



저작자표시-비영리 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.
- 이차적 저작물을 작성할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법 학 석 사 학 위 논 문

외국인의 기본권 보호에 관한 연구

- 사회권적 기본권을 중심으로 -



부경대학교 대학원

법 학 과

서 석 원

법 학 석 사 학 위 논 문

외국인의 기본권 보호에 관한 연구

- 사회권적 기본권을 중심으로 -

지 도 교 수 지 규 철

이 논문을 법학석사 학위논문으로 제출함.

2012 년 2 월 일

부 경 대 학 교 대 학 원

법 학 과

서 석 원

서석원의 법학석사 학위논문을 인준함.

2012년 2월 일



주 심 법학박사 김 선 복 ①
위 원 법학박사 최 명 구 ①
위 원 법학박사 지 규 철 ①

목 차

제1장 서론	1
제1절 연구의 목적	1
제2절 연구의 범위와 방법	3
제2장 국제인권법의 발전과 외국인	5
제1절 서설	5
제2절 외국인의 인권에 대한 역사적 고찰	5
제3절 국제법상 외국인의 지위	8
1. 서언	8
2. 국제연합의 세계인권선언	9
3. 국제인권규약	11
4. 이주노동자권리협약	13
5. 국제노동기구	14
제4절 국제인권법의 국내적용	16
제3장 헌법상 외국인의 지위	21
제1절 서설	21
제2절 국민주권원리와 외국인	22
1. 국민주권원리의 발전	22
2. 국민주권원리와 외국인의 지위	24
(1) 국민주권원리의 변용	24
(2) 국민주권원리의 규범적 보호영역	25
3. 헌법상 국가의 책무	27

제3절 외국인의 기본권 주체성 논의	28
1. 학설	28
(1) 외국인의 기본권 주체성을 부인하는 견해	28
(2) 외국인의 기본권 주체성을 일부 긍정하는 견해	29
(3) 기본권규정의 ‘적용’이 아니라, ‘준용’이라는 견해	32
2. 헌법재판소의 태도	34
3. 검토	38
(1) 외국인의 사회권적 기본권 주체성의 긍정	38
(2) 자유권과 사회권의 구별의 상대화	40
(3) 소결	41
제4절 외국인과 평등권	43
1. 서언	43
2. 외국인 차별과 관련한 미국 연방대법원의 평등 심사기준	44
3. 헌법재판소의 평등위반여부 판단기준	47
제5절 국적 관련 실정법의 내용과 문제점	52
1. 「국적법」과 재외동포 관련 법률의 내용	53
2. 실정법상 몇가지 문제점과 대책	56
3. 헌법재판소 판례	59
(1) 「국적법」 제2조 제1항 제1호 위헌제청	59
(2) 「재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률」 제2조 제2호 위헌 확인	61
(3) 입법부작위 등 위헌확인	64
제4장 외국인의 사회권적 기본권	67
제1절 서설	67
1. 사회권적 기본권의 의의	67

2. 사회권적 기본권의 연혁	68
3. 사회권적 기본권의 특성	69
제2절 사회권적 기본권의 법적 성격	70
1. 학설	70
(1) 객관설	70
(2) 추상적 권리설	71
(3) 구체적 권리설	71
(4) R. Alexy의 원칙모델에 의한 권리설	72
2. 학설에 대한 검토	72
제3절 외국인 근로자의 노동기본권	75
1. 우리나라의 외국인 근로제도의 현황	75
2. 불법체류 근로자의 문제	78
3. 외국인 근로자의 노동3권 보장	80
4. 외국인 근로자의 근로의 권리	83
제4절 외국인의 사회보장수급권	85
1. 외국인의 사회보장수급권의 보장	85
2. 현행 사회보장 관련 법제상 외국인 근로자의 지위	88
(1) 「사회보장기본법」	88
(2) 「산업재해보상보험법」	89
(3) 「국민건강보험법」	90
(4) 「국민연금법」	91
(5) 「고용보험법」	93
(6) 고용허가제도 4대 보험	93
제5절 기타 사회권적 기본권	94
1. 서언	94
2. 결혼이주 외국인과 관련한 법적 규제상 문제점	96

(1) 국제결혼의 현황	96
(2) 문제점	97
(3) 관련판례 - 한중국제결혼절차 위헌확인	101
3. 가족결합권	103
(1) 가족결합권의 의의	103
(2) 고용허가제도 등의 문제점	104
제5장 결론	106
ABSTRACT.....	115



제1장 서론

제1절 연구의 목적

최근 우리나라에 체류하는 외국인의 수가 약 140만 명에 이르면서¹⁾, 우리 사회는 다인종·다문화 사회로 급속히 진입하고 있다. 1980년대 말을 기점으로 급증하기 시작한 외국인의 유입은 지난 20여 년간 꾸준히 증가해 왔으며, 앞으로 저출산·고령화 현상과 이른바 3D(Dirty, Difficulty, Dangerous) 업종의 기피에 따른 노동력 부족현상으로 인한 국내적 요인에 더하여, WTO 협상, FTA 체결 등의 대외적 요인으로 인하여 외국인의 증가 추세는 가속화할 것으로 전망된다.

근대화 과정에 있었던 60년대와 70년대의 한국은 독일에 광부와 간호사를 보내고, 중동 등지에 노동자를 보내어 달러를 벌어들인 전형적인 인력수출국이었다. 그러던 우리나라가 고도의 경제성장을 이루어 내고 그 여파로 임금 수준이 가파르게 상승하면서 80년대 말부터는 국내의 3D 업종에서 심각한 인력난에 부딪혔다. 결국 관광비자로 혹은 동포들의 경우 친지방문을 이유로 입국한 외국인들이, 저임금과 심한 노동강도를 피하여 한국인들이 빠져나간 자리를 메꾸기 시작했으며, 유입된 이주노동자들은 자칫 활력을 잃어버릴 수 있었던 우리나라 노동시장의 최하층을 채워 주었다. 1990년대의 우리나라는 해외로 나가는 노동이민이 급격히 줄어들고, 오히려 이주 노동자들이 대량 유입되는 ‘이민노동의 전환기’(migration transition)를 맞이하게 된다.

그러나 1997년 갑작스레 밀어닥친 IMF 이후 한국경제의 위기는 이주 노동자들에게 고통을 강요했다. 대기업의 부도에 따른 중소기업과 영세업체들의 부도는 대부분 3D업종에서 근무하고 있는 외국인노동자들의 임금체불과 실직으

1) 출입국 외국인 정책본부 자료 2011.6.30. 현재.

로 나타났고, 환율의 급등으로 월급을 달러로 본국에 송금해야 하는 이들의 경우 실질임금이 거의 반으로 줄어들었다. 한국인 실직자들을 위하여는 사회 보장적인 프로그램으로 고용보험이나 실업수당, 공공근로 등 다양한 대책들이 마련되었으나, 외국인노동자들에게는 아무런 혜택이 주어지지 않을 뿐 아니라 오히려 외국인 밀어내기 식의 정책을 쓰는 형편이었다. 이로 인하여 일시적으로 10만 여명의 이주노동자들이 우리나라를 떠난 적도 있지만, 새로운 정부 하에서 한국경제의 회복과 함께 다시 이주 노동자의 수가 지속적으로 증가하기 시작하여 지금에 이르고 있다.

그동안 수많은 외국 노동자들이 Korean dream의 꿈을 안고 한국을 찾았지만 상당수의 외국인들은 불리한 생활환경과 열악한 노동환경을 견디지 못하고 원망을 품은 채 우리나라를 떠났다. 1990년대 중반부터 이주노동자들을 지원해 온 NGO를 중심으로 꾸준히 이주 노동자들의 인권문제가 제기되어 온 바, ‘현대판 노예제도’라 불리는 산업연수제도를 폐지하는 등 적지 않은 개선이 이루어진 것도 사실이지만, 아직까지도 근본적인 해결책은 제시되지 않은 채 여전히 인권의 사각지대가 곳곳에 존재하고 있다.

한편 체류 외국인 수가 양적으로 증가할 뿐 아니라, 체류유형 또한 외국인 근로자, 국제결혼 이민자와 그 자녀, 외국국적 동포, 난민 등으로 다원화되고 있으며 이들의 정주화 경향이 뚜렷이 나타나고 있는 것이 현재의 상황이다. 그 결과 종종 이질적 문화 간의 충돌, 외국인 근로자의 인권침해 문제, 국제결혼 이민자 및 그 자녀에 대한 사회적 편견과 차별문제가 또한 필연적으로 대두됨으로써 이에 대한 대책마련이 시급한 현안이 되고 있다.

외국인에 대한 헌법적 접근방법은 두가지로 파악될 수 있을 것이다. 먼저 하나는 국가주권원리에 입각하여 인권문제의 고찰대상을 오로지 국민에 한정하고, 외국인은 다만 상호주의에 의하여 파악하는 관점이다. 다른 하나는 인권의 전(前)국가적 성격에 입각하여 외국인을 포함하여 모든 사람은 인간으로서의 존엄과 가치에 따른 자유와 권리를 존중받아야 한다는 관점이다. 하지만 어느

관점에 서든, 국가권력의 보장이 없이는 인권의 실질화를 이룰 수 없다는 점에서 양자의 공통점을 인정해야 할 것이다.

종래의 통설은 외국인의 자유권적 기본권과 관련하여서는 후자의 관점에 서지만, 외국인의 사회권적 기본권과 관련하여서는 대체로 전자의 관점에 서는, 이원적인 태도를 취해 왔다. 그러나 바야흐로 세계화의 대세 하에 이주민의 시대가 도래하고 있는 지금, 언제까지 그러한 관점을 유지할 수 있을 지는 의문이다. 이제 국제인권규범의 발전과 보편화, 그리고 자유권과 사회권의 상대화라는 관점에서 외국인의 인권문제를 고찰하여야 하는 것이 아닌 지 숙고해야 할 때라고 본다. 특히 사회권의 영역은 우리 사회의 약자집단인 외국인 단순노동자와 결혼이주 외국인에게 있어서 인간다운 생활의 기초가 되는 중요한 문제영역이다. 이 논문은 이러한 점에 착안하여 우리나라에 거주 내지 체류하고 있는 외국인의 인권침해 사례를 검토하면서, 외국인의 사회권적 기본권을 중심으로 헌법정책적 시각을 제시하려 한다. 외국인도 당연히 헌법상 기본권 주체성을 가진다는 관점에서 외국인의 사회권적 기본권의 구체적인 내용은 기본권 주체성의 문제라기보다는 기본권 제한의 문제로 파악하여, 기본권 침해에 대한 해결방안과 국가의 적극적 보호의 필요성을 제기하고자 하는 것이 이 논문의 연구목적이다.

제2절 연구의 범위와 방법

외국인의 인권문제는 근대 이후의 역사적 발전과정과 궤를 같이 한다. 2차 세계대전 이후에 국제인권규범이 보편화됨과 아울러 경제적으로도 세계화의 추세와 맞물리면서, 외국인의 인권문제는 국내적으로 당면의 해결과제가 되고 있다. 헌법 제6조 제2항은 “외국인은 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 그 지위가 보장된다”고 규정하여 상호주의에 의한 법적 보호를 명시하지만, 제6

조 제1항에서 “헌법에 의하여 체결, 공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다”라고 규정함으로써 국제법을 국내법에 수용하고 이를 존중하는 입장 또한 명백히 밝히고 있다. 특히 외국인의 사회권적 기본권을 해석함에 있어서는 「경제적·사회적·문화적 권리에 관한 국제규약」(International Convention on Social and Cultural Rights)과 같은 국제인권규범이 중요한 지침이 될 것이다. 따라서 이러한 시각을 염두에 두고 본 논문은 다음과 같은 구성으로 연구를 수행하고자 한다.

본 논문은 모두 다섯 장으로 구성하여 그 중 제2장은 국제인권법이 발전하는 가운데 외국인이 어떻게 취급되어 왔는지를 역사적으로 고찰한 후에, 현대국제인권법의 내용을 개괄하고 그것이 국내법에 적용되는 법원리를 검토하였다. 제3장에서는 헌법상 외국인의 지위를 기본권 주체성의 문제, 국민주권원리, 그리고 평등권과의 관계에서 고찰하고 학자들의 대립되는 견해를 분석·검토하였으며, 마지막에 국적법을 비롯한 외국인 관련 실정법의 내용을 헌법재판소의 판례와 함께 검토하였다. 제4장에서는 사회권적 기본권의 특성과 성격을 분석하고, 외국인 노동자와 결혼이주 외국인의 사회권적 기본권의 실태를 살펴 보면서 기본권 침해의 문제를 드러내 보였다. 제5장은 본 논문의 결론으로서 우리 사회의 약자집단인 외국인 노동자와 결혼이주 외국인의 정당한 보호 없는 인권옹호란 허구임을 지적하면서, 현실적으로 그 중심에 사회권적 기본권의 보장이 있음을 강조하면서 마무리하였다.

오늘날 우리 사회에서 외국인의 기본권 문제는 거의 매일 인터넷을 장식하는 시급한 현실의 문제인 터라, 지금까지 법학을 비롯한 사회과학의 각 분야에서 많은 논문이 꾸준히 나오고 있다. 그러나 연구가 주로 노동법이나 사회학적인 시각에서 접근이 이루어졌다는 점을 염두에 두고, 본 논문에서는 사회권적 기본권을 중심으로 헌법학적 관점을 견지함에 유의하면서 기타 법률과 국제법 등을 검토하였다. 이를 위하여 국내외의 문헌을 비교·검토하고, 해당 법률에 대하여 법해석학을 중심으로 관련 판례를 분석하는 문헌조사방법에 입각하였다.

제2장 국제인권법의 발전과 외국인

제1절 서설

외국인이란 대한민국의 국적을 가지지 않은 자를 말한다. 통상 무국적자도 외국인에 포함하지만, 본국국적과 외국국적을 가진 자(이중국적자)는 자국민으로 취급한다. 그리하여 외국인은 국내법과 국제법상 외국에서 출생했지만 당해국가에 거주하는 자로서, 혈통이나 귀화에 의해 당해국가의 국적을 취득하지 않고 여전히 그 외국국적을 지니는 자를 말한다.(출입국관리법 제2조 제2호)

외국인의 지위는 아무 권리도 인정받지 못했던 시대로부터 현재에 이르기까지 많은 변천을 거쳐 왔다. 먼저 외국인의 처우에 대한 사고방식에 관하여 적시주의(敵視主義)·천외주의(賤外主義)·배외주의(排外主義)·상호주의(相互主義)·평등주의(平等主義)의 경과를 거쳐왔다고 하지만²⁾, 그 일반성에 관하여는 의문이 제기되기도 한다.³⁾ 예컨대 동양권에서는 중국을 중심으로 한 화이질서(華夷秩序) 하에 특히 우리나라의 경우 중국이나 일본에서 도래한 사람에 대하여 우대했던 바의 역사가 있었고, 근대이후에는 특수한 정치적 상황의 전개와 맞물려 오히려 배타적 경향이 강해졌다는 점을 고려할 때 이러한 의문은 정당하다. 하지만 외국인 처우의 역사가 대강의 경향으로서 적대주의에서 평등주의로 변천해 온 것임에는 의문의 여지가 없을 것이다.

제2절 외국인의 인권에 대한 역사적 고찰

고대에는 대체로 외국인을 적으로 간주하여 범죄인 또는 법익 피박탈자

2) 山田三良, 「國際私法」, 法律文化史, 1983, 276면 참조.

3) 越川純吉, "日本に在住する非日本人の法律上の地位", 司法研究報告書二輯 第3號(1984), 23면 참조.

(outlaw)로 취급했다. 아리스토텔레스는 그 당시 고대인들의 보편적 생각을 반영하듯 비(非)그리스인들을 야만인 취급하여 ‘생래적(生來的)’ 노예⁴⁾로 여겼다.

로마의 만민법(jus gentium)은 국제법으로서 로마 시민과 외국인에게 똑같이 적용되었으며 외국인에게도 권리를 인정하는 편이었다. 그러나 로마시대의 외국인은 로마인의 법인 시민법(jus civile)의 보호를 받을 수 없었으며, 외국인은 로마인의 개인적 후원을 통하여서만 신체적·재산적 보호를 받을 수 있을 뿐이었다. 전쟁상태가 일상인 대외관계 하에서 외국인은 바로 적이었기 때문에 외국인의 법적 지위는 취약할 수 밖에 없었다.

중세봉건시대에는 외국인 문제는 봉건영주의 관할 하에 놓이게 되었다. 예컨대, 영지마다 차이가 있었겠지만 영주는 외국인을 보호하고 외국인이 사망한 경우에 그 재산은 영주가 보호의무의 대가로서 몰수하였다. 즉, 외국인의 재산 상속은 금지되었다.

근대 국민국가시대에 와서 외국인의 지위는 이제 영주로부터 권한이 강화된 왕의 관할로 편입되면서, 이것은 상업교류의 발전과 함께 외국인의 지위변화에 중요한 배경이 되었다. 중상주의를 추구하던 근대국가의 입장에서 외국인에 대한 부당한 처우로 인하여 외국상인과 자본의 유입에 걸림돌이 되는 상황을 더 이상 방치할 수는 없었다.

근대에 주권적 민족국가가 성장하기 시작하면서 국제법의 기초자들은 모든 사람은 국적을 불문하고 자연권을 가지며 어떤 문명사회나 정부도 그것을 박탈할 수 없다고 주장했다. 이러한 자연권의 내용과 범위에 관해 일반적으로 정해놓은 사항은 없지만 외국인에 대한 문명적 대우의 최소한의 기준은 존재한다고 주장했다. 그러나 최소한의 기준이라고 인정되는 것도 외국인의 부동산소유권 내지 취업권 등을 포함하지는 않았다. 이런 문제를 해결하기 위해 각국은 조약을 맺어 조약당사국들이 상대국 국민에게 자국민과 똑같이 거래행위, 취업, 재산의 소유나 점유, 소의 제기, 양심의 자유, 종교의 자유를 인정하

4) 장영수, "헌법상 평등원칙과 평등권의 실현구조", 고려법학, 고려대학교 법학연구원, 2001, 99면.

도록 했다.

그러나 조약 가운데는 국내법에 의해 자국민에게만 배타적으로 인정되는 권리는 외국인이 향유할 수 없다는 취지의 것들도 있어서, 실제로 외국인의 지위는 국제조약보다는 국내법이 규율하게 된다. 그리하여 외국인의 법적 지위는 각국의 국내법적 관할을 벗어나지 못하였다. 각국은 외국에서 발생한 자국민의 피해를 국가이익에 대한 침해로 받아들여 해외에서의 자국민 보호에 적극 관여하기에 이르고, 국가에 의한 강제적 피해구제가 현실이 되었다. 이러한 변화는 “개인에게 피해를 가한 것은 그를 보호하여야 하는 소속국가에게 간접적으로 피해를 가한 것”이라는 법학자 Vattel의 명제로 표현된다.⁵⁾ 그리하여 19세기에 이르면 외국인의 법적 지위가 광범위한 차원에서 문제시되는 정치적·경제적 조건이 형성되어 외국인처우에 관한 적지 않은 판례와 관행이 축적되고, 20세기에 들어와서는 외국인 처우에 관한 법제화가 논의되기 시작되면서 국제법상 외국인이 독립된 주체로서 등장한다.

외국인의 국제법적 지위에 획기적 변화를 가져온 계기는 제2차 세계대전이었다. 엄청난 전쟁을 통해 참담한 인권유린의 상황을 목격한 세계는 유사한 사건의 재발을 방지하기 위해서는 인간으로서의 권리보호 문제를 개별 주권국가에만 맡겨놓을 수 없다는 판단을 하게 되었다. 기본권의 전국가적인 자연권으로서의 불가침·불가양성을 강조하면서⁶⁾ 기본권은 보편적 권리로서 누구나 일정수준의 보호받아야 한다는 판단 하에, 국제연합(UN)의 성립과정에서 그 구체적 성과를 이루게 된다.

「UN헌장」은 그 전문에서 ‘기본적 인권과 인간의 존엄과 가치에 대한 신념’을 확인하는 한편, 제1조에서 “모든 사람의 인권과 기본적 자유를 존중하도록 조장 장려함에 있어서 국제협력을 달성하는 것”이 UN의 기본목적 중의 하나라고 선언하였다. 또한 각 회원국은 “인권, 성, 언어 또는 종교에 의한 차별 없이 모든 사람을 위한 인권 및 기본적 자유의 보편적 존중과 준수”라는 목적

5) 정인섭, "외국인의 국제법상 지위에 관한 연구", 서울대학교 박사학위 논문, 1992, 8면.

6) 김철수, 「헌법학신론(제17전정신판)」, 박영사, 2007, 248면.

을 달성하기 위한 행동을 취할 것을 약속하였다⁷⁾.(제55조, 제56조) 「UN 헌장」 기초회의에서 장래의 과제로 약속되었던 국제인권 보호규범의 제정작업은 1948년 「세계인권선언」으로 구체화되었다.

제3절 국제법상 외국인의 지위

1. 서언

전통적 국제법에 있어서 외국인 문제는 자국민의 권리침해를 구실로 종종 타국에 대한 내정간섭의 합법화를 유도하려는 등의 과정에서 국가책임의 법리와 외교적 보호권의 문제로 나타난 것일 뿐, 개개인의 입장과 권리에 기초한 문제가 아니었다. 그러나 현대 국제법은 국가의 무력행사를 금지하고 인간의 자기결정권을 승인하는 것과 더불어 기본적인 권리를 국제적으로 보장한다는 특징을 갖고 있다.

각국의 공통된 경제적 요구에 힘입어 외국인의 지위도 향상되었다. 다만, 직업과 상거래에 있어서 실업이나 외국인과의 경쟁으로부터 자국민을 보호하려는 국가들의 노력은 외국인 지위 제한의 강력한 요인이 되고 있다. 유럽 공동시장(European Common Market), 즉 유럽 경제공동체(EEC)를 창설한 「로마 조약(Treaty of Rome)」은 “조약가입국의 국민들은 어느 가입국 내에서도 자유로이 거주할 수 있으며 취업이 보장되고 거주국 국민과 동일한 임금, 동일한 근로조건이 인정된다”고 규정하고 있다. 이 조약은 이른바 외국인 처우에 관한 최저기준을 높이는 데 있어 장차 모델이 될 것으로 보인다.

그리고 정보·통신, 과학기술의 발전으로 국경을 넘나드는 인적 자원의 이동이 활발해지고, 새로운 경제질서가 확대되면서 특별한(ad hoc) 사안의 해결을

7) 최원복, 「국제법기본자료집」, 이화여자대학교 출판부, 2003, 38면.

위한 다양한 국제인권기구들이 출범하였다.

국제연합(United Nations)은 국제인권연맹의 뒤를 이어, 제2차 세계대전 이후에 설립된 국제 평화와 안전을 주요 목적으로 하는 보편적인 평화기구로서 성립 시부터 모든 나라가 준수해야 하고 인류가 누려야 할 인권에 관한 국제적 규범을 제정하려고 노력하였다. 국제연합이 제정한 최초의 포괄적인 권리장전이 「세계인권선언」(Universal Declaration of Human Right)이며 이를 구체화하고 있는 것이 「국제인권규약」⁸⁾, 즉 「경제적·사회적·문화적 권리에 관한 국제규약」(International Convention on Social and Cultural Rights)과 「시민적·정치적 권리에 관한 국제협약」(International Convention on Civil and Political Rights)이다. 그리고 UN경제이사회(Economic and Social Council)가 불법적인 밀매를 통한 노동력 착취에 대한 관심을 갖기 시작하면서, 1990년 12월 총회에서 채택한 「모든 이주노동자와 그 가족의 권리보호에 관한 국제협약」(International Convention on the protection of the Right of All Migrant Worker and Members of their Families : 이하 「이주노동자권리협약」)은 외국인 근로자의 보호에 있어서 중요한 의미를 갖는다.

그리고 「UN헌장」의 인권관계조항들과 「세계인권선언」, 「국제인권규약」, 그리고 「시민적·정치적 권리에 관한 인권규약에 대한 선택의정서」를 포함하여 '국제인권장전'이라고 부르기도 한다.⁹⁾

2. 국제연합의 「세계인권선언」

1948년 유엔총회에서 채택된 「세계인권선언」은 전문에서 “인류 가족 모든 구성원의 고유한 존엄성과 평등하고 양도할 수 없는 권리를 인정하는 것이 세계의 자유, 정의, 평화의 기초”가 됨을 선언한 후에, 모든 사람의 일반적 권리

8) 국제인권규약은 1948년 12월10일 채택된 세계인권선언의 내용을 구속력 있게 만들기 위해 1966년 유엔(UN)이 채택한 국제협약으로서 1976년 9월3일 발효되었다. 우리나라는 1990년에 가입했다.

9) 토마스 버젠탈(양건 역), 「국제인권법」, 교육과학사, 2001, 28면.

를 천명하면서 법원칙의 일치의 형식을 취하여¹⁰⁾ 균등대우원칙과 구체적 인권을 제시하였다.¹¹⁾ 「세계인권선언」은 개인이 속한 진영에 관계없이¹²⁾ ‘모든’ 국가나 자국법 질서 내에서 어떤 가치를 수호해야 하는가에 대한 보편타당한 단일개념을 공식화 했다는 데에 큰 의미를 둘 수 있다.¹³⁾ 특히, 근로와 관련하여 제23조에서 근로에 관한 평등을 강조하여, “모든 사람은 근로의 권리, 자유로운 직업 선택권, 공정하고 유리한 근로조건에 관한 권리 및 실업으로부터 보호받을 권리를 가진다. 모든 사람은 어떠한 차별도 받지 않고 동등한 노동에 대하여 동등한 보수를 받을 권리를 가진다.” “모든 근로자는 자신과 가족에게 인간적 존엄에 합당한 생활을 보장하여 주며, 필요할 경우 다른 사회적 보호의 수단에 의하여 보완되는, 정당하고 유리한 보수를 받을 권리를 가진다”(제23조 제1항, 제2항, 제3항)고 규정하고 있다.

「세계인권선언」은 그 적용 대상을 모든 인류로 함으로써 외국인의 법적 지위와 관련하여 특별한 의미를 가진다. 즉, 「세계인권선언」 제2조는 “모든 사람은 인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치적 또는 그 밖의 견해, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생, 기타의 지위 등에 따른 어떠한 종류의 구별도 없이, 이 선언에 제시된 모든 권리와 자유를 누릴 자격이 있다”고 규정하여, ‘기타 다른 지위’라는 불특정 개념을 사용함으로써 차별금지사유를 예시적으로 보여 주고 있다. 따라서 특별한 이유가 없는 한, 모든 사람 속에는 외국인이 포함되므로, 이 조항은 외국인의 차별금지의 근거조항이 된다. 또한 전문이 선언의 내용을 ‘모든 민족 또는 국가가 달성할 공통의 기준’이라고 전제하고 있고, 대부분의 규정이 내외국민 평등의 원칙에 입각하고 있는 점을 보아서도 외국인이 「세계인권선언」의 일반적인 보호대상에 포함됨을 알 수 있다.

10) 나인균, 「국제법」, 법문사, 2004, 28면.

11) 권영성, "소수자의 법적 기초", 한국법제연구원, 법제연구 통권 제23호(2002. 12), 32~36면 ; 유형석, "외국인 근로자의 법적 지위에 관한 연구", 건국대학교 박사학위논문, 2002, 50~51면.

12) 김대순, 「국제법론」, 삼영사, 2007, 667면.

13) 이장희, 「현대국제조약집」, 아시아사회과학연구원, 2005, 52~74면.

3. 국제인권규약¹⁴⁾

국제연합은 「세계인권선언」의 실효성을 뒷받침하기 위하여 「경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약」(International Convention on Social and Cultural Rights, 이하 「A규약」)과 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약」(International Convention on Civil and Political Rights, 이하 「B규약」)을 채택하였다.¹⁵⁾ 「A규약」과 「B규약」은 동일한 내용의 균등 대우 원칙을 규정하고 있다. 즉 「A규약」은 제2조 제2항에서 “이 규약의 각 당사국은 이 규약에서 선언된 권리들이 인종·피부색·성·언어·종교·정치적 또는 기타의 의견, 민족적 또는 사회적 출신·재산·출생 또는 기타의 지위 등에 의한 어떠한 종류의 차별도 없이 행사되도록 보장할 것을 약속한다”라고 규정한다. 이에 대하여 「B규약」은 제2조 1항에서 “이 규약의 각 당사국은 자국의 영토 내에 있으며, 그 관할권 하에 있는 모든 개인에 대하여 인종·피부색·성·언어·종교·정치적 또는 기타의 의견, 민족적 또는 사회적 출신·재산·출생 또는 기타의 지위 등에 의한 어떠한 종류의 차별도 없이 이 규약에서 인정되는 권리들을 존중하고 확보할 것을 약속한다”라고 명시하여, 권리주체를 세계인권선언과 마찬가지로 ‘모든 개인’으로 표기하고 있다. 양 규약에 의한 외국인의 지위는 국적에 의한 차별금지가 명문화되어 있지 않기 때문에 나열된 금지근거를 예시적으로 보면, 위 조항의 ‘민족적 차별’에는 국적이 포함된다고 해석하기도 하지만,¹⁶⁾ 어떻게 해석하든 국적에 의한 차별이 원칙적으로 금지되고 있다는 데에는 이견이 없다.¹⁷⁾ 특별한 경우에 외국인에 대한 차별이 허용될 수 있겠지만, 그러기 위해서는 일정한 구체적 근거가 필요하며, 또 필요한 한도 내에서만 허용될 수 있음은 규약의 일반원칙에 비추어 볼 때 당연하다.

14) 국제인권규약은 1976년에 발효되었으며, 우리나라는 1990년에 비준함으로써 유보한 일부 규정을 제외하고는 국내적 효력을 가진다.

15) 유형석, 앞의 책, 52면.

16) 유형석, 앞의 책, 84면.

17) 최홍엽, “외국인 근로자의 노동법상 지위에 관한 연구”, 서울대학교 박사학위논문, 1997, 25면.

양 규약에 의해서 보호되고 있는 권리의 범위는 다음과 같다. 「B규약」은 생명권의 보호(제6조), 고문의 금지(제7조), 노예제도의 금지(제22조), 신체의 자유(제9조), 집회의 자유(제21조), 결사의 자유(제22조), 등을 규정하고 있다. 「B규약」이 정하고 있는 ‘결사의 자유’에는 노동조합의 결성 및 가입권이 포함되어 있으므로 노동조합이 결성 및 가입권은 「B규약」의 한 내용으로서 강력한 보호를 받고 있는 셈이다.

「A규약」에는 모든 사람이 자유로이 선택하는 노동에 의하여 생계를 영위할 권리(근로권 : 제6조), 동등한 가치의 노동에 대한 동등한 보수를 포함한 근로조건을 향유할 권리(근로조건 : 제7조), 노동조합결성·가입·파업권(제8조), 사회보험을 포함한 사회에 관한 권리(제9조) 등이 규정되어 있다.

양 규약은 외국인의 지위보장의 방법에서 차이를 보인다.¹⁸⁾ 즉, 「B규약」은 규약상 권리를 실현하기 위해 국가의 의무를 엄격하게 정하여 보장하고 있는데 반하여, 「A규약」 제2조 제1항은 “이 규약에서 인정된 권리의 완전한 실현을 점진적으로 달성하기 위하여 … 자국의 가용자원이 허용하는 최대한도까지 조치를 취할 것을 약속한다”라고 규정하여 일정한 제약을 설정하고 있다. 또한 제2조 제3항에서 “개발도상국은 인권과 국가경제를 충분히 고려하여 이 규약에서 인정된 경제적 권리를 어느 정도까지 자국의 국민이 아닌 자에게 보장할 것인가를 결정할 수 있다”라고 정하고 있으며, 제4조¹⁹⁾에서는 권리 일반에 대해서 일반적 법률유보 조항과 제8조 제1항 (a)호²⁰⁾와 같은 개별적 법률유보 조항을 규정하고 있다. 따라서 「B규약」의 경우에는 국적에 의한 차별이 엄

18) 사회권 규약과 자유권 규약으로 나뉘어 구체화되는 과정과 논의에 관하여는 V. Pechota, 「The Development of the Covenant on Civil and Political Rights」, L. Henkin ed, The International Bill of Rights, Columbia Univ, 1981, p. 39~42 참조.

19) 「A규약」 제4조: 이 규약의 당사국은, 국가가 이 규약에 따라 부여하는 권리를 향유함에 있어서, 그러한 권리의 본질과 양립할 수 있는 한도 내에서, 또한 오직 민주 사회에서의 공공복리증진의 목적으로 반드시 법률에 의하여 정하여지는 제한에 의해서만, 그러한 권리를 제한할 수 있음을 인정한다.

20) 「A규약」 제8조 : 1. 이 규약의 당사국은 다음의 권리를 확보할 것을 약속한다.

(a) 모든 사람은 그의 경제적, 사회적 이익을 증진하고 보호하기 위하여 관계단체의 규칙에만 따를 것을 조건으로 노동조합을 결성하고, 그가 선택한 노동조합에 가입하는 권리. 그러한 권리의 행사에 대하여는 법률로 정하여진 것 이외의 또한 국가안보 또는 공공질서를 위하여 또는 타인의 권리와 자유를 보호하기 위하여 민주 사회에서 필요한 것 이외의 어떠한 제한도 과할 수 없다.

격하게 금지되어 있는데 반해서, 「A규약」은 자유권규약보다는 그 규제의 정도가 완화되어 있다고 할 수 있다. 이는 「B규약」에 대한 국제적 합의의 수준이 「A규약」에 대한 합의 수준보다 높았던 데에 기인한다. 그러나 「A규약」에 의해 보장되고 있는 사회적·경제적 권리에 관해 ‘국적’에 의한 차별을 허용한 것으로 볼 수는 없다. 유보조항에서 명백히 규정하고 있는 바와 같이 “가용자원이 허용하는 최대한도까지” 라고 표현한 바와 같이, 규약을 비준한 국가는 이를 최대한 보장해야 할 의무가 있다고 보아야 한다. 그리고 비준 당사국에게, 한층 높은 수준의 권리실현을 보장하기 위하여 끊임없이 노력할 의무를 부과하고 있음을 “점진적으로” 라는 표현을 통하여 짐작할 수 있다.

이러한 차별 없는 외국인 평등 및 보호의 정신은 인권개념의 보편성을 배경으로 하여 거의 모든 국제인권규범에 승계되고 있다.

4. 「이주노동자권리협약」

1990년 12월 18일 제69차 유엔 총회는 이주노동자와 그 가족이 육체적·정신적 학대로 고통 받거나 사상·표현의 자유를 박탈당하는 등 비인간적인 조건에서 일하는 것을 방지하기 위해 「모든 이주노동자와 그 가족의 권리 보호에 관한 국제협약」(이하 「이주노동자 권리협약」)을 채택했다.

「이주노동자 권리협약」은 모든 이주노동자와 그의 가족이 법률적 지위에 관계없이 누릴 수 있는 ‘기본적 인권’을 명시하고 있다. 이 협약은 「세계인권선언」·「국제인권규약」 등에서 밝힌 기본적 인권이 미등록 이주노동자와 그 가족에게도 보장되어야 함을 체계적·구체적으로 정하고 있다. 아울러, 「이주노동자 권리협약」은 입국·체류·경제 활동이 합법상태에 있는 이주노동자가 누려야 할 부가적 권리로서 일시 출국의 권리, 이동·주거선택의 자유, 결사의 권리, 본국의 공무에 참가할 권리, 가족의 결합, 직업 선택의 자유 등 시민적·정치적 권리를 규정하고 있다.²¹⁾

21) 「이주노동자권리협약」의 내용 중에는 합법적인 외국인 노동자는 물론이고 불법체류자도 자국

현재 협약에 대하여 이주노동자를 송출하는 나라들이 비준(ratification) 또는 서명(signature)한 반면, 받아들이는 나라는 비준은 물론이고 서명조차 하지 않고 있다. 그 이유는 송출국 정부는 해외에서 취업 중인 자국민 이주노동자와 가족의 인권을 보장하는 데 적극적이고, 반대로 유입국 정부는 자국에서 일하는 외국인 이주노동자와 가족에게 내국인과 동등한 대우를 해주기를 꺼리기 때문이다. 특히, 우리 정부가 합법 이주노동자에게 가족 결합과 직업선택의 자유를 부여하는 데 부담을 느끼는 것이 가장 큰 이유이다. 즉, 자국민 노동자의 고용기회 침식을 방지하기 위해 외국인 이주노동자의 취업 허용직종을 제한해야 하고, 외국인 이주노동자의 정주(定住)를 막기 위해 가족 초청을 제한하는 것이 불가피하다는 판단을 하고 있다. 이 때문에 유럽제국을 비롯한 선진국에서는 어느 한 나라도 「이주노동자 권리협약」을 비준하지 않고 있다.

하지만 인력송출국에서나 체결하는 국제협약이라고 치부해 버리기에는 비준이나 서명을 한 국가가 너무 많고, 우리나라 무역과 직접적인 관계를 맺고 있는 나라가 한 둘이 아니라는 점은 결코 간과할 수 없는 부분이다. 게다가 우리나라 역시 약 700만 명에 이르는 재외동포들을 거느리고 있는 처지를 고려해야만 한다. 급속한 국제화·고령화 추세 속에서 발전을 지속하기 위해서는, 한국 사회는 외국인 이주노동자와 결혼 이주여성들을 한국사회의 진정한 일원으로 수용해야 할 시점에 도달했다는 점을 인정하고, 이주노동자를 사회적 권리·의무의 주체로 인정하는 전향적 시각을 가질 필요가 있다. 이 땅의 외국인 이주노동자와 결혼이주여성이 그동안 한국 경제와 사회를 위해 끼친 공로를 인정하고, 그에 걸맞은 대우를 해주는 것은 도덕적으로나 법적·경제적으로 당연한 일이다. 미등록 이주노동자의 인권까지도 보호하는 선진복지사회가 우리

민과 같은 임금과 휴가를 받을 권리(25조), 외국인노동자가 노동조합을 만들 권리(26조, 40조), 자국민과 같은 사회보장의 혜택을 누릴 권리(27조), 불법체류자 자녀가 학교에 다닐 권리(30조), 출신국의 가족을 자신이 취업한 국가에 불러올 권리(44조), 실업수당을 받을 권리 및 실업대책으로서의 공공근로계획에의 참가할 권리(54조) 등 대부분의 외국인노동자 수입국들의 입장에서 부담을 느낄 수 밖에 없는 것들이 많다.

의 지향점이며, 이를 위한 첫걸음으로서 「이주노동자 권리협약」을 비준하는 것은 인권의 관점과 더불어 국익의 관점에서도 필수적인 조치라고 본다.

5. 국제노동기구

국제노동기구(ILO : International Labor Organization)는 전세계적으로 노동 조건과 생활수준 개선을 촉진하기 위해 만든 국제연합의 전문기구²²⁾로서 제1차 세계대전 종료 후 1919년 6월 「베르사이유 평화협약」에 의거하여 국제연맹(League of Nations) 산하에서 설립되었다.²³⁾ 이러한 ILO의 설립은 19세기말 20세기 초 각국의 산업화 과정에서 발생한 노동문제에 직면하여 자본주의 모순을 합리적으로 해결하고 근로조건과 연계된 국제 경쟁력의 확보를 위해 국제적인 노동기준이 제정될 필요성의 대두되었다는 점과 함께 국제노동운동의 활성화 요구 등이 그 배경이 되었다.

1919년 설립된 이후 1944년에 동 기구의 설립취지와 목적을 확인하는 「필라델피아선언문」²⁴⁾을 채택하였으며, 1946년 UN의 전문기구로 편입하여 지금까지 그 명맥을 유지하고 있고, 2004년 현재 177개의 회원국으로 구성되어 있다.²⁵⁾ ILO의 구성은 고용주대표, 노동자대표, 정부대표라는 3파적 성격을 갖고 있으며, 이러한 구성상의 독특한 성격은 노동조약문의 채택절차에서도 그대로 반영되고 있다. ILO에서 채택하는 국제노동기준으로는 「국제노동기구 헌장(Constitution) · 협약(Convention) · 권고(Recommendation)」가 있다.

22) 전문기구란 국제연합헌장 제57조에 의하면 국제연합과 협력관계를 갖지만 법적으로는 국제연합과는 별개의 법인격을 갖는 국제법의 주체를 말한다. (노병천, 국제법 관련용어의 문제점 및 개선방향, 한국법제연구원, 2005, 67~68면.)

23) 이은조, "국제법상 외국인 근로자의 법적 지위", 고려대학교 석사학위 논문, 2003, 74면.

24) 필라델피아 선언은 1944년 국제노동기구(ILO) 필라델피아 총회에서 채택된 ILO의 목적에 관한 선언으로서 제2차 세계대전 후부터 현재에 이르기까지 ILO의 활동을 규정하는 다음과 같은 원칙을 명확히 하고 있다. (가) 노동은 상품이 아니다. (나) 표현과 결사(結社)의 자유는 진보를 위해 불가결한 요건이다. (다) 일부의 빈곤은 사회 전체의 번영에 있어 위험이 된다. (예) 어려움을 해결하기 위해서는 정부 · 노동자 · 사용자 대표들이 계속적이고 협조적인 국제적 노력을 기울여야 한다.

25) 국제협력관실, 「ILO 주요협약집」, 노동부, 2000, 1~4면 ; 한국은 1971년 12월 9일 152번째 회원국으로 가입하였다.

「국제노동기구 헌장」은 모든 회원국이 당연히 준수할 의무가 있으며, 협약은 회원국이 비준할 경우 이를 반드시 준수할 의무가 발생하나, 권고는 각국의 정책지침 또는 참고자료로서만 작용할 뿐 강제력은 없다.

ILO는 1919년 설립된 이후 현재까지 모두 188개의 협약과 194개의 권고를 채택하였는데, 그 중 우리나라가 비준할 대상협약은 모두 100개이고 2010년 3월 현재 「국제노동기구 헌장」을 비롯해서 모두 24개의 협약²⁶⁾을 비준하였다.

제4절 국제인권법의 국내 적용

우리 헌법은 전문에서 “항구적인 세계평화와 인류공영에 이바지함으로써 ...”라고 규정하고, 제5조 제1항은 “대한민국은 국제평화의 유지에 노력하고 침략적 전쟁을 부인한다”고 하여 국제평화주의를 표방함과 동시에, 제6조 제1항에서 “헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 지닌다”고 하여 국제법질서 존중의 원칙을 분명히 하고 있다.

이에 따라 주권국가인 우리나라에서 국제법이 국내영역에 관하여 어떤 효력

26) 협약과 권고의 형태를 띠는 ILO의 국제노동기준을 구성하는 범주는 1) 결사의 자유, 2) 단체협약, 3) 강제노동, 4) 아동노동, 5) 기회와 대우의 평등, 6) 3자 협의, 7) 노동행정, 8) 노동감독, 9) 고용정책, 10) 고용촉진, 11) 직업지도 및 직업훈련, 12) 고용안정, 13) 사회정책, 14) 임금, 15) 노동시간, 16) 직업안전보건, 17) 사회보장, 18) 모성보호, 19) 이주노동자, 20) 선원, 21) 어부, 22) 부두노동자, 23) 원주민 및 소수부족, 24) 특수범주의 노동자들로 모두 24개에 달한다. 이 24개 범주에 맞춰 ILO는 1919년 출범 이후 지금까지 모두 188개의 협약을 만들었는데, 그 가운데 일터에서 일하는 노동자들에게 가장 중요한 영향을 미친다고 판단되는 8개를 가장 중요한 기본협약 혹은 핵심기준으로 내세우고 있다. ILO의 8개 기본협약, 즉 핵심노동기준은 결사의 자유와 단체교섭권 인정, 모든 형태의 강제노동 철폐, 아동노동의 실질적 철폐, 고용과 직업에서의 차별 철폐 등 4개 영역에서 각 2개씩의 협약으로 구성되어 있으며, 이 가운데 한국 정부는 2010년 3월 현재 아동노동 철폐 관련 협약 2개(제138호·제182호)와 작업장에서의 차별 철폐 관련 협약 2개(제100호·제111호)를 비준했을 뿐, 결사의 자유 및 단체교섭권과 강제노동에 관한 협약들은 아직 비준하지 않고 있다.

을 가지는가가 문제되는데, 이것은 결국 국제법을 국내법에 수용하는 방식에 따라 달라진다. 국제법을 국내법에 적용함에 있어서 검토해야 할 것은 국제법의 국내법적 수용절차의 문제와 국제법의 국내법질서상의 위계 문제이다.²⁷⁾ 이것은 헌법 제6조 제1항에 따라 ‘헌법에 의하여 체결·공포된 조약’과 일반적으로 승인된 국제법규’로 나누어서 살펴볼 필요가 있다.

우선 ‘헌법에 의하여 체결·공포된 조약’의 경우, 그 요건을 충족한 경우에 국내법적 효력을 가진다. 다만, 국회의 동의를 필요한 조약의 경우에는 ‘법률과 같은’ 효력을 가지며, 이와 달리 국회의 동의가 필요 없는 조약의 경우에는 법률보다 하위의 효력을 가진다는 견해, 즉 헌법 우위설에 입각한 일원론이 일반적인 견해이다. 따라서 법률과 동일한 효력을 갖는 국제법규와 조약이 법률과 저촉할 경우에는 위헌조약이 아닌 한 신법우선의 원칙 또는 특별법 우선의 원칙이 적용될 뿐이다²⁸⁾.

이것은 “「마라케쉬 협정」도 적법하게 체결되어 공포된 조약이므로 국내법과 같은 효력을 갖는 것이어서 ... 「마라케쉬 협정」에 의하여 관세법 위반자의 처벌이 가중된다고 하더라도 이를 들어 법률에 의하지 아니한 형사처벌이라거나 행위시의 법률에 의하지 아니한 형사처벌이라고 할 수 없다”라고 한 헌법재판소의 결정²⁹⁾을 통해서도 확인할 수 있다.

다음으로, ‘일반적으로 승인된 국제법규’라 함은 국제사회에서 보편적 규범으로서 세계 대다수의 국가가 승인하고 있는 법규를 말한다. 이것은 국회의 동의와 같은 요건을 필요로 하지 않고 효력이 인정된다. 일반적으로 승인된 법규에는 불문의 국제관습법 외에 우리나라가 계약당사자가 아닌 조약으로서 국제사회에서 일반적으로 그 규범성이 승인된 일반조약도 포함된다는 것이 지배적인 견해이다.³⁰⁾

27) 김철수, 앞의 책, 236면.

28) 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2011, 175면.

29) 헌재 1998.11.26, 97헌바65, 관례집 제10권 2집, 685면.

30) 김철수, 앞의 책, 236면.

그러나 헌법재판소는 “국제연합의 「인권에 관한 세계선언」에 관하여 … 그러한 보편적, 효과적인 승인과 준수를 국내적·국제적인 점진적 조치에 따라 확보할 것을 노력하도록, ‘모든 국민과 모든 나라가 달성하여야 할 공통의 기준’으로 선언하는 의미는 있으나 그 선언내용인 각 조항이 바로 보편적인 법적구속력을 가지거나 국제법적 효력을 갖는 것으로 볼 것은 아니다”³¹⁾라고 하여 국제연합(UN)의 「인권에 관한 세계선언」이 직접적으로 국내법적인 효력을 가지는 것에 대하여 부정적인 입장을 밝힌 바 있다. 국제연합 교육과학문화기구(UNESCO)와 국제노동기구(ILO)가 채택한 「교원의 지위에 관한 권고」에 대하여도 “국제연합의 「인권에 관한 세계선언」이나 「경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약」 및 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약」, 국제문화기구와 국제노동기구가 채택한 「교원의 지위에 관한 권고」 등은 모두 … 직접적으로 국내법적인 효력을 가지는 것이라고도 할 수 없다”고 하여 국내법적 효력을 부인한다.³²⁾

결국 일반적으로 승인된 국제법규로서 국제인권규범들은 우리나라에서도 헌법과 법률에 위배되지 않는 한 그 효력을 그대로 인정해야 하지만, 국제규범의 국내적 이행이나 집행을 통한 강제규범으로서의 국내법적 효력은 물론, 재판을 통한 직접 또는 간접적용이나 간접수용 등을 통한 원용가능성조차 현실적으로 기대하기 어려운 실정이다.³³⁾

국제 인권법의 국내적 효력에 관하여 헌법재판소가 「지방공무원법」 제58조 제1항 위헌소원 사건³⁴⁾에서 판시한 내용을 살펴 볼 필요가 있다.

31) 현재 1991.07.22, 89헌가106, 판례집 제3권, 387면.

32) 90헌가5 사립학교법 제55조 등에 관한 위헌심판 [1991.11.25]

33) 김태천, "재판과정을 통한 국제인권협약의 국내적 이행", 카톨릭대학교 인권법연구소, 인권법연구 제1호(2005) 11면 이하 ; 정경수, "국제인권법의 국내적용에 관한 비판적 분석", 민주법학 제17집 제1호(2000), 149면

34) 2005헌바49 지방공무원법 제58조제1항 위헌소원 [2005.10.27]

“(가) 우리 헌법은 헌법에 의하여 체결공포된 조약을 물론 일반적으로 승인된 국제법규를 국내법과 마찬가지로 준수하고 성실히 이행함으로써 국제질서를 존중하여 항구적 세계평화와 인류공영에 이바지함을 기본이념의 하나로 하고 있으므로(헌법전문 및 제6조 제1항 참조), 국제적 협력의 정신을 존중하여 될 수 있는 한 국제법규의 취지를 살릴 수 있도록 노력할 것이 요청됨은 당연하다. 그러나 그 현실적 적용과 관련한 우리 헌법의 해석과 운용에 있어서 우리 사회의 전통과 현실 및 국민의 법감정과 조화를 이루도록 노력을 기울여야 한다는 것도 또한 당연한 요청이다.

(나) 「세계인권선언」 및 「국제인권규약」과의 관계

먼저, 「세계인권선언」에 관하여 보면, 이는 그 전문에 나타나 있듯이 “인권 및 기본적 자유의 보편적인 존중과 준수의 촉진을 위하여 … 사회의 각 개인과 사회 각 기관이 국제연합 가맹국 자신의 국민 사이에 또 가맹국 관할하의 지역에 있는 인민들 사이에 기본적인 인권과 자유의 존중을 지도교육함으로써 촉진하고 또한 그러한 보편적, 효과적인 승인과 준수를 국내적·국제적인 점진적 조치에 따라 확보할 것을 노력하도록, 모든 국민과 모든 나라가 달성하여야 할 공통의 기준”으로 선언하는 의미는 있으나 그 선언내용인 각 조항이 바로 보편적인 법적구속력을 가지거나 국제법적 효력을 갖는 것으로 볼 것은 아니다.

다만 실천적 의미를 갖는 것은 위 선언의 실효성을 뒷받침하기 위하여 마련된 「경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약」, 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약」이다.

「경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약」은 제4조에서 “……국가가 이 규약에 따라 부여하는 권리를 향유함에 있어서, 그러한 권리의 본질과 양립할 수 있는 한도 내에서, 또한 오직 민주사회에서의 공공복리증진의 목적으로 반드시 법률에 의하여 정하여지는 제한에 의해서만, 그러한 권리를 제한할 수 있음을 인정한다”하여 일반적 법률유보조항을 두고 있고, 제8조 제1항 (a)호에서 국가안보 또는 공공질서를 위하여 또는 타인의 권리와 자유를 보호하기 위하여 민주사회에서 필요한 범위 내에서는 법률에 의하여 노동조합을 결성하고 그가 선택한 노동조합에 가입하는 권리의 행사를 제한할 수 있다는 것을 예정

하고 있다.

다음으로 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약」의 제22조 제1항에도 “모든 사람은 자기의 이익을 보호하기 위하여 노동조합을 결성하고 이에 가입하는 권리를 포함하여 다른 사람과의 결사의 자유에 대한 권리를 갖는다”고 규정하고 있으나 같은 조 제2항은 그와 같은 권리의 행사에 대하여는 법률에 의하여 규정되고, 국가안보 또는 공공의 안전, 공공질서, 공중보건 또는 도덕의 보호 또는 타인의 권리 및 자유의 보호를 위하여 민주사회에서 필요한 범위 내에서는 합법적인 제한을 가하는 것을 용인하는 유보조항을 두고 있을 뿐 아니라, 특히 위 제22조는 우리의 국내법적인 수정의 필요에 따라 가입당시 유보되었기 때문에 직접적으로 국내법적 효력을 가지는 것도 아니다.

따라서 위 규약들도 권리의 본질을 침해하지 아니하는 한 국내의 민주적인 대의절차에 따라 필요한 범위 안에서 근로기본권에 대한 법률에 의한 제한은 용인하고 있는 것으로서 위에서 본 공무원의 근로기본권을 제한하는 위 법률조항과 정면으로 배치되는 것은 아니라고 할 것이다

(ㄷ) 국제노동기구의 협약들과의 관계

청구인들이 드는 국제노동기구의 제87호 협약(결사의 자유 및 단결권 보장에 관한 협약), 제98호 협약(단결권 및 단체교섭권에 대한 원칙의 적용에 관한 협약), 제151호 협약(공공부문에서의 단결권 보호 및 고용조건의 결정을 위한 절차에 관한 협약)은 우리나라가 비준한 바가 없고, 헌법 제6조 제1항에서 말하는 일반적으로 승인된 국제법규로서 헌법적 효력을 갖는 것이라고 볼 만한 근거도 없으므로, 이 사건 심판대상 규정의 위헌성 심사의 척도가 될 수 없다.

(ㄹ) 국제기구들의 권고들과의 관계

한편, 국제노동기구의 ‘결사의 자유위원회’나 국제연합의 ‘경제적·사회적 및 문화적 권리위원회’ 및 경제협력개발기구(OECD)의 ‘노동조합자문위원회’ 등의 국제기구들이 우리나라에 대하여 가능한 한 빨리 모든 영역의 공무원들에게 근로3권을 보장할 것을 권고하고 있다고 하더라도 그것만으로 위 법률조항이 위헌으로서 당연히 효력을 상실하는 것은 아니라 할 것이다.”

제3장 헌법상 외국인의 지위

제1절 서설

일반적으로 세계의 헌법규정을 살펴 보면, ‘국제’라는 용어는 흔하지만, 헌법의 문언상 ‘외국인’이라는 용어는 잘 등장하지 않으며,³⁵⁾ 이러한 헌법제정권자의 침묵은 양면성을 가지고 있다고 한다. 즉 첫째로는 헌법제정자가 의도적으로 외국인의 헌법적 지위를 부정한 것이며, 둘째는 헌법제정자는 헌법의 제정 및 개정과정에서 이른바 세계화시대를 예견하지 못했고, 의도하지 않았던 외국인 문제가 대두하였다는 것이다. 따라서 이를 헌법현실의 변천으로 보아 헌법해석을 통하여 외국인의 헌법적 지위를 발견해 내어 법의 흠결을 보충하려는 입장을 취한다.³⁶⁾ 그러나 외국인 문제에 대하여 헌법이 침묵한 것은 헌법제정자가 이 문제를 의식하고도, 변화무쌍한 국제관계를 고려하여 이를 헌법에 구체적으로 명문화하기에는 문제가 있어 이를 헌법해석의 문제로 미루었다고 보아야 한다. 그러므로 현재의 시대적 가치를 최대한 반영하여 외국인의 기본권을 보장하는 방향으로 해석할 필요가 있다.

우리 헌법은 외국인이 기본권의 주체가 될 수 있는지에 관하여 직접적인 근거규정을 두지 않았으므로 외국인의 기본권 주체성은 헌법이론적으로 해답을 얻을 수 밖에 없다. 따라서 헌법관과 기본권관에 따라 결론이 달라질 수 있다.

한편 외국인의 헌법상 지위에 관하여는 “외국인은 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 그 지위가 보장된다”(제6조 제2항)는 규정에서 국제법상 상호주의의 입장을 취하고 있다.³⁷⁾ 물론 그 해석에 있어서는 우리헌법 전문의 ‘항구

35) 齊藤靖夫, 「日本憲法と 外國人労働者, 外國人労働者の 福祉と 人權」, 京都: 法律文化社, 1993, 58면.

36) 하경효, "외국인 근로자의 법적 지위 - 헌법적·국제법적·노동법적·사회보장법적 지위를 중심으로", 「외국인 고용에 따른 사회·경제적 영향평가와 규율방안」, 고려대학교 노동문제연구소, 1998, 10면.

37) 한현주, "외국인의 기본권에 관한 연구 -재일외국인의 지문날인제도와 관련하여-", 세무대 논문

적인 세계평화와 인류공영', 총강의 국민주권원리, 국제평화주의 및 국제법 존중주의 등의 원리가 헌법상 외국인의 지위를 고찰함에 그 토대가 될 것이다.³⁸⁾ 즉, 우리 헌법은 앞으로 민족이 추구할 방향으로 세계평화와 인류공영을 설정하고 있으며, 이에 대한 실천적 방안으로 헌법 총강에서 국제법 존중주의를, 국민의 권리와 의무에서는 외국인의 기본권의 구체적 보장을 제시하고 있는 것으로 볼 수 있다.

제2절 국민주권원리와 외국인

1. 국민주권원리의 발전

근대 국가의 본질적 특징으로 간주되는 주권개념은 일반적으로 16세기 프랑스의 학자인 Jean Bodin에 의해서 처음으로 체계화된 것으로 받아 들여지고 있다. “주권은 공화국의 절대적이고 항구적인 권력”³⁹⁾이라고 설파했던 Bodin의 주권이론은 국가권력을 교황으로부터 독립시킴으로써 정치와 종교가 분리되는 계기를 제공하였다. 이는 대외적 독립성을 가진 주권국가의 등장으로 이어지고, 이로써 국제법이 탄생할 수 있는 사상적 기초가 마련하는 계기가 되었다.⁴⁰⁾ 즉 주권이론은 정치공동체의 평화와 안정을 확보하기 위하여 대내적,

집 제6집(1993), 208면.

38) 외국인의 지위를 고찰함에 있어, 첫째 대한민국 임시정부의 체류지가 외국으로 그 곳에서 일정한 보호와 지원을 받으면서 대한민국의 정통성을 유지할 수 있었던 역사적 현실을 간과할 수 없다. 둘째 재중동포를 비롯해 세계 각지에서 활동하는 재외동포(재외국민포함)에게 상호주의가 적용되는 국제적 현실을 인식해야 한다. 셋째 헌법이념인 ‘항구적 세계평화와 인류공영’을 위해 과거역사바로세우기 운동 등으로 민족의 정통성을 확립하고, 앞으로 민족의 방향을 국제적 교류 등으로 확대시켜 나가야 하는 헌법적 과제가 주어진 것이다. 이러한 측면에서 헌법상 외국인의 지위에 대한 논의는 실익이 있으며, 이는 외국인의 구체적 기본권 보장에 대한 필요성을 더욱 부각시키는 기능을 하게 된다고 한다.(정일혁, "헌법상 외국인의 기본권 보장에 관한 연구", 홍익대학교 석사학위논문, 2007, 5면.)

39) Jean Bodin, 「On Sovereignty : Four chapters from The Six Books Of the Commonwealth」, ed. Julian H. Franklin, New York: Cambridge University Press, 1992, p. 1.

대외적으로 국가권력 이외의 다른 세력에 의한 간섭을 배제하여 통일적인 지배권을 형성하기 위해 등장한 것이라고 할 수 있다.

Bodin은 주권을 입법권으로 보면서 입법권이 없으면 국가도 존재할 수 없다는 논리에 따라 주권을 국가의 본질적 징표로 보았다. 그가 자유로운 입법, 곧 제약없는 주권에 관심을 가지기는 했지만, 그것이 자연법이나 자연의 법칙으로부터의 해방을 뜻하는 것은 아니었다. 오히려 그에 의하면 주권은 자연법과 자연의 법칙 및 영원한 신의 법의 구속을 받는 것이었다.

입법권⁴¹⁾을 정치공동체에서 가장 중요한 최고의 권력으로 이해하는 것은 사회계약론자에게도 나타난다. 인간이 사회를 형성하기 이전의 자유롭고 평등한 자연 상태를 전제로 하여, 인간이 자연상태에서 벗어나 자유와 평화를 안전하고 확실하게 향유하기 위하여는 사회계약을 통한 국가공동체의 창설이 필요하고, 이를 위해서 통일적 지배권을 형성하여 군주나 기타 통치권자에게 양도 내지 위임해야 한다는 것이 군주주권을 주장한 홉스뿐만 아니라, 국민주권을 강조한 로크와 루소⁴²⁾와 같은 사회계약론자의 주장이다.

주권론의 역사적 전개과정 및 그 근거에 있는 주권론의 목적과 기능에 비추어 볼 때, 주권의 본질은 국가의사 결정의 독점과 관철, 즉 정치공동체의 통일적 지배권의 확립요청이다. 정치적 공동체는 내부의 분쟁이나 갈등상황에서 사회의 제세력이 실력을 행사하여 자의적으로 문제를 해결하려는 것을 막기 위해서 분쟁의 평화적 해결을 위한 공정한 절차를 마련하고 이를 관철할 수 있어야 하며, 법규범의 실현가능성에 대한 구성원의 믿음이 파괴되는 정도에 따라 정치공동체는 스스로 무엇이 유효하고 허용되는 것인지를 결정하고 그런 결정을 관철시킬 권력을 가지고 있어야 한다. 즉 사회적 갈등을 종식시키기

40) 한태연, 「근대국가의일반이론」, 법문사, 1983, 116면 이하 참조.

41) 그런데 미국에서 1787년 성문헌법이 제정될 때까지 유럽대륙에서는 헌법제정권과 일반법률제정권을 구별하지 못하였고 따라서 여기서의 입법권은 헌법제정권력, 헌법개정권력, 법률제정권을 포함하는 개념으로 이해하는 것이 타당하다. (박경철, "보댕, 홉스, 루소의 주권이론과 주권론", 강원법학, 2006, 75면 각주.)

42) 이상돈, 「인권법」, 세창출판사, 2006, 24면.

위해서는 갈등에 대하여 구속력 있는 결단을 할 권한과 실력을 독점하여 정치 공동체내의 통일적 지배권 즉 통치권을 확립하여 한다는 통찰이 주권 속에 내재되어 있는 것이다.

또한 법 파괴에 대한 질서회복을 위해서 뿐만 아니라, 진행 중인 사회의 변화과정에 대처하기 위해서도 정치공동체는 당연히 법형성의 과제를 지니고 있다.⁴³⁾ 결국 주권론의 역사적 전개과정 속에서 국민주권원리는 인간으로서의 자유와 평화를 보장하기 위해 자의적인 권력행사를 통한 갈등해결이 아니라, 평화적 해결을 추구하면서, 사회의 변화과정에 대처하는 역사적 가변성을 띠는 것으로 파악할 수 있다.

2. 국민주권원리와 외국인의 지위

(1) 국민주권원리의 변용

근대시민혁명을 거치면서 주체성을 인식한 유산계급은 사회계약을 통하여 국민(nation)개념을 바탕으로 한 국가개념을 형성하였다. 그리고 역사적으로 이러한 국민개념의 배경에는 유럽식의 민족(nation)개념⁴⁴⁾이 자리하고 있었다. 태생적 또는 문화적 집단인 민족은 출생이라는 운명적 연결점을 근거로 국민이라는 법적 지위로 전환되고, 연대감과 충성심을 학습함으로써 국가에의 귀속이라는 일체감을 갖게 되었다.⁴⁵⁾ 따라서 이러한 관점에 설 때에 국민과 구별되는 외국인에 대한 분리 및 차별의 적용은 당연한 원칙이었다.

그러나 세계화와 이주민의 시대인 오늘날 이런 원칙은 도전받을 수 밖에 없

43) 박경철, "국민주권의 본질과 실현조건에 관한 연구", 연세대학교 대학원, 2001, 60면.

44) '민족'이란 단어는 'nation'을 번역한 일본식 한어(漢語)이다. 일민족 일국가였던 일본이 하나의 nation이 하나의 국가를 형성한다고 하는 19세기식의 nationalism을 적합하게 받아들이면서 만들어진 개념이다. 그와 달리 다민족국가인 중국이나 식민지화를 통하여 국가를 상실한 조선민족의 입장에서는 민족과 국가를 동일시할 수 있는 여건이 아니었다.(마쯔마루 미찌오 외 4인, 「중국사 개설」, 한울아카데미, 1991, 387면.) 그런 의미에서 국민주의 내지 민족주의는 19세기 선발 및 후진 자본주의국가에게만 적용될 수 있는 용어에 불과하다.

45) 독일의 민족이 인종공동체라는 특징이 강한 반면, 프랑스의 경우 민족은 계약적 형태로서 문화적 인자가 보다 강조된다.(최유, 앞의 논문, 119면.)

다. 개인의 선택이 아닌 혈통 내지 출생이라는 우연적 사실에 기초하여 헌법적 권리를 배제함이 과연 타당한 것인가는 의문인 것이다. 혈통 내지 출생이라는 우연적 요소가 아니라, 생활의 공유성이 국민 자격의 부여요건이 되어야 한다는 것이 세계화시대의 요청이다.⁴⁶⁾ 인종적·문화적 동일성에 기초한 민족을 정치적 의사형성의 주체로 상정하여 만들어진 근대의 국민국가개념은 외국인을 국외자(局外者)로 설정할 수 밖에 없었지만, 세계화시대하에 이주민현상이 가속화되는 오늘날 자국민만이 아니라 생활운명공동체의 일원인 국내의 외국인을 우리 사회의 실질적 구성원으로 편입해야 한다는 요청을 무시할 수 없다. 그러므로 한국사회의 생활공동체의 일원으로 있는 한, 국적법상의 외국인에게도 기본권 주체성을 인정하는 문제를 진지하게 고려하여야 한다.⁴⁷⁾

(2) 국민주권원리의 규범적 보호영역

국민주권은 절대무제한의 권력이라는 절대주권사상은 극복되었다. 외교업무에 관한 국가의 권력도 헌법상의 제약 범위 내에서만 행사할 수 있는 것이고, 외국인에 관한 사항을 정치적 판단의 영역에 한정되는 것으로 볼 수 없다. 그리하여 오늘날 외국인의 출입국 허가나 강제퇴거 등에 관하여 국가의 권력도 제약을 받는 것이라는 사고방식이 일반적으로 통용된다.⁴⁸⁾

국민주권은 개인의 인격의 존엄과 평등 그리고 개인의 자율성과 자유의 존중이라는 가치를 실현하면서 통일적 지배권을 확립하려는 통치질서의 조직원칙이며 통치권의 정당화 원리이다. 이런 측면에서 보면 국민주권은 통치권은 국민의 기본권을 실현하고 보장할 의무를 부담할 뿐만 아니라, 개개인 상호간에도 타인의 기본권을 존중하여 타인의 기본권을 침해하지 않도록 하여야 한다는 규범적 의미를 지니게 된다. 또한 국가권력의 창설과 행사는 국민의 참여와 동의에 입각하여야 하고, 국민의 참여와 동의에 입각한 통치권이라도 권력

46) 최유, 앞의 논문, 120면.

47) 이 문제는 제3장 제3절 3.에서 다시 검토할 것이다.

48) 萩野芳夫, "外國人の法的地位", 公法研究 第43號(1981), 有斐閣, 32면 참조.

의 남용이나 악용이 불가능하도록 권력행사에 합리적으로 효율적인 통치수단을 마련하여야 한다는 것을 의미한다⁴⁹⁾.

이처럼 국민주권원리가 정치적 공동체의 법적 평화를 확립하고 개인의 자유와 평등을 보장하기 위한 것이라면, 이는 헌법 제10조의 인간으로서의 존엄과 가치·행복추구권의 보장과 상통하는 것이다. 헌법 재판소는 “헌법 제1조는 ‘대한민국은 민주공화국이다’ ‘대한민국의 주권은 국민에게 있고 모든 권력은 국민으로부터 나온다’ 라고 하여 국민적 합의로 국가권력을 조직하고 그 국민의 기본권을 최대한으로 보장한다(헌법 제10조)는 국민주권론의 원칙을 채택하여 국민에게 선언 ... 50)” 한 것이라고 하면서, 헌법 제1조의 구체적 내용을 헌법 제10조에서 보장하도록 하고 있다. 또 헌법재판소는 기본권 보장규정인 헌법 제2장의 적용과 관련하여 “국민(또는 국민과 유사한 지위에 있는 외국인과 사법인)만이 기본권의 주체”라고 하여 외국인에게도 그 보장이 미친다고 해석한다.⁵¹⁾

요컨대 헌법 제1조의 국민주권은 ‘국민’만을 전제로 하는 개념이라기보다, ‘개개인’의 기본권 보장과 존중을 의미한다. 따라서 국민주권원리의 규범적 보호영역에는 자의적이고 불합리적인 권력에 의한 기본권 침해가 발생하지 않도록 외국인의 기본권을 보장해야 할 의무가 포함된다.

문제는 인권의 보편성이 국민주권원리에 의하여 제약을 받는 영역이 현실적으로 존재하는 경우에 이를 당장에 해결할 수 있는 방법이 없다는 점이다. 왜냐하면 입법부가 외국인의 기본권을 보장하지 않는 입법을 한 경우에 이에 대하여 헌법재판소가 위헌결정을 한다는 보장이 없으며, 또 만약 입법부가 외국인의 기본권을 보장하는 입법을 하더라도 헌법재판소가 국민주권원리에 근거하여 이를 위헌으로 결정하면 무위로 돌아갈 것이기 때문이다. 결국 이 문제를 해결하려면 입법부와 헌법재판소가 수긍할 정도로 국민일반의 여론이 성숙

49) 허영, 앞의 책, 854면.

50) 헌재 1989.09.08, 88헌가6, 판례집 제1권, 199면.

51) 헌재 1994.12.29, 93헌마120, 판례집 제6권 2집, 477면.

되기를 기다릴 수 밖에 없다.⁵²⁾ 가장 확실한 길은 국민의 여론이 민주적으로 수렴된 것을 전제로 헌법의 개정절차에 의하는 방법일 것이다. 그러므로 현재로서는 외국인의 인권과 국민주권을 충족하는 조화로운 방법을 정치·외교적인 타협을 통하여 이끌어 내기 위하여 노력해야 할 것이다.⁵³⁾

3. 헌법상 국가의 책무

헌법 제10조 인간의 존엄과 가치·행복추구권은 비록 제2장 ‘국민의 권리와 의무’ 부분에 위치하고 있지만,⁵⁴⁾ 이 규정은 모든 기본권의 이념적 전제인 동시에 목적조항으로서 국민만의 권리가 아니라, 모든 ‘인간’의 권리로서 이해된다. 따라서 헌법 제10조는 내국인 뿐만 아니라, 외국인에게도 그대로 인정되는 권리이다.⁵⁵⁾ 게다가 제6조 제2항에서 “외국인은 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 그 지위가 보장 된다”고 규정하고, 제10조 제2문에서 “국가는 ‘개인’이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고, 이를 보장할 의무를 진다”고 규정한 것은 국가가 적극적으로 보장하여야 할 불가침적 인권의 주체가 ‘국민’만이 아니라, ‘인간 개개인’임을 선언하고 있는 것이다. 따라서 국가는 한국 국적을 가진 내국인만이 아니라, 국제규범이 보호하도록 규정하고 있는 무국적자, 난민, 이주노동자, 결혼 이주민 등 국내에 체류 및 정주하는 모든 외국인에 대해서도 그 권리를 적극적으로 보호해야 할 헌법상의 책무를 부여받고 있는 것이다. 물론 기본권의 종류와 성격, 효과 등에 따라 국적을 가진 사람과 그렇지 않은 사람 간에 차별이 있을 수는 있지만, 그런 경우에도 외국인의 기본권은 적법절차에 따라 정당한 국가목적 실현하기 위해 필요불가결한 경우에만 예외적으로 제한될 뿐이다.

52) 오동석, 앞의 논문, 57면.

53) 오동석, 앞의 논문, 58면.

54) 김선태, "기본권 일반규정의 개정방안 연구", 헌법학연구, 한국헌법학회, 제12권 제4집(2006), 107면 이하.

55) 박선영, "자유민주주의 실현을 위한 헌법개정의 방향", 헌법학연구, 한국헌법학회 제10권 제1호(2004), 84면.

제3절 외국인의 기본권 주체성 논의

일반 국제법상 타국에 적법하게 입국하여 일정기간 체류하는 외국인은 본국의 관할권에 종속되는 동시에 체류국의 관할권에도 종속된다. 그리고 체류국의 영토 내에서 행한 자신의 모든 행위에 대해 책임을 진다. 독일 헌법의 경우 ‘인간(Menschen)’, ‘독일국민(Alle Deutschen 또는 dasdeutsche Volk)’, ‘누구나(Jeder)’ 등으로 규정하여 구분하고 있는 것과 다르게, 우리 헌법의 경우에는 제2장의 제목을 ‘국민’의 권리와 의무라고 한 것을 비롯하여 제10조에서부터 제37조까지의 모든 기본권조항에서 ‘국민’이라고 기술하고 있다. 이것은 결국 해석을 통하여 특정 기본권의 주체를 확정하여야 한다는 것을 의미하는 바, 외국인의 기본권 주체성에 관한 해석과 관련하여 학설이 나뉜다.

1. 학설

(1) 외국인의 기본권 주체성을 부인하는 견해

㉞ 내용

첫째의 논거로서, 기본권에 관한 헌법 제2장의 표제가 ‘국민의 권리와 의무’라고 되어 있다는 이유로, 이는 국민만의 권리를 보장하는 것이며 외국인의 권리까지 보장하는 것은 아니라고 이해한다.(기본권문언설) 따라서 외국인에게 기본권을 인정할 것인가의 여부는 입법상의 문제에 불과하다고 한다.⁵⁶⁾

다음의 논거로서, 통합주의적 헌법관에 기초한 해석이다. 기본권은 사회공동체가 하나로 동화되고 통합되어 가기 위한 공감대적 가치질서이자 한 민족의 문화질서라고 이해하는 경우, 기본권은 일단 동화적 통합을 추구하는 특정한

56) 박일경, "기본적 인권과 그 주체", 고시연구(1974. 10.) 12면.

생활공동체 구성원들을 위한 개념형식 내지 법적 형식이므로 외국인을 기본권 질서에 끌어들이기 기본권의 주체로서의 지위를 인정하는 것은 이론상의 무리가 있다고 본다. 기본권의 권리적 측면보다는 책임과 의무를 수반하는 정치적인 면을 강조하는 Smend적 입장에서는 동화적 통합의 저해요인인 외국인을 기본권의 주체로 받아들이기 어렵다.⁵⁷⁾

한편 법실증주의의 입장에 설 때에도 기본권은 국가 속의 자유 내지 법률 속의 자유로 이해하게 되므로 외국인은 국민이 아니게 되어 기본권주체성은 부인될 수 밖에 없다.

이상과 같은 외국인의 기본권 부정설의 입장에서는, 우리 헌법상 외국인의 국내법상의 권리는 헌법 제6조 제2항에 따라 인정되는 특수한 권리에 불과하여 헌법 제2장의 국민의 기본권 보장과는 무관한 것이 된다.⁵⁸⁾

(나) 비판

생각건대 근대국가가 국민의 권리를 보호하기 위하여 국민국가로서 탄생하는 과정에서 형성되었던 국가주권의 이론적·역사적 경험은 이제 극복되어야 한다. 오늘날 내·외국인 평등보호가 국제적 추세인 현상과 아울러, 그 보편성을 특징으로 하는 인권 개념 자체를 고려할 때에 외국인의 기본권을 부정하는 견해는 받아 들일 수 없다. 헌법상의 기본권 조항이 내국인에게만 적용된다고 해석할 수는 없으며, 기본권의 성질상 특별히 제한할 필요가 발생하지 않는 한, 외국인에 대하여도 최대한으로 보장함이 세계주의 내지 국제평화주의를 기본원칙으로 하는 헌법정신에 부합할 것이다.⁵⁹⁾

(2) 외국인의 기본권 주체성을 일부 긍정하는 견해

(가) 내용

첫째 논거는, 권리의 성질에 따라 ‘인간’의 권리인 것에 대하여는 외국인의

57) 허영, 「헌법이론과 헌법」, 박영사, 2007, 406면 : 권영성, 앞의 책, 315면.

58) 박일경, 「신헌법」, 법경출판사, 1990, 199면 참조.

59) 梓澤和辛, "憲法と 外國人の人權", 法學セミナー 제502호, 日本評論社, 1996, 15면.

기본권 주체성을 인정하는 입장이다.(기본권성질설) 결단주의의 시각에서 기본권은 전국가적·천부적 성질을 지니므로 외국인에게도 허용된다고 보는 견해와 기본적으로 같은 견해이다.⁶⁰⁾ 이에 의하면 국가 내적인 참정권과 사회권적 기본권에 대해서는 외국인의 기본권 주체성을 유보하게 된다.

다음으로 국가권력에 우선하는 기본권의 생활질서적 기능을 인정하지 않고 기본권과 외국인의 상호관계를 논하는 것은 무의미하다고 하면서, 기본권의 가치규범적 성격을 전제로 해서 기본권의 권력기속적 가치가 외국인에게도 미친다고 본다면 기본권은 외국인에 관한 국가작용의 한계를 뜻하게 되어 외국인의 국내법상 지위가 헌법상의 지위로까지 승화될 수 있다는 통합론적 관점⁶¹⁾이 있다. 그래서 결론적으로는 외국인이 우리민족의 동화적 통합을 해치지 않고 그들을 우리사회에 동화시키는데 필요한 범위 내에서 기본권의 주체가 될 수 있다⁶²⁾고 본다.

현재 우리나라 대부분의 헌법학자들이 외국인의 기본권 주체성에 대하여 긍정설을 취하고 있는데, 대체로 결단주의적인 자연권설에 바탕을 두고 기본권성질설에 의하여 외국인의 기본권을 긍정한다.⁶³⁾ 이 견해에 의하면 헌법이 외국인의 기본권 주체성을 명시적으로 부정하고 있지 않으므로 해석을 통하여 그 흠결을 보충할 여지가 있다는 것이다.⁶⁴⁾ 나아가 세계의 일일생활권화, 기본권보장의 국제화, 내국인과 외국인이 법적 지위의 유사화 등의 경향을 들면서⁶⁵⁾, 인간의 권리에 해당하는 기본권은 국적을 불문하고 인정하는 것이 논리적·현실적 보편성을 띠고 있다고 주장한다.

요컨대 통설은 헌법상 ‘국민’이라는 표현에도 불구하고 성질상 ‘인간’의 권리

60) 김철수, 「헌법학개론」, 박영사, 2000, 272면 참조.

61) 허영, 앞의 책, 405-406면.

62) 허영, 앞의 책, 407면 다만, 외국인에게 국정에 관한 참여권을 인정하는 것은 우리 사회가 추구하는 동화적 통합의 방향에 그릇된 영향을 미칠 가능성이 있으므로 허용되지 않는다고 본다.

63) 김철수, 「헌법학신론(제17전정신판)」, 박영사, 2007, 275면 ; 권영성, 앞의 책, 316면.

64) 장영수, 「기본권론」, 홍문사, 2003, 85면.

65) 계희열, "기본권의 주체", 고시연구(1995.11.) 53면. ; A. Bleckmann, 「Allgemeine Grundrechtslehren」, 1979, 90면 참조.

에 해당하는 기본권에 대하여는 외국인의 기본권 주체성을 인정하지만, 이른바 ‘국민’의 권리로서 국가내적 권리에 해당하는 사회권적 기본권에 관하여는 외국인의 기본권 주체성을 부인하는 것이 일반적이다.

(나) 비판

통설은 정치적 권리나 사회적 권리가 자유권과 달리 국가에 의하여 창설된 국가내적 권리라는 점에 착안하여, 헌법상 기본권을 ‘국민’의 권리와 ‘인간’의 권리로 구별한다. 그래서 ‘국민’의 권리인 사회권적 기본권과 관련하여 외국인에게는 선별적으로 기본권 주체성을 인정한다. 이렇게 자유권과 사회권의 성격을 구별하는 이유는 연혁적인 의미 외에도 권리보호의 중요성과 사회권의 이행가능성에서 차이가 나기 때문이다.

그러나 인권규범이 일반화되고, 확장된 인권개념이 보편화되어 가고 있는 현대에서 이러한 자유권과 사회권이라는 2분법은 재고되어야 한다. 시대의 변화와 발전에 따라 인간의 권리와 국민의 권리 사이의 경계선이 불분명해지고 양자의 중간지대에 존재하는 권리의 존재를 인정하여야 할 뿐 아니라,⁶⁶⁾ 권리보호의 중요성이나 권리의 이행가능성 역시 따져 보면 절대적이라기보다는 정도의 차이에 불과하다. 예를 들면, 대표적인 자유권인 표현의 자유가 인터넷상에서 제대로 충족되기 위해서 필요한 비용이나, 집회 및 시위의 자유가 적절하게 실현되기 위하여 소모되는 자원을 생각해 보면, 자유권의 실현이 단순히 국가의 부작위로써 충족된다고 말할 수는 없을 것이다.⁶⁷⁾

한편, 동화적 통합이론의 견해를 검토해보건대, 그러한 국가관이 국가를 ‘초경험적으로 부과된 자기목적적 생활통일체’로 파악하면서 ‘감정적 동일화에 근거한 비합리주의적 통합과정’⁶⁸⁾을 중시하는 R. Smend의 비합리주의적 태도와 유사하다는 비판이 있다. 이러한 태도는 ‘국가의 정체성’을 매개로 ‘정치적 통일체’가 아닌, ‘정서적 통일체’를 지향하는 국가를 상정함으로써 오히려 외국인

66) 김수연, “기본권 주체로서의 외국인”, 유럽헌법연구 제7호(2010), 유럽헌법학회, 306면.

67) 최유, “외국인의 사회권 주체성에 대한 작은 연구”, 사회과학연구 제19권 가을호(2009), 132면.

68) 서경석, “통합이론은 민주적인 이론인가”, 공법연구 제30집 제1호(2001), 131면.

의 기본권 주체성을 위협하는 결론을 도출할 수 있다는 점에서 비판의 여지가 있다.⁶⁹⁾

(3) 기본권 규정의 ‘적용’이 아니라, ‘준용’이라는 견해

(가) 내용

외국인에게도 기본권의 주체성을 인정하는 학설의 공통된 전제는, 인권규정의 외국인에 대한 ‘적용’을 일반적으로 긍정한 후에, 개개의 경우에 합리적인 차별인지 여부를 검토한다는 점이다. 그러나 이러한 통설의 태도는 개개의 차별적인 국가행위가 어떠한 경우에 합리적이고, 어떠한 경우에 불합리한가에 대하여 추상적 입장을 시사할 뿐, 명확한 기준을 제시하지 못한다고 비판하는 견해가 있다.⁷⁰⁾

비판론은 ‘적용설’을 반대하면서 ‘준용설’을 주장하는데, 그 논거는 이러하다. 즉, 오늘날에도 국가의 주권은 매우 중요하고, 외국인은 국가와의 관계에서 그 지위가 국민과는 근본적으로 다른 위치에 있다. 그런데 다른 것은 다르다고 하는 사실의 인식에서 출발해야 한다는 점에서, 국민에게 적용되는 헌법상 인권규정을 외국인에게 ‘적용’하는 것은 구체적인 사안의 해결에 도움이 되지 않는다. 그러므로 외국인의 인권은 헌법 제2장의 ‘적용’이 아니라, ‘준용’에 의하여 보장되어야 한다. 해석기술로서의 ‘준용’은 본질을 달리 하는 甲과 乙에게 공통하는 동일한 가치가 있다고 인정되는 어떤 상황에서 甲에 관한 규정을 乙에게 적용하는 것을 이르는 말이다. 외국인은 주권국가와의 관계에서 국민과 본질적으로 다른 위치에 있으나, 인간으로서 완전하게 동등한 가치를 가지고 있으며, 그 가치의 동등함이 입장의 다름에 비하여 결정적으로 중요하다는 점에 의문은 없다. 따라서 헌법의 인권규정은 외국인에게 ‘적용’이나 ‘유추적용’이 아니라, ‘준용’되어야 하는 것이다.

이러한 준용론에 따르면 - 적용론이 헌법상 인권규정의 일반적 적용을 전제

69) 오동석, "한국에서 외국인 참정권 문제의 헌법적 검토", 공익과 인권 제2권 제1호(2005), 51면.

70) 萩野芳夫, 「基本的人權の研究」, 法律文化社, 1980, 69면~75면.

한 후에 개개 국가행위의 합리성을 검토하는 것과 달리 - 인권규정의 외국인에의 준용을 검토하기 전에 우선 외국인에게 발생하는 법률사실 자체의 검토가 행하여져야 한다. 예컨대, 자국에 체재하는 외국인의 실태에 대한 인식부터 우선 시작되어야 한다. 그래서 여러 가지 입장의 분류작업을 선행한 후에, 적절한 과정을 거쳐 어떠한 인권을 어느 범위에서 인정할 것인가의 판단이 행해진다. 이러한 준용론의 방법을 따르면 지금까지의 통설적 방법론에 의하는 것보다 명확하고 보다 넓은 인권보장을 결과할 수 있다는 것이다.⁷¹⁾

(나) 비판

준용론의 정교한 분석은 분명히 수긍할 바가 있지만, 문제는 그 논리의 출발점에 있다. 즉, 준용론은 국가의 주권을 강조하면서 외국인은 국가와의 관계에서 그 지위가 국민과는 근본적으로 다르다는 점을 논의의 기초로 하고 있다. 그리하여 다른 것은 다르다고 하는 사실의 인식을 강조함으로써 처음부터 외국인의 차별처우를 원칙으로 설정하고 있다. 그러나 국가의 주권을 강조하는 근대적 국가관이 연혁적인 의의를 가질 수는 있겠지만, 오늘날 국제인권법의 보편적인 가치를 고려해 볼 때 이러한 국가관은 문제가 있다. 즉 국제인권규범이 가지는 일반성과 도덕적 정당성은 우리 헌법의 기본권 해석의 원리로 받아 들여야 할 것이다. 그러므로 헌법 조문의 “국민이...”라는 표현에도 불구하고⁷²⁾, 당해 기본권은 원칙적으로 외국인에게도 ‘적용’되는 것으로 설정하여야 할 것이다. 다만, 자국에 체재하는 외국인의 실태에 대한 분류에 따라 어떠한 인권을 어느 범위에서 인정할 것인가의 판단이 필요하다고 한 부분은 경청할 필요가 있다. 외국인의 실태에 대한 합리적 분류는 기본권 주체성의 인정을 전제로 외국인의 기본권의 제한문제에서 일응의 기준을 제공할 수 있으리라 본다. 예컨대 기본권 보호의 가치와 필요성이 보다 절실한 결혼이주민의

71) 萩野芳夫, "外國人の法的地位", 公法研究 第43號(1981), 有斐閣, 33~36 참조.

72) 현행 헌법상 기본권 규정에서 거의 모든 조문이 ‘국민’이라고 표현함에도 불구하고, 인간의 권리에 해당하는 기본권은 국적과 관계없이 인정해야 한다는 것이 헌법학계의 통설이다. (권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2005, 308면.)

경우, 그들에 대한 기본권 제한에 있어서는 보다 엄격한 기준을 적용하여야 할 것이다.

2. 헌법재판소의 태도

외국인의 기본권 주체성과 관련한 헌법재판소의 판례를 시간적인 순서에 따라 살펴 보면서 이를 검토할 필요가 있다.

(1) **국회노동위원회의 헌법소원청구적격을 부인한 사건**⁷³⁾에서, 헌법재판소는 아래와 같이 판시함으로써 외국인의 기본권 주체성을 인정하였던 바, 이러한 입장은 “기본권의 보장에 관한 각 헌법규정의 해석상, 국민(또는 국민과 유사한 지위에 있는 외국인과 사법인)만이 기본권의 주체라 할 것”⁷⁴⁾이라고 한 「지방자치단체의 행정기구와 정원기준등에 관한 규정」 제14조 제1항 등 위헌확인사건에서 다시 한번 확인되고 있다.

“ ... 기본권을 침해받은 자만이 헌법소원을 청구할 수 있다는 것은 곧 기본권의 주체라야만 헌법소원을 청구할 수 있고, 기본권의 주체가 아닌 자는 헌법소원을 청구할 수 없다는 것을 의미하는 것이다. 기본권 보장규정인 헌법 제2장의 제목이 ‘국민의 권리와 의무’이고 그 제10조 내지 제39조에서 ‘모든 국민은 …… 권리를 가진다’고 규정하고 있으므로 국민(또는 국민과 유사한 지위에 있는 외국인과 사법인)만이 기본권의 주체라 할 것이다.”

다만, ‘국민과 유사한 지위에 있는 외국인’이 구체적으로 무슨 의미인지가 문제다. 이는 일응 일정한 요건을 갖춘 정주 외국인이 여기에 해당한다고 볼 수도 있고⁷⁵⁾, 아니면 기본권의 성질⁷⁶⁾에 따라 인정 여하를 달리 하는 해석을 할 수도 있을 것이다.

73) 헌재 1994.12.29, 93헌마120, 판례집 제6권 2집, 477면.

74) 헌재 1998.03.26, 96헌마345, 판례집 제10권 1집, 295면.

75) 최유, 앞의 논문, 125면.

76) 권영성, 앞의 책, 316면.

(2) 「국적법」 제2조 제1항 제1호 위헌제청사건⁷⁷⁾에서 헌법재판소는 국민과 국가와의 관계에서 「국적법」의 의의를 논하고 있다.

“국적은 국가와 그의 구성원 간의 법적유대(法的紐帶)이고 보호와 복종관계를 뜻하므로 이를 분리하여 생각할 수 없다. 즉 국적은 국가의 생성과 더불어 발생하고 국가의 소멸은 바로 국적의 상실 사유인 것이다. 국적은 성문의 법령을 통해서가 아니라 국가의 생성과 더불어 존재하는 것이므로, 헌법의 위임에 따라 「국적법」이 제정되나 그 내용은 국가의 구성요소인 국민의 범위를 구체화, 현실화하는 헌법사항을 규율하고 있는 것이다.”

이처럼 국적을 중요시하면서 그 전제가 되는 주권국가의 의미를 강조하는 태도를 강화하게 되면, 외국인의 기본권 주체성 문제에 있어서는 부정적인 방향으로 작용할 것이다.

(3) 「재외동포의 출입국과 법적지위에 관한 법률」 제2조 제2호 위헌확인사건⁷⁸⁾에서는 「재외동포법」의 적용대상에서 정부수립이전 이주동포, 즉 대부분의 중국동포와 구 소련동포 등을 제외한 것이 평등원칙에 위반되는 것인지 여부가 되었는데, 이 사건의 청구인적격 문제와 관련하여 헌법재판소가 판시한 내용은 아래와 같다.

“청구인들이 침해되었다고 주장하는 인간의 존엄과 가치, 행복추구권은 대체로 ‘인간의 권리’로서 외국인도 주체가 될 수 있다고 보아야 하고, 평등권도 인간의 권리로서 참정권 등에 대한 성질상의 제한 및 상호주의에 따른 제한이 있을 수 있을 뿐이다. 이 사건에서 청구인들이 주장하는 바는 대한민국 국민과의 관계가 아닌, 외국국적의 동포들 사이에 재외동포법의 수혜대상에서 차별하는 것이 평등권 침해라는 것으로서 성질상 위와 같은 제한을 받는 것이 아니고 상호주의가 문제되는 것도 아니므로, 청구인들에게 기본권주체성을 인정함에 아무런 문제가 없다.”

이 판결에서 외국인의 기본권 주체성은 다시 확고하게 인정하고, 인간의 존엄

77) 헌재 2000.08.31, 97헌가12, 판례집 제12권 2집, 167면.

78) 헌재 2001.11.29, 99헌마494, 판례집 제13권 2집, 714면.

과 가치, 행복추구권 그리고 평등권 - 일정한 제한 하에 - 이 외국인의 기본권 주체성이 인정되는 영역임을 밝혔다. 다만, 헌법이 보장하는 기본권 중 구체적으로 어떤 권리가 외국인의 향유대상인지에 대한 명백한 구별기준과 근거는 여전히 제시되지 않고 있다.⁷⁹⁾

(4) 신행정수도의 건설을 위한 특별조치법 위헌확인사건⁸⁰⁾에서 ‘정치적 공동체’의 범주를 넘어서는 국가관을 시사하고 있다.⁸¹⁾

“일반적으로 한 나라의 수도는 국가권력의 핵심적 사항을 수행하는 국가기관들이 집중 소재하여 정치·행정의 중추적 기능을 실현하고 대외적으로 그 국가를 상징하는 곳을 의미한다. ...

다음으로 수도는 국가의 대표기능 내지 통합기능이 수행되는 곳이어야 한다. 우리나라와 같은 대통령제 국가의 헌법에서는 대통령이 국가를 대표하고 국가의 통일성을 유지하도록 하는바 대통령의 이러한 대내외적 활동은 그 활동이 수행되는 장소에 대하여 “수도적인 것”의 한 필수적 요소를 부여하게 된다. 국가원수의 이러한 활동은 국민정서상의 상징가치를 가진 것으로서 심리적으로 국가통합의 계기를 이루는 것이므로 수도성을 판단함에 있어서 본질적인 중요성을 갖는다. ...

헌법기관의 소재지, 특히 국가를 대표하는 대통령과 민주주의적 통치원리에 핵심적 역할을 하는 의회의 소재지를 정하는 문제는 국가의 정체성(正體性)을 표현하는 실질적 헌법사항의 하나이다. 여기서 국가의 정체성이란 국가의 정서적 통일의 원천으로서 그 국민의 역사와 경험, 문화와 정치 및 경제, 그 권력구조나 정신적 상징 등이 종합적으로 표출됨으로써 형성되는 국가적 특성이라 할 수 있다. 수도를 설정하는 것 이외에도 국명(國名)을 정하는 것, 우리말을 국어(國語)로 하고 우리글을 한글로 하는 것, 영토를 확정하고 국가주권의 소재를 밝히는 것 등이 국가의 정체성에 관한 기본적 헌법사항이 된다고 할 것이다. 수도를 설정하거나 이전하는 것은 국회와 대통령 등 최고 헌법기관들의 위치를 설정하여

79) 최유, 앞의 논문, 126면.

80) 헌재 2004.10.21, 2004헌마554, 판례집 제16권 2집 하, 1면.

81) 오동석, 앞의 논문, 50면.

국가조직의 근간을 장소적으로 배치하는 것으로서, 국가생활에 관한 국민의 근본적 결단임과 동시에 국가를 구성하는 기반이 되는 핵심적 헌법사항에 속하는 것이다.

이와 같이 수도의 문제는 내용적으로 헌법사항에 속하는 것이며 그것도 국가의 정체성과 기본적 조직 구성에 관한 중요하고 기본적인 헌법사항으로서 국민이 스스로 결단하여야 할 사항이므로 대통령이나 정부 혹은 그 하위기관의 결정에 맡길 수 있는 사항이 아니다.”

이 판례에서 헌법재판소가 국가의 정체성을 ‘국가의 정서적 통일의 원천’으로 보는 것은 R. Smend와 동화적 통합이론의 태도와 유사하다.⁸²⁾ 전술하였듯이 이러한 비합리주의적 태도는 외국인의 기본권 주체성을 부정하는 방향으로 갈 위험성을 내포하고 있다.

(5) 산업기술연수생 도입기준 완화결정 등 위헌확인사건⁸³⁾

노동부 예규인 「외국인산업연수생의 보호 및 관리에 관한 지침」이 외국인 산업연수생에 대하여 근로기준법의 일부 사항을 보호대상에서 배제한 바, 실질적 근로자인 산업연수생을 다른 근로자와 차별함으로써 평등원칙의 위반 여부가 쟁점이 된 사건이다. 이 문제에 대하여 헌법재판소는 다음과 같이 판시하였다.

“청구인은 이 사건에서 근로자로서의 평등권과 직장선택자유 등을 침해받았다고 주장하므로, 우선 청구인과 같은 외국인 근로자가 위와 같은 ‘근로의 권리’의 주체가 될 수 있는지를 살핀다.

근로의 권리란 인간이 자신의 의사와 능력에 따라 근로관계를 형성하고, 타인의 방해를 받음이 없이 근로관계를 계속 유지하며, 근로의 기회를 얻지 못한 경우에는 국가에 대하여 근로의 기회를 제공하여 줄 것을 요구할 수 있는 권리를 말하며, 이러한 근로의 권리는 생활의 기본적인 수요를 충족시킬 수 있는 생활수단을 확보해 주고 나아가 인격의 자유로운 발현과 인간의 존엄성을 보장해 주는 것으로

82) 오동석, 앞의 논문, 51면.

83) 헌재 2007.08.30, 2004헌마670, 판례집 제19권 2집, 297면.

서 사회권적 기본권의 성격이 강하므로 이에 대한 외국인의 기본권주체성을 전면적으로 인정하기는 어렵다.

그러나 근로의 권리가 ‘일할 자리에 관한 권리’만이 아니라 ‘일할 환경에 관한 권리’도 함께 내포하고 있는 바, 후자는 인간의 존엄성에 대한 침해를 방어하기 위한 자유권적 기본권의 성격도 갖고 있어 건강한 작업환경, 일에 대한 정당한 보수, 합리적인 근로조건의 보장 등을 요구할 수 있는 권리 등을 포함한다고 할 것이므로 외국인 근로자라고 하여 이 부분에까지 기본권 주체성을 부인할 수는 없다. 즉 근로의 권리의 구체적인 내용에 따라, 국가에 대하여 고용증진을 위한 사회적·경제적 정책을 요구할 수 있는 권리는 사회권적 기본권으로서 국민에 대하여만 인정해야 하지만, 자본주의 경제질서 하에서 근로자가 기본적 생활수단을 확보하고 인간의 존엄성을 보장받기 위하여 최소한의 근로조건을 요구할 수 있는 권리는 자유권적 기본권의 성격도 아울러 가지므로 이러한 경우 외국인 근로자에게도 그 기본권 주체성을 인정함이 타당하다.”

헌법재판소는 이 결정에서 외국인이 평등권의 주체로서 근로조건에 있어 내국인 근로자와 차별처우를 받은 것이 위헌임을 확인하고 있다. 다만, 유의할 점은 근로의 권리가 자유권적 기본권의 성격을 가진다는 점을 지적한 것이다. 다시 말하자면, 헌법재판소는 사회권적 기본권의 경우에는 외국인의 기본권 주체성의 인정이 곤란하다는 입장에서, 원래는 사회권적 기본권인 근로의 권리가 자유권적 성격도 아울러 가진다고 전제한 다음에 외국인의 기본권주체성을 긍정하고 있는 것이다. 이 점은 다음 항에서 더 논할 필요가 있다.

3. 검토

(1) 외국인의 사회권적 기본권 주체성의 긍정

유사 이래 교통과 통신의 발달은 세계를 말 그대로 지구촌으로 만들어 가고 있다. 그 어느 때보다 자유로운 이동과 통신이 가능해진 오늘날, 세계는 자본주의체제하에서 하나의 시장으로 통합되었다. 교통 및 운송수단과 통신기술의 발전은 자본과 아울러 사람이 자유로이 국경을 넘나들 수 있는 물적인 여건을

조성하고 있으며, 법과 제도의 세계화는 이러한 자유로운 이동을 더욱 부채질하고 있다. 그리하여 각국의 경제발전단계와 사회경제적 필요성에 따라 국가간의 노동력 이전이 상호연쇄적 현상으로 일어나고 있어, 이른바 ‘이주민의 시대’가 도래하고 있다.⁸⁴⁾

이러한 세계화시대의 이주민 현상은 우리로 하여금, 종래 국민만을 국가구성원으로 상정하여 전개된 국민주권이론을 극복하고, 이제는 국민과 더불어 생활공동체의 일원이 된 이주민을 정치공동체의 구성원으로서 받아들여야 하지 않을까 하는 생각을 하게 만든다. 다시 말하자면 이주민 현상은 종래의 국민개념을 변용시키는 계기를 제공하는 것이다. 그리하여 이주민과 외국인의 지위문제는 헌법적 성격을 띠게 되며, 결국 외국인에 대하여 시민으로서의 권리를 부여할 것인가, 즉 외국인의 기본권 주체성을 인정할 것인지 여부가 궁극적인 문제로 되는 것이다.⁸⁵⁾

근대시민혁명을 거치면서 형성된 19세기적인 국민국가의 관점에 설 때에는 국민과 구별되는 외국인에 대한 분리 및 차별의 적용은 당연한 원칙이었다. 그러나 인권규범이 국제화와 더불어 경제사회적인 세계화가 급속하게 진행되면서 이주민의 시대로 불리우는 오늘날에는 혈통 내지 출생이라는 우연적 요소가 아니라 생활의 공유성이 국민자격의 부여요건이 되어야 하므로 한국사회의 생활공동체의 일원으로 있는 한 외국인에게도 시민권의 주체성을 인정하여야 함은 앞서 본 바이다. 그렇다면 자유권적 기본권만이 아니라 사회권적 기본권의 경우에도 외국인의 기본권 주체성을 인정함은 그 논리적 귀결이다.

물론 모든 외국인에 대하여 전면적으로 내국인과 동등한 대우를 행한다는 것은 현실적으로 기대하기 어렵다. 전국가적 천부인권인 자유권에 관하여는 외국인에게 기본권 주체성을 부여해야 한다는 것이 일반적인 태도이지만, 특히 사회권적 기본권과 관련하여서는 어느 국가도 자국민의 경제적 후생과 복지를

84) 최유, 앞의 논문, 116면.

85) 한편 국내적으로 외국인 정책은 사회적 합의를 요하는 문제이며 이는 결국 한국사회의 정체성의 문제로 연결된다.

희생해 가면서 외국인의 복지를 위한 자원 분배를 행하기는 쉽지 않을 것이기 때문이다. 그러므로 외국인의 사회권적 기본권을 인정하더라도, 구체적 논의에 있어서는 기본권의 종류별로 그리고 외국인 보호의 필요성 내지 단계적 계량화에 따르는⁸⁶⁾ 기본권의 제한 문제로서 개별적 해석을 통하여 구체적으로 타당한 결과를 이끌어 내어야 할 것이다.

(2) 자유권과 사회권의 구별의 상대화

제2차 세계대전 이래 발전해 온 국제인권규범은 인권장전을 법적 권리의 형식으로 규정하여 구체화해 왔다. 예컨대 경제적·사회적·문화적 권리에 관한 국제규약(A)을 비롯하여 대표적인 국제인권법들은 자유권만이 아니라 정치적 권리와 사회적 권리도 인권규범에 포함함으로써, 자유권에 기초한 전통적인 인권개념을 넘어서 사회권적인 차원까지 인권개념을 확장시키고 있다. 이렇게 확장된 인권개념이 바로 국내적 효력을 가지는 것은 아니지만,⁸⁷⁾ 국제인권법의 보편성에 비추어 볼 때 국제인권개념의 보편적 가치는 헌법의 해석에 있어서 지침으로 기능하도록 해야 한다.

한편 사회권을 기본적 필요를 충족하는 권리라는 관점에서 이해하면,⁸⁸⁾ 사회권 역시 자유권과 같은 보편적인 가치를 갖게 된다. 사회권을 인간의 존엄성 유지에 적절한 생활수준을 유지할 권리로 이해하는 관점에서, 인권을 윤리철학적으로 인간의 자유와 행복을 위한 기본적 필요 또는 후생경제학적 관점에서 인간발전을 위한 기본능력을 보장하기 위한 권리로 이해한다면,⁸⁹⁾ 자유권과 마찬가지로 보편성 내지 일반성을 획득하게 된다. 이렇게 보면 자유권과 사회권의 구별은 상대적인 것에 불과하다고 볼 수 있으므로 사회권의 인권적

86) 예컨대, 국민에 준하는 자, 귀화의 요건을 충족한 자, 장기체류자, 단기체류자 등으로 세밀하게 분류하여 그 지위에 맞는 적절한 권리보장을 할 필요가 있다.(송정환, "외국인의 기본권에 관한 고찰", 단국대학교 석사학위논문, 2002.)

87) 정인섭, "헌법재판소 판례의 국제법적 분석", 헌법실무연구 제5권(2004.), 571면.

88) 조효제, 「인권의 문법」, 후마니타스, 2007, 107~110면.

89) 김도균, 「권리의 문법 : 도덕적 권리·인권·법적 권리」, 박영사, 2008, 169~189면.

가치와 역할을 인정하고 사회권에 대한 외국인의 기본권주체성을 인정해야 한다는 주장이 설득력을 얻는다.

일반적으로 헌법의 인권목록에서 사회권으로 분류되는 기본권에는 근로의 권리, 근로3권, 사회보장수급권, 환경권, 보건권 등이 있다. 이러한 기본권들은 인간의 삶을 위한 기초가 되며, 사회적 약자에게는 절실하게 필요한 기본권이다. 특히, 우리 사회에서 가장 약자라 할 수 있는 외국인 단순노동자와 결혼이주민에게 이러한 사회권적 기본권은 내국인과 차별없이 인정되어야 한다.⁹⁰⁾ 물론 다양한 형태로 유입되는 외국인들에게 보장되는 사회권적 기본권의 모습이 모두 동일할 수는 없으므로, 사회권적 기본권의 보호필요성에 따라 구체적으로 분류하는 작업이 선행되어야 할 것이다. 예컨대 외국인 근로자에게 입국의 자유 및 취업할 권리까지 부여할 수는 없지만, 취업 후의 근로조건 등에 있어서 차별이 있어서는 안된다.⁹¹⁾ 그리고 유아와 산모의 보건권과 같은 사회권적 기본권은 그 보편성을 고려한다면⁹²⁾ 외국인이라 하여 차별할 이유가 없다. 한편 기초교육을 받을 권리는 인간다운 삶의 바탕이 된다는 중요성에 비추어 우선적인 보호대상이 되어야 할 것인 바, 이는 미국 연방대법원의 판결⁹³⁾을 통하여 확인된 바 있다. 이와 같이 사회권적 기본권은 그 특성상 입법과 헌법재판을 통하여 구체화되어야 하므로, 이처럼 사회권적 기본권을 그 보호필요성에 따라 분류하고 구체화하는 작업은 앞으로 계속되어야 할 과제이다.

(3) 소결

종래의 국민주권개념을 바탕으로 해서 선국가적(先國家的) 권리와 국가내적(國家內的) 권리를 구별하는 통설의 입장에서 외국인의 기본권 주체성 문제를

90) 최유, 앞의 논문, 134면.

91) 임종률, 「노동법」, 박영사, 2010, 361면

92) 최유, 앞의 논문, 134면.

93) Plyer v. Doe, 457 U.S. 202(1982) 이 판결에 관하여는 뒤에 제3장 제4절 2.의 ‘외국인 차별과 관련한 미국 연방대법원의 평등 심사기준’에서 다시 언급한다.

바라보면 다음과 같이 정리할 수 있다. 즉 내국인은 국가구성원으로서 선국가적인 권리인 자유권적 기본권을 ‘인간의 권리’로서 향유할 뿐 아니라, 국가내적 권리인 사회권적 기본권을 ‘국민의 권리’로서 또한 향유할 수 있음에 비하여, 외국인도 선국가적 권리인 자유권적 기본권을 ‘인간의 권리’로서 향유하지만, 국가내적 권리인 사회권적 기본권에 있어서는 그 주체성이 부인된다.

이에 대하여 외국인에게 사회권적 기본권의 주체성을 인정하는 입장에서는 이 문제를 두가지 측면에서 파악할 수 있다. 먼저 국제인권규범의 보편성 및 세계화와 이주민현상에 근거해서, ‘국가구성원 = 국민’이라는 19세기적 국민주권개념에 변용⁹⁴⁾을 가하여 ‘국가구성원 = 내국인 + 생활공유성을 가지는 외국인’이라는 시각에서 이 문제에 접근할 수 있다. 즉 물리적·심리적으로 내국인과 고도의 생활공유성을 가지는 외국인에 대하여는 시민으로서의 권리의 내포인 사회권적 기본권의 주체성을 인정하자는 것이다. 국민주권원리의 규범적 보호영역의 구체적 내용에 있어서는 외국인의 실태를 고려한 계량화작업이 선행됨을 전제로 기본권 제한의 문제로 해결해야 함은 앞서 논한 바와 같다.

한편 ‘인간의 권리’와 ‘국민의 권리’라는 전통적인 구분법은, 양자를 뚜렷이 구별하는 표지가 없을 뿐만 아니라 과거에 국민의 권리라고 보아 왔던 권리가 이제는 인간의 권리로 인정되는 등 시대의 변화와 발전에 따라 양자의 경계선이 불분명해지고 있다는 점에서 많은 학자들의 비판을 받고 있다.⁹⁵⁾ 그러므로 명확한 기준이나 표지도 없이 그저 전통적인 구분법에 의존함은 무의미한 것이며, 전술한 바와 같이 자유권과 사회권의 상대화논리에 의거한 헌법적 가치 판단에 따라 인간의 삶에 필수불가결한 권리라면 내국인과 더불어 외국인에게도 그 기본권주체성을 인정하여야 할 것이다. 구체적 권리보호의 내용에 관하여는 생활운명공동체로서 사회에의 실질적 편입성에 기초하여 기본권 제한의

94) 이주민화현상은 근대국가의 개념을 해체시킬 정도는 아니라 하더라도, 적어도 국민개념을 기초로 전개된 기본권관을 재검토할 만큼의 국민개념의 변용을 요구하고 있다고 본다.(최유, 앞의 논문, 117면.)

95) 김수연, 앞의 논문, 306면

관점에서 해결해야 할 것이다.

요컨대 사회권적 기본권을 국가내적 권리로 보아 외국인의 기본권 주체성을 부인하는 통설을 극복하고 외국인의 사회권적 기본권 주체성을 인정하기 위한 방법으로는 국민개념에 변용을 가함으로써 국민개념을 확대하거나 또는 자유권과 사회권의 상대화논리에 의하여 인권의 개념을 확장하는 두가지 접근방법이 가능하다.

제4절 외국인과 평등권

1. 서언

외국인(특히, 외국인 근로자)에게 있어서 평등대우의 원칙은 국적에 의한 차별의 문제로서 일반적으로 문제되는 성(性)이나 인종차별 문제와는 다른 측면이 있다. 국민국가를 계승하고 있는 오늘날 국가의 조직은 국적을 공유한 사람들의 집합체이며, 그러한 각각의 독립한 국가 사이에 국제관계가 성립한다. 따라서 자국의 국익추구 활동과 자국민을 우선하는 전통적 관념은 필연적으로 국적에 의한 차별의 측면을 가질 수 밖에 없고, 이 점은 평등대우의 원칙과 충돌할 개연성이 있다.

헌법 제11조는 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다”고 규정한다. 여기서 ‘누구든지’에는 당연히 외국인이 포함되며, ‘모든 국민’에도 대한민국 국적을 가진 자만이 아니라, 외국인도 포함되는 것으로 보아야 하며 따라서 외국인은 평등권의 주체가 된다.⁹⁶⁾ 외국인에게는 헌법상의 기본권이 보장되지만, 헌법상 개별유보에 의한 제한 도는 헌

96) 노재철, "외국 인근로자의 기본권 보호에 관한 연구", 동아대학교 박사학위논문, 2010, 6면.

법 제37조 제2항의 일반유보조항에 의하여 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위한 제한이 가해질 수 있음은 당연하다. 나아가 외국인의 경우 내국인에 비하여 제한의 정도에 있어 차이가 설정될 수는 있겠지만 그것은 인간으로서의 기본권을 보장하는 헌법의 기본정신에 위배되는 것이어서는 안된다.⁹⁷⁾

「근로기준법」 제6조는 “사용자는 근로자에 대하여 남녀의 성을 이유로 차별적 대우를 하지 못하고, 국적·신앙 또는 사회적 신분을 이유로 근로조건에 대한 차별적 처우를 하지 못한다”고 규정한다. 여기서 ‘국적’은 인종과는 달리 국적법상의 지위를 말하는 것인데, 사용자가 합리적인 이유없이 임금 등의 근로조건에서 외국인을 내국인보다 불리하게 대우하는 것은 국적에 의한 차별에 해당한다. 「외국인근로자의 고용 등에 관한 법률」 제22조에서 외국인근로자라는 이유로 부당한 차별적 처우를 해서는 안된다고 규정한 것은 이 점을 확인한 것에 불과하다.⁹⁸⁾ 근로기준법 제6조의 규정은 헌법상 평등원칙의 적용범위를 국가와 지방자치단체로부터 근로계약상의 사용자에게까지 확대하는 의의가 있다. 만약, 사용자가 차별적 처우 금지조항을 위반하면, 근로기준법 제114조 제1항의 벌칙조항에 의하여 처벌(500만원 이하의 벌금)된다.

요컨대, 외국인 근로자에 대한 균등처우의 원칙이 지니는 의의를 정리하면 이러하다. 첫째 동등한 인간으로서 외국인 근로자의 권리를 보장하는 것이다. 이로써 외국인의 인권을 보장하는 바탕이 된다. 둘째 내국인 근로자의 근로조건을 보호하기 위해서도 같은 처지에 있는 외국인 근로자의 보호가 필요하다. 셋째 우리 사회의 오랜 폐단인 성별·출신지역·출신학교·학벌 등에 의한 차별적 대우에 더하여 외국인에 대한 차별대우가 이러한 불합리한 관행을 강화시킬 위험이 있는 바, 이러한 경향에 제동을 거는 의의가 있다.

2. 외국인 차별과 관련한 미국 연방대법원의 평등 심사기준

97) 설동훈, "외국인 관련 인권정책기본수립을 위한 연구", 전북대학교, 2004, 13면.

98) 임종률, 「노동법」, 박영사, 2010. 361면.

차별의 위헌성에 관한 미국 연방대법원의 3단계 심사기준인 엄격성 기준(strict scrutiny), 엄격한 합리성 기준(strict rationality), 합리성 기준(mere rationality)은 시간적 간격을 두고 발전한 평등 심사의 대기준이다.

Warren대법원장 시기(1954~1969)의 연방대법원은 평등심사와 관련해 2단계 기준을 발전시키면서, 사회·경제적 차별입법의 심사에 있어 전통적인 합리성 심사기준을 적용함으로써 주의회의 입법재량권을 존중하는 태도를 보였다.⁹⁹⁾ 즉 법적 차별이 갖추어야 할 최소한의 합리적 이유만 있으면 그 법은 합헌이었다. 그러나 법이 의도적으로 '위헌의 의심이 가는 구별에 기한 차별'을 하거나, 시민의 '본질적 권리에 실질적 부담'을 지우는 경우에는 그 법의 합헌성 판단에 엄격성 기준이 적용되어서 차별대우가 정부의 절실한 목적의 달성에 필요불가결한 경우(necessary to a compelling state interest)에만 합헌이었다. 그 후, Burger 대법원장 시기(1969~1986)에 세 번째 평등심사 단계로서 합리성심사와 엄격심사의 중간단계의 수준에 해당하는 심사(intermediate standard of review)¹⁰⁰⁾인 엄격한 합리성 기준(strict rationality)이 제시되어, 성별과 적·서자 관계에 기한 차별심사에 사용되었고 '그 차별이 중요한 정부이익에 실질적으로 관련될 경우'에만 합헌이라고 판시하게 되었다¹⁰¹⁾.

엄격성 기준은 원래 '성', '민족적 기원(national origin)' 때에 따라서는 '외국인 지위(alienage)'와 같은 집단을 차별대상으로 하거나 차별사유로 하여 이루어지는 차별에 이용되었는데, 그러한 차별을 '위헌의 의심이 가는 차별

99) 합리성 기준을 적용하게 된 역사적 배경은 이러하다. 즉, 연방대법원은 19세기 후반 이후 정부의 규제에 의한 침해로부터 기업의 이익을 보호하기 위하여 엄격한 심사기준(strict scrutiny test)을 적용해 왔었다. 그런데 이러한 엄격한 심사기준을 적용한 결과 연방대법원은 1930년대 초기의 New Deal 정책과 관련한 많은 입법을 위헌선언함으로써 헌법위기가 고조되었다. 이에 당시 Roosevelt 대통령이 보수적인 대법원의 구성을 바꾸기 위한 정치적인 시도를 하였다가 좌절되는 등 우여곡절을 겪은 끝에, 결국에는 연방대법원이 경제문제에 관한 의회의 개입을 존중하는 방향으로 선회하게 된다. 이러한 변화의 과정에서 탄생한 것이 합리적 심사기준(rationality test)이다.

100) '중간심사기준'이란 '합리성 기준'과 '엄격한 심사기준'의 폐단을 보완하기 위하여 고안된 중간적인 제3의 기준이다. 이에 의하면 평등권을 침해하였다고 의심되는 법률이 '중요한 국가목적'(important governmental objective)을 달성하기 위한 것이라는 것과 그 수단으로서의 '상당한 관계'(substantial relationship)가 인정되는 경우에 한하여 합헌이라고 인정한다.

101) 김철수, 앞의 책, 474-475면.

(suspect classification)’이라고 불렀던 것이다. 후에 여기에 ‘본질적 권리에 실질적 부담을 지우는 차별’¹⁰²⁾까지 추가되어 같이 평등심사기준으로서의 ‘엄격성 기준’이 확고한 틀을 잡게 된다.

미국 수정헌법 제14조 평등조항의 첫째 목표는 소수인종, 그 중에서도 특히 흑인에 대한 법적 차별을 막는 것이었다. ‘인종’은 역사적으로 매우 오욕적이고 가시적인 차별사유였으며, 그것은 후천적 노력으로 변화시킬 수 있는 사유가 아니기 때문이다. 또한 흑인과 같은 소수인종은 대대로 일반적인 정치적 과정을 통해서도 자신들의 이익을 대변하고 보호할 수 있는 길이 없었다. 그러므로 인종은 ‘위헌의 의심이 가는 차별’이며, 고의적인 인종차별은 그러한 입법목적과 수단에 대하여 정부측이 무거운 입증책임을 진다. 실질적으로 흑인에 대한 차별적 처우가 정당화되는 경우는 거의 없다.

‘민족적 기원’은 중국계, 일본계와 같이 어느 민족 출신인가를 말하는데, ‘인종’과 거의 구별되지 않고 같이 사용되어, 외국인에 대한 차별 역시 엄격성 기준에 의한 심사대상이 되기도 한다. 현재는 미국국적을 가지고 있으나 자신 또는 선대 조상이 외국인이었다는 이유로 연방의회의 법률이 다른 미국인과 차별하는 경우, 법원의 엄격성 기준을 충족하지 못하는 때에는 위헌법률이 된다.¹⁰³⁾ 예컨대 조상이 중국인인 자에게는 세탁소 영업을 허가하지 아니하는 법률이나,¹⁰⁴⁾ 조상이 멕시코인인 자에게는 배심원 자격을 부여하지 아니하는

102) 정부의 법률 또는 정책이 개인의 기본권 중 본질적 권리(fundamental right)의 행사에 대하여 차별대우를 하는 경우에는 엄격성기준이 적용되나, 비본질적 권리(non-fundamental right)에 대하여는 합리성 기준이 적용된다. 미국헌법에 의하여 보장되는 본질적 권리의 행사에 대하여 정부의 법률 또는 정책이 차별대우를 하는 때에는 이러한 차별대우가 정부의 절실한 목적의 달성에 필요불가결한 경우(necessary to a compelling state interest) 즉, 엄격성기준을 충족하는 경우에 한하여 합헌이 된다.[San Antonio Independent School District v. Rodriguez, 411 U.S.1(1973)] 헌법상 본질적 권리에 해당하지 아니하는 권리의 행사에 대하여 주정부가 법률 또는 정책에 의하여 차별대우하는 경우에는 이러한 차별대우가 정부의 목적과 합리적 연관성(rational relation)을 가지는 경우, 즉 합리성 기준을 충족하는 경우에 한하여 합헌이 된다. (이상윤, 「영미법」, 박영사, 2000, 74면.)

103) 이상윤, 앞의 책, 72면.

104) Yick Wo v. Hopkins, 118 U.S. 356 (1886) 이 판결은 ‘법의 내용’ 자체가 아니라 행정부나 지방자치단체에 의한 그 ‘법의 적용’이 부당하게 차별적이라도 그 법이 위헌일 수 있다고 선언한 점에서 주목을 끈다. 이 판결에 대하여 민족적 기원 또는 외국인 여부에 근거한 차별을 대표적인

법률은¹⁰⁵⁾ 엄격성 기준을 충족하지 못하여 위헌이 된다. 그러나 선대조상이 외국인이었다는 것을 이유로 다른 미국인과 차별하는 경우에도 엄격성 기준을 충족하는 경우에는 합헌이 된다.¹⁰⁶⁾

외국인과 관련하여서 예컨대, 외국인에게 변호사자격, 기술자자격, 또는 공증인자격을 부여하지 아니하는 것은 위헌이며, 외국인이 미국인이 될 수 있는 자격을 갖추고 있지 못한 경우에도 상업적인 어업허가권을 주지 아니하는 것은 위헌이다. 그러나 외국인에 대한 주정부의 차별금지 원칙에는 몇가지 중요한 예외가 있는 바, 대표적인 경우가 외국인의 공직 취임과 불법입국 외국인에 대한 차별이다.¹⁰⁷⁾

첫째, 외국인이 입법부, 사법부 및 행정부의 공직에 취임하는 것을 주정부가 법률 또는 정책에 의하여 제한하고자 하는 경우, 주정부는 전통적으로 당해 주의 민주적·정치적 기구에 외국인이 참여하는 것을 배제하는 권한을 보유하고 있으므로 동법률 또는 정책의 합헌성 여부판단에는 합리성 기준이 적용된다. 따라서 경찰관, 보호관찰관, 초중고교 교사¹⁰⁸⁾ 등의 공직에 외국인이 취임하는 것을 제한하는 내용의 법률은 합리성기준을 충족하는 한 합헌이다.

둘째, 주정부가 불법입국자인 외국인을 차별대우하는 내용의 법률 또는 정책의 합헌성 여부판단에는 엄격한 합리성 기준이 적용된다. 즉, 불법입국자인 부모의 자식에게 무상공교육을 거부하는 것은 불법입국을 방지하려는 주정부의 목적과 불법입국자의 자식에게 무상의무교육을 거부하는 수단 간에 상당 연관성이 없으므로 위헌이다.¹⁰⁹⁾

평등권 침해사례로 바라 본 점에서, 미국 연방대법원의 이방인 보호정신이 돋보이는 판결이라는 평가가 있다. (임지봉, 미국판례열람, 법률신문, 2007. 4. 30.)

105) *Hernandez v. Texas*, 347 U.S. 475 (1954).

106) 제2차세계대전 중 태평양연안에 거주하고 있는 일본계 미국인에게 다른 지역의 수용소로 강제 이주하도록 하는 연방정부의 명령은 국가안전 유지에 절실하게 필요한(compelling need) 조치로서 엄격성 기준을 충족하므로 합헌이다. *Korematsu v. U.S.* 214 (1944)

107) 이상윤, 앞의 책, 74면.

108) *Ambach v. Norwick*, 441 U.S. 68 (1979) 초중고교 교사에 외국인을 제한하는 것은 초중고교 교사가 공직이라는 성질보다는 이들이 정부 및 국가에 대한 학생들의 태도, 건전한 시민으로서 학생들의 자세를 형성하는 데 영향을 미칠 수 있다는 점에 기인한다.

109) *Plyer v. Doe*, 457 U.S. 202(1982) 불법입국아동에 대하여 무상의 공교육을 금지시킨 텍사스

3. 헌법재판소의 평등위반 여부 판단기준

“모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.”(헌법 제11조 제1항) 여기서 ‘법 앞에 평등’에서 ‘법’은 초실정법 원리로서 자연법을 포함하므로, 법률이나 명령, 규칙이 자연법의 원리인 평등원칙에 위반하면 그 효력을 상실하게 된다. 헌법재판소도 “우리 헌법이 선언하고 있는 … ‘법 앞에 평등’은 행정부나 사법부에 의한 법적용상의 평등만을 의미하는 것이 아니고, 입법권자에게 정의와 형평의 원칙에 합당하게 합헌적으로 법률을 제정하도록 하는 것을 명하는 법내용상의 평등을 의미하고 있기 때문에 그 입법내용이 정의와 형평에 반하거나 자의적으로 이루어진 경우에는 평등권 등의 기본권을 본질적으로 침해한 입법권의 행사로서 위헌성을 면하기 어렵다”¹¹⁰⁾고 하여, 평등권의 입법권 구속을 명백히 하고 있다.

헌법재판소는 평등위반 여부를 심사하는 기준을 입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도에 따라, 엄격한 심사척도와 완화된 심사척도로 나누고 있다. 그리하여 헌법이 스스로 차별의 근거로 삼아서는 아니되는 기준을 제시하거나, 차별을 특히 금지하고 있는 영역을 제시하고 있는 경우 또는 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하는 경우에는 입법형성권은 축소되어 보다 엄격한 심사척도가 적용된다고 한다. “엄격한 심사를 한다는 것은 자의금지원칙에 따른 심사, 즉 합리적 이유의 유무를 심사하는 것에 그치지 아니하고 비례성원칙에 따른 심사, 즉 차별취급의 목적과 수단 간에 엄격한 비례관계가 성립하는지를 기준으로 한 심사를 행함을 의미한다”¹¹¹⁾고 한다.

이에 대하여 완화된 심사를 의미하는 자의금지원칙에 관한 심사요건은 “(가)

주법은 미국연방헌법 수정 제14조 평등보호조항에 위배된다고 하였다.

110) 헌재 1992.04.28, 90헌바24, 판례집 제4권, 225면.

111) 헌재 1999.12.23, 98헌마363, 판례집 제11권 2집, 770면.

본질적으로 동일한 것을 다르게 취급하고 있는지에 관련된 차별취급의 존재 여부와, (나) 이러한 차별취급이 존재한다면 이를 자의적인 것으로 볼 수 있는지 여부”¹¹²⁾라고 한다.

자의심사의 경우에는 차별을 정당화하는 합리적인 이유가 있는지만을 심사하기 때문에 그에 해당하는 비교대상간의 사실상의 차이나 입법목적(차별목적)의 발견·확인 그치는 반면에, 비례심사의 경우에는 단순히 합리적인 이유의 존부문제가 아니라 차별을 정당화하는 이유와 차별간의 상관관계에 대한 심사, 즉 비교대상간의 사실상의 차이의 성질과 비중 또는 입법목적(차별목적)의 비중과 차별의 정도에 적절한 균형관계가 이루어져 있는가를 심사한다.¹¹³⁾

외국인의 기본권 침해에 대한 사건에서는 헌법상 평등의 원칙 위반의 문제가 반드시 제기되는데, 관련된 헌법재판소 판례를 살펴보면 다음과 같다.

(1) **한·중국제결혼절차 위헌확인**¹¹⁴⁾에서 피청구인의 이 사건 결혼경위 등 기재요구가 평등원칙에 위배되는 것인지가 문제되었는데, “이와 같은 차별은 중국인들이 국내 불법체류자의 절대다수를 차지하는 상황에서 다른 외국인에 비하여 입국허가요건을 강화할 필요가 있다는 출입국관리정책에 기초한 차별로서 ... 중국인에 대한 입국심사 강화의 필요성이 다른 외국인에 비하여 더욱 절실히 요청된다는 출입국관리 당국의 판단이 자의적이라고 볼 근거가 없다. ... 피청구인이 다른 나라의 경우와는 달리 중국인 배우자에 의한 위 사증신청 시 이 사건 결혼경위 등의 기재를 요구하는 행위는 그 차별에 합리성을 인정할 수 있다고 할 것”이라고 하면서, “헌법 제11조 제1항의 평등의 원칙은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 입법과 법의 적용에 있어서 합리적 근거 없는 차별을 하여서는 아니 된다는 상대적 평등을 뜻하고 따라서 합리적 근거 있는 차별 내지 불평등은 평등의 원칙에 반

112) 헌재 2002.11.28, 2002헌바45, 판례집 제14권 2집, 704면.

113) 헌재 2001.02.22, 2000헌마25, 판례집 제13권 1집, 386면.

114) 헌재 2005.03.31. 2003헌마87, 판례집 제17권 1집, 437면 ~ 454면.

하는 것이 아니다. 그리고 합리적 근거 있는 차별인가의 여부는 그 차별이 인간의 존엄성 존중이라는 헌법원리에 반하지 아니하면서 정당한 입법목적 달성을 위하여 필요하고도 적절한 것인가를 기준으로 판단되어야 한다”고 밝히고 있다.

(2) 「재외동포의출입국과법적지위에관한법률」 제2조 제2호 위헌확인¹¹⁵⁾에서는 「재외동포법」의 적용대상에서 정부수립이전이주동포, 즉 대부분의 중국동포와 구 소련동포 등을 제외한 것이 평등원칙에 위반되는 것인지 여부가 문제되었는데, 헌법재판소는 “정부수립이전 이주동포를 재외동포법의 적용대상에서 제외하는 차별취급은 그 차별의 기준이 목적의 실현을 위하여 실질적인 관계가 있다고 할 수 없고, 차별의 정도 또한 적절한 것이라고는 도저히 볼 수 없으므로, 이 사건 심판대상규정은 합리적 이유없이 정부수립이전 이주동포를 차별하는 자의적인 입법이어서 헌법 제11조의 평등원칙에 위배되고, 이로 인하여 청구인들의 평등권을 침해하는 것”이라고 판시하였다. 한편 이 사건의 별개의견에서는 “... 비록 헌법 제11조 제1항 후문에 열거된 것은 아니지만 당연히 그에 못지 않게, 엄격심사를 통하여 제거되어야 할 불평등에 해당하는 것으로는 사람의 출생지 내지 생활근거지와 같은 지역적 요소에 의한 차별과 인종적 요소에 의한 차별을 들 수 있다”고 하면서, “심판대상규정은 ... 재외공관이 설치된 외국을 생활근거지로 하는 재외동포와 그렇지 아니한 재외동포를 차별적으로 대우하는 것이고 그 기준은 결국 재외공관이 설치된 지역인가 아닌가 하는 지역적 요소를 기준으로 하는 것이어서 이는 마땅히 엄격한 평등권심사를 받아야 하는 것이다”라고 하여 특히 인종적 요소를 엄격한 심사의 대상으로 할 것임을 밝힌 점이 눈길을 끄는데, 이는 미국 연방대법원의 ‘위헌의 의심이 가는 차별’에 대한 엄격한 심사척도론을 받아 들인 태도라고 여겨진다.

115) 헌재 2001.11.29. 99헌마494, 판례집 제13권 2집, 714면 ~ 738면.

(3) **산업기술연수생 도입기준 완화결정 등 위헌확인**¹¹⁶⁾에서, 이 사건노동부 예규가 헌법상 평등원칙을 위반하였는지가 문제되었는데, 헌법재판소는 “산업연수생이 연수라는 명목 하에 사업주의 지시·감독을 받으면서 사실상 노무를 제공하고 수당 명목의 금품을 수령하는 등 실질적인 근로관계에 있는 경우에도, 근로기준법이 보장한 근로기준 중 주요사항을 외국인 산업연수생에 대하여만 적용되지 않도록 하는 것은 합리적인 근거를 찾기 어렵다. ... 실질적 근로자인 산업연수생에 대하여 일반 근로자와 달리 근로기준법의 일부 조항의 적용을 배제하는 것은 자의적인 차별이라 아니할 수 없다. ... 이 사건 노동부 예규는 청구인의 평등권을 침해한다고 할 것이다” 라고 하면서 위헌을 확인했다. 그리고 평등권 위반여부 심사의 기준과 관련하여 “이는 헌법에서 특별히 평등을 요구하는 부분이 아니고 특히 근로의 권리는 사회권적 기본권으로서의 성격이 강하여 그 보호범위를 제한하는 것이 기본권에 대한 중대한 침해가 된다고 보기도 어려우므로 평등권심사에 있어서의 완화된 심사기준인 자의금지 원칙에 따라 판단”한다고 밝혔다.

(4) **중국동포 국적확인 입법부작위 등 위헌확인**¹¹⁷⁾에서 “청구인들이 설령 대한민국 국적을 상실하였다 하더라도 법무부예규인 위 업무처리지침이 불법체류자라는 이유로 중국동포의 국적회복 허가신청에 대하여 일률적으로 불허하거나 접수를 거부하도록 규정함으로써 청구인들의 평등권을 침해하고 있다”라고 주장한 데 대하여 헌법재판소는 “... 국적법상 귀화허가요건이나 국적회복허가요건 및 「출입국관리법」을 고려할 때, 불법체류자는 그 사실만으로도 대한민국의 형사법규에 의하여 처벌받아야 할 사람이므로 이들에 대하여는 특별한 사정이 없는 한 국적회복이나 귀화가 허가될 수 없다. 따라서 불법체류자와 합법적인 체류자를 차별취급하는 것은 합리적인 이유가 있다”고 하여 위

116) 헌재 2007. 08. 30. 2004헌마670, 판례집 제19권 2집, 297면.

117) 헌재 2006. 03. 30. 2003헌마806, 판례집 제18권 제1집, 381면 ~ 401면.

국민 중 불법체류자에 대하여 합법적인 체류자와 구별하여 국적회복신청을 불허한 것을 합리적 차별로 보고 있다.

(5) 「국적법」 제12조 제1항 위헌 확인사건¹¹⁸⁾에서, ‘직계존속이 외국에서 영주할 목적 없이 체류한 상태에서 출생한 자’는 병역의무를 이행 내지 면제 받은 후에만 국적이탈신청을 할 수 있도록 규정한 「국적법」 제12조 제3항 부분과 관련하여 청구인은 “병역의무를 이행하지 않은 자들 중에서 ‘부모의 외국 영주의사의 유무’를 기준으로 국적이탈의 가부를 결정하는 것은 합리적 차별이 아니므로 평등원칙에 반”한다고 주장했다. 이에 대하여 헌법재판소는 “국민개병주의를 규정한 헌법 제39조, 평등의 원칙을 규정한 헌법 제11조에서 나오는 병역부담평등의 원칙은 헌법적 요청일 뿐만 아니라, 우리 나라에서 그것은 다른 어느 사회와도 비교할 수 없을 정도로 강력하고도 절대적인 사회적 요구이다. 이중국적자가 생활의 근거를 한국에 두면서 한국인으로서는 누릴 각종 혜택을 누리다가 정작 국민으로서 의무를 다해야 할 때에는 한국 국적을 버리는 기회주의적 행태가 허용된다면 병역부담평등의 원칙은 심각하게 훼손된다”고 하여, 이중국적자의 병역부담 평등을 강하게 강조하면서 엄격한 심사척도를 적용한 바 있다.

제5절 국적 관련 실정법의 내용과 문제점

118) 헌재 2006.11.30. 2005헌마739, 헌재판례집 제18권 제2집, 528면 ~ 540면.

국회는 2005. 5. 24. 병역을 기피할 목적으로 원정출산 등 편법적인 방법으로 자녀에게 외국 국적을 취득시키는 것을 방지하기 위하여 직계존속이 외국에서 영주할 목적 없이 체류한 상태에서 출생하여 이중국적자가 된 자는 소정의 병역의무를 마친 후에만 비로소 국적이탈신청을 할 수 있도록 하는 등의 내용으로 국적법 제12조 제1항 단서·제3항, 제14조 제1항 단서를 개정하고, 위 개정규정들은 개정법 시행 후 최초로 국적이탈신청을 하는 사람부터 적용하도록 하였다(부칙 제2항). 이에 청구인은 위 국적법 개정조항들로 인하여 병역의무 이행을 하지 않고서는 자유롭게 국적을 이탈할 수 없게 되었고, 그로 인하여 자신의 행복추구권, 양심의 자유 등을 침해받았다고 주장하면서 헌법소원심판을 청구한 사건이다.

1. 「국적법」과 재외동포 관련 법률의 내용

국적은 국가와 그의 구성원 간의 법적 유대이고 보호와 복종관계를 뜻하므로 이를 분리하여 생각할 수 없다. 세계인권선언은 제15조에서 “(가) 사람은 누구를 막론하고 국적을 가질 권리를 가진다. (나) 누구를 막론하고 불법하게 그 국적을 박탈당하지 아니하여야 하며 그 국적변경의 권리가 거부되어서는 아니된다”고 규정하여 국적선택권을 하나의 기본권으로 관념하고 있다. 국적은 성문의 법령을 통해서가 아니라 국가의 생성과 더불어 존재하는 것이므로, 헌법의 위임에 따라 국적법이 제정되나 그 내용은 국가의 구성요소인 국민의 범위를 구체화, 현실화하는 헌법사항을 규율한다.¹¹⁹⁾ 헌법은 제2조 제1항에서 “대한민국의 국민이 되는 요건은 법률로 정한다”고 하고, 이에 따라 국적 취득과 상실 등을 규정하는 국적법을 제정한 것이다.(국적단행법주의) 따라서 국민의 구체적인 범위는 「국적법」에 의하여 확정되지만, 이는 「국적법」이 그 법적 지위를 확인하는 것에 불과하고 「국적법」에 의하여 주권자인 국민이 정해지는 것이 아님은 물론이다.

「국적법」상 국적의 취득에는 선천적 국적취득과 후천적 국적취득이 있다. 먼저, 선천적 국적취득은 부모양계혈통주의에 기초한 속인주의를 원칙으로 하면서 예외적으로 속지주의를 채택하고 있다.¹²⁰⁾ 한편 후천적 국적취득에는 인지에 의한 국적취득, 귀화에 의한 국적취득, 입양에 의한 국적취득, 혼인에 의한 국적취득, 수반취득제도에 의한 국적취득, 그리고 국적회복에 의한 국적취득이 있다. 이 중 귀화는 일정기간 이상의 거주기간 및 일정사유를 요건으로 하는 일반귀화 외에 귀화국과 일반적인 관계 이상의 애착관계가 있을 때 일반

119) 현재 2000.08.31, 97헌가12, 판례집 제12권 2집, 167면.

120) 국적법은 1948년 제정 이후에 수차례 개정을 거쳤는데, 특히 1997년에 이루어진 제4차 개정은 새로운 법제정과 다를 바 없는 전면적 개정이었다. 1997년의 개정에서 남녀차별적인 부계혈통주의 조항 및 각종 부중심주의 조항을 정비하였고, 후천적 복수국적을 부분적으로 용인하되 국적선택제도를 신설하였으며, 국적판정제도를 도입하였다.

귀화요건 중 상당부분을 완화시켜주는 간이귀화, 그리고 귀화국과 대상자간에 특별한 충성관계의 존재를 이유로 일반귀화요건 대부분을 면제시켜주는 특별 귀화가 있다. 「국적법」상 우리 국민과 혼인한 외국인에 대하여는 간이귀화가 적용된다.

한편 「국적법」은 복수국적의 금지제도¹²¹⁾를 채택하고 있다. 따라서 교포가 외국국적을 취득하면 그 외국국적을 취득한 때로부터 외국인이 된다. 복수국적자는 정해진 기간 내에 하나의 국적을 선택하지 않으면 법무부장관으로부터 1년 내에 하나의 국적을 선택할 것을 요구받게 되고, 국적선택의 명령을 받고도 이를 따르지 아니한 자는 그 기간이 지난 때에 대한민국 국적을 상실하여 외국인이 된다. 그리하여 대한민국 국적을 상실한 자는 국적을 상실한 때부터 대한민국의 국민만이 누릴 수 있는 권리를 누릴 수 없다.

국적의 상실에 관하여는 외국국적을 자진 취득한 경우와 비자진(非自進) 취득의 경우를 구분하여, 비자진 취득자에 대한 ‘국적보유신고제도’를 도입하여 혼인, 입양, 또는 인지 등 섭외적 신분행위에 기한 비자진 취득자가 국적보유 신고를 한때에는 외국 국적의 취득에도 불구하고 우리 국적을 상실함이 없이 계속 보유할 수 있도록 하고 있다. 비자진취득의 경우에는 국적변경의 의사가 당연히 전제되는 것이 아니기 때문이다.

국적판정제도는 정부수립 이전에 한반도 및 부속도서에서 출생한 후 국외로 이주한 자와 그 직계비속 또는 북한적(北韓籍) 소지자 등 우리나라와 혈연·지연관계가 있거나 그러한 개연성이 있는 자로서 우리 국적의 취득 또는 보유 여부가 분명하지 아니한 자가 우리 국적의 취득을 원하는 경우에 이를 심사하고 판정함으로써 적절하게 대처하기 위한 제도이다.

121) 2010년 개정 「국적법」은 개정 전의 ‘이중국적자’란 용어가 둘 이상의 국적을 가진 자를 모두 ‘이중국적자’로 규정하여 셋 이상의 국적을 가진 자를 포섭하지 못할 뿐만 아니라 부정적 이미지를 내포하고 있고, ‘복수국적자’의 법적 지위를 명확히 규정하고 있지 못다는 이유로 ‘이중국적자’를 ‘복수국적자’로 용어를 변경하고, 복수국적자에게 국내법 적용에서 대한민국 국민으로만 처우함을 명확히 하였다. 그리고 복수국적자가 관계 법령에 따라 외국 국적을 보유한 상태에서 직무를 수행할 수 없는 분야에 종사하려면 외국국적을 포기하도록 하였는데, 이는 복수국적 범위 확대에 의한 사회적 위화감 및 병역기피 소지를 최소화하기 위한 것이다.

헌법은 제2조 제2항의 “국가는 법률이 정하는 바에 의하여 재외국민을 보호할 의무를 진다”고 하여 재외국민에 대한 국가적 보호의무를 규정하고 있다. 재외국민 보호의 내용에 관하여 헌법재판소는 “조약 기타 일반적으로 승인된 국제법규와 당해 거류국의 법령에 의하여 누릴 수 있는 모든 분야에서의 정당한 대우를 받도록 거류국과의 관계에서 국가가 하는 외교적 보호와 국외거주 국민에 대하여 정치적인 고려에서 특별히 법률로써 정하여 베푸는 법률·문화·교육 기타 제반영역에서의 지원”¹²²⁾을 뜻하는 것이라고 한다. 이러한 재외국민 보호의 실효성을 높이기 위하여 재외국민등록제를 실시하고 있다.

헌법 제2조 제2항에 따라 재외국민과 외국국적 동포의 법적 보호와 지위에 관하여 규율하는 법률로서 「재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률」(약칭, 「재외동포법」) 및 「재외동포재단법」이 있다. 재외동포(overseas Koreans)¹²³⁾는 ‘자국을 떠나 생활하는 민족구성원’을 일컫는 개념인데,¹²⁴⁾ 「재외동포법」에 의하면 ‘재외동포’는 ‘재외국민’과 ‘외국국적동포’를 이르는 말이다. ‘재외국민’¹²⁵⁾은 대한민국의 국민으로서 외국의 영주권을 취득한 자 또는 영주할 목적으로 외국에 거주하고 있는 자를 말하고, ‘외국국적동포’란 대한민국의 국적을 보유하였던 자(대한민국정부 수립 전에 국외로 이주한 동포를 포함한다) 또는 그 직계비속으로서 외국국적을 취득한 자 중 대통령령으로 정하는 자를 말한다.

「재외동포법」은 재외국민만이 아니라, 외국국적동포에 대하여도 다른 외국인에게는 허용되지 않는 각종 혜택을 부여하고 있다. 즉 출입국과 일정기간 체류자격을 부여하고, 직업선택의 자유를 보장하며, 부동산 취득·보유·이용·및

122) 헌재 1993.12.23, 89헌마189, 판례집 제5권 2집, 622면.

123) ‘재외교포’, ‘해외교포’, ‘해외동포’ 등 다양하게 표현되는 용어들이 있으나, 각각의 용어는 재외동포와 같은 의미로 이해된다.

124) 재외동포는 초기 한반도에서 이주한 인구의 감소와 최근 증가한 이주민을 합하여 대략 700만 명 정도로 추산되며 거의 4분의 1이 중국, 미국, 일본 3개 나라에서 거주하고 있고(2010년 재외동포현황 외교통상부 2011-08-30 확인,), 한국계 소수민족이 전체 인구의 0.5% 이상인 나라는 일본, 뉴질랜드, 미국, 카자흐스탄, 캐나다, 우즈베키스탄 및 오스트리아이다. 본국인구 대비 재외동포 비율은 세계 최상위권에 속해 있다.

125) 재외국민은 ‘재외한국인’ 또는 ‘재외교민’ 등으로 불리운다.

금융거래에 있어서 대한민국 국민과 동등한 권리를 인정하며, 의료보험의 적용대상에 포함시키고 있는 것이다.(「재외동포법」 제5조, 제10조 ~ 제16조)

일반적으로 재외동포는 「출입국관리법」 제10조의 규정에 따라 재외동포 체류자격(F-4)을 가진 외국국적동포로서, 국내에 거소를 정하여 그 거소를 관할하는 출입국관리사무소에 국내거소신고를 반드시 하여야 한다. 이러한 재외동포는 외국인과 달리 체류기간 내 재입국허가를 요하지 않으며, 취업 기타 경제활동은 사회질서 또는 경제안정을 해하지 아니하는 범위 안에서 자유롭게 허용된다(제10조). 그리고 일정한 경우를 제외하고 국내에서 부동산의 취득·보유·이용 및 처분 및 금융거래, 의료보험 등에 있어 국민과 동등한 권리를 향유한다.

「재외동포재단법」은 “재외동포재단을 설립하여 재외동포들이 민족적 유대감을 유지하면서 거주국에서 그 사회의 모범적인 구성원으로 살아갈 수 있도록 하는 데 이바지함을 목적”으로 하는 법률이다. 동법은 제2조에서 ‘재외동포’의 정의를 “대한민국 국민으로서 외국에 장기체류하거나 외국의 영주권을 취득한 사람”과 “국적에 관계없이 한민족의 혈통을 지닌 사람으로서 외국에서 거주·생활하는 사람”이라고 하여 ‘과거국적주의’가 아닌 ‘혈통주의’를 채택함으로써 「재외동포법」상 ‘재외동포’의 범위보다 확대하고 있다.

2. 실정법상 몇가지 문제점과 대책

국적법상 제도 중 외국인의 법적 지위에 대한 검토를 통하여 헌법상 원칙에 비추어 문제될 수 있는 점을 지적하고 해결방안을 살펴 본다.

(1) 먼저 혼인에 의한 국적취득으로서 간이귀화신청의 자격에 ‘민법상 성년’ 요건을 규정(국적법 제6조, 국적법 제5조 제2호)한 점이다. 실제에 있어 우리나라 남성과 결혼한 외국여성이 모국법에 의하여 적법한 절차를 마치고 우리나라에 들어 왔음에도 불구하고 만 20세가 되지 않았다고 하여 간이귀화의 요건

이 흠결된다는 것은, 내국인의 혼인적령을 만 18세로 하고 있는 민법 규정(제 807조)에 비추어 외국인에 대한 차별임이 분명하다.¹²⁶⁾ 따라서 결혼이주 외국인에게 부당한 차별이 되지 않도록 민법의 성년의제규정에 준하는 방법에 의하여 성년요건문제를 해결할 수 있는 법적 보완이 필요하다고 본다.

(2) 다음으로 「국적법」은 일반귀화와 간이귀화의 요건으로서 “자신의 자산이나 기능에 의하거나 생계를 같이하는 가족에 의존하여 생계를 유지할 능력이 있을 것”을 요건으로 하고 시행규칙에서 “3천만원이상의 예금잔고증명, 3천만원이상에 해당하는 부동산등기부등본·부동산전세계약서사본, 재직증명서·취업예정사실증명서 기타 이에 상당하다고 법무부장관이 인정하는 서류로서 본인 또는 생계를 같이하는 가족이 생계유지능력을 갖추고 있음을 증명하는 서류.”를 제출하도록 요구하고 있다.(국적법 제5조 제4호, 국적법 시행규칙 제3조 제2항 제4호) 그런데 외국인 여성과 결혼한 남성들은 통상 재정능력이 취약한 실정임을 어렵잖게 짐작할 수 있는 바, 이러한 재정능력의 증명 요구는 현실적으로 무리라고 여겨지고, 이는 결국 남편의 재산정도에 따라 결혼이주 외국여성의 국적취득이 좌우되는 결과를 가져옴으로써 역시 차별대우로 판단될 가능성이 있다.¹²⁷⁾ 그러나 안정된 결혼생활의 유지를 위한 최소한의 경제적 기초를 요구함은 불가피한 것이므로 평등대우와 조화할 수 있는 접점을 찾아야 할 것이다.

(3) 「국적법」은 우리나라 국민의 배우자인 외국인이 정상적인 혼인상태가 유지되지 아니하는 경우에 간이귀화를 하고자 하면, “그 배우자의 사망이나 실종 또는 그 밖에 자신에게 책임이 없는 사유로 정상적인 혼인 생활을 할 수 없었던 자” 또는 “그 배우자와의 혼인에 따라 출생한 미성년의 자를 양육하고

126) 이재홍, "결혼이주 여성의 국적취득에 대한 애로요인 영향 분석 : 나주시 다문화가정을 중심으로", 동신대학교 대학원 박사학위논문, 2011, 44면.

127) 이재홍, 앞의 논문, 45면.

있거나 양육하여야 할 자”로서 일정기간을 채우고 법무부장관의 인정을 받도록 하고 있다.(제6조 제2항) 문제는 혼인생활을 계속할 수 없어서 이혼이나 별거를 하고 있는 이유가 본인 아닌 배우자 또는 제3자의 귀책사유였음을 본인이 직접 입증해야 하는데,(제3조 제2항) 주변에 자신을 도와 줄 수 있는 사람이 존재하리라는 기대를 하기 어려운 상황에서 국어과 문화, 제도가 서툰 외국인이 스스로 그 모든 서류를 준비하고 작성한다는 것은 현실적으로 어려운 일이라는 점이다. 이러한 문제점에 대하여

이혼상태의 외국인 배우자의 불이익을 최소화하기 위하여 「국적법」 제6조 제1호 및 제2호의 체류기간에 관한 규정을 적용하지 말자는 견해¹²⁸⁾가 있는가 하면, 국내체류기간 2년은 대한민국 사회를 이해하고 대한민국에 기반을 두고 생활하기 위한 최소한의 기간이므로 일괄적 적용배제는 바람직하지 않다는 견해¹²⁹⁾도 있다. 특히 혼인이주여성의 이혼 및 배우자 사망으로 인한 위기는 당해여성 뿐만 아니라 세대를 넘어 자녀들에게 미치는 영향이 크므로¹³⁰⁾ 이는 실질적으로 중요한 문제이다. 일단 보완책으로 외국인을 전문으로 담당하는 공익변호사 제도 등을 활용할 수 있도록 제도적으로 뒷받침하거나, 또는 국가나 지방자치단체에서 외국인 종합안내센터 등의 전문기구 설치를 통해 상담 및 문서작성을 지원할 수 있는 방안을 고려할 필요가 있다고 본다.¹³¹⁾

(4) 재외동포의 지위에 있어 주로 문제되는 것은 재외공관에서 이루어지는 사증(비자)발급거부행위이다. 한국에서 외국국적의 재외동포를 국내로 초청하기 위해서는 재외공관에서 문건을 심사하여 재외동포에게 사증을 발급해야 하는데, 사증발급은 주권적 재량행위이므로 사증발급으로 인한 이익은 반사적 이

128) 소라미, "국제혼인 이주여성의 안정적 신분 보장을 위한 법·제도 검토", 저스티스 통권 제96호 (2007), 한국법학원, 46면.

129) 전형배, "다문화가정 지원의 법과 제도, 함께해요 다문화가정 -다문화가정의 정착과 미래-", 법의 날 기념 심포지엄, 한국가정법률상담소, 2009, 86면.

130) 홍지나, "혼인이주여성에 관한 법적 고찰 : 가족법과 국적법을 중심으로", 이화여자대학교 석사학위논문, 2011, 71면.

131) 정일혁, 앞의 논문, 2007, 16면.

익에 불과하여 사증발급 거부행위의 행정처분의 대상성을 인정할 수 없다는 것이 그간의 확고한 태도였다. 결국 외국국적 재외동포는 사증발급거부행위에 대하여 소명이나 쟁송의 기회를 얻지 못한 채 고향을 방문하거나 친척을 상봉할 권리를 보장받지 못하였다. 그렇지만 최근 방문취업사증의 발급으로 인해 외국국적동포가 누리는 이익은 반사적 이익이 아닌, 법률상 이익이라고 판단하면서 “외국국적동포는 단순한 외국인과는 달리 취급해야 하기에 외국국적을 보유하고 있다는 점만을 들어 비자발급거부행위가 행정소송의 대상이 될 수 없다는 취지의 주장을 받아들일 수 없다”고 결정한 판례¹³²⁾가 있다.

3. 헌법재판소 판례

(1) 국적법 제2조 제1항 제1호 위헌제청¹³³⁾

(가) 쟁점

① 출생에 의한 국적취득에 있어 부계혈통주의를 규정한 구 「국적법」(1948. 12. 20. 법률 제16호)제2조 제1항 제1호가 헌법상 평등의 원칙 위반여부.

② 구법상 부가 외국인이기 때문에 대한민국 국적을 취득할 수 없었던 한국인 모의 자녀 중에서 신법 시행 전 10년 동안에 태어난 자에게 대한민국 국적을 취득하도록 하는 경과 규정인 신 「국적법」(1997. 12. 13. 법률 제5431호)부칙 제7조 제1항 헌법위반 여부.

(나) 결정요지

① 부계혈통주의 원칙을 채택한 구법조항은 출생 당시의 자녀의 국적을 부의 국적에만 맞추고 모의 국적은 단지 보충적인 의미만 부여하는 차별을 하고 있으므로 한국인 부와 외국인 모 사이의 자녀와 한국인 모와 외국인 부 사이의 자녀를 차별 취급하는 것은 모가 한국인인 자녀와 그 모에게 불리한 영향을 끼치므로 헌법 제11조 제1항의 남녀평등원칙에 어긋난다.

132) 사증발급거부취소청구소송(2007 구합 21204) : 법률신문, 2007. 11. 22. 5면 ; 정일혁, 앞의 논문, 20면에서 재인용.

133) 헌재 2000.08.31, 97헌가12, 판례집 제12권 2집, 167면.

② 한국인과 외국인 간의 혼인에서 배우자의 한쪽이 한국인 부인 경우와 한국인 모인 경우 사이에 성별에 따른 특별한 차이가 있는 것도 아니므로, 양쪽 모두 그 자녀는 한국의 법질서와 문화에 적응하고 공동체에서 흠 없이 생활해 나갈 수 있는 동등한 능력과 자질을 갖추었는데도 불구하고, 전체 가족의 국적을 가부에만 연결시키고 있는 구법 조항은 헌법 제36조 제1항이 규정한 가족생활에 있어서의 양성의 평등원칙에 위배된다.

③ 모가 한국인인 자녀들은 외국인이므로 원칙적으로 대한민국의 공무원이 될 수 없고, 거주·이전의 자유, 직업선택의 자유, 재산권, 선거권 및 피선거권, 국가배상청구권 및 사회권적 기본권 등을 누릴 수 없거나 제한적으로밖에 향유하지 못하게 된다. 그러므로 구법 조항은 자녀의 입장에서 볼 때에도 한국인 모의 자녀를 한국인 부의 자녀에 비교하여 현저하게 차별 취급을 하고 있으므로 헌법상의 평등원칙에 위배된다.

④ 부칙조항은 신법이 구법상의 부계혈통주의를 부모양계혈통주의로 개정하면서 구법상 부가 외국인이기 때문에 대한민국 국적을 취득할 수 없었던 한국인 모의 자녀 중에서 신법 시행 전 10년 동안에 태어난 자에게 신고 등 일정한 절차를 거쳐 대한민국 국적을 취득하도록 하는 경과규정으로서 헌법 제11조 제1항의 평등원칙에 위배된다.

(다) 검토

① 이 판례는 「세계인권선언」 등 각종 국제협약의 이념을 근거로 제시하면서, 우리 헌법이 천부인권사상에 기초한 국민주권의 핵심적 가치를 헌법 제10조 인간의 존엄과 가치에 두고 있으며 이에 따라 개인은 자신의 운명에 지대한 영향을 미치는 정치적 공동체인 국가를 선택할 권리, 즉 국적 선택권을 기본권으로 도출하고 있다는 점에 의의가 있다. 다만, 각국의 국내법상 제약으로 인하여 국적은 아직도 자유롭게 선택할 수 있는 권리에는 이르지 못하는 것이 현실이다.

② 헌법에서 위임하거나 헌법에서 파생되는 외국인의 기본권과 관련한 입법

을 하는 경우, 헌법상 기본원리와 인간의 존엄과 가치, 평등원칙 등 기본권 보장원칙에 부합해야 한다는 입법상 한계의 설정이 제시된다.

③ 일찍이 헌법재판소는 ‘제대군인에 대한 가산점제도’에 대한 위헌사건¹³⁴⁾에서 “평등원칙 위반 여부에 대한 심사에 있어 … 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우와 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 된다면 입법형성권은 축소되어 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 한다”고 하였다. 이러한 평등원칙 위반에 대한 위헌심사기준과 남녀차별이 위헌이라는 취지의 논증을 이 사건에 그대로 끌어 오므로써, 자녀의 국적을 부의 국적에만 맞추고 모의 국적은 단지 보충적인 의미만을 부여하는 부계혈통주의 원칙에 대하여 엄격한 심사척도에 따라 헌법 제11조 제1항의 남녀평등원칙에 어긋나는 차별취급임이 분명하다고 판단하고 있다.

(2) 재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률 제2조 제2호 위헌확인 135)

(가) 배경

1998년 본격적으로 「재외동포법」의 입법이 추진될 당시부터 이 법의 적용 범위에 대한 사회적 논란이 격심하였다. 논란의 초점은 중국 등 구공산권 출신 동포를 적용대상에 포함시킬 것인가 여부였다. 처음 법무부는 혈통상 한민족인 모든 재외동포를 적용대상에 포괄하자는 안을 제시하였으나, 외교적 마찰과 노동시장의 교란 등 사회문제의 야기를 우려한 반발에 부딪쳐 구공산권 출신 동포는 적용대상에서 배제시키는 쪽으로 방향을 잡았다. 그러자 실질적인 도움을 필요로 하는 동포를 적용대상으로부터 제외시킨다는 이유에서 당시 시민단체들의 반대가 극심한 상황이었다.

(나) 사건개요

청구인들은 현재 중화인민공화국(이하, ‘중국’)에 거주하고 있는 중국 국적의

134) 헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 관례집 제11권 2집, 770면, 787-791면.

135) 헌재 2001.11.29. 99헌마494, 관례집 제13권 2집, 714면.

재외동포들인 바, 1999. 8. 12. 국회를 통과한 「재외동포법」이 미처 발효도 되기 전인 8. 23. 이 법률 제2조 제2호가 청구인들과 같이 1948년 대한민국 정부수립 이전에 해외로 이주한 자 및 그 직계비속을 재외동포의 범주에서 제외함에 따라 자신들이 위 법률에서 혜택을 받지 못하게 되어 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권, 평등권 등을 침해당하였다고 주장하였다.

(대) 결정요지

① 당초 청구인은 외국국적 재외동포의 정의에 관한 「재외동포법」 제2조 제2호만을 헌법소원 대상으로 지적하였으나, 정부수립 이전 해외이주동포는 법 제2조 제2호를 구체화한 동법 시행령 제3조에 의하여 결정적으로 적용대상에서 배제되었고, 양자는 일체를 이루며 동일한 법률관계를 규율하고 있었으므로 시행령 제3조까지 이 사건의 심판대상을 확장하여 판단하였고,

② 수혜적 법률의 경우에는 수혜범위에서 제외된 자가 그 법률에 의하여 평등권이 침해되었다고 주장하는 당사자에 해당되고, 당해 법률에 대한 위헌 또는 헌법불합치 결정에 따라 수혜집단과의 관계에서 평등권침해 상태가 회복될 가능성이 있다면 기본권 침해성이 인정된다.

③ 정부수립이후 이주동포와 정부수립이전 이주동포는 이미 대한민국을 떠나 그들이 거주하고 있는 국적을 취득한 우리의 동포라는 점에서 같고, 국외로 이주한 시기가 대한민국 정부수립 이전인가 이후인가는 결정적인 기준이 될 수 없다. 또한 정부수립이후 이주동포의 요망사항은 「재외동포법」에 의하여 거의 완전히 해결된 반면, 정부수립이전 이주동포는 「재외동포법」의 적용대상에서 제외됨으로써 그들이 절실히 필요로 하는 출입국기회와 대한민국 내에서의 취업기회를 차단당하였고, 사회경제적 또는 안보적 이유로 거론하는 우려도, 당초 재외동포법의 적용범위에 정부수립이전 이주동포도 포함시키려 하였다가 제외시킨 입법과정에 비추어 보면 엄밀한 검증을 거친 것이라고 볼 수 없다.

④ 또한 재외동포법상 외국국적동포에 대한 정의규정에는 일응 중립적인 과

거국적주의를 표방하고, 시행령으로 일제시대 독립운동을 위하여 또는 일체의 강제징용이나 수탈을 피하기 위해 조국을 떠날 수밖에 없었던 중국동포나 구 소련 동포가 대부분인 대한민국 정부수립 이전에 이주한 자들에게 외국국적 취득 이전에 대한민국 정부수립 이전에 이주한 자들에게 외국국적을 명시적으로 확인받은 사실을 입증하도록 요구함으로써 이들을 「재외동포법」의 수혜 대상에서 제외한 것은 정당성을 인정받기 어렵다.

따라서, 정부수립이전이주동포를 「재외동포법」의 적용대상에서 제외한 것은 합리적 이유 없이 정부수립이전이주동포를 차별하는 자의적인 입법이어서 헌법 제11조의 평등원칙에 위배된다.

(라) 검토

① 헌법상 평등권 침해의 심사기준으로 목적의 정당성, 수단의 적정성, 법익의 균형성을 제시하면서 엄격한 심사척도를 적용하였다.

② 본 판결은 2003. 12. 31까지 잠정적인 적용을 인정하는 헌법불합치 결정을 하였는데, 이에 대한 정부의 대응조치로 2003. 9. 23. 「재외동포법」 시행령 등에 대한 개정안을 입법예고하였고, 동년 11. 20. 「재외동포법」 시행령과 「출입국관리국법」 시행령을 개정 공포하였다가, 2004. 2. 9. 「재외동포법」 제2조 제2호를 포함한 일부 개정안을 통과시켰다. 헌법재판소는 재외동포법과 동법 시행령을 심판대상으로 확장하여 양자에 대한 헌법불합치 결정을 하였음에도, 정부는 법률의 하위규범인 시행령을 먼저 개정한 후에 법률을 개정하는 모순을 범하고 있다.¹³⁶⁾ 또한 동법 시행령 제3조를 “본인 또는 2대(부모, 조부모) 직계존속 가운데 일방이 대한민국국적을 가졌던 자로서 외국국적을 취득한 자”로 개정하여 이주 1,2세대만을 한정하여 포함시킴으로써 위헌적 요소를 내포하고 있다. 그리고 이것은 「재외동포재단법」이 ‘재외동포’의 개념을 “한민족의 혈통을 지닌 사람으로서 외국에서 거주·생활하는 사람”(제2조 제2호)으로 정의하는 것과 상호불일치하는 문제점이 있다.

136) 정인섭, "재외동포법의 헌법불합치결정과 정부의 대응검토", 공익과 인권 제1권 1제1호(2004), 23면.

(3) 입법부작위 등 위헌확인 137)

(가) 사건개요

청구인들은 불법체류 중인 재중동포로서 대한민국의 건국과 동시에 대한민국 국민으로서의 지위를 취득했음에도 불구하고 1992. 8. 한중 수교 이후에도 이를 인정하는 법률 또는 조약을 제정하지 아니한 국회의 입법부작위로 인하여 평등권 등 기본권을 침해받고 있다는 이유로 헌법소원심판청구를 하였다.¹³⁸⁾

(나) 결정요지

① 재중동포의 이중국적 해소 및 대한민국 국적선택을 위한 특별법의 제정 또는 조약체결의 헌법적 의무가 헌법상 명문규정상 또는 헌법해석상 대한민국 정부에 있는지 여부 : 청구인들과 같은 중국동포들의 현재의 법적 지위는 일반적으로 중국국적을 가진 외국인으로 보고 있고, 가사 중국동포들은 어쩔 수 없이 중국국적을 취득한 것이므로 당시 그들의 중국국적 취득에도 불구하고 대한민국 국적을 상실한 것이 아니라고 보는 경우에도, 1997년 전문개정된 「국적법」은 국적선택 및 판정제도를 규정하고 있으므로, 청구인들의 주장과 같이 중국동포들이 대한민국과 중국의 이중국적을 갖고 있었다면 이들에게도 이러한 국적선택 및 국적판정의 기회가 주어진 것으로 볼 수 있다. 그럼에도 불구하고, 이와는 별도로 헌법 전문의 ‘대한민국임시정부 법통의 계승’ 또는 제2조 제2항의 ‘재외국민 보호의무’ 규정이 중국동포와 같이 특수한 국적상황에 처해 있는 자들의 이중국적 해소 또는 국적선택을 위한 특별법 제정의무를 명시적으로 위임한 것이라고 볼 수 없고, 뿐만 아니라 동 규정 및 그 밖의 헌법규정으로부터 그와 같은 해석을 도출해 낼 수도 없다.

② 조약부작위 부분에 대한 판단 : 고도의 정치적 판단 및 국가 간의 합의를 요하는 조약체결의 성격에 비추어 볼 때, 헌법 전문이나 제2조 제2항이 중국

137) 현재 2006.03.30, 2003헌마806, 판례집 제18권 1집 상, 381면.

138) 당시 국내에 거주하는 5천 여명의 중국 동포가 이러한 헌법소원을 제기한 사건인데, 이는 국내 장기 불법체류 노동자의 추방을 강력하게 추진하겠다는 정부의 발표가 있는 직후의 일이다.

동포와 같이 특수한 국적상황에 처해 있는 자들의 이중국적 해소 또는 국적선택을 위한 조약을 우리 정부가 중국과 체결할 의무를 명시적으로 위임하고 있다고 볼 수 없다.

③ 불법체류자인 중국동포들의 국적회복신청을 불허하는 「중국동포국적업무처리지침」(법무부예규)에 대한 헌법소원의 적법요건 : 이 사건 업무처리지침은 법무부장관이 반복적으로 행하는 국적업무에 관한 행정사무의 통일을 기하고 그 직무집행에 있어서 지침을 정해 주기 위한 사무처리준칙에 불과할 뿐, 대외적으로 국민이나 법원을 기속하는 법규적 효력은 없는 것이므로 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당하지 아니한다. 가사 이 사건 업무처리지침이 헌법소원의 대상이 될 수 있는 공권력의 행사에 해당한다고 보더라도, 헌법소원심판청구 후에 「외국국적 동포의 국적회복 등에 관한 업무처리지침」이 제정되면서 이 사건 업무처리지침은 폐지되어 더 이상 중국동포들에게 적용되지 않으므로, 이 사건 청구 부분은 권리보호의 이익이 없어 부적법하다.

(다) 검토

① 헌법 제2조 제1항이 “대한민국 국민이 되는 요건은 법률로 정한다”고 규정한 것은 ‘대한민국 국민이 되는 요건’을 입법자가 법률로써 임의로 정하라는 의미가 아니라, 조선 및 대한 제국의 정통성과 “대한민국임시정부의 법통을 계승”한 대한민국이 마땅히 국민으로 삼아야 할 사람들을 정식 국민으로 편입되어 보호받을 수 있도록 그 범위와 절차를 법률로써 구체화하라는 의미이다. 또한 헌법 제2조 제2항이 “국가는 법률이 정하는 바에 의하여 재외국민을 보호할 의무를 진다”라고 규정한 것은 마땅히 대한민국 국민이 되어야 할 사람들이 외국에 거주한다는 이유만으로 보호대상에서 제외되어서는 안 된다는 의미이다. 따라서 헌법은 구한말 및 일제치하에서 외국으로 이주한 동포들을 국민으로 포섭하는 입법을 할 것을 위임한 것이고, 이에 따라 입법 의무를 지고 있는 국회가 대한민국 건국 이전에 이주한 해외동포 및 그 후손의 국적문제에 관하여 전혀 규율한 바 없으므로 이는 진정입법부작위에 해당한다고 본

다.

② 「중국동포 국적업무 처리지침」에 대한 헌법소원심판의 대상성을 부인한 것과 관련하여 일찌기 헌법재판소는 “다만, 행정규칙이 법령의 규정에 의하여 행정관청에 법령의 구체적 내용을 보충할 권한을 부여한 경우, 또는 재량권 행사의 준칙인 규칙이 그 정한 바에 따라 되풀이 시행되어 행정관행이 이룩되게 되면 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 따라 행정기관은 그 상대방에 대한 관계에서 그 규칙에 따라야 할 자기구속을 당하게 되는 경우에는 대외적인 구속력을 가지게 된다”¹³⁹⁾ 라고 보았던 바에 비추어 보건대, 위 지침은 국적 취득 관련 법령의 법령보충적 행정규칙일 뿐만 아니라 재량준칙이 되풀이 시행되어 행정관행으로서 자기구속력을 가지게 되었으므로 헌법소원의 대상성을 인정하여 본안 판단을 하는 것이 타당하다.

③ 일부 반대의견¹⁴⁰⁾에서 밝힌 바와 같이, 이 사건 업무처리지침의 바탕이 된 정부의 기본방침이 변하지 않았고, 그 지침이 폐지되기 전에 이미 대한민국 국적을 보유하고 있는 재중동포의 기본권을 침해한 이상, 이를 분명하게 선언하여야 한다고 본다.

139) 헌재 1990.09.03. 90헌마13. 판례집 제2권, 298면.

140) 재판관 조대현의 일부 반대의견 : 이 사건 청구 중 입법부작위 부분은 받아들일 수 없지만, 이 사건 업무처리지침은 아래와 같은 이유로 재외국민의 기본권을 침해하는 것이라고 선언하여야 한다. 청구인들을 비롯한 재중동포들도 재일동포나 재소련동포 등과 마찬가지로, 조선인을 부친으로 하여 출생하는 등 1948. 5. 11. 공포된 남조선과도정부 법률 제11호 “국적에 관한 임시조례”상의 국적취득의 요건을 충족한다면 1948. 7. 17. 제헌헌법 공포와 동시에 대한민국의 국적을 취득하였다고 보아야 하고, 그들의 자녀들 역시 혈통주의를 취한 우리 국적법에 따라 대한민국의 국적을 취득하였다고 할 것이다. 재중동포들은 이에 더하여 1949. 10. 1. 중화인민공화국의 성립과 더불어 중국 국적도 취득하였다. 그런데 정부는 청구인들과 같은 재중동포를 그 출생 시기를 가리지 않고 모두 ‘대한민국 국적을 상실한 중국국적자’로 취급하여 왔고, 이 사건 업무처리지침도 같은 입장을 취하고 있다. 이 사건 업무처리지침이 폐지되어 권리보호의 이익이 없어졌다고 볼 수도 있으나 그 지침의 바탕이 된 정부의 기본방침은 변하지 않았고, 그 지침이 폐지되기 전에 이미 대한민국 국적을 보유하고 있는 재중동포의 기본권을 침해한 이상, 이를 분명히 밝힐 필요가 있다. 따라서 이 사건 업무처리지침은 재중동포를 출생시기와 관계없이 무조건 중국 국적을 가진 재외동포로 취급함으로써 재중동포 중 대한민국 국적을 가지고 있는 사람들의 기본권을 침해하였음을 분명하게 선언하여야 한다.



제4장 외국인의 사회권적 기본권

제1절 서설

1. 사회권적 기본권의 의의

사회권적 기본권¹⁴¹⁾이란 사회정의의 실현을 목적으로 하는 사회국가(복지국가)에서 국민의 인간다운 생활을 보장하기 위해 국민에게 부여된 국가적 급부·배려에 관한 권리를 말한다. 현대국가에서의 사회권적 기본권을 보장하는 것은 국가권력의 의무인 동시에 국가권력의 존재근거의 하나를 이루고 또한 국가권력 행사의 적극적인 내용을 이루고 있다. 개인의 사적 자치, 창의와 자유를 최대한 요구하는 자본주의 하에서 이러한 사회권적 기본권이 완전한 형태로 실현될 수는 없는 것이고, 자본주의의 모순을 시정하여 국민의 최저한도의 생활이 보장될 수 있게 하기 위한 정책을 구성하도록 하는 사회정책적 기본권으로 기능하고 있다. 외국인 역시 사회권적 기본권의 주체로서 인간다운 생활을 할 권리를 향유하므로 근로를 통해 경제활동에 참여하여 적정임금을 보장받고, 건강권과 환경권을 향유하며 혼인과 가족생활에서 양성평등과 모성에 대한 권리를 가지는 것으로 판단된다. 다만, 외국인에게 가능한 경제적 생활보호와 사회보장의 적용에 있어서 상호주의나 경제적인 사정에 따르는 일정한 제한은 불가피하다.

국가가 국민에게 사회권적 기본권을 보장하기 위하여는 국가가 직접적으로 경제활동이나 경제에 개입하는 방법을 통하여 경제적 약자를 보호하거나 사회계층간의 대립되는 이익을 조정할 수도 있지만¹⁴²⁾, 국가적 보호를 요하는 국

141) 사회권적 기본권은 사회권적 기본권(soziales Grundrecht), 생존권적 기본권, 생활권적 기본권, 사회국가적 기본권 등 다양하게 불리운다. 헌법재판소는 88헌마3 등에서 '생존권적 기본권'이라는 용어를 사용하였고, 89헌가106 등에서 '생활권적 기본권 내지 사회권적 기본권'이라고 하다가, 96헌가6 등에서 '사회권적 기본권'이라는 용어를 사용한 이래 지금은 '사회권적 기본권'으로 쓰고 있다.

민에게 국가가 직접 일정한 급부를 제공하는 방법도 가능하다.

2. 사회권적 기본권의 연혁

사회권적 기본권은 자본주의의 폐해에 따른 사회문제를 극복하기 위한 수단으로 등장한 것인데, 사회권적 기본권을 주창한 사람은 Fichte나 Anton Menger이며,¹⁴³⁾ 이를 최초로 규정한 헌법은 1919년 Weimar 헌법이다. Weimar 헌법 제151조는 ‘경제생활의 질서는 각인으로 하여금 인간다운 생활을 보장하는 것을 목적으로 하는 정의의 원칙에 합치하여야 한다.’고 되어 있는데, Weimar 헌법 하에서 사회권적 기본권은 입법지침으로만 인식되어 재판규범성이 부인되었다.

사회권적 기본권이란 인권선언들과 시민적 권리들의 선언 이후에 생겨난, 개인으로서로는 도저히 해결할 수 없는 산업혁명의 결과 발생한 여러 가지 사회적 문제들을 해결하기 위하여 등장한 권리라 하겠다.¹⁴⁴⁾ 그리하여 제2차세계대전 이후 유럽 각국의 헌법과 「세계인권선언」 등은 사회권적 기본권을 수용하였다.

우리나라의 경우, 건국헌법에서 교육을 받을 권리, 근로의 권리, 근로3권, 노동력 상실로 인한 생계곤란자의 국가보호 등을 규정한 이래 사회권적 기본권은 점차 확대되어 왔다. 제3공화국은 인간다운 생활권과 국가의 사회보장증진의무를 새로 규정하고, 제5공화국 헌법은 평생교육, 적정임금, 국가유공자 우선취업, 사회복지증진 등을 새로 규정하였다. 제6공화국 헌법은 최저임금제, 여자의 근로, 차별금지, 여자의 복지와 권익의 향상, 노인·청소년의 복지향상,

142) 사회권적 기본권은 일부 계층을 배려하기 위한 것일 수는 있어도 계급적 이익을 보호하는 것일 수는 없다.

143) 김철수, 앞의 책, 660면. 법조사회주의 사상가인 Anton Menger는 생존권·노동권 및 전노동수익권을 핵심내용으로 하는 경제적 기본권을 주장하고, ‘생존권은 사회의 각구성원이 그 생존에 필요한 물자와 용역을 그 필요성이 절박하지 않은 타인의 욕망 충족에 선행하여 자기에게 귀속시킬 것을 요구할 수 있는 권리’라고 하였다.

144) 홍성방, "헌법재판소와 사회권적 기본권", 헌법실무연구 3권, 5면.

신체장애자의 보호, 모성보호, 국가의 주택개발정책과 쾌적한 주거생활, 국가의 재해예방, 국민보호 등을 새로 규정하고 있다.

이처럼 우리 헌법은 제헌헌법 이래 현행 헌법에 이르기까지 이른바 ‘사회국가조항’을 명시적으로 규정하지 아니하고, 제119조 이하에서 경제에 관한 국가의 포괄적인 규제 및 조정의 권한규정과 함께 세부적인 관련규정을 두는 한편, 사회국가원리에 따른 세부적인 과제를 ‘사회권적 기본권’의 형식으로 규정하고 있다.

3. 사회권적 기본권의 특성

사회권의 특성은 그것을 자유권의 특성과 비교함으로써 명확해 질 수 있다. 자유권은 국가가 어떠한 경우에도 하여서는 안되는 것을 규정하고 있음에 반하여, 사회권은 국가가 무엇을 해야 하고 어떠한 목표를 추구해야 하는가를 규정하고 있다.

사회권적 기본권은 국가에 대하여 급부·배려를 요구하는 적극적 권리라는 점에서, 국가권력에 의한 침해로부터 벗어나려는 자유권의 소극적 성격과 대비되는 것인데, 그 결과 자유권이 국가권력의 개입이나 간섭을 배제하려는 반면, 사회권적 기본권은 오히려 국가권력의 개입과 간섭을 필요로 한다. 그리고 사회권적 기본권은 그 내용이 불명확하기 때문에 급부의 실현대상, 방법, 수준 등에 관해 입법자나 정부에 의한 구체화가 필요하다. 다시 말하자면 자유권은 국가가 침해를 하지 않음으로써 보장되는 개인적 자유와 관련되어 있고, 사회권은 국가가 법률제정 내지는 행정처분을 통하여 그 기반을 마련해야 하는 사회보장과 관련되어 있다.¹⁴⁵⁾

한편 사회권적 기본권의 실현에는 비용이 필요하기 때문에 사회권적 기본권의 내용은 그 사회의 급부능력에 의한 제약을 받을 수 밖에 없다. 그리하여 사회권적 기본권은 국가의 경제적 여건이나 재정능력에 따라서 그 실현 여부와

145) 홍성방, 앞의 책, 9면.

정도가 결정된다.

제2절 사회권적 기본권의 법적 성격

1. 학설

우리 헌법은 제31조에서 제36조까지 사회권을 기본권(주관적 공권)의 형태로 규정하고 있기 때문에 이들의 법적 성격을 어떻게 보아야 하는가는 중요한 문제이다. 이와 관련하여 종래 프로그램규정설과 법적 권리설이 대립되고, 법적 권리설은 다시 추상적 권리설과 구체적 권리설로 나누어진다. 최근에는 원칙 모델에 따른 권리설이 주장되고 있다.

(1) 객관설

객관설 중 프로그램규정설은 헌법상의 사회권적 기본권이란 사법상의 권리와 같은 구체적인 법적 권리가 아니라, 단지 입법방침을 규정한 프로그램적인 의미만을 가지는 것이라고 한다. 그 논거로는 사회권적 기본권은 어디까지나 선언적인 것이며, 그 구체적인 권리내용의 형성은 입법정책상의 문제라고 하며 그 실시는 국가의 자유재량으로 봄으로써 국민은 사회권적 기본권규정만으로는 인간다운 생활을 위해 필요한 급부를 청구할 수 없는 것이기 때문에 국가로서는 가능한 한 국민의 이러한 사회권적 기본권을 보장하기 위한 조건을 제공해야 하고 또한 그러한 입법을 할 정치적·도덕적 의무를 지는 데 지나지 않는다고 한다. 또한 헌법에 규정된 사회권적 기본권은 재판규범도 아니며, 헌법규정만으로 이를 법원에 청구할 수 없다고 한다. 따라서 국민은 추상적으로만 그의 생존을 보호받을 수 있다는 것 뿐이고 사회권적 기본권의 구체적 내용에 관하여는 아무런 규정이 없으므로 국가에 대하여는 사회권적 기본권의 이러한

요청에 따라서 구체적 입법이 당연히 행해질 것이 예정되는 규정이라고 한다.

한편, 객관설 중 입법위임설은 사회권적 기본권 규정은 입법자에게 사회권적 기본권의 실현을 위한 특정 내용의 입법활동을 하도록 법적 의무를 과하는 헌법적 지시라고 본다. 즉, 사회권적 기본권은 표현과는 관계없이 주관적 공권이 아니라, 일차적으로 기본전제를 형성하라는 입법자에 대한 구속적인 입법위임 규정이자 동시에 국가목표규정으로 이해한다.¹⁴⁶⁾

(2) 추상적 권리설

추상적 권리설에 따르면 ‘권리를 가진다’라고 하는 헌법상의 규정으로부터 사회권적 기본권을 프로그램규정으로 보는 것은 부당하다고 한다. 이 설에 따르면 사회권적 기본권은 국민이 추상적으로 생존을 보호받을 수 있음을 규정할 뿐이고, 사회권적 기본권의 구체적 내용에 관하여는 아무런 규정이 없기 때문에 사회권적 기본권규정이 구체적인 법적 권리로 행사될 수 있기 위하여는 그 법적인 구체성, 곧 그 권리주체의 확정, 그 법익의 존재, 청구방법 등이 명확히 되지 않으면 안되는데, 그 실현수단·방법 등에 관하여 구체적인 절차에 관한 규정이 없기 때문에 구체적 권리가 아닌 추상적 권리라고 한다. 결국 이 설에 따르면 국민이 헌법에 규정된 청구권(사회권)을 행사하기 위해서는 헌법상의 규정을 구체화하는 법률이 제정되어야 한다고 한다.

(3) 구체적 권리설

구체적 권리설은 헌법상의 사회권적 기본권 규정은 그것을 구체화하는 법률이 없더라도 직접적·현실적 효력을 가지며, 국민은 헌법규정에 의거하여 국가에 대하여 사회권적 기본권을 사법적 절차를 통하여 법적 권리로서 주장할 수 있다고 한다. 그러므로 사회권적 기본권은 그 기본권내용에 맞는 구체적 입법의 제정을 입법권에 의무지우고 그에 따른 예산조치를 하도록 입법권과 행정

146) 홍성방, 앞의 책, 18면.

권에 의무지우며, 그 의무의 불이행, 곧 국가의 부작위에 대한 위헌성을 법원에 청구할 수 있는 현실적·구체적 권리라고 한다.

한편, 사회권적 기본권을 구체적 권리로 파악하는 적극적 이론구성이 불가피하다는 인식을 가져야 한다고 전제하면서, 사회권적 기본권은 자유권적 기본권처럼 직접 효력을 갖는 완전한 의미의 구체적 권리일 수는 없다고 할지라도, 일부 청구권적 기본권이나 정치적 기본권과 동일한 수준의 ‘불완전하나마 구체적인 권리’로서의 성격을 가지고 있다는 견해도 있다.

(4) R. Alexy의 원칙모델에 의한 권리설

원칙모델에 따른 권리설은 사회권적 기본권의 규범구조를 개인에게 주관적 권리를 부여하는 규범인가 아니면 국가에게 객관적 의무를 부과하는 규범인가, 구속적 규범인가 아니면 비구속적 규범인가, 권리와 의무를 확정적으로 부여하는가 아니면 잠정적으로 부여하는가라는 기준에 따라 형량을 통하여 이를 모두 8가지로 분류하고, 모든 사회권적 기본권은 일단은 잠정적으로 개인에게 주관적 권리를 부여하지만 이 권리는 형량을 거친 후에야 비로소 확정적인 권리가 될 수 있다고 한다.¹⁴⁷⁾ 곧 사회권적 기본권은 권리성을 갖지만 곧바로 확정적인 권리가 되는 것이 아니라, 여러 가지 요소들을 형량함으로써 다양한 정도로 실현될 수 있다고 한다.¹⁴⁸⁾

2. 학설에 대한 검토

어떤 권리가 헌법에 ‘... 할 권리를 가진다’라고 표현되어 기본권목록에 포함되어 있는 이상, 그것을 법적 구속력이 없는 정치적·도의적 선언이나 지침으로 볼 수는 없다.¹⁴⁹⁾ 따라서 사회권적 기본권을 프로그램규정으로 볼 수는 없다.

147) 로베르토 알렉시(이준열 옮김), 「기본권이론」, 한길사, 2008, 582-584면.

148) 정태호, "원리로서의 사회권적 기본권, R. Alexy의 원리모델(Prinzipienmodel)을 중심으로". 정경식 박사 화갑기념논문집, 1997, 238·242면 ; 계희열, 「헌법학(중)」, 박영사, 2000, 627면.

149) 계희열, 앞의 책, 625면.

입법위임설 역시 프로그램 규정설과의 부분적인 차이에도 불구하고 사회권적 기본권의 권리성을 인정하지 않기 때문에¹⁵⁰⁾ 입법에 의하여 구체화되어야 비로소 구체적·현실적 권리로서 행사할 수 있으며, 사회권적 기본권을 보장하는 입법이 결여되었거나 또는 입법의 내용이 불충분한 경우에도 권리의 침해가 없어 입법부작위 또는 부실한 입법에 대한 사법적 구제수단을 강구할 수 없다는 비판을 면할 수 없다.

한편, 추상적 권리설은 구체적 입법이 없는 한 사회권적 기본권에 대한 사법적 구제를 받을 수 없다고 주장하는 점에서 프로그램 규정설과 다를 바 없다.¹⁵¹⁾ 헌법재판제도가 확립되어 공권력의 행사 또는 불행사에 의하여 기본권이 침해된 경우 헌법소원을 청구할 수 있게 된 현재의 헌법해석론으로는 받아들일 수 없는 학설이다.¹⁵²⁾

원칙모델에 따른 권리설은 사회권적 기본권에 권리성을 부여하면서 구체적 사안에 따라 형량을 통하여 융통성 있게 실현하는 경우 종래의 학설들이 갖고 있는 문제점들은 어렵지 않게 해결될 수 있다고 한다.¹⁵³⁾ 그러나 원칙모델에 따른 권리설에 대해서는 사회권적 기본권의 실현정도를 상대화한 것으로 해석자마다 달리 해석할 수 있는 여지를 주고 있어 그 상대적 무원리성을 나타내고 있다는 비판이 있다.¹⁵⁴⁾ 이에 더하여 원칙모델에 따른 권리설의 세 가지 형량기준 자체에서 어떤 것이 우선 적용되는 지 불분명할 뿐 아니라, 세 가지 기준이 어떤 이유로 채택되었는지도 문제이며, 그리고 어떤 사회권적 기본권은 강한 보호를 받고 어떤 사회권적 기본권은 약한 보호를 받는지의 물음에

150) 입법위임설을 주장하는 견해는 이 점에 관하여 다음과 같은 입장을 덧붙여 밝히고 있다. “이에 대해서는 하나의 예외를 인정해야 한다. 곧 생활무능력자의 생계비청구권은 인간다운 생활을 할 권리의 최소한의 내용으로서 구체적 권리로 이해하여야 할 것이다. 더 나아가서 인간의 존엄과 가치가 구체적으로 침해될 정도로 경제적으로 열악한 지위에 놓이게 될 때에는 헌법 제34조에 의한 구체적인 입법이 없다 하더라도 헌법 제10조를 근거로 최소한의 생활보호청구권을 인정할 수 있다. 왜냐하면 최소한의 물질적인 전제조건이 확보되지 않고는 인간의 존엄과 가치는 공염불에 지나지 않기 때문이다.” (홍성방, 앞의 책, 17면.)

151) 계희열, 앞의 책, 626면.

152) 김철수, 앞의 책, 667면 ; 권영성, 앞의 책, 648면.

153) 계희열, 앞의 책, 628면.

154) 김철수, 앞의 책, 666면. ; 정태호, 앞의 논문, 252~253면.

대하여 답할 수 없다는 비판도 있다.¹⁵⁵⁾

결국 구체적 권리설이 일응 타당성을 가지는 것으로 생각된다. 헌법재판소가 공권력의 불행사에 대한 헌법소원을 인용한 경우, 피청구인은 결정취지에 따라 새로운 처분을 하도록 규정하고 있으므로 국가는 사회권적 기본권의 침해에 관한 인용결정이 있는 때에는 입법을 해야 할 의무를 진다고 보아야 하며,¹⁵⁶⁾ 헌법재판제도가 확립된 경우에는 헌법재판이라는 방법을 통하여 헌법 불합치·입법촉구결정을 하는 것이 헌법구조상 가능하기 때문이다.¹⁵⁷⁾ 다만, 여기에 대하여는 아래와 같이 구체적 권리설이 사회권적 기본권의 특성을 고려하지 않고 있다는 비판이 있다.¹⁵⁸⁾

예컨대 사회권적 기본권 중 하나인 근로의 권리는 오직 일자리를 보장함으로써만 보장될 수 있는 바, 근로의 권리가 국가의 공권력에 의하여 침해된 경우에는 여러 가지 권리구제절차가 마련되어 있지만, 일할 자리를 요구하거나 일할 자리에 갈음하여 생활비의 지급을 요구할 수 있는 구체적인 권리가 보장되는 것은 아니다.¹⁵⁹⁾ 왜냐하면 의무를 수행하느냐의 여부는 정치적 형성에 일임되어 있으며, 이러한 문제의 판단을 사법부에 맡기는 것은 권력분립의 원칙과 민주주의원리에 반하는 것이다.¹⁶⁰⁾ 결국 구체적 권리설이 말하는 사회권적 기본권의 권리성의 내용은 침해배제청구권의 수준을 넘지 못하며, 입법에 의해 구체화되지 않으면 구체적·현실적 권리가 되지 못한다는 사실은 변함이 없다는 것이다.¹⁶¹⁾

그러나 국가의 경제적 여건과 재정능력에 의존할 수 밖에 없는 사회권적 기본권의 특성상 모든 생활영역에서 구체적 권리성을 인정하기 어려운 것은 사실이지만, 인간다운 생활을 위하여 필요한 영역별 수준을 분류하여 예컨대 정

155) 홍성방, 앞의 책, 17면.

156) 김철수, 앞의 책, 667면.

157) 권영성, 앞의 책, 648면.

158) 홍성방, 앞의 책, 16~19면.

159) 허영, 앞의 책, 692면.

160) 한수웅, "헌법소송을 통한 사회권적 기본권 실현의 한계", 인권과 정의(1997. 1.), 70면 이하.

161) 계희열, 앞의 책, 627면.

신적 존재로서의 인간이 추구하는 이상적 수준을 위한 사회권적 기본권의 경우라면 침해배제청구권의 수준에 머물 수 밖에 없겠지만, 생물학적 차원에서 최저생활수준을 위한 사회권적 기본권의 경우라면 법원에 대하여 국가의 부작위의 위헌성을 주장하면서 권리구제를 청구할 수 있도록 그 구체적 권리성을 보장하여야 할 것이다.¹⁶²⁾ 그러므로 국가의 경제적 여건과 재정능력이라는 현실적 제약에 따라 일정단계의 사회권적 기본권 보장의 권리성을 인정할 수 있다는 점에서, 사회권적 기본권이 침해배제청구권의 수준을 넘어서지 못한다는 비판은 적절하지 않다고 본다.

제3절 외국인 근로자의 노동기본권

1. 우리나라의 외국인 근로제도의 현황

우리나라는 1970년대에 수출주도형 경제성장 전략의 성공으로 고도의 경제 성장을 이루었다. 노태우 정부 집권 직후인 1987년에 이른바 ‘춘투’라고 불리웠던 근로자의 대투쟁이 진행되면서 근로자들의 임금이 상승함에 따라, 그 여파로 3D 업종의 기피현상이 만연하면서 중소기업과 제조업의 생산직 부문에서 노동력의 절대부족현상이 나타나기 시작했다. 따라서 이에 대한 대책으로 외국인력의 수입문제가 논의되기 시작했고 활발한 논쟁이 전개되었다. 당시 노동조합은 고용과 임금의 저하를 우려하여 외국인근로자의 도입을 반대할 수 밖에 없었고, 정부에서는 부처별로 의견이 나뉘어서 산업활동 관련부서와 통상외교 담당부처에서는 외국인근로자의 도입을 지지하였으나, 노동·출입국 등의 관련부처에서는 이를 반대하였다.

결국 최소한의 범위에서 전문분야별로 특수업무에 한정하여 엄격한 심사과정

162) 정희철, 「헌법」, 도서출판 여산, 2009, 680면.

을 거치는 선별적 허용의 방법을 취하는 한편, 중소기업의 인력난 해소 문제는 ‘산업연수생제도’의 방식을 택하게 되었다. 그런데 외국인의 국내취업은 전문성, 특수성으로 인하여 내국인으로 대체되지 않는 경우에만 허용하므로 외국인의 국내취업을 위한 사증발급의 절차와 요건이 매우 까다롭기에, 현실적으로 단순기능분야에서 외국인이 취업하는 것은 거의 불가능한 일이었다. 이 때문에 우리나라에서 단순기능 외국인이 합법적으로 취업하기 위한 통로는 ‘산업기술연수생제도’로 제한되었다. 산업기술연수생 제도는 원칙적으로 외국인 단순 노동력의 취업을 불허하면서도 외국인 노동력을 현실적으로 활용할 수 있는 방안으로 고안해 낸 기형적인 제도였다. 즉, 외국인 근로자는 정부가 인정하는 특수영역에서만 고용될 수 있고, 2년간은 고용근로가 아닌 연수생으로서 산업기술을 전수해 준다는 미명 하에 약간의 연수비를 제공하고 3년째가 되어서야 정식 근로자로서 근로를 보장하는 구조였다. 다시 말하자면 산업연수생은 실질적인 노동을 하면서도, 연수를 한다는 명목으로 근로에 상응하는 보수를 제공하지 않는 노동착취적인 제도이다. 게다가 산업연수생이 근로하는 3D 업종의 근로현실은 열악한 주거환경, 하루 12시간 이상의 장시간 노동, 매연과 먼지 등으로 가득찬 악조건 하의 작업환경, 그리고 업무상 사고와 질병에 대한 대책이 미비한 안전보건체계 등 정당한 근로자로서의 대우와는 거리가 먼 것이었다. 이렇게 되면 현실적으로 산업연수생의 입장에서는 선택의 기로에 서게 되는데, 지정작업장에서 묵묵히 악조건을 감수하든지, 아니면 사업장을 이탈하여 상대적으로 임금이 높은 분야로 옮겨서 불법체류의 형태로 취업을 하든지이다. 결국 이들은 어느 쪽을 선택하든지 인권의 사각지대에 처할 가능성이 높은 것이다.

‘연수 없는 연수제도’라는 비판을 받아왔던 문제점 투성이의 산업연수생제도(Training System)는 2004년 8월부터 시행된 「외국인근로자의 고용 등에 관한 법률」에 의하여 고용허가제도(Empolyment Permit of System, EPS)¹⁶³⁾

163) 고용허가를 받은 사용자는 국외에서 직접 모집하거나 대통령령이 정한 공공단체 또는 비영리법인을 통해 모집할 수 있으며, 외국인근로자는 송출국의 국가기관 또는 그 국가가 인정하는 기관을

가 도입됨으로써 단계적으로 폐지되어 현재는 산업연수생제도는 사라졌다. 새로 도입된 고용허가제도는 외국인력을 고용하려는 사업자가 직종과 목적 등을 제시할 경우 정부가 그 타당성을 검토하여 허가여부를 결정하는 외국인력 도입정책으로서, 대부분의 유럽국가와 미국에서 시행되고 있는 제도이다.

현재 우리나라의 단순기능 외국인의 근로는 외국인 고용허가제도와 외국동포 방문취업제도에 의하고 있다. 고용허가제도는 ‘노동시장 대체성의 원칙’과 ‘차별처우 금지의 원칙’에 따라 외국인 근로자를 근로기준법상 근로자로 받아들이는 제도이고, 방문취업제도는 저개발국 출신의 외국 국적 동포에 대한 포용정책의 일환으로서 재외동포를 우리 국민과 동등하게 처우하려는 목적의 정책적 배려이다. 이주노동자에 위한 전자의 제도가 제조업, 농축산업, 연근해어업, 냉동·창고업 등에서 양해각서가 체결된 외국인력을 노동부 고용안정센터의 알선을 통해 고용하게 되는 일반고용허가제도이며, 재외동포를 위한 후자의 제도가 음식점 등 서비스업 분야에서 외국국적 재외동포에게 취업을 할 수 있도록 하는 고용특례제도이다.

이러한 외국인 고용허가제도의 성과는 그간 외국인 산업연수생제도에서 문제시 되어온 근로자성 문제를 해소하고 있다. 외국인 고용허가제도의 합법적인 절차에 의해 국내에 취업한 외국인 근로자에 대해서 내국인 근로자와 동일하게 노동관계법을 적용함으로써 근로자로서 보호를 받으면서 근로할 수 있도록 한 것이다. 외국인 근로자에 대하여 동등한 대우를 한다는 것은 국적이나 인종에 따른 차별을 하지 않는다는 것이지, 능력이나 생산성 수준에 따른 차등까지 불허한다는 취지는 아니다.¹⁶⁴⁾

통해야 한다. 사용자는 1년 이내의 기간을 정하여 노동허가를 받은 외국인 근로자와 고용계약을 체결하게 되는데, 계약을 체결할 때 임금·근로시간·휴일·휴가 등 근로조건에 관한 사항과 동거를 위한 가족동반 금지에 관한 사항 등이 포함된다. 이 제도는 사업자에게 허가권을 행사함으로써 외국인근로자에 대한 초과수요를 사전에 통제할 수 있으며, 사업자가 내국인근로자를 고용할 수 없음을 입증하여야만 외국인근로자를 고용할 수 있게 되므로 내국인근로자의 고용기회가 보장되며, 외국인근로자의 고용에 따른 근로조건 악화를 방지할 수 있다. 또한 고용을 허가할 때 근로조건을 준수할 수 있는 사업자인가를 확인할 수 있어 무자격사업자의 외국인근로자 고용을 사전에 차단할 수 있다는 점에서 외국인근로자의 권익을 충실하게 보호할 수 있다.

164) 권혁근, "외국인 근로자고용 및 인권보장에 관한 법률에 관하여", 외국인 산업연수제도 철폐와

외국인 근로자들의 권리를 보호하는 노동관계법령의 존재에도 불구하고, 외국인 근로자들의 실정을 들여다 보면 법과 현실의 괴리를 실감하게 된다. 외국인 근로자들은 최저임금수준에 머무는 열악한 임금조건 하에 있으면서, 10시간 이상 장시간 노동에 시달리고 있다. 외국인 근로자들을 고용한 업체들은 대부분 3D 업종의 중소기업으로서 주 5일 근무제를 지키지 않는 곳이 대부분이며 임금체불은 다반사로 이루어지고 있고, 또 임금 및 수당에서 내국인에 비하여 차별을 받고 있는 실정이다. 게다가 사업장 내에서 행해지는 부당한 폭언과 폭행 또한 비일비재하다. 게다가 종종 발생하는 영세업체의 도산이나 폐업으로 인한 피해 역시 외국인 근로자의 몫으로 돌아 가는 경우가 많다. 「근로기준법」상 폭행금지 규정(제8조)이나 임금지급규정(제43조) 그리고 위반시 벌칙조항(제107조, 제109조 등) 등이 있음에도 불구하고, 외국인 근로자들이 사용자를 고발하는 등 법적 수단에 호소하기가 쉽지 않은 것이 현실이다.

우리나라에 외국인 근로자에 대한 권리침해가 만연한 것은 당초 산업기술연수생의 사업체 이탈의 원인을 제공한 외국인 노동인력정책에서 비롯되었으며, 이러한 현상이 외국인력에 대한 정책이 고용허가제도로 일원화된 이후에도 여전한 실정이다¹⁶⁵⁾. 또한 이에 더하여 보다 근본적으로는 미국이나 유럽 출신의 외국인에 대한 태도와는 달리 저개발국 출신의 외국인들에 대하여 배타적이고 차별적인 시선으로 바라보는 적잖은 수의 일부 시민이 가진 저급한 우월의식이 문제이다.

2. 불법체류 근로자¹⁶⁶⁾의 문제

이주노동자 기본권 보장에 관한 입법공청회 발제문2, 2002, 15면.

165) 노재철, 앞의 논문, 147면.

166) 노재철, 앞의 논문, 105면에서는 ‘불법체류 근로자’란 말 대신에 ‘미등록 외국인 근로자’란 용어를 사용한다. 불법체류 근로자는 단지 출입국관리법을 위반한 행정사범에 불과하므로 일반적인 범죄와는 다른 의미를 지닌 점을 이유로 한다.

외국인 근로자라 함은 “대한민국의 국적을 가지지 아니한 자로서 국내에 소재하고 있는 사업 또는 사업자에서 임금을 목적으로 근로를 제공하고 있거나 제공하고자 하는 자”를 의미한다.(「외국인근로자의 고용 등에 관한 법률」 제 2조) 현재 우리나라에서 취업 중인 외국인 근로자를 「출입국관리법」상의 기준에 따라 합법적인 취업자와 불법체류 근로자로 나눈다면, 우리나라에서 대체할 수 없는 전문 직종에 종사하는 자와 고용허가제도에 의한 고용허가를 받고 있는 자가 합법적인 취업자에 해당하고, 출입국법상 취업할 수 있는 자격이 없음에도 불구하고 현실적으로 취업하고 있는 자가 불법체류 근로자이다. 여기서 불법체류 근로자는 어디까지나 출입국관리법상의 체류기간을 도과한 행정법규 위반자이고, 형법이 주로 규정하는 일반적인 범죄자와는 성격이 다르다는 점을 유의할 필요가 있다. 그러므로 불법체류 근로자에 대하여 정부가 처분, 강제처분을 행함에 있어서 비례원칙에 어긋나지 않도록 유의해야 할 것이다.

그럼에도 불구하고 「출입국관리법」 위반사범의 단속과정에서 인권침해가 발생하고 있다는 목소리가 여전히 높다. 시간과 장소를 가리지 않고 무차별적 기습의 형태로 단속이 이루어질 뿐만 아니라, 그 과정에서 단속관들에 의한 폭력과 협박이 자행되고 이를 피해 달아나려던 불법체류 근로자들이 다치거나 사망하는 사례가 빈번하게 발생하고 있다. 단속행위에 영장주의 및 야간집행 금지 등의 적법절차가 준수되어야 할 터인데, 현재 관련규정이 모호해서 자의적 집행의 가능성이 상존하는 실정이다.

「출입국관리법」에 의하면 외국인은 부여된 체류자격에 관련된 활동만 할 수 있으며 체류자격에 따른 체류기간을 초과하여 계속 체류하고자 할 때에는 기간 만료 전에 법무부장관의 체류허가를 받아야 한다. 이처럼 외국인 근로자에 대하여는 취업업종에 대한 선택을 차단하고, 사업장 이동에 제한을 두는 등의 엄격한 취업규제는 불법체류자를 양산하고, 결과적으로는 이들을 인권의 사각지대로 몰아 넣음으로써 심각한 인권침해의 원인을 제공하고 있다.

불법체류 근로자가 노동법상 근로자에 해당하는가의 여부는 계약체결과정과 노무수행과정에서의 종속성 여부나 대가로 지급받는 보수 등 제반사정을 고려하여 실질적으로 판단할 문제이며, 단순히 불법체류자라 하여 그의 근로자성을 부정하는 것은 있을 수 없다. 「근로기준법」은 “‘근로자’란 직업의 종류와 관계없이 임금을 목적으로 사업이나 사업장에 근로를 제공하는 자를 말한다”(제2조 제1항 제1호)고 규정하고, 「노동조합 및 노동관계조정법」은 “‘근로자’라 함은 직업의 종류를 불문하고 임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자를 말한다.”(제2조 제1호) 그리고 「최저임금법」, 「산업안전보건법」, 「산업재해보상보험법」 등에서 「근로기준법」의 근로자 정의 규정을 준용한다.

불법으로 취업한 외국인이라도 「출입국관리법」 위반의 제재와는 별도로 근로기준법상 근로자로서의 보호는 배제할 수 없다.¹⁶⁷⁾ 대법원¹⁶⁸⁾도 「출입국관리법」은 취업자격 없는 외국인의 고용이라는 사실적 행위 자체를 금지하려는 것일 뿐이고, 나아가 취업자격 없는 외국인이 사실상 제공한 근로에 따른 권리나 이미 형성된 근로관계에서 근로자로서의 신분에 따른 노동관계법상의 제반권리 등의 법률효과까지 부인하려는 것은 아니라고 밝힌 바 있다.

3. 외국인 근로자의 노동3권 보장

노동기본권 (또는 근로활동권¹⁶⁹⁾)이란 근로자의 인간다운 생활(헌법 제35조 제1항)을 보장하기 위하여 헌법 제32조 제1항에서 정한 근로권 및 헌법 제33조 규정에 의한 단결권·단체교섭권·단체행동권 등 노동3권을 함께 일컫는 말이다.¹⁷⁰⁾ 노동기본권은 인간의 존엄성을 규정한 헌법 제10조와 모든 국민의 인간다운 생활을 규정한 헌법 제34조를 구현하기 위한 수단으로서 보장된 기

167) 임종률, 「노동법」, 박영사, 2010, 324면; 최홍엽, 앞의 논문, 44면.

168) 대법원 1995. 9. 15. 선고 94누12067 판결.

169) 허영, 앞의 책, 687면.

170) 김형배, 「노동법」, 박영사, 2006, 140면.

본권이다.

학설은 대체로 외국인 근로자와 관련하여 근로3권의 헌법상 기본권성을 인정하지 아니한다.¹⁷¹⁾ 그 이유는 외국인의 취업 여부가 주권국가의 고권적(高權的) 사항에 해당하므로 위업을 전제로 하는 근로3권을 기본권으로서 인정할 수 없다는 것이다. 그러나 최소한의 인권수준을 의미하는 국제인권법상의 권리는 헌법상의 개별기본권, 인간의 존엄 및 행복추구권에 포섭되는 권리라고 할 것이고, 따라서 국내법의 영역에서 국제인권법을 위반하는 법률이 존재한다면 이는 국제인권법의 침해 문제와는 별개로 헌법상 기본권의 침해 문제가 될 수 있다. 헌법 제6조 제1항의 ‘국제법 준종의 원칙’을 고려할 때, ILO 조약의 근본적 취지는 헌법이나 법률해석 시에 충분히 고려되어야 한다. ILO 조약의 내용이 노동기본권을 규정하고 있는 헌법 제33조와 경합한다면, ILO 조약의 내용이 추상적인 헌법규정을 해석함에 있어서 보완적 의미를 가진다고 볼 것이다.

헌법재판소는 “근로3권은 ‘사회적 보호기능을 담당하는 자유권’ 또는 ‘사회권적 성격을 띤 자유권’이라”고 하면서 “이러한 근로3권의 성격은 국가가 단지 근로자의 단결권을 존중하고 부당한 침해를 하지 아니함으로써 보장되는 자유권적 측면인 ‘국가로부터의 자유’ 뿐이 아니라, 근로자의 권리행사의 실질적 조건을 형성하고 유지해야 할 국가의 적극적인 활동을 필요로 한다. 이는 곧, 입법자가 근로자단체의 조직, 단체교섭, 단체협약, 노동쟁의 등에 관한 노동조합 관련법의 제정을 통하여 노사간의 세력균형이 이루어지고 근로자의 근로3권이 실질적으로 기능할 수 있도록 하기 위하여 필요한 법적 제도와 법규범을 마련하여야 할 의무가 있다는 것을 의미한다”¹⁷²⁾ 고 하여, 노동 3권의 사회권적 기본권으로서의 성격을 상세하게 실시한 바 있다. 그리하여 사회권적 기본권의 입장에서 보면 국가는 외국인 근로자가 단결, 단체교섭, 단체행동권 등을 행사함에 있어 그 장애를 제거해야 할 뿐만 아니라, 외국인 근로자의 권리

171) 권영성, 앞의 책, 319면.

172) 헌재 1998.02.27, 94헌바13, 판례집 제10권 1집, 32면.

행사를 적극적으로 보장하고 노력할 의무가 있다.

따라서 외국인 근로자도 헌법 및 노동관계법에 의하여 단결권, 단체교섭권, 단체행동권이 보장된다고 보아야 할 것이다. 헌법 제33조는 노동3권을 실현하는 노동단체의 주체를 '근로자'로 규정하고 있으며, 「외국인 근로자의 고용 등에 관한 법률」에 따라 외국인 근로자의 단결권 등 근로 3권은 국내 취업기간 동안 보장받기 때문에, 외국인도 노동조합을 결성하여 사용자측과 단체교섭 및 단체행동 등을 할 수 있다.¹⁷³⁾ 생산수단을 소유하지 못하고 오직 자신의 인격과 분리할 수 없는 노동력 제공의 대가로 생활해야 하는 노동자에게는 국적에 관계없이 노동3권을 인정해야 하는 것이다.

고용허가제도 하의 합법적인 외국인 근로자 뿐만 아니라, 불법체류노동자도 근로관계에 관한 한 근로자임이 분명하므로 역시 노동단체권의 주체에 해당한다고 보아야 한다.¹⁷⁴⁾ 「ILO 권고」 제151호(공공부문의 단결권보호에 관한 협약)에서는 불법체류 노동자에 대해서도 노동조합원의 자격과 노동조합권의 행사를 규정하고 있다. 따라서 외국인 근로자가 출입관리법상의 합법·불법인지를 불문하고 노동조합법상의 근로자인 이상 노동조합에 가입할 권리 및 조합원으로서의 제 권리에 관하여 차별을 해서는 안 되고, 외국인 근로자의 조합결성권도 인정해야 한다. 나아가 이들 역시 부당노동행위의 개선을 요구하는 시위의 참가도 보장되어야 한다. 만약 이를 제한할 필요가 있는 경우는 헌법

173) 외국인 근로자 91명은 지난 2005년4월 서울지방노동청에 노조설립신고서를 제출했지만, 노동청이 조합원 명부를 제출하지 않았다는 이유로 신고서를 반려하자 처분취소를 구하는 소송을 냈다. 서울고법 특별11부(재판장 김수형 부장판사)는 1일 서울·경기·인천 이주노동자 노동조합이 서울지방노동청장을 상대로 낸 노동조합설립신고서반려처분취소 청구소송 항소심(2006누6774)에서 원고패소한 1심을 깨고 "설립신고서 반려처분을 취소하라"며 원고승소 판결을 내렸다. 재판부는 판결문에서 "헌법과 근로기준법 등이 외국인 지위를 보장하고 있고 국적에 따른 차별 또한 금지하고 있다"며 "불법체류 외국인이더라도 우리나라에서 현실적으로 근로를 제공하며 임금을 받는 이상 노동조합을 설립할 수 있는 근로자에 해당한다"고 밝혔다. 재판부는 이어 "외국인 취업자격을 규제하고 불법체류자의 외국인 고용을 금지한 출입국관리법이 존재하나 이는 취업자격 없는 외국인 고용행위 자체를 금지한 것에 불과할 뿐"이라며 "불법체류자라는 이유로 고용계약이 무효라고도 할 수 없고 노조설립을 금지하는 것으로도 볼 수 없다"고 덧붙였다.[법률신문 2007-02-02, 장정화 기자]

174) 박홍규, 「노동단체법」, 삼영사, 2002, 50면.

제37조 제2항의 기본권 제한의 법리에 따라야 할 것이다. 외국인이라는 사실만으로는 노동3권을 제한하는 근거가 될 수 없음은 당연하다.¹⁷⁵⁾

그렇지만 정부는 외국인 근로자들의 이러한 권리를 부정하고 있고, 특히 불법체류자는 신분상의 불법성 때문에 노동조합의 가입, 단체교섭의 실시 및 단체행동이 어려운 실정이다. 이러한 외국인 근로자들의 열악한 지위와 함께 외국인 근로자의 국내정착을 방지하기 위한 정주화 방지정책으로 인해, 현실적으로 노동조합 결성 및 단체행동 등은 많은 제약을 받을 수 밖에 없어 외국인 근로자의 근로 3권은 사실상 그 실효성을 거두기가 쉽지 않다. 지금까지 외국인 근로자들이 노동조건을 개선하기 위하여 집단행동에 나선 경우는 물론, 노동조합에 가입하는 경우는 거의 없다.

4. 외국인 근로자의 근로의 권리¹⁷⁶⁾

「근로기준법」은 “사용자는 근로자에 대하여 남녀의 성을 이유로 차별적 대우를 하지 못하고, 국적, 신앙 또는 사회적 신분을 이유로 근로조건에 대한 차별적 처우를 하지 못한다”(제6조)라고 하여 근로자의 평등대우의 원칙(차별금지 원칙)을 규정하고 있다. 이러한 원칙의 의미는 근로와 직접적인 관계가 없는 국적 등을 이유로 한 임금, 근로시간 등 근로조건 등 근로조건에 대한 차별적 취급을 금지하는 것이다. 국내외를 불문하고 근로활동이 있는 한, 근로자의 국적이나 체류자격상의 합법 또는 불법에 관계없이 모든 근로자에 대해 당연히 동등한 근로조건이 적용되어야 한다는 것이다. 헌법상 평등권을 구체화한 「근로기준법」상의 ‘평등대우의 원칙’은 근로조건에 대한 차별대우를 금

175) 유각근, "외국인 근로자의 지위", 한남대학교 사회과학논집 제27집(1997. 5.), 150면.

176) 참고로 세계인권선언 제23조에 따르면 “1. 모든 사람은 근로의 권리, 자유로운 직업 선택권, 공정한 유리한 근로조건에 관한 권리 및 실업으로부터 보호받을 권리를 가진다. 2. 모든 사람은 어떠한 차별도 받지 않고 동등한 노동에 대하여 동등한 보수를 받을 권리를 가진다. 3. 모든 근로자는 자신과 가족에게 인간적 존엄에 합당한 생활을 보장하여 주며, 필요할 경우 다른 사회적 보호의 수단에 의하여 보완되는, 정당하고 유리한 보수를 받을 권리를 가진다. 4. 모든 사람은 자신의 이익을 보호하기 위하여 노동조합을 결성하고, 가입할 권리를 가진다.”

지하는 일반원칙이므로 동조의 규정을 일탈하여 근로계약을 체결하거나 그러한 계약에 근거한 취업의 결정은 허용되지 않는다. 요컨대 「근로기준법」 제6조는 헌법상 평등대우 원칙의 적용범위를 국가와 지방자치단체로부터 근로계약상의 사용자까지 확대하는 의의를 가진다. 여기에서 근로조건이라 함은 대체로 ‘근로계약관계에서 근로자에 대한 대우 일체’를 말하는 것으로, 임금·근로시간·상여금을 포함하며 해고·재해보고·안전위생·복리후생 등에 관한 조건을 포함한다.

근로의 권리는 국가내적이고 사회정책적 권리이므로 외국인은 근로기회제공요구권과 같은 근로의 권리를 주장할 수는 없으며, 따라서 외국인에게 근로에 관한 권리를 보장하더라도 이는 입법정책에 의한 것이고 헌법 제32조 제1항에서 정하는 근로의 권리와 구별된다는 것이 일반적인 입장이다.¹⁷⁷⁾ 하지만 전술한 바와 같이 근로의 권리 역시 외국인에게도 기본권주체성을 인정한다는 전제 하에, 근로의 권리를 일률적으로 부정할 것이 아니라, 구체적 사안에 따라 헌법 제37조 제2항에 의한 제한의 문제로 해결해야 할 것이라고 본다. 그런데 외국인의 근로기회제공 요구권에 관하여는 ‘공공복리’에 근거하여 제한함에 특별한 문제는 없을 것으로 본다.

헌법재판소는 “근로자가 기본적 생활수단을 확보하고 인간의 존엄성을 보장받기 위하여 최소한의 근로조건을 요구할 수 있는 권리는 자유권적 기본권의 성격도 아울러 가지므로 이러한 경우 외국인 근로자에게도 그 기본권 주체성을 인정함이 타당하다”¹⁷⁸⁾ 고 하여, 근로의 권리의 자유권적 성격을 전제로 외국인에게도 근로의 권리의 기본권 주체성을 인정한 바 있다. 외국인이 국내 사업주와 체결한 근로계약은 당연히 유효하고, 불법체류 중인 외국인이라 할지라도 「근로기준법」·「산업재해보상보험법」 등 관련법상의 보호를 받으며 근로관계와 관련하여 소송을 제기함에 아무런 제약이 없다.

177) 김철수, 앞의 책, 275면.

178) 헌재 2007.08.30, 2004헌마670, 판례집 제19권 2집, 297면.

제4절 외국인과 사회보장수급권

1. 외국인의 사회보장수급권의 보장

「사회보장법」은 ‘사회보장은 모든 국민이 인간다운 생활을 할 수 있도록 최저생활을 보장하고 국민 개개인이 생활의 수준을 향상시킬 수 있도록 제도와 여건을 조성하여, 그 시행에 있어 형평과 효율의 조화를 기함으로써 복지사회를 실현하는 것을 기본이념으로 한다.’(제2조) 라고 규정한다. 「사회보장법」의 기본이념은 인간의 존엄성에 상응하는 건강하고 문화적인 생활을 할 권리를 가진 사회경제적 약자인 근로자에게 매우 중요한 문제이다. 헌법 제34조 제1항에서 보장하고 있는 인간다운 생존은 근로자 개인에 대한 사회보장이 없다면 불가능하다. 이에 따라 사회보장수급권이란 사회적 위험으로 말미암아 요보호상태에 있는 개인이 인간다운 생활을 영위하기 위하여 국가에 대하여 일정한 내용의 적극적 급부를 요구할 수 있는 권리라고 정의된다.¹⁷⁹⁾

이를 위하여 동조 제2항의 국가의 사회보장·사회복지의 증진의무, 제3항의 여성의 복지와 권익향상, 제4항의 노인과 청소년 복지향상, 제5항의 신체 장애인에 대한 국가적 배려, 제6항의 재해예방 등 국민에 대해서는 일련의 사회보장 수급권을, 국가에 대해서는 사회보장증진의 의무를 부여하고 있다.

한편, 「세계인권선언」은 인간은 태어나면서부터 동등한 존엄성과 권리를 가진다고 규정하고 있고, 우리 정부가 비준한 국제연합 인권규약 중 「경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약」(A규약)은 제9조에서 “당사국은 모든 사람이 사회보험을 포함하여 사회보장에 대한 권리를 가지는 것을 인정한다”고 하여 외국인의 사회보장에 관한 권리주체성을 명언하고 있다.

그리고 국제노동기구(ILO)는 1949년의 「외국인근로자 협약」에서 외국인에

179) 권영성, 앞의 책, 660면.

하여 사회보장에 있어서 자국민과 동등한 대우를 할 것을 규정하였으며, 1962년의 「사회보장의 최저기준에 관한 조약」과 「사회보장에 있어서 내외국인 평등대우에 관한 조약」에서도 지속적으로 내외국인 평등대우를 권고하고 있다. 1925년의 재해보상 균등대우협약에서는 산업재해발생시 내외국인 근로자를 차별하지 않고 동등하게 보상하여야 할 것을 규정하고 있다.

우리나라는 1982년에 「외국인근로자의 사회보장에서의 권리유지에 관한 협약과 권고」를 채택하였다. 그래서 국제법상 보호규범에 의한 기본원칙에 따라 사회보장제도의 가장 중요한 부분인 사회보험, 특히 4대 보험의 가입에 있어서 내국인과 외국인 사이에 차별이 있어서는 아니 될 것이다.

인간다운 생존의 영역에 관련된 일정한 요건을 가진 이들에게 헌법적 보장을 해 주는 입법이 처음부터 사회권의 성질에 모순되는 것은 아니며, 오히려 입법정책에 따른 보장이 더욱 요청된다. 따라서 외국인근로자는 우리사회에서 하나의 구성원으로서 사회보장권의 주체로 인식되어야 할 것이다. 현재 일부 외국인 근로자의 범죄행위와 같은 부정적인 측면의 시각에 치우쳐 그들 전체를 매도하면서 인권의 세계적 추세에 역행하는 차별을 자행하기보다는 국적에 의한 차별을 없애야 한다는 국제적 추세와 대한민국 내에서 근로하고 있는 외국인 근로자의 인간다운 생활을 존중한다는 배려차원에서 그들에게 사회권적 기본권을 확대 보장하는 것이 바람직하다. 한국에 살면서 일을 하고, 세금을 내며, 자녀를 양육하는 사람들이 단순히 국적이 없다는 이유만으로 사회복지수급대상에서 제외된다는 것은 합리적인 근거를 가지기 힘들다. 그럼에도 불구하고 결혼이주 외국인에 대한 최저생계비 이하의 소득자를 위한 국민기초생활보장제도의 혜택을 받기 위한 요건을 제한한 것(「사회보장법」 제5조의2)은 「A규약」 제9조의 규정에 비추어 바람직하지 않다.

물론 이러한 입장에 대하여는, 자국민의 이익을 희생할 우려를 감수하면서 외국인의 사회보장수급권을 확대 보장하는 것이 과연 현실성이 있는 것인가라는 비판이 있을 수 있다. 그러나 비판이 반드시 정확한 것은 아니다. 한국의

총국민소득 수준이 세계 10위권 근처이고, 일인당 소득이 30위권을 오르내리는 오늘날, 한국의 복지수준은 OECD 국가 가운데 최하위를 차지할 뿐만 아니라 전체국가들의 순위에서도 100위권 밖으로 밀려 나 있을 정도로 우리나라의 복지수준은 낙후되어 있다. 그렇다면 현금에 우리가 처한 상황은 외국인의 사회보장수급권을 논하기 이전에, 복지국가의 의미 자체를 먼저 논의해야 할 형편이다. 1980년대 이후 한국은 복지체계의 틀을 완결하였던 1960년대 초 서유럽국가들의 국부수준을 훨씬 능가한 상태라고 한다.¹⁸⁰⁾ 복지국가를 사회주의라고 매도했던 대처 영국수상도, 자본편향적 공급측 경제논리에 의존했던 레이건 미국 대통령도 복지지출 증가율의 둔화 이외에 그것의 축소에는 성공하지 못했을 정도로, 복지체제는 이제 신자유주의적 세계화 담론으로도 쉽게 후퇴시킬 수 없는 ‘정치적 불가역성(不可逆性)’을 안고 있다.¹⁸¹⁾ 레지스탕스 출신의 프랑스 지성인 스테판 에셀은 금년에 출판되어 우리나라에서도 선풍적인 인기를 불러 모았던 그의 책에서, 1945년에 레지스탕스의 개혁안의 핵심이 사회보장제도의 완벽한 구축이었음을 강조하면서, 오늘날 괄목할 만큼 증가한 부(富)에도 불구하고 비용을 핑계로 사회보장을 축소하려는 세력에 대하여 그의 분노를 쏟아 내고 있다.¹⁸²⁾ 그의 말처럼 오늘날 한국의 복지체제 하에서도 사회보장수급권의 문제는 비용의 문제라기보다 경제·사회의 구조문제일 개연성이 있다. 이러한 사고의 연장선에서 본다면, 외국인의 사회보장수급권 역시 헌법상 인간다운 생활을 할 권리를 보장하기 위한 수단으로서 외국인 근로자의 기본권이라는 전제 하에 기본권의 제한문제에 대한 해석론에 초점을 맞추어야 할 것이다.

2. 현행 사회보장 관련 법제상 외국인 근로자의 지위

(1) 「사회보장기본법」

180) 고세훈, "한국정치와 복지한국의 미래", 「한국교회와 정치윤리」, SFC, 2002, 141면.

181) 고세훈, 앞의 논문, 138면.

182) 스테판 에셀, 「분노하라」, 돌베개, 2011, 11-13면.

「사회보장기본법」 제8조(외국인에 대한 적용)는 ‘국내에 거주하는 외국인에게 사회보장제도를 적용할 때에는 상호주의의 원칙에 따르되, 관계 법령에서 정하는 바에 따른다.’ 라고 규정하고 있다. 문제는 여기서 규정한 상호주의 원칙은 사회보장체계가 완비되어 있는 선진국 상호간에서 의미가 있는 것이고, 사회보장체계가 미비한 개발도상국가 출신자에게는 실효성이 없는 규정이라는 점이다. 즉, 귀화를 하지 않은 결혼 이주자들의 경우 상호주의 원칙에 따라 우리나라와 사회보장협정을 체결한 나라 출신인 경우에만 그 수혜대상이 될 수 있는데, 우리나라와 사회보장협정을 맺은 나라들 대부분이 미국, 영국, 프랑스, 캐나다와 같은 선진국들이어서 동남 아시아의 개발도상국이나 후진국 출신의 많은 결혼 이주자들이 사회보장제도의 적용을 받지 못하고 있는 실정이다.¹⁸³⁾ 교통·통신의 발달에 힘입어 국제교류가 급증하고 내외국인 평등대우가 일반화되어 가고 있는 현대사회에서 이러한 상호주의 원칙에만 의존하는 것은 바람직하지 않다. 특히 주로 선진국 출신의 전문인력 근로자와 달리, 사회보장제도의 혜택이 더욱 절실한 단순·미숙련 노동자들이 개발도상국가 출신일 수 밖에 없는 현실에서 상호주의의 고수는 미성숙한 태도라는 지적을 면할 수 없을 것이다.

따라서 외국인의 사회권적 기본권 주체성을 전제로 검토해 보건대, 근로관계법의 적용이 국적과 불법체류 여부를 불문하고 근로활동을 전제로 하는 것이라면 외국 근로자의 건강권 내지 치료받을 권리에 관계되는 기본적인 사회보험의 가입을 확대한다고 해서 헌법 제37조제2항의 기본권 제한문제와 관련하여 그다지 문제가 되지는 않을 것으로 생각된다.¹⁸⁴⁾

183) 송수진, "결혼이민자가족의 사회 정착을 위한 법제 개선 방안", 충남대학교 박사학위 논문, 2010, 215면.

184) 예를 들면 건설일용근로자 사업장 적용에 따른 건설현장의 국민연금 및 건강보험 적용과 관련하여 사회보험 사후정산 제도는, 소규모 영세 건설업체의 경우 보험료가 낙찰율에 연동되어 건설업체들이 사회보험료 부족으로 보험가입을 회피함으로써 인해 일용근로자들이 사회보험의 사각지대에 남는 것을 해소하고자 도입한 것인데, 가입대상자는 건설현장에 종사하는 대한민국 및 외국인 일용근로자로 규정되어 외국인 근로자 중에서 불법체류자는 제외하고 있다.

그러므로 외국인근로자의 사회보장수급권 문제는 국적 여부나 상호주의 원칙의 문제가 아니라, 외국인 근로자는 헌법상 기본권인 인간으로서의 생존권 및 쾌적한 생활권의 주체이며, 평등권의 주체라는 관점에서 내국인과 동일한 사회보장수급권을 보장받아야 할 것이다. 향후 「사회보장기본법」체계를 정비하는 과정은 이러한 헌법적 바탕 위에 이루어져야 할 것이다.

(2) 「산업재해보상보험법」

「산업재해보상보험법」 제1조(목적)은 ‘이 법은 산업재해보상보험 사업을 시행하여 근로자의 업무상의 재해를 신속하고 공정하게 보상하며, 재해근로자의 재활 및 사회 복귀를 촉진하기 위하여 이에 필요한 보험시설을 설치·운영하고, 재해 예방과 그 밖에 근로자의 복지 증진을 위한 사업을 시행하여 근로자 보호에 이바지하는 것을 목적으로 한다.’라고 되어 있다. 즉, 이 법은 근로자가 재해를 당한 경우에 실효적으로 근로자를 보호함을 목적으로 하고 있는 바, 이 법의 기본적인 특성은 근로자에게 업무상 재해가 발생한 경우 사용자에게 책임이 있는지 없는지를 묻지 아니하고 사용자가 이를 책임지도록 되어 있어, 위험책임 내지 결과책임에 입각한 사용자의 무과실책임주의를 바탕으로 하고 있다. 그리고 노동관계의 약자인 근로자에 대한 보호 뿐만 아니라, 사용자 등이 부담해야 할 배상의 책임을 분산, 경감시키려는 의도에서 사회보험으로서 강제가입방식을 채택하고 있다.

「산업재해보상보험법」은 제5조(정의) 제2호에서 ‘이 법의 “근로자”는 「근로기준법」에 따른 "근로자"를 말한다’고 규정한다. 한편, 근로기준법은 제2조(정의) 제1항 제1호에서 ‘"근로자"란 직업의 종류와 관계없이 임금을 목적으로 사업이나 사업장에 근로를 제공하는 자를 말한다.’고 하여 외국인근로자에 대하여 특별한 언급이 없다. 따라서 「산업재해보상보험법」상 외국인에 대하여 그 적용을 배제하거나 상호주의를 규정하지 아니 한 이상, 이 법의 제반 규정은 외국인에게도 내국인과 차별없이 적용된다고 해석된다. 외국인 근로자

가 미등록 외국인 근로자인지 여부는 「산업재해보상보험법」의 적용에 영향을 미치지 아니한다.

따라서 재해의 피해자가 외국인 근로자인 경우에도 업무상 재해와 질병의 해석, 보험급여의 종류, 지급요건 및 지급기준 등에 있어 내국인과 아무런 차별이 있어서는 안된다.

(3) 「국민건강보험법」

‘이 법은 국민의 질병·부상에 대한 예방·진단·치료·재활과 출산·사망 및 건강증진에 대하여 보험급여를 실시함으로써 국민보건을 향상시키고 사회보장을 증진함을 목적으로 한다.’(「국민건강보험법」 제1조) 「국민건강보험법」은 헌법 제36조 제2항에서 ‘모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다.’고 규정한 바에 따라 국민의 의료에 관한 복지권을 구체화한 법이다. 연혁적으로 본다면, 건강보험의 대상은 처음에는 “피용근로자”였으나, 사회경제적 여건의 변화에 힘입어 자영업자를 대상으로 추가하고, 나아가 모든 국민을 그 적용대상으로 하기에 이르렀다. 따라서 건강보험은 전국민보험이라는 보편주의적 성격을 띠며, 사회보장의 이념을 실현하기 위하여 강제가입을 원칙으로 하고 있다. 보험료는 소득수준에 따라 차등부과하지만, 보험급여에 있어서는 필요에 따른 균등급여의 원칙에 의한다.

「외국인근로자의 고용 등에 관한 법률」은 제14조에서 ‘사용자 및 사용자에게 고용된 외국인근로자에게 「국민건강보험법」을 적용하는 경우 사용자는 같은 법 제3조에 따른 사용자로, 사용자에게 고용된 외국인근로자는 같은 법 제6조제1항에 따른 직장가입자로 본다.’고 하여, 외국인이 내국인과 동등하게 국민건강보험에 가입할 수 있도록 하고 있다. 또한 「국민건강보험법」 제93조(외국인등에 대한 특례) 제2항은 ‘국내에 체류하고 있는 재외국민 또는 외국인으로서 대통령령이 정하는 사람은 제5조(적용대상 등)의 규정에 불구하고 이 법의 적용을 받는 가입자 또는 피부양자가 된다.’고 하여, 외국인은 「출입

국관리법」 및 「재외동포의 출입국과 법적지위에 관한 법률」상의 체류기간 연장허가를 받지 아니하거나 강제퇴거명령서가 발부된 자가 아닌 한(「국민건강보험법」 시행령 제64조), 그 신청에 의하여 사업장 가입자가 될 수 있다.

(4) 「국민연금법」

‘이 법은 국민의 노령, 장애 또는 사망에 대하여 연금급여를 실시함으로써 국민의 생활 안정과 복지 증진에 이바지하는 것을 목적으로 한다.’(「국민연금법」 제1조) 국민연금제도는 사회적 사고를 당한 국민이 미리 형성한 공동기금으로부터 급여를 지급받도록 함으로써 사회적 위험을 분산시키는 기능을 한다. 즉, 사회생활을 영위하는 과정에서 고령, 질병, 사망 등의 사회적 사고가 발생한 경우에, 국민연금제도가 개인과 가족의 안전망으로 작동함으로써 국민이 인간다운 삶을 유지하게 함에 그 목적이 있는 것이다. 「국민연금법」은 1973년 국민복지연금법이 제정된 이래 수차례 개칭 및 개정을 거쳐, 현재 사업장 가입자 및 지역 가입자를 포함하여 모든 국민을 그 대상으로 적용되는 법으로서, 이에 의한 국민연금제도는 건강보험제도와 더불어 우리나라 사회보험제도의 양대 지주로서 기능하고 있다.

국민연금은 특수직역에 종사하는 공무원, 군인, 사립학교 교직원을 제외하고는 18세 이상 60세 미만의 경제활동 중인 모든 국민을 대상으로 하며, 강제가입을 원칙으로 한다. 그리고 국민연금제도는 국가가 관리·운영함으로써 제도의 영속성과 안정성을 보장하고 있다.

「국민연금법」 제6조(가입대상)에 의하면, ‘국내에 거주하는 국민으로서 18세 이상 60세 미만인 자는 국민연금 가입 대상이 된다. 다만, 「공무원연금법」, 「군인연금법」 및 「사립학교교직원 연금법」을 적용받는 공무원, 군인 및 사립학교 교직원, 그 밖에 대통령령으로 정하는 자는 제외한다.’ 그런데 제 126조(외국인에 대한 적용) 제1항은 ‘이 법의 적용을 받는 사업장에 사용되고 있는 외국인과 국내에 거주하는 외국인으로서 대통령령으로 정하는 자 외의

외국인은 제6조에도 불구하고 당연히 사업장가입자 또는 지역가입자가 된다. 다만, 이 법에 따른 국민연금에 상응하는 연금에 관하여 그 외국인의 본국 법이 대한민국 국민에게 적용되지 아니하면 그러하지 아니하다.’고 하여 상호주의에 의하고 있다. 국민연금보험의 당연적용 제외자의 경우 임의가입할 수 있는데, 문제는 외국인 근로자의 경우 상호주의원칙에 의하여 가입이 제한될 가능성이 있다는 것이다.

그러나 전술한 바와 같이 이러한 상호주의는 현대의 추세에 비추어 바람직한 태도가 아니다. 국민연금제도의 운영을 위한 재원은 피용 근로자와 사용자의 보험료와¹⁸⁵⁾ 관리운영비에 대한 정부의 보조금으로 충당·운영하며, 건강보험의 경우에는 사업주가 보험료액의 50/100을 부담한다. 그러나 산업재해보상보험의 경우에는 보험가입자가 사업주이므로 사업주가 보험료를 전액 부담하며 (「고용보험 및 산업재해보상보험의 보험료징수 등에 관한 법률」 제5조 제3항, 제13조) 국가가 보험사업에 드는 비용의 일부를 지원할 수 있다. 그렇다면 보험사업의 재원의 측면에서 볼 때에, 보험료의 부담을 지지 아니하는 산업재해의 피보험자인 외국인 근로자에게 상호주의의 제한 없는 내국인과의 평등적용이 인정되는 마당에, 외국인 근로자 본인이 보험료를 부담하고 있는 국민연금보험의 적용에서 굳이 상호주의에 의존하는 것은 균형상 적절하지 않다. 물론 보험사고의 성격이 산업재해나, 노령, 장애, 사망과 같은 사회적 사고이냐의 차이가 있긴 하지만, 이는 무차별 적용과 상호주의를 구분할 필연적인 요소는 아니라고 생각한다.

외국인 근로자에 대한 「국민연금법」의 적용에 있어서도 상호주의의 제한은 없다.¹⁸⁶⁾ 따라서 국민연금법의 적용에 있어서 외국인 근로자에 대한 상호주의의 제한규정은 삭제하는 것이 국제법상 보호규범에 의한 기본원칙이나 헌법상 평등원칙에 비추어 적절하다고 생각한다.

185) 지역가입자와 자영업자의 경우에는, 보험료를 전액 본인부담한다.(국민연금법 제88조 제4항)

186) 아마도 단기보험인 건강보험과 달리 국민연금은 장기보험이라는 차이가 상호주의를 적용하는 근거일 수 있다.

(5) 「고용보험법」

고용보험제도는 고용보험의 시행을 통하여 실업의 예방, 고용의 촉진 및 근로자의 직업능력의 개발과 향상을 꾀하고, 국가의 직업지도와 직업소개 기능을 강화하며, 근로자가 실업한 경우에 생활에 필요한 급여를 실시하여 근로자의 생활안정과 구직 활동을 촉진함으로써 경제·사회 발전에 이바지하는 것을 목적으로 한다.(「고용보험법」 제1조)

「고용보험법」 제10조(적용 제외 근로자)에 의한 시행령 제7조 제2항은 외국인 근로자 중 일정한 자를 대하여 「출입국관리법」에 정한 일정한 기준에 따라 「고용보험법」의 대상에서 제외하고 있다.(「고용보험법」 시행령 제3조 제2항)

(6) 고용허가제도 4대 보험

「외국인 근로자의 고용 등에 관한 법률」은 제22조(차별 금지)에서 ‘사용자는 외국인근로자라는 이유로 부당하게 차별하여 처우하여서는 아니 된다.’고 규정한다. 그리고 외국인근로자와 이들을 고용한 사용자가 이 법에 의거, 의무적으로 가입해야 하는 보험을 규정하고 있는데, 이를 ‘고용허가제도 4대 보험’이라고 한다. 이는 4대 사회보험(고용보험·산재보험·건강보험·국민연금보험)과 별도로 운영되고 있는데, 그 내용을 보면 출국만기보험·신탁(제13조)은 상시근로자 5인 이상 사업장에서 근로기준법상 퇴직금을 대신하여 가입하는 보험이며, 보증보험(제23조)은 사용자의 외국인근로자에 대한 체불임금을 보증하기 위한 보험이다. 그리고 귀국비용보험·신탁(제15조)은 외국인근로자의 출국시 귀국경비를 충당하기 위한 보험이며, 상해보험은 외국인근로자의 업무상 재해 이외의 상해 또는 질병 사고를 보상하는 보험이다.

제5절 기타 사회권적 기본권

1. 외국인의 혼인·가족생활의 보장·모성의 보호·보건권 및 환경권

헌법 제10조에 의하면 인간으로서의 존엄과 가치·행복추구권의 향유자는 ‘모든 국민’이다. 그러나 인간으로서의 존엄과 가치·행복추구권은 ‘인간’이 가지는 권리이기 때문에, 인간이 아닌 법인이나 법적 권리능력이 없는 인적 결사등과 달리, 인간인 이상 국적과 무관하게 국민뿐만 아니라 외국인 및 무국적자도 그 주체가 된다. 한편, 헌법 제36조 제1항은 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며 국가는 이를 보장한다”고 규정하여 혼인과 가족생활의 보장 역시 외국인에게 동일하게 적용됨을 밝히고 있다.

요컨대 혼인과 가족생활에 있어 개인의 존엄과 양성의 평등은 인간의 존엄과 가치의 보장과 평등권의 보장에 당연히 포함되는 것이며, 이러한 기본권은 인간의 권리이므로 외국인에게도 인정된다. 그 내용은 국가가 혼인의 순결과 혼인의 자유, 부부의 평등을 보장하며, 양성의 평등을 침해하거나 개인의 존엄성을 침해하는 것으로부터 혼인과 가족생활을 보호하는 것이다.

헌법 제36조 제2항은 “국가는 모성의 보호를 위하여 노력하여야 한다”라고 하여 국가의 모성보호의무를 규정하고 있다. 헌법은 직접적으로 모성의 보호를 위한 국가적 노력의 의무만을 명언하고 있지만, 모성의 입장에서 국가에 대하여 모성의 보호를 요구할 수 있는 권리가 된다. 여기서 모성이란 자녀를 가진 여성을 말하는 바, 여성이 모성의 보호를 받지 않고서는 남성과 동등한 입장에서 경제생활을 영위할 수 없을 뿐만 아니라, 모성보호는 신체적·생리적 특성에 기인한 여성만의 몫이 아니라 인류공동의 사회적 기능으로 이해되어야 하므로¹⁸⁷⁾ 모성의 보호는 외국인이라 하여 제외대상이 될 이유가 없다.

187) 전윤선, “모성보호에 관한 연구”, 창원대학교 석사학위논문, 2002, 30면.

헌법 제36조 제3항은 “모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다”고 하여 국민의 보건권을 규정하고 있다. 보건권은 국민이 스스로의 건강을 국가 권력으로부터 방해받지 않고 자유롭게 향유할 수 있는 방어권으로서의 소극적 성격의 권리인 동시에 적극적으로 국민의 보건을 위한 정책을 수립하고 시행하여야 할 책무를 국가에 대하여 청구하는 개인의 주관적 공권이다.¹⁸⁸⁾ 일반적으로 보건권의 주체는 내국인인 자연인에 한한다고 하지만,¹⁸⁹⁾ 외국인의 보건권 주체성을 인정하고, 구체적인 사안에 따라 기본권 제한의 문제로 논하여야 할 것이다.

헌법 제35조는 환경권을 규정하고 있는데, 환경권이란 대체로 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리로서 자유권적 성격 뿐만 아니라 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권으로부터 도출되는 사회권적 기본권으로서의 성격을 갖는 종합적 기본권이라는 것이 일반적인 견해이다.¹⁹⁰⁾ 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리는 인간의 권리로서 자연인만이 가질 수 있는 것이므로 환경권은 성질상 자연인에게만 인정되고 법인에게 인정되지 않는데, 외국인 역시 이러한 점에서 환경권의 주체성이 인정된다. 예컨대 국가나 지방자치단체가 건설사업을 행하거나 공해산업을 유지하여 적극적으로 환경을 침해하는 경우에 환경권을 침해당한 외국인이 행정소송, 헌법소원 또는 국가배상청구 등을 제기할 수 있으며, 사인(私人)에 의한 환경피해가 발생한 경우에는 사전적 구제방법으로서 유지청구권(留止請求權)과 사후적 구제방법으로서 손해배상청구권을 행사할 수 있는 것이다.

이하에서는 특히 국제결혼에 의한 이주외국인과 관련하여 그 문제점과 대응 방안을 검토하고, 가족결합의 문제를 살펴 본다.

188) 강경근, “국민의 보건권에 관한 현재의 최근결정”, 고시연구(2005. 6.), 137면. ; 현재 1995.04.20, 91헌바11, 판례집 제7권 1집, 478면.

189) 강경근, 앞의 논문, 138면.

190) 김종세, “국가의 환경권 보장을 위한실효성 모색 - 환경교육진흥법제정안을 고려하여 -”, 환경권연구 제29집 제1호(2007.), 한국환경법학회, 169면.

2. 결혼이주 외국인과 관련한 법적 규제상 문제점

(1) 국제결혼의 현황

우리나라는 1980년대 후반 이래 외국인 노동자의 유입 등으로 인하여 외국인의 왕래가 늘어나면서 국제결혼의 비율 또한 꾸준히 증가하기 시작하였다. 1990년대 초반까지만 해도 국제결혼 대상자가 한국 농어촌 남성들에게 한정되는 경향이 있었는데 90년대 후반부터는 도시 일용직 노동자, 사업가, 자영업자 등으로 그 대상이 다양화되고 있고, 재혼을 원하는 남성들도 국제결혼을 통하여 젊은 외국여성들을 부인으로 맞아들이고 있는 실정이다. 상대 여성들은 1992년 한중수교 이후 중국여성이 대부분을 차지했었으나 최근에는 동남아시아와 중앙아시아 출신 여성들이 상당부분을 차지한다. 우리나라가 아시아 국가들에 미치는 국가적 영향력의 증대로 인해 상대적으로 아시아 국가 여성들의 한국으로의 국제결혼 비율이 급증하고 있는 것이다.

문제는 국제결혼과 혼혈자녀¹⁹¹⁾의 증가로 인해 가정폭력, 사회적 차별, 빈곤과 보건, 자녀교육 등의 사회문제의 발생이 날로 빈번해지고 있다는 것이다. 특히 국제결혼의 대부분을 차지하는 결혼이주 외국인 여성과 그 자녀의 경우, 결혼생활이 순조로울 때에는 문제가 없겠으나 어떤 이유로든 가정생활이 파탄

191)코시안(Kosian, Korean + Asian) 또는 온누리안은 한국인 아버지와 아시아인 어머니 사이에서 태어난 한국인 2세를 일컫는 용어이다. 보통 2세가 겹모습으로 일반 한국인과 구별하기 어려운 일본, 중화민국(대만), 중화인민공화국(중국 대륙) 등의 동아시아 국가 출신인 경우는 포함되지 않는다. ‘코시안’이란 용어는 1997년경 다문화 가정이 그들 스스로를 가리키는 말로 처음 사용되었는데, 2000년대 들어 동남 아시아 국가 출신의 여성과 한국 남성간의 국제 결혼이 증가하기 시작하면서 자주 회자되었다. 코시안이란 용어가 인종차별적이라는 지적이 여러 번 제기되었는데, 한국인 스스로가 아시아인의 일부이면서도 아시아인과 구별되려는 신중 오리엔탈리즘이라는 지적과, 같은 아시아라도 한국보다 소득 수준이 높은 국가 출신에 대해서는 해당되지 않는다는 점, 2세들이 대한민국 국적을 가진 한국인이라는 점, 이국적인 외모에 따른 차별이라는 점 등이 포함되었다. 국립국어연구원은 온누리안이라는 신조어를 대안으로 제시하였으나, 대중적인 힘을 얻지는 못하고 있다. 현재 이들 아동들은 전체 대한민국 아동 인구의 0.5%에 불과하지만, 2020년경에는 30%까지 확대될 것으로 예상되고 있다. 이러한 추세의 예상은 대한민국의 저출산과 국제결혼 증가에 기인한다. 펄벅재단에 따르면, 약 3만 명의 코시안 어린이가 대한민국에 있다고 한다. 코시안 어린이는 다른 혼혈인과 마찬가지로 자주 생김새를 이유로 차별을 당하는 사례가 있다. (<http://ko.wikipedia.org/wiki>)

에 이른 경우에는 관련 실정법상의 여러 제한규정으로 인하여 국내에서의 법 생활에 있어 수많은 애로를 겪고 있는 실정이다.

(2) 문제점

(가) 혼인에 기한 간이귀화신청의 문제점

한국인과 결혼한 외국인 배우자의 경우 거주(F-2) 비자 자격¹⁹²⁾으로 한국에서 체류하게 되고, 그러한 상태로 2년 동안 한국에서 혼인생활을 유지할 경우 간이귀화 신청(「국적법」 제6조 제2항)을 하여 국적을 취득하는 것이 가능하다. 그러나 이 경우에 한국인 배우자가 의도적으로 외국인 배우자의 국적취득에 동의하지 않는 경우가 있을 뿐만 아니라, 현실적으로 국적취득 과정이 복잡한데다가 「국적법」이 요구하는 수준의 경제적 여건이 되지 않아 여전히 거주(F-2)비자를 소지하고 있는 경우가 많다. 즉, 국적법은 혼인에 기한 간이귀화신청시 본인 또는 가족이 독립하여 생계를 유지할 능력이 있음을 입증하는 서류를 제출하도록 규정하고 있어, 한국인 배우자의 재정상태에 따라 이주 여성의 국적취득 여부가 결정되는 결과가 된다는 문제점이 지적된다.

그리고 혼인에 기한 간이귀화신청절차에서 신청서류 접수시 반드시 한국인 배우자와 함께 출석하도록 하고 배우자의 신원보증을 필수적 신청서류로 하고 있는데, 이러한 규정은 외국인 이주여성의 한국국적 취득이 전적으로 한국인 배우자의 의사에 좌우되도록 하는 결과를 가져온다. 다시 말하자면 이러한 규정은 평등하여야 할 부부관계에 위계질서를 부여함으로써 가정폭력이나 부부관계 파탄의 잠재적인 위험성을 내포하게 한다.¹⁹³⁾

(나) 이혼시 국적취득요건의 문제점

192) F-2 비자는 1회에 부여하는 체류기간의 상한이 3년인데 통상 1년 단위로 체류기간을 부여하고 기간만료시 체류기간 연장신청시 국민의 배우자로서 정상적인 결혼생활을 하고 있는지 여부 등을 심사하여 체류기간을 연장해 주는 조치를 취하고 있다.(출입국 관리사무소 홈페이지 자료실 참조)

193) 김희정, "울산지역 이주여성들의 혼인생활에서 발생하는 문제점과 그 대책", 울산대학교 정책대학원 석사학위연구보고서, 2009, 12면.

2004년의 개정 「국적법」은 한국인 배우자의 귀책사유로 혼인생활이 파탄된 경우, 결혼이주 외국인이 상대방 한국인 배우자의 귀책사유를 입증하면 국적취득을 할 수 있는 규정(제6조 제2항 제3호)과 함께, 한국인 자녀를 출산하여 양육하고 있는 경우에는 국적취득의 기회가 부여되도록 하는 규정(제6조 제2항 제4호)을 두고 있다. 즉, 일정기간 요건(제6조 제2항 제1호, 2호)을 충족하지 못하더라도 예외적으로 국적을 취득할 수 있는 길을 마련한 것이다.

그러나 사실상 외국인 결혼배우자들의 경우 그러한 법 자체를 알지 못하는 경우가 대부분이고, 한국어조차 제대로 알지 못하는 외국인 배우자가 직접 상대방 한국인 배우자의 귀책사유를 입증하기 위한 서류를 구비하여 제출한다는 것은 기적에 가까운 일이다. 실제로는 이주여성들이 한국인 배우자로부터 쫓겨나 그대로 식당 등을 전전하면서 체류기간을 도과하게 되고 결국 단속으로 적발되어 강제추방을 당하는 경우가 허다하다. 이주여성들이 적발되어 국외로 추방을 당하는 과정에서 출입국사무소 단속직원들이 호적상 배우자로 등재되어 있는 한국인 배우자에게 연락하여 적발사실을 통보해 주는 경우가 많은데, 한국인 남성배우자들은 이 경우 이주여성을 위장결혼목적 입국자로 매도하여 추방에 동의하는 경우가 대부분이다.

(ㄹ) 체류자격규정의 문제점

결혼이주 외국인은 비자발급에서 체류기간의 연장에 이르기까지 한국인 배우자의 동행, 한국인 배우자의 신원보증, 그리고 한국인 배우자의 경제적 여건 등이 필수적 요건으로 작용하기 때문에 결혼이주 외국인의 국내체류의 합법여부는 오로지 한국인 배우자에게 의존하는 실정인데, 이는 부부평등을 심하게 저해하는 문제점이다.

결혼이주 외국인이 국적을 취득하기 전의 체류기간 동안은 한국인 배우자가 신원보증인이 되는데, 한국인 배우자가 일방적으로 신원보증을 해지함으로써 외국인인 배우자를 불법체류자로 전락시키는 문제가 있다. 이처럼 외국인 배

우자의 귀책사유와 관계없이 한국인 배우자의 일방적인 해지권 행사로 인하여 외국인 배우자가 불법체류자로 전락하는 것을 방지하기 위해서는, 한국인 배우자에 의한 신원보증해지 신고가 있더라도 바로 불법체류자로 분류할 것이 아니라, 특히 가출이나 가정폭력으로 외국인 전용쉼터 등에서 피신하고 있는 여성결혼이민자의 경우 쉼터 등의 상담소 및 보호시설과 협조체계를 구축하여 여성결혼이민자의 의견을 청취하고 한국인 배우자의 주장에 대한 사실여부를 확인한 후 구체적 사안에 따라 체류허가 여부를 결정할 수 있도록 제도를 정비하여야 할 것이다.¹⁹⁴⁾

「국적법」상 일정기간 경과 이전에 이혼하였을 때, 이혼이 한국인 배우자의 유책사유에 의한 것임이 입증되지 않거나 부부사이에 출생한 자녀 등이 없는 경우 외국인 배우자는 체류자격에 해당하는 거주(F-2) 비자의 체류요건에 변경이 발생한 것이 되어, 한국인의 배우자로서 부여받았던 비자 자격이 실효되기 때문에 적법한 방법에 의하여 다른 체류자격으로 비자를 변경하지 아니할 경우 「출입국관리법」상 불법체류자로 강제추방을 당할 위기에 처하게 된다. 그러나 배우자의 호적등본과 주민등록등본, 신원보증서에 정부수입인지 2만원 까지 갖추어 체류연장 신청서를 작성하고 제출하는 것은 현실적으로 극히 어려운 일이다. 물론 신원보증의 경우 배우자 외에 제3자도 가능하기는 했지만, 신원보증인이 ‘한국인 배우자의 친척, 친지 또는 보증능력이 있는 만20세 이상의 일정한 직장이나 직업이 있는 자’로 되어 있는데, 이미 가정파탄이 난 상황에서 이같은 신원보증인을 구하기는 현실적으로 거의 불가능하다.

따라서 입국 후 자신의 귀책사유가 없이 가정이 파탄되어 이혼 또는 기타 정리를 위해 체류하게 될 경우에는 「출입국관리법」 제76조의 2가 규정하는 난민에 준하는 지위를 준용하거나 기타(G-1) 임시 체류기간자격을 부여하여 조건부체류를 허가하거나 또는 동법 제61조상의 체류허가의 특례를 적용하고 그 기간 동안 생존을 위해 취업할 수 있도록 체류허가외의 활동을 인정하거

194) 김재련, "국제결혼을 통한 이주여성의 지위", 명지대학교 석사학위논문, 2007, 44면.

나, 또는 외국보호소나 각종 사회시민단체의 쉼터 등에서 장기보호를 받을 수 있도록 배려하여야 한다. 특히, 자녀가 있는 경우에는 면접교섭권의 실행을 위해 장기적으로 입국할 수 있도록 사증을 면제해 주는 방안도 검토되어야 한다¹⁹⁵⁾.

(㉮) 검토

국적문제는 결혼이주 여성들과 자녀들이 한국 사회에서 살아가면서 자신들의 정체성을 확인하는 과정에서 최우선으로 해결되어야 할 과제이다. 이는 정치적 권리와 사회수급권 등 구체적인 권리의 향유에 있어서 직접적인 영향을 미치게 되기 때문이다. 그러나 현재의 법적 규율은 급격히 확대되고 있는 결혼이주의 현실에 미치지 못하고 있다. 2004년 간이귀화 요건을 완화하고, 여성과 아동의 인권보호 차원에서 국적취득을 허용하는 것으로 개정하면서 상당부분 개선된 면이 있으나, 아직도 전반적으로 현행 국적취득 절차는 여전히 경제적 능력요건과 배우자의 신원보증 요건, 이혼시 한국인 배우자의 귀책책임 확인 등의 요건과 관련하여 결혼이주 외국인들에게 극복하기 어려운 좌절감을 안겨주고 있다.

전술한 바와 같이 혼인 중 국적취득 전의 체류기간에도 결혼이주 외국인은 한국인 배우자의 동행 및 신원보증의 필수요건규정, 이혼소송 진행 중의 취업금지규정 등으로 인하여 취약한 법적 지위를 유지하면서 배우자에 대한 종속을 강요당하고 있다. 이로 인하여 여성인 외국인 배우자들이 잠재적으로 한국인 남편의 학대 내지 폭력에 노출될 위험을 안고 있어, 이는 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다”고 규정한 헌법 제36조 제1항에 어긋난다고 하겠다. 더 나아가 결혼이주 외국인의 자녀는 국제결혼한 부모의 삶의 질의 직접 영향 하에 있을 수 밖에 없으므로 결혼이주 외국인의 인권보장은 그 자녀의 인권과 직결된다

195) 박선영, "이주여성과 그 자녀의 인권", 저스티스 통권 제96호(2007. 2), 21면.

는 점을 또한 기억해야 할 것이다.

(3) 관련판례 - 한중국제결혼정차 위헌확인¹⁹⁶⁾

(가) 사건 개요

청구인과 결혼한 중국인 배우자 甲은 청구인과 한국에서 결혼생활을 영위하기로 하고 결혼동거목적거주(F-2) 사증을 발급받기 위하여 대한민국 외교통상부 산하 주중국 대한민국대사관에 전화를 하여 주중 한국대사관 소속 직원으로부터 사증신청접수일을 지정받고, 그 일자에 접수되도록 위 사증발급신청서를 작성하여 호적등본, 결혼공증서 등 사증발급자격의 확인을 위하여 요구되는 각종 서류를 첨부하여 우편으로 발송하였다.

그런데 첨부서류 중에는 청구인과 위 甲의 교제과정, 청구인의 국내 재정상황 등이 기재되어 있는 ‘결혼동거사증신청 첨부서류’와 청구인이 甲과 결혼하게 된 경위, 소개인과의 관계, 교제경비내역 등을 직접 기재할 것을 요구하는 ‘초청사유서’가 포함되어 있었다. 이에 청구인은 피청구인이 위와 같이 전화예약에 의한 방법으로 사증신청접수일을 지정한 행위와 사증발급신청시 위와 같은 내용의 결혼동거사증신청 첨부서류 및 초청사유서를 제출하도록 요구한 조치는 청구인의 행복추구권, 평등권, 혼인과 가족생활에 관한 권리, 사생활의 비밀과 자유 등 헌법상 보장된 기본권을 침해한 것이라고 주장하면서 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(나) 결정요지

① ‘전화예약에 의한 사증신청접수일 지정행위’에 대한 청구부분 : 피청구인이 전화예약을 통하여 사증신청접수일을 지정한 행위는 단순한 비권력적 사실행위에 불과하여, 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당하지 아니하므로 이 부분에 대한 심판청구는 부적법하다.

② ‘결혼경위 등 기재요구행위’에 대한 청구부분 : 출입국관리에 관한 사항

196) 헌재 2005.03.31, 2003헌마87, 판례집 제17권 1집, 437면.

중 특히 외국인의 입국에 관한 사항은 주권국가로서의 기능을 수행하는데 필요한 것으로서 광범위한 정책재량의 영역에 놓여 있는 분야라고 할 수 있으므로 이러한 영역의 공권력행사의 위헌 여부를 판단함에 있어서는 완화된 심사기준이 적용되어야 한다. 즉, 국민의 기본권을 제한하는 공권력행사의 목적이 정당하고 수단이 적정해야 하며 목적과 수단 사이에 합리적 비례관계가 유지되고 있는지 여부가 위헌성 판단의 기준이 되어야 할 것이다. 이 사건 결혼경위 등의 기재서류가 없으면 혼인의 진실성을 확인하는 것이 사실상 어렵다는 점에서 이 사건 결혼경위 등 요구행위는 사증심사의 목적을 달성하는데 필요한 최소한의 조치라고 보아야 할 것이고, 나아가 중국인 배우자와의 결혼에 이르게 된 경위나 교제경비 등의 사실관계를 기재하도록 요구한 행위가 중국인 배우자와 결혼하려는 한국인인 청구인에게 수인한도를 넘는 과중한 부담을 부과하거나 기본권의 본질적 부분을 침해하는 것이라고 평가할 수는 없다고 할 것이다.

(다) 검토

이 판결은 한·중 국제결혼 및 재외공관의 사증발급 절차를 헌법상 기본권 측면에서 판단한 중요한 의미를 갖는 판례이다. 청구인의 중국인 배우자는 접수하고 며칠 뒤 (F-2)거주사증을 발급받았기에 실질적으로 권리보호의 이익이 크지 않음에도, 이에 대한 헌법적 판단을 한 점은 주목할 만 하다. 헌법재판소는 사증신청접수일을 지정한 행위는 단순한 비권력적 사실행위에 불과하며 사증발급을 위해 다양한 첨부서류를 요구하는 것을 주권국가의 정책재량이라고 판단했다. 그러나 외국인의 기본권 주체성을 인정하는 관점에서 볼 때, 사증발급, 접수 등의 거부행위에 대한 소명기회와 행정처분에 권리구제의 기회를 부여하지 않는 것은 부적절하다. 이에 대한 구체적 선례가 형성, 축적될 필요가 있고, 사증발급 거부행위에 대한 구체적 권리구제방안의 마련이 기대된다.

3. 가족결합권

(1) 가족결합권의 의의

「국제인권규약」은 혼인적령의 남녀가 혼인을 하고 가정을 구성할 권리를 규정(「B규약」 제23조 제2항)하고 있고,¹⁹⁷⁾ 「아동의 권리에 관한 협약」은 아동이 의사에 반하여 부모와 분리되지 않을 것을 규정(제9조 제1항)하고 있다. 그리고 「모든 이주노동자와 그 가족구성원의 권리보호에 관한 국제협약」(「이주노동자권리협약」; International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families)은 협약의 당사국들에게 이주노동자 가족들의 결합의 보호를 보장하기 위한 적절한 조치를 취할 것(제44조 제1항)과 이주노동자가 그의 배우자와 미혼의 미성년 자녀와 재결합하는 것을 촉진하기 위해 적절한 조치를 취할 것(제44조 제1항)을 요구하고 있다.

가족결합권(right to family unification)이란 이러한 국제인권조약들의 관련 규정에 입각하여 남녀가 혼인하여 가정을 이룰 권리, 아동이 부모와 분리되지 않고 함께 살 권리 등으로부터 파생되는 개념이라고 한다.¹⁹⁸⁾

B규약 제17조 제1항은 가정에 대한 불법적이거나 자의적인 간섭을 금지하고 있는 바, 합법적인 절차에 따른 간섭이 허용됨은 물론이다. 여기서 ‘자의적’인 간섭은 불법적인 개입보다 넓은 개념으로 국내법 절차에 따른 합법적인 추방이라고 하더라도 경우에 따라서는 자의적인 간섭이 될 수도 있다.¹⁹⁹⁾

여기서 문제는 가족의 범위가 어디까지인가인데, 외국인의 출신국의 다양한 문화적 종교적 전통을 고려하여 가능한 한 넓게 해석할 필요가 있다. 불법체류 외국인의 경우에는 불법체류자라는 이유로 혼인신고를 할 수 없다는 사정

197) 이러한 취지의 규정에는 「모든 형태의 인종차별 철폐에 관한 국제협약」 제5조(d)(iv), 「인권 및 기본적 자유의 보호에 관한 유럽협약(이하 “유럽인권협약”)」 제12조, 「미주인권협약」 제17조 제2항, 「유럽연합기본권헌장(Charter of Fundamental Rights of the European Union)」 제9조 등이 있다.

198) J. Money, “Human Rights Norms and Immigration Control”, 3 UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs (Fall 1998/Winter 1999) p.501. ; 이규창, “외국인 추방과 가족결합권의 보호 - 불법체류 외국인 근로자의 경우를 중심으로 -” 성균관법학, 제17권 제3호(2005), 성균관대학교 비교법연구소, 459면에서 재인용.

199) 이규창, 앞의 논문, 460면.

을 감안할 때 더욱 그러하다. 혼인신고를 요구하는 우리나라에서 사실혼에 대하여 일정한 법적 효과를 인정하듯이, 혼인신고를 하지 않은 사실상의 부부는 가족결합권이 인정되는 가족의 범위에 포함시켜야 할 것이다.²⁰⁰⁾

최근 하급심 판례²⁰¹⁾는 인체면역결핍 바이러스(HIV) 감염을 이유로 한 국내 체류 외국인에 대한 서울출입국관리사무소장의 출국명령처분에 대한 취소소송에서, “외국인이 일반적으로 내국인과 동일한 거주·이전의 자유를 갖는다고는 볼 수 없다”고 하면서 “이 사건 처분으로 인하여 원고의 거주·이전의 자유, 가족 결합권을 포함한 행복추구권, 치료를 받을 가능성 등은 심각하게 침해될 것임이 분명”하다고 하여 가족결합권을 행복추구권의 한 내용으로 파악하고 있다.

(2) 고용허가제도 등의 문제점

‘현대판 노예제도’라고 불렸던 산업연수생제도를 개선한다는 취지 하에, 지난 2004년 8월 부터 시행된 고용허가제도는 최대 3년의 취업기한을 보장해주고 있지만, 적은 임금에 중간비용과 기타체류비용을 감했을 때 3년이란 기한은 웬만큼 돈을 벌어서 고향으로 돌아가기에는 턱없이 짧은 기한이다.²⁰²⁾ 또한 우리나라의 외국인력정책은 단기순환정책, 즉 단신노동 및 단기간취업을 그 내용으로 하여 이주노동자들의 가족동반을 허용하지 않고 있다.²⁰³⁾ 자국노동시장의 보호를 위하여 이주노동자의 취업활동기간을 단기로 정해놓은 것 자체가

200) 이주노동자관리협약 제44조 제2항은 가족결합에 대해 규정하면서 배우자뿐만 아니라 혼인과 동등한 취급을 받는 관계에 있는 자도 그 대상에 포함시키고 있다.

201) 서울행법 2008.4.16. 선고 2007구합24500 판결.

202) 우리보다 먼저 이주노동자를 도입한 대만은 이주노동자들에게 10년간 기한을 주고 있고, 독일의 경우 단기순환이라는 짧은 고용기간이 아닌 장기적 체류 기간을 부여하고 있다. 우리의 짧은 취업기한의 고용허가제도는 결국 이주노동자가 체류기간이 끝난 후 희망하는 돈을 벌기 위하여 불법체류 노동자로 전환하게 만들 가능성을 내포하고 있다.

203) 이것은 이주노동자들의 가족동반에 따르는 사회적 비용을 부담하지 않겠다는 경제적인 이유도 있지만 장기체류 등 정주를 인정하지 않겠다는 입장을 취하고 있기 때문이다. 인력정책적 측면에서 정주화방지정책은 국내노동시장보완의 원칙과 같이 자국의 노동인력을 우선적으로 보호하는 것을 목표로 한다. (김창수, "이주노동자 자녀의 교육권 보호를 위한 법적 방안 연구", 한국교원대학교 교육대학원 석사학위논문, 2010, 56면.)

인권침해일 수는 없지만, 현재의 고용허가제도는 원칙적으로 가족동반을 금지하고 있어 결국 취업 3년간 가족과 결합할 기회를 박탈하는 결과를 가져오는바, 이는 가족결합권의 관점에서 볼 때 문제이다. 국내거주 외국인 중 50% 이상을 차지하는 이주노동자가 일정한 요건 아래 가족과 함께 체류할 수 있도록 하는 가족결합의 보장을 위하여, 고용허가제도로 도입한 이주노동자의 정주화 방지정책에 대한 근본적인 인식의 변화가 필요하며, 예컨대 적어도 합법체류자의 가족동반은 허가해야 할 것이다.

우리나라는 「이주노동자권리협약」을 비준하지 않고 있으며, 「아동의 권리에 관한 협약」을 비준하여 당사국이 되었음에도²⁰⁴⁾ 이주노동자 가족의 자녀에게는 적용하지 않고 있다. 불법체류자에게 법률적·사회보장적 혜택을 부여할 수 없다는 현재의 정책 하에서는 이주노동자가 가족을 형성할 경우 발생하는 아동의 교육문제는 전혀 고려되고 있지 않다. 즉, 불법체류 노동자의 자녀들은 부모와 함께 살 권리가 보장되지 않아 불안한 법적 상태 하에 있고, 합법적인 체류자격을 부여받은 비전문취업(E-9) 이주노동자도 그들의 가족을 국내에 입국시킬 수 없어 편법으로 자녀를 입국시킴으로써 자신들의 체류자격을 불안정하게 만들고 있다. 또한 국내에 체류하고 있는 이주노동자들의 결혼 역시 법적으로 제한되어 혼인과 가족생활의 보호를 침해할 수 있다는 문제가 있다.

204) 우리나라는 1990년 9월 25일 아동의 권리에 관한 협약에 서명하고, 1991년 11월 20일 비준하여 조약당사국이 되었다. 대한민국 정부는 비준 당시, 이 협약의 9조3항(부모로부터 분리된 아동의 면접교섭권 보장), 21조a항(공인된 기관에 의한 아동입양 허가 절차), 40조2-b-v항(아동의 항고권 보장)의 규정을 유보하였다가 2008년 10월 16일 유엔에 제9조 제3항의 유보를 철회하였음을 알렸다.

제5장 결 론

한 사회의 소외계층이나 정치적·경제적 약자들이 어떻게 처우받고 있는지를 살펴 보면 그 사회의 인권보장의 수준을 가늠할 수 있다. 오늘날 우리나라에서 외국인 단순노동자와 결혼이주 외국인은 사회의 가장 약자집단이라고 할 수 있으므로, 우리 사회의 인권수준을 가늠할 하나의 척도는 바로 이들 외국인 처우의 수준이 어느 정도인가이다. 그렇게 보면 오늘날 우리 사회에서 외국인이 처한 상황을 보건대, 노동관계법이나 사회보장기본법 등의 문제점과 출입국관리법을 비롯한 행정법규상의 미비점 뿐만이 아니라, 외국인을 바라보는 일반시민의 차별적인 의식에 이르기까지 우리 사회에서 외국인의 인권수준은 아직 갈 길이 멀다고 하겠다.

외국인 역시 우리와 같은 인간이며, 우리는 모두 잠재적으로 외국인이기도 하다. 그러므로 헌법적 보호에서 인간으로서의 존엄성과 가치에 있어 외국인은 내국인과 조금도 다를 바가 없으며, 인간다운 생활을 할 권리와 평등권의 적용에 있어서도 역시 헌법 제37조 제2항에 의한 합당한 제한이 아닌 한 차별을 받을 이유가 없는 것이다. 이 점은 국제인권규범의 보편화와 세계화가 그 배경을 이루고 있음은 이미 지적인 바와 같다. 그럼에도 불구하고 우리 사회의 인식이 아직 여기에 미치지 못하고 국가주권적인 시각과 상호주의의 좁은 틀 안에 사로잡혀 외국인에 대한 부당한 제약과 침해를 강요하는 사고와 행태는 눈앞에 닥친 국제화, 세계화의 시대를 외면함에 다름 없다. 또한 사회·경제적 측면에서 볼 때에 세계화가 확산되어 가고 정보통신기술의 발전, 매스컴의 발달로 인하여 자본과 노동의 이동이 용이해지고 또 그것이 필연적일 수밖에 없는 현대사회에서, 외국인 노동자에 대한 착취와 인권탄압을 바탕으로 하는 초과이익의 추구는 그 자체가 전근대적인 발상으로서, 이는 우리가 조속히 극복해야 할 한국 천민자본주의의 병폐이다²⁰⁵⁾.

205) 한정길, "이주노동자 노동기본권 쟁취를 위하여", 외국인 산업연수제도 철폐와 이주노동자 기본

그리고 국내의 정주외국인은 한국에서 일하고, 한국의 사회·경제에 공헌하며, 세금을 납부하는 등 시민으로서의 각종 의무를 부담하고 있어, 국적을 제외하고는 실질적으로 한국 국민과 다를 바가 없다. 이미 우리 사회의 한 부분으로 자리잡고 필수불가결한 기여를 하고 있는 외국인을 그 법적 지위에 따라 적정하게 대우함은 헌법이 추구하는 핵심가치인 인간으로서의 존엄과 가치를 존중하는 길일 뿐만 아니라, 국민과 외국인이 상호 존중하고 조화하는 사회환경을 조성함으로써 국제화·세계화 시대에 있어서 국가경쟁력을 제고하는 길이기도 한다.

보편적 인권, 평등주의, 세계시민적으로 개방된 국민주권 등 근대국가의 핵심적 구성원리를 생각해 보면, 마치 자국민임이 특권신분인 양 대우하면서 외국인을 2등시민인 양 유사신분제적(類似身分制的)인 시각으로 차별하여 혈통주의를 고수하는 국가는 진정한 의미에서의 근대국가라고 볼 수 없을 것이다.²⁰⁶⁾ 이런 점들을 염두에 두고 헌법학적 관점에서 외국인의 기본권 문제를 검토할 때에, 먼저 기존의 자유권-사회권의 이분론에 입각하여 자유권만을 전 국가적 인권으로 파악하여 이를 인간의 권리로 보고 사회권은 국민의 권리로 보아 외국인에게는 원칙적으로 사회권적 기본권을 부인하면서, 상호주의적인 좁은 시각에서 외국인을 바라보던 종래의 견해는 수정이 불가피하다고 본다. 사회권적 기본권에 있어서 상호주의 원칙은 당사국이 비슷한 수준의 사회보장 제도를 가지고 있을 때에 그 실효성이 담보되는 것이며, 그렇지 못한 경우에 해당 국민이 외국에서 사회보장제도의 혜택을 누린다는 것은 원천적으로 불가능하다. 상호주의를 엄격하게 적용한다는 것은 사실상 개발도상국 출신의 외국인에게 사회보장의 혜택을 주기를 거부하기 위한 명분에 불과하며 이는 비인도적 결과를 초래할 수 있을 것이다. 그러므로 우리의 독자적 기준에 의하여 외국인에 대한 처우 수준을 결정함이 바람직하다. 결국 이 문제는 자유권

권 보장에 관한 입법공청회, 외국인 산업연수생제도 철폐와 이주노동자 기본권보장을 위한 부산경남공동대책위원회, 2002, 23면.

206) 송정환, 앞의 논문, 27면.

과 사회권의 구별의 상대화 관점에서 사회권의 인권적 가치와 역할을 인정하고 사회권에 대한 외국인의 기본권주체성을 인정하는 데서 출발해야 한다고 본다. 그리하여 기존의 인권목록에서 사회권으로 분류되던 기본권들에 대한 개별적·구체적 연구를 통하여 기본권 제한의 한계를 밝히는 것이 앞으로의 과제라고 본다.



참고 문헌

1. 단행본

- 계희열, 「헌법학(중)」, 박영사, 2000.
- 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2005.
- 김대순, 「국제법론」, 삼영사, 2007.
- 김도균, 「권리의 문법 : 도덕적 권리·인권·법적 권리」, 박영사, 2008.
- 김주수, 「친족상속법」, 법문사, 1998.
- 김철수, 「헌법학신론(제17전정신판)」, 박영사, 2007.
- 김형배, 「노동법」, 박영사, 2006.
- 나인균, 「국제법」, 법문사, 2004.
- 마쓰마루 미찌오 외 4인, 「중국사개설」, 한울아카데미, 1991.
- 박일경, 「신헌법」, 법경출판사, 1990.
- 박홍규, 「노동단체법」, 삼영사, 2002.
- 스테판 에셀(임희근 옮김), 「분노하라」, 돌베개, 2011.
- 이상돈, 「인권법」, 세창출판사, 2006.
- 이상운, 「영미법」, 박영사, 2000.
- 임종률, 「노동법」, 박영사, 2010.
- 장영수, 「기본권론」, 홍문사, 2003.
- 조효제, 「인권의 문법」, 후마니타스, 2007.
- 토마스 버겐탈(양건 역), 「국제인권법」, 교육과학사, 2001.
- 로베르토 알렉시(이준열 옮김), 「기본권이론」, 한길사, 2008.
- 하경효 외, 「외국인 고용에 따른 사회·경제적 영향평가와 규율방안」, 고려대학교 노동문제연구소, 1998.
- 한태연, 「근대국가의 일반이론」, 법문사, 1983.

허영, 「헌법이론과 헌법」, 박영사, 2007.

홍성방, 「헌법학」, 현암사, 2005.

2. 논문

강경근, “국민의 보건권에 관한 현재의 최근결정”, 고시연구(2005. 6.)

계희열, “기본권의 주체”, 고시연구(1995. 11.)

고세훈, “한국정치와 복지한국의 미래”, 「한국교회와 정치윤리」, SFC, 2002.

권영성, “소수자의 법적 기초”, 법제연구 통권 제23호(2002. 12.), 한국법제연구원.

권혁근, “외국인 근로자고용 및 인권보장에 관한 법률에 관하여”, 외국인 산업연수제도 철폐와 이주노동자 기본권 보장에 관한 입법공청회 발제문 2, 2002.

김선택, “기본권 일반규정의 개정방안 연구”, 헌법학연구, 한국헌법학회 제12권 제4집(2006).

김수연, “기본권 주체로서의 외국인”, 유럽헌법연구 제7호(2010), 유럽헌법학회.

김재련, “국제결혼을 통한 이주여성의 지위”, 명지대학교 석사학위논문, 2007.

김태천, “재판과정을 통한 국제인권협약의 국내적 이행”, 인권법연구 제1호(2005), 카톨릭대학교 인권법연구소.

김희정, “울산지역 이주여성들의 혼인생활에서 발생하는 문제점과 그 대책”, 울산대학교 정책대학원 석사학위연구보고서, 2009.

노재철, “외국 인근로자의 기본권 보호에 관한 연구”, 동아대학교 박사학위논문, 2010.

문재태, “외국인노동자의 법적 지위에 관한 연구 -노동관련 기본권을 중심으로-”, 동국대학교 석사학위논문, 2007.

박경철, “국민주권의 본질과 실현조건에 관한 연구”, 연세대학교 대학원,

2001.

박경철, “보댕, 홉스, 루소의 주권이론과 주권론”, 강원법학, 2006.

박선영, “이주여성과 그 자녀의 인권”, 저스티스 통권 제96호(2007. 2.).

박선영, “자유민주주의 실현을 위한 헌법개정의 방향”, 헌법학연구, 한국헌법학회 제10권 제1호(2004).

박일경, “기본적 인권과 그 주체”, 고시연구(1974. 10.).

서경석, “통합이론은 민주적인 이론인가”, 공법연구 제30집 제1호(2001).

설동훈, “외국인 관련 인권정책기본수립을 위한 연구”, 전북대학교, 2004.

소라미, “국제혼인 이주여성의 안정적 신분 보장을 위한 법·제도 검토”, 한국법학원, 저스티스 통권 제96호(2007).

송수진, “결혼이민자가족의 사회 정착을 위한 법제 개선 방안”, 충남대학교 박사학위논문, 2010.

송정환, “외국인의 기본권에 관한 고찰”, 단국대학교 석사학위논문, 2002.

오동석, “한국에서 외국인 참정권 문제의 헌법적 검토”, 공익과 인권 제2권 제1호(2005).

유각근, “외국인 근로자의 지위”, 한남대학교 사회과학논집 제27집(1997. 5.).

유형식, “외국인 근로자의 법적 지위에 관한 연구”, 건국대학교 박사학위논문, 2002.

이규창, “외국인 추방과 가족결합권의 보호 -불법체류 외국인 근로자의 경우를 중심으로-”, 성균관대학교 비교법연구소, 성균관법학, 제17권 제3호(2005).

이은조, “국제법상 외국인 근로자의 법적 지위”, 고려대학교 석사학위논문, 2003.

이재홍, “결혼이주 여성의 국적취득에 대한 애로요인 영향 분석 : 나주시 다문화가정을 중심으로”, 동신대학교 대학원 박사학위논문, 2011.

장영수, “헌법상 평등원칙과 평등권의 실현구조”, 고려법학, 고려대학교 법학

연구원, 2001.

전윤선, “모성보호에 관한 연구”, 창원대학교 행정대학원 석사학위논문, 2002.

전형배, “다문화가정 지원의 법과 제도, 함께해요 다문화가정 -다문화가정의 정착과 미래-” 법의 날 기념 심포지엄, 한국가정법률상담소, 2009.

정경수, “국제인권법의 국내적용에 관한 비판적 분석”, 민주법학 제17집 제1호(2000).

정인섭, “외국인의 국제법상 지위에 관한 연구”, 서울대학교 박사학위논문, 1992.

정인섭, “재외동포법의 헌법불합치결정과 정부의 대응검토”, 공익과 인권, 제1권 제1호(2004).

정일혁, “헌법상 외국인의 기본권 보장에 관한 연구”, 홍익대학교 석사학위논문, 2007.

정태호, “원리로서의 사회권적 기본권, R. Alexy의 원리모델(Prinzipienmodel)을 중심으로”, 정경식 박사 화갑기념논문집(1997).

최유, “외국인의 사회권 주체성에 대한 작은 연구”, 사회과학연구 제19권 가을호(2009).

최홍엽, “외국인근로자의 노동법상 지위에 관한 연구”, 서울대학교 박사학위논문, 1997.

한수웅, “헌법소송을 통한 사회권적 기본권 실현의 한계”, 인권과 정의(1997. 1.).

한현주, “외국인의 기본권에 관한 연구 -재일외국인의 지문날인제도와 관련하여-”, 세무대 논문집 제6집(1993).

홍지나, “혼인이주여성에 관한 법적 고찰 : 가족법과 국적법을 중심으로”, 이화여자대학교 석사학위논문, 2011.

3. 외국문헌

Jean Bodin, On Sovereignty: Four chapters from The Six Books Of the

Commonwealth, ed. Julian H. Franklin, New York: Cambridge University Press, 1992.

J. Money, Human Rights Norms and Immigration Control, 3 UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs, Fall 1998/Winter1999.

V. Pechota, The Development of the Covenant on Civil and Political Rights, L. Henkin ed, The International Bill of Rights, Columbia Univ, 1981.

齊籐靖夫, 「日本憲法と 外國人労働者, 外國人労働者の 福祉と 人權」, 法律文化社, 1993.

山田三良, 「國際私法」, 法律文化史, 1983.

萩野芳夫, 「基本的 人權の研究」, 法律文化社, 1980.

梓澤和辛, "憲法と 外國人の人權", 法學セミナー 제502호, 日本評論社, 1996.

越川純吉, "日本に在住する非日本人の法律上の地位", 司法研究報告書, 二輯 第3號(1984).

萩野芳夫, "外國人の法的 地位", 有斐閣, 公法研究 第43號(1981).

A study on the Social Fundamental Rights of the Foreigner

Suh seok-won

Constitutional Law, Dept. of Law
The Graduate School
Pukyong National University

ABSTRACT

From the constitutional point of view, two approaches of studying about the human rights of aliens could be figured out. Of course, both are the same in the sense that the realization of human rights can not be achieved without the guarantee of state authority.

One approach is based on the principle of 'a nation's sovereignty'. According to this, the discussion of human rights is limited to nationals and aliens are discussed only in terms of reciprocity. The other approach based on the natural rights of man suggests that the status of aliens should be guaranteed in accordance with their human worth and dignity.

The conventional view of the accepted theory stands in the position of the former with respect to alien's social fundamental rights, generally standing in position of the latter with respect to the rights of freedom, so it has taken the dualistic attitude. But now is the era of immigration coming under the flow of globalization, which makes it more difficult to

maintain such an attitude. Now that with the generalization of international norms of human rights the distinction between the freedom rights and social fundamental rights has become relative, alien's human rights should be discussed from this point of view. From the perspective of the relative difference between the freedom rights and social fundamental rights, the value and role of the social fundamental rights should be recognized as human rights. In other words, aliens should be recognized as subjects of social fundamental rights.

The social fundamental rights are important ones which are the basis for a life worthy of human beings, especially to the foreigner workers and marriage migrant women underprivileged in the country. This paper will discuss human rights abuses to foreigners living or staying in the country and seek to provide a constitutional perspective about the social rights of the foreigner. Specific details of social rights of the foreigner will be treated as a matter of restrictions of the fundamental rights and accordingly I will argue some solutions for the infringement of fundamental rights and the need for the state to protect them more actively.