creative commons
COMMONS DEED

저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:

저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.

비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.

변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 이용허락규약(Legal Code)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

Disclaimer

dCollection

법학박사 학위논문

중국의 외국인 권리보호에 관한 연구

-한국과의 비교를 중심으로-

2022년 8월

서울대학교 대학원

법학과 헌법전공

최 혜 주

중국의 외국인 권리보호에 관한 연구

-한국과의 비교를 중심으로-

지도교수 송 석 윤

이 논문을 법학박사 학위논문으로 제출함
2022년 5월

서울대학교 대학원
법학과 헌법전공
최 혜 주

최혜주의 박사 학위논문을 인준함
2022년 7월

위 원 장 _____ (인)
부위원장 _____ (인)
위 원 _____ (인)
위 원 _____ (인)
위 원 _____ (인)

국문초록

세계화의 영향으로 중국에 체류 중인 외국인의 수는 매년 꾸준히 증가하여 84만 명을 넘어섰다. 이러한 수치는 인구강대국인 중국의 총 인구수에 비하면 극소수에 해당한다고 볼 수 있지만 중국도 저출산 고령화로 인한 문제에 직면하여 있고 노동인구의 감소와 더불어 고학력인구의 증가로 인한 노동력 부족현상이 발생하고 있다. 아직 공식적으로 외국인의 유입사유와 체류자격 등에 대한 자세한 통계자료가 제한적이나 이미 우리 삶의 곳곳에서 외국인이 사회구성원으로 자리매김하고 있다. 그렇다면 이러한 변화 속에서 중국의 외국인에 대한 권리보장이 어느 정도 이루어지고 있는지에 대한 문제의식을 가지고 이 글을 시작하였다. 그동안 중국은 우수인재를 유치하기 위한 지원을 적극적으로 수행하여 왔다. 다만 현재와 같이 인재유치에 치중하여 정책을 펼쳐나가기에는 이미 '3비 외국인'의 문제가 심각하게 드러나고 있음을 감지해야 한다. 그 외에도 투자, 학업 등 목적으로 일시적으로 체류한 후 본국으로 돌아가는 외국인보다는 중국에서 삶의 터전을 잡고 살아가고 있는 외국인들의 권리보장문제에도 관심을 기우릴 필요가 있다. 그리고 중국의 불법체류 외국인의 급격한 증가로 인권침해가 야기되고 있는 문제와 관련하여 이들을 대상으로 효율적으로 관리하고 불법체류자도 인간으로서 최소한의 권리가 보장되어야 할 것이다.

본 연구에서는 구체적으로 외국인에게 각 법률에서 헌법상 권리가 실질적으로 보장되고 있는 지를 파악하고자 외국인의 입국, 체류, 출국과정에서 외국인의 기본권 보장문제를 살펴봄으로써 앞으로 중국도 다양한 목적을 가지고 살아가고 있는 외국인의 증가를 대비하여 비교법적으로 한국의 외국인 기본권 보호에 관한 학계의 논의, 관련법제도 함께 고찰하였다. 결론적으로 중국의 외국인관련 법제는 일관된 체계성이 결여되어 있고 실용주의를 기초로 시대별 상황에 따라 상이한 외국인 정책을 펼쳐왔다.

인구대국인 중국에서 외국인에 대한 통제의 필요성이 있다고 하여도 외국인을 바라보는 시각은 중국헌법상 기본원리로서 인권의 존중과 보장이다. 중국헌법 제32조에 따른 외국인의 합법적 권익에 대한 보장을 근거로 삼아 외국인을 권리주체로서 인식하는 것이 관련법 제정과 정책을 마련하는데 있어 선행되어야 할 과제이다.

주요어: 외국인 기본권, 중국헌법 제33조, 중국헌법 제32조, 인권, 국제인권규약, 외국인정책, 출입국관리, 불법체류 외국인, 난민, 사회보장.
학 번: 2017-30898

목 차

제1장 서론 ····· 1
제1절 연구의 배경 ····· 1
제2절 연구의 목적 ····· 3
제3절 연구의 범위와 구성 ····· 4
Ⅰ. 연구의 범위 ····· 4
Ⅱ. 논문의 구성 ····· 6
제2장 중국헌법상 기본권 ····· 8
제1절 중국헌법에서 기본권의 형성 ····· 8
Ⅰ. 개관 ····· 8
Ⅱ. 중국헌법상 기본권 규정의 변화 ····· 10
1. 임시헌법으로서 「공동강령」 ····· 10
2. 1954년 제헌헌법 ····· 11
3. 1975년 헌법과 1978년 헌법 ····· 13
(1) 1975년 헌법 ····· 13
(2) 1978년 헌법 ····· 14
4. 1982년 헌법 ····· 15
Ⅲ. 소결 ····· 19
제2절 중국헌법상 기본권의 보장 ····· 20
Ⅰ. 중국헌법에서 기본권의 특징 ····· 20

Ⅱ. 공민의 개념과 개별 기본권 ····· 21
1. 공민의 개념과 그 인접개념 ····· 21
2. 개별 기본권 ····· 23
(1) 자유권 ····· 23
가. 종교의 자유 ····· 24
나. 거주·이전의 자유 ····· 25
(2) 정치적 권리 ····· 26
3. 소수민족의 기본권 현황 ····· 27
Ⅲ. 기본권 보장의 한계 ····· 29
제3절 국제인권규범과 중국헌법 ····· 30
Ⅰ. 개관 ····· 30
Ⅱ. 중국의 이행현황 ····· 31
1. 사회권규약 ····· 32
2. 자유권규약 ····· 34
3. 국제인권규범과 중국헌법상 기본권 조항의 차이 ····· 35
Ⅲ. 국제인권규범의 국내적용 ····· 36
제3장 외국인의 권리보호를 위한 헌법적 토대 ····· 39
제1절 중국에서 외국인의 개념과 범위 ····· 39
Ⅰ. 외국인의 개념 ····· 39
Ⅱ. 외국인의 범위 ····· 39
1. 화교 ····· 39
2. 홍콩, 마카오지역 ····· 41
3. 대만지역 ····· 42

제2절 중국에서 외국인의 헌법적 지위 ····· 43
Ⅰ. 개관 ····· 43
Ⅱ. 외국인 관련 헌법조문에 대한 이해 ····· 44
1. 외국인 관련조항의 도입과 연혁 ····· 44
2. '합법적 권리와 이익'에 대한 이해 ····· 45
3. 중국에서 외국인 헌법적 지위 관한 논의 ····· 46
(1) 기본권의 주체 ····· 46
(2) 보충성 근거조항 ····· 47
(3) 소결 ····· 48
Ⅲ. 중국헌법상 '인권조항' ····· 49
1. 중국의 인권에 대한 인식 ····· 49
(1) 대외인권정책 ····· 49
(2) 중국의 인권상황백서 ····· 51
2. 중국헌법에서 '인권조항'의 도입 ····· 52
(1) 도입배경 ····· 52
(2) 도입과정 ····· 56
가. '인권조항'의 표현방식 ····· 57
나. '인권조항'의 신설위치 ····· 58
3. '인권조항'의 효력 ····· 60
(1) 입법지침으로서 효력 ····· 60
(2) 헌법원칙으로서 효력 ····· 61
4. 국가의 인권 보장의무 ····· 61
Ⅳ. 기타 외국인관련 법률의 전개 ····· 63

1. 건국초기의 ‘축출정책’ (1949-1978) ····· 63
2. 개혁개방 이후 (1979-1993) ····· 64
3. 사회주의 시장경제 초기 (1994-2001) ····· 65
4. 사회주의 시장경제체제의 확립 (2002-2012) ····· 66
5. ‘일대일로’ 프로젝트 (2013-현재) ····· 66
제3절 한국에서 외국인 헌법상 지위에 관한 논의 ····· 69
Ⅰ. 개관 ····· 69
Ⅱ. 헌법 제6조 제2항 ····· 70
Ⅲ. 외국인 기본권주체성 논의 ····· 72
1. 학계의 통설 ····· 72
2. 헌법재판소의 판단 ····· 74
(1) ‘국민과 유사한 지위에 있는 외국인’개념 명시 ····· 74
(2) 개별 기본권의 성질에 따른 구분 ····· 75
가. 인간의 존엄성과 자유권 ····· 75
나. 평등권 ····· 78
다. 참정권 및 사회적 기본권 ····· 78
라. 청구권적 기본권 ····· 79
3. 외국인의 헌법상 권리구제 ····· 79
(1) 헌법소원심판 ····· 80
(2) 위헌법률심판 ····· 81
Ⅳ. 소결 ····· 82
제4장 한국과 중국의 외국인 관련법제 비교 ····· 84
제1절 외국인 관련법제 개요 ····· 84

Ⅰ. 중국의 법제현황 ····· 84
Ⅱ. 한국의 법제현황 ····· 87
제2절 외국인의 출입국 법제상 지위 ····· 89
Ⅰ. 외국인의 입국 ····· 89
1. 사증의 규율 ····· 90
(1) 외교, 공무, 예우 및 면제사증 ····· 90
(2) 보통사증 ····· 91
(3) 사증발급거부 ····· 93
2. 출입국관리법상 입국심사 ····· 93
(1) 입국심사 ····· 93
(2) 입국거부 및 송환 ····· 94
3. 한국의 경우 ····· 95
(1) 입국요건 ····· 96
가. 사증 ····· 96
나. 사증발급인증서제도 ····· 97
(2) 입국금지와 입국거부 ····· 98
가. 입국금지사유 ····· 98
나. 입국금지의 처분성 문제 ····· 99
(3) 입국심사 ····· 100
가. 심사내용 ····· 100
나. 입국허가 ····· 100
(가) 조건부 입국허가와 특별체류허가 ····· 101
(나) 재입국허가 ····· 102

(4) 입국불허 ····· 102
4. 소결 ····· 103
Ⅱ. 외국인의 강제추방 ····· 103
1. 중국「출입국관리법」상 강제추방 ····· 103
(1) 강제추방의 성격 ····· 104
(2) 강제출국의 사유 ····· 105
(3) 조사 ····· 105
(4) 구류심사(拘留审查)와 신체의 자유 제한 ····· 106
가. 기간의 상한이 없는 구류심사 ····· 106
나. 구류장소의 문제 ····· 107
다. 결정기관 ····· 108
라. 구류심사해제결정 ····· 108
(5) 강제추방의 구제관련 ····· 108
2. 한국의 경우 ····· 109
(1) 출국정지 ····· 109
(2) 강제퇴거 ····· 110
(3) 강제퇴거 절차 ····· 110
가. 조사 및 심사 ····· 110
나. 보호제도 ····· 111
(가) 보호유형 ····· 111
(나) 보호기간 및 보호장소 ····· 112
3. 소결 ····· 112
Ⅲ. 난민에 대한 고찰 ····· 113

1. 중국에서 난민관리 ····· 113
(1) 중국헌법상 비호권 ····· 113
(2) 출입국관리법상 규정 ····· 114
(3) 난민의 수용경험 ····· 115
(4) 중국에서 난민인정 ····· 115
가. 난민인정심사 ····· 116
나. 난민관리잠정조례(초안) ····· 116
2. 한국의 「난민법」 ····· 117
(1) 개관 ····· 117
(2) 난민인정신청자 심사 ····· 118
가. 대한민국 안에 있는 외국인 ····· 119
나. 출입국항에서 신청 ····· 120
다. 차이점 ····· 121
(가) 불회부 결정의 처분성 및 강제송환금지원칙 ····· 121
(나) 변호인의 조력을 받을 권리 ····· 122
(다) 이의신청 ····· 122
(3) 처우문제 ····· 123
가. 난민신청자의 처우 ····· 123
나. 인도적 체류자의 처우 ····· 125
다. 난민인정자의 처우 ····· 125
(4) 난민인정의 취소 및 철회 ····· 126
3. 소결 ····· 127
제3절 체류 외국인의 법적 지위 ····· 128

Ⅰ. 근로의 권리 ····· 128
1. 중국의 취업허가제도 ····· 128
2. 외국인의 거류와 취업 ····· 130
(1) 외국인 거류 ····· 130
(2) 취업허가 ····· 131
(3) 취업절차 ····· 131
3. 한국의 고용허가제 ····· 132
(1) 개관 ····· 132
(2) 고용허가제와 외국인근로자 권리보호 ····· 133
가. 적용대상 ····· 133
나. 고용허가제의 기본원칙 ····· 134
(가) 보충성원칙 ····· 134
(나) 정주화금지 원칙과 불법취업문제 ····· 135
(다) 국적차별금지원칙 ····· 136
(라) 투명성원칙 ····· 137
(3) 고용절차 ····· 137
(4) 사업장 이동제한의 문제점 ····· 138
4. 중국의 ‘3비 외국인’ 관리 ····· 139
(1) 불법취업 외국인에 대한 규제 ····· 139
가. ‘3비 외국인’의 개념 및 유형 ····· 139
나. 불법취업 시 처벌 ····· 141
(2) 한국의 미등록 외국인근로자 ····· 142
가. 근로자성 인정여부 ····· 142

나. 노동3권의 보장 ····· 143
다. 미등록외국인의 관리 ····· 144
(가) 자진출국제도 ····· 145
(나) 사업주(고용주)에 대한 제재 ····· 145
(다) 체류자격 부여 ····· 146
5. 소결 ····· 146
Ⅱ. 외국인의 사회보장 ····· 147
1. 개관 ····· 147
2. 외국인에 대한 적용여부 ····· 148
(1) 양로보험 ····· 150
(2) 의료보험 ····· 151
(3) 실업보험 ····· 152
(4) 생육보험 ····· 152
(5) 공상보험 ····· 152
3. 한국의 경우 ····· 153
(1) 인간다운 생활을 할 권리 ····· 153
(2)「사회보장기본법」에서 상호주의 ····· 154
(3) 외국인의 사회보장수급권 ····· 155
가. 사회보험 적용현황 ····· 155
(가) 산업재해보상 ····· 155
(나) 고용보험 ····· 156
(다) 국민건강보험 ····· 157
(라) 국민연금 ····· 158

(4) 공공부조 ····· 159
(5) 기타서비스 지원 ····· 160
가. 교육지원 ····· 160
나. 응급의료지원 ····· 160
다. 장애지원 ····· 161
4. 소결 ····· 161
Ⅲ. 교육 ····· 163
Ⅳ. 정치적 권리 ····· 164
Ⅴ. 재산권 ····· 166
제5장 결 론 ····· 169
제1절 논의의 요약 ····· 169
제2절 한국이 주는 시사점 ····· 170
참고문헌 ····· 174

표차례

표 2-1 ····· 19
표 3-1 ····· 40
표 3-2 ····· 54
표 3-3 ····· 68
표 4-1 ····· 92
표 4-2 ····· 130

일러두기

1. 본 논문에서 중국법령과 주요용어는 한국어로 번역된 표현을 먼저 표기하고 그 다음 괄호 안에 한자(간자체)를 병기하였다.
   예: 의법치국（依法治国）;「중국 내 외국인 취업관리규정(外国人在中国就业管理规定）」

2. 중국의 인명이나 지명은 한국어로 번역하지 않고 한자(간자체) 그대로 표기하였다.

3. 한국과 중국법령의 표제는 모두 흩낫표(「」)로 표기하였다.

4. 중국저자가 한국에서 도서 또는 논문을 출간한 경우, 저자인명을 병음에 따라 한글로 표기하였다.
   예: 韩大元 / 한다위안

중국어 원문 의역표

중국어 간체	한글
一带一路	일대일로
工农联盟	공농연맹
本土化	본토화
暂行办法	임시조치
依法治国	의법치국
发布	반포
大鸣大放	의견발표
大字报	대자보 첩부
实践是检验真理的唯一标准	실천은 진리를 검증하는 유일한 기준
人民群众	인민군중
工人阶级	노동자계급
封建迷信	봉건미신
组织，利用会道门，邪教组织，利用迷信破坏法律实施罪	회도문과 사교를 조직 또는 이용하거나 미신을 이용하여 행하는 범죄행위
归侨	귀교
侨眷	교권
外籍华人	외적화인
华侨华人	화교화인
关于中华人民共和国国籍法在香港特别行政区实施的几个问题解析	국적법의 홍콩특별행정구에서 시행되는 몇 가지 문제에 관한 해석
关于中华人民共和国国籍法在澳门特别行政区实施的几个问题解析	국적법의 마카오특별행정구에서 시행되는 몇 가지 문제에 관한 해석
居留权	거류권
求同存异	구동존이
宪法性文件	헌법문건

鼓励高端，控制一般，限制低端	하이레벨 장려, 미들레벨 통제, 로우레벨 제한
行政强制措施	행정강제조치
治安管理处罚法	치안관리처벌법
当场盘问	당장검문
继续盘问	계속검문
拘留审查	구류심사
行政复议	행정재심

약칭표

명칭	약칭
중화인민공화국출입국관리법 (中华人民共和国出入境管理法)	출입국관리법
중화인민공화국국적법 (中华人民共和国国籍法)	국적법
중국 내 외국인취업관리규정 (外国人在中就业管理规定)	취업관리규정
중국내 외국인 사회보험가입 임시조치 (在中国境内就业的外国人参加社会保险暂行办法)	사회보험가입임시조치
중화인민공화국 사회보험법 (中华人民共和国社会保险法)	사회보험법
중화인민공화국 민족구역자치법 (中华人民共和国民族区域自治法)	민족구역자치법
중화인민공화국전국인민대표대회와 지방각급인민대표대회 선거법 (中华人民共和国全国人民代表大会和地方各级人民代表大会选举法)	선거법
중화인민공화국 홍콩특별행정구 기본법 (中华人民共和国香港特别行政区基本法)	홍콩기본법

제1장 서론

제1절 연구의 배경

국가 간의 인구이동으로 오늘날 세계는 다수의 외국인이 다양한 목적과 형태로 타국에 거주하는 시대에 이르렀다. 중국에서는 1978년 대외개방을 기점으로 개혁개방 정책을 시행하여 외국투자 자본과 함께 외국인의 대량유입이 시작되었다. 2013년에는 习近平주석의 제안으로 고대동서양의 교통로인 현대판 실크로드 '일대일로(一帶一路)' 프로젝트[1]가 시작되었으며 그 일환으로 더 많은 인적자본의 활성화와 경제 및 기업의 국제경쟁력을 제고하고자 중국정부는 고급인력의 채용을 장려하는 노선을 택하게 되었다. 이에 따라 외국인근로자들이 중국을 선택하여 취업기회를 찾는 수가 갈수록 증가하는 추세를 보이고 있다.

한편 그동안 인구보너스 효과를 누려왔던 중국도 저출산과 고령화라는 인구구성의 변화로 인해 노동력 있는 인구의 감소가 우려되고 있다. 2020년에 발표된 제7차 인구조사결과 2010년 대비 생산가능인구는 4천만 명이상 줄어든 반면 60세 이상 고령인구 비중은 5.44% 증가하여 18.70%를 차지하였다. 15~59세의 노동인구는 63.35%로 10년 전보다 6.79% 줄어들었고 이에 비해 학력인구는 10년 전 8.93%에 15.5%로 증가하였다. 즉 학력인구는 대부분 사무직을 선호하므로 실제로 중국의 공장들은 생산

1) 중국의 '일대일로' 프로젝트는 중앙아시아와 유럽을 연결하는 육상 실크로드와 동남아시아와 유럽, 아프리카를 연결하는 해상 실크로드를 뜻하는 경제 벨트를 지칭한다. 이것은 2014년부터 2049년까지 현대판 실크로드를 다시 구축하여 중국과 주변국가의 경제, 무역 합작 확대의 길을 여는 대규모 프로젝트이다. 일대일로의 전략은 정책소통, 인프라연결, 무역 확대, 자금 조달, 민심상통의 이념을 바탕으로 2021년까지 181개 국가 및 국제기구가 참여하고 있고 내륙에는 3개, 해상에는 2개 등 총5개의 노선이 있으며 동 노선에 속하는 국가는 높은 이익을 얻게 됨에 따라 중국과의 교류가 더욱 활발하게 이루어지고 있다.

라인에서 일할 노동자를 구하는데 어려움을 겪고 있다. 외국인에 관한 논의에 있어 대부분의 출발점은 통계적인 수치이다. 2021년을 기준으로 중국에는 84만 5697명의 외국인이 단·장기적으로 체류하고 있다. 중국은 아직까지 이민유입국보다는 유출국에 해당하며 체류외국인수는 전체인구의 극소수에 해당한다고 볼 수도 있다. 하지만 외국인의 증가추세는 국제교류의 활성화, 저출산과 고령화의 지속, 노동인구의 감소 등으로 인해 가속화될 것으로 추정된다.

초기 중국의 외국인 정책은 화교자본의 유치에 목적을 두고 출발하였다고 할 수 있다. 이어 외국자본유치를 위하여 문호개방을 실시하고 헌법에 외국투자 관련조항을 신설하였으며, 외국인의 영구거류제도를 확립하게 되면서 우수외국인재들을 위한 정책이 추진되었다. 즉 일반외국인의 정주화를 방지하고 우수인재와 외국인 투자유치를 위주로 정책을 펼치고 있다. 아직까지 공식적으로 외국인 입국사유에 대한 구체적인 통계가 나오지 않았지만 교육부의 자료와 신문기사로부터 유학과 취업을 목적으로 하는 외국인 수가 늘어나고 있음을 알 수 있다. 이러한 점에 비추어 볼 때 외국인에 대한 정책수립과 법제도적 뒷받침이 중요한 시대적 과제로 승화되고 있음을 인지하여야 한다. 중국은 아직 외국인의 권리보장에 대한 체계적인 논의가 이루어지지 않았고 더욱이 외국인 정책을 현실에 투입하는 통로의 역할로서 법에 대한 연구는 상대적으로 소홀하다. 인구감소와 외국인 증대의 시점에서 중국도 불가피하게 외국인 인력을 활용하여 산업현장의 인력부족을 완화해야 한다. 이 예견된 미래에 대응하기 위하여 다양한 이유로 중국사회의 구성원으로서 살아가고 있는 외국인을 어떻게 수용할 것인지를 헌법적 관점에서 살펴보아야 할 것이다. 그리고 헌법상 외국인에게 인정되는 권리가 하위법률들을 통하여 실질화 될 수 있는 구조를 함께 마련하여야 한다.

외국인의 체류자격 특성상 서로가 처한 사회적 지위에 따라 그에 따른 인권침해 혹은 특혜 등 대우에 큰 차이가 존재하는데 중국의 외국인 권리보장은 결코 만족스럽지 못하다. 현재 중국에는 다양한 목적

으로 체류하고 있는 외국인 중 크게 문제가 되는 것은 '3비 외국인' (三非人员)[2] 문제이다. 특히 강체추방과정에서 나타나는 인권침해문제와 이들에 대한 최소한의 인권보장의 측면에 대한 고민이 필요하나 외국인을 인간의 권리에 해당하는 기본권의 향유 주체로 보는데 비해 법과 정책은 매우 미비한 상태이다. 전반적으로도 외국인에 관한 통일적인 제도 및 기준이 모호하고 더욱이 지방자치에 따라 시행되는 정책과 제도가 각기 상이하여 외국인 관리에 있어 지역마다 일정한 차이가 존재한다. 이러한 현상은 중국사회에서 법의 기본적인 역할 문제, 즉 국내법적 대응을 요구하며 외국인 인권보호의 기준에서 법제를 마련할 필요성은 더욱 커지고 있다.

제2절 연구의 목적

그동안 이민송출국이었던 중국은 문호개방이 점진적으로 확대되면서 국내에 여러 가지 형식으로 체류하는 외국인이 갈수록 증가하는 이주전환을 경험하고 있다. 외국인들은 이미 불가피하게 사회곳곳에 유입되어 정부의 인구관리에서 중요한 부분이 되었다. 중국의 외국인 관리모델은 역사적으로나 현단계에서나 이민국가가 아니며 건국초기부터 정부부처의 분업에 따라 공안부가 오랫동안 외국인 관리를 담당해 왔기 때문에 국내 학자들은 공안부의 관리차원에서 외국인의 문제를 연구하는 경향이 크다. 중국학계나 관련부처에서는 외국인의 기본권주체성 문제 혹은 외국인의 권리보호에 관한 연구보다는 출입국관리에 대한 연구에 관심을 가지고 있다. 외국인 권리보장에 관한 연구는 주로 체류자격 및 영주권 취득과 '3비 외국인'의 단속문제 등에 치중되었다. 외국인의 헌법적 권리에 관련하여 韩大元교수의 『헌법학기초이론(宪法基础理论)』, 林来梵교수의 『헌법학 강의 (宪法学讲义)』에서는 외국

2) '3비 외국인'은 불법입국, 불법체류, 불법취업을 하는 외국인의 통칭이다 .

인의 기본권주체성에 대해 언급하였다. 그밖에 郑贤君교수의 『기본권리의 원리 (基本权利原理)』는 일본에서의 외국인 기본권주체성에 관한 내용을 언급하고 있다, 연구논문으로는 潘敏华의 "중국에서 외국인의 헌법적 관리에 관한 연구 (外国人在本国的宪法权利)", 钟头朱의 "외국인 헌법적 권리를 논함 (论外国人的宪法权利)", 杨金晶의 "외국인의 헌법적 권리 (如何对待外国人的宪法权利)", 百雨梨의 "외국인 기본권주체 지위에 관한 연구 (外国人的基本权利主体地位浅析)" 등이 있다. 외국인의 권리에 관한 대부분의 연구는 국가의 정책적인 측면과 공안기관의 관리방식에 대한 비판의 형식으로 다루어지고 있다. 외국인이 중국사회의 구성원으로 살아가면서 그 법적지위가 체류국가에서 어떻게 변화되고 있는지, 세계인권선언, 국제인권협약 등을 기반으로 하는 시각에서 국내법에 상응하는 기준으로 외국인의 천부인권적 기본권을 요구할 수 있는지 또한 공민과의 차별을 어느 수준까지 인정해야 하며 어떠한 권리들이 주체성 인정 문제에서 쟁점으로 부상하고 있는지 고민해 볼 필요가 있다.

제3절 연구의 범위와 구성

Ⅰ. 연구의 범위

본 논문에서는 비교의 대상을 한국과 중국으로 하였다. 중국헌법은 공민에게 기본권을 보장하며 법률로서 이를 구체화하고 있다. 외국인에 대해서는 헌법상 규정에 따른 합법적인 권익을 보호(중국헌법 제32조 제1항)할 것을 명시하고 있다. 또한 2004년 '인권조항'의 신설은 국가의 인권존중과 보장을 선언함으로써 국가에게는 외국인을 인권보장의 차원에서 일정한 방문 및 체류의 권리를 적정하게 보장해야 할 헌법적 의무가 있다고 생각한다. 외국인의 권리보호의 주제는 매우 광범위하며 이러한 주제를 모두 포괄할 수 없을

것이다. 본 연구는 중국에서 논의되고 있는 외국인의 헌법적 지위와 이와 관련된 법제의 현황과 문제점을 살펴보고, 중국보다 법제가 잘 정비되어 있고 외국인의 유입에 따른 다문화사회를 우선 경험하고 있는 한국과의 비교를 통하여 중국의 현실에 비추어 외국인 관련 법제가 나아갈 방향을 찾아가려고 한다.

한국헌법은 기본권 향유주체를 국민으로 명시하고 있고 외국인은 국제법과 조약에 따라 그 법적 지위를 보장함을 규정하였다.(한국헌법 제6조 제2항) 헌법재판소는 국민과 유사한 지위에 있는 외국인의 경우 기본권을 가질 수 있으며 기본권의 성질에 따라 인간의 권리에 한하여 외국인의 지위를 인정할 수 있다고 판단하고 있다. 또한 시대의 변화에 대응하여 법률적 차원에서 외국인의 지방참정권 인정, 사회적 기본권을 확대하고 있다. 이에 따라 외국인의 헌법상 지위에 대하여 한국과 관련된 연구 부분에서는 외국인의 기본권 주체성 인정 여부를 살펴보고 외국인의 출입국, 체류와 관련된 법률인 「재한외국인처우기본법」, 「출입국관리법」, 「외국인근로자의 고용 등에 관한 법률」, 「난민법」 등을 비교법적으로 검토한다.

연구의 대상인 외국인이란 외국국적을 보유한 자로서 중국의 「중화인민공화국출입관리법（中华人民共和国出入境管理法)」(이하 「출입국관리법」으로 약칭)의 규정에 따르면 「중화인민공화국국적법（中华人民共和国国籍法)」(이하 「국적법」으로 약칭)에 의하여 중국국적을 소유하지 아니한 자로 정의된다. 외국인 정책은 공리적인 성격을 가지며 '도움이 되는 외국인'과 그렇지 않은 외국인을 차별적으로 대우한다. 이러한 차별은 외국인이 수행할 수 있는 기능에 기초한 차별로서 부동한 체류자격의 부여로 표현된다. 그 유형에 따라 화교, 합법체류자격을 가진 외국인과 '3비 외국인'으로 구분될 수 있으며, 체류자격을 기준으로 한다면 외국인투자자, 전문인력, 외국인근로자, 결혼이민자, 난민 등 다양하게 분류될 수 있다. 또한 체류기간을 기준으로는 영주외국인과 일정한 체류기간의 체류자격을 갖는 외국인으로 나누어진다. 다만 화교와 외국인투자자 같은 경우 '도움이 되는 외국인'의 범주에 속하므로 이들에게는 많은 혜택이 주어

지며 중국공민과의 차이가 크지 않기 때문에 논의 대상에는 포함시키지 않고자 한다.

Ⅱ. 논문의 구성

본 논문에서는 다음과 같은 내용으로 본문을 구성한다.

제2장(중국헌법상 기본권)에서는 중국헌법상 외국인의 지위와 전반적인 법제개관에 앞서 중국에서 기본권의 개념의 형성과 헌법의 개정과정에서 기본권 조항의 변화를 정리하여 주제를 이해하는 토대를 제공하도록 한다. 이어서 외국인의 권리를 선언하고 있는 국제인권규범과 중국헌법의 차이점도 함께 살펴보겠다.

제3장(외국인의 권리보호를 위한 헌법적 토대)에서는 중국법체계에서 외국인의 개념과 범위를 명확히 한 후, 기본권 차원에서 외국인의 권리보호에 관하여 다루고자 하므로, 먼저 외국인의 기본권 주체성을 인정할 근거를 찾을 수 있는지 검토한다. 이를 위해 중국헌법 제32조 제1항의 '외국인 조항'과 제33조 제3항 '인권조항'에 비추어 외국인의 헌법적 지위를 규명하고 외국인에게 인정되는 권리에 관하여 논의하고자 한다. 아울러 2004년 인권조항이 헌법에 도입된 후 외국인 법적지위의 변화와 중국의 '인권관(人权观)'을 함께 분석함으로 외국인의 권리보호를 위한 연결점을 찾아보려고 한다. 이어서 외국인에게 인정되는 한국의 헌법상, 법률상의 권리의 범위와 그에 대한 제한은 어떠한지를 학계의 논의와 헌법재판소의 주요 판례를 중심으로 검토하여, 그 중 중국 사회에서 충분히 참고할 만할 가치가 있을 것을 찾아보고자 한다.

제4장(한국과 중국의 외국인 관련법제 비교)에서는 한국과 중국의 외국인 관련 법제를 비교분석하면서 이미 외국인의 유입으로 인한 문제들을 경험한 한국의 사례를 살펴봄으로써 법제도와 정책의 개선점을 찾고자 한

다. 중국의 경우 「출입국관리법」,「중국 내 외국인 취업 관리규정(外国人在中国就业管理规定)」(이하「취업관리규정」으로 약칭), 「중국 내 외국인 사회보험가입 임시조치 (在中国境内就业的外国人参加社会保险暂行办法)」(이하「사회보험가입임시조치」로 약칭) 등 외국인의 관련법제의 현황과 문제점을 살펴보는데 구체적으로 외국인의 중국에 입국, 체류, 출국단계에서 헌법과 법률상 외국인의 기본권의 인정과 문제점을 살펴본다. 그리고 외국인의 입국규제, 체류자격을 결정하는 체류자격의 유형과 그에 따른 외국인정책을 살펴보며 외국인의 출국단계에서 '3비 외국인'으로 단속되어 강제추방과정에서 해당외국인에 대한 구류심사가 헌법상 신체의 자유를 보장하기 위한 구제장치가 존재하지 않는 문제를 검토한다. 그 시사점으로 한국에서의 외국인 관련 법제를 살펴보도록 하겠다. 한국은 2007년 고용허가제 확대이후 외국인의 인구는 지속적으로 증가하여 현재 200만 명을 넘어서고 있고 전체인구 대비 체류외국인의 비율도 매년 증가하고 있다. 한국의 외국인 관련법제는 대체적으로 이주유형별로 적용되는 법률이 시행되고 있다. 대표적으로「외국인처우기본법」(2007)은 기본법의 역할을 하고 결혼이주여성을 대상으로「다문화가족지원법」(2008)이 있으며 외국인근로자들에 대한 권익보호제도로서 「외국인근로자 고용 등에 관한 법률」(2003), 난민신청자의 증가로 아시아 최초로「난민법」(2013)이 제정되어 있다.

제5장 (결론)에서는 기존 논의를 요약하고 중국의 외국인 권리보장의 방향에 대한 결론을 제시한다.

제2장 중국헌법상 기본권

제1절 중국헌법에서 기본권의 형성

Ⅰ. 개관

기본권의 보장은 연원적으로 인권사상의 발달에 그 기원을 두고 있다. 그러나 자유나 권리가 서양의 정신과 문화의 전유물은 아니다. 인간의 존엄성을 유지하고 자유롭게 살고 싶은 것은 인간의 본질에서 비롯된 것이며 이는 동서양의 차이가 없다. 다만 서양이 동양보다 자유와 권리에 바탕을 둔 사회제도를 개척하는데 앞섰고 동양은 이러한 제도를 받아들여 국가를 형성한 점에서 차이가 있다.[3] 각국의 헌법발전역사가 서로 다른 배경을 가지고 있기에 다양한 헌법문화를 표현하였고 기본권[4]에 대한 서술과 내용의 변화도 사실상 그 나라의 역사문화를 반영할 수 있다. 기본권 개념의 형성에서 예컨대 동아시아 전통문화에는 서방의 'right'와 유사한 개념으로 사용하는 용어가 없었고 서법동점의 방식으로 이식(移植)하여 형성된 것이다.[5] 고대중국에서 '권리(权利)'라는 용어는 문언문에서 주로 '권세(权势)', '이익(利益)'으로 해석되었다.[6] 근대 이후 법률용어는 대부분 일본의 영향을 많이 받은 것과는 달리 '권리'는 일찍이 1864년 중국에서 활동하던 미국선교사 월리엄 마틴(W. A. P. Martin; 丁韪良)의 국제법 번역서인 『만국공법(万国公法)』에서 최초로 '권리' 용어를 사용하였다.

---

3) 정종섭, 『헌법학원론』, 2018, 271면.
4) 중국헌법에서는 "공민의 기본권리와 의무"로 표현하고 있다. 중국학계에서는 헌법권리, 기본적 권리, 기본인권 등 다양한 표현이 있으나 본 논문에서는 기본권으로 통일하겠다.
5) 한다위안(주편), 『중국헌법학설사연구(하)』, 2017, 177면.
6) 韩大元, "基本权利概念在中国的起源与演变", 2009, 17면.

중국에서 기본권 이론의 형성과정은 사회구조와 문화배경의 요소 외에 외국 이론의 영향을 홀시 할 수 없다. 1949년 이전의 기본권 개념은 그 과정에서 중요한 영향을 끼친 나라들로는 독일, 프랑스, 미국, 일본인데, 그중에서도 직접적인 영향을 준 나라가 일본이고 서방헌법이론도 일본을 통해 전파되었다. 초기 서방의 'right'가 처음 중국에 들어올 때, 이미 그 주요의의를 떠났음에도 불구하고 관념과 사상이 도입되어 적용할 수 있게 된 것은 서학(西学)의 충격과 현실의 사회적 근원 등의 요소 외에 중국의 전통정치와 법률문화 자체의 내재적인 변화도 한 몫을 하였다.[7)]

중국의 기본권 이론이 형성된 사회가 서방사회와 다르므로 단순하게 서방의 기본권가치로 중국 헌법 체제 중의 기본권을 판단해서는 아니 된다. 서방의 기본권은 개인을 출발점으로 한 것에 반해 당시 중국학자들의 사고방식은 흔히 국가, 집체를 기본 출발점으로 하였는데 이는 각자의 사회구조를 반영하였다. 또한 서방사회의 기본권은 주로 개인이 국가권력에 대항하는 구조 중에 존재하면서 분명한 방어적 성질을 띠고 있지만 중국은 개인과 국가권력 사이의 대항보다는 주요하게 상호협조를 강조하였으며 일종의 국가주의 체제 하에 조화와 공존을 목표로 하는 사회관리 양식의 특징을 가지고 있다. 그밖에 서방의 기본권 이론에는 국가가 기본권 실현의 적극적 의무를 지닌다는 점이 명확하고 구체적이나 1950년대 중국헌법 본문과 기본권 이론에는 실현의 주체가 비교적 모호하고 개인은 기본권 가치에 대한 인식과 국가가 의무를 이행하는 것에 대한 감독이 부족했다.

중국의 근현대사에서 1949년 건국부터 1956년까지 '과도기'라고 많이 표현한다. 1949년에 채택된 공동강령과 1954년 헌법은 이시기에 근본법의 역할을 하였다. 공동강령은 임시헌법의 작용으로 1954년 헌법과 유사한 효력을 지닌 '대헌장'으로 간주되기도 한다. 1957년 정풍운동, 반우파투쟁으로 사회 및 정치적 환경에 변화가 일어나면서 1950년대에 초보적으로 형성되었

7) 林来梵，“权利概念的移植交流史“，2020. 2면.

던 기본권 개념과 체계는 정치적 관념의 형태의 영향을 받아 단지 헌법상의 개념으로만 존재하면서 학술적, 실천적 기능과 의식을 잃어버려 기본권 연구에 관한 것들이 비교적 적었다. 헌법학계에서는 보편적으로 헌법총론, 국가제도 등의 내용에 주목하고 인권보장 면에서 헌법의 가치를 소홀히 하였다.

Ⅱ. 중국헌법상 기본권 규정의 변화

1. 임시헌법으로서「공동강령」

중화인민공화국의 건립과 1954년 헌법이 발효되기 전까지 중국의 임시헌법 역할을 한 것이 1949년의「공동강령(共同纲领)」이다. 국공내전에서 공산당이 승리한 뒤 1949년 9월 29일 중국인민정치협상회의가 전국인민대표대회를 대신하여 헌법 제정권을 행사하여 채택된「공동강령」과「중앙인민정부조직법 (中央人民政府组织法)」은 중국 최초의 헌법문건이며 헌법이 제정될 때까지 임시헌법으로서 국가의 정치생활을 규제하였다. 공동강령은 국가를 위주로 한 '국가주의' 또는 '국가본위'의 이념을 체현하였다. 당시 공동강령은 제7장 60조로 구성되었고 제1조에서 중화인민공화국은 노동계급이 영도하고 공농연맹(工农联盟)을 기초로 인민민주주의를 행하는 국가임을 선언하였다.[8] 구조상 기본권 장절을 독립으로 규정하지 않고 제1장의 총강에 재산권, 자유권과 선거권(제4조) 및 소수민족(제9조)과 여성의 평등권(제6조), 사상 언론, 출판, 집회, 결사, 통신, 인신, 거주·이전, 종교·신앙, 및 시위·행진의 자유(제5조) 등 권리를 규정하였다. 또한 혁명열사와 그 가족, 참전군인, 제대군인, 모친과 영아, 화교, 외국인 등은 각각 제3장의 군사제도,

8)「공동강령」제1조 "중화인민공화국은 신민주주의 즉 인민민주주의 국가이며 노동자계급이 영도하고 공농연맹을 기초로 민주계급과 각 민족을 단결하여 인민민주독재를 실행하고 제국주의, 봉건주의 및 관료자본주의를 반대함으로서 중국의 독립과 민주, 평화, 통일 및 부강을 위해 분투한다"

제5장의 문화교육정책과 제7장의 외교정책에 포함시켰다. 즉 헌법상 기본권 주체의 위치가 규범적으로 정립되지 않은 상태였다.[9)]

2. 1954년 제헌헌법

1954년 헌법(이하「54헌법」으로 약칭)은 전형적인 사회주의 헌법으로 평가된다.「공동강령」의 제정으로 1954년까지 토지개혁(1950)에 이어 삼반운동(1951), 오반운동(1952)[10)]의 전개로 건국 후의 대중운동 승리와 함께 사회경제관계가 급변하였다. 이러한 변화는「공동강령」에 비해 보다 완비된 정식헌법이 제정이 필요하여 1952년 12월 24일 전국정치협상회의에서 중앙인민정부위원회에 건의하여 전국 및 지방 각급 인민대표대회를 개최하여 헌법을 제정할 것을 건의하도록 하였다. 1953년 1월 23일 헌법기초위원회의[11)]가 구성되었고 1954년 6월 11일 제7차 회의에서 헌법초안이 통과되었다. 이 헌법초안은 1954년 9월20일 제1차 전국인민대표대회에서 통과되는 동시에 즉시 공포되었다.

「54헌법」은 중국역사상 처음으로 헌법제정 권력을 행사하여 제정된 헌법이며 중국 헌법체계의 건립에 통일적 기초를 마련하였고 국가의 기본제도 역시 이번 헌법을 통해서 확립되었다.「54헌법」은 주로 소련헌법 등 사회주의 국가의 헌법을 바탕으로 새로 헌법을 제정하였다. 이 헌법은 공동강령과 달리 사회주의 건설이라는 국가목표를 확고히 선언하였다는 점에 특징이 있다.[12)] 다만 과도기단계의 헌법으로서 헌정목적의 가치성이 부족하고 헌법모델의 선택에서 소련을 모델로 삼아 기타 헌법모델에 대한 이해가 전면적이지

9) 그밖에 남녀평등과 혼인자유, 소수민족평등을 규정하였다.
10) 삼반운동은 당, 정, 군 간부의 부정부패, 관료주의와 국민당정부의 잔재를 반대하는 운동이며 오반운동은 사영기업의 뇌물수수, 탈세, 국가자재 절도, 부실공사에 반대하는 운동이다. 신명, "중국헌법에서의 종교와 종교정책", 2017, 172면.
11) 毛泽东주석을 위주로 한 33명의 위원으로 구성.
12) 사법연수원출간,『중국법』, 2012, 13면.

않았다.

「54헌법」 중의 기본권의 형식과 용어는 현행헌법의 본문까지 지속되어 중국헌법의 기본구조와 특색을 이루고 있다.[13] 기본권 유형부분에서 공동강령의 규정을 보류함과 동시에 그 내용과 유형을 추가하였다. 「54헌법」은 4개장과 106개의 조문으로 구성되었고 공민의 기본권과 관련하여 서언과 제3장의 제85조부터 제103조까지 보다 상세하게 규정하고 있다. 서언의 제12조에서 공민의 재산권 보호규정을 두고 제3장에서 평등권, 자유권, 생존권과 사회권, 청구권을 규정하고 있다. 제85조에서 모든 공민의 법률상 평등을 규정하고 제86조는 선거권과 피선거권, 제96조는 남녀평등을 규정하였다. 제87조부터 제90조까지 언론, 출판, 집회, 결사, 여행, 시위의 자유와 국가공급 필수적 물질적 편리를 보장받을 자유(제87조), 종교의 자유(제88조), 인신자유의 불가침과 법원결정에 의한 체포(제89조), 주택불가침과 통신비밀의 법률에 의한 자유, 거주·이전의 자유가 포함된다(제90조). 그리고 생존권과 사회권부분인 제91조의 공민의 노동권과 노동조건 개선의 권리로부터 시작하여 제99조까지에는 노동자의 휴식권, 휴가제도, 휴식요양에 관한 조건의 확충(제92조), 노령, 질병 혹은 노동능력상실로 인한 물질적 제공을 받을 권리(제93조), 교육받을 권리(제94조), 과학연구, 문화예술창작과 기타 문화적 활동의 자유 및 이에 대한 국가의 물질적 지원의무(제95조), 부녀의 남성과의 평등권과 혼인, 가정, 모친과 아동의 국가적 보호를 받을 권리(제96조)가 있다. 청구권으로는 직책을 다하지 못한 국가간부에 대한 고발권(제97조), 불법행위로 권리침해 당한 공민의 손해배상청구권(제97조 제2항), 화교의 정당한 권리와 이익을 보호(제98조)와 정치적 운동으로 압박받은 외국인의 거류권(제99조)을 보장하였다.[14]

「54헌법」은 공민의 지위를 공식화하고 「공동강령」의 각 장절에 흩어져 있던 특정주체와 특수주체인 소수민족은 제1장 총강에 넣었고 여성, 노인,

13) 한다위안, “신중국 1954년 헌법제정과정 고찰”, 2004, 91면.
14) 김철수, 『기본적 인권의 본질과 체계』, 2017, 268면; 조병식, “1947년 중화민국헌법과 1954년 중화인민공화국헌법의 비교연구”, 2021, 21면~22면.

아동, 화교, 외국인을 통합하여 제3장의 '공민의 권리와 의무'에 규정하였다. 제85조에서는 "중화인민공화국 공민은 법률상에서 평등하다."고 규정하여 평등의 보편성을 인정하였다. 다만, 「54헌법」은 구조상 '공민의 기본적 권리와 의무' 장이 제2장의 '국가기구' 다음으로 위치한 것은 기본권 실현의 의무주체인 국가가 공민보다 우위에 있음을 보여준다. 그밖에 사회주의를 지향하고 사회주의 공유제의 목표를 실현하기 위해 재산권 규정은 기본국책인 총강에 규정하였다. 내용상으로는 기본권 규정은 열거의 형식으로 되어 있어 인간의 존엄성과 같은 기본권에 대한 누락이 불가피하게 되었다.[15]

3. 1975년 헌법과 1978년 헌법

(1) 1975년 헌법

문화대혁명 시기에 개정된 1975년 헌법(이하 「75헌법」으로 약칭)과 문화대혁명의 종결로 개정된 1978년 헌법은 당시 중국사회 환경을 반영하였다. 1958년 5월부터 시작된 대약진운동과 8월의 인민공사운동[16]의 실시로 헌법규범이 약화되고 1966년부터 10년간의 문화대혁명시기에는 헌법상 규정된 공민의 자유와 권리는 보장되지 못하였다. 이 기간에는 계급투쟁론과 계속혁명론이 주도적인 이데올로기가 되었는데 각종제도가 파괴되면서 각종 입법과 법률초안 제정이 중단되었다.[17] 이렇듯 「75헌법」은 문화대혁명의 비정상적인 환경에서 정치적인 목적달성과 정책실현의 도구로 개정되었기에 중국학계에서는 「75헌법」은 계급투쟁의 산물로서 권력지상, 개인숭배 등 극히 '좌'적인 내용을 가진 문화대혁명헌법으로 평가하고 있다.[18]

---

15) 杨小敏 , "论基本权利主体在新中国宪法文本中的变迁", 2011, 83면.
16) 전국인민대표대회 및 그 상무위원회의를 거치지 않고 당내에서 결정됨으로서 인민대표대회제도를 이탈하였다.
17) 강광문, 『중국법 강의』, 2017, 29면.

「75헌법」의 조문은「54헌법」의 106조에서 30조로 감소하였고 공민의 권리와 의무관련 조항은 4개 조문으로 이루어졌다. 선후순서에서도 먼저 의무를 규정한 후, 권리를 규정하였다. 공민의 권리조항으로는 선거권(제27조), 노동권, 교육받을 권리, 노동자의 휴식권, 노령, 질병 혹은 노동능력상실로 인한 물질적 제공을 받을 권리(제27조 제2항), 직책을 다하지 못한 국가간부에 대한 고발권(제27조 제3항), 남녀평등(제27조 제4항)과 혼인, 가정, 모친과 아동의 국가적 보호를 받을 권리(제27조 제5항), 화교의 정당한 권리와 이익을 보호(제27조 제6항), 언론, 출판, 집회, 결사, 종교, 파업의 자유(제28조)를 규정하였다. 여기서 파업의 자유를 증가시켰지만 전체적으로 기본권리의 범위를 크게 제한하였다.[19] 예컨대 공민의 평등권, 사유재산의 상속권, 그밖에 국가가 공민의 기본권에 대한 보장성 규정을 취소하였고 이번 개정에서 정치적 운동으로 압박받은 외국인의 거류권 규정을 삭제하였다.

(2) 1978년 헌법

1977년 문화대혁명의 오류를 시정하기 위하여 제4기 전국인민대표대회 상무위원회에서 헌법개정을 건의하였다. 1978년에 제5기 전국인민대표대회 제1차 회의에서 1978년 헌법 (이하「78헌법」으로 약칭)이 채택되었다. 「78헌법」은「54헌법」을 기본으로 전문과 본문 총4장 60개 조문으로 구성되었다. 제44조부터 제59조까지 공민의 권리와 의무를 규정하였다. 이 후, 1978년 5월 '실천은 진리를 검증하는 유일한 기준이다(实践是检验真理的唯一标准)' 라는 글과 함께 사상해방운동이 일어나면서 1979년에 6월에「78헌법」의 제1차 수정이 시작되었고 사회현실에 존재하는 심각한 괴리를 이유로 제5기 전국인민대표대회 상무위원회는 국가기구 규정의 일부 내용을 개정하는데 관한 의안을 제출하였다. 제2차 수정은 1980년 9월에 행해졌는데 헌

18) 한다위안,『중국법개론』, 2009, 58면.
19) 李涵伟,“从宪法文本变迁文本视角看公民基本权利的发展”, 2007, 51면.

법 제45조의 '4대 자유'를 폐지하는 것이다. 그 주요내용은 이른바 '의견발표(大鸣, 大放), 토론의 자유 (大辩论), 대자보첩부의 자유 (大字报)'이다.[20]

또한「54헌법」에서 명문화되지 않았고「75헌법」에 규정되어 있는 통신의 자유, 파업의 자유는 보류하였다. 그리하여 단순히「54헌법」의 규정을 그대로 회복하는데 그치지 않았고, 시대의 요구에 부합하는 규정도 있었다는 평가를 받고 있다. 그 외에도 제55조에 신설한 청원권은 현행헌법 제41조 규정의 입법기초가 될 만큼 큰 의미를 가지고 있다. 법치사회에서 인권과 공민의 기타 기본권리가 법적으로 구제될 수 있는 제도적 보장으로 진정으로 실천적 의의를 지니게 되었다.[21]

「78헌법」은 당시의 역사적 조건의 제한 때문에 문화대혁명시기 '좌' 편향의 오류를 근본적으로 시정할 수 없었다. 특히 공민의 기본권에 있어「54헌법」에서 규정된 모든 공민의 법률상의 평등, 거주·이전의 자유, 배상청구권, 사유재산 상속권 등이 포함된다. 기본권의 주체에 관하여는 소수 정치범의 정치적 권리를 제한하는 제도가 그대로 남아 있다. 또한「78헌법」제18조 제2항은 "국가는 법률에 따라 개조를 하지 않은 지주, 부농, 반동자본가의 정치적 권리를 제한하고 노동활동을 통해 법을 지키는 공민으로 개조한다." 고 규정하고 있다. 이 규정은 흔히 '인민의 적'이나 '인민'의 범주에 속하지 않는 자에게 헌법상 동등한 법적 지위를 부여하지 않았음을 보여준다.「78헌법」도 지도사상과 기본내용에서 자체의 한계를 가지고 있다는 것을 의미한다.

4. 1982년 헌법

1982년 헌법(이하「82헌법」으로 약칭)은 개혁개방을 목표로 제정된 헌법으로서 기존의 헌법에 대한 전면개정으로 현재의 중국헌법에 대한 근간을

20) 한다위안, 앞의 책, 59면.
21) 莫纪宏 , "1978年宪法在人权保障中的主要特征及其作用", 2005, 13면.

이루게 되었다. 1978년 개혁개방과 함께 사회주의 계획경제부터 시장경제체제로 전환하는 것을 목표로 정치, 사회, 문화에 대한 전반적인 개혁을 시작하였다. 이러한 시대적 변화에 부응하고자 1979년과 1980년에 헌법의 부분개정이 이루어졌으나 여전히 사회발전의 현실과 적응하기 어렵게 되면서 현행 헌법의 기본모델인「82헌법」이 1982년 12월 4일 제5기 전국인민대표대회 제5차 회의에서 표결 및 심의를 거쳐 채택되었다. 동법은 총 4개장과 138개 조항으로 구성되었다.[22] 마찬가지로 제2장에서 공민의 권리와 의무를 규정하고 있는데 주요하게 인간의 존엄과 평등권, 자유권, 사회권, 청구권, 참정권을 보장하고 있다.

「82헌법」에서는 공민의 기본권리와 의무의 장을 국가기구 앞에 위치시켰고 제33조 제1항은 "중화인민공화국 공민은 법 앞에 평등하다."고 규정하였는데 이것은「54헌법」의 평등권 규정에 관한 표현을 '법 앞의 평등'으로 개정함으로서 평등권에 대한 의미를 더욱 확고히 하려는 취지이다. 제38조의 "공민의 인격존엄은 침해받지 아니한다. 어떠한 방법으로도 공민을 모독하고 비방, 무고, 모함하여 해를 입히는 것을 금지한다."는 조항이 처음으로 도입되었다. 본 조항은 문화대혁명의 교훈과 외국헌법을 참고하여 공민의 인격존엄에 대한 보장을 명확히 한 것이다. 제46조에는 "공민의 교육받을 권리와 의무"를 규정하였는데 종전의 헌법은 공민의 교육 받을 권리만 규정하였으나「82헌법」부터 9년제 의무교육 제도를 도입하였다.[23] 한편「75헌법」의 파업의 자유[24]와「54헌법」의 거주·이전의 자유 규정은 삭제되었고 공민의 사회권 보장에 있어서는 국가의 물질적 보장을 규정하였다. 이후, 중국의 현

22)「82헌법」은 내용에 있어 헌법의 최고규범성(서언)과 헌법준수의무(제5조)를 선언하고 국가체제는 인민민주주의 독재를 규정하였다. 경제부분에서는 시장경제의 중요성을 강조하고 인민대표대회제도를 강화하며 국가중앙군사위원회를 설치하였다.

23) 강효백,『중국법기초』, 2021, 179면~188면.

24) 중국에서는 현재 단결권과 단체교섭권은 인정되지만 단체행동권은 인정되지 않고 있다. 그러나 산업현장에서는 실제로 비조직적으로도 파업이 발생하고 있다. 중국에서 노동쟁의 건수는 매년 증가추세를 보여주며 발생원인은 주요하게 노동보상, 보험복지, 노동계약 등이다.

실을 감안하여 시장경제와 현대화 건설의 발전에 따라 전국인민대표대회는 1988년, 1993년, 1999년, 2004년, 2018년의 5차례 수정안을 통과시켜 현행헌법을 이루고 있다.

개혁개방정책을 집행하는 과정에서 1988년 제1차 헌법수정안에서 사영경제의 헌법적 지위를 인정하고 1993년 제2차 수정안에서 제15조를 개정하여 “국가는 사회주의 사장경제를 실시한다.”는 원칙을 확립하였다. 기업경영의 자주권과 민주관리권을 확대하여 국영기업을 국유기업으로, 경제제도의 변경에 따라 노동자의 취업할 권리를 보장, 노동환경개선 등 노동권에 관한 규정이 개정되었다. 사회주의 시장경제가 확립되면서 1999년 헌법수정안에서는 공유제를 주체로 하고 다양한 소유제의 공동발전을 기본으로 하는 사회주의 초급단계에서의 국가 경제제도를 견지함으로써 비공유제의 범위가 확대되어 개체경제, 사영경제 등 비공유경제가 사회주의 시장경제의 주요한 구성부분으로 발전되었다. 그리고 헌법 서언에 사회주의 법치사회건설을 새롭게 규정하면서[25] 의법치국(依法治国) 즉 법의 의하여 국가를 다스리고 사회주의 법치국가를 건설할 것이 명시되었다.

2004년 제4차 헌법수정안의 핵심은 사회보장제도와 인권보호, 사유재산의 불가침이다. 제13조에 재산권 보장에서 “공민의 합법적인 사유재산은 침해받지 아니한다.”; 제14조에 “국가는 경제발전의 수준에 상응하는 사회보장제도를 수립 및 완비시킨다.”; 제33조에 “국가는 인권을 존중하고 보장한다.”는 조항을 신설하였다. 사유재산에 관하여 “국가는 법률이 규정에 따라 공민의 사유재산권의 상속권을 보호한다.”는 것을 “공민의 합법적 사유재산은 침범 받지 아니한다.”로 수정하였다. 그리고 “국가는 법률의 규정에 따라 공민의 사유재산권과 상속권을 보호하며, 공공이익의 수요를 위하여 법률의 규정에 따라 공민의 사유재산에 대하여 징수하거나 수용할 수 있으나 보상을 해야 한다.”고 개정하여 재산권의 보장인 사유재산에 대한 임의적 처분권과 그 침해에 대한 사유재산의 주관적 방어와 객관적 가치질서의 이중성격을 명확히 하였다. 중국에서 사적소유의 개념 인정은 사회구조의 및 개인의 정체

25) 한다위안, 앞의 책, 60면.

성에 대한 다양한 변화를 가져왔는데 여기서 주목할 수 있는 건 국가가 공민을 바라보는 시각이 계급투쟁의 혁명적 집단으로서 인민으로부터 기본권을 향유할 수 있는 공민의 개념으로 발전하였다는 사실이다.

헌법개정에서 중국 헌정사상 최초로 '인권의 존중과 보장'을 규정하고 한편 인권문제에 있어서 세계 각국과 유익한 교류와 협력을 추구하지만 이러한 협력은 오로지 상호존중과 상호양해의 기초위에서 각국 공민이 자유롭게 선택한 정치, 경제, 문화와 법률제도를 존중하여야 한다는 점을 강조하여 왔다. 전의 중국헌법에서는 인권이라는 개념을 사용하지 않았지만 헌법에 인권조항을 규정한 목적은 헌법의 보호아래 인권 보장을 철저히 시행하겠다는 국정의지를 천명함과 아울러 국제사회로부터 중국의 인권탄압에 대한 비난을 방어하고 인권을 존중하고 보장하는데 헌법근거를 마련하여 중국의 인권사업의 발전과 국제인권기구와의 교류와 협력에 유리하다고 판단하였기 때문이다.[26)]

한편 "국가는 건전하고 경제발전수준에 상응하는 사회보장제도를 건립한다."(제14조 제4항)고 처음으로 규정하였고 이로써 사유재산의 보호, 인권조항의 신설과 사회보장이 헌법에 명시되면서 중국사회의 큰 변화를 불러오고 있다. 최근에 이루어진 2018년의 제5차 헌법수정안에서는 국가주석과 부주석의 1회 연임 폐지(제79조 제3항)와 국가감찰위원회를 신설하였다(제124조-제127조). 하지만 그동안 중국학계에서 논의되어 왔던 기본권 부분에 대한 개정은 없었다.

26) 강효백, 앞의 책, 60면.

중국헌법 개정의 변화 (표 2-1)

	54헌법	75헌법	78헌법	82헌법
서언	○	×	○	○
장절 수	4	-	4	4
헌법 조항 수	106	30	60	138
기본권 조항 수	14	2	2	18
헌법수정 회수	-	-	2	5

Ⅲ. 소결

「54헌법」 제정 이래 수차례 개정을 진행하였다. 특히 개혁개방정책을 시행하면서부터 중국헌법은 사회주의 시장경제에 자본주의 색채가 일부 가미되어 결합되었다. 헌법에 대한 인식도 개혁개방 이전에는 크게 중시하지 않았으나 개혁개방 이후에는 「82헌법」 서문에서 “헌법은 중국 각 민족인민이 분투한 성과를 법률의 형식으로 확인하고 국가의 근본제도와 임무를 규정한 국가의 기본법이고 최고의 법률효력을 가진다. 전국 각 민족인민, 일체의 군사기관 및 군사력, 각 정당 및 사회단체, 각 기업과 사업조직은 헌법을 근본적인 활동준칙으로 삼아 헌법의 존엄을 수호하고 헌법의 실시를 보장하는 직책을 지닌다.”고 선언하여, 중국의 법체계에서 헌법의 위상을 분명히 하고 헌법에 대한 준수의무를 확인하였다.[27)]

총체적으로 중국헌법의 발전과정에서 권리와 자유에 대한 인정이 강화되었다. 개혁개방 전의 헌법에서 기본권에 관한 규정들을 보면 「54헌법」 에는 표현, 결사, 시위, 종교의 자유, 노동교육의 권리 등 여러 조항이 규정되어 있

27) 韩亚光, “新时期我国宪法建设的十大成就-谨以此文纪念改革开放三十周年”, 2008 , 7면.

었다. 문화대혁명시기에 채택된 「75헌법」은 많은 부분의 기본권 조항을 삭제하고 그 후「78헌법」은「54헌법」이 가지고 있던 일부 조항을 부활시켰다. 다만 「75헌법」과「78헌법」모두 공민의 권리와 의무의 장(章)을 국가기구 다음에 배치함으로써 당시 헌법제정자들의 공민의 기본권에 대한 인식이 그만큼 높지 않았음을 보여주었다. 현행헌법의 모체인「82헌법」은 현재까지 1988년, 1993년, 1999년, 2004년, 2018년 5차례 수정을 거쳐 왔다. 앞의 3차례개정은 주로 경제문제에 관한 개정이었고 2004년 헌법수정안은 종전과는 달리 중국정부가 인권존중이라는 태도를 내세우면서 과거 중국내의 인권상황에 대해 국제사회의 논의를 거부했던 데로부터 점차 변화되는 것을 보여준다. 그리고 공민의 권리와 의무의 장이 제1장 총강 다음에 위치하는 변화를 가져왔고 그동안 재산권 보장과 관련하여 공민의 합법적 사유재산의 불가침을 규정하여 재산권에 대해 한층 더 보장하는 태도를 보였다. 물론 중국헌법상 규정된 기본권과 실제 권리보장 사이에는 아직까지 차이가 있으며 특정 기본권의 규정은 당시 사회상황 또는 경험을 반영하여 국가가 신설하는 경향이 여전히 존재한다.

제2절 중국헌법상 기본권의 보장

Ⅰ. 중국헌법에서 기본권의 특징

중국헌법상 기본권은 국가에 의해서 주어지고 또는 인정되는 공민의 기본권이라는 개념으로 이해할 수 있다. 중국에서 헌법개정에 따른 기본권 조항의 변화로부터 살펴보면「82헌법」에서 공민의 기본권은 당시 시대적 상황에 따라 보장범위가 확장되거나 감소되는 경향으로 헌법적 안정성이 결여된 상태라고 할 수 있다. 국가와 개인의 이익의 일치를 강조하는 경향이 크고 국가에 대하여 특별한 사적인 자유영역 또는 기본권에 의하여 보호된 개인의

가치영역이 크게 허용되지 않는다는 점에서 출발하여 공민의 권리와 의무의 일치성 즉 권리행사와 의무이행이 분리될 수 없음을 강조하고 있다. 그리하여 국가의 침해와 간섭의 배제부터 출발하는 자유권적 기본권보다는 국가가 보장할 수밖에 없는 사회적 기본권으로 치우치는 경향을 보인다.

중국에서 헌법의 적용이 불가하므로 공민의 기본권은 하위법률에 의해서 현실화 될 수밖에 없는 상황이고 이러한 법률이 결여되었을 때에는 헌법상 규정하고 있는 기본권은 단지 선언에 그치고 있으며 공민의 기본권 침해에 대한 구제수단이 마련되어 있지 않아 실질적으로 기본권이 침해되는 현상이 발생할 수밖에 없다. 이러한 체계에서 2004년 '국가의 인권에 대한 존중 및 보호' 조항이 신설되어 헌법의 기본원리로 자리 잡게 되면서 상당히 긴 기간 동안 인권에 대해 홀시하던 상태에서 점차 변화를 보여주고 있다. 물론 중국의 인권개념 곧 사회주의 인권개념 역시 공민의 정치적 자유를 한정적으로 이해하는 점에서 보편적인 인권의 유형으로 받아들이기에는 부족한 점이 있다. 중국식 법치의 특징은 무엇보다 제도설계의 문제를 포함하여 당의 지위와 밀접한 관련이 있으므로, 법을 인권보장의 수단으로 이해하는 인식의 변화가 필요하다.

Ⅱ. 공민의 개념과 개별 기본권

1. 공민의 개념과 그 인접개념

외국인은 공민과 대응되는 개념으로 중국국적을 소유하지 아니한 자로 해석할 수 있다. 중국에서 국민, 공민, 인민의 개념의 변천은 당시 시대적 배경과 관련이 있는데 그 어떤 규범성 문서에서 이에 대한 설명을 찾아보기 어렵다. 중국 헌법상 공민의 개념의 출현과 발전에 대해 살펴보자면, 청조말기의 근대 중국의 입헌운동과 관련된 「흠정헌법대강(钦定宪法大纲)」에서는 '신민의 권리'라는 표현이 등장하였다. 이후 청조말기 신

해혁명의 발발로 제정된 ‘중대19조’ 등의 법률문서에서 ‘국민’이라는 용어가 처음으로 출현하였다.[28] 1912년에 중화민국 임시정부가 공포한 「중화민국임시약법(中华民国临时约法)」에서는 국민과 인민을 동시에 사용하였다. 중화민국의 주권은 국민전체에 속하는 것을 명시하면서 권리와 의무조항에서는 인민으로 규정하고 선거법은 역시 선거권과 피선거권을 인민으로만 제한하는 조건을 규정하였다.[29]

중국성립이후의「공동강령」은 그 선례를 이어 ‘인민’이라는 용어를 사용하였다.[30] 한편 공민이 정식으로 사용된 규범성 문건은 1953년 「중화인민공화국 전국인민대표대회 및 지방각급인민대표대회 선거법(中华人民共和国全国人民代表大会和地方各级人民代表大会选举法)」(이하「선거법」으로 약칭)에서 찾아볼 수 있다(제4조).[31]「선거법」제4조에서는 만 18세가 되는 중화인민공화국 공민의 선거권과 피선거권을 규정하였다. 하지만 입법 당시 ‘공민’으로 ‘국민’을 대체한 공식적인 성명은 없었지만 일부 학자들은 국민당의 정통성에 대한 거부감으로 주장하고 있다.[32] 이후「54헌법」부터 시작하여 공민개념의 보편적으로 사용되면서「82헌법」제33조에서 공민의 정의를 규정하게 되었다. 즉 ‘공민’이란 “중화인민공화국 국적을 가진 사람은 모두 중화인민공화국 공민이다.”고 선언하여 공민의 법적개념이 비로소 명확해졌다. 동시에 ‘인민’은 일반적으로 집체의 개념을 표현할 때 사용되고 있다.[33] 이런 사용방식은 현행헌법까지 유지

---

28) 한다위안,『중국헌법학설사 연구(하)』, 2017, 322면.

29) 선거자격요건으로 선거구에 2년 이상거주; 세금납부액; 부동산소유; 학력 등에 대한 제한조건을 두었다.

30)「공동강령」제12조 제1항: “중화인민공화국의 국가정권은 인민에 속한다. 인민이 국가정권을 행사하는 기관은 각급인민대표대회와 인민정부이다. 각급인민대표대회는 인민의 보통선거 방식으로 이루어지며 각급 인민대표대회에서 인민정부를 선출한다, 각급인민대표대회의 폐회기간에는 각급인민정부가 정권을 행사한다.”

31)「선거법」제4조 “만 18세가 되는 중화인민공화국 공민은 민족, 종족, 성별, 직업, 가정출신, 종교 신앙, 교육정도, 재산상황, 거주기한을 막론하고 모두 선거권과 피선거권을 가진다”

32) 한다위안, 앞의 책, 330면.

33) 공민개념의 발전에 대해서는 한다위안,『중국법개론』, 2009, 295~333면.

되고 있다.

중국헌법은 오랫동안 지나치게 계급투쟁의 관념을 강조하여 헌법상 공민이라는 주체 외에 계급기준으로 다양한 주체가 나타난다.「54헌법」에서 인민과 공민 외에도 '인민군중', '노동자계급', '봉건지주와 관료자본가' 등 주체들이 등장한다. 즉 공민이라는 개념을 사용하면서도 계급의식에 기초한 일부집단의 개념과 범위를 헌법에 인입하여 자격에 따라 법적 지위가 차이를 보였다. 이 시기 헌법상 권리주체는 고도의 집체성을 부여하여 공민의 개인(个人) 혹은 사(私)적인 요소가 결여되어 있다.

2. 개별 기본권

(1) 자유권

중국 헌법상 공민의 기본권은「54헌법」제정이래 헌법에 명시되었고 그 후 몇 차례 개정에서 기본권 규정이 보완되었으나 기본권 보장의 전반적인 수준은 여전히 미흡하다. 개혁개방 전의 중국에서 공민의 기본권은 근대시민권에 의해 생성된 개념인 국가로부터 보장받는 자유와 권리의 개념으로서의 기본권과는 차이가 존재한다. 중국이 공민의 인권에 대하여 법제화한「82헌법」에서 기본권 장절이 국가기구의 앞에 배치된 것은 기존의 인민과 다르게 공민의 헌법적 지위에 변화가 나타났음을 의미한다. 과거의 인민은 계급투쟁에 입각한 개념으로서 무산계급과 자산계급 사이 모순을 해결하는 것을 주요임무로 하는 반면 공민은 사회주의 현대화건설을 주요임무로 하는 존재로서 개개인의 가치관과 인격 등이 인정되며 인간의 기본권이라는 개념을 점진적으로 인식하게 되었다.

중국헌법에서도 표현의 자유, 종교의 자유, 인신자유를 명문으로 규정하였으나 이러한 기본권에 대한 규정은 공민이 '국가와 사회주의 건설의 주인공'으로서 자각성을 향상하는데 적극적인 작용을 한다.[34] 따라서 공

민의 권리행사와 의무이행은 이러한 기본목표로 출발하여야 함을 강조하고 있다. 이처럼 집체주의에서 개인과 공민신분의 결합은 개인의 자유에 대한 부정, 나아가 권리침해의 결과를 불러올 수 있다.

가. 종교의 자유

중국헌법상 종교의 자유는 제36조에서 4개 항에 걸쳐 규정하고 있다. 제1항은 공민이 종교와 신앙의 자유를 가진다는 총체적 규정이고 이하의 각항은 종교와 신앙의 자유에 관한 구체적인 한계에 대한 규정이다. 제36조 제3항에서 "국가는 정상적인 종교 활동을 보호한다. 어떠한 사람도 종교를 이용하여 사회질서를 파괴하거나 공민의 신체건강을 해치거나 국가의 교육제도를 방해하는 활동을 해서는 아니 된다."고 규정하여 종교의 자유 중 종교행사의 자유를 제한하고 있다. 제4항은 "종교단체와 종교 사무는 외세의 지배를 받지 않는다."고 하여 원천적으로 외국 종교조직의 중국에서 활동을 배제하고 있다. 헌법상 종교행위에 대한 제한으로부터 인정범위를 벗어난 종교 활동을 봉건미신(封建迷信)행위로 간주하여 「형법」 제300조는 회도문과 사교를 조직 또는 이용하거나 미신을 이용하여 행하는 범죄행위(组织、利用会道门、邪教组织、利用迷信破坏法律实施罪)를 처벌하고 있다. 한편 중국헌법 제35조에서 언론・출판・집회・시위와 결사의 자유를 규정하고 있고 대부분의 종교적 활동은 이러한 표현의 자유를 통하여 행사되어야 하나 사회질서 유지라는 이유로 연결시켜 일정한 제한이 따른다.

34) 彭真，"关于中华人民共和国修改宪法草案的报告—1982年11月26日在第五届全国人大代表大会第五次会议"，2004，39면.

나. 거주・이전의 자유

중국은「공동강령」제5조에서 거주・이전의 자유를 인정하였다. 따라서 이 시기에는 3일 내에 관계기관에 가서 임시거주등기를 하고 거주기간이 3개월 이상일 때에는 상시거주신고를 하면 가능하였다. 1955년「호적등기제도 건립에 관한 지시(关于建立户口登记制度的指示)」를 공포하면서 농촌인구와 도시인구의 이원적 구조를 형성하게 되었다.[35)]

1958년 1월 전국인민대표대회 상무위원회에서「호적등기조례(户口登记条例)」가 제정되었다. 동 조례 제6조에서는 "공민의 거주지역에서 등기를 하여 공민은 1인당 하나의 지역에서 등기를 통하여 상주인구가 될 수 있다."고 규정하였다. 이것은 특히 농촌호적을 가진 농민들이 도시로 이전하는 것을 엄격하게 제한하였고 농촌에서 도시로 이주하려는 공민은 반드시 도시 노동부서의 채용 증명서, 학교의 입학 증명서 또는 도시 호구 등록 기관의 전입허가 증명서를 가지고 상주인 호구 등록 기관에 전출 수속을 신청해야 하였다(제10조 제2항). 이 시기 공민의 거주・이전은 자유권이 아니며 국가로서 엄격히 통제되는 상태임을 알 수 있다.

개혁개방 이후 인적교류가 활발해지면서 호적제도 역시 조금씩 완화되기 시작하였다. 농촌에서 도시로 일자리를 찾아 이동하는 농민공(农民工)들의 호적문제가 대두되면서 이러한 사회적 변화에 대응하기 위하여 1985년「중화인민공화국 주민신분증 조례(中华人民共和国居民身份证条例)」를 공포하였다. 따라서 호적부와 달리 신분을 증명할 수 있는 신분증제도를 마련하여 시장경제의 활약에 따른 근로와 생활의 편의성을 높여주었다.[36)] 한편 1990년대 중반에 이르면서 각 지역마다 우수인재유치, 투자유치정책을 펼치면서 상주도시주민(常住城镇居民)이라는 개념이 등장하면서 일종 예비상주호적(准常住户籍)으로 해당 지역 도시인구 관리범위에 포함되었다. 이로써 농촌지역에 호적을 보유한 공민들은 일정한 조건을 충족하거나 비용을 지불하

35) 법무부,『중국의 공법분야 법제 변천 연구』, 2012, 111면.
36) 刘贵山, "1949年以来中国户籍制度变迁述评", 2008, 38면.

면 도시로 이전할 수 있도록 완화된 기준으로 호적제도를 개혁하였다. 하지만 동일한 지역에 거주민이 서로 다른 호구를 보유하고 있어 유동인구 및 상주인구를 파악하여 관리하는데 많은 어려움이 발생하였다. 2014년 7월 국무원은 농민으로부터 시민으로의 신분전환을 해결하고자 「호적제도 개혁을 더욱 추진함에 관한 의견(关于进一步推进户籍制度改革的意见)」을 발표하여 호구이전정책을 조정하고, 도시와 농촌의 호구등록제도를 통합하며, 전면 거주증(居住证)제도를 실시할 것을 요구하였다. 농민과 도시주민의 호적구분이 사라지면 도시로 이주한 농민들도 의료, 교육, 복지 등 분야에서 동등한 혜택을 받게 되었다.

그동안 중국에서 호적제도의 실시는 공민의 교육평등, 사회보장, 직업선택의 자유를 실현함에 있어 장애요소로 작용하였다. 건국초기 인구이동에 대한 엄격한 통제로부터 농촌-도시의 이원구조가 폐지되어 일원화된 거주증제도로 이주의 자유가 보장되면 우선적으로 농민공이 도시에서 법적인 제한 없이 취업할 수 있는 가능성이 열리고 있음을 보여주는 조치라는 점에서 의의가 있다.[37]

(2) 정치적 권리

중국은 「82헌법」 이후 민주주의 중앙집권제의 정치체제를 유지하면서 그동안 실시하여왔던 계획경제를 시장경제로 중국특색 사회주의 법치국가건설을 선언하였다. 특히 외국자본유치에 따라 외국인 투자자의 보호와 국제규약 준수책임으로 개인의 권익보호가 불가피한 요소로 등장하면서 이를 반영하여 「82헌법」에서 공민의 기본권 조항을 국가기구 전면에 배치하고 경제적 자유와 권리를 정치적 영역으로 확대하였다. 이후 '국가의 인권 존중과 보

37) 완화된 제도에도 불구하고 농촌인구의 도시진출은 여전히 쉬운 선택은 아니다. 그만큼 중국은 아직까지 농촌지역 인구의 '의식주(温饱)'가 해결되지 못한 상태임을 보여준다.

장’ 규정의 신설, 현급(县级)[38] 이하 인민대표대회 대표를 공민들이 직접선거로 선출하게 되었다.[39]

중국에서 만 18세 이상의 공민은 민족, 인종, 성별, 직업, 가정출신, 종교·신앙, 교육정도, 재산, 거주기간에 관계없이 선거권과 피선거권을 가지며 다만 법률에 의하여 정치적 권리를 박탈당한 자는 제외한다.[40] 중국은 1953년「선거법」이 제정되면서 처음으로 전국적인 기층선거가 진행되었고 공민들의 법률의식을 대폭 제고하였다. 물론 비경쟁선거, 거수표결 등 여러 가지 문제점도 많이 남겨 놓았다.[41] 인민대표의 선거에 관련하여 중국헌법은 향진, 현급 인민대표대회 대표는 직접선거로 선출되나 현급 이상 인민대표대회 대표는 하1급 인민대표대회에서 선거하므로 다수의 중국공민은 인민대표대회 대표의 선거가 형식에 불과할 뿐 투표권을 행사하였다고 생각하지 않고 따라서 ‘지정선거’의 경우가 많아 공민이 헌법상 보장된 선거권 행사가 제한이 따른다.

3. 소수민족의 기본권 현황

중국에서 소수민족의 권리가 보장을 받기 시작한 것은 소수민족구역자치제도가 확립되면서 부터이다. 중화인민공화국 수립 전 1931년「중화소비에트공화국헌법대강(中华苏维埃共和国宪法大纲)」에서 “중국소비에트정권은 중국 내 소수민족의 자결권을 승인하며 약소민족은 중국을 이탈하고 자신의 독립된 국가를 건립할 수 있는 권리를 가진다(제14조).”고 규정을 두었으나 1949년부터 ‘하나의 중국(一个中国)’ 원칙을 실시하면서 소수민족의 자결권

38) 중국의 행정구역은 크게 성급(省级), 지급(地级), 현급(县级)으로 나누며, 성급은 성, 직할시(直辖市), 자치구(自治区)로 구분하고 지급(地级)은 지구(地区), 자치구(自治区), 지급시(地级市)로 구분된다. 현급县级은 현(县), 자치현(自治县), 현급시(县级市) 등으로 구분된다.

39) 허승덕(저), 변상필(옮김),『중국헌법』, 1996, 235면.

40) 중국헌법 제34조.

41) 채영호, “중국 인민대표대회 선거제도의 발전과정과 문제점”, 2015, 250면.

은 더 이상 거론되지 못하였고 소수민족은 중화인민공화국 공민으로서의 지위가 부여되었다.

중국헌법 서문에서 '중화인민공화국은 각 민족 인민이 공동으로 창건한 통일된 다민족국가' 임을 제시하면서 소수민족의 합법적인 권리와 이익을 보호해야 하고 각 민족 간의 평등, 단결을 상호협조의 관계를 수호하고 소수민족지역의 경제와 문화를 발전시키는데 이바지하며 소수민족은 민족자치를 실시하며 자치권을 행사한다. 또한 각 민족은 민족 언어와 글을 사용하고 발전시키는 자유를 가지며 고유한 풍속과 습관을 유지하고 개혁할 수 있는 자유를 가진다.[42] 민족구역자치제도는 정부가 소수민족문제를 해결하기 위해 고안한 기본정체제도이고 민족자치와 구역자치를 결합하여 볼 수 있다. 소수민족은 중국공민으로서 원칙적으로 헌법에서 규정한 권리를 동등하게 향유할 수 있다. 중국헌법의 제4조, 제112조 내지 제122조는 소수민족 및 민족자치지역에 대한 규정을 명시하고 1984년에 제정한 「민족구역자치법(民族区域自治法)」은 민족구역자치의 기본법률로서 헌법상 소수민족에 관한 규정에 따라 관련내용을 구체화하고 있다.[43]

「헌법」 제2장에서 규정한 공민의 권리와 의무를 기타 민족과 동등하게 행사한다. 여기에는 선거권과 피선거권, 언론·출판·집회·결사의 자유, 종교·신앙의 자유, 인신자유권 , 인격존엄, 주거의 자유, 노동과 휴식의 권리, 교육받을 권리 등이 있다. 다만 공민의 기본권 보장부분에서 논의하듯이 소수민족도 마찬가지로 자유권 등이 일정한 제한이 존재한다. 소수민족의 기본권과 관련하여 가장 문제가 되는 것은 언어문자사용권에서 나타난다. 소수민족 언어문자사용권은 소수민족이 자민족 전통을 이어가며 민족의 존속과도 이어지는 문제이며 언어문자사용권은 표현의 자유에 있어서도 중요할 것이다. 소수민족 언어사용에 대한 제한은 개인의 표현자유에 대한 제한이며 분명한 소수민족 인권의 침해이다. 「민족구역자치법」 제10조에서 "민족자치지방의 자치

42) 중국헌법 제4조.
43) 엄해옥, "소송상에서의 중국 소수민족의 언어문자사용권을 논함", 2013, 281면.

기관은 본 지역의 각 민족들의 자신의 언어문자를 사용하고 발전하는 것을 보장하여야 한다.”고 규정하고 있다. 제21조에서는 “민족자치지역의 자치기관은 직무수행 시 본 민족자치지역조례의 규정에 따라 해당지역에서 통용되는 하나 또는 몇 가지 언어문자를 사용해야 한다. 직무수행 시 몇 가지 언어문자가 동시에 통용될 경우 민족어를 우선적으로 사용할 수 있다.”고 규정하였다.

그동안 중국정부의 입법 동향을 살펴보면 소수민족의 언어사용권, 교육권 등을 최대한 보장을 하고 있었다. 2001년에 제정된「중화인민공화국국가통용언어문자법(中华人民共和国国家通用语言文字法)」제8조에서도 소수민족언어와 문자사용의 자유를 존중할 것을 제시하였다. 이러한 법 규정들은 중국 내 소수 민족들이 그들의 모든 생활영역에서 민족어 및 문자의 사용에 대해 국가의 보호와 협조를 받도록 하였다. 하지만 ‘언어통합’정책[44]이 시행되면서 소수민족의 민족성을 잃게 하므로 소수민족의 다양성을 존중하기보다는 일체성을 강조하는 성향을 가지고 있다. 이러한 정책은 소수민족언어사용뿐만 아니라 소수민족지역 학생들의 교육과정에서도 언어사용에 대한 제한이 따른다. 중국헌법과「민족구역자치법」에서 명시하고 있는 언어사용에 대한 규정들을 국한하여 해석하고 있으며 언어통합을 위한 노력은 소수민족언어의 소멸되는 결과를 가져올 수 있다. 소수민족지역에서 자신의 문화를 향유하고 언어로 인한 차별로부터 보호하는 것이 마땅하다.

Ⅲ. 기본권 보장의 한계

사회주의 국가로서 중국헌법상 공민의 기본권은 국가로부터 침해될 수 없도록 하는 자유주의적 기본권과는 차이가 있다. 따라서 헌법에서 명시하고 있는 ‘국가의 인권에 대한 존중과 보장의무’는 국가로부터 개인의 자유를 존중한다는 의미로 이해하기에는 일정한 한계가 보인다. 중국헌법의 가장 큰

44) 중국에서 표준어(普通话) 사용을 확대.

문제는 사법실천에서 응용되지 않고 있다는 점이다. 소송에서 많은 권리는 모두 헌법에서 법률적 근거를 찾을 수 있지만 직접적으로 적용할 수 없기 때문에 소송당사자가 법률의 보호를 받으면서 일정한 제한이 따른다. 이 같은 분석을 종합하면 헌법해석이나 헌법 수정안에 대한 논의에 앞서 우선 먼저 위헌심사제도가 선행되어야 한다는 것이 결론이다. 중국에서도 위헌사례가 잇따르면서 공민의 기본권 침해문제가 불거지고 있는 가운데 헌법사법화를 통한 인권보장이 어떻게 이루어질지가 사회적 관심사로 떠오르고 있다. 그러나 현행 중국헌법은 여전히 기본권이 공권력의 행사와 불행사에 의하여 침해되었을 경우 이의 구제를 청구할 수 있는 제도인 헌법소원과 기본권침해의 내용을 담고 있는 법률에 대한 위헌법률심판제등 기본권을 실질적으로 보장하는 제도적 장치들이 결여되어 있다.[45)]

중국헌법상 공민의 기본권은 여전히 인간으로서의 반드시 누려야 하는 자연권과는 차이가 있다 이것은 집단주의 하에서 실현되는 것으로 국가에 의하여 주장하는 것이 아닌 국가를 통하여 실현되는 특수성을 가지고 있다. 다만 중국특색사회주의국가를 건설함에 있어 시장경제의 발전으로 사회적 환경이 많은 변화를 가져오고 있는 현황에서 공민의 기본권에 대해서도 단지 헌법과 법률에서 규정하는 선언에 불과하다는 인식을 넘어 실질적인 보장을 실현하는 해법이 필요하다.

제3절 국제인권규범과 중국헌법

Ⅰ. 개관

기본권은 인권에서 유래하여 인권은 인간이라는 이유로 모든 사람들에게 마땅히 귀속되는 권리이며 기본권은 헌법에 실정화된 인권이라고 설명하는

45) 강효백, “국제인권규약가입에 따른 중국헌법상 기본권조항의 현황과 개선논의 분석”, 2010, 131면.

것이 일반적이다. 인권과 관련한 국제인권규범에 대한 인식은 1948년 세계인권선언을 통해 구체화 되었으며 1966년「경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약」(이하 '사회권규약'으로 약칭)과「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약」(이하 '자유권규약'으로 약칭)이 채택됨으로써 기본인권규약의 형태로 규범화 되었다.[46] 세계인권선은 "모든 사람은 인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적 또는 사회적 기원, 재산, 출생 또는 기타의 지위와 같은 어떠한 종류의 차별 없이 이 선언에서 규정하고 있는 모든 권리를 누린다." 는 비차별 원칙을 기초로 모든 사람은 어떠한 구별 없이 기본적 인권을 누릴 수 있도록 보호하고자 한다.

앞서 살펴본 바와 같이 중국 정부는 전통적으로 다른 사회주의 국가들과 마찬가지로 세계인권선언 등 국제인권규범에 대해 다른 입장을 취하였다. 1971년에는 대만을 대신하여 유엔 회원국 및 안전보장이사회 상임이사국의 지위를 회복했지만 개혁개방 이전까지 인권문제에 있어 회피와 불관여 정책으로 일관하였다. 개혁개방 이후 1980년대 초반부터 선택적으로나마 국제인권규범을 받아들이기 시작하였다.[47]

Ⅱ. 중국의 이행현황

각국이 처한 인권상황은 서로 다르지만 인권의 구체적인 실현으로서의 보편성은 세계 각국의 인권보장의 역사적 전개를 통하여 도출될 수 있다. 인권선언은 기본적으로 인권의 향상을 위한 가이드라인으로 제시되고 법적 강제성은 제한적이다.[48] 결국 인권의 상징성과 현실사이의 격차를 법과 제도를

46) 채형복,『국제인권법』, 2020, 66면.
47) 중국이 개혁개방 이전에 가입한 국제인권규약은 1952년에 승인을 선언한 '전쟁포로의 대우에 관한 제네바 협약'과 '전시 민간인 보호에 관한 제네바협약' 등 단 2건에 불과했다. 그러나 중국은 개혁개방노선이 천명된 이후 1980년대 들어 국제인권레짐에 선택적으로 참여하기 시작했다. 윤영덕, "개혁개방이후 중국의 인권관념과 인권정책", 민주주의와 인권 제8권 제2호, 2009, 207-209면.
48) 박연주,『인권과 사회복지』, 2020, 23면

통하여 해결해야 한다. 따라서 보편적 인권이라는 개념이 반드시 헌법과 법률에 등장할 필요는 없지만, 한 국가의 헌법과 법률이 소수자에 대한 권리를 보장하고 있다는 것은 그 나라의 국내법은 이미 보편적 인권보장 기능을 하고 있음을 의미한다. 외국인에게 보장되는 인권의 범위에 관해서는 관련법령의 규정이나 판례 등을 분석하고 검토하는 방법을 사용하고 있다.[49]

중국은 현재까지 사회권규약을 비준하였으며 자유권규약 비준을 고려하고 있다. 이 두 규약은 이행의무에 있어서 체약국에게 상이한 조건을 가지고 있다. 자유권규약은 의무이행의 방법과 정도에 있어서 사회권규약보다 엄격하고 원칙적이다.[50] ① 우선적으로 의무이행의 다양성이 존재한다. 의무이행 확보 측면에서, 체약국에 대한 규약이행보고서를 제출하도록 의무를 규정하고 있고(제40조), 자유권규약 제1선택의정서와 제2선택의정서가 채택되어 있고, 개인통보제도절차를 규정하고 있으며, 국가 간의 통보제도와 인권위원회의 조사절차가 있다. ② 다음으로는 의무의 즉시성을 강조한다. 자유권규약은 체약국으로 하여금 즉시 의무이행을 요구하고 있을 뿐만 아니라 효과적인 법적 절차를 통한 규약 이행을 보장할 것을 요구하고 있다. ③ 마지막으로 의무의 실현성을 요구한다. 자유권규약은 체약국에 대하여 효과적인 헌법적 및 법적 절차를 통하여 규약 상에 규정된 모든 기본권을 실현하도록 요구하고 있다.[51] 현재 중국은 국제인권규약의 7대 핵심협약 중 '이주노동자권리협약'과 '강제실종협약'에 가입되지 않은 상태이다.

1. 사회권규약

사회권규약은 복지국가의 이념을 기반으로 국가기관의 적극적인 개입이 필요하다. 그러므로 자유권규약과는 달리 사회권규약에서는 규약 당사국이

49) 한국법제연구원, 『외국인의 법적지위 - 해석과 법령』, 1994, 19면.
50) 장복희, 『중국에서 유엔인권조약의 이행(탈북자 보호문제를 중심으로)』, 2010, 205면.
51) 莫纪宏 , "国际人权公约在中国的实施", 2008, 22면.

그 나라의 국내 상황 등에 비추어 점진적으로 실행에 옮길 것을 예정하고 있다. 유엔사회권규약 위원회는 가입한 국가들의 규약이행에 있어서 관련권리의 모든 실현은 규약에 가입한 이후 합리적으로 짧은 시간 이내에 실시되어야 한다.

이 규약의 경제권에는 적절한 노동조건에서 일할 권리(제6조), 파업권, 결사의 자유(제8조), 사회보장권리(제9조), 가족보호권(재10조), 적절한 삶의 조건을 누릴 권리(제11조), 교육받을 권리(제13조) 등이 포함된다. 이 규약에 의해 인정된 권리들은 비차별적 보장 하에 행사되어야 하지만 '개발도상국이 자국민이 아닌 사람들에게 이러한 권리를 어느 정도까지 보장할 것인지 결정할 수 있다'는 점에서 일정한 제한이 따른다. 중국이 국제인권규약을 도입할 때 적지 않은 유보적·해석적 성명을 낸 배경에는 중국의 개혁·개방이 세계화라는 국제환경에 직면해 있고, 서구의 선진 이념, 특히 인권관념의 침투가 중국의 법치건설에 영향을 미치고 있기 때문이다. 국제인권규약에서 보편적 인권의 가치는 이미 각국의 인정과 논쟁의 여지가 없는 가치로 되어 있지만, 사회주의 국가의 성격은 필연적으로 헌법권력체계에 영향을 미칠 수밖에 없고 중국의 국정, 역사문화, 정치경제적 발전수준 등 원인으로 법률이 규정한 공민의 기본권은 국제인권규약과 적지 않은 차이가 존재하지만, 이러한 격차를 단기간에 해소하는 것에 대한 어려움이 있다.

중국은 사회권규약을 비준할 때에도 이 규약의 제8조 1항(A) 의 "노동조합 설립과 참여의 권리"를 독자적으로 해석하는 선언을 발표하면서[52] 앞으로 「중화인민공화국공회법(中华人民共和国工会法)」 및 「중화인민공화국공노동법 (中华人民共和劳动法)」 등의 법률에 따라 관련 규정을 처리할 것을 성명하였다.

52) 국제인권규범의 보편화와 주권국가 중심의 질서간의 갈등과 충돌을 해결하는 것이 유보문제이다. 즉 주권국가가 체결하는 모든 조약은 원칙적으로 유보가 가능하다.

2. 자유권규약

일반적으로 사회권규약이 정부에 권력을 부여하는 것이라면 자유권규약은 정부의 권력을 구속하는 것이라고 볼 수 있다. 반면 자유권규약은 권리를 보장하기 위해서는 가입 국 정부의 실천의지가 중요한 관건인데 비해 사회권규약의 권리를 보장하는 데에는 경제력이 요구되고 필요할 경우 외부의 지원과 협력을 구하여야 한다.[53]

규약의 제2조 제1항은 “각 당사국은 자국의 영토 내에 있으며 그 관할권 하에 있는 모든 개인에 대하여 인종, 피부색, 성별, 언어, 종교, 정치적 또는 기타 견해, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 기타의 신분 등에 의한 어떠한 종류의 차별도 없이 이 규약에서 인정되는 권리들을 존중하고 확보하도록 한다.”고 포괄적으로 규정하고 있다. 규약의 초기 작성 과정은 다양한 이데올로기를 갖고 다양한 인권을 주장하며 국가가 동참하는 과정이기 때문에 공약 자체가 세계 절대다수 국가의 다양한 인권 가치, 인권 주장이 타협한 결과이다. 특히 오늘날 세계 거의 모든 나라가 협약에 동의하는 것은 인권 이념의 가치를 반영하는 보편성이다. 협약은 어떤 특정한 형태의 인권, 혹은 정치경제제도에 대한 동의가 아니라, 그 자체의 개방성은 각종 사회, 경제, 및 정치제도 하에서 인권 헌정 제도에 대한 수용과 관용을 나타내며, 바로 이러한 개방성이 공약들을 점점 더 많은 국가들로 하여금 인정받게 하고 있다. 그러나 가치의 이념적 차원이 인권에 대한 인식의 차이를 완전히 지울 수는 없다. 전반적으로 규약은 서구사회의 기본적인 인권의 가치이념을 더 많이 구현하고 있다.

자유권규약에는 개인의 자유와 안전, 법 앞의 평등 등이 보다 정확하게 규정되어 있다.[54] 중국이 사회권규약의 체결부터 비준까지 3년이 채 걸리지

53) 강효백, 앞의 논문, 126면.

54) 생명권 보장(제6조), 사형제도(제6조), 고문과 잔혹한 형벌 또는 대우의 금지(제7조), 노예제도와 강제노동의 금지(제8조), 신체의 자유(제9조), 거주・이전의 권리와 자국을 포함해서 어떤 국가든지 이주할 권리 및 자국으로 귀국할 권리(제12조), 공정한 재판을 받을 권리(제14조), 인격권(제16조), 사생활・가족・가

않은 상황에서 자유권규약의 비준은 중국특색의사회주의 법체계를 구축하기 위한 것으로 헌법과 법률에서 인권을 보장하고, 특히 국제관례에 따라 인권을 존중하고 보장해야 한다는 주장이 제기되는 한편,[55] 자유권규약을 비준하는 경우, 규약의 비준을 위하여 중국헌법과 법률의 일부수정이 불가피하다. 현재 중국의 현실이 자유권규약에서 규정하고 있는 시민적, 정치적 기본권을 보장할 수 있는 보다 성숙된 조건을 갖추고 있지 않고 표현의 자유와 같은 경우, 일반적으로 국제인권법의 시각에서 보면 표현의 자유는 인권의 범주에 속한다. 하지만 헌법의 시각으로 볼 때, 정치적 기본권으로 포섭될 수 있으며 어떠한 시각에서 바라보는가에 따라 그 주체성이 달라질 수 있다.

3. 국제인권규범과 중국헌법상 기본권 조항의 차이

중국헌법은 조항이나 헌법이념을 막론하고 국제인권규범과 차이가 존재한다. 근대적 인권개념은 서구 자유주의의 산물이다. 서방의 자유의 개념은 주로 타자로부터 또는 국가로부터 자신에게 가해지는 압력이나 권리침해로부터 배제하는 측면에서 보면 중국에서 자유의 개념과는 일정한 차이가 존재한다. 즉 개인주의의 결핍은 곧 차이점을 직결하는 문제라고 볼 수 있다. 국제인권규범상 규정한 권리는 인간의 존엄성으로부터 유래함을 주장하며 인권의 천부인권적 고유성을 강조하여온데 비해 중국은 인권의 특수성의 주장을 기반으로 보편성을 수용하고 있다는 점과 인권을 개인의 권리뿐만 아니라 민족의 권리인 집단적 인권도 포함됨을 강조하는 경향으로부터 그 격차가 나타난다. 그렇다면 국제인권규범에 있으나 중국헌법규

정 및 통신에 대한 자의적 또는 불법적 간섭금지(제17조), 종교의 자유(제18조), 표현의 자유(제19조), 평화의 집회의 권리(제21조), 노동조합의 결성을 포함한 결사의 자유(제22조), 가족보호권리(제23조), 아동의 보호권(제24조), 참정권(제25조), 법의 평등한 보호를 받을 권리(제26조) 등 이상의 권리를 보장함에 있어 일체의 차별금지(제2조)와 남녀평등(제3조)과 민족자결권(제1조)이 규정되어 있다.

55) 莫纪宏, 『国际人权公约与中国』, 2005, 265면.

정에 없는 기본권조항으로는 파업권(사회권규약 제8조), 표현의 자유(자유권규약 제19조), 거주·이전의 자유(자유권규약 제12조), 결사의 자유(사회권규약 제8조) 등이 있다.

Ⅲ. 국제인권규범의 국내적용

국제인권조약이 한 국가 내에서 그 효력을 발생한다는 것은 해당 국가가 조약의 규정을 집행하고, 조약이 규정하고 있는 권리를 누리며, 동시에 조약에 규정된 의무를 이행한다는 것을 의미하기 때문에 신중하게 접근할 수밖에 없다. 물론 각 국가들이 국제인권조약을 집행하는 방식은 각기 다르다.[56] 중국의 경우 한국[57]과 달리 헌법에서 국제조약이 국내적용에 대해 명확한 규정을 두고 있지 않다. 즉 중국은 현재 다양한 국제인권조약을 승인하고 있지만 국제인권규범의 독자적인 역할에 대한 인식을 활발하게 인정하는 데는 제한적이다.

중국헌법은 국제인권규약의 법적 지위 문제를 규정하지 않고 있어 국제인권규약을 국내에 어떻게 적용할지에 대해 현행 헌법에서 직접적인 법률을 따를 수 없다. 하지만 중국이 체결하거나 승인한 국제조약과 국가간의 국제협정도 중국의 법원(法源)중의 하나이다. 중국의 「민법통칙(民法通则)」 제142조 섭외민사소송의 법률적용에 관한 규정에 따르면 중국이 체결하거나 참가한 국제조약과 중국민법에서 서로 다른 규정이 있을 경우, 중국이 유보한 조항을 제외하고는 국제조약의 규정을 적용하고(제1항) 국제조약의 규정이 없을 경우 국제관례를 적용하고 있다(제2항). 이것은 국제조약이 국내법보다 우선적 효력을 인정하는 해석되고 있다.[58] 헌법상 규정되지 않다고 하여 국제조약의 사법적 적용을 금지하는 것은 아

56) 杨宇冠, “批准‘公民权利和政治权利国际公约’相关问题研究”. 2008, 205면.
57) 한국헌법 제6조 제1항 “헌법에 의하여 체결, 공포된 조약과 일반적으로 승인되니 국내법규는 국내법과 같은 효력을 가진다.”
58) 사법연수원출간, 앞의 책, 6면.

니며 정부가 체결하고 승인한 조약은 엄격히 준수되며 그중 국가주권, 공민의 기본권리와 의무에 관련된 조약은 헌법의 법원으로 된다.[59] 중국의 현행 268개 법률 중 48개가 국제조약의 직접적용 가능성을 보여주고 있다.[60] 그렇다면 중국헌법에서의 인권보장과 국제적 차원에서 인권은 어떠한 연계와 차이점이 있는지 문제가 된다.

중국헌법은 기본권 보호를 위한 규범적인 근거를 마련하고 있으나, 그러한 헌법이념을 구체화하는 입법, 행정, 사법의 단계에서 미흡한 부분들이 존재한다. 앞의 논의에서 인권조항의 도입 당시에도 헌법의 인권조항과 기본권조항의 관계의 법리해석보다는 주요하게 인권조항의 위치설정에 대한 논의로 이루어졌다. 중국헌법은 국내법체계에서 국제인권조약의 지위를 규정하고 있지 않아 법원이 국제인권조약의 적용에 대한 논의가 있었다. 학계에서는 법원이 인권조약을 직접 적용해서는 안 된다는 의견이 지배적이지만, 사법실천에서는 이미 법원이 스스로 국제인권조약을 적용하는 사례가 다수 발생하고 있다. 이것은 사법실천의 국내법해석에서 국제인권조약의 영향을 일정하게 받고 있음을 보여준다.

중국은 인권규약을 체결하고 헌법에서 '인권조항'을 신설함으로써 국가의 인권존중과 보장을 확인하였다. 이것은 기본권 체계가 폐쇄적인 체제에서 역동적이고 개방적인 체제로 전환한 것으로 볼 수 있다. 물론 중국 정부는 국제인권조약이 전국인민대표대회 상무위원회에서 비준되면 국내법적 효력을 갖게 되고, 국내 사법기관과 행정기관 및 모든 관련 공공단체들은 각자의 권한범위 내에서 비준된 국제인권조약의 규정을 적용하며, 원칙적으로는 별도의 특별한 법률적 조치를 통해서 비준된 조약을 국내법으로 전환할 필요가 없다는 입장을 표명하고 있다. 더불어 국제조약과 국내법이 충돌할 경우 중국이 제시한 유보조항을 제외하고는 국제조약이 우선이라는 견해도 제시하고 있다. 그러나 헌법과 법률 및 사법적용에서도 국제인권규범에 대한 언급이 조심스러운 점은 인정해야 한다. 현

59) 한다위안, 앞의 책, 62면.
60) 张雪莲, "世界人权宣言在国内法上的地位和司法适用", 2018, 4면.

재 중국이 가입한 국제인권조약들이 국내에서 효력을 발생하는 과정을 놓고 보았을 때, 중국은 국제인권조약을 비준함과 동시에 이것이 실제적으로 국내법에서 발효되는 것이 아니라 비준한 국제인권조약에 근거해 국내법률을 수정하거나 관련 법률을 제정하는 방식으로 국제인권법의 국내적 효력을 보장하고 있는 것이 현실이다.[61] 국제인권규범의 권리보호에서 차지하는 역할을 강조하고 중국실정과 유기적이고 통합적인 관계를 구축하기 위해 헌법해석, 인권규약상의 의무이행에 적합하도록 헌법의 기본권 조항을 보강하는 것이 바람직한 방향이다.

61) 윤영덕, "중국의 인권담론과 인권현실의 갈등", 2011, 500-501면

제3장 외국인의 권리보호를 위한 헌법적 토대

제1절 중국에서 외국인의 개념과 범위

Ⅰ. 외국인의 개념

중국의「출입국관리법」제89조에서 “외국인은 중국국적을 소유하고 있지 않는 자”로서 무국적자도 포함된다. 또한「국적법」제7조[62]에서 외국인 혹은 무국적자가 일정한 요건을 만족하면 중국공민이 될 수 있는 길을 열어두고 있다. 외국인의 구체적 범위를 정함에 있어서는 중국의 고유한 역사적 특성으로 인해 홍콩, 마카오지역과 대만지역 주민이 외국인의 범위에 포섭되는지와 혈통적으로 유대가 있는 화교의 정의를 분별할 필요가 있다.

Ⅱ. 외국인의 범위

1. 화교

중국의「귀교교권권익보호법」은 귀교(归侨), 교권(侨眷), 외적화인(外籍华人)에 대한 명확한 신분획정으로부터 각기 다른 권익을 약속하고 있다. 1990년 제정된「귀교교권권익보호법(归侨侨眷权益保护法)」과 2009년의

62)「국적법」제7조는 “외국인 또는 무국적자는 중국의 헌법과 법률을 준수하고자 하며, 아래 조건 중 하나에 해당하는 경우 국적을 신청을 비준한다. ① 중국 공민의 가족인 경우 ② 중국에 정주하는 경우 ③ 기타 정당한 이유가 있는 경우”로 규정하고 있다.

「화교, 외적화인, 귀교 및 교권의 신분정의에 관한 규정 (关于界定华侨外籍华人归侨侨眷身份的规定)」으로 구성되어 있다. 「귀교교권권익보호법」의 대상은 귀교와 교권인데, 그 신분의 기준이 되는 화교는 '해외에 정주한 중국 공민'으로 정의되어 있다. 그밖에 동법은 중국헌법 제50조의 "화교의 정당한 권리와 이익을 보호하고, 귀교와 교권의 합법적 권리와 이익을 보호한다."는 조항의 지지를 받는다. 화교, 귀교, 교권 등 개념에 대하여 아래와 같이 해석한다.

「중화인민공화국귀교교권권익보호법」에 따른 개념정의 (표 3-1)

화교	해외에 정착한 중국국적 자.
외적화인	(1) 이미 외국국적을 취득한 과거의 중국국적 자. (2) 외국국적을 취득한 과거 중국 국적자의 외국국적 자손. (3) 중국 국적자의 외국국적 자손.
귀교	외적화인이 중국 국적을 취득한 자.
교권	화교, 귀교, 외적화인의 중국에서 친족.

위의 신분을 통칭하여 '화교화인(华侨华人)'이라고 한다. 중국의 정책상 화교의 신청은 부모, 조부모 또는 조상 중 한 명이 중국 국적이라는 것을 증명하는 서류를 중국정부나 거주국 정부에서 발급받아 제출하면 신분이 인정된다. 국무원 교무판공실에서 화교화인업무를 관리하고 화교는 사업, 학업, 문화교류, 친척방문 등 화교의 중국 방문목적에 제한을 두지 않고 장기체류를 허용하고 있다. 이처럼 화교화인에 대한 적극적인 정책을

펴고 있는 이유는 개혁개방 40년 중국의 사회 및 경제발전과 대외교류, 조국통일 등 영역에서 화교화인은 적극적인 역할을 발휘해 왔기 때문이다. 화교화인들이 중국의 사회경제 발전에 참여하고 공헌할 수 있었던 데에는 여러 가지 요인이 있었지만 가장 중요한 원인은 중국 정부의 시기별 교무정책의 적절할 수정과 정책적 배려가 적중했다는 점과 밀접한 관련이 있다.[63]

2. 홍콩, 마카오지역

일국양제 (一国两制)[64]로 인한 통일을 실현하였지만 이와 동시에 홍콩, 마카오 주민들의 복잡한 국적문제가 야기되었다. 홍콩지역의 영주권자의 절대다수는 영국이 영국령에 거주하는 주민들에게 발급한 '해외영토여권(BDTC)와 영국해외시민여권(BNO)을 소지하고 있었고 마카오지역 주민은 포르투갈의 국적을 소지하여 중국국적 외에 서로 다른 신분을 가지고 있었다. 그리하여 전국인민대표대회는 1996년 전국인민대표대회 상무위원회의 "중화인민공화국국적법이 홍콩특별행정구에서의 시행되는 몇 가지 문제에 관한 해석"과 "중화인민공화국국적법이 마카오특별행정구에서의 시행되는 몇 가지 문제에 관한 해석"을 공포하여 중국 국적법의 기본원칙에 위배되지 않는 전제하에 완화된 방식으로 혈통주의와 출생지주의를 결합하는 방법을 채택하였다.

즉 홍콩주민의 경우 '영국속토공민여권' 혹은 '영국구민(해외)여권'의 소유여부를 막론하고 홍콩지역의 중국동포는 모두 중국공민으로 인정하며 마카오주민의 경우 중국 혈통과 포르투갈 혈통을 가진 자는 본인의사에 의해 국적을 선택할 수 있다. 여행증을 소지한 마카오지역의 중국공민은 마카오행정구 설립 후, 본 증서를 가지고 기타 국가 혹은 지역으로 여

63) 이연옥, "청말이래 중국학계의 화교화인정책연구", 2020, 628면.
64) '한 중국 두 체제'의 뜻으로 중국의 평화통일 국책이다.

행할 수 있지만 마카오행정구와 중국 기타 지역에서는 여행증으로 포르투갈의 영사보호를 받을 수 없도록 규정하였다.

3. 대만지역

"대만은 중화인민공화국의 신성한 영토의 일부이다. 조국통일의 대업을 성취하는 것은 대만동포를 포함한 중국인민의 신성한 의무이다."고 규정하고 있는 헌법 서언에 비추어 볼 때 대만지역 역시 중국영토의 일부이며, 대만동포가 중국대륙에서 취업 혹은 생활하는데 있어서 공민과 동등한 대우를 해주는 것이 현 정부가 대만정책에 두는 중점이라 할 수 있다. 2005년에 제정된「반분열국가법(反分裂国家)」(중화인민공화국주석령제33호)은 '국가는 법에 따라 대만동포의 권리와 이익을 보호한다'고 명시하게 되면서 권리주체를 '대만상인'에서 '대만동포'로 전시한 최초의 법률이다.

결론적으로 홍콩, 마카오지역의 주민은 중국의 특수공민으로서의 지위를 가지며 외국인 신분을 가진 외적화인이나 대만동포는 일반 외국인과는 분명히 다른 법적 지위에 놓여 있다. 또한 홍콩, 마카오, 대만지역 주민의 중국대륙에서 취업은 대만과 홍콩, 마카오주민의 대륙취업관리규정에 따르며 외국인 취업관리규정이 적용되지 아니한다. 외적화인은 민족적 정체성이 존재한다는 점에서 일반 외국인과 구별하여 대우하며 그들의 생활, 취업 등에 관련하여 정책상 많은 혜택이 따른다. 그러므로 본 논문에서는 외국인의 범위를 체류자격이 특정되고 체류기간이 규정되어 있는 일반외국인과 최근 문제되고 있는 불법체류 외국인 그 외에 난민으로 한정하도록 하겠다.

제2절 중국에서 외국인의 헌법적 지위

Ⅰ. 개관

오늘날 이동과 통신이 그 어느 때보다 자유롭고 활발한 세계화 시대에 혈통, 인종, 문화 등을 기반으로 한 국민국가 개념은 더 이상 전통적인 민족 관념과 국가영토라는 고정적인 개념 안에서 유지되는 것이 아닌 시대적 상황과 외국인을 포함한 후천적인 사회구성원들의 존재로서 변화할 수 있는 개념이다. 국민이란 자격을 부여받는 핵심은 생활의 공유성 내지는 운명공동체로서의 사회의 실절적인 편입성에 기초하여야 한다는 견해가 있다.[65] 한편 세계화로 인한 국민과 외국인의 전통적인 이원구조가 동요된다 하더라도 이는 외국인들은 사회적으로 통합하고 그들의 인권보장을 위한 헌법정책적인 논거는 될 수 있으나 국민국가는 국제사회에서 여전히 중요한 행위주체이며 근대국가 성립 이후 정치적, 경제적, 사회적 현실의 변화가 이와 같은 국민의 개념의 변천을 요구할 수준으로 진행되는 것은 아니라는 점에서[66] 어떤 외국인을 받아들여 어떻게 처우할 것인가는 현재로서 여전히 국가마다 차이가 있고 외국인의 법적지위는 각국의 헌법질서에 의해 규정된다.

헌법은 기본적으로 국가생활공동체를 실현하고 유지하는 과제를 갖는 국내 최고규범이다. 그리하여 우선적으로 국가생활공동체의 범주를 확정하여야 한다. 중국헌법과「반분열국가법」에서 공민과 영토에 관하여 명시적으로 국가의 공간적 범주와 적용대상을 규정하였다. 그밖에 국가권력과 개인 간의 법률관계, 그러한 법률관계의 윤곽을 이루며 동시에 법률관계에 의하여 구체적으로 형성되는 공동체의 가치 또한 국가를 구성하는 요소이다. 이러한 구

65) 이은혜, “외국인의 사회적 기본권 주체성에 관한 소고”, 2012, 186면; 최유, “외국인의 사회권 주체성에 관한 작은 연구”, 2008, 115-138면.

66) 정태호, “외국인의 기본권주체성 문제에 대한 비판적 고찰”, 2012, 402-435면; 김선택, “다문화사회와 헌법”, 2010, 22면; 전광석, “다문화사회와 사회적 기본권-헌법적 접근을 위한 시론”, 2010,125면.

성요소 중 영토는 물리적으로 고정되어 있다 이에 비해서 공민은 유동적이다 즉 공민은 영토를 벗어날 수도 있고 또 다른 국민은 우리 영토에 들어올 수도 있다. 이는 동시에 법적 평가의 대상이다. 영토에 체류 및 거주 등의 요건이 어느 정도 충족 혹은 유지되는 경우 기존의 법적 지위를 인정할 것인가 혹은 상실시킬 것인가에 대한 결정이 필요하기 때문에 국가와 개인과의 법률관계를 규율하는 가치는 추상적으로는 헌법에 확정되어 있지만 그 내용은 시대적으로 정치적 및 사회경제적 그리고 문화적 상황의 변화와 상호영향을 미치면서 구체화된다는 점에서 유동적이며 또 가변적이다.[67] 외국인의 헌법적 권리에 관하여 공백에 가까운 연구현실을 보았을 때, 우선 외국인이 헌법적 권리를 향유할 수 있는 근거를 분석하고 외국인이 실질적으로 향유할 수 있는 권리에 대한 검토가 필요하다.

Ⅱ. 외국인 관련 헌법조문에 대한 이해

1. 외국인 관련조항의 도입과 연혁

외국인에 대한 규정 제32조 제1항(이하 '외국인조항')에서는 "중화인민공화국은 중국 국경 내에 있는 외국인의 합법적 권리와 이익을 보호한다. 중국 국경 내에 외국인은 중화인민공화국의 법률을 준수해야 한다."고 규정하고 제2항은 외국인에 대한 비호권을 규정하고 있다.[68] 여기서 외국인조항은 「54헌법」의 제99조를 계승한 것이며 현행헌법은 외국인 관련규정을 총강에 위치하고 있지만 당시 「54헌법」은 공민의 권리와 의무의 장에 두었다. 위치상으로 보았을 때 현행헌법은 외국인조항을 공민의 기본권 규정과 의도

67) 전광석, 앞의 논문, 111면.
68) 중국헌법 제32조 제2항 "중화인민공화국은 정치적 이유로 피난을 요구하는 외국인에게 비호 받을 권리를 부여할 수 있다"

적으로 구분하는 것으로 보인다.

중국에서 외국인의 권리는 공동강령의 제7장 외교정책부분의 제60조에서 “중화인민공화국은 인민의 이익을 옹호하기 위하여 민주투쟁에 참여한 외국인이 자국정부의 압박으로 중국에 피난을 요구하는 경우 거류권을 부여한다.”고 최초로 규정하였다. 이후의 「54헌법」 은 공동강령의 외국인조항을 기본적으로 인정하면서 제3장의 ‘공민의 권리와 의무’ 제99조에서 “중화인민공화국은 정의로운 사업을 옹호하고 평화운동에 참가하며 과학사업에 종사한 것을 원인으로 삼아 박해를 받은 외국인에게 거류권을 부여한다.”로 일부 용어상의 수정을 하였고 「75헌법」 과 「78헌법」 은 ‘평화운동’을 ‘혁명운동’으로 변경하였다. 「82헌법」 에서는 외국인의 거류를 외교와 정치적 문제로 삼아 그 민감한 점을 감안하여 제1장 총강 제32조에 외국인의 합법적 권리와 이익을 보호하고 법률을 준수할 의무와 비호 받을 권리를 규정하였다. 사실상 이 조항의 도입은 대외개방의 국가정책으로 외국자본의 유치에 대한 중국의 의지를 보여준 것으로 평가 된다.[69] 그동안 헌법개정에서 외국인조항의 구조적인 변화로부터 보면 외국인은 특수주체로서 지위의 불안정성을 가지고 있다. 다행히도 2004년 수정안에서 인권조항의 신설로 외국인의 헌법상 지위를 인정할 수 있는 이론적 기초가 마련되었다.

2. ‘합법적 권리와 이익’에 대한 이해

현행헌법상 외국인 조항은 외국인의 권리를 헌법적 차원에서 보호하려는 취지는 이해할 수 있으나, 외국인의 ‘합법적 권리와 이익’을 보호해야 한다고

69) 중국헌법 제18조는 “중화인민공화국은 외국의 기업, 경제조직 및 개인이 중화인민공화국 법률에 의하여 중국에 투자하는 것은 물론 중국의 기업 및 기타 경제조직과 여러 형식의 협력을 허용한다. 중국 내의 외국의 기업, 기타 경제조직 및 중외합자경영기업은 모두 중화인민공화국의 법률을 준수해야 하며, 그 합법적 권리와 이익은 중화인민공화국 법률의 보호를 받는다.”고 하고 있다. 외국투자에 대한 규정을 둔 것은 매우 드문 입법례이나 헌법 제32조 제1항과 같은 취지로 이해할 수 있다.

만 규정하고 있을 뿐 구체적으로 외국인의 어떤 권리와 이익인지는 제대로 밝히지 않고 있어 불명확성을 보이고 있다. 중국학계에서 외국인의 기본권 주체의 지위와 향유할 수 있는 헌법상권리의 내용에 관한 연구가 많지 않다. 다만 일부 학자들의 외국인의 기본권 주체성여부에 관한 논의는 대체적으로 외국인을 보편적 인권의 주체로 인정하여야 한다는 점에서 대해 의견을 모으고 있다.[70] 한편 외국인조항의 '합법적 권리와 이익'을 해석함에 있어 국내법과 국제인권법상 규정된 각종 권리를 포함한다는 견해가 존재한다.[71] 원래 외국인조항의 도입취지가 당시 국가의 문호개방정책에 의한 외국자본을 끌어들이고 외국인의 국내투자를 격려하는 차원에서 신설된 것으로 이해할 수 있다. 그렇다면 본 조항을 통하여 외국인도 국가의 기본적 인권보장 의무의 대상에 포함되어야 한다고 볼 수 있다.

3. 중국에서 외국인 헌법적 지위 관한 논의

(1) 기본권의 주체

중국헌법에서 대부분 기본권조항은 그 주체를 공민으로 명시하고 있다. 한편 주체를 공민으로 명시하지 않은 조항들이 존재하는데 제43조의 '노동자의 휴식할 권리'에서는 중립적인 개념이 사용되고 제33조 제3항 '국가의 인권존중과 보장', 제49조 '혼인가정에 대한 보호'에서는 주체의 표시를 생략하고 있다. 비교법적으로 볼 때 독일의 경우 독일기본법상 집회의 자유(제8조), 직업의 자유(제12조 제1항) 등 국민의 권리로 분류되는 기본권들 조문에서는 '독일인(Deutsche)'이라는 표현을 사용하고 인간의 존엄성(제1조 제1항), 법

70) 周叶中,『宪法』, 2000 , 139면 ; 胡锦光、韩大元, 『中国宪法』, 2004, 177면 ; 张千帆,『宪法』, 2009, 180면 ; 莫纪宏 ,『宪法学』, 2004, 279~380면 ; 林来梵,『宪法学讲义』, 2018 , 312면 ; 候宇 ,『基本权利主体诸能力』, 2017, 82면.

71) 人大常委会办公厅研究室政治组主编 ,『中国宪法精释』, 1996, 141면; 蔡定劍 ,『宪法解释』, 2006, 232면,

앞의 평등(제3조 제1항) 등과 같은 인간의 권리로 분류되는 조문에서는 '모든 사람(alle Menschen)'이라는 표현을 사용하고 있다. 한국헌법에서도 '국민'과 '누구든지' 혹은 주체를 생략한 방식으로 표현하고 있다. 이처럼 기본권 조항에서 주체를 국민으로 표시하지 않을 경우 외국인의 기본권 주체성을 인정하여야 된다는 견해가 있다.[72]

중국에서 기본권 연구의 논의 현황을 살펴보면 대부분 공민의 기본권 연구로 진행되어 왔다. 기본권은 헌법상 공민에게 보장됨을 전제로 하므로 그 범위가 외국인까지 확장되지 못하거나 제한적으로 인정되고 있다. 하지만 외국인들의 취업과 불법체류 단계에서 존재하는 인권침해 사례가 현실적으로 문제되면서 기본권 주체가 공민으로 표현된 경우라도 외국인기본권 주체성을 부인할 수 없을 것이다. 이미 외국인이라는 특수집단은 각국의 시야에 나타나기 시작하고 글로벌 경쟁과 협력에 참여하는 주권국가라면 외면할 수 없는 주체로 등극하였다. 즉 기본권 개념의 규정은 단순히 성문헌법의 구조로부터 확정하는 것이 아니라 사회현실의 변화에 대한 인식도 필요하다.

(2) 보충성 근거조항

외국인의 헌법상 권리에 관련하여 제32조 제1항의 '외국인 조항'외에 제33조 제3항의 '인권조항'을 유의할 수 있다. 전술한 바처럼 외국인조항의 '합법적 권리와 이익' 은 국내법과 국제법규에서 규정된 각종 권리를 포함한다는 견해가 있었다. 이어 중국은 2004년 헌법수정안을 통하여 국가의 인권보장 의무조항을 신설하게 되면서 외국인 기본권 주체성을 논할 때 보충성 조항으로 논의되고 있다.[73] 그렇다면 이 두 조항을 매개로 중국에서 승인된 국제인권규약에 의해 부여된 외국인의 권리로서 '합법적 권리와 이익'이 어떤 내용을 가지는지 알 수 있다.

---

72) 정광현, "외국인의 기본권 주체성-두 가지 판단 제안", 2017, 6~9면, 김남진, "외국인근로자 인권보장을 위한 사업장변경의 자유", 2016, 53면.
73) 戴瑞君 , "外国人权利的法律保护-从国际法到中国法的考察", 2014, 36 면.

각국 헌법의 기본권에 대한 규정에서 다음과 같이 요약할 수 있다. 첫째는 인간으로써 누려야 할 권리로서 예를 들면 생명권, 신체의 자유 등은 모든 사람에게 인정된다. 둘째는 국가의 주권의식 연관성이 강한 권리로서 선거권, 공무담임권 등이다. 헌법이 보장하는 사실상의 차원에서도 하나는 소극적 보장 차원으로 외국인의 인권보장을 입법재량, 입법정책에 해당하며, 다른 하나는 적극적이거나 이상적인 차원, 국제인권규범의 기준에서 외국인의 권리를 보장하며, 다른 하나는 절충적 차원, 즉 주권 하에서 인권의 성격이나 국제적 압력, 그리고 국제 사회의 기본적 상황을 고려한다. 현재 대다수 국가는 절충적인 단계에 있다.[74]

(3) 소결

중국헌법에서 '인권조항'이 해석·적용되지 못하고 적지 않은 분야에서 법률을 제정하지 않아 헌법상 인권조항의 발효가 선언적 의미만을 가지게 된다. 국제인권규약과 기타 인권관련협약은 세계 대부분 국가의 헌법상 최저기준을 제고하고 있다. 중국은 경제적, 사회적 권리에 관한 국제규약을 비준하고 시민적, 정치적 권리에 관한 국제규약에 서명하였으나 비준하지 않아 직접적용이 불가하여 상당부분이 제대로 이행되지 못하고 있다.

한국에서 국민과 유사한 지위에 있는 외국인은 헌법재판소법 제68조 제1항에 따라 헌법소원을 청구할 수 있는 기본권 주체로서 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권 등과 같이 단순히 국민의 권리가 아닌 인간의 권리로 볼 수 있는 기본권에 대해서는 기본권 주체성을 인정받게 되면서 사실상 한국에서 외국인의 기본권주체성에 관하여는 헌법실무에서 중요한 논의라고 할 수 있겠다.[75] 이에 비추어 볼 때, 아직 헌법소원제도가 활성화되지 않은 중국의 현황에서 외국인 기본권 주체성 논의가 과연 필요한지 그 실익은 무엇인지

74) 李震山, 『人性尊严与人权保障』, 2002, 387~389면.
75) 김지영, "외국인의 평등권 -우리나라와 미국이 논의를 중심으로", 2015, 9면.

의문될 수도 있다. 그러나 이러한 논의를 전제로 하지 않은 채 단지 입법정책 차원에서 외국인에게 일정한 보호를 제공하는 것보다는 헌법의 차원에서 적극적으로 다루어져야 할 문제인지에 대해 논의하는 것이 의미가 있다고 생각된다.

결론적으로 외국인의 기본권 주체에 관한 중국학계의 입장은 인권보장을 규정한 헌법 제33조 제3항에 기초해야 한다는 점과 중국헌법상 규정된 기본권의 성질에 따라 그 주체성을 인정하여야 한다고 보고 있는 것으로 생각된다. 외국인의 기본권 주체성 문제에 대한 가장 적절한 기준에 관해서는 권리성질설이 일반적인 견해로서 각국 헌법학자와 법원도 이 학설을 주장하고 있다. 비록 권리성질설의 적용에 있어 일정한 충돌과 모순이 존재하지만 중국의 외국인 헌법상 권리를 연구하는데 새로운 시각을 제공해주고 있다. 사실상 복합적인 기본권의 등장으로 자유권과 사회권의 구분이 점점 모호해지고 특히 사회권은 인간의 생존과 가장 밀접하게 연관되기 때문에 적어도 외국인에게 인간의 존엄성과 연관되는 사회적 기본권에 대해 부분적으로 인정하는 것이 바람직하다.[76]

Ⅲ. 중국헌법상 '인권조항'

1. 중국의 인권에 대한 인식

(1) 대외인권정책

근대적인 선구자들이 인권사상에 대한 개념을 전파하는 과정이 있었던 것은 분명하나 상당히 긴 국공내전상태(1927)와 중일전쟁(1937)의 시작과 함께 당시 중국의 시대적 상황에 비추어 보면 인권사상이 정착되기는 어려운

76) 孙汉基，"外国人基本权利研究"，2015，306면.

시기였다. 그 후 마르크스주의의 중국 전파는 계몽운동의 기본신념인 민주를 동요시켰다.[77] 서방의 개인가치로 간주되었던 인권이 중국에 들어온 후, 집체주의와 국가본위개념으로 전환된 원인은 종국적으로 당시 중국에 개인이나 부분 보다는 단체나 전체와의 조화가 보다 중요하다는 인식이 확산되었기 때문이다. 이러한 역사적 배경은 개인의 권리와 집체적 권리의 통일로 보는 것과 생존권과 발전권을 우선적인 기본인권으로 하는 중국의 인권에 대한 인식에 있어 중요한 의미를 지닌다.

중국의 개혁개방노선이 천명되면서 1970년대 말부터 천안문사건이 발생한 1989년 이전까지 인권이라는 용어가 본격적으로 등장하기는 하였지만 이는 기본적으로 '마르크스 레닌주의적 인권관'이었다. 즉 인권은 자산계급의 개인주의에 불과하다는 것이다. 하지만 1990년대 초 소련과 동유럽의 사회주의권의 붕괴로 하여 중국의 국제적 위치가 난감해졌고 국내적 요인으로는 1989년 천안문 사건이 발생으로 국제사회 인권탄압에 대한 비난이 커져가면서, 인권에 대해 부정적인 태도를 보여주던 중국은 국제사회의 비난과 제재에 대응하기 위하여 인권문제에 대한 연구를 본격화하면서 인권정책과 인권관념에 대해 공식적이고 체계적으로 밝히기 시작하였다.[78] 중국의 인권에 대한 기본적인 입장과 관점은 1991년부터 매년 발간되고 있는 '인권상황백서'에서 보여주는데 중국은 인권이 가진 보편성을 인정하면서 상호이해와 구동존이(求同存异) 즉 일치한 점은 취하고 서로 다른 점은 잠시 보류하는 것을 바탕으로 인권분야 내의 국제협력을 강화해야 한다고 주장한다. 1993년에는 중국인권위원회가 설립되어 각국의 인권 실태를 연구하기 시작했다. 이로부터 현재까지는 인권의 법제화가 시도되는 단계라고 볼 수 있다.

어떤 국가도 인권을 실현함에 있어 그 나라의 역사, 경제, 정치와 문화에서 벗어날 수 없으므로 주권국가는 국내법을 통하여 인권제도를 제정하는 과

77) 王晖, "中国现代历史中的五四启蒙运动", 1989, 61~62면.
78) 미국의 대 중국 인권정책과 중미간의 인권 갈등 및 국제인권 NGO 등을 포함한 국제사회의 중국 인권문제에 대한 본격적인 문제제기는 중국 내부의 국제인권규범에 대한 연구와 학습 및 수용의 과정을 촉진함으로써 중국이 국제인권규약에 가입하기 위한 토대를 준비할 수 있도록 하였다.

정이 필요하다. 때문에 국제인권분야에서의 각국 간의 교류는 반드시 각국의 화합이 필요하며, 상호이해와 상호존중의 기초에서 각종 정치·경제·사회제도와 역사·종교·문화적 배경이 다른 국가의 인권에 대한 관점을 배려해야 할 것을 강조한다.

중국의 대외인권정책은 서구를 중심으로 한 인권주장과 적지 않은 차이가 있을 뿐만 아니라 인권수준의 평가에 있어서 국제사회가 기대하는 수준까지는 이르지 못한 것이 현실이다. 이는 중국의 시각이 인권의 보편성은 각국의 역사조건과 문화다양성을 인정하는 방식으로 접근해야 한다는 데 있다는 것을 보여주고 있다. 인권관련 국제무대에 적극 참여함으로써 중국은 국제적 규범에 대해 보다 책임 있는 자세를 요구 받는 한편, 또 인권규범의 제정과 해석, 실천에 있어서는 새로운 영향력을 행사하고 있기 때문이다[79]

(2) 중국의 인권상황백서

1991년에 공포한 중국인권상황백서는 전문에서 충분한 인권을 향유하는 것은 장기간에 거친 인류가 추구하는 이상이라고 규정하고 있어 국가의 인권에 대한 기본이념을 구현하였다.[80] 중국의 인권백서에서는 인권의 구체적인 범주로서 생존권, 정치권리, 경제, 문화와 사회권리를 예를 들고 있는데, 이들 권리는 단지 대등한 가치를 갖는 권리로 열거되는 것이 아니라 그 중에서도 생존권이 가장 우선적인 기본적인 권리로 강조되고 있다. 즉 '한 국가와 민족에 있어서 인권이란 무엇보다도 우선 인민의 생존권이며 생존권이 없이는 기타 모든 인권은 논하는 것조차도 불가능하다'고 정의한다. 중국은 생존권과 발전권이 가장 기본적인 것이면서도 가장 중요한 인권이라도 주장한다. 이런 점에서 비추어 볼 때, 세계인권선언을 비롯하여 국제인권규범에서는 생존권을 제반 권리의 전제조건으로 삼고 있기는 하지만 이를 인간의 우선적인

79) 차태근, "국제인권규범과 중국의 인권정책", 2007, 286면.
80) 한다위안, 『중국법개론』, 2009, 82면.

주요 권리로 명시하고 있지는 않고 인권의 당위성은 생존 그 자체보다도 인간의 존엄성과 양도할 수 없는 권리에 기반을 둔다. 즉 기본적으로 생존을 전제로 하지만 중점은 어떤 생존이냐 하는 점에 있으며, 인간으로서의 존엄과 그러한 존엄을 지키기 위해 필요한 자유권과 사회문화 및 경제권 등을 인간에게 필요한 권리로 명시하고 있다. 중국의 인권상황백서의 내용을 간략히 요약하면 첫째, 인권의 보편성원칙은 국가의 구체적인 상황과 결합되어야 한다. 즉 인권의 특수성을 강조한다. 둘째, 생존권과 발전권을 강조한다. 셋째, 개인적 권리와 집단적 권리의 조화를 강조한다. 넷째, 인권문제에 있어서 국가 간의 상호존중을 요구한다. 다섯째, 인권은 본질적으로 국가내정에 포함된다.

이외에도 중국은 국제인권사업의 발전은 대화와 협력으로 해결해야 한다는 것을 강조하고 있다. 또한 사회 구성원인 공민들의 사회발전에 대한 의무를 강조한다. 위와 같은 인권관의 특징과 내용을 살펴보았을 때 중국 고대사회의 군주통치제도 및 유교문화의 영향과 중국 근대에 있어서 반제반봉건투쟁 및 서구의 민주자유와 인권관의 전파, 중국특색의 마르크스주의 및 사회주의 이데올로기 등이 현대 중국의 인권관념을 구성하는 문화적 배경이 되고 있는 것으로 볼 수 있다.[81]

2. 중국헌법에서 '인권조항'의 도입

(1) 도입배경

제2차 세계대전이후 신생국가들은 성문헌법을 채택하게 되면서 예외 없이 기본적 인권을 규정하였다. 중국은 중국인권상황백서[82]가 공포되기 전까

81) 刘海年, "不同文化背景的人权观念", 1994, 45면.
82) 특히 인권개념의 보편성 및 이데올로기 성격과 관련하여 직접적인 개념 규정은 없었지만 인권을 인간이 추구하는 숭고한 목표이자 이상이라고 명시함으로

지 인권의 개념을 소홀하고 있었다. 중국의 인권문제 영역에서 국제적 규범 체계와 본격적인 관계를 맺으며 참여하기 시작한 것은 개혁개방 이후이다. 1980년 중국은 유엔의 경제사회이사회 회의에서 인권위원회 성원국으로 선출되었으며, 1984년에는 인권위원회의 차별방지와 소수자 보호를 위한 활동에 인권전문가를 추천하여 위원으로서 활동을 하기도 하였다. 1980년대 이후 제정된 많은 인권협약의 준비와 심의과정에 직접 참여하여 입장을 반영해 왔으며, '인종분리 금지와 처벌에 관한 협약', '여성차별철폐협약', '고문방지협약', '아동권리협약' 등 21개의 국제인권규약에 가입하였다. 1997년과 1998년에는 세계인권선언과 함께 국제인권장전으로 평가받고 있는 대표적인 인권규범인 사회권규약과 자유권규약에 가입하였다. 사회권규약을 1997년 10월 27일 서명하고 2001년 2월 28일 비준[83]하였으나, 자유권규약은 1998년 10월 5일 서명한 후 현재까지 비준하지 않고 있다.[84] 유엔이 채택한 7개 주요인권조약의 체약국으로서 중국의 서명 및 비준현황을 정리하면 다음과 같다.

써 그 가치의 보편성을 승인하였다.

83) 중국헌법 제67조 제15항에 의하여 전국인민대표대회 상무위원회의 비준을 거쳐 발효.

84) 강효백, 『중국법기초』, 2021, 122면.

국제인권규약 서명 및 비준현황 (표 3-2)

조약명칭	서명 및 비준현황	가입 및 비준시기
경제적, 사회적 및 문화적 관리에 관한 규약(ICESCR)	(서명) 비준	(1998년 10월5일) 2001년 2월28일
시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(ICCPR)	서명	1998년 10월5일 (현재까지 미비준)
인종차별철폐협약(ICERD)	비준	1981년 12월29일
여성차별철폐협약(CEDAW)	비준	1980년 11월4일
고문 및 자인한, 비인도적이거나 굴욕적인 처우 또는 처벌의 방지협약(CAT)	비준	1988년 10월4일
아동권리협약(CRC)	비준	1992년 1월31일
이주노동자 권리보호협약(ICRMW)	서명안함	

중국은 국제인권조약 이행에 있어서 국내법으로 변형하는 방법을 택하고 있다. 중국은 사회권규약에 비준하였으나 자유권규약은 서명만 한 상태이다. 자유권규약은 의무이행의 방법과 정도에 있어서 사회권규약보다 엄격하다. 의무이행 확보 측면에서, 체약국에 대한 규약이행보고서를 제출하도록 의무를 규정하고 있고, 자유권규약 제1선택의정서와 제2선택의정서가 채택되어 있고, 개인통보제도절차를 규정하고 있으며, 국가 간의 통보제도와 인권위원회의 조사절차가 있다. 의무이행기한에 있어서 자유권규약은 체약국으로 하여금 즉시 의무이행을 요구하고 있을 뿐 아니라 효과적인 법적 절차를 통한 규약 이행을 보장할 것을 요구하고 있다. 의무실현에 있어서, 자유권규약은

체약국에 대하여 효과적인 헌법적 및 법적 절차를 통하여 규약 상에 규정된 모든 기본권을 실현하도록 요구하고 있다.[85] 인권은 각국의 헌법에서 각기 다른 의미와 표현 방식을 가지고 있다. 요약하면 다음과 같다. 첫째, 헌법에 직접적으로 규정하는 방식, 둘째, 헌법에 인권용어가 등장하지 않지만 해석상 인권 또는 기본권으로 표현하는 방식, 셋째, 인권의 의미를 엄격히 제한하고 기본권으로 인권의 핵심내용을 규정하는 방식, 넷째, 헌법에 인권과 기본권 등의 표현이 동시에 나타나며 헌법해석으로 구체적인 내용을 확인하는 방식이 있다.[86]

개혁개방 이후 중국에서는 변화된 대내외적 환경에 조응하기 위한 인권의 점진적인 법제화가 추진되었는데 그것이 2004년 헌법수정안의 하이라이트 중 하나인 인권조항의 문구를 헌법에 삽입한 것이다. 이로써 개혁개방 이후 점차 하나의 중요한 정치적 개념으로 자리 잡아 온 인권이 국가의 최고법인 헌법적 보장을 받을 수 있는 법적 개념으로 발전되었다고 평가할 수 있다. 이러한 변화는 이론적 연구와 실질적 필요 그리고 국제적 영향의 결과라고 할 수 있다. 그 후 정부는 점차 중국특색의 인권학설을 체계적으로 제시하고 기타 국가들과의 교류를 전개하였다. 인권의 헌법수용 이후에도 인권사업(人权事业)을 전면적으로 발전시키는 것을 국민경제사회발전 제11차 5개년계획에 포함시켰고 2007년 9월 중국공산당 제17기 전체회의는 인권을 존중하고 보장하는 내용을 당장(党章)에 규정하였다.[87] 이로부터 인권을 존중하고 보장하는 것이 국가의 중요한 사명이라는 점을 강조하였다.[88]

중국의 헌법학계도 국제인권규약을 중국헌법의 법원(法源)으로 인정하고 있다.[89] 인권조항이 헌법에 신설되면서 인권과 기본권의 관계 및 개념에 대

85) 장복희, “중국에서의 UN인권조약 이행(탈북자 보호문제를 중심으로)”, 2010, 205면.
86) 韩大元, “宪法文本中人权条款的规范分析-兼论成立人权委员会的可能性”, 2006, 213면.
87) 강효백, “국제인권규약가입에 따른 중국헌법상 기본권 조항의 현황과 개선논의 분석”, 2010, 128면.
88) 박완규•장셩치앙, “한국과 중국헌법상 기본권보장을 위한 국가의무에 관한 연구”, 2020, 16면.

한 객관적 평가가 다시 학술 명제로 헌법학의 시야에 들어오면서, 장기간 본문 중에 묻혀있던 기본 권리가 실천의 형태로 나왔고 중국의 헌정을 떠받드는 기본원칙으로 등장하게 된다. 이전 중국의 헌법에서는 '인권' 대신 '공민의 기본적 권리'라는 용어가 주로 사용되어 왔다. 이는 인권의 기본내용이 공민의 기본적 권리의 내용에 포함되어 있다는 의미를 강조하기 위해서이다.[90] 헌법에 규정된 인권은 보편적 가치를 구현한 인권개념으로서 국가가치기관의 근본적인 변화를 시사하고 있다. 중국헌법은 인권의 보편적인 가치를 지향하면서 헌법에 기본권리라는 용어를 동시에 사용하고 있다.[91] 인권조항의 도입은 중국 헌법 중 원래 있었던 기본권리체계로 하여금 극히 개방성을 띠게 하였으며 기본권리 체계의 주체 범위와 내용을 크게 넓혔다. 기본권 주체가 공민으로 규정된 것으로부터 '인권조항'이 신설되면서 인권주체는 '인간'으로 전환하였는데 이는 공민뿐만 아니라 외국인과 무국적자를 포함하게 되었다. 따라서 인권의 가치성 및 기본권 체계의 개방성에서 보면 파업의 자유, 이주의 자유 등 기본권을 도출하는 근거로 이해할 수 있는지 의문이 제기된다.

(2) 도입과정

중국헌법 제64조에 의하면 헌법 개정은 전국인민대표대회 상무위원회 또는 5분의 1이상이 제의하고 전국인민대표대회 재적대표 3분의 2이상의 다수결로써 통과된다.[92] 「82헌법」에 대한 5차례의 부분개정을 살펴보면 중국공산당중앙위원회[93]의 제안으로부터 전국인민대표대회 상무위원회는 이를 헌법수정안으로 확정하여 전국인민대표대회에 제청하여 심의한 후 통과시키

89) 韩大元,『宪法学基础理论』, 2009 , 99면.
90) 강효백, 앞의 책, 60면
91) 한다위안, 앞의 책, 82면.
92) 법률과 기타의안은 전국인민대표대회 전체대표의 과반수로 통과된다(헌법 제64조 제2항)
93) 전국인민대표대회 폐회기간 대표대회의 결의사항을 집행하는 중국공산당의 핵심권력기관이다.

는 절차로 이루어진다. 여기서 전국인민대표대회 상무위원회는 위원장 부위원장, 비서장, 위원 약간명으로 구성하며 그 인원에는 반드시 약간명의 소수민족대표가 포함되어야 한다. 즉 헌법은 개정주체와 통과절차를 규정하고 있고 심의절차, 공포절차 등 필수절차가 규정되어 있지 않다. 이러한 점은 국회의 의결을 거쳐 다시 국민투표를 필수적으로 국민적 합의를 요구하고 있는 한국과는 일정한 차이를 보인다. 인권조항 도입당시 논의는 주요하게 2가지 측면에서 이루어졌는데 첫째로 인권조항을 어떻게 표현할 것인지, 둘째로는 인권조항을 헌법조문 어디에 위치 할지이다. 이러한 점은 사실상 인권문제에 대한 다양한 시각과 태도 및 가치상의 차이와 충돌을 표현하고 있는데 다음으로는 그 쟁점들을 살펴보기로 한다.

가. '인권조항'의 표현방식

토론과정에서 인권조항을 표현방식에 관하여 의견이 나누어 졌는데 제15차, 16차 당대회보고서 내용 중에서는 '인권을 존중하고 보장'의 앞부분에 '국가'를 붙여야 한다는 게 대체적인 의견이다. 이러한 기초 하에 좀 더 구체적으로 인권에 대해 규정해야 한다는 관점도 있었다. 그 구체적인 표현에 대해서는 의견이 엇갈렸는데 예컨대 지방의견 수렴과정에서 신강위구르자치구는 '국가는 인민이 법에 의해 민주선거, 민주결정, 민주적 관리와 감독을 실시하도록 하고, 인민의 광범위한 권리를 보장하며, 인권을 존중하고 보장한다'로 규정할 것을 건의하였다.[94] 또 다른 의견은 '인권을 존중하고 보장한다'의 앞부분에 제한적 용어인 '법에 의해'를 추가하여 인권에 대해 제한적으로 인정하려는 경향이 있다. 2003년 9월 12일 이론 실무자·법률 전문가·경제학자 간담회에서 전인대상무위원회 법제공작위원회 顾昂然은 '국가는 인권을 존중하고 법에 의해 보장한다'고 한 반면 외교부는 '국가는 인권을 법에 의해 존중하고 보장한다'로 수정할 것을 권고했다. '법에 의해(依法)'의 위치가 다

94) 성, 자치구, 직할시의 헌법수정의견.

름에 따라 의미는 큰 차이가 있다. 그밖에 '국가는 사회주의 인권을 존중하고 보장한다', '국가는 정당한 인권을 존중하고 보장한다'[95] 또는 그 내용에 대해 제한적으로 인정할 필요가 있다[96]는 등 의견이 제기되었다.

나. '인권조항'의 신설위치

우선, 서문에 신설해야 한다는 주장이다. 2003년 9월 12일 법학전문가 간담회에서 헌법학자 韩大元교수는 '인권조항'을 서문에 규정할 것을 주장하였다. 다만, 서문이 법적 효력이 있는지, 있다면 어떤 법적 효력이 있는지에 대한 인식은 아직 학계에서도 논의가 엇갈리고 있다. 헌법서문의 내용에는 중국의 역사뿐 아니라 4개 기본원칙, 국가의 근본임무 등 총강과 기타 장에 대해 통솔적인 작용을 하고 있기 때문에 국가의 인권존중과 보장의 내용을 서문에 담는다면 인권이 국가 전체의 사업에서 매우 중요한 위치를 차지하게 되는 원칙적, 강령적, 근본적 역할을 할 것이다.

다음으로 총강에 추가하자는 의견이 있는데 2003년 7월 3일 중국사회과학원은 '중국의 인권 존중과 보장은 이미 의법치국의 국책에 포함되므로 총강부분의 제5조에 규정해야 한다'고 주장하였다. 앞서 2003년 9월 12일 좌담회에서도 대학과 연구기관 등의 법학전문가들도 총강의 제5조 '법치국가' 규정[97]에 이어 제6조에 신설할 것을 건의하였다. 한편 헌법총강에 포함시켜야 한다는 견해는 구체적인 조문위치를 제시되지 않았다. 2003년 12월 23일 전국인민대표대회 상무위원회에서는 인권조항을 공민의 권리와 의무의 장에 포함시키자는 건의에 대해 비교적 상세하고 독특한 의견도 있었다. 그것은 '인권조항의 신설은 총강에 규정하는 것이 타당하며 인권과 공민의 권리는

95) 중국 공산당중앙반공청의 일부 혁명 간부들의 의견.
96) 중앙관련부서가 헌법수정에 대한 의견.
97) 중국헌법 제5조 "중화인민공화국은 의법치국을 실행하며, 사회주의 법치국가를 건설한다."

서로 연계되어 있지만 구별되는 개념이며 인권은 공민권리의 기초이며 또한 헌법에서 규정하는 공민의 권리는 인권에서부터 발전한 것이라고 설명하였다. 인권이란 인간이 누려야 할 권리로 헌법과 법률에 명시된다고 하여 그 정의가 달리되는 것이 아니고, 공민의 권리는 한 나라의 공민으로서 향유하는 권리로서 헌법과 법률에 의해 부여된 권리를 말한다. 따라서 인권은 헌법의 총강에 규정해야 하며 이것은 국가의 정치문명, 사회문명을 평가하는 징표가 되어야 한다'고 주장하였다. 이를 위해 헌법 제5조를 "중화인민공화국은 인권을 존중하고 의법치국을 실행하며, 사회주의 법치국가를 건설한다."로 수정하는 것을 권고하였다.

마지막으로 제2장 공민의 권리와 의무의 장에 추가해야 한다는 의견이 있다. 2003년 6월 6일에 열린 법률전문가와 경제전문가 회의에서 일부 학자들은 제2장의 시작인 제33조에 인권조항을 추가할 것을 제안하였다. 헌법개정위원회의 최종결정도 인권조항을 제2장에 신설하는 것으로 결정하였다. 그 후, 이 방안은 중공중앙위원회가 헌법 개정을 건의하는 방안으로 되었고 전국인민대표대회 상무위원회 심의에서 다른 의견도 있었지만 상무위원회의에서 전국인민대표대회에 제출한 수정헌법안은 이 같은 설계안을 계속 유지하였다.

주목할 점은 2004년 3월 8일 및 3월 9일 전국인민대표대회에서 각 대표단의 헌법개정안 초안을 심의과정에서 인권조항을 총강에 위치해야 한다는 설계안 문제가 다시 제기됐다는 것이다. 예컨대 인권은 공민권리의 기본이므로 총강에 규정하는 것이 타당하다; 헌법의 총강에서 민족평등(제4조)과 외국인 권리 보호(제32조)를 규정하고 있는데도 인권조항을 제2장 '공민의 권리와 의무'에 규정하여 소수인의 보호조항의 뒤 부분에 위치하는 것은 논리적으로도 부적합하다는 것이다. 그 외에도 인권조항을 총강의 의법치국(依法治國)과 함께 규정해야 한다고 주장했다. 물론 이러한 의견은 전반적으로 심의과정에서 소수의견으로 받아들이지 않았다.

현재까지도 인권조항의 규정 위치에 관하여는 공식적인 문서에서 체계적인 해석을 찾아 볼 수 없지만 입법부 관계자의 2003년 12월 22일 전국인민

대표대회 상무위원회에서 王兆國위원장이 건의한 중앙정부의 헌법수정 건의 사항 설명에서 그 답을 찾아볼 수 있다. 그는 헌법 제2장의 제33조 제3항에 규정하는 것은 인권과 공민의 기본권을 연계시켜 공민의 기본권에 대한 보호를 더욱 강화하는 것이라고 설명하였다. 인권조항을 '공민의 권리와 의무'장에 규정하되, 특히 인권과 기본권을 연계시키는데 유리하다는 점과 공민의 기본권에 대한 보호를 더욱 강화하는 것이 인권의 중요성을 표현하는 것이 아니겠냐는 점을 강조하였다. 입법부의 이러한 표현은 사실상 다른 설계안을 채택하지 않았다는 의문에 대한 해답으로 보인다.[98]

3. '인권조항'의 효력

인권조항의 도입은 중국헌법의 기본권체계로 하여금 극히 개방성을 띠게 하였으며 기본권 주체의 범위를 확대하였다.[99] 인권조항의 효력에 대해 이를 입법지침으로 보는 견해와 헌법원칙으로 보는 견해가 대표적이다.

(1) 입법지침으로서 효력

헌법상 인권조항이 선언적인 조항이라는 학설은 중국의 인권보장에 대한 방침, 입장, 태도와 자세를 표명한 것이다. 인권조항은 직접적인 구속력을 가지지 않으므로 인권보장의 작용은 기타 하위법률에서 세분화하는 것으로 간접적인 효력을 가진다고 주장한다.[100] 국가의 입법지침으로서 국가의 공권력 행사에 기속력을 가지며 국가의 기본정책의 수립, 특히

98) 刘松山, "人权入宪的背景, 方案与文本解读", 2014, 59~61면.
99) 杨小敏, "论基本权利主体在新中国宪法文本中的变迁", 2011, 86면.
100) 王海燕, "解读国家尊重和保障人权", 2005, 107면.

입법권의 행사는 국가의 기본가치이념에서 벗어나서는 아니 된다.

(2) 헌법원칙으로서 효력

헌법원칙설에 의하면 인권조항은 헌법가치를 통솔하고 헌법규범을 지도하는 가치를 강조하였다.[101] 인권조항은 헌법에서 규정한 기본권을 보장하면서도 헌법에 열거되지 않은 기본권도 보호해야 한다는 의미를 가진다고 보는 견해도 있다.[102] 즉 인권조항은 헌법해석을 통하여 다른 권리를 파생하는 모체의 작용을 하며[103] 기본권에 포괄적 기본권 조항으로서 입법 부작위나 입법지연에 따른 기본권 침해를 해결하고 권리구제의 범위를 넓히는데 있어 기준을 제시한다. 헌법원칙으로 '인권조항'은 강령적 규정과는 일정한 차이점이 있는데 헌법원칙은 헌법이념의 내재적 체현으로서 확정적인 특징을 가지고 있으나 강령적 규정은 국가의 정치, 경제, 문화 등의 사회현실에 따라 일정한 단계의 유동성을 가지고 있다.

4. 국가의 인권 보장의무

독일기본법 제1조 제1항에서는 "인간존엄성은 불가침이다. 이를 존중하고 보호하는 것은 모든 국가권력의 의무이다."라고 규정하고 있다. 즉 불가침의 인간존엄을 보장해야 할 뿐만 아니라 이를 존중하고 보호하는 것이 국가권력의 의무라고 천명하였다. 한국헌법 제10조 제2문은 "국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 가진다."고 규정하

101) 信春鷹, "国家尊重和保障人权", 2004 , 37면.
102) 严海良, "国家尊重和保障人权的规范意涵", 2006, 141면.
103) 夏勇, 『走向权利的时代』, 2007, 5면; 秦强, "我国宪法人权条款研究", 2009, 55~60면.

였다. 여기서 확인의무와 보장의무의 주체로서 국가의 모든 공권력의 주체는 기본적 인권을 확인하고 보장할 의무를 진다.[104] 일본헌법 제13조는 “모든 국민은 개인으로서 존중된다. 생명, 자유 및 행복추구에 대한 국민의 권리에 관해서는 공공의 복지에 반하지 않는 한, 입법 및 그 밖의 국정에서 최대한 존중된다.”고하여 근대 개인주의 원리를 구현하였다. 인권의 표현방식이 각 나라들마다 서로 다르게 사용하지만 그 기본적 가치와 이념에 있어서 인권의 본질은 인간으로서의 존엄성을 존중하는데 있다는 공감대가 형성되었다.

‘인권의 존중과 보장’은 생래적인 자연권을 존중하고 보장한다는 것이 본 조항의 첫 번째 함의이며 또한 국가가 개인의 기본적 인권에 대한 헌법적 보장을 실현하는 것은 헌법이 규정한 국가의 의무라고 할 수 있다. 李步云교수는 인권은 인간이 자신의 본성, 즉 자연속성과 사회속성에 근거하여 당연히 누려야 하는 권리라고 한다.[105] 韩大元교수는 인권은 최초의 도덕적 권리 중에서 발전하기 시작했는데 인권은 인간으로서 향유하는 자유와 권리를 의미한다. 기본권은 인권개념에서 유래된 것이며 또한 헌법에서 실정화된 권리로 정의한다.[106] 그렇다면 인권의 주체는 외국인을 포함한 모든 인간이라고 볼 수 있다.

중국헌법 제33조 제3항은 국가가 인권에 ‘존중의무'와 ‘보장의무'를 규정하고 있다. 중국헌법에서 인권조항의 신설은 사실상 국가의 인권존중과 보장의무를 명시하면서 국가의무에 관한 원론적 조항으로 둔 것이다.[107] 그밖에 중국 헌법은 각 조항들에서 국가의 기본권 보호의무, 보장의무, 침해금지 의무를 명시함으로써 공민이 기본권을 행사할 수 있는 여건을 조성하고자 노력하여 왔다. 헌법상 권리구제가 이루어지지 않을 경우, ‘인권조항’은 결코 문제의 해결이 아닌 문제의 진술에 불과하다.[108] 헌법에 기본적 인권을 선언하

104) 박승주, 『헌법주석서』, 2013, 367면.
105) 李步云, 『人权法学』, 2005, 103면.
106) 韩大元, 앞의 책 , 200면.
107) 중국 헌법에서는 국가의무와 관련하여 ‘보호(保护)’, ‘보장(保障)’, ‘침해 받지 아니한다 (不受侵犯)’, ‘금지(禁止)’ 등의 용어를 사용하고 있다.
108) 이부하, 『인권보장을 위한 비교헌법론』, 2014, 374면.

는 것만으로는 그 실효성을 기대할 수 없으므로 이를 위한 제도적 장치의 마련이 시급하다.

Ⅳ. 기타 외국인관련 법률의 전개

1. 건국초기의 '축출정책' (1949-1978)

1949년부터 1956년까지 중국은 외국인에 대해 폐쇄적인 관리정책을 실행하였는데 주로 외국인의 추방과 송환에 관한 법률의 제정단계에 있었다. 중국 인민해방군과 각급 인민정부에 정책에 따라 외국인의 특권을 없애고, 중국내 제국주의 세력을 숙청하는 투쟁이 전개되었다. 당시 중국에 체류 중인 외국인 중 상당수는 영국, 미국 일본 등 나라의 전직 영사관원, 종교세력 대표, 각종 경제와 문화기관의 직원들이었다. 1951년에「화교의 출입국임시조치(华侨出入境暂行办法)」를 공포하고 선차적으로 「외국교민의 거류등기 및 거류증 발급 관리조치 (外国侨民居留登记及居留证签发管理办法)」,「외국교민여행관리조치(外国侨民旅行暂行办法)」를 제정하면서 외국인의 체류와 여행 등의 활동에 대해 엄격한 제한을 가하였다.

1958년에는「공민의 개인사유로 인한 출입국 관리에 관한 규정(公民因私事出入国管理工作的规定)」이 제정되면서 여권·비자 등 출입국제도가 초보적으로 규정되었고 출입국 주무기관과 권한분배, 신청절차 및 허가조건 등을 명확히 하고 1964년에「외국인의 출입국·경유·거류·여행관리조례(外国人入境出境过境居留旅行管理条例)」가 제정되면서 중국에서 외국인관련 출입국제도가 초보적으로 형성되었다.[109]

외국인에 대한 '축출정책'은 중국이 성립이후의 3대 외교방침 중의 하나로서 당시 외국인수는 상당히 적었다. 이 시기 중국은 자립갱생의 노선을 채

109) 解永照, "中国移民制度的体系化考察", 2014, 132면.

택하여 외부의 지원이나 경제적 교류가 없어도 독자적으로 생존할 수 있도록 폐쇄적인 생산 및 분배체계를 구축하면서[110] 문호개방을 하지 않았기 때문이다. 중국을 방문하거나 장기체류한 외국인은 대체적으로 구소련의 전문가, 공식적인 외교 인원 혹은 유학생 등이 있었다.[111] 이러한 시대적 배경에서 중국정부는 외국인 장기체류, 정주 등 외국인정책에 대한 관심을 크게 기울이지 않고 있었다.[112]

2. 개혁개방 이후 (1979-1993)

중국은 1978년 12월 중국공산당 제11기 3차 중앙위원회에서 '중국특색 사회주의 건설'을 제기하면서 적극적인 외국자본유치정책을 추진하였다. 개혁개방 초기에 기술과 자본의 축적이 미비한 상태에서 외자유치는 결정적 역할을 하며 화교자본과 미국, 일본 등의 외국자본이 중국에 들어오도록 하기 위해서는 외자유치에 관한 제도적 장치를 하는 것이 시급했다. 이에 따라 1979년「중외합자경영기업법(中外合资经营企业法)」을 제정하고[113] 「82헌법」에서 외국인의 투자와 합법적 보호받을 권리를 규정하였다.[114] 1980년

110) 양효령, "중국 외국인투자법제의 성과와 남북 경제교류 법제 확립에 대한 시사점", 2012, 123면.
111) 김윤태・예성호, "중국의 외국인 관리제도와 관리행정조직", 2013, 7면.
112) 이수영,『중국의 대외이민규제(반한 정책 등)고찰』, 2020,5. 31면.
113) 그 후, 합자기업의 설립운영 및 각종 유인제도 등에 관하여 자세한 규정을 가진「중외합자경영기업법 실시조례」를 공포하고 1986년 4월에는「외자기업법(外资企业法)」을 공포하여 사회주의국가에 처음으로 100% 외국인 독자기업을 법적으로 인정하였다. 1988년「중외합자합작기업경영법(中外合作经营企业法) 」을 제정하게 되면서 이러한 3개의 외국인 투자과련 기본법을「외자3법(外资三法)」이라 칭하고 있다.
114) 중국헌법 제18조에서 "중화인민공화국은 외국의 기업과 기타 경제조직 혹은 중화인민공화국 법률의 규정에 따라 중국에서 투자하고, 중국의 기업 혹은 기타 경제조직과의 각종형식의 협력관계를 맺는 것을 허용한다. 중국내의 외국기업과 기타외국경제조직 및 중외합자경영의 기업은 모두 중화인민공화국법률을 준수해야 한다. 그들의 합법적 권리와 이익은 중화인민공화국법률의 보호를 받는다."

의「국적법」에서 공민의 이중국적 불허와 개인사유로 인한 출국의 자유를 규정하고 1985년 「중화인민공화국 공민출입국관리법(中国人民共和国公民出入境管理法)」과「중화인민공화국외국인출입국관리법(中国人民共和国外国人出入境管理法)」이 제정되었다. 이에 따라서「중화인민공화국 외국인출입국관리법 시행세칙(中国人民共和国外国人出入境管理法实施细则)」이 시행되면서 처음으로 외국인의 영구거류제도가 규정되고 제도적으로 정비하면서 외국인 투자유치를 늘려갔다. 1992년 10월 제14차 중국공산당대표대회가 개최되면서 '중국식 사회주의시장경제' 노선을 견지하게 되었다.[115] 개혁개방의 정책이 점차 실시되면서 국내경제발전과 함께 외국인 유입이 증가되었고 체류외국인 증가와 함께 체류외국인의 국적, 체류자격 등은 종전에 비해 다양해지는 변화를 가져왔다.

3. 사회주의 시장경제 초기 (1994-2001)

1996년 「취업관리규정」을 제정하면서 외국인재유입정책을 펼쳐왔으며 2001년 12월 11일에 WTO가입과 더불어 기타 회원국과 경제무역 방면에서 서로 최혜국대우를 하게 되면서 그로 인하여 중국의 외국인 관리제도 일련의 개혁이 이루어졌다. 중국은 2001년부터 화교가 아닌 일반외국인에게도 그 신분에 따라 투자자 혹은 전문가 등 정부가 필요로 하는 고급인재에 한하여 선별적으로 영주권을 부여하기 시작하였다.[116] 초기의 영주권제도는 국가가 혈통적 유대가 있는 화교들의 자본을 활용하고 경제력을 강화하는 수단으로 사용되어 왔다. 영주권은 주로 거주기간이나 노동시장에서의 기여도, 주류문화의 수용정도 등을 기준으로 하여 부여되는 것이다. 중국정부는 혈통적으로 연결된 화교에게 거주기간이나 문화적 유사성에 관계없이 투자자본이나 전문

115) 양효령, 앞의 논문, 123면.
116) 하지만 여전히 영주권 취득대상은 해외에서 시민권을 얻은 유학생과 그 가족인 화교들이 대부분을 차지하였다.

인재들에게 부여하고 있었다.[117] 영주권제도를 도입하였지만 일반외국인은 제외되고 화교들에게만 영주권 신청자격이 부여되었다.

4. 사회주의 시장경제체제의 확립 (2002-2012)

2003년 12월 13일 국무원의 비준으로 「외국인영구거류심사관리조치(外国人永久居留审查管理办法」가 시행되면서 영주거류권제도가 정식으로 실시되었다. 중국의 경제발전 정책으로 더 많은 외국자본과 노동력이 중국시장으로 진입하게 되면서 중국에 취업하는 외국인 중 대부분 합법적인 신분을 가지고 있지만 일부는 불법취업을 하는 경우가 많았다. 특히 중국 广东省지역의 '3비 외국인' 문제가 대두되고 있는데 이러한 현상으로 기존의 정책의 집행에 있어 저애가 존재하였다. 불법취업현상을 방치할 경우 중국의 국가안전, 국가관리와 국내노동력시장 유지 등 여러 면에서 문제가 야기된다는 점을 우려하여 불법체류외국인에 대한 관리와 단속을 위해 2012년 6월 30일 「출입국관리법」의 제정과 함께 기존의 법률을 폐지하였다.

5. '일대일로' 프로젝트 (2013-현재)

중국의 외국인 정책은 규제성이 강하고 보수적인 특성을 지니고 외국인 투자자와 고급인재 유입에 있어서는 정부가 적극적인 지원을 하고 있다. 앞으로도 상당기한에 이러한 실용주의는 중국의 정책결정과정에서 기본적인 기준이 될 것으로 예상된다. 한편 '일대일로'의 출범과 함께 중국은 엄격한 취업비자 발급정책을 시행하고 반면 해외 고급인재는 발전의 핵심적인 동력으로 보고 '인재비자' 정책을 실시하고 있으나 2016년 정부업무보고에서는 '더

117) 최현, "중국의 국민 정체성과 시민권(또는 국적) -문화주의적 접근에 대한 비판", 2003, 87면.

욱 적극적이고 더욱 개방적이며 더욱 효과적인 인재유치정책을 시행해야한다'고 한층 더 명확히 밝혔다. 외국인 전문가 '천인계획 (千人计划)'을 비롯한 일련의 정책, 예를 들면 중앙재정이 '외국인 전문가 천인계획' 장기프로젝트 전문가에게 1인당 100만 위안의 보조금을 일시불로 지급하는 정책이라든지 외국인전문가를 초빙한 기관에 일정한 과학연구경비와 급여보조금 등을 지급하는 등의 정책이 등장했다.[118] 2018년 3월 '당과 국가기구 개혁방안'에 따라 공안부 산하의 출입국관리와 변방검사[119]의 직책을 통합하고 비자관리 조율시스템을 정비하여 이민관리국을 편성하였다. 중국의 이민관리국은 한국의 출입국외국인정책본부와 유사한 일을 처리하는 기관으로 국가이민관리국의 설립은 외국인 출입국 관리와 비자 및 거류증 발급, 불법체류자 본국 송환, 국경통제 등 업무를 전담하며 중국공민에 대한 일반 여권발급 및 대만, 홍콩, 마카오 방문을 원하는 중국공민들에 대한 여행증 발급업무도 수행한다.

118) 인재유치를 위해 정부는 입국체류, 프로젝트신청, 과학연구자원, 재산권보호 등에 대한 지원을 확대하고 있다.

119) 변방검사(边防检查)는 한국의 경우 인천공항출입국관리사무소를 의미하며 공항 또는 항만에서 출입국 하는 내, 외국인의 출입을 심사하는 기관이다.

시대별 외국인관리와 관련법제 (표 3-3)

단계	시간	관리방식	관련정책과 법규
제1단계	1949-1978	군대와 정부의 협조; 외국인에 대한 엄격한 통제.	「화교출입국임시조치」 「외국교민거류등기및거류증발급관리조치」 「외국교민여행관리조치」 「개인사유로 인한 출입국 관리에 관한 규정」 「외국인출입국, 경유, 거류, 여행관관리조례」
제2단계	1979-1993	사회주의 시장경제의 실시, 점진적으로 규제를 완화, 외국자본유치 정책추진.	「외자3법」 「국적법」 「출입국관리법」
제3단계	1994-2001	화교자본유치, 외국인 우수인재 유입.	「취업관리규정」 외국인 영구거류제도
제4단계	2002-2012	3비 외국인 단속관리를 강화, 외국인 영주자격 정비.	「외국인영구거류심사관리조치」 「출입국관리법」
제5단계	2013-현재	'일대일로'프로젝트, 외국인투자와 고급인재 유입에 대한 적극적인 지원, 국가이민관리국의 설립.	「외국인영주거류관리조례(의견수렴고)」

제3절 한국에서 외국인 헌법상 지위에 관한 논의

Ⅰ. 개관

한국은 중국과 달리 단일민족국가이다. 한국헌법 전문에서도 전통문화의 계승과 발전을 국가의 과제로 규정하고 있으며 대통령도 민족문화의 창달에 노력할 것을 취임선서로 하고 있다.[120] 그러나 1980년대를 기점으로 산업화와 도시화로 인한 노동시장의 구조변화는 노동수요의 증가로 외국인 노동자의 유입을 가져왔고 1992년 한국과 중국의 외교관계 수립은 한국계 중국인의 한국으로의 대량 이주를 자극하였다. 외국인의 체류유형도 기존의 단순노무에서 결혼이민자, 유학생 투자자 등으로 다양해지고 있다. 2020년 기준으로 한국에 체류하고 있는 외국인 수는 약 203만 명에 달한다. 그중 장기체류자는 약 161만 명으로서 전체 체류외국인의 약 79%를 차지한다.[121] 이처럼 급속한 이주민의 증가로 외국인 근로자 및 결혼이민자 등이 늘어나면서 외국인 관련 헌법소원 사건이 증가하고 다문화가정 관련정책 및 법률들이 제정되면서 다문화사회로 진입하게 되었다.

한국헌법상 다문화에 대해 직접적으로 언급을 하지 않았으나 문화국가원리, 국제평화주의를 명시하고 있다. 한국헌법 제6조 제1항은 “헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다.”고 규정하여 국제법 존중주의를 천명하고, 제6조 제2항에서는 “외국인은 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 그 지위가 보장된다.”라고 규정하여 외국인의 법적 지위에 관한 기본 입장을 밝히고 있다. 따라서 외국인의 권리에 관한 논의가 국제법적 혹은 상호주의 관점으로부터 외국인의 기본권 보호라는 공법적 대전제에서 새롭게 논의되면서 「출입국관리법」, 「난민법」 등

120) 최윤철, “다문화주의의 헌법적 수용에 관한 연구”, 2012, 2면.
121) 체류외국인 수의 통계는 https://www.index.go.kr (2022.3.19. 기준).

에서 인권침해적인 규정이 개정되고 있는 등 긍정적인 변화를 보여주고 있다.[122] 한국헌법은 기본권 향유주체를 국민으로 명시하고 있지만 헌법재판소는 국민과 유사한 지위에 있는 외국인에 한하여 지위를 인정할 수 있음을 판단하고, 학계에서도 인간으로서의 권리를 외국인에게 인정할 수 있다고 본다.

Ⅱ. 헌법 제6조 제2항

외국인은 대한민국국적을 가지지 아니한 자로서 외국국적자, 무국적자와 이중국적자를 포함하는 개념이다. 한국헌법은 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 그 지위가 보장된다고 규정하고 있다(제6조 제2항). 헌법에 의해서 체결 및 공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다(제6조 제1항). 외국인 법적 지위에 관한 조항은 헌법제정 당시 유진오 박사의 헌법초안에는 없다가 국회헌법기초위원회가 국회 본회의에 이송한 후에 진헌식 의원 외 44인이 외국인의 지위를 분명히 하기 위하여 외국인의 법적 지위에 관한 보호조항을 삽입하자는 수정안을 제출하면서 추가하게 되었다.

그 도입경위를 보면 헌법안 제2독회 제1차 회의에서 진헌식 외 44명이 제2장의 제목인 '국민의 권리와 의무'에 '국민'을 '인민'으로 변경하려는 수정안을 제출하면서 '국민'이라는 개념은 국가와 이해관계를 같이 하는 국민 혹은 전체국민을 나타내는 개념인데 헌법안 제2장의 국민은 국가와 대립하는 개개인의 국민, 소위 방어권의 주체로서 개개의 국민을 의미하므로 '인민'이라는 단어가 더 적합하다고 설명하였다.[123] 토론과정에서 '인민'으로 변경하는 것을 찬성하는 입장이었던 전문위원 유진오는 국민은 국적을 가진 사람을 말하고 인민은 국민과 국적을 가지지 않은 사람을 포함하는 개념으로 제2장

122) 신옥주 외, 『외국인의 헌법적 지위 및 권리보장을 위한 비교법적 연구』, 2016, 26면.
123) 대한민국국회편, 『제헌국회속기록1』, 365~370면.

은 국가와 개개인을 규율하는 부분이다. 인민으로 변경하게 되면 기본권 가운데 인권으로서의 성질을 가지는 기본권은 외국인에게도 보장될 수 있으므로 대외적인 이미지가 좋게 될 것이라고 주장했다. 반대하는 입장에서 전문위원 권승렬은 헌법은 한 나라의 법이며 그 나라 국민을 전제로 외국인은 헌법제정에 참여하지 않았으므로 기본권 주체성을 인정 할 수 없다고 의견을 내놓았다.[124] 결국 수정안은 재석의원 167인 가89, 부12로 가결되었다. 그 후 헌법안 제2독회 제6차 회의에서 진헌식 외 44인이, 제7조 제2항으로 "외국인의 법적 지위는 국제법, 국제조약과 국제관습의 범위 내에서 보장된다"를 추가하자는 수정안이 나왔다. 제안이유는 외국인의 관련 조항이 없으면 대외적으로 헌법체제를 보는 인상이 좋지 못한 점이 있을 수 있고 한국헌법은 '세계 속의 한 법이' 되어야 한다는 이유를 표하였다.[125] 그러나 제3독회 제2차 회의과정에서 '국제관습'이라는 단어를 삭제할 것인지 혹은 제7조 제2항을 삭제할 것인지를 두고 논의가 이루어졌다. 윤치영은 제7조 제1항에서 이미 국제법과 국내법이 동일하다고 규정하였으므로 이러한 외국인의 조항은 불필요한 것이라며 부인하는 입장을 보였다. 이에 대해 전문위원 유진오는 국제관습이라는 단어는 국제법상 개념이니 국제관습만 삭제하고 제7조 제2항은 존치시키자는 입장을 제시하면서 외국인의 지위는 통상조약에 규정을 두는 것이 보통인데 무국적자이거나 통상조약이 없는 사람의 경우와 같이 외국인을 국민에 비해 특별히 대우하거나 차별하는 것도 아니라는 설명을 하였다. 그리하여 외국인 관련조항은 제헌헌법 제7조 제2항에서 '외국인의 법적 지위는 국제법, 국제조약의 범위 내에서 보장된다'로 조문되었다. 그 후 헌법

---

124) 당시 수정안을 반대하는 7명의 의원 중(김준연, 조국현, 이윤영, 김상돈, 류성갑, 이남규, 윤치영), 5명의 의원들은(김준연, 조국현, 이윤영, 김상돈, 류성갑) 수정안 자체에는 반대하였지만 외국인의 기본권 자체를 부인하는 입장은 아니었다. 그 반대의견은 '국민이라고 표현하더라도 인민, 즉 모든 사람의 기본권을 인정할 수 있다'는 입장과 '기본권 중에는 국민에게만 인정되는 기본권도 있으므로 모든 기본권조항의 주체를 인민으로 수정하는 것에는 반대한다'는 입장으로 나누어진다. 전상현, "외국인기본권보장방안-헌법상 근거, 기본권주체성, 기본권제한에 관하여", 2019, 64면.

125) 이상면, "국제법관련 헌법규정의 제정경위와 그 의의", 1999, 180~183면.

개정과정에서 조문위치와 표현의 변화는 있었지만 대체적으로 제헌헌법 제7조 제2항의 기본골격이 유지되었다.[126]

이처럼 한국헌법상 외국인의 지위는 조약과 국제관습법에 의해 보장되고 있으나 이는 외국인 기본권 주체성과 직접 관련된 규정은 아니다. 헌법은 국제법의 국내적용 가능성에 중점을 두고 규율하고 있으나 그 기본적인 출발점은 국내정책결정사항이며 국내정책에서 헌법은 지침으로 작용한다. 또한 헌법이 개인의 법적 지위에 대한 포괄적이고 통일적인 규율을 하는 반면 국제법은 아직 부분적인 생활영역에 대한 합의의 단계에 머물러 있다.[127] 외국인의 법적지위에 대해서는 내국인 대우원칙인 국내적 표준주의와 인권최소수준의 보호원칙인 국제적 표준주의가 대립하고 있다. 인권최소수준주의를 채택하더라도 외국인에게 일반적으로 입국 및 체류의 자유가 인정되지 아니한다.

Ⅲ. 외국인 기본권주체성 논의

1. 학계의 통설

한국에서 외국인의 기본권 주체성은 학계에서 이미 오랫동안 논의되어 왔던 주제이고 판례도 제법 축적되어 있다. 소수설로 한국헌법 제2장의 표제가 '국민의 권리와 의무'라고 되어 있으므로 그 대상에 외국인이 포함되어 실정헌법상 보장되는 것이 아니라는 견해[128]도 존재하지만 이에 대해 통설과 판례는 기본적으로 긍정하는 입장을 보여주고 있다. 한국은 헌법해석에서 독일의 기본법과 기본권주체에 대한 논의인 '인간의 권리'와 '국민의 권리'의 이분론으로 '인간의 권리'에 해당하는 기본권은 외국인의 기본권주체성을 인

126) 1962년 개정된 제3공화국 헌법(제5차 개정헌법)에서 제5조 제2항 "외국인에 대하여는 국제법과 조약에 정한 바에 의하여 그 지위가 보장된다."로 규정되었고 제9차 헌법개정에서 조문이 현행 헌법상 규정과 같게 수정되었다.
127) 전광석, 『한국헌법론』, 2020, 232면.
128) 박일경, 『신헌법』, 1978, 199면.

정하고 있다.[129] 구체적으로 학자들의 주장을 살펴보면 '인류공영에 이바지함으로써 우리들과 우리들의 자손의 안전과 행복을 영원히 확보할 것'이라는 헌법전문에 기초하여 헌법의 통합기능에 주목하면 외국인을 한국사회에 동화시키는데 필요한 범위에서 기본권의 주체가 될 수 있다는 견해,[130] 인간의 권리로 볼 수 있는 기본권은 외국인에게 보장되어야 하고 그 밖의 기본권은 상호주의에 따라야 한다는 견해,[131] 자유권은 원칙적으로 외국인에게 인정되나 일정한 경우에 제한될 수 있고 청구권도 상호주의원칙에 따라 제한될 수 있다는 견해,[132] 실정법적 한계 속에서 국내공동체의 동질성에 영향을 미치는 여부를 기준으로 결정[133]해야 한다는 입장과 헌법 제6조 제2항의 규범적 해석으로 국제인권조약에 근거하여 외국인에 인정되는 각종 인권을 기본권으로 전환할 수 있다고 보는 견해[134] 등이다. 사회적 기본권과 참정권은 원칙적으로 국민의 권리로 간주되어 외국인의 기본권 주체성을 부인하는 것이 일반적인 견해이다. 참정권은 당해국의 주권자에게만 부여하며 선거권을 외국인에게 인정하는 문제는 국민주권의 원리와의 충돌을 야기한다. 다만 법률에 의하여 지방선거에서 「출입국관리법」상 영주자격을 취득한 후 3년이 경과한 경우 해당 지방자치단체의 외국인 등록대장에 등재된 외국인에게 선거권을 허용하고 있다.[135] 따라서 합법적 체류자격과 장기거주의사를 가진 외국인에게 공동체 생활과 정치과정에의 참여 기회를 확대할 필요성도 제기되고 있다.[136]

---

129) 권영성, 『헌법학원론』, 2010, 301면; 성낙인, 『헌법학』, 2020, 996~998면; 정종섭, 『헌법학원론』, 2014, 326~330면; 전광석, 『한국헌법론」, 2021, 229~236면; 한수웅, 『헌법학』, 2021, 400~403면.

130) 외국인 주체성을 판단함에 있어 민족, 동화, 통합 등 개념요소가 결합한 기준을 적용하면서 외국인에게 기본권주체성을 인정해 주는 주된 논거는 동화적 통합 여건이 상황에 따라 달라질 수 있다고 본다. 허영, 『한국헌법론』, 2019, 260면.

131) 권영성, 앞의 책, 301면.

132) 성낙인, 앞의 책, 997면.

133) 전광석, 앞의 책, 232면.

134) 전광현, 『외국인의 기본권주체성-두 가지 판단기준의 제안』, 2017, 75면.

135) 「공직선거법」 제15조 제2항 제3호.

136) 구체적으로 영주의 체류자격 취득 및 취득 후 3년경과 요건을 완화, 외국인

2. 헌법재판소의 판단

(1) ‘국민과 유사한 지위에 있는 외국인’개념 명시

헌법재판소는 기본권성질설에 입각해 있으면서도 개별 기본권 전체가 아니라 인간의 존엄성 보장과 밀접한 관계가 있는 부분에 한하여 권리주체를 외국인에게 확대하고 있다. 즉 모든 기본권은 무한정 인정될 수 있는 것이 아니라 원칙적으로 ‘국민의 권리’가 아닌 ‘인간의 권리’의 범위 내에서 인정된다. 이에 따라 외국인에게도 그 기본권 주체성이 인정되는 기본권으로 인간의 존엄가치 및 행복추구권, 외국인에게 인정되는 기본권에서 차별이 발생할 경우의 평등권, 신체의 자유, 직업선택의 자유의 일부로서 직장변경의 자유, 노동의 권리 중 일할 환경에 대한 권리, 재판을 받을 권리, 단결권 등의 기본권을 향유할 수 있는지를 판단한 바 있으며 청구권적 기본권의 경우 국가배상이나 범죄피해자배상청구권에 대해서는 상호보증주의에 따라 인정하고 있다.[137]

헌법재판소가 외국인의 기본권 주체성을 처음으로 언급한 판례는 국회의 노동위원회가 헌법소원의 청구인이 될 수 있는지에 관한(1994.12.29. 93헌마120)[138] 사안에서 ‘국민과 유사한 지위에 있는 외국인’이라는 표현을 최초로 사용하게 되었다. 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원을 청구할 수 있

에 대한 지방선거 피선거권 부여 가능성, 선출직 이외 지방자치단체 내 공무담임의 외국인에의 자격 부여 가능성, 일정조건하에 외국인의 정당가입자격 부여 가능성이 있다. 이우영, “외국인 참정권과 공직선거법제의 입법적 과제”, 2021, 37면.

137) 「국가배상법」 제7조, 「범죄피해자보호법」 제23조.

138) 국회의 상임위원회인 노동위원회가 국정감사에 증인으로 출석하지 않은 자를 고발하였으나 검사가 불기소처분하자 그 불기소처분의 취소를 구하며 제기한 헌법소원사건이다. 여기서 국가기관 또는 국가조직의 일부인 국회 상임위원회가 기본권주체로서 헌법소원을 청구할 수 있는지가 쟁점이다.

는 자로서 '기본권을 침해받은 자'는 기본권의 주체여야 하고 '국민(또는 국민과 유사한 지위에 있는 외국인과 사법인)'만이 기본권의 주체라고 한 것이다. 다만 이 결정에서 특정 기본권에 대한 외국인의 기본권 주체성을 논의한 것은 아니다.

외국인도 기본권 주체가 될 수 있는지 문제가 된 판례는 중국국적동포의 재외동포 제외사건이다.[139] 정부는 재외동포들이 출입국과 한국에서 법적 지위를 보장하기 위하여 「재외동포의 출입국과 법적지위에 관한 법률」을 제정하였다. 갑은 현재 중국에 거주하고 있는 중국국적의 재외동포로서 위 법률이 갑과 같이 1948년 한국정부수립 이전에 해외로 이주한 자 및 그 직계비속을 재외동포의 범주에서 제외함으로써 위 법률에서 규정하는 혜택을 받지 못하게 되자, 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권, 평등권을 침해당하였다고 주장하면서 헌법소원심판을 청구한 사안이다. 이 결정에서 헌법재판소는 청구인들이 침해되었다고 하는 인간의 존엄과 가치, 행복추구권은 대체로 '인간의 권리'로서 외국인도 주체가 될 수 있고 평등권도 인간의 권리로서 참정권 등에 대한 성질상의 제한 및 상호주의에 따른 제한이 있을 수 있을 뿐이라고 판시하였다.[140]

(2) 개별 기본권의 성질에 따른 구분

가. 인간의 존엄성과 자유권

한국헌법 제10조는 "모든 국민은 인간으로서 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 보장할 의무를 가진다."고 규정하고 있다. 개인이 누리는 여러 가지 기본권들 중에서도 인간으로서의 존엄과 가치는 가장 기본적이고 중요하며

139) 헌재 2001.11.29. 99헌마494(중국국적동포의 제외동포 제외사건)
140) 헌재 2001.11.29. 99헌마494. 판례집13-2, 724.

동시에 모든 기본권의 근원이 되는 원리이기도 하다.[141] 인권에 속하는 자유권의 경우에는 국가가 이를 실정법화 하였는지의 여부, 즉 헌법이 '국민의 권리' 또는 '인간의 권리'로 규정하였는지 관계없이 원칙적으로 모든 사람에게 인정된다.[142] 따라서 인간의 존엄성, 행복추구권, 생명권, 신체의 자유, 종교의 자유 등은 외국인도 향유하는 기본권이다. 한편, 신체의 자유와 관련하여 출입국관리법상 불법체류외국인에 대한 보호제도가 외국인의 신체의 자유를 침해하였다는 문제가 제기되고 있다. 헌법재판소는 불법체류외국인에 대한 긴급보호 및 보호명령이 적법절차에 위반되지는 않는다고 한다.[143]

헌법재판소는 근로의 권리는 '일할 자리에 관한 권리'와 '일할 환경에 관한 권리'가 포함되며 여기서 '일할 환경에 관한 권리'는 인간의 존엄성에 대한 침해를 방어하기 위한 자유권적 기본권의 성격도 갖고 있으며, 외국인이 최소한의 근로조건을 요구할 수 있는 권리이므로 외국인의 기본권 주체성을 인정함이 타당하다고 판시하였다.[144]

외국인 근로자의 사업장 변경 횟수를 제한하는 것이 직업의 자유를 침해하는지 여부에 관한 결정[145]에서 헌법재판소는 "직장선택의 자유는 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권과도 밀접한 관련을 가지는 만큼 단순히 국민의 권리가 아닌 인간의 권리로 보아야 할 것이며 우리나라에 입국하여 일정한 생활관계를 형성, 유지하는 등, 사회에서 정당한 노동인력으로서의 지위를 부여받은 상황임을 전제로 하는 이상" 외국인에기도 한정적으로 '직장선택의 자유'를 향유할 수 있다고 하였다. 이에 대하여 별개의견은 직장선택의 자유는 '국민의 자유'로 보아야하며 외국인에 대한 기본권 주체성이 인정되지 않지만 '일반적 행동자유권 중 외국인의 생존 및 인간의 존엄과 가치와 밀접한 관련이 있는 근로계약의 자유에 관하여는 기본권 주체성을 인정'할 수 있다

141) 한국헌법학회(편), 『헌법주석서(Ⅰ)』, 2013, 284면.
142) 한수웅, 앞의 책, 402면,
143) 헌재 2012.8.23. 2008헌마430(긴급보호명령 집행행위 위헌확인/기각)
144) 헌재 2007.8.30. 2004헌마670(산업기술연수생 도입기준 완화결정), 판례집19-2, 297.
145) 헌재 2011.9.29. 2007헌마1083(외국인 근로자의 사업장 변경 횟수 제한 사건)

고 한다.[146] 반대의견(재판관 김종대)으로"헌법문언에서 '인간'과 '국민'의 개념을 분리하여 기본권별로 주체를 누구로 할 것인지 구분하고 있지는 아니하며, 헌법제정사적 배경으로 보았을 때 외국인에 대해서는 국제법과 국제조약으로 법적지위를 보장하고 있다. 또 헌법상 기본권의 주체는 헌법상 기본적 의무와 동일하며 외국인의 지위는 상호주의원칙을 기본으로 한다. 그렇다면 청구인이 주장하는 내용을 검토하여 '인간의 권리'와 '국민의 권리'를 분류하는 것 자체가 객관성이 없고 명확하지 않은데다가 하나의 기본권을 내용에 따라 어떤 부분은 '인간의 권리'이고 어떤 부분은 '국민의 권리'라고 나누게 되면 그 구별기준이 더욱 불명확해져 실무처리 관점에서 보아도 부당하다. 외국인이라도 대한민국 국민과 같은 생활을 계속해 온 자, 예컨대 실체적으로 귀화할 수 있는 요건을 갖춘 외국인은 예외적으로 기본권 주체성을 인정"할 여지는 있다고 하였다.[147]

한편, 비의료인의 의료행위를 규제한 의료법 사건[148]에서 헌법재판소는 한정적으로 외국인에게 직업의 자유를 인정하였던 종전의 결정에 대하여 다른 입장을 보였다. 선례(2007헌마1083)에서 외국인에게 직업의 자유에 대한 기본권 주체성을 인정한 것은, 이미 "국내에 들어와 근로관계가 형성되어 있는 외국인에 한하여 제한적으로 인정"하며 근로관계가 형성되기 전단계인 특정한 직업을 선택할 수 있는 권리는 국가자격제도의 정책과 국가의 경제상황에 따라 법률의 의하여 제한할 수 있다"고 판시하였다. 이에 대한 반대의견은 "인간의 존엄성에 뿌리를 둔 자유권은 헌법상 국민의 권리로 분명하게 해석이 된 것이 아닌 한 누구에게나 인정되는 기본권으로 보아야 하며 외국인의 경우 입국의 자유가 허용되지 않기에 국내에서 직업선택의 자유는 본질적으로 제한"되며 그렇다고 직업선택의 자유를 정부의 허가에 의해서 비로소 발생하는 권리로 보는 것은 아니다.[149]

---

146) 헌재 2011.9.29. 2007헌마1083, 판례집 23-2상, 623, 647면.

147) 헌재 2011.9.29. 2007헌마1083, 판례집 23-2상, 613, 653~656면. 이러한 견해는 외국인의 기본권주체성을 부정하는 입장이지만, 동시에 기본권의 이분법에 대해 불분명하다는 문제점을 지적하고 있다.

148) 헌재 2014.8.28. 2013헌마359 (비의료인의 의료행위를 규제한 의료법 사건).

나. 평등권

외국인도 평등권의 주체가 된다. 외국인이 평등권 주체가 된다는 것은 외국인에 대한 차별이 허용되지 않는다는 것이 아니라, 외국인이 평등권을 주장할 수 있기 때문에 외국인에 대한 차별이 헌법적으로 정당화되어야 한다는 것이다.[150] 외국인의 평등권 침해여부가 문제된 판례로는 외국인의 기본권 주체성이 주요하게 다루어진 중국국적동포 제외사건이다. 여기서 외국인의 평등권 관련하여 헌법재판소는 참정권 등에 대한 성질상의 제한 및 상호주의에 따른 제한이 있을 뿐이라는 입장을 내놓으면서 "대한민국 국민과의 관계가 아닌, 외국국적의 동포들 사이에 재외동포법의수혜대상에서 차별하는 것이 평등권 침해라는 청구인들에게 기본권주체성을 인정"하였다.[151]

다. 참정권 및 사회적 기본권

헌법재판소는 참정권에 대하여 외국인의 기본권 주체성 자체가 인정될 수 없다는 입장이다.[152] 앞서 평등권에 대한 외국인의 기본권주체성을 설명하면서 평등권을 인간의 권리로 인정하지만, 그것이 "참정권 등에 대한 성질상의 제한 및 상호주의에 따른 제한"이 있을 수 있다고 서술하고 있다. 즉 참정권은 성질상 인간의 권리가 아니며, 그에 따라 참정권에 있어서 외국인 차별은 평등권 침해 문제를 야기하지 않음을 전제하고 있다.[153]

---

149) 헌재 2014. 8. 28. 2013헌마359, 공보 제215호, 1424, 1426면.
150) 한수웅, 앞의 책, 403면.
151) 헌재 2001.11.29. 99헌마494.
152) 헌재 2011.9.29. 2009헌마3519, 판례집 23-2상, 659, 669면(외국인 근로자 사업장변경 허가기간 제한사건); 2014. 6. 26. 2011헌마502, 판례집 26-1하, 578(복수국적의 원칙적 불허에 관한 사건).
153) 오동석, "한국에서 외국인 참정권 문제의 헌법적 검토", 2005, 53면.

사회적 기본권과 관련하여 앞서 언급한 산업기술연수생 도입기준 완화 결정에서는 ‘근로의 권리’ 중에서 ‘일할 환경에 관한 권리’도 함께 내포되어 있고 건강한 작업환경과 합리적인 근로조건의 보장은 인간의 존엄성에 대한 침해를 방해하기 위한 자유권적 기본권의 성격을 갖고 있으므로 외국인의 기본권 주체성이 타당하다고 판시한 바 있다. 이처럼 사회적 기본권은 자유권적 기본권과 밀접하게 기능적 관계에 있음을 고려하여야 한다.[154]

다만 사회적 기본권은 국가의 적극적인 행위를 통하여 실현되며 자유권적 기본권에 비해 목표와 기본방향을 제시할 뿐 구체적인 내용과 실현방법은 개방적이다. 또한 사회적 기본권의 실현은 타인의 일정정도의 희생을 전제로 한다는 특징이 있다.[155]

라. 청구권적 기본권

자유권적 기본권과 평등권의 주체성을 외국인에게 인정한다면 이러한 기본권의 침해 시, 권리를 주장하고 보호할 수 있는 절차적 기본권도 함께 보장되어야 할 것이다.[156] 헌법재판소는 외국인에게 변호인의 조력을 받을 권리, 재판청구권은 대체적으로 인간의 권리로서 외국인의 주체성이 인정된다고 보고 있다. 그러나 불법체류외국인들이 법무부장관의 강제퇴거명령에 취소소송과 집행정지신청을 제기하였음에도 불구하고 서울출입국관리소장이 강제퇴거명령을 집행한 것이 청구인들의 재판청구권을 침해하였는지에 관한 사건에서 변호인의 조력을 받을 권리를 침해하지 않았다는 판시를 내렸다.

3. 외국인의 헌법상 권리구제

154) 전광석, 앞의 책, 237면.
155) 전광석, “다문화사회와 사회적 기본권”, 2010, 113면.
156) 한수웅, 앞의 책, 403면.

헌법재판소법 제68조에 따르면 헌법상 보장하는 기본권이 공권력에 의해 침해되는 경우 헌법재판소에 기본권의 구제를 직접 신청하여 그 침해된 기본권을 회복 받을 수 있는 제도로서 헌법소원심판이 존재한다(제1항). 이 밖에 소송의 계속 중에 소송당사자가 재판에 적용되는 법률이 헌법에 위반된다는 이유로 법원에 위헌법률심판의 제청을 신청하였으나 법원이 이를 기각한 경우 당사자는 법원의 기각결정에 대해서 헌법소원심판을 제기할 수 있다(제2항).

여기서 헌법상 권리주체가 아닌 경우에는 청구인능력이 인정되지 않아 심판청구가 기각된다. 외국인의 경우에 헌법소원심판을 통해서 헌법상 기본권 침해가 구제되는지의 문제는 외국인이 헌법상 권리주체가 인정여부에 따라 결정된다. 외국인의 기본권 주체성이 인정되는 경우에도 헌법소원청구는 국가 및 지방자치단체 등이 공권력을 수단으로 헌법상 보장된 기본권을 침해한 경우에만 제기할 수 있고 사인에 의한 침해로 헌법소원심판청구를 할 수 없다.[157]

(1) 헌법소원심판

한국헌법상 헌법소원에 대한 직접적인 규정을 두지 않고 있다. 다만 헌법 제111조 제1항에서 “법률이 정하는 헌법소원에 의한 심판”이라고 하여 헌법소원제도를 헌법적으로 보장하면서 구체적인 형성은 입법자에게 위임하였다. 헌법소원심판을 청구하기 위해서는 공권력의 행사 혹은 불행사에 의하여 청구인 자신의 기본권이 다른 국가작용을 매개하지 않고 직접 그리고 현재 침해되어야 한다. 또한 기본권을 구제하기 위한 제도로서 헌법소원심판의 결과 권리구제의 이익이 존재하여야 한다.[158]

---

157) 이철우 외, 『이민법』, 2017, 259면.
158) 전광석, 앞의 책, 864면.

헌법소원심판은 기본권의 주체가 청구하며 외국인은 기본권 주체성이 인정되는 경우에 한하여 헌법소원심판 청구권자가 될 수 있다. 앞서 보듯이 학설과 판례는 헌법규정과 기본권의 성질에 따라 외국인의 주체성을 인정하고 있다. 그러나 외국인의 기본권 주체성이 부인되는 경우 해당 기본권 침해를 주장하는 헌법소원을 제기하여도 해당 심판청구가 각하된다. 여기서 각하결정을 위한 판단에서 해당기본권이 외국인에게는 주체성을 인정하지 않는다는 것을 먼저 입증하는 단계가 필요하다.

(2) 위헌법률심판

위헌법률심판이란 법률의 위헌 여부가 법원에서 구체적이 해결을 위한 선결문제로 되는 경우[159] 법원이 헌법재판소에 위헌법률심판을 제청하고 헌법재판소가 그 위헌 여부를 결정하는 규범통제절차이다. 헌법재판소가 법률의 위헌여부를 결정하기 위해서는 반드시 법원이 제청[160]이 있거나 당사자가 법률소원심판청구[161]를 하여야 한다. 원칙적으로 법원이 해당 법률의 위헌여부에 대해 헌법재판소에 위헌심판제청을 하지만 소송당사자가 변호사를 통하여 당해 법원의 법관에게 위헌법률심판을 제청해 줄 것을 신청할 수 있다. 이때 법원이 이러한 신청을 기각할 수 있으며 소송당사자는 기각결정에 대해 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판을 청구할 수 있다(위헌법률심사 헌법소원).[162] 그리하여 형식적으로는 헌법소원심판이지만 실질적으로 위헌법률심판에 해당하며 위헌법률심판에서의 위헌결정 및 위헌결정

159) 한국헌법 제111조 제1항 제1호.
160) 한국헌법 제107조 제1항;「헌법재판소법」제41조.
161)「헌법재판소법」제68조 제2항.
162) 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원제도는 위헌법률심판에 이르는 과정에서 파생된 절차로서 비록 법원의 위헌제청이 아니라 당사자의 심판청구에 의하여 절차가 개시되기는 하지만 구체적으로 소송사건을 계기로 하여 법률의 위헌여부에 관한 심사가 이루어진다는 점에서 구체적 규범통제 절차의 성격의 절차를 가지고 있다. 한수웅, 앞의 책, 1505면.

의 효력에 관한 규정들을 준용한다.[163] 위헌법률심판은 헌법소원처럼 당사자의 기본권을 직접 구제하는 것은 아니지만 법률의 위헌판단을 통해서 국민의 기본권을 보호하고 구제할 수 있다. 소송당사자가 외국인일 경우 소송 계속 중 적용되는 법률에 대한 위헌법률심판 제청 신청 절차를 통하여 헌법재판소에 그 법률의 위헌여부에 대한 심사를 받을 수 있는 길이 열려있다.

Ⅳ. 소결

한국헌법은 외국인의 향유할 수 있는 기본권의 범위에 관해 명시적인 규정을 두고 있지 않다. 그러나 '인간의 권리'로 볼 수 있는 기본권에 대해서는 헌법재판소법 제68조 제1항에 따른 헌법소원을 청구 할 수 있는 주체로 인정하고 있다. 물론 외국인의 처우문제와 기본권 보장의 문제가 항상 같은 선상의 문제는 아니며 학계나 헌법재판소가 기본권의 성질에 따라 부분적으로 외국인의 기본권주체성을 인정하는 것은 사안에 따라 일정한 한계가 존재한다.[164] 따라서 학계의 통설과 판례의 입장에 대하여 헌법문언상의 규정, 기본권의 주체와 기본의무의 주체는 동일해야 한다는 점, 국제관계에서 상호주의원칙을 취한 한국헌법 제6조 제2항의 규정과 어긋난다는 점, 헌법재판과정에서 기본권들을 이분하는 것이 명확성이 결여 된다는 점과 외국인은 법률상의 권리주체로서 권리구제의 길이 열려있다는 견해가 제시되었다. 종국적으로 외국인의 경우 한국헌법 제10조의 인간존엄성에 비추어 기본권의 성질에 따라 그 주체성을 인정할 수 있다는 의미로 판단된다.

외국인이 헌법적 권리를 누릴 수 있는 이론적 토대는 국제인권보장에 공감대가 형성되어 있다. 인권조항은 외국인의 헌법적 권리에 대한 법적 근거가 될 수 있는지 여부는 외국인의 헌법적 권리 보장의 불명확성은 헌법이 외

163) 전광석, 앞의 책, 863면.
164) 김지영, "외국인의 평등권: 우리나라와 미국의 논의를 중심으로", 2015, 102면.

국인의 ‘합법적 권리와 이익’을 보호해야 한다고만 규정하고 있을 뿐, 구체적으로 외국인의 어떤 권리인지는 제대로 밝히지 않고 있다는 점이다.[165] 중국 헌법상 ‘공민의 기본권과 의무'의 장에서 외국인의 기본권 주체의 인정여부는 인간과 공민이 모두 자연인의 공통된 속성을 갖고 있다는 논리에 따라 ‘인권조항'을 ‘외국인 관련조항’을 헌법적 근거로 개별기본권의 성질에 따른 해석으로 인정여부를 판단할 수 있다. 그러나 중국은 판례법의 전통성이 부족하고 헌법해석 제도의 실질적 운영도 미흡하여 그 실효성이 의문된다. 다른 하나는 헌법개정을 통하여 기본권 조항을 보강하는 방식이 있다.

무엇보다 정치공동체인 국가가 폭넓게 존재하는 현실에서 외국인은 기본권 주체로서의 자격을 엄격히 제한받아 제한된 기본권을 누릴 수밖에 없다. 각국의 헌법상 기본권을 보면 인간으로서의 권리인 자유권적 기본권은 외국인에게 인정되며, 거주•이전의 자유와 표현의 자유 같은 국가주권의식 연관성이 강한 권리는 외국인이 누릴 때 많이 제한되며, 일과 생존권 등 중간 형태의 권리를 외국인이 누리는지 여부는 각국의 발전 정도에 따라 결정된다. 중국의 개혁개방과 경제세계화의 발전 추세에 비추어 볼 때, 외국인의 기본권 범위는 반드시 점진적으로 확대되어야 하며, 실제 사회현실에 따라 점진적으로 외국인에 대한 기본권을 강화해야 한다. 중국특색사회주의 법치국가를 건설하고 있는 전제하에서 외국의 법제도를 그대로 따를 수는 없다. 그러나 경제발전과 더불어 많은 외국인들의 인입은 불가피할 것이며 외국인의 권리보호문제를 분명히 직면하게 될 것이다. 외국의 전문인력을 중국의 건설에 선진적인 기술과 지식을 제공하도록 유인할 수 있는 것은 단지 일반 외국인 또는 자국 공민보다 더 많은 특권을 누리게 하는 데 있는 것이 아니라 중국의 법률체계가 외국인의 권리를 보장할 수 있는 데 있다. 때문에 세계적인 인권보장의 추세에 따른 대응으로 외국인 권리보호에 관심을 기울일 필요가 있다.

165) 杨金晶，“如何对待外国人的宪法权利”，2020，124면.

제4장 한국과 중국의 외국인 관련법제 비교

제1절 외국인 관련법제 개요

Ⅰ. 중국의 법제현황

중국은 통합적인 외국인관련법이 제정되어 있지 않다. 앞서 논의하듯이 중국의 경우 사회주의 정권의 수립 당시 외국인을 강제적으로 축출하는 정책을 시행했으나 개혁개방의 실시와 더불어 제한적으로 허용하는 정책으로 전환하였다.[166] 중국에서 외국인관리정책은 본국의 외국인관리 부처기능, 조직구조, 운행방식을 결정하는 외국인관리제도 및 구제적인 관리방식을 총칭한다. 개혁개방이래 중국이 실시하고 있는 외국인관리정책은 전통적으로 통제지향적인 경향을 보였다. 이것은 한국의 사회통합과 다문화주의 정책과 비교할 때 규제성이 강하고 보수적인 특성을 가지고 있다. 즉 중국에서의 외국인 정책은 개혁개방의 시행을 기준으로 그 전후의 모습이 확연히 다르다. 초기의 중국의 외국인관리정책은 화교자본의 유치에 목적을 두고 출발하였다. 이어 외국자본유치를 위하여 문호개방을 실시, 헌법에 외국투자 관련조항을 신설하였으며, 외국인의 영구거류제도를 확립하게 되면서 우수외국인재들을 위한 정책이 추진되었다.

관련 법제현황을 살펴보면 일반적으로 외국인과 관련된 정책은 외국인의 출입국을 관리하는「출입국관리법」과 외국인의 체류 및 취업에 관한「취업관리규정」이 있으며 그밖에 외국인의 영주권 취득에 관한 「외국인영구거류심사관리조치」가 제정되어 있다. 중국은 다민족 국가이지만 외국인의 수용에 있어 정책이나 공민들의 인식은 소극적이라고 평가할 수 있다.

---

166) 김윤태 • 예성호, “중국의 외국인 관리제도와 관리행정조직”, 2013, 5면.

2013년부터 「출입국관리법」(2013. 7. 1. 중화인민공화국주석령 제57호) 과 그 하위 규정인 「외국인출입국관리조례」 (2013. 7. 12. 중화인민공화국국무원령 제637호) 가 시행되고 있으며, 본 조례의 제정은 각 부처 간의 직책과 의무를 명확히 하는 전제에서 외국인관리에 있어 부처 간의 협조를 형성하여 구체적인 업무대책은 협상하고 외국인의 체류에 대한 효율적인 관리를 진행하는데 목적을 두고 있다. 「출입국관리법」 은 외국인의 출입국관리를 규범화하고 사회질서를 보장하며 대외교류와 대외개방을 촉진하고 외국인의 체류기간에 따라 체류와 거류를 구분하고 불법체류 및 불법취업에 대한 처벌 등이 강화되었다. 다만 제정 당시 중국의 정치・경제・사회 환경에 비해 10년이 지난 현재 중국의 환경은 경제성장으로 인해 여러 분야에서 큰 변화를 가져왔으나 현행 「출입국관리법」 은 이러한 변화에 능동적으로 대응하지 못하여 법의 집행과 현실에서 적지 않은 문제를 가지고 있다.

「취업관리규정」 은 외국인의 취업과 관련하여 가장 기본적인 내용을 규정한 법률이다. 1996년 5월 1일 이후 시행되어 2017년에 일부 개정 되었다. 「취업관리규정」 은 외국인에 대한 정의, 외국인고용자의 의무, 외국인의 취업자격, 취업허가 및 취업증 발급면제, 취업증의 발급방법, 외국인근로자의 등록 등이 명시되어 있다. 또한 외국인근로자와 고용주의 근로계약체결과 고용기간의 연장, 불법취업, 불법고용, 사업장변경 신고의무 불이행시의 벌금에 대한 내용이 포함되어 있다.

외국인의 영주거류권 취득과 관련하여 중국은 기타 이민국가와 달리 아직 적극적으로 이민을 받아들이고 있지 않다. 따라서 미국, 캐나다, 호주와 같은 이민국가의 그린카드 취득조건이 비교적 관대한데 비해 중국은 인재유치를 목적으로 영주거류제도를 설계한 것이므로 고급인재에 한하여 제한적으로 발급해주고 있다.[167] 2020년 2월 27일 사법부는 「외국인영주관리조례(外国人永久管理条例)」 의견수렴고를 공포하면서 외국인의 영주권 취득요건이 완화될 것으로 보이나 이에 대한 중국공민들의 반감은 늘어가고 있다.

중국은 외국인의 유입시기가 선진국에 비해 상대적으로 늦고, 관련법 및

167) 김윤태・예성호, 앞의 논문, 22면.

제도 가 미비한 상태에서 외국인을 맞이하여 불법체류 외국인 문제가 주요 현안이 되고 있다. 중국에서 외국인의 법적 지위와 관련하여 노동, 교육, 사회보장 등 부분으로 나누어 살펴볼 수 있다. 외국인의 교육에 관한 현황으로는 영주권을 취득한 외국인의 자녀가 중국에서 의무교육단계에 입학할 경우, 의무교육 관련 혜택을 받을 수 있으며, 거주지 교육행정부서의 규정에 따라 입학하고 전학수속을 진행하되, 규정이외의 비용을 받지 않는다. 한편 중국 변경지역에서 불법으로 입국한 결혼이주여성과 입국한 자녀는 현실적으로 중국의 호적제도의 제한으로 교육지원을 받지 못하고 있다. 외국인의 노동관련 문제는 불법체류 외국인의 취업문제인 '3비 외국인' 관리와 연관된다. 중국에서 외국인의 취업관리는 2016년에 시행된 「외국인 중국내 근무분류기준(시행)」은 '하이레벨 장려, 미들레벨 통제, 로우레벨 제한(鼓励高端, 控制一般, 限制低端)' 원칙을 고수하였는데 이것은 국내취업 외국인들을 A, B, C의 세 가지 유형으로 분류하는 태도를 더욱 확고하게 보여준다. 이러한 단순인력에 대한 규제와 중국의 지역특성상 변경지역에서 불법입국자들의 취업현상을 더욱 악화시키고 있다. 불법취업상태로 인해 노동권 보호의 제약이라는 문제가 있고, 산재나 건강상의 문제가 발생하더라도 이에 대한 적절한 대응이 곤란하다는 점에서 인권침해의 문제와도 결부된다. 외국인의 사회보험 적용에 관한 중국의 관련법제는 국제협약에서 이주노동자의 사회보장 평등대우 원칙을 계승하여 2011년부터 「사회보험법(社会保险法)」(2010. 10. 28 중화인민공화국주석령 제35호) 에 따라 합법적으로 취업한 외국인에게 사회보험에 가입할 수 있는 권리를 부여하고 있다. 다만 불법취업의 경우 노동계약법의 적용을 받는 근로관계가 아닌 민사법규의 적용을 받는 노무관계로 인정된다. 이처럼 중국은 합법적으로 취업한 외국인의 사회보험 의무가입제도를 시행하고 있으나 일부지방의 경우 관련행정시스템이 정비되지 않아 외국인의 사회보험가입이 지연되고 있다.

Ⅱ. 한국의 법제현황

한국은 중국과 달리 단일민족국가이다. 한국헌법 전문에서도 전통문화의 계승과 발전을 국가의 과제로 규정하고 있으며 대통령도 민족문화의 창달에 노력할 것을 취임선서로 하고 있다.[168] 1980년 말까지 내국민이 국외이주가 대부분이었으나 1980년대를 기점으로 산업화와 도시화로 인한 노동시장의 구조변화는 노동수요의 증가로 외국인 노동자의 유입을 가져왔고 1992년 한국과 중국의 외교관계 수립은 한국계 중국인의 한국으로의 대량 이주를 자극하였다. 외국인의 체류유형도 기존의 단순노무에서 결혼이민자, 유학생, 투자자 등으로 다양해지고 있다. 이처럼 급속한 이주민의 증가로 외국인 근로자 및 결혼이민자 등이 늘어나면서 외국인의 권리에 관한 논의가 상호주의 관점으로부터 외국인의 기본권 보호라는 공법적 대전제에서 새롭게 논의되면서 2005년부터 한국의 이민정책은 외국인력 활용에 대한 제도변화는 물론 외국인의 사회통합정책 모색으로 나아갔다.[169] 2006년 4월 여성결혼이민자 가정의 사회통합지원과 혼혈인 및 이주자 지원방안이 발표되었고 5월에는 법무부가 마련한 외국인정책 기본방향 및 추진체계가 발표되었다. 2006년 12월 법무부는「외국인처우기본법」(2007. 5. 17. 법률 제8442호)을 국회에 제출하여 2007년 7월부터 시행하였다. 또한 그동안 병행하여 시행되었던 고용허가제와 산업연수생제도는 2007년 1월부터 고용허가제로 일원화 되었으며 사업장이동의 자유가 제한되는 고용허가제를 채택하여 부족한 노동력의 결핍을 충족시키고 있다. 외국인노동자의 정주화를 허용하지 않은 상황에서 장기거주로 인한 문제점이 발생할 가능성이 적고 오히려 농촌지역에 사는 미혼남성들의 결혼을 위한 중국과 동남아 출신 여성들의 결혼이주민으로 인한 가정의 성립이 다문화정책에서 핵심적 주제로 부각되면서[170] 여성결혼이민자 가족의 사회통합대책이 발표된 이후 결혼이민자의 정착과 사회통합에 대한 지원

168) 최윤철, “다문화주의의 헌법적 수용에 관한 연구”, 2012, 2면.
169) 이혜경, “한국의 이민정책 수렴현황”, 2008, 117면.
170) 박진완, “이주노동자의 기본권 주체성과 이민정책”, 2012, 37면.

을 주된 목표로 2008년 「다문화가족지원법」(2008. 3. 21. 법률 제8937호)이 제정되었다. 2013년 한국은 난민협약국으로서 난민인정과 난민처우에 대한 문제점을 보완하기 위하여「난민법」(2012. 2. 10. 법률 제11298호)을 제정함으로써 한국의 이민정책은 다문화·사회통합정책의 방향으로 변화되어 왔다. 2020년 기준으로 한국에 체류하고 있는 외국인 수는 약 203만 명에 달한다. 그중 장기체류자는 약 161만 명으로서 전체 체류외국인의 약 79%를 차지한다.[171]

한국은 외국인과 자국민의 공존을 위한 기초로 다문화주의를 택하고 있다.[172] 현재 한국의 외국인법제를 살펴보면 외국인의 입국과 출국, 영주 등 체류자격 등을 정하고 있는「출입국관리법」, 체류 중인 외국인의 기본사항을 규율하는「재한외국인처우기본법」, 결혼이민자에 대한 지원을 규정한「다문화가족지원법」,「외국인고용법」, 난민의 인정과 처우에 대한 기본법으로「난민법」이 제정되어 있다.

한국에서 외국인이 향유할 수 있는 개별기본권을 인정할 때 우선 인간의 존엄과 가치, 행복추구권 등의 인간으로서의 권리는 폭넓게 인정하고 자유권적 기본권에 대해서는 외국인에게 인정하나 입국과 거주•이전의 자유나 표현의 자유는 일부 제한받을 수 있고 재판을 받을 권리, 변호인의 조력을 받을 권리와 같은 절차적 권리는 외국인의 기본권 주체성을 인정한다. 근로의 권리에 내포되어 있는 '일할 환경에 대한 권리'는 외국인근로자에게도 인정되며 건강한 보수, 근로조건 등도 요구할 수 있고 직업의 자유에 의해 보호되는 직업선택의 자유에 대해서는 제한적으로 외국인도 향유할 수 있다. 정치적 기본권영역에서 2004년 「주민투표법」(2004. 1. 29. 법률 제7124호)을 제정하여 영주외국인의 주민투표권이 인정되고 2005년「공직선거법」(2005. 8. 4. 법률 제7681호)의 개정으로 영주권 취득 후 3년이 경과된 19세 이상의 외국인의 대하여 지방선거권이 주어졌고 관련 법률의 개정에 따라 국가공무원과 지방공무원 임용도 가능하게 되었다.[173] 그밖에 외국인의 경우에도

171) 체류외국인 수의 통계는 https://www.index.go.kr (2022.3.19. 기준).
172) 최윤철, "세계화와 한국의 다문화주의", 2015, 35면.

일정한 신청을 거쳐 토지소유권, 영업권 등을 행사할 수 있으나 이것은 헌법상으로 인정된 것이 아니라 법률상의 권리로 간주된다.[174] 외국인의 교육기본권에 관련하여 논의가 제기되고[175]한국은 국내입법을 통하여 외국인의 교육기본권 보장수준이 매우 높다.

제2절 외국인의 출입국 법제상 지위

Ⅰ. 외국인의 입국

출입국관리란 국가가 주권과 안전을 보장하고 내·외국인의 출입국 질서를 규율하는 행정의 한 분야로서 국가의 주권행사의 일환이다.[176] 따라서 사회권규약 제12조 제1항에서 거주·이전의 자유를 보편적 인권으로 규정하는 경우에도 그것은 해당 국가의 영토내의 거주와 이전에 한정된다. 결국 국가가 어떤 외국인을 입국시켜 체류 및 거주하게 할 것인지를 결정하는 것은 주권국가의 고유한 본질적인 권한이다.[177]

세계화의 진전으로 다양한 목적을 지닌 외국인이 중국으로 유입되는 현황에 비해 관련연구의 축적은 적고 박약하다. 중국에서 외국인 관리는 공안부가 전담하고 있어 이민관리 데이터는 '기밀상태'로 정확한 통계를 공개하지 않고 있다. 따라서 종전의 외국인체류 관련연구는 역사적 데이터에 기초

173) 「국가공무원법」 제26조의3 (외국인과 복수국적자의 임용) ①국가기관의 장은 국가안보 및 보안、기밀에 관계되는 분야를 제외하고 대통령령등으로 정하는 바에 따라 외국인을 공무원으로 임용할 수 있다. 「지방공무원법」 제25조의2 (외국인과 복수국적자의 임용) ①지방자치단체의 장과 지방의회의 의장은 국가안보 및 보안·기밀에 관계되는 분야를 제외한 분야에서 대통령령으로 정하는 바에 따라 외국인을 공무원으로 임용할 수 있다.

174) 이은혜, "외국인의 사회적 기본권 주체성에 관한 소고", 2012, 175면.

175) 정필운, "외국인의 교육기본권 보장현황과 과제", 2019, 318면.

176) 全国人大常委会法制工作委员会行政法室, 「中华人民共和国出境入境管理法」释义及实用指南 , 2012 , 23면.

177) 이철우, "주권과 인권의 사이에서: 이번법의 구조", 2017, 33면.

하거나 언론보도에 의존하였으며 체계적인 통계분석이 결여되어 체류외국인의 동향과 유형 등을 정확하게 확보하기 어려운 제한이 따른다. 제7차 전국인구조사에 따르면 84만여 명 정도 체류하고 있다. 체류자격별 유형으로 보면 사업, 취업, 유학, 친지방문이 있다. 그중 국적별 비중은 한국, 미국, 일본, 미얀마, 베트남 등 순으로 집계되었다.[178] 2021년 국가이민관리국의 통계수치에 따르면 7만 9000여 명의 '3비 외국인'을 단속하여 법에 따라 경고, 벌금, 행정구류, 기한 내 출국의 처벌을 내려 4만 4000명을 송환하였다. 이것은 지난해보다 21% 증가한 수치이며 하루 평균 100명이 송환된 것으로 보인다.[179]

1. 사증의 규율

중국에 입국하려는 외국인은 원칙적으로 유효한 여권과 사증을 소지해야 한다. 중국에서 사증은 외교사증, 공무사증, 예우사증, 보통사증으로 분류되며「출입국관리법」제16조에 따르면 외교사증, 공무사증, 예우사증의 발급범위와 발급방법은 외교부에서 정하고 보통사증은 국무원에서 규정한다.

(1) 외교, 공무, 예우 및 면제사증

외교사증은 외교적 이유로 중국에 입국, 경유 및 장기체류하는 자 또는 그 배우자 및 미성년 자녀에게 발급되는 비자이다. 따라서 중국에 방문하는 국가원수, 정부대표 등 공적인 업무를 위해 중국에 입국, 경유, 상주하는 외국정부의 고급관료, 주중대사, 공사, 영사관의 외교관 등이다. 공무사증은 공

178) 国家移民管管理局动态资讯 https://www.nia.gov.cn , 최종방문일 2022.5.7.
179) https://www.nia.gov.cn/n741440/n741567/c1468017/content.html, 国家移民管理局2021移民管理工作主要数据.

무를 이유로 입국하여 중국 내 상주하는 자 또는 그 배우자와 미성년 자녀에게 발급되는 것을 가리키는데 예를 들면 주중 대사관 중 공무여권을 소지한 행정기술인원 및 그 배우자와 미성년 자녀, UN 또는 그 밖의 국제기구의 주중대표기관 중 공무사증을 소지하고 임시 공무를 위해 중국에 입국하는 외국 정부관료 등이 여기에 포함된다. 다만 일반여권을 가지고 있어도 정부의 보증을 통해 공무여권을 발급받을 수 있다. 예우사증은 현직에 있지 아니한 정계의 주요인물, 주요외빈, 유명인사 등에게 발급되며 개인사유로 입국하는 외교관에게도 예우비자를 발급할 수 있다.

(2) 보통사증

보통사증은 외국인의 신분, 입국목적에 따라 여권종류를 참고하여 신청자에게 해당되는 종류의 사증의 발급여부가 결정된다. 사증의 종류와 발급절차에 대해서는「외국인출입국관리조례」에서 규정하고 있다. 종류별로 발급대상을 살펴보면 다음과 같다.

보통사증유형 및 취득조건 (표 4-1)

비자유형		취득 조건
D	영주	영구거류하는 외국인
Z	취업	중국 내에서 취업하는 외국인
X1	학습	장기(6개월 이상) 유학, 진수, 실습 등의 목적으로 체류하는 외국인
X2		단기(6개월 미만)유학, 진수, 실습 등의 목적으로 체류하는 외국인
F	방문	중국의 초청으로 교환, 방문, 견학 등 기타 활동을 목적으로 체류기간이 6개월 미만인 자.
M		상업, 무역종사자
L	여행	관광(9명이상인 단체관광객은 단체사증을 발급), 친지방문 등 기타 개인적인 사무
Q1		장기 가족방문
Q2		단기 가족방문
S1		장기 개인사무/가족방문
S2		단기 개인사무/가족방문
G	경유	중국을 경유하는 자
C	승무원	기차, 항공기, 항운의 승무원, 국제항공기구 직원, 국제해운선원 및 그 수행가족.
J-1	상주기자	180일 이상
J-2	단기취재	180일 미만
R	인재	고급인재

(3) 사증발급거부

사증의 심사·발급 업무는 원칙적으로 주외국중국영사관 또는 외교부가 위임한 기타 주외국사증발급기관이 담당한다. 중국의 주외국영사관은 관할구역이 정해져있기 때문에 원칙적으로 사증을 신청하는 외국인의 주소지가 소속되어 있는 관할 대사관이나 영사관이 그 외국인의 사증발급업무를 수행한다. 「출입국관리법」 제21조에서 사증발급거부 이유에 대한 규정을 두고 있는데 강제추방 당했거나 추방결정을 받은 후 입국금지 기간이 넘지 않은 경우, 심각한 정신장애·전염성이 있는 폐결핵 또는 기타 공공위생에 중대한 위해를 일으킬 전염병을 가지고 있을 경우, 국가안전과 이익을 위해하거나 사회공공질서의 파괴, 기타불법 범죄활동을 할 가능성이 있는 경우, 허위로 사증을 신청하거나 중국 경내에 있는 동안 필요한 비용을 부담하지 못할 경우, 사증발급에 필요한 관련 자료를 제공하지 못할 경우, 사증발급기관이 사증발급에 적합하지 못하다고 판단될 경우가 포함된다.

2. 출입국관리법상 입국심사

(1) 입국심사

입국허가는 입국심사를 전제로 하고 있다. 중국의 출입국관리에서도 한국과 같은 조건부 입국허가제도와 유사한 임시입국제도가 존재한다. 그 내용으로는 외국선원 및 그 수행 가족이 항구가 소재한 도시에 상륙할 경우, 제3국이나 지역에 갈 때 중국을 경유하는 항공기, 선박, 열차의 경유 티켓을 가지고 있고 중국에서 24시간 내에 항만에 체류하거나 기타 국무원에서 허가하는 특정지역에서 규정한 체류시간을 초과하지 않는 범위에서 체류하는 외국인이 항만을 떠날 사유가 있을 경우, 불가항력이나 기타 긴급사유 등으로

외국인이 임시입국이 필요할 경우 변방검사기관에 임시입국절차를 거쳐야만 가능하다.[180]

(2) 입국거부 및 송환

국가는 영토주권에 기하여 스스로 부당하고 생각하는 외국인의 입국을 금지할 수 있는 광범위한 재량권을 가진다. 중국의 경우 「출입국관리법」 제25조 제1항은 외국인의 입국불허 사유를 규정하고 있다. 첫째, 유효한 출국증명서를 소지하지 않았거나 출입국심사를 거부 혹은 회피한 경우. 둘째, 본법 제21조 제1항 내지 제4항의 규정사유가 있는 경우. 셋째, 입국 후 비자종류와 다른 활동을 할 가능성이 있는 경우. 넷째, 법률, 행정법규가 입국을 불허하는 기타 상황을 규정한다. 여기서 주목해야 할 것은 입국이 허가되지 않는 경우, 출입국심사기관은 그 이유에 대해 설명하지 않아도 된다는 점이다.[181] 「출입국관리법」 제26조에 의하면 입국불허 후 귀국명령의 집행방식은 통상 외국인이 탑승했던 교통운송기구 같은 종류로 탑승하여 귀국한다. 이를 거절할 경우에는 강제귀국 조치를 취하는데 귀국을 기다리는 사이 심사기관은 공항, 항구 등 구역으로 지정하여 외국인의 활동범위를 제한할 수 있다. 상술하듯이 변방검사기관에 입국불허사유에 대한 설명(통보)의무를 부과하지 않는 데에 관하여 입법과정에서는 입국불허결정도 행정허가에 속하고 「행정허가법(行政许可法)」에 따라 이유를 설명하여야 하며 외국인 당사자에게 행정심판을 신청할 권리를 부여하여야 한다는 논의가 있다.[182]

---

180) 중국 「출입국관리법」 제23조에 따라 임시입국기간은 15일 이내로 규정.
181) 중국 「출입국관리법」 제25조 제2항.
182) 信春鷹 , “中国人民共和国出境入境管理法解读”, 2012. 68면.

3. 한국의 경우

한국에서 외국인의 법적 처우 문제는 입국과 체류, 출국의 모든 단계에서 제기되고 있다. 외국인의 출입국 통제권한의 행사는 국가주권 행사의 성격을 가진 것으로 이해되어 출입국행정은 광범위한 재량이 인정되고 있으나[183] 외국인의 출입국을 통제하는 국가의 힘은 헌법적 제약 하에 있다고 할 것이다.[184] 헌법재판소는 "외국인 출입과 외국인의 체류를 적절하게 통제함으로써 국가의 이익과 안전을 도모하는 것"이 출입국관리법의 기능임을 정의하고 있다.[185] 일반적으로 국민의 입국은 거주·이전의 자유라는 기본권에서 출발하여 당연한 권리로 인정되나 외국인의 입국에 관한 출입국관리의 결정은 주권국가의 기능수행을 위해 필수적인 영역이므로 광범위한 정책재량의 영역에 놓여있다. 따라서 이러한 영역의 공권력 행사에 있어서는 비교적 완화된 심사기준을 적용하고 있다.

앞서 살펴보듯이 외국인의 인간으로서의 권리, 절차적 권리가 인정됨에 따라 출입국행정에서 주로 논의되는 것은 외국인의 기본권에 관한 문제로 우선, 입국절차에 있어서는 입국심사 및 절차에서 재량의 인정범위, 입국금지사유의 명확성 논의, 입국불허가자의 공항수용의 인권보호 문제 등이 있다. 다음으로 강제출국절차는 주로 형사절차법상 적법절차의 원칙의 적용이 고려된다. 특히 강제출국절차 및 보호절차는 강제출국 대상 외국인에 대한 일시적 구금절차가 포함된다는 점에서 별도의 절차적 정당성을 확보하기 위한 절차 마련에 관한 논의가 남아있다.

---

183) 차용호, 『한국이민법』, 2015, 245면.
184) 이현수, "출입국관리법상 입국금지사유와 강제퇴거사유의 조응관계 고찰", 2015, 131면.
185) 헌재 2005.3.31. 선고 2003헌마87(한중국제결혼절차 위헌확인), 판례집 17-1 437, 450면.

(1) 입국요건

외국인의 입국에 대한 대법원의 판례에 따르면 “출입국관리법상 입국은 대한민국 지역으로부터 대한민국 안의 지역으로 들어오는 것을 말하며 여기서 '대한민국 안의 지역'이라 함은 대한민국의 영해, 영공 안의 지역을 의미한다”고 제시하였다.[186]

가. 사증

「출입국관리법」에 따라 외국인이 한국에 입국하려면 우선 유효한 여권과 법무부장관이 발급한 사증을 가지고 있어야 한다(제7조 제1항). 사증은 1회만 입국할 수 있는 단수사증과 2회 이상 입국할 수 있는 복수사증으로 구분한다(제8조 제1항). 다만 사증요건이 적용되는 않는 경우로는 재입국허가를 받은 사람 또는 재입국허가가 면제된 사람으로서 그 허가 또는 면제받은 기간이 끝나기 전에 입국하는 사람; 한국과 사증면제협정을 체결한 국가의 국민으로서 그 협정에 따라 면제 대상이 되는 사람(B-1); 국제친선, 관광(B-2), 또는 대한민국의 이익 등을 위하여 입국하는 사람으로서 대통령령으로 정하는 바에 따라 따로 입국허가를 받을 사람; 난민여행증명서를 발급받고 출국한 후 그 유효기간이 끝나기 전에 입국한 사람은 사증 없이 입국이 가능하다(제7조 제2항). 그러나 한국과 사증면제협정을 체결한 상대국 국민이라도 공공질서나 국가이익에 필요하면 법무부장관은 사증면제협정의 적용을 일시 정지할 수 있다.[187]

---

186) 대법원 2005.1.28, 선고, 2004도7401. 판결(출입국관리법위반)

187)「출입국관리법 시행령」제9조(사증면제협정 적용의 일시 정지); ① 법무부장관은 법 제7조 제3항에 따라 사증면제협정의 적용을 일시 정지하려면 외교부장관과 미리 협의하여야 한다. ② 법무부장관은 제1항에 따라 사증면제협정의 적용을 일시 정지하기로 결정한 때에는 지체 없이 그 사실을 외교부장관을 거쳐 당사국에 통고하여야 한다

한국과 수교하지 아니한 국가나 법무부장관이 외교부장관과 협의하여 지정한 국가의 국민의 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 재외공관의 장이나 지방출입국, 외국인관서의 장이 발급한 '외국인입국허가서'를 발급받아 입국할 수 있다(제7조 제4항).

나. 사증발급인증서제도

「출입국관리법」 제9조에서 규정하는 사증발급인증서 제도는 외국인의 입국과 관련하여 직접적인 이해당사자인 초청인으로 하여금 국내에서 직접 사증발급 관련 절차를 주도적으로 처리하도록 함으로써 외국인이 용이하고도 신속하게 입국할 수 있도록 신설된 제도이다.[188] 그 구체적인 절차를 보면 초청인은 자신이 주소지를 관할하는 청장, 사무소장 또는 출장소장에게 필요한 서류를 첨부하여 신청서를 제출하여야 한다. 신청 받은 관할 청장, 사무소장 또는 출장소장은 발급기준을 확인하고 의견을 붙여 이를 법무부장관에게 송부하고 법무부장관은 사증발급이 타당하다고 인정 시 전자정부법의 규정에 의한 전자문서로 사증발급인정서를 발급하여 재외공관의 장에게 송신하며, 초청자에게는 사증발급인정번호를 포함한 사증발급인정내용을 지체 없이 통지하여야 한다.[189]

사증발급인정서를 발급할 수 있는 대상으로는 미수교국가 또는 특정국가의 국민; 문화예술(D-1), 결혼이민(F-6), 방문취업(H-2), 기타(G-1) 및 영주(F-5)에 해당하는 자; 기타 법무부장관이 특히 필요하다고 인정하는 자가 포함된다.[190]

---

188) 제주지방법원 2006.6.7. 선고 2005구합733(사증발급인정신청불허처분취소).
189) 「출입국관리법 시행규칙」 제17조 제5항.
190) 「출입국관리법 시행규칙」 제17조 제1항.

(2) 입국금지와 입국거부

거주·이전의 자유는 개인의 신체의 자유 내지 일반적 행동자유권뿐만 아니라 오늘날 경제적 활동을 위해서도 중요한 기본권으로 되었다. 그러나 외국인의 입국의 자유는 국가의 주권적 재량 하에 놓여 있다는 견해들이 압도적이며 이것은 영토주권에 기하여 외국인의 입국이 국가안전에 반하는 문제 등을 야기할 정당한 이유가 있을 때 해당 외국인이 입국을 금지할 수 있다.

한국의 「출입국관리법」 제11조와 제12조에서 외국인의 입국이 허용되지 않는 경우들을 설명하고 있는데 각 조항 마다 다양한 용어를 사용하고 있다. 예컨대 ① 제11조 제1항은 외국인의 입국이 사회에 미칠 영향을 고려하여 외국인을 '입국금지' 하고 ② 제11조 제2항에서는 외국인의 국적국과의 관계에서 상호주의 원칙에 따라 '입국거부'할 수 있음을 규정하고 있다.[191] ③ 제12조 제4항에서는 외국인의 입국심사과정에서 요건을 갖추지 못한 외국인에 대해 '입국불허'할 수 있다.

개념상 공항이나 항만에서 외국인의 입국을 허용하지 않는 행위는 제12조 제4항의 경우에 해당한다. 그렇다면 입국금지결정은 앞의 경우에 해당하는 외국인이 물리적으로 한국의 영역에 진입하기 이전시점에 해당 외국인의 입국에 대비하여 판단기준을 설정하는 행위에 속한다. 또한 입국금지와 입국거부는 법무부장관이 외국인의 신청 없이 일반적으로 하는 조치인 반면, 입국불허는 외국인이 입국신청을 한 경우에 출입국관리공무원이 그에 대한 판단을 하여 결정을 내리는 행위이다.

가. 입국금지사유

191) 상호주의에 따른 입국불허이며 외국인에 대한 입국거부는 입국금지사유와는 구별된다.

한국의「출입국관리법」과「공직선거법」에서 입국금지의 사유를 규정하고 있다.「출입국관리법」제11조에 따르면 외국인의 입국금지 사유로는 감염병 환자, 마약류중독자 또는 공중위생상의 위해를 끼칠 염려가 있는 사람; 대한민국의 이익이나 공공안전을 해치는 행동을 할 염려가 있는 사람 ; 공공의 안전을 해치는 행동을 할 염려가 있다고 인정될 경우; 경제 질서 또는 사회질서를 해치거나 선량한 풍속을 해치는 행동을 할 경우; 강제퇴거명령을 받고 출국한 후 5년이 지나지 아니한 사람; 정신장애등 및 국내체류비용부담능력이 없는 경우 등으로 다양한 규정을 마련하고 있다.「공직선거법」제218조의31에 의해 법무부장관은 국외에서 이 법에서 금지하는 행위를 하였다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 외국인에 대하여 입국을 금지할 수 있다. 다만, 수사에 응하기 위하여 입국하려는 경우는 제외된다. 이러한 입국금지사유들은 재외공관의 사증발급단계와 출입국 항에서 입국심사단계에서 재차 검토된다. 즉 입국금지사유에 해당성은 사증발급의 소극적 요건이며 출입국 항에서 입국거부의 사유이며 나아가 영주체류자격을 가진 외국인을 제외한 기타 외국인의 강제퇴거의 사유에도 적용된다. 입국금지에 대한 심사권한은 법무부장관, 재외공관의 장(사증발급단계), 출입국관리공무원(입국불허 또는 거부), 지방출입국 및 외국인 관서의 장(강제퇴거), 법무부장관 및 관계기관의 장(입국금지결정 및 입국금지결정요청)에 배분되어 있다.[192]

나. 입국금지의 처분성 문제

입국금지결정은 법무부장관이 내리는 경우와 관련기관장의 요청과 법무부장관의 인용이라는 행정내부의 협력을 통하여 결정되는 경우가 있다. 입국금지사유가 불확정개념으로 규정되어 판단에 있어 광범위한 여지가 부여되어 있으므로 이러한 입국금지결정이 행정쟁송법상 처분으로서의 성질을 가지는지가 문제로 제기되고 있다. 이는 입국금지결정에 대하여 해당 외국인이 항

192) 이철우 외,『이민법』, 2017, 88~90면.

고쟁송을 통하여 불복할 수 있는 문제와 입국금지결정에 대하여 어느 정도 절차적 보장이 이루어 져야 하는지와 관련된다.[193] 이에 대해 부인하는 판례[194]와 입국금지결정의 처분성을 인정하는 전제하에 입국금지결정과 사증발급거부처분 간에 하자가 승계됨을 긍정한 판례가 있다.[195]

(3) 입국심사

가. 심사내용

출입국과 관련하여 권리와 의무의 핵심적인 배분척도로 삼고 있는 것은 왕래자의 국적이다.[196] 국민과 달리 외국인의 입국은 주권국가의 판단에 의해 행해지는 주권적 재량행위에 속하므로 국가는 법령에 따라 외국인의 입국이 부적절하다고 판단되는 경우 외국인의 입국을 금지할 수 있고 해당국의 수요에 따라 입국규제의 접근방식이 상이한 경향을 보인다. 그렇다면 외국인이 입국하려는 경우에는 우선 입국심사에서 출입국관리공무원의 입국심사를 받아야 한다. 그 심사내용에는 여권과 사증의 유효여부, 입국목적과 체류자격의 일치여부, 체류기간이 법무부령에 의하여 정해진 기간을 확인하는 것과 입국금지 또는 거부의 대상에 해당하는지 등이 포함된다.[197]

나. 입국허가

입국허가의 법적성격에 관해서는 외국인의 입국할 자유를 일반적으로 금

193) 이철우 외, 앞의 책, 109면.
194) 서울고등법원 2014.10.1. 선고 2014누40334판결; 서울행정법원 2014.10.31. 선고 2014구합12550; 서울행정법원 2018.1.11. 선고 2017구합80127 판결 등.
195) 서울행정법원 2014.11.20. 선고 2013구합59590판결.
196) 이현수, “외국인 입국규제의 공법적 쟁점”, 2015, 616면.
197)「출입국관리법」제12조 제3항.

지 내지 제한하고 특정한 경우에 따라 특정인에게 금지 내지 제한된 행위를 해제하는 허가에 해당한다는 견해가 있다.[198]

(가) 조건부 입국허가와 특별체류허가

조건부 입국허가란 지방출입국 및 외국인관서의 장이 한국에 입국하려는 외국인에 대해 잠정적으로 입국을 허가해야 할 필요가 있는 때에 조건부로 입국을 허가한 후 그 조건이 충족될 때 정식으로 입국을 허가하는 제도이다[199] 반면에 그렇지 못한 경우 최종적으로 입국허가를 받지 못하고 송환되어야 한다. 또한 입국금지사유의 해당여부가 의심되거나 입국목적과 체류자격이 부합되는지 확인이 필요한 경우, 입국심사중인 외국인의 건강악화로 급히 병원으로 후송되어야만 하는 경우에도 조건부입국허가 결정을 내릴 수 있다.

그렇다면 입국심사가 계류 중인 동안 외국인에 대한 처우가 문제되는데 이것은 난민신청자 난민인정에 과한 결정이 이루어지기 전에 과정 중에 처해있는 자에게도 발생된다. 한국의 「출입국관리법」 상 일시보호는 입국불허결정을 받은 사람, 조건부입국허가를 받은 사람으로서 도주하거나 도주할 염려가 있는 사람, 출국명령을 받은 사람이 도주하거나 도주할 염려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 사람을 대상으로 한다.[200] 즉 보호대상에는 입국삼사중인 외국인이 포함되지는 않는다. 따라서 입국심사 계류 중인 외국인의 인신자유를 제한하는 법적근거와 그 예외사유가 법률로서 규율되어야 한다는 견해가 제기되고 있다.

198) 차용호, 앞의 책, 242면.
199) 「출입국관리법」 제13조 제1항.
200) 「출입국관리법」 제56조 제1항.

(나) 재입국허가

외국인의 재입국허가는 출국하였다가 다시 입국하고자 하는 경우 절차상의 번거로움을 덜어주자고 고안된 제도이다. 재입국허가는 외국인등록을 하거나 그 등록이 면제된 외국인에게 법무부장관이 발급하며 외국인이 그의 체류기간 내에 출국하였다가 재입국하고자 하는 경우 신청에 의하여 발급된다.[201] 여기서 영주자격을 가진 외국인이나 국내거소신고를 한 재외동포가 체류기간 내에 출국하였다가 재입국하는 경우에는 재입국허가를 면제하고 있다.[202]

(4) 입국불허

한국에 입국하려는 외국인이 앞의 입국심사의 요건을 갖추지 못한 경우 해당 외국인의 입국을 불허할 수 있다. 또한 입국심사과정에서 법무부령으로 정하는 방법으로 지문 및 얼굴에 관한 정보를 제공하지 아니하는 경우에도 입국을 허가하지 아니할 수 있다.[203] 하지만 사증의 잘못된 기재내용은 외국인의 입국불허 결정을 내리는 사유로 작용하지 않는다.[204]

입국이 불허된 외국인에 대하여 자발적인 출국을 기대하기 어려운 경우 해당 외국인을 송환하는데 신체의 자유라는 기본권의 침해가 발생할 우려가 있다. 그렇다면 출입국관리행정에서 인신구금에 있어서 외국인의 신체의 자유에 대한 기본권주체성이 인정되는 것을 전제로 해야 할 것이다. 앞서 판례나 학계의 입장에서 보듯이 인간의 권리에 한하여 외국인의 기본권 주체성을 인정하기에 외국인의 신체의 자유는 헌법상 보장되는 기본권임을 알 수 있

201) 법무부 출입국 외국인정책본부, 『출입국관리법 해설』, 2011, 284면.
202) 「출입국관리법」 제30조 제1항, 「시행규칙」 제44조의2 제1항, 「재외동포법」 제10조 제3항.
203) 「출입국관리법」 제12조의2.
204) 「출입국관리법」 시행령 제15조.

다.

4. 소결

중국은 출입국관리법상 입국금지사유에 대해 설명의무를 가지지 않는다. 또한 입국금지결정을 「행정소송법」에 근거하여 행정쟁송으로 불복할 수 없다. 그렇다면 입국금지결정에 대한 절차적 보장이 이루어져야 한다. 이러한 상황은 한국도 마찬가지이다. 입국금지사유가 불확정개념으로 규정되어 있어 그 이유를 판단함에 있어 해당권한이 제약 없이 행사되는 될 우려가 존재한다.

Ⅱ. 외국인의 강제추방

1. 중국 「출입국관리법」상 강제추방

외국인의 출국형태는 일반적으로 스스로의 의사에 의한 출국과 일정한 기간 동안 출국의 제한, 체류권리가 취소되는 강제출국으로 나눈다. 세계인권선언 제13조 제2항에서는 “모든 사람은 자국을 포함한 어떤 국가로부터도 출국할 권리가 있으며, 또한 자국으로 돌아올 권리를 가진다.”고 규정하고 사회권규약 제12조 제2항에서는 “모든 사람은 자국을 포함하여 어떠한 나라로부터 자유로이 퇴거할 수 있다.”고 규정함으로서 출국의 자유는 인간의 보편적인 권리로 인정되고 있다. 때문에 출국불허의 사유는 법적사유에 한정하여 그 사유가 해소되면 외국인의 출국의 자유를 보장하여야 한다. 중국에서 출국하려는 외국인은 출입국관리기관에 본인의 여권 또는 기타국제여행증명서 등 출입국증명서로 규정절차에 따라 확인을 받고 이상이 없을 경우 출국할

수 있다.[205] 외국인이 재입국할 경우 출국 전에 현지 공안기관 관리부서에서 중국에 재입국사증을 신청해야 한다

외국인의 출국금지 사유로는 첫째, 외국인의 형벌집행이 아직 끝나지 않은 경우, 다만 중국과 당사국간의 협정에 따라 송환할 때는 예외로 한다. 둘째, 인민법원에서 출국금지를 명하는 경우이다. 셋째, 외국인이 입금체불에 관련하여 중국의 「노동법」 제30조와 「형법」 제276조의 규정에 따라 노동자는 인민법원에 지급명령을 신청할 수 있다고 규정한다. 「출입국관리법」 제28조 제3항에서 외국인투자자가 근로자의 임금체불 시 국무원의 관련 부처 또는 성, 자치구, 직할시 인민법원이 출국불허의 규정을 두어 위의 현상을 방지하고자 한다.

(1) 강제추방의 성격

사회권 규약 제13조에서는 합법적으로 이 규약의 당사자국의 영역 내에 있는 외국인은 법률에 따라 이루어진 결정에 의하여서만 그 영역으로부터 추방 될 수 있음을 규정하고 있다. 따라서 강제추방은 국가의 주권행사 범위에 속한다는 것에 관하여 의문이 없으나 그 성격과 관련하여 강제추방은 다만 행정적 강제조치(行政强制措施)에 속하는지 혹은 형벌의 성격을 가지는지 그 견해가 양분된다.

강제추방을 행정적 처벌이라고 주장하는 학자는 강제추방을 하는 주체가 공안기관이므로 강제추방 명령은 재판기관의 판결에 의한 것이 아니고 행정기관의 결정에 의한 행정행위에 해당된다고 한다.[206]즉 강제추방 행위의 기본방식에서 강제추방 결정을 하는 주체의 특수한 성질로 볼 때 행정적 강제조치에 해당하는 것이다. 중국의 「형법」 제35조에서 규정한 강제추방은 "범

205) 중국 「출입국관리법」 제27조.
206) 陈浩铨, "驱逐处境是行政强制措施", 1986, 35면; 田刚 , "我国驱逐出境制度的冲突与调适", 2016, 17~21면.

죄를 저지른 외국인에 대하여 독립적으로 또는 부가적으로 강제추방을 적용할 수 있다."고 규정하고 있다. 강제추방은 국가가 국내에 체류하는 외국인의 위법행위에 강제력을 행사하여 해당외국인에게 부가형으로 내려지며 이러한 강제추방은 독립적으로 적용할 수 있을 뿐더러 부가적으로도 가능하다는 점에서 형벌의 대체적 수단으로 인정할 수 있다.[207] 중국에서 외국인의 강제추방은 「형법」, 「출입국관리법」, 「치안관리처벌법」 등에서도 규정하고 있고 공안기관이 담당하고 있다.

(2) 강제출국의 사유

중국은 강제출국의 사유를 「출입국관리법」 제81조에서 강제추방, 기한 내 출국, 송환출국[208] 등 문제와 관련하여 상응한 규정을 두고 있다. 해당 규정에 따르면 공안부는 외국인이 체류자격에 부합되지 않은 활동을 하거나 기타 법을 위반하여 중국에 계속 체류하기에 타당하지 않는다고 판단할 경우 기한 내 출국하도록 할 수 있다. 여기서 공안국의 처분은 최종결정으로 되며 강제추방결정을 받은 외국인은 추방 된 날로부터 10년 이내 입국이 금지되고 동법 제62조에 의해 송환출국 결정을 받은 자는 1년 내지 5년 사이에 입국이 금지된다.

(3) 조사

「출입국관리법」에서 '행정강제' 등의 문구가 명확하게 나타나지 않지만

207) 贾佳, "驱逐出境刑的现状及完善", 2014, 255면.

208) 중국의 출입국관리법상의 표현을 따르면 '구축출경(驱逐出境)', '견송출경(遣送出境)''한기출경(限期出境)'으로 사용하고 있다. 논의의 편의를 위하여 '구축출경'을 '강제추방'으로, '견송출경'을 '추방조치'로, '한기출경'을 '기한 내 출국'으로 정리하겠다.

외국인의 조사 및 송환과정에서 「행정강제법」의 일반절차가 적용된다. 조사의 권한은 현급(县级)이상 인민정부 공안기관 또는 출입국 담당기관에게 있으며 그 대상자는 강제추방 사유가 있다고 의심되는 외국인이다. 조사는 「출입국관리법」 제81조의 위반여부를 확인하고 필요할 경우 외국인에 대해 '당장검문(当场盘问)'과 '계속검문(继续盘问)', '구류심사(拘留审查)'등 방법으로 조사할 수 있다.[209] 다만 이러한 조사를 위한 행정행위는 필요한 범위에서 이루어져야 하며 이를 남용해서는 아니 된다.

(4) 구류심사(拘留审查)와 신체의 자유 제한

중국은 한국과 달리 '보호'라는 용어를 사용하지 않고 '구류심사'라는 용어를 사용하는데 중국법상 구류에는 행정처벌의 일종인 '치안구류'가 있고 형사소송법상 형사구류가 있다. 외국인에 대해 강제퇴거 대상인지 여부를 심사하는 목적으로 한 행정조치는 '구류심사'라고 한다. 구류심사는 행정적 강제조치의 일종으로서 중국의 외국인출입국 활동을 위한 절차적 제도로 작용한다. 그동안 외국인의 유입이 증가되면서 공안기관이 불법입국 및 불법체류 외국인을 단속하는 과정에 활용되고 있다.

가. 기간의 상한이 없는 구류심사

구류심사기간의 설정에 대해서는 구류심사의 기간은 일반적으로 30일이고 복잡한 사건의 경우 60일까지 연장을 할 수 있으며 국적이나 신분이 불분명한 외국인에 대해 구류심사의 기간은 국적이나 신분이 확인된 시일부터 계산을 한다. 구류심사기간의 설정에 관하여 최대한 60일까지

209) 중국「출입국관리법」제58조.

구류할 수 있는데 여기서 문제되는 것은 '국적이나 신분이 불분명한 자'에 대해 구속심사기간은 그 국적·신원이 소명된 날부터 계산한다. 반면 국적이나 신분이 불분명한 경우 신분확인이 될 때까지 해당 외국인을 지정장소에 구류하여 기간의 사한이 규정되어 있지 않다. 예를 들어 중국 安徽省지역 공안당국이 2010년 9월 23일 불법입국으로 체류 중인 외국인여성에 대한 구류심사결정을 내린 후 2011년에 베트남 국적자임을 밝혀내고 같은 해 3월 5일에 강제추방 결정을 집행한 사안[210]에서 해당외국인은 5개월 넘게 구류되었다. 이처럼 '무기한 구류'는 실질적인 인신구속이므로 현행규정은 외국인에게도 인정되는 신체의 자유에 대한 제한이다.

나. 구류장소의 문제

구류심사결정을 받은 외국인은 구류소 또는 추방장소에 구금한다. 구류심사결정을 받은 외국인에 대해 구류소 또는 추방장소에 구금해야 된다고 규정하고 있을 뿐, 구체적인 장소에 대해 명시적으로 언급하지 않고 있다. 따라서 실무에서는 구류심사결정을 받은 외국인들은 치안구류소(治安拘留所)에 구금되는데[211] 치안구류소는 치안관리처벌법에 의거한 행정처벌의 일종인 행정구류장소이다. 비록 각 지역의 공안기관은 해당 지역의 상황에 따라 치안구류소 내에 별도의 장소를 마련하여 구류심사결정을 받은 외국인을 구금하기도 하지만 외국인에 대한 구류심사결정은 행정처벌과 달리 행정강제조치로서 행정처벌의 효과를 가진다는 비판이 있다.[212] 현재 중국은 3비 외국인문제가 심각한 云南省지역에만 2012년부터 외국인수용시설을 갖추고 있다.[213]

---

210) '铜陵出入境遣送两名非法入境越南籍妇女', 安徽新闻网 , 2013.10.3.
211) 公安部, "公安部有关外籍人员拘留场所有关问题的通知", 2001.6.
212) 黎沛文, "拘留审查制度下外国人基本权利保障问题深析", 2015, 36면.
213) '云南红河首个外籍人拘留审查所正式启用', 央视网, 2012.3.22, www.cntv.cn; 김의, "외국인의 출입국관리제도에 관한 비교법적 연구-한국의 출입국관리법

다. 결정기관

강제추방에 대 결정하는 주체가 문제된다. 현재로는 공안기관 뿐이다. 또한 공안기관이 내린 결정은 최종적이라는 성격을 가진다. 공안기관이 강제추방결정을 내리는 법적 근거는「치안관리처벌법」또는「출입국관리법」과 같은 행정법규이다. 여기서 구류심사의 개시와 연장에 관한권한이 모두 공안기관에게 있다는 점이 문제된다.

라. 구류심사해제결정

강제추방의 대상에 해당된다고 의심되는 외국인이 엄중한 질병을 앓고 있는 경우, 임신 혹은 외국인의 만 1세 미만의 영아를 수유해야 할 경우, 외국인이 16세 미만 또는 만 70세를 넘은 경우 및 구류심사를 하기에 적절하지 않은 기타 상황에 한하여 구류심사가 적절하지 않은 것으로 인정되어 구류심사해제결정을 받아 활동범위가 제한된 상태에서 심사받을 수 있다.[214]

(5) 강제추방의 구제관련

강제추방의 의심되는 외국인에 대해 계속검문, 구류심사, 활동범위 제한 등 추방조치에 대해 이의가 있을 경우 행정재심[215]을 신청할 수 있으며 본 심판의 결정은 최종결정으로 하여 외국인에게 행정소송을 제기할 수 있는 권

과 중국의 출입경관리법을 중심으로", 석사학위논문, 2019, 42면.

214) 중국「출입국관리법」제61조.

215) 중국「행정재심법」제41조 "외국인, 무국적자, 외국조직은 중화인민공화국국경 내에서 행정재심을 신청할 경우 동법을 적용한다."

리를 부여하지 않는다. 여기서 행정재심은 행정청이 당해 처분에 대해 재검토하고 당사자의 권리가 침해 되었을 때 스스로 수정을 할 수 있는 제도라고 볼 수 있다. 행정소송은 행정청의 행정행위에 권리를 침해당한 자가 법원에 소송을 제기하는 것으로 당해 행정행위의 적법성에 대해 다투는 쟁송제도이다. 중국의 출입국 담당기관은 외국인의 입국과 체류에 관한 결정에 설명의무를 가지지 않으므로 행정쟁송으로 해결을 할 수 없게 된다. 또한 「출입국관리법」 제64조는 강제추방의 의심이 드는 외국인에 대해 계속검문, 구류심사, 활동범위의 제한의 추방조치에 대해 이의가 있을 경우, 행정재심를 신청할 수 있고 그 결과는 최종결정이 된다고 규정하고 있다. 이때 '행정재심을 신청할 수 있고', '그 결과는 최종결정이 된다(一级复议原则)'라는 의미는 강제추방의 의심이 되는 외국인에게 적법하게 내려진 계속검문, 구류심사, 활동범위의 제한, 추방조치에 대한 행정쟁송의 제한이므로 불법으로 내려진 처분에 대해서는 당연히 행정소송도 가능하다.[216]

2. 한국의 경우

(1) 출국정지

외국인의 출국은 원칙적으로 허용하고 있으나 출국심사를 거치도록 되어 있다. 다만 형사재판계속중이거나 형의 집행이 종료되지 않은 경우, 벌금 또는 추징금이나 조세미납의 경우, 또는 범죄수사를 위하여 필요한 경우 등에는 법무부장관에 의하여 출국정지조치가 행해질 수 있다. 그밖에도 국익이나 공공의 안전 또는 경제 질서를 해칠 우려가 있어 그 출국이 적당하지 아니하다고 법무부령으로 정하는 사람에 대해서도 출국정지가 가능하다.

216) 张子恒, "对外国人出入境行政强制措施及救济制度研究", 2017, 14면.

(2) 강제퇴거

한국도 불법체류 외국인 수가매년 증가하고 있는 상황에 따라 강제퇴거 외국인 단속을 강화하고 있다. 현행 「출입국관리법」 제46조에 강제퇴거 대상자에 대한 규정이 마련되어 있으며 그 사유는 크게 세 가지로 분류할 수 있다. 첫째, 법무부장관이 발급한 사증 없이 입국한 사람, 거짓사실이나 부정한 방법으로 허위초청으로 입국한 사람과 입국금지사유가 있는 사람이다. 둘째, 외국인이 체류자격과 체류기간의 범위를 벗어나 체류하거나 취업자격의 사증을 받지 않고 취업활동을 하는 사람, 체류자격 변경 없이 다른 활동을 한 사람이다. 셋째, 외국인이 금고이상의 형을 선고 받은 경우에는 강제퇴거 대상자에 포함된다.

(3) 강제퇴거 절차

가. 조사 및 심사

강제퇴거의 절차는 조사-심사-퇴거의 순서로 진행된다. 출입국관리공무원은 강제퇴거사유에 해당된다고 의심되는 외국인에 대하여 그 사실을 조사할 수 있다. 조사는 강제퇴거사유에 해당하는지를 판단하여 행정처분인 강제퇴거명령을 발할지 여부를 결정하기 위한 조사이므로 행정조사에 해당한다.

「출입국관리법」 제24조부터 제50조에서는 조사수단에 대한 규정을 두고 있다. 출입국공무원은 용의자의 출석을 요구하여 신문할 수 있으며, 용의자의 진술은 조서에 기재하여야 한다. 마찬가지로 참고인에 대해서도 출석 및 진술을 요구할 수 있다. 용의자의 동의를 거쳐 주거 또는 물건을 검사하거나 서류 또는 물건을 제출하도록 요구할 수 있다. 다만 신문과 진술 검사 및 서류 등의 제출요구는 법률상 명시적으로 해당 외국인의 동의를 요건으로 하고 있

기 때문에 강제력을 행사하거나 조사에 응하지 않을 경우 제재하는 위법한 집무집행을 금지한다.[217]

지방출입국·외국인관서의 장은 출입국관리공무원이 조사를 마치면 지체 없이 용의자가 강제퇴거 대상자인지를 심사하여 결정하여야 한다. 심사결과 강제퇴거의 대상자에 해당하지 아니한다고 인정하면 지체 없이 그 뜻을 알려야 하고 용의자가 보호되어 있은 경우 즉시 보호를 해제하여야 한다. 반면에 강제퇴거 대상자에 해당한다고 인정될 경우 강제퇴거명령을 할 수 있으며 용의자에게 이의신청을 할 수 있음을 고지하여야 할 것이다.[218]

나. 보호제도

(가) 보호유형

보호제도는 사전적 의미와 달리 행정상 즉시강제에 속하며 용의자의 신체의 자유를 박탈하는 실질적인 인신구속에 해당한다. 보호의 유형은 절차에 따라 '강제퇴거 심사를 위한 보호'와 '강제퇴거 집행을 위한 보호'로 나눈다. 즉 강제퇴거 대상자에 해당된다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고 도주하거나 도주할 염려가 있으면 보호명령서를 발급받아 외국인을 보호할 수 있다. 한편 강제퇴거명령을 받았지만 즉시 송환할 수 없을 때 강제퇴거 집행을 확보하기 위하여 송환할 때까지 보호하는 것이다. 강제퇴거 심사를 위한 보호는 일반보호와 긴급보호로 구분되며 일반보호는 사전에 보호명령서를 발급받아 보호하는 것이고 긴급보호[219]는 보호명령서를 발급받을 여유가 없을 때 그 사유를 알리고 먼저 보호한 후 사후에 보호명령서를 발급하는 것이다. 그 밖에도 입국심사단계에서 입국이 허가되지 아니한 사람 등에 대한 일시보호

217) 이철우 외, 앞의 책, 201면.
218) 한국「출입국관리법」제58조, 제59조.
219) 긴급보호를 위해 요구되는 긴급성은 보호대상자를 우연히 발견하여 영장을 받을 시간적 여유가 없을 때 적용된다.

가 있다.

(나) 보호기간 및 보호장소

외국인의 강제퇴거 대상자 여부를 심사·결정하기 위한 보호기간은 10일 이내로 하며 부득이한 사유가 있으면 지방출입국·외국인관서의 장의 허가를 받아 10일을 초과하지 않은 한에 한차례만 연장할 수 있다. 긴급보호의 최대 보호기간은 48시간이고 계속하여 보호해야할 경우 보호명령서를 발급받아야 한다. 이 경우 외국인을 보호할 수 있는 장소는 외국인보호실, 외국인보호소, 구치소, 교도소 또는 법무부장관이 지정하는 장소로 한다.[220]

강제퇴거 집행을 위한 보호는 보호기간 상한이 규정되어 있지 않고 강제퇴거 시까지 해당 외국인에 대한 보호가 진행된다. 보호기간이 3개월이 넘는 경우에는 3개월마다 미리 법무부장관의 승인을 받아야 하고 승인을 받지 못 할 경우 지체 없이 보호를 해제하여야 한다. 그밖에 강제퇴거를 받은 사람이 다른 국가로부터 입국이 거부되는 등 사유로 송환될 수 없음이 명백하게 된 경우에는 그의 보호를 해제할 수 있으며 보호해제 시 주거제한이나 필요한 조건을 붙일 수 있다. 입국이 허가되지 않은 외국인 또는 조건부입국허가를 받거나 출국명령을 받은 사람으로서 도주 우려가 있는 사람을 대상으로 48시간 이내로 보호를 진행하며 일정한 사유가 있을 경우 1회 연장할 수 있다.

3. 소결

중국의「출입국관리법」에 따르면 구류심사는 상한의 제한 없이 무기한 구금도 가능하다. 이처럼 외국인의 신체의 자유만 하더라도 출입국관리에서

220) 중국「출입국관리법」제52조 제2항, 동법「시행규칙」제59조.

충분히 보호되지 못하는 경우가 많다. 특히 불법체류외국인의 경우 항상 강제퇴거의 위험에 면해 있다. 한국의 경우도 강제퇴거를 위한 보호기간 상한이 규정되어 있지 않고 보호기간이 3개월을 넘는 경우에는 3개월마다 미리 법무부장관의 승인을 받아야 한다. 다만 일시보호해제 등 보호의 해제에 관한 다양한 제도가 마련되어 있기에 침해를 최소화 할 수 있다. 중국은 구류심사결정을 받은 외국인에 대해 구류소 또는 추방장소에 구금해야 된다고 규정할 뿐 전문적인 구류시설이 설치되어 있지 않다. 다음으로 구류심사의 일시해제 할 수 있는 제도적 가능성이 존재하지 않는다. 또한 즉시 송환될 수 없는 경우를 대비하여 구류기간의 상한을 법에서 명시하지 않아 구금될 수 있는 최대기간을 예측할 수 없다.

Ⅲ. 난민에 대한 고찰

1. 중국에서 난민관리

(1) 중국헌법상 비호권

중국은 1982년에 난민보호의 대표적인 난민협약에 가입하였지만 현재까지 중국에는 난민인정 절차나 난민관련 법률과 정책은 미진한 상황이며 난민을 거의 받아들이지 않는다. 국제적 지위의 향상과 외국인 유입에 따라 난민관리업무가 갈수록 중요해지고 있으나 현재 중국에서는 아직 난민법이 제정되지 않았다.

국내법적 기준으로 보면 중국은 정치적 이유로 박해를 피하여 중국에 비호를 요청한 외국인에게 보호를 제공한다. 중국헌법 제32조 제2항은 “중화인민공화국은 정치적 이유로 피난을 요구하는 외국인에 대하여 비호 받을 권리를 부여할 수 있다.”고 규정했다. 난민지위에 대한 인정을 정치적인 이유로 한정하고 있다. 헌법소송의 길이 열려있지 않는 상황에 정치적 이유의 해당

여부를 판단하는 법적절차가 결여되어 있다. 다만 「출입국관리법」상 난민을 신청한 외국인은 난민의 지위를 확인하는 기간 동안 공안기관이 발급한 임시 신분증명서를 소지하여 중국 경내에서 체류할 수 있으며[221] 난민지위가 확인된 외국인은 공안기관에서 발급한 난민신분증명서를 소지하고 체류 및 거류할 수 있다. 즉 중국에서 난민이 신분증을 발급을 수 있음을 규정할 뿐 난민의 제반문제를 처리함에 있어 국내법과 정책이 잇따르지 못하는 문제점이 존재한다.

(2) 출입국관리법상 규정

중국에서 '난민'의 용어를 공식적으로 사용한 것이 「출입국관리법」 제46조에서 "난민지위를 신청한 외국인은 난민선별기간 공안기관에서 발급한 임시신분증으로 중국에서 체류할 수 있으며 난민으로 인정된 후 공안기관에서 발급받은 난민신분증으로 거류할 수 있다."고 한 것이 현행법상 유일한 규정이다. 「출입국관리법」 제20조 제1항에서 "인도적 사유로 긴급입국이 필요한 경우" 국무원의 비준으로 공안부의 위임을 받은 출입국항의 사증발급기관에 비자 발급을 신청할 수 있다. 또한 제23조 임시입국허가를 받는 외국인의 입국요건 중 "불가항력이나 기타 긴급한 사정으로 임시입국허가가 필요한 경우"에 15일 이내의 체류기간을 부여하고 있다. 그렇다면 중국을 최종목적지로 하지 않았지만 자연재해 또는 질병 등 불가항력적인 원인으로 해당 출입국항에서 긴급입국허가신청이 가능할 것이다.[222] 그밖에 제31조 제2항은 "국가규정에 부합되는 전문인재, 투자자 또는 인도적 등의 사유로 인해 체류를 거류로 변경해야 하는 외국인은 시급 이상 지방정부 공안기관의 출입국관리부문의 허가를 받아 외국인 거류증명서를 발급 받을 수 있다."고 규정하였다.

---

221) 중국 「출입국관리법」 제46조.
222) 刘国富, 『难民法』, 2015 , 6면.

(3) 난민의 수용경험

중국에서 난민의 규모를 정확하게 파악하는 것은 매우 어려운 실정이다. 또한 현재로서 인구나 경제상황으로 본 바, 중국은 제한 없는 난민수용은 불가능 할 것이며 난민과 불법입국자의 법적기준이 결여되어 이들을 '3비 외국인'의 범위에 포함시키고 있어 난민문제에 대해서는 보수적으로 태도를 보이고 있다.

중국의 난민은 다음과 같이 분류된다. 첫째, 인도차이나 출신의 난민(印支难民)이다. 둘째, 미안마의 정치적불안과 내전으로 인한 난민들이 중국과 미안마 변경의 云南省지역에 유입되고 있다. 최근 2015년에는 6만 여명의 난민을 수용하였다.[223] 셋째, 마지막으로 탈북난민이 있다. 여기서 탈북자 난민인정 문제는 국제적으로나 특히 한국에서 많은 논의가 되어있으나 중국정부는 지금까지 이들의 난민지위를 인정하지 않고 있어 유엔난민기구와 분쟁이 존재한다. 중국의 입장은 탈북자의 대부분 빈곤과 기근으로 밀입국한 뒤 동북지역에 임시 정착하였다가 다시 한국 혹은 일본을 최종정착지로 함으로서 인도적인 차원에서 불법이주민으로 인정하는 것은 탈북자들의 대량입주와 유입으로 중국의 치안문제는 물론 정치, 경제, 문화 등 면에서 많은 충돌들이 발생하고 있다. 특히 동북3성을 중심으로 각종 마약사건, 강간, 살인 등 다양한 범죄가 발생하고 있어 사회치안과 북한과의 외교관계를 중시하여 강제송환조치를 취하고 있다.

(4) 중국에서 난민인정

223) '外交部: 已有6万人次缅甸边民进入中国境内', 人民网, 2015.3.20.http://world.people.com.cn/n/2015/0320/c1002-26726803.html

가. 난민인정심사

「출입국관리법」상 인도주의 차원에서 출입항에서의 임시입국신청을 할 수 있는 법적 근거가 규정되어 있음에도 불구하고 출입국항에서 난민신청을 인정하지 않고 있다.[224] 한국의 경우에도 난민법이 제정되면서 동법 제6조에서 출입국항을 관할하는 지방출입국 외국인관서의 장이 그 신청에 대하여 난민인정 심사에 회부하는 결정을 하는 때에 그 시점에서 외국인은 난민신청자로 된다. 중국은 난민심사 기준에 대한 규정도 존재하지 않아 국내 난민심사는 UN난민기구 북경사무소가 정부와 난민 지위 결정 협력에 관한 협정을 맺고 심사사무를 전담하고 있다. 현재 신청한 외국인들은 주요하게 X(유학) 사증이나 L(여행)사증의 체류자격을 가진 외국인이 대부분이다.

난민신청을 하려는 외국인은 UN난민기구 북경사무소에 신청을 통하여 '비호자신청증명(寻求庇护证明)'을 교부받아 임시체류자격을 가지된다. 증명서를 발급받은 외국인은 해당 지역 공안기관에 숙박등록을 하면 선별기간 합법적인 신분으로 체류가 가능하다. 다만 난민인정 여부에 관한 결정이 확정될 때까지 생계비에 대한 지원이 없어 난민신청을 한 외국인들은 경제적인 이유로 숙박등록을 하지 않고 불법취업 현상이 발생한다. [225]

나. 난민관리잠정조례(초안)

2006년 국무원의 입법계획에 의하여 '2006년 국무원 입법계획에 관한 의견'에서 난민관련 입법사항을 당해 정부계획사항으로 선정하였다.[226] 이후 2008년 외교부, 공안부 및 민정부의 협력으로 난민관리잠정조례(초안)를 제

224) 李耕耘 ,"我国难民保护的法律问题研究", 2013, 25~29면.
225) 黄可君,"论中国难民地位的甄别籍管理制度构建", 2016, 132면.
226) 中华人民政府网, '关于做好国务院2006年立法工作的意见'和'国务院2006年立法工作计划', 2006.1.5.

출하였으나 결과적으로 법안은 채택되지 않았다.[227] 중국헌법에서 추상적으로 난민의 권리에 대한 일반적인 원칙을 선언하고 있지만, 구체적으로 난민지위를 인정받기 위한 요건을 규정한 법이 없다는 것은 중국의 난민보호에 있어 단점이다. 또한 유일하게 난민에 대해 규정한 「출입국관리법」 은 난민으로 인정될 가능성이 있는 자를 대상으로 규정하고 있으며, 난민신청접수의 그 전단계인 난민지위 신청서 제출절차, 심사기준, 심사기관에 대한 명시적인 규정을 두지 않아 법적 안정성이 결여된다

.

2. 한국의 「난민법」

(1) 개관

한국헌법은 난민에 관한 명문규정을 두고 있지 않지만 헌법 제5조의 국제평화원칙에 따라 과거에는 「출입국관리법」에서 현재는 「난민법」에 근거하여 난민을 수용하고 있다.[228] 한국은 1992년 12월 난민협약 및 동 협약 의정서에 가입함에 따라 난민지위의 보장을 위하여 1993년 12월 3일 출입국관리법의 개정을 거쳐 필요한 난민관련규정을 신설하고 1994년 7월 1일부터 개정 「출입국관리법」이 발효됨에 따라 난민신청 접수를 개시하였다. 그 후 난민인정 절차의 신속성, 투명성, 공정성에 대하여 국내외적으로 지속적인 문제제기가 이어 지면서 난민의 지위에 관한 협약이 보장되는 권리도 누리지 못하는 등 난민의 처우에 많은 문제점을 해결하고자 2012년에는 동아시아 최초로 「난민법」을 제정하여 출입국차원에서 다루던 난민문제가 입법체계를 갖추게 되었다.

「출입국관리법」에서 난민에 관한 규정은 몇 개 조문에 불과하였지만 현행 「난민법」은 난민인정절차와 처우에 관하여 47개 조문으로 구성되었다.

227) 刘国富, 앞의 책, 47면.
228) 최유•권채리, 『난민법에 대한 사후적 입법평가』, 2017, 64면.

다만 난민의 체류자격 및 출입국관리에 관한 사항은 여전히 「출입국관리법」의 적용을 받으며 난민은 외국인으로서의 기본적인 법적지위도 「출입국관리법」에서 부여하고 있다.

한국의 「난민법」 제1조에서 난민협약을 이행하기 위한 것을 입법목적으로 하였으나 난민협약의 이행과 관련하여 난민인정현황과는 어느 정도 차이를 보이고 있다. 한국에서 난민은 '인종, 종교, 국적, 특정 사회집단의 구성원인 신분 또는 정치적 견해를 이유로 박해를 받을 수 있다고 인정할 충분한 근거가 있는 공포로 인하여 국적국의 보호를 받을 수 없거나 보호받기를 원하지 아니하는 외국인 또는 그러한 공포로 인하여 대한민국에 입국하기 전에 거주한 국가로 돌아갈 수 없거나 돌아가기를 원하지 아니하는 무국적자인 외국인'으로 정의하고 있다.

(2) 난민인정신청자 심사

「난민법」에서는 '난민신청자'에 ① 난민인정을 신청한 외국인으로서 난민인정신청에 대한 심사가 진행 중인 자. ② 난민불인정결정이나 난민불인정결정에 대한 이의신청의 기각결정을 받고 이의신청의 제기기간이나 행정심판 또는 행정소송의 제기기간이 지나지 아니한 자 ③ 난민불인정 결정에 대한 행정심판 또는 행정소송이 진행 중인 자를 포함한다.[229] 난민인정신청은 '출입국 항에서 하는 신청'과 '대한민국 안에서 하는 신청'으로 구분된다. 즉 '출입국항에서 외국인'과 '대한민국 안에서의 외국인'은 각기 다른 절차에 의해 난민인정 신청을 하게 된다. 또한 외국인 보호소에 구금된 후 난민신청을 하여 판결로 난민으로 인정된 사례가 있는바[230] 불법체류 상태에서 난민신청을 하는 경우에도 원칙적으로 보호과정에서 신청절차가 진행되며 그 동안에

229) 「난민법」 제2조 제4항.

230) 서울행정법원 2009.12. 24. 선고 2009구합30165판결; 서울행정법원 2012.2. 9. 선고2011구합22952판결 등.

는 강제송환하지 않는다.

가. 대한민국 안에 있는 외국인

대한민국 안에 있는 외국인이 난민인정을 받으려면 법무부장관에게 난민신청을 할 수 있으며 난민인정신청서를 지방출입국·외국인관서의 장에게 서면형식으로 제출하여야 한다. 다만 신청자가 장애 등의 사유로 신청서를 작성할 수 없을 경우에는 접수하는 공무원이 신청서를 작성하고 신청자와 함께 서명 또는 기명날인하여야 한다.[231] 난민심사는 6개월 안에 해야 한다. 다만 부득한 경우에는 6개월 범위에서 기간을 정하여 연장할 수 있다. 기간을 연장할 때에는 기간이 만료되기 7일 전까지 난민신청자에게 통지하여야 한다.[232] 난민불인정 결정에 대해서는 이의신청을 제기할 수 있고 행정심판과 행정소송으로 불복중인 사람은 그 절차가 종결될 때까지 한국에 체류할 수 있으며 강제적으로 송환되지 않는다.[233]

신청자가 난민심사를 받는 동안 변호사의 조력을 받을 수 있고[234] 면접의 공정성에 지장을 초래하지 아니하는 범위에서 신뢰관계가 있는 사람의 동석을 허용하며 면접과정에서 신청자가가 한국어로 충분한 의사표현을 할 수 있는 경우에는 통역 또는 번역을 제공하며 [235]난민신청자의 요청이 있는 경우 같은 성(性)의 공무원이 면접을 하여야 한다.[236] 이외에도 난민신청자의 인적사항 공개금지 등에 과한 규정을 두고 있다.[237]

---

231) 「난민법」 제5조 제1항 제3항.
232) 「난민법」 제18조 제4항 제5항.
233) 「난민법」 제3조, 제5조 제6항, 제21조.
234) 「난민법」 제12조.
235) 「난민법」 제14조.
236) 「난민법」 제8조 제2항.
237) 「난민법」 제17조.

나. 출입국항에서 신청

「난민법」 시행이후 출입국항에서 난민신청자에 대한 일종의 사전심사제도인 회부심제도가 도입되면서 명백한 이유 없이 난민신청자가 입증되지 않을 경우 회부결정을 내리고 신청자의 입국을 허가하여 난민인정심사절차의 기회를 부여하고 있다. 난민의 입국결정은 일반 외국인으로서 이민이나 유학생, 관광객과는 다른 절차와 처우를 받으며 전자에 있어서는 수용국의 주권적 재량이 강조되는 반면 후자에 있어서는 수용국이 어떠한 의무를 지는가는 점이 규범적 관심사 가 되는 경향을 보인다.[238] 다만 「난민법」 제6조에서 규정하고 있는 출입국항에서의 난민신청제도는 난민법시행령에 규정된 불회부결정의 처분성 문제와 출국대기실에서 장기구금으로 인한 인권침해 등과 관련하여서는 그 제도와 운용의 정당성에 대해 제정과정에서부터 문제가 제기되어 왔다.[239]

출입국항에서 난민신청을 하고자 하는 사람은 출입국항을 관할하는 출입국·외국인청장 등에게 난민인정신청서를 제출하며 난민인정신청서를 받은 출입국·외국인청장 등은 면담 등을 통하여 조사를 한 후 그 결과를 첨부하여 법무부장관에게 보내야 한다.[240] 법무부장관은 해당하는 사유가 있을 경우에 따라 난민인정 심사회부 여부를 결정한다.[241] 법무부장관은 신청서가 제출된 날부터 7일 이내에 회부열정을 결정해야 하며 그 기간 동안 신청자는 출입국

238) 이현수, 앞의 논문 617면.
239) 최유·권채리, 앞의 책, 111면.
240) 「난민법 시행령」 제3조제2항.
241) 「난민법」 제5조 제1항의 불회부사유는 ① 대한민국의 안전 또는 사회질서를 해칠 우려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 경우 ② 인적사항 관련 질문 등에 응하지 아니하여 신원을 확인할 수 없는 경우 ③ 거짓 서류를 제출하는 등 사실을 은폐하여 난민인정을 받으려는 경우. 다만, 본인이 지체 없이 자진하여 그 사실을 신고한 경우는 제외한다 ④ 박해의 가능성이 없는 안전한 국가 출신이거나 안전한 국가로부터 온 경우 ⑤ 난민인정을 받지 못한 사람 또는 난민인정이 취소된 사람이 중대한 사정의 변경 없이 다시 난민인정을 받으려는 경우 ⑥ 법 제19조 각 호의 어느 하나에 해당된다고 인정할만한 상당한 이유가 있는 경우 ⑦ 그밖에 오로지 경제적인 이유로 난민인정을 받으려는 등 난민인정 신청이 명백히 이유 없는 경우가 포함된다.

항의 대기실에 머물며 기본적인 의식주를 제공받을 수 있다. 결정을 못하면 신청자의 입국을 허가해야 한다.[242] 난민인정심사에 회부하기로 결정된 사람에 대해서는 입국허가 또는 조건부입국허가를 하고 조건부입국허가의 경우 90일의 범위에서 허가기간을 정하고 대한민국에 있는 외국인과 마찬가지로 난민인정 절차를 거치게 된다.[243] 한편 난민심사에 불회부결정을 결정된 사람은 불회부결정 통지서를 발급받게 되며[244] 별도의 입국심사 후 입국을 허가하거나 불허가 할 수 있는 재량이 있으나 현실적으로 대부분 입국거부 결정이 내려진다.[245] 이 경우 「출입국관리법」 제76조에 따른 송환대상이 된다.

다. 차이점

전반적으로 「난민법」에서 불회부결정을 받은 사람의 지위에 대해서는 법적근거가 마련되지 않은 상태이다. 우선 「난민법」상 정의에 따르면 난민신청은 하였으나 불회부결정을 받은 사람은 난민신청자의 개념에서 배제하고 있어 회부심사과정에서의 절차적 보장을 위한 장치 및 처우 등에 관해서는 법률상 규정이 부재하다[246]

(가) 불회부 결정의 처분성 및 강제송환금지원칙

법무부의 입장에 따르면 불회부결정은 입국허가여부를 결정하는 내부적인 결정으로 사법심사의 대상으로 되지 않는다고 보지만 법원의 판결은 그

242) 「난민법」 제6조 제2항 제3항; 난민법시행령 제4조 제1항.
243) 「난민법시행령」 제5조 제3항, 제4항, 제6항.
244) 「난민법시행령」 제5조 제7항.
245) 최유·권채리, 앞의 책, 116면.
246) 법무부 출입국외국인정책본부 난민과, 『축조식 난민법 해설집』, 2014, 32~33면.

처분성을 인정하는 입장을 취하였다.[247] 난민협약 제33조 제1항의 강제송환금지원칙은 난민에게 있어서 가장 기본적인 권리이며 난민협약 체약국의 의무 중 가장 기본적인 의무에 해당한다. 「난민법」은 난민인정자, 인도적체류자 및 난민신청자를 모두 강제송환금지 대상에 포함시키고 난민불인정을 받은 경우에도 불복중인 사람은 그 절차가 종결 될 때까지 송환 될 수 없도록 하였다. 다만 문제가 되는 것은 출입국항에서 난민신청을 하고 법무부장관의 회부결정을 받은 후에 난민인정 신청을 한 것으로 규정되어 있고 출입국항에서 이루어지는 난민신청의 불회부결정에 대한 행정심판 또는 행정소송이 진행 중인 사람은 난민신청자에 포함되지 않아 송환되는 결과를 초래하고 있다.

(나) 변호인의 조력을 받을 권리

변호인의 조력을 받을 권리에 대해서 헌법재판소는 송환대기실에서 수용중인 자에 대한 변호인 접견을 거부한 사안에서 변호인의 조력을 받을 권리를 침해하였기에 헌법에 위반된다고 판시한 바 있다.[248]

(다) 이의신청

난민불인정 결정을 받은 신청자는 난민인정이 취소 또는 철회된 날부터 30일 이내에 법무부 장관에게 이의신청을 할 수 있다. 이의신청은 법무부 산

247) 서울고등법원 2014.3.19. 선고 2013누17321 판결; 인천지방법원 2014.5.16. 선고 2014구합30385 판결; 서울고등법원 20151.28. 선고 2014누50293 판결(국내최초의 난민인정심사불회부 결정 취소사건 2심에서도 난민승소); 대법원 2019.12.27. 선고 2019두555248 판결, 처분성을 인정하지 않는 판결로는 인천비장법원 2013.1.17. 선고 2012구합2014판결이 있다.

248) 헌재 2018.5.31. 2014헌마346.

하의 난민위원회가 담당하며 또한 유엔난민기구와의 협력을 의무화하여 난민 신청자를 위한 면접이나 이의신청 심사에 관한 의견 제시 등의 활동에 협력할 의무도 규정하고 있음은 국제적인 객관성과 신뢰성을 확보하고 있다.

(3) 처우문제

「난민법」 제4장에서 난민인정자와 인도적체류자 그리고 난민신청자를 대상으로 분류하여 처우에 대한 규정을 두고 있다. 난민인정자와 난민신청자의 처우를 달리하는 것은 지위에 따른 구분으로서 비교적 합리한 이유가 있으나 난민인정자와 인도적체류자를 구분하는 것에 대한 규범적 문제점이 존재한다.

가. 난민신청자의 처우

난민신청자의 처우가 개시하는 시점은 출입국항에서 난민인정 신청에 대하여 회부결정을 하는 때이다. 난민인정을 신청한 자는 난민인정여부에 관한 결정이 확정될 때까지 한국에 체류할 수 있다. 또한 난민불인정결정에 대한 행정심판이나 행정소송이 진행 중인 경우에는 그 절차가 종결될 때까지 체류가 가능하다.[249]

난민신청자는 불법체류자거나 단기비자로 입국하여 체류자격이 없는 경우 「난민법」 제40조에 근거하여 난민신청서를 제출한 날부터 6개월 넘지 않는 범위에서 생계비를 지원받을 수 있다. 다만 중대한 질병 또는 신체장애 등으로 생계비 등의 지원이 계속 필요한 부득이한 경우에는 6개월을 넘지 아니하는 범위에서 지원기간을 연장할 수 있다. 난민신청자에게 지원하는 생계비 지원액은 매년 법무부고시의 형식으로 법무부장관이 정하도록 하고 있다. 6

249) 「난민법」 제5조 제6항.

개월이 지난 경우에는 법무부장관의 취업허가를 통해 취업활동이 가능해지나 「출입국관리법」 제20조에 따른 체류자격 외의 활동에 대한 허가로 한다.[250]

난민신청자가 거주할 수 있는 주거시설이 설치 및 운영되고 있다. 법무부 장관은 6개월을 넘지 아니하는 범위에서 이용기간을 정하고 이용자의 건강상태, 부양가족 등을 고려하여 부득이하게 난민지원실을 계속 이용해야 할 경우 연장이 가능하다.[251] 그밖에 난민신청자의 건강을 보호하기 위하여 필요하다고 인정되면 난민신청자에게 건강검진을 받게 하거나 예산의 범위에서 난민신청자가 받은 건강검진 등의 비용을 지원할 수 있다.[252] 국민건강보험의 경우 난민신청자도 취업이 허용되므로 직장가입이 가능하다.[253] 난민신청자의 및 그 가족 중 미성년자인 외국인은 한국국민과 같은 수준의 초등교육 및 중등교육을 받을 수 있다.

「난민법」은 특정난민신청자의 처우에 대한 제한을 두고 있다.[254] 특정난민신청자에는 난민불인정결정에 대한 행정심판 또는 행정소송이 진행 중인사람; 난민인정을 받지 못한 사람 또는 난민인정결정이 허의서류의 제출이나 거짓 진술 또는 사살의 은폐로 하여 난민인정이 취소된 사람이 중대한 사정의 변경 없이 다시 난민신청을 한 사람; 한국에서 1년 이상 체류하고 있는 외국인이 체류기간 만료일에 임박하여 난민인정 신청을 하거나 강제퇴거 대

250) 난민신청자에 대한 취업허가는 취업활동을 할 수 있는 체류자격이 부여되는 것은 아니고 취업활동만 가능하다. 여기서 불법체류자 외국인은 원래 체류자격이 없으나 난민인정을 신청하여 기타 체류자격으로 활동허가를 받을 수 있다. 난민신청자의 취업활동 허가와 생계비 지원 모두 의무가 하닌 재량사항으로 규정되어 있다.

251) 난민지원센터는 영종도 출입국 외국인지원센터로서 82명 정도의 난민신청자에게 주거를 제공하고 있다. 하지만 난민인정결정을 받는 까지 걸리는 시간이 신청 및 이의신청 또는 소송까지 가면 실제로 1년 내지 2년의 시간이 소요된다는 점에서 6개월은 너무 짧은 기간이며 이요기간연장과 시설확충이 필요하다는 평가가 있다. 최유•권채리, 앞의 책, 163면.

252) 「난민법」 제42조.

253) 「국민건강보험법 시행규칙」 제61조 제2항 별표 9에 의하여 F-2비자인 난민인정자는 지역가입자가 될 수 있기에 G-1비자인 난민신청자나 인도적체류자는 가입이 불가능하다.

254) 「난민법」 제44조.

상 외국인이 그 집행을 지연시킬 목적으로 난민인정을 신청한 사람이 포함된다. 위의 경우에 해당하는 난민신청자에 대해 「난민법」 제40조 제1항의 생계비 지원, 제41조 주거지원, 제43조 교육보장을 제한 할 수 있다.

나. 인도적 체류자의 처우

난민신청자에 대한 인도적 체류허가는 법무무장관의 재량행위에 속한다. 인도적 체류허가의 대상자로는 「난민법」 제2조 제1호의 난민에 해당하지 않지만 고문 등의 비인도적인 처우나 처벌 또는 그 밖의 상황으로 인하여 생명이나 신체의 자유 등을 현저히 침해당할 수 있다고 인정할 만한 합리적인 근거가 있는 자이다. 인도적 체류자의 경우 임시체류비자인 G-1-6 자격을 부여하며 체류기간은 1년 단위로 갱신할 수 있다. 가족결합 관련하여 인도적 체류자의 배우자와 미성년 자녀도 인도적 체류를 신청할 수 있다.

인도적체류자는 법무부장관의 허가를 받아 취업활동이 가능하지만 기초생활보장 등 생계비지원 대상에서는 제외된다. 즉 한국의 난민법상 인도적체류자는 강제송환 되지 않을 권리와 취업활동의 권리만을 보장받을 수 있다. 이것은 인도적 체류지위가 국제법상 인정되는 보충적 보호지위와 달리 시혜적으로 부여되는 임시체류허가 정도로만 운영되고 있어서 생명과 신체의 자유를 위하여 인도적 체류를 허가한 것에 비해 기초생활보장을 지원하지 않는다는 문제가 제기되고 있다.[255]

다. 난민인정자의 처우

난민인정 결정을 받은 자는 일종 단기거주비자인 F-2를 부여받으며 1회

255) 김세진, “한국의 인도적 체류지위 현황과 보충적 보호지위 신설의 필요성”, 2020, 334면.

체류기간은 3년이며「외국인처우기본법」제14조 제1항에 따라 난민인정자에 대한 지원을 프로그램 형식으로 규정하고 있다.[256] 난민인정자의 사회보장 관련하여「사회보장기본법」제8조에서 외국인에게 사회보장제도를 적용할 때 상회주의원칙을 적용함에도 불구하고 한국국민과 같은 수준의 사회보장을 받는다. 외국인에 대하여는 일반적으로「국민기초생활보장법」에 따른 수급권자범위에 속하지 않고 동법 제5조의2에서 한국국민과 혼인하여 본인 또는 배우자가 임신 중이거나 한국국적의 미성년 자녀를 양육하고 있거나 배우자의 대한민국 국적인 직계존속과 생계나 주거를 같이하고 있는 사람에 한정하여 보장하고 있다 그러나 난민인정자의 경우 위의 규정에도 불구하고 기초생활 수급신청이 가능하다.[257] 난민인정자 또는 그 자녀가 미성년자일 경우 한국국민과 동일하게 초등교육과 중등교육을 받을 수 있고 법무장관의 필요하다고 인정되는 경우 추천에 따라 교육비 지원을 받는다. 난인인정자는「출입국관리법」제39조에 따른 사회통합 프로그램(사회적응 교육)관한 과정을 이수할 수 있고 필요한 직업훈련 교육을 받을 수 있다. 난민인정자가 외국에서 이수한 학력은 교육관계법령에 따른 기준에서 인정하도록 하며 외국에서 취득한 자격은 그에 상응하는 자격 또는 일부를 인정받을 수 있다.

(4) 난민인정의 취소 및 철회

「난민법」제22조에서 제1항에 따라 “난민인정결정이 거짓 서류의 제출이나 거짓 진술 또는 사실의 은폐에 따른 것으로 밝혀진 경우”에는 법무부장관은 난민인정을 취소할 수 있다. 동조 제2항에서 난민인정자가 자발적으로 국적국의 보호를 다시 받거나 난민인정결정의 주된 근거가 된 사유가 소멸하

256)「외국인처우기본법」제12조(결혼이민자 및 그 자녀의 처우) ① 국가 및 지방자치단체는 결혼이민자에 대한 국어교육, 대한민국의 제도와 문화에 대한 교육, 결혼이민자의 자녀에 대한 교육 및 의료지원 등을 통하여 결혼이민자 및 그 자녀가 대한민국 사회에 빨리 적응하도록 지원할 수 있다.

257)「난민법」제32조.

여 더 이상 국적국의 보호를 받는 것을 거부할 수 없게 된 경우 등 6가지 사유를 규정하고 있다.

3. 소결

난민협약에 가입한 국가는 난민 보호를 해야 할 의무를 가진다. 중국은 난민 보호 의지를 표명하면서 국제사회에 편입하고자 하나 난민법의 미비로 법적 안정성이 침해되고 있다. 난민 관리 담당 기관은 설치되어 있지 않다. 특히 중국은 난민자의 처리와 관련된 전문적인 법률이 없어 중국은 현재 난민의 일상 관리가 「출입국관리법」에 의해서 집행되고 있으나 아직 다른 상세한 규정은 없는 실정이다. 「출입국관리법」 제46조는 난민으로 인정된 자와 난민심사가 진행되고 있는 난민 지위 신청자만을 대상으로 하여, 그들의 중국 거주 가능성만을 언급 하고 있다. 중국 헌법이 추상적으로 난민 권리에 대한 일반적인 원칙을 선언하고 있지만, 구체적으로 난민 지위를 인정받기 위한 요건을 규정한 법이 없다는 것은 중국 난민 보호 체계의 단점이라 고 볼 수 있다. 중국의 현재 가장 중요한 대외정책으로 볼 수 있는 일대일로 정책에서 난민 지원을 언급하면서, 중국이 단지 경제발전을 위한 원조뿐이 아니라 책임감 있게 난민 보호를 하면서 국제사회에서 의 영향력을 확보하여 나가려는 것으로 보인다.

한국은 난민협약 및 동 협약의정서에 가입한 이래 「출입국관리법」에서 난민에 관한 인정절차난민에 관한 호정절차를 규율하고 있으나, 다른 선진국에 비해 난민을 충분히 받아들이고 있지 아니하여 국제사회에서 그 책임을 다하고 있지 못하고, 난민인정 절차의 신속성, 투명성, 공정성에 대하여 국내외적으로 지속적인 문제가 제기되면서 「난민법」 의 제정과 함께 국내에서 난민에 대한 보호의 근거가 마련되어 있다. 동법은 난민을 ‘인종, 종교, 국적, 특정 사회집단의 구성원인 신분 또는 정치적 박해를 받을 수 있다고 인정할

충분한 근거가 있는 공포로 인하여 국적국의 보호를 받을 수 없거나 보호받기를 원하지 아니하는 외국인 또는 그러한 공포로 인하여 대한민국에 입국하기 전에 거주한 국가로 돌아갈 수 없거나 돌아가기를 원하지 아니하는 무국적자인 외국인'으로 정의하면서 「출입국관리법」에서 난민을 단순히 난민협약이나 난민의정서의 적용을 받는 사람으로 정의하는 것에 비해 비교적 자세하게 규정을 두었다. 그 외에도 난민인정절차 및 난민 등의 처우에 관하여 구체적으로 규정하고 있다.

제3절 체류 외국인의 법적 지위

Ⅰ. 근로의 권리

1. 중국의 취업허가제도

중국의 외국인 취업정책은 '관제(管制)'를 목표로 행정관리에 치중하고 있다. 중국에서 외국인은 「출입국관리법」과 「취업관리규정」에 따라 사증제도를 통하여 취업허가증을 발급받아야만 취업이 가능하다. 1996년 외국인의 취업관리를 강화하고 고용절차를 규율하며 외국인노동자와 외국인을 고용하는 사업장의 권익을 보호하기 위하여 제정된 「취업관리규정」은 외국인의 취업허가, 신청과 심사방법, 노동관리 및 처벌사항을 규정하고 있다.

2015년 12월 국무원이 발표한 '외국인 재중취업 허가사항 통합의견서'에서는 기존의 '외국인 재중취업허가증'과 '외국전문가 재중취업허가증'을 통합하여 '외국인 취업허가증'의 형태로만 운영하며 현재 국가외국전문가국[258]

258) 중국정부가 주관하는 국가지적영입의 행정기관으로서 주로 재중외국인 전문가(경제실과 경영분야, 외국인투자기업, 도시사업계약과 중점건설공사에 따라 중국에 방문한 외국전문가 및 홍콩, 마카오지역특별행정구, 대만지역 전문가) 와 국가공무원과 기업인원의 출국 및 홍콩, 마카오특별행정구, 대만지역에서의 교육업무를 책임진다.

에서 이를 총괄하고 있다. 통합된 외국인 취업허가증은 외교, 공안, 해관, 세무, 교육 등 정부 부분에서 공유하고 인정할 수 있다. 2018년에는 「외국인인재사증제도실시조치 (外国人人才签证制度实施办法)」를 공포하여 北京 , 上海, 天津 , 河北 , 安徽 , 山东 , 广东 등 지역에서 우선적으로 시행하고 4월 1일부터는 전국적으로 시행하고 있다. 이처럼 중국은 우수인재의 유치를 중점으로 외국인력정책을 펼치고 있다. 2016년 시행된 「중국 내 외국인 근무분류기준〈시행〉 (外国人来华工作分类标准〈试行〉)」은 '하이레벨 장려, 미들레벨 통제, 로우레벨 제한 (鼓励高端, 控制一般, 限制低端)' 원칙을 고수하였는데 이것은 국내취업 외국인들을 A, B, C의 세 가지 유형으로 분류하는 태도를 더욱 확고하게 보여준다. 이러한 등급제도의 핵심은 중국에서 이미 취업하였거나 취업하려는 외국인을 고급인재(A), 전문인재(B), 일반인력(C) 3가지 유형으로 구분하여 관리하고 있다. 체류기간은 인력의 유형별로 달리하는데 우수인재는 체류기간 상한 부여가 A유형의 고급인재의 경우 5년의 취업허가증을 발급받을 수 있으며, 체류자격 역시 5년 기간의 비자를 받을 수 있다. B유형의 전문인재에 1회에 부여하는 체류기간의 상한은 3년이며, C유형의 단순인력은 최장 1년 이내 취업허가증의 발급은 가능하지만 중국정부의 쿼터관리 적용을 받는다. A, B유형에 해당하는 외국인에게는 국가가 적극적으로 지원하여 취업 및 근무에서 더 많은 편의를 제공한다. C유형에 해당하는 외국인 상대적으로 단순노동에 종사한다.

외국인 전문인재 분류기준(표 4-2)

등급	주요 인원
A	과학자, 과학기술인재, 국제기업가, 전문특수인재 등
B	중국에서 석사이상의 학위 취득, 해외순위 100위 대학에서 석사 이상 학위를 취득한 졸업생, 외국어 교수
C	일반인력

2. 외국인의 거류와 취업

(1) 외국인 거류

중국에서 취업하려는 외국인은 외국인거류증과 취업허가증을 구비해야 한다. 중국은 180일을 기준으로 거류(居留)와 정류 (停留)로 나눈다. 한국의 용어로 표현하면 정류는 단기체류자격을 의미하며 거류는 장기체류자격에 해당한다. 사증유형은 체류목적과 범위에 따라 사증을 취업, 비취업 사증 및 영주거류로 구분한다.

외국인은 입국 후 30일 이내 현급 이상 인민정부 공안기관의 출입국관리 부서에 본인의 여권과 기타 국제여행증명서 및 신청사유를 입증하는 관련 자료를 제출하고 지문 등 인체생물식별정보를 등록하면 해당 부서는 거류사유에 따라 거류기간을 명시한 거류증을 발급한다. 일반적으로 취업류 거류자격의 90일에서 최장 5년이고 비취업류 거류자격의 180일에서 5년까지이다.[259] 비취업류 거류자격은 유학, 기자, 가족결합, 개인사무의 자격으로 구분한다.

259) 중국「출입경관리법」제29조.

(2) 취업허가

중국의 외국인 고용규정은 한국과 마찬가지로 사증제도를 통하여 근로자를 받아들이고 있다. 중국에서 취업이 가능한 체류자격은 Z(취업)와 R(전문인재)사증이다. 여기서 비취업류 사증 F(방문), X(유학), L(관광)비자로 취업할 경우 불법취업으로 간주되어 당사자에게 과태료가 부과되며[260] 엄중할 경우 「출입국관리법」 제80조에 따라 5일 이상 15일 이하의 구류될 수 있다. 외국인 근로자의 고용절차는 2017년부터 시행하고 있는 「중국 내 외국인취업허가지침〈임시〉(外国人来华工作许可服务指南〈暂行〉)」에 의해 규정되고 있다. 외국인근로자를 고용하고자 하는 사업자는 이어 출입국관리법에 따라 신고의무가 부여되며 유학생을 채용한 경우 해당유학생의 학교 측과 관할 공안기관에 신고해야 한다.

(3) 취업절차

중국에서 취업하는 외국인은 반드시 외국인취업허가증을 발급받아야만 합법적인 근로관계로 인정할 수 있다.[261] 그리하여 외국인은 취업허가증을 소지하고 있더라도 현재 사업장에서 발급받은 것이 아닌 경우 불법근무로 간주되어 「노동계약법」 상의 근로관계가 아닌 일반 민사법규의 적용을 받는 노무관계로 인정된다. 따라서 고용자가 정당한 이유 없이 외국인을 해고할 경우 「노동계약법」에 근거하여 경제보상금을 청구 할 수 없으며 다만 체불임금이 있을 경우 민사소송을 통하여 구제받을 수 있다.

---

260) 5천 위안 이상 2만 위안 이하의 과태료.
261) 「취업관리규정」 제8조.

3. 한국의 고용허가제

(1) 개관

한국의 인력정책은 1980년대 초반 중국동포가 국내에서 관광비자나 친척방문비자로 입국하여 국내 제조업 또는 서비스업종으로 일하게 되면서 외국 인력의 비공식적인 유입이 시작되었다. 1980년대 이후 국내 단순기능 인력난을 해소하기 위하여 도입된 산업연수생제도[262]는 1993년 11월부터 본격적으로 시행된 이래 불법체류자의 급증, 인권침해 등 많은 문제점을 낳았다. 예컨대 당시 합법적인 외국인 인력제도가 없어 산업연수생을 노동자로 활용하거나 미등록이주민을 고용하는 등 문제가 존재하였다. 따라서 이에 대한 해결책으로 2003년 8월 「외국인근로자의 고용 등에 관한 법률」(이하 「외국인고용법」으로 약칭)을 제정하고 동법에 따라 2004년 8월부터 외국인 고용허가제가 시행되었다. 이로서 외국인 노동자를 연수생이 아닌 근로자로써 인정하고 국내노동자와 동등하게 노동관계법을 적용하였다. 한편 2007년 1월 1일부터 추가적인 산업연수생 도입이 중단되고 고용허가제로 일원화되면서 산업연수생제도는 사실상 폐지되었다.

외국인노동자의 노동3권 인정문제는 외국인의 헌법상 지위와 관련하여 지속적으로 논의되어 온 가운데 2015년 대법원 판결에서 불법체류외국인에 대하여 노동조합결성을 인정하게 되었는데 이것은 불법체류 외국인에 대한

---

262) 산업연수생제도는 해외투자업체연수생제도(1991년)와 외국인산업연수제도(1993년)로 나뉜다. 해외투자업체연수생제도는 한국기업이 해외에 투자법인 등을 설립할 때 해당국의 노동자에게 국내기술을 가르쳐주기 위하여 노동자를 입국시켜 기술연수를 받는 제도이다. 외국인산업연수제도는 중소기업의 기술을 외국인에게 연수시킬 목적으로 도입하였으나 실제로는 인력난을 해소하기 위한 제도로 사용되었다. 즉 출입국관리법령상 산업연수의 자격을 가질 뿐 취업자격을 가진 자가 아니며 그 법적지위 또한 근로자가 아닌 산업연수생의 신분으로 근로에 종사한 것이다. 산업연수생이 근로자로서의 법적 보호나 임금 등 근로조건에 있어서는 불법체류하면서 유사한 근로를 제공하고 있는 외국인 근로자보다 불리하여 산업연수생으로 하여금 연수업체를 이탈하는 요인이 되고 있으며 그러한 과정에서 그들이 불법체류자임을 악용한 인권침해의 사례들이 속출하였다. 관련논의로는 김지형, “외국인근로자의 헌법상 기본권 보장”, 2002.

권리보장을 위한 판결로 중요한 의미를 갖는다. 그 외에도 외국인 근로자의 기본권 보장에 관하여는 그와 관련된 가족의 권리와 연관되는 점을 감안하여 학계논의나 정부정책에서도 적극적인 대안을 마련하고 있다.

(2) 고용허가제와 외국인근로자 권리보호

가. 적용대상

「외국인고용법」 제2조에 따르면 외국인근로자란 "대한민국 국적을 가지지 않은 사람으로서 국내에 소재하고 있는 사업 또는 사업장에서 임금을 목적으로 근로를 제공하고 있거나 제공하려는 사람"을 말한다. 다만, 외국인은 그 체류자격과 체류기간의 범위에서 「출입국관리법」 제18조 제1항에 따라 외국인이 한국에서 취업하려면 동법 시행령 제23조에서 규정한 취업활동을 할 수 있는 체류자격을 받아야 한다. 한편 「외국인고용법」은 모든 외국 인력에 적용되는 것이 아니라 단순기능 외국인근로자를 규율하는 법률로서 작용한다. 즉 전문 인력과 단기취업 체류자격을 지닌 외국인은 「외국인고용법」의 적용대상에서 제외된다. 즉 외국인고용법에 비전문취업(E-9)과 방문취업(H-2) 체류자격을 보유한 외국인을 적용대상으로 한다.

한국에서 취업하려면 「출입국관리법」 및 동법 시행령에 따라 취업이 허용된 체류자격이 있어야 하며[263] 한국에서 취업하려는 외국인은 대표적으로 「외국인고용법」의 절차에 의하여 비전문취업(E-9)과 선원취업(E-10) 및 방문취업(H-2)의 체류자격으로 부여받는다. 고용허가제는 일반고용허가제와 특례고용허가제로 나뉘며 특례고용허가제[264]는 외국국적동포를 대상으로 하

263) 「출입국관리법 시행령」 제23조 제1항부터 제5항의 규정상 취업활동을 할 수 있는 체류자격은 단기취업(C-4), 교수(E-1), 회화지도(E-2), 연구(E-3), 기술지도(E-4), 전문직업(E-5), 예술흥행(E-6), 특정활동(E-7), 계절근로(E-8), 비전문취업(E-9), 선원취업(E-10), 방문취업(H-2)이다. 그밖에 거주(F-2), 결혼이민(F-6), 재외동포(F-4), 관광취업(H-1)이 있다.

고 일반고용허가제는 외국국적동포가 아닌 외국인근로자에게 적용된다.[265]

나. 고용허가제의 기본원칙

한국의 외국인 고용허가제는 단순외국 인력을 도입하면서 기본적으로 보충성, 투명성, 정주화금지 및 차별금지의 원칙 등으로 운영되고 있다. 이하에 각 원칙의 내용을 살펴보기로 한다.

(가) 보충성원칙

보충성원칙은 외국인근로자의 활용이 국내노동시장에 부정적인 영향을 주어서는 아니 된다는 요구로부터 도출된다. 보충성원칙은 '내국인 우선고용의 원칙'으로도 표현한다. 단순외국인력은 노동시장의 수요를 적용받지 않고 자발적으로 고용되며 도입규모가 제한되지 않는 전문 외국인력과 달리 내국인근로자에게 우선적으로 근로의 권리를 보장하기 위해 내국인근로자를 채용하지 못한 경우에만 고용하도록 하거나 필요한 업종에 한하여 일정한 규모의 외국인근로자를 도입하는 것이므로 내국인근로자의 고용기회 및 고용증진을 보하는데 목적을 둔다.[266] 따라서 「출입국관리법」 상 취업활동을 할 수 있는

---

264) 특례고용허가제는 재외동포법의 실질적 적용에서 소외받아 온 중국과 구쏘련 동포에 대한 차별해소를 위하여 도입되었다. 특례고용허가제도의 대표적인 방문취업제도는 재외동포에 한하여 방문취업(H-2)자격과 5년의 복수사증을 발급하고 있다. 재외동포는 일반고용허가제로 입국한 외국인보다 업종에서 폭넓은 선택이 가능하며 사업장변경의 횟수나 사유의 제한이 없이 신고만으로 가능하다. 한국에서 외국국적의 재외동포는 외국인근로자 가운데 중요한 영역의 하나이며 또한 일반외국인에 비하여 여러 가지 특권이 인정되는 면에서 헌법상 평등권에 위배된다는 지적이 있다.

265) 한국의 경우 고용허가제를 중심으로 단순기능 외국인을 도입하고 있으나 부분적으로 노동허가제의 요소를 가미하고 있다. 예컨대, 외국국적동포는 고용허가제의 특례를 적용받아 신고만으로써 사업장을 변경할 수 있다.

266) 이대창 • 설동훈 • 강준원, 『외국인고용허용 업종추가 연구』, 2011, 28면.

체류자격 및 근무처에 대한 규정(제18조)과 「외국인고용법」 상 외국인고용절차에서 내국인근로자에 다한 구인노력에 대한 규정(제6조)은 외국인근로자 고용에 있어 보충성의 원칙을 간접적으로 전제하고 있다. 구체적으로 고용절차를 살펴보면 외국인근로자를 고용하고자 하는 자는 우선 직업안정기관에 내국인 구인신청을 하여야 하며 직업소개를 받고도 채용하지 못할 경우 직업안정기관에 외국인근로자 고용허가 신청을 할 수 있다.[267]

이러한 보충성원칙은 헌법상 근로의 권리에서도 근거를 찾을 수 있다. 헌법재판소는 근로의 권리의 일부로서 '일할 자리에 관한 권리'는 국가에 대하여 고용증진을 위한 사회적·경제적 정책을 요구할 수 있는 권리이며 사회권적 기본권의 성격을 가진다. 따라서 '일할 자리에 관한 권리'는 국민에게 인정되는 권리이다.

(나) 정주화금지 원칙과 불법취업문제

단순기능 외국인근로자들이 국내에 정주할 경우 사회통합비용이 증가하고 국내노동시장의 이중구조를 초래할 수 있다는 관점에서 정주화금지원칙이 적용되며 이를 단기순환원칙이라고도 한다. 정주화를 방지하는 주요방식으로서 기간제고용, 재입국취업제한, 가족결합금지 등이 있다. 한국의 현행법상 외국인근로자는 3년의 체류기간을 정하고 2년 미만의 범위에서 연장이 가능하며 6개월이 경과하여야만 재입국이 가능하다. 다만 외국인 근로자가 연장된 취업활동기간이 끝나 출국 전에 재입국 후의 고용허가를 신청하면 출국날부터 1개월의 지나면 다시 취업할 수 있다.[268] 즉 외국인근로자는 최장

267) 「외국인고용법」 제8조 제1항.

268) 2021년 4월 13일 외국인고용법에 일부개정을 통하여 코로나19로 인한 외국인근로자의 취업활동기간이 만료되어 출국을 못하고, 재입국을 희망해도 입국금지로 제한을 받고 있어 이를 해결하고자 연장된 취업활동이 끝난 외국인근로자의 재입국 취업제한 기간을 기존의 3개월에서 1개월로 단축하고 외국인근로자의 책임 없는 사유로 사업장 변경을 한 경우 그 요건을 완화하여 특례대상을 확대하였다.

5년 미만의 체류기간동안 취업활동이 가능하다. 한편 국적취득에 있어 5년 이상 계속하여 한국에 주소가 있을 것을 요건[269]으로 한국국민과 결혼하는 경우 등 사유를 제외하면 국적을 취득할 수 없게 된다.

또한 헌법재판소가 불법체류 외국인의 긴급보호사안(2008헌마430)에서 불법체류 외국인은 관련법령에 의하여 체류자격이 인정되지 않을 뿐 '인간의 권리'의 기본권 주체성을 인정함에 있어 불법체류여부에 따라 달라지는 것은 아니라고 한 것은 불법체류외국인의 노동3권 인정여부에 일정한 시사점 주고 있다. 정주화금지원칙에 따른「외국인고용법」과「국적법」은 단순외국인근로자의 취업활동을 원칙적으로 3년으로 제한하고 있어 해당 외국인의 노동조합 설립이나 가입에 어려움이 따른다.

(다) 국적차별금지원칙

국적차별금지원칙은 외국인근로자의 고용에서만 적용하는 법리만은 아니다. 한국의「근로기준법」제6조에서는 사용자가 근로자에게 대하여 국적 등을 이유로 근로조건에 대한 차별적 대우를 하지 못함을 규정하고 「노동조합 및 노동관계 조정법」제9조는 노동조합의 조합원은 어떠한 경우에도 인종, 종교, 성별, 연령에 의하여 차별대우를 금지할 것을 규정하고 있다. 한편 국내노동시장을 보완하는 외국인근로자의 지위는 이미 차별대우를 받는 것을 전제로 한다. 이러한 차별금지원칙은 한국헌법 제32조의 근로의 권리와 제11조의 평등권으로부터 도출할 수 있다. 근로의 권리란 인간이 자신의 의사와 능력에 따라 근로관계를 형성하고 유지하며, 근로의 기회를 얻지 못하는 경우 국가에 대하여 근로의 기회를 제공하여 줄 것을 요구할 수 있는 권리를 말한다. 헌법재판소는 근로의 권리를 '일할 자리에 관한 권리'와 '일할 환경에 대한 권리'로 구분하면서 자유권적 기본권의 성질을 내포한 '일할 환경에 대한 권리'에 관하여 외국인도 기본권 주체가 될 수 있음을 설시하였다.[270]

269)「국적법」제5조.

즉 외국인은 근로자로서 국가에 대하여 근로의 기회를 제공하여 줄 것을 요구할 수는 없지만 기본적인 생활수단을 확보하고 인간의 존엄성을 보장받기 위한 최소한의 근로조건을 요구할 수 있는 권리를 부여받는다.

(라) 투명성원칙

외국인력의 도입초기 브로커 등을 통한 민간부문에서 영리를 위주로 하는 송출비리 등이 문제점으로 지적되면서, 없이 투명하게 제도를 운영하기 위하여 일반고용허가제 아래 15개 국가와 MOU(양해각석)를 체결하고 공공부문인 한국산업인력공단과 직업안정기관구(고용센터) 등 부문이 외국인근로자의 인력선발과 도입과정을 담당하는 '공공기관 도입모델'을 택하였다[271] 즉 고용허가제에 의해 외국인 근로자를 채용하고자 할 경우에는 송출국과 한국에서 민간기간의 관여를 차단하고 국가나 국가로부터 위탁을 받은 공공기관 만이 송출업무를 담당하도록 하여 송출비리의 발생을 근본적으로 배제하는 장치를 두고 있다. 이러한 제도에 의해 외국인 근로자가 비공식적인 송출비용을 방지하고 적정수순으로 송출비용을 통제하며 불법취업의 요인을 제거하여 외국인근로자의 권리를 보장하기 위한 것이다.[272]

(3) 고용절차

우선 국무총리 소속의 외국인정책위원회에서 외국인근로자 송출국가를 지정하고 고용노동부장관은 송출국가의 노동행정을 관장하는 정부기관의 장과 협의하여 외국인구직자 명부를 작성하여야 한다. 고용허가를 받으려는 사

---

270) 헌재 2007.8.30.2004헌마670 판례집 19-2, 297.
271) 이철우 외, 앞의 책, 395면.
272) 헌재 2009.9.24. 2004헌마1264 전원재판부 (외국인고용자등에 관한 법률 제7조 등 위헌확인)

업주는 내국인 구인노력을 다한 후에 채용 못한 경우에는 직업안정기관에게 고용신청을 한다. 고용허가서가 발급되면 사업주는 표준근로계약서를 사용하여 근로계약을 체결하고 외국인근로자를 대리하여 법무부장관에게 사증발급인정서를 신청한다. 또한 외국인근로자가 입국한 후 15일 이내에 취업활동에 필요한 사항을 주지(周知)시키기 위하여 취업교육을 받아야하며 외국인근로자 고용허가를 최초로 받은 사용자에게 노동관계법령, 인권 등에 관한 교육을 받도록 하고 위반 시 과태료를 부과하여 외국인근로자의 인권침해를 예방하려고 한다.

(4) 사업장 이동제한의 문제점

고용허가제의 주된 특징은 법령상 상당한 사유가 없다면 원칙적으로 입국 시 배정된 사업장에서 이직할 수 없다는 것이다. 이러한 규정은 직업선택과 신체의 자유라는 기본권을 침해하고 있다는 우려가 따르고 있다. 특례고용허가제의 적용을 받는 외국국적동포가 아닌 외국인근로자는 사업장변경의 제한을 받는다. 외국인근로자는 최초입국한 날부터 3년 내에는 원칙적으로 3회까지 사업장을 변경할 수 있고 취업기간이 연장된 기간(2년 미만) 중에는 2회를 초과할 수 없다. 다만 경영상의 사유(휴업, 폐업), 근로조건위반 혹은 부당한 처우에 따른 고용허가의 취소[273] 등 원인으로 외국인근로자에게 책임이 없는 경우 횟수에 산입되지 않는다. 또한 외국인근로자가 사업장변경을

273) 「외국인고용법」 제25조 제1항: 외국인근로자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 발생한 경우에는 고용노동부령으로 정하는 바에 따라 직업안정기관의 장에게 다른 사업 또는 사업장으로의 변경을 신청할 수 있다. 1. 사용자가 정당한 사유로 근로계약기간 중 근로계약을 해지하려고 하거나 근로계약이 만료된 후 갱신을 거절하려는 경우 2. 휴업, 폐업, 제19조 제1항에 따른 고용허가의 취소, 제20조 제1항에 따른 고용의 제한, 제22조의2를 위반한 기숙사의 제공, 사용자의 근로조건 위반 또는 부당한 처우 등 외국인근로자의 책임이 아닌 사유로 인하여 사회통념상 그 사업 또는 사업장에서 근로를 계속할 수 없게 되었다고 인정하여 고용노동부장관이 고시한 경우 3. 그밖에 대통령령으로 정하는 사유가 발생한 경우.

신청한 경우에 신청한 날부터 3개월 이내에 출입국관리법에 따른 근무처 변경허가를 받지 못하면 해당 근로자는 출국하여야 한다.

사유제한조항에 관련하여 외국인고용법령의 합헌성 여부가 다루어졌으나 최근 판결에서 헌법재판소는 외국인근로자의 기본권을 침해하지 않는다는 합헌결정을 내렸다.[274] 헌법재판소는 외국인근로자의 사업장변경을 제한하는 것은 내국인근로자의 고용기회를 보호하는 취지이며 특히 불법체류자가 급격히 늘어나는 현실에서 외국인근로자에 대한 효율적인 외국인 근로자를 효율적으로 관리하기 위해서라도 직장의 잦은 변경을 억제하고 취업활동 기간 내에서는 장기 근무를 유도할 필요가 있다고 본 것이다. 다만 외국인 근로자가 취업 전 자신이 구체적으로 어떤 근로조건과 작업환경에서 일하게 될지 알 수 없는 상태에서 사업장변경을 제한하는 것은 외국인근로자로 하여금 열악한 근로환경에서의 강제근로로 이어지게 할 수 있다.

4. 중국의 '3비 외국인' 관리

(1) 불법취업 외국인에 대한 규제

가. '3비 외국인'의 개념 및 유형

'3비 외국인'이란[275] 불법입국, 불법체류, 불법취업을 한 외국인을 말한다. '3비 외국인'의 체류관리에서 불법취업 문제를 언급하지 않을 수 없다. 대부분의 불법체류 외국인 문제는 곧 외국인 불법취업 문제와 밀접히 연관되어 있다. 불법체류와 불법취업 외국인이 이론적으로 일치하지 않지만 현실적

274) 헌재 2021.12.23. 2020헌마395(외국인근로자 사업장 변경 제한 사건)

275) '3비 외국인'이라는 용어는 90년대 후반 증대된 아프리카 출신의 불법체류자에 대한 호칭으로서 广东省정부가 이들에 대한 단속 작업을 진행하는 단계에서 나타났고 이후 2012년 개정된 「출입국관리법」에서 '3비 외국인'이라는 용어가 공식화 되었다.

으로 불법체류 외국인이 취업활동을 하고 있다는 점을 감안한다면 불법체류와 불법취업 외국인이의 규모는 차이가 크지 않다. 즉, 체류하는 국가에서 요구하는 조건을 충족하지 못한 상태로 체류하면서 노동력을 제공하는 경우 보다 많은 문제점을 야기한다. 유입국의 입장에서 불법체류 외국인의 증가는 이들의 고용으로 인한 노동시장의 왜곡과 잠재적인 범죄 및 공공서비스의 부담을 증가시키는 문제를 가져오기도 한다.

중국의 '3비 외국인' 규모는 양적으로 명확히 공개된 바는 없으나 국가이민관리국의 업무보고에 따르면 2021년 7만9000명을 단속하고 그중 4만4000명에 대해서는 강제추방을 집행하고 그 외에는 벌금과 기한 내 출국조치를 내렸다.[276] 이처럼 중국의 체류외국인 지위에 있어 제일 큰 쟁점이 바로 '3비 외국인'의 지위문제이다. 중국은 현재까지 단순외국인력의 유입을 제한하고 있지만 이미 다수의 외국인근로자가 취업자격을 부여받지 못한 상태로 유입되고 있는 것이 실정이다. 이러한 '3비 외국인'은 대부분 중국보다 경제적으로 낙후한 국가의 외국인들 중에서 나타나며 이에 대한 단속은 중국의 외국인 관리에 있어 가장 시급한 문제이다. 또한 '3비 외국인'의 경우 법적 보호를 받을 수 없기 때문에 이들에 대한 인권침해 문제가 심각한 상황에 이르고 있다.

「출입국관리법」 제43조에 의하면 불법취업은 규정에 따라 취업허가와 비취업류 사증으로 취업활동을 하는 '자격 외 취업자', 취업허가의 범위를 초과하여 취업 한 '체류기간 초과자', 유학생이 근로 장학의 관리규정을 위반하여 규정된 범위 또는 시한을 초과한 경우와 그밖에 밀입국하여 취업하는 경우가 존재한다. '3비 외국인'중에서도 '자격 외 취업자', 불법입국하여 취업활동을 하는 자와 매매혼으로 결혼이주여성이 큰 비중을 차지하고 있다. 이들은 광둥지역과 인접한 미얀마 베트남인들이 생계를 유지하기 위하여 불법체류하여 '베트남 마을', '미얀마 마을', '아프리카인 지역'을 형성하였으며 그들 중에는 개인 혹은 단체형식으로 불법취업 하거나 불법취업 중 밀입국 알선브로커를 통하여 중국으로 인력수입을 한다.[277] 특히 광둥지역의 아프리

276) 国家移民管理局, 2021年度移民管理工作主要数据.

카 출신 불법체류 외국인들은 대다수 비자가 만료된 이후 출국하지 않거나 이민브로커와의 공조를 통해 취업활동을 하고 있다. 또한 불법취업 주로 서비스 영역인 상업성을 띈 공연, 언어교육 및 제조업에서 취업행위가 이루어지는데 「취업관리규정」에 따르면 중국에서 공연을 진행하는 외국인은 반드시 문화부의 허가를 받아야 하며 공연허가증을 발급받아야 한다. 또한 외국인 강사를 초빙하고자 하는 교육기관은 반드시 '외국전문인재 초빙자격 허가증'을 취득해야만 외국인을 고용할 수 있다.[278] 제조업에서는 저가 노동력이 대량으로 수요하여 불법체류 외국인에게 기회를 제공하였다. 현지 정부는 '3비 외국인' 관리에 있어 어려움을 겪고 있는데 그 원인은 불법취업 외국인과 고용주가 결탁하여 공동으로 법적 제재를 피하려 하기 때문이다. 이로서 고용주들의 외국인 근로자에 대한 체불임금, 인권침해와 같은 불법행위가 있더라도 참아야 하는 상황에 놓이게 된다.

나. 불법취업 시 처벌

중국에서 불법체류외국인에 대한 단속이 강화되고 있는데 「출입국관리법」 제80조는 제1항에서는 외국인이 불법취업 할 경우, 개인에게는 1인당 5천 위안에서 2만 위안 이하의 벌금에 처하고, 정황이 엄중할 경우 5일 이상 15일 이내의 구류에 처하는 동시에 5천 위안 이상 2만 위안 이하의 벌금에 처한다고 규정하고 있다. 또한 불법취업 알선기관에서는 1인당 5천 위안, 총액 10만 위안 이하의 벌금에 처한다고 규정하고 있고, 동조 제3항은 외국인을 불법 채용했을 경우, 1인당 1만 위 안, 총액 10만 위안 이하의 벌금에 처하고 불법소득이 있는 경우 그 불법소득을 몰수한다고 규정하고 있다.

277) 노재철, "중국의 불법체류 외국인 근로자에 대한 법적 규제에 관한 비교법적 연구", 2014, 239면.
278) 郭峰超, "国际非法移民问题概观", 2003, 86~90면.

(2) 한국의 미등록 외국인근로자

미등록외국인근로자란 흔히 말하는 불법체류자 또는 불법취업자이다. 구체적으로 이들은 합법적으로 근로 가능한 체류자격을 보유하지 않은 채 국내에 취업하거나, 체류기간이 경과하였음에도 불구하고 계속하여 국내에 남아 취업하여 근로하고 있거나, 체류자격의 법적 위를 위반하여 국내에서 근로를 제공하고 있는 자들을 포함하는 개념이다.[279] 그 외에도 밀입국하여 취업하는 경우가 있는데 합법적인 입국절차를 밟지 않고 입국하여 국내에 취업중인 외국인을 말한다. 한국의 불법체류 외국인의 규모를 살펴보면 2020년 기준 법무부 출입국외국인정책본부에서 발간한 출입국 외국인정책 통계연보에 따르면 외국인 총수는 2,036,075명이고 이중 불법체류 외국인은 392,196명으로 조사되었다.[280] 여기서 취업자격으로 입국하여 불법체류가 된 외국인의 규모는 비전문취업(E-9) 체류자격을 가진 외국인이 큰 비중을 차지하고 있다.

가. 근로자성 인정여부

외국인고용법은 외국인근로자를 내국인 근로자와 같이 '근로자'로 인정하고 있으며, 이에 따라 외국인근로자는 취업기간 동안 내국인과 동일하게 근로기준법, 최저임금법 등 노동관계법령의 적용을 받는다. 한편 미등록 외국인근로자는 「출입국관리법」과 「외국인고용법」의 자격요건을 갖추지 못하고 근로를 제공하고 있으면서 근로자의 법적지위가 논란이 되어 왔다. 실제로

279) 전윤구, "차별금지에서 외국인근로자의 법적 지위", 2013, 399면.
280) 2020년 출입국외국인정책 통계연보. 81면. 이 통계는 불법체류의 모든 유형을 포괄하는 것이 아니라 '체류기간 초과자' 만을 포함하며 '체류자격 외 활동자'와 '밀입국자' 단속에 적발된 경우에만 집계에 나타난다.

노동부는 실제로 노동부는 1994월 2월 이전까지만 해도 불법체류 근로자가 맺은 근로계약이 불법계약으로 간주하였으나 외국인근로자 관련단체들에 의한 권익보호운동과 법원의 판례[281] 등으로 인해 종전의 입장이 변경되었다.

「근로기준법」 제2조 제1항에서 '근로자'란 직업의 종류와 관계없이 임금을 목적으로 사업이나 사업장에 근로를 제공하는 사람으로 정의된다. 미등록 외국인근로자가 취업활동 중 재해로 부상을 입고 근로복지공단에 요양불승인 취소소송을 제기한 사안에서 대법원은 근로복지공단의 상고를 기각 하고 미등록 외국인근로자를 근로자로서 인정하는 판결을 내리게 되면서 미등록 외국인근로자가 체결한 근로계약의 법적 성격을 명확히 하였다.[282]

나. 노동3권의 보장

대법원 전원합의체는 취업자격이 없는 외국인근로자도 타인에게 근로를 제공하고 그 대가로 임금 등을 받아 생활하는 사람이므로 '근로자'에 해당하고, 따라서 노동조합을 결성 및 가입할 수 있다는 내용의 판결을 선고하였다.[283] 이 판결은 불법체류 외국인이 중심이 되어 설립한 노동조합에 대한 노동조합설립신고의 반려가 쟁점이 되면서 대법원이 원심인 서울고등법원의 판결을 수용하였다. 그리하여 미등록 외국인근로자들로 법적으로 노동조합의 결성과 가입이 가능해졌고 이 판결은 국내에서 노동을 하고 그 대가를 받는

281) 서울고법 1993. 11. 26. 선고, 93구16774판결(에이아트공업사 사건); 대법원 1995. 9. 15. 선고, 94누12067판결(요양불승인처분취소).

282) 대법원 1995.9.15., 94누12067. "취업자격 없는 외국인의 고용이라는 사실적 행위 자체를 금지하고자 하는 것뿐이지 나아가 취업자격 없는 외국인이 사실상 제공한 근로에 따른 권리나 이미 형성된 근로관계에 있어서의 근로자로서의 신분에 따른 노동관계 법상의 제반 권리 등의 법률효과까지 금지 하려는 규정으로는 보기 어렵다. 따라서 취업자격 없는 외국인이 위 출입국관리법상의 고용제한 규정을 위반하여 근로계약을 체결하였다 하더라도 그것만으로 그 근로계약이 당연히 무효라고는 할 수 없다.

283) 대법원 2015.6.25. 선고 2007두4995 전원합의체 판결. 서울고등법원 2007. 2.1. 선고 2006누6774 판결.

자는 내외국인과 체류자격 의 여부에 관계없이 헌법상 노동3권을 보장 받는 근로자에 해당한다는 보편적 법리를 재확인하였다는 점에서 의의가 크다.[284] 다만 해당 권리가 인정되는 것이 「노동조합 및 노동관계조정법」에서 고용제한, 강제퇴거 등 출입국관리 및 외국인고용 관련 법령의 적용과는 별개의 문제이며 노조결성이 허용된다고 해서 취업자격이 주어지거나 국내체류가 합법화되는 것은 아니다. 그리하여 미등록 외국인근로자의 노동3권이 인정되어 이들로만 구성된 노조를 설립하는 것은 고용주는 언제든지 근로계약을 해지할 수 있으므로 본질적으로 근로조건 개선의 목적을 달성하기 어려움이 있다.[285] 하지만 단결을 하였으나 근로계약의 해지로 교섭을 할 고용주가 없다는 것은 단결의 실효성 문제이고 이것은 단결권이라는 기본권 행사를 부인할 문제가 아니라는 견해가 있다.[286].

다. 미등록외국인의 관리

미등록 외국인근로자를 줄이기 위한 정부의 각종 조치는 대표적으로 처벌조치와 치유책을 지적할 수 있다. 처벌조치는 국경통제, 고용주에 대한 제재조치 등이 있고, 치유책으로는 합법화, 강제추방, 자발적 귀환 등이 포함된다. 한국의 「출입국관리법」과 「외국인고용법」에 의하면 불법체류 및 불법취업 외국인 및 그 사업주, 알선자 등에 대해 엄격한 제재조항을 두고 있다. 제재대상은 국내 고용주, 불법체류 외국인, 외국인의 불법입국, 불법취업에 관련된 모든 당사자를 대상으로 하고 있다.

---

284) 이동영, “불법체류 외국인근로자의 노도결성 가능판결의 의미와 시사점”, 2015, 2면.
285) 박종희 • 강선희, “이주근로자 인권보호에 관한 법제도 운영과 개선방안”, 2008, 436면.
286) 전형배, “이주민의 노동권”, 2017, 267면.

(가) 자진출국제도

외국인 불법고용 및 불법체류 방지를 위해 2013년부터 단속과 함께 불법고용·불법취업 방지 사전 계도를 병행하고 경찰·지방자치단체 등 관계기관과 합동으로 불법체류 방지 캠페인을 실시하여 예방활동을 전개하는 한편 2004년부터 불법체류 외국인 자진출국제도를 시행하고 있다. 구체적으로 불법체류 비율이 높은 주요 국가의 주한 공관원을 초청하여 불법체류 중인 자국민에 대한 자진귀국 유도를 요청하고 신규불법체류 외국인 발생방지를 위해 외국정부와도 긴밀한 협력체계를 구축하였다. 특히, 2019년 12월부터 6개월간 불법체류 외국인들에게 스스로 본국으로 귀환할 기회를 제공하는 한편 범칙금과 입국금지를 면제하고 재입국 기회를 부여하는 '불법체류 외국인 특별자진출국기한'을 운영하였으며, 2020년 7월부터는 자진출국 시 범칙금을 납부하는 경우 입국금지 면제 혜택을 부여하고 불법체류 외국인에 대한 강력한 단속과 함께 불법체류 외국인의 자발적인 귀환을 유도함으로써 효율적인 불법체류 외국인 감축정책을 추진하고 있다.

(나) 사업주(고용주)에 대한 제재

「출입국관리법」은 제18조 제3항과 동법 제94조 제9호에서 체류자격을 가지지 아니한 외국인의 고용을 금지하고 이를 위반하였을 때 처벌규정을 두고 제90조의2에서 미등록외국인을 고용한 자에게 그 외국인의 출국비용을 부담하며 이를 이행하지 않을 경우 불법고용주에게 구상권을 행사하게 하고 있다. 불법고용주 및 알선자는「출입국관리법」제94조에 의하여 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처한다.[287] 또한 동법 시행규칙 제86조

287) 한국「출입국관리법」제103조에 따라 벌금이 아니라 범칙금 통고처분을 하기 때문에 형사처분을 받아 벌금을 납부한 사람과는 다르게 처리된다. 다만 납부하지 않을 경우 즉결심판 등 형사절차로 이행된다.

제1항에서는 불법고용 인원과 위반기간을 세분화 하고 있다. 그밖에 법위반의 동기, 위반횟수 등을 참작하여 경감하거나 가중할 수 있고 면제도 가능하다.

(다) 체류자격 부여

미등록외국인에게 체류자격을 부여하는데 대해 의견이 엇갈리고 있다. 그것은 불법체류 외국인의 인권보장의 차원에서 그들의 노동조건을 향상시키는데 정당성을 찾을 수 있지만 이러한 조치는 종종 불법취업자에게 합법화 가능성의 시그널로 작용함으로써 지속적인 불법취업 유인이 될 수 있다는 문제가 있다. 합법화의 대상은 보통 입국일자를 기준으로 삼아 장기적으로 불법체류중인 외국인이나 취업중인 외국인 혹은 인도주의 차원에서 합법화 대상을 선정하고 있다.[288]

한국은 과거 산업연생제도에서 고용허가제로 이행될 때 합법화가 시행된 적이 있는데 당시에는 불법체류 기간이 오래된 외국인일수록 짧은 체류기간을 부여하고 짧게 불법체류 외국인에게 긴 체류기간을 부여하였다.[289] 현재 체류허가의 특례로 「출입국관리법」 제61조와 동법 「시행령」 제76조에 따라 한국국적을 가졌던 사실이 있거나 특별한 사정을 고려하여 특별체류허가를 받을 수 있다.

5. 소결

한국의 현행 고용허가제는 내국인의 일자리 보장을 위하여 외국인근로자

288) 이창원・최서리, 『불법체류 관리방안으로서의 합법화와 귀환지원: 해외사례 분석과 한국에의 제언』, 2018, 25면.
289) 이창원・최서리, 앞의 책, 55면.

의 단기순환 원칙을 고수하고 정주를 방지하는 차원에서 취업활동을 세 가지 측면에서 엄격하게 제한하고 있다. 우선 취업활동 기간을 5년 미만으로 제한하고, 사업장 이동의 자유를 제한하여 지정 된 근무처에서만 근무하여야 하며, 일정한 경우에 한하여 사업장 변경을 신청할 수 있다.

중국은 외국인전문인재의 체류관리에 대한 완화와 불법취업 외국인의 체류관리를 강화라는 갈등을 겪고 있다. 불법취업 외국인의 증가는 중국의 지역특성상 많은 국가들과 국경을 맞대고 있어 불법입국자의 변방관리문제가 작용하는 한편 정부가 노동시장의 수요와 외국인정책간의 괴리로 인하여 단순인력의 시장수요가 어느 정도 존재하고 있음에도 불구하고 우수인재유치정책에 치중하는 것이 중요한 원인으로 작용하고 있다. 우수인재를 대상으로 하는 법과 정책은 내용이 구체적으로 제정되어 있는데 비해 그 외의 집단에 대해서는 대상별로 법률에서 명시적으로 규정하거나 관련법이 존재하지 않는다.

Ⅱ. 외국인의 사회보장

1. 개관

중국은 개혁개방으로 시장경제 체제를 도입하게 되면서 1980년 중반에 사회보장제도에 대한 개혁으로 복지에 대한 새로운 인식과 함께 체계도 변화를 가져왔다.[290] 초기 중국의 사회보장의 이념적 기초는 사회보장제도가 경제 발전과 사회 안정을 위한 것일 뿐만 아니라 사회주의 생산목적을 실현하기 위한 수단으로써 더 중요하게 작용하며 사회적 평등을 달성하는 것을 그것의 가장 중요한 기능이자 가치로 정의하였다.[291] 반면 일부 학자들은 복지

290) 张力之, “中国社会保障改革述评”,1989, 86면.
291) 景天魁, “社会保障: 公平社会的基础”, 2006. 20면.

를 일종의 정책적 목적을 가진 도구로서가 아니라 모든 사람이 누려야 할 권리로 규정하여, 인권차원에서 접근하여 사회보장권이라는 시각에 기초하여 제도가 시행되어야 한다는 것으로 본다.

2004년 헌법수정안을 통하여 정부는 경제발전수준에 적합한 사회보장제도를 수립할 것을 규정하고 인권조항의 도입과 함께 일각에서는 사회보장권에 대한 헌법적 기초를 갖게 되었으며 헌법적 권리로 인정한 것으로 해석하기도 한다.[292] 그러나 중국헌법에서 사회보장권이라는 용어보다는 물질적 도움을 받을 권리(物质帮助权)로 정의하고 이에 대해 명시적으로 해석을 하지 않고 있다. 이처럼 사회보장권을 물질적 도움을 받을 권리로 해석[293]하는 한편으로는 이를 노동권 보장의 중요한 부분으로 보며[294] 또한 인권의 시각에서 사회보장권을 생존권 또는 발전권으로 해석한다.[295]

중국의 사회보장은 기본적으로 사회정책과 경제정책이 결합되어 중국특색의 사회보장제도를 주창하며 각 지역상황에 따라야 함을 강조한다.[296] 이런 시각에 외국인이 아닌 중국공민도 거주지역에 따라 상이한 수준의 사회보장 혜택을 받고 있다.

2. 외국인에 대한 적용여부

사회보장은 사회적 권리의 구체화된 부분으로서 중국헌법 제33조의 '인권의 존중과 보장'과 제45조의 "국가는 면민의 물질적 도움을 받을 권리를 향유하는데 필요한 사회보험, 사회구제 및 의료보건위상 사업을 발전시켜야 한다."는 의무를 규정하고 있다. 이러한 헌법적 요청을 규범적 기초로 하여 「중화인민공화국사회보험법 (中华人民共和国社会保险法)」 (이하 「사회보

292) 钟会兵, "作为宪法权利的社会保障权", 2005. 119면.
293) 王家福·刘海年.『中国人权百科全书』, 1998 , 527면.
294) 李光宇·王晓红 . "论农民工作权", 2004 , 86면.
295) 李乐平. "试论社会保障权", 2004, 83~81면.
296) 郑功成, "社会保障:中国道路的选择与发展", 1999, 72면.

험법」으로 약칭) 이 제정되어 있다.[297] 중국의 「사회보험법」 발효전의 문제점은 포괄적으로 규정한 통일적인 기본법의 부재로 각 보험 종류마다 근거법령이 상이한 점이다. 국가는 사회보험의 제도구축을 지방정부에 위임하였기 때문에 구체적인 제도내용이 각 성(省)마다 상이하여 지역 간의 이동과 납부 및 수급이 어려웠으며 5대 보험을 전국적으로 통합하여 운영하는 입법적 취지에서 2010년 10월 28일 「사회보험법」이 공포되었다. 「사회보험법」을 시행함에 있어 각 지역은 동법 규정과 저촉되는 내용은 수정 혹은 폐지하여야 한다. 동법 제2조에 따르면 국가는 양로보험(연금보험), 의료보험, 실업보험, 공상보험(산재보험)과 생육보험(출산보험) 등 사회보험제도를 마련함으로써 공민의 노령, 질병, 공상, 실업, 생육 등 상황에서 국가와 사회로부터 물질적 도움을 받을 권리를 보장한다. 그 외에도 사회구조(社会救助)[298], 사회복리(社会福利)[299], 사회우대(社会优抚)[300]가 사회보장제도에 포함되고 있으나 법령의 형식보다는 중앙정부 또는 국무원의 결책의 방식으로 구체화되고 있다.[301]

중국에서 외국인의 「사회보험법」 가입은 1948년에 제정된 세계인권선언 제22조에서 “모든 사람은 사회 구성원으로서 사회보장을 누릴 권리가 있다.”고 명시하고 중국이 비준한 사회권규약(제9조)에서 “이 규약 당사국은 모든 사람이 사회보험을 포함한 사회보장에 대한 권리를 가지는 것을 인정한다.”고 규정하여 국제연합의 주요문서는 사회보장에 관련하여 모든 사람의 권리로 인정하고 있다. 중국은 2011년부터 「사회보험법」에 의하여 중국내에서 합법적으로 취업한 외국인에게 법에 따라 사회보험에 가입할 수 있는 권리를

297) 「사회보험법」 제1조 “사회보험관계를 규범화하고 공민의 사회보험 가입과 사회보험의 향유하는 합법적인 권익을 보호하며, 공민의 발전성과를 공유하고 사회의 화합과 안정을 촉진하기 위하여 헌법에 근거하여 본법을 제정한다”

298) 사회구조란 공민의 최저생활을 보장하기 위한 지원을 말하며 관련 법률로는 「도시주민최저생활보장조례(城市居民最低生活保障条例)」가 있다.

299) 사회복리는 한국의 사회복지서비스를 의미하며 비장정부가 노인, 장애인 등 취약집단에게 주거, 교육, 재활서비스 등을 지원하는 제도를 말한다.

300) 국가 및 사회에 대해 특수공헌을 한 자 또는 군인 및 그 가족을 대상으로 연금, 의료, 주택 등의 서비스를 포함한다.

301) 中共中央办公厅 , 国务院办公厅印发「关于改革完善社会救助制度的意见」

부여하고 있다.「중국 내 외국인 취업자 사회보험가입 임시시행조치(在中国境内就业的外国人参加社会保险暂行办法)」(이하「사회보험가입임시조치」로 약칭)의 발표와 함께 중국의 사회보험제도는 외국인을 대상으로 꾸준히 확대되어 왔으며, 외국인 영주권자로부터 합법적으로 체류하고 있는 외국인에 대하여 의무가입대상으로 편입시켰다.

따라서 중국에서 외국인이 사회보험 가입은 중국공민과 동일한 기준으로 양로보험[302], 의료보험, 실업보험, 산재보험, 출산보험이 포함되며 가입의무자를 '외국인 취업증 및 거류증을 취득하고 합법적으로 취업한 자'로 규정하고 있다. 여기에는 중국국내의 고용주가 직접 고용하는 외국인과 외국투자기업이 중국으로 파견하여 근무하는 외국인이 포함된다. 다만 외국인의 이러한 사회보험의 적용에 대해서는「사회보험법」제99조에서 "외국인이 중국내에서 취업하는 경우 본 법의 규정을 참조하여 사회보험법에 가입한다."고 포괄적으로 규정할 뿐 구체적인 수급방법 등이 통일적으로 규정되어 있지 않다.

(1) 양로보험

중국의 양로보험은 5대보험 중에서 보험률이 제일 높고 가장 중요한 보험으로서 퇴직 후(남자 60세, 여자 55세)에 국가로부터 매달 생활비를 수령받는 일종의 퇴직연금제도이다. 중국의 양로보험제도는 사회통일관리기금과 개인계좌를 병행 운영하고 있으며 앞에서 살펴본 바와 같이 기업과 개인이 공동으로 납부하여 퇴직 후 노동자의 생활을 보장해주는 연금성격의 보험이다. 양로보험은 구체적으로 '도시직공양로보험'과 '도시주민사회양로보험'으로 나누어지는데 전자는 도시에 거주하는 피고용자를 대상으로 하며 후자는

302) 중국의 양로보험은 한국의 국민연금에 해당된다. 2012년 10월 29일 서명한 <한중사회보험협정>이 11월 22일 국회 비준동의를 거쳐 2013년 1월 16일 부터 발효되어 중국에서 일하는 한국인 노동자에 대해 사회보험료 이중부담을 면제해주고 있다.

기업에 고용되어 있지 않은 도시 거주민을 대상으로 한다. 양로보험의 경우 중국에서 15년 이상 취업한 근로자가 수급을 받을 수 있는데 대부분의 외국인 근로자들은 상기의 조건을 충족시키기 힘들다. 다만 15년 미만인 경우에는 외국인 가입자가 본국으로 귀국 시 기업부담금을 제외한 본인 부담금을 일시금으로 돌려받을 수 있다. 외국인근로자가 중도에 중국을 떠나는 경우 개인계좌를 보유하고 중국에 재취업 시 누적하여 계산한다.

(2) 의료보험

의료보험은 양로보험과 마찬가지로 개인계좌와 사회통일관리기금을 병행하는 시스템으로 운영되고 있다. 가벼운 질병의 외래진료는 소액으로 적립되는 개인의료 보험계좌를 사용하므로, 현실적으로 별 도움이 되지 않으나, 중병으로 입원치료 시는 의료보험 사회통일관리기금에서 70% 이상이 차감되므로 의료보장 혜택을 크게 받을 수 있다. 현재 上海, 重庆, 浙江, 江苏 등의 지역에서는 이미 서로 다른 방식으로 장기체류하거나 영주자격을 취득한 외국인에게 서로 다른 수준의 사회보험 프로그램을 개방하였다.[303] 의료보험도 양로보험과 마찬가지로 피고용자를 대상으로 하는 '도시직공기본의료보험'과 고용되어 있지 않는 도시주민을 대상으로 하는 '도시주민기본의료보험'으로 나눈다.

(3) 실업보험

실업보험은 본인의 의사가 아닌 상황에서, 실업 상태가 된 노동자의 생

303) 2012년 2월부터 인적자원사회보장국은 취업한 외국인은 기초노령연금, 기초의료보험, 산재, 실업 및 출산보험에 가입해야 하며, 고용주들은 취업증명서를 발급받은 날로부터 30일 이내에 가입소재지의 사회보험 공공업무관리사무소에 신고해야 한다.

계를 보장하기 위한 제도이다. 기업은 임금의 2%, 개인은 1%를 실업보험비로 각각 납부한다. 다만 「취업관리규정」 제21조에 따라 고용된 외국인과 노동계약이 해체되면 사용자는 지체 없이 노동부서 또는 공안부서에 신고하고 취업증과 거류허가증을 반환하여야 한다. 이럴 경우 외국인은 실업과 동시에 체류자격이 박탈되므로 실업보험 수급이 불가하다.

(4) 생육보험

생육보험은 여성근로자의 출산, 육아기간 중 경제적 보호 및 여성근로자가 많은 기업의 부담경감, 계획출산정책의 추진을 주된 목적으로 하고 있다. 출산보험의 경우 납부는 지방정부가 지역별 상황에 따라 실시하도록 규정하고 있어, 다른 사회보험과는 달리 각 지방마다 납부기준이 상이하다. 기업은 직원 임금총액의 0.6%-0.8%사이에서 보험료를 납부하며, 직원은 부담하지 않는다. 출산보험의 납부 대상에는 남녀 모두 포함된다. 합법적으로 출산할 경우 출산보험의 수급자격이 부여된다. 외국인의 경우 출산보험을 사용하려면 우선 동사무소에서 출산허가증(准生证)을 발급받아야 한다. 출산허가증은 호적등록부(户口薄) 혹은 주민신분증(居民身份证)이 필요하므로 외국인이 과연 혜택을 받을 수 있는지 불확실하다.

(5) 공상보험

공상보험은 근무 중 불의의 사고를 당해 사망하거나 노동능력에 손상을 입은 노동자 및 가족을 위한 치료비, 재활비용은 물론, 생활보장비 등을 제공하는 보험이다. 근무 중 사고로 사망이나 상해사건이 발생하면, 배상문제를 놓고 극한적인 대립과 갈등이 초래될 수 있다. 산재보험은 공상사고(因工负伤)의 인정기준과 장해급수에 따른 배상기준과 금액을 법률로 규정하고 공상

보험기금과 기업의 배상분담을 명확히 함으로써, 노사 간의 불필요한 마찰과 충돌을 완화시켜 주는 역할을 하고 있다. 중국의 경우, 한국과 가장 크게 구별되는 점은 출퇴근 도중의 자동차로 인한 사고도 공상사고로 취급하고 있다는 점이다.

3. 한국의 경우

(1) 인간다운 생활을 할 권리

「사회보장기본법」은 개인에게 질병, 노령, 장애, 사망, 산재, 실업 등 사회적 위험이 발생하여 이를 원인으로 개인이 정상적인 생활을 수행할 수 없는 상활을 극복하기 위한 조치를 규율하는 법 영역이다. 사회보험에 적용될 수 있는 헌법상의 기본권은 한국헌법 제34조에서 인간다운 생활을 할 권리와 특별히 사회보장과 사회복지의 증진에 노력할 국가의 의무로 채택하고 있다. 인간다운 생활을 할 권리는 사회권적 기본권의 일종으로서 최소한의 물질적인 생활의 유지에 필요한 급부를 요구할 수 있는 권리를 의미한다. 「사회보장기본법」은 헌법의 이러한 요청을 규범적 기초로 하여 사회보장 전반에 걸친 지도원리, 지침, 방향 등을 제시하고 있다.[304]

앞서 외국인의 기본권 주체성 논의에서 살펴보았듯이 외국인의 사회적 기본권에 관하여 권리성질설에 따르면 원칙적으로 사회보장을 받을 수 없게 된다. 또한 사회권은 국민의 인간다운 생활을 보장하기 위한 기본권을 의미하고 입법자의 입법형성을 통하여 구체적으로 실현된다는 특징을 가지고 있다. 그러나 산재보험과 같은 경우 그 대상자는 근로자인지 여부가 기준이며 해당 근로자가 국민 또는 외국인인지 여부는 문제가 아니다.[305] 외국인의 사회권과 관련하여 '일할환경에 관한 권리'를 외국인에게 인정한 데 이어 2016

304) 노호창, "외국인의 사회보장", 2019, 478면.
305) 최홍엽, "외국인근로자의 사회보장", 2002, 151면.

년 3월 31일에 선고된 2014헌마367결정에서는 출국만기보험금은 퇴직금의 성질을 가지고 있고 생활의 기본적 수요를 충족시킴과 동시에 인간의 생존의 기초가 된다는 점에 비추어 볼 때 인간의 권리로서 보호된다고 설시하면서.[306] 외국인에게도 헌법상 사회권 주체로 인정될 수 있는 가능성을 보여주었다.[307]

(2) 「사회보장기본법」에서 상호주의

「사회보장기본법」은 제1조에서 사회보장기본법의적용범위를 "이 법은 사회보장에 관한 국민의 권리와...국민의 복지증진에 기여함을 목적" 으로 하여 기본적으로 '국민'으로 한정하고 있으며 제8조에서 외국인의 사회보장에 관하여 "국내에 거주하는 외국인에게 사회보장제도를 적용할 때에는 상호주의 원칙에 따르되, 관계법령에서 정하는 바에 따른다."고 규정하였다. 즉 인간다운 생활을 할 권리가 원칙적으로 국민에게 인정되고 상호주의 따라 외국인에게 제약이 가해진다는 의미이다.

상호주의가 각종 국제조약들이 체결되기 시작한 초기에 각국의 가입을 유도하기 위하여 비롯되었고 외국인에 대한 아무런 보호가 없던 과거에서는 상당한 역할을 해왔다는 점은 부인하기 어렵다.[308] 사회보장 수준의 결정에 있어서 국내의 재정적 상황을 고려해서 결정할 사안이며 외국인근로자의 사회권 보장 역시 국가의 예산 부담을 어떻게 정당화하는가의 문제로 보는 관점도 있다.[309] 한편 사회보험에서 급여청구권은 재산권의 성격을 가지며, 상호주의는 헌법상 재산권과 조화될 수 없고 상호주의가 외국에 대하여 사회보

306) 헌재 2016. 3. 31. 2014헌마367(외국인근로자 출국만기보험금 지급시기 제한 사건), 판례집 28-1, 480면.
307) 이주영, "외국인의 사회권과 헌법재판소 판례 비판", 2018, 88면.
308) 최홍엽, 앞의 논문, 156면.
309) 박진완, "이주노동자권리협약에 규정된 권리들의 헌법적합성에 대한 검토", 2013, 145면

장 분야에서 국제협약의 체결을 유도하는 기능을 수행한다는 점도 타당하지 않다.[310] 더욱이 대부분 외국인근로자는 개발도상국으로부터 선진국으로의 유입되며 이런 외국인들은 사회보장제도가 잘 갖춰지지 않은 국가들로부터 들어온다는 사실을 고려할 때 상호주의는 결과적으로는 경제적 약자들에 대한 차별대우로 이어진다. 사회보장 영역에서 상호주의로부터 내외국인 평등의 원칙으로의 전환을 근본적으로 고민할 필요가 제시되고 있다.[311]

반면 상호주의 원칙이 존재하고 있음에도 불구하고 개별 법령에 따라 적용되는 경우가 있는데, 앞서 서술하듯이 「난민법」 제31조에서는 난민으로 인정되어 한국에 체류하는 외국인은 한국국민과 같은 수준의 사회보장을 받을 수 있다.

(3) 외국인의 사회보장수급권

가. 사회보험 적용현황

(가) 산업재해보상

「산업재해보상법」은 적용대상을 근로자로 규정하고 있어 원칙적으로 외국인근로자를 배제하고 있지 않다. 또한 미등록 외국인근로자도 산재보험의 적용대상이 된다고 앞의 논의에서도 확인된 바 있다.[312] 즉 외국인근로자는 체류자격을 불문하고 산재보험이 적용된다. 또한 산재보험은 국민과 외국인이 거의 동등한 대우를 받게 된다. 그러나 요양신청을 하는 과정에서 체류자

310) 전광석·박지순·김복기, 『사회보장법』, 2020, 340면.
311) 노호창, “이주민의 사회보장권 기타 사회권에 관한 연구”, 2017. 319면, 김복기, “외국인의 사회보장법상 지위”, 2019, 32면.
312) 대법원 1995.9.15. 선고 94누12067판결. 대법원은 미등록 외국인근로자이게도 산재보험법상의 요양신청에 대한 불승인처분을 취소하는 판결을 통하여 산재보험은 체류자력을 요구하지 않고 모든 외국인근로자에게 적용된다.

격이 드러날 것에 대한 우려 때문에 강제송환이 두려워서 사업주와 합의로 산재를 신청하지 않는 경우가 발생하고 있다. 이러한 문제점을 해결하기 위해 자진신고 및 산재신청에 협조하는 사용자에게는 벌금을 감면하는 제안 등이 제기되고 있다.[313]

산재보험은 상시 1인 이상 고용한 사업장은 의무가입대상이며, 예외적으로 위험률이나 규모 및 장소 등에 따라 대통령령으로 정하는 사업에 대해 적용제외 될 수 있다.[314] 아울러 장해급여에 대해 동법 제57조 제3항에 따라 청구사유 발생당시 외국에 거주하는 외국인에게 장해보상일시금을 지급한다.

(나) 고용보험

고용보험은 실업의 예방, 고용의 촉진 및 근로자의 직업능력의 개발과 향상 을 꾀하고, 국가의 직업지도와 직업소개 기능을 강화하며, 근로자가 실업한 경우에 생활에 필요한 급여를 실시하여 근로자의 생활안정과 구직활동을 촉진함으로써 경제·사회 발전에 이바지하는 것을 목적으로 마련된 사회보험이다. 고용보험도 원칙적으로 외국인근로자의 적용을 배제하고 예외적으로 일부 외국인[315]에 한하여 가입이 가능하였으나 외국인근로자 직업능력개

313) 노재철, “미등록 외국인근로자의 문제점과 해결방안”, 2010, 68면; 이다해, “시민과 이주노동”, 서울대학교 법학박사학위논문, 2015, 180면.

314) 「산재보험법」 제6조.

315) 가. 「출입국관리법 시행령」 제12조에 따른 외국인의 체류자격 중 주재(D-7), 기업투자(D-8) 및 무역경영(D-9)의 체류자격을 가진 자(법에 따른 고용보험에 상응하는 보험료와 급여에 관하여 그 외국인의 본국법이 대한민국 국민에게 적용되지 아니하는 경우는 제외한다); 나. 「출입국관리법 시행령」 제23조 제1항에 따른 취업활동을 할 수 있는 체류자격을 가진 자(고용노동부령으로 정하는 바에 따라 보험 가입을 신청한 자만 해당한다); 다. 「출입국관리법 시행령」 제23조 제2항 제1호, 제2호 및 제3호에 해당하는 자; 라. 「출입국관리법 시행령」 제12조에 따른 외국인의 체류자격 중 재외동포(F-4)의 체류자격을 가진 자(고용노동부령으로 정하는 바에 따라 보험 가입을 신청한 자만 해당한다); 마. 「출입국관리법 시행령」 제12조에 따른 외국인의 체류자격 중 영주(F-5)의 체류자격을 가진 자.

발을 위하여 2019년 6월 25일 일부개정을 통하여 외국인고용법의 적용을 받는 외국인근로자에게는 고용안정 · 직업능력개발사업을 적용하고 외국인고용법의 적용을 받는 외국인근로자가 아닌 사람으로서 취업활동을 할 수 있는 체류자격을 가진 사람 등의 경우에는 고용보험 가입을 신청할 수 있게 되었다.

(다) 국민건강보험

현행 「국민건강보험법」 제109조 제2항에 따르면 한국에 체류하는 외국인이 국민건강보험 적용대상사업장의 근로자, 공무원 또는 교직원이고 주민등록법상 등록, 재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률상 국내거소신고, 또는 외국인등록을 하면 직장가입자가 된다. 이에 해당하지 않더라도 주민등록 또는 「재외동포법」상 국내거소를 한 사람 또는「출입국관리법」상 외국인등록을 하고 보건복지부령으로 정하는 일정한 체류자격이 있는 사람이 6개월 이상 국내에 거주하였거나 국내에 지속적으로 거주할 것으로 예상할 수 있는 사유(결혼이민 및 유학)가 있는 경우에는 공단에 신청하여 지역가입자가 될 수 있다.

일부 외국인의 가입 후 단시간 내에 고액진료와 약 처방을 받고 이후 고의로 자격을 상실하는 사례가 발생하여 사회문제로 제기되자 한국정부는 2018년 12월에는 관련 법령을 개정하여 외국인 지역가입자의 최소 체류기간 요건을 3개월 에서 6개월로 연장하고, 의무가입으로 전환시켰다. 또한 세대합가 인정범위를 축소하였는데, 내국인 세대에 편입하는 외국인 및 재외국인 세대의 경우에는 내국인과 동일하게 기존의 기준을 적용되지만 외국인 및 재외국민으로만 세대를 구성할 경우에는 세대합가 범위를 세대주의 배우자 및 미성년자녀(19세 미만)로 제한하면서 세대원도 의무가입 하도록 하고 있다.

(라) 국민연금

외국인에 대한 국민연금의적용에 대해서는「국민연금법」제126조(외국인에 대한 적용)와 제127조(외국과의 사회보장협정)에 따라 규정하고 있다.[316] 국민연금법의 적용을 받는 사업장에 사용되고 있거나 국내에 거주하는 외국인으로서 대통령령으로 정하는 자 외의 외국인은 당연히 사 업장가입자 또는 지역가입자가 되도록 규정하고 있다.[317] 다만, 상호주의에 의해 국민연금에 상응하는 연금에 관해 그 외국인근로자의 본국법이 한국국민에게 적용되지 않으면 그 외국인에 대해서는 적용되지 아니 한다.[318] 한편 한국이 외국과 사회보장협정을 맺은 경우에는 국민연금법상 규정에도 불구하고 국민연금의 가입, 연금보험의 납부, 급여의 수급 요건, 급여액의 산정, 급여의 지급 등에 관하여는 그 사회보장협정에서 정하는 바에 따르고 있다.

반환일시금의 지급과 관련하여 동법 제126조 제4하에서는 외국인의 본국의 법에 따라 한국국민이 국민연금법상 노령연금, 장애연금, 유족연금에 상응하는 급여의 수급권을 취득하지 못하고 국민연금법상 반환일시금 수급 요건에 해당하게 된 때에 그 한국국민에게 일정 금액(가입기간 중 낸 연금보험에 기초하여 산정한 금액)을 일시금으로 지급하도록 그 나라 법에서 규정하고 있는 경우; 외국인고용법에 따른 외국인근로자로서「국민연금법」을 적용받는 사업장에 사용된 경우;「출입국관리법」에 따라 산업연수활동을 할 수 있는 체류자격을 가지고 필요한 연수기간 동안 지정된 장소를 이탈하지 않은 자로서「국민연금법」을 적용받는 사업장에 사용된 경우에는 반환일시금 규정이 적용된다.

---

316) 외국인의 입장에서 국민연금 납부는 일정한 부담감을 가지고 있다. 특히 노령과 관련하여 한국에서의 노후생활에 대비하여 수급기간 10년과 수급연령 60세를 충족할 수 있는 가능성이 적기 때문에 실익이 크지 않다. 물론 이러한 경우 반환일시금으로 반환받을 수 있으나 비교적 낮은 월급에서 매달 납부하는 보험료는 부담으로 느껴질 수 있다.

317)「국민연금법」제126조 제1항

318) 김복기, 앞의 논문, 37면,

(4) 공공부조

공공부조의 기본법으로서「국민기초생활보장법」상 급여의 종류는 생계급여, 주거급여, 의료급여, 교육급여, 해산급여, 장제급여, 자활급여 총 7가지가 있다. 동법 제5조의2에서 외국인에 대한 특례규정을 두고 있는데 그 수급요건으로 한국국민과 결혼하여 본인 또는 배우자가 임신 중이거나 한국국적의 미성년자녀를 양육하고 있거나 한국국적인 직계존속과 생계나 주거를 같이 하고 있는 사람 또는 한국국민인 배우자와 이혼하거나 그 배우자가 사망한 경우 한국국적의 미성년 자녀를 양육하고 있는 사람과 사망한 배우자의 태아를 임심한 사람은 수급권자로 인정한다. 즉 결혼이민자 체류자격을 가진 외국인에게 해당한다. 그밖에 의료급여법상「난민법」에 따른 난민인정자는「국민기초생활보장법」제12조의3 제2항에 따른 의료급여 수급권자 범위에 포함된다.

주거권은 한국헌법 제35조 제3항의 “국가는 주택개발정책 등을 통하여 모든 국민이 쾌적한 주거생활을 할 수 있도록 노력하여야 한다.”에서 헌법적 근거를 찾을 수 있다. 주거급여는 국민기초생활보장급여의 일환으로 시행되고 있으며, 수급자에게 주거안정에 필요한 임차료, 수선유지비, 그밖에 수급품을 지급하는 것을 말한다. 「주거급여법」에는 외국인근로자들에 대해 별도의 규정이 없고 제4조에 의하여 「국민기초생활보장법」을 따르고 있어 외국인근로자의 경우도 주거급여상 부양의무자 요건과 소득인정액의 요건을 갖추고 「국민기초생활보장법」에 명시된 외국인근로자에 대한 요건만 갖춘다면 주거급여를 받을 가능성이 보인다. 또한 긴급지원대상자의 범위에 해당하는 외국인은 한국국민과 혼인 중인 사람, 한국국민인 배우자와 이혼하거나 그 배우자가 사망한 사람으로서 한국국적을 가진 직계존비속을 돌보고 있는 사람 , 난민으로 인정된 사람 , 본인의 귀책사유 없이 화재, 범죄, 천재지변으로 피해를 입은 사람과 보건복지부장관이 긴급한 지원이 필요하다고 인정하는 사람이 적용된다.

(5) 기타서비스 지원

가. 교육지원

교육지원과 관련하여「외국인처우법」에서는 재한외국인의 사회적응 지원, 결혼이민자를 위한 국어교육, 제도나 문화에 대한 교육 및 그 자녀에 대한 교육지원, 난민인정자에 대한 사회적응교육 등이 규정되어 있다. 재한외국인의 사회적응을 위한 교육지원 대상은 한국에 90일 이상 합법적으로 체류할 수 있는 외국인을 말하며 해당외국인은 한국어교육, 한국사회 이해교육 등을 제공받을 수 있다.[319] 결혼이민자는 한국사회 조기적응 지원을 위한 프로그램이 운영되고 있다. 불법체류 외국인의 자녀에 대해서는 학교생활과 관련하여 신상정보를 알게 된 경우 통보의무를 면제하고 있다.[320] 난민인정자의 미성년자녀는 한국국민과 동일하게 초중등교육을 받는다.

나. 응급의료지원

「응급의료에 관한 법률」 제3조에 의해 “모든 국민은 성별, 나이, 민족, 종교, 사회적 신분 또는 경제적 사정 등을 이유로 차별받지 아니하고 응급의료를 받을 권리를 가진다. 국내에 체류하고 있는 외국인도 또한 같다.”고 규정함으로서 외국인을 보호범위에서 배제하지 않는다. 마찬가지로 미등록 외국인이 응급의료상황에서 진료를 받을 경우 공공의료기관의 담당공무원이 환자의 산상정보를 알게 되어도 통보의무가 면제되므로 신분노출의 우려가 없다.

---

319)「출입국관리법」 제39조 제1항,「출입국관리법시행령」 제48조 제1항.
320)「출입국관리법시행령」령 제92조의2.

다. 장애지원

한국에서 장애인에 대한 지원을 받으려면 우선 장애인등록이 필요하다.[321] 외국인의 경우 재외동포, 영주권자, 결혼이민자, 난민은 장애인등록이 가능하다. 따라서 미등록 외국인이 장애인인 경우 장애인등록이 불가하므로 서비스지원을 받기 어려울 것이다.

4. 소결

사회권규약에서는 건강권을 인간의 신체적, 정신적 건강을 누릴 권리로 정의한다. 즉 건강은 육체적 정신적 사회적으로 완전히 안정된 상태를 의미한다. 외국인의 건강권은 건강할 권리라기보다는 건강을 위한 각종서비스에 동등하게 접근할 수 있는 권리이며, 단순히 법적으로 서비스를 이용할 수 있는 권리 보다는 실질적으로 의료서비스에 접근 할 수 있는 권리이다. 중국에서 외국인의 사회보험가입을 입법화 한 것은 인권보호라는 측면에서 일정한 발전이라고 할 수 있으나 이에 앞서 외국인이 중국에서 건강한 생활을 유지하기 위한 각종 장애요소 무엇인지 선행연구가 우선적으로 이루어 져야 하며 이러한 통계자료를 기반으로 법적장치를 마련해야 한다. 앞서 언급하듯이 사회보험법의 공평성, 책임불명과 운영에 있어 관련된 문제점들은 조속한 입법적 개선이 필요하다. 한국의 현행 사회보장제도를 보면 사회보험 공공부조 그 외에 사회서비스라는 세 가지 틀에서 복지, 의료, 고육, 거주 등 다양한 분야의 서비스를 제공해주고 있다. 외국인에게 적용여부에 있어서도 각 제도마다 일정한 차이가 존재한다.

산재보험은 외국인의 체류자격보다는 근로자여부에 따라 적용되고 고용

321) 「장애인복지법」, 제32조의2.

보험도 물론 체류자격도 중요하지만 근로자라는 기준에 더 치중되어 있다. 사회보험인 국민건강보험과 공공부조에서 의료급여를 중심으로 운용되고 있는 의료보장에 관련하여 미등록외국인에 대한 의료보장이 제외되고 있는 상황이다. 국민건강보험의 외국인특례조항에서 외국인을 적용대상으로 두고 있지만 국적과 체류자격에 따른 차별이 보이고 의료급여는 한국국적자를 임신, 양육 또는 부양 중인 결혼이민자와 난민인정자에 한하여 적용되고 있다. 유일하게 응급의료에 관한 법률은 국적에 따른 비차별 규정을 명시하고 있다. 국민건강보험은 2018년 말부터 2019년 7월 16일 사이에 외국인의 지역건강보험 의무가입을 추진하여왔다. 이 과정에서 외국인 건강보험 '먹튀'를 문제점으로 삼아 외국인이 납부한 보험료보다 급여혜택을 많이 받는 중증질환자를 지탄하면서 재정 수지악화를 원인으로 지목하면서 개정이 시작되었다.[322] 우선, 국민건강보험제도의 적용자격에서 미등록외국인의 가입이 허용되지 않는다. 피부양자와 세대원의 범위에 있어 외국인은 배우자와 만 19세 미만 자녀만 세대원이 될 수 있다. 한국국민을 배우자로 둔 다문화가정인 경우 한국국민만 세대주가 될 수 있다. 외국인 지역가입자의 사실혼 배우자는 세대원이 될 수 없다. 다음, 의료급여가 외국인에 대한 적용에서 임신, 양육 등 연관성을 강조하여 결혼이민자와 정주와 관련성이 높은 난민인정자는 수급자가 될 수 있다. 마지막으로 응급의료지원에서 유일하게 외국인에게 한국국민과 동등한 권리를 명시하여 외국인도 서비스지원대상이 된다.[323] 이처럼 건강보험이 포괄하지 못하는 미등록외국인에 대한 지원을 사회서비스 영역에서 보충해주고 있다.

Ⅲ. 교육

322) 이한숙 외, 『이주민 건강권 실태와 의료보장제도 개선방안 연구』, 2019, 37면.
323) 인한숙 외, 앞의 책, 39~40면.

중국헌법은 제46조 제1항에서 “공민은 교육받을 권리와 의무를 가진다.”고 규정하여 교육받을 권리를 기본권의 형식으로 보장하고 있다. 이러한 권리는 공민의 기본권으로 인식되어 원칙적으로 외국인에게 인정되기 어렵다. 중국이 가입한 사회권규약 제13조는 모든 사람에 대해 교육받을 권리, 무료 초등의무 교육과 학교선택의 자유를 규정한다. 또한 아동권리협약 제2조에서 비차별의 원칙, 제28조에서 아동의 균등한 교육기회를 가지고 있음을 인정하고 마찬가지로 초등교육을 의무화해야하는 한편 중등교육과 고등교육의 발전을 위해 적절한 조치를 취할 것을 규정하였다. 그밖에 이주노동자권리협약 제30조는 “부모 또는 자녀의 체류자격과 무관하게 국민과 평등하게 교육받을 권리를 가진다.”고 규정하였다. 외국인의 교육 관련하여 현재 영주권을 취득한 외국인의 자녀가 중국에서 의무교육단계에 입학할 경우, 의무교육 관련 혜택을 받을 수 있으며, 거주지 교육행정부서의 규정에 따라 입학하고 전학 수속을 진행하되, 규정 이외의 비용을 받지 않는다. 다만 중국의 변경지역에서 불법으로 입국한 결혼이주여성의 경우 함께 입국한 자녀는 현실적으로 중국의 호적제도의 영향으로 교육지원을 받지 못하고 있다.

한국에서 외국인의 교육관련 쟁점은 다문화가족의 자녀가 급격히 증가하면서 다문화교육이라는 관점에서 관심을 가져왔다. 「다문화가족지원법」 제10조에서 아동 · 청소년 보육 · 교육을 실시함에 있어서 다문화가족 구성원인 아동·청소년에 대한 차별금지를 규정하였다. 합법체류 외국인의 자녀는 의무교육대상은 아니지만 동법 시행령에 따라 초등학교와 중학교에 입학 또는 편입학을 신청하여 교육받을 수 있다.[324] 따라서 불법체류자의 자녀도 임대차계약서, 거주사실에 대한 인우보증서 등 거주사실을 확인할 수 있는 서류의 제출만으로 초등학교와 중학교에 입학과 전학 또는 편입학을 신청하여 교육을 받을 수 있다. 다만 현행교육제도는 의무교육의 범위에 포함되지 않으므로 강제할 수 없다. 또한 불법체류자녀는 외국인 등록번호 등 필수적인 개인정보가 없어 교육지원에서 소외되고 부모가 불법체류자의 신분노출을 우려하여 교육권을 보장하기 어려운 상황이다.

---

324) 「초등교육법시행령」 제19조, 제75조.

외국인의 교육권에 관한 논의에서 공통적으로 불법체류 외국인 자녀의 교육권 문제가 중요한 쟁점이다. 교육받을 권리가 자유적 성격과 사회권적 성격을 동시에 갖춘 기본권으로서 이러한 측면을 고려하면 적어도 의무교육 단계에서 외국인의 교육받을 권리를 보장하는 것이 바람직하다.

Ⅳ. 정치적 권리

중국헌법에서 정치적 권리에는 구체적으로 선거권과 피선거권, 감독권 그리고 각종 국가사무의 관리에 참여할 권리를 규정하고 있다. 세계적으로 많은 나라가 민감한 선거권과 피선거권을 외국인에게 개방하려는 시도를 하고 있다. 중국의 홍콩특별행정구에서도 「홍콩기본법(香港基本法)」 제92조에 따라 "홍콩특별행정구의 법관과 기타 법조인은 반드시 본인의 전문적인 재능에 따라 선임되어야 하며, 기타 일반법 적용 지역에서 채용할 수 있다."고 규정하여 외국인의 공무담임권을 인정하고 있다. 2005년 「공무원법〈초안〉(公务员法〈草案〉)」 제정당시 외국인의 공무담임권을 제한적으로 인정해야 한다는 주장이 제기되었으나 대부분의 학자들은 이러한 견해에 대해 반대의견을 내놓았다. 즉 대표적인 견해로는 중국의 국정과 사회현실은 반드시 접목되어야 하며 정부부처는 대부분 많은 국가기밀을 장악하고 있을 뿐만 아니라, 대부분 기업과 공민의 개인정보도 장악하고 있기 때문에 국가나 개인정보보안 차원에서 이러한 제안은 적절치 않다고 판단한 것이다.

자유권규약은 표현의 자유, 평화적 집회의 자유, 결사의 자유를 보편적 인권으로 규정하고 있다. 표현의 자유와 집회 또는 결사의 자유는 국가안보, 공공질서의 유지 등을 이유로 제한받을 수 있다. 이러한 권리는 자유권으로서 보편적 인권에 귀속되지만 외국인의 정치적 표현, 정치적 집회·결사의 주체가 될 때 자유권의 속성보다 정치적 권리로서의 한계가 문제된다.[325] 중국헌법 제35조는 "공민은 언론, 출판, 집회, 행진, 시위의 자유를 가진다."고

325) 이철우, "주권과 인권사이에서: 이민법의 구조", 2017, 47면.

규정하고 있다. 이러한 권리들은 아직 여러 가지 하위법령에 의하여 실질적으로 상당한 제한을 받고 있다. 집회, 행진, 시위에 관하여는 1989년부터 시행되는 「중화인민공화국집회·행진·시위법(中华人民共和国集会游行示威法)」과 및 그 실시조례(1992년)에서 집회·행진·시위는 현지 공안기관에 등록하여 승인을 받아야 하며[326] 공민은 거주이외의 도시에서 현지 공민들이 조직하는 집회·행진·시위에 참가할 수 없는[327] 등의 제한이 따른다. 동법 제34조와 그 실시조례 제30조에서는 "외국인은 중국 내에서 주관기관의 승인 없이 중국 공민이 조직하는 집회·행진·시위에 참가할 수 없다."고 규정하고 외국인이 중국내에서 집회·행진·시위에 참가 시, 해당 책임자는 신청서에 이유를 명시해야 하여 공안기관의 허가를 받을 것을 요구한다(제31조). 각 성(省)과 시(市)의 실시방법도 모두 동법의 규정을 그대로 옮겨왔으며, 구체적인 집행기준과 조치를 진일보 규정되지 않아 외국인의 집회의 권리가 엄격히 제한되고 있다. 또한 중국에서 외국인의 집회 또는 시위에 참가할 수 있는 기준과 자격은 무엇인지에 명확히 입장을 밝히지 않고 있으며 관련 법률에서도 명문규정을 찾아볼 수 없다. 이러한 통일된 기준과 주관부서가 없는 상태에서 각기 다른 기준에 따라 심사, 승인하고 서로의 기준차이로 하여 주관적 측면이 강해 자의성 및 위험성이 크다.[328]

한국에서 외국인의 지방참정권에 관한 논의는 1998년 김대중대통령이 한일 정상회담에서 재일동포에 대한 지방참정권 부여를 촉구하면서 시작되었다. 이후 2004년「주민투표법」이 제정되면서 영주외국인의 주민투표권을 인정하였고 2005년 8월 4일「공직선거법」개정으로 국내에 장기간 거주해 온 외국인 중 영주권을 취득한 후 3년이 경과한 19세 이상의 외국인에 대하여 지방선거권이 주어졌다. 또한「국가공무원법」과「지방공무원법」에서는 일정한 조건 하에 외국인을 공무원으로 임용할 수 있음을 밝히고 있다. 다만 지방참정권의 인정은 정책의 예외로 인정되는 것이므로 헌법상 참정권이 인

326)「중화인민공화국집회·행진·시위법」제7조.
327)「중화인민공화국집회·행진·시위법」재15조.
328) 杜建刚，"论表的自由保障原则"，1995，49면.

정되는 것이 아니다. 한편「출입국관리법」의 규정에 의하면 "외국인은 이 법 또는 다른 법률에서 정하는 경우를 제외하고는 정치활동을 하여서는 아니 된다", "법무부장관은 대한민국에 체류하는 외국인이 정치활동을 하였을 때에는 그 외국인에게 서면으로 그 활동의 중지명령이나 그밖에 필요한 명령을 할 수 있다"고 규정하였다.

한국은 국내체류외국인의 사회통합을 위하여 지방참정권을 외국인에게 인정하게 되었다. 중국에서 외국인의 참정권 보장은 아직까지 시기상조라고 할 수 있다. 다만 외국인의 정치활동에는 선거참여 외에 노동조합에 가입하거나 외국인단체를 조직하여 정부의 정책결정과정에서 자신의 요구를 반영하는 것도 중요한 의미를 가질 수 있다. 외국인들이 자신의 의견을 낼 수 있는 통로를 우선적으로 마련하는 것이 우선적인 과제라고 할 수 있다.

Ⅴ. 재산권

중국헌법에서 소유권관련 규정은 크게 국가소유 등 사회주의공유제 관련 제도규정[329]과 2004년 헌법수정에 의하여 추가된 공민의 사유재산권 보장의 내용으로 구성되었다. 토지소유권은 역사적으로 가장 중요하고 전형적인 재산권으로 인식되어 왔다. 중국에서 토지소유권은 개인에게 인정되지 않지만 토지사용은 건설용지사용권(建设用地使用权)의 방식으로 보장을 받는다. 즉 토지소유권과 토지사용권을 분류하여 토지사용권의 유상양도와 저당권 설정만을 인정하고 있다. 중국에서 외국인은「물권법(物权法)」에 의하여 중국 현지에 투자한 외국기업 또는 개인의 건설용지사용권을 인정하고 있다. 예외로 외국인 직접투자를 허용하는 경제특구[330]와 연해도시에서 외국인의 토지

329) 중국 헌법은 제도적으로 여전히 토지의 사적소유를 인정하지 않고 이른바 토지공유제 및 각종 자연자원의 국가소유를 규정하고 생산수단에 대한 공유제가 사회주의경제의 기초라고 하고 하였다. 구체적으로 강광문, "동아시아 각국의 소유권의 법적 구성에 대한 일고찰", 2021.

330) 1980년 중국 남부해안지역의 深圳, 珠海, 汕头, 厦门의 4개 특구와 1988년

사용에 있어 우대정책은 초기 5년간은 토지사용세를 면제하며 그 후 5년간은 1/2로 감면해주고 경제특구지역에서 외국인인 투자자의 출입국 업무 및 수속절차를 간소화하는 다양한 편의를 제공하고 있다.[331]

중국에서 외국인의 부동산 구매는 2006년에 공포한「부동산 시장 외자 인입규제 및 관리 관한 의견(关于规范房地产市场外资准入和管理的意见)」(제9조)에 따라 중국에서 1년 이상 근무 또는 유학중인[332] 외국인은 장기거주목적에 한하여 주택을 구입할 수 있으며 「외국기관과 개인의 주택구입 규제강화에 관한 통지(关于进一步规范境外机构和个人购房管理的通知)」에 따라 1인당 1주택까지 소유하도록 제한하였다. 그러나 2015년 개정된 규정에는 '1년'이라는 기한과 구매 수량 제한 규정을 삭제하고 또한 외국인 주택구매 제한정책을 시행 중인 도시에서는 구체적으로 지방정부 규정을 우선 적용할 것으로 명시하였다. 그리하여 지역마다 주택구매 제한정책을 시행할 경우 그 규정에 따라야 하며, 上海의 경우 2년 이상 사회보험 또는 개인소득세 납부해야 주택 구매가 가능하도록 정책을 두고 있다.

한국헌법 제23조는 재산권의 보장과 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한

최대 규모의 경제특구인 海南島지역, 2010년 신장위구르자치구의 喀什지역까지 포함하여 총 6개의 중국경제특구를 설치하였다.

331) 사실상 경제특구에 진입하는 외국인투자자의 경우 중국의 영주거류자격의 취득기준에 해당되며 영주권 취득 시, ① 중국에서 취업 한 경우 외국인의 취업허가증 발급을 면제받으며, 조건충족 시, 외국전문가증을 발급받을 수 있다. ② 중국에서 투자하거나 기업을 설립 할 경우, 심사절차를 간소화할 수 있다. ③ 자녀가 의무교육단계에 입학할 경우, 의무교육 관련 혜택을 받을 수 있으며, 거주지 교육행정부서의 규정에 따라 입학 혹은 전학수속을 진행하며 규정 이외의 비용을 받지 않는다. ④ 중국에서 취업할 경우 규정에 따라 사회보험에 가입할 수 있다. 취업하지 않은 경우, 도시주민 기본의료보험 및 도시주민사회양로보험에 가입하여 사회보험의 혜택을 받을 수 있다. ⑤ 직장소재지에서 주택기금을 납부하고 사용할 수 있다. 해당 지역을 떠날 경우, 주택기금을 이전하거나 인출할 수 있다. ⑥ 외국인은 중국 국내에서 부동산을 구매할 경우 국내에서 근무기간이 1년 이상이어야 한다는 제한이 있다. 그러나 영주자격을 취득한 외국인은 이러한 제한 없이 부동산을 구매할 수 있다. 이에 관련하여 人力资源和社会保障部 , '外国人在中国永久居留享有相待遇的办法' 政策解读 참조.

332) 여기서 '1년 이상 근무 또는 유학'은 공안기관 출입국관리부문에서 발급한 '외국인 국내거류상황증명'을 발급받아 증명이 가능하다.

보상을 규정하고 있다. 한국에서도 토지소유권은 재산권에 포함되어 절대적으로 보장하는 제도가 아니라 헌법의 재산권조항과 함께 공공복리와 사회공익을 위해 토지에 대한 각종 제한과 규제를 허용하는 토지제도를 시행하고 있다.[333] 한국헌법상 외국인도 재산권의 주체가 될 수 있으나 일정한 경우 제한되는 경우가 있다. 「외국인토지법」은 상호주의에 따라 외국인의 토지의 취득이나 양도를 금지 또는 제한할 수 있음을 규정하고 있으나[334] 동 조항에 따른 대통령령을 제정하지 않고 있으며 이에 따라 실제로 상호주의에 의한 제한을 받는 경우가 존재하지 않는다. 한국은 외국인의 유입과 함께 외국인의 국내부동산 취득 증가는 부동산 가격 불안을 유발하는 등 국내 부동산 시장에 부정적 영향을 미칠 수 있다는 지적이 제기되고 있다.

중국은 개혁개방 전에 사유재산을 제한하는 사회주의이념을 기반으로 한 법질서를 가지고 있었다. 그러나 경제적으로 시장경제 요소를 수용하면서 헌법 등 관련 법제의 정비를 통하여 변화를 모색하고 있다. 경제의 발전은 필연적으로 개인재산의 증가를 가져오게 될 것이며 앞으로 기타 지역주민으로서 공민 또는 외국인의 부동산 소유에 대한 제한이 완화되는 가능성도 보이고 있다.

333) 양효령, “한국에서의 외국인 부동산(토지) 투자에 관한 법제연구”, 2012, 88면.
334) 「외국인토지법」 제3조.

제5장 결 론

제1절 논의의 요약

외국인의 법적지위에 관하여 중국은 헌법에서 합법적 권익을 보장한다고 규정하고 있다. 그러나 외국인의 헌법상 기본권 주체성을 인정할 수 있는가의 문제에 대해서는 명문의 규정을 두고 있지 않으며, 따라서 일부 학자가 외국인의 기본권 주체성에 대해 서술하면서 인간의 권리에 한하여 외국인의 기본권 주체성을 인정해야 한다고 주장할 뿐이다. 외국인의 헌법적 지위에 관한 연구와 외국인 체류유형이나 수치에 대한 구체적인 통계가 결여된 상황에서 연구에 있어 어느 정도 한계가 존재하였으나 굳이 통계수치가 아니더라도 일상생활에서 외국인이 증가하는 추세는 실감할 수 있을 것이다. 계속하여 중국에 체류하고 있는 외국인이 증가하면서 새롭게 풀어나가야 할 현안들이 출현하고 있다. 아울러 공민이 아닌 외국인의 권리를 어디까지 보장해주어야 하는가의 문제는 헌법과 국내법상 외국인의 법적지위 해석의 문제와 직결된다.

중국에서 외국인의 헌법적 지위에 관한 논의에서 헌법 제32조의 외국인조항 및 제33조 제3항의 인권조항을 결합하여 근거로 삼을 수 있다. 그렇다면 우선 외국인조항에 대한 제정의도를 살펴보았을 때 공동강령부터 외국인의 비호권에 대한 규정으로부터 합법적 권익에 대한 보호가 편입된 형태로 현행헌법까지 유지되고 있다. 중국이 현대화 건설의 목표 하에 개혁개방 정책을 추진하면서 경제체제의 전환 외에 법제화를 선택하였고 인민으로부터 기본권을 향유할 수 있는 공민으로 인간의 시각에 대한 변화가 시작되었다. 2004년 헌법수정안에서 인권조항의 도입과 공민의 재산권보장은 이러한 맥락에서 이루어진 것이며 외부적으로는 중국의 국제인권규약의 가입과 이행에 따른 헌법개정이라 할 수 있다. 인권조항의 헌법적 의미는 기본권의 보장체

계와 기본권 주체로 하여금 개방성을 가지게 되었다는 것이 중국헌법학계의 일반적인 견해로 되고 있다. 또한 헌법상 열거되지 않는 기본권은 인권조항의 신설과 함께 해석적으로 도출될 수 있다고 본다. 외국인의 권리보호이론을 심화시키고 우리나라 기본권 이론의 내용을 풍부하게 하며 실천 중인 외국인 권리보호 법제도의 보완을 위한 이론적 뒷받침이 필요하다.

그렇다면 중국헌법상 인권존중의 헌법원리에 입각하여 외국인의 합법적 권익 보호와의 균형을 찾아 입법정책으로 확충하고 보장할 수 있어야 한다. 중국헌법은 국가의무에 대한 규범적 근거를 가지고 있지만 구체적 실천에서는 여전히 부족한 점이 있다. 중국의 경우 입법기관과 행정기관이 국가의무의 이행에 있어 더욱 중요한 역할을 한다. 중국에서 사법권은 본질적으로 소극적이며 적극적 의무 이행보다는 보완적 역할을 하는 것이 현실적으로 더 적합하기 때문이다.[335] 결국 외국인의 합법적 권익은 전문적인 입법을 통해서만이 실질적인 보장이 가능하다. 그리하여 외국인의 권리를 보장하는 문제는 헌법상 외국인이 기본권이 인정되는 영역에서 입법기관에 의한 보호의무의 이행은 끊임없이 발전하고 향상되어야 하며 하위법률들을 통하여 실현할 수 있는 구조를 마련하여야 한다.

제2절 한국이 주는 시사점

국제이주는 수용국의 국내에 정치적, 경제적, 사회적으로 영향을 미친다. 불법체류 외국인의 증가는 국경관리와 같은 안보의 문제를 낳을 수 있고, 외국인의 유입으로 인한 내국인과의 노동시장 내의 경쟁은 중요한 경제 문제로 인식될 수 있다. 한국과 중국은 모두 유럽 혹은 미국처럼 전통적으로 국제이주의 영향력이 강했던 지역은 아니었다. 그러나 더 이상 국제이주의 영향력에서 비껴간 지역이라고 할 수 없게 되었다. 이러한 면에서 한국은 중국보다

335) 刘瑞华，“司法权的基本特征”，现代法学，第25卷（3），2003，89~90면.

세계화의 영향을 먼저 받고 있다.

한국에서 외국인의 기본권 주체성 논의에 대해 헌법재판소판례와 이에 관한 학술적 논의들이 상당히 축적되어 있다. 한국헌법상 인간의 존엄과 가치, 행복추구권은 인간의 권리로서 외국인도 주체가 될 수 있으며 평등권은 공권력 작용에 있어서 차별취급을 거부하는 권리로서 그 자체로는 실체적인 내용을 갖기 어려우며 내용에 따라 자유권 영역에서의 차별취급은 자유권 문제로 사회권 영역에서 차별취급은 사회적 기본권 문제로 보아 그 주체성 여부를 판단하고 있다. 외국인의 입국의 자유와 참정권은 인정되지 않으나 공직선거법을 개정하여 아시아 국가로는 최초로 영주권을 취득하고 3년이 지난 외국인에게 지방참정권을 부여하고 있다. 대부분의 사회적 기본권은 국가구성원으로서의 지위에 있는 국민을 전제로 한다. 다만 근로조권의 권리에 대해 외국인의 기본권 주체성을 인정하면서 헌법재판소의 해석으로 외국인도 사회권의 주체로 인정될 수 있는 가능성이 보인다.

한국은 단일민족전통에서 다문화사회에 진입하게 되면서 초래하는 일련의 문제들을 헌법으로부터 해답을 찾고 있다. 문화적 다양성을 추구하면서 사회통합을 지향하는데 있어 헌법재판소는 적극적인 역할을 보여준다. 외국인 법적지위에 관한 연구에서 한국은 세계인권선언, 국제인권협약 등을 기반으로 외국인의 천부인권적 기본권을 강조하고 헌법상 개별 기본권의 성질에 따라 인간의 권리에 해당하는 영역에서 외국인의 기본권 주체성을 인정해야 한다는 입장이다. 이러한 연구를 바탕으로 외국인의 법적 지위와 권리 및 법률관계를 법제화하며 특히 2000년 이후 많은 법률들이 제정되었는데 여기에는 「재한외국인처우기본법」은 기본법으로서의 작용을 하고 특정 외국인 집단에는「다문화가족지원법」이 중심으로 작동한다. 한국의 외국인근로자의 고용과 인권보호에 관련되는 법률로는 「외국인노동자고용에 관한 법률」, 「출입국관리법」, 「근로기준법」, 「사회보장법」이 있다. 2008년 이후부터는 출입국관리, 국적부여 정책과 이민자의 사회통합정책을 포괄하는 개념으로 전반적인 외국인 정책을 규정하고 외국인정책위원회가 이와 같은 외국인 정책의 기본계획을 수립하고 있다.

한국의 사회통합정책은 중국에 중요한 시사점을 제공한다. 한국은 종전의 통제와 관리라는 소극적인 관리방식을 뛰어넘어 사회적 통합이라는 적극적인 방향에서 외국인정책을 시행하고 있다. 한국의 외국인정책도 초기에는 불법체류자 관리나 농촌 결혼이민자 정착방안이 주를 이루었으나 저출산과 고령화의 인구구조 변화와 국내정책의 환경에 대응하고자 관련정책과 법제도 인권과 주권의 접점에서 문화다양성을 포용하는 방향으로 변화되어 왔다.

중국은 외국인의 유입으로 인한 사회치안 문제 등을 고려하여 관리방식에 대한 연구가 주류를 차지하고 있다. 이러한 관리의 관점에서만 외국인을 바라보는 것은 본질적인 문제를 해결하는데 있어 한계가 존재한다. 외국인의 법적지위에 대해 반드시 체계적인 해석이 필요하다. 이상의 논의에서 알 수 있는바 중국은 글로벌 인재를 유치하기 위해 외국인정책을 적극적으로 수행하고 인구감소 및 저출산과 고령화 시대가 가속되고 있는 한국은 우선적으로 노동이주민의 유입과 인구유지를 위한 외국인 정책을 수행함에 있어 전문인재보다 저가노동인력 도입에 치중하였다. 다만 우수인재 유입을 국가경쟁력을 해결하는 수단의 일부로 생각하는 것은 타당하지 않다. 세계화에 따른 시장개방으로 인해 외국인이 다양한 영역에서 활동함에 따라, 정치적, 사회경제적 이해관계를 형성하면서, 사실상 국가가 제공하는 각종 권리와 의무를 부담하는 역할을 수행하는 공동체의 구성원으로 기능하고 있다. 중국은 역사적으로 여러 민족이 함께 공존하는 다민족국가이다. 여러 가지 문화가 공존한다는 측면에서 유사성을 갖고 있지만 다문화사회의 발생배경이나 특징과는 구분된다. 또한 한국을 비롯한 많은 국가에서 외국인정책은 사회통합과 다문화주의를 중심으로 이루어지고 있는 한편 인구대국으로서 중국은 외국인 장기거주 등 사회통합 이론으로 이주민을 적극적으로 받아들이고 있지 않고 관리와 통제의 규제성이 강한 데에서 자국 중심의 경향이 선명하게 드러난다. 이 같은 상황에서 외국인의 권리보호를 위해 보다 발전된 형태로 그간의 법제를 변화된 상황과 요구에 부응하는 형태로 정비하는 것과 새롭게 부각되고 있는 문제에 대한 법적 대응이 필요하다.

앞서 살펴본 바를 종합하면, 중국은 아직 외국인의 관리에 있어 일관된

법체계를 갖추지 못하고 있다. 외국인의 지위 및 생활조건에 법적 토대를 마련할 수 있는 기본법제정이 시급하다. 현재 「출입국관리법」으로부터 외국인 관리기관의 정보공유 및 분업에 대해 원칙적으로 규정하고[336] 최근 두드러진 불법체류 외국인문제 해결에 힘을 쏟고 있지만 이것만으로 외국인 관리 행정의 고질적인 문제점을 극복하기 어렵다. 중국에서 '3비 외국인'은 노동시장의 수요로 활용되고 있는 인력인 만큼 최소한의 수준에서 보호받을 가치가 있다. 적발 시 강제출국 시키는 것보다는 자발적으로 출국할 수 있도록 특례를 규정하여 적용하는 것이 인도적인 차원에서나 외국인치관리에 있어 효율적이다. 그 외에도 지속적으로 확대되는 외국인 인력의 증가로 불법취업 외국인 권리에 관한 조정수단, 구제방법 등을 보완해 나가야 한다. 난민과 관련하여 중국은 협약당사국으로서 인권의 존중과 보호라는 국가가치이념에 비추어 난민의 처우문제를 해결하기 위한 입법을 마련하는 노력이 필요하며 난민협약을 이행하는 난민법의 제정도 가능하다.

336) 중국「출입국관리법」 제4조 제4항 및 제5조.

참고문헌

1. 국내문헌

<단행본>

강효백, 『중국법 기초』, 좋은땅, 2021.

성낙인, 『헌법학』, 박영사, 2020.

김철수, 『기본적 인권의 본질과 체계』, 대한민국학술원, 2017.

강광문, 『중국법 강의』, 박영사, 2017.

권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2010.

신 명, 『중국헌법에서의 종교와 종교정책』, 논형, 2017

서울대학교 아시아태평양법제연구소[편] , 『글로벌 입헌주의와 다층적 인권보장의 전망 : 아시아 인권보장체제 설립 가능성 고찰』, 헌법재판소, 2016.

채형복, 『국제인권법』, 높이깊이, 2020.

차용호, 『이민법』, 법문사, 2015.

이준일, 『외국인법, 외국인의 이주와 법제도』, 홍문사, 2020.

이철우 외, 『이민법』, 박영사, 2017.

이부하, 『인권보장을 위한 비교헌법론』, 법영사, 2014.

전광석, 『한국헌법론』, 집현재, 2020.

정종섭, 『헌법학원론』, 박영사, 2018.

전광현, 『외국인의 기본권주체성』, 심인, 2017.

한수웅, 『헌법학』, 법문사, 2021.

———, 『기본권의 새로운 이해』, 법문사, 2020.

허　영, 『한국헌법론』, 박영사, 2017.
———, 『헌법이론과 헌법』, 박영사, 2017.
한다위안, 『중국헌법학설사연구(하)』, 경지출판사, 2017.
———, 『중국법개론』, 박영사, 2009.
한국헌법학회[편] , 『헌법주석Ⅰ』, 박영사, 2013.

<논문>

강광문. “동아시아 각국에서 소유권의 법적 구성에 대한 일고찰 －자유, 제도 그리고 권리－”, 개념과 소통 (27), P.5-56, 2021.
김진곤, “인간다운 최저생활을 보장받을 권리와 외국인”, 헌법학연구 26(1), P.273-307, 2020.
———, “외국인의 기본권 주체성과 노동3권”, 유럽헌법연구 (30), P.137-172, 2019.
김세진, “한국의 인도적 체류지위 현황과 보충적 보호지위 신설의 필요성”, 난민법의 현황과 과제, 공익과 인권 (30), P.334-370, 2020.
김복기, “외국인의 사회보장법상 지위”, 법제연구 (56), P.27-51, 2019.
김종세, “다문화사회의 헌법적 가치와 사회통합”, 법과 정책연구 17(3), P.155-182, 2017.
김지혜, “이주민의 기본권”, 헌법학연구 22(3), P.223-251, 2016.
김남진, “외국인근로자 인권보장을 위한 사업장변경의 자유”, 법학연구 16(2), P47-71, 2016 .
공진성, “출입국관리법상 ‘보호’ 및 ‘강제퇴거’와 외국인의 기본권 보호 -헌재2012.8.23. 2008헌마430 결정에 대한 평석”, 공법학연구 14(1), P.221-248, 2013.
김윤태 • 예성호, “중국의 외국인 관리제도와 관리행정조직”, 한국이민학

4(2), P.5-26, 2013.
김태환, “외국인근로자의 법적 지위에 관한 연구”, 비교법연구 11(1), P.187-207, 2011.
김상찬 • 김유정, “국제결혼 이주여성의 인권보호를 위한 법적 과제”, 법학연구 (43), P.319-344, 2011.
강효백, “국제인권규약 가입에 따른 중국헌법상 기본권조항의 현황과 개선논의 분석”, 중앙법학 12(3), P.121-150, 2010.
김선택, “다문화사회와 헌법”, 헌법학연구 16(2), P.1-41, 2010.
김수연, “기본권 주체로서의 외국인”, 유럽헌법연구 (7)호, P.291-321, 2010.
김창규, “인권개념의 중국적 수용과 변용”, 민주주의와 인권 8(3), P.31-58, 2008.
김지형, “외국인노동자의 헌법상 기본권 보장”, 저스티스 (70), P.7-46, 2002.
노호창, “외국인근로자 고용에 있어서의 법적, 정책적 쟁점”, 노동법학 (70), P.179-230, 2019.
노재철, “중국의 불법체류 외국인 근로자에 대한 법적 규제에 관한 비교법적 연구”, 한국콘텐츠학회 14(9), P.236-246, 2014.
박완규 • 장셩치앙, “한국과 중국헌법상 기본권보장을 위한 국가의무에 관한 연구”, 전북대학교 동북아법연구소 14(2), P.1-27, 2020.
박진완, “이주노동자권리협약에 규정된 권리들의 헌법적합성에 대한 검토”, 세계헌법연구 6(2), P.139-170, 2010.
———, “이주노동자의 기본권주체성과 이민정책”, 헌법학연구 18(3), P.1-42, 2012.
서보건, “다문화사회와 헌법상 국민개념의 변용”, 유럽헌법연구 (13), P.293-320, 2013.
설동훈, “외국인노동자와 인권 ‘국가의 주권’과 ‘국민의 기본권’ 및 ‘인간의 기본권’의 상충요소 검토”, 민주주의와 인권 5(2), P.3-3

3, 2005.
이우영, “외국인 참정권과 공직선거법의 입법적 과제”, 입법학연구 18(2), P.5-44, 2021.
———, “인권보장과 체계정합성 관점에서의 외국인 관련 법제의 입법분석과 개정방향”, 입법학연구 16(1), P.1-37, 2019.
윤수정, “외국인의 기본권 주체성에 관한 고찰-헌법 제6조 제2항의 해석을 중심으로”, 공법연구 48(2), P.107-130, 2019.
유민이, “고용허가제 외국인의 인권보호 방안 연구”, 한국이민정책학회(1), P.69-89, 2019.
이휘진, “헌법과 인권조약의 관점에서 본 외국인의 기본권 주체성 문제”, 동아법연구 12(2), P.227-253, 2018.
임희선·김경제, “현행헌법에 따른 외국인의 법적 지위”, 법학논총 30(1), P.255-291, 2017.
이현수, “출입국관리법상 입국금지사유와 강제퇴거사유의 조응관계 고찰”, 행정법연구 (55), P.127-152, 2015.
이종혁, “외국인의 법적 지위에 관한 헌법조항의 연원과 의의”, 서울대학교법학 55(1), P.521-571, 2014.
엄해옥, “소송상에서의 중국 소수민족의 언어문자사용권-연변조선족언어문자사용권을 겸하여 논함”, 일감법학(24), P.277-304, 2013.
이은혜, “외국인의 사회적 기본권 주체성에 관한 소고”, 법학논총 (28), P.169-193, 2012.
이부하, “외국인근로자의 직장선택의 자유”, 세계헌법연구 17(3), P.55-78, 2011.
양현아. “가족 안으로 들어온 한국의 '다문화주의(Multiculturalism)'실험”, 저스티스 134(2), P.298-335, 2010.
윤영덕, “개혁개방이후 중국의 인권관과 인권정책”, 민주주의와 인권 8(2), P.195-225, 2008.
이혜경, “한국의 이민정책 수렴현황”, 한국사회학 42(2), P.104-137, 20

08.
오동석, “한국에서 외국인 참정권 문제의 헌법적 검토” , 공익과 인권 2(1), P.45-66, 2005.
정광현, “국제인권규약과 헌법상 기본권”, 헌법재판연구 6(1), P.43-74, 2019.
전상현, “외국인의 기본권-헌법재판소 결정례에 대한 비판적 검토를 중심으로”, 강원법학 (43), P.579-611, 2014.
———, “외국인의 기본권보장 방안-헌법상 근거, 기본권주체성, 기본권 제한에 관하여”, 법조협회 68(6), P.59-92, 2019.
전윤구, “차별금지에서 외국인근로자의 법적 지위”, 노동법논총 (28), P. 249-277, 2013.
정태호, “외국인의 기본권주체성 문제에 대한 비판적 고찰”, 헌법실무연구 (13), P.402-472, 2012.
전광석, “사회보장법과 헌법의 규범력”, 사회보장법학 7(1), P.13-45, 2018.
———, “다문화사회와 사회적 기본권”, 헌법학연구 16(2), P.105-146, 2010.
장복희, “중국에서 유엔인권조약의 이행-탈북자 보호문제를 중심으로”, 원광법학 26(2), P.201-222, 2010.
차태근, “문명의 기준과 근대 중국 인권담론”, 중국현대문학 (82), P.91-130, 2017.
———, “국제인권규범과 중국 인권정책”, 중국현대문학 (83), P. 283-324, 2007.
채영호, “중국 인민대표대회 선거제도의 발전과정과 문제점”, 일감법학 (30), P. 249-266, 2015.
최승현, “당대 중국「귀교교권권익보호법」의 역사적 배경 및 그 의의 연구”, 중국인문과학 (57), P.227-248, 2014.
최윤철, “세계화와 한국의 다문화주의”, 공법연구 43(3), P.21-50, 2015.

———, “다문화주의의 헌법적 수용에 관한 연구”, 공법연구 14(2), P.1-31, 2012.
최 유, “외국인의 사회권 주체성에 관한 작은 연구”, 사회과학연구 19(3), P.115-138, 2008.
최 현, “중국의 국민 정체성과 시민권(또는 국적) - 문화주의적 접근에 대한 비판”, 사회와 역사 제64권, 2003, P.68-100.
표명환, “외국인근로자 고용제도에 관한 법적 고찰”, 법학연구 (41), P.45-65, 2011.
황필규, “기본권의 충실한 보장: 헌법과 국제인권법 그리고 이주민의 기본권”, 한국이민정책학회 발표논문집, P.3-56, 2018.
한다위안, “신중국 1954년 헌법제정과정 고찰”, 법사학연구 (29), P.91-132, 2004.

<연구보고서>

이한숙 외 7명, 『이주민 건강권 실태와 의료보장제도 개선방안 연구』, 국가인권위원회 발간자료, 2019.
권채리, 『이민행정의 거버넌스 구축을 위한 법제 개산방안 연구』, 한국법제연구원, 2020.
강동완, 『한국의 이주동향 2018』, 이민정책연구원, 2018.
김지영, 『외국인의 평등권-우리나라와 미국의 논의를 중심으로』, 헌법재판연구원 , 2015.
김학성, 『기본권 주체』, 헌법재판연구 제20권, 2009.
신옥주, 『외국인의 헌법적 지위 및 권리의 보장을 위한 비교법적 연구』, 헌법재판연구 제27권, 2016.

2. 중국문헌

<단행본>

蔡定剑，『宪法解释』，法律出版社，2006.

韩大元，『比较宪法：宪法文本与宪法解释』，中国人民大学出版社，2008.

———，『1954年宪法与新中国宪政』，公安大学出版社，2008.

———，『宪法学基础理论』，中国政法大学出版社， 2009.

———，『新中国宪法发展70年』，广东人民出版社，2020.

胡锦光·韩大元，『中国宪法』，法律出版社，2018.

李　林，『人权法治研究报告』，中国社会科学院，2019.

刘国富，『难民法』，世界知识出版社，2015.

李震山，『人性尊严与人权保障』，元照出版公司，2002.

林来梵，『宪法学讲义』，清华大学馆出版，2018.

———，『从宪法规范到规范宪法』， 法律出版社， 2001.

李步云，『人权法学』，高等教育出版社， 2005.

莫纪宏，『人权保障法与中国』，法律出版社， 2008.

———，『宪法学』，北京出版社，2004.

王启富・刘金国，『人权问题的法理学研究』，中国政法大学出版社，2003

夏　勇，『走向权利的时代』，社会科学出版社，2007.

朱应平，『宪法人权条款的司法适用技术规范研究』，中国民主法治出版社，2016.

张千帆，『宪法』（第二版），北京大学出版社， 2012.

周叶中，『宪法』，北京高等教育出版社、北京大学出版，2000.

<논문>

百雨梨，“外国人基本权利主体地位浅析”，现代经济信息(19)，P.390-391，2015.

陈晗婧，“新时期境外人员居留管理问题研究综述”，法制与社会(16)，P.148-150，2019.

曹业为，“我国宪法对外国人及无国籍人权利保护的缺失”，科技世界(13)，P.282-283，2016.

杜建刚，“论表的自由保障原则”，中外法学(2)，P.17-21，1995.

林来梵，“权利概念的移植交流史”，中外法学，32(02)，P.402-417，2020.

———，“人的尊严与人格尊严一兼论中国宪法第38条的解释方案”，浙江社会科学(3)，P.47-55，2008

李晓兵，“人权入宪之后我国人权保障的实践及其发展”，中国矿业大学学报，(1)，P.21-30，2016.

黎沛文，“居留审查制度下外国人基本权利保障问题研究”，西部法学评论(2)，P.36-44，2015.

李涵伟，“从宪法文本变迁文本视角看公民基本权利的发展”，四川行政学院学报（6)，P.51-54，2007.

戴瑞君，“外国人权利的法律保护一一从国际法到中国法的考察”，人权(5)，P.35-40，2014.

韩大元，“宪法文本中‘人权条款’的规范分析”，学术园地，第4期，P.8-13，2006.

金　玉，“宪法基本权利保障的发展”，华东政法大学学报（5)，P.109-114，2009.

赖芸池，“跨境派遣外国人的劳动关系认定研究”，山东工会论坛26(5)，

P.51-58, 2020.
刘国福，“改革中的外国人来华工作法律规制研究”，社会科学战线(5), P.217-226，2017.
———，“试论海外非法移民返回(遣返)制度”，河南财政大学学报(6)，P.147-154，2016.
———，“外国人在中国永久居留制度批判性思考”，公安学刊(6)，P.35-41，2007.
黎沛文，“拘留审查制度下外国人基本权利保障问题探析”，西部法学评论(2), P.36-44, 2015.
刘松山，“人权入宪的背景，方案与文本解读”,华东政法大学学报(5), P.58-64, 2014.
李光宇·王晓红,“论农民工作权”法制与社会发展 10(4)，P.83-89, 2004.
李乐平,“试论社会保障权”, 乐山师范学院学报(8), P.83-87, 2004.
刘志刚,“人格尊严的宪法意义”. 中国法学(2)，P.34-44, 2007.
刘海年,“不同文化背景的人权观念”，中国法学(3)，P.44-47, 1994.
莫纪宏·宋雅芳，“论国际人权公约与国内宪法的关系”，中国法学(3)，P.60-66，1999.
———,“1978年宪法在人权保障中的主要特征及其作用”，河南省政法管理干部学院学报(2)，P.11-14，2005.
潘敏华，“论外国人在本国的宪法权利-基于‘三分法’的检视”，法制博览(8)， P.68-69，2014.
秦奥蕾，“论‘公民’作为基本权利主体的内涵-兼论‘公民’与‘个人’的基本权利主体比较”，中国政法大学学报(5)，P.83-89，2010.
孙汉基，“全球化时代中国籍的宪法学思考-以中国宪法基国籍法为主-”欧洲宪法研究(12)，P.79-116，2012.
———, “外国人基本权利研究”，中国宪法年刊，第11卷，P.305-308，2015.
上官丕亮,“论宪法上的人格尊严”，江苏社会科学(2), P.77-83，2008.

吴佳清·杜承铭，“比较与试:我国加入「公民权利和政治权利国际公约」的宪法整问题”，广东商学院学报(1) P.84-89, 2006.
王利民，“外国人法律地位制度德法理思考”，大连理工大学学报 27(1)，P.87-92，2006.
王海燕，“解读国家尊重和保障人权”，当代法学(2), P.107-117, 2005.
徐显明，“人权的体系与分类”，中国社会科学(6)，P.95-104，2000.
信春鹰，“国家尊重和保障人权”，求是(4), P.36-38, 2004.
夏正林，“论基本权利的一般性和特殊性”，法学评论 30(5)，P.3-11，2012.
杨金晶，“如何对待外国人的宪法权利”，人权研究 23(1)，P.124-147，2020.
杨小敏，“论基本权利主体在新中国宪法文本中的变迁”，法学论坛 26(2), P.82-87，2011.
周 明·燕新华，“全球化时代入籍外国人国家与民族认同：存在问题与路径选择”，中国人民公安大学学报 37(1)，P.149-156，2021.
章 平，“基本权利领域中外国人概念辨析”，企业导报 第3期，P.182-183，2014.
张惠德·刘宏斌·曾范敬，“在华外国人管理行政协调机制研究”，云南行政学院学报 16(5)，P.105-110，2014.
郑贤君，“宪法‘人格尊严’条款的规范地位之辨”，中国法学(2), P.79-89，2012.
张惠德·陆晶，“国家主权相对性：外国人管理的理论依据”，中国人民公安大学学报 28(6)，P.93-98，2012.
张金岭，“民族国家架构中的权利约束-基于法国就外国人选举权实践的思考”，欧洲研究 29(1)，P.105-120，2011.
钟头朱，“外国人的宪法权利”，辽宁教育行政学院学报 26(3), P.21-24，2009.
钟会兵，“作为宪法权利的社会保障权”，学术论坛(10), P.118-123, 2005.

<학위논문>

沈一波，“试论外国人在出入境管理中的法律地位”，复旦大学，2008.
文　强，“论外国人的基本权利主体资格”，苏州大学，2013.
张子恒，“对外国人出入境行政强制措施及救济制度研究”，　华南理工大学，2017.

<사이트>

1. 中华人民政府网. http://www.gov.cn
2. 中国国家统计局. http://www.stats.gov.cn
3. 中国公安部. https://www.mps.gov.cn

Abstract

A Study on the Protection of Foreigners' Rights in China

- Focusing on the Comparison with Korea -

CUI HUIZHU
Constitutional Law
The Graduate School
Seoul National University

Due to the influence of globalization, the number of foreigners residing in China has steadily increased every year, exceeding 840,000 people. Compared with the total population of China as a populous country, these figures can be said to be only a very small number, but China is also facing problems brought about by low fertility and aging, and the decrease of the working population, coupled with the increase of highly educated population leads to the phenomenon of labor. Although detailed statistical data on the reasons for the inflow

of foreigners and their status of residence are still limited, they have already become members of society in every corner of our lives. Then, I started this article with the question of how much protection of the rights of foreigners are guaranteed in China amid these changes.

Until now, China has actively conducted support to attract talented people. However, as now, we only pay attention to attracting talents to carry policies, and the problem of "three non-foreigners" is already being seriously revealed. In addition, it is necessary to pay attention to the issue of guaranteeing the rights of foreigners living in China rather than foreigners who temporarily stay for investment or study and return to their home countries. At the same time, in relation to the problem of human rights violations caused by the rapid increase of illegal foreigners in China, we should effectively manage them and guarantee the minimum rights of illegal foreigners as human beings.

Specifically, in order to determine whether the constitutional rights of foreigners are actually guaranteed in each law, China will prepare for the increase in the number of foreigners living with various purposes in the future by examining the issue of guaranteeing the basic rights of foreigners in the process of entry, stay, and departure of foreigners. Therefore, this paper examines the academic discussion on the protection of basic rights of foreigners in Korea and related legal system comparatively. In conclusion, China's foreigner related legislation lacks consistent systematicity and has implemented different foreigner policies based on pragmatism according to the situation of different times.

As a populous country, apart from the need to control foreigners, the perspective of treating foreigners is the basic principle of the Chinese Constitution, that is, respecting and safeguarding human

rights, protecting foreigners' legitimate rights and interests according to Article 32 of the Constitution, and formulating relevant laws and policies, which are the first problems to be solved.

key words: foreigners' fundamental rights, Article 33 of the Chinese Constitution, Article 32 of the Chinese Constitution, human right, International Covenants on Human Rights , immigration management, illegal immigrant, refugee, social security

Student Number: 2017-30898