

## 17. 중국국적동포의 재외동포 제외 사건

<헌재 2001. 11. 29. 99헌마494 재외동포의출입국과법적지위에관한법률 제2조 제2호 위헌확인, 판례집13-2, 714>

### 가. 사건의 배경

이 사건은 재외동포의 출입국과 법적지위에 관한 법률 및 시행령의 관련 규정이 1948년 대한민국 정부수립 이전에 해외로 이주한 자 및 그 직계비속을 재외동포의 범주에서 제외한 것은 평등의 원칙에 위배되어 헌법에 합치되지 아니한다고 선언한 사건이다.

청구인들은 1944년 일제로부터 강제징용 소집통지를 받고 이를 피하기 위하여 전남 순천에서 만주로 이주하였거나, 일제의 수탈을 피하기 위하여 그들의 부모대에 만주로 이주한 한인 2세로서 중화인민공화국(이하 ‘중국’이라 한다) 국적을 가지고 있다. 이들은 ‘재외동포의 출입국과 법적지위에 관한 법률’(이하 ‘법’이라고만 한다)이 청구인들과 같이 1948년 대한민국 정부수립 이전에 해외로 이주한 자 및 그 직계비속을 재외동포의 범주에서 제외함으로써 위 법에서 규정하는 혜택을 받지 못하게 되자 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

### 나. 결정의 주요 내용

헌법재판소는 다음과 같이 재판관 6인의 다수의견으로 이 사건 심판대상규정은 헌법에 위반되나 법률상 공백을 고려하여 헌법에 합치되지 아니한다는 결정을 하면서, 입법 개선시까지 잠정적용명령을 하였다.

재외동포법은 외국국적 동포 등에게 광범한 혜택을 부여하고 있는바, 이 사건 심판대상규정은 대한민국 정부수립 이전에 국외로 이주한 동포와 그 이후 국외로 이주한 동포를 구분하여 후자에게는 위와 같은 혜택을 부여하고 있고, 전자는 그 적용대상에서 제외하고 있다.

정부수립이후 이주동포와 정부수립이전 이주동포는 이미 대한민국을 떠나 그들이 거주하고 있는 외국의 국적을 취득한 우리의 동포라는 점에서 같고, 국외로 이주한 시기가 대한민국 정부수립 이전인가 이후인가는 결정적인 기준이 될 수 없다. 그런데도 정부수립이전 이주동포(주로 중국동포 및 구 소련동포)는 재외동포법의 적용대상에서 제외됨으로써 그들이 절실히 필요로 하는 출입국 기회와 대한민국 내에서의 취업기회 등 이 법에 의한 수혜를 받을 기회를 차단당하였다.

따라서 이 사건 심판대상규정이 청구인들과 같은 정부수립이전 이주동포를 재외동포법의 적용대상에서 제외한 것은 합리적 이유없이 정부수립이전 이주동포를 차별하는 자의적인 입법이어서 헌법 제11조의 평등원칙에 위배된다.

그러나 이 사건 심판대상규정에 대하여 단순위헌결정을 선고하면 외국국적동포의 경우는 재외동포법이 부여하는 지위가 그 순간부터 상실되어 법치국가적으로 용인하기 어려운 법적 공백과 그로 인한 혼란을 야기할 수 있으므로 헌법불합치를 선고하고, 입법자가 합헌적인 방향으로 법률을 개선할 때까지 2003. 12. 31.을 한도로 잠정적으로 적용하게 한다.

이에 대하여 권성 재판관은 이 사건 심판대상규정은 정부수립 이전에 국외로 이주한 동포의 정부수립 이후의 생활근거지에 재외공관이 설치되어 있는지 여부, 즉, 지역적 요소를 기준으로 삼아 재외동포법의 적용범위를 나누고 있는바, 그러한 기준에 의한 차별은 이른바 엄격한 심사기준에 의하여 평등의 원칙에 대한 위배 여부가 가려져야 한다. 이러한 엄격한 심사기준에 의한다면, 이 사건 심판대상규정에 의한 국적미확인동포에 대한 차별은 비례의 원칙에 어긋난 차별에 해당하고 따라서 평등의 원칙에 위배된다는 별개의견을 제시하였다.

한편 윤영철 재판관, 한대현 재판관, 하경철 재판관은, 평등원칙의 위반이 문제되는 헌법재판에서는 원칙적으로 어떤 입법이 “가장 합리적이고 타당한 수단인가 여부”를 심사하는 것이 아니라, “자의적인 것인가 여부”를 심사하여야 한다. 재외동포들 간에 그들이 거주하는 나라들에 따라 정치적, 외교적, 경제적, 사회적 환경이 서로 다르고, 가능한 한 이중국적의 발생을 회피하려는 국제법적인 원칙에 따라 외교적 마찰 가능성을 고려하는 것이 반드시 부당하다고는 할 수 없으므로, 이 사건 법률조항에 의한 구분은 자의적이라고 볼 수 없다는 반대의견을 제시하였다.

#### 다. 사후경과

이 사건 결정 이후 정부는 평등의 원칙에 부합하는 법률안을 만들기 위하여 고심하는 한편, 국회는 입법을 위한 준비작업의 일환으로 중국동포의 생활현실 등을 방문·조사하고자 하였으나, 중국정부는 그 비자발급을 거부하여 우리나라와 중국 사이에 외교적인 마찰이 발생하기도 하였다.

또한 이 사건 심판대상이었던 ‘재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률’ 제2조 제2호는 “대한민국의 국적을 보유하고 있던 자(대한민국정부 수립 이전에 국외로 이주한 동포를 포함한다) 또는 그 직계비속으로서 외국국적을 취득한 자중 대통령이 정하는 자(이하 "외국국적동포"라 한다)”로 개정되었다(2004. 3. 5. 법률 제 7173호).