

일본의 외국인¹법제의 개요와 과제

유혁수 · 은용기

들어가며

2014년 6월 현재 일본에는 2,086,603명의 외국인이 단중장기적으로 체재하고 있다.² 일본 인구의 1.64%에 해당한다. 국/지역별로 보면, 중국이 648,734명으로 가장 많고, 한국/조선이 508,561명, 필리핀이 213,923명, 브라질이 177,953명으로 아시아와 남미가 압도적인 비율을 차지하고 있다.³ 2012년 7월 15일부터 실시된 신입관법은 외국인을 단기체재·외교관 등, 중장기체류 및 특별영주자의 3가지 종류로 분류하고 있는데, 중장기체류자 중에서 영주자, 일본인배우자, 영주자의 배우자 등 및 정주자와 특별영주자를 합해서 1,362,718명⁴이 일본을 생활의 본거지로 하여 장기적으로 체재하고 있는 소위 ‘정주외국인’이다.⁵ 그리고 외국인 중에서도 두가지의 특별한 카테고리인 특별영주자가 363,893명, 일계인(日系人)이 약 23만명을 넘어 합하면 정주외국인의 절반가까이를 차지하고 있다. 본고가 고찰의 대상으로 하는 ‘외국인법제’는 물론 외국인 전체에 관련된 것이지만 그 논의의 중심은 정주외국인이다.

현재 세계는 2001년 3.11 이후의 ‘테러와의 전쟁’에도 불구하고 제3의 ‘인간 이동시대’를 맞이하고 있으며, 주요국은 우수한 기능·지능노동력(자) 획득경쟁을 전개하고 있다.⁶ 일본정부도 전국 6개 지역의 국가전략특구에서 외국인노동자

1 ‘외국인’은 ‘일본국민이 아닌 자’(국적법 제3조 1항) 또는 ‘일본국적을 보유하지 않은 자’(입관법 제2조 2호)로 정의되어 있다. ‘외국인’이라는 용어는 차별적이라는 지적이 있지만, 본고에서는 법령 등에 맞추어 ‘외국인’이라는 용어를 사용하기로 한다.

2 외국인의 수는 2008년 2,217,426명으로 최고점에 달한 이래 매년 감소하여 2012년에는 2,033,656명이 되었으나, 현재는 간신히 감소세는 멈춰있다.

3 외국인 총수에서는 중국이 1위이지만 정주외국인의 수에서는 한국/조선이 450,665명으로 1위, 중국은 285,543명으로 2위이다.

4 영주자, 일본인배우자, 영주자의 배우자 등 및 정주자는 입관법 별표 제2에서 규정하고 있는 유형으로, 공통점은 활동내용에 제약이 없다는 점이다. 이 외에도 어떠한 이유로 영주권을 얻지 않고 사실상 정주하고 있는 사람들 있기 때문에 실제 숫자는 좀 더 있을 것으로 생각된다.

5 ‘정주외국인’이란 이를 최초로 체계적으로 제창한 오오누마 아스아키(大沼保昭)의 정의에 의하면, ‘일본을 생활의 본거지로 하며 그 생활실태에서 본국을 포함한 어느 국가보다도 더 일본과 깊게 연결되어 있으며, 그 점에서는 일본에 거주하는 일본국민과 동등한 입장에 있지만, 일본국적을 보유하지 않는 자’이다. 이 정의는 재일한국·조선인을 염두에 두고 있다고 생각되는데, 내외국인을 불문하고 공급사슬(supply chain)의 글로벌화 하에서 개인이 이전보다 더 큰 이동의 자유를 획득하고 있는 시대상황에서는 ‘정주성’의 내포를 보다 더 유연하게 파악할 필요가 있다고 생각된다. 大沼保昭 「『外国人の人権』論再構成の試み」 『単一民族社会の神話を超えて』

6 I.Goldin, G.Cameron and M.Balarajan, *Exceptional People: How Migration Shaped Our World and Will Define Our Future* (Princeton University Press, 2011).

유입을 확대하기 위한 검토에 들어가는 등, ‘전문적·기술적 분야 중에서 특히 우수한 자’(고도인재)를 받아들이는데 본격적으로 몰두하기 시작하였지만,⁷ 일본에 있는 외국인에게 놓여진 상황이 반드시 만족할 만한 것은 아니다. 신입관법은 극히 단서적이긴 하지만 새로운 재류제도에 근거한 재류의 ‘안정화’를 위한 시책을 포함하고 있으며, 연수·기능실습제도와 단순노동자의 ‘뒷문’(裏口)으로 일계인을 받아들여 온 것에 어느 정도 수정을 가하고 있지만, 여전히 ‘출입국관리정책’으로서의 기초가 유지되어 여전히 ‘이민정책’으로의 전환을 말하기에는 과제가 많으며 미온적이다.⁸

한편 외국인이 체재국에서 어떠한 법적·사회적 위상에 있는지를 보여주는 하나의 척도가 ‘이민통합정책지수’(Migration Integration Policy Index : MIPEX)라는 것으로, 2010년 3번째 MIPEX 조사에서 일본은 39개국 중에서 34위라는 낮은 성적을 받았다.⁹ MIPEX는 차별금지, 교육, 가족결합, 노동시장, 정치참여, 정주 및 국적취득의 용이함이라는 7개 항목에서 외국인이 어느 정도 체재국 사회에서 받아들여지고 있는지에 대한 ‘성적’으로, 일본은 특히 차별과 교육에서 매우 낮은 점수를 받았으며, 정치참가와 국적취득의 용이함이 그 뒤를 쫓고 있다.

세계적으로 우수한 기능·지식노동력(자) 획득경쟁이 전개되고 있는 지금, 일본이 외국인 노동자를 받아들이는 법제를 정비하여 ‘필요한’ 외국인을 불러모아 사회구성원으로 받아들이면서 진정으로 열린 풍요로운 사회가 되기 위하여는 MIPEX의 점수를 올리는 것과 함께, 그 근간을 이루는 외국인을 받아들이는 법제와 정책의 상태를 점검하여 과제를 정비하는 것이 급선무이다.

본고는 일본의 외국인법제의 개요, 즉 신입관법을 비롯하여 외국인에 관한 법제도의 전체상을 간추리면서 과제를 정리하는 것을 목적으로 하는데 「일본의 외국인법제의 현상과 과제」 연재의 권두논문이다¹⁰.

1. 몇가지 전제적 고찰

(1) ‘안넨(安念)교수의 패러독스’와 외국인 인권

외국인법제의 문제를 생각할 때 불가피한 것이 이른바 ‘안넨교수의

⁷ 出入国管理局「第4次出入国管理基本計画」2010년.

⁸ 「特集日本移民政策の転換点? - 2009年入管法改正をめぐって」『法律時報』2012년 11월호.

⁹ MIPEX에 대해서는 제2회 연재 近藤敦, 「移民統合政策指数(MIPEX)における欧米韓日比較」를 참조. 한국은 11번째라는 좋은 성적을 거두고 있는데, 그 이유는 외국인처우기본법 등 법제도의 정비와 외국인 지방참정권이 인정되고 있는 것이 주요인으로 생각된다. 노과심에서 말하지만, 한국의 전체적인 현실 역시 일본과 크게 다르지 않는다.

¹⁰ 본고는 연재 「일본의 외국인 법제의 현상과 과제」 연재의 권두논문인데, 필자들의 제으름으로 3회째의 연재가 되어버린 점 연재에 참가하신 분들에게 심심한 사과 말씀드린다.

또한 본고의 과제로서는 비교법적인 관점이 약한 것이지만 이 점은 연재후 출판등의 기회를 통해서 보완해나가려 한다.

패러독스'이다. 외국인 인권에 대한 리딩케이스인 맥린(McLean) 사건 최고재판소 판결은 '헌법 제 3 장의 규정들에 의한 기본적 인권의 보장은 권리의 성질상 일본국민만을 그 대상으로 하고 있는 것으로 해석되는 것을 제외하고, 일본에 재류하는 외국인에 대하여도 동등하게 미친다고 해석하여야' 한다는 일반론을 적시한 이후, '외국인에 대한 헌법의 기본적인 인권의 보장은...외국인 재류제도의 틀 내에서 주어진 것에 지나지 않는다' 고 한다. 안넨 준지(安念潤司)는 '(헌법에 의해서도 국제법에 의해서도) 외국인의 입국·재류를 인정할지 여부는 국가의 완전한 자유재량에 맡겨져 있는 결과, 입국·재류의 조건을 부과하는 의미에서 재류외국인의 인권을 자유롭게 제한할 수 있는 것이 된다고 한다면, 외국인의 입국·재류가 헌법상의 권리는 아니라는 원칙을 유지하면서 일본에 재류하고 있는 외국인의 인권을 논하는 것이 처음부터 질문의 방법으로 정당한가라는 의문이 생길거라는' 질문을 던졌다.¹¹

'외국인의 지위, 즉 외국인의 권리향유에 관한 법률'인 외인법(外人法)은 국제사회는 주권국가의 병존위에 성립되어 있으며 각 주권국가에 의해 법질서가 유지되고 있는 점에서 중요한 두가지가 결과한다. 하나는 '법의 국가주의'로, 권리가 법에 기초하고 그 법이 국가권력에서 유래하는 것이라면 모든 권리의 근거는 국가법이라는 사고방식이며, 다른 하나는 국적을 매개로 국가와 국민간에 충성과 보호의 관계가 성립하고 내국법상의 권리는 내국민에 대해서는 보호되며 그것들은 당연히는 외국인에게 미치지 않는다는 '자국민보호주의'이다. 내외인 평등사상은 프랑스혁명에서 주창된 이념들 중 하나였지만 프랑스 민법이 외국인의 권리향유에 대하여 조약상의 상호주의를 채택하였기 때문에 외국인의 지위는 조약상의 보증이 없는 경우에는 은혜 내지 국제예양의 문제만으로 다루어졌다.¹² 내외인 평등이라는 이념이 국제법상의 원칙으로 승화되지 못하고 외국인의 권리향유 혹은 외국인에 대한 권리제한이 각 주권국가의 입법정책상의 문제로 다루어진 이상 '안넨교수의 패러독스'는 당연한 귀결이라고 할 수 있다.

하지만 '안넨교수의 패러독스'는 오랜 세월에 걸쳐 형성되어 온 국제법상의 외인법에 의해 그 한 축이 무너지고, 세계화(globalization)의 파도가 그 발자취를 확실한 것으로 해 왔다.¹³

¹¹ 安念潤司, 『『外国人の人權』再考』 芦部信喜先生古稀『現代立憲主義の展開 上』(1993년) 167면. '일단 입국이 인정된 외국인에게 인권의 향유가 보장되어야 한다고 하면, 입국시 인권의 전부 또는 일부를 행사하지 않는 것을 조건으로 하는 것은 더 이상 허용되지 않는다... 그러나 일본에 재류하는 외국인의 인권을 인정한다면, 외국인의 입국·재류가 인정되지 않는다는 원칙 자체를 변경할 수 밖에 없을 것이다. 하지만 '이러한 난문을 돌파할 아이디어는 나에게서 없다'라는 독특한 사유로 논고를 맺고 있다.

¹² 이 부분은 사와키(澤木)의 뛰어난 기술에 따르고 있다. 澤木敬郎, 「國際人權規約と外人法」 『國際法外國雜誌』 第79卷第5号 (1980년) 4-5면.

¹³ 19세기 후반 유럽에서의 세계화와 1990년대 이후의 세계화 비교에 대해서는, "Schools Brief: One world?", The Economist Oct.18th 1997, pp.99-100 을 참조.

국가법인 외국인법에 의한 각국의 엄격한 외국인 규제는 외국인의 법적 지위를 매우 불안정하게 만들었고, 계속 늘어나는 국제경제교류의 커다란 장애요인이 되었기 때문에 우호통상항해조약이라는 조약법의 형태로 국제법상의 외국인법이 출현하였고, 그 후 일반국제법상의 외국인법의 존재가 인정되게 된다. 각 주권국가는 일반국제법상 외국인을 보호할 의무를 지는 것이 인정되어, 일정 범위에서 외국인의 권리가 승인되었다. 그러나 모처럼 형성되어 온 국제법상의 외국인법은 승인되어야 할 외국인의 권리개념의 추상성과 그것을 예외적으로 거부할 수 있는 요건의 추상성 때문에 국제적인 사권(私權)의 보호의 장에서 국제법 위반을 추궁하기 위한 유효한 법률적 도구로서 기능할 수 없었다.¹⁴

외국인 보호라는 점에서 획기적인 전기가 찾아온 것은 제 2 차 세계대전 후, 특히 1960년대 이후의 국제인권법의 성립에 의해서였다.

일찍이 사와키(澤木)는 1976년 발효한 국제인권규약의 의의를 외국인법의 관점에서 다음과 같이 제시하였다.¹⁵ 첫째, 국적에 의한 차별금지, 즉 내외인 평등원칙의 적용범위를 실제규정에서 명확하게 함과 동시에 확대하여 국제법상의 외국인법의 내용을 구체적으로 설정한 것이다. 다음으로 외국인의 권리보호를 거부할 수 있는 예외사태를 명확히 한정하여 내외인 평등원칙을 절대적인 것으로 완성하였다. 마지막으로 국제법과 국내법이라는 종래 외국인법의 이원성을 뛰어 넘는 새로운 방향성을 명확히 내세웠다. 종래 외국인법 체계에서, 국제법은 외국인보호의 최저기준을 정하였지만 그로 인해 직접 권리가 발생하는 것은 아니고, 국가책임, 외교적 보호 등의 국제법상의 법적 효과만이 인정되는 것이었지만, 국제인권규약은 단순히 외국인법상 권리의 리스트를 만드는 것에 그치지 않고, 국가법의 규정들이 현실적으로 국제법의 내용에 합치하는 것을 절차적으로 확보하는 실시조치를 정하고 있다.

물론 지금의 국제사회가 국민국가의 병존(≒공존)으로 성립되어 있는 이상, 당분간 ‘안넨교수의 패러독스’의 완전한 해결, 즉 내외인의 완전한 법적 평등은 생각하기 어렵다. 그러나 ‘국민 대(口) 외국인’이라는 이원주의적인 구조하에서 각국의 입법자에게 인정되고 있는 외국인 처우에 대한 자유재량은 세계화의 진전에 따른 전통적 주권·국적 개념의 재검토의 필요성,¹⁶ 정주외국인 존재의 상태화(常態化)에 수반하는 사회구성원성 판단기준의 (국적을 포함하는) 복수화 동향¹⁷、국제적인 인권보장의 진전에 의한 비차별원칙의 보급, 공급사슬(supply

¹⁴ 澤木, 「前掲論文」 (주 12) 11면.

¹⁵ 澤木, 「前掲論文」 (주 12) 14-15면.

¹⁶ 柳井健一, 「憲法学における国籍研究の意義・試論」 『早稲田大学大学院法研論集』 第 80号 (1997년) 361면.

¹⁷ 안넨(安念)은 일본에 재류하는 외국인의 인권 일반에 대하여 생각하고 있기 때문에 실정법령이 만들어 낸 카테고리인 ‘정주외국인’을 개별적으로 고찰할 필요는 없다고 하지만, 이미 오오누마 야스아키(大沼保昭)가 주장한 ‘외국인유형론’을 무시할 수 없다고 생각된다. 大沼保昭, 「『外国人の人権』論再構成の試み」、『単一民族社会の神話を超えて』 수록.

chain)의 글로벌화에 의한 주요국간의 우수한 기능·지식노동력(자)의 획득경쟁 등의 요인에 의해 다양한 형태로 영향을 받으며, 국가마다 큰 차이는 있지만, 각국의 입법자는 때로는 타율적으로, 때로는 자발적으로 일부나마 자유재량을 반납하지 않을 수 없는 상황이 되어가고 있다.

(2) 시빅 네이션(civic nation)과 에스닉 네이션(ethnic nation)

‘국민 대 외국인’이라는 전통적인 이원주의적인 구조가 동요하고 있다고 하더라도, 어떤 외국인을 받아들여 어떻게 처우할 것인가는 (당연히) 여전히 국가마다 많이 다르다. 일본은 MIPEX 의 점수가 말하고 있는 것처럼, 외국인을 받아들이는 것과 처우에 문제가 없는 것은 아니지만, 그 이유를 일본이 에스닉 네이션이라는 것에서 구하는 견해가 있으며, 그러한 견해가 맞다고 할 수 있을 것인가.

시빅 네이션(civic nation)과 에스닉 네이션(ethnic nation)의 구분법은 어느 정치공동체가 어떠한 구성원리에 근거하여 있는 지에 대한 일종의 이념형이다.¹⁸

시빅 네이션은 출신·관습·언어·지역·종교·신체특징 등과 관계없이 특정 정치적 신조 또는 시민적 가치에 합리적이고 자발적으로 찬동한 사람들의 집단으로서의 국가이다. 즉, 정치공동체를 동일한 에스니스티(ethnicity)의 사람들의 집단이 아니라 개인들의 사회계약이라는 인위적인 산물(demos)로 설명한다(nation ≠ ethnicity). 다민족국가의 경우가 많고, 영국, 미국, 프랑스가 전형적이며, 하버마스는 EU 시민의 새로운 아이덴티티로서 ‘헌법적 애국주의’(constitutional patriotism)를 주창한다.¹⁹ 이러한 국가들의 경우는 국적부여 요건으로 ‘출생지주의’를 채택하는 경우가 많다.

그와 반대로 에스닉 네이션은 공통의 출신·관습·언어·지역·종교·신체특징 등을 공유하는 동일한 에스니스티(ethnicity)의 사람들의 집단으로서의 국가를 정의한다(nation=ethnicity). 즉 정치공동체를 민족적·혈통적 기원을 공유하는 자연적 존재(ethnos) 로서 설명한다. 단일민족국가에 많고, 독일, 일본 및 한국이 전형적인 예이며 국적부여 요건으로 ‘혈통주의’를 취하는 국가가 많다.²⁰

이러한 이분법은 어디까지나 이념형이며 현실의 국가는 양자가 혼합되어 있으며 야크(Yack)가 말하는 바와 같이,²¹ 현재의 어느 정치공동체도 정치적 충성과 공동체

¹⁸ Michael Ignatieff, *Blood and Belonging: Journeys into the New Nationalism* (The Noonday Press, 1993) p.4. ; Bernard Yack, “The Myth of the Civic Nation”, *Critical Review* Vol.10, No. 2 (Spring 1996) p.193.

¹⁹ Jurgen Habermas, “Citizenship and National Identity: Some Reflections on the Future of Europe”, in R. Beiner ed., *Theorizing Citizenship* (State University of New York Press, 1995).

²⁰ 에스닉 네이션의 경우는 예를 들어, 일본 ‘국민’은 모두 ‘일본인’이어야 한다는 사고가 그 근저에 놓여져 있다. 그러나 단순히 일본인이라고 해서 단결심이 생기는 것은 아니고, ethnic nationalism 은 ‘적’을 상정하지 않으면 유지되지 않을 가능성이 높다고 여겨진다. *supra* note 18, p.7.

²¹ 야크(Yack)는 민족적 아이덴티티(national identity)가 자발적 동의에 기초하고 있다는 시빅 네이션의 전제도, 아이덴티티를 민족적(혈통적) 또는 문화적 기원에서만 구하는 에스닉 네이션의 전제도 신화(myth)일 뿐이며 현실은 그 중간에 있다고 말한다. Bernard Yack, *supra* note 18, p.193.

그 자체에 대한 충성의 양면을 지니고 있다. 그러한 의미에서 이 구분은 분석개념으로서는 한계를 지니고 있지만, 국가(사회)의 구성·운영의 무게가 어느 쪽에 더 놓여져 있는가 하는 점을 생각해보면 인식의 축으로서 나름대로의 의미가 있다고 생각된다.

일본의 경우는 후술하는 바와 같이, 메이지 이래로 확실히 에스닉 네이션으로 네이션 빌딩(nation building)을 해왔다.²² 제 2차 세계대전 후 일본국헌법의 전문에 있는 가치들을 공유하는 시빅 네이션으로 재시작할 기회가 있었지만, 냉전 발발과 국제사상에 물든 엘리트 계급의 획책으로 에스닉 네이션(적 발상)으로 회귀하여 오늘날에 이르고 있다. ‘일본에서 “외국인의 인권”이 자주 논의되면서 그 이론적인 탐구가 충분하지 않았던 원인은 아마 일본사회 전체에 뿌리깊은 단일민족·동질사회의 신화까지 거슬러올라 갈수 있다’라는 오오누마(大沼)의 지적은 동일한 맥락에서 이해할 수 있을 것이다.²³

(3) 단일민족·동질사회의 신화의 실정법성

일본의 현행 민법, 호적법 등의 조문에 ‘일본인’(日本人)이라는 단어를 볼 수 있다.²⁴ 이러한 법률에 나오는 ‘일본인’은 일본국적보유자라고 해석운용되고 있다고 말해지는데,²⁵ 왜 ‘일본국민(日本国民)이 아니라 ‘일본인’이라고 규정되어 있는 것일까? 사토 준이치(佐藤潤一)는 일본이 ‘제국’으로 출발하기 전 단계에서 국가형성을 위해 ‘국민’을 창출하지 않으면 안되었을 때 ‘일본인’이라는 추상적인 민족개념에 의거했는데, ‘국민’이라고 할 수 있는 정도로 ‘일본인’의 의식이 높아졌음에도 메이지유신 정부는 ‘국가에 복종하는 존재’라는 의미가 강한 ‘신민’(臣民) 개념에 의거해 대일본제국헌법을 제정하였다. 그 후 식민지 확대과정에서 제국의 ‘신민’을 ‘내지(内地)의 ‘일본인’과 그 외의 ‘외지(外地) 제국신민으로 구분하는 논리가 관철되면서 그 후에도 입법자에게 강하게 남아 현행법의 ‘일본인’ 문언을 포함한 법률에 구체화되어 있다고 한다.²⁶

제 2차 세계대전 후 어떻게 ‘제국신민’에서 ‘일본국민’으로 변하면서 단일민족신화

²² 일본을 ‘단일민족국가’로 자기규정하는 주장이 압도적으로 우세하게 된 것은 사실 전후부터이며 전간기에는 다민족제국, 혼합민족이라고 자기규정하는 주장이 오히려 우세하였다고 한다. 小熊英二, 『單一民族神話の起源——<日本人>の自画像の系譜』 (新曜社、1995년). 그러나 전간기의 다민족제국은 결코 다민족다문화주의에 입각한 다민족국가는 아니었다. 일본민족 이외의 타민족을 때로는 동화시키고, 때로는 배제하는 일본민족, 일본문화를 가치의 기준으로 하는 국가였다.

²³ 大沼保昭, 「前掲論文」 (주 17) 180면.

²⁴ 호적법 제 6 조: 일본인이자 않은 자(이하 ‘외국인’이라고 한다). 민법 제 741 조(외국에 있는 일본인 간의 혼인방식): 외국에 있는 일본인 간에 혼인하려는 경우에는 그 국가에 주재하는 대사, 공사 또는 영사에게 신고를 할 수 있다.

²⁵ 佐藤潤一, 『日本国憲法における「国民」概念の限界と「市民」概念の可能性』 (専修大学出版局、2004년) 19면.

²⁶ 상동, 55면.

의 (재)생산이 이루어졌는가 대해서는 이미 윤건차(尹健次)가 상세히 지적하고 있다.²⁷ 그 과정에서 전후 일본에 머무르게 된 조선, 중국, 대만 출신의 ‘외지’ 제국신민이 ‘외국인화’되면서 인권무시가 오랫동안 이어진 것은 주지의 사실이다.

GHQ가 1946년 2월에 일본정부에 제시한 헌법초안 제 13조에 ‘모든 자연인은 법 앞에 평등하다’, 그리고 제 16조는 ‘외국인은 법 앞의 평등한 보호를 받는다’라고 되어 있었다. 그러나 일본정부는 ‘모든 자연인’을 ‘모든 국민’이라고 바꾸었으며 ‘외국인은 법 앞의 평등한 보호를 받는다’는 조항을 삭제하였다. 이렇게 하여 만들어진 일본국헌법은 1947년 5월 3일에 실시되는데, 그 전날에 재일조선인·대만인을 일본국적을 가지지만 당분간은 ‘외국인으로 간주한다’는 외국인등록령을 실시한다.²⁸ 그리고 일본국헌법의 제정에 더해 1948년 1월에 신호적법이, 1950년 7월에 신국적법이 실시된다. 1952년 4월 28일 샌프란시스코 강화조약이 발효되자 조선인·대만인은 모두 일본국적을 상실하게 되었다. 윤건차는 ‘일본정부가 피점령하에서의 헌법제정과정에서 구식민지 출신자를 인권보장의 대상에서 교묘히 배제한 수법을 사용한 점에서 일본헌법이 세계적으로 통하는 ‘평화헌법’이라 말할 수 없는 것이 진실이다’라고 가차없이 지적한다.²⁹ 요시미 요시아키(吉見義明)도 ‘일본의 민주주의와 평화는 조선과 조선인을 희생해서 성취된 것이라고까지 말하기는 그렇지만, 그 희생이 보이지 않은 채 받아들여지게 된 것은 사실일 것이다’라고 적고 있다.³⁰

지금도 실정법률에 ‘일본인’이라는 단어가 남아있는 한편, 전후 ‘일본인’은 ‘제국신민’에서 ‘일본국민’으로, 조선인·대만인은 ‘제국신민’에서 외국인으로 뒤바뀐 역사는 얼마나 일본(사회)이 에스닉 네이션으로서의 색채가 강한지를 보여주는 것이다.

2. 일본의 전후 외국인법제의 시기구분

여기서는 지면관계상 전후만을 다룬다. 원래 시대구분이란 논자의 주관에서 오는 자의적 성격을 벗어나기 어렵지만 여기에서는 4기로 나누어 간단히 정리한다.³¹

제1기(1945-1979) : ‘배제와 차별과 동화’의 시대

전절에서 말한 것처럼 1945년 8월 15일 패전부터 1952년 4월 28일 샌프란시스코 강화조약까지의 시기는 한편으로 ‘일본인’은 ‘제국신민’에서 ‘일본국민’으로, 다른 한편으로 조선인·대만인은 ‘제국신민’에서 외국인으로 뒤바뀐 시기였다. 그 후 ‘외국인’은 ‘국민 대 외국인’이라는 형식적이고 엄격한 이원주의적 구조하에서

²⁷ 尹健次『日本国民論』第3章 (筑摩書房、1997년). 그리고 大久保史郎『人権主体としての個と集団：戦後日本の軌跡と課題』(日本評論社、2003년) 10-17면 참조.

²⁸ 일본국헌법의 인권에 관한 부분인 제 3장의 제목은 ‘국민의 권리와 의무’이다.

²⁹ 尹健次『前掲書』(주 27) 120면.

³⁰ 吉見義明『焼け跡からのデモクラシー：草の根の占領期体験 下』(岩波現代全書、2014년) 204면.

³¹ 곤도 아쓰시(近藤敦)의 시대구분을 참고하였다. 近藤敦「日本における多文化共生法制」한국인연구자포럼 제 31 회 정례연구회 원고 4면.

출입국관리법과 외국인등록법이라는 두개의 바퀴 아래 엄격하게 관리되어 간다. 일본국적을 상실한 재일한국·조선·대만인은 치안유지의 대상으로 지문날인을 강제당함과 함께 전쟁희생자원호입법의 대상에서 배제되는 불합리하기 짝이 없는 상황에 놓여진다.³² ‘당연의 법리’에 근거한 ‘공권력 행사 또는 공공의사 형성에의 참획(参画)’에 종사하는 공무원이 되기 위해서는 귀화에 의한 일본국적을 취득하는 방법 외에는 없었다. 게다가 1985년까지의 귀화절차는 일본식 이름으로 바꾸는 것이 요구되는 등 철저한 동화주의에 근거하고 있었다

1970년까지는 공적인 국적차별뿐만 아니라 고용에 관한 국적차별은 민간기업에서도 많았으며 그것이 완화되어 가는 것은 1970년 11월의 ‘히타치(日立) 취업차별 재판’에서, 히타치제작소의 채용시험에 합격하였지만 재일조선인이라는 것이 알려지면서 채용이 취소된 박종석(朴鐘碩)씨가 승소한 시기부터라고 말해도 좋을 것이다.³³ 박종석 사건 이상으로 일본사회와 재일사회에 커다란 반향을 불러일으킨 것은 사법시험에 합격한 김경득(金敬得)씨가 연수원(司法研修所)의 입소를 거부당한 사건이다. 2개의 사건을 통해 조금씩이나마 일본사회의 뿌리깊은 취업차별의 한 모퉁이가 무너져 나가고 시민적 권리의 폭이 넓어지기 시작한다.

제2기(1980-1989) : ‘평등과 국제화’의 시대로의 밀바탕

1975년 4월 30일 베트남의 사이공 함락을 시작으로 인도차이나 난민의 대량발생은 이제까지 완고하게 문호를 닫고 있던 일본의 난민유입이라는 사태를 초래하며, 일본정부는 1979년 2개의 국제인권규약에, 1982년에는 난민조약에 가입하지 않을 수 없었다. 이른바 인도차이나 난민은 흑선(黒船)이 되었다.³⁴ 이에 따라 ‘내외인 평등원칙’에 근거한 사회보장법의 다양한 개정을 필요로 하였고, 주택금융공고, 국민연금, 아동수당, 국민건강보험 등에서 국적조항·요건이 철폐되어 갔다. 한편, 여성차별철폐협약을 비준하여, 1985년부터 국적법이 개정되어 부계혈통주의에서 부모양계혈통주의로 바뀌었다. 이러한 개정으로 이미 결혼상대방의 80% 이상이 일본인이었던 재일한국·조선인의 인구동태에 상당한 변화가 일어났다.³⁵ 국적법 개정과 동시에 호적법도 개정되어 ‘외국성(姓)’이

³² 상세는 田中宏『在日外国人—法の壁、心の溝 第3版』제2장에서 제4장 참조.

³³ 崔勝九·加藤千香子編『日本における多文化共生とは何か—在日の経験から』(新曜社、2008년).

³⁴ 일본의 2개 조약비준은 어디까지나 인도차이나 난민에 대한 국제적 부담의 일환으로 이루어졌기 때문에 국내에 있는 외국인, 특히 다수를 차지하고 있는 재일한국·조선인의 처우개선을 위한 것은 아니었다. 결국 반사적 이익에 지나지 않았다. ‘흑선(黒船)이 된 인도차이나 난민’이라고 명명된 제6장에서 다나카(田中)의 다음과 같은 지적을 한국정부·국민 및 재일사회는 마음에 새겨야 할 것이다. ‘이러한 전환이 식민지 지배와 관련된 한일조약에 의해서가 아니라 인도차이나 난민이라는 ‘흑선(黒船)에 의해서 실현되었다는 것은 명기되어야 할 것이다’라고. 田中宏,『前掲書』(주32) 174면.

³⁵ 개정법에서는 이미 출생한 일본인 어머니에게서 태어난 20세 미만의 아이에게는 양계혈통주의가 소급하여 적용되는 경과조치가 포함되어, 개정후 3년간에 한해 ‘신고’로 일본국적 취득이 가능한 경과조치가 마련되어 약 3만명(절반이 한국·조선인)이 일본국적을

인정되게 되었으며, 일본식 이름을 강요하는 귀화절차는 변경되게 되었다.³⁶

1970년대에 시작된 재일한국·조선인의 차별반대투쟁은 1980년대에 들어가서 더욱 조직적으로 전개되었다. 이러한 운동을 지원하는 일본인 시민단체의 협력하에 지방공무원채용, 공립학교 교원채용, 노령연금문제, 지방참정권문제 등 여러 방면에서 전개되었으며, ‘검지손가락의 자유’ (人差し指の自由)라는 슬로건 하에서 인권문제로서 격렬하게 전개된 것은 외국인등록증의 지문날인 반대운동이었다, 1980년 9월 한종석(韓宗碩)씨의 지문날인 거부에서 시작되어, 그 후 계속해서 체포되는 사람들이 나오는 와중에 1983년 7월에 전국시장회가, 8월에는 민단이 운동에 참가하였다. 일본정부는 거부자를 체포하는 등 억압정책으로 대응하였지만 1987년 9월 외국인등록법 개정으로 ‘지문 1회 한정’에, 1992년 6월 개정법에서 영주자 및 특별영주자에 대한 지문날인폐지를 거쳐, 1999년 8월에 완전히 폐지되었다.

제3기(1990-2005) : ‘정주와 공생’ 시대로의 일보

1989년에 실시된 개정 입관법은 입국관리의 근간을 이루는 재류자격을 현재와 같은 별표식 재류자격으로 정비하는 한편, 경제계의 요청에 의해 일계인과 그 가족에게 영주유사 재류자격인 ‘정주자’를 도입하여 이른바 단순노동에 대한 ‘뒷길’(裏道)이 마련되었다.³⁷ 그리고 1991년 ‘한일법적지위협정에 근거한 협의 결과에 관한 각서’에 근거하여 ‘입관특례법’³⁸이 제정되어 구식민지 출신자와 그 자손에 ‘특별영주’자격이 인정되어 신분적인 안정이 이루어졌다.³⁹ 그로부터 1998년에 공표된 영주허가기준에서는 종래의 20년이 아니라 일반적으로 10년의 거주가 기준이 되었지만, 일계 2세는 1년만 거주하더라도 가능하게 되었다.⁴⁰ 외국인 중에서 2개의 ‘특별한’ 카테고리인 특별영주자와 일계인을 중심으로 ‘정주’가 진행되어, 1994년에는 재일한국인단체인 민단의 명칭에서 ‘거류(居留)라는

취득하였다.

³⁶ 田中宏, 『前掲書』 (주 32) 181 면.

³⁷ 다나카(田中)는 일계인의 입국·재류는 일본인과의 신분관계에 근거한 것으로, ‘본래’는 외국인노동자의 유입과는 아무 관계가 없으며 일본의 정책 ‘왜곡’이 투영되어 있다고 말한다. 상동 224 면. 한국도 중국의 조선족에게 일계인 유사지위를 부여하여 같은 방법을 사용하고 있다. 게다가 단체관리형의 ‘연수생’ 유입을 가능하게 하여, 그 연장선상에 1993년 ‘기능실습제도’의 창설되었다. 明石純一 「日本の『移民政策』の変遷における2009年入管法改正」 『法律時報』 2012년 11월호, 11-12 면.

³⁸ 정식명칭은 「日本国との平和条約に基づき日本の国籍を逸脱した者等の出入国管理に関する特例法」이다. 1991년 「日韓法的地位協定に基づく協議の結果に関する覚書」 이후의 재일 사회가 어떻게 변모해 왔는지에 대해서는, 柳赫秀 「在日韓国・朝鮮人の法的地位と社会的位相：1991年合意覚書以後を中心に(ハンブル)」 『日本批評』 12号 (2015년 2월) 을 참조.

³⁹ 외국인 중에서도 2개의 특별한 카테고리인 특별영주자는 363,893명, 일계인은 약 23만명에 이르며, 합해서 정주외국인의 절반 가까이를 차지하고 있다.

⁴⁰ 近藤敦, 「前掲論文」 (주 31) 5 면.

두 문자가 삭제되어 정주의 진행이라는 사실이 반영되었다.

민단의 운동 중심은 지방참정권의 획득으로 이동하여, 1995년 최고재판소가 영주자 등의 지방참정권을 법률로서 인정하는 것은 헌법에서 금지되어 있지 않으며, 입법정책의 문제라고 판시한 것에 고무되어,⁴¹ 지방참정권운동은 1998년 당시의 신진당과 공명당 등의 ‘외국인지방참정권부여법안’에서 최고조에 달했으나, 자민보수파들의 특별영주자에 대한 국적간이취득법안 등의 교란전술도 있어 좌절되었고,⁴² 2002년 북조선납치문제가 표면화된 이후에는 히구치 나오토(樋口直人)가 말하는 ‘동아시아 지정학’의 질곡속에서 출입구를 찾지 못하고 있다.⁴³

한편, 1996년부터 가와사키(川崎)시에서 도입된 외국인시민회의, 지방공무원에 대한 문호개방, 2002년 이후 조례에 근거한 주민투표에의 외국인 참가도 각지에서 넓어지기 시작하여, ‘정주와 공생’으로의 일보를 내딛었다. 유학생 10만명을 받아들이는 것을 주장하면서도 일본국내의 외국인학교 졸업자에 대하여 완강하게 문호를 닫고 있던 문부과학성과 국립대학도 2003년에 대학입학자격을 인정하여 ‘내적인 국제화’(内なる国際化)가 일보 진전되었다.⁴⁴ 이러한 변화는 2000년 법무성의 제2차 출입국관리기본계획에 ‘앞으로는 한층 더 일본인과 외국인이 원활히 공존·공생하여 나아가는 사회만들기가 필요하며, 일본사회의 구성원이며 거주자인 외국인에 대해 개개의 행정 분야에서 단편적으로 개입하는 것이 아니라, 종합적인 외국인 행정을 구축할 필요가 있다’라고 반영되었다.⁴⁵

제4기(2006-) : ‘다문화공생’ 사회 문턱에서의 담보

2006년에 총무성은 ‘앞으로의 글로벌화 진전 및 인구감소경향을 감안하면 외국인주민의 증가가 한층 더 예상되기 때문에’, ‘국적과 민족 등 다른 사람들이 서로의 문화적 차이를 인정하고 대등한 관계를 구축하면서 지역사회의 구성원으로서 함께 살아 가는 지역만들기 추진’⁴⁶을 위하여 전국 도도부현(都道府県)과 정령지정도시에 지침과 계획의 정비를 구하였다. 한편, 2010년 책정된 제4차 출입국관리기본계획도 ‘일본사회에 활력을 불어넣는 외국인의 원활한 유입’ 필요성을 강조하면서, ‘일본인구가 감소하고 있는 상황에서 지역사회의 활력을 유지하기 위해서는 외국을 포함한 모든 사람이 서로 도와, 능력을 최대한으로 발휘할 수 있는 사회만들기가 필수적이며, 이러한 점에서도 지역의 외국인과 공생을 추진해 갈

41 最三小判平成7・2・28民集49卷2号639면.

42 鄭寅變 撰 『在日弁護士金敬得追慕集』(ハングル) 143면.

43 樋口直人 『日本型排外主義—在特会・外国人参政権・東アジア地政学』(名古屋大学出版会, 2014년) 제7장 이하 참조.

44 田中宏 『前掲書』(주32) 291면.

45 法務省 「第2次出入国管理基本計画」(2000년) 92頁.

46 다문화공생의 정의라고 말해도 좋을 것이다. 「地域における多文化共生推進プラン」 3면.

필요성은 한층 더 높아질 것으로 생각된다'고 주장한다.⁴⁷ 결국, '외국인의 선별적인 유입'과 '유입된 외국인의 지역사회 구성원으로서의 공존'이다. 그러나 지역만들기로서의 '사회참가(社会参画)에 참정권의 보장이 마련되어 있지 않는 등 국정차원의 법개정이 필요한 문제는 아직 손대지 않고 있는 점,⁴⁸ 일종의 문화적 권리의 보장과 관련있는 '커뮤니케이션 지원'에 민족적 소주자의 언어보호가 포함되어 있지 않는 등의 중대한 한계가 있다.

이상의 기초를 실천하는 법적 구조는 현재 2009년 개정되어 2012년 7월부터 시행되고 있는 신입관법이다.⁴⁹ 이 법은 무엇보다도 종래의 입관법과 외국인등록법에 의한 2원적 재류관리제도를 통합하여, 외국인 재류에 관한 정보·관리체제를 일원적으로 재구축하였다. 구체적으로는 재류카드신설과 외국인본인의 신고에 의한 정보의 계속적 파악, 외국인 소속기관에 의한 신고, 적법한 재류외국인의 대장제도의 정비, 사실조사에 의한 재류자격 취득·별척강화 등에 의한 정보의 정확한 담보이다. 다른 한편, 재류기간의 상한연장, 재입국허가제도의 재검토 및 특별영주자규정 등에 의해 적법하게 재류하는 외국인의 편리성을 향상시켰다. 이른바 당근과 채찍의 동시사용이다.⁵⁰

3. 외국인법제의 개요

전술한 바와 같이 외국인의 법적 지위는 1 차적으로는 각국의 헌법질서에 의해 규정된다. 그러나 국제법상의 외인법의 발전에 의해 국가법으로서의 외인법이 제약을 받게 되고, 특히 1960년대 이후 국제인권법의 발전에 의해 국제법과 국내법이라는 종래 외인법의 이원성을 극복할 수 있는 새로운 방향성이 제기되었다. 이에 따라 일본의 외국인법제에 대해서는 '일본국이 체결한 조약 및 확립된 국제법규'(헌법 제 98 조 2 항) 중에서 국제법상의 외인법⁵¹과 국가법으로서의

47 出入国管理局「第4次出入国管理基本計画」28면.

48 近藤敦「前掲論文」(주31)5면.

49 「特集日本移民政策の転換点?—2009年入管法改正をめぐって」『法律時報』2012년 11월호.

50 우선 山田利行의『新しい入管法: 2009年改正の解説』(有斐閣, 2010년)가 편리하다.

그러나 신개정법 하에서 당근보다 채찍이 선행하고 있는 것은 아닌가하는 것이 필자가 실제로 느끼는 바이다. 아베 고우키(阿部浩巳)도 '새로운 재류관리제도는 입국관리서가 한 정보과약과 시구정촌(市区町村)이 한 정보과약을 일원화한 것이 가장 큰 특징이다'라고 하면서 그것은 국가가 사회에 더욱 더 깊숙이 침입하고 있는 것을 의미하며,

감시통치기능의 강화라고 한다. 「外国人の定住受入れ—安全保障化と人権保障の交錯—」『法律時報』2012년 11월호, 29면.

51 현재 일본은 거의 대부분의 국제인권조약에 가입해 있지만, 개인의 통보를 수리하여 검토하는 것을 규정한 주요선택의정서는 수락하지 않고 있으며, 주요 조약에는 국내체제와의 정합성을 지키기 위하여 여러 곳에 유보를 하고 있다. 외국인의 법적 지위와의 관련하여 중요한 것은 모든 형태의 인종차별 철폐에 관한 국제협약 제 4 조의 '인종적 우월주의에 근거한 차별 및 선동의 금지'(a) 및(b) 규정을 대해, '...일본국헌법 하에서 집회, 결사 및 표현의 자유 그 외의 권리보장과 저촉하지 않는 한도에서' 준수한다고 함으로써 현재 일본의 헤이트스피치(hate speech) 문제와 관련하여 큰 논란을

외인법⁵² 모두를 살펴볼 필요가 있지만, 그것을 망라적으로 소개하는 것은 불가능하기 때문에 상세한 것은 외국인법제에 관한 일반서적에 맡기고,⁵³ 여기에서는 주로 외국인에게 인정되지 않는 것으로 여겨지는 것, 인정되지만 제약을 수반하는 것을 들어 간단히 정리한다.

(1) 외국인의 인권향유 주체성

처음부터 일본국적을 가지지 않는 외국인이 일본국헌법이 보장하는 인권향유의 주체인지 여부에 대해서는, 통설 및 판례는 이를 인정하고 있다. 아시베(芦部, 다카하시(高橋) 보정판)는 ‘인권은 전(前)국가적·전(前)헌법적인 성격을 지니며, 헌법이 국제주의의 입장에서 조약 및 확립된 국제규칙의 준수를 정하고, 국제인권규약 등에서 볼 수 있듯이 인권의 국제화 경향이 현저하게 나타나고 있는 것을 고려하면, 외국인에게도 권리의 성질상 적용가능한 인권규정은 모두 미친다고 생각하는 것이 타당하다’라는 ‘권리성질성’을 주장한다.⁵⁴ 전술한 맥린(McLean) 사건 최고재판소 판결은 ‘헌법 제 3 장의 규정들에 의한 기본적 인권의 보장은 권리의 성질상 일본국민만을 그 대상으로 하는 것으로 해석되는 것을 제외하고, 일본에 재류하는 외국인에 대하여도 동등하게 미친다고 해석하여야 한다’고 말한다.⁵⁵ 결국 어떠한 권리가 외국인에 미치는가에 대해서는 ‘권리성질설’에 근거하여 개별 구체적으로 판단하고 있으나, 오오누마 야스아키(大沼保昭)가 ‘외국인유형론’을 주장한 이래,⁵⁶ ‘외국인에게도 일시적인 여행자 등의 일반외국인 외에 일본에 생활의 본거지가 있고 거기에다 영주자격이 인정된 영주외국인(…), 난민 등, 유형을 현저하게 달리하는 것이 있다는 것에 특히 유의하지 않으면 안된다’라는 인식이 일반적으로 되고 있다.⁵⁷

일으키고 있는 것은 주지의 사실이다. 다른 하나는 아동의 권리에 관한 협약에 붙인 해석선언에서 동협약 제 9 조 1 항의 ‘부모로부터의 분리금지’가 출입국관리법에 근거한 퇴거강제의 결과로서의 분리에는 해당하지 않는다 것과 제 10 조 1 항에서 정하는 가족의 재통합을 목적으로, 체약국에 입국 또는 출국 신청한 경우에 대해서는 ‘적극적, 인도적, 신속한 방법’으로 취급할 의무는 신청의 결과에 영향을 미치는 것은 아니라는 해석선언이다. 일본이 행하고 있는 유보와 해석선언에 대해서는, 田中則夫, 藥師寺公夫, 坂本茂樹編, 『ベーシック条約集』 (東信堂, 2015년) 제 3 장을 참조.

⁵² 手塚和彰, 『外国人と法』 자료 1 「外国人への諸制度の適用」 (374-379 면) 은 외국인에 대한 일본의 국내법 적용 여하에 대하여 일목요연한 정리이다.

⁵³ 2009년 신입관법이 포함되어 있지 않는 등 다소 오래되었지만 이하의 2 권의 책이 대표적이다. 手塚和彰, 상동. 荻野芳夫, 『外国人と法』 (明石書店, 2000년) .

⁵⁴ 芦部信喜(高橋和之보정) 『憲法 第四版』 (岩波書店, 2007년) 90 면.

⁵⁵ 最大判昭和 53・10・4 民集 32 卷 7 号 1223 면.

⁵⁶ 大沼保昭, 『前掲書』 (주 17) 180 면.

⁵⁷ 芦部信喜(高橋和之보정) 『前掲書』 (주 54) 90 면. 新井信之 「外国人の類型化と権利の性質」, 畑博行・水千之穂, 『国際人権法概論第三版』 213 면.

외국인의 권리의 경우, ‘외국인’을 일률적으로 취급하여 ‘권리의 성질’에서 추상적인 결론을 이끌어내는 내는 것이 아니라, 해당 개인의 생활실태에 주목한 권리보장을 생각할 필요를 역설한 것으로는, 申惠丰 「外口人の人権」 国際法学会編 『日本と国際法の

(2) 입국, 재입국 및 재류

□□(McLean) □□ □□□□□는 국제관습법상 국가는 외국인을 받아들일 의무를 지지 않고, 특별조약이 없는 한 외국인을 받아들이는 것과 받아들일 수 있는 경우 어떠한 조건을 부과할 것인가를 자유롭게 결정할 수 있다. 외국인에게는 헌법상 재류의 권리 내지 계속해서 재류할 것을 요구할 권리가 보장되어 있는 것은 아니라며 재류기간의 갱신이 적당하다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는지의 판단에 대한 법무장관의 재량권을 국익수호의 관점에서 폭넓게 인정하였다.

입국의 자유에 대해서는 미일통상항해조약상의 ‘조약상의 상인’과 같이,⁵⁸ 조약상의 외인법에 의한 국가재량에의 제약이 있으며, 후술하는 직업선택의 자유와 관련해서 국제법의 외인법은 계속해서 증가하고 있다. 문제는 일단 입국이 인정된 외국인의 재류권리와 그에 대한 당국의 재량권에 대한 것인데, 국제인권법의 발전이라는 일반적인 상황은 차치하고라도, 영주자와 같이 일본사회를 본거지로 생활을 영위하고 있는 정주외국인의 사회구성원성과 가족생활을 영위할 권리가 보다 체계적으로 존중될 필요가 재류국의 의무로서 요청되고 있는 점을 잊어서는 안된다.⁵⁹ 법무장관의 광범위한 재량권의 존재와의 관계에서 행정절차법 제3조 1항 10호에는 ‘외국인의 출입국, 난민의 인정 또는 귀화에 관한 처분 및 행정지도’가 적용제외로 되어 있는 것에 대해서도 검토할 필요가 있을 것이다.⁶⁰

(3) 공적 영역에의 참가권리

① (지방)참정권

참정권은 국민이 자기가 속하는 국가의 정치에 참가할 권리이며, 그 성질상 당해국가의 국민에게만 인정되는 권리라고 일반적으로 이해되고 있다. 특히 협의의 참정권(선거권·피선거권)은 외국인에게는 미치지 않는다(공직선거법 제9조·제10조, 지방자치법 제18조)라고 되어 있다. 이는 기본적 인권에 대한 ‘공공복지’에 의한

100年第4卷人權』(2001년) 157-8면 참조.

⁵⁸ 미일통상항해조약 제1조.

⁵⁹ 출입국관리법에는 가족결합에 대한 체계적인 지침이 빠져있다고 지적하고 있는 것으로는, Kondo Atsushi & Yamawaki Keizo, “MIPEX and Japan: Findings and Reflections”, *OMNES*, 2014, Vol. 4. No2, p.72.

⁶⁰ 전계 JCLU 의견서는 적용제외규정의 근거로서 원래 국가주권에 속하고, 국가가 자유롭게 결정할 수 있는 것으로 법적 통제에 익숙하지 않고 ‘국민’의 권리의익 구제를 목적으로 하는 동법의 대상으로 하는 것은 타당하지 않기 때문이라고 하나, ‘개인의 권리의익·존엄의 확보 및 행정의 공공성 실현이라는 점에서 생각하면, 일본국적을 보유하고 있는지 여부는 문제가 되지않는 바, 국가주권이라는 본질론에서 연역적으로 입관행정 등을 행정절차법 및 행정불복심사의 적용제외로 하는 것은 타당하지 않으며’, ‘적용제외되고 있는 국면에서 행정절차 및 행정불복심사법을 적용하더라도 국가주권이 위협받는 사태는 상정하기 어렵다’고 반론하고 있다.

또한 한국의 행정절차법 제3조 9호도 같은 규정을 두고 있다.

계약이 아니라 국가기관으로서의 국민, 즉 통치기구상의 ‘국민주권’ 원리의 문제로서 논의되고 있는 것으로,⁶¹ 국정 차원의 정치참가가 국민에 한정되는 것에는 학설상, 판례상으로도 일치한다.

문제는 지방 차원에서의 정치참가이다. ‘지방자치체, 특히 시정촌(市町村)의 주민 생활에 가장 밀착된 지방자치체 레벨에서의 선거권은 영주자격을 가지는 정주외국인에게 인정될 수 있다고 해석되어야 할 것이다’라는 유력설이 있으며,⁶² 정주외국인에게 법률에서 선거권을 부여하는 것은 헌법상 금지되지 않는다는 판례⁶³가 있는 반면, ‘일본의 정치적 의사결정 또는 그 실시에 영향을 미치는 활동’의 으뜸가는 것이 입헌민주주의 하에서의 선거권·피선거권이며, 그것에 국적요건을 정하는 공직선거법 제 9 조·제 10 조는 입헌정책에 의한 창설적 규정이 아니라 헌법상의 요구를 구체화한 확인적 규정이라는 다수설을 상회하는 유력한 논거는 아직 제기되고 있지 않다’라는 강력한 반론이 대치하고 있다.⁶⁴

이 문제는 최종적으로는 입법정책의 문제로서 일본사회의 선택에 달려있으나 2002년 북조선의 납치문제가 표면화되고 중국의 대두에 의한 일중관계의 악화라는 히구치 나오토(樋口直人)가 말하는 ‘동아시아 지정학적 조건’이 가로막고 있어,⁶⁵ 이후의 전망은 결코 밝지는 않지만, 일본사회가 고령화·저출산에 의한 쇠퇴를 극복하고 열린사회로 가려면 피할 수 없는 문제일 것이다.⁶⁶

② 공무담임권

종래 일본에서는 ‘당연의 법리’, 즉 ‘공권력 행사 또는 국가의사 형성에의 참획(□□)’에 종사하는 공무원이 되기 위해서는 일본국적을 필요로 한다’는 정부견해(1953년 내각법제국 제1부장 회답)에 의해, 일정 공무원에 대한 외국인의 임용은 금지된다고 해석되어 왔다.

(i) 국가공무원

공무원이 되는 자격으로 일본국적을 보유하는 것에 대하여, 헌법상의 규정은 없으며 법률에 맡겨져 있는데, 국가공무원에 대한 임용 등의 기준을 정하는 국가공무원법은 임용의 기준을 인사원규칙에 맡기고 있다. 국적조항을 마련하고

⁶¹ 新井信之「日本における外国人の権」『国際人権法概論第3版』(有信堂、2002년) 140면. 이에 대하여 참정권에는 국민주권원리의 측면뿐만 아니라 인권의 함의가 있다는 점을 지적하고, 참정권이 개인의 행복추구의 일부인 점을 강조하는 것으로, 江橋崇「外国人の参政権」『塩野宏先生古希記念 行政法の発展と変革上巻』(有斐閣、2001년) 183면.

⁶² 芦部信喜(高橋和之보정)『前掲書』(주 54) 90면.

⁶³ 最三小判平成7・2・28民集49卷2号639면.

⁶⁴ 手塚和彰『前掲書』(注 52) 229頁.

⁶⁵ 樋口直人『前掲書』(주 43).

⁶⁶ 이미 주민투표조례를 제정한 수많은 지방공공단체가 영주외국인에게 투표권을 인정해 온 실적이 있다. 또한 2012년 7월에 실시된 개정 주민기본대장에서 중장기채류자와 특별영주자 등 일정 외국인이 동법의 적용대상으로 되었다는 점이 보여주고 있듯이 이제는 외국인 주민이 지역사회의 없어서는 안될 구성원이라는 점은 분명하다.

있는 것은 인사원규칙 8-18 제9조 1항 3호에서 ‘일본의 국적을 보유하고 있지 않은 자는 채용시험을 볼 수 없다’고 하고 있다. 그 때문에 ‘인사원규칙이 일본국적을 보유하지 않는 자를 일률적으로 채용시험에서 배제하고 있는 것은 법률상의 근거를 결한 권리의 제약이다’라는 비판을 받고 있다.⁶⁷

다만, ‘공권력의 행사에 해당하는 직’과 ‘국가의사 형성에 참획(□□)하는 직’에 해당하는 것으로 생각되지 않는 ‘육체적 기계적 기술적인 근무를 내용으로 하는 직’, 정부 또는 그 기간과 외국인 간에 개인적 기초에서 이루어지는 근무계약, 혹은 개별적인 법에 의해 인정되는 직(국립대학의 외국인 임용법) 등의 경우는 외국인이 임용될 수 있다. 그러한 경우에도 관리자로서의 임용은 가능하지 않고,⁶⁸ 임기가 정해질 수 있으며, ‘행정기관의 직원의 정원에 관한 법률’상의 정원총수의 범위내에 있는 일반직 직원으로서의 신분을 가지지 못하는 것이 대부분이다.⁶⁹

(ii) 지방공무원

지방공무원에 대해서도 지방공무원법은 인사위원회에 수험자격을 정하도록 하고 있으나 ‘당연의 법리’(1973 년 자치성 공무원 제 1 과장 회답)에 근거하여 수험자격자를 일본국적을 보유하는 자에 한정하여 취급해 왔다. 그러나 최근에는 ‘공권력의 행사 또는 국가의사 형성에 참획(□□)하는’ 자 이외의 공무원에 대해서는 각 지방자치체의 판단과 사정에 따라 일본국적을 보유하지 않는 자도 임용될 수 있다고 생각되게 되었고 외국인에게 문호를 넓히려는 움직임이 일고 있다.

다만, ‘당연의 법리’는 여전히 임용에서의 기본원칙으로 여겨지며, 이에 저촉하는 것으로 판단되는 직에 대한 취입은 제한되고 있다. 그러나 관리직에의 승진제한에 대해서는 헌법 제14조 1항의 법 앞의 평등보장 외에 국적을 이유로 하여 근무조건에 대하여 차별적 취급을 받지 않는다는 평등취급의 원칙(노동기준법 제3조, 112조, 지방공무원법 제58조 3항)에 반하는 것은 아닌지가 문제가 된다.⁷⁰

또한 많은 자치체가 소방이원(吏員, 소방직원 중 계급을 가지고 소화활동 등의 업무에 종사하는 자)에 대한 취입을 일본국적을 보유하고 있는 자에 한정하고 있으며, 국립학교의 교원에 대해서는, 문부성의 통달(‘재일한국인 등 일본국적을 보유하지 않는 자의 국립학교 교원에의 임용에 대하여’(1991 년 3 월 22 일, 문교지(文□地) 제 80 호)에 의해 외국인에 대하여 교원채용시험의 수험을

67 「JCLU 公的な国籍差別の撤廃を求める意見書」(2013 년) 6 면.

68 국립대학 시대에 외국인 교원은 학(총)장이나 학부장 등 관리직은 될 수 없다고 해석되었으나, 국립대학법인이 된 이후에는 그 제한이 없어졌다.

69 手塚和彰『前掲書』(주 52) 232 면.

70 「JCLU 公的な国籍差別の撤廃を求める意見書」(2013 년) 7 면. なお、 도쿄도의 보건사인 한국국적의 재일 2 세 정향균(鄭香均)씨가 1994 년·95 년에 관리직 시험의 수험을 ‘당연의 법리’를 이유로 거부된 사실을 둘러싼 ‘관리직선발수험자격확인 등 청구의 소’에 대해서는, 鄭香均편저『正義なき国、「当然の法理」を問いつづけ』(明石書店、2006 년) 을 참조.

인정하였지만, 정식교사(口諭)는 될 수 없고, ‘임용기간이 없는 상근강사’로서 임용되어 ‘주임’을 맡을 수 없다고 여겨지고 있다.

(iii) 그 외

인권옹호위원, 민생위원 및 아동위원(모두 시정촌(市町村)의회의원 선거권자에 한정)에 대해서도, 일본국적을 보유하는 것이 법령상 명문으로 요구되는데, 민사·가사조정위원, 사법위원, 일본학술회의회원의 경우는 법률상 명문의 근거가 없지만 일본국적 소지가에 한해 임용되고 있다.

(4) 직업선택의 자유와 재산권

일본국헌법이 직업선택의 자유·영업의 자유(헌법 제 22 조 1 항)와 재산권(헌법 제 29 조)을 일본인만에 한정하여 보장하고 있는지는 조문에서 명확하지는 않지만, 공공복지 개념을 이용하여 외국인의 자유와 권리의 취득을 제한하는 것을 유보하고 있다. 이에 따라 민법 제 2 조는 외국인은 법령 또는 조약에서 금지하는 경우를 제외하는 외에는, 사권을 공유한다고 규정하고 있다. 학설도 ‘경제적 자유권은 권리의 성질상 국민과 다른 특별한 제약을 가할 필요가 있다’고 한다.⁷¹

토지의 취득에 대해서는 외국인토지법이 외국인이 토지와 관련된 권리를 향유할 수 있는지에 대해서는 상호주의의 입장을 취하고 있지만, 외국인은 원칙적으로 토지의 소유권, 질권, 저당권을 취득할 수 있는 것으로 되어 있다. 그러나 선박·항공기 취득, 주식의 취득 및 지적재산의 취득에는 여러가지 제한이 부과되어 있다.

외국인의 직업선택의 자유·영업의 자유에 대해서는, 공익상의 이유에서 다양한 제한이 부과되고 있다. 우선, 공익상의 이유에서 외국인에게 영업을 인정하지 않는 것과 영업의 허가를 부여하지 않는 것, 혹은 국제거래 등에 대하여 법인의 일본국적을 인정하지 않는 것, 영업규제를 실시하고 있는 것이 있다. 다음으로 공익상의 이유에서 일본정부의 면허 내지 인가 또는 등록을 받도록 되어 있는 것, 그리고 공적인 자격시험이 부과되어 그 시험에 합격하여 일정 실습 등을 거쳐 등록, 면허를 받아야만 하는 것 등 다양하다.⁷²

다른 한편, 19 세기의 후반을 통해서 유럽에서 다자간 무역·결제시스템의 형태에 따라 제 2 차 세계대전후는 미국주도의 국제적인 경제활동의 자유화가 추진되어, 외국인의 사권 향유가 확대되어 왔다. 이러한 움직임은 처음에는 우호통상항해조약의 형태로 양자간 진행되었으나, 머지않아 GATT 를 거쳐 다각화되어 오늘날의 WTO 에 이르고 있다. 특히, WTO 체제는 서비스와 지적재산권까지 사정범위에 넣어 사권의 향유 범위가 현격하게 확대되고 있다. 그 과정에서, 각국이 공익상의 이유에서 자국민에게 유보하고 우호통상항해

⁷¹ 芦部信喜(高橋和之보정)『前掲書』(주 52) 94 면.

⁷² 手塚和彰,『前掲書』(주 52) 211-220 면.

조약에서도 엄격한 상호주의에 의해서만 서로 인정한⁷³ 외국인의 직업선택 자유·영업의 자유에 대한 제한이 상당히 완화되게 되었다.

(5) 교육을 받을 권리

일본에서는 외국인에게는 ‘교육을 받을 권리’가 없다고 여겨지고 있으며, 그 때문에 행정실무상에서도 ‘외국인은 취학의무를 지지 않는다’라는 여겨지고 있다.⁷⁴ 일본국헌법 제 26 조는 ‘모든 국민은 [중략] 그 능력에 따라 동등한 교육을 받을 권리를 가진다’, ‘모든 국민은 [중략] 그 보호하는 자녀에게 보통교육을 받게할 의무를 진다’고 규정한다. 이에 따라 교육기본법은 ‘국민은 그 보호하는 자(子)에게 따로 법률에서 정하는 바에 따라, 보통교육을 받게할 의무를 진다’고 규정한다(제 5 조 1 항). 문부과학성은 ‘국민이란 일본국민을 가리킨다. 외국인에 대한 의무교육의 실시에 대해서는 헌법상 및 교육기본법상 요청되고 있지 않다.’ ‘그 때문에 일본국내에 거주하는 자라고 하더라도 그 자가 외국인인 이상, 그 자녀를 초·중학교 등에 취학시키는 의무는 생기지 않는다’라고 해석하고 있다.⁷⁵

4. 과제

‘□□□□□ □□□□’는 주권국가로 이루어진 국제사회의 현상을 날카롭게 묻는다. 하세베 야스오(長谷部恭男)는 공리주의 철학자인 로버트 구딘(Robert Goodin)의 사고에 근거하여 ‘우리가 동포시민에 대하여 지고 있는 권리보장의 의무는, 본래는 보편적으로 타당한 의무이지만, 그것을 모든 사람이 모든 사람에게 대하여 수행하려고 하는 것보다는 특정의 사람만이 특정의 사람에게 대하여 수행하는 것이 보다 효과적으로 의무가 수행될 수 있으며, 권리도 효과적으로 실현될 수 있는 일종의 조정문제이다.’ ‘국적을 표식으로 동국인과 외국인을 구분하는 것은 어디까지나 보편적으로 들어맞아야 하는 것을 효과적으로 실현하기 위하여 편의적으로 인정되는 것’이며, ‘“동국인”(同口人)과 “동국시민”(同口市民)이라는 관계는 결국에는 그다지 특별한 것은 아니다’라는 흥미로운 주장하고 있으나,⁷⁶ 현실의 국민국가에서 ‘안과 밖의 구분’은 ‘편의적’이라기에는 지나치게 역사·

⁷³ 예를 들어, 미일통상항해조약 제 7 조(영리활동) 2 항은 ‘그 영역내에서 공익사업을 하는 기업 또는 선박, 항공운송, 수상운송, 은행업무(예금업무 또는 신탁업무에 한정) 또는 토지 그외의 천연자원 개발을 하는 기업을 설립하고, 해당 기업의 이익을 취득하고, 또한 해당 기업을 운영하는 것이 가능한 한도를 정하는 권리를 유보하면서, 상호주의에 따라 완화하는 것을 규정하고 있다.

⁷⁴ 같은 에스닉 네이션으로 구분되는 독일에서는 100 년전부터 외국인 아동에게도 교육을 받을 권리가 인정되어, 그 부모에게 교육의무가 부과되고 있다. Neumeyer, *Internationales Verwaltungsrecht vol.4* (J.Schweitzer Verlag, 1936)

⁷⁵ 鈴木勲, 『逐条学校教育法』学陽書房、제 7 차 개정, 2009 년.

⁷⁶ 長谷部恭男 『外国人の人権』に関する覚書—普遍性と特殊性の間— 塩野宏先生古稀記念『行政法の発展と変革上巻』(2001 년) 387 면.

구조적으로 각인된 것이라고 할 수 있다.

(1) 국가(민)주권원칙의 변용과 내외인 구분의 인식변화의 필요성

그러나 오늘날 국제사회의 발전은 정치적 구성원자격을 둘러싼 실천에 확실히 미쳐, 이미 국가(민)주권의 원칙은 절대적인 것은 아니다. 국제법상의 관할권 행사는 일정한 경우에는 권리라기 보다는 의무의 문제로서 간주되고 있다.⁷⁷ 세일라 벤하비브(Seyla Benhabib)가 말하는 바와 같이 ‘외국인이란 지위로 기본적인 권리가 박탈되어서는 안된다. 정당한 국가구성원 자격에는 일정한 조건을 만족시킨 외국인의 시민자격의 권리도 또한 포함되어 있다. 영원히 외지사람이어야 하는 것은 자유민주주의적인 인간공동체의 이해와 양립하지 않을 뿐아니라 기본적인 인권침해이기도 하다’는 점을 진지하게 생각하여야 한다.⁷⁸

따라서 일본·사회·국민(인) 사이에 뿌리깊게 남아 있는 에스닉 네이션성을 탈피하여 외국인을 대등한 시민·주민으로 받아들이는 인식의 변화가 필요하다. 출입국관리국의 제 4 차 출입국관리기본계획이 ‘...지역사회의 활력을 유지하기 위해서는, ...외국인과의 공생을 추진해 갈 필요성’을 인정하고 있는 것은 매우 고무적이지만, 아직 일본사회·국민(인) 사이에서 외국인을 대등한 사회구성원으로 보는 시선은 많지 않다. ⁷⁹ 현재상황을 변화시키는 가장 빠르고 효과적인 방법은 외국인주민의 정치참여를 통하여 ‘시민화’를 진행시키는 것이기 때문에, ‘다문화공생기본법’을 제정하는 한편, 우선 외국인주민의 주민투표참가를 확대하면서, 그와 동시에 지방참정권의 실현이 도모되어야 할 것이다.

(2) 출생지주의의 부분 도입과 ‘일본인이 아닌’ 일본국민의 인지

이와 함께 국가구성원=정치적 구성원자격을 정하는 국적법을 개정하여 출생지주의를 부분적으로 도입하는 것을 제안하고 싶다. 현행의 엄격한 혈통주의는 시대의 변화에 걸맞지 않는다. 예를 들어, 일본국내에 정주하는 외국국적의 부모로부터 출생한 아이는 많은 경우 일본의 학교교육을 받고, 일본국적을 보유한 아이와 다르지 않는 인간으로 성장하고 일본사회의 일원이 되었지만 국적상으로는 외국국적인 채로 있는 모순이 생기게 된다.

⁷⁷ Alex Mills, “Rethinking Jurisdiction in International Law” *British Yearbook of International Law* (2014) Vol.84. 187-239.

⁷⁸ セイラ□ベンハビブ、向山恭一訳『他者の權利：外国人・居留民・市民』

(法政大学出版局、2006년) 3면. 에바시(江橋)는 참정권은 개인의 행복추구의 일부분이며, 이것은 외국인 주민에게도 해당하기 때문에 재류외국인, 특히 재일한국·조선인에게 지방참정권이 부여되지 않는 것은 자기실현의 기회를 박탈하고 있다는 의미에서 인권침해의 요소가 강하는 점에 주의할 필요가 있다고 말한다. 江橋崇「前掲論文」(주 61) 198면.

⁷⁹ 많은 외국인·다문화공생관계의 시민단체 관계자들에게 있어, 외국인들은 자기들의 도움을 필요로 하고, 머지않아 본국으로 귀국하거나, 제 3 국으로 나가야 하는 딱한 사람들이며, 최종적으로 일본사회의 대등한 구성원이 되는 사람으로는 생각하지 않는 경향이 있다.

우리들은 일본이 혈통주의 원칙을 포기하고 출생지주의를 채택하라고 주장하는 것은 아니다. 전통적으로 혈통주의를 채택해 온 유럽 국가들이 최근에 채택하고 있는 바와 같이, 아이 부모가 일정기간 이상 국내정주와 세대의 축적(예를 들어, 조부모의 세대부터 국내에 정주하는 외국인 가족의 경우, 3 세대(손자)에는 출생에 의해 국적을 부여하는 것으로 하는 것)을 요건으로 아이에게 국적을 부여하는 등, 혈통주의 원칙은 유지하면서 일부 출생지주의를 받아들이는 것이 일본에도 필요하다고 생각된다.⁸⁰

이와 함께 생각해야 할 것은 현재 일본에서는 ‘일본인이 아닌’ 일본국민은 인정되고 있지 않다는 점이다. 귀화를 통하여 후천적으로 일본국적을 얻는 경우는 (현재 외국성을 사용하는 것은 인정되고 있지만) 여전히 ‘일본인’이 되고, 다수(majority) 속에서 ‘과몰힌’(埋もれた) 존재로 사는 것이 암묵적으로 상정되어 있어, 일본사회에서 ‘○○○계’ 일본국민의 승인이 이루어지지 않고 있다. 향후 귀화를 통하여 혹은 (머지않아) 출생지주의 부분도입이 실현된 그 때에는 일본국적을 취득한 일본국민이 자신의 민족적·문화적 기원을 드러낼 수 있으며 그에 맞는 권리주장을 할 수 있게 되어야 한다.⁸¹

(3) 외국인처우에 관한 기본법 제정 및 외국인 행정의 합리화

‘권리성질설’이 학회와 판례의 주류가 된 상황에서 앞으로는 시대적응적·합리적인 기준에 근거하여 ‘당연의 법리’의 적용범위를 제한하고 수정해 나가는 것이 필요하다. 이를 위해서는 권리보장법 내지 차별금지법과 같은 외국인처우에 관한 기본법을 제정하고 내각·성청의 재량행정에 의지하는 현행 통치방법을 개선할 필요가 있다.⁸² 외국인처우에 대한 기본법의 제정, 출입국관리법상의 법무장관의 광범위한 재량의 합리적인 제한 등 출입국관리행정·외국인행정의 합리화에 의해 일본의 MIPEX 점수의 현저한 향상을 기대할 수 있을 것이다.

마지막으로 외국인 인권은 우선, 내국민과의 비차별·평등의 문제로 나타나지만, 그것이 내국민의 인권(향상)과 연동하고 있다는 점을 잊어서는 안된다. 재류국의 국민 한사람 한사람이 같은 개인, 같은 인간의 관점에서 스스로의 상황을 응시하고 인권이 관철되는 사회를 만든다면, (직결된다고는 말하지 않지만) 자연스럽게 외국인의 인권향상으로 귀결될 것이다.⁸³ 하세베(長谷部)가 말하는 바와 같이,

⁸⁰ 일본대표로서 MIPEX 에 참가하고 있는 곤도 아쓰시(近藤敦)와 야마와키 게이쥬(山脇啓造) 두사람은 출생지주의 (the *jus soli*) 또는 거주지주의 (*jus domicile*) 의 도입을 주장하고 있다. Kondo Atsushi & Yamawaki Keizo, *supra* 59.

⁸¹ ‘○○○□’ 일본국민이 승인되면, 그들의 민족언어 및 문화보존의 권리가 인정되어 중앙정부 및 지방자치체에는 그 실현에 힘쓸 의무가 생긴다.

⁸² 같은 에스닉 네이션인 한국의 MIPEX 점수가 높은 이유 중 하나는 외국인법제의 입법적인 정비에 있다는 점에 대해서는, 이 시리즈 제 2 회 곤도(近藤) 논고를 참조.

⁸³ 예를 들어, 하루라도 빨리 일본에 의한 주요인권조약의 선택의정서 수락이 이루어져야 할

국적은 어디까지나 보편적으로 들어맞아야 하는 것을 효과적으로 실현하기 위하여 편의적으로 인정된 것이며, ‘ “동국인”(同国人)과 “동국시민”(同国市民)이라는 관계는 결국에는 그다지 특별한 것은 아니다’라는 질문에 진정으로 귀를 기울일 필요가 있는 것은 아닐까.

것이다.