

발 간 등 록 번 호

33-9750040-000445-01

헌법이론과 실무

2023-A-11

외국인의 정치활동 제한에 대한 헌법적 검토

- 「출입국관리법」 제17조 제2항을 중심으로 -



Constitutional Research Institute



헌법재판소
헌법재판연구원

외국인의 정치활동 제한에 대한
헌법적 검토
- 「출입국관리법」 제17조 제2항을
중심으로 -

연구책임자 : 박 주 영 책임연구관(제도연구팀)

목 차

I. 서론 / 1

1. 연구의 배경과 목적	1
2. 연구의 대상 및 구성	3

II. 외국인의 정치활동 제한 법제 / 4

1. 「출입국관리법」상 규정	4
가. 「출입국관리법」 개관	4
나. 「출입국관리법」 제17조	5
1) 체류의 주된 목적에서 벗어나는 활동을 제한하는 제17조 제1항	5
2) 외국인의 정치활동을 금지하는 제17조 제2항	7
3) 외국인의 정치활동 금지조항 위반 시 제재	7
가) 행정적 제재	8
나) 형사처벌	8
4) 제·개정 연혁 및 배경	9
가) 1977년 신설 경위	9
(1) 1970년대 역사적 배경	10
(2) 출입국관리법 개정법률안에 대한 국회 논의	12
나) 2005년 개정 경위	14
다) 정리	15
다. 「출입국관리법」상 정당활동 제한 규정	16
라. 국익·질서를 위해하는 행동을 제한하는 「출입국관리법」 제11조 제1항 제3호 및 제4호	16
1) 대한민국의 이익, 사회질서 등의 의미	17

2) 국익·질서를 위해하는 행동을 제한하는 규정이 적용되어 강제퇴거된 사례	18
가) 서울행정법원 2009구합10253 판결문 요약	18
나) 평가	19
3) 1977년까지의 제·개정 연혁	20
마. 거소·활동범위·준수사항 제한 규정인 「출입국관리법」 제22조	21
바. 정리	22
2. 「출입국관리법」 외 다른 법률의 규정	23
가. 제한	23
나. 허용	25
3. 해외 입법례	26
가. 독일	26
1) 독일 「체류법」 제47조: 정치적 활동 금지 및 제한	26
2) 독일 「체류법」상 ‘정치적 활동’의 의미와 한계	27
3) 정치적 활동 금지 및 제한조항 위반 시 제재	28
4) 정리	28
나. 일본	29
1) 일본 「출입국관리 및 난민인정법」 제24조: 강제퇴거	29
2) 정리	30
4. 소결	31

III. 외국인의 정치활동 금지조항 관련 헌법적 쟁점 / 32

1. 개관	32
2. 「출입국관리법」상 외국인에게 금지되는 ‘정치활동’의 범위	32
가. ‘정치활동’의 의미	32
1) 사전적 의미	32
2) 다른 법률상 ‘정치활동’의 사용례	33

가) 헌법상 정치적 중립이 요구되는 공무원 및 교원	33
(1) 공무원 및 사립학교 교원의 '정치운동' 제한	33
(2) 교원과 공무원 노동조합의 '정치활동' 제한	35
(3) 경찰공무원 및 국가정보원 소속 공무원의 '정치활동에 관여하는 행위' 제한	36
나) 법률상 정치적 중립이 요구되는 개인이나 단체에 대한 '정치활동' 또는 '정치운동' 제한	37
다) 정리	38
나. 외국인의 정치활동 금지조항의 입법취지	39
다. 소결	40
3. '외국인'이라는 특성	41
가. 외국인의 기본권주체성: 정치적 표현의 자유와 인간의 권리	41
나. 우리 사회의 구성원	43
다. 법치주의 원리와 출입국관리행정	43
4. 외국인의 정치활동 금지조항의 불명확성	44
가. 명확성 원칙과 표현의 자유 규제	44
나. 외국인의 정치활동 금지조항의 불명확성으로 인한 문제점	46
1) 예측가능성	46
2) 자의적 집행 가능성	48
3) 위축효과	49
5. 위반 시 제재의 비례성 문제	50
가. 대한민국에서의 출국으로 이어지는 제재	51
나. 대한민국 내에서 가해지는 제재	53
1) 중지명령이나 그 밖에 필요한 명령	53
2) 위반조사	53
3) 보호	54
다. 평가	55
1) 대한민국에서의 출국으로 이어지는 제재 근거 규정 간 비례성 문제 · 55	55

2) 위반 시 제재를 위반의 정도에 따라 차등화 필요	56
가) 위반의 정도와 무관하게 가해질 수 있는 여러 제재	56
나) 그 밖에 필요한 명령	57
라. 소결	58
6. 지방선거권을 인정하는 법체계와의 부조화	58
가. 문제점	58
나. 지방선거권에 부수하는 정치활동	59
다. 법체계 부조화로 인한 현실적 문제	60
라. 소결 - 비례원칙, 평등원칙	61

IV. 개선입법 및 합헌적 해석 방안 제언 / 62

1. 제한되는 정치활동을 구체적으로 규정하는 방안	62
2. 위반 정도에 비례하여 제재를 차등적으로 규정하는 방안	63
가. 다른 중한 제재를 가하기 전에 중지명령을 필요적으로 전치	63
나. 위반의 정도 및 제재 차등화	64
3. 삭제하는 방안	65
가. 주권 보호나 질서 유지에 위협이 되는 활동을 제한하는 다른 법 규정 ...	65
나. 특정한 정치적 표현을 제한하는 다른 법 규정	66
4. 합헌적으로 해석하는 방안	67
5. 소결	67

V. 결론 / 69

■ 참고문헌	71
--------------	----

초 록

「출입국관리법」 제17조 제2항에 의하면 “대한민국에 체류하는 외국인은 이 법 또는 다른 법률에서 정하는 경우를 제외하고는 정치활동을 하여서는 아니 된다”. ‘정치활동’의 외연은 광범위한데, 「출입국관리법」 또는 그 하위 법령을 보아도 위 조항에 의해 제한되는 정치활동이 무엇인지 알기 어렵다.

위 조항으로 인해 제한되는 기본권에는 정치적 표현의 자유가 포함된다. 위 조항의 원형이 도입되었던 당시의 입법목적도 외국인의 정치적 표현의 자유를 전면적으로 제한하기 위함이었다는 것으로 보인다. 외국인은 정치의사형성에 있어 주권자인 국민에 비하여 상대적으로 자유가 더 제한될 수는 있지만, 그렇더라도 법치주의 원리에 부합해야 한다. 본 연구보고서에서는 법치주의 원리 중 명확성 원칙, 비례원칙, 체계정당성의 원리에 비추어 위 조항에 헌법적 문제의 소지가 없는지 검토한다. 또한 주권을 보호하고 질서를 유지하면서 외국인의 정치적 표현의 자유를 보장할 수 있도록 개선 방안을 제안한다.

주제어: 출입국관리법 제17조 제2항, 외국인의 정치활동 금지, 표현의 자유, 법치주의, 명확성 원칙, 비례원칙, 체계정당성 원리

I. 서론

1. 연구의 배경과 목적

우리나라에 체류하는 외국인인 1970년 약 4만 명, 1990년 약 5만 명, 2010년 약 120만 명이었으나,¹⁾ 2023년 9월 251만 명을 넘어서게 되었다.²⁾ 우리나라 총인구 중 외국인이 차지하는 비율은 현재 약 5%이다. 유럽연합에 거주하는 비유럽연합 시민이 2022년 1월 유럽연합 총인구의 5.3%를 차지했음을 고려하면,³⁾ 우리나라에 체류하는 외국인의 비율은 낮은 편이 아니다. 국내에 체류하며 경제적, 사회적, 문화적 활동을 영위한다는 점에서 이들은 사실상 우리 사회의 구성원이다. 이러한 외국인을 법치주의 원리에 따라 보호하는 것은 우리 헌법의 당연한 과제이기도 하다.⁴⁾

현행 「출입국관리법」 제17조 제2항⁵⁾은 법률상 예외에 해당하지 않는 한 대한민국에 체류하는 외국인이 정치활동을 하여서는 안 된다고 규정하고 있다. 법률에 의하여 외국인의 정치활동을 원칙적·포괄적으로 제한하고 있는 것인데, 이 규정을 위반하는 경우에는 강제퇴거까지 될 수 있다. 이 규정을 위반하였거나 위반할 우려가 있다는 이유로 불이익을 받은 사례가 언론에 몇 차례 소개되었다. 한 독일인 교수와 미국인 노동운동가가 1999년 서울국제노동미디어 행사에 참석하기 위해 대한민국에 입국하려 하였으나 공항에서 입국을 거부당하였다.⁶⁾ 어느 중국 반체제 인사는 2002년 서울출입국관리사무소로부터 ‘중국 민주화 운동 등 정치활동을 중단하지 않으면 강제추방시키겠다’는 통보를 받

-
- 1) 법무부 출입국·외국인정책본부 이민정보과, 2022 출입국·외국인정책 통계연보, 2023, 53면 참조.
 - 2) 법무부 출입국·외국인정책본부 이민정보과, 2023 9월호 출입국·외국인정책 통계월보, 2023, 18면 참조.
 - 3) 유럽위원회 Eurostat, Migration and migrant population statistics, 2023. 3. (최종방문일 2023. 11. 02.)
https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Migration_and_migrant_population_statistics#Migrant_population:_23.8_million_non-EU_citizens_living_in_the_EU_on_1_January_2022
 - 4) 공진성, 출입국관리법상 ‘보호’와 외국인의 신체의 자유, 법과정책연구, 제20권 제4호, 2020, 283면 참조.
 - 5) 「출입국관리법」 [법률 제19435호, 2023. 6. 13.] 제17조 제2항
제17조 (외국인의 체류 및 활동범위)
② 대한민국에 체류하는 외국인은 이 법 또는 다른 법률에서 정하는 경우를 제외하고는 정치활동을 하여서는 아니 된다.
 - 6) 이주영, 주한 외국인에게도 '표현의 자유'를, 오마이뉴스, 2002. 09. 28., https://www.ohmynews.com/NWS_Web/View/at_pg.aspx?CNTN_CD=A0000089126 (최종방문일 2023. 12. 11.)

았다고 밝히었다.⁷⁾ 또한 법무부는 2004년 어느 독일 출신 북한 인권운동가에게 위 규정을 근거로 들며 ‘대한민국에 입국하여 정치활동을 하면 강제퇴거될 수 있다’는 경고서한을 보낸 바 있다.⁸⁾

체류 외국인의 비율이 점점 높아지는 가운데, 외국인의 정치활동을 원칙적으로 금지하는 위 규정으로 인해 우리나라에 체류하는 외국인은 정치적 소재와 관련되기만 하면, 그것이 국내 정치에 관한 사안이든 국제 정치에 관한 사안이든, 개인적으로든 집단적으로든, 의견 표명이나 활동에 제약을 받고 있다. 무엇보다 ‘정치활동’이라는 용어 자체가 매우 포괄적인 데다가 해석이나 실무 지침 등에서 위 규정의 내용을 구체화하고 있는 자료도 거의 찾을 수 없는 상태여서, 국내에 체류하는 외국인의 ‘활동’ 전반이 위축되고 제약될 수밖에 없다.⁹⁾

한편 현행법상 외국인도 정당의 당원이 될 수 없으며(「정당법」 제22조 제2항), 정치자금도 기부할 수 없다(「정치자금법」 제31조 제1항). 또한 「출입국관리법」에 따르면 ‘대한민국의 이익이나 공공의 안전을 해치는 행동’과 ‘경제질서 또는 사회질서를 해치거나 선량한 풍속을 해치는 행동’을 할 염려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 외국인은 입국금지 대상이 되며, 입국 후에 해당 사유가 발생하는 경우에는 강제퇴거를 당할 수 있다(제11조 제1항 제3호 및 제4호, 제46조 제1항 제3호). 외국인의 활동에 대한 이러한 법률적 규제에도 불구하고, 이에 더하여 외국인의 정치활동을 원칙적으로 금지하는 것에 대해서는 재고할 필요가 있다. 또한 「공직선거법」에 의하면 일정한 요건을 갖춘 외국인은 해당 구역의 지방자치단체의 의회의원 및 장의 선거권을 향유하는데(제15조 제2항 제3호)(이하 ‘지방선거권’이라 한다), 지방선거권을 부여한 법제와 「출입국관리법」 제17조 제2항 간 체계부조화도 살펴볼 필요가 있다.

위와 같은 문제의식을 기반으로 본 연구보고서에서는 외국인의 정치활동 금지조항인 「출입국관리법」 제17조 제2항(이하 ‘출입국관리법상 정치활동 금지조항’ 또는 ‘외국인

7) 문갑식, [국내 체류 중단체제 인사] “한국서 中민주화 운동”, 조선일보, 2002. 09. 27., https://www.chosun.com/site/data/html_dir/2002/09/27/2002092770038.html (최종방문일 2023. 12. 11.)

8) 오창민, 풀러첸 ‘정치활동 자제’ 조건부 입국 허가, 경향신문, 2004. 11. 29., <https://m.khan.co.kr/national/national-general/article/200411292241411#c2b> (최종방문일 2023. 12. 11.); 배진영, [기자클럽] 『풀러첸에 대한 추방 경고는 군사정권 시절을 연상시키는 행위』, 월간조선, 2005. 01., <http://monthly.chosun.com/client/news/viw.asp?nNewsNumb=200501100067> (최종방문일 2023. 12. 11.)

9) 예를 들어 대한민국에 체류하고 있는 어느 외국인이 2023년 시작된 이스라엘-팔레스타인 전쟁에 대한 입장을 표명하였다면 해당 외국인은 정치활동 금지조항을 위반한 것인지, 2021년 시작된 미얀마 민주화 운동을 지지하는 집회나 모임에 참여하는 것은 가능한지 의문이다.

의 정치활동 금지조항'이라 함은 현행 「출입국관리법」 [법률 제19435호, 2023. 06. 13.] 제17조 제2항에 규정된 외국인의 정치활동 금지조항을 지칭한다.)을 헌법적 관점에서 검토하고자 한다. 위 조항으로 인해 외국인의 정치적 표현의 자유가 제한됨을 살펴본 후, 명확성 원칙, 비례원칙, 체계정당성의 원리에 비추어 위헌적 요소가 발견된다면 개선안을 제시하고자 한다.

「출입국관리법」상 정치활동 금지조항에 초점을 두고 헌법적 관점에서 검토한 선행연구는 많지 않다. 이에 본 연구의 목적은 외국인의 정치적 표현의 자유를 포괄적으로 제한하는 위 조항에 대한 문제 제기이다.

2. 연구의 대상 및 구성

연구 대상은 「출입국관리법」상 정치활동 금지조항이다. 본 연구보고서는 서론인 I장과 결론인 V장을 제외하고 크게 세 장으로 나뉜다. II장에서 외국인의 정치활동 금지조항의 내용과 입법연혁 및 배경, 위 조항과 관련이 있는 「출입국관리법」상 다른 규정, 해외 입법례를 살펴본다. III장에서 명확성, 비례성, 체계정당성에 문제의 소지가 없는지 검토한다. 이를 위하여 먼저 '정치활동'의 의미를 분석해보고, 수범자가 외국인이기에 문제되는 헌법적 쟁점도 검토한다. 또한 위 조항 위반 시 「출입국관리법」상 가해질 수 있는 강제퇴거, 출국명령 등 제재 조치가 차등적으로 규정되어 있는지 검토할 필요가 있고, 이와 더불어 외국인도 지방선거권을 향유할 수 있도록 정한 법제와의 체계부조화도 검토한다. 위헌적 요소가 발견된다면 IV장에서 그 개선안도 제시해보려 한다.

II. 외국인의 정치활동 제한 법제

본 장에서는 외국인의 정치활동 금지조항의 내용과 입법적 배경을 중점적으로 살핀다. 아울러 외국인의 체류 및 활동범위를 규정하는 「출입국관리법」 제17조 제1항과, 외국인의 일반적인 활동을 규율하는 「출입국관리법」상 다른 규정(「출입국관리법」 제46조 제1항 제3호와 동법 제11조 제1항 제3호 및 제4호, 동법 제22조)을 필요한 범위 내에서 살펴본다. 그리고 국내 다른 법률상 외국인의 정치활동을 제한 또는 허용하는 규정과 해외 입법례도 소개한다.

먼저, 「출입국관리법」 제17조 제1항의 규율범위를 살핀다. 「출입국관리법」 제17조 제1항 역시 외국인의 정치활동 금지조항과 마찬가지로 국내에 체류하는 외국인의 활동을 제한하므로, 각 조항의 규율 범위를 확인하기 위함이다. 「출입국관리법」 제17조 제1항은 외국인의 체류의 주된 목적이 자신이 가진 체류자격과 일치하여야 한다는 규정인 반면, 외국인의 정치활동 금지조항 및 외국인의 일반적인 활동을 규율하는 규정은 외국인이 인간으로서 그리고 대한민국 사회의 구성원으로서 영위할 일반적인 활동을 제한하는 규정이라는 점에서 규율 범위에 차이가 있다.

1. 「출입국관리법」상 규정

가. 「출입국관리법」 개관

1963년에 제정된 「출입국관리법」은 수차례 개정을 거쳐 현재에 이르기까지 대한민국을 드나드는 자를 관리하는 기본법으로 기능해왔다.¹⁰⁾ 「출입국관리법」의 목적은 모든 국민 및 외국인의 출입국관리, 대한민국에 체류하는 외국인의 체류관리와 사회통합 등이다(동법 제1조).¹¹⁾¹²⁾ 「출입국관리법」은 총칙, 국민의 출입국, 외국인의 입국, 상륙, 체류, 출

10) 정혁진/최영재, 출입국관리법, 씨아이알, 2018, 3면 참조.

11) 「출입국관리법」 제2장이 국민의 출입국을 규율하나, 대부분은 대한민국을 출입하는 ‘외국인’을 수범자로 한다. 정혁진/최영재, 출입국관리법, 씨아이알, 2018, 4면 참조.

12) 국민이란 대한민국 국적을 가진 자를 말하며, 외국인이란 대한민국의 국적을 가지지 아니한 자를 말한다. 법무부 출입국·외국인정책본부장, 출입국관리법 해설, 2011, 5면; 김동근/김요한, 출입국관리법 이론

국, 등록, 사회통합, 강제퇴거, 벌칙 등으로 구성되어 있다. 이 중 본 절에서는 외국인의 정치활동 금지조항 및 이와 관련된 규정을 살펴본다.

나. 「출입국관리법」 제17조

1) 체류의 주된 목적에서 벗어나는 활동을 제한하는 제17조 제1항

외국인의 정치활동 금지조항과 같은 조(條)에 규정되어 있는 「출입국관리법」 제17조 제1항은 “외국인은 그 체류자격과 체류기간의 범위에서 대한민국에 체류할 수 있다.”고 규정한다. ‘체류자격’이란 외국인이 국내에 머물면서 일정한 활동을 할 수 있는 법적 지위를 유형화하여 「출입국관리법」에 정한 자격을 말하며, 그에 따라 일정한 권리를 부여 받고 의무를 부담한다.¹³⁾ 즉, 체류자격은 외국인이 대한민국에 체류할 때 그 활동범위에 관하여 예측 가능한 기준 또는 제한이 된다.¹⁴⁾ 체류자격별로 정해져 있는 활동범위가 외국인이 체류 중에 할 수 있는 활동에 대한 1차적 규율이 된다는 의미이다.¹⁵⁾ 그러나 체류자격상 활동범위는 일반적 의미의 모든 활동이 아니라, 관광, 유학, 취업, 투자 같은 ‘체류의 주된 목적에 해당하는 활동’을 의미한다.¹⁶⁾ 그러므로 체류자격상 활동범위 외에, 외국인이 인간으로서 또 대한민국 사회의 사실상 구성원으로서 체류하며 영위할 다양한 활동에 대해서는, 국민에게도 적용되는 규정 혹은 외국인에게만 적용되는 특별규정이 적용될 것이다.¹⁷⁾ 대한민국 사회의 구성원이라는 점에서 국민과 마찬가지로 규율될 필요도 있으나, ‘외국인’이라는 점에서는 국민과 달라 특별규정이 적용될 필요도 있기 때문이다. 후자의 예로는 「출입국관리법」상 외국인의 정치활동 금지조항¹⁸⁾ 및 일반적 활동을 제한하는 규정, 「외국인의 서명날인에 관한 법률」, 「외국인근로자의 고용 등에 관한 법률」 등이 있다.

정리하면 「출입국관리법」 제17조 제1항은 외국인으로 하여금 체류자격을 갖도록 하는

및 실무, 법률출판사, 2021, 32,34면 참조.

13) 서울행정법원 2016. 9. 30. 선고 2015구합77189 판결 [각공2016하,668]

14) 차용호, 한국 이민법, 법문사, 2015, 323면 참조.

15) 이철우 외, 이민법, 박영사, 2019, 170면 참조.

16) 이철우 외, 이민법, 박영사, 2019, 170면 참조.

17) 이철우 외, 이민법, 박영사, 2019, 170면 참조.

18) 이철우 외, 이민법, 박영사, 2019, 170면 참조.

동법 제10조¹⁹⁾와, 다른 체류자격에 해당하는 활동을 하려면 체류자격 변경허가를 받도록 하는 동법 제24조 제1항²⁰⁾ 등과 함께 체류자격 제도가 적절히 운영될 수 있도록 기능하는 규정으로 이해해야 한다. 「출입국관리법」 제17조 제1항은 체류자격이 처음부터 없는 자 또는 입국허가나 체류허가가 무효이거나 취소된 자가 불법적으로 체류하는 경우를 규제하기 위한 조항인 것이다.²¹⁾ 합법적으로 체류자격을 받았고, 받은 체류자격과 체류의 주된 목적이 실제로 일치하며, 체류기간을 초과하지 않았다면 「출입국관리법」 제17조 제1항에 위반되지 않는다고 보아야 한다. 반면 외국인의 정치활동 금지조항은 외국인의 일상 사회생활에 적용되는 조항으로 보아야 한다. 즉, 금지되는 정치활동을 하였더라도 이를 체류자격 범위 밖의 활동으로 보아 「출입국관리법」 제17조 제1항 위반이라고 판단해서는 안 된다.²²⁾

이처럼 「출입국관리법」 제17조 제1항과 제2항은 그 규율 범위가 다르며, 각 규정을 위반한 경우 받을 수 있는 제재의 강도 역시 다르다. 「출입국관리법」 제17조 제1항을 위반한 외국인에게는 3년 이하의 징역형 또는 3천만원 이하의 벌금형에 처할 수 있으나(동법 제94조 제7호), 외국인의 정치활동 금지조항을 위반한 외국인에게는 형벌을 가할 수 없으며 이는 입법자의 분명한 의사였다.²³⁾ 해당 논의는 3) 목(目)에서 후술한다.

19) 「출입국관리법」 [법률 제19435호, 2023. 6. 13.] 제10조

제10조 (체류자격) 입국하려는 외국인은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 체류자격을 가져야 한다.

1. 일반체류자격: 이 법에 따라 대한민국에 체류할 수 있는 기간이 제한되는 체류자격
2. 영주자격: 대한민국에 영주(永住)할 수 있는 체류자격

20) 「출입국관리법」 [법률 제19435호, 2023. 6. 13.] 제24조

제24조 (체류자격 변경허가) ① 대한민국에 체류하는 외국인이 그 체류자격과 다른 체류자격에 해당하는 활동을 하려면 대통령령으로 정하는 바에 따라 미리 법무부장관의 체류자격 변경허가를 받아야 한다.

21) 법무부 출입국·외국인정책본부장, 출입국관리법 해설, 2011, 236면

22) 반면 정치활동 금지조항이 신설되었던 1977년 당시 법제사법위원회 전문위원은 “외국인의 복잡 다양한 정치활동 전반을 규제할 필요성 등에 비추어 외국인의 입국목적 이외의 활동 특히 정치적 활동에 대하여는 내국인과 구별하여 금지할 수 있도록 일반규정을 두어 명문화한 것은 상당한 이유가 있다”고 발언하여(출입국관리법개정법률안 심사보고서 (1977. 12. 14.), 법제사법위원회, 11면 참조), 체류 목적 이외의 활동에 정치적 활동이 속하는 것으로 보았다. 여기에서 “입국목적”이란 현행법상 ‘체류의 목적’을 의미하는 것으로 보인다. 당시 「출입국관리법」상 ‘입국자격’이라는 용어가 현행법에서는 ‘체류자격’으로 쓰이고 있기 때문이다.

23) 제98회국회의회의록 제23호 (1977. 12. 17.), 국회사무처, 7면; 제98회국회 법제사법위원회 회의록 제21호 (1977. 12. 08.), 국회사무처, 1-19면 참조.

2) 외국인의 정치활동을 금지하는 제17조 제2항

「출입국관리법」 제17조 제2항은 “대한민국에 체류하는 외국인은 이 법 또는 다른 법률에서 정하는 경우를 제외하고는 정치활동을 하여서는 아니 된다.”고 규정한다. 조문의 주요 내용을 세 부분으로 나누어 살핀다.

「출입국관리법」 제17조 제2항은 “대한민국에 체류하는 외국인”에게 적용되는 조항이다. ‘대한민국’이란 우리나라의 주권이 미치는 장소적 범위를 의미한다.²⁴⁾ ‘체류’란 대한민국 영역 내에서 외국인의 영구적 거주와 일시적 거주를 포괄하는 개념으로, 일시적 거주에는 장기 체류 및 단기 체류가 포함된다.²⁵⁾ 체류자격은 영주자격과 일반체류자격으로, 다시 일반체류자격은 90일 이하의 단기체류자격과 90일 초과와 장기체류자격으로 분류된다(「출입국관리법」 제10조, 동법 제10조의2 제1항). ‘외국인’이란 대한민국의 국적을 가지지 아니한 자를 말하며 어느 나라 국적도 가지고 있지 아니한 무국적자도 외국인에 해당한다.²⁶⁾²⁷⁾ 즉, 대한민국에 거주하면서 대한민국 국적을 가지지 아니한 모든 자에게 「출입국관리법」 제17조 제2항이 적용된다.

“이 법 또는 다른 법률에서 정하는 경우”에는 정치활동이 허용된다. 그러나 현행 「출입국관리법」에는 외국인의 정치활동이 허용되는 경우는 규정되어 있지 않고, 「출입국관리법」 외 다른 법률에는 외국인의 정치활동을 허용하는 규정이 존재한다. 이는 II장 2절에서 소개한다.

「출입국관리법」 제17조 제2항에 의하여 금지되는 “정치활동”의 의미나 범위가 조항의 문언만으로 명확하지 않다. 「출입국관리법」 뿐 아니라, 그 하위 법령인 「출입국관리법 시행령」과 「출입국관리법 시행규칙」, 법제처 국가법령정보센터에 공개된 행정규칙 어디에도 정치활동의 의미나 범위를 찾을 수 없었다. 이에 대하여는 III장 2절에서 후술한다.

3) 외국인의 정치활동 금지조항 위반 시 제재

정치활동 금지조항을 위반한 외국인이 받을 수 있는 행정적 제재는 「출입국관리법」에 규정되어 있다. 형사적 제재는 정하고 있지 않다.

24) 법무부 출입국·외국인정책본부장, 출입국관리법 해설, 2011, 3면

25) 법무부 출입국·외국인정책본부장, 출입국관리법 해설, 2011, 6면

26) 「국적법」 [법률 제18978호, 2022. 9. 15.] 제3조 제1항

27) 이민법연구회, 쉽게 풀어쓴 출입국관리법, 한국이민재단, 2018, 4면 참조.

가) 행정적 제재

대한민국 내에서의 제재와, 출국으로 이어질 수 있는 제재로 나누어 살핀다. 법무부장관은 정치활동 금지조항을 위반한 외국인에게 ‘중지명령’이나 ‘그 밖에 필요한 명령’을 할 수 있다(「출입국관리법」 제17조 제3항²⁸⁾). 외국인의 정치활동 금지조항을 위반하였을 것으로 의심되는 외국인은 위반조사를 받을 수 있고(「출입국관리법」 제47조²⁹⁾, 동법 제46조 제1항 제8호, 동법 제17조 제2항), 위반하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고 도주하거나 도주할 염려가 있는 외국인은 ‘보호’도 받게 될 수 있다(「출입국관리법」 제51조 제1항³⁰⁾, 동법 제46조 제1항 제8호, 동법 제17조 제2항).

외국인의 정치활동 금지조항 위반 시 강제퇴거 대상이 된다는 점에서 외국인의 정치활동에 대한 행정적 제재는 상당히 강력하다. 다만 지방출입국·외국인관서의 장은 그 위반 정도가 가벼운 경우 그 외국인에게 자진하여 출국할 것을 권고할 수도 있고(「출입국관리법」 제67조 제1항 제1호³¹⁾, 동법 제17조), 자기비용으로 자진하여 출국하려는 사람의 경우 강제퇴거가 아니라 출국명령을 내릴 수도 있다(「출입국관리법」 제68조 제1항 제1호³²⁾, 동법 제46조 제1항 제8호, 동법 제17조 제2항).

나) 형사처벌

외국인의 정치활동 금지조항 신설 당시 이를 위반한 경우 형벌도 가할 수 있게 할 것인지 여부도 논의되었다. 당초 법무부가 1977. 10. 25. 제출한 출입국관리법 개정법률안의 제88조 벌칙 규정에는 제23조(제23조 제1항과 제2항을 모두 포함)를 위반하여 정치활동을 한 외국인을 3년 이하의 징역이나 금고 또는 100만 원 이하의 벌금에 처하는 조항이 존재하였다.³³⁾³⁴⁾ 그러나 국회 소관위원회인 법제사법위원회에서 토의를 거쳐 제88조

28) **제17조 (외국인의 체류 및 활동범위)** ③ 법무부장관은 대한민국에 체류하는 외국인이 정치활동을 하였을 때에는 그 외국인에게 서면으로 그 활동의 중지명령이나 그 밖에 필요한 명령을 할 수 있다.

29) **제47조 (조사)** 출입국관리공무원은 제46조제1항 각 호의 어느 하나에 해당된다고 의심되는 외국인(이하 “용의자”라 한다)에 대하여는 그 사실을 조사할 수 있다.

30) **제51조 (보호)** ① 출입국관리공무원은 외국인이 제46조제1항 각 호의 어느 하나에 해당된다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고 도주하거나 도주할 염려가 있으면 지방출입국·외국인관서의 장으로부터 보호명령서를 발급받아 그 외국인을 보호할 수 있다.

31) **제67조 (출국권고)** ① 지방출입국·외국인관서의 장은 대한민국에 체류하는 외국인이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 그 외국인에게 자진하여 출국할 것을 권고할 수 있다.

1. 제17조와 제20조를 위반한 사람으로서 그 위반 정도가 가벼운 경우

32) **제68조 (출국명령)** ① 지방출입국·외국인관서의 장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 외국인에게는 출국명령을 할 수 있다.

1. 제46조제1항 각 호의 어느 하나에 해당한다고 인정되거나 자기비용으로 자진하여 출국하려는 사람

별칙 조항에서 동법 ‘제23조 제2항을 위반한 자’를 삭제하기로 의결하였다. 당시 국회에서 정치활동 금지조항에 관하여 죄형법정주의 위반과 위축효과 발생을 비롯하여 다양한 쟁점이 대두되었으나, 처벌 규정을 삭제함으로써 타협이 이루어진 것으로 보인다. 이로써 다양한 쟁점 중 죄형법정주의 위반 문제는 해소되었으나 다른 문제는 여전히 남은 채로 1977년에 제안된 출입국관리법 개정법률안이 국회를 통과하였고, 그 과정에서 이루어진 논의 내용은 다음 목(目)에서 소개한다.

4) 제·개정 연혁 및 배경

외국인의 정치활동을 원칙적으로 금지하는 현행 「출입국관리법」 제17조 제2항의 원형은 1977. 12. 31. 신설되었고, 이후 2005. 03. 24. 「출입국관리법」을 개정하며 현행과 같은 규정이 되었다.³⁵⁾ 본 목(目)에서는 위 조항의 입법배경을 파악하기 위하여, 제·개정 연혁과 1977년 개정 당시 시대 상황을 살펴본다.

가) 1977년 신설 경위

경제발전과 국제적 교류증대에 따라 출입국자의 수가 격증하는 상황에서 내외국인의 출입국업무를 효율적으로 처리하고, 국내에 체류하는 외국인과 외국단체의 활동이 복잡하고 다양해진 실정에 비추어 이를 적절히 규율하기 위하여, 구 「출입국관리법」이 1977. 12. 31. 법률 제3044호로 전부개정(이하 ‘출입국관리법 (1977년)’)이라 한다)되었다.³⁶⁾ 「출입국관리법 (1977년)」 제23조 제2항에 “대한민국에 체류하는 외국인은 정치적 활동을 하여서는 아니된다.”는 규정이 신설되며 외국인의 정치활동이 전면적으로 금지되었다.³⁷⁾

33) 출입국관리법개정법률안(1977. 10. 25.), 의안번호 090768, 77면

제88조 (벌칙) 다음 각호의 1에 해당하는 자는 3년 이하의 징역이나 금고 또는 100만원 이하의 벌금에 처한다.

7. 제22조(체류) 또는 제23조(활동범위)의 규정에 위반한 자.

34) 출입국관리법개정법률안(1977. 10. 25.), 의안번호 090768, 28면

제23조 (활동범위) ① 대한민국에 체류하는 외국인이 그의 입국자격에 관련되는 활동 이외의 활동을 하고자 하는 때에는 미리 법무부장관의 허가를 받아야 한다.

② 대한민국에 체류하는 외국인은 정치적 활동을 하여서는 아니된다.

35) 구 「출입국관리법」 [법률 제3044호, 1977. 12. 31.] 제23조 제2항, 구 「출입국관리법」 [법률 제7034호, 2003. 12. 31.] 제17조 제2항, 구 「출입국관리법」 [법률 제7406호, 2005. 3. 24.] 제17조 제2항 등; 이철우 외, 이민법, 박영사, 2019, 173면 참조.

36) 구 「출입국관리법」 [법률 제3044호, 1977. 12. 31.] 제정·개정이유 참조.

37) 「출입국관리법 (1977년)」 혹은 그 하위 법령인 시행령 또는 시행규칙에도 ‘정치적 활동’의 의미를 정의

(1) 1970년대 역사적 배경

1977년에 외국인의 정치활동을 전면적으로 금지하는 규정을 도입해야 할 만한 특별한 사유가 있었는지가 당시 국회 회의록 자료에는 분명하게 드러나지 않는다. 다만, 그 무렵의 정치상황을 감안하여 짐작만 할 수 있을 따름이다.

당시 대통령은 1971. 12. 분단된 한반도의 안보를 내세워 국가비상사태를 선포하였고, 대통령에게 초헌법적인 국가긴급권의 행사를 허용하는 「국가보위에 관한 특별조치법」을 만들어 국민의 표현의 자유와 근로활동권 및 경제활동을 제한할 수 있는 법적 근거를 마련하였다.³⁸⁾ 또한 1972. 10. 17. 전국에 비상계엄을 선포한 채 국회를 해산하고 정치활동을 금지하였다.³⁹⁾ 자신의 집권을 영구화하기 위하여 1972. 12. 27. 헌법도 개정하였다.⁴⁰⁾ 당시는 이러한 유신헌법(維新憲法)에 반대하는 국민에게 징역 15년형이 선고되기도 하고, 정권을 비판하는 국민이 의문사를 당하기도 하던 시기였다.⁴¹⁾ 이러한 배경에서 대한민국에 생활관계를 형성한 외국인 중 ‘정치적 표현’을 한 자들이 있었는데, 이들에 대한 강제추방 조치는 외국인의 정치활동 금지조항이 도입된 계기가 당시 국내 정치 상황과 연관되어 있었을 것으로 추측할 수 있는 대목이다. 당시 정부가 외국인의 정치적 표현에 강경하게 대응한 사례를, 국내·외 언론 기사와 국회 회의록에서 발굴하여 소개한다.

외국인의 정치활동 금지조항 신설 당시 국회에서는 ‘오글 목사(Rev. George Ogle)’가 거론되며, 이 조항이 정치적 표현을 탄압하는 수단으로 오용될 수 있다는 점이 지적되었다.⁴²⁾ 오글 목사는 당시 국내에서 한국의 민주화운동을 지원하는 선교사 모임에 소속되어 있었고, 이로 인해 정권의 감시 대상이었다.⁴³⁾ 그러던 중 1974년 기도회를 열었던 그는 중앙정보부에 끌려가 17시간 동안 심문을 받게 된다.⁴⁴⁾ 대통령긴급조치와 「반공법」(反共法) 등을 위반하였다는 이유로 사형을 선고받은 이를 위하여⁴⁵⁾ 기도하였기 때문이

하거나 그 예시를 제공하지 않은 것으로 보인다.

38) 허영, 한국헌법론, 박영사, 2023, 111면 참조

39) 허영, 한국헌법론, 박영사, 2023, 112면; 성낙인, 대한민국헌법사, 법문사, 2012, 240면 참조.

40) 성낙인, 대한민국헌법사, 법문사, 2012, 240-241면 참조.

41) 정용욱 외, 한국 현대사와 민주주의, 경인문화사, 2015, 93,103면 참조.

42) 제98회국회 법제사법위원회 회의록 제21호 (1977. 12. 08.), 국회사무처, 16면; 제98회국회 법제사법위원회회의록 제26호 (1977. 12. 14.), 국회사무처, 13면 참조.

43) 장필수, ‘인혁당 사법살인’ 세계에 고발한 조지 오글 목사 별세, 한겨레, 2020. 11. 17., <https://www.hani.co.kr/arti/society/obituary/970377.html> (최종방문일 2023. 10. 24.)

44) 문주영, ‘인혁당 사건’ 폭로해 미국으로 추방됐던 조지 오글 목사 타계…유신정권 사법살인 세계에 알린 ‘한국인의 벼’, 경향신문, 2020. 11. 17., <https://www.khan.co.kr/people/people-general/article/202011172135115?www> (최종방문일 2023. 12. 13.)

45) 서울중앙지방법원 2005. 12. 27.자 2002재고합6,2003재고합5 결정 (각공2006.2.10.(30),419) 참조.

었다. 중앙정보부가 ‘자신은 공산주의자이며 공산주의자를 위해 기도했다’고 자백하도록 유도하였으나, 오글 목사는 응하지 않았다.⁴⁶⁾ 그러자 당시 정부는 1974. 12. 14. 약 20년간 대한민국에 거주해온 오글 목사를 강제추방하면서, 그가 1973년 노사관계에 관한 강의를 하였던 것이 「출입국관리법」에 위반되기 때문이라고 하였다.⁴⁷⁾⁴⁸⁾ 오글 목사가 강제 추방된 이유를 묻는 한 국회의원의 질문에 당시 법무부장관은 ‘체류기간이 만료되어 떠나게 되었다’고 답변하였으나,⁴⁹⁾ 오글 목사는 자신의 ‘정치활동’으로 인해 추방된 것이라고 밝히었다.⁵⁰⁾⁵¹⁾

제임스 시노트 신부(Rev. James P. Sinnott) 역시 오글 목사와 비슷한 상황에 놓였다. 대통령 긴급조치와 「반공법」 등을 위반하였다는 이유로 사형을 선고받고 대법원에서 1975. 04. 08. 상고가 기각된 후⁵²⁾ 바로 다음날 형이 집행된 이를 위하여, 그는 거리시위에 참여하고 사형된 이의 유가족을 외신과 연결해주기도 하였다.⁵³⁾ 약 14년간⁵⁴⁾ 대한민국에서 생활해온 그는 1975. 04. 30. 공공질서를 해하는 정치활동을 하였다는 이유로 강제추방당하였다.⁵⁵⁾⁵⁶⁾ 두 외국인의 사례는 당시 정부가 국민 뿐 아니라 외국인의 정치적

46) 황진영, 인혁당사건 조작폭로로 추방됐던 美조지 오글목사 방한, 동아일보, 2002. 09. 30., <https://www.donga.com/news/article/all/20020930/7867505/1> (최종방문일 2023. 12. 13.) 참조.

47) Richard Halloran, U.S. AIDE IN TOKYO CRITICAL OF SEOUL, The New York Times, 1974. 12. 16., <https://www.nytimes.com/1974/12/16/archives/us-aide-in-tokyo-critical-of-seoul-holding-of-ousted-cleric-on.html> (Accessed on 2023. 12. 13.)

48) 황희경, <연합인터뷰> '인혁당사건 조작설' 오글 목사, 연합뉴스, 2002. 09. 30., <https://www.yna.co.kr/view/AKR20020930005000004> (최종방문일 2023. 12. 13.) 참조.

49) 제98회국회 법제사법위원회 회의록 제21호 (1977. 12. 08.), 국회사무처, 16면 참조.

50) 황진영, 인혁당사건 조작폭로로 추방됐던 美조지 오글목사 방한, 동아일보, 2002. 09. 30., <https://www.donga.com/news/article/all/20020930/7867505/1> (최종방문일 2023. 12. 13.) 참조.

51) 안다영, ‘인혁당 사건’ 폭로해 추방된 조지 오글 목사 미국서 별세, KBS뉴스, 2020. 11. 17., <https://news.kbs.co.kr/news/pc/view/view.do?ncd=5050344> (최종방문일 2023. 12. 13.); 장필수, ‘인혁당 사법살인’ 세계에 고발한 조지 오글 목사 별세, 한겨레, 2020. 11. 17., <https://www.hani.co.kr/arti/society/obituary/970377.html> (최종방문일 2023. 10. 24.) 참조.

52) 대법원 1975. 4. 8. 선고 74도3323 판결

53) 김한수, 시노트 신부 “인혁당 사건의 진실 밝혀야”, 조선일보, 2004. 09. 23., https://www.chosun.com/site/data/html_dir/2004/09/23/2004092370301.html (최종방문일 2023. 12. 14.)

54) 기자 미상, Comment by Expelled Priest, The New York Times, 1975. 05. 02., <https://www.nytimes.com/1975/05/02/archives/comment-by-expelled-priest.html> (Accessed on 2023. 12. 14.)

55) Richard Halloran, Defiant Missionaries Arouse Seoul's Anger, The New York Times, 1975. 05. 26., <https://www.nytimes.com/1975/05/26/archives/defiant-missionaries-arouse-seouls-anger.html> (Accessed on 2023. 12. 14.)

56) 윤상, ‘시노트 신부, 한국 현대史 소설로...’, KBS뉴스, 2004. 10. 08., <https://news.kbs.co.kr/news/pc/view/view.do?ncd=1085796> (최종방문일 2023. 12. 14.)

표현까지도 억압한 사례라고 볼 수 있다.

(2) 출입국관리법 개정법률안에 대한 국회 논의

「출입국관리법 (1977년)」은 법무부가 1977. 10. 25. 제안한 출입국관리법 개정법률안(이하 ‘출입국관리법 법무부 개정안’이라 한다)을 바탕으로 한다.⁵⁷⁾ 이 개정안 제23조 제2항은 “대한민국에 체류하는 외국인은 정치적 활동을 하여서는 아니된다.”고 정하였다.

출입국관리법 법무부 개정안은 1977. 12. 08. 국회 법제사법위원회에 상정되었다.⁵⁸⁾ 당시 의원들은 정치활동이라는 개념이 모호하다는 점을 지적하였다. 이로 인하여 위축효과가 생긴다는 점, 금지되는 정치활동이 명확하지 않는데 이를 위반한 외국인을 처벌하는 것은 죄형법정주의에 위반된다는 점, 자의적 해석으로 인한 악용 가능성이 존재한다는 점을 우려하였다. 또한 외국의 입법례⁵⁹⁾처럼 금지되는 정치활동을 구체적으로 열거하는 것이 바람직하다는 의견도 있었다. 정치활동 금지조항을 신설하지 않더라도 「출입국관리법」상 다른 규정에 의하여 외국인의 활동을 규제할 수 있는데, 정치활동 금지조항을 신설해야 할 필요성이 있는지에 대해서도 의문을 제기하였다. 이러한 지적에 대해 법무부는 ‘정치활동’을 금지하는 조항이 타법에도 존재하나 곱해 없이 운영되고 있다는 점과 구체적인 행위 유형을 정하여 열거하기 어렵다는 점 등을 주장하였다. 「출입국관리법」상 다른 규정으로 규제할 수 있으나 표현을 다르게 한 것에 불과하고, 정치적 활동이 문제가 되었던 사안은 없었다고 하였다. 아울러 정치활동 금지조항을 적용할 때 남용되는 일

57) 출입국관리법개정법률안(1977. 10. 25.), 의안번호 090768, 1-3면 제안이유 및 주요골자 참조.

58) 이 단락의 내용은 제98회국회 법제사법위원회 회의록 제21호 (1977. 12. 08.), 국회사무처, 1-19면 참조.

59) 당시 독일, 미국, 일본의 입법례는 출입국관리법개정법률안 심사보고서 (1977. 12. 14.), 법제사법위원회, 12-15면 참조.

[독일] 독일 외인법 제6조 제2항 “외국인의 정치활동은 공공의 안녕질서 교란이나 공화국의 정치의사 형성의 침해를 방지하기 위하여 또는 공화국 그 밖의 중대한 이익을 필요한 경우에는 제한·금지할 수 있다.”

독일 외인법 제6조의3 “국제법과 양립되지 아니하는 행위를 하는 것, 독일연방공화국의 기본질서인 자유민주적 기본질서를 위태롭게 하는 것, 헌법질서인 자유민주적 기본질서와 양립하지 않는 본법 적용구역 외에 있는 정당 기타의 단체 또는 기구 등을 조장하는 또는 운동을 조장한다고 인정되는 행위”

[미국] 미국 이민국적법 제241조 강제퇴거해당자 “i) 무정부주의자 ii) 모든 조직화된 정부에 대한 반항을 창도하거나 교육을 하는 자 혹은 이것을 창도하고 교육하는 단체의 구성원 또는 관련자 iii) 다음 각항의 구성원 또는 관련자: 1) 미국공산당, 2) 미국의 그 밖의 전체주의의 당, 3) 공산당의 정치적 결사”

[일본] 일본 출입국관리법안 제8조 제1항 “법무대신은 필요하다고 인정될 때에는 미리 상륙허가를 받고자 하는 외국인에 대하여 일본국에 체류하는 데 따른 준수해야할 활동범위와 기타사항을 정할 수 있다.”

이 없도록 최선을 다할 것이며, 마지막으로 정치활동 금지조항을 위반한 경우 처벌하는 규정을 삭제하고자 한다면 이에 동의하겠다고 밝히었다.

법제사법위원회는 1977. 12. 14. 소위원회를 구성하여 출입국관리법 법무부 개정안을 심사하였다.⁶⁰⁾ 법제사법위원회 소위원회에서 전문위원은 출입국관리법 법무부 개정안 제23조 제2항상 ‘정치적 활동’이란 국민의 참정권과 관련하여 국가의 의사형성에 참여할 수 있는 권리로 보았고,⁶¹⁾ 이는 국민으로서의 권리이며 인간으로서의 권리가 아니어서 외국인에게는 인정되지 않는다고 하였다. 그러면서도 전문위원은 정치활동 금지조항을 신설하지 않고도 당시 적용되던 구 「출입국관리법」만으로 대한민국의 국시에 위배되는 행동 등을 할 우려가 있거나 정당 활동에 가담하는 외국인을 강제퇴거시키는 등 외국인의 정치활동을 어느 정도 규제할 여지가 있다는 점과, 규제 대상이 되는 정치적 활동의 범위가 명확하지 못하다는 점을 지적하였다. 법제사법위원회 일부 의원은 ‘정치적 활동’의 의미가 막연하여 이를 처벌하는 규정은 죄형법정주의에 위배되고, 정치활동의 개념을 예거하는 것이 바람직하며, 정치활동 금지조항을 신설하지 않아도 외국인의 정치활동을 규제할 수 있다는 의견을 피력하였다. 이에 대하여 법무부는 처벌 규정을 삭제해도 된다는 점, 정치활동 금지조항은 훈시적 규정에 불과하다는 점, 출입국자가 급격히 느는 등 사정의 변경에 적응하기 위한 것이라는 점을 언급하였다. 논의 과정에서 출입국관리법 법무부 개정안을 개정하는 안도 제시되었다. ‘정치활동’의 개념이 명확하지 않아 제88조

60) 이 단락은 출입국관리법개정법률안 심사보고서 (1977. 12. 14.), 법제사법위원회, 1-40면 참조.

61) 심사보고서 내용을 보면 (출입국관리법개정법률안 심사보고서 (1977. 12. 14.), 법제사법위원회, 16-17면 참조), 전문위원은 출입국관리법 법무부 개정안 제23조 제2항상 ‘정치적 활동’의 의미를 구 「정치활동정화법」 [법률 제1542호, 1963. 12. 16.] 제2조의 ‘정치적 행동’과 동일하거나 유사하게 파악한 것으로 보인다.

구 「정치활동정화법」 [법률 제1542호, 1963. 12. 16.] 제2조

제2조 (정의) ① 본법에서 정치적 행동이라 함은 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 말한다.

1. 공직선거에 있어서 후보자가 되는 일
2. 공직선거에 있어서 특정후보자의 당선 또는 낙선을 위하여 선거에 관한 연설을 하거나 선거에 영향을 미치는 언열을 행하는 일
3. 정당 또는 정치적 사회단체결성의 발기 또는 준비를 위한 직위에 취임하거나 정당 또는 정치사회단체에 가입하거나 그 고문 기타 이에 준하는 직위에 취임하는 일
4. 정치적 집회의 주최자 또는 연사가 되는 일
5. 전 각호 이외에 특정한 정당, 정치적 사회단체 또는 정치인의 정치활동을 원조하거나 방해하는 일

② 전항 제1호 및 제2호의 공직선거라 함은 대통령선거, 국회의원선거 및 지방자치단체의 장 또는 지방의회의원의 선거를 말한다.

③ 제1항 제3호 내지 제5호의 정치적 사회단체와 정치적 집회의 범위는 각령으로 정한다.

제7호의 벌칙에서 제23조 제2항을 제하기 위하여 “제23조”를 “제23조 제1항”으로 개정한다는 점이 그 요지이었다.

그 후, 1977. 12. 17. 국회 본회의에서 출입국관리법 법무부 개정안 제23조 제2항을 위반한 경우 처벌하는 조항을 삭제한 법률안에 대하여 표결하였다. 그 결과 160명이 재석한 가운데 126명이 가결, 33명이 부결하여, 법제사법위원회에서 수정된 부분은 수정된 대로, 기타 부분은 원안대로 가결되었다.⁶²⁾

나) 2005년 개정 경위

「출입국관리법 (1977년)」에 “대한민국에 체류하는 외국인은 정치적 활동을 하여서는 아니된다.”는 규정이 신설된 후 「출입국관리법」이 여러 번 개정되며 조문(條文) 번호는 달라졌지만,⁶³⁾ 문언은 2005년까지 거의⁶⁴⁾ 동일하게 유지되었다. 정부의 제안으로 2005. 03. 24. 법률 제7406호로 「출입국관리법」이 개정되며(이하 ‘출입국관리법 (2005년)」이라 한다) 위 규정에 ““이 법 또는 다른 법률이 정하는 경우를 제외하고는”이라는 예외 문구(이하 ‘예외 문구’라 한다)가 삽입되었다. 개정 당시 국회 소관위원회인 법제사법위원회에서 예외 문구가 삽입된 계기와 외국인의 정치활동을 원칙적으로 금지하는 것에 대한 문제가 논의되었다.

외국인에게도 법률상 주민투표권을 부여한 것이 예외 문구가 삽입된 계기이다.⁶⁵⁾⁶⁶⁾ 「주민투표법」이 2004. 01. 29. 법률 제7124호로 제정되며 “20세 이상의 외국인으로서 출입국관리 관계법령의 규정에 의하여 대한민국에 계속 거주할 수 있는 자격(체류자격변경허가 또는 체류기간연장허가를 통하여 계속 거주할 수 있는 경우를 포함한다)을 갖춘 자로서 지방자치단체의 조례가 정하는 자는 주민투표권이 있다.”(동법 제5조 제2항)는 조항이 신설되었다. 그러나 당시 적용되던 「출입국관리법」은 대한민국에 체류하는 외국인이

62) 제98회국회회의록 제23호 (1977. 12. 17.), 국회사무처, 7면 참조.

63) 구 「출입국관리법 (1977년)」에서는 제23조 제2항이었으나, 구 「출입국관리법」 [법률 제3694호, 1983. 12. 31.]에서는 제16조 제2항, 구 「출입국관리법」 [법률 제4522호, 1992. 12. 8.]에서 제17조 제2항이 되었다. 1992년 개정 후 현재까지 계속 제17조 제2항에 위치하고 있다.

64) ‘정치활동’을 가리키는 표현에 미세한 변화가 있었다. 「출입국관리법 (1977년)」에서는 “정치적 활동”이라는 표현을 사용하였으나, 「출입국관리법 (1977년)」이 1983. 12. 31. 법률 제3694호로 개정되면서부터는 “정치활동”이 사용되었다.

65) 본 단락 내용은 제252회국회 법제사법위원회회의록 제1호 (2005. 02. 18.), 국회사무처, 10면 참조.

66) 참고로, 2005년에 공직선거법이 개정되며, 대한민국에서 영주의 체류자격 취득 후 3년이 경과한 19세 이상의(2020년 1월 공직선거법 개정으로 선거권 연령이 18세로 하향) 외국인에게 해당 구역의 지방자치단체의 의회의원 및 장의 선거권도 주어졌다.

일체의 정치활동을 할 수 없도록 규정하고 있었다. 따라서 「출입국관리법」을 개정하여 법률 상호간의 충돌을 방지할 필요가 있었고, 이에 ‘이 법 또는 다른 법률이 정하는 경우’에는 정치활동을 할 수 있도록 개정하게 되었다.

예외 문구를 삽입하며 외국인의 정치활동 금지조항에 의해 제한되는 활동이 광범위할 수 있다는 우려가 다시 부상하였다.⁶⁷⁾ 정치활동의 유형을 나누어 생각해보면, 대한민국에 대한 테러 위협이나 대한민국의 안전에 위해를 가할 소지가 있는 활동과, 외국인 본국의 내부 문제에 대한 활동(예컨대 과거 해외에서 이루어졌던 대한민국의 독립운동과 같은 활동, 또 1980년대 미국 등지에서 체류하는 대한민국 국민이 대한민국의 민주화를 위하여 한 여러 정치활동) 등이 있을 수 있음에도 포괄적으로 정치활동을 제한하는 데 문제의 소지가 있다는 점이 지적되었다. 해외에서의 활발한 민주화 활동이 국내 민주화에도 상당히 도움이 되었던 경험이 있는 나라임에도, 국내에 체류하는 외국인의 정치활동을 포괄적으로 금지하는 것은 부당할 수 있다는 점도 문제가 되었다. 국내에 거주하는 외국인의 본국 내 문제와 관련해서 결사·집회를 하는 것도 정치활동이라고 볼 수 있는데, 외국인이 대한민국 내정에 간섭하는 문제와는 구분이 되어야 함에도 위 조항은 포괄적으로 해석될 수밖에 없다는 의견도 있었다.⁶⁸⁾ 위 조항의 문제점이 2005년에 다시금 부각되었음에도, 현재까지도 “대한민국에 체류하는 외국인은 이 법 또는 다른 법률이 정하는 경우를 제외하고는 정치활동을 하여서는 아니된다.”라고 규정되어 있다.

다) 정리

외국인의 정치활동을 포괄적으로 금지하는 조항이 도입되고 유지되어야 할 정당한 사유를 입법경위에서 발견하기 어렵다. 오히려 ‘정치활동’의 개념이 모호할 뿐만 아니라, 제한할 필요가 있는 활동에 대해서는 별도의 규정을 둘 수 있어 포괄적으로 정치활동을 제한할 필요가 없다는 회의적인 견해가 도입 당시부터 제기되었다. 다음 세 항(項)에서는 이처럼 별도 규정으로 제한되는 외국인의 활동을 살펴본다.

67) 본 단락 내용은 제252회국회 법제사법위원회회의록 제1호 (2005. 02. 18.), 국회사무처, 10면 참조.

68) 이에 대해 법무부 장관은 ‘과거 우리가 독립운동을 하듯이 그렇게 정치활동을 하려면 난민 인정 절차를 거쳐서 하는 방법이 있다. 그러나 인권 문제나 통상의 행동을 넘어서, 외국인이 정권을 물러나라고 주장하는 등의 과도한 정치행위를 하는 것은 대한민국 국민의 법 감정에 맞지 않기 때문에 외국인의 정치활동을 금지하는 규정을 두고 있다. 외국의 입법례도 그러하다. 또한 지금까지는 국내 정치문제에 과하게 간섭하는 것이 아닌 한, 해석상 외국인의 자유를 허용하여 왔다.’는 취지로 답변하였다. 제252회 국회 법제사법위원회회의록 제1호 (2005. 02. 18.), 국회사무처, 10면 참조.

다. 「출입국관리법」상 정당활동 제한 규정

외국인의 당원 자격은 「정당법」⁶⁹⁾에 의하여 제한되며,⁷⁰⁾ 현행 「출입국관리법」은 외국인의 정당활동을 제한하는 규정을 별도로 두지 않고 있다. 1963. 03. 05. 법률 제1289호로 제정된 구 「출입국관리법」(이하 ‘출입국관리법 (1963년)’이라 한다)에 의하면 대한민국에서 정당활동에 가담하거나 정당활동을 조종한 자를 강제퇴거시킬 수 있었으나,⁷¹⁾ 「출입국관리법 (1977년)」에 외국인의 정치활동 금지조항이 신설되며 위 조항이 삭제되었다. 외국인의 ‘정치’활동을 포괄적으로 금지하는 규정인 「출입국관리법 (1977년)」 제23조 제2항을 신설하였기에, 이와 별도로 ‘정당’활동을 한 외국인을 강제퇴거시킬 수 있는 근거 규정을 둘 필요가 없다고 판단했던 것으로 보인다.

라. 국익·질서를 위해하는 행동을 제한하는 「출입국관리법」 제11조 제1항 제3호 및 제4호

현행 「출입국관리법」은 제11조 제1항 제3호와 제4호에서 “대한민국의 이익이나 공공의 안전을 해치는 행동을 할 염려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 사람”과 “경제질서 또는 사회질서를 해치거나 선량한 풍속을 해치는 행동을 할 염려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 사람”은 입국을 금지할 수 있도록 정하고 있다. 이러한 사유가 입국 후에 발생한 경우에는 동법 제46조 제1항 제3호에 의해 강제퇴거 대상자가 된다(이하 ‘국익·질서를 위해하는 행동을 제한하는 규정’이라 한다).⁷²⁾⁷³⁾

69) 「정당법」 [법률 제18792호, 2022. 1. 21.] 제22조 제2항

제22조 (발기인 및 당원의 자격)

② 대한민국 국민이 아닌 자는 당원이 될 수 없다.

70) 「정당법」이 1962. 12. 31. 법률 제1246호로 제정되었을 때부터 존재하던 규정이다.

71) **제26조 (강제퇴거)** ① 법무부장관은 다음 각호의 1에 해당하는 외국인을 국외로 강제퇴거시킬 수 있다.

7. 대한민국 안에서 정당활동에 가담하거나 이를 조종한 자

72) 이러한 구조는 「출입국관리법」의 전신인 구 「외국인의입국출국과등록에 관한 법률」 [법률 제65호, 1949. 11. 17.]에서부터 유지되어오고 있다. “우리의 법제가 강제퇴거사유들을 규정함에 있어서 고도의 불확정 법개념이 동원되고 있는 입국금지사유에 의지하는 입법방식을 취한 것은 이미 앞서 언급한 1949년의 구 「외국인의입국출국과등록에 관한 법률」에서도 나타나고 있다. 즉 동법에서는 입국금지사유 가운데 일부인 제6조 제1호와 제2호의 규정에 해당하는 외국인에 대하여 내무부장관이 외무부장관과 협의하여 출국을 명할 수 있다고 규정하고 있었고 입국금지사유를 강제퇴거사유들 가운데 하나로 채용하는 이러한 입법방식은 그 이후로도 큰 변화 없이 유지되고 있다.” 이현수, 출입국관리법상 입국금지사유와 강제퇴거사유의 조응관계 고찰, 행정법연구, 제55호, 2018, 147면

73) “제46조 제1항 3호의 입국금지사유에 대해서는 특히 비판이 제기되고 있다. 입국과 입국 이후 체류 중 강제퇴거에 대해서는 달리 규율되어야 함에도 입국금지사유를 그대로 강제퇴거의 사유 가운데 하나로

국익·질서를 위해하는 행동을 제한하는 규정은 외국인이 인간으로서 그리고 대한민국 사회의 사실상 구성원으로서 대한민국에 체류하며 영위할 다양한 일반적인 활동에 대한 규정에 해당한다. 위 규정은 ‘대한민국의 이익’, ‘공공의 안전’, ‘사회질서’, ‘선량한 풍속’과 같이 불확정개념을 포함하고 있으며,⁷⁴⁾ 외국인의 활동 전반에 대한 추상적이고 일반적인 규제로서 외국인의 정치활동 금지조항과도 관련이 있으므로 그 의미와 적용례, 연혁을 살펴볼 필요가 있다.

1) 대한민국의 이익, 사회질서 등의 의미⁷⁵⁾

‘대한민국의 이익’과 ‘공공의 안전’은 그 범위가 광범위하고 다양하여 구체적인 개념정의가 곤란하나, ‘대한민국 헌법, 형법 등에서 사용하는 공공의 안전, 공공의 평온과 동일한 목적을 가지는 개념’이라고 볼 수 있다. 헌법상 ‘공공의 안전’이란 개인의 생명, 신체(건강), 명예, 자유, 재산과 같은 주권적 권리와 법익, 객관적인 성문의 법질서, 국가의 존속, 국가 및 그 밖의 공권력 주체의 제도 및 행사가 아무런 장애도 받고 있지 않은 상태를 의미한다. ‘공공의 이익’이란 국가·사회 또는 다수 일반의 이익을 의미한다. 또한 대한민국의 사회질서, 선량한 풍속에 대한 위해는 국익을 해하는 것이므로, 「출입국관리법」 제11조 제1항 제3호는 「출입국관리법」 제11조 제1항 제4호를 포함한다.

‘사회질서’란 국가·사회의 공공질서 또는 일반적 이익을 유지하기 위하여 국민이 지켜야 할 공공질서로 대한민국 사회생활의 평화와 질서를 유지하는 데 반드시 지켜야 할 일반규범이다. 사회질서 위반의 구체적 내용은 정의의 관념에 반하는 행위, 윤리적 질서에 반하는 행위, 개인의 자유를 매우 심하게 제한하는 행위, 생존의 기초가 되는 재산의 처분행위, 지나치게 사행적인 행위, 불공정한 법률행위가 있다. ‘선량한 풍속’이란 사회의 일반적 도덕·윤리관념, 모든 국민에게 지킬 것이 요구되는 최소한도의 도덕률을 가리킨다.

법률행위의 내용이 법질서 전체의 목적에 비추어 타당한지 여부를 개별적·구체적으로 빠짐없이 미리 규정하기는 어렵다. 이에 개별적인 강행규정 외에 「출입국관리법」 제11조

규정하고 있다는 점에서 문제가 있다.” 문병효, 한국 출입국관리법의 쟁점과 발전방향, 강원법학, 제55권, 2018, 261면 참조.

74) 문병효, 한국 출입국관리법의 쟁점과 발전방향, 강원법학, 제55권, 2018, 262면; 이철우 외, 이민법, 박영사, 2019, 87면 참조.

75) 해당 내용은 노재호, 國益危害 外國人 관리 정책에 대한 연구 - 출입국관리법상 入國禁止, 強制退去 제도를 중심으로 -, 석사학위논문, 중앙대학교, 2018, 19-22면 참조.

제1항 제3호 및 제4호에서 일반적이고 포괄적인 근본이념을 선언하여 각 법률행위의 내용 또는 목적이 적법하고 타당한지 여부를 판단하고 있다고 보인다. 다만 이러한 일반적·포괄적인 의미를 가지는 용어를 사용하는 데 따르는 문제점이 드러난 사례를 이어서 소개한다.

2) 국익·질서를 위해하는 행동을 제한하는 규정이 적용되어 강제퇴거된 사례

가) 서울행정법원 2009구합10253 판결문 요약

모 외국인이 국내에 입국하여 유학 체류자격으로 체류하던 중 2007. 9. 26. 강제추행죄와 폭행죄를 범하였다. 당해 외국인(당해 행정소송 사건의 ‘원고’)은 2008. 5. 28. 이러한 범죄사실로 벌금 200만 원을 선고받았고 판결은 확정되었다. 출입국관리사무소장(당해 행정소송 사건의 ‘피고’)은 이러한 범행 사실을 통보받았고, 2009. 3. 4. 「출입국관리법」 제46조 제1항 제2호 및 동법 제11조 제1항 제3호 및 제4호에 기하여 당해 외국인에게 강제퇴거명령을 내렸다.

원고는 강제퇴거명령처분의 취소를 구하며 「출입국관리법」 제11조 제1항 제3호 및 제4호의 내용이 포괄적이고 광범위하여 법 집행자의 자의적인 해석이 가능하므로, 명확성의 원칙과 기본권제한의 입법상 한계인 최소침해의 원칙에 위배되어 위헌이라고 주장하였다.

법원은 원고의 주장을 배척하며, ‘국가가 「출입국관리법」 제11조 제1항 제3,4호에 해당하는 외국인들의 입국을 제한하고 강제퇴거를 명할 수 있도록 하는 것은 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 반드시 필요한 조치인 것으로 판단되고, 또한 「출입국관리법」 제11조 제1항 제3, 4호, 제46조 제1항의 규정이 그 자체로 처분청에 재량의 여지를 주어 개별 외국인의 특별한 사정을 고려할 수 있도록 하고 있는 점 등에 비추어 볼 때, 원고가 주장하는 사유를 모두 고려하더라도 위 법률조항들이 그 자체로 기본권제한의 입법상 한계인 최소침해의 원칙에 반한다고 보기 어렵다. 나아가 「출입국관리법」 제11조 제1항 제3호의 ‘대한민국의 이익이나 공공의 안전을 해하는 행동을 할 염려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 자’ 및 같은 항 제4호의 ‘경제질서 또는 사회질서를 해하거나 선량한 풍속을 해하는 행위를 할 염려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 자’라는 표현이 다소 포괄적이라 하더라도 대한민국의 이익이나 공공의 안전 내지 경제·사회질서와 관련된 행위유형이 다양하여 그 실태가 천차만별인 현실에서 강제퇴거의 대상이 되는 모든 사유를 일일이 법률로써 한정하여 규율하는 것은 입법기술상 한계

가 있을 뿐 아니라, 국익을 최우선으로 하여 외교관계, 국제정세의 변천 등에 따라 신속하고 적절하게 대처해야 한다는 출입국관리행정의 특수성과 더불어 「출입국관리법」의 입법목적을 종합적으로 고려하여 볼 때 그 구체적 의미를 충분히 예측하고 해석할 수 있는 정도인 것으로 보이며, 더욱이 이 사건과 같이 구체적인 사실에 관하여 형사처벌까지 이루어진 경우에는 당해 형벌규정 등이 보호하고자 하는 법익을 기준으로 위 각 규정의 의미내용을 한정적으로 해석함으로써 위 요건의 충족 여부를 판단할 수 있다는 점 등에 비추어 볼 때 위 규정이 명확성을 결여하였다고는 볼 수 없다. 따라서 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.’고 판단하였다.

나) 평가

위 사건에서 원고는 강제추행죄와 폭행죄를 범하였다는 이유로 ‘국익·질서를 위해하는 행동을 제한하는 규정’에 의하여 강제퇴거명령을 받은 것으로 보인다. 그러나 그 근거 규정은 「출입국관리법」 제46조 제1항 제12호⁷⁶⁾와 동법 시행규칙 제54조의2 제1호⁷⁷⁾ 및 동시행규칙 제54조 제1호⁷⁸⁾이었어야 한다고 보인다. 특정한 죄를 범한 자에게 강제퇴거명령을 내릴 수 있는 근거가 특별규정으로 존재하는데도 일반 규정(「출입국관리법」 제11조 제1항 제3호 및 제4호)에 기대어 강제퇴거명령을 내렸다는 점에서 자의적 법집행의 여지가 존재함을 보여주는 사례라고 할 수 있다. 이러한 위험은 외국인의 활동을 규제하면서 추상적이고 불명확한 개념을 사용하고 있는 국익·질서를 위해하는 행동을 제한하는 규정뿐만 아니라, 외국인의 정치활동을 금지하는 「출입국관리법」 외국인의 정치활동 금지조항에도 존재한다.

76) 구 「출입국관리법」 [법률 제9142호, 2008. 12. 19.] 제46조 제1항 제12호

제46조 (강제퇴거의 대상자) ①사무소장·출장소장 또는 외국인보호소장은 이 장에 규정된 절차에 따라 다음 각호의 1에 해당하는 외국인을 대한민국밖으로 강제퇴거시킬 수 있다.

12. 그 밖에 제1호 내지 제11호에 준하는 자로서 법무부령이 정하는 자

77) 구 「출입국관리법 시행규칙」 [법무부령 제642호, 2008. 7. 3.] 제54조의2 제1호

제54조의2 (강제퇴거의 대상자) 법 제46조제1항제12호에서 “법무부령이 정하는 자”라 함은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자로서 사무소장·출장소장 또는 외국인보호소장이 강제퇴거함이 상당하다고 인정하는 자를 말한다.

1. 제54조 각 호의 어느 하나에 해당하는 죄를 범한 자

78) 구 「출입국관리법 시행규칙」 [법무부령 제642호, 2008. 7. 3.] 제54조 제1호

제54조 (영주자격을 가진 자의 강제퇴거) 법 제46조제2항제2호에서 “법무부령이 정하는 자”라 함은 다음 각호의 1에 해당하는 자로서 법무부장관이 강제퇴거함이 상당하다고 인정하는 자를 말한다.

1. 「형법」 제2편제24장 살인의 죄, 제32장 강간과 추행의 죄 또는 제38장 절도와 강도의 죄중 강도의 죄를 범한 자

3) 1977년까지의 제·개정 연혁

외국인의 정치활동 금지조항이 신설되었던 1977년 당시 이미 외국인의 ‘정치’활동에 국한되지 않고 일반적 활동 전반을 규제하는 ‘국익·질서를 위해하는 행동을 제한하는 규정’의 원형이 존재하였다. 당시 일부 국회의원은 ‘현행법으로도 규제할 수 있으니 굳이 정치활동 금지조항을 신설할 필요가 없다’는 취지로 발언하기도 하였다.⁷⁹⁾ 외국인의 정치활동 금지조항의 도입 배경을 더 깊이 이해하기 위하여, 국익·질서를 위해하는 행동을 제한하는 규정의 변천 과정도 함께 살펴본다.

「출입국관리법」은 1963. 3. 5. 처음 제정되었다. 그 전에는 1949. 11. 17. 법률 제65호로 제정된 구 「외국인의입국출국과등록에 관한 법률」이 대한민국에 주재하는 외국의 외교영사관 및 그 수원과 가족 또는 외국정부의 공무를 띤 자를 제외한 외국인의 입국·출국 및 등록에 관한 사항을 규정하였다.⁸⁰⁾ 구 「외국인의입국출국과등록에 관한 법률」에 따라 “대한민국의 이익에 배반하는 행동 또는 경제를 교란하는 행동을 할 우려가 있”거나 “공안을 해하거나 또는 풍속을 문란하게 할 우려가 있는” 외국인의 입국을 금지할 수 있었고(동법 제6조 제1호 및 제2호), 이미 대한민국에 체류하고 있는 외국인이 위 두 규정에 해당할 경우에는 그 외국인에 대하여 출국을 명할 수 있었다(동법 제12조 제1호).

이후 구 「외국인의입국출국과등록에 관한 법률」의 미비점을 정비하기 위하여⁸¹⁾ 「출입국관리법 (1963년)」이 제정되었다. 이에 따라 “대한민국의 국시에 위배되거나 경제질서를 교란하는 행동을 할 우려가 있다고 인정되는 상당한 이유가 있”거나 “공안을 해하거나 풍속을 문란하게 하는 행동을 할 우려가 있다고 인정되는 상당한 이유가 있는” 외국인의 입국을 금지할 수 있었다(동법 제9조 제3호 및 제4호). 이미 대한민국에 체류하고 있는 외국인이 위 두 규정에 해당할 경우에는, 그 외국인을 강제퇴거시킬 수 있었다(동법 제26조 제1항 제2호, 동법 제9조 제3호 및 제4호).

「출입국관리법 (1963년)」 제9조 제3호 및 제4호에 따라 외국인의 활동을 규제할 수 있는 여지가 그 전에 비해 더 좁아졌다고 평가할 수 있다. 「외국인의입국출국과등록에 관한 법률」은 “물질적으로나 정신적으로 보탬이 되는 것”⁸²⁾을 의미하는 ‘이익’이라는 표현

79) 제98회국회 법제사법위원회 회의록 제21호 (1977. 12. 08.), 국회사무처, 7면 등 참조.

80) 구 「외국인의 입국 출국과 등록에 관한 법률」 [법률 제65호, 1949. 11. 17.] 제정·개정이유 참조.

81) 구 「출입국관리법」 [법률 제1289호, 1963. 3. 5.] 제정·개정이유 참조.

82) 국립국어원, 이익, 표준국어대사전, https://stdict.korean.go.kr/search/searchView.do?word_no=263072&searchKeywordTo=3 (최종방문일 2024. 01. 01.) 참조.

을 사용하였으나, 「출입국관리법 (1963년)」은 “국민의 지지도가 높은 국가 이념이나 국가 정책의 기본 방침”⁸³⁾을 의미하는 ‘국시’라는 표현을 사용하였기 때문이다. 또한 「외국인의입국출국과등록에 관한 법률」과 달리, 「출입국관리법 (1963년)」에 의하면 ‘단순한 우려’를 넘어 그러한 우려에 ‘상당한 이유’가 있어야 했다. 활동이 제한되는 범위가 상대적으로 좁혀진 것이다.

이후 구 「출입국관리법」은 1967. 3. 3. 법률 제1900호로 전부개정되었으나, 위 규정의 내용에는 변화가 없었다. 1977. 12. 31. 법률 제3044호로 전부개정된 구 「출입국관리법」에 의하면 “대한민국의 국시에 위배되거나 경제질서를 교란하는 행동을 할 우려가 있다고 인정되는 상당한 이유가 있”거나 “국가의 안전이나 사회질서를 해하거나 풍속을 문란하게 하는 행동을 할 우려가 있다고 인정되는 상당한 이유가 있는” 외국인의 입국을 금지할 수 있었다(동법 제12조 제3호 및 제4호). 그리고 이미 대한민국에 체류하고 있는 외국인이 위 두 규정에 해당할 경우에는 강제퇴거 대상자가 된다고 정하였다(동법 제50조 제3호, 동법 제12조 제3호 및 제4호). 현행법에도 거의 동일하게 규정되어 있다. 이러한 배경에 비추어, 국익·질서를 위해하는 행동을 제한하는 규정에 더하여 외국인의 정치활동을 광범위하게 제한하는 규정까지 유지해야 하는지 재고할 필요가 있다.

마. 거소·활동범위·준수사항 제한 규정인 「출입국관리법」 제22조

「출입국관리법」 제22조에 의하면 “법무부장관은 공공의 안녕질서나 대한민국의 중요한 이익을 위하여 필요하다고 인정하면 대한민국에 체류하는 외국인에 대하여 거소(居所) 또는 활동의 범위를 제한하거나 그 밖에 필요한 준수사항을 정할 수 있다”(이하 ‘거소·활동범위·준수사항 제한 규정’이라 한다). 거소·활동범위·준수사항 제한 규정 역시 「출입국관리법」이 1977. 12. 31. 법률 제3044호로 개정되며 신설되어, 신설된 시점이 외국인의 정치활동 금지조항과 동일하다. 그리고 그 후 거의⁸⁴⁾ 동일하게 유지되어 왔다. 또

83) 국립국어원, 국시, 표준국어대사전, https://stdict.korean.go.kr/search/searchView.do?word_no=396607&searchKeywordTo=3 (최종방문일 2024. 01. 01.) 참조.

84) 현행 규정과 다른 점은 굵게 표시하였다.

구 「출입국관리법」 [법률 제3044호, 1977. 12. 31.] 제25조

제25조 (활동범위의 제한) 법무부장관은 공공의 안녕질서 또는 대한민국의 중요한 이익을 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 대한민국에 체류하는 외국인에 대하여 **거주지** 또는 **활동범위**를 제한하거나 **기타** 준수사항을 정할 수 있다.

한 외국인의 정치활동 금지조항과 국익·질서를 위해하는 행동을 제한하는 규정처럼, 체류자격에서 규율하는 활동범위 뿐만 아니라 외국인이 인간으로서 그리고 대한민국 사회의 사실상 구성원으로서 대한민국에 체류하며 영위할 다양한 활동에 대한 특별규정에 해당한다.⁸⁵⁾ 즉, 거소·활동범위·준수사항 제한 규정상 제한할 수 있는 활동의 범위는 외국인의 일반적 활동이다.⁸⁶⁾

거소·활동범위·준수사항 제한 규정에 의하여 법무부장관이 거소 또는 활동범위를 제한하거나 준수사항을 정한 때에는 그 제한사항 또는 준수사항과 그 이유를 적은 제한통지서를 발급하여야 한다.⁸⁷⁾ 그러나 긴급한 경우에는 먼저 구두로 알릴 수 있고, 그 후 지체 없이 제한통지서를 발급하여야 한다.⁸⁸⁾

거소·활동범위·준수사항 제한 규정에 따른 제한을 위반한 외국인은 강제퇴거 대상자가 된다(「출입국관리법」 제46조 제1항 제10호). 또한 3년 이하의 징역형 또는 3천만원 이하의 벌금형에 처해질 수 있으며,⁸⁹⁾ 위반 시 형벌에 처할 수 있다는 점에서 외국인의 정치활동 금지조항과 국익·질서를 위해하는 행동을 제한하는 규정과 차이가 있다.

바. 정리

이와 같이 「출입국관리법」에는 외국인의 ‘정치’활동에 한정되지 않고 활동 전반을 규

85) 인천공항출입국외국인청이 2001년에서 2023년 사이에 「출입국관리법」 제22조를 적용한 사례는 총 5건인데, 모두 ‘코로나19 기간 중 격리의무 위반’에 해당하였다고 한다. 법무부 및 인천공항출입국외국인청 외 다른 출입국외국인사무소·출입국외국인청은 정보공개청구에 대하여 ‘정보부존재 결정’을 하여 정보를 수집할 수 없었다.

86) 이철우 외, 이민법, 박영사, 2019, 172면; 이민법연구회, 쉽게 풀어쓴 출입국관리법, 한국이민재단, 2018, 174면 참조.

87) 「출입국관리법 시행령」 [대통령령 제33918호, 2023. 12. 12.] 제27조

제27조 (활동범위의 제한) 법무부장관은 법 제22조에 따라 외국인의 거소 또는 활동범위를 제한하거나 준수사항을 정한 때에는 그 제한사항 또는 준수사항과 그 이유를 적은 활동범위 등 제한통지서를 해당 외국인에게 직접 발급하거나 청장·사무소장 또는 출장소장을 거쳐 해당 외국인에게 발급하여야 한다.

88) 「출입국관리법 시행령」 [대통령령 제33918호, 2023. 12. 12.] 제28조 제2항

제28조 (통지방법의 예외) ② 제22조 또는 제27조의 경우에 긴급하면 먼저 구두로 알릴 수 있다. 이 경우 구두로 알린 후 지체 없이 활동중지명령서 또는 활동범위 등 제한통지서를 발급하여야 한다.

89) 「출입국관리법」 [법률 제19435호, 2023. 6. 13.] 제94조 제14호

제94조 (벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

14. 제22조에 따른 제한 등을 위반한 사람

제하는 규정으로, 국익·질서를 위해하는 행동을 제한하는 규정, 거소·활동범위·준수사항 제한 규정이 존재한다. 특히 거소·활동범위·준수사항을 제한하는 경우, 제한통지서 발급 등의 절차적 제약이 존재하나, 실체적으로는 제한의 목적이 ‘공공의 안녕질서나 대한민국의 중요한 이익을 위하여 필요’한 경우여야 한다는 점 외에는 별다른 제약이 없다. 또한 이를 위반하면 강제되거뿐만 아니라, 형사처벌을 받을 수 있다는 점에서도 외국인의 일반적 행동에 대한 강력한 규제에 해당한다. 나아가 아래에서 보듯 다른 법률에서 외국인의 선거권, 정당활동, 정치자금 기부를 별도로 제한하고 있는데, 이에 더하여 외국인의 정치활동 금지조항까지 존치하여야 하는지 생각해볼 필요가 있다.

2. 「출입국관리법」 외 다른 법률의 규정

이 절에서는 「출입국관리법」 외 다른 법률에서 외국인의 선거·피선거·선거운동 등 정치적인 활동을 제한하거나 허용하는 현행법 규정을 살펴본다.

가. 제한

외국인은 대통령선거·국회의원선거의 선거권⁹⁰⁾과 피선거권⁹¹⁾을 향유할 수 없다. 지

90) 「공직선거법」 [법률 제19855호, 2023. 12. 28.] 제15조

제15조 (선거권) ① 18세 이상의 국민은 대통령 및 국회의원의 선거권이 있다. 다만, 지역구국회의원의 선거권은 18세 이상의 국민으로서 제37조제1항에 따른 선거인명부작성기준일 현재 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람에 한하여 인정된다.

1. 「주민등록법」 제6조제1항제1호 또는 제2호에 해당하는 사람으로서 해당 국회의원지역선거구 안에 주민등록이 되어 있는 사람
2. 「주민등록법」 제6조제1항제3호에 해당하는 사람으로서 주민등록표에 3개월 이상 계속하여 올라 있고 해당 국회의원지역선거구 안에 주민등록이 되어 있는 사람

② 18세 이상으로서 제37조제1항에 따른 선거인명부작성기준일 현재 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 그 구역에서 선거하는 지방자치단체의 의회의원 및 장의 선거권이 있다.

1. 「주민등록법」 제6조제1항제1호 또는 제2호에 해당하는 사람으로서 해당 지방자치단체의 관할 구역에 주민등록이 되어 있는 사람
2. 「주민등록법」 제6조제1항제3호에 해당하는 사람으로서 주민등록표에 3개월 이상 계속하여 올라 있고 해당 지방자치단체의 관할구역에 주민등록이 되어 있는 사람
3. 「출입국관리법」 제10조에 따른 영주의 체류자격 취득일 후 3년이 경과한 외국인으로서 같은 법 제34조에 따라 해당 지방자치단체의 외국인등록대장에 올라 있는 사람

91) 「공직선거법」 [법률 제19855호, 2023. 12. 28.] 제16조

방의회의원 및 지방자치단체의 장에 대한 선거권은 법정 요건을 충족하지 않는 한 부여되지 않으며(「공직선거법」 제15조 제2항 제3호), 피선거권은 누릴 수 없다.⁹²⁾ 또한 원칙적으로 외국인은 공직선거 관련 선거운동도 할 수 없다.⁹³⁾ 또한 외국인이면 모두 대통령 선거·국회의원선거·지방의회의원 및 지방자치단체의 장 선거의 투표⁹⁴⁾·개표⁹⁵⁾참관인이 될 수 없다. 그 외에도 정당의 당원이 될 수 없고,⁹⁶⁾ 정치자금도 기부할 수 없다.⁹⁷⁾

제16조 (피선거권) ① 선거일 현재 5년 이상 국내에 거주하고 있는 40세 이상의 국민은 대통령의 피선거권이 있다. 이 경우 공무로 외국에 파견된 기간과 국내에 주소를 두고 일정기간 외국에 체류한 기간은 국내거주기간으로 본다.

② 18세 이상의 국민은 국회의원의 피선거권이 있다.

③ 선거일 현재 계속하여 60일 이상(公務로 外國에 派遣되어 選舉日전 60日후에 귀국한 者는 選舉人名簿作成基準日부터 계속하여 選舉日까지) 해당 지방자치단체의 관할구역에 주민등록이 되어 있는 주민으로서 18세 이상의 국민은 그 지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 피선거권이 있다. 이 경우 60일의 기간은 그 지방자치단체의 설치·폐지·분할·합병 또는 구역변경(제28조 각 호의 어느 하나에 따른 구역변경을 포함한다)에 의하여 중단되지 아니한다.

④ 제3항 전단의 경우에 지방자치단체의 사무소 소재지가 다른 지방자치단체의 관할 구역에 있어 해당 지방자치단체의 장의 주민등록이 다른 지방자치단체의 관할 구역에 있게 된 때에는 해당 지방자치단체의 관할 구역에 주민등록이 되어 있는 것으로 본다.

92) 외국인에게 지방의회의원 및 지방자치단체의 장에 대한 피선거권을 부여하는 규정이 존재하지 않는다.

93) 「공직선거법」 [법률 제19234호, 2023. 3. 14.] 제60조 제1항 제1호 본문

제60조 (선거운동을 할 수 없는 자) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 선거운동을 할 수 없다. 다만, 제1호에 해당하는 사람이 예비후보자·후보자의 배우자인 경우와 제4호부터 제8호까지의 규정에 해당하는 사람이 예비후보자·후보자의 배우자이거나 후보자의 직계존비속인 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 대한민국 국민이 아닌 자. 다만, 제15조제2항제3호에 따른 외국인이 해당 선거에서 선거운동을 하는 경우에는 그러하지 아니하다.

94) 「공직선거법」 [법률 제19696호, 2023. 8. 30.] 제161조 제7항

제161조 (투표참관)

⑦ 대한민국 국민이 아닌 자·미성년자·제18조(選舉權이 없는 者)제1항 각호의 1에 해당하는 자·제53조(公務員 등의 立候補)제1항 각호의 1에 해당하는 자·후보자 또는 후보자의 배우자는 투표참관인이 될 수 없다.

95) 「공직선거법」 [법률 제19696호, 2023. 8. 30.] 제181조 제11항 제1호

제181조 (개표참관)

① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 개표참관인이 될 수 없다.

1. 대한민국 국민이 아닌 사람

96) 「정당법」 [법률 제18792호, 2022. 1. 21.] 제22조 제2항

제22조 (발기인 및 당원의 자격)

② 대한민국 국민이 아닌 자는 당원이 될 수 없다.

97) 「정치자금법」 [법률 제19624호, 2023. 8. 8.] 제31조 제1항

제31조 (기부의 제한) ① 외국인, 국내·외의 법인 또는 단체는 정치자금을 기부할 수 없다.

나. 허용

외국인이더라도 대한민국에서 영주의 체류자격 취득 후 3년이 경과한 18세 이상의 자는 예외적으로 해당 구역의 지방자치단체의 의회의원 및 장의 선거(이하 ‘지방선거’라고 한다)에서 선거권을 향유한다.⁹⁸⁾ 지방선거권을 향유하는 외국인에 한하여 해당 지방선거에서의 선거운동이 허용된다.⁹⁹⁾ 또한 해당 지방자치단체의 주요결정사항에 관하여 주민의 직접참여를 보장하기 위한 권리인 주민투표권을 가질 수 있다.¹⁰⁰⁾ 지방자치에 관한 주민의 직접참여를 확대하고 지방행정의 민주성과 책임성을 제고하는 권리인 주민소환투표권 역시 향유할 수 있다.¹⁰¹⁾ 그리고 지방자치단체의 의회에 조례를 제정하거나 개정 또는 폐지할 것을 청구하는 주민조례청구권도 누릴 수 있다.¹⁰²⁾

98) 「공직선거법」 [법률 제19234호, 2023. 3. 14.] 제15조 제2항 제3호

제15조(선거권)

② 18세 이상으로서 제37조제1항에 따른 선거인명부작성기준일 현재 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 그 구역에서 선거하는 지방자치단체의 의회의원 및 장의 선거권이 있다.

3. 「출입국관리법」 제10조에 따른 영주의 체류자격 취득일 후 3년이 경과한 외국인으로서 같은 법 제34조에 따라 해당 지방자치단체의 외국인등록대장에 올라 있는 사람

99) 「공직선거법」 [법률 제19234호, 2023. 3. 14.] 제60조 제1항 제1호 단서

제60조 (선거운동을 할 수 없는 자) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 선거운동을 할 수 없다. 다만, 제1호에 해당하는 사람이 예비후보자·후보자의 배우자인 경우와 제4호부터 제8호까지의 규정에 해당하는 사람이 예비후보자·후보자의 배우자이거나 후보자의 직계존비속인 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 대한민국 국민이 아닌 자. 다만, 제15조제2항제3호에 따른 외국인이 해당 선거에서 선거운동을 하는 경우에는 그러하지 아니하다.

100) 「주민투표법」 [법률 제18849호, 2022. 4. 26.] 제5조 제1항 제2호

제5조 (주민투표권) ① 18세 이상의 주민 중 제6조제1항에 따른 투표인명부 작성기준일 현재 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람에게는 주민투표권이 있다. 다만, 「공직선거법」 제18조에 따라 선거권이 없는 사람에게는 주민투표권이 없다.

2. 출입국관리 관계 법령에 따라 대한민국에 계속 거주할 수 있는 자격(체류자격변경허가 또는 체류기간연장허가를 통하여 계속 거주할 수 있는 경우를 포함한다)을 갖춘 외국인으로서 지방자치단체의 조례로 정한 사람

101) 「주민소환에 관한 법률」 [법률 제17893호, 2021. 1. 12.] 제3조 제1항 제2호

제3조 (주민소환투표권) ① 제4조제1항의 규정에 의한 주민소환투표인명부 작성기준일 현재 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 주민소환투표권이 있다.

2. 19세 이상의 외국인으로서 「출입국관리법」 제10조의 규정에 따른 영주의 체류자격 취득일 후 3년이 경과한 자 중 같은 법 제34조의 규정에 따라 당해 지방자치단체 관할구역의 외국인등록대장에 등재된 자

102) 「주민조례발안에 관한 법률」 [법률 제18495호, 2021. 10. 19.] 제2조 제2호

제2조 (주민조례청구권자) 18세 이상의 주민으로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람(「공직선거법」 제18조에 따른 선거권이 없는 사람은 제외한다. 이하 “청구권자”라 한다)은 해당 지방자치단

3. 해외 입법례

이상 외국인의 정치활동을 규율하는 우리나라 법제를 살펴보았다. 본 절에서는 독일과 일본의 입법례를 통하여 비교법적 시사점을 도출하고자 한다.

가. 독일

1) 독일 「체류법」 제47조¹⁰³⁾: 정치적 활동 금지 및 제한

독일의 경우 「체류법」(Aufenthaltsgesetz) 제47조에 외국인의 정치활동 규제에 관한 규

체의 의회(이하 “지방의회”라 한다)에 조례를 제정하거나 개정 또는 폐지할 것을 청구(이하 “주민 조례청구”라 한다)할 수 있다.

2. 「출입국관리법」 제10조에 따른 영주(永住)할 수 있는 체류자격 취득일 후 3년이 지난 외국인으로
로서 같은 법 제34조에 따라 해당 지방자치단체의 외국인등록대장에 올라 있는 사람

103) Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet
1) (Aufenthaltsgesetz – AufenthG) [2020. 2. 17. 개정] § 47 참조.

§ 47 Verbot und Beschränkung der politischen Betätigung

(1) Ausländer dürfen sich im Rahmen der allgemeinen Rechtsvorschriften politisch betätigen. Die politische Betätigung eines Ausländers kann beschränkt oder untersagt werden, soweit sie

1. die politische Willensbildung in der Bundesrepublik Deutschland oder das friedliche Zusammenleben von Deutschen und Ausländern oder von verschiedenen Ausländergruppen im Bundesgebiet, die öffentliche Sicherheit und Ordnung oder sonstige erhebliche Interessen der Bundesrepublik Deutschland beeinträchtigt oder gefährdet,
2. den außenpolitischen Interessen oder den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland zuwiderlaufen kann,
3. gegen die Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland, insbesondere unter Anwendung von Gewalt, verstößt oder
4. bestimmt ist, Parteien, andere Vereinigungen, Einrichtungen oder Bestrebungen außerhalb des Bundesgebiets zu fördern, deren Ziele oder Mittel mit den Grundwerten einer die Würde des Menschen achtenden staatlichen Ordnung unvereinbar sind.

(2) Die politische Betätigung eines Ausländers wird untersagt, soweit sie

1. die freiheitliche demokratische Grundordnung oder die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland gefährdet oder den kodifizierten Normen des Völkerrechts widerspricht,
2. Gewaltanwendung als Mittel zur Durchsetzung politischer, religiöser oder sonstiger Belange öffentlich unterstützt, befürwortet oder hervorzurufen bezweckt oder geeignet ist oder
3. Vereinigungen, politische Bewegungen oder Gruppen innerhalb oder außerhalb des Bundesgebiets unterstützt, die im Bundesgebiet Anschläge gegen Personen oder Sachen oder außerhalb des Bundesgebiets Anschläge gegen Deutsche oder deutsche Einrichtungen veranlasst, befürwortet oder angedroht haben.

정을 두고 있다. 그에 따르면, 외국인은 원칙적으로 일반 법률규정의 테두리 안에서 정치적 활동을 할 수 있으나(동조 제1항 제1문), 다만 동조항에서 열거한 일정한 부류의 활동은 제한 내지 금지된다(동조 제1항 제2문 및 제2항)(이하 ‘정치적 활동 금지 및 제한조항’이라 한다).

즉, ① 독일연방공화국의 정치적 의사 형성, 독일인과 외국인 또는 연방 영토 내의 여러 외국인 단체들 사이의 평화적인 공존, 공공의 안전과 질서 또는 기타 독일연방공화국의 중대한 이익을 손상시키거나 위태롭게 하는 행위(동조 제1항 제1호), ② 독일연방공화국의 외교정책적 이익 또는 국제법상 의무에 반하는 행위(동조 제1항 제2호), ③ 특히 폭력을 행사하여 독일연방공화국의 법질서를 위반하는 행위(동조 제1항 제3호), ④ 인간의 존엄성을 존중하는 국가질서의 기본 가치와 양립할 수 없는 목적이나 수단을 가진 정당이나 기타 사단 및 기관 또는 국외 활동을 장려하기 위한 행위(동조 제1항 제4호) 등은 제한 내지 금지할 수 있다. 또한 외국인의 정치활동 중 ① 자유민주적 기본질서 또는 독일연방공화국의 안전이나 성문화된 국제법규범을 저해하는 행위(동조 제2항 제1호), ② 정치적, 종교적 또는 기타 이익을 관철하기 위한 수단으로서 폭력의 사용을 공개적으로 지지 또는 옹호하거나 그런 폭력의 사용을 야기하려고 하거나 또는 야기하는 데 적합한 행위(동조 제2항 제2호), ③ 독일연방공화국 영토 내의 사람이나 재산에 대한 공격 또는 독일연방공화국 영토 외부의 독일인 또는 독일 기관에 대한 공격의 야기, 옹호 또는 위협을 행하는 국내·외의 결사, 정치적 운동 또는 단체를 지원하는 행위(동조 제2항 제3호) 등은 금지된다.

2) 독일 「체류법」상 ‘정치적 활동’의 의미와 한계

독일 연방헌법재판소는 정치적 활동을 국가제도 또는 사회제도의 형성 및 존재 형태에 대한 힘과 영향력을 획득, 변경 또는 유지하기 위한 모든 행동으로 본다.¹⁰⁴⁾ 정치적 활동은 개인, 국가와 사회의 정치적 의사 결정에 영향을 미치기 위한 가장 넓은 의미의 모든 행동으로 이해하여야 한다.¹⁰⁵⁾ 또한 정치적 토론과 논쟁뿐만 아니라 정치적 목적을 가진 폭력적인 대립과 공격도 포함될 수 있으며, 독일의 외교적 이익과 충돌할 수 있는

104) Samel Bergmann/Dicnelt, Ausländerrecht 12. Auflage 2018, AufenthG § 47 Rn. 7; BVerfG Beschl. v. 7.4.1981 - 2 BvR 446/80, BVerfGE 57, 29.

105) Samel Bergmann/Dicnelt, Ausländerrecht 12. Auflage 2018, AufenthG § 47 Rn. 7

망명자의 정치 활동도 포함된다.¹⁰⁶⁾

정치적 활동을 제한하는 경우에도 헌법에 명시된 비례의 원칙은 지켜져야 하므로 모든 정치적 활동을 완전히 금지하는 것은 헌법에 합치되기 어렵다.¹⁰⁷⁾ 특정 주제, 시기 또는 장소에서의 시위 등 특정 유형의 정치활동 또는 특정 정치 단체 활동 등으로 범주화하여 제한하거나 금지되는 것이 일반적이다.¹⁰⁸⁾

3) 정치적 활동 금지 및 제한조항 위반 시 제재

독일 「체류법」 제54조 제2항 제9호¹⁰⁹⁾에 의하면 독일의 법 조항 또는 사법적, 공적 결정 또는 명령을 단발적으로 또는 경미하게 위반한 것이 아닌 경우에는 강제퇴거될 수 있다. 「체류법」의 정치적 활동 금지 및 제한조항을 위반한 외국인은 그 정도에 따라 강제 퇴거를 당할 수도 있다는 의미이다. 또한 「체류법」의 정치적 활동 금지 및 제한조항을 위반한 경우, 동법 제95조¹¹⁰⁾에 의하여 1년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처해질 수 있다.

4) 정리

독일 「체류법」 제47조는 법률의 테두리 안에서 외국인의 정치활동을 원칙적으로 허용하고, 예외적으로 제한 또는 금지하는 형태로 규정되어 있다. 이는 외국인의 정치활동을 원칙적으로 금지하고, 예외적으로 법률상 규정이 있는 경우에 한하여 허용하는 우리나라 「출입국관리법」과 대비된다.

106) Samel Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht 12. Auflage 2018, AufenthG § 47 Rn. 7

107) Samel Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht 12. Auflage 2018, AufenthG § 47 Rn. 9

108) Samel Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht 12. Auflage 2018, AufenthG § 47 Rn. 9

109) Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet 1) (Aufenthaltsgesetz - AufenthG) [2020. 2. 17. 개정] § 54 (2) 9.

§ 54 Ausweisungsinteresse

(2) Das Ausweisungsinteresse im Sinne von § 53 Absatz 1 wiegt schwer, wenn der Ausländer

9. einen nicht nur vereinzelt oder geringfügigen Verstoß gegen Rechtsvorschriften oder gerichtliche oder behördliche Entscheidungen oder Verfügungen begangen oder außerhalb des Bundesgebiets eine Handlung begangen hat, die im Bundesgebiet als vorsätzliche schwere Straftat anzusehen ist.

110) Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet 1) (Aufenthaltsgesetz - AufenthG) [2020. 2. 17. 개정] § 95 (1) 4.

§ 95 Strafvorschriften

(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer

4. einer vollziehbaren Anordnung nach § 46 Abs. 2 Satz 1 oder 2 oder § 47 Abs. 1 Satz 2 oder Abs. 2 zuwiderhandelt,

또한 독일 「체류법」은 외국인이 제한 또는 금지되는 정치활동을 하였더라도 그 위반의 정도에 따라 제재가 차등적인 체계로 구성되어 있다. 강제퇴거 근거 규정인 독일 「체류법」 제54조 제2항 제9호 전단을 반대해석하면, 정치활동 제한 및 금지조항을 단발적이거나 경미하게 위반한 경우에는 강제퇴거 대상자가 되지 않는다는 해석이 가능하다. 그보다 좀 더 반복적이거나 중한 경우에 해당하여야 강제퇴거 대상자가 되는 구조로 보인다. 우리나라 「출입국관리법」의 경우 재제의 비례성에 문제의 여지가 있는데, 이에 관하여는 Ⅲ장 5절에서 후술한다.

또한 독일은 집회의 자유와 결사의 자유 등 외국인에게 기본권이 유보되어 있지 않은 영역¹¹¹⁾¹¹²⁾에서도 법률에 근거하여 정치활동에 참여할 수 있도록 하고 있다¹¹³⁾는 점이 특징적이다. 외국인이 향유 주체가 될 수 없는 기본권의 영역에 있어서도 외국인에게 법률상의 권리를 부여한 것이다. 이는 외국인에게도 헌법에 반하지 않는 범위에서 법률상 권리를 보장할 수 있다는 점을 시사한다.

나. 일본

1) 일본 「출입국관리 및 난민인정법」 제24조¹¹⁴⁾: 강제퇴거

111) 신옥주, 기본권주체 확대논의의 관점에서 살펴본 독일 기본법상 외국인기본권 주체에 대한 고찰, 서울법학, 제25권 제3호, 2017, 45면

112) 독일 기본법의 경우, ‘국민’만 주체가 될 수 있는 기본권, 즉 ‘국민의 권리’로 분류되는 기본권은 조문에서 “독일인(Deutsche)”이라는 표현을 사용하는 데 반하여, ‘인간의 권리’로 분류되는 기본권은 “모든 사람(alle Menschen)”이나 “누구든지(jeder, jedermann, niemand)”라는 표현을 사용하고 있다. 국민의 권리에 해당하는 기본권 조항으로는, 독일기본법 제8조(집회의 자유), 제9조 제1항(결사의 자유), 제16조 제2항 제1문(추방으로부터의 자유) 등이 있다. 정광현, 외국인의 기본권주체성, 심인, 2017, 9면 참조

113) Samel Bergmann/Dicnelt, Ausländerrecht 12. Auflage 2018, AufenthG § 47 Rn. 2

114) 구 「出入国管理及び難民認定法」 [2019년 개정] 제24조 참조.

(退去強制)

第二十四条 次の各号のいずれかに該当する外国人については、次章に規定する手続により、本邦からの退去を強制することができる。

四 本邦に在留する外国人（仮上陸の許可、寄港地上陸の許可、船舶観光上陸の許可、通過上陸の許可、乗員上陸の許可又は遭難による上陸の許可を受けた者を除く。）で次のイからヨまでに掲げる者のいずれかに該当するもの

ヲ 日本国憲法又はその下に成立した政府を暴力で破壊することを企て、若しくは主張し、又はこれを企て若しくは主張する政党その他の団体を結成し、若しくはこれに加入している者

ワ 次に掲げる政党その他の団体を結成し、若しくはこれに加入し、又はこれと密接な関係を有する者

일본의 「출입국관리 및 난민 인정법」은 제24조에 몇 가지 행위 유형을 열거한 후, 이를 위반한 외국인을 강제퇴거시킬 수 있도록 규정한다. 가령, ① 무력 또는 폭력에 의해 일본 헌법 또는 그에 따라 구성된 정부의 전복을 계획하거나 주장하는 자, 또는 전복을 계획하거나 주장하는 정당 기타 단체를 결성하거나 이에 가입한 자(동조 제4항 ㄱ호), ② 공무원이라는 이유로 정부 또는 지방 공공기관의 공무원에게 폭행을 가하거나 폭행, 살인 또는 상해를 조장하는 정당 기타 단체, 공공시설을 불법으로 훼손하거나 파괴하는 것을 조장하는 정당 기타 단체, 공장 기타 사업장의 안전유지시설의 정상적인 유지 또는 운영을 중단하거나 방해하는 등 쟁의 행위를 조장하는 정당 기타 단체를 결성하거나 이에 가입하거나, 이와 밀접한 관련이 있는 자(동조 제4항 ㄴ호), ③ 위 ①과 ②에서 말한 정당 기타 단체의 목적을 달성할 목적으로 인쇄물, 영상, 기타 문서 또는 도화를 작성, 배포 또는 전시한 자(동조 제4항 ㄷ호), ④ 그 외 법무부장관이 일본의 이익 또는 공공의 안전을 해치는 행위를 했다고 인정하는 자(동조 제4항 ㄹ호) 등은 위 조항에 따라 강제 퇴거될 수 있다.

2) 정리

일본의 「출입국관리 및 난민 인정법」은 외국인의 정치활동이 원칙적으로 허용되는지 혹은 금지되는지는 명시하지 않은 채, 동법 제24조 제4항에 정당 기타 단체와 관련된 몇 가지 행위 유형을 열거한 후, 이를 위반한 외국인을 강제퇴거시킬 수 있도록 규정한다. 외국인이 특정 목적의 정당 기타 단체를 결성하거나 가입하는 행위를 비교적 구체적으로 명시하고 있으며, 이에 더해 비교적 추상적인 표현을 사용하여 ‘일본의 국익과 공공의 안전을 해하는 경우’도 보충적으로 함께 열거하고 있다. 이는 원칙적·포괄적으로 정치활동을 제한하는 대한민국 「출입국관리법」과 대비된다.

(1) 공무원であるという理由により、公務員に暴行を加え、又は公務員を殺傷することを勧奨する政党その他の団体

(2) 公共の施設を不法に損傷し、又は破壊することを勧奨する政党その他の団体

(3) 工場事業場における安全保持の施設の正常な維持又は運行を停廃し、又は妨げるような争議行為を勧奨する政党その他の団体

カ オ又はワに規定する政党その他の団体の目的を達するため、印刷物、映画その他の文書図画を作成し、頒布し、又は展示した者

コ イからカまでに掲げる者のほか、法務大臣が日本国の利益又は公安を害する行為を行つたと認定する者

4. 소결

외국인이 대한민국에 체류하며 할 수 있는 활동의 기본적인 기준은 체류자격이며 이는 「출입국관리법」 제17조 제1항에 명시되어 있다. 그러나 외국인이 인간으로서 또한 대한민국 사회의 사실상 구성원으로서 영위할 그 밖의 다양한 활동에 대해서는 국민과 동등하게 규율되거나 외국인 일반에 대한 특별규정이 적용된다. 후자의 대표적인 예가 외국인의 정치활동 금지조항(「출입국관리법」 제17조 제2항)이다.

본 장에서는 외국인의 정치활동 금지조항의 내용, 제·개정 연혁과 이를 위반한 경우 받을 수 있는 제재를 살펴보았다. 또한 정치활동 금지조항보다 더 폭넓게, 즉 ‘정치’활동에 한하지 않고 외국인의 일반적 활동 전반을 규율하는 국익·질서를 위해하는 행동을 제한하는 규정과 거소·활동범위·준수사항 제한 규정도 함께 살펴보았다. 그리고 독일과 일본의 입법례는 외국인의 정치활동을 포괄적으로 금지하기보다는 개별 행위 유형별로 제한 또는 금지하고 있을 따름임을 살펴보았다. II장에서의 내용을 바탕으로 III장에서는 외국인의 정치활동 금지조항의 표현의 자유 제한에 대한 헌법적 쟁점을 분석하고자 한다.

Ⅲ. 외국인의 정치활동 금지조항 관련 헌법적 쟁점

1. 개관

외국인의 정치활동 금지조항에서 ‘정치활동’의 범위가 조항의 문언만으로는 명확하지 않다. 정치활동에는 언론·출판·집회·시위와 같은 표현활동, 정당의 설립·가입과 정당활동, 선거·투표 참여에 이르기까지 다양한 수준의 활동이 포함될 수 있다.¹¹⁵⁾ 본 장에서는 금지되는 정치활동의 범위를 살펴본 후, 위 조항의 수범자가 ‘외국인’이기에 발생하는 쟁점을 검토한다. 그 후 명확성 원칙, 비례원칙, 타법과의 조화로운 해석이 가능한지 여부를 살펴본다.

2. 「출입국관리법」상 외국인에게 금지되는 ‘정치활동’의 범위

「출입국관리법」상 외국인에게 금지되는 정치활동의 범위를 파악하기 위해서는, 정치활동의 사전적 의미, 다른 법률상 정치활동의 의미, 위 조항의 입법취지를 종합적으로 살펴 보아야 한다.

가. ‘정치활동’의 의미

1) 사전적 의미

‘정치활동’은 ‘정치’와 ‘활동’이 결합된 표현이다. ‘정치’의 사전적 의미는 ‘국가의 권력을 획득하고 유지하며 행사하는 활동’¹¹⁶⁾ 또는 ‘자거나 자기가 속한 집단의 이익과 권력을 얻거나 늘이기 위하여 사회적으로 교섭하고 정략적으로 활동하는 것’¹¹⁷⁾이다. 그리

115) 이철우 외, 이민법, 박영사, 2019, 173면 참조.

116) 국립국어원, 정치, 표준국어대사전, https://stdict.korean.go.kr/search/searchView.do?word_no=484332&searchKeywordTo=3 (최종방문일 2023. 12. 14.) 참조.

117) 연세대학교 언어정보연구원, 정치, 연세한국어사전, <https://ilis.yonsei.ac.kr/ysdic/search> (최종방문일

고 ‘활동’의 사전적 의미는 ‘몸을 움직여 행동함’ 또는 ‘어떤 일의 성과를 거두기 위하여 힘씀’이다.¹¹⁸⁾ 그러므로 ‘정치활동’의 사전적 의미는 ‘개인이나 집단이, 자신의 이익 또는 권력을 획득하거나 국가적 차원의 권력을 획득·유지·행사하기 위하여, 사회적으로 교섭하거나 정략적으로 행동하는 일체의 행위’라고 할 수 있다.

이에 따르면, ‘정치활동’의 주체 및 행위 양태는 다양할 수 있다. 개인이나 집단이 정권을 획득 또는 유지하기 위하여, 특정 정당이나 정치단체 또는 특정한 정치인을 지지 또는 반대하는 의사를 표현하는 행위, 정치자금을 기부하거나 후원하는 행위, 정당 또는 정치단체 활동, 선거운동, 피선거권 향유, 선거권 행사가 모두 정치활동에 포함될 것이다. 이뿐만 아니라, 정권의 획득 또는 유지와 직접적인 관련이 없더라도 자신들의 이익을 위하여 의견을 표명하거나 집회·결사에 참여하는 행위 역시 정치활동에 포함될 수 있다.

2) 다른 법률상 ‘정치활동’의 사용례

「출입국관리법」 외 다른 법률에도 ‘정치활동’ 또는 정치활동과 유사한 표현인 ‘정치운동’을 금지하는 규정이 존재한다. 본 항에서는 다른 법률에서 정치활동 또는 정치운동이라는 표현이 어떻게 구체화되어 있는지 살핀다. 사전적 의미 분석에 더하여, ‘정치활동’의 법률적 의미를 도출할 수 있는지 검토하기 위함이다.

다른 법률상 정치활동이나 정치운동을 제한하는 규정은, 이를 준수해야 하는 수범자에 따라 크게 두 가지로 구분할 수 있다. 하나는 헌법상 정치적 중립이 요구되는 공무원이나 사립학교 교원이 수범자인 경우이며, 다른 하나는 법률상 정치적 중립이 요구되는 기타 개인이나 단체가 수범자인 경우이다. 수범자를 기준으로 나누어 살핀다.

가) 헌법상 정치적 중립이 요구되는 공무원 및 교원

(1) 공무원 및 사립학교 교원의 ‘정치운동’ 제한

공무원¹¹⁹⁾의 경우, 헌법 제7조 제2항에 따라 그 신분과 정치적 중립성이 법률로써 보장된다. 이는 정치적 중립성을 확보하여 직업공무원제도를 확립하기 위함이다.¹²⁰⁾ 사립

2023. 12. 14.) 참조.

118) 국립국어원, 활동, 표준국어대사전, https://stdict.korean.go.kr/search/searchView.do?word_no=508962&searchKeywordTo=3 (최종방문일 2023. 12. 14.) 참조.

119) 교육공무원이 이에 포함된다. 국가공무원법 [법률 제19341호, 2023. 4. 11.] 제2조 제2항 제2호 참조.

120) 성낙인, 헌법학, 법문사, 2022, 670면 참조.

학교 교원의 경우에도 헌법 제31조 제4항에 의하여 교육의 정치적 중립성이 법률로써 보장된다. 교육이 국가권력이나 정치세력의 영향과 압력을 받아서는 안 되며, 교육이 정치에 개입하여서도 안 되기 때문이다.¹²¹⁾

국가 또는 지방공무원의 ‘정치 운동’은 국가공무원법 제65조¹²²⁾와 지방공무원법 제57조에 의해 금지된다.¹²³⁾¹²⁴⁾ 구체적으로, 국가 또는 지방공무원의 정당 또는 정치단체에 관여·가입은 금지된다(국가공무원법 제65조 제1항, 지방공무원법 제57조 제1항). 또한 금지되는 공식선거 관련 행위가 각 법에 구체적으로 열거되어 있다. 공무원은 선거에서 특정 정당 또는 특정인을 지지 또는 반대하기 위하여, 투표를 하거나 하지 아니하도록 권유 운동을 하는 것, 서명 운동을 기도¹²⁵⁾(기획)¹²⁶⁾·주재하거나 권유하는 것, 문서나 도서를 공공시설 등에 게시하거나 게시하게 하는 것, 기부금(품)을 모집 또는 모집하게 하거나, 공공자금을 이용 또는 이용하게 하는 것, 타인에게 정당이나 그 밖의 정치단체에 가입하게 하거나 가입하지 아니하도록 권유¹²⁷⁾ (운동을)¹²⁸⁾ 하는 것이 금지된다(국가공무원법 제65조 제2항, 지방공무원법 제57조 제2항). 사립학교 교원 역시 국·공립학교 교원의 복무규정이 준용되며,¹²⁹⁾ 정치 운동을 하기 위하여 학생을 지도·선동하여서는 안 된다.¹³⁰⁾

121) 정재황, 헌법학, 박영사, 2022, 1186면 참조.

122) 헌법재판소는 “국가공무원법(2008. 3. 28. 법률 제8996호로 개정된 것) 제65조 제1항 중 ‘국가공무원법 제2조 제2항 제2호의 교육공무원 가운데 초·중등교육법 제19조 제1항의 교원은 그 밖의 정치단체의 결성에 관여하거나 이에 가입할 수 없다.’ 부분은 헌법에 위반된다”고 결정한 바 있다. 헌재 2020. 4. 23. 2018헌마551, 판례집 32-1상, 489, 496 참조.

123) 대통령령으로 정하는 특수경력직공무원에 대하여는 국가공무원법 제65조를 적용하지 아니한다 (국가공무원법 [법률 제19341호, 2023. 4. 11.] 제3조 제2항 후단).

124) 대통령령으로 정하는 특수경력직공무원에 대하여는 제57조를 적용하지 아니한다 (지방공무원법 [법률 제19108호, 2022. 12. 27.] 제3조 제2항 후단).

125) 국가공무원의 경우 ‘기도’가 금지된다.

126) 지방공무원의 경우 ‘기획’이 금지된다.

127) 지방공무원의 경우 ‘권유’가 금지된다.

128) 국가공무원의 경우 ‘권유 운동’이 금지된다.

129) 사립학교법 [법률 제19066호, 2022. 12. 13.] 제55조 제1항

제55조(복무) ① 사립학교 교원의 복무에 관하여는 국립학교·공립학교 교원에 관한 규정을 준용한다.

130) 정치운동을 하기 위하여 학생을 지도·선동하였을 때는 면직될 수 있다. 사립학교법 [법률 제19066호, 2022. 12. 13.] 제58조 제1항 제4호

제58조(면직의 사유) ① 사립학교 교원이 다음 각 호의 어느 하나에 해당할 때에는 해당 교원의 임용권자는 그 교원을 면직시킬 수 있다.

4. 정치운동을 하거나 집단적으로 수업을 거부하거나 어느 정당을 지지 또는 반대하기 위하여 학생을 지도·선동하였을 때

또한 국가 예산의 집행에 대한 회계감사와 공무원의 직무감찰을 담당하는 감사원¹³¹⁾의 감사위원회, 인권침해행위에 대한 조사와 구제 등의 업무를 수행하는 국가인권위원회¹³²⁾의 위원장은 정당에 가입하거나 정치운동에 관여할 수 없고,¹³³⁾¹³⁴⁾ 감사원법과 국가인권위원회법은 별도로 정치운동의 정의나 행위 유형을 제시하지는 않고 있다. 공무원에 준하는 공적 지위를 갖는¹³⁵⁾ 사회복지요원의 경우에도 정치 운동이 금지되며, 병역법은 금지되는 정치 운동의 행위 유형을 구체화하고 있다.¹³⁶⁾¹³⁷⁾ 국가·지방공무원법 규정과 유사하게, 주로 정당과 공직선거 관련 활동이 제한된다.

(2) 교원과 공무원 노동조합의 ‘정치활동’ 제한

교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 제3조는 ‘교원의 노동조합은 어떠한 정치활동도 하여서는 아니 된다’고 규정하며, 공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 제4조는 “노동조합과 그 조합원은 정치활동을 하여서는 아니 된다”고 규정한다. ‘정치활동’의 의미나 행위 유형이 각 법에 직접 규정되어 있지 않다. 그러나 헌법재판소는 교원 노동조합의 포괄적인 정치활동 금지조항에도 불구하고, 허용되는 정치활동이 무엇

131) 헌법 [헌법 제10호, 1987. 10. 29.] 제97조

132) 국가인권위원회법 [법률 제18846호, 2022. 4. 26.] 제19조

133) 감사원법 [법률 제17560호, 2020. 10. 20.] 제10조

제10조 (정치운동의 금지) 감사위원은 정당에 가입하거나 정치운동에 관여할 수 없다.

134) 국가인권위원회법 [법률 제18846호, 2022. 4. 26.] 제10조 제2항

제10조 (위원의 겸직금지)

② 위원은 정당에 가입하거나 정치운동에 관여할 수 없다.

135) 헌재 2016. 10. 27. 2016헌마252, 판례집 28-2하, 33, 33 참조.

136) 병역법 [법률 제19791호, 2023. 10. 31.] 제32조의3

제32조의3 (사회복무요원의 정치 운동 금지) ① 사회복무요원은 정당의 결성에 관여하거나 이에 가입할 수 없다.

② 사회복무요원은 선거에서 특정 정당 또는 특정인을 지지 또는 반대하기 위한 다음의 행위를 하여서는 아니 된다.

1. 투표를 하거나 하지 아니하도록 권유 운동을 하는 것
2. 서명 운동을 기도(企圖)·주재(主宰)하거나 권유하는 것
3. 문서나 도서를 공공시설 등에 게시하거나 게시하게 하는 것
4. 기부금을 모집 또는 모집하게 하거나 공공자금을 이용 또는 이용하게 하는 것
5. 타인에게 정당에 가입하게 하거나 가입하지 아니하도록 권유 운동을 하는 것

③ 사회복무요원은 다른 사회복무요원에게 제1항 및 제2항에 위배되는 행위를 하도록 요구하거나 정치적 행위에 대한 보상 또는 보복으로서 이익 또는 불이익을 약속하여서는 아니 된다.

④ 제1항부터 제3항까지에서 규정한 사항 외에 정치적 행위의 금지에 관한 한계는 대통령령으로 정한다.

137) 헌법재판소 2021. 11. 25. 선고 2019헌마534 결정이 있을 후, 해당 결정의 취지에 맞게 병역법을 개정하며 제32조의3을 신설하였다.

인지 실시한 바 있다.

2011헌바32 등 사건에서 ‘교원의 노동조합은 일체의¹³⁸⁾ 정치활동을 하여서는 아니 된다.’고 규정한 구 교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률(1999. 1. 29. 법률 제 5727호로 제정되고, 2010. 3. 17. 법률 제10132호로 개정되기 전의 것) 제3조 중 ‘일체의 정치활동’ 부분을 어떻게 해석하여야 하는지가 문제되었다. 헌법재판소 법정의견은 “비록 ‘일체의’ 정치활동을 금지하는 형태로 규정되어 있지만, 교육의 정치적 중립성을 선언한 헌법과 교육기본법의 규정 및 교원노조법의 입법목적, 교원노조의 인정취지, 그리고 관련 규범들과의 관계 등을 종합적으로 고려할 때, 이 규정에 의하더라도 교원의 경제적·사회적 지위 향상을 위한 활동은 노조활동의 일환으로서 당연히 허용되고, 교원노조는 교육 전문가 집단이라는 점에서 초·중등교육 교육정책과 관련된 정치적 의견표명 역시 그것이 정치적 중립성을 훼손하지 않고 학생들의 학습권을 침해하지 않을 정도의 범위 내라면 허용된다고 보아야 한다.”¹³⁹⁾고 판시하였다. 교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률은 ‘일체의’ 정치활동을 제한하고 있지만, 헌법재판소는 ‘교원의 경제적·사회적 지위 향상을 위한 활동’과 ‘초·중등교육 교육정책과 관련된 정치적 의견표명’은 원칙적으로 허용된다고 보고 있다.

(3) 경찰공무원 및 국가정보원 소속 공무원의 ‘정치활동에 관여하는 행위’ 제한
경찰공무원과 국가정보원 직원 등의 정당이나 정치단체 가입 또는 정치활동에 관여하는 행위는 제한된다(경찰공무원법 제23조 제1항, 국가정보원법 제11조 제1항). 제한되는 ‘정치활동에 관여하는 행위’가 각법에 구체적으로 제시되어 있다.

경찰공무원의 경우, 정당이나 정치단체의 결성 또는 가입을 지원하거나 방해하는 행위(제1호), 그 직위를 이용하여 특정 정당이나 특정 정치인에 대하여 지지 또는 반대 의견을 유포하거나, 그러한 여론을 조성할 목적으로 특정 정당이나 특정 정치인에 대하여 찬양하거나 비방하는 내용의 의견 또는 사실을 유포하는 행위(제2호), 특정 정당이나 특정 정치인을 위하여 기부금 모집을 지원하거나 방해하는 행위 또는 국가·지방자치단체 및 공공기관의 자금을 이용하거나 이용하게 하는 행위(제3호), 특정 정당이나 특정인의 선거

138) 개정 전에는 “일체의” 정치활동이 금지되었으나, 2020. 5. 26. 개정 후 “어떠한” 정치활동도 금지된다. 즉, 과거에는 ‘교원의 노동조합은 일체의 정치활동을 하여서는 아니 된다.’로 규정되어 있었으나, ‘교원의 노동조합은 어떠한 정치활동도 하여서는 아니 된다.’로 개정되었다.

139) 헌재 2014. 8. 28. 2011헌바32등, 판례집 26-2상, 242, 243

운동을 하거나 선거 관련 대책회의에 관여하는 행위(제4호), 정보통신망을 이용한 제1호부터 제4호까지의 규정에 해당하는 행위(제5호), 소속 직원이나 다른 공무원에 대하여 제1호부터 제5호까지의 행위를 하도록 요구하거나 그 행위와 관련한 보상 또는 보복으로서 이익 또는 불이익을 주거나 이를 약속 또는 고지하는 행위(제6호)가 금지되는 ‘정치활동에 관여하는 행위’이다(경찰공무원법 제23조 제2항).

국가정보원 직원 등의 경우¹⁴⁰⁾, 제한되는 ‘정치활동에 관여하는 행위’가 경찰공무원과 대부분 유사하며(국가정보원법 제11조 제2항)¹⁴¹⁾, 추가로 특정 정당·정치단체나 특정 정치인을 위하여 집회를 주최·참석·지원하도록 다른 사람을 사주·유도·권유·회유 또는 협박하는 행위 등도 금지된다.

나) 법률상 정치적 중립이 요구되는 개인이나 단체에 대한 ‘정치활동’ 또는 ‘정치운동’ 제한

그 밖에 법률상 정치적 중립이 요구되는 개인이나 단체의 ‘정치활동’을 제한하는 규정을 살핀다. 개인정보 보호 정책과 집행에 대한 중요한 결정을 하는 개인정보 보호위원회의 위원은 정치적 중립성, 독립성, 국가공무원에 준하는 자격을 갖추어야 한다.¹⁴²⁾ 이에

140) 국가정보원법 [법률 제17646호, 2020. 12. 15.] 제11조 제1항 및 제2항

제11조 (정치 관여 금지) ① 원장·차장 및 기획조정실장과 그 밖의 직원은 정당이나 정치단체에 가입하거나 정치활동에 관여하는 행위를 하여서는 아니 된다.

② 제1항에서 정치활동에 관여하는 행위란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 말한다.

1. 정당이나 정치단체의 결성 또는 가입을 지원하거나 방해하는 행위
2. 그 직위를 이용하여 특정 정당이나 특정 정치인에 대하여 지지 또는 반대 의견을 유포하거나, 그러한 여론을 조성할 목적으로 특정 정당이나 특정 정치인에 대하여 찬양하거나 비방하는 내용의 의견 또는 사실을 유포하는 행위
3. 특정 정당이나 특정 정치인, **특정 정치단체**를 위하여 기부금 모집을 지원하거나 방해하는 행위 또는 **기업의 자금**, 국가·지방자치단체 및 「공공기관의 운영에 관한 법률」에 따른 공공기관의 자금을 이용하거나 **지원**하게 하는 행위
4. 특정 정당이나 특정인의 선거운동을 하거나 선거 관련 대책회의에 관여하는 행위
5. **특정 정당·정치단체나 특정 정치인을 위하여 집회를 주최·참석·지원하도록 다른 사람을 사주·유도·권유·회유 또는 협박하는 행위**
6. 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」에 따른 정보통신망을 이용한 제1호부터 **제5호**까지에 해당하는 행위
7. 소속 직원이나 다른 공무원에 대하여 제1호부터 **제6호**까지의 행위를 하도록 요구하거나 그 행위와 관련한 보상 또는 보복으로서 이익 또는 불이익을 주거나 이를 약속 또는 고지(告知)하는 행위

141) 경찰공무원법 [법률 제19626호, 2023. 8. 16.] 제23조 제2항과 비교하여 다른 점은 전(前) 각주에 진하게 표시되어 있다.

142) 김용학, 개인정보보호법, 청호북스, 2020, 71면 참조.

개인정보 보호위원회 위원의 정치활동 관여는 금지된다고 규정되어 있으나¹⁴³⁾ 동규정에 정치활동의 정의나 행위 유형이 명시되어 있지는 않다. 반면 국가유공자등단체도 정치활동이 금지되나, 정치활동으로 ‘특정 정당의 정강(政綱) 또는 특정 공직후보자를 지지·반대하는 활동’이 명시되어 있다.¹⁴⁴⁾ 또한 자원봉사단체의 활동을 규율하는 자원봉사활동 기본법은 ‘정치활동 등의 금지 의무’라는 표제 하에 국가 또는 지방자치단체의 지원을 받는 자원봉사단체의 공직선거운동을 특정하여 금지하고 있다.¹⁴⁵⁾

중앙은행이 금리 등을 적정한 수준에 머물도록 영향을 미치는 정책¹⁴⁶⁾ 사항을 심의하고 의결하는¹⁴⁷⁾ 한국은행 금융통화위원회의 위원은 정당에 가입할 수 없으며, ‘정치운동’에 관여할 수 없다고 규정되어 있다.¹⁴⁸⁾ 한국은행법에 별도로 정치운동의 정의나 행위 유형이 제시되어 있지 않다.

다) 정리

이상을 종합하면 일반적으로 정치적 중립이 요구되어 ‘정치활동’ 또는 ‘정치운동’을 법률상 제한하는 경우 위 용어는, ‘특정 정당·정치단체 또는 정치인을 지지·반대하는 활동, 이들을 위하여 기부금 모집을 지원·방해하는 활동, 정당·정치단체의 결성이나 가입과 관련된 활동, 선거운동을 비롯한 공직선거 관련 활동’을 의미한다고 볼 수 있다. 즉, 앞서 살펴본 ‘정치활동’의 사전적 의미 중 ‘정권의 획득 또는 유지와 직접적인 관련이 있는 활동’을 의미한다고 할 수 있다.

그러나 본 목(目)에서 살펴본 다른 법률의 수범자는 ‘정치적 중립의 의무를 지는 자’이

143) 개인정보 보호법 [법률 제19234호, 2023. 3. 14.] 제7조의6 제3항

제7조의6 (겸직금지 등) ③ 위원은 정치활동에 관여할 수 없다.

144) 국가유공자 등 단체 설립에 관한 법률 [법률 제19228호, 2023. 3. 4.] 제14조 제1항

제14조 (정치활동 등의 금지) ① 각 국가유공자등단체는 특정 정당의 정강(政綱)을 지지·반대하거나 특정 공직후보자를 지지하거나 반대하는 등의 정치활동을 할 수 없다.

145) 자원봉사활동 기본법 [법률 제14839호, 2017. 7. 26.] 제5조

제5조 (정치활동 등의 금지 의무) ① 제14조, 제18조 및 제19조에 따라 지원을 받는 자원봉사단체 및 자원봉사센터는 그 명의 또는 그 대표의 명의로 특정 정당이나 특정인의 선거운동을 하여서는 아니 된다.

② 제1항에서 “선거운동”이란 「공직선거법」 제58조제1항에 따른 선거운동을 말한다.

146) 박민철, 2022년 통화신용정책 운영방향 강좌 자료, 제874회 한국은행 금요강좌, 2022. 01. 21., 5면 참조.

147) 한국은행법 [법률 제15427호, 2018. 3. 13.] 제28조

148) 한국은행법 [법률 제15427호, 2018. 3. 13.] 제19조

제19조 (정치활동의 금지) 위원은 「정당법」 제22조에도 불구하고 정당에 가입할 수 없으며, 정치운동에 관여할 수 없다.

며 대부분은 국민이다. 반면 「출입국관리법」상 정치활동 금지조항의 수범자는 ‘외국인’이다. 「출입국관리법」상 금지되는 정치활동도 정치적 중립 의무에 따른 다른 법 규정상의 의미와 유사하다고 볼 수 있는지 살펴보기 위하여 외국인의 정치활동을 금지하는 위 조항의 입법취지를 검토한다.

나. 외국인의 정치활동 금지조항의 입법취지

국회에서는 외국인의 정치활동 금지조항 도입 당시 위 조항을 신설하고자 하는 이유가 무엇인지 질의가 수차례 오고갔으나,¹⁴⁹⁾ 개정안을 제안한 법무부는 명쾌한 답변을 제공하지 못한 것으로 보인다.¹⁵⁰⁾ 국회 회의록 자료 등을 통하여¹⁵¹⁾¹⁵²⁾ 추론해보면, 대한민국의 주권을 보호하고 질서를 유지하기 위하여 외국인의 정치활동 금지조항을 도입한 것으로 보인다.

국회 회의록 자료 등에 덧붙여 1970년대 배경을 함께 고려하여 입법취지를 추론해본다. 입법자가 표방한 표면적 목적과 달리 입법의 배후에 깔려 있는 사회적·경제적 의도가 실질적인 입법목적임이 객관적으로 간취된다면 이를 입법목적으로 볼 수 있기 때문이다.¹⁵³⁾ 국회 논의 과정에 직접 언급되었던 ‘오늘 목사’와¹⁵⁴⁾, 이와 유사한 상황에 처하였

149) “굳이 현행법으로서도 규제할 수 있는 이 조항을 여기에 이번 개정법률안에 올린 이유가 과연 무엇이나 그에 대해서 구체적으로 설명을 해주셔야 할 것입니다.” 제98회국회 법제사법위원회 회의록 제21호 (1977. 12. 08.), 국회사무처, 7면; “현행법으로도 충분히 할 수 있는 일을 왜 신법을 만드려고 하는가” 출입국관리법개정법률안 심사보고서 (1977. 12. 14.), 법제사법위원회, 29면 등 참조.

150) “물론 현행법으로도 가능합니다. 그런데 전면개정을 하다 보니까 표현을 바꾼 데 불과하다는 것을 우선 말씀드리겠습니다.” 제98회국회 법제사법위원회 회의록 제21호 (1977. 12. 08.), 국회사무처, 15면; “출입국자가 급격히 느는 등 사정의 변경에 적응하기 위한 것이다.” 출입국관리법개정법률안 심사보고서 (1977. 12. 14.), 법제사법위원회, 31면 등 참조.

151) 전문위원이 외국인의 정치활동 금지 관련 해외 입법례를 소개하기 전에 첨언하며, “각국에서는 외국인에 대하여는 자국의 주권보호 또는 질서유지 등을 위하여 입국목적을 한정하여 입국을 허가하고 있으며 그 규제양식에 있어서 동일하지는 않으나 직접 또는 간접으로 입국목적 이외의 정치적 활동을 제한하고 있습니다.” 제98회국회 법제사법위원회 회의록 제21호 (1977. 12. 08.), 국회사무처, 4면 참조.

152) 당시 법무부장관이 「출입국관리법」 [법률 제3044호, 1977. 12. 31.] 개정안 제출취지를 설명하며, “경제발전과 국제적 교류 증대에 따라 출입국자의 수가 격증하고 있음으로 내외국인의 출입국 업무를 효율적으로 처리하고 또한 국내체류 외국인 및 외국단체의 활동이 복잡다양하여진 실정에 비추어 이를 적절히 규율하려는 것임” 출입국관리법개정법률안 심사보고서 (1977. 12. 14.), 법제사법위원회, 2면 참조.

153) 김하열, 헌법강의, 박영사, 2023, 287면 참조.

154) 제98회국회 법제사법위원회 회의록 제21호 (1977. 12. 08.), 국회사무처, 16면 참조.

던 제임스 시노트 신부 사례를 보면,¹⁵⁵⁾ 당시 대한민국 정부는 외국인이 정치 현안에 대하여 자신의 입장을 공개적으로 표현하거나, 집회에 참여하거나, 대한민국의 정치 상황을 외국에 알리는 등의 활동을 경계하였을 것으로 보인다. 한 이민법 문헌 역시 「출입국관리법」에 의하여 외국인의 정치활동을 금지하게 된 계기는, 대한민국에서 선교활동 중이던 오글 목사에 대한 1974년 강제퇴거 사건에 기인한다. 이는 외국인 선교사에 대한 최초의 강제퇴거이다. 오글 목사는 유신체제 하에서 유신헌법 폐지, 인혁당사건 관련 구속자 석방요구 등 정치적 성격의 활동을 했다는 이유로 강제퇴거 되었다.’¹⁵⁶⁾ 소개하고 있다. 이러한 배경이 위 조항을 신설하게 된 주된 계기라면, 그 입법취지는 외국인의 정치적 표현의 자유를 억압하기 위함이라고 볼 수 있다.

또한 헌법 또는 법률에 의하여 정치적 중립성이 요구되는 공무원·교원과 그 밖의 개인·단체와 달리, 외국인에게는 정치적 ‘중립’이 요구되지는 않는다. 그럼에도 정치활동 금지조항을 두고 있어서, 금지되는 정치활동이 정치적 ‘중립’에 반하는 활동, 즉 ‘정권의 획득 또는 유지와 직접적인 관련이 있는 활동’에 국한된다고 확정하기도 어렵다.

다. 소결

「출입국관리법」 제17조 제2항에서 외국인의 정치활동을 금지하면서 ‘정치활동’의 의미나 범위를 정하고 있지 않다. 정치적 중립을 전제로 하는 다른 법 규정에서는 정치활동이 ‘정권의 획득 또는 유지와 직접적인 관련이 있는 활동’으로 쓰이는 것으로 보인다.

다른 법률상 정치활동의 의미를 참고할 수는 있겠으나, 외국인에게 정치적 ‘중립’이 요구되는 것은 아니다. 이런 면에서 특정 정당이나 정치단체, 또는 특정 정치인을 지지 또는 반대하기 위한 각종 행위, 공직선거와 관련된 행위, 즉 정권의 획득 또는 유지와 직접적인 관련이 있는 활동뿐만 아니라, 정권의 획득 또는 유지와는 직접적 관련이 없더라도, 대한민국 정부를 상대로 외국인 자신 또는 그와 이해관계를 같이 하는 자의 이익 내지 권리를 주장하고 이를 관철하기 위하여 의견을 표현하는 행위도 ‘정치활동’에 포함될 수 있다. 외국인의 정치활동 금지조항의 입법취지를 살펴보아도 정권의 획득 또는 유지와 직접적인 관련이 없는 행위는 금지되는 정치활동에서 배제된다고 단정할 수 없다.

155) 본 연구보고서 10-11면 참조.

156) 차용호, 한국 이민법, 법문사, 2015, 333면 참조.

외국인의 정치활동을 제한하는 「정치자금법」, 「정당법」, 「공직선거법」과 「출입국관리법」을 종합하여 해석하는 경우에도 유사한 결론에 이른다. 즉, 앞서 살핀 사전적 의미와 타법상 정치활동 또는 정치운동의 구체적인 예로 제시된 유형에서 정치자금 기부, 정당 활동, 선거운동, 선거권 및 피선거권 향유를 제외하면, 개인적 혹은 집단적으로 정치적 표현을 하는 행위, 집회 및 결사에 참여하는 행위 유형이 남게 된다고 볼 수 있다. 또한 II장에서 소개한 독일에서의 해석론 역시 정치활동을 ‘개인, 국가와 사회의 정치적 의사 결정에 영향을 미치기 위한 가장 넓은 의미의 모든 행동’으로 본다는 점 역시 참고할 만하다.

본 연구보고서에서는 집회·결사의 자유를 포함한 개인적·집단적인 정치적 표현의 자유가 외국인의 정치활동 금지조항에 의하여 제한된다고 보며, 이하에서는 정치적 표현의 자유를 포괄적으로 제한하는 점에 초점을 맞추어 서술한다.

3. ‘외국인’이라는 특성

본 절에서는 「출입국관리법」상 정치활동 금지조항의 수범자가 ‘외국인’이라는 특성에서 파생되는 헌법적 쟁점을 검토한다.

가. 외국인의 기본권주체성: 정치적 표현의 자유와 인간의 권리

외국인의 정치활동 금지조항의 헌법적 문제점을 살피기에 앞서, 외국인의 기본권주체성을 살펴본다.¹⁵⁷⁾ 헌법 제6조 제2항에 의하면, 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 외국인의 법적 지위가 보장된다. 그러나 헌법 제6조 제2항은 대한민국 헌법이 국제법준중주의를 취한다고 선언한 것이어서, 외국인이 헌법상 기본권의 주체인지에 대한 직접적인 해답이 될 수 없다.¹⁵⁸⁾ 제6조 제2항 외 다른 헌법 규정도 외국인의 기본권주체성 유무를 명시하지 않고 있다.¹⁵⁹⁾ 명시적인 규정의 부재로 인하여 헌법해석을 통해 이를 도출

157) 기본권의 주체란, 실체법적으로 헌법이 보장하는 자유와 기본권을 누리는 자를 의미하며(성낙인, 헌법학, 법문사, 2022, 1064면 참조), 절차법적으로는 기본권이 침해되었을 때 헌법소원심판을 청구하고 기본권이 침해되었다고 주장하여 구제를 받을 수 있는 자를 의미한다(정재황, 헌법학, 박영사, 2022, 402면 참조).

158) 김지영, 외국인의 평등권, 헌법이론과 실무 2015-A-9, 헌법재판연구원, 2015, 8면 참조.

159) 정광현, 외국인의 기본권주체성, 심인, 2017, 5면 참조.

해야 하는 현실에서, 외국인도 대한민국 국민과 동등한 수준으로 모든 헌법상 권리를 누릴 수 있다는 주장이 성립할 수 없듯이, 헌법상 보장되는 권리의 총체가 외국인에게는 전혀 인정되지 않으며 국민에게만 유보되어 있다는 주장 또한 성립하기 어렵다.¹⁶⁰⁾

외국인의 기본권주체성 인정 여부와 범위에 있어 학계와 실무에 다양한 견해가 존재한다. 본 연구보고서에서는 기본권의 성질상 ‘인간의 권리’에 해당할 경우, 즉 국적과 관계없이 인간의 자격에서 보장 받아야 할 권리라면 외국인도 기본권의 주체가 되며, ‘국민의 권리’에 있어서는 외국인이 기본권의 주체가 될 수 없다는 견해에 따른다.¹⁶¹⁾¹⁶²⁾ 이러한 ‘권리 성질설’은 개별 기본권의 보호영역을 세부적으로 어떻게 나누느냐에 따라 외국인의 기본권주체성 유무 판단이 달라진다는 점에서 많은 비판을 받고 있고,¹⁶³⁾ 사건으로는 ‘기본권주체성은 헌법상 권리인 기본권에 의한 보호를 받을 수 있는 일반적인 자격 또는 지위에 관한 문제로서, 개별 기본권의 구체적인 보호영역에 대한 자기관련성이나 침해가능성 판단 이전에, 헌법상 기본권에 의한 보호가능성이라는 일반적인 자격 문제로 이해하여야 한다’는 일반적지위론이¹⁶⁴⁾ 타당하다고 생각한다. 그러나 어느 입장을 취하든 본 연구에서 외국인의 기본권주체성이 부정되지 않기에 본 연구보고서의 요지를 더 간단하게 설명할 수 있는 권리 성질설에 따른다.

권리의 성질에 따라 기본권주체성 인정 여부를 다르게 본다는 전제하에서는, 기본권을 특정하여 논의를 이어가는 것이 자연스러우므로, 문제되는 기본권은 본 연구보고서에서 주로 다루는 정치적 표현의 자유로 한정한다. 정치적 표현의 자유 역시 그 하위 보호영역을 어떻게 설정하느냐에 따라 외국인의 기본권주체성 유무 판단이 달라진다. 예를 들어, ‘대한민국의 대통령선거에서 특정 후보를 지지하는 선거운동’이라는 표현의 자유의 보호영역에서는 외국인이 기본권의 주체가 되기 어려울 것이다. 그러나 ‘본국에서 벌어지는 전쟁에 대한 우려를 표명하거나 본국의 민주화를 지지하는 집회·시위에 참여하는 행위’라는 보호영역에서는 외국인도 기본권의 주체가 될 수 있다. 본 연구보고서에서는 외국인이 ‘인간’으로서 누릴 수 있는 정치적 표현의 자유마저도 광범위하게 제한하는 외

160) 김지영, 외국인의 평등권, 헌법이론과 실무 2015-A-9, 헌법재판연구원, 2015, 18면 참조.

161) 김하열, 헌법강의, 박영사, 2023, 202면 참조.

162) 정광현, 외국인의 기본권주체성, 심인, 2017, 1면 참조.

163) 전상현, 외국인의 기본권보장 방안 - 헌법상 근거, 기본권주체성, 기본권제한에 관하여 -, 법조, 제68권 제6호 (통권738호), 2019, 74-75면 참조.

164) 전상현, 외국인의 기본권보장 방안 - 헌법상 근거, 기본권주체성, 기본권제한에 관하여 -, 법조, 제68권 제6호 (통권738호), 2019, 59,62면 참조.

국민의 정치활동 금지조항의 문제점을 살핀다는 점에서, ‘인간’의 권리에 있어 외국인의 기본권주체성을 인정하는 권리 성질설과 궤를 같이 한다.

나. 우리 사회의 구성원

‘국민의 권리’여서 외국인에게는 원칙적으로 인정되지 않는 기본권의 대표적인 예는 참정권¹⁶⁵⁾ 중 선거권이라고 할 수 있다. 그러나 우리나라를 비롯하여, 네덜란드, 덴마크, 벨기에 등의 국가에서는 일정한 요건을 갖춘 외국인(비EU시민인 외국인을 포함한다)에게도 지방선거에서 선거권을 인정하고 있다.¹⁶⁶⁾ 이는 세계화 과정에서 인적 교류가 대단히 활성화된 맥락에서, 외국인이 단순한 타자가 아니며 공동체의 구성원일 수 있음을 인정하여 선거권까지 법률상 부여하게 된 것이라고 평가할 수 있다.

정치활동은 선거권 행사를 포함한다. 선거권은 실로 정치활동의 ‘핵심적인 부분’을 이루기는 하지만, 정치활동의 ‘전부’는 아니다. 정치활동의 외연에는 선거권 외에 정치적 결사·집회도 포함될 수 있다. 그러므로 만약 외국인에게 선거권 부여가 헌법적으로 허용된다면, 하물며 선거권만큼 핵심적이지는 않은 그 밖의 정치활동을 원칙적·포괄적으로 제한한다는 것은 균형에 맞지 않을 수 있다. 이에 관하여는 III장 6절에서 후술한다.

다. 법치주의 원리와 출입국관리행정

외국인은 우리 사회의 구성원임에도 외국인의 출입국은 기본권의 문제가 아니라 행정적 관리의 대상으로 인식되어 왔고, 법치주의의 적용이 제한될 수 있는 영역으로 간주되기도 한다.¹⁶⁷⁾ 이러한 현실은 외국인의 입국과 체류가 전적으로 각 국가의 주권에 맡겨져 있는 재량사항이라는 논리에 의해 정당화되고 있다.¹⁶⁸⁾ 그러나 주권행사라는 모호한

165) 성낙인, 헌법학, 법문사, 2022, 1067면 참조.

166) 김광재, 다문화사회와 민주주의의 실현방안 - 외국인의 정치적 권리의 확대를 중심으로 -, 법조 제68권 제4호, 2019, 60-61면 참조.

167) 김하열, 출입국관리와 외국인의 신체의 자유, 저스티스, 통권 제174호, 2019, 6면; 문병효, 한국 출입국관리법의 쟁점과 발전방향, 강원법학, 제55권, 2018, 255면 참조.

168) 최계영, 출입국관리행정, 주권 그리고 법치 - 미국의 全權 法理의 소개와 함께 -, 행정법연구, 제48호, 2017, 31면 참조.

개념으로 포괄적인 법 규정이 무차별적으로 정당화되어서는 안 된다.¹⁶⁹⁾ 외국인의 출입국에 관한 권한의 행사는 국제법 차원에서는 국가의 주권적 재량사항이지만, 그렇다고 해서 국내법질서에서 행정권이 제약 없는 국가주권을 가진다는 의미는 아니기 때문이다.¹⁷⁰⁾ 또한 수범자가 외국인이라는 특성으로 인해 사법심사를 받기가 어려우며, 외국인은 정치적 의사결정과정에 참여하여 법령의 제·개정 등에 영향을 미치기도 어렵다는 점에서, 출입국관리행정 영역에서는 이미 법치주의가 작동하기 어렵다는 사실상의 제약조건도 고려하여야 한다.¹⁷¹⁾ 달리 표현하면, 외국인은 주권자가 아니므로 대표를 통한 자기지배를 법치주의 적용의 근거로 삼을 수는 없지만, 형식적 합리성, 예측가능성 등 법이념으로서의 정의에 기해 법치주의를 요구할 수 있다.¹⁷²⁾¹⁷³⁾ 외국인의 정치활동을 금지하는 「출입국관리법」 조항 역시 법치주의를 구현하는 원리인 명확성원칙과 비례원칙¹⁷⁴⁾ 등에 부합해야 한다. 아래 세 절(節)에서는 외국인의 정치활동 금지조항이 법치주의 원리에 반할 여지가 없는지 살펴본다.

4. 외국인의 정치활동 금지조항의 불명확성

가. 명확성 원칙과 표현의 자유 규제

기본권 제한 입법에 있어 범규범이 명확해야 수범자가 그 규제 내용을 미리 예측할 수 있으며 이에 기하여 행동지침을 정할 수 있다. 달리 말해 수범자에게 행동의 기준을 제공하고, 법집행기관이 자의적으로 법을 해석하고 집행하게 할 여지를 줄여서, 수범자를

169) 최계영, 출입국관리행정, 주권 그리고 법치 — 미국의 主權 法理의 소개와 함께 —, 행정법연구, 제48호, 2017, 50면 참조.

170) 최계영, 출입국관리행정, 주권 그리고 법치 — 미국의 主權 法理의 소개와 함께 —, 행정법연구, 제48호, 2017, 45면 참조.

171) 최계영, 출입국관리행정, 주권 그리고 법치 — 미국의 主權 法理의 소개와 함께 —, 행정법연구, 제48호, 2017, 50면 참조.

172) 이희정, 외국인의 출입국 관리와 법치행정 원칙, <이민행정과 법치주의> 세미나 자료집, 2016, 9면 참조.

173) 국가가 외국인의 헌법상 권리를 제한하는 경우에도 법치국가원리에서 파생되는 제반 원칙을 준수할 헌법상 의무가 있다는 견해로, 정광현, 외국인의 기본권주체성, 심인, 2017, 58면 참조.

174) ‘국가권력을 법의 구속 하에 두고, 이를 통해 개인의 자유와 권리를 보호하고자 하는 법치주의 정신은 국가권력은 그 행사가 필요한 경우에, 목적을 달성함에 필요한 한도 내에서만 행사될 것을 요구한다. 이러한 비례원칙은 모든 국가작용에 공통적으로 적용되는 일반적인 법원칙이다.’ 김하열, 헌법강의, 박영사, 2023, 137면

위축시키지 않기 위해서는 법규범이 명확해야 한다.¹⁷⁵⁾ 한편, 명확성 여부의 판단 기준은 모든 법률에 있어서 동일한 정도로 요구되는 것은 아니다. 개개의 법률이나 법조항의 성격에 따라 요구되는 정도에 차이가 있을 수 있으며, 각각의 특수성과 그러한 법률이 제정되게 된 배경이나 상황에 따라 달라질 수 있다.¹⁷⁶⁾¹⁷⁷⁾

법규범의 의미 내용은 그 문언뿐만 아니라 입법목적이나 입법취지, 입법연혁, 그리고 법규범의 체계적 구조 등을 종합적으로 고려하는 해석방법에 의하여 구체화된다.¹⁷⁸⁾ 법규범이 명확성원칙에 위반되는지 여부는 위와 같은 해석방법에 의하여 그 의미 내용을 합리적으로 파악할 수 있는 해석기준을 얻을 수 있는지 여부에 달려 있다.¹⁷⁹⁾

표현의 자유를 규제하는 입법은 명확성이 더욱 강하게 요구된다.¹⁸⁰⁾ 규범의 내용이 명확하지 않으면, 수범자는 자신의 표현이 규제 대상이 아니라는 확신을 가질 수 없고 대체로 규제를 받을 것을 우려해서 표현행위를 스스로 억제하게 될 가능성이 높아지기 때문이다.¹⁸¹⁾ 즉, 표현의 자유를 규제하는 법률은 표현에 위축적 효과가 미치지 않도록 규제되는 행위의 개념을 세밀하고 명확하게 규정해야 한다.¹⁸²⁾¹⁸³⁾

175) 김하열, 헌법강의, 박영사, 2023, 123면 참조.

176) 헌재 2011. 10. 25. 2010헌바272, 판례집 23-2상, 868, 875; 헌재 2012. 2. 23. 2008헌마500, 판례집 24-1상, 228, 247 등 참조.

177) 대법원 2014. 1. 29. 선고 2013도12939 판결 등 참조.

178) 대법원 2014. 1. 29. 선고 2013도12939 판결; 헌재 2005. 6. 30. 2002헌바83, 판례집 17-1, 812, 822 참조.

179) 헌재 2005. 6. 30. 2002헌바83, 판례집 17-1, 812, 822; 헌재 2010. 11. 25. 2009헌바27, 판례집 22-2하, 368, 378 등 참조.

180) 정재황, 헌법학, 박영사, 2022, 551면

181) 헌재 2020. 4. 23. 2018헌마551, 판례집 32-1상, 489, 504; 헌재 2012. 5. 31. 2009헌마705등, 판례집 24-1하, 541, 558 참조.

182) 헌재 2020. 4. 23. 2018헌마551, 판례집 32-1상, 489, 504; 헌재 2012. 5. 31. 2009헌마705등, 판례집 24-1하, 541, 558 참조.

183) 미국 판례법을 통하여 발전한 ‘막연하므로 무효의 원칙’(Vagueness Doctrine)은 표현의 자유를 규제하는 법률의 합헌성 판단기준이다. 위 원칙은 법률 용어가 너무 모호하여 일반적인 지능을 가진 사람들이 그 의미를 짐작할 수밖에 없고 그 적용에 있어 서로 다른 판단을 내릴 수밖에 없는 경우, 해당 법률은 그 자체로 무효라는 원칙이다. 금지하는 행위를 명확하게 정의하지 못하는 규정은 공정한 경고를 제공하지 않으므로써 무고한 사람들을 함정에 빠뜨릴 수 있다는 점에서, 적법 절차의 문제로 볼 수 있다. Stone, Geoffrey R., et al, Constitutional Law, 8th ed. NY: Wolters Kluwer Legal & Regulatory U.S., 2018, p.1102.; 임지봉, 미국헌법상 표현의 자유와 과도한 광범성의 원칙 및 막연하므로 무효의 원칙, 미국헌법연구, 제23권 제3호, 2012, 278면 참조.

나. 외국인의 정치활동 금지조항의 불명확성으로 인한 문제점

앞서 살펴본 바와 같이, 외국인의 정치활동 금지조항은 ‘정치활동’의 의미를 규정하거나 그 범위를 구체화하지 않고 일반적이고 포괄적인 규제 방식을 취하고 있다. 위 조항상 금지되는 외국인의 정치활동은 정권 획득 또는 유지와 직접적 관련이 없는 외국인의 정치적 표현까지 포함될 수 있다(Ⅲ. 2. 다. 참조). 그렇다면 외국인의 정치활동 금지조항은 표현의 자유를 제한하는 법률조항에 해당할 여지가 있고, 이에 대해서는 범규범의 명확성이 보다 강하게 요구된다. 앞서 살펴본 바와 같이 외국인에게 금지되는 정치활동의 의미나 범위를 명확히 파악하기 어렵기에, 이하에서는 낮은 예측가능성, 높은 자의적 집행 가능성, 그리고 그로 인한 위축 효과의 측면에서 외국인의 정치활동 금지조항의 불명확성이 동반하는 문제점을 세부적으로 검토한다.

1) 예측가능성

추상적이고 일반적인 법 규정은 구체적 사건에서 법 내용을 인식하지 못하게 하고, 그럼으로써 법 적용의 예측가능성을 감퇴시킨다. 외국인의 정치활동 금지조항의 경우, 금지되는 정치활동의 내용이나 목적마저 규정에 명시되지 않아 ‘정치활동’과 ‘비정치활동’을 구별하는 기준을 도출할 수 없다. 민주주의 국가에서 구성원의 모든 행위는 직접적이든 간접적이든, 공식적이든 비공식적이든 정치에 연결되므로 그 정도와 강약에 차이가 있을 지언정 모든 사회적 활동이 ‘정치’와 관련되기에,¹⁸⁴⁾ 정치활동 금지조항으로 인해 외국인은 사회 활동 전반에 있어 자신의 행동지침을 정하기 어렵다.

입법자 역시 외국인의 정치활동 금지조항 신설 당시 정치활동이라는 개념이 다의적이라는 점에 상당한 우려를 표했다.¹⁸⁵⁾ 입법 단계에서부터 논란이 되었음에도 현재까지 여전히 「출입국관리법」 혹은 그 하위 법령인 「출입국관리법 시행령」과 「출입국관리법 시행규칙」 어디에도 금지되는 정치활동의 내용이나 유형 등이 명시되어 있지 않다. 법 규정에 의하여 무엇이 금지되고 무엇이 허용되는 정치활동인지 예측할 수 있어야 하나, 위 조항은 하위 법령까지 종합하여 보더라도 판단하기 어렵다.

184) 현재 2020. 4. 23. 2018헌마551, 판례집 32-1상, 489, 491 참조.

185) “정치활동에 대해서 어떻게 사람이 그 가치를 부여해 주느냐에 따라서 그 범위와 개념이 달라집니다.” 제98회국회 법제사법위원회 회의록 제21호 (1977. 12. 08.), 국회사무처, 8면 참조.

사법기관에 의한 보충적인 해석이 이루어진 바도 없다. 무엇보다도 실제 이를 적용·집행하는 행정당국조차 구체적인 해석 방향을 제시하지 못하고 있다. 법무부가 발간한 출입국관리법 해설서에는 ‘헌법상 국민주권주의에 비추어 선거권·피선거권·공무담임권·국민투표권 등 참정권은 국민에게 귀속되는 것이 원칙이며 외국인의 정치활동 금지조항은 이러한 배경에서 규정되었다’며,¹⁸⁶⁾ 조항이 신설된 배경만을 한 문장으로 간단히 소개할 뿐, 금지되는 행위 유형이나 예시 등이 전혀 제시되어 있지 않다. 민간 출입국관리법 해설서도 각기 다양한 해석을 하고 있다. 이민법연구회의 출입국관리법 해설집은 위 조항이 금지하는 정치활동이란 ‘국민의 권리로서 인정되는 참정권과 관련되는 선거, 투표, 정당 활동이나 대한민국 국민이 자주적 주권행사로서 결정해야 하는 내용에 관한 의사표현 활동 등’이라고 설명되어 있다.¹⁸⁷⁾ 다른 문헌에서는 “선거권, 피선거권, 공무담임권, 국민투표권, 정당활동 등”이 금지되는 활동의 예로 제시되어 있다.¹⁸⁸⁾ 또 다른 출입국관리법 해설서에 따르면 외국인이 대한민국에 체류하면서 투표 이외의 방식으로 정치적 견해를 표명하는 것이 금지된다고 볼 여지도 있다.¹⁸⁹⁾ 그리고 ‘어떤 행위가 “정치활동”에 해당하는지가 명확하지 않은 경우에는 행정청이 정치활동 금지조항 위반을 이유로 불이익 처분을 내리는 단계에서야 금지되는 정치활동이 명확히 전달’될 것이라고 보는 견해도 있다.¹⁹⁰⁾ 같은 조항을 각기 다르게 설명하는 데다가 이는 해설서에 불과하기 때문에, 이것만으로 외국인에게 금지되는 정치활동의 범위를 명확히 파악하기는 어렵다.

헌법재판소는 법 규정의 명확성 여부의 판단주체를 ‘건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람’으로 보는데,¹⁹¹⁾ 일정한 신분이 있는 사람들에게만 적용되는 법령의 경우에는 그 사람들 중의 평균인을 기준으로 하여 판단하여야 한다고 본다.¹⁹²⁾ 이런 기준에 비추어 보면, 외국인의 정치활동 금지조항이 대한민국에 체류하는 외국인의 기준에서 명확한지 판단하여야 한다. 대한민국 국민인 입법자조차 위 조항이 금지하는 정치활동이 무엇

186) 법무부 출입국·외국인정책본부장, 출입국관리법 해설, 2011, 238면 참조.

187) 이민법연구회, 쉽게 풀어쓴 출입국관리법, 한국이민재단, 2018, 141면 참조.

188) 김동근/김요한, 출입국관리법 이론 및 실무, 법률출판사, 2021, 308면 참조.

189) 정혁진/최영재, 출입국관리법, 씨아이알, 2018, 12면 참조.

190) 이철우 외, 이민법, 박영사, 2019, 175면 등 참조.

191) 헌재 2019. 12. 27. 2016헌바96, 판례집 31-2하, 81, 87 등; 김경목, 명확성원칙에 대한 재검토, 헌법실무연구, 제17권, 2017, 79 참조.

192) 헌재 2020. 4. 23. 2018헌마551, 판례집 32-1상, 489, 494; 헌재 2016. 2. 25. 2013헌바435, 판례집 28-1상, 118, 125 등 참조.

인지 알지 못하겠다고 한 점에 비추어 볼 때,¹⁹³⁾ 규범의 수범자인 외국인으로서는 그 의미를 명확히 파악하고 행동기준을 정하기 더욱 어려울 것이다.

금지되는 정치활동의 내용이나 목적도 알 수 없고, ‘정치활동’이 다양한 의미로 해석될 수 있기 때문에, 자유민주주의 기본질서의 확립을 촉구하는 행위도 금지되는 행위인지 판단하기 어렵다. 외국인의 정치활동 금지조항 신설 당시, 국회에서도 이와 관련된 구체적인 현안이 거론되었다. 당시는 대통령이 1975. 05. 13. 유신헌법에 따라 ‘국가안전과 공공질서의 수호를 위한 대통령긴급조치’¹⁹⁴⁾(이하 ‘긴급조치 제9호’라 한다)를 발령한 상황이었다. 재야인사들이 1976. 03. 01. 제57회 3·1절 기념미사에서 민주회복의 염원을 담은 선언문을 낭독하였고, 당시 정부는 관련자들을 긴급조치 제9호 위반으로 구속시켜 형사재판을 받도록 하였다¹⁹⁵⁾(이하 ‘3·1 민주구국선언사건’이라 한다). 외국인 선교사 박대인은 3·1 민주구국선언사건의 재판을 방청하고 그 내용을 다른 외국인 선교사·신부·목사에게 통지하였다. 입법자는 이 사실을 예로 들며 외국인 선교사 박대인이 타인에게 3·1 민주구국선언사건을 알린 활동도 금지되는 정치활동에 해당하는지가 불분명하다는 점을 지적하였다.¹⁹⁶⁾ 뿐만 아니라, 1970년대 후반으로부터 40년 이상이 지난 현재 시점에도 자유민주주의 기본질서의 확립 촉구가 목적인 활동까지 금지되는지는 여전히 분명하지 않다. 일부 외국인은 서울 광화문에서 열리는 집회에 참여하면 정치활동 금지조항을 위반하는 것으로, 더 나아가 어떠한 시위에도 참여하지 못하는 것으로 이해하고 있다.¹⁹⁷⁾

2) 자의적 집행 가능성

표현의 자유를 제한하는 불명확한 법률은, 표현을 허가하거나 불허하는 결정을 하는 법 집행 공무원에게 지나치게 넓은 재량을 부여한다.¹⁹⁸⁾ 지나치게 넓은 재량으로 인해

193) “정치활동이라는 것을 나도 지금 모르고 있어요. 내용도 모르고 어떻게 국회의원으로 통과시켜 주니까? 우리 위원들도 모르고 여야할 것 없이 여기 23조 2항이 얘기하는 정치활동이 과연 무엇이나 하는 것을 아는 사람이 없을 것이에요. 이런 법을 어떻게 통과시켜 주니까?” 제98회국회 법제사법위원회 회의록 제21호 (1977. 12. 08.), 국회사무처, 13-14면 참조.

194) 긴급조치 제9호는 집회·시위에 의하여 대한민국 헌법 개정을 주장하는 행위 등을 금지하고, 학생의 집회·시위 또는 정치 관여 행위도 원칙적으로 금지하면서, 이를 위반한 경우 처벌하도록 규정하였다. 구 「국가안전과 공공질서의수호를위한대통령긴급조치」 [대통령긴급조치 제9호, 1975. 5. 13.] 참조.

195) 고지수, 1976년 3·1민주구국선언의 ‘사건화’와 반(反) 유신, 역사연구, 제37호, 2019, 596면 참조.

196) 제98회국회 법제사법위원회 회의록 제21호 (1977. 12. 08.), 국회사무처, 12면 참조.

197) 채코 즈위슬랏, 외국인이 촛불시위에 나간다면, 동아일보, 2017. 01. 10., <https://www.donga.com/news/Politics/article/all/20170110/82275703/1> (최종방문일 2023. 11. 15.)

해당 법률이 특정한 견해와 사상을 억압하는 수단이 될 가능성이 있고, 공무원이 표현의 내용에 따라 선호하거나 비선호하는 결정을 내릴 위험이 있다.¹⁹⁹⁾ 외국인의 정치활동을 금지하는 조항의 경우에도, 금지되는 정치활동이 무엇인지 불명확하여 자의적인 집행 가능성이 크다. 입법자도 외국인의 정치활동 금지조항을 신설하면서 악용의 여지를 지적하였다.²⁰⁰⁾²⁰¹⁾

3) 위축효과

표현을 꺼리게 하는 위축효과를 방지하기 위해 표현의 자유를 규제하는 입법에서는 명확성이 더욱 강하게 요구된다.²⁰²⁾ 표현의 자유를 제한하는 법규범이 명확하지 않으면 예측가능성이 낮아지고 자의적 집행 가능성이 높아져, 수범자는 자신의 표현이 규제 대상이 아니라는 확신을 가질 수 없고 대체로 규제를 받을 것을 우려해서, 표현행위를 스스로 억제하게 될 가능성이 높아지기 때문이다.²⁰³⁾ 따라서 표현의 자유를 규제하는 법률은 표현에 위축적 효과가 미치지 않도록 규제되는 행위의 개념을 세밀하고 명확하게 규정해야 한다.²⁰⁴⁾

앞서 살펴본 바와 같이, 외국인의 정치활동 금지조항은 예외에 해당하지 않는 한 모든 ‘정치활동’을 금지하고 있어 일반적이고 포괄적인 규제 방식을 취하고 있다. 어떠한 표현이 위 조항의 규제 대상에 해당되는지 혹은 그렇지 않은지 알 수가 없어, 수범자인 외국인은 허용되는 표현조차 하지 못하고 위축될 가능성이 높다. 입법자 역시 외국인의 정치

198) 헌재 2021. 11. 25. 2019헌마534, 판례집 33-2, 663, 679; 헌재 2020. 4. 23. 2018헌마551, 판례집 32-1상, 489, 504 등 참조.

199) 헌재 2021. 11. 25. 2019헌마534, 판례집 33-2, 663, 679; 헌재 2020. 4. 23. 2018헌마551, 판례집 32-1상, 489, 504 등 참조.

200) “결국 대한민국 장관이나 관리가 너는 위반된 정치활동이다 하고 지적을 하면 위반이고 지적을 안 하면 위반이 아니”게 됩니다. “세상에 이런 법이 어디 있느냐 하는 질문을 받고 본위원도 아무 말 못 했어요.” 제98회국회 법제사법위원회 회의록 제21호 (1977. 12. 08.), 국회사무처, 11면 참조.

201) “이러한 정치활동의 개념에 속하는 말과 행동을 하였을 때에 어떤 사람은 이에 해당이 되고 어떤 사람은 해당이 되지 아니하는 대단히 실효성을 거두기가 어려운 그러한 내용이 되기 때문에 이에 대한 어떠한 적용상에 있어서의 복안을 가지고 계신지 하는 것을 밝혀주시기 바랍니다.” 제98회국회 법제사법위원회 회의록 제21호 (1977. 12. 08.), 국회사무처, 9면 참조.

202) 정재황, 헌법학, 박영사, 2022, 551면 참조.

203) 헌재 2020. 4. 23. 2018헌마551, 판례집 32-1상, 489, 504; 헌재 2012. 5. 31. 2009헌마705등, 판례집 24-1하, 541, 558 참조.

204) 헌재 2020. 4. 23. 2018헌마551, 판례집 32-1상, 489, 504; 헌재 2012. 5. 31. 2009헌마705등, 판례집 24-1하, 541, 558 참조.

활동 금지조항 신설 여부를 논의할 당시 외국인이 정신적으로 상당히 위축될 것을 우려하였다.²⁰⁵⁾

5. 위반 시 제재의 비례성 문제

법률상 허용된 경우가 아닌 한 표현의 자유를 포괄적으로 제한한다는 점에서 외국인의 정치활동 금지조항 자체가 비례원칙에도 위반될 여지가 있다.²⁰⁶⁾ 그러나 본 연구보고서에서 이를 본격적으로 검토하지는 않는다.

본 절에서는 정치활동 금지조항을 위반한 외국인이 받을 수 있는 제재(이하 ‘위반 시 제재’라 한다) 규정의 비례성을 살펴본다. 위반 시 제재인 출국권고²⁰⁷⁾, 출국명령, 강제퇴거명령, 중지명령이나 그 밖에 필요한 명령, 위반조사²⁰⁸⁾, 보호의 근거 규정은 II장에 적시하였다. 먼저 각 위반 시 제재의 구체적 내용을 살펴본 후, 위반의 정도에 따라 제재가 차등적으로 규정되어 있지 않아 비례성이 문제되는지 검토한다.²⁰⁹⁾

205) “경제규모가 커진 한국으로 입국하는 여러 가지 외국사람들한테 정신적으로라도 상당한 위축을 주어 한국의 외교활동에 있어 본의 아닌 위압감을 주고 또 후진성을 모면치 못하는 정치체제의 일환인 특수규정이라는 감을 주고 있습니다.” 제98회국회 법제사법위원회 회의록 제21호 (1977. 12. 08.), 국회 사무처, 7면 참조.

206) 비례원칙 위반 여부 검토 시, 그 하위 원칙인 침해의 최소성을 판단하는 단계에서 본 연구보고서 IV장 중 개선입법 제언 내용을 참고할 수 있을 것이다.

207) 출국권고의 법적 성질이 무엇인지 문제될 수 있다. “출국권고는 「출입국관리법」 위반을 전제로 자진출국이라는 행정목적의 달성을 위해 활용하는 행정처분으로 비록 상대방의 임의적 협조를 요하는 ‘권고’라는 용어를 사용하고 있으나, 「출입국관리법」을 위반한 자에게 자진하여 출국할 것이라는 작위의무를 명령하는 명령적 행정행위인 하명에 해당한다.” 차용호, 한국 이민법, 법문사, 2015, 524면; ‘출국권고는 직접적인 강제력 행사에 의한 출국조치가 아니라, ‘권고’라는 점에서 행정지도에 가까운 비권력적 사실행위로 볼 여지도 있으나, 출국권고 불이행 시 보다 강화된 제재수단인 출국명령이라는 하명처분을 받게 된다는 점에서 법적 구속력이 있어 행정처분에 해당한다고 볼 수 있다.’ 이민법연구회, 쉽게 풀어쓴 출입국관리법, 한국이민재단, 2018, 369면; 이철우 외, 이민법, 박영사, 2019, 230면 등 참조.

208) 위반조사의 법적 성질이 무엇인지 문제될 수 있다. 위반조사는 피조사자의 임의적 협조를 받아 행하는 것이므로 임의조사에 해당한다는 견해와, 출입국관리공무원이 특별사법경찰관리라는 우월적 지위에서 강제적으로 실시하는 준수사적(準搜查的) 성격의 지닌다는 견해를 소개하는 문헌으로, 차용호, 한국 이민법, 법문사, 2015, 439-440면 참조. 사건으로는 위반조사의 한 가지 수단인 검사 및 서류 등의 제출요구의 근거 규정(「출입국관리법」 제50조)의 문언과 달리, 위반조사의 근거 규정(「출입국관리법」 제47조)은 피조사자의 동의를 명시적으로 요하지 않기에 피조사자에게 수인 의무가 부과될 수 있다고 본다. 이 점에서 위반조사를 처분으로 볼 여지가 있다고 생각한다.

209) 위반 시 제재 규정의 목적은 외국인의 정치활동 금지조항의 실효성 확보일 것이고, 이를 위해 그 수단으로써 강제퇴거 등의 제재를 가하는 것으로 보인다. 목적의 정당성과 수단의 적합성은 특별히 문제되지 않는다고 보고, 침해의 최소성을 위주로 검토한다.

가. 대한민국에서의 출국으로 이어지는 제재

외국인의 정치활동 금지조항을 위반하면 강제퇴거 대상자²¹⁰⁾가 된다(「출입국관리법」 제46조 제1항 제8호). ‘강제퇴거’는 직접강제의 일종으로서,²¹¹⁾ 「출입국관리법」을 위반하였거나 장래 국가의 이익을 해할 우려 등의 사유로 국내체류가 바람직하지 않은 외국인을 그의 의사에 반하여 대한민국 영역 밖으로 강제적으로 출국시키는 것을 말한다.²¹²⁾ 강제퇴거 대상자에 해당된다고 인정되면 강제퇴거명령을 받을 수 있고, 강제퇴거명령서를 집행할 때에는 지체 없이 강제퇴거명령을 받은 외국인을 송환하여야 한다.²¹³⁾²¹⁴⁾ 또한 강제퇴거명령을 받고 출국한 후 5년이 지나지 않은 외국인에 대하여는 입국이 금지될 수 있다(「출입국관리법」 제11조 제1항 제6호).

‘출국명령’은 강제퇴거의 대상자에 해당하나 자기비용으로 자진하여 출국하려는 외국인에게 내려질 수 있는 불이익 처분이다. “자기비용”이란 대한민국으로부터 출국에 필요한 비용을 자기 자신이 부담한다는 의미이며, “자진하여”란 자발적으로 출국할 의사를 가지고 있어야 함을 의미한다.²¹⁵⁾ 출국명령을 받을 경우 원칙적으로²¹⁶⁾ 30일²¹⁷⁾ 이내의

210) 「출입국관리법」 제46조는 강제퇴거의 대상자에 관한 규정이지만 강제퇴거의 대상이 되는 사유를 열거한 것이고, 이러한 사유에 해당하더라도 퇴거결정은 행정청의 재량사항이다.’ 문병효, 한국 출입국관리법의 쟁점과 발전방향, 강원법학, 제55권, 2018, 252-253면 참조.

211) 노재호, 國益危害 外國人 관리 정책에 대한 연구 - 출입국관리법상 入國禁止, 強制退去 제도를 중심으로 -, 석사학위논문, 중앙대학교, 2018, 77면 참조.

212) 차용호, 한국 이민법, 법문사, 2015, 529면 참조.

213) 「출입국관리법」 [법률 제19435호, 2023. 6. 13.] 제59조 제2항 및 제3항

제59조 (심사 후의 절차)

② 지방출입국·외국인관서의 장은 심사 결과 용의자가 제46조제1항 각 호의 어느 하나에 해당한다고 인정되면 강제퇴거명령을 할 수 있다.

③ 지방출입국·외국인관서의 장은 제2항에 따라 강제퇴거명령을 하는 때에는 강제퇴거명령서를 용의자에게 발급하여야 한다.

214) 「출입국관리법」 [법률 제19435호, 2023. 6. 13.] 제62조 제3항 1문

제62조(강제퇴거명령서의 집행)

③ 강제퇴거명령서를 집행할 때에는 그 명령을 받은 사람에게 강제퇴거명령서를 내보이고 지체 없이 그를 제64조에 따른 송환국으로 송환하여야 한다.

215) 이민법연구회, 쉽게 풀어쓴 출입국관리법, 한국이민재단, 2018, 372면 참조.

216) 「출입국관리법 시행규칙」 [법무부령 제1063호, 2023. 12. 14.] 제33조 제1항

제33조 (출국기한의 유예) ①청장·사무소장·출장소장 또는 외국인보호소의 장(이하 “보호소장”이라 한다)은 영 제33조제1항에 따른 체류자격 부여 등의 불허결정 통지를 받은 자나 출국권고 또는 출국명령을 받은 자가 출국할 선박등이 없거나 질병 기타 부득이한 사유로 그 기한내에 출국할 수 없음이 명백한 때에는 그 출국기한을 유예할 수 있다.

217) 「출입국관리법 시행규칙」 [법무부령 제1063호, 2023. 12. 14.] 제65조 제1항

출국기한이 정해지며, 출국명령에 주거의 제한이나 기타 필요한 조건이 붙을 수 있고, 경우에 따라 2천만원 이하의 이행보증금을 예치하게 될 수도 있다.²¹⁸⁾ 출국명령을 받은 후 출국기한까지 출국하지 않거나 출국명령에 붙은 조건을 위반한 외국인에게는 강제퇴거 명령서가 발급되어야 하며, 예치된 이행보증금이 있는 경우에는 그 전부 또는 일부가 국고에 귀속될 수 있다.²¹⁹⁾ 또한 출국명령을 받은 외국인이 도주하거나 도주할 염려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있다면 48시간 이내의 기간 동안 일시보호될 수 있다.²²⁰⁾

‘출국권고’는 외국인의 정치활동 금지조항을 ‘가볍게 위반’한 경우에 내려질 수 있는 제재이다. 위반 정도가 가벼운 경우란, 외국인의 정치활동 금지조항을 처음 위반한 사람으로서 그 위반 기간이 10일 이내인 경우를 의미한다.²²¹⁾ 외국인이 “자진하여” 출국하도록 권고할 수 있다고 규정되어 있으나, 출국기한이 출국권고를 받은 날로부터 5일로 정해질 수 있는 것이 원칙이고,²²²⁾²²³⁾ 출국권고를 받고 이행하지 않는 경우에는

제65조 (출국명령기한등) ① 법 제68조제2항의 규정에 의한 출국명령서를 발부하는 때에는 그 발부일부터 30일의 범위내에서 출국기한을 정하여야 한다.

218) 「출입국관리법」 [법률 제19435호, 2023. 6. 13.] 제68조 제1항 제1호, 동법 동조 제2항 및 제3항

제68조 (출국명령) ① 지방출입국·외국인관서의 장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 외국인에게는 출국명령을 할 수 있다.

1. 제46조제1항 각 호의 어느 하나에 해당한다고 인정되거나 자기비용으로 자진하여 출국하려는 사람
2. ~ 5. 생략
- ② 지방출입국·외국인관서의 장은 제1항에 따라 출국명령을 할 때에는 출국명령서를 발급하여야 한다.
- ③ 제2항에 따른 출국명령서를 발급할 때에는 법무부령으로 정하는 바에 따라 출국기한을 정하고 주거의 제한이나 그 밖에 필요한 조건을 붙일 수 있으며, 필요하다고 인정할 때에는 2천만원 이하의 이행보증금을 예치하게 할 수 있다.

219) 「출입국관리법」 [법률 제19435호, 2023. 6. 13.] 제68조 제4항

제68조 (출국명령)

- ④ 지방출입국·외국인관서의 장은 출국명령을 받고도 지정한 기한까지 출국하지 아니하거나 제3항에 따라 붙인 조건을 위반한 사람에게에는 지체 없이 강제퇴거명령서를 발급하여야 하며, 그 예치된 이행보증금의 전부 또는 일부를 국고에 귀속시킬 수 있다.

220) 「출입국관리법」 [법률 제19435호, 2023. 6. 13.] 제56조 제1항 제3호

제56조 (외국인의 일시보호) ① 출입국관리공무원은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 외국인을 48시간을 초과하지 아니하는 범위에서 외국인보호실에 일시보호할 수 있다.

3. 제68조제1항에 따라 출국명령을 받은 사람으로서 도주하거나 도주할 염려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 사람

221) 「출입국관리법 시행령」 [대통령령 제33621호, 2023. 7. 7.] 제81조

제81조 (출국권고) 법 제67조제1항제1호에 따른 그 위반정도가 가벼운 경우는 법 제17조 또는 제20조를 처음 위반한 사람으로서 그 위반기간이 10일 이내인 경우로 한다.

222) 「출입국관리법」 [법률 제19435호, 2023. 6. 13.] 제67조 제2항 및 3항

출국명령을 받을 수 있다.²²⁴⁾

나. 대한민국 내에서 가해지는 제재

1) 중지명령이나 그 밖에 필요한 명령

‘중지명령’은 정치활동 금지조항을 위반한 외국인에게 내릴 수 있는 처분이다. 정치활동의 중지를 명하는 경우에는 활동 중지명령서에 ‘그 활동을 즉시 중지할 것’, ‘명령을 이행하지 아니할 때에는 강제퇴거 등의 조치를 할 것이라는 것’, ‘그 밖에 필요한 것’을 기재하여야 한다(「출입국관리법 시행령」 제22조). 중지명령은 외국인의 정치활동 금지조항을 위반한 경우에만 받을 수 있다는 점에서 나머지 위반 시 제재와 다르다.

한편 ‘그 밖에 필요한 명령’도 정하고 있으나, 그 구체적 의미가 무엇인지 「출입국관리법」이나 그 하위 법령에서 규정하고 있지 않고, 법무부가 발간한 출입국관리법 해설서²²⁵⁾ 등에서도 이에 대한 설명이 없다.

2) 위반조사

「출입국관리법」 제47조에 따른 조사인 ‘위반조사’²²⁶⁾란, 강제퇴거 대상자에 해당한다고 의심되는 외국인을 조사하는 것이다. 즉, 출입국관리공무원이 강제퇴거사유에 해당하는 혐의가 있는 외국인을 발견하여 그 동정을 관찰하면서 용의 사실을 입증하고 심사 이

제67조 (출국권고)

② 지방출입국·외국인관서의 장은 제1항에 따라 출국권고를 할 때에는 출국권고서를 발급하여야 한다.

③ 제2항에 따른 출국권고서를 발급하는 경우 발급한 날부터 5일의 범위에서 출국기한을 정할 수 있다.

223) 부득이한 사유가 있는 외국인인 출국기한을 유예 받을 수 있다. 「출입국관리법 시행규칙」 [법무부령 제1063호, 2023. 12. 14.] 제33조 제1항

224) 「출입국관리법」 [법률 제19435호, 2023. 6. 13.] 제68조 제1항 제2호

제68조 (출국명령) ① 지방출입국·외국인관서의 장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 외국인에게는 출국명령을 할 수 있다.

2. 제67조에 따른 출국권고를 받고도 이행하지 아니한 사람

225) 법무부 출입국·외국인정책본부장, 출입국관리법 해설, 2011

226) 「출입국관리법」 제81조에 따른 동향조사와 구별된다. 동향조사는, 혐의를 요건으로 하지 않고 일반적으로 외국인이 적법하게 체류하고 있는지 조사하는 것이다. 동향조사 결과 혐의가 인정되면 위반조사가 개시된다. 이철우 외, 이민법, 박영사, 2019, 201면 등 참조.

후의 절차에 있어 강제퇴거사유에 해당함을 입증하기 위한 증거자료를 수집하는 등의 활동을 말한다.²²⁷⁾ 외국인의 정치활동 금지조항을 위반한 외국인은 강제퇴거 대상자가 되므로, 금지되는 정치활동을 하였을 것으로 의심되는 외국인은 위반조사를 받게 될 수 있다. 조사의 수단으로 용의자²²⁸⁾신문, 참고인진술, 검사 및 서류 등의 제출요구가 규정되어 있다(동법 제48조 내지 제50조). 용의자의 주거 또는 물건을 검사하거나 서류 또는 물건을 제출하도록 요구하려면 용의자의 동의를 필요하다고 법문언상 명시되어 있으나, 용의자신문 또는 참고인진술 근거 규정은 용의자의 동의를 별도로 요하지 않고 있다.

3) 보호

“위험이나 곤란 따위가 미치지 아니하도록 잘 보살펴 돌봄”²²⁹⁾이라는 ‘보호’의 사전적 의미와 달리 「출입국관리법」상 **보호**란, ‘강제퇴거 대상자에 해당된다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 사람을 출국시키기 위하여 외국인보호실, 외국인보호소 등에 인치(引致)하고 수용하는 집행활동’을 의미한다(「출입국관리법」 제2조 제11호). 또한 강제퇴거명령을 받은 외국인이 즉시 대한민국 밖으로 송환될 수 없으면 송환될 수 있을 때까지²³⁰⁾ 보호될 수도 있다(「출입국관리법」 제63조 제1항). 「출입국관리법」상 보호 규정에 의하면 외국인의 정치활동 금지조항을 위반하여 이미 강제퇴거명령을 받은 외국인 뿐 아니라, 정치활동 금지조항을 위반하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 외국인도 보호의 대상이 된다.

227) 법무부 출입국·외국인정책본부장, 출입국관리법 해설, 2011, 349면 참조.

228) 「출입국관리법」은 강제퇴거 대상자에 해당된다고 의심되는 외국인을 “용의자”라고 한다. 동법 제47조 참조.

229) 국립국어원, 보호, 표준국어대사전, <https://stdict.korean.go.kr/search/searchResult.do?pageSize=10&searchKeyword=%EB%B3%B4%ED%98%B8#none> (최종방문일 2023. 12. 22.) 참조.

230) 강제퇴거명령을 받은 사람을 보호할 수 있도록 하면서 보호기간의 상한을 마련하지 아니하여 과잉금지원칙 및 적법절차원칙에 위배되어 피보호자의 신체의 자유를 침해한다는 헌법재판소의 결정이 있었다. 헌법재판소는 헌법불합치결정을 선고하며, 2025. 5. 31.을 시한으로 개선입법이 있을 때까지 계속 적용을 명하였다. 헌법재판소 2023. 3. 23 자 2020헌가1, 2021헌가10(병합) 결정.

다. 평가

1) 대한민국에서의 출국으로 이어지는 제재 근거 규정 간 비례성 문제

외국인의 정치활동 금지조항을 위반하여 대한민국에서의 출국으로 이어지는 제재 중 출국권고, 출국명령, 강제퇴거명령의 침익성이 차등적인지 검토한다. 위반 시 제재의 침익성이 차등적으로 규정되어 있지 않다면 개별 사안에서 비례원칙이 지켜지기 더욱 어려울 것이기 때문이다.

‘출국권고’는 출국명령이나 강제퇴거명령에 비하여 강제성이 약하다고 볼 수 있다는 견해가 있다.²³¹⁾ 출국기한에 있어, 출국명령은 필요적으로 출국기한을 정하여야 하지만 출국권고는 출국기한을 정하지 않을 수도 있다는 점에서 출국명령의 강제성과 침익성이 더 강하다고 볼 수도 있다. 그러나 다르게 볼 여지도 있다. 출국권고는 상대방이 ‘자진하여’ 출국할 것을 ‘권고’하는 것임에도, 출국기한이 5일 이내로 정해질 수 있다. 반면 출국명령은 30일의 범위 내에서 출국기한이 정해지는 것이 원칙이다. 출국기한이 정해지는 경우를 상정한다면, 원칙적으로 출국권고는 5일, 출국명령은 30일의 범위 내에서 정해진다는 점에서는 출국권고의 침익성이 더 강하다고 볼 수도 있다.²³²⁾

출국명령은 강제퇴거대상자인 외국인 본인의 의사를 고려한 처분이나, 강제퇴거명령은 강제력을 동원하여 외국인을 국외로 추방하는 절차라는 점에서,²³³⁾²³⁴⁾ 강제퇴거명령에 비하여 출국명령의 강제성과 침익성이 약하다고 볼 수도 있다. 그러나 출국명령을 받고도 출국기한까지 출국하지 않는 경우 ‘필요적으로’ 그리고 ‘지체 없이’ 강제퇴거명령이 내려진다는 점에서(「출입국관리법」 제68조 제4항) 출국명령 규정이 비례원칙에 반할 여지가 없는지 문제된다. 입법자가 임의적 규정으로도 출국명령의 목적을 실현할 수 있음에도 구체적 사안의 개별성과 특수성을 고려할 수 있는 가능성을 일절 배제하는 필요적 규정으로 출국명령의 목적을 실현하려 한다면, 비례원칙의 한 요소인 침해의 최소성 원

231) 이민법연구회, 쉽게 풀어쓴 출입국관리법, 한국이민재단, 2018, 369면 참조.

232) 또한 출국·권고’임에도 불구하고, 출국권고를 이행하지 않을 경우 출국명령이 내려질 수 있다는 점에서 권고보다는 작위의무를 명령하는 하명에 더 가까워보인다. 각주 207면 참조.

233) 정혁진/최영재, 출입국관리법, 씨아이알, 2018, 269면 참조.

234) “강제퇴거 대신에 자진출국을 선택하여 그 의사를 표시한 당사자로서는 출국명령 이전에 자신이 어떠한 사유로 출국 명령을 받는 것인지 이미 알고 있다고 볼 수 있다.” 노재호, 國益危害 外國人 관리 정책에 대한 연구 - 출입국관리법상 入國禁止, 強制退去 제도를 중심으로 -, 석사학위논문, 중앙대학교, 2018, 81면 참조.

칙에 위배되기 때문이다.²³⁵⁾ 또한 경우에 따라 출국기한을 지킬 수 없었던 개별적인 사정이 존재할 수 있음에도 지체 없이 강제퇴거명령을 내리도록 규정되어 있어 과도한 제한에 해당할 수 있다.

출국권고, 출국명령, 강제퇴거명령 순으로 강제성 또는 침익성에 차등을 두기 위하여 각각을 구분하여 규정한 것으로 보인다. 그러나 출국기한에 있어서는 출국명령에 비하여 출국권고가 더 침익적일 수 있으며, 출국명령에 따르지 않은 경우 지체 없이 필요적으로 강제퇴거명령을 내리도록 되어 있다는 점을 고려하면, 출국권고, 출국명령, 강제퇴거명령 간 침익성이 차등적이지 않다고 볼 여지도 있다. 정치활동 금지조항을 위반하여 주권 보호나 질서 유지를 해한 정도에 따라 제재도 그에 비례하여 차등화하는 것이 비례원칙에 더욱 부합하는 방향일 것인데, 이를 위하여는 먼저 제재 규정 간 침익성을 더욱 세밀히 조율할 필요가 있어 보인다.

2) 위반 시 제재를 위반의 정도에 따라 차등화 필요

가) 위반의 정도와 무관하게 가해질 수 있는 여러 제재

앞서 살펴보았듯이, 금지되는 정치활동에는 개인적 또는 집단적인 정치적 표현부터 선거권 행사까지 다양한 행위가 포함된다. 그렇다면 외국인의 정치활동 금지조항에 위반되는 양태도 다양할 것이며, 그 위반의 중합 역시 각 사안마다 다를 것이다. 예를 들어, 개인적으로 정치적 견해를 표명하는 행위와 선거권이 없는 외국인이 공식선거에서 투표하는 행위는 모두 정치활동 금지조항에 위반되나, 두 행위의 위반의 정도에는 차이가 있다. 즉, 어떠한 활동을 하여 정치활동 금지조항을 위반하였는지, 얼마나 빈번하게 위반하였는지, 얼마나 긴 기간에 걸쳐 위반 행위가 지속되었는지와 같은 기준에 따라 위반의 정도가 다양할 것이다.

그러나 “위반 정도가 가벼운 경우”에 받을 수 있는 출국권고를 제외한 나머지 위반 시 제재는 위반의 정도에 있어 아무런 내용도 정하지 않고 있다. 즉 정치활동 금지조항을 위반하였다면 그 위반 정도와 무관하게 출국명령, 강제퇴거명령, 증지명령이나 그 밖에 필요한 명령이 내려질 수 있다. 정치활동 금지조항을 위반하였을 것으로 의심되는 경우

235) 헌재 2017. 5. 25. 2016헌가6, 판례집 29-1, 104, 110; 헌재 2005. 11. 24. 2004헌가28, 판례집 17-2, 378, 389 등 참조.

역시 의심되는 위반 정도와 무관하게 위반조사를 받게 될 수 있고, 동조항을 위반하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있다면 그 정도와 무관하게 보호의 대상이 될 수 있다.

출국명령과 강제퇴거명령은 대한민국에서의 출국으로 이어지며, 보호는 의사에 반하여 신체의 자유를 박탈하므로 실질적으로 인신구속²³⁶⁾에 해당한다.²³⁷⁾ 출국명령, 강제퇴거명령, 보호는 모두 경제적·사회적 생활기반이 대한민국에 형성되어 대한민국과 깊은 유대관계를 맺은 외국인과 대한민국에 가족이 있는 외국인 등에게는 중대한 불이익에 속한다. 뿐만 아니라 해당 외국인과 관련된 국민의 삶에도 심대한 영향을 미치게 된다.²³⁸⁾ 그룹에도 정치활동 금지조항의 위반하였거나 위반하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있다면 그 위반의 정도와 무관하게 출국명령, 강제퇴거명령, 보호를 받을 수 있도록 규정하여 침해의 최소성 원칙에 위배될 여지가 있다. 출국권고 근거 규정처럼, 위반의 정도에 따라 제재를 차등적으로 정하더라도 주권 보호와 질서 유지라는 입법목적을 동등하게 달성할 수 있을 것으로 보이기 때문이다.

나) 그 밖에 필요한 명령

「출입국관리법」 제17조 제3항에 “그 밖에 필요한 명령”이라고 규정되어 있어, 법무부장관이 필요하다고 보는 한 광범위한 작위 또는 부작위의무를 지을 수 있도록 규정되어 있는 것으로 보인다. 정치활동 금지조항을 위반한 외국인에 대하여 가할 수 있는 제재로 출국권고, 출국명령, 강제퇴거명령, 중지명령, 위반조사, 보호 등이 이미 규정되어 있음에도, 이 밖에 다른 필요한 명령을 내릴 수 있다고 규정한 것은 과도하게 광범위하다. 위반의 정도에 관하여도 아무런 기준이 제시되어 있지 않다. 다시 말해, ‘그 밖에 필요한 명령’의 내용과, 그 요건의 일부인 위반 정도에 있어, 현행 조항보다 구체적인 제한이나 기준을 명시하면서 입법목적 달성에 동등한 효과를 얻을 수 있다면 침해의 최소성에 위반된다고 볼 수 있다.

236) 실제로 구 「출입국관리법」에서는 ‘수용’이라는 용어를 사용하였으나, 1992년 개정부터 ‘보호’를 사용하기 시작하였다. “이 법 시행당시 종전의 규정에 의한 수용은 이 법에 의한 보호로 본다.” (구 「출입국관리법」 [법률 제4522호, 1992. 12. 8.] 부칙 제4조 제2항); ‘보호’라는 용어보다 ‘수용’이라는 용어가 그 실체와 보다 가깝다는 견해로, 차용호, 한국 이민법, 법문사, 2015, 474면 참조.

237) 이철우 외, 이민법, 박영사, 2019, 202면 등 참조.

238) 이현수, 출입국관리법상 입국금지사유와 강제퇴거사유의 조응관계 고찰, 행정법연구, 제55호, 2018, 147면; “출입국관리행정의 형식적 상대방이 외국인이라고 하더라도 실제로는 국민의 권리를 제한하거나 국민의 이익에 영향을 미치는 부분이 적지 않다”는 견해로, 최계영, 출입국관리행정, 주권 그리고 법치 — 미국의 全權 法理의 소개와 함께 —, 행정법연구, 제48호, 2017, 46면 참조.

라. 소결

출국권고를 제외한 위반 시 제재 규정은 모두 위반의 정도와 무관하게 가해질 수 있도록 규정되어 있다. 대한민국에서의 출국으로 이어지는 강제퇴거명령, 출국명령, 출국권고와 대한민국 내에서의 제재인 중지명령이나 그 밖에 필요한 명령, 위반조사, 보호는 각 불이익의 정도가 다르므로, 위반의 정도의 중함에 따라 위반 시 제재도 차등적으로 규정하는 것이 비례원칙에 더욱 부합하는 방향일 것이다.

6. 지방선거권을 인정하는 법체계와의 부조화

가. 문제점

본 절에서는 외국인에게 지방선거권을 부여하는 것이 타당한지는 별론으로 하고, 지방선거권이 있는 외국인에 대해서도 정치활동을 포괄적으로 금지하는 법체계에 문제가 없는지 살펴본다. 「공직선거법」 제15조 제2항 제3호에 따르면 대한민국에서 영주의 체류자격 취득 후 3년이 경과한 18세 이상의 외국인에게 지방선거권이 부여된다. 반면 「출입국관리법」은 대한민국에 체류하는 외국인의 정치활동을 원칙적으로 금지하면서 법률상 예외를 허용하고 있다. 지방선거권을 향유하는 외국인을 상정하여 생각해보면, 지방선거권까지 행사할 수 있는데 지방선거권에 부수하는 정치활동이 법률상 허용되지 않아 법체계가 조화롭게 해석되기 어려울 수 있다.

헌법재판소는 동일 규범 내에서 또는 상이한 규범 간에 그 규범의 구조나 내용 또는 규범의 근거가 되는 원칙면에서 상호 배치되거나 모순되어서는 안 된다는 헌법적 요청을 ‘체계정당성의 원리’라고 설명하며,²³⁹⁾ 이는 입법자의 자의를 금지하여 규범의 명확성, 예측가능성 및 규범에 대한 신뢰와 법적 안정성을 확보하기 위한 것이며 법치주의 원리로부터 도출된다고 설시한 바 있다.²⁴⁰⁾ 「공직선거법」에 의하여 법률상 일정 자격을 가진 외국인에게 지방선거권을 인정하면서도 다른 한편으로는 「출입국관리법」에 의하여 지방

239) 헌재 2005. 6. 30. 2004헌바40등, 판례집 17-1, 946, 948 등 참조.

240) 헌재 2015. 7. 30. 2013헌바120, 판례집 27-2상, 106, 113-114 참조

선거권에 부수하는 정치활동을 포괄하여 제한한다면 내용적으로 상호 배치 또는 모순된다. 이는 법체계상 논리적 일관성이 없어 예측가능성과 규범에 대한 신뢰와 법적 안정성을 기본으로 하는 법치주의 원리에 배치될 수 있다.²⁴¹⁾ 그리고 체계정당성이 결여된 법률은 기본권 보장의 관점에서 헌법상 비례원칙이나 평등원칙에도 위반될 수 있다.

나. 지방선거권에 부수하는 정치활동

지방선거권에 부수하는 정치활동에는 지방선거에 영향을 미칠 수 있는 선거운동, 정당·정치단체 활동, 특정 정당·정치단체·정치인을 위하여 기부금 모집을 지원하거나 방해하는 행위, 이들을 지지하거나 반대하는 활동, 투표·개표 참관 등이 포함된다고 볼 수 있다. 그러나 외국인은 지방선거 유권자의 지위에 있더라도 해당 지방선거에서의 선거운동을 제외²⁴²⁾하면 그 밖의 정치활동은 광범위하게 금지된다. 현행법 체계상 모든 외국인은 「정당법」 제22조 제2항과 「정치자금법」 제31조 제1항에 의해 정당의 당원이 되거나 정치자금을 기부할 수 없다. 또한 「공직선거법」 제161조 제7항²⁴³⁾과 동법 제181조 제11항²⁴⁴⁾에 의해 투표참관인이나 개표참관인조차도 될 수 없다. 이 밖에도 정치단체 활동, 지방선거 결과에 영향을 미칠 수 있는 특정 정당·정치단체·정치인에 대한 지지·반대 활동은 외국인의 정치활동을 포괄적으로 금지하는 「출입국관리법」상 규정으로 인해 금지된다.

241) “상호 배치되거나 상호 모순된다”는 것은 바꿔 말하면 체계성(Systemgemäßheit)과 논리적 일관성(Folgerichtigkeit)이 없는 상태를 의미한다”. 이현수, 출입국관리법상 입국금지사유와 강제퇴거사유의 조응관계 고찰, 행정법연구, 제55호, 2018, 148면 참조.

242) 「공직선거법」 [법률 제19696호, 2023. 8. 30.] 제60조 제1항 제1호 2문

243) 「공직선거법」 [법률 제19696호, 2023. 8. 30.] 제161조 제7항

제161조 (투표참관)

- ⑦ 대한민국 국민이 아닌 자·미성년자·제18조(選舉權이 없는 者)제1항 각호의 1에 해당하는 자·제53조(公務員 등의 立候補)제1항 각호의 1에 해당하는 자·후보자 또는 후보자의 배우자는 투표참관인이 될 수 없다.

244) 「공직선거법」 [법률 제19696호, 2023. 8. 30.] 제181조 제11항

제181조 (개표참관)

- ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 개표참관인이 될 수 없다. <개정 2015. 8. 13.>

1. 대한민국 국민이 아닌 사람
2. ~ 4. 생략

다. 법체계 부조화로 인한 현실적 문제

지역정당이 허용되지 않는 한²⁴⁵⁾ 지방선거권을 가진 외국인에게 지방선거에 한한 당원 활동을 허용하기는 아직 현실적으로 어려울 수 있다. 그러나 지방선거권을 가진 외국인이 지방선거권을 온전히 행사하는 데 필요한 범위에 한한 정치단체 활동은 허용할 수도 있을 것이다.

당원 활동과 달리, 지방선거권을 가진 외국인에게 정치자금을 기부할 수 있도록 허용하는 것은 가능해보이며, 유권자이므로 이를 허용하는 방안도 고려할 필요가 있다. 특정한 정치인에 대한 정치자금의 기부는 그의 정치활동에 대한 지지·지원인 동시에 정책적 영향력 행사의 의도 또는 가능성을 내포하고 있다는 점에서 정치적인 의사표현이다.²⁴⁶⁾ 「정치자금법」상 정치자금 기부 금지조항과 「출입국관리법」상 정치활동 금지조항을 외국인의 지방선거권을 인정하는 「공직선거법」과 함께 해석하면, 지방선거권이 있는 외국인에게 선거를 할 수 있게 하면서도 동시에 정치자금 기부 등을 통한 특정 정치인 지지·반대 표현이나 지방자치단체의 정치적 현안에 대한 입장 표현 등은 금지된다고 볼 수 있는데, 체계정당성이 문제될 여지가 있다. 특정 정당·정치인에게 투표하거나 투표하지 않는 행위가 가장 강력하고 분명한 정치적 지지·반대의 표현에 해당한다면, 가장 강력하고 분명한 표현은 허용하면서도 그보다 낮은 강도의 표현은 금지된다는 의미가 되기 때문이다.

외국인이면 모두 투표·개표참관인이 될 수 없도록 규정한 것 역시 문제의 소지가 있다.²⁴⁷⁾ 지역의 대표를 선출하는 과정에 참여할 권리가 있다면 그 참여의 양태는 다양할 수 있는데, 특별한 이유 없이 투표·개표참관인이 될 수 없도록 제한하는 것은 논리적 일관성이 부족하다.²⁴⁸⁾ 선거권은 유권자가 자유롭게 후보자를 투표할 뿐 아니라, 공정한 투표와 개표절차에 의해 정확한 선거결과로 반영될 때에만 제대로 보장된다.²⁴⁹⁾ 공정한 투

245) 「정당법」 [법률 제18792호, 2022. 1. 21.] 제3조, 제4조 제2항 중 제17조에 관한 부분과 제17조는 정당 등록 요건으로 수도 소재 중앙당과 5개 이상의 시·도당을 갖추도록 정하고 있다. 헌법재판소 역시 이를 합헌으로 보고 있다 (헌재 2023. 9. 26. 2021헌가23 등 참조).

246) 헌재 2010. 12. 28. 2008헌바89, 판례집 22-2하, 659, 671

247) 현행 규정과 달리, 행정자치부가 1999년 지방선거권 부여를 검토하였을 당시에는 선거권 외에 투·개표 참관권도 부여할 방침이었다고 한다. 김수정/박태균, 한국의 외국인 지방선거 참정권 도입의 역사와 현황, 국제·지역연구, 제32권 제2호, 2023, 182면 참조.

248) 투표참관인에 한하여, 김명식, 정주외국인의 참정권 보장에 관한 일고찰, 미국헌법연구, 제32권 제3호, 2021, 208면

249) 개표참관인에 한하여, 헌재 2013. 8. 29. 2012헌마326, 판례집 25-2상, 553, 558 참조.

표와 개표절차가 진행되기 위해서는 투표·개표절차에 대한 관리·감독이 제대로 이루어져야 하며, 투표·개표절차의 공정성을 확보하기 위한 대표적인 방법이 투표·개표참관인에 의한 참관이다.²⁵⁰⁾ 지방선거권을 온전하게 보장하기 위해 지방선거 절차의 공정성을 확보하는 데 중요한 기능을 하는 투표·개표참관도 허용하는 방안을 고려할 수 있다.

라. 소결 - 비례원칙, 평등원칙

법정 요건을 충족하는 외국인에게 지방선거에서 특정 정당·정치인에게 투표하거나 투표하지 않도록 선택할 수 있게 하여 강력하고 분명한 정치적 지지·반대의 표현을 허용하면서도, 그보다 낮은 강도의 표현은 외국인의 정치활동 금지조항에 의해 제한되고 있다. 지방선거권을 향유하는 외국인의 정치적 표현의 자유가 지나치게 광범위하게 제한되어서 비례원칙에 반할 여지가 있다. 또한 지방선거 유권자임에도 외국인인 경우에는 정치적 표현의 자유가 제한되는데, 만약 국민인 지방선거 유권자와 비교하여 이러한 차별취급에 합리적 이유가 없다면 평등원칙도 문제될 수 있다. 외국인의 지방선거권은 헌법이 아닌 법률상 부여된 권리이며 입법재량이 넓게 인정되는 권리이나, 법률상의 권리라 할지라도 비교집단 상호간에 차별이 존재할 경우에 헌법상 기본권인 평등권 심사까지 배제되는 것은 아니기²⁵¹⁾ 때문이다.

외국인이면 투표·개표참관인이 될 수 없도록 정한 「공직선거법」 조항 역시 지방선거 유권자인 외국인에게는 투표·개표참관을 제한하지 않으면서도 입법목적을 동등하게 달성할 수 있는 방안이 있다면 비례원칙에 반할 여지가 있다. 또한 국민인 지방선거 유권자와 달리 외국인인 지방선거 유권자는 투표·개표참관인이 될 수 없도록 규정한 데 합리적 이유가 없다면 평등권 침해에 해당할 수 있다.

현행 법제 하에서는 「공직선거법」 제15조 제2항 제3호 소정의 요건을 충족하여 지방자치단체의 의회의원 및 장의 선거권을 가지는 외국인에게 적용되는 여러 규정이 서로 조화롭게 해석되기 어려워 보인다.

250) 개표참관인에 한하여, 헌재 2013. 8. 29. 2012헌마326, 판례집 25-2상, 553, 558 참조.

251) 헌재 2007. 6. 28. 2004헌마644등, 판례집 19-1, 859, 882 참조.

IV. 개선입법 및 합헌적 해석 방안 제언

본 장에서는 지금까지 살펴본 외국인의 정치활동 금지조항이 가지고 있는 헌법적 문제점 등을 토대로 외국인의 정치적 표현의 자유를 보장할 수 있는 방안을 모색한다. 여기에는 외국인에게 제한되는 정치활동을 구체적으로 규정하는 방안, 위반 정도에 비례하여 제재를 차등적으로 규정하는 방안, 외국인의 정치활동 금지조항을 삭제하는 방안, 그리고 합헌적으로 해석하는 방안이 포함된다.

1. 제한되는 정치활동을 구체적으로 규정하는 방안

다른 법에서 제한하는 정치적 표현 외에 외국인의 정치적 표현 내지 정치활동을 추가적으로 제한할 필요가 있다면, 포괄적으로 제한하기 보다는 제한되는 정치적 표현 활동 유형을 기급적 구체적으로 열거하는 방안이 있다. 외국인의 정치활동 금지조항 신설 당시 입법 과정에서 제한되는 정치활동을 구체적으로 예거하는 것이 바람직하다고 수차례 지적된 것과²⁵²⁾²⁵³⁾²⁵⁴⁾ 같은 맥락에서다. 이 방안을 택할 경우, 앞서 살펴본 독일과 일본의 입법례와, 국내 법률 중 헌법·법률상 정치적 중립이 요구되어 정치활동 또는 정치운동을 제한하는 법 규정을 참고할 수 있을 것이다.

독일의 「체류법」 제47조는 원칙적으로 외국인의 정치활동을 허용하고, 예외적으로 제한되거나 금지되는 정치활동을 열거하고 있다. 원칙적으로 정치활동을 허용하여 외국인

252) “정치활동의 개념을 예거하는 것이 좋지 않으나” 출입국관리법개정법률안 심사보고서 (1977. 12. 14.), 법제사법위원회, 28면 참조

253) ‘법무부장관은 정치활동이라는 용어에 관해서 그 개념을 예시·열거적으로 특정을 하지 않고 운용하는 단계에서 집행하는 과정에서 정치활동정화법 제2조 규정의 정치활동의 개념에 따라서 하겠다 이런 말씀을 하셨는데 그렇다고 할 것 같으면 아예 그것은 본법에 이 법안에 규정을 해주시는 것이 낫지 이것이 심의과정에서 본 법사위원회의 속기록에 남는다고 해서 실제 법을 운용하는 데 있어서 이것이 법해석상 하등의 기속력이나 견제력을 가질 수 없습니다.’ 제98회국회 법제사법위원회회의록 제26호 (1977. 12. 14.), 국회사무처, 11면 참조.

254) ‘정치활동정화법이 1962. 3. 16. 제정되었는데 그 제2조를 보면 정의에 5개의 호로 나누어 정치활동의 정의를 내려놓았습니다. ... 그 중에서 국민이 아니기 때문에 할 수 없는 활동을 제외한 나머지 활동을 금지하는 것인지 명확하면서도 구체적인 개념을 설명해주시기 바랍니다.’ 제98회국회 법제사법위원회회의록 제21호 (1977. 12. 08.), 국회사무처, 8면 참조.

의 일반적 활동의 자유를 보호하고 있다는 점이 특징이다. 또한 주권 보호와 질서 유지를 해하는 정도가 더 중한 활동은 금지하고, 그 정도가 비교적 가벼운 활동은 제한되거나 금지되는 것으로 구별하여 규정하고 있다.

정치활동 또는 정치운동을 제한하는 일부 국내 규정 역시 구체적인 행위 유형을 열거하고 있다. 특정 정당·정치단체·정치인을 지지·반대하는 의사 표현, 이들을 위한 정치자금 기부, 정당·정치단체 가입 및 활동, 선거운동을 비롯한 공직선거 관련 활동 등으로 분류된다. 현행법상 외국인의 정치활동을 제한하는 「공직선거법」, 「정당법」, 「정치자금법」 등의 규정 외에, 특정 정당·정치단체·정치인을 지지·반대하는 의사 표현과 정치단체 활동 등도 제한할 필요가 있다면, 정치활동 또는 정치운동의 행위 유형을 정하여 제한하는 다른 국내 법률처럼 되도록 구체적으로 명시하는 방안을 고려해 볼 필요가 있다. 이 경우 지방선거권을 가진 외국인에 대하여는 특별 규정을 두는 등 외국인의 정치활동 금지 조항과 타 법조항이 조화롭게 해석될 수 있어야 할 것이다.

2. 위반 정도에 비례하여 제재를 차등적으로 규정하는 방안

외국인의 정치활동 금지조항 자체에 수정을 가하지 않고, 위반 시 제재 규정을 개정하는 방안도 고려할 수 있다.

가. 다른 중한 제재를 가하기 전에 중지명령을 필요적으로 전치

외국인의 정치활동 금지조항을 개정하지 않으면, 어떠한 활동이 허용되고 금지되는지 불명확한 부분이 계속 잔존한다. 그렇다면 외국인의 입장에서는 행정청이 정치활동 금지조항 위반을 이유로 불이익 처분을 받는 단계에서야 금지되는 정치활동이 무엇인지 명확히 인지할 것이다.²⁵⁵⁾ 그런데 만약 위 조항에 위반되는 활동을 하였다는 이유로 곧바로 중대한 제재가 가해질 수 있다면 이는 과도한 제한에 해당할 여지가 있다.

현행 「출입국관리법」 규정에 의하면, 외국인이 정치활동 금지조항을 위반한 경우 강제퇴거명령에 앞서 중지명령 등을 받지 않고 곧바로 강제퇴거명령을 받을 수 있다(동법 제

255) 각주 190번 참조.

46조 제1항 제8호, 동법 제17조 제2항). 강제퇴거명령에는 이른바 ‘집행부정지원칙’이 적용되므로 이의신청 또는 행정소송의 제기 여부와 관계없이 퇴거명령이 집행될 수 있다.²⁵⁶⁾ 따라서 인권 침해적 단속의 대상이었더라도 이에 대한 사법적 구제절차를 마친 때는 이미 그 피해자가 외국으로의 강제퇴거집행을 받은 이후임이 보통이며, 이는 위법한 강제퇴거처분이 그대로 존치한다는 것을 의미하고 사법적 구제의 실익이 없어지는 결과가 된다.²⁵⁷⁾ 또한 외국인의 정치활동 금지조항을 위반하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고 도주하거나 도주할 염려가 있는 경우 역시 곧바로 실질적으로 인신구속을 당할 수 있다(동법 제51조 제1항, 동법 제46조 제1항 제8호, 동법 제17조 제2항). 이러한 중대한 제재를 받기 전에 자신의 행위가 대한민국 법에 위반된다는 점을 인지할 수 있는 기회가 최소한 한 번은 있어야 한다. 이에 위반 시 제재를 가할 때 증지명령을 필요적으로 전치하는 방안을 고려해볼 수 있다.

나. 위반의 정도 및 제재 차등화

앞서 살펴본 바와 같이 현행 「출입국관리법」에 따르면 외국인이 정치활동 금지조항을 위반한 경우 위반의 정도와 무관하게 제재가 가해질 수 있다는 점에서 문제가 있다. 독일 「체류법」 제54조 제2항 제9호 규정처럼 ‘경미하게 위반’, ‘중대하게 위반’ 등으로 추상적으로 나누어 명시하거나, 현행 출국권고 규정처럼 위반 횟수와 위반 기간을 수치로 명시하는 방법도 있다. 현행 「출입국관리법」상으로는 외국인의 정치활동 금지조항을 처음 위반한 외국인으로서 그 위반 기간이 10일 이내인 경우라면 출국권고를 내릴 수 있도록 규정되어 있는데, 이보다 위반의 정도가 조금 더 중한 경우에는 출국명령을, 또 그보다도 더 중한 경우에는 강제퇴거명령을 내리도록 규정하는 것도 고려할 수 있다.

한편 위반조사나 보호 역시 의심되는 위반의 정도와 무관하게 가해질 수 있도록 규정되어 있는 점도 문제이다. 위반의 정도가 가볍다면 위반조사나 보호를 할 수 없도록 규정하는 방안도 고려할 수 있다.

256) 박귀천/이유봉, 출입국관리법과 국적법 개선에 관한 연구 - 외국인노동자, 이주여성 및 이주아동 문제를 중심으로 -, 한국법제연구원, 2012, 73면 참조.

257) 박귀천/이유봉, 출입국관리법과 국적법 개선에 관한 연구 - 외국인노동자, 이주여성 및 이주아동 문제를 중심으로 -, 한국법제연구원, 2012, 73면 참조.

3. 삭제하는 방안

한편, 국민에게도 제한되는 주권 보호나 질서 유지에 위협이 되는 정치적 표현과, 외국인에게 제한되는 특정한 정치적 표현이나 정치활동은 이미 다른 법 규정에 의하여 규율되고 있으므로 외국인의 정치활동 금지조항을 삭제하는 방안도 고려해볼 수 있다.

가. 주권 보호나 질서 유지에 위협이 되는 활동을 제한하는 다른 법 규정

표현의 자유를 원칙적으로 허용하더라도 대한민국 헌법질서에 반하거나 폭력을 사용하는 등 주권 보호나 질서 유지에 위협이 되는 표현은 제한할 필요가 있다. 그러나 주권 보호와 질서 유지에 위협이 되는 활동을 금지하기 위하여 「출입국관리법」상 외국인의 정치활동 금지조항을 존치할 필요성은 없어 보인다. 이러한 내용은 이미 「출입국관리법」상 다른 조항 혹은 다른 법률에 의하여 규제가 되고 있기 때문이다. 주권자인 국민이라 하더라도 주권 보호나 질서 유지를 해하는 표현은 제한되며, 외국인이라고 하여 이러한 법의 적용이 배제되지 않는다.

몇 가지 법 규정을 예시로 살펴본다. 먼저, 대한민국의 이익, 공공의 안전, 사회질서에 반하는 외국인의 정치적 표현은 제한할 필요가 있을 수 있다. 그러나 「출입국관리법」에 의하여 대한민국의 이익이나 공공의 안전 또는 사회질서를 해치는 행동을 할 염려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있거나 이에 준하는 외국인은 강제퇴거될 수 있고, 공공의 안녕질서나 대한민국의 중요한 이익을 위하여 외국인의 거소·활동범위·준수사항을 정할 수 있다는 점에서(제46조 제1항 제3호 및 제11조 제1항 제3호, 제4호, 8호, 제22조), 외국인의 정치활동 금지조항 없이도 규율할 수 있다.

대한민국 헌법질서를 위협하는 정치적 표현 활동으로 반국가활동을 떠올릴 수 있고, 반국가활동을 하는 외국인은 규제할 필요가 있을 수 있다. 하지만 국가의 안전을 위태롭게 하는 반국가활동을 규제함으로써 국가의 안전과 국민의 생존 및 자유를 확보함을 목적으로 하는 「국가보안법」이 이미 존재한다(동법 제1조 제1항). 「국가보안법」에 의해 정부를 참칭하거나 국가를 변란할 것을 목적으로 하는 국내외의 결사 또는 집단으로서 지휘통솔 체제를 갖춘 단체인 ‘반국가단체’를 구성하거나 이에 가입한 자는 처벌을 받게 된다(동법

제2조 제1항, 동법 제3조 제1항). 또한 재물손괴, 폭력 사용 등의 방법을 동원하여 정치적 표현을 하여 사회질서 유지에 위협이 되는 경우 역시 규제할 필요가 있으나, 「형법」과 「폭력행위 등 처벌에 관한 법률」 등이 적용된다.

외국인에게도 대한민국의 헌법과 사회질서를 위협하는 행위를 제한하는 「국가보안법」, 「형법」 등이 적용되며, 「출입국관리법」상 강제퇴거 대상자 조항과 거소·활동범위·준수사항 제한 규정에 의하여 공공의 안전, 사회질서 등을 보호할 수 있도록 규정되어 있다. 그러므로 외국인의 정치적 표현의 자유를 제한하는 조항을 별도로 존치하지 않더라도 주권 보호와 질서 유지에 위협이 되는 표현은 이미 다른 법 규정에 의해 제한될 것이다.

나. 특정한 정치적 표현을 제한하는 다른 법 규정

외국인은 주권자가 아니라는 특성으로 인해, 국민에 비하여 정치적 표현의 자유가 더 제한될 수 있다. 그 예로 선거권이 없는 외국인이 선거운동을 하는 경우를 상정할 수 있으며, 이러한 경우는 제한이 필요하다. 하지만 외국인의 정치활동 금지조항 없이도, 선거운동을 할 수 없는 외국인이 선거운동을 하였다면 「공직선거법」에 의하여 처벌받도록 되어 있다(「공직선거법」 제255조 제1항 제2호 및 「공직선거법」 제60조 제1항 제1호). 또한 정당 당원활동, 정치자금 기부 등 다른 유형의 정치적 표현 활동 역시 「정당법」, 「정치자금법」 등에 의하여 별도로 규제되고 있다. 그럼에도 「출입국관리법」에 별도로 정치활동 금지조항을 두어 개인적 혹은 집단적으로 정치적 표현을 하는 행위, 집회 및 결사에 참여하는 행위까지 광범위하게 제한할 필요는 없어 보인다.

외국인의 정치활동 금지조항을 삭제하는 방안은 과거 제안되었던 개정안에도 드러난 바 있다. 2009년 12월 제안되고 2012년 5월 임기 만료로 폐기된 출입국관리법 전부개정 법률안에는 위 조항이 삭제되어 있다. 발의자는 개정의 주요내용을 설명하면서, 외국인의 참정권 제한은 개별 법령에서 규정하고 있기에 위 조항을 삭제하는 법률안을 발의하였다고 밝히었다.²⁵⁸⁾

258) 출입국관리법 전부개정법률안(2009. 12. 14.), 의안번호 1806982, 2면 참조.

4. 합헌적으로 해석하는 방안

외국인의 정치활동 금지조항이나 이를 위반한 경우 제재를 가하는 「출입국관리법」 규정을 개정하지 않고, 현행 조항대로 유지한다고 하더라도 해석상 최소한 보호되어야 하는 표현이 있다. 외국인이라 하더라도 인간으로서의 권리 행사에 밀접한 표현은 해석으로 허용하여야 한다. 외국인 자신 또는 자신과 이해관계를 같이 하는 자의 사회적·경제적 지위 향상에 관한 내용과, 외국인 자신의 본국에 관한 내용은 자유롭게 표현할 수 있다고 해석하여야 한다.

대한민국에 체류하는 외국인은 비록 대한민국 국적을 가지고 있지는 않다 하더라도, 우리 사회의 한 구성원으로 대한민국에서 체류하며 생활관계를 형성한다. 각 외국인이 대한민국에서 사회적으로 활동하며 형성한 생활관계는 체류 목적, 체류 기간, 근로 여부 및 근로 형태, 대한민국 국민과의 친족 관계 유무 등에 따라 다양할 수 있다. 이들이 대한민국 사회에서 일정한 체류 목적을 가지고 뿌리를 내리고 사회인으로 활동하고 있는 이상, 우리 사회의 구성원이자 인간으로서 자신의 사회적·경제적 지위에 관하여는 표현할 수 있어야 한다. 대한민국과 맺고 있는 생활관계가 깊을수록 자신의 사회적·경제적 지위에 관하여 표현할 수 있는 범위가 넓어질 것이다.

또한 본국의 정치적, 사회적 상황에 대해서 의견을 표현하는 것은 민주주의의 관점에서 허용될 필요가 있다. 민주주의는 어떠한 결정에 관련되는 사람들을 참여하게 하여 자기결정을 가장 크게 확보하게 함으로써 인간을 가장 존엄하게 하는 사상이다.²⁵⁹⁾ 그렇다면 외국인 자신의 본국에서 일어나는 상황과 그에 따르는 결정에 대하여 정치적 의견을 표현하는 것은 민주주의 관점에서 인간의 권리로 인정되어야 하는 것이므로 허용되는 정치활동이라고 해석할 필요가 있다.

5. 소결

본 장에서는 외국인의 정치활동 금지조항 개선 방안을 제시하였다. 주권 보호나 질서 유지에 위협이 되어 국민에게도 제한되는 활동을 규정한 다른 법 규정과 외국인이기에

259) 공진성, 외국인에 대한 지방선거권부여의 헌법합치성, 석사학위논문, 고려대학교, 1998, 89면 참조.

제한되는 활동을 규정한 다른 법 규정으로써 충분하다면 삭제하는 방안을 고려할 수 있다. 삭제하지 않을 경우에는 해외 및 국내 입법례를 참고하여 제한되는 정치활동을 구체화하여 열거할 수도 있다. 혹은 외국인의 정치활동 금지조항에 수정을 가하지 않더라도, 위반 시 제재를 가하기 전에 중지명령을 필요적으로 전치하고, 위반 정도에 따라 위반 시 제재를 차등화하는 방안이 있다. 아울러 범문언상 아무런 수정을 가하지 않더라도 합헌적으로 해석하는 방안도 있다.

V. 결론

법무부는 1977년 10월 출입국관리법 법무부 개정안을 제안하였다. 출입국관리법 법무부 개정안에 따르면 대한민국에 체류하는 외국인의 정치활동은 전면적·포괄적으로 금지되었고, 이를 위반하면 형벌을 가할 수 있었다. 국회 논의 과정에서 다수의 의원이 ‘정치적 활동’의 불명확성과 다의성으로 인한 위축효과, 행정부의 자의적 해석 가능성, 정치활동 금지조항의 불필요성, 죄형법정주의 위반 등을 지적하였다. 그러나 중국에는 법무부가 형벌 조항을 삭제하는 데 동의하며 타협이 이루어졌다. 1977년 12월 국회는 「출입국관리법 (1977년)」에 “대한민국에 체류하는 외국인은 정치적 활동을 하여서는 아니된다.”는 조항을 신설하였다.

이후 외국인의 정치활동 금지조항은 동일한 내용으로 유지되다가 2005년 개정되었다. 금지되는 정치활동에서 “이 법 또는 다른 법률이 정하는 경우를 제외”한다는 예외가 삽입되었다. 2005년 한 차례 개정된 후, 별도 개정 없이 현재까지 “대한민국에 체류하는 외국인은 이 법 또는 다른 법률에서 정하는 경우를 제외하고는 정치활동을 하여서는 아니 된다.”고 규정되어 있다.

본 연구보고서에서는 위 조항이 금지하는 정치활동에 ‘개인적 또는 집단적으로 정치적 표현을 하는 활동’까지 포함된다고 해석하였다. 표현의 자유는 국민의 권리보다는 인간의 권리에 가까우므로 외국인에게도 원칙적으로 보장해야 한다. 하지만 정치의사형성에 있어 주권자인 국민에 비하여 상대적으로 자유의 제한 강도와 범위가 강하고 넓을 수는 있다.

국민보다 자유가 더 제한될 수는 있다고 하더라도 위 조항에는 문제의 소지가 있다. 허용되는 정치활동과 그렇지 않은 정치활동의 구분이 불명확하여, 예측가능성이 낮고 자의적으로 집행될 여지가 있어 그만큼 위축효과가 크다. 아울러 위 조항을 위반한 정도에 따라 제재가 차등적으로 규정되어 있지 않아 비례성도 문제된다. 또한 지방선거권을 가진 외국인의 경우, 정치활동 금지조항이 타법과 조화롭게 해석되기 어렵다는 문제도 있다.

외국인의 정치활동 금지조항의 개선 방안도 제시하였다. 제한되는 정치활동을 구체적으로 규정하는 방안, 위반 정도에 비례하여 제재를 차등적으로 규정하는 방안, 삭제하는 방안, 합헌적으로 해석하는 방안을 제안하였다.

외국인의 정치활동 금지조항이 신설된 해인 1977년으로부터 45년 이상의 시간이 흘렀다. 대한민국에 체류하는 외국인도 주권자는 아니지만 사회의 구성원이고, 이들의 수와 비율은 점점 더 가파르게 증가하고 있다. 대한민국 사회의 구성원인 외국인이 개인 또는 집단 차원에서 할 수 있는 정치적 표현의 한계를 어디까지로 설정할 것인지 지속적인 논의가 필요하다. 주권을 보호하고 질서를 유지하면서 외국인의 정치적 표현의 자유를 원칙적으로 보장하는 균형점을 찾아야 한다.

참 고 문 헌

1. 단행본

김동근/김요한, 출입국관리법 이론 및 실무, 법률출판사, 2021.

김용학, 개인정보보호법, 청호북스, 2020.

김하열, 헌법강의, 박영사, 2023.

성낙인, 대한민국헌법사, 법문사, 2012.

성낙인, 헌법학, 법문사, 2022.

이민법연구회, 쉽게 풀어쓴 출입국관리법, 한국이민재단, 2018.

이철우 외, 이민법, 박영사, 2019.

정광현, 외국인의 기본권주체성, 심인, 2017.

정용욱 외, 한국 현대사와 민주주의, 경인문화사, 2015.

정재황, 헌법학, 박영사, 2022.

정혁진/최영재, 출입국관리법, 씨아이알, 2018.

차용호, 한국 이민법, 법문사, 2015.

허영, 한국헌법론, 박영사, 2023.

Samel Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht 12. Auflage 2018.

Stone, Geoffrey R., et al, Constitutional Law, 8th ed. NY: Wolters Kluwer Legal & Regulatory U.S., 2018.

2. 논문

고지수, 1976년 3·1민주구국선언의 ‘사건화’와 반(反) 유신, 역사연구, 제37호, 2019, 595-638면.

공진성, 외국인에 대한 지방선거권부여의 헌법합치성, 석사학위논문, 고려대학교, 1998.

공진성, 출입국관리법상 ‘보호’와 외국인의 신체의 자유, 법과정책연구, 제20권 제4호, 2020, 281-308면.

김광재, 다문화사회와 민주주의의 실현방안 - 외국인의 정치적 권리의 확대를 중심으로 -, 법조 제68권 제4호, 2019, 42-76면.

김명식, 정주외국인의 참정권 보장에 관한 일고찰, 미국헌법연구, 제32권 제3호, 2021, 187-216면.

김수정/박태균, 한국의 외국인 지방선거 참정권 도입의 역사와 현황, 국제·지역연구, 제32권 제2호, 2023, 171-200면.

김하열, 출입국관리와 외국인의 신체의 자유, 저스티스, 통권 제174호, 2019, 5-46면.

노재호, 國益危害 外國人 관리 정책에 대한 연구 - 출입국관리법상 入國禁止, 強制退去 제도를 중심으로 -, 석사학위논문, 중앙대학교, 2018.

문병효, 한국 출입국관리법의 쟁점과 발전방향, 강원법학, 제55권, 2018, 243-281면.

신옥주, 기본권주체 확대논의의 관점에서 살펴본 독일 기본법상 외국인기본권 주체에 대한 고찰, 서울법학, 제25권 제3호, 2017, 45-81면.

이현수, 출입국관리법상 입국금지사유와 강제퇴거사유의 조응관계 고찰, 행정법연구, 제55호, 2018, 127-152면.

임지봉, 미국헌법상 표현의 자유와 과도한 광범성의 원칙 및 막연하므로 무효의 원칙, 미국헌법연구, 제23권 제3호, 2012, 277-306면.

전상현, 외국인의 기본권보장 방안 - 헌법상 근거, 기본권주체성, 기본권제한에 관하여 -, 법조, 제68권 제6호 (통권738호), 2019, 59-92면.

최계영, 출입국관리행정, 주권 그리고 법치 — 미국의 主權 法理의 소개와 함께 —, 행정법연구, 제48호, 2017, 29-55면.

3. 보고서 기타 자료

김경목, 명확성원칙에 대한 재검토, 헌법실무연구, 제17권, 2017.

김지영, 외국인의 평등권, 헌법이론과 실무 2015-A-9, 헌법재판연구원, 2015.

박귀천/이유봉, 출입국관리법과 국적법 개선에 관한 연구 - 외국인노동자, 이주여성 및 이주아동 문제를 중심으로 -, 한국법제연구원, 2012.

박민철, 2022년 통화신용정책 운영방향 강좌 자료, 제874회 한국은행 금요강좌, 2022. 01. 21.

법무부 출입국·외국인정책본부장, 출입국관리법 해설, 2011.

이희정, 외국인의 출입국 관리와 법치행정 원칙, <이민행정과 법치주의> 세미나 자료집,
2016.

제252회국회 법제사법위원회회의록 제1호 (2005. 02. 18.), 국회사무처.

제98회국회 법제사법위원회회의록 제21호 (1977. 12. 08.), 국회사무처.

제98회국회 법제사법위원회회의록 제26호 (1977. 12. 14.), 국회사무처.

제98회국회회의록 제23호 (1977. 12. 17.), 국회사무처.

출입국관리법개정법률안 (1977. 10. 25.), 의안번호 090768.

출입국관리법개정법률안 심사보고서 (1977. 12. 14.), 법제사법위원회.

출입국관리법 전부개정법률안 (2009. 12. 14.), 의안번호 1806982.

외국인의 정치활동 제한에 대한
헌법적 검토
- 「출입국관리법」 제17조 제2항을 중심으로 -

2024年 3月 19日 印刷

2024年 3月 26日 發行

발행 : 헌법재판소
헌법재판연구원

인쇄 : 성문인쇄사(02·2272·7553)

〈비매품〉

* 본 보고서의 내용은 본원의 공식견해가 아닙니다.

