



# EU 지역연구센터 해외학자 초청강연

2018.10.29. (월) 오후 4 시 30 분  
대학원동 214 호



**카를로스 에레라(Carlos Herrera)**는 프랑스 세르지-퐁투아즈 대학(*Université de Cergy-Pontoise*)의 교수이자 법철학-정치센터장(*directeur du Centre philosophie juridique et politique*)을 역임하고 있으며, 프랑스대학 연구소(*Institut universitaire de France*)의 명예 회원이다. 현재 비교헌법과 법철학을 [세르지-퐁투아주 대학에서] 강의하고 있다. 스페인, 러시아, 아르헨티나 및 콜롬비아 대학에서 초빙교수를 지냈으며, 스탠퍼드 대학 후버 연구소의 특별연구원(*Fellowship*)으로 자격을 부여받았다. 그는 11 권의 단저를 집필했으며 그의 단저는 프랑스와 아르헨티나,

브라질, 캐나다, 콜롬비아에서 출간되었고 공저 14 권을 펴내기도 하였다. 또한, 80 편의 공저를 출판하였고 64 편의 연구논문을 학술지에 게재하였다. 그는 유럽과 아시아, 미주 등지의 대학에서 특강을 하였다.

**Carlos M. Herrera** est Professeur à l'Université de Cergy-Pontoise, directeur du Centre de philosophie juridique et politique, membre honoraire de l'Institut universitaire de France. Il enseigne le Droit constitutionnel comparé et la Philosophie du droit. Il a été professeur invité dans des universités d'Espagne, Russie, Argentine et Colombie, et obtenu un *Fellowship* de la Hoover Institution (Stanford University). Il est l'auteur de 11 livres (parus en France, Argentine, Brésil, Canada et Colombie), ainsi que l'éditeur de 14 œuvres collectives. Il a publié, en outre, 80 contributions à des ouvrages collectifs, et 64 articles dans des revues scientifiques. Il a dicté des conférences dans des universités de toute l'Europe, de l'Asie, et des Amériques.

## 난민과 국가 영역의 위기 : 유럽의 난관과 헌법원리

시리아 전쟁<sup>1</sup> 이후, 2015년에 일어난 유럽의 "난민 위기", 더 일반적으로 말하자면, 특히 경제적 이주를 포함하는 "이민 위기"는 아쿠아리우스Acquarius 사건에서 드러나는 바와 같은 인도적 관점, 포퓰리즘과 외국인 혐오증에서 나타나는 정치적 관점, 노동시장의 성장과 같은 경제적 관점 뿐만 아니라, 법적인 관점 등 다양한 각도에서 살펴볼 수 있다. 우리가 살펴볼 법적인 측면은 여러 다양한 양상을 포함하고 있지만, 우리는 무엇보다도 공법, 좀 더 정확하게

<sup>1</sup> 그해 망명 신청자는 1,126,000 명이었다. (2014 년 대비 694,000 명 증가). 유럽연합통계국 Eurostat 의 2017 년 통계에 따르면, 지난 1 년 간 그 수치는 704,000 명으로 하락했다. 유엔 고등 판무관실의 통계에 따르면, 지중해를 거쳐 들어온 사람은 2015 년에 백만 명이 넘으며, 2017 년에는 172,301 명 이었다 . ([https://data2.unhcr.org/en/situations/mediterranean#\\_ga=2.126200717.1262249569.1537530943-290900456.1537530943](https://data2.unhcr.org/en/situations/mediterranean#_ga=2.126200717.1262249569.1537530943-290900456.1537530943)). 이들은 해양법에 의해 보호받으며, 구조할 의무가 있다.

말하자면 국가론적 관점에서 관심을 둔다. 이 위기는 우리를 국가 실정법의 변환의 핵심에 놓는다.

우리가 아는 바와 같이, "국가 위기"에 대한 물음은 1970년대부터 공개 토론 석상에 출현한다. 그러나 초기에는 이를 현대 국가의 양상, 특히 제2차 세계 대전 후 설립된 복지국가인 유럽 국가의 양상에 빚대어 언급하였다. 오늘날 이 문제는 이러한 일차적 의미가 소멸되지도 않은 상태에서 위기에 대한 질문으로 국가 자체를 자극하고 있다. 다시 말하면, 이 논의는 1973년에 발생한 경제 위기 이후 초기 현상과 같이 나타나는 것이 아니라, 1990년대 초 국민 국가(Etat-nation)의 변혁을 포함한 세계화(또는 특수한 경제적 의미에서의 세계화)와 연결되어 나타난다.

사회적 국가의 위기와는 달리, 이러한 논의는 절대적인 주권의 종식으로서 "현대적" 또는 "진보적"으로 표현되는 요소가 포함되어 있으며, 국제법(특히 인권) 또는 소규모 유럽에 대한 상위 제도 원칙의 이름으로 권위주의나 민족주의에 따르기 때문에 부정적인 측면에서만 존재하지는 않았다. 20세기를 장식한 두 번의 참혹한 전쟁 후, 1950년 이후 유럽의 제도는 평화와 복지를 가져오지 못했는가? 특히 유럽 헌법은 이 1990년대의 국민국가가 이렇게 앞질러 나가는 것을 제도적으로 해석할 수 있었다. 동유럽의 옛 사회주의 국가를 받아들일 준비가 되어 있었다면 우연이 아니다.

그러나 1992년 제도화 방향에 (단일 국가 통화 제도 뿐 아니라 유럽 국가 시민권의 채택과 더불어) 중요한 시발점이 된 마스트리흐트 조약이 채택된 이후, 제도적 설계는 어려움을 겪었다. 이러한 상황은 유럽연합이 옛 동유럽 국가들로 확대되어 나타난 결과 중 일부분이며, 특히 연방 형태처럼 제도적 구조를 복잡하게 만들었으나 더 실제적인 면에서는 만장일치의 원리를 포기해야만 하는 결정 규칙을 포함하고 있었다.

반면에 이러한 확장으로 결국 유럽 경제 공동체 창설 원본인 로마조약(1957)의 시초였던 공동 시장의 개념이 강화되었다. 2000년대에 닥친 난관은 그 당시 윤곽이 불분명했던 연합의 합법적이고 안정적인 정치 형태에 대한 희망에 종지부를 찍은 이른바 "유럽 헌법" 프로젝트(2005)의 실패에 대한 근본적인 성찰일 것이다.

2007년에 채택되어 2009년에 발효된 리스본 조약은 약간 수정된 정치의 제도화(특히 임명 자격 다수결 원칙의 일반화, 위원회의 비난 운동 등)를 제안했는데, 이와 같은 제안은 오늘날 더욱 야심 찬 정치적 목표를 달성하기 위해서는 비효율적인 것으로 드러났다. 일부 저자는 이것을 준 연방 (pseudo-federation)<sup>2</sup>이라고 부른다.

---

<sup>2</sup> E. Balibar, Europe : crise et fin ? Le Bord de l'eau, 2016.

난민 위기는 특히 국가의 위기에서 오는 제도상 기능 장애의 일부로 조명할 수 있었다. 첫째, 세계화에 가장 적합할 것 같았던 형태는 그 한계점을 드러냈다는 점, 둘째, 이에 우리는 차별화된 효과를 발휘할 수 있는 다른 매커니즘이 영향을 주는 범위에 대해 의문을 제기할 필요가 있다는 점이다.

## 1. 유럽 법이 밝혀낸 것

"베스트팔레스타인의 평화(1648년 종교전쟁의 종지부를 찍은 조약)"와 더불어 합법적으로 탄생한 후, 국제법이 적용되는 국민국가의 설립 국면 중 하나는 권리의 유효성에 있어 국경을 국가 간 제한요소로 인식한 것이었다. 이러한 관점에서, 1985년 협정에 따라 서명국 영토 내에서 유럽 시민들의 자유로운 왕래를 허용하는 쎅겐 구역의 창설과 더불어 1990년대의 중대한 변화를 찾아볼 수 있다. 암스테르담 조약(1997년 서명, 2년 후 발효)으로 이 규정들은 유럽연합법에 포함되었다. 그 후 루마니아, 불가리아, 크로아티아, 키프로스 같은 몇몇 회원국을 제외한 대부분 회원국의 외부 국경은 유럽의 경계와 일치되었다. 그리고 2009년에 발효된 5개 절의 리스본 조약 제5장의 제목 "자유, 안보, 정의의 영역" 내에 회원국이 공유하고 있는 역량의 일부인 "국경, 망명, 이민 통제에 관한 정책"을 창출하였다.

1990년 협약에서 서명한 "더블린 규정"이라 불리는 일련의 협정과 2018년의 더블린Ⅲ라 알려진 마지막 조항은 망명 신청 권리의 적용(제네바 협약 제 51조)을 규정하고 있다. 이는 난민과 이민자의 수용에 관한 현재 유럽 위기의 근본이 되는 원리를 예견했다. 즉, 신청자가 거쳐 들어온 유럽 국가에서는 그에 관한 파일을 취급하고 그 영토에서 보관해야 했다(신청자가 그 영토를 떠나거나 추방당하거나 요구가 거절된다면 반환될 수 있다). 이로 인해, 이탈리아, 스페인, 그리스, 키프로스의 경우와 같이 이민자의 대부분이 유입된 국가에서 문제가 발생했다.

따라서 우리는 경제적, 정치적으로 매우 밀접한 경우라 할지라도 이민, 난민 그리고 경제적 이주의 내부적 측면에서 두 가지 법적 문제를 발견할 수 있다. 그러나, 이처럼 국경 문제를 이민 정책에 연결하고, 더 정확하게는 이민 정책을 정착시켰음에 불구하고, 난민 위기는 두 측면에서 동일하지 않으며, 유럽은 이민 정책을 보유하고 있지 않다는 것을 보여주었다.

어찌 되었든 간에, 이 위기는 국가 관리의 문제(국경)와 정책 문제(이민정책과 일반 외국인 수용정책)의 분리를 보여주는데, 이는 유럽연합에서만 나타나는 독특한 분리 현상이다. 더욱 직설적으로 언급하자면, 국가 부재 정책 문제 관리의 어려움이다. 몇몇 프랑스 저자들이 유럽연합기구를 특징짓기 위해 국가 시장 조직 또는 "국가 부재의 국가주의"를 언급했다는 점은

우연이 아니다.

자신의 독특한 이데올로기적 선택에도 불구하고 현대 국가를 논할 때 빼놓을 수 없는 법학자 칼 슈미트 Carl Schmitt가 주장한 것처럼, 만일 규모면에서 예외적 상황이 된 난민 위기가 주권을 나타내는 예외적 상황이라면, 유럽연합 내에서의 결정 기관이 부재됨을 보여주는 것이라 할 수 있다.

최근 유럽의 도약은 결국 보안 메커니즘의 효과가 아니라 공공 정책의 적법성으로 국가 부재 영역의 정치적 어려움을 드러내며 결말을 맞이한다. 우리가 알다시피, 2018년 6월 유럽 정상회담에서는 추방당할 위기에 있는 불법 이민자와 망명 신청자를 구분하기 위한 이민자 통제 센터 프로젝트에 대한 합의를 도모했으나, 이민자들을 수용하기로 하였던 회원국 간의 합의 불일치에 따라 튀니지, 모로코, 이집트 등 비유럽권 국가들이 안내 시설 이상의 해결책을 제시하지 못하고 기각되었기 때문에 이 프로젝트는 실행할 수 없었다. 최근 9월 19일에 있었던 잘츠부르크 정상회담<sup>3</sup>에서도 실행 가능한 해결책에 대한 재합의가 불가능하다는 것을 다시 한번 인식할 수 있다. 국경 통제의 공동 관리와 특히 망명 신청자의 수용 분배 할당량에 그 어려움이 있다.

사실 오늘날 현대 국가의 중요성은 특히 민주적 의사 결정 방식의 채택과 시민권 보호 조직(메커니즘?)에 의해 허락된 변화에 기인한다 (대표자 선출을 통해서만 가능할 뿐 아니라 선출된 대표자의 정치적 책임을 통해서도 그렇다). 이것은 우리를 국가적 차원에서 이 위기의 반항에 대한 관심으로 초점을 맞추도록 유도한다.

## 2. 헌법이 재현하는 것

난민 위기는 일부 시민들이 개별적으로 불법 이민자들의 도움을 받은 일부 시민 간 자발적인 연대 행위를 유발했다. 그 중, 한 프랑스 농부는 인도주의적인 이유로 프랑스-이탈리아 국경 근처의 불법 아프리카 이민자에게 실질적인 원조를 제공하기도 했다. 한 프랑스 농부는 인도주의적 이유로 프랑스-이탈리아 국경 근처의 아프리카 불법 이민자에게 실질적인 도움을 주었다. 그는 재판에 회부되었고, 2017년 말 엑상프로방스 항소법원에서 외국인의 불법 체류를 도운 대가로 CESEDA (Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile,

---

<sup>3</sup> 이것은 유럽 이사회와 유럽 연합 집행 위원장들과 함께 유럽 연합 회원국의 국가 원수 또는 정부 위원을 한 곳에 모으는 유럽 이사회에 널리 보급된 명칭이다. 리스본 조약(제15조)에 따라 2년 6개월 동안 대표의 권한을 갖고 기능하며 규칙으로 정해졌다. 결정은 합의에 따라 이루어지며 합법적인 가치는 없다. 이를 각국의 장관들로 구성되어 그중 한 사람이 회장으로 추대되는 유럽연합의 주요 의사 결정 기관인 유럽연합 이사회와 혼동해서는 안 된다.

외국인의 입국 및 체류와 망명법)<sup>4</sup> 제 622-1조 항에 의거하여 유죄 판결을 받았다. 그러나, 대가를 바라지 않은 순수한 도움과 유료 개입 (예: 밀수꾼) 간 구별이 없었기 때문에 동 판결에 대하여 상고하였다. 그리하여 2018년 7월 6일, QPC (우선적 위헌 심사 제 2018-717/718) 재판에서, 헌법위원회는 헌법에 따른 박애의 원칙을 인정함으로써 선고를 파기했다.

박애는 공화국 표어의 일부이며, 1958년 헌법 제2조에서 이미 전문에 포함되어 있을 뿐 아니라, 제 72-3조(해외 국민에 관한 조항)에 명시된 공화국의 "공통된 이상"으로 인정하고는 있다. 그러나, 당시 입법부는 (불법 이민 퇴치를 목표로 하는 특수한 경우와 같은) 공공질서의 보호와 함께 헌법 위원회의 표현에 의하면, "조정"과 연관 지어 볼 때, 일반인에게 열린 "헌법 가치의 원칙"으로 승인하지는 않았었다.

헌법 위원회는 특히 유죄가 되는 외국인의 영토 내 불법 입국을 위해 제공된 원조와 국경 내 이동에 대한 지원을 구분하고 있다. 이러한 차이는 CESEDA 622-4조의 제1항에 "원조"라는 단어를 통해 인정되지 못했고, 따라서 위 조항을 따라 헌법에 위반되었다고 하였다. 불법 체류자의 이동을 돕는 일은 불법적인 상황을 초래하지 않으며, 박애의 원칙에서 우리나라 "인도주의적 목적으로 타인을 돕는 자유"에 의해 보호받는다. 헌법 위원회에 따르면 이 박애의 원칙은 "이로 인한 혜택이 외국인에게 존엄하고 안정된 삶의 조건을 보장한다는 목적을 지니고 있다면" 형사 면제권을 받을 수 있다. 헌법위원회 CESEDA의 처벌 규정에 대해 자동으로 폐지하지 않고 입법부가 선고의 효력을 법적 명령에 통합할 시간을 주기 위하여 2018년 12월 1일 자로 법안의 효력을 연기했다.

헌법기관은 "어떠한 원칙이나 헌법적 가치 규정도 외국인에게 국가 영토 내 접근 및 거주 일반적이고 절대적인 관리를 보장하지 않는다"라는 견해를 분명히 밝힌다. 그러나 2008년 7월 헌법 위원회의 결정에 따라 안보 이데올로기나 포퓰리스트-민족주의자 유형처럼 더욱 넓은 시각에서 이 문제를 분석할 수 있다. 일반적으로 이 담론의 바탕이 되는 내부 국경에 관한 재고는 다른 상황의 (주로 경제적인) 구조적인 형태와 연관 지어 사람들의 이동을 막을 수 있는 상태에 있는 것 같지는 않다. 비호 신청 권리는 민주주의 국가와 국제법(특히 이미 위에서 언급한 1951년의 제네바 협약)의 헌법에 따라 인정되는 기본적인 권리라는 것을 염두에 두어야 한다.

망명과 이민에 대한 통합적인 정책의 필요성은 인간의 존엄성처럼 국내 법질서 뿐만 아니라 유럽법에 따라 인정된 헌법 원리와 권리를 존중하지 않고서는 마련될 수 없다. 게다가 박애의

---

<sup>4</sup> 이는 프랑스 이탈리아 국경 근처에서 약 200 명의 이민자를 수송한 혐의로 징역 4 개월의 집행유예를 선고받은 에루씨와 3 명의 에리트레아인과 기차역에 동행한 혐의로 징역 2 개월의 집행유예를 선고받은 마노니씨에 관한 사례이다.

원칙은 상호개인을 초월하여 법 제도 안에서 그 기능을 발휘할 수 있다. 프랑스의 철학자 에티엔 발리바르Etienne Balibar와 같은 일부 저자들은 글로벌 사회의 난민과 경제 이민자를 포함한 방랑자를 보호하기 위한 "현대 국제법"에 관해서까지도 이야기할 것이다.

난민 위기 - 일부 유럽인들은 이 위기와 상황 자체를 부정하고 있다 - 이는 우리에게 국가 형태의 위기, 유럽 연합의 정치적 위기 등 또 다른 위기를 시사하고 있다<sup>5</sup>. 이 특별한 상황에서 국가는 프랑스의 경우에서 찾아볼 수 있는 것처럼 최상의 전통 내에서, 즉, 자유 헌법의 전통 안에서 그 권리를 재개할 수 있다. 그러나 자유주의와 목적론을 기반으로 항상 그러한 방법으로 이루어질 것이라고 상상하는 것은 너무나도 낙관적이고 어찌 보면 위험할 수도 있다. 자유주의 전통을 가진 국가들, 심지어 이탈리아와 같은 유럽연합의 창립 회원조차도 민족주의와 외국인 혐오 정책을 장려할 가능성이 있다.

다시 말해, 유럽의 난민 위기는 정치적 문제에 대해 더욱 광범위하게 사고할 필요성을 보여준다. 모든 정책은 합헌적이어야 하지만, 헌법 자체가 정책을 의미하는 것은 아니다. 더욱이, 아메리카 대륙, 북미권(멕시코와 미국의 국경) 혹은 남미권(각기 다른 이유로 콜롬비아와 최근 베네수엘라 국민에 관한 것)과 같은 미주 지역에서도 발현될 수 있었던 이민 위기의 전 세계적인 양상은 국내법 차원으로 축소할 수 없다. 그뿐만 아니라, 그동안 국가가 역사상 표출할 수 있었던 민주주의 헌법상의 이득 또한 무시할 수 없다. 국민 국가 체제는 더욱 거대한 민주주의 권리의 보호를 포함하는 정치 형태에 의해서만 앞서 나아갈 수 있을 것이다.

---

<sup>5</sup> 예를 들어, 베오프스타트의 "Ne croyons pas au fantasme d'une crise migratoire (이주위기의 환상을 믿지 말자)" (르몽드지, 2018년 7월 12일)를 참고할 것. 전 벨기에 국무총리의 경우에서 볼 수 있는 바와 같이, 정치적 목적을 위해 이 논쟁을 이용한다는 것을 비난한다면, 유엔 난민 고등 판무관실은 2015년에 이주자와 난민의 숫자가 제2차 세계대전 이후로 이토록 높은 적이 없었다는 점을 환기시켰다.