

의견서

재일코리안변호사협회

헌법재판소가 2015 헌마 1047 헌법소원심판청구사건에 대한 위헌결정과 아울러 2015 헌사 984 효력정지가처분신청사건에 대한 신속한 가처분결정을 내릴 것을 요청합니다.

1. 문제의 소재 (보건복지부지침과 관련법령)

(1) 보건복지부는 동부지침 “2015 년도 보육사업안내”(이하 “본 지침”이라 함.) 부록 2 에서 “주민등록법 제 6 조제 1 항제 3 호에 따라 주민번호를 발급받...는 자”는 2015년 보육료 및 양육수당 지원대상으로 제외된다고 정하였습니다. (이하 “본 지침조항”이라 함.)

“주민등록법 제 6 조제 1 항제 3 호에 따라 주민번호를 발급받...는 자”이란 동조항호의 “재외국민”을 말합니다. 그리고 동조항호는 동“재외국민”의 정의를 “대한민국의 국민으로서 외국의 영주권(永住權)을 취득한 자”¹이고 “해외이주법” 제 12 조에 따른 영주귀국의 신고²를 하지 아니한 사람으로서 “주민등록이 없었던 사람이 귀국 후 최초로 주민등록 신고를 하는 경우”라고 규정하고 있습니다.

(2) 따라서 본 지침조항에 의하여 일본에서 출생하여 일본의 특별영주권을 보유하는 한국인은 한국에 생활의 본거를 두고 거주하고 있는 실태가 있다고 하더라도 일본의 특별영주권을 보유하고 있는 한 보육료 및 양육수당의 지원대상에서 제외되어 있습니다.

2. 본 지침조항의 헌법위반성

(1) 대한민국헌법 전문은 “정치·경제·사회·문화의 모든 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히 하고”, “안으로는 국민생활의 균등한 향상을 기”할 것으로 규정하고, 헌법 제 11 조제 1 항은 “모든 국민은 법 앞에 평등하다.”고 규정하여 평등의 원칙을 정하고 있습니다. 이 평등의 원칙은”국민의 기본권 보장에 관한 우리 헌법의 최고원리로서 국가가 입법을 하거나 법을 해석 및 집행함에 있어 따라야할 기준인 동시에,

1 “재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률” 제 2 조제 1 호의 “국민”.

2 “해외이주법” 제 12 조에서는 영주귀국 신고에 관해서 신고자는 외교부령으로 정하는 영주귀국을 증명할 수 있는 서류(영주권 또는 영주권에 준하는 장기체류 자격의 취소를 확인할 수 있는 서류와 거주여권(동법시행규칙 제 13 조)를 갖추어 신고할 필요가 있다고 규정되어 있습니다.

국가에 대하여 합리적 이유없이 불평등한 대우를 하지 말 것과, 평등한 대우를 요구할 수 있는 모든 국민의 권리로서, 국민의 기본권중의 기본권”이라고 해석되어 있습니다. (헌재 1989.1.25.88 헌가 7)

- (2) 위 평등의 원칙은 헌법 제 23 조가 규정하는 재산권, 헌법 제 36 조제 1 항, 동 제 10 조, 동 제 37 조제 1 항에서 나오는 “부모의 자녀에 대한 양육·교육권” 실현에도 당연히 적용되어야 할 것입니다.

또한 국민의 교육을 받을 권리가 헌법 제 31 조제 1 항으로 보장되어 있는바, 동조항은 “모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다.”고 규정하여 국민의 교육을 받을 권리에 대해 평등의 원칙이 적용될 것이 헌법상 명확하게 정해져 있습니다. 동조 5 항은 국가가 평생교육을 진흥하여야 할 의무를 정하고 있습니다. 이 평생교육 진흥에 대해서도 평등의 원칙이 적용되어야 할 것입니다.

- (3) 본 지침은 영유아보육법에 따른 유아의 무상교육을 구체화한 것입니다.

동법 제3조제3항은 “영유아는 자신이나 보호자의 성, 연령, 종교, 사회적 신분, 재산, 장애, 인종 및 출생지역 등에 따른 어떠한 종류의 차별도 받지 아니하고 보육되어야 한다.”고 하여 영유아보육상의 평등의 원칙을 규정하고 있습니다. 이 평등의 원칙 또한 위 대한민국 헌법상의 평등의 원칙에 의거한 것이라고 하여야 할 것입니다.

- (4) 영유아보육법은 제1조에서 “이 법은 영유아(영유아)의 심신을 보호하고 건전하게 교육하여 건강한 사회 구성원으로 육성함과 아울러 보호자의 경제적·사회적 활동이 원활하게 이루어지도록 함으로써 영유아 및 가정의 복지 증진에 이바지함을 목적으로 한다.”고 규정하고 있습니다.

영유아보육법의 목적인 한국사회의 구성원으로서 육성하는 것, 및 보호자의 경제적·사회적 활동이 원활하게 이루어지도록 하는 것은 해당한국국민이 외국의 장기체류자격을 보유하고 있는지 여부를 불문합니다. 실제로 해당한국국민이 한국국내에 생활의 본거를 두고 정주(定住)하는 이상 동법의 목적이 타당합니다. 위 대한민국헌법상의 평등의 원칙, 영유아보육법의 목적 및 이념에 비추어 보면 동법은 무상보육의 대상자로서 실제로 한국에 정주하는 모든 한국국민의 가족을 염두에 두고 있다고 하여야 할 것입니다.

그럼에도 불구하고 본 지침은 실제로 한국에 정주하는 한국국민의 가족에 대하여 외국의 장기체류자격을 보유하고 있다는 것을 이유로 영유아보육법에 따른 영유아 무상보육에서 일률적으로 제외하였습니다. 이것은 위 대한민국헌법상의 평등의 원칙에 위배되는 불합리적인 차별임으로 본건 헌법소원심판 청구인들의 평등권을 침해하고 있다고

할 수 밖에 없습니다.

- (5) 또한 본 지침에서는 한국국민뿐만이 아니라 부모 한 사람이 외국적인 가정의 자녀에 대해서도 다문화가족지원법에 따라 양육수당의 지급을 받을 수 있는 것으로 정해져 있는바, 예컨대 재일동포가 일본에서 귀화수속을 하여 신규적으로 일본국적을 취득한 후 외국 영주권을 보유하지 않는 한국국민과 결혼하여 한국에서 거주하는 경우에는 출생한 자식에 관하여 양육수당이 지급되는 반면 재일동포가 한국국적을 포기하지 않고 외국 영주권을 보유하지 않는 한국국민과 결혼한 경우에는 출생한 자식에 관하여 양육수당이 지급되지 않는 점에서 불합리적인 불균등이 발생하고 있는 것은 명백합니다.

또한 2014 년 주민등록법 개정취지는 재외국민이 대한민국 국민임에도 불구하고 국적을 포기한 외국국적 동포와 같이 취급되는 것에 대한 심리적 거부감을 해소하고, 국내에서 생활하는 데에 불편하지 않도록 하고 대한민국 국민이라는 소속감을 향상시키려는 것이었습니다. 그러나 본 지침조항은 일본에서 태어나 한국에 정주하는 한국인에 대해서도 내국인과 달리하게 취급하고 있음으로서 위 주민등록법 개정 취지에도 어긋합니다.

3. 일본 아동수당의 수급자격

- (1) 일본에서도 한국과 유사한 제도로써 아동수당 지급제도가 있습니다. 즉 아동을 양육하고 있는 사람에게 아동수당을 지급함으로써 가정등의 생활안정에 기여함과 아울러 차대(次代) 사회를 짊어지는 아동의 건전한 성장에 이바지하는 것을 목적으로 아동수당법이 제정되었고(동법 제 1 조), 동법에 따라 중학교 수료전의 아동에 대하여 아동수당이 지급되어 있습니다.

- (2) 일본 아동수당의 수급자격자는 아동을 양육하고 또 이와 생계를 함께 하는 그 부모등으로서 일본국내에 주소를 두고 있는 자라고 정해져 있습니다. (동법 제 4 조 1 호) 이에 따라 일본정부는 일본국내에 주소를 두고 주민기본대장에 기재되어 있는 사람은 모두 아동수당의 수급자격 대상이며, 부모의 일본국외 체류자격 자체는 불문합니다. (일본국적의 유무도 불문합니다.)

따라서 부모가 모두 해외에 거주하고 있는 경우라고 하더라도 해당아동이 일본에 거주하는 경우에는 아동과 동거하는 사람은 “부모지정자(父母指定者)”로서 지정하면 지정된 사람에게 수당이 지급됩니다.

- (3) 이와 같이 일본정부는 한국정부와 달리 일본국내에 주소를 두고 있는

모든 아동에 대하여 차대 사회를 꿰어지는 아동으로서 취급하여 그의 건전한 성장을 도모하기 위하여 그 아동을 양육하는 사람에게 널리 아동수당을 지급하고 있습니다.

4. 특별영주권의 역사성 및 내용

(1) 일본의 “특별영주권”은 일반영주 자격과 달리 1945 년의 해방 이전부터 일본에 체류하고 있는 일본의 구 식민지출신자(旧植民地出身者)의 법적지위의 안정화를 도모하기 위하여 특별히 인정되어 있는 법적지위입니다. 따라서 “특별영주권”은 1945. 9. 2. 이전부터 계속 일본에 체류하고 샌프런시스코강화조약 (이하 “강화조약”이라 함.) 의 규정에 따라 1952. 4. 28. 일본국적을 이탈한 자 및 그 자손 (이하 “특별영주자”라 함.) 에 한정해서 인정되어 있습니다.³

(2) 특별영주권에 관해서는 우선 강화조약에 따른 국적이탈자 및 그 자손에 대하여 특별영주자로서 일본에 영주할 수 있다고 규정하여⁴, 특정영주자가 특별영주허가 신청을 한 경우에는 법무대신(法務大臣)은 허가를 한다고 규정되어 있어서⁵ 기속적(羈束的)으로 특별영주권이 인정되는 점에서 일반영주 등의 중장기 체류자격과 다릅니다.

아울러 특별영주자의 퇴거강제사유(退去強制事由)는 내란죄, 외환유치죄 및 그 예비죄, 음모죄, 방조죄로 금고형을 선고받은 경우 등의 무기 또는 7 년을 넘는 징역 또는 금고에 처하여 법무대신이 일본의 중대한 이익을 해하였다고 인정되는 경우에 한정되며⁶ 일반영주 등의 중장기 체류자격과 비교하여 아주 좁게 한정되어 있습니다. 실제로 7 년이상의 징역 또는 금고형에 처해진 특별영주자는 존재하지만 실제로 강제퇴거가 실시된 사례는 없는 것으로 알고 있습니다.

그리고 특별영주자는 일본을 출국하여 재입국하는 경우 미리 재입국 허가를 받아서 일본을 출국한 때에는 재입국 상륙절차에서 소지하는 여권의 유효성만이 심사되어 다른 외국인처럼 상륙거부사항에 해당되지 않는지 여부는 심사받지 않습니다.⁷ 또한 특별영주자 이외 중장기 체류자격을 보유하는 외국인의 경우 재입국허가의 유효기간 상한이

³ 일본정부 견해는 특별영주에 대해 일본 체류를 위한 “자격”, “법적지위”에 불구하고 “권리”가 아니라는 것입니다. 그러나 특별영주자가 실질적으로 일본의 구식민지출신자 및 그 자손이 가지는 권리임은 명백하며 본 의견서에서는 특별영주권으로 설명합니다.

⁴ 일본국과의 평화조약에 따라 일본국적을 이탈한 자등의 출입국관리에 관한 특별법 제 3 조.

⁵ 동법 제 4 조제 1 항, 제 2 항.

⁶ 동법 제 22 조.

⁷ 동법 제 20 조.

5 년임에 대해 특별영주자의 상한은 6 년, 재입국허가를 받지 아니하여 재입국이 가능한 기간도 특별영주자가 아닌 외국인의 경우에는 1년임에 대해 특별영주자는 2년임으로 각 길게 되어 있습니다.⁸

이와 같이 “특별영주권”은 특별영주자가 일본에서 보다 안전한 생활을 영위할 수 있게 인정된 법적지위로서 다른 일본의 중장기 체류자격과 비교해서 매우 안정된 체류자격입니다.

(3) 재일동포가 “특별영주자”로서 “특별영주권”을 보유하게 된 경위는 다음과 같습니다.

일본의 한반도 식민지 지배에 의해 일본에 다수의 동포가 거주하게 되었습니다. 1940 년 전후부터 다수의 조선인들이 강제연행되었습니다. 그 이전에는 “도항(渡航)”의 형태를 취하고 있었지만 이것도 식민지 지배에 기인하는 것은 말할 것도 없습니다. 한반도의 해방당시 200 만명 이상의 조선인들이 있었고 최종적으로 귀국자를 제외한 약 50 내지 60 만명의 조선인들이 일본에 계속 거주하게 되었다고 합니다.

일본정부는 이와 같은 재일동포의 국적에 대하여 기만적인 입장에 서 있습니다. 즉 조선인은 1910 년의 식민지화에 의해 일본국적을 취득했지만⁹ 1945 년의 광복에 따라서는 일본국적을 상실하지 않았고, 일본이 연합국에 의한 점령에서 주권을 회복한 강화조약이 발효된 1952. 4. 28. 까지 조선인의 일본국적은 존속하고 있었다는 것입니다.

일본국가는 이러한 견해를 전제로 함에도 불구하고 1947. 5. 2. 천황의 마지막 칙령(勅令)인 “외국인등록령”에 따라 조선인은 일본국적을 보유하고 있음에도 외국인으로 간주한다고 선언하여 조선인을 외국인으로서 취급하였습니다. 다음날 5 월 3 일에는 널리 인권을 보장하는 일본국헌법이 시행되었습니다. 그러나 실제로는 그 인권을 일본국적자에 한하여 보장하고 외국인에 대한 인권향유를 엄격히 제한하는 운용이 이루어졌습니다. 그리고 외국인이라고 하더라도 일본의 외국인 인구의 90%이상이 조선인이었습니다. 조선인은 민주적인 일본국헌법의 발족당시부터 인권보장의 틀외에 놓인 것이었습니다.

그리고 재일동포는 강화조약 발효에 따라 공식적으로 일본국적을 박탈되었고 동시에 일본국적이 없다는 이유로 이후 인권이 엄격히 제한되었습니다. 즉 일본정부는 강화조약이 발효된 1952. 4. 28. 외국인 등록법을 공포 · 시행하여 일방적으로 재일동포의 일본국적을 “박탈” 하였습니다. 한편 일본은 일본국헌법의 인권조항을 외국인에게 제한적으로만 적용하고 또 인권보장을 위한 법률에 “국적조항”(인권의

⁸ 동법 제 23 조제 1 항, 제 2 항.

⁹ 본 의견서에서는 일본국적의 강제취득 자체의 무효, 부당성에 대해서는 생략합니다.

향유에 일본국적을 요구하는 조항)을 두는 등 재일동포의 인권을 제약 하였습니다. 또한 재일동포의 체류자격은 “별도로 법률로 정하는 바에 따라 그 사람의 재류자격 및 재류기간이 결정되는 때까지 계속 재류자격 없이 일본에 재류할 수 있다.”¹⁰ 고 하여 잠정적인 체류자격 밖에 인정하지 않았습니다. 일본국가는 일단은 재일동포의 일본국적을 박탈하고 그 법적지위를 매우 불안정하게 만들면서 원하는 사람에게 대해서는 개별적으로 “귀화”로 일본국적을 인정하면서 “귀화”에 있어서는 일본에 대한 동화(同化)를 요구하는 정책을 취하였습니다.

이에 대해 재일동포는 안정된 법적지위를 일본정부에 요구하는 투쟁을 벌이면서 일본사회, 국제사회의 도움을 받아 해방후 45년 이상이 지난 1991년에야 “특별영주권”을 일본국가에 인정시켰습니다. 이처럼 일본의 특별영주권 및 특별영주자에 대한 인권보장은 일본국적이 없는 것을 이유로 이루어진 일본에 의한 부당한 인권침해에 대해 일본국적이 없는 채 인권을 보장하도록 우리의 선배들이 요구하고 쟁취해온 성과입니다.

- (4) 위와 같은 의미에서 일본의 특별영주권은 식민지 지배, 강화조약 발효에 따른 일방적인 “일본국적”의 “박탈”조치와 이후 국적이 없는 것을 이유로 한 차별·동화라는 재일동포에 대한 가혹한 상황속에서 재일동포의 인권을 보호하기 위하여 인정된 중요한 법적지위입니다. 특별영주권은 “박탈”된 일본국적 회복을 요구하지 말아야 한다는 재일동포에게 특별한 사정으로 일본국적을 요구하지 않은 채 인권보장을 쟁취한 실질적으로는 “국적”에 상당하는 법적지위이며, 한일 양국에서 전후보상 대상에서 제외된 재일동포¹¹의 유일한 전후보상이라고도 할 수 있습니다. 일본의 특별영주권 포기를 요구하는 합리성을 판단함에 있어서는 위와 같은 재일동포의 특수사정을 잘 감안하여야 할 것입니다.

10 포즈담선언의 수락에 따라 발하는 명령에 관한 건에 의거한 외무성관계명령에 관한 법률(소화 27(서기 1952)년 법률제 126 호) 제 2 조제 6 항.

11 “대한민국과 일본국간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정”(조약제 172 호, 1965. 6.22. 서명) 제 2 조 1. “양 체약국은 양 체약국 및 그 국민(법인을 포함함)의 재산, 권리 및 이익과 양 체약국 및 그 국민간의 청구권에 관한 문제가 1951년 9월 8일에 샌프런시스코우시에서 서명된 일본국과의 평화조약 제 4 조 (a)에 규정된 것을 포함하여 완전히 그리고 최종적으로 해결된 것이 된다는 것을 확인한다.”는 규정이 동조 2.(a)에서 “일방체약국의 국민으로서 1947년 8월 15일부터 본 협정의 서명일까지 사이에 타방체약국에 거주한 일이 있는 사람의 재산, 권리 및 이익”에 영향을 미치는 것이 아니라고 규정되어 있습니다. “대일민간청구권신고에 관한 법률”(법률제 2287 호, 1971.1.19.제정)에서도 신고대상의 범위를 정한 제 2 조제 1 항에서 “1947년 8월 15일부터 1965년 6월 22일까지 일본국에 거주한 일이 있는 자를 제외한 대한민국 국민”이라고 정해져 있습니다. 이와 같이 재일동포는 한일양국에서 전후보상의 대상외가 되어 있습니다.

5. 나가며

(1) 위와 같이 일본의 특별영주권을 보유하면서 한국에 거주하는 한국인에 대한 보육료 · 육아수당을 지급하지 않는다고 규정한 본 지침조항은 대한민국헌법상의 평등의 원칙에 위배되는 불합리적인 차별이며 본 헌법 소원심판 청구인들의 평등권을 침해하고 있으며, 대한민국헌법에 위반합니다.

(2) 일본에서는 일본국적자를 외국체류권 유무에 따라 사회보장에서 일률적으로 배제하는 불합리적인 차별은 당회가 알고 있는 한 존재하지 않습니다.

(3) 본 지침조항 하에서 일본의 특별영주권을 보유하는 동포가 한국에서 보육료 및 양육수당을 수급하려면 두 가지 방법 밖에 없습니다. 첫째로 특별영주권을 포기하는 것이며, 둘째로 일본국적을 취득하는 것입니다.

그러나 특별영주권이 일본의 식민지 지배와 재일동포에 대한 차별 · 동화의 역사를 증명하는 것임은 전술한 바와 같습니다.

또한 일본국적을 취득하지 않은 재일동포는 일본에 납세하고 있음에도 불구하고 지방참정권을 비롯한 모든 정치에서 제외되어 있습니다. 자기 통치가 기본원리인 민주주의사회에서 마치 전제정치(專制政治)를 받는 것 같습니다. 이렇게 부당한 대우를 받아도 굳이 일본국적을 취득하지 않은 재일동포들이 아직 30 만명 이상에 달합니다. 이러한 재일동포가 일본국적을 취득하지 않는 이유 또한 식민지 지배와 재일동포에 대한 차별 · 동화의 기억 때문입니다.

본 지침조항은 결과적으로 일본의 특별영주권을 보유하는 동포에 대하여 한국에서 보육료 및 양육수당을 수급하기 위해 특별영주권을 포기시키고, 또는 일본국적을 취득시키려고 하는 것으로서 일본의 식민지 지배와 재일동포에 대한 차별 · 동화의 역사를 재일동포의 조국이 스스로 지워 없애려고 하는 것입니다.

(4) 당회는 일본의 특별영주권을 보유하는 동포에 대한 불합리적인 차별에 대해 헌법재판소가 위헌결정을 내려서 시정함과 아울러 본건 청구인들이 보육료 및 양육수당을 수급받을 수 있도록 가처분 결정을 신속하게 내릴 것을 강력히 요청합니다.

이상

2015. 12. 1.

재일코리아안변호사협회 대표 金 竜 介

별지 재일코리안변호사협회 단체개요

재일코리안변호사협회 : LAZAK (Lawyers' association of ZAINICHI Korean)

2001년 5월 재일코리안 변호사 28명이 모여 “재일코리안법률가협회”로서 결성, 이듬해 2002년 6월 현재 명칭으로 개칭.

2015년 11월말 현재 회원수 123명. 대표는 金龍介 (긴 류스케, 도쿄 변호사회, 사법수습 제 46기).

재일코리안에 대한 차별철폐, 재일코리안의 권리옹호, 존엄의 회복(민족 교육의 보장등), 정치적 의사결정 과정에 참여하는 권리의 확보(참정권·공무취임권)를 설립취지로 함.

2007년 12월 재일코리안의 인권옹호에 이바지함을 인정받아 대한민국국가 인권위원회로부터 대한민국인권상이 수여됨.

2010년 12월 한국 헌법재판소와 그 주요판례를 소개한 “한국헌법재판소 사회를 바꾼 위헌판결·헌법불합치판결 - 중요판례 44” 출간. (日本加除出版)

2012년 5월 이범준 저서 “헌법재판소 한국현대사를 말하다”를 번역, 출간. (日本加除出版)

2014년 유엔 인종차별철폐위원회에 “인종차별철폐조약에 의거하여 제출된 제 7회·제 8회·제 9회 일본정부 보고서에 대한 NGO 보고서”를 제출.