

2023 제16회 세계인의 날 포럼

# 이민법제 및 이민행정의 헌법적 검토

2023. 5. 26. 금, 14:00 ~ 17:30  
헌법재판소 대강당

| 주최 / 주관 |



법무부



Migration Research & Training Centre  
이민정책연구원  
Partner Organization of IOM

한국이민법학회



2023 제16회 세계인의 날 포럼

# 이민법제 및 이민행정의 헌법적 검토

2023. 5. 26. 금, 14:00 ~ 17:30  
헌법재판소 대강당

사회 : 노호창 (호서대학교 법경찰행정학과 교수)

등 록 (13:40~14:00)

개회식 (14:00~14:20)	개회사 환영사 문재완(한국이민법학회장) 이재유(법무부 출입국외국인정책본부장) 손흥기(이민정책연구원장 직무대행)	
제1세션 (14:20~15:30) 이민법제의 헌법적 검토	발 제	좌 장
	헌정사적 측면에서의 우리나라 이민법제의 형성 과정 및 개선방안 최윤철(건국대학교 법학전문대학원장/ 교수) 이민법의 쟁점과 도전과제 권채리(동아대학교 국제대학원 교수)	박종보 한양대학교 법학전문대학원 교수
	토 론	
	차원일(헌법재판소 헌법연구원) 김화연(이민정책연구원 부연구위원) 유의정(국회 입법조사처 선임연구관)	
Coffee Break (15:30~15:40)		
제2세션 (15:40~16:50) 이민법과 노동법의 충돌	발 제	좌 장
	독일의 전문인력 이주 법제 및 우리 이민정책에의 시사점 이보연(법무법인 인본 변호사/법학박사) 헌법상 노동기본권 측면에서 바라본 단순 인력 관련 법제 노호창(호서대학교 법경찰행정학과 교수)	조영희 이민정책연구원 연구교육실장
	토 론	
	김지혜(강릉원주대 다문화학과 교수) 박천웅(인하대학교 이민다문화정책학과 초빙교수) 서기정(조정훈 국회의원실 선임비서관)	
제3세션 (16:50~17:30) 이민청 설립에 관하여	총 합 토 론	
	하용국(법무부 외국인정책과 과장) 한건수(한국이민학회 회장) 권향원(아주대학교 행정학과 교수)	

# Contents

전체사회: **노호창**(호서대학교 법경찰행정학과 교수)

## 개회식 14:00~14:20

개 회 사: <b>문재완</b> (한국이민법학회장) .....	vi
환 영 사: <b>이재유</b> (법무부 출입국외국인정책본부장) .....	viii
<b>손흥기</b> (이민정책연구원장 직무대행) .....	x

## 제1세션 14:20~15:30 이민법제의 헌법적 검토

좌 장: <b>박종보</b> (한양대학교 법학전문대학원 교수)	
발제1 : 헌정사적 측면에서의 우리나라 이민법제의 형성 과정 및 개선방안 .....	3
<b>최윤철</b> (건국대학교 법학전문대학원장/ 교수)	
발제2: 이민법의 쟁점과 도전과제 .....	37
<b>권채리</b> (동아대학교 국제대학원 교수)	
토 론: <b>차원일</b> (헌법재판소 헌법연구원) .....	68
<b>김화연</b> (이민정책연구원 부연구위원) .....	71
<b>유의정</b> (국회 입법조사처 선임연구관) .....	73

## 제2세션 15:40~16:50 이민법과 노동법의 충돌

좌 장: 조영희(이민정책연구원 연구교육실장)

발제1 : 독일의 전문인력 이주 법제 및 우리 이민정책에의 시사점 ..... 77

이보연(법무법인 인본 변호사/법학박사)

발제2: 헌법상 노동기본권 측면에서 바라본 단순 인력 관련 법제 ..... 96

노호창(호서대학교 법경찰행정학과 교수)

토 론: 김지혜(강릉원주대 다문화학과 교수)..... 132

박천응(인하대학교 이민다문화정책학과 초빙교수) ..... 139

서기정(조정훈 국회의원실 선임비서관)..... 140

## 제3세션 16:50~17:30 이민청 설립에 관하여

좌 장: 조영희(이민정책연구원 연구교육실장)

종합토론: 하용국(법무부 외국인정책과 과장) ..... 145

한건수(한국이민학회 회장)..... 146

권향원(아주대학교 행정학과 교수)..... 147

## 개회사



문재완 회장  
(한국이민법학회)

회원 여러분, 그동안 편안하셨습니까?

신록의 계절 5월을 맞아 날씨가 화창합니다. 야외활동하기 참 좋은 계절입니다. 생활의 활력을 찾고자 야외를 찾는 사람들이 우리 주변에 많습니다. 하지만 일하기 위해서 야외를 찾는 한국인은 점점 줄어들고 있습니다. 우리 삶의 기본적인 분야에서 외국인이 노동을 담당하고 있는 모습은 일상이 되었습니다. 농어촌, 건설 현장, 식당 등 어디를 가나 마찬가지입니다.

우리와 함께 사는 외국인이 이미 200만 명이 넘습니다. 미등록, 불법체류 등 체류 문제를 안고 있는 외국인도 상당히 많습니다. 우리 사회가 저출산·고령화에 직면하여 장차 노동인구의 급격한 감소로 인해 심각한 위기에 봉착할 것이라고 우려하는 견해가 지배적입니다. 노동력의 더 많은 부분을 외국인이 담당할 수밖에 없지만, 우리나라가 얼마나 많은 외국인을 수용하는 것이 좋은지 누구도 자신 있게 말하지 못합니다. 미래 한국을 위해서 지혜를 모아야 합니다.

한국이민법학회는 미래를 위해서 지금 우리는 무엇을 이야기해야 하고, 어떠한 노력을 해야 할지 고민하는 전문가 모임입니다. 제16회 세계인의 날을 맞아 우리 학회가 법무부, 이민정책연구원과 공동으로 “이민법제 및 이민행정의 헌법적 검토”라는 주제로 학술대회를 개최하는 것은 참으로 뜻깊은 일이라고 하겠습니다.

어렵고 복잡한 문제에 직면했을 때 우선 정해야 하는 것은 해법을 위한 방향입니다. 우리 법질서의 방향을 제시하는 헌법이라는 큰 틀에서 현재 우리가 직면한 문제들을 검토하면 길을 만들 수 있으리라고 확신합니다. 헌법이라는 렌즈를 통해서 우리 이민법제의 쟁점과 과제를 짚어보기 위해 마련된 자리입니다.

제1세션에서는 “이민법제의 헌법적 검토”에 관하여, 제2세션에서는 “이민법과 노동법의 충돌”에 관하여, 그리고 종합토론에서는 “이민청설립에 관하여” 전문가들의 심도 있는 논의가 이루어지리라 기대합니다.

이번 학술행사를 공동으로 기획하고, 진행하면서 물심양면으로 도움을 주신 법무부와 이민정책연구원에 감사드립니다. 바쁜 일정에도 불구하고 좌장, 발제자, 토론자로 참여해주시는 분들께 특히 감사드립니다. 또한 학술대회를 준비하느라 뒤에서 수고해주신 모든 분께도 감사의 인사를 드립니다.

마지막으로 회원 여러분께 이 자리를 빌려 부탁드립니다. 한국이민법학회는 올해로 창립 10년입니다. 지난 10년보다 앞으로 10년이 더 큰 학회가 되겠습니다. 이민정책을 뒷받침하는 법제 연구의 중심이 되겠습니다. 최근 학회 홈페이지도 개편하였습니다. 회원 여러분의 적극적인 참여와 관심을 부탁드립니다. 감사합니다.

한국이민법학회 회장 문재완

## 환영사



이재유 본부장  
(법무부 출입국외국인정책본부)

여러분, 반갑습니다. 법무부 출입국·외국인정책본부장 이재유입니다.

녹음이 짙어가는 5월, 세계인의 날 16주년을 기념하여 「이민법제 및 이민행정의 헌법적 검토」라는 주제로 포럼을 개최하게 되어 매우 뜻깊게 생각합니다.

먼저, 이번 학술대회를 공동 개최하시는 문재완 한국이민법학회 회장님과 손흥기 이민정책연구원장 직무대행님께 감사드립니다.

아울러 오늘 발제와 토론을 해주시는 전문가 여러분, 그리고 이 자리에 함께하신 모든 분들께 감사의 말씀을 드립니다.

법무부가 2007년 5월에 「재한외국인 처우 기본법」을 제정하고 매년 5월 20일을 세계인의 날로 지정한 지도 어느덧 16년이 지났습니다.

그동안 체류 외국인의 급증, 저출산·고령화에 따른 인구감소 및 지역소멸, 제조업·농어업 등에서의 인력 부족, 외국인 범죄, 국민과 이주민의 사회통합 문제, 외국인 인권보호 강화 필요성 등 이민정책 관련 다양한 사회적 요구가 대두되고 있습니다.

이에 인구위기 등 당면한 사회문제에 대응하고 국민의 공감을 확보하는 국가대계로서의 이민정책을 개발하고, 이를 반영하여 「재한외국인 처우 기본법」, 「출입국관리법」 등 기존 이민법제를 개편 및 개선할 필요가 있다고 생각합니다. 외국인에 대한 사증발급부터 사회통합까지 체계적이고 종합적인 관점에서 정책을 수립하고 이민행정의 통합적인 관리시스템을 구축하여 국가경쟁력을 강화할 수 있도록 법체계의 개편이 필요합니다.



이민정책의 기본 원칙 및 방향, 외국인력 유입 규모를 결정할 기준과 절차, 이민자의 안정적인 사회 정착과 국민과의 통합에 기여하기 위한 사회통합정책, 절차적 권리보장 강화 등의 법제화를 위한 보다 구체적이고 현실적인 고찰이 필요합니다.

오늘 이 자리에서는 “헌정사적 측면에서의 우리나라 이민법제의 형성 과정 및 개선방안”, “이민법의 쟁점과 도전과제”, “독일의 전문인력 이주 법제 및 우리 이민정책에의 시사점”, “헌법상 노동기본권 측면에서 바라본 단순 인력 관련 법제” 등을 주제로 발제와 열띤 토론이 이루어질 것으로 생각합니다.

이번 이민정책포럼이 우리가 직면한 다양한 사회적 요구에 대한 효과적인 ‘이민정책 방안’을 도출하여, 우리 이민법제의 개편 및 개선 방향을 찾는 데 밑거름이 되는 소중한 시간이 되기를 기대합니다.

감사합니다.

2023년 5월 26일

출입국·외국인정책본부장 이 재 유

## 환영사



손홍기 원장직무대행  
(이민정책연구원)

안녕하십니까, 이민정책연구원 손홍기 부원장입니다.

오늘 <제 16회 세계인의 날>을 기념하여 법무부, 한국이민법학회, 이민정책연구원이 함께 준비한 포럼에 참석하여 주신 모든 분들을 환영합니다.

잘 아시다시피, 우리나라에 외국인 인구가 100만을 넘어선 2007년 이후, 200만 명을 넘어서기까지 10년도 채 걸리지 않았습니다. 국내 체류 외국인의 급증 속에서 여러 관련법들이 제정되고 정비되어 왔습니다. 특히 2007년에 제정된 재한외국인처우기본법은 그 명칭에서 보듯 외국인·이민자의 지위 향상, 국민과 이민자의 조화로운 공존, 외국인 기본계획을 통한 체계적인 외국인 정책의 수립과 실시 등 우리의 이민정책에 있어 커다란 전환점이 되었습니다.

이러한 이민법제화는 비교적 짧은 시간 내에 이민정책이 우리사회에 자리 잡게 했고, 정부 부처 간 이민정책의 선의의 경쟁을 유도하는 긍정적인 측면을 가져 왔습니다. 하지만 이민법제화가 각 부처별로 이루어져 법령간의 관계와 역할이 충분히 조정되지 못하고, 심지어는 유사한 기능과 규정이 중복되는 등의 문제들이 있는 것도 부인할 수 없습니다.

일례로, 재한외국인처우기본법이 명칭에 걸맞게 기본법으로 역할을 하지 못하고 있다는 비판이 꾸준히 제기되어 왔습니다. 난민법은 2012년 제정된 이후, 변화되는 국내외 난민 수용과 정착 환경을 반영하여 제대로 개정된 적이 없다고 해도 과언이 아닙니다. 이러한 점에서 지금까지의 외국인정책, 이민정책과 관련한 법령과 제도를 한번 되돌아보는 시간을 갖는 것은 큰 의미가 있다고 하겠습니다.

올해는 향후 5년간 추진될 제4차 외국인정책 기본계획의 첫해인 동시에 2021년부터 현실화 되고 있는 인구감소에 대비하여 이민정책의 질적인 변화와 성장이 필요한 중요한 시점입니다. 이러한 상황에서 이민정책에 대한 국민적 관심은 그 어느 때보다도 높아지고 있습니다. 지난 15년간 정부가 추진해 온 이민정책을 보다 체계적으로 만들어가야 한다는 시대적 요구가 크기 때문이라고 생각합니다.

오늘 법무부, 한국이민학회, 그리고 저희 이민정책연구원이 함께 마련한 <제 16회 세계인의 날 포럼>에서는 앞으로 정부가 체계적인 이민정책을 추진하는 데 근간이 될 법과 행정의 문제를 헌법적 관점에서 심도 있게 검토하여 중장기적 관점에서 필수적인 입법과 행정개혁 사안을 검토하는 귀중한 시간을 가지게 될 것입니다.

또한 이번 포럼이 헌법과 대한민국의 국익과 이민정책의 큰 틀에서 관련 법령들과 제도들을 정비하고 관계를 재정립하는데 필요한 창의적인 제안을 함으로써 새로운 국가 성장의 동력을 확보하고 조화로운 통합을 위한 논의의 장이 되었으면 합니다.

감사합니다.

이민정책연구원 원장직무대행 손 홍 기



## 제1세션

# 이민법제의 헌법적 검토

/

좌 장: **박종보**(한양대학교 법학전문대학원 교수)

발제1: 헌정사적 측면에서의 우리나라 이민법제의 형성 과정 및 개선방안  
**최윤철**(건국대학교 법학전문대학원장/ 교수)

발제2: 이민법의 쟁점과 도전과제  
**권채리**(동아대학교 국제대학원 교수)

토 론: **차원일**(헌법재판소 헌법연구원)  
**김화연**(이민정책연구원 부연구위원)  
**유의정**(국회 입법조사처 선임연구관)





# 헌정사적 측면에서의 우리나라 이주법제의 형성 과정 및 개선방안

최윤철(건국대학교 법학전문대학원 교수)

## I. 들어가는 말

우리 헌법은 “조국의 민주개혁과 평화적 통일의 사명에 입각하여 정의 인도와 동포 로써 민족의 단결을 공고히 하고”(전문), “국가는 전통문화의 계승발전과 민족문화의 창달에 노력하여야 하며(제9조), 이를 위하여 대통령은 “민족문화의 창달에 노력”할 것을 취임하면서 선서를 하도록 하는 등 ‘민족(民族)’을 여러 곳에서 강조하고 있다. ‘민족’이라는 말은 임시정부의 ‘대한민국임시헌장’ 전문에서 쓰인 이후 현행 헌법까지 역대 헌법 대부분에 쓰였다.<sup>1)</sup>

헌법에 규정된 ‘민족’ 개념의 연혁적 의미와 규범적 의미와는 별도로 ‘민족’은 한국 사회의 정체성을 표현하는 매우 중요한 말로써 ‘한민족’(하나의 민족 또는 韓民族), ‘단일 민족’이라는 표현의 기초가 되었다. 누가 동일한 ‘민족’인지, 어떠한 징표를 통해 하나의 ‘민족’으로서 다른 ‘민족’과 구별되는지에 대한 치열한 논의에도 불구하고 한국에서의 ‘민족’은 그 근거가 희박한 ‘혈통적 순수’를 기반으로 이야기되고 한국 사회는 이를 수용하였다.<sup>2)</sup> 결국 주관적이고 비공식적인 개념인 ‘혈통’적 동질성을 가진 사람들이 단일민족으로서 객관적이고 공적인 조직인 대한민국을 구성하고 ‘국민’이 되었다.<sup>3)</sup>

순혈에 기반한 단일민족이라는 ‘신화’는 헌법을 비롯한 국적법, 민법 등 여러 법률 속에 규정되었으며, 이에 기초하여 사회질서가 형성되고 생활관계가 이루어졌다. 그러나 한국의 인구구조, 산업구조 등 사회구조의 급격하고 근본적인 변화는 이러한 ‘신화’들에 대한 의심

1) 제7차 개정헌법에서는 ‘민족’이라는 용어가 등장하지 않음.

2) 이한태, “헌법상 ‘민족’개념에 대한 소고”, 인문사회과학연구 제14권 제2호(2013) 참조.

3) 이러한 인식이 국적법제정 과정에서 잘 드러나 있다. 자세한 내용은 국회속기록 제헌 1회 국적법안 독회내용(제1차, 제2차) 참조. 또한 1948년 11월 17일 의결된 국적법 제안이유에도 “우리나라는 單一民族으로서 構成되어 있으므로 男性血統을 保存토록 하여 國民 모두가 國籍을 가질 수 있게 함”이라고 하고 있다.(국회의안정보시스템 참조, 2023년 5월 5일 방문)

과 변화를 가져왔다. 1990년초 국제사회의 변화와 맞물려 한국사회는 이전까지 경험하지 못하였던 많은 외국인들을 경험하게 되었다. 특히, 산업발전과 구조의 변화가 야기한 인구구조의 변화는 순혈 단일국민만으로는 대응하기 어려워서 많은 외국인의 유입을 불러왔다. 변화된 산업구조에서의 노동시장변화와 노동력 부족, 저출산 및 고령화, 급속한 도시화 및 농어촌의 공동화 등에 대한 우려는 한국 사회의 경쟁력 및 지속가능성에 대한 우려의 원인이 되었다.

이 글은 한국사회의 구조적 변화와 이주외국인 의 급증이 맞물려 있는 현재 한국사회가 지속가능하기 위한 대안 중 하나로서 이주외국인 의 수용과 통합, 공존을 위한 법제를 살피는 것을 목적으로 한다. 기존의 연구들이 미시적 관점에서 외국인과 이주자를 적용 대상으로 하는 개별 법률과 정책들을 중심으로 문제점과 전망을 구하는 것에 중점을 두었다면, 이 글은 현정사를 틀로하여 외국인과 이주자와 관련한 법체계 전체를 조망하는 거시적 입장에서 논의를 전개한다. 이를 위하여 첫째, 이주법제의 의의와 범위, 이주법의 입법현실이라고 할 수 있는 한국의 이주현황을 간략하게 살핀다. 이어서 현정사적 측면에서 주요 헌법개정과 해당 헌법이 지배하던 시기별로 이주법제가 어떻게 형성되었는지 살핀다.<sup>4)</sup> 여기서는 주요 헌법기 중 제정되거나 개정된 이주관련 법률 등을 살펴본다. 세 번째 장에서는 이주법제의 방향에 대한 필자의 개인적 견해를 밝힌다. 특히, 이 장에서는 현행 이주법제의 문제점을 지적하고 이주법제 개편 방향에 대한 견해를 간략하게 정리한다.

## II. 이주법제의 의의와 범위

### 1. 이주법제의 의의와 범위

이주자는 외국인으로서 특정 구각에 정주 또는 기타의 목적으로 장기체류를 하는 사람을 말한다. 이들은 일시적으로 특정국가에 체류하는 외국인과는 달리 해당 사회에 장기체류를 하면서 선주민들과 일상적이고 장기간 교섭하면서 상호 영향을 미치면서 공동체의 구성원으로 살아간다. 따라서 이주외국인 와 선주자의 관계는 대는 긴장과 갈등이 발생하기도 한다. 대부분의 국가는 이주외국인을 주목하여 이들 집단에 대한 법제적 대응과 정책적 대응을 하고 있다. 이처럼 외국인과 이주자의 입출국, 체류, 출국, 영주, 국적취득과 관련한 법령과 제

4) 시대 구분은 필자의 주관적 구분이며, 다른 여러 의견이 있을 수 있다.



도 등을 이주법제로 분류할 수 있다. 이주법제는 동질적인 집단을 대상으로 절차적인 내용과 실체적인 내용을 규정하고 있다.

1990년대 이후 이주외국인의 급증과 및 국적취득 건수가 증가하면서 관련 법제들이 제정되거나 대폭 개정되었다. 1992년에 출입국관리법이 전부개정(법률 제4522호) 되고, 국적이 1997년에 전부 개정(법률 제5431호)되었다. '재외동포의출입국과법적지위에관한법률'(재외동포법)이 1999년에 제정(법률 제6015호)되고, '외국인근로자의고용등에관한법률'(외국인고용법)이 2004년에 제정(법률 제6967호)되었다. '재한외국인 처우 기본법'은 2007년(법률 제8442호), 다문화가족지원법이 2008년(법률 제8937호), 난민법이 2012년에 법률 제11298호로 제정되는 등 이주와 관련한 주요 법률들이 이 시기에 제정되거나 전부 개정되어 현재에 이르고 있다. 그 밖에도 국제결혼 중개와 관련하여 '결혼중개업의 관리에 관한 법률'(결혼중개업법)이 2007년 제정(법률 제8688호)되어 결혼이민의 방법과 절차를 관리하게 되었다. 2012년에는 난민법(법률 제11298호)가 제정되었다. 2023년 5월에는 '재외동포기본법'(법률 제19402호)로 제정되었다.

한국인의 해외이주와 관련한 법률로는 1962년 제정된 해외이주법(법률 제1030호)이 있으며, 해외입양을 관리하기 위하여 제정된 고아입양특례법(법률 제731호)이 대표적이다. 1963년 제정된 출입국관리법(법률 제1289호)도 국민의 이주와 관련한 주요 법률이다.

## 2. 한국의 이주 현황

### 1) 한국인의 해외 이주

한국인의 해외이주는 대체적으로 4시기로 구분하고 있다. 제1시기는 조선과 대한제국 말기(19세중반에서 1910년)로 주로 가난에서 벗어나기 위한 이주로서 1860년대 대규모 흥년에 따른 간도·연해주 지역으로 월경 이주한 경우, 1903년 대한제국시기의 하와이 이민과 1905년 멕시코 에네켄 농장 이주가 있던 때이다. 제2시기는 일제강점기(1910년에서 1945년) 일본제국주의의 식민 수탈과 강제 징용에 의한 강제 이주와 이를 피해 이주를 한 시기를 말한다. 1990년 초 한중, 한러 수교 이전부터 현재 중국지역과 구 소련지역에 거주하고 있는 재외동포 대부분이 해당 된다.

제3시기는 1945년 8·15 독립부터 1962년에 이르는 시기로 해방과 한국전쟁 등으로 사회 혼란 속에 이루어진 이주 시기를 말한다. 해방 이후 사회혼란 속 일본으로 밀항을 하거나,

한국전쟁 중 발생한 전쟁고아 등의 해외 입양과 국제결혼 이주, 사할린 등 강제징용과 징병에서 귀환하지 못한 사람들의 현지 체류가 주요 이주의 원인이다. 제4시기는 해외이주법에 제정된 1962년부터 현재에 이르는 시기로 광부, 용접 및 간호사의 독일파견,<sup>5)</sup> 남미 농업이민, 베트남 파견, 미국 등 북미 지역 이주가 있었으며, 1990년대 해외여행 자유화 이후 해외 유학과 취업 등도 급증하였다. 재외동포재단(2023년 6월부터 재외동포청으로 전환)은 2023년 5월 현재 세계 193개국에 약 732만 명의 재외동포가 거주하고 있는 것으로 보고 있다.<sup>6)</sup> 1990년을 전후로 하여 이주자가 한국 사회에 대량 유입되는 반면에 한국인이 해외로 이주하는 경우는 대폭 감소하여 2021년 현재 총 1,485건에 그치고 있다.<sup>7)</sup>

## 2) 외국인 유입 현황

### (1) 이주법제의 적용 대상으로서 외국인

한국에 장기체류 중인 외국인들의 입국유형은 크게 5가지로 구분할 수 있다. 첫째, 혼인을 목적으로 한국에 입국한 ‘결혼이민자’로 불리는 외국인 집단(주로 여성)으로 주로 ‘다문화가족 지원법’의 적용 대상이다. 둘째, ‘재외동포법’에 따른 재외동포와 ‘외국인고용법’상 특별 고용허가제에 따라 입국한 한국계 중국인(이른바, ‘조선족’)을 비롯한 재외동포 집단이 있다. 셋째, ‘외국인고용법’에 따른 고용허가제로 한국에 입국하여 노동력을 제공하고 있는 노동자 집단이 있다. 넷째, 한국에 학업 등 교육을 목적으로 입국한 유학생과 다섯째, 국제법규에 따라 난민 인정을 받았거나 난민인정 신청 중인 외국인 집단으로 구분할 수 있다. 그 밖에 관광 또는 상용 목적으로 체류 중인 외국인이 있으나 이들은 90일 미만의 단기체류자로서 출입국관리법에 따른 관리대상이지만 그 밖에 이주법제에 따른 이주자로 분류하지 않는다.

2023년 3월 말 현재 체류 외국인은 2,335,596명이며, 등록외국인이 1,221,685명, 외국국적동포의 국내거소신자가 503,124명이다. 그 밖에 단기 체류 외국인이 610,787명이다.<sup>8)</sup> 등록외국인 가운데 취업자격을 가진 외국인은 약 46만 8천명으로 등록외국인의 상당수를 차지한다.<sup>9)</sup> 유학생 수는 급증하여 2023년 3월 현재 21만 여명을 넘어서고 있으며, 결혼이민자의 수를 초과하고 있다.<sup>10)</sup>

5) 한독근로자채용협정(Anwerbeabkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Südkorea)에 따라 실시.

6) 재외동포재단 코리안넷, 재외동포 분포현황(2023.5.7. 방문).

7) 재외동포재단 코리안넷, 해외이주자 신고현황(2023.5.7. 방문).

8) 출입국외국인정책본부, 출입국·외국인정책 통계월보, 2023년 3월호, 3쪽.

9) 출입국외국인정책본부, 출입국·외국인정책 통계월보, 2023년 3월호, 32쪽.

〈표 1〉 등록외국인 연도별 증감 추이<sup>11)</sup>

(단위: 명)

구분	2017	2018	2019	2020	2021	2022	2023.3.
인원	1,171,762	1,246,626	1,271,087	1,145,540	1,093,891	1,189,585	1,221,685

### III. 헌정사적 측면에서 이주법제 형성

#### 1. 시기의 구분

이주법제 형성을 시기적으로 분류하는 기준은 다양하게 있을 수 있다. 여기서는 이주 현상이 뚜렷이 나타나거나, 주목할만한 법률들이 제정되거나 개정된 때를 중심으로 해당 기간 중 헌법기를 기준으로 구분한다. 제헌 헌법부터 제4차 개정 헌법시기에 이르는 15년 정도는 헌법이 제정되고 헌법이 안착하는 시기로, 이 기간은 신생국가 체제정비와 한국전쟁, 전후 복구라는 혼란시기 이다. 이 기간 중 외국인의 한국 유입은 극히 미미한 정도로 외국인의 국내 이주관련 법률은 물론, 한국인의 해외이주와 관련한 법률도 거의 찾아보기 힘든 시기였다. 제5차 개정헌법부터 제8차 개정헌법에 해당하는 25년은 군사력에 기반을 둔 권위주의적 헌정기라는 공통점이 있다. 이 기간은 1980년 제8차 개정 헌법을 기준으로 전기와 후기로 나눌 수 있다. 전기는 전쟁후 빈곤탈출을 위한 국민의 해외이주와 전후 복구 및 경제개발 등이 원인이 된 한국인의 노동이주가 활발하였던 때로 주로 한국인의 해외이주가 이루어졌다. 반면에, 외국인의 한국이주는 여전히 미미한 수준에 머물렀다. 그럼에도 불구하고 이 기간 중에 출입국관리법 등의 제정이 있었다. 후기에 해당하는 1980년대는 경제발전 속도가 상대적으로 빠르게 진행이 되었고 해외교류가 이전보다 활성화 되었다. 그러나 이주관련 법제의 특별한 변화 또는 주목할만한 입법은 없었다. 1987년에는 헌법이 9번째 개정되어 35년을 넘어 현재에 이르고 있다, 현행 헌법 기간 중에는 소련과 동유럽권의 체제전환, 냉전체제의 종식 등 국제질서의 변화와 세계화 및 신자유주의 등장으로 인한 세계화 및 개방화가 진행되면서 한국도 상당한 영향을 받았다. 서울올림픽과 중국과 러시아와의 외교관계 수립은 한국사회가 개방되는 결정적인 계기가 되었다. 많은 외국국적동포와 결혼이민자 등이 유입되었으나 IMF에 의해서 일시적인 침체가 있었다. IMF 이후 한국사회는 인구·산업·지역

10) 출입국외국인정책본부, 출입국·외국인정책 통계월보, 2023년 3월호, 35, 36쪽.

11) 출입국외국인정책본부, 출입국·외국인정책 통계월보, 2023년 3월호, 21쪽 편집.

구조의 본질적이고 급격한 변화루를 겪으면서 외국인이주자가 급증하였다. 한국 정부는 이 주관련 법제를 새로 제정하거나 관련 법률들을 대폭 개정하는 등 새로운 변화에 대응하면서 현재에 이르고 있다. 다만, 위의 시대 구분은 전적으로 필자의 주관적 기준에 의한 것이다.

## 2. 제헌헌법 - 4차 개정헌법(1948년~1961년)

### 1) 헌법

헌법이 제정되던 1948년은 제2차 세계대전이 끝나고 수 많은 국가들이 제국주의의 산물인 식민국가에서 독립국가로 탄생하던 시기였다. 신생독립국가 또는 세계대전 후 새로운 질서를 필요로 하던 국가들이 헌법을 새로이 제정하거나 전면 개정하여 새로운 국가체제를 형성하던 시기이다. 아시아·아프리카 지역의 식민지배를 받던 국가들이 독립하였고(1950년대 후반까지), 세계대전의 책임국가였던 독일, 일본 등도 새로운 체제로서 헌법이 제정되었다. 이들 국가들은 미국 또는 유럽 주요국가들의 헌법을 모델로 하여 자국의 상황을 반영하여 헌법을 제정하고 국가체제를 구축하였다.

대한민국도 일본 제국주의의 강점에서 벗어나 독일과 미국의 헌법을 모델로 하여 민주주의에 기초한 공화국 헌법을 제정하였다. 국회와 혼합형 대통령제 및 독립된 사법부를 국가의 틀로 하고 대한민국 국민들의 기본권을 규정하는 헌법을 대한국민이 결의하고 우리들의 정당 또 자유로히 선거된 대표로써 구성된 국회에서 제정을 하였다.<sup>12)</sup>

이 시기는 대한민국 정부수립과 한국전쟁, 전후 복구 기간에 해당하는 시기로 식민지시대 법제도를 청산하고 새로운 공화국의 법제도를 만들어가던 때에 해당된다. 이 기간 중 발발한 한국전쟁은 신생 공화국을 극한의 어려움 속에 빠뜨렸다. 전쟁 기간중에도 이루어진 헌법개정(제1차 개정)을 포함하여 전후 복구기간 중 총 4번의 헌법개정이 있었다. 특히, 제3차 헌법개정은 4.19 민주혁명에 의해서 장기 집권을 향해 가던 자유당 정권을 퇴진시키고 의원내각제를 기틀로 하는 시민의 힘에 의한 헌법개정이라는 의미가 있다. 하지만, 이러한 극심한 혼란 가운데 이주자와 관련한 내용을 헌법에 규정하거나 법제도를 정비하는 것은 사실상 불가능하였다. 더욱이 모국으로 귀환하는 한인들을 제외하고 한국으로 이주하는 외국인이 거의 없던 까닭에 이들 이주외국인을 대상으로 하는 법제도를 기대할 수 없었다.

제헌헌법은 기본권을 국민의 권리 의무(제2장)를 규정하면서 기본권들 대부분을 ‘모든 국

12) 제헌헌법 전문 참조.

민'으로 기본권 주체를 명시하는 형식을 취하였다. 외국인에 대한 규정을 총강 부분에 배치하고 제7조 제2항에 기본권을 향유할 수 있는지를 직접 규정하는 방식을 택하지 않고, “외국인의 법적 지위는 국제법과 국제조약의 범위 내에서 보장 된다.”는 내용을 담았다.

외국인의 법적 지위를 보장하는 내용을 독립해서 규정한 것에 대해서는 여러 갈래의 견해가 있다.<sup>13)</sup> 외국인의 법적 지위 문제는 헌법이 규정한 기본권을 외국인도 향유할 수 있는지(기본권의 주체) 문제이다. 현재에도 외국인이 기본권 주체성을 가지는지에 대해서는 헌법재판소가 외국인도 ‘성질상 인간의 권리’로서 성격을 가지는 기본권은 외국인도 주체가 된다는 결정을 하고 있지만 여전히 많은 논란이 되고 있다.<sup>14)</sup> 평등권에 대해서도 인간의 권리로서 원칙적으로 외국인의 기본권 주체성을 인정할 수 있고, 다만 참정권 등에 대한 성질상의 제한 및 상호주의에 따른 제한이 있을 수 있을 뿐이라는 것이 헌법재판소의 입장이다.<sup>15)16)</sup>

## 2) 법률

### (1) 개요

헌법이 제정되던 시기는 일본의 강점에서 벗어나 새로운 국가를 만들어 나가는 때이어서 외국인 국내 이주와 관련한 법과 제도를 마련할 수 있는 상황이 되지 못했다. 오히려 이 시기는 극심한 사회 혼란으로 인하여 많은 사람들이 해외로 이주하거나, 귀환하였다. 해외 이주는 대부분 개인적으로 이루어졌고, 상당수는 일본으로 밀항하거나, 징병·징용에 의한 비자발적 이주, 구직을 위해 자발적으로 해외로 이주하였던 한인들이 본국으로 귀환하지 못하고 현지에 정착하여 이주민이 되는 경우가 대부분이었다.

1948년 정부가 수립되었으나 1950년부터 3년간 계속된 전쟁으로 인하여 외국인의 한국 이주는 물론 국민의 해외이주와 관련한 법률과 제도를 마련하는 것은 사실상 불가능하였다. 전쟁이 지속되는 가운데 한국전쟁 참전 외국 군인들과 한국인 사이에 출생한 자녀, 전쟁고아 해외입양 등이 있었으나 해외입양과 관련한 법률 제정은 없었으며, 대통령의 긴급명령에 의해 설립된 ‘한국아동양호회’가 주도하여 한국 아동을 대거 해외로 입양하였다.

13) 제헌 헌법 제7조 제2항과 관련한 제헌의회에서의 논의는 국회 헌법기초위원회 회의록 참조.

14) 헌재 2001. 11. 29. 99헌마494; 헌재 2021.12.23. 2020헌마395 - 외국인의 기본권 주체성 여부는 기본권의 성질에 좌우되는데, 인간의 존엄과 가치, 행복추구권과 같은 ‘인간의 권리’로서의 성격을 갖는 기본권들이 외국인에게 인정된다.

15) 헌재 2001. 11. 29. 99헌마494; 헌재 2021.12.23. 2020헌마395.

16) 다만, 이 글은 외국인의 기본권 주체성에 관한 논의를 하는 것이 목적이 아니므로 다른 기회에 자세히 다루도록 한다.

## (2) 주요 법률

이 시기에 제정된 외국인 또는 이주자와 관련한 법률은 ‘국적법’과 ‘외국인의 입국출국과 등록에 관한 법률’이다. 국적법은 제헌헌법 제3조에 따라 국회에서 제정되었다.

### 가. 국적법

국적법은 신생 공화국의 주권자를 정하는 가장 중요한 법률 중 하나로 제헌의회도 주요 의제로서 국적법 제정을 국가의 긴급사안으로 생각하였다. 실제로 국적법은 제정안이 1948년 11월 10일 국회에 제출되고, 두 차례의 독회 과정을 가졌으며, 3회 독회는 생략하고, 12월 3일 법안을 의결하고 대통령이 12월 11일 공포하는 등 법률안 제출로부터 공포까지 불과 한 달밖에 걸리지 않았다.

국적문제는 대한민국 헌법이 제정되기 전인 미 군정기에 설치되어 있던 남조선과도입법의원에서 ‘국적에 관한 임시조례’가 제정되어 시행되고 있었고 이를 바탕으로 제헌의회에서 국적법제정 논의가 이루어졌다. 미 군정은 일본이 패망한 후 조선에 남겨진 재산(이른바, 적산) 문제를 신속히 처리할 필요성이 있었고 이를 위해서는 누가 일본인이고 누가 조선인인지를 구별할 필요가 있었다. 미군정은 ‘조선인’을 확정하고 일본인은 구별하여 일본인의 재산을 적산(敵産)으로 몰수하기 위하여 국적법을 제정할 것으로 요청하였고 남조선 과도입법의원으로 하여금 ‘국적에 관한 임시조례’를 제정하고 공포하게 하였다. 그러나 이 임시조례가 공포된 때는 이미 제헌의원 선거가 끝난 후이어서 임시조례는 실제로는 시행되지 못하였지만, 이후 대한민국 정부수립 이후 국적법 제정의 기초가 되었다.<sup>17)</sup>

제정 국적법은 단일민족을 기초로 남성혈통 보존과 이중국적을 인정하지 않는 것, 무국적을 인정하지 않는 것을 원칙으로 하여 국적은 부계혈통주의로 하고 예외적으로 출생지주의를 택하였다.<sup>18)</sup> 현행 국적제도 또는 이주법제와 관련이 있는 내용을 살펴보면, 제정 국적법은 대한민국 국민의 처가 되는 외국인은 혼인과 함께 국적을 취득하게 하는 이른바 ‘수반취득’제도를 두었다(제정 국적법 제3조 제1호). 제정 국적법의 수반취득은 오로지 대한민국 남성과 혼인한 외국인 여성에게만 인정되는 것이고, 그 반대의 경우는 적용대상이 아니다. 철저한 남성주의적이면서 夫(남성)에게 妻(여성)를 종속시키는 태도로서 제헌의회 의원들은 이 조항의 취지가 동양의 풍속이라고 주장하였다.<sup>19)</sup> 처의 국적 수반취득에 반대하는 의원들의

17) 김수자, ‘대한민국 정부수립 전후 국적법 제정 논의 과정에 나타난 ‘국민’ 경계 설정’, 한국근현대사연구, 제49집 (2009 여름호), 114쪽 이하 참조.

18) 참조 단기 4281년 11월 30일 제117차 회의, 『제헌국회속기록』 2, 1149쪽 이하 참조.

논리도 수반취득이 당연하다는 주장과 실제에서는 그 논거를 같이하고 있다. 해당 조항을 반대하는 주장은 대체적으로 순혈이 무너져서 단일민족성이 훼손된다는 입장은 물론 외국인과의 혼인 자체를 부정하는 견해 등이 주를 이루었다.<sup>20)</sup> 또한 외국인의 일반적 국적취득 조항에 대해서도 삭제를 주장하기도 하였다. 국적취득 조항을 삭제해야 한다는 주장도 기본적으로 처의 수반취득 반대논리와 궤를 같이 하였으며, 이 문제는 국적을 취득한 사람의 공직취임 금지 또는 제한 주장으로 연결되었다.<sup>21)</sup>

#### 나. 외국인의 입국출국과 등록에 관한 법률

1949년 11월 11일 제헌의회는 외국인이 한국에 입국하거나 체류 및 출국하는 경우 적용하는 ‘외국인의 입국출국과 등록에 관한 법률’을 제정하였다. 정부가 제안한 이 법률은 “대한민국이 건립된 지 1년이 경과하였음에도 불구하고 아직도 외국인의 입국 또는 출국이 과도정부 때의 남조선 과도정부 법령 제214호 및 동 외무처령 제1호에 의해서 시행되고 있는 바 하루 속히 우리나라법으로 대체키 위하여 이 법을 제정하려는 것”<sup>22)</sup>을 제안이유로 들고 있다.

이 법률의 주요 내용은 ‘입국’을 “대한민국내의 통과 또는 체류를 말하되 통과는 15일 미만, 체류는 15일이상의 체재”, ‘출국’을 “국외로 퇴거” 하는 것(법 제2조)이라고 정의하고, 외국인이 입국하는 경우에는 유효한 여권 또는 이에 대신할 증명서와 함께 30만원 이상을 휴대하고 이를 제시하도록 하고 있다(법 제3조). 그 밖에도 외국인이 30일 이상 체류하려면 외무부 장관의 거주허가를 받아야 하며, 거주허가를 받은 외국인은 거주하는 시·부·읍·면장에게 등록을 하고, 등록사항에 이동이 있을 때에는 등록변경을 하도록 하고 있다(법 제9조, 제10조).

외국인이 체류하다가 출국하는 경우에는 외무부장관의 출국허가(법 제11조)를 받도록 하여 외국인이 임의로 출국할 수 없도록 하고 있다. 외무부장관의 출국허가 없이 출국하려다가 적발이 되면 3개월이하의 징역이나 금고 또는 5만원 이하의 벌금에 처하도록(법 제13조 제6호)하고 있어서 외국인은 입국은 물론 출국의 자유가 없었다.

위 법률안에 대한 검토를 한 법제사법위원회는 정부안을 수정하여 부칙에 정치적 망명과

19) 단기 4281년 12월 2일 제119차 회의, 『제헌국회속기록』 2, 1149쪽 참조.

20) 단기 4281년 12월 2일 제119차 회의, 『제헌국회속기록』 2, 1160쪽 이하 참조.,,

21) 단기 4281년 12월 2일 제119차 회의, 『제헌국회속기록』 2, 1168-1169쪽 참조.

22) <http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=000133> (2023.05.13.).

과학자 등에 대해서는 일정한 증명없이도 입국할 수 있도록 하는 등, 현재의 난민법의 정치적 난민과 출입국관리법의 우수인 재와 유사한 내용을 추가하였으나 본회의에서는 이를 삭제하고 의결하였다.<sup>23)</sup>

### 3) 기타

이 시기는 독립과 한국전쟁, 전쟁복구로 인하여 사회가 극심하게 혼란스러웠으며, 전쟁으로 인한 빈곤이 매우 심각한 상태였다. 독립이후 한국전쟁이 있던 시기에는 많은 한국인들이 귀환하기도 하였으나, 많은 한국인들이 일본으로 밀항을 하는 등 이주가 있었다. 특히, 한국전쟁 중 발생한 전쟁고아, UN군과 한국인 사이에 출생한 이른바 ‘혼혈아’ 등이 이승만 정부의 주도로 정책적인 국외 입양이 이루어졌다. 한국전쟁 이후 1961년 ‘고아입양특례법’이 제정되기 전까지 국외입양은 주로 미국에 기반을 둔 사회단체와 이들 사회단체가 설립한 국내 입양기관에 의해서 이루어졌다. 이를 입양기관은 대부분 기독교에 바탕을 두고 있었으며 당시 이승만 정부의 혼혈아동 배제 기조와 함께 한국전쟁 중 생겨난 혼혈아동을 미국가정에 입양하였으나 국외입양과 관련한 법률적인 근거는 없었다.

국적법 제정과정에서 보여준 ‘一國, 一民’에 기초한 순혈주의는 외국인과 한국인 사이에 출생한 아동을 ‘一民’ 범주에서 배제하여 ‘一國’의 구성원으로 보지 않으려는 즉, 한국인으로 부터 배제하는 것을 의미하였다. 한국인 여성과 외국인 남성 사이의 혼인이나 출산은 곧 한 국으로부터의 배제를 뜻하였다. 가정은 가부장을 중심으로 구성되는 사회 단위였다. 이러한 인식에 기초하여 ‘혼혈아동’을 대한민국이라는 ‘순혈사회’에서 배제하고자 하는 것은 당연시 되었고 이를 위한 구체적인 행위로서 ‘국외입양’은 국가적으로 정당화 되었다고 볼 수 있다.

이승만 대통령은 1954년 연두교시를 통해 ‘모든 혼혈아들은 아버지의 나라로 보내는 것이 마땅하다.’고 하였고 이승만 대통령의 연두교시를 기반으로 하여 이른바 ‘혼혈아동’을 적극적으로 국외로 보내는 계기가 되었다.<sup>24)</sup> 연두교시에서 보여준 이승만 대통령의 ‘혼혈아동’에 대한 견해의 뿌리는 이미 1948년 국적법 제정과정에 참가하였던 제헌의회 의원들의 발언과 일맥상통하고 있어서 대한민국이 이미 ‘혼혈아동’을 국민으로 보지 않거나 적극적인

23) <http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=000133> (2023.05.13.).

24) 이승만 대통령은 제헌의회의 국적법 제정논의과정 중에는 이미 대통령에 취임하고 대통령직을 수행하고 있었으므로 이승만 대통령이 국적에 대하여 직접 언급한 기록은 없다. 그러나 1954년도 이승만대통령이 연두교시에서 밝힌 ‘혼혈아’에 대한 견해를 보면 이승만 대통령이 속하였던 제헌의회의 국적논의에서 다수의 의원들이 가지고 있던 ‘순혈주의’에 대한 생각과 크게 다르지 않았을 것이라고 추측할 수 있다. 제헌의회 의원들의 국적에 대한 견해에 대한 자세한 내용은 “국적법안 제2독회”, 제헌국회 제1회 국회속기록 제119호(단기4281. 12. 2.), 8쪽, 9쪽 등 참조.



로 배제하는 입장을 가진 것으로도 추측할 수 있다.<sup>25)</sup>

실제 1950년대에 이루어진 국외입양은 대부분 혼혈아동으로 당시 전체 입양의 70-90% 차지한 것으로 보고되고 있다.<sup>26)</sup> 또한 이 당시에는 국민들의 해외여행이 자유롭지 않은 때임에도 불구하고 혼혈인들의 국외입양이 다수 가능했다는 점은 한국사회의 ‘순혈주의’ 정서에 기초하여 혼혈인을 국민에서 제외하려는 정부의 적극적인 ‘혼혈인’ 출국정책이 상당부분 기여했다는 점을 알 수 있다.<sup>27)</sup>

### 3. 제5차 개정 - 제8차 개정(1962년~1987년)

#### 1) 이주 사회적 배경

제5차 헌법 개정이 이루어진 1962년부터 제8차 개정 헌법이 효력을 다한 1988년 2월 까지 26년 간의 기간에 해당하는 때로서, 이 시기는 군사력으로 국가를 장악하고 통치를 한 권위주의 시대라는 공통점이 있다. 이 시기는 제5차부터 제7차 개정 헌법기간(1961~1980)에 해당하는 전기 권위주의 시기와 후기 권위주의 시기인 제8차 개정 헌법효력 기간(1980~1987)으로 구분할 수 있다. 1961년부터 1987년은 한국전쟁 복구와 경제 발전이라는 명분으로 강력한 권력에 의하여 모든 사회영역이 통제되던 시기였다. 전기에 해당하는 시기는 세계에서 가장 가난한 국가에 속하였으며, 후기에 이르면 이른바 개발도상국이라는 이름으로 불리던 시기로서 외국인들이 이주해 정착하기에는 매력이 없는 국가였다. 한국에 정주하고 있던 외국인은 주로 화교들로서 박정희정부와 이후 정부에서 정치 및 경제적인 면에서 상당한 제한을 받았다.

오히려 많은 한국인들이 보다 나은 생활과 삶을 위하여 적극적으로 해외로 이주하던 시기

25) 직접 국외입양과 관련된 것은 아니지만 1948년에 최초의 국적법을 만들 당시 국회 기록을 살펴보면, “국민”을 어떻게 관념화하고 국민의 경계를 어떻게 확정하고자 하였는지를 볼 수 있다. 이는 초기 국외입양의 큰 부분을 차지한 소위 혼혈아의 입양과 무관하지 않다. 당시 제헌의회의 국적법 제정과정에서 국적법안을 제안하였던 정부의 대표인 법무부장관 이인은 “우리 대한민국의 국민 된 사람은 모두 남성 혈통으로 우리 국적을 가리도록 해야 한다…우리는 단일민족으로…남성 혈통을 보존하고 그래서 국민이 고루고루 한 사람 빠짐 없이 이 원칙 밑에 국적을 가지게 해야겠다”는 말로 국적법의 부계 혈통주의 원칙을 설명하였다. 나아가 대한민국 국민인 남성과 결혼한 외국인 여성이 대한민국 국적을 수반취득하게 하는 규정에 대하여 박윤원 의원은 “단일민족의 순결성을 보지하기 위해서 혼혈결혼을 우리는 방지하지 않으면” 안된다는 점을 들어서 삭제제를 주장하였다.(참조. “국적법안 제2독회”, 제헌국회 제1회 국회속기록 제119호(단기4281. 12. 2.), 6쪽.

26) 이삼돌, ‘해외입양과 한국 민족주의: 한국 대중문화에 나타난 해외입양과 입양 한국인의 모습’, 서울: 소나무, 2008, 86쪽.

27) 같은 의견 한서승희, “이주의 사회과학적 고찰 국외 입양과 아동의 이주”, 민족연구 제60권(2014), 77쪽 참조.

이다. 남미국가로의 농업이민과 미국을 중심으로하는 이주가 있었으며, 서독정부와 협정을 통하여 서독에 노동이주(광부, 용접기술자 및 간호사 등)가 시행되었다. 또한 베트남전쟁 참전과 군사지원을 위한 노동자들의 이주, 1971년 오일쇼크 이후 중동지역 건설경기의 활황으로 인한 건설노동자의 이주 등이 이루어졌다. 다만, 미주대륙 및 독일 지역의 이주는 정주로 이어졌으나, 베트남과 중동지역의 경우는 패전 또는 종교 등 문화상의 차이 등으로 대부분 복귀하여 정주로 이어지는 경우는 드물었다는 특징이 있다.

## 2) 현정적 특징

전기에 해당하는 제5차 개정헌법은 1961년 5·16 군사쿠데타로 집권한 박정희의 ‘국가재건최고위원회’가 주도하여 1962년 12월 26일 개정되었으며, 이후 대통령에게 국가권력 모두가 집중된 이른바 ‘유신헌법’(제7차 개정)이 효력을 가졌던 1980년 18년간의 기간을 말한다. 이 기간 중에는 외국인과 이주자와 관련한 헌법적 변화는 거의 없었다. 외국인은 국제법과 조약에 정한 바에 의하여 그 지위가 보장되는 내용인 외국인 조항은 변화가 없었다.<sup>28)</sup> 대통령은 취임을 함에 있어서 선서를 하여야 한다. 선서의 내용을 살펴보면 제5차부터 제6차 개정헌법에서 대통령은 “나는 국헌을 준수하고 국가를 보위하며 국민의 자유와 복리의 증진에 노력하여 대통령으로서의 직책을 성실히 수행할 것을 국민 앞에 엄숙히 선서합니다.”(각각 68조 제1항)라고 하였고 제7차 개정헌법에서는 “나는 국헌을 준수하고 국가를 보위하며 국민의 자유와 복리의 증진에 노력하고 조국의 평화적 통일을 위하여 대통령으로서의 직책을 성실히 수행할 것을 국민앞에 엄숙히 선서합니다.”(제46조)라고 하여 현재와 같이 “민족문화 창달”이라는 내용은 담고 있지 않다. 외국인과 이주자 등과 관련한 그 밖의 헌법규정은 두지 않았다. 특히, 제7차 개정헌법은 전문에서 “조국의 평화적 통일의 역사적 사명”이라는 용어를 사용하였는데, 제헌 헌법부터 계속 쓰여진 “민족의 단결을 공고히 하며”라는 부분을 삭제하였다는 특징이 있다. 제7차 개정헌법인 유신헌법은 ‘민족’이라는 용어를 한 차례도 사용하지 않았다.<sup>29)</sup>

28) 제5차 개정헌법 ~ 제7차 개정헌법 제5조 참조.

29) 그 이유가 무엇인지 알 수는 없으나, 그렇다고 하여 당시 권위주의정부가 ‘민족’이라는 용어를 의도적으로 회피하지는 않은 것으로 보인다. 오히려 당시 정부는 1968년 ‘국민교육헌장’을 만들어서 이를 교육기관은 물론 모든 사회문화영역에 전파하였다. 국민교육헌장은 매우 전체주의적이고 권위주의적인 성격을 가진 것으로 평가된다. 국민교육헌장은 서두를 “우리는 민족중흥의 역사적 사명을 띠고 이땅에 태어났다.”고 시작하여 개인의 자유와 권리보다 집단주의적이고 전체주의적인 가치를 우선하고 있다. 박정희 대통령은 국민교육헌장 선포 담화문(1968.12.5.)에서 “국민 윤리의 기둥이며, 교육적 지표인 이 헌장으로 정신 개혁을 이룩하고 실천하여 생산적인 행동 규범으로 승화

권위주의 후기 헌법에 해당하는 제8차 개정헌법은 1979년 12.12 군사반란에 의해서 권력을 장악한 군부세력에 의해서 주도되었다. 제8차 개정헌법의 특징은 이전 헌법보다 ‘민족’ 정체성과 ‘전통’을 강조하는 규정을 직접 둔 점이다. 제8차 개정 헌법 전문은 스스로를 “제5 민주공화국”이라고 칭하여 “제5민주공화국”은 “조국의 평화적 통일과 민족중흥의 역사적 사명에 입각”해서 출발한 것이라고 선언하고 있으며, “동포애로써 민족의 단결을 공고히 하고”라는 말로 “동포”와 “민족”을 강조하는 내용을 담았다. 제8조는 “전통문화의 계승·발전과 민족문화의 창달에 노력”할 것을 국가의 과제로 규정하였으며, 대통령은 “민족문화의 발전”에 노력할 것을 내용으로 하는 취임선서를 하도록 규정하였다(제44조). 다만, 외국인은 이전 헌법과 동일하게 국제법과 조약에 정한 바에 의하여 그 지위를 보장하였다(제5조 제2항).

### 3) 외국인·이주관련 법률

#### (1) 출입국관리법

한국도 대한민국 국민과 외국인의 출입국의 공정한 관리와 대한민국에 체류하는 외국인의 거주 및 등록을 목적으로 ‘출입국관리법’(1963년)을 제정하였다. 하지만 ‘출입국관리법’이 제정될 당시 한국에는 외국인의 출·입국 및 체류외국인의 수가 많지 않았던 까닭에 외국인의 출입국 및 체류관리는 큰 문제가 되지 않았다. 1988년 서울 올림픽이후 외국인의 입국과 방문이 급격히 증가하면서 ‘출입국관리법’은 비로소 외국인의 체류관리 등의 가장 기본적인 법률이 되었다. ‘출입국관리법’은 이후 많은 개정이 있었다. 1990년대 후반부터는 거의 매년 개정이 있었다. 1994년 개정 ‘출입국관리법’은 제8장의2에 ‘난민’에 관한 장을 신설하였다. 이후 2012년 ‘난민법’이 독립된 법률로서 제정되면서 서로 체계상 맞지 않던 난민관련 주요 조항이 ‘출입국관리법’에서 제외되고 난민의 출입과 체류와 관련사항만을 두고 있다(법 제76조의5, 제76조의6, 제76조의7). 특히, 2007년, 2008년에는 각각 ‘재한외국인 처우 기본법’과 ‘다문화가족 지원법’이 제정된 것이 ‘출입국관리법’ 개정의 주요 이유가 되었다. 또한 2012년 개정에서는 국적 취득이나 영주할 수 있는 체류자격 등을 취득하려는 외국인의 사회적응을 지원하기 위하여 교육, 정보 제공, 상담 등을 제공하는 사회통합 프로그램을 시행하기 위한 근거를 두었다(현행 법 제39조, 제40조).

---

시킬 것”을 강조하였다. 국민교육헌장은 ‘민족’이라는 순수성(민족 주체성)을 그 기반으로 하고 있었으므로 외국인 또는 이주자에 대한 시각은 우호적일 수 없었다.

## (2) 해외이주법

1950-53년 한국전쟁 이후부터 1965년 사이에는 전쟁고아 및 미군과 결혼한 여성들이 미국으로 이주했으며 한편으로는 유학생, 연구원, 간호사, 의사 등이 미국 이민을 선택했다. 유학생과 연구원들 중 상당수는 학업과 훈련을 마치고 미국에 정착하였다. 1962년 3월 해외이주법<sup>30)</sup> 제정으로 해외이주를 규율하는 법률상 근거가 갖추어지게 되었다.

해외이주법 제1조에 의하면 “국민의 해외진출을 장려함으로써 인구정책의 적정과 국민경제의 안정을 기함과 동시에 국위를 선양함”이 법의 목적이었다. 국위를 선양한다는 표현이 사용된 것은 첫째 이것이 당시 외국의 관련 법률에 널리 사용되는 표현이었고 둘째로 장기적 관점 내지는 간접적 효과로서 국민의 해외 진출을 통해 “민족적 우월성”을 보일 수 있다는 의미에서였다.<sup>31)</sup>

해외이주법의 관심은 경제적 사유로 인한 이민에 집중되어 있었고, 이는 제2조 제1항에서 해외이주자를 “생업에 종사하기 위하여 외국에 이주하는 자와 그 가족”이라고 설명하는 데서도 알 수 있다. 해외이주의 자격이 없는 자는 제3조에서 9개 항목으로 규정되었다. 여기에는 징집면제처분을 받은 경우를 제외하고 병역을 기피하였거나 현역복무를 마치지 아니한 징집해당자, 금고 이상의 형을 받은 자, 금치산선고·한정치산선고·파산선고를 받은 경우, 일정한 질환이나 장애가 있는 경우, 보건사회부장관이 노동에 적합하지 않다고 인정하는 경우, 국가 체면 손상 또는 국시 배반의 우려가 있는 경우 등이 포함되었다.<sup>32)</sup>

해외이주법은 이후 여러 차례 개정이 되고, 국민의 해외이주가 감소하면서 현재는 해외이주알선업체를 관리 감독하는 것을 주요 내용으로 하여 현재에 이르고 있다.

## (3) 고아입양특례법

이승만 정부에 이어서 박정희 정부도 초기에는 국외입양과 관련하여 특별한 법제적 조치

30) 해외이주법(시행 1962. 3. 9., 법률 제1030호, 1962. 3. 9., 제정).

31) 국가재건최고회의상임위원회회의록 제14호(1962. 2. 20.), 1쪽.

32) 제정 해외이주법 제3조 제1호부터 제9호까지 정하고 있는 결격사유를 그대로 옮기면 다음과 같다.

“1. 병역을 기피하였거나 징집해당자로서 현역복무를 마치지 아니한 자. 단, 징집면제처분을 받은 자는 예외로 한다.

2. 금고이상의 형을 받은 자

3. 금치산자와 한정치산자 및 파산선고를 받고 복권하지 아니한 자

4. 정신병자와 심신모약자

5. 알콜중독자 또는 마약중독자

6. 농자, 아자, 맹자

7. 각령으로 정하는 전염병환자

8. 기타 노동에 적합하지 않다고 보건사회부장관이 인정하는 자. 단, 이주자의 가족은 예외로 한다.

9. 국가체면을 손상하고 국시에 배반될 행위를 할 우려가 있는 자 ”

없이 해외입양을 민간영역에 그대로 두었다. 1961년에 이르러서 ‘고아입양특례법’을 제정하여 국외입양에 국가가 개입하기 시작하였다. 박정희 군사정부는 ‘고아입양특례법’을 제정하여 고아와 같은 요보호아동을 위한 정책을 법제화하면서 상대적으로 비용이 많이 드는 시설보호의 대안으로 국외 입양을 활성화하였다.<sup>33)</sup> 1961년 ‘고아입양특례법’ 입법과정을 살펴 보면 국가가 국외입양에 대해 적극적인 태도로 개입하였을 알 수 있다. ‘고아입양특례법’은 국외입양에 대한 법적 기초를 마련하여 사적인 국외입양을 불허하고 허가된 입양기관만이 국외입양업무를 할 수 있도록 규정하여 실제에서는 국외입양을 위한 효율적인 시스템으로서 기능하였다.<sup>34)</sup>

‘고아입양특례법’은 1976년에 ‘입양특례법’으로 명칭을 변경과 함께 전면개정이 되었다. 개정 ‘입양특례법’은 입양대상자를 ‘고아’에서 ‘보호시설에서 보호를 받고 있는 자’로 확대하고 있어서 사설 입양기관에게 더 많은 ‘국외 입양사업’을 할 수 있는 바탕을 마련해주었다. 절대수가 줄어든 ‘혼혈아동’ 대신에 ‘혼외의 자녀’를 국외 입양시킬 수 있도록 하기 위한 법적 근거를 갖추었다, 실제로 해당 법률이 시행된 후 국외 입양된 아동의 90%가 미혼모의 자녀라는 보고가 있다.<sup>35)</sup> 법률의 목적은 ‘보호를 요하는 아동’의 입양을 촉진해서 양자로 되는 자의 안전과 복리증진을 도모하는 것이지만, ‘친생모 양육 원칙’ 또는 ‘국내입양원칙’에 대해서는 전혀 규정하지 않고 있는 문제가 있었다. 사실상 이 법률은 정부의 허가를 받은 사설 입양기관이 더 많은 국외입양을 통해 더 많은 수익을 얻으려는 사적 거래의 성격을 인정해주는 근거가 되었다.

1995년에는 ‘입양특례법’을 ‘입양촉진및절차에관한특례법’이라는 이름으로 하여 전면개정을 하였다. 1995년의 법률은 모든 아동은 그가 태어난 가정에서 건전하게 양육되어야 함을 규정하고, 국가 및 지방자치단체는 태어난 가정에서 양육이 곤란한 아동에게 건전하게 양육될 수 있는 다른 가정을 제공하기 위하여 필요한 조치와 지원을 하여야 하며, 모든 국민이 입양아동의 건전한 양육에 협력할 책임을 정하여(법 제3조) 이전의 법률과 달리 입양의 원칙과 책임을 추상적이거나 정하고 있다. 계속 늘어나는 국외입양의 문제점, 국내외의 비판, 입양되었던 당사자들의 증언, 사설 입양기관의 각종 문제, 호주제 폐지 등의 영향을 받아 1995년의 ‘입양촉진및절차에관한특례법’ 2011년에 ‘입양특례법’이라는 이름으로 다시 전면개정이 되었다. 2011년 ‘입양특례법’은 ‘사적 영역’에 두었던 입양을 ‘공적 영역’으로 가져오는 시도라고 볼 수 있다.<sup>36)</sup> ‘입양특례법’은 국외입양은 국내입양을 통해 입양되지 못한

33) 정소라, ‘한국 입양법 변화의 사회적 의미’, 민족연구 제65집(특집), 2016, 52쪽.

34) 정소라, 위의 논문, 54쪽.

35) 보건복지부, 연도별 해외입양인의 가족 배경(정소라, 앞의 논문, 민족연구 제65집(특집), 2016, 52쪽 표1) 재인용).

경우에 보충적으로 이루어져야 함을 원칙으로 하고 있다.

#### 4) 기타

한국은 인구 급증으로 인한 실업난에도 처해 있었으며, 전후 부흥에 의한 노동력 부족에 시달리던 서독의 수요와 맞는 상황이었다. 5.16 군사정변 이전에는 대한석탄공사가 지멘스와 광부 송출 각서를 맺었다가 쿠데타로 흐지부지된 바도 있다. 그러나 서독 광산업계가 만성적인 인력 부족에 시달리면서[4] 1962년 기업별로 인력 유치 의사를 밝히며 서독 정부를 압박하고 1963년 5월에 공식적으로 서독 노동부 차원의 유치 의사가 전달되면서 1963년 12월 '한국 광부의 임시 고용계획에 관한 한독 정부 간의 협정'이 체결되었다.

베트남전쟁 기간 군수물자 하역 및 각종 시설 건설을 담당하는 6만여 명의 민간인 기술자가 베트남으로 향했다. 5만 병력 규모의 한국군(누계 합산으로 총 30만)이 베트남 전쟁에 참전했으며 많은 수의 민간인들이 베트남 전쟁에 직·간접적으로 관여하면서 베트남으로 이주가 있었다. 당시 제47회 임시국회에서는 1차 때와 달리 파병동의안 통과를 두고 여야간 이견이 있었으며, 파병을 위한 국제법적 근거 역시 문제가 되었다. 당시 한국이 베트남에 파병을 할 수 있는 근거로서 조약 또는 집단안보기구 등에 가입되어 있지 않았고, 제네바 휴전협정의 위반 가능성도 존재했다. 국제법적 근거가 없다는 점들이 문제가 되기도 하였다.

1973년의 1차 오일쇼크는 한국경제에도 상당한 타격을 주었으나 오일쇼크로 인하여 막대한 오일머니를 벌어들인 중동국가들이 자국에 벌린 대규모 건설사업에 많은 한국노동자들이 노동이주를 하였다. 중동 건설시장에서 벌어들인 오일머니로 한국은 경제위기를 극복하고 80년대와 90년대 고도성장을 이룰 자본을 축적할 수 있었다는 평가가 있다. 이때 건설회사 노동자로서 중동지역으로 파견된 건설노동자 수도 급증하여, 1975년 6,000명이던 것이 1978년에는 10만 명에 육박했고 한때 20만 명까지 이르렀다는 보고가 있다.

## 4. 현행 헌법(1987년 ~ 현재)

### 1) 이주 사회적 배경

이 기간은 한국의 개방화와 국제화의 계기가 된 1988년 서울올림픽, 소비에트 연방의 붕

36) 정소라, 위의 논문, 59쪽.

괴와 동유럽국가 정치체제의 변화 등으로 제2차 세계대전 이래 세계질서였던 동서 냉전체제가 무너졌다. 한국은 한국전쟁 이후 적대국이었던 중국과 러시아와 외교관계가 맺어졌다. 이후, 1997년 한국경제가 붕괴되어 한국이 채무불이행 상태에 빠지고 이를 극복하기 위해 국제통화기금(IMF)의 지원과 관리를 받게 되면서 금융시장을 비롯한 국내 시장이 개방화되었다. 이후 2000년대에 들어서면서 국제화된 세계시장의 영향으로 경제회복과 산업화가 급속히 전개되면서 한국사회는 구조적 변화를 겪고 현재에 이르고 있다.

이 기간은 국내적으로는 고령화 및 저출산에 따른 인구구조 변화 및 산업구조의 변화에 따른 계층 및 지역 구조의 변화 등이 진행되고 있다. 산업발전과 구조변화, 경제활동 가능인구의 급감에 따른 노동력 부족을 보완하기 위해서 외국인 노동력이 유입되었으며, 다수의 결혼이민자들이 유입된 시기이다. 중국과 러시아 수교는 정부수립 이전 국외로 이주하였던 외국국적동포의 대거 귀환이 진행되고 있기도 하다. 정부수립 이후 40 여년간 큰 의미를 가지지 못하던 외국인과 이주자가 한국 사회의 주요 구성원으로서 주요한 주제가 된 시기이다. 이 시기에는 새로운 현상과 현안에 대응하기 위하여 다수의 법률과 제도들이 생겨나기 시작하였다. 그러나 이전에 경험하지 못하였던 현상과 문제점을 해결하는 과정에서 상당한 시행착오를 겪었거나 겪고 있다. 신속한 대응 필요성이 전면에 나서면서 인권보호, 갈등조정 등이 충분히 논의되지 못하고 장기적인 효과 등 검토가 부족했다. 현재는 외국인과 이주자를 관할로 하는 법제도 개선과 함께 관할 중앙행정기관 설치 논의가 진행되고 있으며, 재외동포청 신설 등이 이루어졌다.

## 2) 헌정적 특징

현행 헌법은 제헌 이래 9번째 개정된 헌법이다. 1987년 민중항쟁을 통해 26년간 이어온 권위주의 정부를 종식하고 국민의 자유와 권리보호를 강화하면서 정부를 국민이 직접 선거를 통해 구성하는 민주적 헌법이라는 성격을 가진다. 현행 헌법은 국민의 기본권을 강화하고 헌법재판소를 설치하여 헌법 규범성을 강화하였다. 헌법재판소는 과거 권위주의 시대의 많은 법률들을 위헌으로 결정하여 국민의 자유와 권리보호에 많은 기여를 하였다. 현행 헌법은 제8차 개정헌법과 동일하게 전문에 “동포애로써 민족의 단결을 공고히 하고”, 헌법 제9조에 국가는 전통문화의 계승·발전과 민족문화의 창달에 노력할 것을 규정하고 있다. 대통령도 “민족문화의 창달에 노력할 것”을 선서하여야 한다(제69조). 제6조 제2항의 외국인의 법적 지위 보장조항도 이전 헌법과 동일하게 규정이 되었다. 한편 헌법 제2조 제2항은 국가의 재

외국민 보호 의무를 규정하고 있는데, 재외국민에 외국국적동포(재외동포)도 포함되는지 이견이 있을 수 있다. 현행 헌법은 이전의 헌법과 거의 같은 내용을 담고 있지만, 헌법재판소의 적극적인 헌법해석을 통해서 새로운 과제로 등장한 외국인과 이주자 수용과 통합에 대응하고 있다. 다만, 이주자가 한국사회 공동체의 주요 부분으로 자리 잡고 사회통합이 핵심과제로 자리 잡게 되면 헌법적 차원에서 대응(개정 등)이 불가피할 것으로 생각한다.

현행 헌법에 의해 설치된 헌법재판소는 이주 관련 법률들에 대해서도 많은 결정을 통해 이주법제 발전에 기여를 하였다. 부계혈통주의를 취하고 있던 구 국적법에 대한 위헌 결정,<sup>37)</sup> 정부수립을 기준으로 외국국적동포를 차별하였던 재외동포법에 대한 위헌결정,<sup>38)</sup> 외국인 노동자의 권리를 침해하였던 산업연수생 제도 위헌 결정,<sup>39)</sup> 인천국제공항 송환대기실에 수용된 난민에 대한 변호인접견불허처분에 대한 위헌확인 결정,<sup>40)</sup> 재외국민 영유아 보육료·양육수당 지원 배제하는 것에 대한 위헌확인<sup>41)</sup> 결정 등을 하였다. 특히, 헌법재판소는 외국인의 기본권 주체성과 관련하여 헌법이 헌법상 보장된 기본권 주체를 ‘국민’으로 하고 있음에도 불구하고 기본권의 성질에 따라 외국인도 당연히 기본권 주체성을 가진다는 외국인 기본권 주체성 인정의 가이드라인을 헌법해석을 통해서 확인하였다. 최근에는 강제퇴거명령을 받은 사람을 보호할 수 있도록 하면서 보호기간의 상한을 마련하지 아니한 출입국관리법 해당 조항에 대하여 위헌(헌법불합치) 결정을 하여 사실상 부당한 장기구금에 대한 위헌판단을 하였다.<sup>42)</sup> 이처럼 외국인과 이주자에 대한 중요한 결정에도 불구하고 그럼에도 불구하고 외국인고용법의 고용허가제에 따른 ‘사업장병경제한제도’,<sup>43)</sup> ‘출국만기보험제도’<sup>44)</sup> 등에 대해서는 합헌 결정을 하고 있다. 대법원은 출입국관리 법령에 따라 취업활동을 할 수 있는 체

37) 헌재 2000. 8. 31. 97헌가12.

38) 헌재 2001. 11. 29. 99헌마494.

39) 헌재 2007. 8. 30. 2004헌마670. 특히, 이 결정에서 헌법재판소는 근로의 권리가 “일할 자리에 관한 권리”만이 아니라 “일할 환경에 관한 권리”도 함께 내포하고 있는바, 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 ,,,, , 자본주의 경제질서하에서 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 타당하다는 결정을 하였다.

40) 헌재 2018. 5. 31. 2014헌마346. 이 사건에서 헌법재판소는 헌법 제12조 제4항 본문에 규정된 변호인의 조력을 받을 권리는 형사절차에서 피의자 또는 피고인의 방어권을 보장하기 위한 것으로서 출입국관리법상 보호 또는 강제 퇴거의 절차에도 적용된다고 보기 어렵다고 판시한 이전 결정(헌재 2012. 8. 23. 2008헌마430)을 변경하였다.

41) 헌재 2018. 1. 25. 2015헌마1047.

42) 헌재 2023. 3. 23. 2020헌가1등.

43) 헌재 2021. 12. 23. 2020헌마39.

44) 헌재 2016. 3. 31. 2014헌마367.



류자격을 받지 않은 외국인이 타인과의 사용종속관계하에서 근로를 제공하고 그 대가로 임금 등을 받아 생활하는 경우, 노동조합 및 노동관계조정법상 근로자의 범위에 포함되는 것을 확인하는 판결을 하였다.<sup>45)</sup>

### 3) 외국인·이주관련 법률

#### (1) 국적법

국적법은 1948년 제정된 이후 부계혈통에 따른 단일국적주의를 1997년 전면개정을 통한 부모양계혈통주의<sup>46)</sup>와 2010년 예외적 복수국적인정,<sup>47)</sup> 2019년 일반귀화 요건으로서 영주권 전치주의<sup>48)</sup>를 규정하는 등 중요한 변화를 겪었다. 부계혈통주의는 헌법 제11조 평등권 침해 여부가 헌법재판소에서 다투어졌으며,<sup>49)</sup> 헌법재판소에서 위헌법률심판 중 국적법이 출생에 의한 국적취득을 부모양계혈통주의를 골자로 개정되었다.<sup>50)</sup>

1997년 국적법개정은 전부개정 형식으로 국적법 내용의 대부분이 재정비되거나 새로이 규정되었다. 부모양계혈통주의와 함께, 한국 남자와 결혼한 외국인 여성은 혼인과 함께 국적을 취득하던 이른바 처의 수반취득제도가 폐지되고 간이귀화에 의해서 국적을 취득하는 것을 개정되었다. 간이귀화조항은 1990년대 한국인과 결혼한 외국인 여성 결혼이민자들이 대부분 적용대상이 되어 국적취득이 이전보다 어렵게 되었다. 2010년에는 단일국적주의를 원칙으로 하고 법률이 정한 경우들에 대해서는 복수국적을 인정하는 중요한 변화가 있었다. 해당 조항은 특히, 65세 이상으로 외국국적을 취득하고 해당 국가에 거주하고 있던 재외동포들에게 의미가 있는 내용이다. 그 밖에도 국적회복(제9조), 국적판정(제20조) 제도들도 재외동포에게 의미있는 조항이다.

#### (2) 재한외국인처우기본법

정주를 비롯한 장기체류외국인의 수가 증가하고, 관광 등을 목적으로 한국에 입국하는 외국인의 수가 늘어나면서 입국외국인에 대한 처우를 고려하여야 한다는 입법취지에 따라

45) 대법원 2015. 6. 25. 선고 2007두4995 전원합의체 판결.

46) 국적법 제2조 제1항 제1호.

47) 국적법 제10조..

48) 국적법 제5조 1의2.

49) 헌재 2000. 8. 31. 97헌가12

50) 법률 제5431호, 1997. 12. 13., 전부개정.

2007년 ‘재한외국인처우기본법’이 제정되었다. ‘재한외국인처우기본법’은 재한 외국인이 대한민국 사회에 적응하여 개인의 능력을 충분히 발휘하고, 대한민국 국민과 재한외국인이 상호이해하고 존중하는 사회 환경을 조성하여 대한민국 발전과 사회통합에 이바지하는 것을 목적으로 한다고 하고 있다(법 제1조).

이주외국인의 체류자격 및 활동, 관리는 ‘출입국관리법’에서 일반적으로 정하고 있다. 그렇지만 한국 내에 합법적으로 체류하고 있는 외국인에 대한 처우의 기본 원칙과 제도를 정하고 있는 ‘재한외국인처우기본법’도 한국의 이주법제의 지위에서 볼 때 외국인 체류에 대한 일반적인 성격을 가지고 있는 법률이라고 할 수 있다. 이 법률은 기본법 형식을 취하고 있다. 기본법의 성격상 재한 외국인 지원을 위한 실제적인 규정보다는 조직, 추진체계, 지원의 일반적인 방향 등만을 정하고 있을 뿐이다.

이 법률의 주요 내용을 살펴보면 다음과 같다. ‘재한외국인처우기본법’은 그 적용대상을 거주할 목적으로 합법적으로 체류하고 있는 외국인으로 한정하고 있다(법 제2조 제1호). 또한 이러한 외국인 가운데 ‘결혼이민자’를 별도로 규정하여 적용대상으로 하고 있다(법 제2조 제3호). 이른바 불법체류 외국인의 경우는 이 법률의 적용대상에서 제외되어, 불법체류자는 사회통합의 대상이 될 수 없다. 거주할 목적의 외국인이므로 관광 등 단기체류 중인 외국인도 적용되지 아니한다. 국민 가운데에서도 후천적인 국적 취득으로 국민이 된 자에 대해서는 사회적응을 위하여 국적취득 후 3년까지는 이 법률이 정하는 지원을 받을 수 있도록 하고 있다(법 제15조). 그밖에 재외동포의 범주에 속하는 외국인에 대해서도 입국·체류 또는 대한민국 안에서의 경제활동 등을 보장할 수 있도록 하고 있다(법 제17조).

### (3) 다문화가족지원법(다문화가족법)

1990년대 이후 지방자치단체를 중심으로 전개된 국제결혼사업(이른바, “농촌총각 장가보내기” 사업)으로 많은 국제결혼이 농어촌을 중심으로 이루어졌다. 외국인 배우자의 대부분은 중국과 동남아 지역 국가 출신이 다수를 차지하고 있다. 국민 배우자와 외국인 배우자로 구성된 부부와 가족들은 가족 내에서의 언어소통, 문화 등의 차이로 많은 어려움을 겪고 있다. 특히, 외국인 배우자의 한국사회 적응을 위한 특별한 지원 필요성이 대두되었다.

혼인을 통해 한국에 이주한 외국인을 한국정부는 ‘결혼이민자’로 불렀으며 한국 국적자와 외국인 배우자 및 그 자녀로 구성된 가족을 ‘다문화가족’이라고 하여 지방자치단체에 의한 임의적 지원실시를 하다가 법제도를 통한 지속적 지원을 위하여 ‘다문화가족 지원법’을 2008년 3월 21일 법률 제8937호로 제정하였다. 다문화가족법은 첫째, 국제결혼의 증가 등

국가 간 인적교류의 활성화로 우리 사회가 다문화 사회로 급속히 변화하고 있음에도 뿌리깊은 ‘단일민족 의식’으로 다문화가족의 생활 전반에 다양한 편견과 차별을 야기시켜 주류사회로의 진입을 어렵게 하고 있다는 점, 둘째, 결혼이민자 및 그 자녀 등으로 구성되는 다문화가족은 언어문제 및 문화적 차이로 인한 사회부적응과 가족구성원 간 갈등 및 자녀교육의 어려움을 겪고 있다는 점, 셋째, 다문화가족의 구성원이 우리 사회의 구성원으로서 순조롭게 통합되고 안정적인 가족생활을 영위할 수 있도록 다문화가족에 대한 지원정책의 제도적인 틀을 마련하려는 것을 입법취지로 제시하고 있다.

입법자는 국민과 외국인, 또는 외국계 국민배우자와 그 자녀들로 구성된 가족을 ‘다문화가족’이라고 정의(법 제2조)하면서 이들 가족이 안정적인 가족생활을 영위할 수 있도록 함으로써 이들의 삶의 질 향상과 사회통합에 기여할 수 있도록 하는 것(법 제1조)을 목적으로 ‘다문화가족 지원법’을 제정하였다고 밝히고 있다.

‘다문화가족지원법’은 적용 대상과 집행 내용을 구체적으로 정하고 있는 구체화법이다. 그러나 이 법률은 법률의 추진 조직, 추진 체계, 기본계획, 지원과 관련한 대강의 내용 규정 등을 규정하고 있어서 입법기술과 법률의 성격으로 보면 기본법으로도 볼 수 있다. ‘다문화가족 지원법’은 법의 제명에서 말하고 있는 바와 같이 특정 적용대상에 대하여 구체적인 적용 내용을 정하고 있는 구체화법의 하나이다. ‘다문화가족 지원법’의 지위에 대하여 ‘재한외국인처우기본법’의 개별법(실행법)에 해당한다는 견해가 있다.<sup>51)</sup> 그러나 이 법률은 집행법과 기본법이 모호하게 결합된 관계로 집행규정, 특히 지원규정들 대부분이 임의규정의 형식을 취하게 되었고, 제정 후 여러차례 개정을 통해 개선되고 있다.

#### (4) 외국인근로자고용등에관한법률(외국인고용법)

1990년대 이후 급속한 산업구조 변화는 특정 업종 및 일정 규모 사업장(중소사업장)에 커다란 영향을 미쳤다. 중소기업장은 심각한 노동력 부족을 겪었고 정부는 이들 사업장에 노동력을 공급하기 위해 기존의 산업연수생 제도를 개편하여 외국인력을 도입하였다. 정부는 1997. 9. 개정된 출입국관리법에 따라 ‘연수취업제도’ 즉 2년간의 연수 후 일정 자격을 갖춘 산업연수생이 ‘근로자’로 체류자격을 변경할 수 있는 ‘체류자격 변경허가제도’를 도입하였고, 이에 따라 이른바 ‘산업연수생’ 제도로 불리는 외국인 노동자 공급정책을 운영하였다.

그러나 이들 외국인 노동자들이 산업연수생이 연수라는 명목하에 사업주의 지시·감독을

51) 차용호, 한국이민법, 법문사 2015, 635쪽 이하.

받으면서 사실상 노무를 제공하고 수당 명목의 금품을 수령하는 등 실질적인 근로관계를 맺는 노동자임에도 불구하고, 근로기준법이 보장한 근로기준 중 주요 사항에 대하여 교육을 받는 ‘연수생’이라는 탈법적인 지위를 부여하고 근로기준법의 적용을 회피하는 것은 평등권을 침해하는 이어서 위헌이라는 헌법재판소의 결정<sup>52)</sup>에 따라 산업연수생 제도는 위헌상태를 제거한 채 2006년 12월 31일까지 운영되었다.

산업연수생 제도가 노동자의 권리를 부정한다는 점, 평등권을 침해한다는 비판이 고조되고 헌법재판소에서 위헌으로 결정될 가능성이 높다는 점을 고려하여 정부는 2003년 8월에 법률 제6967호로 ‘외국인근로자고용등에관한법률’(외국인고용법)을 제정하였다. 외국인고용법은 고용허가제를 근간으로 하고 있다. 정부는 입법취지로 “내국인근로자의 고용기회 보호라는 원칙 하에 외국인근로자를 체계적으로 도입함으로써 원활한 인력수급으로 중소기업 등의 인력부족을 해소하고 지속적인 경제성장을 도모하는 한편, 외국인근로자에 대한 효율적인 고용관리와 근로자로서의 권익을 보호하기 위한 장치를 마련하기 위해” 이전의 산업연수생제도를 폐지하고 외국인력도입과 처우를 전면 개편하려는 것이라고 하였다.

이 법률은 주로 저숙련 노동자들을 필요로 하는 중소기업장에서 외국인 노동자를 공급하는 것을 주목적으로 하고 있다. 특히, 외국인 노동력의 안정적 확보를 위해 외국인 노동자의 사업장 이동을 엄격히 제한하는 고용허가제를 근간으로 하고 있다. 일정 범위의 외국국적동포도 이 법률의 적용대상이 되지만, 이들은 특례고용허가제(이른바, 방문취업제)라는 이름 하에 사업장 변경 등을 자유롭게 할 수 있다. 외국인 노동자는 특정 사업장에 고용되어 최장 4년 10개월 노동력을 제공하고 고용기간이 만료되면 의무출국을 하여야 한다. 이 경우 성실근로자로 인정이 되면 다시 1회에 걸쳐 4년 10월을 해당 사업장에서 사업장 변경없이 노동력을 제공하고 고용기간 만료와 함께 영구 귀국을 하도록 규정하고 있다. 노동자의 사업장 변경 자유는 노동조건의 선택과 변경을 스스로 할 수 있는 노동자의 권리이지만, 법률은 고용허가제에 따라 노동력을 제공하는 외국인 노동자에게는 인정하지 않고 있어서 헌법과 국제노동기구 협약 위반이라는 비판이 있다.<sup>53)</sup> 그 밖에도 노동자가 고용기간이 만료되거나 퇴직을 한 경우 수령하게 되는 퇴직금을 외국인 노동자는 출국을 하는 조건으로 수령하게 하는 퇴직만기보험제도를 규정하고 있다. 이 제도는 외국인 노동자가 고용기간이 만료되도 출국하지 않고 미등록 상태로 한국에 체류하게 되는 것을 방지하고자 하는 목적으로 설치되었다.

52) 헌재 2007. 8. 30. 2004헌마67.

53) 헌법재판소는 고용허가제에 따른 사업장 변경 제한은 합헌이라는 입장을 고수하고 있다. 참조, 헌재 헌재 2011. 9. 29. 2007헌마1083등; 헌재 2021. 12. 23. 2020헌마395.

외국인 노동자와 내국인 노동자를 차별하여 평등권을 침해하는 것이라는 비판에도 헌법재판소는 해당 제도는 합헌이라고 결정하였다.<sup>54)</sup>

#### (5) 재외동포출입국 법적지위에 관한 법률(재외동포법)

외교부 통계에 따르면 재외동포는 세계 193개국에 약 750만 여명에 이른다고 한다.<sup>55)</sup> ‘재외동포법’은 1999년 법률 제6015호로 ‘재외동포의출입국과법적지위에관한법률’이라는 이름으로 제정되었다. 정부는 재외동포의 입국과 정착을 지원하기 위함이 법률 제정 취지라고 하였다. 그러나 이 법률에 대해서는 이른바 선진국에 거주하는 재외동포와 그렇지 않은 국가의 재외동포, 해방이전에 이주한 재외동포와 정부수립 이후에 이주한 재외동포 간에 차별로 인하여 위헌결정이 있었다.<sup>56)</sup> 이후 재외동포간의 차별적 처우를 폐지하고 모든 재외동포들에게 입국, 정착, 기타 경제적 활동에서 동등한 대우를 하는 내용으로 개정이 되었다.

‘재외동포법’에 따르면 ‘재외동포’란 대한민국의 국민으로서 외국의 영주권(永住權)을 취득한 자 또는 영주할 목적으로 외국에 거주하고 있는 자(이하“재외국민”이라 한다)와 대한민국의 국적을 보유하고 있던 자(대한민국정부 수립 전에 국외로 이주한 동포를 포함한다) 또는 그 직계비속(直系卑屬)으로서 외국국적을 취득한 자 중 대통령령으로 정하는 자(이하“외국국적동포”라 한다)를 말한다.<sup>57)</sup> 한편, 2023년 5월 9일 제정(법률 제19402호)된 ‘재외동포기본법’은 재외동포를 대한민국 국민으로서 외국에 장기체류하거나 외국의 영주권을 취득한 사람과 출생에 의하여 대한민국의 국적을 보유하고 있던 사람(대한민국 정부 수립 전에 국외로 이주한 사람을 포함한다) 또는 그 직계비속으로서 대한민국 국적을 가지지 아니한 사람으로 정의하고 있다.<sup>58)</sup> 두 법률은 동일하게 재외동포 정의규정을 두고 있지만, ‘재외동포법’은 외국국적동포의 범위를 대통령령에 위임하고 있고, ‘재외동포기본법’은 유보조항을 두지 않았

54) 헌재 2016. 3. 31. 2014헌마367.

55) [https://www.mofa.go.kr/www/wpge/m\\_21507/contents.do](https://www.mofa.go.kr/www/wpge/m_21507/contents.do) (2023.5.15. 방문)

56) 헌재 2001. 11. 29. 99헌마494. 위 법률조항에 대한 헌법소원과 관련해서는 ‘법률이 헌법소원의 대상이 되려면 최소한 공포되어 있는 경우이어야 하는데, 청구인들은 재외동포법이 공포되기도 전인 1999. 8. 23. 이 사건 헌법소원을 제기한 것이므로 부적법하다.’는 법무부장관의 의견이 있었지만, 헌법재판소는 “법률안은 대통령이 거부권을 행사하지 않는 한 정부에 이송된 후 15일 이내에 공포하여야 하고 만일 공포하지 않는다면 법률로서 확정되는 바(헌법 제53조 제5항), 법률안이 거부권 행사에 의하여 최종적으로 폐기되었다면 모르되, 그렇지 아니하고 공포되었다면 법률안은 그 동일성을 유지하여 법률로 확정되는 것이라고 보아야 한다. ... 심판청구 후에 유효하게 공포·시행되었고 그 법률로 인하여 평등권 등 기본권을 침해받게 되었다고 주장하는 이상 청구 당시의 공포 여부를 문제삼아 헌법소원의 대상성을 부인할 수는 없다.”는 결정을 하였다.

57) 재외동포법 제2조 제1호, 제2호.

58) 재외동포기본법 제2조 제1호 가. 나.

다. ‘재외동포기본법’은 재외동포의 범위를 기존의 ‘재외동포법’에서 정하고 있는 것보다 확장한 것으로 보인다.

두 법률은 재외동포청의 설치와 함께 재외동포에 대한 가장 기본적이고 중요한 법률이 될 것이다. 다만, 기존의 ‘재외동포법’은 국외에 체류하고 있는 재외동포를 적용대상으로 하기 보다는 ‘국내’에 체류하고 있는 재외동포를 적용대상으로 하고 있으며,<sup>59)</sup> ‘재외동포기본법’은 국외 거주 재외동포에 보다 주안을 두고 있는 것으로 이해된다.<sup>60)</sup> 국가법령정보센터의 분류를 보면 기존 ‘재외동포법’의 소관부서는 법무부 외국인정책과이며, ‘재외동포기본법’의 소관부서는 외교부로 되어 있어서 목적과 적용대상, 범위 등이 차이가 있다.

재외동포기본법에 따라 재외동포청장은 재외동포정책을 추진하여야 하는데 국내 체류 재외동포와의 관계, 재외동포 거주국과의 관계 등 고려할 사항 등이 다수이다. 특히, 국내 체류 재외동포의 체류자격, 활동 등은 법무부의 관장사항이고, 재외동포정책의 기본방향은 재외동포청이어서 같은 적용대상에 대해 정책주최 주체가 상이한 관계로 법률집행 간에 갈등이 있을 수 있다. 해당 부분에 대한 법제도적 통일성과 수범자 친화적인 법집행의 일관성이 확보되어야 한다.

## (6) 난민법

입법자는 2012년 출입국관리법 속에 한 장으로(8장의 2) 규정되어 있던 난민관련 규정을 토대로 독립된 난민법(법률 제11298호)으로 제정하였다. 입법자는 난민법 제정 이유를 “대한민국은 1992년 12월 난민의 지위에 관한 협약 및 동 협약 의정서에 가입한 이래 「출입국관리법」에서 난민에 관한 인정절차를 규율하고 있으나, 약 15년간 그 신청자가 2,000여명에 불과하고 난민인정을 받은 자도 100명이 채 안 되는 등 다른 선진국에 비해 난민을 충분히 받아들이고 있지 아니하여 국제사회에서 그 책임을 다하고 있지 못하고 있고, 또한 아직 1차 결정조차 내려지지 않은 난민신청자가 1,000여명에 이르고 있고 그 절차의 신속성, 투명성, 공정성에 대하여 국내외적으로 지속적인 문제 제기가 있어 왔을 뿐만 아니라 난민신청자가 최소한의 생계를 유지할 수 있는 수단이 봉쇄되어 있고, 난민인정을 받은 자의 경우에도 난민의 지위에 관한 협약이 보장하는 권리조차도 누리지 못하는 등 난민 등의 처우에 있

59) 재외동포법 제1조(목적) 이 법은 재외동포(在外同胞)의 대한민국에의 출입국과 대한민국 안에서의 법적 지위를 보장함을 목적으로 한다.

60) 재외동포기본법 제1조(목적) 이 법은 재외동포정책에 대한 기본적인 사항을 규정함으로써 재외동포사회와 대한민국이 함께 발전해 나갈 수 있는 환경을 조성하고 나아가 인류의 공동번영과 세계평화의 증진에 기여함을 목적으로 한다.

어서도 많은 문제점이 노정되고 있어서 「난민 등의 지위 및 처우에 관한 법률」을 제정하여 난민의 지위에 관한 협약 등 국제법과 국내법의 조화를 꾀하고, 난민인정절차 및 난민 등의 처우를 구체적인 규정함으로써 인권 선진국으로 나아가는 초석을 다지려는 것이라고 밝히고 있다.<sup>61)</sup>

난민법은 「난민의 지위에 관한 1951년 협약」(이하 “난민협약”이라 한다) 및 「난민의 지위에 관한 1967년 의정서」(이하 “난민의정서”라 한다) 등에 따라 난민의 지위와 처우 등에 관한 사항을 정함을 목적으로 하고 있다(법 제1조). 그에 따라 난민인정자, 인도적 체류허가자, 난민신청자에 대한 처우를 규정하고 있지만, 대부분의 규정을 난민인정절차에 할애하고 있다. 난민인정자의 처우를 위한 전제로서 난민인정 요건이 선결되어야 하지만, 절차규정과 실체규정이 혼재하면서 법률체계상 간결하지 못하다는 단점이 있다. 오히려 난민인정절차만을 따로 규정하는 것을 내용으로 하는 가칭 ‘난민인정절차법’을 별도로 제정하고, 난민과 그 밖의 지위에 해당하는 사람들은 체류법 속에 규정하는 것이 체계상 적합하다고 생각한다.

#### (7) 결혼중개업의 관리에 관한 법률(결혼중개업법)

결혼중개업은 이전부터 사적으로 형성되어 있었으나 결혼중개의 범위를 국내에서 해외로 확대하게 된 것은 이때부터라고 할 수 있다. 결혼중개업자는 외국인 배우자를 대부분 베트남을 비롯한 동남아시아와 한·중 수교 후에는 중국 북동부의 한국계 중국인 여성들 속에서 찾아 한국의 농·어촌 지역의 남성들에게 수수료를 받고 혼인을 중개하였다. 그러나 결혼 중개의 과정에서 상대 배우자들에 대한 부실하거나 미흡한 정보제공, 경제적 기반의 부족, 반인권적인 혼인 중개과정 등이 발생하였다. 부실한 중개는 국민과 외국인 배우자가 혼인 후에도 부부간의 연령차이, 외국인 배우자의 언어능력의 부족, 전통사회에서의 가족 구성원간의 불화와 배제, 혼인 후 외국인 배우자의 가정 이탈, 외국인 배우자에 대한 가정폭력 등의 간접적 원인이라고 볼 수 있다.

결혼중개업법을 제정한 입법자도 “국제결혼 당사자를 만 18세 이상의 자로 하고 단체맞선 및 집단기숙을 금지하며, 신상정보제공 범위에 ‘정신질환, 성매매 알선·강요, 최근 10년간 금고 이상의 형’을 추가하고 신상정보에 대한 공증절차를 도입함. 또한, 국제결혼중개업체의 자본금 요건 등록기준과 공시제도를 신설하고, 부당하거나 무등록 업체의 과장된 결혼중개 광고를 금지하여 국제결혼중개업체의 건전한 영업을 유도하도록” 하는 것을 제안이유

61) 난민 등의 지위와 처우에 관한 법률안, 2009.5.25. (의안번호 4927). [https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC\\_Z0B9H0R5S2U5M1E0H3Z0L0L4M3N5E7\(2023.5.15. 방문\)](https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_Z0B9H0R5S2U5M1E0H3Z0L0L4M3N5E7(2023.5.15. 방문))

로 들고 있다.<sup>62)</sup> 이에 따라 입법자는 국제결혼 중개를 관리하기 위하여 2007년 12월에 법률 제8688호로 ‘결혼중개업의 관리에 관한 법률’(결혼중개업법)을 제정하였다.

## IV. 이주법제의 방향

### 1. 헌법

헌법은 이주와 관련한 모든 법률의 수권규범으로서 현재는 물론 향후 한국 사회의 중요한 과제인 이주자와 (이주배경)국민의 통합을 위한 가치와 방향을 제공하여야 한다.

우선, 기본권 주체성과 관련하여 한국의 헌법은 헌법이 보장하는 기본권은 그 주체를 ‘국민’으로 한정하고, 외국인에 대해서는 국제법과 국제조약의 범위 내에서 ‘법적 지위’를 보장하는 것이어서 외국인은 헌법상 기본권 주체가 되지 못한다는 견해가 있다.<sup>63)</sup> 헌법이 외국인의 기본권 보장과 관련한 직접 규정은 두지 않았지만, 그러한 사실로부터 우리 헌법이 외국인을 기본권 주체로부터 배제하였다고 단정할 수는 없다는 견해가 있다.<sup>64)</sup> 헌법재판소는 외국인의 기본권 주체성과 관련하여 기본권의 성질에 따라 외국인도 기본권의 주체성이 인정된다는 입장을 가지고 있다.<sup>65)</sup> 이러한 입장은 다시 여러 논쟁을 낳고 있다. 우리 헌법은 원칙적으로 외국인의 기본권 주체성을 인정하지 않는 것을 원칙으로 하고, 특정 기본권에 한해서 그 ‘성질’을 살핀 후 ‘성질’상 외국인에도 인정이 가능한 경우에는 예외적으로 기본권 주체성을 인정하는 것인지?, 기본권은 성질이나 본질에 따라 사람(자연법적인)이면 인정되는 기본권과 특정 헌법에 의해서 범주 지워진 사람 즉, 국민(규범적, 공법적)에게만 인정되는 기본권으로 나누어지는 것인지? 후자라고 한다면, 누가? 어떠한 권한을 근거로 이를 구분할 수 있는지? 헌법재판소가 헌법의 명문에도 불구하고 이를 구분할 권한을 가지는지? 등 논의가 이어질 수 있다. 전자의 경우도 기본권의 ‘성질’ 또는 ‘본질’을 규범적으로 확정하는 것이 처음부터 가능한 것인지/ 가능하다면, 일단 규범적으로 확정된다면, 헌법의 명문규정과 관계는 어떻게 설정되어야 하는지 등 논의가 있게 된다.

62) 결혼중개업의 관리에 관한 법률안, 2005. 2.1.(의안번호 1316), <https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=029887> (2023.5.15. 방문)

63) 정태호, “외국인의 기본권주체성과 헌법해석의 한계”, 헌법재판연구 제6권 제1호(2019), 23쪽.

64) 윤수정, “외국인의 기본권 주체성에 대한 고찰, 공법연구 제48집 제2호(2019), 115쪽.

65) 헌재 2007. 8. 30. 2004헌마670 등.



외국인이 헌법제정에서 상대적으로 중요하지 않은 시기에 현행 조항이 만들어진 점과 현재 유래없이 많은 외국인과 외국인 이주민이 증가하고 있는 현재와의 헌법현실 차이를 주목하여야 한다. 외국인의 기본권 주체성 인정에 관한 논쟁은 현행 헌법의 기본권 규정형식에 비롯되는 것으로서 현재는 헌법해석으로 이를 해결하고 있지만, 헌법 정책적으로 문제를 해결하여야 한다. 다만, 헌법에 기본권별로 해당 기본권 주체를 명시적으로 규정하는 경우 특정 기본권에 대해서는 국적과 관계없이 누구나 기본권 주체성을 가지지만, 특정 기본권에 대해서는 국민만이 주체성을 가지는 것으로 규정하는 경우 외국인에 대한 기본권 주체성 인정은 (설사 필요하다는 합의가 있다고 하더라도) 불가능해 진다는 점이다. 명시적으로 구분해서 규정했음에도 불구하고 이를 해석을 통해 확장하는 것은 불가능하다. 결국, 헌법개정 사항이 된다. 외국인의 법적 지위를 규정하고 있는 헌법 제6조 제2항도 외국인의 기본권 주체성 논의와 관련되어 있는 것으로 외국인의 기본권 주체성 인정이 확대되고 있는 현재는 물론 향후 헌법개정 논의과정에서 외국인의 기본권 주체성 논의가 있게 되면 같이 고려되어야 하는 조항이다.

또한 헌법 제9조는 국가가 전통문화의 계승·발전과 민족문화의 창달에 노력하여야 함을 규정하고 있다. 헌법 제9조는 우리 헌법 기본원리인 문화국가원리의 근거 조항의 성격과 지위를 가지고 있다. 헌법 제9조는 제8차 개정헌법 과정에 처음 규정(당시 헌법 제8조)되어 현재에 이르고 있다. 제8차 헌법개정이 있던 1980년의 정치상황, 사회상황 등의 산물로 보이는 해당 조항은 40 여년이 지난 현재의 헌법현실과 조응하는지에 대한 검토가 있어야 한다. 헌법 제9조가 민족문화의 창달에 노력을 기울이고, 대통령은 직책수행을 수행하는데 민족문화의 창달을 노력할 것을 선서하여야 하는 현행 헌법이 다문화사회가 되었다고 주장하고 있는 현재의 한국사회와 맞는지에 대한 검토가 필요하다. 문화국가원리를 국가의 문화적 중립성 유지와 다양한 문화가 자율적으로 형성 발전될 수 있도록 하는 기반을 제공하는 것으로 이해한다면 현행 헌법 제9조를 근거로 문화국가원리를 선언하는 것에 대한 검토가 있어야 한다.

헌법 제2조 제2항의 재외국민을 보호할 의무 조항에 대한 검토도 필요하다. 2023년 6월 재외동포청이 정부조직법 개정에 따라 독립된 행정청으로 설치가 된다. 그러나 현행 헌법은 외국국적동포와 관련한 내용을 헌법에 담고 있지 아니하다. 이미 시행되고 있는 ‘재외동포법’의 수권 규정으로 여겨지는 헌법 제2조 제2항은 재외국민을 법률에 따라 보호한다는 내용을 담고 있을 뿐, 재외동포법과 재외동포청의 주요 정책 대상인 외국국적동포에 대한 규정은 아니다. 그러나 재외동포법과 재외동포청의 관할은 재외국민은 물론 외국국적동포를 포

함하고 있다. 재외국민보다는 오히려 외국국적동포를 그 대상으로 하고 있다. 따라서 헌법상 수권규정 없이 이루어지고 있는 외국국적동포의 권익증진, 보호 등 내용도 헌법에 반영되어야 할 것이다.

## 2. 외국인·이주자 법제 전망

### 1) 현행 이주법제의 문제점

외국인과 이주자 출입국 및 체류를 주관 업무로 하는 중앙행정청으로서 이민청 설치 불가 피성이 논의가 되고 있는 것과 맞추어 관련 법제도의 정비와 개편이 필요하다.<sup>66)</sup> 한국은 입법자의 신속한 대응으로 외국인과 이주민과 관련한 많은 법률 들을 단기간에 제정하거나 개정을 하였음에도 불구하고 체류 외국인·이주자 관리 및 지원이 상대적으로 잘 이루어지고 있다. 그러나 대부분 주요 법률이 특정 시기에 정부주도로 집중적으로 급속하게 제정되거나 개정이 이루어지면서 수범자들의 의견을 폭넓게 청취하거나 수용하는 점이 다소 미흡했다.

예를 들면, ‘다문화가족지원법’은 ‘다문화가족’을 비롯한 관련 법률의 정의 규정에 대한 신중한 논의가 부족하면서 차별배제를 목적으로 사용하였던 용어가 오히려 새롭게 차별적 용어로 사용되기도 하였다. ‘외국인처우기본법’은 추진체계, 조직규정을 제외한 대부분의 규정들이 임의규정이어서 법 집행의 실효성에 대한 의문 제기도 있다. 법률의 성격을 기본법으로 할 것인지 아니면, 집행법으로 할 것인지에 대한 깊은 고민이 상대적으로 적었다는 의구심이 든다. 난민법의 경우도 동일한 법률 속에 절차적인 내용과 실체적인 내용을 혼용하여 규정하고 있다는 점에서 법률의 내적 체계성 문제가 있다고 본다. 외국인고용법의 경우는 입법 목적을 관철하기 위하여 외국인 노동자의 권리보호가 상대적으로 취약해졌다는 점이 문제가 된다. 인간의 존엄과 권리 및 국제법규가 보다 충실히 반영될 필요가 있다. 재외동포 기본법이 제정되었고 재외동포청이 설치되면, 외국인고용법에 규정되어 있는 특례고용허가제(방문취업제) 부분에 대한 검토요구도 늘어날 것으로 보인다.

66) 권채리, ‘이민행정 거버넌스 구축을 위한 법제 개선방안 연구’, 법제연구원 2010은 이민법체계 정비 및 이민행정체계 개편에 대하여 최근에 이루어진 종합적 연구이다.

## 2) 이주법제 통합 필요성

### (1) 통합 기준

#### 가. 헌법적합성

이주자가 노동시장 참여, 결혼과 영주와 국적취득 등을 통해 유입국에 안정적으로 정주하게 되면 이주자는 유입국의 새로운 성원이 된다. 그러나 이주자는 이주하는 때부터 해당 사회 안에서 소수자로서 인종, 종교, 문화 등의 다름으로 인하여 지속적인 불평등과 불평등한 대우에 직면하는 경우가 많다. 소수자 보호로서 이주자 보호는 장기적으로 볼 때 유입국의 지속가능성과 밀접한 관계를 가진다. 이주자를 수범자로 하는 법률과 행정체계는 민주적 기본질서를 기반으로 하여 소수자 보호에 비중을 둘 필요가 있다. 인간존엄과 개인의 자유와 권리 보호, 공동체 구성원들의 상호이해와 존중을 통한 지속가능한 공동체 유지가 법제도와 행정체계의 지도 이념이 되어야 한다. 입법자는 이주외국인에게 인정되는 기본권의 확대를 고민하고, 특히 이주외국인 아동의 권리 보호와 보장을 깊이 생각하여야 한다.

헌법적 수권이 없는 법률은 존재할 수 없다. 헌법이 특별히 법률유보를 두고 있는 경우(국적법 등)는 물론 명시적인 유보(수권)이 없다고 하더라도 입법자는 국민의 자유와 권리를 구체화하기 위한 헌법충실의무로서 입법의무를 부담한다. 입법자는 어떠한 내용과 방법으로 헌법을 구체화할 것인지에 대해서는 폭 넓은 형성권을 가지지만, 입법형성권도 헌법의 범위에서 인정될 뿐이다. 개인의 자유와 권리에 바탕을 둔 법치국가, 민주주의 원칙에 따른 입법이어야 헌법적 수권을 이행한 입법이라고 할 수 있다. 외국인과 이주관련 입법도 헌법원칙에 따라 이루어져야 한다. 외국인 및 이주자의 인간으로서 존엄과 자유, 권리가 보호되고 보장되도록 입법을 하여야 한다. 또한 이들을 수용하고 공존하여야 하는 선주 국민들이 자유와 권리도 동시에 고려되고 보장되는 입법이 되어야 한다.

#### 나. 입법원칙

현재 많은 법률들이 직·간접적으로 외국인과 이주자를 적용 대상으로 시행되고 있다. 하지만, 위에서 본 바와 같이 갑자기 급증한 외국인과 이주자에 대한 신속한 대응하기 위해 법률들이 단기간 내에 제정되거나 개정되어 법률간 중복 및 갈등이 빚어지고 있다. 법률들, 특히 적용대상이 동일하거나, 적용 대상이 다르더라도 법률 집행을 하는 가운데 상호 관련을 가지게 되는 경우 해당 법률 간의 중복과 충돌이 발생하지 않아야 한다(수평적 체계정당성). 또한 동일한 법률 안에서도 조문간 형식적 모순, 중복이 발생하지 않도록 하여야 한다. 더욱

중요한 것은 법률 조항간 실제적인 부분에서 모순과 충돌이 발생하지 않도록 하여야 한다. 법률이 하위 법령에 위임을 하는 경우 구체적인 범위와 한계를 정해서 명확하게 위임하여야 한다. 법률구조의 복잡성, 위임의 모호함 등은 적용 대상 집단은 물론 법률 집행담당자에게도 법적 안정성을 주지 못한다. 지방자치단체의 조례와도 체계적 조화를 이루어야 한다. 동일한 법령체계와 단계 내에서 실제적 내용과 절차적 내용 배분, 위임관계에서의 위임내용 구체성과 배분의 적절성, 조례와 사이에서 사무의 명확한 구분과 적절한 권한의 배분 등도 중요한 문제이다.

예를 든다면, ‘재한외국인처우기본법’의 경우 ‘기본법’의 성격을 보다 명확히 할 것인지 또는 구체적인 개별법으로의 성격을 부각할 것인지 살펴볼 필요가 있다. 현행 출입국관리법은 ‘안전한 국경관리’와 ‘체류 외국인 관리’를 중요한 목적으로 시행되고 있다(법 제1조). 그러나 출입국관리법은 ‘안전한 국경관리’보다는 외국인 체류 관리가 주요 목적과 내용을 이루고 있는 것으로 보인다. 11장으로 구성된 전체 법률가운데 제1장(총칙)과 제2장(국민의 출입국)과 선박의 입출항과 관련한 두 개의 장(제7장, 제8장)을 제외한 나머지 다섯 장 대부분이 외국인 관리를 내용으로 하고 있다. 이 가운데 제6장은 외국인의 강제퇴거 등을 자세히 규정한 장으로 2010년 개정에서 자세히 규정하고 있다. 출입국관리법의 경우 외국인 체류에 관한 기본법의 역할을 하고 있어서 정비의 필요성이 더욱 높다고 생각한다.

‘재외동포법’의 재외동포의 지위, 활동 등과 ‘외국인고용법’이 정하는 방문취업제 적용을 받는 재외동포간의 법적 지위 및 대우의 차이도 법률간 통일성(적용대상의 동일성에 따른 집행기관 일원화 등) 및 체계정합성(수평적 체계정합성)면에서 해소하여야 할 사안이다. 더욱이 새로이 재외동포청이 신설되고 ‘재외동포기본법’이 제정됨에 따라 재외동포 정의 부분은 근본적인 검토가 있어야 한다. 개인적인 견해로는 장래 이민청이 설치되면 재외동포청과의 통합여부를 살펴보고 적어도 국내 체류 재외동포는 이민청의 관할로 외국인이주자 체류 사안으로 일원화하는 것이 바람직하다고 생각한다. 그러한 점에서 출입국관리법과의 관계도 살펴보아야 한다. 난민법의 경우는 난민인정 절차만을 별도의 법률로 규정하고 난민 인정자, 인도적 체류허가자 등에 대한 처우는 체류법 속 일부로 규정하는 것이 체계적합성 면에서 적절한 것으로 생각한다. 국적법은 이주외국인 가 특정 국가에서 체류하면서 국민 또는 시민으로서 공법상 지위를 획득하고 해당 국가의 완전한 성원이 되기 위한 요건과 절차 등을 규정하고 있다. 민족 또는 동포 등은 특정 사회의 추상적이고 주관적인 성격으로서 정체성을 의미하는 것으로 외연과 구분이 불명확한 반면에, 국적은 구체적이고 객관적인 성격으로서 규범적이다. 국적 취득과 함께 공법상 모든 권리와 의무를 부담하는 지위를 가지는 것으로서

이주외국인 의 측면에서 이주의 완성이라고 볼 수 있다. 그러나 국적법은 누가 국민이 되는 지에 대한 요건을 정하는 것으로 이주외국인 를 주 적용 대상으로 하지는 아니한다. 이주외국인 의 경우는 국적법이 따로 정하는 바에 따라 국적을 취득하거나 상실하는 것에 그치는 것이다. 따라서 국적법은 실제에서 이주법과 관련은 있지만, 엄밀한 의미에서 본다면 독자적인 법으로서 지위를 가진다.

### 3. 이주법제 편제

#### 1) 원칙

이주법 체계는 외국인의 입출국으로부터 체류지원과 관리, 사회통합을 거쳐 영주 또는 국적취득으로 이어지는 일관되고 통일되도록 구축되어야 한다. 직접 수범자인 이주외국인과 가족은 물론 법률 집행기관이 이해 가능하도록 명확하게 입법되어야 한다. 수범자가 법률이 담고 있는 내용을 충분히 이해하여 법률이 기대하는 효과를 충분히 향유할 수 있고, 법률의 집행과 집행기관 및 집행 과정에서 발생하는 비용의 효율성 등이 확보될 수 있도록 입법되어야 한다.

이주외국인의 입국, 체류 및 출국 경로를 기준으로 하여, 절차적 영역과 실체적 영역을 구분하고 각각 집행주체(행정기관)를 배치하는 방법을 생각해 볼 수 있다. 실체적 영역에서는 기본적으로 일반적인 사항(총칙 내지 총강)을 규정하고 이어서 이주 유형별 체류와 지원, 제한 등을 구분하여 규정하는 방식으로 현행 이주관련 법률들을 통합하는 하나의 법률을 두게 되면 이주법제 및 이주행정이 조감될 수 있을 것으로 생각한다. 다만, 국적법은 위에서 언급한 바와 같이 독립된 법률로서 두도록 한다.<sup>67)</sup>

#### 2) 입국과 출국

절차를 주요 내용으로 하는 것으로 출입국심사와 난민인정심사를 들 수 있다. 출입국절차와 난민인정절차는 각각 출입국관리법과 난민법에서 정하고 있는데, 두 법률은 절차적인 내용과 실체적인 내용을 한 법률에 담고 있다. 보다 체계적이고 간결한 법률 집행과 효율성을 위해서 출입국절차 및 심사를 주 내용으로 하는 법률과 난민심사와 판정을 내용으로 하는 법

67) 다만, 국적법자체 정비에는 계속 이루어져야 한다. 국적법 조항 간의 연계, 밀접도 등에 대한 검토를 하여야 한다. 국적법에서 사용되고 있는 용어 등에 대한 검토도 필요하다.

를<sup>68)</sup>로 각각 입법하는 것이 적절하다고 생각한다. 각각의 주관 기관은 현행과 같이 법무부에 두되, 이민청이 설립되는 경우 출입국관리 권한은 별도로 국경관리만을 담당하는 행정기관에게 두고, 난민인정의 경우는 이민청 내부에서 담당할 수도 있을 것이다.

### 3) 체류 및 통합

#### (1) 개요

이주법제의 핵심은 이주외국인 체류관리와 지원 그리고 사회통합이다. 체류관리란 체류자격별 체류 요건을 충족하였는지를 관리하는 것을 주요 내용을 이루며, 체류지원은 이주외국인의 정착지원에 중점을 둘 수 있다. 사회통합은 국민과 이주외국인의 공존을 위한 기반조성으로 이주외국인 정주 요건과 지원, 선주 국민의 이해와 수용, 상호이해 등을 내용으로 한다. 통합법제는 목적과 정의 규정, 추진체계, 추진체계의 일반적 권한과 의무 등을 규정하는 총칙과, 체류자격(유형)별 이주외국인의 권리와 의무, 지위, 체류 활동·연장과 변경, 상실 등을 내용으로 하여 가능하면 이주외국인 유형별 장을 달리하여 하나의 법률로 담는 것을 생각할 수 있다.

#### (2) 체류와 통합

단일한 이주외국인 법률을 전제로 현행 ‘재한외국인처우기본법’의 상당 조항을 총칙 부분에 규정하여 기본법의 성격을 유지하고 해당 부분에 법률의 목적과 원칙(평등, 민주, 법치, 사회통합 등) 등 선언적 규정을 둔다. 이어서 법률 소관기관으로 집행행정기관 설치와 조직, 권한등을 규정한다. 이어서 체류와 관련한 일반 규정을 하는데, 여기에는 체류자격 부여 기준, 영주 체류를 비롯한 체류자격 종류와 체류 유지, 상실 등과 관련한 체류 일반규정을 둔다. 이어서 체류 자격을 편장을 나누어서 요건, 권리와 의무, 활동 등을 규정한다. 예를 들면 결혼이민자(다문화가정 포함 가능), 재외동포, 외국인 노동자, 유학생, 난민인정자(인도적 체류, 보충적 경로 등), 기타 체류 유형별로 편장을 구분하여 규정한다. 이어서 위법한 경우 처벌 등을 규정하는 편제의 단일 외국이주법으로 개편하는 내용이다. 최근 활발히 논의되고 있는 이주외국인 수용과 체류지원 및 관리를 관할로 하는 독립행정기관(가칭, 이민청)의 설치 근거 법률로서 기능을 하면서 실체법으로서 통일된 법률로 기능할 수 있을 것으로 기대한다. 이민청의 상급 중앙행정기관은 현행처럼 법무부에 두는 것과 체류하고 생활하는 것을 중심

68) 별도의 법률. 입법목적과 적용대상이 본질적으로 다르므로 별도의 법률로 입법한다.

으로 행정안전부에 두는 것도 고려할 수 있다. 다만, 이주외국인의 체류 및 생활 환경을 고려하는 경우 이민청을 독립행정기관으로 하고 구체적인 생활관계와 관련한 내용은 지방자치단체에 권한을 대폭 이양하는 것도 검토할 수 있을 것이다.

### (3) 국적

이주외국인이 체류 국가의 국적을 취득하여 국민으로서 공법적 지위를 획득하여 정치공동체의 일원이 된다는 것은 개별 이주자의 이주과정이 완성되었다는 것을 의미한다. 국적취득으로 당사자는 더 이상 이주자가 아니라 해당 사회의 성원이 되는 것이다. 그러한 의미에서 ‘이주배경인’ 또는 ‘이주배경국민’이라는 용어로 구별하는 논의는 국민이 된 사람을 다시 한번 구별하여 차별로 이어질 수 있으므로 적절치 않다고 생각한다. 국적을 관할하는 중앙행정기관은 국적의 법적 성격상 지금처럼 법무부에 두는 것을 고려할 수 있다.

## V. 나가는 말

개발국가들은 예외 없이 저출산과 고령화와 그에 따른 국가경쟁력의 저하를 우려하고 있다. 인구구조의 변화에 따라 생산인구의 급격한 감소, 사회부조 체계의 붕괴 우려와 세대 간의 갈등도 커지면서 국가가 위기에 처했다는 주장도 있다. 생산인구의 확보, 적정 인구수의 확보를 위하여 여러 대책이 논의되는 가운데 이주를 적극적으로 수용하는 정책의 필요성도 강조되고 있다. 실제로 많은 국가들이 이주자를 적극 수용하여 생산인구를 증가시키고 사회구조를 개선하는 제도와 정책을 펼치고 있다.

그러나 단지 저출산·고령화로 인한 국가경쟁력 저하를 해결하는 수단으로 외국인 이주자를 수용하여야 한다는 생각은 위험하다. 외국인과 이주자는 선주 사회에도 새로운 기회와 도전이다. 유입국인 이주사회의 기존 구성원과 이주민과의 통합은 국가공동체의 지속발전을 위해 매우 중요하다. 외국인과 이주자는 나와 동등한 가치를 가지는 존엄한 인간이다. 이주자는 수단이 아니라 목적 그 자체이다. 이주자와 선주민의 통합을 통한 사회의 지속적 유지와 발전을 위해서 유입국은 이주자들의 지위, 권리 보장과 보호를 위한 진지한 헌법적 고민을 하여야 한다. 이미 이주사회를 경험하고 긴장과 갈등을 겪었던 다른 국가의 사례를 거울로 삼고 자국의 경험과 사례, 선주민과 이주민의 의견등이 충분히 반영하여 법제도와 정책을 마련하고 개선하여야 한다.

이주는 특정 지역, 특정 국가에만 일어나는 것이 아니라 세계 모든 국가가 경험하고 있는 초국가(超國家, transnational)적인 현상이다.<sup>69)</sup> 이주는 보다 나은 삶의 조건을 찾아서 이동하는 인간들의 본성이다(Homo Migrants). 수용국 필요에 따라 이주자가 유입되는 것이 아니라 이주자가 자신을 위해 수용국을 선택하게 된다. 수용국가 및 수용사회의 수용능력이 이주자의 유입을 결정한다. 이주경쟁력은 해당 국가의 입헌적 기반이 만들어 내는 것이다. 인간존엄, 민주주의와 법치주의의 작동, 수용국가 선주자의 다문화수용성 등이 이주경쟁력을 높여준다. 이주자와 선주자가 상호 승인하고 통합하여 공존하는 공동체는 지속가능한 경쟁력이 있는 사회이다.

## 참고문헌

- 권채리, '이민행정 거버넌스 구출을 위한 법제 개선방안 연구', 법제연구원 2010.
- 정소라, '한국 입양법 변화의 사회적 의미', 민족연구 제65집(특집), 2016
- 김수자, '대한민국 정부수립 전후 국적법 제정 논의 과정에 나타난 '국민' 경계 설정', 한국근대사연구, 제49집(2009 여름호).
- 윤수정, "외국인의 기본권 주체성에 대한 고찰, 공법연구 제48집 제2호(2019).
- 이삼돌, '해외입양과 한국 민족주의: 한국 대중문화에 나타난 해외입양과 입양 한국인의 모습', 서울: 소나무, 2008.
- 이한태, "헌법상 '민족'개념에 대한 소고", 인문사회과학연구 제14권 제2호(2013).
- 정태호, "외국인의 기본권주체성과 헌법해석의 한계", 헌법재판연구 제6권 제1호(2019).
- 차용호, 한국이민법, 법문사 2015,
- 최윤철, "헌법적 관점에서 본 한국의 이주법제", 법학연구(전북대학교 법학연구소) 제52집(2017).
- 한서승희, "이주의 사회과학적 고찰 국외입양과 아동의 이주, 민족연구 제60권(2014).

69) 최윤철, "헌법적 관점에서 본 한국의 이주법제", 법학연구(전북대학교 법학연구소) 제52집(2017), 53쪽 참조.



# 이민법제의 쟁점과 도전과제: (가칭)통합이민관리법의 논의를 중심으로

권채리(동아대학교 국제전문대학원 교수)

## 〈들어가며〉

(가칭)통합이민법의 논의가 시작된 이래 적지 않은 시간이 흘렀고 그 사이 현행 이민 관련 정책과 행정기능을 변화하기 위한 다수의 연구가 수행된 바 있다. 그러나 주지하다시피 통합이민법이 실현되고 이민행정이 유기적으로 보다 잘 작동하기 위해서는 현재의 출입국외국인정책본부의 위상으로는 한계가 있다.

2020년 4월 29일부터 2021년 2월 28일까지 약 10개월 동안 법무부의 연구용역으로 「체류외국인 250만명(동포 포함) 시대의 외국인·이민 법제 선진화 방안 연구」가 수행된 바 있다.(수행기관 : 한국법제연구원, 이민정책연구원).

본 연구의 결과물은 크게 4권으로 구성되며 제1권은 “국내외 이민정책·제도 분석”, 제2권은 “국내외 이민법 체계 분석”, 제3권은 “통합이민법·시행령·시행규칙 축조”, 제4권은 “외국인·이민 관련 지침의 법령 상향 관련 분석”으로 이루어져 있다. 요컨대 국내외 정책 및 법제 분석을 바탕으로 정책영역과 법제영역에서의 선진화 방안을 도출하고 이를 바탕으로 통합법 축조 작업이 진행되었다.

본 발제문은 연구용역의 내용을 소개한다는 취지에서 작성되었으며, 지면과 시간의 제약상, 이하에서는 제3권과 제4권의 내용을 중심으로 통합법 제정안이 마련되기까지의 논의와 통합법안에서의 주요 변화 사항을 중심으로 기술하였다.

## I. 통합이민법 제정안의 배경 및 개요

### 1. 외국인·이민 관련 법체계 정비의 필요성

현행 외국인·이민 관련 개별법제는 외국인의 관리 및 통제가 중시되던 시기에 입법되어 외국인이 대한민국에 출입국하고 체류하는데 있어 규제하는 성격이 강하며 출입국, 난민, 귀화 등 단편적인 사항에 초점이 맞추어져 있다. 그러나 정보기술 발달, 문화교류 확대 등으로 초국가적 인구이동이 활발해지고 있으며 동시에 COVID 19와 같은 재난상황은 국경간 인구이동에 있어 또 다른 변화를 야기하였음을 확인한 바 있다. 따라서 국내 체류외국인의 수가 빠르게 증가하는 상황에서 이민정책의 패러다임 변화가 요청되며 이에 대비하는 정책 및

법제가 마련되어야 하며 특히 내부적으로 저출산, 인구감소라는 변화와 대외적으로 인구의 유입과 유출 등 인구변동에 효율적으로 대처하기 위해서는 우리 국익에 부합하는 새로운 법제 마련이 필요한 바이다.

출입국관리법, 국적법, 난민법 등으로 대표되는 외국인 법제가 이러한 요구에 부응하기 위해서는 외국인에서 이민으로의 새로운 패러다임을 제시할 수 있어야 하며 대한민국에 체류하는 외국인 외국인에 대한 체계적이고 종합적인 관점에서의 정책 수립이 필요하다. 이와 같이 외국인에 대한 사증발급부터 사회통합까지 하나의 과정으로 인식하고 이민행정의 통합적인 관리 및 운영 시스템을 구축하며 동시에 국가경쟁력 강화로 이어질 수 있는 법체계 정비의 필요성이 요청되는 때이다.

## 2. 법체계의 정비방안

법체계의 정비방안으로 가장 쉽게 생각해볼 수 있는 기본적인 안은 「재한외국인 처우 기본법」을 「이민기본법」으로 변경하여 사회통합을 포함한 이민 전반에 관한 사항을 기본법으로 제정하고 기존 개별법의 체류, 국적, 난민, 재외동포 등에 관한 사항을 재정립하는 것이다. 이는 현행 입법체계를 유지하면서 이민으로의 정책적 변화를 반영하는 입법으로서 정책의 안정성과 변화를 동시에 담아낼 수 있는 장점이 있는 반면에 기존의 이민정책의 본질적 변화에 미흡할 수 있으며, 장기적인 정책적 변화를 담아내는데 데에 있어 한계를 가진다.

두 번째 정비방안은 「(가칭)외국인의 출입국·체류와 난민법」을 제정하는 것으로 현재 운영되고 있는 이민 관련 법률 가운데 「출입국관리법」, 「난민법」, 「재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률」(이하, 재외동포법), 「재한외국인 처우 기본법」(이하, 외국인처우법)을 하나의 법률로 제정하는 방안으로서 캐나다, 뉴질랜드, 프랑스 등이 그 모델이다. 즉, 외국인·이민 관련한 다섯 개의 법무부 소관 법률 가운데 「국적법」을 제외한 네 개의 법률을 통합하는 안이다.

세 번째는 위의 두 번째 안에 국적법까지 포함하여 다섯 개의 법률을 대상으로 이민정책 전반을 규율하는 이민법전인 「(가칭)통합이민관리법」을 제정하는 안이다. 체계성과 일관성의 장점을 유지할 수 있지만 입법과정에 있어서 국민의 설득을 위한 노력이 필요하며 이를 위한 체계적인 논의가 선행되어야 한다. 또한 국적법, 출입국관리법에서 내국인에 관한 부분은 기존 법률로써 존치할 것인지에 대한 검토가 요청된다.

### 3. 통합법 구성에 있어서의 쟁점: 국적법의 포함 여부

위에서 살펴본 법체계의 정비방안에 있어 1안은 현행법체계를 대부분 유지할 수 있다는 장점을 가지지만 외국인정책 패러다임을 전환하기에는 부족하고 기본법이라는 입법유형이 본질적으로 해당 영역의 입법에 대한 기준과 방향성을 설정하는데 있고 국민의 권리의무에 직접 관련되는 집행적 성격의 규정을 제시하는데 그 목적이 있지 않기 때문에 기본법의 제·개정을 통해 실질적 규범의 궁극적인 변화를 선도하기에는 제약이 있을 수밖에 없다. 이에 반해 외국인·이민 관련 법률을 통합할 때의 가장 큰 장점은 거시적인 비전을 갖고 통합작업을 진행하기 때문에 그 과정에서 입법자가 당해 분야에서 부족한 규정을 파악하고 보완하는데 용이하다는 것이다. 물론 이는 수범자 입장에서든 각각의 개별법을 들여다보는 것보다 자신에게 적용되는 규범을 이해하고 파악하는데 도움이 된다. 따라서 본 연구에서는 외국인·이민 법제의 선진화를 위한 법체계의 정비방안으로 통합법의 제정을 제시하였다.

그런데, 위의 2안과 3안의 차이는 「국적법」의 포함 여부인 바, 외국인정책 패러다임 전환을 위한 법령체계 구성과 관련하여 「국적법」이 통합법에 포함될 경우 법령체계·구성 등에서 헌법에 위배·저촉되는지에 대한 검토가 필요하다.

#### 1) 국적법을 통합의 범위에 포함하지 않는 논거

「대한민국 헌법」 제2조제1항은 “대한민국의 국민이 되는 요건은 법률로 정한다.”고 규정하여 국적취득의 원인 등 국민의 요건을 법률에 위임하였다.<sup>1)</sup>

그런데 법체계 측면에서 국적법에서 통합법으로 이관할 사항을 가르는 것이 용이하지 않다. 이를테면, 귀화에 관한 사항만 가져올 것이 아니라 복수국적자인 외국인도 있을 것이다. 국적상실 관련하여 국적법 제14조의3(대한민국 국적의 상실결정)은 통합법으로 가져올 수 있지만, 동법 제15조(외국국적 취득에 따른 국적상실)은 기존의 국적법에 두는 게 맞다. 이와 같이 ‘국적상실’에 관한 규정이 두 법에 나뉘어 담기게 되어 복잡성을 야기할 수 있는 것이다.

또한 비교법 사례를 보아도 미국을 제외한 이른바 이민국가로 일컬어지는 캐나다, 호주 등도 국적은 별도의 법으로 두고 있기 때문에 우리가 국적에 관한 사항까지 통합법에 넣겠다고 할 경우 그 설득력이 떨어질 수 있다. 특히, “이민”에 대하여 국민들의 인식이 호의적이지

1) 현재 2015. 9. 24. 2015헌바26 결정.

않고 코로나 사태로 외국인의 출입국이 한시적이거나 감소 상태이다. 같은 맥락에서 이민국가, 이민청, 이민법 등의 용어사용에 신중을 기하고 있고 대한민국이 실질적으로 이민국가로 진입하여 이에 법제적으로 대비하여야 하는지 사회적인 합의가 이루어졌다고 보기에는 아직 시기상조인 것이다. 요컨대, 국적법을 (가칭)통합이민관리법에 포함하는 것은 법리적으로 문제는 없을지언정 본격적으로 이민사회에 접어들었다고 보기 어렵다.

## 2) 국적법을 통합법에 포함하는 논거

해외의 국적법 입법형식을 살펴보면 싱가포르, 브라질과 같이 헌법에서 규정하는 경우 및 멕시코, 인도와 같이 헌법과 법률에서 동시에 규정하는 경우도 있다. 그러나 다수의 국가는 법률에서 규정하고 있으며, 민법전에서 국적에 관한 규정을 두고 있는 프랑스를 제외하고는 대부분 별도의 단행법을 두고 있다.

〈표〉 해외의 국적법 입법형식 사례

국적을 헌법에서 규정	국적을 법률에서 규정	국적을 헌법과 법률에서 동시에 규정
싱가포르, 브라질	[민법] 프랑스 [그 밖의 단행법] 캐나다, 호주, 뉴질랜드, 독일, 스페인, 중국, 일본, 대만 등	멕시코, 인도 등

국적에 관한 사항은 헌법사항이므로 헌법사항이 아닌 일반 행정집행을 위한 법률과 구분되어야 한다는 의견도 일견 타당하나 우리 헌법은 국적법정주의를 채택하였으므로 헌법에 따른 인간의 존엄과 가치, 평등원칙 등 기본권 보장원칙을 준수하며 법률의 형식으로 규정하는 한 국적에 관한 사항을 통합이민관리법에 포함할지 여부는 입법정책에 관한 사항으로 헌법에 위배·저촉되지 않는다고 판단된다.

## 4. 통합의 범위 및 체계

출입국 사무를 비롯하여 외국인, 난민과 관련된 법무부의 소관법률 5개를 모두 통합의 대상으로 하며 국적법의 포함여부, 재외동포 등 통합법의 범주에 관하여 전문가회의 및 내부검토를 거쳐 아래와 같이 통합법의 구성체계를 확정하였다. 국적법 및 출입국관리법에서 국민에 관한 규정을 통합법에 포함하는지 여부에 대하여도 찬반논의가 있을 수 있는데 국적의 경

우 귀화를 통해 우리 국민이 되는 것이기 때문에 분리하는 것이 사실상 쉽지 않았고, 국민의 출입국 관련 조항이 법률 기준으로 10개 정도여서 국민의 출입국에 관한 별도의 법으로 정하는 실익이 적다고 판단하여 통합법에 국민도 포함하였다.

이에 따라 「국적법」, 「출입국관리법」, 「재외동포법」, 「재한외국인 처우 기본법」, 「난민법」을 통합하고 이에 사회통합, 이민난민위원회, 남북왕래에 관한 편을 별도로 신설하여 다음과 같이 16편으로 구성된 통합법 제정안을 마련하였다.

현행		개정안
<div>국적법</div> <div>출입국관리법</div> <div>재외동포법</div> <div>재한외국인 처우 기본법</div> <div>난민법</div>	<div>▶▶▶▶▶</div> <div>▶▶▶</div>	제1편 총칙
		제2편 국민의 국적 및 출입국 등
		제3편 외국인정책의 계획 및 운영 등
		제4편 외국인의 출입국 등
		제5편 외국인의 체류 등
		제6편 강제퇴거 등
		제7편 선박등의 검색 및 운수업자의 책임 등
		제8편 국적취득 등
		제9편 재외동포
		제10편 난민
		제11편 사회통합
		제12편 이민난민위원회
		제13편 남북왕래
		제14편 외국인행정의 지원 및 관리
		제15편 보칙
		제16편 벌칙

「국적법」 및 「출입국관리법」에서 국민에 관한 사항을 총칙 다음에 배치하고 현행 「재한외국인 처우 기본법」에서 정하는 외국인정책위원회의 사무를 확대하고 종합계획을 신설함에 따라 별도의 편으로 두었다.

외국인의 출입국과 체류, 강제퇴거를 별도의 편으로 분리하며 「국적법」에서 제2편으로 분리한 일부 규정을 제외한 귀화, 복수국적에 관한 규정은 국적취득 등에 관한 제8편에서 정한다.

사회통합에 관한 편에서는 「출입국관리법」의 사회통합 프로그램과 동법의 보칙에서 외국인 지원행정에 관한 규정을 선별하여 재배치하고 외국인 및 난민에 관한 일부 처분에 대하여 특별행정심판을 담당하는 이민난민위원회를 신설하였다.

한편, 남북왕래에서는 「출입국관리법」 및 「남북한 왕래자 등에 대한 출입(국)심사지침」을 상향하여 별도의 편으로 구성하고 외국인행정의 지원 및 관리에 관한 제14편에는 「출입국관리법」의 보칙 규정의 일부 및 신설 조문을 담는다.

## 5. 통합법의 명칭

통합법의 제명을 관한 다양한 의견을 수렴하여 내외부 논의를 거쳐 최종적으로 통합법의 제명은 “국적 및 출입국, 외국인의 경제활동, 사회통합에 관한 법”으로 하였다. 이는 국적은 국가의 한 요소인 국민에 관한 사안임을 고려하여 국적을 앞에 배치하고 본 통합법을 통해 국가경쟁력을 강화하고 사회통합을 제고한다는 목적과 취지를 통합법의 제명에 투영한데 따른 것이다.

1안	국적 및 이민관리법
2안	이민관리 및 국적법
3안	국적 및 외국인·동포의 출입국, 경제활동, 사회통합에 관한 기본법
4안	국적 및 외국인·동포의 출입국, 경제활동, 사회통합에 관한 법
5안	외국인·동포의 출입국, 경제활동, 사회통합 및 국적에 관한 기본법
6안	외국인·동포의 출입국, 경제활동, 사회통합 및 국적에 관한 법
7안	국적 및 출입국, 외국인의 경제활동, 사회통합에 관한 법

## II. 통합이민법의 선진화 방향성

### 1. 통합이민법제의 선진화의 기초

통합이민법을 선진화함에 있어 다음과 같이 여섯 가지 기초를 확립하였다. 첫째, 법치주의의 제고이다. 이는 여러 가지 방향에서 실현될 수 있는데 먼저 법치행정의 기본은 권리주체의 설정과 의무부여라는 점에서 체류 등 기본적인 개념을 법체계에 맞게 재구성하는 것이

필요하다. 또한 인구감소시대에 본격적으로 활성화 될 이민의 유입과 정착을 대비하여 한 해에 수용가능한 이민규모를 결정할 기준과 절차를 마련하고, 이민행정쟁송의 절차를 개편하고 변호사의 조력을 받을 권리 등 절차적 권리를 규정하는 것도 모두 법치행정과 관련된다. 그리고 현대 법치주의에서 새롭게 강조되는 정보수집의 법적 근거마련과 활용방안 그리고 정보의 투명성을 높이기 위한 규정의 신설도 같은 맥락에서 강조될 수 있다.

둘째, 이민을 통한 국민과 국가경제발전의 강화이다. 글로벌 시대에 이민의 자유로운 유입과 적응은 새로운 국가발전의 정책수단이 됨을 강조하여 통합법의 역할을 출입국 관리만이 아닌 국가경제발전을 위한 이민법제로서의 기능을 부여하여 이민정책에 의한 국가경제적 발전 강화 정책을 법률에 규정하고자 한다. 또한 우수인재 유치 및 경제투자 이민 등 경제이민 등의 국가경제적 기여를 제도화하여 국민들이 이민제도를 긍정적으로 인식할 제도적 요소를 확대·강화할 수 있다. 이에 더하여 이민지원 확대에 의한 재정적 부담에 관한 국민적 우려를 해소한다는 차원에서 거류질서 부담금 신설 등을 통해 비용자기부담을 원칙화한다.

셋째, 저출산고령화 사회에 대비하는 것이다. 본격적으로 전개될 인구감소 시대 적응을 위한 국적관리 제도를 통합법에 규정하고, 영주자의 국내출생자녀에 대하여 부모 또는 모의 신고에 의하여 대한민국 국적을 취득할 수 있는 보충적 출생지주의를 제도화하였다.

넷째, 통합행정의 고도화이다. 이민유입이 계속될 경우 이를 효과적으로 관리할 수 있는 정보시스템 구축이 요청되며 종합정보시스템을 관리하고 운용할 전문기관인 이민정보원을 설치하여 데이터를 통한 이민행정의 과학화와 효율화를 추구한다.

다섯 번째, 이민행정의 거버넌스 구축이다. 현행 이민행정 추진체계는 개별 근거법률에 따라 분산되어 운용되고 있으며 정책의 주무부처 또한 다양하다. 사회통합행정을 위해서는 정부부처와 지방자치단체의 연계를 확보하고 동시에 민간의 참여가 증대되는 것이 필요하다. 또한 이민정보원 외에 사회안전통합센터, 재외동포체류지원센터 등을 신설하고 관련 업무를 민간에게 위탁할 수 있는 근거를 마련함을 통해 외국인, 이민업무를 민간으로 확대하고 협력을 증진한다.

여섯 번째, 불복절차의 개선이다. (가칭)이민난민위원회를 두어 출입국관리법과 난민법의 일부사항에 대하여만 규정하고 있었던 이의신청 제도를 특별행정심판으로 조정하여 외국인의 권리를 절차적 권리를 신장하고 제도를 행정의 효율성을 제고한다. 분의 범위는 기존 출입국관리법과 난민법상에 이의신청 제도가 있는 처분 외에 출국명령, 체류허가 신청 불허, 동포·장기 사증신청불허 처분을 추가하는 것을 고려하였으나 이의신청 도입 시 문제점을 분석한 결과 보호명령, 강제퇴거, 난민불인정, 난민인정의 취소·철회 외(外)에 출국명령만을

추가하는 것으로 결정하였다.

## 2. 법체계 등의 정비

법체계 정비는 크게 세 가지 방향으로 이루어졌다. 첫째, 법률, 시행령, 시행규칙 간의 위치의 조정으로 법률의 규정에서 절차에 관한 규정은 시행령, 시행규칙으로 하향하고 하위법령에서 중요하다고 판단되는 규정은 법률이나 시행령으로 상향하는 등 일부 규정에 있어 위치를 조정하였다. 두 번째 정비방안은 지침의 법령으로의 상향이다. 사증, 투자이민, 유학생, 동포 등과 관련한 지침에서 이민점수제, 가족초청, 사증발급의 특례 등과 관련한 사항을 조문화하여 법률, 시행령, 시행규칙으로 상향하였다. 이와 관련하여서는 후술하기로 한다. 세 번째는 알기 쉬운 법령이다. 정부는 소수의 전문가가 아닌 국민 모두가 법령을 쉽게 읽고 이해할 수 있도록 하기 위해 2006년 이래 본격적으로 알기 쉬운 법령 만들기 사업을 꾸준히 추진하고 있다. 통합법 제정안에서도 국민들에게 어려운 용어와 입법체계를 정비하여 국적법 및 출입국관리법 등의 중요한 법률내용을 국민들이 보다 쉽게 이해할 수 있도록 하는 법률용어 개선방안을 제시하였다.

물론 이외에도 법률 간에 상충<sup>2)</sup>되거나 불필요한 부분, 사각지대 등에 해당되는 부분은 조문을 수정하거나 신설하였음은 물론이다.

## 3. 정책제언의 법제화

통합법 제정안에는 제1권에서 정책제언으로 도출된 사항에 대하여 법제화가 가능한 부분에 대하여 규정을 신설하였으며 이는 앞서 언급한 선진화 기조에 따라 이루어졌다고 볼 수 있다. 즉, 이민행정의 거버넌스의 제고, 대한민국에 체류하는 외국인의 권리 신장, 행정의 효율성, 그리고 국가경쟁력 강화 등이 반영되었다. 그러나 외국인정책위원회의 의결 기능의 부여와 같이 법적, 현실적인 제약에 따라 법에 반영되지 못한 부분도 있다.

가장 주요한 그리고 중요한 변화로 외국인 유입규모의 입법을 언급할 수 있다. 외국인정책위원회의 역할에 외국인 유입규모 심의 및 공표를 포함하고 위원회에 실무분과를 신설하여 외국인 유입규모를 산출 및 확정하는 규정을 마련하였다. 또한 지방자치단체 역할을 제고

2) 대표적으로 난민의 강제송환금지 관련하여 난민법 제2조 등과 상충되는 출입국관리법 제62조제4항을 들 수 있다. 또한 복수국적의 범주에 관한 국적법 제11조의2와 동법 시행령 제16조제1항도 이에 해당된다.



하고 국가와 지방자치단체의 상호협력에 대한 제언에 따라 관련 입법례를 참고하여 지방자치단체 책무를 강화하고 국가와 지방자치단체의 상호협력에 관한 규정을 신설하였다. 이외에 영주권자 처우의 강화, 아동 이익의 최우선 원칙의 명문화, 외국인정책 교육 의무화 등에 대하여 정책제언의 법제화가 이루어졌다.

### III. 통합법의 주요 내용<sup>3)</sup>

#### 1. 총칙

법령의 총칙 규정은 해당 법령 전반에 공통적으로 적용되는 사항을 규정한 것으로서 그 법령 전체의 원칙적·기본적·총괄적인 사항을 내용으로 한다. 총칙 규정에 두는 내용은 개개의 법령에 따라 다양하지만 보통 법령의 목적 또는 취지를 정한 목적 규정, 법령에서 사용되는 용어의 정의를 규정한 정의 규정, 법령해석의 지침을 규정한 해석 규정, 법령이 적용되는 대상이나 범위에 관한 적용 범위 규정, 그 법령과 다른 법령과의 관계에 관한 규정 등을 두고 있는 경우가 많다.

본 통합법안에서는 총칙 규정으로서 목적(제1조), 정의(제2조), 국가 및 지방자치단체의 책무(제3조), 외국인의 책무(제4조), 다른 법률과의 관계(제5조)를 두었다. 특히 제1조(목적)에서는 안전한 국경관리, 사회통합, 경제활성화, 국가이익 등을 키워드로 하여 목적조항을 신설하였으며 캐나다와 같은 해외 사례를 참조하여 국익을 강조하고자 하였다.

#### 통합법 제1편 총 칙

**제1조(목적)** 이 법은 대한민국 국민이 되는 요건을 정하고 국민과 외국인의 출입국, 거류관리 등에 관하여 필요한 사항을 규정함으로써 안전한 국경관리를 구축하고 사회통합을 실현하며 경제활성화에 기여하는 등 대한민국의 국가이익에 이바지함을 목적으로 한다.

제2조(정의)에서는 기존의 출입국관리법, 국적법, 난민법 등에서 정하는 정의규정을 일부 정비<sup>4)</sup>하고 거류자격(체류자격), 사증, 입국, 거류질서유지부담금 등을 신설하였는바, 이 가

3) 지면의 한계상 외국인의 출입국과 체류 및 불복제도에 관한 사항을 중심으로 기술하였음.

4) 이를테면 입국에 대한 개념을 정하는 「출입국관리법」 제6조제1항에도 불구하고 사실상 개념정의는 되어 있지 않았다. 이에 적법한 심사를 거쳐 대한민국으로 들어온 경우를 입국으로 보는 정의규정을 신설하였다.

운데 체류자격의 정비에 대하여 아래에서 살펴본다.

## 2. 체류자격의 정비

현행 출입국관리법상 체류자격은 학계에서 여러 해 전부터 비판의 대상이었다. 그 이유는 체류자격과 사증발급은 이민행정에 있어 가장 중요한 부분이라 할 것인데 법률에 장단기, 영주자격의 근거를 두고 체류자격의 구체적인 기준과 요건에 대하여는 시행령 별표에서 정하고 있기 때문에(물론 더 세부적인 요건은 지침에서 정하고 있다. 비록 체류자격의 부여와 사증발급이 주권영역인 것은 분명하지만 법치행정의 확대에 따라 근본적이고 중요한 부분에 있어서는 절차 법정주의가 적용되어야 하기 때문이다.

미국의 경우 정의규정에 체류자격에 대하여 자세히 규정하고 있는데, 우리 법 체계상 정의규정에 수십 개에 달하는 시행령 별표의 체류자격을 열거하는 것은 적절치 않다고 판단하였고 따라서 시행령 별표로 두는 형식은 그대로 유지하고 대신 출입국관리법 제10조부터 제10조의3에서 정하는 **장·단기체류자격, 영주자격에 관한 규정을 정의규정으로** 이동하여 외국인이 우리나라에 체류하면서 갖게 되는 체류자격을 분명히 하였다.

### 통합법 제1편 총 칙

**제0조(정의)** 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

0. "거류자격"이란 대한민국에 거류할 수 있는 자격으로서 다음 각 목의 것을 말한다.

가. 체류자격: 관광, 방문 등의 목적으로 대한민국에 90일 이하의 기간(사증면제협정이나 상호주의에 따라 90일을 초과하는 경우에는 그 기간) 동안 머물 수 있는 거류자격

나. 거주자격: 유학, 연수, 투자, 주재, 결혼 등의 목적으로 대한민국에 90일을 초과하여 법무부령으로 정하는 거류기간의 상한 범위에서 거주할 수 있는 거류자격(단, 준영주자격은 제외한다)

다. 준영주자격: 영주자격을 부여받기 위하여 장기로 거류할 수 있는 거류자격

라. 영주자격: 대한민국에 영주할 수 있는 거류자격

0. "사증"이란 법무부장관이 제0조에 따른 거류자격을 정하여 출입국관리공무원으로부터 입국심사를 받을 수 있는 자격을 외국인에게 부여하는 문서를 말한다.

현행법상 체류자격은 일반체류자격, 영주자격으로 구분되며 일반체류자격은 그 기간에 따라 단기와 장기로 구분된다. 통합법안에서는 일반체류자격<sup>5)</sup>을 삭제하고 단기-장기-거주-영주로 구분하였는데 이때 명칭을 체류(단기체류)-거주(장기체류)-준영주(현행 F-2)-영주로

5) 「출입국관리법」 제10조제1호에서는 "이 법에 따라 대한민국에 체류할 수 있는 기간이 제한되는 체류자격"으로 정하고 있는데 일반체류자격에 대응되는 특별체류자격을 신설하는 것도 하나의 방안이 될 수 있으나 별 실익이 없다고 판단하여 일반체류자격을 삭제하였다.

분류하여 **준영주자격을 신설**하였다. 이는 외국인이 대한민국에 입국하여 장단기체류-준영주-영주-국적취득(귀화)하는 과정을 분명히 하기 위함이며 이는 시행령 별표의 체류자격의 개편안에도 반영하였다. 또한, **체류라는 용어를 거류로 변경**하였다. 체류라는 용어가 워낙 오래 사용되었기 때문에<sup>6)</sup> 거류로 일괄 수정하는데 있어 보다 구체적인 논거가 뒷받침되어야 하는 것이 사실인데, 가장 큰 이유는 단기체류, 장기체류, 영주 등 체류자격의 단계적 절차를 보다 분명히 표현하기 위함이다. 또한 장기체류(거주)는 취업, 가족부양, 영주 거주기간 산입 등 단기체류와 구별되어야 한다고 판단한데 따른 것이었다.

그리고 우리 출입국관리법상 사증과 체류자격과의 관계가 불분명한 측면이 있기 때문에 **사증의 정의 및 사증과 체류자격과의 관계**에 관한 규정을 신설하였다.

### 3. 외국인정책계획 및 운영 관련

현행 외국인처우법 제5조에 따라 법무부장관은 외국인정책의 기본목표와 추진방향 등에 대하여 5년마다 기본계획을 수립하도록 되어 있으며 이에 따라 관계 중앙행정기관의 장은 연도별 시행계획을 수립·시행한다. 그리고 외국인정책에 관한 주요 사항을 심의·조정하기 위하여 외국인정책위원회를 두고 있다. 그러나 5년 단위의 기본계획으로는 외국인정책에 관한 거시적인 비전을 담는데 제한이 있고 더욱이 급증한 체류외국인의 규모를 고려하면 국가 차원에서 인구, 환경, 기술, 사회발전, 다양성 등의 사회적 변화를 고려한 종합계획을 수립하는 것이 필요하다. 이에 따라 통합법안에서는 **20년마다 종합계획을 수립**하고 정책의 공표 및 전달, 정책의 연구 및 추진 등에 관한 규정을 신설하였다. 또한 법무부장관은 종합적인 외국인정책의 현황과 성과를 측정 및 점검할 수 있는 평가기준인 **외국인정책지표를 개발**하여 제공할 수 있도록 하는 규정을 새로이 마련하였다.

사증, 체류자격의 정비와 더불어 본 통합법 작업에서 강조하고 싶은 사항은 **외국인 유입 규모의 법제화**이다. 이는 정책제언에 따라 이루어졌는바, 법무부장관은 대한민국에서 거주

6) 1963년 「출입국관리법」 제정 당시에는 체류는 16일 이상 30일 미만을 일컬었고, 체류 대신 거류라는 용어를 사용하였다.

「출입국관리법」(법률 제1289호, 1963.3.5., 제정) 제2조(정의) 이 법에서 사용되는 용어의 정의는 다음과 같다.

2. 입국이라 함은 대한민국 안에서 거주 또는 체류하거나 통과하기 위하여 대한민국 안의 지역으로 들어 오는 것을 말하되 거주는 30일이상, 체류는 16일이상 30일미만, 통과는 15일이내를 말하며, 출국이라 함은 대한민국외의 지역으로 퇴거하거나 여행하는 것을 말한다.

제19조 (거류) ①대한민국에 거주 또는 체류하는 외국인은 그 입국자격에 따르는 유효기간에 한하여 거주 또는 체류할 수 있다.

할 목적으로 입국하는 외국인(국내에서 거주할 수 있는 체류자격으로 변경하는 경우를 포함)의 규모를 매년 공포하고 이는 외국인정책위원회에서 심의, 확정하도록 하였다. 이때 외국인정책위원회는 외국인 유입이 국내 노동시장, 사회보장체계, 국가안전 및 사회질서에 미치는 영향 등을 고려하여야 한다.

통합법 제3편 제1장 외국인정책계획 등

**제0조(외국인 유입규모)** ① 법무부장관은 대한민국에서 거주할 목적으로 입국하는 외국인(국내에서 거주할 수 있는 체류자격으로 변경하는 경우를 포함한다)의 규모(이하 “외국인 유입규모”라 한다)를 매년 공포한다.

② 제1항의 외국인 유입규모는 제0조에 따른 외국인정책위원회가 심의·확정한다.

③ 제2항에 따라 외국인 유입규모를 심의·확정할 때에는 다음 각 호의 사항을 고려하여야 한다.

1. 외국인 유입이 국내 노동시장에 미치는 영향
2. 외국인 유입이 사회보장체계에 미치는 영향
3. 외국인 유입이 국가안전·사회질서에 미치는 영향
4. 그 밖에 외국인 유입규모에 관하여 외국인정책위원회의 위원장이 필요하다고 인정한 사항

법무부장관은 외국인 유입규모 등 정책을 수립하기 위하여 외국인 노동수요에 관한 실태 조사를 매년 실시하여 공개하도록 하며 이때 고용노동부장관과 협의하도록 하는 규정을 마련하였다. 그리고 이와는 별도로 외국인·동포 집중거주지역 및 거주생활환경 등 **외국인 거주실태에 대하여 상시 조사·평가**하는 규정을 두었다.

**종합정보시스템의 구축** 및 이민정보원에 관한 규정의 신설도 중요한 변화인바, 내국인의 출입국, 외국인의 체류관리, 재외동포의 현황 등에 필요한 관련 자료와 정보의 효율적 처리 및 관리를 위하여 종합정보시스템을 구축하여 운영하고 이를 위해 외국인의 출입국, 고용, 교육, 국적변동 등에 관한 정보를 수집할 수 있도록 하였다. 이 경우 효율적인 종합정보시스템의 구축을 위하여 필요한 경우 종합정보시스템의 구축, 관리 업무를 이민정보원 또는 이민 정보 관련 민간 법인·단체·시설에 위탁할 수 있다. 이민정보원은 출입국 체류 서비스에 관한 정보의 수집·관리 외에 출입국자, 체류외국인 등 외국인정책에 필요한 통계 작성 및 분석, 외국인의 출입국, 조사, 보호등과 관련하여 수집한 정보의 분석 등을 담당한다.

외국인처우법 제8조에 따라 국무총리 소속으로 설치된 **외국인정책위원회**는 현재의 심의·조정 사항에 외국인정책의 종합계획의 수립에 관한 사항, 외국인 유입규모에 관한 사항을 추가하였다.

한편, 법무부 훈령인 「**법무부 이민정책자문위원회규정**」에서는 중요 이민정책의 입안, 계획의 수립 및 시행에 있어 전문가의 의견을 청취, 반영하기 위해 법무부장관의 자문에 응하

는 이민정책자문위원회의 설치 및 운영에 관한 사항을 규정하고 있는데, 통합법안에서는 이 위원회의 명칭을 외국인정책자문위원회로 수정하고 일부 규정을 법률과 시행규칙으로 상향하였다.

#### 4. 외국인의 출입국 등

위에서 언급하였듯이 현행 출입국관리법에 **사증과 체류자격의 관계**에 관한 규정이 없음에 따라 사증에 체류자격이 표시됨을 표기하였다.

출입국관리법	통합법 제4편 외국인의 출입국 등
<b>제8조(사증) &lt;신 설&gt;</b>  ①·②·③ (생략)	<b>제0조(사증의 발급 등)</b> ① 외국인은 입국을 위해서 법무부장관으로부터 체류자격을 표시한 사증을 발급받아야 한다. ②·③·④ (현행 ①·②·③과 같음)

본 용역에서는 의료관광, 유학, 특정활동(체류자격 개편안에 따르면 특정직업 E-5) 등의 목적으로 입국하려는 외국인에 대하여는 **사증발급의 특례**를 정함으로써 국가경쟁력 강화에 이바지하고자 하였다.

통합법 제4편 제1장 제1절 외국인의 입국
<b>제0조(사증발급의 특례)</b> 의료관광, 유학, 특정활동 등의 목적으로 입국하려는 외국인에 대하여는 대통령령으로 정하는 바에 따라 사증을 발급할 수 있다.
통합법 시행령 제4편 제1장 제1절 외국인의 입국
<b>제0조(의료관광 목적의 사증발급절차 등)</b> ① 외국인이 단기방문(C-3)에 해당하는 의료관광 목적의 사증을 발급받기 위해서는 「의료 해외진출 및 외국인환자 유치 지원에 관한 법률」에 따라 보건복지부장관에게 등록한 “외국인환자 유치 의료기관이나 외국인환자 유치업자”(이하 “의료관광 유치기관”이라 함) 중 법무부장관이 지정한 의료관광 유치기관이 초청하여야 한다. 단, 의료관광 목적의 사증발급을 재외공관장에게 직접 신청하는 때에는 의료관광 유치기관이 아닌 국내 소재 병원장이 초청할 수 있다. ② 법무부장관은 의료관광 유치기관 중 외국인환자 유치와 관리 실적이 양호한 기관을 우수 의료관광 유치기관으로 지정할 수 있으며, 우수 의료관광 유치기관은 영 제7조의2 제5항에 따라 외국인환자를 대리하여 전자사증을 신청할 수 있다. ③ 우수 의료관광 유치기관 지정 기준, 신규초청 허용인원, 행정제재 등 의료관광 유치기관 운영에 필요한 사항은 법무부장관이 따로 정한다. <b>제0조(유학 목적의 사증발급절차 등)</b> ① 외국인이 유학(D-2)에 해당하는 유학 목적의 사증을 발급받기 위해서는 전문대학 이상의 교육기관 또는 학술연구기관으로부터 입학허가를 받아야 한다. ② 법무부장관은 교육부장관과 협의하여 지정한 “유학생 유치·관리역량 인증대학”(이하 “인증대학”이라 함)에 대하여

는 사증신청 시 제출하여야 하는 서류를 감경할 수 있다.

- ③ 유학 목적 사증발급 기준과 절차, 인증대학에 대한 사증신청서류 감경 기준, 유학생의 가족초청 요건, 시간제 취업 허가 요건 등은 법무부장관이 따로 정한다.

**제0조(특정활동 목적의 사증발급절차 등)** ① 외국인이 영 별표 1의2 중 20. 특정활동(E-7)에 해당하는 취업활동 목적의 사증을 발급받기 위해서는 다음 각 호의 1의 요건 중 하나를 충족하여야 한다.

1. 도입직종과 연관성이 있는 분야의 석사 이상의 학위 소지한 자
  2. 도입직종과 연관성이 있는 분야의 학사 학위를 소지하고 해당분야에서 1년 이상 이상 경력을 소지한 자
  3. 도입직종과 연관성이 있는 분야에서 5년 이상 경력을 소지한 자
- ② 법무부장관은 우수인재 유치 등을 위하여 별도로 지정한 분야에서 근무하거나 별도로 정한 요건을 충족하는 외국인에게 대하여는 제1항에서 정한 요건을 완화하여 적용할 수 있다

다음은 **급행사증**에 관한 사항이다. 상호주의, 외교관계 등을 고려하여 급행비자 제도 도입을 희망하는 재외공관은 법무부의 승인을 받아 도입하고 있고 지침에서 정하는 바에 따라 신청인이 통상처리기간 보다 단축하여 처리를 요청할 때 소정의 급행 수수료를 추가 징수하고 있다. 현행 출입국관리법 시행규칙 제71조제4항에서 이에 대하여 정하고 있는데 이를 시행령으로 상향하고 재외공관의 장은 제도 도입의 사실을 민원인에게 사전에 고지하도록 하였다.

현행 출입국관리법 제11조는 입국금지 사유를 열거하고 있지만 사유별로 입국금지 기간이 달라지는 것은 아니다. 그런데 미국, 일본, 프랑스 등의 외국의 입법례를 보면 사유별로 입국금지 기간을 차등화하고 있다. 이를 참조하여 입국금지 규정을 개정하였고 1년 - 3년 - 5년 - 10년 - 10년 초과 20년 이하 - 20년 초과 영구 입국금지 기간을 설정하였다. 또한 외국인의 입국을 금지한 경우 국가이익이나 인도주의에 비추어 대한민국에 입국하여야 할 특별한 사정이 있는 경우에는 부담금을 부과하여 해당 외국인의 입국금지 기간을 감경하거나 입국금지를 해제할 수 있도록 하였다. 이는 10년 등 장기간의 입국금지에 대하여 범칙금으로 예외를 두는 것은 비례의 원칙에 반할 수 있기 때문에 감면 또는 해제 조항을 둔 다음 부담금을 걷도록 한 것이다.

## 5. 외국인의 거류

외국인의 거류에 관한 제5편은 크게 네 개의 장(외국인의 거류자격, 외국인의 등록, 외국인의 거주, 외국인의 고용)으로 나누어지며 불복제도 다음으로 가장 많은 규정이 개정되고 신설된 부분이다.

먼저, **영주자격의 취득방식**을 언급하고자 한다. 출입국관리법 시행령 별표1의3에는 영주

자격에 부합하는 사람의 범위를 1호에서 18호까지 규정하는데 이는 두 가지 유형으로 구분 가능한 바(아래 조문 참조) 국내외에 체류하는 외국인이 대한민국에서 영주할 수 있는 경로를 이해하기 쉽도록 영주자격의 취득 및 변경요건과 방식을 법에 명문화하였다.

통합법 제5편 제1장 외국인의 체류자격	
<b>제0조(거류자격)</b>	① 입국하려는 외국인은 제2조제0호의 어느 하나에 해당하는 거류자격을 가져야 한다.
	② 거류자격 및 거주자격의 종류, 거류자격에 해당하는 사람 또는 그 거류자격에 따른 활동범위는 거류목적, 취업활동 가능 여부 등을 고려하여 대통령령으로 정한다.
	③ 영주자격을 취득하려는 사람은 다음 각 호의 방식으로 영주자격을 신청할 수 있으며 구체적인 사항은 대통령령으로 정한다.
	1. 일정 기간 국내에 거류하거나 또는 국내에 거류하면서 대통령령으로 정하는 요건을 갖춘 후 거류자격의 변경
	2. 국내에 거류하지 않고 사증신청

이어, **체류자격의 변경 및 연장허가 중의 심사**에 관한 규정을 보완하였다. 현행 출입국관리법에서는 체류자격을 변경하거나 연장하는 경우 기존 체류기간이 만료된 경우에 대하여 별도의 규정을 두고 있지 않고 있고 따라서 신규 체류자격이나 체류연장허가가 발급될 때까지 법적으로는 체류자격이 없는 상태이다. 실무적으로는 문제가 없으나 이에 대한 명문규정이 필요하며 이때 임시체류증의 발급보다는 보다 간편한 방안으로 불법체류로 보지 않는다는 규정을 신설하였다.

또한 **체류기간의 연장을 허가**함에 있어 단독으로 체류하는 아동, 노인, 장애인인 외국인에 대하여 예외를 둘 수 있도록 하였다.

앞서 언급한 바와 같이 본 통합법안에는 지침의 규정이 법령에 반영되었는데 이때 가장 강조하고 싶은 부분이 **이민점수제의 적용**이다. 지침에서 일부 체류자격(D-8, D-9, D-10, E제열, F-2 등)에 대하여 체류자격 변경, 체류자격 연장, 가족의 체류자격 결정 시 그 요건으로 점수제를 적용하고 있음에 따라 이를 법에 명시하였다. 그리고 **가족초청**에 관한 규정도 신설하였는바, 결혼이민자, 유학생, 기업투자자, 전문인력 등에 대하여 배우자 및 자녀, 부모 등 가족 초청 또는 동반할 수 있는 규정을 신설하였다.

## 통합법 제5편 제1장 외국인의 체류자격

**제0조(이민점수제의 적용)** 법무부장관은 외국인의 체류자격 변경, 체류자격 연장 및 해당 외국인의 가족의 체류자격을 결정함에 있어 (소득, 자산, 학력 등을 고려하여) 법무부령이 정하는 바에 따라 점수제를 적용한다.

**제0조(가족초청 등)** ① 결혼이민자, 유학생, 기업투자자, 전문인력 등 대통령령에서 정하는 외국인은 가족을 초청 또는 동반할 수 있다.

② 제1항의 가족초청 및 동반에 관한 절차 등에 관해서는 대통령령으로 정한다.

국가가 투자이민 등을 적극적으로 받아들인다는 메시지를 전달하기 위하여 외국인처우법의 전문인력의 처우 개선에 관한 규정을 변경하여 “국가는 국민경제발전을 위해서 투자이민과 전문인력 유치 등에 있어 적극 노력하여야 한다.”는 **투자이민과 전문인력의 유치**에 관한 조항을 신설하였다.

본 용역의 결과물인 2권(국내 이민법 체계의 분석)에서는 제20대 국회의 개정안 검토도 진행되었는데 그 중 의미있다고 판단되는 개정안 내용을 일부 통합법안에 반영하였고 그 중 하나가 **외국인 집중거주지역**에 관한 안(부좌현의원 대표발의, 재한외국인 처우 기본법 일부 개정법률안, 발의일자 2015.5.1., 의안번호 14997)이다. 외국인이 많이 거주하는 지역은 기존 지역주민과의 문화 및 질서인식의 차이로 인한 갈등을 해소하기 위한 정책을 수행할 필요성이 있기 때문에 “총인구 대비 거주외국인의 비율이 20% 이상이거나 5,000명 이상인 읍·면·동 지역(단, 외국인·동포 수가 1,000명 이하인 지역은 제외한다)”을 외국인 집중거주지역으로 정의하였다. 그리고 국가와 지방자치단체는 외국인 집중거주지역의 생활환경 개선을 위하여 적극적으로 노력하고 외국인 집중거주지역 내 외국인이 국내 경제·사회질서와 조화를 이루어 정착할 수 있도록 지원사업을 수행할 수 있음을 규정하였다.

## 통합법 제5편 제3장 제1절 외국인의 거주

**제0조(외국인·동포 집중거주지역의 생활환경 개선 노력 등)** ① 국가 및 지방자치단체는 외국인·동포 집중거주지역의 생활환경 개선을 위하여 적극적으로 노력하고, 외국인 집중거주지역의 특수성을 반영한 종합적인 보호 및 지원 시책이 원활하게 수립·시행되도록 협력하고 노력하여야 한다.

② 외국인 집중거주지역에 해당하는 지방자치단체의 장은 제1항에 따른 목적을 실현하기 위하여 필요한 전문인력을 대통령령으로 정하는 바에 따라 배치하여야 한다.

③ 국가 및 지방자치단체는 제1항에 따른 책무를 다하기 위하여 필요한 재원을 조달하여야 한다.

**제0조(정착 지원)** ① 국가와 지방자치단체는 외국인 집중거주지역 내 외국인이 국내 경제·사회질서와 조화를 이루어 정착할 수 있도록 지원하기 위하여 다음 각 호의 사업을 수행할 수 있다.

1. 제0조에 따른 외국인의 출입국·거주·취업활동에 대한 실태조사
2. 제0조에 따른 사회통합프로그램, 통역 지원 등 사회 적응 지원사업
3. 직업훈련 등 취업활동 지원사업
4. 아동·청소년 등에 대한 교육지원사업



5. 그 밖에 외국인의 정착 지원을 위하여 필요하다고 인정되는 사업으로서 대통령령으로 정하는 사업
  - ② 국가와 지방자치단체는 제1항에 따른 사업을 수행하기 위하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 사회안전통합센터(이하 “통합센터”라 한다)를 설치·운영할 수 있다.
  - ③ 국가 또는 지방자치단체는 통합센터의 설치·운영을 대통령령으로 정하는 법인이나 단체에 위탁할 수 있다.
  - ④ 국가 또는 지방자치단체가 아닌 자가 통합센터를 설치·운영하고자 할 때에는 미리 법무부장관 또는 특별시장·광역시장·특별자치시장·도지사·특별자치도지사(이하 “시·도지사”라 한다)의 지정을 받아야 한다.
  - ⑤ 통합센터에는 외국인에 대한 상담·지원 등의 업무를 수행하기 위하여 시행령 제0조에 따른 교육과정을 이수하고 관련 분야에 대한 학식과 경험을 가진 전문인력을 두어야 한다.
  - ⑥ 국가와 지방자치단체는 제3항에 따라 지정한 통합센터에 대하여 예산의 범위에서 제1항 각 호의 사업을 수행하는 데에 필요한 비용 및 지원센터의 운영에 드는 비용의 전부 또는 일부를 보조할 수 있다.
  - ⑦ 제1항, 제2항 및 제3항에 따른 통합센터의 설치·운영 기준, 위탁·지정 기간 및 절차 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정하고, 제5항에 따른 전문인력의 기준 등에 필요한 사항은 법무부령으로 정한다.
- 제0조(인신매매·착취 피해자에 대한 특칙)** ① 법무부장관은 「인신매매·착취 방지와 피해자보호등에 관한 법률」 제3조의 인신매매·착취 피해를 이유로 법원의 재판, 수사기관의 수사 또는 그 밖의 법률에 따른 권리구제 절차가 진행 중인 외국인이 체류기간 연장허가를 신청한 경우에는 그 절차가 종료될 때까지 체류기간 연장을 허가할 수 있다.
- ② 법무부장관은 제1항에 따른 체류 연장기간 만료 이후에도 피해 회복 등을 위하여 필요하다고 인정하는 경우 체류기간 연장을 허가할 수 있다.

또한, 「인신매매·착취방지 및 피해자보호등에 관한 법률안」(이수진의원 대표발의, 제안일자 2020.12.24., 의안번호 2106912)의 의결을 전제로 발의된 「출입국관리법 일부개정법률안」(김용민의원 대표발의, 제안일자 2020.12.23., 의안번호 2106907)의 내용을 통합법에 반영하였다. 외국인이 인신매매·착취 범죄를 이유로 법원의 재판, 수사기관의 수사 또는 권리구제절차가 진행 중일 경우에는 그 절차가 종료할 때까지 체류기간 연장을 허가할 수 있도록 하고, 그 기간이 만료된 이후에도 피해 회복 등이 필요할 경우에는 체류기간 연장을 허가할 수 있도록 하며, 강제퇴거 대상 또는 보호중인 외국인에 대해서는 강제퇴거집행을 유예하거나 보호일시해제를 허가할 수 있도록 하는 규정을 신설하였다. 이는 출입국관리법 제25조의2부터 제25조의4까지에서 정하고 있는 결혼이민자, 성폭력피해자, 아동학대피해자에 대한 특칙과 일맥상통하는 것으로 권리구제절차 중인 외국인의 체류를 불안정하게 두지 않으려는 취지이다.

다음은 시간제취업허가 및 구직비자의 체류 상한 연장에 관한 규정이다. 이는 지침의 법령상향에 따라 마련된 것으로 유학생에 대하여 시간제 취업을 허가하는 규정을 신설하였다. 지침에서는 구직비자(D-10)로 체류하는 외국인의 1회 체류기간의 상한은 원칙적으로 6개월이나 신청자의 전문성 등에 따라 체류기간의 상한을 차등 규정하고 있으며 최대 2년까지 부여하고 있다.

## 통합법 제5편 제3장 제1절 외국인의 거주

- 제0조(시간제취업허가 등)** ① 외국인유학생에 대하여는 법무부령으로 정하는 바에 따라 시간제 취업활동을 허가할 수 있다.  
 ② 구직활동을 목적으로 국내에 체류하는 외국인에 대하여는 체류기간 및 재취업 등에 대하여 법무부령으로 정한다.

이외에 법무부장관 소속으로 법무부 및 지방출입국·외국인관서에 **외국인 체류심의위원회**를 설치하여 가정폭력 피해자, 성폭력 피해자, 아동학대 피해자 및 인신매매·착취 피해자 등에 대한 체류기간 연장이나 강제퇴거집행 유예 등의 신청에 관한 고충을 심의하고 인권을 보호할 수 있도록 제도적 장치를 마련하였다.

그리고 출입국관리법에 있는 외국인 고용에 관한 규정(제18조~제19조의2)을 통합법 제5편 에 별도의 장으로 배치하였는데 외국인 고용이 필요한 산업에는 **내국인의 고용이 우선**한다는 선언적인 규정을 신설하였다.

## 6. 강제퇴거 관련

강제퇴거 관련하여서는 통합법 제5편에서 규정하고 있는데 이 가운데 부담금의 부과에 관한 규정을 소개하고자 한다. 이는 외국인이 강제퇴거대상자에 해당하나 국내에 인적·물적 생활 기반 형성 등 인도적 사유나 대한민국의 이익 등을 고려하여 거류허가를 하는 경우 지방출입국·외국인관서의 장이 해당 외국인에게 천만원 이하의 **거류질서유지 부담금**을 부과할 수 있도록 것이다. 이 경우 부담금은 제14편의 외국인사회통합기금의 재원으로 할 수 있다. 법률에는 부담금의 부과, 이의신청, 부담금의 용도에 관한 규정을 두고 부담금의 납부절차 및 부과기준에 대하여는 각기 시행령, 시행규칙에서 정한다.

## 통합법 제6편 제3장 부담금의 부과 등

- 제0조(부담금의 부과)** ① 지방출입국·외국인관서의 장은 외국인이 「출입국관리법」 제0조0항에 따른 강제퇴거대상자에 해당하나, 국내에 인적·물적 생활기반 형성 등 인도적 사유나 대한민국의 이익등을 고려하여 체류허가를 하는 경우 해당 외국인에게 1,000만원 이하의 “거류질서유지 부담금”을 부과할 수 있다.  
 ② 법무부장관은 제0조에 따른 부과 대상자의 나이와 환경, 법 위반의 동기와 결과, 부담금의 부담능력, 그 밖의 정사를 고려하여 면제할 수 있다.  
 ③ 부담금의 세부기준에 관하여 필요한 사항은 법무부령으로 정한다.  
**제0조(이의신청)** ① 제0조에 따라 부담금을 부과받은 자가 부과받은 사항에 대하여 이의가 있으면 부담금을 부과받은 날부터 90일 이내에 지방출입국·외국인관서의 장을 거쳐 법무부장관에게 이의신청서를 제출하여야 한다.  
 ② 지방출입국·외국인관서의 장은 제1항에 따른 이의신청서를 접수하면 부담금 부과내용과 조사기록을 첨부하여 법

무부장관에게 제출하여야 한다.

- ③ 법무부장관은 제1항과 제2항에 따른 이의신청서 등을 접수하면 신청을 받은 날부터 15일 이내에 이의신청이 이유 있는지를 심사하여 그 결과를 지방출입국·외국인관서의 장에게 알려야 한다.
- ④ 지방출입국·외국인관서의 장은 제4항에 따라 법무부장관으로부터 이의신청 결과를 통지받으면 지체 없이 신청인에게 그 사실을 서면으로 통지하여야 한다.

**제0조(부담금의 용도)** 법무부장관은 부담금을 제0조에 따른 외국인사회통합기금의 재원으로 할 수 있다. 이 경우 제0조부터 제0조까지 준용한다.

한편 강제퇴거명령서의 집행(제4장)에 있어 앞서 언급한 인신매매 관련 개정안을 반영하여 강제퇴거집행 유예에 관한 규정을 마련하고 보칙규정을 일부 이동하였다. 그리고 **아동의 보호에 대한 특칙**을 신설하였다. 아동의 권리에 관한 협약에서는 아동의 구금은 법률에 따라 최후의 수단으로 적절한 최단기간 동안만 사용되어야 한다고 규정하고 있음에 따라 동 협약을 존중하고 인권국가로서 위상 제고를 위해 아동에 대한 출입국관리법상 보호 제한 규정을 두고자 한 것이다. 현행 출입국관리법 제63조(강제퇴거명령을 받은 사람의 보호 및 보호해제)에 대한 특칙으로 14세 미만 아동은 보호하지 아니하도록 하고(제1항) 부모 등이 요청하는 경우 아동의 의사와 그 밖의 사정을 참작하여 출국 전까지 보호시설 내 생활을 허가할 수 있도록 하는 규정을 신설하였다.(제2항)

#### 통합법 제6편 제4장 강제퇴거명령서의 집행

- 제0조(아동의 보호에 대한 특칙)** ① 외국인이 14세 미만 아동인 때에는 제0조에도 불구하고 보호하지 아니한다.  
 ② 피보호자는 지방출입국·외국인관서의 장에게 자신이 부양하는 14세 미만 아동의 보호시설 내 생활을 요청할 수 있다. 이 경우 지방출입국·외국인관서의 장은 아동의 의사와 그 밖의 사정을 참작하여 이를 허가할 수 있다.

## 7. 불복제도: 이의신청 및 이민난민위원회

### 1) 이의신청

(1) 이의신청 제도의 설계: 원처분-이의신청(임의)-특별행정심판의 구조

제6편(강제퇴거)에 이의신청에 관한 7장을 신설하여 강제퇴거명령, 보호명령, 강제퇴거를 받은 사람의 보호명령, 출국명령에 대하여 지방출입국·외국인관서의 장에게 이의신청을 하거나 이민난민심판위원회에 심판을 청구할 수 있도록 한다. 현행법상 이의신청은 지방출입국관서를 거쳐 법무부장관에게 하게 되어 있으나 이민난민위원회가 법무부장관 소속 하에 설치되므로 이의신청을 존치하여도 상급처분청이 아닌 원처분청에 이의신청하는 구조로 가

야 하는데 이때 이의신청은 필수가 아닌 임의로 설계하였다. 그러나 난민에 관한 사항은 이의신청을 거칠 경우 현재보다 권리구제 절차가 길어진다는 점을 고려하여 바로 이민난민위원회에서 판단하게 한다.

근거법	처분의 종류	처분청	현행법상 이의신청	권리구제수단	통합법 이의신청	통합법 특별행정심판
출입국 관리법	강제퇴거명령 (제46조)	지방출입국·외국인관서의 장	지방출입국·외국인관서의 장을 거쳐 법무부장관에게 신청	7일 이내에 이의신청(제60조) 90일 이내에 행정심판 또는 행정소송	지방출입국·외국인관서의 장	이민난민심판위원회
	보호명령 (제51조)	지방출입국·외국인관서의 장	지방출입국·외국인관서의 장을 거쳐 법무부장관에게 신청	이의신청(제55조)		
	강제퇴거를 받은 사람의 보호명령 (제63조)	지방출입국·외국인관서의 장	지방출입국·외국인관서의 장을 거쳐 법무부장관에게 신청	이의신청 준용(제55조 준용)		
	출국명령 (제68조)	지방출입국·외국인관서의 장	-	-		
난민법	난민인정·불인정 결정 (제18조)	지방출입국·외국인관서의 장	지방출입국·외국인관서의 장을 거쳐 법무부장관에게 신청	30일 이내에 법무부 장관에게 이의신청(법 제21조)		

## (2) 강제퇴거명령 등에 대한 이의신청

이의신청에 관한 현행 출입국관리법 제55조 및 제60조, 제63조를 통합하고 출국명령(동법 제68조) 처분을 추가하여 이의신청에 관한 조문을 통합하고 아래의 사항을 반영하여 조문을 신설 및 정비하였다. 이의신청은 임의로 하며 신청인은 이의신청 이후 이민난민위원회(특별행정심판)로 가거나 또는 이민난민위원회에 바로 심사청구할 수 있다. 이의신청의 주체 관련하여 현행법에서는 보호에 대한 이의신청(제55조) 시에만 법정대리인이 이의신청도 신청 권한을 가지나 통합법에서는 이의신청의 주체를 이의신청에 관한 처분의 전 범위로 확대하여 처분의 당사자와 법정대리인등<sup>7)</sup>으로 확대하였다. 이의신청은 처분을 받은 날부터 14일 이내

7) 「출입국관리법」 제54조제1항에서 “법정대리인 등”에 대하여 다음과 같이 정하고 있음.

제54조(보호의 통지) ① 출입국관리공무원은 용의자를 보호한 때에는 국내에 있는 그의 법정대리인·배우자·직계친족·형제자매·가족·변호인 또는 용의자가 지정하는 사람(이하 “법정대리인등”이라 한다)에게 3일 이내에 보호의 일

에 제기할 수 있으며 보호명령의 경우 현행법에는 이의신청 기간이 별도로 없는데 보호기간이 원칙적으로 10일, 최장 20일임을 고려하여 보호기간이 끝날 때까지 이의신청을 할 수 있도록 정한다. 그리고 이의신청인은 변호사의 조력을 받을 권리를 가짐을 명문화하였다.

이의신청의 결정은 각 처분에 대한 이의신청 규정을 통합하여 규정하고 이의신청에 있어 공통적으로 적용되는 사항으로 결정기간, 관계인의 의견진술, 이유제시 의무를 두었다.

#### 통합법 제6편 제7장 이의신청

**제0조(이의신청 등)** ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람 또는 그의 법정대리인등은 명령을 받은 날부터 14일 이내(보호를 받고 있는 사람은 보호기간이 끝날 때까지)에 지방출입국·외국인관서의 장에게 이의신청을 하거나 30일 이내에 이민난민위원회에 심사를 청구할 수 있다.

1. 제0조 또는 제0조에 따라 보호명령을 받은 사람
2. 제0조에 따라 강제퇴거명령을 받은 사람
3. 제0조에 따라 출국명령을 받은 사람

② 제1항에 따라 이의신청을 한 사람은 변호사의 조력을 받을 권리를 가진다.

③ 이의신청에 대한 결정의 통지를 받은 사람은 그 결정의 통지를 받은 날로부터 30일 이내에 이민난민위원회에 심사를 청구할 수 있다. 이의신청에 대한 결정의 통지를 받지 못한 경우에는 결정기간이 끝나는 날부터 30일 이내에 심사를 청구할 수 있다.

④ 이 조에 따른 이의신청은 한번만 제기할 수 있다

⑤ 이의신청의 방법 등 필요한 사항은 대통령령으로 정할 수 있다.

**제0조(이의신청의 결정)** ① 지방출입국·외국인관서의 장은 제0조제1항에 따른 이의신청을 받은 경우 3일 이내에 관계 서류를 심사하여 결정하고, 그 결과를 신청인에게 통지하여야 한다.

② 지방출입국·외국인관서의 장은 이의신청이 이유 있다고 결정할 경우 신청인이 보호되어 있으면 즉시 그 보호를 해제하여야 한다.

③ 지방출입국·외국인관서의 장은 제1항에 따른 결정에 앞서 필요하면 관계인의 진술을 들을 수 있다.

④ 지방출입국·외국인관서의 장은 제1항에 따라 이의신청 결과를 신청인에게 통지할 때 문서로 그 이유를 제시하여야 한다.

## 2) 이민난민위원회

### (1) 이민난민위원회의 설치

제2권(국내 이민법 체계 분석)에서는 이민행정에 있어 불복제도에 관하여 심층분석하였고 현행 체계를 유지할 때와 특별행정심판체제로 갈 때로 나누어 개선안을 제시하였다. 제3권에서는 조세심판원, 특허심판원, 토지수용위원회, 노동위원회, 소청심사위원회 등 주요 입법례 검토를 통해 이민법에 적절한 규정을 각 조문별로 반영하였다.

보호명령, 강제퇴거명령, 강제퇴거명령 중의 보호명령, 출국명령 또는 이에 대한 이의신

시·장소 및 이유를 서면으로 통지하여야 한다. 다만, 법정대리인등이 없는 때에는 그 사유를 서면에 적고 통지하지 아니할 수 있다.

청 그리고 난민불인정결정 등에 대하여 특별행정심판을 하는 이민난민위원회를 설치한다. 위원회는 130명으로 구성되며 난민과 그 외의 사항을 심의하는 두 개의 분과(이민위원회, 난민위원회)로 나뉘어진다. 위원회는 이의신청을 받은 날부터 60일 이내에 재결하여야 하며, 부득이한 사정이 있는 경우에는 위원장이 직권으로 30일 연장할 수 있다. 그리고 위원회의 사무를 처리하기 위하여 사무국을 둔다. 여기에서는 각 조문별 설명은 생략하고 아래 표에서 이민난민위원회의 신설조문 및 주요내용을 언급하는 것으로 갈음한다.

## (2) 이민난민위원회의 신설조문 및 주요내용

통합법 제12편 이민난민위원회	주요내용
<p><b>제0조(이민난민위원회의 설치)</b> ① 외국인의 보호명령, 강제퇴거 명령, 출국명령, 난민불인정결정 등에 대한 재결을 전담하기 위하여 법무부장관 소속으로 이민난민위원회(이하 “위원회”라 한다. 이하 같다)를 둔다.</p> <p>② 다음 각 호의 사항에 대하여는 「행정심판법」 제6조에도 불구하고 위원회가 심리·재결한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 제0조에 따른 보호명령에 대한 심사 청구</li> <li>2. 제0조에 따른 강제퇴거명령에 대한 심사 청구</li> <li>3. 제0조에 따른 출국명령에 대한 심사 청구</li> <li>4. 제0조에 따른 난민불인정결정에 대한 심사 청구</li> <li>5. 제0조에 따른 난민인정의 취소 또는 철회에 대한 심사 청구</li> </ol> <p>③ 위원회는 그 권한에 속하는 업무를 독립하여 수행한다.</p> <p><b>제0조(위원회의 구성)</b> ① 위원회의 위원 수는 위원장을 포함하여 130명 이내로 한다. 이 경우 상임위원은 위원장을 포함하여 5명 이내로 한다.</p> <p>② 위원장 및 상임위원은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람을 법무부장관의 제청에 따라 대통령이 임명하고, 그 밖의 위원은 법무부장관이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람을 임명하거나 위촉한다. 이 경우 위원장 및 상임위원은 고위공무원단에 속하는 일반직공무원으로서 「국가공무원법」 제26조의5에 따른 임기제공무원으로 보한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 변호사의 자격이 있는 사람</li> <li>2. 「고등교육법」 제2조제1호 또는 제3호에 따른 학교에서 법률학 등을 가르치는 부교수 이상의 직에 있거나 있었던 사람</li> <li>3. 이민 또는 난민 관련 업무를 담당하는 4급 이상 공무원이거나</li> </ol>	<ul style="list-style-type: none"> <li>•명칭을 “이민난민심판위원회”로 사용하는 것을 고려하였으나, “이민난민심판위원회”로 명칭 사용 시 법원의 1심 절차와 행정청의 이의신청 절차를 통합하여 운영하는 것으로 오해 소지가 있을 수 있음을 고려하여 “이민난민위원회”로 함.</li> <li>ex) 소청심사위원회, 노동위원회, 고용보험심사위원회, 국제심사위원회 등</li> <li>•보호명령, 강제퇴거명령, 난민불인정결정 등에 대한 이의신청은 지방 출입국·외국인관서에서 처리함.</li> <li>•‘심판’ 대신 ‘심사’라는 용어 사용함.</li> <li>•심사청구에 원처분에 대한 이의신청도 포함하여야 하는지 여부 등</li> <li>•현재 난민위원회는 15명의 위원으로 구성되며 입법예고안에서 50명으로 증대함.</li> <li>•난민불인정결정 등에 대한 이의신청 건수는 약 6천 건에 육박함</li> <li>•출국명령 처분에 대한 불복절차를 새로이 신설하는 점을 고려하여 위원을 130명으로 증대함. 이에 대한 적절성 여부.</li> </ul>

나 이었던 사람

4. 그 밖에 이민 또는 난민에 관하여 전문적인 지식과 경험이 있는 사람

③ 위원장은 위원회를 대표하고 위원회의 업무를 총괄한다. 위원장이 없거나 부득이한 사유로 직무를 수행할 수 없을 때에는 법무부장관이 미리 지정한 상임위원이 그 직무를 대행한다.

④ 제1항부터 제3항까지에서 규정한 사항 외에 위원회의 구성, 기능 및 운영에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

**제0조(위원장 및 위원 임기)** 위원장과 위원의 임기는 3년으로 하며, 한 차례만 연임할 수 있다.

**제0조(위원의 결격 사유)** ① 「국가공무원법」 제33조 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 위원이 될 수 없다.

② 위원이 제1항에 해당하게 된 경우에는 당연히 면직되거나 해촉된다.

**제0조(위원의 제척·기피·회피)** 위원이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 해당 사건에 대한 심사·의결에서 제척된다.

1. 위원 또는 그 배우자나 배우자이었던 사람이 해당 사건의 당사자이거나 그 사건에 관하여 공동 권리자 또는 공동의무자인 경우
2. 위원이 해당 사건의 당사자와 친족이거나 친족이었던 경우
3. 위원이 해당 사건에 관하여 증언, 진술, 자문, 연구, 용역 또는 감정을 한 경우
4. 위원이나 위원이 속한 법인 등이 해당 사건의 당사자의 대리인이거나 대리인이었던 경우
5. 위원이 해당 사건의 대상이 된 처분 또는 부작위에 관여한 경우

**제0조(사무국)** ① 위원회에 사무국을 둔다.

② 사무국의 조직·운영 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

**제0조(조사관)** ① 위원회 사무국에 조사관을 둔다.

② 조사관은 위원장의 명을 받아 위원회 소관 사무에 필요한 조사 및 그 밖에 위원회의 사무를 처리한다.

③ 조사관의 자격 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

**제0조(위원회의 운영)** ① 위원회에는 전원회의와 위원회의 권한에 속하는 업무를 부문별로 처리하기 위한 위원회로서 다음 각 호의 부문별 위원회를 둔다.

1. 이민위원회
2. 난민위원회

•전원회의와 부문별 위원회에 공통적으로 적용되는 의결 정족수이므로 '재적의원'을 '구성의원'으로 변경함.

•노동위원회법 제17조를 참조함.

•위원회의 원활한 운영을 지원하기 위해 위원회 사무를 처리하는 별도의 '사무국' 신설 필요.  
•노동위원회법 제14조, 고용보험법 제99조를 참조함.

•사무국 내에서 심사청구에 대한 사실조사 등 임무를 수행함.

•강제퇴거, 보호명령, 출국명령에 대한 심사청구와 난민불인정결정 등에 대한 심사청구의 성격이 상이하므로 부문별로 위원회를 2개로 분리함.

•이민위원회는 난민을 제외한 강제퇴거, 보호명령, 출국명령을 담당하며 명칭을 '출입국관리위원회'로 하는 것도 고려.

② 전위원회는 위원회 소속 위원 전원으로 구성하며, 다음 각 호의 사항을 처리한다.

1. 위원회의 운영 등 일반적인 사항의 결정
2. 제0조에 따른 규칙의 제정

③ 제1항제1호에 따른 이민위원회는 위원장이 지명하는 9명의 위원으로 구성하며, 제0조제2항제1호부터 제3호까지의 사항에 대하여 심리·의결한다.

④ 제1항제2호에 따른 난민위원회는 위원장이 지명하는 9명의 위원으로 구성하며, 제0조제2항제4호 및 제5호의 사항에 대하여 심리·의결한다.

⑤ 위원장은 제3항 및 제4항에 따라 부문별 위원회를 구성할 때 상임위원 1명이 포함되도록 위원을 지명하여야 한다.

⑥ 전위원회, 이민위원회, 난민위원회는 각각 회의 구성원의 과반수의 출석으로 개최하고, 출석 위원 과반수의 찬성으로 의결한다.

**제0조(심사청구 절차 등)** ① 심사청구는 대통령령으로 정하는 바에 따라 지방출입국·외국인관서의 장 또는 위원회에 제출하여야 한다.

② 제1항에 따른 심사 청구는 제0조제2항 각 호의 처분을 받은 때로부터 30일 이내에 하여야 한다.

③ 위원회는 제1항에 따라 심판청구서를 받으면 지체 없이 지방출입국·외국인관서의 장에게 심판청구서 부분을 보내야 한다.

④ 지방출입국·외국인관서의 장은 제1항 또는 제3항에 따라 심사청구서를 받으면 이를 받은 날부터 7일 이내에 심사청구서와 답변서를 위원회에 보내야 한다. 다만, 청구인이 심판청구를 취하한 경우에는 그러하지 아니하다.

⑤ 제4항의 답변서가 제출되면 위원회는 지체 없이 답변서 부분을 청구인에게 보내야 한다.

**제0조(심사청구 등이 집행에 미치는 효력)** ① 심사청구는 해당 처분의 집행 또는 절차의 속행에 영향을 주지 아니한다.

② 위원회는 처분의 집행 또는 절차의 속행 때문에 청구인에게 중대한 손해가 생기는 것을 예방할 필요성이 긴급하다고 인정할 때에는 처분의 집행 또는 절차 속행의 전부 또는 일부의 정지(이하 “집행정지”라 한다)를 결정할 수 있다.

③ 위원회는 집행정지를 결정한 후에 집행정지가 공공복리에 중대한 영향을 미치거나 그 정지사유가 없어진 경우에는 집행정지 결정을 취소할 수 있다.

④ 위원회는 집행정지 또는 집행정지의 취소에 관하여 심리·결정하면 지체 없이 당사자에게 통지하여야 한다.

**제0조(보정)** ① 위원회는 심사청구가 적법하지 아니하나 보정할 수 있다고 인정하면 기간을 정하여 청구인에게 보정할 것을 요구할 수 있다. 다만, 경미한 사항은 직권으로 보정할 수 있다.

② 청구인은 제1항의 요구를 받으면 보정할 사항을 서면으로 작성하여 지방 출입국·외국인 관서의 장을 거쳐 위원회에 제출

•청구인과 처분청에 공격·방어 방법을 기초로 해서 심리를 진행하는 대심적 요소를 도입  
•행정심판법 제23조, 국세기본법 제62조 참조

•행정심판의 집행부정지원칙 및 예외조항을 도입함.  
•행정심판법 제30조, 국세기본법 제57조 참조

•행정심판의 보정 관련 조항 도입  
•행정심판법 제32조, 국세기본법 제63조 참조



하여야 한다.

- ③ 제1항의 보정기간은 제0조에 따른 재결 기간에 산입하지 아니한다.

**제0조(증거서류 또는 증거물)** ① 청구인은 심사청구서 등에서 주장한 사실을 보충하고 제0조제3항에 따라 송부받은 의견서에 항변하기 위하여 필요하면 지방 출입국·외국인 관서의 장을 거쳐 위원회에 증거서류나 증거물을 제출할 수 있다.

- ② 청구인은 위원회가 제1항에 따른 증거서류나 증거물에 대하여 기한을 정하여 제출할 것을 요구하는 경우 그 기한까지 해당 증거서류 또는 증거물을 제출하여야 한다.

**제0조(증거조사)** ① 위원회는 심리에 필요하면 다음 각 호의 방법에 따라 증거조사를 할 수 있다.

1. 청구인 또는 관계인(관계 행정기관 소속 공무원을 포함한다. 이하 같다)을 위원회 회의에 출석하게 하여 신문하는 방법
2. 청구인 또는 관계인이 가지고 있는 증거자료의 제출을 요구하는 방법
3. 특별한 학식과 경험을 가진 제3자에게 감정을 요구하는 방법
4. 청구인 또는 관계인의 주소·거소·사업장이나 그 밖의 필요한 장소에 출입하여 신청인 또는 관계인에게 질문하거나 서류·물건 등을 조사·검증하는 방법

- ② 제1항에 따른 증거조사를 수행하는 사람은 그 신분을 나타내는 증표를 지니고 이를 청구인이나 관계인에게 내보여야 한다.

- ③ 제1항에 따른 청구인 등은 위원회의 조사나 요구 등에 성실하게 협조하여야 한다.

**제0조(직권심리)** 위원회는 필요하면 청구인이 주장하지 아니한 사실에 대하여도 심리할 수 있다.

**제0조(심리의 방식)** 위원회의 심리는 구술심리나 서면심리로 한다. 다만, 청구인 또는 처분청이 구술심리를 신청한 경우에는 서면심리만으로 결정할 수 있다고 인정되는 경우 외에는 구술심리를 하여야 한다.

**제0조(발언 내용 등의 비공개)** 위원회에서 위원이 발언한 내용이나 그 밖에 공개되면 위원회의 심리·재결의 공정성을 해칠 우려가 있는 사항으로서 대통령령으로 정하는 사항은 공개하지 아니한다.

**제0조(위원회의 재결)** ① 위원회는 심판 청구를 받은 날부터 60일 이내에 재결하여야 한다. 다만, 부득이한 사정이 있는 경우에는 위원장이 직권으로 30일 연장할 수 있다.

- ②위원회는 심사청구가 적법하지 아니하면 그 심사청구를 각하한다.

- ③위원회는 심사청구가 이유가 없다고 인정하면 그 심사청구를 기각한다.

- ④위원회는 심사청구가 이유가 있다고 인정하면 처분을 취소 또는 다른 처분으로 변경하거나 처분을 다른 처분으로 변경할

- 청구인의 추가 보충자료 제출 및 처분청 제출의견에 대한 항변 기회 명시
- 행정심판법 제33조 및 제34조, 국세기본법 제63조의2 참조함.

- 행정심판의 위원회 증거조사권 관련 조항 도입
- 행정심판법 제36조, 고용보험법 제94조 및 제101조 참조함.

- 행정심판의 위원회 직권심리 관련 조항 도입
- 행정심판법 제39조

- 행정심판의 위원회 구술심리 관련 조항 도입
- 행정심판법 제40조

- 행정심판의 비공개주의(위원 명단, 위원 발언 내용이 기재된 회의록 등) 도입
- 행정심판법 제41조

- 재결의 구분은 위원회 운영의 중요 사안으로 법률에 명시 필요
- 제기기간 도과 등 부적법한 심사청구에 대한 각하 재결 도입
- 행정심판법 제43조, 국세기본법 제65조, 국가공무원법 제14조 참조함.

것을 처분청에 명한다.

**제0조(재결의 기속력 등)** 제0조제3항에 따른 위원회의 재결은 처분청을 기속한다.

**제0조(재심사청구의 금지)** 심사청구에 대한 재결이 있으면 그 재결 및 같은 처분에 대하여 다시 위원회에 심사청구할 수 없다.

**제0조(행정소송과의 관계)** ① 제0조에 따른 처분에 관한 행정소송은 위원회의 재결을 거치지 아니하면 제기할 수 없다.

② 제0조에 따른 청구인은 법원에 취소소송을 제기하는 경우 그 심사청구에 대한 결정이 있음을 안 날부터 30일 이내에 하여야 한다.

③ 이 법에 따른 법무부장관의 처분에 대한 소송에 관하여 이 법에 규정한 것을 제외하고는「행정소송법」을 준용한다.

**제0조(다른 법률과의 관계)** 제0조제2항 각 호에 따른 심사청구에 관하여는 「행정심판법」 제52조 및 제54조를 준용한다.

**제0조(협조 요청 등)** 위원회는 그 사무집행을 위하여 필요하다고 인정하는 경우에 관계 행정기관에 협조를 요청할 수 있으며, 협조를 요청받은 관계 행정기관은 특별한 사유가 없으면 이에 따라야 한다.

**제0조(위원회의 규칙제정권)** 위원회는 위원회의 운영에 필요한 사항에 관한 규칙을 제정할 수 있다.

**제0조(비밀엄수 의무 등)** ① 위원회의 위원이나 직원 또는 그 위원이었거나 직원이었던 사람은 직무에 관하여 알게 된 비밀을 누설하면 아니 된다.

② 위원회의 사건 처리에 관여한 위원이나 직원 또는 그 위원이었거나 직원이었던 변호사 등은 영리를 목적으로 그 사건에 관한 직무를 하면 아니 된다.

**제0조(벌칙 적용에서 공무원 의제)** 위원회의 위원 중 공무원이 아닌 사람은 「형법」 제127조 및 제129조부터 제132조까지의 규정을 적용할 때에는 공무원으로 본다.

•행정심판 재결의 기속력 명시  
•행정심판법 제49조, 국세기본법 제80조 참조  
•행정심판법 제51조

•행정심판 재청구 금지 관련 조항 명시  
•행정심판법 제51조

•행정심판의 전자정보처리조직을 통한 청구 및 송달 관련 조항 도입

•관계기관의 협조의무 명시  
•난민법 제11조, 노동위원회법 제22조

•법령에 명시되지 않은 세부 사항에 관하여 위원회 규칙에 규정 필요  
•행정위원회는 규칙을 제정할 수 있는 준입법적 기능이 있음  
•노동위원회법 제25조 참조

•위원회 위원 또는 직원의 비밀엄수 및 수임 제한 등 영리 목적 행위 금지 의무 명시  
•노동위원회법 제28조, 난민위원회 운영세칙 제5조 참조

## IV. 이민법 체계 및 주요내용에 대한 제언<sup>8)</sup>

### 1. 재외동포법의 개정에 대한 제언

#### 1) 단기적 제언

단기적 제언으로 첫째, 동포 고용 사용주의 신고의무 강화를 제언한다. 현행법에 따르면 재외동포의 취업 관련한 신고조항은 다음과 같이 이중적으로 규정되어 있음. 첫째, 체류자격이 일원화되어 있지 않음에 따라 취업개시에 대한 신고규정이 체류자격에 따라 H-2는 출입국관리법에서, F-4는 재외동포법에서 정하고 있음. 둘째, 동포 본인의 신고규정과 고용주의 신고규정도 근거법률이 다른데 H-2에 대하여는 외국인고용법에서 정하고 있다. 따라서 외국인을 고용한 사용자에게 외국인의 체류자격이 변경되거나 갱신되는 경우 신고의무를 지우는 근거를 출입국관리법에 신설하는 방안을 고려해볼 수 있다. 이는 외국인 유입규모를 판단할 수 있는 중요한 수단이라는 점에서 그 중요성이 강조된다.

두 번째는 신고의무 불이행 시 체류자격 연장의 불이익 부과이다. 외국인고용법 제32조제1항에서는 신고의무를 누락하거나 거짓으로 신고한 사용자에게 대하여 500만원 이하의 과태료를 부과하는 규정을 두고 있다. 출입국관리법 제35조(외국인등록사항의 변경신고)를 위반한 경우 100만원 이하의 과태료를 징수하는 것으로 규정하고 있으나 사실상 실효성이 없기 때문에 체류자격 연장 시 과태료를 납부의 사실을 확인한 후 연장을 허가하거나 또는 신고가 여러 차례 누락되면 체류자격 연장 시 불이익을 부과하는 방안을 고려할 수 있다.

그리고 세 번째로 취업활동기간의 특례 신설을 제언한다. 외국인고용법에 따라 외국인근로자의 취업활동 기간은 3년이나(제18조) 한 차례에 한해 2년 미만의 범위에서 취업활동기간을 연장받을 수 있다. 그러나 covid-19 사태처럼 불가항력적으로 이동이 제약되는 상황에서 최대 5년의 기간은 짧을 수 있음을 고려하여 재난 시 2년 이하의 범위에서 취업활동기간을 추가로 연장받을 수 있도록 규정하는 안이다.

8) 통합법에 반영되지 못한 내용 가운데 외국인처우법, 이의신청 등에 대한 제언을 수록하였으며 여기서는 재외동포법과 이민행정의 추진체계에 대하여서만 살펴본다. (가칭)이민청 설립 부분은 권채리, 이민행정 거버넌스 구축을 위한 법제 개선방안 연구(한국법제연구원, 2020)의 275-286면의 내용을 토대로 수정, 보완된 것이다.

## 2) 중장기적 제언

중장기적 관점에서 다음과 같이 두 가지 사항을 제언하고자 한다. 첫째, 사증(체류자격)의 일원화이다. 방문취업제가 중국 및 고려인 동포에 대해서만 적용되어 다른 국가의 재외동포 차별적으로 대우하므로 H-2자격을 F-4자격으로 통합하자는 의견이 수 년 전부터 제기되어 오고 있음을 고려하여 향후 체류자격(거류자격) 개편 시 재외동포와 방문동포를 일원화하는 것이다. 일원화될 경우 외국인고용법에서 정하고 있는 특례고용의 근거는 수정되어야 한다.

둘째, F-4의 단순노무직 취업금지 조항 삭제이다. 중장기적 제언1의 연장선상에서 F-4의 취업활동 범위를 조정해야 할 필요가 제기된다. 1999년 출입국관리법 시행령 제23조를 개정하여 F-4 자격으로는 단순노무행위를 할 수 없도록 하였다. 그러나 열거하고 있는 단순노무행위의 판단기준이 합리적이지 않고 현실을 고려하면 더더욱 그러하다. 2003년에 개정된 출입국관리법 시행규칙에서는 중국과 CIS지역에 거주하는 동포에 대해 단순노무행위 등에 종사하지 않을 것을 소명하는 자료를 제출하도록 하였는데 특정 동포에게만 적용되는 규정은 사실상 차별적 요소를 가지고 있다고 보인다. 비록 헌법재판소에서 자의적인 차별이라고 판단하지 않았으나(헌재, 2011헌마474) 수정되어야 할 부분에 해당된다고 본다.

## 3) 장기적 제언

현행 재외동포법의 규정은 대부분 외국국적동포와 관련되며 재외국민에 관한 규정은 제한적이다. 비록 재외동포의 사전적인 의미에 재외국민이 포함되기는 하나 재외국민은 말 그대로 해외에 거주하는 우리 국민이기 때문에 외국국적동포와 비교하여 그 권리와 의무가 다른 측면이 있다. 이러한 점을 고려하여 장기적으로는 양자 간에 분리를 고려하는 것이 요청된다.

## 2. (가칭) 출입국·이민관리청 설립 관련

### 1) 최근의 정부조직 승격 사례

중앙정부조직 승격의 사례는 몇 가지의 유형이 있는데 외청으로의 독립(방위사업청, 질병관리청), 청에서 부로의 승격(중소벤처기업부), 청에서 국무총리 산하 처로의 승격(식품의약품안전처), 처의 신설(인사혁신처), 중앙행정기관으로 승격(개인정보 보호위원회) 등이 그것

이다. 조직개편의 시기 순으로 간단히 살펴보면 다음과 같다.

방위사업청은 국방부 본부와 육해공군 사업단, 조달본부 등 총 8개 기관에 분산돼 있는 국방획득업무를 통폐합하여 각종 무기 도입 등 국방획득업무를 총괄 수행함을 목적으로 2006년부터 국방부 소속 외청으로 독립하였다. 유사 기능이 합쳐짐에 따라 획득 업무 인원이 10% 가량 감원하였고, 주요 정책 결정의 전문성과 객관성을 높이기 위해 방위사업청 인력의 60% 이상은 공무원과 민간전문가로 구성하였다.

식품의약품안전처는 먹거리 안전 관련하여 몇 번의 논의 끝에 지난 2013년 청에서 처로 승격된 사례인데 그 과정에서 관할업무의 범위를 두고 부처 간 신경전이 치열하였다. 보건 분야의 핵심 축인 약품 일부 기능을 상실하는 것에 있어 보건복지부가 반대입장을 표명한 것이었다.

인사혁신처는 2014년에 신설되었다. 같은 해 5월에 발생한 세월호 침몰 사고와 관련한 박근혜 대통령의 대국민 담화에서 행정혁신처라는 이름으로 처음 구상되었고, 그해 11월 19일 정부조직법 개정으로 안전행정부의 인사 기능이 분리되어 신설되었다. 중소기업청은 문재인 대통령의 공약에 따라 2017년 7월 시행된 정부조직법 개정안에서 중소벤처기업부로 승격되었는데, 소상공인의 권익을 보호하고 혁신벤처창업 생태계를 조성하여 국가경제 성장 동력으로 삼고자 한 데 따른 것이다.

개인정보 보호위원회는 노무현 정보 당시 장관급 위원회로 설립이 추진되었으나 당시 정부위원회 난립에 따른 비판으로 무산되고, 이후 2011년 개인정보 보호법 이 개정되면서 같은 해 12월 정식으로 출범하였다.<sup>321)</sup> 매 3년마다 수립되는 개인정보보호기본계획에 따른 정부의 시행계획을 심의 의결한다. 그런데, 2020년 8월 국무총리 소속 장관급 중앙행정기관으로 격상되었다. 행정안전부, 방송통신위원회, 금융위원회의 개인정보 보호기능을 개인정보 보호위원회로 일원화한 것이다.

마지막으로 가장 최근에 질병관리본부가 청으로 승격되면서 2020년 9월 감염병 대응 총괄기관으로 출범하였다. 질병관리청이 출범하기까지 중앙보건원(1959년)-국립보건연구원(1966년)-국립보건원(1981년)을 거쳤으며 2003년에 사스(SARS, 중증급성호흡기증후군) 발생을 계기로 2004년 1월 질병관리본부로 확대 개편되었다. 이후 질병관리본부는 2015년 중동호흡기증후군(메르스) 사태를 계기로 차관급으로 격상됐으며 2020년에는 코로나19 확산에 따른 감염병 전문 대응기관의 필요성이 제기됨에 따라 질병관리청 승격 여부가 논의되기 시작하였고 2020년 8월 질병관리본부를 질병관리청으로 승격하는 정부조직법 개정안이 국회를 통과함에 따라 16년 8개월여 만에 보건복지부 소속기관에서 보건복지부 소속 중앙

행정기관으로 독립하게 되었다.

## 2) 이민행정 중앙조직의 개편방안

첫째, 국무총리실 산하 처로 개편하는 안이다. 이 안의 장점은 개별부처로부터 독립성을 보장할 수 있다는 것이다. 즉, 법무부, 외국인고용부, 다문화가족부 등 여러 부처에 분산되어 있는 이민정책을 총괄하여 입안, 심의, 조정하는 처 단위의 조직을 신설하여 역할을 재분배하는 안이다. 이민정책과 관련된 행정 각 부의 정책을 종합적으로 지원하고 조정하는 역할을 수행하는 것이 필수임을 고려하여 한국에서는 청보다는 처가 적합하다는 견해가 제기된 바 있다.<sup>9)</sup>

둘째, 대통령/국무총리 소속 위원회를 설치하고 출입국외국인정책본부를 청으로 격상하는 안이다. 요컨대 현재 각 부처별 법률에 근거하여 설립된 위원회를 통합하여 대통령 또는 국무총리 소속 위원회로 개편하고(위원회에 정책관 등 실무담당자 배치) 동시에 법무부 출입국외국인정책본부를 이민청으로 승격하는 안이다. 현재 대통령 직속기관으로 방송통신위원회, 규제개혁위원회 등 외에 자문위원회가 있으며 국무총리 소관 위원회로는 국민권익위원회, 개인정보 보호위원회 등이 있다.

한편, 법무부 출입국외국인정책본부를 (가칭)이민청으로 승격하는 대안 관련하여, 외청으로 독립하거나 청에서 처로 승격된 사례는 식품파동, 코로나 사태 등 큰 사회적 이슈가 수반된 데 따른 것이었음을 상기할 필요가 있다. 따라서 현재 가장 많이 논의되고 있고 (동시에 관련 연구에서도 대안의 하나로 제시되고 있는) 법무부의 출입국외국인정책본부가 외청으로 되기 위해서는 조직의 예산과 인력이 추가로 투입되는 만큼의 그 당위성에 대한 사회적 합의가 선행되어야 할 것이다.

또한, 질병관리본부는 개정 전에도 정부조직법에서 그 소관 업무를 직접 규정하고 있었고, 감염병의 예방 및 관리에 관한 법률 등에서 질병관리본부장의 권한에 관한 규정이 다수 있었다. 이에 반해 출입국외국인정책본부는 법무부 하부조직으로서 법무부와 그 소속기관 직제에서 정하고 있고(정부조직법에 근거한 검찰청은 검찰청법이 별도로 존재함), 출입국관리법 난민법 국적법 외국인처우법, 재외동포법 에서 출입국외국인정책본부장의 권한에 관한 규정은 전무하다는 차이가 있다. 그리고 부차적인 문제로 이민청이 설립되면 출입국 외국인청(법무부와 그 소속기관 직제 제2조)과의 명칭 조정이 필요하다.

9) 설동훈, “한국의 이민자 수용과 이민행정조직의 정비”, 문화와 정치 제4권 제3호, 한양대학교 평화연구소, 2017, 108면.

셋째, 별도로 이민 관련 부를 신설하는 안이다. 현실적으로 가장 현실성이 떨어지는 대안 이기는 하나 (가칭)이민부의 신설을 고려해볼 수 있다. 국무총리실 산하 처의 신설과 함께 독립성을 보장할 수 있다. 왜냐하면, 출입국외국인정책본부가 이민청으로 승격되어도 다른 부 처와의 관계에서 제기되는 문제에 대해서는 해결책이 될 수 없고, 처 단위에서는 별도의 훈령 발권권한이 없는 한계가 있기 때문이다. 그러나 해외 사례에서도 이민행정조직을 부 단위로 갖고 있는 국가는 소수이다. 미국의 국토안보부와 프랑스의 예가 이에 해당하는데, 부 단위 조직을 가진 나라들은 이민정책 업무가 매우 방대할 뿐 아니라, 이민자들의 존재가 국가 안보에 강한 영향을 미치고 있다. 따라서 후발적 이민국가로서 체류외국인의 비중이 국민의 5% 미만인 한국에서 이민행정을 '부' 단위에서 설치되는 것은 그 위상이 맞지 않을 수 있다.<sup>10)</sup>

넷째, 공동부처 소관의 법률제정을 통해 부처 간 조정기능을 강화하는 안이다. 이민행정의 핵심부처인 법무부, 고용노동부, 여성가족부가 공동으로 법률을 제정하고 (가칭)이민발전위원회/이민정책위원회 설치를 통해 부처 간 조정기능을 강화하는 안이다.

### 3) 출입국외국인정책본부의 청으로 승격 시 과제

청, 처 등으로 승격되는 과정에서 조직과 예산의 확대도 물론 중요하지만 실질적으로 그 위상에 맞게끔 변모하였는지에 대한 평가도 중요하다. 식품의약품안전처의 경우 설치 2년 후인 2015년 국정감사에서 식약청이 처로 승격되면서 조직과 예산이 확대되었지만 1) 식약처가 승격한 이후 몇 가지 성과도 있지만 정책 측면에서 종합적이고 장기적인 관점이 아니라 과거의 과제 추진이나 단기정책업무 수행이라고 대부분이라는 점, 2) 처로 승격한 식약처의 안전에 대한 컨트롤 타워 기능이 미흡하다는 점 등이 지적되었다.<sup>11)</sup> 이는 이민행정에 있어서도 시사하는 바가 있다고 생각되는데 사실 이민행정 추진체계의 개선방안이나 통합법 등에 관한 논의는 꾸준히 이루어지고 있지만 현 이민정책에 대한 부처 내부의 평가가 공개된 적은 없기 때문이다. 따라서 백서발간 등을 통해 현황 및 문제점을 진단하고 사회구성원들이 공유할 수 있기를 기대해본다.

10) 설동훈, 위의 글, 107-108면.

11) <http://www.monews.co.kr/news/articleView.html?idxno=85942> 최종접속일 2023.5.20.

## 토 론 문

차원일(헌법재판소 헌법연구원)

한국이민법학회 창립 10주년을 맞이하여 이민법제의 헌법적 쟁점을 다각도로 조망할 수 있는 계기를 제공해주신 두 발제자님과 이 주제에 대해 토론의 기회를 주신 한국이민법학회 등에 감사인사를 드립니다. 유엔난민기구에 따르면 지구촌 난민은 사상 처음으로 1억 명을 돌파하였다고 하였습니다. 국제사회에서 한국의 인도적인 역할이 지속적으로 요구되는 가운데, 이민청 설립을 두고 다양한 기대와 우려가 공존하는 현 상황은, 이 문제를 바라보는 우리 사회의 반영이자, 사회적 담론 및 국민적 합의 형성을 위해 반드시 거쳐야 하는 과정으로 생각됩니다. 이민법제가 기존의 관리·규제적인 성격에서 벗어나 장기적 안목에서 사회통합과정을 고려하여 재편되어야 한다는 두 발제자의 취지에 깊이 공감하면서, 함께 생각해볼 수 있는 사안에 대해 특히 비교법적 관점에서 간략하게 말씀드리겠습니다.

### 1. 사회통합에 대한 합의

발제자께서 말씀하신 바와 같이, 이주 외국인의 수용은 단지 인구통계학적 변화에 따른 대안이 되어서는 안 될 것입니다. 한국에서 이미 이주는 현실이 되었으며, 긍정적인 공존의 모습 뿐 아니라 경우에 따라서 내·외국인의 분리가 뚜렷한 평행사회가 목격되기도 합니다. 궁극적으로 이주 외국인의 수용은 사회통합의 측면에서 재고되어야 한다는 것에는 이의가 없습니다. 다만 이는 한국사회로의 “일방적인 적응”이 아닌 정치, 노동, 문화적 측면 등 사회 전반의 재정립을 요구하는 “부분이 아닌 전체의 문제”, 나아가 헌법규범의 구체적 실현의 문제로 바라봐야 할 것입니다.<sup>1)</sup>

1) 이덕연, ‘헌법적 정체성’ 확립의 과제와 북한이탈주민의 헌법적 지위, 저스티스 통권 136호(2013), 27면 이하. 본고는 북한이탈주민에 관한 것이지만, 이 역시도 전형적인 다문화사회문제로, 이주 외국인의 사회통합문제에도 동일한 문제의식으로 접근할 수 있다고 본다.



사회통합이 구체적으로 무엇을 의미하고 어떻게 실현될지에 대한 명확한 청사진은 존재하지 않습니다. 규범의 영역에서 사회통합이라는 개념은 재한외국인처우기본법, 출입국관리법, 다문화가족지원법 등에서 다양하게 사용되고 있으나, 명확한 법적 정의규정은 존재하지 않는 것으로 보입니다. 재한외국인처우기본법에서 재한외국인의 대한민국 사회에의 적응, 개인의 능력발휘 및 상호 이해와 존중이라는 목적을 구체화하고 있기는 합니다.<sup>2)</sup> 그간 사회통합은 국가의 정체성, 사회적 합의의 창출 등 헌법과 헌법재판과의 연관성 속에서 다양하게 논의되어왔습니다. 이렇듯 헌법은 한 사회의 정체성에 대한 건설적인 담론의 출발점이 될 수 있습니다. 다만 그 구체적인 내용은 사회구성원들의 참여를 통해 지속적인 과정으로서 창출되어야 할 것입니다. 이민법제 개정에 대한 공론화는 따라서 우리사회가 이주 외국인에 대한 문제를 어떻게 바라보는지를 반영하므로, 그 자체만으로도 자기목적성을 지니고 있습니다.<sup>3)</sup>

한편, 현행 입법체계에서 법률간 중복 내지 충돌이 존재하고, 다양한 부처가 상이한 목적으로 관여하는 만큼, 해석과 적용의 일관성을 위해 통합된 이민법체계에서는 사회통합의 개념을 재정립하여 구체적인 해석의 지침으로 활용하는 방안을 생각해볼 수 있을 것 같습니다.

이와 관련하여 주목해볼만한 것으로, 최근 독일에서 사회통합을 기본법의 국가목표조항으로 새롭게 도입하자는 논의를 들 수 있습니다. 독일 역시 이주와 관련한 법률이 혼재하고 있으므로, 국가목표조항을 도입함으로써 국가권력을 기속하고, 상충하는 법률 사이에 일관된 규범적 지침을 마련하여 궁극적으로 이주 외국인의 권리를 강화하는 것이 그 목적입니다.<sup>4)</sup>

다른 예로, 베를린, 노르트라인베스트팔렌, 바덴-뷔르템베르크 및 바이에른 주의 사회통합법입니다. 각 법률은 사회통합에 대한 정의조항을 두거나, 통합에 대한 목적규정 내지 원칙을 확정함으로써 이를 구체화하고 있습니다. 한편, 베를린의 경우 사회통합이라는 개념 자체가 이주배경 여부에 따라 시민들을 구분 짓고, 이주자들이 기존의 사회에 편입되어야 한다는 인상을 준다고 하여 통합법을 “이주사회참여법”으로 개정하기도 하였습니다.<sup>5)</sup> 이를 종합해보자면 사회통합은 이주배경과 무관하게 누구에게나 사회적·문화적·경제적·정치적 생활

2) 재한외국인처우기본법 제1조 “이 법은 재한외국인에 대한 처우 등에 관한 기본적인 사항을 정함으로써 재한외국인이 대한민국 사회에 적응하여 개인의 능력을 충분히 발휘할 수 있도록 하고, 대한민국 국민과 재한외국인이 서로를 이해하고 존중하는 사회 환경을 만들어 대한민국의 발전과 사회통합에 이바지함을 목적으로 한다.” 외국인과 관련되지 않지만 보다 구체적으로 장애인복지법 제3조 “장애인복지의 기본이념은 장애인의 완전한 사회 참여와 평등을 통하여 사회통합을 이루는 데에 있다.”

3) Thym, Daniel, Integration kraft Gesetzes?, ZAR 2016, 241(244).

4) 기본법(GG)에 “독일 연방공화국은 다양성을 지닌 이민국가이다. 연방공화국은 동등한 참여와 통합을 장려한다.”는 내용의 제20b조의 신설을 예로 들 수 있다. Kraska, Anja, Teilhabe und Integration, ZAR 2021, 407(408f.).

5) Gesetz zur Förderung der Partizipation in der Migrationsgesellschaft des Landes Berlin(Partizipationsgesetz – PartMigG) v. 5. Juli 2021

에의 동등한 참여의 보장으로 구체화되고 있음을 알 수 있습니다. 반면, 난민 사태에 대한 대응으로 제정된 바이에른 통합법은<sup>6)</sup> 타국에서의 체류기간 동안 도움과 지원을 제공하는 것을 우선적 목적으로 삼지만, 동시에 주도문화(Leitkultur)의 존중, 통합을 위한 노력의무를 요구하고 있습니다. 주도문화에 대한 우위를 사회통합 담론에서 어떻게 다룰지도 생각해봐야 할 것입니다.<sup>7)</sup>

## 2. 사회통합에 대한 조직적·제도적 요청

이민법제에 대해 제시된 절차적 요청은 관할 조직의 형성에도 반영될 수 있어야 합니다. 현재 이민정책은 다양한 소관부처에서 관리되므로 이를 장기적으로 어떻게 통합할지가 문제됩니다. 독일의 경우 제네바협약 체결 이후 1953년 ‘연방난민승인사무소(Bundesdienststelle für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge)’가 설립되고 이는 1965년 연방내무부 산하 연방상급행정청인 ‘연방난민승인청(Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge)’으로 승격되었습니다. 1998년 사민당, 녹색당 연정 아래 이주정책은 새로운 패러다임을 맞이하였습니다: 이민국가임을 인정하고, 이주 외국인의 사회통합을 새로운 과제로 삼았습니다. 이러한 내용은 2005년 1월 1일 발효된 이주법(Zuwanderungsgesetz)에 규정되었으며, 이민 및 사회통합에 관한 업무를 관장하게 됨에 따라 기존의 연방상급행정청으로서의 지위를 유지한 채 명칭이 ‘연방이민 및 난민청(Bundesamt für Migration und Flüchtlinge)’으로 변경되었습니다. 특히 사회통합과 관련한 업무는 순차적으로 연방노동사회부와 연방행정청으로부터 이관되어, 이로써 사회통합에 대한 핵심역량기관으로서 기능하게 된 부분에 주목할 수 있습니다.<sup>8)</sup> 현행 연방이민 및 난민청은 연방내무부의 지시에 구속되며, 조직권은 연방정부에 있습니다. 특히 범부처적 성격을 가지는 업무는 연방정부 공동의 책임 아래 있고, 해당 연방부서의 전문감독 하에 있는 점이 특징적입니다.<sup>9)</sup> 비록 설립의 배경 등에서 많은 차이가 있으나, 사회통합의 중점적 기관으로서의 재정립은 우리에게도 일정한 시사점을 줄 수 있습니다.

6) Bayerisches Integrationsgesetz (BayIntG) vom 13. Dezember 2016 (GVBl. S. 335, BayRS 26-6-I).

7) 이는 바이에른 통합법이 대규모 난민유입에 따른 대응이라는 입법목적상 차이에서 기인한다고 볼 수 있음. Eichenhofer, Johannes, Integrationsgesetzgebung, ZAR 2016, 251, 255ff.

8) BeckOK AuslR/Eichenhofer, 36. Ed. 1. 10. 2021, AufentG § 75 Rn. 3.

9) 이주법에 대한 정부입법안 BT-Drs. 15/420, 95면 참조.

## 토 론 문

김화연(이민정책연구원 부연구위원)

출입국·이민관리청(이하 이민청) 출범이 가시화되고 있는 시점에서 이주 법제의 형성과정과 개선방안을 검토하고, 법체계 정비를 위해 심도 있는 고민이 담긴 시의적절하고도 의미 있는 발표라 생각합니다. 두 발표 주제 모두 논쟁적 토론보다는 다양한 시각에서 의견을 나누는 것이 더욱 의미 있으리라 생각하며 토론문을 작성하였습니다.

두 발표문에서 지적하신 바와 같이 이민청 신설과 함께 이민 법체계 정비와 개편도 동반되어야 할 것으로 보이며, 지적하신 개별법들의 문제점에 대해 깊이 공감합니다. 특히 각 개별법이 필요에 따라 사안에 맞추어 각각 제정 및 개정이 이루어지다보니, 법률 간 연계성과 체계성도 떨어지게 되었습니다. 이와 관련하여 제시해주신 정비 방안/개편방안에 대해 궁금한 부분을 정리해보았습니다.

### 법 정비(통합법)의 범위

법무부 소관법 이외에 타부처 소관법과의 연계성도 매우 중요할 것이라 생각합니다. 이에 제시해주신 대안(통합법)과 타부처 소관의 법과는 어떻게 연계될 수 있는지, 법무부 소관법 이외에 타부처 소관법 중 통합법의 포함되는 것이 바람직하다고 판단되는 부분이 있는지 의견을 여쭙고 싶습니다.

### 부처 간 사일로 효과(silo effect) 대응을 위한 법제도적 기반 마련

이민청 신설 배경으로 자주 언급되고 있는 바와 같이 현 체계 상 부처 간 ‘사일로 효과(silo effect)’로 인해 타부처 소관업무에 관한 협조와 조정이 매우 어렵고, 이는 정책의 분절

성과 중복, 비효율을 야기하고 있습니다. 이에 대응하기 위해 학계와 정책 현장에서 고민을 하고 있는데, 행정학 분야에서 협업행정에 대한 논의가 자주 등장합니다. 다만 협업행정(융합행정)을 저해하는 요인 중 하나로 ‘**법령상의 근거부족**’을 지적하고 있습니다(이경선, 2022). 때문에 이민분야에 **다부처 소관법제(다부처소관법률, 다부처소관법령)**, 즉 **융합법제**에 대한 의견을 여쭙고 싶습니다. 소관부처 위주가 아닌 특정산업이나 법적 과제를 중심으로 다부처에 관련된 사항을 하나의 법령으로 담고 공동소관으로 두면, 부처 정책의 유사·중복문제나 비효율성에 어느 정도 대응할 수 있지 않을까 하는 관점에서 의견을 구하고자 합니다.

#### 〈공동소관 법률(예)〉

- 재난 및 안전관리 기본법(행안부, 소방청, 해양경찰청)
- 밀항단속법(법무부, 해양경찰청)
- 물류정책기본법(국토교통부, 해양수산부)

또한, 특정 부처(법무부)로 타부처의 소관법률을 이관시키는 방안은 관련법이 이관되면, 관련 사무(기능)와 예산, 인력도 함께 이관되어야 하는데 그 과정에서의 조직 간 갈등으로 실현가능성에 다소 우려가 되는 것이 사실입니다. 애초에 **공동입법**을 추진하는 방안도 고려해 볼 수 있을까요? 2021년에 국가인권위원회와 법무부가 공동으로 인권정책기본법을 추진한 사례가 있는 것으로 알고 있습니다. 입법단계부터 공동소관부처로 유기적인 협력체계를 구축할 수 있도록 하는 것도 하나의 대안으로 고려할 수 있지 않을까 생각해봅니다.

### 타분야 통합법 제정 및 개정사례 검토

출입국·이민 관련 법체계가 갖고 있는 문제점이 이 분야에만 한정되어 적용되지는 않는다고 생각합니다. 기존에는 주로 해외사례가 연구되고 있는데, 이와 더불어 타분야의 사례를 살펴보는 것도 도움이 될 것이라 생각합니다. 예를 들어 2018년 5월 28일 통과된 「물관리 기본법」의 사례를 참고해 볼 수 있을 듯합니다. 이 사례 역시 조직·법적으로 분절된 물관리 체계를 정비하고 통합물관리의 법적기반이 되는 물관리 기본법이 제정된 사례입니다. 이외에도 유사한 문제를 갖고 있었던 타분야의 기본법 제정 및 개정사례를 살펴보면 이민분야에도 시사점을 얻을 수 있으리라 생각합니다.

## 토 론 문

유의정(국회입법조사처 선임연구관/역사학박사)

우리는 국내 거주 외국인 210만 시대에 살고 있다. 외국인정책이 출입국관리에 치우쳐있었던 과거와는 달리, 우리 사회 안에서 다른 역사와 문화를 가진 사람들과 어떻게 공존할 것인가 하는 문제가 오늘날 이민정책의 주된 고민이어야 할 것이다. 따라서 오늘날 이민정책은 외국인의 유입만이 아니라 사회통합이 함께 논의되어야 한다.

지난 15년여간 우리 사회는 전세계에서 유래가 없을 만큼 빠른 속도로 외국인 유입이 증가하였다. 단군의 후손이라는 단일민족국가 오천년의 신화가 사라지고 다문화사회로 바뀌게 된 것이다. 전문가들은 1990~2011년까지 10년 사이에 국내에서 일어난 급격한 이주의 전개는 세계적으로도 매우 특수한 현상으로 진단하고 있다. 서구의 경우, 이주는 19세기 말부터 진행되어 대부분 반세기에서 150년이 넘는 역사를 가지고 있으면서 각 시기마다 다민족·다문화 사회로의 논의가 진행되어왔다. 따라서 다문화정책 또한 실패와 수정을 거듭하며 방향을 전환하여 왔다. 이에 비해 한국사회로의 외국인 이주의 역사는 15년여라는 극히 짧은 기간 동안 이루어진 새로운 현상이다. 더욱이 외국인 이주로 인한 다문화 논의는, ‘하나의 민족’이 신화처럼 강조되어 오던 과거와는 전혀 다른 극적인 사회적·인식적 변화이다. 그러나 이러한 변화에도 불구하고 다문화사회를 구성하고 있는 이주외국인들 그룹과 이들에 대한 법적, 제도적 지원과 논의들을 살펴보면 여전히 혈통주의가 바탕에 깔려있다.

1990년대 중반, 한국 사회에 유입된 외국인들 중 새로운 그룹이 형성되었는데 국제결혼을 통해 국내에 입국하는 결혼이주여성들이 이에 해당된다. 2000년대 이후에는 국제결혼이 전체 결혼의 10%를 넘어서는 일반적인 결혼 형태의 하나로 자리 잡았으며 특히 농촌 등 특정 지역에서는 지배적인 결혼 형태를 이루게 되었다.

국제결혼의 현저한 증가세는 국제결혼 대상자가 점차 중국(비-한국계), 필리핀, 베트남, 태국 출신으로 확대되면서 더욱 가속화되었다. 무엇보다도 외모에서부터 차이가 두드러지고 민족적, 문화적 배경을 공유하지 않은 것이 분명한 외국인 여성들이 한국인과 가족, 친족, 이

웃 등의 관계를 맺으면서 일상을 공유하는 상황이 일반화된 것 자체가 한국사회로서는 새로운 경험이었다. 그리고 일시적 체류자로 간주되던 기존의 외국인 노동자와는 달리 이들은 한국 사회에 지속적으로 거주하면서 한국인의 혈통을 이어갈 역할이 기대되는 외국인이기도 했다.

오늘날 한국의 다문화사회는 단기간의 급격한 이주 증가, 혈통주의가 바탕인 다문화 사회라는 특징이 있다. 이민정책을 논의하는 과정에는 이러한 한국 다문화사회의 특징을 바탕으로 한 사회통합 정책이 함께 논의되어야 한다. 국회입법조사처에서는 이미 2010년 ‘저출산·고령사회 극복을 위한 이민정책의 개선과제’<sup>1)</sup>라는 보고서를 출간한 바 있다. 이 보고서에서 이민정책의 범주를 크게 두 가지로 구분하였는데, 하나는 ‘외국인의 국내이입’이며 다른 하나는 이민자와 내국인의 ‘사회통합’이다.

외국인의 국내 유입에 있어, 생산기능직 이주노동자의 경우, 유입의 적정함도에 대한 정확한 분석이 선행되어야 한다. 전문기술직 인력유치를 위해서는 그간에 실행해왔던 창업비자, 구직비자, 간접투자이민제도 등 비자제도를 오늘날 현실에 맞도록 개선하고 우수인재 등에 대해 이중국적 용인도 검토할 필요가 있다. 특히 유학생 관리에 있어 우수인재의 경우, 국내에서 자리잡을 수 있도록 적극적인 취업연계 방안도 마련될 필요가 있다. 사회통합정책의 경우, 단기간의 사회변화에 따라 부처별로 중복적인 법과 제도가 시행되어 왔으나, 이제는 장기적인 관점에서 이민정책의 한 부분으로 재정비될 필요가 있다. 최근들어 이민청 논의가 급격히 진행되고 있으나, 오늘날 이민정책이 외국인 이입만의 문제가 아니라고 한다면, ‘이민·다문화청(가칭)’ 혹은 ‘이민·사회통합청(가칭)’과 같이 외국인 이입과 사회통합이 함께하는 기관에 대한 논의가 필요하다고 본다. 현재 우리나라 정부조직인 부, 처, 청의 구분<sup>2)</sup>을 고려한다면, 처는 여러 부에 관련되는 기능을 통합하는 업무를 수행하는 기관이므로 법무부, 고용노동부, 여성가족부, 교육부 등 여러 부처에 분산되어 있는 관련 정책을 총괄하여 입안, 심의, 조정하는 처 단위의 조직을 신설하는 방안이 설득력이 있다고 본다.

1) 유의정, 저출산·고령사회 극복을 위한 이민정책의 개선과제, 국회입법조사처, 2010.

2) 인사혁신처, ‘부는 행정부로 대통령 및 국무총리의 통할 하에 고유의 국가행정사무를 수행하기 위해 기능별 또는 대상으로 설치한 기관이다. 행정각부의 장(장관)은 국무위원 중에서 국무총리의 제청으로 대통령이 임명하며, 각부장관은 소관사무통할권, 소속공무원에 대한 지휘·감독권, 부령제정권, 법률안 또는 대통령령안 국무회의제출권 등의 권한을 가진다. 또한 정부조직법상 각부 장관은 소속청에 대하여 중요정책 수립에 관하여 그 청의 장을 직접 지휘할 수 있도록 하고 있으나, 구체적인 지휘·감독 범위는 부처별 훈령 등 부처별로 구체화한다. 처는 국무총리 소속으로 설치하는 중앙행정기관으로서 여러 부에 관련되는 참모적 업무를 수행하는 기관이다. 처의 장은 소관사무통할권과 소속공무원에 대한 지휘·감독권을 가지며, 국무위원이 아닌 처는 의안제출권이 없으므로 국무총리에게 의안제출을 건의할 수 있으며, 국무회의의 구성원은 아니지만 국무회의의 출석·발언권을 가진다. 또한, 소관 사무에 관하여 직접적인 법규명령을 제정할 수 없으므로 국무총리를 통해 총리령을 제정할 수 있다. 청은 행정각부의 소관사무 중 업무의 독자성이 높고 집행적인 사무를 독자적으로 관장하기 위하여 행정각부 소속으로 설치되는 중앙행정기관이다. 청의 장은 소관사무통할권과 소속공무원에 대한 지휘·감독권을 가지고, 국무회의에 직접 의안을 제출할 수 없어 소속장관에게 의안제출을 건의하여야 하며, 국무회의의 구성원은 아니지만 출석발언권을 가진다. 또한, 소관 사무에 관하여 직접적인 법규명령을 제정할 수 없으므로 소속장관을 통해 부령을 제정할 수 있다.’

## 제2세션

# 이민법과 노동법의 충돌

/

좌 장: **조영희**(이민정책연구원 연구교육실장)

발제1: 독일의 전문인력 이주 법제 및 우리 이민정책에의 시사점  
**이보연**(법무법인 인본 변호사/법학박사)

발제2: 헌법상 노동기본권 측면에서 바라본 단순 인력 관련 법제  
**노호창**(호서대학교 법경찰행정학과 교수)

토 론: **김지혜**(강릉원주대 다문화학과 교수)  
**박천응**(인하대학교 이민다문화정책학과 초빙교수)  
**서기정**(조정훈 국회의원실 선임비서관)







## 독일의 전문인력 이주 법제 및 우리 이민정책에의 시사점\*

이보연(법무법인 인본 변호사·법학박사)

### I. 서론

한국은 급격한 인구구조 변화로 인해 이주정책의 변화를 요구받고 있다. 2022년 기준 총 인구 대비 외국인 비율은 4.37%에 이르러<sup>1)</sup> 사실상 이주국가로 진입했지만, 이주정책은 주로 재외동포와 결혼이민자를 대상으로 이루어지고 있다. 노동이주정책은 저숙련 외국인노동자에 대한 고용허가제를 중심으로 이루어질 뿐, 노동시장과 사회통합, 사회·경제에 미칠 영향 등을 종합적으로 고려한 이주정책은 부족해 보인다.

독일 정부의 외국인정책 및 이주정책은 새로운 국면에 접어들었다. 저출산과 고령화로 인한 인구구조 변화와 고급인력·숙련기술자의 부족은 독일의 지속적인 경제성장을 가로막는 장애물로 인식되고 있다. 2016년부터 2018년까지의 입법은 난민 위기에 대응하기 위한 난민법 등 관련 법령 개정이 주를 이뤘다면 2018년 말부터 2019년까지의 입법은 우수인력을 확보하기 위한 체류법 및 관련 법령 개정이었다고 볼 수 있다.

최근 시행된 전문인력이주법(Fachkräfteeinwanderungsgesetz, FEG)은 이러한 노동이주 정책을 가속화하는 법제로 평가할 수 있다. 전문인력이주법 제정의 배경으로는 인력 부족을 겪는 직업의 수가 급격히 증가했다는 점이 꼽힌다. 2011년 전체 직업 중 7.6%였던 인력 부족 직업의 비율은 2018년 23%에 달했다.<sup>2)</sup> 학술 분야뿐 아니라 기술, 간호, 건축, 건강 관련 분야의 인력부족이 심화되었다.<sup>3)</sup> 독일 재계에서는 전문인력 부족을 심각한 문제로 여기고 있다. 2019년 독일상공회의소(Deutschen Industrie- und Handelskammertags, DIHK) 설문조사에 따르면, 56%의 기업들이 숙련노동자 부족을 사업상 가장 큰 위험요소로

\* 이 글은 “독일 노동이주법제 현황 - 2020년 3월 1일 시행 전문인력이주법(FEG)을 중심으로 -”(법학논총 제44권 제1호, 2020)를 수정·보충한 것입니다.

1) 법무부, 연도별 인구대비 체류외국인 현황, [www.moj.go.kr/moj/2412/subview.do](http://www.moj.go.kr/moj/2412/subview.do).

2) BT-Drs. 19/8285, S. 72.

3) Ibid.

뽑았다.<sup>4)</sup> 설문에 응한 기업의 3분의 1은 이미 EU와 EU 외 제3국의 전문인력을 고용하고 있다고 밝혔다.<sup>5)</sup>

독일 정부는 경제의 지속적인 발전을 위해서는 해외 우수인력 확보가 중요하다고 보고, 2018년부터 제3국의 전문인력을 유치하기 위한 법안 마련에 주력했다. 2018년 8월 연방내무부, 노동사회부, 경제부는 제3국 전문인력 유치 확대에 합의하고 그해 10월 전문인력이주법 제정 계획안을 발표했다. 2019년 독일 연정 파트너인 CDU/CSU(기독교민주연합/기독교사회연합)와 SPD(사회민주당)는 연정협약(Koalitionsvertrag) 이행의 일환으로 이민패키지(Migrationspaket)를 처리하기로 결정했다. 이 패키지에는 전문인력의 독일 이주를 촉진하기 위한 전문인력이주법과 교육 및 직업활동 관련 추방유예에 관한 법(Gesetz über Duldung bei Ausbildung und Beschäftigung, 이하 ‘추방유예법’)을 비롯한 7개의 법안이 포함되었다.<sup>6)</sup>

인구구조 변화에 대응하고 경제발전을 지속하기 위해 제정된 독일의 전문인력이주법은 새로운 이주정책 수립을 요구받고 있는 한국이 참고할 만한 점이 적지 않을 것으로 보인다. 독일은 한국보다 앞서 ‘경제기적(Wirtschaftswunder)’을 이룬 수출위주의 경제강국이다. 단일민족주의를 표방해왔으나 경제성장을 위해 외국인노동자를 받았고, 지금은 ‘이주국가(Einwanderungsland)’임을 부인할 수 없다는 점, 분단국가였다는 점도 한국과 비슷하다. 이 글에서는 독일의 외국인력 현황과 노동이주 법제 및 정책결정·집행 구조를 살펴보고, 전문인력이주법의 주요 내용을 검토한 후 우리 이민정책에 시사하는 바를 정리하고자 한다.

4) Welt, “Studie sieht kaum Anreize für ausländische Akademiker” (2019. 12. 16.) [www.welt.de/wirtschaft/article/204353166/Fachkraeftemangel-Studie-sieht-kaum-Anreize-fuer-auslaendische-Akademiker.html](http://www.welt.de/wirtschaft/article/204353166/Fachkraeftemangel-Studie-sieht-kaum-Anreize-fuer-auslaendische-Akademiker.html) (2020. 2. 24. 접속)

5) Ibid.

6) 그밖에 Gesetz zur Entfristung des Integrationsgesetzes, Ausländerbeschäftigungsförderungsgesetz, Zweites Datenaustauschverbesserungsgesetz, Drittes Gesetz zur Änderung des AsylbLG, Zweites Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht이 포함되어 있다. 이들 법률의 개략적인 내용과 의미에 관해서는 Winfried Kluth, “Next Steps: Die Gesetze des Migrationspakets 2019 folgen jeweils eigenen Pfaden,” NVwZ, 2019, S. 1305 참조

## II. 독일의 외국인력 현황

### 1. 외국인 현황

독일 연방통계청 자료에 따르면, 독일의 총인구는 8,427만 명이다(2022. 9. 30. 기준).<sup>7)</sup> 이 가운데 독일인은 7,214만 명, 외국인은 1,213만 명으로, 외국인주민의 비율이 14%를 넘어섰다. 2021년 총 이민자 가운데 유럽국적자(EU 회원국과 비 EU국가 포함)가 72.2%를 차지했는데, EU 회원국(영국 포함)의 시민은 57.8%였다.<sup>8)</sup> 아시아국가 출신은 19.3%, 아프리카 출신이 4.8%를 구성했다.<sup>9)</sup> 2021년 총인구 8190만 명 가운데 이주배경을 가진 사람<sup>10)</sup>은 27.3%에 해당하는 2,230만명에 달했다.<sup>11)</sup> 이주배경을 가진 자 중 52.8%는 독일인이었고, 47.3%는 외국인이었다.

### 2. 외국인력 현황

2019년 독일로 입국한 제3국 출신의 외국인은 53만3997명이었다.<sup>12)</sup> 체류자격별로 살펴보면, 제3국적자들은 가족결합(18%), 교육(11%), 난민신청(10%)을 위해 입국했다. 또한, 인도적 차원 또는 강제송환이 유예된 경우(8%), 전문인력(7%), 비숙련인력(5%)인 경우로 구성되었다. 그밖에 체류자격이 필요 없는 제3국적자 등 기타 사유가 41%를 차지했다. 독일의 대학졸업자(Akademiker) 중 외국인이 차지하는 비율은 13.6%(2007년), 14.9%(2012년), 18.7%(2017년)로 증가세를 보이고 있다.

체류법(Aufenthaltsgesetz) 제18조부터 제21조에 따른 영리활동(Erwerbstätigkeit) 목적으로 독일에 입국하는 제3국적자 수는 꾸준한 증가세를 기록해왔다.<sup>13)</sup> 영리활동을 위한 제3국 출신 이민자 수는 2010년 3만명에서 2019년 6만4000명으로 증가했다. 같은 기간

7) Statistisches Bundesamt, Bevölkerung nach Nationalität und Geschlecht, <https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Bevoelkerung/Bevoelkerungsstand/Tabellen/liste-zensus-geschlecht-staatsangehoerigkeit.html> (검색일: 2023.5.15.)

8) BAMF(2022), Migrationsbericht 2021, S.17.

9) Ibid.

10) 이주배경을 가진 자란 “자신 또는 부모 중 한쪽이 출생에 따른 독일 국적을 가지지 않은 자”를 말한다.

11) BAMF(2022), Migrationsbericht 2021, S.170.

12) Matthias Mayer und Marius Clemens, Fachkräftemigrationsmonitor 2021, Bertelsmann Stiftung, S.18.

13) BAMF(2022), Migrationsbericht 2021, S.47.

전문인력과 고급인력의 수는 1만9000명에서 3만9000명으로 증가했다.

영리활동 목적의 이민자(체류법 제18조 내지 제21조에 따른 체류자격) 수는 코로나19 확산으로 2020년 2만9,747명으로 크게 줄었으나, 2021년에는 4만421명으로 증가세로 돌아섰다.<sup>14)</sup> 외국인중앙등록부에 따르면, 이 중 숙련인력 및 직업교육·고등교육을 받은 전문인력은 17.9%를 차지했다. EU블루카드 소지자는 29.1%, 연구자·고급기술자 8.5%, 자영업자 2.5%, ICT카드 소지자 3.4%, 비숙련인력 1.3%, 기타 취업형태 37.5%로 집계되었다.

〈표 1〉 취업형태에 따른 제3국적자의 경제이민 추이

(단위: 명)

취업형태	입국년도									
	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021
단순노무 취업 (구 체류법 제18조 제3항)	11,050	9,481	9,995	10,697	18,208	22,800	22,175	24,825	1,229	509
옛 규정에 따른 취업 전체 (구 체류법 제18조)	346	170	186	131	151					
전문인력 (및 고급인력)										
공인된 자격이 있는 취업 (구 체류법 제18조 제4항)	23,191	17,185	19,515	18,994	22,387	25,723	22,577	21,305	1,984	696
직업교육을 받거나 대학교육을 받은 전문인력									4,209	6,558
정주허가를 받은 고급인력	244	27	31	31	25	33	19	29	22	21
EU블루카드	2,190	4,651	5,378	6,792	8,038	9,652	12,015	13,137	7,292	11,768
ICT-카드						9	1,080	1,474	767	1,383
연구자	366	444	397	409	422	877	1,273	1,965	1,579	3,424
자영업	1,358	1,690	1,781	1,782	1,733	1,788	1,718	1,484	744	924
전문인력(및 고급인력) 총계	27,349	23,997	27,102	28,008	32,605	38,082	38,682	39,394	16,597	24,774
기타 취업 형태									11,921	15,138
경제이민 전체	38,745	33,648	37,283	38,836	50,964	60,882	60,857	64,219	29,747	40,421

자료: 외국인중앙등록부(AZR)

14) Ibid., SS.9,48.

### III. 노동이주 법제 및 정책 결정·집행구조

#### 1. 이주법제

이주와 관련한 독일 국내법으로는 헌법인 기본법(Grundgesetz, GG), 망명법(Asylgesetz, AsylG), 체류법(Aufenthaltsgesetz, AufenthG), 망명신청자급부법(Asylbewerberleistungsgesetz, AsylbLG), 국적법(Staatsangehörigkeitsgesetz, StAG) 등이 있다. 그밖에 행정부에서 제정한 체류규정(Aufenthaltsverordnung, AufenthV), 체류법에 대한 일반행정규정(Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz, AVwVAufenthG), 취업규정(Beschäftigungsverordnung, BeschV), 사회통합과정규정(Integrationskursverordnung, IntV) 등의 하위규정이 있다. 유럽연합 회원국 시민의 체류에 관해서는 EU자유이동법(Freizügigkeitsgesetz/EU)에서 규율하고 있다. EU 시민은 독일 내에서 사실상 조건 없는 거주와 취업의 자유를 누리고 있으므로 경제이주(Erwerbsmigration) 법제의 주요 규율대상은 유럽연합 시민 외 제3국적자(Drittstaatsangehörige)가 된다.<sup>15)</sup>

제3국적자가 독일로 입국하기 위한 합법적 통로는 취업이민, 가족결합, 유학이민, 기타 교육프로그램 참여로 나눌 수 있다.<sup>16)</sup> 제3국적자가 독일 영토에 입국해 체류하기 위해서는 일반적으로 입국사증(Visum) 또는 체류허가(Aufenthaltserlaubnis)가 필요하다.<sup>17)</sup> 단기 비자인 ‘셴겐 비자(Schengen visa)’로는 180일 기간 중 90일간 체류가 가능하다.<sup>18)</sup> EU 비자 규정에는 모든 셴겐협약<sup>19)</sup> 가입국에게 단일하게 적용되는 규칙이 포함되어 있다.<sup>20)</sup> 셴겐 비자는 목적지인 셴겐 가입국이나 ‘셴겐 지역’으로 입국하기 위한 경유지인 셴겐 가입국에서

15) EU시민 외에도 아이슬란드, 리히텐슈타인, 노르웨이, 스위스 국적자는 체류허가 없이 독일에서 영리활동을 할 수 있다.

16) Janne Grote et al, Migration, Integration, Asyl: Politische Entwicklungen in Deutschland 2018, BAMF, 2019, S.26.

17) Grote et al, op. cit., S. 26. 체류규정 제41조 제1항에 따라, 한국을 비롯해, 호주, 이스라엘, 일본, 캐나다, 뉴질랜드, 미국 국적자는 원칙적으로 비자가 필요하지 않다. 이들 국가의 국민들은 독일에 입국한 후 90일 이내에 관할 외국 인청에 영리활동을 위한 체류허가를 신청하면 된다.

18) Regulation (EC) 810/2009 of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 establishing a Community Code on Visas [2009] OJ L 243/1. 유럽연합 입국 및 국내 자유 이동과 관련한 법제에 관해서는 최윤철/권형진, 이주 시대의 법과 제도 III-1, 건국대학교 이주·사회통합연구소, 2017 참조.

19) 1985년 6월 14일 조인된 셴겐협약(Schengen Agreement)은 ‘셴겐지역’에서는 국경 없이 자유롭게 이동할 수 있도록 하기 위해 26개 유럽국가들이 가입했다.

20) Regulation (EC) 810/2009.

발급하며, 영리활동은 허용하지 않는다. 일이나 학업을 위해 독일에서 장기 체류하기를 원하는 제3국적자는 체류자격이 필요하다(체류법 제4조). 이 조항은 체류허가(제7조), EU 블루카드(제18b조 2항), ICT 카드(제19조),<sup>21)</sup> 정주허가(제9조), EU 장기체류허가(제9a조) 등의 체류자격에 대하여 규정한다. 외국인이 5년간 체류허가를 보유하고, 생계유지가 보증되며, 60개월 이상 법정 연금보험을 납부하고, 충분한 독일어 실력을 보유하는 등 일정 조건을 충족한 경우 무기한의 체류허가인 정주허가(Niederlassungserlaubnis)가 발급된다(체류법 제9조).

## 2. 노동이주 관련 규정

제3국적자의 입국과 체류, 취업, 사회통합과 관련한 가장 중요한 법적 근거는 체류법이다. 체류법 제1조는 이주자를 수용하고 사회에 통합시킬 수 있는 역량, 경제·노동시장적 이익, 인도적인 의무까지 고려할 것을 규정한다.<sup>22)</sup>

체류법 제2장 제3절(제16조~제17조)<sup>23)</sup>은 독일에서 직업교육과 대학교육을 받아 전문인력이 되려는 외국인, 즉, 교육을 통해 향후 독일에서 전문인력으로 활동하게 될 외국인의 체류에 관하여 규정한다. 제2장 제4절에서는 영리활동(Erwerbstätigkeit)을 목적으로 하는 체류에 관하여 규율한다. 이 절은 취업활동(제18조 제2항), 직업교육을 받은 전문인력(제18a조), 대학 학위가 있는 전문인력(제18b조), ICT(기업내 전근)카드 및 모바일 ICT카드(제19조 및 제19b조), 연구자(제18d조), 자영업(제21조) 등에 관한 조문으로 구성된다.

종전에는 제3국적자는 체류법에 따라 허용되는 일정한 경우에만 영리활동을 할 수 있었으나, FEG 시행 이후 원칙적으로 영리활동을 할 수 있게 되었다(체류법 제4a조 제1항 제2문). 체류법 제18조는 제3국적자의 노동시장 접근을 통제하기 위한 일반규정이다. 원칙적으로, 외국인청은 체류법 제18조 제2항 및 제39조에 따라 연방노동청의 승인(Zustimmung)이 있는 경우 취업을 위한 체류허가를 발급할 수 있다. 연방노동청은 제18a조와 제18b조에 따른 전문인력이 유사한 조건의 독일인 노동자보다 불리한 조건으로 고용되지 않는 한 취업을 승인할 수 있다(체류법 제39조 제2항).<sup>24)</sup>

21) 기업 내 이동으로 독일에 입국해 영리활동을 하려는 자에 대한 체류허가를 말한다.

22) Kluth, "Next Steps," S.1305.

23) 가지조항 포함.

24) 소위 동등성심사(Vergleichbarkeitsprüfung)를 말한다.

최근 몇 년 사이 전문인력에 대한 수요가 늘면서 노동이주 분야의 법적 규제는 확연히 완화되었다. 독일 대학이나 직업학교 졸업자, 고급인력(Hochqualifizierte), 전문인력(Fachkräfte), 연구자, 해외에서 직업자격을 딴 자영업자에 대해서는 일반적인 경우보다 완화된 요건이 제시된다.<sup>25)</sup> 원칙적으로, 취업 제의가 있는 경우에만 경제적 이민이 가능하지만, 인증된 숙련노동자는 일자리를 구하기 위한 체류허가를 6개월까지 발급받을 수 있다(체류법 제18c조). 또한, 외국인이 해외에서 취득한 직업자격을 인정받으려는 경우, 검증과 시험을 위해서 최대 18개월까지 독일 영토에 머무를 수 있다(제17a조).

### 1) 고급인력

제3국의 고급인력(Hochqualifizierten Drittstaatsangehörigen)은 특별한 경우 입국 후 선택류 기간이 없어도 영주권을 받을 수 있다(체류법 제19조). 이를 위해서는 국가의 도움 없이 생계를 유지할 수 있어야 하며(체류법 제19조 제1항), 확실한 고용제약이 있어야 한다(체류법 제18조 제5항). 체류법 제19조 제2항은 특별한 전문지식을 갖춘 학자와 주요 직책에 있는 교수나 연구자를 제1항에 따른 고급인력으로 규정하고 있다.

고급인력이 보다 쉽게 노동시장에 접근할 수 있도록 하기 위하여 유럽연합 고급인력지침<sup>26)</sup>에 근거해 2012년 EU 블루카드(Blaue Karte EU)가 체류법 제19a조에 규정되었다. EU 블루카드는 처음 발행될 경우 최대 4년까지 체류할 수 있는 기한부 체류자격이다. EU 블루카드를 받기 위해서는 독일 대학 또는 공인된 외국 대학의 학위를 소지했거나, 또는 5년 이상의 직업 경력을 증명할 수 있는 자격을 소지해야 하며, 연간 일정 수준 이상의 급여 기준<sup>27)</sup>을 충족해야 한다(체류법 제19a조 제1항). EU 블루카드 신청 시에는 취업우선권심사가 배제되고, 동반가족의 체류조건이 완화된다. 블루카드 소지자는 33개월 후 영주권을 신청할 수 있으며, 충분한 독일어 지식(유럽언어공통기준(CEFR) B1)을 보유한 경우 그 기간은 21개월로 단축된다(제19a조 제6항).

25) Grote et al, S.26.

26) Council Directive 2009/50/EC of 25 May 2009 on the conditions of entry and residence of third-country nationals for the purposes of highly qualified employment [2009] OJ L 155/17.

27) 체류법 제19a조 제2항에 따라, 연방노동사회부는 법령에 이러한 소득기준을 결정한다. 2019년 최저 급여기준은 세전 최소 5만3600유로이며, 특별히 인력이 부족한 직업군의 경우 소득기준은 4만1808유로로 더 낮다.

## 2) 유학생·연구자

독일에서 학업을 목적으로 하는 체류는 체류법 제16조부터 제17b조에 규정되어 있다. 제3국의 유학생은 전일제 학업을 목적으로 하는 체류허가를 받을 수 있다(체류법 제16조 제1항 제1문). 또는, 유학준비 비자가 발급될 수도 있다(체류법 제16조 제1항 제2문). REST지침<sup>28)</sup>이 2017년 8월 1일부터 독일에서 이행됨에 따라 제3국적자가 학업과 연구를 목적으로 하는 체류허가를 받기 쉬워졌다. 학업과 연구 목적의 체류허가는 외국인청의 재량사항이 아니며(체류법 제16조 제1항 제1문), 학업 종료 후 구직을 위한 체류허가의 발급은 법적 권리가 되었다.<sup>29)</sup> 연구 목적으로 다른 EU 회원국의 체류허가를 소지한 제3국적자는 체류법 제20a조에 따라 별도의 체류허가 없이 360일의 기간 중 180일까지 독일에서 체류하며 연구할 수 있다.

## 3. 노동이주정책 결정·집행구조

### 1) 연방정부

독일 연방정부는 입법 기능을 담당하고, 16개 주정부가 집행 기능을 담당한다. 난민·이민·사회통합정책의 주무부처는 연방내무부(Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat, BMI)다. 연방내무부는 망명, 이민, 사회통합, 본국송환 부문에서 핵심적 역할을 하는 연방이민난민청(BAMF)과 연방경찰(Bundespolizei)을 관리하고 감독한다. BAMF는 연방내무부의 업무영역에서 체류법과 망명법에 따른 이민, 사회통합, 난민 영역에서 다양한 업무를 담당하는 상위 연방관청이다. ICT와 블루카드, REST지침<sup>30)</sup>에 따른 이주의 연락거점 역할을 하며, 경제이민을 관할하는 관청과의 협력도 맡고 있다.

연방노동사회부(Bundesministerium für Arbeit und Soziales, BMAS)는 이민과 사회통합 영역에서 연방내무부와의 협력을 통해 이민자의 취업에 관한 기본적 사항과 노동시장에서 직업과 연관된 사회통합 업무를 주로 담당한다. 연방노동청(Bundesagentur für Arbeit, BA)과 전국적 네트워크인 각 지소는 연방노동사회부의 법적 감독을 받는다. 취업이민에 관한 핵심적 역할은 연방노동청이 담당한다. 연방노동청은 1952년 설립된 상위 연방

28) EU directive (EU) 2016/801

29) Grote et al, S. 32.

30) EU directive (EU) 2016/801.



관청으로, 노동시장정책 관련 업무를 수행한다.<sup>31)</sup>

그밖에 여권과 비자 발급 업무를 담당하는 외무부(Auswärtigen Amt, AA), 자발적 송환과 제3국적자의 재통합을 담당하는 연방경제협력개발부(Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung, BMZ)가 있다.

## 2) 주정부

독일 주정부는 이민정책의 집행에서 중요한 역할을 담당한다. 주정부는 연방법을 집행하며, 자치단체의 재량 여지를 제한하기도 하고 지원프로그램을 통해 정책 실행을 유도한다.<sup>32)</sup> 주정부는 인도적 차원의 체류허가 부여와 같은 체류법 상의 문제에 관해 결정할 수 있는 권한을 가진다(체류법 제23조). 주정부는 자치단체의 외국인청을 감독할 수 있으며, 이들에게 구속력을 지닌 지시를 내릴 수 있다.

외국인청(Ausländerbehörden, ABH)은 지역 단위에서 체류법과 다른 이민법 규정에 따른 체류 및 여권 관련 조치를 관할한다(체류법 제71조). 또한, 체류자격의 부여 또는 거부, 정주허가에 관한 결정, 송환 결정, 가족결합 요건 충족 여부에 관한 결정, 관용처분(Duldung) 등 BAMF의 권한 밖에 있는 이민법 규정을 이행한다. 전문인력이주법은 각 주정부가 하나 이상의 중앙외국인청(Zentrale Ausländerbehörde, ZAB)을 설치하도록 했다. 중앙외국인청은 체류법 제81a조 ‘신속한 전문인력절차’에 따른 전문인력의 입국 관련 업무와 비자절차에서 사전승인을 담당한다.

# IV. 전문인력이주법의 주요 내용

## 1. 개관

전문인력이주법은 “제3국적 전문인력을 대상으로 한 관리된 이주를 통해” 전문인력의 확보를 지원하기 위한 것이다. 이 법의 목적은 저학력·비숙련의 외국인노동자의 노동시장 접

31) 연방노동청에 관하여는 Florian Spohr, Bundesagentur für Arbeit 참조. [www.bpb.de/kurz-knapp/lexika/handwoerterbuch-politisches-system/201989/bundesagentur-fuer-arbeit/](http://www.bpb.de/kurz-knapp/lexika/handwoerterbuch-politisches-system/201989/bundesagentur-fuer-arbeit/) (검색일: 2022.11.15.)

32) Hannes Schammann et al., Lokale Migrationspolitik in ländlichen Regionen Deutschlands: Ausgangspunkte für empirische Forschung, Johann Heinrich von Thünen-Institut, 2020, S.6.

근에 있지 않다.<sup>33)</sup> 일괄개정법(Artikelgesetz)인 전문인력이주법의 제정으로 체류법을 비롯해, 취업규정과 체류규정에 큰 변화가 생겼다. 특히 체류법 제3장(직업교육)과 제4장(취업)의 조항이 새로 구성되고 전반적으로 개정되었다. 개정 전 체류법은 직업훈련 및 취업이민에 관한 유럽연합의 지침을 수용하기 위해 여러 차례 개정되면서 일목요연하지 못한 면이 있었으나, 이번 개정을 통해 보다 명료해졌다는 평가를 받는다.<sup>34)</sup> 취업규정은 체류법 제42조 제1항 및 제2항의 위임에 따른 법규명령이고, 체류규정은 체류법 제99조 제1항 내지 제3a항의 위임에 따른 법규명령이다.

## 2. 주요 내용

### 1) ‘전문인력(Fachkräfte)’에 관한 일관된 개념 도입

개정된 체류법 제18조 제3항은 전문인력의 개념을 정의하고 있다. 전문인력이란 1① 국내의 자격을 요하는 직업교육을 받았거나 이와 동등한 수준의 외국 직업자격을 지닌 외국인(직업교육을 받은 전문인력), 또는 ② 독일 대학졸업증서, 공인된 외국의 대학졸업증서, 또는 독일의 대학졸업증서와 견줄 만한 외국 대학졸업증서를 소지한 외국인(대학교육을 받은 전문인력)을 의미한다.

개정 체류법 제18a조는 직업교육을 받은 전문인력에 관하여, 제18b조는 대학교육을 받은 전문인력에 관하여 추가적으로 규율한다. 이러한 일관된 개념의 도입은 대학졸업자뿐 아니라, 공인 직업교육을 받은 숙련기술자를 원하는 경제계의 요구를 수용한 것이다.<sup>35)</sup>

### 2) 직업교육을 받은 전문인력의 노동시장 접근 완화

공인된 직업교육을 받은 전문인력의 노동시장 접근이 완화되었다. 공인된 직업자격을 지닌 전문인력이 원칙적으로 모든 직군에서 일할 수 있게 되었다. 지금까지는 공인된 직업교육을 받은 전문인력이 근로계약을 체결하고, 부족직업군에 종사하며,<sup>36)</sup> 동등성증명

33) 이러한 체류법 개정 목적은 전문인력이주법안에 대한 연방정부의 의견에서도 확인할 수 있다. BT-Drs. 19/8285, S.171.

34) BT-Drs. 19/8285, S. 71.

35) BT-Drs. 19/8285, S.72.

36) 인증된 직업교육을 받은 제3국적자가 독일로 이주할 수 있는 기회는 부족직업군에 해당하는 경우로 제한되었다. 이를 위해 연방노동사회부와 연방노동청은 숙련노동자가 부족한 분야를 분석해 정리한 “포지티브 리스트(Positivliste)”를

(Gleichwertigkeitsnachweis)을 해야 입국할 수 있었다. 체류법 개정으로, 인력부족 직종에만 취업해야 한다는 제한이 사라지고, 취업이 가능한 직군이 늘어났다(제18a조). 이를 통해 대학교육을 받은 전문인력과 직업교육을 받은 전문인력 간에 균형이 맞춰졌다.<sup>37)</sup> 그러나 근로계약은 존재해야 하며, 법규명령이나 국가 간 협약으로 다르게 정하지 않는 한, 연방노동청의 승인이 있어야 한다. 체류법 제39조 제2항에 따라, 연방노동청은 외국인근로자의 근로조건이 내국인근로자와 비교해 동등한지 평가하고(제1호), 소지한 자격과 직업활동이 일치하는지 검토한다(제2호).

### 3) 취업우선권심사(Vorrangprüfung)의 완화

공인된 자격이 있을 경우 소위 취업우선권심사(Vorrangprüfung)가 적용되지 않는다. 이는 해당 일자리가 독일인 또는 EU 시민에 의해 채워질 수 있는지 연방노동청이 더 이상 심사하지 않아도 된다는 뜻이다.<sup>38)</sup> 개정 체류법 제39조 제2항 제2문은 같은 법 제18a조(직업교육을 받은 전문인력) 및 제18b조(대학교육을 받은 전문인력)에 해당하는 전문인력에 대해서 취업우선권심사를 하지 않도록 했다. 근로계약과 공인자격이 있을 경우 취업우선권심사를 생략함으로써 노동이주를 위한 체류허가가 보다 빠르고 쉽게 부여될 것으로 보인다.<sup>39)</sup> 다만, “고용규정이 다르게 규정하지 않는 한”이라는 단서를 달아 노동시장의 상황이 변화했을 경우 위임입법을 통해 취업우선권 심사를 재개하도록 예정하고 있다.<sup>40)</sup>

### 4) 구직을 위한 체류허가 확대

전문인력은 근로계약치 않아도 구직을 위하여 독일에 체류할 수 있는 길이 열렸다. 지금까지는 공인 전문인력(qualifizierte Fachkräfte, 독일 대학졸업자 또는 공인되거나 독일 대학과 견줄만한 외국대학졸업자)만이 최대 6개월간 구직을 위해 체류할 수 있었다(체류법 제18c조). 개정 체류법 제20조 제1항에 따르면, 직업교육을 받은 전문인력은 독일어 지식을

---

작성한다.

37) BAMF(2022), Migrationsbericht 2021, S.45.

38) 취업우선권심사는 독일 취업시장에서 독일인 또는 유럽연합 시민에게 취업 우선권을 부여하는 제도다. 법 개정 전에는 § 39 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 b) AufenthG에 따라 연방노동청의 취업우선권심사를 거쳐야 했다.

39) BT-Drs. 19/8285, S.72.

40) BT-Drs. 19/8285, S.2.

갖추고 있다면 자격에 적합한 직업을 찾기 위한 체류허가를 받을 수 있게 되었다. 체류허가 기간 동안 1주일에 10시간의 시용이 가능하다. 그러나 노동사회부장관이 연방참사원의 동의를 받아 법규명령으로 체류허가를 내주지 않는 직업군을 정할 수 있도록 했다.

대학교육을 받은 전문인력도 마찬가지로 구직을 위한 체류허가를 받을 수 있다(체류법 제 20조 제2항). 그밖에 독일 내에서 대학을 졸업했거나(최대 18개월), 연구활동을 마쳤거나(최대 9개월), 또는 자격직업교육을 마쳤거나(최대 12개월), 독일과 동일한 직업자격을 인정 받았다면(최대 12개월) 구직 목적의 체류허가를 받을 수 있게 됐다(체류법 제20조 제3항). 이들은 스스로 생계를 유지할 수 있어야 하며, 체류허가의 갱신은 원칙적으로 불가하다(체류법 제20조 제4항).

#### 5) 경력 있는 IT 전문가의 입국 조건 완화

정보통신기술(IT) 전문가의 경우 정식 학위와 상관없이 3년 이상의 경력을 입증하고, 최저임금 이상의 급여와 독일어능력 조건을 입증하면 입국이 가능해졌다(체류법 제19c조 제2항 및 취업규정 제6조).

#### 6) 잠재적 노동력의 체류 조건 완화

24세 이하 외국인은 직업훈련원(Ausbildungsplatz)을 찾거나 공인된 직업교육을 받기 위하여 6개월까지 독일에 체류할 수 있게 되었다(체류법 제17조 제1항). 새 규정의 도입으로 중개자 없이는 해외 직업교육생의 관심을 받기 어려웠던 중소기업에게 기회가 열릴 것으로 기대된다.<sup>41)</sup> 대학진학을 위한 체류는 9개월까지 가능하다. 난민신청이 기각되었으나 추방을 유예하는 관용(Duldung) 처분을 받은 이들이 직업자력에 맞는 취업을 할 수 있도록 체류허가가 부여될 수도 있다(제19d조 제1항).

#### 7) 체류자격 소지자의 영리활동 허용

체류자격을 지닌 외국인은 원칙적으로 영리활동을 할 수 있게 되었다(체류법 제4a조 제1항 제2문), 다만, 법으로 금지하거나 제한되는 영리활동에 대해서는 허가가 필요하며(제4a

41) BT-Drs.19/8285, S. 95

조 제1항 제3문), 이러한 경우 체류법 제39조에 따른 연방노동청의 승인 대상이 될 수 있다(제4a조 제2항 제2문). 종전에는 예외적으로 영리활동이 가능하도록 규정했다면, 법 개정 후에는 원칙적 가능-예외적 불가능으로 변경되었다.

#### 8) 전문인력의 정주허가 취득 조건 완화

직업교육을 받은 전문인력은 제9조(정주허가)보다 완화된 조건으로 정주허가(Niederlassungserlaubnis)를 취득할 수 있게 되었다.<sup>42)</sup> 기존 체류법 제18b조(독일 대학 졸업자를 위한 영주권), 제19조(고급인력을 위한 영주권), 제19a조 제6항(블루카드 보유자를 위한 영주권)에 흩어져 있던 전문인력의 영주권 취득에 관한 규정들이 개정 체류법 제18c조 “전문인력을 위한 정주허가”란 제명 아래 묶였다. 제18c조 제1항은 전문인력에 대한 정주허가의 전제조건을 통일적으로 제시하고 있다. 직업교육 또는 대학교육을 받았거나, 연구자인 전문인력은 개정 체류법 제18a조 제18b조, 제18d조(연구목적의 체류허가)에 따른 체류허가를 4년간 보유하고, 해당 자격에 상응하는 직업에 종사하며 48개월 이상 연금보험에 가입했다면 연방노동청의 승인 없이 정주허가를 취득할 수 있다. 이를 위해서는 스스로 생계유지가 가능해야 하고, 충분한 독일어지식(B1)이 필요하다. 만약 전문인력이 직업교육이나 대학교육을 독일에서 마쳤다면, 그 기간은 2년으로 단축된다.

#### 9) 신청절차 신속화

“신속한 전문인력절차(beschleunigtes Fachkräfteverfahren)”에 관한 조항이 체류법 제81a조로 신설되었다. 동조 제1항에 따르면, 고용주는 중앙외국인청에 체류법 제16a조(직업교육 및 직업재교육), 제16d조(해외 취득 직업자격의 인증), 제18a조(직업교육을 받은 전문인력), 제18b조(대학교육을 받은 전문인력) 및 제18c조 제3항(대학교육을 받은 고급인력)에 따른 체류허가를 받기 위해 입국하려는 외국인을 위해 신속절차를 신청할 수 있다. 사전승인이 받아들여지면, 재외공관은 3주 이내에 비자신청을 위한 약속을 잡아야 하고, 서류가 제출된 후 다시 3주 이내에 비자신청에 대한 결정을 내려야 한다(개정 체류규정 제31a조). 이로 인해 비자신청을 위해 수개월에서 때로 1년까지 소요되었던 대기시간을 줄이는 효과가 있을

42) 체류법 제9조에서는 정주허가를 취득하기 위한 조건으로 5년간 체류허가를 보유하고, 60개월 이상 연금보험을 납입할 것 등을 규정했다.

것으로 기대된다.<sup>43)</sup> 신속절차는 동시에 가족결합을 위한 입국도 포함한다. 기타 공인된 인력(특히 IT전문가, 연구자, 기업임원)도 해당하지만, 저숙련 인력은 대상이 되지 않는다.<sup>44)</sup>

## V. 우리 이민법제 및 정책에의 시사점

1960년대 초부터 1980년대 말까지 한국은 독일, 중동 등지로 노동자를 수출하던 국가였으나 급격한 산업화를 거치면서 이민유입국으로 변모하였다. 한국은 비숙련 외국인노동자에 대해서는 국가가 관리하며 정주화를 금지하는 원칙을 고수해왔지만, 외국인 전문인력에 대해서는 입국과 체류에 편의를 제공하는 투트랙 전략을 펴왔다. 한국의 이민정책 전개 과정에서 외국인근로자 정책은 사실상 가장 먼저 시행된 이민정책이다. 1991년 산업연수생 제도에 이어 2004년 외국인근로자의 고용 등에 관한 법률에 근거해 고용허가제가 시행되고 있다. 일반 고용허가제를 통해 국내에서 근무하고 있는 외국인근로자(E-9) 수는 2023년 3월 현재 21만1361명에 이른다.<sup>45)</sup> 방문취업(H-2) 근로자 수를 포함한 외국인근로자 수는 38만 2550명에 달한다.

한국 정부는 우수 외국인력을 유치하기 위해 브레인 풀(Brain Pool) 사업 및 고용추천서 제도(Gold Card 사업) 운용, 복수국적 허용, 영주권 취득기간 단축, ‘우수인재 비자’ 신설 등 여러 정책적 노력을 기울여왔지만, 성과는 크게 두드러지지 않는다. 체류외국인은 2004년 75만873명, 2014년 179만7618명, 2019년 252만6567명, 2022년 223만5912명으로 크게 늘었지만,<sup>46)</sup> 전문인력의 유입은 크게 늘지 않았다. 전문인력 수는 2012년(5만264명)까지 상승 추세를 보이다가 2022년 5만781명으로 일정한 수준을 유지하고 있다.<sup>47)</sup> 2023년 3월 현재 교수인력(E-1)은 2003명, 연구인력(E-3)은 3997명이다.<sup>48)</sup> 특정활동(E-7) 인력은 2만7106명으로 집계되었다.

한국은 급격한 인구구조 변화와 생산가능인구 감소로 인해 이주정책의 변화를 요구받고

43) Ibid.

44) BT-Drs. 19/8285, S. 113.

45) 고용노동부, e-고용노동지표, [https://eboard.moel.go.kr/indicator/detail?menu\\_idx=75](https://eboard.moel.go.kr/indicator/detail?menu_idx=75) (2023.5.16. 접속)

46) 법무부, 출입국통계, <https://www.moj.go.kr/moj/2412/subview.do> (2022.5.16. 접속).

47) 강동관 외, 외국인 전문인력 입국 및 체류 실태 분석 연구, IOM이민정책연구원 (2018. 11), 65면. 전문 외국인 인력 비자는 C-4를 비롯해, E-1부터 E-7에 걸쳐 있다.

48) 법무부 출입국·외국인정책본부, 출입국·외국인정책 통계월보 2023.3월호, 32쪽.

있다. 이주국가로 진입했지만, 지속가능한 발전을 위해 이주정책의 방향을 어떻게 설정할 것인지, 외국인의 이주를 받아들일 경우 우리 사회와 경제에 미칠 영향은 어떠한 것인지, 외국인력의 수용이 노동시장에 미칠 영향은 무엇인지, 사회통합을 어떻게 추진할 것인지 등을 장기적인 관점에서 종합적으로 고려한 이주정책과 법제는 미흡하다. 이러한 가운데 외국의 우수인력을 유치하기 위해 이민 문호를 개방해야 한다는 목소리도 커지고 있다.<sup>49)</sup>

독일 정부는 비숙련노동자에 대한 높은 문턱을 유지하면서 고급인력에 대해서는 지속적으로 입국·고용조건을 완화하는 조치를 취해왔다. 독일은 1990년대 말부터 우수한 노동력을 확보하기 위해 여러 정책을 내놓고 있고, 일정 부분 성과를 거두었다. 25세~44세 사이의 대학졸업자 중 외국 출생자 비율은 2007년 15.2%에서 2017년 24.9%로 증가했다.<sup>50)</sup> 그럼에도 독일 경제계는 더 많은 전문인력을 받아들여야 한다고 요구해왔고, 독일 정부와 의회는 이를 받아들였다.

전문인력이주법은 독일 외국인고용정책의 전환으로 볼 수 있다. 고학력이 아니더라도 공인된 자격을 갖춘 기술인력이 독일로 들어올 수 있는 길을 확대했다는 의의가 있다. 기존 독일의 이주정책이 대학졸업자와 고급인력에 집중되었다면, 이 법은 직업교육을 받은 숙련기술자에게도 독일 체류 및 노동시장 접근의 문을 확대하고자 했다. 한국도 고학력 인재뿐 아니라 자격을 갖춘 기술인력이 국내 노동시장에 접근하고 장기간 체류할 수 있도록 ‘전문인력’의 범주를 넓게 설정하는 것이 필요해 보인다.

전문인력이주법 제정을 통해 제3국 출신 전문인력이 독일 노동시장에 접근할 수 있는 통로가 확대되었으나 전면적인 개방이라고 볼 수는 없다. 독일에서는 그간 연구자나 학자 등 고학력 외국인력의 비중은 꾸준히 증가했으나, 기술인력의 유입은 상대적으로 제한되어 있었다. 전문인력이주법의 제정으로 인증된 직업자격을 지닌 전문인력은 원칙적으로 모든 직군에서 일할 수 있고, 취업우선권심사의 대상이 되지 않는다. 그러나 체류법, 체류규정, 취업규정 등 관련 규정과 체류허가 취득절차는 여전히 복잡해 보인다. 언어장벽은 여전히 높고, 외국에서 취득한 직업자격을 독일에서 인정받는 것은 쉽지 않다.

독일 전문인력이주법은 경제발전상, 산업구조, 이주국가화, 인구구조 변화 등 여러모로 독일과 비슷한 특성을 가진 한국이 노동이주정책을 실행하는 데 있어서 눈여겨보아야 할 법제다. 한국은 성장동력을 잃지 않고자 우수한 외국인력을 유치하기 위해 여러 정책을 시행해왔

49) 조계완, “외국인 200만명 시대…‘이민 문호개방’ 이슈로 부상” (한겨레, 2017. 3. 2.) [www.hani.co.kr/arti/economy/economy\\_general/784842.html#csidx98359adc6183ebc9dc4b98f73257bfc](http://www.hani.co.kr/arti/economy/economy_general/784842.html#csidx98359adc6183ebc9dc4b98f73257bfc)

50) Geis-Thöne, “Immer mehr Hochqualifizierte stammen aus dem Ausland,” S. 2.

지만, 그다지 효과를 보지 못했다. 그에 비하면 독일의 우수인력 유치 정책은 어느 정도 성과를 거두었다고 볼 수 있다. 더 나아가, 독일 정치권은 기술자격을 갖춘 전문인력의 유입을 확대하기 위해 보다 개방적인 정책과 법제를 마련했다.

전문인력이주법의 도입의 성과는 어느 정도 확인되고 있지만, 그 효과는 아직 크지 않아 보인다.<sup>51)</sup> 2021년 체류법 제18a조에 따른 직업교육을 받은 전문인력 수는 2493명, 제18b조 제1항에 따른 전문인력 수는 3034명이었다.<sup>52)</sup> 이에 비해 EU 블루카드(체류법 제18조 제2항) 소지자 수는 1만1768명으로 숙련인력군에서 차지하는 비중이 거의 절반에 달했다.

전문가들은 전문인력이주법의 방향이 대체로 올바르지만, 장기적 관점에서 전문인력 부족에 대응하기에는 여전히 부족하다고 평가했다.<sup>53)</sup> 여전히 규정이 복잡하며 획기적인 전환이라고 보기 어렵다는 비판도 적지 않다. 독일 정부는 추가적으로 외국 전문인력의 유입을 더 용이하게 하기 위한 입법을 마련했다. 연립내각이 2023년 3월 전문인력이주법의 개혁을 위한 법안을 승인하면서,<sup>54)</sup> 이 법안은 연방의회에서 논의될 예정이다.

이민자의 유입은 수용국가의 정치, 경제, 사회, 문화에 광범위한 영향을 미친다. 특히 외국인력의 유입은 국내 노동시장에 큰 영향을 미칠 수 있기에 보다 면밀한 분석과 예측이 필요하다. 이주법제는 일거에 획기적으로 바꾸기 어렵다. 이민법이 “매우 다양하고, 때로는 모순적이기까지 한 개인적·사회적·국가적 이해관계, 책무 및 관리요구가 얹힌 집합소”<sup>55)</sup>이기 때문이다. 한국보다 먼저 비슷한 경험을 해오고 그에 대응하기 위한 법제를 수립해온 독일의 사례는 우리가 이주정책과 법제를 수립하기 전에 면밀히 살펴볼 가치가 있다. 최근 몇 년간 코로나19의 확산으로 인해 이주 흐름이 정체된 탓에 전문인력이주법이 당초 입법목적을 달성하였는지 아직은 판단하기 이르지만, 향후 이 법의 시행 효과를 살펴보는 것도 유용하리라 생각한다.

51) Susanne U. Schultz, Fachkräftemigrationsmonitor 2022, Bertelsmann Stiftung, S.7.

52) Ibid., S.30.

53) Redaktion beck-aktuell, “Experten zu Fachkräfteeinwanderungsgesetz: Noch nicht ausreichend,” Verlag C.H.BECK (2019. 6. 3).

54) Der Entwurf eines Gesetzes zur Weiterentwicklung der Fachkräfteeinwanderung.

55) Kluth, “Next Steps,” S.1305.



## 참고문헌

- 강동관 외, 외국인 전문인력 입국 및 체류 실태 분석 연구, IOM이민정책연구원 (2018. 11)
- 법무부 출입국·외국인정책본부, 출입국·외국인정책 통계연보 2018, 2019
- 법무부 출입국·외국인정책본부, 출입국·외국인정책 통계월보 2023, 3월호
- 구춘권, “이주의 증가와 독일 이주민정책의 변화,” 국제·지역연구, 제21권 제1호(2012. 봄)
- 이보연 ‘독일의 난민 관련법 개정 현황’, 법학연구, 제27권 제2호 (2019. 4)
- 고용노동부, e-고용노동지표, [https://eboard.moel.go.kr/indicator/detail?menu\\_idx=75](https://eboard.moel.go.kr/indicator/detail?menu_idx=75).
- 통계청, 체류외국인 현황, 출입국·외국인정책 통계연보 2018 [www.index.go.kr/potal/stts/idxMain/selectPoSttsIdxSearch.do?idx\\_cd=2756&stts\\_cd=275601&freq=Y](http://www.index.go.kr/potal/stts/idxMain/selectPoSttsIdxSearch.do?idx_cd=2756&stts_cd=275601&freq=Y)
- 조계완, “외국인 200만명 시대…‘이민 문호개방’ 이슈로 부상” (한겨레, 2017. 3. 2.) [www.hani.co.kr/arti/economy/economy\\_general/784842.html#csidx98359adc6183ebc9dc4b98f73257bfc](http://www.hani.co.kr/arti/economy/economy_general/784842.html#csidx98359adc6183ebc9dc4b98f73257bfc)
- BAMF, Aktuelle Zahlen zu Asyl, 2018
- BMI & BAMF, Migrationsbericht 2018, 2019
- European Migration Network(EMN), The Impact of Migration on German Society, BAMF, 2005
- Janne Grote et al, Migration, Integration, Asyl: Politische Entwicklungen in Deutschland 2018, BAMF, 2019
- Kirsten Hoesch, Migration and Integration, Springer VS, 2018
- Lydia Malin et al. Fachkräftesicherung in Deutschland –diese Potenziale gibt es noch, KOFA 2019
- Simone Wolken, Das Grundrecht auf Asyl als Gegenstand der Innen- und Rechtspolitik in der Bundesrepublik Deutschland, Peter Lang, 1988
- Statisches Bundesamt, Ausländische Bevölkerung in Deutschland, 2001, S. 10.
- Susanne Worbs et al, (Spät-)Aussiedler in Deutschland, BAMF, 2013
- Winfried Kluth et al., Handbuch Zuwanderungsrecht, C.H.Beck, 2017

- Christin Hess und Simon Green, "Introduction: The Changing Politics and Policies of Migration in Germany," German Politics vol. 25, no. 3(2016)
- Johann Fuchs, Alexander Kubis und Lutz Schneider, "Zuwanderung und Digitalisierung: Wie viel Migration aus Drittstaaten benötigt der deutsche Arbeitsmarkt künftig?" Bertelsmannstiftung, 2019
- Jörg Michael Dostal, "The German Federal Election of 2017: How the Wedge Issue of Refugees and Migration Took the Shine off Chancellor Merkel and Transformed the Party System," The Political Quarterly, vol. 88, no. 4(2017. 12)
- Kay Hailbronner, "Asylum Law Reform in the German Constitution," Am. U. J. Int'l L. & Pol'y, vol. 9(1994)
- Kim Hammer und Sebastian Klaus, "Fachkräfteeinwanderungsgesetz (FEG): Signal mit Fragezeichen oder echter Quantensprung?" ZAR, 2019,
- Ruud Koopmans, "Germany and its Immigrants: An Ambivalent Relationship", Journal of Ethnic and Migration Studies, vol. 25, no. 4(2010. 6).
- Suzanna Crage, "The More Things Change... Developments in German Practices towards Asylum Seekers and Reconised Refugees," German Politics, vol. 25, no. 3 (2016. 8)
- Susanne U. Schultz, Fachkräftemigrationsmonitor 2022, Bertelsmann Stiftung.
- Wido Geis-Thöne, "Immer mehr Hochqualifizierte stammen aus dem Ausland," IW-Kurzbericht, No. 55(2019), Institut der Deutschen Wirtschaft
- Winfried Kluth, "Next Steps: Die Gesetze des Migrationspakets 2019 folgen jeweils eigenen Pfaden," NVwZ (2019).
- Bundestag, BT-Drs. 19/8285
- Tagesspiegel, "Die meisten Flüchtlinge bringen starke demokratische Grundeinstellungen mit," (2019. 7. 22.), [www.tagesspiegel.de/politik/forschung-ueber-migranten-die-meisten-fluechtlinge-bringen-starke-demokratische-grundeinstellungen-mit/24683822.html](http://www.tagesspiegel.de/politik/forschung-ueber-migranten-die-meisten-fluechtlinge-bringen-starke-demokratische-grundeinstellungen-mit/24683822.html)
- Welt, "Studie sieht kaum Anreize für ausländische Akademiker" (2019. 12. 16.) [www.welt.de/wirtschaft/article204353166/Fachkraeftemangel-Studie-sieht-kaum-Anreize-f](http://www.welt.de/wirtschaft/article204353166/Fachkraeftemangel-Studie-sieht-kaum-Anreize-f)

uer-auslaendische-Akademiker.html

Redaktion beck-aktuell, "Experten zu Fachkräfteeinwanderungsgesetz: Noch nicht ausreichend," Verlag C.H.BECK (2019. 6. 3.)

BMWi, Wirtschaftliche Entwicklung und Konjunktur, [www.bmwi.de/Redaktion/DE/Dossier/wirtschaftliche-entwicklung.html](http://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Dossier/wirtschaftliche-entwicklung.html)

BT, "Einwanderung in den deutschen Arbeitsmarkt neu geregelt," [www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2019/kw23-pa-inneres-fachkraefte-644166](http://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2019/kw23-pa-inneres-fachkraefte-644166)

BT, "Fachkräfte - einwanderungs-gesetz Schritt in richtige Richtung," [www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2019/kw23-pa-inneres-fachkraefte-644166](http://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2019/kw23-pa-inneres-fachkraefte-644166)

## 헌법상 노동기본권 측면에서 바라본 단순인력 관련 법제

노호창(호서대 법경찰행정학과 교수)

### I. 서론

최근 몇 년 사이에 출생자 수가 40만명대에서 30만명대로 감소하였고 급기야 2020년 이후부터 출생자 수는 20만명대로 감소하는 등 그 어느 때보다 저출산·고령화가 심화되었다. 또한 베이비부머 세대가 급속하게 노동시장에서 퇴장할 것이 예견되고 있는 가운데 인구 문제로 인한 한국의 앞날은 경제, 국방 등 사회 전반에 걸쳐 매우 큰 우려를 낳고 있다. 게다가 노동시장의 이중화(대기업-중소기업, 정규직-비정규직)로 인한 청년 세대의 3D업종 기피현상이 심각해지면서 노동시장의 잡 미스매치(job mis-match)와 노동력 부족이 동시에 나타나고 있다. 그런 가운데 외국인 단순인력이 없다면 중소기업, 서비스업, 농림수산업 등 산업과 노동시장이 마비된다고 해도 될 정도로 외국인 근로자가 우리 사회에서 차지하는 비중이 높아졌다.

특히 외국인 노동은 우리나라의 노동시장에 많은 영향을 미칠 수 있기 때문에 주의해서 바라보아야 한다. 첫째, 외국인근로자는 노동시장 전체에서 차지하는 비중이 높지 않다고 할지라도, 노동공급의 한계비용을 하락시키므로 업종에 따라서는 그 업종 전체의 임금 기타 근로조건을 경쟁적으로 하락시키는 방향으로 악영향을 미칠 수 있고, 둘째, 외국인근로자의 대부분은 소위 3D 업종 기타 서비스업종에 취업하고 있어서 이들이 우리나라 노동시장 구조에서 차지하고 있는 비중이나 중요성은 단순히 수치적인 것으로 평가해서는 곤란할 정도에 이르렀고, 셋째, 대기업-중소기업의 이중구조, 정규직-비정규직, 중소기업 일자리의 열악한 상태 등 이중화된 노동시장의 왜곡된 구조에서 외국인근로자로 통칭되는 외국인단순인력이 저임금의 열악한 일자리 구조의 대부분을 떠받치고 있기 때문이다.<sup>1)</sup>

이처럼 외국인 노동이 가지는 중요성 때문에 외국인에 대한 법적 관점에서의 접근을 하지

1) 노호창, “외국인근로자 고용에 있어서의 법적·정책적 쟁점”, 『노동법학』 제70호, 한국노동법학회, 2019.6, 181면.

않을 수 없다. 기본적으로 외국인에게는 타국에 대한 입국의 자유가 인정되지 않는다는 점이 전통적으로 받아들여져 왔다. 왜냐하면, 국가는 영토주권에 기하여 스스로 바람직하지 않다고 생각하는 외국인의 입국을 금지할 수 있는 광범위한 재량권을 가진다고 보기 때문이다. 즉, ‘모든 국가에게는, 외국인의 입국이 해당국에 명백한 위협이나 분명한 해악을 끼치는 경우, 해당 외국인의 입국을 거부할 권리가 있다. 자신의 안전을 스스로 살펴야 한다는, 국가 스스로가 자신에 대하여 지고 있는 이러한 의무 때문에 이러한 권리가 생긴다.’<sup>2)</sup> 이런 관점에서 각국의 출입국관리법제는 다양한 입국금지사유들을 규정하고 있고 외국인의 입국 및 활동에 대해 다양하게 규제를 하고 있다. 우리나라의 경우에도, 외국인이 적법하게 입국하려면 입국금지사유가 없어야 하고 경우에 따라서는 추가적으로 사증발급 기타 입국허가와 함께 체류허가도 받아야 한다. 또한 체류허가를 받는 경우에도 체류자격의 종류에 따른 체류기간 및 활동의 제약을 받는다. 당연히 취업 기타 경제활동을 하기 위해서는 그에 맞는 체류자격을 갖추어야 하고 그러한 활동도 체류자격에서 인정하는 기간 동안만 가능하다.<sup>3)</sup> 외국인 노동도, 이러한 관점에서, 자유롭게 방임되고 있지 않고 규제되고 있다. 「출입국관리법」이나 「외국인근로자의 고용 등에 관한 법률」(이하 ‘외국인고용법’) 등은 그런 관점에서 외국인의 노동과 관련된 법제의 중요한 축이 된다.

외국인고용법은 「출입국관리법」상 단순기능인력에 속하는 비전문취업(E-9)이나 방문취업(H-2)의 체류자격으로 취업하고자 하는 외국인과 그 사용자를 규율 대상으로 한다. 외국인 고용법은, 단순기능 외국인근로자가 아닌 외국인력, 즉 전문인력은 처음부터 적용대상에서 제외한다. 전문인력의 체류자격에 해당하는 교수(E-1), 회화지도(E-2), 연구(E-3), 기술지도(E-4), 전문직업(E-5), 예술흥행(E-6), 특정활동(E-7) 및 전문인력은 아니지만 계절근로(E-8)의 체류자격에 해당하는 자가 그러하다. 그리고 90일 이하의 기간 동안 취업자격인 단기취업(C-4) 체류자격자도 외국인고용법의 적용대상이 아니다. 외국인이 취업을 할 수 없는 체류자격을 지닌 경우에도 역시 외국인고용법상의 외국인근로자가 될 수 없다. 예컨대, 취업을 할 수 있는 체류자격이 아닌 기술연수(D-3)나 유학(D-2)의 체류자격이 그러하다(외국인고용법 제2조, 동시행령 제2조). 외국인고용법은 그 명칭만 보면 마치 모든 외국인근로자에

2) Monsieur de Vattel, *The Law of Nations*, 6<sup>th</sup> American Ed., T. & J. W. Johnson Law Booksellers, 1844, B. 1, C. 19, § 230.

3) 체류자격은 외국인이 국내에서 체재하면서 일정한 활동을 수행할 수 있는 법적 지위를 유형화한 것인데, 출입국관련 법령에서는 체류자격의 개념을 직접 규정하고 있지는 않고 체류자격의 유형만을 규정하고 있을 뿐이다. 체류자격의 개념에 관한 상세한 내용은 노호창, “체류자격의 규정방식에 관한 검토”, 『행정법연구』 제54호, 행정법이론실무학회, 2018.8, 246면.

게 적용되는 법률처럼 인상을 주지만 실제로 이 법이 규율하는 범위는 비전문취업(E-9), 방문취업(H-2) 두 가지뿐으로 매우 좁다.<sup>4)</sup> 그렇지만 실제 적용 대상이 되는 외국인근로자의 수가 매우 많아서 이 법의 중요성이 작지 않다.

그런데 외국인근로자도 노동을 하는 사람이기 때문에 헌법상 근로권이나 노동3권과 같은 노동기본권의 적용이 문제되고 외국인고용법이나 출입국관리법상 규제와 및 노동관계법상의 보호의 관계에서 발생하는 충돌과 교착을 어떻게 바라보고 미래지향적 해결이 무엇일지 논의가 필요하다.

## II. 외국인근로자의 법적 지위

### 1. 외국인의 기본권 주체성

현행 헌법은 기본권의 주체를 기본적으로는 “국민”으로 규정하고 있다. 따라서 헌법 문언으로 볼 때는 대한민국 국민이 아닌 외국인에 대해서는 기본권의 주체로 규정하고 있지 않아서 실제 제정 당시 헌법의 생각이 무엇이었는지는 알 수 없다.

현행 헌법에서 외국인을 직접 언급한 조항은 헌법 제6조 제2항 뿐이다. 헌법 제6조 제2항에서는 “외국인은 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 그 지위가 보장된다.”라고만 규정하여 외국인의 지위에 대하여 언급하고 있을 뿐이다. 이러한 헌법의 규정으로부터 외국인도 국민과 마찬가지로 기본권을 향유할 수 있는지, 만일 그렇다면 그 범위는 어느 정도까지인지라는 의문이 제기된다. 이에 대한 답변은 일단 헌법의 문언을 어떻게 해석하느냐에 달려있다.<sup>5)</sup> 헌법상 기본권 조항들은 그 주체를 “국민”으로 상정하고 있는데, 이를 문리적으로만 해석하여 기본권의 주체를 국민에 한정할 것인지 아니면 외국인까지 포섭할 것인지의 문제인 것이다.<sup>6)</sup>

여기서 주의할 점은, 헌법 제6조 제2항은 ‘법적 지위’가 아니라 ‘지위’라는 불확정개념을 규정하고 있다는 점이다. 그렇지만 이는 국제법과 조약이 정하는 바에 의해 보장되는 것이므로 법적 성격을 가질 수밖에 없을 것이다. 그리고 ‘지위’는 보장의 대상이므로 ‘지위’의 내용

4) 선원의 경우 외국인고용법의 적용을 받는 경우에는 비전문취업(E-9)의 체류자격을 가지게 되고 「선원법」의 적용을 받는 경우 선원취업(E-10)의 체류자격을 가지게 된다. 즉 선원취업(E-10) 체류자격은 외국인고용법상 고용허가제 대상이 아니고 「선원법」 및 출입국관리법령에 의해 규율되는 대상이다.

5) 전상현, “외국인의 기본권 - 헌법재판소 결정례에 대한 비판적 검토를 중심으로”, 『강원법학』 제43호, 2014, 581면.

6) 조성혜, “외국인고용법에 대한 비판적 검토”, 『서울법학』 제27권 제3호, 서울시립대 법학연구소, 2019.11, 239면.

은 ‘의무’나 ‘반사적 이익’은 될 수 없을 것이며, 국제법과 조약이 인정하는 한도에서 우리나라 법이 수용할 수 있는 권리일 것이다.<sup>7)</sup>

기본적으로 인간의 권리에 있어서는 외국인에 대해서도 기본권 주체성을 인정하는 것이 타당할 것이다. 하지만 외국인이 우리 헌법상 기본권 주체성이 인정되는 것과는 별개로 대의제 민주주의 원칙에 따라 자신들이 대변될 수 있는 법적 통로가 거의 없기에 법적 지위가 국민과 동일할 수는 없다. 다만 법치주의의 원리상 외국인에게 있어서는 최소한 입법에 있어서의 예측가능성이나 법적 안정성이 보장되는 것이 자유민주국가의 정의의 원리에 부합하는 것이 아닌가 생각한다.

그런데 외국인에게 국제법과 조약이 인정하는 한도에서 어떤 권리가 헌법을 매개로 인정된다고 해서 그 모두가 해당 외국인의 기본권으로서의 성격을 가진다고 볼 수 있을지는 의문이며, 사안에 따라 기본권으로서의 성격이 있는 것인지 아니면 기본권까지는 아니고 권리 정도에 머무는 것인지 개별적인 판단이 필요할 부분들이 있을 것이라 생각한다.<sup>8)</sup>

헌법재판소가 그동안 여러 차례의 결정에서 외국인의 기본권 주체성 인정 여부와<sup>9)</sup> 외국인에 대한 기본권 제한 정도를 구분하여 인식하면서, 예컨대 근로의 권리에 있어서 국민과 외국인 간에 보장수준이 다를 수 있다고 판단해오는 것도 그러한 맥락에서 이해할 수 있다. 예컨대, 기본권을 ‘인간의 권리’와 ‘국민의 권리’로 나누는 기준 자체가 이분법적 기본권 성질론의 한계상 모호한 탓에, 가령 ‘직장선택의 자유’는 ‘인간의 권리’이므로 외국인도 그 주체가 될 수 있지만,<sup>10)</sup> ‘직업의 자유’는 ‘국민의 권리’이므로 외국인이 주체가 될 수 없다고 판시하는가 하면,<sup>11)</sup> ‘근로의 권리’ 중 ‘일할 자리에 관한 권리’는 사회적 기본권으로서 국민에게만 인정되는 반면 ‘일할 환경에 관한 권리’는 자유권적 기본권의 성격도 아울러 가지므로 외국인에게도 인정될 수 있다고 하는 식으로<sup>12)</sup> 상호모순되어 보이는 판시들이 등장했던 것도 원론적 관점에서 외국인의 기본권 주체성 인정 여부와 구체적 사안에서 해당 외국인에

7) 노호창, “외국인근로자 고용에 있어서의 법적·정책적 쟁점”, 195면.

8) 노호창, “외국인근로자 고용에 있어서의 법적·정책적 쟁점”, 195면.

9) 헌법재판소는 일찍이 외국인의 기본권 주체성을 인정해왔다. 예컨대, 헌법재판소 2001. 11. 29.자 99헌마494 결정도 “우리 재판소는 …… ‘국민’ 또는 국민과 유사한 지위에 있는 ‘외국인’은 기본권의 주체가 될 수 있다 판시하여 원칙적으로 외국인의 기본권 주체성을 인정하였다. 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.”라고 판시한 바 있다.

10) 헌법재판소 2011. 9. 29.자 2007헌마1083 결정; 헌법재판소 2021. 12. 23. 선고 2020헌마395 결정.

11) 헌법재판소 2014. 8. 28.자 2013헌마359 결정.

12) 헌법재판소 2007. 8. 30.자 2004헌마670 결정; 헌법재판소 2021. 12. 23. 선고 2020헌마395 결정.

게 어떤 권리를 인정할 것인가라는 문제가 일관성있게 연결되는 것이 아닐 수 있고 따라서 그 판단이 쉽지 않다는 것을 의미한다.

여기서 ‘일할 환경에 관한 권리’란 건강한 작업환경, 일에 대한 정당한 보수, 합리적인 근로조건의 보장 등을 요구할 수 있는 권리 등을 의미하고<sup>13)</sup> ‘근로조건’은 “사용자와 근로자 사이의 근로관계에서 임금·근로시간·후생·해고 기타 근로자의 대우에 관하여 정한 조건을 말한다.”<sup>14)</sup>

이미 불법체류 외국인 근로자에게도 산업재해보상이 인정되고 있고<sup>15)</sup> 그의 노동 및 노동관계 그 자체에 대해서는 근로기준법, 최저임금법 등 개별적 근로자로서의 보호입법의 적용이 부정될 수 없다.<sup>16)</sup> 또한 노동3권 역시 외국인근로자에게도 인정되고 있어서 외국인근로자도 노동조합을 설립할 수 있고<sup>17)</sup> 상황에 따라서는 단체교섭, 단체행동이 부정되지 않는다. 노동3권의 경우, 노동조합이라는 단체의 문제이고 또 구성원은 바뀌더라도 단체는 존속할 수 있는 것이기에 개별적이고 구체적인 외국인근로자 개인의 고용이나 체류와 무관하게 존속할 수 있는 것이기에 이를 부정하기는 좀더 어려운 측면이 있다.

반면 외국인근로자라도 고용허가제의 적용을 받는 경우, 원하는 사업장에서 원하는 대로 일을 할 권리가 인정되는 것이 아니고 사업장의 변경 여부 및 회수가 제한되는 등 고용의 측면에서는 상당한 규제를 받고 있다. 이렇듯 개별 외국인의 일할 자리에 관한 권리의 문제는 그 구체적 개인으로서의 외국인의 고용이 입국, 체류, 출국과 긴밀하게 연결되어 있어서 기본권 주체성 문제와 실제 현실의 권리보장 여부가 상당히 난맥상을 이루는 듯하다.

13) 헌법재판소 2007. 8. 30.자. 2004헌마670 결정; 헌법재판소 2011. 9. 29.자 2009헌마351 결정 등.

14) 대법원 1992. 6. 23. 선고 91다19210 판결; 대법원 2022. 9. 29. 선고 2018다301527 판결.

15) 대법원 1995. 9. 15. 선고 94누12067 판결.

16) 대법원 2015. 6. 25. 선고 2007두4995 전원합의체 판결: “출입국관리 법령에서 외국인고용제한규정을 두고 있는 것은 취업활동을 할 수 있는 체류자격(이하 ‘취업자격’이라고 한다) 없는 외국인의 고용이라는 사실적 행위 자체를 금지하고자 하는 것뿐이지, 나아가 취업자격 없는 외국인이 사실상 제공한 근로에 따른 권리나 이미 형성된 근로관계에서 근로자로서의 신분에 따른 노동관계법상의 제반 권리 등의 법률효과까지 금지하려는 것으로 보기는 어렵다.”

17) 대법원 2015. 6. 25. 선고 2007두4995 전원합의체 판결: “타인과의 사용종속관계하에서 근로를 제공하고 그 대가로 임금 등을 받아 생활하는 사람은 노동조합법상 근로자에 해당하고, 노동조합법상의 근로자성이 인정되는 한, 그러한 근로자가 외국인인지 여부나 취업자격의 유무에 따라 노동조합법상 근로자의 범위에 포함되지 아니한다고 볼 수는 없다. 취업자격 없는 외국인이 노동조합법상 근로자의 개념에 포함된다고 하여 노동조합의 조합원 지위에 있는 외국인이 출입국관리 법령상 취업자격을 취득하게 된다는가 또는 그 체류가 합법화되는 효과가 발생하는 것은 아니다. 취업자격 없는 외국인근로자들이 조직하려는 단체가 ‘주로 정치운동을 목적으로 하는 경우’와 같이 노동조합법 제2조 제4호 각 목의 해당 여부가 문제 된다고 볼 만한 객관적인 사정이 있는 경우에는 행정관청은 실질적인 심사를 거쳐 노동조합법 제12조 제3항 제1호 규정에 의하여 설립신고서를 반려할 수 있을 뿐만 아니라(대법원 2014. 4. 10. 선고 2011두6998 판결 참조), 설령 노동조합의 설립신고를 마치고 신고증을 교부받았다고 하더라도, 그러한 단체는 적법한 노동조합으로 인정받지 못할 수 있음은 물론이다.”



## 2. 외국인근로자에 대한 출입국관리법령상 규제

외국인근로자를 포함하여 외국인의 입국-체류-출국을 규율하는 기본적인 법률은 「출입국관리법」이다. 출입국관리법은 외국인의 입국과 상륙, 외국인의 체류와 출국, 외국인 등록, 사회통합 프로그램, 강제퇴거, 선박 등의 검색, 선박 등의 장 및 운수업자의 책임, 난민여행 증명서 발급 등에 대해 규율하는 외에도 국민의 출입국에 대해서도 규율하고 있다는 점이 특징적이다. 다만 입국의 자유가 본래 인정되는 국민과 그렇지 않은 외국인은 서로 다른 만큼 그 규율 목적과 규율 밀도는 상이하다. 헌법과 달리 출입국관리법은 국민에 대한 규율과 외국인에 대한 규율을 명시적으로 구분하여 규율하고 있어서 헌법에서처럼 기본권의 주체인 “국민”에 “외국인”을 포함할 것인가와 같은 논란을 불러일으키지는 않는다.<sup>18)</sup> 출입국관리법은 특정한 지위에 있는 외국인이 아닌 전체 외국인의 입국-체류-출국의 각 단계를 규율하고 있고, 외국인의 입국-체류-출국의 각 단계에 있어서는 세밀한 규율이 요구되는 만큼 출입국관리법 시행령과 동 시행규칙에서 매우 상세한 하위 시행 규범들을 마련하고 있다.

외국인 근로자와 관련하여 출입국관리법령상 주된 규율을 살펴보면 대략적으로 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 외국인의 입국 및 체류와 관련해서는 유효한 여권과 법무부장관이 발급한 사증(査證, 비자)을 가지고 있어야 하고(출입국관리법 제7조), 입국하려는 외국인은 일반체류자격(이 법에 따라 대한민국에 체류할 수 있는 기간이 제한되는 체류자격) 또는 영주자격(대한민국에 영주할 수 있는 체류자격)을 갖추어야 한다(출입국관리법 제10조). 일반체류자격은 단기체류자격(관광, 방문 등의 목적으로 대한민국에 90일 이하의 기간 동안 머물 수 있는 체류자격, 사증면제협정이나 상호주의에 따라 90일을 초과하는 경우에는 그 기간)과 장기체류자격(유학, 연수, 투자, 주재, 결혼 등의 목적으로 대한민국에 90일을 초과하여 법무부령으로 정하는 체류기간의 상한 범위에서 거주할 수 있는 체류자격)으로 구분된다(출입국관리법 제10조의2 제1항). 단기체류자격 및 장기체류자격을 종류, 체류자격에 해당하는 사람 또는 그 체류자격에 따른 활동범위는 체류목적, 취업활동 가능 여부 등을 고려하여 대통령령으로 정하는데(출입국관리법 제10조의2 제2항), 외국인고용법의 적용을 받는 외국인 근로자는 장기체류자격 중 비취업전문(E-9) 또는 방문취업(H-2) 비자를 취득하고 있어야 한다(외국인고용법 제2조, 동시행령 제2조 참조). 이러한 체류자격은 외국인 근로자가 국내에서 경제활동 또는 취업활동을 할 수 있는 기본적 요건이라고 할 수 있다.

18) 조성혜, 앞의 논문, 242면.

둘째, 외국인의 체류 중 활동과 관련해서는 기본적으로 체류자격에서 허용되는 범위에서 활동을 할 수 있다. 이는 외국인 근로자도 마찬가지이다. 외국인이 대한민국에서 취업하려면 대통령령으로 정하는 바에 따라 취업활동을 할 수 있는 체류자격을 받아야 한다(출입국관리법 제18조 제1항). 체류자격을 가진 외국인은 지정된 근무처가 아닌 곳에서 근무하여서는 안 된다(동조 제2항). 그리고 누구든지 체류자격을 가지지 않은 사람을 고용하여서는 안 되고(동조 제3항), 체류자격을 가지지 않은 사람의 고용을 알선하거나 권유하여서는 안 되고(동조 제4항), 체류자격을 가지지 않은 사람의 고용을 알선할 목적으로 그를 자기 지배하에 두는 행위를 하여서는 안 된다(동조 제5항). 이처럼 출입국관리법에 따르면 외국인 근로자에게는 경제활동뿐 아니라 이동의 자유도 상당 부분 제한됨을 알 수 있다. 그리고 대한민국에 체류하는 외국인이 그 체류자격의 범위에서 자신의 근무처를 변경하거나 추가하려면 미리 법무부장관의 허가를 받아야 하는데, 다만, 전문적인 지식 기술 또는 기능을 가진 사람으로서 대통령령으로 정하는 사람은 근무처를 변경하거나 추가한 날부터 15일 이내에 법무부장관에게 신고하여야 한다(출입국관리법 제21조 제1항). 즉 단순기능인력과 전문인력을 구분하여, 전자는 근무처 변경 시 허가를 받도록 요구하는 반면, 후자는 근무처 변경 시 신고만 해도 되는 것으로 하고 있는 것이다.

셋째, 출입국관리사무소장 등은 체류기간을 초과하였거나 취업활동을 할 수 있는 체류자격 없이 취업활동을 하는 외국인근로자를 우리나라 밖으로 강제퇴거시킬 수 있다(출입국관리법 제46조 제8호, 제9호 등).

넷째, 외국인을 고용한 자의 경우 외국인의 신변에 중요한 변화가 발생한 것 등과 같이 관련 법령에서 정해진 사유가 있으면 15일 이내에 지방출입국·외국인관서의 장에게 신고하여야 한다(출입국관리법 제19조 제1항).

### Ⅲ. 외국인의 취업과 외국인근로자 고용정책 현황

#### 1. 외국인 취업의 개관 및 단순기능 외국인 고용정책

외국인은 원칙적으로 「출입국관리법」(Immigration Act) 및 동법 시행령에 따라 취업이 허용된 체류자격을 부여받아야만 국내에서의 취업이 가능하다. 취업할 수 있는 체류자격을 기준으로 취업을 할 수 있는 외국인력은 법령상 ‘단순기능인력’과 ‘전문인력’의 두 가지로 대

분류된다.<sup>19)</sup> 단순기능인력의 경우 출입국관리법령에 따라 비전문취업(E-9)이나 방문취업(H-2)의 체류자격을 받아서 ‘외국인고용법’의 적용을 받게 되고, 전문인력의 경우 출입국관리법령에서 규율되고 있다. 체류자격을 기준으로 취업이 가능한 외국인력의<sup>20)</sup> 현황을 보면 다음과 같다.

○ 취업자격(출입국관리법 시행령 제23조 기준) 체류외국인 업무 유형별 현황

(2018.12.31. 현재, 단위: 명)<sup>21)</sup>

구분	총계	전문인력	단순기능인력
총체류자	594,991	46,851	548,140

(2021.03.31. 현재, 단위: 명)<sup>22)</sup>

구분	총계	전문인력	단순기능인력
총체류자	429,778	44,475	385,303

(2022.12.31. 현재, 단위: 명)<sup>23)</sup>

구분	총계	전문인력	단순기능인력
취업자격 체류외국인	449,402	50,781	398,621

○ 자격별 현황

• 전문인력

(2018.12.31. 현재, 단위: 명)<sup>24)</sup>

계	단기취업 (C-4)	교수 (E-1)	회화지도 (E-2)	연구 (E-3)	기술지도 (E-4)	전문직업 (E-5)	예술행행 (E-6)	특정활동 (E-7)
46,851	1,302	2,341	13,749	3,145	191	606	3,633	21,884

(2021.12.31. 현재, 단위: 명)<sup>25)</sup>

계	단기취업 (C-4)	교수 (E-1)	회화지도 (E-2)	연구 (E-3)	기술지도 (E-4)	전문직업 (E-5)	예술행행 (E-6)	특정활동 (E-7)
44,475	2,941	2,194	12,720	3,274	202	330	3,111	19,703

19) 「재한외국인처우기본법」에서는 전문외국인력이라는 표현을 사용한다(동법 제16조).

20) 외국인력의 개념은 외국인근로자를 포함하는 개념이다. 최홍엽, “외국인근로자와 전문외국인력”, 「이민법」(중판), 박영사, 2017, 364면.

21) 법무부(2018년 12월호), 출입국·외국인정책 통계월보, 25면.

22) 법무부(2021년 3월호), 앞의 자료, 27면.

23) 법무부(2022년 12월호), 앞의 자료, 33면.

24) 법무부(2018년 12월호), 앞의 자료, 25면.

25) 법무부(2021년 3월호), 앞의 자료, 27면.

(2022.12.31. 현재, 단위 :명)<sup>26)</sup>

총계	단기취업 (C-4)	교수 (E-1)	회화지도 (E-2)	연구 (E-3)	기술지도 (E-4)	전문직업 (E-5)	예술행 (E-6)	특정활동 (E-7)
50,781	1,985	2,012	14,251	4,009	214	238	3,989	24,083

## • 단순기능인력

(2018.12.31. 현재, 단위: 명)<sup>27)</sup>

계	비전문취업 (E-9)	선원취업 (E-10)	방문취업 (H-2)
548,140	280,312	17,447	250,381

(2021.03.31. 현재, 단위: 명)<sup>28)</sup>

계	비전문취업 (E-9)	선원취업 (E-10)	방문취업 (H-2)
385,303	226,553	17,456	141,294

(2022.12.31. 현재, 단위 : 명)<sup>29)</sup>

총계	계절근로 (E-8)	비전문취업 (E-9)	선원취업 (E-10)	방문취업 (H-2)
398,621	4,767	268,413	19,874	105,567

단순기능인력과 전문인력에 대한 정부의 입장이나 법적 대우 기타 사회적 취급은 같을 수가 없을 것이다.

단순기능인력은 비전문취업(E-9), 선원취업(E-10), 방문취업(H-2)으로 체류하는 외국인 근로자이다. 이들은 대체로 우리 국민들이 취업하기를 선호하지 않는 업종에 취업해 있어서 임금 기타 근로조건이 열악한 경우가 많다. 단순기능인력의 도입은 내국인의 일자리를 보호하기 위하여 국내 노동시장에 대한 보완에 그치는 것이 타당할 것이다. 하지만 외국인이 내국인보다 더 낮은 근로조건에 처해있는 것에 대하여 사회적 압력이 약하고, 직무능력과 숙련도가 유사한 경우라든가 저숙련노동으로 충분한 업종 내지 생산단계에서는 오히려 외국인력에 대한 선호도가 높다. 그런데 이런 현상은 노동시장에서 내국인의 임금 기타 근로조건까지 함께 악화시키는 계기가 될 수도 있다.<sup>30)</sup> 결국 외국인력이 국내 노동시장에 악영향을 끼치

26) 법무부(2022년 12월호), 앞의 자료, 33면.

27) 법무부(2018년 12월호), 앞의 자료, 25면.

28) 법무부(2021년 3월호), 앞의 자료, 27면.

29) 법무부(2022년 12월호), 앞의 자료, 33면.

30) 이규용·이태정, “외국인 불법체류 및 취업문제, 어떻게 바라볼 것인가?”, 「노동리뷰」, 한국노동연구원, 2007.9, 62면.

지 않아야 한다는 대전제에도 불구하고, 단순기능인력과 국내의 열악한 노동계층이 경쟁 내지 대체관계에 놓이기 쉽다. 따라서 단순기능 외국인근로자 위주의 도입정책이 지속될 경우, 임금 기타 근로조건의 하락 등 부정적 현상이 유지될 가능성이 높고 3D 위주의 산업구조를 지속시키는 등 중장기적으로는 국내 노동시장에 바람직하지 않은 영향을 끼치게 될 수도 있다.<sup>31)</sup> 국내에서 외국인력 중 다수를 차지하는 단순기능인력은 출입국관리법 및 외국인고용법에 따라 엄격한 규율을 받는다.

반면에 전문인력은, 전문적인 지식·기술 또는 기능 등을 가진 외국인으로서, 교수(E-1), 회화지도(E-2), 연구(E-3), 기술지도(E-4), 전문직업(E-5), 예술행행(E-6), 특정활동(E-7) 등의 체류자격을 가진 외국인을 지칭한다. 이들은 전문지식이나 기술이 있어서 대체로 근로조건이 좋은 편이다.<sup>32)</sup> 때로는 그 전문성 덕분에 협상력의 우위를 점하는 경우도 있다. 우수한 외국인력을 도입하는 것은 산업경쟁력을 강화하는 계기가 될 것이므로, 정부는 입국과 체류에서 혜택을 주어 전문인력을 적극적으로 도입하고자 한다. 그래서 단순기능 외국인근로자의 경우에는 내국인 근로자를 고용하지 못한 경우에 한하여 제한적으로 고용하고 전문인력을 보다 적극적으로 유지하는 것이 장기적으로 바람직한 방향일 것이다.<sup>33)</sup>

단순기능인력에 대해 규율하는 두 가지 유형으로 흔히 거론되는 제도로는 고용허가제와 노동허가제가 있다.

현행 외국인고용법상 단순기능 외국인근로자에 대해서는 입국, 체류, 출국이라는 경로에 따라 각각 대표적인 규율수단을 가지고 있다.<sup>34)</sup> 고용허가제, 사업장이동권 제한, 고용변동신고, 출국만기보험이 그러하다.<sup>35)</sup> 그런데 이들 각 제도들은, 외국인근로자에 대하여, 우리나라 노동시장 상황에 따라 필요할 때는 도입하여 활용하지만, 해당 외국인이 국민으로 되거나 정주화(定住化)하는 것에 대해서는 국가의 통제이익 관점에서 부정적으로 보고 있어서, 일정 기간 근로 후에는 본국으로 돌아갈 것을 원칙으로 하고 있다.<sup>36)</sup> 이처럼 단순기능 외국인근로자는 사용자와의 협상력에서 우위를 가지기 어렵고 또한 일정 기간 경과 후 본국으로

31) 최홍엽, “외국인근로자와 전문외국인력”, 364면.

32) 최홍엽, “외국인근로자와 전문외국인력”, 364면. 다만 이 분류는 체류자격에 의한 대략적인 분류여서, 반드시 이미지와 현실이 부합하는 것은 아니다. 예컨대, 예술행행(E-6) 자격으로 입국하는 외국인의 경우 단순기능 외국인근로자의 대우밖에 받지 못한다거나 보호의 사각지대로 내몰리는 경우도 많다.

33) 최홍엽, “외국인근로자와 전문외국인력”, 364면.

34) 이하에서 외국인 근로자는 주로 단순기능인력을 염두에 두고 서술하는 것이다.

35) 노호창, “외국인 고용에 있어서의 몇 가지 쟁점에 관한 규범적 검토”, 『행정법연구』 제43호, 행정법이론실무학회, 2015.11, 197면.

36) 최홍엽, “외국인근로자와 전문외국인력”, 373면.

돌아가야 한다는 약점으로 인해 보호의 사각지대에 놓이기 쉽다.<sup>37)</sup> 그렇지만 이민행정법적 관점에서 현실적 통제이익이 존재한다고 할지라도 현재의 제도들이 법리적·정책적 관점에서 타당한 것인지 여부는 별도의 논의가 가능하다.

## 2. 고용허가제

우리나라에서의 고용허가제(employment permit system, EPS)는 내국인 근로자 구인 노력에도 불구하고 내국인 근로자를 채용하지 못한 사용자가 정부로부터 특정한 단순기능 외국인근로자를 고용할 수 있도록 허가를 받고,<sup>38)</sup> 외국인근로자는 그 사용자와 근로계약을 체결한 다음에 체류자격을 부여받고 입국하여 합법적인 근로자로 고용되는 제도를 말한다.<sup>39)</sup>

고용허가제는 ‘외형상’ 사용자에 대한 규율이 중심에 놓여있다. ‘외국인고용법’ 제8조제1항·제3항·제4항 및 같은 법 시행령 제13조의4에 따르면, 내국인 구인 신청을 한 사용자는 직업소개를 받고도 인력을 채용하지 못한 경우에는 직업안정기관의 장에게 외국인근로자 고용허가를 신청하여야 하고, 직업안정기관의 장은 고용허가 신청을 받으면 ① 외국인력정책 위원회에서 정한 외국인근로자의 도입 업종, 외국인근로자를 고용할 수 있는 사업 또는 사업장에 해당할 것, ② 고용노동부령으로 정하는 기간 이상 내국인을 구인하기 위하여 노력하였는데도 직업안정기관에 구인 신청한 내국인근로자의 전부 또는 일부를 채용하지 못하였을 것, ③ 내국인 구인 신청을 한 날의 2개월 전부터 외국인근로자 고용허가서 발급일까지 고용조정으로 내국인근로자를 이직시키지 아니하였을 것, ④ 내국인 구인 신청을 한 날의 5개월 전부터 고용허가서 발급일까지 임금을 체불하지 아니하였을 것 등의 요건을 모두 갖춘 사용자에게 외국인구직자 명부에 등록된 사람 중에서 적격자를 추천하여야 하며, 추천된 적격자를 선정된 사용자에게는 지체 없이 고용허가를 하고, 선정된 외국인근로자의 성명 등을 적은 외국인근로자 고용허가서를 발급하여야 한다고 되어 있다.

특히 여기서 ‘내국인 구인 신청을 한 날의 5개월 전부터 고용허가서 발급일까지 임금을 체불하지 아니하였을 것’과 관련해서는 그 임금체불이 내국인, 외국인을 불문하며 또한 그러한 사실이 있었는지를 따지는 것인지 법원의 판결이 있었는가를 묻는 것이 아니다.<sup>40)</sup>

37) 노호창, “외국인 고용에 있어서의 몇 가지 쟁점에 관한 규범적 검토”, 197면.

38) 허가라고 명칭을 쓰고 있지만, 일반적 금지를 해제하여 자연적 자유를 회복시켜 주는 고유한 의미의 ‘허가’가 아니라 특정인에게 어떤 자격 내지 권리를 설정하거나 법적 지위를 부여하는 것이어서 법적 성질은 강학상 ‘특허’에 해당 것으로 보인다.

39) 차용호, 「한국이민법」, 법문사, 2015, 913면.

그래서 사용자가 적절한 근로조건을 준수할 수 있는 능력을 갖춘 사용자인지 여부가 심사 대상이 되고, 사용자의 업종이나 규모, 불법 여부 등에 대한 국가의 통제에 효과적이다. 이 경우 외국인은 해당 사용자에게 고용된 것을 전제로<sup>41)</sup> 후에 체류자격을 부여받아 입국을 하게 된다(외국인고용법 제9조). 외국인이지만 ‘근로자’를 고용하는 문제이기 때문에 근로자로서의 자격요건 평가, 근로계약 체결 대행, 취업교육, 출입국 지원, 사용자에 대한 교육, 송출 국가와의 협력사업 등 많은 부분들이 관련 전문기관인 산업인력공단에서 위탁받아 시행하고 있다(외국인고용법 제7조, 제9조, 제11조, 제13조, 제13조의2, 제28조).

그러나 고용허가제는 외형상 사용자를 중심적인 규율대상으로 하고 있어서 출입국관리의 주무부처인 법무부 입장에서, 입국하는 외국인근로자 본인에 대한 세밀한 심사와 검증을 하기 어려운 것이 아닌가라는 의문이 있다. 그렇기 때문에 국가는 입국에 있어서의 완화된 통제를 체류와 출국에서의 강화된 통제로 만회하고자 하는 것 같다. 그래서 출입국관리법과 외국인고용법은 양 측면에서 외국인근로자에 대한 사업장 이동 제한, 고용변동신고, 출국만기 보험 등의 다층적인 통제 수단을 마련하고 있다.<sup>42)</sup> 또한 사용자를 매개체로 하여 외국인 근로자를 규율하기 때문에 국가 입장에서는 편의성 측면에서 외국인 통제의 이점이 있다.

고용허가제의 경우 사용자에게 고용된 것을 전제로 입국을 하는 것이어서 외국인 근로자로 하여금 사업장을 자유롭게 바꿀 수 없도록 하는 제한과 잘 맞아떨어진다. 이런 점에서 고용허가제는 그 구조 자체가 근로자와 사용자 간의 자유로운 대등한 계약관계를 인정하기가 어렵게 되어 있다.<sup>43)</sup>

40) 중앙행정심판위원회 재결례 2019-17759 외국인근로자 재입국 고용허가 거부처분 취소청구; 중앙행정심판위원회 재결례 2023-1208 외국인근로자 고용허가 만료 거부처분 등 취소청구 등.

41) 직업안전기관(고용센터)으로부터 고용허가서가 사용자에게 발급되면 사용자는 표준근로계약을 작성하여 직업안전기관(고용센터)에 제출하고, 이를 산업인력공단을 통해 외국인 근로자에게 전송하여 외국인근로자가 확인 후 서명하는 경로를 통해 외국인 근로자와 국내 사용자 간에 근로계약이 체결되는데, 이때의 근로계약은 외국인 근로자가 체류자격을 획득하여 입국한 이후에 효력이 발생하기 때문에 일종의 채용내정의 성격을 가진다. 최홍엽, “외국인근로자와 전문외국인력”, 376~377면.

42) 노호창, “외국인 고용에 있어서의 몇 가지 쟁점에 관한 규범적 검토”, 199면.

43) 최윤철, “고용허가제에 대한 비판적 연구”, 「공법학연구」 제19권 제1호, 한국비교공법학회, 2018, 261면.



<출처: 고용허가제 홈페이지, <https://www.eps.go.kr/index.jsp>, 최종방문 2023. 5. 15.)>

### 3. 노동허가제

고용허가제와는 규율의 방식이 상이한 제도로 노동허가제가 있다. 노동허가제(work permit system, WPS)는 법령에 따라 외국인근로자가 국내에서 취업할 수 있는 노동허가를 받아서 입국한 이후에, 그 외국인근로자가 자신이 원하는 사업장에서 자유롭게 취업을 할 수 있도록 허용하는 제도이다.<sup>44)</sup>

노동허가제는 자격을 갖추었다고 판단되는 외국인으로 하여금 국내에서 체류하면서 취업할 수 있도록 해당 외국인에게 허가를 내려주는 것이기 때문에 사용자가 아니라 근로자에 대한 규율을 중심에 두게 된다.<sup>45)</sup> 따라서 해당 외국인에게 보다 강화된 사전심사가 전제될 수

44) 차용호, 앞의 책, 914면.

45) 다만 허가라고 명칭을 쓰더라도 일반적 금지를 해제하여 자연적 자유를 회복시켜 주는 것이 아니라 특정인에게 어떤 자격 내지 권리를 설정하거나 법적 지위를 부여하는 것이어서 법적 성질은 강학상 '특허'에 해당할 것으로 보인다.



밖에 없고, 또한 그의 개인적 사정을 고려하여 체류자격의 종류나 체류기간 등을 달리 정할 수도 있다. 특히 해당 근로자의 체류기간, 가족 동반여부, 연령, 출신국 등 개별적·구체적 사정을 고려할 필요가 있는 경우 노동허가제가 보다 적절할 수 있다.<sup>46)</sup> 즉 노동허가제의 경우 해당 외국인 자체에 대해 강화된 심사를 하기 때문에 해당 외국인의 국내에서의 취업장소나 취업기간에 제한을 둘 필요성이 고용허가제에 비해 높지 않다.

다만 노동허가제라고 해서 해당 외국인이 사업장을 자유롭게 바꿀 수 있는 권리가 반드시 보장되어야 하는 것은 아니다. 즉 노동허가제 채택과 사업장이동의 자유가 필연적으로 연결되는 관계는 아니다. 왜냐하면 개별 외국인의 국내에서의 취업을 허가한다 할지라도 국가 입장에서 통제의 필요성이 있다면 사업장이동의 자유를 제한하는 것이 가능하다고 보이기 때문이다.<sup>47)</sup> 따라서, 고용허가제와 노동허가제의 구별에 있어서는 사업장이동의 자유 여부가 그 직접적 기준이 된다고 보기는 어렵고 외형상 누가 규율의 직접적 대상이 되느냐를 기준으로 판단해야 할 것이다.<sup>48)</sup>

#### 4. 우리나라의 현황

외국인고용법에서는 비전문취업(E-9) 자격자와 방문취업(H-2) 자격자에 대해서 고용허가제를 적용한다고 되어 있으나, 사실 E-9 자격자와 H-2 자격자에 대해 적용되는 고용허가제는 서로 성격이 각각 다르다. 외국인고용법상 비전문취업(E-9) 자격을 받은 외국인에게 적용되는 제도는 ‘일반고용허가제’라고 한다.<sup>49)</sup> 외국인고용법상 사용자는 내국인 구인노력을 하였으나 하지 못한 경우 정부로부터 고용허가를 받아 우리나라와 인력송출 양해각서를 체결한 국가의 단순기능 근로자를 먼저 고용하고 이후 입국시켜 자신의 사업장에서 근로를 제공하게 해야 한다(선고용-후입국). 고용허가제를 통해 국내에 들어온 외국인근로자의 경우 원칙적으로 사업장이동의 제한을 받게 되고 아주 예외적으로만 사업장변경이 인정된다(외국인고용법 제25조).

반면 외국국적 동포처럼 방문취업(H-2) 자격으로 입국한 후에 취업교육, 구직등록절차 등을 거쳐 자유롭게 취업하는 것이 가능한 외국인에게 적용되는 제도는 ‘특례고용허가제’라

46) 최홍엽, “외국인근로자와 전문외국인력”, 366면.

47) 노호창, “외국인 고용에 있어서의 몇 가지 쟁점에 관한 규범적 검토”, 199면.

48) 노호창, “외국인 고용에 있어서의 몇 가지 쟁점에 관한 규범적 검토”, 199면.

49) 최홍엽, “외국인근로자와 전문외국인력”, 367면. 고용허가제라고 지칭할 때 보통 일반고용허가제를 의미한다.

고 부른다. 그런데 ‘특례고용허가제’는 명칭과 달리 ‘고용’허가제가 아니라 실제로는 ‘노동’허가제에 해당한다는 점을 주의할 필요가 있다. 특례고용허가제에서는, 내국인 구인노력을 하였으나 하지 못한 사용자에게 대해서 특례고용가능확인을 받을 것만 요구하는 것이어서 특별히 사용자를 규율하는 것이 아니다. 오히려 H-2 체류자격을 취득한 외국국적동포는 우리나라에 입국하여 소정의 취업관련 교육을 받은 후 자신이 취업가능한 사업장을 찾아 자유롭게 고용계약을 체결하여 취업을 할 수 있다(선입국-후취업). 그렇다면 특례고용허가제는 사용자가 아니라 외국인근로자 그 자신에게 보다 초점이 맞춰져서 규율이 이루어진다.<sup>50)</sup> 특히 H-2 취득자는 자유롭게 사업장도 변경할 수 있고(외국인고용법 제12조 제7항) 그를 채용한 사용자가 근로개시를 직업안정기관의 장에게 신고해야 할 뿐이다(외국인고용법 제12조 제4항, 동시행규칙 제12조의3).



<출처: 고용허가제 홈페이지, <https://www.eps.go.kr/index.jsp>, 최종방문 2023. 5. 15.>

50) 노호창, “외국인 고용에 있어서의 몇 가지 쟁점에 관한 규범적 검토”, 200면.

## Ⅳ. 외국인근로자 고용과 관련된 주요 법적 쟁점

### 1. 외국인근로자 간 차별의 정당성 여부

외국인 근로자라고 하면 “대한민국의 국적을 가지지 아니한 사람으로서 국내에 소재하고 있는 사업 또는 사업장에서 임금을 목적으로 근로를 제공하고 있거나 제공하려는 사람을 말한다.”고 규정하고 있다(외국인고용법 제2조). 그러나 외국인고용법 제2조 단서에서는 “다만, 출입국관리법 제18조 제1항에 따라 취업활동을 할 수 있는 체류자격을 받은 외국인 중 취업분야 또는 체류기간 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 사람은 제외한다”고 규정하고 있다. 이에 따라 단순기능인력에 해당하는 외국인 근로자만 외국인고용법의 적용을 받고, 전문인력은 외국인고용법의 규제로부터 자유롭다. 또한 외국국적동포의 경우 단순기능인력에 비해 각종 특례가 주어진다.

전문인력의 경우 종사하는 사업의 성격이나 수행하는 업무의 성격이 단순기능인력과 다르다. 반면 단순기능 외국인 근로자와 외국국적 동포인 외국인 근로자는 업무의 성격이라는 측면에서 보면 단순기능인력이라는 점에서는 동일하다.

그러나 외국국적 동포는 일반적인 외국인근로자와 달리 방문취업(H-2) 체류자격을 발급받아 우리나라를 자유롭게 방문할 수 있고 고용허용 업종에서는 자유롭게 취업이 가능하다. 외국인고용법이 ‘특례고용허가제’라는 명칭으로 외국국적 동포에 대해서는 노동허가제를 인정하고 있기 때문이다.

그런데 일반적인 외국인근로자이든 외국국적 동포이든 간에 외국인인 점이라든가 업무의 성격 측면에서는 동일한데, 고용허가제와 노동허가제로 구분하여 취급하는지에 대해서는 차별적 취급의 정당성이 있는지 검토가 요구된다.

차별적 취급이 정당하다는 논거는 다음과 같다.<sup>51)</sup> 첫째, 외국인의 입국 또는 체류 자체가 국가의 재량적 판단이 작용하는 분야이다. 둘째, 외국국적 동포에게 보통의 외국인에 비해 우대하는 것은 국가의 재량적 이민정책에 속한다. 셋째, 외국국적 동포에 대해 특별한 혜택을 부여하는 것은 외국국적 동포를 포용하기 위해 실시하는 것이지 보통의 외국인을 차별하기 위한 것은 아니다. 넷째, 미래에 분단을 극복하고 통일을 대비해서 외국국적 동포에 대한 배려가 필요하다. 다섯째, 민족감정을 고려하는 것이 인권 관점에서 부당한 사유가 될 수는

51) 이학춘, “외국인근로자의 법적 지위”, 『노동법논총』 제9집, 한국비교노동법학회, 2006, 344면; 이규용 외 4인, 「외국인력 노동시장 분석 및 중장기 관리체계 개선 방향 연구」, 한국노동연구원, 2006, 320면; 차용호, 앞의 책, 1048면.

없다. 여섯째, 외국국적 동포는 보통의 외국인과 달리 취급할 만한 역사적 사정이 있다.

차별적 취급이 부당하다는 논거는 다음과 같다.<sup>52)</sup> 첫째, 역사적 이유가 외국국적 동포에 대해 차별적으로 편의와 우대를 제공할 만한 객관적 기준이 되지는 못한다. 둘째, 외국국적 동포도 외국인인 점에서는 마찬가지인데 보통의 외국인이 외국국적 동포보다 낮은 대우를 받아야 하는 당위성이 없고 오히려 인도적인 입장에서는 보편적 대우가 바람직하다. 셋째, 외국국적 동포에 대한 차별적 우대는 출신국 내지 민족을 근거로 하는 것이므로 정당성이 없다. 넷째, 외국국적 동포를 우대하는 것은 외국국적 동포의 노동력이 국내 노동시장에 미치는 영향이 더 클 수 있다는 점에서 민족적 유대감이나 동포에 대한 호의적 감정에 기초하여 방만하게 결정해서는 안 되는 문제다.

근로기준법에서 국적을 이유로 근로조건에 있어서 차별적 처우를 하지 못하도록 하고 있지만(근로기준법 제6조) 이는 내국인과 외국인 간의 차별에 대한 금지로서는 명확하지만, 외국인 간의 차별의 경우도 그 금지범위에 포함되는지 분명하지 않는 것 같다. 외국인 간의 차별이긴 하지만 외국국적 동포냐 아니냐의 구분이 있기 때문이다.

또한 보통의 외국인근로자와 외국국적 동포 간의 차별적 취급이 헌법상 논란의 여지가 있긴 하지만 헌법상 평등권의 주체를 국민으로만 명시하고 있고(헌법 제11조 제1항), 외국인의 지위에 대해서는 ‘국제법과 조약이 정하는 바에 의한다’라고만 규정하고 있으며(헌법 제6조 제2항), 특별히 외국인 간의 평등대우에 대해서는 최소한 헌법에서는 요구하는 바가 없고, 외국국적 동포와 보통의 외국인근로자 간의 차별적 취급은 입법정책의 영역이기도 한 점, 입법정책이라는 측면에서 외국국적 동포에 대해서는 재외동포법에서도 특례를 인정하고 있는 점 등을 고려한다면, 외국국적 동포와 보통의 외국인근로자를 차별적으로 취급하는 것이 위헌적인 것이라고 단정할 수 있는지 어려워 보이기도 한다. 다만 양자 간의 격차가 클수록 법적 시비가 발생할 소지가 커지므로 차별적 취급의 간격은 되도록 줄여나가는 것이 바람직할 것인데<sup>53)</sup> 현재의 상태는 양자 간의 사업장이동의 자유의 차이가 상당히 커서 바람직하다고 보이지 않는다.

52) 차용호, 앞의 책, 1047면; 전형배, “외국인근로자 고용정책”, 『저스티스』 제109호, 한국법학원, 2009, 295면.

53) 노호창, “외국인근로자 고용에 있어서의 법적·정책적 쟁점”, 196면.

## 2. 사업장이동권 제한에 대한 헌법상 근로권 등과의 긴장 관계

### 1) 사업장 변경의 제한 및 예외사유

외국인고용법에 의하면 특례고용 외국인근로자를 제외하고는 외국인근로자는 사용자와 합의된 사업장에서 근로를 제공해야 하며 자신이 원한다고 해서 자유롭게 사업장을 변경할 수 없다. 다만, 다음과 같은 법령상 사유가 있는 경우에만 예외적으로 고용노동부령에서 정하는 바에 따라 직업안정기관의 장에게 다른 사업 또는 사업장으로의 변경을 신청할 수 있을 뿐이다(외국인고용법 제25조 제1항).

- (i) 사용자가 정당한 사유로 근로계약기간 중 근로계약을 해지하려고 하거나 근로계약이 만료된 후 갱신을 거절하려는 경우(외국인고용법 제25조 제1항 제1호),
- (ii) 휴업, 폐업, 법 제19조 제1항에 따른 고용허가의 취소, 법 제20조 제1항에 따른 고용의 제한, 제22조의2를 위반한 기숙사의 제공, 사용자의 근로조건 위반 또는 부당한 처우 등 외국인근로자의 책임이 아닌 사유로 인하여 사회통념상 그 사업 또는 사업장에서 근로를 계속할 수 없게 되었다고 인정하여 고용노동부장관이 고시한 경우(외국인고용법 제25조 제1항 제2호),
- (iii) 그 밖에 상해 등으로 외국인근로자가 해당 사업 또는 사업장에서 계속 근무하기는 부적합하나 다른 사업 또는 사업장에서 근무하는 것은 가능하다고 인정되는 경우(외국인고용법 제25조 제1항 제3호, 동법 시행령 제30조 제1항)

외국인근로자에게는 사업장 변경 자체의 제한 외에 변경 회수도 제한되고 있다. 그런데 외국인근로자를 고용한 사업장이 근로조건이 열악하거나 근로자의 사정과 관계없는 사업장 휴폐업도 적지 않아서 사업장변경의 사유 및 회수는 중요한 쟁점이 된다. 특히 외국인근로자가 자신이 원하는 대로 사업장을 변경하는 것이 불가능할 경우에는 강제근로의 위험성도 배제하기 어렵다.<sup>54)</sup> 특히나 우리나라도 비준한 ‘시민적·정치적 권리에 관한 국제규약’(International Covenant on Civil and Political Rights) 제12조 제1호는 “특정 국가의 영토 내에 적법하게 체류하는 모든 사람은 이동의 자유와 거주지 선택의 자유를 갖는다”고 규정하고 있기도 해서 사업장이동권 문제는 첨예한 쟁점이 되었다.

사업장이동권 제한과 관련하여서는 헌법재판소에서 그 변경 사유와 회수를 제한한 규정의 합헌성 여부가 다투어지기도 했으나 헌법소원청구는 기각된 바 있다.<sup>55)</sup> 물론 “외국인이

54) 최홍엽, “외국인근로자와 전문외국인력”, 378면.

55) 헌법재판소 2011. 9. 29.자 2007헌마1083, 2009헌마230·352(병합) 결정: “직장 선택의 자유는 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권과도 밀접한 관련을 가지는 만큼 인간의 권리로 보아야 할 것이므로 외국인도 제한적으로라도 직

라 하더라도, 대한민국이 정한 절차에 따라 고용허가를 받고 적법하게 입국하여 상당한 기간 동안 대한민국 내에서 거주하며 일정한 생활관계를 형성, 유지하며 살아오고 있는 중이라면, 적어도 그가 대한민국에 적법하게 체류하는 기간 동안에는 인간의 존엄과 가치를 인정받으며 그 생계를 유지하고 생활관계를 계속할 수 있는 수단을 선택할 자유를 보장해 줄 필요가 있으므로, 청구인들에게 직장 선택의 자유가 인정된다”는 반대의견도 있긴 했다(송두환 재판관의 의견).

다만 헌법재판소 결정 이후 외국인고용법이 개정되어 고용기간 3년이 지난 후에는 2년 미만의 범위 내에서 재고용이 가능해졌고,<sup>56)</sup> 소위 성실근로자의 재입국도 생겨나게 되어 외국인근로자가 경우에 따라서는 거의 10년 가까이 국내에서 체류하면서 근로가 가능하게 되었다(외국인고용법 제18조의2, 제18조의4). 또한 최근 코로나 상황의 영향으로 감염병 확산, 천재지변 등의 사유로 외국인 근로자의 입출국이 어렵다고 인정되는 경우 외국인력정책위원회의 심의·의결을 거쳐 1년의 범위에서 취업활동 기간의 연장이 가능해졌다(외국인고용법 제18조의2 제2항).

현행 외국인고용법에서는 사업장변경 사유가 발생하면 외국인근로자는 최초 입국 후 허용된 취업활동 기간(3년) 내에는 3회까지 사업장을 변경할 수 있으며, 재고용 허가를 받아 취업활동기간이 연장된 경우에는 연장기간 중 2회까지 변경을 할 수 있다(외국인고용법 제25조 제4항 본문, 제18조, 제18조의2).

특히 외국인고용법 제25조 제1항 제2호에서 규정한 사유는 사업장 변경 회수에 산입하지 않는다(외국인고용법 제25조 제4항 단서). 예외 사유로는, 예컨대 임금체불, 최저임금에 미달하는 임금 지급, 산업안전보건법 위반의 경우 등 근로조건 위반 외에 성폭행, 성희롱, 성폭력, 상습적 폭언, 국적, 종교, 성별, 신체장애 등을 이유로 하는 불합리한 차별대우, 비닐하우스를 숙소로 제공한 경우 등 사회통념상 외국인 근로자의 책임으로 보기 어려운 사유들이 제시되어 있는바<sup>57)</sup> 사업장 변경의 가능성이 지속적으로 확대되어 왔다. 이런 이유에다 “고용

장 선택의 자유를 향유할 수 있다. 중략. 청구인들이 이미 적법하게 고용허가를 받아 적법하게 우리나라에 입국하여 우리나라에서 일정한 생활관계를 형성, 유지하는 등, 우리 사회에서 정당한 노동인력으로서의 지위를 부여받았으므로 직장 선택의 자유를 인정할 수 있다. … 이 사건 법률조항(구 외국인고용법 제25조 제4항)은 외국인근로자의 무분별한 사업장이동을 제한함으로써 내국인근로자의 고용기회를 보호하고 외국인근로자에 대한 효율적인 고용관리로 중소기업의 인력수급을 원활히 하기 위하여 도입된 것이며, 나아가 이 사건 법률조항은 일정한 사유가 있는 경우에 외국인근로자에게 3년의 체류기간 동안 3회까지 사업장을 변경할 수 있도록 하는 등 외국인근로자의 사업장 변경을 일정한 범위 내에서 가능하도록 하고 있으므로 관련 법률조항이 입법자의 재량의 범위를 넘어 불합리하다고 할 수는 없다.”

56) 이 경우에 실무상 취업활동 기간 연장은 1년 10개월을 한도로 하여 체류자격을 부여한다. 왜냐하면 5년 이상 계속하여 체류하는 경우에는 「국적법」상 일반귀화 요건을 충족하게 되어 이를 방지하기 위해서이다(「국적법」 제5조 제1호).

허가제는 사용자에게 대한 규율을 중심으로 하는 제도이기 때문에, 입국하는 외국인근로자 본인에 대한 검증은 상대적으로 약할 수밖에 없다. 따라서 국가는 입국에 있어서의 완화된 통제를 체류와 출국에서의 강화된 규제로 만회할 필요성을 가지며, 외국인근로자가 근로계약을 해지하거나 갱신을 거절할 때 자유로운 사업장 변경 신청권을 부여하지 않는 것은 불가피한 측면이 있다.”고 인정하고 있어서 사업장변경에 대한 제한 규정인 외국인고용법 제25조 제1항 및 외국인근로자의 책임이 아닌 사업장변경 사유(2019. 7. 16. 고용노동부고시 제2019-39호로 개정되고, 2021. 4. 1. 고용노동부고시 제2021-30호로 개정되기 전의 것)에 대한 최근의 헌법소원심판에서도 기각(합헌) 결정이 내려진 바 있다.<sup>57)</sup>

그렇지만, 외국인근로자는 위의 예외사유에 해당하지 않으면, 자신의 마음대로 사업장을 변경할 수 없다. 또한 대체로 3년을 기준으로 하여 계약을 체결하게 되고, 3년이 아닌 기간으로 계약을 체결하더라도 최대 기간은 3년이어서(외국인고용법 제18조) 사용자의 갱신요구에 대해 외국인근로자가 거절하는 것은 사실상 불가능해서 갱신거절권이 없다고 보아도 좋을 것이다.<sup>58)</sup> 게다가 외국인고용법 제9조 제3항에서 고용허가를 받은 사용자와 외국인근로자는 “당사자 간의 합의에 따라 근로계약을 체결하거나 갱신할 수 있다”고 규정하고 있어서 마치 외국인근로자에게 고용계약 기간 만료 후 사용자의 갱신 요청에 대해 갱신을 거절하고 타 사업장으로 이동하는 것이 가능한 것처럼 보이긴 하지만, 외국인고용법 제25조 제1항에서는 계약 만료 관련 사업장변경의 사유로 “근로계약이 만료된 후 사용자가 갱신을 거절하려는 경우”만을 규정하고 있을 뿐이다. 따라서 외국인근로자가 예외 사유가 없는데도 사용자의 갱신요구를 거절한다면 그 외국인 근로자의 지위는 불안해질 수밖에 없을 것이고 자칫 출국 사유로 이어질 위험을 배제하기 어려울 것이다.<sup>60)</sup>

따라서 외국인근로자가 근로계약이 만료된 후 스스로 갱신거절을 하고 사업장변경을 신청할 수 있다고 보기는 현실적으로 쉽지 않다.<sup>61)</sup> 설사 다른 사업 또는 사업장으로의 변경을 신청했다고 하더라도 변경을 신청한 날부터 3개월 이내에 출입국관리법 제21조에 따른 근무처 변경허가를 받지 못하거나 사용자와 근로계약이 종료된 날부터 1개월 이내에 다른 사업 또는 사업장으로의 변경을 신청하지 않은 외국인근로자는 출국해야 한다는 난관이 기다

57) 고용노동부고시 제2019-39호 제5조.

58) 헌법재판소 2021. 12. 23. 선고 2020헌마395 결정.

59) 최홍엽, “외국인근로자와 전문외국인력”, 379면; 노호창, “외국인 고용에 있어서의 몇 가지 쟁점에 관한 규범적 검토”, 206면.

60) 최홍엽, “외국인근로자의 장기간 고용과 법적 쟁점”, 「노동법학」 제48호, 한국노동법학회, 2013, 436~439면.

61) 손운석, “이주노동자의 고용허가제 개선 방안”, 「법학연구」 제49집, 한국법학회, 2013.3, 10면.

리고 있다(외국인고용법 제25조 제3항).<sup>62)</sup>

결과적으로 외국인근로자에 대해 법령상 체류허용기간은 늘어났으나, 고용실태를 보았을 때 외국인근로자의 직장선택의 자유가 신장되었다고 단정하는 것은 신중할 필요가 있겠다.<sup>63)</sup>

## 2) 사업장이동권 제한의 타당성에 대한 검토

사업장이동은 민사법상 사적자치라는 관점에서 보면 기존 사용자와 계약관계를 종료하고 새로운 사용자와 계약관계를 형성하는 것일 뿐이다. 근로자는 본래 자유롭게 사직의 자유가 있고 구직의 권리가 있는데, 외국인근로자에게는 외국인이라는 이유만으로 일률적으로 사업장이동권을 제한하는 것이 법적으로 정당화되는지 검토의 여지가 있다. 외국인근로자에 대한 통제이익이라는 정책적 필요성이 사적자치라는 민사법상 기본원리를 깨뜨릴 정도의 강한 공적 가치를 가지는지는 의문이다. 설사 사업장이동권 제한을 통해 달성하려는 목적이 외국인근로자의 사업장 변경을 적절히 통제하여 체류질서를 유지하고 노동시장의 혼란을 방지하는 것이라면, 이러한 목적 자체는 정당성이 있더라도, 현재의 제한이 지나치게 자의적인 입법은 아닌지 살펴보아야 할 것이다.

첫째, 고용허가제라는 한계 때문일 수도 있는데 사용자에게는 외국인근로자와의 계약해지 및 갱신거절을 인정하면서 외국인근로자에게는 이를 인정하지 않는 것은 형평에 어긋난다.<sup>64)</sup>

둘째, 외국인근로자에게 갱신거절이나 계약관계 해지를 인정하더라도 고용허가제와 충돌하는 것도 아니다. 고용허가제는 사용자에게 외국인을 고용할 수 있도록 허가한 것이기에 외국인근로자가 갱신거절 또는 계약해지를 한 경우 해당 사용자는 다른 외국인근로자를 고용하면 되는 것이고, 해당 외국인근로자는 법령에 정해진 기간 내에 외국인 고용허가를 받은 다른 사용자를 찾아서 고용되거나 아니면 출국하면(외국인고용법 제25조 제3항 참조) 되기 때문이다.

셋째, 외국인근로자에게 사업장이동을 제한하는 형태로 계약의 자유를 규제하는 통제방식의 정당성을 옹호하는 논거로는 ‘노동시장 교란 방지’, ‘내국인 일자리의 잠식 방지’, ‘저소득층과의 경쟁 완화’ 등이 제시된다.<sup>65)</sup> 그런데 노동시장이 교란되고 내국인의 일자리가 감

62) 물론, 업무상 재해, 질병, 임신, 출산 등의 사유로 근무처 변경허가를 받을 수 없거나 근무처 변경신청을 할 수 없는 경우에는 그 사유가 없어진 날부터 각각 그 기간을 계산하기 때문에(외국인고용법 제25조 제3항 단서) 약간의 여지는 존재한다.

63) 최홍엽, “외국인근로자의 장기간 고용과 법적 쟁점”, 439면.

64) 고준기·이병운, “개정 고용허가제의 문제점과 개선방안”, 「노동법논총」 제18집, 한국비교노동법학회, 2010, 14면.



소되며 저소득층과 경쟁관계가 초래되는 것이 외국인근로자의 사업장 이동을 자유롭게 허용했을 때의 문제인지 아니면 외국인근로자의 고용을 허용하는 것 자체의 문제인지에 대해서는 제대로 규명되지 않았다.<sup>66)</sup>

넷째, 「고용정책기본법」, 「출입국관리법」, 외국인고용법에서 내국인 우선고용의 원칙을 반영하고 있지만<sup>67)</sup> 내국인 우선고용의 원칙이 외국인근로자에 대해 사업장이동을 제한하는 정당화 근거가 되는지 의문이다. 왜냐하면, 내국인 우선고용의 원칙이 국가 정책이긴 하지만, 실제로 고용의 권리는 사용자에게 달려있는 것이어서, 국가는 사용자로 하여금 내국인 고용을 강제할 것이 아니라 내국인을 고용하도록 다양하게 정책적으로 유인하여야 할 것임에도 불구하고 내국인 우선고용의 원칙을 외국인근로자의 사업장 이동을 통제하여 구현하겠다는 발상은 정합적이지 않다.<sup>68)</sup>

다섯째, 사업장이동의 제한이 부당하다는 논거로 ‘국적차별금지원칙’을 들 수 있다. 외국인고용법에서는 “사용자는 외국인근로자라는 이유로 부당하게 차별하여 처우하여서는 아니 된다”고 규정한다(동법 제22조). ‘국적차별’이라고 명시적으로 언급하고 있지는 않지만, ‘외국인근로자라는 이유로’라는 문구는 국적을 이유로 한 차별을 의미하는 것이다.<sup>69)</sup> 이미 「근로기준법」이 균등처우조항에서 국적을 이유로 한 근로조건 차별을 금지하고(동법 제6조) 별칙도 두고 있으므로, 외국인고용법은 이러한 원칙을 확인한 것에 불과하다.<sup>70)</sup> 국적차별금지

65) 예컨대, 헌법재판소 2011.9.29.자 2007헌마1083, 2009헌마230·352(병합) 결정은 이와 관련하여 “국내 사업장에 취업하는 외국인근로자들은 주로 단순노무 직종에 종사하므로 이러한 고용시장의 범위 내에서는 주로 우리 국민 중 단순노무 직종에 종사하는 경제적 취약계층과 경쟁하게 되는 것이 현실이므로 외국인근로자의 사업장 변경에 대한 제한을 완화하는 것은 내국인근로자의 고용기회 뿐만 아니라 근로조건 개선에도 악영향을 미치게 될 것이다.”라고 지적하였다.

66) 사업장 이동을 자유롭게 했을 때의 영향은 고사하고, 외국인 고용 자체에 대해서도 그 영향에 대해서는 서로 상반된 견해를 보이는 연구들이 있다. 국내 연구로는, 외국인 고용이 내국인 고용과 보완관계라는 견해(조준모, “외국인력의 내국인력에 대한 대체성 분석”, 「숙련 외국인력 노동시장 분석」(유길상 외), 한국노동연구원, 2004)도 있지만 대체관계를 보인다는 견해(유경준·김정호, “외국인력의 대체성과 통계문제”, 「KDI 정책포럼」, 2010)도 있으며, 외국인은 부분적으로 내국인의 임금을 낮춘다는 견해(이규용 외, 「외국인력 노동시장 분석」, 한국노동연구원, 2011)도 있지만 임금하락의 근거가 없다는 견해(한진희·최용석, “국제노동시장의 경제적 영향 분석”, 「한국개발연구」, 2006)도 있다. 외국 연구로 J. Gordon, “Tensions in Rhetoric and Reality at the Intersection of Work and Immigration”, UC Irvine L. Rev. 125, 2012, pp. 127~128에서는 ‘외국인근로자가 내국인의 일자리를 잠식하는지 혹은 임금하락의 효과가 있는지 등에 대해서 부정적인 견해도 있으며 오히려 전체적으로는 고용창출의 효과가 있다’고 서술하고 있기도 하다.

67) 「고용정책기본법」은 국가로 하여금 노동시장의 원활한 인력수급을 위하여 외국인근로자를 도입할 수 있도록 하고 있지만 국가는 국민의 고용이 침해되지 않도록 노력해야 한다(동법 제31조 제1항)고 규정한다. 또한 출입국관리법령에 따라 외국인의 국내취업은 원칙적으로 제한된다. 외국인고용법에서도 내국인 고용을 못하는 사용자가 외국인에 대한 고용허가를 받을 수 있도록 허용하고 있다(동법 제8조).

68) 노호창, “외국인 고용에 있어서의 몇 가지 쟁점에 관한 규범적 검토”, 208면.

69) 최홍엽, “외국인근로자와 전문외국인력”, 369면.

는 내국인 근로자를 보호하는 효과도 있는데, 낮은 근로조건으로 외국인근로자를 손쉽게 사용하는 것을 억제하기 때문이다.<sup>71)</sup> 그런데 국적차별금지의 원칙은 평등권(헌법 제11조) 외에도 근로의 권리(헌법 제31조)로부터도 도출할 수 있다. 근로의 권리는 ‘일할 자리에 관한 권리’뿐만 아니라 ‘일할 환경에 관한 권리’도 함께 포함하고 있고 이는 외국인에게도 인정되고 있으며 ‘일할 환경에 관한 권리’ 안에는 국적차별금지도 포함된다.<sup>72)</sup>

외국인고용법 자체가 국적차별금지를 반영하고 있으면서도 사업장이동의 제한을 통하여 국민과 외국인을 차별하고 있고 또한 외국국적 동포와 나머지 외국인근로자를 다르게 취급하고 있는 것은 모순적으로 보일 수밖에 없다.<sup>73)</sup> 그러나, 외국국적 동포와 일반적인 외국인 근로자 간에 사업장변경 여부를 달리 취급하는 것에 대해서 헌법재판소는 여전히 평등권 침해가 아니라는 입장에 있다.<sup>74)</sup>

그럼에도 불구하고, 외국인의 기본권 주체성을 인정하는 것과 외국인에 대한 국가의 통제이익을 인정하는 것이 서로 양립불가능한 것은 아니기 때문에 외국인에 대한 국가의 통제이익과 차별금지법리 사이에 존재하는 간극을 적절히 메우는 것이 가능할 수 있다. 적어도 적법하게 취업활동을 할 수 있는 체류자격을 부여받아 국내에서 근로하고 있는 외국인근로자에게는, 고용허가제를 유지한다는 전제에서도, 사업장이동의 자유를 지금보다 더 합리적으로 확대한다면 국가의 통제이익과 차별금지법리 사이에 존재하는 간극을 보다 줄일 수 있을 것이다.<sup>75)</sup>

### 3. 고용변동신고로 인한 출국의무의 발생과 노동법상 권리구제의 충돌

#### 1) 고용변동신고의 개념 및 현황

출입국관리법상 외국인을 고용한 사용자가 해당 외국인의 신변에 법령상 정한 사유가 발

70) 최홍엽, “외국인근로자와 전문외국인력”, 369면.

71) 최홍엽, “외국인근로자와 전문외국인력”, 369면.

72) 최홍엽, “외국인근로자와 전문외국인력”, 369면.

73) 노호창, “외국인 고용에 있어서의 몇 가지 쟁점에 관한 규범적 검토”, 210면.

74) 헌법재판소 2021. 12. 23. 선고 2020헌마395 결정: “방문취업 외국인근로자는 비전문취업 외국인근로자와 외국국적동포 여부, 체류자격 요건, 취업활동 범위, 도입 취지, 취업절차 등에 있어 차이가 있다. 따라서 외국인고용법이 방문취업 외국인근로자에 대해서는 사업장 변경 사유를 제한하지 않으면서도, 이와 달리 이 사건 사유제한조항이 청구인들에 대해서는 엄격한 사유를 요구하는 것은 합리적 이유가 있다. 이 사건 사유제한조항은 청구인들의 평등권을 침해하지 아니한다.”

75) 노호창, “외국인 고용에 있어서의 몇 가지 쟁점에 관한 규범적 검토”, 210면.

생하면 관할 관청에 신고를 하도록 요구하고 있다(출입국관리법 제19조 제1항). 또한 외국인고용법에서도 사용자가 외국인근로자와의 고용관계에서 근로계약을 해지하거나 그밖에 고용과 관련된 중요 사항을 변경하는 등 대통령령으로 정하는 특별한 사유가 발생했을 때 사용자는 직업안정기관의 장에게 신고해야 한다(외국인고용법 제17조 제1항). 사용자에게 부여된 이러한 신고를 ‘고용변동신고’라고 한다.

외국인고용법 시행령에서는, 사용자의 근로계약 해지 이외에도 첫째, 외국인근로자가 사망한 경우, 둘째, 외국인근로자가 부상 등으로 당해 사업에서 계속하여 근무하는 것이 부적합한 경우, 셋째, 외국인근로자가 사용자로부터 승인을 얻는 등 정당한 절차 없이 5일 이상 결근하거나 그 소재를 알 수 없는 경우, 넷째, 사용자 또는 근무처의 명칭이 변경된 경우, 다섯째, 사용자의 변경없이 근무 장소가 변경된 경우를 신고 사유로 규정한다(외국인고용법 시행령 제23조 제1항).<sup>76)</sup>

사용자가 이러한 신고를 한 경우 그 신고사실이 「출입국관리법」 제19조 제1항 각 호에 따른 신고사유에도 해당하는 경우 같은 항에 따른 신고를 한 것으로 본다(외국인고용법 제17조 제2항).<sup>77)</sup> 사용자의 고용변동신고를 받은 직업안정기관의 장은 그 신고사실이 「출입국관리법」 제19조 제1항 각 호에 따른 신고사유에 해당하는 때에는 지체 없이 사용자의 소재지를 관할하는 지방출입국·외국인관서의 장에게 통보하여야 한다(외국인고용법 제17조 제3항).<sup>78)</sup> 이 신고의무와 관련하여 종래 사유발생을 안 날로부터 15일 이내 신고하도록 획일화되어 있어 애매하게 규정된 면이 있었으나 2020. 6. 9. 「출입국관리법」 개정으로 신고의무 발생일이 외국인을 해고하거나 외국인이 퇴직한 날, 외국인이 사망한 사실을 알게 된 날, 외국인의 소재를 알 수 없다는 사실을 알게 된 날, 고용계약의 중요내용을 변경한 날로 보다 구체화되었다(「출입국관리법」 제19조 제1항, 「출입국관리법 시행령」 제24조 제1항)

76) 사용자가 외국인근로자의 고용변동에 관한 신고의무를 위반하여 신고를 하지 아니하거나 거짓으로 신고한 경우 500만원 이하의 과태료를 부과한다(외국인고용법 제32조 제1항 제7호).

77) 「출입국관리법」 제19조(외국인을 고용한 자 등의 신고의무) ① 제18조제1항에 따라 취업활동을 할 수 있는 체류자격을 가지고 있는 외국인을 고용한 자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 발생하면 대통령령으로 정하는 바에 따라 15일 이내에 지방출입국·외국인관서의 장에게 신고하여야 한다. <개정 2020.6.9.>

1. 외국인을 해고하거나 외국인이 퇴직 또는 사망한 경우
2. 고용된 외국인의 소재를 알 수 없게 된 경우
3. 고용계약의 중요한 내용을 변경한 경우

78) 이는 규제개혁의 일환으로 법개정을 통해 사용자의 이중의 신고의무를 일원화한 것이다.

## 2) 고용변동신고 사유에 관한 쟁점

외국인고용법 제17조 제1항 및 동법 시행령 제23조 제1항에서 정하고 있는 고용변동신고 사유는 외국인고용법 제25조 제3항에서 정하고 있는 근로관계 종료로 인한 출국의무와<sup>79)</sup> 관련하여 특히 문제된다.

근로관계 종료 사유로는 일반적으로 해고, 사직, 합의해지, 근로계약 기간만료, 정년퇴직, 당사자 소멸 등이 거론된다.<sup>80)</sup> 그런데 고용변동신고 사유의 처리와 관련해서 노동법상 해고법리와 관계가 문제되는 경우가 존재한다. 고용변동신고 사유별로 검토해보면 다음과 같다. 첫째, 사용자의 근로계약 해지는 해고이므로 고용변동신고와 관계없이 해고법리를 지켜야 한다. 둘째, 외국인근로자가 사망한 경우는 당사자 소멸이고 사용자의 의사와 무관하게 근로관계가 종료되므로 해고법리와 무관하다. 셋째, 사용자의 명칭 변경 또는 근무처의 명칭 변경 기타 사용자 변경 없이 근무장소가 변경된 경우의 신고는 단순히 정보변동신고에 불과하여 해고법리와 무관하다. 넷째, 외국인근로자가 부상 등으로 당해 사업에서 계속하여 근무하는 것이 부적합한 경우의 고용변동신고는 그 자체로는 근로관계 종료 사유가 아니어서 근로관계 종료를 위해서는 별도의 해고절차를 거쳐야 한다.

문제는, 외국인근로자가 사용자 승인을 받는 등의 정당한 절차 없이 5일 이상 결근하거나 그 소재를 알 수 없는 경우이다.<sup>81)</sup> 예를 들어, 다음과 같은 사례를 보자.<sup>82)</sup>

79) 외국인고용법 제25조(사업 또는 사업장 변경의 허용) ③ 제1항에 따른 다른 사업 또는 사업장으로의 변경을 신청한 날부터 3개월 이내에 「출입국관리법」 제21조에 따른 근무처 변경허가를 받지 못하거나 사용자와 근로계약이 종료된 날부터 1개월 이내에 다른 사업 또는 사업장으로의 변경을 신청하지 아니한 외국인근로자는 출국하여야 한다. 다만, 업무상 재해, 질병, 임신, 출산 등의 사유로 근무처 변경허가를 받을 수 없거나 근무처 변경신청을 할 수 없는 경우에는 그 사유가 없어진 날부터 각각 그 기간을 계산한다.

80) 임종률, 「노동법」, 박영사, 2015, 521면; 김유성, 「노동법 I」, 법문사, 2005, 267면.

81) “정당한 절차 없이 5일 이상 결근하거나 그 소재를 알 수 없는 경우”에서 우선 ‘정당한 절차 없이 5일 이상 결근’의 경우는 의미가 분명하다. 그런데 ‘소재를 알 수 없는 경우’에 있어서는 ‘즉시 소재를 알 수 없는 경우’라는 의미인지 아니면 ‘5일 이상 그 소재를 알 수 없는 경우’라는 것인지 해석상 논란이 가능하다. 「출입국관리법」 제19조의 경우 외국인을 고용한 자 등의 신고의무가 있는 사유로 결근에 대해서는 언급한 바 없이 “고용된 외국인의 소재를 알 수 없게 된 경우”로 규정하고 있어서 “정당한 절차 없이 5일 이상 결근”과 “소재를 알 수 없는 경우”는 구분되는 것으로 보인다.

82) 경기2018부해2001 부당해고 구제신청사건의 사례를 예시로 구성한 것이다.

키르기즈스탄에서 한국으로 와서 공장에서 일하고 있던 A는 고향에서 아버지가 편찮다는 소식을 듣고 저녁에 퇴근하면서 사장 B에게 “집에 간다.”고 말하고 다음 날 출국하여 아버지를 보기 위해 1달 동안 고향에 다녀왔다. 그런데 B는, A가 휴가 신청을 하지도 않았었고 그 동안 연락도 없고 연락도 안 되고 해서 법령에 따라 고용변동신고(이탈)를 하였다. B가 새로운 외국인 근로자를 고용하려고 하던 차에 A가 공장에 나타났고 B는 “고용변동신고를 하였으니 여기서 일하면 불법”이라며 A를 퇴거시켰고 이에 A는 노동위원회에 부당해고 구제신청을 하였다.

외국인 근로자가 정당한 절차 없이 5일 이상 결근하거나 그 소재를 알 수 없는 경우 고용노동부의 실무상 ‘이탈’로 지칭된다. 만약 이탈로 인한 고용변동신고가 있는 경우, 이러한 신고가 해고의 의사표시가 아니고 또한 외국인 근로자의 사직의 의사표시가 있는 바도 없다. 그럼에도 불구하고 이탈의 고용변동신고가 이루어지면 실무적으로 근로관계 종료로 처리되고 있다.

이탈을 이유로 하여 고용변동신고가 이루어지면, 실무상 근로관계 종료로 취급되므로 해당 외국인근로자가 출국당하지 않으려면, 외국인고용법 제25조 제3항에 따라 해당 외국인 근로자가, 사용자의 고용변동신고일로부터, 1개월 이내에 복직하여 사용자로 하여금 고용변동신고를 철회하게 하거나 해당 외국인근로자 스스로 1개월 이내에 사업장변경신청을 하여야 한다.<sup>83)</sup>

그러나 고용변동신고가 이루어진 경우 해당 외국인 근로자에게 그러한 통보가 가는 것이 아니기 때문에, 외국인근로자 입장에서 고용변동신고가 있었는지 알기 어렵고 그래서 사업장변경의 신청기회를 상실하기 쉽고 그렇다보니 1개월이 도과되어 출국의무가 발생해서 불법체류자가 되는 경우가 빈번하게 발생하고 있다.

더구나 이탈의 고용변동신고의 경위를 보면, 근로자와 사용자 간에 의사소통이 제대로 안되어서 그렇게 된 경우가 적지 않다. 게다가 악덕 사용자의 경우 아직 근로계약기간이 남아 있는 외국인근로자를 해고절차를 거치지 않고 퇴출시키기 위해 이탈의 고용변동신고를 악용하기도 한다. 그렇다면 외국인근로자가 부당해고구제신청을 활용해서라도 구제받을 수 있으면 좋겠지만, 정작 노동위원회에서는 이탈로 인한 고용변동신고는 해고가 아니고<sup>84)</sup> 사용자가 단순히 공법상 신고의무를 이행한 것에 불과하다는 이유로 해당 외국인근로자의 부당해

83) 실무상, 사용자가 이탈신고를 하였으나 사유 발생일 이후 1개월 이내에 외국인근로자가 사업장변경의 신청을 하여 이탈신고에 이의를 제기하는 경우에 사실관계 조사 후 사업장변경 사유에 해당하게 되면 사업장변경처리를 하고, 사용자가 이탈신고를 하였으나 사유 발생일 이후 1개월 이내에 사용자가 철회를 요청하는 경우 사업장 1회 이동으로 간주하고 원직복직 처리한다. 심판2과, “고용허가제 개요”, 경기지도위 업무처리지침, 2017.11, 13면.

84) 이탈을 이유로 하는 고용변동신고가 해고라고 한다면, 근로기준법 제27조에 의해 해고의 서면통지가 필요한데 서면통지가 이루어진 사안도 거의 발견되지 않는다. 최홍엽, “외국인근로자에 대한 고용변동신고와 해고의 제한”, 300~302면.

고 구제신청을 기각 또는 각하한다. 그래서 해당 외국인근로자는 구제되기 어렵다.

그리고 고용변동신고가 있었고 그 근거가 된 사유가 발생한 후 1개월이 도과하여 외국인 근로자에게 출국의무마져 발생한 경우라면 노동위원회로부터 원직복직의 구제명령이 내려져도 그 구제명령이 출국의무 발생의 효과를 제거하지 못하므로<sup>85)</sup> 노동위원회의 구제명령은 실효성이 없다.<sup>86)</sup> 다만 사용자가 아직 새로운 외국인근로자를 고용하지 못하였고 마침 그 사용자가 선량한 품성을 가지고 있는 경우, 노동위원회가 사용자를 달래어, 외국인근로자에 대한 고용변동 신고를 철회하고 복직을 유도하여 해당 외국인이 잔여 체류기간 동안 일할 수 있게 화해를 유도하기도 한다.<sup>87)</sup> 만약 이 경우 고용변동신고의 근거가 된 사유발생 후 1개월이 지난 상황이어서 해당 외국인근로자에게 출국의무가 생긴 상태라면, 사용자가 고용센터에 고용변동신고 철회를 요청하더라도 원칙적으로 고용센터가 이를 받아줄 의무가 없지만, 고용센터마다 그 처리가 일률적이진 않아서 사용자의 고용변동신고 철회를 받아주는 경우도 있는 등 실무상 제각각 처리되고 있을 뿐 확실적인 처리 지침은 없는 것으로 보인다.<sup>88)</sup>

요컨대, 이탈을 이유로 하는 고용변동신고를 근로관계 종료와 마찬가지로 취급하는 실무상 관행은 법률에 근거한 것이 아닌 잘못된 것인데도 해당 외국인근로자에게 가해지는 불이익이 대단히 심각한 것으로 보인다. 다만 구제절차를 도입하는 경우 출국의무 제거와의 관계에서 법률 개정이 필요할 것이다.<sup>89)</sup>

### 3) 고용변동신고의 법적 성격과 개선방안

신고란 일반적으로 사인(私人)이 행정주체에 대하여 일정한 사실을 알리는 통지행위를 말한다. 그런데 행정 분야에서 의미가 있는 것은 법령 등이 정하는 바에 따라 당해 통지가 의무로 되어 있는 작용을 의미한다.<sup>90)</sup> 신고의 종류를 대별하면, 자기완결적 신고와 수리(受理)를 요하는 신고로 나눌 수 있고,<sup>91)</sup> 정보제공적 신고와 금지해제적 신고로 구분할 수도 있다.<sup>92)</sup>

85) 노동위원회의 구제명령이 외국인근로자에게 발생한 법률상의 출국의무를 제거하려면 별도의 법적 근거가 있어야 하는데 현재 그러한 근거가 없다.

86) 최홍엽, “외국인근로자에 대한 고용변동신고와 해고의 제한”, 309~310면; 부당해고 판정에 따른 이탈신고 철회 관련 행정해석(2012. 8. 23., 외국인력정책과-2594).

87) 이는 필자의 노동위원회에서의 경험이다.

88) 노호창, “외국인근로자 고용에 있어서의 법적·정책적 쟁점”, 206면.

89) 노호창, “외국인근로자 고용에 있어서의 법적·정책적 쟁점”, 207면.

90) 김동희, 「행정법 I」, 박영사, 2016, 405면.

91) 박균성, 「행정법강의」, 박영사, 2019, 109면.

자기완결적 신고는 사인의 행정청에 대한 일방적 통고로서 그것이 행정청에 접수된 때에 근거법령이 정하는 법률효과가 발생하고 신고에 대한 행정청의 수리행위가 필요한 것이 아니다.<sup>93)</sup> 정보제공적 신고는 행정청에게 대상이 되는 사실에 관한 정보를 제공하는 기능을 가지는 신고를 말한다.<sup>94)</sup> 정보제공적 신고의 대상은 금지된 행위가 아니라 본래 자유롭게 할 수 있는 행위이기 때문에 신고 없이 행위를 하여도 행위 그 자체는 위법하지 않다.<sup>95)</sup>

금지해제적 신고는 금지된 행위에 대해 그 금지를 해제하는 효력을 갖는 신고를 말한다. 금지해제적 신고의 대상은 법상 금지된 행위로서 신고에 의해 그 금지가 해제된다.<sup>96)</sup> 금지해제적 신고의 경우 신고 없이 한 행위는 법상 금지된 행위로서 위법한 행위가 되므로 처벌의 대상이 되거나 시정조치의 대상이 된다.<sup>97)</sup> 수리를 기준으로 보면, 수리를 요하는 신고는 금지해제적 신고이다.<sup>98)</sup> 금지해제적 신고는 행정규제 관점에서 특히 의미가 있는데, 수리를 요하지 않는 신고 즉 자기완결적 신고가 본래적 의미의 신고에 해당하고, 수리를 요하는 신고는 실질적으로 허가에 해당하는 것으로 평가되고 있다.<sup>99)</sup>

고용변동신고는, 단지 법령에서 규정한 특정한 사유가 있으면 이러한 사유를 사용자로 하여금 행정청에 통지하도록 요구하는 것에 불과하고 특별히 금지해제적 의미를 가지고 있지도 않아서 정보제공적 신고이자 자기완결적 신고에 해당한다. 그런데 고용변동신고는 신고의 주체와 그 신고에 의해 어떤 법적 효과를 받는 대상이 서로 상이하다. 즉 고용변동신고는 정보제공적 신고이면서도 이 신고로 인해 신고의 주체가 아닌 제3자인 외국인근로자에게 법적 지위의 변동이 초래될 수 있다. 그럼에도 불구하고 그 외국인근로자가 자신에게 발생한 법적 지위의 불안을 해소할 수 있는 구제조치가 외국인고용법에서는 마련되어 있지 않다.<sup>100)</sup>

예컨대, 이탈을 이유로 하는 고용변동신고가 있으면 외국인근로자는 고용변동신고 후 그 근거가 된 사유발생일 1개월 이내에, 원직에 복직하거나 사업장변경신청이 이루어지지 않으면 출국 의무가 발생하게 되는데, 우리나라에서 계속 근로하는 것이 해당 외국인근로자가 원하는 것임에도 불구하고, 당장 출국을 해야 하는 외국인근로자의 입장에서 잘못된 고용변동

92) 박균성, 앞의 책, 117면.

93) 김동희, 앞의 책, 406면.

94) 박균성, 앞의 책, 117면.

95) 박균성, 앞의 책, 117면.

96) 박균성, 앞의 책, 117면.

97) 박균성, 앞의 책, 117면.

98) 박균성, 앞의 책, 117면.

99) 최계영, “건축신고와 인·허가의제”, 『행정법연구』 제25호, 행정법이론실무학회, 2009.12, 167면.

100) 노호창, “외국인근로자 고용에 있어서의 법적·정책적 쟁점”, 209면.

신고로부터 유효적절하게 구제받을 수 있는 경로가 불분명하다. 고용변동신고의 법적 성격이 정보제공적 신고에 불과하므로 외국인근로자가 이 신고를 다룰 수 있는 절차가 법령상 별도로 존재하지 않는 한, 외국인근로자가 구제받기 위해서는 출국의무가 발생하기 전에 사용자가 고용변동신고를 철회해주거나 외국인근로자 본인이 사업장변경을 신청하는 것밖에는 방법이 없다. 물론 고용변동신고 후 그 근거가 된 사유발생 후 1개월 이후라도 외국인근로자가 사업장변경의 신청을 하고 이 신청이 거부되었을 때 거부처분을 다투는 방법을 생각해볼 수는 있겠으나 현실적 활용가능성이나 구제가능성은 없어 보인다.<sup>101)</sup>

특히 이탈을 이유로 하는 고용변동신고와 관련하여, 그 문제점에 대한 해결책으로 고용변동신고 전에 해고의 서면통지를 하도록 한다든가, 이탈이라는 사유가 발생했을 때 사용자가 외국인근로자에게 업무복귀를 통지하면서 복귀하지 않으면 무단결근을 이유로 근로계약을 해지하고 고용변동신고를 하겠다는 뜻을 서면통지하도록 하는 등의 방안도 제시되고 있지만,<sup>102)</sup> 현장에서의 실천가능성에는 의문이 있다.

고용변동신고는 정보제공적 신고이고 사용자의 고용변동신고로 인해 법적 지위의 불이익을 받게 되는 당사자가 외국인근로자임에도 불구하고 외국인고용법에서 해당 외국인근로자가 구제받을 수 있는 법적 절차를 마련하고 있지 않아서 법리적으로 문제가 있다. 따라서 사용자의 고용변동신고 그 자체에 대해서 외국인근로자의 이의제기절차 내지 불복절차 및 출국의무의 발생 연장 등을 제도화하는 것이 유효적절한 방법이 아닌가 한다.<sup>103)</sup>

#### 4. 불법체류 외국인의 파견·사용에 있어서 출입국관리법과 파견법 간의 충돌

국내 노동시장에서 불법체류 외국인을 고용하는 것은 출입국관리법에 의해 엄격하게 금지되어 있음에도 불구하고 인력부족과 고령화가 일상화된 농어촌은 물론이고 지방의 제조업 등 현장에서도 외국인이 없으면 사업장 자체가 가동되기 어려운 실정이다. 노동시장에 유입되는 인구 자체가 갈수록 감소하고 있다보니 노동현장에서는 불법체류 외국인을 사용해서라도 부족한 노동력을 확보하려고 한다.<sup>104)</sup> 합법적으로 외국인근로자를 고용하려고 하는 사업

101) 노호창, “외국인 고용에 있어서의 몇 가지 쟁점에 관한 규범적 검토”, 215면.

102) 최홍엽, “외국인근로자에 대한 고용변동신고와 해고의 제한”, 318~319면.

103) 노호창, “외국인 고용에 있어서의 몇 가지 쟁점에 관한 규범적 검토”, 216면.

104) “법무부와 경찰청, 고용노동부 등 정부 5개 부처가 합동으로 실시한 2023년 제1차 불법체류자 정부합동단속이 지난 30일 종료됐다. 지난 3월2일부터 시작된 불법체류자 단속은 농촌 사회에 큰 파장을 일으켰다. 대다수 농민들은 불법체류자 단속의 필요성을 인정하면서도 ‘하필 왜 1년 중 제일 바쁜 농번기에 단속을 하나’는 불만을 드러냈다. 농사 일정에 맞춰 고용한 외국인 노동자들이 현장에서 체포되면서 농사도 망치고 과태료 폭탄까지 맞게 된 농



주의 경우 산재보험료, 고용보험료 등의 상수를 감수하고서라도 외국인을 채용할 수 있는 사업으로 표준산업분류(통계청고시)상 사업종류의 변경을 시도하기도 한다.<sup>105)</sup>

이와 같은 노동현장에서의 인력부족 문제는 단순히 사용자가 직접 불법체류 외국인을 고용하는 것 이외에도 불법체류 근로자들을 모집하여 관리하는 다른 사업주로부터 파견받아서라도 사용하고자 하는 현상을 초래하고 있다.

타인으로부터 근로자를 공급받아서 지휘·명령하여 사용하는 경우 고용관계와 사용관계가 분리되는 것이어서 노동자에 대한 착취문제가 발생할 가능성이 매우 높기 때문에 노동법상 엄격하게 금지된다. 「근로기준법」에서 중간착취금지를 규정하고<sup>106)</sup> 있는 것이라든가 「직업안정법」상 근로자공급사업은 엄격한 요건 하에 고용노동부장관의 허가 하에 항운노조에게만 인정된다는 것이라든가(직업안정법 제33조)<sup>107)</sup> 「파견근로자 보호 등에 관한 법률」(이하 파견법)상 파견사업 허가를 받은 사업주에 대해 파견허용 업종에 한해서 허용한다든가 하는 것 등이다. 파견법에서는 파견금지업종에 근로자를 파견받아서 사용한다든가 파견허가 기간을 초과하여 근로자를 사용한다든가 파견허가를 받지 않은 자로부터 근로자를 파견받아 사용한다든가 하는 경우 해당 위반자를 처벌하는 외에 해당 사용사업주로 하여금 그 사용한 근로자를 직접 고용하도록 의무지우고 있다(파견법 제6조의2, 제43조). 이러한 내용들과 관련해서는, 우리 헌법상 직접고용원칙이 명문으로 규정된 바는 없으나 근로권의 해석상 직접고용원칙이 도출되고 그러한 직접고용원칙의 입법화라고 보는 견해가 있다.<sup>108)</sup>

만일 불법체류 외국인을 파견받아서 사용하는 경우 사용사업주는 불법체류 외국인을 ‘고용’한 것인가? 출입국관리법은 취업활동을 할 수 있는 체류자격이 없는 자에 대한 고용을 제한하고 있기 때문에(출입국관리법 제18조, 제94조 제9호) 만일 이를 ‘고용’이라고 판단한다면 출입국관리법 위반이 될 것이다. 또한 그러한 불법체류 외국인을 파견받아 사용한 사용사업주의 경우 파견법 위반으로 벌칙 및 직접고용의무를 인정할 수 있을 것인가?

민들은 아직까지 분노를 삭히지 못하고 있다. 정부 합동단속 여파로 불법체류자들이 사라진 농촌에선 일손 구하기가 더 어려워졌다는 얘기도 나온다. “1차 불법체류자 단속 종료, 여전히 남은 문제들”, 농업인신문, 2023. 4. 28. 자 기사(<http://www.nongupin.co.kr>, 최종방문 2023. 5. 15.)

105) 중앙행정심판위원회 2022-21028 고용보험 사업종류 변경처분 취소청구.

106) 근로기준법 제9조(중간착취의 배제) 누구든지 법률에 따르지 아니하고는 영리로 다른 사람의 취업에 개입하거나 중간인으로서 이익을 취득하지 못한다.

107) 법문상 표현은 ‘허가’로 되어 있지만 강학상 예외적 승인으로서의 성격과 특허로서의 성격을 겸유하는 것으로 판단된다. 노호창, “근로자공급사업의 기존업자가 신규허가에 대해 취소소송으로 다툰 수 있는지 여부”, 「노동법학」 제59호, 한국노동법학회, 2016. 9; 노호창, “근로자공급사업 허가의 법적 성격”, 「노동법학」 제80호, 한국노동법학회, 2021.12. 참조.

108) 정영훈, “직접고용원칙의 헌법적 근거에 관한 고찰”, 법학연구 제20집 제1호, 인하대학교 법학연구소, 2017. 3. 참조.

관련 사건이 최근에 등장하였다. 피고인(사용사업주)이 취업활동을 할 수 있는 체류자격을 가지지 않은 외국인을 근로자파견계약 또는 이에 준하는 계약을 체결하고 파견받아 사용한 것이 문제되어 검찰에서 피고인의 이러한 사용행위를 취업자격 없는 외국인을 ‘고용’한 것으로 보아 「출입국관리법」 위반으로 기소했던 것이다(대법원 2020. 5. 14. 선고 2018도 3690 판결).

대사판결은, 「출입국관리법」에서 말하는 고용의 의미에 대해 「민법」상의 고용<sup>109)</sup> 개념을 전제로 하여, 파견법은 근로자파견계약에 따라 파견근로자를 사용하는 자를 사용사업주라고 정의하고(파견법 제2조 제4호) 「근로기준법」과 「산업안전보건법」 중 일부 규정을 적용할 때에는 사용사업주를 사용자로 본다고 정하고 있으나(파견법 제34조, 제35조), 「출입국관리법」 적용에 관해서는 그와 같은 규정을 두고 있지 않다는 점에 주목하여, 죄형법정주의의 내용인 확장해석금지의 원칙에 따라 피고인에게 불리한 방향으로 해석하지 않고자, 피고인이 적법하게 취업활동을 할 수 있는 체류자격을 가지지 않은 외국인들을 인력파견업체로부터 파견받아 사용하였음에도, 이는 「출입국관리법」이 말하는 ‘고용’이 아니고 또한 「출입국관리법」 제94조 제9호가 처벌하는 ‘고용한 사람’에 근로자를 파견받아 사용한 사용사업주까지 포함한다고 보기는 어렵다는 이유로 피고인에게 무죄를 선고한 제1심 및 원심을 유지하였다. 대사판결은, 「출입국관리법」에서 규제하는 외국인 ‘고용’은 ‘직접고용’을 의미하는 것으로서 ‘사용’과는 구별되는 개념이라는 유권해석을 제시한 최초의 판결이라는 점에서 매우 주목할 만하다.<sup>110)</sup> 이 사건에서는 사용사업주가 문제되었고 그를 출입국관리법 위반으로 처벌하지 않았지만, 파견보내기 위하여 불법체류 외국인을 고용했던 파견사업주(파견법상 파견허가는 받았었음)가 출입국관리법 위반이 되는 것은 당연하다.

이와 같은 대법원의 유권해석이 있는 이후에는 무허가 파견업체로부터 불법체류 외국인을 다수 파견받아 사용한 사용사업주가 파견법 위반으로 처벌받은 사례가 등장하였다(울산지방법원 2022. 9. 30. 선고 2021고단2202 판결). 인력을 불법파견 받아서 사용한 경우 사용사업주는 파견법 위반이 된다. 대사판결의 사안의 경우와 같이 무허가 파견업체로부터 인력을 파견받아 사용한 경우 당연히 불법파견이 되고, 불법체류 외국인을 무허가 파견업체로부터 파견받아서 사용한 경우 이것 역시 불법파견이 되므로 사용사업주가 파견법을 위반한 것이 된다. 대사판결은 불법체류 외국인을 불법파견받아 사용한 경우 이는 파견법 위반이라

109) 「민법」 제655조(고용의 의의) 고용은 당사자 일방이 상대방에 대하여 노무를 제공할 것을 약정하고 상대방이 이에 대하여 보수를 지급할 것을 약정함으로써 그 효력이 생긴다.

110) 노호창, “불법취업 외국인을 파견받아 사용한 행위가 「출입국관리법」상 고용인지 여부”, 노동법학 제74호, 한국노동법학회, 2020. 6, 198면.

는 점을 확인하였고 형사법적 규율의 방향을 정리한 점에서 의미가 있다.<sup>111)</sup>

그런데 이러한 사건은 형사사건이지만 사실 노동법적으로 중요한 쟁점을 던져주는 사건이기도 하다. 불법체류 외국인을 무허가 파견업체로부터 파견받아 사용한 경우 불법파견이라는 점에서 파견법상 사용사업주에게 직접 고용의무를 인정할 수 있을 것인가라는 점이 그것이다.

현행 파견법에서 파견법이 외국인에게 적용되지 않는다는 적용범위에 관한 명시적 제한은 없다. 그러므로 불법체류 외국인이라 할지라도 파견받아 사용한 것이 불법파견에 해당하지 못할 리가 없다. 그렇다면 파견법 해석상 사용사업주의 직접고용의무를 인정할 여지가 있어 보이기도 한다. 그러나 그렇게 해석하는 경우 세 가지의 문제가 생긴다.

첫 번째, 출입국관리법은 불법체류 외국인을 고용할 수 없도록 하고 있고 고용하는 경우 사용자는 처벌대상이 된다. 또한 불법체류 외국인은 원칙적으로 출국 의무가 있는 강제퇴거 대상이기도 하다. 이런 측면에서 불법체류 외국인을 불법파견받아 사용한 경우 직접고용의무를 인정하게 되면 출입국관리법과 충돌하는 상황이 발생한다. 더욱이 적법한 취업활동을 할 수 있는 체류자격을 갖춘 외국인근로자를 파견받아 사용하더라도 그 대상업무나 파견기간을 위반하게 되면 사용사업주가 고용의무를 지게 되는 식의 해석이 가능한데, 이런 경우 취업활동 영역과 체류자격의 불일치가 발생하게 될 수도 있어 역으로 「출입국관리법」과의 충돌문제도 발생하게 된다.

두 번째, 외국인고용법상 고용허가제는 원칙적으로 내국인 고용 노력의무를 두고 있고 사용자가 내국인을 고용하려고 노력했지만 안 되는 경우 외국인을 고용할 수 있도록 하고 있는데 국내에 인력송출 양해각서를 체결한 해당 외국에 가서 특정 외국인과 고용계약을 먼저 체결한 후<sup>112)</sup> 해당 외국인이 국내의 해당 업체에 와서 일을 하는 방식으로 운영되기 때문에<sup>113)</sup> 사용자와 외국인근로자가 사전에 특정되어 있다. 또한 외국인고용법상 고용허가제를 통해 합법적으로 외국인근로자를 고용한 사업주가 무허가로 자신의 외국인근로자를 다른 사업주에게 파견하는 경우에도 파견법에 따라 사용사업주에게 고용의무가 생기는 것으로 보게 되면 고용허가의 상대방 불일치, 사업장이동 제한 위반 등 문제가 발생하게 되어 외국인고용법과 저촉되는 상황이 발생하게 된다. 이런 측면에서 불법체류 외국인을 불법파견받아 사용

111) 노호창, “불법체류 외국인을 파견받아 사용한 경우의 법적 쟁점”, 노동법학 제84호, 한국노동법학회, 2022. 12, 115면.

112) 이런 업무를 산업인력공단이 대행하고 있다. <https://eps.hrdkorea.or.kr/main/intro.do>(산업인력공단, 최종방문 2023. 5. 15.) 참조할 것.

113) 노호창, “외국인근로자 고용에 있어서의 법적·정책적 쟁점”, 『노동법학』 제70호, 한국노동법학회, 2019. 6, 192면.

한 경우 직접고용의무를 인정하게 되면 외국인 고용허가제를 와해시키는 결과가 생기게 된다. 이러한 점들을 고려하면 파견법은 외국인의 사용에는 적용되지 않는다고 보아야 하는 것이 아닌가 한다. 특히 체류 또는 취업이 불법인 외국인, 소위 불법체류<sup>114)</sup> 외국인이 파견사업주에 고용되어 사용사업주에 파견되어 사용되는 경우에 파견법이 업무와 기간을 규제하기 때문에 사용사업주가 업무와 기간을 위반한 경우 파견법상 고용의무가 생기는 것으로 해석해야 하게 되면, 외국인고용법이 적용될 수도 없고 「출입국관리법」상 처벌 및 퇴거 의무가 있는 불법체류 외국인을 사용사업주가 고용해야 한다는 기이한 결과로 이어지기도 하므로, 외국인은 애초에 파견법상 파견 대상이 아니라고 보는 것이 타당할 것 같기도 하다.<sup>115)</sup>

세 번째, 우리나라는 외국인 고용허가제를 채택하고 있긴 하지만, 외국 국적의 동포의 경우 사실상 노동허가제에 해당하는 특례고용허가제를 채택하여 운영하고 있다. 즉 외국국적 동포의 경우 처음부터 특정 사용자와의 고용관계라는 것이 없다.<sup>116)</sup> 그러므로 만약 불법파견받아서 사용한 근로자가 불법체류가 아닌 외국국적 동포인 경우 직접고용의무를 인정할 여지가 보다 커질 수 있는데, 물론 이 경우 해당 외국국적 동포의 체류기간 동안만 고용이 인정될 수 있겠지만, 외국국적 동포인 외국인과 그렇지 않은 보통의 외국인과의 차별문제가 제기될 수 있게 된다.<sup>117)</sup>

요컨대, 외국인 고용과 사용의 문제가 단순히 「출입국관리법」만의 문제가 아니라 외국인 고용법, 더 나아가 파견법과의 관계에서도 중요한 점점들이 있음을 시사하고 있다.

외국인 근로자 파견에 대해서는 입법적 정비가 필요하다고 본다. 참고로 외국인근로자에 대해 사업장 이동의 제한이 없는 노동허가제를 채택하고 있는 독일에서는, 근로자파견법(Gesetz zur Regelung der Arbeitnehmerüberlassung, AÜG)에서 노동허가 없는 외국인을 파견한 파견사업주를 처벌하고(AÜG §15) 노동허가 없는 외국인을 사용한 사용사업주를 처벌하도록 하고 있으며(AÜG §15a) 무허가파견이나 불법파견에 대해서는 파견된 근로자와 사용사업주 간에 고용간주를 인정하기 때문에(AÜG §10) 외국인의 경우에도 무허가 사업주에 의해 파견되거나 노동허가 없는 외국인의 파견 기타 노동허가 있는 외국인의 업무범위 위반 파견 등 불법파견의 경우 사용사업주와 해당 외국인 간에 체류기간 동안의 고용간주

114) 체류자격이 없거나 체류기간을 초과하거나 체류자격에서 허용하는 활동범위를 벗어난 경우는 모두 출입국관리법령 위반이어서 그 체류가 위법하게 되므로 편의상 불법체류로 표현하였다.

115) 노호창, “불법취업 외국인을 파견받아 사용한 행위가 「출입국관리법」상 고용인지 여부”, 노동법학 제74호, 한국노동법학회, 2020. 6, 199면.

116) 노호창, “외국인근로자 고용에 있어서의 법적·정책적 쟁점”, 『노동법학』 제70호, 한국노동법학회, 2019. 6, 193면.

117) 노호창, “불법체류 외국인을 파견받아 사용한 경우의 법적 쟁점”, 노동법학 제84호, 한국노동법학회, 2022. 12, 116면.

를 인정할 수 있다는 해석이 가능하다.

일본의 경우 외국인의 출입국관리의 기본법인 ‘출입국관리 및 난민인정법’(이른바 ‘入管法’) 제73조의2에 불법취로조장죄(不法就勞助長罪)를 두어 사용자를 처벌하도록 한다. 입관법 제73조의2조 제1항은 불법체류 취업과 관련된 다음의 3가지 행위유형에 대해 3년 이하의 징역 또는 3백만엔 이하의 벌금에 처하거나 이를 병과한다. 처벌 구성요건은 다음 세 가지이다. ① 제1호: 사업활동에 관하여 외국인에게 불법취로활동을 시킨 사람, ② 제2호: 외국인에게 불법취로활동을 시키기 위해 자기의 지배 하에 둔 사람, ③ 제3호: 업(業)으로서, 외국인에게 불법취로활동을 시킨 행위 또는 ②의 행위에 관해 알선한 사람이다. 조문의 내용상 파견의 경우도 포함된다고 보인다. 또한 동조 제2항은 불법취업에 간여된 자가 첫째, 그 외국인의 활동이 그 외국인의 체류자격에 합당하는 활동에 속하지 않는 수입을 수반하는 사업을 운영하는 활동 또는 보수를 받는 활동이라는 것, 둘째, 그 외국인이 그 외국인의 활동을 함에 있어서 관련 활동 허가를 받지 않은 것, 셋째, 그 외국인이 불법입국자, 불법상륙자, 체류기간 초과자 등이라는 것을 알지 못하고서 취업을 시키거나 사실상의 지배를 하거나 알선을 했다고 하여도 그것만으로는 처벌을 면할 수 없도록 하고 있다. 다만 스스로 과실이 없다는 것을 입증해야 면책될 수 있다고 규정하고 있다.

## V. 향후의 방향은?

### 1. 외국인고용 주제는 선택과 통합의 하이브리드형 규율이 필요

헌법상 외국인에 대한 권리주체로서의 법적 지위 인정은 헌법상 노동기본권과의 관계에서 다음과 같은 이념형으로 구축되는 것이 필요할 것.

- 이민법: 출입국관리 → 선택 - 출입국관리 소관청이 관여.
- 노동법: 국내에서 노동하는 외국인 보호 → 통합 - 고용노동부 관여.
- 현재의 고용허가제는 한계에 도달한 것이 아닌지? 만약 노동허가제로 전면적 전환을 한다면 그 효과와 과제는?

## 2. 선택이라는 정책목표 달성을 위해서

-노동허가 한국에 입국하고 체류하는 외국인 개개인에 대한 보다 심층적인 검증이 필요하지 않은지? -> 이를 위해서 기관과 조직 확대가 요구되며 해당 외국에 대한 전문인력이 대거 확충되어야 함.

## 3. 통합이라는 정책목표 달성을 위해서

-노동허가제 전환시 고용허가제로 인한 문제들은 해소 가능할 듯.  
-내국인이든 외국인이든 노동에 대한 획일적·통일적 보호가 가능 -> 통합에 기여.  
-노동허가제 하에서도 외국인근로자의 체류 규제는 가능.

## 4. 불법체류에 대한 대응적 해결책은?

-2022. 12. 말 기준 불법체류자는 40만명을 넘었음<sup>118)</sup> -> 모두 색출하여 강제퇴거시킨다는 것은 불가능 -> 인구 감소 및 노동력 감소의 여건상 안고 갈 수밖에 없는 순간이 올 것이고 그런 때가 되면 정책적·입법적 결단이 요구됨.  
-외국 사례: 미국, 브라질 등.  
-브라질: 과거 약 10여년 정도를 주기로 불법체류자 대사면을 실시하여 국민으로 편입시킨 바 있음. 본래 식민지였지만 독립 및 노예 해방 후 이민에 의해 형성된 국가이며 남한의 약 90배 가까운 큰 영토에다 10여개 국가와 국경을 맞대고 있는 여건상 불법체류를 방지한다는 것은 거의 불가능. 가장 최근 사면은 2009년.

〈참고〉 브라질 2009년 불법체류자 사면(anistia)에 관한 법률(Lei nº 11.961, de 2 de Julho de 2009) 개요

제1조. 2009년 2월 1일까지 브라질에 입국한 불법체류자가 대상으로서 임시거주권 신청 가능.

제2조. 이 법에 의한 불법체류 외국인은

1. 브라질에 불법입국한 자,
2. 합법 입국하였으나 체류기간 도과한 자,

118) 법무부(2022. 12.), 앞의 자료, 20면.

3. 1998. 6. 29.자 법률 제9,675호의 혜택을 받을 자로서 영주권(condição de residente permanente) 취득에 필요한 절차를 마치지 못한 자.

제3조. 본 법률의 혜택을 받는 외국인에게는 브라질 연방헌법에 의해 보장된 브라질인의 권리와 의무가 주어짐.

제4조. 본 법률의 공포 후 180일 내에, 임시거주권을 법무부(Ministério da Justiça)에 신청. 외국인신분증(Carteira de Identidade de Estrangeiro) 발급비 지급증명 원본, 등록비 지급증명 원본, 브라질 및 외국에서 형사절차에 응하거나 유죄 판단을 받은 바 없다는 선언, 입국확인증 등 함께 제출.

제5조. 임시거주를 신청한 외국인은 이 법 제4조에 규정된 것 이외의 벌금(multa) 기타 수수료 납부를 면제받음.

제6조. 임시등록이 되면 법무부가 2년 기한의 외국인신분증 발급.

제7조. 외국인신분증 기한 만료 전 90일 내에 영주권으로 변경을 신청하면서 1. 재직증명서 기타 합법적 직업의 증명서 또는 자신과 가족을 부양하는 능력을 증명하는 재산 증명, 2. 브라질과 외국에 부채와 범죄가 없다는 증명, 3. 임시거주 기간 동안 90일 이상을 연속하여 브라질에서 부재하지 않았음을 증명해야 함.

제8조. 신청인의 제출 정보 중 허위사실이 있으면 임시거주권 또는 영주권은 취소되지만, 통지 후 60일 이내에 이의신청 가능하고, 임시거주권 또는 영주권이 거부되거나 무효로 되면 등록이 취소되고 외국인신분증은 효력이 상실됨.

제9조. 본 법의 규정은 추방되었거나 법에 따라 위험하거나 바람직하지 않은 징후가 보이는 외국인에게는 적용되지 않음.

- 이하 생략 -

## 토 론 문

### 헌법상 노동기본권과 고용허가제 이주노동자에 관한 토론: 헌법재판소 결정례를 중심으로

김지혜(강릉원주대 다문화학과 교수)

이주노동자에 관한 법제도적 현황과 쟁점을 검토하고 귀한 제언을 나누어주신 두 분의 발제에 감사드립니다. 저는 헌법상 노동기본권의 측면에서 주요하게 비전문인력(E-9) 이주노동자 관련 법제에 관하여 논의하여 주신 노호창 교수님의 발제문을 중심으로, 헌법재판소의 결정례에 관한 논의를 더하여 몇 가지 생각을 나누며, 두 분께 궁금한 점을 여쭙는 것으로 토론에 참여하고자 합니다.

#### ○ 외국인의 입국에 대한 주권국가로서의 재량과 영토 내에 체류하는 노동자로서의 외국인에 대한 통제 권한의 한계에 대하여

노호창 교수님께서서는 국가의 영토주권에 기하여 외국인의 입국에 관한 광범위한 재량이 인정됨을 언급하면서, 외국인근로자에 대한 규율을 포함한 체류기간 및 활동에 대한 제약 역시 주권국가로서의 재량범위에 포함된다고 보신 것으로 이해됩니다. 그런데 외국인에게 입국의 자유가 제한될 수 있다고 하여 입국 이후 체류 활동에 대한 국가의 통제가 정당화된다면, 이것은 자국 내의 외국인에 대해 거의 모든 활동에서 광범위한 입법 및 행정 재량을 승인하는 결과로 귀결될 수 있습니다. 이런 태도가 노동관계로 확장되면 노동권 보장의 측면에서 외국인에 대한 열등한 처우 또는 국민에 대해서는 허용될 수 없는 침해가 있더라도 국가의 주권행사의 재량 범위로 보아 원칙적으로 불평등한 처우를 인정하는 논리가 됩니다.

이러한 접근이 실제로 헌법재판소의 결정에서 적어도 세 가지의 방식으로 드러난다고 생각됩니다.<sup>1)</sup> 첫째, 헌법재판소가 헌법상 기본권 가운데 외국인의 기본권 주체성을 선택적으로 인정하는 방식(소위 ‘권리성질설’이라고 하지만 기준이 불명확한 문제가 있음), 둘째, 외

1) 이에 관하여 김지혜, “외국인의 인권: 2001년 이후 헌법재판소 결정의 비판적 분석”, 헌법학연구 제29권 제1호, 2023에서 자세하게 논의함.



국민의 기본권주체성을 인정하더라도 국민과 동일한 수준으로 보장하는 것은 아니라고 하면서 심사기준을 대폭 완화하는 방식(예: 외국인고용법 규정에 의한 직업의 자유 침해 여부에 관하여 내국인 고용주 등에 대해서는 과잉금지원칙을 적용하면서 외국인 근로자에 대해서는 자의금지원칙을 적용함),<sup>2)</sup> 셋째, 본안 판단에서 기본권 침해여부를 심사하면서 외국인의 지위 자체를 출국을 해야 하는, 다른 말로 하면 ‘불법체류의 가능성’이 있는, “특수한 지위”로 보아 노동권을 포함한 기본권 제한을 정당화하는 방식 등입니다.<sup>3)</sup>

그런데 이와 같이 외국인의 입국을 제한할 수 있는 주권국가 권한을 입국 후 체류 활동, 특히 노동관계에 적용하는 것은 과도한 확장으로서 규범적으로도 모순이 있습니다. 우선, 이런 논리로 자국 내 거주하는 외국인에 대한 일반적인 차별원칙을 승인한다면, 이는 국제인권법을 통해 국가들이 합의한 핵심 규범을 거스르는 것입니다. 국가들이 다자간의 규약 형식으로 인권을 보장하려는 것은, 각자 영토 내 자국민의 인권보장을 약속하는 것이자 다른 국가로 이동하는 자국민에 대한 기본적인 인권보장을 공동으로 약속하는 것이기도 합니다. 즉, 인권에 관하여는 상호주의가 적용될 수 없다는 원칙은, 국제 사회가 개별 국가별로 협약을 통하여 따로 정할 필요 없이 인간으로서의 보편적인 권리에 대해서는 국적과 무관하게 영토 내의 모든 사람에게 보장한다는 약속을 하였다는 뜻이라고 보아야 합니다.

게다가 노호창 교수님께서 말씀하신 대로 외국인근로자에 대한 차별금지는 이미 근로기준법 제6조와 외국인고용법 제22조에 명확하게 규정되어 있습니다.<sup>4)</sup> 또 헌법 제6조 제2항은 “외국인은 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 그 지위가 보장된다.”고 하고 있습니다.

2) 헌법재판소는 외국인고용법상 외국인근로자에 대한 사업장 변경 제한이 직업의 자유 중 직장선택의 자유를 제한한다고 하면서 침해 여부에 대한 심사기준으로 자의금지원칙을 적용하였음(헌재 2011. 9. 29. 2007헌마1083등 결정, 헌재 2011. 9. 29. 2009헌마351 결정, 2021. 12. 23. 2020헌마395 결정 등). 반면, 외국인고용법에 의해 사용자가 외국인근로자를 고용하기 위해 직업안정기관의 허가를 받아야 하여 직업의 자유가 제한된다고 주장한 사건에서는 직업 수행의 자유에 대한 제한으로 보고 다소 완화된 과잉금지원칙을 심사하였음(헌재 2009. 9. 24. 2006헌마1264 결정). 또한 외국인고용을 대행하는 내국인 행정사 내지 법무법인에 대해 외국인고용법이 대행기관 지정요건을 엄격하게 규정하여 직업의 자유가 제한되었다는 주장에 대해서도, ‘직업 수행의 자유’에 대한 제한이라며 다소 완화된 과잉금지원칙을 적용하였음(헌재 2011. 10. 25. 2010헌마661 결정)

3) 헌재 2016. 3. 31. 2014헌마367 결정에서 헌법재판소는 퇴직금을 퇴직일로부터 14일 이내에 지급하는 일반적인 규정과 달리 외국인근로자에게 퇴직금에 해당하는 출국만기보험을 출국 후 지급하는 근로조건상 차별에 대하여, 외국인근로자에 대한 차등적 대우의 원인을 “체류기간이 만료되면 출국을 해야만 하는 지위”에 있으므로 출국을 담보하기 위해 급여지급을 출국과 연계시키는 것이 “불가피하다”고 판단함. 여기서 ‘체류기간이 만료되면 출국을 해야만 하는 지위’란 외국인의 정의와 다를 바 없는 말인데, 그렇다면 모든 외국인은 본질적으로 그 지위 자체로 인해 출국을 담보하기 위한 목적의 모든 기본권 제한이 정당화된다는 말로서, 노동에 대한 정당한 대가로 당연히 지급되는 임금을 출국을 위한 ‘담보’로 삼는 것이 합리적인지 여부에 대한 실체적 검토는 이루어지지 않음.

4) 근로기준법 제6조(“사용자는 근로자에 대하여 남녀의 성(性)을 이유로 차별적 대우를 하지 못하고, 국적·신앙 또는 사회적 신분을 이유로 근로조건에 대한 차별적 처우를 하지 못한다.”); 외국인고용법 제22조(“사용자는 외국인근로자라는 이유로 부당하게 차별하여 처우하여서는 아니 된다.”).

외국인을 언급하는 이 명시적인 헌법 조항을 헌법재판소가 외국인의 기본권에 관한 판단을 하면서 언급조차 하지 않고 국제법과 조약을 고려하지 않는 것은 헌법을 실현해야 할 의무를 해태하고 있는 것으로 보입니다. 주지하다시피 국제인권법은 입국의 자유와 참정권에 대해서는 외국인의 권리가 제한될 수 있음을 인정하지만 그 외의 모든 인권에 대해서는(사회권을 포함하여) 모든 국가가 자국 관할 내의 사람들에 대하여 국적과 무관하게 동등하게 권리를 보장받도록 규율하고 있습니다. 국가가 입국을 허가하여 관할 내에 속하게 된 사람들에 대하여는 인권보장에 대한 국가 책임이 발생하게 되며, 입국의 자유에 적용되는 재량과 동일한 원리와 수준으로 공권력의 행사가 인정되고 허용될 수 없다고 생각합니다.

#### ○ 무엇을 위한 통제인가: 외국인근로자의 노동기본권을 제한하는 사유로서 국민경제발전 또는 사업주의 사익에 관하여

원칙적으로 외국인의 기본권을 국민과 동등하게 인정하더라도 사안에 따라 외국인에 대한 기본권 제한이 허용될 수는 있을 것입니다. 노호창 교수님께서서는 노동허가제에 관하여 논의하시면서 노동허가제라고 하더라도 외국인에 대한 “통제의 필요성이 있다면 사업장 이동의 자유를 제한하는 것이 가능하다고 보”인다고 말씀하셨는데, 이때 ‘통제의 필요성’이 있는 경우로서 어떤 상황을 염두에 두신 것인지 궁금합니다. 그 외에도 노동허가제에서 개별 외국인근로자에 대한 “규율”과 “심사”에 관하여 언급하셨는데, 어떤 목적의 무엇을 통제하기 위한 규율과 심사를 말씀하시는 것인지 설명을 부탁드립니다.

관련하여 헌법재판소는 사업주의 사익과 이를 통한 국민경제의 발전을 위해서 외국인근로자의 사업장 이동의 자유를 제한하여 “장기 근무를 유도”하는 것이 필요하다는 입장을 취하고 있습니다. 현재 2021. 12. 23. 2020헌마395 결정을 보면, “외국인근로자가 근로계약을 해지하거나 갱신을 거절하고 자유롭게 사업장 변경을 신청할 수 있도록 한다면, 사용자로서는 인력의 안정적 확보와 원활한 사업장 운영에 큰 어려움을 겪을 수밖에 없다.”고 하며, “원활한 인력수급 및 국민경제의 균형 있는 발전을 도모”한다는 고용허가제의 도입취지에 따라 “외국인근로자의 효율적인 관리 차원”에서 외국인근로자의 기본권 제한을 정당화하였습니다.

위 논리는, 사용자의 사익을 국민 경제와 등치시키면서, 사용자의 영리와 국민의 경제적 이익을 위해 외국인의 자유를 제한하는 공권력 행사가 정당하다는 것으로서, 외국인근로자에 대한 착취적 관점을 여과 없이 보여주고 있습니다. 영세한 사업주의 이익이 곧 국민경제의 발전을 위한 것이니 내국인 근로자가 직장을 변경할 수 없도록 강제할 수 있다는 논리가

노동법 원리에서 결코 성립할 수 없을 터인데 외국인에 대해서는 이러한 논리가 적용됩니다.<sup>5)</sup> 과연 이러한 이유가 외국인을 ‘통제’하는 정당한 사유가 될 수 있는지, 더 구체적으로 외국인고용법 제1조에서 “외국인근로자를 체계적으로 도입·관리함으로써 원활한 인력수급 및 국민경제의 균형 있는 발전을 도모”하는 것을 입법목적으로 하였다고 하여, 이러한 입법 목적에 부합하면 외국인근로자의 기본권 제한이 헌법적으로 허용되는 것으로 볼 수 있는지 의문입니다.

그런 의미에서 노호창 교수님께서 외국인근로자에 대해 적용되는 사업장 이동권 제한의 타당성에 관하여 검토하시면서 지적하신 자의성, 형평성, 타당성, 정합성 등의 문제에 동의합니다. 2021년 헌재 결정에서 이석태·김기영 재판관은 반대의견을 통해 국가가 외국인근로자를 사업장에 묶어두는 것이 “사업장의 작업환경을 개선할 유인”을 없애 “산업구조의 전환성과 경쟁력을 약화시키는 원인”이 된다고도 지적한 바도 있습니다. 나아가 노동자와 사용자 사이의 권력 균형을 추구하는 노동권 보장의 기본원리에 비추어 볼 때, 헌법재판소가 밝힌 것과 같은 이유로 노동자의 기본권 제한을 용인하는 태도가 노동권의 근간을 흔들며 노동시장을 더욱 불평등하게 계층화한다고 생각됩니다. 관련하여 교수님의 의견을 듣고 싶습니다.

#### ○ 외국인 간의 차별: 동포에 대한 우대의 한계에 관하여

노호창 교수님께서서는 외국인 간의 차별에 대해서는 차별금지가 적용되는지 분명하지 않은 것 같다고 하며 동포와 비동포 사이의 차별은 헌법적으로 허용될 여지가 있겠다고 언급하신 것으로 이해됩니다. 그러면서도 현행 고용허가제에서 동포와 비동포 사이의 “사업장 이동의 자유의 차이가 상당히 커서 바람직하다고 보이지 않는다”고 말씀하셨는데, 이러한 차별이 바람직하지 않다는 점에 대해서는 동의하면서도 더 근본적으로 동포에 대한 우대의 한계에 관해 의문점이 있어 의견과 질문을 드리고자 합니다.

우선 앞에서 말씀드린 바와 같이, 입국에 관련된 국가 재량 안에서 동포에 대한 우대가 어느 정도 허용된다 하더라도, 노동관계에서의 우대까지 용인되는지는 별개의 문제로 보아야 한다고 생각합니다. 노동에서의 차별이나, 특히 사업장 이동의 자유와 같은 자유의 제한에

5) ILO 강제노동철폐협약 제105호에 따르면, “경제발전을 위하여 노동을 동원하고 이용하는 수단”으로서 자행하는 강제노동은 “즉각적이고 완전한 철폐”가 요구되는 대표적이고 심각한 강제노동의 형태임. 한국은 강제노동철폐협약 29호를 2021. 4. 20. 가입하였고 105호는 아직 가입하지 않은 상태인데, 2023년 5월 현재 강제노동철폐협약 제105호 미가입 회원국은 한국을 포함해 9개국(브루나이, 라오스, 마셜아일랜드, 미얀마, 팔라우, 동티모르, 통가, 투발루, 한국)이며 176개국이 가입한 상태임. 단, 강제노동철폐협약 29호와 105호는 ILO가 1998년 채택한 근로자기본권선언에서 정한 8개 핵심협약에 포함된 것으로서, 회원국은 비준여부와 무관하게 그 원칙을 준수할 의무가 있음.

있어서는 재량의 범위가 현저히 축소되어, 단순히 혈통주의에 근거한 차별이 정당화될 수는 없을 것입니다. 단지 ‘한국인’이라는 혈통을 이유로 누군가를 더 우월하다고 여기는 혈통주의 자체는 노동관계에서 차별을 승인할 만한 합리적인 이유가 될 수 없으며, 동포라는 속성이 노동관계에 가지는 구체적이고 타당한 이유에 의해서만 차등적 대우가 정당화되어야 할 것입니다.

헌법재판소도 혈통주의가 그 자체로 차등적 대우의 합리적인 근거가 될 수 없음을 일찍부터 인식하였다고 보입니다. 헌법재판소가 최초로 ‘인간의 권리’를 언급하며 외국인의 기본권 주체성을 인정한 2001. 11. 29. 99헌마494 결정은, 당시 ‘재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률’을 제정하면서 외국국적동포들 사이에서 일부 동포를 배제한 것이 쟁점이 된 사건이었습니다. 헌법재판소는 이 결정에서, 당시 청구인들이 침해받았다고 주장한 인간의 존엄과 가치, 행복추구권, 평등권에 대해 “인간의 권리로서 외국인도 주체가 될 수 있다”고 인정하였습니다. 여기서 주목할 것은 청구인들을 ‘동포’로서 국민과 ‘유사’하다는 것을 직접적인 근거로 삼기보다, ‘인간의 권리’라는 보다 보편적인 이론에 기반해 기본권을 인정했다는 사실입니다. 그 배경에는, 혈통주의가 국제법 원칙에 반한다는 인식이 있었기 때문으로 보입니다.<sup>6)</sup>

헌법재판소는 2020헌마395 결정에서 고용허가제 내에서 동포와 비동포 간 차별에 대하여 심사할 기회가 있었으나, 사실상 심사를 포기하는 논증구조로 구체적인 검토 없이 평등권 침해에 관한 주장을 기각한 바 있습니다. 즉, 입법자가 동포와 비동포 사이에 차이를 두었음을 단순 기술한 뒤 따라서 차별 취급이 합리적이라고 말함으로써, 입법자의 차등적 대우가 정당한지 여부에 대한 실체적 검토 없이 결론을 내리는 이해하기 어려운 결정을 내렸습니다. 다만 해당 결정에서 평등권 침해 여부에 관한 판단과 별개로, 외국인근로자가 내국인이나 동포에 비해 “의사소통이 어렵고 문화적 차이가 있어 근무기간이 짧은 경우 노동생산성이 낮은 것으로 나타나고 있다”<sup>7)</sup>고 표현하였는데, 그렇다고 하여 외국인근로자에 대한 지원책이 아닌 사업장 이동을 제한하는 합리성에 대한 검토가 이루어지지도 않았습니다. 외국인근로자에 대한 이 같은 묘사에 대한 근거도 명확하지 않아 추측성 편견은 아닌지 의심되기도 합니다.

6) 현재 2001. 11. 29. 99헌마494 결정에서 법무부 장관 의견요지를 살펴보면, ‘혈통주의’에 따라 외국국적동포를 정의한다면 “국제법원칙 및 국제관행에 반하고, 외교마찰을 초래”할 우려가 있으며, “인종·민족 등에 근거한 차별을 금지하고 있는 국제법원칙에 위반되는 결과를 낳을 수도 있기 때문”에 ‘과거국적주의’를 채택하였다고 밝힘.

7) 현재 2021. 12. 23. 2020헌마395 결정 (직장선택의 자유 제한에 관하여 입법형성권 일탈 여부를 판단하면서 언급된 내용임).

한국 사회가 이제는 더 이상 명시적으로 표방하고 있지는 않지만, 역사적으로 단일민족을 강조하기도 했고, 민족주의적인 경향이 여전히 강하게 남아있으며, 현행 이민 관련 법제가 동포를 우대하고 있는 것도 사실입니다. 동포에 대한 우대 정책 가운데 어떤 측면은 역사적인 배경이나 입국에 관한 국가 재량에 의하여 허용될 수 있겠으나, 체류 활동에 관한 모든 측면에서의 우대가 헌법적으로 허용되는 것으로 해석될 수는 없을 것입니다. 단순히 민족적인 혈통에 근거하여 노동관계상의 우대가 허용된다면, 이것은 인종·민족을 이유로 한 차별로서 국제법적으로 엄격히 금지되는 것일뿐더러, 민족주의적인 사회분위기를 정당화하고 영속화하는 기제로 작동하여 사회통합을 저해할 것으로 우려됩니다.

### ○ 노동자로서 외국인의 권리와 생활에 관심을 가지는 소관부처 및 역할에 관하여

외국인근로자에 대한 규율이 도입되고 용인되는 근거에는 ‘불법체류의 가능성’에 대한 우려가 주요하다고 생각됩니다. 헌법재판소의 결정에서도 드러나듯 구체적인 상황에 대한 검토보다도 외국인이라는 지위 자체가 갖는 내국인과 구별되는 속성, 즉 체류 자체가 불법이 될 수 있다는 ‘특수한 지위’를 이유로 노동권 제한을 포함해 폭넓게 통제를 허용하는 관념이 있습니다.<sup>8)</sup> 그런데 이는 사실상 모든 외국인에 대한 모든 종류의 기본권 제한을 정당화하는데 사용될 수 있는 만능 논리로서, 그 자체로 합리적인 이유가 될 수는 없다고 생각됩니다.

무엇보다 이런 접근을 채택하는 경우 외국인의 체류의 불법과 합법의 경계를 설정하는 입법 및 행정의 자의적인 권력 행사에 대한 헌법적 통제가 불가능하게 됩니다. 외국인의 기본권 인정 여부는 체류의 불법 여부와 무관하다고 했던 헌법재판소의 결정<sup>9)</sup>과 달리, 외국인은 불법체류의 ‘가능성’과 그로 인한 사회질서에 대한 위협의 ‘가능성’으로 기본권 제한이 용인되는 논리 구조 속에서 상당히 폭넓게 기본권 제한이 정당화될 위험이 있습니다. 이는 “중첩된 불확실한 예전에 근거해” 외국인에 대해 광범위하게 기본권을 제한하는 것으로, “체류상 위법의 문제를 과대평가하는 동시에 기본권의 가치를 과소평가하는 것”<sup>10)</sup>이라고 생각합니다.

외국인이 실제로 현재 한국 사회를 구성하는 구성원으로서 살아가며 국가와 지역 공동체에 기여하고 경제·사회·문화적으로 서로 영향을 주는 측면들에 다각적으로 초점을 두기보다, ‘국민경제를 위해 수급되고 활용되는 인력’이면서 ‘잠재적인 불법체류자’로서 접근하는 태도가 법제도를 이루고 있습니다. 이런 방식의 제한되고 편향된 접근은 외국인근로자를 담

8) 헌재 2016. 3. 31. 2014헌마367 결정

9) 헌재 2012. 8. 23. 2008헌마430 결정 (“불법체류라는 것은 관련 법령에 의하여 체류자격이 인정되지 않는다는 것일 뿐”이므로 ‘인간의 권리’로서 기본권 인정 여부가 달라지지 않음).

10) 김지혜, 앞의 글, 140쪽.

당하는 소관부처의 성격과도 무관하지 않을 것입니다. 고용허가제의 소관부처인 고용노동부는 내국인 사용자의 입장에 서서 외국인에 대해서는 ‘인력수급’으로서 접근하는 한계가 있고, 노동자의 권리에 대한 관심이 부족하며 사회통합에 대한 관심은 찾기 어렵습니다. 법무부는 사회통합에 업무로 포함하고 있기는 하지만 출입국 ‘관리’를 담당하는 주무부처로서 ‘불법체류’에 주요한 관심을 기울이며 이를 범죄로서 다루는 접근에 더욱 익숙해 보입니다.

이와 관련하여, 이보연 박사님의 발제에서 독일의 경우 난민·이민·사회통합정책의 주무부처가 연방내무부이며 연방노동사회부에서 협력한다고 하셨는데, 독일의 정부조직상 이러한 역할배치가 어떤 의미가 있는지 궁금합니다. 아울러 노호창 교수님께서도 외국인근로자의 노동기본권 보장과 사회통합을 위한 정부 조직 체계 및 필요한 추가적인 인프라 지원정책에 대해 구상한 것이 있으시다면 좀더 말씀해 주실 것을 요청드립니다. 덧붙여 ‘불법체류’의 상황은 외국인 개인의 문제보다는 제도 자체의 불합리성에 기인할 수 있고 그렇다면 사전 검증 보다는 제도의 합리화와 사회통합을 위한 지원에 더욱 초점을 두어야 하는 것이 아닌지 생각되며 마지막으로 ‘불법체류자 사면’을 언급하기도 하셨는데, 관련하여 의견을 부탁드립니다.

## 토 론 문

박천응(인하대학교 이민다문화정책학과 초빙교수)

## 토 론 문

### ‘이민법제 및 이민행정의 헌법적 검토’ 포럼

서기정(조정훈 국회의원실 선임비서관)

#### □ 외국인과의 공존시대, 방향성 부재로 인한 충돌

- 외국인/이민정책에 대한 합의된 목표 및 정부의 정책일관성 부재
  - 다양한 체류외국인 스펙트럼, 통합과 통제의 대상 및 범위가 불분명
  - 체계적 이민행정 “누구를, 얼마나, 어떻게 유입, 어떤 자격으로 체류할지”에 대한 설계가 부재
    - 서로가 예측가능한 시스템 필요
    - 단순인력의 미스매치, 불법브로커, 미등록외국인 문제 등과 연관
- 각 체류외국인에 대한 분절적 행정 및 통합/정주화 여부에 대한 모호성
  - 외국인력 정책 다루고 있는 부처만 8개 부처
- 외국인 기본권주체성 범위 모호
  - 헌법 제6조에 따라 기본권주체성 인정 여지가 있음
  - 다만 헌법재판소 판례에 따르면 무한정 인정될 수 있는 것은 아니고 ‘인간의 권리’ 범위 내에서만 인정될 것으로 보고 있음
    - 사안별로 ‘국민의 권리’인지 ‘인간의 권리’인지 해석의 여지가 있음. 보호 범위가 명확히 어디까지인지 알기 어려움
    - 법적 안정성과 타력성 중 무엇이 중시되어야 할 것인지 논의 필요



## □ 「외국인고용법」 외 고용인력에 대한 파악 어려움

○ 「외국인고용법」은 전체 단순인력 중 고용허가제(비전문취업(E-9), 방문취업(H-2))에 대해서만 다루고 있음

○ 외국인 고용의 타당성을 판단할 수 있는 절차 및 기준에 대한 통합적 법제 필요함

○ 큰 틀에서의 정책목표 부재 및 분절적 행정관리 문제 해소 필요함

- 고용허가제(고용노동부), 계절근로제(법무부) 등 같은 단순기능인력임에도 각각 소관부처 다르며, 준숙련인력 및 숙련인력으로서의 이동 경로에도 소관부처 다름
- 컨트롤타워 부재로 인한 연계성 부족 및 미스매치, 수급불균형 문제 발생함. 고용시장 필요에 따라 누더기식으로 체류자격 만들어짐

○ 취업활동하는 체류외국인에 대한 전체규모 파악 어려움

- 실제 국내에서 일하는 혹은 일할 수 있는 체류외국인은 다양하게 있음. 고용허가제(E-9, H-2) 및 계절근로제(E-8) 등은 일부임
- 고용 중인 미등록외국인은 사각지대에 존재, 정확한 규모파악 불가

비전문	전문 (준숙련 <sup>㉠</sup> 포함)	단기취업	선원취업	재외동포	영주	결혼이민	계절근로	기타
취업비자								
취업가능비자 (17개)								

## □ 외국인력 유입/관리 위한 통합법제 및 거버넌스

○ 명확한 정책방향성 아래 각 부처·지자체 연계필요

- 정주화방지 대상 및 범위, 이에 따른 정책일관성

○ 외국인 고용자격요건, 고용규모, 사업장 이동, 고용주와의 매칭 등 종합적 고려 및 체계화 필요

- 특히 현재의 경직된 고용허가제에 대한 개선 및 재논의 필요
    - 정부관리차원, 고용주, 근로자 입장 등 입체적 확인 필요함
  - 단순기능인력에 대한 재정의 및 재범주화 논의
    - 단순인력-준숙련인력-숙련인력 기준과 선별 체계화 필요성
    - 산업현장에서 보완적 수준을 넘어 생산성을 높일 수 있는 양질의 외국인력 필요로 함.
- 그러나 탄력적 대응 부재로 인한 절대적 공급 및 미스매치의 고질적 문제

## 제3세션

# 이민청 설립에 관하여

/

좌 장: 조영희(이민정책연구원 연구교육실장)

종합토론: 하용국(법무부 외국인정책과 과장)

한건수(한국이민학회 회장)

권향원(아주대학교 행정학과 교수)





## 종합토론

하용국(법무부 외국인정책과 과장)

## 종합토론

한건수(한국이민학회 회장)

## 종합토론

권항원(아주대학교 행정학과 교수)