

미등록 이주 아동의 인권*

이 준 일**

목차

- | | |
|----------------------|--------------------|
| I. 미등록 이주 아동의 개념과 현황 | IV. 강제퇴거 당하지 않을 권리 |
| II. 출생등록에 관한 권리 | V. 인간다운 생활을 할 권리 |
| III. 교육을 받을 권리 | VI. 맺는 말 |

I 국문초록 I

미등록 이주 아동은 합법적 체류자격을 갖지 못한 채 국내에 체류하는 아동을 의미한다. 아동은 대체로 부모와 함께 국내에 입국하기 때문에 아동이 합법적 체류자격을 상실하는 것은 그 부모가 합법적 체류자격을 상실함으로써 발생한다. 인권의 관점에서 가장 취약한 상태에 놓이는 미등록 이주 아동은 부모가 모두 합법적 체류자격을 상실한 상태에서 출생한 아동일 것이다. 이들은 출생등록 자체가 없어 살아 있으나 존재하지 않는 사람으로 살아갈 가능성이 높다. 따라서 미등록 이주 아동에게는 출생등록에 관한 권리가 최우선적으로 보장되어야 한다. 현재 출생통보제도가 출생등록에 관한 권리를 실현할 수 있는 현실적인 제도로 인식되어가고 있다. 또한 미등록 이주 아동에게는 교육을 받을 권리가 보장되어야 하고, 다양한 사회적 기본권들도 최소한의 내용으로 보장될 필요가 있다. 합법적 체류자격을 갖

* 이 논문은 2021년 11월 5일 한국다문화복지학회가 주최한 추계학술대회에서 발제한 글을 수정·보완한 것이다.

** 고려대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

논문접수일 : 2021. 12. 16., 심사개시일: 2022. 2. 7., 게재확정일 : 2022. 2. 25.

지 못한 외국인은 누구나 강제퇴거가 될 수 있는데 적어도 한국에서 태어나서 일정 기간 동안 계속적으로 한국에서 체류하고 있거나 상당한 기간 동안 계속해서 한국에서 체류하고 있는 미등록 이주 아동에게는 합법적 체류자격을 부여할 필요성이 있다. 아동권리협약에 가입한 대한민국은 이 협약에서 아동에게 보장하고 있는 다양한 권리들, 특히 평등권을 보장하고, 이 협약의 기본정신인 아동의 최선의 이익을 실현하기 위하여 신속하게 미등록 이주 아동의 인권을 구체화하기 위한 입법을 마련해야 할 것이다.

주제어 : 미등록 이주 아동, 미등록 이주민, 아동권리협약, 보편적 출생등록제도, 강제퇴거 당하지 않을 권리

I. 미등록 이주 아동의 개념과 현황

2021년 8월말 기준으로 한국에 체류중인 외국인은 2백만 명에 육박한다(〈표 1〉 참조). 코로나 팬데믹이 시작되기 직전인 2019년 말에는 국내 체류 외국인의 수가 250만 명을 넘어섰던 것을 감안하면 코로나로 인한 국가간 이동제한으로 외국인의 한국 입국과 체류도 많이 줄어든 것으로 보인다. 정부의 공식적 통계에 따르면 이른바 ‘불법체류 외국인’으로 분류되는 인원은 총 체류외국인의 20퍼센트 정도인 39만여 명으로 팬데믹 이전과 비교할 때 크게 차이가 없다(〈표 2〉 참조). 하지만 전체 체류 외국인의 숫자가 줄어든 까닭에 전체 체류 외국인 가운데 불법체류 외국인이 차지하는 비중을 의미하는 ‘불법체류율’은 오히려 5퍼센트 정도 높아졌다. 여기서 불법체류 외국인은 체류기간을 초과하여¹⁾ 합법적 체류자격을 갖추지 않

1) 출입국관리법은 체류기간에 따라 체류자격을 구분하는데 ① 체류기간이 정해진 체류자격을 “일반체류자격”으로, ② 체류기간의 한도가 없는 체류자격을 “영주

〈표 1〉 체류외국인 연도별 현황

연도	총계	장기체류			단기체류
		소계	외국인등록	외국국적동포 거소신고	
2010	1,261,415	1,002,742	918,917	83,825	258,673
2011	1,395,077	1,117,481	982,461	135,020	277,596
2012	1,445,103	1,120,599	932,983	187,616	324,504
2013	1,576,034	1,219,192	985,923	233,269	356,842
2014	1,797,618	1,377,945	1,091,531	286,414	419,673
2015	1,899,519	1,467,873	1,143,087	324,786	431,646
2016	2,049,441	1,530,539	1,161,677	368,862	518,902
2017	2,180,498	1,583,099	1,171,762	411,337	597,399
2018	2,367,607	1,687,733	1,246,626	441,107	679,874
2019	2,524,656	1,731,803	1,271,807	459,996	792,853
2020	2,036,075	1,610,323	1,145,540	464,783	425,752
2021. 8.	1,976,999	1,560,253	1,087,939	472,314	416,746

자료: 법무부 출입국·외국인정책본부 통계월보(2021년 8월)

은 채 국내에 체류하는 외국인을 의미하는데 ‘불법’이라는 표현이 형벌이 부과되는 형사법 위반으로 해석될 여지가 있기 때문에 행정법 영역에 속하는 출입국관리법 위반을 불법으로 표현하는 것은 적절하지 않은 것으로 보인다.²⁾ 이에 따라 합법적 체류자격을 확인

자격”으로 지칭하면서(같은 법 제10조) 일반체류자격은 다시 ① 90일 이하의 기간 동안 체류할 수 있는 “단기체류자격”과 ② 90일을 초과하여 체류할 수 있는 “장기체류자격”으로 구분하고 있다(같은 법 제10조의2 제1항).

- 2) 물론 출입국관리법에 따라 대한민국에서 출생한 외국인인 출생한 날부터 90일 이내에 체류자격을 받아야 하고(같은 법 제23조 제1항 제1호), 체류기간을 초과하여 계속해서 체류하려는 외국인인 체류기간이 끝나기 전에 체류기간 연장허가를 받아야 하는데(같은 법 제25조 제1항) 이를 위반하면 형벌(3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금)이 부과된다(같은 법 제94조 제15호 및 제17호).

〈표 2〉 불법체류 외국인 연도별 현황

연도	총 체류외국인	불법체류 외국인				불법 체류율
		소계	등록	거소신고	단기	
2011	1,395,077	167,780	82,848	578	84,354	12.0%
2012	1,445,103	177,854	92,562	1,579	83,713	12.3%
2013	1,576,034	183,106	95,637	1,533	85,936	11.6%
2014	1,797,618	208,778	93,924	2,066	112,788	11.6%
2015	1,899,519	214,168	84,969	1,114	128,085	11.3%
2016	2,049,441	208,971	75,241	941	132,789	10.2%
2017	2,180,498	251,041	82,837	1,064	167,140	11.5%
2018	2,367,607	355,126	90,067	1,015	264,044	15.0%
2019	2,524,656	390,281	95,815	1,316	293,150	15.5%
2020	2,036,075	392,196	108,665	1,674	281,857	19.3%
2021. 8.	1,976,999	391,012	121,360	1,451	268,201	19.8%

자료: 법무부 출입국·외국인정책본부 통계월보(2021년 8월)

하는 서류를 갖지 못했다는 의미의 ‘미등록 외국인(undocumented foreigner/alien)’ 또는 ‘미등록 이주민(undocumented immigrant)’이라는 표현이 대체용어로 사용되고 있다. ‘미등록’이라는 표현은 밀항 등 합법적이지 않은 경로로 입국하여 문자 그대로 처음부터 체류 외국인의 신상정보에 관한 기록(서류)이 전혀 없다는 뜻이기도 하지만 과거에 합법적인 절차에 따라 입국하였지만 현재 합법적 체류자격을 확인해주는 증서를 보유하고 있지 않다는 뜻이기도 하다.

하지만 이러한 형벌은 행정법의 의무를 위반한 사람에 대하여 부과되는 ‘행정형벌’이고, 실제로 출입국관리법 위반으로 강제퇴거대상자가 되면 곧바로 외국인보호소에 구금이 된다는 점에서 이러한 행정형벌과 동일한 효과를 거둘 수 있기 때문에 절차가 복잡하고 장시간이 요구되는 형사재판보다 외국인보호소에 보호하는 조치가 현실적으로 더 많이 활용될 것으로 보인다.

어쨌든 불법체류 외국인 아동의 경우에도 ‘불법체류’라는 표현에 함축된 부정적 선입견을 제거하기 위하여 ‘미등록 외국인 아동’ 또는 ‘미등록 이주 아동’이라는 표현이 대체할 수 있는 적절한 용어가 될 것이다.

아동은 유엔 ‘아동권리협약(CRC)’³⁾에 따르면 18세 미만의 사람이고(같은 협약 제1조), 아동복지법도 동일하게 아동의 연령을 규정하고 있다(같은 법 제3조 제1호). 하지만 한국 법체계에서 아동과 함께 ‘미성년자’나 ‘청소년’이라는 용어도 사용되고⁴⁾ 그 기준에서 조금씩 차이를 보인다. 민법상 미성년자는 19세 이상의 성인이 아닌 사람, 즉 18세 이하인 사람을(민법 제4조), 형법상 미성년자(형사 미성년자)는 “14세가 되지 않은” 사람을 의미한다(형법 제9조).⁵⁾ ‘청소년기본법’에 따른 청소년은 “9세 이상 24세 이하인 사람”이지만(같은 법 제3조 제1호)⁶⁾ ‘청소년 보호법’에 따른 청소년은 “19세 미만인 사람”을 의미한다(같은 법 제2조 제1호).⁷⁾ 한편 ‘공직선거법’은 “18세

3) 아동권리협약(Convention on the Rights of the Child: CRC)은 1989년 11월 20일 유엔 총회에서 채택되었으며 1990년 9월 2일부터 시행되었다. 대한민국은 1991년 아동권리협약에 비준하고 가입하였다. 아동권리협약에 포함된 아동의 권리에 대한 상세한 설명은 장진숙, 이주아동의 법적 지위와 인권보장에 관한 소고, <유럽헌법연구>(유럽헌법학회), 제10호(2011년), 355면 이하 참조.

4) 헌법은 “연소자”(헌법 제32조 제5항), “청소년”(헌법 제34조 제4항)이라는 표현을 사용한다.

5) 소년법은 “19세 미만의 자”를 소년으로 정의하면서(같은 법 제2조) ‘소년부 보호 사건’으로 심리를 받아야 하는 소년에 “형벌 법령에 저촉되는 행위를 한 10세 이상 14세 미만인 소년”(축법소년)을 포함시키고 있다(같은 법 제4조 제1항). 소년부는 조사 및 심리 후 금고 이상의 형에 해당하는 범죄자로 형사처분의 필요성이 인정되면 검찰에 송치하는 결정을 할 수도 있고(같은 법 제7조 제1항), 보호처분이 필요하다고 인정되면 감호명령이나 보호관찰 또는 소년원 송치 등의 처분을 할 수도 있다(같은 법 제32조 제1항).

6) ‘청소년복지 지원법’에 따른 청소년도 동일하다(같은 법 제2조 제1호).

7) ‘청소년 보호법’에 따른 청소년의 경우 만 19세가 되는 해의 1월 1일을 맞이한 사람은 청소년의 범주에 포함되지 않는다(같은 법 제2조 제1호 단서).

이상의 국민”에게 선거권과 피선거권을 부여하고 있다(같은 법 제 15조 및 제16조).⁸⁾ 인권의 주체로서 아동의 권리를 보호하기 위한 목적을 고려할 때 미등록 이주 아동의 문제에서 아동은 아동권리협약에 근거하여 18세 미만(17세 이하)의 사람으로 이해하는 것이 적절할 것으로 보인다. 2021년 8월말 현재 국내 체류 외국인 가운데 19세 이하는 129,641명으로 6.6퍼센트 정도를 차지하는데⁹⁾ 만 18세 및 19세에 해당하는 외국인을 제외하고 여기에 불법체류율(20%)을 적용하면 2만여 명이 미등록 이주 아동인 것으로 추정된다.

현행 국적법에 따르면 ‘부모양계 혈통주의’ 원칙¹⁰⁾에 따라 부모 가운데 한 사람만 한국 국적을 가지고 있으면 그 자녀는 출생과 동시에 한국 국적을 취득하게 되므로(같은 법 제2조 제1항 제1호)¹¹⁾ 한국인과 외국인의 국제결혼에서 태어난 자녀는 이른바 다문화가족¹²⁾의 자녀¹³⁾에는 속하지만 외국인이 아니므로 외국인인 아동이

8) 최근에(2022년 1월 18일) 공직선거법의 개정으로 피선거권의 연령이 종래의 ‘25세 이상’에서 ‘18세 이상’으로 파격적으로 인하되었다.

9) 법무부 출입국·외국인정책본부가 발행한 <출입국·외국인정책 통계월보> (2021년 8월)에 따르면 체류 외국인은 연령별로 19세 이하 6.6퍼센트, 20~29세 21.7퍼센트, 30~39세 27.5퍼센트, 40~49세 16.7퍼센트, 50~59세 15.3퍼센트, 60세 이상 12.3퍼센트의 분포를 보인다.

10) 아버지가 대한민국 국적을 가지고 있어야 그 자녀가 대한민국 국적을 취득할 수 있다는 ‘부계혈통주의’ 원칙에 대해서는 헌법재판소는 평등원칙에 위반하여 헌법에 불합치한다는 결정을 하였다. 헌재 2000. 8. 31. 97헌가12, 판례집 12-2, 167 참조.

11) 그밖에도 출생하기 전에 부가 사망한 경우에는 그 사망 당시에 부가 대한민국의 국민이었던 자이면, 또는 부모가 모두 분명하지 아니한 경우나 국적이 없는 경우에는 대한민국에서 출생한 자이면 그 사람은 출생과 동시에 한국 국적을 취득할 수 있다(국적법 제2조 제2호 및 제3호).

12) ‘다문화가족지원법’에 따르면 다문화가족은 ① 「재한외국인 처우 기본법」 제2조 제3호의 결혼이민자와 「국적법」 제2조부터 제4조까지의 규정에 따라 대한민국 국적을 취득한 자로 이루어진 가족 및 ② 「국적법」 제3조 및 제4조에 따라 대한민국 국적을 취득한 자와 같은 법 제2조부터 제4조까지의 규정에 따라 대한민국 국적을 취득한 자로 이루어진 가족을 의미한다(다문화가족지원 제2조 제1호). 따

라는 엄격한 의미에서의 이주 아동에는 포함되지 않는다. ‘재한외국인 처우 기본법’은 재한외국인을 “대한민국의 국적을 가지지 아니한 자로서 대한민국에 거주할 목적을 가지고 합법적으로 체류하고 있는 자”로 정의하면서 이러한 재한외국인에는 ‘결혼이민자’가 포함된다고 규정하고 있는데(같은 법 제2조 제1호) 이러한 결혼이민자의 자녀는 부모 중 한쪽이 한국인이므로¹⁴⁾ 한국 국적을 가진 국민에 해당하는 것이다.¹⁵⁾ 더욱이 이러한 아동은 이미 한국인이므로 부모

라서 결혼을 목적으로 이주한 외국인과 어떠한 형태로든 대한민국 국적을 취득하여 현재 대한민국 국민인 사람이 결혼하여 구성된 가족뿐만 아니라 외국인인이었으나 귀화하여 대한민국 국적을 취득한 국민과 어떤 형태로든 대한민국 국적을 취득하여 현재 대한민국 국민인 사람이 결혼하여 구성된 가족도 다문화가족에 포함된다.

- 13) 교육부가 2021년 8월에 발표한 <교육기본통계> 조사결과에 따르면 다문화 배경의 학생은 160,065명인데 국제결혼가정(국내출생)이 76.3%(122,093명)로 가장 높았고, 외국인가정은 17.8%(28,536명), 국제결혼가정(중도입국)은 5.9%(9,427명)를 차지한다. 이 가운데 이주 아동은 외국인가정의 아동을 의미한다.
- 14) ‘재한외국인 처우 기본법’에 따르면 ‘결혼이민자’는 “대한민국 국민과 혼인한 적이 있거나 혼인관계에 있는 재한외국인”으로 정의되어(같은 법 제2조 제3호) 대한민국 국민과 현재 혼인상태에 있는 사람이나 과거에 대한민국 국민과 혼인상태에 있었으나 이혼, 사별 등으로 현재는 대한민국 국민의 배우자가 아닌 사람을 포함한다. 2021년 8월말 현재 국내 체류 결혼이민자는 총 168,405명이다.

[결혼이민자 현황]

(단위: 명)

2016년	2017년	2018년	2019년	2020년	2021년 8월
152,374	155,457	159,206	166,025	168,594	168,405

자료: 법무부 출입국·외국인정책본부, <출입국·외국인정책 통계월보> (2021년 8월)

- 15) 결혼이민자는 ① 그 배우자와 혼인한 상태로 대한민국에 2년 이상 계속하여 주소가 있는 사람이거나 ② 그 배우자와 혼인한 후 3년이 지나고 혼인한 상태로 대한민국에 1년 이상 계속하여 주소가 있는 사람인 경우 또는 ③ ①이나 ②의 기간을 채우지 못하였으나 그 배우자와 혼인한 상태로 대한민국에 주소를 두고 있던 중 그 배우자의 사망이나 실종 또는 그밖에 자신에게 책임이 없는 사유로 정상적인 혼인 생활을 할 수 없었던 사람으로서 ①이나 ②의 잔여기간을 채웠고 법무부장관이 상당(相當)하다고 인정하는 사람이나 ④ ①이나 ②의 요건을 충족

중 한 명이 이주배경(외국인 또는 귀화한 외국인)을 가지고 있다는 ‘넓은 의미의 이주 아동’에 포함될 수는 있어도 애초에 불법체류가 문제되는 미등록 이주 아동이 될 수는 없다. 물론 한국인과 외국인의 국제결혼에서 태어난 자녀의 경우에도 부모 중 한 명이 미등록 이주민일 수도 있지만 이 경우 역시 해당 아동은 한국 국적을 취득할 수 있고 한국인인 부나 모에 의한 출생신고도 가능하므로 다른 국제결혼가정의 자녀에 대한 출생신고와 다르지 않을 것으로 추정된다. 다만 한국인과 외국인이 사실혼관계에 있거나 일시적인 교제관계에 있고 해당 외국인이 미등록 이주 여성인 경우, 특히 그 여성이 한국인 남성과 헤어진 후 홀로 자녀를 양육해야 하는 경우에 혼인 외의 자에 해당하면 모에게만 출생신고의무를 부과하고 있는 가족등록관계법에 따라 자녀의 출생신고가 현실적으로 불가능해질 수 있는 가능성은 있다, 2021년 8월에 교육부가 제시한 통계(교육기본통계)에 따르면 초등학교와 중학교 및 고등학교에 재학중인 외국인가정의 자녀는 총 28,536명인데 이 가운데 초등학생 20,019명, 중학생 5,809명, 고등학생 2,606명으로 미등록 이주 아동도 이 숫자에 상당수 포함되어 있을 것으로 추정된다(〈표 3〉 참조). 이들 미등록 이주 아동은 대부분 앞서 언급한 거의 40만 명에 이르는 불법체류 외국인에 속하여 적어도 전체적인 통계로 확인할 수 있는 범위에 들어올 것이다.

외국인가정, 즉 부모 모두 외국인인 가정에서 태어난 아동이 미등록 이주 아동이 되는 경우는 ① 부모와 동반하여 또는 그 부모가 대한민국에 입국 후 나중에 입국(중도입국)하였거나 또는 부모가

하지 못하였으나 그 배우자와의 혼인에 따라 출생한 미성년의 자(子)를 양육하고 있거나 양육하여야 할 사람으로서 ①이나 ②의 기간을 채웠고 법무부장관이 상당하다고 인정하는 사람인 경우에 귀화(간이귀화)에 의한 국적취득이 가능하다(국적법 제6조 제2항).

〈표 3〉 다문화 학생 및 외국인가정 학생 현황

연도	다문화 학생					외국인가정 학생				
	소계	초등	중	고등	각종	소계	초등	중	고등	각종
2012	46,954	33,740	9,627	3,409	178	2,626	1,789	448	326	63
2013	55,780	39,360	11,280	4,858	282	5,044	3,531	975	500	38
2014	67,806	48,225	12,506	6,734	341	4,706	3,417	804	422	63
2015	82,536	60,162	13,827	8,146	401	8,176	6,006	1,384	735	51
2016	99,186	73,972	15,080	9,816	318	12,634	9,425	1,981	1,152	76
2017	109,387	82,733	15,945	10,334	375	12,281	9,280	1,958	936	107
2018	122,212	93,027	18,068	10,688	429	15,629	11,823	2,562	1,142	102
2019	137,225	103,881	21,693	11,234	417	20,459	15,131	3,671	1,550	107
2020	147,378	107,694	26,773	12,478	433	24,453	17,532	4,782	2,014	125
2021.8.	160,056	111,371	33,950	14,307	428	28,536	20,019	5,809	2,606	102

* 다문화 학생 = 국제결혼가정 학생 + 외국인가정 학생

자료: 교육부, 〈2021년 교육기본통계〉(2021. 8.)

합법적으로 체류하는 중에 출생하여 합법적 체류자격을 가졌으나 부모가 체류기간을 넘겨 체류함으로써 부모와 함께 미등록 이주민이 되었을 때, 혹은 ② 외국인 부모가 합법적 체류기간을 넘겨 체류함으로써 미등록 이주민이 된 와중에 한국에서 태어났을 때 발생한다. 후자의 경우에는 출생등록이 현실적으로 불가능함으로써 출생 기록 자체가 존재하지 않고, 전체적인 통계로도 확인되지 않은 채 이 세상에 존재하지 않는 아동이 되어 미등록 이주 아동의 처지가 매우 가혹할 수 있다. 미등록 이주 아동 가운데 특히 주목해야 할 아동이 바로 이들인데 이들의 숫자는 미등록 이주 아동이 신분을 드러내지 않은 채 숨어 지내야 하는 사정으로 인하여 현실적으로 파악하기 어려운 문제가 있다.

Ⅱ. 출생등록에 관한 권리

1. 가족관계등록법에 의한 출생등록의 한계

유엔 아동권리협약은 아동이 출생 후 즉시 등록되어야 한다고 규정하면서 이름과 국적을 가질 권리 및 부모의 신원을 알 권리와 부모에 의해 돌봄을 받을 권리를 보장하고 있다.¹⁶⁾ 또한 ‘시민적·정치적 권리에 관한 국제협약(ICCPR)’도 아동에게 출생 즉시 등록되고 이름을 가질 권리 및 국적을 가질 권리를 보장하고 있다.¹⁷⁾ 이처럼 모든 아동에게는 ‘출생등록에 관한 권리’가 보장되어 출생사실에 관한 공적 기록이 존재해야 한다. 대법원도 아동에게 “출생등록될 권리”를 인정하고 있다.¹⁸⁾ 이와 관련하여 미등록 이주 아동의 경우 외

16) 아동권리협약 제7조 제1항: 아동은 출생 후 즉시 등록되어야만 하고, 출생 당시부터 이름을 가질 권리 및 국적을 취득할 권리를 가지며 가능한 경우 친부모의 신원을 알 권리 및 친부모에 의한 돌봄을 받을 권리를 가진다(The child shall be registered immediately after birth and shall have the right from birth to a name, the right to acquire a nationality and as far as possible, the right to know and be cared for by his or her parents).

17) 시민적·정치적 권리에 관한 국제협약(ICCPR) 제24조: ② 모든 아동은 출생 후 즉시 등록되어야 하며 이름을 가져야만 한다(Every child shall be registered immediately after birth and shall have a name). ③ 모든 아동은 국적을 취득한 권리를 가진다(Every child has the right to acquire a nationality).

18) 대법원 2020. 6. 8. 2020스575: “출생 당시에 부 또는 모가 대한민국의 국민인 자(자)는 출생과 동시에 대한민국 국적을 취득한다(국적법 제2조 제1항). 대한민국 국민으로 태어난 아동에 대하여 국가가 출생신고를 받아주지 않거나 절차가 복잡하고 시간도 오래 걸려 출생신고를 받아주지 않는 것과 마찬가지로 결과가 발생한다면 이는 아동으로부터 사회적 신분을 취득할 기회를 박탈함으로써 인간으로서의 존엄과 가치, 행복추구권 및 아동의 인격권을 침해하는 것이다(헌법 제10조). 현대사회에서 개인이 국가가 운영하는 제도를 이용하려면 주민등록과 같은 사회적 신분을 갖추어야 하고, 사회적 신분의 취득은 개인에 대한 출생신고에서부터 시작한다. 대한민국 국민으로 태어난 아동은 태어난 즉시 ‘출생등록될 권리’를 가진다. 이러한 권리는 ‘법 앞에 인간으로 인정받을 권리’로서 모든 기본권 보장의 전제가 되는 기본권이므로 법률로써도 이를 제한하거나 침

국민인 부모가 합법적 체류자격을 상실한 후 태어나면 불법체류 사실이 밝혀질 수 있다는 두려움 때문에 출생등록이 되지 못할 수 있다. 출생등록은 출생한 아동이 이후에 교육을 받고, 의료지원이나 건강보험 등 다양한 사회보장혜택을 향유하기 위한 전제조건이 된다는 점에서 매우 중요하다. 특히 출생등록이 되지 못한 미등록 이주 아동은 필수 예방접종을 받지 못하고 기초적인 질병에도 건강보험을 적용받지 못하여 의료 혜택의 사각지대에 놓임으로써 아동의 건강과 관련된 심각한 문제가 발생할 수 있다. 한국에서는 출생등록이 되지 않은 아동이 학대에 방치될 수 있는 위험성에 대한 지적도 끊임없이 제기되어 왔는데¹⁹⁾ 이처럼 아동학대에 노출될 가능성이 높아지는 문제는 출생등록이 되지 못한 미등록 이주 아동의 경우에도 예외일 수는 없다.

현행 ‘가족관계의 등록 등에 관한 법률’(이하 ‘가족관계등록법’)으로 약칭)에 따르면 출생신고는 반드시 출생 후 1개월 이내에 해야 하고(같은 법 제44조 제1항),²⁰⁾ 출생신고서에는 ‘출생증명서’나 ‘출생을 증명할 수 있는 서면’²¹⁾이 첨부되어야 한다(같은 조 제4항). 출생증명서나 출생을 증명할 수 있는 서면을 첨부할 수 없는 경우에

해할 수 없다(헌법 제37조 제2항).”

- 19) 2020년 11월에는 전남 여수에서 40대 비혼 여성이 출생신고가 되지 않은 아들의 시체를 2년 동안 냉장고에 보관해오다가 적발되었으며 2021년 1월에는 인천에서 출생신고가 되지 않은 8살 여자 아이를 살해한 친모가 구속되는 사건이 발생했다.
- 20) 가족관계등록법에 따른 신고의무가 있는 사람이 정당한 사유 없이 기간 내에 하여야 할 신고를 하지 않으면 5만 원 이하의 과태료가 부과된다(동법 제122조). 이처럼 과태료의 액수가 적다는 점에서도 출생신고의무가 이행되지 않을 가능성이 높아진다.
- 21) 출생을 증명할 수 있는 서면에는 ① 분만에 직접 관여한 자가 모의 출산사실을 증명할 수 있는 자료 등을 첨부하여 작성한 출생사실을 증명하는 서면 및 ② 국내 또는 외국의 권한 있는 기관에서 발행한 출생사실을 증명하는 서면이 포함된다(가족관계등록법 제44조 제4항).

는 가정법원의 ‘출생확인서’를 제출해야 한다(같은 법 제44조의2 제1항).²²⁾ 출생신고의 의무는 원칙적으로 혼인 중 출생자의 경우 출생한 자녀의 부모에게, 혼인 외 출생자의 경우 모에게 부과된다(같은 법 제46조 제1항 및 제2항). 이와 관련하여 혼인 외 출생자, 특히 미혼모의 자녀는 모의 사정으로 출생신고가 지연될 가능성이 있고, 미혼부는 애초에 출생신고의무가 없기 때문에²³⁾ 아동의 복리를 고려할 때 개정이 필요하다는 의견이 주장되기도 한다. 출생신고의무자가 출생신고를 할 수 없는 경우에는 친족이나 분만에 관여한 의사 등이 출생신고를 해야만 하고(같은 조 제3항), 출생신고의무자가 기간 내에 출생신고를 하지 않아 자녀의 복리가 위태롭게 될 우려가 있는 경우에는 검사나 지방자치단체장이 출생신고를 할 수도 있

22) 가정법원은 출생확인을 위하여 필요한 경우에는 직권으로 사실을 조사할 수 있으며, 지방자치단체의 장, 국가경찰관서의 장 등 행정기관이나 그밖에 상당하다고 인정되는 단체 또는 개인에게 필요한 사항을 보고하게 하거나 자료의 제출을 요청할 수 있다(가족관계등록법 제44조의2 제2항).

23) 미혼부의 경우에도 친생자로 출생신고를 할 수는 있지만 이 경우 출생신고는 ‘인지’로 간주된다(가족관계등록법 제57조 제1항). 다만, ‘모가 특정됨에도 불구하고’ 부가 출생신고를 함에 있어 모의 소재불명 또는 모가 정당한 사유 없이 출생신고에 필요한 서류 제출에 협조하지 아니하는 등의 장애가 있는 경우에는 부의 등록기준지 또는 주소지를 관할하는 가정법원의 확인을 받아 출생신고를 할 수 있다. 또한 모의 성명·등록기준지 및 주민등록번호의 전부 또는 일부를 알 수 없어 ‘모를 특정할 수 없는 경우’ 또는 모가 공적 서류·증명서·장부 등에 의하여 ‘특정될 수 없는 경우’에는 부의 등록기준지 또는 주소지를 관할하는 가정법원의 확인을 받아 제1항에 따른 신고를 할 수 있다(동조 제2항). 이와 관련하여 대법원은 2021년 3월 현재의 법률로 개정되기 이전에 외국인 여성과 사실 혼관계에 있는 한국인 남성의 출생신고 거부 사건에서 다음과 같이 판시하여 법률 개정의 단초를 만들었다. 대법원 2020. 6. 8. 2020스575: “문언에 기재된 ‘모의 성명·등록기준지 및 주민등록번호를 알 수 없는 경우’는 예시적인 것이므로, 외국인인 모의 인적사항은 알지만 자신이 책임질 수 없는 사유로 출생신고에 필요한 서류를 갖출 수 없는 경우 또는 모의 소재불명이나 모가 정당한 사유 없이 출생신고에 필요한 서류 발급에 협조하지 않는 경우 등과 같이 그에 준하는 사정이 있는 때에도 적용된다고 해석하는 것이 옳다.”

다(같은 조 제4항). 아동의 복리 향상이라는 관점에서 볼 때 검사나 지방자치단체장에 의한 출생신고가 가능하도록 한 것은 의미 있는 변화로 평가할 수 있다. 중요한 것은 가족관계등록법이 기본적으로 국민, 즉 대한민국 국적을 가진 사람에게만 적용된다는 점이다. 따라서 외국인은 가족관계등록법에 따른 출생신고, 즉 출생등록을 해야 할 의무도 없고 그렇게 할 수 있는 절차도 없어 자국의 외교공관에 출생등록을 할 수 있을 뿐인데 이 경우 미등록 이주 아동의 경우에는 그 부모가 합법적 체류자격이 없어 현실적으로 출생등록이 불가능하게 된다는 문제점이 발생한다.

2. 대안으로서 출생통보제도

여기서 출생한 모든 아동의 출생사실을 의무적으로 등록하도록 하는 ‘보편적 출생등록제도’를 구현하기 위하여 ‘출생통보제도’의 도입이 필요하다는 주장이 제기된다. 출생통보제도는 의사 등 의료인에 의하여 분만된 모든 아동 또는 의료기관에서 출생한 모든 아동의 출생사실을 국가기관 등에 통보해야만 하는 의무를 해당 의료인이나 의료기관에 부과하는 것을 의미한다.²⁴⁾ 출생사실을 통보받은 국가기관 등이 그 사실을 전자문서를 포함한 공적 문서에 기록함으로써 적어도 특정한 아동의 출생사실에 관한 공적 등록이 가능해진다. 국가인권위원회도 2017년 이러한 보편적 출생등록제도의 도입을 권고한 바 있다.²⁵⁾ 법무부도 2021년 6월 출생통보제도를 도입하

24) 2021년 3월 15일 최혜영 의원이 대표발의한 가족관계등록법 개정안, 2021년 5월 11일 송재호 의원이 대표발의한 가족관계등록법 개정안에 따르면 출생통보의무가 “분만에 관여한 의사, 조산사 또는 그 밖의 사람”에게 부과되어 있다.

25) 2017년 11월 27일 국가인권위원회는 아동의 출생 시 분만에 관여한 의사나 조산사 등에게 아동의 출생사실을 국가기관이나 공공기관에 통보해야 할 의무를 부과하도록 가족관계등록법을 개정할 것을 권고하였다.

는 가족관계등록법 개정안을 입법예고하였다. 이에 따르면 의료기관의 장은 출생통보의무를 부담하는데 아동이 출생한 후 14일 이내에 시·읍·면의 장에게 출생모의 성명, 출생자의 성별 등 출생정보를 직접 송부하거나 7일 이내에 건강보험심사평가원에 같은 정보를 통보하고, 통보를 받은 건강보험심사평가원이 해당 출생정보를 다시 7일 이내에 시·읍·면의 장에게 송부하게 할 수도 있다.²⁶⁾ 현재 대부분의 출산이 의료기관에서 이루어지고 있고, 국민의 경우에 출생신고를 위해서는 원칙적으로 의사가 발급한 출생증명서가 필요한 현실에 비추어 적어도 의료기관에서 출생한 모든 아동의 출생사실을 국가기관이나 공공기관에 통보하도록 하여 미등록 이주 아동을 포함한 대부분의 아동의 출생등록을 가능하도록 만든다는 점에서 출생통보제도는 현실적인 대안으로 평가할 수 있다. 다만 출생통보제도의 경우에도 이 제도의 실효적인 작동을 위해서는 의료기관의 적극적인 협조가 요구된다. 이에 따라 법무부가 입법예고한

26) 가족관계등록법 개정안의 관련 규정 내용은 다음과 같다. 제44조의3(출생의 통보 등) ① 「의료법」 제3조의 의료기관의 장(이하 “의료기관의 장”이라 한다)은 해당 기관에서 출생이 있는 경우, 출생 후 14일 이내에 다음 각 호의 기재사항을 시·읍·면의 장에게 통보하여야 한다.

1. 출생자의 모의 성명 및 주민등록번호(외국인등록번호, 의료급여전산관리번호)
 2. 출생자의 성별, 수, 출생연월일시
 3. 의료기관 주소 등 기타 출생사실을 확인하기 위해 대법원규칙으로 정하는 사항
- ② 의료기관의 장은 출생 후 7일 이내에 제1항 각 호의 사항을 보건복지부장관이 의료기관 출생정보의 통보 및 관리를 위하여 「국민건강보험법」 제62조의 건강보험심사평가원에 위탁하여 운영하는 전산정보시스템을 이용하여 송부하는 방법으로 제1항의 통보를 갈음할 수 있다.
- ③ 건강보험심사평가원은 의료기관의 장으로부터 제2항의 송부를 받은 날로부터 7일 이내에 이를 시·읍·면의 장에게 송부하여야 한다. 이 경우 건강보험심사평가원은 대법원규칙으로 정하는 바에 따라 전산정보처리조직을 통한 전자문서로 할 수 있다.

가족관계등록법 개정안에도 의료기관의 출생통보의무 불이행 시 시·읍·면의 장의 의무에 대하여 규율하고 있다.²⁷⁾ 의료기관이 아닌 장소에서 출생한 아동의 경우에는 이러한 출생통보제도가 작동하지 못할 수 있다는 문제점은 여전히 남아 있다.

Ⅲ. 교육을 받을 권리

1. 사회적 기본권으로서 교육을 받을 권리

헌법은 사회적 기본권(사회권)의 체계 안에 ‘교육을 받을 권리’를 보장하고 있다(헌법 제31조 제1항). 교육을 받을 권리의 체계적 위치와 상관없이, 즉 교육을 받을 권리가 사회적 기본권의 체계 안에 규정되어 있다는 사실에도 불구하고 교육을 받을 권리는 자유권적 측면도 보장한다.²⁸⁾ 그리고 당연히 교육을 받을 권리와 관련된 사

27) 이에 따라 가족관계등록법 개정안에는 의료기관의 출생통보의무 이행을 위하여 다음과 같은 규정이 포함되어 있다. 제44조의4(직권 출생기록 등) ① 전조의 통보를 받은 시·읍·면의 장은 제44조 제1항의 기한 내 출생자에 대한 출생신고가 수리되었는지 확인하여야 한다.

② 제1항 본문에 따라 기한 내 출생자에 대한 출생신고가 수리되지 않음이 확인된 경우에는 시·읍·면의 장은 즉시 제46조제1항 및 제2항의 신고의무자에 대하여 7일 이내에 출생신고할 것을 최고하여야 한다.

③ 제46조 제1항 및 제2항의 신고의무자가 제2항의 최고기간 내에 신고를 하지 않거나 최고할 수 없는 경우 또는 신고의무자를 특정할 수 없는 경우에는 시·읍·면의 장은 제44조3 제1항 각 호에 대한 자료를 첨부하여 가정법원의 확인을 받아 직권으로 출생기록을 하여야 한다.

④ 제1항부터 제3항까지의 규정에 따른 출생신고 수리 확인 및 최고, 직권 출생기록 등 이와 관련된 사무 처리에 필요한 사항은 대법원규칙으로 정한다.

28) 헌법재판소도 교육을 받을 권리에 포함된 자유권적 측면을 인정한다. 헌재 2008. 4. 24. 2007헌마1456, 판례집 20-1상, 720, 731면: “헌법 제31조 제1항의 교육을 받을 권리는, 국민이 능력에 따라 균등하게 교육받을 것을 공권력에 의하

회적 기본권의 내용도 보장된다. 교육을 받을 권리에 포함된 사회적 기본권의 내용은 교육에 필요한 비용을 국가가 부담함으로써 교육을 받는 아동이나 그 부모의 부담을 면제시켜주는 ‘무상교육’이다.²⁹⁾ 헌법은 의무교육을 무상교육으로 규정하고 있다(헌법 제31조 제3항). 다만 의무교육의 범위에 명시적으로 초등교육을 포함시키면서 그밖에 보장될 수 있는 의무교육은 법률에 유보하고 있다. 이에 따라 교육기본법은 6년의 초등교육과 3년의 중등교육을 의무교육의 범위에 포함시키면서 ‘의무교육을 받을 권리’를 국민의 권리로 보장하고 있다(동법 제8조 제1항 및 제2항). 유엔 아동권리협약도 아동의 교육권(the right of the child to education)을 보장하면서(CRC 제28조) 최소한의 교육에 대한 의무교육과 무상교육을 필수적 내용으로 포함시키고 있다.

2. 미등록 이주 아동의 교육을 받을 권리의 실현 방안

자유권으로 이해되는 교육을 받을 권리는 외국인도 주체가 될 수 있지만 사회권으로 이해되는 교육을 받을 권리는 외국인이 주체가 될 수 있는지에 대해서 논란이 있다. 하지만 헌법은 평등권을 규정하고 있고(헌법 제11조 제1항), 특히 교육과 관련해서는 명시적으로 “균등하게 교육을 받을 권리”를 보장하고 있기 때문에 교육의 영역

여 부당하게 침해받지 않을 권리와, 국민이 능력에 따라 균등하게 교육받을 수 있도록 국가가 적극적으로 배려하여 줄 것을 요구할 수 있는 권리로 구성되는 바, 전자는 자유권적 기본권의 성격이, 후자는 사회권적 기본권의 성격이 강하다고 할 수 있다.”

- 29) 헌법재판소는 헌법이 보장된 의무교육에 포함된 무상교육의 의미를 다음과 같이 설시하고 있다. 헌재 2005. 3. 31. 2003헌가20, 판례집 17-1, 294, 303면: “의무교육제도는 국민에 대하여 보호하는 자녀들을 취학시키도록 한다는 의무부과의 면보다는 국가에 대하여 인적·물적 교육시설을 정비하고 교육환경을 개선하여야 한다는 의무부과의 측면이 보다 더 중요한 의미를 갖는다”

에서는 평등권을 침해하는 차별이 없어야 한다. 교육기본법도 성별, 종교, 신념, 인종, 사회적 신분, 경제적 지위 또는 신체적 조건 등을 이유로 교육영역에서 발생할 수 있는 차별을 금지하고 있다(같은 법 제4조). 따라서 미등록 이주 아동의 경우에도 체류의 합법성과 상관없이 균등하게 교육을 받을 권리, 차별 없이 교육받을 권리를 보장받아야 한다.³⁰⁾ 원칙적으로 외국인인 아동은 거주지가 속하는 학구 안에 있는 초등학교의 장에게 입학 또는 전학을 신청할 수 있다(초·중등교육법 시행령 제19조 제1항). 신청을 받은 초등학교의 장은 행정정보의 공동이용을 통하여 출입국에 관한 사실증명이나 외국인 등록 사실증명의 내용을 확인해야 하는 의무가 부과되는데(동조 제2항) 이와 관련하여 보호자가 동의하지 않을 때에는 ① 출입국에 관한 사실이나 외국인등록 사실을 증명할 수 있는 서류 또는 ② 임대차계약서, 거주사실에 대한 인우보증서 등 거주사실을 확인할 수 있는 서류 가운데 하나를 제출하는 것으로 충분하다. 이로서 미등록 이주 아동도 체류의 합법성 여부와 상관없이, 정확히 말하면 체류의 합법성 여부를 학교에 공개하지 않은 채 초등학교에 입학하거나 전학하는 것이 가능하다. 중학교의 경우에도 외국인인 아동은 동일한 절차에 따라 입학, 전학, 편입학이 가능하다(같은 시행령 제75조). 한편 ‘난민법’에 따라 난민인정자 및 그의 자녀가 미성년자이면 반드시 국민과 동일하게 초등교육과 중등교육을 받도록 규정되어 있는 반면에(같은 법 제33조 제1항) 난민신청자 및 그의 가족은 단지 국민과 같은 수준의 초등교육과 중등교육을 받을

30) 평등권의 관점에서 교육을 받을 권리가 미등록 이주 아동에게도 인정되어야 한다는 견해로 김지혜, 미등록 이주아동의 교육권 - 미국 Plyler v. Doe 판결을 중심으로 -, 〈미국헌법연구〉(미국헌법학회), 제29권 제1호(2018년), 84면 이하 참조.

수 있는 가능성만을 열어 놓고 있다(같은 법 제43조). 미등록 이주 아동도 초등교육과 중등교육의 이수가 가능함에도 불구하고 이와 같은 사실을 인지하지 못한 그 부모가 자녀를 학교에 등록시키지 못하는 문제점을 해소하기 위하여 지방자치단체나 교육청이 이러한 정보를 미등록 이주민에게 제공할 필요가 있다.

IV. 강제퇴거 당하지 않을 권리

1. 출입국관리법과 강제퇴거제도

출입국관리법에 따르면 이 법률을 위반한 사람, 특히 정해진 체류자격이나 체류기간의 범위를 위반한 사람³¹⁾에 대해서는 ‘강제퇴거’가 가능하다(같은 법 제46조 제1항). 강제퇴거 대상자에 해당된다고 의심되는 외국인 ‘용의자’에 대해서는 조사가 가능한데 이 경우 강제퇴거 대상자에 해당된다고 의심할만한 상당한 이유가 있고 도주하거나 도주할 염려가 있으면 ‘보호명령서’를 발급받아 해당 외국인을 외국인보호시설에 ‘보호’할 수 있다(같은 법 제51조 제1항).³²⁾ 보호명령서에 따라 보호된 외국인은 법무부장관에게 이의신청을 할 수 있다(같은 법 제55조 제1항). 강제퇴거 대상자에 해당된다고 의심할만한 상당한 이유가 있고 도주하거나 도주할 염려가 있지만 보호명령서를 발급받을 여유가 없으면 ‘긴급보호서’를 제시한 뒤 해당 외국인을 긴급하게 보호할 수도 있다(같은 조 제3항 및 제4

31) 출입국관리법에 따르면 외국인은 그 체류자격과 체류기간의 범위에서만 대한민국에 체류할 수 있다(같은 법 제17조 제1항).

32) 이러한 보호는 10일 이내에서만 가능하고, 10일을 넘지 않는 범위 내에서 1차에 한해서만 연장이 가능하다(출입국관리법 제52조 제1항).

항).³³⁾ 다만 이러한 긴급보호의 경우 48시간 이내에 보호명령서를 발급받지 못하면 보호를 해제해야 된다. 강제퇴거대상 용의자에 대한 보호를 위해 필요한 보호명령서는 지방출입국·외국인관서의 장이 발급할 수 있고, 심지어 긴급보호를 위해 필요한 긴급보호서는 출입국관리공무원이 작성할 수 있도록 되어 있기 때문에 인신구속의 경우에 헌법이 요구하는 ‘영장주의원칙’과 달리 인신구속에 해당하는 보호조치가 법관이 발부한 영장 없이 이루어지는 문제점에 대해서는 많은 비판이 가해진다. 강제퇴거대상 용의자의 보호는 실질적으로 인신구속에 해당한다고 볼 수 있으므로 영장주의원칙이 이러한 보호와 관련해서도 동일하게 적용되어 인신구속의 필요성에 대한 법원의 판단이 필수적 절차로 보장되어야 할 것이다.³⁴⁾

한편 용의자에 대한 조사가 끝나고 강제퇴거 대상자에 해당한다는 결정이 내려지면 ‘강제퇴거명령서’를 발급하여 강제퇴거를 명령할 수 있다(같은 법 제59조 제2항 및 제3항). 강제퇴거명령에 대해서는 이의신청이 가능하고(같은 법 제60조 제1항), 강제퇴거명령을 받은 외국인은 지체없이 국적국 등 송환국³⁵⁾으로 송환하여야 하는

33) 긴급보호와 달리 일시보호는 다음과 같은 외국인에게 행해질 수 있다. ① 입국이 허가되지 아니한 사람, ② 조건부 입국허가를 받은 사람으로서 도주하거나 도주할 염려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 사람, ③ 출국명령을 받은 사람으로서 도주하거나 도주할 염려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 사람(출입국관리법 제56조 제1항).

34) 난민법에 따라 난민신청은 입국 전 출입국항에서(같은 법 제6조 제1항) 또는 입국 후 체류하는 동안에도(같은 법 제5조 제1항) 가능한데 이 과정에서 강제퇴거대상 용의자로 확인이 되면 외국인보호소에 보호가 된다. 이들은 나중에 난민인정을 받아 난민이 될 수 있다는 점에서 인신구속의 필요성에 대한 법원의 판단이 없이 무조건 외국인보호소에 보호하도록 하는 것의 문제점을 다시 한 번 확인할 수 있다.

35) 송환국은 원칙적으로 강제퇴거명령을 받은 사람이 국적이나 시민권을 가진 국가를 의미하고(출입국관리법 제64조 제1항), 이러한 국가로 송환할 수 없는 경우에는 ① 대한민국에 입국하기 전에 거주한 국가, ② 출생지가 있는 국가, ③

데(같은 법 제62조 제3항) 그 외국인이 여권 미소지 또는 교통편 미 확보 등의 사유로 즉시 대한민국 밖으로 송환할 수 없으면 송환할 수 있을 때까지 그를 외국인보호시설에 보호할 수 있다(같은 법 제63조 제1항).³⁶⁾ 이처럼 여러 가지 사정으로 인하여 강제퇴거 대상자인 외국인을 즉시 송환할 수 없을 때 상한기간의 제한 없이 송환이 가능해질 때까지 무작정 보호시설에 보호할 수 있도록 한 것은 인신구속의 장기화를 방치한다는 점에서 큰 문제가 있다고 보인다. 특히 이 가운데 난민신청을 한 외국인도 포함되어 있고 그들이 나중에 난민인정을 받아 난민의 지위를 보장받을 수도 있다는 점에서 강제퇴거대상자의 인신구속 필요성에 대한 법원의 판단 없이, 그것

대한민국에 입국하기 위하여 선박 등에 탔던 항(港)이 속하는 국가 또는 ④ 본인이 송환되기를 희망하는 국가로 송환한다(같은 조 제2항).

- 36) 이와 관련하여 헌법재판소의 법정의견은 5인의 위헌의견과 달리 “강제퇴거대상자의 송환이 언제 가능해질 것인지 미리 알 수가 없으므로, 심판대상조항이 보호기간의 상한을 두지 않은 것은 입법목적 달성을 위해 불가피한 측면이 있다. 보호기간의 상한이 규정될 경우, 그 상한을 초과하면 보호는 해제되어야 하는데, 강제퇴거대상자들이 보호해제 된 후 잠적할 경우 강제퇴거명령의 집행이 현저히 어려워질 수 있고, 그들이 범죄에 연루되거나 범죄의 대상이 될 수도 있다. 강제퇴거대상자는 강제퇴거명령을 집행할 수 있을 때까지 일시적·잠정적으로 신체의 자유를 제한받는 것이며, 보호의 일시해제, 이의신청, 행정소송 및 집행정지 등 강제퇴거대상자가 보호에서 해제될 수 있는 다양한 제도가 마련되어 있다.”고 하여 과잉금지원칙에 위반되지 않고, “강제퇴거명령 및 보호에 관한 단속, 조사, 심사, 집행 업무를 동일한 행정기관에서 하게 할 것인지, 또는 서로 다른 행정기관에서 하게 하거나 사법기관을 개입시킬 것인지는 입법정책의 문제이므로, 보호의 개시나 연장 단계에서 사법부의 판단을 받도록 하는 절차가 규정되어 있지 않다고 하여 곧바로 적법절차원칙에 위반된다고 볼 수는 없다. 강제퇴거대상자는 행정소송 등을 통해 사법부로부터 보호의 적법 여부를 판단받을 수 있고, 강제퇴거 심사 전 조사, 이의신청이나 행정소송 과정에서 자신의 의견을 진술하거나 자료를 제출할 수 있다.”고 하여 적법절차원칙에도 위반되지 않는다고 판시하였다. 현재 2018. 2. 22. 2017헌가29, 판례집 30-1상, 186 참조. 이 판례에 대한 비판적 평석으로 이준일, 강제퇴거 대상자에 대한 보호제도의 위헌성 - 헌법재판소 2018. 2. 22. 2017헌가29 결정에 대한 평석 -, <세계헌법연구> (세계헌법학회 한국학회), 제25권 제2호(2019년), 39면 이하 참조.

도 심지어 무기한 보호가 가능하도록 하는 것은 외국인도 향유해야 할 인권의 관점에서 매우 심각한 인권침해라고 판단된다.

2. 미등록 이주 아동에 대한 강제퇴거제도의 문제점

여기서 미등록 이주 아동의 경우에도 강제퇴거가 가능한지, 강제 퇴거 절차에서 외국인 보호시설에 보호하는 것이 허용될 수 있는지가 문제된다. 미등록 이주 아동의 경우에 오랜 기간 동안, 특히 한국에서 출생한 경우 생후 줄곧 한국에 머물면서 한국의 언어와 문화에 익숙해져 본국으로 송환되면 오히려 그 언어와 문화에 쉽게 적응하지 못하는 문제가 발생한다. 한국에서 태어난 이주 아동은 심지어 한국을 조국으로 생각할 여지도 있다. 만약 한국에서 태어나 고등학교의 교육까지 마친 미등록 이주 아동을 본국으로 송환한다면 이것은 매우 가혹한 조치가 될 것이 분명하다. 부모의 강제퇴거로 부모와 아동이 분리될 가능성도 있지만 아동의 강제퇴거는 부모와의 분리를 의미한다. 아동권리협약은 원칙적으로 아동이 부모로부터 분리되지 않을 것을 요구하고 있다.³⁷⁾ 출입국관리법에 따르

37) 아동권리협약 제9조 제1항: 가입국은 아동이 그의 의사에 반하여 그의 부모로부터 분리되지 않도록 보장해야만 한다. 다만 권한을 가진 사법기관이 유효한 법률과 절차에 따라 아동의 최선의 이익을 위하여 분리가 필요하다고 결정한 경우에는 예외로 한다. 이러한 분리결정은 부모에 의한 아동의 학대 또는 방임이 관련된 경우 또는 부모가 따로 살고 있고 그 결정이 아동의 주거지에 대해서 이루어져야만 하는 경우와 같은 특별한 경우에 필요하다고 볼 수 있다(States Parties shall ensure that a child shall not be separated from his or her parents against their will, except when competent authorities subject to judicial review determine, in accordance with applicable law and procedures, that such separation is necessary for the best interests of the child. Such determination may be necessary in a particular case such as one involving abuse or neglect of the child by the parents, or one where the parents are living separately and a decision must be made as to the child's place of residence).

면 강제퇴거명령에 대한 이의신청이 이유 있는지 여부를 심사하고 결정하면서 이의신청이 이유 없다고 인정되는 경우라도 용의자가 대한민국 국적을 가졌던 사실이 있거나 그밖에 대한민국에 체류하여야 할 특별한 사정이 있다고 인정되면 그의 체류를 허가할 수 있는 ‘체류허가의 특례제도’가 도입되어 있다(같은 법 제61조 제1항). 이 특례에 따라 장기간 체류한 미등록 이주 아동은 국내에 체류할 수 있는 예외가 인정되고 있다. 하지만 이 제도에 대해서는 ‘특별한 사정’의 의미가 모호하여서 행정기관의 재량이 넓고 예측이 어렵다는 비판이 가해진다.³⁸⁾ 이에 따라 법무부는 장기체류 외국인 아동에게 조건부 체류자격을 제공하는 방안을 내놓기도 하였다.³⁹⁾ 이에 따르면 국내에서 출생한 후 15년 이상 국내에 계속해서 체류한 외국인 아동에게⁴⁰⁾ 중·고등학교에 재학 중인 경우에 학습자격(D-4)을, 고등학교를 졸업한 경우 임시체류자격(G-1)이 부여된다. 이러한 조치는 한시적인 것으로 2025년 2월 28일까지만 시행된다고 한다. 하지만 법무부가 제시한 정책과 관련하여 우선 반드시 한국에서 출생할 것이 요구될 필요가 있는 것인지, 출생 후 15년은 지나치게 장기간인 것은 아닌지, 영주자격이 아닌 임시체류자격에 한정할 필요가 있는지 등의 의문이 제기될 수 있다. 한국 출생 요건을 포함시킨다면 체류기간은 10년에서 초등학교를 졸업하는 나이인 12세 정도

38) 이탁건, 미등록 이주아동의 머무를 권리 - 아동권리보장의 관점에서 -, 〈이화젠더법학〉(이화여자대학교 젠더법학연구소), 제11권 제1호(2019년), 183면 이하 참조.

39) 2021년 4월 19일 법무부 보도자료 ‘법무부, 장기체류 외국인 아동에게 조건부 체류자격 부여’ 참조.

40) 원칙적으로 신청 당시 2021년 2월 28일 이전에 초등학교를 졸업한 아동에게만 적용되고, 2021년 2월 28일 이전에 초등학교를 졸업한 뒤 중학교에 재학중인 15세 미만의 아동은 15년 이상의 체류기간을 충족하지 못해도 체류기간이 15년 이상이 되는 시점에서 신청이 가능하다.

로 축소하든지, 15년 정도의 체류기간을 요구하려면 한국 출생 요건을 삭제하고 영주자격을 부여하든지 하는 대안이 필요하다고 보인다. 한편 보호시설에 보호하는 조치는 그 자체로 인신구속의 의미를 가짐에도 불구하고 영장주의원칙이 준수되고 있지 않은 문제점이 있는데 이를 미등록 이주 아동에게 적용하는 것은 더욱 큰 문제를 발생시킬 것으로 보인다.

V. 인간다운 생활을 할 권리

1. 일반적 사회권으로서 인간다운 생활을 할 권리

헌법은 ‘인간다운 생활을 할 권리’를 규정함으로써(헌법 제34조 제1항) 사회적 기본권(사회권)에 관한 일반적 권리를 보장하고 있다.⁴¹⁾ 인간다운 생활을 할 권리를 ‘일반적 사회권’으로 볼 수 있는 근거는 헌법의 명시적 규정에 있다. 헌법은 인간다운 생활을 할 권리를 규정함과 동시에 국가에 대해서 ‘사회보장·사회복지의 증진에 노력할 의무’(헌법 제34조 제2항)를 부과하고 있기 때문이다. 국민에게 보장된 사회적 기본권에 상응하는 국가의 의무는 사회보장 및 사회복지의 증진에 관한 의무인데 헌법은 사회보장 및 사회복지의 증진에 관한 의무에 대응하여 바로 앞에 인간다운 생활을 할 권리를 규정하고 있으므로 인간다운 생활을 할 권리는 사회보장 및 사회복지에 관한 국민의 일반적 권리, 즉 일반적 사회권을 의미하는 것으로 해석할 수 있는 것이다.

41) 한국 헌법의 사회적 기본권 체계에 대한 비판적 분석은 이준일, 사회권의 복권을 위한 구상, 〈헌법학연구〉(한국헌법학회), 제25권 제3호(2019년), 193면 이하 참조.

2. 미등록 이주 아동에 대한 사회보장제도의 적용가능성

국민의 일반적 사회권에 상응하는 국가의 사회보장 및 사회복지 증진에 관한 의무는 공공부조제도, 사회보험제도, 사회서비스제도, 사회보상제도 등으로 구체화될 수 있다.⁴²⁾ 여기서 사회적 기본권의 주체가 오로지 국민에만 한정되는지가 문제될 수 있다. 사회적 기본권의 본질은 ‘사실적 자유권’이라는 데 있다.⁴³⁾ 법적 자유권은 기본적으로 본인이 원하는 것을 법적으로 방해받지 않는 상태에서 향유하는 주관적 지위를 의미한다면 사실적 자유권을 본인이 원하는 것을 사실적으로 방해받지 않는 상태에서 향유하는 주관적 지위로 이해될 수 있다. 주로 시장에 충분한 공급만 이루어진다면 구입하는 데 필요한 재정부족만 충족되었을 때 얼마든지 시장에서 구입할 수 있는 것들이 사실적 자유권인 사회적 기본권의 대상이 된다. 이를테면 의류품, 식료품, 주거, 의료, 교육이 그러한 대상에 포함될 수 있다. 이에 따라 헌법은 교육을 받을 권리(헌법 제31조 제1항), 주거권(헌법 제35조 제3항), 보건권(제36조 제3항)을 사회적 기본권으로 열거하고 있다. 이를 구체화하는 법률에는 기본법으로 사회보장기본법이 있고, 공공부조⁴⁴⁾에 관한 법률로 국민기초생활보장법, 의료급여법 등이 있으며, 사회보험⁴⁵⁾과 관련된 법률로 국민연금법, 국

42) 사회보장기본법은 ‘사회보장’을 “출산, 양육, 실업, 노령, 장애, 질병, 빈곤 및 사망 등의 사회적 위험으로부터 모든 국민을 보호하고 국민 삶의 질을 향상시키는 데 필요한 소득·서비스를 보장하는 사회보험, 공공부조, 사회서비스”로 정의한다(같은 법 제3조 제1호).

43) 사회적 기본권의 개념에 대한 상세한 논의는 이준일, 사회적 기본권, 〈헌법학연구〉(한국헌법학회), 제10권 제1호(2004년), 453면 이하 참조.

44) 사회보장기본법에 따르면 ‘공공부조’는 “국가와 지방자치단체의 책임 하에 생활유지 능력이 없거나 생활이 어려운 국민의 최저생활을 보장하고 자립을 지원하는 제도”를 의미한다(같은 법 제3조 제3호).

45) 사회보장기본법에서 ‘사회보험’은 “국민에게 발생하는 사회적 위험을 보험의 방

민건강보험법, 고용보험법, 산업재해보상보험법, 노인장기요양보험법이 있고, 사회서비스⁴⁶⁾ 관련 법률로 장애인복지법, 아동복지법, 노인복지법 등이 있다.

만약 외국인도 사회적 기본권의 주체가 된다면 이와 같은 사회보장이나 사회복지에 관한 법률이 제정되어 있지 않은 경우에 입법부 작위로 인한 사회적 기본권의 침해를 이유로 헌법소원을 청구할 수 있다. 하지만 외국인이 사회적 기본권의 주체가 되지 못한다면 사회적 기본권에 관한 외국인의 권리가 법률에 구체화되어 있을 때에만 법률적 권리를 주장할 수 있을 뿐이다. 외국인이 사회적 기본권의 주체가 되지는 못해도 인간의 권리로 이해되는 평등권의 주체가 될 수는 있다는 점은 의문의 여지가 없다. 다만 평등권의 내용인 평등은 자유와 권리의 평등인데 사회권의 경우에도 평등권의 대상이 될 수 있는지가 다시 논란이 될 수 있다. 만약 사회적 기본권의 경우에 외국인은 주체가 될 수 없는데도 사회적 기본권을 대상으로 하는 평등권이 인정된다면 외국인은 평등권을 통해 우회하는 방식으로 사회적 기본권을 주장할 수 있기 때문이다.

‘건강보험법’의 경우 원칙적으로 ‘국내에 거주하는 국민’만이 국민건강보험의 가입자와 피부양자가 될 수 있다(같은 법 제5조 제1항). 하지만 외국인의 경우에 국내거소신고를 한 재외동포나 외국인등록을 한 외국인은 국민건강보험 적용대상 사업장의 근로자, 공무원 또는 교직원이면 ‘직장가입자’가 된다(같은 법 제109조 제2항). 또한

식으로 대처함으로써 국민의 건강과 소득을 보장하는 제도”로 정의되고 있다(같은 법 제3조 제2호).

46) ‘사회서비스’는 “국가·지방자치단체 및 민간부문의 도움이 필요한 모든 국민에게 복지, 보건의료, 교육, 고용, 주거, 문화, 환경 등의 분야에서 인간다운 생활을 보장하고 상담, 재활, 돌봄, 정보의 제공, 관련 시설의 이용, 역량 개발, 사회 참여 지원 등을 통하여 국민의 삶의 질이 향상되도록 지원하는 제도”를 의미한다는 것이 사회보장기본법의 정의다(같은 법 제3조 제4호).

국내거소신고를 한 재외동포와 외국인등록을 한 외국인으로 일정한 체류자격을 가진 사람⁴⁷⁾은 보건복지부령으로 정하는 기간(6개월) 동안 국내에 거주하였거나 해당 기간 동안 국내에 지속적으로 거주할 것으로 예상할 수 있는 사유로서 보건복지부령으로 정하는 사유(결혼이민자, 유학, 일반연수의 체류자격을 받은 경우)에 해당되면 ‘지역가입자’가 되기도 한다(같은 조 제3항). 외국인의 경우에도 직장가입자의 배우자, 직계존속(배우자의 직계존속 포함), 직계비속(배우자의 직계비속 포함), 형제·자매는 법정자격을 충족하면 피부양자가 될 수 있다(같은 조 제4항). 이와 같은 건강보험의 적용은 합법적으로 체류하는 외국인에게 한정되기 때문에 미등록 이주 아동에게는 적용되기 어려울 것으로 보인다. 하지만 아동의 경우에는 건강보험가입이 아동의 성장 및 발달과 직결되므로 체류의 합법성과 관계없이 건강보험의 적용을 고려할 필요가 있다.

한편 ‘국민기초생활 보장법’의 경우에는 국내에 체류하고 있는 외국인 중 대한민국 국민과 혼인하여 본인 또는 배우자가 임신 중이거나 대한민국 국적의 미성년 자녀를 양육하고 있거나 배우자의 대

47) 국민건강보험법 시행규칙 [별표 9]

체류자격(제61조의2 제2항 관련)

외국인의 체류자격(기호)
1. 문화예술(D-1), 유학(D-2), 산업연수(D-3), 일반연수(D-4), 취재(D-5), 종교(D-6), 주재(D-7), 기업투자(D-8), 무역경영(D-9), 구직(D-10)
2. 교수(E-1), 회화지도(E-2), 연구(E-3), 기술지도(E-4), 전문직업(E-5), 예술홍행(E-6), 특정활동(E-7), 비전문취업(E-9), 선원취업(E-10)
3. 방문동거(F-1), 거주(F-2), 동반(F-3), 재외동포(F-4), 영주(F-5), 결혼이민(F-6)
4. 기타(G-1)(「난민법」에 따라 인도적 체류 허가를 받은 사람과 공단이 정하는 사람으로 한정한다)
5. 관광취업(H-1), 방문취업(H-2)

한민국 국적인 직계존속과 생계나 주거를 같이하고 있는 사람으로서 대통령령으로 정하는 사람⁴⁸⁾이 이 법에 따른 급여를 받을 수 있는 자격을 가진 경우에는 수급권자가 될 수 있다(같은 법 제5조의 2). 국민기초생활보장 수급권도 합법적 체류자격을 가진 외국인에게만 해당하기 때문에 미등록 이주 아동에게는 적용될 여지가 없다. 한편 난민인정자에게는 원칙적으로 대한민국 국민과 같은 수준의 사회보장을 받고(난민법 제31조), 본인의 신청에 따라 국민기초생활 보장법에 따른 보호의 일부를 보장받는다(난민법 제32조). 결국 외국인인 난민 또는 난민신청자를 포함하여 합법적으로 체류하는 경우에만 국민기초생활 보장법의 적용을 받을 수 있는데 아동의 경우에는 체류의 합법성과 무관하게 생계나 주거와 같은 기본적인 생활에 필요한 지원을 제공할 필요가 있을 것이다.

Ⅵ. 맺는 말

종래에 ‘불법체류자’라는 부정적 편견과 고정관념으로 가득 찬 명칭으로 불리며 사회적 위험을 초래할 수 있는 존재로 기피의 대상으로만 인식되었던 미등록 이주민, 그리고 그들의 자녀인 미등록 이주 아동은 이미 한국 사회에 깊숙이 뿌리박고 살면서 한국사회의

48) 외국인 등록을 한 사람으로 ① 대한민국 국민과 혼인 중이면서 본인 또는 대한민국 국적의 배우자가 임신 중인 사람이거나 대한민국 국적의 미성년 자녀(계부자·계모자 관계와 양친자관계를 포함)를 양육하고 있는 사람이거나 또는 배우자의 대한민국 국적인 직계존속과 생계나 주거를 같이 하는 사람 및 ②대한민국 국민인 배우자와 이혼하거나 그 배우자가 사망한 사람으로서 대한민국 국적의 미성년 자녀를 양육하고 있는 사람 또는 사망한 배우자의 태아를 임신하고 있는 사람이 이에 해당한다(국민기초생활보장법 시행령 제4조).

중요한 일부를 구성하고 있다. 특히 미등록 이주 아동은 본인의 의지와 상관없이 한국에 입국하였거나 한국에서 태어나 장기간 동안 한국사회의 문화에 녹아들며 비록 외모의 차이는 다소 있지만 한국인의 정체성을 가지고 살아간다. 그럼에도 불구하고 미등록 이주 아동 가운데는 애초에 출생등록이 안 되어 유령 같은 존재로 살아가는 아동도 있다. 비록 마치 투명인간처럼 존재하지만 그들이 인간이라는 사실, 따라서 인권의 주체가 된다는 사실이 결코 변하지는 않는다. 무엇보다도 그들이 아동이라는 사실에 주목하여 모든 아동에게 보장되어야 하는 인권이 그들에게도 보장될 필요가 있다. 특히 모든 아동에게 “본인이나 그 부모 또는 후견인의 인종, 피부색, 성별, 언어, 종교, 정치적 의견, 출신민족/출신인종/출신사회, 재산, 장애, 태생이나 그 밖의 신분과 상관없이, 즉 어떠한 종류의 차별도 없이” 아동권리협약에 규정된 권리를 보장해야만 하고(제2조 제1항),⁴⁹⁾ 아동과 관련된 모든 조치에서 “아동의 최상의 이익”을 가장 먼저 고려해야 한다(제3조 제1항)⁵⁰⁾는 아동권리협약의 정신을 기억해야만 한다. 이제 선진국 대열에 들어섰다고 자부하는 한국의 구성원으로堂堂하게 살아갈 수 있도록 그들의 인권 보장 및 향상을 위한 다양한 법제도와 정책이 시급하게 마련되어야 할 시점이 되었다고 판단된다. 특히 사회적 기본권과 관련하여 외국인의 주체

49) 아동권리협약(CRC) 제2조 제1항: States Parties shall respect and ensure the rights set forth in the present Convention to each child within their jurisdiction without discrimination of any kind, irrespective of the child's or his or her parent's or legal guardian's race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national, ethnic or social origin, property, disability, birth or other status.

50) 아동권리협약(CRC) 제3조 제1항: In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration.

성을 원칙적으로 인정할 수 없을지라도 적어도 아동에 대해서는 체류의 합법성 여부와 상관없이 외국인의 주체성을 인정할 필요가 있다고 보인다.

참 고 문 헌

- 김지혜, 미등록 이주아동의 교육권 - 미국 Plyler v. Doe 판결을 중심으로 -, 「미국헌법연구」(미국헌법학회), 제29권 제1호, 67-96면, 2018.
- 김현옥/김경호, 미등록 이주아동의 체류할 수 있는 권리에 관한 UNCRC의 적용과 한계, 「한국영유아보육학」(한국영유아보육학회), 제114집, 1-24면, 2019.
- 신옥주, 미등록 이주아동의 인권제고를 위한 비교법적 연구, 「유럽헌법연구」(유럽헌법학회), 제22호, 275-320면, 2016.
- 이보연, 이주아동의 교육받을 권리 보장을 위한 연구, 「법학연구」(경상대학교 법학연구소), 제29권 제3호, 217-245, 2021.
- 이재삼, 출입국관리법상의 외국인에 대한 강제퇴거와 보호에 관한 연구, 「토지공법연구」(한국토지공법학회), 제59집, 245-283면, 2012.
- 이준일, 사회권의 복권을 위한 구상, 「헌법학연구」(한국헌법학회), 제25권 제3호, 189-213면, 2019.
- 이준일, 강제퇴거 대상자에 대한 보호제도의 위헌성 - 헌법재판소 2018. 2. 22. 2017헌가29 결정에 대한 평석 -, 「세계헌법연구」(세계헌법학회 한국학회), 제25권 제2호, 39-63면, 2019.
- 이준일, 사회적 기본권, 「헌법학연구」(한국헌법학회), 제10권 제1호, 449-483면, 2004.
- 이충은, 강제퇴거로 인한 미등록 이주아동의 인권침해, 「법학연구」(한국법학회), 제19집 제3호, 531-558면, 2019.
- 이탁건, 미등록 이주아동의 머무를 권리 - 아동권리보장의 관점에서 -, 「이화젠더법학」(이화여자대학교 젠더법학연구소), 제11권 제1호, 161-194면, 2019.
- 장진숙, 이주아동의 법적 지위와 인권보장에 관한 소고, 「유럽헌법연구」(유럽헌법학회), 제10호, 341-384면, 2011.
- 정상우/박지인, 이주아동 권리보장을 위한 입법 필요성과 과제, 「다문화사회연구」(숙명여자대학교 아시아여성연구원), 제11권 제1호, 261-293면. 2018.

<Abstract>

Human Rights of Undocumented Immigrant Children

ZOONIL YI*

Undocumented immigrant children refer to children who do not have legal status of residence and stay in Korea. Since children usually enter Korea with their parents, the loss of legal status of residence occurs when the parents lose their legal status of residence. From the point of view of human rights, undocumented immigrant children who are most vulnerable are those who were born with both parents losing their legal status of residence. They do not have birth registration, so there is a high possibility that they will live as people who are alive but do not exist. Therefore, for undocumented migrant children, the right to birth registration should be guaranteed first. Currently, the birth notification system is being recognized as a realistic system that can realize the right to birth registration. In addition, the right to receive education should be guaranteed for undocumented immigrant children, and various basic social rights need to be guaranteed with minimum content. Any foreigner who does not have the legal status of sojourn can be deported, however, it is necessary to grant legal status of residence to at least undocumented immigrant children who were born in Korea and have been staying in Korea for a certain period of time or staying in Korea for a considerable period of time. The Republic of Korea, a signatory to the Convention on the Rights of the Child, must guarantee the various rights guaranteed to children under the Convention, especially the right to equality. And in order to realize the best interests

* Korea University School of Law, Professor

of children, which is the basic spirit of this Convention, it is necessary to quickly prepare legislation to materialize the human rights of undocumented immigrant children.

Key Words : Undocumented Immigrant, Undocumented Immigrant Children, Convention on the Rights of the Child, Universal Birth Registration System, Right not to be Deported