

〈논문〉

외국인의 법적 지위에 관한 헌법조항의 연원과 의의^{*,**} - 제헌국회의 논의와 비교헌법적 검토를 중심으로 -

李 鍾 赫^{***}

요 약

현행헌법 제6조 제2항은 “외국인은 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 그 지위가 보장된다”고 규정한다. 이는 제헌헌법 제7조 제2항을 계승한 조항으로서 그 연원을 이탈리아 헌법 제10조 제2항에 두고 있다. 종래 우리 헌법학계와 헌법재판소는 독일과 일본의 통설인 “인간의 권리”와 “국민의 권리”의 이분론에 기초하여 외국인의 기본권주체성에 관한 헌법해석을 전개해왔다. 그러나 『제헌국회속기록』에 나타난 제헌국회 헌법안 제2독회와 제3독회에서의 치열한 논의과정, 그리고 우리 헌법과는 다른 해석론을 전개할 수 있는 규범내재적 증거들을 가지고 있는 일본, 독일, 이탈리아의 관련 헌법조항 및 그 제정사를 검토해보면, 외국인의 법적 지위, 특히 그 기본권주체성에 관한 종래 우리 헌법학계의 통설은 제헌헌법 제7조 제2항의 비교헌법적 특수성과 독자성을 묵과해왔음을 알 수 있다.

과연 그러하다면 우리 법질서에서 외국인의 법적 지위는 “인간의 권리”로 인정되는 경우에만 보장되는 것이 아니라, 현행헌법 제6조 제2항이 천명하는 바와 같이 국제법과 조약이 정하고 있는 양적 및 질적 범위 내에서 ‘헌법상 권리’의 자격으로 보장된다. 외국인에게 보장되는 법적 지위의 양적 범위는 조약과 관습국제법을 포함하는 국제법의 차원으로 확장되고, 그 질적 범위는 오늘날의 국제공법이론과 국제사법이론이 공히 요구하는 평등주의에 따라 우리 국민과 동일한 수준이어야 한다. 위와 같이 현행헌법 제6조 제2항의 규범력을 제고하는 헌법해석을 전개하기 위하여는 외인법 각론을 정치하게 재구성하는 작업이 필수적으로 요청된다.

주제어: 외국인의 법적 지위, 외인법, 제헌헌법 제7조 제2항, 현행헌법 제6조 제2항, 진헌식, 이승만, 유진오, 이탈리아 헌법 제10조 제2항

* 본 논문의 작성과 『서울대학교 법학』에의 투고를 독려해주신 서울대학교 법과대학 정궁식 교수님, 그리고 논문 작성에 조언과 격려를 아끼지 않으신 서울대학교 법과대학 정인섭, 석광현, 이근관 교수님들께 감사드립니다.

** 본 논문의 일부는 2013년 6월 29일 부산에서 개최된 한일차세대학술포럼 10주년 기념 국제학술대회에서 발표되었음.

*** 서울대학교 법과대학 박사과정.

I. 서 언

외국인을 법적으로 어떻게 취급하여야 하는가? 외국인은 자신이 체류하고 있는 국가의 국민이 아닌 자를 의미하므로,¹⁾ 그 국가의 법질서의 관점에서는 본질적으로 타자일 수밖에 없다. 한 나라의 헌법은 원칙적으로 자국민의 기본권을 보장하고 자국의 통치구조를 정립하는 것을 목적으로 제정되기 때문에, 외국인의 법적 지위를 보장하는 규정이 헌법에 반드시 포함될 이유는 없다. 그러나 우리 헌법 제 6조 제2항은 “외국인은 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 그 지위가 보장된다”고 선언하고 있는데(제헌헌법 제7조 제2항에 상응), 이는 비교헌법적 관점에서 이례에 해당한다. 종래 우리 헌법학계는 외국인의 법적 지위, 구체적으로 외국인의 기본권주체성에 관하여 논의함에 있어서 그러한 헌법조문의 중요성을 의식하지 못한 채 만연히 독일 헌법학계의 주류적 견해인 이른바 “인간의 권리”와 “국민의 권리”의 이분론에 입각한 해석론을 전개해왔고,²⁾ 제헌헌법 제7조 제2항을 둘러싼 제헌국회에서의 논의에 대하여는 충분한 관심을 기울이지 않았다.

외국인의 기본권주체성에 관한 우리 헌법학계의 통설적 견해와 헌법재판소 결정례의 태도에 따르면, 헌법이 정하는 기본권 중 “국민의 권리”에 해당하는 기본권은 외국인에게 인정되지 않지만, 헌법이 명시하고 있든 성질상 당연히 인정되든, “인간의 권리”에 해당하는 기본권은 외국인에게도 인정된다고 한다. 헌법재판소는 “국민 또는 국민과 유사한 지위에 있는 외국인과 사법인만이 기본권의 주체”라고 천명하여 외국인에게도 기본권주체성이 인정될 수 있음을 선언하였다.³⁾ 헌법재판

1) 「외국인의 인권에 관한 선언」(Declaration on the human rights of individuals who are not nationals of the country in which they live)(국제연합 총회 결의 제40/144호, 1985) 제1조.

2) 권영성, **헌법학원론**(개정판)(법문사, 2006), 314면 내지 315면; 성낙인, **헌법학**(제8판)(법문사, 2008), 321면; 정상우, “이주아동의 기본권 보장에 관한 연구”, **헌법과 기본권의 현황과 과제**(금량 김철수 선생 팔순기념 논문집)(경인문화사, 2012), 731면 내지 732면; 김종세, “외국인근로자의 기본권주체성: 2009헌마352 사건을 중심으로”, **현대헌법학의 이론적 전개와 조망**(금석 권형준 교수 정년기념 논문집)(박영사, 2013), 514면 내지 515면 등 참조. 김철수, **헌법학신론**(제21전정신판)(박영사, 2013), 333면은 “실정권으로서의 청구권은 국제법과 조약에 정한 바에 의하여 호혜평등하게 인정된다”면서 제한적으로나마 현행헌법 제6조 제2항을 고려한 해석론을 전개한다. 정중섭, **헌법학원론**(제6판)(박영사, 2011), 324면 내지 325면은 외국인의 권리 또는 의무에 관한 사항은 각국이 주권에 기초하여 정책적으로 판단할 것이라고 한다.

3) 헌법재판소 1994년 12월 29일 선고 93헌마120 결정(불기소처분취소 사건). 다만, 헌법재판소는 “국민과 유사한 지위에 있는 외국인”이라는 개념의 의미를 명확히 실시하지

소는 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권에 관하여는 외국인의 기본권주체성이 폭넓게 인정되고, 평등권에 관하여는 참정권 등에 대한 성질상의 제한 및 상호주의에 따른 제한 이외에는 외국인의 기본권주체성이 인정된다고 한다.⁴⁾ 대체로 전통적인 자유권적 기본권은 거주·이전의 자유, 언론·출판·집회·결사의 자유 등의 경우에는 일부 제한될 수 있으나 원칙적으로 외국인에게도 인정되고, 참정권적 기본권과 사회권적 기본권은 그 성질상 외국인에게 인정되지 않으며, 다른 기본권의 보장을 위한 수단으로서의 청구권적 기본권은 외국인에게도 인정된다는 것이 일반적인 견해이다.⁵⁾

그러나 뚜렷한 구별기준을 제시하지 못하는 “인간의 권리”와 “국민의 권리”의 이분론은 자칫 조야한 이분법으로 전락할 위험성을 내포하고 있다. 특정한 기본권이 “인간의 권리”에 해당하는지 또는 “국민의 권리”에 해당하는지를 일의적으로 판단하기는 쉽지 않고, 둘 모두의 속성을 가지고 있는 경우에 이를 분리하기도 쉽지 않다.⁶⁾ 무엇보다도 “인간의 권리”와 “국민의 권리”의 이분론은 “외국인은 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 그 지위가 보장된다”고 규정하고 있는 현행헌법 제6조 제2항과 그 규정을 둘러싼 제헌국회의 치열한 논의과정을 도외시한 해석이다. 따라서 우리 헌법에 의거하여 외국인의 기본권주체성의 범위를 획정함에 있어서 우선적으로 선행되어야 하는 작업은 현행헌법 제6조 제2항의 원형이 제헌헌법에 도입된 경과를 살펴봄으로써 헌법제정과정에서 표출된 헌법제정권력의 명시적 또는 추정적 의사를 면밀히 검토하고 외국인이라는 타자에 대하여 우리 범공동체가 드러냈던 헌법적 결단을 궁구하는 것이라고 할 수 있다.

외국인의 법적 지위는 어느 범위에서 어느 정도로 보장되어야 하는가? 이는 외국인의 법적 지위를 보장함에 있어서 양적 범위와 질적 수준을 설정하는 문제이다. 각국은 헌법을 최상위규범으로 하는 국내법질서를 통하여 자국에서의 그 문제의 규

는 않았는데, 그것은 “국민과 유사한 지위에 있지 않은 외국인”을 전제한 개념이라는 점에서 다분히 시대착오적이다.

- 4) 헌법재판소 2001년 11월 29일 선고 99헌마494 결정(재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률 제2조 제2호 위헌확인 사건).
- 5) 권영성, 전게서(주 2), 315면 내지 317면; 김철수, 전게서(주 2), 332면 내지 333면; 한국법제연구원, **외국인의 법적 지위: 해설과 법령**(한국법제연구원, 1994), 19면 내지 21면 참조.
- 6) 정중섭, 전게서(주 2), 325면 내지 326면은 원칙적으로 권리성질론에 기초한 “인간의 권리”와 “국민의 권리”의 이분론을 부정하지는 않으면서도 권리성질론의 구별기준이 명확하지 않음을 적절히 지적하고 있다.

율에 관하여 독자적으로 결단할 수 있는데,⁷⁾ 이는 공법상 법률관계와 사법상 법률관계로 구분되고,⁸⁾ 외국인을 내국인과 달리 취급하는 법규의 총체는 외인법(外人法, Fremdenrecht)으로 불린다.⁹⁾ 국제공법과 국제사법은 외국인의 법적 지위의 보장 기준 내지 보호수준에 관한 여러 이론을 독자적으로 발전시켜왔다.¹⁰⁾ 외국인의 처우기준에 관한 국제공법이론은 국내표준주의와 국제표준주의로 대표되는데,¹¹⁾ 20세기 후반 국제인권법의 발달과 더불어 국내표준주의와 국제표준주의를 통합한 내외국인 평등주의가 등장하게 되었다.¹²⁾ 국제사법의 경우에도 외국인의 법적 지위에 관한 이론을 독자적으로 발전시켜왔는데, 현재의 단계에서는 평등주의 또는 완화된 상호주의에 의하여 외국인의 사법상 권리가 인정된다고 본다.¹³⁾ 요컨대 오늘날에는 국제공법적 차원이든 국제사법적 차원이든 외국인의 법적 지위의 보호수준은 내국인과 동일하게 취급하는 것이 일반적인 경향이라고 말할 수 있다.¹⁴⁾ 외국인의 법적

-
- 7) 우리나라는 2007년 「재한외국인 처우 기본법」을 제정하여 외국인정책의 기본으로 삼고 있는데, 국가 및 지방자치단체는 재한외국인 또는 그 자녀에 대한 불합리한 차별방지 및 인권옹호를 위한 교육, 홍보 기타 필요한 조치를 하기 위하여 노력하여야 하고(동법 제10조), 영주권자에게는 우리나라로의 입국, 체류 또는 우리나라에서의 경제활동 등을 보장할 수 있다고 한다(동법 제13조). 또한 「외국인근로자의 고용 등에 관한 법률」, 「외국인토지법」, 「외국인투자촉진법」, 「광업법」, 「수산업법」 등에서 외국인의 법적 지위에 관하여 규정하고 있다. 근래 우리나라에서도 외국인의 입국, 체류, 정착, 거주, 근로, 국적취득 등에 관한 각종 법제가 정비되고 있다.
- 8) 竹内昭夫·松尾浩也·鹽野宏 編, **新法律學辭典**(第3版)(有斐閣, 1993), 106면 내지 107면은 공법상 관계와 사법상 관계의 중간적 문제로서 재판권과의 관계를 별도로 분류하는데, 재판권과의 관계에서 외국인은 원칙적으로 우리나라의 재판권에 복종하지만, 예외적으로 외교사절 등은 재판권 면제를 향유한다고 한다.
- 9) 외인법의 개념에 관하여는 김진, **신국제사법: 설외사법**(법문사, 1962), 141면 내지 142면; 이호정, **국제사법**(중판)(경문사, 1985), 14면 내지 15면 참조.
- 10) 國際法學會 編, **國際關係法辭典**(三省堂, 1995), 112면 내지 114면 참조.
- 11) 정인섭, **신국제법강의: 이론과 사례**(제3판)(박영사, 2012), 736면 내지 738면; 竹内昭夫 외 2인 編, **전계사전**(주 8), 106면 내지 107면 참조.
- 12) 정인섭, **전계서**(주 11), 738면; Kay Hailbronner and Jana Gogolin, “Aliens”, in Rüdiger Wolfrum (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 1 (Oxford University Press), 2012, pp. 285-294 참조.
- 13) 김진, **전계서**(주 9), 142면 내지 144면; 國際法學會 編, **전계사전**(주10), 113면 내지 114면.
- 14) 김철수, **한국헌법사**(대학출판사, 1988), 332면은 현행헌법 제6조 제2항을 근거로 국가가 “외국인의 호혜평등보호의무”를 부담한다고 설명하는데, “호혜평등보호의무”라는 표현이 평등주의를 의미하는 것인지 또는 상호주의와 평등주의를 통칭하는 것인지는 분명하지 않다. 한국법제연구원, **전계서**(주 5), 22면은 현행헌법 제6조 제2항의 존재를 의식하면서도 “오늘날 외국인의 보호에 관하여 국제법적으로 확립된 관례는 상호주의

지위라는 문제는 국제공법상 담론과 국제사법상 담론이 교차하는 지점으로서 그 둘의 통합적인 관계를 기민하게 의식함으로써만 전체상을 조망할 수 있는 것이다.¹⁵⁾

우리의 법질서 내지 법체계는 외국인의 법적 지위가 보장되는 양적 범위와 질적 수준에 관하여 어떻게 규정하고 있는가? 우리 헌법 제6조 제2항은 외국인의 법적 지위가 “국제법과 조약”에 의하여 보장됨을 선언하고 있는데, 이는 국제법이 외국인의 법적 지위의 보장에 있어서 그 양적 및 질적 범위를 결정하는 기준임을 명시한 것이다. 외국인의 권리보장의 질적 수준이 내국인과 동등한 정도이어야 함은 전술한 바와 같이 오늘날의 국제공법과 국제사법이 요구하고 있으나, 그 양적 범위의 결정을 명시적으로 국제법에 맡긴 헌법 제정례는 거의 존재하지 않는다. 후술하는 바와 같이 제헌헌법 제7조 제2항은 “외국인의 법적 지위는 국제규범과 조약에 따라 법률로 정한다”고 규정한 1948년 이탈리아 헌법 제10조 제2항을 참고한 것이지만, 이탈리아 헌법은 문언상 국내법에 의한 매개과정을 명시하고 있다는 점에서 우리 헌법과는 중대한 차이가 있다.¹⁶⁾ 게다가 헌법의 제정을 둘러싼 각국의 역사적 맥락도 상이함은 물론이다.

본고에서는 제헌국회가 제헌헌법 제7조 제2항을 통하여 외국인의 법적 지위의 보장을 그 양적 범위에 있어서는 국제법 표준주의를 기준으로, 그 질적 수준에 있어서는 내외국인 평등주의를 기준으로 채택한 경과와 그 헌법적·국제법적 함의를

원칙”이므로 “우리 헌법도 상호주의원칙을 존중하겠다는 취지를 분명히 밝힌 것”이라고 설명하고, 권영성, 전계서(주 2), 180면 내지 181면 및 314면 내지 315면도 현행헌법 제6조 제2항은 “외국인의 법적 지위에 관한 상호주의를 규정하고 있다”고 설명하나, 오늘날의 국제법이 인정하는 기준은 상호주의원칙이라기보다는 오히려 평등주의원칙이다.

- 15) 정인섭, **재일교포의 법적 지위**(서울대학교 출판부, 1996)는 국적, 출입국관리, 외국인 등록, 취업차별, 사회보장, 지방참정권, 전후처리 등 공법적 측면뿐만 아니라 설외가 족법 등 사법적 측면까지 함께 조망함으로써 정주외국인의 법적 지위의 문제를 통합적으로 이해하고 있다. 외국인에 대한 권리보장론에 있어서 헌법적 관점, 국제공법적 관점뿐만 아니라 국제사법적 관점의 중요성에 관하여는 佐藤潤一, **日本國憲法における「國民」概念の限界と「市民」概念の可能性: 「外國人法制」の憲法的統制に向けて**(專修大學出版局, 2004), 43면; Gerhard Kegel, “Introduction”, Kurt Lipstein et al. (eds.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. III (Private International Law), Part 1 (Mohr Siebeck, 1985), 단락번호 1-7 내지 1-11 참조.
- 16) 이탈리아 헌법 제10조 제2항은 “국제법”이라는 표현을 사용하는 우리 헌법과는 달리 “국제규범”이라는 표현을 사용하고, 외국인의 법적 지위가 “국제법과 조약에 의하여 보장된다”고 규정하는 우리 헌법과는 달리 “국제규범과 조약에 따라 법률로 정한다”고 규정하여 국내법에 의한 매개과정을 명시하고 있다(강조는 인용자). 이에 관한 상세는 후술 III. 4. 및 IV. 2. 참조.

검토할 것이다. 먼저 제헌국회에서 외국인의 법적 지위에 관한 제헌헌법 제7조 제2항을 제정하기 위하여 논의한 경과를 시간순으로 추적한다(II). 현행헌법 제6조 제2항에 해당하는 조문이 제헌헌법에 규정된 연원을 추적함으로써 종래 우리 헌법학계의 통설을 비판적으로 재검토하고자 한다. 다음으로는 현행헌법 제6조 제2항의 해석론이 주로 의지하고 있는 일본과 서구, 특히 독일, 이탈리아의 외국인의 법적 지위에 대한 헌법제정사와 헌법해석론을 분석함으로써 우리 헌법과의 이동(異同)을 파악한다(III). 이어서 제헌헌법 제7조 제2항이 적산처리문제에 끼친 영향과 국제법의 국내법적 효력에 관한 동조 제1항과의 관계에 대하여 분석함으로써 그 실천적 의의를 모색한다(IV). 마지막으로 바람직한 헌법해석론의 일례를 제시함으로써 논의를 마무리한다(V). 이러한 일련의 작업은 우리 헌법의 독자적인 발전상의 일단을 규명하고 바람직한 헌법해석학을 정립하는 데에도 기여할 수 있을 것이다.

II. 제헌국회에서의 논의

1. 서 설

여기에서는 제헌헌법 제7조 제2항이 규정되기에 이른 경과를 『제헌국회속기록』을 중심으로 분석한다.¹⁷⁾ 외국인의 법적 지위에 관한 명문규정을 둔 배경에는 기본권의 향유주체를 “국민”으로 한정된 헌법제정권력의 결단이 자리하고 있다. 제헌헌법 제2장에서 기본권의 향유주체로 “인민”이라는 용어 대신에 “국민”이라는 용어를 채택한 것은 실천적 의의가 있었기 때문에, 그것이 단지 심정적 거부감에

17) 제헌헌법, 1952년 헌법, 1954년 헌법, 1960년 6월 헌법, 1960년 11월 헌법의 제7조 제2항에는 “외국인의 법적 지위는 국제법과 국제조약의 범위 내에서 보장된다”고 규정되어 있었고, 1962년 헌법 1969년 헌법, 1972년 헌법, 1980년 헌법의 제5조 제2항에는 “외국인에 대하여는 국제법과 조약에 정한 바에 의하여 그 지위를 보장한다”고 규정되어 있었으며, 현행헌법인 1987년 헌법은 제6조 제2항에서 “외국인은 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 그 지위가 보장된다”고 규정하고 있다. 문언상 약간의 변화는 있었으나, 외국인의 법적 지위가 국제법과 조약에 의하여 보장된다는 태도는 제헌헌법 이래 줄곧 유지되었다. 성낙인, **대한민국헌법사**(초판)(법문사, 2012), 53면은 제헌헌법 제7조의 내용이 “실질적으로 전혀 개정되지 않은” 사실은 “국제법존중주의의 헌법상 원칙이 그대로 유지되고 있음을 의미한다”고 설명한다. 제헌헌법 제7조(현행헌법 제6조) 제1항과 제2항을 아울러 국제법존중주의를 천명한 것이라고 파악할 수는 있으나, 제2항은 외국인의 법적 지위의 보장이라는 맥락에서 국제법존중주의를 넘어서는 실천적 의의가 있다고 할 수 있다.

서 벗어선 결과라고 치부할 수는 없다.¹⁸⁾ 기본권의 향유주체를 “국민”에서 “인민”으로 변경하려는 시도가 국회 본회의의 헌법안 제2독회에서 좌절되자 일군의 제헌의원들은 외국인의 법적 지위에 대한 규범적 공백사태를 우려하였고, 그에 대처하기 위하여 국회 본회의의 헌법안 제3독회에 수정안을 기민하게 제출함으로써 우여곡절 끝에 제헌헌법 제7조 제2항(현행헌법 제6조 제2항), 즉 “외국인의 법적 지위는 국제법과 조약의 범위 내에서 보장된다”는 규정을 제헌헌법에 두기에 이르렀다. 제헌헌법 제7조 제2항이 “본회의 심의과정의 부산물로 탄생한 규정”에 불과하다는 견해도 있으나,¹⁹⁾ 그 조항에 대한 제헌국회에서의 논의와 그 실천적 의의를 감안한다면 그러한 평가는 온당하지 못하다고 생각된다. 외국인의 법적 지위에 관한 일반적 보호조항은 개화기 이래 일제강점기, 해방 직후를 거치면서 등장하였던 여러 헌법적 성격의 문서들과 여러 형태의 제헌헌법 초안들 가운데 어디에도 등장하지 않았던 것일 뿐만 아니라,²⁰⁾ 비교헌법적으로도 이례에 속하는 것이다.²¹⁾

2. 헌법기초위원회에서의 논의

헌법기초위원회가 제헌헌법의 성립과정에서 상당한 기여를 하였음은 주지의 사실이다. 헌법제정에 관한 실질적인 토의가 가장 활발하게 이루어졌던 공간이었고, 헌법기초위원회에서 기초한 초안이 큰 변경 없이 제헌헌법으로 채택되었기 때문이다.²²⁾ 제헌국회에서 통과된 국회임시준칙은 헌법 및 정부조직법 기초위원회에 3인

18) 李京柱, 日韓の占領管理體制の比較憲法的考察: 憲法と軍事條約との關係を中心に, 一橋大學 法學博士學位論文(一橋大學, 1997), 234면 내지 237면은 제헌헌법에서 기본권 향유주체를 가리키는 표현으로 “국민”이라는 용어를 채택한 것을 “민족주의의 영향”으로 파악하면서, 제헌국회 속기록을 바탕으로 “인민”이라는 용어와 “국민”이라는 용어를 둘러싼 논의를 소개하고 그와 관련된 비교헌법적 검토도 행하였다. 그에 따르면 우리 헌법은 기본권 향유주체를 협소한 “국민”의 틀에 가둠으로써 “한국인 이외의 사람”을 배제시켰다는 것이다. 그러나 제헌국회가 기본권의 향유주체를 “국민”으로 한정하는 대신에 외국인의 법적 지위에 대한 규율의 공백을 의식하여 제헌헌법 제7조 제2항을 추가하였다는 사실, 비교헌법적으로 그 조항은 이탈리아 헌법을 참조한 것이라는 사실 등은 이경주 교수의 박사학위논문에는 언급되어 있지 않다. 따라서 기본권 문제에 있어서 우리 헌법의 특색을 “민족주의적”이라고 단정하기보다는 그것이 일정한 수준에서 “국제주의적” 성격을 띠고 있음에 주목할 필요가 있다.

19) 이영록, **우리 헌법의 탄생: 헌법으로 본 대한민국 건국사**(서해문집, 2006), 175면.

20) 정종섭 校勘/編, **한국헌법사문류**(박영사, 2002) 및 고려대학교 박물관 編, **현민 유진오 제헌헌법 관계 자료집**(고려대학교 출판부, 2009)에 실린 문건들 참조.

21) 유진오, **헌법해의**(초판)(명세당, 1949), 27면.

22) 이영록, “제헌국회의 ‘헌법 및 정부조직법 기초위원회’에 관한 사실적 연구”, **법사학연**

의 녹사(錄事)를 두도록 규정하고 있었으나,²³⁾ “국회 헌법기초위원회의 경과에 관해서는 아무런 공적 기록도 남은 것이 없”고,²⁴⁾ “지금 수중에 아무런 기록이 없어서 헌법기초위원회의 제1독회가 언제 끝나고 제2독회가 어느날 시작되었는지”조차 “알 길이 없다”는 유진오의 회고에 비추어,²⁵⁾ 헌법기초위원회에 관한 공식적인 기록들은 한국전쟁 등을 거치면서 유실되었을 가능성이 높은 것으로 보인다.

제헌헌법은 제2장의 표제를 “국민의 권리와 의무”라고 정하였고, 개별 기본권 규정에서도 그 향유주체로 “모든 인민”(유진오안)이라는 표현 대신에 “모든 국민”(권승렬안)이라는 표현을 채택하였다. 이러한 결단이 이루어졌던 공간도 바로 헌법기초위원회이었다. 유진오는 “인민”이라는 용어를 폐기하고 “국민”이라는 용어를 채택하는 작업이 헌법기초위원회 제2독회에서 이루어졌음을 분명하게 기억하였고,²⁶⁾ 1948년 7월 1일 국회 제22차 본회의에서 김준연 의원(헌법기초위원회 위원)은 “인민과 국민의 두 문자에 대하여는 헌법기초위원회에서도 토론이 많이 있었고, 결국 국민으로 낙착이 되었다”고 발언하기도 하였다.²⁷⁾ 따라서 제헌헌법에서 기본권 향유주체를 가리키는 표현으로 “인민”이 아닌 “국민”이라는 용어를 선택한 결정은 헌법기초위원회에서 처음으로 이루어졌음이 비교적 명백하다. 유진오는 당초 “인민”이라는 표현이 채택되기를 희망하였는데, 그 시도가 실패한 것에 대하여 『헌법기초회고록』에서 다음과 같이 술회한 바 있다.

“인민”이라는 용어에 대하여 후에 국회본회의에서 윤치영 의원은 인민이라는 말은 공산당의 용어인데 어째서 그러한 말을 쓰려 했느냐, 그러한 말을 쓰고 싶어하는 사람의 “사상이 의심스럽다”고 공박하였지만, 인민이라는 말은 구 대한제

구, 제25호(한국법사학회, 2002), 82면.

23) 이영록, 전계논문(주 22), 82면, 주 2. 이영록, 전계서(주 19), 106면은 “헌법기초위원회의 회의록이 존재하지 않는” 것은 “참으로 어이없는 사실”이라고 한다.

24) 유진오, **헌법기초회고록**(일조각, 1980), 서론 iii면. 유진오의 생애에 대한 개관은 이영록, 전계서(주 19), 73면 내지 76면 참조. 유진오의 헌법사상에 관한 상세는 이영록, **유진오 헌법사상의 형성과 전개**(한국학술정보, 2006) 참조.

25) 유진오, 전계서(주 24), 56면.

26) 유진오, 전계서(주 24), 56면.

27) 대한민국 국회 編, **제헌국회속기록**(제1권)(선인문화사, 1999), 366면. 이하에서는 위 속기록을 “**제헌국회속기록**(제1권)”으로 인용하기로 한다. 이영록, 전계논문(주 22), 90면, 주 40은 **제헌국회속기록**(제1권) 317면, 351면, 352면에 기록된 유성갑, 박해극, 조봉암의 발언에 비추어 헌법기초위원회의 논의과정에서 유성갑은 “국민”을, 박해극, 조봉암은 “인민”을 지지하였던 것으로 보인다고 하는데, 필자는 **제헌국회속기록**(제1권)의 해당 부분에서 그러한 발언내용을 찾아볼 수 없었다.

국 절대군권 하에서도 사용되던 말이고, 미국헌법에 있어서도 인민(people)은 국가의 구성원으로서의 시민(citizen)과는 구별되고 있다. “국민”은 국가의 구성원으로서의 인민을 의미하므로, 국가우월의 냄새를 풍기어, 국가라 할지라도 함부로 침범할 수 없는 자유와 권리의 주체로서의 사람을 표현하기에는 반드시 적절하지 못하다. 결국 우리는 좋은 단어 하나를 공산주의자에게 빼앗긴 셈이다.²⁸⁾

흥미로운 것은 “인민”이라는 용어의 의미장(semantic field)에 대하여 유진오뿐만 아니라 제헌헌법 제7조 제2항의 삽입을 주도한 진헌식 의원도 일견 모순된 모습을 보였다는 사실이다. 유진오는 국회 본회의에서 인민이라는 개념은 자국 국적을 갖지 않은 사람, 즉 외국인도 포함한다고 발언하기도 하였고,²⁹⁾ 1948년 8월 발표된 글에서는 “국민 각인, 즉 인민”이라고 기술하여 인민이라는 용어가 기본적으로 내국인집단을 의미한다는 인식을 드러내기도 하였다.³⁰⁾ 진헌식 의원은 국회 본회의에서 국민이라는 개념은 외국인에게까지 미치지 못할 염려가 있어서 그것을 인민으로 수정할 것을 제안하였다고 발언하기도 하였고,³¹⁾ 인민이라는 용어는 국가우월의 인상을 주는 국민이라는 용어와는 달리 국가와의 대립구도에 입각한 것이나 기본적으로 내국인집단을 의미한다는 전제에서 발언하기도 하였다.³²⁾ 요컨대 개념사적으로 보면 제헌헌법이 제정될 당시의 한반도 남반부에서는 “인민”이라는 표현이 단지 내국인집단만을 의미하기도 하였고, 국적에 관계없이 내외국인 전체를 의미하기도 하였던 것이다. 일제강점기에는 식민지적 한계에도 불구하고 인민 개념이 민족 또는 국민 개념에 갇히지 않은 자유와 자율의 주체를 의미하였는데,³³⁾ 해방 이후에는 “인민”이라는 용어가 내외국인을 통칭하였던 일제강점기의 언어관용이 유지되면서도, 다른 한편으로는 남북의 대결구도 속에서 인민 개념이 이데올로기의 틀에 갇히게 되었다고 볼 수 있다.³⁴⁾ 기표(signifiant)와 기의(signifié) 간의 착종현상은 해방 이후까지 계속되었던 것이다. 다만, 적어도 제헌국회라는 공간에서

28) 유진오, 전계서(주 24), 65면, 주 10. 강조는 인용자가 행하였다.

29) 제헌국회속기록(제1권), 520면.

30) 유진오, “헌법제정의 정신(1)”, **법정**, 1948년 8월호(통권 제22호)(법정사, 1948), 5면.

31) 제헌국회속기록(제1권), 501면.

32) 제헌국회속기록(제1권), 365면.

33) 박명규, **국민·인민·시민: 개념사로 본 한국의 정치주체**(소화, 2009), 161면 내지 166면 참조.

34) 박명규, 전계서(주 33), 166면 내지 175면 참조. 이러한 현상은 “인민 개념의 후퇴”라고 볼 수도 있다. 김효진, “유진오, 『헌법해의』(명세당, 1949, 230쪽)”(서평특집: 한국의 법학명저), **서울대학교 법학**, 제48권 제3호(서울대학교 법학연구소, 2007), 201면, 주 9.

는 제헌헌법 제2장의 기본권 향유주체 관련 논란과 제헌헌법 제7조 제2항 삼입 관련 논란에 있어서 “인민”이라는 단어가 국적의 구별 없이 내외국인 전체를 지칭하는 용례가 일반적이었다고 볼 수 있다.

3. 1948년 7월 1일의 헌법안 제2독회

1948년 7월 1일의 국회 제22차 본회의에 진헌식 외 44인의 수정안이 제출되었다.³⁵⁾ 제2장의 제16조(교육의 권리), 제28조(납세의 의무), 제29조(국방의 의무) 이외에는 “국민”을 “인민”으로 수정하자는 것이다.³⁶⁾ 진헌식 의원은 수정안을 제출한 취지를 다음과 같이 설명하였다. “국민”이라는 표현은 “국가의 구성문제”로서 “국가와 이해관계가 일치”된다는 인상을 주는데, 제2장의 규정들은 “국가라는 단체가 각 개인에 대하여 권리와 의무를 보장”한다는 측면에서 국가와 개인의 대립 구도에 입각한 것이므로, 제2장의 “국민”은 “인민”으로 수정함이 가장 적절하다는

35) 진헌식(陳憲植) 의원은 1902년 충청남도 연기에서 출생하여 양정고등보통학교를 졸업하고, 1929년 일본 주오대학(中央大學) 법학부를 졸업하였으며, 이후 양정고등보통학교와 보성전문학교에서 강사 생활을 하였다(고등문관시험 관련 기록 없음). 대한독립촉성국민회 소속으로 고향인 충청남도 연기군에서 국회의원에 당선되어 제헌국회에서 활동하였고, 충청남도 도지사와 내무부 장관을 역임하였다. 대한민국 헌정회 회원프로필(<http://www.rokps.or.kr/profile.asp>)의 「진헌식」 항목 참조. 진헌식 의원은 제헌헌법 제7조 제2항뿐만 아니라 권력구조에 관한 조문 등에 대하여도 활발히 수정안을 제출하였다. 이영록, 전계서(주 19), 170면 내지 173면 참조. 또한 진헌식, “역사를 창조하는 사람”, 양정창학 100주년 기념사업회, **양심정기의 사람들: 양정창학 100주년 기념문집** (국학자료원, 2005), 128면 내지 130면에서는 인간의 존엄성을 강조하는 진헌식의 법사상을 엿볼 수 있는데, 그는 “인간사회에 있어서 인간의 존엄성이 상실되어서는 안 될 것”임에도 불구하고 “인간사회에 있어서 인간이 천시되는 불합리하고 부조리한 사회풍조가 조성”된 이유는 “인간사회를 형성함에 있어서 인간보다도 더 존귀한 무엇이 있다는 착각에 국민정신이 현혹되어 있기 때문”이라면서 “정당한 노력에 의하여 정당한 대가를 얻어 정당한 생계를 유지할 수 있는 사회구성”의 중요성을 강조하고 있다.

36) **제헌국회속기록**(제1권), 368면에 의하면, 서상일 의원은 진헌식 의원의 수정안에서 제16조, 제28조, 제29조를 제외한다는 것은 “인쇄가 잘못된 모양”이라면서 진헌식 의원이 제안한 것은 제2장 전부의 “국민”이라는 표현을 “인민”으로 통일적으로 수정하는 것이라고 한다. 유진오, 전계서(주 24), 94면에 의하면, 현민은 진헌식 의원이 “몇몇 조문에 한해서만 ‘국민’이라는 용어를 쓰고 국가와 개인의 관계를 규정하는 조문에서는 ‘인민’이라는 용어를 쓰자는 수정안을 제출하였으나, 윤치영 의원 등의 맹반대로 결국 도로 ‘국민’으로 낙착되고 만 일”이 “잊혀지지 않는다”고 술회하였다. 진헌식 의원의 당초 수정안이 어떤 내용이었는지는 분명하지 않으나, 제2장 조문들에 대한 수정안이 처음 제기되었던 단계에서는 제16조, 제28조, 제29조가 변경대상에서 제외되는 것을 전제로 논의가 진행되었고, 바로 그러한 이유 때문에 기본권 향유주체의 해석론상 확장론과 조문규정 수정론의 대립이 촉발되었던 것이다.

것이다. 그러면서 진헌식 의원은 중화민국헌법에서도 다른 조항들에서는 전부 “국민”이라고 규정하였으나, 제2장의 각조에는 전부 “인민”이라는 표현을 사용하였다고 덧붙인다.³⁷⁾

진헌식 의원의 수정안 제안설명이 끝나자 이재학 의원, 최국현 의원, 김준연 의원, 조국현 의원, 이윤영 의원, 김상돈 의원, 유성갑 의원, 서용길 의원, 박해극 의원, 윤치영 의원, 그리고 전문위원 유진오, 전문위원 권승렬의 발언이 줄기차게 이어진다.³⁸⁾ 상당한 격론이 오고갔는데, 크게 세 가지 견해로 구분할 수 있고, 그 취지를 요약하면 다음과 같다. ① 첫째, 기본권 향유주체를 “국민”에서 “인민”으로 수정하자는 측에서는 외국인의 법적 지위 내지 권리의 보장이 곤란해짐을 이유로 들었다(전문위원 유진오도 동조함). ② 둘째, 일부 의원들은 대한민국의 헌법을 제정하는 마당에 외국인의 법적 지위에 대한 고려는 불필요하므로, 기본권 향유주체는 “국민”으로 고정함으로써 충분하다고 한다(전문위원 권승렬도 동조함). a) 그 중 일부는 경우에 따라서는 문제된 기본권의 성질을 판별하여 외국인에게도 “해석론상” 기본권주체성을 인정할 수 있다고 발언하였다. b) 반면에 대표적으로 윤치영 의원은 “해석”에 의한 기본권 향유주체의 확장도 부당하고, 외국인의 권리관계는 국제공법뿐만 아니라 국제사법에 의하여 해결하면 충분하다고 발언한다. 국제사법적 고려의 중요성을 언급하였다는 점에서 특기할 만하다. ③ 셋째, 다른 일부 의원들은 개별 기본권의 성질을 판별함으로써 내외국인을 구별하지 않고 보장하여야 하는 “인간의 권리”의 경우에는 기본권 향유주체를 “국민”에서 “인민”으로 수정하고, 외국인에게는 보장하지 않아도 무방하고 내국인에게만 보장하여야 하는 “국민의 권리”의 경우에는 기본권 향유주체를 “국민”으로 유지하자고 주장하였다. 그러면서 우선 제16조(교육의 권리), 제28조(납세의 의무), 제29조(국방의 의무)의 경우에는 “국민”만이 그 향유 또는 부담의 주체가 되어야 한다는 견해도 있었고, 납세의 의무의 경우에는 외국인에게도 인정되어야 하므로 그 향유주체를 “모든 인민”으로 규정하여야 한다는 반대견해도 있었다. 외국인의 기본권주체성이 문제되었던 다른 기본권으로는 선거권, 피선거권(공무담임권)도 있었다. 흥미로운 것은 앞서 언급하였던 윤치영 의원의 발언내용이다. 속기록상으로도 상당히 강경한 어조로 발언하였음을 감지할 수 있다.

37) 제헌국회속기록(제1권), 365면.

38) 제헌국회속기록(제1권), 365면 내지 371면.

윤치영 의원: 우리 헌법에 있어서 「국민」과 「인민」에 대해서 전문위원인 유진오 씨 말씀하신 것을 전적으로 반대합니다. 해석하는 데에 반대해요. 왜냐하면 헌법은 우리가 걱정하는 것입니다. 권승렬 위원께서도 말씀이 계셨[습]니다만은 우리의 일을 걱정할 것이지 여기에 와서 외국사람을 넣[어]서 그것을 상대로 해가지고 일을 하는 것은 아닙니다. 이것을 왜 잊어버립니까? 여러분, 실례가 될[는]지 모르겠[습]니다만은 외국사람과의 관계를 규정짓는 데에 국제공법이나 국제사법(國際私法)이 있어요. 외국의 사람은 우리나라에 복종할 의무가 있[습]니다. 특수한 문제에 있어서는 통상조약에 의해서 또한 다른 조약에 의해서 따로 규정될 것은 별 문제이지만은 대체로 우리 법률에 복종할 의무가 있는 것입니다. 남의 나라의 압제를 받으면서 무슨 치외법권이니 하는 것을 생각할 것이 아닙니다. 여러분이 외국사람을 표준하[시]려면 국제사법이니 그런 것이 있겠지만은 여러 가지 법률관계에 다른 것은 우리가 이것을 제정할 권리와 의무가 있겠[습]니다. / 그러니까 우리 헌법을 제정하는 데에 있어서 외국사람의 관계를 이용해가지고 「국민」이라는 것을 「인민」이라고 하는 것은 나는 절대로 반대합니다. 북조선인민위원회 운운만 하[디]라도 나는 지극지극하게 들립니다. 나는 「인민」이라고 쓰는 데에는 절대 반대합니다. 우리는 국민인데 무슨 의미로서 전문위원은 「인민」이 좋다고 해석을 하는지 「국민」이라는 문자와 「인민」이라는 문자에는 전문적 술어에 있어서 아무 차별이 없는 것입니다. 그러면 여기서 구태여 「인민」으로 규정[짓]는 데에는 전적으로 반대합니다. 외국사람의 문제가 일어난다면 그 조약에 의해서 해결할 것이고 우리나라 동양사람과 외국사람끼리 국제사법에 의해서 해결할 자신이 충분히 있[습]니다. 오전 중에 [제]5조까지밖에 가지 못했는데 그 중 한 조나 고친 것이 있[습]니까? 처음 원문대로 다 통과되었으며 수정안은 다 부결되고 말[았]습니다. 그러니까 나는 이 긴박한 시간에 더 말하지 않습니다.³⁹⁾

윤치영 의원의 발언 직후에 국회부의장 신익희는 진헌식 의원 외 44인의 수정안을 바로 표결에 부쳤고, 재석의원 167인 중 찬성에 32인, 반대에 87인으로 수정안은 부결되었다. 윤치영 의원의 발언이 수정안의 압도적인 부결의 “결정타”이었다고 볼 수 있다.⁴⁰⁾ 본회의에서의 헌법안 제2독회이었기 때문에 원안에 대하여도 표결이

39) **제헌국회속기록**(제1권), 370면. 제헌국회의 논의상황을 사실적으로 전달하기 위하여 원칙적으로 최소한의 수정만을 가하였다. 오늘날의 맞춤법에 따라 수정한 부분 또는 명백한 누락을 보완한 부분은 []로 표시하였다. 중언부언에 해당하거나 맥락상 불필요한 부분은 ...를 표시하고 생략하였다. 논지상 단락이 바뀌어도 무방하거나 갑자기 화제가 바뀌는 경우에는 /를 표시하였다. 강조는 인용자가 행하였다. 이하에서도 제헌국회속기록(제1권) 인용의 경우 같다.

40) 이영록, 전계서(주 19), 174면 내지 175면.

있었는데, 재석의원 167인 중 찬성에 89인, 반대에 12인으로 원안이 가결되었다.

“국민의 권리와 의무” 또는 “인민의 권리와 의무”를 놓고 벌어진 국회 본회의에서의 헌법안 제2독회의 토론과정을 고려한다면 어느 의원 또는 어느 전문위원의 발언을 근거로 특정한 헌법해석론을 근거지울 수는 없을 것으로 보인다. 우리 헌법은 후술하는 바와 같이 일정한 기본권에 대하여는 그 향유주체를 “모든 인간” 또는 “누구든지”로 규정하고 다른 일정한 기본권에 대하여는 그 향유주체를 “모든 국민”으로 규정한 독일 기본법 또는 일본 헌법의 입장과는 명백히 다른 길을 걸어 가게 되었다. 독일 헌법학의 영향을 받은 일부 의원들은 기본권의 성질에 따라 그 향유주체를 “인민”과 “국민”으로 구별하여 정의하거나 그 향유주체가 “국민”으로 규정되어 있더라도 해석론을 통하여 외국인에게까지 보호범위를 넓히자고 주장하였으나 그러한 견해들에 대하여 국회 차원에서 총의(consensus)를 형성한 바는 전혀 없다. 게다가 헌법내재적인 해석들이 존재하는 이상은 함부로 외국의 해석론을 수입하여 우리 헌법의 해석으로 건강부회할 이유는 없다. 각국의 헌법해석론은 자국의 헌법내재적인 구조 속에서만 비로소 온전히 이해될 수 있는 것이고, 후술하는 바와 같이 독일과 일본의 권리성질론적 이분론은 그들 헌법 자체에 내재한 규범적 균열에 근거하고 있는 것이기 때문이다.

4. 1948년 7월 7일의 헌법안 제2독회

외국인의 법적 지위가 국제법상의 기준에 의하여 보호된다는 제헌헌법 제7조 제2항(현행헌법 제6조 제2항)의 규정은 1948년 7월 7일 국회 본회의 헌법안 제2독회에 이르러서야 비로소 제안되었다. 이는 7월 1일의 헌법안 제2독회에서 기본권의 향유주체를 “국민”에서 “인민”으로 변경하려는 시도가 실패한 데에 따른 후속조치였다. 전술한 바와 같이 그러한 규정은 우리 헌정사에서 1948년 7월 7일 이전에는 어떠한 헌법적 성격의 문서에도 등장하지 않았던 것이었다. 7월 1일과 7월 7일의 수정안 모두 진현식 의원이 대표로 발의하였다. 진현식 의원 외 44인의 수정안 형태로 그 규정이 제안되었던 상황을 『제헌국회속기록』을 통하여 살펴 보도록 한다.

부의장 김동원: 토의사항으로 들어가서 진현식 의원 외 44인이 제7조에 대하여 [제]2항에 넣는 것이 좋다는 수정안이 들어왔습니다. 그 취지는 외국인[의] 법적 지위를 분명히 하지 않을 것 같으면 외국인으로서 다소 의아를 품지 않을까 해서

제7조를 명백히 하기 위해서 항목 하나를 넣[어]서 거기다가 삽입하자는 진헌식 의원 외 44인의 수정안이올시다.

이것은 전문위원과 의논한 결과에 그것을 부득이 수정안으로 제출해야 되겠다는 것으로 접수되어 있[습]니다. 이제 진헌식 의원께서 거기[에] 대해서 설명이 있[겠]습[니다].

진헌식 의원: 7월 5일 [제]25차 본회의에 있어서 제2장에 「국민의 권리와 의무」라는 장에 있어서 외국인의 법적 지위를 보장하는 ... 의미에 있어서 「국민」이라는 것이 외국인에게까지 미치지 못할 염려가 있어서 그 「국민」이라는 구절을 「인민」으로 고치자는 것을 제안했[습]니다. 그러나 그것이 통과되지 못하고 부결이 되었[습]니다. 그러나 우리가 헌법을 제정하는 데 있어서 외국인의 법적 지위를 보장하지 않는 것은 밖으로 헌법체제에 있어서 좋지 못한 ... 점이 있고 또는 우리 헌법이 세계의 한 법으로 ... 이러한 조항이 없으면 대단히 유감스럽다고 생각이 있어가지고 제7조 [제]2항에다가 「외국인의 법적 지위는 국제법, 국제조약과 국제관습의 범위 내에서 보장된다」[라는] 조항을 넣[으]면 ... 적절하다는 의미에 있어서 이것을 제안한 바입니다.

부의장 김동원: 그 제안에 대해서 무슨 의견이 있으면 말씀하십시오. 그렇지 않으면.

의장 이승만: 이 사람의 생각도 그 조문을 넣는 것이 필요한 것 같[습]니다. 왜 그런[가] 하니 국제상 관계로 남의 나라에 우리나라 사람이 살고 있는 이때에 그런 조문이 없다고 보면 남들이 생각하[더]라도 우리만 생각한다는 웃음을 받을 것이니까 어떤 나라에서도 보통 어떤 사람이든지 자기시민뿐만 아니라 그 나라 안에 사는 사람들은 일체로 보호한다고 헌법에 규정이 [들어]가는 것이니까 우리도 이 조문 하나를 넣[으]면 대단히 좋을 것 같[습]니다.

(“가부요” 하는 이 다수 있음)

부의장 김동원: 그러면 여러분 다 좋게 여기시는 것 같이 관찰되니 가부를 묻겠[습]니다. 진헌식 의원 외 44인의 수정동의안을 묻겠[습]니다. (거수표결) 재석의원 157, 가에 109, 부에 2표.⁴¹⁾ 그 수정안대로 가결되었[습]니다.⁴²⁾

미군정 당국은 외국인의 법적 지위에 관한 제헌국회의 논의를 예의주시하고 있었기 때문에, “외국인의 법적 지위를 보장하지 않는 것은 밖으로 헌법체제에 있어서 좋지 못한 점이 있다”는 진헌식 의원의 제안설명은 과장이 아니었다.⁴³⁾ 상당히

41) 후술하는 바와 같이 여기에서 반대표를 던진 2인 중 1인이 윤치영 의원이다.

42) 제헌국회속기록(제1권), 501면.

43) 이영록, 전계서(주 19), 175면.

신속하게 진행되었던 헌법안 제2독회의 사정을 감안한다고 하더라도, 진헌식 의원의 수정안 발의에 이어서 그에 동조하는 국회의장 이승만의 발언이 있는 다음에 곧바로 표결에 부쳐진 상황은 이례에 속한다.⁴⁴⁾

진헌식 의원 외 44인이 최초로 제출한 수정안에는 외국인의 법적 지위를 보장하는 기준으로 “국제법, 국제조약과 국제관습”을 규정하였는데, 국제법이 상위법주에 해당하고 조약과 관습국제법이 그 하위법주에 놓인다는 점에서 그 셋은 서로 병렬적이지 않음에도 불구하고, 결과적으로 상위법주의 개념과 하위법주의 개념이 뒤섞이는 상황이 벌어지고 말았다. 입법기술적 지혜를 발휘한 끝에 그러한 착종상태를 의도적으로 놓아둘 것인지, 아니면 문언의 개념정합성을 고려하여 일정한 자구수정을 행할 것인지 다소 논의가 필요하였을 것으로 생각된다. 게다가 관습국제법은 그 성립요건이자 존재요건인 ‘법적 확신’(opinio juris)에 관하여 다른 국가로부터 이설이 제기될 수 있으므로 헌법규정에 그것을 명시하는 것은 법적 안정성을 떨어뜨리는 조치이었을 수도 있다. 다행히 오전 회의가 끝나고 오후 회의가 다시 시작되었을 때에 권태욱 의원에 의하여 다음과 같은 동의(動議)가 제기되었는데,⁴⁵⁾ 헌법안 제2독회에서의 권태욱 의원의 동의에 의하여 비로소 전문위원 유진오가 상세한 검토에 착수하였던 것으로 보인다.

권태욱 의원: 제가 아까 그 제7조의 진헌식 의원께서 내놓[으]신 수정안에 대해서 그 국제관습이라고 하는 것은 ... 빼고 적는 것이 중대한 의의가 있으니 이것을 전문위원에게 일임해서 빼도록 하기를 여기서 동의(動議)를 하고 갑니다. 그것이 국제법으로 ... 사유권, 개인, 사유자산 ... 에 대해서 지금 여기서 구구히 설명하면 무[엇을] 합니까? 그것을 미리 양해하시고 일임해서 주시도록 요망합니다.⁴⁶⁾

44) 이승만의 프린스턴대학 박사학위논문이 전시중립론, 특히 전시 중립국에 의한 자유교역에 관한 국제법의 발달사였음을 상기하여야 할 것이다. 이에 관하여는 후술한다.

45) 권태욱(權泰郁) 의원은 1910년(또는 1907년) 경상북도 안동(또는 경상남도 마산)에서 출생하여 일본 주오대학 법학부를 졸업하였고, 도쿄에서 치과재료상을 하였으며(고등 문관시험 관련 기록 없음), 무소속으로 경상남도 마산에서 국회의원에 당선되어 제헌국회와 제2대 국회에서 활동하였다. 대한민국 헌정회 회원프로필(<http://www.rokps.or.kr/profile.asp>)의 「권태욱」 항목 참조. 진헌식 의원과 권태욱 의원 모두 일본 주오대학에 유학하여 법학을 공부하였던 사실이 공통된다.

46) 제헌국회속기록(제1권), 506면.

5. 1948년 7월 12일의 헌법안 제3독회

외국인의 법적 지위를 보장하는 기준으로 “국제법, 국제조약과 국제관습”을 열거하였던 당초의 조문에서 “국제관습”을 삭제하자는 권태욱 의원의 동의에 대하여 닷새 뒤인 1948년 7월 12일 국회 본회의 헌법안 제3독회에서 논의가 재개되었다. 제3독회 과정에서 제헌헌법 초안 제7조(제2항 포함)가 낭독되자 권태욱 의원과 마찬가지로 조현영 의원도 “국제관습”이라는 구절을 그대로 두게 되면 외국인의 국내에서의 사유재산권과 관련하여 “착잡한 문제”가 일어날 수 있다고 우려하였다. 이는 적산처리의 일환으로 미군정이 몰수하여 한국정부에 양도할 예정이었던 일본인 또는 일본정부의 재산과 관련하여 그러한 적산몰수가 관습국제법상 요구되는 일정한 기준에 배치될 가능성을 언급한 것으로 선행할 수 있을 것이다.

조현영 의원: … 국제관습이라는 것은 말은 막연한데 장래 외국인[의] 우리 국내에서 재산소유권 … 문제가 우리나라가 건국한 뒤에 … 착잡한 문제가 일어날 염려가 많은데 여기에 대해서 … 앞으로 대단히 곤란한 문제에 봉착할 여지가 있지 않은가 하는 것을 우리가 보장하지 아니하면 안 될 줄 압니다. … 여기에 대해서 우리가 다시 … 고려해서 … 『국제관습』이라는 것이 막연한 문자[이]니 앞으로 곤란이 없지 않을[까] 하는 것을 전문위원 … 또는 국제법 전문가 … 로부터 의견을 잠[깐] 말씀해주셨으면 좋겠[습]니다.

전문위원 유진오: 국제관습을 빼자는 것은 좋을 줄 생각합니다. 국제법이라는 속에 국제관습으로 국제법을 형성하기에 이른 것은 당연히 포함되므로 국제법[이] 국제성문[법]과 국제관습법을 포함하고 보면 국제관습이라는 것을 좀 따로 빼놓[는] 것이 좋을 것 같[습]니다.

윤치영 의원: 자[꾸] 시간을 보내게 [되어]서 대단히 미안합니다마는 나는 제일 처음 이 [제]2항을 집어넣은 것을 개인으로 반대했[습]니다. 왜 그러냐 하면 제7조에 와서 이 법에 국제법상에 의해서 우리가 우리나라에 외국사람이라도 우리나라에서 사는 사람은 같이 보장한다 그랬[습]니다. 그럼에도 불구하고 [제]2항에 와서 다시 그것을 넣는 것은 체제상 실제에 있어서 또한 우리나라 운영하는 데 있어서 어떤 관계상으로서 지장이 있을 줄 압니다. 그럼에도 불구하고 제2항을 삽입한 데 대해서 말하지 아니합니다마는 그 외의 것은 그만두[더]라도 국제관습에 대해서 우리나라 국내관습이 모순된 것이 있다면 어떻게 하시겠[습]니까? [제]1항에 있[는] 것 … 을 다시 [제]2항에 넣을 필요가 없[습]니다. 다른 것은 말 아니하고 『국제관습』이라는 것은 절대 배격합니다. 이 네 자를 빼자는 것을 동의합니다.⁴⁷⁾

제2독회에서 권태욱 의원의 동의와 제3독회에서 조현영 의원의 질의에 대하여 전문위원 유진오는 타당하게도 국제법의 하위개념으로 국제성문법(조약)과 국제관습법이 있음을 지적하면서 “국제관습”이라는 표현을 삭제하는 것이 좋겠다고 발언한다. 그에 대하여 윤치영 의원도 같은 취지의 동의를 하였고, 조현영 의원의 재청과 조영규 의원의 삼청이 있었다.

“국제법, 국제조약과 국제관습”을 병렬적으로 나열하였던 것에서 “국제관습”을 삭제하면 “국제법과 국제조약”만이 남는데, 이것 역시 상위개념과 하위개념의 혼재라고 비판할 수 있었을 것이다. 그러나 국제법의 법원(法源)에는 조약, 관습국제법뿐만 아니라 법의 일반원칙, 판례, 학설 등도 존재하고,⁴⁸⁾ 국제법의 법원 중에서 전통적이고 대표적인 것이 조약이므로 하위규범 중에는 조약만을 명시하는 것이 일견 타당하다고 볼 수 있다. 후술하는 바와 같이 우리 제헌헌법 제7조 제2항이 참조하였던 이탈리아 헌법 제10조 제2항도 외국인의 법적 지위가 보장되는 기준으로 “국제규범과 조약”을 언급하고 있다는 점에서 우리 헌법과 유사성을 보이고 있다. “국제법”에 관습국제법이 포함되므로 실제적으로 큰 차이는 없다고 볼 수도 있으나, 우리 헌법제정권력은 헌법문언상의 가시성에서 오는 규범적 혼란 내지 불안보다는 그 비가시성에서 오는 법적 안정을 택하였다고 평가할 수 있을 것이다.

권태욱, 조현영, 윤치영, 조영규 의원에 의하여 “국제관습”을 삭제하자는 동의를 계속 제기되었는데, 유성갑 의원은 제7조 제2항 전체를 삭제하자고 개의하였고, 최국현 의원의 요청에 의하여 전문위원 유진오의 의견을 청취하게 되었다. 여기에서 유진오는 독일 기본법의 태도로부터 강한 영향을 받은 입장을 내놓는데, 유진오의 이해관심에 의하여 강하게 정향된 그러한 해석론이 우리 헌법규정과 반드시 부합하는지 여부는 면밀히 검토해볼 필요가 있다.

유성갑 의원: 제7조 제2항에 「외국인의 법적 지위는 국제법, 국제관습의 범위 내에서 보장된다」 했습니다. 이것은 제1항과 같은 성질로 이것을 다시 제2항에 넣을 것은 불필요하다고 생각합니다. 국제법규는 국내법과 동일한 효력을 가진다 했으면 그만인 줄 압니다. 그러므로 저는 제2항 전부를 삭제하기로 개의합니다.

의장 이승만: 지금 동의와 개의가 있[습]니다. 동의는 국제관습을 빼자는 것이고 개의는 [제]2항 전부를 빼자는 것입니다. 그러면 개의와 동의는 ... 개의 먼저 표

47) 제헌국회속기록(제1권), 519면 내지 520면.

48) 국제사법재판소 규정 제38조 제1항 참조. 이 조항은 국제법의 법원을 정의하기 위하여 규정된 것은 아니지만, 그것을 파악할 수 있는 일종의 기준이라고 할 수 있다.

결에 부치겠[습]니다.

최국현 의원: [이]전에 이것이 추가가 된 것으로 알고 있[습]니다. 그러면 전문위원이 필요함으로 인해서 추가한 것인데 전문위원의 의견을 한 번 들어보는 것이 좋을 것입니다.

전문위원 유진오: 외국인의 법적 지위를 헌법 속에 넣은 예는 많지 않[습]니다. ... 외국헌법 중에 자기 나라 시민권을 가진 사람에게 적용되는 것과 ... 자기 나라 국적을 갖지 않은 사람도 모[두] 인정하는 ... 것을 구별해서 어떤 때에는 시민에게 어떤 권리를 말하고, 어떤 때에는 인민에게, 사람에게 인정하는 권리를 보장하고 있[습]니다.

또 외국 ... 에서는 대개 어떻게 취급하고 있는[가] 하니 이전에 말씀드린 외국인의 지위는 통상조약에서 가령 자기 나라 국민과 같은 것으로서 취급한다고 하는 사람, 자기 나라 사람과 마찬가지로 취급하고 자기 나라보다 더 위대하다고 하면 — 과거의 일입니다마는 — 이런 조건이 있는 때에는 자기 나라 국민보다 더 좋은 지위를 주고 있는 것입니다. 그러면 이러한 통상조약이 없는 다른 ... 외국인에 대해서는 어떻게 하느냐, 국적이 없는 사람에 대해서 어떻게 하느냐, 이러한 사람들에게는 그 자기 나라 국민에 대해서 권리보장 중에서 그것이 다만 국민에게 대해서 국한된 것이 아니라 모든 사람에서 사람이면 다 불가불 인정해야겠다는 것을 구별해가지고. / 가령 독일 헌법을 말하면 독일인이 권리의무란 것이 있[습]니다. 그러나 독일인이라는 의무는 독일 국적을 가진 사람만을 의미한다든지 또는 독일 국적을 가진 외의 사람이라도 통상조약이나 이런 것이 없다 해서 / 그러나 국민이라는 말은 우리 국적을 가진 사람만 ... 돕는 의미로 해석하기 때문에 / 외국인을 차별대우하는 헌법이 아니라는 것을 표시하기 위해서 제7조 [제]1항에서 설명한 의미에서 보장된다면 특히 제2항은 법적 지위에 관해서 ... 외국인을 우대하는 것도 아니고 그렇다고 해서 배척하는 것도 아니고 국제법과 국제조약의 범위 내에서 외국인을 대접한다[는] ... 취지에 지나지 않는 것입니다. 전문위원의 입장에서 생각해볼 때에 이 조항이 있고 없고 간에 여하[튼] 외국인에 대해서 우리나라는 차별대우 하지 않는다[는] ... 것을 특히 제[1]항과 구별해서 강조하는 것이라고 생각합니다.⁴⁹⁾

유진오의 논지는 다음과 같이 정리할 수 있다. 외국인의 법적 지위에 관한 별도의 헌법규정을 두는 예는 드물다. 기본권은 “시민의 권리”와 “인민(사람)의 권리”로 양분된다. 외국인의 법적 지위는 기본적으로 다른 국가와 체결한 통상조약에

49) 제헌국회속기록(제1권), 520면.

의하여 보장되는데, 과거에는 치외법권 등을 상대국 국민에게 보장함으로써 자국민보다 우대하기도 하였으나, 오늘날에는 대개 내국민대우를 규정한다. 외국인의 법적 지위에 관한 일반적 보호조항은 우리 헌법이 외국인을 차별대우하는 헌법이 아님을 표시하는 데에 의의가 있는데, 우리나라와 통상조약이 체결되지 않은 국가의 국민, 무국적자의 경우에 의의가 있다. 그러나 외국인의 법적 지위는 기본권의 성질상 “국민의 권리”와 “인간의 권리”를 구별하여 그에 따라 보장되는 것이기 때문에, 일반적 보호조항의 유무와는 무관하다. 이는 외국인을 우대하는 것도 배척하는 것도 아니고 국제법과 국제조약의 범위 내에서 대접하는 것을 의미할 뿐이다.

위와 같은 유진오의 인식 중에서 특히 밑줄 부분은 문제가 있을 뿐만 아니라, 어떤 측면에서는 위험하기까지 하다. 비록 이탈리아 헌법의 조문을 참고하여 도입한 것이기는 하지만, 우리 헌법의 독자성을 가지고 있는 조문에 대하여 유진오는 그 제정단계에서부터 독일 헌법학계의 통설을 강하게 투사하여 해석론을 전개하고 있는 것이다. 후술하는 바와 같이 “인간”과 “국민”의 이분론에 입각한 제헌헌법 제7조 제2항의 해석론은 유진오가 제헌헌법 시행 이후 저술하여 발간한 『헌법해의』와 『신고 헌법해의』에서도 그대로 찾아볼 수 있다.⁵⁰⁾

유진오의 발언이 끝나고 나용균 의원, 국회의장 이승만, 정도영 의원의 발언이 이어지는데, 여기에서 우리는 급박하게 진행되었던 헌법안 제3독회의 다소 희극적인 면모를 마주하게 된다.

나용균 의원: 우리가 오늘 이 제3독회라고 하는 것이 무엇인가를 구별해가지고서 진행해야 될 줄로 알[아]요. 지금까지 여러분 말씀하는 것의 동의된 데에 보면 제2독회 또 대체토론이나 다름이 없는 줄 압니다. 만일 제3독회에 있어가지고서 언어의 일체를 뺀다든지 무슨 문자 전체를 삭제한다든지 이렇게 한다면 이후에 해결할 조문을 여기서 또 몇날 며칠이 걸릴는지 모를 줄로 압니다마는 도[무]지 제3독회의 성질이라고 하는 것은 그 문구라든지 그 문자 수정에 불과한 것인데 이렇게 일절을 뺀다든지 할 수 없는 줄로 압니다.

의장 이승만: 그것은 나용균 의원의 설명이 옳[습]니다. 지금은 국방군에 대해서 생각할 것이올시다. 거기에 보면 전문위원의 설명과 같이 외국인에 … 대한 것이 하나 있어야 될 줄로 아니까 … 이것을 빼서는 안 될 것이고 여기에 대해서 더 설명을 할 것이 없으면 표결에 부칩니다. 그러면 가부 묻겠는데 이것은 전부 빼

50) 유진오, 전게서(주 21), 27면; 유진오, 신고 헌법해의(제14판)(일조각, 1959), 54면 내지 55면 참조.

자고 하는 것이 개의인데 지금 개의 가부를 먼저 물을 것이니까.

정도영 의원: 의장, 그것은 개의 성질이 안 됩니다.

의장 이승만: 개의는 성안이 안 된다는 말이 있으니 지금 개의는 제3독회에서 개의가 못 되니까 이것을 삭제한다고 하는 말이니까 이 동의하신 분들은 그렇게 아시고 개의는 묻지 않고 동의를 묻겠는데 동의를 본의는 「국제관습」이라고 하는 녀 자를 빼자고 하는 것이 동의입니다. 그러면 표결에 부칩니다. (거수표결) 재석의원 161인, 가에 126, 부에 3. 그러므로 그 동의를 가결되어서 이 원문으로 돌아갈 때에 이 「국제관습」이라고 하는 글자는 빼게 될 것이올시다.⁵¹⁾

요컨대 제3독회는 신속한 진행을 요체로 하는데, 대체토론에 상응하는 발언권 행사로 인하여 헌법제정의 과업이 지체되어서는 안 된다는 것이다. 나용균 의원은 자구수정을 넘어서는 개의안이 수용되어서는 안 됨을 강조하였고, 정도영 의원은 유성갑 의원에 의한 개의안, 즉 제헌헌법 제7조 제2항 전체를 삭제하자는 안건은 개의안의 요건을 갖추지 못하였다고 주장하였다. 결국 제헌헌법 제7조 제2항을 삭제하자는 개의안은 헌법안 제3독회에서는 표결에 부쳐지지도 않은 채로 폐기되었고, 그 조항은 “국제관습”이라는 표현만 삭제된 형태로 제헌헌법에 최종적으로 삽입되었으며, 현행헌법에 이르기까지 그 모습을 유지하고 있는 것이다.

특기할 것은 제헌헌법 제7조 제2항의 성립에는 제헌국회 의장이었던 이승만의 기여가 주요하게 작용하였다는 사실이다. 진헌식 의원의 최초 수정안은 이승만의 지지발언, 즉 “이 사람의 생각도 그 조문을 넣는 것이 필요한 것 같다” 또는 “우리도 이 조문 하나를 넣으면 대단히 좋을 것 같다”는 발언에 힘입어 일체의 토론 없이 바로 표결에 붙여졌던 것이다.⁵²⁾ 이승만의 그러한 동조적 태도의 근거에는 그의 학문적 배경이 자리하고 있었던 것으로 생각된다. 주지하는 바와 같이, 이승만은 미국 프린스턴대학에서 미국의 영향을 받은 전시중립론을 주제로 국제법 논문을 작성하여 박사학위를 받았는데,⁵³⁾ 그는 전시에 중립국의 통상의 자유가 보장되는 국제관행이 형성된 과정을 추적하였던 것이다. 통상의 자유라는 학문주제는

51) 제헌국회속기록(제1권), 520면 내지 521면.

52) 유영익, “이승만 국회의장과 대한민국 헌법 제정”, *역사학보*, 제189호(역사학회, 2006), 101면 이하는 유진오를 “한국 헌법의 아버지”로 부르는 것은 의문이라면서 이승만이 해방 전후 및 헌법제정 당시에 미친 영향력을 부각시키고 있다.

53) Syngman Rhee, *Neutrality as Influenced by the United States* (Princeton University Press, 1912); 이승만(정인섭 譯), *이승만의 전시중립론: 미국의 영향을 받은 중립*(나남출판사, 2000) 참조.

외국인의 법적 지위와 상당한 밀접성을 보이는 것이었고, 어떤 측면에서는 외국인의 법적 지위를 둘러싼 국제법 담론의 한 하위분야라고 볼 수도 있다. 외국인의 법적 지위에 관한 일반적 보호조항을 두되 그 기준을 국제법과 조약에서 찾자는 진헌식 의원의 수정안에 대하여 이승만이 망설임 없이 즉각적으로 찬성의사를 밝혔던 것은 자연스러운 일이었다고 하겠다.⁵⁴⁾ 또한 비록 나용균 의원과 정도영 의원의 주장을 수용하는 모양새이기는 하였으나, 제헌헌법 제7조 제2항은 신속한 진행을 지상과제로 내세웠던 제3독회의 특성으로 말미암아 삭제될 위기를 모면하기도 하였다. 물론 유성갑 의원의 개의안이 표결에 부쳐졌더라도 이승만이 강력히 지지하였던 그 조항이 삭제되었으리라고는 쉽사리 예측하기 어렵다. 요컨대 제헌헌법 제7조 제2항은 이승만의 강한 지지를 바탕으로 우리 헌법에 도입되었다고 평가할 수 있을 것이다.

6. 소 결

제헌헌법 제7조 제2항은 기본권 향유주체를 가리키는 표현을 “국민”에서 “인민”으로 수정하려는 시도가 실패하면서 비로소 우리 헌정사에 등장하였다. 그 성립에 주되게 기여한 인물은 진헌식 의원이고, 외국인의 법적 지위를 보장하는 기준으로 진헌식 의원 외 44인의 최초안에는 “국제법, 국제조약과 국제관습”이라고 규정되어 있었던 것에서 “국제관습”을 삭제하는 데에는 권태욱 의원, 조현영 의원, 윤치영 의원이 기여하였으며, 그 셋 중에서 가장 큰 기여를 한 인물은 권태욱 의원이다. 결과적으로 제헌헌법 제7조 제2항은 진헌식 의원과 권태욱 의원의 합작품이라고 하여도 과언이 아니고, 그 과정에서 전문위원 유진오의 조력이 일부 있었다고 평가할 수 있다. 그러나 무엇보다도 진헌식 의원의 최초 제안이 강한 추동력을 받을 수 있었던 데에는 국회의장 이승만의 전폭적인 지지가 자리하고 있었다. 그러한 지지의 배경에는 이승만의 학문적 편력이 작용하였을 것으로 추측된다. 다른

54) 필자는 제헌국회에서 이루어진 이승만의 일련의 발언과 그에 뒤이은 의원들의 반응 등을 살펴보면서 막스 베버가 분류한 의미에서의 이른바 “카리스마적 지배”의 일단을 관찰할 수 있었다. 막스 베버는 지배의 내적 정당화, 즉 지배의 정당성의 근거를 ① 전통(관습), ② 카리스마(천부적 자질), ③ 합리성(합법성)의 세 가지 순수형으로 분류하였다. 두 번째 유형은 복종자들이 지도자의 순전히 개인적인 카리스마에 헌신하는 것에 의한 지배인데, 가장 두드러진 의미에서의 소명이라는 사상은 카리스마적 지배에 뿌리를 박고 있다고 한다. 막스 베버(이상률 譯), “직업으로서의 정치”, **직업으로서의 학문**(제2판)(문예출판사, 2005), 72면 내지 74면 참조.

한편으로는 “인민”이라는 표현에 대하여 지속적으로 극렬한 반대입장을 보였던 윤치영 의원이 있었기에 제헌헌법 제7조 제2항이라는 일종의 우회로가 모색되었다는 점에서 윤치영 의원의 기여도 작지 않았다고 볼 수 있다.

Ⅲ. 비교헌법적 고찰

1. 서 설

여기에서는 일본, 독일, 이탈리아의 헌법 제정사와 외국인의 법적 지위에 관한 그 해석론을 검토함으로써 우리 헌법의 올바른 해석론을 모색해보고자 한다. 독일 기본법을 검토하는 이유는 『제헌국회속기록』에 나타난 바와 같이 진헌식 의원의 수정안 제출과정에서 조력을 제공한 전문위원 유진오가 독일의 헌법해석론에 강하게 정향되어 있었기 때문이고, 이탈리아 헌법을 검토하는 이유는 제헌헌법 시행 이후 유진오가 저술하여 발간한 『헌법해의』 초판에 제헌헌법 제7조 제2항이 1948년 1월 1일부터 시행된 이탈리아 헌법 제10조를 참조한 것으로 기록되어 있기 때문이다. 일본 헌법을 검토하는 이유는 주지하는 바와 같이 부인할 수 없는 우리 역사에 기인한다. 해방 이후 미군정이 설치한 남조선과도입법의원은 일본 헌법, 독일 기본법, 이탈리아 헌법을 비롯한 세계 각국의 헌법전 또는 헌법초안을 광범위하게 수집하였고, 그 작업에는 신익희, 윤길중 등이 깊이 관여하였다.⁵⁵⁾

제2차 세계대전 이후 세계 각국의 헌법은 인권의 보유자가 국적의 보유자에 국한된다는 국민국가적 사고방식으로부터 탈피하는 경향을 보였는데, 이는 독일 기본법과 일본 헌법이 일부 권리의 주체를 “모든 독일인” 또는 “모든 신민”에서 “모든 사람” 또는 “누구든지”로 변경하는 모습을 보였던 사실에서도 찾아볼 수 있다.⁵⁶⁾ 그러나 우리 헌법은 그러한 경향과는 다른 길을 선택하였음은 전술한 바와

55) 경향신문, 1986년 7월 16일자, 3면에 실린 제헌헌법 전문위원 윤길중의 회고 참조. 윤길중은 1946년 미군정 치하에서 설치된 남조선과도입법의원의 법률기초과장을 맡으면서 헌법기초작업에 참여하였다. 그때 윤길중은 신익희의 지시로 이탈리아 헌법, 프랑스 헌법초안 등을 수집하였고, 맥아더 사령부의 일본 헌법초안도 수집하였다고 한다. 이후 제헌국회가 구성되면서 전문위원으로 발탁되어 이들 초안을 토대로 본격적인 헌법기초작업에 참여하였다고 한다.

56) 코세키 쇼오이찌(김창록 譯), **일본국 헌법의 탄생**(뿌리와 이파리, 2010), 133면 내지 134면.

같다. 각국의 헌법을 둘러싼 해석론은 지구상의 특정한 국가에서 그곳에 “있는 법”(de lege lata)의 해석을 위하여 전개된 것이다. 그러한 고유의 역사와 맥락을 가진 이론이 지구상의 다른 국가에서는 “있어야 할 법”(de lege ferenda)의 위치를 차지하였던 역사를 우리는 드물지 않게 목도할 수 있다. 독일 또는 일본에서 그곳에 “있는 법”의 해석을 위하여 전개되어온 이론들이 우리법의 규정형식의 차이에도 불구하고 “있어야 할 법”으로 행세해온 역사를 외국인의 법적 지위에 관한 헌법조항을 해석함에 있어서도 기민하게 자각하여야만 할 것이다.

2. 일본

우리 헌법은 일본 헌법과 마찬가지로 “국민”이라는 용어를 채택하였다. 그러나 우리 헌법과는 달리 일본 헌법은 내국인과 외국인에게 동일하게 인정되는 기본권과 내국인에게만 인정되는 기본권을 구별하여 그 향유주체를 다르게 규정하고 있으며, 외국인의 법적 지위에 관한 일반적 보호규정을 가지고 있지도 않다. 일본 헌법은 그 제정과정에서 몇 차례 개악을 거치면서 외국인의 법적 보호에 관하여는 현저히 후퇴하는 모습을 보였고, 이는 재일한국인의 문제와 결부되어 오늘날까지도 수많은 난맥상을 드러내고 있다.⁵⁷⁾

제2차 세계대전 직후 무임소 장관이었던 고노에 후미마로(近衛文麿)는 헌법개정 의 요점으로 9개 항목을 열거하였는데, 네 번째 항목에서 “신민(臣民)의 자유를 존중한다는 주지 아래 외국인도 원칙적으로 일본 신민과 동등한 취급을 받는다는 것을 특히 명기한다”고 기술하였다. 고노에가 작성한 「요강」은 1945년 11월 22일 천황에게 상주되었다.⁵⁸⁾ 다른 한편으로 일본정부는 1945년 10월 25일 헌법문제조사위원회를 설치하였는데, 동 위원회가 회의내용을 정리하여 1945년 11월 24일 발표한 문서의 인권조항 개정에 관한 부분에는 “외국인도 원칙적으로 일본 신민과 마찬가지로의 취급을 받는다는 취지를 정하는 것은 타당하지 않다(다수)”라고 기록되어 있었다.⁵⁹⁾

이후 통칭 맥아더 초안이라고 불리는 연합군 최고사령부(GHQ) 초안이 비법률가 3인에 의하여 작성되었는데,⁶⁰⁾ 여기에서는 “국민의 권리”를 넘어서 “인간의 권리”

57) 이하는 코세키 쇼오이찌, 전게서(주 56)의 관련 내용을 중심으로 정리한 것이다. 원저는 古関彰一, 『日本國憲法の誕生』(岩波書店, 2009)이다.

58) 코세키 쇼오이찌, 전게서(주 56), 43면 내지 45면.

59) 코세키 쇼오이찌, 전게서(주 56), 87면 내지 88면.

를 규정하였던 것으로 평가된다. 그 초안에는 “외국인은 법의 평등한 보호를 받는다. 외국인이 범죄와 관련하여 소추를 당한 때에는 자국의 외교기관 및 스스로 선택한 통역의 조력을 받을 권리를 가진다.”라는 조문도 포함되어 있었다.⁶¹⁾ 이는 소위원회의 독자적인 발상이 아니라 미국의 기본적인 정책이었고, 미국정부는 1946년 1월 7일자로 맥아더에게 송부한 「일본 통치체제의 개혁」(State-War-Navy Coordinating Committee 288 문서)이라는 문건에서 인권에 관하여 “일본 신민 및 일본의 통치권이 미치는 범위 안에 있는 모든 사람 쌍방에 대하여 기본적인 인권을 보장한다”고 기술하기도 하였다. 초안의 조문은 제2문을 삭제하여 “외국인은 법의 평등한 보호를 받는다”라는 내용으로 연합군 최고사령부 최종안 제16조에 포함되었다.⁶²⁾

연합군 최고사령부 최종안을 수용하지 않을 수 없었던 일본정부는 그것을 바탕으로 일본안을 작성하면서 법제국 관료를 중심으로 “일본화를 위한 고투”를 벌였다. 특히 “인권의 메이지 헌법화”로 인하여 외국인의 법적 지위에 관한 조항들에 큰 변화가 있었다. 대표적으로 평등권 조항에서 “모든 자연인”(all natural persons)이라는 표현이 “모든 국민”으로 변경되었고, 외국인의 평등한 보호에 관한 별도의 조문이 있다는 이유로 “출신국”에 따른 차별금지가 평등권 조항에서 삭제되었다(일본안 제13조). 일본안의 작성단계에서는 “외국인은 법의 평등한 보호를 받는다”는 조문은 “외국인은 균등하게 법률의 보호를 받을 권리를 가진다”라고 문구만 일부 수정하여 유지될 수 있었지만(일본안 제14조), 후술하는 바와 같이 그 조문은 이후의 논의과정에서 교묘한 방식으로 전문 삭제되었고, 결국 “외국인의 인권은 헌법의 보호대상의 바깥에” 놓이게 된다.⁶³⁾

연합군 최고사령부는 1946년 3월 4일 일본안에 대한 심사에 착수하였는데, 그때 마츠모토 국무대신과 동행한 법제국 제2부장 사토 타츠오(佐藤達夫)에 의하여 외국인의 일반적 보호에 관한 규정이 삭제되기에 이른다. 먼저 연합군 최고사령부는 일본안 제13조에서 “출신국”이 삭제된 것을 추궁하였는데, 사토는 연합군 최고사령부 최종안 제16조의 존재이유를 역으로 추궁하여 외국인의 인권보호는 일본국민과 평등하다는 회답을 얻어냈다. 나아가 사토는 외국인의 인권보호에 관한 별도

60) 코세키 쇼오이찌, 전게서(주 56), 132면 내지 133면 참조.

61) 코세키 쇼오이찌, 전게서(주 56), 133면. 조문의 표현은 필자가 다소 수정하였다.

62) 코세키 쇼오이찌, 전게서(주 56), 133면 내지 134면.

63) 코세키 쇼오이찌, 전게서(주 56), 165면 내지 166면.

의 규정이 필요하지 않음을 강변함으로써 일본안 제14조를 삭제하고 제13조에 외국인의 평등대우에 관한 내용을 다시 포함시키는 방향으로 합의를 이끌어냈다.⁶⁴⁾ 일본안에 있던 “모든 국민”을 삭제하고 연합군 최고사령부 최종안에 있었던 “모든 자연인”을 부활시킴과 동시에 연합군 최고사령부 최종안에 있었던 “출신국”에 따른 차별금지를 “국적”에 따른 차별금지로 부활시킨 것이다.⁶⁵⁾ 그러나 사토는 같은 날 밤에 재수정을 시도한다.⁶⁶⁾ 수정된 일본안 제13조의 “일본 국민이든 아니든 묻지 않고”와 “국적”의 두 부분을 삭제하고 싶었던 것이다. 일본의 제안내용과 연합군 최고사령부의 수용배경에 관한 자료는 전해지지 않으나, 연합군 최고사령부는 사토의 제안을 선선히 받아들였고, 두 부분은 사토의 희망대로 모두 삭제되었다.⁶⁷⁾ 이후 의회에서의 논의과정을 거쳐서 외국인 보호규정은 헌법에서 완전히 삭제되기에 이른다.⁶⁸⁾

전술한 바와 같은 우여곡절 끝에 1946년 3월 5일 헌법개정 초안 요강이 예정대로 발표되었는데, 스즈키 야스조(鈴木安藏)는 비판적인 견해를 밝히면서 외국인 인권보호의 공백문제를 거론하기도 하였다.⁶⁹⁾ 일본 헌법이 시행되기 전날인 1947년 5월 2일에 재일조선인의 단속을 목적으로 공포된 외국인등록령에서는 “재일의 국인을 당분간 외국인으로 간주한다”고 명시하여 외국인을 인권의 향유주체에서 배제하였는데,⁷⁰⁾ 고세키 쇼이치(古関彰一)는 이를 일본정부가 외국인의 인권보장에 관한 헌법조항을 삭제하고자 노력하였던 이유로 보고 있다.⁷¹⁾ 재일한국인을 인

64) 佐藤達夫, *日本國憲法成立史*, 第3卷(有斐閣, 1994), 118면. 이경주, “전쟁책임과 일본국헌법: 헌법제정사를 중심으로”, *법사학연구*, 제19호(한국법사학회, 1998), 46면에서 재인용.

65) 수정된 일본안 제13조는 다음과 같다. “모든 자연인은 일본 국민이든 아니든 묻지 않고 법률 아래 평등하며, 인종, 신조, 성별, 사회적 신분 혹은 문벌 또는 국적에 의하여 정치적, 경제적 또는 사회적 관계에서 차별 받지 않는다.”(강조는 인용자)

66) 이경주, *전계논문*(주 64), 46면은 사토에 의한 추가적인 개악의 시도가 1946년 3월 5일에 이루어졌다고 한다. 연합군 최고사령부는 일본정부에 초안 전체를 3월 5일 중에 발표하라고 제안하였는데, 일본정부는 자구정리 등을 이유로 하루 연기하였고, 그 과정에서 사토가 추가적인 개악을 시도하였다는 것이다. 즉, 3월 5일의 초안과 3월 6일의 초안이 복수로 존재한다는 것이다. 이는 고세키 쇼이치의 설명과 차이가 있는 대목인데, 본고에서는 비교적 최근의 연구성과인 고세키 쇼이치의 입장을 따르기로 한다.

67) 코세키 쇼오이찌, *전계서*(주 56), 185면.

68) 코세키 쇼오이찌, *전계서*(주 56), 173면.

69) 코세키 쇼오이찌, *전계서*(주 56), 197면.

70) 이경주, *전계논문*(주 64), 33면.

71) 코세키 쇼오이찌, *전계서*(주 56), 185면.

권보장의 사각지대로 내몰아온 일본정부의 태도는 이후에도 줄곧 비판의 대상이 되어왔다.⁷²⁾

일본 헌법은 제11조에서 “국민은 모든 기본적 인권의 향유를 방해 받지 않는다”고 선언하면서도 국민의 권리와 의무에 관한 제3장의 첫 머리인 제10조에 “일본 국민의 요건을 법률로 정한다”고 규정하여 기본권의 향유주체를 “국민이라는 협소한 울타리”에 가두고 있다.⁷³⁾ 바꾸어 말하면, 일본 헌법 제11조는 “일본 국적을 가지지 않은 외국인은 기본적 인권의 향유를 방해 받는다”라고 뒤집어 읽을 수도 있는 것이다.⁷⁴⁾ 재일외국인의 법적 처우에 관하여 침묵한 『국적법』이 1950년 5월 4일 제정되고, 샌프란시스코 평화조약이 1952년 4월 28일 발효하면서, 재일외국인은 범형식상 “외국인”으로 고착화되었다.⁷⁵⁾ 실제로 일본 국민연금법이 피보험자의 자격을 “일본 국민”으로 한정하여 규정함으로써 1910년 이후 일본에 거주하였고 오랜 기간에 걸쳐서 보험금을 납부하였음에도 불구하고 연금수급권이 박탈된 재일한국인이 있을 정도로 일본 헌법상 “국민” 규정은 실질적 중대성을 가지고 있었다.⁷⁶⁾

그러나 일본 헌법은 일부 기본권에 대하여 그 향유주체로 “모든 국민”이 아닌 “누구든지”를 명시하거나 그 향유주체를 구체적으로 명시하지 않고 있다는 점에서, 기본권의 향유주체로 원칙적으로 “국민”만을 명시하고 있는 우리 헌법과는 근본적인 차이를 보인다. 또한 일본 헌법은 우리 제헌헌법 제7조 제2항(현행헌법 제6조 제2항)에 해당하는 조문을 가지고 있지 않다는 점에서도 우리 헌법과는 중요한 차이가 있다. 일본 헌법이 그 향유주체로 “국민”만을 명시하고 있지 않은 기본권에는 청원권(제16조), 국가 및 공공단체의 배상책임(제17조), 노예적 구속 및 고역(苦役)으로부터의 자유(제18조), 사상 및 양심의 자유(제19조), 종교의 자유(제20조), 집회·결사·표현의 자유 및 통신의 비밀(제21조), 거주·이전의 자유, 직업선택의 자유, 외국이주 및 국적이탈의 자유(제22조), 학문의 자유(제23조), 가족생활에 있어서 개인의 존엄과 양성의 평등(제24조), 근로자의 단결권, 단체교섭권(제28조), 재산권(제29조), 법정절차의 보장(제31조), 재판받을 권리(제32조), 체포에

72) 스기하라 야스오(이경주 譯), **헌법의 역사**(학술총서 218)(이론과 실천, 1996), 243면.

73) 이경주, **전계논문(주 64)**, 31면 내지 32면. 일본 헌법 제10조는 연합군 최고사령부 초안에도 일본정부 초안에도 없었으나, 메이지헌법에는 있었다. 코세키 쇼오이찌, **전계서(주 56)**, 256면 참조.

74) 코세키 쇼오이찌, **전계서(주 56)**, 257면.

75) 이경주, **전계논문(주 64)**, 32면.

76) 코세키 쇼오이찌, **전계서(주 56)**, 257면. 제2차 세계대전 이후의 일본에서 정주외국인 등 외국인의 권리보장에 대한 논의는 佐藤潤一, **전계서(주 15)**, 43면 내지 55면 참조.

대한 보장(제33조), 억류 및 구금에 대한 보장(제34조), 주거의 불가침(제35조), 고문 및 잔혹형벌의 금지(제36조), 형사피고인의 권리(제37조), 자기에게 불리한 진술과 자백의 증거능력(제38조), 소급처벌의 금지, 일사부재리(제39조), 형사보상(제40조) 등이 있다.⁷⁷⁾

일본 최고재판소는 “적어도 인간다운 것에 의하여 당연히 향유하여야 할 인권은 비록 불법입국자라 하더라도 이를 향유할 수 있다”고 판시한 이래,⁷⁸⁾ “평등권은 특단의 사정이 없는 한 외국인에 대하여도 인정된다”고 판시하였고,⁷⁹⁾ “헌법 제3장의 여러 규정에 의한 기본권 인권의 보장은 권리의 성질상 일본국민만을 대상으로 하는 것을 제외하고, 일본에 체류하고 있는 외국인에 대하여도 똑같이 미친다고 해석하여야 한다”고 판시하는 등 기본적으로 성질론에 입각한 “인간의 권리”와 “국민의 권리”의 이분론을 채택해왔다.⁸⁰⁾

3. 독일

외국인의 법적 지위에 관하여 종래 우리나라에서 통용되었던 헌법해석론은 독일 기본법의 해석론, 즉 “인간”과 “국민”의 이분론을 전적으로 수용한 것이다. 그러나 독일 기본법은 기본권의 향유주체로 “모든 인간”과 “모든 독일인”을 구별하여 규정하고 있을 뿐만 아니라, 우리 제헌헌법 제7조 제2항에 해당하는 조문을 가지고 있지 않다는 점에서 우리 헌법과는 근본적으로 다른 구조를 취하고 있다. 일본의 경우에는 기본권 향유주체에 관하여 독일 기본법과 외견상 동일하거나 유사한 구조를 취하고 있기 때문에 그 필요에 따라 독일 기본법의 해석론을 수용하는 것이 적절할 수 있으나, 우리의 경우에는 외국인의 기본권주체성에 관한 독일 기본법의 해석론을 그대로 수용하는 것이 반드시 온당하다고 평가하기는 힘들다. 외국인의 기본권주체성에 관한 우리의 해석론은 일본을 거쳐서 독일의 해석론을 맹목적으로 수입하였을 가능성이 높지만, 우리의 독자적인 헌법제정사에 기초한 헌법해석론을 정초하

77) 국회도서관, **세계의 헌법: 35개국 헌법 전문**, 제2권(국회도서관, 2010), 251면 내지 255면 참조.

78) 일본 최고재판소 1950(昭和25). 12. 28. 판결(最高裁判所民事判例集 제4권 제12호, 638면). 권영성, 전게서(주 2), 315면, 주 2; 김철수, 전게서(주 2), 332면, 주 1에서 재인용.

79) 일본 최고재판소 1964(昭和39). 11. 28. 판결(最高裁判所刑事判例集 제18권 제9호, 579면). 김철수, 전게서(주 2), 332면, 주 1에서 재인용.

80) 일본 최고재판소 1978(昭和53). 10. 4. 판결(最高裁判所民事判例集 제32권 제7호, 1223면). 권영성, 전게서(주 2), 315면, 주 2; 김철수, 전게서(주 2), 332면, 주 1에서 재인용.

기 위한 전제로서 현재의 해석론이 의지하고 있는 원형을 검토해보기로 한다.⁸¹⁾

일반적으로 “인간의 권리”(Menschenrechte)는 특정한 범위의 사람들에게만 부여되는 것이 아닌 기본권을 의미하고, “국민의 권리”(Bürgerrechte)는 모든 독일인에게 보장되는 기본권을 의미한다고 설명된다.⁸²⁾ 독일 기본법 제2조는 일반적 인격권에 관하여 규정하고 있는데, “누구든지” 인격의 자유로운 발현권(제1항)과 생명권, 신체의 자유(제2항)를 가진다고 선언하고 있다. 또한 제3조 제1항은 “모든 인간”은 법률 앞에서 평등하다고 규정하고, 제4조 제1항은 신앙의 자유, 양심의 자유 등의 향유주체를 명시하지 않음으로써 그 보장이 특정한 범위의 사람들에게만 국한되지 않음을 선언하고 있다.⁸³⁾ 반면에 독일 기본법은 집회의 자유(제8조), 결사의 자유(제9조) 등에 관하여는 그 향유주체로 “모든 독일인”을 명시함으로써 마치 그 인적 보장범위를 제한하는 것과 같은 외양을 취하고 있다.⁸⁴⁾ 그러나 외국인들에게도 오직 “독일인”에게만 보장되는 행위(예컨대 집회, 결사)가 전면적으로 부인되지는 않기 때문에 “인간의 권리”와 “국민의 권리”를 구분하는 실제적인 의의는 크지 않다고 한다.⁸⁵⁾

외국인의 선거권에 관하여는 독일에서도 다소 논란이 있다. 독일 연방헌법재판소의 일련의 판례에 따르면, 연방 대의기관 선거에 있어서 외국인의 선거권을 법적으로 도입하는 것은 “모든 국가권력은 국민으로부터 나온다”는 독일 기본법 제20조 제2항 제1문에 의하여 배제된다고 한다.⁸⁶⁾ 반면에 독일 기본법 제116조 제1항에 의하면 독일국적을 가지고 있지 않은 자에게도 선거권이 인정될 수 있다는 견해도 있다.⁸⁷⁾ 다른 한편으로는 유럽의 정치적 통합이 심화되면서 유럽공동체 회

81) 이하는 콘라드 헷세(계희열 譯), **통일독일헌법원론**(제20판)(박영사, 2001)의 관련 내용을 중심으로 정리한 것이다. 원저는 Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Auflage (Heidelberg: C.F. Müller, 1995)이다.

82) 콘라드 헷세, 전계서(주 81), 184면.

83) 1995년 11월 3일의 제43차 개정까지 반영된 독일 기본법의 국문번역은 콘라드 헷세, 전계서(주 81), 502면 이하 참조.

84) 콘라드 헷세, 전계서(주 81), 504면 참조. 독일 기본법은 제116조 제1항에서 독일인의 개념을 규정하고 있는데, 이는 독일국적자의 범위와 반드시 일치하지는 않는다. 독일 기본법 제116조 제1항은 다음과 같다: “이 기본법에서 말하는 독일인이란 법률에 달리 규정이 없는 한, 독일국적을 가진 자이거나, 1937년 12월 31일 현재 독일국 영역 내의 독일혈통을 가진 난민, 피추방자 또는 그 배우자 혹은 비속으로 인정된 자를 말한다.” 콘라드 헷세, 전계서(주 81), 536면.

85) 콘라드 헷세, 전계서(주 81), 184면.

86) 콘라드 헷세, 전계서(주 81), 92면, 주 11에 언급된 판례들 참조.

87) 콘라드 헷세, 전계서(주 81), 93면, 주 11에 언급된 H. Meyer의 견해 참조.

원국 국적을 소지하고 있는 자에게는 군, 구와 기초지방자치단체의 선거에서 선거권과 피선거권이 인정되고 있다(독일 기본법 제28조 제1항 제3문).

요컨대 독일 기본법은 기본권의 향유주체로 “모든 인간”과 “모든 독일인”을 구분하여 규정하고 있는데, 후자의 경우에도 그 성질상 외국인에게 기본권주체성이 인정되어야 하는 때에는 헌법해석론을 통하여 헌법문언에도 불구하고 기본권 향유주체의 범위를 외국인에게까지 확장하였고(가령 집회의 자유, 결사의 자유), 그 성질상 기본권주체성의 확장이 곤란한 때에는 헌법문언에 충실한 해석론이 전개되었던 것이다(가령 선거권과 피선거권). 결과적으로는 기본권 향유주체에 관한 독일 기본법상의 명시적인 표현보다는 문체된 특정한 권리의 성질, 즉 “인간의 권리”인지 “국민의 권리”인지 여부가 기본권 보장의 인적 범위를 결정하는 핵심적인 기준으로 작용한다고 볼 수 있지만, 그러한 해석론의 존재론적 기초는 독일 기본법의 규정형식에 있음을 상기하지 않을 수 없다.

4. 이탈리아

1949년 초판이 발행된 『헌법해의』에서 유진오는 제헌헌법 제7조 제2항에 관하여 해설하면서 “국제법의 범위 내에서 [외국인의 법적 지위]가 보장된다는 것은 다른 나라 헌법에 유례가 적은 규정”이고, 그 조항은 “우리나라가 국제법을 성실히 준수할 것을 선명(宣明)한” 규정이라고 평가하였다.⁸⁸⁾ 그러면서 제7조 제2항에 관한 해설의 말미에 “伊 新憲法 第10條 參照”라고 부기함으로써 그 조항이 1947년 제정되어 1948년 1월 1일부터 시행된 이탈리아 헌법 제10조를 참조하여 삽입된 것임을 밝혀놓았다. 흥미로운 것은 1952년 발행된 『신고 헌법해의』에서는 그 조항이 비교헌법적으로 유례가 없는 규정이라는 설명뿐만 아니라 이탈리아 헌법 제10조를 참조하였다는 설명도 삭제되었다는 사실이다. 이러한 태도는 1959년 발행된 제14판에서도 마찬가지이다.⁸⁹⁾ 유진오가 제헌헌법 제7조 제2항에 대하여 이러한 태도변화를 보인 이유는 쉽사리 추측하기 어렵다. 다만, 유진오가 후일 『헌법 기초회고록』을 저술하면서 그 조항을 갑작스럽게 삽입하였던 국회 본회의 제2독회에서의 다른 사소한 일화는 기억하면서도 그 조항이 “신설되기에 이른 경과는 지금 기억이 없”다고 회고한 것에 비추어,⁹⁰⁾ 그 조항은 비교헌법적 차원에서의 깊

88) 유진오, 전게서(주 21), 27면.

89) 유진오, 전게서(주 50), 54면 내지 55면.

90) 유진오, 전게서(주 24), 94면.

은 검토 없이 주변적 내지 지역적 문제의 하나로써 처리되었던 것으로 짐작된다. 비록 『헌법해의』 초판은 발행된 다음이었지만, 급박하게 진행되었던 헌법제정의 과업을 마치고 이탈리아 헌법 제10조를 비로소 제대로 검토해보게 되면서 현민은 이탈리아 헌법의 그 조항이 이탈리아 헌정사의 특유한 맥락 속에서만 정확히 이해될 수 있음을 나중에서야 간파한 것은 아닐까 싶다.

1947년 개정 전의 이탈리아 헌법은 1848년 3월 4일 사르데냐왕국 국왕 카를로 알베르토(Carlo Alberto)에 의하여 제정된 흡정헌법인 알베르토 헌법(Statuto Albertino)이었다. 이탈리아 통일운동인 리소르지멘토(Risorgimento)를 거치면서 사르데냐왕국 헌법은 이탈리아왕국의 헌법으로 계승되었고 1948년 헌법이 시행되기까지 100년간 존속하였다.⁹¹⁾ 이탈리아 헌법은 냉전으로 인한 동서간의 긴장이 고조되기 이전인 1947년에 제정되었기 때문에 사회주의적 성격을 강하게 띠고 있는데,⁹²⁾ 그것은 “개인주의적 자유주의를 부정함과 동시에 권위주의적 전체주의를 배제”한 것으로 평가되고,⁹³⁾ 그러한 특성은 제1조와 제2조에 상징적으로 구현되어 있다. 즉, 제1조 제1항은 “이탈리아는 노동에 기초한 민주공화국”임을 선언하고, 제2조 제2문은 “국가는 정치적·경제적·사회적 연대의 기본적 의무의 이행을 요구한다”고 규정하고 있다. 또한 알베르토 헌법에는 국제관계에 관한 조문이 조약 체결권을 규정한 제5조의 1개조에 불과하였으나, 1948년 헌법에는 외교사절의 신임 및 파견(제80조)과 조약체결권(제87조)에 관한 전통적인 조항들뿐만 아니라, 제10조와 제11조에 국제법에 관한 내용이 신설됨으로써 이탈리아와 국제사회 간의 관계를 재정립하는 역할을 수행하였다.⁹⁴⁾ 이탈리아 헌법은 그 양대 특색이라고 할

91) 1948년 이탈리아 헌법의 성립에 관하여는 井口文男, **イタリア憲法史**(有信堂, 1998), 184면 이하; Mario Comba, “Constitutional Law,” in Jeffrey S. Lena and Ugo Mattei (eds.), *Introduction to Italian Law* (Kluwer Law International, 2002), pp. 31-34; Thomas Glyn Watkin, *The Italian Legal Tradition* (Ashgate, 1997), pp. 39-41 참조. 국문헌으로는 충분하지는 않으나 류시조, “이탈리아헌법의 특징과 통치구조”, **비교법학**, 제22집(부산외국어대학교 비교법연구소, 2011), 47면 이하 참조. 상상의 공동체로서의 근대 국가 이탈리아의 탄생과정을 18세기, 19세기 이탈리아 법문화를 중심으로 추적한 문헌으로는 Pietro Costa, *Lo Stato Immaginario: Metafore e Paradigmi nella Cultura Giuridica Italiana fra Ottocento e Novecento* (Giuffrè, 1986) 참조.

92) 阿部照哉, “イタリア共和国”, 阿部照哉·畑博行 編, **世界の憲法集**(有信堂, 1991), 18면 내지 19면.

93) 井口文男, 전게서(주 91), 212면.

94) Franco Mosconi, “International Law in Post-war Italy”, *Revue Hellénique de Droit International*, Vol. 29 (1976), pp. 1-2.

수 있는 사회주의적 성격과 국제주의적 성격을 띠는 조문을 도처에 포함하고 있고, 외국인의 법적 지위에 관한 제10조 제2항 역시 그러한 배경 하에서 이해하여야 한다.⁹⁵⁾

이탈리아 헌법상 기본권 향유주체를 파악함에 있어서도 내국인과 외국인의 구별은 중요하다. 특정한 권리들은 내국인과 외국인의 구별 없이 모든 인간에게 보장되지만, “국민”에게만 보장되는 권리들도 존재하기 때문이다. 이탈리아 헌법은 “시민의 권리와 의무”라는 표제의 제1부에서 시민적 관계(제1편), 윤리적·사회적 권리와 의무(제2편), 경제적 권리와 의무(제3편), 정치적 권리와 의무(제4편)에 관하여 상세히 규정하고 있는데,⁹⁶⁾ 제1부는 그 표제에서 “시민”(cittadini)이라는 용어를 사용하고 있듯이 기본적으로 시민 내지 국민의 권리와 의무에 관하여 열거하고 있는 것이나,⁹⁷⁾ 그러한 권리의 향유주체를 가리키는 용어로 “모든 국민” 또는 “누구든지”라는 표현을 구별적으로 사용하고, 경우에 따라서는 그 향유주체를 분명히 드러내지 않음으로써 그 권리가 외국인에게도 보장됨을 간접적으로 명시하고 있다.⁹⁸⁾ 예컨대 정치적 기본권과 일부 사회적 기본권(가령 사회부조청구권)은 오직 “국민”에게만 보장되나, 건강과 교육에 관한 권리는 모든 인간에게 보장된다.⁹⁹⁾ 이러한 태도는 독일 기본법과 일본 헌법의 그것과 유사하다고 볼 수 있고, 원칙적으로 “국민”만이 기본권을 보유하는 것으로 규정하고 있는 우리 헌법과는 다른 모습이다.

그러나 기본권 향유주체에 관한 헌법의 문언을 넘어서, 즉 그 주체로 “모든 국민”만을 규정하고 있는 경우에도 그 보장범위를 외국인에게까지 확장하기 위하여

95) Franco Mosconi, 전계논문(주 94), 2면. 외국인의 법적 지위에 관하여 상세히 서술한 이탈리아 문헌으로는 『법학사전』(Enciclopedia del Diritto) 제18권의 외국인(straniero) 항목을 참고할 수 있다. 이탈리아법상 외국인의 법적 지위에 관한 로마법 이래의 역사적 고찰로는 Alberto Maffi, “Straniero: Diritto Romano”, *Enciclopedia del Diritto*, Vol. 18 (Giuffrè, 1995), pp. 1139-1143 참조. 국제공법상 외국인의 법적 지위에 관한 검토로는 Bruno Nascimbene, “Straniero: Diritto Internazionale Pubblico”, *Enciclopedia del Diritto*, Vol. 18 (Giuffrè, 1995), pp. 1144-1156 참조. 제2차 세계대전 이후 이탈리아에서의 국제법의 발전상은 Franco Mosconi, 전계논문(주 94) 참조.

96) Thomas Glyn Watkin, 전계서(주 91), 83면 내지 90면 참조.

97) Istituto Poligrafico dello Stato, *Constitutional Administration in Italy* (Istituto Poligrafico dello Stato, 1976), p. 16.

98) 예컨대 이탈리아 헌법 제13조 제1항은 “개인의 자유는 불가침이다”라고 규정하고, 제14조 제1항은 “주거는 불가침이다”라고 규정한다.

99) Mario Comba, 전계논문(주 91), 35면.

독일과 일본의 헌법해석론은 당해 권리의 보편권리적 성격을 강조함에 비하여 이탈리아 헌법은 그러한 이른바 기본권성질론을 필요로 하지 않는다. 그 이유는 다음의 두 가지로 이해할 수 있다.

첫째, 이탈리아 헌법 제2조는 “국가는 개인으로서의 인간의 불가침의 권리를 승인하고 보장한다”고 규정하고 있는데, 이는 국가가 기본적 권리의 최소한도의 보장을 내국인과 외국인의 구별 없이 모든 인간에게 제공하여야 함을 규정한 것이기 때문이다.¹⁰⁰⁾ 따라서 제1부의 헌법규정에서 그 향유주체로 “국민”만을 명시하고 있는 기본권이더라도 제2조라는 인식틀을 통하여 그 향유주체가 “외국인”으로까지 확대될 수 있고, 이는 성질론에 기초한 해석론적 확장이 아니라, 헌법이 요구하는 구체적인 명령에 쫓은 규범내재적 확장이라고 이해할 수 있다.

둘째, 이탈리아 헌법 제10조 제2항이 “외국인의 법적 지위는 국제규범과 조약에 따라(in conformità delle norme e dei trattati internazionali) 법률로 정한다”라고 규정하고 있기 때문이다.¹⁰¹⁾ 이탈리아어의 “delle norme internazionali”라는 구절이 우리말의 “국제규범”이라는 표현과 동일한지,¹⁰²⁾ 이탈리아 헌법재판소가 제시한 공식영문번역의 “international provisions”를 해석한 “국제규정” 또는 “국제(법) 조항”이라고 이해하여야 하는지,¹⁰³⁾ 아니면 다소 해석상 무리는 따르지만 “광의의 국제(법)적 성격의 조항”이라고 이해하여 국제사법상 외국인의 법적 지위 보장에 관하여 국제적으로 인정되는 기준도 포함된다고 해석하여야 하는지는 분명하지 않으나, 우선은 우리 제헌헌법 제7조 제2항에 사용된 “국제법과 조약”이라는 기준과 이탈리아 헌법 제10조 제2항의 “국제규범과 조약”이라는 기준이 대체로 유사하다

¹⁰⁰⁾ Mario Comba, 전계논문(주 91), 35면; Thomas Glyn Watkin, 전계서(주 91), 81면.

¹⁰¹⁾ 이탈리아어 원문은 다음과 같다. “La condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali.”(밑줄은 인용자) 이탈리아 헌법재판소에 의한 영문번역은 다음과 같다. “The legal status of foreigners is regulated by law in conformity with international provisions and treaties.”(밑줄은 인용자) 이탈리아 헌법 제10조의 국문번역은 다음과 같다. “① 이탈리아의 사법제도는 일반적으로 승인된 국제법원칙에 따른다. ② 외국인의 법적 지위는 국제규범과 조약에 따라 법률로 정한다. ③ 이탈리아 헌법에 보장된 민주적 자유의 실제적 행사가 본국에서 거부된 외국인은 법률에서 정하는 조건에 따라 비호권을 보유한다. ④ 외국인은 정치적 범죄를 이유로 송환되지 않는다.” 이 번역은 국회도서관, 전계서(주 77), 218면 이하의 국문번역과 宮澤俊義 譯, *イタリア共和國憲法*(有斐閣, 1954), 5면과 7면의 일문번역을 참고하여 다소 수정한 것이다.

¹⁰²⁾ 阿部照哉, 전계번역문(주 92), 21면은 “국제법규”라는 표현을 사용하고 있다.

¹⁰³⁾ Istituto Poligrafico dello Stato, 전계서(주 97), 141면은 “international rules”로 번역하였다.

고 이해하여도 큰 잘못은 아닐 것으로 보인다. 실제로 페사로(Pesaro) 지방법원은 2009년 개정 이민법에 관하여 2009년 8월 31일 이탈리아 헌법재판소에 위헌법률심판을 제청하면서¹⁰⁴⁾ 개정 이민법상 강화된 처벌규정이 “관습국제법”에 부합하지 않아서 헌법 제10조에 위배된다고 주장하였는데,¹⁰⁵⁾ 이에 비추어 제10조상 “국제규범”은 “관습국제법”까지도 포함하는 넓은 의미의 “국제법”을 의미하는 것으로 이해된다. 이탈리아 헌법은 자국이 국제법을 준수할 의무가 있음을 명시하고 있는 것이다.¹⁰⁶⁾ 다른 한편으로 이탈리아 헌법은 국제협조의 정신에 입각하여 제10조 제3항에 국제법적 권리가 아닌 국내헌법적 권리로서의 비호권(庇護權, right of asylum)을 규정하고 있는데,¹⁰⁷⁾ 이탈리아 헌법이 시행된 1948년 당시로서는 비호권이 국제법상 권리인지 여부가 논란의 대상이었지만,¹⁰⁸⁾ 헌법상 권리로서 비호권을 인정하기 위한 논리적 전제로서 그 전항에 외국인의 법적 지위에 관한 국제법적 기준에서의 일반적 보호조항을 두었다고 이해할 수도 있다. 또한 국제공법과 국제사법을 준별하지 않고 모두 광의의 국제법의 세부분야로 이해하는 이탈리아의 오랜 전통이 외국인의 법적 지위라는 국제공법적이면서도 국제사법적인 쟁점에 대하여 명문의 헌법규정을 두는 데에 기여하였으리라고 볼 수도 있다.¹⁰⁹⁾ 어쨌든 이탈리아 헌법 제10조 제2항 역시 제2조와 마찬가지로 기본권 향유주체를 “모든 국민”에서 “모든 인간”으로 확장하기 위한 규범내재적 준거로 기능함은 분명하다.

요컨대 이탈리아 헌법은 독일 기본법, 일본 헌법과 마찬가지로 기본권 향유주체를 지칭하는 표현으로 “모든 시민”과 “누구든지”를 모두 사용하고 있으나, 헌법의

104) 이탈리아 헌법재판소에 관하여는 갈봉근, “이태리공화국 헌법재판소”, **법정논총**, 제16집(중앙대학교, 1963), 65면 내지 76면 참조. 갈봉근 교수의 논문이 작성된 시점에 비추어 이탈리아 헌법에 대한 비교헌법적 관심은 일찍부터 존재하였음을 알 수 있다.

105) Elisa Fornalé, “Challenges in the Protection of Migrant Worker’s Rights: The Italian Case”, *Revisita Migrações*, Vol. 8 (2011), pp. 135-136.

106) Thomas Glyn Watkin, *전개서*(주 91), 83면.

107) 阿部照哉, *전개해설*(주 92), 19면.

108) 비호권이 관습국제법뿐만 아니라 지역관습법의 차원에서도 국제법상 인정될 수 없음은 이탈리아 헌법이 제정되고 얼마 후인 1950년 국제사법재판소에 의하여 확인된 바 있다. *Columbia v. Peru*, 1950 ICJ Reports 266 참조. 이에 관한 상세는 정인섭, *전개서*(주 11), 46면 내지 47면 참조.

109) Angelo P. Sereni, *The Italian Conception of International Law* (Columbia University Press, 1943), p. 228, pp. 296-299 참조. 이탈리아는 20세기 초반에 사법공조, 행정공조 등에 관하여 다수의 조약을 체결하였는데, 광의의 국제사법에 속하는 문제를 국제공법의 방법론을 통하여 해결하고자 하는 이탈리아 특유의 국제법적 전통이 있었음에 주목할 필요가 있다.

규정상으로는 “국민”에게만 보장되는 기본권도 그 제2조와 제10조 제2항이라는 헌법내재적 우회로를 통하여 외국인에게까지 보호범위가 확대되고 있다. 이러한 까닭에 종래 이탈리아에서는 외국인의 법적 지위 내지 기본권주체성에 관하여 논의하면서 권리성질론에 기초한 “인간의 권리”와 “국민의 권리”의 이분론을 전개할 필요가 없었던 것이다.¹¹⁰⁾ 또한 전술한 바와 같이 이탈리아 헌법 제10조 제2항은 외국인의 법적 지위 보장기준으로 국제법을 명시하면서도 우리 헌법과는 달리 국내법에 의한 매개관계를 요구하고 있기 때문에, 이탈리아는 외국인의 법적 지위에 관한 국내법을 제정 또는 개정함에 있어서 국제규범 내지 조약이 요구하는 기준들을 수용하는 데에 비교적 적극적인 태도를 보이고 있다. 일례로 이탈리아는 이민법을 지속적으로 개정하는 과정에서 국제노동기구(ILO)가 그 조약들을 통하여 요구하는 기준을 국내법 규정으로 도입해오고 있다.¹¹¹⁾

5. 보 론

한 가지 지적해둘 것은 국제법을 기준으로 삼든 각국의 헌법을 기준으로 삼든 외국인의 법적 지위 보장에 관하여 별도의 헌법조항을 두고 있는 국가가 우리나라와 이탈리아 이외에 전혀 존재하지 않는 것은 아니라는 사실이다. 외국인의 법적 지위에 관한 기준을 설정하는 방식은 ① 국제법 기준주의(스페인형의 적극주의와 터키형의 소극주의로 구별), ② 국내법 기준주의(중국형), ③ 권리열거주의(스웨덴형), ④ 주체명시주의(슬로바키아형)의 네 가지 유형으로 분류할 수 있다.¹¹²⁾

110) 이탈리아 헌법상 기본권에 관하여 설명하고 있는 『이탈리아 공법 개론』(Introduction to Italian Public Law) 제14장을 살펴보다라도, 독일 헌법학계의 통설을 수용함으로써 기본권 향유주체를 외국인에게까지 확장하는 담론은 등장하지 않고 있다. Giuseppe Franco Ferrari, “Fundamental Rights and Freedoms”, *Introduction to Italian Public Law* (Giuffrè Editore, 2008), pp. 255-276.

111) Alessia di Pascale, “The New Regulations on Immigration and the Status of Foreigners in Italy”, *European Journal of Migration and Law*, Vol. 4 (2002), pp. 71-77; Elisa Fornalé, 전계논문(주 105), 134면 참조.

112) 이하의 분석은 국회도서관이 35개국의 헌법을 수집하여 번역한 국회도서관, **세계의 헌법: 35개국 헌법 전문(全文)**, 제1권 및 제2권(국회도서관, 2010)을 바탕으로 필자가 독자적으로 행한 것이다. 다만, 각국 헌법의 개별조항이 기본권 향유주체를 규정하고 있는 방식에 대한 비교헌법적 검토와 결부되어야만 외국인의 법적 지위 보장에 대한 보호체계의 전체상을 그려볼 수 있을 것이나, 이에 관한 연구는 후일로 미루어 둔다. 우선 Michel Rosenfeld, *The Identity of the Constitutional Subject: Selfhood, Citizenship, Culture, and Community* (Routledge, 2010), pp. 17-36, 149-183, 211-221을 논의의 단초로 삼을 만하다. 로젠펠드 교수는 각국 헌법의 헌법수범자(constitutional subject) 규정방

첫째, 국제법을 기준으로 외국인의 법적 지위를 일반적으로 보장하는 사례로는 러시아(국제법 기준 일반적 보호에 관한 제17조 제1항)와 스페인(조약, 법률에 따른 공적 자유 향유에 관한 제13조 제1항, 상호주의에 따른 선거권 및 피선거권 보유에 관한 제13조 제2항)이 있고(적극주의), 법적 지위의 보장이 아니라 반대로 법적 지위의 제한에 관한 규정이기는 하지만 터키(국제법에 일치하는 법률에 의한 제한에 관한 제16조)의 사례도 있다(소극주의).

둘째, 북한(영역 내 외국인의 “합법적 권리와 이익” 보장에 관한 제16조, 재판시 모국어 사용에 관한 제165조)과 중국(영토 내 외국인의 “합법적 권리와 이익” 보호, 외국인의 중국법 준수 의무, 외국인에 대한 정치적 피난 허용에 관한 제32조)은 외국인의 “합법적” 권리가 보장됨을 헌법에 규정하고 있는데, 그러한 합법성 기준은 국제법을 포함한다기보다는 각국의 국내법에 국한된다고 볼 수 있을 것이다.

셋째, 스웨덴 헌법은 국내에 거주하는 외국인의 권리를 구체적으로 열거하고 있고(제2장 제22조), 룩셈부르크(인신과 재산의 보호에 관한 제111조)와 아이슬란드(외국인 입국·거주·추방 법정주의에 관한 제66조)도 특정한 권리에 국한하여 외국인의 법적 지위 보장을 규정하고 있다. 멕시코 헌법은 “인간”의 권리, “국민”의 권리, “시민”의 권리를 삼분하여 별도로 규정하는 독특한 태도를 보이고 있다.

넷째, 슬로바키아 헌법 제52조는 헌법조문에 사용된 “국민”은 슬로바키아 국적자만을 의미한다고 규정하고(제1항), 슬로바키아 내에서 오직 국민에게만 명시적으로 허용되는 경우가 아닌 한, 외국인도 헌법이 보장하는 인권과 자유를 향유한다고 규정한다(제2항). 슬로바키아 헌법 제52조 제1항은 독일 기본법의 해석론(성질론에 의한 기본권주체성 확장)을 명시적으로 거부한다는 점에서 특기할 만하다.

6. 소 결

지금까지 일본 헌법, 독일 기본법, 이탈리아 헌법 등을 중심으로 비교헌법적 고찰을 행하였다. 일본 헌법의 제정과정을 통해 외국인의 법적 지위에 관한 일반적 보호조항이 삭제되는 과정을 검토하였고, 일본, 독일, 이탈리아의 헌법은 우리 헌법과 달리 기본권 향유주체로 “인간”을 명시한 경우도 있음을 확인하였다. 그러나 기본권 향유주체를 “인간”과 “국민”으로 구별하여 규정한 사실에서 필연적으로 권리성

식을 독일형, 프랑스형, 미국형, 영국형, 스페인형, 초국가형(유럽연합), 탈식민주의형으로 세분한다. Michel Rosenfeld, *전개서*(주 112), 152면 내지 183면 참조.

질론에 기초한 “인간의 권리”와 “국민의 권리”의 이분론이 도출되는 것은 아니다. 물론 기본권의 종류에 따라서는 내국인과 외국인의 구별 없이 인정되어야 하는 권리들도 엄연히 존재하지만, 그러한 기본권 향유주체의 확장이 어떠한 논증경로를 통하여 도출되는지가 중요하다고 할 것이다. 전술한 바와 같이, 독일 기본법은 그 제116조 제1항에서 독일인의 개념 자체에 독일국적자뿐만 아니라 다른 범주의 일정한 사람들도 포함될 수 있음을 예정하고 있고, 이탈리아 헌법은 그 제2조에서 권리 일반에 있어서 그 최소한의 보장은 모든 인간에게 제공되어야 함을 선언하고 있다. 무엇보다도 이탈리아 헌법은 우리 제헌헌법 제7조 제2항과 마찬가지로 외국인의 법적 지위가 국제규범과 조약에 따라 보장됨을 규정하고 있기도 하다.

요컨대 독일과 이탈리아의 경우에는 그 헌법규범에 내재된 준거들을 통하여 특정한 기본권의 향유주체를 외국인에게까지 확장할 수 있는 것이다. 모든 법규범은 그 해석에 있어서 자기완결적 내지 자기충족적인 방법론을 취하는 것이 가장 적절하다는 전제 위에 선다면, 독일과 이탈리아의 헌법해석론은 그 규범내재적인 준거 내지 균열에 기초하여 기본권주체성을 확장하고 있다는 점에서 타당하다고 하겠다. 일본 헌법은 우리 제헌헌법 제7조 제2항에 해당하는 규정이 없다는 점에서 독일 헌법학의 통설을 수용한 것에 대하여 면죄부가 주어질 여지가 있다고 생각되지만, 우리의 경우에는 독일 헌법학의 통설을 무비판적으로 수입하였다는 의혹을 피하기 어려울 것으로 보인다.¹¹³⁾

113) 우리 헌법전에 있는 “누구든지”라는 문언이 독자적인 헌법내재적 준거 내지 균열로 작용하여 기본권의 향유주체를 내국인에서 외국인으로까지 확장하는 근거가 될 수 있다는 비판이 가능하다. 제헌헌법 이래 우리 헌법은 줄곧 “누구든지”라는 문언을 포함해왔기 때문이다. 그러나 우리 헌법상 “누구든지”라는 문언은 문제된 경우의 각조 제1항에 “모든 국민”이라는 기본권 향유주체를 명시한 다음에 그에 부수된 조항에 등장해왔다는 점에서 조문체계상 “국민”을 가리킴이 명백하다. 제헌헌법, 1952년 헌법, 1954년 헌법, 1960년 6월 헌법, 1960년 11월 헌법의 제2장에는 “누구든지”라는 문언이 체포·구금시 즉시 변호인의 조력을 받을 권리와 그 당부의 심사를 법원에 청구할 권리의 향유주체로서 제9조 제3항에 1회 등장하는데, 이때의 “누구든지”라는 문언은 조문체계상 동조 제1항상 신체의 자유의 향유주체인 “모든 국민”에 종속되어 있다. 1963년 헌법, 1969년 헌법의 제2장에는 “누구든지”라는 문언이 4회 등장하는데 (1972년 헌법의 경우 3회), 이때의 “누구든지”라는 문언들 역시 제9조 제1항상 평등권의 향유주체인 “모든 국민”과 제10조 제1항상 신체의 자유의 향유주체인 “모든 국민”에 종속되어 있다. 1980년 헌법의 경우에는 “누구든지”라는 문언이 5회 등장하는데, 평등권은 제10조로, 신체의 자유는 제11조로 위치를 옮겼을 뿐이고, 제37조 제2항에서 “누구든지” 병역의무의 이행으로 불이익한 처우를 받지 않음을 규정하나, 그 주체는 제37조 제1항에 의하여 국방의 의무를 부담하는 주체인 “모든 국민”임이 조문체계상 분명하다. 현행헌법의 경우에는 “누구든지”라는 문언이 6회 등장하는데, 평등권은

따라서 우리는 현행헌법 제6조 제2항에 자리하고 있는 우리 헌법에 내재된 독자적인 준거틀을 명확히 인식하고, 그것의 실정성을 한껏 고양시키는 방식으로 외국인의 기본권주체성에 관한 헌법해석론을 전개하는 것이 바람직하리라고 생각된다. 이것이야말로 비교법학자 마르케시니스가 말한 비교법적 방법론의 “파괴적 역할”임과 동시에 “건설적 역할”이라고 할 수 있을 것이다.¹¹⁴⁾ 우리 헌법에 비교헌법적으로 특수성이 있는 조문이 존재한다면 마땅히 그 의의를 구명하기 위한 노력을 경주하여야 할 것이고, 이것은 국제화된 오늘날에 세계사적 지평 속에서 한국법의 좌표를 분명히 하는 작업이라고 할 수 있다.

IV. 제헌헌법 제7조 제2항의 실천적 의의

1. 적산물수문제에의 함의

국회 본회의 헌법안 제2독회(1948년 7월 7일)에서의 권태욱 의원과 국회 본회의 헌법안 제3독회(1948년 7월 12일)에서의 조현영, 윤치영, 조영규 의원의 기대처럼 “국제관습”이라는 표현을 삭제하고 “국제법과 조약”이라는 표현만 남겨둠으로써 적산물수가 헌법과 국제법에 저촉되지 않을 수 있었을까? 유진오는 적산물수의 국제법 위반 가능성을 정면으로 타개하기 위하여 「제1회 헌법초고」 제94조와 미군정청 사법부 법전편찬위원회에 제출한 「헌법초안」 제97조에 적산물수에 관한 명문규정을 두기도 하였는데,¹¹⁵⁾ 적산물수는 1948년 당시의 관습국제법 또는 우리나라가 당사국으로 인정되었던 조약에 위배되었던 것은 아닐까?

제11조로, 신체의 자유는 제12조로, 국방·병역의 의무는 제39조로 위치를 옮겼을 뿐이고, 각조 제1항의 “모든 국민”에 종속된 조문구조는 동일하다. 따라서 특정한 기본권의 향유주체가 내국인을 넘어서는 외국인까지 포함한다는 사실을 독자적으로 나타내고자 “누구든지”라는 문언을 당해 조문의 첫 머리에 의도적으로 사용하였던 다른 나라의 헌법전과는 달리 제헌헌법 이래 우리 헌법전에 등장하였던 “누구든지”라는 문언은 조문체계상 “모든 국민”을 지칭하는 수사적 변용에 불과하였던 것이다.

- 114) 마르케시니스(양창수 譯), “비교법학자의 파괴적 역할과 건설적 역할”, **독일민법학논문선**(박영사, 2005), 91면 내지 98면 참조.
- 115) 고려대학교 박물관 編, 전계서(주 20), 157면 및 177면. 헌법기초위원회에서도 적산처리문제는 심각하게 논의되었다. 유진오안은 적산처리에 관한 명문규정을 두고 있었던 반면에 권승렬안에는 그에 해당하는 규정이 없었기 때문에, 그 이유와 타당성에 관하여 의견이 분분하였다. 서울신문, 1948년 6월 8일자 참조. 고려대학교 박물관 編, 전계서(주 20), 34면에서 재인용.

필자는 제헌헌법 제정 당시에는 적산물수¹¹⁶⁾ 및 한국정부에의 양도가 전시 국제법에 위배될 소지가 있었고(헤이그 육전조약¹¹⁷⁾ 제46조 소정 사유재산 불양권[不讓權]의 원칙),¹¹⁸⁾ 제헌헌법 제7조 제2항에 의하여도 그러한 국제법적 문제는 해결되지 않고 존속하였으나, 이는 1951년 9월 8일 체결되고 1952년 4월 28일 발효된 샌프란시스코 평화조약을 통하여 비로소 국제법적 차원에서 해결되었고,¹¹⁹⁾ 그 시점에 이르러서야 제헌헌법 제7조 제2항을 매개로 우리 헌법의 차원에서도 그 문제가 최종적으로 해결되었다고 본다. 이러한 사정은 1965년 체결된 한일 청구권협정 제2조 제1항을 통하여 재확인되었다.¹²⁰⁾ 적산재산이 1948년 당시 한국 총자산가치

-
- 116) 미군정기인 1948년 5월 11일 남조선과도입법의원이 임시법률로 제정한 「국적에 관한 임시조례」가 호적을 원칙적인 기준으로 삼아서 국적을 파악함에 따라 적산처리와 관련하여 일제강점기에 일본호적에 입적되었던 조선인, 조선호적에 입적되었던 일본인, 외국국적을 취득하였던 조선인의 국적이 문제되었다. 미군정은 엄격히 호적만을 기준으로 적산물수작업을 처리하였다. 정인섭, 전게서(주 11), 729면 내지 731면 참조. 광복 이후 적산처리사태에 관한 대법원 판례는 정인섭, **한국판례국제법**(제2판)(홍문사, 2005), 94면 내지 110면 참조.
- 117) 대한제국은 1899년 7월 29일 헤이그에서 채택된 「육전의 법 및 관습에 관한 협약」(헤이그 육전조약)에 1903년 3월 17일 가입하였는데, 대한민국 정부는 1986년 8월 8일에 그 조약이 대한민국에 대하여도 계속 효력이 있다고 선언함과 동시에 새로운 조약번호를 부여하고 관보에 공포하였으나, 그 조약의 수탁국인 네덜란드는 대한민국을 대한제국의 법적 승계자로 판단하고 이미 그 조약의 당사국으로 관리하였다고 한다. 정인섭, 전게서(주 11), 521면 내지 522면.
- 118) 일본에 의한 식민지배의 물적 청산은 적산물수, 즉 미군정이 신한공사(NKC)를 설치하여 일본인과 일본정부가 소유하였던 재산 일체를 몰수하고 대한민국 정부수립 이후 한국정부에 그것을 양도하는 방식으로 이루어졌다. 그러나 종래 만연히 당연하게 인식되었던 것과는 달리 한국정부의 적산물수가 평시국제법에 대응되는 전시국제법의 적용대상이었다고는 볼 수 없기 때문에 국제법상 당연히 정당화되는 것은 아니었다. 비록 임시정부가 1941년 12월 10일 대일선전포고를 행하였다고 하더라도, 임시정부의 국제법적 성격 자체에 관하여 논란이 있었을 뿐만 아니라(망명정부설, 신생국가설, 특수유형설, 준비국가설), 임시정부는 제2차 세계대전에 참가한 것으로 인정되지 않았고, 실제로 임시정부와 일본 간에는 제2차 세계대전의 일환으로서의 교전도 없었다. 적산처리에 관하여는 이현환, “미군정기 식민잔재청산 법제 연구”, **법사학연구**, 제30호(한국법사학회, 2004), 56면 참조.
- 119) 구체적으로 샌프란시스코 평화조약 제4조 제2항, 즉 “일본은 제2조와 제3조에 규정된 지역의 미군정에 의하여, 또는 그 지령에 의하여 행해진 일본과 일본국민의 재산처리의 효력을 승인한다”는 규정과 동 평화조약 제21조, 즉 “한국은 제4조에 의한 혜택을 향유한다”는 규정에 근거하여 적산처리문제가 국제법적으로 해결되었던 것이다.
- 120) 정인섭, “1965년 한일 청구권협정 대상범위에 관한 연구”, **성곡논총**, 제25집 상권(성곡학술문화재단, 1994), 511면 내지 513면 참조. 청구권협정의 정확한 명칭은 「대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정」이다. 샌프란시스코 평화조약과 한일 청구권협정 간의 관계에 대하여는 정인섭, 전계는

의 8항에 이르렀다는 ‘현실’¹²¹⁾이 국제사회에 엄존하고 있던 ‘당위’로서의 국제법 질서를 전도시킬 수는 없는 형편이었을 것이다. 다만, 일본정부가 1950년대 한일 회담 과정에서, 특히 샌프란시스코 평화조약이 발효된 1952년 이후에도, 적산몰수된 일본인 사유재산가치 상당액의 반환을 요구하였던 사실¹²²⁾은 전후처리의 일괄 타결을 형해화하는 주장이었다는 점에서 부당하였다고 하겠다.

2. 제헌헌법 제7조 제1항과의 관계

제헌헌법 제7조 제1항이 존재하기 때문에 굳이 제2항에 외국인의 법적 지위에 관한 일반적 보호조항을 둘 필요가 없다는 국회 본회의 헌법안 제3독회에서의 윤치영 의원의 발언과 뒤에 이어지는 유성갑 의원의 발언은 어떻게 평가할 수 있는가? 그들이 이해한 바와 같이 국제법이 국내법과 동일한 효력을 갖는다는 조항만으로도 외국인의 법적 지위는 충분히 보장되는가?

제헌헌법 제7조 제1항(현행헌법 제6조 제1항)에 의하면 조약과 관습국제법은 “국내법과 동일한 효력”이 있는데,¹²³⁾ 여기의 “국내법”이 헌법, 법률 또는 하위법규(시행령, 시행규칙 등) 가운데 무엇을 의미하는지는 조약 또는 관습국제법 여부, 문제된 조약 또는 관습국제법의 구체적인 내용과 성질 등에 따라 학설이 다양하게 나뉘지만,¹²⁴⁾ 적어도 조약 또는 관습국제법이 헌법과 동일한 효력을 보유하여 법률보다 효력상 우위에 있다는 주장은 현행헌법 제6조 제1항의 해석상 인정될 수 없다. 그러나 제헌헌법 제7조 제2항(현행헌법 제6조 제2항)을 통하여 외국인에게 보장되는 법적 지위의 양적 및 질적 범위는 조약과 관습국제법을 포함하는 국제법의 차원으로 확장되고, 적어도 관습국제법적 성격을 지닌 국제인권법규,¹²⁵⁾ 우리나라가 당사국인 조약 및 우리나라가 당사국이 아니더라도 국제사회에서 일반적으로

문(주 120), 514면 내지 515면 참조.

121) 이영록, 전게서(주 19), 132면 참조.

122) 정인섭, 전게서(주 11), 522면.

123) 현행헌법 제6조 제1항(제헌헌법 제7조 제1항) 소정 “일반적으로 승인된 국제법규”가 관습국제법에 더하여 우리나라가 당사국이 아니더라도 국제사회에서 일반적으로 규범성이 인정되는 조약도 포함한다는 헌법학계의 통설에 대한 비판은 정인섭, 전게서(주 11), 107면 내지 108면 참조.

124) 조약의 국내법적 효력에 관하여는 정인섭, 전게서(주 11), 108면 내지 114면, 관습국제법의 국내법적 효력에 관하여는 정인섭, 전게서(주 11), 114면 내지 116면 참조.

125) 관습국제법적 성격을 지닌 국제인권법규의 일례로는 포로의 살해금지 및 그 인도적 처우에 관한 전시국제법상 원칙이 있다. 권영성, 전게서(주 2), 178면.

규범성이 인정되는 조약의 차원으로 확장되며,¹²⁶⁾ 그 범위에서 외국인의 기본권 내지 권리는 ‘법률’의 매개를 필요로 하지 않고 ‘헌법’을 통하여 바로 외국인에게 보장되는 것이라고 할 수 있다. 바꾸어 말하면, 제헌헌법 제7조 제1항만으로는 외국인의 법적 지위가 헌법보다 낮은 차원의 법률상의 권리로서 보장될 뿐이었을 것이나, 제헌헌법 제7조 제2항을 통하여 비로소 외국인의 법적 지위는 법률상의 권리가 아니라 헌법상의 권리로 고양될 수 있었던 것이다. 이러한 견지에서 현행헌법 제6조 제2항은 독자적인 실천적 의의를 가지고, 동조 제1항에 대한 관계에서 특별법적 지위에 놓이는 것이라고 볼 수 있다. 위와 같은 해석이 가능한 이유는 다음의 세 가지이다.

첫째, 헌법이라는 규범이 갖는 창설적 속성 때문이다. 원칙적으로 헌법의 개별조항은 확인적 효력을 갖는 것이 아니라 창설적 효력을 갖는다고 보아야 한다. 기본권은 실정법상의 권리가 아니고, 그 기초를 자연법사상 내지 천부인권사상에 두고 있으나, 권리장전의 구체적인 형성은 각국 헌법의 규율체계에 맡겨져 있는 것이다. 외국인에 대한 법적 취급에 관한 조항은 헌법의 필수적 구성요소라고 볼 수는 없으므로 더욱 그러하다. 외국인의 법적 지위에 관한 제헌헌법 제7조 제2항 역시 단순히 동조 제1항의 내용을 확인하는 의미만 가졌던 것은 아니고, 국제법의 범위 내에서 보장되는 외국인의 법적 지위가 그 헌법규정에 의하여 비로소 헌법상의 권리로 고양되었던 것이다.

둘째, 제헌헌법 제7조 제2항은 그것이 참고하였던 1948년 이탈리아 헌법 제10조 제2항과는 달리 국내법에 의한 매개과정을 명시하고 있지 않기 때문이다. 이탈리아 헌법 제10조 제2항은 “외국인의 법적 지위는 국제규범과 조약에 따라 법률로 정한다”고 규정함으로써 외국인에게 보장되는 권리는 비록 국제법을 국내입법의 기준으로 삼는다고 하더라도 국내법에 의하여 보장되는 법률상 권리임을 명시하고

126) 국제인권규범 가운데 국제법상 강행규범(*jus cogens*)에 해당하는 내용을 확정하는 작업은 쉽지 않다. 강행규범의 개념은 「조약법에 관한 비엔나협약」과 「국제법위원회 국가책임법 초안」의 맥락에서 특히 문제되었다. 정인섭, 전거서(주 11), 318면 내지 321면 및 370면 내지 372면 참조. 국제인권조약이 이탈을 금지하는 내용 전체가 국제법상 강행규범인 것은 아니고, 강행규범의 판단기준에 관한 국제사회의 일반적 합의는 존재하지 않는다고 한다. 정인섭, 전거서(주 11), 319면. 제한적인 범위의 권리에 대하여는 개별국가가 국제법상 대세적 의무(*obligations erga omnes*)를 부담한다고 파악할 여지도 존재한다. 강행규범과 대세적 의무의 구별에 관하여는 정인섭, 전거서(주 11), 320면 내지 321면; Paolo Picone, “The Distinction between *Jus Cogens* and Obligations *Erga Omnes*”, Enzo Cannizzaro (ed.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention* (Oxford, University Press), 2011, pp. 411-424 참조.

있다. 반면에 우리 헌법 제6조 제2항은 “외국인은 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 그 지위가 보장된다”고 선언함으로써 법률에 의한 매개관계를 명시하지 않고 있다. 이는 “외국인의 법적 지위는 국제법과 국제조약의 범위 내에서 보장된다”고 규정한 제헌헌법 제7조 제2항의 태도를 계승한 것이다. 우리나라는 현재 「시민적·정치적 권리에 관한 국제인권규약」, 「경제적·사회적·문화적 권리에 관한 국제인권규약」을 비롯한 각종 국제인권조약에 가입하고 있는데,¹²⁷⁾ 우리나라는 그 당사국인 국제인권조약을 준수할 국제법상 의무를 부담할 뿐만 아니라, 현행헌법 제6조 제2항에 따라 우리나라가 가입한 국제인권조약에 규정된 원칙과 내용을 외국인에게도 보장할 헌법상 의무를 부담하는 것이고, 우리나라에서 외국인의 법적 지위는 국제법이 정하는 양적 및 질적 범위 내에서 우리 헌법을 매개로 직접적으로 보장되는 것이다.¹²⁸⁾

셋째, 효력의 존부와 행사의 가부는 별개의 문제이기 때문이다. 일반적으로 특정한 관습국제법 또는 조약이 국내법과 동일한 효력을 갖는다고 하여 언제나 사인이 관습국제법의 내용 또는 조약상의 규정을 직접 원용하여 권리보장의 근거로 삼을 수는 없다.¹²⁹⁾ 조약상의 권리 내지 권한을 소송 등을 통하여 행사하기 위하여는 그 조약이 그러한 행사가능성을 명시적으로 인정하거나 적어도 묵시적으로 인정하고 있어야 한다. 그러나 현행헌법 제6조 제2항이라는 규범경로를 따른다면 외국인은 동조 제1항에 의하여 국내법과 동일한 효력을 갖는 조약 또는 관습국제법을 직

127) 국제연합이 조약을 채택함에 있어서 20여 년을 소비한 배후에는 국제인권규약(세칭 자유권규약 및 사회권규약)을 명실상부한 법체계적 인권장전으로 만들려는 노력이 있었던 것이라고 한다. 정인섭, **국제법의 이해**(홍문사, 1996), 236면.

128) 정인섭, “재한외국인의 법적 지위”, **국제법학회논총**, 제35권 제1호(대한국제법학회, 1990), 205면은 현행헌법 제6조 제2항에 의하여 외국인의 법적 지위가 보장된다는 견해는 우리 헌법 조문이 외국인에게 “직접” 적용되지 못하고 그 지위가 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여만 “간접적”으로 보장된다는 해석으로서 타당하지 못하다고 한다. 그러나 현행헌법 제6조 제2항에 의하여 외국인의 법적 지위가 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 보장된다는 것은 우리 헌법 제2장의 개별조항이 외국인에게 직접 적용되는 것은 아니지만 국제인권조약 또는 관습국제법의 내용이 “헌법상의 권리”로서 외국인에게 “직접” 적용됨을 의미한다고 할 것이다. 실제로 우리나라가 가입한 국제인권조약의 내용의 대부분은 헌법, 형사소송법 등의 국내법에 이미 규정되어 있기 때문에, 외국인의 법적 지위가 우리 헌법상 개별조항을 통하여 보장되든 국제인권조약상의 내용이 우리 헌법을 매개로 보장되든 실질적인 차이는 없다고 할 수 있다. 정인섭, 전거서(주 11), 799면; 西修, **憲法體系의類型的研究**(成文堂, 1997), 361면 및 365면 내지 367면 참조.

129) 장승화, “WTO협정에 위반된 지방의회조례의 효력”, **민사판례연구**, 제28권(민사판례연구회, 2006), 826면 내지 837면 참조.

접 원용함으로써 자신의 법적 지위의 보장을 우리나라의 법원 또는 헌법재판소에 바로 요구할 수 있는 것이다.

제헌헌법 제7조 제2항(현행헌법 제6조 제2항)의 헌법적 좌표를 위와 같이 설정한다면 결국 중요한 것은 국제법과 조약에 의하여 보장되는 외국인의 법적 지위의 원칙과 내용을 구체화하는 작업이라고 할 수 있다. 외국인의 권리 내지 법적 지위가 보장되는 양적 범위는 1948년 국제연합 총회에서 채택된 세계인권선언과 그 구체화로서 1966년 채택된 양대 국제인권규약, 그리고 인종차별철폐협약, 여성차별철폐협약, 고문방지협약, 아동권리협약, 장애인권리협약, 제노사이드협약, 난민지위협약 등 우리나라가 가입한 개별 국제인권조약을 비롯하여 예외적으로 관습국제법과 조약 중에서 국제법상 강행규범성이 높은 일부 내용이라고 할 수 있다.¹³⁰⁾ 또한 그 질적 범위는 원칙적으로 내국인과 평등한 수준이어야 하고, 상호주의는 제한적으로만 채택하여야 할 것이다. 역사의 우연일지도 모르겠으나, 제헌국회가 헌법을 제정하기 위하여 노력하던 1948년 7월의 시점에는 이미 세계인권선언의 초안이 발표된 상황이었고,¹³¹⁾ 우리 헌법이 제정된 직후인 1948년 12월 10일 세계인권선언은 국제연합 총회에서 채택되기에 이르렀다. 비록 우리 헌법재판소는 그 법적 구속력을 부인하나, 세계인권선언의 내용의 상당부분은 관습국제법으로 확립되었다고 평가되고, 특히 평등권은 세계인권선언 이전부터 관습국제법에 해당하였다는 견해도 있다.¹³²⁾ 제헌헌법 제7조 제2항을 매개로 외국인의 법적 지위 보장을 위하여 우리 헌법질서의 일부를 구성할 국제인권규범은 1948년의 시점에도 이미 존재하였던 것이다. 이러한 실익을 고려한다면, 헌법안 제3독회의 특수한 상황으로 말미암아 제헌헌법 제7조 제2항 전체 삭제안이 본회의 표결에 상정되지 않았던 것은 다행스러운 일이라고 하겠다.

130) 외국인 보호에 관한 국제법상 기준은 김지형, “외국인 노동자의 헌법상 기본권 보장”, **저스티스**, 통권 제70호(한국법학원, 2002), 15면 내지 22면 참조.

131) 국제연합 경제사회이사회에 의하여 수립된 인권이사회는 1948년 6월 18일에 세계인권선언의 초안을 공표하였다. 정인섭, 전게서(주 127), 229면.

132) 정인섭, 전게서(주 11), 748면 내지 750면; 정인섭, 전게서(주 127), 225면 내지 230면 참조. 평등권의 관습국제법성에 관하여는 Advisory Opinion, 1971 ICJ Report 16의 Amoun 재판관의 설시 참조.

V. 결 어

권리보장의 측면에서 내국인과 외국인을 구별하여 인식해온 역사는 서양에서도 우리나라에서도 길지 않다. 물론 외국인에 대한 인식은 오랜 옛날부터 존재하였지만, 당위적 차원에서 그 취급에 내국인과는 일정한 차등을 두어야 한다는 관념은 서양근대의 산물이라고 할 수 있다.¹³³⁾ 우리나라에서도 조선시대에 향화인(向化人), 황조인(皇朝人) 등 외국에서 귀화한 공동체구성원이 존재하였으나, 그들은 일방적인 동화의 대상이었을 뿐이다.¹³⁴⁾ 개화기에 이르러 비로소 헌법, 국제공법, 국제사법의 세 차원에서 권리보장담론과 결부된 내외국인 구별의식이 자각되기 시작하였다.¹³⁵⁾ 그러나 일제강점기라는 역사적 절연기로 인하여 내외국인 구별인식이 일관된 흐름을 가지고 해방 직후까지 이어졌던 것은 아니기 때문에, 제헌헌법 이래의 헌법해석론을 검토하기 위하여는 제헌국회에서의 헌법제정권력의 논의과정을 면밀히 검토해볼 필요가 있다. 본고에서는 그러한 목적 하에 제헌헌법 제7조 제2항(현행헌법 제6조 제2항)을 둘러싼 제헌국회에서의 논의과정을 심층적으로 분석하였고, 그에 기초하여 바람직한 헌법해석론을 제시하고자 하였다.

현행헌법 제6조 제2항은 “외국인은 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 그 지위가 보장된다”고 규정하고 있다. 헌법 제2장의 제목은 유진오안에서는 원래 “인민의 권리와 의무”이었는데, “인민”이라는 표현에 대한 격렬한 반대론으로 인하여 헌법기초위원회에서 “국민의 권리와 의무”로 변경되었다. 우리 헌법을 기초한 현

133) 명순구·김기창·이철우, **국적과 법: 그 기원과 미래**(고려대학교 법학연구원, 2009), 16면 내지 35면 참조.

134) 이현중, “조선초기 향화왜인고”, **역사교육**, 제4집(역사교육연구회, 1959); 이원택, “조선초기의 귀화와 그 성격”, **서울국제법연구**, 제8권 제2호(서울국제법연구원, 2001); 이선희, “길상사건을 통해 본 17세기초 향화호인 관리실태와 한계: 『향화인등록』을 중심으로”, **동양고전연구**, 제37집(동양고전학회, 2009) 등 참조.

135) 이는 대표적으로 『만국공법』을 통한 서양의 국제공법이론과 국제사법이론의 동아시아에의 수용에 의하여 이루어졌다. 1864년 북경의 동문관에서 윌리엄 마틴(William Martin)은 헨리 휘튼(Henry Wheaton)의 『국제법원론』(Elements of International Law)을 한문으로 번역하여 『만국공법』(萬國公法)이라는 제목으로 출판하였고, 그 책은 중국뿐만 아니라 일본, 한국에서도 널리 읽혔다. 『만국공법』 제2권 제2장에는 국제사법에 해당하는 내용이 포함되어 있었고, “만국공법”이라는 번역어는 국제공법뿐만 아니라 국제사법도 함께 지칭하였다. 마루야마 마사오·가토 슈이치(임성모 譯), **번역과 일본의 근대**(이산, 2000), 115면 내지 123면 참조.

민 유진오는 “인민”이라는 표현을 통하여 내국인과 외국인을 함께 지칭하고자 하였으나, 그러한 시도가 좌절되자 진헌식 의원을 중심으로 일군의 제헌의원들은 일정한 범위에서 외국인의 기본권주체성을 보장하기 위하여 외국인의 법적 지위에 관한 조항을 헌법에 삽입하고자 노력하였던 것이다. 처음에는 “외국인은 국제법, 국제조약과 국제관습이 정하는 바에 의하여 그 지위가 보장된다”고 규정하고자 하였으나(진헌식 의원 외 44인 최초 수정안), 논의과정을 거치면서 “국제관습”이라는 표현이 삭제되었다(권태욱 의원 수정안 등). 일부 의원은 그 헌법조항을 삭제하자고 주장하기도 하였으나(유성갑 의원 수정안), 그러한 시도는 국회의장 이승만에 의하여 저지되었다. 결국 우리 헌법이 제정된 1948년 당시로서는 비교헌법적으로 유례가 없는 헌법조항이 도입되었던 것이다. 1947년부터 시행된 일본 헌법에도 그러한 조항은 없었고, 1948년 1월 1일부터 시행된 이탈리아 헌법 제10조 제2항에 유사한 조항이 있었을 뿐이었다. 실제로 유진오는 제헌헌법 시행 이후 간행된 헌법 해설서인 『헌법해의』의 초판에서 제헌헌법 제7조 제2항은 이탈리아 헌법 제10조를 참조한 것임을 밝히고 있다.

그러므로 우리의 법질서에서 외국인의 법적 지위는 만연히 “인간의 권리”로서 보장되는 것이 아니라 헌법의 조문대로 국제법과 조약이 정하고 있는 양적 및 질적 범위 내에서 헌법상 권리의 자격으로 보장된다. 국제법의 틀 속에서 외국인의 기본적 권리가 보장되고 있다면, 우리 법원과 헌법재판소는 그 권리에 있어서는 한국인에 대한 보장과 동일한 수준에서 외국인의 권리를 보장하여야 한다.¹³⁶⁾ 헌법재판소 2011년 9월 29일 선고 2007헌마1083, 2009헌마230·352 결정(외국인근로자의 고용 등에 관한 법률 제25조 제4항 등 위헌확인 등 사건)에서 김종대 전 헌법재판관은 “우리 헌법의 제정권자는 의도적으로 외국인을 헌법상 기본권의 주체에서 일단 배제하고, 반면 그들에 대한 보호는 외국인 보호를 위한 헌법 하위의 규범인 국제법과 조약 등을 통하여 보호하면 충분하다는 취지로 헌법을 설계하였다고 보아야 한다”고 설시한 바 있는데(각하의견), 외국인의 기본권주체성을 전면적으로 부정한다는 점에서는 타당하지 않으나, 외국인의 기본권의 법적 보호는 1차적으로 국제법적 차원에서 논의되어야 함을 지적한 점에서는 의의가 있다. 구체적으로 살펴보면, 외국인근로자의 사업장 변경횟수를 제한하는 외국인고용법 시행

¹³⁶⁾ 제2차 세계대전 이후 “인권의 국제화” 현상과 각국 헌법의 국제인권체제와의 상관관계 내지 조응관계에 대한 비교법적 검토로는 西修, 전게서(주 128), 357면 내지 382면 참조.

령이 문제된 전술 2011년 사건에서, 헌법재판소는 직장선택의 자유 또는 근로계약의 자유가 “국민의 권리”일 뿐만 아니라 “인간의 권리”에도 해당하기 때문에 외국인에게도 보장된다고 설시하였다. 그러나 「경제적·사회적·문화적 권리에 관한 국제규약」 제4조에 따르면 “동등한 가치의 노동에 대하여 동등한 근로조건을 향유할 권리”를 제한하기 위하여는 형식적 의미의 법률에 의하여야 하는데, 사업장 추가변경횟수를 1회로 제한하는 외국인고용법 시행령은 형식적 의미의 법률이 아니므로, 그 범위에서 우리 입법자는 외국인에 대하여 조약이 정하는 바에 의한 지위를 보장하지 않았고, 헌법재판소는 이에 대하여 위헌성을 지적하는 것이 타당하였을 것이다.

결국 일정한 기본권에 대하여는 내국인과 외국인의 구별 없이 그 보장 내지 보호를 선언하고 있는 다른 헌법들(독일, 일본, 이탈리아 등)과는 달리 우리 헌법은 외국인의 법적 지위 보장에 관하여 제6조 제2항만을 두고 있을 뿐이므로, 제헌국회에서의 숙의과정과 우리 헌법의 비교헌법적 특수성을 고려한다면, 독일과 일본의 권리성질론적 이분론으로부터 강한 영향을 받은 종래 우리 헌법학계와 헌법재판소의 해석론은 재고를 요한다.

다만, 본고에서 제시한 바와 같이 현행헌법 제6조 제2항의 규범력을 제고하는 방식의 헌법해석론을 전개하기 위하여는 외국인의 법적 지위를 보장하기 위한 매개관계 속에서 우리 헌법질서의 일부를 구성하게 된 조약과 관습국제법의 양적 및 질적 범위를 구체화하는 작업이 필수적으로 요청된다.¹³⁷⁾ 이러한 과제는 사법상 권리관계뿐만 아니라 기본권을 포함한 공법상 권리관계를 아울러 외인법 각론을 정치하게 재구성하는 작업을 통하여 비로소 달성될 수 있다.¹³⁸⁾ 특히 외국인에게

137) 김지형, 전계논문(주 130), 15면 내지 22면; 정상우, 전계논문(주 2), 733면 내지 736면 참조. 다른 한편으로 제6조 제2항은 변화하는 국제사회의 규범현실에 신속히 대응하여 외국인의 법적 지위를 보장하는 데에 기여할 수 있다. 다문화가정, 이주노동자 등이 점증하는 헌법현실 속에서 전향적 해석을 통하여 외국인의 법적 지위를 실질적으로 보장하는 헌법적 근거로 기능할 수 있는 것이다. 외국인의 법적 지위의 문제가 국제법과의 길항관계 속에서 인식되고 해결되어야 함을 선언하는 것은 우리 헌법의 중요한 특색 가운데 하나라고 할 수 있다.

138) 김진, 전계서(주 10), 145면 이하는 외국인의 사법상 권리관계에 대한 제한을 물권, 무체재산권, 무역권, 친족권 및 상속권으로 구분하여 설명하고, 김유후, 대한민국에 있어서의 외국인의 사법상 지위, 서울대학교 법학석사 학위논문(서울대학교 사법대학원, 1965)은 외국인의 사법상 지위를 인사법상 지위, 재산법상 지위, 신분법상 지위, 상사법상 지위로 분류하여 검토한다. 정인섭, 전계논문(주 128), 207면 내지 230면도 참조. 山田三良, 國際私法(合冊)(有斐閣, 1935), 189면 내지 237면은 외국인의 공법상

보장되는 기본권의 맥락에서는 현행헌법 제6조 제2항을 매개로 외국인에게 직접적으로 헌법상 권리를 부여하게 되는 각종 국제인권조약에 대한 이해가 필수적이다. 또한 국제법과의 조응관계 속에서 또는 그와 별도로 국내정책적 고려 속에서 외국인의 공법적 또는 사법적 지위에 관하여 규정하고 있는 「재한외국인 처우 기본법」, 「외국인토지법」, 「수산업법」, 「광업법」 등과 같은 개별법률에 대한 이해도 요청된다.¹³⁹⁾ 이를 통하여만 국제법(주로 조약)에 의하여 보장되는 외국인의 헌법상 권리와 국내법에 의하여 보장되는 외국인의 법률상 권리를 정확히 준별해낼 수 있기 때문이다.¹⁴⁰⁾ 앞으로의 큰 과제이다.

투고일 2014. 2. 3 심사완료일 2014. 2. 24 게재확정일 2014. 2. 28

지위를 개인적 자유권, 국가에 대한 보호청구권(소권 포함), 참정권, 공법상 의무로 구분하고, 외국인의 사법상 지위를 인격권, 재산권, 친족권, 상속권으로 구분하여 외인법을 종합적으로 구성하는 방법론을 일찍이 제시하였다. 일본법상 외(국)인법 전반을 검토한 근래의 연구로는 大村敦志, 他者とともに生きる: 民法から見た外国人法(東京大學出版會, 2008) 참조.

- 139) 일례로 외국인에게 인정되는 공직선거법상 지방참정권, 주민투표법상 주민투표권, 지방공무원법상 지방공무원직에의 공무담임권 등은 외국인이 그 지방의 주민으로서 자신의 일상생활과 밀접한 관련성이 있는 공공사무를 처리하는 과정에 참여하도록 한다는 국내정책적 취지에서 허용된 것이지(성낙인, 전게서[주 2], 321면), 국제인권조약을 매개로 인정하든 권리성질론에 의하여 확장해석을 하든 헌법상 권리로서 인정된 것이 아니다.
- 140) 정중섭, 전게서(주 2), 326면 내지 327면은 외국인의 법적 지위를 국제법적 지위와 국내법적 지위로 구별하고, 후자는 다시 ① 헌법상 지위, ② 법률, 명령 등 하위규범상 지위, ③ 조약상 지위로 세분하면서, 외국인의 기본권주체성은 ①의 문제라고 한다. 그러나 외국인의 국내법적 지위는 ㉠ 현행헌법 제6조 제2항을 매개로 국제법(조약, 관습국제법)이 정하는 바에 의하여 보장되는 헌법상 지위(①과 ③의 합일적 이해)와 ㉡ 법률, 명령 등 하위규범상 지위로 구분되고, 외국인의 기본권주체성은 ㉠의 문제인 것이다.

참고문헌

- 고려대학교 박물관 編, **헌민 유진오 제헌헌법 관계 자료집**(고려대학교 출판부, 2009).
- 국회도서관, **세계의 헌법: 35개국 헌법 전문(全文)**, 제1권/제2권(국회도서관, 2010).
- 권영성, **헌법학원론**(개정판)(법문사, 2006).
- 김유후, **대한민국에 있어서의 외국인의 사법상 지위**, 서울대학교 법학석사 학위논문(서울대학교 사법대학원, 1966).
- 김종세, “외국인근로자의 기본권주체성: 2009헌마352 사건을 중심으로”, **현대헌법학의 이론적 전개와 조망**(금석 권형준 교수 정년기념 논문집)(박영사, 2013).
- 김지형, “외국인 노동자의 헌법상 기본권 보장”, **저스티스**, 통권 제70호(한국법학원, 2002).
- 김 진, **신국제사법: 섭외사법**(법문사, 1962).
- 김철수, **헌법학신론**(제21전정신판)(박영사, 2013).
- _____, **한국헌법사**(대학출판사, 1988).
- 김효전, “유진오, 『헌법해의』(명세당, 1949, 230쪽)”(서평특집: 한국의 법학명저), **서울대학교 법학**, 제48권 제3호(서울대학교 법학연구소, 2007).
- 대한민국 국회 編, **제헌국회속기록**(제1권)(선인문화사, 1999).
- 류시조, “이탈리아헌법의 특징과 통치구조”, **비교법학**, 제22집(부산외국어대학교 비교법연구소, 2011).
- 박명규, **국민·인민·시민: 개념사로 본 한국의 정치주체**(소화, 2009).
- 성낙인, **대한민국헌법사**(초판)(법문사, 2012).
- _____, **헌법학**(제8판)(법문사, 2008).
- 유진오, **신고 헌법해의**(제14판)(일조각, 1959).
- _____, **헌법기초회고록**(일조각, 1980).
- _____, **헌법해의**(초판)(명세당, 1949).
- _____, “헌법제정의 정신(1)”, **법정**, 1948년 8월호(통권 제22호)(법정사, 1948).
- 이경주, “전쟁책임과 일본국헌법: 헌법제정사를 중심으로”, **법사학연구**, 제19호(한국법사학회, 1998).
- 이영록, **우리 헌법의 탄생: 헌법으로 본 대한민국 건국사**(서해문집, 2006).

- 이영록, “제헌국회의 ‘헌법 및 정부조직법 기초위원회’에 관한 사실적 연구”, **법사학연구**, 제25호(한국법사학회, 2002).
- 이현환, “미군정기 식민잔재청산 법제연구”, **법사학연구**, 제30호(한국법사학회, 2004).
- 이호정, **국제사법**(중판)(경문사, 1985).
- 정상우, “이주아동의 기본권 보장에 관한 연구”, **헌법과 기본권의 현황과 과제**(금량 김철수 선생 팔순기념 논문집)(경인문화사, 2012).
- 정인섭, **국제법의 이해**(홍문사, 1996).
- _____, **신국제법강의: 이론과 사례**(제3판)(박영사, 2012).
- _____, **재일교포의 법적 지위**(서울대학교 출판부, 1996).
- _____, **한국판례국제법**(제2판)(홍문사, 2005).
- _____, “1965년 한일 청구권협정 대상범위에 관한 연구”, **성곡논총**, 제25집 상권(성곡학술문화재단, 1994).
- _____, “국민의 탄생과 법적 경계”, 한국미래학회 編, **제헌과 건국**(나남, 2009).
- _____, “제한외국인의 법적 지위”, **국제법학회논총**, 제35권 제1호(대한국제법학회, 1990).
- 정종섭, **헌법학원론**(제6판)(박영사, 2011).
- _____, 校勘/編, **한국헌법사문류**(박영사, 2002).
- 한국법제연구원, **외국인의 법적 지위: 해설과 법령**(한국법제연구원, 1994).
- 마루야마 마사오·가토 슈이치(임성모 譯), **번역과 일본의 근대**(이산, 2000).
- 코세키 쇼오이찌(김창록 譯), **일본국 헌법의 탄생**(뿌리와 이파리, 2010).
- Comba, Mario, “Constitutional Law”, Lena, Jeffrey S./Mattei, Ugo (eds.), *Introduction to Italian Law* (Kluwer Law International, 2002).
- Falzea, Angelo (ed.), *Enciclopedia del Diritto* (Giuffrè Editore, 1958-1995).
- Ferrari, Giuseppe Franco (ed.), *Introduction to Italian Public Law* (Giuffrè Editore, 2008).
- Fornalé, Elisa, “Challenges in the Protection of Migrant Worker’s Rights: The Italian Case”, *Revisita Migrações*, Vol. 8 (2011).
- Hailbronner, Kay/Gogolin, Jana, “Aliens”, *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 1 (Oxford University Press, 2012).
- Hesse, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20.

- Auflage (Müller, 1995).
- Istituto Poligrafico dello Stato, *Constitutional Administration in Italy* (Istituto Poligrafico dello Stato, 1976).
- di Pascale, Alessia, “The New Regulations on Immigration and the Status of Foreigners in Italy”, *European Journal of Migration and Law*, Vol. 4 (2002).
- Picone, Paolo, “The Distinction between Jus Cogens and Obligations Erga Omnes”, Cannizzaro, Enzo (ed.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention* (Oxford University Press, 2011).
- Rosenfeld, Michel, *The Identity of the Constitutional Subject: Selfhood, Citizenship, Culture, and Community* (Routledge, 2010).
- Sereni, Angelo P., *The Italian Conception of International Law* (Columbia University Press, 1943).
- Watkin, Thomas Glyn, *The Italian Legal Tradition* (Ashgate, 1997).
- 阿部照哉・畑博行 編, **世界の憲法集**(有信堂, 1991).
- 李京柱, 日韓의 占領管理體制의 比較憲法的考察: 憲法と軍事條約との關係を中心に, 一橋大學 法學博士學位論文(一橋大學, 1997).
- 井口文男, **イタリア憲法史**(有信堂, 1998).
- 大村敦志, **他者とともに生きる: 民法から見た外國人法**(東京大學出版會, 2008).
- 國際法學會 編, **國際關係法辭典**(三省堂, 1995).
- 佐藤潤一, **日本國憲法における「國民」概念の限界と「市民」概念の可能性: 「外國人法制」の憲法的統制に向けて**(專修大學出版局, 2004).
- 竹內昭夫・松尾浩也・鹽野宏 編, **新法律學辭典**(第3版)(有斐閣, 1993).
- 西修, **憲法体系の類型的研究**(成文堂, 1997).
- 宮澤俊義 譯, **イタリア共和國憲法**(有斐閣, 1954).

<Abstract>

The Origin and Implication of the Article 7(2) of the
1948 Korean Constitution:
A Comparative Constitutional History on the Legal Status
of Foreigners in Korea

Lee, Jong-Hyeok*

The Constitution of the Republic of Korea declares in Article 6(2) that “the status of foreigners shall be protected as prescribed by international law and treaties.” In 1948, referring to Article 10(2) of the Italian Constitution promulgated in 1947 and enforced in 1948, its original provision, Article 7(2), was adopted in the first Korean Constitution. When it comes to the legal status or fundamental rights of foreigners in Korean legal system, Korean constitutional court and constitutional law scholars, however, have relied on conventional theory in Germany and Japan by distinguishing rights of men (Menschenrechte) and of nation (Bürgerrechte). If one takes into account their due deliberation of the first Korean national assembly members and its distinctive characteristics of the provision in the Korean Constitution, constitutional theories and court opinions concerning the legal status of foreigners in Germany, Italy and Japan cannot be applied intactly in Korea, for those countries have their own constitutional provisions and history.

According to Article 6(2) of the Korean Constitution, the legal status of foreigners is guaranteed in the capacity of constitutional rights and in the quantitative scope of treaties and customary international law. In the aspect of qualitative level, all the foreigners should be treated equally to Koreans, which is a general rule of contemporary public and private international law. The rules and principles of interna-

* Ph.D. Student in Law, Seoul National University.

tional human rights treaties to which Korea has acceded and customary international law which Korea is obliged to observe are incorporated into Korean legal system with the purpose of protecting constitutional and fundamental rights of foreigners without any additional domestic legislation.

Keywords: Legal Status of Foreigners, Law on Foreigners (Fremdenrecht), Article 7(2) of the 1948 Korean Constitution, Article 10(2) of the 1948 Italian Constitution

