

인권정보자료실
Mj1.1

국제인권법학회 연례 학술회의

한국 내 외국인의 법적 지위

— 화교를 중심으로 —

▣일 시 : 2001년 6월 15일(금) 13:00~18:00

▣장 소 : 서울법대 100주년기념관 소강당

주 최 : 국제인권법학회

주 관 : 서울대BK21공익인권법센터

건국대BK21인권사업팀

민주사회를위한변호사모임

한국 내 외국인의 법적 지위

2001

Mj1.1

국제인권법학회

국제인권법학회 연례 학술회의

한국 내 외국인의 법적 지위

— 화교를 중심으로 —

■일 시 : 2001년 6월 15일(금) 13:00~18:00

■장 소 : 서울법대 100주년기념관 소강당

주 최 : 국제인권법학회

주 관 : 서울대BK21공익인권법센터

건국대BK21인권사업팀

민주사회를위한변호사모임

국제인권법학회 연례 학술회의

한국 내 외국인의 법적 지위
— 화교를 중심으로 —

프로그램

13:00~13:30 인 사 말

13:30~15:00 제1회의 사회: 백충현 (서울대 법대)

(1) 한국화교의 사회적 위상과 민족정체성 / 장수현 (부산외국어대)
토론: 이진영 (연세대 통일연구원)

(2) 국제법상 소수자의 보호 — 화교를 중심으로 / 장복희 (서울대)
토론: 최태현 (한양대 법대)

15:00~15:15 휴 식

15:15~17:30 제2회의 사회: 박기갑 (고려대 법대)

(3) 헌법상 정주의국인의 지방참정권 / 이윤환 (건양대 행정학과)
토론: 한상희 (건국대 법대)

(4) 화교의 법적 지위와 영주권의 필요성 / 안영도 (변호사)
토론: 백진현 (서울대 국제지역원)

(5) 한국국적법의 기본원칙과 문제점 / 제성호 (중앙대 법대)
토론: 이철우 (성균관대 법대)

17:30~18:00 종합토론

차 례

한국 화교의 사회적 위상과 문화적 정체성

..... 장 수 현(부산외대) 1

국제법상 소수민족의 보호 — 한국 화교 문제를 중심으로

..... 張 福 姬(서울대 BK21 법학연구단 계약교수) 19

憲法上 定住外國人の 地方參政權

..... 李 允 煥(建陽大學校 行政學科) 33

화교의 법적지위와 영주권제도의 필요성

..... 안 영 도(변호사) 67

한국 국적법의 기본원칙과 문제점

..... 제 성 호(중앙대 법대 교수) 85

한국 화교의 사회적 위상과 문화적 정체성

장 수 현 (부산외대)

한국 화교가 우리와 함께 이 땅의 역사적 굴곡을 겪어온 지 이미 한 세기를 훨씬 지났다. 이들이 명백히 우리 사회의 한 구성원임에도 불구하고 그 동안 이들에 대한 사회적인 관심은 거의 전무한 형편이었다. 그러나 최근 몇 가지 국내외적인 상황과 맞물리면서 국내 화교의 존재가 주목의 대상이 되고 있다.

근래에 화교가 우리의 관심을 끌게 된 것은 무엇보다도 **경제적 자원으로서의 화교의 가치에 대한 인식이 높아졌기 때문이다.** 20세기 말 IMF 위기의 돌파구로서 해외 자본 유치의 필요성이 절박하게 대두되면서 동남아 지역의 유동적인 화교 자본에 대한 국내의 관심이 높아졌고 그와 함께 해외 화교들과의 연결 고리 역할을 담당할 수 있는 국내 화교들의 존재가 크게 부각되었다. 동시에, 지역경제를 발전시킬 수 있는 자원으로서 화교가 갖는 중요성이 여러 지자체에 의해 새롭게 인식되기 시작했다. 인천, 서울, 부산, 제주 등의 지자체들은 지리적으로 인접한 중국의 거대 인구를 끌어들이 수 있는 관광자원의 개발 필요성에 주목했고, 차이나타운 건설이 가장 우선적으로 추진될 수 있는 사업의 하나로 제시되었다. 가장 대표적인 예로는 인천시의 송도지구 차이나타운 개발 계획¹⁾과 인천 중구청의 자유공원 일대 차이나타운 개발 계획²⁾을 들 수 있을 것이다.

- 1) 인천시는 1998년부터 송도지구에 차이나타운을 건립할 계획을 마련하였고 이를 위해 해외 화상(華商)의 자본을 유치하고자 했다. 산업자원부는 국내 화교들의 교량 역할에 주목하여 창구 역할을 담당할 새로운 화교 단체의 결성을 지원했고, 그 결과 비영리 사단법인인 화교경제인 연합회가 1999년 5월 27일에 결성되었다. 이 단체의 도움을 받아 인천시는 1999년 5월 31일부터 이틀간 산업자원부 및 대한상공회의소와 함께 '한·화상투자포럼'을 개최했다. 여기에는 타이완·홍콩·싱가포르 등의 화교 기업인 70여 명이 참석했는데 인천 내 차이나타운 건설을 포함한 각종 사업에 3억 달러 이상의 투자 의향서가 제출되었다. 화교경제인연합회는 계속해서 세계화상대회 등을 통해 투자 유치를 위한 홍보 활동을 전개하고 있다.
- 2) 인천 중구청은 1998년에 기존의 자유공원 일대 화교 정착촌을 전면적으로 재개발하려는 계획을 입안하여 그 가능성을 검토했다. 그러나 전면적인 재개발에 대한 반대 의견이 강하게 제시되어 기존의 역사적 건물들을 복원하고 화교들의 생활문화를 살리는 방향으로 계획을 수정했다. 이 계획에 따르면 과거 청관(淸館)이 있었던 선린동 일대의 화교 거주지는 관광과 유통 중심의 차이나타운으로 변모된다. 중구청은 산둥(山東) 웨하이시(威海市) 환쾌지구(環翠區) 정부와 국내에 있는 원둥(文登), 룡청(榮城) 동향회로부터 적극적인 협조를 받아 차이나타운의 출입구를 상징하는 패루 2 개를 설치하기로 했다. 하나는 인천 전철역 맞은 편에 이미 설치를 완료했으나, 나머지 하나는 원래 세우기로 한 위치와 관련하여 민원이 제기되어 아직 설치를 못하고 있다. 2001년에는 차이나타운 시범거리 조성에 착수하여 도로 및 가로등 정비 작업에 들어갔다. 앞으로는 주차장 설치, 산둥문화관 건립(인천시 사업), 관광특구 지정 등을 계획하고 있다.

다른 한편으로, 국내 화교의 문제는 세계화 시대를 맞이하여 한국의 외국인 정책을 재검토하려는 시도와 맞물려 관심의 초점이 되고 있다. 재일동포 정책에서 드러나는 일본의 배타성을 우리 정부나 민간 차원에서 비판했을 때 우리에게서는 국내 화교의 문제가 큰 걸림돌로 떠올랐다. 차이나타운이 한 군데도 없을 정도로 화교에 대한 차별이 심한 한국 역시 그와 같은 비판에서 자유로울 수 없다는 자성론이 제기되곤 했다. 더 나아가서, 타문화간의 접촉과 교류가 일상화되는 세계화 시대에 비춰볼 때 과거의 배타적 민족주의에서 비롯된 우리의 외국인 정책이 시대에 뒤떨어진 것이라는 인식이 퍼져가면서 국내 화교의 법적 지위에 대한 논의가 새롭게 이뤄지고 있다.

이 글은 그동안 한국 사회에서 배제되어 온 한국 화교들과의 관계를 올바르게 정립해 나가기 위해서는 먼저 그들의 사회적 위상과 문화적 정체성에 대한 전체적인 파악이 필요하다는 문제의식에서 출발한다. 한국 화교들이 우리 사회 속에서 차지해 온 위치가 어떤 것이며 또 모국과 주재국이라는 두 타자와의 관계 속에서 스스로를 어떤 존재로 규정해 왔는지를 알지 못하고서 화교 정책에 대한 발전적인 논의 자체가 불가능하기 때문이다.³⁾

화교 공동체와 문화의 쇠락

화교와 같은 이산(diaspora) 집단의 자기 정체성 인식에서 공동체(community)와 문화의 존재 여부는 매우 중요하다. 공동체는 일차적 귀속감을 느끼게 만드는 중요한 실체이다. 공동체 속에서 사람들은 사회생활의 가장 기본적이고 실질적인 경험을 쌓으며 자기 문화를 배우고 실천한다(Cohen 1985: 11-21). 한 집단의 성원들에게 공유되는 가치체계이자 생활양식으로서의 문화 역시 사람들에게 자신이 누군가와 같은 집단에 속해 있다는 강한 귀속 의식을 부여한다(Heberer 1997: 133).

공동체를 통한 문화의 전승이라는 측면에서 볼 때 오늘날 한국의 화교사회는 심각한 문제를 안고 있다. 화교 인구의 감소, 지역 공동체의 와해, 전통 문화의 쇠퇴와 한국 문화로의 동화 등이 중첩되면서 국내 화교의 '중국성'(Chineseness)을 희석시키는 힘으로 작용하고 있다.

해방 이후 남한의 화교 인구는 1970년대 중반까지 꾸준한 증가세를 보였다. 1945년에 12,648명이었던 남한 화교는 1950년대 중반에 2만명 선을 넘어섰고, 1972년에 3만 3천명 정도까지 늘어났다(박은경 1986: 118). 그 이후 화교 인구는 지속적인 감소세로 돌아서서 최근 통계에 따르면 2000년 현재 2만 2천명을 조금 넘는 화교가 주로 서울, 인천, 경기, 부산 등 대도시 지역을 중심으로 살고 있다(표 1 참고).⁴⁾

3) 이 글의 논의 대상은 남한의 화교에 국한된다. 북한 화교의 역사적 경험과 현황에 대해서는 박은경의 글(2000)을 참고하라.

4) 70년대 중반 이후의 인구 감소 추세는 차별적인 경제여건 속에서 어려움을 겪고 있던 화교들 가운데 많은 수가 상대적으로 여건이 좋은 대만이나 미국 등지로 이주했던 것에서 그 주된

표 1. 거주 목적 타이완 국적자의 지역별 분포, 2000년

지 역	인구수	지 역	인구수
서 울	8,456	경 북	536
부 산	1,989	경 남	401
경 기	2,109	제 주	284
강 원	621	울 산	321
충 북	719	대 구	1,022
충 남	800	인 천	2,877
전 북	736	광 주	359
전 남	303	대 전	550
총 계		22,083	

*법무부 출입국관리 통계연보

생활의 근거지가 대만이나 중국이면서 한국의 거주권을 그대로 유지하고 있는 사람이 상당히 많다는 사실을 감안할 때 실제 거주 인구는 2만 명에 훨씬 못 미친다고 할 수 있다.

인구의 감소와 동시에 화교사회는 지역 공동체의 쇠퇴 현상을 경험하고 있다. 여기서는 인천 선린동⁵⁾ 일대 화교 정착지의 예를 통해 그 실상을 살펴보기로 하자.⁶⁾

1884년 현재의 인천 자유공원 부근 언덕 5천평 정도가 청국인의 조계지로 확정된 이래 이 지역은 청관(淸館)의 소재지로서 한국 화교를 상징하는 대표적인 공간이 되었다. 그러나 현재 이곳은, 한 때 이름이 쟁쟁했다가 폐가로 변해버린 중국 요리점 공화춘의 우중충한 모습처럼 쇠락하고 한산한 모습으로 바뀌어 있다. 전철 1호선 종점인 인천역에서 내려 자유공원 쪽으로 가파른 경사길을 따라 올라가면 중국 음식점과 상점, 한약방, 화교 학교와 교회 등이 밀집해 있는 화교 정착지가 나타나는데, 여기서 미국 보스톤이나 시카고 등지의 차이나 타운에서 느꼈던 활기를 감지하기는 힘들었다.⁷⁾

원인을 찾을 수 있다(박은경 1986, 제5장 참고).

5) 현재는 행정구역상 북성동에 속하는 것으로 되어 있다.

6) 인천 자유공원 일대의 화교 정착촌에 대한 현지조사는 1999년 봄에서 2000년 겨울 사이에 주로 방학기간을 이용해서 이뤄졌다. 조사에 대한 화교들의 거부감과 단기적 접촉에 따른 신뢰감 형성의 어려움 때문에 심층적인 조사를 수행하기는 힘들었다. 다행히, 2000년 2학기 서울대 인류학과 현지조사실습 강의 수강생들이 인천 화교사회의 변화를 주제로 같은 지역에서 현지조사를 수행했기 때문에 이들의 조사 자료를 참고할 수 있었다. 자료 활용을 허락해준 학생들과 오명석 교수에게 감사를 드린다.

7) 이러한 사정은 부산의 화교 정착지에서 더 뚜렷하게 드러난다. 상해시와 자매관계를 맺은 부산시가 과거 화교들이 많이 모여 살았던 부산역 맞은 편 일대를 중국인의 거리로 공식 지정했음에도 불구하고, 중국인 거리임을 상징하는 패루와 중국 음식점 몇 개를 제외하고는 그곳에서 중국 거리의 분위기를 찾기가 힘들다. 최근 러시아 상권의 형성이 활발하게 진행된 결과, 이곳이 러시아인 정착지라는 느낌마저 든다.

1900년 당시 2,000명 이상의 화교가 거주했다고 하는 자유공원 부근 화교 정착촌 일대에는 오늘날 겨우 500명 남짓한 화교만 남아 있다.⁸⁾ 법무부의 공식적인 통계에 따르면, 2000년 9월말 현재 선린동에 163명, 북성동에 368명이 살고 있다. 대만과 중국 등지에서 대부분의 시간을 보내는 유동 인구가 많기 때문에 실제 거주 인구는 통계숫자보다 훨씬 더 적다. 특히 중국인으로서의 정체성에 대한 집착이 강하여 중국 문화의 전승을 강조하는 화교 1, 2 세대는 거의 눈에 띄지 않는다. 대부분 고령으로 이미 사망했거나 노후를 자녀나 친척이 있는 대만이나 중국 등지에서 보내고 있기 때문이다. 이것은 이 지역 공동체가 자체의 경계선을 뚜렷하게 표시할 수 있는 문화적 자원을 잃어가고 있음을 말해준다.

이 일대 화교 업소의 현황을 보면 2000년 말 현재 중국음식점 9, 한의원 1, 무역업 2, 식당 재료업 1, 문방구 1, 향 가게 1개 등으로 자영업이 중심을 이루고 있다.⁹⁾ 과거 청관 소재지이자 이주 관문으로서 한국 화교의 중심을 이뤘던 이 지역의 상권이 영세 규모의 업소 15개에 불과하다는 사실은 화교사회의 위축 정도를 잘 말해준다. 한 현지 화교의 말로는, 그 동안 한국 사회의 배타성과 경제적 조건의 악화 때문에 떠날 사람은 거의 다 떠났고, 현재는 남을 사람만 남아서 화교 공동체의 명맥을 겨우 잇고 있다.

화교 공동체의 쇠퇴는 유명무실해진 화교협회의 위상에서도 잘 나타난다. 1887년 중화회관(中華會館)이라는 이름으로 시작된 후 여러 차례 이름이 바뀌다가 1960년에 현재의 화교협회라는 명칭이 확정되었다. 화교협회는 대만 영사관과 화교들을 연결시켜 주는 행정조직의 성격을 가지는 동시에 화교들에게 필요한 일반 업무를 수행했다. 이 조직은 화교들이 외국인으로서 한국에서 장기 거주하는 데 필요한 서류민증의 갱신을 비롯하여 외국여행을 위한 서류 작성, 외국인 등록에 필요한 신원보증, 생활에 필요한 각종 자료의 제공, 전출입과 출생사망 신고 등을 담당했다. 그 때문에 화교협회는 화교들의 생활과 직결되는 중심적인 위치를 차지했었다. 그러나 최근의 사정은 다르다.

현재 인천화교협회의 역할은 극히 제한되어 있다.¹⁰⁾ 과거 협회가 담당했던 행정

8) 인천 전체의 화교 인구는 1970년에 4천명을 상회하여 계속 4천명 전후로 유지되다가, 1980년대 들어 해외로 이주하는 사람들이 늘어나면서 점차 감소하는 추세를 보였다(이재정 1993: 53-53), 출입국관리국 통계자료에 따르면 2000년 말 현재 강화군과 옹진군을 포함한 인천의 화교 인구는 총 2,877명에 불과하다. 그 중에서 자유공원 일대를 포함한 중구에 살고 있는 화교가 1,161명으로 가장 많다.

9) 중국음식점 가운데 두 곳은 최근에 새로 들어섰다. 인천시와 중구청의 차이나타운 건설 계획 등이 이 지역의 발전 가능성에 대한 기대를 높였기 때문이다. 중국음식점이 이 일대 상권의 중심을 이루는 것처럼 인천지역 전체를 볼 때도 음식업이 주를 이루고 있다. 자료의 신빙성에 의문이 있긴 하지만, 인천화교협회의 자료에 따르면 2000년 현재 인천지역 화교의 경제활동 가운데 음식업이 81개소로서 가장 많고 그 다음이 한의원 16개소이다(韓國仁川華僑協會 僑情簡報, 2000).

10) 협회의 재정은 15세 이상의 모든 개인 회원에게 매달 500원씩 거두는 회비와 회원 업소의 회비, 서류 발급료 등으로 충당하게 되어 있으나 그것으로는 경비를 감당할 수 없어서 이사회 이사들의 기부금에 크게 의존하고 있다. 협회 규정에 따르면 협회 이사회는 교민대회를 통해 선출한 15인의 이사로 구성된다. 회장은 이사 중에서 선출되며 회장이

적인 업무 가운데 토지 관련 업무는 법무사에게 맡겨지며 해외 여행에 필요한 사항은 여행사를 통해 처리된다. 협회가 처리하는 업무는 지금은 호적과 신원증명에 관련된 일들이 고작이다. 화교와 관련된 통계자료의 수집이나 회원 복리의 증진, 그리고 대외 협조 및 홍보 등은 더 이상 협회의 관심사가 아닌 것으로 보인다. 차이나타운 개발과 같은 중대한 일이 있었을 때도 협회 대표자들은 인천시나 중구청을 상대로 대화 창구의 역할을 수행하지 않았다. 이들이 교민의 대표로서 수행하는 일은 쌍십절 행사나 음력 설날의 공동 제사와 같은 공식적인 행사를 주관한다든지, 타이완 대표부나 중국 정부의 관원을 상대하는 것 정도이다.

선린동 화교 정착지가 그나마 화교들의 구심점으로 남아 있을 수 있는 것은 화교 학교가 그곳에 있기 때문이다. 인천의 화교학교는 유치부, 小學(초등학교), 中學(중고등학교) 과정으로 구성되어 있다. 초등학교가 세워진 것은 1902년이었으며 중학교 과정은 1957년에, 그리고 고등학교 과정은 1964년에 설립되었다. 교육과정은 타이완의 제도를 거의 그대로 따르고 있다. 유일한 차이는 일주일에 3시간 한국어 교육이 이뤄진다는 점이다. 학생수는 1998년 5월 현재 초등학교 196명, 중학교 143명, 고등학교 137명이며 각 학년에 한 학급이 있다(仁川華僑學教概況與沿革, 1998). 유치부는 1998년에 설립되었는데, 2000년 말 현재 모두 46명이 재학하고 있다.

화교학교는 모국의 언어와 역사, 그리고 문화적 전통에 대한 교육을 담당함으로써 중화민족으로서의 정체성을 유지하는 데 결정적으로 중요한 작용을 할 뿐 아니라 그 자체가 민족성의 상징으로 간주된다.¹¹⁾ 화교학교가 자율적으로 민족 교육을 시킬 수 있게 된 것은 한국 정부가 화교 교육에 대해 자유방임주의적 정책을 취했기 때문이다. 화교는 영원한 이방인으로 간주되었고 그랬기 때문에 화교 교육은 전혀 간섭을 받지 않았다. 거의 대부분 산둥성 출신인 남한 화교들은 냉전 체제 하에서 자유진영인 타이완(중화민국)의 시민이 되었고 화교학교의 교육 역시 타이완식을 그대로 받아들였다(석미령 1999, 우심화 1999 참고). 한국과 중국간에 공식적인 외교관계가 수립되면서 타이완과의 공식적인 관계가 단절된 이후에도 화교 교육은 여전히 타이완 체제를 따르고 있다. 중국 정부는 화교의 국적 문제 뿐 아니라 교육에 대해서도 불간섭 정책을 취하고 있다.

화교학교들은 한국 정부의 자유방임주의 덕택에 민족 교육을 자유롭게 실시할 수 있었다. 무엇보다도, 같은 조상의 후손들끼리 화교학교에서 중국어로 수업을 받고 중국의 역사와 지리, 그리고 문화적 전통에 대해 배우는 것 자체가 학생들에게 중국인으로서 민족 정체성을 강하게 심어주었다.¹²⁾ 그러나 화교학교는 민족정신을 고

3-5인의 부회장을 지명한다. 감사도 교민대회에서 5인을 선출하게 되어 있다.

11) 인천화교학교 교장으로 있던 C씨가 2000년에 한국 국적을 취득한 것은 그래서 화교사회에 큰 충격을 주었다. C씨는 화교학교 발전을 위해 1억원의 기부금을 내놓기도 하는 등, 화교사회에 대한 기여도가 아주 큰 인물이었지만 민족성을 상징하는 화교학교의 교장으로서 한국에 귀화한 것은 용납되기 힘들었다. 화교학교 학생들의 문제 제기가 직접적인 원인이 되어 C씨는 결국 교장 자리에서 물러날 수밖에 없었다.

12) 다른 한편으로 화교학교는 학생들을 한국인으로부터 분리시킴으로써 이들로 하여금 관계 중심의 삶을 그 특징으로 하는 한국 사회에 적응하기 힘들게 만들었다(박은경

취시키고 중국 문화의 유구성과 위대성을 알게 하여 학생들에게 중국인으로서의 자부심을 키워주는 것을 교육의 목적으로 삼고 그러한 목적을 달성하기 위해 다각적인 노력을 기울였다.¹³⁾

학교가 화교들을 묶어주는 구심점 역할을 한다는 데 대해 선린동 화교들은 분명하게 인식하고 있다. 인천 중구청의 차이나타운 개발과 관련하여 화교학교 이전의 필요성이 거론되었을 때 많은 사람이 반대 의사를 강하게 표명했다. 이 지역을 체계적으로 개발하기 위해서는 화교학교가 자리를 비워줘야 한다는 주장에 대해, 이들은 학교 이전이 화교의 상징이자 구심점을 없애는 것이라고 반대했다. 실제, 아이들을 화교학교에 보내려는 목적 때문에 이곳에서 거주하는 사람이 꽤 많다고 한다. 만약 학교를 이전시킨다면 그들이 다른 지역으로 거주지를 옮길 것은 자명한 일이다.

화교학교가 여전히 민족 교육과 화교 공동체의 구심점 역할을 하고 있는 것은 분명하지만, 그러한 역할의 수행에는 많은 현실적인 어려움이 따른다. 첫째 학생수가 줄어들면서 화교학교가 문을 닫거나 파행적으로 운영되는 문제가 있다. 화교학교의 숫자가 가장 많았던 1974년에는 초등학교(小學)가 50개교, 중고등학교(中學)가 5개교 있었던 비해, 1994년에는 초등학교와 중고등학교 전체를 합쳐 모두 34개교로 줄었고(韓華教師聯誼會 자료), 다시 1999년에는 총 26개교로 감소했으며 중고등학교 숫자도 한 개가 줄었다(외국인학교법제편제위원회 자료). 전체 학교수의 감소와 함께 각 학교의 학생수도 크게 줄어드는 경향을 보인다. 예를 들어 인천화교학교는 1980년대에 중고등학교에 700명 이상이 재학하고 있었고 소학교까지 합치면 1,000명을 상회했으나 현재는 그 숫자가 500명에도 미치지 못한다.¹⁴⁾ 이런 추세는 졸업생 숫자에서도 마찬가지로 드러난다. 초등학교는 졸업생 숫자가 가장 많았던 1974년의 120명에서 1997년에는 44명으로, 중학교는 1971년에 141명에 달했던 졸업생 숫자가 97년에 40명으로, 고등학교의 경우에는 1975년의 111명에서 97년에 31명으로 줄어들었다.

둘째로, 화교학생 가운데 한국인 어머니를 가진 학생의 숫자가 크게 늘어나고 있다. 이것은 최근 한국의 대학에 진학하는 화교 학생들이 많아졌고 그에 따라 자연스럽게 한국인과 결혼하는 화교의 숫자가 늘어난 현상을 반영하는 것 같다. 최근까지 인천화교학교의 교장으로 있었던 C씨의 추산으로는 초중고 전체 학생 가운데 3분의 1 정도가 한국인 어머니를 가지고 있다.¹⁵⁾ 수원의 화교학교에서 초등학교 교사를 지냈던 사람에 따르면, 한국인 어머니를 가진 학생이 반을 넘은 학급도 있었다.¹⁶⁾ 물론, 한국인 어머니를 둔 학생의 숫자가 증가했다고 해서 화교학교가 한국화

1996:113-114).

13) 인천화교학교가 1996년에 舞龍隊(용춤 공연단)을 결성하여 학생들에게 전통문화에 대한 관심을 고취시킨 것도 그러한 노력의 일환이라 할 수 있다.

14) 이것은 인천화교학교 교장선생님과과의 인터뷰에서 얻은 자료이다.

15) 우심화의 글(1999)에서도 한국인 어머니를 가진 학생의 비율을 30 퍼센트 정도로 추산했다.

되고 있는 것은 아니다. 그러나 이런 학생들의 경우 다른 학생들에 비해 가정에서 중국어를 사용하는 빈도가 낮을 것이며 아울러 중국인으로서의 정체성이 불분명할 가능성이 있다.

셋째로, 화교학교가 중국어 교육에 많은 노력을 기울여 왔음에도 불구하고 수업시간 외에는 학생들 사이에 한국어 사용이 일반화되고 있다. 교실 안에서는 중국어 교재를 사용하여 중국어로 수업을 진행한다. 그러나 휴식시간이나 학교 바깥에서 중국어를 사용하는 학생들은 거의 없다.¹⁷⁾ 이런 현상이 최근에 생긴 것은 아니다. 한성화교학교를 졸업한 30대 중반의 화교 남성에게 따르면 자기 세대가 학교를 다닐 때도 친구들과 간에 사용된 언어는 거의 대부분 한국어였으며 대개 한국어로 얘기를 하면서 필요에 따라 중간 중간에 중국어 단어를 끼워 썼다고 한다. 한국어가 중국어 사용에 영향을 미쳐 학생들끼리 중국어로 얘기하는 경우에도 한국식 어미를 첨가하는 것은 상당히 일반화되었다. 예를 들어, 중국어로 “가자”라는 얘기를 할 때 “쫘우바(走吧)”라는 완전한 중국어 대신, 흔히 “쫘우(走)”와 “가자”의 “자”를 결합시켜 “쫘우자(走자)”라고 말한다.

한국어가 화교학생들의 일상 언어로 자리잡았다는 사실은 몇 가지 예를 통해 확인할 수 있었다. 1999년에 인천화교학교를 방문했을 때 학교 정문 위에 “我是中國人, 我愛說中國話”(나는 중국인이며 중국말하기를 좋아한다)라는 글이 써진 현수막이 걸려 있었다. 이것은 화교학생들이 일상생활에서 중국어를 거의 사용하지 않는다는 점을 역설적으로 말해준다. 또, 교사들은 학생들에게 중국어 사용을 권장하기 위해 여러 가지 수단을 동원한다고 했다. 모국어를 잘 해야 외국어를 잘 한다는 점이 강조되기도 했다. 학교 안에서 한국말을 사용하다 발각되면 그 학생에게는 벌이가해졌다. 학생들이 몰래 만화책을 보더라도 그것이 중국 만화책이면 빼앗지 않고 한국 만화책이면 빼앗는다고 하는 어떤 교사의 곤혹스런 고백은 현재 화교학교가 당면하고 있는 모국어 보존 문제의 심각성을 말해준다.¹⁸⁾

이상에서 살펴본 화교 공동체의 약화는 중국문화의 쇠퇴로 직결된다. 비록 단순화된 형태이긴 했지만, 중국 전통문화는 주로 결혼식이나 장례식 등과 같은 통과의례와 종교적인 활동에서 비교적 강하게 남아 있었다(박은경 1986: 203-204). 음력 설

16) 한국인 가운데 중국어 조기교육을 목적으로 자녀를 화교학교에 진학시키는 사람도 늘어나고 있다. 인천의 예를 들면, 초등학교는 그런 학생이 몇 명에 불과하지만 유치부에는 한국인 학생이 3분의 2에 육박한다고 한다.

17) 예를 들어, 필자가 2000년 10월 10일에 인천화교학교의 쌍십절 행사에 참석했을 때 학생들간에 중국어로 대화하는 것은 전혀 발견할 수 없었다. 학년의 고하를 막론하고 모두 자기들끼리 얘기할 때는 한국어를 사용했다. 한성화교학교에 대한 한 조사에서 마찬가지로 지적을 하고 있다(안시현 1998).

18) 젊은 세대에서 한국어 사용이 증가한 것은 여러 가지 원인 탓이겠지만 기본적으로는 화교 공동체의 전반적인 쇠퇴에 기인한다. 과거 화교 정착지가 확고하게 유지되고 있을 때는 일상적인 생활에서 화교들간에 중국어를 사용하는 것이 가능했다. 그러나 화교의 숫자가 줄어들고 분산 거주하는 사람이 많아진 결과, 화교 아이들은 자라면서 한국어를 일상적으로 사용하게 되었다. 화교의 밀집 거주지인 선린동 일대의 경우에도 1998년 현재 6 대 4 정도로 한국인 거주자의 수가 더 많다.

날에 조상과 여러 신들에게 차례를 드리는 풍습, 단오와 추석 등과 같은 절기 때 먹는 전통 음식, 결혼식 피로연에서의 음식 접대 풍습, 그리고 장례식에 사용되는 전통적인 의례용품 등은 화교들에게 전통과의 연속성을 확인시켜 주었다.

그러나, 선린동 일대 화교들에 따르면 현재 이런 전통적 관습들을 지키는 사람은 별로 없다. 결혼식과 장례식 때 비교적 전통이 많이 강조되는 편이지만 그것조차 뚜렷하게 남아 있지 않다. 80년대만 해도 전통 장례식을 치르는 집들이 있어서 종이로 만든 동남동녀(童男童女)와 말이 사용되었고 종이돈을 태웠다. 그러나 근래에는 영안실에서 현대식으로 장례를 치르는 것이 보통이다. 젊은 사람들 중에는 제사에 쓰는 전통적인 빵 대신 시중에서 파는 호빵을 쓰는 사람마저 있다. 음력설에는 만두 나눠 먹기, 전통 음악 듣기, 세배 다니기, 마작 놀이, 연회 등을 하는 것이 일반적이었으나 지금은 그런 공동체적 관행도 거의 사라졌다.

선린동 화교 정착지에는 중국인들이 전통적으로 섬겨온 신들을 모시는 의선당(義善堂)이 아직 남아 있다. 이 사당은 한말에 청관이 생긴 뒤 황허칭(黃合卿)이라는 무역상이 중심이 되어 모금한 돈으로 지었다. 이 사당을 짓기 위해 한국 화교의 고향인 산둥성으로부터 기와, 돌, 목재 등을 들여왔다. 이곳 사람들이 흔히 공소(公所)라 부르는 이 사당에는 중국 민간에서 숭배 받는 다섯 신이 모셔져 있다. 사당 대전 가운데는 불상이 놓여 있고 그 좌우로 사해용왕(四海龍王), 관우(關羽), 마조낭낭(媽祖娘娘), 그리고 청조 때 서양 연합군을 물리친 공신이 자리잡고 있다. 음력설에는 화교협회 회장단이 이곳에서 공식적인 제사를 올린다. 오전 9시경에 시작되는 이 공동제사에는 대략 30명의 인원만 참석한다. 이 사당은 매달 음력 1일과 15일에 이른 아침부터 12시까지 문을 연다. 간혹 젊은 사람이 향을 피우러 올 때도 있지만 대부분은 중노년이라는 이곳 관리자의 말로 미뤄볼 때 이와 같은 종교적인 전통 역시 점차 젊은 화교들에게는 잊혀지고 있다.

일상 생활에서 화교들은 한국 문화의 영향을 크게 받고 있다. 특히 김치, 고추장, 찌개 등과 같은 한국식 음식은 이들이 먹지 않고는 살기 힘든 것들이다. 이들이 한국화된 자신의 모습을 말할 때 가장 먼저 꺼내는 것이 김치 얘기다. 하루라도 김치를 먹지 않으면 견디기 힘들다는 것이다. 중학교 1학년생인 한 아이는, 자기 입이 한국 음식에 길들여져 있어서 오히려 타이완에 갔을 때 음식 때문에 큰 고생을 했다고 말했다. 의복의 경우도 비슷하다. 중국음식점의 여자 종업원을 제외하고는 이곳에서 전통적인 중국 의상을 입은 사람을 보기란 극히 힘들다. 간혹 경사스러운 일이나 명절에 잠시 입을 뿐, 일상생활에서 중국 옷이 사라진 지는 오래되었다.

젊은 세대들은 특히 한국 대중문화에 크게 심취해 있다. 인천화교학교에서 쌍십절 행사가 열렸을 때, 학생들로 구성된 밴드가 여러 가지 음악을 연주했다. 최근 한국 드라마의 주제가로 사용되어 인기를 끈 침밀밀(聒蜜蜜)에 이어 한국 남성 듀오인 클론의 초련이 연주되자 모든 학생들이 열광적인 반응을 보이기 시작했다. 노래방에서 이들이 즐겨 부르는 노래도 거의 대부분 한국의 다른 아이들이 좋아하는 최신 유행가요이다. PC방에서 이들이 즐겨 하는 게임들은 다른 한국 젊은이들이 좋아하

는 스타크래프트나 인터넷 고스톱, 디아블로, 포트리스 등의 최신 컴퓨터 게임들이다.

지금까지 살펴본 바대로 한국 화교들은 문화적 자율성을 가지고 민족 정체성을 지키려는 노력을 기울여왔으나 사회경제적인 조건의 변화에 따른 공동체의 쇠퇴와 문화적 전통의 단절, 그리고 일상생활의 한국화 등 때문에 이들이 문화적 '중국성'(Chineseness)을 온전하게 지키는 것은 힘들었다.

배제와 차별의 역사

종족의 경계선은 다른 집단들과의 상호작용을 통해 형성되고 바뀐다(Barth 1969). 한 집단이 자기 정체성을 갖게 되는 것은 과거와의 연속성에 기인할 뿐 아니라 타자에 의해 그렇게 불리고 규정되기 때문이기도 하다. 특히 이산(diaspora) 집단의 종족 정체성(ethnic identity)은 주재국 사회가 이들에 대해 취하는 태도와 정책에 따라 다른 방식으로 형성되기 쉽다. 이것은 동남아 화교사회들의 경우에 확실하게 드러난다.

동남아 화교사회에 대한 연구들은 각 국가의 상황적 조건에 따라 화교집단의 정체성이 현저하게 다름을 지적하고 있다(박사명 외 2000 참고). 화교들의 귀화를 권장한 필리핀의 경우, 화교들이 소수민족 집단으로서의 "집단적 정체성"을 버리고 점차 필리핀 국민으로서의 "국민적 정체성"으로 이행해 가고 있는 반면, 말레이와 배타적인 종족 관계에 있는 말레이시아의 화교들은 말레이시아 국민으로서의 국민적 정체성을 가지면서도 동시에 뚜렷한 "중국문화적 정체성"을 버리지 않고 있다. 적극적인 동화 정책을 취한 태국의 경우, 화교의 중국적인 정체성은 잠재적인 성격을 띄고 있다.

한국 화교들의 경우에는, 과거와의 연속성에 대한 화교들 자신의 근원주의적 집착이 강했을 수도 있지만 한국사회의 배타성에 대한 반작용으로서 화교들이 자신들의 중국적 정체성에 매달린 측면이 두드러진다. 화교에 대한 배타성은 우리가 그들을 항상 이방인으로 간주하였고 또 항상 이방인으로 남겨두기를 원했다는 점에서 비롯된다. 교육을 비롯하여 화교에 대해 한국 정부가 문화적 동화를 강요하지 않은 것은 바로 그 이유 때문이었다.

이러한 배타성은 한국의 귀화 정책에서 잘 드러난다. 현재 우리 국적법은 속인주의에 바탕을 둔 양계 혈통주의를 원칙으로 삼고 있어서, 부모 가운데 어느 한 쪽이 한국인인 경우 그 자녀에게는 출생장소에 상관없이 한국 국적이 주어진다.¹⁹⁾ 그러나 외국인인 비록 한국에서 태어났다고 하더라도 귀화를 통하지 않고서는 한국인이 될 수 없다. 화교들은 한국에서 태어나서 한국에 계속 거주하는 외국인이지만 다른

19) 1997년 이전의 국적법은 부계 혈통주의 원칙에 입각해 있어서 한국 여성이 외국인과 결혼하여 낳은 자식에게는 한국 국적이 부여되지 않았다.

외국인과 마찬가지로 18세 이상이 되면 법무부에 외국인으로 등록하고 매 5년마다 거주 등록을 갱신하지 않으면 안된다.²⁰⁾ 화교의 경우 국적을 지키려는 의지가 강했기 때문에 귀화 신청자가 극히 소수에 불과했지만, 설혹 원한다 하더라도 까다로운 조건들 때문에 일반인이 귀화를 하기는 어려운 실정이었다. 실질적으로 화교의 귀화에 결정적인 장애가 되었던 것은 귀화허가신청서에 첨부해야 하는 재산증명서와 추천서였다. 귀화를 하기 위해서는 자기의 예금잔고증명서와 부동산등기등본을 제출해야 했으며 3급 이상 공무원 또는 국회의원이거나 교원 중에서 두 사람 이상의 추천서를 받아야 했다.²¹⁾ 또 이중국적 보유를 금지하는 조항 때문에 화교들이 귀화를 하기 위해서는 원래의 타이완 국적을 포기하지 않으면 안되었다. 이것은 타이완으로의 이주 가능성이나 자녀의 진학 및 취업 기회 등을 고려할 때 아주 기회비용이 높은 결정이었고 따라서 귀화 의사가 있는 사람들도 쉽게 선택하기 힘들었다. 이런 이유들 때문에 화교의 귀화는 오랜 기간 동안 효과적으로 저지되었다.²²⁾

해방 이전까지만 해도 화교들은 무역업을 중심으로 탄탄한 경제적 지위를 굳혔고 한국인들은 이들을 중국이라는 대국을 배경으로 가지고 있는 대국인으로서 상당히 높게 보았다. 그러나 중국의 공산화 이후 대륙과의 연결이 완전히 차단되고 화교들의 주된 경제활동이 음식업으로 전환되는 등의 변화를 겪으면서 한국인들은 화교에 대한 대국인 의식을 버리고 그들을 낮춰보기 시작했다(박은경 1996: 111-112).

이와 같은 시선의 변화는 한국인들이 화교를 지칭할 때 흔히 사용했던 “대국놈”, “짱꼴라”, “짱깨” 등과 같은 경멸적인 명칭들에도 반영되었다. 화교들은 이런 비하적 표현들을 들으면서 강한 반감을 가졌고 자신들이 한국 사회의 이방인임을 반복적으로 확인했다. 다음은 화교 J씨가 자기의 인터넷 홈페이지에 올린 글인데, 이 글은 화교들이 그런 명칭에 대해 얼마나 강한 반발심을 가졌는지를 간접적으로 느낄 수 있게 해 준다.

대국놈, 짱꼴라, 짱깨..... 들어보셨는지. 참뜻과 어원을 알고는 계시는지요? 중국 사람이나 화교를 지칭하는 욕이나 멸시의 뜻으로 80년도 전후까지 한 때 널리 퍼져 있었지요. 어원을 찾아 삼천리 강산을 휘젓고 다녀 진실과 참뜻을 찾았죠. 혼자 알고 있기에는 너무 아까워서 바로 알고 바로 쓰자는 뜻으로 글을 올렸습니다. [대국놈] [大國人] - 대국인 뜻을 풀어보면 <큰 나라의 사람> 즉 중국인을 대국사람으로 존경하여 대국인의 칭호에 높을 갖다 붙여 표현을 했더군요. [짱꼴라] [張果老] - 장과로 이는 중국 고대신화에 전해오는 八仙過海의 신선의 이름으로 - 장과로, 한종리, 한상자, 이철괴, 조국구, 여동빈, 남채화, 하선고 - 8인 중 제일 으뜸의 신선으로 추앙받는 남성 신선의 이름이다. 짱꼴라의 어원은 장과로로부터 유래되었다.

20) 원래 3년마다 갱신하게 되어 있었는데 1997년 법이 개정되어 5년으로 늘어났다. 개정된 법에서는 재한화교에 대한 특례조치를 만들어 화교가 부득이한 사정으로 국적을 상실한 경우라도 한국에 직계가족이 남아 있는 사람 등에 한해서는 예외를 인정하여 거주권을 회복시켜 줄 수 있도록 되어 있다.

21) 최근 개정된 법령에서는 5급 이상 공무원의 추천서를 받도록 되어 있다.

22) 80년대 초반까지는 화교 귀화자가 1년에 한두 명 수준에 머물렀다(박은경 1986: 194). 최근에 와서 여러 가지 상황의 변화에 따라 귀화자 수가 150명에서 200명 정도로 크게 늘어났다고 한다.

[짱깨] [掌櫃] - 장계의 뜻을 풀어보면 손으로 장악할 <장>에 돈계짜의 <계> 즉 돈계짜를 장악하여 관리하는 사람, 요새 말로 금고를 관리하는 사장님이라는 뜻이다.

화교들은 때때로 자신들을 깔보고 놀려대는 한국사람들과 싸움을 벌이기도 했다. 선린동 중국음식점에서 일하는 40대 초반의 여성은 초등학교 시절에 “땃놈”이라 부르며 돌을 던지는 한국 학생들로부터 혼이 난 경험을 털어냈고, 40대 중반의 한 남성은 인천 자유공원 같은 곳에서 친구들과 놀다가 “쌀라쌀라” 하면서 자신들을 놀리며 지나가는 한국 학생들과 패싸움을 벌였던 기억을 떠올렸다. 이곳 화교들 가운데는 패싸움 때문에 파출소에 끌려간 뒤 한국 경찰이 자기들보다는 한국 아이들 편을 들어주는 것을 보며 분노와 함께 자신들이 다른 존재라는 점을 절실하게 느꼈다는 사람도 있었다.

이와 같은 개인적인 차별의 경험들과 함께 화교들에게 가해진 한국 정부의 여러 가지 경제적 제약과 제재는 화교들의 입지를 어렵게 만들었다(박은경 1986, 1996 참고). 해방 직후만 하더라도 무역업에 종사하는 부유한 화교들이 많았으나 한국 정부의 불공평한 조치 때문에 대부분 몰락의 길을 걷게 되었다. 1950년 초에 외래 상품의 불법 수입을 금지한다는 명목으로 취해진 **창고 봉쇄 조치**는 물건 보유량이 많았던 무역상들에게 큰 타격을 주었다. 또 **외국인에 대한 외환 규제법**이 시행되면서 이들은 공식 환율보다 서너배 비싼 암시장을 통해 외환 거래를 할 수밖에 없었고 그로 인해 많은 피해를 입었다. 이런 규제를 피하기 위해 많은 화교 무역상들이 한국인과 공동 명의의 회사를 세우기도 했는데 동업자간의 내부 갈등 등으로 인해 대부분 폐업하게 되었다.

박정희 정권 하에서 화교에 대한 규제는 더욱 엄격해졌다. **1961년에 시행된 화폐 개혁**은 현금 보유량이 많은 화교들에게 큰 타격을 입혔다. 같은 시기의 **토지규제법**도 화교경제의 몰락을 가속화시키는 작용을 했다. 이 법은 외국인의 토지 소유를 완전히 금지시키는 내용을 담고 있었기 때문에 화교들은 집과 토지를 몽땅 빼앗길 위기에 처했고 생업의 기반을 잃게 되었다. 일부 화교는 재산을 한국인 명의로 등기 이전하여 위기를 모면하기도 했으나 그 중에서 한국인 명의자에게 재산을 빼앗긴 경우도 적지 않았다.

외국인토지법은 1968년에 개정되어, 1세대 1주택에 한하여 200평까지의 토지는 주거 목적인 경우 사전 신고만으로 취득할 수 있게 되었다. 일부 화교는 한국인 여자와 결혼하여 아내 이름으로 재산을 등기하거나 친구 이름으로 재산을 등기하여 재산을 보유하고자 했다. 그러나 아내나 친구의 배신으로 재산을 완전히 날려 버린 경우도 적지 않았고 그 때문에 사람들을 볼 낫을 잃어 해외로 이주를 떠난 사람들도 있다고 한다.

중과세 제도로 인한 피해도 적지 않았다. 새롭게 영업을 시작한 동일 업종의 상인에 비해 한 지역에서 오래 영업을 한 상인들에게 더 많은 세금을 물도록 한 이 제도는 한 곳에 정착한 지가 오래된 화교들에게 매우 불리했다. 이런 문제는, 중국음

식 가격의 인상 제한이라든가 중국음식점에서 밥을 팔지 못하게 했던 조치 등과 함께 화교들에게 차별에 대한 인식을 높였고 세무서 등의 한국 말단관리들과 잦은 시비를 벌이게 만든 요인이 되었다.

태어나면서부터 한국에서 살아온 화교들이지만 외국인이라는 신분은 이들에게 은행에서 신용대출을 받는 것조차 불가능하게 만들었다. 그래서 이들은 보통 전통적으로 중국 사회에 존재해온 회의(會議)라는 일종의 계조직을 이용하여 목돈을 마련했다(박은경 1986: 149-150 참고). 또 외국인등록번호가 전산망에 잘 뜨지 않기 때문에 각종 신분증명이 필요한 거래를 하는 데도 많은 불편을 겪어야 했다. 특히 화교 청소년들은 휴대폰 신청조차 마음대로 할 수 없는 현실을 자신들에 대한 심한 차별로 받아들이고 있다.

이와 같은 여러 가지 차별의 경험은 개인적 기억으로서 화교들의 가슴속에 저장되어 있을 뿐 아니라 사람들간에 전파되고 공유됨으로써 집단적 역사가 되었다. 배제와 차별의 역사에 대한 공동의 인식은 이들에게 한국인과는 확연히 구분되는 중국인으로서의 정체성을 뚜렷하게 각인시켜 주었다.

‘한국 화교’로서의 정체성

40대 중반의 화교 남성인 J씨는 인터넷 홈페이지에 다음과 같은 인사말을 올려 놓았다.

인터넷 홈페이지에 저의 인사말을 올릴 수 있어 무한한 영광으로 생각합니다. 저는 한국에서 태어난 중국 화교 3세 주 덕화 입니다. 한국에서 초등학교부터 고등학교까지 중국 화교 학교를 마치고 대학도 한국에서 졸업했습니다. 한국에서 자랐고, 지금껏 한국에서 생활했습니다. 저 역시 김치 없이는 밥을 못 먹는 제 2의 한국인. 환경에 적응한, 길은 중국인, 속은 한국인이라고 할 수 있겠지요. 하지만 저는 어엿한 중국인. 저의 자식들도 저와 같은 중화민국(대만) 국적을 갖고 있지요. 물론 외국인이니깐 군대도 갈 수 없겠지요... <안 받아 주니깐...> 타고난 운명이지요... !!!

이어서 그는 자기 가족의 이민사와 고향 방문에 대한 감상을 적었다.

現 中國 山東省 榮成縣 寧津(口字村)에서 할아버지께서 故鄉(고향)을 등지며 家族을 이끌고 조그마한 고기잡이 帆船으로 黃海灘(서해안)을 건너 당시의 仁川 朱安에 임시 정착을 하게 되었습니다. 그후... 여러 곳을 전전하다 서울에 정착하여 현재 연희동에 살게 되었습니다. 그 당시 아버지 나이 9歲..... 70년의 세월이 흘러... 韓國에서 태어난 제가 어인 40대의 華僑(화교) 3세대이니 아들 대까지 벌써 4세대가 되었네요. 98년 6월 뿌리를 찾아 중국 땅을 밟는 순간 감개무량하더군요. 그러니깐 할아버지가 태어난 고향이지요. 물어 물어 찾아가 보니 비록 적고 초라한 낡은 방 2칸 짜리 돌로 지은 석조집이었고, 옛 모양 그대로 낡은 채로 무수한 세월을 이겨냈고 또 한 저의 뿌리가 숨쉬는 곳이었습니다. 지금은 돌아가시고 비록 안 계시지만 석조집에서 할아버지의 향수를 느낄 수 있었습니다. 두 아들을 데리고 옛날 할아버지에 대해 이야기를 들려주며 마음속으로 증조 할아버지에게 인사도 올리도록 했죠. 아울러..... 할아버

지 할머니가 계셨기에 오늘의 業嵩(업송)이와 業鴻(업홍)이가 있을 수가 있었다고.....

이 글들에는 한국 화교들이 자기 정체성에 대해 느끼는 혼란이 잘 드러나 있다. 혈통과 문화의 뿌리, 다시 말해 과거와의 연속성이란 측면에서 볼 때 J씨와 그 아이들은 중국인이다. 그러나 자기의 성장 과정과 생활 문화라는 관점에서 보면 그와 아들들은 한국적인 것을 더 많이 가지고 있을 것이다. 고향인 웨하이(威海)에 나가 얼마 동안 생활하기도 했던 J씨는 언어 문제가 없었기 때문에 그곳 생활이 크게 어렵지는 않았다. 그러나 그곳에서 중국인들과의 문화적인 차이를 많이 느꼈고 그래서 한국이 훨씬 편하다는 생각을 했다. 웨하이에서 만난 다른 한국 화교들도 이와 비슷한 얘기를 했다. 이들은 김치와 고추장이 없으면 밥을 먹기 힘들며 중국 음식을 먹더라도 한국식 중국 음식을 먹는다. 선조의 고향인 웨하이에 집을 마련해 놓고 인천을 오가며 보따리 장수를 하는 선린동의 L씨도, 화교 2세대로서 중국에 대한 강한 애착을 가지고 있었음에도 불구하고 중국의 문화적 차이 때문에 그곳에서 적응하는 것이 어려움을 여러 차례 토로했다.

이와 비슷한 고백을 타이완에 거주하거나 다녀온 한국 화교들에게서도 들을 수 있다. 예를 들어 ‘한겨레21’ 제354호에는 한국 화교들이 상권을 형성하고 있는 타이완 중싱지에(中興街)에 대한 기사가 실려 있다. 여기서 기자는 한국 화교들이 여전히 김치, 된장, 고추장을 먹지 않을 수 없는 존재라는 점, 그리고 한국화가 많이 된 사람들로써 타이완사회에 적응하는 데 큰 어려움을 겪었다는 점을 말해준다. 옷가게를 경영하는 한 남자의 얘기를 이 기사는 다음과 같이 요약하고 있다.

점점 장사가 어렵다며 푸념을 늘어놓던 끝에 그는 “첫째 고향은 중국 본토, 둘째 고향은 한국, 대만은...”이라며 말꼬리를 흐렸다. 옆에서 쏟아지는 빗줄기를 보며 “대만은 덥고 습해서 싫다”고 되뇌는 아주머니의 말에서 어디에도 정붙이지 못하는 ‘유민’의 처량함이 전해졌다. 우연히 ‘금옥’에 들른 중싱지에의 유일한 한국인 최근화(50·신한상행)씨는 “대만 사람들은 돌아온 화교들을 ‘와이성런’(外省人)이라고 부르며 온전한 중국인으로 여기지 않는다”고 귀띔한다. 한국에서는 중국인으로 차별받았던 이들이 대만에서는 ‘반쯤’ 한국인으로 여겨지는 것이다. 돌아갈 수 없는 뿌리인 중국과 태를 묻었으나 밀려난 한국, 차별을 피해 스며든 대만, 그 어디도 이들에게 안온한 고향은 못 된다.

한국 화교들은 ‘상상’ 속에서 자기와 동일시해 왔던 중국인들을 중국 본토나 타이완에서 만난 후, 그들과의 사이에 존재하는 커다란 간극을 인식하게 된다. 주재국에서 느끼는 중국인으로서의 정체성, 모국에서 느끼는 한국인으로서의 정체성 - 이러한 이중적 정체성에 대한 인식은 자신들이 결국 그 어느 쪽과도 완전히 같지 않은 독특한 존재라는 생각을 갖게 만든다. 동질성과 차이로 인해 생기는 이런 인식은 한국인이나 중국인 그 어느 쪽도 아닌 하나의 새로운 정체성의 발견으로 이어진다고 볼 수 있다. 다시 말해서, 어떤 한쪽을 닮은 존재가 아니라 ‘한국 화교’라는 특수한 존재로서의 종족 정체성이 형성되는 것이다.

화교 개개인이 혈통, 국적, 역사의식, 문화 등에 대해 어떤 시각을 갖느냐에 따라

자기 종족 정체성에 대한 인식이 달라질 수 있을 것이다. 그러나 한국적인 정서와 생활을 몸에 익히고 자라난 화교 3, 4 세대들 가운데서는 한국과 중국 그 어느 쪽 과도 일치하지 않는 새로운 종족으로서의 '한국 화교'에 대한 인식이 상당히 널리 퍼져 있다. 특히 한국인을 부모의 한 사람으로 두고 있는 화교들이나 한국인과의 사이에 자녀를 낳은 사람들의 경우에 그러한 인식이 더 뚜렷하게 드러나는 것 같다.

국내 화교들 사이에 '한국 화교'로서의 정체성에 대한 인식이 더욱 확산된다면 한국 사회에 대한 그들의 뿌리 내리기가 더욱 가속화되리라 생각한다. 근래에 두드러진 한국 대학 진학 희망자의 증가, 화교와 한국인간의 혼인 증가, 귀화자의 급속한 증가, 다양한 직종의 선택 등은 바로 이러한 방향으로의 움직임을 반영하는 것이다.

맺음말: 전망과 제언

그 동안 철저히 배제되어 온 화교들의 사회적 위상을 감안할 때 최근 그들의 법적·사회경제적·정치적 지위를 개선하기 위한 몇 가지 움직임이 일고 있는 것은 바람직한 현상이다.

새로 개정된 국적법에서 국적 취득의 원칙이 부계 혈통주의에서 양계 혈통주의로 바뀌면서 한국 여성과 결혼한 화교와 그 자녀의 국적 취득이 쉬워진 것, 까다로운 귀화 조건을 완화시킨 것(예를 들어, 예금잔고 액수와 추천 공무원 급수의 하향 조정) 등은 귀화에 대한 화교들의 인식 변화,²³⁾ 화교와 한국인간의 혼인 증가, 분산 거주로 인한 주위 압력의 완화 등의 요인과 함께 한국 국적을 취득한 화교의 숫자를 더 늘일 것으로 보인다. 실제 80년대까지 매년 10명 안팎이었던 화교 귀화자는 90년대에 들어와서 크게 늘어나는 추세를 보이며 최근에는 그 수가 150-200명에 달한다.

외국인에 대한 대우 개선 노력으로 외국인 등록기간을 3년에서 5년으로 늘인 것, 그리고 예외조항을 두어 특별한 경우 화교의 거주권을 회복시킬 수 있도록 한 것, 1998년의 법 개정으로 외국인의 토지 취득을 전면적으로 허용하고 토지 취득 절차를 간소화시킨 것 등은 그 동안 배제와 차별의 역사 때문에 해외로의 이주 기회를 모색하거나 중국인으로서의 정체성을 강하게 지키면서 한국사회로의 편입을 거부해 온 많은 화교들에게 새로운 희망과 기대를 갖게 했을 것이다.

물론 이런 변화들이 충분한 것은 아니다. 화교들이 우리 사회 속에서 오랜 세월을 함께 살아오면서 많은 피해를 당해온 존재임을 감안하여 좀더 획기적인 조치와 정책 변화를 모색해야 할 것이다. 최근 장기 체류 외국인에게 영주권과 참정권을 부여하는 문제를 놓고 활발한 논의가 벌어지고 있는 것은 그래서 우리의 관심을 끈

23) 과거와 달리 정착에 필요하다면 귀화할 수 있다는 사람이 많아지고 있다. 30대 중반의 한 남자는 "피만 중국 피만 흐르면" 되는 것이지 "쓸데없는 애국심"으로 귀화를 반대할 이유가 없으며 자기 주위의 친구들도 대개 그런 생각을 가지고 있다고 주장했다.

다. 이 법안의 제정에서, 이미 한국적 정체성을 획득한 화교들에게 새로운 이민자로 부터 구분되는 특수한 지위를 부여하는 문제가 심각하게 고려되어야 할 것이다. 이것은 일본사회에서 재일동포의 특수한 위치가 인정되어야 하는 것과 마찬가지로 논리를 따른다.

과거 그 존재가치를 인정받지 못하던 화교들이 이제 지역경제 활성화의 견인차로서 새롭게 인정을 받고 있다는 것은 바람직한 변화라고 생각한다. 실질적인 성과를 어느 정도 거둘 수 있느냐가 관건이 되겠지만, 최근의 변화들은 화교들에 대한 한국인의 인식 변화와 그들의 사회적 위상 높이기에 중요한 계기를 마련해 주리라 본다.

그러나 여기서 우리가 한 가지 주목해야 할 것은 이러한 여러 가지 움직임들에서 화교들이 항상 정당한 대화의 파트너나 변화의 주체로 대접받고 있지는 못하다는 점이다. 예를 들어, 1999년 4월에 인천 자유공원에서 이 지역 화교들에 의해 발명된 것으로 알려진 자장면을 홍보한다는 이름 하에 '자장면대회'가 열렸는데, 이 대회를 주최한 지자체는 지역 화교의 상징적 중요성에도 불구하고 전혀 그들의 자발적인 협조를 미리 구하지 않았다. 자장면 한 그릇에 천원을 받기로 한 결정은 지역 행정 당국이 내린 것이었고 중국음식점들은 일방적인 지시를 따랐을 뿐이었다. 지자체에 의한 화교 문화의 상업화에서 드러나는 이런 일방성은 차이나타운 건설 계획의 수립이나 추진 등과 같은 좀더 대규모적인 사업에서도 마찬가지로 관찰된다. 차이나타운을 채울 사람들이 화교들이어도 불구하고 차이나타운 참여에 관한 그들의 의견에 조심스럽게 귀를 기울이지 않은 채 추진되는 이 계획들은 위험한 발상일 뿐 아니라 화교들에 대한 배제와 차별의 반복이다.

화교들이 피동적인 대상이나 수단이 아니라 주체로서 이런 움직임에 참여할 수 있을 때 한국 사회 속에 뿌리를 내린 '한국 화교'로서의 정체성은 더욱 분명해질 것이다. 이를 통해 화교들은 그 동안 냉전적 체제의 억압적 분위기 속에서 자제해 왔던 권리와 권익에 대한 자신들의 정치적인 목소리를 조금씩 내게 될 것이며 그와 함께 새로운 형태의 화교 공동체 구축을 시도할 수 있을 것이다. 과거처럼 한정된 지역 공간에 자리잡은 공동체의 복원을 말하는 것이 아니라, 지역적으로 분산된 화교들의 의견을 연결시키고 수렴하는 네트워크로서의 공동체가 다시 만들어질 수도 있다는 말이다.

참고문헌

譚建平
1985 “在韓華僑의 社團組織에 관한 研究: 서울地域을 中心으로”, 『인류학논집』 제 8 집: 271-318.

박사명 외
2000 『동남아의 화인사회』, 서울: 전통과 현대.

박은경
1981 “韓國 華僑 社會의 歷史”, 『진단학보』 제 52 호: 97-128.
1986 『한국 화교의 種族性』, 서울: 한국연구원.
1996 “화교가 발 붙이지 못한 땅”, 『통일된 땅에서 더불어 사는 연습』 (또 하나의 문화 통일 소모임 편), 서울: 또 하나의 문화.
2000 “북한 화교 연구 시론”, 『탈분단 시대를 열며』 (조한혜정·이우영 편), 서울: 삼인.

석미령
1999 “한국화교교육에 관한 고찰”, 고려대학교 교육학과 석사논문.

안시현
1998 “한국 화교 청소년의 생활상과 종족성”, 한양대학교 문화인류학과 학사학위 논문.

우심화
1999 “한국 화교교육의 실태와 전망”, 국제심포지움 ‘화교네트워크와 차이나타운’ 발표논문.

윤건차
2000 “재일조선인에게 있어서 디아스포라적인 아이덴티티란 무엇인가?”, 한국정신문화연구원 11회 한국학 국제학술회의 ‘새천년 한국인의 정체성’ 발표논문.

이재정
1993 “한국의 화교 거주지 연구 - 인천 지역을 중심으로”, 경희대학교 교육대학원 석사학위논문.

Barth, Fredrick
1969 *Ethnic Groups and Boundaries*. Boston: Little, Brown & Company.

Cohen, Anthony
1985 *The Symbolic Construction of Community*. London and New York: Tavistock Publications.

Heberer, Thomas
1997 “중국 사회변화 과정에서의 종족 부활, 종족 정체성, 그리고 종족 갈등”, 『비교문화연구』 제3호: 131-175.

Lie, John
1995 "From International Migration to Transnational Diaspora", paper presented at 'Transnational Korea: Division and Diaspora' Conference at the University of Illinois, Urbana-Champaign.

Pan, Lynn
1990 *Sons of the Yellow Emperor: A History of the Chinese Diaspora*. New York, Tokyo and London: Kodansha International.

Park, Eun-Kyung
1995 "The Various Phases of Ethnicity: The Chinese Minority in Korea,"

『민족과 문화』 제 3 집: 39-56.

인천광역시 중구 선린동 화교촌 재개발계획 수립에 관한 연구(1998)
인천광역시 중구 인천차이나타운 개발사업 추진현황(2000)
韓國仁川華僑概況與沿革(1998)
韓國仁川華僑協會僑情簡報(2000)
韓華教師聯誼會 자료

I. 서론

1. 국제법상 소수민족 보호의 문제

소수민족(minorities)의 고통에 대한 관심과 이들의 이해관계를 보호하는 일은 국제법의 발전에 기여하는 理想이 되고 있다.¹⁾ 국제법은 기본적으로 국가간에 적용되고, 소수자는 일반적으로 국제법상 제소권(*locus standi*)을 가지고 있지 않지만, 소수민족들이 국가에서 받은 처우는 국제법의 관심사안이 되고 있다. 그러나 국제법은 역사상 소수자의 문제를 다루는데는 어려움이 많았다. 가난한 자, 약자들은 태고적부터 박해(persecution)와 집단살해(genocide)의 자연적인 희생자가 되어 왔다.²⁾ 전쟁이 '정당'(just)하던 시절, 종교적 억압은 합법적이었고, 문화적 혹은 정치적 차이는 용납될 수 없었고, 소수민족은 탄압은 국가의 일차적 목표가 되었다.³⁾

상대적인 관용과 합리성의 시대라는 현대에서도, 소수자는 자주 박해, 차별과 집단살해의 대상이 되어 왔다.⁴⁾ 이 문제에 대한 국제법의 입장은 일시적이며 극히 조심스러워하고 있고, 소수자는 심각한 문제에 직면해 있고, 사회적, 정치적, 문화적 및 종교적 특수성을 인해 다양한 형태의 차별을 받고 있다. 지금으로서는 국경을 넘어서, 소수민족은 이들에 관심을 가지는 국제적 동정자의 감성에 극히 호소할 수 밖에 없다. 대부분 국경은 자의적으로 그어져 있고, 많은 국가들은 자국 영역 내 인위적으로 발생하여 국경을 넘어 영향을 미치는 격한 내부분쟁들을 지니고 있다. 많은 지역에서, 소수민족집단과 국가 간에 영구적이고 끊임없는 투쟁이 계속해서 목격되고 있다.⁵⁾ 이라크, 터키 및 이란의 쿠르드 족, 인도의 Kashmiri Muslims와

1) "The protection of ethnic, religious and linguistic groups is one of the oldest concerns of international law", P. Thornberry, *International Law and the Rights of Minorities* (Oxford: Clarendon, 1991), p. 1.
2) L. Kuper, *Genocide: Its Political Use in the Twentieth Century* (New Haven and London: Yale University Press, 1981), pp. 11-18.
3) B. Whitaker, *Revised and Updated Report on the Question of the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1985/6, pp. 6-7.
4) *Ibid*, pp. 7-10.
5) "Problem of the Protection of Minorities in International Law", Javid Rehman, *The Weaknesses in the International Protection of Minority Rights* (The Hague/ London/

Sikhs, 스리랑카의 Tamils, 방글라데시의 Biharis, 중국의 티벳 족, 북부 아일랜드의 카톨릭인, 남부 수단, 비아랍인, 인도네시아의 동티모르와 구유고와 소련의 내전은 전 세계적인 분쟁의 성격을 보여 주고 있다.

많은 정부는 유엔 헌장 제2조 7항6)의 힘을 빌려 자신의 행동을 숨기고 있고, 국가주권(state sovereignty)과 주권평등(sovereign equality)이라는 요새에서 피난처를 구하고 있는 반면, 소수민족은 국가의 자결권의 명목으로 고통을 받고 있다. 식민지에 자치를 부여한 많은 중요한 국가들은 이들의 소수집단으로부터 중대한 도전에 직면하고 있다. 이러한 도전에 직면하여 국가들은 통합, 연합 및 다원주의를 포함하는 헌법적 장치를 도입하였고, 반면 소수자의 열망에 둔감하고 이들과 화합을 원하지 않는 자들은 우세한 문화, 언어, 정치 및 종교를 가진 국가의 구축에 관심을 집중시키고 있다. 이들 정책의 일부 결과는 심각하여, 계속적으로 고통의 분쟁을 낳고 있는 것이다.⁷⁾ 소수민족의 권리 문제는 계속해서 국가 상호간 관계에서 민감한 사안으로 되고 있다. 소수민족의 구성원들은 문화, 종교 혹은 언어의 충돌 속에서, 자신의 의지와 열망은 소외되고 있고, 국제인권법의 개인주의적 보편적 성격은 여전히 불완전하다.

이 연구의 논점은 결국 국제법 자체는 소수민족에게 적절한 권리를 제시하고 이들 권리를 효과적으로 보호하기에는 어려운 수단이라는 지적하려는 것이다. 이 논문에서는, 국적, 언어적 및 종교적 소수민족의 권리와 관련된 기존의 국제법규를 확인하고 고찰하며, 이들 권리의 실체와 권리의 효과적인 이행과 관련한 문제점을 살펴 보고, 이러한 분석을 통하여, 한국사회에서 유일한 소수민족으로 남아 있는 화교의 법적 지위문제에 대하여 관련 국제법규와 양자조약을 통한 개선방법을 모색해 보려 한다.

2. 국적, 언어 및 종교적 소수민족의 권리에 관한 개념적 분석

‘권리’(rights)와 ‘소수민족’(minorities)의 개념은 컨센서스로 이루어지는 국제법 영역에서 특히 어려운 문제가 되고 있다. 그러나 구체적인 개념을 정의할 수 없는 것이 반드시 법적으로 존재할 수 없다는 것을 의미하는 것은 아니다. 많은 국제법제도는 정확하고 완전한 개념이 없는 가운데 이어져 왔다. 전통적인 인권개념은 국가

Boston: Kluwer Law International, 2000), p. 3.

6) 유엔헌장 제2조 7항: “이 헌장의 여하한 규정도 본질상 그 국가의 국내관할권 내에 있는 사항에 간섭할 권한을 유엔에 부여하는 것이 아니고, 또 그러한 사항을 이 헌장에 기여하여 해결을 부탁하여 오라고 가맹국에 대하여 요구하는 것도 아니다. 단, 이 원칙은 제7장에 기인하는 강제조치의 적용을 못하게 하는 것이 아니다.”

7) Javid Rehman, *The Weaknesses in the International Protection of Minority Rights* (The Hague/ London/ Boston: Kluwer Law International, 2000), p. 4.

에 대한 개인의 ‘권리’(rights)로서 가시화 되어왔다. 그러나 권리의 확대는 인권제도에서의 본질적인 가치를 약화시킨다.⁸⁾

‘소수민족’의 개념정의는 계속해서 어려운 문제가 되고 있다. 이에 대한 견해는, 지지자의 문화적, 사회적, 정치적 및 법적 가치에 의하여 다양하다. 이러한 다양성을 고려하여, 모든 사람이 받아들일 수 있는 정의에 도달할 수 있는 가능성이 없는 것으로 보인다. 이러한 상황에서, 연구를 수정하는 것과 모든 상황을 독립적으로 분석하는 것, Asbjorn Eide이 고찰한 것처럼, 존재와 확인의 문제를 사실문제로서 다루는 것이 보다 효과적일 수 있다.⁹⁾ 이러한 접근방법은 위험 부담이 있을 수 있는데, 국가는 형태를 조정하고 소수자를 보다 약화시킬 수 있는 능력을 가지고 있다. 착취적이고 조정능력이 뛰어난 국가장치에 대항하여, 소수자는 모든 것을 잃기 쉽다.¹⁰⁾

3. 국제법상 소수민족 보호개념의 역사적 변화

소수민족에 대한 보호는 국적, 언어적 및 종교적 정체성에 의하여 각기 다른 권리를 부여받음으로서, 단계적으로 이루어져왔다. 시간이 지나는 동안 소수민족의 보호는 각기 다른 전통, 종교 및 지역에 의하여 다양한 방법으로 접근이 이루어져 왔다. 현대 국제법에서는 소수민족 보호에 대해 많은 태도변화가 있었다. 종교적 소수민족의 보호에서부터, 인도적 간섭의 범위 내에서의 - 주로 중부유럽과 동부 유럽의 소수민족 - 소수자 보호, 국제연맹의 후원 하의 제한된 보호제도와, 개인에 초점을 맞추는 보다 일반적인 형태의 인권보호의 형태를 띠고 있다.¹¹⁾

역사적으로 이 사안에 대한 태도변화를 볼 때, 이는 단순히 일반적인 계몽 뿐 아니라 일정한 경향의 부흥으로 보여진다. 소수민족의 지위에 대한 역사적 논의의 이 같은 고찰은, 현재 소수민족의 지위를 논의하는데 적절한 실마리가 되고, 냉전 이후의 전망과 소수민족의 권리에 대한 보다 합리적이고 현실적인 결론을 이끌 수 있다.¹²⁾

II. 유엔헌장과 세계인권선언

8) *Ibid.*, p. 23.

9) A. Eide, *Possible Ways and Means of Facilitating the Peaceful and Constructive Solution of Problems Involving Minorities* E/CN.4/Sub.2/1999/12, para.114.

10) Javid Rehman, *supra* note 7, p. 24.

11) *Ibid.*, p. 45.

12) *Ibid.*

특별한 소수민족의 권리보다는, 보편적인 인권을 증진시키려는 새로운 접근이 1944년 연합군이 소집한 덤바턴 오크스(Dumbarton Oaks)회의에서 거론되었다. 이 회의에서 우선 유엔 헌장을 마련하는 시도를 하였고, 연합국이 합의한 많은 제안이 유엔헌장에 포함되었다. 이들 제안은 인권에 관한 언급이 포함되고 있었으나, 소수민족의 권리에 대한 언급은 없다.¹³⁾

샌프란시스코에서 일반적 국제기구설립에 관한 유엔회의는 1945년 덤바턴 오크스 제안을 그대로 따랐다. 이 회의에서 유엔헌장이 최종형태를 갖추었고, 유엔헌장 또한 소수민족에 대한 언급을 하고 있지 않으나, 인권에 관한 많은 규정을 두고 있다.¹⁴⁾ 이들 인권관련 규정은 소수민족의 특별한 보호에서부터 인권의 보편적 보호까지 반영하고 있다.

유엔헌장에는 소수민족과 소수민족의 권리에 대한 특별한 언급이 없음에도 불구하고, 유엔은 기준설정과 소수민족 보호부분에서 '인간안보와 인권'의 요소에 주의를 기울여왔다. 소수민족 보호의 특별한 기준을 논하기 전에, 일반적이고 특정한 인권조약을 채택함으로써, 소수민족에 속하는 사람들이 동등하게 인권보호를 받을 권리가 있고, 기본적인 무차별원칙의 혜택을 받으며, 이는 인종, 성별, 언어 혹은 종교의 구별 없이 모든 사람에게 인권과 기본적 자유를 보장하는 것이다.

보편적인 인권에 관한 새로운 강조는 1948년 세계인권선언¹⁵⁾에서 소수민족 보호와 관련한 규정이 없는 가운데서도 분명히 나타나고 있다. 세계인권선언에서 소수민족을 보호하는 규정을 포함시키자는 제안은 유엔총회에 의하여 명백히 거절되었으며, 이는 소수민족의 특별한 상황과 문제로 인하여, 모든 소수민족에게 적용될 수 있는 규정을 두는 것이 매우 어려웠다는 결정을 알 수 있다.¹⁶⁾ 결과적으로 세계인권선언은 소수민족의 문제나 소수민족의 보호를 언급하고 있지 않으나, 제2조¹⁷⁾에서 무차별원칙을 규정하고 있다.

무차별원칙은 소수민족보호에 있어서 필수적인 요소이다. 그러나 이 원칙은 사회 내에서 지배집단이 아닌 자의 정체성을 보호하기에는 충분하지 않다. 이 원칙은 기

13) Dumbarton Oaks Proposals, s. A(1), 1946-47, *Yearbook of the United Nations*. Vol. 1.

14) 유엔 헌장 전문, 제1조 3항, 제13조, 제55조, 제62조, 제68조에서 제76조.

15) General Assembly Resolution 217 (III) of 10 Dec. 1948.

16) Tore Modeen, *The International Protection of National Minorities in Europe* (Abo: Abo Akademi, 1969) p. 104. Part C of General Assembly Resolution 217 (III).

17) 세계인권선언 제2조: "1. 모든 인간은 인종, 피부색, 성별, 언어, 종교, 정치상 기타 의견, 민족적 혹은 사회적 출신, 재산, 가문 혹은 기타 지위여하로 인하여 어떠한 차별을 받음이 없이 본 선언에 제시된 모든 권리와 자유를 향유할 권리를 가진다.

2. 더 나아가 각자가 속하여 있는 국가나 영토의 독립국이거나 신탁통치지역이거나 비자치지역이거나 혹은 다른 어떤 주권의 제한을 받는 지역이거나, 그 정치적, 사법적 혹은 국제상 지위에 있어 어떠한 차별을 받지 아니한다".

본적인 국제규범으로써 자국민과 외국인간의 차별을 금지하는 것이 아니며, 시민권이 없는 소수민족에 속하는 자 역시 모든 측면에서 동등한 처우가 보장되지 않는다는 것을 의미한다. 두 번째는, 보다 중요한 것은, 소수민족의 보호문제는 무차별원칙 규정에 의하여 해결될 수 없는, 소수자 차별금지 및 구체행동(affirmative action)을 필요로 한다.¹⁸⁾ 무차별원칙과 평등원칙에 대한 인권위원회의 견해에 의하면, '특정인구의 일부의 일반조건으로서 일반적 인권의 향유를 저하시키는 국가에서, 당해국은 이들 조건을 수정하기 위한 일정한 행동을 취하여야 한다'고 권고하고 있다.¹⁹⁾

III. 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 (B규약)

전후 대부분 국가가 소수자의 권리를 인정하지 않으려는 경향을 보였지만, 유엔총회는 세계인권선언에서는 '소수자의 운명에 무관심하지' 않다는 것을 보여 주었다. 비록 소수민족 권리의 보호는 세계인권선언에 포함되지는 않았으나, 제2조에 효과를 주기 위하여, 소수민족의 권리를 보호하는 조항은 1966년 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(B규약)²⁰⁾에는 포함되어야 한다고 합의하였다. 관련 조항은 다음과 같이 초안되었다. "인종적, 종교적, 언어적 소수민족은 자기의 문화를 향유하고, 자기의 종교를 표명하고 실천하며, 자기의 언어를 사용할 권리를 부정당하지 않는다."²¹⁾

초안규정은 소수민족집단에게 법인격을 인정하는 것으로 보인다는 근거로 비판을 받았고, 이는 국가주권에 대한 도전이 된다는 이유로 많은 국가에서 받아들여지지 않았다. 소수민족 보호를 위하여 보다 명백한 기준을 마련하기 위하여 한 걸음 더 나아가 조치가 필요하였고, 보다 중요하고 신중한 조치로서 B규약에 특정규정을 포함시켰다. 초안규정은 2번의 수정을 거쳐 B규약 제27조가 되었고, 이는 소수민족 문제를 직접적으로 언급하는 유일한 규정이 되었다. 이 규약 제27조는 다음과 같다.

"인종적, 종교적, 언어적 소수민족이 존재하는 나라에 있어서 이러한 소수민족에 속하는 자는 그 집단의 다른 구성원과 같이 자기의 문화를 향유하고, 자기의 종교를 표명하고 실천하며, 자기의 언어를 사용할 권리를 부정 당하는 것은 아

18) Arie Bloed and Pieter van Dijk, "Bilateral Treaties: A New Landmark in Minority Protection: An Introduction, Arie Bloed and Pieter van Dijk, *Protection of Minority Rights through Bilateral Treaties, The Case of Central and Eastern Europe* (The Hague/ London/ Boston: Kluwer Law International, 1999), p. 3.

19) Human Rights Committee's General Comment 18(37) on non-discrimination and equality, UN Doc. HPI/GEN/1, 4 September 1992, p. 25 at p. 27.

20) International Covenant on Civil and Political Rights. 이하 B규약.

21) Louis B. Sohn, "The Right of Minority", Louis Henkin (ed.), *The International Bill of Rights* (New York: Columbia University Press, 1981), p. 273.

니다.”

이 규정은 B규약의 일부로서 유엔 총회에서 채택되었고, 1976년에 발효되었으며, 여전히 보편적 차원에서 소수민족의 권리에 대한 중요한 조약상 기준이 되고 있다. 비록 소극적인 용어로 규정되어 있지만 - 부정 당하는 것은 아니다(shall not be denied), 이는 '권리'(rights)의 존재를 인정하는 것이고 이러한 권리가 부정되어서는 안 된다는 것을 보장함을 목표로 한다.

제27조에 대한 인권위원회의 일반견해²²⁾로서, 첫째는, 위원회는 소수민족의 권리는 관련 국가의 시민에 한정하지 않고, 둘째 소수민족의 권리의 향유는 '이들에게 영향을 주는 결정에서 소수민족의 구성원의 효과적인 참여를 보장하는' 적극적인 행동을 요구할 수 있다.

IV. 소수민족을 위한 유엔총회선언

유엔의 다른 기준에서 다른 중요한 조치는 1992년 12월 유엔 총회에서 만장일치로 채택한 국적 혹은 민족, 종교 및 언어학적 소수자에 속하는 자의 권리에 대한 유엔선언(United Nations General Assembly Declaration on the Rights of Persons belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities)이다. 이는 법적으로 구속력 없는 권고의 형태이지만, 이 선언은 일반적으로 국제적인 소수민족의 권리보호의 분야에서 중요한 지침으로 고려되고 있다. B규약의 제27조와 더불어, 이 선언은 소수민족의 속하는 자의 권리를 규정하고 있고, 집단적인 권리의 접근방식이기 보다는, 개별적인 권리의 접근방식을 택하고 있다.

제27조와 반대로, 이 선언은 적극적인 의미로 규정되고 있고, '소수민족에 속하는 자는 ... 다음과 같은 권리를 가진다' 이 선언은 국가적 및 지역적 차원에서 소수민족의 언어, 교육, 종교, 문화의 사용, 문화적, 종교적, 사회적 및 정치적 생활에 있어서의 참여, 소수 협회의 결성에 관한 많은 특정한 소수민족의 권리를 규정하고 있다. 이 선언의 일부 조항은 신중히 규정되고 있고, 예컨대 '한다'(shall) 대신 '하여야 한다'(should)를 사용하고 있다. 보다 중요한 것은, 이 선언 제8조 4항은 '이 선언의 그 어느 조항도, 유엔의 목적과 원칙, 국가의 주권평등, 영역통합 및 정치적 독립에 반하는 행동을 허용하는 것으로 해석될 수 없다'고 규정하고 있다.

22) General Comment 23(50), UN Doc. A/49/40, 26 April 1994, pp. 107-110.

V. 다자조약 및 양자조약

1. 다자조약

전후 소수민족에게 권리를 부여하는데 대한 상당한 거부기가 있었으나, 일반적이고 간접적인 방법이기도 하나, 전후 많은 협약이 소수민족에게 일부 보호를 인정하였다.

- 1948년 집단살해의 방지 및 처벌에 관한 협약 (제노사이드 협약) (Convention for the Prevention and Elimination of the Crime of Genocide)
이 협약은 문화적 혹은 언어적 특성을 결정하거나 파괴하도록 고안된 조치로부터 소수민족을 보호하는 규정은 없다. 이 협약은 소수민족 구성원의 지속적인 생존권 보장.
- 1955년 인권과 기본적 자유의 보호에 관한 유럽협약 (European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms)
소수민족에게 간접적으로 일부 보호를 제공. 제14조는 '국적상 소수민족과 관련한 차별금지.'
- 1960년 교육에 있어서 차별금지에 관한 협약 (Convention Against Discrimination in Education)
이 협약은 UNESCO에 의하여 후원을 받으며, 제5조는 자신의 문화와 언어를 유지할 권리를 확인. 한편 교육적 활동을 지지하거나 보조해야 하거나, 소수민족 학교에서 소수민족의 언어를 사용하도록 하는 체약국의 의무는 없다.²³⁾
- 1990년 유럽안보협력회의의 인간에 관한 코펜하겐회의문서 (Document of the Copenhagen Meeting of the Conference on the Human Dimension of the Conference on Security and Co-operation in Europe (CSCE))
- 1995년 국적상 소수민족 보호에 관한 협약(Framework Convention for the Protection of National Minorities)
- 1995년 유럽안정협정 (The Pact on Stability in Europe)
- 1993년 난민과 강제이주민 지원에 관한 CIS조약 (CIS Treaty on Support to Refugees and Forced Migrants)
- 1994년 소수민족 권리보호에 관한 중부유럽 초기문서 (Central European Initiative Instruments for the Protection of Minority Rights)

23) Patrick Thornberry, *International Law and the Rights of Minorities* (Oxford: Clarendon Press, 1991), p. 290.

2. 양자조약

양자조약의 체결은 당사국간 소수민족의 권리를 보호하는 특정한 조항을 포함할 수 있다. 양자조약은 특히 소수자 권리의 영역에 있어서, 관련국 간의 관계에서 안정성을 유지하는 중요한 요소이다. 소수자의 민감한 문제와, 관련국에서의 자국민의 처우에 관한 권리주장은 외교적 긴장을 가져왔다. 양자조약에서 규정하는 조치는 이들 문제를 보다 투명하고 예견 가능하게 하고 있다.²⁴⁾ 양자조약은 실제로 국가간 분쟁을 예방하는 중요한 도구가 될 수 있다. 이들 양자조약은 소수민족에 대하여 상호주의적 보호를 부여하고 있다.²⁵⁾ 냉전 이후 중부 및 동부유럽의 많은 국가가 소수민족 보호를 위하여 양자조약 체결을 통해 이를 해결하고 있다.²⁶⁾

VI. 국제법에 의한 화교문제의 해결

한국에 사는 화교, 즉 한화의 조상들은 대부분 중국의 산둥성에서 건너왔으나 현재 대부분 국적은 중화인민공화국이 아닌 중화민국, 즉 타이완에 있다. 전체적인 인구도 계속 감소추세 하에 있어, 현재 약 2만 명이 약간 안되지만, 뚜렷한 문화적 정체성을 유지한 채, 한국에서 유일한 소수민족으로 굳건히 남아 있다.²⁷⁾

1. 기존의 국제법규상 해결

국제인권법의 기본개념은 차별금지(prohibition of discrimination)이다. 차별금지란 일반원칙으로서 국제인권법에서 인정되는 권리와 자유를 모든 사람에게 적용하고, 국가는 이들 권리를 보호함에 있어서 상이한 개인들간에 - 예컨대 인종이나 그 어떠한 것에 근거하여 - 차별하지 않을 것을 의미한다. 유엔헌장은, 유엔의 기본목적은 “인종, 성, 언어 또는 종교에 의한 차별 없이 모든 사람의 인권과 기본적 자유를 존중하도록 고무하고 장려하는 것”이라고 선언하고 있다. 세계인권선언 제2조는 이를 재확인하고 있다. 그러나 소수민족의 보호문제는 무차별원칙 규정에 의하여 해

24) Arie Bloed and Pieter van Dijk, 'Foreword', Arie Bloed and Pieter van Dijk, *Protection of Minority Rights through Bilateral Treaties, The Case of Central and Eastern Europe* (The Hague: Kluwer Law International, 1999), pp. xv.

25) Thomas D. Musgrave, *Self Determination and National Minorities* (Oxford: Oxford University Press, 2000), p. 138.

26) Alie Bloed and Pieter Van Dijk, *supra* note 24. Peter Cumper and Steven Wheatley, *Minority Rights in the 'New' Europe* (The Hague/ London/ Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 1999) 참조.

27) 양필승, “한국 화교의 어제, 오늘 및 내일: 새로운 희망의 시대를 맞이하여”, 세계화와 인권: 화교의 법적 지위 향상, 민주사회를 위한 변호사 모임, 한성화교협회, 제7차 워크샵 p. 1.

결될 수 없는, 소수자 차별금지 및 구제행동(affirmative action)을 필요로 한다.

B규약의 가장 주요한 성격은 체결국에 구속력있는 법적 의무를 포함하는 보편적인 국제조약이라는 것이다. 그러나 규약의무의 이행을 집행할 강제적 제도가 없다는 문제점이 있다. 한국은 B규약의 체결국으로²⁸⁾ 헌법 제6조²⁹⁾에 의하여 국내법적 효력이 있다. 소수민족의 권리보호를 규정하고 있는 B규약 제27조는 직접적인 법적 효력이 있다.

소수민족 보호를 위한 유엔선언 역시 법적 구속력은 없으나, 이들 규칙은 국가간 수년 동안의 합의된 것으로서, 모든 UN회원국이 협상과정에 참여하였고, 규칙이 주로 컨센서스에 의하여 채택되고, 이는 회원국들이 이 규칙에 반대하지 않았음을 의미하는 것이며, 이들 중 일부는 명백히 기존의 규칙과 원칙을 선언하는 것으로서 도덕적으로 존중되어야 하는 권위 있는 기준이 된다.

국제법의 이행은 국내법에 달렸고, 국제법규와 국제기준을 국내법제도에 편입하여 이것을 국내적으로 이행하는 방법은 각 국의 재량에 달린 문제이다. 국제법에 의한 소수민족의 권리보호문제도, 결국은 국내 입법부, 행정부 및 사법부에 의한 국제인권법의 이를 적극적으로 원용하고 적용하려는 실천의지에 좌우된다 할 것이다.

2. 양자조약에 의한 해결

화교의 권리를 규정하는 다음과 같은 내용의 양자조약을 국적국과 체결함으로써 화교의 법적 지위를 개선한다. (아래 제 요건은 소수민족의 지위와 권리개선에 관하여, 전문가로 구성된 작업단체에서 제시하는 권고사항을, 화교의 경우에 비교하여 제안 권고하는 것임)³⁰⁾

1) 일반적인 요건

- 양 당사국은 양국 간 정치적 관계를 향상시키고 혹은 우호적인 관계를 유지할 수 있도록 고려한다.
- 양 당사국은 공평성에 기초하여 신의성실로 협상한다.
- 양 당사국은 합의가 국내법과 행정정책에서 효과적으로 이행될 수 있도록 확보

28) 한국은 1990년 4월 10일 B규약에 가입하였다.

29) 한국 헌법 제6조: “1. 헌법에 의하여 체결, 공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다. 2. 외국인은 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 그 지위가 보장된다.”

30) Arie Bloed and Pieter Van Dijk, *supra* note 24, pp. 177-179.

하기 위하여 양자조약에 의한 기본적인 민주적 제도를 갖는다.

2) 조약은 유엔헌장에 규정된 국제법원칙에 대한 일반적 언급을 포함하여야 한다. 조약은 그 내용이 국제법과 충돌되는 방식으로 해석되어서는 안 된다는 취지의 조항을 포함하여야 한다.

3) 소수민족의 보호를 다루는 조약의 일부 내용.

- 조약에 규정된 보호는 국제적으로 인정되는 기준 이하여서는 안 된다. 1966년 B규약 제27조, 1992년 국적, 인종, 종교 및 언어학적 소수민족에 속하는 자의 권리에 관한 유엔 선언 참조.
- 조약은 소수민족의 일반적 정의를 포함하고 있지 않아야 하며, 조약에 포함된 추가적 보호조치의 혜택을 설명하고 있어야 한다.
- 조약은 통상 국적상 소수민족을 넘어서 수혜자의 범위를 확대.
- 국제조약과 일치하여, 소수민족집단에 속하는 문제는 개인의 선택의 문제가 되어야 한다.
- 규정된 권리가 소수민족집단의 구성원과 사회의 다른 구성원 간의 불합리하거나 균형이 맞지 않는 특혜의 처우나 차별을 도입하지 않는 한, 조약은 특히 관련 소수민족의 구성원에 대하여 추가적인 권리를 규정.
- 조약은 주된 관심사로 소수민족의 보호에 대하여 상세한 규정을 포함.
- 조약이, 국제적 이주문제와 같은, 국제적으로 인정된 소수민족의 권리의 일부가 아닌 당사국과 관련한 문제를 다루는 경우, 당사국과 국제사회는 소수민족의 권리에 대한 상호관련성과 잠재적 관계를 신중히 고려하여야 한다.

4) 조약은 국내법과 행정을 통하여, 소수민족의 구성원을 위하여 규정하고 있는 권리를 보장하고 존중하는 당사국의 의무를 포함하고 있어야 하고, 이들 권리의 침해 시 소수민족의 구성원에 대하여 효과적인 구제수단을 포함하여야 한다.

5) 조약의 특별한 양상을 다루기 위하여 양당사국이 독립적으로 혹은 공동으로 마련한 기구는, 문화적 협력 및 초국가적 협력 프로그램을 포함한, 소수민족의 특별한 이익이 관계되는 경우, 관련 소수민족이나 기타 집단의 대표자와 협의하여야 한다.

6) 조약은 조약적용을 감독하는 정부차원의 장치를 규정하여야 한다. 다양한 가능성이 고려될 수 있으며, 정치적 협상 및 공동위원회를 포함할 수 있다. 감시장치는 매년 정기적으로 2회 내지 3회 운영한다. 소수민족 보호를 위한 규정에 대한 특별한 언급과 함께 관련 소수민족과의 협의가 고무된다.

7) 조약의 적용 혹은 해석의 문제가 양자적 차원에서 공동위원회(joint commission) 혹은 다른 위원회의 구성으로 해결될 수 없는 경우, 분쟁예방, 분쟁해결 및 인권보호를 위한 관련 국제적 제도와 장치를 연관시키는 것이 중요하다.

8) 조약의 이행과 감독은, 국제인권조약과 절차의 당사국에 위한 비준과 승인에 의하여 개선될 것이고, 개인통보제도가 가능한 B규약 선택의정서, B규약 제27조를 포함하고, 개인청원권을 인정하는 다른 조약과 절차를 연관시킨다. 조약은 소수민족의 권리보호에 관한 국제적 제도와 절차를 발전시키고 강화하는 공약을 포함할 수 있다.

VII. 결 론

20세기 초기, 국제법을 선도했던 Oppenheim은 다음과 같이 말했다.

“일부 논자는, 국제법은 국내와 국외에서 모든 개인에게 국가가 주체가 되는 것과는 관계없이 소위 인류 개개인의 권리를 보장하는 것임을 주장하고 있다. 이러한 권리는 생존권, 명예, 생명, 건강, 자유 및 재산을 보호받을 권리, 원하는 종교를 실천할 권리, 이주의 권리 등을 말한다. 그러나 이러한 권리는 실제로 국제법에서 나오는 권리라도 현실적으로 어떠한 보장도 되지 않고 있고, 국제법이 국가 간의 법이고, 개인은 국제법의 주체가 아니기 때문에, 이러한 권리는 보장받을 수 없다.”³¹⁾

그러나 1945년 이래로, 많은 국제 및 국내 법문서는 개인의 인권을 증진하고 보호하는데 밀접하게 관련되고 있고, Oppenheim의 의견은 더 이상 인정될 수 없는 것이 되었다.

“국제법은 더 이상 국가에만 관련한 법이 아니다. 실정법의 문제로서, 국제법은 더 이상 국가를 국제법의 유일한 주체로서 고려하는 것은 가능하지 않게 되었고, 개인을 국제법의 주체로서 제한된 범위 내에서 다루는 경향이 높아지고 있다.”³²⁾

전후 국제법에서 소수민족을 보호하는 개념은 주로 소수자를 위한 조약체결의 실

31) L. Oppenheim, *International Law: A Treatise, Peace*, 1st edn, vol. I, (London, Longman, 1905), p. 346.

32) R. Jennings, A. Watts (eds.), *Oppenheim's International Law, Peace*, 9th ed., vol. II, (Harlow, Longman, 1992), p. 846, pp. 848-849.

패로 간과되어 왔다. 대신 일반적인 인권보호에 대한 새로운 강조가 있었다. 이는 유엔헌장과 세계인권선언에 반영되었다. 두개 법문서는 인권보호의 광범위하게 다루고 있으나, 소수민족이나 이들의 권리에 대한 언급은 없다. 일부 보호를 소수민족에게도 확대한 조약은, 단순히 차별을 금지한다는 규정을 통하여 일반적으로 간접적으로 다루고 있을 뿐이다.

B규약 제27조는 민족적, 언어적 및 종교적 소수민족에게 특별한 권리를 규정하고 있다. 1966년 B규약 제27조를 시작으로 소수자에 대한 특별한 권리보장개념이 점차 받아들여지고 있다. 이러한 태도의 변화는 헬싱키 선언³³⁾에 소수민족에 관한 원칙³⁴⁾을 포함시킬 수 있었다. 그러나 국가들은 소수민족에게 최소한의 권리 이상을 인정하기를 여전히 주저하고 있다.

인권법의 진전은 일반적으로 자신의 국가에 대한 개인의 보호로 이루어져 왔고, '對 국가'(anti-State)의 예는 '개인은 의회, 정부 및 국가기관의 권력의 남용으로부터 보호되어야 한다'는 전제에서 출발한 것이다. 인권 분야의 상당한 발전에도 불구하고 실제로 국가는 권리와 의무의 주된 창조자이자 향유자가 되고 있다. 국제인권법이 국가의 국내관할권 내에서 이를 수 있는 제한된 개입은, 이것이 어떠한 방법으로든지 자신의 영역적 통합 혹은 권력을 가진 정부의 권위에 도전하지 않는 정도로만 받아들여지고 있다. 국제법의 방향과 진전은 주권을 가진 독립국에 의하여 결정되는 반면, 일부 소수민족은 극도로 계속되는 분쟁에서 약해지고, 기존의 국가의 영역적 통합과 권력은 이들에게 모두 위협이 된다.³⁵⁾

국제법에서의 소수민족에게 인정되는 권리에 타당성에 대하여는 합의가 없다. 국제법은 어떠한 권리가 소수자에게 인정되어야 하고 효과적으로 보호할 수 있는지에 대해서는 극히 어려운 수단이 되고 있음을 보여주고 있다. 소수민족과 관련한 국제법은 불변의 것으로 고려될 수 없다.

제2차 세계대전 이후, 유엔의 설립과 더불어, 소수민족의 권리에 관한 독립적인

33) 유럽안보협력회의 최종의정서(Final Act of the Conference on Security and Co-operation in Europe(CSCE)), 일명 헬싱키선언(Helsinki Declaration).

34) 헬싱키선언 제7원칙 4항: "영역상 소수민족이 존재하는 참여 국가는 그러한 소수민족에 속하는 자들의 법 앞에 동등한 보호를 받을 권리를 존중하고, 이들에게 인권과 기본적 자유를 실제적으로 향유할 수 있는 완전한 기회를 부여하고, 또한 이러한 방식으로 영역 내에서 이들의 합법적인 이해관계를 보호한다"(The participating States on whose territory national minorities exist will respect the right of persons belonging to such minorities to equality before the law, will afford them the full opportunity for the actual enjoyment of human rights and fundamental freedoms and will, in this manner, protect their legitimate interests in this sphere).

35) Javid Rehman, *supra* note 7, p. 226.

관심은 좀 더 개인적인 인권을 보호하는 광범위한 열망으로 나타나고 있다. 그러나 소수민족의 권리사안은 인권법에서는 여전히 주변의 문제로 남아 있다. 소수민족의 존재는 실제로 국제인권법의 관심의 초점이 되고 있고, 국제사회의 경향은 지난 10년간 변화하면서 소수민족의 권리는 일련의 쟁점사안이 되었다.³⁶⁾ 앞으로 국제적 지역적 관련 법문서는 1992년 유엔선언에 의하여 개척되고 보다 적극적인 방향으로 진전될 것으로 기대된다.

국가는 국적을 가지고 있지 않다는 이유로 개인에게 가해지는 박탈은 개인의 능력과 공헌과는 무관하게 사람들간의 모든 차별을 금지하려는 것이 국제인권법의 무차별원칙의 일반개념에 의하면 비합법적인 것이다. 외국인 처우에 있어서 국적이라는 고도의 인위적 기준에 기인한 내국민 대우나 최혜국 대우가 대립되나, 이러한 전통적인 보호방법을 넘어서, 인권 중심의 새로운 기준에 의한 외국인 대우가 주장되고 있다.

우리가 상호의존과 공존을 원한다면, 소수민족과 외국인에 대해 일반적인 인권기준에 의한 보호로 접근하고 수렴해 나가는 상호주의적 정책을 취할 준비를 해야 한다. 국제법기준에 따른 소수민족의 보호와 양자조약의 체결 등 상호정책에 결과, 화교 및 외국인 보호에 대한 실정법이 효력을 발하는 가운데 극단적인 정책이 완화될 수 있을 것이며, 이러한 노력의 결과는 결국은 재외 한국인의 대한 처우를 결정하는 기준이 되는 것이다.

36) J. Crawford, 'Foreword', McCormack, Simpson (eds.), *The Law of War Crimes: National and International Approaches* (The Hague: Kluwer Law International, 1997), p. xiii.

I. 問題의 提起

1999年 3月 김대중 대통령이 韓-日 頂上會談에서 거론한 '國內 定住 外國人에 대한 地方參政權 부여문제'는 우리사회의 定住外國人 문제에 대한 관심을 불러 일으켰을 뿐만 아니라 우리 國民의 外國人에 대한 인식을 되돌아 볼 수 있는 계기를 제공하였다. 이처럼 민감한 사안을 김대통령이 돌연 제기한 배경에는 수년에 걸쳐서 제기되어온 在日韓國人의 地方參政權 運動을 지원하기 위한 外交戰略的 차원의 배려가 깔려 있지 않나 생각된다.

在日韓國人의 지속적인 地方參政權 획득운동과 우리정부의 요구에도 불구하고 日本政府는 相互主義 原則을 내세워 參政권부여에 여전히 소극적이다. 이 같은 배경에서 日本政府의 相互主義 主張을 무색하게 만들기 위해선 우리 政府가 먼저 國內에 長期滯留하고 있는 外國人에게 投票權을 附與하는 획기적인 조치를 시도할 필요가 있다는 판단을 한 것으로 보인다.

世界各國은 相互依存關係를 깊이하면서 國家領域을 넘어서서 人類의 普遍的인 理念을 추구하는 지구촌시대를 맞이하게 되었다. 多數의 外國人이 다양한 目的이나 形態로 자기출신국을 떠나서 타국에 在留하게 됨에 따라 지금까지 豫想할 수 없었던 法的·制度的인 諸問題가 登場하게 되었으며 外國人의 人權問題를 包含한 法律關係와 權利·義務關係를 어떻게 保障하고 定立시킬 것인가 하는 것이 緊急한 課題로 登場하게 된 것이다. 人權은 現在 世界에서 普遍的으로 承認되고 있는 단 하나의 政治的이고 道德的인 理念이라고까지 말하고 있다.

人權保障의 問題는 오늘날 世界의 모든 國家에서 中心的인 問題가 되었으며 世界의 民主化過程의 構成要素이다. 民主化의 過程은 世界의 여러 곳에서 여러 形態로 행해지고 있다. 그러나 어디에서도 認識되는 것은 人權의 強化와 民主主義의 強化가 辨證法的인 統合을 나타내고 이 統合에서 두 個의 要素가 相互 同時에 原因과 結果로서 지탱하고 있다는 것이다.¹⁾

第2次 世界大戰후에 制定되거나 改正된 各國의 憲法에 있어서 人權의 保障은 가장 本質的이고 核心的인 地位를 차지하고 있다. 그러나 外國人이 憲法上 保障되는 基本的 人權의 享有主體가 될 수 있는가, 그리고 享有主體가 된다면 어떠한 基本的

1) I. Kristan, Gruntrechtsschutz. Demokratie. Vielvölkerstaat, For the Protection of Human Right, Proceedings of International Conference on Comparative Constitutional Law, The Japanese Association of Comp-arative Constitutional Law, 1990, P.371

人權이 外國人에게 保障되는가 하는 問題에 대해서는 그 동안 憲法이나 國際法分野에서 많은 理論이 展開되어 왔다.

20世紀 前半에는 國家를 運命共同體로 보는 思想이 一般的이었고 그러한 思想에 따른 制度가 普遍化되었다. 國家를 構成하고 있는 것은 國籍을 前提로 한 國民이고, 그 以外의 者는 그 在留形態를 不問하고 모두 一時的 滯留者로서 간주하였으며 그 國家의 國民이 되기 위해서는 歸化해서 同化하는 것이 當然한 것으로 생각되었다. 內外國人 平等이 國際法上 하나의 原則으로 되어 있다고 하더라도 그것은 私法上에서였고, 國際的 去來活動을 圓滑하게 하기 위한 要請에서 오는 私權의 平等에 지나지 않았다. 그것은 人間의 尊嚴과 價値를 尊重할 義務를 國家에 負擔시키는 法則이 아니었으며 公法上에 있어서는 內外人 平等이 이루어지지 않았던 것이다.²⁾

憲法上 保障된 國民의 基本權 가운데 어떠한 基本權이 外國人에게도 效力이 미치는가에 관해서는 憲法이 保障하고 있는 權利의 性質에 따라 그 適用與否를 決定해야 한다는 見解가 一般的이다. 民主國家의 憲法에서는 自然法思想에 立脚해서 人間의 基本權을 강하게 保障해야하고 國際協助主義 및 世界平和主義에 立脚해서 外國人의 人權에 대한 內外國人平等思想이 規定되어야 한다.

現代國家에서는 오히려 基本權 保障이 外國人에게도 內國人과 同一하게 保障되어야 하는 것을 原則으로 해야 하며 어느 基本權의 保障에 관해서 外國人에게 制約을 加한다면 合理的 理由와 根據에 의하여야 하는 것이다.

오늘날 國際社會의 人口移動 變化를 살펴보면 西유럽에서는 移民이나 勞動力의 流入에 의해 수많은 外國人이 居住하고 있으며³⁾ 우리 韓民族도 日本을 爲始하여 全世界에 約500萬이 居住하고 있다.⁴⁾ 이와 같은 國際社會의 發展과 變化는 지금까지의 憲法上 外國人에 대한 規定과 理論에서는 거의 豫想할 수 없었던 「國籍없는 內國人」(Inländer ohne Staatsangehörigkeit)이 나타나게 되었고, 그들에 대한 새로운 次元에서의 法的 地位 保障問題가 提起되고 있다. 그중 重要な 問題가 이들 「國籍없는 內國人」에 대하여 參政權을 附與할 것인가 하는 것이다.

權利의 性質上 外國人에게는 保障되지 않는 人權으로서 通常 學論되고 있는 것이 入國의 自由, 社會權的 基本權, 參政權 等이다. 參政權에 관한 한 外國人에게 이를 認定한다는 것은 國民主權原理에 反하는 것으로서 多數學說은 이를 否定하고 있다. 그리고 國政次元에서 外國人에게 參政權을 認定하려는 憲法學說도 극히 少數일뿐 아니라 實際로 이를 承認한 憲法例로서는 1918年の 蘇聯憲法, 1920年の 오스트리아 聯邦憲法, 우르과이 現行憲法 等を 들 수 있지만, 이들 國家는 歷史的인 特殊條件에 의하든지, 移民輸入國의 特性에 의한 것이다.⁵⁾ 그러나 地方自治體 次元의 參政權에

2) 萩野芳夫, 「外國人の 定住と政治的 權利」, 徐龍達(編) 定住外國人の 地方參政權, 日本評論社, 1992, PP. 105-106

3) Özsunay, E., The participation of the alien in public Affairs, Human Right of aliens in Euro(Council of Europe). 1985, P 197.

4) 國際文化研究所, 海外同胞의 現實과 政策課題, 1990, P17 참조

관해서는 일정한 資格을 가진 外國人에게도 이를 認定하는 것이 憲法上 可能하다는 學說이 有力해지고 유럽諸國에서는 그와 같은 立法例가 속속 登場하고 있는 것이다.

또한 日本에는 過去 植民地 統治에 基因하여 多數의 韓國人⁶⁾이 居住하고 있다. 1997年度 統計에 의하면 日本에는 148萬餘名의 外國人이 登錄되어 있고, 그 가운데 韓國人의 數는 65萬餘名으로써 日本在留外國人 總數의 약 半數를 占하고 있다. 在日韓國人의 大部分은 오랜 植民地 時期에 土地를 빼앗기고 生計를 維持하기 위하여 渡日하였거나 日本의 侵略戰爭 遂行을 위하여 強制 連行된 사람들과 그 子孫으로서 日本에서 태어나고 자란 사람들이다. 在日韓國人 社會의 世代交替가 進行됨에 따라 二世, 三世가 多數를 占하게 되었고 이들을 둘러싸고 있는 差別의 壁은 여전히 두터우며, 法的地位 또한 不安한 狀態에 있다.⁷⁾

국내에 재류하고 있는 華僑의 수는 주한 대만대사관의 통계에 따르면 1980년 29,254명 이던 것이 해마다 줄어 1990년에는 22,842 명에 이른다. 이들이 현재 주로 종사하는 업종은 요리사가 15%, 중국음식점 경영 40%, 보따리 장사 20%, 한의원 10%, 여행사, 자영업, 기타가 15% 정도로 추정한다.⁸⁾ 역대 우리 정부는 在韓 華僑에 대한 法的地位保障에 소극적으로 대응함으로써 1970년대초 12만명을 기록하던 華僑의 인구는 점차 감소해 왔던 것이다. 이들은 70년대 초부터 미국을 비롯하여 호주, 대만 등지로 이주하였다. 在韓 華僑의 法的地位 또한 불안하며 差別의 壁도 여전히 두텁다.

1980년대부터 1990년대에 걸쳐 在日韓國人의 參政權획득운동이 거세지면서 日本社會에서는 外國人參政權問題를 둘러싸고 학계와 언론계, 시민단체에 이르기까지 활발한 논의가 이루어져 왔으나 國內에서는 일부학자들의 관심 이외에 별다른 움직임을 보이지 못하였던 것이 사실이다. 日本에서도 이 문제에 관한 學說의 變化뿐 아니라 새로운 判例가 형성되었고 유럽의 경우에 있어서도 많은 변화가 이루어 졌다.

이하에서는 外國人의 參政權을 둘러싸고 벌어지는 憲法理論을 소개하고 學說과 判例의 傾向, 그리고 유럽을 비롯한 주요국의 동향을 고찰하므로써 '國籍없는 內國人'인 定住外國人에게 參政權附與의 可能性이 있는지를 살펴보고자 한다.

5) 廣渡清吾, 「定住外國人の 選舉權」, 法律時報, 1986.9. P.4

6) 日本에 居住하는 同胞들의 呼稱에 대해서는 “在日韓人” “在日韓國人” “在日同胞” “在日朝鮮人” 등 多樣하고 심지어는 南北 分斷現實이 反映되어 “在日韓國 朝鮮人”이라는 奇妙한 呼稱까지 登場하고 있다. 本稿에서는 “在日韓國人”으로 稱하고자 한다.

7) 金日花, 「在日 朝鮮人の 法的地位」, 在日朝鮮人, 1991, PP.117-118

8) 조홍윤, 한국화교의 고통과 고민, 민족과 문화 제5집 1997, www.kcba.net

II. 外國人 參政權의 法理

1. 基本權 享有主體性

一般的으로 外國人이란 當該國의 國籍을 갖지 않은 者와 無國籍者를 包含하는 概念이다. 本稿에서 研究의 對象으로 삼고자 하는 外國人은 一時的 滯在者나 通過市民(Transitbürger)이 아닌 「國籍 없는 內國人」, 「歸化되지 않은 內國人」로서의 定住外國人⁹⁾ (die für längere zeit ansässige Ausländer)이다.

法的關係에서도 居住國의 國民과는 다른 地位에 있고 종종 多樣的 側面에서 別個의 取扱을 받는다. 外國人 概念은 「國家」라는 居住空間 單位를 基本的 前提로 하는 點에서 생긴다. 國家가 없으면 國民概念은 없고 非國民인 外國人概念이 成立할 餘地도 없다. 또 가령 外國人 概念이 理念的으로 存在하고 있다고 하더라도 經濟·社會·文化의 諸側面에서 國家를 超越한 交流가 없다면 무릇 外國人의 人權問題를 論할 實際的인 意味는 없을지도 모른다. 그러므로 外國人 問題는 當該國의 人權에 대한 態도와 密接한 關係에 있는 것이다.

外國人의 人權을 둘러싸고 憲法論上의 對立이 생기는 것도 이러한 方法論上의 相違에 歸着된다. 그러나 人權의 前國家의 性格을 強調하더라도 外國人의 人權은 國家權力의 保障이 前提됨으로써 實質化 할 수 있으며 外國人이라는 理由만으로 人權이 否定될 事由는 없는 것이다.¹⁰⁾

外國人의 法的地位는 西歐國家를 中心으로 發展해 왔다. 外國人에 대한 領土國의 態도는 ① 亡命者나 國家의 貴賓에 대한 歡待와 特權附與를 例外로 하고 領土國內의 外國人들은 모두 敵으로 看做하던 段階로부터 ② 自然法思想의 影響으로 個人의 基本權 概念이 發芽되어 外國人 특히 商人의 交易에 관한 自由와 法的 權利를 保障하던 段階를 거쳐서 ③ 外國人으로서의 個人的 權利를 人權의 次元에서 國際的으로 保護·保障하려는 段階로 發展하여 왔다고 整理될 수 있다.

現代 國際法의 潮流가 外國人을 包含한 모든 人間의 人權을 國際法的 保護와 保障의 對象으로 하였으며 國內 憲法도 같은 方向으로 發展하여 國內法上 外國人 地位의 保護·保障이라는 새로운 次元에서 理論의 再定立이 要求되고 있는 것이다.¹¹⁾

9) 日本의 徐龍達 教授는 定住外國人의 概念을 「日本社會에 生活의 基盤이 있고 社會的 生活關係가 日本人과 實質的으로 差異가 없고, 日本國籍을 갖지 않은 人(外國人)을 말한다. 具體的으로 ① 大日本帝國의 侵略에 의해서 直接 혹은 間接을 不問하고 할 수 없이 渡日하게 된 韓·朝鮮人, 中國臺灣人 등 ② 前項의 韓·朝鮮人과 中國·臺灣人의 子孫으로서 日本에서 태어나서 자란 者 ③ 日本에 居住해서 3年(國籍法上 歸化의 最短年數) 以上の 者로서 生活의 基盤이 日本에 있고, 納稅의 義務를 履行하고 있는 其他의 外國人」이라고 說明하고 있다. 徐龍達, 「定住外國人의 地方參政權」, 徐龍達(編) 前掲書, PP. 5-6

10) 橫坂健治, 「法人·外國人と 人權」, 憲法學의 基礎概念 II, 杉原泰雄(編), 勁草書房, 1983, P.173

11) 白忠鉉, 「在韓外國人의 法的地位」, 碩巖 襄載湜 博士 華甲記念 論文集 「人權과 國際法」, 博英社, 1989, PP 63 - 64

外國人이 憲法上 保障하는 基本的 人權의 享有主體가 될 수 있는가, 또 享有主體가 될 수 있는 境遇 어떠한 基本的 人權이 外國人에게도 認定되는가 하는 問題는 憲法觀과 基本權觀에 따라 그 對應策이 달라질 수 있다.

한스켈젠(Hans Kelsen)은 「自然法이란 法의 탈을 쓰고 登場하는 政治」¹²⁾라고 말하였고, 엘리네크(G. Jellinek)는 自然法을 「法에 관한 想像」¹³⁾이라고 생각하여 外國人은 基本權의 主體가 될 수 없다고 하였다. 基本權을 國家權力에 의해 배풀어지는 「法律속의 自由」(Freiheit im Gesetz)라고 理解하는 法實證主義的 觀點에서 볼 때 基本權을 누릴 수 있는 것은 「法的인 크기」로서의 「國民」에 한하고 外國人은 除外된다.¹⁴⁾

이러한 立場에서는 基本權이 어느 範圍까지 認定되어야 하는가 라는 問題는 憲法上의 問題가 아닌 法律留保的인 次元의 問題로 轉落되고 마는 것이다. 그렇게 되면 國民의 基本權이나 外國人의 基本權은 다같이 法律政策의 所産으로 볼 수 밖에 없고 基本權의 主體를 憲法上의 問題로 다루면서 外國人이 包含되는가, 아닌가에 대한 論爭을 벌일 理由가 없는 것이다.¹⁵⁾

憲法上 保障된 基本的 人權을 享有하는 主體로 外國人이 될 수 있는가 하는 理論이 實質的으로 어떠한 意味를 가지기 위해서는 立法權者를 비롯한 모든 國家權力을 羈束하는 基本權의 「價値規範的 性格」(Wertnormcharakter)이 前提되지 않으면 안된다. 그 「價値規範的 性格」을 C. Schmitt와 같이 自然法에서 이끌어 내느냐 아니면 R. Smend처럼 生活共同體의 價値的인 Konsens에서 찾느냐는 別個의 問題로 치더라도 어떤 形式으로든지 國家權力에 優先하는 基本權의 生活秩序的 機能을 認定치 않고는 基本權과 外國人의 相互關係를 論하는 것은 無意味하다. 基本權의 價値規範的 性格을 前提로 해서 基本權의 權力羈束的 價値가 外國人에게도 效力이 미친다고 본다면 基本權은 國民은 물론 外國人에 관한 國家作用의 限界를 뜻하게 되어 外國人의 國內法上 地位는 「憲法上의 地位」로 까지 昇華될 수 있을 것이고 反對로 外國人은 基本權의 主體가 될 수 없다고 보는 境遇에는 外國人의 地位는 단순한 法律上의 地位에 지나지 않게 될 것이다.¹⁶⁾

大韓民國 憲法 第6條 2項에 의하면 「外國人은 國際法과 條約이 정하는 바에 의해 그 地位가 保障」된다고 規定하고 있다. 문홍주교수의 見解¹⁷⁾에 의하면 ① 主權者로서의 國民에 外國人은 包含되지 않으며 ② 外國人은 選舉權이 없기 때문에 國家機關으로서의 國民의 構成分子가 될 수 없다. ③ 基本權의 主體로서의 國民에는 물론 外國人이 包含되는 것은 아니지만 國際平和主義 時代인 오늘날에 있어서는 外國에 있는 自國民을 保護하겠다는 思想으로 外國人도 自國의 國民과 同一하게 다루고

12) H. Kelsen, Allgemeine Staatslehre, 1925, ND 1966, S.40,

13) G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3, Aufl (1928). ND 1976.S.345

14) 許營, 韓國憲法論, 博英社, 1990, P.239

15) 上掲書, P.239

16) 上掲書, P.242

17) 文鴻柱, 韓國憲法, 海巖社, 1981, P.180

있다고 주장하고 있다. 이 見解에서는 選舉權은 國民主權主義에서 導出된 當該國의 主權者인 國民의 基本的人權이고 이 國民속에 外國人은 包含되지 않는 것을 自明의 前提로 하고 外國人의 基本權主體性을 國家의 施惠의 裁量事項으로 把握하고 있다고 볼 수 있다.

박일경 교수는 우리 憲法 第2章의 國民은 大韓民國 國民, 즉 大韓民國의 國籍을 가진자를 意味한다.¹⁸⁾고 하고 基本權의 主體를 國籍法上의 國民에 限定시키고 있다.¹⁹⁾ 이에 反해서 通說은 外國人도 一定範圍內에서 基本權의 主體가 될 수 있다고 한다.²⁰⁾

歐洲 大陸을 起點으로 해서 世界市民(Weltbürger)의 소리가 점점 높아지고 또 民主主義를 指向하는 모든 社會共同體의 價值的인 Konsens가 自由, 平等, 正義로 集約되는 一定한 基本權 秩序에 의해서 表現되고 있는 오늘의 時代狀況속에서 外國人의 基本權 主體性을 認定하는 것은 國家의 同和的 統合의 目標에 비추어 볼 때도 바람직하다.²¹⁾ 마찬가지로 日本에 있어서도 憲法上 基本的人權의 保障이 日本에 在留하는 外國人에도 미치는가에 관해서는 여러가지 學說이 있다. 第1說은 日本國 憲法 第3章에 規定한 基本的人權의 保障은 日本 國民에게만 保障되고 日本에 在留하는 外國人에게는 適用되지 않는다는 것이다. 第2說은 日本國 憲法에 規定한 基本的人權에 관한 諸條項中 「누구라도」라고 規定하는 境遇와 「國民은」이라고 規定한 境遇를 특히 區別해서 前者의 境遇에는 日本國民의 權利뿐만 아니라 在留外國人에게도 基本權이 保障된다고 주장한다. 第3說은 日本國 憲法에 「누구라도」라고 規定되어 있는 境遇, 外國人의 權利義務까지도 包含해서 憲法上 保障된다는 說에 대해 文言上의 形式的 區分만으로는 不徹底하다는 것이다. 즉, 「누구라도」라고 規定되어 있는 境遇에는 外國人의 權利義務까지도 包含해서 保障하고 있지만 「國民은」이라고 規定되어 있는 境遇에도 그 權利義務의 性質에 의해서 外國人의 權利義務까지도 保障하고 있다는 것이다.²²⁾

日本의 最高裁判所도 「憲法3章의 諸規定에 의한 基本的人權의 保障은 權利의 性質上 日本國民만을 對象으로 하고 있다고 解釋되는 것을 除外하고 우리나라에 在留하는 外國人에 대해서도 똑같이 미치는 것이라고 解釋해야 한다」고 判示하고 있다.²³⁾ 또 美國의 判例도 이와 같은 立場에 立脚하고 있다.²⁴⁾ 自然權 思想에 立脚하여 人權을 두터히 保障하고 國際協助主義·平和主義를 強調하고 있는 現代國家의 憲法下에서 外國人의 人權保障과 內外國人 平等思想에 立脚하여 憲法上 基本的人

18) 朴一慶, 新憲法學 原論, 法經出版社, 1986, P.200

19) 上揭書, P.201, 朴一慶, 「基本的人權과 그 主體」, 考試研究, 1974.10, P.12 以下 參照

20) 權寧星, 憲法學原論, 法文社, 1988, P.257

21) 許營, 前揭書, P.243

22) 太田益男 「基本的人權의 概念」, 世界各國의 憲法制度, (大石義雄 博士還曆記念論文集), 有信堂, 1966, PP.120 - 121

23) 昭和53年, 10.4. 民集 32卷 7號 P.1223

24) Takahashi V. Fish and Game Commission, 334. U.S. 410(1948); Flemming V.Nestor, 363. U.S. 603(1960); Oyama V. California, 332. U.S.633 (1948)等 參照

權이 外國人에게도 똑같이 미친다는 것을 原則으로 함으로써 當該 國家의 同和的 統合에 기여할 수 있을 것이다.

2. 外國人에 대한 參政權 附與의 必要性

世界人權宣言 第6條는 「모든 人間은 어떠한 場所에 있어서나 法律앞에 하나의 人間으로서 認定을 받을 權利를 가진다」고 規定하고 同22條에서는 「사람은 누구를 莫論하고 社會保障을 받을 權利를 가지며, 國家의 努力과 國際的 協助를 통하여 또는 各國의 機構과 資源이 許하는 範圍 안에서 그 尊嚴性과 人格의 自由로운 發達에 不可缺한 經濟的·社會的 또는 文化的 諸權利를 實現하는 權利를 가진다」고 되어 있다. 「經濟的·社會的·文化的 諸權利를 實現하는 權利」로서 選舉權이 매우 重要하다는 것은 말할 必要도 없는 것이다. 人間의 基本的人權가운데 가장 重要한 權利 중 하나가 參政權이다. 자신의 人權을 자신이 지키기 위해서, 個人生活의 모든 分野를 支配하고 있는 政治에 參與해야 하는 것이다.

지금까지 各國의 通說的 見解는 國民國家論에 立脚하여 選舉權은 當該國의 主權者인 國民에게만 주어진 基本的人權이고 이것은 外國人에게는 부여할 수 없다고 하였다.²⁵⁾ 즉, 外國人에 대한 選舉權 附與는, 國民의 政治的 統一을 破壞하고, 選舉에 의한 民主的 同質性을 찾아내는데 妨害가 되며, 國民에 있어서의 民主的 自己發見과 自己決定을 沮害 한다는 것이다.²⁶⁾ 그러나 地方自治體의 選舉權은 國政次元의 選舉權과는 憲法理論的인 면에서나 實定憲法的인 면에서 質적으로 다른 種類의 選舉라고 볼 수 있다.²⁷⁾

定住外國人에게 地方選舉權을 부여하는 意味는 公共生活의 共同決定을 媒介하는 것으로서 아울러 그 個人의 人格을 認定하는 象徴的인 意味를 가지고 있는 것이다. 定住外國人을 差別的으로 待遇하는 것이 아니라 한사람의 人間으로서 平等하게 處遇하는 轉換의 象徴이며, 그 外國人 住民에 대해서 그 地域의 住民으로서의 自覺, 權利意識과 義務意識을 갖게 하는 意味인 것이다.²⁸⁾

基本的人權이란 人間의 社會的인 生活에서 最低한 지켜야할 基本的 利益이라고 觀念되고 있다. 大部分의 사람이 태어난 國家에서 生活하던 時代에는 國籍이라는 基準으로써 人權을 屬人的으로 保障해서, 그 地域에서 生活하고 있는 者를 一時的인 滯在者와 區別하는 것이 適切하였다. 그러나 人間이 國境을 超越해서 定住하는 오늘날의 時代에 國籍을 基準으로 한 人權保障은 生活의 實態에 맞지 않게 되었다. 그 國家의 國籍을 가진 者에 한해서 憲法이 規定한 基本權을 保障한다는 것은 舊態

25) A.Evans, The political Status of Aliens in International Law, Munic-ipal Law and European Community Law, 30 ICLQ 20, P.31 許營, 前揭書, P.244, 朴一慶, 前揭書, P.201, 權寧星, 前揭書, P.258. 等

26) Isensee, Antragsbründung Schleswig - Holstein, S.48

27) 葛奉根, 독일연방공화국기본법에 있어서의 외국인의 선거권, 충남대 법학연구, 1990, P.116

28) 江橋 崇, 「ヨーロッパにおける 外國人の 地方參政權의 現狀」, 徐龍達(編) 前揭書, PP.149 - 150

依然한 思考가 아닐까 생각한다.²⁹⁾

當該 地域의 住民이 參政權의 行使를 통해 그 代表를 選出하고 그 代表者의 行動에 의해 當該 社會의 一般意思 形成에 參與하고, 그 政治的 決定에 따르는 것이 民主主義의 基本原理인 것이다. 따라서 外國人이라 해서 無條件 選舉權 行使를 排除할 것이 아니라 그 出生地나 言語疏通有無, 生活의 根據, 教育程度, 經濟關係 等を 考慮한 그 社會의 同化程度에 비추어 當該 社會의 一般意思 形成에 參與할 適格이 있는 以上 當然히 選舉權이 附與 되어야 하고 地方自治의 本旨에 비추어 보더라도 地方選舉權은 當然히 附與되어야 할 것이다.

3. 參政權의 法理

(1) 選舉權의 意義와 法的 性質

參政權은 國民이 國政에 參與할 수 있는 民主的·政治的 權利(demokratisch - politische Rechte)이며 國家의 모든 政治에 대한 能動的인 參與權(Recht auf Mitwirkung)이다.³⁰⁾ 參政權이 權利로서 主張되고 保障되게 된 歷史的 過程은 西歐에 있어서의 市民國家와 民主主義의 成立·發展의 過程이기도 한 것이다. 즉, 所謂 「社會契約論」에 國家의 成立과 存在의 理由로서, 國家의 意思와 行動을 恒常 市民 혹은 國民과의 合意에 基盤을 두지 않으면 안된다는 理論에서 始作된다.³¹⁾

市民國家의 形成過程에 있어서는 國民主權을 基本原理로 하는 民主主義의 要所로서 參政權은 主權者인 國民에게 保障되는 權利, 즉 國民固有의 權利로 認定되어 왔다. 그리고 國家의 構成員인 國民이 아닌 外國人 및 無國籍者에는 保障되지 않는 것이 當然의 法理로서 생각되어 왔다. 參政權은 일찍부터 「國民의 義務」의 하나라고 일컬어지고 있는 納稅의 義務와 關聯해서 主張되고 認定되어 왔다. 즉 稅金을 納付하는 者에게는 그 擔保로서 投票權 혹은 參政權이 부여되어야 한다는 論理이다. 그리고 유럽 및 日本에 있어서도 歷史적으로 모든 國民이 아닌 稅金 納付者에 한해서, 혹은 納付稅金의 額數에 의해서 選舉權·被選舉權이 認定되고 있었던 것은 周知하는 바와 같다.³²⁾ 그러나 納稅의 報償으로서 認定되는 選舉權도 當該 國家의 國民 아닌 外國人에게는 비록 稅金을 納付해도 保障되는 일은 없었던 것이다.³³⁾

參政權은 政治的 基本權(ein politisches Grundrecht)이며 個別的인 國民의 能動的 權利인 것이다. 參政權의 種類를 살펴보면 公務員의 選任과 罷免에 관한 權利, 公

29) 上揭論文. P.151 參照

30) V. Mangoldt - Klein, Das Bonner Grundgesetz, 1955, S.61

31) 金東勳, 「定住外國人と 地方自治體 參政權」, 1990, KOBE Symposium 主題發表 資料集, P.30

32) 舊日本帝國 衆議院 議員選舉法(1889. 2. 11.法律 3號)에는 衆議院 議員 選舉權 資格을 日本國民인 男子로서, 25歲 以上, 日本(內地)居住者中에서 一定額의 納稅義務가 있었다. 納稅는 直接 國稅로서 1902年은 10圓以上, 1920年에는 3圓以上, 1928年에는 制限이 없게 되었다. (崔昌華, 名前と國籍, 酒井書店, 1979, P.251)

33) 金東勳, 위 發表 PP.30-31

務擔任權, 選舉權, 被選舉權, 國民發案權, 國民票決權 等으로 나누어 볼 수 있다. 參政權中에서 가장 重要的 것이 選舉權이다. 우리 憲法에는 憲法改正案에 대한 國民票決(第130條 ②③項), 國家安危에 관한 重要政策에 대한 國民票決(第72條), 選舉權(第24條), 公務擔任權(第25條)을 規定하고 있다.

選舉權은 모든 國家의 憲法에서 基本的 權利로 認定하고 있지만 그 法的 性格에 관해서는 여러 학설이 대립되고 있는데, 選舉權은 天賦의 權利로, 不可讓·不可侵의 權利로 보는 자연권설, 選舉權은 어디까지나 選舉機關으로서의 國民의 機能(Funktion)이라고 보는 기능설, 選舉權은 選舉하는 權限이 아니고 國家機關의 選任 行爲인 選舉에 參加하는 選舉人團의 權限이라고 보는 권한설, 그리고 選舉權은 國家機關으로서의 活動의 許容에 그치는 것이 아니고 國家意思의 形成에 參與하는 權利 즉 選舉를 國家를 위한 機能으로서 또 選舉權을 公法에 의하여 주어진 主觀的 權利로 分離해서 생각하려고 하는 二元說 등이 있다.³⁴⁾

以上 살펴본 바와같이 機能說, 權限說, 二元說의 어느 것에 의하더라도 國家意思의 形成, 公務性, 承認된 公務라는 性質로 보고 있기 때문에 選舉權은 國民에게 獨占된다고 解釋할 수 있다. 그러나 自然權說의 立場에 서는 境遇, 選舉權을 自然權으로 보기 때문에 國民만이 아니라 外國人에게도 그 權利를 承認할 餘地가 있게 된다. 그러나 이 學說은 아직까지 큰 呼應을 받지 못하고 있으며 二元說이 通說로 되어있다. 이와 같은 選舉權의 法的 性質에 관해서는 憲法現實의 變換에 따라 앞으로 더욱 研究되어야 할 課題인 것이다.

(2) 國民主權原理와 國民概念의 擴張論

지금까지 國際法이나 國內法上 選舉權은 「國民主權主義」에서 導出된 當該國家의 主權者인 「國民」의 基本的人權이고 이것을 外國人에게는 부여할 수 없다는 것이 通說的 見解이다. 그리고 여기서 「國民」이 當該國家의 「國籍保有者」를 意味하는가 하는 것은 결국 「國民主權」이라는 意味를 어떻게 理解하는가 하는 點에 歸着된다.³⁵⁾

外國人의 國政選舉權을 肯定하는 견해에 있어서 가장 커다란 理論的障礙는 國民主權論이다. 國政選舉는 國民의 主權 行爲의 가장 重要的 手段이 되기 때문이다. 肯定설이 이 障礙를 뛰어넘기 위해서는 國民概念을 縮小해야 한다. 國民 가운데에 定住外國人이 포함된다고 한다면 國民主權原理는 肯定설의 장애요인이 아닌 肯定적 要件으로 전환된다. 肯定설을 취하는 학자들 대부분이 國民 개념을 확장하려고 하는 이유가 여기에 있다.

日本の 浦部교수는 일반적으로 國民主權이라는 용어를 사용할 때 그 國民을 구성하는 자는 國籍保有者에 한정되지 않고 定住外國人도 포함될 수 있으며 따라서 外國人에게 國政選舉權을 보장하는 것이 바람직하다고 하면서 그 논거로 다음의 3가

34) 金哲洙, 「基本權의 體系」, 서울大 法學(10卷 1號), PP.88 - 89

35) 浦部法穂, 「日本國憲法と 外國人の 選舉權」, 徐龍達(編) 前掲書, P.55

지를 들고 있다.

첫째, 國民主權의 원리는 시민혁명기에 있어서 君主主權에 대항하기 위하여 제창된 것으로 外國人을 國政에서 배제하기 위한 것이 아니다.

둘째, 國民主權의 원리는 治者와 被治者의 동질성을 의미한다. 民主主義 政治는 人민에 의한 自己統治이고 「主權者가 될 者」란 그 「政治社會를 구성하는 모든 사람」이다.

셋째, 國民主權의 담당자를 생각할 때 國籍保有者가 곧 國民이라는 것은 타당하지 않고, 「主權者가 될 者」가 「國民」이 되어야 한다는 것이다. 이와 같은 國民概念을 전제로 해서 國家社會에 있어서 政治的 決定에 따르지 않을 수 없는 「生活實態」를 가진 外國人은 國民에 해당하고 國政選舉權을 보장해야 한다는 것이다.³⁶⁾

獨逸에서는, 基本法 20條에 「모든 國家權力은 國民(Volk)으로부터 나온다, 國家權力은 國民에 의한 選舉·投票에 의해 立法·執行權 및 裁判의 特別機關에 의하여 行使된다」고 規定하여 聯邦에 관한 國民主權原則을 明白히 하고 있으며 第28條는 「州.郡(Kreis) 및 地方自治團體(Gemeinde)의 國民은 普通·直接·自由·平等·秘密選舉에 따라 構成된 議會에 의해서 代表되지 않으며 안된다」고 規定하고 있다. 이러한 條項의 解釋을 둘러싸고 外國人의 選舉權·被選舉權에 관한 여러 立場이 對立되고 있다.

첫째, 基本法에서의 「Volk」의 概念을 解釋하는데 있어서 서로 다른 見解가 있다. 그 하나는 國民(Volk)이란 國家權力을 正當化하고 그에 歸屬되며, 選舉와 票決을 통하여 스스로 行使하는 國民, 다시 말하면 獨逸人으로 構成되어진 「獨逸國家國民」(Staats Volk)만을 意味하고 있고, 聯邦 및 州의 選舉에서 外國人을 排除할 뿐 아니라 郡 및 地方自治團體의 選舉에서도 權利를 갖지 않는다는 것을 意味한다는 見解이다.³⁷⁾ 또다른 하나는 「國民」의 限界要件은 獨逸聯邦共和國 領域에 있어서 生活과 運命共同體의 領土의 限界로부터 正當화된다는 것이다.³⁸⁾ 이 見解에 따르면 國籍을 가진 國民과 同一한 生活實態를 갖고 있는 定住外國人도 「國民」概念속에 包含된다고 볼 수 있다.

前者的 見解는 다음과 같은 批判을 받는다. 첫째는, 1960年代 以後의 獨逸社會의 發展的 變化에 隨伴된 이른바 「事實的 移民國家」(de-facto-Einwanderungsländer)로서의 變化에 基因한 憲法變遷에 基礎한 새로운 社會的 狀況을 看過하고 있다는 것이고, 둘째는, 國民을 但只 獨逸人으로 構成되어진 「國家國民」(Staatsvolk)과 「國家

36) 上揭論文, pp.55~57 참조; 長尾一紘, 外國人の參政權, 世界思想社, 2000, p.32

37) Josef Isensee, Die staatsrechtliche Stellung der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland, VVDStRLR 32(1974), S. 49(90); derselbe, Nordrhein-West fahrens und der Bundesverfassung, Krit V 1987, S.300-304; Helmut Quaritsch, Staatsangehörigkeit und Wahlrecht-Zum Problem der Ausländerwahlrechts, DÖV 1983,S.1(9)

38) Zuleeg, Grundrechte Für Ausländer; Bewährungsprobe des Verfassungsrecht, DVBL 1974, S.341(349); Helmut Rittstieg, Wahlrecht für Ausländer, verfassungsfragen der Teilnahme von Ausländern an den Wahlen in der Wohngemeinde, 1981, S.45-47; Brun-Otto Bryde, Ausländerwahlrecht und grundgesetzliche Demokratie, JZ, 1989,S.258-260.

市民」(Staatsbürger)만에 限定하고 있기 때문에, 必然的으로 獨逸國籍國民임을 前提로 하고 있으며, 따라서, 이 點에 있어서의 國籍은 國家에 대한 持續的인 忠誠과 服從關係에 結果되게 되어 「逃避할 수 없는」(unentrinbar)것이 되며, 또 民族國家的인 時代의 遺物이 되고 만다는 것이다. 그러나 國籍이란 獨逸基本法上的 法治國家에 있어서는 持續的인 忠誠·服從關係(Treu-und Gehorsamsverhältnisse)는 아니며 「逃避할 수 없는」것이 아니다. 이러한 民族民主主義的 表現들은 獨逸基本法이 이미 克服한 從前의 民族國家的 時代에 基因하는 것이다. 특히 權利와 義務가 國籍과 不可分의 聯關關係에 있다는 意味로서의 國籍의 制度的 保障은 獨逸基本法上에서는 存在될 수 없다. 예컨대 兵役의 義務는 兵役法 第2條(Wehrpflichtgesetz)에 依據하여, 外國人과 無國籍者에게도 賦課될 수 있다. 따라서 前者的 「國民」에 대한 見解에 따른다면, 오로지 選舉權만이 國籍의 獨占의 附屬物로 남게 된다. 즉 이 見解에 있어서는 選舉權은 從來 地方次元에서도 國籍所持者만에 留保되고, 또 獨逸國籍을 所持하지 않는 者에 選舉權을 附與하는 것은 國籍의 制度的 保障에 違反된다는 것이다.³⁹⁾

그러나 이와 같은 見解는 「證明될 수 없는 原則」(petitio principii)이며, 無理한 主張이라는 비판을 받는다. 즉 「國民」의 개념이 國籍保有者에 한정된다는 解釋은 首肯할 수 없는 많은 難點을 갖고 있다는 것이다. 오늘날 獨逸聯邦共和國에 있어서는 「歸化 없는 移民」(durch die Einwanderung ohne Einbürgerung)으로 因하여 民主主義의 本質이 變化되었고 따라서 獨逸基本法 第20條 2項과 第28條 1項 2段에 있어서의 「國民」은 國籍을 前提한 「國家國民」(Staatsvolk)과 「國家市民」(Staatsbürger)이 아니라 獨逸聯邦共和國 領域內的 獨逸人과 定住外國人을 包含하는 概念으로 볼 수 있으며 여기에서의 定住外國人은 獨逸聯邦領域內에 그들의 持續的인 生活手段의 根據(dauernde Lebensmittelpunkt)를 갖고 있는 사람들이라는 것이다.⁴⁰⁾

이상 살펴본 바와 같이 民主主義의 本質의 變化(die Äüderung des Substrates der Demokratie)는 獨逸基本法 第20條 2項과 第28條 1項 2段에 있어서의 「國民」의 憲法的 意味를 變遷시키고 있다.⁴¹⁾ 이러한 憲法變遷(Verfassungswandel)主張은 오늘날 獨逸憲法學界에 많은 論議를 불러 일으키고 있다.

1989년 Schleswig-Holstein州와 Hamburg市の 地方自治體 選舉權에 대한 違憲 審査申請의 論據로서 Isensee는 外國人에 대한 選舉權附與가 國民의 政治的 統一을 妨害하고 選舉에 의한 民主的 同質性을 찾아내는데 妨害가 되며 獨逸人에 있어서의 民主的 自己發見과 自己決定을 沮害한다고 陳述하고 있지만⁴²⁾ 이와 같은 憲法理論은 民族主義的이며 國粹主義的인 낡은 憲法觀에서 나온 것이라고 보지 아니할 수

39) 葛奉根, 前揭論文, P.115

40) 上揭論文, P.116

41) Rittstieg a.a.O. S.45-47; M.Zuleeg, Die Vereinbarkeit des Kommunalwahlrechts für Ausländer mit dem deutschen Verfassungsrecht, im Ausländerrecht und Ausländerpolitik im Europa, 1987, S.157 參照

42) Isensee, Antragsbegründung Schleswig-Holstein, S.48

없다.

浦部 교수는 “「國籍」觀念을 本來의 沿革에서 말하면 틀림없이 「國民主權」原理와 「國籍」의 觀念은 不可分의 關係에 있지만, 그러나 國籍이 國民主權의 內容을 規定하는 것이 아니고, 오히려 「國民主權」이 「國籍」의 內容을 規定한다고 본다면 「國民主權」原理를 「國籍을 가진 者」에 의한 權力의 正當化 原理라고 수용하는 것은, 반드시 正當한 수용방식은 아닌 것이 된다. 主權者여야 하는 者에는 「國籍」이 부여된다고 하는 前提下에서만 「國民主權」原理는 「國籍을 가진 者」에 의한 權力의 正當化 原理로 될 수 있는 것이다. 逆으로 말하면 萬若 무언가의 事情에 의해서 그 前提가 없는 境遇에는 「國籍을 가진 者」만으로는 그 權力을 正當化 할 수 없는 것으로 되는 것이 當然하다. 「國民主權」原理의 「國民」이 具體적으로 어느 範圍의 者를 가리키는가 하는 것은 어느 範圍의 者를 主權者라고 해야 하는가에 의하여 결정되는 것이고 當然히 「國籍保有者」에 限定되는 것은 아니다”라고 한다.⁴³⁾

民主主義는 「最大多數의 最大幸福」을 目的으로 하면서 人間의 尊嚴과 價値를 最高의 理念으로 하고 있다. 이와 같은 理念이 實現되기 위해서는 그에 適合한 國家意思 形成過程이 必要하게 되며 그 國家意思에 關聯되는 當事者는 그 過程에 參與해야 하는 것이다.⁴⁴⁾

이와 같이 憲法上 一原則으로 되어 있는 國民主權 原則에 있어서 「國民」의 概念이 當該 「國籍을 가진 者」만을 意味하는 것은 아니라 憲法現實의 變遷에 따라서 또는 새로운 憲法理論에 따라 變化하고 있다는 主張은 國民主權主義의 「國民」概念속에 「國籍을 가진 國民」뿐만 아니라 「定住外國人」까지도 包含된다는 것이다. 이와 같은 主張에 따르면 憲法上의 國民主權主義에서 導出된 國民의 選舉權이 定住外國人에게도 保障된다는 正面突破의 憲法理論가 構成될 수 있으며 오늘날 獨逸이나 日本의 進歩的 性向의 憲法學者들 사이에 점차 그 主張이 높아지고 있는 것이 現實이다.

(3) 法 앞의 平等

平等의 原則(Gleichheitssatz)은 自由權과 함께 古典의 基本權의 2大支柱를 意味한다. 近代 憲法의 基本權이 美國의 「權利章典」과 프랑스의 「人間과 市民의 權利宣言」을 그 基礎로 하고 있는 것과 같이, 平等의 原則도 또한 美國의 權利章典(Bill of Rights)과 프랑스 革命에 있어서의 權利宣言을 그 基礎로 한다. 따라서 이러한 過程에 의해서 「人間과 市民의 權利宣言」을 그대로 繼承한 1791년의 프랑스 憲法을 始作으로 이 平等의 原則은 近代憲法의 基本權으로 成文化되기 始作하였고 오늘날에 와서는 世界人權宣言을 비롯한 各國의 憲法에 規定되어 있다.⁴⁵⁾

이 平等의 原則은 모든 人間을 平等하게 다룰 것을 要求하는 法原則으로서 그 中

43) 浦部法穂, 前掲論文, PP.57-58

44) Brun-Otto Bryde, Aüsländerwahlrecht und grundgesetzliche Demokratie, JZ, 1989. S.258

45) 韓泰淵, 憲法學, 法文社, 1983, P.910

心內容은 法秩序의 內在的 理念으로서의 實質的인 機會의 均等(Chancengleichheit) 내지 恣意의 禁止(Willkürverbot)라고 할 수 있다.⁴⁶⁾ 平等의 原則에 있어서의 「法 앞의 平等」의 이른바 「平等」이란 國家權力에 대한 恣意의 禁止를 말한다.⁴⁷⁾ 여기에서 「恣意의 禁止」란 正義의 觀念에 따라서 具體的인 境遇에 있어서, 그리고 그 本質에 있어서 平等한 것은 平等(Gleiches gleich)하게 不平等한 것은 不平等(Ungleiches ungleiches)하게 取扱해야 하는 것을 말한다. 이러한 意味에서 平等의 原則에 있어서의 이른바 平等이란, 바로 平等 = 恣意禁止 = 正義를 그 概念內容으로 하고 있다. 여기에서 무엇이 恣意나 하는 問題는 具體的 事態에 있어서 그것을 平等하게 取扱해야 할 것을 不平等하게 取扱하거나 不平等하게 取扱해야 할 것을 平等하게 取扱하는 境遇를 말한다. 따라서 어떠한 措置가 恣意이나 하는 問題는, 그 措置의 主觀的 動機를 떠나서 客觀적으로 그 恣意의 實質的 內容을 標準으로 하지 않으면 안 된다.⁴⁸⁾

外國人이 平等權의 享有主體가 될 수 있는가에 대해서는 學者들간에 主張이 對立되고 있으나 오늘날처럼 國境이 폭넓게 開方되는 國際化時代, 世界人의 時代에 閉鎖的인 國際社會를 前提로 한 外國人에 대한 排他的인 姿勢는 옳지 못하다. 平等權이 基本權 實現의 方法的 基礎로서의 意味와 機能을 가지며 機會均等과 恣意禁止를 그 內容으로 하는 것이라면 國內居住 外國人도 原則적으로 平等權의 主體가 된다고 보아야 한다.⁴⁹⁾

獨逸의 터어키人이나 日本의 在日韓國人, 國內의 華僑 등과 같이 그 社會에 生活의 根據가 있고, 그 나라의 國民과 同一한 生活實態를 가지며 앞으로도 계속 運命共同體로 살아가야 할 定住外國人에게 단지 國籍이 없다는 理由만으로 여러 方面에서 差別待遇를 하고 있는 것은 法 앞의 平等에 어긋나는 것이며 平等權의 差別根據인 合理的 差別의 判斷基準에도 벗어나는 것이다. 「國籍없는 內國人」인 그들에게 地域社會의 次元에서 政治的 意思決定에 參與할 수 있는 選舉權을 부여하는 것이야말로 差別을 없애고 法 앞의 平等原則에 接近하는데 많은 貢獻을 할 수 있는 길이다.⁵⁰⁾

當該國의 國籍을 가진 住民과 生活實態, 言語, 教育, 交友關係 등에서 同一하고 住民으로서의 義務를 다하고 있는 이들 定住外國人들이 地域社會의 政治的 意思決定에 參與하는 것이 憲法의 平等條項에 違反하는 것이라고 判斷하는 것은 平等條項의 意味를 國粹主義的 排斥(nationalistische Ausgrenzung)으로 變造하는 것이 된다. 平等條項에 대한 合理的 判斷의 基準은 「人間의 尊嚴性的 尊重」이라는 憲法의 最高原理와 正當한 立法目的(公共福利)을 達成하기 위한 適正한 手段이라는 두 가지 要

46) 權寧星, 前掲書, P.309

47) Hans Peter Ipsen, Gleichheit, in Die Grundrechte, Bd. II, 1954, S.137, 再引用, 韓泰淵 前掲書, P.915

48) 上掲書, P.916

49) 許營, 前掲書, P.330

50) H.Rittstieg, 1989, 12, 18, 獨逸聯邦憲法裁判所의 Hamburg市 區議會選舉法에 대한 違憲審判에 제출한 辯論文, S.24

素를 統合的 基準으로 하여야 하며 그 以外에는 恣意的 差別인 것이다. 한 國家에 居住하고 있는 定住外國人인 住民들에게 단지 國籍을 가지고 있지 않다는 것으로 해서 政治的 權利를 除外한다는 主張은 法的 差別待遇로서, 存在해서는 안되며 이들을 內國人和 區別하는 尺度로서의 「國籍」基準은 이미 그 客觀的 支撐能力을 喪失하였다.⁵¹⁾

한편, 오늘날과 같은 國際化時代에 外國人의 權利를 合理的 範圍內에서 폭넓게 認定해 주는 것은 相互主義에 立脚한 自國民의 國際的 地位를 強化시킬 수 있는 하나의 手段이 될 수 있는 것이다. 憲法의 根本理念인 「人間으로서의 尊嚴과 價値」를 核으로 하는 基本權의 實效性을 높이고 社會의 構成員인 定住外國人의 同和的 統合을 促進시키는 手段으로서 選舉權의 保障은 반드시 이루어져야 한다.

4. 地方自治體의 外國人 參政權

獨逸에 있어서 國政選舉에 관해서 外國人을 參加시키는 것이 憲法上 許容되지 않는다는 것이 거의 定說로 되어 있지만 自治體選舉에 관해서 學說은 나뉘어져 있다. 假令 國民主權主義의 「國民」이 「國籍法上의 要件을 充足하는 者」에 限定된다는 主張에 同調하더라도 本稿에서 다루고자 하는 地方自治體 次元에서의 參政權의 享有 主體는 當該 自治體의 住民이라는 것이다. 따라서 定住外國人에게 地方自治體 次元의 選舉權을 否定하는 것은 憲法이 保障하는 地方自治의 本旨에 어긋난다고 主張한다. 以下에서는 地方自治의 本旨과 國家나 地方自治團體의 支配權의 正當化 概念을 살펴보고 地方自治 次元의 外國人의 選舉權 부여에 대한 妥當性을 檢討하고자 한다.

(1) 地方自治權의 本質

地方自治의 現代的 意義를 定義해 보면, 地方自治(local government, kommunale selbstverwaltung, gouvernement local autonome)란, 住民自治와 團體自治의 2個 要素로 成立하고 있다.⁵²⁾

住民自治는 地方의 行政을 地方住民의 意思에 의해서 行하는 것이고, 地方住民의 政治的 自覺에 의해 自身の 일을 自身들이 處理한다는 것이다. 이것을 政治的 意味의 自治라고도 한다. 地方行政을 自己의 손으로 處理하려는 住民의 民主的 要求에 直接 基因한 것이고, 民主政治의 基礎를 이루는 것이다. 團體自治는 國家領土內 一定地域을 基礎로 하는 獨立의 地域團體가, 그 地域의 公共事務를 處理하는 것이다. 이 團體는 自己의 目的을 가지고 自己의 機關에 의해 그 事務를 行하는 것이다. 이것을 法的 意味의 自治라 한다.

51) 葛奉根, 前掲論文, P.120

52) 橋本公巨, 日本國憲法, 有斐閣, 1990, P.655 地方自治의 政治的 觀念은 R.Gneist가 英國의 地方行政을 根據로 하여 發展시킨 것이다. R.Gneist, Die Geschichte der Self-Government in Engl-land, (Berlin, 1863), S.7

從來에는 住民自治와 團體自治를 嚴格하게 分離·規定하는 傾向이었으나 現代에 있어서는 兩者 모두 地方自治의 構成要素로서, 現行의 各 地方自治는 어느 쪽을 더 重要視하는가에 따른 相對的 差異가 있을 뿐이고 絕對的 本質的인 差異는 없으며 두 概念을 別個의 存在로 보아서는 안된다.⁵³⁾ 地方自治의 基本的인 役割은 地方公共團體의 行政活動을 통해서 住民에게 良質의 서비스를 提供하고, 福祉의 增進을 圖謀하며 地域社會의 活性化에 寄與하는데 있는 만큼 그 役割을 다하기 위하여 住民自治와 團體自治는 分離될 수 없고 結合되어야만 비로소 完全한 地方自治가 이루어질 수 있는 것이다.

地方自治權의 根本的인 性格이나 本質에 관한 理論은 바이말 初期의 獨逸에서 深刻하게 議論되다가 칼슈미트 以後 制度的 保障으로 보는 見解가 有力해졌다. 地方自治權의 本質에 대한 學說은 地方自治를 地域住民이 國家成立以前부터 保有한 固有의 權能이라고 보는 固有權說과 自治制度가 國家에 의한 「承認 내지 許容」이라고 보는 承認說이 있고 「地方自治制는 歷史的·傳統的으로 形成된 一種의 憲法上의 制度로서 그 本質的 內容을 立法에 의하여 廢止하거나 有名無實한 것으로 하여서는 안된다는 것」을 意味하는 制度的 保障說이 對立하였으나 制度的 保障說이 通說로 되어 있다.

슈미트에 의하면 「憲法의 規定에 의하여 一定한 制度에 대한 特別한 保護가 부여되는 境遇가 있다. 이 境遇 憲法의 規定은 普通의 立法節次에 의하여 그 制度를 廢止하지 못하도록 하는데 目的이 있다. 이와 같은 保障의 構造는 論理的으로나 法律的으로 自由權의 保障과는 전혀 다른 것임에도 不拘하고 論者는 不正確한 表現方法으로 이 境遇에도 똑같이 基本權이라 稱하고 있다. 制度的 保障과 個人 또는 法人의 主觀的 權利가 結付되어 있을 境遇에라도, 그것은 偶然일 뿐이고 基本權으로 存在하는 것은 아니다. 制度的 保障은 性質上 限界가 있다. 그것은 다만 國家의 內部에서만 存在한다. 그리고 그것은 原理的으로 無制限한 自由의 領域에 基礎하는 것이 아니고, 어디까지나 그 自體의 範圍와 限界가 주어진 것으로서 一定한 任務와 目的에 奉仕해야 할 法的 制度에 關係되는 것」⁵⁴⁾이라고 說明하고 있다.

그러나 地方自治權의 本質의 觀念은 地方自治制度의 歷史的 發展, 憲法規定의 趣旨 및 目的, 現代國家에 있어서의 國家와 地方과의 關係 등을 考慮하여 個別的·具體的으로 判定을 하지 않으면 안된다는 見解도 있다.⁵⁵⁾ 이와 같은 意味로서의 「地方自治의 本質」은 憲法에 明示된 制度·權能의 本質的 內容에 관한 規定에만 미치는 것이 아니고, 이들 條項에서 나타나지 않은 事項에도 미치는 것이다.

自治權의 本質에 관한 學說中 固有說은 中世 都市國家의 歷史的 事實로서 認定되었으나, 近代立憲國家에 있어서는 政治的 希望以上の 意味는 없다. 따라서 自治權은 國家로부터 傳來된 權利로서 國家의 中央統治機關의 下位存在로 생각되고 또 그 權

53) E. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts Band I, 10 Auflage, (München 1973), S.394

54) C.Schmitt, Verfassungslehre, 金箕範(譯), 敎文社, 1977, PP.170-171

55) 成田頼明, 「地方自治の保障」, 日本國憲法體系 第5卷, 有斐閣, 1964, P.289

能도 下位에 있다고 解釋되었다. 그러나 近來 「市民主權說」이 提唱되면서 樣相은 多少 變化를 가져왔다. 즉, 自治權의 根據를 憲法에서 구하고 반드시 政府의 權能보다 下位에 서는 것은 아니며, 具體的 事實에 따라 憲法原則에 根據해서 決定해야 한다는 理論이다. 例컨데 政府에서 授權된 權能이지 아니므로 政府로서도 侵害할 수 없는 地方自治固有의 自治權이 있고 그 같은 固有의 權利를 侵害하는 것은 憲法上의 地方自治의 本質에 反하는 憲法違反의 行爲에 該當하며 어떠한 是正措置가 要求된다는 結論을 이끌어 낼 수 있다는 것이다.⁵⁶⁾

(2) 地方自治와 外國人の 參政權

日本の 大沼教授는 定住外國人이란 「日本社會에 生活의 根據를 가지고, 그 生活 實體에 있어서 自己의 國籍國까지도 包含한 어떤 나라보다도 日本과 깊이 結合되어 있고, 그 點에서는 日本에 居住하는 日本國民과 同等한 立場에 있지만 日本國籍을 갖지 않은者」⁵⁷⁾라고 하고 있다. 즉 日本에서 태어나고 자라서 生活하는 者로서 永住權을 가지고 一定期間 在留하고 있는 者가 여기에 該當하는 것이다. 이들은 日本社會의 構成員으로서 國民과 똑같은 生活을 하고 있으며 그 社會의 一般意思 形成에 參與하여야 할 適格을 가지고 있다고 볼 수 있는 것이다.

外國人에 대한 人權保障의 問題에 대해서도 最近 日本學界에서는 日本國民인가 아닌가 하는 兩者擇一의 立場에서 생각하는 것이 아니라 그 外國人の 「生活實態」에 立脚해서 考察해야 한다는 見解가 有力해지고 있다.⁵⁸⁾ 勿論 外國人の 選舉權 問題도 地方自治體 次元에 관한 한 近來 약간의 議論이 이루어지고 있다. 즉 日本憲法上 地方自治體 차원에서는 所謂 「定住外國人」에 選舉權을 認定하는 것도 可能하다고 하는 議論이다. 그 理由는 요컨대 自治體 次元에서 外國人の 選舉權을 認定하더라도 「國民主權」原리에 當然 反하는 것은 아니고 거꾸로 「地方自治의 本旨」는 「住民」의 自治라는 것에 있기 때문에 「住民」인 外國人の 政治參加를 排除하는 것은 「地方自治의 本旨」에 비추어서 適當하지 않다고 하는 點이다. 또한 地域選舉는 全體로서의 政治的 統一性에 關係되어지는 것은 아니기 때문에 地域의 選舉는 憲法理論적 側面에서나 實定憲法的 側面에서도 質적으로 相異한 選舉라고 看做하는 見解도 있다.⁵⁹⁾

定住外國人이 國籍을 保有한 「國民」이 아니라고 하더라도 「住民」인 것은 다를 수 없는 事實이다. 住民의 權利는 地方自治의 原理 그 自體에서 說明되어야 할 것이다. 생각컨데 地方自治의 原理는 憲法에 의해서 「地方自治의 本旨」라고 일컬어지는 바이다. 地方自治의 本旨란, 所謂 「團體自治」와 「住民自治」와의 「有機的 結合」이 되고, 나아가 스스로 다스리는 것을 本質로 하는 것이다. 地方自治의 性格에 관해서

56) 朴源永, 「地方自治의 現代憲法的 構造」, 釜山大 博士學位論文, 1983, P.64

57) 大沼保昭, 單一民族社會의 神話を 超えて - 在日韓國, 朝鮮人と 出入國 管理體制, 東信堂, 1986, P.204

58) 浦部法穂, 前掲論文, P.60

59) 葛奉根, 前掲論文, P.116

는 固有權說, 承認說 등이 있지만, 地方自治는 憲法에 의해서 保障되는 것이고 法律에 의해서 廢止하거나, 制限하거나 하는 것이 許容되지 않는다고 하는 制度的 保障說이 通說의 見解이다. 그러나 人權保障, 國民主權의 原理에 서서 地方自治의 保障을 생각할 때, 나라와 地方自治體는 對等하다고 解釋되고, 固有의 地方自治權의 存在를 認定해야 할 것이다.⁶⁰⁾ 이러한 自治의 原理에 서서, 自治權의 固有性이 考慮될 때 自治體의 自立的인 政治共同體로서의 性格은 分明하고 住民은 그 構成員으로서 地域社會에 있어서 主權的 權利를 가지고 民主的 自律性과 創造的 參加가 要請된다. 그 때문에 自治體는 民主主義의 學校라고도 看做되는 것이고, 自治體에 歸屬하는가 아닌가 하는 基準 以外の 基準에 의해서 그 構成員을 差別하는 것은 許容되지 않는 것이다. 國籍은 國民인 要件이고 住民인 要件은 아니다.⁶¹⁾

選舉權은 國民主權主義 原理에 立脚하여 主權者인 國民에게만 保障되는 基本權이라는 것이 오늘날 憲法學者의 一般的 見解이다. 그러나 이러한 見解에 대하여 점차 變化의 흐름이 일고 있는 것도 否定할 수 없으며 地方自治體에 있어서 外國人の 選舉權을 肯定的으로 認定하는 見解도 적지 않다. 地方自治體의 構成員인 地位에서 一定의 外國人을 排除할 수 없다면, 그 外國人은 住民이고 그 自治體에 있어서 主權的 權利의 一部를 構成한다. 地方選舉에 있어서 選舉權의 性質을 國政選舉의 選舉權의 性質에서 類推하더라도 主權的 存在를 區別해서 一部에 選舉權을 認定하지 않는 것은 안 된다. 따라서 自治體에 있어서 外國人の 選舉權은 一定의 要件을 갖춘 定住外國人에 대해서도 認定해야 할 것이다.⁶²⁾

(3) 外國人の 選舉權과 支配의 民主的 正當化

外國人 選舉權의 문제에 있어서 최대의 쟁점이 되는 것이 「支配의 民主的 正當化」의 문제이다. 國民主權은 民主主義를 요청하지만 民主主義는 지배의 부정을 의미하는 것이 아니다. 國家체제 역할을 불문하고 「支配」그 자체는 존속한다. 지배가 민주적으로 정당화되지 않으면 안 된다는 점이 민주제 的 特 殊 性 이다. 「支配의 正當化」는 민주제 하에서 選舉에 依하여 이루어진다. 이 選舉에 外國人이 參加하는 경우 選舉에 있어 「支配의 民主的 正當化」작용이 저해되는가 하는 점이 問題가 된다. 外國人에게 選舉權을 부여하는 것이 憲法上 禁止되지 않는다고 주장하기 위해서는 우선 이 점이 분명해지지 않으면 안 된다.

獨逸에서는 地方議會設置에 관한 憲法規定(28條)를 둘러싸고 國民概念의 解釋에 관한 理論이 展開되고 있다. 이때 重要的 役割을 遂行하는 것이 「支配의 民主的 正當化」의 概念이다. 獨逸에서 國政選舉에 관해서 外國人을 參加시키는 것이 憲法上 許容되지 않는다는 것이 거의 定說로 되어있지만, 自治體選舉(地方議會 議員選舉)에 관해서는 學說은 2分되어 있다. 憲法上 許容된다고 하는 見解도 有力하지만,

60) 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.20

61) 上掲論文, P.20

62) 上掲論文, P.21

禁止된다고 하는 見解도 여전히 有力하다.

이 問題에 관한 議論은 憲法(本 基本法)의 다음의 條項에서 「國民」概念의 解釋을 둘러싸고 展開되어왔다. 基本法 第20條 2項 前段에는 「모든 國家權力은 國民으로 부터 나온다」고 하고, 第28條 1項 2段에는 「州,郡,및 地方自治體의 國民은 普通·平等·直接·自由·秘密選舉에 基礎한 議會를 갖지 않으면 안된다」고 規定하고 있다. 前者는 國民主權 條項이고, 여기에서 所謂 「國民」에 外國人이 包含되지 않는 것은 定說로 되어 있다. 後者는 地方議會條項이다. 여기에서 所謂 「國民」의 概念에 外國人이 包含될 수 있는가 아닌가는 다툼이 있다. 傳統的 見解에서는 國民主權條項의 「國民」概念과 地方議會條項의 「國民」概念은 同質的으로 把握되고, 그 結果 外國人이 排除되는 것이지만, 近時의 有力說은 兩條項에서 「國民」概念은 반드시 同質일 必要는 없다고 하고, 그 結果 外國人을 排除하는 것은 아니라고 한다. 이 論爭에서 「支配의 民主的 正當化」의 概念이 重要한 役割을 하는 것이다.

絶對君主國家에 있어서, 君主의 支配權의 正當化根據는 「神의 意思」에서 구했다. 여기에서의 支配의 正當化는 위에서 아래로 作用한다. 여기에 대해서, 民主主義國家에서는 支配의 正當化根據가 「國民의 意思」에서 구해진다. 여기에서는 支配의 正當化는 아래로부터 위로 作用한다. 民主國家라고 하더라도 「國民」自身이 統治權을 行使하는 것은 不可能하고, 國家機關의 擔當者에게 그 權限을 委任하지 않을 수 없다. 모든 國家機關의 地位와 作用은, 國民에 의해서 正當性이 부여되지 않으면 안된다. 議會制民主國家에서 支配의 正當性은 州議會에 의한 各種 行政機關 等の 直接的·間接的統制를 통해서 所謂 連鎖로서 모든 國家機構를 포함하는 것으로 되어 있다.

그런데 이와 같은 一般論은 自治體에 관해서 그대로 妥當한것은 아니다. 確實히 自治體에 歸屬하는 統治權은 自治體 固有의 것이 아니고, 單一的인 國家의 統治權의 一部를 構成함에 지나지 않는다. 그리고 그 高權行爲는 國家에 의한 法律上의 規制와 監督作用下에 두어지고 있다. 이 意味에서 自治體가 國政選舉에 基礎한 國家차원에서 「民主的 正當化」의 作用下에 두어지고 있는것은 分明하다. 그러나 한편, 地方自治體는, 國家와 別個의 法人格을 가진 自律的인 團體이고 各各 固有의 地方議會를 가진다. 그리고 各各의 地方議員選舉를 통해서 當該 自治體의 住民에 의한 「民主的 正當化」가 이루어진다. 一般行政官廳과는 달리 自治體에서는 이와 같이 「國家차원에 있어서의 正當化」와 「自治體차원에 있어서의 正當化」가 二重으로 作用하는 것이다. 이 두가지 正當化의 相互關係를 仔細히 把握해야 하는가 하는 點에 관해서는 독일에서는 學說上 엄한 對立이 있고, 그것이 外國人의 自治體 選舉權의 理論形成에 決定的인 影響을 미치고 있다.⁶³⁾

支配의 民主的 正當化 理論에서 問題가 되는 것은 다음의 點에 있다. 첫째, 國政選舉에 의거하여 「國家次元의 正當化」와 自治體選舉에 의거한 「自治體次元의 正當化」와는 어떤 關係가 있는가, 둘째, 독일에 있어서 이 두 개의 正當化의 主體는 憲法上

63) 長尾一紘, 「外國人の 地方議會選舉權」, 徐龍達(編), 前掲書, PP.66-67

함께 「國民」(Volk)이라고 되어 있다. 國政選舉의 選舉權者인 「國民」과 自治體選舉의 選舉權者인 「國民」과는 동질적인 것이 되지 않으면 안되는가, 셋째, 憲法의 법적 구조에서 自治體의 自治行政은 어떠한 地位에 있는 것인가, 自治體의 自治行政은 國家와 社會에 있어서 어떠한 기능을 수행하는가 하는 點이다. 支配의 民主的 正當化의 概念에 착안해서 外國人選舉權 도입의 合憲性을 論證하려고 한 학자로서는 Sasse를 들 수 있다.⁶⁴⁾ 그의 이론의 취지는 다음과 같다.

Sasse는 “憲法은 自治體를 擬似國家的인 것으로서 規定하고 있는 것은 아니다. 憲法에서 自治體는 本來的으로 非國家的=社會的인 機構가 國法上 制度化된 것으로서, 國家的인 支配의 正當化로부터 獨立한, 固有의 正當化의 源泉을 가진 것으로 看做된다. 自治體에 의한 自治事務의 遂行은, 그 自治體에 속해야 하는 者(住民)에 의해서 構成된 地域的 共同體에 의해서 正當化된다. 따라서, 自治體選舉의 選舉權者인 「國民」의 概念(28條 1項 2段)은, 國民主權條項(20條2項)에서의 「國民」概念과 一致할 必要가 없다. 確實히 前者의 「國民」概念도 直接的으로는 獨逸人인 地域住民을 가르키고 있는 것이지만, 이것에 의해서 外國人이 自治體選舉에서 排除되는 것은 아니다. 地方議會條項의 趣旨는 여하한 境遇에도, 獨逸人인 住民은 自治體選舉에서 排除되어서는 안된다는 趣旨이고, 選舉權者를 外國人 住民에까지 擴大해서 는 안된다는 趣旨는 아니다”라고 하고 있다.

Sasse는 또한 “自治體에 民間의 私的「社團」에 類似한 側面이 있는 것을 強調한다. 「社團」에 있어서는, 그 意思形成過程에 外國人을 參加시키기도 憲法上 아무런 問題가 생기지 않는다. 이것과 같은 趣旨에서 自治體도 그 意思形成過程에 外國人을 參加시킬 수 있는 것이라고 한다. 그리고 그 理論의 根據를 自治體의 歷史的 發展過程에서 求한다. 우선, 自治體의 發展過程을 概觀해 보면 自治行政의 近代的 發展의 端緒가 된 것은 1808年 프로이센에서의 地方制度改革이었다. 改革의 目的은 當時 發展해가고 있던 부르조아에 대해서 一定範圍內에서 自治權을 認定하는 것에 의해 이것을 國家體制에 統合하려고 하는 것이었다. 그러나 그 후 부르조아가 自治行政을 自身들의 것으로 생각하고, 이를 基盤으로 君主國家의 權力獨占과 對抗하기에 이르고, 自治體의 自治行政權은 國家에 대한 「基本權」이라고 생각되게 되었다. 이와 같은 思考方式은 차차로 擴大를 보이고 自由와 함께 憲法上의 「基本權」으로서 規定(第127條)되기에 이르렀다”는 것이다.

Sasse는 이와 같은 自治行政의 歷史的 展開를 前提로, 自治體의 위와 같은 性格이 본 基本法(1949年)下에서도 繼承되고 있다고 한다. 勿論 Sasse도 自治體를 純然한 非國家的인 私的性質의 것으로 보는 것은 아니다. 自治體는 自治事項을 處理하는 한에 있어서는, 그 正當化(社會的 正當化)를 自治體選舉로부터, 즉 「自治體住民」에서 獲得하지만 그것이 國家의 監督下에 遂行되는 限, 그 正當性을 「위로부터」의 正當化(國家的 正當化)에 의해서, 다시말하면 「全體로서의 國民」으로부터 獲得하는 것으로 한다. 이렇게 해서 自治體에는 「正當化의 二重의 側面」 즉 「社會的 正當化

64) 長尾一紘, 外國人の參政權, 世界思想社, 2000, pp.71~72

」와 「國家的 正當化」의 側面을 보는 것이 可能하다는 것이다.

以上을 前提로 한다면 自治體選舉人은 그 自治體의 選舉에서 「國家權力」을 行使하는 것이 아니라고 하는 것이 된다. 그들은 投票에서, 단지 自治體의 自治事項에 대한 影響力을 行使할 뿐이기 때문이다. 따라서 自治體選舉에 外國人을 參加시키더라도, 「國家權力」의 背後에 있는 「國民主權」과 矛盾되는 일은 있을 수 없는 것으로 된다는 것이다.⁶⁵⁾

III. 外國人 參政權에 관한 學說

1. 獨逸

獨逸基本法 第20條 2項 1文은 「모든 國家權力은 國民(Volk)으로 부터 나온다」 또, 28條 1項 2文은 「各州와 地方自治體에 있어서 國民(Volk)은 普通, 直接, 自由, 平等, 秘密選舉에 의해서 選出된 議會를 가져야 한다」고 規定하고 있다.

獨逸에 있어서 外國人의 選舉權에 관한 憲法學界의 意見은 크게 세가지로 나뉘어 있다. 그 첫째 見解에 의하면 基本法上 「國民」(Volk)이란 「獨逸國民」을 意味하고 外國人은 聯邦·州의 選舉權에서 排除된다는 것이다.⁶⁶⁾ 더우기 28條 1項 2文에 의해서 外國人은 地方自治體 次元의 選舉權도 認定되지 않는다는 것이다. 이러한 思想은 外國人이 政治的 意思決定에 參與함으로써, 居住國의 政治的 業務에 妨害되어서는 안된다는 考慮에 根據하고 있는 것이다. 이러한 考慮은 地方自治體 次元에도 똑같이 適用된다. 그것은 州의 業務를 間接적으로 執行하는 것으로 看做되기 때문이다. 地方自治體의 固有한 權利가 있음에도 不拘하고 地方自治體는 州의 一部分이라는 것이다.⁶⁷⁾ 둘째 見解는 첫째 立場과 反對되는 것으로서, 모든 次元의 選舉에 外國人住民이 參加하는 것은 憲法上 可能한 것이고 民主主義의 正統性의 觀點에서 오히려 要請되는 것이라고 主張한다. 이 立場에 따르면 「Volk」는 「獨逸國籍者」에 限定되는 것이 아니라 民主主義의 觀點에서 外國人 住民까지도 包含할 수 있다.⁶⁸⁾ 셋째 見解는 中間的인 態度를 보이고 있다. 卽 地方自治體 議會

65) C.Sasse, (unter Mitarbeit von Kempen), Kommunalwahlrecht für Ausländer? in : Aus Politik und Zeitgeschichte, Beilage der Wochenzeitung "Das Parlament" (Febr. 1974), S.14ff, 長尾一紘, 上掲論文, PP.68-70 再引用

66) 이 說에 의하면 基本法의 改正에 의해 外國人에게 選舉權을 賦與 할 수 없고 基本法 79條 3項은 그러한 憲法改定을 許容하지 않는다고 한다. (Birkenheimer, M., Lamers, K.A 등)

67) Lamers, K.A., Repräsentation und Integration der Ausländer in der BRD unter besonderer Berücksichtigung des Wahlrechts, Eine rechtsvergleichende Studie über das Kommunalwahlrecht in den Staaten der E-uropäischen Gemeinschaften, Berlin, 1977, S.56ff. Rulant, F., Wahlrecht für Ausländer? Juristische Schulung, 1975, S. 9ff. Birkenheimer, M., Wahlrecht für Ausländer, 1976, S.90ff

68) Vgl. Helmut Rittstieg, Wahlrecht für Ausländer. Verfassungsfragen der Teilnahme von Ausländern an den Wahlen in der Wohngemeinde, Athenäum Verlag, Königstein/Ts., 1981,

에 대해서만 外國人의 選舉權을 認定한다는 것이다. 이 立場에 의하면 聯邦·州 議會에 대해서는 國民主權의 原則이 미치지만 地方自治體 議會에 대해서는 自治團體로서 團體構成員의 範圍를 別個로 考慮할 수 있다. 다시 말하면 「國家의 Volk」와 「團體의 Volk」는 다르다는 것이다. 基本法 28條 1項은 地方自治體에서도 「Volk」가 選舉에 參加한다고 規定하고 있고, 그 때문에 여기에서의 「Volk」는 20條의 「Volk」와 다르다고 解釋하는 것이다.⁶⁹⁾ 이 學說은 基本法이 外國人에 대한 地方 選舉權을 禁止하고 있지 않다고 主張한다.⁷⁰⁾ 이 見解는 聯邦과 州議會 그리고 地方議會 사이에는 매우 重要한 差異가 있다는 것을 強調한다. 즉 自治團體의 議會는 立法機能을 하지 않으며, 地方政府의 機能은 市民이든 外國人이든 모두 住民에게 미친다는 것이다. 外國人은 市民으로서, 納稅者이고 모든 公共서비스를 享有한다. 그러므로 最小限 地方自治體의 選舉權은 許容되어야 한다는 것이다.⁷¹⁾

2. 日本

外國人의 地方 選舉權에 관한 日本學界의 學說은 크게 세가지로 分類해 볼 수 있다. 그 內容을 보면 ① 憲法上으로 禁止되고 있고, 選舉權의 保障은 違憲이라는 見解(禁止說), ② 憲法上 要請되고 있고, 外國人을 地方 選舉에서 排除하고 있는 現行法이 違憲이라는 것으로 國會가 當該 法律의 改正을 促하는 것은 不作爲에 의한 違憲이라는 見解(要請說), ③ 憲法은 이 問題에 관한 判斷을 國會에 委任하고 있고, 法律에 의해서 外國人을 排除하거나 또는 許容하더라도 合憲이라는 見解(許容說)가 있다.⁷²⁾

② ③의 어느 說을 취하더라도 憲法上 外國人에 대한 選舉權 부여가 可能하다고 볼 수 있고, 國政 選舉 또는 地方 選舉에서 外國人에게 選舉權을 부여하지 않는 것이 違憲이라고 主張하기 위해서는 要請說을 취해야 하는 것이다. 그러나 學說에서의 支配的 見解는 國政 選舉에서는 勿論, 地方自治體 選舉에 관해서도 外國人의 選舉參加는 保障되지 않는 權利라는 것이다.⁷³⁾ 그 理論的 根據를 살펴보면 첫째,

S.71; Manfred Zuleeg, "Die Vereinbarkeit des Kommunalwahlrecht für Ausländer mit dem deutschen Verfassungsrecht," in : Ausländerrecht und Ausländerpolitik im Europa (hrsg. von Zuleeg), 1987, S.153-196

69) Gunther Schwerdtfeger. "Gutachten", Verhandlungen der 53. DJT, Bd.I Teil A, S.106-111, S.135

70) Zuleeg, M., Zur staatsrechtlichen Stellung der Ausländer in der BRD, Die öffentliche Verwaltung, 1973, S.351f

71) 獨逸의 6個州 憲法(Baden-württemberg, Bayern, Berlin, Hessen, Rheinl-and Pfalz, Saarland)은 모든 選舉에서 選舉權을 獨逸人으로 制限한다. 反面에 5個州 憲法(Bremen, Hamburg, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Schleswig-Holstein)은 州權力은 人民(volk)으로 부터 나온다고 規定하고 있다. 자세한 것은 Frowein, J.A. Study of Civic Rights of nationals of other member states in local public life, Council of Europe, RM-SL(82), 55, P.27

72) 자세한 것은 內野正幸, 「憲法解釋의 論理と 體系」, 日本評論社, 1991, P.23 以下 參照.

73) 橋本公亘, 前掲 日本國憲法, P.130, 伊藤正己, 憲法, 弘文堂, 1990, P.197 芦部信喜 「人權享有の

國會議員은 勿論 地方公共團體의 議員 및 長을 包含해서 무릇 公務員을 選定하고 罷免하는 것은 國民固有의 權利이고⁷⁴⁾ 主權이 國民에게 있기 때문에⁷⁵⁾ 國民主權의 原理上 妥當한 歸結이라는 것이다. 따라서 國會議員 選舉權과 地方自治體 選舉權은 모두 國民主權條項에서 派生된다. 둘째, 憲法 15條 1項에 있어서의 「國民」과 93條 2項(地方公共團體의 長 및 議員選舉)의 住民과는 全體와 部分의 關係이고, 兩者는 質的으로 같은 것이다. 그렇기 때문에 「國政選舉」에 外國人을 包含시키는 것이 不可能한 以上, 「地方選舉」에 外國人을 包含시키는 것은 不可能하다는 것이다. 그런데 以上과 같은 論理는 과연 妥當한것인가 하는 점에 관해서는 現在 日本에서도 많은 異論이 提起되고 있다.

위에서 본 바와 같이 浦部教授는 當該 政治社會에 있어서 政治的 決定에 따르지 않을 수 없는 모든 사람을 「主權者」로 하는 것이 「國民主權」原理의 本來의 意味라고 主張하고 있다.⁷⁶⁾

外國人에 대한 人權保障의 問題에 대해서는 앞서 說明한 바와 같이 日本 學界에서는 적어도 日本國民인가 外國人인가하는 兩者擇一을 생각하지 않고 個個 外國人의 社會構成員性, 生存權의 必要性 等の 基準에 따라 考慮해야 한다는 主張이 優勢하다. 그러나 參政權(選舉權)에 관한 限 여전히 兩者擇一의 思考를 脫皮하지 못하고 있다. 그것은 參政權이 人間으로서의 權利라기 보다는 主權者로서의 權利라는 事情에서 基因한 것으로 보인다. 하지만 以上에서 본 것처럼 參政權에 관해서도 다른 人權과 같이 「國籍」을 基準으로 해서 決定하는 것이 아니라 「生活實態」를 基準으로 그 範圍를 規定해야 民主主義의 原理에 合當하게 될 것이다.⁷⁷⁾

다음 憲法 제15條 1項⁷⁸⁾의 國民과 제93條 2項⁷⁹⁾의 住民과는 全體와 部分의 關係에 있고 93條 2項의 住民속에 外國人이 包含되지 않는다는 主張에 대해서 檢討해 보고자 한다. 먼저, 15條 1項의 「國民」概念과 93條 2項의 「住民」概念과의 關係가 分明하지 않으면 안된다. 어느 見解에 의하면 15條 1項은, 모든 「公務員」에 관해서 「國民」의 選定罷免權을 保障하고 있고, 93條 2項의 所謂 「地方公共團體의 長, 그 議會의 議員」도 이 「公務員」에 包含된다. 15條 1項과 93條 2項은, 一般法과 特別法의 關係이지만, 그 「特別法」的 性格은, 오직 直接選舉를 감히 明文上 要請하는 바에 關聯된 것이라고 생각된다(國政選舉에 있어서 直接選舉가 要請된 것은 明治 憲法이래 當然한 것으로 되고 있다). 따라서, 93條 2項에 所謂 「住民」이란 「日本國民인 住民」만을 意味하는 것이고, 外國人을 包含하는 것은 아니라고 解釋된다는

主體」, 芦部信喜(編) 憲法Ⅱ (人權 1) 有斐閣, 1978, P.11, 宮澤俊義, 憲法Ⅱ 有斐閣, 1974, P.29, 小林直樹, 「審判憲法 講義」(上), 東大出版社, 1980, P.286等

74) 憲法 第15條 1項

75) 憲法 前文 및 第1條

76) 浦部法穂, 前掲「日本國憲法と外國人の參政權」PP.58-59

77) 上掲論文 P.60

78) 日本憲法 第15條 第1項은 “公務員을 選定하고 罷免하는 것은 國民固有의 權利이다”라고 규정하고 있다.

79) 日本憲法 第93條 第2項은 “地方公共團體의 長, 그 議會議員 및 法律에 정하는 기타 官吏는 그 地方公共團體의 住民이 直接 選舉한다”라고 규정하고 있다.

것이다.⁸⁰⁾ 그러나 다른 견해는 이와 같은 文言解釋만에 의해서, 外國人의 地方議會議員 選舉參加가 違憲이라고 斷定할 수는 없다는 것이다. 즉 93條 2項의 趣旨는 日本國民인 住民에 대해서 自治體選舉에 관해서의 直接選舉權을 明文上 要請한 것이고, 그 以上도 以下도 아니다. 따라서 外國人의 地方議會 選舉參加의 可否에 관해서는 93條 2項은 어느 것도 言明하고 있지 않다고 해야 한다. 따라서 外國人의 地方議會選舉權이 禁止되는가 아닌가는 93條 2項에 의해서가 아니고 日本國憲法의 規範構造總體의 體系의 解釋에 의해서 判斷해야 한다고 주장한다.⁸¹⁾

日本國 憲法은 國民主權主義 原理(第1條)를 宣言하고 公務員의 選定罷免權은 國民固有의 것으로 하고 있다(第15條 1項). 그러나 앞서 說明한 바와 같이 憲法現實의 變遷에 따라 「國民」概念의 확장이론을 수용한다면 憲法15條 1項의 「國民」이 從來의 「國籍을 가진 者」만을 意味한다고 말할 수는 없는 것이다. 外國人의 人權享有主體性에 관한 憲法上의 通說과 같이 基本權의 性質上 外國人에게도 保障되어야 할 인권은 憲法의 適用을 받아서 그 권리가 보장된다고 解釋한다면 憲法 第15條 1項에 관해서도 똑같이 「國民」概念을 變更할 수 있고, 그러한 立場에 선다면 國政選舉나 地方選舉에 있어서 外國人이 選舉權을 行使하도록 하기 위해서 헌법을 개정할 필요는 없는 것이다.⁸²⁾

또 다른 見解로서는 憲法15條 1項은 國民主權의 原理를 標榜한 것이며 모든 公務員의 選定·罷免權을 國民이 가진다는 것이 아니고 本質的인 것을 말한 것에 不過하다는 것이다. 즉, 國民이 選定罷免하지 않는 公務員도 극히 많기 때문이다. 따라서 國民의 最終意思決定에 支障을 주지 않는 範圍內에서 外國人 議員을 認定하는 것도 可能하며 특히 地方議會 選舉에서 外國人에게 選舉權·被選舉權을 認定하는 것은 國會와의 本質上 差異가 있으므로 國民主權原理에 矛盾된다고 볼 수 없다는 것이다.⁸³⁾

3. 韓國

우리나라의 各種 選舉法은 選舉權을 行使할 수 있는 資格을 國民으로 制限함으로써 外國人의 選舉權을 一切 否認하고 있다. 現行憲法 第24條는 「모든 國民은 法律이 정하는 바에 의하여 選舉權을 가진다」고 規定하고 있고, 第25條는 역시 法律이 정하는 바에 의해 公務擔任權을 갖는다고 規定하고 있다. 이와 같은 憲法規定에 根據하여 公職선거및선거부정방지법 제15조는 20歲以上の 「國民」만이 選舉權을 갖는다고 規定하고 있다.

外國人에 대한 選舉權 附與問題에 관한 우리 學界의 立場은 아직도 부정적인 것으로 보인다. 金哲洙 教授는 參政權은 國家內的 實定權으로서 國民의 權利이므로 원

80) 長尾一紘, 「外國人の 地方議會選舉權」, 徐龍達(編), 前掲書, PP.79-80.

81) 上掲論文, P.80

82) 萩野芳夫, 前掲「外國人の 定住と 政治的 權利」 P.133

83) 上掲論文, P.134

칙적으로 外國人에게 인정되지 않는다고 하면서 定住外國人에 대해서는 地方自治團體의 選舉權을 인정하자는 경향이 있음을 소개하고 있고⁸⁴⁾ 權寧星 教授도 政治的 基本權은 國民主權의 原理에 따라 國民의 權利이기 때문에 外國人에게 인정되지 않는다고 하고 있다.⁸⁵⁾ 許營 教授는 外國人이라 하더라도 하나의 生活共同體內에서 그들의 同化를 촉진시킬 수 있고 또 自國民의 同化的 統合을 해치지 않는 범위내에서 基本權主體性을 인정할 수 있다고 전제하면서 外國人에게 參政權을 인정하는 것은 우리 社會가 추구하는 同化的 統合의 方向에 그릇된 影響을 미칠 가능성이 있기 때문에 許容될 수 없다고 하고 있다.⁸⁶⁾ 그러나 參政權을 國政次元과 地方次元으로 구분하여 설명하고 있는 견해는 아직 찾아볼 수 없으며 地方參政權까지 확실하게 否定하고 있는 것인지는 확인할 수 없다.

우리 憲法 第117條는 「地方自治團體는 住民의 福利에 관한 事務를 處理하고」라고 하므로써 地方自治團體의 構成員의 概念을 國民이 아닌 住民으로 表現하고 있고, 여기에서의 住民이 國籍概念을 前提로 하고 있는지 여부는 분명하지 않다. 地方自治法 第12條는 地方自治體 住民의 資格을 「地方自治團體의 區域안에 住所를 가진 者」로 規定하여 그 안에 定住外國人도 包含될 수 있는 여지가 있다고 해석될 수 있다. 그 以外에도 出入國管理法 第17條 2項, 第46條 7號 등에서 外國人의 政治活動禁止 및 強制退去를 規定하고 있고, 政治資金에 관한 法律 第12條 1號에서는 外國人의 政治資金寄託을 禁하고 있으며, 政黨法 第18條는 外國人의 政黨加入을 禁止하고 있다. 以上과 같이 外國人의 選舉權 및 一切의 政治活動을 禁하고 있는 우리나라의 立法態度는 오늘날과 같은 國際化時代에 있어서 과연 合理的인가 하는 점은 매우 疑問視 된다. 우리나라 憲法이 外國人의 法的 地位를 國際法과 國際條約에 따라 保障하는 國際法秩序 尊重主義를 취하고 있고 國際人權法의 根本趣旨인 內外人平等主義에 비추어 볼 때 民族國家의 人 낡은 憲法觀에서 벗어나야 할 時點이 아닌가 생각된다. 日本에 定住하는 在日韓國人의 人間다운 生活를 保障하기 위한 手段으로서 最小限 地方參政權을 부여해야 한다는 在日韓國人이나 우리 政府의 主張이 妥當性을 갖기 위해서라도 最小限 韓國에 定住하고 있는 外國人(例컨대 華僑)의 法的地位保障과 基本的人權을 尊重하는 立法姿勢가 切實히 要請된다고 할 것이다.

IV. 外國人 參政權에 대한 國際的 動向

1. 유럽

84) 金哲洙, 憲法學概論, 博英社, 2001, p.279

85) 權寧星, 憲法學原論, 法文社, 2001, p.304

86) 許營, 韓國憲法論, 博英社, 2001, p.234

E·C는 1974年 파리首腦會談에서 經濟의 移動은 필시 사람의 移動을 惹起하기 때문에 사람의 移動에서 생기는 여러가지 問題를 處理하려는 觀點에서 研究를 행하라는 指示를 하였고 E·C 事務局이 1975年 外國人의 地方參政權을 認定하라는 報告書를 作成했다.⁸⁷⁾ 1980年 7月 E·C 유럽議會가 E·C 事務局에 地方參政權에 관한 報告書 作成을 指示하고 3年에 걸쳐 作成하였다. 1985年 6月 E·C 首腦會議에서 地方參政權에 관한 提案이 認定되고 同年 11月에 議會와 E·C 事務局은 首腦會議에서 認定한 報告를 實施하라는 聲明을 發表하였고, 1986年 10月에 E·C 事務局이 外國人의 地方參政權에 관한 包括的인 報告를 作成한 것이다. 그리고 E·C 事務局은 1988年 6月에 實施要綱을 作成했다. 實施要綱에 따르면 1992年 이후 유럽에서는 E·C의 國民에게는 自己國籍國이나 居住地의 어느쪽의 地方選舉를 選擇해서 參加할 權利가 부여되며 二重投票는 認定되지 않는 등 細部事項을 規定하고 있다.⁸⁸⁾

北유럽의 5個國(스웨덴, 노르웨이, 핀란드, 아이슬란드, 덴마크)은 1950年에 이미 相互主義에 立脚해서 自國民이 他方의 國家에 10年間 居住한 境遇에는 그 國家의 市民權 取得의 資格이 부여된다고 하고 있지만 1973年 北歐協議會는 5個國 閣僚會議에서 스웨덴·핀란드가 1976年, 덴마크·노르웨이가 1979年에 居住外國人에게 地方選舉權을 부여할 것을 決定하였다.⁸⁹⁾

西유럽諸國 가운데 外國人에게 地方參政權을 부여하고 있는 國家로서는 英國(아일랜드, 英聯邦市民만), 아일랜드, 덴마크(1977년까지는 스칸디나비아인에게만, 1981年以後는 全外國人), 스웨덴(1975년부터), 노르웨이(1983年), 네덜란드(1983년부터), 스위스, 스페인(相互主義), 포르투갈(포르투갈語圈 國民만)이 있고, 한편 憲法에서 地方參政權을 國民에게만 限定하고 있는 國家는 西獨, 프랑스, 이탈리아, 벨기에, 룩셈부르크 등이다.

실질적인 유럽合衆國(a United States of Europe)을 향한 유럽인들과 지도자들의 노력이 분주히 진행되어 1986년에 單一유럽協定(Single European Act)을 채택함으로써 상호간의 연방적 혹은 준 연방적 결속체제를 더욱 공고히 하는데 성공하였다. 1992년 2월 7일 최종적으로 12개 회원국들은 네덜란드의 마스트리히트에서 만나 유럽동맹조약(Treaty on European Union: TEU)⁹⁰⁾에 정식 서명하였으며, 국내 비준절차를 거쳐 1993년 11월 1일 발효하였다.⁹¹⁾

유럽동맹의 목표는 여러 가지가 있지만 同盟의 市民權(citizenship of the Union)을 도입함으로써 同盟 會員國 國民의 權利와 利益의 保護를 強化하는 것이 주요한 目

87) 江橋崇, 「參政權は 相互を 認め合う 象徴」, 1990.5.19 KOBE SYMPOSIUM Comment, P.43

88) 上掲發表, P.44

89) 仲原良二, 「諸外國における 定住外國人の 地方參政權」 徐龍達(編)前掲書, P.166

90) 이 條約은 유럽합중국을 궁극적 목표로 하여 單一 通貨를 포함한 經濟·貨幣同盟의 樹立, 유럽시민권의 樹立, 共同外交·安保政策의 履行, 사람의 自由移動의 確保와 그와 동시에 司法·內務分野의 協력을 통한 國民들의 安全保障, 이른바 補充性的 原則(principle of subsidiarity)에 기초한 더욱 긴밀한 同盟의 創設을 目標로 하고 있다.

91) 金大淳, EU법론, 三英社, 1995, pp.9-10

標의 하나가 되고 있다. 유럽同盟條約에 의하여 개정된 E·C設立條約에 삽입된 개념들 중에서 가장 돋보이는 것은 아무래도 “同盟의 市民權”(citizenship of the Union)개념일 것이다. 즉, E·C會員國의 國籍을 가진 모든 사람은 “同盟의 市民”(citizen of the Union)이 되는데, E·C會員國의 국민들은 각기 “同盟의 市民”으로서 다음과 같은 權利들을 향유하게 되었다. 첫째, 모든 市民은 E·C設立조약과 그것에 의거하여 채택되는 共同體의 立法的 措置에 규정된 一定制限과 條件下에서 會員國들의 領土內에서 자유로이 이동하고 거주할 權利를 갖는다(E·C 제8a조). 둘째, 모든 市民을 자신이 거주하는 會員國에서 그 국가의 國民과 同等한 條件下에서 地方自治選舉(municipal elections)와 유럽議會選舉(elections to the European Parliament)에서 選舉權과 被選舉權을 갖는다. 이를 위하여 理事會는 地方自治選舉에 관해서는 1994년 12월 31일 이전에, 그리고 유럽의회선거에 관해서는 1993년 12월 31일 이전까지 細部履行規則을 採擇하여야 한다(E·C 제8b조). 셋째, 모든 市民은 自國의 外交 또는 領事公館이 존재하지 않는 제3국에서 ‘다른 어떤 會員國’의 外交 또는 領事公館의 保護도 받을 權利가 있다(E·C 제8b조)⁹²⁾고 하여 E·C會員國의 國籍을 가진 자에 대하여는 地方選舉權을 保障할 수 있게 되었다.

2. 獨逸

獨逸에서는 外國人을 排斥하려고 하는 極右勢力 外에는 이와 같이 獨逸社會에 長期間 在住하는 多數의 外國人이 存在하는 것을 前提로 한 後에 그들을 어떻게 해서 獨逸社會에 統合할 것인가 하는 形態로 議論이 進行되었다. 保守派中에는 이 以上の 外國人 流入에 의해서 獨逸을 「移民輸入國(Einwanderungsland)」으로 해서 안되며 獨逸의 同質性을 잃어버려서는 안된다는 主張을 강하게 개진하였다. 또 外國人이 故國에 歸國할 用意과 可能性을 높이는 것이 恒常 重要한 政策目標로 되어 왔다. 그러나 獨逸에 定着하고 있는 外國人을 獨逸 社會에 統合한다는 點에 관해서는 主要政治勢力間에 異論이 없었던 것이다.⁹³⁾ 그러나 統合의 方法에 있어서는 外國人을 單純한 손님(Gast)으로 보는가 아니면 「外國人인 共同市民」(Ausländische Mitbürgerinnen und-bürger)으로 보는가에 따라 다르다. 後者の 立場이 具體化 된 것으로서 社會民主黨, 自由民主黨 政權下의 初代 外國人 勞動者 問題 聯邦총무즈만 하인즈.쿤이 1979년 9월에 提出한 「獨逸聯邦共和國에 있어서 外國人 雇傭者의 家族의 狀態 및 統合의 一層의 發展」(所謂 쿤 메모)이 있다. 거기에서는 ① 많은 外國人이 故國에의 歸國을 考慮하지 않는 移民이라는 事實을 認定할 것, ② 外國人, 특히 그 子女에게 教育, 職業教育의 機會를 保障하고 그리고 나서 統合을 強化할 것, ③ 獨逸에서 태어나서 成長한 外國人인 靑少年에게 國籍 選擇權을 부여할 것, ④ 長期間 滞在하는 外國人에게 地方自治體 次元에서의 選舉

92) 金大淳, 上掲書, pp16-17

93) 高田篤, 「外國人の 選舉權」, 法律時報, 92. 1.(64卷1號), PP.83-84

權을 부여하는 것에 의해서 外國人의 政治的權利를 強化할 것이 提案되었다.⁹⁴⁾

이와 같이 外國人을 「共同市民」으로 보는 立場에 의해서 地方自治體 次元에서의 選舉權의 導入이 主要課題의 하나가 되고 있다. 이와 같은 흐름속에서 1989년 2월 1日 Hamburg市 議會는 最初로 外國人 選舉權의 導入을 議決하였다. Hamburg市는 약 160萬人的 人口를 가지고, 聯邦을 構成하는 州(Land)와 同格的 法的地位를 가진다. 同市는 行政的으로 7個의 區로 나누어져 있고, 이 區議會選舉에 外國人 住民의 參加가 許容되었던 것이다. 그 要件은 西獨 滞在 8年以上으로 되었지만, 이것에 의한 새로운 有權者는 약 8萬人이었다.⁹⁵⁾

Hamburg市에 이어서 Schleswig-Holstein 州議會도 2月 14日에 外國人 選舉權을 認定하는 選舉法 改正이 있었다. 同法에 의하면 西獨 滞在 5年以上의 外國人 住民은 그 申請에 따라 地方自治體 議會의 選舉權이 부여된다. 同州에서는 Hamburg市와 달리 相互主義의 原則이 採擇되었다.⁹⁶⁾

여기에 대해서 聯邦政府의 與黨인 基民黨(CDU), 基社黨(CSU)은 外國人에게 選舉權을 부여하는 것은, 어떠한 境遇에도 國民主權 原則에 反하는 것이며, 違憲이라고 해서 이러한 움직임을 批判해 왔다. CDU/CSU의 聯邦議會議員 235名은 Hamburg市 및 Scheleswig-Holstein州의 改正選舉法의 違憲審査를 1989년 3월 8日 聯邦憲法裁判所に 請求하였다.⁹⁷⁾ 同時에 1990년 3월에 豫定된 Scheleswig-Holstein 州의 地方自治體 選舉에 관해서는 外國人 選舉權을 당분간 延期하라는 假處分을 申請했던 것이다.

聯邦憲法裁判所는 1990년 10月 12日 우선 假處分申請을 認容했다. 이어서 10月 31日에 外國人 住民에게 選舉權을 부여하는 것은 違憲이라고 判決을 내렸다. Hamburg市와 Scheleswig-holstein州의 先驅的 試圖는 이렇게 해서 憲法的으로 挫折되었다. 이 判決로 인하여 外國人에 대한 選舉權 부여문제는 法的인 問題로 부터 완전히 政治的인 問題로 즉 憲法改正이라는 政治的인 問題로 移行되었다고 할 수 있다.⁹⁸⁾

1990년 10月 3日 獨逸이 統一됨에 따라 새로운 憲法을 만들기 위한 憲法審議委員會가 구성되고 구성 이후 2년 가까운 기간동안 거의 매월 한번씩 회의를 열어 모두 26차례의 회의와 9번의 公聽會를 여는 등 총 3000페이지가 넘는 방대한 會議錄을 歷史의 記錄으로 남기면서 1993년 10월 28일의 제26차 회의에서 滿場一致로 23개 條文에 대한 基本法改正勸告案을 의결했다. 憲法審議會의 基本法改正勸告內容

94) Stand und Weiterentwicklung der Integration der Ausländischen Arbeitnehmer und Ihrer Familien in der Bundesrepublik Deutschland-Memorandum des Beauftragten der Bundesregierung-bonn, September, 1979, 再引用 高田篤, 上掲論文, P.84

95) 廣渡清吾, 前掲「ドイツにおける 外國人の 地方參政權」, P.169

96) 上掲論文, P.169 따라서 西獨人에게 똑같이 選舉權을 賦與하고 있는 外國의 國民에만 選舉權이 認定되었다. 덴마크, 스웨덴, 노르웨이, 아일랜드, 네덜란드, 스위스 등이다.

97) 基本法 93條 1項 2號, 聯邦憲法裁判所法 76條에 의해 聯邦議會의 3分の1 以上の 多數는 聯邦政府나 州政府의 法令에 대한 違憲審査請求權을 갖는다. 廣渡清吾, 前掲「ドイツにおける 外國人の 地方參政權」, P.170

98) 上掲論文, PP169-171

안에서도 가장 포괄적이고 중요한 부분이 유럽통합 노력을 위해서 基本法の 미비점을 보완하는 권고안이다. 유럽통합 움직임이 구체화되면서 1992년 2월 7일 12개 회원국들이 네덜란드의 마스트리히트에서 만나 유럽동맹조약(Treaty on European Union : TEU)에 정식 서명하였으며 國內 批准節次를 거쳐 1993년 11월 1일에 發效되게 됨에 따라 獨逸에서는 憲法24條의 테두리내에서 유럽통합에 따르는 主權의 制約 내지 主權의 委任이 정당화 될 수 있는가 하는 疑問이 提起되었다.

獨逸 立法機關의 일치된 견해에 따르면 基本法の 改正없이 이 條約을 批准同意할 수 없다는 것이었다. 그 첫째 이유는 이 聯合條約에서 豫定하고 있는 「聯合市民權」(Unionsbürgererschaft)은 基本法 제28조 1항의 改正 없이 認定할 수 없다는 것이었다. 獨逸國籍 없는 유럽聯合市民(Bürger der Europäischen Union)이 단지 獨逸에 거주한다는 이유만으로 地方自治選舉에서 選舉權과 被選舉權을 行使할 수 있다는 것은 獨逸基本法 제28조 제1항과 조화될 수 없다는 것이었다.⁹⁹⁾ 獨逸 立法機關은 대체로 憲法審議委員會가 제출한 改正勸告案의 내용대로 基本法을 改正해서 (1992. 12. 21) 1992년 12월 25일부터 效力을 發生시키고 이 改正된 새로운 基本法 제23조 제1항 제3문에 따라 마스트리히트 條約에 대한 批准同意案도 통과시켰다. 獨逸聯邦憲法裁判所는 1993년 10월 12일 「마스트리히트 조약」을 違憲이 아니라고 決定¹⁰⁰⁾함으로써 이 條約의 合憲성을 둘러싼 10개월간의 憲法論爭을 마감하였다.¹⁰¹⁾ 따라서 改正된 獨逸基本法 제28조 제1항 3문 「郡 및 地方自治體 選舉에 있어서 EU會員國 國籍을 保有하는 자는 EU法の 基準에 따라 選舉權 및 被選舉權을 갖는다」는 規定에 의해 EU會員國에 한하여 地方參政權을 갖게 되었다.

그러나 基本法の 改正에도 불구하고 獨逸社會에 정착하고 있는 外國人을 대등한 시민으로서 社會에 統合한다는 課題 자체는 아직도 남아 있다고 보아야 한다. 獨逸에 在住하는 外國人은 EU國을 제외한 여타지역 출신자들이 다수를 점하고 있으며 이들에 대한 立場變化는 留保되고 있기 때문이다.

統一이라는 歷史的 事件속에서 外國人 問題도 아직 豫測할 수 없는 流動的인 狀況이지만 國籍이나 國境에 拘束되는 法體系나 法思想은 유럽統合의 推進力이라는 獨逸自身の 立場에도 適合치 않은 것이다. 또 獨逸 經濟를 支撐하고 있는 外國人 勞動者와 그 家族의 眞正한 共生을 回避하려고 하는 것은 穩當한 態度라고 볼 수 없는 것이다.¹⁰²⁾ 아직도 獨逸의 憲法學界와 法曹界의 態度는 外國人 選舉權에 대한 反對 立場에 서있는 學者들이 많다. 이들 反對的 見解의 主張인 「獨逸國籍 없는 住民」이 繼續 「時限附的, 그리고 언제라도 取消할 수 있는 臣民」(Untertanen auf zeit und widerruf)으로서만 取扱되어 진다는 것은 매우 疑問스럽다.¹⁰³⁾

99) 許 營, 「獨逸統一과 基本法の 改革問題」, 獨逸統一의 法的 照明, 박영사, 1994, pp.257-258

100) Vgl. Urteil v.12. 10. 1992, 2 BvR 2134/92 und 2 BvR 2159/92

101) 허영, 전개논문, pp.259-260

102) 廣渡清吾, 前掲「ドイツにおける外國人の地方參政權」, P.194

103) 葛奉根, 前掲論文, P.121

그러나 獨逸에 있어서 外國人에게 選舉權을 부여하는 것은 이제 時間的인 問題라고 보는 것이 進歩的 傾向을 지닌 憲法學界와 法曹界의 一般的 見解이다.

3. 日本

1991년 1월 10日자로 韓日間の 合意覺書가 發表되어 在日韓國人 3世 以後의 法的 地位와 處遇에 관한 一部の 成果가 있었다. 그러나 在日韓國人 가운데 이 問題에 깊이 關與하거나 關心을 가지고 있는 사람들은 그 結果에 失望의 氣色이 역력하였다.

日本政府의 傳統的인 外國人政策은 外國人을 日本에서 追放하는 것, 追放할 수 없으면 治安·公安의 對象으로서 管理하는 것이며, 이들을 同化내지는 歸化시키는 일이고 이것은 日本單一民族觀, 皇國史觀을 뿌리로 하고 있는 까닭에 안으로는 外國人의 人權, 異民族의 資質, 文化的 特質, 民族的 固有性을 強力히 認定하지 않으려는 排他性이 나온다. 그것은 스스로 國際化속의 「國粹化」, 國際協助속의 「國益化」를 固執하는 것이다. 이는 日帝 植民地 政策, 皇民化政策, 1965年 協定時의 敎訓, 韓日國交 正常化 以後 지금까지 日本政府의 對韓姿勢와 在日韓國人 對策을 보면 充分히 알 수 있는 것이다.¹⁰⁴⁾

日本社會에 있어서의 在日韓國人에 대한 差別待遇는 줄기찬 同化政策과 함께 끝없이 深化되었으나 1970年 後半부터 世界的인 人權意識의 昂揚, 內外人 平等主義의 波及은 歐美先進國으로부터 人權後進國이라는 批判을 강하게 받게 되었고, 특히 越南敗亡後 大量的 難民發生은 日本의 出入國管理政策과 外國人政策의 排他性을 浮刻시켰고, 이 때문에 1979年 國際人權規約과 1981년에는 難民條約을 批准하지 않을 수 없게 되었다. 따라서 難民條約의 批准은 在日韓國人의 法的 地位에 두 가지의 變化를 가져왔다. 즉, ① 모든 外國人이 日本國民과 똑같은 社會保障을 받을 수 있게 되었고, ② 在日韓國人의 滯留權에 긍정적인 影響을 끼쳤다.

在日韓國人의 基本的 人權을 생각할 때 在日韓國人이 오랜 歲月, 日本이라는 地域共同體에 居住함으로써 地域社會에 깊이 關聯되어 生存하고 있고, 將來에도 生存해 갈 것을 直視하는 境遇, 在日韓國人의 基本的 人權에는 當然히 參政權이 包含되어야 한다.¹⁰⁵⁾

日本은 在日韓國人을 包含하여 어떠한 境遇에도 外國人의 選舉權을 認定하지 않고 있다. 公職選舉法 第9條 第1項은 日本國民으로서 20歲 以上인 者는 衆議院議員과 參議院議員 選舉權을 갖는다고 規定하고 있고, 同 第2項은 20歲 以上の 日本國民으로 3個月 以上 繼續 市·町·村의 區域內에 住所를 갖는 者는 그가 속한 地方公共團體의 議員 및 長의 選舉權을 갖는다고 規定하고 있다. 또한 第10條 第1項은 日本國民만이 衆議院과 參議院議員, 都·道·府·縣 議會議員과 知事, 市·町·

104) 朴秉閔, 「在日韓國人의 法的 地位」, 世界속의 韓國文化, 韓國精神文化研究院, 1991, P.21

105) 崔昌華, 名前と 人權, 1979, 酒井書店, P.247