

# ‘移住兒童’의 基本權 保障에 관한 研究

鄭 相 宇\*

## 차 례

### I. 서 론

### II. ‘이주아동’의 개념과 기본권 보장의 필요성

1. 이주아동의 법적 개념과 유형
2. 이주아동의 보호 필요성
3. 소 결

### III. ‘이주아동’의 기본권 보장의 법적 근거와 내용

1. 헌법상 보장되는 기본권
2. 국제법상 인정되는 이주아동의 인권
3. 우리나라 법률의 현황 및 기본권 보장의 내용
4. 이주아동의 평등권 침해 여부 판단
5. 소 결

### IV. ‘이주아동’의 기본권 보장을 위한 법제 개선 방향

1. 법체계 개선방안
2. 국적과 영주권(체류권) 확대
3. 가족결합권의 보장
4. 학습권 등의 보장

### V. 결 론

\* 한국법제연구원 부연구위원, 법학박사

## I. 서론

최근 우리나라에서도 ‘이주아동’에 대한 관심과 지원 정책에 관한 논의가 활발하다. 지난 10여 년간 세계화에 따라 우리나라에서도 상품과 자본뿐만 아니라 사람의 이동도 크게 늘어났고 이에 따라 이주아동의 수도 증가하였기 때문이다.<sup>1)</sup> 특히 이러한 이주아동들은 “그 부모들이 한국으로 이주하면서 자녀를 동반”하거나 “이주한 후 자녀를 출생한 경우”로서 부모들의 한국 체류가 장기화됨에 따라 자연스럽게 ‘이주아동’의 한국에서의 적응 문제와 각종 인권 문제가 제기된 것이라고 할 수 있다.

이러한 상황을 배경으로 이주아동들의 실태에 대한 연구가 보고되고 있으며 그들의 인권 보장에 대한 논의가 전개되고 있다. 그러나 이주아동은 ‘아동’만의 문제로 머물지 않고 전체 이주민 정책과 관련이 있기 때문에 정책적으로 접근하기 대단히 어렵다. 특히 아직 우리나라의 이주민정책은 관리와 동화 정책에 머물고 있고, 외국인노동자들에 대한 차별과 인권침해 사례도 지속되고 있는 가운데, 그 가족이나 자녀들에 대한 한국 사회의 적응 훈련을 위한 제도적 뒷받침이나 이들을 포용할 수 있는 제도적 뒷받침이 아직은 미비한 상황이라고 할 수밖에 없다. 더욱이 이주아동의 경우 그 현실을 파악하기마저 쉽지 않아 이들에 대한 기본권 또는 인권 보장의 문제는 더욱 열악한 것이라고 할 수 있다.

이러한 상황에서 이주아동의 기본권 보장 문제는, 이주아동이 기본권 주체로서 인정받아야 하는 존재로 이해되지 못하고 법적 보호 밖에 있음

---

1) 외국인 현황과 정책 전반에 관해서는 외국인정책위원회, 『제1회 외국인정책회의 자료: 외국인정책 기본방향 및 추진체계』, 2006. 5. 26을 참고할 것. 이 자료에서 2005년 12월말 외국인의 자녀(20세 이하)는 i) 외국국적 소지자는 합법체류 53,465명, 불법체류 8,704명, ii) 국민(혼혈인)은 약 35,000명(2003년 필벽 재단의 추정)으로 추정하고 있다. 2008년 1월 31일 현재 외국인 전체 1,068,925명, 합법체류자 843,960명, 불법체류자 224,965명(이 가운데 16세 이상 60세 미만 202,817명)이다. 법무부 제공 자료 참조. 다만 불법체류와 혼혈인의 추정치는 사회단체마다 추정치가 다른 형편이다. 한편 2005년의 경우 합법체류자는 167,022명, 불법체류자는 180,792명으로 전체 이주노동자의 52%를 차지하고 있다. 2050년에는 국내체류 외국인이 1000만 명에 육박할 것이라는 전망도 나오고 있다. 그러나 외국인 체류자 가운데 5분의 1가량인 22만여 명이 불법 체류자로 조사돼 대책마련이 시급한 것으로 나타났다.

에도 불구하고 시혜적으로 베풀어 주는 대상으로서만 논의가 진행되어 왔다.<sup>2)</sup> 이러한 논의를 유지하는 한 이주아동은 부수적으로 혜택을 받을 수는 있지만 입법이 없으면 보호받을 수 없는 존재로 전락하게 되고 만다. 이러한 양상이 헌법합치적이라면 법률적 수준에서 보호정책을 강화할 수밖에 없겠으나, 헌법에 합치하지 않는 것이라면 헌법 수준에 맞는 입법을 해야 하고 아울러 국제적 인권 수준에서 법률상 권리를 보장해야 할 필요가 있다.

이 연구는 이러한 문제의식 하에 우리나라에서의 이주아동의 유형과 기본권 보장의 필요성을 법리적으로 고찰하고, 이를 기초로 이주아동의 기본권 보장의 근거와 내용(수준)을 밝힌 후 이주아동과 관련된 현행 법제의 개선 방향에 대해 제시하고자 한다.

## Ⅱ. ‘이주아동’의 개념과 기본권 보장의 필요성

### 1. 이주아동의 법적 개념과 유형

#### (1) ‘이주아동’의 법적 개념의 필요성

이주아동의 기본권 보장을 논의하기 위해서는 우선 이주아동의 정확한 규범적 의미 또는 유형에 관한 고찰이 필요하다. ‘이주아동’이라 함은 사회적 개념으로 출발하여 인권법 분야에서는 일반적으로 “이주노동자의 자녀”로 이해되어 왔다. 최근에는 ‘다문화가족’의 개념이 정립됨에 따라 “다문화가족 자녀”라는 개념도 등장하고 있지만 이 개념이 이주아동의 다양한 유형을 포괄하는 것은 아니다.<sup>3)</sup> 한편 이주아동의 규범적 의미가 정의

2) 아동 또는 이주아동의 경우 기본권이라는 용어보다는 인권이라는 용어가 주로 사용된다. 두 용어의 차이에 대해서는 정종섭, “기본권의 개념”, 『헌법연구 5』, 박영사, 2005, 56-65면 참조. ‘인권’이라는 용어가 기본권인지는 불분명하지만 보장범위를 확대하기 위해 사용되는 측면이 없지 않은데, 그럼에도 이 글에서는 가급적 실정 헌법에서 권리로 보장되는 것을 기본권으로 보고, 국제법상 인권의 의미를 가질 때는 인권이라는 용어를 사용하고자 하였다.; 설동훈, “외국노동자와 인권: ‘국가의 주권’과 ‘국민의 기본권’ 및 ‘인간의 기본권’의 상충요소 검토”, 『민주주의와 인권』 제5권 제2호, 전남대학교 5·18연구소, 2005. 10.은 사회학 관점에서 외국인노동자를 중심으로 국민의 기본권과 인간의 기본권을 비교하였다.

3) 『다문화가족지원법』에 의하면 다문화가족의 개념은 다음의 어느 하나에 해당하는 가

되고 있지 않은 것은 미등록 체류자를 외국인 정책의 대상으로 삼기 어려운 점도 작용한다. 실제로도 이주아동의 국적과 영주권, 출생지, 이주의 원인 등이 매우 다양하기 때문에 이주아동의 개념과 범위는 쉽게 정의하기 어렵다.

그런데 사회적으로 유형이 매우 다양한 ‘이주아동’을 하나의 범주로 보아야 하는 이유는, 이주아동의 발생 원인에 있어 부모 중 일방 이상의 ‘이주’가 있었다는 점에서 공통적이고, 결과에 있어 이주아동은 국적에 관계없이 우리 사회에서 기본권 주체로 인정받지 못하고 사회적 차별에 심하게 노출되어 있거나 그 결과 사회에 적응하지 못하는 현상이 동일하게 나타나기 때문이다.

이러한 현실적 배경에서 법리적으로 이주아동의 개념이 필요한 이유는 이주아동의 유형 중 그 일부를 법적 보호의 외부에 두는 오류를 피하고, 이주아동 전체에 대하여 “기본권 보장 → 기본권 제한”이라는 논의의 순서를 따르기 위함이다. 즉 이주아동으로서 우선 법적으로 보호되어야 하는 범위를 확정하고 그 유형에 따라 기본권 제한 가능성을 논의하는 것이 바른 순서이기 때문이다. 그래야만 이주아동에게 보장되어야 할 기본권의 수준을 확정하고, 각 유형별로 기본권 제한을 하는 법률들이 헌법합치적인지 논의할 수 있는 틀을 갖추게 될 것이다.

## (2) ‘아동’의 개념

아동들에게 적용되는 법률들에 나타난 관련 규정들에 따르면 ‘아동’은 18세 미만의 자를 말하고(『아동복지법』 제2조 제1호)<sup>4)</sup>, ‘청소년’은 9세 이상 24세 이하의 자를 말한다(『청소년기본법』 제3조 제1호). 국제적으

---

족을 말한다. 첫째, 『재한외국인 처우 기본법』 제2조 제3호의 결혼이민자와 『국적법』 제2조에 따라 출생 시부터 대한민국 국적을 취득한 자로 이루어진 가족 또는 둘째, 『국적법』 제4조에 따라 귀화허가를 받은 자와 같은 법 제2조에 따라 출생 시부터 대한민국 국적을 취득한 자로 이루어진 가족을 말한다. 이 외에도 일상적으로 ‘혼혈인’이라는 용어도 사용되는데, 이는 직계혈족 중 인종이나 종족이 다른 경우를 말한다.

4) 이 외에도 아동과 관련한 개념에는, ① 미성년자: 만 20세 미만(민법 제4조) ② 소년: 만 20세 미만의 자(소년법 제2조), ③ 연소자: 18세 미만인 자(근로기준법 제66조), ④ 청소년: 만 19세 미만의 자(청소년보호법 제2조) 등의 개념이 있다. 이들 규정 간에 차이가 있어 문제가 있다는 지적이 있다.

로도 『아동의 권리에 관한 국제협약』의 적용대상은 18세 미만의 아동(Child)으로 되어 있다.

비록 언어학적으로 아동의 의미가 다양하게 해석될 수도 있지만, 아동이 청소년을 포함하는 개념이라는 전제에서 18세 미만의 자에 대해 ‘아동’이라고 해도 무방할 것이다.<sup>5)</sup> 또한 굳이 9세 이상을 지칭하는 경우가 아닌 한 이주아동 대신에 이주청소년이라는 용어를 사용할 필요는 없다고 본다.

### (3) ‘이주’아동의 개념과 유형

우리나라에서 이주아동은 ‘혼혈아동’, ‘이주노동자(외국인노동자) 자녀’, ‘국제결혼가정 자녀’ 등으로 다양하게 불려 왔다. 이주아동의 경우 부모를 따라 또는 단독으로 국내로 이동한 경우도 있지만, 그 부모 또는 부모 중 한쪽이 우리나라로 이동하여 출산한 경우를 포함한다. 따라서 이주아동은 현실적으로 매우 다양한 형태의 이주에 따라 다양한 유형으로 존재한다.

우리나라에서의 이주의 배경은 시대에 따라 변화되어 왔는데, 전통적으로 화교, 미군, 망명 등을 이유로 한 경우가 많았다면, 최근에는 근로취업을 위한 이주(주로 아시아계), 결혼을 위한 이주, 전문 인력, 외국유학생, 한국 국적자의 귀환, (외국적) 해외 동포 또는 그 자녀의 귀환, 해외 입양 자녀의 귀환, 베트남 등에서의 혼혈아동의 귀환 등의 비율이 높아졌다고 할 수 있다. 각각의 이주아동의 유형을 간략히 살펴보면 다음과 같다.<sup>6)</sup>

① 화교 자녀: 1882년 중국조선수륙무역조약에 따라 이주해 온 이래 현재 2만여 명이 거주하고 있다. 과거 심한 차별을 겪어왔으나 최근 정부의 영주권 부여, 지방자치에서의 선거권과 주민투표권 부여 등으로 화

5) 다만 아동이라고 했을 때에 과연 권리의 주체로서 인정할 수 있을지에 관해 염려하는 견해들에 관해서는 김동훈, “아동의 권리에 관한 연구”, 서울대학교 석사학위논문, 2004, 9-15면 참조.

6) 국회의원 고경화 의원실, 『이주민가정, 새터민가정의 보호를 위한 정책간담회』 자료집(2006. 6. 7), 12-14면 수정·보완한 것이다.

교의 처우 개선이 이루어지고 있다. 화교의 자녀들을 위한 화교초등학교도 있다. ② 혼혈인 자녀: 전통적으로는 주한미군과 관련이 깊고 최근에는 코시안(Kosian) 계<sup>7)</sup> 등 유형이 다양하다. 과거 혼혈인의 유형으로는 주한미군과 한국인 2세, 기지촌 외국여성과 한국인 2세 등이 많았다. 이들은 국적 취득이 가능하지만, 신분상 차별이 심각한 것이 현실이다. ③ 난민 자녀: 전통적인 유형이지만 우리나라에서는 원칙적으로 인정되지 않고 있다. 난민신청인에 대한 전문적 판단 인력이 필요하다. ④ 이주노동자 자녀: 노동계약에 따라 이주하는 경우도 있지만, 미등록체류자(불법체류자)도 상당한 비율을 차지한다. 대체로 기지촌 외국여성과 외국인노동자 2세, 외국인노동자간 2세, 외국인노동자의 국내입국 본국 자녀 등이 있다. 이들은 국적 취득이 사실상 불가능하다. 따라서 이들 자녀는 한국에 체류하면서 학습권과 의료 보장 등이 절실한 상황이고, 이주노동자가 본국으로 출국할 때(또는 강제퇴거시) 이주아동의 보호가 문제되고 있다. ⑤ 국제결혼가정 자녀: 혼혈인 자녀와 유사하지만 최근 한국인 남성과 결혼한 외국인 여성의 급증에 따라 별도의 유형으로 볼 수도 있다. 아시아계와의 결혼과 기타 서구 국가계와의 결혼 등에 따라 국내 적응의 차이가 있다. 결혼 후 출산한 경우 원칙적으로 국적이 부여되지만 재혼의 경우 기존의 자녀는 법적 보호가 문제될 수 있다. 다문화가족 지원을 위한 최근의 입법이 있다. ⑥ 외국적 동포 자녀: 미국, 일본, 중국(조선족), 러시아, 기타 국가에 거주하는 외국적 동포의 자녀가 국내에 이주하는 경우 출입국 제한이 있다. ⑦ 새터민 자녀: 귀순한 경우 국적은 한국이지만 사회 부적응 또는 차별 현상이 나타나고 있다.<sup>8)</sup> 그 외에 ⑧ 해외

7) 1996년 안산외국인노동자센터에서 처음 사용한 용어로, 한국인(Korean)과 아시아인(Asian)의 합성어이다. 코시안은 보통 외국인 노동자와 한국인 사이에서 태어난 국제 결혼 2세, 한국에 거주하는 아시아 이주노동자의 자녀를 가리킨다. 그러나 최근에는 '코시안' 자체가 차별적인 용어로 사용되어지기도 한다.

8) 새터민 자녀의 경우 본래 우리나라 국민이지만 이들도 사실상 다른 나라로 이주하였다는 점, 남한 지역의 문화와 다른 점을 갖고 있으며 이에 따라 사회적응이 쉽지 않다는 점에서 '이주아동'의 한 유형으로 보아야 한다. 특히 현재 새터민이 증가하고 있고 향후 통일을 예상한다면 이들에 대한 적응 문제 역시 중요하게 다루어져야 할 것이다. 다만 새터민의 자녀는 국적이 우리나라이기 때문에 외국인인 이주아동과는 규범적으로 다른 지위를 갖는다. 독일에서의 이들에 대한 정책은 윤선영, 『독일의 이주 청소년 정책』, 무지개청소년 센터, 2006 참조.

입양 자녀의 귀국, ⑨ 전문인력 자녀 또는 유학생 자녀도 이주아동의 유형에 포함된다. 이 가운데 가장 큰 부분을 차지하는 것은 혼혈인 자녀, 이주노동자의 자녀, 국제결혼가정 자녀 등이라고 할 수 있다.<sup>9)</sup>

이러한 유형을 포괄하는 의미에서 이주아동은 “대한민국 국적자가 아닌 (북한 지역 출신 포함) 부 또는 모를 둔 국내 거주 아동”이라고 할 수 있다. 따라서 이주아동은 우리나라의 국적을 취득했는지 여부, 아동 자신이 국내로 이주했는지 혹은 국내에서 출생했는지 여부, 그리고 부모가 합법적인 체류자인지의 여부는 문제되지 않는다.<sup>10)</sup>

이러한 여러 가지의 유형 가운데 규범적으로 크게 다시 분류를 한다면 한국적을 취득한 경우(취득 가능성이 용이한 경우 포함)와 취득하지 못한 경우로 나눌 수 있다. 국민의 개념과 범위는 국적법에 규정되어 있는데, 국적을 취득한 경우라면 적어도 규범적으로는 차별 받을 근거가 없기 때문이다. 그리고 국적을 취득하지 못한 경우에는 출입국관리법에서 “외국인이라 함은 대한민국의 국적을 가지지 아니한 자”(동법 제2조 제2호)로 규정되어 있어 출입국 관리의 대상이 된다.

이주아동의 기본권 보장 논의에서 어려운 점은, 국적을 취득한 이주아동의 경우 법리적으로 내국인과 동일하지만 현실적으로 차별을 받기 때문에 어떠한 지원 법제를 마련할 것인가, 우리나라의 국적이나 영주권, 체류권이 없거나 특히 미등록이주아동의 경우 이주아동으로서 어느 정도 수준의 기본권을 보장해야 하는가에 있다.

## 2. 이주아동의 보호 필요성

### (1) 이주아동의 현실

현재 이주아동의 수는 지속적으로 증가할 것으로 예상된다. 그 이유는 농촌 지역을 중심으로 편중된 성비례, 한국 여성의 결혼 기피 현상, 국제

9) 국회의원 고경화 의원실, 전계 자료집, 2006. 6. 7, 44-48면 참조.

10) ‘이주아동’이라고 할 경우 아동이 이주한 경우라고 오해의 소지가 있으므로 ‘이주민 자녀’라고 하는 것이 보다 정확한 용어가 될 수 있다고 본다. 한편 국적에 따라 아예 외국적의 ‘이주민 자녀’와 우리나라 국적을 취득한 ‘다문화가족 자녀’로 구분하는 것도 한 방법이 될 수 있을 것이다. 다만 이 글에서는 기존의 용어 사용례에 따라 ‘이주아동’이라고 하였다.

결혼의 증가, 세계화에 따른 인식의 변화, 외국인 노동자의 국내 이주 증가 등으로 인한 다문화가정의 증가와 국내 이주시 수반되어 오는 아동의 증가, 새터민의 증가, 해외동포의 국내이주 등 때문이다.

그런데 이주아동은 국적과 영주권 등 합법적으로 한국에 체류할 수 있는 권리, 가정환경이나 건강·의료 등 기본적 생존권을 보장받아야 하는 권리, 교육을 받을 수 있는 권리, 문화적 생활을 누릴 수 있는 권리 등이 현실적으로 매우 제약되어 있다. 또한 한국적 취득을 불문하고 사회관계에 있어 편견과 냉대, 차별이 존재하고 경제적으로 빈곤한 경우가 대부분이다. 이때 이주아동들은 학교에서 적응하기 어려워 학교를 그만 두는 경우가 많거나 자아의 정체성을 확립하지 못하고 좌절감을 느끼기도 하며 대인관계의 형성에 장애를 받기도 한다. 그러나 대부분 이주아동의 부모가 사회적으로 어떤 역할을 감당하기 어려운 상황이기 때문에 자신들의 자녀를 보호하거나 양육하기 어려운 것이 현실이다. 이들이 우리 사회의 일원으로 편입되지 못할 경우 장기적으로 사회불안요소가 될 염려도 없지 않다.

## (2) 이주아동 정책 및 법제의 현황과 문제점

이러한 상황에도 불구하고 이주아동에 대한 정책과 법제는 이주자 정책의 한 부분으로서만 시행되고 있다. 이주자 정책의 전반적 내용을 간략히 살펴보고 이주아동 정책의 문제를 지적하면 다음과 같다.<sup>11)</sup>

---

11) 문준조, 『주요 국가의 외국인 이주노동자의 지위와 규제에 관한 연구』, 한국법제연구원, 2007, 219면 이하; 이은하, “이주아동의 교육 및 의료현황: 이주아동의 인권현실”, 『아시아 이주아동을 위한 지역인권협력』 제3회 아시아 인권포럼 자료집, 사단법인 아시아인권센터, 2008. 2. 19, 21-22면; 국내에서의 외국인의 기본권 행사와 그 내용에 관해서는 노석태·김남철, “한국에서의 외국인의 인권-국제인권법의 관점에서의 검토를 중심으로”, 『법학연구』 제48권 제1호·통권57호(상), 부산대학교 법학연구소, 2007. 8, 255면 이하 참조, 특히 263면 이하.; 다문화주의의 유형에 관해서는 이순태, 『다문화사회의 도래에 따른 외국인의 출입국 및 거주에 관한 법제연구』, 한국법제연구원, 2007, 67-75면 참조.

<이주 아동과 관련된 정부 부처별 정책>

부 처	법제도 및 정책	주 요 내 용
국무총리실	『외국인정책 기본방향 및 추진체계』마련. 『차별금지법(안)』	외국인정책위원회를 구성하고 외국인정책의 패러다임 전환을 모색 중임. 국익을 우선하는 통제중심의 정책기조에서 국익과 인권보장의 균형을 도모하고자 함.
행정안전부	『거주외국인 지원 표준조례안』	지방자치단체가 거주외국인에 대한 지원을 할 수 있도록 마련함(2006년 10월 31일).
법 무 부	『출입국관리법』	외국인 관리(보호) 및 불법체류자 단속.
	『제한외국인 처우 기본법』	외국인정책의 기본계획 수립하도록 하고, 제한외국인 등의 인권 옹호와 사회적응 지원함. 다문화에 대한 이해 증진 등 환경조성 근거 마련.
노 동 부	『외국인고용 등에 관한 법률』	고용허가제 도입.
보 건 복 지 가 정 부	『다문화가족지원법』	다문화가족에 대한 이해 증진, 생활정보 제공 및 교육지원, 아동 보육·교육, 다문화가족지원센터 지정 등.
교 육 과 학 기 술 부	『다문화가정 자녀 교육지원대책』	이주아동 학교 교육
문 화 체 육 관 광 부	관련 법 없음	이주노동자의 문화사업 지원. 외국인 근로자 문화축제, 한국어 강좌
통 일 부	『북한이탈주민의 보호및 정착지원법』	새터민청소년의 경우 대안학교 운영

외국인정책위원회에서는 외국인정책의 기본원칙으로 “외국인 인권 보장, 국가경쟁력 강화, 다문화 포용과 사회통합”으로 정하였지만, 아직 관련 법률들은 법무부의 출입국관리 사무를 중심으로 외국인에 대한 통제에 가까운 것으로 보인다. 『거주외국인 지원 표준 조례안』이나 기본법이라고 할 수 있는 『제한외국인 처우 기본법』에서는 실질적 지원 가능성이 결여되어 있으며, 외국인을 단순한 통합의 대상으로 삼고 있으며 정책대상도 협소한 문제점이 있다.<sup>12)</sup> 『출입국관리법』이나 외국인고용 관련

12) 최윤철, “우리나라의 외국인법제에 관한 소고”, 『입법정책』 제1권 제2호, 한국입법정

법률에서는 외국인 노동자들에 대한 기본적 인권을 무시하고 있는 등의 문제점이 없지 않다. 고용허가제 하에서 외국인 근로자의 국내 취업이 합법화 된 이후에도 한국에 취업하는 기간 중에 가족 동반은 금지되고 있다. 이 때문에 이주근로자의 자녀들은 편법으로 국내에 입국하고 있는 형편이다. 그리고 최근의 『다문화가족지원법』은 다문화가족에 대한 지원이라는 측면에서 진일보한 면이 있으나 이주민의 범위에 관해서는 여전히 협소하다고 할 수 있다.

더욱이 이러한 상황은 이주아동에 대한 정책이 정부의 외국인(또는 이주자) 정책 가운데 지엽적인 부분으로 취급받고 있는 상황과 결부되어 이주아동의 기본권 보장의 현실은 더욱 열악한 상황이라고 할 수 있다. 아직까지 정부의 이주아동에 대한 정책은 이주아동을 하나의 기본권 주체로 인식하지 못하고, 전체 이주자 정책 가운데 일부로 인식하여 어떤 시혜적 조치를 내리는 정도로 방임하고 있는 것에 불과하다.

### 3. 소 결

이상에서 살핀 바와 같이 이주아동에는 다양한 유형이 있고, 기존의 관련 법률들을 통해 보호가 이루어지는 부분도 있지만 여전히 많은 사각 지대가 존재한다. 또한 우리나라 국적을 취득한 경우 적어도 법적으로는 차별받지 않음에도 현실에 있어서는 차별이 존재하기 때문에 법과 현실이 일치하지 않고 있다. 뿐만 아니라 외국적의 이주아동의 경우 이주아동만의 문제가 아니라 이주근로자 또는 이주가족 전체의 문제가 국가의 외국인 정책과 맞물려 있기 때문에 이주아동 중심의 정책이 어려운 형편이다. 따라서 이주아동은 ‘아동’이라는 점에서 더욱 보호가 강화되어야 할 여지가 있음에도, 기본권 보장 영역 밖에서 취급받고 있다.

이러한 이주아동의 현실적·규범적 상황에 비추어, 다음과 같은 논의의 전제가 필요하다. 즉 이주아동의 경우 단순히 보호나 시혜의 대상이 아니라 헌법에 비추어 기본권으로 보장받을 수 있는 범위를 우선 확정하고 미흡한 부분을 헌법의 수준에 맞추는 작업이 필요하다. 기본권 보장 및 사회

---

책학회, 2007. 6, 41-45면 및 49-51면 참조.

적 지원의 수준에 있어 우리나라 아동과 차이는 있을 수 있겠으나, 어느 정도가 합리적인지 헌법적 해석을 통하여 우선 보호의 정도를 확정할 필요가 있다. 다음으로 헌법상 인정되는 기본권 외에도 ‘국제적 인권’이라는 측면에서 법률상 인정될 수 있는 권리의 범위에 대한 논의가 필요하다.<sup>13)</sup>

### Ⅲ. ‘이주아동’의 기본권 보장의 법적 근거와 내용

#### 1. 헌법상 보장되는 기본권

##### (1) 서 설

아동은 현재 뿐만 아니라 장래에 더욱 중요한 기본권의 주체로 성장할 것이며, 이들을 어떻게 양육하느냐에 따라 사회 및 국가공동체의 장래가 좌우된다는 점에서 가정과 사회, 국가의 역할은 더욱 중요하다고 할 수 있다. 이주아동의 경우에도 우리 사회에 어떻게 적응하느냐에 따라 우리 사회에 미치는 영향이 달라질 수 있기 때문에 가정, 사회, 국가의 책무가 중요하다고 할 것이다.

또한 이주아동의 경우에도 시혜적인 혜택을 받기보다는 이주아동으로서 보편적으로 보장받을 수 있는 기본권 체계를 확인하고 이를 보장할 수 있는 정책마련을 하되, 필요한 경우 기본권 제한에 관한 논의를 하는 것이 순서일 것이다. 그러나 지금까지의 논의는 기본권 제한(또는 불인정)을 전제로 제한을 다소 완화하고자 하는 식의 순서였다. 그것은 은연 중에 국민이 아니면 기본권 주체가 아니라는 점을 전제로 했거나, 다른 정책적 목적을 우선시하여 헌법적 근거에 따른 기본권의 인정 범위를 명확히 하지 않았기 때문이었다. 이하에서는 이주아동의 경우 아동이라는 특수성과 이주자라는 특수성에 따라 기본권의 보호 범위를 논의하고자 한다.

13) 국제인권법에 있어서 아동 혹은 외국인의 인권에 관해서는 畑 博行·水上千之 編, 『國際人權法概論』 第4版, 東京: 有信堂高文社, 2006, 84頁 以下·119頁 以下 참조; 토마스 버겐탈 저, 양 건·김재원 공역, 『국제인권법』 증보판, 교육과학사, 2001 참조.

## (2) '아동'의 기본권

기본권 보장에 있어 '아동'은 몇 가지 특성을 갖는다. 예컨대 기본권 주체라는 측면에서 기본권 주체로 인정받는지, 인정받는 경우에도 어느 정도의 범위에서 행사할 수 있는지 문제된다.

우선 우리 헌법상 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다(헌법 제10조 제1문). 이에 대해 학설은 '국민'을 '인간'으로 해석하며 여기에는 아동이 포함된다. 그런데 아동이 인간으로서의 존엄과 가치, 행복추구권을 향유하기 위해서는 부모나 교사의 도움을 필요로 하지만, 그 필요한 도움들은 아동의 이러한 권리들을 제약하거나 무시하는 것이 아니라 권리의 보호를 확대하는 한도에서 이해되어야 할 것이다.

그러나 전통적으로 아동의 기본권은 아동이 가정이나 학교, 사회에서 다양한 지위를 갖기 때문에 부모나 가족, 교사와의 관계로 인해 오히려 권리 주체로 인정받지 못하거나, 권리 가운데 단순히 도덕적인 것으로 간주되기도 하였다.<sup>14)</sup> 규범적으로도 아동은 판단능력이나 행위능력에서 성숙하지 못하기 때문에 아동의 보호와 양육이 아동의 기본권과 충돌할 때에는 전자의 것이 우선하여 아동의 기본권을 제한할 수 있다고 보았다.<sup>15)</sup>

물론 아동이 보호의 대상이라는 측면을 간과할 수 없기 때문에 부모 또는 교사의 권리와 충돌할 수 있는 것으로 볼 수도 있다. 그러나 그것은 어디까지나 아동의 권익 나아가 권리의 보호를 강화하는 방향으로 해석해야 하는 것이며, 아동의 권리를 축소·제약하는 것으로 이해할 수는 없다. 즉 이 경우에도 아동의 "건강한 보호"를 위한 기본권 제한이 아니라 보다 강력한 보호로 이해되어야 한다. 예컨대 계약의 자유가 제한되는 것이 아니라 계약의 취소가 보장되고 부모의 추인권까지 인정되기 때문에 보호 영역이 더욱 확대되는 것이며, 아동의 근로의 제한은 오히려 아동의

14) 서구에서의 아동의 인권에 관한 연구 내용은 Bob Franklin(ed.), *The new handbook of children's rights: comparative policy and practice*, London & Routledge, 2002; 필립 아리에스(Ariès, Philippe) 지음·문지영 옮김, 『아동의 탄생 L' Enfant et la vie familiale sous l'Ancien Régime』, 새물결, 2003을 참고할 것.

15) 정종섭, 『헌법학원론』, 박영사, 2007, 264면.

건강권을 보호하는 것이 된다.

이러한 내용은 헌법 제36조 제1항이 보장하는 “개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하”는 “가족생활”에도 동일하게 적용된다. 가족생활에 있어서도 부모의 친권은 아동의 성장을 최대한 존중하고 그의 주체성을 확보하는 방향에 부합하는 한도 내에서만 행사될 수 있다.<sup>16)</sup> 이 외에 헌법은 제32조 제5항에서 “연소자의 근로는 특별한 보호를 받는다.”라고 규정하고, 제34조 제4항 “국가는 노인과 청소년의 복지향상을 위한 정책을 실시할 의무를 진다.”라고 규정하여,<sup>17)</sup> 국가가 아동의 보호의무를 지는 것으로 규정하고 있다. 따라서 아동의 근로보호와 복지향상과 관련한 입법은 국가가 아무런 입법조치를 취하지 아니하거나 입법조치를 취하더라도 헌법이 요구한 최소수준에 미치지 못할 경우 위헌이 된다.<sup>18)</sup>

(3) ‘외국인’의 기본권

우리나라에서는 외국인의 인권 문제가 규범적으로 다루어지는 경우에도, 헌법학에서는 주로 헌법상의 기본권의 주체라는 주제로 논의되어 왔다.<sup>19)</sup> 이주아동 가운데 우리나라 국적을 취득한 경우에는 헌법상 기본권

16) 같은 취지로 김선택, “아동·청소년보호의 헌법적 기초 -미성년 아동·청소년의 헌법적 지위와 부모의 양육권-, 『헌법논총』 제8집, 헌법재판소, 1997, 86-87면 참조. 독일의 경우 인간의 존엄과 가치 외에도 독일기본법 제6조 제2항 참조. 아동의 권리에 있어 인격체로 성장할 권리는 독일기본법 제1조 제1항의 인간의 존엄과 제2조 제1항의 인격의 자유로운 발현권에 근거한 것으로 Stefan Engels 가 주장하였다. 김선택, 전제논문, 90면 참조.

17) 이를 국가목표규정이라고 할 수 있다. U. Scheuner에 의하면 국가목표규정 (Staatszielbestimmung)은 국가행위에 대한 명령과 지시로서 일정한 방향으로 명령하고 실질적 과제를 부여하는 내용을 지니며, 법률 그 밖의 법규명령의 해석이나 적용, 특히 일반조항 또는 재량행위에 있어 기준 내지 방향을 제시하는 기능을 가진다. U. Scheuner, Die Funktion der Grundrechte im Sozialstaat, DÖV, 1971, S.328ff; 명재진, “독자적 헌법조문으로서의 국가목표규정”, 유럽헌법학회 발표문, 2007 참조.

18) 김선택, 전제논문, 91-92면. 헌법정책적 입장에서 아동과 관련한 기본권 규정을 명확히 신설하는 것이 타당하다고 보고, 여기에는 아동이 국가에 대하여 보호를 요구할 수 있는 권리, 자신의 복지를 요구할 수 있는 권리 등이 포함되어야 한다는 견해로는 정태호, “권리장전의 개정방향”, 『공법연구』 제34집 제4호 제2권, 한국공법학회, 2006. 6, 133면 참조.

19) 김지형, “외국인 근로자의 헌법상 기본권 보장: 현행 산업연수생제도의 위헌성 검토

보장 체계에서는 아무 문제가 없고 다만 현실에서 보호받지 못하는 경우의 입법이 필요할 뿐이다. 이 외에 외국적인 이주아동의 경우를 살펴보면 다음과 같다.

본래 우리 헌법은 기본권의 보장이라는 측면에서 외국인에 대한 명확한 인식을 하고 있다고 보기 어렵다. 기본권에 관한 표제에서부터 “제2장 국민의 권리와 의무”라는 표제를 갖고 있고, 개별 기본권 조항에서도 기본권의 주체를 ‘국민’으로 명시하고 있다. 이러한 태도는 일본국 헌법이 같은 표제어를 사용하면서도 개별 기본권 조항에서는 ‘국민’이라는 용어를 사용하지 않는 것과 차이가 있다.<sup>20)</sup>

그러나 외국인은 내국인과 동일한 수준의 기본권을 보장받는 것은 아니지만 외국인도 일정한 범위의 기본권에 대하여는 기본권의 주체가 된다는 것이 대체적인 견해이다. 이 견해는 기본권을 성질상 인간의 권리와 국민의 권리로 분류하여 인간의 권리에 속하는 기본권은 외국인에게도 보장되어야 한다거나, 외국인도 우리 사회에 동화시키는 데 필요한 범위 안에서 기본권의 주체가 될 수 있다는 점에 근거한다. 외국인의 경우에도 국내에 입국하여 거주하는 이상 우리나라의 법을 적용받기 때문에 기본권 가운데 국적과 관계없이 인정되는 인간의 권리는 외국인에게도 인정된다고 할 것이다. 다만 외국인의 경우 우리나라의 국익과 관련하여 내국인보다 더 많은 제한을 가할 수 있다. 반면에 헌법상 기본권은 아니라 하더라도 법률에 의해서 입법정책적으로 특정한 권리를 인정할 수도 있다.<sup>21)</sup>

헌법재판소 역시 “국민과 유사한 지위에 있는 ‘외국인’은 원칙적으로 기본권의 주체가 될 수 있다. 청구인들이 침해되었다고 주장하는 인간의 존엄과 가치, 행복추구권은 대체로 ‘인간의 권리’로서 외국인도 주체가 될 수 있다고 보아야 하고, 평등권도 인간의 권리로서 참정권 등에 대한 성질상의 제한 및 상호주의에 따른 제한이 있을 수 있을 뿐이다.”라고 판시

---

를 중심으로”, 『저스티스』 통권 제70호, 한국법학원, 2002. 12, 7면 이하, 특히 12-22면 참조.

20) 유사한 취지의 비판으로 정태호, 전계논문, 119면. 한편 과거 학설 가운데 이러한 문헌상의 이유를 근거로 외국인은 우리 헌법상의 기본권 보장의 주체가 아니라고 보는 견해도 있다. 박일경, 『신헌법』, 법경출판사, 1990, 199면.

21) 정종섭, 전계서, 272-273면.

한 바 있다.<sup>22)</sup>

따라서 외국인도 비록 우리 국민과 동일한 수준은 아니라 하더라도 기본권을 보장받으며, 헌법 제37조 제2항에 의한 기본권의 제한도 받을 수 있다. 그런데 이 경우 같은 외국인이라 하더라도, 즉 이주노동자와 이주노동자의 자녀의 경우에도 서로 제한의 차이가 있을 수 있다. 이는 다른 헌법 조항을 종합적·체계적으로 해석하여 보호의 필요성이 더 강한지 혹은 합리적 차별에 해당하지는 않는지의 관점에서 판단하면 된다. 국제적 인권 보장 수준에서 이주아동에게 법률상 보다 강화된 권리를 부여하는 것도 이러한 점에서 이해될 수 있다.

#### (4) ‘이주아동’의 기본권

이상과 같은 논의에 따르면 다음과 같은 논의의 전제를 얻을 수 있다. 첫째, 아동의 기본권은 성인의 기본권에 비해 제한되는 경우에도 그것은 아동의 이익을 확대하는 방향으로 작용되는 것이고, 따라서 일반적인 기본권 제한의 의미와 다르다고 할 것이다. 둘째, 외국인이라는 이유만으로 기본권이 전면적으로 부정되지는 않는다. 미등록체류자도 마찬가지이다. 다만 상당한 기본권 제한이 있을 수는 있다.<sup>23)</sup> 셋째, 이주아동의 경우 국적에 따라 달라질 수 있는데 우선 우리나라 국적의 경우 기본권 보장 체계는 우리나라 아동과 동일하고 다만 현실에 있어 차별받는 부분이 발생할 경우 국가의 보호 의무가 발생할 것이다. 우리나라 국적을 취득하지 못한 경우에도 외국인과 아동이라는 특성을 동시에 갖기 때문에 아동으로서 보호받아야 할 기본권이 있고 외국인인 성인과 같은 수준으로 기본권이 제한되는 것은 아니다. 따라서 단지 외국인인 이주아동을 외국인인 성인(이주근로자)과 같은 수준에서 논의하는 것은 이주아동에 대한 기본권의 보장 범위를 잘못 이해한 것이라고 할 것이다.

이렇게 볼 경우 외국인인 이주아동은 인간의 존엄과 가치, 행복추구권,

22) 헌재결 2001. 11. 29. 99헌마494; 1994. 12. 29. 93헌마120.

23) 일본국에서의 외국인의 인권에 관한 논의는 中川義朗 編, 『現代の人權と法を考える』 第2版, 京都: 法律文化社, 2006, 116頁 以下 참조; 특히 외국인의 유형에 따른 인권보장 범위의 차이에 관해서는 畑 博行·水上千之 編, 『國際人權法概論』 第4版, 東京: 有信堂高文社, 2006, 233頁 以下.

평등권 및 개별 기본권에 있어 이주근로자보다 기본권 보장 범위가 확장되어야 하고, 헌법 제37조 제2항 또는 외국인에 대한 ‘상호주의’의 차원에서 기본권 제한을 논의하는 경우에도 우리나라 아동과의 평등권 심사에서 기본권 제한은 성인보다 덜 제약적인 것이어야 한다. 나아가 이주아동의 경우 국제적 인권 수준에 따라 비록 헌법상 기본권의 보호범위에 해당되지 않는 경우라 하더라도 법률적 수준에서 보호되는 범위가 확장되어야 한다. 즉 국제법적 인권 수준에서는 이주아동의 경우에도 국내의 아동과 동일한 수준의 평등한 보호를 받아야 하는 경우가 발생하고 이것은 법률적 수준에서 이루어져야 하기 때문에 법률상 권리라고 하는 확대된 권리의 보호영역을 갖게 된다고 할 것이다.

## 2. 국제법상 인정되는 이주아동의 인권

이주아동에게 국제적 수준으로 보장되어야 하는 인권의 법적 근거와 내용에 대해서 고찰하고자 한다. 이 규범들은 우리 헌법 제6조 제2항에 따라 국내법의 효력을 갖는다.<sup>24)</sup>

### (1) 국제인권규약

『경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약』(이른바 『사회권규약』 또는 A규약)과 『시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약』(이른바 『자유권규약』 또는 B규약)은 UN이 『인권에 관한 세계선언』의 실효성을 뒷받침하기 위하여 1966년에 채택한 규약이다. 우리나라는 A규약과 B규약에 대해 1990년 비준하였으므로, 이들 국제인권규약은 국내법과 같은 효력을 갖는다(헌법 제6조 제1항).

A규약과 B규약에서는 각 제2조 제1항에서 차별금지에 관한 규정을 두고 있는데, 각 조항에는 ‘국적’을 차별금지 사유로 들고 있지는 않지만, 인종, 피부색, 민족적 출신 등 다른 차별금지 사유에 포함된다고 본다.<sup>25)</sup> 그리고 A규약 제10조에서는 아동의 권리와 관련하여 가정과 모성

24) 앞서 설명하였지만, 이 경우 헌법상 기본권에 해당되지 않는 경우도 있으므로 기본권이라는 용어 대신에 인권이라는 용어를 사용한다.

25) 최홍엽, “외국인 근로자의 노동법상 지위에 관한 연구”, 서울대학교 박사학위논문,

의 보호, 소년노동의 제한, 교육을 받을 권리 등을 규정하고 있다.<sup>26)</sup> B 규약 제24조에서는<sup>27)</sup> 아동의 평등권, 성명권, 국적을 취득할 권리 등을 규정하고 있는데, 국적을 취득할 권리가 부모의 의무인지 국가의 의무인지는 문제되는데 학설은 부모의 의무로 해석한다.

국제인권규약이 아동을 기본권 주체로 인정하였는지 의문을 제기하는 견해도 있지만, 적어도 아동에게 일정한 권리를 부여한다고 하였을 때 평등권과 결합하여 이주아동에게 헌법상 청구권을 인정할 근거를 제공한다고 본다. 외국인인 아동이 교육을 받을 권리가 법률상 권리에 불과하다더라도 평등권 심사에 있어 미등록 이주아동의 경우에도 동일한 수준의 권리가 보장되어야 한다는 입론이 가능해지기 때문이다. 아동이라는 특성을 고려한다면 평등권 심사나 비례의 원칙을 통해 이들을 차별할 근거는 거의 없다고 생각한다.

## (2) UN 아동권리협약

우리나라는 1991년 11월 20일 국제규약인 UN 「아동권리협약」(Convention on the Rights of the Child: CRC)을 비준하였다. 아동권리협약은 아동(18세 미만)을 보호의 대상만이 아니라 인권의 주체라는 인식을 국제법적으로 승인한 조약이다. 아동권리협약에 우리 정부가 비준한 결과 국내법과 동일한

1997, 25면.

26) “① 가정이 부양아동의 양육과 교육에 책임을 맡고 있는 동안에는 가능한 광범위한 보호와 지원이 부여된다. ② 임신부에게는 분만 전후 적절한 기간 동안 특별한 보호가 제공된다. 이 기간 중 근로 임신부에게는 유급휴가 또는 적당한 사회보장의 혜택이 있는 휴가가 제공된다. ③ 출생(가문) 또는 기타 조건에 의한 어떠한 차별도 없이, 모든 아동과 연소자를 위해 특별한 보호와 원조 조치가 주어진다. 아동과 연소자는 경제적, 사회적 착취로부터 보호된다. 아동과 연소자를 도덕 또는 건강에 유해하거나 또는 생명에 위협하거나 또는 정상적 발육을 저해할 우려가 있는 노동에 고용하는 것은 법률에 의해 처벌할 수 있다. 당사국은 또한 연령을 제한하여 그 연령에 도달하지 않은 아동에 대한 유급노동에의 고용이 법률로 금지되고 처벌할 수 있도록 한다.”

27) “① 모든 아동은 인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 민족적 또는 사회적 출신, 재산 또는 출생에 관하여 어떠한 차별도 받지 아니하고 자신의 가족, 사회 및 국가에 대하여 미성년자로서의 지위로 인하여 요구되는 보호조치를 받을 권리를 가진다. ② 모든 아동은 출생 후 즉시 등록되고, 성명을 가진다. ③ 모든 아동은 국적을 취득할 권리를 갖는다.” 한편 자유권 규약 제24조에 대한 논의는 박영길, “제24조 어린이의 권리”, 『공익과 인권』 제3권 제1호, 서울대학교 BK21 법학연구단 공익인권법연구센터, 2006, 309면 이하 참조.

효력을 갖는다.

아동권리협약 가운데 제1부에서 나타난 일반원칙과 실제적 권리를 이주아동을 대상으로 살펴보면 다음과 같다. 아동권리협약에는 비차별의 원칙, 아동의 최선의 원칙, 아동의 고유한 생명권·생존권 및 발달권의 최대한 보장, 아동의 의견존중과 의견표명권 등 네 가지의 일반원칙을 규정하고 있다.<sup>28)</sup> 특히 비차별 원칙에 있어 “당사국은 아동 또는 그의 부모나 후견인의 인종, 피부색, 성별, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적, 인종적 또는 사회적 출신 … 에 관계없이” 이 협약에 규정된 권리를 보장하여야 한다(아동권리협약 제2조).<sup>29)</sup>

그리고 이른바 아동의 ‘가족결합권’을 보장하고 있어 주목된다.<sup>30)</sup> 즉 i) “당사국은 사법적 심사의 구속을 받는 관계당국이 적용 가능한 법률 및 절차에 따라서 분리가 아동의 최상의 이익을 위하여 필요하다고 결정하는 경우 외에는, 아동이 그의 의사에 반하여 부모로부터 분리되지 아니 하도록 보장하여야 한다.”(제9조 1.)라고 규정하고, ii) “당사국은 아동의 최상의 이익에 반하는 경우 이외에는 한쪽 부모 혹은 양쪽 부모로부터 헤어진 아동이 정기적으로 부모와 개인적 관계를 유지하고 직접적인 면접교섭을 유지할 권리를 가짐을 존중하여야 한다.”(제9조 3.)라고 규정하였으며, iii) “부모가 타국에 거주하는 아동은 예외적 상황 이외에는 정기적으로 부모와 개인적 관계 및 직접적인 면접교섭을 유지할 권리를 갖는다. 이러한 목적에 비추어 … 당사국은 아동과 그의 부모가 본국을 포함하여 어떠한 국가로부터 출국할 수 있고 또한 본국으로 입국할 수 있는 권리를 존중하여야 한다.”(제10조 2.)라고 규정되어 있다. 이들 조항을 종합하면 이주아동의 경우 출입국에 관해서는 비록 법률적 수준의 권리라 할지라도 성인들보다 강화된 수준에서 보장되어야 하고 다른 유형의 이주아동과 차별받아서 안 된다고 할 것이다.

28) 畑 博行·水上千之 編, 『國際人權法概論』 第4版, 東京 : 有信堂高文社, 2006, 85頁 以下.

29) 유보조항에 대해서는 박병도, “아동권리협약의 이행을 위한 국내법 정비”, 『입법정책』 제1권 제1호, 한국입법정책학회, 2007. 6. 35-65면.

30) 이른바 ‘가족결합권’에 관해서는 이규창, “외국인 추방과 가족결합권의 보호: 불법체류 외국인 노동자의 경우를 중심으로”, 『성균관법학』 제17권 제3호, 성균관대학교 비교법연구소, 2005. 12, 459-461면.

한편 개별적 인권의 보장에 있어 제26조에서 사회보험을 포함한 사회 보장제도의 혜택을 받을 권리를 인정하고 있는 바, 그 주체는 “모든 아동”으로 규정되어 이주아동도 국적에 관계없이 여기에 포함된다. 또한 제 28조에서 아동의 교육에 관한 권리를 인정하고 있다. 그런데 이와 관련하여 위원회는 우리나라에 대하여 특히 이주노동자의 자녀에 대한 권고를 내린 바 있어 주목된다. 즉 교육 및 사회보장관련에서 특히 미등록 이주 노동자의 자녀에게 복지와 권리를 제공하기 위한 구체적인 조항을 포함하고 있지 않았다고 지적하면서 관련법을 개정할 것을 권고한 바 있고, 나아가 부모의 불법체류와는 별개로 이주노동자 자녀들에 대한 적극적인 보호조치가 필요하다고 하면서, 부모의 국적이나 신분을 묻지 않고 모든 아동에게 의료, 복지 및 교육 등의 기회를 동등하게 제공할 수 있도록 하는 입법조치가 필요하다고 지적하였다.<sup>31)</sup> 이러한 내용은 이미 유럽연합기본권헌장에도 반영되어 점차 국제적 규범으로 지지를 얻어 가고 있다는 점도 중요하다.<sup>32)</sup>

### (3) UN이주노동자권리협약

『모든 이주노동자와 그 가족의 권리보호에 관한 협약』(International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families)은 1990년 12월 18일 제69차 UN총회에서 채택된 것이다(2003년 7월 1일 발효). 이 협약은 UN이 제정한 기본적인 인권에 관한 7개의 조약 가운데 하나로 이주노동자의 지위에 대해 포괄적이고도 강력한 보호 내용을 담고 있지만, 우리나라는 아직 가입하지 않고 있다. 다만 국제적 인권 수준에서 검토할 수 있는 내용이므로 이주아동과

31) CRC/C/15/Add.197. paras. 58, 59; 국가인권위원회, 『국제인권조약 국내이행자료집』, 2003증보판, 국가인권위원회, 2003, 264면.

32) 유럽연합기본권헌장 “제24조 ① 아동은 국가에 대하여 보호를 요구할 수 있고 또 그 복지를 위한 대책을 요구할 수 있다. 자신과 관련한 일에 대한 아동의 의견은 그 연령과 성숙에 상응하여 존중되어야 한다. ② 모든 공적·사적 기관들은 아동에 대한 조치를 취할 때 아동의 복리를 우선적으로 고려하여야 한다. ③ 모든 아동은, 자신의 복리에 반하지 않는 한, 부모와의 인간관계 및 직접적인 접촉을 정기적으로 유지할 권리를 가진다.”; 변해철, “유럽연합 기본권헌장에 대한 개관”, 『외법논집』 제14집(2003.8), 한국외국어대학교 법학연구소, 2003, 49-74면.

관련된 내용을 중심으로 살펴보고자 한다.

우선 이 협약의 제2부 제7조에서는 균등대우의 원칙에 대한 언급이 있다.<sup>33)</sup> 제3부에서는 이주노동자의 인권에 관한 내용들이 규정되어 있는데, 특히 불법체류자들에게 의미가 있는 조항이라고 할 수 있다. 예컨대, 출국의 자유(제8조), 생명권(제9조), 고문 또는 잔인하고 비인도적 형벌의 금지(제10조), 노예·강제노동의 금지(제11조), 사상·양심 및 종교의 자유(제12조), 의사표현의 자유(제13조), 사생활의 자유(제14조) 등을 규정하고 있다. 이 외에도 “모든 이주노동자와 그 가족은 모든 장소에 있어서, 법률 앞에 사람으로서 인정받을 권리를 가진다”(제24조), “이주노동자의 자녀는 성명, 출생 등록, 국적에 대한 권리를 가진다”(제29조), “이주노동자의 자녀는 그 나라의 국민과 평등한 처우를 기초로 교육을 받을 기본적인 권리를 가진다. 그 사람이 공립유치원 및 학교에 입학할 것을 요구할 때 부모 중 어느 한 사람이 체류 내지 취업이 불법이거나 취업국에서의 그 자녀의 체류가 불법임을 이유로 거부되어서는 안 된다.”(제30조).

그러나 우리나라는 동협약을 비준하지 않고 있기 때문에 동협약을 이주아동 보호의 직접적인 법적 근거로 제시하기는 어려운 상황이다. 이주아동에 대한 보호가 보다 확고해지기 위해서는 이 조약에 대한 가입이 필요하다.

### 3. 우리나라 법률의 현황 및 기본권 보장의 내용

#### (1) 『아동복지법』 상의 이주아동 보호 규정

최근 아동복지법은 이주아동 보호에 관한 중요한 규정을 신설하는 개정을 하였다(2006년 9월). 우선 기본이념을 규정하고 있는 제3조에서 금지되는 차별이유에 ‘인종’을 덧붙여 “아동은 자신 또는 부모의 성별, 연령, 종교, 사회적 신분, 재산, 장애유무, 출생지역, 인종 등에 따른 어떠한

33) “제7조 이 협약의 당사국은 인권에 관한 국제문서에 따라서 자국의 영역 내에 있거나 자국의 관할권에 복종해야 할 모든 이주노동자 및 가족에 대하여, 성·인종·피부색·언어·종교 또는 신조·정치적 또는 기타의 의견·민족이나 종족이나 사회의 출신·국적·연령·경제적 지위·재산·혼인상의 지위·출생 기타의 지위에 의한 어떠한 구별도 없이, 이 협약 가운데 정해진 권리를 존중하고 확보하는 것을 약속한다.”

한 종류의 차별도 받지 아니하고 자라나야 한다.”고 개정하여 인종적 차별을 명시적으로 금지하였다. 이와 함께 제4조 제5항을 “국가와 지방자치단체는 아동이 자신 또는 부모의 성별, 연령, 종교, 사회적 신분, 재산, 장애유무, 출생지역 또는 인종 등에 따른 어떠한 종류의 차별도 받지 아니하도록 필요한 시책을 강구하여야 한다.”고 신설하여 국가와 지방자치단체의 책임을 보다 명확히 하였다.<sup>34)</sup>

이러한 개정에 따라 모든 아동은 인종 및 사회적 출신과 관련한 어떠한 차별도 받지 않고 아동으로서 보호조치를 받아야 하며, 특히 교육이나 복지에서 차별을 받지 않아야 한다. 비록 법률적 수준에서 명시된 것이지만, 이 법에 위반되는 처분은 위법한 것이라고 할 수 있다.

## (2) 『재한외국인 처우 기본법』 상의 이주아동 보호 규정

2006년 5월 정부는 『외국인정책 기본방향 및 추진체계』를 확정하고, 그 후속 조치로 『재한외국인 처우 기본법』(제정 2007.5.17 법률 제8442호)을 제정하였다.<sup>35)</sup> 동법에서는 ‘재한외국인’을 “대한민국의 국적을 가지지 아니한 자로서 대한민국에 거주할 목적을 가지고 합법적으로 체류하고 있는 자”, 그리고 ‘결혼이민자’를 “대한민국 국민과 혼인한 적이 있거나 혼인관계에 있는 재한외국인”으로 정의하였다(동법 제2조 제1호 및 제3호). 그리고 결혼이민자 및 그 자녀의 처우에 관하여 “① 국가 및 지방자치단체는 결혼이민자에 대한 국어교육, 대한민국의 제도·문화에 대한 교육, 결혼이민자의 자녀에 대한 보육 및 교육 지원 등을 통하여 결혼이민자 및 그 자녀가 대한민국 사회에 빨리 적응하도록 지원할 수 있다. ② 제1항은 대한민국 국민과 사실혼 관계에서 출생한 자녀를 양육하고 있는 재한외국인 및 그 자녀에 대하여 준용한다.”로 규정하였다(동법 제12조). 그러나 이 법은 우리나라 국적을 취득한 이주아동과 미등록체류

34) 이성연·최 유, 『다문화 가정 도래에 따른’ 혼혈인 및 이주민의 사회통합을 위한 법 제지원방안 연구』, 한국법제연구원, 2006, 116-7면.

35) “이 법은 재한외국인에 대한 처우 등에 관한 기본적인 사항을 정함으로써 재한외국인이 대한민국 사회에 적응하여 개인의 능력을 충분히 발휘할 수 있도록 하고, 대한민국 국민과 재한외국인이 서로를 이해하고 존중하는 사회 환경을 만들어 대한민국의 발전과 사회통합에 이바지함을 목적으로” 제정된 것이다(동법 제1조).

자인 이주아동은 보호범위 밖으로 하고 있어 부족한 점이 있다.

또한 2007년 10월 확정된 제2차 외국인정책위원회의 정책목표 및 추진 과제에서는 이주아동에 대한 대책이 포함되지 않고, 단지 2006년 초등학교 재학 중인 미등록 이주아동에 대하여 자진신고를 거쳐 2008년 2월말 까지 특별체류를 부여하기로 하였을 뿐이다.

### (3) 『다문화가족지원법』 상의 이주아동 보호 규정

2008년 2월에는 다문화가족의 사회통합을 지원하기 위한 『다문화가족 지원법』이 제정되었다. 이 법은 고경화 의원이 대표발의한 『이주민가족의 보호 및 지원 등에 관한 법률안』(=이하 ‘고경화 의원안’)과 장향숙 의원이 대표발의한 『다문화가족지원법안』(=이하 ‘장향숙 의원안’)이 통합된 것인데 고경화 의원안에 명시되었던 미등록 이주아동의 권리는 모두 삭제되었다. 동법 제10조에서는 결혼이민자 등의 아동에 대한 취학 전 보육 및 교육지원과 취학 아동의 학과 외 또는 방과 후 교육에 필요한 지원을 할 수 있도록 하였지만 제2조에서는 적용대상을 다문화가족과 결혼이민자 등 합법적 체류자로 한정하고 있어, 재한외국인처우 기본법과 적용범위가 같아 여전히 보호받지 못하는 범위가 존재한다. 이렇게 ‘이주민’이라는 개념 대신에 ‘합법적 체류자’만을 대상으로 하는 태도는 결과적으로 성인인 이주민과 아동인 이주민을 구별하지 않게 되어, 아동인 이주민이 보다 더 강화된 기본권 보장을 받아야 한다는 헌법 해석상의 법리를 무시하게 된다.

### (4) 『초·중등교육법』 상의 이주아동 보호 규정

초·중등교육법의 경우에도 우리나라 국적을 취득한 이주아동의 경우 한국 학교 입학에는 법적 장애가 전혀 없다. 그리고 2003년 1월 유엔아동권리위원회로부터 “모든 외국인 아동에게도 한국 아동들과 동등한 교육권을 보장하라”는 권고를 받아들여 초·중등교육법 시행령 제19조 제1항을 개정하였다. 그러나 외국인으로 등록되어 있지 않은 미등록 이주노동자 자녀의 경우 합법적인 비자를 발급받지 못하였기 때문에 일반학교 입

학에 어려움이 있다.<sup>36)</sup>

#### 4. 이주아동의 평등권 침해 여부 판단

이주아동 가운데 많은 유형이 있는데, 국적이 있는 경우와 없는 경우, 그리고 등록 여부에 따라 차별이 발생하므로 평등권 심사 기준을 검토할 필요도 있다. 이주아동에게 있어서도 헌법상 기본권 혹은 법률상 권리를 인정하는 이상 어느 정도의 차별을 감수할 수 있을 것인지에 관한 평등권 문제를 다룰 필요가 있다. 헌법재판소에 따르면 평등위반 여부를 심사함에 있어 엄격한 심사척도에 의할 것인지, 완화된 심사척도에 의할 것인지는 입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도에 따라 달라지게 될 것이다.<sup>37)</sup>

우선 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우 엄격한 심사척도가 적용될 수 있다. 헌법이 스스로 차별의 근거로 삼아서는 아니 되는 기준을 제시하거나 차별을 특히 금지하고 있는 영역을 제시하고 있다면 그러한 기준을 근거로 한 차별이나 그러한 영역에서의 차별에 대하여 엄격하게 심사하는 것이 정당화된다. 다음으로 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 된다면 입법형성권은 축소되어 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 할 것이다. 엄격한 심사를 한다는 것은 자의금지원칙에 따른 심사, 즉 합리적 이유의 유무를 심사하는 것에 그치지 아니하고 비례성 원칙에 따른 심사, 즉 차별취급의 목적과 수단 간에 엄격한 비례관계가 성립하는지를 기준으로 한 심사를 행함을 의미한다.<sup>38)</sup> 이와 반대로 시혜적인 법률에 있어서는 국민의 권리를 제한하거나 새로운 의무를 부과하는 법률과는 달리 입법자에게 보다 광범위한 입법형성의 자유가 인정된다고 할 것이다. 그러므로 입법자는 그 입법의 목적, 수혜자의 상황, 국가예산 내지 보상능력 등 제반상황을 고려하여 그에 합당하다고 스스로 판단하는 내용의 입법을 할 권한이 있다고 할 것이고, 그렇게 하여 제정된 법률의 내용이 현저하게 합리성이 결여되어

36) 이은하, 전제논문, 29면.

37) 헌재결 1999. 12. 23. 98헌마363; 2002. 11. 28. 2002헌바45.

38) 헌재결 1999. 12. 23. 98헌마363; 1999. 12. 23. 98헌바33; 2000. 8. 31. 97헌가12; 2002. 4. 25. 98헌마425등.

있는 것이 아닌 한 헌법에 위반된다고 할 수는 없다.<sup>39)</sup>

이러한 내용을 기준으로 이주아동과 관련하여 논의하는 학설은 없지만 개략적인 입론은 가능하다고 본다. 우선 원칙적으로 외국인에 대한 차별은 평등권 또는 기본권 제한에 있어 근거를 가지는 점에는 이론이 없다고 할 것이다. 그러나 이주‘아동’의 성장에 필수적인 내용들은 헌법이 아동에게 보장하고자 하는 내용에 따라, 그리고 그러한 내용이 아동의 국적, 등록 여부에 관계없이 최소한 보장되어야 한다고 보아야 하기 때문에 평등권 심사에 있어 엄격한 심사를 적용해야 하는 것이 아닌가 한다. 나아가 이주아동에게 있어 일정한 법률상 권리가 인정되는 경우, 비록 헌법상 기본권은 아니라 할지라도 헌법상 평등권 심사는 가능하고 이 경우 아동이라는 특성에 따라 성인보다 보호가 필요하다는 관점에서 심사해야 할 것이다.<sup>40)</sup>

## 5. 소 결

이주아동의 경우라 하더라도 국적에 관계없이 보장되어야 하는 기본권의 수준이 있고, 비록 미등록이주아동이라 할지라도 아동이라는 특수성에 따라 그 기본권의 보호 범위는 성인인 미등록이주자보다 확대되어야 한다고 보았다. 한편 국제적 인권 수준에서는 국적에 관계없이 그리고 등록 여부에 관계없이 동등한 수준의 인권 보장을 요구하고 있다. 그리고 국제적 인권이 법률상 권리로 인정되는 경우 평등권과 결합하여 이주아동의 유형에 관계없이 거의 같은 수준의 권리를 보장해야 한다. 법리가 이러한에도 현실적으로 차별의 문제가 발생하는 이유는 이주아동의 입장에서 기본권의 범위를 판단하는 것이 아니라 성인인 이주근로자를 기준으로

39) 헌재결 1993. 12. 23. 89헌마189; 1999. 7. 22. 98헌바14; 1991. 2. 11. 90헌가27.

40) 헌법재판소는 헌법상 기본권과 법률상의 권리의 개념을 구분하여 사용한 바 있다. 즉 헌법재판소는 지방의회의원 선거권의 경우 헌법 제118조 제1항과 제2항에 의해 헌법상의 기본권임을 분명하게 인정하면서도, 지방자치단체장 선거권의 경우 헌법 제118조 제2항의 문언상 ‘선임방법’이라고 표현하고 있어 헌법상의 기본권으로 단정하기 어렵다고 하였다. 그러나 지방자치단체장 선거권을 법률상의 권리로 본다 할지라도, “헌법상 평등권 심사는 가능하므로” 지방자치단체장의 경우에도 헌법상의 기본권에 대한 제한에 해당한다고 보았다(헌재결 2007. 6. 28. 2004헌마644등).

기본권의 범위를 판단하기 때문이다. 이주아동의 기본권 보장 범위가 이주근로자의 보장 범위보다 넓기 때문에 이주아동을 우선해서 판단하는 것이 헌법 해석에 합치한다는 점에서, 우리 입법의 체계가 이주아동(특히 미등록 이주아동)에 대해 사실상 방임하고 있는 것은 법리적으로 문제가 있다고 본다.

#### IV. ‘이주아동’의 기본권 보장을 위한 법제 개선 방향

이주아동의 기본권을 보장하기 위해서는 헌법적 원리에 따라 우선 기본권 보장범위를 설정하고 그에 대한 제한의 정도를 논의해야 한다. 그러나 현실적으로 보장 자체가 안 되는 경우가 많으므로 법제의 개선 방향은 우선 기본권 보호를 위한 지원에 있게 된다. 그런데 이 문제는 외국인에게 적용되는 기존의 법제도와 중복·상충하는 요소를 갖게 될 수 있으므로 어떠한 법체계로 어떠한 기본권을 어느 정도 보호할 것인지 세밀한 분석이 필요하다.<sup>41)</sup> 이와 관련하여 국가인권위원회는 NAP 권고안에서 이주노동자의 가족의 인권보장에 관하여, 부모의 체류자격에 관계 없이 모든 이주노동자의 자녀에게 부모와 함께 지내며 양육 받을 권리와 교육받을 권리를 보장하고, 양육비와 의료비를 지원하는 사회복지체제를 구축해야 한다고 권고한 바 있으므로,<sup>42)</sup> 이러한 문제들의 전제가 될 수 있는 쟁점에 한정하여 개선 방향을 제시하고자 한다.

##### 1. 법체계 개선방안

2006년 안산외국인노동자센터를 중심으로 여러 인권단체가 연대한 이

41) 이주아동의 인권 실태와 개선방안에 관한 논의는 다음을 참고할 것. 설동훈 외, 『국내 거주 외국인노동자 아동의 인권실태조사』, 국가인권위원회, 2003, 59면 이하; 이주아동합법체류보장추진연대, 『‘이주아동과 그 가족의 권리보장법’ 공청회』 자료집, 2006. 4. 13; 국회의원 고경화 의원실, 『이주민가정, 새터민가정의 보호를 위한 정책간담회』 자료집, 2006. 6. 7; 재외동포문제연구회, 『‘한국사회와 소수자 문제’: 인종, 국적 그리고 인권』 자료집, 2006. 7. 5 참조.

42) 국가인권위원회, 『2007-2011 국가인권정책기본계획 권고안』(2006. 1), 43-52면. 여기에서는 이주노동자와 이주 여성, 난민에 관한 권고안이 함께 들어 있다. 이에 반하여 정부의 NAP에서는 이러한 내용들이 누락되어 있어 비판이 지적되고 있다.

주아동합법체류보장촉구연대에서 『이주아동 권리보호법(안)』을 제안한 바 있다. 동법안의 주요내용은 i) 첫째, 국내출생 이주아동과 국내입국하여 3년이상 체류한 아동에 대한 영주권 부여, ii) 둘째, 18세 미만까지의 미성년에 대한 단속이나 강제퇴거, 형사처벌의 금지, iii) 셋째, 이주아동의 차별없는 의료, 보육, 교육적 혜택을 받을 권리 등의 보장으로 하고 있다.

이 안은 미등록이주아동을 원칙으로 하고 있다는 점에서 다른 법(안)에 비하여 진일보한 것이라고 할 수 있다. 다만 다음과 같은 점에서 문제가 없지 않다. 즉 이주아동에 대한 일반법이 필요는 할 수 있겠으나 과연 가능할 것인지에 대한 문제이다. 앞에서 설명하였듯이 국내출생의 이주아동의 경우 국적을 취득하는 경우가 있는 등 이주아동의 유형이 매우 다양하여 기존의 법률들에 의해 처리되고 있는 부분들이 존재하기 때문이다. 따라서 기존의 법률들을 보완하는 방식으로 처리하는 것이 보다 효율적이고 법률의 체계정합성을 기할 수 있다고 본다. 또한 법 체계상 외국인 정책의 전환 없이 이주아동들에 대한 특별법만으로 근본적인 해결이 가능할지도 의문이다. 그리고 여기에서 제안된 Affirmative Action(이른바 차별 철폐 조처) 역시 다른 법률들에서 규정된 이주아동의 범위, 권리 관련 규정들을 정상화(확대) 한다면 굳이 별도의 입법이 필요 없다고 본다.

다른 방법으로 『차별금지법(안)』이라는 일반법 제정 문제를 검토할 수 있다. 현재 국가인권위원회가 권고하여 법무부가 2007년 10월 2일에 동법안을 입법예고하였다. 동법에서는 금지대상의 차별의 범위(법안 제3조)에서 “... 출신국가, 출신민족, 인종, 피부색, 언어, 출신지역...” 등을 적시하고 있어, 외국인에 대한 차별금지 및 권리구제에 의의가 있다고 할 수 있다. 비교법적으로나 정책적으로 보았을 때 이와 같은 차별금지의 일반법으로 처리하는 것이 타당하다고 본다.<sup>43)</sup>

43) 영국의 인종법(Race Relations Act) 1976은 인종, 국적에 상관없이 모든 공립학교들이 양질의 교육을 제공할 것을 규정하고 있다. 교육, 고용, 훈련, 재화의 공급, 서비스의 제공 등에서 인종차별은 비합법적인 것으로 규정하였다. 아동법은 아동의 종교, 인종, 문화, 언어적 배경과 상관없이 가족에 대한 서비스를 제공해야 함을 명시하고 있

그런데 법률에서 이러한 차별금지 규정을 두었을 때 그 효력을 어떻게 할 것인지는 여전히 문제로 남는다. 이에 대해 “기본권의 가치규범적 성격을 전제로 해서 기본권의 권력기속적 가치가 외국인에게도 효력이 미친다고 본다면 기본권은 국민은 물론 외국인에 관한 국가작용의 한계를 뜻하게 되어 ‘외국인’의 국내법상의 지위는 ‘헌법상의 지위’로까지 승화될 수 있을 것이고, 반대로 외국인은 기본권의 주체가 될 수 없다고 보는 경우에는 외국인의 지위는 단순한 ‘법률상의 지위’에 지나지 않게 될 것”이라는 견해가 있다.<sup>44)</sup>

이것은 법률 수준에서 평등원칙을 확인하는 경우 개별적 기본권에서 어느 정도 보장되는 것이 헌법에 합치하느냐의 문제를 제기한다. 이것은 우리 헌법 제11조와 제6조 제2항의 문제일 텐데, 평등권은 구체적 기본권이 문제될 때마다 적용되는 수준이 다르기 때문에 개별 기본권마다 다르게 접근해야 한다고 본다. 예컨대 이주아동의 가족결합권, 의료와 의무교육을 받을 권리, 노동으로부터의 보호 등은 헌법 제32조, 제34조 및 제36조 등과 결합하여 헌법적 수준에서 보장되어야 한다고 생각한다.<sup>45)</sup>

## 2. 국적과 영주권(체류권) 확대

이주아동에게 있어 기본권 보장의 가장 큰 걸림돌은 국적 문제라고 할 수 있다. 이주아동에 대해서는 단기적이고 시혜적인 대책 보다는 한국에서 출생한 이상 이주자녀로서의 법적 지위를 보장하는 방안이 필요하다

---

다. 난민법과 이민법 1996에서 어른을 동반하지 않은 난민 아동이 최우선 지원대상이다. 영어교육도 받는다. 1998년 아동법에 난민청원자들에 대한 새로운 규정을 추가하였다.

44) 허 영, 『한국헌법론』, 박영사, 2008, 239면.

45) 미주 21개국에 대하여 관할권을 가지는 미주인권재판소는 2003년 권고의견을 통하여 체류자격 없는 외국인근로자의 경우 평등과 차별금지의 원칙에 근거하여 체류자격과 무관하게 노동 관련 인권을 향유함을 밝히면서 그 전제로 평등과 차별금지의 원칙이 강행규범(jus cogens)임을 분명히 확인한 바 있다. Inter-American Court of Human Rights, *Judicial Conditions and Rights of the Undocumented Migrants*, Advisory Opinion OC-18/03 of September 17, 2003 참조. 황필규, “이주노동자의 인권: 노동권, 사회보장 및 단속, 보호, 강제퇴거상의 절차보장을 중심으로”, 우리법연구회 월례회 발표문, 2008. 1. 12. 재인용.

고 할 수 있다. 그런데 우리나라 국적법의 경우 혈통주의를 원칙으로 하는 까닭에 이주아동의 유형에 따라 국적을 취득할 수 있는 경우와 할 수 없는 경우로 크게 나누어진다.

우선 국적법에서는 이주아동을 보호하기 위해서는 예외적으로 속지주의를 적용하는 범위를 확대하거나,<sup>46)</sup> 이중국적을 전향적으로 인정할 필요도 있다고 본다. 그러나 이러한 방법은 이주 정책 전반을 손질해야 하는 부담이 있고, 국적법에서 국적을 어떻게 부여할지 여부 자체에는 광범위한 입법재량이 있게 되므로 일부 이주아동에게 국적을 부여하지 않는 것이 그 자체로 위헌인 것은 아니다. 그렇다면 국적 문제에 한정될 것은 아니고 영주권 부여의 범위를 확대하거나 체류자격의 장기 보장 등의 방안 가운데 선택할 수 있을 것이다.

국적법 개정이 어려운 경우에는 대통령령이 정하는 기준에 따라 이주민자녀에게 특별체류허가를 부여하는 방법도 가능할 것이다. 예컨대 본래 고경화 의원안에서 제안하였던 이주민인 부 또는 모가 강제출국되는 경우 출국준비기간을 부여하게 한 것(안 제10조)을 확대하여 규정하거나, 장향숙 의원안에 있었던 “다문화 가족 구성원인 아동 본인과 결혼이민자 등인 부 또는 모의 합법적 또는 불법적 체류자격이 아동의 교육받을 권리에 영향을 미쳐서는 아니 된다.”라는 조항을 존속시켰다면 이주아동의 체류권을 보장하는 법제가 되었을 것이다. 그리고 이러한 방법이 이주아동들에게 현실적인 대안이 될 것이다.

### 3. 가족결합권의 보장

우리나라는 이주근로자 정책에 있어 고용허가제를 도입하고 과거보다 선진화된 국제적 수준의 인권보장을 위해 노력하고 있다. 그러나 한편 미등록 이주근로자에 대한 단속을 병행하고 있어, 결과적으로 이주근로자에 대한 단속이 이주아동에게 영향을 미치는 문제가 발생하고 있다.

46) 국적법에 의하면 이주아동이 국적을 취득할 수 있는 경우는 “부모가 모두 분명하지 아니한 경우나 국적이 없는 경우에는 대한민국에서 출생한 자”인 경우이어야 한다.(국적법 제2조 제1항 제3호) 따라서 부모가 누구인지 알 수 없게 유기된 경우에만 국적을 취득할 수 있다.

반면에 이주아동의 기본권 보장을 우선하게 되면, 결과적으로 ‘가족결합권’까지 보장해야 하는 문제가 있어 불법체류를 조장할 수 있다는 현실적 문제도 대두된다.

국제협약과 비교법적으로 보았을 때 단기체류 이주노동자에 대한 가족동거가 당연히 인정되는 것은 아니고 일정한 조건에서 허용하는 것이 일반적이다. 외국인의 가족초청은 외국인근로자의 국내체류를 장기화함으로써 국가적 비용이 수반되고, 국가가 보장하는 혼인과 가족제도는 국민에게만 적용된다고 이해하기 때문이다. 이러한 입장에서는 가족초청과 결합이 입법정책에 따라 제한될 수 있다고 본다.<sup>47)</sup> 그러나 이러한 태도는 입국하는 이주근로자에게는 타당하지만, 입국해 있거나 한국에서 태어난 이주아동에 대하여는 아동의 특성을 감안한 해석을 해야 할 필요가 있다고 본다. 즉 이러한 경우 이주아동의 가족결합권은 이주근로자의 가족결합권보다는 강화된 차원에서 이해되어야 한다.

이와 관련하여 고경화 의원안은 “합법적인 체류자격을 취득하지 아니한 이주민인 부 또는 모가 단속, 보호조치, 강제퇴거, 강제출국 등의 조치를 받는 경우 이주민의 자녀와 부모가 강제적으로 분리되어서는 아니 되며, 임신·출산하거나 영유아 자녀를 양육하고 있는 이주민인 부 또는 모에게 3개월 이상의 출국준비기간을 부여하여야 한다”(안 제10조 제3항)라고 규정하고 있었다. 이러한 권리는 헌법 제36조 제1항에 근거하여 헌법적 수준으로 보호해야 한다고 볼 수도 있고, 아동권리협약 제6조에 근거한 것으로 국제적 인권 수준에서 보장되어야 하는 법률상 권리로 이해하는 입론도 가능하다.<sup>48)</sup> 임신, 출산, 영유아 자녀의 양육, 초등교육 등 특별한 사유가 있을 때에는 그러한 사정이 종료하는 기간까지 출국준비기간으로 유예하거나 특별체류허가를 할 수 있도록 하는 방안이 필요하다. 불가피하게 부모와 떨어져 생활해야 하는 경우, 국적에 관계없이 이

47) 최홍엽, 전계논문, 179면 참조; 문준조, 전계서, 240면도 같은 견해이다.

48) 생명에 대한 아동의 고유의 권리와 가능한 최대한으로 아동의 생존과 발달을 보장할 당사국의 의무. 한편 자유권규약위원회는 자유권규약 제23조가 보장하는 가정생활의 보호는 가족재결합의 이익을 포함하고 있다고 보고, 18개월은 이주노동자가 그의 가족으로부터 떨어져 있기에 지나치게 긴 기간이라는 입장을 밝힌 바 있다.

들을 특별히 보호해야 할 이주아동센터 또는 이들을 보호하는 행정가를 임명하는 방안을 검토하는 것이 필요하다.<sup>49)</sup>

#### 4. 학습권 등의 보장

2003년 1월19일 당시 교육인적자원부는 개정된 초·중등교육법시행령 제19조 제1항(출입국에 관한 사실증명 또는 외국인등록사실증명의 내용을 확인 또는 출입국에 관한 사실 또는 외국인등록사실을 증명할 수 있는 서류를 제출)을 통해서 외국인 노동자 자녀들의 학교 입학 가능하게는 하였다. 그러나 편법으로 입국한 미등록 이주아동의 경우 출입국사실 증명을 받기 어렵고, 중학교의 경우 학교장 재량으로 거부할 수 있어 문제가 된다. 그러나 등록 이주아동에게 학습을 할 수 있는 권리를 법률상 인정하는 이상 평등의 원칙에 따라 미등록 이주아동의 경우에도 보장되어야 한다고 판단된다.<sup>50)</sup> 이를 위해서는 확인적 규정이라 하더라도 『교육기본법』 등에 인종에 의한 차별을 금지함과 동시에 외국인에 대한 규정을 신설해야 한다. 또한 정책적으로 이주아동들에게는 한국어 교육만을 강요하는 것보다 외국인학교나 다른 교과를 통하여 자신의 모국어나 그들의 고유한 문화를 학습할 수 있는 기회를 부여하는 것이 바람직하다.<sup>51)</sup>

49) 프랑스의 경우 1998년 3월 16일 법으로 부모 중 1인이 프랑스 국민인 아동, 부모 중 1인이 프랑스에서 출생한 경우, 부모가 프랑스 국적이 아니어도 프랑스에서 태어난 아동(부모 국적을 물려받는 경우 제외)이면 누구나 프랑스 국적을 취득할 수 있도록 하였다. 또한 1998년부터 외국인 부모에게서 태어난 13세 미만 아동에게 신분증 카드를 발급하고 이를 매 5년마다 갱신하도록 하고 있다. 이러한 제도로 연 25,000명이 새로 프랑스 국적을 취득하고 있다. 김영지, 『외국의 청소년 인권정책 연구』, 한국청소년개발원, 2004, 107면 참조.

50) 미국의 경우 Plyler v. Doe 사건에서 연방최고법원은 시민권자와 적법한 체류를 하고 있는 외국인의 자녀에 대해서는 무상의 공교육을 제공하면서도 불법체류 외국인에 대해서는 학비를 납부하도록 요구한 Texas주 법을 위헌이라고 선언하였다. Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law: principles and polices*, New York: Aspen Publishers, 2002, \$9.5.5 및 \$10.10 참조; 석인선, “미국의 불법이민 및 그 자녀의 법적 지위관련입법의 위헌성에 관한 연구”, 『미국헌법연구』 제10호, 미국헌법학회, 1999. 7, 223-268면.

51) 외국인학교에 설립에 법적근거는 『초중등교육법』 제60조의 2에 규정되어 있다. 그러나 운영에 있어서는 내국인의 입학, 대학입시에서의 이주아동의 차별 등이 나타나고

또한 이주아동의 교육권(학습권)을 보장하는 이상 그의 부모가 되는 이주근로자에 대한 단속으로 이들의 학습권이 침해되어서는 안 된다고 본다. 이주근로자와 이주아동의 기본권 보호범위는 다른 것이며 이주근로자의 기본권 제한이 이주아동에게 영향을 미쳐서는 안 된다. 더욱이 이주아동을 통한 불법체류단속은 학교를 통해 이주아동을 감시하는 결과를 낳아 이주아동의 학습권뿐만 아니라 인격권을 침해하는 것이므로 위헌적인 것이라고 할 수 있다.<sup>52)</sup>

이주아동의 교육을 위해서는 학습권을 보장하기 위해 사실상의 강제력이 있는 가이드라인이 제정되어야 한다. 그리고 가이드라인에는 예컨대 취학의 불허 금지, 보건·의료에 관한 외국어 안내문, 무료급식의 허용과 편이 제공, 이주민에 대한 차별과 편견을 불러일으킬 교육의 금지, 체류 자격에 대한 질문 금지 등과 같은 내용이 포함되어야 한다. 이주아동의 부모가 강제되거하는 경우 이주아동의 의사를 최대한 존중하되 법적 후견인을 별도로 지정하도록 하는 방법도 고려되어야 할 것이다.

그 외에 이주아동이 국내에 체류하는 동안 건강권 등을 보호받기 위한 법제도도 개선되어야 한다. 이와 관련하여 고경화 의원안에서 영유아 이주민 자녀가 국내 체류 기간 동안 건강검진 등에 있어 국내아동과 차별받지 않도록 규정을 둔 점(안 제11조), 이주민자녀에 대한 보육시설과 학교 입학에 대한 지원규정을 둔 점(안 제12조) 등은 국제적 인권 수준의 법제도를 법률상 권리로 규정하고자 했다는 점은 시사하는 바가 크다고 할 것이다.

## V. 결 론

이 글은 이주아동의 기본권 보장 범위와 제한에 있어서의 한계, 그리

---

있다.

52) 합법적인 영주권을 얻지 못하더라도 앞서 본 초·중등학교교육법 시행령 제19조에 따라서 2003년부터는 전월세 계약서 또는 이웃의 거주확인 보증서 등의 제출만으로도 외국인 자녀의 학교입학이 가능한 상태이나 불법체류자 단속이 두려워 학교에 입학하지 못하는 사례가 많다고 한다. 교육부 보도자료, 2006. 4. 28. 참조.

고 이에 기초한 법제개선방향을 제시하는 것을 목적으로 하였다. 이를 위해 이주아동의 규범적 개념과 유형, 그에 따른 기본권 보장의 특수성을 검토하였고, 종래 이들에 대한 시혜적 차원에서의 인권 보장 논의를 본래 기본권 보장 체계에 맞게 논의를 전개하고자 하였다.

이주아동의 문제는 현실적으로 이주정책을 전제로 하기 때문에 매우 어려운 요소들을 포함하고 있다고 할 수 있다. 특히 미등록이주아동의 경우 기본권 또는 인권의 문제가 내재되어 있지만, 미등록이주민을 유인하는 요소가 될 수 있기 때문에 많은 나라에서는 사실 규제와 방임정책을 병용하고 있기도 한다. 그러나 이주아동의 헌법상 보장되는 기본권의 근거와 수준, 내용을 검토한 결과, 국적을 불문하고 보호의 대상에 머무는 것이 아니라 기본권의 주체가 되어야 한다는 점이 전제되어야 한다고 결론지었다. 이러한 논의를 전제로 기본권 보장 범위를 확장한 후 미등록외국인으로서 기본권이 제한되는 점을 고려하는 것이 법리적으로 옳다고 하겠다. 이러한 차원에서 보자면 이주아동의 경우 헌법상 기본권 측면에서 성인인 외국인보다 강화된 수준의 보장을 받아야 하고, 국제적 인권이 국내법상 권리로 수용되었을 때 헌법상 평등권의 적용을 받아 최소한의 제약 외에는 국내아동과 거의 같은 수준의 권리 보장을 받아야 한다고 보았다.

이러한 법리에 따라 입법체계와 입법내용에 있어 몇 가지 개선방향을 제시하였다. 첫째, 입법의 체계에 있어서는 이주아동을 포괄하는 입법은 무리가 있으며, 차별금지법이나 관련법들에서 차별을 금지하는 규정을 우선 두는 것이 필요하다고 하였다. 다음으로 영주권이나 국내 체류권을 이주아동의 경우 보다 강화하여 보장하는 것이 필요하다고 보았다. 나아가 이주근로자와 달리 가족결합권도 강화된 법적 권리로 보장되어야 하고, 학습권의 보장은 차별 금지 원칙과 결합하여 헌법적 수준으로 보장되어야 한다고 보았다. 이러한 개선 방안 외에도 전체 이주민 정책과 관련하여서 이민청의 신설, 국적 취득의 완화 혹은 이중국적의 인정, 또는 영주권의 확대 및 체류권 보호 등이 시급하다고 할 수 있다.<sup>53)</sup> 그 외에

UN이주노동자권리협약을 비준하는 것도 하나의 방법이 될 수 있을 것이라 생각한다.

이렇게 하는 것이 헌법이 보장하고자 하는 이주아동의 권리 보장의 법리에 합치하고, 정책적으로도 성인인 이주자와 분리하여 이주아동에게는 규제와 방임에서 벗어날 수 있는 방법이라고 생각한다. 또한 이러한 태도가 인류보편적 인간의 본성에도 합치되는 것이 아닐까 생각한다.

**주제어** 이주아동, 아동의 기본권, 다문화사회, 외국인근로자, 아동권리협약

53) 국내의 이주민을 위한 이민청의 신설 방안에 관해서는 이순태, 전계서, 274-278면 참조.

## 參考文獻

### I. 國內文獻

#### [논문]

- 김동훈, “아동의 권리에 관한 연구”, 서울대학교 석사학위논문, 2004. 2.
- 김선택, “아동·청소년보호의 헌법적 기초: 미성년 아동·청소년의 헌법적 지위와 부모의 양육권”, 『헌법논총』 제8집, 헌법재판소, 1997.
- 김지형, “외국인 근로자의 헌법상 기본권 보장: 현행 산업연수생제도의 위헌성 검토를 중심으로”, 『저스티스』 통권 제70호, 한국법학원, 2002. 12.
- 노석태·김남철, “한국에서의 외국인의 인권-국제인권법의 관점에서의 검토를 중심으로”, 『법학연구』 제48권 제1호·통권57호(상), 부산대학교 법학연구소, 2007. 8.
- 명재진, “독자적 헌법조문으로서의 국가목표규정”, 유럽헌법학회 발표문, 2007.
- 박병도, “아동권리협약의 이행을 위한 국내법 정비”, 『입법정책』 제1권 제1호, 한국입법정책학회, 2007. 6.
- 박영길, “제24조 어린이의 권리”, 『공익과 인권』 제3권 제1호, 서울대학교 BK21 법학연구단 공익인권법연구센터, 2006.
- 변해철, “유럽연합 기본권헌장에 대한 개관”, 『외법논집』 제14집 (2003.08), 한국외국어대학교 법학연구소, 2003.
- 석인선, “美國의 不法移民 및 그 子女의 法的 地位關聯立法의 違憲性에 관한 研究”, 『미국헌법연구』 제10호(1999. 7), 美國憲法學會, 1999.
- 설동훈, “외국노동자와 인권: ‘국가의 주권’과 ‘국민의 기본권’ 및 ‘인간의 기본권’의 상충요소 검토”, 『민주주의와 인권』 제5권 제2호, 전남대학교 5·18연구소, 2005. 10.
- 이규창, “외국인 추방과 가족결합권의 보호: 불법체류 외국인 노동자의

- 경우를 중심으로”, 『성균관법학』 제17권 제3호, 성균관대학교  
비교법연구소, 2005. 12.
- 이은하, “이주아동의 교육 및 의료현황: 이주아동의 인권현실”, 『아시아  
이주아동을 위한 지역인권협력』 제3회 아시아 인권포럼 자료  
집, 사단법인 아시아인권센터, 2008. 2. 19.
- 정중섭, “기본권의 개념”, 『헌법연구 5』, 박영사, 2005
- 정태호, “권리장전의 개정방향”, 『공법연구』 제34집 제4호 제2권, 한국  
공법학회, 2006. 6.
- 최윤철, “우리나라의 외국인법제에 관한 소고”, 『입법정책』 제1권 제2호,  
한국입법정책학회, 2007. 6.
- 최홍엽, “외국인 근로자의 노동법상 지위에 관한 연구”, 서울대학교 박  
사학위논문, 1997.
- 한진수, “이주노동자 자녀교육을 문화 다양성 교육으로 활용”, 『교육개발』  
제32권 제1호 통권 149호, 서울: 한국교육개발원, 2005. 1.
- 황필규, “이주노동자의 인권: 노동권, 사회보장 및 단속, 보호, 강제퇴거  
상의 절차보장을 중심으로”, 우리법연구회 월례회 발표문,  
2008. 1. 12.

### [단행본]

- 김영지, 『외국의 청소년 인권정책 연구』, 한국청소년개발원, 2004.
- 문준조, 『주요 국가의 외국인이주노동자의 지위와 규제에 관한 연구』,  
한국법제연구원, 2007.
- 설동훈 외, 『국내 거주 외국인노동자 아동의 인권실태조사』, 국가인권  
위원회, 2003.
- 설동훈, 『외국인노동자와 한국사회』, 서울대학교출판부, 1999.
- 윤선영, 『독일의 이주청소년 정책』, 무지개청소년 센터, 2006.
- 이성언·최 유, 『‘다문화 가정 도래에 따른’ 혼혈인 및 이주민의 사회통  
합을 위한 법제지원방안 연구』, 한국법제연구원, 2006.

이순태, 『다문화사회의 도래에 따른 외국인의 출입국 및 거주에 관한 법제연구』, 한국법제연구원, 2007.

토마스 버겐탈 저, 양 건·김재원 공역, 『국제인권법』증보판, 교육과학사, 2001.

필립 아리에스(Ariès, Philippe) 지음·문지영 옮김, 『아동의 탄생 L'Enfant et la vie familiale sous l'Ancien Régime』, 서울 : 새물결, 2003

### [자료집]

이주아동합법체류보장촉구연대, 『‘이주아동과 그 가족의 권리보장법’ 공청회』자료집, 2006. 4. 13.

국회의원 고경화 의원실, 『이주민가정, 새터민가정의 보호를 위한 정책 간담회』 자료집, 2006. 6. 7.

재외동포문제연구회, 『‘한국사회와 소수자 문제’: 인종, 국적 그리고 인권』 자료집, 2006. 7. 5.

국가인권위원회, 『국제인권조약 국내이행자료집』 2003증보판, 국가인권위원회, 2003.

국가인권위원회, 『2007-2011 국가인권정책기본계획 권고안』(2006. 1)

### II. 外國文獻

Bob Franklin(ed.), *The new handbook of children's rights: comparative policy and practice*, London & Routledge, 2002.

Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law: principles and polices*, New York: Aspen Publishers, 2002

畑 博行·水上千之 編, 『國際人權法概論』第4版, 東京 : 有信堂高文社, 2006.

中川義朗 編, 『現代の人權と法を考える』第2版, 京都 : 法律文化社, 2006.

## A Study on the Fundamental Rights of 'Immigrant Children' in Korea

Chong, Sang-Woo\*

The Aim of this Article is to review the matters of the Fundamental Rights of 'Immigrant Children' in Korea. The number of foreigners residing here exceeded one million \_ 2 percent of the total population \_ for the first time. But this has also brought about an increase in related problems. The government has taken a passive role in immigration control, which has made the situation worse. Immigrant Children in Korea have difficulty in adjusting to Korean society due to cultural differences and language barriers. They also face severe discrimination and are alienated.

We recognize that the rights of immigrant children are continuously violated without proper law system and the political will. But immigrant children's rights must be protected more than immigrant workers. And it must be based on the constitutional law and international human rights. Thus in order to guarantee the rights of migrant children, the laws redefined migrant children as holders of rights. And we claim to legalize the status for all immigrant children and to endow them with the right of permanent residence, family unification and education.

**KEY WORDS** Immigrant Children, Foreign Workers (Immigrant Workers), Convention on the Rights of the Child

---

\* Associate Research Fellow, Korea Legislation Research Institute, Ph. D in Law