

현안분석 2007-46

비교법제 연구 07-10

미국의 이민법제에 관한 연구

이희정 · 박찬호



현안분석 2007-

비교법제 연구 07-10

미국의 이민법제에 관한 연구

이희정 · 박찬호

미국의 이민법제에 관한 연구

연구자 : 이희정(한양대학교 교수)
Lee, Hee-Jung
박찬호(부연구위원)
Park, Chan-Ho

2007. 11. 30



국문 요약

도시화와 산업구조의 재편, 정보사회화, 고령화, 시장의 자유화, 세계화와 같은 사회적 변화의 요소들이 공통적으로 낳는 결과 중 하나는 사람의 국가 간 이동이 활발해 진다는 것이다. 일시적인 이동 뿐 아니라 국가공동체의 전통문화 등이 고유성이 희석되고, 더 나은 삶에 대한 기준이 보편화·획일화되어 감으로써 거주할 국가를 스스로 선택하여 정주지를 옮기는 이민 역시 활발해지고 있다. 우리나라도 이러한 인구이동의 수요와 공급 측면의 조건이 충족됨으로써 거주와 영주를 목적으로 외국인의 이동이 활발해지고 있다. 이러한 상황에서 유럽으로부터 이민해 온 인구가 기초가 되어 국가가 수립되었고, 이후에도 다양한 변화는 있었지만 기본적으로 전 세계로부터의 이민자가 인구의 상당부분을 차지하는 미국의 이민법제에 대한 연구는 과거에 비해 우리에게 시사해 주는 바가 더 클 것으로 생각된다.

본 연구는 이러한 필요에 대응하기 위해 먼저 미국 이민법제 - 이민국적법 (Immigration and Nationality Act)을 중심으로 최근에 테러사태와 국가안보우려 등 특별한 문제에 대응하여 추가로 제정된 법률들을 포함하여 - 의 기본적인 내용을 개관함으로써 향후 세부적인 법적 쟁점들과 이에 대한 효율적 대처에 필요한 입법·사법·행정의 역할 분담과 행정조직과 행정절차 등에 대한 기초적인 정보를 제공하는 것이 목적이다. 참고로 미국 이민법제를 개관하는 국내의 선행연구는 미국의 이민법 체계에 중요한 변화가 온 1990년의 법률 전면 개정 전에 이루어진 것이 대부분이다.

이민법의 전반적인 체계를 정비하는 Immigration Act of 1990의 제정 이후에도 1996년 불법이민문제에 대해 효과적으로 대처하기 위해 1996년 제정된 테러방지 및 사형제도정비를 위한 법(Anti-terrorism and

Effective Death Penalty Act)과 불법이민대응제도개혁 및 이민자책임법 (Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act), 개인책임 및 고용기회에 관한 법률(Personal Responsibility and Work Opportunity Reconciliation Act)이 이민법제에 중요한 영향을 미쳤다. 2001. 9. 11 뉴욕시 월드타워 테러사건은 이민법에 중대한 영향을 미쳤다. 국가안보 환경 개선을 위해 USA Patriot Act(115 Stat. 272)를 비롯하여 국경경계 및사증신청개선법(Border Security and Visa Entry Reform Act(116 Stat. 543), 국토안보법(Homeland Security Act, 116 Stat. 2135)등이 제정되었는데, 조직상으로 가장 중대한 변화는 종전에 이민법집행을 담당하던 법무부 산하 이민귀화청(Immigration and Naturalization Service)을 폐지하고, 국토안보부(Department of Homeland Security)를 신설하여 사무를 이관한 것이다.

본 연구에서는 미국 이민국적법의 편제에 따라 미국으로의 입국시 사증발급 → 입국허가 → 강제출국 또는 시민권 취득 의 순서로 살펴본다. 첫째, 사증발급 단계는 국무부의 영사관의 관할에 속하는데 먼저 목적에 따라 이민사증과 비이민사증으로 나뉘고 각각 사증발급을 위한 실체적 요건과 절차를 살펴본다. 이민사증을 발급받는 경우 입국 시에 영주권을 발급받게 되지만 이는 10년마다 갱신되어야 한다. 비이민사증으로 입국한 후 이민자로 지위변경을 신청할 수도 있다. 둘째 입국허가 단계는 입국항에 도착한 외국인에 대한 입국심사절차로서 국토안보부의 관세·국경보호국(Bureau of Customs and Border Protection)이 관할하는데, 사증의 발급단계에서와는 별도로 건강, 안보, 이민법의 위반, 노동인증서 등 입국불허사유가 있는지 심사하여 입국허가를 거부할 수 있다. 셋째, 입국허가를 받고 미국에 체류하는 외국인을 범죄행위나 서류 등록, 위조, 안보 등의 이유로 강제퇴거조치하는 것이며, 이는 이민·관세법집행국(Bureau of Immigration and Customs Enforcement, 국내담당)과 관세·국경보호국이 관할한다. 넷째, 미국은

출생 (속지주의를 원칙으로 하고 속인주의가 보충적으로 적용됨) 또는 귀화(Naturalization)를 통해 국적을 부여하는 바, 이민자의 경우 일정한 요건 - 주거(residence) 및 실제거주(physical presence), 연령, 문자해독력 및 교육정도, 도덕적 인격, 미국 헌법원칙의 준수선서 등 - 을 갖추어 허가를 신청하여야 하고, 이는 국토안보부 산하의 Bureau of Citizenship and Immigration Services)에서 관할한다.

이상 미국 이민법제를 개관해 본 결과 다음과 같은 시사점이 향후 집중연구될 필요가 있다고 판단된다.

첫째, 이민법제의 각종 법규적 기준의 세밀화가 필요하다. 국가공동체의 건전한 유지를 위해 이민의 수용과 통제가 동시에 필요한 만큼, 각종 결정에 대한 요건이 필요한 사항을 최대한 담고 있는 성문규범화하는 것이 외국인에 대한 보장적 기능을 위해서도 사회방위를 위해서도 필요하다.

둘째, 미국법제와 비교해 보면, 우리 현행 법제는 그러한 규범형성이 입법부에 의한 법률제정으로 이루어지는 것이 바람직한 영역에 대해서까지 행정입법에 위임되어 있는 것이 아닌가 우려되는 부분이 있다. 행정청의 재량권한 확대가 추세이나, 이에 대한 사전의 준거를 제공하는 입법자의 역할이 중요하다.

셋째, 국민에 대한 경우보다 외국인에 대한 행정처분의 경우 그에 대한 사법심사의 여지와 척도는 제한되지만, 여전히 외국인의 인권에 대한 최후의 보루로서의 역할을 해야 한다.

넷째, 행정결정절차와 행정상 불복절차의 정비 내지 신설이 필요하다. 법무부 산하의 이민법원, 이민불복심사위원회와 같이 독립적인 행정조직과 절차의 설치 등의 중요성이다. 이민희망자가 실질적으로 증가하는 경우에는 거주 → 영주 → 국적취득으로 이르는 과정을 별도로 규율하는 실체적·절차적 기준을 정립함으로써 우리 사회가 바람직한 구성원을 받아들일 수 있는 장치를 정교하게 수립하는 것이 필

요할 것이다.

다섯째, 외국인은 그 입국 목적에 따라 이민자와 비이민자로 구분하여 각각 별도의 요건과 절차를 마련하는 방식이다.

여섯째, 귀화허가 등의 요건을 고려함에 있어서 미국 이민국적법의 경우 주거(residence)나 혼인관계의 유지(in marital union) 등의 요건에 대해 실제로 그 장소에서 거주한 사실(physical presence)를 요구하거나, 혼인이 법률상으로 뿐만 아니라 실제로 한 가정을 이루고 유지되었는가의 여부(in marriage union) 등 이들 생활관계에 대해 실질적인 접근을 한다는 점이다.

키워드 : 외국인, 국적, 이민, 사증, 입국불허, 강제출국, 불법이민, 시민권, 귀화

Abstract

A series of social changes - urbanization, economic reconstruction, information-oriented society, liberalization, globalization - has resulted in the increasing international immigrants. Korea is not an exception to such a global trend. The recent changes of Korean population composition guarantees the meaningfulness of a review study of the U.S. legal system of immigration and nationality.

This paper reviews substantive standards, administrative decision-making procedures and administrative and judicial review procedures related to the U.S. immigration laws based on the Immigration and Nationality Act. It also shows the distribution of immigration control functions among legislative, administrative and judicial bodies, and various governmental departments. The Act was first enacted in 1952 and since then amended several times whenever the social concerns about immigration have ever risen.

In 1990 Congress passed a series of amendments to the Immigration and Nationality Act, which has been collectively called the Immigration Act of 1990. It expanded employment-related immigrants and created diversity visa categories. In 1996 to respond more effectively to the illegal immigrants a few statutes were enacted : Anti-terrorism and Effective Death Penalty Act, Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act, Personal Responsibility and Work Opportunity Reconciliation Act. As they removed many federal welfare services for noncitizen and strengthened the immigration law enforcement. After the September, 11, 2001 terror attacks resulted in significant changes in immigration law and

policy. In order to improve national security, USA Patriot Act(115 Stat. 272), Border Security and Visa Entry Reform Act(116 Stat. 543), and Homeland Security Act, 116 Stat. 2135)were passed by Congress. The most fundamental change was the elimination of the Immigration and Naturalization Service under Department of Justice and the transfer of immigration functions to the Department of Homeland Security in 2003.

This study reviews immigration laws in order of visa issuance → admission → removal or obtaining citizenship.

First, visa issuance is subject to the consulate under the Department of State. One gets immigration visa or non-immigrant visa depending on the purpose of trip. When one with immigrant visa is admitted he gets a status of a permanent resident alien (Green Cards). Non-immigrant can apply to adjust status to permanent residence.

Second, even one who obtained visa already can be barred from entering the U.S. if one of the various grounds for inadmissibility apply to him or her. The Bureau of Customs and Border Protection under the Department of Homeland Security performs immigration inspections and decides the admissibility.

Third, non-citizens who has already been admitted to the U.S. may be removed when they have violated a condition of their status in the U.S. or committed other prohibited acts. The Bureau of Immigration and Customs Enforcement and the Bureau of Customs and Border Protection performs commences the removal process, but immigration judges within the Department of Justice conduct the removal hearings and make decisions.

Fourth, in the U.S. citizenship can be obtained at birth (according to the principle of Jus Soli in the Fourteenth Amendment of 1868 and

partly to the principle of jus sanguinis in a few statutory cases. Naturalization is the principal process by which immigrants may obtain citizenship. There are several requirements of naturalization, a specific period of residence and physical presence, age, literacy and educational requirements, good moral character, attachment to constitutional principles. The Bureau of Citizenship and Immigration Services conduct the necessary investigation and decides. From the review, the paper concludes that points as follow should be considered in order to refine Korean immigration law system:

- It needs more concrete and detailed legal standards for the alien who wish to immigrate to Korea in order both to protect immigrant's reasonable foreseeability and expectation and to protect the Korean society;

- It requires more active role by legislative and judicial body for the immigration issues;

- It needs effective and aliens' right protective administrative decisionmaking procedures and administrative review prodedures including neutral hearing officers.

- It need to consider more substantial approaches when it investigates the requirements of naturalization or removal in order to prevent the misuse of the institutions.

Keywords : alien, nationality, immigration, visa, inadmissibility, removal, citizenship, naturalization

목 차

국문 요약	3
Abstract	7
I. 들어가며	15
1. 미국법상 이민의 개념	15
2. 미국 이민법제의 연혁	17
3. 미국 이민법제의 최근 동향	20
(1) 도입	20
(2) 미국 이민법의 개관	21
(3) 불법 체류 노동자에 대한 최근 논의 사항	25
(4) 결론	30
II. 연방정부의 이민관련권한의 체계	31
1. 연방정부 권한의 법적 근거	31
(1) 통상 조항 (Commerce Clause)	31
(2) 기타 헌법 규정	32
(3) 국가의 주권	33
(4) 권한의 본질	34
2. 연방 입법부의 권한	36
(1) 입법	37
(2) 특정한 관련 입법 (Private Legislation)	37
(3) 의회의 옴부즈만 기능	39

(4) 국토안보부에 대한 감독	39
(5) 행정청의 의회에 대한 협의	39
3. 연방 행정부의 권한	40
(1) 국토안보부	40
(2) 국무부 (The Department of State)	43
(3) 법무부 (Department of Justice)	45
(4) 노동부	48
(5) 보건복지부 (Department of Health and Human Services)	50
4. 연방사법부의 권한	50
III. 이민의 유형 및 실체적·절차적 요건	53
1. 이민의 유형	53
(1) 수적 제한이 없는 이민 유형	54
(2) 수적 제한이 적용되는 이민 유형	58
2. 이민의 절차	65
(1) 사전절차 : 초청신청과 승인, 부양선서	65
(2) 국외에서의 이민절차	70
(3) 사증 발급과 입국허가	72
(4) 국내체류외국인을 위한 영주권 발급 절차	73
IV. 비이민 방문자 및 임시취업자 (Nonimmigrant Visitors and Temporary Workers)	75
1. 비이민 방문자의 유형	75
2. 비이민 사증 (nonimmigrant visa) 발급 절차	81
(1) 신청 시에 아무런 사전 초청이나 승인이 필요없는 경우	82

(2) 신청 시에 허가된 프로그램에 받아들여졌다는 증명이 필요한 경우	82
(3) 비시민권자이 미국에 체류하는 근거를 제공하는 승인된 초청이 필요한 경우	83
3. 비이민유형의 변경	85
4. 비이민자의 이민자로서의 지위 변경	85
V. 입국불허(inadmissibility) 및 강제출국(removal)	87
1. 입국불허	87
(1) ‘입국허가’의 의미	87
(2) 입국불허 사유	91
2. 강제출국 (removal)	101
(1) 실체법상 근거	103
(2) 강제출국절차	104
VI. 시민권(Citizenship)	127
1. 시민권의 개념	127
2. 시민권의 취득방법	129
(1) 속지주의와 속인주의	129
(2) 이중국적 문제	130
(3) 미국 국적의 취득방법	131
(4) 출 생	132
(5) 귀화(Naturalization)	137
(6) 국적의 상실 (Loss of Nationality)	156

VII. 미국 이민법제의 시사점	163
1. 규범의 세밀화	163
2. 입법자와 행정부의 권한행사	163
3. 사법부의 역할	164
4. 행정결정절차와 불복절차	164
5. 외국인의 범주별 규제 - 이민자와 비이민자	165
6. 이민법 요건에 대한 실질적 접근	165
7. 국적 취득	166
 인용된 판례	 169
 참 고 문 헌	 173

I. 들어가며

1. 미국법상 이민의 개념

현대 세계는 일정한 지역에 대해 주권을 행사하는 국가로 분할되어 있고, 그 국가 내에는 그 국가의 정식 구성원으로서의 지위를 가지는 국민('citizen' 또는 시민)과 그 밖의 자가 거주한다. '시민으로서의 지위(citizenship)'를 가진 자는 그 국가가 제공하는 기본적인 권리와 기회를 보장받게 되지만, 시민이 아닌 자는 이와 달리 취급된다. 또한 이들 외국인 중에는 우리 나라의 정식구성원이 되고자 희망하는 자도 있고 특정 목적을 위해 잠시 체류하고자 하는 자도 있다. 따라서 모든 국가들은 외국인(noncitizen)의 입국과 체류를 규제하는 법률을 두고 있어서, 외국인들은 이 법률에 따라 입국과 체류를 하고, 일정한 지위를 얻게 된다. 그러나 이러한 법을 위반하며 입국 또는 체류하는 자도 있다.

이민법제의 고찰에 있어서 가장 근본적인 문제는 '국가의 구성원으로서의 지위(membership)'란 무엇인가 라고 할 수 있다. 이러한 국가의 정식 구성원으로서의 지위는 미국에서는 '시민권(citizenship)'으로 표현되고, 우리나라에서는 '국민'으로서의 지위 또는 그 징표로서의 '국적'으로 표현될 수 있겠다. 본 연구는 미국 이민법제에 관한 연구이니만큼 미국법제의 소개를 마치는 부분까지는 '시민권'이라는 용어를 사용하도록 하겠다. 이러한 국가구성원으로서의 지위가 사회 또는 한 개인에게 의미하는 바는 무엇인지, 이를 어떻게 취득 또는 상실할 수 있는지, 그 지위에는 어떤 권리와 의무가 수반되는지 하는 문제들이다. 특정 국가가 '이민'과 '이민자'에 대한 사항을 어떻게 규율하는가는 바로 '국가의 구성원으로서의 지위'를 어떤 관점에서 바라보는가

I. 들어가며

에 따라 결정된다고 하겠다. 이러한 관점에서 의해, 헌법, 입법부의 법률, 행정부의 정책, 사법부의 판결이 다양한 유형의 ‘지위’를 형성해 나가게 되는 것이다.

이러한 다양한 유형의 지위를 파악하기 위해 2가지 접근방법이 있을 수 있다. 하나는 연대기적 (또는 수평적) 접근으로서, 먼저 이민은 해외에서 사증(査證, Visa)을 받고, 미국에 입국하며, 거주지를 마련하고, 최종적으로 시민권을 취득하는 과정으로 진행된다. 이 중 어느 시점에서 강제출국당하는 경우도 있다. 이러한 관점으로 보면, 구성원으로서의 특권(권리와 기회)은 어떤 개인(외국인)이 이 과정을 밟아나가면서 시간이 감에 따라 축적되어 가는 것으로 이해될 수 있다.

다른 관점은 ‘동심원 모델’이라 할 수 있다. 즉, 완전한 시민으로서의 지위가 가장 중심에 있고, 이로부터 다양한 범주의 비시민권자(non-citizen)의 유형 - 주민·방문자·불법이민자·입국허가를 신청한 외국인 등이 존재한다고 보는 것이다. 각각의 원(범주)에 따라 구성원으로서의 권리가 다양한 정도로 배분되고, 이 동심원의 바깥 쪽으로 갈수록 부여되는 권리는 적어진다.¹⁾

한편 미국의 이민국적법에서는 ‘이민(immigration), 이민자(immigrant), 비이민자(non-immigrant)’라는 용어를 사용하고 있다. 또한 ‘국민(national)’과 ‘시민(citizen)’이라는 개념을 구별하고 있다. 즉, ‘국민’을 ‘국가에 대해서 영원한 충성을 해야 하는 자’로 정의하고, ‘미국의 국민’에는 미국 시민 또는 비록 미국 시민은 아니지만 미국에 영구적인 충성을 해야 하는 자’가 포함된다고 한다. 그리고 ‘귀화(naturalization)은 사람에게 ‘어떤 국가의 국적으로 부여하는 것’이라고 정의한다.²⁾ 시민이 아닌 국민의 예는 많지 않다. 이민국적법 제301조에서는 출생에 의해 미국의 국민이자 시민의 지위를 획득하는 경우를 규정하고 있고, 제

1) Thomas Alexander Aleinikoff, David A. Martin, Hiroshi Motomura, Immigration and Citizenship - Process and Policy -, 5th ed. West, 2003 p. 2

2) INA §101(a)

308조에서는 출생시부터 미국의 국민이긴 하나 미국의 시민은 아닌 경우를 규정하고 있다. 이들은 대부분 미국의 해외영토에서 출생한 사람이나 외국에서 출생하였으나 부모가 시민이 아니라 국민으로서의 지위만 가지고 있는 경우 등이 해당된다. 그 결과 미국 이민법상으로는 외국인(alien) - 국민(national) - 시민(citizen) - 비시민(noncitizen)의 4가지 용어가 사용된다.³⁾

미국의 이민법 관련 문헌에서는 ‘국민’과 ‘외국인’이라는 개념을 대조시켜 사용하는 경우보다, ‘시민’과 ‘비시민’의 개념을 대조시켜 사용하는 경우가 압도적으로 많다. 따라서 이하에서는 다소 어색하지만 용어의 세부적인 차이를 그대로 반영하고자 ‘국민’과 ‘외국인’ 대신 ‘시민’과 ‘비시민’의 개념을 사용하되, 실제 법문이나 논의상 ‘시민(citizen)’ 자체보다 ‘시민으로서의 지위 (citizenship)을 가진 자’에 관해 논의하므로, 이러한 맥락에서 우리가 미국 이민과 관련하여 통상 쓰는 표현대로 ‘시민권자’와 ‘비시민권자’로 칭하기로 한다.

2. 미국 이민법제의 연혁

1952년 이민·국적법(Immigration and Nationality Act of 1952, 이하 ‘INA’라 함)이 이전의 이민 관련 개별법들을 체계적인 단일법률로 통합하였고, 이 법은 이후 오늘날까지 내려오는 이민법의 기초가 되었다.

1986년 이민개혁 및 통제법(Immigration Reform and Control Act, 이하 ‘IRCA’라 함)은 불법 이민(undocumented non-citizens)의 증가에 대처하기에는 기존의 행정조직이 충분한 자원을 갖지 못한 상태임을 인식하고, 이에 대처하기 위한 것이었다. 이는 3번의 의회 회기를 거치면서 산고 끝에 제정되었는데, 다음 4가지 입장들간의 타협의 산물이었다고 할 수 있다. ① 허가받지 않은 취업의 역지를 통해 불법 이민

3) 이렇게 국민과 시민을 구별하는 것은 역으로 보면 국적을 가진 자 상호간에 법적 차별을 하는 것으로도 볼 수 있을 것이다. 이에 관한 연구는 향후 과제로 미룬다.

I. 들어가며

의 억제효과를 거두고자 하는 입장, ② 수년동안 불법이민으로 묶여져 있었던 비시민권자들을 위한 1회적 사면을 얻고자 하는 입장, ③ 연방정부의 세밀한 규제를 받지 않고 저비용 농업노동력을 계속 확보하고자 하는 입장, ④ 불법이민자를 불법으로 고용한 고용주들을 형사처벌하는 것이 고용차별을 촉진하지 않기를 바라는 입장 등이 그것이다. 그 주된 내용은 첫째, 불법노동자를 고용하는 고용주에 대한 민사제재금 부과(고용주의 처벌), 둘째, 장기 불법 비시민권자의 합법화, 셋째 미국에서 농업노동을 한 비시민권자의 합법화, 넷째, 고용주 제재에 의한 고용차별로부터 미국 시민과 영주권자의 보호라 할 수 있다.

1986년에 상대적으로 주목받지 못했으나 다른 중요한 법이 제정되었는데, 이는 이민결혼사기에 관한 개정법(Immigration Marriage Fraud Amendments, 이하 IMFA라 함.)이었다. IMFA는 위장결혼을 방지하기 위해 비시민권자이 결혼을 근거로 영주권을 신청하는 절차를 상세히 규정하였다.

IRCA와 IMFA가 불법 이민을 겨냥한 것이었다면, 1990년 이민법(Immigration Act of 1990, 이하 'IMMACT 90'이라 함)은 이민법 체계를 전반적으로 개정하는 것이었다. 동법은 고용이민을 실질적으로 확대하였고, “다양성 이민(diversity immigrants)”이라는 새로운 유형을 창설하여 상대적으로 미국으로의 이민이 적은 국가에 대해 사증발급의 기회를 증가시켜주었다. 또한 동법은 외국인의 적법한 입국관련절차를 개선하였고, 입국거부사유와 강제출국사유를 정비하였고, 범죄경력을 가진 외국인의 강제출국을 확보하기 위한 다수의 규정을 신설하였다.

1994년 의회가 폭력범죄통제및처벌법(The Violent Crime Control and Law Enforcement Act of 1994)를 제정하여 여권 및 사증관련 위반행위에 대한 처벌을 가중하고, 망명신청이 거부된 외국인에 대해서는 추방절차를 더 신속화하는 내용이 포함되었다.

1990년대 후반부에 연방의회는 다시 불법이민문제에 주목하였다. 클린턴 행정부와 공화당이 주도하는 연방의회 모두의 지지를 얻어 INS의 예산은 1990년대에 두 배 이상 증액되었고, 증액된 예산의 많은 부분은 국경에서의 법집행 및 불법체류자들의 구금과 강제출국절차에 사용되었다.

이러한 연방의회의 관심이 반영되어 2가지의 중요한 법률들이 제정되었다. 우선 1996년 반테러 및 사형제의 실효성 확보에 관한 법률(the Antiterrorism and Effective Death Penalty Act, 이하 ‘AEDPA’라 함)과 불법이민대응개혁 및 이민자책임법(Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility, 이하 ‘IIRIRA’라 함)이 그것이었다. 의회는 AEDPA와 IIRIRA를 통해 범죄경력을 가진 비시민권자의 강제출국절차를 정비하고 강화시켰다. 동 법률들은 행정청의 강제출국명령에 대한 사법심사를 상당히 제한하였고, 강제출국에 대한 구제수단도 실질적으로 제한하였다. 또한 필요한 서류를 갖추지 않은 비시민권자의 입국항 도착을 저지하기 위해 “신속강제출국절차(expedited removal procedure)”를 신설하여, 이민판사의 역할을 거의 남겨놓지 않았다. IIRIRA에서는 최초로 망명신청자에게 신청기한을 설정하였다.

1996년 제정된 중요한 사회복지개혁법률인 “개인책임및고용기회에 관한 법률(the Personal Responsibility and Work Opportunity Reconciliation Act, 이하 ‘Welfare Act’라 함)”은 이민자에게 중요한 의미를 가졌다. 동법은 대부분의 복지프로그램에 대해 영주권자의 접근을 상당히 제한하였고, 불법체류자가 그러한 프로그램의 수혜자가 될 수 없도록 재확인하였다. 동 법률의 가장 중요한 영향은 이미 미국에 체류하고 있으며 이미 수혜자였던 비시민권자에 대해서까지 식료품권(food stamp)과 보조금(Supplemental Security Income, SSI)을 중단하는 것이었다. 1996년 이후에 연방의회는 기존의 수혜자였던 외국인에 대해서 이러한 수급권을 다시 부여하였으나, 향후 이민자에 대한 금지는 유지되었다.

I. 들어가며

불법체류자에 대한 공공정책 논쟁에 있어서 연방정부와 주정부 사이에 긴장관계를 형성하는 몇 가지 쟁점이 있었다. 첫째, 불법체류자의 교육, 의료, 불법체류자가 범죄를 저지른 경우의 구금 등에 관한 비용 등 불법체류자로 인해 발생하는 비용을 연방정부와 주정부 중 어느 쪽이 부담하는가에 관한 것이었다. 둘째, 불법체류자에게 사회복지급부를 거부함으로써 비용을 줄이는 데 주정부가 어느 정도까지 참여할 수 있는가 하는 것이었다.

2001. 9. 11 테러사건은 이민법에 중대한 변화를 가져왔다. 국가안보 환경 개선을 위해 USA Patriot Act(115 Stat. 272)를 비롯하여 국경경계 및사증신청개선법(Border Security and Visa Entry Reform Act(116 Stat. 543), 국토안보법(Homeland Security Act, 116 Stat. 2135)등이 제정되었다. 그로 인한 가장 큰 변화는 INS를 폐지하고, 2003년 이민관련 업무를 국토안전부(Department of Homeland Security)로 이관한 것이었다. 그리고 테러활동을 이유로 입법거부 또는 추방당할 수 있는 자의 유형을 확대하고, 입국허가신청자의 조사를 강화하고, 미국 내 비시민권 자권자를 추적할 수 있는 새로운 데이터시스템의 창설을 수권하였다.

3. 미국 이민법제의 최근 동향

(1) 도입

최근에 들어 우리나라 사회에서도 다문화라는 개념이 사회적인 논란거리가 되고 있다. 다문화 내지는 다양성이라는 개념은 우리 사회에서는 익숙하지 않은 용어이다. 그 이유는 민족의 개념이 강해서, 국민과 민족의 개념을 혼용하는 경향이 강하고, 또한 우리나라 국민들은 우리 사회에 외국인 또는 다른 민족이 유입되는 것에 많은 거부감을 갖고 있었다. 이러한 이유로 외국인의 입국 및 취업, 국적 취득에 관한 법제는 체계적으로 연구가 되지 못했다.

반면에 미국의 경우는 민족이라는 개념은 매우 희박하지만, 국가를 구성하는 국민의 개념에 대해서는 매우 철저하게 정의하려는 노력을 하고 있다. 다시말해서, 현재 세계적으로 가장 큰 영향력을 갖고 있는 미국의 경우는 그 국민을 명확하게 논할 수는 있으나, 국민에 관한 민족을 얘기할 때는 “이민(Immigration)”이라는 단어를 떠올리게 되며, 현재의 미국은 이민자의 노력으로 만들어졌다고 할 수 있다.

이러한 배경으로 인해 미국의 경우는 외국인의 출입국과 거주·정착에 관한 법제가 체계적으로 정비되어 있고, 그 정책 운용에 있어서도 매우 기술적인 모습을 보이고 있다. 본고에서는 현재 불법체류 근로자에 대해서 추진 중인 미국 이민법 개정 현황에 대해서 간단하게 소개하고, 향후 국내에서도 제기될 수 있는 불법체류 근로자에 대한 논의에 시사점을 제공하고자 한다.

(2) 미국 이민법의 개관

1) 의 의

미국의 이민법은 U.S. code title 8과 C.F.R.에 규정되어 있는 부분으로써, 정확한 명칭은 “이민 및 국적 취득에 관한 법(Immigration and Nationality Act)”이다. 이민 정책과 시행은 국가 전체에 관한 사항이므로, 주법이 이민 법제에 미치는 영향은 미비하고, 연방법으로서 규율되고 있다. 이민 정책은 매년 연방 의회에서 심의하는 사항으로서, 의회 회기별로 매우 다양한 정책이 나오고 있고, 이에 따른 법의 제·개정 사항도 빈번하게 발생하고 있다. 현재 2006~2007년 미 의회 회기에서도 10여개의 이민법 제·개정 법안이 제출되어 있는 상태이고, 그에 관한 논의가 계속적으로 추진되고 있다.

앞에서도 간단히 언급했지만, 미국은 최초 이민자로 구성된 국가이기 때문에 외국인의 입국 및 국적 취득에 관한 부분은 주법이 아닌

I. 들어가며

연방법에서 규율하고 있다. 또한 영구 정착을 목적으로 하는 이민 뿐만 아니라, 단순한 관광·비즈니스를 위한 방문 및 유학도 동법과 규칙에서 규정하고 있고, 외국인의 노동허가와 정착에 관한 문제 등을 포괄적으로 다루고 있다. 다시 말해서, 외국인의 출입국 절차에서부터 시작해서 미국 시민권 취득까지의 포괄적인 내용을 모두 담고 있다. 따라서 자국을 위한 합리적인 정책을 법제적으로 표현하려는 노력을 하고 있다고 말할 수 있다.

2) 미국 이민법의 최근 동향

미국에 있어서 국민 구성원 중 많은 부분을 이민자가 담당하고 있기 때문에, 법실무가들과 학자들은 새로운 시대적 분위기를 반영하여 이민 정책과 법제의 변화를 모색해왔다. 특히 21세기에 들어 미국의 외국인 출입국 정책에 가장 큰 변화를 가져오게 된 사건은 2001년 9.11 테러사건과 불법 체류자(undocumented aliens)의 증가이다.

가. 9.11 사건으로 인한 외국인 출입국 관련 정책의 변화

미국 전체 역사에서 아메리카 대륙(하와이 제도 제외)이 외세에 의해 공격당한 최초의 사건인 9.11 테러 사건은 미국의 정책에 많은 변화를 초래했지만, 특히 외국인 관련 이민 정책에는 많은 변화가 발생했고, 공공 부문 뿐만 아니라 사적 부문에 있어서도 기존의 입장을 변경하는 많은 일들이 일어났다. 테러 발생 직후 미국 이민국은 1,000명 정도의 비자관련 위반자를 색출하여 추방하였고, 이들 대부분은 모국이 이슬람 국가인 사람들이었다.⁴⁾ 이후 미국 법무부는 이슬람 국가가 모국인 체류자(시민권이 없는 자)를 대상으로 하는 이민자 관리 정책을 별도로 추진했었다.⁵⁾

4) See David Cole, *Enemy Aliens: Double Standards and Constitutional Freedoms in the War on Terrorism*, at 22-35(2003).

5) Adam B. Cox, *Citizenship, Standing, and Immigration Law*, 92 Cal. L. Rev. 373, at

테러 사건이후 변화된 미국 이민 정책을 간단히 요약하면, 위협 국가의 국민이 미국으로 입국하는 것을 제한하기 위하여 비자 발급을 제한하고, 그리고 입국시에 모든 외국인의 정보를 데이터베이스화하여 테러 발생 우려자를 사전에 색출하는 것을 목적으로 하였다. 또한 외국인이 미국 입국 목적에만 국한하여 생활할 수 있도록, 미국 국민과 동일하게 부여되던 여러 가지 사회 보장제도를 삭제했다.

나. 불법체류자의 증가

1980년대를 거쳐 1990년대 말까지 미국내의 불법체류자는 기하급수적으로 증가했고, 그들 대부분은 남미 국가의 국민들이었다. 이러한 불법체류자의 증가는 이민에 대한 전통적인 관념을 재고하자는 주장의 도화선이 되었다. 즉, 기존의 미국 국민들은 불법 체류자들이 자신들의 직장을 차지하고, 자신들이 납부한 세금을 통해 불법 체류자들이 사회 보장혜택을 받는다는 것을 받아들일 수 없었고, 불법 체류자들의 수가 사회적으로 용인될 수 있는 범위를 넘어서면서 미국내에서 큰 논란거리가 되었다.⁶⁾ 1980년대에만 해도 국경을 넘어 밀입국하는 불법 체류자의 숫자는 130,000명 정도였다.⁷⁾ 그러나 1990년대 말에는 그 수가 매년 거의 1,000,000명에 달했고, 이 숫자는 합법적인 절차를 거쳐 미국에 정착하는 이민자와 거의 동일한 숫자였다.⁸⁾

413-14(2004); 9.11 사건 이후에 제도적으로 가장 먼저 추진된 정책이 이슬람 국가가 모국인 미국 입국자 및 미국내 체류자를 대상으로 특별 등록프로그램을 시행한 것이었다. 특별 등록프로그램은 Fingerprinted, 사진 촬영 그리고 엄격한 입국 심사를 들 수 있는데, 테러 사건이후 제한적으로 시행되던 것이 현재는 모든 외국인의 입국시 지문 날인과 사진 촬영을 의무적으로 시행하고 있다.

6) See, e.g., Peter Brimelow, *Alien Nations: Common Sense About America's Immigration Disaster*(1995); Samuel P. Huntington, *Who Are We?: The Challenges to America's Nation Identity*(2004); Tom Brune, *Laying Down the Law*, *Newsday*, July 18, 2006, at A 19.

7) See Jeffrey S. Passel, *Pew Hispanic Ctr., Unauthorized Migrants: Numbers and Characteristics*, at 5 (2005), available at <http://pwehispanic.org/files/reports/46.pdf>.

8) Compare Office of Policy & Planning, U.S. Immigration & Naturalization Serv.,

I. 들어가며

최근에 들어서 미의회는 이민 체계를 철저하게 재정비해야하는가라는 논쟁에 많은 시간을 투자하고 있고,⁹⁾ 2006-2007년 회기에서 이민법 관련으로 핵심적으로 다루어지고 있는 문제는 현재 미국에 거주하고 있는 불법체류자들에 대해서 형사처벌을 할 수 있는 규정을 포함한 대규모 초청 근로자 시스템의 도입이다.¹⁰⁾

3) 미국 정부정책의 변화

미국의 국내상황에 있어서 외국인이 유입된다는 것은 국가안보와 경제에 있어서 심각한 영향을 초래한다. 따라서 이민 정책의 변화는 사회적으로 많은 관심을 불러일으키는 이슈가 되었고, 국가를 구성하는 단체와 개인이 민감하게 반응하는 부분이라고 할 수 있다. 현재 미국의 이민 정책의 관심은 정부가 추진하는 정책의 궁극적인 목표가 무엇이나하는 부분에서 논의가 진행되고 있다.

미국 정부 정책에 대해 간단히 요약하면, 각주가 원하는 만큼의 이민자를 유형별로 받아들일 수 있도록 정책과 법제를 개선하자는 것이다. 매년 단순 방문을 제외한 거주를 목적으로 하는 이민자의 수는 연방 의회에서 총 인원을 제한하고 있고, 그리고 비자 유형별 또는 직종 유형별로 총 인원을 제한하여 시행하고 있다. 따라서, 매년 발표되는 이민자 총인원은 해당 년도에 비시민권자들에게 부여되는 영주권을 의미하고, 그 범위는 매년 다르지만 400,000명에서 1,800,000명 사이에서 결정된다.¹¹⁾

Estimates of the Unauthorized Immigrant Population Residing in the United States: 1990 to 2000 (2003).

9) Cox, *supra* note 5, at 811-12.

10) See John D. McKinnon, Bush Continues to Push His Plan on Immigration, Wall St. J., July 8, 2006, at A4; Julia Preston, House and Senate Hold Immigration Hearings, N.Y. Times, July 6, 2006, at A12.

11) Kelly Jefferys & Nancy Rytina, Office of Immigration Statistics, Dep't of Homeland Sec., U.S. Legal Permanent Resident: 2005(2006).

이민자의 유형은 미국 국민으로 편입되기 위한 다양한 고려 사항을 기초로 판단하는데, 이민자가 보유하고 있는 업무 능력과의 관련성이 주요 판단사항이 되고 있다.

이러한 미국 정부의 정책은 법규로서 제도화되는데, 법규화 과정에서 중점을 두는 것은 희망하는 이민자 유형을 어떻게 구별하여 받아들일 것인가가 주로 검토되고, 이민 정책을 규제하는 부분에 있어서 법원의 역할을 어떻게 정할 것인가가 주요 관심사항이다. 그러나 이러한 법규적 문제들이 실제로는 크게 부각되지 못했다는 것이 미국 이민법이 직면해 있는 과제이다. 예를 들어 정책을 법제화하는 과정이 구체화되지 못하면, 정책 시행이 의도하지 않은 방향으로 추진될 수 있을 것이고, 그 결과 시행이 강제되지도 못하는 경우가 발생할 수 있다.¹²⁾

외국인 관련 정책 형성과 법규화 과정에서 분리되어 판단되는 기준은 입국전의 사전 제한조치로 외국인의 입국을 통제하는 방법(the ex ante screening)과 입국을 허용한 후 사후적 심사를 거쳐서 거주 허가를 내리는 사후적 방법이 있다.¹³⁾

(3) 불법 체류 노동자에 대한 최근 논의 사항

1) 불법 이민자에 대한 재고

미국 정부는 현재 미국 내에 많은 수의 불법 체류자가 불법적인 노동 행위를 하고 있고, 매년 엄청난 숫자의 밀입국자들이 국경을 넘어 오고 있다는 것을 인지하고 있다. 즉, 미국의 이민 현황은 합법적 이민과 불법적 이민이 병존하고 있다고 할 수 있다. 합법적 이민의 경우 비자 발급요건의 엄격화와 같은 사전적 통제 방법과 완전한 영주

12) Peter H. Schuck, *Some Federal-State Developments in Immigration Law*, 58 N.Y.U. Ann. Surv. Am. L. 387(2002).

13) Cox, *supra* note 5, at 812.

I. 들어가며

권 취득을 위해 2년간 임시 영주권을 부여하는 것과 같은 사후적 통제 방법을 통해 이민자를 통제할 수 있지만, 불법 이민의 경우는 통제가 불가능한 경우가 많다.

기존의 미국 정부의 입장은 불법체류자에 대해서 매우 부정적인 시각을 갖고 있었지만, 최근에 들어 비록 일부이기는 하지만 불법 체류자가 발생할 수 밖에 없는 사회적 현실에 대해서 문제를 제기하는 주장들이 나타나고 있다.¹⁴⁾ 즉, 미국의 사회 구조, 특히 경제 현실은 비숙련공에 대한 수요가 많은데 미국 내에서 그 수요를 충족시키지 못하고 있기 때문에, 이러한 불법 이민이 발생하고 있다는 것이다.¹⁵⁾

불법 체류자 또는 밀입국자에 대한 이민법의 입장은 사전적 통제 규정을 적용하여, 입국시에 허가받지 못한 입국이었기 때문에 불법체류자들은 그것을 기초로 추방되는 것이 당연하다는 것이다.

그러나 이러한 해석은 이민법의 측면에서만 검토된 것이고, 실제로 불법 이민자에 관해서 미국 정부는 사후적 통제(검토) 체제를 적용하고 있다.¹⁶⁾ 왜냐하면, 밀입국자와 같은 불법 이민자들은 사전에 허가를 받지 못하고 미국 입국을 시도했기 때문에, 사후적 검토가 될 수 없다. 그러나 미국 정부는 실제로 불법체류자가 미국 내에서의 범죄 행위에 관련 여부에 따라 추방이 결정되는 경우가 많았었다. 이러한 미국 정부의 이민법 시행은 실제로 사후적 통제 수단이 적용되고 있다는 하나의 예가 될 수 있다.

14) Frank D. Bean & David A. Spener, Controlling International Migration Through Enforcement: The Case of the United States, in *International Migration: Prospects and Policies in a Global Market*, at 352(Douglas S. Massey & J. Edward Taylor Eds., 2004); Philip Martin, *Does the U.S. Need a New Bracero Program?*, 9 U.C. Davis J. Int'l L & Pol'y 127(2003).

15) Howard F. Chang, *The Immigration Paradox: Poverty, Distributive Justice, and Liberal Egalitarianism*, 52 DePaul L. Rev. 759(2003).

16) Cox, *supra* note 5, at 846.

2) 초청 노동자 제도 (the guest worker program)의 도입

미 의회는 미국내에 존재하는 불법이민자들을 인정하고, 이들을 합법화하여 합법적 고용을 보장하는 초청 노동자 제도 도입 등을 골자로 한 이민법 개정안을 긍정적으로 검토하고 있고, 현재 상원에 계류 중에 있다.

이 법안은 기존의 불법 이민자들을 법제도권으로 끌어들이기 위한 하나의 방법으로서, 소정의 벌금형을 부과한 뒤 합법적 신분으로 전환시키는 것이다. 현재 미의회에는 불법이민자의 노동 문제 등 이민법 관련 법안 10여개가 동시에 상정되어 있고, 심사 중에 있다. 이렇게 불법 이민자 처리 문제에 연방 의회가 적극적으로 나서는 데에는, 미국 경제는 아직도 많은 수의 비숙련공을 필요로 하고 있고, 그 수요가 많이 부족하다는 것을 인정한 것이라 할 수 있다.

이 개정안이 통과되고 나면, 취업 경력이 우수하거나 범죄 행위가 없는 불법 이민자의 경우 최소 5천 달러의 벌금을 내면 3년 또는 4년 만기 비자¹⁷⁾를 받아 미국에서 합법적으로 노동 행위를 할 수 있게 된다.¹⁸⁾ 또한 이들은 1회에 한해 초청 노동자 비자 연장 신청을 할 수 있기 때문에, 초청 노동자의 지위로 총 6년에서 8년간 미국 내에서 합법적으로 노동행위를 할 수 있게 된다. 이 기간 동안 초청 노동자들은 농업과 같이 미국 정부가 승인한 업종에 종사할 것이 강제되며, 만약 초청 노동자가 60일 이상 실업상태에 있는 경우에는 미국을 떠나야 한다.¹⁹⁾

이번에 제출된 이민법 개혁 법안 중 가장 흥미를 끄는 부분은 초청 노동자가 자신들이 합법적으로 체류하는 기간 동안 영주권을 신청할 수 있도록 제도화 시키는 규정을 갖고 있다는 것이다.

17) 초청 노동자의 비자 기간에 대해서는 3년 또는 4년으로 논의되고 있고, 의회에서 이 기간에 대해서 심의하고 있는 것으로 알려져 있다.

18) See Comprehensive Immigration Reform Act of 2006 tit. VI.

19) *Id.*, §403

3) 취업 허가에 관한 개정 동향

취업 목적으로 미국을 입국하는 방법은 두가지 방법으로 나누어진 다. 첫 번째는 영구 거주를 목적으로 하는 이민 목적의 취업이고, 두 번째는 단기 체류의 취업 목적으로 미국에 입국하는 경우이다. 이민 취업의 경우는 현재 법제와 정책에 있어서, 제한이 강화되고 있다는 것외에는 큰 변화가 없다. 그러나 단기 취업비자(H Visa)에 관해서는 2000년 이후 많은 변화를 겪고 있다. 그 배경에는 미국 경제와 영향이 있는데, 미국 국민의 취업난이 심화되고 있어, 외국인의 취업을 상대적으로 제한하고 있다.

단기 취업 비자의 경우는 크게 전문직/비전문직 비자로 나누어지고 있고, 다시 숙련공과 비숙련공으로 나누어진다. 이러한 구분에 큰 변화는 없지만, 2005년에 미국 정부가 새로 추진한 이민 정책 중 하나는 미국내에서 석사학위 이상을 취득한 인재에 대해서 취업 이민 쿼터를 새로 신설하여, 고학력 인재에 대한 취업의 폭을 확대하였다.²⁰⁾

이러한 미국의 외국인 취업 이민 정책은 최근 불법체류 노동자의 증가와 그 해결 방안에까지 논의가 확대되었고, 현재 Secure America and Orderly Immigration Act of 2005(이하 “SAOIA”라 한다)²¹⁾와 같은 불법체류 노동자 해결 법안이 미 의회에서 논의 중이다.

가. 미국의 전통적 이민 정책과 불법체류 노동자 문제의 해결

2005년 미국 의회의 의원들 중 일부가 현재 미국 이민법에 내재되어 있는 문제를 해결할 목적으로 개정 법안을 제출하였다.²²⁾ SAOIA

20) The H-1B Visa Reform Act of 2004(본 법은 2005년 5월부터 효력이 발생하여, 미국의 교육기관에서 석사 학위 또는 그 이상의 학위를 취득한 외국인에게 20,000개의 별도 취업비자를 부여하는 것을 목적으로 하였다)

21) Secure America and Orderly Immigration Act, S.1033, 109th Cong.(2005); Comprehensive Enforcement and Immigration Act, S. 1438, 109th Cong. (2005).

22) *Id.*; Nat'l Immigration Law Ctr., An Analysis of the Secure America and Ordely

로 불리어지는 이 개혁 입법은 아주 미묘한 문제이긴 하지만, 미국인의 취업 보호와 국가 이민 정책의 유지라는 두가지 원칙이 공존하는 방향으로 정책과 법제를 추진하자는 목적으로 입안되었고, 현재 긍정적으로 심의되고 있다.²³⁾

SAOIA는 두가지 목표를 제시하고 있는데, 그 첫 번째는 미국의 국가 안보와 미국 국민의 안전을 보장하는 것이다. 따라서 동법(안)에서는 철저하고 현대적인 추적 및 확인 체계를 구축하는 것을 목적으로 하고 있다. 본법이 통과되어 입법된다면, 모든 비자에 위조 또는 변조 방지 기술을 적용해야하고, 비자 소유자의 지문을 담은 생체 정보를 입력한 비자를 발급해야 한다.

나. 새로운 취업 비자(허가) 프로그램 운영

앞에서 설명한 초청 노동자 제도와는 별도로, SAOIA에서는 H-5라는 새로운 노동자 비자 제도를 규정하고 있다. H-5 비자는 기존의 전문직(H-1) 비자와 비전문직(H-2) 비자 발급 해당 직종 요건에 충족되지 않는 다른 여타 직종에 대해서도 임시 노동허가를 해주자는 법안인데, 특히 현재 미국에 거주하고 있지 않은 외국 거주 노동자를 대상으로 하고 있다. 기존의 미국 취업은 농업에 한해서 임시적으로 비자 쿼터의 제한 없이 허가해 주었고, 비농업 분야에 대해서는 전체 쿼터를 통해 외국인 취업을 통제해왔다.

그러나 H-5 비자는 기존의 취업 허가에 비해 혁신적인 내용을 담고 있다고는 할 수 없다. 왜냐하면 외국인을 H-5비자 조건으로 채용하는 고용주는 미국 국민이 해당 직종을 수행할 수 없다는 사유서를 제출하여야 하는 등, 절차상의 문제는 그대로 남아있기 때문이다.

Immigration Act of 2005.

23) Trent R. Hightower, *Give Me Your Tired, Your Poor, Your Huddled Masses Yearning to Breathe Free...As Long as They Have the Proper Visas: An Analysis of the Current State of United States Immigration Law, and possible Change on the Horizon*, 39 Tex. Tech. L. Rev. 133, at 155 n 234(2006).

I. 들어가며

다만, 한가지 외국인 노동자에게 긍정적인 부분은 최초 고용을 보장했던 고용주에게 해고되거나, 또는 사직한 경우 곧바로 취업 자격(H-5)을 상실하는 것이 아니라, 비자 만료시까지 새로운 직장을 찾을 수 있도록 외국인 노동자를 일부 보호하는 조항을 삽입했다.

(4) 소 결

미국 이민법은 영구 거주를 목적으로 하는 이주민 뿐만 아니라, 단기 방문을 위한 미국 입국까지 매우 포괄적인 부분을 다루고 있다. 오랜 경험을 바탕으로 외국인 출입국 관리는 비교적 체계적으로 이루어지고 있다.

미국의 이민 관련 법제 분석에서 가장 주목해야 할 부분은 미국 정부의 입법 정책방향이다. 미국의 이민 정책은 철저하게 자국의 이익 보호 방향으로 치닫고 있다. 자국의 부족한 노동 인력을 외국으로부터 공급받고, 또한 고학력자를 미국에 체류하게 하여, 자국의 이익을 극대화하려는 노력이 곳곳에서 나타나고 있다.

현재 우리나라의 경우는 외국인 노동자가 갑자기 증가하였고, 이에 따른 권익 보호가 주로 논의되고 있다. 그러나 외국인 노동자의 권익을 과도하게 보호하다 보면, 실제로 우리 국민이 피해를 보게 되는 경우가 발생할 수 있다. 이러한 관점에서 미국의 사전적/사후적 통제 수단과 자국민 이익 보호 우선 원칙은 우리에게 많은 시사점을 제공하고 있다.

II. 연방정부의 이민관련권한의 체계

1. 연방정부 권한의 법적 근거

연방정부는 비시민권자권자의 입국허가(admission), 추방(removal), 국적부여(naturalization)에 관한 광범한 규제권한을 가지고 있다. 연방대법원은 이러한 영역에 대해 영향을 미치는 주의 입법권은 배제하여왔다. 국적문제에 관한 한 그 근거는 명백하다. 연방헌법 Article I, §8, clause 4로서, 이는 연방의회에 국적취득에 관한 통일법(uniform Rule of Naturalization)을 제정할 권한을 명시적으로 부여하고 있다. 그러나 출입국통제나 추방에 대한 권한이 연방정부에 부여되는지에 대해서는 명확한 근거가 없다. 따라서 연방대법원이 이러한 출입국 관리에 관한 연방정부의 배타적이고 완전한 권한의 근거를 찾아야 했다. 이후의 판례들은 이러한 완전한 권한의 근거를 고유한 주권에 속한다고 보았다. 그 밖에도 연방헌법상의 통상조항(Commerce Clause), 전쟁선포조항, 군대 및 해군 설치·유지권 등 기타 헌법 규정들이 그 근거로 제시되었다. 이하에서 관련 조문을 좀 더 상세히 보기로 한다.

(1) 통상 조항 (Commerce Clause)

가장 초기의 이민 관련 사건에서 연방대법원은 연방헌법 Article I, §8, clause3의 외국과의 통상에 대해 규율할 연방정부의 권한을 이민관련권한의 근거로 보았다. Passenger Cases (Sup. Ct. 1849)에서 연방대법원은 주의 항구에서 상륙하려는 외국인에게 수수료를 부과하는 주정부의 행위를 금지하기 위해 통상조항을 그 근거로 하였다. 연방의회가 아직 관련되는 모든 연방규칙들을 집행해야 했지만, 주의 이민수수를 무효화하였다. 연방대법원은 그 이유로 연방의회는 외국과의 관계

II. 연방정부의 이민관련권한의 체계

및 통상에 대해 통제할 배타적인 권한을 가지며, 그 권한이 행사되지 않은 경우에도 마찬가지이다. Head Money Cases (Sup. Ct. 1884)에서 연방대법원은 역시 통상조항을 근거로 하여 이번에는 외국 이민자에게 연방세를 부과하는 행위를 지지하였다. 그러나 이민 문제에 대한 의회의 권한이 조세부과를 넘어 다양한 수단을 통해 행사되면서 연방대법원도 그 권한의 근거에 대해 더 광범한 근거를 찾았다.

(2) 기타 헌법 규정

초기 판례들은 연방정부가 - 이민문제를 포함하여 - 국제 관계에 대한 완전한 권한을 보유한다는 추정을 뒷받침하기 위해 다른 헌법규정을 인용하였다. Nishimura Ekiu v. U.S. (Sup. Ct. 1892)판결에서는 통상에 관한 권한 외에 귀화에 관한 통일된 규범을 정립할 권한, 전쟁을 선포할 권한, 군대와 해군을 창설하고 보유할 권한, 모든 필요하고 적절한 법률을 제정할 권한을 그 근거로 열거하였다. Fong Yue Ting v. U.S. (Sup. Ct. 1893) 판결은 해적, 공해상의 중죄, 국가들의 법을 위반하는 행위, 그 밖에 대통령의 조약체결권, 대사임명권, 다른 장관과 영사를 선임할 권한 등을 그 근거로 제시하였다.

연방헌법 Art. I, §9, clause 1에 있는 Migration and Importation Clause도 헌법이 연방의회에 권한을 부여하고 있는 잠재적 근거로 고려되었다. 동조는 “현재 있는 각 주가 받아들이는 것이 적절하다고 판단하는 사람들이 이주해 나가거나 들어오는 것은 연방의회는 1808년까지는 금지되어서는 안된다 …” 이렇게 의회의 권한에 대해 1808년까지 명확한 제한을 가한 것은 1808년 이후에는 연방의회가 이주에 대해 통제할 권한을 가지는 것이라고 해석할 수도 있었다. 그러나 현재 이 규정에 대한 일반적인 해석은 이는 단지 연방의회가 1808년 전에 노예 교역을 금지하려는 시도를 하지 못하도록 차단하는 의도였던 것으로 해석된다.

연방헌법 Article I, §8 clause 11에서 근거한 전쟁관련권한 - 선전포고권 - 역시 연방정부의 이민규제권한의 잠재적 근거로 고려되었다. 이는 적국 소속 외국인의 입국금지와 추방에 관한 권한을 포함하였다. 예컨대 연방의회가 외국인과 치안방해법(Alien and Sedition Acts)을 제정함으로써 대통령에게 이러한 권한을 부여하였다. 연방대법원은 *Lodecke v. Watkins* 판결(Sup. Ct. 1948)에서 이 헌법규정을 근거로 그러한 법률의 합헌성을 인정하였으나, 이러한 규정이 명확히 국가안보에 관련되지 않은 복잡한 이민법 규정들의 일반적 근거가 되기는 어려울 것이다.

연방헌법 Art. I, §8, clause 4는 이민에 대한 연방의 통제의 근거로 제시되어왔으나, 예컨대 *Passenger Case*(Sup. Ct. 1849)의 반대의견과 같이 이 헌법규정이 “귀화에 관한 통일적 규범”을 정립할 권한을 부여하는 것은 “시민권”에 관한 결정에 관한 것으로 한정되고, 이민 전반에 대한 권한으로 보기는 어렵다는 관점도 있다.

또 다른 관점으로는 위에서 본 규정들 각각은 연방정부에게 특정 권한을 부여하고 있을 뿐이지만 이를 종합적으로 보면 연방정부에게 이민 전반에 대한 규제권, 외국인에 대해 규제할 권한을 부여하는 것이 입법자의 원래의 의도였다고 볼 수 있다는 관점이다. 그러나 지금까지의 연방법원의 판례에서는 그러한 헌법 규정은 외국인에 대한 포괄적 규제권한의 근거라기보다는 단지 연방정부가 미국의 국내 정부로서 국제 관계를 규율할 고유한 주권의 수호자임을 보여주는 것이라고 해석되어 왔다.

(3) 국가의 주권

연방대법원은 궁극적으로 연방정부의 이민규제권한의 근거를 국제법적 원칙과 헌법적 원칙에서 찾았다. *Chinese Exclusion Case*(Sup. Ct.

II. 연방정부의 이민관련권한의 체계

1889)는 연방정부가 외국인의 입국을 거부할 권한이 국가 주권의 행사라고 판결한 첫 판결이었다. 연방대법원은 모든 국가의 정부는 그 국가의 공익을 보호할 고유의 권한을 가지며, 이민은 중요한 국가적 이익이 관련되는 사안이므로 이를 감독하는 것은 연방정부의 기능이라고 실시하였다. 이후의 판례들도 계속하여 이렇게 이민에 관한 연방정부의 권한을 국가주권의 행사로 보았고, 일관되게 이러한 연방정부의 권한은 완전하고 무조건적이라고 선언해 왔다. *Fong Yue Ting v. U.S.* (Sup. Ct. 1893) 판결은 명시적으로 외국인의 추방권한은 입국불허권한과 같은 근거에서 인정될 수 있으며 입국불허권한과 마찬가지로 “절대적이며 무조건적”인 권한이라도 판단하였다.

(4) 권한의 본질

연방대법원은 헌법에서 연방 정부에게 위임한 권한과 고유권 주권적 권한을 명확히 구별해 왔다.²⁴⁾ 국내적인 문제에 대해 연방정부에게 위임된 권한은 곧 과거에 주정부가 행사하던 일반적인 입법권으로부터 일부를 잘라내어 연방정부에게 맡기는 것이라 할 수 있다. 그러나 이에 비해 주정부는 국제적인 문제에 대한 관할권은 애당초 갖지 않은 것이다. 그 고유한 주권은 미국의 독립 시에 대영제국으로부터 주정부 연합으로 이전된 것이다. 그러므로 이러한 권한은 헌법이 이를 명시하기 전부터 국가의 수여된 것이며, 어떤 헌법 조문과도 관계 없이 존재하는 것이다. 연방정부가 이민에 대해 갖는 권한이 무제한으로 보이는 것은 바로 그 권한의 근거가 이렇게 제한되어 있지 않고 정의될 수 없다는 점과 무관하지 않다. 연방대법원은 이러한 모든 권한의 행사를 지지하여 왔고, 계속하여 이를 “완전하고 무조건적인 (plenary and unqualified)” 권한이라고 이야기하여왔다.

24) *U.S. v. Curtiss-Wright Export Corp.* (Sup. Ct. 1936)

연방정부의 이민문제에 대한 권한을 다른 관점으로 구성하는 견해가 있다. 이는 헌법상 명시적으로 위임된 권한으로 보는 관점과 고유한 권한이라고 보는 관점 사이 어딘가에 위치하는 관점이라 할 수 있다. 예컨대 “필요의 규칙(Rule of Necessity)”은 이민 문제에 대한 연방정부의 권한이 헌법의 성공적인 작동을 위해 필요하므로 이 권한은 헌법의 행간에서 그 근거를 찾을 수 있다는 관점이다.

또한 헌법의 개별 조문이 아니라 전체 구조에서 연방정부의 이민규제권한의 정당성을 찾기도 한다. 헌법의 1차적 목적은 국가를 위한 정부의 통치체계를 창설하고, 시민들이 그 영토 안의 사람들을 규율하는 규칙을 정립할 절차를 설계하는 것이다. 이러한 전제에서 이민법은 국가공동체의 自己保存(self-preservation)이자 自己定義(self-definition)의 수단으로 볼 수 있다. 첫째, 이민을 규제할 권한은 국가의 자기보존을 위해 필수적이다. 주권국가라 되기 위해서 사람들은 그 영토에 대한 통제권을 가져야 한다. 그러한 통제권 없이는 국가는 스스로를 통치할 수 없을 것이고 경계선을 지킬 수도 없을 것이다. 그러므로 이민규제권한은 헌법상 주권국가의 창설하기로 한 데서 나오는 고유한 권한으로 볼 수 있다. 둘째, 이민규제권한은 국가의 “自己定義 self-definition”의 과정이라 할 수 있다. 한 국가의 시민들은 통치과정을 통해 그 국가가 지향하는 가치를 결정하고, 그 국가의 정체성을 형성해 간다. 누구를 그 국가의 구성원으로서 국가의 정체성을 형성하는데 참여하도록 할 것인지를 결정함으로써 이민법은 자기정의의 과정을 구성한다. 이렇게 보면 연방정부의 이민에 대한 권한은 폭넓게 인정되어야 한다.

또 다른 관점은 연방정부의 권한을 헌법상 암시된 행정부의 외교에 관한 권한에서 찾기도 한다. The Chinese Exclusion Case(Sup. Ct. 1889)에서 Field 대법관은 외교에 관한 권한이 모든 연방정부의 이민규제권

II. 연방정부의 이민관련권한의 체계

한의 기초라고 한다. 더구나 이 권한은 이민을 규제하려는 주법률을 무효화시키는 근거로 인용되기도 한다.²⁵⁾

오늘날 국제관계 일반, 그리고 특히 이민에 대한 연방정부의 권한의 근거는 의심의 여지없이 받아들여지고 있다. 예컨대, 1979-1981년 사이의 이란인질사태 중에 D.C. 순회항소법원은 법무장관이 미국 내의 모든 이란 학생들에게 INS 사무소에 보고하고 그들이 합법적인 체류 자격을 가짐을 증명하라는 명령을 합헌으로 판단하였다.²⁶⁾ 2001년에도 마찬가지로 연방의회는 대통령에게 “장래 미국에 대한 국제테러행위를 방지하고 위해 모든 필요하고 적절한 권한을 사용”하도록 수권하였다.²⁷⁾

2. 연방 입법부의 권한

연방정부가 이민, 국적, 및 관련 해외정책에 관한 규제할 완전하고 무조건적인 권한(plenary and unqualified power)은 연방의회에 속한다. 미국의 상·하원의 구성원들은 이민법 및 정책의 형성에 중요한 역할을 한다. 입법 작용 외에도, 의회는 이민에 관한 필수적인 기능을 한다. 극단적인 고통(extreme hardship)이 있는 경우 ‘개인에 관한 (처분) 법률(private legislation)’을 제정함으로써 특정한 외국인에 대해 합법적인 영주권 또는 시민권을 부여할 수 있다. 또한 이들은 이민행정청과 행정적인 문제를 가진 외국인 사건에 관여할 수도 있다. 양원은 이민행정청의 내부작용을 조사할 수 있는 감독청문회(oversight hearings)를 열 수 있다. 또한 난민에 관한 사안에 대해서는 행정부는 의회가 정기적으로 논의해야 한다.

25) Chy Lung v. Freeman (Sup. Ct. 1875)

26) Narenji v. Civiletti (D.C. Cir. 1979)

27) 50 U.S.C.A. §1541

(1) 입 법

의회가 처음으로 이민관련 입법을 한 것은 1882년이었고, 이후 의회는 이민을 제한하는 다양한 법률을 제정하였다. 이 법률들 대부분은 아시아인, 범죄인, 질병보유자를 미국에 들어오지 못하도록 하기 위한 것이었다. 1952년 의회는 트루만 대통령의 비토권 행사에도 불구하고 1952년 Immigration and Nationality Act를 제정하였다 (이는 Walter-McCarran Act라고 불린다). 이 법률은 다수의 이전의 이민법률들을 통합하고 수정하는 것이었으며, 오늘날까지 이 법이 미국 이민법의 근간을 이루고 있다.

(2) 특정인 관련 입법 (Private Legislation)

1) 근거논리

특정인 관련 입법은 의회가 이민문제에 관여하는 또 다른 방법으로, 처분법률(private bill)을 통해 특정한 외국인 개인 또는 집단에 대해 특혜를 주기 위해 이루어질 수 있다. 실제로 이 절차를 통해 외국인은 자신들에 대해 일반적인 이민법의 적용을 면제해 줄 수 있겠는지를 묻는 것이다. 이러한 요청과 관련하여 의회는 최종심과 같은 역할을 한다. 의회의 House Subcommittee on Immigration and Claims, Senate Subcommittee on Immigration 이 이에 관한 역할을 주로 한다. 그러나 의회는 통상 법의 실효성 확보에 부정적인 효과를 가져올 것을 우려하여 일반적으로 적용되는 이민법의 적용면제를 인정하는 데 대해 주저한다. 의회의 Subcommittee들은 개별적인 이민 사건에서 특별한 구제수단을 제공해 줄 수 있는지 여부를 결정하는 것으로 이 과정에서 형평법원과 같은 역할을 한다. 의회는 참조할 만한 예외적인

사정이 있는 경우 적극적 조치를 할 권한을 보유하여야 한다.

이러한 처분법률의 헌법적 정당화근거에 대해서는 정교하게 논증된 바는 없다. 한 견해는 이것이 고충의 구제를 청원할 수 있는 수정 제 1조의 권리를 사용하는 절차라고 본다. 처분법률이 권력분립원리를 위반하였다는 주장은 *Paramino Lumber Co. v. Marshall* (Sup.Ct. 1940)에서 연방대법원이 그러한 조치는 사법적 문제에 대한 간섭이 아니라고 함으로써 거부되었다.

2) 이민에 관한 처분법률의 제정절차

상원의원 또는 하원의원이 특정 외국인을 위해 처분법률안을 제출하도록 설득된 시점부터 절차가 시작된다. 법률안은 하원이나 상원의 본회의에 상정된 후, 관련 있는 사법위원회(Judiciary Committee)로 이관된다. 그 후 다음으로 상원이민소위원회나 하원이민청구소위원회로 이관된다. 이 단계에서 법률안 제출자는 통상 그 소위원회에 당해 외국인의 상황에 대한 정보를 제공하고, 추방을 정지시키기 위해 국토안전부에게 보고서를 제출받도록 요구한다.

소위원회가 이를 승인하면, 처분법률은 상원이나 하원의 사법위원회로 다시 이송된다. 다음으로 동 법률안에 대한 심의일정이 잡히고, 그 달의 첫째 또는 셋째 화요일에 심의된다. 통상 사법위원회 및 소위원회의 승인 이후에 이루어지는 찬반투표를 거친 후에 그 법률안은 심의를 위해 국회의 다른 원으로 이송된다. 이 절차의 예외는 후에 심의하는 기관이 유사한 또는 동일한 법률안에 대한 모종의 조치를 취하고 있을 경우로서, 이 경우 그 승인은 더 신속하게 이루어질 수 있다. 의회의 양원이 그 법률안을 승인한 후에 이는 대통령의 서명을 받기 위해 이송된다. 의회가 이 법률안 하나 하나에 대해 장기간의 심사와 조사를 하므로, 대통령의 서명은 통상 형식적인 것에 불과하다. 이러한 절차에서 핵심적인 역할은 소위원회의 몫이다.

(3) 의회의 옴부즈만 기능

상원과 하원은 다양한 행정청으로 하여금 사인들의 필요와 요청에 대응하도록 해 달라는 도움을 흔히 요청받는다. 의회 의원들은 유권자들이 관료적 절차와 장벽에 대응하는 것을 돕는 임무를 전담하는 보좌관들을 보유하고 있다. 본질적으로 의회 의원은 유권자와 정부행정청간의 연결기능을 수행하는데, 이들은 때로 유권자의 이익을 옹호하는 역할을 한다. 정치적으로 이러한 유권자들을 위한 이러한 역할을 의원의 재선거에 핵심적인 역할을 한다.

(4) 국토안보부에 대한 감독

의회는 위와 같은 옴부즈만 기능을 통해서 행정청의 이민법 집행을 감독하는 역할을 하게 된다. 1946년 Legislative Reorganization Act 하에서 다양한 행정청이 의회가 규정한 방식으로 관계 법령을 집행하도록 담보하기 위해 감독권한이 부여되었다. 그러한 감독은 상임위원회(standing committee)와 소위원회(subcommittee)를 통해 수행된다.

(5) 행정청의 의회에 대한 협의

1) 난민 (Refugees)

대통령과 의회는 제2차 세계대전 및 홀로코스트의 결과 최초로 난민 문제가 발생한 이후 난민 문제를 수차례 처리하여왔다. 1948년 의회는 Displaced Persons Act를 제정하여 미국에 400,000명의 외국인의 입국을 허가하였다. 의회는 이후에 난민의 입국허가를 용이하게 하는 여러 다른 조치들을 통과시켰다.

II. 연방정부의 이민관련권한의 체계

2) 강제출국의 취소 또는 추방의 정지

1980년대 중반까지는 의회는 추방절차의 정지에도 중요한 역할을 하였다. INA §244에 따라 검찰총장은 외국인의 추방을 정지시킬 재량을 가지고 있었고, 그가 훌륭한 도덕적 인격을 가졌고, 미국내에 일정 기간 이상 체류하였으며, 추방이 심각한 고충을 초래할 수 있었을 때는 그의 지위를 영주권자로 변경해줄 수 있었다.

3. 연방 행정부의 권한

연방 행정부에는 이민 절차와 관련된 5개의 주요 행정기관이 있다. 국토안전부(Department of Homeland Security), 국무부(Department of State), 법무부(Department of Justice), 노동부(Department of Labor), 보건복지부(Department of Health and Human Services)가 그것이다. 2002. 11. 제정된 국토안보법(Homeland Security Act, 116 Stat. 2135)에 의해 종래의 이민귀화국(Immigration and Naturalization Service)이 폐지되고 대부분의 이민 관련 업무가 국토안정부로 이관되었다. 아래에서는 국토안보법 제정 이후의 이민 행정에 대해 살펴본다.

(1) 국토안보부

국토안보법 하에서는 종래 이민국적법(Immigration and Nationality Act) 상 법무부장관에게 위임되었던 이민관련 업무의 대부분이 국토안보부장관에게로 이관되었다. 현재 이민법의 집행, 이민관련행정, 시민권 부여에 관한 기능은 국토안전부의 3개 하위부서가 맡고 있다 : 미국시민권이민국 (U.S. Citizenship and Immigration Services), 미국이민관세집행국(U.S. Immigration and Customs Enforcement), 미국관세국경보호국(U.S. Customs and Border Protection).

1) 미국시민권이민국 (U.S. Citizenship and Immigration Services, CIS)

미국시민권이민국(이하 ‘CIS’라 함)은 이민신청, 지위변경신청, 귀화신청, 그리고 망명신청 및 난민신청을 심사한다. CIS의 장은 국토안정부 장관의 직속기관으로서, 직접 보고한다.²⁸⁾

CIS는 INS의 구조를 유지하고 있다. 즉, 3개의 광역관할기관(regional office), 33개의 국내지역청(domestic district office), 3개의 해외지역청으로 구성된다. 광역관할기관은 33개의 지역청에 대해 행정조정기능을 수행한다. 또한 CIS는 전국에 5개의 광역서비스센터(Regional Service Center)를 운영하고 있는데, 이 중 4곳은 대부분의 비이민, 이민, 및 망명관련 처분결정(adjudication)을 담당하고 있다. 미주리에 있는 National Benefit Center에서는 모든 주에서 제기되어 오는 “법적 이민 및 가족 형평에 관한 법(Legal Immigration and Family Equity(LIFE) Act)에 관한 청구를 처리한다.

이민국 관료들은 신청의 완성도, 정확성, 신뢰성 및 법령준수 여부에 대한 결정에 있어서 넓은 재량권을 갖는다. 워싱턴 DC에 있는 행

28) <http://www.uscis.gov/portal/site/uscis>; 미국법의 경우 법률개정 및 법전편찬방식의 특성 상 현행 Immigration and Nationality Act의 예컨대 귀화 관련 조문에는 여전히 법무장관이 그 권한을 가진다는 규정이 그대로 남아있으나(8U.S.C.A. §1409), 2003년 제정된 Homeland Security Act (6 U.S.C.A. §272)에서는 이 권한을 법무부장관 소속 INS에서 신설된 국토안보부 소속 CIS로 이관하는 것으로 규정되어 있다. 예컨대 관련조문을 보면 다음과 같다.

Homeland Security Act §451(b) Transfer of functions from Commissioner - In accordance with title XV(relating to transition provisions), there are transferred from the Commissioner of Immigration and Naturalization to the Director of the Bureau of Citizenship and Immigration Services the following functions, and all personnel, infrastructures, and funding provided to the Commissioner in support of such functions immediately before the effective date specified in section 455:

- (1) adjudication of immigrant visa petitions;
- (2) adjudication of naturalization petitions;
- (3) adjudication of asylum and refugee applications;
- (4) adjudications performed at the service centers, and
- (5) all other adjudications performed by the INS.

II. 연방정부의 이민관련권한의 체계

정불복청(Administrative Appeals Office)에서 하급 행정관료의 결정에 관한 행정상 불복을 심사한다.

2) 미국이민관세집행국 (U.S. Immigration and Customs Enforcement, ICE)

ICE는 이민법 준수의 강제집행을 담당한다. 이민관련사건조사업무, 억류(detention), 추방(removal), 공군과 해군작전, Federal Air Marshal Service, Federal Protective Service, 정보 담당부로 나뉘어진다. 이민관련사건조사업무란 불법으로 미국 국내에 체류하고 있는 비시민권자를 찾아내어 추방하는 것이다. 억류 및 추방업무란 최종추방명령을 받은 비시민권자의 억류와 추방을 감독하는 것이다. 정보업무란 이민관련 정책형성과 업무수행을 위해 필요한 정보를 제공하는 것이다.

1996년 IIRIRA에서는 검찰총장(현재는 국토안전부 장관)에게 주정부 및 하위 지방정부와 연방이민법의 행정과 강제집행을 실시하기 위해 합의를 체결할 권한을 주었다. 주정부는 그러한 합의를 통해 구금시설의 건설, 개수 비용을 연방정부로부터 지원받을 수 있었다. 장관은 각 주 및 하위 지방정부의 법집행기관과도 합의를 체결할 수 있다.

3) 미국관세·국경보호국 (U.S. Customs and Border Protection, CBP)

ICE가 미국 국내에서의 이민법 집행을 1차적 임무로 하고 있는 데 반해, CBP는 미국으로의 불법입국을 방지하는 데 초점을 맞추고 있다. CBP는 이민자 조사 외에 세관검사와 농산물 검사도 맡고 있다. CBP의 이민검사관은 항구, 국경, 공항등에서 일하면서 불법 입국을 막는다.

4) 망명신청에 대한 결정 (Asylum Adjudication)

1990년 INS는 망명신청을 처리하는 새로운 시스템을 설치하여 세계의 인권에 관한 정보를 수집·전파하는 자료센터를 설치하도록 하였

다. 현재 CIS 관할에 속하는 이 시스템 하에서 망명담당관들은 지역청이 아니라 워싱턴 DC에 있는 난민·망명 및가석방 중앙사무국(Central Office for Refugees, Asylum and Parol(CORAP))에 직접 보고한다. 이러한 망명담당관들은 국제관계, 국제법의 교육을 받은 자들로써, 인권에 관한 보고를 받는다.

망명담당관들은 추방절차의 대상이 되지 않은 비시민권자이 신청한 망명신청을 결정한다. 이를 적극적 신청(affirmative application)이라 한다. 적극적 신청은 추방절차가 진행중인 비시민권자이 이민법판사에게 신청하는 망명신청인 방어적 신청(defensive application)과 구별된다. 망명신청을 하는 비시민권자는 지역사무국(Regional Service Center)에 신청서를 제출하면, 이들이 적절한 망명담당관들에게 보낸다. 대심구조가 아닌 인터뷰와 관련 서류를 조사하고 나면, 망명담당관이 그 신청이 망명에 대한 유효한 주장을 하였는지 여부에 대해 결정한다. 망명담당관이 그 망명신청이 적절한 망명신청이 적절하다고 판단하면 망명결정을 할 수 있고, 추방이 가능하다고 보면, 이 신청을 추방절차를 담당하는 이민법판사에게 이송한다.

(2) 국무부 (The Department of State)

대부분의 비시민권자이 경우, 이민절차는 해외의 200여개 이상의 영사관과 대사관에서 개시된다. 미국을 여행하는데 필요한 사증을 얻기 위해 비시민권자들은 미국영사관에 사증을 신청한다. 영사는 사증 신청을 심사하고 이를 발급하거나 거부한다. 국무장관 또는 국토안전부장관은 미국의 외교정책이나 안보상 이익을 위해 필요한 경우 영사에게 그 발급거부를 지시할 수 있다. 그러나 국가안전부 장관은 영사의 사증발급거부결정을 변경할 수는 없다.²⁹⁾

29) HSA§§428(b)(c)

II. 연방정부의 이민관련권한의 체계

국무부는 총영사 또는 특별히 지정된 자에게 사증발급거부결정을 재심사하도록 하는 매우 재량적이고 비정식적인 재심사절차를 두고 있다. 영사가 그 거부에 동의하지 않으면, 그 영사는 그 사건을 국무부 또는 그 거부결정을 번복함으로써 책임을 져야 한다. 사증국은 자문적 의견을 낼 수 있고, 통상 이 의견은 준수된다. 한편 국토안보법은 국토안전부 장관에게 국토안전부 소속 공무원을 영사관에 두고 영사에게 자문과 훈련을 제공하며, 테러리스트감시위원회에 참여하고, 사증신청에 관한 의견을 제공하도록 할 권한을 부여하였다.³⁰⁾

미국 내에 입국하지 않은 비시민권자에게 사증을 거부하는 영사의 결정에 대해서는 행정적으로나 사법적으로 심사를 청구할 방법이 없다는 것이 일반적인 결정이다.³¹⁾ 그러나 여러 법원들이 사증거부사건에서 좁은 범위지만 심사의 근거가 있다고 주장하였다.³²⁾

그러나 사증을 받았다고 해서 미국의 영토에 입국허가가 반드시 보장되는 것은 아니다. 미국의 국경 또는 입국항에 있는 CBP의 입국심사관이('inspector'라고 불림) 영사의 결정에 동의하지 않고 입국거부결정을 할 수 있기 때문이다. 비시민권자이 망명신청을 할 의사를 보인다면, 입국심사관은 그를 위해 신뢰할 만한 공포가 있는지를 결정하기 위해 그를 붙잡을 것이다. 또는 입국심사고나온 비시민권자에게 입국허가신청을 철회할 기회를 주거나, 비시민권자이 허위 정보를 제공하는 경우에는 그를 “긴급추방(expedited removal)”할 수도 있다. 입

30) HSA§428(e)

31) *Li Hing of Hong Kong, Inc. v. Levin* (9th Cir. 1986); *Ventura-Escamilla v. INS* (9th Cir. 1981)

32) *Abourezk v. Reagan* (D.C. Cir. 1986) 판결이나 (원고는 행정절차법(APA) 하에서 행정청의 사증거부결정에 대해 사법심사를 받을 권리가 있다. 왜냐하면 “의회가 그와 반대되는 의사를 가지고 있다는 명백하고 확실한 증거”가 없기 때문이다), *Allende v. Schultz* (D. Mass. 1985) (칠레의 강연자에 대해 사증을 거부한 것이 그들의 수정 1조 언론 및 결사의 자유를 침해하였다고 주장하는 미국 시민들은 사법심사를 받을 권리가 있다. 왜냐하면 비록 심사범위는 매우 제한될 수 밖에 없지만 사법심사를 하는 것이 미국 시민의 기본권과 관련되는 사건에서는 특히 적절하기 때문이다)

국장에서 이러한 결정을 하는 것을 피하기 위해서 국경수비대는 비시민권자에 대해 그 출발지 또는 공해 상에서 조사할 수 있고, 이를 “예비심사(preinspection)” 또는 “입국저지(interdiction)”라고 한다.

국무부의 역할은 사증발급 외에도 있다. 국무부는 미국 국외에 있는 자가 스스로 미국 시민이라고 주장할 때 ‘시민권(citizenship)’ 문제에 관한 대사관의 결정을 감독한다. 난민(refugee)과 망명(asylum)요청에 대한 자문의견도 받으며, 미국 정부와 외국 정부간의 관계에 영향을 미칠 수 있는 다른 문제에 관한 영사활동에 대해서도 감독한다.

(3) 법무부 (Department of Justice)

2003년까지 법무부는 대부분의 이민행정에 관한 책임을 담당하고 있었다. INS는 법무부 산하 기관으로서 이민과 시민권 관련 업무를 수행하였고, 이민법의 강제집행도 담당하였다. 현재는 이러한 기능은 국토안보부에 이관된 상태이다. 그러나 법무부는 Executive Office for Immigration Review에 대한 권한을 보유하고 있다. Executive Office for Immigration Review(EOIR)은 이민법원(immigration courts)과 이민항소위원회(Board of Immigration Appeals)로 구성된다. EOIR은 행정기관이며, 헌법 제1조 또는 제3조에 근거한 법원이 아니다.

1) 이민법원 (Immigration Courts)

이민판사는 1차적으로 강제출국청문회를 주재한다. 이들은 또한 INA §246 하의 지위조정취소절차, 비이민학생의 학교출석승인철회청문회 관련규정에 근거해 국내에 체류강제명령을 받은 외국인이 제기한 이의심판절차 등에도 관여한다. 이민판사가 내린 결정은 이민불복심사위원회(Board of Immigration Appeals)에 불복심사가 신청되지 않는 한 최종적인 것이다.

II. 연방정부의 이민관련권한의 체계

1983년까지 이민판사는 INS에 소속된 일원이었다. 이 판사들은 이민국 상급공무원(senior officers)으로서 그들의 법집행책임을 수행하는 동시에 청문절차를 개최하였다. 법집행책임을 진 판사의 중립성에 관한 우려에 근거하여 이러한 청문절차에 대해 헌법상 적정절차(Due Process)에 근거한 소송이 제기되었다. 1950년에 연방대법원은 행정절차법(APA)에 의하면 이민판사와 이민법집행공무원의 기능분리가 요구된다고 판결하였다.³³⁾ 그 이후 얼마 지나지 않아 연방의회는 이민사건결정(immigration adjudication)에 관해 APA의 기능분리원칙(separation-of-functions)의 적용을 면제하는 법률을 통과시켰다. INA 하에서는 의회는 다시 이민판사는 또는 법집행관으로서의 업무를 수행할 수 있다고 명시적으로 규정하였다. 그러나 이 법률은 이민판사가 자신이 이전에 기소자(prosecutor) 또는 조사자(investigator)로서 참여했던 사건에 대해서는 판사로서 개입하는 것을 금지하였다.³⁴⁾ 연방대법원은 이 새로 제정된 규정 하에서는 적정절차가 위반되지 않는다고 하였다.³⁵⁾

적정절차에 관한 주장은 받아들여지지 않은 반면, INS 내에서 전문성에 대한 욕구와 더 예측가능하고 합리적인 재판에 대한 필요성이 변화를 초래하였다. 1956년부터 INS는 이민판사들에게 법학학위를 가질 것을 요구하였다. 1962년에 INS는 정부측 사건을 변호하기 위한 송무담당변호사를 직원으로 고용하기 시작하였다. 이것은 송무담당변호사 또는 다른 INS 직원이 거의 모든 입국거부 또는 추방절차에 나타나는 것이 표준적인 관행이 되었다.

1983년 법무부는 이민판사를 INS에서 분리하여 이들을 법무부 부장관(Associate Attorney General)의 직접 감독 하에 두었는데, 이들은 새로 창설된 이민불복심사국(Executive Office for Immigration Review)에

33) Wong Yang Sung v. McGrath (Sup. Ct. 1950)

34) INA§242(b)

35) Marcello v. Bonds (Sup. Ct. 1955)

소속되었다. 국토안보법은 2002년에 EOIR을 법무부장관의 직접 통제 하에 두었다.³⁶⁾

2) 이민불복심사위원회 (Board of Immigration Appeals, BIA)

이민법원과 달리, 이민불복심사위원회는 INS에 속한 적이 한번도 없었으며, 항상 법무부 장관에 직접 책임을 지도록 하였다. 사실상 BIA은 INA에 의해 창설된 것이 아니라, 법무부 장관이 공포한 규칙에 의해 창설된 것이었다. 수년 동안 BIA는 5인의 검찰총장이 임명한 종신직위원으로 구성되었다. 1990년대에 그 업무가 증가하자, BIA는 23명까지 위원이 늘어났다. 수년 동안 위원회는 모든 사건을 3인으로 구성된 패널에서 심리하였다. 사건이 심각하게 적체되자, 1999년 규칙으로 일정한 상황에서는 단독으로 이민판사의 결정을 인용하는 결정을 할 수 있도록 하였다. BIA의 정비를 위해 제정된 2002년 규칙에 의해 위원은 11인으로 줄어들고, 거의 모든 사건에 대해 단독으로 심사하도록 되었다. 또한 그 사건이 8 C.F.R.§1003.1(a)(7)에 열거된 지침에 부합되는 사건이라고 결정하면, 위원이 단독으로 의견(이유)을 적시하지 않고 그 결정을 인용할 수 있도록 하였다. 이유를 적시하지 않고 인용할 수 있도록 한 것은 연방사법체계에 문제를 초래하여왔다. 왜냐하면 BIA의 결정 이후에 계속 불복하는 사건이 훨씬 더 증가하였고, 연방법원은 그 결정의 근거를 결정하는데 어려움이 있기 때문이다. 3인 패널에 의한 심사는 복잡하거나 새로운 법적 문제를 제기하는 사건에 대해서만 적용된다. 전원합의체(En banc)심사는 특히 중요한 사건에 대해 적용된다.

위원회에 대한 대부분의 불복제기는 이민법원의 추방결정에 관한 것이다. 위원회는 또한 이민법원의 다른 결정, 예컨대 보석금, 가석방, 또는 비시민권자의 억류(detention); 운송업자에 대한 벌금과 제재금 부

36) HSA §1102

II. 연방정부의 이민관련권한의 체계

과; 지위조정에 대한 취소 등에 관한 결정에 대한 불복도 심사한다. 위원회는 또한 가족 관계에 기초하여 이루어진 이민사증신청에 대한 결정을 포함하여 일정한 이민관련 행정결정에 대해서도 심사한다. 검찰총장은 위원회의 일정한 결정에 대해 심사할 수 있다.

CIS의 행정불복청(Administrative Appeals Office)도 이민판사의 결정에 대한 불복을 심사할 제한된 권한을 가지고 있다. 그러므로 관련규정을 확인하여 BIA 또는 AAO 중 어느 기관에게 불복을 해야 하는지를 결정해야 한다.³⁷⁾

3) 기타 기관

Immigration Reform and Control Act of 1986 (IRCA)의 통과로 고용차별을 관장하는 2개의 기관이 법무부에 신설되었다. 하나는 행정청문관국(Office of Chief Administrative Hearing Officer(OCAHO))로서, 고용주의 법위반행위에 대한 주장 - 특히 취업허가를 받지 않은 비시민권자를 고용한 경우 또는 국적 또는 시민권의 지위에 기초한 고용차별에 관한 사건을 심사한다. 두 번째 기관은 이민관련부당노동행위특별검사국(Office of Special Counsel for Immigration-Related Unfair Employment Practices)로서 IRCA의 고용주제재규정하의 사건을 조사하고 책임을 묻는 권한을 가진다.

(4) 노동부

미국의 고용주로부터 계속적 고용에 관한 청약에 기초하여 미국으로 이민을 희망하는 비시민권자의 대부분은 먼저 노동부로부터 그 직을 자격과 의사가 있는 미국 근로자가 수행할 수 없으며, 그것이 미국의 임금이나 근로조건에 부정적인 영향을 미치지 않을 것이라는 증

37) 8 C.F.R. §§1003.1

명서를 얻어야 한다. 노동인증서제도(labor certification program)는 의회가 이민을 통제하는 목적 중 하나가 미국의 근로자들을 보호하기 위함임을 알려주는 예이다. 1990년 법 하에서, 노동인증서는 제2고용우선그룹(the second employment-related preference)(전문학위를 소지한 전문직 종사자, 또는 특별한 능력을 소유한 외국인)등도 문제가 된다. 제3우선 그룹(숙련근로자, 전문가, 기타 근로자), H-2비이민사증을 받는 경우에 요구된다. 노동부는 그 외국인이 고용될 자리에서 일할 자격과 의사가 있는 미국 근로자들이 충분하지 않으며, 외국인의 고용으로 인해 유사하게 고용된 미국 근로자들의 임금과 근로환경에 부정적 영향을 미치지 않을 것이라고 판단할 경우, 인증서를 발급할 것이다.³⁸⁾

노동부가 최종적으로 노동인증서를 발급할 권한을 가지지만, 그 직장이 위치하는 주의 노동관련행정청은 그 절차에 실질적으로 참여하게 된다. 주의 행정청은 그 일자리에 대한 그 지역의 현재 임금수준에 관해 1차 검토를 하고, 당해 관할지역 내에 동종 유형의 자리에서 일할 사람이 얼마나 되는지를 고려하며, 그 밖의 다른 요소들도 고려한다. 장래의 고용주는 직원채용절차에 대한 감독에 따라야 한다. 그 고용주는 그 일자리에 대해 광고를 해야 하는데, 이에는 임금과 근로시간 등을 포함한 상세한 일자리의 설명이 포함되어야 한다. 또한 1990년 법은 그 신청한 고용주가 당해 노동인증서의 신청사실을 노동조합(union)이나 교섭단체 대표(bargaining representatives)에게 통지할 의무를 부과하고 있다. 노동조합이 존재하지 않으면, 그 고용주는 작업장에 그 사실에 대한 알림장을 붙여야 한다. 행정청이 그 자리에서 일할 자격과 의사가 있는 미국의 근로자가 없으며, 그 외국인을 고용하는 것이 미국의 근로자에게 부정적인 영향을 미치지 않을 것이라고 판단하면, 노동인증서를 연방노동부의 지역사무소로 최종 검토를 위해 보낸다. 그 때 노동부는 그 인증서를 확인하여 모든 법령을

38) INA §212(a)(14)

II. 연방정부의 이민관련권한의 체계

충족하는지 검토한다. 일단 모든 관련규저에 부합되면, 노동부는 인증서를 발급한다. 노동인증서를 발급거부하는 것은 당해 일자리에 통상 요구되지 않는 요건, 부당한 채용절차, 또는 채용을 희망한 미국 근로자에 대한 고용주의 심사에 있어서의 신의칙에 반하는 행위(bad faith) 등 다양한 이유에 근거한다. 이 거부에 대해서는 장래의 고용주는 해외노동자인증불복심사위원회(Board of Alien Labor Certification Appeals (BALCA)에 불복할 수 있는데, 이 불복절차는 장기화될 수도 있다.

(5) 보건복지부 (Department of Health and Human Services)

보건복지부는 역시 이민법 행정에 역할을 한다. 보건복지부에 속한 공공보건서비스청(Public Health Service)는 해외에 있는 의사에 대한 인증업무를 하고, 다양한 CIS 구역에서 영주를 허가하기 전에 의료검사를 한다. 이 의사들은 개인의 신체적·정신적 조건이 입국거부조건에 해당하는지 여부를 결정함으로써 이민절차에 중요한 역할을 한다.

4. 연방사법부의 권한

역사적으로 연방대법원은 이민법에 대해서는 개입하기를 매우 삼가왔지만, 아주 개입하지 않은 것은 아니다. 이 영역에서 구체적인 판결이 국제적인 문제를 일으킬 수 있다는 점 때문에 연방 사법부는 이에 대해 입법자의 결정을 자신의 결정으로 대체하는 것을 지극히 꺼려왔다. 연방사법기관이 개입하는 사안으로는 다음과 같은 유형이 있다.

첫째 입국거부처분에 관한 것으로, 국경 밖에 있는 비시민권자권자는 미국의 입국거부조치에 대해 다룰 수 있는 아무런 헌법적 권리도 갖지 않으며, 아무런 법적 근거도 없다. 이에 대해서 연방대법원이 이를 통치행위원칙(the political question doctrine)이 적용되어 사법심사가 완전히 배제되는 사안이라고 보고 있지는 않지만, 입법적 결정에 대

해 극도로 존중하는 태도를 보이므로 그 사법심사의 근거가 매우 좁아서 거의 존재하지 않는다고 보아야 할 정도이다.

둘째, 국내에 거주하는 외국인의 경우, 일정한 헌법적 권리를 갖는다. 그러나 이러한 헌법적 권리는 연방정부의 이민규제권한 행사와 경합할 때는 당사자를 거의 보호해 주지 못할 정도로 약한 권리이다. 강제출국절차(Deportation proceedings, 현재는 removal proceedings)는 절차적 적절절차(procedural Due Process)조항을 준수하여야 한다. 그러나 정부의 강제추방권한이 워낙 완전한 권한으로 뒷받침되고 있기 때문에 적절절차 규정을 근거로 그 합헌성을 부인하기는 매우 어렵다. 또한 강제추방은 형사벌이 아니므로, 추방명령은 행위 당시에는 적법하였던 행위를 사후적인 근거로 하더라도 소급효금지조항(ex post facto clause)을 위반한 것으로 다룰 수 없다.

셋째, 귀화(Naturalization)와 관련된 사안에 대해서는, 연방 헌법 수정14조는 시민권 취득의 근거를 출생과 귀화 단 2가지만 정하고 있으므로, 시민권은 당해 권한 및 법률에 의해서만 취득할 수 있다. 입국 거부와 강제추방(각각 exclusion과 deportation이라는 용어에서 현행법상으로는 inadmissibility와 removal로 변경되었다.)에 대해서와 마찬가지로, 연방대법원은 의회의 귀화 지침(naturalization guidelines)에 대해 존중한다.

마지막으로, 망명자의 경우인데, 연방대법원은 망명자비호(asylum)에 관한 쟁점에 대해서도 의회를 존중해 왔다. 미국이 난민지위에 관한 의정서(Protocol relating to the Status of Refugees)에 기해 부담하는 의무를 연방의회가 1980년 난민법(the Refugee Act of 1980)에서 정한 실제적·절차적 권리와 조화시키는 것이 문제가 되어왔다.

Ⅲ. 이민의 유형 및 실체적·절차적 요건

그 3가지 유형 중 하나에 해당할 경우이다 : (1) 통상 제한적인 목적으로, 제한된 기간 동안 입국허가를 신청하는 자(nonimmigrants), (2) 미국의 영구적 거주자가 되기를 희망하는 자 (“immigrants”), (3) 난민(refugees). 이민국적법(Immigration and Nationality Act)은 외국인이 미국에 입국허가될 수 있는 기준을 규정하고 있다. INA는 또한 별도의 입국허가거부(inadmissibility)의 기준, 입국허가된 외국인을 추방하는 근거와 함께 입국허가와 추방을 위한 관련절차에 대해서도 규정하고 있다.

미국 내에 입국하고자 하는 외국인은 영구 거주를 신청하는 것으로 추정되므로, 이들은 자신이 이민유형 중 하나에 해당하거나, 비이민희망자임을 보여야 한다.³⁹⁾ 영주를 희망하는 외국인들의 주된 유형은 가족초대형(family-sponsored), 고용기반형(employment-based), 다양성확보이민형(diversity immigrants), 난민(refugees)이다. 미국시민의 직근 친지(immediate relatives)(배우자, 부모 또는 자녀)인 외국인 이민자에 대해서는 수의 제한이 없다.⁴⁰⁾ 모든 다른 유형의 이민자에 대해서는 수적 제한이 적용된다.

영주권자가 되기 위해서는 신청인은 통상 그들이 미국 내에 무제한 거주할 의사를 가지고 있음을 보여야 한다. 수적 제한을 받는 유형의 이민자인 경우 국무부가 발급하는 사증번호를 취득해야 하며, 이를 위해서는 쿼터를 장기간 기다려야 할 수도 있다.

1. 이민의 유형

이민국적법 §201(a)에 따르면, “외국에서 태어난 외국인으로서 이민국적법 제201조(b)가 정하는 몇 가지 예외적인 경우를 제외하고는, 아

39) INA §101(a)(15)

40) INA§201(b)

III. 이민의 유형 및 실체적·절차적 요건

래와 같은 3가지 유형에 해당되는 경우만이 이민사증을 발급받거나 또는 영주를 목적으로 미국에 합법적으로 입국허가된 외국인으로서의 지위를 취득할 수 있다.” 다시 말해 그 3가지 유형은 곧 이민사증의 발급요건에 관한 것이자 그 이후에라도 미국에 영주하고자 하는 자로서 합법적인 입국을 할 수 있는 지위를 얻는 요건이라 하겠다.

(1) 수적 제한이 없는 이민 유형

1) 미국 시민의 직계 가족

외국인이 미국 시민의 자녀, 부모, 배우자인 외국인의 경우 미국 시민의 직계가족으로서 이민할 수 있다. 매년 이러한 자격으로 이민하는 자의 수에는 제한이 없으나, 이 수가 증가하면 다른 가족관계이민에 대한 연간 할당인원이 감소할 수 있다.⁴¹⁾

가. 자 녀

이 규정이 적용되는 미국 시민의 “자녀”라 함은 미혼이고 21세 미만이어야 한다. INA의 “자녀(child)”에는 생물학적 의미의 자녀는 물론이고 의붓자녀나 입양자녀를 포함한다.⁴²⁾ 자녀는 혼인관계에서 태어난 경우 직계가족의 지위를 얻게 되고, 혼외출생인 경우에는 생모를 통해서 또는 18세 전에 인지되거나(legitimized) 아버지가 사실상 부모-자녀관계를 가지고 있거나 가졌던 경우에는 생부를 통해서 영주권자가 될 수 있다. 이렇게 혼외자녀의 이민법상의 지위를 생부를 통해 주장하는지 생모를 통해 주장하는지에 따라 달리 취급한다. 이에 대해 연방대법원은 최근 시민권과 관련하여 유사한 사안에서 그러한 성차별이 합헌적이라고 판단하였다.⁴³⁾

41) INA §201(b)(c)

42) INA §101 (b)

43) *Nguyen v. INS* (Sup. Ct. 2001)

의붓자녀는 그 관계를 형성하게 된 혼인 시에 18세 미만이었던 경우에는 직계가족으로 인정된다.

이민국적법은 입양관계를 2가지 유형으로 구분한다. 첫째는, 그 자녀가 16세 미만인 시기에 해외에서 거주하면서 입양되어 양부모의 보호 하에 2년 이상 거주한 경우로서, 이들은 이민법상 ‘입양아(adopted)’이다. 둘째는 양 부모가 모두 사망 또는 실종되거나 자녀를 유기한 경우 또는 남아있는 부모가 그 자녀를 제대로 돌볼 수 없어서 서면으로 그 자녀를 이민 및 입양시키려는 의사를 취소할 수 없는 의사표시로 발표한 경우로서, 이러한 자녀들은 “고아(orphans)”라고 한다. 고아의 경우 직계가족으로 이민하기 위해서는 미국 시민과 그 배우자가 함께 또는 최소 25세 이상의 미혼 미국 시민에 의해 입양되었거나 또는 입양을 위해 미국으로 오고 있는 중이어야 한다. 입양된 아동은 그 거주요건이 충족되고 16세 이전에 입양절차가 완료되면, 연령에 관계없이 언제라도 이민을 할 수 있으나, 이에 비해 고아의 경우 16세 미만일 경우에만 이민절차를 개시할 수 있다.

국제입양법(Intercountry Adoption Act of 2000)은 헤이그 국제입양조약의 당사국에서 입양된 고아에 대해서만 적용되는 법이다. 이 협약은 부모와 자녀의 권리를 보호하고, 당해 입양이 아동의 이익을 최우선으로 하도록 조약 가입국 상호간에 입양이 이루어지는 경우 절차에 관해 정하고 있다. 협약가입국에서 입양을 하려면 먼저 미국 국무부와 상대국의 입양관할 중앙행정기관의 승인을 얻어야 한다.

나. 부모

최소 21세 이상의 시민인 자녀와 위에서 본 “자녀”의 정의에서 기술한 바와 같은 관계가 있으면 부모로 인정된다. 입양아 또는 고아가 미국 시민인 부모에 의해 입양된 후에 그의 친부모가 그 자녀의 시민권을 기초로 해서 이민법상 어떤 권리를 주장하는 것은 금지된다.⁴⁴⁾

44) INA § 101(b)(1)(E)-(G)

다. 배우자

미국 시민의 배우자로 이민하기 위해서는 그 비시민권자는 시민인 배우자와 “유효한 결혼관계가 실제로 존재”해야 한다. 결혼의 유효성은 일반적으로 혼인이 이루어진 국가의 법에 의해 결정된다.

이민국적법 “배우자”를 소극적인 방식, 즉 “배우자로 볼 수 없는 자”를 명시함으로써 정의하고 있다. 혼인관계는 그 결혼이 완성되었어야 하는 것이 아닌 한 당사자가 서로 실제로 참석하지 않은 상태에서 이루어진 어떤 혼인의식을 이유로 하는 배우자는 포함되지 않는다. 즉, 대리결혼은 허용되지 않는다. 근친상간, 일부다처제와 같이 공공정책, 공중보건 및 공중도덕에 반하는 결혼은 이민법상의 배우자관계로 인정될 수 없다. 제9순회 항소법원은 *Adams v. Howerton* (9th Cir. 1982) 판결에서 남성간 동성 배우자에 대해서 연방의회가 동성간 결혼을 이민국적법 §201(b)의 규정에 의한 배우자 지위를 부여할 의도는 없었다는 이유로 직계가족에 해당하지 않는다고 판단하였다.

이민법상 지위를 획득할 목적으로 한 위장결혼은 그러한 결혼이 혼인지에서 유효한 것인지 여부를 불문하고 이민법상 유효한 혼인관계로 보지 않는다. 이민행정청은 과거에는 당사자들이 혼인 당시에 공동생활을 할 의사가 없었거나, 이민법상 신청 시에 그 결혼이 “사실상 해소(factually dead)”된 것이나 마찬가지로인 경우에는 배우자의 이민신청을 기각하였다. 그러나 제9순회 항소법원은 *Dabaghian v. Civiletti* (9th Cir. 1979)판결에서 “결혼의 사실상 해소”라는 기준을 거부하면서, 그 결혼이 처음부터 위장결혼이 아니었다면 이후에 그 혼인이 법적으로 해소될 때까지는 이민법상 지위변동의 요건으로서의 결혼에 해당한다고 하였다. 그러므로 결혼 이후의 배우자와의 별거만으로는 배우자 지위에 기초한 이민사증신청이 단독거부사유가 될 수 없다. 이민과 관련된 결혼사기를 방지하기 위해 1986년 이민결혼사기개정법

(Immigration Marriage Fraud Amendments of 1986)이 제정되었다.

동법은 비시민권자인 배우자 및 그 자녀들이 미국 시민 또는 영주권자인 외국인과 “자격요건이 되는 결혼(qualifying marriage)”을 기초로 영주권을 취득하고자 할 때, 그 결혼이 2년이 경과하지 않은 경우에는 영주권 취득 전에 당해 결혼이 2년간 함께 거주할 것을 조건으로 한다. 그러한 조건부 지위에서 벗어나기 위해서는 그 부부는 그 조건부 지위가 인정되는 기간 만료 전 90일 이내에 조건해제신청을 하여야 한다. 이민행정관은 그 부부에 관한 서류를 기초로 조건을 해제하거나, 그 부부를 인터뷰하여 (a) “자격요건이 되는 결혼”이 외국인의 이민자로서의 입국허가를 얻기 위한 목적으로 이루어진 것이 아니거나; (b) 그 결혼이 배우자의 사망 이외의 다른 이유로 사법적으로 무효화되거나 종료되지 않았는지, 또는 (c) 그 외국인의 신청접수를 위해 변호사 비용 이외의 다른 수수료나 대가가 지불되지 않았는지를 확인한다.⁴⁵⁾ 조건부 주민자격의 조건해제신청 시 그 부부는 자신들의 결혼이 선의인 것을 입증할 증거(공동임차계약서, 재산의 공유, 공동계좌, 자녀의 출생증명서 등)을 제출하여야 한다. 그러나 그 조사의 핵심은 결혼 당시의 의도에 있으므로, 그러한 증거에도 불구하고 허위결혼이라는 판단이 가능하다. *Nikrodhanondha v. Reno*(7th Cir. 2000) 판결에서 제7순회 항소법원은 신청인 부부가 2명의 자녀를 슬하에 두고 있더라도 이들이 그들의 구애에 대해 상충되는 증언을 하며, 오직 3개월 밖에 함께 살지 않았으며, 별도의 계좌를 유지함을 이유로 이들의 결혼이 위장결혼이라고 판단하였다. 이민행정관이 위장결혼이 아니라고 판단하여 조건부 지위의 해제를 결정하면 합법적인 영주권자의 지위가 부여된다. 그러나 이민행정관이 위장결혼이라고 판단하면 그 조건부 주민의 지위는 종료되고, 비시민권자인 배우자와 자녀는 강제출국조치된다. 부부가 조건해제신청을 하지 않거나 인터뷰에

45) INA §216

Ⅲ. 이민의 유형 및 실체적·절차적 요건

출석하지 않으면, 이민행정청은 특정한 면제사유에 해당되지 않는 한 당해 비시민권자의 조건부주민지위를 종료시켜야 한다. 면제사유로는 이들이 강제출국되면 일반적인 강제출국자에 비해 그리고 조건부 주민의 지위를 부여받은 이후에 발생한 요인들에 의해 극도의 고통이 예견된다는 점이 해당된다.

(2) 수적 제한이 적용되는 이민 유형

1990년 법 제정이전에는, 이민자는 6개의 선호(preference) 유형과 1개의 비선호(nonpreference)유형으로 구분되었다. 이 중 비선호유형에 해당하는 외국인은 연간 이민 쿼터가 선호유형의 이민자들에 의해 다 채워지지 않은 경우에만 이민이 허용되었다. 1978년 이후로 쿼터는 계속 선호유형의 이민자들에 의해 채워졌기 때문에 1990년 법은 비선호유형을 아예 삭제하였다.⁴⁶⁾ 1990년 법은 가족초청형이민과 고용이민을 분리하고, 각각 새로운 유형을 창설하였다. 1990년 법이 제정된 후 (전세계에서 온) 이민의 수를 3년 동안 매년 700,000명으로 증가되었다가, 이 후 그 매년 675,000명으로 감소되었다.

이민하고자 하는 핵가족이 해체되는 것을 방지하고자, 가족초청형이민, 고용이민, 또는 다양성 이민자의 경우 그 배우자 또는 자녀가 달리 이민할 수 없으면, 이민자와 동일한 선호유형, 동일한 우선 순위로 입국허가된다. 이러한 파생적 지위를 얻기 위해서 그 배우자 또는 자녀가 주된 이민자와 동반하거나 곧 뒤따라 입국하여야 한다.⁴⁷⁾ 주된 이민자가 영주권을 취득한 후에 생긴 배우자나 자녀에 대해서는 이는 적용되지 않는다.

수적 제한이 있는 이민은 3가지 유형 - 가족초청이민(family-sponsored), 고용이민(employment-based), 다양성 이민(diversity immigrants) - 으로

46) 1990년 법 §162, INA §203을 개정함

47) INA §203(d)

구분된다.⁴⁸⁾ 국무부는 이 유형의 해당하는 사람에게는 연간 인원제한에 따라 사증번호(visa number)를 부여해 준다.

가족초청이민 및 고용이민의 경우 이와 별도로 국가별 인원제한도 적용된다. 1990년 법은 이 상한을 결정하기 위한 일련의 공식을 만들었다.⁴⁹⁾ 일반적으로 국가별 상한은 최소 25,000명이고, 직계 가족에 의한 이민은 이에 포함시키지 않는다. 2번째 선호유형에 해당하는 자들(영주권을 가진 외국인의 배우자 및 미성년 자녀)의 적체를 해소하기 위해(특히 멕시코의 경우), 1990년 법은 제2유형의 인원상한의 75%까지는 국가별 인원상한의 계산에서 제외하였다. 또한 고용이민의 쿼터가 각 사분기마다 그 유형에 대한 이민수요를 초과하는 경우 남은 수는 국가별 상한에 관계없이 배분될 수 있다.⁵⁰⁾

이러한 국가별 인원제한을 적용함에 있어서 원칙적으로 이민자들은 자신들이 출생한 국가의 할당인원에 포함된다. 이후에 출생국과 다른 국가의 국적을 취득한 경우에도 그러하다. 이 정책에 대한 한 가지 예외는 이민자의 동반가족인 배우자와 자녀가 이민자의 출생국가와 다른 국가에서 출생한 경우 그 결과로서 동반가족들이 사증번호를 받기 위해 이민자보다 더 오래 기다려야 할 경우이다. 이러한 상황에서 동반가족들은 주된 이민신청자의 출생국의 인원으로도 포함될 수 있다. 또 다른 예외는 미국에서 태어난 외교관의 자녀의 경우처럼 부모는 미국에서 출생하지도 거주하지도 않았으나 자녀가 미국에서 출생한 경우로서 이 경우 그 자녀는 부모의 국적국의 인원으로도 포함된다.⁵¹⁾

일반적으로 각 선호유형에 해당하는 이민자들은 신청이 접수된 순서로 사증번호를 발급받는다. 이민율이 높은 일부 국가의 경우 특정 선호유형에 해당하는 이민자가 너무 많아서 다른 유형에 속하는 이민

48) INA §201(a)

49) INA §202

50) INA §202(a)(5)

51) INA §202(b)

III. 이민의 유형 및 실체적·절차적 요건

자에게는 사증번호가 발급될 기회가 없어질 수 있다. 따라서 이민율이 높은 특정국가의 이민자가 선호유형별로 고루 분포될 수 있도록 국무장관은 사증번호 발급 시에 당해 국가의 각 선호유형별로 사증번호발급 비율을 미리 할당하여 둘 수 있다. 그 비율은 (국가별이 아닌) 전세계에서 오는 이민자들의 선호유형별 분포비율에 비례하도록 한다.

1) 선호유형 (Preference Categories)

가. 가족초청이민 (family-sponsored preference category)

1990년 법은 가족초청이민 유형에서 매년 최고 480,000명까지의 직계가족 및 기타 가족초청이민에 할당되도록 승인하였다. 이 중 위에서 본 바와 같이 미국 시민의 자녀, 부모, 배우자의 경우 수에 제한이 없다. 따라서 수가 제한되는 가족초청이민의 쿼터는 전체 가족초청이민의 상한이 480,000에서 그 직전 년도에 이민 온 직계가족의 수를 뺀 후 여기에 고용이민사증의 할당량 중 사용되지 않은 것을 더하는 방식으로 계산한다.⁵²⁾ 그러나 이러한 계산의 실제 결과에 관계없이 동 법은 가족초청이민 쿼터가 최소 226,000명은 되어야 한다고 규정한다. 그 자체로서 상한이 적용되지 않는 직계가족 이민자 수가 매우 많으므로 그 밖의 가족초청이민 쿼터가 이러한 法定최저한도를 넘는 일은 매우 드물며, 동시에 직계가족과 가족초청이민자의 수를 더하면 보통 480,000명을 초과하게 된다.

이 가족초청이민에는 다시 4가지 우선순위유형이 있다 :

- 제1순위 : 미국 시민의 미혼 자녀 - 23,400과 가족초청이민의 다른 유형에 해당하는 사증번호 중 사용되지 않은 수량의 합
- 제2순위 : 합법적인 영주권자인 외국인의 배우자, 아동자녀, 미혼 자녀 - 114,200인에 226,000을 초과하는 사증번호의 합.

52) INA §201(c)

아래 두 유형에 대해 별도의 상한이 적용된다:

- A. 배우자와 자녀 - 이 유형에 발급되는 사증번호 중 77% 또는 약 87,900
- B. 미혼 자녀 (최소 21세 이상) - 이 유형에 발급되는 사증번호 23% 또는 약 26,300
- 제3순위 : 미국 시민의 기혼 자녀 - 23,400과 위 제1,2 순위에 할당된 사증번호 중 사용되지 않은 부분의 합
- 제4순위 : 미국 시민의 형제자매로서, 그 시민이 최소 21세 이상인 경우 - 65,000과 제1,2,3 순위의 가족초청이민유형에 할당된 사증번호 중 사용되지 않은 부분의 합

이상에서 ‘아동자녀(children)’이란 21세 미만의 미혼 자녀를 가리키며, ‘미혼(unmarried)’이란 이민 시점의 상태를 의미하는 것이고 그 이전에 결혼 여부는 묻지 않는다.

나. 고용이민의 우선순위

1990년 법 하에서 고용이민의 수는 54,000에서 140,000에 가족초청 이민유형의 쿼터 중 남는 것을 더한 것으로 크게 증가하였다. 2000년 제정된 “21세기 미국경쟁력강화법 (American Competitiveness in the Twenty-First Century Act of 2000)” 은 1999년과 2000년에 사용되지 않은 고용이민의 사증번호를 고용이민에 재할당함으로써 이를 증가시켰다. 이렇게 재할당된 사증번호는 이것이 소진될 때까지 매년 고용이민의 우선순위유형 중 첫 3가지 유형의 쿼터에 합산될 것이었다.

고용이민에는 다음과 같은 5가지 우선순위유형이 있다 :

- 제1순위 : 우수 인력 - 전체 이민수의 28.6%에 제4,5순위 고용이민에 할당된 사증번호중 사용되지 않은 수를 합한 것. 우수 인력의 요건으로는 다음과 같은 것이 있다.

III. 이민의 유형 및 실제적·절차적 요건

A. 과학, 예술, 교육, 사업 및 체육 등에 특출난 능력을 가진 자 :
“특출난 능력(extraordinary ability)”라 함은 “그 분야의 최상위 그룹에 해당되는 소수 몇 %에 해당하는 자라고 할 수 있는 전문성”을 의미한다.

B. 뛰어난 교수 또는 연구원 :
“뛰어난(outstanding)”이라 함은 해당 분야에서 간행물이나 수상 기타 업적으로 국제적으로 인정되는 정도를 의미한다.

C. 다국적 기업의 대표 또는 임원 :
미국에 지점을 가진 기업의 해외지사에 관리직에 최소 1년 이상 고용되었던 경력이 있어야 한다.

이 중 A유형은 이민자 자신이 직접 신청할 수 있으나, B와 C 유형은 고용주의 후원이 필요하다.

- 제2순위 : 고등교육학위(advanced degrees)를 가진 전문가 또는 과학, 예술, 사업에 우수한 능력(exceptional ability)을 가진 자. - 전체 이민수의 28.6%에 제1순위 고용이민에 할당된 사증번호중 사용되지 않은 수를 합한 것.

“고등교육학위”라 함은 학사학위 이상의 학술학위 또는 전문학위를 의한다. 학사학위를 취득한 후 5년간의 연속되는 업무경력(progressive work experience)은 석사학위로 대체평가될 수 있다. 그러나 그 이민자가 종사하는 직종이 통상 박사학위를 요구하는 경우에는 박사학위를 취득하여야 한다. “우수한 능력(exceptional ability)”라 함은 예술, 과학, 사업 등의 분야에서 통상 볼 수 있는 것보다 상당히 높은 정도의 전문성을 의미한다. 학위 또는 특정한 직업에 종수할 수 있는 면허 등의 소지 자체로만은 여기에 해당될 충분한 증거가 되지 못한다.

이 순위에 해당되는 비시민권자의 경우에는 이민 신청 시에 대부분 고용 제안을 받았다는 증거가 있어야 한다. 그러나 그 이민자의 고용이 국익에 필요한 경우는 이 요건은 면제될 수 있다. 예컨대 의료인

력이 부족한 경우 최소 5년 이상 일하겠다고 약속한 의사들은 연방 또는 주정부에서 그들의 인력이 공익상 필요하다라는 점을 증명해 주면 이 요건이 면제된다.

- 제3순위 : 공급이 부족한 숙련노동자, 학사학위소지 전문가, 기타 공급이 부족한 노동자 - 전체 이민수의 28.6%에 제1, 2순위 고용이민에 할당된 사증번호중 사용되지 않은 수를 합한 것. 기타 노동자로는 매년 최대 10,000명이 허용된다.

제2순위와 제3순위에 사용된 전문가(professionals)라 함은 건축가, 엔지니어, 법률가, 내과의, 외과의, 교사 등을 포함한다. 또한 최소한 학사학위를 요하는 다른 직업의 근로자들은 역시 전문가로 간주된다. “숙련 노동자”라 함은 최소 2년 이상의 훈련이나 경험이 있어야 수행할 수 있는 직업을 말한다.

- 제4순위 : 일부 특별 이민자 - 전체 이민수의 7.1% (현재 10,000명).
이에는 종교적 성직자, 과거 미국 정부, 국제기구에 고용되었던 자, 미국 법원이나 주행정청에 의존하고 있는 청소년 등이 포함된다.

- 제5순위 : 고용창출 - 전체 이민수의 7.1% (현재 10,000명)

미국에서 새로운 기업에 투자함으로써 적어도 10개 이상의 고용을 창출할 투자자들이 이 유형에 해당된다. 투자 최소한도액은 1,000,000달러이고, 농촌지역이나 실업율이 높은 지역에 투자할 경우 500,000달러까지 감액된다. 그 기업이 실업율이 낮은 지역에 투자할 경우 CIS는 투자금액의 하한을 3백만 달러까지 높일 수 있다. 사기를 방지하기 위해 투자자들은 2년 동안은 조건부영주권만을 받을 수 있으며, 그 이후에 CIS는 다시 그 투자에 대해 심사한다.

고용창출이민유형이 1990년에 신설된 이후 한 번도 동유형의 이민자수가 매년의 상한까지 미친 적이 없다. 1997년에 약 1,400명이 가장 많았던 해였다. 그 해 12월 사기행위에 대한 우려로 INS는 이 유형

III. 이민의 유형 및 실체적·절차적 요건

의 이민신청절차를 잠정적으로 중단하였다. INS는 이민자에게 조건부 영주권을 받는 기간 동안에는 최소한의 투자금액만 지급하도록 하고 조건이 해제되면 나머지 금액을 지급하도록 하는 파트너십 형태의 회사에 대해 특히 사기의 가능성을 우려했다. 이러한 파트너십 중 일부는 이민자에게 투자에 대해 수익을 보장하거나 그 나머지 금액의 지급일이 되면 즉시 그 이민자의 주식을 환매해주는 방식을 제공하였다. INS는 1998년 중반에 그 요건을 명확히 하는 4개의 행정결정 (administrative decisions)을 발하면서⁵³⁾ 절차를 재개하였다. 이 결정 중에는 그러한 투자는 어느 정도의 위험을 내포하고 있어야 한다고 함으로써 위와 같은 수익보장이나 주식환매조건을 배제하였고, 이민자는 포괄적인 사업계획을 가지고 있어야 하고, 그 자금에 대한 문서를 작성하도록 하였다.

다. 다양성 이민 (Diversity Immigrants)

1990년 법은 이전 이민국적법에 있다가 폐지된 비선호유형이 의도 하였던 탄력성을 회복하는 동시에 이민이 현저히 줄어든 국가 - 대부분이 유럽국가 -로부터의 이민을 회복하려는 의도로, 일종의 추첨제 (lottery)를 이용하는 영구적인 다양성 이민제도를 신설하였다. 이는 1995년부터 시행되었고, 현재 DC-1 프로그램으로 알려져 있다. 이 프로그램에서는 지난 5년간의 이민율을 기초로 복잡한 공식을 통해 “저이민국(low-admission)”과 “고이민국(high-admission)”을 구분한다. 고이민국 국민들은 추첨 대상이 될 수 없다. 저이민국(현재는 유럽과 아프리카) 또다른 공식에 의해 “저이민지역”과 “고이민지역”을 구분하는데, 저이민지역에 있는 국가 국민들은 고이민지역 국가들에 비해 다양성 이민의 쿼터를 더 많이 할당받는다. 여기에 응모하기 위해서는 최소 고등학교교육을 이수하였거나 또는 적어도 2년 이상의 훈련이나

53) In re Hsiung(BIA 1998); In re Ho (BIA 1998); In re Soffici (BIA 198); In re Izummi (BIA 1998)

경험을 요하는 직업에 2년 이상 일한 경력이 있어야 한다. 당첨자는 그 해 접수된 신청자들 중 무작위로 정해지며, 그 해 말까지 이민지위를 얻어야 한다. 모든 당첨자가 이민신청절차를 마칠 수 있는 것은 아니라는 전제하에 국무부는 연간 55,000명 이상을 추천한다.

2. 이민의 절차

(1) 사전절차 : 초청신청과 승인, 부양선서

가족초청이민 및 고용이민의 경우 가장 처음의 절차는 먼저 이민당사자를 위한 이민허가신청서(petition)를 제출하여 CIS의 승인을 받아야 한다.⁵⁴⁾ 직계가족 및 가족초청이민의 경우에는 그 자격요건 상 이민자의 가족임을 주장하는 미국 시민 또는 영주외국인이 서식(Form) I-130을 이용하여 신청하여야 한다. 고용이민의 경우에는 그 이민자를 고용하고자 하는 자가 신청하여야 한다. 그러나 어떤 상황에서는 이민자가 직접 신청을 할 수도 있다.

모든 이민허가신청은 선서를 하고 이루어져야 하며, 입증책임은 항상 신청자에게 있다.⁵⁵⁾ 신청은 언제든지 자발적으로 철회될 수 있다. 영주권 신청에 대한 최종 결정이 이루어지기 전에 일방 당사자 중 1인의 지위가 변경된 경우, 즉, 사망, 이혼 또는 고용제외의 철회 등의 사유가 있는 경우 신청의 승인은 취소될 수 있다.

가. 가족초청이민신청

가족초청이민신청절차는 초청하고자 하는 가족 - 미국 시민 또는 영주권자 -이 자신의 주거지역에 대해 관할권을 갖는 지역이민사무국 (Regional Processing Center)에 이민허가신청서를 제출함으로써 개시된

54) INA §§203(f), 204

55) INA §204(a)(1); INA §291

III. 이민의 유형 및 실제적·절차적 요건

다. 외국에 사는 초청자는 외국에 있는 CIS 사무소나 영사에게 이를 제출한다. 자신의 시민 또는 영주권자로서의 지위를 증명하는 서류와 가족관계를 증명하는 서류를 제출하여야 한다. 1986년 Immigration Fraud Amendments 는 과거의 위장결혼을 통해 이익을 얻을 수 없도록 이전 배우자와 결혼을 통해 이민을 온 영주권자는 영주권을 취득한 후 5년 간 새로운 비시민권자 배우자를 위하여 이민허가신청을 하는 것을 금지하였다. 다만 이러한 조건은 이전의 배우자가 사망했거나 그 영주권자가 이전의 결혼이 위장결혼이 아니었음을 입증하는 경우에는 적용되지 않는다.⁵⁶⁾ 년간 허용되는 이민자의 수를 제한하는 선호유형에 속하는 이민자가 동반하는 배우자와 자녀는 이민자와 같은 유형에 해당되므로 초청자는 이들 가족을 위해 하나의 이민허가신청을 접수하면 된다.

나. 고용이민신청

“특출난 능력”을 가진 자 또는 제4,5순위에 해당하는 고용이민신청자는 스스로 이민허가신청을 할 수 있다. 나머지 고용이민의 경우에는 고용주가 당해 이민자가 고용될 지역을 관할하는 지역이민사무국에 이민허가신청을 해야 한다.

제2,3순위 유형의 이민자를 위한 신청에는 당해 이민자가 국익에 도움이 되는 경우 또는 별표 A(Schedule A, 사전에 확실한 인력 공급 부족이 있는 영역)에 해당되는 직업으로서 면제대상자가 아닌 한 노동이민인증서를 첨부해야 한다. 제2순위 유형의 경우 이민자의 자격요건을 증명할 서류를 포함해야 한다.

노동부는 아래와 같은 요건이 충족되어야 노동이민인증서를 발급한다.

(a) 이민자가 고용되는 지역에 충분히 자격을 갖춘 근로자를 고용할 수 없다. 그리고, (b) 당해 이민자의 고용으로 인해 유사하게 고용된

56) INA §204(a)(2)

미국 근로자의 임금 또는 근무환경에 부정적인 효과를 미치지 않는다.⁵⁷⁾ 고용주는 노동부를 대신하는 주정부의 지방고용사무국(local state job service office)에 고용하고자 하는 이민자의 인적 사항 및 자격, 당해 일자리의 특성 및 임금 등을 포함한 서식 (Form) ETA-750를 제출하여 노동이민인증서를 신청한다. 이와 함께 고용주는 미국인 근로자를 고용하려고 노력하였으나 실패하였음을 문서로서 보여야 한다. 통상 고용주는 당해 지역 내의 일반 공중 및 다른 피고용인에게 그 일자리를 광고했어야 하고, 그 광고에는 이민자에게 제공되는 것과 유사한 수준의 임금과 고용조건을 제시하였어야 한다.

신청을 받은 고용사무국(Employment Services)에서는 그 일자리가 적절한 임금수준으로 제안되었는지 확인하고, 그 고용정보시스템에 30일 동안 그러한 일자리가 있음을 알려야 한다. 이러한 노력에도 불구하고 자격있는 미국 근로자를 제공하는 데 실패하면, 지방고용사무국은 그 신청서를 노동부 지역사무국(Regional Office of the Department of Labor) 의 인증담당관에게 보내 최종 결정을 하도록 한다. 노동인증서를 발급하기로 결정하면, 관인을 찍어 이를 고용주에게 다시 보낸다. CIS는 노동부의 노동이민인증서를 받은 경우에도 고용주의 이민허가신청서를 심사하여 고용주 또는 이민자의 사기 또는 허위진술, 이민자의 당해 직업에의 부적격, 고용주의 임금지불능력 등을 이유로 허가를 거부할 수 있다.

고용사무국의 인증담당관은 그 고용주의 신청이 요건에 부합하지 않는다고 판단하는 경우, 거부처분에 대한 사전통지(Notice of Findings)를 보낸다. 그러면 사업주는 35일간 그 요건을 충족하거나 그 거부결정의 근거를 다투는 서면이의신청의 기회를 갖는다. 고용주가 제 시간에 이의신청을 하지 못하거나 요건을 충족하지 못하면, 인증을 거부하는 최종결정(Final Determination)을 발한다. 고용주는 그 거부처분

57) INA §212(a)(5)

III. 이민의 유형 및 실체적·절차적 요건

에 대해 Board of Alien Labor Certification Appeals 에 심사를 청구할 수 있는데 이는 장기간이 소요될 수도 있다. 행정불복에 성공하지 못하면 연방지방법원에서 APA 에 근거하여 사법심사를 청구할 수 있다.

이민신청자인 비시민권자이 자영업자이거나 고용주의 신청서류가 그 일자리가 모든 자격있는 미국 근로자에게 열려 있었으며 여전히 열려 있음을 입증하지 못하면 노동인증은 거부될 것이다. Hall v. McLaughlin(D.C.Cir. 1989) 판결에서 미국 항소법원은 그 이민자와 회사가 분리불가능하며 그 이민이 필수불가결하다면 양자 사이에는 진정한 고용관계가 있다 할 수 없다고 하였다. 이러한 판단을 위해 법원은 두 가지 부분으로 구성된 기준을 적용하였다. 첫째, 법원은 그 고용관계 등이 “위장”인지, 그 기업이 그 이민자가 노동인증을 취득하는 것을 유일한 목적으로 하여 설립된 것은 아닌지를 고려하였다. 둘째, 법원은 “불가분성” 문제를 고려하였다: “그 기업이 합법적으로 설립되었지만 그 외국인의 개인적인 기여에 과도하게 의존하여 그가 없이는 운영을 계속하는 것이 불가능할 것으로 보이는가 하는 점이다. 법원은 판단하기를 그 이민자가 그 기업과 분리불가능하다면 그 기업은 미국 노동자를 채용할 것을 진정으로 고려하지 않을 것이라고 판결하였다.

고용주가 노동인증을 구하는 직은 그 성질상 영구(정규)직(permanent) 이라야 한다. 그러나 제2, 3 유형에 해당하는 이민자들이 이후에 직장을 변경하여 미국 노동자들과 경쟁하지 않는다는 보장이 없다. Yui Sing Tse v. INS (9th Cir. 1979)판결에서는 이민자가 결국에는 직업을 바꿀 의사가 있다는 증거에도 불구하고 노동인증의 발급이 위법하지 않다고 하였다. 21세기 미국 경쟁력 강화에 관한 법률에서는 이민자들이 고용이민신청의 승인을 기다리는 동안 그들이 이미 미국에 있고, 신청이 180일 이상 결정이 나지 않은 상태로 계속 중이고, 새로운 직장이 같은 또는 유사한 직업군에 속하는 경우, 영주권자로 지위변경을 하기 위해 직장을 변경하는 것을 허용한다.

다. 이민희망자의 직접 신청

대부분의 경우 초청인이 필요하지만, 아래와 같은 경우에는 이민희망자가 직접 이민허가신청서를 제출할 수 있다.⁵⁸⁾

- 1순위 고용이민 중 탁월한 능력을 가진 자
- 2순위 고용이민 중 국익을 위한 요건면제자
- 특별 이민자 및 투자자
- 다양성확보를 위한 추첨제도 신청자
- 미국 시민의 미망인
- 일정한 아시아-미국인의 혼혈 아동
- 미국 시민 또는 영주권자가 유기한 배우자 또는 아동

라. 부양서약서 (Affidavit of Support)

모든 가족초청이민의 경우 그리고 일부 고용이민의 경우 이민자들은 자신들이 공적 부담이 되지 않을 것이라는 증거로 초청인으로부터 부양서약서를 얻도록 하고 있다.⁵⁹⁾ 초청인은 이 서약서에 서명함으로써 당해 이민자가 미국에서 40 사분기(통상 10년)간 일할 때까지, 또는 그 수혜자가 미국 시민권을 취득할 때까지 필요한 경우 그 이민자를 재정적으로 지원하기로 하는 계약을 미국 정부와 체결하는 것이다.⁶⁰⁾ 그러한 초청인은 미국에 주소를 가진 자라야 하고, 연방빈곤가이드라인의 최소 125%에 해당하는 소득이 있는 자라야 한다. 그 소득 기준은 초청인 또는 이민자가 상당한 자산이 있음을 증명함으로써 충족될 수도 있다. 상당한 자산이라 함은 초청인의 월급료와 요구되는 소득수준 사이의 차액의 5배에 해당되는 것이면 된다.) 초청인이 이

58) INA §§204(a)(1), 204(f)

59) INA §212(a)(4)

60) INA §213A

Ⅲ. 이민의 유형 및 실제적·절차적 요건

소득기준을 만족시키지 못할 경우, 충분한 소득을 가진 공동초청인을 추가할 수도 있다.

마. 순위일 (Priority Dates)

이민허가신청이 승인되면, 그 신청이 접수된 날이 그 사람의 순위일(priority date)이 된다. 노동이민승인서가 필요한 고용이민의 경우에는 노동이민승인신청서가 노동부에 접수된 날이 순위일이 된다.

가족초청이민이나 고용이민의 경우 이민자의 순위일 및 출신국에 따라 시간순으로 사증번호가 발급된다. 이민자가 속하는 유형에 따라 즉시 이민이 가능할 수도 있고 자기 순위일까지 차례가 돌아올 때까지 10년 이상 기다려야 할 수도 있다.

신청인은 이후에 혼인상 지위가 변경되거나 21세가 되거나 초청인이 국적을 취득하는 등의 사정변경으로 자신이 해당하는 선호유형이 변경되더라도 그 순위일을 유지한다. 이 규칙으로 인해 이민신청이 계류 중에 사후적으로 더 불리한 유형에 해당하는 것으로 변경되는 이민자를 보호해야 할 필요가 발생한다. 연방의회는 2002년 아동지위보호법(Child Status Protection Act)를 제정하여, 미국 시민의 아동자녀가 이민허가신청의 처리를 기다리는 중에 결혼하거나 21세가 된 경우에도 이들은 동일한 직계가족선호유형에 그대로 남아있도록 하였다.

(2) 국외에서의 이민절차

국외에서 거주하는 이민희망자로서는 이민허가승인이 있을 후 실제 이민신청절차가 시작된다고 할 수 있다. 대부분의 경우 뉴햄프셔주에 있는 국립사증센터(National Visa Center)에서 초청인 또는 이민희망자가 직접 제출한 이민허가신청서를 심사한 후, 관련 서류들을 미국 영사관으로 보낸다.

이민허가신청이 승인되고 사증번호가 즉시 발급되면, 국립사증센터는 그 이민신청자에게 안내문을 보내고 그 신청에 대해 처리할 영사관에 이를 통보한다. 신청인의 순위일이 아직 순서가 돌아오지 않아서 사증번호 발급이 지연되는 경우 국립사증센터는 신청인에게 대기자명단에 이름이 올랐음을 통보해 준다. 사증번호가 발급되면, 신청인은 국립사증센터에 자신의 인적 사항을 밝히는 양식(Form DS230 Part I)을 수수료와 함께 보낸다. 동시에 신청인의 초청인은 부양서약서(Affidavit of Support)를 작성하여 이를 국립사증센터에 보낸다. 그 다음에 신청인은 출생증명서, 혼인증명서, 신청인이 16세 이후 1년 이상 거주한 국가로부터 받은 경찰기록(police clearance)⁶¹⁾, 교정시설 또는 군복무 기록 등을 준비하여, 이 서류들을 영사와의 인터뷰 시에 제시한다.

국립사증센터에서 인적사항 및 부양서약서를 검토한 후에 그 신청인의 파일을 담당 영사관으로 송부한다. 그러면 담당 영사관은 당해 이민자와의 인터뷰 일정을 정하고, 이민자에게 의료검진을 받고 최종적인 인적사항서(Form DS-230)를 작성하도록 한다. 인터뷰 전에 이민자는 영사가 지정한 의사로부터 의료검진을 받아야 하며, 그 비용은 스스로 부담하여야 한다. 영사는 제출된 서류를 검토하고 범죄경력을 조사하며, 개인적인 면담을 하며, 모든 사항이 문제가 없으면 그 신청자에게 선서를 하고 정식신청서에 서명하게 한다.

다음으로 영사는 신청에 대해 결정을 한다. 신청인의 자격여부를 결정할 권한은 전적으로 영사에게 속한다.⁶²⁾ 영사관의 총영사는 모든 이민신청의 거부처분에 대해서 재검토해야 하지만, 그 이후에 아무런 공식적인 재심사 절차가 존재하지 않는다. 영사관은 신청인에게 그 거부의 근거 법령을 고지해 주어야 한다. 국무장관은 또한 그 거부처분을 심사할 수 있지만, 법해석에 관한 쟁점 이외의 사항에 대한 국

61) 범죄경력 등의 조회를 위한 것으로 보임.

62) INA §104(a), 221(a)

무장관의 의견은 자문적 의견에 불과하다.⁶³⁾ 신청인은 1년동안 그 거부사유를 극복할 수 있는 기회를 가지며, 그렇지 않으면 전체 신청절차가 새로이 시작되어야 한다. 자격요건을 증명할 입증책임은 항상 신청인에게 있다.

(3) 사증 발급과 입국허가

신청자에게 이민사증의 발급 여부를 결정하는 권한은 영사의 전속적 권한이다.⁶⁴⁾ 그 사증을 받은 자는 이민자로서 입국할 수 있고, 6개월 동안 유효하며, 그 이후 유효기간의 연장은 허용되지 않는다. 다만 이민자 수의 상한이 없는 유형에 속하는 이민자의 경우에는 자신들이 책임질 수 없는 사유로 6개월 동안 미국으로 여행하는 것이 불가능하고, 여전히 당해 사증을 받을 자격이 유지되고 있다면 새로운 이민사증이 발급될 수 있다. 이민자 수의 상한이 있는 유형에 속하는 이민자도 6개월 동안 미국으로 가는 것이 불가능한 경우 원래 사증을 발급받은 해와 같은 해라면 대체사증(replacement visa)을 발급받을 수 있다.

일단 이민자가 미국 영토에 도착하면, 국경에서 이민행정관이 이민자의 영주 자격을 간단히 심사한다. 조사를 하는 이민행정청 직원이 그 이민자에 대해 입국불허사유를 발견하면, 사증에도 불구하고 그 이민자의 강제출국절차를 개시할 수 있다,⁶⁵⁾ 입국허가가 결정되면, 그 사증은 입국허가의 영구적인 기록으로 CIS에 의해 보관된다.⁶⁶⁾ 대신 이민자는 ‘그린카드 (green card, 원래의 공식명칭은 Form I-551)’를 발급받고 영주외국인이 된다. Form I-551은 매 10년마다 갱신되어야 한다.

63) 22C.F.R.§42.81(d)

64) INA §101(a)(16); 이민사증에는 영사의 승인을 나타내는 Form OF-155A, 신청인이 완성한 Form OF-230, 신청인의 신원, 유형 및 자격조건을 결정하는데 필요한 모든 서류들로 구성되어 있다.

65) INA §221(h)

66) INS §221(e)

(4) 국내체류외국인을 위한 영주권 발급 절차

이민을 희망하는 자들은 통상 이민사증을 발급받은 후 입국하게 된다. 그러나 많은 경우 비이민사증으로 미국에 입국한 후 미국 내에서 영주권자로 지위의 변경(adjust status to permanent residence)을 신청하는 경우도 있다. 최근에는 이러한 지위변경을 통해 영주권을 얻는 경우가 연간 전체 영주권취득자의 50%에 이른다. 지위변경은 일반적으로 미국에 합법적으로 입국하여 합법적인 비이민자의 지위를 유지한 자만이 이용할 수 있다.⁶⁷⁾

국내에 있는 외국인에게도 국외에 있는 외국인에 대한 것과 그 기본적인 절차는 동일하다. 인원의 상한이 있는 유형에 속하는 자는 이미 미국에 와 있음에도 불구하고 사증번호를 부여받아야 한다. 그러나 이민사증을 받을 필요는 없다. 왜냐하면 이들은 전체이민쿼터(worldwide immigration quotas)에 포함되기 때문이다. 그러나 지위변경신청처리절차는 통상 영사의 이민신청처리절차보다 상당히 더 긴 시간이 걸린다.

2000년에 제정된 Legal Immigration Family Equity (Life) Act 에 의하면 일정 가족초청이민자들이 이민신청에 대한 심사 중에 미국에 입국하거나 계속 머물르는 것을 허용함으로써 까다로운 입국허가기준으로 인한 어려움을 경감해주는 것이 가능하게 되었다. 동법은 미국 시민의 배우자 및 그들의 동반자녀들이 이민신청을 접수하기 전후로 K 비이민사증을 발급받아 미국에 입국할 수 있도록 하였다. 이민사증처리절차보다 K 사증을 받은 것이 일반적으로 훨씬 빠르므로 많은 이민자들이 K 사증을 발급받아 미국에 입국하여 영주권으로 변경하고 있다. 동법은 2000.12.21 이전에 신청을 한 영주권자의 배우자 및 자녀들이

67) 다만 INA §245(i) 에 의하면, 입국심사를 거치지 않고 입국한 자 또는 지위가 만료된 자에게 1,000달러의 벌금을 내고 지위변경신청을 할 수 있도록 하고 있다.

Ⅲ. 이민의 유형 및 실체적·절차적 요건

최소 3년 이상 사증번호 발급을 기다리고 있었던 경우에는 V 비이민 사증(V nonimmigrant visa)를 발급받아 날짜가 결정될 때까지 취업도 할 수 있도록 하였다.

IV. 비이민 방문자 및 임시취업자 (Nonimmigrant Visitors and Temporary Workers)

미국으로 들어오는 사람들 중에 비이민자가 가장 많은 비율을 차지한다. 특히 관광객과 임시 출장자가 압도적인 다수를 차지한다.⁶⁸⁾ 비이민자의 지위는 23개의 유형에 의해 결정된다.⁶⁹⁾ 이 유형에 따라 비이민자가 미국에서 할 수 있는 행위와 할 수 없는 행위가 결정된다.⁷⁰⁾

대부분의 비이민자들은 입국하기 위해 사증이 필요하다. 사증은 국토안보부와 국무부에서 발한 규정에 따라 국무부에서 발급된다. 사증을 발급받은 자는 명시된 기간 내에 미국에 입국하여 특정된 지위를 취득할 권한을 부여받는 것이다. 그러나 사증 자체가 입국허가를 보장하는 것은 아니다. 입국장에서 이민심사관이 당해 사증이 발급요건에 부합되지 않는다고 판단하면 입국허가를 거부할 권한이 있기 때문이다. 국토안보부는 비이민자가 일단 입국한 후에도 그 체류기간을 통제할 수 있다.

1. 비이민 방문자의 유형

이민국적법 제101조는 동법에서 사용되는 용어들을 정의하고 있는데, 동조 (a)(15)는 “이민자(immigrant)”의 정의에 대해 “다음 각 호의 비이민자인 외국인 중 하나에 해당하는 외국인을 제외한 모든 외국인을 의미한다”고 하고 있다. 이는 곧 기본적으로 동조에서 특정하고 있

68) 2001년 11월 11일 이후 2003년에는 비이민자인 방문자가 2003년에 27,849,443명으로 이는 줄었으나 장기적으로는 그 수가 증가했다. 2000년의 3360만명에 비하면 감소한 것이지만, 장기적으로 보면 1998년의 2480만명, 1990년의 1750만명, 그리고 1985년의 660만명에 비교하면 계속 증가하는 추세라고 하겠다.

69)실질적으로는 24개의 그룹인데 그 나머지 하나는 NATO 직원들이다

70) INA §101(a)(15), 8C.F.R.§214.2

IV. 비이민 방문자 및 임시취업자 (NonimmigrantVisitors and Temporary Workers)

는 비이민자 유형에 해당하지 않는 외국인은 이민자로 본다는 의미로 해석할 수 있다.⁷¹⁾

동조에서 열거하고 있는 비이민외국인의 유형은 다음과 같다. 아래에서는 동조에서 사용하는 번호를 그대로 사용하기로 한다.

(A) 외교관 및 기타 공관 직원과 동반가족 등 : A-1 사증은 대사, 장관, 외교관, 영사 및 그 가족들에게, A-2 사증은 다른 외국정부의 주재관과 그 가족들에게, 그리고 마지막으로 A-3 사증은 개인적인 고용원 및 수행원에게 주어진다. A-1, A-2 사증 소지자들은 미국 국무장관이 그들의 신분을 인정하는 한 보장된다. A-3의 유효기간은 3년이며 2년 이하로 연장 가능하다. A-1,2 소지자의 가족은 상호주의에 의해 그 본국이 같은 조건의 미국인에게도 취업을 허가하는 한 미국에서 일할 권리를 갖는다.

(B) 임시 방문자 : 관광객들에게 B-2가 주어지며 이들이 비 이민자의 대부분을 이룬다. B-1는 해외 출장자들에게 주어지며 이들이 그 다음으로 수적으로 우세하다. B-1, B-2는 6개월 동안 체류가 가능하며 6개월 연장 가능하다.

이 두 카테고리는 다른 카테고리에 속하지 않는 사람들에게 주어진다. 예를 들어 관광객을 포함해 B-2는 F-1의 학교를 찾는 유망한 학생과 의료관련 입국자들에게 주어진다. B-1은 소지자의 배우자 외에 다른 카테고리에 속하는 입국자와 함께 살 사람들에게도 주어진다. 그러나 이 사증 소지자는 어떠한 노동도 허락되지 않는다.

B-1은 특정 일(business)을 감독하는 것은 허락하나 그 일(employment)에 직접 참가하는 것은 허락하지 않는다. 여기서 말하는 business란 집회 참여, 상담 참여 등이다. B-1의 3가지 자격규정 조건으로는 첫째, 해외출장자들은 해외에 거주지를 갖고 있어야 하며 둘째, 미국 밖에

71) 8U.S.C.A.§1101 (a)(15)

서 이익을 내야하며 셋째, 방문은 짧아야 한다. 방문자가 비즈니스나 고용되기 위해 오는 것 같다는 의심이 들면 CBP는 그의 B-1사증에 의한 방문을 금지 할 것이다.

대부분의 임시 방문자들은 B-1,2 사증과 여권을 소지해야 한다. 방문자는 국무부에 계획된 방문의 기간이 끝나면 미국을 떠날 것과 그때 다른 나라로 입국할 수 있는 허가가 있다는 것과 체류할 충분한 돈이 있다는 것을 보여야 한다.

소수의 방문자들은 사증을 받지 않아도 된다. 캐나다 국적의 소유자들은 미국에 가기 위해 여권이나 사증이 필요하지 않다. 멕시코 사람들은 10년 동안 유효한 카드(BCC-1998년에 개편되었으며 오래된 카드는 2002년 일자로 없어졌다)가 있어서 미국 입국 시 여권이 필요하지 않다. BCC를 소지하고 있는 멕시코 인들은 국경에서 25마일 이내에 72시간 동안의 체류 시 아무런 서류가 필요하지 않지만 25마일 밖으로 나가거나 더 오래 체류하기 위해선 I-94가 필요 하다.

사증면제 프로그램(Visa Waiver Program, 1986년에 처음 시행되었으며 2000년 이후로는 확립됨)은 특정 나라의 관광객이나 해외 출장자들은 미국에 사증 없이 입국하는 것을 허락했다. 1999년에는 임시 방문자의 절반이 이 프로그램에 의해 입국했다. 그 프로그램에 의하면 방문자들에게 90일 이내의 체류기간이 주어지며 이민자로 신분을 바꾸거나 비이민자의 23개의 카테고리로 들어가는 것을 금한다.

(C) 통과하는 외국인(Visitors in Transit) : 즉각적이고 계속적인 방식으로 미국을 통과하는 외국인(alien) 또는 UN 본부협약(Headquarters Agreement with the United Nations) 제11조에 근거하여 UN 본부구역에의 출입을 위해 통과할 자격을 부여받은 외국인이 여기에 해당된다.

(D) 승무원 : 선박 또는 항공기에서 서비스에 종사하는 자로서 외국인인 자를 말한다.

IV. 비이민 방문자 및 임시취업자 (NonimmigrantVisitors and Temporary Workers)

(E) 조약의 적용을 받는 무역업자 및 투자자 : 미국과 외국 사이의 통상항해조약에 따라 미국에 입국할 자격이 있는 당해 외국인으로서 미국과 당해 국가사이에 실질적인 무역을 하거나 본인이 투자한 기업의 운영을 감독하거나 미국에서 특별한 직업에 종사하는 것을 전적인 목적으로 방문한 자 및 그 동반가족을 말한다.

(F) 학생 : 외국에 주거지를 가진 외국인으로서 그 주거를 포기할 의사가 없고, 미국에서 일시적으로 입국하여 전적으로 기존의 교육기관에서 교육받는 것을 목적으로 입국하고자 하는 자 및 그 동반가족을 말한다.

(G) 국제기구의 대표 : 국제기구면책법(International Organizations Immunities Act (59Stat.669) 하의 국제기구로서 면책특권을 가진 국제기구의 외국 대표 및 그 동반가족을 말한다.

(H) 임시근로자 : 미국에서 특별한 직업에 종사하기 위해 임시로 오는 경우, 외국에 주거를 가지고 이를 포기할 의사가 없이 농업노동을 하기 위해 임시로 오는 자 및 연수생 및 그 동반가족을 말한다.

(I) 외국 언론 대표 : 외국 언론, 라디오, 필름, 기타 외국정보매체 등의 실질적인 대표자로서 오로지 그 직업적 목적을 위해서 방문하는 자 또는 그 동반가족을 말한다.

(J) 교환프로그램 방문자 : 외국에 주거를 가지고, 이를 포기할 의사가 없는 외국인으로서, 전문적인 지식 또는 기술 분야의 학생, 학자, 훈령생, 교사, 교수, 연구원, 전문가, 또는 지도자로서 미국 정보청장(Director of the United States Information Agency)에 의해 지정된 프로그램에서 교육을 하거나 받기 위해 오는 자 및 그 동반가족을 말한다.

(K) 미국 시민의 약혼자 또는 배우자 (와 그들의 자녀) : 미국 시민

의 약혼자로서 오직 초청인(미국 시민)과 입국허가 후 90일 이내에 유효한 혼인을 하기 위한 목적으로 입국하는 자 또는 이미 미국 시민과 유효한 혼인을 한 자로서 이민비자를 신청하고 그 발급을 기다리고 있는 자 또는 그 자의 미성년 자녀를 말한다.

(L) 회사간 거래자 : 사증신청일로부터 3년 이내에 기업 또는 기타 법인에 1년 이상 계속적으로 고용되어 있는 상태로서 동일한 고용주에게 관리 또는 경영서비스 또는 특별한 지식을 필요로 하는 서비스를 제공하기 위해 일시 입국하고자 하는 자 또는 그 동반가족을 말한다.

(M) 非학술교육기관의 학생 : 외국에 주거를 가지고 이를 포기할 의사가 없는 외국인으로서, 오직 미국의 직업교육기관 또는 기타 인정된 비학술교육기관에서 교육을 받을 목적으로 미국에 일시적으로 입국하고자 하는 자와 그 동반가족을 말한다. 이 때 그러한 기관은 이민신청자가 특정하여야 하고, 법무장관이 교육부장관과 협의하여 승인한 기관으로서, 이러한 기관은 법무장관에게 각 비이민-비학술 학생의 출석 종료를 보고하기로 동의하여야 하고, 이를 신속히 보고하지 않는 경우에는 그 승인은 취소된다.

(N) 특별이민자의 부모와 자녀 : 특별이민자의 지위가 부여되는 외국인이 미성년 아동인 경우 그 부모 및 반대로 특별이민자인 부모의 미성년자녀

(O) 특별한 능력을 가진 외국인 : 과학, 예술, 교육, 사업 또는 체육 등에서 특별한 능력을 가진 자로서 지속적인 국내 또는 구제의 인정을 받는 자 또는 외국에 주거를 가지고 이를 포기할 의사가 없는 외국인으로서 오직 특별한 행사에서 예술 또는 체육 공연을 함께 하거나 조력하기 위한 목적으로 일시 입국하는 자를 말한다.

IV. 비이민 방문자 및 임시취업자 (NonimmigrantVisitors and Temporary Workers)

(P) 예술가, 연예인과 운동선수 : 외국에 주거를 가지고 이를 포기할 의사가 없는 외국인으로서 미국에 공연을 위해 일시 입국하고자 하는 자 등을 말한다.

(Q) 문화교류프로그램의 참여자 : 외국에 주거를 가지고 이를 포기할 의사가 없는 외국인으로서, 당해 외국인의 국적국의 역사, 문화, 전통의 교육, 고용 및 공유를 목적으로 하는 국제문화교류프로그램으로서 국토안전부장관이 승인한 프로그램의 참석자로서 미국에 일시 입국하고자 하는 자를 말한다.

(R) 종교 관련 종사자 : 사증 신청 직전 2년간 미국 내에 진정한 비영리 종료단체가 있는 종파의 구성원이었던 외국인으로서 종교에 관련된 일에 종사하려는 목적으로 5년 이하의 기간동안 미국에 입국하고자 하는 자를 말한다.

(S)증인과 정보원 : 법무부장관이 범죄단체나 범죄기업에 관한 중요하고 신빙성있는 정보를 소지하고 있고, 그러한 정부를 연방 또는 주의 사법기관에 제공할 예정인 외국인으로서 법무부장관이 그가 미국에 입국하는 것이 당해 범죄수사 또는 범죄조직에 관련된 개인의 기소에 필수적이라고 판단하는 경우 그 외국인을 말한다.

(T) 인신매매의 희생자 : 국토안보부 장관 또는 법무부장관이 가혹한 형태의 인신매매의 희생자로서 그러한 인신매매의 결과 미국에 체류 중이며, 연방, 주, 지방정부의 인신매매행위 관련 범죄행위의 조사·기소에 대한 합리적인 조력 요청에 응해주었거나 18세 전이며, 그 외국인이 강제출국될 경우 극도의 고통을 겪을 것으로 판단되는 경우의 자를 말한다.

(U) 가정폭력 또는 범죄의 희생자 : 국토안보부 장관이 판단하기에

강간, 고문, 인신매매, 근친상간, 가정폭력, 성적 공격, 유괴, 매춘 등의 범죄행위의 희생자가 된 결과 실질적인 신체적, 정신적 학대를 겪고 있는 외국인 또는 그러한 범죄행위에 대한 정보를 가지고 있어서 사법당국에 협조할 수 있는 자 등을 말한다.

(V) 이민사증을 신청한 영주권자의 자녀인 외국인 : 이민국적법 §203(a)(2)(A)에 근거하여 영주권자의 자녀를 초청하기 위한 이민허가 신청이 3년 이상 계류중이거나 접수일로부터 3년 이상이 지나서야 승인된 경우 대기하고 있는 우선순위 신청자가 많아서 이민비자를 즉시 취득할 수 없거나 이민사증의 신청이 계류 중인 경우에 그 외국인을 말한다.

한편 비이민자의 경우 캐나다와 멕시코의 사업여행자 및 그 가족에 대해 특별 대우를 한다.

2. 비이민 사증 (nonimmigrant visa) 발급 절차

미국에 비이민자로서 입국하기 위해 사증을 발급받고자 하는 자는 원하는 특정 유형의 사증발급을 위한 특정절차를 이용하여야 한다. 이 절차들은 크게 3가지 유형으로 나뉜다. 2000년에 제정된 법률은 일정 유형의 고용이민허가신청을 위해 특별절차를 신설하였다.⁷²⁾ 수수료 1,000달러를 내면, CIS는 15일 이내에 사증신청에 대한 결정을 내려준다. 특별절차는 현재 E, H, L, O, P, Q-1, R-1 and TN 유형의 사증발급과 관련해서만 이용가능하다. 주된 이민자의 동반 배우자 또는 아동자녀에 대한 신청은 주된 비이민외국인의 신청과 동시에 이루어진 경우에는 추가 수수료없이도 신속처리된다.

72) INA §286(u)

(1) 신청 시에 아무런 사전 초청이나 승인이 필요없는 경우

위 유형 중 A, B, C, D, E, G, I 유형의 사증발급을 신청할 경우에 적용된다. 이 경우 신청인은 자신의 거주지역을 관할하는 미국 영사관에 Form DS-156을 제출한다. 안보상 목적으로 16-45세 사이의 모든 남성 신청자는 추가적인 정보를 Form DS-157로 제공해야 한다.⁷³⁾ 영사는 당해 영사관 관할 지역에 거주하지 않으나 현재 그 곳에 와있는 사람이 사증신청을 한 경우 그 사유를 조사하고 이를 접수할 재량권을 갖는다. 최근에는 대부분의 신청자에 대해 직접 면담이 의무화되어있다. 영사는 신청인이 미국에 입국하는 목적과 예정된 체류기간 이후에는 귀국할 의사임을 확인하기 위해 필요한 서류의 제출을 요청할 수 있다. 미국에서 본국으로 귀국할 의사는 본국에서의 직업, 주거, 가족 등과 같은 본국과의 연고를 증명함으로써 확인될 수 있다. 면담 후에 비이민외국인의 여권에 사증이 찍힘으로써 발급된다.

(2) 신청 시에 허가된 프로그램에 받아들여졌다는 증거가 필요한 경우

위 유형 중 F, J, M 유형의 사증 발급 시에 적용된다. 신청인은 학교 또는 해당 프로그램으로부터 입학허가양식을 제시하여야 한다. 학생사증(F 와 M 유형)의 경우 학생이 공부할 인증된 학교에 의해 SEVIS Form I-20가 제공된다. 교환학생의 경우 프로그램 스폰서가 제공하는 Form DS 2019를 제출하여야 한다. 영사가 판단하기에 신청인이 미국에 체류하는 동안의 비용을 충당한 충분한 자금이 있고, 본국으로 귀국할 예정이며, 필요한 영어의 언어능력이 있는 경우 사증이 발급된다.

73) 국무부와 U.S. ICE는 국가안보증진을 위해, form DS-157를 도입하였다.

(3) 비이민권자이 미국에 체류하는 근거를 제공하는 승인된 초청이 필요한 경우

위 유형 중 H, K, L, O, P, Q, R, V 유형의 사증 발급시에 적용된다. 신청인은 초청을 받아야 하고, 통상 이 초청에 대해서 CIS의 승인을 받아야 한다. 대부분의 경우 신청인의 장래 고용주 또는 프로그램 스폰서(Q 사증의 경우)가 초청신청을 한다. L 사증 신청자들의 고용주는 개별 초청이 아니라 포괄 초청을 신청할 수도 있다. K사증의 경우 신청자의 미국 내 약혼자가 초청을 신청한다. K-3사증과 V 사증의 경우 신청인은 그들을 위해 영주권자인 부모 또는 배우자의 초청신청이 접수되어야 한다. 일단 초청신청이 승인되면, 방문당사자가 입국사증을 신청한다. 영사가 근거서류를 조사하고 신청인이 자격조건에 부합한다고 판단하면 사증이 발급될 것이다.

그 밖에 S유형의 사증의 발급은 이를 요구하는 사법기관만이 신청할 수 있다. T 유형의 사증은 미국에 있는 비이민외국인이 신청할 수 있다.

모든 유형의 사증에 대해 영사가 신청인이 부적격자라고 판단하여 사증발급이 거부되면, 국무부장관은 그 결정이 사실에 대한 법적용의 문제인 한 영사의 결정을 변경할 수 없다.⁷⁴⁾ 일반적으로 사법심사의 대상이 아니지만, 몇몇 법원이 사증발급거부결정에 대해 좁은 범위지만 심사의 근거를 유보한 경우가 있다.

미국에 입국할 시에는 비이민사증을 가진 자는 모두 이민행정관에 의한 입국심사대상이 되고, 체류기간이 표시된 Form I-94를 받는다.

2001. 9.11 사건 이후 미국에 비이민외국인을 입국허가하고 모니터링하는 절차가 면밀히 검토되었다. 안보 위협에 대응하여 연방의회는

74) INA §§104A, 221(a)

IV. 비이민 방문자 및 임시취업자 (NonimmigrantVisitors and Temporary Workers)

비이민외국인에게 영향을 미치는 3가지 법률이 통과되었다. 미국수호법(USA Patriot Act, 115 Stat.272), 국경안보강화 및 사증입북개선법(Enhanced Border Security and Visa Entry Reform Act, 116 Stat. 543), 국토안보법(Homeland Security Act,116 Stat. 2135)이 그것이다. 이 법률들에 의해 취해진 조치로는 입국-출국 추적 시스템, 이민 데이터 시스템의 통합, 국무부가 2004. 10까지 오직 기계로 읽을 수 있는 사증만 발급할 의무, 사증면제프로그램 하에서 입국하고자 하는 자는 그 날까지 기계로 읽을 수 있는 여권을 소지하도록 하는 것, 국제 테러의 후원국으로 지정된 국가의 국민들이 사증발급을 신청한 경우 조사의 강화 등이 포함된다. 국토안보법은 U.S. ICE에 비이민사증에 관한 규정을 정립할 권한을 부여하고 있다. 국무부와 INS (현재는 ICE) 또한 안보를 위해 위에서 본 남성신청자에 대한 추가 정보를 요구하는 For DS-157을 신설하였을 뿐 아니라, 비이민자가 멕시코와 캐나다를 여행하면서 만료된 사증을 자동으로 갱신하는 것도 제한하였다.

2002년 9월에 시행된 규칙에 의하면, 일부 비이민자들은 국가안보출입국등록제도(National Security Entry-Exit Registration System(NSEERS))에 특별등록할 의무를 진다. 이들은 도착과 함께 지문을 채취당하고 사진을 찍혀야 하며, 사증의 조건을 준수한다는 사실을 보이기 위해 ICE 에 가서 서류를 제출해야 한다. 미국을 떠나고자 할 때에는 출국항의 국토안보부 직원에게 가서 보고해야 하며, 보고한 당일에 출국하여야 한다. 이러한 특별등록제도는 원래는 1986. 11. 15 이전에 출생한 남성 비이민자로서 25개의 지정된 국가 출신인 경우에만 적용되었으나, 150개국에서 온 거의 300,000 비이민자가 NSEERS에 등록한 것으로 나타났다.

3. 비이민유형의 변경

INA§248은 대부분의 비이민자가 합법적인 비이민자지위를 유지하는 한 유형을 변경하도록 하였다. 사증면제프로그램에 의해 입국허가를 받은 자와 C, D, K, S 사증을 발급받은 자, 그리고 2년간 해외거주요건이 적용되는 J-visa 취득자는 비이민유형간 변동이 금지된다.⁷⁵⁾ 유형을 변경하고자 하는 비이민자는 통상 CIS에 변경후 취득하고자 하는 유형에 부합되는 증거를 제출해야 한다. 새로운 지위가 고용주의 초청을 필요로 하면 고용주가 이를 제출할 수 있다.

그러나 비이민자가 미국에 도착한지 얼마되지 않아 유형의 변경을 시도하는 경우, 이민행정청은 이를 이민자가 입국허가를 받을 당시에 자신의 의사를 허위로 진수했다고 의심할 수 있다. 그러한 허위진술은 향후 입국불허사유가 될 수 있다. Lun Kwai Tsui v. Attorney General (D.D.C. 1978) 판결에서 법원은 원고가 관광객에서 학생으로 사증을 변경하려는 것은 입국 후의 일련의 상황진행으로 볼 때 그 신청자가 자신의 의사를 허위진술한 것으로 보이므로 이를 거부하는 것이 위법하지 않다고 판결하였다.

4. 비이민자의 이민자로서의 지위 변경

일반적으로 미국에 체류하는 모든 비이민자들은 그들의 지위를 영주권자로 변경해 줄 것을 청구할 수 있다. 승무원 사증(D visa), 2년의 거주요건이 적용되는 J 사증을 가진 자, 그리고 사증면제프로그램의 수혜자들은 예외이다.⁷⁶⁾ 미국 시민의 직계가족을 제외한 비이민자들은 입국 후에 불법취업을 하거나 이민법적 합법적 지위를 유지하지

75) INA § 248

76) INA § 245

IV. 비이민 방문자 및 임시취업자 (NonimmigrantVisitors and Temporary Workers)

못한 경우에는 영주권을 취득할 수 없다.

이민행정청은 통상 영주권 신청을 이민의사의 표현으로 보고, 이를 이유로 비이민자가 그 지위의 연장을 신청한 경우 이를 거부할 수 있다.

V. 입국불허(inadmissibility) 및 강제출국(removal)

미국에 입국하고자 하는 외국인은 이민우선순위유형 중 하나 또는 비이민유형에 해당하는 특정한 자격조건을 충족하여야 한다. 그러나 이 기준을 충족한다고 하더라도 일련의 “입국불허(inadmissibility)”사유 중 하나에 해당하는 경우에는 그 외국인은 입국허가를 거부당할 가능성이 있다. 더구나 합법적으로 미국에 입국한 외국인도 다수의 “강제출국(removal)” 사유 중 하나에 근거하여 강제출국조치를 당할 수 있다.

입국불허 또는 강제출국사유에 해당되는 경우에도 미국 내에 있는 대부분의 외국인은 “강제출국청문회(removal hearing)”를 거치기 위해 그 기간동안은 미국에 체류할 권리가 있다. 입국이 불가하다고 여겨지는 외국인이 미국에 입국을 시도하는 경우에는 신빙성있는 망명(asylum)사유가 있는 경우가 아니면 “신속추방(expedited removal)”의 대상이 되어 청문회 없이 추방될 수도 있다. 입국불허나 강제출국은 오직 외국인(비시민권자권자)에게만 적용된다. 미국 시민은 그 의사에 반하여 입국이 금지되거나 강제출국될 수 없다. 국적을 취득한 시민(naturalized citizen)에 대한 강제출국절차(removal proceedings)는 그의 미국 시민권을 박탈하는 국적박탈절차(denaturalization proceedings)가 완료된 이후에만 개시될 수 있다.

1. 입국불허

(1) ‘입국허가’의 의미

‘입국허가신청(seeking admission)’은 이민담당관(immigration officer)에 의한 조사 및 허가 후에 미국으로 합법적으로 입국하는 것(lawful

V. 입국불허(inadmissibility) 및 강제출국(removal)

entry into the U.S. after inspection and authorization by an immigration officer)을 말한다.⁷⁷⁾ 외국인이 미국으로 입국장(port of entry)에 도착한 경우, 그리고 미국에 이미 입국해 있는 경우에도 합법적으로 입국한 경우가 아닐 경우에는 입국허가신청자로서의 지위를 갖는다.⁷⁸⁾ 따라서 후자의 경우, 입국 시 조사를 회피했다든가 하는 사유가 있으면 입국거부될 수도 있는 것이다. 다만 실제로는 이러한 경우 법을 위반하여 미국 내에 체류하고 있었다는 이유로 강제출국되는 것으로 된다.⁷⁹⁾ 비이민자로서 체류하고 있던 외국인이 영주자로의 지위변경신청을 하는 경우에도 그 지위는 입국허가신청자로 되어서, 체류 중의 행위 등으로 인해 영주허가를 거부할 사유가 발생하였으면, 지위변경신청 시 강제출국처분을 받을 수 있다.⁸⁰⁾ 입국불허사유와 강제출국사유는 다르기 때문에, 동일인이 비이민자의 지위로 남아 있으면 강제출국조치를 할 수 없을 수도 있다.

입국허가는 또한 미국시민권을 신청(naturalization as U.S. citizens)한 자에게도 문제될 수 있다. 당해 신청인이 적법하게 영주를 허가받았을 것이 시민권부여의 한 요건이기 때문이다.⁸¹⁾ 미국시민권이민청(U.S. Citizenship and Immigration Services)이 시민권신청자가 영주권자가 된 시점에 입국불허사유가 있었다고 결정하면, 시민권부여를 거부할 수 있을 뿐만 아니라 강제출국절차를 개시할 수도 있다. 사인의 입국불허사유 또는 강제출국사유 등은 이러한 이민자의 지위를 신청하는 시점에 와서야 문제되는 경우가 많다.

외국인인 승무원(crew-members)과 인도주의적 이유로 미국 내에 임시입국허가(parole)를 받은 자는 비록 합법적으로 국내에 체류하고 있

77) INA §101(a)(13)

78) INA§235(a)

79) INA§237(a)(1)

80) INA §237(a)

81) INA§316

지만, 입국허가를 받은 것으로 되지는 않는다.⁸²⁾ 미국에 임시입국허가를 받은 외국인은 “임시입국외국인(arriving aliens)”으로 간주된다. 이러한 임시입국외국인은 경우에 따라 강제출국이 아니라 입국거부 대상이 될 수도 있는데, 그 차이는 IIRIRA에 의해 없어진 추방(deportation)과 입국거부(exclusion)의 차이점이 일부 남아있는 것이라 할 수 있다. 입국허가된 외국인에 대해 부여되는 몇 가지 헌법상 권리가 임시입국자에 대해서는 적용되지 않는다.

1) 입국허가(Admission) v. 입국(Entry)

1996년 IIRIRA 법 제정 전에는, 추방(removal)에 관한 개인의 지위를 결정하는 것은 ‘입국허가’가 아니라 ‘입국(entry)’이란 사실이었다. ‘입국’이란 제지를 받지 않고(free from restraint) 물리적으로 미국 영토 내로 건너오는 것을 의미한다. 입국심사를 받고 오는 경우는 물론 이를 피하고 오는 경우도 해당되었고, 다만 임시입국허가를 받고 입국한 경우는 포함되지 않았다. 이렇게 입국한 자에 대해서는 ‘추방청문(deportation hearing)’절차가 적용되는데 비하여, 미국에 아직 ‘입국’하지 않은 자에 대해서는 ‘입국거부(exclusion hearing)’ 청문이 적용되었다. 추방절차의 대상이 된 자에게는 입국거부청문절차의 경우보다 더 강한 절차적 보호가 이루어졌다. 그러나 ‘제지를 받지 않았는지’ 여부를 결정하는 것은 쉽지 않은 일이고, 또한 이로 인해 오히려 입국심사를 피하여 입국하는 것을 부추기는 결과가 되었으므로, IIRIRA법은 ‘입국’에서 ‘입국허가’로 초점을 변경하였고, 추방절차를 통합였다. 동법은 그러나 입국거부(exclusion → inadmissibility)사유와 강제출국(deportation → removal)사유의 구별은 유지하였다.

82) INA §101(a)(13)(B)

2) 영주권자의 재입국(Re-entry)

해외로 출국했던 영주권자가 재입국시에 입국불허사유의 적용을 받아야 하는지에 대해서는 수년동안 논란이 되어왔다. U.S. ex rel. Volpe v. Smith (Sup.Ct. 1933) 판결에서 연방대법원은 ‘입국’에는 외국인이 외국에서 와서 입국하는 것은 어떤 유형이든 모두 포함된다고 좁게 해석한 결과 미국에 합법적으로 입국하여 24년간 거주한 외국인이 쿠바에 잠시 방문한 후 귀국하는 시점에 입국불허처분을 받은 것을 인용하였다. Rosenberg v. Fleuti(Sup. Ct. 1963)판결에서는 이러한 엄격한 해석에서 벗어나, 이국인이 진정으로 미국을 떠날 의사가 없었거나 사실상 미국을 자발적으로 떠난 것이 아닌 경우에는 - after making a brief, innocent, and causal trip - 이를 ‘입국’이라 볼 수 없다고 하여, 영주권자의 경우 입국불허사유의 적용을 받지 않는다고 하였다.

‘입국허가’에 대한 새로운 정의를 하면서, BIA와 연방항소법원 판결에 의하면 IIRIRA 하에서는 영주권자는 아래와 같은 사유가 없는 한 입국불허사유의 적용을 받지 않는다고 하였다 :⁸³⁾

(1) 당해 외국인이 영주권자의 지위를 포기하거나; (2) 180일을 초과하여 계속하여 미국에 거주하지 않은 경우; (3) 미국에서 출국한 후 불법행위에 관여한 경우; (4) 강제출국 또는 범죄인인도절차가 진행 중에 미국을 떠난 경우; (5) 제212(a)(2)조에 명시된 범죄행위 또는 관련 법위반행위를 한 경우 (“도덕적으로 악한 행위”, 마약거래 또는 매춘 등 포함); (6) 지정된 입국장이 아닌 곳으로 입국하려고 시도하거나 또는 입국심사 후 입국허가가 거부되었던 경우

이러한 사유가 없으면 영주권자는 자동으로 입국허가가 되지만, 다른 한편 이러한 사유가 있으면 반드시 새로운 입국허가신청자와 같은

83) INA §101(a)(13)(C)

지위를 가지게 되는가? BIA와 연방법원은 그렇게 해석하는 것으로 보인다. 즉, BIA는 ‘입국허가’에 대한 새로운 정의가 이전의 Fleuti 판결의 법리를 완전히 대체하는 것이므로, 위의 사유가 있는 경우에는 해당인이 잠시동안 아무 생각없이 해외여행을 하고 온 경우에도 그는 입국심사를 다시 받아야 한다고 하였다. *Tineo v. Ashcroft* (3d. Cir. 2003)판결에서 연방항소법원의 판결도 같은 취지이다.

(2) 입국불허 사유

적어도 이론상으로는 이민법에 따르면, 미국에 입국허가를 희망하는 자에 대해 개인의 행위기준은 이미 정당한 입국허가를 받아 입국 후에 추방될 수 있는 위반행위를 한 자보다 더 높은 기준이 요구된다. 입국허가를 받아 정상적으로 미국에 거주하던 자는 직장, 가족, 친구 기타 국가와 더 중요한 관련성들을 맺고 있으므로, 그러한 관련성들은 매우 받아들이기 어려운 행위를 하였음을 입증하지 않고는 이를 중단시켜서는 안 된다. 입국허가를 신청한 자는 통상 그러한 관련성을 아직 맺고 있지 않으므로 보다 엄격한 요건의 적용을 받는다. 그러나 실제로는 추방사유 중 일부는, 특히 “가중된 중범죄(aggravated felony)” 사유 등은 입국거부사유보다 더 엄격하다. 미국에서 합법적으로 거주하는 외국인이 절대적인 입국거부사유가 되지 않는 비교적 경미한 범죄행위를 이유로 추방되는 것도 가능하다.

입국거부사유는 INA §212에 열거되어 있다. 외국인이 미국여행사증을 신청한 경우 영사는 통상 이 사유 중 하나가 적용되는지 심사하는데, 그렇다고 해도 이 사유 중 어디에도 해당하지 않는다는 영사의 판단이 최종적인 것은 아니다. 입국허가가 결정되는 것은 아니다. 이민국 직원은 외국인이 입국장에 도착한 때 입국허용 여부를 독자적으로 결정한다.

V. 입국불허(inadmissibility) 및 강제출국(removal)

1990년 법 이전에는 INA에 34가지의 입국거부사유가 열거되어 있었다. 1990년 버에서 과거에는 불필요하게 복잡한 유형체계라고 생각되었던 것을 개선하였다. 이전에는 “직업결인, 방랑자”, “동성애자” 등의 유형도 남아있었다. 1990년 법이 이러한 유형을 삭제하였다. 의회는 이 조문에 대해 2001년 USA Patriot Act에 의해 더 개선하여, 테러리즘에 관한 사유를 확대하고, 자금세탁에 관여한 자를 추가하였다. 제 212(a)조는 10가지의 일반적인 입국불허사유를 두고 있다.

다수의 입국불허사유는 개별 사안에서는 적용면제(waive)될 수 있다. 예컨대, INA §212(d)(3)은 국토안전부장관에게 비이민입국허가를 신청하는 자에 대하여 몇 가지 사유를 적용면제할 권한을 부여하고 있다.

다음에서 입국불허사유의 각각을 살펴본다.

1) 건강관련사유 (health-related grounds)

공중보건상 중요한 전파가능한 질병을 가진 자, 심신장애 및 그 심신장애와 관련하여 당해 외국인 또는 타인의 재산, 안전 또는 복지에 위협이 될 수 있는 행동을 하는 자는 입국거부될 수 있다. 마약중독이나 남용자, 특정한 예방접종을 했다는 것을 서류로 입증할 수 없는 경우에도 마찬가지이다.⁸⁴⁾

‘전파가능한 질병’에는 결핵, 한센병, 매독, 기타 흔치 않은 성행위로 전염되는 질병 및 HIV가 해당된다. 이 목록에 HIV를 넣는 것에 대해서는 논란이 있었다. INA§212(g)는 HIV를 포함하여 전파가능한 질병이 있는 자라 하여도 그가 미국 시민권자는 영주권자의 배우자, 부모, 미혼 자녀 또는 합법적으로 입양된 미성년의 미혼 입양아인 경우, 미국 시민 또는 영주권자인 배우자 또는 부모에 의해 확대받고 있다가 영주권을 취득한 자, 예방접종이 의학적으로 부적절하다는 의사의 확인이 있는 경우, 이민자가 종교적 이유로 예방접종을 거부하

⁸⁴⁾INA §212(a)(1)(A)

는 경우 또는 11세 이하의 아동이 입양된 경우 입양한 부모가 그 아동이 미국에서 예방접종을 할 것에 동의하는 경우 이 규정은 적용면제될 수 있다.

2) 범죄관련사유 (criminal and related grounds)

“도덕적 타락 범죄” 또는 통제되는 물질에 관한 범위반행위에 대해 유죄판결을 받았거나 유죄를 인정한 자, (2) 어떤 유형의 범죄이건 2건 이상에 대해 유죄판결을 받고, 총합 5년 이상의 금고형을 판결받은 자, (3) 통제되는 물질을 거래하거나 거래를 돕거나 또는 고의적으로 배우자 또는 부모의 거래행위로부터 수익을 얻은 경우, (4) 매춘 또는 상업화된 악행(commercialized vice)에 종사하기 위해 미국에 입국하는 경우, (5) 과거에 미국에서 중대한 범죄를 저지르고 이에 대한 기소를 면제받는 조건으로 미국을 떠난 경우, (6) 외국 정부의 관료로서 종교적 자유를 심각하게 위반하는 행위를 한 경우, (7) 직접 마약 거래에 종사하거나 고의적으로 배우자 또는 부모의 거래에서 이익을 얻은 경우, (8) 자금세탁에 종사하거나 자금세탁을 위해 미국에 오는 경우가 이에 해당된다.⁸⁵⁾

가. 도덕적 타락 범죄 (Crimes of Moral Turpitude)

1891년 이래 이민법에서 사용된 용어이지만, 이는 매우 정의하기 어려운 용어이다. 법률에서 정의되고 있지도 않다. 법원은 이를 통상 “비열함, 타락, 부패와 관련된 것으로 생각되는” 범죄를 의미하는 것으로, 그 판단에는 동 시대의 도덕적 기준도 고려되는 것이라고 하며, 이것이 위헌적일 정도로 모호한 규정에 해당하지는 않는다고 한다.⁸⁶⁾ 이에 해당하는 범죄로는 살인, 강간, 강도, 아동유괴, 故殺, 절도, 배우

85) INA §212(a)(2)

86) Jordan v. De George (Sup. Ct. 1951)

자학대, 부정수표유통과 같은 사기범 그리고 가중된 음주운전위반 등이 포함된다.⁸⁷⁾

어떤 범죄가 도덕적 타락 범죄에 해당하는지 여부를 판단하기 위해 법원은 그 개인에게 적용된 법률만을 고려할 수 있고, 그 자의 실제 행위는 고려할 수 없다. 그러나 §212(a)(2)는 입국허가신청자 이 범죄에 대해 유죄판결을 받을 것까지 요건으로 하지 않고, 이러한 범죄에 해당되는 행위를 하였다는 점을 시인하는 것만으로도 입국불허결정을 내릴 수 있다.

나. 범죄관련사유의 예외 및 적용면제

입국허가신청자가 위의 범죄를 18세 이전에 범했고, 금고형이 종료된 후 최소 5년이 경과한 경우, 또는 동 범죄에 대한 법정최고형이 1년 미만이고 그 자가 실제 6개월 이하의 형을 선고받은 경우는 이 입국불허사유가 적용되지 않는다.⁸⁸⁾ 2 이상의 범죄행위에 대해 도합 최소 5년 이상의 형을 선고받은 경우에는 입국이 불허된다.

또한 30g이하의 마리화나 소지 등 통제물질관련 범죄를 1회 저지른 경우 등 일부 범죄에 대해서는 (1) 그 범죄가 입국허가신청일 15년전보다 더 이전에 행해진 것이거나, 또는 매춘의 경우 그 행위자가 재활교육을 받은 경우에 그 면제가 국가안전에 반하지 않는 경우, (2) 당해인이 미국 시민 또는 영주권자의 배우자, 부모, 자녀 등이고 입국불허로 인해 당해 시민 또는 영주권자에게 극심한 고충(extreme hardship)을 겪게하는 경우 또는 (3) 당해인이 미국 시민 또는 영주권자인 배우자 또는 부모에게 학대받은 후에 영주권을 신청한 경우에는 입국불허사유의 적용을 면제받을 수 있다. 이러한 적용면제는 국토안전부 장관의 재량으로 부여되고, 그러한 적용면제에 관한 처분은 사법심사의 대상이 되지 않는다.

87) In re Torres-Varella, BIA2001

88) INA §212(a)(2)(A)

입국불허사유의 적용면제는 영주권자가 된 후 중범죄(aggravated felony)를 저지른 합법적인 영주권자, 미국에 계속 거주한 기간이 강제출국절차가 개시되기 전 7년 미만인 경우의 영주권자에게는 허용되지 않는다.⁸⁹⁾ 그 결과 ‘중범죄’를 저지고 미국을 떠난(강제출국절차에 의해서건 아니건) 영주권자는 입국허가가 거부될 것이지만, 유사한 상황에 처한 비이민자는 적용면제를 얻을 수도 있을 것이다. *Lara-Ruiz v. INS*(7th Cir. 2001)판결에서 항소법원은 이렇게 영주권자에게 더 불리한 취급을 하는 것이 평등권을 위반하지 않는다고 하면서, 그 이유로 의회는 범죄를 저지른 영주권자가 비이민자인 범죄자보다 사회에 더 큰 위협이 될 수 있다고 판단할 합리적인 근거가 있다고 하고 있다.

3) 안전 및 관련 사유

국가안보에 관한 입국불허사유는 역사적으로 미국에 대한 위협에 대한 대중의 공포를 반영하여왔다. McKinley 대통령의 암살 직후에 통과된 1903년 Immigration Act는 무정부주의자 또는 미국 정부의 강제전복을 옹호하는 자를 배제하였다. 1950년대에는 공산주의자와 다수의 다른 체제전복적인 조직의 구성원을 배제하는 규정이 신설되었다. 1990년대 이후에는 국가안보에 관한 1차적인 관심사는 테러리즘이다. 1990년 법은 테러공격을 하였다고 믿어지는 자 및 테러행위를 하기 위해서 미국에 입국허가를 신청하였다고 의심되는 자의 입국을 불허하였다. 1993년 World Trade Center 와 Oklahoma City bombing 이후 통과된 AEDPA와 IIRIRA는 국무장관이 지정한 테러조직의 모든 대표자들 또는 구성원들을 배제함으로써 테러리스트 관련 근거를 확장하였다. 가장 최근에는 2001. 9. 11 테러에 대응하여 통과된 USA Patriot Act는 테러조직의 정의를 더욱 넓히고, 테러리즘을 옹호하기 위해 의 지위를 이용하는 자나 테러조직을 지원하는 대표집단, 테러

⁸⁹⁾ INA§212(h)

V. 입국불허(inadmissibility) 및 강제출국(removal)

리즘과 관련된 사유로 입국불허될 수 있는 자의 배우자 또는 자녀로 확대하였다.⁹⁰⁾ 동법은 나아가 이민행정청으로 하여금 테러행위가 의심되는 외국인을 강제출국절차가 종료되거나 그러한 혐의가 근거없는 것으로 확인될 때까지 구금할 수 있는 권한을 부여하였다.⁹¹⁾

현재 그 사유는 (1) 과거, 현재 또는 장래에 테러행위에 관여하거나, (2) 테러집단, 또는 테러리즘을 옹호하는 집단의 공식적 대표 또는 대변인인 자, (3) 테러집단의 구성원, (4) 테러리즘을 옹호하거나 타인에게 이를 지지하도록 설득하기 위해 명망있는 지위를 이용하는 자 또는 (5) 테러리즘 관련 사유로 입국불허되는 자의 배우자 또는 자녀인 경우 그 배우자 또는 자녀가 그 테러 행위를 알지 못하거나 이를 부인하는 자가 아닌 경우가 포함된다.⁹²⁾ 또한 동법은 테러조직과 관련된 자로서 미국의 안녕, 안전 또는 안보를 위협하고자 하는 자를 배제한다.

가능한 테러리스트를 인식해 내기 위해, 미국 영사들은 사증을 발급하기 전에 대조명부에 사증신청자의 이름을 대조해 보도록 하고 있다 이에 해당되면 영사가 사증을 발급하기 전에 미국 국무부의 승인이 필요하다. 또한 테러지원국(쿠바, 리비아, 이란, 이라크, 북한, 수단, 시리아)으로 지정된 국가의 여권을 소지한 신청인은 국무장관의 승인을 받아야 한다.

테러리즘 관련 사유에 덧붙여, 간첩행위, 미국 정부에 대한 폭력적 저항, 또는 기타 불법행위를 하기 위해 미국에 입국하는 것으로 믿어지는 자, 미국에서의 활동이 외교정책에 반하는 것일 경우, 공산당 기타 전체주의적 정당의 구성원, 나찌 정부에 의해 자행된 학살 가담자 및 가혹행위를 도왔던 자도 입국불허사유에 포함된다.

외교정책에 관련된 근거 및 ‘체재전복적’인 조직의 구성원에 관한

90) INA §212(a)(3)

91) INA 236A

92) INA §212(a)(3)

사유는 여러 차례 사법심사의 대상이 되었다. 연방대법원은 외국인은 미국에 입국을 허가받을 헌법적 권리가 없으며, 미국 시민은 사상의 교환이 이루어지도록 외국인의 입국을 허락해야한다고 주장할 권리가 없다는 근거로 이 규정이 수정 헌법 제1조를 위반하지 않는다고 하였다.⁹³⁾ 이민문제에 대한 의회의 전권적 권한은 시민이 수정 1조하에서 정보를 획득할 시민의 권리를 넘을 수 있는 것이다. 다만 현행 INA에서는 외교정책적 근거는 과거의 믿음, 진술 또는 결사행위이 미국에서 합법적인 행위들이라면, 오직 그에 근거해서만 입국허가를 거부할 수는 없다.⁹⁴⁾

공산당 또는 기타 전체주의 정당의 구성원이라는 사유에 대해서는 그 가입이 자발적인 것이 아니었거나 전적으로 일자리, 식량배급 기타 생필품을 얻기 위해서였던 경우, 그 회원자격이 2년 이상 전에 종료되었거나, 그가 미국 시민 또는 영주권자의 가까운 친척으로서 가족의 유대를 확인하는 경우에는 적용면제될 수 있다.

4) 이민법 또는 절차의 위반

INA 212(a)의 입국불허사유 중 다수는 다른 이민법 및 절차의 집행과 관련된다. 비이민자의 지위가 만료한 후에 계속 체류하고 있는 자, 미국에서 강제출국되었던 자 등은 입국거부될 수 있다.

가. 불법입국자 및 이민법 위반자

입국허가 또는 임시입국허가를 받지 않고 미국에 입국했던 외국인, 지정된 입국장이 아닌 장소로 미국에 도착한 자는 입국이 불허된다.⁹⁵⁾ 이 사유는 현재 미국 내에 체류중인 자에 대해서만 적용된다. 이 경우 입국불허뿐만 아니라 불법입국에 대해 50-250 달러의 민사벌

93) *Kleindienst v. Mandel* (Sup. Ct. 1972)

94) INA §212(a)(3)

95) INA §212(a)(6)

V. 입국불허(inadmissibility) 및 강제출국(removal)

금이 부과된다. 이 경우 유일한 면제사유는 가정내 폭력의 희생자인 자가 그러한 학대행위와 불법입국 간의 관련성을 입증할 수 있는 자에 대해서는 이 입국불허사유가 적용면제된다.

다른 이민법 위반행위도 입국불허사유가 될 수 있다. 합리적인 이유 없이 강제출국절차에 참석하지 못한 상태로 쫓겨판정(in absentia)으로 강제출국명령을 받은 경우 그들의 출국 후 10년 도안 입국이 불허된다. 신청절차에서 사실에 대한 중요한 허위표시를 하였거나 이민의 지위 또는 기타 정부의 수혜를 얻기 위해 허위로 미국 시민권을 주장한 경우, 다른 외국인의 불법입국을 교사, 유인, 지원, 보조한 외국인, F-1 학생사증의 기간을 위반한 외국인도 입국불허사유에 해당된다. 다만, 학생사증 기간 위반자는 위반일로부터 계속 5년 이상 해외에 체류할 때까지 입국불허사유가 적용된다.

사증 또는 입국허가관련 허위정보제공의 경우에는 신청자의 입국불허가 미국인 또는 영주권자인 배우자 또는 부모에게 극심한 고통을 초래할 경우, 그리고 타인의 불법입국을 도운 경우에는 도운 자가 배우자, 부모, 자녀에 한하는 경우 귀국하는 영주권자이거나 영주권을 신청하는 외국인인 경우에는 적용면제의 대상이 된다.

나. 과거의 강제출국과 불법 체류

INA §212(a)(9) 는 영사관에서 사증을 신청하는 자 또는 입국장에서 입국허가를 신청하는 자에게 적용된다. 신속추방절차 후에 강제출국명령을 받은 외국인, 기타 추방절차를 거쳐 떠난 경우에는 각각 5년, 10년동안 입국이 불허된다.

1996년 이래로, 불법체류를 상당기간 동안 한 후에 미국을 떠난 자도 입국이 불허된다. IIRIRA 제정 전에는 INS가 강제출국절차를 개시하기 전에 출국한 자의 경우 새로 사증을 신청하면 다시 얻을 수 있었다. IIRIRA는 이러한 관행을 끝내고자, 180일 이상 1년 미만의 기간

동안 미국에 불법체류하였던 외국인은 3년동안, 1년 이상 불법체류한 자는 10년 동안 입국이 불허되었다.

INA는 “불법 체류(unlawful presence)”를 미국에 입국허가 또는 임시 입국허가를 받지 않고 체류하고 있거나 외국인의 비이민자 지위가 만료된 후에 계속 체류하는 경우라고 정의하고 있다.⁹⁶⁾ 이러한 ‘불법체류’는 이민행정청이 강제출국절차를 개시하거나 ICE 또는 이민판사가 그 자가 비인지위의 조건을 위반하여 UT라고 결정한 시점에 개시된다. 이러한 결정이 없이는, 기간경과체류 외의 지위위반은 불법체류에 해당되지 않는다.

이 사유는 망명신청자, 청소년, 가족관계에 의해 보호되는 자, 학대받은 여성과 아동들에 대해서는 적용되지 않는다. 또한 미국 시민권자 또는 영주권자가 배우자 또는 부모인 경우 이들의 입국불허가 초래하는 극심한 고통을 초래할 수 있는 경우 적용이 면제된다.

2001. 4. 까지 입국심사없이 미국에 입국한 자 또는 합법적인 체류기간을 넘어 체류한 자가 \$1000을 내고 영주권을 신청한 경우 이민사증이 발급되도록 하였다. 이 규정은 2001. 4. 30 효력이 소멸되었다.

5) 공공의 부담 사유 (public charge proscription)

신청 시점에 공공의 부담이 될 가능성이 높은 것으로 믿어지는 외국인의 입국은 불허된다. 이를 판단하기 위해 고려될 요소로는 연령, 건강, 가족관계, 자산, 재원, 경제적 상황이 포함된다.⁹⁷⁾

미국 시민의 직계 친척(immediate relatives), 가족관계로 인해 우선권이 부여된 이민자 및 고용에 기초한 이민자 중의 일부 그룹은 부양서약서(affidavit of support)가 없으면 입국이 불허된다. 부양자는 연방최저소득지침(federal poverty guidelines)의 125% 이상의 연간소득이 있는

96) INA § 212(a)(9)

97) INA§212(a)(4) (B)

V. 입국불허(inadmissibility) 및 강제출국(removal)

자라야 하고, 서약서에 당해 이민자와 그 가족을 10년 또는 그 이민자가 미국 시민권을 취득할 때까지 부양하는데 동의하여야 한다. 그 서약서는 법적으로 구속력있는 계약이다.

6) 노동인증서요건 및 일정한 이민자의 자격요건(labor certification requirements and qualifications for certain immigrants)

INA는 노동인증서의 기준을 제시하고 있다. 노동인증서가 없이는 §203(b)에 근거하여 이민하는 대부분의 외국인들은 입국이 불허될 것이다.⁹⁸⁾ 이 불허사유는 미국 노동부 및 국가고용청(State Employment Services)가 관리하는 노동인증절차에서 나오는 것이다.

7) 서류구비요건

제212(a)(7)조는 입국허가를 신청하는 외국인이 갖추어야 할 서류를 명시하고 있다. 이 서류가 미비된 경우 입국이 불허된다. 이민자는 유효한 여권, 여행증명서 또는 기타 신분과 국적을 증명하는 서류와 유효한 이민 사증, 출입국카드 또는 기타 유효한 입국서류를 가지고 있어야 한다. 비이민자는 입국허가일 이후 6개월간 유효한 여권, 유효한 비이민사증 (사증면제프로그램에 의해 입국하거나, 다른 규정에 의해 사증이 면제되는 경우는 예외) 를 갖추어야 한다.

8) 시민권을 받을 자격이 없는 자 (ineligibility for citizenship)

INA 제 212(a)(8)에서는 “영구적으로 시민권을 부여받을 자격이 없는 자” 및 전시에 군사훈련 또는 군사복무를 회피하기 위하여 미국을 떠나거나 외국에 머물던 자는 이민자로서 입국허가를 받을 수 없다고 규정한다. INA §101(a)(19)에 정의된 바로는 “시민권자로서의 자격이

98) INA§212(a)(5)

없는”이란 문언의 의미는 Selective Service law 또는 INA의 위반으로 인해 시민권자로서의 자격이 없음을 의미한다. “중범죄(aggravated felony)”의 실행은 시민권 취득의 자격을 영구적으로 상실하게 한다. 그러나 BIA (Board of Immigration Appeals)는 이 조문을 징병회피로 인한 시민권 박탈의 경우만을 의미하는 것으로 해석하였다.⁹⁹⁾ BIA는 의회가 다양한 중범죄를 강제출국사유로 정하는 일련의 법률을 제정하였으므로, 의회가 동일한 범죄를 입국불허사유로 정하고자 했다면, 이를 그렇게 명시적으로 하였을 것이라고 그 이유를 제시하고 있다.

9) 경미한 사유 (micellaneous)

INA §212(a)(10)에 규정된 “경미한”사유에는 미국에 일부다처제를 하기 위해 입국하는 경우, 국제적인 아동유괴범인 경우, 불법적인 투표를 한 경우 등이 포함된다. 과거에 미국 시민이었던 자가 조세를 회피하기 위하여 시민권을 포기하였던 경우도 입국불허사유에 해당된다. 불법 투표를 한 자는 1996년 IIRIRA에 의해 추가되었다. 의회는 2000년 Child Citizenship Act에서 이 규정을 개정하여 16세 이전에 미국 시민의 친자 또는 입양자녀로서 영주권을 얻고 자신이 투표 당시에 시민이라고 합리적으로 믿은 자에 대해 적용을 면제하고 있다.

2. 강제출국 (removal)

추방은 이미 미국에 입국허가되었던 외국인을 강제 출국시키는 것이다. 적어도 이론적으로는 추방은 형벌이 아니고, 미국에서 법률에 의해 규정된 바람직하지 않은 사항들을 제거하는 것을 주된 목적으로 설계된 민사절차이다. 법원은 오래동안 의회가 외국인을 추방할 수 있는 포괄적 권한(plenary power)을 가지고 있다고 인정하여왔다. 의회

⁹⁹⁾ In re Kanga (BIA2000)

V. 입국불허(inadmissibility) 및 강제출국(removal)

가 외국인을 미국에 입국하도록 허락하는 것 자체가 허락과 관요의 문제이다. 정부가 이러한 적대적 관계를 종료할 권한은 이 법원이 줄곧 인정하여왔다.¹⁰⁰⁾

법원은 추방이 형벌이 아니라고 보지만, 그것이 심각한 제재(penalty)임은 인정한다. 대부분의 외국인이 미국에 갈 것을 자발적으로 선택하였고, 추방처분은 그들의 집, 직장, 친구 가족들과 강제로 헤어지게 하는 것이다. 추방은 재산과 생명에 대한 침해가 될 수 있다. 또는 삶을 가치있게 하는 모든 것과의 결별을 의미할 수도 있다.¹⁰¹⁾ 더구나 추방된 사람은 최소 10년 동안 특별한 허가를 얻지 않고는 미국에 입국할 수 없다. 추방의 결과가 심각하기 때문에 이는 법적으로 매우 중요한 영역이다.

외국인 중 몇 가지 특정 유형에 해당하는 외국인은 추방관계법률의 적용이 면제된다: 대사, 공직자, 외교관, 영사, 및 그 가족들이다. UN과 같은 국제기관의 직원들 역시 추방법률의 적용을 받지 않는다.

외국인을 추방하는 것은 흔히 그 장의 자녀로서 미국 시민인자의 “사실상 de facto” 추방을 초래하게 된다. 제3순회 항소법원은 추방이 외국인의 자녀가 미국 시민으로서 가지는 권리 - 미국내에 계속 거주할 권리-를 부정한다는 주장을 거부하였다. 자녀의 부모의 추방이 단지 연기될 수 있을 뿐이지, 그 자녀가 나중에 이 나라에 살기를 선택한다면 이것이 금지되지는 않는다. 법원은 의회가 그러한 아동에게 이민의 혜택을 그 부모에게 부여하는 능력을 주고자 한 것은 아니라고 판단하였다.¹⁰²⁾

행위를 규율하는 대부분의 법률들과 달리, INA는 흔히 소급적으로 적용된다. ICE는 외국인을 그들이 그 행위를 할 시전에서는 추방의 근거가 되지 않았던 행위를 이유로 추방될 수 있다. 이것은 법률의

100) *Harisiades v. Shaughnessy* (Sup. Ct. 1952)

101) *Ng Fung Ho v. White* (Sup. Ct. 1922)

102) *Acosta v. Faffney* (3rd Cir. 1977)

소급효(ex post facto laws) 를 금지하는 헌법에 위반하는 것은 아니다. Mahler v. Eby (Sup.Ct. 1924) INA는 일반적인 시효(statutes of limitations) 규정을 두고 있지는 않지만, 개별적으로 추방유형에 따른 시효 규정은 있다. 정부의 복지혜택에 의존하게 된 외국인이 추방될 수 있는 것은 그가 미국 입국 시부터 5년 이내에 복지 혜택에 의존하게 된 경우에 한한다. INA §237(a)(5) 따라서 ICE는 입국 후 5년 반 이후에 정부복지에 의존하게 된 외국인을 추방할 수 없지만, 5년 이내에 그렇게 된 자에 대해서는 그가 더 이상 복지수급자가 아니게 된 경우에도 언제라도 추방할 수 있다.

(1) 실체법상 근거

일반적으로 외국인은 입국시에 입국불허사유가 있거나 그들이 미국에서의 지위를 갖는데 부과된 조건을 위반한 경우, 또는 다른 금지행위를 한 경우에 추방될 수 있다. INA는 추방사유를 6가지의 주요 유형으로 구분하고, 이 각 유형에 하위유형을 두어 추방에 대한 더 다양한 특정된 사유를 포함하고 있다. 1990년 법은 그 사유를 보다 포괄적이고 보다 현재에 맞도록 하기 위해서 추방사유의 수를 줄였다. 이후의 법개정, 즉, Technical Amendments Act of 1991, Antiterrorism and Effective Death Penalty Act of 1996(AEDPA), IIRIRA 등은 그 사유를 확대하였고, 특히 범죄관련사유가 아래와 같이 확대되었다.

- 입국 시 입국불허사유, 지위조건위반
- 범죄행위
- 서류의 등록 또는 위조
- 테러행위 가담 또는 기타 국가안보나 외교정책에 대한 위협
- 공공의 부담이 된 사실
- 불법투표

(2) 강제출국절차

국토안전부 내의 기관인 ICE와 CBP가 이민법 집행에 중요한 역할을 한다. 모든 법집행 행정청과 마찬가지로 이 기관들은 상당한 집행상의 재량(prosecutorial discretion)을 행사한다. 어디에 조사를 위한 자원을 집중할 것인지, 특정 개인에게 강제출국절차를 개시할 것인지 여부, 강제출국절차 개시 후에 그 개인을 구금할 것인지 여부(구금이 기속적인 것이 아닌 경우), 외국인의 강제출국에 대한 구제의 요청을 인용할 것인지 거부할 것인지 여부 등을 결정하는 데 이러한 재량권이 사용된다. IIRIRA에 의해 추가된 INA§242(g) 하에서, “절차의 개시, 사건의 판정 또는 강제출국명령의 집행”에 관한 결정은 사법심사의 대상이 되지 않는다.

이민행정청의 재량권 행사에 대해서는 *Reno v. American-Arab Anti-Discrimination Committee* (Sup. Ct. 1999)에서 자신들이 정치적 소수단체 (People's Front for the Liberation of Palestine)에 소속되어 있다는 이유로 강제출국명령의 대상이 되었다고 주장하는 일군의 외국인들에 의해 문제가 제기되었다. 연방지방법원에서는 원고들이 선별기소되었다고 판단하면서 그 강제출국에 대해 정지명령을 내렸다. 제9순회항소법원도 그 결정을 인용하였다. 그러나 연방대법원은 그 항소가 계속 중에 제정된 242(g)조는 INS의 절차개시결정에 대한 사법심사를 배제하고 있음을 근거로 하여 이를 파기하였다.

그 판결 이후, Immigration Commissioner는 재량권의 행사를 자신에게 유리하도록 할 수 있는 요건들을 적시하는 지침을 공표하였다.¹⁰³⁾ 이 요소들에는 합법적인 영주권자의 지위, 미국에 장기간 거주, 상대적으로 경미한 성질의 형사범죄행위; 미국 내 가족관계, 외국인 또는 그 가족에게 영향을 미치는 건강조건, 과거의 이민법 위반행위 부재,

103) 77 Interp. Rel. 1673

종국적으로 그 개인을 강제출국시킬 수 있는 가능성; 그 사건에 대한 여론 등이다. 이 요소들은 단독으로 그 결정을 좌우할 수는 없지만, 종합적으로 고려될 수 있다. 그러나 이 지침은 외국인에게 어떤 실현 가능한 법적 권리를 창설해 주는 것은 아니다.

1) 입국심사 및 체포

ICE와 CBP는 국내에 있는 자 및 입국하고자 하는 자 중에서 강제출국시킬 사유가 있는 외국인이 있는지를 조사하기 위해 다양한 방법을 사용한다. ICE는 주로 미국 내에 있는 자에 대한 이민법 집행에 중점을 두는 데 비해, CBP는 불법 입국을 방지하는 데 주력한다. 동 행정청의 현재의 법집행의 우선순위는 불법입국의 저지, 범죄를 저지른 외국인의 인식과 강제출국, 노동허가없는 외국인을 고용한 고용주의 제재, 서류사기범죄의 기소, 외국인 밀입국 조직의 파괴, 테러 방지이다. 이러한 목표를 달성하기 위해 CBP는 국경 및 국경 내외의 특정 검문소에서 자동차, 사람 및 물건을 조사한다. ICE는 국내에서 불법입국자로 의심되는 자를 식별하여 구금하고 외국인을 불법고용한다고 주장된 사업소를 조사 수색하고 외국인 범죄자를 찾기 위해 다른 법집행기관과 협력하고, 정보원을 통해 취득한 정보에 기초하여 조치를 한다.

가. 체포 전 이민행정청의 권한

INA는 모든 이민담당관(officer)은 영장없이도 아래의 행위를 할 권한을 갖는다 :

- 외국인 또는 외국인이라고 믿어지는 자에 대하여 미국에 체류할 권리가 있는지 여부를 질문(조사)할 권한
- 그 직원이 있는 현장에서 또는 보는 곳에서 법을 위반하여 미국

V. 입국불허(inadmissibility) 및 강제출국(removal)

- 에 입국하고자 시도하는 외국인 또는 그 직원이 그 외국인이 법을 위반하여 미국에 체류하고 있다고 믿을 만한 이유가 있고, 체포하지 않으면 도망이 우려되는 경우 그 외국인을 체포할 권한
- 국경에서 합리적인 거리 내에서 불법 외국인을 수색하기 위해 차량을 세우고 수색하는 행위

CFR(연방규칙)상 합리적인 거리는 국경선으로부터 100 항공마일로 본다. 법률상 이민담당관에게는 넓은 조사권한을 부여한 것으로 보인다. 연방대법원은 INS v. Lopez-Mendoza (Sup. Ct. 1984)판결에서 수정 4조를 위반하여 취득한 증거가 강제출국절차에서는 이용될 수 있다고 판결하였다. 이익형량 기준을 이용하여, 불법 수집증거를 배제함으로써 인해 초래될 비용이 얻어질 수 있는 사회적 혜택보다 크다는 이유이었다. 그러한 증거를 배제함으로써 의도적으로 간이하게 설계된 강제출국청문제도를 방해하고, 합법적으로 취득된 많은 양의 정보가 이용될 수 없도록 할 수도 있고, 법원이 이 나라에 계속 불법으로 거주하면서 범죄 수행을 곧 다시 할 사람을 구금에서 풀어주지 않을 수 없게 만들 수도 있다. 위 판결에서 연방대법원의 관점에서는 그러한 증거를 배제하는 것이 장래에 이민행정관들에 의한 수정 4조의 위반을 저지하는 효과는 매우 적을 것이므로 이를 통해 얻는 사회적 혜택은 미미할 것이라고 하였다.

(i) 미국의 국경 외부 : 통상 미국 정부는 그 영토 안에 있는 사람과 재산에 대해서만 법적 관할권을 갖는다. 이민법과 관련하여 이 원칙에 대한 몇 가지 예외가 있다.

- 외국항에서 미국으로 여행하는 외국인을 사전조사하는 제도

의회는 국토안전부 장관에게 국무장관의 동의를 얻어 이민행정관을 외국에 파견할 권한을 부여하였다. 그 권한으로 CBP는 바하마, 캐나다, 아일랜드 등에 탑승전조사국 (preboarding inspection offices)을 설치

하여 외국인에 대해 그들이 미국으로 출발하기 전에 조사를 할 수 있도록 하였다. 이러한 탑승전조사절차는 미국 직항인 경우에만 가능하고 국경에서의 검사가 면제된다.

- 난민의 입국저지 (Interdiction)

수십년 동안 미국의 법집행 행정청, 특히 해안경비대(Coast Guard)는 영해과 공해 상에서 불법 이민자의 입국을 저지하고자 해 왔다. 1981년 미국 대통령은 아이티와의 조약에 따라 독립명령(Executive Order 12324) 12324호를 발령하여 해안경비대로 하여금 미국 또는 아이티에 오는 여객선을 정지시키고 이에 승선하여 여객에게 간단한 질문을 하고 난민의 지위를 가진다는 명확한 주장이 없으면 본국으로 송환하도록 하였다. Haitian Refugee Center v. Gracey (D.C.Cir. 1987) 판결에서 법원은 난민입국저지 조약은 외국인은 미국에 입국할 아무런 권리도 갖지 않으므로 이는 적정절차조항을 위반한 것이 아니라고 하였다.

그러나, 아이티 국민들이 계속해서 미국으로 건너와서 1991-92년 가을-겨울 사이에 16,000명 이상의 아이티 국민이 공해상에서 저지되어 쿠바 동부에 있는 관타나모 만에 있는 미군해군기지로 이송되었고, 이들은 명확한 망명청구가 있는지 여부에 대해 심문을 받는다. 이들은 불복에 대한 권리는 전혀 갖지 않는다. 이러한 입국저지 및 인터뷰 절차에 대해 연방 1심법원은 적법절차에 위반된다고 판결하였으나, 제11순회항소법원은 Haitian Refugee Center v. Baker (11th Cir. 1992)판결에서 연방행정절차법은 공해 상에서 억류되어서 미국의 국경선에 나타난 적이 없는 외국인에 대해 이민 결정에 대한 사법심사 청구권을 부여하지 않는다고 하였다. 나아가 동 법원은 이 개인들은 난민지위를 갖지 않는다면 아무런 私訴權(private right of action)을 갖지 못한다고 하였다. 또한 Refugee Center와 아이티 변호사들은 이들 억류된 자들에 대한 수정 제1조의 접근권을 갖지 못한다고 하였다. 연방대법원은 상소허가신청을 기각하였다. 결국 35% 정도의 아이티인

V. 입국불허(inadmissibility) 및 강제출국(removal)

들만 최종적으로 입국할 수 있었고 나머지는 본국으로 송환되었다.

1992년 미국 대통령은 해안경비대에게 보트를 타고 자신들의 국가를 떠난 모든 아이티인들을 망명지위 여부를 묻지 말고 모두 본국으로 송환하라고 명령하였다.

UN 난민고등판무관(U.N. High Commissioner for Refugees)과 아이티 난민센터는 이 조치가 미국 정부가 ‘난민의 지위에 관한 의정서(Protocol relating to the Status of Refugees) 상의 의무를 위반한 것이라고 하였다. Sale v. Haitian Center Council, Inc. (Sup. Ct. 1993)) 판결에서 연방 대법원은 다시 공해상에서 저지된 아이티인들에 대해 망명지위에 대한 청문을 하지 않고 신속송환을 수권한 대통령령의 독립명령을 지지하였다. 법원은 이것이 난민을 그들의 생명이나 자유가 위협받을 수 있는 지역으로 송환하는 것을 금지하는 난민 지위에 관한 의정서의 제33조 및 INA §243(h) (현재는 INA §241(b)(3))를 위반한 것이 아니라고 하였다. 1994. 4. 4 아이티 대통령 Aristide는 공해상에서 아이티 보트를 저지한다는 합의를 철회하였고, 클린턴 대통령은 더 이상 아이티인들을 난민 또는 망명 지위에 대한 개별적 심사를 거치지 않고 입국저지하지 못하도록 하였다.

최근에는 미국 해안으로 접근하려는 에쿠아도르 및 중국 이민자들을 입국저지하였다. 에쿠아도르인 해상으로 멕시코로 가서 멕시코에서 육로로 들어오려 하며, 중국인은 괌으로 가서 허위서류를 만들어 미국으로 항공편으로 입국하거나 남미로 가서 해상으로 들어온다. 최근 미국은 이러한 이민자를 수송하는 밀입국조직을 소탕하려는 노력을 하고 있다.

- “Global Reach” 프로그램과 외국인밀입국조직

1997년 INS는 외국의 법집행당국과 협력하여 외국인 밀입국을 저지하기 위해 “Global Reach” 프로그램을 만들었다. 이는 이민행정관 및 항공사 직원들이 허위 문서를 인지할 수 있도록 훈련하고 밀입국행위

에 대한 정보를 취득하는 데 초점이 맞추어졌다.

2000. 12. 이러한 문제를 해결하기 위해 79개 국이 이민자밀입국방지협약(U.N. Protocol Against Smuggling Migrants)에 서명하였다. 이는 2004. 1. 에 효력을 발생했는데, 이는 서명국들 상호간 정보교환, 이민자 밀입국이 의심되는 선박의 정지명령 등에 관한 협력을 정하고 있다. 미국은 또한 이 문제를 위해 Trafficking Victims Protection Act of 2000을 제정하였다. 동법은 2003년에 다시 재승인되었는데, 대통령으로 하여금 밀입국의 잠재적 희생자들을 위한 경제적 기회를 강화하고, 일반 공중의 인식을 증가시키고, 미국 영토 밖에서 국경입국정지 제도를 마련하여 시행하도록 하는 것이었다.¹⁰⁴⁾

(ii) 국경에서의 활동

CBP는 국경 또는 기능적으로 국경에 해당하는 곳에서 모든 교통수단과 사람을 정지시킬 권한을 갖는다.¹⁰⁵⁾ CBP의 입국심사부(Inspections division)는 특정 입국항에 도착하는 외국인의 입국허가 여부를 결정하는 데 비해, 국경순찰대(Border Patrol)은 그러한 입국항 이외의 지점을 통해 외국인이 입국하는 것을 방지하고, 불법으로 입국한 외국인을 체포한다. 이들이 체포하는 사람들이 매년 이민행정기관에 의해 체포되는 모든 외국인의 95% 정도에 해당된다. 이들 중 대부분은 미국-멕시코 국경에서 이루어진다. 1994년 불법입국지점순찰이 강화되면서 작전을 통해 강화되면서, 외국인들은 점점 더 위험한 경로를 택하지 않을 수 없게 되고 생명을 잃는 경우가 증가하고 있다.

이민행정관들은 외국인을 신고 있다고 보이는 모든 교통수단에 승선하여 수색할 수 있다. 이러한 수색은 수색영장없이도 적법하게 이루어질 수 있고, 미국의 국경 또는 영내 수상에서 이루어질 수 있다.

106) 외국인이 국경에 도착하면, CBP는 이들이 미국에 입국허가를 받

104) 22U.S.C.A. §7104

105) INA §235

106) INA §§ 235, 287

V. 입국불허(inadmissibility) 및 강제출국(removal)

을 수 있는 여부를 결정하기 위해 입국심사를 할 권한이 있다. 사증을 받았다고 해서 입국이 보장되는 것은 아니고 국경에서 간단한 심사 후에 심사행정고나이가 그 허가 여부를 결정한다. 만약 명백하고 의심없이 입국허가를 받을 자격이 있다고 판단되지 않고, 그 외국인 망명신청을 하지 않은 경우 이민행정관은 추가적인 절차없이도 그 외국인의 출국명령을 할 수 있다.¹⁰⁷⁾ 입국허가 여부가 의심스러우면 이민행정관은 재심사(secondary inspection)를 위해 이를 유치할 수 있다. 재심사 절차는 심문(interrogation)을 필요로 하지만, 제5순회항소법원은 U.S. C. Henry (Sup. Ct. 1979)판결에서 그 질문 자체가 본질상 구금(custodial in nature)에 해당하는 것이 아닌 한 어떤 Miranda-type 경고도 필요하지 않다고 하였다. 입국허가신청자는 형사범죄 혐의로 구금되는 경우가 아닌 한 입국심사중에 변호사의 조력을 받을 권리가 없다.

이민행정관은 그 외국인이 형사범죄 또는 국가안보를 이유로 입국불허되는 경우가 아니라면, 재조사를 위해 필요한 기간동안 동인에 대해 미국에 임시입국허가를 내 줄 수 있다.¹⁰⁸⁾ 입국심사관들은 주로 실제상 이유 때문에 임시입국허가를 한다. 왜냐하면 시간제약 때문에 국경에서 철저한 검사를 할 수 없기 때문이다. 또한 추가적인 증거를 모으거나 입국불허사유의 면제를 구하여 입국불허를 극복할 수 있는 외국인은 임시체류허가를 내 줄 수 있다. 이 경우 그 외국인은 입국허가를 받은 것이 아니고, 최종적으로 입국불허결정이 나면 신속출국절차의 대상이 된다. BIA는 이 임시체류허가는 완전히 재량적인 것이며, 이 결정에 대해서는 어떤 행정상 불복의 대상이 되지 못한다고 하였다. 다만 선언적 판결 또는 habeas corpust 소송을 위해 지방법원에 사법심사를 청구할 수는 있다.

입국허가가 불가능한 외국인은 사증 또는 입국허가를 받기 위해 허위서류를 제출하거나 중요한 사실을 허위로 진술한 경우가 아니라면,

107) INA §235(b)(1)

108) INA 212(d)(5)

입국심사 중에 입국허가신청의 철회를 허가받을 수 있고, 강제출국조치를 피할 수 있다.¹⁰⁹⁾ 대부분의 입국불가한 외국인은 철회의 기회를 부여받는다.

IIRIRA를 통한 개정으로 이민행정관은 신속강제출국으로 알려진 특별한 절차를 통해 많은 입국이 불허되는 외국인을 강제출국시킬 권한을 부여받고 있다. 예컨대, 입국심사관은 개인이 국가안보상의 사유로 입국이 불허될 수 있다고 의심되는 경우, 그는 더 이상의 조사없이 그에게 출국명령을 할 수 있고, 이에 대해서는 국토안전부장관에 의한 불복심사만이 가능하다.¹¹⁰⁾

(iii) 국경으로부터 100마일 이내 지역

- 조사를 위한 정지(Investigation Stops for Identification)

CBP는 국경에서는 어떤 교통수단이나 사람도 수색할 수 있지만, 미국 영토내에서의 권한은 그보다 더 제한적이다. INA 287(a)는 이민행정관이 국경에서 “합리적인 거리”내에서 오직 외국인의 수색을 위해서만 차량에 탑승할 권한을 부여하고 있다. 8.C.F.R.287.1(a)는 이를 국경으로부터 100항공마일로 정하고 있다. 이러한 비교적 넓은 법률상 권한에도 불구하고, 연방대법원은 이 권한은 형사기소에 관련된 수정제4조에 의해 제한된다고 하고 있다. Almeida-Sanchez v. U.S. (Sup.Ct. 1973)판결에서 연방대법원은 순찰차가 개연성있는 이유나 동의가 없는 상황에서 영장없이 자동차를 수색한 것은 외국인이 불합리한 수색·압수(unreasonable search and seizures)를 받지 않을 권리를 침해한 것이라고 하였다. 그러나 연방대법원은 국경순찰대 소속원이 순찰차를 이용하거나 고정된 지점에서의 검문소를 이용하여 간략한 질문을 위한 정지시키는 행위를 할 권한은 인정하였다.

수정 제4조의 적용에 있어서 연방대법원은 개인의 프라이버시에 대

109) INA §235(a)(4)

110) INA §235 (c)

V. 입국불허(inadmissibility) 및 강제출국(removal)

한 침해와 정부가 법집행에 대해가지는 이익을 형량해왔다. 이민사건의 경우 연방대법원은 일관되게 정부는 외국인의 불법입국을 방지할 강력한 이익을 가지면, 그러한 불법입국이 국경에서 완전히 차단될 수 없음을 인정해 왔다. 또한 잠시간 질문을 위한 정지행위로 인한 침해는 경미한 것이라고 판단해왔다. U.S. v. Brignoni-Ponce(Sup.Ct. 1975) 즉, 순찰차가 차량을 정지시키고 탑승객에게 국적, 이민법상 지위를 물어보는 것은 그 이민행정관이 “상황을 종합적으로 판단하여 (totality of circumstances)” 그 특정 차량에 미국에 불법 입국한 외국인이 포함되어 있을 수 있다는 합리적인 의심이 있는 경우라면 수정제4조를 위반한 것이 아니라고 하였다.¹¹¹⁾ 의심이 합리적이라 함은, 관련 사실들이 개별적으로 보면 그렇지 않아도 그 관료의 경험에 비추어 보면 범죄행위가 일어나고 있을 수 있다는 추론을 가능케 하는 경우를 의미한다. 합리적인 의심의 존재에 관련된 요소로는 국경과의 근접성, 운전의 행태, 과거에 그 지역에서 여행하던 불법입국외국인을 만났던 경험, 운전자의 행태, 차량의 외관, 외국국적자의 특징적인 모습을 식별해 내는 경험 등이 포함된다.

또한 국경순찰대원들은 차량이 불법입국자를 태우고 있다는 의심이 없는 경우에도 고정된 장소에 검문소를 설치하고 일상적인 검문을 할 수 있다. 연방대법원은 U.S. v. Martinez-Fuerte (Sup. Ct. 1979) 판결에서 그러한 경우 수정제4조의 침해는 운전자가 아주 짧은 시간만 정지하면 되고 이에 대해 미리 경고를 받는 것이므로 순찰차에 의해 침해보다는 경미한 침해라고 하였다. 연방대법원은 그러한 검문소에서 차량 수색은 운전자의 동의가 있거나 그 차량에 불법입국자가 타고 있다고 믿을 만한 개연성 있는 이유(probable cause)가 있는 경우에만 할 수 있다고 한다.¹¹²⁾

111) U.S. v. Arvizu (Sup. Ct. 2002)

112) U.S. v. Ortiz (Sup. Ct. 1975)

그러한 수색을 할 때 이민행정관은 사람이 합리적으로 숨을 수 있는 곳만 수색해야 한다. 다시 말해 연방대법원이 U.S. v. Ross(Sup. Ct. 1982) 판결에서 지적한 바와 같이 외국인을 찾기 위해 작은 여행가방을 열고 수색한다거나, 다른 작은 용기나 공간을 수색해서는 안된다고 한다. 국경순찰대원은 이민자조사를 위해 정지시킨 기회에 마약을 수색할 수 있다. 그러나 제5순회법원은 당해 이민행정관이 불법행위에 대한 개별화된 의심이 있는 경우가 아니라면 이민법 위반 여부를 결정하는 데 필요한 시간을 넘어서 장기간 세워서는 안된다고 하고 있다.¹¹³⁾

주로 미국-멕시코 국경 근처에서 국경순찰대는 그 밖에도 주요 고속도로의 검문소, 순찰차, 비디오 카메라, 전자센서 설치 등 여러 가지 방법을 동원하고 있다. 외국인으로 (특히 히스패닉계)로 보이는 용모가 조사를 위한 차량정지의 합리적인 사유가 될 수 있는가의 문제가 제기되었을 때, 과거에는 이는 단독으로는 합리적 사유가 될 수 없지만 다른 사유들과 결합해서는 고려될 수 있다고 하였으나, 그로부터 25년이 지난 시점에서 U.S. v. Montero-Camargo(9th Cir. 2000) 판결에서는 히스패닉계 인구가 많은 국경지역에서는 다수를 차지하고 있으므로 이 외모는 더 이상 관련요소가 될 수 없다고 하였다. 즉, 인구의 다수가 가지는 특징이 더 이상 불법행위의 징표가 될 수 없다는 것이다.

- 질문을 위한 일시 유치(Temporary Detention for Questioning)

조사를 위한 정지와 실제 체포 사이의 단계가 의심스러운 외국인에 대해 질문을 하기 위한 강제 유치이다. 조사를 위한 정지 단계에서는 당사자는 자유롭게 떠날 수 있지만, 임시유치의 경우는 자유롭게 떠날 수 없다. 이민행정관은 정황상 이들이 불법입국자라는 합리적인 의심이 있는 경우에는 강제로 유치할 수 있다. 제1순회항소법원은

¹¹³⁾ U.S. v. Portillo-Aguirre (5th Cir. 2002)

V. 입국불허(inadmissibility) 및 강제출국(removal)

Navia-Duran v. INS (1st Cir. 1977)에서 강제구류는 실제 체포는 아니므로 질문 전에 미란다 경고는 필요없다고 하였다. 그러나 이러한 경우 그 외국인의 답변의 자발성은 심사될 수도 있다. 답변을 강요하면 수정 제5조에 의한 적정절차에 의한 권리 침해가 인정될 수 있다.

(iv) 미국 국내

국경으로부터 100 마일 반경 내 지역을 예외로 하고, CBP와 ICE는 순찰차 또는 검문소를 이용하여 조사를 위해 정지를 명할 권한이 없다. 다만 외국인의 경우 심문(interrogation)을 위해 잠시 구금할 수는 있는데, 국경 인접지역에서와 마찬가지로 이민행정관은 그 자가 불법 입국자라고 믿을 만한 합리적인 이유가 있는 경우라야 한다.¹¹⁴⁾

- 고용제한의 집행

ICE 는 불법입국자를 고용한 것으로 보이는 사업장을 수색하는 것도 그 조사권의 중요한 일부이다. 1986년 이전에는 불법입국한 근로자만이 대상이었으나, 1986년 이후 IRCA는 고용주에 대한 민·형사상 제재의 근거를 마련하였다. 최근에는 특히 인권을 침해하거나 외국인에 의한 밀매조직과 연결된 고용주를 대상으로 하고 있다.

연방법원은 이러한 ICE의 불법입국자 수색 시에 수정 제4조의 기본권을 완화하여 적용해 오고 있다. INS v. Delgado(Sup.Ct. 1984)에서 연방대법원은 근로자들이 수색 중에 공장안을 자유롭게 이동할 수 있는 상황에서 공장을 수색하는 것은 근로자에 대한 “seizure” 행위에 해당되지 않으므로 수정4조상 기본권을 침해하는 것이 아니라고 하였다.

- 특별한 상황

이는 특별한 상황에서 이민행정청의 권한을 확대하는 것이다. Narenji v. Civiletti (D.D.C. 1979) 판결에서 법무장관이 이란인질사태 당시에 비이민지위를 가진 이란 학생에게 INS지역사무소에 신고하고 합법적

114) INA 287a

인 체류지위를 가지고 있음을 증명하도록 한 것이 적법하다고 하였다. 9.11 사태 후에도 INS는 중동지역국가의 외국인을 700명 이상을 이민법 위반혐의로 구금하면서, 국가안보를 이유로 구금된 자들의 명단공개를 거부하였다. 이들 대부분의 이민법 위반행위는 경미한 것이었다. DC 항소법원은 명단공개를 명하는 1심 판결을 파기하였고, 연방대법원은 이에 대한 상소를 허가하지 않았다. 이와 동시에 법무장관의 대테러담당팀(Anti-Terrorism Task Force)는 5,000명 이상의 중동국가 출신 학생, 관광객, 방문자들을 면담하였고, 그 면담이 이민법 위반에 초점을 맞춘 것이 아니었지만, 면담 과정에서 이민법 위반사실이 드러나면 INS로 통지하도록 하였다.

- 지방 경찰에 대한 위임

이민에 대한 관할권이 연방정부에 있으나, 이를 지방정부기관에 위임하는 것도 허용된다. 그러나 주정부, 지방정부는 이민법 위반이 의심되는 자를 연방이민행정청에 보고하는 간접적인 방법으로 이민법을 집행한다. 이민법상 보다 직접적인 방식으로 이민법집행을 하도록 규정된 경우도 있다. 국토안전부장관은 외국인이 대량유입되는 경우 필요한 권한을 지방정부에 위임할 수 있고, 주 또는 지방정부 소속 공무원이 이민행정관으로 임무를 수행할 수 있도록 서면합의를 체결할 권한도 부여받았다. 테러 대비를 위해 INS는 2002년 플로리다 주 지역안전팀과 시범사업을 진행하여 주정부 소속 공무원들에게 이민법 집행에 관한 교육을 실시하였다. Clear Law Enforcement for Criminal Alien Removal Act of 2003은 이러한 권한을 확실히 하는 것이었다.

나. 체 포

(i) 영장없이 체포하는 경우

INA는 이민행정관에게 “미국 국내에 있는 외국인으로서 미국 국내에서 법령을 위반하였다거나, 체포영장이 발부되기 전에 도주의 우려

V. 입국불허(inadmissibility) 및 강제출국(removal)

가 있다고 믿을 합리적 사유가 있는 경우에는 영장없이 체포할 수 있는 권한을 부여한다. 이러한 믿음에 해당되기 위해서는 ‘단순한 의심’ 이상의 것에 기초하여야 한다. 영장없이 체포한 후에는 이민행정관은 특정한 행정절차를 밟아야 한다. 체포 후 다른 이민행정관이 그에게 질문을 할 것이고, 그 결과 강제출국사유가 있음이 자명해 보이는 사건에서는 이 사건을 이민판사에게 이송하거나, 신속추방절차를 적용하거나, 기타 필요한 조치를 한다.

강제출국조치는 본질상 형사절차에 해당하는 것은 아니므로 체포 전에 미란다 경고가 요구되지는 않는다고 한다. ICE가 강제출국절차 개시결정을 하면, 체포한 행정관들은 그 외국인에게 (1) 체포의 이유, (2) 정부에 대해 무료변호를 받을 권리 및 무료법률서비스프로그램의 이용가능성, (3) 묵비권에 대해 고지하여야 한다. 기술적으로는 미란다 경고에 해당되지 않지만, 체포공무원은 외국인에게 *Miranda v. Arizona* 판결에서 정립된 권리를 알려주어야 한다. 48시간 이내에 추가 구금, 보석금 부 가석방 여부 및 출두명령 그리고 체포영장이 발부될 것인지 여부를 알려주어야 한다.

9.11 사태 직후 INS는 비상상황에서는 합리적인 시간동안 외국인을 혐의없이(without charges) 구금할 수 있다는 임시규칙을 공표하였다. 이후 USA Patriot Act는 혐의없이 7일까지 테러범으로 의심되는 자를 구금할 권한을 부여하였다.¹¹⁵⁾

(ii) 영장을 발부받아 체포하는 경우

ICE가 체포영장을 발부하는 경우, 동시에 강제출국을 다투기 위해 이민법원에 출석요구서(notice to appear)를 발부해야 한다. 일단 발부하면, ICE는 합리적인 기간 내에 이를 송달해야 한다. 다만 이 외국인이 강제출국대상이 아니라고 결정하면, 체포영장을 취소할 수 있다.

115) INA 236A

체포시에는 그 이유 및 권리를 고지해야 한다. 이 권리를 고지받지 못하거나 이해하지 못한 자는 그를 통해 얻은 증거의 증거능력을 다룰 수 있다.

(iii)보석금부 석방

ICE는 체포된 외국인이 형사범죄 또는 테러 혐의를 받는 경우이어서 구금이 강제되는 경우가 아니면, 이를 석방할 재량권을 가진다. 즉, ICE는 (1) 강제출국 절차진행 중 계속 구금하거나, (2) 1500달러 이상의 보증증권을 받고 석방하거나, (3) 조건부 가석방 중에서 선택할 수 있다.¹¹⁶⁾INA는 언제라도 보석 또는 가석방을 취소하고 원래의 영장으로 다시 체포할 수 있다. 이를 결정할 때 고려되는 사항으로는 미국 내에서 과거에 체포 경험, 모국에서 범죄경력, 불법입국, 사회전복행위에 대한 가담, 직업, 미국내 친적의 존재 등이다. 보석이나 가석방결정은 연방법원의 심사대상이 아니다.¹¹⁷⁾

INS236(c)는 중죄(aggravated felony)의 유죄판결을 받은 외국인에 대해서는 강제출국청문까지 구금을 의무화하고 있다. 이 규정이 영주권자에게 적용되는 경우 그에 대해 개별적인 청문이 허용되지 않는다는 점에서 적정절차 규정 위반이라는 제9순회항소법원의 결정에 대해 *Demore v. Kim*(Sup. Ct. 2003)판결에서, 연방대법원은 이는 강제출국 대상자인 외국인이 청문절차에 출석하도록 하고 출국 전에 추가로 범죄를 저지르지 않도록 하기 위한 적절한 수단이라고 하며 합헌으로 선언하였다. ICE는 구금 대신 발목사슬 등 새로운 방법을 시험하고 있다.

(iv) 강제출국절차의 중단 결정

ICE는 체포 후에 강제출국절차를 중단하기로 결정할 수 있다. 이러한 결정은 이민법관의 관할권이 발생하기 이전에 내려져야 한다. ICE

116) INA 236(a)

117) INA236(e)

는 서면으로 이 사실을 통지하여야 한다. ICE가 이러한 기소재량을 행사한 후에는 새로운 사실이 나타나거나 상황의 변화가 있지 않는 한 절차를 재개할 수 없다.

다. 강제출국청문

합법적으로 입국한 후 강제출국사유가 발생한 자 및 입국허가를 받지 않고 미국에 체류하고 있는 외국인은 강제출국청문을 받을 권리가 있다. 입국장에서 입국허가가 거부된 외국인은 청문권이 없어서, 망명 신청을 한 경우가 아니면 즉시 강제출국될 수 있다.

(i) 출석고지(Notice to appear)

강제출국절차는 ICE, CBP, CIS의 행정관이 이민법원에 출석고지를 제출함으로써 개시된다. 이 때 행정관은 일응 (prima facie) 강제출국사유가 존재함을 입증하여야 한다.¹¹⁸⁾

출석고지에는 절차의 성질, 법적 권한, 위법행위의 혐의를 받는 사실, 외국인에 대한 고발내용, 위반된 법령이 적시되어야 하고, 이를 통해 이후 계속될 절차 및 향후 정부에 그 주소를 알려야 할 의무와 위반 시 결과가 고지되어야 한다.¹¹⁹⁾ 또한 이 고지를 통해 외국인에게 변호인의 조력을 받을 권리 및 당해 지역에서 이용할 수 있는 무료법률구조서비스에 대해 알려야 한다. 이 사실을 알리지 않으면 청문을 새로 해야 할 수도 있다.

이민 행정관은 이민법원에 출석고지를 제출하기 전에 이를 외국인에게 직접 또는 우편으로 송달하여야 한다. INA에 따르면 모든 외국인은 주소가 변경되면 10일 이내에 이민행정청에 이를 통지하여야 한다. 이러한 통지의무가 엄격하게 집행되지 않다가, BIA에서 이민행정관이 외국인의 구 주소로 송달을 하고 그가 그 주소에서 직접 송달을

118) Abel v. U.S. (Sup.Ct. 1960)

119) INA 239(a)(1)

받지 못했음을 알고 있는 경우 이는 유효한 송달이 될 수 없다는 결정을 하자, INS는 주소변경통지의무를 보다 엄격하게 집행하기 시작하였다.

송달을 받은 외국인인은 현재 주소와 전화번호를 ICE에 제출해서 향후 절차의 송달을 받을 수 있도록 해야 한다. 청문에 출석하지 않은 경우, ICE가 그 외국인이 강제출국사유가 있음과 ICE가 그 절차에 대한 서면고지를 하였다는 사실 또는 그 외국인이 현재 주소를 제공하지 않았으므로 그 절차의 고지를 할 의무가 없음을 “명백하고, 모호하지 않고 확실한 증거(clear, unequivocal, and convincing evidence)”로 입증하면 결석(in absentia)재판을 통해 강제출국명령이 내려질 수 있다.¹²⁰⁾ 그가 이해할 수 있는 언어로 구도의 절차고지를 받은 후에 결석재판을 통해 강제출국명령을 받은 자는 10년 동안 대부분의 재량적인 구제의 대상이 될 자격이 없다. INA §240(b) 불출석이 예외적인 상황때문이었던 경우, 그 외국인은 180일 내에 절차재개신청을 할 수 있다. INA 제239-240조에 절차의 기본적인 조건이 규정되어 있는데, (1) 외국인은 정당한 고지를 받아야 하고, (2) 변호사를 대리인으로 할 것인지 선택할 수 있어야 하고, (3) 증거를 제출하고 자신에게 불리한 증거에 대해 반박할 기회가 있어야 하며, 강제출국결정은 “합리적이고, 실질적이며, 입증적인 증거(reasonable, substantial, and probative evidence)”에 근거하여야 한다고 한다.

(ii) 강제출국청문의 참여자

- 이민판사

강제출국청문은 이민판사(immigration judge)에 의해 주재된다. 과거에는 “심사관(inquiry officer)”이라 해서 조사, 기소, 심판의 역할을 모두 했지만, 1983년 조사및 기소의 기능과 심판기능이 분리되었다. 이

120) INA 240(b)(5)

V. 입국불허(inadmissibility) 및 강제출국(removal)

민판사와 이민불복심사위원회는 법무부 내의 기관인 이민심사국(Executive Office for Immigration Review, EOIR)의 일부이다.

이민판사는 법무부 장관이 선임하고, 이들은 강제출국청문과 같은 특정 유형의 절차를 주재한다. INA는 이민판사가 외국인의 입국불허 또는 강제출국을 결정하는 절차를 주재할 권한, 선서를 받고, 증거를 제출받고, 심문하며, 조사하고 외국인과의 증인을 교호심문하고, 최종적으로 강제출국결정을 내릴 권한을 부여하고 있다. INA는 이민판사에게 기소자 및 심판자로서의 지위를 동시에 부여하지만, 실제로 기소자로서 역할하는 경우는 드물다. 이민판사는 또는 재량적 구제 청구를 판단하고, 강제출국될 국가를 결정할 권한도 있다.

그러나 이민판사는 국토안전부의 배타적 관할에 속하는 사항에 대해서는 권한을 행사할 수 없다. 이민판사가 당해 사건에 대한 조사에 참여하였다는 사정 등으로 청문을 주재할 자격이 없다고 판단하는 경우 회피할 수 있다. 외국인도 같은 사유로 기피할 수 있다.

한편 ICE는 정부를 위해 “검사”역할을 할 자로서, service counsel을 임명한다. 8 C.F.R.1240.2 이는 증거를 제출하고, 심문하고 조사하고, 외국인 또는 기타 절차의 증인을 교호심문할 권한이 있다. 그는 변호사 자격을 가질 필요는 없다. 그는 이민판사의 결정에 불복하여 재심판을 요청할 수 있다.

- 변호사의 대리

INA는 외국인이 변호사로 하여금 자신을 대리하도록 할 권한, 대리인을 선택할 권한을 부여한다. 대리자는 반드시 변호사일 필요는 없고, 훌륭한 도덕적 인격을 가진 자, BIA가 인증한 기관의 대표자 등이 될 수 있다.

- 통역자

법률상 규정은 없으나, 이민행정청은 일반적으로 통역자가 필요한 경우 제공할 것이다. 외국인이 이해하지 못하는 언어로 절차가 진행

되면서 통역자가 없었던 경우, 적정절차 위반이 될 수도 있다. 강제출국절차에서 통역자는 정확히 통역을 할 것을 선서하여야 한다.

(iii) 청문절차 상 외국인의 권리

1903년 연방대법원은 Japanese Immigrant Case(Sup. Ct. 1903)판결에서 강제출국절차에서 외국인은 혐의사실을 고지받을 권리 및 의견을 진술할 권리를 갖는다고 하였다. 이 권리들은 현재 INA 239조에 규정되어 있다.

외국인은 또한 자신에게 불리한 증거를 조사하고, 유리한 증거를 제출하며, 정부측 증인의 교호심문할 합리적인 기회를 가져야 한다. INA 240. 강제출국사유에 관한 것이거나, 재량적 구제수단에 관한 중요하고 관련있는 증거로서, 구두증언 및 서면진술을 제출할 수 있다. 중요한 증인이 법정에서 증언을 할 수 없는 경우 이민판사에게 서면진술을 받거나 법정출두명령을 발하도록 요청할 수 있다. 청문절차에서 당사자인 외국인은 진술을 하거나 침묵하거나 선택할 수는 있지만, 이민판사는 당사자가 침묵하는 경우 그에게 불리한 추정을 할 수도 있다. 강제출국사유가 범죄에 해당되는 행위일 경우에만 헌법 수정5조상 자기부죄금지의 특권을 주장할 수 있다.

이민판사와 BIA는 그들이 집행하는 법령의 합헌성 여부를 심사하지는 않지만, 절차의 진행과 관련한 적정절차원칙의 문제에 대해서는 판단을 하며, 근본적인 형평의 기준을 적용한다. BIA앞에서 적정절차원칙에 근거한 절차적 쟁점을 제기하지 않은 외국인은 연방사법심사청구를 포기한 것이라고 판단한 판결이 있다.¹²¹⁾

라. 신속강제출국절차

IIRIRA가 이전의 입국불허(exclusion)와 강제출국(deportation)절차를 하나의 강제출국 청문(removal hearing)로 통합하였지만, 여전히 입국이 불

121) Barron v. Ashcroft (9th Cir. 2004)

V. 입국불허(inadmissibility) 및 강제출국(removal)

허되는 외국인과 합법적으로 입국하였던 외국인에 대한 법적 취급에는 중요한 차이가 있다. 위에서 본 바와 같이 입국불허사유가 있는 자는 입국할 자격이 있음을 합리적인 의심이 없도록 입증할 책임을 진다. 또한 이들은 재량적 구제처분 중 일부에 대해서는 아예 자격이 없다.

그러나, 가장 중요한 차이는 입국허가에 필요한 서류가 불비하거나 사증 또는 입국허가를 얻기 위해 허위의 서류를 제출하거나 중요한 사실을 허위로 진술한 자에 대해 적용되는 신속강제출국절차에 있다.¹²²⁾ 동법은 또한 미국에 입국심사를 받지 않고 입국하여 2년 이하의 기간 동안 체류한 외국인에 대해서도 이 절차를 적용할 수 있도록 하고 있으나, 현재는 적용되지 않는다. 이 절차에 따르면, 이민행정청은 그 외국인이 망명신청 또는 종교상 박해의 위협을 신빙성있게 제기하지 않는 한 청문이나 재심사없이 출국을 명령할 수 있다. 이는 국가안보를 이유로 한 입국불허자에게도 적용된다. 그 결정에 대해서는 habeas corpus 절차를 통해서만 다룰 수 있는데, 이 절차에서는 그 신청자가 (1) 외국인인지 여부, (2) INA 235하에서 출국명령을 받았는지, (3) 그가 합법적인 영주권자임을 우월한 증거(preponderance of the evidence)로 입증할 수 있는지, (4) 그의 난민 또는 망명자로서의 지위에 관해 더 조사해볼 자격이 있는가의 사항만이 심사대상이 된다.¹²³⁾

IIRIRA는 신속강제출국절차에 대한 사법심사를 금지하면서, 이민행정관료 개인에게 외국인을 강제출국시키고 5년 동안 재입국을 금지할 수 있는 광범한 재량을 허용하였다. 1996년 법은 (1) 신속강제출국규정의 적용 여부, (2) 특정 개인에 대해 신속강제출국절차의 적용 여부 및 종교박해의 신빙성있는 우려 여부의 결정 포함, (3) 이민행정청이 신속강제출국절차를 집행하기 위해 채택한 절차와 지침에 대해서 어떤 법원도 사법심사의 관할권을 갖지 않는다고 규정한다.¹²⁴⁾

122) INA 235(b)(1)

123) INA 242(e)(2)

124) INA 242

연방대법원은 *Shaughnessy v. U.S. ex rel. Mezei*(Sup. Ct. 1953)판결에서 오랫동안 미국의 국경에 도달한 외국인은 그 국경 내에 체류하는 자에게 부여되는 적정절차에 관한 기본권이 적용되지 않는다고 판결하였다. 어떤 절차를 부여할지는 의회의 입법재량사항이다. 그러나 연방대법원은 단기해외여행을 하고 귀국하는 영주권자는 달리 취급하여 고지와 변호사의 조력을 받을 권리를 인정한다.

2) 불복절차 (Appeals)

INA는 이민판사의 결정에 대해 행정상 불복절차를 정하고, 제한된 경우에는 행정명령에 대한 사법심사에 관한 규정을 두고 있다. IIRIRA는 사법심사가 가능한 상황 및 사법심사의 범위를 상당히 제한하고 있다.

(i) 사건재개(재심사)명령 (Motion to Reopen or Reconsider)

외국인의 신청(Form I-328) 또는 이민판사의 직권으로 이민판사의 결정을 재개 또는 재심사하라는 명령을 신청할 수 있다. 8C.F.R.1003.23 재개명령은 청문 시에는 이용가능하지 않았던 중요한 사실이 존재하는 경우 허용되며, 따라서 그 신청 시에 그러한 새로운 사실 및 이를 지지할 증거를 제출해야 한다. 이는 최종 강제출국명령이 발해진 후 90일 이내에 신청되어야 한다. 재심사명령은 강제출국명령에 법적·사실적 오류가 있는 경우에 인정되는 것으로, 강제출국명령이 발해진 후 30일 이내에 신청해야 한다.

이러한 재심사절차를 통해 구해진 실제적인 구제수단을 부여하는데 필요한 *prima facie* 요건이 구비되지 않은 경우 이민법원은 신청을 각하할 것이다. 이러한 근거로 신청을 각하한 결정에 대해서는 재량남용(*abuse of discretion*)을 기준으로 한 심사될 수 있다. 재개 또는 재심사신청을 접수한다고 해서 자동으로 출국명령의 집행이 정지되는 것은 아니므로 별도로 그 집행정지를 신청하여야 한다.

V. 입국불허(inadmissibility) 및 강제출국(removal)

(ii) 행정상 불복절차

강제출국청문을 거친 결정에 대해서 BIA에 이의신청을 할 수 있다. BIA는 법무부의 감독을 받고 그 구성원들은 법무장관이 임명한다. BIA는 이민판사의 결정 - 재량적 구제처분, 행정벌금, 이민자 지위부여신청, 외국인의 보석·가석방 또는 구금, 외국인의 법적 지위 조정의 취소, 망명 및 임시보호지위(Temporary Protected Status)에 관한 결정 - 에 대한 불복심사를 관할한다.

오랜 동안 BIA는 모든 사건을 3인의 심판부에서 심사하였으나, 위원의 수가 1995년 12인에서 2002년 23인까지 늘었으나 사건의 적체가 계속되고 있다. 이를 해소하기 위해 일정한 조건이 충족되면 1인의 위원이 이민판사의 결정을 인용하는 결정은 할 수도 있도록 하였다. 2002년 법무장관이 그 위원을 11인으로 줄이고, 불복절차를 재구성하였다. 2002년 규칙은 1인 위원의 단독심판을 표준절차로 하고, 새롭거나 복잡한 쟁점이 있는 사건만을 심판부에 맡기고, 특별히 중요한 사건에 대해서는 전원심판부를 말한다.

법무장관은 또한 BIA에 당사자가 불복의 근거를 실질적으로 제시하지 못하면 이를 약식으로 각하하거나, 이민판사에게 사실관계를 더 보강하도록 환송하거나 법무장관이 결정하도록 이송할 권한등을 부여하였다. BIA가 한 결정은 일정한 경우 사법심사를 구할 수는 있지만, 행정단계에서는 최종적인 결정이다. 위원회는 청문회의 기록 및 변호사가 제출한 서면 및 구도 주장에 근거하여 결정을 내려야 한다. 과거에는 BIA는 법적 쟁점과 사실적 쟁점 모두를 새로이 (de novo) 심사하였지만, 2002년 BIA를 개혁하는 규칙은 이민판사의 사실발견에 대해서는 명백한 오류가 있는 경우가 아니면 번복될 수 없도록 하였다.

출국명령의 집행은 BIA에 대한 불복절차 동안에는 자동으로 정지된다. 이 규정의 남용을 방지하기 위해 INS 규칙은 근거없는 불복을 하는 변호사에 대해서는 제재를 규정하고 있다.

(iii) 강제출국명령의 사법심사

INA는 법원이 BIA결정에 대해 불복하는 사건에 대해 심사할 권한을 부여하고 있다.¹²⁵⁾ IIRIRA는 사법심사의 이용가능성과 심사범위를 심각하게 제한하는 한편 법원은 이 제한을 좁게 해석하여 강제출국명령에 대한 일정한 심사권한을 보유하고 있다.

- 사법심사에 대한 제한

IIRIRA는 재량적 구제조치의 거부, 형사범죄행위를 이유로 한 강제출국명령, 구금결정에 대한 사법심사를 배제하고 있다. INA §242 그러나 항소법원은 법원이 관할권을 가지는가 여부를 결정하기 위해서 일부 “심사배제되는” 강제출국결정을 제한적으로 심사하여 왔다. (*Guerrero-Perez v. INS*, 7th Cir. 2001) 예컨대, 법원은 중죄(aggravated felony)의 유죄판결에 기초한 강제출국명령에 대한 심사가 금지되지만, 그 문제된 범죄가 중죄에 해당하는지 여부에 대해서는 독립적으로 결정할 수 있다.

IIRIRA는 또한 법무장관이 “절차를 개시하고, 사건에 대한 구체적인 결정을 하고, 강제출국명령을 집행하는” 결정에 대해 사법심사를 금지하고 있다. INA 242 연방대법원은 242조를 좁게 해석하여 이 3가지 재량적 행위에 대한 심사만을 금지하는 것으로 해석하였다.¹²⁶⁾ 그러므로 동조는 강제출국절차 중의 다른 결정들, 즉 조사개시결정, 청문일정조정결정, 명령의 재심사거부결정 등에 대해서는 심사를 배제하지 않는 것으로 해석되었다.

또한 IIRIRA는 심사범위를 제한하여, 항소법원은 이를 행정청의 기록에 근거해서만 판단하여야 하고 새로운 증거를 채택할 수 없다. INA242(b) 행정청의 사실발견은 합리적인 재판관이라면 달리 결정하지 않을 수 없을 정도로 명백한 오류가 아니라면 종국적이다. 망명을 거부하거나 외국인이 입국불허임을 결정하는 이민법원의 결정은 법에 명시적으로 반하지 않는 한 종국적이다.

125) INA §242

126) *Reno v. American-Arab Anti-Discrimination Committee* (Sup. Ct. 1999)

V. 입국불허(inadmissibility) 및 강제출국(removal)

- Habeas Corpus Proceedings

1996년 이전에는 INA는 구금된 외국인에게 habeas corpus 절차를 통해 강제출국을 다룰 권리를 부여하였다.¹²⁷⁾AEDPA는 이 규정을 폐지하였다. 그리고 IIRIRA는 INA 242(b)(9)를 추가하여 242조에 규정된 경우 외에는 강제출국결정에 대한 사법심사가 허용되지 않는 것으로 규정하였다. INS v. St. Cyr (Sup. Ct. 2001) 판결에서 연방대법원은 강제출국명령을 받은 외국인은 여전히 28U.S.C.A.2241 하에서 여전히 habeas corpus 소송을 제기할 수 있다고 하였다. 또한 INA를 habeas corpus 절차를 배제하는 것으로 해석하는 경우, 이는 범죄인인 외국인의 경우 그 강제출국명령을 다룰 다른 수단을 전혀 갖지 못하므로 위헌의 소지가 있다고 하였다.

동 판결이 형사범죄행위를 이유로 강제출국명령을 받은 외국인에게 habeas corpus 소송이 이용가능한지에 대해 초점을 맞추었으나, 이후 법원은 다른 외국인들도 강제출국명령에 대한 직접적인 사법심사가 이용가능하지 않은 경우 habeas corpus 절차에 대한 권리를 가진다고 판결하였다.¹²⁸⁾ 강제출국의 근거의 종류에 불문하고 habeas corpus 심사는 헌법 또는 법률 위반의 근거로 제한되고, 외국인은 이러한 절차를 이민판사의 재량권 행사를 다투는 데 이용할 수는 없다.¹²⁹⁾

입국이 허가되지 않는 외국인에 대해서 habeas corpus 절차는 강제출국명령을 다투는 유일한 수단이다. 그러한 절차를 통한 심사범위는 신청인이 외국인인지, 신청인이 신속추방절차의 대상인지 여부, 그가 영주권자, 난민 또는 망명자인지 여부만을 심사할 수 있다. INS §242(e). 외국인은 CBP의 외국인 입국불허결정에 대해 다투는 경우에는 이용할 수 없다.¹³⁰⁾

127) INA 106

128) Liu v. INS (2d. Cir. 2002)

129) Gutierrez-Chavez v. INS (9th Cir. 2002)

130) Brumme v. INS (5th Cir. 2001)

VI. 시민권(Citizenship)

1. 시민권의 개념

시민권은 현대 정치의 보편적인 특징이라 할 수 있다. 현대의 모든 국가들이 공식으로 그 시민으로서의 지위에 관한 정하여 두고, 일부의 사람들을 시민으로, 그 밖의 사람들은 비시민권자 또는 외국인으로 규정하며, 시민의 지위를 가진 자에게는 일정한 권리와 의무를 부여한다. 이러한 권리와 의무는 법적으로 평등하게 취급되는 범위를 결정한다.

그러나 시민권은 단순한 거주사실의 반영이 아니다. 그것은 단지 지속적인 거주사실만으로 부여되지도 않고 일시적 또는 장기간 부재하였다고 사라지는 지위도 아니다. 이러한 관점에서 현대 국가는 단순히 지역을 기반으로 하는 조직체가 아니고 그 구성원을 기반으로 하는 조직체 즉, 시민의 공동체이다. 시민권은 내부적으로는 포용하는 기능을 하지만 외부적으로는 배제하는 기능을 한다. 시민과 외국인 사이의 구별은 개념적으로 명백하고, 법적으로 중대하며, 이념적 의미를 가지는 것이다. 국가는 특정한 시민들을 위한 국가라고 주장하며, 국민의 의지를 대표하고 국민의 이익을 신장한다고 주장함으로써 정당성을 획득한다. 이 제한된 ‘시민’ 그룹은 통상 ‘국민(nation)’이라고 관념된다. 이는 어떤 국가에 우연히 법적으로 소속된 자들의 단순한 총합보다 더 밀착된 실체이다.

시민권은 일정한 사회적 상호작용이 폐쇄적으로 차단(social closure)되는 수단이자 목표이다. 오직 시민만이 국내에 제한없이 입국할 권리를 가지고, 투표권과 군역은 통상 시민만이 가질 수 있다. 또한 시민의 지위에 대한 접근을 규율하는 ‘귀화(naturalization)’ 자체도 폐쇄적인 것이다.¹³¹⁾

131) Citizenship and Nationhood in France and Germany, ch. 1(1992), Aleinikoff pp. 2-9

VI. 시민권(Citizenship)

미국 연방대법원은 정의하기를 :

“시민은 그들이 속한 정치공동체의 구성원이다. 이들은 그 공동체를 구성하는 사람이며, 그들의 일반적인 복지를 지향하고 공동의 권리 (collective right)뿐만 아니라 개인적 권리를 보호하기 위하여 공동으로 정부의 지배체제를 정립하거나 또는 그에 스스로를 복종시키는 것이다”라고 정의하고 있다.¹³²⁾

시민에게는 당해 공동체에 의한 영속적인 충성의무가 요구되지만 외국인에게는 일시적으로 거주하는 동안만 그 사회에 대한 충성의무가 요구된다. 미국 시민의 경우 헌법상의 모든 권리와 특권의 대상이 된다. 그리고 그러한 권리 중 일부는 오직 시민만이 가질 수 있다. Privileges and Immunities Clause of Art. IV. and 수정 14조, 선거권, 공무담임권이 그러하다. 또한 외국인은 강제출국의 대상이 될 수 있지만, 시민이 되면 자발적인 국적포기(expartriation)나 귀화의 취소에 의하지 않으면 미국에서 거주할 권리를 박탈당하지 않는다. 또한 시민은 이러한 권리와 함께 책임을 부담한다. 신체 건강한 성인의 군대복무를 할 의무, (외국인도 군대에서 복무할 수는 있지만 징병대상은 아니다) 배심원으로 재판에 참여할 의무도 있다.

어떻게 시민권을 취득하는가에 따라 시민이 국가와 가져야 하는 관계는 다르다. 출생에 의해 자동적으로 시민권을 취득한 자는 이들이 출생 직후에 미국을 떠나서 다시 돌아오지 않더라도 자신의 뜻에 반하여 이를 상실하지 않는다. 그러나 귀화에 의해 시민권을 취득하고자 하는 자는 통상 영주권을 받은 후 5년 동안 미국에 거주하여야 하고, 그들이 훌륭한 도덕적 인격을 지니고, 미국에 대한 소속감, 영어 이해력, 및 미국 역사의 정부의 구성원리에 대한 이해가 있어야 한다.¹³³⁾

20세기 초 미국이 변경의 영토를 새로이 취득했을 때 그 지역의 원

재인용

132) U.S. v. Cruikshank (Sup. Ct. 1875)

133)INA §316(a)

주민들은 미국에 대한 충성이 요구되었지만 시민으로 보지 않았다. 연방대법원은 “Insular Cases”에서 이 영토들은 미국에 통합되지 않았으므로 원주민들은 상대적으로 낮은 수준의 헌법적 보호를 받는다고 판단하였다.¹³⁴⁾ 미국 영토의 주민들에게 부여되는 헌법적 보호의 정도는 의회에 의해 결정된다.¹³⁵⁾

2. 시민권의 취득방법

(1) 속지주의와 속인주의

‘출생’이란 사실에 의해 어떤 공동체의 시민으로서의 지위를 부여하는 것은 역사적 경험으로 보아 합리적인 것이라고 한다. 즉, 전통적으로 사람들은 출생으로 인하여 소속되게 된 공동체에 충성을 하는 경향을 보여왔기 때문이다.

시민권을 취득하는 방법으로 일반적으로 속지주의(Jus Soli)와 속인주의(Jus Sanguinis) 원칙이 인정되어 왔다. 속지주의는 사람이 출생한 장소에 의해 시민권을 결정하는 것인 반면, 속인주의는 세습(descent) 또는 글자 그대로 혈연관계를 근거로 시민권을 인정하는 것이다. 다수의 국가들은 이 두 원칙을 복합적으로 채택하고 있다.

속지주의는 영국의 커먼 로상의 원칙으로서, 역사적으로는 봉건제에 기반한 것이었지만, 봉건제가 폐지된 이후에도 영국에서 출생한 자의 국적을 결정하는 데 이용되었다. 속지주의의 ‘기준’으로서의 장점은 명확성에 있다. 대영제국의 발전으로 해외교역 및 여행이 활발해짐에 따라 법률로써 속지주의를 받아들여 해외에서 영국인 부모 사이에 출생한 자녀에게도 시민권을 부여하였다.

반면, 속인주의는 대륙법계 국가들이 채택한 원칙으로서, 출생 시

134) Balzac v. Porto Rico (Sup. Ct. 1922)

135) Torres v. Puerto Rico (Sup. Ct. 1978)

VI. 시민권(Citizenship)

부모의 국적에 의해 국적이 정해진다. 혈연에 기초한 ‘국적(nationality)’의 개념은 프랑스 혁명 중에 확립되었다. 이는 자국에 대한 애국심과 자국민에 대한 형제애를 고취시키는 기능을 하였고, 이후 유럽의 다른 국가들에게도 전파되었다.

미국에서는 영국으로부터 보통법을 계승하면서 속지주의 원칙을 기본원칙으로 받아들였다. 그러나 국가 성립 후 초기에는 국내에서 출생한 자라 하여도, 아메리카 대륙의 원주민인 인디언, 아프리카인의 후손, 아시아인들은 시민권을 취득할 수 없었으므로, 속지주의 원칙이 온전히 적용된 것은 아니었다. 이 원칙이 헌법 수정14조로 성문화된 것은 1848이었다. 미국의 국적법에 속인주의 원칙이 처음 채택된 것은 1790년 제정된 법률로서, 미국에 거주했었던 미국 시민으로부터 해외에서 출생한 자녀는 출생시부터 시민으로 본다는 내용이였다. 이후 법률에서도 계속하여 부모 중 최소한 1인이 자녀 출생 전에 미국에 거주하였을 것을 요건으로 하였다. INA§301

(2) 이중국적 문제

각 국이 시민권 부여에 관해 각각 다른 원칙을 정하고 있으므로, 이중국적의 문제가 발생한다. 또한 귀화로 인한 국적 취득과 관련해서도 이중국적의 문제가 발생할 수 있다. 미국 시민이 다른 국가의 국적을 취득한 경우 미국 시민권을 공식적으로 포기하지 않는 한 미국 시민권을 보유할 수 있다. INA 349(a)(1) 마찬가지로 일부 국가들은 미국에 귀화하기 위한 요건으로 하는 미국에 대한 충성선서가 국적을 이탈하는 행위로 (expatriating act) 보기 않기 때문에 기존에 보유하던 다른 국가의 시민권을 상실하지 않고 미국 시민권을 취득하는 경우도 있다. 시민권은 통상 오직 한 국가에 대한 충성을 의미하는 것이므로, 이중 국적을 가진 자는 두 나라에 대한 충성의무사이에서 갈등을 겪게 되는 상황이 있다. 국가에 대한 의무가 중복부과될 수 있고, 한 국

가에서 법적 문제에 부딪친 자가 다른 국가에게 보호를 요청할 경우 외교적 문제가 발생할 수도 있다. 또한 이들의 투표권 행사로 다른 국가의 국민이 미국의 정책형성에 영향을 미칠 수도 있다.

현대에는 교통이 발달하고 이동이 활발해짐으로써 이중 국적을 유지하고자 하는 사람들이 증가하고 있다. 그 결과 1990년대에는 여러 남미국가들이 이중국적을 허용하기로 하였다. 프랑스, 아일랜드, 이탈리아, 영국 등을 포함한 다수의 유럽국가들 또한 이중국적을 인정한다. 이러한 변화는 ‘이민’의 본질의 변화를 의미한다. 20세기 후반까지는 여행과 통신의 어려움으로 인해 대부분의 이민자들이 원래의 국적 국가와 완전히 차단되어야 했다. 그러나 오늘날 이민은 원래의 국적 국가와 완전히 또는 영속적으로 차단될 필요가 없다. 고국에 재산을 보유하거나, 고국의 정치에 관여한다거나, 고국에 남아있는 가족들에게 경제적인 지원을 하는 등으로 관련을 맺고자 하므로, 이들은 원래 국적의 포기를 원하지 않는다. 그러므로 미국 정부는 그 존재를 인정하기는 하지만 공식적으로 이를 지양하는 정책을 채택하고 있다.¹³⁶⁾

미국은 외국인이 귀화할 경우에는 과거의 국적을 포기할 것으로 요구하고 있지만(INA §337), 이러한 포기의 효과는 상대 국가의 법에 따라 그 효과가 달리 나타날 수 있다.

(3) 미국 국적의 취득방법

현행 미국법상 시민권을 취득하는 방법에는 4가지가 있다.

- 미국 국내 또는 미국령 영토에서 출생
- 미국 국외에서 미국인 부모 사이에서 출생
- 귀화 (naturalization)
- 아동이 18세 이하인 기간 중에 부모의 귀화

136) 이러한 문제는 전쟁 중에는 특히 심각해 질 수 있다. *Kawakita v. U.S.* (Sup. Ct. 1952)

(4) 출 생

1) 국내 출생

미국 국내 또는 그 관할권에 속하는 지역에서 출생한 모든 자는 자동적으로 시민권을 획득한다.¹³⁷⁾ 이 보통법상의 원칙은 1868년에 채택된 헌법 수정 14조에 명문화되었다.

“미국 내 또는 미국의 관할권에 속하는 곳에서 태어나거나 귀화한 모든 자는 미국의 시민이자, 그들이 거주하는 주의 주민이다.”

이 조문은 보통법 원칙에서 나아가 미국에서 태어난 모든 아프리카인 아메리칸을 포함시키고자 한 것이었다. 그 이전에는 흑인은 노예이든 자유인이든 미국 시민의 지위가 인정되지 않았다.¹³⁸⁾ 미국 내에서 출생한 아동이라면 그 부모의 국적에 상관없이 시민의 지위를 부여받는다.¹³⁹⁾

“미국의 관할권에 복종하는” 지역이라는 표현은 일반적인 속지주의(jus soli) 원칙의 예외를 발생시키는 것으로, 부모가 타국의 외교관으로 미국에 머무르는 경우 여기에서 태어난 아동은 미국국적을 취득하지 못한다.

2) 미국령 영토에서의 출생

- 하와이
- 알래스카
- 푸에르토 리코
- Canal Zone 과 파나마
- 버진 아일랜드

137) INA §301(a)

138) Scott v. Sandford (SUP. Ct. 1857) (NS 405 면)

139) U.S. v. Wong Kim Ark (Sup. Ct. 1898)

- 괄
- 미국령 사모아, 스웨인 섬

3) 국외 출생

미국 시민인 부모로부터 국외에서 출생한 자는 미국 시민권을 얻을 수 있다. 이는 헌법 또는 수정 14조의 규율대상이 아니고, 법률에 의해 결정되는 영역이다. 1790년부터 제정되어 내려온 관련 법에 따르면, 부모가 자녀의 출생 전에 미국에서 거주한 사실이 있을 것을 요구하였다. 이것은 미국에서 한번도 살아본 적 없는 부모의 자녀에게 시민권을 부여함으로써 미국 외부에 미국에 대한 지식이나 경험이 거의 없는 ‘미국인 집단’이 존재하게 되는 것을 방지하기 위해서이다. 속인주의에 의한 국적 취득에 대해서는 1934년, 1940년, 1952년에 관계법에 대한 중대한 개정이 있었으므로, 어느 시점에 출생하였는지에 따라 각각 국적 취득의 요건이 달라진다.

가. 1934년 5월 24일 이전 출생자

1790. 3. 26 제정된 법률에서 결정된 요건이 적용된다. 해외에서 미국 시민인 부모에게 출생한 자가 국적을 취득하기 위해서는 그 자의父가 그 이전에 미국에 거주한 사실이 있어야 한다.

나. 1934. 5. 24 - 1941. 1. 12 출생자

母가 미국의 시민이고 과거에 거주한 사실이 있었던 경우에도 국적을 취득할 수 있도록 하였다. 동법은 그 출생자가 18세가 되기 이전에 미국에 연속하여 5년 이상 거주한 사실과 21세가 되기 6개월 전에 시민으로서의 서약을 할 것을 요구하였다. 이후 1940년 국적법은 이를 소급적으로 변경하여 13세와 21세 사이의 기간 동안 5년 이상 거주할 것으로 하였고, 선서요건은 폐지하였다.

VI. 시민권(Citizenship)

다. 1941. 1. 13 - 1952. 12. 23 출생자

1940년 국적법(Nationality Act of 1940) 은 부모가 모두 미국 시민인 경우와 일방만이 미국 시민이고, 타방은 국적을 가진 자(national)인 경우, 시민인 부모가 과거에 미국 또는 해외 영토에 거주(reside)하였다면 해외에서 출생한 자녀에게 출생과 동시에 시민권을 부여하였다. 일방이 시민이고 타방이 비시민권자인 경우, 시민인 부모가 10년 이상 거주한 사실이 있어야 하고, 그 중 최소 5년 이상은 16세 이후에 거주한 것이라야 한다. 1946년 개정으로 거주기간은 제2차 세계대전 중에 군대에서 복무한 자는 12세 이후에 5년이상 거주로 요건이 변경되었다. 그리고 당해 출생자녀가 13-21세 기간 중에 총5년의 기간동안 미국 영토에 거주한 사실이 없으면 시민권을 상실할 수 있었다. 다만 이 상실요건은 그 자녀의 부모가 출생 시에 미국 정부 또는 미국이 참여하는 국제기구에 고용되어 해외에서 근무하고 있었던 경우에는 적용되지 않는다.

라. 1952. 12.23 이후 출생자

1952년 이민국적법(Immigration and Nationality Act of 1952) 하에서는 부모가 모두 시민인 경우 1940년 국적법과 같은 방식으로 시민권을 취득한다. 일방이 시민이고 타방이 ‘미국 국민(U.S. national)’ 인 경우 시민인 부모가 미국 또는 해외 영토에 자녀의 출생 전 1년 동안 실제로 체류하고 있었어야 한다.¹⁴⁰⁾ 부모의 일방이 시민이고 타방이 비시민권자인 경우 1952년 법률은 시민인 부모가 10년 이상 체류를 요하고 이중 최소 5년은 14세 이후에 체류하였어야 한다.¹⁴¹⁾ 1986년이 실거주요건은 5년, 그리고 14세 이후에 최소 2년으로 개정되었다.

140) INA 301(d)

141) INA 301(g)

실거주요건은 어떤 이유로든 미국에 체재하고 있음으로써 충족된다' 1940년 국적법과는 달리 INA는 시민인 부모가 미국 내에 영구거주를 가지고 있었어야 할 것을 요구하지 않는다.

마. 1952년 법률의 개정

해외서비스를 위한 실거주면제규정이 신설되었다. 1966년 의회는 1952년 법률 제301(g)를 개정하여, 미국 정부 또는 미국 정부가 가입한 국제기구에 고용되어 해외에서 군복무를 한 경우 그 기간을 미국의 실거주기간에 산입할 수 있도록 하였다. 또한 그러한 자의 혼인관계가 아닌 부양가족(unmarried dependent)으로 해외에서 거주한 미국시민이 부모가 된 경우 그 기간도 10년 기간에 산입되었다. 이는 1986년 기간단축시까지 적용되었다. 이는 주로 해외파병된 자가 외국인과 결혼하게 된 경우 해외에서 태어난 자녀에게 시민권을 줄 수 없는 애로사항을 덜어주기 위한 것이었다.

다음으로 해외에서 출생한 아동에 대한 거주요건이 폐지되었다. 1972년까지 INA 301(b)는 해외에서 출생한 자녀의 부모 일방이 시민이고 일방이 비시민자인 경우 그 자녀가 14-28세에 해당하는 기간 중에 5년 이상 연속하여 거주할 것을 요구하였다. 의회는 1972년에 아동들이 가족과 떨어져 있게 되거나, 그로 인한 가정의 경제적 부담 등을 덜어주기 위해 이 기간을 미국에서 실거주 2년 이상, 14-28세 중에 계속 거주하는 것으로 하고, 60일 이하의 출국은 그러한 실거주의 계속성을 깨뜨리지 않는다고 하였다. 그리고 이 요건은 비시민자인 부모가 그 자녀가 18세 이하인 때 귀화한 경우에는 적용되지 않는다.

그러나 요건을 완화한 이후에도 이로 인해 1972-1977년 사이에 693명이 시민권을 상실하게 되자, 연방의회는 시민권 취득을 위해 거주요건이 필요한 유일한 경우라는 점을 지적하며 이 요건을 폐지하려는 움직임을 보였다. 그러나 1986년 이는 위와 같이 기간이 단축되었다.

바. 해외에서의 혼외출생자

이민법 제309조는 국외 출생자 중 정식혼인관계에서 출생하지 않은 자의 시민권 취득에 관하여 규정하고 있다. 이 경우에는 그 어머니가 미국 시민으로서 자녀의 출생 전에 1년 이상 미국에 거주하였던 경우에는 그 자녀는 시민권을 취득한다. 그러나 아버지가 미국 시민인 경우, 그 출생한 자는 그 아버지가 그 자가 18세가 될 때까지 부양의무를 지는 데 동의하고, 그 아버지가 18세가 되기 전에 명시된 3가지 방법 중 하나로 친자로 인지하여야 한다.

1941.1.13 이전에 미국 시민인 아버지에게서 출생한 자는 어떤 연령에서건 아버지의 거주지 법 하에서 인지되면 시민권을 취득하였다. 1941.1.13-1952.12.23 에 출생한 자는 21세 전에 인지되고, 그 아버지가 그 당시에 적용되던 실거주요건을 충족한 경우에만 시민권을 취득하였다.

Nguyen v. INS(Sup. Ct. 2001) 판결에서 혼외출생자에게 시민권을 물려주고자 하는 아버지에 대해서 요건을 가중하는 것이 합헌인지가 심사되었다. Tuan Anh Nguyen은 베트남에서 출생하였으나 미국인 아버지에 의해 미국에서 양육되었다. INA는 그가 22세에 성범죄에 대한 유죄인정을 하였을 때 강제출국절차를 개시하였다. 이에 대한 불복절차가 계속 중에 Nguyen의 아버지는 그의 부성을 입증하는 법원의 명령을 얻어내었다. 그러나 BIA는 Nguyen이 18세가 되기 전에 그 아버지가 인지를 하지 않았으므로, 시민이 아니라고 판단하였다. 연방대법원은 BIA의 이 결정을 인용하면서, 동법상의 요건은 아버지와 자녀 및 미국 사이에 진정한 관계의 존재를 확보하는 중대한 정부의 이익에 실질적으로 관련된 것이므로, 법앞의 평등을 침해하는 것이 아니라고 판단하였다.

(5) 귀화(Naturalization)

1) 연 혁

귀화는 출생 시에 시민권을 취득하지 않은 자가 시민으로서의 지위를 취득할 수 있는 주된 절차이다. 이러한 방식으로 시민권을 부여하는 권한은 헌법 제1조 제8항에서 의회에 “귀화에 대한 통일적 규칙을 정립할 권한”을 부여하고 있는 데서 근거한다. 최초의 귀화에 관한 법률인 1790년 법률이후 국회는 비시민권자의 귀화 조건을 정립할 배타적인 권한을 행사해왔다.

1790년 법률에서, 의회는 미국에 2년 동안 거주한 “자유 백인인 외국인”은 그가 훌륭한 도덕적 인격을 가지고 헌법을 수호하기로 선서한 경우 법원의 절차를 통해 귀화할 수 있다고 규정하였다. 1795년 법률은 거주요건을 5년으로 늘리고, 귀화신청자는 3년 전에 공식적인 귀화의사를 표명해야 하고, 신청자는 모든 이전에 국가에 대한 충성서약을 포기하고, 미국에 대한 충성을 서약해야 하며, 법원이 그 신청자가 “훌륭한 도덕적 인격을 가진 자로 행동해왔고, 미국의 헌법원리를 준수하며, 미국의 질서와 안녕을 위하는 마음가짐이 잘 갖추어져 있다”는 평가를 받을 것을 요건으로 하였다. 이러한 조건은 현행법상의 일반조건과 기본적으로는 유사하다.

의회는 국가 성립 초기에 귀화의 실제적 요건에 대해서 정한 데 비해, 그에 관한 통일된 행정절차를 정한 것은 1906년 귀화법(Naturalization Act of 1906) 제정에 이르러서였다. 동 법률은 귀화에 대한 행정감독 책임을 미국 통상노동부(Department of Commerce and Labor) 내의 Bureau of Immigration and Naturalization에게 부여하였다. 동법은 표준 귀화신청서를 정하고, 귀화신청자는 합법적인 입국증명서를 발부받아 첨부하도록 하고, 통일된 귀화신청수수료를 정하고, 법원이 신청을 심

VI. 시민권(Citizenship)

리하고 결정하는 시한을 설정하였다. (최소 신청 후 90일 후, 총선거 후 30일 이내에는 청문이 허용되지 않음.) 그리고 마지막으로, 각 신청은 신청인의 시민으로서의 자격에 대해 증언해 줄 2명의 시민을 증인으로 서명하도록 하였다.

이후 절차의 개정을 통해, 그간 귀화신청대상에서 배제되던 ‘적성국 외국인(alien enemies)’을 이를 허용하고, 귀화사건에서 증거에 관한 심리를 하고 연방법원에 결정에 대한 권고를 할 수 있도록 법원이 임명하는 귀화조사관제도를 신설하였다. 의회는 1940년 국적법(Nationality Act of 1940)에서 몇 가지 실제적인 개정을 하였다. 더욱 중요한 것은 동법이 귀화에 대한 인종제한을 완화하였다. 서반구의 토착 인종에(races indigenous to the Western Hemisphere) 해당하는 자는 귀화 대상자가 되었다. 그 때까지는 오직 백인과 아프리카 출생자 또는 후손들만 자격이 있었다. 1943년 의회는 중국인배제법(Chinese Exclusion Act)을 폐지하면서, 중국이민자를 4번째 귀화대상집단으로 추가하였다.

1952년 이민국적법(INA)은 시민권에 관한 사항을 규율하는 법을 포괄하는 법제로 정비하였다. 1952년 법에 의한 가장 중요한 변화는 귀화의 조건에 대해 모든 인종과 성을 기준으로 한 차별을 철폐하였다는 점이다.¹⁴²⁾ 그러나 동 법률은 (1) 일정한 체제전복적인 집단에 속하는 자,¹⁴³⁾ (2) 외국인임을 이유로 미국의 군대복무를 거부하였던 자,¹⁴⁴⁾ (3) 강제출국절차 또는 명령이 미해결된 자는¹⁴⁵⁾ 귀화대상에서 배제된다. 의회는 또한 제1,2차 세계대전, 한국전쟁, 베트남 전쟁 또는 그 이후 분쟁에 군인으로 복무한 비시민권자들의 국적 취득을 용이하게 해 주기 위한 규정을 신설하였다.

1990년 법률과 1991년 법률은 INS를 귀화사건에 대한 유일한 결정

142) INA § 311

143) INA § 313

144) INA § 315

145) INA § 318

권자로 하였다. 2002년 국토안보법은 실체적 요건은 변경하지 않은 채 그 책임을 U.S. Citizenship and Immigration Services로 이관하였다. 연방법원은 더 이상 귀화신청에 대한 결정을 할 권한이 없는 반면, 다수의 귀화된 주민에 대한 충성서약은 법원에서 관할하였다.

귀화신청자는 1990년대에 급격하게 증가하였다. 영주권자들이 그들이 교육, 의료서비스 등 정부사업의 혜택을 받지 못하거나 aggravated felony 등으로 인해 쉽게 강제출국될 것을 우려하여 대거 시민권을 신청하였다.

1970년대-1980년대까지는 연간 귀화자가 200,000명 이하였으나, 1990년대에 폭발적으로 증가하여, 1997년에는 1,400,000건에 이르렀다. 2001년 50만 건, 2003년 523,408건 정도가 신청되었다.

2) 귀화의 실체적 요건

귀화의 실체적 요건은 다음과 같다.

가. 住居 및 現住 (Residence and Physical Presence)

이민국적법 제316조(a)에 따르면, 귀화를 하고자 하는 자는 반드시 (1) 미국에서 5년동안 합법적인 영주권자로서 계속하여 거주하고 있어야 하고, (2) 귀화 신청 직전 5년 동안 최소한 절반 이상의 기간동안 미국에 실제로 체류하고 있어야 하며(現住), (3) 귀화 신청을 한 해당 지역구에서 최소 3개월 동안 거주하지 않으면 시민권을 취득할 수 없도록 하고 있다. 신청자는 신청일로부터 시민권 취득시까지 미국에 계속 거주하여야 한다.¹⁴⁶⁾ 다만 해외로 단기 여행을 가는 것은 무방하다. 이러한 거주요건은 신청자들의 본국과의 연계를 어느 정도 정리하도록 하고 미국 정부시스템의 원칙을 배우고, 미국이라는 공동체의 구성원으로서의 소속감이 형성되도록 하기 위한 일종의 수습기간으로서의 의미를 갖는다.

146) INA § 316

VI. 시민권(Citizenship)

이는 ‘적법한 거주(legal residence)’라야 하고, 적법한 거주가 되려면 적법한 입국에서 시작하여야 한다. 의회는 1952년 법률에서 ‘거주’란 “일반적인 주거로서, 목적과 상관없이 사실상 주된 그리고 실제로 거주하는 장소이면 된다.” 따라서 중요한 것은 신청인 어디에서 합법적인 영구적 주민으로서의 지위를 가지고 있었는가를 결정하는 문제가 된다.

기간 중 미국에 6월 미만의 기간동안 부재하였던 것만으로는 주거의 계속성에 영향을 미치지 아니하나, 6월 이상 1년 미만의 기간이라면 이는 거주는 계속되지 않은 것으로 추정되며, 이 추정을 깨기 위해서는 당사자가 미국 내의 주거를 사실상 포기한 것이 아니었음을 입증해야 한다. 1년 이상의 기간동안 부재하는 것은 법적으로 거주자의 계속성이 깨진다. 신청인은 미국에 귀국한 후에 다시 새로 거주기간을 시작해야 한다. 이러한 거주자의 계속성 요건의 적용 예외로서, 신청인이 그 기간 중에 미국에서 실제 거주하고 있지 않았던 이유가 정부를 위한 공무, 과학 연구, 해외의 재산권을 보호하기 위해 필요한 교역 또는 통상활동, 국제공공기구에 고용된 경우 또는 정당한 종교적 임무를 행하기 위해서임을 입증하는 경우 예외로 인정된다.¹⁴⁷⁾

그러나 계속적 거주자의 요건을 면제받는다고 하여, 5년 중 2년 반 이상을 미국에 실제로 체류하고 있어야 한다는 요건이 면제되지 않는다.

그 외국인이 미국을 떠나게 된 것이 자발적 의사에 기한 것이 아닐 경우, 법원은 위의 주거 및 현주 요건에 대해서 그 부재를 ‘부재’로 보지 않을 수 있다. 예컨대, 해외에 근무하러 갔다가 전쟁이 발발해서 전쟁포로로 해외에 계속 수감되어 있었던 경우에는 그 기간은 미국을 떠났던 기간으로 보지 않는다.¹⁴⁸⁾ 그러나 신청인이 미국을 떠난 것이 자발적이었다면, 그가 통제할 수 없는 사건으로 인해 돌아올 수 없었다 하더라도 위 요건은 면제되지 않는다.¹⁴⁹⁾

147) INA § 316(b)(1)

148) In re Yarina (N.D. Ohio 1947)

149) Mary Holzer는 이스라엘 국민으로서 합법적인 영주권자였으나, 이스라엘을 방문

나. 연 령

귀화 신청을 하기 위해서 신청자는 통상 18세 이상의 자라야 한다.¹⁵⁰⁾ 2000년의 아동시민권법(Child Citizenship Act)에 의하면 18세 미만의 아동은 그의 부모 중 최소한 일방이 출생 또는 귀화로 시민권을 가진 자로서 그 법적 보호를 받고 있으며, 아동 자신이 합법적인 영주권자로서 미국에 거주하고 있는 경우에는 자동적으로 시민권을 취득한다.¹⁵¹⁾ 결과적으로 대부분의 아동들은 그들의 부모들이 귀화하는 시점에 별도의 신청이나 절차가 필요없이 시민의 지위를 획득한다. 일부의 경우에는 미국 시민들은 국외에 거주하는 자녀를 대신하여 귀화를 신청할 수 있다.¹⁵²⁾

다. 문자해득력 및 교육관련 요건

신체적 장애, 발달 장애 또는 정신지체 등으로 불가능한 경우를 제외하고는 귀화를 신청하는 자는 평이한 영어를 말하고 이해하고 읽고 쓸 수 있어야 한다. 50세 이상의 자로서 합법적인 영주권자로서 20년 이상 미국에서 거주한 자와 55세 이상의 자로서 15년 이상 영주권자로서 거주한 자는 이 요건이 면제된다.¹⁵³⁾ Hmong Veterans' Naturalization Act of 2000은 베트남 전쟁 당시 미국을 지원했던 라오스 게릴라들의 및 그들이 배우자와 미망인들에 대해서는 적용 배제된다.

하러 갔다가 경제사정이 악화되어 1년 내에 미국으로 귀국할 수 없었다. 법원은 이는 귀화신청을 거부하면서 그 근거로 그 규칙은 미국으로 귀국하지 못한 것이 사증발적인 것이었다 하더라도 이 요건은 적용된다는 것이다. S.D.N.Y. 1956) In re Naturalization of Vafaei-Makhsoos(D. Minn. 1984)에서도 법원은 미국의 합법적인 영주권자가 1979-81년 이란 인질사태 중에 이란을 방문하러 갔다가 미국 정부의 여행제한조치로 인해 미국에 1년 이상 귀국하지 못하였다. 그는 미국을 자발적으로 떠난 것이므로 1년 이상 현주요건을 채우지 못한 경우 1년 이상 부재 원칙의 예외가 될 수 없다고 하였다.

150) INA § 334(b)(1)

151) INA § 320

152) INA § 322

153) INA § 312(a)(b)

VI. 시민권(Citizenship)

또한 동법 제312조에 따르면, ‘미국의 기본적인 역사 및 미국 정부의 구성원리와 형태에 대한 지식과 이해’가 요구된다. 연령 때문에 영어해득력 요건이 면제된 자도 이 요건은 충족하여야 한다. 관련된 장애를 가진 자는 면제된다. 다만 CSI는 65세 이상인 자로서 미국에 20년 이상 거주한 자 및 Hmong Veterans' Naturalization Act가 적용되는 자에게는 특별한 고려를 하여야 한다. 문자해득력 요건이 적용면제되는 경우, 그 자는 통역가 또는 몸짓 언어(sign language)를 사용할 수 있다. 그러나 문제가 컴퓨터로 무작위로 선택되므로, 복잡한 문제를 풀 기회가 없을 수도 있으므로, 2차, 3차 시험기회도 주어진다.

문자해득력 요건에 대해 평등권 침해를 이유로 위헌성을 다투는 집단소송이 제기되기도 하였으나, 제5순회 항소법원은 의회의 귀화 관련 권한행사에 대한 직접적인 다툼은 사법심사가 배제되는 것으로, 그러한 권한은 의회가 행사하는 외국과의 관계에 대한 책무의 일부이기 때문이다.

라. 훌륭한 도덕적 인격 (good moral character)

동법 제316(a)(3)조에 따르면 귀화를 하고자 하는 자는 귀화 신청 5년 전부터 귀화를 위한 최종 청문일까지의 기간동안 훌륭한 도덕적 인격을 지니고 있었고 현재도 그러함을 보여주어야 한다.¹⁵⁴⁾ 그러나 법률상은 5년으로 되어 있으나, CSI는 그 이전 시기의 행동에 대해서도 고려할 재량권을 가지고 있다.¹⁵⁵⁾ 다만, 신청자가 그러한 과거의 행동 이후에 갱생에 성공했음을 증명하는 경우 이는 귀화의 거부사유가 될 수 없다.¹⁵⁶⁾ 더 단기의 거주요건이 적용되는 자는 그 기간 또는

154) INA §316(a) (3) “... during all the period referred to in this section has been and still is a person of good moral character ...”

155) INA§316(e); *Tieri v. INS* (2d. Cir. 1972)판결에서 제2순회 항소법원은 지방법원이 1966년 귀화신청을 한 자가 1922-1959년 사이에 6번 체포되고, 이 중 2번은 강도 및 마권영업으로 유죄판결을 받은 사실을 고려한 것이 정당하다고 판단하였다.

156) *Gatcliffe v. Reno*(D.V.I. 1998)

합리적인 기간동안 이를 입증하여야 한다. 신청인이 시민권자로서의 모든 측면에서 자격있음을 입증해야 하므로, 그 입증책임은 신청인이 부담한다.

법원은 “훌륭한 도덕적 인격”이라는 정의하기 어려운 개념을 어떻게 정의할 것인지에 대해 오래 고민해왔다.¹⁵⁷⁾ 처음으로 법률에서 이 개념에 대해 정의하고자 한 것이 1952년 법이었다. 동법에서 의회는 훌륭한 도덕적 인격이라는 판단을 배제할 수 밖에 없는 경우를 열거함으로써 이를 정의하였다. 현행 INA에서는 당해 5년의 기간 중에 언제든지 다음과 같은 행위가 있었던 경우에는 훌륭한 도덕적 인격을 가졌다고 판단될 수 없다.

- 습관적 주취상태
- 도덕적 비난가능한 범죄에 대해 유죄판결을 받거나 인정한 경우, 매춘, 인신매매, 마약 거래 등에 관여한 자, 30g이하의 마리화나 소지죄로 1회의 유죄판결 받은 자는 제외. 일부다처주의자, 과거에 강제출국되었던 비시민권자
- 주된 소득원이 불법도박행위인 경우
- 이 기간동안 2회 이상의 도박법 위반행위로 유죄판결을 받은 자
- 법률상의 급부를 받기 위해 허위 진술을 한 자
- 위반행위가 그 시기에 일어났는지를 불문하고, 유죄판결을 받고 180일 이상 복역한 자¹⁵⁸⁾

이민국적법에 열거된 위 사유 외에도 다른 사유에 의해서도 훌륭한 도덕적 인격이 결여되어있다고 인정될 수 있고, 행정입법상 다른 행위유형을 열거하고 있는 경우도 있다. 가족부양의무의 방기, 기타 그

157) *Posusta v. U.S.* (2d. Cir. 1961) 판결에서 Learned Hand 판사는 이는 “정확한 정의가 불가능한 기준으로서, 최선으로 할 수 있는 것은 ‘보통’ 사람이 문제된 행동이 ‘훌륭한 도덕적 인격’에 부합되는가 라는 질문을 받았을 때 할 수 있는 반응을 즉석에서 하는 것이라고 하였다.

158) 이상 INA § 101(f)

VI. 시민권(Citizenship)

사람의 인격을 반영하는 불법행위 등이 포함된다. 보호관찰(probation), 가석방(parole), 선고유예(suspended sentence) 상태에 있는 자의 경우 이로써 바로 훌륭한 도덕적 인격을 가졌다는 판단이 배제되는 것은 아니지만, 이러한 조치가 종료될 때까지는 귀화허가가 이루어지지 않을 것이다. 8C.F.R.§316.10(c)(1)

- 간통의 경우: 1981년까지 도덕적 인격이 있다는 판단을 배제하는 행위에 ‘간통’행위도 포함되었다. 이 개념의 ‘정의’에 대해서는 논란이 많았으나, 이민행정청은 간통행위를 한 자는 누구나 귀화허가를 받을 수 없다고 이를 적용하였다. 판례상으로는 이를 “공중의 도덕성에 위협이 될 수 있는 것으로 기존의 지속중인 결혼을 파괴할 수 있는 혼회 성교”행위로 정의하고, 간통을 행한 경우에도 감경사유를 고려할 수 있다고 하였다.¹⁵⁹⁾ 그러나 의회는 이민행정관이 개인의 성생활을 조사하는 것은 프라이버시 침해가 될 수 있음을 이유로 1981년이 규정을 폐지하였다. 그러나 폐지 후에도 CIS는 간통행위를 이유로 도덕적 인격의 결여판단을 할 재량권을 가진다.

- 범죄행위: INA 101조 하에서는 원래 어떤 시기에든 살인죄의 유죄판결을 받은 자는 도덕적 인격을 결하였다고 판단되었다. 1990년에 이 규정은 “aggravated felony”로 변경되었다. 그 이후 의회는 aggravated felony의 정의를 여러차례 확대하는 개정을 하였는데, 특히 1996년 “테러방지 및 사형판결실효성확보 및 불법이민개혁 및 이민책임법 (Antiterrorism and Effective Death Penalty and Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act, 이하 AECPA 라 약함)”¹⁶⁰⁾에서 그러하였다. INA의 현행 규정에서는 살인, 강간, 미성년자의 성적 학대, 마약거래, 매춘 및 아동포르노그래피 관련 범죄, 절도 또는 최소 1년 이상의 형 선고를 받은 범죄행위를 포함한다.¹⁶¹⁾

159) Moon Ho Kim v. INS (D.C. Cir. 1975); Wadman v. INS (9th Cir. 1964)

160) AECPA §441조(e), IIRIRA §321

161) INA §101(a)(43)

특정 범죄가 aggravated felony에 해당하는지 여부는 연방법이 아니라 州法에 의해 결정된다.¹⁶²⁾ 결국 상대적으로 가벼운 범죄로 인해서도 귀화가 거부되고 강제출국까지도 당할 수 있다.¹⁶³⁾

최근에는 마약거래행위를 포함시킨 것이 문제되고 있다. 이민법 상 ‘마약거래’행위의 정의는 18U.S.C.A.§924(c)의 규정을 준용하는 바, 이에는 통제물질의 판매 및 배급 뿐 아니라 단순소지도 포함된다. 또한 BIA는 음주운전(DUI)도 범죄행위이며, 주법에 의해 1년 이상의 형으로 처벌될 가능성이 있을 경우 aggravated felony에 해당된다고 하였다. 4곳의 순회항소법원이 이에 반대하자 BIA는 이 결정을 재고하여 음주운전은 이에 해당되지 않는다고 하였다.

이렇게 일견 경미한 범죄행위가 귀화거부사유가 되고 심지어 강제출국처분으로 이어질 수도 있으므로, 이러한 범죄를 행한 적이 있는 비시민권자는 귀화신청 여부를 신중히 결정해야 한다. 귀화신청을 통해 이민행정청이 비로소 그러한 행위를 인지하게 될 수 있기 때문이다.

또한 ‘aggravated felony’에 이르지 않은 범죄행위도 귀화의 장애가 될 수 있다.¹⁶⁴⁾ ‘도덕적으로 비열한 범죄(crime of moral turpitude)’를 행한 사실이나 통제물질관련 위반행위를 인정한 신청인은 그로 인해 고발, 기소, 체포 또는 유죄판결을 받은 적이 없더라도 훌륭한 도덕적 인격을 갖지 못했다고 판단될 수 있다.

한편, INA 101(f)(6)은 이민국적법 하의 이익을 얻을 목적으로 허위 증언(false testimony)을 한 행위에 대해 규정하고 있는데, 제3순회항소법원은 이 규정은 지속적인 규정으로서, 허위증언의 대상사실이 중요한 사실이었는지 여부에 관계없이 적용된다고 하였다.¹⁶⁵⁾ 그러나 신청

162) In re Small (BIA 2002)

163) U.S. v. Pacheco(2d Cir. 2000)판결의 경우, 미국에서 합법적인 영주권자로서 20년 동안 거주한 자가 10달러짜리 비디오 게임 절도행위와 아내를 폭행한 행위로 인해 1년형을 선고유예받은 경우 이도 aggravated felony에 해당된다고 하여 강제출국당하는 것을 인용하였다.

164) INA § 101(f)(3-7)

165) In re Haniatakis (3d Cir. 1967) 사건에서 귀화신청인인 Haniatakis는 귀화허가의

VI. 시민권(Citizenship)

자가 허위 증언을 한 이유가 귀화와 관련된 이익을 얻기 위한 것이 아닌 경우에는 이는 도덕적 인격의 흠결을 의미하는 것이 아니라고 할 수 있다.

마. 헌법 원칙의 준수

또한 이민국적법 §316(a)(3)에 의하면, 신청인은 그가 미국 헌법의 원칙들을 존중하고, 미국의 평화와 안녕을 존중하고 있음을 보여줘야 한다.¹⁶⁶⁾ 이러한 요건의 목적은 일반적으로 그 공동체의 기본원리에 동의할 수 있는 자만을 그 공동체의 구성원으로 받아들이고자 하는 것이다. 연방대법원은 헌법원리에 대한 동의를 “대의제 민주주의, 권리장전에 구현된 이상에 대한 믿음, 정치적 변화는 오직 질서있는 방식으로만 이루어져야 한다는 사회의 기본전제의 수용을 의미한다. 또한 미국의 평화와 안녕을 존중한다는 의미는 미국의 정치과정에 대한 신뢰, 미국에서의 생활에 대한 전반적인 만족, 장래의 발전과 번영에 대한 희망에 대한 믿음으로 규정할 수 있다. 그러나 이는 미국의

요건상 귀화에 5년이 더 소요될 것을 우려하여 자신이 비시민권자와 결혼한 사실을 숨기고 미혼이라고 증언하였다고, 과거의 거주지에 대해서도 허위의 사실을 말했다. INS가 신청인의 결혼사실이 그 신청에 대한 처분에 영향을 미치지 않았을 것이라고 견해를 밝히자, 지방법원은 그러한 허위증언은 중요한 사실에 관한 것이 아니고 숨겼던 사실이 귀화의 거부사유가 되지 않았을 것이라는 점을 근거로 훌륭한 도덕적 인격이 결여되었음을 보이는 것은 아니라고 판단하였다. 그러나 제3순회 항소법원은 실용적인 이유로 허위증언이 이루어지는 경우에는 귀화가 거부되어야 하며, 정부를 기망하기 위해 거짓 증언을 하는 자는 시민권을 받을 자격이 없다는 이유로 귀화를 거부하였다. 그 자체로서는 중요해 보이지 않는 허위진술이라 하더라도 그로 인해 신청인이 시민권 취득 자격에 중요한 사실이 드러날 수 있는 조사 과정을 단절시킬 수 있기 때문이다. 동 법원은 이 사건을 *Chaunt v. U.S.* (Sup. Ct. 1960) 판결의 경우와 구별하였는데, *Chaunt* 판결에서는 연방대법원이 이미 귀화허가를 받은 자가 20년 전 귀화신청 시에 과거에 체포된 적이 있다는 사실을 밝히지 않았다는 이유로 귀화를 취소할 수 없다고 한 것으로, 이는 이미 주어진 귀화허가의 취소에 관한 것이었고, 동 근거조문에서는 명문으로 중요한 사실일 것을 요구하고 있었으므로 경우가 다르다고 한다. (NS p.434)

166) INA §316(a) (3) “... during all the period referred to in this section has been and still is ... attached to the principles of the Constitution of the United States, and well disposed to the good order and happiness of the U.S.”

정부형태를 헌법이 허용하는 범위 내에서 변화시키고자 하는 희망과 양립 가능하지 않은 것은 아니다.

이는 신청인의 마음의 상태이므로, 이는 일정 기간 중에 이루어진 그들의 언행에 기초해서 판단되어야 한다. 원칙적으로 이에 대한 판단은 구체적 사안을 개별적으로 판단할 재량권의 대상이지만, 1952년에 제정된 몇 가지의 법률은 특정한 요건이 있는 자를 자동적으로 배제하는 규정을 두었다. 공산당 또는 기타 전체주의 단체에 가입한 자, 미국 정부를 무력이나 폭력 기타 위헌적인 수단으로 전복하는 것을 옹호하는 자는 귀화허가를 얻을 수 없었다.¹⁶⁷⁾ 그러나 금지된 단체에 회원이 된 것이 사증발적이었음을 입증하는 경우, 16세 이전에 이를 탈퇴한 경우, 일자리나 음식 기타 생필품을 얻기 위한 수단이었던 경우에는 그러하지 아니하다.¹⁶⁸⁾ 또한 판례상 추가된 예외사유로는 그러한 단체에의 가입이 ‘의미있는 가입(meaningful association)’가 아닌 한 귀화거부사유가 되지 않는다고 하였다. 여기에서 의미있는 가입(참여)라 함은 최소한 그 단체의 정치적 측면에 대해 알고 있었음을 의미한다.¹⁶⁹⁾ 단체에 가입했던 사실은 10년이 지난 후에는 거부사유가 되지 않을 수 있다.

INA 314조는 영구적인 귀화거부사유를 규정한다. 즉, 미국이 전쟁 중이거나 전쟁이 임박한 때에 미국 군대를 탈영하거나 징집을 회피할 의도로 해외로 출국하고, 군사법원에서 그 사실에 대해 유죄판결을 받은 경우에는 영구적으로 귀화대상이 될 수 없다. ‘전쟁’이 공식적인 선전포고가 없는 분쟁 -한국전, 베트남전, 걸프전 등 -도 포함되는지는 문언상으로는 불확실한데, 이민국은 한국 전쟁이 ‘전시’에 해당한다고

167) INA§313(a)(4)

168) Grzymala-Siedlecki v. U.S. (5th Cir. 1961)

169) In re Pruna (D.P.R. 1968) 판결에서 푸에르토리코연방지방법원은 피델 카스트로의 1958년 쿠바혁명을 지지하는 단체의 목적이 쿠바 국민들에게 대의 민주주의를 회복시켜주기 위한 것이고, 그 단체가 공산당과 연계되어있음을 몰랐던 경우에는 그의 참여는 “의미있는 가입”이 아니므로 귀화거부사유가 될 수 없다고 하였다.

VI. 시민권(Citizenship)

하였다. INA 315(a)조는 자신이 시민이 아니라는 이유로 미국 군대에서의 병역면제를 구하는 자 또는 얻은 자는 그가 미국과 조약을 체결한 국가의 군대에서 군역할 마친 자가 아니면 영구적으로 시민권 취득의 결격사유가 된다.

바. 미국에 대한 충성서약

미국 헌법에 대한 충성과 관련하여 이들은 공개 법정에서 그들이 과거에 국적을 보유하고 있던 국가에 대한 충성을 포기하고 미국에 대한 충성을 맹세하는 선서를 해야 한다. INA 337(a)조는 그 신청인이 (1) 미국 헌법을 지지하며, (2) 신청인이 이전에 소속되었던 다른 국가에 대한 충성을 완전히 포기하고, (3) 모든 국내외의 적들에 대항하여 미국의 헌법과 법을 지지하고 수호하며, (4) 미국의 헌법과 법에 대해 진정한 신념과 충성을 가지며, (5) 법에 의해 요구될 때에는 (A) 미국을 위해 무장하거나 또는 (B) 미국 군대에서 비전투요원으로 복무하거나, (C) 민간인의 지휘하에 국가적으로 중요한 임무를 수행할 것을 선서하도록 규정한다.

법무장관은 귀화신청자가 명백하고 확실한 증거(clear and convincing evidence)로 종교적인 훈련이나 교육에 의해 무장(執銃)을 할 수 없다고 입증하면, 위 선서내용 중 (5)(A)를 제외한 내용의 선서를 하도록 할 수 있으며, 마찬가지로 귀화신청자가 미국 군대에서의 어떠한 내용의 복무도 허용되지 않음을 입증하면 (5)(A)와 (B)를 제외한 내용의 선서를 하도록 할 수 있다. 여기에서 “종교적 훈련이나 교육”이란 초월적 존재에 대한 개인의 믿음으로써 그로부터 세속적 관계에서 나오는 어떤 의무도 초월하는 의무가 발생하는 경우를 말하며, 본질적으로 정치적, 사회적, 또는 철학적 관점이나 단순히 개인의 도덕적 신념은 이에 해당되지 않는다.¹⁷⁰⁾ 또한 집총거부가 모든 전쟁 일반에 대

170)INA § 337; 이는 양심적 병역거부에 관한 연방대법원 판례를 입법화한 것이다.

한 거부때문이 아니고 특정집단을 상대로 한 전쟁에 대해서만 거부하는 것인 경우에는 이 면제사유에 해당되지 않는다. 예컨대 시리아 출신인 자가 자신의 이슬람 신앙에 기초하여 미국의 군인으로서 이슬람 신앙을 가진 자들 또는 이슬람 국가를 향해 총을 들 수 없다는 점을 유보해 줄 것을 신청했으나, 이는 거부되었다.¹⁷¹⁾

법무장관은 선서의 의미를 이해할 수 없다고 판단되는 아동이나 선서의 의미를 이해할 수 없거나 그 이해한 바를 표현할 수 없다고 판단되는 신체장애, 발달 장애 또는 정신적 손상으로 신청인에 대해서는 이를 면제할 수 있다.

이민법령에 의하면 기존의 국적국에 대한 충성포기선서를 할 때 어떤 정신적인 유보사항도 없이 해야 하는데, 진정으로 과거의 시민권을 포기할 의사가 없으면서 선서를 하는 것은 사기행위라는 판결도 있다.¹⁷²⁾

사. 특정인에 대한 요건의 완화

의회는 다양한 정책적 고려에 기초하여 특정한 그룹에 속하는 자에 대해서는 위에서 본 귀화의 요건이 완화시키기도 한다. 이러한 그룹으로 중요한 것으로는 군대에 복무하는 자, 미국 시민의 배우자 및 미국 시민의 미성년인 자녀, 그리고 장애인이다. 이 각각에 대해서 좀 더 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 미국 군에 총 3년간 명예롭게 복무한 합법적인 영주권자는 군 복무 중 또는 제대 후 6월 내에 귀화신청을 한 경우 통상의 주거(residence) 및 현주(physical presence) 요건을 충족하지 않아도 신청이

연방대법원은 세계대전 중에는 양심적 병역거부자에 대한 귀화허가를 거부하였으나, 1946년 *Girouard v. U.S.* (Sup. Ct. 1946) 판결에서 이전의 판례들을 변경하여 종교적인 집총거부 자체가 미국에 대한 충성과 병행될 수 없는 것은 아니라고 하였다. 의회는 이에 따라 현재와 같이 법률을 개정하였다.

171) *Petition for Naturalization of Kassas* (M.D.Tenn. 1992)

172) *U.S. v. Wurzenberger* (D.Conn. 1944)

VI. 시민권(Citizenship)

가능하다.¹⁷³⁾ 신청인의 복무가 계속적인 경우 복무증명서(certificate of honorable service)를 제출하면, 훌륭한 도덕적 인격 요건에 부합함을 입증할 수 있다. 복무가 계속적이지 않은 경우에는 일반적인 귀화신청의 경우와 마찬가지로 훌륭한 도덕적 인격을 입증해야 한다. 제대 후 6월이 지난 후에도 군복무기간은 거주 및 현주요건으로 산입될 수 있다.

특히 비시민권자이 전시 또는 대통령에 최소 하루라도 군에 적극적으로 명예롭게(actively and honorably) 복무한 경우에는 이들이 미국 또는 특정 영토에서 입대한 경우에는 합법적으로 입국하지 않은 경우라도 귀화허가를 받을 수 있다.

둘째, 미국 시민의 배우자가 귀화신청을 하는 경우 거주요건이 완화되어, 미국에서 귀화 신청 직전까지 - 5년이 아닌- 3년 동안 계속 거주했어야 한다. 이 규정은 미국 시민인 배우자에 의해 유기된 배우자와 자녀를 위한 특별 조항에 의해 합법적인 영주권을 취득한 자에게도 적용된다. 이러한 경우 요건이 완화되는 근거는 비시민권자이 시민과 결혼생활을 하는 경우에는 더 빨리 시민권의 기본 개념을 흡수할 것이라는 점이다. 한편, 그러한 거주는 합법적인 입국허가로 시작되었어야 하고, 신청자는 그 기간동안 미국 시민인 배우자와 ‘결혼관계(in marital union)’에 있어야 한다. 그러나 귀화신청자가 가정폭력의 희생자인 경우에는 그러하지 아니한다. 또한 부부가 영구적인 결혼의 해소를 의도한 것이 아니고 단기의 별거기간을 가진 경우에는 혼인관계요건에 반하지 않는다. 법원이 가정폭력을 이유로 일정 기간의 냉각기(cooling off period)로서 별거를 명한 경우에도 혼인관계요건에 반하지 않는다.

미국 시민이 군에 명예롭게 복무하다가 사망한 경우, 그의 배우자가 비시민권자인 경우 미국에 이전에 거주 또는 현주한 적이 없어도 귀화가 허가될 수 있다.¹⁷⁴⁾

173) INA § 328

174) INA §319(d)

셋째, 2000년 아동시민권법(Child Citizenship Act of 2000)은 미국 시민의 자녀들의 귀화절차를 개정하여 해외입양아의 귀화를 용이하게 하고, 미국 시민의 자녀들이 부모들이 필요한 국적취득절차를 하지 않음으로 해서 시민권을 상실하지 않도록 하는 것을 목적으로 하였다. 동법에 의하면 외국에서 태어난 자녀는 그 자녀가 18세 이하이고 최소한 부모의 일방이 미국 시민이며(출생, 귀화 포함) 그 자녀가 시민인 부모의 보호하에 합법적인 영주권자로 미국에 거주하고 있으면 귀화신청을 할 필요가 없이 시민권을 자동으로 취득한다.¹⁷⁵⁾ 결과적으로 해외에서 비시민권자 부모로부터 태어난 자녀도 그 부모들이 귀화허가를 받으면 법규정에 의해 자동으로 시민권을 취득한다. 해외에서 미국 시민에 의해 태어나거나 입양된 아동은 그 부모의 보호 하에 있는 합법적인 영주권자로 미국에 입국허가되는 순간 시민권을 취득한다. 미국 시민은 국외에 거주하고 있는 그들의 생물학적 자녀 또는 입양된 자녀들의 귀화를 신청할 수 있다. 신청 전에 미국 시민인부모는 미국에 5년 이상 거주하고 있었어야 하고, 이 기간 중 최소 2년은 14세 이후에 속해야 한다. 부모가 5년동안 거주하지 않았으면, 그 요건은 아동의 조부모 중 일방에 의해서도 충족될 수 있다. 그 자녀는 합법적으로 입국하여 이민행정관과 인터뷰를 해야 한다.¹⁷⁶⁾

넷째, 1990년대에는 “개인의 책임과 근로 기회의 조화법 (Personal Responsibility and Work Opportunity Reconciliation Act)”이 비시민권자에 대한 사회장애복지연금(Social Security Disability payments, SSI)의 지급을 중단시킴으로써 장애인들의 귀화 허용문제가 중요한 쟁점이 되었다. 이후 의회는 1996년 이전에 수혜자였던 영주권자에게는 SSI를 다시 지급하도록 하였다.¹⁷⁷⁾ 1994년부터 신체적 또는 발달 장애 또는 정신적 손상이 있는 자가 귀화신청을 하는 경우 문자해득력 및 시민정

175) INA §320(a)

176) INA §322

177) INA §402(A)(2)(E)

VI. 시민권(Citizenship)

신에 관한 요건이 면제되었다. 그러나 아래에서 볼 충성선서의무는 2000년이 되어서야 INA 개정으로 면제되었다.¹⁷⁸⁾

2) 귀화의 절차

가. 귀화허가의 관할권

2003년 제정된 Homeland Security Act §451(b)에 의해 현재 귀화에 관한 권한은 국토안전부, 특히 그 산하의 CIS에 귀속되어 있다. 그 이전의 연혁을 간략히 보면 다음과 같다.¹⁷⁹⁾ 1990년 법 이전에는 연방법원이 시민권에 관한 법률상의 조건을 충족하는지에 대해 결정하였다. INS가 지정한 조사관이 귀화허가 여부에 대해 의견을 권고하지만, 법원은 이와 달리 판단할 수 있었다. 그런데 1990년 법은 임시적으로 귀화에 대한 결정과 선서에 대한 주책임을 법무부 산하의 INS로 이관하였다. 그리고 동법은 연방지방법원에게 귀화의 거부를 새로이 심사할 권한 및 이민행정청이 청문 이후 120일 이내에 결정을 하지 않으면 귀화에 관한 결정을 할 수 있는 권한을 부여하였다. 1991년 Technical Amendments는 선서에 대한 주된 책임을 다시 연방지방법원으로 환원시켰다. 동법의 제1장은 법원에게 귀화에 관한 선서를 하게 할 기간으로 45일을 주고, 그 기간 후에는 신청자가 CIS가 주관하는 선서절차를 선택할 수 있도록 하였다. 이러한 타협으로 법원은 적체된 사건속에서 귀화에 관하여 중요한 역할을 할 수 있게 되었다.

178) Galvez-Letona v. Krikpatrick(D. Utah 1999) 사건에서 지방법원은 발달장애로 충성선서의 내용을 이해하지 못하는 장애인에 대해 충성선서요건이 면제되지 않으면, 이는 연방행정청이 장애를근거로 한 차별을 금지하는 재활법(Rehabilitation Act)을 위반하는 것이 된다고 판결하였고, 다음해 연방의회가 INA 337(a)를 개정하여 선서 면제조항을 신설하였다.

179) INA §310(a)

나. 귀화 신청

귀화신청인은 CIS가 요건심사를 위한 조사를 할 수 있도록 신청서를 접수하여야 한다. 이 신청은 신청인이 시민권취득자격을 갖추기 90일 전부터 할 수 있다. 신청서에는 가족력, 미국 거주기간, 범죄기록, 소속 단체, 기타 시민권 자격에 영향을 미칠 수 있는 기타 요소들에 대한 정보들을 제공해야 한다. 사진과 영주권증(Permanent Resident Card)의 사본 및 컬러사진을 제출해야 하고, 권한있는 지문인증센터에서 지문을 찍어야 한다.¹⁸⁰⁾

CIS는 신청을 접수하면, 범죄기록 및 그 신청인이 지난 5년 동안 거주하거나 일하고 있는 곳에서 관련 정보들을 검증한다. Price v. INS (Sup. Ct. 1992)판결에서연방대법원은 이민행정청의 질문권한을 폭넓게 인정하여 그 조사사항이 귀화요건과 어떤 식으로든 관련이 있으면 조사를 할 수 있다고 하였다. 영국 시민인 Price는 그가 과거에 소속된 적이 있었던 모든 단체를 신청서에 열거하라는 요구를 거절하였다는 이유로 귀화허가가 거부되었다. 연방대법원은 신청인이 소속되었던 단체는 시민권의 자격요건에 관련될 수 있다고 판단하였다.

일단 신청을 접수한 경우 신청인은 CIS의 동의 없이 신청을 철회할 수 없다. CIS가 동의하지 않으면, 그 신청에 대해서는 그대로 조사가 진행되어 그 요건의 충족 여부에 따라 최종결정이 이루어질 것이다.¹⁸¹⁾ 합법적인 영주권자로서 18세 이상 된 자는 “미국의 시민이 될 의사를 선언(a declaration of intention to become a citizen of the U.S.)” 하는 서류를 접수시킬 수 있으나, 이는 귀화의 사전조건은 아니다.

180) INA §334, 8U.S.C.A. §1445

181) INA §335(e)

다. 조사 (Examination)

신청인은 귀화조사관 앞에 출두하여야 한다. 조사일에 출석하지 않고 30일내에 그 불출석 사유를 소명하지 않으면 그 신청은 행정적으로 종결된다. 또한 조사관은 신청인의 시민권자로서의 자격에 대해 증언을 해 줄 증인을 소환할 수 있다. 신청인과 증인은 분리되어 조사를 받으며, 신청인이 미리 고지하면 변호사 또는 대리인이 동석할 수 있다. 그 절차는 녹화 또는 녹음될 수 있다. 이 때 작성된 조사기록은 INA에 근거한 이후의 청문절차에서 증거능력이 있다.¹⁸²⁾

신청인은 자신에게 불리한 사항에 관한 것이라도 모든 질문에 답할 의무가 있다. 허위증언을 하는 자는 그 사항이 그 자체로서는 귀화의 거부사유에 해당되지 않더라도 시민권이 거부될 위험이 있다.

조사관은 조사 종료후 120일 이내에 결정을 하여야 한다. 조사관이 귀화요건이 흠결되어 있다고 판단하는 경우에는, 신청인에게 이를 미리 알려줄 수 있다. 신청인은 그 조사관의 결정에 구속되지 않으며, 이민행정관(immigration officer)앞에서 청문을 신청할 권리를 가지며, 그 다음에는 연방지방법원에 의한 새로운 심사(de novo review)를 청구할 수 있다.¹⁸³⁾

라. 신청에 대한 거부처분 시의 청문

신청이 1차에서 거부되면, 다른 이민행정관 앞에서 새로운 청문이 열린다. 신청인의 변호인은 이 청문에서 적극적인 역할을 할 수 있고, 증거 제출, 증인 소환, 증언에 대한 이의신청, 정부측 증인에 대한 교

182) INA §335 (8U.S.C.A.§1447)

183) INA §310(c) "A person whose application for naturalization under this title is denied, after a hearing before an immigration officer under section 336(a), may seek review of such denial before the United States district court for the district in which such person resides in accordance with chapter 7 of Title 5. Such review shall be de novo, and the court shall make its own findings of fact and conclusions of law and shall at the request of the petitioner, conduct a hearing de novo on the application."

호신문 등을 할 수 있다. 그 청문은 신청이 접수된 후 180일 이내에 이루어져야 하며, 사법심사를 위해 녹화 또는 녹음될 수 있다. 청문을 담당하는 이민행정관이 조사일 후 120일 이내에 결정을 하지 않으면, 연방지방법원이 그 귀화를 결정하거나 CIS에게 지시(instruction)와 함께 환송할 수 있다.

마. 선서 및 사법심사

조사관이 귀화를 승인하면, 신청인은 공개법정에서 미국에 대한 충성선서를 하고 시민권을 취득할 수 있다.¹⁸⁴⁾ 신청인이 1회 이상 선서 의식에 출석하지 않으면, 그는 귀화신청을 포기한 것으로 간주된다. 그러나 CIS는 신청인이 연령, 장애 또는 기타 특별한 사정으로 인해 공식 의식에 출석할 수 없는 경우에는 신속한 선서절차를 주재할 수 있다. 또한 법원이 45일 이내에 선서일을 정할 수 없는 경우에는 신청인은 CIS에 의한 선서절차를 선택할 수 있다.

바. 귀화증서

시민권을 부여받은 자에게 CIS는 귀화증서를 발급하여야 한다.¹⁸⁵⁾ 이 증서 자체가 귀화의 효력발생요건은 아니고 다만 CIS가 시민권을 부여하였다는 증거로서의 의미를 갖는다. 이 증서에는 귀화신청번호, 귀화일, 성명, 서명, 거주지, 연령, 성별, 혼인여부, 이전의 국적국 등의 정보와 함께 그 신청이 귀화법상의 모든 요건을 충족하여 시민권을 부여한다는 명령(naturalization order)의 내용이 포함된다.

184) INA §337

185) INA §338

(6) 국적의 상실 (Loss of Nationality)

1) 의 의

시민이 국적을 상실하게 되는 것은 두 가지 경우가 있으며, 귀화취소(Denaturalization)와 국적포기(expatriation)이다. 국적박탈은 귀화가 위법 또는 사기로 허가된 경우 귀화명령을 사법적으로 취소하는 것이다. 국적박탈은 귀화를 통해 국적을 얻은 시민에 대해서만 적용된다. 그러나 국적포기는 모든 시민에게 적용되는 것으로서, 애초에 국적 취득시에 어떤 하자가 있었던 경우가 아니고, 시민이 자발적으로 시민권을 포기하기 위해 법률에서 정한 어떤 행위를 한 경우에 이루어진다.

2) 귀화취소 (Denaturalization)

가. 의회의 귀화취소권한

의회는 잘못된 귀화허가결정을 취소하는 입법을 할 권한이 있으며, 이는 의회가 헌법 제1조 §8하에서 귀화에 관한 통일된 규칙을 정할 권한 및 “필요하고 적절한(Necessary and Proper)”조치를 할 권한에 근거한다.

Costello v. U.S. (Sup. Ct. 1962)판결에서 연방대법원은 1952년 법률이 “중요한 사실을 은폐하거나 고의로 허위의 진술을 함으로써” 취득한 귀화허가서를 취소할 권한이 합헌이라고 인정하였다. 그러나 연방대법원은 이러한 귀화허가사유를 정한 법률이 자의적이거나 차별적이라고 판단되는 경우에는 위헌선언을 한 경우도 있다. Schneider v. Rusk (Sup.Ct. 1964)판결에서 귀화한 시민이 외국에 3년 이상 거주하면 국적을 상실한다고 정한 법률규정을 위헌무효로 선언하였다. 출생

에 의해 시민이 된 자에게는 그러한 불이익조치가 적용되지 않았다. 이 법률 규정은 귀화로 시민권을 취득한 시민은 출생에 의해 시민권을 취득한 시민에 비해 신뢰하기 어렵고 미국에 대한 충성도 더 약할 것이라는 허용할 수 없는 전제를 기초로 하는 것이며, 수정 5조는 평등보호조항은 포함하고 있지 않지만, 적정절차를 위반할 정도로 정당화될 수 없는 차별은 금지된다고 하였다.¹⁸⁶⁾

나. 귀화취소의 절차

귀화취소의 절차에는 사법절차에 의한 것과 행정절차에 의한 것이 있다.

첫째, 이민국적법 제340(a)는 사법절차에 의한 귀화취소의 경우, 미국은 지방검사가 충분한 이유(good cause)가 있음을 보이는 선서진술서에 근거해 귀화증서를 취소하는 형평법상 절차를 개시할 권한을 부여하고 있다. 최초의 귀화명령은 국가가 개시하는 이 독립적인 취소 절차에서 아무런 기관력을 갖지 못한다.

둘째, 이민행정과는 귀화명령을 재심사(reopen)하거나 무효화(vacate)할 권한을 갖는다. INS는 이 규정에 근거하여 ‘귀화의 직권취소(administrative denaturalization)’ 절차를 설치하여, INS 지부장(district directors)에게 시민권을 취소할 권한을 부여하였는데, 이 권한은 INS가 귀화신청에 대해 실수로 허가하였거나 또는 당해인이 중대한 사실을 은폐 또는 허위진술하여 허가하였다는 “명백하고 확실하며 모호하지 않은 증거(clear, convincing and unequivocal evidence)”가 있는 경우에 행사하도록 하였다.¹⁸⁷⁾ 지부장은 귀화한 시민에게 귀화절차 재개(reopening)를 고지하여야 하고, 이를 고지받은 시민이 60일 이내에 청문을 요청하지 않으면 그 시민권은 취소되었다. 취소된 자는 INS의 Office of Examinations,

186) *Schneider v. Rusk* (Sup. Ct. 1964)

187) 8 C.F.R. §340.1(a)

VI. 시민권(Citizenship)

Administrative Appeals Unit에 이의신청을 할 수 있었고, 그로부터 기각결정을 받으면 사법심사를 청구할 수 있었다.

이 귀화취소고지를 받은 일련의 귀화시민들이 귀화의 직권취소절차를 정하는 행정입법(regulation)에 대해 소송을 제기하였다. 이에 대해 제9순회 항소법원의 전원합의체는 법무장관은 시민권을 행정청의 직권취소결정으로 취소할 권한이 없다고 판결하고, INS의 귀화허가직권취소절차의 이용을 영구적으로 금지하였다.¹⁸⁸⁾

다. 귀화취소의 사유

귀화허가를 중요한 사실의 은폐 또는 고의적인 허위진술을 통해 취득한 경우 또는 위법하게 취득한 경우에 귀화허가는 취소될 수 있다.¹⁸⁹⁾ 사기 취득과 위법 취득은 1906년부터 귀화취소사유였다.

첫째, 중요한 사실의 은폐 또는 고의적인 허위진술이란 각각 “절차외부에서의 사기행위(extrinsic fraud)” (예컨대 증인의 은닉)과 “절차내에서의 사기행위(intrinsic fraud)” (위증)을 모두 취소사유로 하는 의미가 있다.

어떠한 사실이 “중요한 사실”인가를 판단하기 위해서는 먼저 그 사실이 공개된 경우 그 단독으로도 시민권 거부사유가 될 경우에는 이것이 중요하다고 할 수 있다. 뿐만 아니라 그 사실이 공개되면 귀화의 자격요건과 관련된 다른 사실들의 조사와 발견으로 연결될 수 있었다면 이도 중요한 사실이다. 연방대법원은 *Chaunt v. U.S.* (Sup. Ct. 1960)판결에서 두 부분으로 구성된 중요성의 판단기준을 제시하였는데, 정부가 ‘명백하고, 모호하지 않고, 확신을 주는’ 증거로 (1) 시민권의 확실한 거부사유였을 사실을 숨긴 경우이거나, 또는 (2) 그 공개가 시민권의 확실한 거부사유가 되었을 다른 사실을 발견할 수 있었던 조사에 유용할 수도 있었음을 밝혀야 한다고 하였다.¹⁹⁰⁾

188) *Gorbach v. Reno* (9th Cir. 2000)

189) INA §340(a)

190) “the government failed to show by 'clear, unequivocal, and convincing' evidence either (1) that facts were suppressed which, if known, would have warranted denial of

그 밖의 위법한 귀화허가취득이나 귀화 후 1년 내 외국거주하는 경우에도 귀화허가의 취소사유가 될 수 있다.

3) 국적포기 (Expatiation)

가. 의 의

국적포기란 ‘시민권자가 자신의 나라를 포기하고 다른 나라의 시민이 되는 자발적인 행위’로 정의된다. 현재의 연방대법원의 판례상 시민권을 포기하려는 의사는 포기행위를 수반해야 국적포기가 유효하게 이루어질 수 있다. 1986년 의회는 이러한 연방대법원의 판례를 반영하여 개인들의 국적 포기는 특정한 행위를 통해 이루어지도록 하였다.

나. 국적포기방법

국적포기의 방법으로는 다음과 같은 것이 있다.

첫째, 외국의 귀화허가를 취득하는 것이다. 시민은 18세가 된 후에 본인 또는 부모나 정당한 대리인의 신청으로 외국의 귀화허가를 얻은 경우에는 국적을 상실한다.¹⁹¹⁾

둘째, 현행 법률에 의하면 18세 이후에 외국에 대한 충성의 서약 기타 공식적 선언을 한 시민은 국적이 포기된다. 법원의 판례에 따르면, 이 경우 선서를 한 시민은 미국 시민권을 포기한다는 실질적 의사로 하였음이 확인되어야 한다.¹⁹²⁾

셋째, 외국 군대에 입대한 시민은 그러한 군대가 미국을 적대하는 행위에 참가했거나, 그 시민이 장교로 복무하는 경우에는 시민권이 포기된다.¹⁹³⁾ 이러한 행위 역시 미국 시민권을 포기하려는 실질적 의

citizenship, or (2) that their disclosure might have been useful in an investigation possibly leading to the discovery of other facts warranting denial of citizenship.”

191) INA §349

192) Vance v. Terrazas (Sup. Ct. 1980)

193) §349(a)(3)

VI. 시민권(Citizenship)

사로 하여야 한다.

넷째, 외국에 대한 충성선언이나 국적 취득과 연계되어 있는 외국정부의 공직에 고용된 경우는 국적이 포기된다. 법원은 이 요건을 좁게 해석하여 왔다. *Kenji Kamada v. Dulles* (N.D. Cal. 1956) 판결에서는 2차 세계대전 중 및 그 이후에 공립학교의 교사를 하였던 여성의 국적포기결정에 대해 그 결정의 자발성과 더불어 ‘공직’의 성질도 감안하여 이를 취소하였다. 공립학교 교사는 위 법률이 정하는 외국 정부의 공직에 해당되지 않는다고 보았다.

다섯째, 국적의 공식적 포기이다. 외국에서 미국 외교관 또는 영사 앞에서 국무장관이 규정한 방식대로 국적을 공식적으로 포기하면 국적이 상실될 수 있다. 그러나 그 규정에 부합되지 않는 비공식적인 포기는 효력이 없다. 국내에서 국적 포기가 이루어질 경우에는 서면으로 하여야 하고 전시에 효력을 발생한다. 법무장관이 그러한 포기 의사를 접수할 절차를 정하여야 한다.

여섯째, 시민은 미국에 대한 반역 및 전복행위를 하였거나, 미국 정부를 전복하려는 행위, 정부에 대한 폭동을 선동한 행위에 대한 유죄 판결을 받는 경우 국적을 상실한다.

그 밖에 연방대법원의 위헌판결로 인해 현재에는 효력이 없는 국적포기사유들로서, 귀화한 시민이 과거의 국적국에 3년 이상 또는 기타 외국에 5년 이상을 초과하여 해외거주하는 경우¹⁹⁴), 외국의 정치적 선거에 투표한 경우¹⁹⁵), 전시에 미국군에서 탈영한 행위¹⁹⁶), 징집을 피하기 위해 미국을 떠난 행위¹⁹⁷) 등이 있다.

입증책임에 대해, 법률은 1차적 부담을 국적포기를 주장하는 자에게 부여하며, 그 자는 국적포기의 요건행위가 있었음을 “우월한 증거

194) *Schneider v. Rusk* (Sup. Ct. 1964)에서 위헌선언됨.

195) *Afroyim v. Rusk* (Sup. Ct. 1967)에서 위헌선언됨.

196) *Trop v. Dulles* (Sup. Ct. 1958)에서 위헌선언됨.

197) *Kennedy v. Mendoza-Martinez* (Sup. Ct. 1963)에서 위헌선언됨.

(preponderance of the evidence)”로 입증하여야 한다. 이 행위들은 자발적인 것으로 추정되며, 우월한 증거로 그 행위가 자발적으로 이루어지지 않았음을 반증할 수 있다.

미국 내 거주하면서 미국에 소득세를 내지 않기 위해 미국 시민권을 포기하는 경우가 있다. 1996년 의회는 국적포기를 조세회피수단으로 이용하는 것을 막을 수 있는 2가지 법률을 제정하였다. 이는 국적포기의 잠재적 결과를 변경시키는 것이었는데, 1996년 건강보험자격 및책임법(Health Insurance Portability and Accountability Act of 1996)에 의하면 조세를 회피하기 위하여 시민권을 포기한 개인들은 국적포기 후 10년 동안 과세가 가능하다. 동법은 연간소득세가 \$ 100,000달러 이상인 자는 조세회피를 위해 시민권을 포기한다는 추정을 규정하였다. IIRIRA는 조세 회피를 위해 미국 시민권을 포기한 자는 미국에 입국허가를 받을 수 없도록 하였다.¹⁹⁸⁾

198) INA §212(a)(10)(E)

VII. 미국 이민법제의 시사점

우리의 경우 출입국관리법과 국적법이 미국의 이민국적법에 해당하는 법제라 할 수 있다. 이하에서는 양자의 법률을 중심으로 하여 외국인이 대한민국에 입국하고자 하는 시점에서 귀화하여 국적을 취득하게 되는 시점까지의 단계별로 간략히 개관하면서 각 단계별로 미국 이민법제의 시사점을 살펴보기로 한다.

1. 규범의 세밀화

미국 이민국적법은 100년 이상의 이민문제에 대한 사회적 대처의 경험이 축적되어 온 것이라 그 규율의 상세함을 우리 법제와 단순 비교하기는 어려울 것이다. 그러나 세계화의 진행으로 외국인의 왕래 및 우리 사회에의 진입을 받아들일 수밖에 없는 상황에서도 여전히 ‘국가공동체’를 유지하기 위해 이에 대한 통제가 필요한 상황에서 사전에 예측가능한 성문규범의 생산은 매우 중요한 일이다. 특히 각국의 법문화가 반영되는 불문법원에 대해 인식하는 것이 더 어려운 외국인의 입장에서선 자신에게 어떤 기회가 있는지, 그리고 어떤 요건을 갖추어야 하는지, 대한민국의 구성원으로 받아들여지기 위해서는 어떤 행동을 삼가야 하는지를 알기 위해서는 성문법규범이 무엇보다 중요하다. 따라서 외국인에 대한 강력한 통제를 하면서도 그 통제의 기준을 상세히 제시하고 있는 미국 이민법제의 태도는 참고할 만하다.

2. 입법자와 행정부의 권한행사

미국의 경우 국적취득에 관한 규범정립권한이 연방의회에 있는 것과 마찬가지로 우리 헌법상 대한민국의 국민이 되기 위한 요건은 법

률로 정하도록 되어 있고 (헌법 제2조 ①) 따라서 그 권한은 국회에게 있다. 그러나 미국의 이민국적법과 우리 출입국관리법 및 국적법을 비교해 보면 양국에서 입법자가 그 권한을 행사하는 방식은 매우 다르다. 이민법제 뿐만 아니라 우리 현행법제 전반에 걸쳐있는 현상이지만, 국회가 제정한 법률에서 중요한 사항이 정해지기 보다는 대통령령이나 부령에서 구체적인 중요성을 가지는 기준들이 정해는 경우가 너무 많다. 중요한 기준들에 대한 국회에서의 논의가 필요하며, 이는 단지 국회에서 그치는 것이 아니라 사회적 공론화의 계기가 필요함을 의미한다. 공동체의 구성원들의 자격에 대해 정하는 일이 상대적으로 사회적 공론과 연계될 가능성이 적은 행정입법에 의해 정해진다는 것은 과도한 행정입법에의 위임이라고 볼 수 있다.

3. 사법부의 역할

국적을 취득하지 전의 외국인에 대해서는 헌법상 보호도 극히 제한적이며, 의회는 이민에 대한 실효성있는 통제수단확보를 위해 행정청에게 커다란 재량을 부여하고 이에 대한 사법심사까지도 입법적으로 제한하고 하므로, 이민법과 관련된 사건에서 사법부의 역할은 내국인에 대한 행정작용에 비해 제한될 수밖에 없다. 그럼에도 불구하고 미국의 사법부는 이민법상 실질적인 판례법의 형성 및 이민자의 보호에 기여해 온 부분이 적지 않다. 우리의 경우 이민법제와 관련하여 사법부가 어떤 기능을 담당할지에 대한 참고가 될 것이다.

4. 행정결정절차와 불복절차

미국 이민법제 중 특히 행정조직과 절차의 측면에서 주목할 사항은 위에서 언급한 사법부의 역할을 보완해 줄 수 있는 장치로서 이민법 관련 행정결정을 하기 위한 조직(이민판사)과 절차와 행정부 내에서

그 결정에 대한 불복심사를 하는 조직과 절차(BIA)가 잘 갖추어져 있다는 점이다. 물론 내국인에 대한 경우보다는 그 헌법상 적정절차원칙의 적용 등에 있어서 상대적으로 완화된 절차이나, 사법심사에 비해서 당사자에게도 효율적인 구제수단이 될 수 있고, 동시에 행정청의 재량적 법집행을 담보하는 데 사법심사보다는 더 적절한 보완수단이기도 하기 때문이다.

5. 외국인의 범주별 규제 - 이민자와 비이민자

미국의 경우 이민을 희망하는 자와 일시 체류만을 희망하는 자를 구분하여 각각 이민사증과 비이민사증을 발급하고, 양자는 각각 그 실체적·절차적 요건이 다르다.

우리의 경우 출입국관리법 제10조가 외국인이 입국할 경우 체류자격의 유형을 대통령령으로 정하도록 하고 있고, 동법 시행령 별표 1. 외국인의 체류자격 에서는 31개 유형의 체류자격을 정하고 있다. 이 중 F-2사증을 발급받는 거주(27) 또는 F-5사증을 발급받는 영주(28의3) 유형이 미국 이민법상 이민사증 발급유형과 근접하는 것이 아닌가 생각된다. 우리의 경우 이들을 다양한 체류자격 중 하나로 분류하고 있는데, 이는 실제 이민을 희망하는 자가 많지 않을 때에는 문제가 없을 것이다. 그러나 이민희망자가 실질적으로 증가하는 경우에는 거주 → 영주 → 국적취득으로 이르는 과정을 별도로 규율하는 실체적·절차적 기준을 정립함으로써 우리 사회가 바람직한 구성원을 받아들일 수 있는 장치를 정교하게 수립하는 것이 필요할 것이다.

6. 이민법 요건에 대한 실질적 접근

귀화허가 등의 요건을 고려함에 있어서 미국 이민국적법의 경우 주거(residence)나 혼인관계의 유지(in marital union) 등의 요건을 요하고,

우리 국적법 등에서도 ‘주소’와 ‘혼인’의 요건을 요한다. 다만, 미국의 경우 특징적으로 보이는 것은 단지 생활의 근거로서의 주거를 유지하고 있다는 사실 외에 별도로 실제로 그 장소에서 거주한 사실(physical presence)를 요구하거나, 혼인이 법률상으로 뿐만 아니라 실제로 한 가정을 이루고 유지되었는가의 여부 등 이들 생활관계에 대해 실질적인 접근을 한다는 점이다. 이는 그러한 요건을 채택한 제도의 취지가 실제 거주과정이나 혼인생활의 과정에서 미국 사회의 기본적인 이념과 가치 등에 대해 습득할 수 있다는 점 있으므로, 실제로 그러한 습득이 일어날 수 있는 조건이 되었는지를 실질적으로 검토하기 위한 것이다. 이러한 조사를 위해서는 행정자원의 투하가 그만큼 증가되어야 하고, 조사 과정에서 잘못된 판단이 이루어질 가능성도 새로 생기는 것이지만, 그만큼 제도의 취지를 실질적으로 구현하는 데 기여할 것이다. 또한 이러한 접근을 통해 이민제도가 악용될 소지를 줄이는 데도 기여할 수 있다.

7. 국적 취득

국적법은 제1조에서 그 목적을 “대한민국의 국민이 되는 요건을 정함을 목적으로 한다”고 하고 있으므로 “국적”이란 곧 대한민국의 국민임을 표시하는 것이고, 역으로 국적을 취득하지 못한 자는 대한민국의 국민이 아니라고 할 수 있다.

우리 국적법 상 국적 취득은 크게 출생과 귀화로 나뉘고 출생에 대해 보충적으로 ‘인지’에 의한 국적 취득도 인정된다. 그러나 미국과 대조적으로 속지주의가 아니라 속인주의를 원칙으로 하고 속지주의는 보충적으로만 적용된다.

출생한 당시에 부모 중 일방이 대한민국의 국민인 자는 또는 출생하기 전에 부가 사망한 때에는 그 사망한 당시에 부가 대한민국의 국

민이었던 자는 별도의 절차없이 자동으로 국적으로 취득하는 것으로 보인다.

이러한 속인주의 원칙으로 인해 나타나는 결과를 보완하기 위해 예외적으로 속지주의 원칙을 적용하고 있다. 즉, 부모가 모두 분명하지 아니한 때 또는 국적이 없는 때에는 대한민국에서 출생한 사실만으로 국적을 취득하게 된다. 또한 대한민국에서 발견된 기아는 대한민국에서 출생한 것으로 추정한다.(제2조①3)

외국인 중에서 대한민국의 국민인 부 또는 모에 의하여 인지된 자가 대한민국의 민법에 의해 미성년이고, 출생 당시에 그 부 또는 모가 대한민국의 국민이었을 경우에는 법무부장관에게 신고하면 국적을 취득할 수 있다.

미국의 출생에 의한 국적취득의 경우와 비교해 보면 다음과 같은 차이점이 있다. 먼저 속인주의의 적용되는 영역에 있어서는 미국의 경우 부모가 우리의 국적에 해당되는 시민권자인가 여부만이 중요한 것이 아니고 과거에 미국에서 실제 거주하였을 것을 요구한다. 이러한 차이점은 미국의 ‘시민’의 개념과 우리 ‘국민’의 개념의 차이를 반영하는 것으로 본다면, 미국에서의 ‘시민권’ 취득요건은 그 사회의 정치적, 이념적 가치 등을 그 사회에서 직접 살면서 체득한 구성원이라는 점이 중요하게 여겨짐으로 인해 거주요건이 요구되는 데 비해, 부모가 대한민국의 국민이기만 하면 국적을 취득할 수 있다. 이는 우리의 ‘국민’이 가져야 할 공동체 의식은 실제로 거주하는 과정에서 얻어지지 않아도 부모와의 혈연관계에서 자녀에게 전달되거나 공유될 수 있다고 보기 때문은 아닐까 가정해 볼 수 있다. 전자가 매 시점의 사회의 구성원들이 공유하는 동시대의 가치들을 반영한 규범을 형성하면서 이를 중심으로 부단히 통합과정이 이루어져 가는 사회상과 더 잘 연결된다면, 후자의 경우 혈연관계와 가족관계에 의해서 핵심적인 공동체의식이 보존될 수 있는 다소 정적인 사회상과 더 잘 연결된다.

VII. 미국 이민법제의 시사점

세계화의 진행과 우리나라의 외국인 인구 증가추세를 생각해 보면, 고유의 공동체 정신의 계승보다는 계속하여 변동하는 사회구성원들이 공동체의 가치를 구현해 감을 전제로 하는 미국 이민법제의 측면이 우리의 장래 이민법제의 방향에도 시사하는 바가 크다.

인용된 판례

- Abel v. U.S., 362 U.S. 217 (1960)
- Abourezk v. Reagan, 785 F.2d 1043 (D.C. Cir. 1986)
- Adams v. Howerton, 673F.2d1036 (9th Cir. 1982)
- Allende v. Schultz, 605 F.Spp. 1220 (D. Mass. 1985)
- Almeida-Sanchez v. U.S., 413 U.S. 266 (1973)
- Balzac v. Porto Rico, 258 U.S. 298 (1922)
- Barron v. Ashcroft, 358 F.3d 674 (9th Cir. 2004)
- Chinese Exclusion Case (Chae Chan Ping v. U.S.), 130 U.S. 581 (Sup. Ct. 1889)
- Chy Lung v. Freeman, 92 U.S. 275 (1875)
- Costello v. U.S., 365 U.S. 265 (1962)
- Dabaghian v. Civiletti, 607 F.2d 868 (9th Cir. 1979)
- Demore v. Kim, 538 U.S. 510 (2003)
- Fong Yue Ting v. U.S., 149 U.S. 698 (1893)
- Gatcliffe v. Reno, 23 F. Supp. 2d 581(D. Virgin Islands 1998)
- Grzymala-Siedlecki v. U.S., 285 F.2d 836 (5th Cir. 1961)
- Guerrero-Perez v. INS, 242 F. 3d 727 (7th Cir. 2001)
- Haitian Refugee Center v. Gracey, 809 F. 2d 794 (D.C.Cir. 1987)
- Hall v. McLaughlin, 864 F.2d 868 (D.C.Cir. 1989)
- Head Money Cases (Edye v. Robertson), 112 U.S. 580 (Sup. Ct. 1884)
- INS v. Lopez-Mendoza, 468 U.S. 1032 (1984)

인용된 판례

INS v. St. Cyr, 533 U.S. 289 (2001)

Japanese Immigrant Case (Kaoru Yamataya v. Fisher), 189 U.S. 86
(1903)

Jordan v. De George, 341 U.S. 223 (1951)

Kawakita v. U.S., 343 U.S. 717 (1952)

Kennedy v. Mendoza-Martinez, 372 U.S. 144 (1963)

Kleindienst v. Mandel, 408 U.S. 753 (1972)

Lara-Ruiz v. INS, 241 F.3d 934 (7th Cir. 2001)

Li Hing of Hong Kong, Inc. v. Levin, 800 F. 2d 970 (9th Cir. 1986)

Lodecke v. Watkins, 335 U.S. 160 (1948)

Lun Kwai Tsui v. Attorney General, 445 F. Supp. 832 (D.D.C. 1978)

Mahler v. Eby, 264 U.S. 32 (1924)

Marcello v. Bonds, 349 U.S. 302 (1955)

Moon Ho Kim v. INS, 514 F. 2d 179 (D.C. Cir. 1975)

Narenji v. Civiletti, 617 F. 2d 745 (D.C. Cir. 1979)

Navia-Duran v. INS, 568 F. 2d 803 (1st Cir. 1977)

Nguyen v. INS, 533 U.S. 53 (2001)

Nikrodhanondha v. Reno, 202 F. 3d 922 (7th Cir. 2000)

Nishimura Ekiu v. U.S., 142 U.S. 651 (1892)

Paramino Lumber Co. v. Marshall, 309 U.S. 370 (1940)

Passenger Cases (Smith v. Turner), 48U.S.283 (1849)

Posusta v. U.S., 285 F. 2d 533 (2d. Cir. 1961)

Price v. INS, 962 F.2d 836 (9th Cir. 1992)

Reno v. American-Arab Anti-Discrimination Committee, 525 U.S. 471(1999)

Rosenberg v. Fleuti, 374 U.S. 449 (1963)
Sale v. Haitian Center Council, Inc., 509 U.S. 155 (1993)
Schneider v. Rusk, 377 U.S. 163 (1964)
Shaughnessy v. U.S. ex rel. Mezei, 345 U.S. 206 (1953)
Tieri v. INS, 457 F. 2d 391 (2d. Cir. 1972)
Torres v. Puerto Rico, 439 U.S. 815 (1978)
U.S. v. Henry, 611 F. 2d 983 (5th Cir. 1979)
U.S. ex rel. Volpe v. Smith, 289 U.S. 422 (1933)
U.S. v. Brignoni-Ponce, 422 U.S. 873 (1975)
U.S. v. Cruikshank, 92 U.S. 542 (1875)
U.S. v. Curtiss-Wright Export Corp., 299 U.S. 304 (1936)
U.S. v. Martinez-Fuerte, 428 U.S. 543 (1979)
U.S. v. Montero-Camargo, 208 F. 3d 1122 (9th Cir. 2000)
U.S. v. Portillo-Aguirre, 311 F. 3d 647 (5th Cir. 2002)
U.S. v. Ross, 456 U.S. 798 (1982)
U.S. v. Wong Kim Ark, 169 U.S. 649 (1898)
U.S. v. Wurzenberger, 56 F. Supp. 381 (D.Conn. 1944)
Ventura-Escamilla v. INS, 647 F. 2d 28 (9th Cir. 1981)
Wadman v. INS, 329 F. 2d 812 (9th Cir. 1964)
Wong Yang Sung v. McGrath, 339 U.S. 33 (1950)
Yui Sing Tse v. INS, 596 F.2d 831 (9th Cir. 1979)

참고문헌

- Adam B. Cox, Citizenship, Standing, and Immigration Law, 92 Cal. L. Rev. 373(2004)
- Constantinos E Scaros, Learning About Immigration Law, CENGAGE Delmar Learning, 3ed. 2006).
- David Cole, Enemy Aliens: Double Standards and Constitutional Freedoms in the War on Terrorism(2003).
- David Weissbrodt, Laura Danielson, Immigration Law and Procedure, 5th ed. West, 2004.
- Frank D. Bean & David A. Spener, Controlling International Migration Through Enforcement: The Case of the United States, in International Migration: Prospects and Policies in a Global Market(Douglas S. Massey & J. Edward Taylor Eds., 2004);
- Howard F. Chang, The Immigration Paradox: Poverty, Distributive Justice, and Liberal Egalitarianism, 52 DePaul L. Rev. 759(2003).
- Jeffrey S. Passel, Pew Hispanic Ctr., Unauthorized Migrants: Numbers and Characteristics(2005), available at <http://pwehispanic.org/files/reports/46.pdf>.
- John D. McKinnon, Bush Continues to Push His Plan on Immigration, Wall St. J., July 8, 2006, at A4; Julia Preston, House and Senate Hold Immigration Hearings, N.Y. Times, July 6, 2006
- Kelly Jefferys & Nancy Rytina, Office of Immigration Statistics, Dep't of Homeland Sec., U.S. Legal Permanent Resident: 2005(2006).
- Ompare Office of Policy & Planning, U.S. Immigration & Naturalization

참 고 문 헌

- Serv., Estimates of the Unauthorized Immigrant Population Residing in the United States: 1990 to 2000(2003).
- Peter Brimelow, Alien Nations: Common Sense About America's Immigration Disaster(1995)
- Peter H. Schuck, Some Federal-State Developments in Immigration Law, 58 N.Y.U. Ann. Surv. Am. L. 387(2002).
- Philip Martin, Does the U.S. Need a New Bracero Program?, 9 U.C. Davis J. Int'l L & Pol'y 127(2003).
- Samuel P. Huntington, Who Are We?: The Challenges to America's Nation Identity(2004).
- Tom Brune, Laying Down the Law, Newsday, July 18, 2006
- Thomas Alexander Aleinikoff, David A. Martin, and Hiroshi Motomura, Immigration and Citizenship: Process and Policy, West, 2003.
- Thomas Alexander Aleinikoff, David A. Martin, and Hiroshi Motomura, (ed.) Immigration and Nationality Laws of the United States: Selected Statutes, Regulations and Forms, 2007.
- Trent R. Hightower, Geive Me Your Tired, Your Poor, Your Huddled Masses Yearning to Breathe Free...As Long as They Have the Proper Visas: An Analysis of the Current State of United States Immigration Law, and possible Change on the Horizon, 39 Tex. Tech. L. Rev. 133(2006).