문화사회에 진입한 상태이고, 이 과정에서 다양한 인권문제가 제기되고 있는 가운데 학계에서 권위 있는 헌법학회와 이런 자리를 마련한 것에 대해 큰 영광으로 생각합니다.

잘 아시다시피 우리나라는 1980년대를 경유하면서 이주노동자의 유입 국가가 되었으며 2000년대에 들어서는 결혼이주민까지 합류하여 2007년에는 국내체류외국인이 100만을 돌파하였습니다. 현재는 국내체류외국인이 110만 명을 초과하고 있으며, 외국인의 수는 해마다 증가하여 그 비율이 2020년에는 5%, 2050년에는 9.2%로 까지 증가할 것으로 예상되고 있는 상황입니다.

우리나라는 다문화사회라는 이전에 경험하지 못했던 변화를 어떻게 수용하고, 이 과정에서 발생하는 부작용을 어떻게 최소화할 것인지를 고민해야할 필요가 있다고 할 것입니다. 우리 위원회는 그동안 다문화사회 진입에 따라 발생하는 다양한 인권문제에 주목하고 해법을 모색하기 위해 노력해 왔습니다. 이주노동자와 결혼이주여성, 이주아동, 난민과 관련된 각종 진정사건과 정책권고, 교육과 홍보활동 등이 우리 위원회가 그동안 역점적으로 관심을 펼쳐온 사업입니다.

우리사회에서 이주노동자, 결혼이주민, 난민들은 인권 침해나 차별과 관련하여 인권의 취약계층이라고 할 수 있습니다. 이들의 인권을 보호하고 증진시키는 것은 우리 사회의 다른 취약계층에 대한 인권의 보호와 증진을 이끌 수 있는 견인차 역할을 할 뿐만 아니라, 인권의 보호와 증진의 수준을 가늠할 수 있는 바로미터의 역할을 한다고 생각합니다. 또한 이를 통해 우리는 차별이 사라지고 소수자의 인권이 보장되며 모든 사람의 다양성이 포용되는 사회로 한걸음 더 나아갈 것입니다.

궁극적으로 이것은 우리 헌법이 규정하고 있는 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권의 구현에 이바지하는 것이 될 것이라고 확신합니다. 아울러 우리 헌법의 평등권 실현도 반드시 관철돼야 할 과제라고 하지 않을 수 없습니다.

아무쪼록 오늘 학술대회에서 많은 전문가분들의 발제와 토론을 통해 많은 의견이 공유되는 자리가 되고, 다문화사회가 우리에게 던져준 과제를 풀어가는 단초가 되길 기대합니다. 다시 한번, 귀중한 시간을 내시어 참석 해주신 발제자, 토론자 그리고 참석자 모든 분들께 깊은 감사를 드립니다.

감사합니다.

2010년 3월

국가인권위원회 위원장 **현 병 철**

시 간	내 용	비 고
제1부 등록 및 개회		
13:30~14:00	등 록	
14:00~14:15	개회 및 환영 현병철 국가인권위원장 환영사 조홍석 한국헌법학회장 환영사	- 사회 : 이종수 총무이사 (연세대)
제2부 주제 발표 및 토론		
14:15~15:00	제1주제 : 다문화 사회의 헌법적 문제	- 사회 : 정종섭 교수 (서울대) - 발표 : 김선택 교수 (고려대) - 토론 : 박기갑 교수 (고려대) 양현아 교수 (서울대) 이명웅 부장연구관 (헌법재판소)
15:00~15:45	제2주제 : 다문화 사회와 국적	- 사회 : 심상돈 조사국장 (인권위) - 발표 : 이종수 교수 (연세대) - 토론 : 정인섭 교수 (서울대) 박진애 박사 위은진 변호사 (법무법인 GL)
15:45~16:00	휴 식	
16:00~16:45	제3주제 : 다문화 사회와 자유권적 기본권	- 사회 : 고문현 교수 (숭실대) - 발표 : 류시조 교수 (부산외대) - 토론 : 박인수 교수 (영남대) 박종보 교수 (한양대) 최윤철 교수 (건국대)
16:45~17:30	제4주제 : 다문화 사회와 사회적 기본권	- 사회 : 고문현 교수 (숭실대) - 발표 : 전광석 교수 (연세대) - 토론 : 최홍엽 교수 (조선대) 장선희 교수 (대구카톨릭대) 이성훈 상임이사 (한국인권재단)
17:30~18:30	종합토론	- 사회 : 정종섭 교수 (서울대)
18:30~18:45	임시총회	
18:45~20:00	만 찬	

제1주제 : 다문화 사회의 헌법적 문제

- ❖ 발표 : 김선택 교수 (고려대) 3
- ❖ 토론 : 박기갑 교수 (고려대) 별지
- 양현아 교수 (서울대) 별지
- 이명웅 부장연구관 (헌법재판소) 41

제2주제 : 다문화 사회와 국적

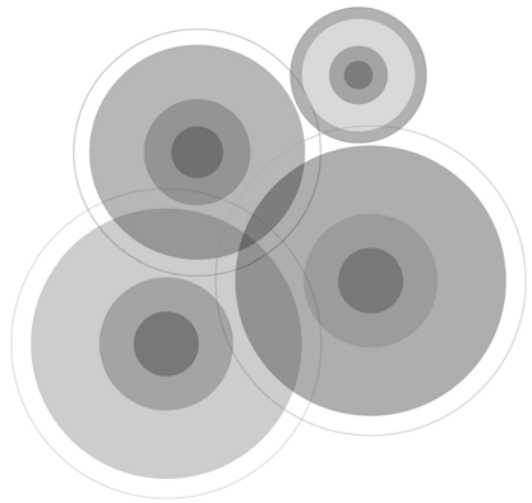
- ❖ 발표 : 이종수 교수 (연세대) 47
- ❖ 토론 : 정인섭 교수 (서울대) 67
- 박진애 박사 71
- 위은진 변호사 (법무법인 GL) 81

제3주제 : 다문화 사회와 자유권적 기본권

- ❖ 발표 : 류시조 교수 (부산외대) 87
- ❖ 토론 : 박인수 교수 (영남대) 별지
- 박종보 교수 (한양대) 별지
- 최윤철 교수 (건국대) 109

제4주제 : 다문화 사회와 사회적 기본권

- ❖ 발표 : 전광석 교수 (연세대) 121
- ❖ 토론 : 최흥엽 교수 (조선대) 151
- 장선희 교수 (대구카톨릭대) 별지
- 이성훈 상임이사 (한국인권재단) 157



제 1 주제 다문화 사회의 헌법적 문제

김선택 교수
(고려대)

다문화현상과 헌법적 대응

김선택 교수 (고려대)

I. 한국에서의 다문화문제 — 문제의 인식과 문제의 좌표¹⁾

이주민에 의한 정복국가에서 원주민을 어떻게 대우할 것인가 하는 문제(원주민정책의 문제), 여러 민족들이 하나의 정치 공동체에서 공존할 때 - 다수소수관계의 양상에 따라 다르겠지만 - 다수민족과 소수민족의 관계를 어떻게 관리할 것인가, 나아가 소수민족의 자치권주장 내지 심지어 분리독립 요구에 어떻게 대처할 것인가 하는 문제(소수민족정책의 문제)는 다수의 인종과 종족, 민족으로 구성된 인류사회에서 늘 있어온 문제였다. 그리고 지리적으로 또는 정치적으로 완전히 폐쇄된 상태가 아닌 한 어떤 국가 인건 늘 외국인이 출입하고 체류하는 것도 일상적인 것이었고 이들 외국인에게 국적(시민권)을 부여하여 자국민으로 만들거나 그렇지 않다 하더라도 최소한 자국에 적응시키기 위한 통합정책을 수행하는 것(외국인정책)도 일반적인 것이었다고 할 수 있다. 정치공동체의 제1의 목표가 안전의 확보라고 한다면, 내부의 안정을 위하여 이질적인 집단간의 평화공존을 도모하는 것이 중요한 과제가 되어 온 것은 당연한 일이라 하겠다.

그런데 한 국가 내에 다민족, 다종족이 공존하면서 발생하는 이러한 문제의 지평이 오늘날 약간 성질을 달리하면서 확대되고 있다. 즉, 경제성장의 불균형(기울기)으로 인하여 후진국에서 선진국으로 이주노동자들과 결혼이민자들의 이동이 대규모로 이루어지고 있다. 이주노동자들의 경우 유입국가에서 일시적으로 체류하면서 자국민이 기피하는 업종에 종사하다가 본국으로 귀국하기를 원하고 있으나, 실제로는 - 경우에 따라서는 합법적 체류자격을 상실한 후까지 - 장기체류를 하면서 노동시장에 머무는 경향이 있다. 이주노동자들도 자기들끼리 사회를 형성하여 생활을 영위할 것인데, 이미 다른 문화권에서 성인인 된 그들이 자신과 일체를 이루고 있는 종교 풍속 문화 등을 기

1) 이 글은 이 글에서 인용한 문헌들의 출전을 밝히는 각주작업이 이루어지지 않은 상태에서 제출되었습니다. 자세한 문헌적 근거는 나중에 출간될 헌법학연구지에 게재될 논문을 참조하기 바랍니다.

준으로 하여 생활하는 것은 예정된 일이다. 이 경우 - 문화의 이질성의 정도에 따라 다르겠지만 - 체류사회와의 갈등이 야기되곤 한다.

결혼이민자의 경우 자국민배우자를 구하기 어려운 처지에 있는 유입국가 국민들과 결혼하는 것이기 때문에 결국에는 시민권을 획득하여 평생을 살게 되는 것이 보통이다. 결혼이민자의 경우 본인의 언어, 풍속, 종교 등이 다를 경우 사회에 적응 내지 통합에 어려움을 겪게 될 뿐만 아니라 출산을 통하여 가족이 형성되면, 자식세대의 사회화와 관련하여서도 많은 문제가 발생한다. 자식세대는 유입국가의 국민으로서 태어났고 그렇게 키워져야 되는 것임에도, 외모나 피부색이라든가 언어발달정도 등을 이유로 주변 사람들로부터 차별을 받게 되거나 나아가 교육, 취업의 기회를 놓치게 될 경우 2등 시민의식을 갖게 되고 사회부적응자가 될 수도 있다는 점에서 문제가 심각하다.

급속한 경제성장으로 선진국 문턱에 도달한 한국도 이러한 이주노동자와 결혼이민자의 유입으로 인한 사회문제를 겪고 있다.²⁾ 이 문제에 대응하기 위하여 - 소수민족 또는 시민들의 운동에 의해 추동되었던 외국과는 달리 - 한국에서는 정부가 선도하여 2006년부터 논의를 급속도로 진행시켜 2007년 『재한외국인 처우 기본법』, 2008년 『다문화가족지원법』이 제정 시행되기에 이르렀다. 양 법률을 일람해보면 거의 동화주의에 가까운 통합정책을 지향하는 외국인정책의 수준에 그치고 있음을 알 수 있다. 여기에서 일반 시민들에게까지도 다문화(multicultur), 다문화사회(multicultural society), 다문화주의(multiculturalism)³⁾ 등의 용어들이 낯설지 않게 되었고, 학계에서는 더 나아가 한국

2) 1990년대부터 급속히 증가한 이주노동자는 현재 - 불법체류자를 포함하여 - 약 68만여 명으로 추산되고 있으며, 역시 1990년대 이후 농촌지역에서 시작하여 도시저소득근로자, 재혼가정으로 급속히 확대된 결혼이민자는 중국(조선족) 출신이 전체의 절반 정도이며 베트남, 필리핀, 일본, 캄보디아, 몽골 순인데, 17만 국제결혼가정(다문화가정이라 부름) 중 현재 약 16만 7천 가정으로 추산되고 있으며, 자녀는 10만 3천여 명이다. 현재 한국에 거주하는 이주민들의 분포를 보면 외국인이주노동자(68만 명)>3개월 이상 장기체류 외국인(18만 명)>결혼이민자(약 15만 명)>다문화가정아동(약 10만 3천여 명)>유학생(7만 8천여 명, 그 중 중국출신이 5만 7천여 명)>화교(3만 명) 등으로 구성되어 있다. 탈북자도 1만 7천여 명이 있다.

3) “다문화주의(multiculturalism)”는 1970년대 전후로 사용되기 시작하였으며 서구사회에서 급증하는 문화적·인종적 다양성을 다루기 위해 등장한 것으로 정부가 시행하는 새로운 정책이나 국민통합의 이데올로기 또는 사회운동의 목표를 지칭해왔다. 또한 다문화주의는 그 이념 및 정책이 국가나 인종·민족 등의 거시적인 차원에 국한된 것이 아니라 사회내의 여성, 외국인을 포함한 소수자가 자신의 권리를 주장하는 것에 정당성을 부여하는 중요한 기제로 작용한다. 용어로서 다문화주의는 첫째, 일정 사회의 인구구성의 현실이라는 사회학적 현상; 둘째, 다문화사회문제에 대한 대응으로서의 국가의 정책을; 셋째, 지향해야 할 이념이나 일련의 규범을 가리킨다고 한다.

고래의 단일민족신화를 탈피하여 다문화적 정체성을 추구할 것을 논의하는 상황에서 한국 실정법의 태도가 지나치게 소극적인 것이 아닌가 하는 생각이 들 수도 있다. 그러나 올바른 판단을 위해서는 우선, 다양한 문화적 배경을 가진 다양한 국민들(당연히 외국인들)이 하나의 사회에서 함께 생활하는 경우를 총칭하여 ‘다문화사회’라 부를 수 있다고 하더라도, 이러한 사회에서 발생하는 문제의 내용과 정도가 그러한 사회의 구체적인 형성의 태양에 따라 다를 수밖에 없다는 점을 이해하여야 한다.

다문화사회의 첫 번째 유형으로 캐나다, 호주, 미국과 같은 전형적인 이민자국가를 들 수 있다. 이들은 원주민의 터전에 이주민들이 유입하여 국가를 건설한 경우로서 원주민의 생존과 보호, 대우가 문제된다. 나아가 미국은 건국시부터, 호주는 백호주의를 포기하고부터, 꾸준히 이민자를 받아들이는 다인종, 다민족국가를 지향함으로써 다문화화를 당연히 전제하는 경우에 해당한다. 또 캐나다처럼 영국계와 프랑스계 이주민들로 연합된 국가가 들어선 경우, 퀘벡의 분리주의 운동에서 보듯이 국가분열의 위험 앞에서, 다문화화를 국가의 기초로 삼을 수밖에 없는 절실한 요구가 있는 경우도 있다. 두 번째 유형으로서, 중국이나 브라질처럼 다양한 종족들이 국가로 포섭되면서 특정지역을 기반으로 독자적인 삶을 누리려 하는 소수민족에 대한 차별금지나 지원이 요구되는 경우도 있다. 세 번째 유형으로서, 독일, 프랑스, 스위스와 같이 이민자국가가 아니고, 비교적 동질적인 문화적 정체성을 가지고 있는 이른바 국민국가(nation state)에서, - 물론 연방제를 시행하면서 지역적, 언어적 다양성에 대한 배려를 하고 있기는 하지만 - 노동 또는 결혼 등의 사유로 이주민들이 급격히 늘어나고 그들이 자신들의 이민자사회를 형성하여 고유한 문화적 태도를 견지함으로써 사회적 갈등이 야기될 때 그들의 사회 적응과 통합이 문제되는 경우가 있다.

한국의 경우 크게는 이 세 번째 유형에 속한다고 볼 수 있으나, 이주민의 성격에 있어서 본질적으로 다른 점이 있음을 고려하여야 한다. 독일, 프랑스, 스위스와 같은 유럽국가의 경우 비록 정치적 영역에 있어서 세속화가 이루어져 있고 정교분리의 원칙이 관철되고 있다고는 하나 사회적으로 보아서 기독교라는 종교를 기반으로 하고 있음이 분명한데, 이슬람교라고 하는 기독교와 역사를 통하여 세력다툼을 했던 종교의 신도(무슬림)들이 대규모로 유입되어 독자적인 사회를 구축하고 고유한 문화를 추종하면서 마치 “문명의 충돌”과 같은 갈등양상이 나타나고 있다(2009년 기준 독일의 무슬림 인

구는 400만 명이 넘고, 프랑스의 무슬림 인구도 350만 명이 넘는다). 한국의 경우 이민자들이 주로 비슷한 문화권에 속하는 아시아지역출신들이 대부분을 차지한다는 점에서 ‘다른 문명간의 충돌’의 차원이 아니라 ‘같은 문명내에서의 차이’의 차원, 즉 상호배타적인 근본의 충돌이 아니라 생활양식의 차이에 의한 갈등이라고 볼 수 있다. 또한 한국에서는 다문화사회문제가 주로 결혼이민자 본인의 사회통합과 자식세대의 사회화와 관련되어 논의되고 있는데 이들이 과연 ‘문명의 충돌’을 야기할 ‘이방인적 존재’가 될 수 있겠는가 의문이 든다. 결국 현재 단계의 한국에서는 이주노동자들을 비롯한 재한 외국인들에 대한 인권보장과 결혼이민자 및 그들 가정의 사회통합을 중심으로 한 대응책이 마련되는 것이 일응 합리적이지 않나 생각된다. 물론 이러한 대응책의 내용과 수준의 타당성은 별개 문제로 검토되어야 할 것이다. 또한 비록 소수라 하더라도 이질적인 문화를 가진 이주노동자들의 경우 자기 문화(곧 자기정체성)를 유지하도록 돕는 방안이 강구되어야 할 것이다. 그리고 장기적 관점에서 외국인인구가 획기적으로 증가될 경우 다문화문제의 양상이 다르게 전개될 가능성이 있음도 염두에 두어야 할 것이다.

이처럼 다문화사회가 형성된 역사적 과정이나 그 구성양태가 다양하기 때문에 그 사회가 유발하는 사회문제의 해결을 위한 일정한 대응책을 획일적으로 모든 사회에 적용할 수는 없다. 무엇보다 한국의 다문화사회의 구조적 특수성에 기초하여 판단할 경우 캐나다, 미국, 호주 등의 국가들이 표방하는 다문화주의를 수용하는 것은 애당초 곤란해 보인다. 우리와 유사한 유형에 속하는 독일, 스위스, 프랑스 등의 대응책은 일응 참고할 가치가 있겠지만 역시 이주민구성의 본질적 차이로 인하여 부분적으로만 도움이 될 것이다. 그리고 다문화사회문제의 대응책을 결정함에 있어서는 우리 국민들이 수용 가능한 수준을 파악하는 것도 중요하다. 우리 국민은 식민지를 가져본 역사가 없으며 호주와 같이 단기간에 대량의 이주민을 맞아본 전례가 없어 이주민이나 소수민족에 대한 경험이 부족하다. 한국인들이 이주노동자나 결혼이민자들에게 종종 보이는 부정적 태도는 이러한 ‘낯설음’에 기인하는 경우가 많은 것 같다. 따라서 국민감정을 자극하여 자기방어적으로 경직시키거나 배타적으로 만들지 않도록 주의하면서, 단계적으로 다문화수용의 수준을 높여가는 지혜가 요구된다고 하겠다.

한국에서의 다문화사회의 특수성에 대한 고려와 더불어 다문화사회를 규율하기 위한 헌법적 차원의 논의를 위해서는 한국헌법의 특수성도 돌아보아야 할 것 같다. 우리

나라는 프랑스, 미국 등의 자생적 헌법과는 달리 계수헌법이므로 헌법에 수용된 가치가 곧 국민적 가치라고 만연히 판단하기 곤란한 측면이 있다. 헌법적 가치와 국민의식 사이에 괴리가 있기 때문에 헌법적 판단이 국민들에게 쉽게 수용되지 못하는 경우도 종종 보게 된다. 아래에서 살펴 볼 것이지만, 다문화사회의 통합을 위한 가치로서 헌법적 가치를 내세울 경우, 이것이 보편성이 있는 것인지, 혹은 한국민의 주된 정서에도 부합하지 못하면서, 외래문화에 저항하는 기제로서만 원용되는 것이나 아닌지 고민된다. 여기에서 우리는 ‘헌법이란 무엇인가’ ‘헌법의 지향점은 무엇인가’하는 근본적인 문제에 부딪치게 된다. 헌법이 가치구속적 질서라면 그 가치는 어떤 문화를 기준으로 결정될 수 있는 것인가 아니면 개별문화를 초월하는 보편적 원리라도 있는가 하는 문제를 따져보아야 한다.

잊지 말아야 할 것은 다문화사회의 도래에 대한 대응실패로 예상되는 해악이다. 예컨대, 최근에 유럽국가들에서 발생하는 테러행위는 외부에서 잠입한 세력에 의한 것이기 보다는 자국내에서 출생하여 자국의 교육을 받는 등 사회화과정을 밟았으나 사회적 차별로 제자리를 찾지 못하고 방황하면서 2등시민의식에 사로잡혀 있다가 자신의 뿌리라고 생각한 이질적인 문화에 노출되어 세뇌된 후 테러리스트화한 자국민에 의한 것이 많았다. 형식상으로는 완전한 국민이면서도 실질적으로는 온전한 국민이 될 수 없었던 자의 자기국가에 대한 복수심의 발로였던 것이다. 한국의 경우 인종적 종족적으로 거의 동질성을 유지해왔고, 외래문화도 그 자체로 수용했다기보다 혼용해왔기 때문에 현재와 같은 급속한 이민현상 속에서 ‘다수와 다른 외모·피부색을 가진 소수’에 대하여 그리고 ‘낯 것 그대로의 외래문화’에 대하여 배타적 차별적 반응을 보이기 쉽다. 그리하여 결혼이주여성의 가정(다문화가정)에서 출생하고 자라나는 한국국민이 차별되고 평가절하(degrade)되는 경험이 누적될 경우, 이들이 사회뿐만 아니라 국가 자체에 대한 적개심을 품게 될 우려가 있다. 이는 복수심에 기인한 테러로 연결될 가능성이 있다. 이러한 현상은 본인 자신의 인생을 파괴할 뿐만 아니라 사회적으로 미치는 악영향으로 인하여 사후적으로 해결하기에는 너무 늦고 치명적이다. 또한 고질화된 이후에는 근절시키기 어려울 것이다.⁴⁾

4) 다문화가정에서 태어나 취학 연령이 된 아동들이 급속히 증가하여 전국적으로는 2009년 현재 2만 8천 명으로 추산되고 있다. 2008년도 국정감사자료에 따르면 다문화가정 취학연령대 자녀 2만4867명 가운데 6,089명(24.5%)이 정규교육을 받지 못하고 있고, 중간에 탈락하는 경우가 초등학생은 15.4%, 중학생

결국 현재 한국에서의 다문화 문제는 재한외국인의 인권보장과 이른바 다문화가정⁵⁾의 사회통합을 위한 지원을 중심으로 전개되는 것이 합리적이라 할 수 있을 것이다. 문화적 소수자가 집단을 형성하여 다수 한국문화집단과 경쟁할 만한 상황에 이르지 않고 있는 현 단계에서, 그리고 이민자의 구성을 볼 때 장래에 있어서도 아마도 그러한 집단 간 대결양상이 의미를 갖는 수준으로까지 발전할 것인지도 분명치 않은데, 각각의 문화집단이 별개로 존속하면서 상호 경쟁할 수 있는 규범적인 틀을 갖추도록 하여야 한다는(다문화주의) 식의 주장은 시기상조라는 감이 든다. 그러나 그럼에도 불구하고 문화가 정신적 현상으로서 개인이든 사회이든 정체성을 형성하는 코드임을 전제할 때, 국가의 정체성 뿐만 아니라 인간의 정체성을 보장하는 기본법인 헌법의 차원에서 다양한 문화(따라서 다양한 정체성)를 가진 사람들간의 평화공존을 위한 기본적인 방향을 정립하는 것은 언제나 필요한 일이라고 하겠다. 또한 다문화현상에 대한 국민적 합의를 수렴하여 적절한 수준에서 헌법에 반영할 수 있다면, 향후 입법의 방향타 역할도 할 수 있고 무엇보다도 국민의식에도 좋은 영향을 미칠 수 있을 것이다.

39.7%, 고등학생 69.6%로 조사되었다. 이는 같은 연령대의 한국 일반 가정 아동의 미취학 및 학교 중도 탈락률과 비교했을 때 중학교의 경우는 9.9배, 고등학교는 8배 높은 수치이며 학년이 올라 갈수록 어려움이 더 크다는 것을 보여주고 있다.

- 5) ‘다문화가정’ 내지 ‘다문화아동’이라는 용어는 ‘국제결혼가정’ 내지 ‘혼혈아동’ ‘코시안’과 같은 용어의 부정적 이미지를 불식시키기 위하여 채택되지 않았나 생각된다. 어감이 상대적으로 나아졌고, 다른 대안을 찾기도 어려운 것이 사실이나, 한국인과 결혼하여 가정을 형성한 경우 본인이든 그 자식이든 과연 한국의 문화와 병행하는 또 다른 문화의 보유자로서 그 문화들간에 대등한 경쟁관계에 놓이는 것인지, 실제로 그들이 그것을 원할 것인지, 그리하여 이른바 ‘다’문화라는 용어가 실제에 부합하는 것인지 의심이 든다. 이 용어가, 한국인이고 한국문화를 기꺼이 수용하고 있는 그들을 한국문화가정과 구별하게 하는 표지로 작용할 가능성은 없는지 검토해보아야 할 것이다. 외래문화를 병행하는 문화로 보유하고 있으면서도 이를 하위문화로 받아들이고 자신의 정체성을 주류문화(한국문화)를 중심으로 형성하고 있는 다문화아동이 사회생활을 함에 있어서 사회의 주류문화로부터 차별을 당할 경우 반발심으로 하위문화에서 자신의 정체성을 재발견하려고 하지 않을까, 다문화인격의 정체성의 분열을 사회가 감당할 수 있을까. 물론 이는 용어문제가 아니라 실질의 문제로 논의되어야 하는 것이지만 용어가 주는 지속적 효과도 무시할 수 없을 것이다.

II. 현재 한국의 다문화현상과 헌법정책적 스펙트럼

1. 한국, 다문화사회인가?

한국사회의 경우, 체류 외국인 증가추이를 살펴보면 1990년 49,507명으로 전국민 대비 0.11%에 불과했던 것이 2008년 12월 31일 현재 1,158,866명으로 전국민대비 2.34%에 이르게 되었다. 인구구성비율로만 보면, 10%에 가까운 외국인 인구를 전제로 하는 이른바 다문화사회(multicultural society)까지는 아직 멀어 보인다.

더 중요한 것은 단순한 숫자가 아니라 외국인인구 구성의 성격이다. 장기체류자 895,464명 중 511,249명이 단순기능인력이고, 외국인 총체류자 1,158,866명 중 556,517명이 중국국적인데 그 중 376,563명이 한국계이며, 미국인 117,986명, 캐나다인 17,752명을 예외로 하면 1만명이상의 외국국적자들은 베트남, 일본, 필리핀, 타이, 몽골, 인도네시아 등 주로 아시아 출신들로 이루어져 있다.

다문화가정을 형성하는 결혼이민자의 구성을 보면, 2009년 11월 현재 대법원통계에 따를 때 가족관계등록부에 올라있는 전체 외국인 수는 173개국 29만 2184명이다. 한국 여성과 결혼한 외국인 남성은 미국 국적이 7만 3512명(51.3%)으로 가장 많고, 일본(3만 9900명), 중국(1만 7493명), 캐나다(3369명), 독일(2894명) 등이 뒤를 이었다. 한국인과 가정을 이룬 외국인 여성의 국적은 중국(7만 878명), 베트남(3만 612명), 일본(1만 2355명), 필리핀(6355명) 등의 순이다. 중국·베트남·필리핀·캄보디아 등 아시아 국가 출신이 전체의 85.9%로 대다수를 차지한다.

이러한 외국인인구의 구성은 한국이 문명의 충돌이 일어나는 지대에 속하지 않는다는 생각을 갖게 해준다. 한국은 아시아문명권에 속하고 영미나 유럽의 영향을 많이 받아왔다는 점에서 - 주로 같은 아시아지역에서 혹은 영미나 유럽에서 유입된 - 이민자들이 한국민들과 근본적인 수준의 충돌에 이를 가능성은 적어 보인다. 유럽사회에서 기독교적 전통하에 놓여있는 자국민사회와 이슬람교를 신봉하는 무슬림이민자사회 사이에 벌어지고 있는 충돌과 갈등에 비교하면 이는 더욱 분명해진다.⁶⁾

그러나 매년 외국인 비율이 급속하게 증가하고 있다는 점은 무시할 수 없다. 국토연구원 “그랜드비전 2050”보고서에 따르면 외국인은 2020년 254만명으로 증가한 후 2050

6) 정부에서는 주한 외국인의 종교분포 등을 파악하지 않고 있어 관련 통계를 제시할 수 없다.

년에는 409만명을 기록할 것으로 예상된다. 인구 구성비로 보면 2020년 5%에서 2050년에는 9.8%로 증가하여 영국과 같은 수준의 복합 민족 국가가 된다는 예측을 내놓고 있다. 또한 “UN미래보고서”도 한국은 노동력 부족 문제를 해소하기 위하여 2050년까지 1,159만 명의 이민을 받아들여야 하며, 그 결과 2050년에는 이민자와 그 자녀들의 숫자가 전체 인구의 21.3%에 이를 것으로 전망하고 있다.

나아가 행정안전부의 “2009 지방자치단체 외국인주민 실태조사 결과”를 주목할 필요가 있다. 이 보고서에 따르면 서울시 6개 자치구(영등포, 금천, 구로, 중구, 종로, 용산), 경기도 내 4개의 자치단체(김포, 화성, 포천, 안산), 충북(음성, 진천), 부산(강서), 인천(중구), 전남(영암) 각각 1곳의 지자체는 인구대비 외국인주민이 5%이상인 것으로 조사되었다. 이 15곳의 지방자치단체의 경우 우리나라 전체에 대한 분석과는 달리 인구통계학적으로 다문화사회로 진입하고 있다고 볼 수 있을 것이다.⁷⁾

국민의식을 기준으로 살펴보면, 문화적 다양성에 대한 관용의 수준의 측면에서 한국은 다문화사회라기 보다는 단일문화사회로 보는 것이 적절할 정도로 의식수준이 낮다고 볼 수 있다. 2007년 UN 인종차별철폐위원회는 우리나라에 대해 “한국이 단일 민족을 강조하는 것은 한국 땅에 사는 다양한 인종들 간의 이해와 관용, 우호 증진에 장애가 될 수 있으므로 현대 한국사회의 다인종적 성격을 인정하고, 적절한 조치를 취하라”는 권고를 한 바 있다. 또한 우리나라의 다문화 포용성은 몇 년째 최하위 수준임이 스위스 국제경영개발원(IMD)의 조사에서 밝혀진 바도 있다. 국제경영개발원에서 조사한 한국의 외국문화 개방도 순위는 지난해 전체 55개국 중 55위, 올해는 57개국 중 56위였다. 이 보고서는 한국의 외국인 급증현상과 함께 적응하지 못하는 외국인도 늘어나면서 사회 문제를 야기하고 있다고 지적하고 있다. 국제결혼 커플의 이혼 급증이 대표적 사례인데, 국제결혼은 지난해 우리나라 전체 결혼에서 11%(3만6000여 건)를 차지할 정도로 보편화됐다. 하지만 2004년 전체 이혼의 2.4%에 그쳤던 국제결혼 커플 이혼은 지난해 9.7%로 늘어났다. 문화적 차이와 경제적 갈등이 주요 원인이었다.

다문화사회에 대응하는 한국정부의 정책과 프로그램의 수준은 어떠한가. 정부는 여전히 외국인정책의 시각을 견지하고 있으며 다만 합법적인 이민에 한하여 포용적인 정책을 시도하고 있다. 또한 다문화가정 아동들에 대해 시혜 차원의 대책을 마련하기는 하지만 이들의 고유한 문화와 정체성을 인정하고 존중하기 보다는 한국사회에의 적응

7) 이주민 집단거주지들이 곳곳에 형성되고 있으나 그 규모는 별로 영향력을 가질 만한 것으로는 보이지 않는다.

과 문화적 이해에 강조점을 두고 있는 등 한국 주류사회문화에 일방적으로 동화시키려는 자세를 취하고 있는 것으로 보인다.

2. 다문화현상에 대한 헌법정책적 스펙트럼

앞에서 본 것처럼 한국은 인구학적인 사실로서만 보면 아직 다문화사회의 단계에 이르지 않았으며, 또한 외국인인구의 출신국분포를 보면 - 출신국이 일응 그들의 문화를 반영한다고 전제할 때 - 다수한국인문화와 그들의 문화가 병존하면서 갈등하는 ‘다’문화문제화의 가능성도 낮아 보인다. 더욱이나 결혼이민자의 경우 그들이 형성하는 다문화가정의 배우자가 한국인이고, 한국에서 생활하는 관계로 한국문화를 수용할 수밖에 없어 자신의 문화와 한국문화의 혼용이 기대되고, 그러한 가정에서 출생한 아동의 경우 한국인으로 양육될 것이라는 점에서 문화적 정체성의 분열과 갈등이 야기되지 않도록 배려하면 ‘다’문화문제로 비화될 것 같지도 않다.

다문화현상에 대하여 우리가 헌법정책적으로 살펴보아야 하는 수준은 국가의 기본적인 방향이랄까 기본적인 구성원리에 관한 것이 아니고, 이질적인 문화를 가진 외국인(주로 이주노동자사회)의 외래문화에 대한 태도 내지 결혼이민자 및 다문화가정내의 이중 문화에 대한 태도에 관한 합의라고 하겠다.

국가로서는 (1) 문화적 중립성의 정책 (2) 동화정책 (3) 보호정책 (4) 지원정책 (5) 다문화주의 정책 등의 스펙트럼 속에서 선택지를 찾아야 할 것인데, ‘동화주의’는 시대착오적이고, ‘다문화주의’는 시기상조적이어서 양자 모두 비현실적이라고 할 수 있다. 결국, 한국은 현시점에서는 동화주의와 다문화주의 사이의 중간 어디에선가 방향을 선택해야 할 것이다. 아마도 관용의 원칙하에 외래문화에 대한 ‘보호’단계까지는 당연할 것이고, ‘지원’을 하되, 어느 수준으로 어느 방향으로 하는 것이 법정책적으로 타당한가가 관건이 될 것으로 보인다.

우선은 이주민들이 의료, 교육, 근로, 체류자격과 관련한 인권(basic human rights)보장과 인권침해시의 구제절차를 확보해주는 것이 현행 법제도하에서 가능한지, 만약 미진하다면 법제도의 보완을 통하여 해결해 나가는 것이 급선무라고 하겠지만, 헌법의 차원에서는 문화정책적으로 문화들간의 갈등상황을 어떤 기조에서 조화롭게 해소 내지 관리할 것인지와 관련하여 판단의 기준이 될 관점들을 검토하여 헌법적 대응방안을 강구하여야 할 것이다.

Ⅲ. 다문화현상에 대한 대응관점들의 검토

1. 국민적 정체성과 문화적 정체성의 불가분적 결합이라는 관점

국민국가(nation state)의 전제는 국민형성(nation building)이고 국민형성은 국민적 정체성을 전제한다. 국민은 언어, 역사, 문화 등을 공유하여 자신의 (정치적) 공동체에 대하여 공동귀속감정을 갖는 사람들의 집합이다. 따라서 국민국가는 국가를 구성하는 국민들이 공통의 문화적 정체성을 가지는 것을 기반으로 한다. 국민국가에 있어서 국민들은 “우리”라는 감정을 공유하고, 이로 인하여 “우리에 속하지 않는 타자들”에 대하여는 배타적이거나 소극적인 감정을 가지는 경향이 있다.

오늘날 급속도로 세계화가 진행되어 ‘국민국가의 종말’이 멀지 않은 것처럼 이야기하기도 하지만, 세계가 하나의 정치적 단위가 되어 국경선이 더 이상 의미없게 되지 않는 이상, 주권을 가진 국민국가가 자신의 공동체에 대한 의사결정권력을 가지는 것은 분명하고 국제사회에서도 여전히 중요한 행위주체로 남아있을 수밖에 없다. 이러한 상황에서 국가별로 사회경제적 발전수준이 상이하여 각국별로 삶의 질 또한 천차만별이라 할 것인데, 어떠한 국가라도 사람들의 이주 및 정착을 자유로이 허용할 리 없다.

그렇다면 국민국가 차원에서는 이질적인 문화를 가진 사람들의 이주를 허용한다 하더라도 국민국가의 전제인 국민적 정체성을 흐트러뜨리지 않는 한에서만, 즉 문화적 동질성이 유지되는 한에서만 그러한가?)

이 문제는 국민적 정체성 내지 통일성(National Unity)을 유지하는데 문화적 정체성(Cultural Identity)이 필수적인지? 아니면 문화적 다양성(Cultural Diversity)이 허용되는지로 나타날 것이다. 나아가 문화적 다양성을 허용한다 하더라도 그 허용의 한계, 즉 관용의 한계가 어디까지 일까 문제된다. 여기에서 고려해야 할 것은 사실적인 지표와 규범적 지표이다.

사실적 지표로서는 (i) 사회의 인구학적 구성상 소수파의 비중(양적요소)과 영향의 강도(질적 요소), (ii) 사회의 문화적 다양성에 대한 개방의 정도, 수용의 정도를 고려

8) 국민국가 차원을 넘어 지역적 통합을 위해 노력하고 있는 유럽의 경우에도 그들의 문화적 정체성을 통합의 중요한 자산으로 인식하여 지역통합을 추구하고 있고, 그래서 터키의 가입허용여부가 논란이 되어왔음은 주지하는 바와 같다.

해야한다. 규범적 지표로서는 국가적 정체성, 국민적 정체성, 문화적 정체성의 연관관계를 얼마나 필연적인 것으로 보아야 하는 것인지 문제될 것이다,

첫째, 앞에서 살펴본 것처럼 국가 자체가 처음부터 이민자들에 의하여 창설된 미국, 캐나다, 호주와 한국, 독일, 스위스 등과 같이 전통적인 국민국가 내부에 이민자사회가 형성되는 경우를 달리 판단할 필요가 있다. 전자의 경우 대립되는 문화간 충돌이 전제되어 다문화국가(multicultural state)가 되는 길만이 국가적 통합을 유지할 수 있는 경우이고, 후자의 경우 이민자사회의 외래문화가 국민국가의 문화적 정체성(동질성)과 갈등을 야기할 때 둘 사이의 관계를 어떻게 조정할 것인가가 문제된다.

둘째, 그러나 문화적 정체성을 전제로 하는 전통적인 국민국가라 하더라도 사회 전체가 온전히 하나의 문화와만 불가분적으로 결합하는 것이 아닐 뿐만 아니라, 문화는 끊임없이 다른 문화와 교류하면서 혼용하는 것이고 이를 통하여 새로운 문화가 형성되어 자국민의 문화적 정체성이 수정되기도 한다. 따라서 하나의 국민국가 내부에도 다양한 문화의 병존은 가능하고, ‘하나의 국가=하나의 국민=하나의 문화’라는 단순한 도식에서 벗어나야 할 것이다. 즉 국민국가에 있어서도 문화적 다양성(cultural diversity) 내지 문화적 다원주의(cultural pluralism)는 언제나 가능하다. 여기에 다문화사회이면서 다문화국가로까지 나아가지는 않는 해결이 모색될 여지가 있다.

셋째, 사회적 동물인 인간은 사회속에서 성장하면서 자신의 정체성을 형성하는 존재이다. 사회화과정이 곧 인격형성과정이다. 따라서 개인의 정체성은 자신의 사회화과정을 지배하는 집단의 문화적 정체성에 의하여 대체로 규정된다. 이렇게 집단적 정체성과 개인의 정체성을 분리하여 생각할 수 없으므로, 소수문화집단에서 성장한 개인이 그러한 소수문화와 일체감을 가지는 것은 당연한 일이다. 자신의 인격과 소수문화 사이를 분리시키는 것은 그의 인간으로서의 존엄성과 자율성을 침해하는 일이 될 것이다. 따라서 하나의 국민국가 내부에서라도 소수집단이 다수집단과 다른 문화를 기초로 생활하고 있을 때 소수자에 속하는 자들의 자기결정권을 존중해주어야 한다(‘우리-정체성’만이 아니라 ‘타자-정체성’을 인정하고 존중해주어야 할 상호인정의 요청). 여기에서 이민자사회가 형성된 국민국가에서 평화공존을 위하여 국민형성의 기초가 되었던 자신의 문화 외에 이민자사회의 외래문화를 독자적인 가치를 가진 문화로서 인정하고 존중해주어야 할 필요가 나타난다.

2. 문화간 우열관계를 인정하는 관점

- 주류문화, 선도문화(Leading culture, Leitkultur)의 우위?

국민국가내에서 다양한 문화의 평화적 공존을 인정한다고 하더라도 다수집단을 형성하고 있는 국민들의 정체성을 형성해온 이른바 고유문화(민족문화, 전통문화)와 소수집단을 형성하고 있는 이민자들의 외래문화를 대등한 것으로 인정하여야 하는가 아니면 고유문화에 우월적 지위를 인정할 수 있을 것인가?

헌법 제9조는 “國家는 傳統文化의 계승·발전과 民族文化의 暢達에 노력하여야 한다.”고 규정하고 있다. 이 조항이 한국헌법상 문화국가원리를 규정한 기본조항이라고 한다면, 전통문화·민족문화를 중심으로 보는 헌법입법자의 의지를 확인할 수도 있을 것이고, 따라서 우리 고유문화에 대하여 외래의 그 어떤 문화에 대하여서도 우월적 지위를 인정하는데 무리가 없을 것이다.

그러나 이러한 해석은 개인의 정신적 창조행위를 뜻하는 문화의 개념의 본질적인 개방성·창조성에 비추어 지나치게 폐쇄적이고 보수적으로 문화를 좁게 이해하는 것으로 그 자체 이미 받아들이기 어렵다. 또한 헌법 제9조는 한국헌법상 문화영역의 기본질서를 판단함에 있어서 유일한 기준일 수 없으며 일부기준에 불과하다. 즉 헌법 제9조는 한국헌법의 문화구상(Kulturkonzept)의 일부에 불과한 것으로 보아야 한다. 한국헌법의 전문, 총강, (문화)기본권규정 등에 표현된 문화 관련요소들을 종합할 때만 한국헌법이 지향하는 문화국가를 올바르게 판단할 수 있다(문화국가성 자체가 헌법원리의 하나로 인정될 수 있는지는 별개문제이다). 한국헌법은 개인의 존엄성과 자율을 바탕으로 광범한 정신적 활동의 자유를 기본권으로 보장하고 있다는 것으로부터 문화영역의 자율성 내지 문화창조의 자유 및 그에 상응하는 국가의 문화적 중립성의무를 문화헌법의 제일차적 요소로 보고 있다고 이해하여야 한다. 그러한 바탕위에서 헌법 제9조는 문화간 교류 및 자유 경쟁 속에서 상대적으로 불리한 위치에 놓여버린 우리의 고유문화의 상황을 배려한 특별조항으로 이해하여야 할 것이다.

이렇게 보면 한국의 고유문화에 대하여 우월적 지위를 인정하는 것은 오히려 헌법과 조화될 수 없는 것으로 보인다. 즉 한국헌법의 문화구상하에서 선도문화(leading culture)는 인정할 수 없다. 문화간의 우열을 논하지 아니하고 문화 자체에 대한 국가적 보호의무만이 헌법적 명령이라고 보아야 할 것이다. 한가지 유보를 달자면, 문화의 자율성의 측면에서 접근할 때와 달리 문화의 진흥·지원의 측면에서는 문화간의 등가성을

인정하는 것과 각문화별 비중에 따라 비례적으로 지원·진흥하는 것이 양립할 수 있다는 점이다.

3. 헌법에국주의(Constitutional Patriotism, Verfassungspatriotismus)에 의한 통합관점

국가내에 병존하는 여러 문화들이 등가적인 것으로 - 우열없이 - 인정되어야 한다면, 그들이 서로 모순 충돌할 경우 어느 문화도 기준 역할을 할 수 없고, 급기야는 제각각의 문화적 정체성을 가지는 부분사회들이 대립하는 양상으로 진전될 수도 있다. 국민 국가에서 국민을 통합하는 핵심요소로 기능해온 문화가 사회의 통합(integration)이 아니라 사회를 분열시키고 해체시키는(desintegration) 요인이 될 수 있다. 우리가 다문화 사회에서, 특히 다문화주의로 나아가기를 주저하는 주된 이유가 여기에 있다.

물론 앞에서 본 것처럼 우리나라의 이민자들의 출신국 분포로 보아서는 종교 기타 문화적 사유로 사회의 분열·해체라는 심각한 현상을 우려하기에는 시기상조이다. 그러나 엄연히 이민자사회라든가 이민자집단지주지가 형성되고 있는 현실에서 국지적으로라도 문화갈등이 해당 지역에 분열과 갈등을 초래할 수 있음은 피할 수 없다. 이것이 해당지역민의 배타적 태도와 연결되면 큰 사회문제가 될 수도 있다.

여기에서 우리는 헌법이 가지는 통합적 기능에 주목하여야 한다. 헌법은 국적을 가진 국민, 즉 대한민국국민만을 대상으로 통합기능을 수행하는 것이 아니라, 그들을 포함하여 대한민국국내에 거주하는 모든 사람들의 평화롭고 질서있는 삶을 보장하고자 하는 것이다. 헌법이 보장하는 여러 원칙들, 절차들에 대하여 내외국인을 불문하고 준수할 것이 요청되는 소이이다. 헌법이 보장하는 기본권도 그 성질이 허용하는 한(즉 이른바 ‘인간의 권리’로서 파악되는 한) 국적을 불문하고 인정되는 것이다. 하물며 같은 국적을 가진 사람들 사이에서 따르는 문화가 다르다 하더라도 이를 헌법에까지 반하여 주장할 수는 없는 일이라고 하겠다. 그렇다면 하나의 정치적 공동체에 살고 있는 모든 사람들은 그 공동체의 공동생활의 기준이라고 할 헌법만큼은 받아들여야 하고, 이를 기본전제로 한 후 그 위에서 비로소 문화간 경쟁이 가능하다고 할 것이다. 이것을 독일

의 Dolf Sternberger와 Jürgen Habermas는 헌법애국주의⁹⁾라고 명명하여, 내용이 모순되는 다양한 문화가 병존하는 사회에서 공동생활을 가능케하는 유일한 원천이라고 주장한 바 있다.

문제는, 헌법의 내용들이 특정한 문화를 반영하는 가치를 중심으로 하는 것이라면, 헌법애국주의(Constitutional Patriotism)라는 미명하에 실제로는 은폐된 문화애국주의(Cultural Patriotism)를 관철하려고 하는 것이라는 혐의를 받을 수 있다는 점이다(이는 기독교국가에 형성된 무슬림이민자사회에서 느끼기 쉽다). 위에서 말한 선도문화가 - 텍스트로서든 해석을 통해서든 - 반영된 헌법하에서 헌법애국주의가 강요될 경우 선도문화의 주인인 본래의 국민들의 문화가 이민자들에게 강요되고, 결국 동화주의를 우회적으로 강제하는 것에 다름없게 될 것이다.

헌법은 어느 시기, 어느 민족의 어느 문화의 산물인 것만은 아니다. 오랜 세월을 걸쳐, 그리고 세계의 여러 곳에서 발생한, 보편적 인권획득을 위한 투쟁의 산물이 헌법이다. 그와 같은 보편적 인권의 배경에는 인간이성에서 어렵게 산출된 인권철학이 놓여 있다. 이를 두고 오로지 서구적 가치에 불과하다고 할 것인가. 서구문화의 대변자에 불과하다고 할 것인가. 어쨌든 이 지점에서 인권의 보편성을 주장하는 입장과 문화상대주의의 입장이 첨예하게 만난다. 한국의 경우 그 헌법에 표현된 가치들은 누구의 것인가. 역시 한국문화와 무관한 서구적 가치에 불과한가. 그런데 왜 우리는 우리의 고유한 전통과 충돌하면서까지 헌법적 가치를 실현하려고 애쓰고 있는가. 헌법해석의 투쟁은 원래 본질적으로 문화투쟁이다. 한국헌법이 과거에만 유효했던 것이 분명한 전통문화와 투쟁해왔다면, 전통문화와 같은 맥락에 있는 외래문화와도 투쟁하는게 당연하지 않

9) 독일의 Dolf Sternberger가 정치적 용례로 도입한 개념이다. 1959년 프랑크푸르터 알레마이네 차이퉁지에서 처음 제기하였다. 이 개념은 조국에 대한 사랑을 자유의 정치질서로서의 헌법에 대한 사랑과 결합시킨 것이다. 그는 이 개념을 통하여 독일의 분열된 정치적 지적 진영을 국민적 합의으로 통합할 수 있는 길을 제시한 것으로 받아들여지고 있다. 이 개념을 받아들여 Jürgen Habermas는 헌법에 대한 의무를 시민의 집단적 정체성의 유일하게 정당한 원천으로 설명하였다. Die Moderne-ein unvollendetes Projekt. Philosophisch-politische Aufsätze 1977-1990, 1990, S.167f.; ders., Nachholende Revolution, 1990, S.149ff.; ders., Faktizität und Geltung, 1992, S.632-660; ders., Die postnationale Konstellation, 1998, S.113ff.; ders., Naturalismus und Religion, 2005, S.106-118. 그는 헌법은 세계관과 종교가 다원적인 조건하에서 정치적 공동생활을 정당화할 만한 기초를 유일하게 형성하는 보편적 원리들과 형식적인 절차들을 담고 있다고 주장한다.

은가. 여기에서 헌법애국주의는, 헌법이 정말 어떤 특정한 문화에 예속되어 해석되지 않는다는 전제하에서라면, 그 헌법에 의하여 지배되는 정치공동체내에 살고 있는 모든 사람에게 기대되는 것이 합리적이 아닐까. 그것이 공동체생활을 하는 사람들끼리 - 각자의 문화적 지향과 상관없이 - 지켜야 할 최소한이 아닐까.

IV. 다문화현상에 대한 헌법해석론적 대응

1. 한국헌법에 다문화사회문제에 대한 판단기준이 존재하는가?

한국헌법전에 ‘문화’가 명시된 곳을 찾아보면 헌법 전문, 제9조, 제11조, 제69조가 있다. 그런데 어느 조항이든 이 글에서 문제삼고 있는 ‘문화충돌’을 염두에 두고 있는 것으로는 보이지 않는다. 오히려 전통문화·민족문화에 중점을 두고 있다고 할 수 있다. 결국, 우리헌법 - 정확히 말하자면 헌법의 제정자와 개정자들 - 은 다문화사회문제에 대해 미처 인식하지 못했다고 말할 수밖에 없다. 헌법입법자의 의도와 상관없이 해석을 통하여 현행 헌법안에서 해결의 열쇠를 찾을 가능성이 있는가?

2. 헌법상 문화국가원리의 원용가능성

(1) 한국헌법상 문화국가원리의 인정가능성

한국헌법상 대한민국의 국가성격을 결정짓는 기본원리로서는 보통 공화국원리, 민주주의원리, 법치국가원리, 국제평화주의를 드는데는 학계에 어느 정도 합의가 있는 것 같다. 문화국가원리도 한국헌법이 보장하고 있느냐에 대해서는 명시적으로 “문화국가”를 언급하는 조항이 없을 뿐만 아니라, - 마치 법치국가(Rechts-Staat)처럼 - ‘문화’와 ‘국가’를 결합하여(Kultur-Staat) 일체에 있는 관계로 이해하여 헌법적으로 구현하겠다는 입법자의 의지를 분명히 확인할 만한 입법사적 논의도 없었다는 측면에서는 찬성하기 어려울 것이고, 반면 헌법에 규정된 인간의 존엄과 가치조항을 비롯하여 학문, 예술, 종교, 언론출판, 교육 등등의 문화관련조항들을 묶어서 이해하면 - 명시적인 것은 아니지만 - 헌법내재적으로 문화국가원리를 도출해낼 수 있다고 볼 수도 있겠다. 특히 1980년 헌법에서 신설된 제9조가 문화국가원리의 직접적인 헌법적 근거가 될 수 있는지에

대하여는 논란의 여지가 있지만 어쨌든 강력한 찬성근거로 원용될 수도 있기는 하다.

(2) 헌법 제9조의 해석

현행헌법 제9조(“국가는 전통문화의 계승·발전과 민족문화의 창달에 노력하여야 한다.”)는 1980년 헌법 (제8차 헌법개정) 제8조에 신설된 조항이다. 이 규정의 도입 취지는 당시의 입법자료에서 찾아볼 수 없다. 동 조항의 신설 이전에는 헌법에 전통문화 내지 민족문화에 대한 규정은 없었고, 헌법 전문에서 ‘전통’, 그밖의 부분들에서 ‘문화’라는 용어가 산발적으로 언급되고 있었다.

국내헌법학계에서 전개된 제9조 해석론 중 중요한 것들만 살펴보면 우선 전광석 교수는, 1980년헌법에 신설된 문화국가조항에 대하여 그 입법자료를 발견할 수 없는 까닭에 도입취지를 객관적으로 규명할 수 없기는 하지만 다음의 네 가지 사회적 상황이 헌법에 반영된 결과로 추정한다.¹⁰⁾ i) 해방 후 일본문화와 미국문화와 같은 서구문화가 흘러들어오면서 우리문화가 이 문화에 흡수되는 위기감이 문화적 동질성을 갖는 공동체로서 우리사회를 위기에 빠뜨리게 되었다는 위기감에 헌법 제9조를 단순히 문화조성의무가 아닌 “민족문화”의 창달과 “전통문화”의 계승·발전을 강조한 것이고, ii) 장차 통일을 대비하여 민족의 동질성을 유지하여 서로가 한 민족임을 공감할 수 있도록 준비한다는 의미를 가지며, 우리헌법에 애초에 내포하고 있었던 (문화적) 민족주의의 강화라고 표현할 수 있고, iii) 서구사회에서의 문화국가원리의 현대적 의미와 마찬가지로, 해방 이후 정치적 공동체 및 사회경제적 공동체의 동질성을 유지하려는 노력이 문화의 영역에서의 동질성을 확장하려는 것과 다른 한편 상업성을 동반한 물질문화의 범람으로부터 정신문화의 조성의 필요성이 인식된 결과라고 볼 수 있으며, iv) 국민 일반에게 건전한 문화에의 접근권을 보장하려는 의도로 해석가능하다는 것이다. 또한 헌법 제9조의 문화국가원리가 문화조성의무, 문화적 자율성의 보호, 문화적 약자의 보호라는 세 가지 세부목표를 갖는다고 보고 있다.¹¹⁾ i) 우선, 문화적 동질성의 유지가 사회적 통합의 필수이므로 사회일반이 동질성을 느낄 수 있는 문화창작 내지 보급을 장려하고 물질적으로 보조를 제공하는 국가적 배려가 이루어져야 한다. 이러한 국가의

10) 전광석, 헌법과 문화, 공법연구 제19집, 한국공법학회, 1990, 171~173면.

11) 전광석, 헌법과 문화, 공법연구 제19집, 한국공법학회, 1990, 174면 이하.

문화조성은 국가의 문화적 중립성을 해치지 않고, 적극적으로는 문화의 자율성을 보호하는 방향으로 이루어져야 한다. 이때 국가의 문화조성은 모든 ‘주관적 문화’에까지 확대되는 것은 아니며 문화와 비문화에 대한 차별취급은 허용되고, 다만 우리헌법이 민족문화, 전통문화의 육성을 명시적으로 규정하고 있으므로 대중문화에 대한 민족문화, 전통문화의 우선적 보호하는 차별은 헌법 제9조에 의해 정당화될 수 있다고 본다. 그러나 민족문화, 전통문화와 대중문화의 구별 내지 육성대상을 결정하는 문제에 있어 국가가 유일한 결정자가 될 경우, 국가가 후견적 문화수호자 내지 문화지배자가 될 우려도 지적하면서 객관적인 전문가의 참여절차 확보 필요성을 제시한다. ii) 문화의 자율성보장은 제1차적으로는 제9조에서가 아니라 문화영역을 규율하는 개별 문화적 기본권 분야에서 논의되어야 한다고 보았다. iii) 마지막으로, 국가는 문화창작인과 국민일반을 포괄하는 문화적 약자에 대한 보호의무를 지는 바, 국민일반의 문화에의 접근권보장의 차원에서 헌법 제9조는 헌법 제34조에 대하여 보충적 성격을 갖는다고 보면서, 그 근거는 헌법 제9조의 지원을 받아 헌법 제34조의 인간다운 생활수준의 내용이 문화적 생활을 포함하는 풍부함을 갖게 되었다고 한다. 나아가 헌법 제9조는 민족문화의 창달 및 전통문화의 계승에 대한 국가목표규정으로, 문화현상의 복잡성 및 전문성으로 인하여 문화육성의 여부 및 우선순위의 결정에 있어 사법심사가 거의 불가능하다는 한계, 문화적 급부의 실현에 있어 자원에의 종속성이라는 한계를 가지며, 국민으로선 문화국가원리로부터 국가에 대한 특정한 종류 또는 수준의 문화보조에 대한 주관적 공권을 가질 수 없다고 본다.¹²⁾

김수갑 교수는, 제8차개정으로 1980년헌법에 문화국가조항이 도입되기 이전에도 문화국가를 헌법의 기본원리로 보는데 이론이 없었다고 보면서, 헌법상 문화국가조항은, 문화영역의 자율성보장이라는 바탕 위에서 국민이 최소한의 문화적 생활을 누릴 수 있는 적극적인 조건의 확보와 현대산업사회의 비인간화 위험성에 맞서 문화를 강조함으로써 균형있는 인격형성과 존엄성을 가진 인간답게 생활할 수 있는 기반을 조성하는 문화국가원리실현을 위하여 국가기관에 강력한 의무를 부여하고 있다고 설명한다.¹³⁾ 아울러 우리나라에서의 문화국가조항은 우리나라의 특수한 사정을 반영한 특별한 의

12) 전광석, 헌법과 문화, 공법연구 제19집, 한국공법학회, 1990, 177~178면.

13) 김수갑, 한국헌법에서의 「문화국가」 조항의 법적 성격과 의의, 공법연구 제32집 제3호, 한국공법학회, 2004.2, 193면.

의를 가지고 있다고 해석하는 바, i) 전통문화·민족문화의 우선적 보호강조와 ii) 통일문화형성의 과제가 그것이다.¹⁴⁾

우선, 우리헌법이 문화국가조항을 “민족문화”와 “전통문화”의 계승·발전을 강조하는 형태로 규정한 것은 외래문화의 영향으로 인한 우리문화의 동질성 파괴에 대한 위기의식에서 민족이 동질성을 느낄 수 있는 과거의 문화를 복돋우고 그 문화를 미래에 이어주는데 목적이 있다고 한다. 따라서 우리나라에서는 대중문화에 대한 민족문화, 전통문화의 우선적 보호는 보호의 우선순위에 따른 차별은 가능할 것이나, 민족지상의 국수주의를 인정하는 것이 아님을 강조하면서, 장차 헌법을 개정한다면 - 독일의 바이에른 주헌법처럼 - 일반적인 문화국가조항의 형태로 규정하는 것이 바람직하겠다고 설명하고 다만 우리나라의 특수한 사정을 감안하여 우선적 보호를 강조한 규정이라고 해석한다. 또한 남북한에 그동안 서로 이질적인 문화가 각기 형성되어 통일시 민족의 동질성 회복에 어려움이 따를 것으로 예상되는 바, 문화국가조항은 우리민족의 통일에 대비하여 정치적 이질성을 문화적 동질성으로 극복하여 통일의 실현계기를 앞당기는 등 통일문화형성에 대한 국가적 과제를 의미한다고 본다. 이러한 맥락에서 동 문화국가조항은 우리헌법상 통일관계조항(전문, 제4조, 제66조 제3항, 제69조, 제92조)과 함께 통일정책수행에 중요한 지침의 성격을 갖는다고 본다. 류시조 교수는, 우리나라는 건국헌법 이래 평화주의와 함께 문화국가원리를 헌법상으로 수용하였고 제8차 헌법개정을 통해 문화국가이념을 보다 강화하였다고 한다.¹⁵⁾ 헌법 전문, 제9조, 제69조, 제11조 제항, 제22조 제1항과 제2항 등 모든 문화규정들이 총체적으로 문화헌법으로 이해되며, 국가는 문화헌법규정을 통해 문화주의 이념을 구현하고 문화국가원리는 문화주의 이념의 실현을 목적으로 하는 국가원리라고 한다. 이러한 한국헌법상 문화국가원리는 i) 민족문화의 창달, ii) 인간의 존엄과 가치 실현, iii) 민주주의 이념의 보완 기능을 한다고 본다. 특히 민족문화의 창달과 관련하여, 헌법 전문에서부터 한국민족이 유구한 역사를 가진 문화민족에서 정치민족으로 성장하여 왔음을 밝혀 대한민국의 민족국가성을 명백히 하고 있으며, 한국의 민족주의는 대한민국의 건국으로 그 역사적 정치적 사명을 끝낸 것이 아니라 남북분단을 극복하고 민족통일이라는 정치적 역사적 과제

14) 이하의 내용은 김수갑, 한국헌법에서의 「문화국가」 조항의 법적 성격과 의의, 공법연구 제32집 제3호, 한국공법학회, 2004.2, 193면이하 참조.

15) 류시조, 한국 헌법상의 문화국가원리에 관한 연구, 헌법학연구 제14권 제3호, 한국헌법학회, 2008.9, 303면.

를 안고 있는 미완성의 이데올로기라고 본다.¹⁶⁾ 이에 전통문화와 민족문화는 국가의 계속성과 민족의 정치적 정체성을 결정짓는 절대적으로 중요한 자산이며, 문화국가원리는 민족형성과 유지에 불가결한 민족문화창달의 기능을 수행한다고 한다. 한국헌법상 문화국가원리는 국가의 문화형성의무와 학문과 예술의 자유, 교육권 및 교육제도의 보장으로 구현되었는데, 그 중에서 헌법 제22조의 학문과 예술의 자유가 개인의 문화적 기본권으로서 문화헌법체계의 중심이며 문화국가원리 구현의 핵심적 규정이라고 본다.¹⁷⁾ 국가의 학문과 예술의 진흥은 공공의 ‘문화급부정책’ 중의 하나로서, 헌법 제9조의 전통문화의 계승·발전과 민족문화의 창달의무는 문화목적프로그램 중 하나이고, 이를 위한 각종의 정책적·행정적 제도와 조치도 문화국가원리의 실현을 위한 문화급부정책적 수단 중의 하나라고 한다.¹⁸⁾

김상겸 교수는, 제헌헌법부터 명문으로 등장한 전통이란 표현은 헌법의 역사성을 나타내는 의미로만 사용되었다가, 문화와 결합하여 1980년헌법에서부터 독립된 조항으로 등장한 후 현행헌법에 이르기까지 전통문화와 민족문화에 대한 국가의 의무를 헌법차원에서 보장하고 있다고 설명하면서,¹⁹⁾ 당시 정치적 상황을 고려하면 새 시대를 시작한다는 대의명분 속에 문화적 정체성의 확립과 동질성의 회복을 위하여 헌법상 문화국가 조항의 신설이 필요했다고 추측하고 있다.²⁰⁾ 다만, 다양성을 추구하는 현대사회에서 단지 전통문화와 민족문화만으로 국가 구성원의 정체성과 국민적 동질성을 형성하는 것은 아니므로, 다양한 문화의 유형을 수용·발전시키는 개방적 견지에서 문화국가 조항을 전통문화의 계승발전과 민족문화 창달의 범주를 벗어나 일반적인 문화조항으로 확대·전환하는 것이 필요하다는 개정론을 주장하고 있다.²¹⁾

발제자의 생각은 다음과 같다 :

16) 류시조, 한국 헌법상의 문화국가원리에 관한 연구, 헌법학연구 제14권 제3호, 한국헌법학회, 2008.9, 308~309면.

17) 류시조, 한국 헌법상의 문화국가원리에 관한 연구, 헌법학연구 제14권 제3호, 한국헌법학회, 2008.9, 316면.

18) 류시조, 한국 헌법상의 문화국가원리에 관한 연구, 헌법학연구 제14권 제3호, 한국헌법학회, 2008.9, 318면.

19) 김상겸, 헌법 제9조, 주요법령에 대한 주석서 1, 2007, 243면.

20) 김상겸, 헌법 제9조, 주요법령에 대한 주석서 1, 2007, 246면.

21) 김상겸, 헌법 제9조, 주요법령에 대한 주석서 1, 2007, 246면.

첫째, 헌법 제9조의 입법배경을 보면 1980년 당시의 시대적 상황에 비추어 학계의 제9조 신설에 대한 평가와 수다한 내용을 도출하는 입장에는 좀 과장된 측면이 있는 것 같다. 군사반란과 내란행위로 집권한 - 정통성을 결여한 - 세력의 자기정당화의 한 방편으로 진행된 대규모의 전통문화행사가 그 당시에 있었음을 돌아본다면 헌법 제9조의 신설이 문화와 국가의 관계에 관한 깊은 숙고의 산물이 아니었을 것임은 넉넉히 짐작되는 바이다. 물론 이것이 해석가능한 범주 자체를 봉쇄하는 것은 아니라는 유보 하에서 그렇다.

둘째, 헌법 제9조의 문언을 들여다보면 이것이 과연 현대적인 입헌국가가 문화질서에 대하여 수립할 수 있는 원칙이라고 믿을 수 있겠는가 의심하지 않을 수 없다. 세계화시대에 ‘열린 국가’가 대세인 오늘날에는 더군다나 말할 것도 없다. 동 문언에 부합하게 해석한다면 헌법 제9조는 문화국가 ‘원리’ 조항이라기보다는 고유문화(전통문화, 민족문화)의 보존 계승에 관한 국가적 의무를 특별히 강조하는 정도로 좁게 해석하고, 아직 한국헌법상 ‘문화국가’를 명시적으로 선언한 조항은 없다고 보는 것이 사리에 맞을 것이다. 그리고 문화헌법과 관련하여서는 종래와 마찬가지로 헌법의 문화관련 제조항들을 종합적으로 판단하는 것이 옳을 것이다.

이렇게 헌법 제9조를 고유문화 보호를 위한 특별조항으로 해석한다면 동 조항이 이 글의 주제인 다문화현상에 대한 헌법적 대응에 어떤 영향을 미치겠는가?

첫째, 고유문화의 보호를 특별히 요청한다는 것은 다른 문화(외래문화)의 유입, 존재를 전제로 하고 있음을 간접적으로 말해준다. 즉 헌법 제9조는 한국이 단일문화주의(mono-culturalism)를 기본으로 인식하고 있지 않다는 것을 역설적으로 보여준다. 따라서 적어도 문화적 다원주의(cultural pluralism)는 예정하고 있는 셈이다.

둘째, 나아가 헌법 제9조는 고유문화가 다른 문화에 비하여 우월적 지위에 있음을, 즉 선도문화(Leitkultur, Leading Culture)임을 선언한 것인가? 헌법은 통일적으로 해석되어야 하는 바, 인간의 존엄과 자율성을 헌법의 핵심가치로 하고 그에 기반한 각종 문화활동(학문 예술 등)을 기본권으로써 보장하고 있는 헌법하에서 문화간에 상하서열을 절대적으로 인정한다는 것은 자기모순이 아닐 수 없다. 따라서 헌법 제9조에서 고유문화를 보호하고 적극적으로 진흥할 국가적 의무는 인정할 수 있지만, 이를 주류문화·선도문화로 가치평가한 것으로 인정할 수는 없을 것이다.

(3) 문화국가원리에 의해 다문화사회문제를 판단할 수 있는가?

한국 헌법의 문화관련규정들로부터 문화국가원리를 도출해낼 수 있다고 할 경우, 이는 국가목표규정으로서 국가의 문화영역에 대한 태도를 정하는 것이다. 동 원리에서 출발점에 해당하는 창조적 정신활동으로서의 본질상 요청되는 문화의 자율성 보장은 국가의 문화적 중립성으로 이어지고, 문화진흥의무와 평등보장은 문화향수권으로 이어진다. 문화향수권은 창작/전파/향수(향유) 각 영역에서의 국가에 의한 지원 및 진흥, 평등보호를 내용으로 한다.

그런데 문화라는 개념은 매우 다양하게 사용되며, 그 컨텍스트에 따라 달리 이해되어야 한다. 이에 개방적 개념이 유용하다. 즉, 문화참여자의 배경의 다양성 때문에 ‘문화개념의 개방성이’ 인정되며, 문화적 활동을 하는 자의 자기이해가 그 기준이 되어야 할 것이다. 문화개념의 개방성에 따라 문화의 다양성(여기에서 곧바로 다문화주의가 도출되지는 않는다는 점 주의)이 인정되어야 한다는 것이다. 이러한 문화의 개방성, 나아가 문화적 다양성의 인정은 - 문화국가원리를 인정한다면 그 근거가 되는 핵심조항인 - 특별한 문화관련 헌법조항을 기초로 하는 것이다.

3. 다문화사회문제 해결을 위한 헌법원칙의 도출가능성

- 인간의 존엄성에서 유래하는 관용의 원칙과 국가의 보호의무

우리나라와 같은 전통적인 국민국가에서, 급속하게 유입되고 있는 이주민들이 자신들만의 부분사회를 구성하여 공공연하게 그들의 고유한 문화와 생활양식을 표현할 때, 그것이 만약 우리의 고유문화와 전혀 이질적인 것일 경우, 그들의 문화를 인정하고 존중하고 나아가 계속 유지되도록 보호 지원까지 하려면 국민 일반의 관용의 정신이 요청된다. 이러한 관용의 원칙은 오늘날과 같이 전세계적으로 문화교류와 혼합문화(Fusion Culture)가 유행인 시대에는 필연적인 것이기도 하다.

한국헌법상 문화의 다양성을 인정하는 관용의 원칙은 헌법 제10조, 기타 문화헌법조항, 제37조 제1항과 제2항으로부터 도출될 수 있다고 본다. 즉 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치에서 나오는 개인의 존엄권, 인격권, 인격의 자유로운 발현의 권리, 그리고 행복추구권과 함께 구성되는 자기결정권(life style 결정권), 학문·예술·종교 등 기타

문화관련 기본권조항들을 종합하면, 한국에 병존하는 수다한 문화들 간에 ① 상호인정 ② 상호존중 ③ 상호배려를 세부 내용으로 하는 관용의 원칙을 도출할 수 있을 것이다.

관용의 원칙이 적용되는 구조를 한 예를 들어 설명하자면, 지금 한창 프랑스에서 논의되고 있는 공공장소에서의 무슬림복장금지법안의 (헌법적 내지 인권적) 정당성논쟁의 경우, 무슬림여성에게 부르카를 벗도록 강요하는 것은 서구 기독교 여성들에게 부르카를 착용하도록 강요하는 것과 마찬가지로 볼 수 있지 않을까 한다. 인간은 어떤 교시나 강요를 통하여 순간적으로 교화되는 대상이 아니다. 인간의 정체성(Identity)은 전기적인 삶의 역사(Biographical history) 가운데 형성된다. 인간은 집단생활을 하므로, 자기가 속한 집단 안에서 삶의 역사(Biographical history)가 진행된다. 따라서 집단의 정체성이 개인의 정체성에 각인된다. 그렇게 개인사 속에서 형성되어진 정체성을 간단히 부정하고 새로운 정체성(이민자를 받아들인 사회가 옳다고 생각하는 정체성)이 오히려 그의 존엄과 자유에 맞다고 주장하는 것은 후견에 해당하는 자기모순이다. 이는 존엄과 자유의 위장막 안에 후견주의적 강요를 은폐하는 셈이다. 하나의 정체성에서 다른 하나의 정체성으로 이행하는 것 역시 삶의 역사(Biographical history)를 필요로 한다. 단계적으로 진화되는 과정을 밟아야 한다. 그러한 진행도 본인의 자율적 결정에 맡겨져야 한다. 그것이 그의 존엄과 자유를 존중하는 유일한 방법이다.

물론 그렇다고 하여 문화의 이름으로 행하여지는 온갖 행위양식에 대하여 항상 면죄부가 주어질 수는 없다. 문화상대주의의 극단에서 우리는 인간성의 포기에도 이를 수 있기 때문이다. 예컨대 할레나 강제조혼같은 풍습의 경우 이때 당사자의 자기결정이 있다고는 도저히 볼 수 없을 것이다. 이처럼 문화적 결정의 오로지 수신자가 되는 경우, 즉 책임있는 자기결정을 할 만큼의 성숙이 이루어지지 아니한 상태에서 오로지 자신에게 일어나는 불이익을 감수해야만 하는 상황에 처해 있는 경우, 당사자를 보호하는 것이 그의 존엄성과 자율성에 부합한다. 즉 그러한 문화적 양식은 당사자가 자기결정이 가능한 상태에 이를 때까지 유보되어야 하는 것이지, 집단이 고유한 문화라는 이름으로 강요할 수 있는 것이 아니다. 여기에 관용의 한계가 있다.

결국 관용의 원칙에 입각하여 국가는 각자가 자신의 결정의 몫과 그로 인한 위험을 담당하면서 스스로 결정한 자신의 삶의 양식(life style) 안에서 살 수 있도록 보호해주면 된다. 개인의 자기결정이 아닌 것으로 볼 만한 합리적 의심이 있는 경우 당사자가 속한 집단의 타율적 결정으로부터 본인을 보호하는 것도 그러한 국가의 보호의무에 속하는 것이다.

4. 기본권보장을 통한 해결²²⁾

개인적 권리 보장을 통한 해결방식(individual right concept)은 외국국적자의 경우에는 기본권의 성격에 따라 국민의 권리와 인간의 권리로 나누어 인간의 권리에 포섭시켜 보호하게 될 것인데, 평등권을 중심으로, 종교의 자유를 비롯한 문화적 권리(개별적 권리에의 포섭이 어려울 경우 일반적 행동의 자유)로써 보호될 것이고, 한국국적의 다문화수용자의 경우에는 그것에 더하여 문화관련 정치적 결정에의 참여권 보장을 통하여 문화의 국가형성작용의 측면에서 뿐만 아니라 국가의 문화형성작용의 측면에서도 주체성을 인정받게 될 것이다. 이러한 개인의 권리보장을 통한 해결방식은 궁극적으로 사법적 구제절차에 의하여 유효하게 관철될 것이다.

집단적 권리 보장을 통한 해결방식(collective right concept)은 다양한 문화주장이 집단의 형태로 나타나고 그럴 경우 폭발력이 있다는 점에서 더 신중한 접근을 요한다. 예컨대 이민자들이 소수사회를 형성하여 한국에서는 매우 낯설고 이해하기 어려운 종교의식을 집단적으로 거행할 경우 이는 집단적 종교의 자유의 문제로 보고 접근할 수 있을 것이다. 개인의 권리보장을 통한 해결방식의 경우에서보다 이러한 접근방법은 사법적 구제도 가능하겠지만 헌법정책적 결단, 입법정책적 결단, 정책집행을 통하여 더 효율적이고 유효한 결과를 얻을 수 있을 것이다.

개인상호간든 집단상호간이든 문화적 다양성에서 비롯되는 갈등의 경우 보통 ‘기본권충돌’의 양상을 띠게 될 것인데, 어느 한 문화에 대하여 절대적 우위를 인정할 수 없다는 관점에서는 대부분의 경우 이익형량적 관점보다는 실제적 조화(praktischer Konkordanz, practical concordance)를 도모하는 방향으로 가야 할 것이다. 그러나 헌법의 핵심가치와 충돌하는 것(예컨대 헌법상 보장된 기본권의 본질적 내용을 침해하는 경우처럼) 또는 개인의 자기결정으로 볼 수 없는 강요된 행위의 경우 관용의 한계에 해당되는 것으로 보아 형량적 관점도 원용가능할 것이다.

22) 개인 또는 집단으로서의 외국인, 그리고 개인 또는 집단으로서의 외래문화수용 한국인에 대한 개별적 기본권의 보장에 관한 자세한 것은 후속하는 발제에 다루어질 예정이므로 여기에서는 약하기로 한다.

5. 국제인권기준의 적용가능성

(1) 소수자의 권리에 대한 국제인권기준

소수자(소수집단) 보호 특히, 이주민의 권리보호를 규정한 국제인권규범들에는 다음과 같은 것들이 있다: 세계인권선언 제2조 차별금지 조항에서는 “인종 또는 피부색, 성별, 언어, 종교, 정치적 또 그밖의 견해, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 기타의 지위”에 관한 차별을 금지하였고, 인종차별철폐협약(ICERD)은 세계인권선언에서 천명한 권리들이 국가들을 직접적으로 구속할 수 있도록 법적 구속력을 가지는 조약으로서, 국가에 의한 인종차별 금지를 비롯하여 사회내에서의 인종차별을 철폐하기 위하여 국가가 적절한 조치를 취할 것을 규정하고 있다. 우리나라는 1978년 12월 5일에 가입하여 1979년 1월 4일부터 발효되었다. ‘시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약’(ICCPR, B규약)과 ‘경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약’(ICESCR, A규약)의 경우 우리나라가 1990년 4월 10일 가입하여 동년 7월 10일부터 국내적으로도 발효되었다. B규약은 제2조에서 “인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 기타의 신분 등에 의한 어떠한 종류의 차별도 없이 이 규약에서 인정되는 권리들을 존중하고 확보할 것을 약속한다.”고 하면서 침해에 대한 구제수단을 마련할 것을 규정하고, 제26조에서 “모든 사람은 법앞에 평등하고 어떠한 차별도 없이 법의 평등한 보호를 받을 권리를 가진다. 이를 위하여 법률은 모든 차별을 금지하고, 인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치적, 또는 기타의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 기타의 신분 등의 어떠한 이유에 의한 차별에 대하여도 평등하고 효과적인 보호를 모든 사람에게 보장한다.”고 하고 제27조에서 “종족적, 종교적 또는 언어적 소수민족이 존재하는 국가에 있어서는 그러한 소수민족에 속하는 사람들에게 그 집단의 다른 구성원들과 함께 그들 자신의 문화를 향유하고, 그들 자신의 종교를 표명하고 실행하거나 또는 그들 자신의 언어를 사용할 권리가 부인되지 아니한다.”고 규정하고 있다. A규약은 제2조에서 “이 규약에서 선언된 권리들이 인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 기타의 신분 등에 의한 어떠한 종류의 차별도 없이 행사되도록 보장할 것을 약속한다.”고 규정하고 있다. ‘고용 및 직업상의 차별에 관한 협약’(ILO협약 제111호)은 인종, 피부색, 성별, 종교, 정치적 견해, 출신국 또는 사회적 신분에 근거한 모든 구별·배

제 또는 우대로서 고용 또는 직업상의 기회 또는 대우에서의 차별을 제거할 목적으로 만들어진 협약으로, 우리나라는 1998년 12월 4일 가입하였고, 1999년 12월 4일부터 발효되었다.

그밖에도 이주노동자권리협약(‘이주노동자와 그 가족의 권리보호를 위한 국제 협약’, ICPRMW)은 이주노동자의 생명권, 자유권뿐 아니라 사회보장, 근무환경, 교육·문화생활을 누릴 권리 등 사회적 권리까지 보장받을 수 있도록 정하고 있다. 우리나라는 아직 가입하지 않았다. ‘민족적 소수자의 보호를 위한 기초협약(Framework convention for the protection of National Minorities)’은 소수집단에 속하는 사람들의 권리보호에 관한 협약으로서, 당사국들은 소수집단의 문화를 발전시키고 그들의 무종교, 언어, 전통, 문화적 유산들과 같은 정체성의 본질적 요소들을 보존하며, 관용의 정신과 문화간 교류를 촉진하여야 한다는 등의 내용을 담고 있다. 동 협약은 1998년 2월 1일 발효되었고 가입국가에 법률적 구속력을 가진다. 우리나라는 서명한 바 없다. 마지막으로 ‘민족적, 종족적, 종교적, 언어적 소수자에 속하는 사람들의 권리 선언(Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities, GA resolution 47/135)’에서는 민족적, 종족적, 종교적, 언어적으로 소수집단에 속하는 사람들은 그들의 고유문화와 종교, 언어를 사적으로나 공적 생활에서 향유할 권리를 가지며 이러한 권리를 개인으로서 뿐만 아니라 단체나 집단으로서 행사할 수 있다고 규정하고 있다. 그러나 동 선언은 법적 구속력을 가지지 아니한다.

(2) 한국헌법상 동 인권기준의 (국내법적) 효력

헌법은 제6조 제1항에서 “헌법에 의하여 체결·공포된 조약”과 “일반적으로 승인된 국제법규”는 국내법과 동등한 효력을 갖는다고 규정하고 있다. 우리나라가 체결한 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약」, 「경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약」 및 「인종차별철폐협약」과 「고용 및 직업상의 차별에 관한 협약」의 경우, 다자간 조약으로 분류될 수 있다. 헌법 제6조 제1항에는 국회의 동의를 받은 조약(헌법 제60조 제1항의 열거에 해당되는 조약)과 그밖의 조약의 국내법상의 서열관계 및 효력에 대하여는 규정하고 있지 아니하다.

헌법 제60조 제1항의 규정에 의하여 국회의 동의를 거쳐 체결·비준하는 조약은 (국

회에서 제정되는 형식적 의미의)법률과 동등한 효력을 갖는다고 보는 것이 학계의 통설이다. 반면 국회의 비준을 받지 아니한, 헌법 제60조 제1항에 열거된 조약 이외의 조약은, 국회의 동의권행사를 통한 ‘관여’나 ‘민주적 통제’를 결하게 되어 법률로서의 효력을 가지지 못하고 법률하위규범인 ‘행정입법’의 지위에 놓인다고 보고 있다.²³⁾ 이에 따르면 국회의 비준을 거친 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약」, 「경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약」 및 「인종차별철폐협약」과 국회의 비준을 요하지 않은 「고용 및 직업상의 차별에 관한 협약」은 국내 적용시 효력이 상이하게 나타날 것이다.²⁴⁾

그런데 국제법규의 국내적 효력단계와 관련하여 국제인권법의 경우 포함된 내용들의 보편적 성질에 비추어 일반적인 국제법규범과 달리 취급되어야 하지 않나 하는 견해들이 주장되기도 한다. 즉 국제적 인권을 규정한 국제법규범이 국내적용되는 경우의 효력서열에 관하여 i) 헌법과 동위의 효력을 인정하는 견해, ii) 헌법과 법률의 중간 정도의 효력을 인정하는 견해, iii) 법률과 동위의 효력을 인정하는 견해로 학설이 나뉜다.²⁵⁾ 이중 법률동위설이 국내 다수설이다.

국제인권법을 헌법과 동일한 효력을 가지는 것으로 보아야 한다는 견해는, 국제법상의 인권규약은 인권이 단순한 국내문제가 아니라 전세계적으로 보장되어야 한다는 당위에서 등장한 것으로서 헌법과 같이 근본적인 자유와 인권을 개인에게 보장하고 있는 규약은 헌법적 차원의 성질을 띠지만 헌법은 국내법 중에서 최고규범이며 조약이 헌법보다 우월할 수 있다는 조항이 없으므로 헌법에 위반될 수 없고 헌법과 조화되는 범위에서 보완적인 효력을 갖는다고 한다.²⁶⁾ 한편 조약의 성립형식과 내용의 보편성에 따

23) 임지봉, 헌법적 관점에서 본 ‘국회의 동의를 요하는 조약’ -대한민국의 경우를 중심으로-, 국제법 동향과 실무 vol.3 no.1 (통권 제7호), 2004, 113~114면.

24) 그밖에도 이주민의 권리보호에 유효한 내용을 담고 있으나 ‘민족적, 종족적, 종교적, 언어적 소수자에 속하는 사람들의 권리 선언(Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities)’은 법적 구속력을 가지지 아니하며, 법적 구속력을 가지나 우리나라가 가입하지 않은 ‘이주노동자권리협약’, 민족적 소수자 보호를 위한 기초협약(Framework convention for the protection of National Minorities)’ 등이 있다. 이들의 경우, 일반적으로 승인된 국제법규에 해당한다고 보면 동 규범들 안에 포함된 국제인권기준들은 특별한 국내법적 수용절차를 거치지 아니하고도 국내법과 같은 효력을 가지고 적용될 수 있을 것이다. 이들이 일반적으로 승인된 국제법규에 해당하는지 여부 및 국내법 효력서열상 어디에 위치하는지 문제된다. 해당 국제법규가 일반적으로 승인된 국제법규에 해당하는지 여부에 대하여 이를 확인할 권한은 각급 법원이 가지며 그 최종적 권한은 대법원이 가진다고 해석된다.

25) 국제인권법규의 효력에 관한 학설은 전학선, 국제인권법과 헌법재판, 미국헌법연구 제19권 제1호, 2008, 179면 이하에 정리된 내용 참조.

라 조약마다 개별적으로 파악하여 그 효력을 인정하여야 하므로 국제인권규약의 경우에는 헌법적 가치를 가진다고 보는 입장도 있다.²⁷⁾

국제인권법이 헌법보다는 하위이지만 법률보다는 상위의 규범적 가치를 가진다고 보는 견해는, 개인의 보편적 인권보장을 위해 국제사회에서 다자간 국제조약의 형식으로 만들어진 인권조약은 성질상 단순한 국가간 상호의무의 교환으로서의 일반적 조약과는 취급을 달리 해야 한다고 주장한다.²⁸⁾²⁹⁾

(3) 국제인권기준과 입법통제

한국학계의 다수설은 국제인권규범이 아무리 보편적인 내용으로 되어 있다고 하더라도, 현행 헌법규정상 그것에 헌법적 지위를 부여할 수 없다는 것, 따라서 국제인권을 곧바로 헌법상의 권리로 인정할 수 없다는 것이다. 그렇다면 국내입법이 국제인권기준에 부합하지 못하더라도 효력서열이 동위인 까닭에 그대로 유효하게 적용될 수밖에 없

26) 이명웅, 국제인권법의 국내법적 효력 - 헌법과의 관계 및 헌법재판에서의 법원성, 국가인권위원회 심포지엄, 2004, 54~55면 (전학선, 국제인권법과 헌법재판, 미국헌법연구 제19권 제1호, 2008, 182면에서 재인용)

27) 오승철, 국제인권규약(B규약) 제9조 제3항의 국내법적 해석·적용, 인권과 정의 통권 제294호, 2001, 143~144면.

28) 박찬운, 실무적 입장에서 본 국제인권법의 직접적용, 헌법학연구 제8집 제4호, 2002, 74면. 이 논문에서는 또한 헌법의 해석을 통하여 인권조약의 내용을 헌법상의 기본권의 내용으로 끌어들이므로써 헌법과의 충돌을 막아야 한다고 주장한다. 아래 (3) 참조.

29) 헌법재판소는 “1966년 제21회 국제연합(UN) 총회에서 채택된 “시민적·정치적 권리에 관한 국제규약”(1990. 6. 13. 조약 1007호, 이른바 B규약) 제8조 제3항은 법원의 재판에 의한 형의 선고 등의 경우를 제외하고 어느 누구도 강제노동을 하도록 요구되지 아니한다는 취지로 규정하고 있고, … 우리 헌법 제12조 제1항 후문과 같은 취지라고 할 수 있다. 그렇다면 강제노역금지에 관한 위 규약과 우리 헌법은 실질적으로 동일한 내용을 규정하고 있다 할 것이므로, 이 사건 심판대상 규정 또는 그에 관한 대법원의 해석이 우리 헌법에 위반되지 않는다고 판단하는 이상 위 규약 위반의 소지는 없다 할 것이다.” (헌재 1998. 7. 16, 97헌바23, 판례집 10-2, 243, 265)고 판시하여 동 규약의 위배여부에 대하여 적극적으로 판단하지는 않았으나 재판규범성을 부정하지는 않아, B규약의 효력서열에 대하여 헌법과 동위의 효력을 인정한 것은 아닌지 입장이 모호하였다. 이후 부정수표단속법 제2조 제2항 위헌제청 사건에서도 “헌법 제6조 제1항의 국제법 존중주의는 우리나라가 가입한 조약과 일반적으로 승인된 국제법규가 국내법과 같은 효력을 가진다는 것으로서 조약이나 국제법규가 국내법에 우선한다는 것은 아니다. … 결코 ‘계약상 의무의 이행불능만을 이유로 구급’ 되는 것이 아니므로 국제법 존중주의에 입각한다 하더라도 위 규약 제11조의 명문에 정면으로 배치되는 것이 아니다.”(헌재 2001. 4. 26, 99헌가13, 판례집 13-1, 761, 773-774)라고 하여 여전히 입장은 명확하지 않은 것으로 보인다. 이 결정들에 대하여 헌법재판소가 국제인권법에 대해 헌법적 가치를 인정하였다고 분석하는 견해(전학선, 국제인권법과 헌법재판, 미국헌법연구 제19권 제1호, 2008, 186~187면)도 있다.

고, 심지어 새로운 입법을 통하여 국제인권기준을 무시하더라도 어쩔 수 없다는 결론에 이르게 되고 만다. 물론 한국이 열린 국가를 지향하고 여러 가지 분야에서 활발하게 세계적인 교류가 이루어지고 있는 나라라는 점에서 입법자가 국제인권기준을 충분히 고려하여 입법으로 나아갈 것임은 의심할 여지가 없기는 하다. 그러나 이는 사실의 문제일 뿐 규범적으로 확보되는 것은 아니기 때문에 여전히 불만족스럽다. 이는 결국 헌법개정을 통하여 국제인권기준을 내용으로 하는 국제법규범의 효력에 대한 특별한 조항을 두어 해결되어야 할 문제로 보인다.

그렇다면 헌법개정 이전에는 어떠한 방법이 있는가? 소수자의 인권도 결국 국내법상으로는 기본권주체성만 인정되면 헌법적 보호를 받을 수 있는 것이므로, 기본권규정을 해석함에 있어서 국제인권기준을 충분히 고려하는 적극적 태도가 해석자들(학계, 입법, 행정 사법 등 국가기관 및 지방자치단체 등)에게 요구된다고 하겠다. 여기에서 법률적 효력을 가지는 국제법규범의 일부 내용이 기본권규정에 이른바 방사효과를 가지고 헌법적 단계로 격상되는 것의 문제점이 지적될 수 있을 것이나. 시대의 발전수준에 맞는 헌법해석을 통하여 입법자의 재량의 폭을 제한하는 것은 경성헌법성으로 인하여 헌법개정이 쉽지 않은 상황에서 정당화될 수 있다고 본다.

V. 다문화현상에 대한 헌법입법론적 대응(헌법개정의 가능성)

1. 헌법개정을 통한 다문화수용의 가능성

헌법해석을 통한 다문화문제 해결에 한계가 있고, 헌법의 문화패러다임의 전환 나아가 국민의식의 전환을 위하여 헌법개정이 요청되는 상황이다. 그런데 문화적 다양성(나아가 다문화주의원칙)을 정면에서 헌법에 명시한 입법례가 많지는 않다. 캐나다³⁰⁾

30) 캐나다는 1971년 인종이나 민족에 따른 차별을 배제하고 모든 사람이 평등하게 캐나다 사회에 참여하는 것을 강조한 다문화주의를 공식 정책으로 채택하였다. 원래 캐나다의 다문화주의는 퀘벡 주 프랑스계 캐나다인들의 분리운동을 차단하려는 것이 주된 목적이었으나 이후 소수인종 집단의 문화보호와 평등한 기회를 확장하는 방향으로 전개되었다. 캐나다가 채택한 다문화주의는 ‘모자이크’모델로서 이민집단의 고유한 정체성을 유지하는 것을 인정하고 모든 민족이 평등하다는 것을 선언한 것이다. 즉 캐나다의 다문화주의의 정책은 이주민의 통합을 돕고, 통합의 중요성을 강조하지만 캐나다 사회로의 동화를 강요하지 않으며 이주민들의 언어, 민족/인종, 종교, 문화 등의 다양성을 인정하여 그 속에서 캐나다의 정체성을 추구하고, 통합성과 단일성(unity)을 찾아가는 방향에 서있다. 특히 캐나다는 1982

(권리장전 제27조 : “이 헌장[캐나다권리헌장]은 캐나다인들의 다문화유산을 보존하고 향상시키는 방향으로 해석되어야 한다.”³¹⁾), 스위스(스위스연방헌법전문 : “...상호존중하며 다양성 속의 단일성을 실천하며 살기로 다짐한다.”³²⁾; Title I, 2조 : “스위스는 국가의 공동 복지, 지속가능한 발전, 내적 결속과 문화적 다양성을 증진한다.”³³⁾; Title III, 3장 69조 3항 : “연방정부는 2항을 달성하기 위해 국가의 문화와 언어적 다양성을 고려한다.”³⁴⁾), 오스트리아(1장 A절 8조(2)항 : “...오스트리아(연방, 주지방)공화국은 ... 언어와 문화적 다양성의 지속적 보존과 보호 및 증진에 기여한다.”) 등 몇몇 국가에서 발견될 뿐이다. 국민국가차원에서 헌법으로 문화적 다양성 내지 소수집단의 정체성을 인정한다는 것이 쉽지 않다는 것을 알 수 있다.

2. 가능한 헌법개정의 수준과 범위

만약 한국에서 헌법개정을 통하여 다문화문제에 관한 일정한 지침을 국가에 부여하려고 한다면 어떠한 수준이 바람직할 것인가? ‘동화금지’와 ‘다문화주의’ 사이의 어느 지점이 될 것은 당연하겠지만, 그 내용을 소수집단의 민족적, 문화적 정체성을 인정하는 것으로 할 것인지 문화적 다양성을 일반적으로 강조하는 내용으로 할 것인지, 혹은 더 일반적으로 (국민적 통합을 넘어) 사회통합의 중요성을 표현하는 내용으로 할 것인지 고민해보아야 할 것이지만 국민투표로 헌법개정 여부가 확정되므로 결국 국민정서상 수용가능한 내용이 무엇인가가 관건이 될 것으로 본다.

년에 캐나다권리헌장(Canadian Charter of Rights and Freedoms)에 Section 27을 포함시켰는데, Section 27은 “캐나다권리헌장은 캐나다인들의 다문화유산을 보존하고 향상시키는 방향으로 해석되어야 한다.”는 규정으로 이 규정을 통하여 다문화주의가 캐나다의 헌법상 원칙으로 법적인 지위를 획득하게 되었고, 이를 두고 헌법의 새로운 시대가 열린 것이라고 높게 평가하는 견해도 있다. 캐나다는 1988년 7월 22일 캐나다 다문화주의법(The Canadian Multiculturalism Act)을 정식으로 공포하였다. 캐나다 정부(문화유산부)는 다문화주의법에 근거하여 문화 간의 상호이해증진, 인종차별 해소, 시민참여, 캐나다 각 기관에서의 다양성 반영의 네 가지 영역을 중점적으로 시행하고 있다.

- 31) Canadian Charter of Rights and Freedoms Section 27: “This Charter shall be interpreted in a manner consistent with the preservation and enhancement of the multicultural heritage of Canadians.”
- 32) Switzerland Constitution : Preamble “... determined, with mutual respect and recognition, to live our diversity in unity, ...”
- 33) Article 2 (2) “It promotes common welfare, sustainable development, inner cohesion, and cultural diversity of the country.”
- 34) Article 69 (3) “In the accomplishment of its tasks, the Federation considers the cultural and linguistic diversity of the country.”

또 규정의 방식에 있어서도, 예를 들면, ①‘문화적 다양성’을 전문에 추가하는 방식, ② ①+차별금지규정에 차별금지기준을 추가하는 방식, ③ ①+②+평등권에 소수자권리에 대한 적극적 조치의 근거를 규정하는 방식 등을 고려할 수 있을 것이다.

구체적으로는 전문에 규정할 것인가 총강에 규정할 것인가 기본권장에 규정할 것인가? 전문에 규정한다면 그 표현의 수준을 어떻게 할 것인가? 총강에 규정한다면, 헌법 원칙조항을 둘 것인가? 국적조항에서 복수국적을 인정하거나 한국국적의 취득을 용이하게 하는 입법적 근거규정을 둘 수 있는가? 기본권장에 규정한다면, 평등권의 차별금지사유를 추가하는 식으로(‘소수자’, 인종, 종족, 피부색, 출신지역 등) 할 것인가? 나아가 소수자의 문화보호를 위한 적극적 조치의 헌법적 근거도 마련할 것인가? 소수자가 자신의 생활양식과 문화를 지키기 위하여 관련 의사결정에 당사자로서 직접 참여할 수 있는 정치적 권리를 부분적으로라도 (물론 구체화에 기술상의 어려움이 많을 것이다) 허용할 것인가? 그 방법으로서 집단거주지에 있어서 대표를 보장하는 방향도 가능한가? 특히 언어, 교육, 취업 등에서 곤란을 겪을 우려가 있는 소수자 아동 청소년들을 배려하여 교육기본권 및 근로기본권 등에서 특별한 적극적 조치의 헌법적 근거를 마련할 것인가?³⁵⁾

35) 국회의장 자문기구로 2008.9.~2009.8. 설치되었던 헌법연구자문위원회 결과보고서에서는 우선 헌법개정 방향 중 하나로서 “미래지향적이고 지속가능한 발전을 위한 비전의 집약”을 들고 그 내용 중 “세계화시대에 걸맞은 새로운 헌법은 정치·경제·사회·문화 등의 장이 국민국가 단위를 넘어 세계를 무대로 펼쳐지고 있음을 고려하고, 생활 전반에 문화적 다양성이 요구되는 시대적 요청을 반영하여 더욱 보편적인 가치와 열린 시대를 지향하는 내용을 담을 필요가 있다.”고 주장한다. 구체적으로는 첫째, “헌법전문에 세계화 및 다민족·다문화 시대에 부합하는 내용을 반영”한다는 취지로 “안으로는 국민생활의 균등한 향상과 문화적 다양성을 지향하며 밖으로는 항구적인 세계평화와 인류공영에 이바지함으로써 세계속에서 우리들과 우리들 자손의 안전과 자유와 행복을 영원히 확보할 것을 다짐하면서 ...”라고 문구를 추가하자고 한다. 둘째, “세계화시대에 부응하여 총강을 수정하되, 구체적인 내용은 검토가 필요”하다고 하면서, 제5조 제2항(국군의 사명 조항)에 ‘세계에 이바지함’이라는 표현을 넣어야 할 지 여부, 제6조 제1항(국제법규의 효력 조항)과 관련하여 조약이 국내법보다 우선할 수 있다는 부분을 추가할 지 여부 등은 신중히 검토할 필요”가 있다고 한다. 그런데 제9조와 관련해서는 “현행헌법이 외국문화를 배척하지 않고 있고, 오히려 세계화 시대에 자국문화의 보호와 전통문화의 계승·발전에 노력할 필요가 있으므로 현행규정의 유지가 필요”하다고 말한다. 셋째, 평등권조항과 관련하여서는 “차별금지사유를 추가로 예시(출생, 인종, 연령, 언어, 정치적 신조, 신체적 조건이나 정신적 장애)하여 평등권을 강화”하자고 주장한다. 넷째, “인권의 보편성과 인권보장의 국제화·세계화 추세를 고려하여 정치적 망명권(비호청구권) 조항을 신설하는 것이 필요”하다고 하면서도 “다만, 난민권의 경우에는 그 개념이 확립되어 있지 않고, 지나치게 포괄적인 권리로서 이를 헌법상의 권리로 보장하는 것은 문제가 있으며, 난민에 대한 보호는 국제법상 협약 등으로 해결할 수 있으므로 규정하지 않기로” 했다고 한다.

Ⅵ. 결론

첫째, 사회(학)적 현실로서 전통적인 국민국가에 속하는 한국은 급속한 이주민의 증가로 다문화현상이라는 전혀 낯선 새로운 사회문제에 직면하여 있다. 그럼에도 아직은 이주민의 전체인구대비 비율(2.3% 정도)이라든가 이주민의 출신지역분포(대부분 아시아지역출신들)를 보면 전통적인 이민자국가인 미국, 호주, 캐나다의 다문화국가라든가 기독교문명과 이슬람문명의 충돌로까지 나타나는 서유럽국가의 다문화사회에 도달한 것은 아직 아닌 것으로 보인다. 그러나 현재의 이민소수자 보호의 관점에서, 그리고 장래의 인구변동상황을 고려할 때 헌법정책적 진단과 미래지향적 방향정립이 요구되는 시점이다.

둘째, 다문화사회에의 대응을 위한 판단기준을 얻기 위한 철학적 관점들을 검토해보면, 국민정체성과 문화정체성이 하나여야 한다는 고정관념에서 탈피하여야 하고, 또한 고유문화가 외래문화에 비하여 우월적 지위에 있어야 한다는 생각은 문화의 개념본질에도 맞지 않고 한국헌법의 문화관련질서에도 부합하지 않으며 동화주의의 계기가 될 수 있으므로 수용할 수 없으며, 다만 오늘날 공동체의 원칙규범으로 일반적으로 받아들여지고 있는 헌법을 기준으로 국가생활 및 국민생활이 이루어지고 있는 바 그러한 헌법하에 살고 있는 사람들은 다수소수를 불문하고 헌법에 규정된 보편적 가치들을 승인하여야 한다는 관점에서 헌법애국주의는 사회통합의 기초가 될 수 있다고 본다. 이 경우 헌법은 다수 문화의 표현으로 오해되어서는 안되고 오로지 보편적 가치기준에만 따르는, 즉 문화로부터 일응 순화된 해석을 통하여 구체화되어야 한다.

셋째, 규범적 관점에서 보았을 때 문화국가원리조항으로 이해되곤 하는 헌법 제9조는 전통문화 민족문화의 보존·계승·창달이라는 제한된 범위의 국가의무규정으로 보아야 하고, 일반적인 문화국가원리는 헌법내재적으로 재구성되어야 한다고 본다. 다문화사회에서 다양한 문화를 따르는 소수자 내지 소수집단을 정당하게 대우하기 위한 지침으로서, 헌법상의 인간의 존엄성과 자율성, 그것을 기반으로 하는 학문·예술·종교·교육 등 각종 문화활동을 자유롭게 할 기본권 보장 조항들로부터 헌법원칙으로서 ‘관용의 원칙’이 도출된다고 본다. 관용의 원칙은 문화간 상호인정, 상호존중, 상호배려

를 요구하는 것인 바, 어떤 문화에서 성장한 개인이 그 문화집단의 정체성을 자신의 정체성으로 승인하는 자기결정을 하였을 때 이는 존중되어야 한다. 단, 자기결정으로서 인정할 수 없는 오로지 불이익만을 강제로 감수해야 하는 문화적 의식에 대하여는 관용에도 한계가 그어진다고 하겠다. 관용의 원칙하에 개인의 기본권을 보장하는 방식으로, 또한 소수집단의 권리를 보장하는 방식으로 국가는 다문화문제에 대응하여야 한다.

넷째, 한국헌법은 다문화문제에 대한 자각 없이 제정·개정된 텍스트이므로, 해석론적 어려움이 있을 경우 지난 20년간 발전되어 온 국제인권법의 성과들을 최대한 반영하는 접근이 요청된다고 보며, 마지막으로 헌법개정의 기회가 온다면 이 문제에 대한 국민적 합의를 수렴하여 헌법전문이든 헌법총강이든 기본권장이든 국민이 수용가능한 수준과 내용을 담는 것이 바람직할 것으로 본다. ‘열린 국가’·‘열린 사회’·‘열린 헌법’에로의 지향이 시대의 진운에 맞기 때문이다.

참고문헌

<일반론>

- 권영호 · 지성우 · 강현철, 사회통합을 위한 다문화가정 관련법에 대한 입법평가: “다문화가족지원법”에 대한 입법평가를 중심으로, 한국법제연구원, 2009
- 김수갑, 한국헌법에서의 「문화국가」 조항의 법적 성격과 의의, 공법연구 제32집 제3호, 한국공법학회, 2004.2, 179~197면
- 김용신, 다문화사회의 시민형성 논리: 문화민주주의 접근, 비교민주주의연구 제4집 2호, 2008, 31~57면
- 김이선 · 황정미 · 이진영, 다민족 · 다문화사회로의 이행을 위한 정책 패러다임 구축 : 한국사회의 수용 현실과 정책과제 1, 한국여성정책연구원, 2007
- 김정순, 외국인 이주민의 사회통합 법제 연구 (연구보고 2009-13), 한국법제연구원, 2009
- 김희선, 다문화사회 국제 이주민의 시민권 비교 연구, 고려대학교 정치외교학 석사학위논문, 2008
- 류시조, 한국 헌법상의 문화국가원리에 관한 연구, 헌법학연구 제14권 제3호, 한국헌법학회, 2008.9, 299~324면
- 송재룡, 다문화주의와 인정의 정치학, 그리고 그 너머: 찰스 테일러를 중심으로, 사회이론 통권 제35호, (2009년 봄/여름), 한국사회이론학회, 79~105면
- 송종호, 한국 : 단일민족환상 깨고 다문화주의로의 “전환시대”, 민족연구 제30호, 한국민족연구원, 2007, 90~126면
- 오경석 외, 한국에서의 다문화주의, 한울아카데미, 2007
- 유네스코 아시아 · 태평양 국제이해교육원, 다문화사회의 이해, 도서출판동녘, 2008
- 유의정, 다문화정책의 추진실태와 개선방향, 국회입법조사처, 2010
- 이순태, 다문화사회의 도래에 따른 외국인의 출입국 및 거주에 관한 법제연구, 한국법제연구원, 2007
- 이성언 · 최유, “다문화 가정 도래에 따른” 혼혈인 및 이주민의 사회통합을 위한 법제지원방안 연구, 한국법제연구원, 2006
- 전광석, 헌법과 문화, 공법연구 제19집, 한국공법학회, 1990, 161~178면

전숙자·박은아·최윤정, 다문화 사회의 새로운 이해, 도서출판그린, 2009
 조계원, 지구화 시대의 애국심, 민족연구 제40호, 한국민족연구원, 2009, 21~45면
 조정남, 현대국가와 다문화주의, 민족연구 제30호, 한국민족연구원, 2007, 6~15면
 천선영, ‘다문화사회’ 담론의 한계와 역설, 한·독사회과학논총 제14권 제2호, 한독사회
 과학학회, 2004, 363~380면
 한국사회학회, 한국적 “다문화주의”의 이론화, 동북아시아위원회 용역과제 07-7, 2007.8

<개별국가의 다문화정책 내지 문화갈등사례>

강태수, 독일 무슬림의 종교의 자유, 세계헌법연구 제15권 제2호, 국제헌법학회한국학
 회, 2009, 1~30면
 김남국, 영국과 프랑스에서 정치와 종교: 루시디 사건과 헤드스카프 논쟁을 중심으로,
 국제정치논총 제44집 제4호, 한국국제정치학회, 2004, 341~362면
 김정희, 히잡사건을 통해 본 프랑스의 보편주의와 다문화주의, 불어불문학연구 제76권,
 한국불어불문학회, 2008, 537~568면
 문경희, 호주 다문화주의의 정치적 동학: 민족 정체성 형성과 인종·문화 갈등, 국제정치
 논총 제48집 1호 (2008년 3월), 한국국제정치학회, 267~291면
 신옥주, 히잡착용을 통하여 본 유럽에서의 종교자유에 대한 고찰, 공법학연구 제9권 제
 3호, 한국비교공법학회, 2008.8, 305~329면
 유정석, 캐나다 다문화주의의 현실과 쟁점, 민족연구 제30호, 한국민족연구원, 2007,
 16~26면
 이옥연, 스위스 다문화주의의 도면: 연방 법제도와 정당제를 중심으로, 국제정치논총
 제49집 제5호, 한국국제정치학회, 2009, 333~355면
 이용승, 호주 다문화주의의 역진(逆進), 민족연구 제30호, 한국민족연구원, 2007, 26~51면
 장정애, 세계화 시대의 국제 협력과 다문화의 시민 윤리: 프랑스의 문화 갈등 사례를
 중심으로, 현상과 인식 (2008년 겨울호), 한국인문사회과학회, 148~226면
 지규철, 프랑스공교육에서의 비종교성과 학생의 종교의 자유 - 이슬람스카프논쟁을 중
 심으로 -, 고려법학 제54호, 고려대학교 법학연구원, 2009, 33~64면
 최윤철, 종교의 자유와 국가의 종교적 중립성 -교사의 머리수건 착용에 관한 독일 연방
 헌법재판소의 결정을 중심으로-, 공법연구 제32집 제3호, 한국공법학회, 2004,

<외국 문헌>

- Church, Jacqueline & Church, Joan*, The constitutional imperative and harmonisation in a multicultural society: a South African perspective on the development of indigenous law, in: *Fundamina: a Journal of Legal History*, Vol.14, No.2, 2008, pp.1~13
- Denninger, Erhard*, Menschenrechte zwischen Universalitätsanspruch und staatlicher Souveränität, in: ders., *Der gebändigte Leviathan*, Baden-Baden, 1990, S.249ff.
- Fleiner, Lidija R. Basta*, The principle of equality and non-discrimination under the framework Convention for the Protection of National Minorities: also a tool fostering the integration of migrants' children in the field of education?, Unidem Campus Trieste Seminar 'Policies on the Protection and Social Integration of Immigrants and their Implementation at the International, National and Local Level' Report, 2009.7.17.
- Fleiner, Thomas & Fleiner, Lidija R. Basta*, *Constitutional Democracy in a Multicultural and Globalised World*, Springer, 2009
- Habermas, Jürgen*, Anerkennungskämpfe im demokratischen Rechtsstaat, in: Charles Taylor, *Multikulturalismus und die Politik der Anerkennung*, 1993, S.147~196
- Harte, R. Joseph*, Cultural Homogeneity and National Identity: The Transformational Impact of Human Rights Law, 2008 (국가인권위원회 국제학술대회 발표논문)
- Hartmann, D. & Gerteis, J.*, Dealing with Diversity: Mapping Multiculturalism in Sociological Terms, *Sociological Theory*, Vol.23, Nr.2, 2005, pp.218~240
- Hufen, Friedhelm*, Die kulturintegrative Kraft der Verfassung, in: *Gegenrede. Aufklärung - Kritik - Öffentlichkeit*, Festschrift für Ernst Gottfried Mahrenholz, Nomos Verlagsgesellschaft, 1994, S.115~131
- Inglis, Christine*, Multiculturalism: New Policy Responses to Diversity, *Management of Social Transformations - Unesco, Policy Paper No.4*
- Kevenhörster, Paul*, Kampf der Kulturen oder multikulturelle Welt?, *Münsteraner Diskussionspapiere zum Nonprofit-Sektor - Nr.7*

- Kivisto, Peter*, Multiculturalism in a Global Society, Blackwell, 2002
- Kymlicka, Will*, Categorizing Groups, Categorizing States: Theorizing Minority Rights in a World of Deep Diversity, in: Ethics & International Affairs, Vol.23, Issue 4, 2009, pp.371~388
- Kymlicka, Will*, Multicultural Odysseys: Navigating the New International Politics of Diversity, Oxford University Press, 2007
- Kymlicka, W. & Banting, K.*, Immigration, Multiculturalism and Welfare State, in: Ethics & International Affairs, Vol.20, Issue 3, 2006, pp.281~304
- Kymlicka, Will*, “Liberal Multiculturalism”, in: Multiculturalism in Asia, Will Kymlicka & Baogang He (ed.), Oxford: Oxford University Press, 2005
- Kymlicka, Will*, Contemporary Political Philosophy: An Introduction, Oxford University Press, 2002 (장동진 역, 현대정치철학의 이해, 동명사, 2006)
- Kymlicka, Will*, Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights, Oxford: Clarendon Press, 1995
- Lohauß, Peter*, Multikulturalismus in der Kritik. Grenzen der Anerkennung, in: Kommune. Forum für Politik, Ökonomie und Kultur (1999.11), S.63ff.
- Lotter, H.P.P.*, Personal Identity in multicultural constitutional democracies, South Africa Journal of Philosophy, Vol.17, Issue 3, pp.179~197
- Maxim, G.*, Dynamic Social Studies for Constructivist Classroom, NJ: Merrill Prentice Hall, 2006
- Newman, W.*, A study of Minority Group and Social Theory, NY: Harper & Row, 1973
- Parekh, Bhikhu*, Rethinking Multiculturalism: Cultural Diversity and Political Theory, 2.ed., Palgrave, 2006
- Parrillo, V. N.*, Diversity in America, Thousand Oaks, CA: Pine Forge Press, 1996
- Rex, John & Singh, Gurharpal*, Governance in Multicultural Societies, Ashgate, 2004
- Richter, Ingo*, Verfassungsfragen multikultureller Gesellschaften, in: Gegenrede. Aufklärung - Kritik - Öffentlichkeit, Festschrift für Ernst Gottfried Mahrenholz, Nomos Verlagsgesellschaft, 1994, S.637~655
- Taylor, Charles*, Multiculturalism: examining the politics of recognition, Princeton University Press, 1994

- Tierney, Stephen*, Multiculturalism and the Canadian Constitution, UBC Press, 2007
- Troper, Harold*, Multiculturalism, in: Paul Robert Magocsci (ed.), Encyclopedia of Canada's People, Toronto: University of Toronto Press, 1999
- Yee, Sienho & Morin, Jaches-Yvan*, Multiculturalism and International Law, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2009.

“다문화현상과 헌법적 문제”에 관한 토론

이명웅 부장연구관 (헌법재판소)

다문화현상 개념은 명백하지 않으나 우리나라에서 이주노동자, 결혼이민자를 중심으로 나타나는 여러 현상을 포괄하는 것으로 이해된다. 이는 주로 출입국, 노동, 가족, 의료, 교육의 측면에서 사회문제를 초래할 수 있으며, 이에겐 차별에 대하여 평등원칙을 어느 수준에서 적용할지가 매우 문제될 것이다.

이러한 문제는 헌법제정자가 예상하지 못했던 것으로서 헌법에 관련 규정이 희소한 상태이므로 규범텍스트적 접근방법은 한계가 있다. **헌법 제9조**가 관련성이 높지만 그것이 원리로서의 문화국가를 직접 규정한 것이라기보다는 고유문화의 보존 계승에 관한 국가적 의무를 강조한 것일 뿐이며, 문화적 다양성을 배제하는 조항도 아니라고 보는 발제문의 입장(14쪽)을 지지한다.¹⁾

한편 국제적 개방경향에 따라 **헌법개정** 의견으로서 “문화적 다양성을 지향한다”라고 규정하거나(국회 헌법연구자문위원회안: 발제문 22쪽), “국가는 국민의 생활과 정신적 영역에 필요한 문화를 보호하고 육성한다”고 하는 것(한국헌법학회, 헌법개정연구위원회 최종보고서, 2006)도 문화라는 대상의 특성상 그러한 규정이 향후 뚜렷한 입법 지침을 주기는 쉽지 않을 것이다. 나아가 차별금지에 “인종이나 출신”을 추가하는 것도(대화문화아카데미, 새로운 헌법의 방향과 내용, 2009. 7.) 이미 평등원칙을 마련하고 있는 상태에서 커다란 의미는 없다고 보인다.²⁾

1) 다만 헌법재판소는 헌법 前文과 제9조 등을 종합하여 문화국가원리라는 표현을 사용하였다. 예를 들어, “공연관람자 등이 예술감상에 의한 정신적 풍요를 느낀다면 그것은 헌법상의 문화국가원리에 따라 국가가 적극 장려할 일이지, 이것을 일정한 집단에 의한 수익으로 인정하여 그들에게 경제적 부담을 지우는 것은 헌법의 문화국가이념(제9조)에 역행하는 것이다.” 헌재 2003.12.18. 2002헌가2, 판례집 15-2하, 367, 382.

한편 위헌주장의 근거로서 문화국가이념이 등장하기도 한다: “청구인들은 그밖에 이 사건 법률조항이 예술의 자유, 일반적 인격권, 행복추구권, 신체의 자유, 직업의 자유, 재산권 등을 침해하거나 우리 헌법상 문화국가원리에 위배된다고 주장하나, 위 각 기본권침해의 구체적 사유에 대하여는 언급이 없는 데다가, 앞서 본 바와 같이 표현의 자유를 주된 기본권으로 하여 이 사건 법률조항이 과잉금지의 원칙에 위배되지 않는다고 판단한 이상, 경합적 또는 보충적 관계에 있는 기본권의 침해 여부 및 문화국가원리 위배 여부에 관하여도 같은 결론에 이른다고 볼 것이다.” 헌재 2009. 5.28. 2006헌바109, 판례집 21-1하, 545, 566-567.

중요한 것은 우리의 헌법현실에서 다문화문제의 실태와 다문화현상에 대한 일반적 인식 그리고 관련 법의 개선방향일 것이다. 이러한 문제는 사회과학을 포함한 **학제적 연구**가 공동으로 이루어지지 않으면 답해지기가 어렵다고 본다. 그런데 개선방향의 전제로서 **헌법이 다문화현상에 대하여 어떤 입장이나**, 즉 이 점에 있어서 헌법을 어떻게 해석하여야 하느냐는 것이 오늘의 주된 논점이 되는 것이라고 생각한다. 이하의 서술은 이 점에 관한 것이며 발제문에 대한 의의제기나 질문이라기보다는 코멘트에 해당할 것이다.

우리는 오랫동안 단일 민족으로서 생활해 오면서 배타적인 인간적 가치관이 문화적 동질감으로 형성되어 있는 측면이 강하다.³⁾ 그런데 헌법이념은 개방적이고 자율적인 인간상과 관용의 정신을 보여주고 있다. 그렇다면 **헌법현실은 당위규범**을 실현하는 쪽으로 향도(嚮導)되어야 할 것이다.

다문화현상에 관련하여 가장 중요한 헌법규정은 **제10조의 ‘인간의 존엄과 가치’**라고 본다. 이는 우리 헌법의 근본가치로서, 이 규정이 존재하는 한 다문화현상에 대한 헌법의 입장은 제9조의 문구에 상관없이 우리나라의 문화적 정체성을 한국과 관계되는 외국인에게 강제하거나 그들의 문화적 정체성을 무시하는 입장에 설 수 없으며 평화적 공존을 추구하는 것이 되어야 할 것이다. 제10조는 UN의 세계인권선언과 같은 맥락에서, 인간이 공동체의 자율적 주체로서 인격적 존재이며, 여하한 자의적 지배를 배제하고, 인간을 수단으로서가 아니라 목적으로서 대해야 한다는 명제를 담고 있다. 국가는 개인이 선택한 삶의 선택에 대하여 이를 존중하고, 개인 간에 차별 없는 취급이 이루어지도록 노력하는 정도에서 그 정당성을 지닌다(Ronald Dworkin).

특히 자유주의 이념의 지표로서 헌법은 **관용의 원칙**과 정치적 공동체의 **평화**를 전제한다. 즉 공동체 내의 다양한 이해관계가 통합적으로 조화되기 위한 질서가 공동체의 존속목적이므로⁴⁾ 문화적 관용은 필수적 조건이다. 이와 관련하여, 헌법재판소에 따르면 우리 헌법상의 문화국가원리의 특성은 “문화의 개방성 내지 다원성의 표지”에 연결된다고 본다(헌재 2004. 5.27. 2003헌가1, 판례집 16-1, 670, 679).

2) 다만 헌법 제11조 제1항과 제2항의 관계를 구분하여 제2항의 보호를 더 강화하는 입장에서는 의미가 있을 것이나, 판례상 양자의 관계가 명백하지는 않다.

3) 한국헌법학회, 위 최종보고서 83쪽; 이러한 경향은 한국인의 의식구조의 측면에서도 지적되어 왔다. 이규태, 한국인의 의식구조 참조.

4) John Rawls, Political Liberalism, 서문 참조.

한편 헌법이 **기본권 주체**의 면에서 “모든 국민은”이라고 규정하고 있지만 이는 일차적으로 국민에게 보장된 권리라는 점을 강조하는 의미이고 외국인에게 기본권 주체성을 통상적으로 부인하는 의미로 해석될 수는 없다.⁵⁾ 한편 근로, 교육과 의료 등과 같은 사회복지 영역에 있어서도 인간의 존엄과 가치의 내포로서 인간다운 생활을 할 권리를 전제하는 한 인간으로서의 최소한의 생활조건을 위한 사회적 기본권 주체성을 외국인에게도 인정할 수 있는 것이다.⁶⁾ 무엇보다도 입법자는 기본권의 방사효과의 측면에서 혹은 헌법 제10조의 구체화의 측면에서, 그리고 정치과정에서 소외되는 소수자 보호의 취지에 따라서 다문화현상에 대처하는 입법적 조치를 개선해야 할 것이다.

또 **평등원칙**은 비교집단의 설정방식 여하에 따라서 내국인과 외국인의 차별문제가 발생할 수 있는데, 그 경우 국가가 비합리적이거나 자의적인 차별을 하여서는 안 되며, 만일 차별대상이 인권에 대한 중요한 사항이라면 엄격한 정당화가 요구된다고 생각한다.

한편 헌법재판소의 표현에 따르면 **자유권**은 다음과 같은 기능도 가진다: “헌법은 문화국가를 실현하기 위하여 보장되어야 할 정신적 기본권으로 양심과 사상의 자유, 종교의 자유, 언론·출판의 자유, 학문과 예술의 자유 등을 규정하고 있다고 볼 것이며, 개별성·고유성·다양성으로 표현되는 문화는 사회의 자율영역을 바탕으로 한다고 할 것이고, 이들 기본권은 견해와 사상의 다양성을 그 본질로 하는 문화국가원리의 불가결의 조건이라고 할 것이다”(헌재 2000. 4. 27. 98헌가16등, 427, 445-446). 이러한 권리의 실질적 보호수준이 다문화현상에 대해서도 타당할 것이다.

5) 헌법재판소 간, 기본권의 주체, 헌법재판연구 제20권(2009), 86쪽.

6) 같은 책, 111쪽. 헌법재판소는 산업기술연수생 도입기준 사건에서 외국인의 근로의 권리의 주체성을 인정한바 있다. 헌재 2007. 8. 30. 2004헌마670, 판례집 19-2, 297, 305(“근로의 권리의 구체적인 내용에 따라, 국가에 대하여 고용증진을 위한 사회적·경제적 정책을 요구할 수 있는 권리(헌재 2002. 11. 28. 2001헌바50, 판례집 14-2, 668, 678)는 사회권적 기본권으로서 국민에 대하여만 인정해야 하지만, 자본주의 경제질서하에서 근로자가 기본적 생활수단을 확보하고 인간의 존엄성을 보장받기 위하여 최소한의 근로조건을 요구할 수 있는 권리는 자유권적 기본권의 성격도 아울러 가지므로 이러한 경우 외국인 근로자에게도 그 기본권 주체성을 인정함이 타당하다.”)

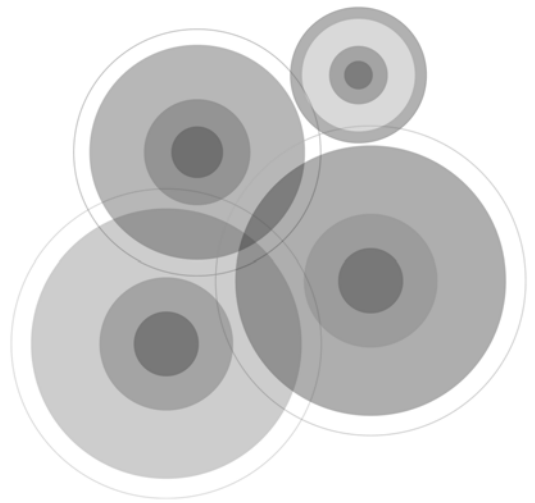
한편 혼인과 가족생활의 경우 다음 판시 참조: “헌법 제36조 제1항은 혼인과 가족생활은 개인의 존엄을 존중하는 가운데 성립되고 유지되어야 함을 분명히 하고 있다. 혼인과 가족생활은 인간생활의 가장 본원적이고 사적(私的)인 영역이다. 이러한 영역에서 개인의 존엄을 보장하라는 것은 혼인·가족생활에 있어서 개인이 독립적 인격체로서 존중되어야 하고, 혼인과 가족생활을 어떻게 꾸려나갈 것인지에 관한 개인과 가족의 자율적 결정권을 존중하라는 의미이다. 혼인과 가족생활을 국가가 결정한 이념이나 목표에 따라 일방적으로 형성하는 것은 인간의 존엄성을 최고의 가치로 삼고 민주주의원리와 문화국가원리에 터잡고 있는 우리 헌법상 용납되지 않는다”(헌재 2000. 4. 27. 98헌가16등, 판례집 12-1, 427, 445, 446 참조).

한 **국가의 인권수준**은 외국인 근로자나 다문화 가정에 대한 처우 수준이 바로미터가 될 것이다. 우리 정부의 정책과 프로그램 수준이 문제가 많다는 발제문의 결론을 지지한다(6쪽). 비록 출입국에 대한 정책적 측면이 선행되지만, 일단 현존하는 외국인 근로자나 다문화 가정에 대해서는 문화적 관용과 인간의 존엄성 및 인간다운 생활이라는 헌법적 관점에서 타당한 국가의 보호조치가 있어야 할 것이다. 과거 우리가 일제시대 이후 일본, 연해주, 소련, 미국 등 해외에서 겪었던 차별과 비인간적인 대우를 우리나라에서 다시 반복하는 오류가 없어야 할 것이다.

각 문화별로 비중에 따른 지원과 차별에 대해서는 일률적인 기준을 논하기 어렵지만, 헌법상 **비례의 원칙과 평등원칙**이 입법과 사법의 기준으로 작용되어야 할 것이다.

한편 국가의 문화적 중립성 혹은 문화 진흥의무와 평등보장과 관련해서 국민에게 **‘문화향수권’**(발제문 15쪽)이 인정되기는 어려울 것이다. 헌법재판소의 일부 의견에 그러한 표현이 있지만 오해의 소지가 크다고 본다.

마지막으로 **국제인권규범**은 한 국가내의 다문화사회 문제에 대한 법적 접근방법으로 효과적일 것이다. 개별국가의 특수성을 넘어서서 보편적 인권기준의 전파와 수렴이 용이하기 때문이다. 이 경우 국제인권법의 국내법과 효력순위와 실효성이 문제된다. 이 점 발제문에 언급되고 있는데, 적어도 우리가 가입한 국제인권법이라면 그것이 자력집행력이 있는 한 헌법해석의 보완규범으로서 법률보다는 우위의 효력을 가져야 한다는 것이 필자의 생각이다. 왜냐하면 그 경우에만 국내 법령의 유무효의 판단기준으로서 국제인권규범이 작동할 수 있기 때문이다.



제 2 주제 다문화 사회와 국적

이종수 교수 (연세대)

다문화 사회와 국적

이 종 수 교수 (연세대 법과대학/법학전문대학원)

I. 서론

“대한민국국적을 가진 아버지를 둔 甲은 혈통주의원칙에 따라서 대한민국국적을 취득하였다. 甲은 미국에서 태어났기 때문에 출생지주의원칙에 따라서 미국국적을 취득하였다. 또한 甲의 어머니가 프랑스인이기 때문에 그녀는 프랑스국적을 취득하였고, 이후 이탈리아국적을 가진 남편과의 혼인을 통해 이탈리아국적을 취득하였으며, 마지막으로 甲은 이스라엘에서 거주하면서 정주지원칙에 따라서 이스라엘국적을 취득하였다.”¹⁾²⁾

오늘날의 자유민주국가에서 헌법은 해당 정치공동체가 그간 수행해온 통합의 결과물이자 상징적 징표로 자리하고 있다. 또한 사회변동에 따른 향후의 지속적인 통합은 정치공동체와 헌법에 공히 과업으로 주어져 있다. 어느 사이에 우리사회가 스스로 ‘다문화사회’로 지칭하여왔고, 그것이 금번 학술대회에서의 표제인 데에서도 확인되듯이 이제는 우리네 일상에서도 익숙한 용어가 되었다. 다문화사회와 관련한 여러 헌법적 현안주제들을 다루는 금번 학술대회에서 발제자에게 주어진 주제는 ‘국적(國籍)’의 문제이다. 주지하다시피 지난 수 년 동안 줄곧 진행되어온 이른바 ‘세계화담론’ 과정 속에서 국적제도 또한 국제적 그리고 국내적 차원에서 논란적인 주제로 다루어져왔다. 특히 우리사회는 그간 이출(移出)이 주가 되었던 과거의 이주상황이 급변하여 최근에는 이주노동자와 결혼이민여성들의 증가로 이입국(移入國)이 되면서부터³⁾ 본격적으로

1) 이는 독일에서 Johann Freudenreich라는 여자의 여권발급과 관련하여 실제로 빚어진 사례로서, 필자가 사건의 주인공을 달리 재구성한 것이다. Süddeutsche Zeitung, Nr. 42 v. 19. 2. 1980, S. 15 f. (16).

2) 이와 관련해서 일반적으로 국적법은 네 가지 뚜렷하게 구별되는 법적 장치에 의존하고 있다. 첫째는 출생에 의한 시민권이고, 둘째는 혈통(부모)에 의한 시민권이다. 이외에 셋째, 결혼에 의한 시민권, 넷째, 과거나 현재의 거주사실에 근거한 시민권이 있다. 이 네 가지 장치나 원리들이 어떻게 조합되느냐에 따라 한 나라의 국적제도가 달라진다. 정근식, “이중국적: 어떻게 보아야 하나”, 정인섭(편), 「이중국적」, 사람생각, 2004, 15면 참조.

3) 법무부 통계에 따르면 지난 10년간 체류외국인은 1999년의 381,000명에서 2009년 9월 현재 1,149,000명

다인종·다민족·다문화사회의 갈등과 여러 담론이 제기되기 시작하였다. 여기서는 移入을 통한 이주자들과 그 자녀들에 대한 차별상황과 사회통합이 특별히 문제시된다.

그간 다문화사회와 관련해서는 주로 사회학계에서⁴⁾ 그리고 이중국적의 허용을 포함하는 국적제도개정과 관련해서는 일부 국제법학자 및 법사회학자들과 법무부 출입국·외국인정책본부가 중심이 되어 집중적으로 논의해온 바가 있다.⁵⁾ 이 같은 논의과정을 거쳐 최근 정부(법무부)는 복수국적의 보유를 제한적으로 허용하는 국적법개정안을 국회에 제출하였다.

아래에서는 다문화사회담론을 중심으로 국적법개정안의 여러 현안문제들을 살펴보기로 한다.

II. 다문화사회담론의 문제점과 헌법적 평가

1. 다문화사회담론과 법의 역할

최근 다문화사회담론이 우리사회의 여러 분야에서 적극적으로 개진되고 있다. 우리사회에서 다문화사회담론이 논란적인 데에는 이주노동자 및 결혼이민여성의 증가에 그 이유가 있다. 본래 다문화사회는 문화적 정체성을 결정짓는 다양한 요소를 형성하는 여러 상이한 출신, 민족, 언어, 종교 및 인종을 가진 사람들이 함께 살아가는 사회를 일컫는데, 이 문화적 상이함을 통해 상이한 전통, 생활양식과 가치관 등이 형성되기 때문이다. 즉 한 사회 내에서 다문화의 공존을 의도하는 다문화주의(Multikulturalismus)가 사회철학적 이론적 논거들의 상위개념으로 자리하면서, 해당 국가로 하여금 예컨대 언어 및 종교와 같은 문화적 상이성의 보호와 인정을 요구하게 된다. 이러한 가운데 다문화주의는 해당 사회의 기존하는 지배적인 민족문화사고와 대립한다. 이러한 다문화사회담론은 가치평가적인 것이 아니라, 이주과정을 통해 형성되는 사회적 현실의 기술(記述)로부터 비롯되어야 할 것이다.⁶⁾ 따라서 우리의 경우에도 주관적인 과장된 평가에

으로 급격하게 증가하였다고 한다.

4) 대표적으로 한국사회학회가 주관하고, 동북아시아대위원회가 후원하여 2006년 12월에 개최된 「동북아 “다문화”시대-한국사회의 변화와 통합 자료집」(2006. 12.) 참조.

5) 대표적으로 정인섭(편), 「이중국적」, 사람생각, 2004; 법무부 출입국·외국인정책본부, 「국적제도 개선을 위한 정책토론회 자료집」(2008. 7.) 참조.

의해서가 아니라, 객관적 현실에 입각해서 다문화사회담론이 재조명될 필요가 있다.

우리사회에 최근 해외로부터의 移入者들이 급격하게 증가하면서 다인종·다민족적 현상이 강화되기는 했지만, 앞서 언급한 바와 같은 타 국가들의 논의수준에서 객관적 현실에 기초해서 다루어지는 다문화사회적 증후는 아직 성숙되지 않았다고 판단된다.⁷⁾ 그러함에도 불구하고 우리사회 안에서 다문화사회담론이 널리 회자되는 것은 어떠한 연유에 기인하는 것인가.

우리사회는 이미 조선조까지 중국으로부터 그리고 일제강점기를 거치면서 해방이후에 일본과 미국을 포함한 서구로부터 그 문화적 영향을 크게 받아왔고, 오히려 정치·경제·과학 등 여러 영역들에서 다양한 층위에 걸쳐서 적극적인 수용의 태도를 취해왔다. 그럼에도 불구하고 여러 복합적인 이유들에서 단일민족으로서의 정체성과 강박의식을 키워왔다.⁸⁾ 이와 함께 외국인에 대한 태도에 있어서 도덕적 이중기준(Double Moral) 또한 더욱 심해졌다고 본다. 즉 서구유럽국가출신의 외국인에 대해서는 친밀성으로 그리고 기타 제3세계국가출신의 외국인에 대해서는 멸시와 무시 그리고 적대감으로 그 차별적 취급이 오히려 강화되어왔다. 특히 최근 동남아시아 출신의 결혼이민자의 급증과 그 자녀들의 정체성 논란이 그러하다.⁹⁾ 그렇기 때문에 최근에 더욱 확산되고 있는 다문화사회담론은 이러한 타인종·타민족에 대한 차별적 취급을 은폐하기

6) Frank Beyerdörfer, *Multikulturelle Gesellschaft: Begriffe, Phänomene, Verhaltensregeln*, LIT Verlag, Münster, 2004, S. 10.

7) 1990년대 이후 탈냉전과 세계화시대를 풍미하고 있는 문명론의 일국적 형태로 볼 수 있는 다문화주의는 캐나다를 시작으로 1970년대부터 영미권 사회 소수민족 통합의 주된 논리로 자리를 잡았다. 예컨대 언어와 민족에 따라 불어권지역과 영어권지역 그리고 원주민과 이민자로 확연하게 구분되면서 상이한 문화가 공존하는 캐나다가 다문화사회의 대표적인 예로 꼽힌다. 최근에는 영미권에서 시작된 다문화주의가 전통적인 방식, 즉 국민국가의 틀을 중시하는 다문화 공존방식을 추구해 온 유럽대륙에도 영향을 미쳤다. 독일의 경우에 다문화사회담론은 외국인정책과 관련하여 1980년대부터 공론화되어왔다. 엄한진 교수는 다문화주의에 입각한 소수민족의 통합모델로 미국의 융합(melting pot) 모델, 영국의 다문화주의 모델, 프랑스의 공화주의를 위시한 유럽대륙의 국민국가 모델, 호주의 백호주의 등을 제시하고 있다. 이에 관하여는 엄한진, “전지구적 맥락에서 본 한국의 다문화주의 이민논의”, 『동북아 “다문화”시대-한국사회의 변화와 통합 자료집』(2006. 12.), 39면 이하 참조.

8) 이와 관련하여 우리 국적법이 이중국적에 대한 태도가 엄격한 것은 비록 국적이 혈통이나 문화적 요소에 의하여 결정되는 것이 아니라 하여도 헌법에 내재하고 있는 민족의식에 의한 법정정책적 결과로 보는 견해가 있다. 김상겸, “국민의 의미와 이중국적의 문제”, 법무부 출입국·외국인정책본부, 「국적제도 개선을 위한 정책토론회 자료집」(2008. 7.), 129면 참조.

9) 설동훈 교수는 우리사회에서 ‘결혼이민자’는 물론이고, ‘다문화가족의 자녀’까지 ‘우리가 아닌 존재’, 즉 ‘타자’로 간주하고 있고, 이것은 우리의 인식 속에 각인된다고 비판하면서, 민족을 ‘문화공동체’로 정의하는 발상의 전환을 촉구한다. 설동훈, “국민민족인종: 다문화가족 자녀의 정체성”, 『동북아 “다문화”시대-한국사회의 변화와 통합 자료집』(2006. 12.), 3면 이하 참조.

위한 미사여구에 불과하다는 혐의(嫌疑)를 가진다.¹⁰⁾ 현시점의 객관적 상황에 비추어 볼 때, 다문화사회담론을 확산하기 위해 앞서서 국가와 공동체구성원들에게 문화개방적이고 그리고 이주외국인에 대한 각종의 사회적 차별을 시정하는 인권친화적인 노력과 자세를 촉구함이 보다 마땅하다.¹¹⁾

이주민의 급증에 따른 특별한 차별상황을 전제로 한 우리사회의 다문화사회담론은 결국 그네들이 가지는 차이와 다양성을 인정하고 이해함을 그 목적으로 한다. 또한 이를 통해 의도하는 사회통합은 궁극적으로 이들 이주민들에게 우리사회의 모든 구성원들이 누리는 평등과 자유를 공히 보장하는 데에 있다. 이를 위해 아시아에서는 사회통합에 관한 최초의 법제화의 성과로 지난 2007년 5월 17일에 「재한외국인 처우 기본법」이 제정되었고, 동법에 근거해서 2008년 3월에는 「다문화가족지원법」이 제정되었다.¹²⁾ 그러나 「재한외국인 처우 기본법」이 기본법 역할을 하고 나머지 각 법률들이 사회통합에 있어 동법을 구체화한 개별법 역할을 하여 기본법-개별법의 체계가 정립되어야 함에도 불구하고 그렇지 못하고 있으며, 또한 사회통합은 그 자체로 그치는 문제가 아니라 외국인의 입국, 취업, 귀화 등 이민 전반의 과정과 연계되어 있으며, 외교·안보·치안·경제·사회·문화 등 종합적인 시각을 필요로 함에도 불구하고 현행 사회통합 관련 법체계에서는 이러한 점에 대한 유기적 고찰이 부족하다고 지적된다.¹³⁾

10) 이와 관련해서 엄한진 교수는 한국언론재단의 언론자료 데이터베이스 <<KINDS>>에서 <이주노동자>와 <외국인노동자>를 검색어 해서 얻어진 1년간(2005. 12. ~ 2006. 11.)의 언론자료 308건을 분석한 결과, <다문화>라는 개념을 중심으로 전개되고 있는 한국의 이민논의에 정작 이민자들의 문화적 측면, 한국에서의 이들의 문화생활, 종교생활, 일상문화에 대한 부분이 거의 존재하지 않는다는 실증적 결론을 제시하고 있다. 또한 결론적으로 한국의 다문화주의 역시 영국 등 기존의 다문화주의 모델처럼 사회적, 경제적 통합의 불가라는 상황에서 불가피한, 이 상황을 정당화, 추인하고 심화시키는, 계토화하는 모델이라는 의심을 받게 될 수 있음을 경고한다. 엄한진, “전지구적 맥락에서 본 한국의 다문화주의 이민논의”, 「동북아 “다문화”시대-한국사회의 변화와 통합 자료집」(2006. 12.), 49면 이하; 특히 54면 참조.

11) 이와 관련해서 우리나라에서 이주민증가추세가 안정적이지 않기 때문에 작금의 이민논의는 특정 통합 모델의 선택보다 노동자로서 또는 배우자로서, 아동으로서, 병자로서, 즉 인간으로서의 기본적인 권리를 무엇보다 강조해야한다는 주장이 마찬가지로 제기된다. 엄한진, “전지구적 맥락에서 본 한국의 다문화주의 이민논의”, 「동북아 “다문화”시대-한국사회의 변화와 통합 자료집」(2006. 12.), 53면 참조.

12) 「재한외국인 처우 기본법」과 「다문화가족지원법」에 관한 개괄적 소개는 김기하, “사회통합을 위한 법의 역할-국내 체류외국인 정책”, 「저스티스」 통권 제106호(2008), 228면 이하 참조.

13) 김기하, “사회통합을 위한 법의 역할-국내 체류외국인 정책”, 「저스티스」 통권 제106호(2008), 233면 참조.

2. 외국인에 대한 법적 보호

현행헌법이 기본적인 권리와 의무의 주체로 ‘국민’ 개념을 전제하지만, 외국인도 기본적인 권리의 향유로부터 전적으로 배제되지 않는다. 산업혁명 이후 자본주의 하에서 속도를 더해 진행되어온 세계화 내지 전지구화의 흐름 속에서 국가 간의 인적 교류가 활발해져온 것이 우리의 경우에도 예외가 아니다. 이에 따라 우리헌법 또한 헌법의 기본이념으로 ‘평화추구의 이념’을 밝히고 있다.¹⁴⁾ 특히 헌법 제6조 제2항은 “외국인은 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 그 지위가 보장된다”고 규정한다. 이는 통설적으로는 상호주의원칙을 밝히는 것으로 이해되지만,¹⁵⁾ 이 같은 상호주의가 헌법의 요청에 충실한 원칙은 아니라는 반론이 제기된다. 왜냐하면 외국의 법률이 자국민을 보호하는 조건하에 해당 외국의 국민에 대해서 자국법에 의한 보호를 행하는 것은 개인을 목적 달성을 위한 단순한 수단으로 삼는 것을 금지하는 것에 기초해서 헌법상 보장되는 인간의 존엄과 조화될 수 없으며, 해당 국가에 문제가 되는 제도가 존재하지 않는 경우 해당 외국인을 우리나라에서 보호하기 위하여 원천적으로 적용될 수 없는 정책적 한계가 있기 때문이다.¹⁶⁾

국내에 들어와서 일정기간 이상 체류하는 외국인은 그네들이 생활토대를 내국민과 공유하는 한에서 마땅히 우리헌법이 예정하는 사회통합의 주체가 된다. 외국인이라는 지위가 본래 선천적인 것이 아니라 모든 사람들이 누구나 제나라 땅을 벗어나면 외국인이 되기 마련이기 때문이다.¹⁷⁾ 이러한 이유에서 헌법(학)은 그간 (내)국민이 향유하는 기본권과 국적 여하 내지 국적을 불문하고 외국인도 향유할 수 있는 인권으로 구분하여 권리 보장의 체계화를 도모해왔다.¹⁸⁾

14) 우리헌법이 추구하는 평화추구의 이념은 헌법전문과 헌법 제6조를 통해 규범화되었다.

15) 헌법재판소도 상호주의를 외국인의 기본권 주체성에 대한 제한 근거로 이해하고 있다. 헌재 2001. 11. 29, 99헌마494, 판례집 13-2, 714, 724 참조.

16) 전광석, 「한국헌법론」, 법문사, 2009, 152면 참조.

17) 2005년 기준으로 전 세계에서 출생지 이외 국가에서 생활하고 있는 이민자는 1억9천1백만명으로 1990년에 비해 21%가 증가한 수치이다. UN 경제사회이사회(2007. 1. 10.) “World Demographic Trends”(김기하, “사회통합을 위한 법의 역할-국내 체류외국인 정책”, 「저스티스」 통권 제106호(2008), 220면에서 재인용).

18) 우리헌법이 일관되게 ‘국민’ 개념을 기본적인 권리와 의무의 주체로 규범화하고 있는 반면에, 독일기본법은 기본권장에서 규범화된 개별기본권들에서 독일인(국민)에게만 인정되는 권리(Deutschenrechte)와 외국인에게도 인정되는 모든 사람의 권리(Jedermannsrechte)로 각각 명시적으로 구별하고 있다.

이러한 가운데 지난 2001년 5월 24일에 제정된 「국가인권위원회법」 제30조 제1항 제1호에서는 위원회의 조사대상으로 국가기관, 지방자치단체 또는 구금·보호시설의 업무수행(국회의 입법 및 법원·헌법재판소의 재판을 제외한다)과 관련하여 “「헌법」 제10조 내지 제22조”에 보장된 인권을 침해당하거나 차별행위를 당한 경우로 규정하면서 외국인에게도 적용될 수 있는 인권의 범위를 구체화했다. 헌법재판소 역시 “‘국민’ 또는 국민과 유사한 지위에 있는 ‘외국인’은 기본권의 주체가 될 수 있다”고 판시하여 원칙적으로 외국인의 기본권 주체성을 인정하였고,¹⁹⁾ 또한 국회는 2005년 8월 4일에 「공직선거법」 제15조 제2항을 개정하여 제2호를 신설하면서 만 19세 이상으로서 “「출입국관리법」 제10조에 따른 영주의 체류자격 취득일 후 3년이 경과한 외국인으로서 같은 법 제34조에 따라 해당 지방자치단체의 외국인등록대장에 올라 있는 사람”에게 지방선거권을 부여하는 전향적인 입법적 결단을 내린 바가 있다.²⁰⁾ 또한 위와 동일한 지위에 있는 외국인은 지방자치법상의 조례의 제정 및 개폐청구권, 주민소송과 주민감사청구권을 가지게 되었다.

Ⅲ. 다문화사회와 국적

1. 국적에 관한 헌법적 규율태도

헌법은 단일한 정치공동체를 구성하고자 하는 전체 인민의 의지가 비롯되어 만들어진 국가의 규범적 질서이다. 전통적인 이해에 따르면 국가는 그 본질적 요소로 국민을 파악한다. 따라서 국민은 국가의 인적 요소 내지 항구적인 소속원으로서 국가의 통치권에 복종할 의무를 가진 개개인의 전체집합을 의미하는데, 경우에 따라서는 국가에 소속하는 개개의 자연인을 의미하기도 한다.²¹⁾ 즉 해당 국가의 국민의 되는 자격을 국

19) 현재 1994. 12. 29, 93헌마120, 판례집 6-2, 477, 480; 현재 2001. 11. 29, 99헌마494, 판례집 13-2, 714, 723.

20) 외국인에 대한 지방선거권 부여와 관련해서는 국민주권론과 기본권이론에 근거해서 이는 헌법개정사항이며, 따라서 헌법 제1조 제2항과 제118조 제2항에 위반된다는 견해가 있다. 김주환, “외국인의 지방선거권”, 「고시계」 통권 596호(2006. 10.), 25면 이하 참조. 독일연방헌법재판소도 1990년 10월 31일에 외국인에게 지방선거권을 부여한 법률규정에 대해 위헌결정을 선고한 바 있다. Vgl. BVerfGE 83, 37 ff.; 83, 60 ff.

21) 김철수, 「헌법학개론」, 박영사, 2007, 158면; 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2010, 117면 참조.

적이라 하고, 따라서 국적은 그 국가의 국민임을 입증하는 것이며, 이로써 국민은 해당 국가 내 권리와 의무의 주체가 된다.

우리 헌법은 헌법전 전체에서 일관되게 권리와 의무의 주체인 ‘국민’ 개념을 적용하여 그 규범화를 도모하고 있다. 또한 헌법은 제2조 제1항에서 “대한민국의 국민이 되는 요건은 법률로 정한다”고 규정하면서 국민이 되는 요건, 즉 국적에 관한 사항의 규율을 입법자에게 위임하고 있다.²²⁾ 이러한 헌법적 위임에 근거하여 국적법이 제정되었으며,²³⁾ 이 국적법은 주지하다시피 헌법적 사항을 규율하는 이른바 ‘실질적 의미의 헌법’으로 기능하고 있다. 그러나 국적법상의 평등권위반적인 차별적 조항들에 대한 헌법소원을 통해 그간 여러 문제점이 불거지긴 했지만,²⁴⁾ 정작 헌법학계에서 실질적 의미의 헌법에 해당하는 국적법에 대한 관심과 연구가 소홀했음은 반성되어야 할 점이다.

2. 국적법 개정과정의 개요

현행 국적법은 1948. 12. 20.자로 제정·시행된 이래로 지난 2008. 3. 14.자로 일부개정되기까지 그간 9차례의 개정이 있었다.

그간 있었던 국적법 개정의 개요는 아래 표와 같다.²⁵⁾

-
- 22) 헌법재판소는 병역과 관련하여 이중국적자의 국적선택의 자유를 제한할 수 있는 사유를 대통령령으로 정하도록 한 국적법 제12조 제1항 단서가 포괄위임금지원칙에 위반되지 않는다고 판단하였다. [헌재 2004. 8. 26, 2002헌바13, 판례집 16-2(상), 195, 202].
- 23) 현행 국적법은 1948. 12. 20.자 제정·시행되었으며, 그간 9차에 걸친 개정이 있었다. 그러나 정부수립 이전에 미군정기인 1948년 5월 10일에 정식의 국적법이 제정될 때까지 조선인의 범위를 결정하기 위한 임시적 조치로써 남조선과도입법원이 부계혈통주의를 중심으로 한 국적에 관한 임시조례를 제정·공포하였다. 이에 관하여는 정인섭, “이중국적에 관한 한국의 법과 정책”, 정인섭(편), 『이중국적』, 사담생각, 2004, 145면 참조. 반면에 해방이후에 이전 일본인이 소유하고 있었던 ‘적산(敵産)’ 혹은 ‘귀속 재산(vested property)’의 처리 때문에 위 국적에 관한 임시조례의 제정이 이루어졌다는 유력한 견해도 있다. 이에 관하여는 명순구/이철우/김기창, 『국적과 법, 그 기원과 미래』, 2010년 3월 근간예정, 방주 21 참조.
- 24) 헌법재판소는 국적법상의 부계혈통주의가 헌법에 위반된다[헌재 2000. 8. 31. 97헌가12, 판례집 12-2, 167]고 밝혔고, 이중국적자에게 국적선택의 시기 또는 요건의 제한을 두는 것이 거주·이전의 자유의 한 내용으로서 국적이탈의 자유를 침해하지 않는다[헌재 2006. 11. 30, 2005헌마739, 판례집 18-2, 528]고 확인하였다.
- 25) 그간의 국적법 제·개정사에 관한 자세한 내용은 명순구/이철우/김기창, 『국적과 법, 그 기원과 미래』, 2010년 3월 근간예정, 방주 23 이하 참조.

<표> 국적법 개정의 역사

개정연도	주요 개정 내용
1962	<ul style="list-style-type: none"> 외국인의 대한민국국적 취득시 6월내 원국적 상실 요구 국적회복심의위원회의 건의에 의해 해외에서 국적회복 가능
1963	<ul style="list-style-type: none"> 귀화자의 특정 공직(대통령 등) 취임 금지 삭제 대한민국국적 취득시 6월내 원국적 상실 않으면 대한민국국적 상실
1976	<ul style="list-style-type: none"> 국적회복심의위원회 폐지 - 국내외 국적회복 절차 동일
1997	<ul style="list-style-type: none"> 부모양계혈통주의 국민의 배우자의 간이귀화 처의 수반취득 및 단독귀화금지 조항 삭제 국적회복 불허사유 명문화 이중국적자의 국적선택 국적판정제도
2001	<ul style="list-style-type: none"> 모계혈통에 의한 국적취득의 소급효를 20년으로 연장
2004	<ul style="list-style-type: none"> 국민의 배우자의 간이귀화 요건 완화
2005	<ul style="list-style-type: none"> 병역의무자의 국적이탈 제한 및 국적이탈 가능기간 조정
2007	<ul style="list-style-type: none"> 가족관계등록제도의 변경 반영
2008	<ul style="list-style-type: none"> 부정한 방법 등으로 귀화하거나 국적회복허가 또는 국적보유의 판정을 받은 경우 법무부장관이 그 허가 또는 판정을 취소할 수 있는 근거를 법률에 규정

3. 이중국적의 성립과 국내·외적 대응

누가 자기의 구성원인지를 정의할 배타적 권한을 가지는 근대주권국가에서 출생지주의(ius soli)와 혈통주의(ius sanguinis) 등 각 국가에서 운용하는 국적제도의 적극적 저축에 따라 이중국적 상황이 불가피하게 발생하기 마련이기 때문에,²⁶⁾ 국제사회는 일찍

26) 이철우 교수는 알레네이코프(T. Alexander Aleinikoff)와 클러스마이어(Douglas Klusmeyer)가 이중국적에 대한 각 국가들의 태도를 개방형(캐나다, 프랑스, 러시아, 영국), 용인형(호주, 독일, 이스라엘, 멕시코, 남아프리카공화국, 미국) 그리고 제한형(오스트리아, 일본)으로 유형화하는 것이 그 기준의 불명확성과 변화의 양상을 포착할 수 없음을 비판하면서, 역사적 배경과 이념적 기초에 따라 제국형(영국), 이민 통합형(미국, 프랑스), 민족계결합형(독일, 이스라엘, 아일랜드, 이탈리아), 이민출생형(터키, 다수의 라틴아메리카국가들) 및 인권존중형(1997년 유럽국적협약[European Convention on Nationality])으로 새로운 유형화를 시도하고 있다. 이철우, “이중국적의 논리와 유형”, 『법과사회』 제25호(2003. 12.), 118면 이하 참조.

이 지난 1930년 헤이그 국적법협약을 통해 단일국적주의를 원칙으로 이중국적 방지를 위한 조치를 행하였다.²⁷⁾ 그러나 이후 빈번한 이동 및 국제결혼의 증가에 따라 여성과 아동의 국적 선택을 보장해야 한다는 인권법의 요구가 강화되면서 이중국적을 부정해 온 기존의 국제법질서에 변화의 계기가 형성되었다.²⁸⁾ 이후 1997년에 체결된 유럽국적법협약(European Convention on Nationality)은 일정한 경우에 이중국적의 향유를 개인의 권리로 선언하고 이중국적자의 국내법적 지위를 강화하는 한편, 이중국적자의 경우 외국 국적의 취득이 국적 상실을 가져오게 할 것인지의 여부를 당사자국이 결정할 권리를 있음을 규정하였다.²⁹⁾ 이로써 이중국적에 관한 국제질서가 “통제에서 관리로”³⁰⁾ 변화하고 있음이 확인된다.

우리의 경우 1977년 3월에 「이중국적자에 대한 업무처리지침」을 실시하기까지는 정부수립이후 사실상 이를 방임하여 오다가, 1980년 초반 미주한인사회의 요구로부터 비롯되어 이중국적 허용논의가 본격적으로 제기되었다.³¹⁾ 그러나 이후 제한적 용인의 상태가 지속되다가, 1997년 국적법개정으로 국적선택제도³²⁾가 도입되면서 이중국적이 궁극적으로 부인되었다.³³⁾

이중국적에 관해서는 그간 국민국가의 주권론을 중심으로 그간 부정론과 긍정론이 대립하여 왔다. 부정론은 첫째, 국가에 대한 충성은 불가분적이라는 논거, 둘째, 안보에의 위협, 셋째, 거주국 사회에서의 통합 저해, 넷째, 조세, 상속, 혼인 및 병역과 관련한

27) 동 협약의 前文은 “모든 사람이 하나의 국적만을 갖도록 하는 것이 국제공동체의 일방이익이며, 국적법의 저촉에 관한 문제는 국제협정을 통해 해결하는 것이 중요하다”고 밝히고 있다. 이에 관하여 보다 상세하게는 김영석, “국제법상의 이중국적의 취급”, 정인섭(편), 「이중국적」, 사람생각, 2004, 122면 이하 참조.

28) 이로써 1957년의 ‘기혼여성의 국적에 관한 협약(Convention on the Nationality of Married Women)’은 혼인, 남편의 국적 변동, 이혼에 의해 기혼여성의 국적이 자동적으로 변경되어서는 안 된다고 선언하였으며, 같은 원칙은 1979년의 ‘여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약(Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women)’에서 확인되었다. 이철우, “이중국적의 논리와 유형”, 「법과사회」 제25호(2003. 12.), 139면 이하 참조.

29) 김영석, “국제법상의 이중국적의 취급”, 정인섭(편), 「이중국적」, 사람생각, 2004, 127면 이하; 이철우, “이중국적의 논리와 유형”, 「법과사회」 제25호, 2003. 12, 139면 이하 참조.

30) 정근식, “이중국적: 어떻게 보아야 하나”, 정인섭(편), 「이중국적」, 사람생각, 2004, 16면 이하 참조.

31) 정근식, “이중국적: 어떻게 보아야 하나”, 정인섭(편), 「이중국적」, 사람생각, 2004, 26면 이하 참조.

32) 현행 국적법 제12조에 따른 국적선택제도는 즉 20세 이전에 이중국적이 된 자는 22세까지 그리고 22세 이후 이중국적이 된 자는 2년 내에 국적선택을 하도록 하고, 국적선택이 없을 경우 당사자의 한국 국적을 자동적으로 상실시켜 이중국적의 지속을 방지하는 제도이다.

33) 정인섭, “이중국적에 관한 한국의 법과 정책”, 정인섭(편), 「이중국적」, 사람생각, 2004, 145면 이하 참조.

갈등 야기 및 이로 인한 국제사회의 불안정화, 다섯째, 이중국적자의 특혜에 따른 불평 등 야기에 근거하고 있다. 반면에 긍정론은 부정론의 논거들을 반박하면서 첫째, 이중국적 발생의 불가피성, 둘째, 자유민주주의 가치 확산에의 기여, 셋째, 이민의 통합에의 기여에 근거하고 있다.³⁴⁾

일제강점 하에 그리고 해방이후 현재에 이르기까지 우리사회가 이른바 ‘단일민족’의 화두를 중심으로 민족해방과 사회통합을 도모해온 것은 주지의 사실이다. 이러한 가운데 이중국적은 우리사회에서 사회통합을 해치는 부정적인 사회적 일탈로 취급되어왔다. 특히 그간 역대정부의 고위공직자 임용과정에서 해당 공직후보자 자신 또는 그 자녀들의 이중국적으로 인해 불거진 여러 차례의 해프닝들에서 그러하였다.³⁵⁾ 그러나 이 과정에서 언론의 선정적 보도와 일반시민들의 부정적인 정서 확산 등으로 보다 진지한 접근과 논의가 이루어지지 못한 채로 이중국적에 대한 다양한 발생사를 조망하는 보다 넓은 이해의 지평을 확보하지 못하였음이 강하게 비판되었다.³⁶⁾

이중국적과 관련해서는 세계화(Globalization)의 추세에 따른 점증하는 이주상황과 이에 상응하는 국제사회의 대응 변화라는 국제적인 환경변화와 국내 이주노동자 및 결혼 이민자의 증가³⁷⁾에 따른 국내적 환경변화에 따라 이제 새로운 변화를 진지하게 모색해야 할 시점임이 분명해 보인다. 이와 관련해서는 이중국적 내지 복수국적의 용인을 기왕에 보편적으로 인식되어온 국가주권 약화의 관점이 아니라 “주권의 탈영토화(deterritorialization)” 내지 “주권의 (재)영토화([re]territorialization)”의 관점에서 전략적으로 재조명해야 한다는 견해가 설득적이다.³⁸⁾

34) Randall Hansen and Patrick Weil, “Introduction,” in Randall Hansen and Patrick Weil(eds.), Dual Nationality, Social Rights and Federal Citizenship in the Us and Europe, New York : Berghahn Books, 2002, p. 7(이철우, “이중국적의 규범적 평가”, 『법과사회』 제27호(2004. 12.), 250면에서 재인용).

35) 이에 관하여 상세하게는 정인섭, “이중국적에 관한 한국의 법과 정책”, 정인섭(편), 『이중국적』, 사람생각, 2004, 167면 이하 참조.

36) 이철우, “이중국적의 논리와 유형”, 『법과사회』 제25호(2003. 12.), 142면; 정인섭, “이중국적에 관한 한국의 법과 정책”, 정인섭(편), 『이중국적』, 사람생각, 2004, 179면 이하.

37) 1990년대 이후 우리사회에서 국제결혼이 점증하면서, 2005년에는 총 결혼하는 쌍의 14%, 2008년에는 11%가 국제결혼이었다. 2008년 말 법무부 자료에 의하면 국내 결혼이민자의 수는 172,961명으로 이 가운데 87%는 여성 결혼이민자이고, 그 가운데 50,409명이 한국국적을 취득한 것으로 나타난다. 이와 더불어서 이른바 ‘다문화가족자녀’들도 산술급수적으로 증가하고 있다.

38) 이철우, “충성과 소속의 분열과 조화: 이중국적과 시민권의 정치사회학”, 정인섭(편), 『이중국적』, 사람생각, 2004, 83면 이하 참조. 유럽공동체(EU)와 같은 새로운 국가연합체의 출현과 함께 개별구성국가의 주권에 제한이 행해지는 가운데 이를 국가주권의 약화나 해체로 보기보다 주권의 불가분성을 일부 포기하는 대가로 국가주권의 외연이 확대되는 계기가 된다는 주장도 위 논리와 유사한 맥락에 놓여있

4. 최근 국적법개정안의 개요와 문제점

이중국적의 허용문제에 관하여 그간 일정한 논의가 진행되어오던 중에 이명박 정부는 출범과 동시에 해외우수인재 유치와 국가경쟁력 강화를 위한 적극적인 외국인정책을 주요 국정과제의 하나로 삼아서 지난 2008년 5월 국가경쟁력강화위원회에서 병역의무를 마친 이중국적자 등에 대해 제한적으로 이중국적을 허용하는 안이 검토되었고, 2009년 3월에 이명박 대통령이 직접 주재하는 가운데 복수국적을 제한적으로 허용하는 ‘국적제도 개선방안’이 논의되었다. 한편 법무부 출입국·외국인정책본부는 정부 출범과 함께 “질서와 통합을 향한 외국인정책 추진”을 외국인정책기본계획에 따른 전략목표로 설정하여 이중국적 허용에 관한 논의작업을 본격화하면서 아울러 이민자의 사회통합을 위한 각종의 프로그램들을 개발·시행하고 있다. 이러한 가운데 출입국·외국인정책본부는 2008년 7월에 “국적제도 개선을 위한 정책토론회”를 그리고 2009년 8월에 “국적법 개정안 공청회”를 개최하였다. 이후 입법예고 후 의견수렴을 거쳐 지난 12월 29일에 정부는 국적법 개정안을 국회에 제출하였고, 현재 국회 법제사법위원회를 통과하여 본회의에 상정되어 있다.

금번 국회에 제출된 국적법개정안은 제안이유에서 밝히듯이 엄격한 단일국적주의 아래에서 복수국적자에 대하여 규제 일변도로 되어 있는 현행 규정을 국제 조류와 국익에 부합되는 방향으로 복수국적을 제한적으로 허용하는 한편, 복수국적 허용에 따른 병역기피 등 부작용과 사회적 위화감을 최소화하는 방향으로 관련 규정을 보완하려함이 그 이유이고,³⁹⁾ 주요 내용은 아래와 같다.

◎ 우수 외국인재의 귀화 요건 완화

제7조 제1항 제3호를 신설하여 국익에 기여할 수 있는 우수 외국인재의 경우 국내 거주기간 요건 없이 귀화가 가능하도록 함.

◎ 대한민국 국적 취득자의 외국국적 포기의무 완화

제10조를 개정하여 외국인이 우리 국적을 취득한 경우 현행 6개월의 외국 국적 포기기간을 1년으로 연장하고, 외국국적 포기방식과 관련하여 국적취득자 중에서 ①혼인관

다. 이종수, “세계화와 국가주권”, 허영(편), 『세계화와 법적과제』, 경세원, 2008, 98면 이하 참조.

39) 2009. 12. 29.자 국회에 제출된 국적법 일부개정법률안 제안이유 참조.

계를 유지하고 있는 결혼이민자, ②대한민국에 특별한 공로가 있거나, 우수 외국인재로서 특별귀화한 자, ③국적회복허가를 받은 자로서 특별한 공로가 있거나, 우수 외국인재로 인정되는 자, ④해외입양 되었다가 우리 국적을 회복한 자, ⑤외국에 장기 거주하다가 국내에 영주 귀국하여 대한민국 국적을 회복한 65세 이상의 자, ⑥본인의 뜻에도 불구하고 외국의 법률 또는 제도로 인하여 외국 국적 포기의무를 이행하기 어려운 자로서 대통령령으로 정하는 자 등은 대한민국 국적을 취득한 후 외국국적을 포기하지 아니하고 국내에서 외국 국적을 행사하지 아니하겠다는 서약만 하면 대한민국 국적이 상실되지 아니하도록 함.

◎ 이중국적자의 용어 변경 및 복수국적자의 법적 지위

제11조2를 신설하여 셋 이상의 국적을 가진 자를 포섭하기 위해 현행 이중국적 용어를 복수국적으로 변경하고, 복수국적자에게 국내법 적용에서 대한민국 국민으로만 처우함을 명확히 함. 다만, 복수국적자가 관계 법령에 따라 외국 국적을 보유한 상태에서 직무를 수행할 수 없는 분야에 종사하려면 외국국적을 포기하도록 함.

◎ 국적선택방식의 개선

제13조를 개정하여 만 20세가 되기 전에 복수국적자가 된 자는 만 22세 전에, 만 20세가 된 후에 복수국적자가 된 자는 그 때부터 2년 내에 대한민국 국적을 선택하려는 경우에는 외국 국적을 포기하는 대신 외국 국적을 행사하지 아니하겠다는 서약을 하는 방식으로 우리 국적을 선택할 수 있게 하여 우리 국적 선택을 유도함.

◎ 대한민국 국적의 이탈 요건 및 절차 강화

제14조를 개정하여 국내외 거주 여부에 관계없이 대한민국 내에서도 대한민국 국적 이탈 신고를 할 수 있도록 함.

◎ 국적선택명령제도의 도입

제14조의2를 신설하여 복수국적자가 국적선택기간이 지난 경우에는 법무부장관이 국적선택명령을 한 후 그 때에도 국적을 선택하지 아니하면 대한민국 국적을 상실하는 것으로 개선함.

◎ 대한민국 국적의 상실결정제도 도입

제14조의3을 신설하여 복수국적자가 국가안보, 외교관계 등에서 대한민국의 국적을 보유함이 현저히 부적합하다고 인정되는 경우에는 법무부장관이 대한민국 국적의 상실을 결정할 수 있도록 하여 복수국적 허용에 따른 부작용을 최소화함.

◎ 복수국적자에 관한 통보의무

제14조의4를 신설하여 공무원이 직무와 관련하여 복수국적자를 발견하면 법무부장관에게 통보하도록 하여 복수국적자의 관리체계 구축을 위한 법적 근거를 마련함.

◎ 권한 위임에 관한 규정 신설

제22조를 신설하여 법무부장관의 권한을 출입국관리사무소장 등에게 위임할 수 있도록 하여 매년 증가하고 있는 국적의 취득 및 상실에 관한 각종 신청 및 신고 등 국적업무의 효율성을 제고함.

위 국적법개정안에서 주목되어야할 점은 혼인관계를 유지하고 있는 결혼이민자와 해외로 입양되었다가 우리 국적을 회복한 자에 대한 복수국적의 허용이다. 이로써 결혼이민자가 간이귀화할 때 그들의 귀화를 촉진하는 효과가 있을 뿐만 아니라 그들이 출신국과 한국 사이에서 초국경적 삶을 영위할 수 있는 조건을 배가시키고, 또한 열악한 지위에 놓인 그들의 삶을 개선함으로써 궁극적으로 이민의 통합에 도움이 될 것이다.⁴⁰⁾ 그리고 어린 시절에 본인의 의사와는 무관한 해외입양을 통해 우리 국적을 사실상 박탈당한⁴¹⁾ 해외입양아들이 복수국적을 통해 모국과의 끊어진 유대를 다시 형성하는 것이 기대되고, 또한 우리사회에게도 그간 이들을 저버린 데에 대한 일말의 속죄가 될 것이다.

그러나 해외 우수인력 유치를 위한 복수국적 허용에는 회의적이다. 왜냐하면 복수국적을 신청하는 ‘우수’외국인의 판정기준이 불명확하여 자의적으로 적용될 여지가 크고 또한 실제로 그동안 복수국적이 부여되지 못했기 때문에 우수외국인들이 우리사회에서 생활의 터전을 가지지 못한 것은 아니라고 판단하기 때문이다. 즉 현행법제상 외국

40) 이철우, “이중국적 그 오해와 진실”, 「국적제도 개선을 위한 정책토론회 자료집」(2008. 7. 22.), 198면 이하 참조.

41) 일정한 요건하의 국적상실과 달리 국적박탈은 현행법제 하에서 허용되지 않는다.

인이 투자·고용 등 우리사회에서 활동하는 데에 그다지 큰 장애요인이 있다고는 생각 되지 않으며, 만일 그러하다면 해당 법제도를 개선하면 될 일이다. 정부는 다문화사회 담론과 함께 우수외국인재 유치를 복수국적 허용을 위한 또 다른 명분으로 삼고 있지만, 해외로 유학을 나간 우수인재들이 학업 후 귀국하지 않고 현지에 잔류하는 비율이 상당히 높은 통계자료에서 확인되듯이,⁴²⁾ 우수외국인재들이 금번 복수국적 허용과 함께 귀화함으로써 자신의 능력을 발휘하여 우리사회에 기여하기를 기대하는 것은 난망(難望)하다고 본다. 또한 금번 개정법안에서 의도하는 글로벌 고급인력을 비한국계 외국인에 한한다면 실제 복수국적을 취득하고자 하는 대상은 한국인을 가족으로 두었거나 특별한 이유에서 한국에 영주하려는 사람들이 고작일 것이라고 지적된다.⁴³⁾ 따라서 정부가 진정 우수외국인재 유치를 목표로 한다면 국적 문제가 아니라 이들이 한국에 오지 않으려는 원인을 다각도로 분석하여 환경변화 및 제도개선 등을 통해 대응하는 것이 보다 우선적인 과제일 것이다.⁴⁴⁾

정부가 제출한 금번 국적법개정안과 관련하여 그간 우리사회에서 오랫동안 생활해 온 대표적인 정주 외국인인 화교(華僑)들이 복수국적의 대상범위에서 배제된 것이 논란되고 있다. 이 같은 배제가 복수국적을 취득할지 모를 화교의 병역의무 기피가 그 이유라고는 하지만,⁴⁵⁾ 그러나 이러한 정부입장은 향후 있을지도 모를 불확실한 예단에 근거하여 화교라는 인적 집단을 일방적으로 배제한 것도 문제거니와,⁴⁶⁾ 해당 문제는

42) 2010년 1월 26일자 월스트리트저널(WSJ)지 보도에 따르면 지난 2002년 미국 대학에서 과학기술 분야의 박사학위를 취득한 외국인들 가운데 5년 뒤에도 미국에 체류하는 사람은 2,139명으로 전체의 62%에 해당하고, 한국인의 잔류비율은 41%로 7위를 기록했다고 한다. 파이낸셜뉴스, 2010년 1월 27일자 참조.

43) 이철우, “이중국적 그 오해와 진실”, 『국적제도 개선을 위한 정책토론회 자료집』(2008. 7. 22.), 198면.

44) 同旨: “엘리트 외국인 이중국적 문제 있다”, 경향신문 사설, 2009년 3월 27일자 참조.

45) 법무부 관계자는 “지난해 11월의 20일 간 입법 예고시 국민여론 및 관계부처와의 의견 수렴 과정에서 화교 입영대상자의 병역의무 기피시에 일반 국민의 반감이나 형평성 문제가 제기될 수 있어 시기상조라는 의견이 우세해 부득이 국적부여 대상에서 제외되었다”고 밝혔다. “‘국적법개정’ 오락가락.. 화교들 뿔났다”, 연합뉴스, 2010년 2월 16일자 참조.

46) 이와 관련하여 이철우 교수는 “결혼이민자와 화교 등 이미 우리 사회에 깊이 정착한 이민자가 귀화할 때에는 출신국 국적을 포기하게 하고 소위 ‘우수’ 외국인에게만 원국적 보유를 허용할 이유는 찾기 힘들다. ...[중략]... 한국 사회에 이미 정주해 사회적 문화적 밀착도를 입증한 이민자는 복수의 국적을 갖더라도 한국 국민으로서의 의무를 다하리라는 기대를 더 크게 갖게 한다”고 지적한다. 이철우, “선진국형 국적제로 바꾸자”, 동아일보, 2009년 10월 22일자 참조. 또한 국적법개정안이 국회에 제출되고서 한성화교협회 총무는 “한국 국민이 된다면 대상자들이 병역의무를 지는 것은 당연하다”고 밝히고 있다. “국적법, 화교 등 소수자 보호에 초점을”, 경향신문 사설, 2010년 2월 17일자 참조.

입법적 보완을 통해 그 해결이 가능하고 또한 남자에게만 병역의무를 부과하는 현행법 제에서 병역의무를 부담하지 않는 여성 화교들까지 배제되고 있는 문제점이 있다. 병역의무가 면제된 자와 여성은 실역의 의무가 없을 뿐이지 국민의 의무를 이행하지 않은 것은 아니기 때문에 병역의무를 이행한 것과 동일하게 취급하는 것이 논리적으로 타당하기 때문이다.⁴⁷⁾ 정부가 국적법개정을 통해 진정으로 우리사회의 소수자에 대한 배려와 사회통합을 의도한다면 화교까지 포함해서 일관되게 그 대상범위를 파악할 필요가 있다.⁴⁸⁾

5. 보충적 출생지주의의 도입과 복수국적

금번 국적법개정안과 관련해서 영주자격을 가진 외국인 부모로부터 우리나라에서 출생한 사람에게 국적을 주는 정주자 출생지주의, 부모가 외국인으로서 한국에서 출생했고 본인도 한국에서 출생한 사람에게 국적을 부여하는 이중 출생지주의 등을 현재의 혈통주의원칙에 보충적으로 적용하고자 한 그간의 논의가 적극 반영되지 못했음이 비판된다.⁴⁹⁾ 보충적 출생지주의의 도입은 지금과 같이 주한외국인들이 급증하는 가운데 그 자녀들의 사회통합을 위해 필요하기 때문이다. 이는 특히 국내에서 이제 3~4세대를 이어서 정주해온 화교들에게 더욱 절박한 문제이다.

우리와 마찬가지로 전통적으로 혈통주의와 국적유일의 원칙을 고수해온 독일은 지난 1999년 국적법(*Staatsangehörigkeitsgesetz*)을 개정하여 귀화를 위한 거주기간을 15년에서 8년으로 단축함과 아울러 일정기간 이상 합법적으로 체류한 정주외국인의 자녀들에게 출생지주의를 보충적으로 적용함으로써 기한부로 이중국적의 보유를 허용하였다. 즉 개정국적법 제4조 제3항은 부모의 일방이 첫째, 8년 이상 합법적으로 독일 국내

47) 이철우, “이중국적 그 오해와 진실”, 「국적제도 개선을 위한 정책토론회 자료집」(2008. 7. 22.), 197면.

48) 이와 관련해서 “복수국적 허용을 위한 정부의 구상에 대해서는 근본 취지에는 동의하지만, 복수국적 용인의 폭과 우선순위의 설정이 협량하고 편향된 사고에 기초하고 있음”과 “현 정부가 인권에 대한 관심이나 인도적 고려보다는 경제적 도구주의에 입각해서 국가의 산업경쟁력을 높이려는 데에만 몰두하는 구태의연하고 촌스러운 모습을 보이고 있음”이 비판된다. 이철우, ““이중국적 그 오해와 진실”, 「국적제도 개선을 위한 정책토론회 자료집」(2008. 7. 22.), 198면 이하; 이철우, “정부의 국적법개정안에 대한 분석과 비판”, 「국적법 개정안 공청회 자료집」(2009. 8. 25.), 46면 이하 참조.

49) 이철우, “선진국형 국적제로 바꾸자”, 동아일보, 2009년 10월 22일자 참조. 정주자 출생지주의는 영국, 호주, 아일랜드 등 고전적 출생지주의 국가가 국적 부여의 대상을 좁히기 위해, 대표적 혈통주의 국가인 독일이 이민 자녀를 국민으로 만들기 위해 도입했다. 19세기 중반 프랑스가 개발한 이중출생지주의는 혈통주의를 기본으로 하는 유럽 대륙의 여러 나라가 이민통합을 위해 채택했다고 한다.

에 자신의 통상적인 거소를 가지거나, 둘째, 단기체류허가 또는 3년 이상의 장기체류허가를 가지고 있는 경우에 독일 국내에서의 출생을 통해 해당 외국인 부모의 자녀가 독일 국적을 취득할 수 있도록 하였다. 다만, 이들 이중국적을 가진 자녀들이 성년(만 18세)에 달한 시점에서 독일 또는 해당 외국국적 가운데 어느 하나의 국적을 보유할 지를 선택하도록 하였다. 따라서 이를 선택모델(Optionsmodell)이라고 칭한다.⁵⁰⁾

선택모델에 따른 보충적 출생지주의의 적용은 독일의 특수한 외국인이주상황에 기인한다. 2002년 12월 31일 현재로 독일연방통계청(Statistisches Bundesamt Deutschland)의 자료에 따르면 독일 내에 거주하는 7,340,000명의 외국인 가운데 터키계 외국인이 1,910,000명으로 전체 외국인수의 26.1%를 차지하는 것으로 나타난다.⁵¹⁾ 독일에서 열악한 지위에 놓여있는 소수자집단인 이들 터키계 외국인들이 특히 종교와 문화를 달리하는 가운데 현실적으로 귀화를 통한 독일사회에로의 통합을 기대하기 어려운 상황에서, 적어도 그 자녀들에게 기한부 복수국적을 허용함으로써 자녀들의 인권을 보호하고 또한 사회통합의 계기를 부여하고자 한 것이다.

이와 같은 이중국적 허용을 위한 논의과정에서 그리고 도입이후에 위헌론과 합헌론이 각각 제기되었다. 합헌론에서는 이 선택모델의 도입을 통한 이중국적 내지 복수국적의 허용은 과도기의 이민세대를 위한 순조로운 경과규정으로 표현된다.⁵²⁾ 특히 국제결혼을 통해서 출생한 아동들에게는 이미 상이한 문화적 범주가 지금까지 깊이 뿌리내려져 있기 때문에 이들에게 이중국적을 부여하는 것으로부터 특별한 어려움이 생겨나지 않을 것이라고 예견되고 있다.⁵³⁾

50) 1990년대 중반에 당시 Helmut Kohl 수상 하의 기민당/기사당(CDU/CSU)연합과 자민당(FDP)간 연립정부에서 이른바 ‘아동국적부여 모델(Das Modell der Kinderstaatsangehörigkeit)’의 도입을 적극 검토하였으나, 내부의 반발로 인해 실현되지 못하였다. 1999년에 새로이 구성된 사민당과 녹색당(Bündnis 90/Die Grünen)간 연립정부에서는 이전에 자민당(FDP)에 의해서 미리 작성된 ‘선택모델(Optionsmodell)’을 수정하여 사민당, 녹색당 및 자민당의 원내교섭단체들이 공동으로 발의하여 위 국적법개정안이 연방의회(Bundestag)와 연방참사원(Bundesrat)을 통과하였다. 이에 관하여 보다 상세한 내용은 이종수, “최근의 제한적 이중국적 허용 논의에 관한 비교법적 시론-독일의 경험을 중심으로-”, 『토지공법연구』 제43집 제1호(2009. 2.), 525면 이하 참조. 마찬가지로 독일의 개정국적법에 관하여는 권영설, “분단과 통일속의 독일국적법과 그 헌법문제”, 『중앙법학』 제8집 제4호(2006. 12.), 93면 이하 참조.

51) www.destatis.de 참조.

52) Masing, Wandel im Staatsangehörigkeitsrecht vor den Herausforderungen moderner Migration, 2001, Mohr Siebeck, S. 61 f.

53) K. Hailbronner, Das neue deutsche Staatsangehörigkeitsrecht, in: NVwZ 2001, S. 1330. 독일 내에서 국적법과 외국인법의 전문가인 Hailbronner 교수는 이러한 이중국적의 수용에 어떠한 위헌성도 도출되지 않는다는 견해를 피력하고 있다. K. Hailbronner, Die Reform des deutschen Staatsangehörigkeitsrecht, in:

반면에 독일 Augsburg市에서 1998년 9월 18일과 20일 사이에 개최된 국제법률가위원회의 독일분과 연차총회에서 연방헌법재판소 재판관이기도 한 Paul Kirchhof 교수는 기조연설에서 국적법개정과 관련하여 국가주권론에 입각한 근본주의적 입장에 터 잡아서 “우리의 헌법전통을 포기해야 한다면, 다문화사회의 승인은 잘못된 것이다. 엄격하게 가치기속적이고, 공통의 문화전통에 입각한 헌법국가의 확고한 토대만이 타자에게 열려있고, 이러한 기초는 다문화적인 것이 아니라 문화개방적인 것으로 이해되어야 한다”는 반론을 제기하였다.⁵⁴⁾ 또한 이중국적의 허용은 하나의 국적을 보유하고 있는 다른 모든 구성원들에 비해서 대단한 특권이어서 평등권을 규정하는 기본법 제3조 제1항과 합치하지 않는다는 견해⁵⁵⁾와 극단적으로 이중국적자인 커플이 혼인하는 경우에 그 아이는 경우에 따라서는 출생과 함께 4개의 국적을 가질 수 있기 때문에 아이가 성인이 되는 시점에서의 선택의무는 단지 4개의 모든 나라들이 이를 예견하고 있거나, 또는 이에 관한 협정이 마련되어 있는 경우에만 도움이 될 수 있으리라는 우려가 제기된다.⁵⁶⁾ 또한 이중국적자들이 반쪽자리시민(Halb-und-halb Bürger)이 될 것이어서 결국 이로 인해 유감스럽게도 이방인으로서 독일사회로부터 배척될 것이라는 회의론도 제기된다.⁵⁷⁾

최근 독일에서는 2008년부터 개정국적법에 따른 하나의 국적의 선택의무가 적용되는 상황을 앞두고서 선택모델에 따라 출생을 통해 독일국적을 취득한 이들 터키계 젊은이(ius-soli-Deutscher)들과 재독터키인연합(TGD)이 국적선택의무의 폐지를 강력하게 요구하고 있다.⁵⁸⁾

NVwZ 1999, S. 1276 참조.

54) Vgl. NJW 1999, S. 197 f.

55) I. von Münch, Die deutsche Staatsangehörigkeitsrecht -Vergangenheit-Gegenwart-Zukunft, De Gruyter Recht, Berlin, S. 175, 185. 이러한 논거에 대해 이철우 교수는 이중국적이 단순평등에는 반하나 다원적 평등에는 반하지 않는다고 주장한다. 이철우, “이중국적의 규범적 평가”, 『법과사회』 제27호(2004. 12.), 274면 참조.

56) H. Hecker, Doppelstaatlichkeit, in: Lexikon des Rechts, 4/190, S. 2.

57) M. Wolffsohn, Deutschlands Eigentor, DIE WELT v. 2. 12. 1998., S. 10.

58) <http://eknews.net/bbs/zboard.php?id=German&no=1480> 참조.

IV. 글을 마치면서

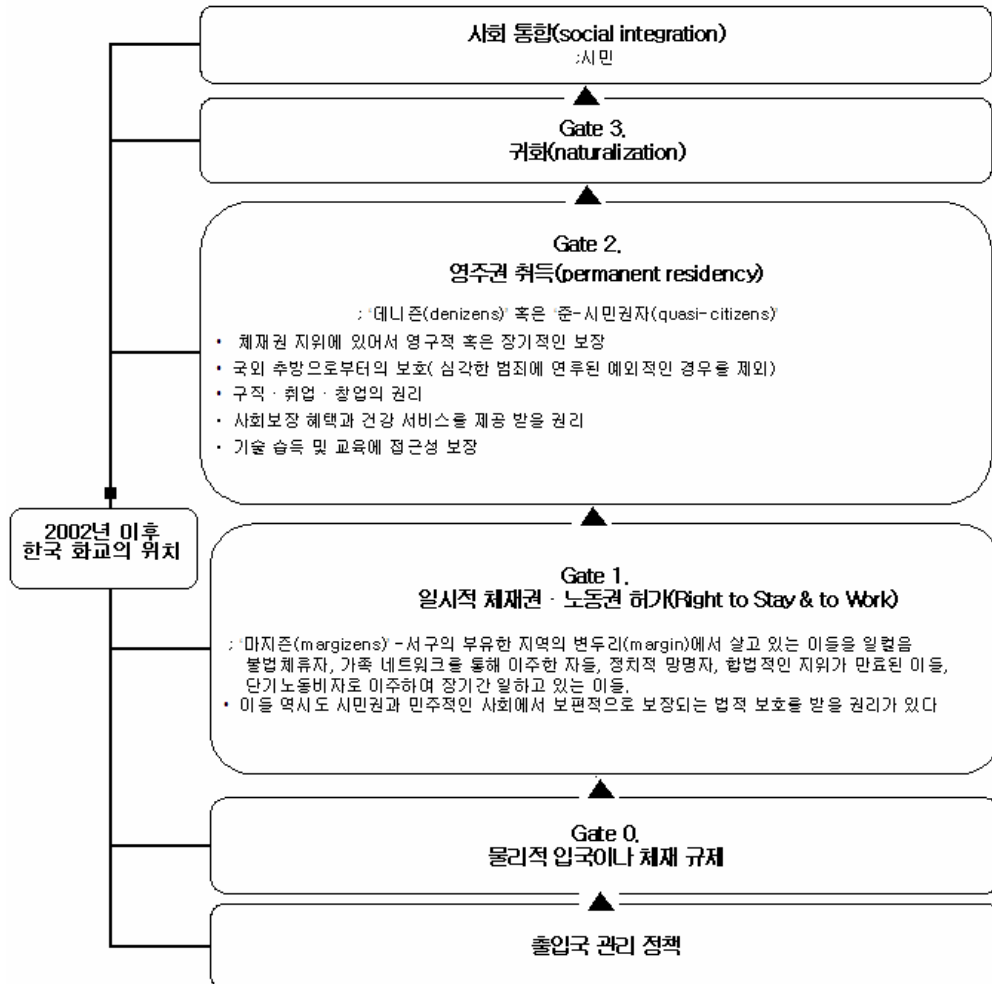
최근 정부가 다문화사회담론을 적극 수용하는 가운데 그간의 단일국적주의 내지 국적유일의 원칙을 부분적으로 수정하여 복수국적의 허용을 추진하는 것은 바람직하다. 이 같은 인도적 배려를 통해 결혼이민여성과 해외입양자들과 같은 사회적 소수자들의 사회통합이 크게 기대된다. 그러나 그 대상범주에서 그간 오랫동안 정주외국인으로 우리공동체와 삶을 함께 해온 화교들과 최근 늘어나는 이주노동자들의 자녀들이 배제된 것은 유감이다. 여러 세대를 이어서 국내에 정주해 온 외국인의 자녀들에 대해서도 독일에서처럼 제한적으로 출생지주의를 보충적으로 적용해서 우리 국적을 취득케 함으로써 이들이 우리사회에서 성장기의 어린 시절을 차별 없이 보낼 수 있도록 적극 배려함이 필요하다.

금번 국적법개정안에는 글로벌 시대의 국가경쟁력강화를 위한 해외우수인재 유치가 복수국적 허용을 위한 이유로 제시된다. 그러나 이러한 경제적 도구주의의 뒷면에 정작 포함되어야할 우리사회의 외국인 소수자집단들이 배제됨으로써, 이는 결국 사회통합보다는 국가경쟁력강화가 국적제도 개선의 우선순위에 놓여있다는 반증인 셈이다. 다문화사회담론에 충실하자면 결혼이민자 뿐만 아니라 정주외국인들 내지 적어도 그 자녀들에게 대해서 복수국적의 취득을 허용하는 보다 전향적인 자세가 아쉽다.

또한 본 발제에서 주제로 다루어지는 귀화를 통한 복수국적의 허용은 다문화사회에서의 사회통합을 위해서는 전부가 아닌, 하나의 조치에 불과하다. 모두가 더불어 살아가는 사회통합이 가능하기 위해서는 궁극적으로 재한외국인과 다문화가족자녀들에게 자유와 평등의 보장을 통한 차별 없는 법제와 사회환경이 제공되고, 그리고 무엇보다 우리 스스로에게 내재하는 차별적인 인식의 변화와 이를 위한 실천적 노력이 더욱 요구된다.

[부록]

<표> 외국인의 사회 통합



출처: Stephen Castles and Alastair Davidson, *Citizenship and Migration* (New York: Routledge, 2000); Tomas Hammar, *Democracy and the Nation-State: Aliens, Denizens and Citizens in a World of International Migration* (Aldershot: Avebury, 1990)[대한민국 국적제도의 개선방안, 2007년도 법무부 용역보고서, 48면에서 재인용].

“다문화 사회와 국적”에 관한 토론문

정 인 섭 (서울대 법대)

- 이종수 교수의 발표문은 최근 우리 사회의 중요 화두로 대두되어 있는 다문화사회 현상을 현재 계류중인 국적법 개정안과 결부시켜 설명하는 좋은 논문이라고 생각한다.
- 전체적인 글의 방향에 대하여는 큰 이견이 없으며, 결론으로 제시하는 방향에 대하여도 찬성한다.
- 다만 다음과 몇 가지 세부사항에 대하여 지적만을 함으로써 토론자의 임무를 수행하도록 한다. 발표문의 순서대로 지적을 한다.
- p.4: 헌법 제6조 2항 “외국인은 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 그 지위가 보장된다”라는 조항을 발표자도 지적하고 있는 바와 같이 국내 일부 헌법교과서에서는 외국인 처우의 “상호주의”를 밝힌 것으로 설명하고 있는데, 이러한 관점은 배격되어야 할 낡은 시각이다. 외국인 처우와 같은 인권의 문제는 상호주의가 원칙적으로 배제되어야 할 부분이며, 현대 사회에서는 상호주의가 전면적으로 실현되기도 어려운 분야이다. 이러한 점에서는 각주 16 전광석 교수의 견해가 타당하다.
이 점과 관련된 과거 판결이 하나있다. 1994년 이른바 송자 연세대 총장 자격에 관한 재판의 1심 법원은 당시 송자 총장이 무자격자라는 판결을 내려 큰 파문을 일으켰는데, 그 판결의 논거중의 하나가 헌법 제6조 2항이 외국인 처우에 관하여 상호주의를 규정하고 있다고 판단이었다. 이 판결은 후에 2, 3심에서 번복되었듯이 매우 잘못된 판결이었다고 생각한다.
- p.9 국적이탈 요건과 절차: 발표자는 제14조 개정의 취지를 “국내외 거주 여부에 관계없이 대한민국 내에서도 대한민국 국적이탈 신고를 할 수 있도록 함”이라고 설명하고 있다. 이는 정부의 개정안 설명서중 제14조 관련 1)항의 설명을 그대로 인용한 것이다. 그런데 이 1)항은 현행법이 그렇다는 설명이며, 그래서 2)항과 같이 개정하

겠다는 것이 이번 개정안의 목적이다. 즉 이 조항의 개정 취지는 정부의 제안설명서에도 나와 있는 바와 같이 국내에 생활기반을 둔 자의 한국적 이탈을 제한하려는 것이다.

- p.5 각주 23: 1948년 국적에 관한 임시조례의 제정배경을 2갈래로 소개하며, 중간에 “반면 … 유력한 견해도 있다”고 표현하여 마치 앞의 저의 견해와 뒤에 인용된 책자 속의 견해가 다른 것처럼 소개하고 있는데, 이는 사실과 다르다. 당시 이 조례의 제정배경을 조사하면 바로 알 수 있듯이 제정 이유는 각주에서 지적된 양 견해 모두이다. 다만 각주 23에 인용된 제 글은 “이중국적” 자체만을 설명하는 것이었으므로 귀속재산과 관련된 지적을 하지 않았던 것 뿐이며, 저의 다른 글에서는 48년 임시조례의 제정이 귀속재산 처리기준을 위한 군정청측의 요구에서 직접적으로 연유하였다는 점은 여러 차례 설명한 바 있다.
- p.8: “국적법 일부 개정법률안”이 현재 국회 법제사법위원회를 통과하여 본회의에 상정되어 있다고 설명하였는데, 국회의안 현황을 검색한 결과는 국회 법사위에 상정되어 지난 2/16 법무장관의 제안설명과 전문위원 검토보고만 있었고, 그 이상의 진척은 없는 상태이다. 개정법률안은 법안심사제1소위원회에 회부되어 2/17 논의할 예정이었으나, 시간 부족으로 논의는 전혀 이루어지지 않았다. 즉 국회에서는 아직까지 아무런 실질적 토의도 이루어지지 않은 상태에서 법사위에 계류중이다.
- p.10 각주 48:
이 각주에서는 2008년과 2009년 법무부 공청회에서 이철우 교수가 당시의 법무부안을 비판하고 있음이 소개되고 있는데, 하나 참고로 할 사항은 2008년과 2009년 여름 제시되었던 법무부의 국적법 개정안에 비하여 2009년 말 정부가 국회로 제출한 개정안에는 적지 않은 차이가 있다. 즉 복수국적의 허용범위가 늘어났다. 그런 점에서 2008년 안과 2009년 여름 안에 대한 비판을 현재의 안에 그대로 대입시키는 것은 무리가 있을 수 있다.
- pp.9-10에서 발표자는 결혼이민자와 해외입양자에 대하여 복수국적 보유의 길을 열어 주었다는 점을 칭찬하고, 화교가 대상에서 배제된 점에 대하여는 비판을 하고

있는데 이 점에 대하여는 저 역시 동감이다. 그리고 우수인재 유치를 위한 복수국적 허용은 큰 실효성이 없을 것이라고 비판하였는데, 사실 정부 역시 실효성이 크지 않으리라는 점을 잘 알고 있으며, 일종의 상징적 조치라고 생각하고 있다. 특히 이번 국적법 개정작업의 단초가 국가 경쟁력 강화라는 목표에서 우수 인재 유치를 위한 국적법적 대응에서 시작되다 보니 큰 실효성은 없을 것 같은 이 조항을 담당 부서가 포기하기 어려웠을 것이다.

- 끝으로 발표자에 대한 질문은 아닙니다만 “사회통합”이라는 단어의 의미가 무엇인가에 관하여만 지적을 한다. 우리 사회에서는 외국인이 한국에 정착하려면 한국인 다워져야 한다고 생각하는 사람이 많지 않을까 한다. 그런데 “통합”이라는 개념이 “동화”를 의미하지는 말아야 할 것이다. 과거 우리는 일본의 귀화제도가 몸도 마음도 일본인이 되어야 하는 동화적 귀화제도라며 비판하였다. 즉 외국인의 사회통합에서는 발표자도 지적하고 있듯이 “차이와 다양성을 인정하고 이해”한다는 시각이 배제되어서는 아닐 될 것이다.

“다문화 사회와 국적”에 대한 토론문

박진애 박사

다문화 사회와 헌법이라는 화두를 처음으로 헌법학의 논의로 선택한 이번 학회에서 제2주제의 토론자로 참석할 기회를 주셔서 감사합니다. 관련 주제에 관한 몇 가지 단상들을 아래와 같이 정리하고 발제문과 관련하여 발제자에게 간략한 질문을 드리도록 하겠습니다.

한국인이라는 정체성

나와 내가 속한 집단을 동일시하는 심리적 감정으로서 정체성을 이해한다면 한국인이라는 정체성은 내가 속한 집단으로서 국가의 국민이라는 데서 출발한다고 하겠다. 사람들은 스포츠 응원을 하면서 또는 세계에서 대한민국의 위상을 얘기하면서 한국인이라는 자긍심과 강한 한국에 대한 열렬한 욕구를 드러내기도 한다. 특히 단일민족의 유구한 역사를 지닌 한민족이라는 민족국가의 신화는 순혈주의의 배타적 국적주의를 논의의 중심에 또는 그 바탕에 두게 한다.

국민 개념 이해의 다차원성

근대국가 성립이후 오늘날까지 국민주권원리에 기반 한 헌법체계는 국가공동체의 인적기초로서 주로 국민에서 출발한다. 국민의 권리와 인간의 권리를 나누어 표현하고 있는 헌법도 있지만 우리 헌법은 ‘국민’의 권리로만 표현하고 있다. 자구에 얽매이지 않고 헌법해석학과 헌법실무에서 우리 헌법에서의 국민 개념을 다의적으로 이해하고 있다. 예를 들어 제1조 주권자로서의 국민, 제2조 국적보유자로서의 국민, 제10조에서

제37조까지 기본권의 주체로서의 국민 등으로 이해한다. 즉 국민주권, 민주주의, 기본권주체성과 관련하여 첫째 규범정립에 어떠한 방식으로든지 참여하고 법질서에 능동적으로 관여하는 주권행사자로서의 국민, 둘째 연령, 성별, 출신성분이나 유권자인지 여부와 관계없이 주권의 주체로서의 국민, 셋째 기본권의 주체, 기본의무의 주체가 되는 국민 등으로 다양하게 이해한다.

헌법이 예정하고 있는 ‘국민인 사람’ 개념

또한 헌법 제2조 제1항에서 대한민국의 국민이 되는 요건은 법률로 정한다고 하여 국민되는 구체적 요건에 관해서 헌법은 명시적 문구로 말하고 있지 않다. 그러나 헌법이 예정하고 있는 국가공동체의 구성원으로서 ‘국민’이란 순혈주의나 배타적 민족주의에 의한 경계선을 그어 ‘국민인 사람’과 ‘국민 아닌 사람’을 나누는 것으로 보이지 아니한다. 국가구성원이 인간으로서의 존엄과 가치를 가지고 인간다운 생활을 하며 행복을 추구할 권리를 가지는 국가공동체를 상정하고 있는 우리 헌법은 국가에게 ‘개인이 가지는 불가침의 기본적 인권’을 확인하고 이를 보장할 의무를 지우고 있다(헌법 제10조, 제34조 제1항).

국적법의 존재의미

국민주권에서 탈피한 세계주권 내지 세계시민권이 논의되기도 하지만 각국의 헌법은 정치적 공동체의 형성에 필요한 주권 내지 헌법제정권력·헌법개정권력을 정치적 공동체의 기초가 되는 인적 집단에게 있는 것으로 보고 이는 헌법제정 이후에 국적법에 의해 확인되는 체계를 가진다. 국적법은 인적 국가요소에 국가를 구성하는 법적 지위를 부여하는 기능을 한다. 국적은 국가권력의 지배가 미치는 인적 범위를 확정하고 그 속에서만 국가권력은 민주적으로 정당화 된다. 그러나 국적법은 국가권력의 민주적 정당성의 근거로서 ‘국민되는 요건’을 정하고 있기보다는 배타적 혈통주의를 벗어나지 못하고 있고 다문화사회로 접어든 우리 헌법현실의 변화에 다가가는 규범으로서 역부

죽이라는 비판으로부터 자유롭기 힘들어 보인다. 국적 부여 및 국적 관리를 하는 국가의 역할은 다양한 사람들이 어우러져 행복한 공동체를 형성하는 데 장애가 되지 않고 기본권보장에 소외되는 계층 내지 사람들이 생겨나지 아니하는 방향으로 개선되어야 할 것이다. 혈통주의, 출생지주의 등 양분논리에 집착하기보다 문제 상황에 대응할 수 있는 관리체계를 구축하는 방향으로 전환될 것이 요청된다. 최근 국적법개정안의 내용은 국적법의 이러한 존재의미를 바탕으로 하기보다는 원정출산, 병역기피 등의 부작용과 그 대응면에 있는 이중국적의 인정이익의 형량에 따른 결과물로 평가된다.

다문화사회에서 결혼이주여성의 국적문제

다문화사회에서 국적이 문제되는 구체적인 상황으로 우선 결혼이주여성의 경우를 예로 보면 다음과 같다.

결혼이주여성의 경우 한국인 남편과 살고 있으나 방문동거비자로 체류자격을 취득해야 하는 신분이기 때문에 국적취득 이전에 결혼사유가 해소되면 불법체류자의 신세로 전락하는 등 법적으로 불안정한 상태에 놓여 있다.

결혼이주여성의 체류자격과 관련한 모든 권한이 남편에게 달려있다. 외국인이 한국인과 결혼하여 2년이 지난 후에는 한국 국적 신청 또는 영주 비자(F-5) 신청 중 택일하여 한국에서 안정적인 신분을 보장받을 수 있다. 2년이 지난 뒤 한국 국적 신청을 하지 않은 외국여성은 2년에 한 번씩 체류기간 만료 전에 관할출입국관리사무소를 방문하여 구비서류를 제출하여 연장하여야 한다. 원칙적으로 출입국사무소에서는 정상적인 혼인생활을 전제로 한 체류연장 신청은 혼인생활 중 출생자녀가 없는 경우 한국인 배우자와 동행할 것을 요구하고 있고 결혼이주여성은 1년마다 체류 연장시 남편이 신원보증을 해 주어야 한다. 남편이 체류연장에 동의하지 않아서 어려움을 겪는 여성이 많고 한국이 남편에게 체류에 대한 결정권이 있기 때문에 대부분 이주여성들은 평등한 결혼생활을 영위하지 못하는 경우가 많다고 한다.¹⁾ 체류연장 신청시 남편의 비협조로

1) 다문화정책의 추진실태와 개선방향, 국회입법조사처 정책보고서 제2호, 2010.1.5., 66쪽 이하 참조.

출입국 방문을 하지 못하면 결혼이주여성은 갑자기 불법체류자 신분이 되고 만다.

결혼이주여성이 한국 남성과 혼인하여 국적을 취득하지 않은 상황에서 혼인이 해소되고 자녀를 양육하게 된 경우 통상 주민등록번호와 가족관계를 내용으로 하는 가족관계등록부에 자신의 이름만 기재되어 있기 때문에 모자녀관계를 증명하기 힘들어지기도 한다. 국제결혼으로 이루어진 부부의 안정성이 확보되기 쉽지 않고 그러한 불안정성이 갖는 문제는 이혼 후 극대화된다.

한국남성의 가부장적 기대와 이주여성의 코리안 드림이라는 상이한 결혼의 목적과 혼인과정에 개입하는 결혼중개자들이 매매혼방식으로 중개하는 관행은 남성들로 하여금 이주여성을 삶의 동반자라는 인식을 소홀하게 할 수 있다. 이러한 시작은 결혼이민자 가족의 부부갈등의 잠재적 원인이 된다. 결혼이주여성이 경험하는 가정폭력은 구타 등의 물리적 폭력뿐만 아니라, 성적 괴롭힘, 언어폭력 그리고 결혼이주여성의 특수성에서 비롯된 생활비나 용돈을 주지 않거나 송금통제 또는 외출 통제 등 폭넓은 유형으로 나타나고 있다. 이러한 관점에서 보면 다양한 가정폭력을 경험하는 이주여성들이 가정폭력의 피해자로 인정받기 위하여 “가정폭력 범죄의 처벌 등에 관한 특례법”에서 규정하고 있는 가정폭력의 정의가 확대될 필요성이 제기된다.²⁾ 그리고 이주여성들은 국적이 다른 남편과의 불평등한 관계에서 다양한 가정폭력을 경험하고 낮은 타국에서 행정처리과정에 미숙할 수 있기 때문에 가정폭력의 피해자로 인정받기 힘든 경우가 생긴다.

결혼 또는 부부관계가 종료되었음에도 불구하고 가정폭력의 피해자인 경우는 국내 체류권을 인정받을 수 있다. 따라서 현행 법률에서 정의하는 ‘가정폭력’의 협소함은 체류 또는 국적취득의 문제로까지 연결된다. 이혼할 경우 남편이 아이 양육권을 갖고 이주여성이 면접교섭권을 가질 경우 이주여성은 체류할 수 없다. 또한 이혼의 귀책사유가 남편에게 있음을 명확하게 입증하지 못한 경우에 체류연장이 어렵다. 이혼한 결혼이민자도 국적취득이 가능하지만, 결혼이민자에게 결혼중단에 대한 귀책사유가 없음을 증명해야 한다. 그리고 이혼 후 국적취득이 가능한 자는 한국 국적의 아이를 양육하고

2) 가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제2조 제1호에 따르면, “가정폭력”이라 함은 가정구성원사이의 신체적, 정신적 또는 재산상 피해를 수반하는 행위를 말한다.

있거나 “자신에게 책임이 없는 사유로 정상적인 혼인생활을 할 수 없었던 자”로서 대한민국에서 2년 이상 주소가 있는 자이다(국적법 제6조 제2항 제3호의 간이귀화요건 참조). 이러한 조건은 다양한 가정폭력의 피해를 경험한 결혼이주여성들이 거주권을 보장받을 기회가 제약될 수 있는 문제점을 안고 있다.³⁾ 그 밖에 출입국 관리정책의 일관성 부족으로 인해 남편의 귀책사유로 법원에서 이혼판결을 받았거나 이혼 후 자녀양육권을 갖고 있음에도 불구하고 체류권이 확보되지 않는 경우도 문제점으로 지적된다.

다문화사회에서 소위 불법체류자의 국적문제

불법체류자의 문제는 난민, 이주노동자, 불법체류자 아동 등으로 대별된다.

최근 난민신청이 급증하고 있으나 난민인정법무전담조직과 인력의 부족, 까다로운 심사기준으로 인하여 심사기간의 장기화 등 효율적인 난민인정심사에 한계가 있다. 난민신청을 하고 심사결과를 기다리고 있는 사람들은 다문화가족지원법에 의거한 다문화가족으로 인정받지 못하고 있으며 장기화되는 심사기간으로 인해 불법노동을 하게 되어 난민과 이주노동자가 섞이게 되고 미등록 이주노동자들이 난민신청을 하는 등 제도의 취지가 악용되는 사례가 생겨난다.

관주도의 다문화 정책이 ‘혈족주의’에 치중되면서 이주노동자 문제에 대한 관심과 지원은 부족한 현실이다. 외국인 근로자들이 취업해 있는 사업장은 근무조건이 열악한 곳이 많은데 현재 고용허가제에 의하여 국내에 체류하게 되는 외국인은 처음 근로계약을 맺은 사업장에서 3년간 일해야 하는 것을 원칙으로 한다. 외국인노동자의 사업장 변경은 원칙적으로 금지되나 특별한 사유가 있으면 고용지원센터를 통하여 사업장 변경이 가능하다. 사업장의 변경은 3년 동안 3회를 초과하지 못한다. 그러나 외국인의 귀책사유 없이 사업장을 변경하는 경우 1회를 추가하여 사업장 변경허가를 허용한다. 사업장 변경 신청일로부터 2개월 이내에 근무처 변경허가를 받지 못하거나 사용자와 근로계약을 종결시킨 후에 1개월 이내에 다른 사업장으로 변경을 신청하지 않은 외국인 노동자는

3) 다문화정책의 추진실태와 개선방향, 국회입법조사처 정책보고서 제2호, 2010.1.5., 65쪽 이하 참조.

불법체류자가 된다. 구직기간을 이렇게 제한함으로써 인해 외국인 노동자가 언어도 통하지 않는 상황에서 불법체류자가 되기 쉽다. 그리고 사업장의 부도로 직장을 잃고 구직 활동을 하고 있는 전문인력의 경우 출국하여야 하는 상황에 직면하게도 한다.

다문화사회에서 이주아동·청소년의 국적문제

출입국·외국인정책본부의 통계자료는 한국에서 출생한 불법체류자 아동을 포함하고 있지 않고, 법무부·교육과학기술부의 통계자료도 이주아동·청소년에 대한 세부정보가 드러나지 않고 있는 점⁴⁾에서도 알 수 있듯이 불법체류자의 아동·청소년에 대한 실태조차 제대로 파악되지 않는 현실에서 아동·청소년의 기본적 인권이 침해당할 가능성이 크다.⁵⁾ 국적과 관련된 출입국 및 체류의 문제이므로 언급하도록 한다.

2001년 초·중등학교법 시행령의 개정으로 미등록 아동에게도 취학의 기회가 일정 부분 주어졌으나(초·중등교육법 시행령 제19조 제1항), 법률에서 명시하지 않고 시행령만의 개정인 점, 편법을 통해 입국한 경우 출입국관련 사실증명이 어려운 점, 미등록 아동의 입학여부가 학교장의 재량사항으로 규정되어 있어 개별 학교장들이 소극적으로 반응해온 점 등에서 한계를 찾아볼 수 있다. 브로커를 통해 자녀를 입국시킨 부모들이 자녀들의 출입국사실을 확인할 수 있는 기록을 갖고 있지 않아 자녀의 학교 등록에 어려움을 겪어야 하는 문제점에 대해 2003년 5월 학교정책과의 지침을 통해 학생들이 해당지역에 거주한다는 사실을 입증하는 서류만으로도 입학이나 전학이 가능하도록

4) 다문화정책의 추진실태와 개선방향, 국회입법조사처 정책보고서 제2호, 2010.1.5., 72쪽 이하 참조.

5) 현행법상 이주노동자는 가족을 동반해서 입국할 수 없기 때문에 현재 국내에 체류하는 이주노동자 자녀나 청소년 이주민은 부모 또는 부모 중 한 명이 한국으로 이주한 후 여러 가지 경로를 통해 입국한 경우와 한국에서 태어난 경우로 나눌 수 있다. 부모를 따라 입국한 경우도 이주노동자가 한국에 입국한 후 자녀를 친척이나 브로커를 통해 입국시킨 경우와 부모 중 한 명이 입국해서 한국인과 결혼한 후 자녀를 초청하는 경우 두 유형으로 나뉜다. 전문 브로커를 통한 입국의 경우 브로커 자신의 여권에 동반 자녀로 기재해서 입국하여 부모에게 인계한 후 출국해 버리면 이주노동자 자녀는 자신이 어떤 이름으로 입국했는지조차 모르는 경우가 많아 출입국 기록을 통한 신분증명이 어려워진다. 자녀의 동반입국이 금지된 상황에서 다양한 편법으로 입국하거나 국내에서 출생한 이주노동자 자녀의 경우 한국정부에 출생신고의무가 없어 국가가 통계를 집계하지 못하는 실정이다. 한건수, 국내 체류 이주노동자 자녀 및 청소년 이주민의 삶과 정체성, 유네스코 아시아·태평양 국제이해교육원 엮음, 다문화사회의 이해, 동녘, 2008, 52쪽 이하 참조.

개선했다. 현행 초·중등교육법시행령 제19조 제1항은 거주사실을 확인할 수 있는 서류제출도 가능하도록 규정하고 있다.⁶⁾ 이들 이주아동·청소년들은 한국에서 일시적으로 체류하는 것이 아니라 언어와 문화를 습득하고 인격을 형성·발전시키며 각자의 정체성을 형성해 나간다. 부모의 출신국인 모국과 한국 사이에서 제3의 정체성과 문화적 공간을 형성해가는 이주노동자 자녀의 삶은 우리의 다문화사회에 대한 대응방식에 따라 초국가적 시민으로 새로운 미래를 열어갈 수 있을 수도 있을 것이고 문화적 난민으로 전략할 수도 있을 것이다.

국적법·출입국관리법·재한외국인 처우 기본법

국적법 개정에서 단일국적주의를 넘어 복수국적을 허용하는 것은 개방된 사회로 향한 진일보라고 할 수 있을 것이다. 그러나 국적법 개정논의의 마당에 참여한 구성원들, 논의의 출발점에 대한 반성과 함께 다문화사회로의 변화에 적합한 개정이 요구된다. 그리고 국적법과 기본태도를 같이 하여 국민과 외국인을 나누고 출입국과 체류 요건을 정하고 있는 출입국관리법의 개정도 요구된다. 이때 소위 불법체류의 문제상황을 구체적으로 검토하고 다문화 사회의 통합을 위해 국가가 관리해야 하는 그야말로 ‘불법’인 상황을 걸러내는 작업이 선행되어야 할 것이다.

‘다문화’라는 말, 다문화 현실에 대한 우리의 태도

다문화사회의 개념은 철학적, 사회학적, 법학적 그리고 헌법학적으로 다양하게 접근되고 정의될 수 있고, 개념정의의 필요성 여부에 대해서도 의견이 나뉠 수 있을 것이

6) 초·중등교육법 시행령 제19조(재외국민 자녀의 입학절차 등) ① 재외국민 또는 외국인이 보호하는 자녀 또는 아동이 국내의 초등학교에 입학하거나 최초로 전입학하는 경우에는 거주지를 관할하는 해당학교의 장은 「전자정부법」 제21조제1항에 따른 행정정보의 공동이용을 통하여 「출입국관리법」 제88조에 따른 출입국에 관한 사실증명 또는 외국인등록사실증명의 내용을 확인함으로써 제17조 및 제21조에 따른 입학 또는 전학절차에 갈음할 수 있다. 다만, 그 재외국민 또는 외국인이 확인에 동의하지 아니하는 경우에는 출입국에 관한 사실이나 외국인등록사실을 증명할 수 있는 서류 또는 임대차계약서, 거주사실에 대한 인우보증서 등 거주사실을 확인할 수 있는 서류를 제출하도록 하여야 한다.<개정 2006.6.12, 2008.2.22>

다. ‘다문화’라는 말이 논의하는 사람들의 태도에 따라서 ‘우리’와 ‘우리 아닌 사람들’을 구별 짓는 데서 출발하거나 구별 짓는 데로 귀결될 수도 있음을 지적하고 싶다.⁷⁾ 우리나라에 들어와 공동체의 일원으로 함께 살고 있는 사람들(Mitmenschen)이 논의의 대상이나 동화를 위한 지원대상으로만 인식되는 경우가 그러하다. 함께 논의하고 함께 발전적인 대안을 구상해 나가는 동반자로서 인식하고 일방적인 동화교육의 대상으로서가 아닌 서로 알아가고 배워가고 이해해 가면서 좋은 점을 닮아가는 다문화논의가 진행되어야 할 것이다. 논의의 마당에도 상호적인 참여와 노력이 필요할 것이고 함께 귀 기울이고 서로 관용하고 포용하려는 열린 노력이 ‘다문화 사회’라는 명칭이전에 전제되어야 할 것이다. 그리고 서로 이해하는 방식 또한 다를 것이므로 일방적이 아닌 상호적 이해를 위해서는 이해방식을 연습하고 서로 이해해 나가는 시간이 필요하다는 여유 있는 자세가 요구된다.

7) 소위 ‘사회통합대상’이 되는 사람들의 입장을 보면 ‘다문화’라는 말이 긍정적으로도 또 부정적으로도 인식될 수 있다. 이들의 의견을 살펴보면 우리의 관주도형 다문화정책, 다름과 틀림의 배타성이 상존하는 다문화에 대한 사회일반의 접근방식에 대한 반성이 요구됨을 확인하게 된다. 신문기사에 나온 인터뷰 내용은 대략 다음과 같다: 우리에게 ‘다문화’라는 말은 [...] 가끔은 지나치게 배려하는 게 오히려 차별이구나 하는 생각이 들 때도 있다. 정부나 시민단체가 많은 노력을 하고 있는 것 같다. 하지만 한국인과 우리를 구분 짓는다는 느낌을 받을 때가 있다. [...] 다문화라고 하면 뭔가 좋지 않은 느낌이다. 아들이 다니는 어린이집에 얼마 전까지 외국인 아이가 한 명 더 있었다. 그런데 그 아이가 나가니가 선생님님이 ‘이제 우리 어린이 집에는 다문화가정 아이가 한 명이네요’라고 하더라. 물론 선생님은 별 생각 없이 한 얘기겠지만 기분 나빴다. [...] 다문화가정 아이들이 초등학교에 가면 아이들이 ‘너는 외국사람이다. 피부가 검다’라며 놀린다고 한다. 그런데 선생님은 아이들 다 있는데서 ‘다문화가정인 사람 손들어 봐’라고 한다고 한다. 그러면 아이들은 더 왕따가 된다. 앞으로 우리 아이들도 걱정이다. [...] 이제 한국에도 외국인이 많이 사는데, 자연스럽게 어울려 사는 게 중요한 것 아닌가. ‘다문화’라는 말로 선을 긋고 그 안에 가두는 것은 크게 도움이 안 되는 것 같다. [...] ‘다문화’라는 단어는 좋은 아이디어인 것 같다. 이 단어 덕분에 한국사람들이 우리를 좀 더 이해하려는 노력을 하는 것 같다. 문제는 다문화를 앞세워 무작정 이벤트만 벌이는 것이다. 가만 보면 실질적으로 도움되지 않는, 보이기 위한 행사가 많은 것 같다. [...] 일단 조사를 정확히 하고 도움을 줘야 하는데, 조사 자체가 제대로 이뤄지지 않는 경우가 많은 것 같다. [...] 우리 말레이시아에도 외국 사람이 많이 산다. 하지만 ‘다문화’같이, 외국인을 구별하는 단어 없이도 다들 잘 어울려 산다. 결국 마음가짐의 문제인 것 같다. [...] 한국사람은 ‘우리’ 아니면, ‘너, 외부인’으로 생각하는 것 같다. 이런 편견이 한국에서 생활하는 외국인들을 힘들게 한다. 신문기사: 중앙일보, 2010.1.10. “피부색 때문에 무시 안 당하러 일부러 영어쓰기도” 참조. <http://www.joins.com/>(최종방문일: 2010.1.10.)

[발제자에게 드리는 질문]

1. 우리 헌법은 기본권의 주체와 관련하여 ‘국민’이라고 명시하고 있는 바, 다문화사회 경향에 따라 헌법개정이 필요하다고 보시는지요, 아니면 지금의 헌법해석에 따른 권리 보장 체계를 그대로 두고 국적법의 개정으로 충분하다고 보시는지요?
2. 이중국적 내지 복수국적의 용인을 주권의 탈영토화 내지 주권의 (재)영토화의 관점에서 전략적으로 재조명해야 한다는 견해가 설득적이라고 쓰시고 계시는데 더 나아가 국적의 해체 내지 세계시민권(Global Citizenship)의 성립가능성과 성립가능한 경우의 전제조건에 대해서는 어떤 것이 있다고 생각하시는지요?

“다문화 사회와 국적”에 대한 토론문

위 은 진 변호사 (법무법인 GL)

1. 다문화사회 담론의 문제점과 헌법적 평가에 대하여

이종수 교수님이 최근 우리 사회 여러 분야에서 다문화사회담론이 적극적으로 개진되고 있는 현상에 대하여, 우리 사회는 객관적 현실에 기초해서 다루어지는 다문화사회적 증후는 아직 성숙되지 않았다고 판단하면서 우리 사회에서 다문화사회담론은 타인종·타민족에 대한 차별적 취급을 은폐하기 위한 미사여구에 불과하다는 혐의를 가지며, 현 시점의 객관적 상황에 비추어볼 때 다문화사회담론을 확산하기에 앞서서 국가와 공동체구성원들에게 문화개방적이고 그리고 이주외국에 대한 각종의 사회적 차별을 시정하는 인권친화적인 노력과 자세를 촉구하는 것이 보다 마땅하다고 주장하였는데, 위 주장에 대하여 전적으로 동감하는 바입니다.

현재 우리 사회가 다문화사회적 증후가 성숙되지 않았음에도 불구하고 다문화사회담론이 적극적으로 개진되고 있는 것은, 법무부, 보건복지가족부를 중심으로 한 정부기관이 주도적으로 다문화사회담론을 형성하고 이끌어가는 것에서 그 이유를 찾을 수도 있다 생각합니다.

‘다문화사회’는 언어적 표현에서도 드러나듯이 이는 문화적 정체성을 결정짓는 다양한 요소를 형성하는 여러 상이한 출신, 민족, 언어, 종교 및 인종을 가진 사람들이 함께 살아가면서 자연스럽게 만들어지는 사회현상입니다. 따라서 이주 등을 통한 다양한 사회 구성원의 유입, 이로 인한 다양한 문화의 유입으로 인하여 사회 저변에서 문화적 다양성이 형성되고 그 문화적 다양성을 어떻게 사회에서 소화시킬 것인지를 논의하는 과정에서 다문화사회담론이 형성되고 위와 같은 토대 위에 국가 정책이 만들어지고 결정되어야 할 것입니다. 그런데 우리 사회는 정부 기관이 주도적으로 다문화사회라는 정책 목표를 정해 법과 제도를 새로 만들거나 정비해 가면서 우리 사회 곳곳에서 다문화사회담론을 만들어가는 양상입니다. 이러다 보니 국가가 정책 목표로 삼고 있는 방향과 시

기에 따라 다문화사회에 관한 논의가 이루어지고 있는 경향이 있고, 이로 인하여 우리 사회의 문화개방성이나 이주외국인에 대한 사회적 차별을 시정하려는 인권친화적인 노력보다는 우리 사회의 필요에 따라 선택이 이루어지고 있습니다. 즉 다문화사회라고 주장하면서도 저출산·고령화사회를 타개하기 위한 대책으로서 결혼이주여성을 받아들여 한국인 남성의 피를 이어받을 자녀를 출산하는 것에 가장 큰 초점을 맞추고 있습니다. 그리하여 현재 우리 나라에서 거주하고 있는 이주외국인 중 10%정도만을 차지하고 있는 결혼이주여성에 관한 정책이 우리 사회의 다문화사회 정책의 대부분을 차지하고 있는 실정입니다. 이는 우리 사회가 곳곳에서 다문화사회담론을 개진하고는 있지만 진정으로 다양한 문화정체성을 가진 사람들을 우리 사회 구성원으로 받아들여 함께 살아가는 사회를 만들겠다는 것보다는 우리 사회의 필요에 의해 그리고 우리 사회가 필요로 하는 사람에 대해서만 그들을 받아들이고 있는 현실적인 한계가 있습니다.

따라서 우리 사회가 아직 다문화사회적 증후가 성숙되지 않음에도 불구하고 이미 다문화사회담론에 대한 논의가 되고 있는 현시점에서 미래지향적이고 인권친화적인 다문화사회담론을 형성하기 위한 고민이 필요하다 생각합니다.

2. 최근 국적법개정안의 개요와 문제점에 대하여

이종수 교수님이 최근 국적법개정안 중 복수국적 허용과 관련하여 ‘해외 우수인력 유치를 위한 복수국적 허용’에 대하여 회의적으로 보고, 화교들과 이주노동자들의 자녀들을 복수국적 허용 대상에서 배제한 점에 대하여 유감이라 평가하면서, 여러 세대를 이어서 국내에 정주해온 외국인의 자녀들에 대해서도 독일에서처럼 제한적으로 출생지주의를 보충적으로 적용해서 우리 국적을 취득하게 할 필요가 있다는 주장에 하였는데, 이 점에 대하여 기본적으로 동의합니다. 다만 국적 부여와 사회통합과의 관계 설정 및 이주노동자의 자녀에 대한 복수 국적 허용에 관하여 의문과 보충적 의견제시를 하겠습니다.

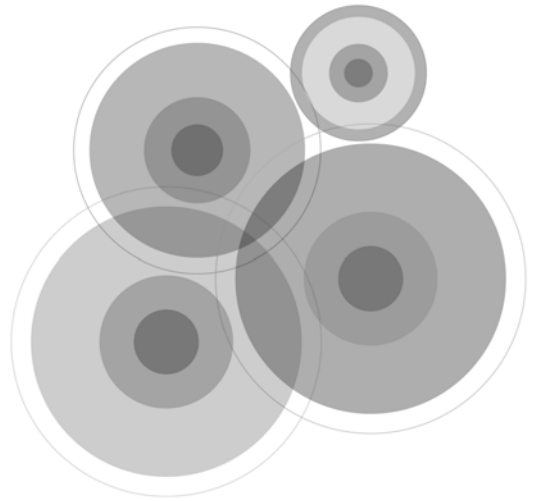
사회통합을 위하여 이주외국인에게 국적을 부여하는 것이 필요 요건인지에 대하여 의문을 제기합니다. 이종수 교수님이 제시한 부록에 있는 외국인의 사회통합 과정의 최상위에 있는 것이 ‘귀화’ 즉 국적취득입니다. 또한 우리 헌법 및 많은 법률이 법문만

본다며 법의 적용이 마치 ‘국민’에 한정된 것으로 해석할 수 있도록 규정되어 있고 우리 사회 전반적으로 대한민국 국적을 가진 사람과 그렇지 못한 사람으로 구별하여 차별적 적용을 하는 사례가 많아 이주외국인의 사회통합에 있어 국적을 취득하는 문제가 매우 중요한 필요 요건이 될 수는 있습니다. 하지만 사회통합을 위해서는 사회구성원이 대한민국 국적을 가지고 있어야 하는 것으로 보는 것이나 국적에 따른 분류 그리고 이에 따라 취급을 달리하는 것보다는 영주권제도를 활성화하는 등 우리 사회에서 거주하고 살아가는 사회구성원에 초점을 맞추어 국적 제도를 운영하고 사회를 통합할 수 있는 방안을 마련하는 것이 더 바람직할 것으로 생각합니다.

이종수 교수님은 이주외국인 자녀들에 대하여도 복수 국적을 허용하여야 한다고 주장하면서 ‘일정 기간 이상 합법적으로 체류한 정주외국인의 자녀들에게 출생지주의를 보충적으로 적용함으로써 기한부로 이중국적의 보유를 허용하는’ 독일의 제한적 출생지주의를 보충적으로 적용하여 우리 사회에서 성장기의 어린 시절을 차별 없이 보낼 수 있도록 적극 배려할 필요가 있다고 주장합니다.

그러나 인권의 사각지대에 놓인 이주외국인의 자녀들은 ‘합법적인 체류자격을 가진 이주외국인의 자녀’들보다는 ‘불법적인 체류 자격을 가진 이주외국인의 자녀들’입니다. 특히 부모들이 장기적으로 우리나라에 정주하면서 한국에서 출생한 이주외국인의 자녀들은 부모들이 한국에 정주함에 따라 부모들의 본국에 의한 보호도 받지 못하고 부모의 불법적인 체류신분으로 인하여 우리나라의 보호도 받지 못하지만 한국에서 출생하여 한국에서 성장하고 있기 때문에 우리 사회의 문화에 동화되고 우리말을 사용하는 경우가 많습니다. 그러므로 이들을 실질적으로 무국적자로 방치하는 것보다는 우리 사회의 구성원으로 받아들여야 할 것입니다. 그 일단계로 이들의 체류를 안정적으로 보장할 수 있도록 법을 개정할 필요가 있고 또한 일정한 조건하에 이들이 우리나라 국적을 취득할 수 있는 방안을 마련해야 할 것으로 생각합니다.

사회통합을 위하여 사회구성원에게 국적을 부여하도록 할 것인지에 대하여 한번 다시 생각해 볼 필요가 있다 생각하며, 복수 국적의 허용이 단기적인 국익을 위하여서가 아니라 사회통합과 장기적인 국익을 위하여 어떻게 운용되어야 할 것인지 고민할 필요가 있다 생각합니다.



제 3 주제 다문화 사회와 자유권적 기본권

류시조 (부산외대)

다문화 사회와 자유권적 기본권

류 시 조 교수 (부산외대)

I. 머리말

오늘날 우리사회도 냉전체제 이후 세계화 개방화의 이후 자본과 인구의 이동으로 인하여 새로운 이질적인 외래문화가 대량으로 유입되고, 일군의 새로운 문화적 집단이 무시할 수 없는 사회적 집단으로 성장함에 따라 단일문화사회인 우리 사회가 사회의 안정과 통합을 위하여 기존의 토착문화와 외래문화간의 공존과 소통을 모색하지 않을 수 없는 다문화사회로 급격히 편입되어 가고 있다. 단일문화사회체제하에서 외래문화는 토착의 주류문화에 매몰되어 정치 사회적으로 주목을 받지 못하고, 동일하고 획일적인 문화적 가치에 의하여 평가되어 문화적 정체성을 인정하지 못하였는데 반하여 다문화사회체제하에서는 외래문화나 주변문화도 주류문화와 같이 다문화주의적 가치에 따라 그 문화적 정체성을 인정받는다. 그러나 다문화사회로의 이행과정은 필연코 기존 단일문화사회체제의 정치 경제 사회를 지탱하던 가치나 이념·제도의 수정을 수반하고, 그러는 가운데 문화적 갈등과 충돌이 야기되기도 한다. 우리사회에는 일찍이 주한미군가족·상사주재원·유학생을 중심으로 유입되던 외래문화는 기존의 토착주류문화에 매몰되었으나, 최근의 대량의 이주노동자·결혼이주여성·새터민·조선족 등이 유입되면서 그들이 우리사회에서 차지하는 인구수는 점점 무시할 수 없을 정도에 이르게 되었고, 그들의 문화적 정체성을 수용하지 않고는 사회적 안정과 통합에 큰 어려움에 봉착하게 되었다.

우리사회가 본격적인 다문화사회라고 보기에 아직 이르지만 우리사회의 성격으로 볼 때 급속히 다문화사회에 사회체제의 중심축이 이동되고 있는 것은 분명하다. 따라서 다문화사회체제에 이행과정에서 문화적 정체성을 완전히 획득하지 못한 비주류 외래문화는 주류 토착문화에 대하여 문화적 소수자, 문화적 사회약자로 전략하게 된다. 다양한 문화는 서로 문화적 간섭과 융합을 통하여 더 큰 그림의 하나의 새로운 문화로 등장하기 전까지 문화적 갈등은 사회적 문제로 상존하게 된다. 따라서 인류사

회는 단일문화사회에서 외래문화가 유입되어 문화적 공존을 모색하는 다문화사회로 발전해 왔고, 다문화사회는 공존하는 문화간의 문화적 간섭과 융합에 의하여 이질적인 문화를 포용하는 더 큰 그림의 새로운 문화로 성장하여 문화적 동질성을 확보하면서 단일문화사회로 이행되며, 새로운 단일문화사회는 다시 새로운 이질적 외래문화가 유입되기를 기다리는 것이 역사의 순환법칙이다.

이와 같이 기존의 단일 문화사회에서는 비록 새로운 문화가 이식되고 접목되더라도 기존의 주류문화에 동화 되어 새로운 사회문화적 현상으로 등장되지 못하고 사회적으로 이슈화되지 못하였으나, 다문화사회는 새로운 문화가 이식되더라도 기존의 주류문화에 동화되지 않고 문화적 정체성을 유지하면서 정치 사회적 통합을 위하여 주류문화와 공존을 모색하는 사회이다. 따라서 단일문화체제하의 정치 사회적 제도가 다문화적 현상을 수용함에 있어서 제도적 심리적 여건이 정비되지 못한 상황에서 이질적인 외래의 소수자문화가 공존하면서 야기하는 주류문화와 주변문화간의 대립과 갈등 혹은 공존의 문제가 이른바 다문화사회문제라고 할 수 있다.

II. 다문화사회의 특성과 문제점

1. 다문화사회의 개념과 유형

다문화사회는 크게 세 가지의 관점에서 이야기될 수 있다. 하나는 한 국가단위의 단일문화체제아래 다양한 하위문화가 공존하는 단일문화사회의 경우가 그것이고, 다른 하나는 한 국가의 문화체제에 이질적인 외래문화가 공존하는 경우이며, 또 다른 하나는 하나의 국가문화와 타 국가문화가 국제사회에 공존하는 이른바 국제다문화사회의 관점이 그것이다. 첫째의 관점은 다문화를 한 국가의 단일문화체제하의 동질적인 문화적 다양성의 존재 자체로 이해하며, 셋째의 관점은 다문화를 문화정체성이 주권적으로 보장되는 복수의 국가간의 문화현상으로 이해하는 경우이다. 그리고 둘째의 관점은 한 국가의 기존의 토착의 내국문화에 외래문화가 유입되어 공존하는 인종적·민족적 문화현상을 동태적 관점에서 이해하는 것이라고 할 수 있다. ‘다문화 사회’나 ‘다문화주의’의 ‘다문화’는 문화의 복수성만이 아니라 특정한 상호작용으로 맺어지는 ‘관계’ 개념이며, 다문화주의는 다수의 문화 집단이 평등한 존재로 공존하기 위한 규범적 원리

라고 할 수 있다. 따라서 다문화사회는 민족적 혹은 인종적 차이가 공존하는 사회로서 이러한 문화간의 차이에 대한 다양한 가치에 입각한 인정과 타협의 필요성을 강조하는 사회이다¹⁾. 이 논문에서는 다문화사회를 둘째의 관점에서 정치적 사회적 통합을 위하여 각 문화주체가 문화적 정체성을 가지고 공존하는 사회로 이해하고자 한다.

그리고 문화란 개념을 어떻게 이해하느냐에 따라 다문화사회의 개념도 영향을 받게 되나, 여기서는 문화를 “사회구성원으로서 인간에 의하여 습득된 지식, 신념, 예술, 도덕, 법, 관습, 습관을 포함하는 복합총체” 정도로 이해할 때²⁾, 문화란 인간은 사회적 존재로서 사회적 삶을 영위하기 위한 생활양식의 총체를 말한다고 할 수 있다. 그리고 다문화사회에서 문화의 분류는 문화의 주체·내용·대상·우열관계 등에 따라 다수자문화와 소수자문화, 토착(전통)문화와 외래문화, 내국문화와 외국문화, 주류(중심)문화와 주변문화, 지배문화와 종속문화 등으로 매우 다양하게 나누어 질 수 있다. 따라서 다문화사회는 정치 사회적 통합을 위하여 소수자의 주변문화가 문화적 정체성을 유지하면서 다수자의 주류문화와 문화적 정치적 동등한 지위를 가지고 공존하는 사회라고 할 수 있다.

2. 다문화사회의 모형

다문화사회의 개념은 문화패러다임에 따라 다문화사회의 개념은 매우 다의적으로 정의될 수 있다. 그리고 다문화사회의 패러다임은 외래의 비주류문화에 대한 태도에 따라 다문화사회의 성격과 문화정책의 방향이 결정되며, 그 문화패러다임은 차별배제형, 동화형, 다문화형을 들 수 있다³⁾. 먼저 차별배제형은 단일문화주의에 입각하여 경제특구나 수출자유지역과 같은 특정지역이나 특정직업 외에는 이민자 유입을 배제하는 배타적인 외국인 이민정책을 채택하는 모형이다. 그리고 동화모형은 외국인이나 이민자들의 언어·문화 등을 주류사회로 동화시켜 동질적 사회를 지향하는 주류사회중심의 소수민족정책이나 이민자정책을 포함하는 문화다원주의 사회모형이라고 할 수 있고, 다문화형은 인종이나 민족에 대하여 포용적인 사회모형으로서 외국인이나 이민

1) 전경옥, 젠더의 관점에서 본 다문화사회의 통합, 아시아여성연구 제46권 1호, 2007, 12쪽 참조.

2) E.B.Tylor, *Anthropology : an introduction to the study of man and civilization*, 1871, Macmillan, p. 1.

3) 김은미 외, 다문화사회·한국, 나남, 2009, 40쪽 이하 참조; 김범수 외, 다문화사회복지론, 양서원, 2007, 49쪽 이하 참조.

자들을 존중하면서 이들과 주류사회와의 보다 대등한 관계와 사회 전체의 소통과 교류에 초점을 두는 다문화주의모형이라고 할 수 있다.

차별배제형은 단일문화주의에 입각하여 노동력 충당을 위하여 외국인 노동자를 수용하거나 국제결혼 등으로 인한 영주권이나 시민권을 부여하는 데 상당한 제약을 가하는 모델로서 한국 일본 독일과 같은 나라가 대표적이다. 이에 대하여 동화형은 문화다원주의에 입각하여 일방적 주류문화에 동화를 위하여 외국인이나 소수민족의 정체성을 무시하고, 소수민족에 대한 경제적 정치적 불이익과 편견을 간과한 1960년대 미국의 ‘용광로 정책’이 이에 속한다⁴⁾. 문화다원주의는 공존하는 여러 집단이 고유한 문화를 유지하면서 전체사회에 참여하고, 지배적인 문화에서도 다른 집단의 문화가 보유했을 가치가 있다고 하는 주의로서 다문화주의란 개념이 활성화되기 이전 미국에서 사용된 개념이다⁵⁾. 그리고 다문화주의는 상이한 문화집단이 평등한 문화적 정치적 지위를 획득하여 그 문화적 정체성을 존중받는 이념이다. 따라서 다문화사회는 다문화주의에 입각하여 각 문화집단이 그 문화적 정체성을 유지하면서 공존하는 사회라고 할 수 있다. 우리나라는 단일민족신화에 입각한 민족국가이념을 지향하고, 공식적으로 이민을 허용치 않는다는 점에서 차별배제형에 입각하고 있고 할 수 있다. 최근 결혼 유학 사업 노동 등의 사유로 체류하거나 거주하는 많은 외국인과 외국에 거주한 경험을 가진 내국인의 폭발적 증가로 인하여 다양한 문화가 유입되면서 다양한 문화적 현상이 공존하면서 기존의 주류문화와의 관계가 문제시 되고 있다. 이때 다양한 문화적 가치를 수용하기 위해서 어떤 사회 문화정책을 채택하느냐 하는 문제는 다문화사회로 가는 우리사회의 패러다임을 결정하는 중요한 요소이다.

3. 다문화사회의 현상과 대응

우리 사회는 대외적으로는 80년대 후반 동서냉정체제의 종식 세계화 등으로 인하여 한국은 교역상대의 증가와 개방체제로 전환되고, 대내적으로는 도시화로 인한 농촌적령인구의 성비의 불균형 · 산업노동자의 수급의 불균형, 동포우대정책인 방문취업제 등으로 인하여 결혼여성이주자와 외국인노동자의 유입, 새터민 · 조선족 등이 급격히 증

4) 광재석 역, (다문화사회) 미국의 이민자 통합정책: M. Fix, Securing the future : US immigrant integration policy, 한국학술정보, 2009, 125쪽 이하 참조.

5) 한경구, 다문화사회란 무엇인가?, 유네스코 아시아태평양다문화사회의 이해, 동녘, 90-91쪽.

가함과 동시에 한국사회 구성원의 출신국 인종 등을 보면 비이민국가임에도 불구하고 체류외국인의 비율이 전체 인구의 2%를 넘어 섬에 따라 한국사회는 이념적으로도 더 이상 단일민족국가라는 신화에 매달릴 수 없게 되었으며, 실증적으로도 다문화사회로의 전환기에 있다고 할 수 있다⁶⁾. 그리고 일부 산업공단이나 지역에는 외국인마을이 서서히 형성되고 있고, 농촌지역에도 결혼이민자 커뮤니티가 속속 생겨나고 있다⁷⁾. 따라서 외국인의 수적 증가는 사회적으로 문화적 소수자집단을 형성하고, 이들의 한국사회에 적응여부가 우리사회의 사회적 안정과 사회적 통합의 중요한 변수로 등장하기에 이르렀다. 이미 한국사회는 외국인에 대한 인종적 문화적 종교적 편견과 외래문화와 갈등, 경제적 불평등과 인권침해 문제가 정치사회적으로 이슈화 되고 있으며, 나아가 국제적인 문제로 비화되고 있는 실정이다.

오늘날 우리사회는 기존의 획일적인 토착문화 내지는 주류문화 중심의 단일문화체제에 새로운 외래문화가 이식되면서 토착문화와 외래문화, 주류문화와 주변문화, 다수자문화와 소수자문화와 같이 다양한 문화적 戰線이 형성되면서 문화 간의 대립과 갈등이 증폭되고 있다. 따라서 이들 문화집단간의 관계를 어떻게 설정하느냐에 따라 사회의 성격이 결정된다. 최근 우리사회의 다문화현상은 기존의 내국자중심의 주류문화에 외국의 다양한 외래문화가 도입됨에 따라 종래의 획일적인 단일문화사회에서 다문화사회로 사회패러다임이 변화되고 있다는 점이다. 다문화적 현상은 초기에는 공관 및 상사주재원·주한미군·내국유학생 중심으로 외국문화가 단편적으로 도입되어 소개되는 정도여서 사회적 영향력은 미미하였으나 최근에는 많은 결혼이주자·외국유학생·외국노동자·재외동포들이 우리 사회의 구성원으로 편입됨에 따라 외래의 다양한 문화적 정체성을 가진 문화집단이 때로는 이들 문화와 동질적 유대감을 가지는 내국인들까지 합세하면서 우리 사회의 무시할 수 없는 사회문화적 집단으로 등장하였다. 이와 같이 우리사회는 이른바 민족문화적 단일문화사회에서 다문화사회로 사회적 패러다임이 급격히 변하고 있다. 다문화주의는 대체로 민족주의적 정서에 대한 도전, 근대성에 대한 인식론적 도전, 그리고 세계화가 가져온 변화에 대처하거나 세계화가 초래한 갈등을 해결할 수 있는 대안으로 논의 되어왔으며, 최근의 관심은 다문화 공존의 필요

6) 2009년 통계에 따르면 체류외국인 수가 1,168,477명(출입국·외국인정책본부, 통계월보, 2009.12.)으로 전체 인구 49,773,145명(2009년 통계청)의 2.35%에 해당한다.

7) 서울의 경우 서래마을, 조선족마을, 몽골마을, 이슬람마을, 화교마을, 일본마을, 이탈리아마을, 필리핀마을 등이 산재하고 있다(김은미 외, 앞의 책, 63쪽 이하).

성이 직접적 정치사회학적으로 문제로 대두되어 이에 대한 정책적 대안을 요구하는 수준으로까지 진전된 것이다⁸⁾.

다문화사회로서 우리사회는 결국 외래의 소수자문화와 토착의 다수문화와 관계를 어떻게 이해할 것인가가 문제이다. 따라서 다문화사회에서 제기될 수 있는 문화적 관계를 보면, 1) 기존의 주류문화 중심의 단일문화사회에서는 외래문화도 기존의 일반적 획일적 문화적 가치에 의하여 평가되는 경우(종속단계)와 외래의 문화를 하나의 사회적 현상으로 인식하는 경우에도 2) 아직 외래문화가 주류문화와 힘을 겨룰 정도의 사회문화적 영향력을 획득하지 못하여 소수자의 주변문화로 밖에 영향력을 가지지 못하는 경우(주변단계), 3) 외래문화가 주류문화와 동등한 지위를 가질 정도의 상당한 영향력을 가지는 경우(주류단계)로 나누어 볼 수 있다. 따라서 다문화사회라고 하더라도 1)의 경우는 소수자문화 무시정책이 주를 이루며, 2)의 경우는 소수자문화 보호정책이 문화정책의 근간을 이룰 수 있고, 3)의 경우에는 문화간의 평등원칙이나 국가의 문화중립적 가치가 문화정책의 근간을 이룰 수 있다.

그리고 이상과 같은 세가지 문화적 관계유형을 다문화사회의 패러다임과 조합을 하면 다문화사회에 대한 다문화정책 이념과 유형을 크게 다음과 같이 도식화해 볼 수 있다. 물론 그 사회의 정치사회적 전통과 이념적 지향에 따라 더욱 다양한 조합과 상이한 문화정책이 도출될 수 있음은 물론이다.

사회모형 문화현상	차별배제형		동화형		다문화형	
	단일문화주의		문화다원주의		다문화주의	
종속단계 지배문화/종속문화	시민권 부여제한 혈통주의	외래문화 무시	문화정체성 불인정 출생지주의	외래문화 무관심	×	
주변단계 주류문화/주변문화		외래문화 차별		소수자 보호정책	문화정체성 인정 출생지주의	소수자 보호정책
대등단계 다수문화/소수문화	×		×			문화적 정치적 평등

8) 최성환, 다문화주의의 개념과 전망, 문화콘텐츠연구원, 다문화의 이해, 경진문화, 2009, 15쪽.

Ⅲ. 다문화사회의 법원리와 과제

1. 다문화사회의 법원리

1) 다문화사회와 민주주의

현대국가는 민주국가로서 민주주의를 인류보편적 이념과 가치로 수용하였으며, 세계화 개방화로 인하여 자본과 인구의 이동은 문화간의 소통과 공존을 모색하지 않을 수 없게 되었다. 따라서 21세기를 맞은 우리사회도 많은 외국인의 체류와 다양한 외국문화를 경험한 많은 내국인의 증가로 인하여 종래의 토착문화나 주류문화에 비하여 이질적인 문화집단이 형성되고 이들과의 공존을 모색하지 않을 수 없게 된 다문화사회로서 특성을 지니게 되었다. 다문화사회가 궁극적으로 문화다원주의를 넘어 다문화주의를 지향하는 사회이기 때문에 각 문화집단이 지니고 있는 문화적 정체성을 존중하고, 상호 호의와 관용하는 상대주의적 가치는 정치 경제 교육 등의 어느 영역보다도 문화의 영역에서 특히 그 미덕을 발휘할 수 있다. 그리고 상대주의적 가치에 바탕을 두고 있는 민주주의의는 단순히 정치적 이념과 원리에 그치는 것이 아니라 다문화사회를 지탱하고 지도하는 문화주의의 한 원리라고도 할 수 있다. 한 국가체제에서 사회구성원의 사회적 통합을 거쳐 정치적 통합을 지향하는 민주주의는 다문화사회가 문화집단간의 문화적 정치적 평등을 통하여 문화적 공존하여 궁극적으로 사회적 안정과 통합을 도모한다는 점에서 다문화주의와 상통한다고 할 수 있다. 민주주의는 사회구성원의 정치 사회적 통합을 위한 구성원간의 동질성을 필요로 하고, 동질성의 확보는 구성원간의 문화적 소통과 공존을 위한 문화공동체로서 그 사회에 대한 믿음과 신념에 의하여 비로소 가능하며, 그러한 문화공동체는 각 문화집단의 문화적 정체성을 가지고 문화적 정치적으로 공존하는 다문화사회라고 할 수 있다. 이렇게 볼 때 다문화사회는 다문화간의 상대적 가치를 인정하여 그 문화적 정체성을 존중하고, 상대주의적 가치에 바탕을 둔 민주주의는 다수자문화집단과 소수자문화집단간의 공존과 관용을 전제로 한다는 점에서 다문화사회는 다름 아닌 민주주의 사회의 한 패러다임이다.

2) 다문화사회와 법치주의

아직 다문화사회로 성숙되지 못한 과도기적 단계에 있어서는 단일문화사회에 비하

여 각 문화집단간의 소통의 부족과 문화적 이질감으로 인하여 문화주체간의 갈등과 충돌 양상이 정치 사회적 문제의 대종을 이룬다. 이들 이질적인 문화집단간의 문화적 충돌로 인한 문제해결을 위해서는 명확하고 중립적이며 합리적인 원칙과 기준이 필요하다. 따라서 동질적인 전통이나 관습, 도덕 윤리에 입각한 단일문화사회는 이질적인 문화적 갈등이나 충돌은 거의 찾아 볼 수 없고, 사회적 갈등의 해결의 기준도 전통이나 관습 도덕과 같은 불문법이 일차적 준거가 되며, 법에 의한 해결은 오히려 이차적 준거가 된다. 이러한 사회는 전통과 관습을 공유하는 동질적인 문화집단으로서 동일집단의 성원간의 문화적 갈등이나 충돌은 오히려 예외적 현상이고, 이들 성원간의 충돌의 경우에도 인적 네트워크나 이들이 공유하는 전통이나 관습, 도덕이나 윤리에 의하여 해결을 모색하게 된다. 이러한 사회는 이른바 정의(情誼)의 사회로서 특성을 지닌다. 그러나 다문화사회는 각 문화집단간의 전통이나 내용이 상이하고 이질적이기 때문에 문화충돌이 오히려 일상적 현상이고, 이들 간에는 공통하는 동질적인 관습이나 전통, 도덕이나 윤리가 없기 때문에 오직 다양한 각 문화집단간의 합의에 의하여 정립된 명시적인 성문법만이 분쟁해결의 준거가 된다. 따라서 다문화사회는 각문화집단간의 정체성과 자율성을 인정하고 상호 공존할 수 있는 사회적 패러다임으로서 모든 문화주체가 예측가능하고 동의 가능한 명확한 법원칙의 존재를 전제로 하지 않으면 아니 된다. 다문화사회는 문화상대주의와 다문화주의에 따라 참여와 합의의 정신에 입각한 민주주의적 이념과 절차에 의하여 성립된 법원칙을 전제로 하는 법치주의사회이지 않으면 아니 된다.

3) 다문화사회와 문화국가원리

오늘날 현대국가는 문화국가원리를 표방하고 있고, 문화주의이념에 입각한 문화정책을 입안하고 집행하고 있다. 우리나라는 기본적으로 단일민족주의 신화에 입각한 민족국가원리를 표방하고 있고, 현대국가가 입각하고 있는 현대 헌법원리와 충돌하지 않는 범위 내에서 이른바 수용 가능한 개방적 민족국가원리를 채택하고 있는 결과 오늘날 외래문화에 대한 관용과 수용을 하더라도 문화국가원리와 모순되지 아니 한다⁹⁾. 우리 사회는 단일 민족국가원리에 터 잡고 있는 단일문화사회에서 다문화사회로의 그 성격인 변하고 있는 와중에 있다. 종래의 문화국가원리는 한 국가체제 안에서 동질적인 문

9) 류시조, 한국 헌법상의 민족국가의 원리, 공법학연구 제5권 제1호, 125.

화집단간의 문화적 기본권의 보장과 문화적 급부를 보장하는 법원리였으나 다문화사회는 이질적인 외래문화주체에게도 토착 주류문화주체와 같은 수준의 문화적 정체성을 보장하기위하여 그 문화적 정치적 평등원칙에 입각하고 있다는 점에서 다문화사회의 문화국가원리는 종래의 문화국가원리 보다도 그 이념 및 내용과 범위는 양적으로 뿐만 아니라 질적으로도 훨씬 심화 확대되었다고 할 수 있다. 종래 단일문화사회에서 문화는 개인의 기본권실현과 기본권보호의 문제로서 부각되는데 반하여, 다문화사회에서 문화는 이질적인 문화간의 공존과 소수자문화보호의 문제로서 다루어진다는 점에서 문화주의가 지향하는 과제의식은 큰 차이가 있다. 그리고 다문화사회에 있어서 문화주의는 단일문화사회에 있어서와 같이 사회통합의 이념으로서 기능하며, 이때 사회통합의 이데올로기로서 문화주의는 다름 아닌 다문화주의이라고 할 수 있다¹⁰⁾.

4) 다문화사회와 복지국가원리

다문화사회는 개인은 물론 각 문화집단의 문화형성의 자유와 자율성을 존중하면서도 개인 및 각 문화집단은 국가의 문화적 급부에 일정 부분 의존하지 않을 수 없다. 특히 소수자 문화집단은 어느 정도의 문화적 정체성을 확립하고, 스스로 문화적 생존능력을 확보할 때까지는 문화적 약자로서 사회문화적 영역에서 소수자보호정책에 의존하지 않을 수 없다. 이런 점에서 다문화사회는 복지국가원리에 입각하여 다문화복지정책을 수립하고, 각 문화주체들이 독자적인 문화적 정체성을 획득하고 문화적 자생능력을 갖출 수 있도록 문화급부정책을 수행하는 것을 주요 사회문화정책의 내용으로 한다. 따라서 다문화사회는 기존의 복지국가원리와 같이 문화복지의 책무를 수행하기 위하여 교육제도의 정비, 학문과 예술을 보호·조성하기 위한 문화조성행정을 주요 수단으로 하나 그 정책의 중점은 개인뿐만 아니라 문화집단 중 특히 소수자의 외래문화집단의 문화적 정체성을 유지 보존하는 데 있다는 점에서 다문화사회의 문화복지정책은 단일문화사회에 있어서의 문화복지정책 보다도 훨씬 복잡하고 다양한 수단을 필요로 한다. 다문화사회는 개인의 문화적 자유와 복지가 다문화정책에 앞서 먼저 보장되지 아니 하면 곧 개인의 자유가 부재하는 문화집단의 사회로 전락하고, 각 문화 공동체 안에서의 개인은 고립과 소외의 대상이 된다¹¹⁾. 특히 다문화사회에 있어서 소수자문화집

10) 류시조, 한국 헌법상의 문화국가원리에 관한 연구, 헌법학연구 제14권 제3호, 18쪽 이하 참조.

11) 류시조, 앞의 논문, 16쪽 참조.

단을 위한 소수자보호정책이 오히려 개인의 문화적 자유를 제한하거나 다수문화집단을 역차별하는 경우에는 다문화사회가 소수자 중심의 사회로 전락하여 민주주의적 가치에도 반하는 결과를 초래할 수 있다. 따라서 다문화사회는 단일문화사회 보다 개인과 개개의 문화주체의 문화적 자유와 권리의 보장이 보다 성숙된 사회로서 문화적 소수자도 그 문화적 정체성을 확보하여 지배적 문화주체와 정치 사회적으로 평등한 지위에서 공존하는 사회이다. 이러한 점에서 다문화사회는 문화적 차원에서 복지국가원리가 한층 고양되어 구현되는 사회라고 할 수 있다¹²⁾.

2. 다문화사회의 법적 과제

1) 다문화사회와 소수자 인권

다문화사회는 외래문화가 주류문화로 편입되어 상호 문화적 동질성을 확립하여 단일문화사회로 통합되어 동질적 민족문화로 성장하여 가기 전까지는 다문화사회에는 지배문화와 종속문화, 주류문화와 주변문화 등의 문화현상이 존재하게 되고, 이들 문화 간에는 상호 경쟁과 대립과 갈등을 하면서 공존의 방법을 모색하게 된다. 이때 주류문화에 편입되지 못한 문화주체는 문화 소수자로서 등장하게 되고, 소수자와 다수자는 언어권, 연방주의, 지역자치, 정치적 주장, 종교의 자유, 교육과정, 영토 주장, 이민, 귀화정책, 국가 공휴일의 선택 같은 국가 상징에 관해서 까지 다투게 된다. 다문화사회는 개인권과 집단권 사이의 갈등하는 내적 매커니즘을 보이는데, 그것은 보다 큰사회에 대한 ‘외부적 보호’ 측면의 집단권과 동일 집단내의 불일치에 의한 ‘내부적 제한’ 측면의 개인권간의 불일치이다¹³⁾. 집단권은 외부적 보호가 내부적 억압으로 집단 소속 구성원의 개인권을 억압하는 딜레마를 내포하고 있다. 어쨌든 다문화사회는 더 큰 사회를 위하여, 이른바 국가사회로서 정치적 동질성을 확보하기 위하여 국가차원의 사회통합적 문화정책을 추구하지 않을 수 없다. 그러나 정치적 통합을 위하여 문화적 통합이 반드시 전제가 되는 것은 아니나 문화적 동질성이 정치적 통합을 위해서는 매우 중요한 요소임은 물론이다. 그러나 역사적 경험으로 볼 때 문화적 통합보다는 문화적 정체성을 보존할 수 있는 정치체제가 정치적 통합을 위하여 훨씬 중요하다. 따라서 다문화

12) 류시조, 앞의 논문, 13쪽 이하 참조.

13) 박병섭, 다문화주의 철학, 실크로드, 2008, 14-15쪽 참조.

사회에서 문화적 통합의 과제는 아직 주류문화로 성장하지 못한 주변문화 보호의 문제이고, 또한 그 문화를 향유하는 소수자 문화주체의 문제이며, 나아가 이는 곧 다수자와 소수자문제로 환원되어 이른바 다수자로부터 소수자보호, 즉 소수자 인권문제로 등장한다. 소수자가 좀 더 정치사회적으로 성장하는 과정에서 소수자에 의한 경제투쟁으로부터 시작해서 이른바 민권운동이나 소수자의 정치참여문제로 발전하면서 본격적인 다원적 다문화사회로 변전된다. 우리사회는 다문화사회로 가는 과정에서 특히 결혼 이민자 · 외국인노동자의 사회 경제적 지위는 매우 열악하고, 이들에 대한 문화적 제도적 차별의 제거가 우리사회의 정치 사회적 과제이다. 아직 우리사회는 소수자인 결혼 이민자 · 외국인노동자 등이 사회적으로 정치세력화 단계에는 이르지 않았지만 학대 · 착취 · 체불임금투쟁 등을 이슈로 하여 민간사회단체를 중심으로 소수자집단을 조직화하고 세력화하는 조짐이 나타나고 있다. 따라서 다문화사회에서 문화주체간의 통합과 공존을 위해서는 사회적 약자인 문화적 소수자의 정치 사회적 지위의 보장이 무엇보다도 중요하다.

2) 다문화사회와 사회정책과 문화정책

다문화사회의 소수자문화나 주변문화는 지배적 주류문화나 다수자문화에 비하여 그 문화주체의 사회적 지위는 상대적으로 소외되고, 열악하기 그지없다. 따라서 다문화사회에 있어서 다문화사회정책은 문화사회적 약자인 소수자들의 주변문화를 단순히 주류문화로 포용하거나 동화시키는 것이 아니라 그 스스로 문화적 정체성을 유지하면서 다문화사회 구성원으로 공존할 수 있는 사회적 경제적 문화적 지원 · 보호체제로서 이른바 다문화주의적 사회문화정책이 요구된다. 이러한 점에서 소수자보호의 사회문화적 정책은 문화다원적 차원의 문화주체간의 우열의 개념을 배제하고, 문화주체간의 정체성을 전제로 문화간의 소통과 공존을 모색하는 사회 문화복지정책이어야 하며, 그 내용은 문화적 가치의 중립성과 평등의 원칙에 입각한 문화사회적 보호 · 지원이다. 이는 다름 아닌 다문화사회에 있어서 사회적 기본권정책이다. 따라서 다문화사회에 있어서 소수자의 사회적 기본권의 확충을 위한 사회적 경제적 문화적 보호정책은 결혼이주자 새터민 이주노동자 체류외국인 등의 소수자인 개인 및 집단의 사회적 지위향상과 사회통합을 위한 보호 · 지원정책으로서 기능한다.

3) 다문화사회와 기본권 정책

다문화사회에 있어서 기본권정책은 주류문화에서 소외된 주변문화 주체인 소수자의 정치적 경제적 사회적 문화적 영역에 있어서 법적 지위와 권리보호 수준을 다수자의 그 것과 같은 수준으로 보호할 수 있느냐 하는 문제라고 할 수 있다. 따라서 다문화사회에 있어서 문화적 소수자나 약자, 문화주체의 문화적 정체성의 확립에 필요한 제반 법적 제도적 정비가 기본권정책의 주요 내용이라고 할 수 있다. 그 기본권정책의 주요 내용을 보면 크게는 자유권(정치권)적 사회권적 영역으로 나누어 볼 수 있다. 다문화사회의 사회문화정책은 사회권적 기본권정책의 확충을 위한 사회문화복지 및 급부정책으로서 성격을 가지며, 자유권적 기본권정책은 내국인과 동등한 수준의 자유권보장을 위한 자유권의 확대와 강화를 위한 정책이라고 할 수 있다.

특히 자유권적 영역에서는 자유권의 자연권성으로 인하여 내국인뿐만 아니라 외국인도 원칙적으로 자유권의 향유주체이므로 사회 구성원 모두에게 특히 사회적으로 소외되기 쉬운 문화적 약자들이 그 고유의 권리를 자유롭고 평화롭게 실현할 수 있는 다문화친화적 자유권정책이 필요하다. 이에 관한 자유권적 기본권정책으로서는 결혼이민자와 그 자녀·이주노동자나·장기체류외국인의 정치적 참여권의 보장과 확대·국적 취득 요건의 완화와 이중국적의 허용·집회와 결사의 자유의 보장·이들의 생활안정을 위한 직업선택의 보장·문화적 정체성 확립을 촉진하는 종교의 자유의 보장·체류권을 보장하기 위한 거주이전의 자유의 확대 등이 문제로 등장하고 있다.

IV. 다문화사회와 자유권적 기본권

1. 소수자의의 정치적 참여의 보장과 확대

1) 정주외국인의 정치활동의 보장

헌법 제8조에서 정당의 설립은 자유와 복수정당제를 보장하고 있다. 정당제도 제도보장으로 본질적 내용을 제외하고 비핵심적 내용은 주변영역으로서 입법재량영역이므로 입법정책에 따라 외국인도 정당설립 등의 정당활동의 자유는 원칙적으로 보장될 수 있다. 그러나 정당 발기인 및 정당가입은 공무원 그 밖의 정당가입이나 정치활동 금지하

는 다른 법령의 규정에도 불구하고 국회의원선거권이 있는 자에 한정 하고 있으므로(법 제22조) 국회의원의 선거권이 없는 자는 내국인은 물론 외국인도 정당의 발기인이나 당원이 될 수 없다. 또한 외국인 및 외국법인 또는 외국 단체는 정당이나 국회의원 등의 후원회의 회원이 될 수 없다(정치자금법 제8조). 따라서 외국인이나 외국의 법인 또는 단체는 정치자금을 기부할 수 없을 뿐만 아니라 누구든지 외국의 법인이나 단체의 자금으로 정치자금을 기부할 수 없으므로(동법 제31조) 법률상 정치활동은 금지된다.

다문화사회는 다수의 지배문화에 대하여 소수 주변문화 주체의 문화적 평등은 궁극적으로 정치적 불평등의 해소와 정치활동의 보장을 통하여 이를 달성할 수 있는 것이므로 일정한 체류기간 등의 자격을 갖춘 정주외국인의 정치활동의 보장은 소수문화주체의 정체성을 확립하고 이를 유지하는데 매우 중요하다. 정당법이나 정치자금법에서 외국인이나 외국단체의 정치활동을 일률적으로 금지하는 것은 오늘날 다문화사회를 지향하는 개방적 자유민주정치체제에서는 지나친 정치규제라고 아니 할 수 없다. 외국인이나 외국의 법 단체도 일정한 범위내의 정치후원금에 한하여 후원할 수 있도록 정치활동의 공간을 제한적으로나마 허용하여 문화적 소수자가 문화 다수자집단에 대한 정치 사회적 평등을 확보할 수 있는 법적 정치적 지위를 보장하는 것도 검토할 여지가 없지 않다. 다문화사회의 소수자의 문화적 정치적 지위는 단순히 수동적으로 다수자에 의하여 결정될 것이 아니며, 다수자에 의한 보호대상으로서가 아니라 능동적이고 자주적으로 문화정책 결정 과정에 직접 참여할 수 있도록 점진적으로나마 정치과정을 외국인에게도 일정 부분 개방하는 것도 검토할 필요가 없지 아니 하다.

2) 재외국민 및 체류외국인의 참정권의 확대

(1) 재외국민의 참정권의 보장.

국내거소신고인명부에 올라있거나 만19세 이상의 재외국민은 그 구역에서 선거하는 지방자치단체의 의회의원 및 장의 선거권이 있다(공직선거법 제15조 제2항). 헌법재판소는 주민등록을 요건으로 재외국민의 국정선거권을 제한하거나 국내거주 재외국민의 지방선거 선거권을 제한하는 것이 국내거주 재외국민의 평등권과 지방의회의원선거권을 침해하며, 또한 주민등록을 요건으로 국내거주 재외국민의 지방선거 피선거권을 제한하는 것이 국내거주 재외국민의 공무담임권을 침해하며, 주민등록을 요건으로 재외국민의 국민투표권을 제한하는 것은 재외국민의 국민투표권을 침해하는 것으로 보고

있다¹⁴⁾.

오늘날 국제교류가 잦아지는 세계화 흐름 속에 주소와 거소가 끊임없이 변동되는 시대에 있어서 국내주민등록 없는 재외국민이나 국내주민등록이 있는 유학생 등 단기해 외체류자인 부재자에게 합리적 이유도 없이 참정권을 부인하는 것은 다문화 세계화의 시대의 흐름에도 역행한다고 할 수 있다.

(2) 국내체류 외국인의 지방참정권

장기체류 외국인이 많아지고, 특히 장기체류허가를 받은 정주외국인은 지역사회의 일원으로서 자치단체의 주민으로 자치단체내에서 지방세 등의 일정한 공적 부담을 하고 있고 있는 것이 실정이고, 그들도 지방자치단체의 구성원으로 지방자치의 의사결정으로부터 배제하는 것은 헌법상의 지방자치제도의 목적에도 반한다고 할 수 있다. 오늘날 외국인이 지방자치단체의 주민으로 일정한 지방선거에 참여하는 것이 점점 대세를 이루는 경향에 있다¹⁵⁾.

현행 우리의 경우는 학설과 판례는 중앙선거와 지방선거에서 정주외국인의 참정권을 허용하지 않으나 지방선거에서 투표권에 만이라도 허용하려는 세계적인 추세에 따라 이를 허용하는 문제가 제기되고 있다. 따라서 공직의 피선거권이나 국민투표권은 선거권의 문제와는 차원을 달리 하는 문제이므로 우선 공직선거에 있어서 선거권과 주민투표에 있어서 투표권 문제에 있어서는 일정한 요건을 갖춘 외국인에 대하여 이를 어느 선에서 허용할 것인가가 문제이다.

14) 이미 헌법재판소는 재외국민의 선거권을 제한한 공직선거법(구 공직선거및선거부정방지법)에 대하여 두 번의 합헌 결정(헌재 1999.1.28. 97헌마253·270(병합); 헌재 1999.3.25. 97헌마99)을 반복하여 재외국민의 선거권을 주민등록여부로 결정하는 것은 보통선거의 원칙에 반하며, 선거권 등의 기본권행사 행사를 납세나 국방의 의무에 대한 반대급부로 예정하고 있지 않으며, 선거기술상의 어려움이나 선거 공정상의 우려는 과학기술의 발달로 해결가능하며, 재외국민의 부재자투표를 허용하지 않는 것은 평등의 원칙에 반하다는 이유로 헌법불합치 결정을 내린 바 있다(헌재 2007.6.28. 2004헌마644, 2005헌마360(병합)). 특히 헌법재판소는 국내거주자에 대해서만 부재자신고를 허용하는 것은 정당한 입법목적 을 갖추지 못한 것으로 헌법 제37조 제2항에 위반된다고 하면서 같은 취지로 국민투표법, 주민투표법 에 대해서도 헌법불합치 결정을 내린바 있다.

15) 일본의 경우 정주 재일한국인의 지방선거 참여권을 허용하자는 움직임 대세를 이루고 있고(芦部信喜, 憲法, 新版, 1999, p. 90.; 柳眞弘, “自治體における外國人の選舉權”, 都市問題 78卷 7號, p.21), 독일 의 경우는 독일연방헌법재판소는 1990년 10월 31일 슈레스뵤하-홀스타타인주와 함부르크시가 외국인 에게 선거권을 부여하는 내용으로 선거법을 개정하자 개정선거법이 기본법에 위반한다고 결정한 바 있다(DVBL, 1990.12.15. S.1397ff). 한국은 일본거주 한국인 · 조선인에 대한 지방참정권 부여촉구결의 안이 국회에서 가결된 바 있다(2006.2.9.).

현재 주민투표에 있어서 19세 이상의 외국인으로서 출입국관리 관계법령의 규정에 의하여 계속 거주 할 수 있는 자격을 갖춘 자로서 지방자치단체의 조례가 정하는 자는 지방자치단체의 주요결정사항에 관한 주민의 직접참여를 보장하기 위하여 「지방자치법」 제14조의 규정에 의한 주민투표권을 가지며(주민투표법 제5조 제2항), 또한 출입국관리법 제10조(체류자격)의 규정에 따라 영주의 체류자격 취득일 후 3년이 경과한 19세 이상의 외국인으로서 선거인명부작성기준일 현재 「출입국관리법」 제34조(외국인등록표등의 작성 및 관리)의 규정에 따라 당해 지방자치단체의 외국인등록대장에 등재된 자는 그 구역에서 선거하는 지방자치단체의 의회의원 및 장의 선거권을 가진다(동법 제15조 제3항)¹⁶⁾. 따라서 1948년 이전 정부수립 이전 외국으로 나가 외국 국적을 취득하여 대한민국의 국적을 가져본 적이 없는 대다수 중국 동포와 구 소련 지역 동포는 물론 주민등록발급 받지 못한 결혼이민자와 새터민의 법적 지위는 역사적으로 정치적으로 볼 때 지방참정권을 체류자격 취득 후 3년 경과 규정은 너무 길어 이를 단축하거나, 아니면 자격 취득 즉시 부여하는 문제도 고려 할만하다.

2. 소수자의 거주이전의 자유

1) 재외동포 등의 체류자격의 확대

다문화사회는 문화주체들의 개인적 기본적 권리의 보장뿐만 아니라 문화집단으로서의 기본적 권리로서 거주이전의 자유는 문화정체성의 형성과 유지를 위해서도 매우 중요하다. 거주이전의 자유는 외국인에 대해서는 보장되지 아니 함이 원칙이고, 외국인의 입국에 있어서는 원칙적으로 당국의 허가를 받아야 한다. 특히 외국인의 경우는 내국인과 달리 국외이주나 출국의 문제가 아니라 입국의 자유, 특히 한국 국적이 없는 중국·구 소련 등 지역에 거주하는 재외동포의 귀국과 정착의 자유가 문제시 되며, 그 이외는 기타 외국인의 이민이나 영주권 등의 국내체류자격 등의 문제로서 이에 대한 정책여하에 따라 다문화의 형성과 유지에 매우 중요하다.

최근에는 ‘재외동포의 출입국 및 법적 지위에 관한 법률’에서 대한민국의 국민으로서 외국의 영주권을 취득한 자 또는 영주할 목적으로 외국에 거주하고 있는 자(재외국

16) 출입국관리법 시행령은 해국인체류자격은 모두 35단계로 나누고, 재외동포의 출입국과 법적지위에 관한 법률 제2조제2호에 해당하는 재외동포(단순노무행위 등 제23조제3항 각호에서 규정한 취업활동에 종사하려고 하는 자는 제외)는 F-4비자를 발급한다.

민)와 대한민국의 국적을 보유하고 있던 자(대한민국정부 수립 전에 국외로 이주한 동포를 포함한다) 또는 그 직계비속으로서 외국국적을 취득한 자 중 대통령령으로 정하는 자(외국국적동포)는 재외동포로서 주민등록 없이 거소신고 혹은 거소신고증 만으로도 금융거래·외국환거래와 부동산매매가 가능하며, 건강보험을 적용받을 수 있으며, 국내취업에도 불이익을 받지 않게 되었다. 재외동포체류자격을 받은 자는 거소 신고증 만으로도 최장 3년간 재입국허가 없이 자유로운 국내 입출입이 허용되는 등 내국인과 거의 동등한 법적 지위와 보호를 받게 되었다¹⁷⁾. 특히 우리 사회에 북한이탈 주민의 숫자가 급증하고, 이들을 중심으로 새로운 사회문화적 계층과 문화가 생성되기 시작하였다. 이미 북한주민과 북한이탈주민도 우리 헌법 제3조의 영토조항에 의하여 당연히 국민으로서 지위를 가지므로 종래 국내 북한이탈주민에 대하여 국적을 취득시키지 않고 호적을 창설하는 조치를 취하여 왔다¹⁸⁾. 따라서 재외동포와 달리 북한이탈주민의 귀국의 자유는 당연히 거주이전의 자유로 보장되며, 재외동포나 새터민(북한이탈주민으로 국내에 정착한 국민)이 국내에 보다 성공적으로 정착할 수 있도록 사회권보호정책으로서 정착지원·주거지원·교육지원·취업보호 등의 체계를 마련하고, 이를 보다 확충하는 방안을 강구하여야 한다¹⁹⁾.

2) 결혼이민자의 체류자격과 활동범위의 확대

결혼이민자는 대한민국 국민과 결혼한 외국인으로서 기본적으로 국민의 배우자로서의 거주(F-2)자격을 가질 수 있고, 2년 이상 대한민국에 거주하게 되면 영주(F-5)자격을 가질 수 있으며, 대한민국에 거주하던 중 배우자가 사망·실종하거나 배우자의 귀책사유로 이혼·별거한 경우는 자녀양육·가족부양 등 불가피한 사유가 있는 때에는 신청에 의하여 거주자격으로 체류기간의 연장이 허가되고, 대한민국에서 경제적 활동을 하

17) 다만 종전입법에서에는 재외동포를 중국의 반발 등을 고려해서 재외동포의 범위를 대한민국의 국적을 가진 해외 영주권자와 대한민국의 국적을 가졌다가 외국 국적을 취득하면서 국적을 포기한 사람과 그 직계존비속으로 제한하면서 1948년 이전 정부수립 이전 외국으로 나가 외국 국적을 취득하여 대한민국의 국적을 가져본 적이 없는 대다수 중국 동포와 구 소련 지역 동포는 적용받지 못하는 결과가 되었던 규정은 헌법재판소에 의하여 헌법불합치판정을 받은 바 있으며, 2004년 1월부터 해당 규정은 효력을 상실하였으며(헌재 2001. 11. 29. 99헌마494), 2008.3.14에서야 비로소 전문을 개정하였다.

18) 문준조, 북한이탈주민의 법적 지위, 법제연구12, 66쪽 참조.; 김태진, 북한이탈주민 관리를 위한 공법적 과제, 공법학연구 제6권 제1호, 250쪽 참조.

19) 북한이탈주민이라 함은 북한에 주소·직계가족·배우자·직장 등을 두고 있는 자로서 북한을 벗어난 후 외국의 국적을 취득하지 아니한 자를 말한다(북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률 제2조).

는 데는 아무런 제한이 없다. 그러나 그 밖에 재산분할·가사정리 등의 사유로 등 불가 피한 사유로 국내체류가 필요한 경우 이를 심사해서 방문동거(F-1)의 자격으로 체류자격을 변경해서 체류할 수 있으나, 이 경우에는 취업활동을 할 수 없는 없다.

최근의 우리사회는 적령배우자의 부족 등으로 결혼여성이주자의 유입이 급증하고 있으며, 이들에 의한 우리사회의 인종적 문화적 다양성은 우리사회를 다문화사회로의 급속히 바꾸어 가고 있다. 결혼이주자 또한 우리사회를 구성하는 주요 인적 자원임에도 불구하고 그들의 체류자격을 불신의 원칙에 의거하여 국민의 배우자가 사망·실종하거나 배우자의 귀책사유로 이혼·별거한 경우에 있어도 일단 거주자격을 박탈하여 다시 심사하도록 한 것이나 그 밖의 사유에 의한 경우는 결혼이민자로서의 자격을 박탈하는 것은 결혼이민자의 거주자의 자유를 너무 제한하는 것으로서 다문화사회 자유권 정책으로서는 문제라고 하지 아니할 수 없다.

3) 이중국적의 허용 문제

다문화사회는 민족적 인종적 차이뿐만 아니라 문화적 국적별 다양한 배경을 가지고 있는 구성원들로 구성되어 있기 때문에 특정한 문화나 종교로 획일화할 수 없는 다양한 문화적 정체성을 가지고 있고, 자본과 노동의 이동 등으로 인한 세계인의 상호 교류와 이주·체류 등의 거주이전의 문제를 단일국적 만으로는 해결할 수 없게 되었다. 다문화주의를 지향하는 오늘날 많은 국가들이 이중국적을 인정하거나 용인하는 태도를 취하고 있다²⁰⁾. 그러나 우리나라는 후천적 이중국적을 허용하지 아니 하고, 선천적 이중국적자로 하여금 일정한 시기까지 국적을 선택케 함으로써 이중국적을 정리하도록 하고 있어 이중국적을 원칙적으로 불허하고 있다²¹⁾. 그러나 최근에는 부모가 영주목적 없이 외국체류 중에 출생하여 이중국적이 된 사람들에 대해 병역을 마치거나 면제받기 전에는 한국국적을 포기할 수 없도록 국적법을 개정하여 국적이탈을 제한하였다 하더라도 국적이탈의 자유를 침해하였다고는 할 수 없다²²⁾.

오늘날 이중국적을 용인하는 추세에 비추어보거나 특정한 사정이 없는 한 재외동포

20) 정인섭 외, 이중국적에 관한 법리적 검토, 법무부, 2004, 161쪽 이하 참조.

21) 출생이나 법에 따라 만 20세가 되기 전에 대한민국 국적과 외국 국적을 함께 가지게 된 자는 만 22세가 되기 전까지, 만 20세가 된 후에 이중국적자가 된 자는 그 때부터 2년 내에 하나의 국적을 선택하여야 한다(국적법 제12조).

22) 헌재 2006.11.30. 2005헌마739.

의 체류국내에서의 지위향상을 위해서, 그리고 국제적으로 다문화사회의 교류와 소통을 위하여 일정한 조건하에 정치적 사회적 지위의 보장을 위하여 이중국적을 확대할 필요가 있다. 최근에는 우리나라도 무국적자 지위를 인정하는 기준과 절차를 마련하고, 사회 문화 학술 등 각 분야의 우수한 외국인에게 제한적으로 이중국적을 허용하는 방안을 장기적으로는 이중국적을 허용하는 방안을 검토하는 수준에 머물고 있다. (기타 국적에 관한 문제는 제2주제에서 다루었기에 생략합니다)

3. 소수자의 직업선택의 자유

1) 외국인 근로자 및 산업연수생의 취업의 자유

외국인근로자는 대한민국의 국적을 가지지 않은 자로서 대한민국에 소재하고 있는 사업 또는 사업장에서 임금을 목적으로 근로를 제공하고 있거나 제공하려는 자이다(외국인근로자의고용등에관한법률 제2조²³⁾). 외국인이 대한민국에서 취업하려면 「출입국관리법」에 따라 취업활동을 할 수 있는 체류자격을 받아야 하며, 취업활동을 할 수 있는 체류자격을 받지 않은 외국인이 취업하거나 이들을 고용하거나 그 고용을 업으로 알선 또는 권유하면 쌍벌죄로 처벌된다²⁴⁾. 동법은 외국인근로자도 내국인과 동일하게 근로자로 인정하고 있음에 따라 불법체류 외국인근로자는 취업기간 동안 내국인과 동일하게 「근로기준법」이나 「최저임금법」 등 노동관계 법령의 적용을 받으며, 불법취업자라도 기왕의 고용계약이나 임금채권은 유효하고, 「산업재해보상보험법」 상의 요양급여도 받을 수 있다²⁵⁾.

23) 외국인이 대한민국에서 취업하려면 「출입국관리법」에 따라 취업활동을 할 수 있는 체류자격(C-4 · H-1,2,3,4,5,6,7,9,10 · F-2,4,5 · H-1,2)을 받아야 하며(「출입국관리법」 제18조제1항), 특히 외국인의 취업활동이 가능한 15개의 체류자격 중에서 비전문취업(E-9) 또는 방문취업(H-2)의 체류자격을 가진 외국인 근로자의 고용·취업에 관해서는 「외국인근로자의 고용 등에 관한 법률」이 적용되며, 비전문취업(E-9) 체류자격자에 대해서는 고용허가제도를, 방문취업(H-2) 체류자격자에 대해서는 특례고용가능확인제도를 두고 있다. 그리고 「선원법」의 적용을 받는 선박에 승무하는 선원 중 대한민국 국적을 가지지 않은 선원 및 그 선원을 고용하고 있거나 고용하려는 선박의 소유자에 대해서는 「외국인근로자의 고용 등에 관한 법률」이 적용되지 아니 한다(「외국인근로자의 고용 등에 관한 법률」 제3조 제1항 단서).

24) 취업활동을 할 수 있는 체류자격을 받지 않은 외국인이 취업을 하거나, 또한 취업활동을 할 수 있는 체류자격을 받지 않은 외국인을 고용하거나 그 고용을 업으로 알선 또는 권유하면, 3년 이하의 징역이나 금고 또는 2천만원 이하의 벌금에 처해집니다(「출입국관리법」 제94조제5호의2 및 제6호).

25) 대법원 1995.9.15. 선고 94누12067 판결.

그러나 해당 외국인근로자는 지정된 근무처 외에서 근무해서는 아니 되며(출입국관리법 제18조 제2항), 해당 외국인근로자가 그 체류자격의 범위에서 근무처를 변경하거나 추가하려면 미리 법무부장관 등의 허가를 받아야 하며, 누구든지 다른 법률에 의해 고용을 알선하는 경우를 제외하고는 근무처의 변경·추가허가를 받지 않은 해당 외국인근로자를 고용하거나 고용을 알선하지 못하도록 하는 등 외국인근로자의 취업의 조건을 너무 엄격하게 제한하는 측면이 있어, 오늘날 노동의 자유로운 이동을 제약하는 요인이 되고 있다.

그리고 산업연수생은 산업연수(D-3) 체류자격을 갖는 자로서 출입국관리법령에 의하면 산업연수생의 활동범위는 어디까지나 순수한 “연수” 활동으로 제한되고 “취업” 활동은 엄격히 금지되어 있다. 그러나 우리나라에서 현재 운영하고 있는 산업연수생제도는 정부(국무총리 소속의 ‘외국인산업인력정책심의위원회’ 및 중소기업청)의 외국인력 정책에 따라 외국인을 출입국관리법령상의 산업연수체류자격을 갖는 산업연수생으로 입국시켜 “연수” 활동이 아닌 “취업” 활동에 종사하도록 함으로써 사실상 단순기능 외국인력을 활용하기 위한 제도로 운용되고 있다. 이는 우리나라가 비준한 국제연합의 「사회권규약」이나 그 밖의 외국인의 지위에 관한 국제연합이나 국제노동기구의 선언 또는 협약 등이 외국인에게 보장되어야 할 권리 또는 자유 등 대우에 관한 규정에 비추어 볼 때²⁶⁾, 현재와 같이 산업연수생을 외국인 근로자로 활용하기 위한 산업연수생 제도를 이용한 외국인력정책에는 위헌의 소지가 많다. 무엇보다도, 법령상 엄연히 취업자격이 없는 산업연수생으로 하여금 취업활동에 종사할 수 있도록 한 것이나, 유료 직업행위 등에 해당하는 산업연수생 도입 및 배정 업무에 관하여 관련법령 소정의 요건과 절차 없이 중소기업협동조합중앙회로 하여금 수행하도록 하고 있는 것은 아무런 법률상의 위임없이 이루어지는 행정권의 자의적인 행사라고 할 수 있다.

이미 헌법재판소도 산업연수생에게 외국인 근로자로서의 법적 지위가 보장되어야 할 것임에도 불구하고 노동부 예규에 의거하여 근로기준법의 일부 규정만을 적용시키고 나머지 규정의 적용을 배제시킨 「외국인 산업기술연수생의 보호 및 관리에 관한 지침」 소정의 규정들을 합리적 이유 없는 차별로 보아 위헌선언을 한 바 있다²⁷⁾.

26) 경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약(A규약)·국제노동기구헌장(ILO) 및 동일가치노동에 대한 남녀근로자의 동일보수에 관한 협약(ILO 협약 제100호)

27) 현재 2007.8.30. 2004헌마670

2) 재외동포 및 유학생 등의 직업선택의 자유의 제한

재외동포체류자격(F-4)에 해당하는 자는 다음의 어느 하나에 해당하는 단순노무행위를 하는 경우·사행행위 등 선량한 풍속 그 밖에 사회질서에 반하는 행위를 하는 경우·그 밖에 공공의 이익이나 국내 취업질서 등의 유지를 위해 그 취업을 제한할 필요가 있다고 인정되는 경우를 제외하고는 체류자격 구분에 따른 활동의 제한을 받지 않는다. 다만, 허용되는 취업활동이라도 국내 법령에 따라 일정한 자격을 요하는 때에는 그 자격을 갖추어야 한다(출입국관리법 시행령 제23조 제3항). 외국인유학생은 유학(D-2) 또는 일반연수(D-4)의 체류자격을 가진 자로서 일정한 요건을 갖추어 체류자격 외 활동허가를 받지 아니하고는 공휴일·토요일·일요일 및 방학 중을 제외하고는 아르바이트도 원칙적으로 금지된다(출입국관리법 제20조). 그리고 아르바이트가 허용되는 경우에도 학기 중에는 월요일과 금요일 사이에 주당 20시간 이내의 범위에서 최대 2개의 장소에서 아르바이트를 할 수 있을 뿐이다. 국가기관의 장은 국가안보 및 보안·기밀에 관계되는 분야를 제외하고 국회규칙, 대법원규칙, 헌법재판소규칙, 중앙선거관리위원회규칙 또는 대통령령으로 정하는 바에 따라 외국인을 공무원으로 임용할 수 있도록 하고 있고(국가공무원법 제26조의3), 외국인을 계약직공무원으로 채용할 수 있다(계약직공무원규정 제4조). 대학은 교육 또는 연구를 위하여 외국인을 교원으로 임용할 수 있다(교육공무원법 제10조의2).

이상과 같이 재외동포나 외국인의 이주가 급증하는 다문화사회에 있어서는 국가안전보장이나 질서유지나 공공복리와 직접 관계가 있는 경우를 제외하고는 취업의 기회를 넓게 인정하는 것이 필요하며, 특히 공직에 있어서는 국가안전보장이나 질서유지나 공공복리와 직접 관계없는 공무에 대해서는 외국인에게도 공직을 개방하는 것이 다문화사회의 정착을 위해서도 필요하다고 할 수 있다.

4. 소수자의 종교의 자유

다문화사회에 있어서 특히 소수자의 종교적 자유는 문화적 정체성의 형성과 유지에 불가결한 요소 중의 하나이므로 종교 간의 평등과 자유보장은 대단히 중요하다. 특히 소수자의 외래종교와 기존의 토착 다수자 주류종교 간의 갈등과 대립은 매우 심각하며, 소수자 외래종교가 문화적 종교적 정체성을 확립하고, 주류종교와 공존함에 있어

서는 실질적인 국가의 종교평등 및 중립정책이 매우 중요하다. 자기와 타자간의 동질성은 종교만큼 효율적이고 실질적인 통합의 매개체도 드물기도 하지만 타자와의 이질감은 종교만큼 극단적인 것이 없기도 하다. 따라서 일신교적 사회는 폐쇄성과 자기 종교절대주의적 성향이 훨씬 강하여 주변종교에 대한 차별과 몰이해는 다른 어떤 영역보다도 심대하다. 따라서 다문화사회의 지향을 위해서는 주류종교와 주변종교 간의 서로 공존할 수 있도록 종교적 편견과 적대감을 버리고 상호 종교적 관용과 포용이 그 무엇보다도 중요하다. 종교는 개인과 집단의 도덕 윤리와 사회적 정의의 형성과 유지에도 밀접한 관계를 가지고 있기 때문에 건강한 종교사회는 오늘날 보편적 자유와 권리의 실현에도 매우 중요하다. 특히 국가의 종교에 대한 종교정책의 여하에 따라 개인의 종교적 편견과 이해에 중대한 영향을 미친다. 따라서 다문화사회에 있어서 종교적 관용과 이해를 통한 상호 공존의 토양을 위해서는 종교간의 평등과 국가의 종교중립의 원칙이 전제되지 않으면 안된다. 우리 헌법상 국교제도의 부인 및 정교분리의 원칙은 제도보장으로 성격을 가지기 때문에 국가는 어떤 이유에 의해서도 특정 종교에 대한 우대는 물론 종교 일반에 대한 적대적 차별적 정책은 허용되지 아니 한다. 다만 평등의 원칙과 중립성의 원칙에 반하지 아니한 종교일반에 대한 보호정책은 문화보호 정책으로 용인될 수 있다. 즉 일반사회 단체나 개인에 대하여 종교단체를 우대하는 보호정책은 종교를 믿는 국민과 종교를 가지지 아니 한 국민을 차별하는 것은 아니다. 따라서 평등의 원칙에 입각한 다수자 종교는 물론 소수자 종교활동도 차별받지 아니하며, 그리고 건전한 종교활동은 보장되지만 종교로서 객관성 타당성을 상실한 사교나 미신 집단에 대해서 까지 중립성의 원칙이나 평등의 원칙에 의하여 종교활동이 보장되는 것은 아니다.

5. 소수자와 기타 자유권적 기본권

자유권은 원칙적으로 자연권으로서 인간의 권리이므로 성질상 내국민에 한정해야할 특별한 이유가 없으며, 다만 국가안전보장·질서유지·공공복리와 같은 특별한 사유가 없는 한외국인 기타 소수자도 내국 국민과 동등한 자유권적 기본권의 주체로서 법적 지위가 보장된다. 따라서 이주노동자, 결혼이주자, 정주외국인, 재외동포 등에게 신체의 자유, 주거의 자유, 사생활의 비밀과 자유, 통신의 비밀, 양심의 자유, 종교의 자유, 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유, 학문과 예술의 자유 등에 있어서 특별히 내

국민과 다르게 취급해야할 분야는 아니라고 할 수 있다. 다만 국가안전보장이나 질서 유지, 공공복리의 사유로 인하여 외국인의 토지소유권이나 물권의 취득이나 소유, 직업선택의 자유 등의 제한은 특별히 다문화사회의 기본권문제라고는 할 수 없다.

V. 맺는말

이상과 같이 다문화사회에 있어서 자유권적 기본권의 문제는 특히 사회문화적 약자라고 할 수 있는 문화적 소수자의 인권의 문제로서의 성격을 지니고 있다. 자유권은 보편적인 인간의 생래적 권리로서 국적을 불문하고 내외국민 모두에게 동등하게 보장되어야 함이 원칙이다. 특히 다문화사회를 구성하는 소수자인 국제결혼이주자, 이주노동자 등은 사회적 문화적 약자로서 다문화공동체의 주요 구성원이므로 최소한 이들의 자유권의 보장이야말로 이들의 문화적 정체성의 확립과 유지뿐만 아니라 사회적 통합과 정치적 안정을 위해서도 매우 중요하다. 따라서 이들의 국내 거주와 정착, 취업활동 등에 관한 규제와 제한은 국가안전보장 질서유지 공공복리에 의한 최소한에 그쳐야할 뿐만 아니라, 내국인과 동등한 수준의 기본권보장이야말로 다문화사회의 성립과 유지에 대단히 중요하다. 다문화사회는 단일문화체제인 민족국가를 넘어 한층 더 성숙된 민주국가 법치국가 문화국가 복지국가로 발전해 가기 위한 사회적 모델이라고 할 수 있다는 점에서 사회 문화적 소수자에 대한 사회권적 기본권정책에 앞서 우선적으로 보장되어야 할 것이 자유권적 기본권보장이다. 그리고 자유권적 기본권보장이야말로 성공적인 다문화사회의 정착을 위한 불가결의 전제조건이라고 할 수 있다.

“다문화 사회와 자유권적 기본권”에 대한 토론문

최 윤 철 교수 (건국대)

I. 들어가는 말

존경하는 유시조 교수님의 발제문에 토론을 할 수 있게 되어 매우 영광스럽게 생각합니다. 아울러 저에게 토론의 기회를 주신 한국 헌법학회에도 깊은 감사를 드립니다.

2009년 현재 대한민국에 체류하는 외국인이 1백 만명을 넘어서 전체 국민수의 2 %에 해당한다는 보고, 외국인과의 혼인 건수가 연간 국내 총 혼인 건수의 10% 이상을 차지한다는 보고 등은 이제 놀라운 소식도 되지 아니한다. 한국전쟁과 같은 특수한 시대상황을 제외하고 대한민국에 외국인이 지금처럼 많은 수가 상주하는 때는 없었다. 또한 인터넷을 비롯한 각종 정보매체의 발달, 해외여행의 보편화 는 외국문화를 직·간접적으로 접할 수 있는 기회를 확대시켰다. 올림픽 이후 급속히 진행된 경제발전과 그에 따른 경제·사회구조의 개편은 많은 수의 외국인 노동자의 유입과 농촌의 외국인 배우자 증가 등의 결과를 초래하였다.

대한민국 사회의 외국인 증가와 외국문화의 유입은 과거 혈통주의와 민족주의 등의 영향으로 외국 및 외국인에 대한 배타적 태도를 유지하여 오던 대한민국 사회에 하나의 충격으로 다가왔다. 국가를 비롯한 제도권, 각 사회단체 등 사회 각 계 각 층에서 외국인 및 외국문화에 대한 대책을 마련하여야 한다는 목소리를 높이고 있다. 그러나 대부분의 논의가 외국문화로부터 대한민국의 (고유한) 전통문화를 지켜내야 한다거나, 외국인과 관련한 각종 문제¹⁾를 풀기위한 해결책을 마련하여야 한다는 방향에서 이루어지고 있다.

정부도 최근 외국인 및 외국문화의 유입과 영향에 대한 사안에 주목을 하여 여러 가지 법률 및 정책을 내 놓고 있다. 2004년에는 국적법의 대폭개정을 통하여 외국인의 대

1) 외국인과 관련한 사안은 정책적 대안을 가지고 접근하여야 하는 사안이라기보다는 ‘해결하여야 “하는” 문제’로 보고 있는 것이 대부분이다.

한민국 국적 취득을 이전보다 용이하게 하였고, 최근 국민배우자 등의 국적취득 절차의 개선, 복수국적의 허용 등에 관한 국적법 개정 논의도 이루어지고 있다. 고용부문에서도 노동자의 지위를 인정하기 인색하였던 과거 산업연수생제도에서 외국인 노동자의 지위 등을 보장하고 국내 노동력의 공급을 도모하는 법제를 마련하였으나 직장 이전의 자유 등 여러 문제가 여전히 지적되고 있다.²⁾ 사회 영역에서는 재한외국인의 처우에 관한 입법적 조치가 있었으며³⁾, 출·입국 관리법도 외국인의 출입국 및 체류와 관련한 일련의 개선의 시도를 보여주고 있다. 그러나 우리나라의 각종 외국인 관련 법령 및 제도는 여전히 미흡하여 이미 다문화 사회로 변화되어 있는 대한민국 사회의 제도적 기초로 기능하기에는 부족하다는 비판⁴⁾에 직면하고 있다.

II. ‘다문화 사회 논의’의 한계

인문학이나 법학을 제외한 다른 사회과학 특히 사회학 등 연구분야에서 ‘다문화’, ‘다문화사회’, ‘다문화주의’에 관한 논의는 이미 너무나 익숙한 주제가 되었다. 다만, 법학영역에서는 이러한 논의가 상대적으로 적었다. 그렇지만, 다문화 사회를 ‘외국인’이라는 주제로 바꾸어서 본다면 법학에서도 외국인의 기본권 주체성, 장기 체류 외국인의 각종 법적 권리, 외국인 노동자의 지위 등과 관련하여 이미 많은 논의가 있어왔다. 다만, 그 표현형태가 ‘다문화’라고 하는 점에서 법학연구 분야에서 생소한 것으로 비추어질 따름이라고 생각한다.

따라서 다문화 사회를 문화의 개념에서 출발하는 것은 다문화사회에 대한 대응방안을 파악하는 데에 장애요인이 될 것으로 보인다. 다문화 사회 현상에 대한 대응에 관한 논의를 살펴보면 그 중심은 외국 및 외국인들과의 교류확대에 따른 다양하고 복층적인 문화들과 그에 대한 국가와의 관계설정을 어떻게 할 것인가의 문제라기보다는 외국인의 유입과 외국인 유입에 따라 발생한 국민사회의 충격이 그 계기가 되고, 이러한 현상에 국가가 어떻게 대응할 것인가에 있다. 즉, 외국인에 대한 대한민국 사회 및 제도의

2) 외국인근로자의 고용 등에 관한 법률(2008.2.29 법률 제8852호).

3) 「재한외국인 처우기본법」(제정 2007.5.17 법률 제8442호).

4) 외국인 관련 법령에 대한 비판으로는 최윤철, 「우리나라의 외국인 법제에 관한 소고」, 『입법정책』 제1권 제2호, 2007.

태도를 어떻게 할 것인지가 논의의 본질이라고 할 수 있다.

다문화 사회를 ‘문화’라는 코드로만 접근하게 되면 해당 외국인이 한국사회로 유입되기 이전인 즉, 외국인이 되기 이전 자신의 사회에서 습득된 지식, 신념, 예술, 도덕, 법, 관습 등 고유의 문화(한국인의 입장에서는 다른 문화)를 가지고 한국사회로 유입되면서 한국문화와 관계가 형성되고 이들의 문화가 한국문화에 미치는 영향, 한국의 문화가 이들 문화에 어떻게 대응하여야 하는가의 문제로 논의범위가 정해진다고 본다.

현재 논의되고 있는 다문화사회의 본질은 문화의 다양성, 복층성에 대한 분석과 대응이 아니라 ‘인간’인 ‘외국인’이 한국사회에서 어떠한 지위, 권리 및 의무를 가지거나 부담하여야 하는가에 있다. 결국은 처음부터 소수일 수밖에 없는 외국인들과 내국민 간의 평등(소수자 보호)의 문제라고 본다. 따라서 다문화 사회를 ‘문화’, ‘문화국가원리’ 등을 전면에 내세워서 이러한 원리에 따라 다문화 사회를 논하는 것은 문제의 본질에서 벗어난다고 본다. 발표문 II. 1에서

.... “다문화사회는 크게 세 가지의 관점에서 이야기될 수 있다. 하나는 한 국가단위의 단일문화체제아래 다양한 하위문화가 공존하는 단일문화사회의 경우가 그것이고, 다른 하나는 한 국가의 문화체제에 이질적인 외래문화가 공존하는 경우이며, 또 다른 하나는 하나의 국가문화와 타 국가문화가 국제사회에 공존하는 이른바 국제다문화사회의 관점이 그것이다. 첫째의 관점은 다문화를 한 국가의 단일문화체제하의 동질적인 문화적 다양성의 존재 자체로 이해하며, 셋째의 관점은 다문화를 문화정체성이 주권적으로 보장되는 복수의 국가간의 문화현상으로 이해하는 경우이다. 그리고 둘째의 관점은 한 국가의 기존의 토착의 내국문화에 외래문화가 유입되어 공존하는 인종적·민족적 문화현상을 동태적 관점에서 이해하는 것이라고 할 수 있다. ‘다문화 사회’나 ‘다문화주의’의 ‘다문화’는 문화의 복수성만이 아니라 특정한 상호작용으로 맺어지는 ‘관계’ 개념이며, 다문화주의는 다수의 문화 집단이 평등한 존재로 공존하기 위한 규범적 원리라고 할 수 있다. 따라서 다문화사회는 민족적 혹은 인종적 차이가 공존하는 사회로서 이러한 문화간의 차이에 대한 다양한 가치에 입각한 인정과 타협의 필요성을 강조하는 사회이다⁵⁾. 이 논문에서는 다문화사회를 둘째의 관점에서 정치적 사회적 통합을 위하여 각 문화주체가 문화적 정체성을 가지고 공존하는 사회로 이해하고자 한다”. ...

5) 전경옥, 젠더의 관점에서 본 다문화사회의 통합, 아시아여성연구 제46권 1호, 2007, 12쪽 참조.

고 보는 입장에 원칙적으로 동의를 한다.

그러나 이렇게 주장하고 있음에도 불구하고 다시 ‘문화’ 개념을 설명하는 것은 다소 중복의 느낌을 가진다. 오히려 다문화 사회라 함은 각각의 문화적 배경을 가진 채 한국이라는 문화(민족 등을 문화 코드로 본다면)속에 유입된 문화주체(정확히는 외국인 - 우리사회의 다문화 논의는 결국 외국인에 대한 대응이 그 본질이기 때문에)와 한국의 문화를 가진 문화주체가 동일한 시공간 속에서 관계를 맺고 있는 사회로만 이해하는 것이(사실의 측면) 논의의 본질에 바로 들어갈 수 있는 것이 아닐까 한다. 그 다음단계에서 한국이라고 하는 시공간에 존재하고 있는 다양한 문화주체들에 대하여 어떠한 법적, 제도적 대응을 할 것인지 논의가 있어야 한다. 대부분 주류문화의 지위를 차지하고 있는 토착문화(한국의 문화)가 유입된 이질문화(비주류문화)에 대하여 어떠한 법적, 제도적 태도를 취할 것인지는 전적으로 토착문화(한국문화)의 주체, 그러한 주체들에 의해 유지되고 있는 해당 국가의 선택의 문제에 해당한다.

Ⅲ. 다문화, 다문화 사회, 다문화 주의

1. 서언

미래의 가능성을 토대로 진전되는 한국 사회의 다문화 담론은 민족, 국민, 인종과 같은 개념을 정확하게 규정하지 않은 상태에서 ‘다민족’, 다인종, ‘다문화’ 사회라는 개념을 혼용한다. 이들 개념이 지칭하는 유형의 사회는 일정 부분 중첩되기도 하지만 각각의 개념이 강조하는 사회 유형의 특질은 다르다. 정부를 비롯하여 시민사회나 언론에서 저지르는 이러한 개념적 혼란과 남용은 한국 사회의 변화와 이행을 분석하고, 다민족, 다문화 사회로 이행하는 한국사회의 가능성과 한계, 기회와 위기를 진단하고 대처방안을 모색하는데 장애가 된다. 예컨대 다문화 사회와 다민족 사회가 본질적으로 같은 것이라는 인식은 ‘문화’ 개념의 빈곤에서 비롯된 대표적인 오해다. 한국사회의 인적구성이 다민족화한다는 것이 곧 문화적 다양성을 전제하지는 않기 때문이다. 또한 현재 통용되는 다문화 개념에서 문화 개념에 대한 진지한 논의가 없어 다문화 사회의 실태나 다문화 정책의 한계와 어려움에 대한 이해가 부족한 상황이다.⁶⁾

2. 관련 개념에 대한 간략한 고찰

(1) 다문화

‘다문화(Multikultur)’라는 개념은 매우 다양하고 복합적인 것이어서 단순히 다국적의 외국인 및 여러 외국의 문화가 자국의 문화 속에 유입되어 섞이거나 섞여있는 있는 현상만을 다문화라고 볼 수는 없다. 다문화에 대한 논의와 다문화사회에 대한 대책을 논의하기 위해서 선행되어야 하는 것이 관련 개념들에 대한 정리이다.⁶⁾

우리나라의 법률 특히 다문화가족 구성원이 안정적인 가족생활을 영위할 수 있도록 함으로써 이들의 삶의 질 향상과 사회통합을 도와주기 위함을 목적(법률 제1조) 으로 하여 2008년 제정된 「다문화가족 지원법」은 ‘다문화 가족’을 선천적인 대한민국 국민인 ‘국민’과 ‘외국인’ 또는 외국인이었다가 대한민국 국적을 취득한 ‘국민’으로 이루어진 가정을 다문화 가족이라고 정의하고 있다(법률 제2조 제1호). 이 법률은 ‘다문화’ 개념이 문화의 다양성, 복층성 등 여러 면에서 중첩되고 혼합되어 있다는 점에 대해서는 고려치 않고 ‘다문화’란 어떠한 형태이든지 외국인과 관련성이 있는 경우를 다문화로 보고 있을 뿐이다. 매우 추상적이 개방적인 개념인 ‘다문화’를 법률 속에 규정하여 규범력을 부여하게 되면서 오히려 ‘다문화’개념에 대한 논의를 질식시킨 경향이 있다. 법률의 취지가 외국인 또는 외국인이었던 국민과 생래적 국민간의 가족이 그렇지 아니한 가족(생래적 국민만으로 이루어진 가족)에 비하여 삶의 질적 향상과 이를 통한 사회통합이라고 한다면 오히려 ‘다문화’개념의 혼란만을 가져오는 용어의 사용보다는 보다 정확하게 ‘외국계 구성가족’이라고 직접적으로 접근하는 것이 사안을 보다 정확히 이해하는데 도움이 될 것으로 생각한다.

(3) 다문화사회

다문화 사회라 함은 ‘고유한’ 하지만 이러한 ‘고유한’ 문화를 배경으로 하거나 문화를 가진 ‘다양한’ 집단이 특정한 시공간에서 상호 관계⁸⁾를 형성하고 있는 인간들의 사

6) 한경구, 다문화 사회란 무엇인가?, 유네스코 아시아 태평양 국제이해교육원 엮음, 다문화사회의 이해, 동녘 2008, 87면.

7) 한진수, 「비판적 다문화주의」, 유네스코 아시아·태평양 국제이해교육원 (편), 『다문화사회의 이해』, 동녘, 2008, 153면 이하.

회라고 할 수 있다. 이에 따르면 우리가 다문화를 논의하면서 들고 있는 인종, 국적 등 기타 서로를 구별하거나 구별 지우려고 하는 표지⁹⁾에 따라 구분되어 있는 인간들의 집단이 어우러져 있는 현실(사실)을 다문화 사회라고 보는 것이다.

(4) 다문화주의

1) 개념

현실태로서의 다문화 사회를 인정하고 나면 그 다음에 등장하는 물음은 이러한 다문화 사회에서 나타나고 있는 실제의 사안들에 대하여 제도적으로 어떠한 입장을 취할 것인가가 정해지게 된다. 즉, 세계 여러 나라, 특히 경제발전을 이룩한 나라들의 경우 이주노동자들을 대표로 하는 외국인과 그들의 문화와 그에 대한 대응방안을 모색하는 시도들이 나타나면서 이러한 시도 및 이러한 경향을 다문화주의(Multikulturalismus)라고 한다.

다문화주의에 대한 논의의 공통점은 일단 문화적 다수집단(자국, 이주노동자와 관련하여서는 유입국 등)의 문화 속에 소수집단(외국, 이주노동자와 관련하여서는 송출국 등)의 문화가 유입되면서 생겨난 다문화 사회 속에서 다수 집단(토착집단 등)이 이들 소수집단의 문화를 어떻게 이해하고 대응하는 하는가에 있다. 그러한 대응방안으로서는 소수집단의 문화에 대한 전면적 승인과 공존, 다수집단 문화로의 편입시도 등이 나타날 수 있다.

2) 다문화주의 예

대표적인 다민족, 다문화 국가인 미국, 캐나다, 호주, 프랑스 등의 국가들은 주로 과거 식민과 이민의 경험을 하였다. 중국, 인도 등은 다양한 문화적 배경을 가진 다수의 민족들로 구성되어 있다. 이들 국가는 이미 오래전부터 자국의 다문화적 상황에 대처하기 위한 노력들을 하여왔다.

미국의 경우는 이주민들의 문화가 (자발적)인 이주를 통해 미국문화라는 용광로 속

8) 관계의 질적인 면은 고려하지 않는다.

9) 한건수, 위의 책 149면 이하에서는 한국의 다문화 담론에서 몇가지 문제점을 파악할 수 있는데 그중의 하나가 다문화현상과 관련된 다양한 개념을 모호하게 사용하거나 한국어 번역에 문제가 있었음을 지적한다.

에 녹아들어가 새로운 문화를 만들어 낸다고 하여왔다. 물론 미국 문화의 정체성은 그 대로 유지된 채 외국의 문화가 미국 문화 속에서 변화를 겪고, 미국화 된다는(동화) 입장이다. 이 경우 이주민들의 문화가 어떠한 갈등과 과정을 통해서 미국화 되는지에 대해서는 묻지 아니 한다. 오히려 실질적으로 볼 때는 이주민의 고유한 정체성 유지에 대하여 상당한 경계를 하고 있다.

프랑스의 경우에도 사적 영역에서는 이주민 등 외국인들이 자신들의 고유문화를 유지하고 향유하는 것이 허용되지만 공적인 영역에서는 자국 사회의 가치와 규범을 따라야 한다는 내용의 통합정책을 가지고 있다.¹⁰⁾

캐나다의 경우는 프랑스어 계와 비 프랑스어 계 주민들 간의 오랜 기간의 갈등이 있었다. 그러나 1971년 다문화주의를 공식적으로 채택하고 캐나다 내에서 인종이나 민족에 따른 차별을 일체 배제하며 모든 사람이 평등하기 캐나다 사회에 참여하는 것을 강조하였다.¹¹⁾ 1982년에는 권리와 자유헌장의 제정으로 인종차별이 위헌으로 되었으며, 1988년에는 다문화주의 법을 제정하기에 이르렀다.¹²⁾

호주 대륙에는 백인들이 유입되기 전에 약 200-400여개의 선주민들의 문화가 있었다고 보고되고 있다.¹³⁾ 영국으로부터 독립한 호주는 1970년대 초까지 이른바 백호주의(The White Australis Policy)라는 정책을 통해 백인사회의 정체성을 유지하고자 하였다. 그러나 1972년 백호주의 공식적 폐기와 이어지는 자유당 정부의 다문화 정책으로 호주 사회는 본격적인 변화를 겪기 시작하였다. 호주의 다문화주의는 모든 국민이 인종·문화·종교·언어·거주 지역·성·출생지 등에서 차별 없이 평등한 처우와 기회를 제공받을 권리가 있음을 천명하였다. 호주의 다문화주의 정책은 이후 계속 진행되었으나 최근의 하워드 정권은 다문화주의에 상당히 비판적 태도를 보였다.¹⁴⁾

10) 프랑스의 경우 문화적 영역, 특히 종교의 경우 철저한 세속주의를 따르고 있다. 공적영역에서는 특정 종교의식, 표지 등이 금지된다. 프랑스에서의 공적 영역에서의 세속주의에 관해서는 최윤철, 「종교의 자유와 국가의 중립성 연구」-교사의 머리 수건 착용에 관한 독일연방헌법재판소 결정을 중심으로-, 공법연구 제32집 제3호, 2004.

11) 한경구, 위의 논문, 109면 참조.

12) 캐나다사회를 모자이크 사회라고 부르기도 한다.

13) 한경구, 앞의 논문, 110면.

14) 한경구, 위의 논문, 111-112면 참조.

IV. 다문화 사회와 자유권

대부분의 학설은 외국인의 기본권 주체성과 관련하여 인간이라면 당연히 향유하는 자유와 권리는 외국인에게도 그 주체성이 인정된다고 하고 있다. 또한 헌법재판소도 국민과 유사한 지위에 있는 외국인의 기본권 주체성을 인정하고 있다.¹⁵⁾ 발제문에서도 “특히 자유권 영역에서는 자유권의 자연권성으로 인하여 내국인뿐만 아니라 외국인도 원칙적으로 자유권의 향유주체이므로”라고 하여 외국인의 자유권 주체성을 인정하고 있다. 그렇다고 한다면 외국인의 기본권 주체성이 인정됨에도 불구하고 외국인이 자신이 가지는 기본권의 내용을 충족하지 못하는 경우에 이에 대한 국가의 조치는 어떠한가 하는가의 문제가 남게 된다.

그에 따라 발제문은 “주류문화에서 소외된 주변문화의 주체인 소수자의 정치적 경제적 사회적 문화 영역에 있어서의 법적 지위와 권리보호 수준을 다수자의 그것과 같은 수준으로 보호 할 수 있느냐 하는 문제”를 다문화 사회의 기본권 정책이라고 하고 있다. 발제문의 취지는 소수자(여기서는 외국인의 의미)의 법적 지위 및 권리보호의 수준을 헌법이 말하고 있는 취지에 따라 다수자(여기서는 국민)의 수준으로 맞추어가야 한다는 것으로 이해한다.

그러나 발제문에서 사용하고 있는 기본권정책이라는 표현은 외국인의 기본권 주체성 인정 여부를 정책적 차원에서 결정할 수 있다는 의미로도 비칠 수 있다. 그러한 표현보다는 오히려 보다 구체적으로 ‘기본권 실현정책’이라고 한다면 입법자 및 법 집행자에게도 구체적 실현 법제, 제도 및 정책의 내용이 보다 명확해 질 수 있으며, 수범자인 소수자(외국인)를 위한 직접적 내용을 가지는 것이 될 것으로 생각한다.

그 밖에도 기본권 정책을 “주류문화에서 소외된 주변문화의 주체인 소수자의 정치적 경제적 사회적 **문화 영역**에¹⁶⁾ 있어서의 법적 지위와 권리보호 수준을 다수자의 그것과 같은 수준으로 보호 할 수 있느냐 하는 문제”라고 하면서 소수자의 법적 지위와 권리보호 수준에 대하여 ‘...적 문화영역’이라고 한정하고 있으나 외국인의 기본권 주체성, 특히 자유권에서의 기본권 주체성을 인정한다면 법적 지위 및 권리보호 수준을 ‘문화영역’으로 한정 할 필요는 없다고 본다. 이미 발제문도 같은 면 이하에서 외국인에

15) 헌재 1994. 12. 29. 93헌마120.

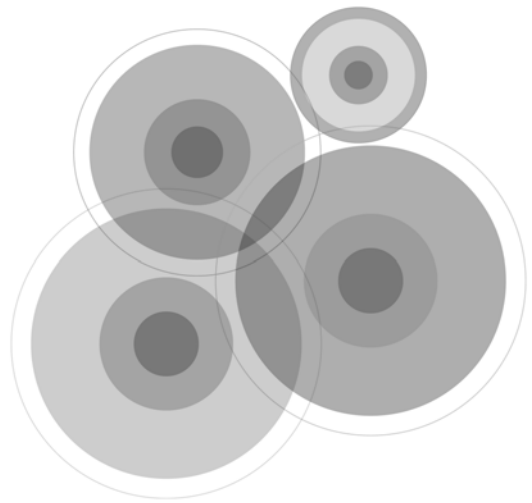
16) 굵은 글씨는 토론자가 표시함.

대하여 다양한 기본권의 인정을 강조하고 있다는 점에서 그 범위를 문화영역으로 한정할 필요는 없다고 본다.

다문화사회의 구성원인 외국인에 대한 기본권 주체성, 권리보호가 국민의 수준에서 이루어 진다면, 문화영역에서의 문화적 다양성, 정체성 인정의 여부 및 그 정도는 그 결과로서 당연히 이루어진다고 본다. 위에서 언급한 바와 같이 다문화사회, 다문화주의와 관련한 논의의 본질은 국민 속에 유입된 외국인의 지위의 인정여부, 인정 정도와 관련한 국민사회의 태도 및 이에 기초한 법적, 제도적 대응의 문제이기 때문이다. 다문화사회, 다문화주의라는 용어 속에 포함되어 있는 ‘문화’라는 용어가 오히려 논의의 본질에 접근하는데 장애가 되고 있다는 생각도 든다.

V. 결어

한국사회에서 다문화사회, 다문화주의에 관한 여러 담론들이 논의되는 수준 및 정도는 만족스럽지 못하다. 그러나 그러함에도 불구하고 이러한 담론들이 공통으로 가지고 있는 전제는 한국사회가 다문화사회로 가고 있으며 다문화주의에 대한 진지한 검토가 있어야 한다는 점이다. 다문화사회 및 다문화주의가 외국의 문화를 포함하여 다종, 다양한 문화가 독자성을 유지하면서(자유주의적 측면) 해당 사회의 객관적 가치질서에 대한 상호 인정(민주주의적 측면)을 통해서 공존하는 사회 및 태도라고 본다면 어떤 특정한 문화집단(여기서는 외국인을 중심으로 하는 해당 국가의 문화)을 배경으로 하는 집단을 법률과 같은 고권적 행위에 의해서 범주를 지우는 것은 어쩌면 범주 지워진 대상을 ‘무형적’인 게토(Getto)속으로 몰아넣는 결과를 가져올 수 있다. 특히 순혈주의 및 단일문화주의에 기초하고 있는 우리나라의 법체계가 다문화주의에 대해서 어떻게 반응하고 대응하여야 하는지에 대한 진지한 모색이 필요하다. 특히, 다문화 사회 및 다문화주의에 대한 제도적, 규범적 대응을 하여야 하는 법학의 영역에서도 다문화에 대한 다각적 연구가 있어야 한다.



제 4 주제

다문화 사회와 사회적 기본권

전광석 교수 (연세대)

다문화 사회와 사회적 기본권

- 헌법적 접근을 위한 시론 -

전광석 교수 (연세대학교 법학전문대학원)

I. 다문화사회-새로운 현상과 헌법

1950년대와 60년대, 그리고 1970년대에 이르기까지 주로 근로자 송출국이었던 우리나라는 특히 1990년대 이후 이제 외국인 근로자를 받아들이는 국가로 이행하기 시작하였다. 처음에는 우리 사회에서 이른바 3D현상이 나타나면서 단순비숙련 외국인노동력이 유입되기 시작하였다. 21세기에 들어서서, 또 세계화가 진행되면서 경제 및 기업의 국제경쟁력을 제고하기 위하여 고급인력을 채용하는 또 다른 차원의 노동력의 유입이 이루어졌다. 세계화의 추세는 대학에도 영향을 미쳐 대학을 경쟁이 지배하는 다국적 학문공동체로 발전시키는 노력이 평가의 지표로 사용되고 있다. 이러한 경제적 및 경쟁적 측면 이외에 어느 때부터는 특히 농촌지역을 중심으로 외국여성과 결혼하여 가족을 구성하는 비율이 급증하기 시작하였다¹⁾. 그리고 그 사이에서 태어난 자녀들이 학령기에 들어서면서 초등학교 등 학교에서 이들이 차지하는 비중이 높아지기 시작하였다²⁾. 그리고 마지막으로 위 모든 현상에 따르는 인구유입문제는 앞으로 필연적으로 우리 사회의 가장 심각한 문제로 제기될 고령사회 및 인구구조의 불균형과 직접적인 관련성을 갖게 될 것이다³⁾. 우리 사회의 인구구조의 불균형을 메꾸어 줄 새로운 구성부분이 될 수도 있다는 것이다⁴⁾. 이미 현재 우리 사회에서 활동하는 외국인이 전체 국민

1) 예컨대 2006년을 기준으로 외국인은 백만명을 넘어섰다. 또 전체혼인건수 중 약 12%가 부부 중 일방을 외국인으로 하는 국제결혼이었다. 특히 농촌지방에서 국제결혼이 차지하는 비중은 전국 평균을 훨씬 넘어서고 있다. 통계청(2007), 2006년 혼인총계 참조. 이에 대해서는 조상균/이승우/전진희, “다문화가정 지원 법제의 현황과 과제”, 민주주의와 인권 제8권 제1호(2009), 148면 이하 참조.

2) 이에 대한 사회과학적 및 인권적 접근에 대해서는 예컨대 김용신, “다문화사회의 시민형성논리; 문화민주주의 접근”, 비교민주주의연구 제4집 제2호(2008), 32면 이하 참조.

3) 이 문제의 다양한 정책적 관련성에 대해서는 예컨대 김정순 외, 고령사회의 법적 과제(한국법제연구원, 2004) 참조. 일반적인 차원에서의 이 주제에 대한 논의로는 예컨대 김승권, “한국사회, 변화하는 인구지평”, 황해문화 제43호(2004), 16면 이하; 이현승/김현진, 늙어가는 대한민국(삼성경제연구소, 2003) 등 참조.

4) 다문화사회와 인구구조에 관한 논의에 대해서는 예컨대 Wolfgang Kahl, “Nachhaltigkeit, Migration und Integration”, Wolfgang Kahl(편), Nachhaltigkeit als Verbundbegriff(Mohr Siebeck, 2008), 242면 이하 참조.

에서 차지하는 비율이 3%에 가까워지고 있다. 그리고 다문화사회의 현상은 우리 사회의 출산율이 저하하는 현재의 상황이 지속된다는 필연적으로 이민정책의 문제로 의제화될 것이다⁵⁾.

위와 같은 현상은 외국인 유입인구의 문제가 우리 사회에 구조화된다는 의미를 갖는다. 이에 따라 이들에 대한 차별금지 및 사회적 배려, 그리고 동화와 사회통합 및 사회통합의 의미에 관한 문제가 새롭게 제기되고 있다. 종교 등 문제를 둘러싼 문화의 충돌과 이에 대한 대응으로서 관용과 배타성의 논의가 대표적인 예이다⁶⁾. 외국인이 우리 사회에서 차지하는 규모와 중요성, 불가역성을 염두에 두면 이들을 이방인으로 취급하는 태도는 더 이상 현실이 될 수 없다⁷⁾. 이러한 사회적 현상 및 인식의 변화에는 이들의 법적 지위, 그리고 이들을 둘러싼 법적 구조와 법률관계에 대한 이해 및 형성의 과제가 뒤따른다. 즉 기존의 외국인 소수집단의 문제가 더 이상 사실적인 세력관계의 문제로 그치는 것이 아니라 법제화를 필요로 하는 상황으로 발전하게 되었다는 것이다. 그리고 헌법은 이들 문제들을 개방적으로 구조화하는 과제를 갖게 되었다⁸⁾.

II. 문제의 복잡성과 특수성

1. 주어진 상황과 정책의 선택, 그리고 헌법

이러한 새로운 현상을 포섭하는 우리 사회의 모습을 다문화사회라고 이해할 수 있다. 이러한 현상을 주류 사회에 대한 소수문화로 볼 것인가, 아니면 우리 사회의 구조 및 성격변화로 이해하여야 하는가는 근본적인 논의를 필요로 한다⁹⁾. 이 점을 포함하여

5) 1980년대 이민정책을 둘러싼 독일 사회의 논의에 대해서는 예컨대 박명선, “독일 이민법과 통합정책의 외국인 차별에 관한 연구”, 한국사회학 제41집 제2호(2007), 271면 이하; 정혜영, “다문화가족자녀의 권리보호”, 안암법학 제27호(2008), 11면 이하 등 참조.

6) 이에 대해서는 아래 각주 52 참조.

7) 과거 화교 등 소수 이민족집단에 대한 차별의 제도 및 의식의 문제에 대해서는 예컨대 박경태, “한국 사회의 인종차별, 외국인노동자, 화교, 혼혈인”, 역사비평 제48호(1999), 189면 이하 참조.

8) 이에 대한 포괄적인 서술로는 예컨대 Udo Di Fabio, Das Recht offener Staaten, Grundlinien einer Staats- und Rechtstheorie(1998) 참조.

9) 2007년 「다문화가족지원법」 제정 당시 동화와 다문화사회로의 발전 등 대안적 논의가 이루어진 바 있다. 이에 관한 논의로는 정혜영, 위 각주 5의 논문, 8면 이하 참조. 이밖에 이 문제에 관한 논의로는 예

다문화사회는 현상 자체가 생소하고, 또 다양하다. 그만큼 다문화사회는 많은, 그리고 새로운 문제를 제기한다는 점에서 우리 사회에 대한 시대적 도전이다. 아래에서 언급하겠지만 외국인의 기본권 주체성에 관한 문제는 그동안 많은 연구에도 불구하고 여전히 새로운 현상에 비추어 새롭게 구성하여야 할 필요성이 있다¹⁰⁾. 우리 사회를 완전 개방하고, 외국인들을 법적으로 장애 없이 자유롭게 편입하여 평등하게 생활하고 경쟁하도록 하는 하나의 극단과, 이들을 일방적인 배려의 대상으로 하고 우리의 정책적 필요에 따라 자유와 평등, 그리고 복지를 선별적으로 허용하는 또 하나의 극단이 있을 수 있다. 반면 이들을 주변집단화하는 것은 정책실패의 현실로서 서술하는 것은 몰라도 더 이상 우리 사회의 선택이 될 수는 없다¹¹⁾. 이러한 정책적 선택과는 별개로 다문화사회의 현상은 낯설지만 우리가 안고 가야하는 운명적인 문제이다. 따라서 헌법은 어떠한 형태로든 이에 반응하여야 하며, 사회는 이에 대한 헌법적 기대를 갖는다는 점에서 보면 다문화사회의 출현은 헌법에 대한 시대적 도전이기도 하다. 상황은 이미 주어져 있기 때문이다¹²⁾. 이와 같은 헌법에 대한 시대의 도전적 성격을 문제의 복잡성과 특수성을 중심으로 아래에서 구조화하여 본다.

2. 문제의 복잡성

헌법은 기본적으로 국가생활공동체를 실현·유지하는 과제를 갖는 국내 최고규범이다. 그 결과 헌법은 우선적으로 국가생활공동체의 범주를 확정하여야 한다. 이는 명시적 혹은 묵시적으로 이루어진다. 우리 헌법을 중심으로 보면 제3조와 제2조의 영토와 국민에 관한 규정이 명시적으로 국가의 공간적 범주, 그리고 적어도 1차적인 적용대상인 인적 범주를 규정한 예이다¹³⁾. 국가는 이와 같이 물리적인 범주만으로 구성되지 않는다. 국가권력과 개인 간의 법률관계, 그러한 법률관계의 윤곽을 이루며 동시에 법률관계에 의하여 구체적으로 형성되는 공동체의 가치 또한 국가를 구성하는 요소이다.

권대 김용신, 위 각주 2의 논문 참조.

10) 아래 III.2. 참조.

11) 위 각주 7 참조.

12) 헌법에서 규범과 현실의 상호작용에 대해서는 예컨대 전광석, “사회변화와 헌법과제로서의 복지국가의 실현”, 공법연구 제31집 제1호(2002), 59면 이하 참조.

13) 국가의 인적 및 장소적 범주에 관한 각국의 헌법례에 대해서는 예컨대 전광석, “헌법편제에 관한 연구”, 헌법학연구 제12집 제5호(2006), 23면 이하 참조.

이러한 국가의 구성요소 중 영토는 물리적으로 고정되어 있다¹⁴⁾. 이에 비해서 국민은 유동적이다. 즉 국민은 영토를 벗어날 수도 있고, 또 다른 국민이 우리 영토에 들어올 수도 있다. 이는 동시에 법적 평가의 대상이기도 하다. 영토에 체류 및 거주 등의 요건이 어느 정도 충족 혹은 유지되는 경우 기존의 법적 지위를 인정할 것인가 혹은 상실시킬 것인가에 대한 결정이 필요하기 때문이다. 국가와 개인과의 법률관계를 규율하는 가치는 추상적으로는 헌법에 확정되어 있지만 그 내용은 시대적으로, 정치적 및 사회경제적 그리고 문화적 상황의 변화와 상호 영향을 미치면서 구체화된다는 점에서 유동적이며, 또 가변적이다(헌법의 안정적 기능과 개방적 기능)¹⁵⁾.

이러한 헌법적 관계에 1차적으로 대한민국 국민이 포섭되는 것은 물론이다. 그러나 다음과 같은 복잡한 문제가 제기된다. 즉 우리 영토에 유입되는 외국인에게 정주의 사실과 의사가 있는 경우에 어느 정도 우리 국민과 같은 법적 지위를 부여할 것인가 하는 문제이다. 결혼, 귀화 등을 통하여 현재 우리 국적을 갖게 된 과거의 외국인에게 헌법적 가치를 공유하게 하는 것은 당연하다. 그러나 이러한 해법을 구체화하는 문제는 복잡하다. 위에서 언급했듯이 헌법적 가치는 추상적으로는 주어져 있지만 구체적으로는 개방적이며, 따라서 이는 일방적으로 향유할 수 있는 존재가 아니다. 또 헌법적 가치는 무엇보다도 상대적이다. 즉 규율대상인 현실상황은 헌법적 가치의 내용 및 실현방법에 영향을 미친다¹⁶⁾. 예컨대 이 글에서 다루는 국민과 외국인의 차이, 그리고 또 예컨대 장애인과 비장애인의 차이가 사회적 기본권의 실현방법에 영향을 미친다는 것이다. 이에 국가는 다양한 방법론에 기초한 적극적인 행위를 통하여 가치를 향유하기 위하여 필요한 제도적인 혹은 개별적인 환경을 조성·배려하여야 하며, 또 구체적으로 가치실현의 결과를 보장하여야 한다. 이러한 국가작용의 기준과 범위, 내용을 확정하여야 하는 문제가 따른다¹⁷⁾. 위와 같은 범주에 속하지 않는 외국인의 문제는 문제 상황

14) 근대 이후 인적 공동체에서 지역공동체로 국가의 성격 변화에 대해서는 예컨대 Wolfgang Graf Vitzthum, "Staatsgebiet", Josef Isensee/Paul Kirchhof(편), Handbuch des Staatsrechts Bd.1(C.F.Müller, 1987), 710면 이하 참조.

15) 헌법의 이러한 이중적 기능에 대해서는 예컨대 전광석, "건국헌법의 사회경제질서", 미래학회(편), 제헌과 건국(나남, 2010), 199면 이하; Dieter Grimm, "Ursprung und Wandel der Verfassung", Handbuch des Staatsrechts Bd.1(C.F.Müller, 2003), 8면 이하 등 참조.

16) 예컨대 장애인문제와 관련하여 규범과 현실의 변증법적 관계에 대해서는 예컨대 전광석, "장애인차별금지법 제정방향", 장애인고용(2004, 가을), 16면 이하; Hans F. Zacher, "Der Behinderte als Aufgabe der Rechtsordnung", Hans F. Zacher, Abhandlung zum Sozialrecht(C.F.Müller, 1993), 특히 547면 이하 등 참조.

17) 행정법에서 점점 강조되고 있는 국가의 과제이며, 학문적 주제이다. 이에 대해서는 예컨대 전광석,

자체가 다양하고 복잡하며, 또 그만큼 해법에 있어서도 다양한 구도를 나타낸다. 우선 기본적으로는 위에서 언급했듯이 외국인의 국내유입은 법적 기준에 따른 평가의 대상이며, 그 결과 가치판단의 대상이다. 이러한 평가는 이들의 정주 목적과 유형이 다양하다는 점과 함께 작용하여 문제를 복잡하게 하는 원인이 된다. 예컨대 장기체류의 목적인가, 단기체류의 목적인가 혹은 가족을 구성하는 형태의 정주인가, 순수히 경제활동을 수행하는 형태의 체류 및 거주인가 등에 따라서 다양한 현상이 나타난다. 더욱 문제가 복잡해지는 것은 이러한 상황들이 서로 경계가 모호하고 또 중첩적으로 나타나기 때문이다.

3. 문제의 특수성

(1) 사회적 기본권의 문제

다문화사회에서 제기되는 헌법적 문제상황의 복잡성 외에 사회적 기본권과 관련해서는 다음과 같은 특수성이 동시에 존재한다. 사회적 기본권은 국가의 적극적인 행위를 통하여 실현된다. 이 점에서 기본적으로 국가의 불개입을 통하여 실현되는 자유권적 기본권과 비교된다. 다문화사회의 새로운 현상은 자유권적 기본권에 있어서는 아래에서 설명하는 바와 같이 국가와의 관계가 단선적이고 단순하게 구도화된다. 특히 이미 우리 국적을 취득한 자의 경우 그렇다. 우리나라에서 다문화사회에 대한 1차적인 입법적 대응이 「다문화가족지원법」이었다는 것은 이 문제가 물론 중요한 사회적 의제였지만 비교적 단순하게 접근될 수 있는 문제라는 이유도 작용했을 것이다¹⁸⁾. 예컨대 귀화하여 국민의 자격을 갖게 된 자에게 과거 외국 국적을 가졌다는 이유로 집회의 자유를 금지하거나 혹은 이들을 다른 생래적 국민에 비해서 차별할 수 있는 근거는 없다.

“공공거버넌스와 공법이론: 구조이해와 기능”, 공법연구 제38집 제3호(2010); 홍석한, “보장국가론의 전개와 헌법적 의의”, 헌법학연구 제15권 제1호(2009), 497면 이하; Wolfgang Hofmann-Riem, “Governance im Gewährleistungsstaat-Vom Nutzen der Governance-Perspektive für die Rechtswissenschaft”, Gunnar Folke Schuppert(편), Governance-Forschung: Vergewisserung über Stand und Entwicklungslinie (Nomos, 2006), 215면 이하 등 참조.

18) 「다문화가족지원법」과 함께 「재한외국인처우기본법」이 제정되었다. 그러나 이는 문제상황을 충실히 인식한 것도 또 문제상황을 밀도 있는 규율을 하고 있지도 못하다. 「다문화가족지원법」의 규율대상에 비해서 규율대상이 다양하고 복잡하며, 또 아직 우리 사회가 이들에 대한 법제화에 합의할 수 있었던 곳도 아니었다는 점이 작용했을 것이다. 이 법에 대해서는 이규홍, “재한외국인처우기본법안 내용 및 향후 계획”, 외국인정책 및 다문화에 관한 법제의 동향과 과제(한국법제연구원, 2007), 33면 이하 참조.

또 우리나라에 정주하게 된 외국인의 경우 단선적으로 국가와의 관계에서, 그리고 비교적 단순한 구도 속에서 이들이 헌법상의 가치를 공유할 수 있는가의 여부가 결정된다. 그리고 주어진 법적 구도에서 실제 집회의 여부 및 내용, 그리고 그 과정 및 효과는 그들 자신의 의지와 능력에 의하여 지배된다¹⁹⁾. 그 결과 자유권적 기본권에 있어서는 실제 외국인이 해당 기본권을 실현하고 있는가의 여부는 헌법의 직접적인 관심은 아니다. 이에 비해서 사회적 기본권의 경우 문제상황이 특수하다.

사회적 기본권은 자유권적 기본권에 비해서 다음과 같은 특징들이 있다²⁰⁾. 첫째, 사회적 기본권은 목표와 기본방향이 제시되어 있을 뿐 구체적인 내용과 실현방법은 개방되어 있다. 또 구체적인 상황에 따라서는 목표와 기본방향 역시 개방적이다. 그리고 규율대상인 상황 자체가 유동적인 경우에는 이러한 개방성은 동시에 상대성의 특성을 갖기도 한다²¹⁾. 둘째, 사회적 기본권은 한편으로는 다른 헌법상의 거시질서, 그리고 다른 한편으로는 타인 혹은 본인의 기본권이라는 미시적인 질서와 연관속에서 실현된다. 그 결과 사회적 기본권은 다른 거시질서 및 타인의 기본권에 의하여 조정 혹은 희생될 가능성을 내포하고 있다²²⁾. 셋째, 사회적 기본권은 기본적으로 국가의 적극적인 행위를 통하여 실현된다. 그리고 행위의 내용과 종류 및 수준이 단계별로 결정된다. 이와 같은 특징들이 함께 작용하여 다문화사회에서 사회적 기본권은 헌법적 지침 없이 입법권을 포함한 단계적 결정에 전면적으로 유보될 위험이 있다. 이때 전면적 유보가 갖는 의미는 국가와 사회적 기본권의 관계가 직접적이고 복합적이라는 것이다. 첫째, 전면적인 유보에 따라 이루어지는 입법 및 행정적 결정, 그리고 구체화를 통하여 이들의 법적 지위가 사실 상 결정된다는 점에서 직접적이다. 이 점이 국가작용이 법적 결과에 대해서 간접적으로 영향을 미치는 자유권적 기본권과 구별된다²³⁾. 이러한 사회적 기본권의 상

19) 물론 이는 기본적인 법적 구도에 관한 이해이며, 집회의 자유와 같은 자유권적 기본권의 실현에 있어서 작용하는 국가의 적극적 기능을 부인하거나 무시하는 것은 아니다. 이에 대해서는 예컨대 이희훈, 집회의 자유와 집시법(경인문화사, 2009), 23면 이하; 전광석, 집회의 자유에 대한 경찰개입의 한계에 관한 연구(치안연구소, 2004), 62면 이하 등 참조.

20) 이에 대해서 자세히는 예컨대 전광석, “사회적 기본권의 헌법적 실현구조”, 세계헌법연구 제12권 제1호(2006), 271면 이하; 정태호, “원리모델에 의한 사회적 기본권 침해 여부의 판단기준 및 심사구조”, 헌법학연구 제13권 제3호(2007), 566면 이하 등 참조.

21) 이에 대해서는 위 각주 16 참조.

22) 이와 같은 사회적 기본권의 원리적 취약성에 대해서는 예컨대 전광석, 한국헌법론(법문사, 2010), 191면 이하 참조.

23) 위 각주 16 참조.

황은 다문화사회에서 법치국가우ner리가 갖는 가능성과 한계를 동시에 보여준다. 법제화를 통하여 개인이 법적 안정성을 가질 수는 있지만 자신의 기본권의 실현에 영향을 미치는 서비스조치와 같은 소프트웨어는 법제화가 거의 불가능하기 때문이다²⁴⁾. 둘째, 입법단계에서 뿐 아니라 행정적 결정의 단계에서도 다양한 가치의 충돌과 조정 및 관철이 이루어진다는 점에서 실현구도가 다면적이고 다층적이다. 그리고 사회적 기본권은 이와 같은 각 단계와 영역에서 결정과 조정과정속에서 실현된다는 점에서 절차적 원리로서의 성격을 갖는다²⁵⁾.

(2) 헌법문제와 법률문제

다문화사회에서 사회적 기본권의 논의에는 다음과 같은 특수성도 작용한다. 이미 언급했듯이 사회적 기본권은 대부분의 경우 입법 등 국가작용에 의하여 구체적으로 실현된다. 이 점이 헌법에 의하여 내용이 확정되는 자유권적 기본권과 구분된다. 외국인의 사회통합과 관련된 헌법의 객관적 규범의 경우 헌법 자체로부터 개인에게 직접 영향을 미치는 구체적인 언명이 도출되는 것은 아니다. 또 기본권의 경우에는 집단적 가치로서의 의미를 갖지 못한다는 한계가 있다. 즉 기본권은 기본적으로 개인의 권리이며, 문화적 및 사회경제적 동화 혹은 통합과 같은 집단적 지위에 영향을 미치는 가치를 구성하는 능력은 없기 때문이다. 이와 같이 사회적 기본권은 개인의 법적 지위에 구체적이고 직접적인 영향을 주지 않는다. 그 결과 사회적 기본권의 주체인가의 헌법문제가 갖는 의미는 상대적이다. 이 질문을 긍정한다고 해서 헌법의 관련 규정으로부터 구체적인 청구권이 도출되는 것은 아니기 때문이다²⁶⁾. 또 거꾸로 사회적 기본권의 주체가 아

24) 이러한 문제의식에 대해서는 예컨대 Hans F. Zacher, “Verrechtlichung im Bereich des Sozialrechts”, Friedrich Kübler(편), Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität(Suhrkamp, 1985), 11면 이하 등 참조.

25) 이에 대해서는 Franz-Xaver Kaufmann, “Der Sozialstaat als Prozess-für eine Sozialpolitik zweiter Ordnung”, Festschrift für Hans F. Zacher(1998), 307면 이하; Hans F. Zacher, “Der Sozialstaat als Prozess”, Hans F. Zacher, Abhandlungen zum Sozialrecht(C.F.Müller, 1993), 73면 이하 등 참조.

26) 예컨대 이 주제와 관련하여 헌법 제34조 제5항 최저생활보장에 관한 헌법재판소의 결정 및 논의에 대해서는 헌재결 1997.5.29, 94헌마33, 9-1, 555면 이하; 2004.10.28, 2002헌마328, 16-2(하), 195면 이하 등 참조. 이에 대해서 비판적인 견해로는 김선택, “인간다운 생활을 할 권리의 헌법규범성-생계보호기준결정; 헌법재판소 1997.5.29.선고, 94헌마33 결정”, 판례연구 제9집(1998), 1면 이하; 이덕연, “우리는 왜 인간다운 생활을 할 권리를 헌법에 규정하고 있는가?”, 헌법판례연구 제1권(1999), 143면 이하; 전광석, “헌법재판소가 바라 본 복지국가원리”, 공법연구 제34집 제4호 제1권(2006), 특히 240면 이하 등 참조.

나라는 논리는 입법자에게 외국인을 보호할 헌법적 필연성은 없다는 의미를 가질 뿐 입법자가 정책적 판단에 의하여 외국인을 적극적으로 우리 법질서에 편입시키는 것을 금지하는 것은 아니다. 따라서 사회적 기본권은 주로 이를 실현하는 구체적인 국가작용과의 연계속에서 의미를 갖는다. 그렇다고 사회적 기본권에 관한 논의를 과소평가해서도 안된다. 아래에서 설명하겠지만 외국인이 교육의 권리의 주체인가 하는 문제가 좋은 예이다. 외국인이 교육의 권리의 주체가 될 수 없다면 이제 외국인 자녀에게 교육의 기회를 부여할 것인가는 전적으로 입법권에 유보된다. 이에 비해서 외국인이 교육의 권리의 주체로 인정된다면 외국인 자녀에게 교육의 기회와 관련하여 입법형성권이 인정되기는 하지만 교육의 기회 자체를 부여하지 않는 것은 헌법에 위반되기 때문이다²⁷⁾.

4. 질서규범으로서의 헌법

헌법은 나라마다 차이가 있기는 하지만 사회통합을 자신의 객관적 과제로 한다²⁸⁾. 또 늦어도 산업화 이후 새로운 사회문제의 등장은 국가에게 복지생산의 과제를 부여하였고, 그 결과 사회통합은 국가의 정당성을 좌우하는 기본원리가 되었다²⁹⁾. 그런데 이제 헌법이 사회의 주어진, 그리고 불가역적인 현상을 과제영역에서 배제 혹은 무시하는 것은 포괄적인 질서규범으로 구상된 헌법의 이념에 정면으로 반한다. 이미 현실적으로는 우리 사회에 구조화된 다문화사회의 문제에 헌법이 무관심하다면 이제 헌법은 전체질서로서의 성격을 상실하고 부분질서로 전락할 것이다. 이를 점검하기 위해서는 사회통합에 특유한 과제를 갖는 사회적 기본권을 다문화사회와 연계하여 논의하는 기본적인 이론 혹은 이론의 틀이 모색되어야 한다.

27) 이에 대해서는 아래 V.3. 참조.

28) 우리 헌법의 예에 대해서는 예컨대 전광석, 위 각주 15의 문헌 참조.

29) 이에 대해서는 예컨대 전광석, “복지국가의 정당성”, 헌법판례연구 10(2009), 223면 이하 참조.

Ⅲ. 규범 및 이론의 빈곤

1. 규범

다문화사회에 대한 규범, 그리고 규범을 선도하는 이론은 아직 형성단계에 있다. 우선 우리 헌법에 다문화사회의 시대적 상황 일반, 그리고 사회적 기본권의 실현가능성에 대한 직접적인 관심은 더욱 보이지 않는다. 배제와 포섭, 배려와 평등, 동화와 통합 등의 다문화사회의 핵심쟁점에 대한 직접적인 단서가 헌법에 보이지 않는다는 것이다³⁰⁾. 헌법 제정 당시 다문화사회는 우리의 시대적 상황이 아니었다. 이 점에서 헌법은 진화와 혁신을 필요로 한다³¹⁾.

추상적으로 보면 사회적 기본권과 연계하여 다문화사회에 대해서는 다음과 같은 이중적인 단서들이 보인다. 먼저, “... 안으로는 국민생활의 균등한 향상을 기하고 밖으로는 항구적인 세계평화와 인류공영에 이바지”한다는 헌법 전문의 규정이다. 그러나 이는 헌법 전문에 언급되어 있는 데에서도 알 수 있듯이 다분히 선언적이며, 그 내용이 명확하지도 않다. 또 이 규정이 다문화사회, 사회적 기본권, 그리고 다문화사회에서의 사회적 기본권에 관한 특유한 상황을 염두에 둔 것도 아니었다. 따라서 이러한 거시적인 목표가 다문화사회에 대해서 갖는 관련성은 지극히 간접적이다. 이어 전문은“... 우리들의 자손의 안전과 자유와 행복을 영원히 확보할 것을 다짐하면서...” 라고 규정하여 우리 국민이 아닌 자 혹은 좀 더 두루뭉실하게 이야기하면 우리 민족이 아닌 자는 우리 헌법의 진지한 관심대상은 아니라는 단서를 제공한다³²⁾. 헌법은 기본적으로 우리 민족의 존재를 전제로 하고 있었고, 이를 중심으로 대한민국의 과거와 현재, 그리고 미래를 구상하였다는 것이다.

다른 한편 헌법제정사적으로 보면 우리 헌법이 외국인의 존재를 적극적으로 고려한 단서도 보인다. 1948년 헌법 이래 지금까지 외국인의 법적 지위를 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 보장하도록 하고 있다. 이에 대해서는 아래에서 따로 살펴본다. 좀

30) 유럽의 예에 대해서는 아래 각주 36 참조.

31) 세계화 일반에 있어서 헌법적 논의의 단서에 대해서는 예컨대 이종수, “세계화와 국가주권: 국가의사결정구조의 대내적, 대외적 비중이동과 관련하여”, 허영(편저), 세계화와 법적 과제(경세원, 2008), 92면 이하 참조.

32) 예컨대 독일 헌법은 처음부터 유럽의 구성원으로서의 지위를 명확히 하였다. 독일 헌법 전문 참조(... als berechtigtes Glied in einem vereinten Europa...).

더 구체적인 법률관계를 보면 예컨대 기본권의 주체는 모두 “국민”으로 표현되었다. 그러나 당시 헌법제정논의에서 국적을 불문하고 인간이면 누구에게나 적용되는 기본권의 존재는 진지한 고려의 대상이었다³³⁾. 그리고 이러한 사고의 연장선상에서 기본권의 주체를 국민과 인간으로 이원화하는 구상도 있었다³⁴⁾. 다만 당시 초안에서 인민을 기본권의 주체로 하는 구상은 이 용어를 북한이 先占하였다는 이유로 덮어졌으며, 이후 외국인의 기본권 주체성의 문제는 헌법해석에 유보되었다³⁵⁾. 그리고 이 문제는 우리 헌법논의에서 오랜 동안 묻혀 있었다. 현행 헌법이 제정되었던 1987년의 시기도 아직 외국인 혹은 다문화사회의 문제가 진지한 사회적, 그리고 헌법적 관심의 대상은 아니었다. 즉 사회 자체의 속성 혹은 그 변화 속에서 다문화사회의 헌법적 지침이 도출될 수 있는 상황은 아니었다. 이는 전통적으로 민족적 다양성, 그리고 영토의 가변성 및 인적 이동성이 존재하였으며, 더구나 통합의 이념이 지배하였던 유럽의 상황을 고려하면 명확해진다³⁶⁾. 예컨대 독일 헌법은 제23조에서 유럽통합을 헌법의 과제로 선언하고 있다. 우리의 경우 한편으로는 개별적인 인권 차원에서, 다른 한편으로는 상호주의에 따라서 우리 국민을 외국에서 보호하는 문제가 헌법의 보다 직접적인 관심사였다.

외국인의 법적 지위는 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 보장된다(제5조 제2항). 이 규정은 다문화사회와 사회적 기본권의 주제에 다음과 같은 이중적 관련성을 갖는다. 한편으로 이 규정이 사회적 기본권 자체에 갖는 관련성은 간접적이다. 헌법은 국제법의 국내유입가능성에 중점을 두고 규율하고 있다. 그러나 국제법과 조약의 보다 기본적인 출발점은 국내정책결정이고, 국내정책결정에서 헌법은 지침적 기준으로 작용한다. 즉 이 문제에 대한 헌법적 구명이 없이는 국제법 및 조약은 그 자체로서 실질적인 정당성을 갖지 못한다. 또 국제법과 조약은 기본적으로 상호주의에 의하여 지배된다. 그렇기 때문에 국제법과 조약은 국제사회에서 존재론적 가능성을 규범의 형태로 제시할 뿐이며, 결코 당위론적 필연성이 기반이 되지 않는다. 국제법의 실질화 혹은 헌법

33) 이 주제에 관한 논의에 대해서는 헌정사자료 제1집, 헌법제정회의록(제헌의회)(국회도서관, 1967), 384면 이하 참조.

34) 독일이 이러한 헌법례에 해당한다. 독일 헌법은 기본권의 주체를 한편으로는 “모든 개인(Jeder)” 혹은 “모든 인간(alle Menschen)”으로, 그리고 다른 한편으로는 “독일 국민(Alle Deutsche)”로 이원화하여 규정하고 있다.

35) 이에 대해서는 예컨대 유진오, 헌법해의(일조각, 1959), 57면 이하 참조.

36) 이 점에 대해서는 예컨대 박진완, “유럽의 다문화사회에서의 평등실현과 문화적, 종교적, 그리고 언어적 다양성의 보호”, 세계헌법연구 제15권 제1호(2009), 123면 이하 참조.

화의 노력, 또 이를 위한 이른바 공법적 접근방법(public law approach)에 대한 논의에도 불구하고 현단계에서 국제법이 그 자체로서 당위성을 갖는 수준으로 발전한 것은 아니다. 또 아래에서 설명하듯이 헌법이 개인의 법적 지위에 대한 포괄적이고 통일적인 규율을 하는 반면 국제법은 아직 부분적인 생활영역에 대한 합의를 하는 단계에 머물고 있다³⁷⁾. 다른 한편 사회적 기본권의 실현의 측면에서 보면 이 규정은 직접적인 관련성을 갖는다. 이미 설명하였듯이 사회적 기본권은 입법적 결정을 통하여 구체화된다³⁸⁾. 그런데 다문화사회의 형성에 관한 국제법적 기준은 위에서 지적한 바와 같은 한계가 있기는 하지만 사회적 기본권이 실현되는 정치과정에서 객관화된 혹은 보편화된 기준으로 사실적이지만 설득력 있는 기준으로 작용할 수 있다³⁹⁾. 또 국제법은 헌법에 비해서는 보다 구체적인 기준을 제시하여 사회적 기본권을 자극하고 사회적 기본권의 이념을 실현하는데 기여할 수 있다는 장점이 있다⁴⁰⁾.

2. 이론

헌법 제정 이후 통시적으로 교과서 혹은 연구문헌들에서 거론되었던 외국인의 기본권 주체성에 대한 문제는 그 자체로서, 그리고 오늘날 헌법의 시대적 과제에 거의 기여할 수 없다. 외국인의 기본권 주체성에 대한 논의는 이론적으로 혼란을 보였을 뿐 아니

37) 국제법의 헌법화가 갖는 가능성과 한계에 대해서는 예컨대 J.A. Frowein, “Konstitutionalisierung des Völkerrechts”, Dicke et al., Völkerrecht und Internationales Privatrecht in einem sich globalisierenden internationalen System-Auswirkungen der Entstaatlichung transnationaler Rechtsbeziehungen(2000), 446면 이하; Philip Kunig, “Völkerrecht als öffentliches Recht-Ein glasperles Spiel”, Gedächtnis Schrift für Grabitz(1995), 325면 이하; Rainer Wahl, “Der einzelne in der Welt jenseits des Staates”, Rainer Wahl/Joachim Wieland(편), Das Recht des Menschen in der Welt(Duncker & Humblot, 2002), 67면 이하, 94면 이하 등 참조.

38) 이에 대해서는 위 II.3.(2) 참조.

39) 예컨대 1966년 국제연합에서 제정한 인종차별금지에 관한 규약(The international convention on the elimination of all forms of racial discrimination)이 대표적인 예이다.

40) 이에 대해서는 예컨대 Hans F. Zacher, “Horizontaler und vertikaler Sozialrechtsvergleich”, Hans F. Zacher, Abhandlungen zum Sozialrecht(C.F.Müller, 1993), 376면 이하 참조. 주목할 만한 현상은 예컨대 독일 헌법에서 오늘날 외국인의 기본권 주체성에 관한 논의는 드물다는 것이다. 이는 사회적 기본권의 특성과 유럽의 상황이 함께 작용하는 것으로 추측된다. 첫째, 이미 위에서 다루었듯이 사회적 기본권은 입법적 형성에 의하여 개인에게 직접적이고 구체적인 영향을 미치기 때문에 그만큼 사회적 기본권의 주체에 관한 논의가 갖는 비중이 낮을 수밖에 없다. 둘째, 독일의 경우 유럽연합의 일원으로서 유럽의 각종 규범이 이 문제를 밀도 있게 다루기 때문에 국내 헌법의 차원에서 기본권의 주체에 논의가 실익이 크지 않다는 것이다.

라 실천적 의미를 갖고 이루어지지도 않았다. 이 주제와 관련하여 외국인은 사회적 기본권의 주체가 아니라는 것이 일반적인 견해였다⁴¹⁾. 외국인의 기본권 주체에 대한 헌법재판소의 태도는 일정한 변화를 보였고, 또 부분적으로 결론은 과감했지만 논리는 혼란스러웠다⁴²⁾. 그렇기 때문에 더욱 그 의미와 진지성, 그리고 지속성이 의심되었다. 위에서 암시했듯이 외국인의 기본권 주체성 문제는 무엇보다도 오늘날 다문화사회라는 우리의 시대적 과제 속에서 변형되어 논의되어야 한다. 다문화사회에서는 일반 외국인이 아니라 우리 사회에 편입된 외국인에 대한 특별한 논의를 필요로 하는데, 지금까지 외국인의 기본권 주체에 관한 논의에서는 이러한 구분이 없었기 때문이다.

우리의 주제에 접근하기 위하여 필요한 질문은 다음과 같다. 즉 헌법상 국가는 해당 영토에 정주하는 자(주민)에게 최소한의 사회경제적 및 문화적 가치를 공유하도록 하여 공동체의 통합을 실현할 과제를 갖는가, 아니면 이러한 국가의 과제는 엄격하게 국적을 기준으로 유형화된 주민에 한정되는가의 문제이다⁴³⁾. 해당 주민을 중심으로 보면 이들은 자신이 정주하는 영토에서 헌법이 지향하는 사회경제적 및 문화적 성과에 평등하게 참여하여 공유할 권리를 갖는가 하는 질문이다. 좀 더 적극적으로 표현하면 국적을 갖는 국민이 아니더라도 해당 생활영역에 사향적 밀접성을 갖기 때문에 당사자의 지위에서 법적 권리를 가질 수 있는가 하는 질문이 제기될 수 있다. 이 문제는 이미 언급했듯이 기존의 외국인의 기본권의 주체성에 관한 문제를 포함하지만 이와는 다른 차원의 질문을 동시에 내포하고 있다. 즉 단순 외국인이 아니라 우리 사회에 이미 편입되어 있는 외국인에 대한 특별한 헌법적 접근의 문제이기 때문이다.

이러한 질문형성에 있어서 우선 이 두 질문이 결코 같은 차원에서 접근되어야 하는

41) 이에 대한 다양한 학설에 대해서는 예컨대 기본권의 주체, 헌법재판연구 제20권(2009), 107면 이하 참조.

42) 헌법재판소의 초기의 태도는 국민 뿐 아니라 “국민과 유사한 지위에 있는 자”도 기본권의 주체가 된다는 것이었다. 그러나 국민과 유사한 지위란 무엇인가, 그리고 이들에게 어떠한 종류의 기본권이 인정될 것인가의 문제는 불분명했다. 헌재결 1994.12.29, 93헌마120, 6-2, 480면 참조. 이후 헌법재판소는 인간의 존엄과 가치, 행복추구권은 대체로 인간의 권리로서 외국인도 기본권의 주체가 될 수 있으며, 평등권에 대해서는 상호주의 등에 따른 제한이 있지만 외국인이 주체가 될 수 있다고 보았다. 헌재결 2001.11.29, 99헌마494, 13-2, 721면 이하 참조. 그러나 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권은 기본적으로 무정형의 기본권이라는 점에서 헌법재판소의 논리가 갖는 의미가 불분명했고, 평등권은 상호주의에 제한될 수 있다면 결국 외국인이 주체가 될 수 없다는 것이나 마찬가지였다. 최초의 보다 구체적인 헌법재판소의 입장은 노동의 권리의 일부 내용에 대해서 외국인의 기본권 주체성을 인정하는 형태로 나타났다. 헌재결 2007.8.30, 2004헌마670, 19-2, 305면 이하 참조. 그러나 아래에서 언급하듯이 이 논리는 매우 혼란스러운 것이었다. 아래 각주 65 참조.

43) 왜 정치적 통합은 논의에서 배제되며, 또 정치적 통합은 어떠한 특수성을 갖는가에 대해서는 아래 V.2. 참조.

것은 아니라는 점을 확인할 수 있다. 헌법의 수범자로서 국가는 사회통합의 과제를 갖지만 이를 개인에게 권리를 부여하는 형태로 실현하여야 하는 것은 아니다. 이에 비해서 개인은 예컨대 기본권의 주체로서 혹은 인권적 시각에서 참여와 배려의 권리를 주장하고 실현할 수도 있다. 극단적으로 말하면 국가의 사회통합 등의 객관적 과제와 독립하여 인권적 기원을 갖는 권리의 존재가 논의될 수도 있다. 헌법이 단순히 개인과 권리의무관계를 중심으로 기능할 뿐 아니라 입법권을 비롯한 국가권력을 자극하는 정치적 기능을 수행한다는 점을 염두에 두면 이러한 헌법의 객관적 규범으로서의 성격과 기능이 다문화사회에서의 사회적 기본권의 논의에서 소홀히 되어서는 안된다⁴⁴⁾.

3. 규범과 이론의 정책관련성

그렇다면 과연 다문화사회의 문제에 해법을 제시하는 데 있어서 규범과 이론의 역할은 무엇인가? 다문화사회에 접근하는데 적용될 헌법적 기준의 중요성에도 불구하고 그 한계 역시 인식되어야 한다. 헌법이 다문화사회의 구체적인 문제에 대한 구체적인 해법을 제시하는 것은 가능하지도 않고, 또 바람직하지도 않다. 이는 헌법국가에 의하여 형성된 헌법과 법률의 기능분담, 그리고 법과 정치의 기능분담의 원칙에 충실하지 못하기 때문이다⁴⁵⁾. 추상적인 규범을 구체적인 현실에 적합하게 형성하는 이론 역시 결정의 최종적 기준은 아니다. 헌법이론은 결정을 위한 선택에 있어서 해당 선택의 당위성 혹은 가능성을 판단하는 기준이 될 뿐이다. 다문화사회의 형성가능성과 관련하여 배제와 차별에서 배려와 동화로, 그리고 궁극적으로 통합으로 지향하는 목표가 사회과학에서 핵심적인 쟁점으로 논의되고 있다⁴⁶⁾. 그러나 추상적인, 특히 다문화사회에 관한 한 거의 단서가 없는 헌법의 규범상태에서 이들 사회과학적 선택과 경향을 연계시키는 이론이 가능할 것인가는 의문이다. 이는 헌법 규범 자체가 근본적으로 변화하거나 혹은 적어도 사회적 합의에 있어서의 근본적인 변화가 헌법규범의 이해를 변화를 일으킬 수 있을 때 비로소 가능할 것이다⁴⁷⁾. 이 글이 다문화사회의 사회적 기본권과 관

44) 이러한 헌법의 정치적 기능에 대해서는 예컨대 전광석, “헌법과 국민통합”, 법제연구 제30호(2006), 특히 16면 이하 참조.

45) 이에 대해서는 Dieter Grimm, “Politik und Recht”, Dieter Grimm, Die Verfassung und die Politik (C.H.Beck, 2001), 22면 이하 참조.

46) 이에 대해서는 예컨대 위 각주 2 및 각주 5의 문헌 참조.

47) 유럽의 예에 대해서는 위 각주 36 참조.

련하여 기본적인 구도를 구명하는데 1차적인 과제를 두고 있으며, 헌법적 접근의 시도라고 부제를 부친 이유이다.

IV. 영토, 국민, 가치

1. 관계와 가치

「다문화가족지원법」은 기본적으로는 현재 우리 국적을 취득한 과거 외국인은 사회 통합을 규율하는 가장 단순한 구조를 갖는 법이다. 이에 비해서 내국인과 외국인으로 구성된 “한국사회”의 형성의 문제는 근본적인 검토를 필요로 한다.

근대 이후 국가는 영토를 독점적으로 지배하는 속성을 갖게 되었다⁴⁸⁾. 영토, 그리고 영토에 추상화되어 있는 정치적·경제적·사회적 및 문화적 요소에 동질성을 갖고 정주하는 추상적 및 개별적 인적 구성요소를 국민으로 유형화하였다. 많은 국가에서는 민족적 동질성도 영토에 연계되어 국가를 구성하는 요소였다⁴⁹⁾. 국민, 그리고 영토에 기초하여 독점적 권한을 갖는 국가와의 관계는 헌법적 가치의 형태로 선언되었다. 거시적인 가치로서 민주주의, 법치국가원리, 복지국가원리, 문화국가원리 등이 제시되었고 또 실현되어야 한다. 미시적인 가치로서 인간의 존엄과 가치, 그리고 이를 구체화하기 위하여 필요한 기본권이 개별 생활영역별, 그리고 국가와 개별적인 관계 속에서 세분화되어 보장된다. 국민은 주어진 국가와의 관계에서 자연스럽게 이들 가치를 향유하고 또 실현하여야 한다. 그리고 이러한 가치, 그리고 가치가 실현되는 법률관계는 포괄적이라는 데에 근대 이후 국가, 그리고 국가와 개인과의 관계의 특수성이 있다⁵⁰⁾. 종교의 예를 들어보자. 근대 이전에는 국가의 세속적인 권력과 종교의 신성권력은 분리되어 있었다. 그러나 근대 이후 진행된 국가권력의 세속화는 다음과 같은 구도를 조성하였다. 즉 나라에 따라서 차이가 있기는 하지만 한편으로는 종교도 영토와 국민의 범주 속에서 존재하는 한 국가권력의 독점적 지배권과 어떠한 형태로든 관계를 맺게 되었

48) 위 각주 14 참조.

49) 우리 헌법에 대해서는 위 III.1. 참조. 민족문제에 대한 헌법적 접근으로는 최대권, “민족주의와 헌법”, 최대권, 헌법학(박영사, 1989), 106면 이하 참조.

50) 부분질서에서 포괄질서로의 발전에 대해서는 예컨대 Dieter Grimm, “Verfassung”, Dieter Grimm, Die Zukunft der Verfassung(Suhrkamp, 1991), 11면 이하 참조.

다⁵¹⁾. 그리고 다른 한편 이러한 관계 속에서 종교의 독자성과 국가권력의 중립성을 요구되는 과정이 진행되었다⁵²⁾. 이 점에서 자유는 처음부터 국가와의 관계 속에서 일정한 기속성을 갖는 가치이다. 예컨대 사회계약론에서 말하는 원시적 자유는 현실이 아닐 뿐 아니라 가설로서도 타당성을 가질 수 없다.

2. 자연적 관계와 인위적 관계, 그리고 그 상대성

국가의 속성에서 보았을 때 국민은 영토 및 헌법적 가치에 자연적으로 동질성을 갖는 집단이라는 의미를 갖는다. 국가와 개인의 관계는 이와 같이 자연적이고 포괄적이다. 따라서 예컨대 영토에 정주하는 국민에 대한 제재로서 국적의 박탈은 국가와 영토, 그리고 가치의 관계구도와 정면으로 충돌한다. 이는 개념적으로 이질적이다. 이는 한편으로는 자연에, 즉 사물의 본성에 반하며, 다른 한편으로 국가와 개인의 관계가 포괄적이기 때문에 국적박탈의 결과 이들에게 다른 생활형성의 선택가능성이 없어지기 때문이다. 그리고 이러한 이해에서 이제 핵심적인 질문은 국민은 일종의 유형적 개념으로서 다른 집단을 배제하는 의미를 갖는가, 아니면 국민은 일종의 범주적 개념이며, 따라서 이와 같은 특성, 즉 국가와의 관계에서 자연성과 포괄성을 보유하는 혹은 이와 유사한 지위에 있는 다른 인적 범위에 대해서 개방적인가 하는 문제이다⁵³⁾.

외국인은 인위적으로, 즉 자신의 후천적 의사에 기초하여 우리 영토에 편입된 주민이라는 점에서 국민과 차이가 있다. 근대 이후 국가가 국민국가로 형성되어 왔으며, 이를 기준으로 국제관계 및 국제법이 형성되어 왔다는 점을 고려하면 헌법질서에서 국민과 외국인을 구별하는 것은 아직은 피할 수 없다. 국제법질서에서 일반적으로 개인의 권리의 주체로 나타나지 못하는 것이 대표적인 징표이다⁵⁴⁾. 이러한 배경에서 국제조약

51) 종교교육과 국가와의 관계에 대해서는 예컨대 현재결 2000.3.30, 99헌바14, 12-1, 325면 이하 참조. 이 밖에 국가권력의 세속화과정 일반에 대해서는 예컨대 Ernst-Wolfgang Böckenförde, “Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation”, Ernst-Wolfgang Böckenförde, Staat-Gesellschaft-Freiheit(Suhrkamp, 1976), 42면 이하 참조.

52) 국가와 종교의 관계에 관한 각국에서의 다양한 유형에 대해서는 예컨대 신옥주, “히잡착용을 통하여 본 유럽에서의 종교자유에 대한 고찰”, 공법학연구 제9권 제3호(2008), 305면 이하; 정혜영, 위 각주 5의 논문, 11면 이하 등 참조.

53) 헌법재판소는 국민 뿐 아니라 국민과 유사한 지위에 있는 자가 기본권의 주체가 될 수 있다는 언급을 하여 기본권의 주체로서 국민을 범주적 개념으로 이해하는 단서를 제공하고 있다. 이에 대해서는 위 각주 42 참조.

54) 이에 대해서는 예컨대 Rainer Wahl, 위 각주의 논문, 77면 이하 참조.

에서 아직 내외국인 평등의 원칙이 수용되고 있지 못하며, 국적에 따른 차별금지 혹은 일반적인 평등원칙이 법제화되지 못하고 있다⁵⁵⁾. 이는 국내법적으로도 마찬가지이다. 다문화사회에 대한 이념적 접근은 소수보호, 관용 등의 제한된 기준이 우선적으로 적용되는 것이 일반적이며, 처음부터 일반적인 평등을 이념으로 채택하는 경우 평등권에 과부하가 발생하기 때문이다⁵⁶⁾. 그러나 다른 한편 오늘날 다문화사회가 보편화되어 가는 상황은 헌법의 이해에 중요한 영향을 미칠 수 있어야 한다. 사회적 기본권은 국민국가를 배경으로 형성된 것은 사실이지만 사회적 위험을 보호하여 사회적 평화를 도모하는 데에 원래의 목적이 있었기 때문이다. 그런데 이미 우리 사회에 편입되어 구조화되어 있는 외국들의 사회문제를 헌법이 외면하는 것은 사회적 기본권을 도입하여 사회통합을 기하는 헌법의 이념에 반한다. 그렇다면 생래적 국민이 자연적 관계에서 통합의 과제에 포섭되고 기본권의 주체가 되듯이 이제 외국인은 국내에 유입되어 헌법이 보호하는 생활관계에 편입되어 있다면 이 역시 새로운 의미에서의 자연적 관계로 인정되어야 한다. 다만 이러한 원칙을 제시함에 있어서 다음과 같은 문제는 여전히 남는다. 즉 외국인이 단순 체류 및 거주가 아니라 우리 사회에 편입된 것으로 보는 판단기준은 무엇인가 하는 문제이다.

3. 가치와 질서

위와 같이 자연적 관계와 인위적 관계를 상대적으로 이해하여야 함에도 불구하고 여전히 외국인의 사회적 기본권은 다음과 같은 이유에서 특별히, 그리고 차별적으로 접근할 필요가 있다. 위에서 살펴본 바와 같이 헌법상 가치는 질서와 일정한 관계성을 갖기 때문에 이는 필연적으로 참여의 요소를 내포한다. 위에서 예를 들은 종교의 자유는 국가와의 관계 속에서 방향과 내용을 지시하는 기능을 수행하며, 여기에는 필연적으로 그 결정이 당사자의 참여를 통하여 이루어져야 한다는 의미가 내포되어 있다⁵⁷⁾. 이 점에서 “자유권”은 자유를 定義하는 권리이며, 여기에는 이 과정에 참여하는 권리가 포

55) 이에 대해서는 예컨대 박진완, 위 각주 36의 논문; Albrecht Randelzhofer, Der Einfluss des Völker- und Europarechts auf das deutsche Ausländerrecht(Walter de Gruyter, 1980), 20면 이하 등 참조.

56) 평등권이 갖는 이러한 한계에 대해서는 예컨대 Udo Di Fabio, Die Kultur der Freiheit(C.H.Beck, 2005), 96면 이하 참조.

57) 이에 대해서는 예컨대 Josef Isensee, Wer definiert die Freiheitsrechte?(C.F.Müller, 1980) 참조. 이에 대한 사적 고찰로는 Michael Stolleis, Konstitution und Intervention(Suhrkamp, 2001), 21면 이하 등 참조.

함된다. 자유권적 기본권에 있어서 기본권의 주체를 확정하는 문제가 복잡한 이유는 여기에 있다. 즉 自己定義에 의하여 실현되는 기본권은 기본적으로 추상적이고 가설적이다. 이러한 범주에 속하는 기본권의 경우 외국인에게 기본권의 주체성을 부인할 이유는 없다. 그러나 참여의 차원에서 보면 기본권은 개별적이고 질서관련성을 띠게 된다. 이 경우 그만큼 외국인이라는 징표는 해당 기본권의 주체를 이해하는 데 일정한 작용을 하게 된다.

위와 같은 이해에서 보면 우리 영토에 유입된 외국인은 가설적·추상적인 상태 그 자체가 보호의 대상이 되는 경우 기본권의 주체가 될 수 있다. 예컨대 종교의 자유 중 신앙의 자유는 처음부터 모든 인간이 질서관련성을 갖지 않고 自己定義에 따라서 행사한다. 이와 비교되는 기본권이 직업의 자유이다. 예컨대 직업의 수행이 질병과 같은 사회적 위험을 다루는 경우, 개인의 필수적인 수요를 충족하는 기능을 갖는 경우 등이 있다. 또 그 행사의 내용에 따라서는 시장경제질서의 유지를 위태롭게 하는 경우도 있다⁵⁸⁾. 이와 같은 경우 직업의 자유는 질서형성적 및 질서관련적 성격을 갖기 때문에 우리 사회에 편입된 외국인도 아직은 국민이 아니라는 점이 헌법의 이해에 작용할 수 있다. 그러나 같은 경제적 생활영역에 적용되는 기본권이지만 재산권의 경우 평가는 다를 수 있다. 재산권은 공공복리에 적합하게 행사할 의무가 있고, 또 재산권은 헌법상의 경제질서를 형성하는데 기여하여야 할 과제를 갖는다. 이 점을 중시하면 재산권은 참여적 성격과 질서관련성이 강하며, 따라서 국민과 아직 국민이 아닌 자와의 차이는 헌법적 의미를 갖는다. 이에 비해서 재산권은 직업의 자유와는 달리 이미 형성된 재산을 보호의 대상으로 한다는 점에 비중을 두면 외국인도 기본권의 주체가 되는 것이 자연적이다. 재산형성의 기회는 미래지향적이며 따라서 경제질서의 관점에서 외국인에게 진입 여부에 대한 결정을 달리 할 수 있지만 이미 형성된 재산에 대한 권리에 있어서는 외국인도 우리 국민과 마찬가지로의 지위를 갖기 때문이다⁵⁹⁾.

사회적 기본권의 경우 참여 및 질서관련성이 기본적으로는 강하다. 노동의 권리는 종속고용사회에서 현실적으로 노동의 기회를 부여받지 못하거나 노동관계속에서 세력의 불균형으로 인하여 불공정한 교환관계가 보편화하는 상황에 대한 헌법적 대응이다. 이에 헌법은 노동의 총공급이 허용하는 범위 내에서 노동의 기회에 참여하는 권리를

58) 직업의 자유의 이러한 공공성에 대해서는 전광석, 한국헌법론(법문사, 2010), 324면 참조.

59) 이에 대해서는 예컨대 Bernd von Maydell, “Verfassungs- und völkerrechtliche Probleme des Ausländerrechts”, Deutsche Rentenversicherung(1983), 191면 이하; BVerfGE 51, 34면 이하 등 참조.

보장한다⁶⁰⁾. 노동 3권은 보다 직접적으로, 그리고 주로 참여의 성격을 갖는다. 노동관계에서 당사자의 자유로운 협상에 의하여 합의되는 노동조건의 타당성은 양당사자의 대등한 협상력을 전제로 한다. 그런데 실재는 당사자간의 세력관계는 항상 비대칭적이다. 이에 대한 인식에 기초하여 헌법은 노동자가 사용자와 대등한 지위에서 협상하고 자신의 이해를 관철할 수 있는 제도와 조직 및 절차를 마련하고 노동자에게 이에 참여할 권리를 노동 3권을 통하여 보장하였다.

사회보장의 권리도 같은 관점에서 재구성할 수 있다. 산업화로 인하여 출현한 새로운 사회적 위험은 주로 노동시장에서 발생했으며, 이를 노동시장에서 기능하는 분배의 기제를 통하여 해결하는 데에는 한계가 있었다⁶¹⁾. 이에 노동시장에서의 분배의 결과에 일정한 부담을 부과하여 이를 재원으로 개인의 사회적 위험을 보호하는 방법론이 개발되었다. 사회보장의 권리는 부분적으로는 이러한 제도에 참여하는 의미를 갖는다. 특히 연금보험이 재정방식으로 이른바 부과방식을 채택하는 경우 사회보험은 경제성장에 참여하는 세대 간에 계약의 성격을 띠게 된다⁶²⁾. 다만 해당 부담이 사회적 위험을 특정하여 보호하는 목적을 갖는가, 아니면 국가의 일반과제에 속하는가에 따라서 참여의 내용과 수준은 차별화될 수 있다. 사회보험과 공공부조의 구별이 대표적인 예이다⁶³⁾.

그런데 위와 같은 논리에 근거하여 사회적 기본권에 있어서 외국인인은 배제된다는 결론을 내리는 것은 아직 성급하다. 이미 위에서 암시하였듯이 외국인이 우리 사회에 편입되어 있다는 자연적 성격이 사회적 기본권의 참여와 질서관련성을 압도할 수 있다면 외국인이라는 사실을 헌법에서 더 이상 중요한 기준이 아니라고 보아야 한다. 즉 예컨대 노동과정에 편입되어 해당 공동체의 확고한 구성원으로서의 지위를 갖는다면 이제 아직 국민이 아니라는 사실은 법적 지위를 결정하는 중요한 기준이 더 이상 될 수 없다. 이에 비해서 노동과정에 편입하는 기회에 있어서는 외국인인은 아직 자연적 지위를 갖지 않으며, 따라서 아직 국민이 아니라는 사실이 헌법적으로 의미 있는 기준이 될 수

60) 이와 같이 노동의 권리는 사회의 총공급이라는 주어진 상황에 종속되어 있다는 점에서, 그리고 나아가서 수요자가 국가가 아닌 사인이라는 점에서 실현에 한계가 있다. 현재결 2002.11.28, 2001헌바50, 14-2, 668면 이하 참조.

61) 이러한 한계의 다양한 내용에 대해서는 예컨대 전광석, 한국사회보장법론(법문사, 2010), 14면 이하 참조.

62) 물론 거꾸로 이러한 방식에 있어서는 경제침체기에는 성장의 분배가 아니라 긴축의 분배가 문제된다. 이에 대해서는 예컨대 Andreas Glaser, “Nachhaltigkeit und Sozialstaat”, Wolfgang Kahl(편), Nachhaltigkeit als Verbundbegriff(Mohr Siebeck, 2008), 620면 이하 참조.

63) 이에 대해서는 아래 V.3. 참조.

있다⁶⁴⁾. 마지막으로 아직 국민이 아니라는 사실 자체, 그리고 심지어 아직 헌법적 생활 관계에 편입되어 있는가의 여부에 관계없이 구체적인 상황을 기준으로 자연적 관계에 해당한다고 볼 수 있는 경우가 있다. 예컨대 최저생활보장의 과제가 대표적인 예이며, 교육의 권리에 어느 정도는 이러한 범주에 속한다⁶⁵⁾.

V. 사회통합에 기여하는 다문화사회의 헌법이론

1. 헌법과 사회통합

정치적, 사회경제적, 문화적, 그리고 국제환경의 변화는 헌법에 새로운 도전으로 작용하여 왔고, 헌법은 경우에 따라서는 자기변혁을 통하여, 또 경우에 따라서는 해석을 통하여 신축성 있게 대응하면서 진화하여 왔다. 헌법의 과제로서 사회통합은 이제 새로운 국면을 맞고 있다. 즉 국민국가에서 계급간의 사회적 갈등을 극복하기 위하여 고안된 사회적 기본권은 새로운 다문화사회의 특수성을 배려하여 새로운 차원에서의 사회적 갈등과 분열의 가능성에 대응하여야 한다. 객관적으로 보면 헌법의 사회통합의 과제는 영토의 고정성과 민족개념의 희석, 그리고 내국인과 외국인의 유동성을 새롭게 인식하여야 한다⁶⁶⁾. 이러한 헌법의 인식변화는 우리 사회의 새로운 인적 요소에 대해

64) 헌법재판소가 외국인인 구체적인 직장청구권을 내용으로 하는 노동의 권리의 주체가 될 수는 없지만 노동환경에 관한 권리에 있어서는 외국인도 주체가 될 수 있다고 한 것은 위 본문과 같은 논리로 설명할 수 있다. 그런데 헌법재판소는 근로환경에 관한 권리에 있어서 외국인의 주체성을 인정하는 논리로서, “... 근로자가 기본적 생활수단을 확보하고 인간의 존엄성을 보장하기 위하여 최소한의 근로조건을 요구할 수 있는 권리는 자유권적 기본권의 성격도 아울러 가지므로 이러한 경우 외국인 근로자에게도 그 기본권 주체성을 인정함이 타당하다”고 하고 있다. 헌재결 2007.8.30, 2004헌마670, 19-2, 305면 참조. 그러나 이는 혼란스러운 논리이다. 우선 최소근로조건에 관한 권리가 자유권적 기본권의 성격을 갖는다는 논리는 타당하지 않다. 또 외국인에게 기본권주체성을 인정하는 근거가 이러한 내용의 근로의 권리가 자유권적 성격을 갖는 데에 있다면 결국 사회적 기본권에 있어서는 외국인이 기본권의 주체가 될 수 없다는 결론이 도출된다. 그런데 이는 헌법재판소가 의도했던 바가 아니다. 사회적 기본권에 있어서 외국인의 기본권 주체성을 전면적으로 인정할 수는 없지만 부분적으로는 인정될 수 있다는 것이 헌법재판소의 의도였기 때문이다.

65) 이에 대해서는 아래 V.3. 참조.

66) 이 점은 노동력의 유동성이 이미 19세기 중·후반 이후 활발하게 전개된 유럽에서는 처음부터 주목되었다. 예컨대 빈곤에 대한 보호가 기존의 본적지주의(Heimatsprinzip)에서 거주지주의(Wohnsitzprinzip)로 전환하게 된 것이 대표적인 예이다. 이에 대해서는 예컨대 전광석, 국제사회보장법론(법문사, 2002), 63면 이하; Hans F. Zacher, “Grundfragen des internationalen Sozialrechts”, Hans F. Zacher, Abhandlungen

서 국민에 유사한 지위를 인정하고, 이들에게 문화적 및 언어적 능력을 양성하여야 하며, 그리고 그러한 기반위에서 또 혹은 언어적 및 문화적 차이에도 불구하고 정치적 및 문화적 참여의 기회를 부여하는 다단계의 과제로 구체화되어야 한다⁶⁷⁾.

2. 사회통합의 다면적 실현

헌법의 사회통합의 과제는 사회적 기본권만의 문제는 아니다. 이 글이 다루는 사회적 기본권은 이미 언급했듯이 그 실현이 입법적 결정을 비롯한 다층적인 결정절차에 유보되어 있다는 점에서 취약한 기본권이다. 민주주의적 의사결정에서 아직 우리 국민이 아닌 집단이 배제된다는 것은 그만큼 그들의 사회적 기본권이 실현될 구조가 취약하다는 의미를 갖는다⁶⁸⁾. 그러나 다른 한편 외국인이 제도적 성격을 갖는 정치적 기본권의 주체가 될 수는 없다. 선거권과 피선거권과 같은 정치적 기본권은 실체법적 기본권이 아니며, 참여의 기회를 규율하는 절차적 기본권이다. 그리고 이에 상응하여 대상의 포괄성을 특징으로 한다. 이러한 기본권이 보장하는 정치적 참여는 모든 생활영역에서 결정의 기반이 된다. 이와 같이 선거권 및 피선거권과 같은 정치적 기본권은 공동체의 운명에 포괄적인 영향을 미친다. 따라서 이를 외국인에게도 개방하는 것은 아직 헌법 및 국제법의 기본전제와 조화될 수 없기 때문이다⁶⁹⁾. 역설적으로 보면 그만큼 정치적 영향력을 행사할 수 있는 비제도적 차원에서 기능하는 기본권에서 다문화사회의 현실이 존중되어야 한다. 이를 통하여 비로소 외국인이 필요한 정보를 취득하고 우리 사회의 정치적 동질성에 참여할 수 있을 것이기 때문이다.

zum Sozialrecht(C.F.Müller, 1993), 432면 이하 등 참조.

67) 소수민족정책에 대한 이러한 다단계의 역사적 발전에 대해서는 김용신, 위 각주 2의 논문, 39면 이하 참조.

68) 이에 대해서는 위 각주 22 참조. 사회적 기본권과 민주주의의 다양한 관계유형에 대해서는 전광석, 위 각주 61의 책, 21면 이하 참조.

69) 반면 지방자치에 있어서는 지방정부를 지역적으로, 그리고 기능적으로 포괄성을 속성으로 하는 국가와 구분되는 생활영역으로 이해하는 경우 외국인의 정치적 선거권은 달리 형성될 수 있다. 우리 지방자치법이 일정한 범위에서 외국인에게 지방선거권을 부여한 것은 이러한 논리를 수용한 결과라고 다만 이 경우 외국인이 지방선거권을 갖도록 하는 것이 외국인의 기본권 주체성을 인정한 결과인가, 아니면 기본권적 지위와는 관계없이 입법적 형성의 결과인가에 대해서는 또 다른 평가가 필요하다. 반면 지방자치를 국가의 연장선상에 있는 것으로 이해하는 경우 지방선거에 있어서도 외국인 선거권을 가질 수는 없다. 이에 대해서는 예컨대 Hans-Jürgen Papier, "Verfassungsfragen des kommunalen Ausländerwahlrechts", Kritische Vierteljahresschrift(1987), 309면 이하; BVerfGE 83, 37면 이하; 83, 60면 이하 등 참조.

법치국가원리는 기본적으로는 이미 형성된 개인의 법적 지위를 보장한다. 다문화사회에서 외국인을 우리 법질서에 편입할 것인가는 어느 정도 정책적인 문제이다. 그러나 이미 편입된 후 형성된 개인의 지위와 관련하여 외국인이라는 징표는 헌법설서의 본질적인 기준이 될 수 없다⁷⁰⁾. 법치국가원리가 기본권 보호를 이념으로 한다는 점에서는 외국인의 기본권 주체성에 관한 기준은 다문화사회에서 법치국가원리의 실현에 제한적 요소로서 작용한다. 사회통합의 가장 중요한 수단은 법률이다. 이 점에서 다문화사회의 법제화는 이들 개인의 법적 지위의 안정성에 기여한다. 그런데 다른 한편 우리 사회에 편입된, 아직은 우리 국민이 아닌 자 혹은 아직은 우리 범공동체에 이질적인, 우리 국민의 지위를 갖게 된 자를 범공동체의 구성원으로 편입시키는 것은 또 다른 배려를 필요로 한다. 자신의 권리의 존재 여부 및 침해 여부, 그리고 권리구제의 가능성은 문화적 구도 속에서 비로소 이루어질 수 있으며, 또 언어습득을 통하여 비로소 가능해지는 의사소통능력을 전제로 한다. 다문화사회의 구성원에 관한 한 법치국가가 사회통합에 기여하기 위해서는 다면적인 새로운 배려를 보충하여야 한다. 다문화가족지원법 혹은 재한외국인처부기본법 등 외국인을 규율대상으로 하는 법률들이 외국인의 법적 지위를 안정화하는 기능을 수행하여야 하지만 이러한 입법목적이 결코 입법 자체로 실현되는 것이 아니라 입법목적을 실현하기 위해서는 외국인의 수요를 직접적이고 구체적으로 충족시키는 다양한 조치가 뒤따라야 하며, 이들 조치들은 상당 부분 법제화될 수 없는 특징을 갖고 있다는 점도 법치국가원리는 주목하여야 한다⁷¹⁾. 사회적 기본권이 자유권적 기본권과는 달리 다층적이고 다면적인 결정을 통하여 구체화된다는 사실은 다른 측면에서 보면 개인은 자신의 권리를 이해하고 실현하기 위해서는 전제조건으로서 이에 관한 구체적이고 복잡한 권리관계에 대한 정보를 보유하고 있어야 한다⁷²⁾. 이에 법치국가원리는 권리관계 그 자체 뿐 아니라 권리관계가 성립하는 전후관계에서 다양한 정보제공과 상담 등의 활동을 보충하여야 한다.

문화는 자율성과 다양성, 그리고 독립성을 본질적인 특징으로 한다. 다문화사회에서 문화의 사회통합과의 관련성은 이중적이다. 한편으로는 다문화사회에서도 문화의 속성상 자신의 뿌리인 자국문화를 향유하는 것이 다른 헌법의 가치와 충돌하지 않은 한 보호되어야 한다⁷³⁾. 다른 한편 이들에게 우리 문화에의 접근을 동시에 보장하여야 한다.

70) 이에 대해서는 위 각주 59 참조.

71) 법제화의 가능성과 한계에 대해서는 위 각주 24 참조.

72) 이에 대해서는 아래 4. 참조.

이 점은 우리 국민의 경우와 다르지 않다. 이러한 최소한 문화생활을 통하여 비로소 우리 사회에 관련성을 갖는 인격체로 성장하고 참여할 수 있을 것이기 때문이다. 이 두 측면은 문화적 동화와 통합에 관한 주제이지만 동시에 인간다운 생활의 기반이 된다는 점 역시 주목하여야 한다.

3. 사회적 기본권의 개별영역

헌법의 사회통합의 과제는 대표적으로 사회적 기본권을 통하여 실현된다. 그리고 사회적 기본권은 경제질서와 함께 헌법의 사회통합의 과제에 기여한다⁷⁴⁾. 헌법은 사회적 기본권으로 교육의 권리, 노동의 권리, 노동 3권, 인간다운 생활을 할 권리, 그리고 혼인과 가족의 보호를 규정하고 있다. 그런데 이들 사회적 기본권들은 일반적인 적용례에 비해서 다문화사회가 논의의 장으로 나타나는 경우 그 기능을 국가구성요소와의 귀속 여부에 따라서 좀 더 세분화하여 이해하여야 할 필요가 있다.

(1) 가족

혼인과 가족은 기본적으로 혈연을 매개로 이루어지는 자연적 공동체이다⁷⁵⁾. 이러한 가족의 자연적 성격은 국민이 국가, 그리고 영토종속성을 갖는다는 의미에서 확인되는 국가와 개인의 자연적인 성격과는 구별된다⁷⁶⁾. 즉 가족은 혈연이라는 자연적 매개체를 중심으로 형성되어 사회의 최소단위로서 생존과 교육, 생산과 부양 등 포괄적 기능이 수행된다는 점에서 자연적 공동체이다⁷⁷⁾. 더구나 가족에서 아동이 양육·교육된다는 점을 기준으로 보면 한편으로는 그 자연적 성격으로 인하여, 그리고 다른 한편으로는 자녀의 인권적 관점에서 국가구성요건에 귀속 여부는 가족을 보호하는 사회적 기본권의 경우 본질적인 기준이 아니다.

73) 종교의 자유의 예에 대해서는 위 각주 52 참조.

74) 경제질서와 사회통합의 관계에 대해서는 예컨대 전광석, “헌법 제119조”, 주석헌법(법제처, 2009), 509면 이하 참조.

75) 가족의 다양한 성격과 기능에 대해서는 전광석, 한국헌법론(법문사, 2010), 393면 이하 참조.

76) 이에 대해서는 위 IV.2. 참조.

77) 논리가 제시되어 있지는 않지만 헌법재판소는 부모의 자녀에 대한 교육권을 국적에 관계없이, 즉 외국인에게도 인정되는 기본권으로 보고 있다. 헌재결 2009.5.28, 2006헌마618, 21-1(하), 757면 참조.

다문화사회에 진입하면서 우리 입법자가 우선적으로 주목한 유형은 결혼 혹은 귀화 등의 방법으로 이미 현재 우리 국적을 취득하였거나 취득하는 과정에 있는 과거의 외국인들이다. 「다문화가족지원법」은 결혼이민자, 즉 우리 국민과 혼인한 적이 있거나 혼인관계에 있는 재한외국인과 출생에 의하여 우리 국적을 취득한 자로 구성된 가족, 그리고 귀화허가를 받은 자와 출생에 의하여 우리 국적을 취득한 자로 구성된 가족을 적용대상으로 한다(법 제2조 제1호). 이들이 우리 영토 및 가치에 동질성을 갖는 자연적인 관계에 이미 편입되어 있다는 판단이 기초가 되었다. 이를 헌법적으로 재구성하면 다음과 같다. 우선 객관적으로 보았을 때 자연적 공동체로서 가족 자체가 보호의 대상에 포섭되어야 하며, 아직 외국인인 경우에도 가족 구성원으로서 이미 국가와 자연적인 관계에 편입되었다는 사실이 존중되어야 한다. 따라서 이들의 경우 사회통합의 대상인가, 혹은 사회적 기본권의 주체인가의 문제 보다는 이들에 대한 헌법적 배려의 방법론이 사회적 기본권의 실현에 있어서 보다 중요한 논의영역이 된다. 실제 「다문화가족지원법」은 인적 대상을 제한적으로 규율하면서 이들에 대한 배려의 방법론을 주로 규율하고 있다. 이에 비해서 「재한외국인처우기본법」은 아직 우리 사회에 편입되지 않은 외국인을 포함하여 규율대상이 비교적 개방되어 있지만 이에 상응하여 규율의 사항적 범위가 좁고, 또 규율의 밀도가 낮다.

(2) 교육

교육은 한편으로는 사회통합을 위한 필수적인 매체인 해당 사회의 가치를 공유하게 하고 이를 위하여 필요한 언어 등 도구적 지식을 전달한다는 점에서 사회통합의 포괄적인 기반이다. 다른 한편 교육은 개인이 근로의 기회를 갖기 위한 필수적인 인격적 기반 및 전문지식이 제공된다는 점에서 장기적인 영향을 미치는 생활영역이다. 특히 「다문화가족지원법」상의 다문화가족에 있어서 교육의 권리는 유보없이 보장되어야 한다. 가족 그 자체를 중심으로 보면 자연적 성격을 갖는 가족 내에서의 자녀교육은 가족 밖에서의 예컨대 학교교육과의 상호작용 속에서 비로소 목적을 달성할 수 있다⁷⁸⁾. 따라서 일반적으로 보면 이들의 자녀는 가족구성원으로서 보호의 대상이 되어야 하며, 부모 개인의 국가구성요소에의 밀접성의 여부 및 정도에 따라서 자녀에 대한 교육의 권리가 판단되어서는 안된다. 더구나 이들 자녀는 단순 외국인이 아니라 국민에 유사한

78) 이 점에 대해서는 현재결 1999.3.25, 97헌마130, 11-1, 241면 이하 참조.

지위를 갖기 때문에 더욱 외국인이라는 이유로 교육의 권리가 부정되어서는 안된다. 또 교육은 장기적으로 인격실현 및 직업선택과 행사의 기반이 되기 때문에 이러한 가능성을 초기 단계에서 차단하는 것은 인권적 관점에서도 받아들일 수 없다.

교육의 권리에 관한 한 장기적인 거주를 하면서 우리 사회에 편입된 외국인은 물론이고 단기 거주하는 외국인의 자녀에게도 교육의 기회가 거부되어서는 안된다. 물론 이에 대한 반대논거가 있을 수 있다. 즉 교육은 장기적으로 개인의 인격실현 및 직업수행의 전제조건인 전문지식이 전달되는 과정이기 때문에 외국인의 경우 이미 사회에 편입되었다고 판단되는 경우에 한하여 권리의 주체로서 인정될 수 있다는 것이다⁷⁹⁾. 그러나 교육의 권리는 성장과정에 있는 아동의 인격실현의 가장 중요한 매체이며, 또 연령에 적합한 교육의 기회가 적시에 제공되지 않을 경우 회복할 수 없는 피해가 발생한다는 특징도 있다. 따라서 우리 사회에의 편입 여부에 관계 없이 외국인의 자녀에게 교육의 기회가 부여되어야 한다. 이러한 관점에서 보면 예컨대 불법체류자의 자녀의 경우에도 부모의 체류법적 지위에 관계없이 자녀에게 교육을 받을 기회를 부여야 하며, 이를 박탈하는 것은 정당성이 없다⁸⁰⁾.

(3) 노동

노동은 거시적으로 보면 공동체에서 생산의 매개수단이며, 미시적으로 보면 개인의 경제적 생활을 위한 직접적인 기반이다. 이 점에서 노동은 국가구성요소와의 귀속의 문제가 존재하는 생활영역이다. 다만 관점의 차이, 그리고 정도의 차이는 있다. 예컨대 노동시장의 전지구화(globalization)가 실현되는 정도에 따라서 노동의 국가구성요소에 대한 귀속의 문제는 그만큼 약화될 것이며, 그 결과 개방적인 모습을 띠게 될 것이다⁸¹⁾. 이와 같은 변화에도 불구하고 노동의 권리는 우리 사회의 노동의 기회의 총공급 능력의 범위에서 실현될 수 있는 현실적인 제한이 있기 때문에 노동의 기회에의 접근

79) 구체적인 논리가 있지는 않지만 학설은 대체로 교육의 권리에 있어서 외국인의 주체성을 부인하고 있다. 이에 대해서는 위 각주 41의 책, 108면 참조.

80) 이에 대해서는 예컨대 정혜영, 위 각주 5의 논문, 31면 이하 참조. 예컨대 미국의 연방대법원의 위와 같은 취지의 판결로는 Plyler v. Doe, 457 U.S. 202(1982) 참조.

81) 그리고 이는 전통적으로 자본이 노동을 매개로 하여 생산활동을 촉진하여 국내경제성장에 기여하는 공식이 의문시되는 상황으로 발전하게 된다. 이에 대해서는 예컨대 Franz-Xaver Kaufmann, "Der deutsche Standortbelastung", Stephan Leibfried/Uwe Wagschal(편), Der deutsche Sozialstaat(Campus, 2000), 171면 이하참조.

자체에 외국인의 기본권 주체성을 인정할 수는 없다. 다만 이미 노동관계에 편입되어 있는 경우 이제 외국인이라는 징표는 고용관계에 있어서 더 이상 중요한 기준으로 작용할 수 없다⁸²⁾. 우리 헌법재판소가 근로환경에 관한 권리에 있어서는 외국인의 기본권의 주체성을 인정한 취지는 이러한 논리에서 찾아야 할 것이다⁸³⁾.

(4) 노동 3권

노동 3권의 경우 국가구성요소에 대한 귀속의 문제는 보다 구체적으로 나타난다. 무엇보다도 노동 3권은 집단적인 형태로서 경제질서에 직접 연계된다는 특징이 있다. 단결권은 노동조합 결성 및 활동의 자유를 통하여 경제질서에는 직접적인 영향을 미친다. 노동조합은 국가의사결정에는 기본적으로는 간접적인 영향을 미치지만 활동의 범위가 노동관계에 한정되어 있지 않으며, 예컨대 선거운동의 자유가 보장되어 있다⁸⁴⁾. 또 노동조합은 경우에 따라서 국가의사결정에 제도적으로 참여하여 중요한 영향을 미치는 경향도 발견된다. 단체교섭권은 기업 혹은 산업 단위로 개별적으로 행사되기는 하지만 그 결과 체결되는 단체협약은 실질적으로는 전체 경제질서에서 노동조건의 기준적 지침으로 기능할 가능성이 있다. 단체행동권은 그 규모와 내용 및 파급효과에 따라서는 국민경제에 직접적이고 대규모의 영향을 미칠 가능성이 있다. 물론 정치적 파업이 금지되기 때문에 노동 3권의 정치적 질서와의 관련성에 대한 우려가 배제될 수 있다고 볼 수도 있다⁸⁵⁾. 그러나 정치적 파업을 판단하는 기준이 항상 명확한 것은 아니며, 또 노동의 파업이 갖는 간접적인 정치적 영향력은 여전히 존재한다. 이와 같이 외국인이 노동 3권의 주체가 될 수는 없지만 외국인 노동자들이 여전히 예컨대 표현의 자유의 주체가 될 수는 있기 때문에 이러한 범위에서 근로조건향상을 위하여 활동의 헌법적 근거는 존재한다⁸⁶⁾.

82) 유사한 취지에서 목적론적 성격을 갖는 일반 사회보험에서는 외국인을 가입대상으로 할 것인가는 어느 정도 입법정책적인 문제이지만 고용관계에 특유한 사용자책임을 면제하는 기능을 수행하기도 하는 산업재해보상보험에 있어서는 외국인이라는 이유로 보호대상에서 제외하는 것은 산재보험의 본질에 반하는 입법이다.

83) 위 각주 42 참조.

84) 현재결 1999.11.25, 98헌마141, 11-2, 614면 이하 참조.

85) 정치적 파업의 헌법적 평가에 대해서는 예컨대 현재결 2004.7.15, 2003헌마878, 현재공보(2004), 775면 이하 참조.

86) 이에 대해서는 위 V.2. 참조.

(5) 사회보장

사회보장의 권리는 그 내용이 복합적인 만큼 논의의 기준 역시 다양할 수 밖에 없다. 단순히 말하면 경제질서에의 편입 여부는 동시에 사회질서에의 편입 여부에 본질적인 기준으로 작용하여야 한다. 오늘날 개인은 소득활동기간에는 임금 등 소득에, 그리고 사회적 위험이 발생하여 소득활동을 할 수 없는 기간에는 공적 급여에 생활을 의존하는 것이 일반적인 현상이 되었다⁸⁷⁾. 그런데 경제질서에의 편입이 허용되면서 소득활동 이후를 보장하는 사회질서에서 배제된다면 이는 체계적으로 기능하는 바람직한 헌법질서라고 할 수 없다⁸⁸⁾. 또 대부분의 경우 소득활동의 결과 얻는 임금 등 소득의 일부가 공적 급여의 재원이라는 점을 염두에 두면 경제질서와 사회질서의 불균형은 재산권 등 기본권을 기준으로 평가가 필요한 사안이다⁸⁹⁾. 그 결과 이러한 영역에서 사회적 기본권은 국가구성요소와 독립하여 형성·실현되어야 하는 것이 체계적이다. 그러나 다른 한편 경제질서와 사회질서는 엄연히 별개의 정책영역이라는 점을 염두에 두면 이러한 불균형이 헌법을 정면으로 침해하는가는 좀 더 검토를 필요로 한다. 노동의 권리에 있어서와 마찬가지로 사회질서에의 접근 자체, 예컨대 사회보험에의 가입자격이 외국인에게 헌법적으로 보장된다고 볼 수는 없다.

이에 비해서 인간다운 최저생활을 보장하는 내용의 기본권은 접근의 기준이 좀 다르다. 여기에는 다음과 같은 관점이 충돌한다. 즉 한편으로 최저생활보장의 과제는 국가의 일방적인 급부를 통하여 실현된다는 점에서 국가구성요소와의 관계가 밀접하며, 또 국가는 정책의 기준을 설정하는데 비교적 자유롭다. 이러한 관점에서 최저생활을 보장하는 국가의 과제를 1차적으로는 국민을 대상으로 한다는 결론에 이를 수 있다. 그러나 다른 한편 최저생활보장의 헌법과제는 국민의 사회통합과 보편적인 인권 중 어디에 이념적 출발점을 두는가에 따라서 국가의 선택의 가능성은 제한적일 수도 있다. 후자의 관점에서는 외국인을 포함하여 인간은 누구나 적어도 최저생활보장에 관한 한 자신의 체류 혹은 거주하는공동체와 자연적 관계에 있다고 볼 수도 있다. 이는 한편으로는

87) 이에 관한 정치사회학적 분석으로는 Niklas Luhmann, Politische Theorie des Wohlfahrtsstaats(Olzog, 1981), 25면 이하 참조.

88) 이러한 논의는 예컨대 경제공동체 혹은 시장통합을 목표로 했던 유럽연합에서 본질적인 의제로 나타났다는 것을 충분히 예상할 수 있다. 이에 대해서는 예컨대 전광석, 국제사회보장법론(법문사, 2002), 96면 이하 참조.

89) 위 각주 87의 책, 51면 이하 참조.

최저생활보장이라는 과제 그 자체를 중심으로 볼 때 그렇다. 또 다른 한편 최저생활보장의 과제는 질서관련성이 약한 기본권이다. 정책결정에 최저생활보장은 비교적 구체적인 목표이며, 예산과의 관련성이 극복할 수 없을 정도로 큰 것도 아니다. 또 최저생활보장의 과제는 다른 개인의 기본권과의 조정이 필요한 상대적 기본권이라고 볼 수도 없다⁹⁰⁾. 다만 오늘날 공공부조는 단순히 개인에게 최저생활을 보장하는 기능 외에 장기적으로 사회에의 편입을 촉진하는 기능 역시 수행한다. 자활급여가 대표적인 예이다. 이러한 급여에 있어서는 외국인이라는 징표가 급여를 제한하는 사유로서 작용할 수 있을 것이다. 그런데 「국민기초생활보장법」에서 자활급여는 생활급여의 조건에 해당한다. 즉 근로능력이 있는 수급자는 자활에 필요한 사업에 참가할 것을 조건으로 생계급여가 지급된다(국민기초생활보장법 제9조 제5항, 시행령 제7조 및 제8조). 따라서 이에 대한 입법적 조정이 필요하다. 이에 비해서 교육보호는 사회편입을 위한 급여의 성격이 있지만 이미 위에서 언급했듯이 아동의 인격수단의 중요한 매체로서의 성격이 있다는 점이 존중되어야 한다⁹¹⁾.

위와 같은 기준에서 보면 현행 「국민기초생활보장법」은 사회적 기본권의 이념에 불충실하다. 「국민기초생활보장법」에 의하면 국내에 체류하고 있는 외국인 중 우리 국민과 혼인하여 우리 국적의 미성년자녀를 양육하고 있는 자만이 수급권을 갖는다. 이밖에 우리 국민인 배우자와 이혼하거나 그 배우자가 사망한 자로서 우리 국적의 미성년자녀를 양육하는 자가 수급권을 가질 수 있다(국민기초생활보장법 제5조의 2, 시행령 제5조의 2). 결국 「국민기초생활보장법」은 우리 국적의 미성년자녀를 양육하는 조건을 공통적으로 제시하고 있다. 그러나 이러한 입법은 헌법에 충실한 기준을 선택한 것이 아니며, 또 「다문화가족지원법」의 체계와 조화되지 않는다. 우선 최저생활보장은 인권적 성격을 갖는 권리이며, 이른바 거주지원칙에 의하여 해당 영토에 체류 혹은 거주하는 모든 자가 보호되어야 한다는 취지에 맞지 않는다. 다만 이들의 편입 여부에 따라서 보호의 정도를 달리할 수는 있다. 또 설혹 인권적 성격을 부인하고 편입 여부를 보호의 기준으로 하더라도 이들은 우리 국민과 혼인하여 가족을 구성하였다는 사실 자체가 자연적 관계에 근접하여 국민에 유사한 지위에 있다고 보아야 한다. 그런데 미성년자녀를 양육한다는 요건은 가족의 구성 외에 우리 사회에 기여한다는 기능적 요건을 요구

90) 이러한 논거는 인간다운 최저생활의 기본권이 일반적인 사회적 기본권과는 달리 구체적인 청구권으로 이해하는 논거이기도 하다. 위 각주 26 참조.

91) 위 각주 87의 책, 457면 이하 참조.

한다는 의미이다. 이러한 기여를 기준으로 최저생활보장의 여부를 결정하는 것은 국민 기초생활보장의 이념에 비추어 보면 이질적인 기준이다.

4. 사회적 기본권의 소프트웨어

이미 우리 국적을 취득한 혹은 국가구성요소와의 관계가 밀도 있게 진행되고 있는 외국인의 경우 사회적 기본권의 주체가 된다고 해서 이들을 포함하는 사회통합, 그리고 이들에 대한 사회적 보호가 실현되는 것은 아니다. 이들이 생래의 국민과 비교하면 특수한 상황에 있기 때문이다. 언어가 대표적인 예이다. 다문화가족에서 문화와 전통에 대한 상호이해는 무엇보다도 언어를 매개로 하여 이루어진다. 물론 다문화사회의 현상에 있어서 언어의 문제는 사회적 기본권에 한정된 문제는 아니다. 그러나 언어소통능력을 가질 때 개인은 비로소 사회적 기본권을 실현하기 위한 조치에 대한 정보를 취득하고 상담할 수 있으며, 또 개인의 수요를 직접 충족시키는 서비스를 효율적으로 제공받을 수 있기 때문에 언어는 사회적 기본권의 실현에 있어서 중요한 관련성을 갖는다.

다문화가족에 대한 헌법적 배려의 출발점은 이들의 사회적 상황이 충실히 이해되어야 한다는 것이다. 「다문화가족지원법」상의 실태조사가 이에 기여할 것이다(제4조). 이러한 실태조사는 다문화가족의 문제가 내부 구성원과의 관계에서, 그리고 외부사회와의 관계에서 발생한다는 점을 주목하여야 한다. 문제에 대한 입법적 대응에 있어서는 혼인과 가족의 보호가 배려의 기준으로 충실히 존중되어야 한다. 다문화가족은 이와 같은 실태조사와 입법적 조치만으로는 실제 사회적 기본권의 이념이 실현될 수 없는 대표적인 영역이다. 법적 조치가 규율대상인 상황에 영향을 미치는가의 여부가 추상적으로 판단될 수는 없기 때문이다. 이 점이 다시 자유권적 기본권과 구분된다. 자유권적 기본권에 있어서는 예컨대 외국인에게도 집회의 자유를 허용함으로써 집회를 자유는 실현된다. 실제 집회가 개최되었는가는 헌법의 관심이 아니기 때문이다. 이에 비해서 사회적 기본권에 있어서는 해당 조치의 의도가 실제 실현되었는가 여부가 헌법적 평가의 대상이다. 그렇기 때문에 규범 뿐 아니라 규범현실이 평가되어야 한다. 사회적 기본권은 주로 입법적 형성에 의하여 실현되지만 개인의 특유하고 구체적인 상황은 일률적인 규율을 통하여 배려될 수는 없다. 따라서 다문화사회에서 나타나는 다양한 유형과 상황은 한편으로는 이들을 배려하는 제도에 접근하는 가능성, 그리고 이러한 제도에서

혹은 제도 밖에서 개별적으로 필요한 서비스가 제공될 수 있어야 한다⁹²⁾. 이러한 서비스를 직접 제공하는 인력의 능력과 의지는 최종적으로 사회적 기본권의 실현에 영향을 미친다. 이를 어떠한 기준을 제시하여 선도하고 통제하며, 또 평가를 통하여 제도개선을 이룰 것인가는 앞으로 (헌)법학의 과제이다.

92) 이를 국가개입의 다양한 방법론에 대해서는 예컨대 Franz-Xaver Kaufmann, “Steuerung wohlfahrtsstaatlicher Abläufe durch Recht”, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie Bd.13(1988), 71면 이하; Volker Neumann, “Die institutionelle Förderung als Instrument der Sozialplanung und Steuerung der Leistungserbringer”, Schriftenreihe des Sozialrechtsverbandes 43(1997), 7면 이하 등 참조.

“다문화 사회와 사회적 기본권”에 관한 토론

최홍엽 (조선대)

1. ‘다문화사회’의 다의성

- 다문화사회를 말하나, 논자마다 그 의미의 차이가 있음

소수 언어의 권리와 소수 인종과 민족의 문화적 정체성의 보존까지를 염두에 둔 것인지 아니면, 사회적 소수자에 대한 인권(사회적 기본권 등)의 보장으로 족한 것인지가 불분명함.

- 우리 헌법전문은 오히려 단일민족 국가로서의 정체성을 강조하고 있으며, 다문화 사회를 지향하는 흐름과 맞지는 않다고 봄.

“유구한 역사와 전통에 빛나는 우리 대한국민은”,

“--- 동포애로써 민족의 단결을 공고히 하고”,

“우리들과 우리들의 자손의 안전과 자유와 행복을 영원히 확보할 것을 다짐하면서”라는 표현을 씀으로써, 한민족을 중심으로 하고 외국인을 별로 고려하지 않는 민족국가를 염두에 두고 있음.

- 다문화에 대한 사회과학의 성과를 공법적 논의에 흡수할 필요가 있음.

- 아울러, 지나치게 이상적일 필요는 없다고 봄.

2. 상호주의의 문제

- 1) 사회적 기본권이 구체적인 내용과 실현방법이 개방되어 있으며(때로는 목표와 기본방향까지도, 발제문 6페이지), 상호주의에 의해 지배되고 있다는 지적과 관련하여,

자유권적 기본권과는 다른 성격이 있다는 것은 분명하나, 외국인의 사회적 기본권을 포함하여 사회적 기본권의 영역에서 상호주의에 의해 지배되고 있다는 표현은 다소 과장되었다고 봄.

2) 국제인권조약의 흐름

외국인의 지위에 대한 헌법 제6조 2항은 외국인의 지위는 국제법과 조약에 따른다고 한다. 그렇다면 외국인근로자의 지위를 정한 국제연합과 국제노동기구의 주요한 국제규범은 어떻게 규정되어 있는지를 확인해볼 필요가 있다.

국제노동기구(ILO)도 초기의 여러 국제문서에서 상호주의를 인정하였으며, 제2차대전 이후에 나온 주요한 조약들도 상호주의 원칙으로부터 벗어나 있지 않다. 1952년에 채택된 「사회보장 최저기준에 관한 조약(제102호조약)¹⁾」도 그러하다. 1962년에 나온 「사회보장에 있어서 내외인 평등대우에 관한 조약(제118호 조약)」도 상호주의 원칙 위에 서있다.

그러나 비교적 소극적인 ILO 기준에 비해, 국제연합이 채택한 조약은 다름.

국제연합의 조약들은 內外國人平等의 原則(Principle of Equality of Treatment), 즉 자국 내에 거주하는 외국인을 그 국가의 국민과 같이 대우한다는 원칙에 서있다.

국제연합은 세계의 모든 사람을 위한 인권 및 기본적 자유를 존중하는 것을 조장, 장려하는 것에 대해 국제협력을 달성하는 것을 사명으로 하고 있다(헌장 제1조 제3항). 국제연합은 1948년에 세계인권선언을 채택하여 “..... 민족적 또는 사회적 출신에 의한 차별없이.....”(제2조 제1항), 모든 사람은 “사회의 일원으로서 사회보장을 받을 권리”를 가진다고 선언하였다(제22조). 이것에 뒤따라 제정된 국제인권규약에서도 사회보장

1) Social Security (Minimum Standards) Convention, 1952

에 대한 적극적인 규정을 두었다. 우리나라도 비준한 국제인권규약(A)에서는 “이 규약의 체약국은 이 규약에 정하는 권리가 …… 민족적 또는 사회적 출신에 의한 어떠한 차별도 없이 행사되는 것을 보장하는 것을 약속한다”(제2조 제2항)고 한 후에 “이 규약의 당사국은 모든 사람이 사회보험을 포함한 사회보장에 대한 권리를 가지는 것을 인정한다”(제9조)라고 규정하고 있다. 여기에서는 이른바 相互主義에 대한 어떠한 언급도 없이 ‘모든 사람’의 권리로서 인정하고 있다.

1976년에 국제연합은 「난민의 지위에 관한 조약」을 채택하고 있지만, 그 제23조에서는 공공부조, 제24조에서는 사회보장에 대해 내외국인평등대우원칙을 규정하였다. 난민이라는 점으로부터 당연하지만, 상호주의를 채택하지 않았다.

나아가 국제연합은 1990년 12월 18일 제69차 총회에서 이주근로자권리조약²⁾을 채택하였는데, 그 제27조 제1항도 외국인의 사회보장의 권리를 정하고 있다.³⁾

특히, 1990년 한국에 대해 발효된 국제인권규약(A)가 외국인의 사회보장과 관련하여 가지는 국내법적 효력에 주목하게 된다.

국내법적 효력이 있는 국제법과 조약의 내용에 따르면, 한국은 내외국인평등의 원칙을 적용해야 하거나, 아니면 적어도 이에 도달하기 위한 조치를 취해야 한다.

3) 국내법의 규정

사회보장법의 기본적인 원리를 정한 사회보장기본법은 상호주의의 원칙에 입각해 있다. 이 법은 “국내에 거주하는 외국인에 대한 사회보장제도의 적용은 상호주의 원칙에 의하되, 관계법령이 정하는 바에 따른다”라고 한다(제8조). 상호주의만을 정하지 않고, 개별 법령의 성격에 따라 다른 판단의 여지를 두고 있다.

cf. 산재보험법, 근로기준법 등의 경우

2) 이 조약의 원래 명칭은 「모든 이주노동자와 그 가족의 권리보호에 관한 국제조약(International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families)」(UN Doc. A/RES/45/158)이다.

3) 이주노동자권리조약은 “사회보장에 관하여, 이주노동자와 그 가족은 적용가능한 그 국가의 법률 및 2국간 또는 다국간 조약에 의해 규정된 요건을 충족하는 한, 고용국에서 국민에게 인정되는 것과 동일한 취급을 향유한다”고 정하고 있다(제27조 제1항). 사회보장에 대하여 내외국인평등의 원칙과 상호주의 원칙의 조화를 도모한 것이다. 그리고 이 조항은 불법체류 근로자를 포함한 모든 외국인 근로자의 보호를 정하고 있는 제3부에 규정된 내용이며, 불법체류 근로자를 특별히 제외하고 있지 않다.

3. 최근 외국인고용법의 개정내용

1) 2009년 외국인고용법의 개정

이제까지 외국인근로자는 국내에서 3년까지만 취업이 허용되었으나, 2009년의 법개정에서 취업활동기간이 최대 5년 미만까지 연장할 수 있게 되었다. 외국인고용법은 2009년 9월 16일 국회를 통과하고 2009년 10월 9일에 공포되었는데, 그 주요 내용의 하나가 재고용제도를 도입하는 것이다. 지금까지 3년의 취업기간이 만료된 외국인근로자를 그의 본국의 귀환시키던 정책방향을 부분적으로 수정하여 5년 미만까지는 국내취업이 가능하게 된 것이다. 이제까지 정부의 정책기조는 정주화 금지정책에 입각하여 3년 기간으로 근로자를 고용하고 추가적 재고용은 불허해 왔다.⁴⁾ 그러다가 숙련된 인력을 계속적으로 고용하고자 하는 사용자들의 요구와 국내체류 기간을 연장하면서 계속적으로 임금을 획득하고자 하는 외국인근로자들의 요구를 받아들여 일정한 요건에 해당하는 경우 재고용을 허용하도록 한 것이다. 그렇지만, 이것 역시 최장 5년 미만이라는 상한선을 둠으로써 정주화 금지의 원칙을 완전히 포기하지는 않은 것이다. 현행법상 5년간의 합법체류시에는 국적을 취득하는 일반귀화(국적법 제5조)나 출입국관리법상 영주자격의 거주기간요건⁵⁾을 충족하게 되므로, 최근 개정에서 이것까지 물러선 것은 아니다. 하지만, 3년이라고 하는 취업상한기간에 예외를 둠으로써, 정주화방지의 원칙도 변화의 조짐이 보인다.

개정 외국인고용법 제13조의2의 내용

2) 헌법상 쟁점

3년 이상 체류한 외국인근로자에 대해서 사업장이동의 자유(직업선택의 자유를 제한하는 것)의 문제.

혼인이나 임신, 일시적 가족초청이 모두 금지되는 것이 과연 맞는 것인지?

4) 이것은 산업연수생제와 연수취업제 아래에서도 지켜져 왔던 정책의 골격이다. 연수생제 아래에서도 최장 3년까지만 국내 취업이 허용되었다.

5) 예술홍행(E-6) 자격을 제외한 주재(D-7)부터 특정활동(E-7)까지의 자격이나 거주(F-2) 자격으로 5년 이상 체류하는 사람은 거주기간의 요건을 충족하게 된다(가목). 국민의 배우자나 미성년자녀 등은 2년 이상 체류로 단축된다(나목).

4. 기본권의 주체론

- 국민에 유사한 자의 의미
- 외국인과 노동3권 문제(발제문 22페이지)

5. 다문화 관련법의 비체계성

“다문화 사회와 사회적 기본권”에 관한 토론

이성훈 상임이사 (한국인권재단)

들어가면서

- 반기문 유엔 사무총장의 2008년 자랑스러움과 부끄러움 (ODA와 이주노동자)
- 헌법에서의 인종차별 금지 부재에 대한 유엔 인종차별철폐위원회(CERD)의 지적
- 인종차별과 외국인혐오증 xenophobia/혐오범죄 hate crime의 등장 (보노깃 사건)

1. 다문화 사회와 인권 관련 주요 질문과 과제

- ‘다문화 사회’ 담론과 정책을 인권의 관점에서 어떻게 볼 것인가?
- 인권에 기반한 다문화 사회를 어떻게 만들 것인가?
- 바람직한 다문화사회를 위한 인권의 역할을?

2. 다문화multi- cultural 사회의 실상과 허상

- 누가 다문화의 주역인가? 이주 노동자, 결혼이주 남성/여성? 탈북자?
- 이주-노동(자) → 결혼-이주(민) : 3D노동력 결핍→ 저출산?
- 이주사회 migration에서 다문화 사회로 / 이민사회 immigration
- 일에서 삶으로, 개인에서 가족으로, 노동권에서 시민권으로 확대를 의미.
- 다문화 = 다가치= 다언어 = 다민족 = 다인종 ???
- 난민은?

3. 인권에 기반한 다문화사회

인권적 접근의 Right-based approach의 특성 : 가버넌스의 핵심

- Right to information 투명성, 정보공유
- Right to participate 가버넌스
- Non-discrimination
- Empowerment 시혜가 아닌 인권의 주체로 성장

4. 국가의 역할/의무

- 존중의 의무 respect
- 보호의 의무protect
- 실현의 의무 fulfill

5. 인권에 기반한 다문화 사회를 위한 전략

- 국가행정기구(중앙정부와 지자체)-국가인권위원회-NGO-이주민의 협력체계 구축
- 국제협력의 중요성: 다문화는 초국경적 문제로 초국적 협력에 의해
- 정부부처의 통합적 정책, 모니터 및 평가 제도

6. 국가인권기구의 역할

- National HR Institution for Inter-national Cooperation
- 세계인권선언 60주년 기념 국제회의 “다문화 사회와 이주민인권” (2008)
 - Seoul Guidelines 채택
- 인권위원회의 권한 - 한국국적과 한국 영토 거주 모든 사람.

➤ 아시아와 국제 차원의 실무그룹 형성

- 인도네시아와 몽고 국가인권위와 MOU 체결- 출국 전, 입국 직후 기본적 인권교육
- 필리핀과 인도네시아는 요르단과 MOU 체결