

한국법제연구원 · 한국이민법학회 · 한국외국어대학교 법학연구소
2022년 공동학술대회

한국 이민법의 최근 법적 과제

- 일시: 2022년 11월 4일(금) 15:00~18:00
- 장소: 한국외국어대학교 법학전문대학원 법학관 6층 601호
- 주최: 한국법제연구원, 한국이민법학회,
한국외국어대학교 법학연구소

일 정

- 14:40~15:00 등록
- 15:00~15:20 개회식 ▶ 전체사회: 노호창 (호서대학교 법경찰행정학과 교수)
- ▶ 개회사: 김계홍 (한국법제연구원장)
 - ▶ 개회사: 박종보 (한국이민법학회 회장)
 - ▶ 환영사: 김진우 (한국외국어대학교 법학연구소장)
- ▶ 주제발표 ◀
- ▶ 사회: 문재완 (한국외국어대학교 법전문 교수)
- 15:20~16:00 [제1세션] 외국인근로자의 사업장변경 제한규정의 문제
- ▶ 발표: 이보연 (건국대학교 KU연구전임교수)
 - ▶ 토론: 최경호 (한국법제연구원 연구위원)
- 16:00~16:40 [제2세션] 청소년복지 지원법상 이주배경 청소년의 법적 쟁점
- ▶ 발표: 최 유 (한국법제연구원 연구위원)
 - ▶ 토론: 강성식 (법무법인 공존 변호사)
- 16:40~17:00 Coffee Break
- ▶ 사회: 김윤정 (한국법제연구원 법제조사평가팀 팀장)
- 17:00~17:40 [제3세션] 외국인 보호시설의 법적 쟁점
- ▶ 발표: 김예진 (법률사무소 지을 변호사)
 - ▶ 토론: 장민영 (한국법제연구원 연구위원)
- 17:40~18:00 [제4세션] 종합토론

개회사

안녕하십니까? 한국법제연구원장 김계홍입니다.

오늘 한국이민법학회 및 한국외국어대학교 법학연구소와 공동으로 <한국 이민법의 최근 법적 과제>라는 주제로 공동학술대회를 개최하게 되었습니다.

어느덧 가을로 가는 문턱에서 한국이민법학회 박종보 회장님과 한국외국어대학교 법학연구소장 김진우 교수님을 비롯하여 한국이민법학회 회원분들과 법학연구소 관계자 분들께 깊은 감사의 말씀을 드립니다. 또한 오늘 학술대회의 사회 및 발제와 토론을 맡아주신 한국외국어대학교 문재완 교수님, 이보연 건국대학교 교수님, 김예진 변호사, 강성식 변호사님께도 감사드립니다. 이번 공동학술대회는 한국법제연구원 법제조사평가팀 김윤정 팀장님을 비롯하여 저희 연구원 식구들이 함께 하고 있습니다.

한국이민법학회와 한국법제연구원 그리고 한국외국어대학교 법학연구소는 이민법 연구의 역사를 함께 하고 있습니다. 2013년 5월 31일 바로 이곳에서 한국이민법학회는 한국법제연구원과 한국외국어대학교 법학연구소와 함께 창립총회를 개최하였습니다. 그리고 벌써 9년이라는 시간이 흘렀습니다. 그 사이 한국에 체류하는 외국인 수는 대폭 증가하였습니다. 2013년에는 157만명 수준이었는데, 코로나19가 시작되었던 2019년에는 252만명으로 2013년 대비 95만명 가량이 증가하였습니다. 2021년 현재 국내 체류 외국인은 195만명으로 이전 해에 비해 다소 감소하였지만, 코로나 19 상황이 종료된 이후에는 다시 증가할 것으로 예상됩니다. 체류외국인의 증가는 외국 인력의 한국유입의 수요를 단적으로 보여주고 있습니다. 이러한 사회변화는 이민법제에 대한 더 깊은 관심과 다양한 연구를 필요로 합니다. 급기야 새 정부는 이민청 신설에 대해서 공식적으로 논의하기 시작하였습니다.

어느 국가에서나 이민정책과 이민법제는 국내외적 상황에 따라 변화할 수 밖에 없다는 점에서 이민법 주제들은 매우 논쟁적입니다. 이민법제는 외국인에 대한 인권적 접근이 필요한 동시에 이상에만 치우치지 않는 국가 환경에 적합한 효과적인 제도설계도 동시에 필요한 영역입니다. 코로나19의 영향을 받고 있지만, 한국의 이민 사회의 규모는 계속 커지고 있습니다. 우리 사회는 외국 인력에 대한 수요가 계속

증가하고 있으며, 결혼이민자 이외에도 이민형 외국인체류자가 계속 증가하는 추세에 있습니다. 특히 저출산 고령화에 따른 한국사회의 인구구조변화는 외국인 정책의 중요성을 더욱 크게 할 전망입니다.

9년 전 창립학술대회의 이민법 주제는 이민법학의 과제, 이민현황과 외국인정책, 다문화주의, 난민법 등이었습니다. 사실 그 당시에 출입국관리와 외국인 노동자, 다문화주의 등에 대한 법적 이슈는 중요한 문제였으며, 지금까지도 우리 사회에 깊이 뿌리박은 이민법 과제라 할 수 있습니다. 출입국관리시설로서의 외국인 보호시설, 외국인 노동자의 직장선택의 문제, 그리고 이주배경 청소년 지원 등과 같이 현실과 이론이 교차하는 어려운 주제에 대해서 오늘의 토론이 실효성 있는 입법 및 제도개선에 기여할 수 있기를 기대합니다.

오늘 학술대회를 통해서 그 동안의 연구 성과를 공유하고, 이를 보다 발전시키기 위한 한국이민법학회 회원 여러분들의 발전적 논쟁을 기대합니다. 한국사회에서 이주민의 통합과 발전을 위한 좋은 법을 만들기 위한 여러분들이 노력이 향후 한국이민법의 학문적 성과를 이루고 제도개선에 반영되길 기대해마지 않겠습니다.

끝날 것 같으면서도 끝나지 않는 질긴 코로나19가 계속되는 이 시점에도 공동학술대회에 기꺼이 참석해 주신 회원 여러분 및 법학연구소 관계자분들께 다시 한 번 감사말씀을 드리면서 올 해 남은 기간 동안에도 건강하시고 학문적으로 건승하길 기원합니다.

감사합니다.

2022년 11월 4일
한국법제연구원장 김 계 홍

목 차

[제1세션] 외국인근로자의 사업장변경 제한규정의 문제	이 보 연	1
▶ 토론	최 경 호	37
[제2세션] 청소년복지 지원법상 이주배경 청소년의 법적 쟁점	최 유	41
▶ 토론	강 성 식	59
[제3세션] 외국인 보호시설의 법적 쟁점	김 예 진	65
▶ 토론	장 민 영	97

【제1세션】

외국인근로자의 사업장변경 제한규정의 문제*

이 보 연**

- I. 서론
- II. 사업장변경 제한규정과 헌법재판소 결정
- III. 규범적 평가
- IV. 실태조사
- V. 결론

I. 서론

2003년 제정되어 2004년 시행된 외국인근로자의 고용 등에 관한 법률(이하 ‘외국인고용법’)은 고용허가제에 관하여 규율하고 있다. 2004년 8월 도입된 고용허가제는 국가가 외국인근로자를 체계적으로 도입·관리함으로써 사업주에게 안정적으로 노동력을 공급하고자 마련되었다. 고용허가제에 따라 입국한 비전문취업(E-9) 외국인근로자는 근로자로서 지위를 인정받는다.

고용허가제 시행 이후 외국인력 도입 규모는 큰 폭으로 확대되었다. 고용노동부 통계에 따르면, 고용허가제가 처음 시행된 2004년 2만5000명 수준이던 일반 외국인근로자(E-9) 수는 제도 시행 10년 만인 2014년에 20만4000명까지 증가하였다. 그 수는 2019년 22만3000명에 달했으나 코로나19의 확산으로 감소해 2022년 상반기에는 16만3000명 수준에 머물렀다.

* 이 글은 홍성민·최윤철·박효민·이보연의 ‘데이터에 기반한 입법평가: 포용적 성장을 위한 입법(IV) - 외국인근로자고용법’, 한국법제연구원, 2021을 바탕으로 하며, 헌법재판소 결정에 대한 검토 부분을 추가하였음.

** 건국대학교 이주·사회통합연구소

고용허가제를 효과적으로 유지하기 위하여 외국인고용법 제25조는 외국인근로자의 사업장변경을 제한하는 규정을 두고 있다. 이러한 사업장변경 제한규정을 두고 원활한 노동력 확보와 관리를 위하여 유지되어야 한다는 주장과 외국인근로자의 인권보장을 위해 개선이 필요하다는 주장이 대립하고 있다. 이 규정에 대한 헌법재판소 결정을 살펴본 후, 사후적 입법평가를 통해 이 규정의 입법목적이 어느 정도 달성되었고 이 규정이 비례성을 벗어나 외국인근로자의 인권을 침해한 것은 아닌지 확인한다. 이를 위해 수직적 체계정당성과 수평적 체계정당성, 내적 체계정당성에 어긋남은 없는지 검토한다. 비교법적 분석으로, 미국, 일본, 독일의 관련 법제를 간략히 검토한다. 사용자 설문조사와 외국인근로자 관련 활동가 등의 인터뷰를 통해 해당 규정의 실제 운용과 효과에 대해 살펴본다.

II. 사업장변경 제한규정과 헌법재판소 결정

1. 사업장변경 제한규정

고용허가제는 국내 비전문분야의 노동력 부족을 해결하고 해당 분야의 산업(사용자) 보호를 위하여 국가의 주도 아래 외국인근로자를 공급하는 제도이다. 고용허가제는 외국인근로자의 도입부터 취업활동, 근로기간 종료 후 출국까지 정부가 공적 관리를 하는 것을 특징으로 한다. 외국인고용법은 “외국인근로자를 체계적으로 도입·관리함으로써 원활한 인력수급 및 국민경제의 균형 있는 발전을 도모”하는 것을 목적으로 한다(제1조).

외국인고용법은 고용허가제의 근거법으로서, 고용허가제를 효과적으로 유지하기 위하여 사업장변경 제한제도를 두고 있다. 외국인고용법 제25조(사업 또는 사업장변경의 허용)와 이 법 시행령 제30조는 외국인근로자가 사업장변경을 신청할 수 있는 사유와 사업장변경 횟수, 변경 실패 시 출국의무 등을 규정한다. 외국인근로자는 근로계약의 해지나 휴업, 폐업, 고용허가의 취소 등 외국인근로자의 책임이 아닌 사유가 발생한 경우 사업장변경을 신청할 수 있다(제1항). 그러나 사업 또는 사업장변경을 신청한 날부터 3개월 이내에 출입국관리법 제21조1)에 따른 근무처 변경허가를

받지 못하거나 근로계약 종료일부터 1개월 이내에 사업장변경신청을 하지 아니한 외국인근로자는 출국하여야 한다(제3항). 사업장변경은 취업활동기간²⁾ 중 원칙적으로 3회를 초과할 수 없다(제4항).

외국인고용법 제25조(사업 또는 사업장 변경의 허용) ① 외국인근로자(제12조제1항에 따른 외국인근로자는 제외한다)는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 발생한 경우에는 고용노동부령으로 정하는 바에 따라 직업안정기관의 장에게 다른 사업 또는 사업장으로의 변경을 신청할 수 있다.

1. 사용자가 정당한 사유로 근로계약기간 중 근로계약을 해지하려고 하거나 근로계약이 만료된 후 갱신을 거절하려는 경우
2. 휴업, 폐업, 제19조제1항에 따른 고용허가의 취소, 제20조제1항에 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
3. 그 밖에 대통령령으로 정하는 사유가 발생한 경우

② 사용자가 제1항에 따라 사업 또는 사업장 변경 신청을 한 후 재취업하려는 외국인근로자를 고용할 경우 그 절차 및 방법에 관하여는 제6조·제8조 및 제9조를 준용한다.

③ 제1항에 따른 다른 사업 또는 사업장으로의 변경을 신청한 날부터 3개월 이내에 「출입국관리법」 제21조에 따른 근무처 변경허가를 받지 못하거나 사용자와 근

1) 출입국관리법 제21조(근무처의 변경·추가) ① 대한민국에 체류하는 외국인이 그 체류자격의 범위에서 그의 근무처를 변경하거나 추가하려면 대통령령으로 정하는 바에 따라 미리 법무부장관의 허가를 받아야 한다. 다만, 전문적인 지식·기술 또는 기능을 가진 사람으로서 대통령령으로 정하는 사람은 근무처를 변경하거나 추가한 날부터 15일 이내에 대통령령으로 정하는 바에 따라 법무부장관에게 신고하여야 한다.

② 누구든지 제1항 본문에 따른 근무처의 변경허가·추가허가를 받지 아니한 외국인을 고용하거나 고용을 알선하여서는 아니 된다. 다만, 다른 법률에 따라 고용을 알선하는 경우에는 그러하지 아니하다.

③ 제1항 단서에 해당하는 사람에 대하여는 제18조제2항을 적용하지 아니한다.

2) 외국인고용법 제18조(취업활동 기간의 제한) 외국인근로자는 입국한 날부터 3년의 범위에서 취업활동을 할 수 있다.

로계약이 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.

④ 제1항에 따른 외국인근로자의 사업 또는 사업장 변경은 제18조에 따른 기간 중에는 원칙적으로 3회를 초과할 수 없으며, 제18조의2제1항에 따라 연장된 기간 중에는 2회를 초과할 수 없다. 다만, 제1항제2호의 사유로 사업 또는 사업장을 변경한 경우는 포함하지 아니한다.

외국인고용법 시행령 제30조(사업 또는 사업장의 변경) ① 법 제25조제1항제3호에서 “대통령령으로 정하는 사유”란 상해 등으로 외국인근로자가 해당 사업 또는 사업장에서 계속 근무하기는 부적합하나 다른 사업 또는 사업장에서 근무하는 것은 가능하다고 인정되는 경우를 말한다.

② 삭제

③ 직업안정기관의 장은 법 제25조제3항에 해당하는 출국대상자의 명단을 관할 출입국·외국인청장, 출입국·외국인사무소장 또는 출장소장에게 통보하여야 한다.

사업장변경 제한규정은 내국인 사용자가 안정된 기간 동안 비숙련 외국인근로자를 저임금으로 사용할 수 있다는 점에서 사용자에게 매우 유리한 규정이다. 외국인 고용법은 외국인근로자의 취업활동 기간을 3년으로 제한하고 있으나(제18조), 특례규정을 통하여 취업활동 기간을 연장할 수 있도록 하고 있다(제18조의2). 사용자는 직업안정기관을 통해 소개받은 외국인근로자를 최대 4년 10개월간 사용할 수 있다. 해당 사용자가 원한다면 취업활동 기간을 채운 외국인근로자가 한국을 떠난 후 1개월이 지나면 다시 초청하여 근로계약을 맺고 최장 4년 10개월간 고용할 수 있다. 이에 비해 외국인근로자는 자신의 의사에 따라 사업장을 변경하지 못한 채 자신을 고용한 사업주의 사업장에서 노동을 제공해야 한다. 자신에게 제공되는 노동조건에 대하여 만족하지 못하는 경우 근로계약의 변경을 요구할 수 없으므로 이들은 사업장을 이탈하여 ‘불법체류자’가 되거나 자국으로 출국할 수밖에 없는 상황에 처하게 된다.³⁾

3) 관련 연구로 이규용 외 3인, 외국인 비합법 노동시장 연구, 한국노동연구원, 2019 참조.

2. 헌법재판소 결정

(1) 2007헌마1083등⁴⁾

헌법재판소는 구 **외국인고용법 제25조 제4항과 동법 시행령 제30조 제2항**에 대하여 제기된 헌법소원에 대하여 2011년 9월 19일 재판관 5대 4로 합헌결정하였다. 청구인은 이들 조항이 근로의 권리를 침해한다고 주장하였으나, 사업장의 최대 변경가능 횟수를 설정한 것이 **근로의 권리를 제한하는 것이 아니라 직장선택의 자유를 제한하는 것**이라고 보았다. 행복추구권 침해 주장에 대하여는, **행복추구권과 직업의 자유가 서로 일반특별관계에** 있어 내용상 특별성을 갖는 직업의 자유 침해 여부가 우선한다고 보았다.

헌법재판소는 이들 조항이 **과잉금지원칙이나 포괄위임입법금지원칙에 위반하여 청구인들의 직장선택의 자유를 침해하는지** 살펴보았다. 헌법 제15조가 보장하는 ‘직업의 자유’는 ‘직업선택의 자유’와 ‘직업수행의 자유’를 모두 포함한다. 헌법재판소는 이 사건에서 문제 되는 직장선택의 자유는 단순히 국민의 권리가 아닌 인간의 권리로 보아야 하고, “외국인도 제한적으로라도 직장 선택의 자유를 향유할 수 있다”고 보았다. 또한, “청구인들이 이미 적법하게 고용허가를 받아 적법하게 우리나라에 입국하여 (...) 우리 사회에서 정당한 노동인력으로서의 지위를 부여받은 상황임을 전제로 하는 이상, 청구인들이 선택한 직업분야에서 이미 형성된 근로관계를 계속 유지하거나 포기하는 데 있어 국가의 방해를 받지 않고 자유로운 선택·결정을 할 자유는 외국인인 청구인들도 누릴 수 있는 인간의 권리로서의 성질을 지닌다”며 청구인들에게 직장선택의 자유에 대한 기본권 주체성을 인정하였다.

재판소는 과잉금지원칙에 따라 직장선택의 자유를 침해하는지 판단하겠다면서 **완화된 심사기준**을 택하였다. 외국인력 도입에 관한 제도 마련에는 입법자가 정책적 판단에 따라 내용을 구성할 광범위한 입법재량이 인정되고, 외국인의 직장선택의 자유는 입법자가 정책적 판단에 따라 법률로써 그 제도의 내용을 구체적으로 규정할 때 비로소 구체화된다고 밝혔다. 따라서 그 입법 내용이 합리적 근거 없이 현저히 자의적인 경우에만 헌법에 위반된다고 전제하였다.

4) 현재 2011. 9. 29. 2007헌마1083.

외국인근로자의 사업장변경 제한은 “외국인근로자의 무분별한 사업장 이동을 제한함으로써 내국인근로자의 고용기회를 보호하고 외국인근로자에 대한 효율적인 고용관리로 중소기업의 인력수급을 원활히 하여 국민경제의 균형 있는 발전이 이루어지도록 하기 위하여 도입된 것”이라고 보았다. 해당 법률조항이 외국인근로자의 사업장 변경을 일정한 범위 내에서 가능하도록 하고 있는데, “이는 내국인근로자의 고용기회 보호와 중소기업의 인력부족 해소라는 고용허가제의 도입목적에 달성하는 한편, (...) 사업장 변경의 전면적 제한으로 인하여 발생할 수 있는 외국인근로자의 강제노동을 방지하기 위한 것으로 외국인근로자에 대한 보호의무를 상당한 범위에서 이행하고” 있다고 판단하였다. 재판소는 이 사건 법률조항이 입법자의 재량범위를 넘어 명백히 불합리하다고 할 수 없어 청구인들의 직장선택의 자유를 침해하지 않는다고 결정하였다.

이 법 제25조 제4항이 **3회를 초과하여 사업장을 변경할 수 있는 예외적인 경우를 대통령령에 규정하도록 위임한 데 대해서도 포괄위임입법금지원칙에 반하지 않는다**고 판단하였다. 헌법재판소는 본문의 예외를 인정해 사업장 변경가능 횟수를 늘려줄 것인지 여부 등은 일률적으로 법률에 규정하기 어렵고 위임의 구체성·명확성의 요건이 완화되어야 할 경우라고 보았다. 또한, 외국인고용법의 입법목적과 전체적인 취지를 종합적으로 고려하여 보았을 때 대통령령에 규정될 내용은 사업장변경을 추가적으로 허용할 부득이한 사유의 구체적인 내용과 추가 변경가능 횟수의 범위임을 알 수 있다고 판단하였다. 이 사건 법률조항은 추가 변경가능 횟수 역시 시행령에 위임한 것으로 봄이 타당하므로 시행령조항은 모법의 위임범위 내에서 규정되어 법률유보원칙에 위배되지 아니한다고 판시하였다. 또한, 시행령 조항이 합리적 이유 없이 현저히 자의적이라고 볼 수도 없어 청구인들의 직장선택의 자유를 침해하지 아니한다고 결정하였다.

일부 재판관(2인)은 청구인들에게 직장선택의 자유의 기본권주체성을 인정할 수는 없고, 근로계약의 자유에 관한 기본권주체성을 인정할 수 있다고 보았다. 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 반하여 근로계약의 자유를 침해한다고 할 수는 없으나, 시행령 조항은 법률유보원칙과 과잉금지원칙에 반하여 계약의 자유를 침해한다고 판단하였다. 일부 재판관(1인)은 시행령조항이 법률유보원칙과 과잉금지원칙에 위반하여 직업선택의 자유를 침해한다고 보았다.

(2) 2009헌마351⁵⁾

외국인고용법 제25조 제3항은 외국인근로자가 변경신청일부터 2개월 이내에 근무처 변경허가를 받지 못하거나 근로계약 종료 후 1개월 이내에 사업장변경을 신청하지 않은 경우 출국하도록 하고 있다. 헌법재판소는 위 규정 중 **근무처 변경허가 기간을 신청일부터 2개월로 제한하는 부분**에 대한 위헌소원에서, 이는 사업장 변경과정에서 새로운 사업장 모색기간, 즉 구직기간에 대한 일정한 제한을 둔 것으로서 직업선택의 자유 중 **직장선택의 자유**를 제한하고 있다고 보았다. 위의 판결과 마찬가지로, 이 조항이 청구인의 근로의 권리를 제한하는 것은 아니라고 보았다.

헌법재판소는 이 결정에서는 과잉금지원칙에 대한 언급 없이 **완화된 심사기준**을 적용하였다. 외국인력 도입에 관한 제도 마련에는 입법자의 광범위한 입법재량이 인정되므로 그 입법의 내용이 합리적 근거 없이 현저히 자의적인 경우에만 헌법에 위반된다고 밝혔다. 재판소는 고용허가제의 도입취지를 “내국인근로자에 대한 고용기회 보호 원칙하에 (...) 외국인력을 체계적으로 도입함으로써 인력수급을 원활히 하여 중소기업의 인력부족을 해결하고 아울러 외국인근로자에 대한 효율적인 고용관리를 도모하고자 외국 인력의 도입과 관리를 정부가 직접 담당하도록 하”는 것으로 설명하고 있다. 동법 제25조 제3항의 변경허가 기간의 제한은 제4항의 사업장 변경횟수 제한과 함께 외국인근로자의 **사업장 이동을 간접적으로 제한하는 효과**를 가져옴으로써 내국인근로자의 고용기회를 보호하고 근로의 의사 없는 상태에서 국내에 장기간 체류하는 것을 방지하기 위한 것이라고 보았다. 재판소는 “사업장 변경허가 기간을 아무런 제한 없이 인정할 경우 외국인근로자 정주화 방지를 위해 원칙적으로 3년의 단기체류를 전제로 하고 있는 외국인고용법의 기본 틀이 무너질 것이고, 외국인근로자들은 더 나은 조건의 사업장을 찾아 지속적으로 이동함으로써 이직률이 높아지고 중소기업의 인력난 해소라는 원래의 입법취지도 달성하기 어렵게 될 것”이라고 밝혔다. 또한, 이 조항이 외국인고용법 **제4장 “외국인근로자의 보호”라는 제하에 규정된 것도 “일반적으로 허용되지 않는 것을 허용해 줌으로써 외국인근로자의 권익보호를 위한 것임을 명시한 것**”이라고 보았다. 재판소는 “2개월의 기간 제한이 지나치게 불합리하여 자의적이라고 할 수는 없”어 청구인의 직장선택의 자유

5) 헌재 2011. 9. 29. 2009헌마351.

를 침해하지 않는다고 결정하였다.

(3) 2020헌마395⁶⁾

헌법재판소는 청구인들이 주장하는 심판대상 중 **외국인고용법 제25조 제1항**, ‘**외국인근로자의 책임이 아닌 사업장변경 사유**’ **제4조와 제5조**(이하 ‘고시조항’)의 기본권 침해 여부에 대하여 판단하였다. 사업장 변경횟수 제한규정인 제25조 제4항에 대하여는 청구인들이 3회 이상 사업장변경을 시도하지 않았으므로 이 조항으로 인한 기본권 침해가 현재 확실히 예측된다고 볼 수 없어 부적법 각하하였다. 근로의 권리 침해주장에 대하여도 받아들이지 않았다. 근로의 권리를 구체화한 근로기준법이나 산업안전보건법 등 법령이 외국인근로자에게도 모두 적용되고, 열악한 근로환경을 갖춘 사업장을 이탈해 이직함으로써 사적으로 근로환경을 개선하거나 해결하는 방법을 보장하는 것까지 근로의 권리에 포함된다고 볼 수는 없다고 판단하였다.

재판소는 외국인근로자의 사업장변경 사유를 규정한 제25조 제1항과 고시조항이 ① 외국인근로자의 **직업선택의 자유**를 제한하고 있는지와 ② 방문취업(H-2) 외국인근로자와 달리 비전문취업(E-9) 외국인근로자의 사업장변경 사유를 제한하여 **평등권**을 침해하는지 여부가 문제된다고 보았다. 헌법 제12조 제1항 및 제15조에서 강제노동 금지원칙이 도출되므로 그 위반 여부를 심사해야 한다는 주장은 받아들이지 않았다. 한국이 현재 국제노동기구(ILO)의 강제노동철폐협약(제105호)을 비준하지 않았고, 설령 “외국인근로자들의 사업장 변경을 제한하는 것이 위 협약에서 말하는 ‘**강제노동**’에 해당할지라도 그것만으로 곧바로 위헌이라고 볼 수도 없다”고 밝혔다. **신체의 자유** 제한에 관하여는, 직장변경을 제한하거나 특정한 직장에서 계속 근로를 강제하는 것이 곧바로 신체의 안전성을 침해하거나 신체의 자유로운 이동과 활동을 제한하는 것으로 볼 수 없다고 판단하였다.

헌법재판소는 외국인고용법 제25조 제1항이 **포괄위임금지원칙**을 위배하여 직장선택의 자유를 침해하는지 판단하였다. 제25조 제1항 제2호는 “휴업, 폐업, 제19조제1항에 따른 고용허가의 취소, 제20조제1항에 따른 고용의 제한, 제22조의2를 위반한 기숙사의 제공, 사용자의 근로조건 위반 또는 부당한 처우 등 외국인근로자의 책임

⁶⁾ 현재 2021. 12. 23. 2020헌마395.

이 아닌 사유로 인하여 사회통념상 그 사업 또는 사업장에서 근로를 계속할 수 없게 되었다고 인정하여 고용노동부장관이 고시한 경우” 사업장을 변경할 수 있도록 규정한다. 헌법재판소는 이 조항이 “전체적으로 외국인근로자의 자유로운 의사에 따른 사업장 변경 신청을 금지하고, 외국인근로자의 책임이 아닌 사유 가운데 일부의 경우에만 제한적으로 사업장 변경을 허용하려는 구조를 가지고 있으므로, 이러한 입법목적이 이 사건 고시조항에도 반영되어 사용자의 근로조건 위반 또는 부당한 처우 가운데서도 비교적 엄격한 사유들이 규정될 것을 예측할 수 있다”면서 “문언상의 의미와 관련 법률조항 전체를 유기적·체계적으로 종합하여 고려하면, (...) 고용노동부고시에 규정될 ‘사용자의 근로조건 위반 또는 부당한 처우’에는, 근로관계의 지속을 어렵게 할 정도에 이르는 중대한 근로조건 위반 또는 부당한 처우가 포함될 것으로 예측할 수 있다”면서 이 조항이 포괄위임금지원칙에 위배되지 않는다고 판단하였다.

헌법재판소는 2007헌마1083등 결정의 판시사항을 반복하면서 **입법자의 입법형성권 일탈 여부**를 기준으로 직업의 자유 침해 여부를 판단하고 있다.⁷⁾ 외국인력 도입 제도의 마련에는 광범위한 입법재량이 인정되고, “외국인근로자의 직장선택의 자유는 입법자가 정책적 판단에 따라 법률로써 그 제도의 내용을 구체적으로 규정할 때 비로소 구체화”되므로, 사업장 변경사유 제한 조항은 “그 내용이 합리적 근거 없이 현저히 자의적인 경우에만 헌법에 위반된다”고 반복하고 있다. 헌법재판소는 사용자 측의 사유가 있는 경우에만 사업장변경을 허용하는 것이 **외국인근로자의 효율적 고용관리와 내국인근로자 보호라는 입법목적에 기여**하는 것으로서 “입법자의 재량 범위를 넘어 명백히 불합리하다고 볼 수 없다”면서 청구인들의 직장선택의 자유를 침해하지 않는다고 판단하였다. 재판소가 설시한 이유는 다음과 같다. 첫째, 외국인근로자 도입 업종은 제조업, 건설업, 농축산업 및 건설폐기물처리업 등 “국민경제에 중요한 역할을 담당하지만 업종의 특성상 내국인근로자를 구하기 어렵고 대체로 규모가 영세한 사업장으로서 노동력의 안정적 확보가 절실한 상황에 있”어 외국인근로자가 자유롭게 사업장변경을 신청할 수 있도록 한다면, 사용자는 인력의 안정적

7) 2007헌마1083 결정에서는 “과잉금지원칙이나 포괄위임입법금지원칙에 위반하여 청구인들의 직장 선택의 자유를 침해하는지에 국한하여 판단한다”라고 밝히면서 완화된 심사기준을 택하였다. 이번 결정에서는 같은 논리를 반복하면서도 “입법형성권 일탈 여부”라는 표현을 쓰고 있다.

확보와 원활한 사업장 운영에 큰 어려움을 겪을 수밖에 없다. 둘째, 불법체류자가 급격히 늘어나는 상황에서 외국인근로자의 효율적인 관리 차원에서도 사업장의 잦은 변경을 억제하고 장기근무를 유도할 필요가 있다. 특히, 고용허가제의 특성상 외국인근로자 “입국에 있어서의 완화된 통제를 체류와 출국에서의 강화된 규제로 만회할 필요성”이 있으며 사업장변경 신청권을 부여하지 않는 것은 불가피한 측면이 있다. 셋째, 이 조항이 사업장 이동 제한 원칙을 견지하면서도 외국인근로자의 책임 없는 사유에 따른 사업장변경을 비교적 폭넓게 인정하고 있으므로 제한에 합리적 이유가 있다. 넷째, 세계 각국은 자국 실정에 맞게 고용허가제와 노동허가제를 도입·운용하고 있으며, 사업장변경 신청의 제한은 고용허가제를 취지에 맞게 존속시키기 위한 필요한 제한이다. 다섯째, 제한되는 사익이 결코 작지 않으나, 고용허가제를 통해 입국하는 외국인근로자들은 입국 당시부터 **취업할 수 있는 사업장이 제한되어 있고, 향후 사업장변경에 제한이 있다는 사실을 인지·감수하고 입국한 것으로 볼 수 있으므로 상대적으로 제한이 용이하다.**

또한, 외국인고용법 제25조 제1항이 조항이 청구인들의 **평등권**을 침해하지 않는다고 판단하였다. 비전문취업(E-9)과 방문취업(H-2) 체류자격으로 입국한 외국인근로자들은 외국인고용법이 적용되는 외국인근로자라는 점에서 동일한 비교집단에 해당한다. 이 조항은 비전문취업 외국인근로자의 사업장변경 사유는 제한하나, 방문취업 외국인근로자(재외동포)는 사업장변경 사유에 제한이 없어 양 집단 사이에 차별취급이 존재한다. 재판소는 “방문취업 외국인근로자는 비전문취업 외국인근로자와 외국 국적동포 여부, 체류자격 요건, 취업활동 범위, 도입 취지, 취업절차 등에 차이가 있”어서 청구인들에게 엄격한 사유를 요구하는 것은 합리적 이유가 있다고 보았다.

헌법재판소는 **고시조항**이 청구인들의 **직업선택의 자유와 평등권**을 침해하지 않는다고 판단하였다. 고시조항은 사업장변경을 합리적인 범위 내에서 제한하여 고용허가제의 도입 취지를 달성하면서도 외국인근로자에 대한 중대한 근로조건 위반과 부당한 처우를 억제하고 있어 입법재량의 범위를 벗어나 명백히 불합리하다고 볼 수 없다고 밝혔다. 또한, 동법 제25조 제1항에서 살펴본 것처럼, 방문취업 외국인근로자는 비전문취업 외국인근로자와 차이가 있어 차별취급에 합리적 이유가 있다고 보았다.

2인의 재판관은 심판대상 조항들이 입법재량의 범위를 벗어나 명백히 불합리하여

청구인들의 직장선택의 자유를 침해한다고 판단했다. 외국인고용법은 사유제한 조항 외에도 사업장변경을 억제하고 장기근무를 유도하기 위한 여러 제도를 두고 있어 외국인근로자에게 직장선택의 자유를 보다 폭넓게 인정하더라도 사업장변경이 잦을 것이란 우려가 현실화될 것이라고 단정하기 어렵고, 외국인근로자가 취업 전에 자신이 구체적으로 어떠한 근로조건과 작업환경에서 근무하게 될지 거의 알 수 없는 상태에서 근로를 시작하게 되는 점을 고려하면 직장선택의 자유 제한은 매우 중대하다고 보았다. 고시조항의 경우, 열거된 사업장변경 사유가 지나치게 제한적이어서 외국인근로자의 직장선택의 자유를 보장하기에 현저히 부족하므로 입법재량의 범위를 넘어 명백히 불합리하다고 판단했다.

3. 소결

헌법재판소는 일련의 결정에서 외국인근로자의 사업장변경 제한을 규정한 외국인고용법 제1항, 제3항, 제4항과 시행령, 고시가 헌법에 위반되지 않는다고 판결하였다. 이들 규정이 청구인들의 근로의 권리를 제한하는 것은 아니라고 보았고, 신체의 자유 및 강제노동 금지에 관한 심사를 본안판단에서 제외하였다. 직업선택의 자유에 대한 제한에 관해서는 완화된 심사기준에 따라 사업장변경 제한 규정이 입법자의 재량 범위를 넘어 명백히 불합리하다고 볼 수 없다고 판단하였다. 방문취업 외국인근로자(재외동포)와의 차별취급도 합리적 이유가 있어 외국인근로자의 평등권을 침해하지 않는다고 보았다.

Ⅲ. 규범적 평가

1. 체계정당성 분석

(1) 체계정당성의 의의

체계정당성 또는 체계정합성의 원리는 규범 상호 간의 구조와 내용이 서로 모순됨이 없이 체계와 균형을 유지하도록 입법자를 기속하는 헌법적 원리라고 볼 수 있

다.⁸⁾ 규범 상호 간의 체계정당성을 요구하는 것은 입법자의 자의를 금지해 규범의 명확성과 예측가능성, 규범에 대한 신뢰와 법적 안정성을 확보하기 위해서이다.⁹⁾ 체계정당성 원리는 국가공권력에 대한 통제와 이를 통한 국민의 자유와 권리의 보장을 이념으로 하는 법치국가 원리로부터 도출된다.¹⁰⁾ 우리 헌법재판소는 체계정당성 원칙의 위반이 바로 위헌으로 되는 것은 아니고, 과잉금지원칙이나 평등원칙 등 일정한 헌법 규정이나 원칙을 위반하여야만 비로소 위헌으로 된다고 한다.¹¹⁾

체계정당성은 동일법률 내에서는 물론이고 수평적·수직적 법규범 상호 간에도 규범의 구조나 내용 면에서 모순이나 충돌이 없어야 함을 의미한다.¹²⁾ 체계정당성은 수직적 체계정당성과 수평적 체계정당성으로 구분할 수 있다. 수직적 체계정당성은 헌법을 정점으로 하위법령은 상위법에 의하여 수권이 있을 때에만 효력이 있음을 의미한다(헌법 제75조, 제95조).¹³⁾ 수평적 체계정당성은 동일 단계의 규범 사이에 내용이나 적용, 효력 면에서 서로 중복·충돌되거나 공백이 없어야 함을 뜻한다.¹⁴⁾ 규범의 내적 체계정당성은 동일한 법령 내부에서 규범 상호 간에 충돌이나 중복이 없어야 한다는 것이다.¹⁵⁾

(2) 수직적 체계정당성

1) 기본권적 쟁점

첫째, ‘사업장변경 제한’ 규정이 외국인근로자가 자발적으로 사업장을 선택하거나 변경할 수 없도록 하고 오로지 사용자의 귀책사유가 있는 경우에만 사업장변경을

8) 헌재 2004. 11. 25. 2002헌바66; ; 최윤철, ‘입법학 체계정립을 위한 작은 시도’, 법과 정책연구 제12집 제3호(2012), 1038쪽; 홍완식, ‘체계정당성의 원리에 관한 연구’, 토지공법연구 제29집(2005), 463쪽.

9) Ibid.

10) Ibid.

11) 헌재 2004. 11. 25. 2002헌바66; 헌재 2005. 6. 30. 2004헌바40 등.

12) 최윤철, ‘입법학 체계정립을 위한 작은 시도’, 법과 정책연구 제12집 제3호(2012), 1038쪽; 홍완식, ‘체계정당성의 원리에 관한 연구’, 토지공법연구 제29집(2005), 463쪽.

13) 최윤철 외 3인, ‘법제도 선진화를 위한 법령 통폐합과 분법의 기준에 관한 연구’, 법제처 (2011), 24쪽.

14) Ibid, 25쪽.

15) 홍성민 외 3인, ‘데이터에 기반한 입법평가: 포용적 성장을 위한 입법(IV)- 외국인근로자고용법’, 한국법제연구원(2021), 63쪽.

가능하게 하고 있어서 노동자의 직장선택의 자유를 침해하는지 여부가 문제된다. 둘째, 사용자의 귀책사유에 의한 사업장변경도 취업활동기간 중 3회만 가능하여 3회를 초과해 사유가 발생한 경우에는 사업장변경을 할 수 없도록 하고 있어서 해당 조항이 외국인근로자로 하여금 특정 사업장에서만 노동을 하도록 하는 사실상 강제노동을 규정하여 신체의 자유를 침해하는지도 검토한다. 셋째, 내국인 근로자에게는 전면적으로 인정되고 있는 사업장변경의 자유가 동일한 근로자인 외국인근로자에게는 인정되지 않고, 같은 외국인인 재외동포에게는 사업장변경을 가능하게 하여 평등권을 침해하는지도 문제된다.

2) 직업선택의 자유

헌법 제15조가 규정하는 직업선택의 자유는 자신이 원하는 직업을 자유롭게 선택하는 좁은 의미의 ‘직업선택의 자유’와 선택한 직업을 자기가 원하는 방식으로 자유롭게 수행할 수 있는 ‘직업수행의 자유’를 포함하는 ‘직업의 자유’를 의미한다.¹⁶⁾ 헌법재판소는 직장선택의 자유를 인간의 권리이며 헌법상 권리로 보면서도 노동시장 정책, 체류관리 등 사유를 들어 입법자가 외국인근로자에게 불리한 정책을 입법화하는 것을 정당화하고 있다. 재판소는 외국인근로자들이 이미 적법하게 고용허가를 받아 적법하게 우리나라에 입국하여 국내에서 일정한 생활관계를 형성·유지하는 등, 우리 사회에서 정당한 노동인력으로서의 지위를 부여받은 상황임을 전제로 하는 이상, 그들이 선택한 직업분야에서 이미 형성된 근로관계를 계속 유지하거나 포기하는데 있어 국가의 방해를 받지 않고 자유로운 선택·결정을 할 자유는 외국인근로자도 누릴 수 있는 인간의 권리로서 헌법상 권리이지 법률상의 권리에 불과한 것이 아니라고 보았다.¹⁷⁾ 헌법재판소는 외국인근로자의 직장선택의 자유가 법률상 권리가 아니라고 하면서, 실제에서는 법률상 권리로 보는 모순되는 결정을 하였다. 스스로 밝힌 것처럼, 적어도 적법하게 입국해 근로자로서 노동계약을 맺고 노동을 제공하는 외국인근로자에게는 인간의 권리로서 직장선택의 자유(헌법상 권리)가 원칙적으로 차별 없이 보장되어야 하고, 비례원칙에 위배되지 않는 범위에서만 외국인근로자의 직장선택의 자유가 제한될 수 있을 것이다.

16) 헌재 2019.12.27. 2017헌가28; 헌재 2011.10.25. 2011헌마85 등.

17) 헌재 2011.9.29. 2007헌마1083 등.

헌법 제32조의 근로의 권리는 ‘일할 자리에 관한 권리’와 함께 ‘일할 환경에 관한 권리’도 포함되어 있다.¹⁸⁾ ‘일할 환경에 관한 권리’는 인간의 존엄성에 대한 침해를 방어하기 위한 권리로서 외국인근로자에게도 인정되며, 건강한 작업환경, 일에 대한 정당한 보수, 합리적인 근로조건 보장 등을 요구할 수 있는 권리 등을 포함한다.¹⁹⁾ 나아가 인간존엄성의 기초가 되는 생계는 인간이라면 누구에게나 보편적으로 보장되어야 한다.²⁰⁾ 헌법재판소는 헌법이 보장하고 있는 근로의 권리 가운데 ‘일할 환경에 관한 권리’는 인간존엄성을 지키기 위한 모든 사람의 권리로 보고 있다.²¹⁾

‘일할 환경에 관한 권리’는 건강한 작업환경, 일에 대한 정당한 보수, 합리적인 근로조건 보장을 내용으로 한다. 근로자가 이러한 내용과 조건들에 대하여 이견을 가지면, 사용자에게 권리보장을 주장할 수 있고, 사직하거나, 직장을 변경할 직장선택의 자유를 행사할 수 있다.²²⁾ ‘일할 환경에 관한 권리’는 ‘직장선택의 자유’와 밀접한 관계가 있다.²³⁾ ‘직장선택의 자유’가 보장되지 않은 ‘일할 환경에 관한 권리’는 무의미하다. ‘일할 환경에 관한 권리’, ‘직장선택의 자유’는 외국인근로자에게도 주체성이 인정되는 인간의 권리이다. 따라서 외국인근로자가 자신의 존엄을 지키기 위

18) 헌재 2016.3.31. 2014헌마367.

19) 헌재 2007.8.30. 2004헌마670; 헌재 2016.3.31. 2014헌마367.

20) 헌재 2016.3.31. 2014헌마367. 재판관 이정미, 재판관 김이수, 재판관 서기석의 반대의견.

21) 헌재 2007. 8. 30. 2004헌마670; 헌재 2015. 12. 23. 2014헌바3- 헌법이 보장하는 근로의 권리에는 ‘일할 자리에 관한 권리’뿐만 아니라 ‘일할 환경에 관한 권리’도 포함되는데, 일할 환경에 관한 권리는 인간의 존엄성에 대한 침해를 막기 위한 권리로서 건강한 작업환경, 정당한 보수, 합리적 근로조건 보장 등을 요구할 수 있는 권리를 포함한다. 근로의 권리를 담보하기 위하여 헌법 제32조 제3항은 “근로조건 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다.”고 하여 근로조건 법정주의를 규정하고 있다.

22) 헌재 2002. 11. 28. 2001헌바50 - 직장선택의 자유는 개인이 그 선택한 직업분야에서 구체적인 취업의 기회를 가지거나, 이미 형성된 근로관계를 계속 유지하거나 포기하는 데 있어 국가의 방해를 받지 않는 자유로운 선택·결정을 보호하는 것을 내용으로 한다

23) 헌법 제15조와 헌법 제32조 제1항 제1문의 근로의 권리와 관계는 자유권인 직업의 자유를 행사하는 일방인 한 개인이 고용계약 등에 의해서 다른 개인(역시 직업의 자유를 행사하는)에게 노무를 제공하고 그에 대한 대가로서 임금을 받는 근로자(노동자)가 사용자의 부당한 노동제공 요구로부터 벗어나 인간다운 생활과 인간존엄을 지켜낼 수 있도록 국가가 개입하는 모습으로 이해할 수 있다. 즉, 본래는 사용자와 노동자가 계약자유의 원칙에 따라 자유로운 조건(임금, 사업장 환경 등)과 내용에 따른 고용계약을 하는 것으로 국가가 개입하지 않는 것이 원칙이지만(자유권 영역), 노사관계의 불균형 등으로 인하여 국가가 개입하여 노동자의 인간다운 삶과 인간존엄의 확보를 위한 조건들을 법정화하여(헌법 제32조 제3항) 이를 강제하는 것으로 본다.

하여 ‘일할 환경’의 개선이 필요하다고 결정하고 그에 따라 ‘직장선택’을 하는 것은 당연히 보장되어야 한다. 따라서 외국인근로자의 자발적인 사업장변경을 허용하지 않고 사용자의 귀책사유가 있는 경우에만 사업장변경을 가능하게 한 현행 사업장변경 제한규정은 ‘일할 환경에 관한 권리’와 ‘직장선택의 자유’를 침해한다.

3) 신체의 자유 - 강제노동 여부

헌법 제12조 제1항은 “모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 누구든지 ... 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 ... 강제노역을 받지 아니한다”고 규정한다. 제12조 제1항의 ‘강제노역’은 본인의 의사에 반하여 강요된 노역을 말한다.²⁴⁾ 헌법은 ‘강제노동’의 허용 또는 금지에 관한 규정은 두고 있지 않다. 헌법재판소는 “강제노동이라 함은 본인의 의사에 반하여 과해지는 노동을 의미한다고 할 수 있는데, 이는 범죄에 대한 처벌로서 노역을 정당하게 부과하는 경우와 같이 법률과 적법한 절차에 의한 경우를 제외하고는 본인의 의사에 반하는 노역은 과할 수 없다는 의미”라고 하였다.²⁵⁾ 즉, 국가는 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 누구에게도 강제노동(역)을 과할 수 없으며, 사인 사이에서 이루어지는 강제노동(역)을 금지하고 신체의 자유가 침해되지 않도록 보호할 의무를 진다(헌법 제10조 제2문, 제12조). 강제노동(동)을 과할 수 있는 근거가 되는 법률은 당연히 헌법에 합치되는 법률을 의미한다.

현대사회에서 노예제도 같은 유형의 강제노동은 논의의 실익이 없다. 노동계약을 통해 특정 사인(사용자, 고용주 등)이 다른 사인(노동자)에게 부당한 노동을 강요하고 노동력을 착취하는 것이 강제노동의 대표적인 예라고 할 수 있다. 헌법과 법률은 사인 간에 여러 방식으로 이루어지는 강제노동을 자기결정권을 침해하여 인간의 존엄성을 파괴하는 것으로서 보고 원칙적으로 금지하고 있다. 특히, 노동계약에 의한 강제노동에 대해서는 해당 노동계약이 계약자유 원칙에 따른 사인 간의 사법상 법률행위라고 하더라도 무효로 보고 있다.²⁶⁾ 노동계약에 의한 강제노동은 노동자의 신

24) 성낙인, 헌법학, 법문사(2021), 1182쪽

25) 헌재 1998. 7. 16. 97헌바23.

26) 기본권의 객관적 가치질서로서의 성격으로 인하여 사인 간의 법률행위에도 해당 법률행위가 헌법이 보장하는 기본권 제한의 한계를 넘어서 기본권을 침해하는 경우에는 사인의 법률행위에도 헌법상 기본권의 효력이 미친다. 다만, 사적 자치의 원칙이 우선하는 사법질서

체의 자유를 침해하며, 직장선택의 자유는 물론 자기결정권을 침해하여 인간의 존엄성을 파괴하는 것으로서 금지된다. 다만, 문제가 되는 것은 외견상 강제노동으로 보이지 않지만, 각종 노동조건과 직장이동 금지 등을 통해 사실상 강제노동에 해당되는 경우이다. 이러한 경우는 사법적 판단에 따라 강제노동에 해당되는지 판단이 가능하다. 그러나 법률이 노동계약의 일정부분과 노동조건을 정하고 있는 경우, 그에 따라 이루어지는 노동이 강제노동인지 여부를 판단하는 것은 어려운 문제다.

외국인고용법의 입법목적 달성을 위해 외국인근로자에게 근로조건 및 직장이동에 대한 제한을 하는 것이 허용된다고 하여도 비례원칙에 반하여 외국인근로자가 사실상 강제노동 상태에 놓이도록 하는 것은 헌법에 위배된다고 본다. 외국인고용법 제 25조의 사업장변경 제한규정은 외국인근로자로 하여금 특정 사업장에서의 노동을 하게 하면서 자발적 의사에 의해서는 사업장변경을 허용하지 않고, 이를 위반하는 경우 강제출국이라는 수단을 통해 노동자의 노동 기회를 박탈하는 방법을 통해 사실상 강제노동을 용인하고 있다. 이 조항은 국가가 ‘원활한 인력수급 및 국민경제의 균형 있는 발전’을 위해 사인 간의 노동계약에 개입하는 방법을 통해 사용자 측에게 절대적으로 유리하도록 함으로써 계약자유 원칙에 위배되는지 의심된다. 결국 노동자의 권리를 보호하기보다는 입법을 통해 국가가 그들의 권리행사를 제도적으로 막고 있는 것으로 볼 수 있다.

4) 평등권

헌법 제11조는 모든 사람이 가지는 일반적 권리로서 평등권을 확인하고 있다. 헌법 제11조는 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다”고 하여 헌법 명문상으로는 ‘국적’에 의한 차별이 명시적으로 규정되어 있지는 않다. 하지만 근로관계에 있어서 헌법상 평등원칙을 구체화한 근로기준법 제5조는 “사용자는 근로자에 대하여 (...) 국적·신앙 또는 사회적 신분을 이유로 근로조

를 존중하여 헌법상 기본권은 사법의 기본원칙을 통해 간접적인 효력을 가진다고 본다(간접 적용). 그러나 노동계약과 같은 사법상 계약에는 헌법상 기본권 효력이 직접 미쳐서 강제노동 등 부당한 계약으로 헌법이 보장하는 기본권을 침해하는 경우에는 해당 노동계약은 처음부터 효력이 부정된다(직접 적용). 헌법 제32조와 헌법 제33조는 사법관계에도 직접 효력을 가진다.

건에 대한 차별적 처우를 하지 못한다”고 규정하여 ‘국적’에 의한 차별을 명시적으로 금지하고 이를 위반하는 경우에는 처벌하도록 하고 있다. 헌법 제32조 제3항은 “근로조건은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다”고 하였고, 이는 근로기준법에 유보되었다.

사업장변경 제한규정에 따라 외국인근로자는 내국인근로자는 물론, 외국인이지만 ‘재외동포법’에 따른 외국국적동포의 지위를 인정받고 특례고용허가에 따라 입국하여 특정분야에서 노동에 종사하고 있는 근로자와 비교하여 차별받고 있다. 헌법재판소는 외국인근로자에게도 직장선택의 자유가 인정되지만 “우리 국민과 동일한 수준의 직장선택의 자유가 보장된다는 것을 의미하는 것은 아니”²⁷⁾라고 하면서 외국인근로자의 직장선택의 자유에 대한 보호수준을 국민과 다르게 보고 있다. 헌법재판소는 외국인력 도입 등 외국인고용정책은 국가의 고권적 사항으로서 광범위한 입법재량이 허용되는 분야이어서 외국인고용정책에 의해 도입된 외국인근로자와 관련된 평등권 문제는 완화된 심사기준을 적용하고 있다.

그러나 평등권 심사에서 완화된 심사로 할 것인지 엄격한 심사기준을 적용할지의 기준은 평등권이 문제가 되는 표지와 영역에 따라 개별적으로 정해져야 한다. 헌법 제11조 제1항에서 예시하는 사유²⁸⁾는 물론 그 밖의 사회적 신분 등에 의한 차별이 평등권을 침해하는지에 대한 심사기준은 차별의 합리성뿐만 아니라 비례성까지 심사하는 엄격한 심사기준이 적용되어야 한다. 경제정책, 고용정책 등에 대한 합리성 판단이 아니라, 차별받는 당사자의 신분 또는 헌법이 예시하는 차별금지표지 등을 기준으로 심사기준이 정해져야 한다. 외국인근로자의 경우, 국적과 근로자라고 하는 명백한 차별금지표지가 확인됨에도 불구하고 이들에 대한 평등권침해 심사기준을 합리성 기준으로만 하는 헌법재판소의 태도는 문제가 있다고 생각한다.²⁹⁾ 헌법재판소는 구 ‘외국인산업기술연수생의 보호 및 관리에 관한 지침’에 대한 헌법소원심판

27) 헌재 2011.9.29. 2007헌마1083 등.

28) 정재황, 헌법학, 박영사 2021, 914쪽 이하.

29) 헌재 2007. 8. 30. 2004헌마670 - 이 사건 노동부 예규는 근로의 권리를 어느 범위까지 보호할 것인가에 관한 것인바, 이는 헌법에서 특별히 평등을 요구하는 부분이 아니고 특히 근로의 권리는 사회권적 기본권으로서의 성격이 강하여 그 보호범위를 제한하는 것이 기본권에 대한 중대한 침해가 된다고 보기도 어려우므로 평등권심사에 있어서의 완화된 심사기준인 자의(恣意)금지원칙에 따라 판단하여야 할 것이다.

청구사건에서 사실상 근로자인 산업연수생을 내국인근로자와 차별하는 것에 대하여 위헌이라고 결정한 바가 있다.³⁰⁾ 반면에 ‘출국만기보험금 지급시기 제한’과 관련한 헌법소원심판 청구에서는 외국인근로자가 퇴직 후 출국한 후에만 퇴직금을 지급하도록 하여 내국인근로자에 비하여 불합리한 차별을 한다는 주장에 대해서 합리성 원칙을 적용하여 청구를 기각하였다.³¹⁾ 두 사건 모두 자의성 심사(완화된 기준)를 했으나, 전자에서는 평등권침해 판단을 내렸고, 후자에서는 합헌으로 보았다. 출국만기보험금 사건에서도 엄격한 심사(비례원칙)에 따라 판단하였다면 결과가 달라졌을 것이다.

외국인고용정책에 따라 어떠한 국가에서 어떠한 요건을 갖춘 외국인을 어느 정도 도입할 것인지에 대해서는 국가가 고권적으로 정할 수 있다.³²⁾ 그러나 그러한 정책을 통해 한국에 입국하여 노동을 제공하는 외국인근로자는 노동자로서의 지위를 가지면서 원칙적으로 외국국적동포는 물론 내국인근로자와 동일한 권리와 신분을 가지게 된다.³³⁾ 외국인근로자에게는 인정되지 않는 기본권 또는 법률상 권리라고 하더라도 일단 해당 기본권 보호영역 또는 법률에 의해서 창설된 권리를 주장할 수 있는 요건을 가지는 경우에는 외국인근로자도 평등권을 근거로 헌법소원 청구적격이 인정된다.³⁴⁾ 따라서 일단 외국인고용법에 따라 한국에 입국하여 헌법과 법률에 따라 근로자로서의 지위를 가지게 된 외국인근로자는 내국인근로자 또는 외국국적동포와의 관계에서 일할 환경에 관한 권리 또는 직장선택의 자유는 물론 외국인고용법을 통해서 인정된 권리를 주장할 수 있다. 만일, 이러한 권리가 공권력에 의해서 침해되는 경우에는 일할 환경에 관한 권리 또는 직장선택의 자유와 같은 자유권 침해는 물론 내국인근로자와 외국국적동포와의 관계에서 평등권침해를 이유로 하는 헌법소원심판 청구를 할 수 있다.

외국인근로자의 사업장변경 제한규정은 자의에 따라 자유로운 사업장변경이 보장

30) 헌재 2007. 8. 30. 2004헌마670.

31) 헌재 2016.3.31. 2014헌마367.

32) 특정 국가의 국민이 한국정부가 정한 쿼터, 도입조건 등에 대하여 자유권(직업의 자유), 평등권 등의 침해를 주장하는 것은 불가능하다.

33) 헌재 2007. 8. 30. 2004헌마670.

34) 헌재 2014.4.24. 2011헌마474등 - 평등권은 인간의 권리에 해당하므로 참정권 등 성질상 외국인에게 인정되지 아니하는 기본권을 제외하고는 평등권을 주장할 수 있다.

되는 내국인근로자와 비교할 때 외국인근로자의 평등권을 침해한다. 또한 동일한 외국인인 외국국적동포는 고용기간중 노동허가업종분야에서 자유로운 사업장변경이 허용되지만 외국인근로자에게는 허용되지 않는다는 점에서도 외국인근로자의 평등권을 침해한다.

(3) 수평적 체계정당성

1) 국내 법률과의 관계

가. 근로기준법과의 관계

근로기준법은 “근로조건의 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다”고 규정한 헌법 제32조 제3항을 수권규범으로 제정되었다. 이 법에 따르면, “근로조건은 근로자와 사용자가 동등한 지위에서 자유의사에 따라 결정하여야”하며(제4조), “사용자는 폭행, 협박, 감금, 그 밖에 정신상 또는 신체상의 자유를 부당하게 구속하는 수단으로써 근로자의 자유의사에 어긋나는 근로를 강요하지 못한다”(제7조). 헌법재판소는 외국인근로자의 출국만기보험금 지급시기를 제한하는 외국인고용법 규정에 대한 위헌소원 사건에서 헌법상 근로의 권리는 ‘일할 자리에 관한 권리’만이 아니라 ‘일할 환경에 관한 권리’도 의미하며, ‘일할 환경에 관한 권리’는 “인간의 존엄성에 대한 침해를 방어하기 위한 권리로써 외국인에게도 인정되며, 건강한 작업환경, 일에 대한 정당한 보수, 합리적인 근로조건의 보장 등을 요구할 수 있는 권리 등을 포함한다”고 판시하였다.³⁵⁾

근로자와 사용자에게 사업장은 인간으로서의 기본적인 생활을 영위하기 위한 물적 기초가 된다. 더 나은 환경의 사업장에서 노동을 한다는 것은 근로자에게 인간으로서의 존엄성을 확인할 수 있는 기회를 제공하는 것을 의미한다. 사용자에게도 사업장은 스스로 인간다운 생활과 인간의 존엄을 실현하는 장소가 된다. 사용자가 근로자에게 건강한 작업환경과 정당한 보수, 합리적인 근로조건의 사업장을 제공하는 것은 근로자의 권리를 보장하는 것이면서 사용자 스스로의 권리를 실현하는 것이다. 이는 근로자와 사용자가 동등한 지위에서 자유의사에 따라 근로조건을 결정하도록 한 근로기준법의 의미이기도 하다. 사용자의 일방적 의사 또는 근로자와는 무관한

³⁵⁾ 헌재 2007. 8. 30. 2004헌마670; 헌재 2016. 3. 31. 2014헌마367.

사유에 의해서 근로자의 권리행사가 방해되는 것은 근로기준법의 취지에 맞지 않으며, 헌법이 보장하는 근로자의 권리를 침해하는 것이다. 헌법은 사용자와 근로자 간의 근로계약이 비록 사인 간의 법률행위라고 하더라도 다른 법제도의 매개 없이 헌법이 직접 적용되는 분야로 규정하고 있다.³⁶⁾ 따라서, 사업장 환경이나 근로조건 등이 사용자에 의해 계약이라는 이름으로 침해되는 경우 국가가 직접 개입하여 시정할 수 있다.

이러한 점에 비추어 볼 때 입법자는 근로자의 권리를 적극적으로 보장하기 위한 입법과 근로자의 권리가 사용자에 의해서 침해되지 않게 입법할 의무를 부담한다. 근로기준법은 근로자의 권리보장과 보호를 구체화한 것으로 입법자의 헌법상 입법 의무 이행의 결과이다. 근로기준법은 근로자의 헌법상 권리보장을 위한 기본법이기 에 근로조건, 정당한 보수를 비롯한 근로자의 근로행위와 관련한 내용을 규정하는 다른 법률들은 근로기준법이 정한 기준에 따라야 한다. 그런데도 외국인고용법은 외국인근로자의 근로조건을 근로기준법이 정한 바에 따르지 않고 외국인이라는 지위에 주목하여 헌법이 보장하는 근로자의 권리를 부인하는 내용을 담고 있다. 외국인고용법의 사업장변경 제한규정은 입법자가 입법수단을 통해 적극적으로 외국인근로자의 ‘근로자로서의 권리’를 인정하지 않고 있어 근로기준법과 충돌한다고 평가할 수 있다.

나. 출입국관리법과의 관계

출입국관리법은 모든 국민과 외국인의 출입국관리를 통한 안전한 국경관리, 외국인의 체류관리와 사회통합 등에 관한 사항을 규정함을 목적으로 한다(제1조). 출입국관리법은 총 11장(제8장의2-제8장의3 포함) 106개의 조항으로 구성되어 있다. 이 가운데 국민의 출입국과 관련한 장은 실질적으로 제2장의 4개 조항(제4조의2-제4조의6 포함)이며, 나머지 부분은 외국인의 출입국과 체류에 관한 규정이다. 이러한 점에서 볼 때 출입국관리법은 사실상 외국인을 그 적용대상으로 하며, 외국인의 대한민국 출입국과 체류 관리를 위한 법률이라고 할 수 있다.

외국인이 한국에 입국하기 위해서는 체류목적에 따른 입국허가(사증)를 받아야 하며, 한국에 입국해 체류하는 동안에도 체류목적에 맞는 활동만을 하여야 한다(법 제

36) 헌법상 기본권이 사인간의 법률행위에 직접 적용된다(이른바 직접적용설) 참조.

17조). 특히, 외국인이 대한민국에서 취업하려면 법령이 정하는 바에 따라 취업활동을 할 수 있는 체류자격을 받아야 하며(제18조 제1항), 취업활동허가를 받아 입국한 외국인은 지정된 근무처에서만 근무하여야 한다(제18조 제2항). 이를 위반한 경우에는 각각 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처하거나(제94조 제8호), 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처하게 된다(제95조 제5호). 또한, 강제퇴거의 대상이 된다(제46조 제1항 제8호).

출입국관리법은 대한민국에 체류하는 외국인이 그 체류자격의 범위에서 근무처를 변경하거나 추가하려면 대통령령으로 정하는 바에 따라 미리 법무부장관의 허가를 받아야 한다고 하여 원칙적으로 근무지 변경을 금지하고 있다(제21조 제1항). 전문적인 지식·기술 또는 기능을 가진 사람으로서 대통령령으로 정하는 사람은 근무처를 변경하거나 추가한 날부터 15일 이내에 법무부장관에게 신고만 하면 근무처를 변경할 수 있지만(제21조 제1항, 제3항)다. 그러나 고용허가제에 의해 입국한 외국인근로자는 외국인고용법 상의 사업장변경 사유가 있는 경우를 제외하고 근무지 변경이 금지된다. 사용자의 경우도 허가 없이 근무처를 변경하고자 하는 외국인을 고용하면 처벌을 받는다(제21조 제2항, 제95조 제5호).

종합하면, 출입국관리법 제21조 외국인근로자의 근무처 변경금지 조항과 사용자의 고용금지 조항은 외국인고용법의 사업장변경 제한규정을 행정법적으로 보완하여 해당 규정의 효과를 강화하는 조항이라고 볼 수 있다. 위 규정들은 상호보완적인 관계로, 형식적인 측면에서 수평적 체계정합성을 갖추고 있다. 그러나 근로기준법의 취지에 비추어 본다면, 출입국관리법의 규정은 외국인고용법의 해당 규정과 마찬가지로 근로기준법과의 수평적 체계정합성에 부합하지 않는다. 더욱이 외국인근로자의 사업장변경 제한규정이 외국인근로자를 보호하기 위한 제도라고 하는데, 실질적으로는 동일한 규범단계의 출입국관리법을 통해 외국인근로자의 노동자로서의 권리행사를 사실상 박탈하는 효과를 가져온다는 점에서 상호 모순적 관계에 있다고 본다. 그러한 점에서 실질적 측면의 수평적 체계정당성을 가지지 못한다고 평가된다.

2) 국제규범과의 관계

가. 국제법규 및 국내법과의 관계

헌법 제6조 제1항은 “헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제

법규는 국내법과 같은 효력을 가진다”고 규정한다. 이에 따라 대한민국이 가입하고 비준한 국제인권조약의 국내법적 효력이 인정된다는 점에서 학설과 판례가 일치한다.³⁷⁾ 그러나 법원은 국제법규의 적용을 대부분 국내법을 해석하고 적용하는 가운데 판단을 보충하는 용도로 활용하는 것이 대부분이다.³⁸⁾ 헌법재판소도 국제조약의 헌법해석 근거 및 국내법으로서의 법원성(해석근거), 그에 따른 국내법과의 관계에 대하여 명확한 입장을 가진 것으로 보기는 어렵다. 헌법재판소는 대한민국 정부가 체결·비준한 국제조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 마찬가지로 준수하고 성실히 이행함으로써 국제질서를 존중하여 항구적 세계평화와 인류공영에 이바지하고³⁹⁾ 헌법 제6조 제1항에 따라 국내법과 같은 효력을 가지는 규범으로서 우리 헌법의 해석에서 고려되어야 한다고 밝히고 있다.⁴⁰⁾ 그러나 동시에 “국제법규의 현실적 적용에 있어서 우리 사회의 전통과 현실 및 국민의 법 감정과 조화를 이루도록 기울여야 한다”⁴¹⁾고 하여 국제법규의 위헌 여부 판단과 국내법과의 관계를 명확하고 법리적으로 해결하기보다는 상황에 따라 모호한 입장을 취함으로써 혼란에 빠뜨리고 있다.⁴²⁾

외국인을 적용대상으로 하는 경우에는 헌법상 또 다른 쟁점이 나타난다. 헌법은 제6조 제1항에서 국제법규의 국내적용에 대한 원칙을 정하면서 제2항에 “외국인은 국제법과 조약이 정한 바에 따라 그 지위가 보장된다”는 규정을 두어 외국인의 지위를 다시 규정함으로써 법률적용의 대상과 범위에 혼란을 초래하고 있다.⁴³⁾ 정부가 체결·비준한 국제조약과 일반적으로 승인된 국제법규가 국내에 일반적인 효력을 가

37) 이해영, ‘법원의 국제인권조약 적용 - 판결문 전수조사를 통한 현황 진단 및 적용단계별 논증 분석 -’, 국제법학회논문총 제65권 제1호, 2020, 221쪽.

38) 자세한 설명과 예는 이해영, 위의 논문 참조.

39) 헌재 1991.7.22. 89헌가106; 헌재 2005.10.27. 2003헌바50 등.

40) 헌재 2007.8.30. 2004헌마670.

41) 헌재 2005.10.27. 2005헌바49 등.

42) 예를 든다면 UN의 세계인권선언에 대하여 ‘선언적 의미’만을 인정하고 ‘법적 구속력’은 부인하는 헌법재판소 결정(헌재 2008.12.26. 2005헌마971) 등을 들 수 있다. UN총회 의결 자체는 법적 구속력이 없지만 의결 내용으로서 세계인권선언은 국내법과 같은 효력을 인정하여야 한다. 장태영, ‘자유권 규약의 효력, 적용, 해석 - 대법원 2016도10912 전원합의체 판결에 대한 평석을 중심으로 -’, 국제법학회논문총 제65권 제2호(통권 제157호, 2020), 273쪽 참조.

43) 성재호, ‘헌법재판과 국제법의 존중’, 미국헌법연구 제31권 제3호(2020), 192쪽 참조.

지지만, 그 적용대상이 국내에 거주하고 있는 외국인인 경우에는 상호주의에 따라 개별적으로 적용된다는 예외를 헌법에 명시한 것인지 의문이 든다.⁴⁴⁾ 그러나 헌법 제6조 제2항은 상호주의에 따라 국내법상 적용에 있어 외국인 지위에 대한 차별을 선언했다고 보기보다는 외국인들이 국내에서 자신들의 지위가 보장됨을 확인하는 규정으로 보아야 한다.⁴⁵⁾ 이에 따라 외국인고용법은 노동과 고용과 관련한 조약, 특히 헌법에 의해서 체결되고 공포된 조약 등과 같은 법적 효력을 가지는 것으로 볼 수 있다. 따라서 외국인고용법의 사업장변경 제한규정이 관련 국제법규, 특히 한국이 비준한 노동·고용 관련 국제법규와 수평적 체계정합성을 가지는지 검토하여야 한다.

나. 노동·고용관련 국제법규

헌법재판소는 2007년 산업연수생에 대하여 근로기준법이 정하는 근로기준을 정하지 않은 것을 지적하면서 그 근거로서 우리나라가 비준한 ‘경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약’(이하 ‘사회권규약’)을 들었다.⁴⁶⁾ 사회권규약 제6조, 제7조, 제8조 등 노동·고용 관련한 내용은 국내 체류 중인 외국인근로자에게도 적용된다.⁴⁷⁾

44) 성재호, 위의 논문, 192쪽도 유사한 문제 제기를 하고 있다.

45) 헌법 제6조 제2항의 이른바 외국인의 지위 보장 조항은 제헌 헌법부터 규정되어 있던 조항으로 신생 독립국의 국제평화주의를 표방하는 의미를 가진 것이라고 보고 있다. 특히, 제헌 헌법 제정당시 한국에 거주하던 외국인의 수가 매우 적었던 것으로 보아 외국인의 지위를 헌법적으로 구속되는 지위를 인정할 만한 사정은 없었던 것으로 보인다.

46) 헌재 2007.8.30. 2004헌마670.

47) 헌재 2007.8.30. 2004헌마670 - 우리나라가 비준하여 1990. 7. 10.부터 적용(조약 제1006호)된 ‘국제연합(UN)의 경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약’(이른바 ‘사회권규약’ 또는 ‘A규약’)은, “이 규약의 각 당사국은 이 규약에서 선언된 권리들이 인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 기타의 신분 등에 의한 어떠한 종류의 차별도 없이 행사되도록 보장할 것을 약속한다.”고 규정하고 있고(제2조제2항), 이러한 사회권규약에 의하여 보장되는 권리에는 ‘동등한 가치의 노동에 대한 동등한 보수를 포함한 근로조건을 향유할 권리’(제7조) 등이 포함되어 있으므로, 이러한 규약의 내용은 우리 헌법의 해석에서 고려되어야 할 것이다. 다만 사회권규약은, 체약국이 입법조치 기타 모든 적절한 방법에 의하여 권리의 완전한 실현을 점진적으로 달성하기 위하여 자국의 가용자원이 허용하는 최대한도까지 조치를 취할 것을 약속하도록 하면서(제2조제1항), “이 규약의 당사자국은 국가가 이 규약에 따라 부여하는 권리를 향유함에 있어서, 그러한 권리의 본질과 양립할 수 있는 한도 내에서, 또한 오직 민주사회에서의 공공복리증진의 목적으로 반드시 법률에 의하여 정하여지는 제한에 의해서만, 그러한 권리를 제한할 수 있음을 인정한다.”고 규정하여(제4조) 일반적 법률유보조항을 두고 있는

그 밖에도 ‘시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약’(이하 ‘자유권 규약’) 제8조 제3항의 강제노동 금지조항도 국적을 불문하고 사람이면 누구에게나 적용되는 국제법규이다. 현대국가에서 노예제도와 노예무역은 사라졌으나, 여러 형태의 강제노동으로 인하여 사실상 노예상태에 있는 사람들을 대상으로 이 조항은 여전히 의미가 있다.

노동자에게 직접 적용되는 국제법규는 국제노동기구(ILO)의 협약이다. 국제노동기구는 1919년 미국 워싱턴에서 제1호 협약(hour of work)⁴⁸⁾을 채택한 이래 100여 년 동안 190개의 협약을 채택하였다. 한국도 국제노동기구의 협약 가운데 상당 부분을 비준하고 가입하였으나, 여전히 다수의 협약에 대해서는 입장을 보류하거나 비준을 거부하고 있다. 이런 가운데 2021년 2월 26일 국회 본회의에서 3개 ILO 핵심협약 비준동의안이 의결되었다. 을 의결하고 비준하였다. 이 가운데 ‘제29호 강제 또는 의무노동에 관한 협약’⁴⁹⁾은 비자발적으로 제공한 모든 형태의 강제노동을 금지하는 내용의 협약이며 ‘제87호 결사의 자유 및 단결권 보호에 관한 협약’⁵⁰⁾은 노사의 자발적인 단체 설립 및 가입 등 ‘결사의 자유’를 보장할 것을 규정한다. ‘제98호 단결권 및 단체교섭권 원칙의 적용에 관한 협약’⁵¹⁾은 노동자의 단결권 행사에 대한 보호와 자율적 단체교섭 장려를 위한 조치 등을 보장하는 내용을 담고 있다. 한국 정부는 2021년 4월 20일 ILO에 이들 3개 협약 비준서를 기탁하였으며, 기탁한 날로부터 1년 후인 2022년 4월 20일부터 협약의 효력이 발효되었다. 그러나 정치적 견해표명에 대한 처벌로 강제노동을 금지하는 제105호 협약에 대해서는 여전히 비준하지 않고 있다.

다. 외국인근로자의 사업장변경 제한규정과 국제법규와의 관계

만약 사업장변경 제한규정을 강제노동으로 볼 수 있다면 ILO협약 등 국제법규에 위반되는지가 문제된다. 자유권규약(제8조 제3항)과 사회권규약, ILO 제29호 및 제

바, 이는 우리 헌법 제37조제2항에 의한 제한과 궤를 같이 한다고 할 것이다.

48) 하루 8시간 노동과 주 48시간 노동시간을 규정한 기술협약.

49) Forced Labour Convention, 1930 (No.29)

50) Freedom of Association and Protection of the Right to Organize Convention, 1948 (No.87)

51) Right to Organize and Collective Bargaining Convention, 1949 (No. 98)

105호 협약도 정당한 이유가 있는 경우 법률로서 강제노동을 부과하는 것을 인정하고 있는데, 해당 규정이 국제규범이 인정하는 법률에 따른 강제노동으로 볼 수 있는지 여부도 검토해야 한다.

강제노동은 ILO가 1930년 채택한 제29호 협약에 의해 금지된다. 제29호 협약은 강제노동을 ‘처벌의 위협 하에서 강요받았거나 자발적으로 제공하지 않은 노동·서비스’로 정의한다. ILO가 1957년 채택한 제105호 협약⁵²⁾은 ‘즉각적이고 완전한 철폐’가 요구되는 강제노동을 ① 정치적 견해 또는 기존의 정치·사회·경제제도에 사상적으로 반대하는 견해를 가지거나 발표하는 것에 대한 제재 및 정치적 억압 또는 교육의 수단으로서 강제노동, ② 경제발전을 목적으로 노동력을 동원 또는 이용하는 수단으로서의 강제노동, ③ 노동규제의 수단으로서의 강제노동, ④ 파업참가에 대한 제재로서의 강제노동, ⑤ 인종적·사회적·민족적 또는 종교적 차별대우 수단으로서의 강제노동을 들고 있다.

세계인권선언 제4조도 “어느 누구도 노예나 예속상태에 놓이지 아니한다. 모든 형태의 노예제도 및 노예매매는 금지된다.”고 규정한다. 자유권규약 제8조는 어느 누구도 노예상태나 예속상태에 놓이지 않으며(제1항, 제2항), 강제노동을 하도록 요구되지 않는다(제3항)고 명시하고 있다. 사회권규약 제6조도 “모든 사람에게 자유로이 선택하거나 수락하는 노동에 의하여 생계를 영위할 권리를 포함하는 노동의 권리가 있고 국가는 이를 보호하기 위하여 적절한 조치를 취하여야 한다”고 규정한다. 또한 “이 규약의 각 당사국은 이 규약에서 선언된 권리들이 인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 기타의 신분 등에 의한 어떠한 종류의 차별도 없이 행사되도록 보장할 것을 약속한다.”(제2조 제2항) 사회권규약에 의하여 보장되는 권리에는 ‘동등한 가치의 노동에 대한 동등한 보수를 포함한 근로조건을 향유할 권리’(제7조)도 포함된다.

헌법에는 ‘강제노동’에 대한 직접적인 정의나 내용이 규정되어 있지 않다. 학설과 판례는 헌법 제12조 제1항의 강제노역 금지, 헌법 제15조 직업선택의 자유, 헌법 제32조 제3항의 근로조건 기준 법정 원칙에서 강제노동 금지가 도출된다고 보고 있

⁵²⁾ 한국은 2021년 4월 1930년 채택된 강제노동철폐협약 29호(Forced Labour Convention, C29, 28 June 1930)를 비준하였으나 105호 협약(Abolition of Forced Labor Convention, C105, 25 June 1957)은 비준하지 않고 있다.

다.⁵³⁾ 하지만, 헌법 제12조 제1항은 국가가 개인에게 노동을 수반한 역무를 강제하는 경우에 신체의 자유를 보장하는 규정으로서 공법적인 성격을 가지는 역무에 관한 것이다. 따라서 사인 간에 이루어지는 비자발적 노동과 그에 대한 요구와 같이 사인 간에 이루어지는 영역인 강제노동과는 성격이 다르다고 볼 수 있다.

헌법재판소는 ‘사업장변경 제한’ 위헌결정 사건에서 3회에 걸쳐 사업장변경을 보장한 것이 사업장변경을 전면적으로 제한할 때 발생할 수 있는 외국인근로자의 강제노동을 방지하기 위한 것이라고 하여 청구인의 청구취지를 반대로 해석하였다.⁵⁴⁾ 헌법이 강제노동에 관한 직접적인 규정을 두고 있지 않은 한 ‘강제노동’ 여부를 판단하는 기준은 관련 헌법규정과 헌법 제6조에 기초하여 대한민국이 체결한 조약과 협약을 근거로 판단하여야 한다. 따라서 강제노동 금지와 관련한 국제규범이 구체적인 적용 규범이 될 것이다.

강제노동은 경제적 활동이나 산업분야에서 이루어지는 모든 형태의 노동으로서, 형사처벌 뿐만 아니라 신체적 폭력, 심리적 위협 등 직간접적인 강제수단을 포함해서 어떤 사람에게 일을 하도록 하는 광범위한 형태의 불이익을 가하는 것을 요소로 한다. 강제노동은 법률의 근거 없이 국가 및 공공단체에 의해서 부과되는 징역, 또는 병역과 같은 역무의 이행을 위하는 노동을 포함하여 자발적으로 이루어지지 않은 모든 노동을 포함한다.⁵⁵⁾ 특히 고용관계에서는 노동자가 근로조건을 알았다면 받아들이지 않았을 경우, 사용자가 거짓으로 근로조건을 내세워 노동자의 의사를 왜곡한 경우를 포함한 비자발적 노동도 포함한다. 즉, 고용관계에서는 노동자가 자유의사에 따라 고용관계를 형성하고, 언제든지 자유롭게 그만둘 수 있는 자발적 노동에 반하는 것은 강제노동의 범위에 포함된다고 볼 수 있다.

UN 인종차별위원회(Committee on the Elimination of Racial Discrimination, CERD)는 2007년 고용허가제 아래에서 이주노동자들의 사업장 이동에 심각한 제약과 법적 보호를 받는데 장애가 있는 점에 대해 우려를 표명하고, 대한민국이 이주노동자가

53) 현재 2011.9.29. 2007헌마1083등; 김지혜, ‘외국인근로자의 사업장 변경제한과 강제노동금지의 원칙’, 공법연구 제44집 제3호, 201쪽.

54) 현재 2011.9.29. 2007헌마1083등.

55) 다만 법률과 적법한 절차에 의해서 가해지는 징역(형사법 위반에 대한 제재), 국가공동체를 지키기 위한 역무로서 병역(병역법), 재난구조 의무 등 역무(役務)의 이행을 위해 수반되는 노동은 강제노동으로 보지 않는다.

국적을 이유로 한 차별 없이 노동권을 효과적으로 향유할 수 있도록 적절한 조치를 취할 것을 권고하였고,⁵⁶⁾ 2012년에도 이주노동자의 직장이동의 자유를 제한 없이 보장하라고 권고하였다.⁵⁷⁾ 국제 엠네스티도 “직장이동을 제한한 한국의 고용허가제가 인신매매의 형태를 띠고 있다”고 비판하였다.⁵⁸⁾

직장선택의 자유는 ‘직장을 떠날 자유’가 보장될 때 비로소 완성이 된다. ILO도 근로자가 근로관계를 종료하기 어려운 사유를 들어 강제노동의 지표로 삼고 있다. 즉, 사용자가 근로자에게 임금, 각종 근로조건, 직업유형, 생활조건, 근무지역, 사용자의 신분 등을 속이고 근로자를 고용한 뒤에 근로자가 원활하게 해당 직장에서 떠나기 어려운 상태에 놓이게 하는 경우, 출입국관청에 신고할 것을 협박하는 경우, 모욕과 비난으로 심리적 압박을 행사하여 고용주와의 관계에서 근로자의 지위를 취약하게 하는 경우, 신분증명서나 개인소지품을 빼앗아 다른 직장을 구할 수 없게 하는 경우, 직장이동을 막으려고 고의적으로 임금을 체불하는 경우, 부채관계를 맺어 직장을 떠나지 못하게 하는 경우를 들고 있다.⁵⁹⁾ 그 밖에도 고립, 이동의 제한, 매우 위험하고 사생활이 보장되지 않는 비위생적인 환경에서 근무하도록 하는 경우도 강제노동으로 보고 있다.⁶⁰⁾

(4) 내적 체계정당성

외국인고용법 자체를 중심으로 해당 규정에 대한 내적 체계(구성)적인 면을 살펴본다. 법률의 구성 측면에서 외국인고용법은 외국인근로자의 고용절차, 고용관리를 주요 내용으로 우선 배치하고 제4장에 가서 외국인근로자 보호와 관련한 규정들을 두었다. 사업장변경 제한규정도 제4장 외국인근로자 보호 부분에 편장하고 있다. 제 25조에서 특정한 사유가 발생한 경우에는 외국인근로자가 법령⁶¹⁾이 정하는 바에 따라 다른 사업 또는 사업장을 변경할 수 있도록 하고 있어서 의견상 외국인근로자를

⁵⁶⁾ CERD,

⁵⁷⁾ CERD,

⁵⁸⁾ Amnesty

⁵⁹⁾ ILO, Eradication of forced Labor,

⁶⁰⁾ 농어촌 고용된 외국인근로자의 사례 등. 참조 <https://www.nocutnews.co.kr/news/5254727> (2021.10.20 방문)

⁶¹⁾ 외국인고용법 시행규칙 제16조, 고용노동부령 328호 (2021.7.13.)

보호하고 이들의 직장선택의 자유를 보장하는 모습을 띠고 있다. 그러나 법령에 규정된 사업장변경 사유는 외국인근로자에게 직업의 자유에 기반한 자유로운 직장선택을 보장하는 것이라고 볼 수 없다. 오히려 사용자의 근로계약 해지, 근로계약 갱신거절 의사, 휴업, 폐업로 인하여 외국인근로자가 부득이하게 해당 사업장에서 노동을 할 수 없게 되는 사유(제25조 제1항 제1호, 제2호), 사용자가 외국인고용법이 정하는 고용조건을 위반한 경우(제20조, 제25조 제1항 제2호), 사용자의 정당하고 적정한 기숙사(근로기준법 제100조) 제공 의무 위반(제22조의2, 제25조 제1항 제2호), 사용자의 근로조건 위반 또는 부당한 처우 등 모두 사용자에게 귀책사유가 있는 경우에만 외국인 근로자가 사업장을 변경할 수 있도록 하고 있다.

또한 이 법 제25조는 ‘사업 또는 사업장 변경의 허용’이란 표제를 쓰고 있다. 직업선택의 자유 행사는 ‘허용’ 대상이 아니라 보충성 원칙에 따른 최소한의 제한이 있을 뿐이다. 그럼에도 국가가 결정권을 행사한다는 의미의 ‘허용’이란 표현을 쓰고 있어 법률 언어의 문제를 지적할 수 있다.

(5) 소결

외국인고용법의 사업장변경 제한규정은 직업의 자유, 신체의 자유, 평등권을 침해한다는 의심이 든다. 외국인고용법과 출입국관리법은 사업장변경 제한제도와 관련하여 상호 모순되거나, 중복되는 내용이 없이 제도의 효력을 강화하고 있다. 그러나 그러한 점이 제도의 실질적 정당성을 부여하지 못한다. 오히려 이 규정은 헌법에 직접 수권하고 있는 근로기준법을 준수하여야 하며, 근로기준법에 따라 외국인근로자를 위한 방향으로 개선되어야 한다. 외국인근로자의 자발적 사업장변경을 금지하고, 이를 위반하는 경우 출국을 강제하는 현행 제도는 외국인근로자를 특정 사업장에 종속하여 노동을 제공하게 하는 것으로서 ILO가 금지하는 강제노동에 해당될 수 있다. 새로이 비준한 ILO 강제노동철폐협약 제29호는 외국인고용법과의 관계에서 ‘신법’이므로 신법우선의 원칙에 따라 해당 제도의 적용과 효력의 정당성과 그에 따른 지속여부를 검토하여야 한다. 사업장변경 제한규정의 성격과 내용은 실질적으로 외국인근로자를 보호하기보다는 외국인근로자 고용 방법과 절차에 관한 내용으로 보는 것이 타당하다. 이 조항은 외국인근로자 보호에 관한 제4장에 위치할 것이 아니라 외국인근로자 고용관리에 관한 제3장에 위치하는 것이 체계상 적절하다고 할 것

이다.

2. 비교법적 분석

(1) 미국

미국은 대표적 이민국가로, 그 발전과정에서 부족한 노동력을 적극적인 이민정책 및 임시 취업비자를 통해 해결해왔다. 미국의 외국인력 도입시스템은 다른 어느 나라보다 잘 발달되어 있는 동시에 복잡하다. 국토안보부(DHS) 내의 이민귀화국(CIS), 세관국경보호국(CBP), 이민세관수사청(ICE) 등 3개 부서가 이민 및 체류에 관한 업무를 분담한다. 비이민 비자 관련 업무는 연방정부 국무부 산하 영사국이 담당하며, 이민자들의 노동허가는 노동부에서 담당한다.

미국은 이민정책을 기본으로 하면서 동시에 분야별 부족 인원을 일정 기간을 두고 고용하는 보충방식의 고용허가제를 활용하고 있다. 단기적 부족 인원을 보충하기 위해서는 단기취업 목적의 비이민 비자체계를 수립하며, 이민을 목적으로 하는 이주민에게는 이민비자를 발급한다. 미국의 외국인력 정책은 특별히 전문직 또는 비전문직에 한정하지 않고 노동시장이 필요로 하는 전 분야에 대해 광범위하게 열려 있다. 그러나 국내 노동자의 노동조건이나 임금에 나쁜 영향을 미치지 않고 국익에 도움이 되는 노동자들을 우선적으로 허용한다는 기본원칙을 세워두고 있다.

미국은 부족한 노동력을 해외에서 조달하기 위해 적극적이지만, 국내 노동시장을 보호하기 위한 조치를 적극적으로 실행하며 상황에 따라 유동적으로 적용하고 있다. 이민국적법은 각각의 비자 형태별로 한 해에 들어올 수 있는 이민자나 단기취업자 수를 일정기준에 따라 산출하여 제한한다. 비자에 따른 허용 이민자 수를 매년 보정공식을 통해 미세조정하는 것과는 별개로, 사회의 장기간 요구나 변화에 따라 이민자 수를 조정하기 위해 이민법을 개정하는 방법으로 외국인 입국자 수와 자격을 변경한다.

(2) 독일

독일은 제3국 출신 숙련기술인력이 노동시장에 쉽게 접근할 수 있도록 문턱을 낮

추면서도 단순노무인력에 대해서는 높은 문턱을 유지하고 있다. 유럽연합 회원국이 아닌 제3국 출신의 비숙련노동자가 취업목적의 체류자격을 지니고 독일에 입국하는 것은 취업규정이나 국가간 협정에 따른 특정 직업군에 해당할 때에만 가능하다. 그러나 가족재결합이나 인도적 사유 등 다른 형태로 유입되는 비숙련노동자 수가 상당하다. 독일은 외국인에게 체류자격과 함께 노동허가가 부여되면 체류기간 동안 별다른 제한 없이 노동시장에 접근할 수 있도록 하는 노동허가제를 시행하고 있다.

1950년대 말부터 1970년대 초반 시행된 ‘손님노동자’ 제도는 국가 차원에서 외국인노동자를 모집하고 제한된 조건 아래 체류허가와 노동허가를 부여함으로써 외국인력을 관리하려고 했다는 점에서 우리의 현행 고용허가제와 유사한 모습을 보인다. ‘손님노동자’ 제도는 내국인 우선고용, 협정임금, 순환원칙, 영구적인 이주관리를 원칙으로 국가가 외국인노동자를 모집한다는 점을 특징으로 한다. 정부 당국은 필요에 따라 외국인노동자의 체류기간과 고용범위를 정할 수 있었다. 1964년까지 노동허가는 체류허가와 연계해 최대 1년의 기간 동안 특정 사업장에서 특정한 업무만 담당할 수 있는 조건으로 발급되었다.

독일의 손님노동자 제도는 시간이 흐르며 점차 완화되었다. 기존 외국인노동자들을 돌려보내고 새로운 노동자를 받아서 다시 훈련하는 것은 비효율적이기에 사업주들은 기존 외국인노동자들의 노동허가 연장을 신청했고, 정부는 이를 허용했다. 외국인노동자가 무기계약을 맺을 수 있는 기회가 확대되었고, 특정 직장에 구속되었던 제한이 폐지되는 등 순환원칙이 점차 완화되는 양상을 보였다. 최초 노동허가 기간이 최대 1년에서 2년까지로 확대되었고, 노동허가의 연장이나 제한없는 노동허가 발급이 가능해졌다. 이로써 손님노동자들이 직장을 이동하고, 임금수준이나 노동조건을 개선하는 것이 가능해졌다.

(3) 일본

일본의 외국인력시장은 장기간 취업 목적의 전문직보다 자격외활동이나 기능실습과 같은 단기 체류자격으로 일하는 노동자 비율이 높다. 일본정부는 저출산·고령화에 따른 인력 부족이 사회적 문제로 떠오르면서 외국인고용 확대정책을 펴고 있다. 일본은 인력 부족에 대응하기 위해 2019년 개정 출입국관리 및 난민인정법의 시행과 함께 특정기능 1호와 특정기능 2호라고 하는 새로운 체류자격을 신설하였다.

개정된 출입국관리 및 난민인정법은 지금까지 허용하지 않았던 단순노동 분야에서도 외국인노동자를 정식으로 허용하고 있다. 특정기능 1호는 상당한 정도의 지식 또는 경험에 따른 기능을 필요로 하는 업무에 종사하는 외국인노동자에게 발급되는 체류자격으로, 통산 5년까지 일본에 체류할 수 있도록 한다. 특정기능 2호는 숙련된 기능을 필요로 하는 업무에 종사하는 외국인노동자에게 발급되는 체류자격으로, 체류기간에 제한이 없다. 원칙적으로 특정기능 1호 기간 종료자가 시험에 합격하면 특정기능 2호의 자격을 취득하는 것이 가능해진다. 외국인이 특정기능 체류자격으로의 변경 및 체류기간 변경허가를 신청하면 여러 요건을 고려하여 법무대신이 자유재량에 따라 허가할 수 있다.

특정기능제도와 기존의 기능실습제도 간 가장 큰 차이는 도입 목적이라고 할 수 있다. 특정기능제도는 전면적으로 인력부족의 해소를 통한 노동력의 확보를 강조하나, 기능실습제도는 명목상으로는 개발도상국 등의 경제발전을 위한 인재 양성에 협력한다는 ‘국제공헌’을 내세우고 있다. 그러나 기능실습제도는 실질적으로는 중소기업에서의 인력 부족을 해소하기 위해 이용된다. 기능실습 1호의 체류기간은 1년 이내, 2호는 2년 이내, 3호는 2년 이내로, 합산 5년간 머물 수 있도록 하고 있다. 기능실습제도의 대상국가가 한정되어 있는 데 비해, 특정기능제도 대상자의 국적에는 제한이 없다. 기능실습제도에 따르면 기능실습생은 원칙적으로 사업장 변경이 불가하나, 특정기능제도에 따르면 동일한 업무구분 내 또는 시험에 따른 기능수준의 공통성이 확인된 업무구분 간에는 사업장변경이 가능하다.

(4) 소결

미국의 외국인력 정책은 특별히 전문직 또는 비전문직에 한정하지 않고 노동시장이 필요로 하는 전 분야에 대해 광범위하게 열려 있다. 미국은 부족한 노동력을 해외에서 조달하기 위해 적극적이지만, 국내 노동시장을 보호하기 위한 조치를 적극적으로 실행하며 상황에 따라 유동적으로 적용하고 있다.

독일은 제3국 출신 숙련기술인력을 유인하고자 법제를 정비하면서도, 단순노무인력에 대해서는 높은 문턱을 유지하고 있다. 그러나 가족재결합이나 인도적 사유 등 다른 형태로 유입되는 비숙련노동자 수가 상당하다. 독일에서는 일단 외국인에게 체류자격과 함께 노동허가가 부여되면 외국인은 체류기간 동안 별다른 제한 없이 노

동시장에 접근할 수 있는 노동허가제가 시행되고 있다.

일본정부는 인력 부족 문제에 대응하기 위해 출입국관리 및 난민인정법을 개정하고 특정기능 1호와 특정기능 2호라고 하는 새로운 체류자격을 신설하였다. 이를 통해 지금까지 허용하지 않았던 단순노동 분야에서도 외국인노동자를 정식으로 허용하고 있다. 상당한 정도의 지식이나 경험을 필요로 하는 특정기능 1호 자격자는 5년간 체류가 가능하고, 숙련된 기능을 필요로 하는 2호 자격을 취득하는 자는 기간 제한 없이 체류가 가능하다. 이들은 원칙적으로 사업장을 변경할 수 있다.

IV. 실태조사

1. 조사개요

외국인근로자의 사업장변경 제한제도에 대한 사용자들의 의견을 수집하기 위해 외국인근로자를 고용하고 있는 사업장 155개 업체를 대상으로 설문조사를 실시하였다. 조사대상 업체의 평균 인력 규모는 총 57.6명이었고, 이중 한국인근로자 수는 평균 50.1명, 외국인근로자 수는 평균 7.5명(비중 13%)이었다.

외국인근로자 측의 의견 수렴을 위해서는 간접적인 인터뷰 방식을 택하였다. 외국인근로자를 대상으로 직접 설문조사를 실시할 경우, 관련 제도와 법률에 대한 전문성이나 의사소통의 한계로 깊이 있는 자료수집이 어려울 수 있어 외국인근로자 노조관련자, 외국인근로자 지원단체 활동가, 외국인근로자 지원센터 구성원 등을 대상으로 인터뷰를 실시하였다.

2. 외국인근로자 사용자 대상 설문조사

(1) 외국인근로자 고용에 대한 인식

어떤 외국인근로자를 원하는가에 대해 사업주의 62.6%는 ‘임금이 낮은 근로자’라고 답하였다. 임금이 다소 높더라도 ‘근로경험이 많은 근로자’를 원하는 사업주는 16.8%, 임금이 다소 높더라도 ‘기술력이 높은 근로자’를 원하는 사업주는 20.6%에

불과하였다. 사업주 입장에서 외국인근로자는 값싼 노동력을 제공하는 근로자, 혹은 언제든 대체가능한 노동력으로 보는 관점을 대변하는 결과로 해석된다.

외국인근로자 고용시 중요하게 생각하는 요소의 상대적 중요도에 대해서는 임금이라는 응답이 41.6%를 차지했다. 한국어능력 21.6%, 해당분야의 전문성이라는 응답이 16.1%였다. 외국인근로자를 고용하는 과정이 얼마나 어려운지에 대해서는 평균 2.1점으로(5점 척도) 답하였다. 외국인근로자 선발시 가장 어려운 점으로는 67.6%가 필요한 시기에 고용이 어렵다는 점이라고 답했다. 16.7%는 채용시 외국인 근로자의 성격이나 성실성을 모른다는 점이라고 응답했다. 외국인근로자 고용유지의 어려움에 대해서는 평균 2.71로(5점 척도) 응답하였다.

(2) 외국인근로자 사업장변경에 대한 인식

외국인근로자들이 사업장변경을 요구한 적이 있는지에 대해서는 59.4%가 요구받은 경험이 있다고 답하였다. 그 대응방식에 대해서는 56.5%가 이의 없이 동의해주었다고 응답했고, 37%는 처음에는 이직에 동의하지 않았으나, 이후 이직에 동의했다고 답변했다. 17.4%의 응답자는 외국인근로자가 근무지를 이탈한 경험이 있다고 밝혔다.

외국인근로자 사업장변경 제한제도에 대해서는 전반적으로 찬성하는 의견이 55.5%에 달했다. 보통이라는 응답이 37.4%, 반대하는 의견이 7.1%였다. 사업장변경을 자유롭게 허용할 경우, 외국인근로자 고용이 현재보다 어려워질 것이란 의견이 52.9%에 달했다. 지금과 큰 차이가 없을 것이란 응답이 29.7%, 쉬워질 것란 응답이 17.4%였다. 변경 허용시 발생할 문제가 무엇인지에 대해서는, 잦은 이직 발생(50.3%)이란 답변이 가장 많았고, 외국인근로자에 대한 통제 약화(20%)가 뒤를 이었다.

외국인근로자의 사업장변경을 허용할 경우 긍정적 영향에 대해서는 필요한 외국인을 적시에 쉽게 고용할 수 있을 것이란 의견(33.5%), 외국인근로자의 권리가 보장될 것란 의견(20.6%)이 있었다. 긍정적 영향이 없을 것란 응답도 30.3%였다. 외국인근로자가 사업장을 변경하는 수준을 어느 정도로 제한 또는 허용해야 하는지 질문에 대해서는 65.8%가 지금처럼 사업장에 문제가 있는 경우 허용해야 한다고 답했다. 15.1%는 일정 기간 이후에는 해고와 사업장변경을 자유롭게 하자는 의견을

났다.

3. 외국인근로자 단체 대상 인터뷰

(1) 외국인근로자 사업장변경 제한제도 현황

이전에는 외국인근로자 계약기간이 1년 단위로 갱신되었으나 2010년 관련 법규 개정으로 계약기간이 3년으로 늘어나면서 외국인근로자의 종속성이 오히려 심해지는 결과가 초래되었다는 지적이 있었다. 외국인근로자가 부당노동행위의 피해를 입어도 언어나 법제도가 익숙하지 않은 외국인근로자가 증거를 수집하고 법적 절차를 밟고, 이를 입증하는 데 어려움이 있었다. 외국인근로자가 사업장을 변경하려고 할 때도 실질적인 제약이 있었다. 외국인근로자가 법정 사유에 따라 인터넷을 통해 사업장변경을 신청하더라도, 해당 사업장에서 변경등록을 하지 않으면 행정절차가 진행되지 않는다.

(2) 사업장변경 제한의 부작용

외국인근로자 사업장변경 제한제도는 강제노동의 수단으로 이용되며, 열악한 노동조건이 지속되는 원인이 되고 있다. 성실근로자로 재입국하기 위해서는 현재 사업장 사업주의 동의가 있어야 하므로, 동의를 얻기 위해 어쩔 수 없이 사업장을 변경하지 못하는 경우가 많았다. 사업장변경을 언급하는 순간 외국인근로자는 작업제외, 임금체불 등 불이익을 받게 되거나 금전적 대가를 요구받는 경우가 있었다. 사업장변경 제한제도가 사용자에게 외국인근로자가 귀속되어 있다는 생각을 심어주는 것도 문제로 지적되었다. 코로나19 확산 이후 외국인근로자의 사적활동을 제한하거나 통제하는 사례가 늘어났다.

(3) 개선방안

이주지원단체들은 사업장변경 제한제도를 개선하더라도 노동시장이 크게 변화하지는 않을 것으로 보았다. 외국인근로자 취업 할당량이 통제되는 한 외국인근로자의 과부족 현상은 없을 것으로 전망하였다. 대신 외국인에게 실질적 직장이동의 권리를

주면서 작업환경을 개선하는 효과가 나타날 것으로 기대하였다. 구체적으로, 기존의 E-9비자 안에서 또는 외국인근로자 고용을 원하는 사업장 범위 내에서 직장이동이 가능하도록 하는 부분적 변경을 대안으로 제시하였다. 1년의 의무기간을 두고 이후 자유롭게 변경하도록 하는 방안도 내놓았다.

V. 결론

우리 헌법재판소는 외국인고용법의 사업장변경 제한규정이 헌법에 위반되지 않는다는 판단을 내리고 있다. 그러나 기본권적 관점에서 이 규정은 외국인근로자의 직업의 자유, 신체의 자유, 평등권을 침해하는 것으로 의심된다. 입법체계 측면에서는 외국인고용법이 근로기준법과 충돌하며, 외국인고용법의 효과를 강화하는 출입국관리법 규정도 근로기준법과 상호모순되는 것으로 평가할 수 있다. 이 규정은 또한 자유권규약과 사회권규약, 국제노동기구 협약 등 국제규범이 금지하는 강제노동을 강제하는 규정으로도 볼 수 있다. 조문 배치와 표현에서도 내적 체계정당성의 문제를 지니고 있다.

현행 제도의 점진적인 개선을 위하여 외국인근로자의 근로계약을 1년 단위로 갱신하고 외국인근로자에게도 갱신거절권을 부여해 사업장을 변경할 수 있도록 하는 방안을 생각해 볼 수 있다. 또한, 사업자 귀책에 의한 사유가 발생한다면 횡수의 제한을 두지 않고 사업장을 변경할 수 있도록 하되, 외국인근로자의 의사에 따라 사업장변경을 할 경우, 일정한 횡수 제한을 두는 것도 고려할 수 있다. 근본적으로는, 외국인근로자들이 허용된 업종 내에서는 자유롭게 직장을 선택하고 변경할 수 있도록 법제를 정비하는 것이 바람직하다.

【토론문】

“외국인근로자의 사업장변경 제한규정의 문제”에 대한 토론문

최 경 호*

I. 들어가며

안녕하십니까. 한국법제연구원에서 근무하고 있는 최경호입니다.

한국이민법학회, 한국외국어대학교 법학연구소와 한국법제연구원이 공동으로 주최하는 학술행사에서 토론자로 참여할 수 있는 기회를 주셔서 감사드립니다. 이보연 교수님의 <외국인근로자의 사업장변경 제한규정의 문제>주제의 심도있는 발표에서 많은 배움이 있었습니다.

교수님께서 현행 외국인고용법에 의해 실시되고 있는 외국인근로자의 사업장변경 제한 제도와 관련된 사항들을 검토/분석하시고 문제점과 개선방안의 방향성에 대한 담론을 말씀하고 있으십니다. 말씀하신 취지에 전반적으로 동의합니다.

오늘의 주제처럼 외국인의 경우 기본권의 세부적 해석과 적용에 있어서도 국민의 권리, 인간으로서의 권리로 구분을 하며 달리하는 것을 볼 수 있으며, 헌법규범에서 명문으로 규정하지 않은 것은 헌법적 해석을 통해 그 의미를 확인하고 있습니다.

개인적으로 교수님의 원고와 주제를 보았을 때 가장 먼저 떠오르는 헌법케이스는 1857년 미국 연방대법원의 드레드 스콧 대 샌드퍼스 판결이었습니다. 드레드 스콧 대 샌드퍼드 판결(Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. 393, 1857년 3월 7일)은 노예제도에 대한 미국 연방 대법원의 판결입니다. 이 판결에서 미국 연방 대법원은 노예로 미합중국에 들어온 흑인과 그 후손은 그가 노예이든 노예가 아니든 미국 헌법 아래 보호되지 않으며, 미국 시민이 될 수 없기 때문에 연방 법원에 제소할 권리가 없다고 결정하였습니다. 이 판결을 말씀드리는 이유는 다음과 같습니다. 시대의 현실과

* 한국법제연구원 연구위원

그 시대의 헌법정신을 반영하여 치열한 고민을 통해 작성된 헌법결정문이라고 하더라도 일정 시간이 지나 다시 돌아보았을 때는 아쉬운 결정이 많다는 점입니다. 이 드래드 스콧 케이스는 법원의 결정에 오류가 있을 수 있으며 헌법논증의 발전과정이 중요하다는 반성적 의미의 케이스로 소개되는 것처럼, 그 시간이 어느 정도 걸릴지는 모르겠지만, “외국인근로자에 대한 사업장 변경 제한 합헌 결정”(헌법재판소 2021. 12. 23. 선고 2020헌마395 결정)에 대해서도 성찰적 관점에서 바라보게 될 케이스 중에 하나가 될 가능성이 없지 않아 보입니다.

II. 헌법해석적 관점에서의 외국인근로자의 사업장 변경 제한 규정 검토

외국인고용법과 관련해서는 종래 외국인근로자의 사업장 변경 회수 제한의 위헌성을 다투는 사례는 있었습니다. 한편, 대상결정은 외국인근로자의 사업장 변경 사유를 제한하고 있는 외국인고용법 조항 및 그 사유를 구체화한 고용노동부고시의 위헌 여부를 판단한 사례라는 점에서 주목할 만합니다.

헌법재판소 2020헌마395 헌법소원 결정에서는 “사업장 변경 사유 제한 조항은 원칙적으로 외국인 근로자의 의사에 따른 사업장 변경을 금지하고 예외적 사유가 있는 경우에만 허용함으로써 중소기업 등이 안정적으로 노동력을 확보할 수 있도록 하고 내국인 근로자의 고용기회나 근로조건을 교란하는 것을 방지하며 외국인 근로자에 대한 효율적인 고용관리를 도모하기 위한 것”, “고용허가제가 포괄위임금지원칙에 위반되거나 입법재량의 범위를 넘어 명백히 불합리하다고 볼 수도 없으므로 A씨(위헌 소송 제기한 외국인근로자) 등의 직장선택의 자유를 침해하지 않는다”고 판단했습니다.

이러한 헌법재판소의 판단은 사업장 변경 제한이 노동자의 직장 이동을 억제하는 방식으로 열악한 근로조건에서 장기근무를 강제하는 제도임을 이해하면서도 근로의 권리, 인간의 존엄과 가치, 신체의 자유 및 강제근로의 금지에 대한 심사를 본안 판단에서 제외했다는 지적이 있을 수 있습니다.¹⁾ 직장선택의 자유 침해 여부를 판단하면서도 과잉금지원칙을 심사기준으로 채택하지 않았다는 지적이 있을 수 있으며,

1) 김지혜, 외국인근로자에 대한 재판의 공정성, 사회법연구 제46호, 한국사회법학회, 2022, 582면.

그 결과, 사용자 이익을 도모하는 것으로 비춰질 수 있는 제도 자체의 정당성과 비례성에 대한 심도있는 판단 없이 외국인근로자의 자유를 제한한 입법자의 결정을 승인하였다는 지적이 있을 수 있습니다.

Ⅲ. 입법평가적 관점에서의 외국인근로자의 사업장 변경 제한 규정 검토

발표자께서도 말씀하신 것처럼 외국인고용법상 외국인근로자에 대한 사업장 변경 제한을 내용으로 하는 법조항에 대한 입법평가연구를 작년에 수행하셨고, 헌법재판소의 결정은 작년 연구 종료시점 이후에 있었습니다. 작년 12월 헌재 결정은 사후적 입법평가의 관점에서 새로운 세부적 연구거리를 제공하고 있다는 생각입니다. 한편, 입법평가의 관점에서 재판관 이석태와 재판관 김기영의 반대의견도 주목할만합니다. 일부 발췌하면 다음과 같습니다.

○ 우리나라에서 외국인근로자는 내국인근로자와 경쟁 관계라기보다는 내국인근로자를 대체하거나 보완하고 있는 관계라고 볼 수 있다. 외국인근로자의 도입 업종 및 규모를 엄격히 통제하고 있는 상황에서, 내국인근로자를 구할 수 없는 사업장으로만 이직이 가능한 외국인근로자의 사업장 변경을 제한함으로써 내국인의 고용을 보호한다는 것은 합리성이 없다.

○ 사업장 변경 사유를 과도하게 제한하는 것은 외국인근로자에 대한 효율적인 관리감독에 도움이 되지 않으며, 오히려 불법체류자를 양산하는 결과를 초래하여 고용허가제의 안정적인 운영을 위협할 수 있다.

○ 일부 업종 또는 중소기업이 외국인력에 전적으로 의존하고, 저임금과 열악한 근로환경을 벗어나려는 외국인근로자들을 사업장 변경 제한을 통해 저지함으로써 비로소 수익을 달성하는 구조가 고착화되고 있다면, 이는 외국인고용법의 목적 가운데 하나인 ‘국민경제의 균형 있는 발전’에 부합하는 것이라고 보기 어렵다.

○ 내국인근로자가 스스로의 안전과 건강 등을 지키기 위해 취업을 기피하거나 직장을 이탈할 수 있는 것처럼 외국인근로자도 열악한 환경의 사업장에서 이탈할 필요가 있다.

소수의견에서 제시된 관점들을 보다 데이터에 기반한 입법평가를 통해 객관적 판단을 할 수 있는 자료가 형성될 수 있으면 좋을 것 같습니다. 헌법재판관 소수의견

의 관점이 추후에 다수의견이 되고 선례를 바꾸는 판례도 적지 않습니다. 따라서 입법평가자의 관점에서 해당 조항이 입법목적 달성을 위한 실효성이 높은 수단인 아 아니고, 소위 ‘인간으로서의 권리’를 보호해주지 못하는 법조항에 해당하는지 여부를 확인키 위해 다양한 관점에서 데이터를 확보하는 것은 중요할 것 같습니다.

본 사안과 관련해서의 입법평가의 방법으로 유럽의회조사처의 방법론을 참고할만 합니다. 유럽연합의 영향평가는 경제적 분석뿐만 아니라 사회 및 환경의 관점도 중시하는 평가를 실시하고 있으며, 경제적 평가는 정량화시킨 결과를 도출하는 경우가 많습니다.²⁾ 다만 모든 평가가 잠정적일 수 있는 한계를 가지고 있을 수 있으므로, 투명성확보 및 다수의 이해관계자 참여 등 정확한 데이터를 기반으로 하여 복수로 점검하는 것이 중요합니다.³⁾

귀중한 발표를 통해 외국인근로자 사업장변경 제한 주제의 본질에 대해 생각해볼 수 있는 기회를 주신 이보연 교수님께 다시한번 감사드리며 부족한 토론을 마칠까 합니다. 경청해주셔서 감사드립니다.

2) EPRS가 발간하는 대부분의 영향평가 보고서는 경제적 비용, 사회 및 환경 평가의 카테고리로 구성되어 있다.

3) European Commission, Better Regulation Guideline, 2021.

청소년복지 지원법상 이주배경 청소년의 법적 쟁점

최 유*

- I. 들어가며
- II. 이주배경청소년 지원의 도입배경
- III. 이주배경 청소년의 현황과 지원 내용
- IV. 이주배경 청소년 지원에 대한 입법분석
- V. 결론

I. 들어가며

법학에서 ‘이주배경청소년’ 또는 ‘이주배경아동’이란 용어는 비교적 생소하다. 여기서의 이주란 국가단위에서 국경을 넘는 것을 기준으로 말하는데, 우리의 경우는 남북분단의 현실로 인하여 북한에서 한국으로 이주하는 경우도 포함된다. 또한 한국 국적의 청소년이 외국에서 태어나거나 살다가 국내로 이주하는 경우도 포함한다. 이주배경 청소년의 범주에는 한국국적과 외국국적이 통합되어 있는 개념이라는 특징을 가진다.

이러한 측면에서 이주배경 청소년은 하나의 법률용어 또는 법적 개념으로 묶기에는 너무 다양한 집단이 포함되어 있다. 여기에는 중도입국 한 한국국적의 청소년이 포함되어 있으며, 외국인 체류자 청소년, 다문화가정 청소년 그리고 북한이탈 주민 청소년 등도 여기에 포함된다. 이렇게 다양한 집단을 하나의 개념으로 묶고 있는 입

* 한국법제연구원 연구위원

법목적은 보호와 지원의 필요성이라 할 수 있다. 가장 넓으면서 공통적인 개념으로 다양한 집단을 하나로 규정하여 지원정책의 사각지대를 없애려고 한 것이 이러한 조작적 개념규정의 목적이었다고 미루어 짐작된다. 그러한 의도가 없었다고 하더라도 이 규정은 이주배경 청소년에 대한 다양한 지원사업의 법적 근거가 되고 있어서 실제적 효과가 일부 발생하고 있다.

그러나 이러한 개념규정을 비판적으로 보면 자칫 이주배경 청소년을 위기청소년으로 낙인찍게 되는 사회적 부작용을 발생시킬 수 있다. 또한 이 조항은 이주배경 청소년에 대한 전반적인 지원이 아니라 교육과 상담이라는 일부 내용만 규정하고 있다는 한계도 지니고 있다. 그리고 이주배경 청소년으로 분류되는 집단 중에는 지원이 아니라 인정이 필요한 미등록 이주아동도 포함되어 있는데, 이에 대한 기본적인 정책에 대해서는 한국 외국인법제와 복지법제는 여전히 침묵하고 있다.

이 글에서 이주배경 청소년의 개념과 법적 지원에 관해서 생각해 볼 수 있는 여러 가지 법적 쟁점들을 입법정책적 담론수준에서 살펴보고자 한다. 이주배경 청소년이라는 개념은 정책의 대상과 적용규모를 생각해 보면 법리적으로 크게 의미가 있는 연구대상은 아니다. 다만 이 개념과 관련하여 한국이라는 국가공동체 안에서 주류집단과 비주류집단간의 경계설정 그리고 청소년 정책이라는 인권적 보편성과 우리의 외국인 정책의 정체성 및 한계 등에 관하여 몇 가지 생각해 보아야 하는 단초를 제공하고 있다. 이주배경 청소년이라는 개념을 기초로 하여 우리 다문화정책 및 외국인 정책의 특성과 한계를 이야기 해보고, 이에 대한 앞으로의 보다 진지하고 폭넓은 연구와 관심을 더욱 모아보고자 한 것이 이글의 목적이다. 이러한 관점에서 이 짧은 글은 이주배경 청소년에 대한 여러 가지 법적 쟁점을 간략하게 살펴보고자 한다.

II. 이주배경청소년 지원의 도입배경

1. 청소년복지 지원법상의 이주배경 청소년 개념

「청소년복지 지원법」은 청소년복지 향상에 관한 사항을 규정하는 것을 목적으로

한다.(동법 제1조) 이 법은 제2장 청소년 우대, 제3장 청소년의 건강진단, 제4장 지역사회 청소년 통합지원체계, 제5장 위기청소년 지원, 제6장 청소년부모 지원, 제7장 예방적·회복적 보호지원, 제8장 청소년복지지원기관, 제9장 청소년복지시설 등 다양한 청소년복지 제도를 규정하고 있다.

이 글에서 주목하는 것은 제5장 위기청소년 지원에 관해서 규정하고 있는 ‘이주배경 청소년’에 관한 사항이다. 즉, 「청소년복지 지원법」에서 이주배경 청소년이라는 용어는 위기청소년의 한 갈래로 사용되고 있다. 「청소년복지 지원법」은 위기청소년을 ‘가정 문제가 있거나 학업 수행 또는 사회 적응에 어려움을 겪는 등 조화롭고 건강한 성장과 생활에 필요한 여건을 갖추지 못한 청소년’으로 정의하고 있다. 이러한 위기청소년은 ‘가정 밖 청소년(제16조)’, ‘학업 중단 청소년(구 제17조)’ 그리고 ‘이주배경청소년(제18조)’로 나누어진다.¹⁾

청소년복지 지원법 제18조가 규정하는 ‘이주배경청소년’의 부류는 2가지이다. 같은 조 제1호는 「다문화가족지원법」 제2조제1호에 따른 다문화가정의 청소년을 이주배경청소년으로 규정하고 있으며, 제2호는 그 밖에 국내로 이주하여 사회 적응 및 학업수행에 어려움을 겪는 청소년을 규정하고 있다. 제1호가 규정한 다문화가족의 청소년은

일반적으로 이주배경 청소년은 다른 나라에서 태어나서 살다가 다양한 이유로 한국에 들어와 살게 된 청소년을 일컫는 개념이다. 이주배경 청소년에는 다문화 가정 청소년, 북한이탈주민 청소년, 이주노동자가정 청소년, 난민가정 청소년, 중도입국배경 청소년 등이 포함된다.²⁾ 이 조항은 이주배경 청소년들이 국내에서 사회 및 교육 적응에 필요한 지원을 입법목적으로 한다. 따라서 외국에서 생활하는 이주배경 청소년을 대상으로 한 조항은 아니다.

이주배경 청소년이라는 하나의 개념으로 규정되어 있지만, 국외출생(국제결혼 후

1) 「청소년복지 지원법」은 학업 중단 청소년에 관해서 제17조에서 학업에 복귀하고 자립할 수 있도록 필요한 시책을 마련하고 시행하여야 한다고 규정하고 있었지만, 2014년 5월 28일 법률 제12700호로 「학교 밖 청소년 지원에 관한 법률」이 제정되어, 「청소년복지 지원법」에서는 삭제되었다.

2) 중도입국청소년을 이주배경청소년과 유사개념으로 이해하는 견해도 있다. 배상률 외, 경제·인문사회연구회 중국종합연구 협동연구총서 18-67-01, 이주배경 청소년의 실태 및 지원 방안 연구: 중국 출신 청소년을 중심으로, 대외경제정책연구소·한국청소년정책연구원, 2018, 32면.

은 외국인가정 자녀/중도입국청소년), 국내출생(국제결혼 혹은 외국인가정 자녀), 북한출생 이주배경 등 이주배경청소년은 각각의 특성에 따라 겪는 어려움이나 문제가 조금씩 다른 상태에 있지만 기본적으로 문화적인 정체성과 언어의 사용의 어려움이 존재한다는 공통점을 갖는다.

국외출생청소년의 경우 체류의 불안정성과 언어문화적 차이로 한국사회에 적응에 어려움을 겪는 경우가 많다. 그리고 국내출생 이주배경 청소년은 문화적 다양성으로 인해 정체성의 혼란을 겪기 쉽다. 또한 외국인이라는 낙인으로 인해서 학교에서 차별을 받을 수 있다. 여기에 부모와의 가정생활의 문제점과 체류자격 및 경제적 여건에 따른 어려움이 발생할 수 있다. 북한출생 청소년의 경우에는 위와 동일한 문제점에 덧붙여서 북한에서 한국까지 오는 여러 이동경로를 거치면서 발생하는 이주과정상의 트라우마가 있을 수 있다. 이들이 자본주의와 사회주의의 차이 즉, 북한과 다른 한국의 이념과 언어, 표현방식, 생활 문화 등 언어문화적인 차이로 인해 정체성의 혼란을 느끼는 것은 오히려 당연할 것이다.

그럼에도 이주배경 청소년은 하나의 동질적인 집단이 아니다. 여러 집단의 복합체라는 점에서 정책적 방향과 특성이 다른 특징을 지닌다. 이주배경 청소년이라는 개념 안에는 다양한 집단이 존재한다. 즉, 외국인 집단과 국민집단으로 나누어볼 수 있다. 외국에서의 유학생생활을 하다가 중도에 귀국한 청소년이 겪는 사회적응상의 혼란은 물론 외국인과는 다를 것이다.

외국인은 등록외국인과 미등록외국인으로 나누어볼 수 있다. 국민은 다문화가정 출신, 귀화출신과 선천적 국적출신으로 나누어 볼 수 있으며, 국내출생국민과 북한이탈주민, 그리고 외국출생주민으로도 나누어 볼 수 있다. 따라서 이주배경 청소년은 국내출생 또는 국내에서 교육 받은 경험이 적다는 점 이외에는 각기 다른 배경에 여러 집단이 여기에 포함되어 있다. 이러한 다양한 집단을 「청소년복지 지원법」은 하나의 개념으로 규정하고 있는 것이다.

2. 입법 연혁과 도입배경

2004년 2월 9일 「청소년복지 지원법」이 제정되었을 때에는 이주배경 청소년이라는 개념은 규정되지 않았다. 제정 당시 법률에서는 위기청소년이 아닌 ‘특별지원청

소년'을 규정하였다.³⁾ 2012년 2월 1일 법률 제11290호 청소년복지 지원법 전부 개정법률에서 위기청소년을 정의하고, 제18조의 이주배경청소년에 대한 지원조항을 신설하였다.

이때의 법률개정은 여상규 의원 대표발의 청소년복지지원법 일부개정법률안⁴⁾과 오세재 의원 대표발의 청소년복지지원법 일부개정법률안⁵⁾ 그리고 정부의 청소년복지지원법 전부개정법률안⁶⁾을 반영하여 여성가족위원회가 청소년복지지원법 전부개정법률안(대안)을 제안하여 법이 개정되었다. 위기청소년에 관한 사항은 정부발의 법률안 내용이 반영된 것이다.

이때의 입법 자료가 많지 않아서 위기 청소년(at-risk youth)을 법률에 규정한 계기에 대해서 잘 파악할 수는 없는 상태이다. 다만 이 때 위기 청소년이라는 용어의 사용과 함께 다문화가정 자녀라는 용어 대신 이주배경 청소년이라는 용어를 사용하게 된 것은 '무지개청소년센터'와 연관된다. 이 센터는 당시 국가청소년위원회가 설립한 비영리재단법인이었으며, '무지개청소년센터'에서 이주 배경 청소년이라는 용어를 처음 사용한 것으로 알려져 있다.⁷⁾ 현재에도 무지개청소년센터는 「청소년복지 지원법」사외이 이주배경청소년 지원센터로 활동하고 있다.

Ⅲ. 이주배경 청소년의 현황과 지원 내용

1. 이주배경 청소년 현황과 조사의 필요성

다양한 이주배경 청소년 집단의 규모는 관련 법률에 근거하여 규모와 현황이 조

3) 2004년 2월 9일 제정 법률 제7164호 청소년복지지원법은 제2조(정의) 제3호에서 특별지원청소년이라 함은 '청소년의 조화로운 성장과 정상적인 생활에 필요한 기초적인 여건이 미비하여 사회적·경제적 지원이 필요한 청소년을 말한다. 다만, 국민기초생활보장법 등 다른 법률의 적용을 받는 청소년을 제외한다.'고 규정하였다.

4) 의안번호 12740

5) 의안번호 10795

6) 의안번호 12657

7) 신윤정의, "인구 변화 등을 위한 포용적 다문화 정책 방안: 이주 배경 아동의 발생·성장 환경 분석", 경제·인문사회연구회, 2018, 9면.

사되고 있다. 아래의 규모 추정치는 한국청소년정책연구원이 수행한 연구에서 집계한 것인데, 한국국적의 중도귀국 청소년은 포함되어 있지 않고 있다.

만 24세 이하 이주배경 아동·청소년 규모 추정치

구분		규모	활용 통계
국내 출생 국제결혼가정 자녀		234,180(42.8)	2018 인구주택총조사 (등록센서스)
국제결혼가정 자녀	귀화자	12,775(2.3)	
	외국국적자	2,742(0.5)	
외국인가정 자녀	등록외국인	253,320(46.3)	
	미등록외국인	41,810(7.6)	
북한 출생 탈북배경 아동·청소년		2,604(0.5)	2019 북한이탈주민 현황
계		547,431(100)	

(단위: 명, %, 출처:)

「청소년복지 지원법」 제2조의2는 여성가족부장관이 청소년복지 향상을 위한 정책 수립에 활용하기 위하여 3년마다 청소년의 의식·태도·생활 등에 관한 실태조사를 하여야 한다고 규정하고 있다. 그런데 이 규정에 근거하여 이주배경 청소년집단의 현황이 조사되고 있는 것은 아니다. 현재까지의 관련 연구에서는 개별 법률에서 조사되는 외국인가정자녀, 중도입국자녀, 북한 이탈 청소년 등을 임의로 집계하여 현황을 파악하고 있다.

즉, 이주배경 청소년의 경우에는 규모에 대한 실태조사조차 부족한 형편이다. 이들에 대한 통계는 법무부, 행정안전부, 통일부 등 각 부처별로 이루어지고 있기 때문에 각 자료에 대한 집합과 분석이 필요한 실정이지만, 이를 수집하고 집계할 수 있는 법적 근거가 없다. 특히 이들 통계와 정보는 개인정보를 내용으로 하고 있기 때문에 개인정보처리를 위한 법적 근거를 필요로 한다.

또한 미등록외국인 가정 자녀의 경우에는 미등록이라는 특성상 실태에 대한 추정치만 있을 뿐이라는 점에서 정확한 현황에 대한 규모를 파악하고 있다고 할 수 없다. 이들은 법적 지원 이전에 이주배경 청소년집단의 존재에 대한 법적 인정이 필요하다. 정책적으로는 이전 정부의 포용적 복지라는 관점에서 미등록 자녀에 대한 인정과 인도주의적 정책이 제시된 바 있지만 제도화되지 못하였다. 과거에 제안되었던 일부 법률안에서는 의료급여, 의무교육, 보호조치, 사회적응 교육 등이 포함되었다.8)

현재의 제21대 국회에서는 미등록 아동에 대하여 복지지원에 관한 내용을 담은 법률안이 제안된 바 없으며, 외국인 아동 출생등록에 관한 법률안만이 제안된 상태이다.)

2. 이주배경 청소년 지원 내용

청소년복지 지원법 소관부처인 여성가족부의 이주배경 청소년 지원은 주로 이주배경 청소년 지원센터인 무지개청소년 센터를 통해서 이루어진다.

청소년복지 지원법 제18조는 지원의 내용으로 상담 및 교육을 예시하고 있다. 현재 무지개청소년 센터가 중심이 되어 위탁사업 등을 통해서 전국적인 이주배경청소년 지원 프로그램을 운영하고 있다. 이 프로그램에서 주요한 내용은 상담과 교육인데, 이를 위해 상담통역을 지원하기도 한다. 그리고 선주민 청소년의 다문화감수성을 높이기 위한 다문화인식개선 프로그램도 운영하고 있다.

이주배경 청소년 지원 프로그램

구분	내용
레인보우스쿨 운영 (Rainbow School)	<ul style="list-style-type: none"> • 2022년 전국 13개 시도 지역, 27개 기관에서 위탁 운영(1개 기관 중복운영) • (일반형) 23개소 운영 <ul style="list-style-type: none"> - 이주배경청소년을 위한 한국어, 특화프로그램, 교과목 교육, 진로지도 등 - 전일제, 시간제로 운영 • (진로형) 4개소 운영 <ul style="list-style-type: none"> - 진로지원이 필요한 이주배경청소년을 위한 진로교육 기초 과정(진로교육 한국어, 진로탐색 및 설계, 현장체험활동, 단기직업체험) - 예비 사회인 이주배경청소년에 대한 직업실습 및 소양교육 등을 포함한 진로교육 심화 과정(직업실습, 이론교육, 경제교육 등) <p>※ 위탁운영 기관마다 프로그램 내용의 차이가 있음</p>

8) 제19대 국회에서 제안된 의안번호 1912548 아동복지법 일부개정법률안 참조.

9) 제21대 국회에 의안번호 2116167번으로 외국인아동의 출생등록에 관한 법률안이 제안된 상태에 있다.

탈북청소년 사회적응 프로그램 (미래를 향한 첫걸음)	<ul style="list-style-type: none"> 탈북청소년 특화프로그램으로 탈북청소년의 한국생활적응에 필요한 주제별(성, 인권, 건강, 진로) 교육 등 전문강사를 활용하여 지원 탈북청소년 유관기관 4개소(기관별 4주간 지원)
상담 및 지역사회연계프 로그램	<ul style="list-style-type: none"> 이주배경청소년 대상 대면상담(내방상담, 찾아가는상담), 비대면상담(화상상담), 온라인상담(전화상담, 문자·SNS상담) 등 심리상담 실시 진로, 사회성증진, 가족탐색 등 대상자별 특성과 욕구를 고려한 집단 상담프로그램 ‘마음돋보기’, ‘Job돋보기’ 실시 이주배경청소년의 체류, 정착, 교육, 취업 진로, 생활 전반의 정보 안내 2022년 심리정서지원 거점지역 위탁 운영기관 2개소 운영(부천, 파주) 이주배경청소년 심리사회적응검사(test-rainbowyouth.or.kr) 운영 및 보급
상담통역지원사 지원	<ul style="list-style-type: none"> 상담통역지원사 양성 및 운영을 통해 입국초기 한국어가 미숙한 이주배경청소년(중국어권, 베트남어권, 러시아어권, 몽골어권)의 심리상담 및 치료통역 지원
다문화인식개선 프로그램 (다문화감수성 증진 프로그램)	<ul style="list-style-type: none"> 청소년(초등학교 4-6학년 및 중학생 전학년)을 대상으로 전문강사 파견을 통해 찾아가는 교육 지원

즉, 여성가족부의 이주배경 청소년 지원은 이 곳 센터를 중심으로 이루어지고 있다. 이주배경 청소년 개념 도입과 지원기관에 법적 근거 마련한 위한 입법은 사실상이 센터의 법적 지위와 이주배경 청소년 지원 업무에 대한 법적 근거를 마련하기 위한 것으로 볼 수 있다. 무지개청소년센터는 이주배경 청소년센터라는 용어와 함께 현재에도 자신의 고유한 이름을 그대로 사용하고 있다. 무지개청소년센터는 그 동안 사람들의 관심이 적었던 이주배경 청소년 지원업무를 훌륭하게 수행해왔지만, 전국에 한 곳이라는 한계도 갖고 있다. 즉, 지원정책의 수요가 증가할 경우를 대비하여 지원전달체계의 정비를 입법적으로 생각해 볼 수 있을 것이다.

향후에 이주배경 청소년 지원에 대한 수요와 프로그램의 다양성이 더욱 요구된다면 지역별 센터의 건립도 생각해 볼 수 있을 것이다. 중앙 센터와 지역별 위탁기관의 연결로 이루어진 현행 체제가 효과적인 것인지에 대한 평가가 필요하다. 예컨대 이주배경 청소년이 많은 지역별 거점센터를 설치하는 방안도 고려해 볼 수 있을 것

이다. 아니면 거점별이 아닌 이주배경 청소년에 대한 기본적인 지원을 위해서는 지방자치단체별로 지원센터를 설치하는 방안과 그에 대한 법적 근거를 고려해 볼 필요가 있을 것이다.

IV. 이주배경 청소년 지원에 대한 입법분석

1. 지원대상으로서 이주배경 청소년의 요건

‘위기청소년’이라는 용어는 정책지원 대상이 갖는 상황을 설명해주고 있다. 이전 법률에서는 특별지원청소년이라고 규정하였는데, 2012년 「청소년복지 지원법」 전부 개정에서 위기청소년 개념을 도입하였고, 특별지원청소년을 구체화하여 몇 가지의 갈래로 구분하고 있다. 위기청소년이란 ‘가정 문제가 있거나 학업 수행 또는 사회 적응에 어려움을 겪는 등 조화롭고 건강한 성장과 생활에 필요한 여건을 갖추지 못한 청소년’으로 규정하였으며(제2조3호), 위기청소년은 가정 밖 청소년, 학교 밖 청소년, 이주배경 청소년으로 규정하고 있다. 학교 밖 청소년은 개별법으로 독립되어서 현재 「청소년복지 지원법」에는 가정 밖 청소년과 이주배경 청소년만 남아 있는 상태이다.

위기청소년이라는 용어는 지원 대상 청소년이 처해 있는 상황을 개념으로 규정하여 지원의 필요성을 설명하고 있다는 점에서 의의를 갖지만, 자칫 가정 밖 청소년이나 이주배경 청소년이 곧 위기청소년이라는 선입견을 줄 수 있다. 따라서 위기청소년이라는 용어의 사용이 과연 중립적인 선택이었는지에 관해서 노파심이 생긴다.

이러한 노파심에서 용어의 사용에 관해 몇 가지 의문점이 발생한다. 사실 이주배경 청소년은 가정 밖 청소년이나 학교 밖 청소년과 이주배경 청소년과 성격을 달리한다. 이주배경 청소년 중에서 가정 밖 청소년이나 학교 밖 청소년이 있을 수 있다. 가령 이주배경 청소년이 가장 밖 청소년이 되는 경우에는 이미 이주배경 청소년이 위기 청소년인데, 위기 청소년 중에서 또 다른 위기 청소년이 발생할 수 있게 된다. 따라서 혼용이 가능한 개념을 동렬로 구성하여 하나의 개념 아래에 묶는 것이 합리적인 개념조작인지 생각해 볼 필요가 있다. 동렬로 구성한 개념상의 구별한계기능이

없다는 점이다.

이주배경 청소년에 대한 사회적 상담이나 교육에 대한 지원은 위기라는 특수한 상황적 설정보다는 일반적 지원이라는 성격부여가 필요하다. 이주배경 청소년에 속하는 ‘다문화가정 청소년’, ‘중도귀국 청소년’ 그리고 ‘북한이탈 청소년’에 대한 사회적 적응 및 학습능력 향상을 위한 상담교육은 일반적으로 필요한 정책이라는 점이다. 따라서 일반적인 지원정책과 위기청소년 정책이 나누어져야 하는데, 「청소년복지 지원법」은 이들을 모두 위기청소년으로 분류하고 있다는 점이다.

미루어 짐작컨대 이주배경 청소년의 개념을 일반적으로 위기 청소년의 한 갈래로 분류한 것은 입법당시 지원 근거조항 마련을 위하여 이주배경 청소년 자체를 위기 상황인 것으로 다소 과장한 것으로 보인다. 외국인 청소년이 포함된 복지지원제도는 다수결민주주의에서 동의되고 어렵다는 점에서 위기상황을 강조한 것으로 보인다. 즉, 일반적 지원조항 제정을 하기 위한 사회적 합의의 어려움에 따라서 법적 근거의 확보를 위해서 위기의 특수성을 강조하였던 것으로 볼 수 있지만, 이제는 일반적인 지원조항으로 전환하는 것이 필요하다고 볼 수 있다. 즉, 지원대상의 선정과 사회적 적응 및 교육을 위한 상담과 교육 이외에도 의료, 보건의 등 다른 복지제도에 대한 지원을 할 수 있게 하는 일반적인 법적 근거에 대한 마련도 함께 필요하기 때문이다.

또한 이주배경 청소년에 대한 연령기준에 대해서도 입법적으로 다소 다른 생각을 해 볼 수 있다. 「청소년복지 지원법」의 청소년 개념은 「청소년 기본법」을 따르고 있기 때문에 이주배경 청소년의 범위는 9세 이상 24세 이하인 사람이다.(「청소년 기본법」 제3조제1호) 따라서 우리가 흔히 이해하는 청소년의 범위보다 넓은 연령대상을 포섭하고 있다.¹⁰⁾ 기본적으로 이 법률은 복지 지원을 규정하는 수혜적 법률이라는 점에서 대상연령을 넓게 규정하고 있는 것으로 이해된다.

다만, 이러한 연령설정이 24세의 청년을 청소년으로 분류하는 것이 우리의 상식과 맞는지는 의문이다. 사실 복지법제는 연령대별 맞춤형 복지를 규정하고 있지만, 연령대의 설정이 연속적으로 이어지는 것은 아니다. 일부 불연속 기간도 있으며, 중첩 기간도 존재한다. 복지법제에서 지원 대상으로 하고 있는 가장 어린 연령대는 영유

10) 청소년에 대한 연령규정은 개별 법률마다 다르게 규정되어 있다. 각 법률의 입법목적에 따라 청소년개념을 다르게 규정하고 있다. 아동·청소년의 성보호에 관한 법률은 19세 미만의 아동·청소년을 대상으로 하고 있다.

아인데, 「영유아보육법」은 영유아를 ‘6세 미만의 취학전 아동’으로 규정하고 있다. 아동과 청소년은 일부 기간이 중첩된다. 즉, 「아동복지법」은 아동연령을 18세미만으로 규정하고 있다.(「아동복지법」 제3조제1호). 따라서 18세미만은 아동이면서 청소년이 된다. 그리고 청소년 연령대는 「청년기본법」상의 청년 연령대와도 중첩된다. 즉, 「청년기본법」은 청년을 19세 이상 34세 이하인 사람을 말한다. 따라서 이주배경 청소년 중 19세 이상 24세 이하의 범위는 청소년인 동시에 청년인 것이다. 이러한 연령대를 후기청소년이라고 하는데, 법률상의 용어는 아니다.

개념상 24세까지 청소년 정책이 규정되는 것이 UN 등의 국제적인 기준이라면, 이주배경 고연령 청소년 내지 청년에 대한 정책이 마련될 필요가 있다. 인구구조 변화에 따라 사회에 진입하는 청년의 나이는 점점 높아지고 있으며, 국제적 이동과 이주의 기회가 많아짐에 따라 유학생이나 젊은 이주노동자 등 이주배경 청년에 대한 사회적응 정책의 수요는 향후 높아질 수 있다.

요컨대 복지법제의 특성상 일괄적인 연령을 설정하기 보다는 복지수요가 발생하는 상황에 대응한 사회적응과 교육지원이 필요하다. 특히 이주배경 청소년의 경우에는 이주 이전의 국가의 교육제도나 교육환경의 영향을 받을 수밖에 없기 때문에 교육연령에 따른 지원이 필요하다고 할 수 있다. 초등교육이나 중등교육 내지 고등교육 정도에 따른 지원을 하는 것이 당연하다는 점에서 연령기준을 기본으로 하더라도 교육연령에 따른 보충적인 기준적용이 필요하다. 그리고 20세부터 24세 청년의 경우에도 사회적응 훈련이 필요하다. 특히 이른바 2세대 해외동포들이 한국으로 유입되는 경우에는 청소년과 마찬가지로 사회적응이 필요하다는 점에서 이주배경 청소년 정책의 대상은 더욱 넓어질 것으로 보인다.

2. 국민 지향적 외국인정책에서 진정한 외국인 정책으로의 발전

이주배경 청소년 정책의 뿌리는 외국인 정책과 다문화 정책이라고 할 수 있다. 우리 다문화 정책은 한국국적의 다문화가정 내지 결혼이민자를 대상으로 한 정책이라는 점에서 이주민 정책 중 일부만 담당하고 있다. 우리 이주민 법제에 기본적인 내용을 담당하는 법은 「재한외국인 처우 기본법」이다. 「재한외국인 처우 기본법」은 2007년 제정되었다.

그리고 2008년에 「다문화가족지원법」을 제정하였다. 다문화 가정이란 국적이거나 출신이 서로 다르거나 두 군데 이상의 영향을 받은 구성원이 있는 가정이라 할 수 있다. 그런데 「다문화가족지원법」 제2조(정의)에서의 다문화가족의 정의는 이를 포괄하는 것이 아니라 일부의 다문화가정에만 이 법이 적용되도록 매우 좁게 규정하고 있다. 즉, 이 법의 다문화가정은 외국인가정과 이주민가정을 제외한 한국인과 결혼한 결혼이주민가정만 다문화가정으로 한정하고 있는 것이다.

1. “다문화가족”이란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 가족을 말한다.
 - 가. ‘재한외국인 처우 기본법’ 제2조 제3호의 결혼이민자와 ‘국적법’ 제2조부터 제4조까지의 규정에 따라 대한민국 국적을 취득한 자로 이루어진 가족
 - 나. ‘국적법’ 제3조 및 제4조에 따라 대한민국 국적을 취득한 자와 같은 법 제2조부터 제4조까지의 규정에 따라 대한민국 국적을 취득한 자로 이루어진 가족
2. “결혼이민자 등”이란 다문화가족의 구성원으로서 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 자를 말한다.
 - 가. ‘재한외국인 처우 기본법’ 제2조 제3호의 결혼이민자
 - 나. ‘국적법’ 제4조에 따라 귀화허가를 받은 자

이러한 「다문화가족지원법」의 적용대상 선정은 다른 국가의 다문화가족 개념과 차이를 갖고 있다.¹¹⁾ 본래 다문화가정 정책은 이민정책의 하나이며, 귀화자만을 대상으로 하는 것이 아니라 시민권이나 영주권자 또는 이주노동 등을 이유로 체류하는 외국인 가정과 그 자녀를 대상으로 하기도 하는 것이다. 그동안 한국의 외국인 정책은 이주노동자 등이 한국에 정착하는 것을 방지하고 최소한의 외국인 유입으로 통제하는 정책으로 기능해왔다. 다문화정책은 이주민을 위한 정책이 아니라 한국 사람과 결혼한 결혼이주민에 대한 한국적응을 위한 것이었다.

그런 의미에서 「청소년복지 지원법」 제18조는 국적의 구분 없이 외국국적이나 외국인 출신 청소년에 대한 지원정책을 규정하고 있다는 점에서 그 의의가 크다고 할 수 있다.

그런데 이러한 통합적 접근을 일반화할 필요가 있다. 즉, 「다문화가족지원법」은

11) 설동훈, 한국의 다문화가족 통합 정책과 거버넌스, 한국이민학 제2권제2호, 2011, 39면.

현재 한국 국적자에 주로 적용되고 있지만, 이 법의 적용범위를 외국인 가정과 외국 거주 해외동포 가정에까지 확장할 필요가 있다. 「다문화가족지원법」은 다문화가정에 대해서 생활정보 제공 및 교육지원(제6조), 의료 및 건강관리 등 의료서비스(제9조), 아동·청소년 보육·교육(제10조) 등의 기본적인 복지를 제공하도록 규정하고 있다.

즉, 「다문화가족 지원법」의 적용대상을 한국 국적자만을 대상으로 할 것이 아니라 외국인 가족도 포함시키는 방향을 고려해 볼 필요가 있다고 할 것이다. 다문화가족 정책과 이주배경 청소년 정책 등 외국인 정책은 다소 혼용되고 있다. 특히 청소년 정책을 보면 큰 차이는 없다고 할 수 있다. 부처마다 다문화가족 청소년과 이주배경 청소년에 대한 유사한 정책이 실시되고 있다. 행정안전부의 ‘외국인주민 자녀’ 정책과 교육부나 여성가족부의 ‘다문화 학생’, ‘다문화가족 자녀’, ‘이주배경 청소년’ 정책 등은 부처마다 정책적 의의와 목표를 달리하지만 유사한 측면이 있다. 이들 정책에 대한 통합적 관리와 적용이 필요하다. 향후 외국인 출입 및 체류가 많아질 경우에는 결혼이주민 못지않게 외국인 가정이 중요한 정책대상이 될 수 있을 것이다.

저출산 현상으로 한국의 인구는 줄어드는 추세인데, 외국인 체류인구는 계속 늘어나고 있는 상황이라는 점에서 본격적인 이주민 정책이 필요한 시점에 있다. 즉, 향후 한국은 이주민정책과 다문화 정책의 조정이 필요한 상태로 진입 할 수 있다. 이러한 점에서 「청소년복지 지원법」 제18조는 매우 한정적인 의미를 지는 조항이지만, 이 조항이 갖고 있는 의의는 우리 사회의 이주민 정책을 전환할 수 있는 의의를 갖고 있다. 즉, 국민지향적 외국인 동화정책에서 외국인 지향적 다문화정책으로의 전환적 의의를 갖고 있다고 할 수 있다. 사실상 다문화정책, 이주민정책은 그 의미상 같은 정책대상을 내포하는 것인데, 법률에서 다문화 개념을 좁게 형성하여 그 의의를 반감시키고 있다고 할 수 있다. 외국인과 이주배경 가족으로 적용범위를 넓히는 다문화가족 지원법의 전향적인 개정을 고려할 필요가 있다.

이주배경 청소년 지원 정책은 인종에 관해서 비차별원칙에 입각한 중립적인 정책인데, 결과적으로는 국내에 거주 중인 미등록 외국인 청소년을 포함한 외국인 지원 정책이라는 점에서 보편적인 인권과 세계시민주의에 따른 정책의 성격을 지닌다. 반면에 역설적으로 결과적으로는 민족주의적 정책의 성격을 갖는 부분도 있다. 즉, 외국인 이주배경 청소년의 경우에는 중국, 러시아 등에서 생활하는 재외동포 2세대 청소년들이 포함될 수 있기 때문이다. 이러한 다소 이질적인 성격의 정책들이 함께 포

함될 수 있도록 하는 것이 다문화정책의 직접 의도한 것은 아니지만, 한국식 다문화 주의가 포섭할 수 있는 내용이라 할 수 있다. 민족주의와 세계시민주의가 이주배경 청소년 정책에서 만날 수 있다.

요컨대 국민위주의 다문화 정책에서 탈피하여 보다 더 다양한 집단이 국내 및 국외에서도 문화적으로 상호·공존할 수 있게 하는 여건을 만들 수 있는 다양성에 기반한 다문화 정책으로의 전환이 필요하며, 그 중심에 이주배경 청소년 지원정책이 자리할 수 있다.

3. 선별적 지원정책과 보편적 비차별원칙의 조화

우리 정부의 외국인 정책은 단기 체류 외국인에 대한 정주배제라고 할 수 있다. 이를 ‘구분배제와 선택적 동화’라는 이민정책의 원칙으로 설명하는 견해가 있다.¹²⁾ 즉, 외국인 가운데 국내 정착을 허용하는 대상을, 국민과 혼인·혈연 등 특수한 관계를 맺거나 투자자·전문기술인력 등 ‘국익’이 될 수 있는 특정한 집단에 한정하고, 나머지 대부분의 외국인은 일정 기간 이후 귀국할 것을 전제로 하는 이주정책을 유지하는 것이라 설명한다.¹³⁾ 이러한 정책적 기조는 외국인 정책을 우리의 이익에 따라 선별적으로 하게 만든다.

특히 이주배경 청소년 정책에서 「청소년복지 지원법」 제18조은 사회와 학교 적응에 대한 지원을 규정하고 있다. 즉, 이주배경 청소년 지원정책 중 일부 정책에 대한 법적 근거이지만, 외국인 청소년 복지정책에서 사실상 유일한 구체적인 법적 근거이다.

즉, 여성가족부¹⁴⁾ 뿐만 아니라 교육부, 법무부, 행정안전부 등 이주배경 청소년 지원정책을 수행하는 부처가 여러 곳이 있지만, 명확한 법적 근거는 「청소년복지 지원법」이 유일하다고 할 수 있다. 그런데 「청소년복지 지원법」은 외국국적 이주배경 청소년에 대해서 포괄적인 비차별적인 복지를 명시적으로 규정하고 있는 것은 아니다.

12) 앞의 신윤정외, “인구 변화 등을 위한 포용적 다문화 정책 방안: 이주 배경 아동의 발생·성장 환경 분석”, 8면.

13) 위의 신윤정외, 같은 면.

14) 여성가족부 홈페이지, 이주배경청소년 지원 정책 일람, http://www.mogef.go.kr/sp/yth/sp_yt_h_f011.do 최종검색일 2022.10.27.

현행 복지법제는 외국인 청소년이 복지대상이 되는지를 불명확하게 규정하여 정부가 정책을 선택할 수 있도록 하는 선별적 복지의 근거가 가능한 입법구조를 지니고 있다. 실제로 최근 코로나19를 배경으로 정부의 다양한 지원정책이 나오면서 이주배경 청소년에 대한 지원은 원칙이 아닌 사후적인 추가정책으로 이루어지고 있다. 기본적으로 국민우선 정책이후 정치권이나 시민단체의 목소리에 기대어 사후적으로 외국인 정책이 추가되고 있는 실정이다. 즉, 다수결민주주의의 흠결을 시민단체가 뒷받침하는 소수자정치가 외국인 복지정책에서도 나타나고 있다.

이주배경 청소년 복지정책이 국민과 차별 없이 이루어져야 한다는 시민단체의 주장에 기대어 정책이 입안되고 있는 것으로 보인다.¹⁵⁾ 코로나19를 겪으면서 집단면역 및 전체 공동체를 위하여 외국인에 대한 지원정책에 대한 인식을 다시 하는 계기가 되었다. 코로나19 당시 정부는 2020년 코로나19 재확산으로 인하여 취약계층을 위해 선별적 지원을 개시하였는데, 그 중에는 ‘아동 특별돌봄 지원 정책’은 학교·어린이집 휴교·휴원 등으로 가중된 학부모의 돌봄 부담 완화를 위해 미취학 아동과 초등학생을 대상으로 아동 1인당 20만원을 지급하는 것이 있었다. 또한 ‘비대면 학습지원’ 정책은 중학교 휴업 및 원격교육에 따른 가정 내 경제적 부담 완화를 위해 중학생 1인당 15만원을 지급하였다. 그러나 이러한 지원에 학교·어린이집을 다니며 한국 국적 아동과 마찬가지로 어려움을 겪고 있는 외국국적아동에게는 적용되지 않았다.

시민단체는 정부가 각 아동 1명당 15만원~20만원의 돈을 지급하면서 이를 아동의 교육권, 생존권 기타 아동의 인간으로서의 존엄성을 유지하기 위한 지원으로 평가하고 이러한 지원은 코로나19라는 재난 상황에서 더욱 취약한 아동의 권리를 보호하기 위한 것이어야 한다는 점에서 대한민국 관할 내 모든 아동에게 동등하게 보장되어야 한다고 주장한 것이다. 교육부가 이러한 지원대상에 외국인 학생을 포함시킨 반면에 보건복지부의 특별돌봄수당의 지원가능성, 학교에 소속되어 있지 않은 학령기 아동 등에 대한 지원 대책 등에 대해서도 외국인 이주배경 학생들에게도 지원해야 한다는 점을 주장한 것이다.

15) 이주민센터 친구 홈페이지, 「성명」 이주배경학생에 대한 교육부의 차별 없는 지원 결정을 환영한다 복지부 역시 아동에 대한 차별없는 지원정책을 조속히 이행하라. http://www.chingune.or.kr/bbs/board.php?bo_table=B31&wr_id=112&page=6 최종검색일 2022.10.27.

코로나19라는 감염병 상황은 우리 공동체의 본질을 다시금 생각하게 만들었다. 공동체의 집단면역이 필요한 상황에서 바이러스는 국경과 인종을 구별하지 않는다. 따라서 국적의 구별 없는 보편적인 보건의료 지원이 필요하였으며, 그 이외의 지원에 있어서도 차별적 지원이 갖는 문제점을 다시금 생각해 볼 수 있도록 하였다.

코로나19를 거치면서 이주배경 청소년 정책도 이전과는 다른 모습을 다소 보이고 있다. 여성가족부는 국민건강보험에 가입되어 있지 않은 이주배경청소년에 대해서도 무료로 건강검진과 치료비 지원을 하기로 하였다.¹⁶⁾

기본적으로 외국인에 대해 선택적 정책을 펼치는 것은 비단 우리만의 외국인 정책은 아니라 할 수 있다. 그럼에도 아동이나 청소년의 경우에는 보편적인 보편정책이 필요하다고 할 수 있다. ‘아동의 권리에 관한 협약’은 당사국의 관할권 안에서 아동 또는 그의 부모나 후견인의 인종, 피부색, 성별, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적, 인종적 또는 사회적 출신, 재산, 무능력, 출생 또는 기타의 신분에 관계없이 그리고 어떠한 종류의 차별을 함이 없이 협약상의 권리를 존중하여야 함을 명시하고 있다(아동권리협약제2조).

이러한 국제협약상의 원칙은 국내법에도 영향을 주고 있다. 즉, 「아동복지법」은 ‘아동은 자신 또는 부모의 성별, 연령, 종교, 사회적 신분, 재산, 장애유무, 출생지역, 인종 등에 따른 어떠한 종류의 차별도 받지 아니하고 자라나야 한다.’고 비차별 원칙을 규정한다(아동복지법제2조). 국적에 따른 비차별을 명시적으로 규정하고 있지는 않지만 인종에 따른 차별을 금지하고 있어서 우리의 경우에는 외국인 청소년을 배제한 것은 아니라고 해석될 수 있다. 또한 「청소년기본법」에서도 청소년은 인종·종교·성별·나이·학력·신체조건 등에 따른 어떠한 종류의 차별도 받지 아니한다고 규정한다.(청소년기본법제5조제2항) 여기서도 외국인 청소년에 대한 차별을 배제한 것으로 이해되며, 「청소년복지 지원법」에서는 비차별 기본원칙을 따로 정하지 않고 있지만, 제18조 등에 비추어 보면 외국국적 청소년에 대한 기본적인 배제를 규정한 것은 아니라고 볼 수 있다.

그런데 이러한 원칙에도 불구하고 개별 정책에서는 외국인 청소년에 대한 명시적인 지원 대상을 규정하지 않는 한 배제되고 있는 실정이다. 국민국가를 기본적인 형

16) 복지타임즈, ‘건보 미가입’ 이주배경청소년, 건강검진 등 지원해준다. 2022. 10. 05. 기사 <https://www.bokjitime.com/news/articleView.html?idxno=33424> 최종검색일, 2022.10.20.

대로 하는 현대 국가체제에서 복지정책에서 모든 외국인에 대해서 국민과 똑같은 권리를 규정할 수는 없을 것이다. 현대국가에서도 국민과 외국인에 대한 구별은 여전히 있다. 그럼에도 아동이나 청소년정책은 보편적 인권이 우선할 수 있는 영역이라 생각한다.

아동·청소년에 대한 기본적 복지에 대해서는 인권적 차원에서 비차별 원칙을 국민들이 민주적으로 합의할 수 있는 영역이라 생각된다. 이것은 비단 인권적 당위성에만 근거하는 것이 아니라 공동체의 이익이라는 사회적 이익 내지 공공적 이익 차원에서도 고려될 필요가 있다. 국가단위에서의 이주와 이동이 자유로운 현대국가 환경에서 공동체를 구성하는 부분 중 일정 부분은 비국민이 차지할 가능성이 크다. 그리고 외국에 체류 중인 재외국민 및 한국에 체류하였거나 생활한 경험이 있는 외국인의 경우에 우리 국가이익에 미치는 중요성이 적지 않게 된다. 이러한 국가이익적 측면을 고려하면 최소한 외국아동이나 청소년에 대한 지원은 전체 공동체의 국내외적 이익에서 판단될 수 있다고 할 수 있다.

따라서 복지지원에 대해서 이주배경 청소년에 대한 비차별 원칙을 명확하게 법률에서 정할 필요가 있다.

V. 결론

이주배경 청소년의 지원에 대한 법적 수요는 향후 더욱 커질 것으로 예상된다. 이것은 비단 외국인 정책 내지 국내 입국한 일부 국민에 대한 정책으로서의 의의만 가지는 것이 아니라 우리 공동체 전체에 관련한 중요한 정책이라 보아야 할 것이다.

복지제도로서 이주배경 청소년 정책은 몇 가지 방향성을 갖고 수립되고 집행될 필요가 있다. 첫째, 포괄적인 지원대상의 규정이다. 이것은 국적에 따른 구별을 하지 않고, 향후에는 국내에 거주하는지도 중요한 요건은 아니라고 생각한다. 재외국민 및 해외동포 등 한국과 관련된 미래세대를 위한 정책이 될 수 있기 때문이다.

둘째는 실질적으로 도움이 필요한 청소년에 대한 정책이 되어야 한다는 점이다. 연령대나 등록, 미등록 여부 등의 요건에 따라 지원 대상을 엄격히 제한할 필요가 있는지를 다시금 생각해볼 필요가 있다.

외국인에 대한 복지제도는 딜레마를 갖고 있다. 한정된 재정여건상 국민이 우선되도록 하여야 하는 기본원칙을 고수할 것인지, 최소한의 기본적인 국가복지서비스는 인간 보편성에 기반 해야 하는 것인지에 관한 것이다. 그런데 이제 한국에서도 이민 국가를 준비해야 할 시점에 돌입해 있다고 볼 수 있다. 왜 현대 이민국가가 국민개념에서 더 나아가 주민 개념으로 구성원을 확장하고, 시민권 개념을 통한 기본적인 권리와 의무를 제도화하고 있는지에 관하여 보다 많은 연구와 관심이 필요한 시점이라고 할 수 있다.

【토론문】

“청소년복지 지원법상 이주배경 청소년의 법적 쟁점”에 대한 토론문

강 성 식*

발제자님께서 지적해주신 내용들에 대해 전체적으로 공감하는 바이며, 다만 일부 의견을 달리하는 부분들에 대해 말씀드리고자 합니다.

1. ‘이주배경청소년’을 ‘위기청소년’으로 규정하는 현행 청소년복지지원법

- 발제자님께서 지적해주셨듯이, 현행 청소년복지지원법은 제5장에서 ‘위기청소년 지원’이라는 목차 아래에서 제18조에 ‘이주배경청소년에 대한 지원’이라는 내용을 포함하고 있고, 이와 같은 규정형식은 이주배경청소년이 곧 위기청소년이라는 선입견을 줄 수 있음

청소년복지지원법

제5장 위기청소년 지원

제13조(상담 및 교육) ① 국가 및 지방자치단체는 위기청소년에게 효율적이고 적합한 지원을 하기 위하여 위기청소년의 가족 및 보호자에 대한 상담 및 교육을 실시할 수 있다.

② 위기청소년의 가족 및 보호자는 국가 및 지방자치단체가 상담 및 교육을 권고하는 경우에는 이에 협조하여 성실히 상담 및 교육을 받아야 한다.

③ 국가 및 지방자치단체는 여성가족부령으로 정하는 일정 소득 이하의 가족 및 보호자가 제1항의 상담 및 교육을 받은 경우에는 예산의 범위에서 여비 등 실비(實費)를 지급할 수 있다.

* 법무법인 공존 변호사

제14조(위기청소년 특별지원) ① 국가 및 지방자치단체는 대통령령으로 정하는 바에 따라 위기청소년에게 필요한 사회적·경제적 지원(이하 “특별지원”이라 한다)을 할 수 있다.

② 특별지원은 생활지원, 학업지원, 의료지원, 직업훈련지원, 청소년활동지원 등 대통령령으로 정하는 내용에 따라 물품 또는 서비스의 형태로 제공한다. 다만, 위기청소년의 지원에 반드시 필요하다고 인정되는 경우에는 금전의 형태로 제공할 수 있다.

③ 특별지원 대상 청소년의 선정 기준, 범위 및 기간과 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제15조(특별지원의 신청 및 선정) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 위기청소년을 특별지원 대상 청소년으로 선정하여 줄 것을 특별자치시장·특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장에게 신청할 수 있다. 이 경우 제1호 중 보호자 및 제2호부터 제5호까지의 사람은 해당 청소년의 동의를 받아야 한다.

1. 청소년 본인 또는 그 보호자
2. 「청소년기본법」 제3조제7호에 따른 청소년지도자
3. 「초·중등교육법」 제19조제1항에 따른 교원
4. 「사회복지사업법」 제11조에 따른 사회복지사
5. 지방자치단체에서 청소년 업무를 담당하는 공무원

② 특별자치시장·특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장은 제1항에 따른 신청을 받은 경우에는 심의위원회의 심의를 거쳐 선정 여부와 지원 내용 및 기간을 결정하여야 한다.

③ 특별자치시장·특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장은 긴급하게 지원할 필요가 있다고 판단하는 경우 또는 심의위원회가 구성되지 아니한 경우에는 심의위원회의 심의를 거치지 아니하고 제2항의 결정을 할 수 있다.

제16조(가정 밖 청소년에 대한 지원) ① 여성가족부장관 또는 지방자치단체의 장은 가정 밖 청소년의 발생을 예방하기 위한 교육·홍보·연구·조사 등 각종 정책을 수립·시행하여야 한다.

② 국가 및 지방자치단체는 가정 밖 청소년의 가정·사회 복귀를 돕기 위하여 상담, 보호, 자립 지원, 사후관리 등 필요한 조치를 하여야 한다.

③ 보호자는 가정 밖 청소년의 발생을 예방하기 위하여 노력하여야 하며, 가정 밖 청소년의 가정·사회 복귀를 위한 국가 및 지방자치단체 등의 노력에 적극 협조하여야 한다.

④ 여성가족부장관 또는 지방자치단체의 장은 제1항 및 제2항에 따른 가정 밖 청소년 발생 예방 및 보호·지원에 관한 업무를 청소년단체에 위탁할 수 있다.

제17조 삭제

제18조(이주배경청소년에 대한 지원) 국가 및 지방자치단체는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 청소년의 사회 적응 및 학습능력 향상을 위하여 상담 및 교육 등 필요한 시책을 마련하고 시행하여야 한다.

1. 「다문화가족지원법」 제2조제1호에 따른 다문화가족의 청소년
2. 그 밖에 국내로 이주하여 사회 적응 및 학업 수행에 어려움을 겪는 청소년

- 청소년복지지원법 제2조 제4호는, “‘위기청소년’이란 가정 문제가 있거나 학업 수행 또는 사회 적응에 어려움을 겪는 등 조화롭고 건강한 성장과 생활에 필요한 여건을 갖추지 못한 청소년을 말한다.”라고 규정하므로, 이주배경청소년들 전체에게 부정적인 낙인을 부여하는 효과가 있을 것임
- 발제자님께서 지적해주셨듯이, 제18조의 규정 도입 당시 “지원 근거조항 마련을 위하여 이주배경 청소년 자체를 위기상황인 것으로 다소 과장한 것”으로 보임
-> 이와 같은 과장으로 인해 위와 같은 부정적인 낙인 효과가 예상됨
- 따라서 ‘이주배경 청소년에 대한 사회적응 상담이나 교육에 대한 지원은 위기라는 특수한 상황적 설정보다는 일반적 지원이라는 성격부여가 필요하다.’라는 발제자님의 의견에 어느 정도 동의하나, 개인적으로는 더 나아가 제18조의 삭제가 필요하다고 생각함
- 제18조에서 규정하는 지원은 ‘사회 적응 및 학습능력 향상을 위하여 상담 및 교육 등 필요한 시책을 마련하고 시행’하는 것인데, 이는 이미 제13조 내지 제16조에도 규정되어 있는 내용들과 유사하며, 제13조 내지 제16조가 이주배경청소년 중 위기청소년에 해당되는 경우에게 적용이 배제된다고 볼 근거가 없음
-> 따라서 제18조의 존재필요성이 크지 않음
- 그에 비해, 제18조의 존재로 인한 부정적 낙인효과는 필연적이며, 그로 인해 이주배경청소년들이 겪을 박탈감 등 부정적인 감정들은 제18조의 존재에 의해 받을 수 있는 상담 및 교육 등이 가져올 긍정적인 효과를 감쇄시키고, 사회통합을 더 어렵게 만들 수 있을 것으로 보임(국민들에게는 역차별 감정을 불러일으킬 수도 있음)
- 따라서 제13조 내지 제16조에 따라 위기청소년에 해당되어 지원이 필요한 이주

배경청소년에 한해서만 지원을 하면 되며, 굳이 이주배경청소년 전체를 위기청소년의 범주에 포함시킬 필요가 없음

- 다만 발제자님께서 ‘현행 복지법제는 외국인 청소년이 복지대상이 되는지를 불 명확하게 규정하여 정부가 정책을 선택할 수 있도록 하는 선별적 복지의 근거가 가능한 입법구조를 지니고 있다.’라고 지적해주셨고, 실제로 지난 코로나19를 배경으로 각종 아동 관련 지원금과 관련하여 국내 체류 외국인들에 대한 차별적 지원 사례들이 있어왔음도 지적해주셨음
- 청소년복지지원법 제2조 제1호는 ““청소년”이란 「청소년기본법」 제3조제1호 본문에 해당하는 사람을 말한다.”이라고 규정하며, 청소년기본법 제3조 제1호 본문은 ““청소년”이란 9세 이상 24세 이하인 **사람**을 말한다.”라고 규정하여, ‘국민’이 아닌 ‘사람’으로 규정하고 있으므로, 이주배경청소년도 청소년복지지원법에 따른 지원대상에 해당될 것으로 보임 -> 그러나 실무운영 과정에서 담당자에 따라 ‘사람’은 국민만을 말하는 것이라고 해석해버리는 경우가 발생할 가능성을 배제할 수는 없음
- 따라서 ‘복지지원에 대해서 이주배경 청소년에 대한 비차별 원칙을 명확하게 법률에서 정할 필요가 있다’는 발제자님의 의견에 대해서는 전적으로 동의함 -> 즉, 제18조는 삭제하고, 대신 이주배경 청소년에 대한 비차별 원칙 규정을 다른 조항으로 신설하는 것이 바람직할 것으로 생각됨

2. 다문화가족지원법의 적용대상 문제

- 발제자님께서서는 현재 다문화가족지원법의 적용대상이 너무 협소함을 지적하시며, 청소년복지지원법 제18조의 규정형식이 ‘국적의 구분 없이 외국 국적이나 외국인 출신 청소년에 대한 지원정책을 규정’하는 통합적 접근이고, 이러한 접근방식을 다문화가족지원법이나 기타 외국인·다문화 정책에도 적용해야 한다고 지적하심
- 그러나 다문화가족지원법은, 다문화가족 중 또는 외국인 중 실제로 국가적·사회적 지원이 필요한 계층은 일부일 뿐임에도, 다문화가족에 해당되기만 하면 모두 지원이 필요한 대상으로 낙인찍는 부정적인 효과가 있고, 한국민들에게 역차별

- 감정을 불러일으키기도 하여 역시 사회통합을 저해하는 부분이 있음
- 실제로 ‘다문화’라는 용어가 학교에서는 외국인 학생 등을 비하하고 차별하는 용어로 사용되는 등 오히려 사회통합을 저해하는 사례가 다수 보고되고 있음
 - 이러한 문제점을 고려하여, 외국인 주민이 많은 안산시에서는 2018년 ‘다문화지원본부’를 ‘외국인지원본부’로 바꾸는 등 다문화가족지원법 및 ‘다문화’라는 용어의 문제점에 대한 사회적 관심이 커지고 있음
 - 따라서 다문화가족지원법의 적용대상을 늘리기보다는, 오히려 다문화가족지원법을 폐지하고, 일반 국민들과 외국인들에게 보편적으로 적용되는 복지·지원 근거법을 통해서 외국인 정책을 펼쳐나가는 것이 사회통합에 더욱 유리할 것으로 보임 -> 그렇게 함으로써 반드시 지원이 필요한 대상(소득·재산 요건 등을 고려하여 대상 결정)만 지원하는 것이 부정적 낙인효과나 국민 역차별 문제 등을 방지할 수 있을 것으로 보임

3. 외국인 정책의 방향성

- 발제자님께서 ‘국민 지향적 외국인정책에서 진정한 외국인정책으로의 발전’이라는 목차 하에, 앞으로는 ‘국민 지향적 외국인 동화정책에서 외국인 지향적 다문화정책으로 전환’하는 것이 바람직하다는 의견을 제시하신 것으로 생각됨
- 그런데 한국 정부의 정책이 나아가야 할 방향은, ‘국민’들이 더 잘 살 수 있는 환경을 만들어주는 것이라고 생각하며, 외국인정책 또한 그러한 지향점을 명확히 해야 한다고 생각함 -> 외국인정책은 외국인들을 위한 정책이 아니라, 어디까지나 국민들이 잘 살 수 있게 하기 위한 정책이 되어야 함(2021년 국적법 개정 논란 등에서 볼 수 있듯, 자국민의 이해관계를 먼저 고려하지 않는 정책은 역풍을 맞고 실현이 어려워질 가능성이 매우 높음)
- 단일민족 신화가 강하게 남아있는 우리 사회의 특성을 고려하면, 개인적으로는 다문화정책보다는 동화정책이 사회통합 및 사회안정, 국가발전을 위해 훨씬 유리하다고 생각함
- 외국인들의 다양성을 존중하는 것은, 어디까지나 그러한 다양성에 대해 한국 국민들이 이질감·불안감을 느끼지 않는 범위 내에서만 허용되어야 한다고 생각함

외국인 보호시설의 법적 쟁점

김 예 진*

- I. 들어가며
- II. 외국인 보호의 법적 성격
- III. 외국인 보호시설의 처우 문제
- IV. 외국인 보호소 내 장기구금 문제
- V. 취약 외국인의 보호 문제
- VI. 결론

I. 들어가며

대한민국의 외국인 보호 제도는 수많은 문제점을 안고 있다. 우선 외국인 ‘보호’를 구금으로 볼 것인지 여부가 쟁점이 된다. 법무부에서는 출입국관리법상 외국인 보호를 ‘구금’으로 여기지 않는다. 그리고 외국인 보호를 강제퇴거명령 집행을 위한 단기 ‘보호’로 보는데서 오는 문제들이 있다. 외국인보호시설을 단기 ‘보호’를 위한 임시 시설로 간주하기 때문에 출입국관리법령 및 관련 행정규칙상 외국인보호시설 내 외국인들에 대한 처우가 매우 열악하다. 그리고 작년 9월에 외국인보호소에 장기 구금되어 있던 외국인에게 일명 ‘새우튀기’를 한 동영상은 언론에 공개되면서 크게 공론화되었다시피, 구금 외국인에 대한 보호장비 착용 및 특별제호에 대한 법령 및 행정규칙이 매우 미비하고 그 과정에서 인권침해가 일어나고 있다. 취약계층(아동, 성소수자, 정신질환자 등) 구금 외국인에 대한 법적 보호 장치도 제대로 마련되어 있지 않다. 가장 큰 문제점은 외국인 구금에 상한이 정해져 있지 않은데, 구금

* 법률사무소 지을 변호사

기간을 법무부가 임의로 정하고 있다는 것이다. 이에 대해서는 끊임없이 문제 제기가 되고 있음에도 현재까지 개선되고 있지 않다.

이하에서는 대한민국의 외국인 보호제도에 대한 다양한 문제점 및 관련한 법적 쟁점, 그리고 개선 방안 등을 살펴보고자 한다. 그리고 외국인 보호를 ‘구금’으로 보는 것이 타당한만큼, 외국인 보호라는 용어보다는 외국인 ‘구금’이라는 용어를 가급적 사용하도록 하겠다.

II. 외국인 보호의 법적 성격

헌법 제12조에서는 “모든 국민은 신체의 자유를 가진다.”고 규정하고 있다. 헌법재판소는 신체의 자유를 보장하는 헌법 규정을 형사 절차뿐 아니라 행정절차상의 권리로 파악한다.(헌법재판소 2018. 5. 31. 2014헌마346 결정) 그리고 신체의 자유는 외국인에게도 있다. 헌법재판소는 ‘인간의 권리’로 볼 수 있는 기본권에 대해서는 외국인도 기본권의 주체로 보고 있다.(헌법재판소 2012. 8. 23. 2008헌마430 결정)¹⁾

출입국관리법상 외국인 보호는 “출입국관리공무원이 강제퇴거 대상에 해당된다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 사람을 출국을 위한 심사와 그 집행을 위하여 외국인보호소 등에 인치하고 수용하는 집행활동”을 말한다.(출입국관리법 제2조 제11호) 출입국관리법상 “지방출입국·외국인관서의 장은 강제퇴거명령을 받은 사람을 여권 미소지 또는 교통편 미확보 등의 사유로 즉시 대한민국 밖으로 송환할 수 없으면 송환할 수 있을 때까지 그를 보호시설에 보호할 수 있다”(출입국관리법 제63조). 즉, ‘보호’는 외국인에게 강제출국의 목적달성이 곤란할 때 해당 외국인에 대한 신체에 대한 실력을 행사하는 것이다. 이러한 행정작용은 인신을 체포 또는 구속하여서 외부와 격리함으로써 신체의 자유를 강도높게 제한하는 작용이다. 그러므로 “출입국관리법상 외국인 보호는 실질적으로 구금이며, 인신구속의 성격을 지닌 강제처분”이다. 외국의 경우 행정법에 근거하여 출입국관리에서 미등록된 외국인이라는 이유로 신체적인 자유를 배제하는 용어를 구금(Detention)으로 정의하고 있다. 즉, 출

1) 여경수, “출입국관리법상 외국인 보호제도의 개선방안”, 일감법학 제41호, 건국대학교 법학연구소, 2018

입국관리법상 ‘보호’라는 용어를 사용하지만 실질은 ‘구금’의 의미를 지닌다.²⁾

외국인 보호를 ‘구금’으로 정의하는 근거로는 유엔난민기구의 구금 지침과 대한민국 법원의 판례가 있다. 유엔난민기구(UNHCR)가 2012년 발간한 구금 지침(Detention Guideline)에서는 구금의 개념을 ‘비호신청인의 자유의 박탈이나 폐쇄된 장소에 갇혀 자의로 떠나는 게 허락되지 않는 것을 의미하며, 교도소나 특별한 의도로 건설된 구금센터 또는 폐쇄적 수용(reception) 시설 등을 포함할 수 있으나 이러한 장소에 한정되지 않는다.’라고 하여 구금을 형식이 아닌 ‘자유의 박탈’, ‘자의로 떠나는 것이 허락되지 않는 것’과 같은 실질적인 기본권 침해의 존부를 기준으로 판단하고 있다.³⁾

그리고 대한민국 대법원에서도 출입국관리법의 보호명령에 따른 보호가 일정 기간 외국인의 의사에 반하여 신체의 자유를 박탈한다는 점에서 실질적인 인신 구속 에 해당한다고 보았다.(대법원 2001. 10. 26. 선고 99다68829 판결)

한편 유엔 자유권규약 위원회는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제9조(신체의 자유)에 대한 일반 논평 제35호에서 신체의 자유의 침해는 이동의 자유의 침해와 비교해 보았을 때 더 좁은 공간에서 움직임을 더 심하게 제한하는 것으로 여기에는 당연히 이주구금을 포함한 행정구금이 해당된다고 하였고(제5단), 이동의 자유의 심각한 제한 형태가 신체의 자유 제한이라고 하면서 외국인을 강제송환이나 추방하기 위해 가두는 것은 자유권 규약 제9조에서 말하는 구금이라고 하였다(제60 단).⁴⁾

헌법재판소에서도 2016. 4. 28. 2013헌바196 결정에서(재판의 전제성이 없다는 다수의견으로 각하됨) 헌법재판관 중 4인의 반대의견에서는 외국인 보호가 형사절차상의 ‘체포 또는 구속’에 준하여 외국인의 신체의 자유를 박탈하는 것이라는 의견을 개진하기도 하였다.⁵⁾ 헌법재판소 2018. 2. 22. 2017헌가29 결정에서는 과반수인 5인

2) 여경수, “출입국관리법상 외국인 보호제도의 개선방안”, 일감법학 제41호, 건국대학교 법학연구소, 2018

3) 대한변호사협회 및 대한변협인권재단, ‘외국인보호소 실태조사 결과보고서’, 대한변호사협회(2015), 3쪽

4) 국가인권위원회, ‘이주구금 제도 개선을 위한 국제심포지엄’, 국가인권위원회(2022), 김세진 변호사(공익법센터 어필) 발제문 ‘한국의 현행 이주구금제도’

5) 대한변호사협회 등, ‘(인권의 측면에서 바라본) 행정 구금의 문제점과 개선 방안 심포지엄’, 대한변호사협회(2016), 158쪽

이 위헌이라는 의견이었으나 정족수인 6인에 미치지 못하여 위헌결정이 내려지지 못하였는데, 다수의견인 위헌의견에서는 현행법이 과잉금지원칙을 위반하여 신체의 자유를 침해한다고 보았다.

III. 외국인 보호시설의 처우 문제

1. 외국인 보호 시설의 열악한 처우 및 이에 따른 인권 침해 문제

가. 외국인 보호 시설의 열악한 수용 환경

외국인보호시설에서 외국인은 강제퇴거집행을 위해 단기간 구금되는 경우가 많다. 그러다보니 (1) 과밀수용 문제가 발생하고, (2) 개인물품 소지, 반입 및 구매 제한으로 의류 등 생활용품이 부족하고, (3) 보호외국인의 운동 및 외출이 제한되어 있으며, (4) 진료 및 검진을 받을 수 있는 환경이 제대로 갖추어져 있지 않고, (5) 보호외국인에 대한 일률적인 촬영으로 보호외국인의 사생활 및 인격권이 침해되고 있고, (6) 면회와 통신 또한 제한되어 있는 등 보호외국인에 대한 처우가 매우 열악하다. 그 구체적 내용은 아래와 같다.

(1) 과밀수용 문제⁶⁾

국가인권위원회가 2021년 외국인보호시설을 방문조사한 결과, 전체 조사대상기관의 평균적인 수용률은 52.16%로 나타났으나, 방문조사 당일 수용률이 100%가 넘는 시설도 있었다.

대한민국이 가입하여 국내법적 효력을 갖는 「시민적·정치적 권리에 관한 국제규약」(자유권규약) 제7조는 어느 누구도 고문 또는 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 취급 또는 형벌을 받지 아니한다고 규정하고 있고, 이러한 비인도적 처우는 대한민국이 역시 가입하고 있는 「고문 및 그 밖의 잔혹하거나 비인도적 또는 굴욕적인 대우와 처벌의 방지에 관한 협약」(고문방지협약) 제1조의 “고문”(개인에게 고의로

⁶⁾ 국가인권위원회 2021 외국인 보호시설 방문조사에 따른 보호외국인 인권증진을 위한 제도개선 권고

극심한 신체적 정신적 고통을 가하는 행위)에 해당한다. 그리고 피구금자 인권보장과 관련하여 국제사회에서 일반적 원칙으로 널리 인정되고 있는 「피구금자 처우에 관한 유엔최저기준규칙(United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners, 일명 “만델라규칙”)」 제13조는 “피구금자가 사용하도록 마련된 모든 거주 설비, 특히 모든 취침 설비는 기후 상태와 특히 공기의 용적, 최소건평, 조명, 난방 및 환기에 관하여 적절한 고려를 함으로써 건강 유지에 필요한 모든 조건을 충족하여야 한다”라고 규정하고 있다.

그러므로 적정 수용률을 초과하여 과밀수용에 이르는 보호시설의 처우는 위 대한민국이 가입한 자유권규약 및 고문방지협약에 반하는 것이며, 국제사회의 일반적 원칙에도 반한다.

(2) 의류 등 생활용품 부족

출입국관리법에서 물품소지를 금지하거나 제한하는 명시적인 규정을 두고 있지 않음에도 불구하고, 외국인 보호시설에서는 개인물품 소지, 반입 및 구매를 제한하고 있다. 이는 헌법상 일반적 행동자유권 등을 제한하는 행위에 해당하며, 헌법 제37조 제2항에 따라 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있는데, 전술하였다시피 출입국관리법에는 이에 대한 규정이 없다.⁷⁾

외국인보호시설에서는 개인물품 소지, 반입 및 구매를 제한하고 있음에도 불구하고 의류 및 생활용품 지급이 굉장히 제한적이다. 보호외국인은 외국인보호규칙 제13조 제2항 제1호, 제3호 별표 1 일상복의 제식 및 별표 3 신발의 제식, 외국인보호규칙 시행세칙 제16조 별표 1 지급기준에 따라 의류와 생활용품, 신발을 지급받는다. 이에 따르면 보호외국인은 보호소제복과 속옷을 1인당 1개만 보유할 수 있어 장기구금 외국인의 경우 위생적 문제가 발생한다. 보호외국인들이 자신의 의복 등을 세탁할 수 있는 주기가 2주에 1회에 불과하여 장기 보호 외국인들은 보호실 내 세면장에서 의복을 자체 세탁하여 입고 있다. 이 과정에서 세탁한 의복이 마르기 전에는 보호소제복을 입지 못하고 속옷만 입고 있는 경우도 발생한다. 뿐만 아니라 보호외

7) 국가인권위원회 2021 외국인 보호시설 방문조사에 따른 보호외국인 인권증진을 위한 제도개선 권고

국민이 지급받는 의복에는 양말이 포함되어 있지 않는데, 보호실 중에 바닥 난방이 되지 않는 곳의 경우 겨울철에 보호외국인들의 방한에 문제가 생겨 건강 문제로 연결될 수 있다. 동절기를 대비한 보호조끼도 방한 기능이 약하여 겨울철 한기를 막는 기능이 부족한 실정이다.⁸⁾

(3) 보호외국인의 운동 및 외출 제한⁹⁾

보호외국인은 외국인보호규칙 제26조 제1항에 따라 운동장, 보호실 등에서 운동기구를 이용하여 운동할 수 있는 기회를 부여받아야 한다. 기존에는 운동시간이 일주일에 2회 각 30분씩으로 제한되었는데, 이 정도 운동시간으로는 장기간 보호되는 외국인의 경우 건강을 유지하는데도 부족한 수준이었다. 다행히 2018년 7월 이후 장기보호외국인의 경우 매일 운동이 가능하도록 개선이 되었는데, 최근 코로나 사태로 인해 보호외국인들의 운동이 제한되고 있는 상황이다.

외국인보호규칙 제28조는 보호외국인이 필요한 경우 보호시설장의 허가를 받아 보호시설 밖으로 외출을 할 수 있는 경우를 규정하고 있다. 그런데 동조 제1항 제3호의 경우 보호외국인이 재판을 받기 위해 관계 기관으로부터 출석요구를 받은 경우도 외출이 가능한지 여부가 보호시설장의 재량에 맡겨져 있다는 점에서 실무적으로는 문제가 발생하기도 한다. 즉, 보호외국인이 직접 출석해 진술하거나 의견을 개진해야 할 필요성이 있는 난민사건이나 강제퇴거명령·보호명령을 다루는 사건의 경우에도 보호외국인에게 소송대리인이 선임되어 있는 경우 보호외국인이 법정에 직접 출석하는 것이 대부분 허용되지 않고 있다. 이는 보호외국인이 자신의 법적 분쟁에 대해 재판을 청구하는 것뿐 아니라 법적으로 보장된 절차에서 자신의 권리를 충분히 행사해야 할 재판청구권의 침해가 될 소지가 있다.

(4) 보호외국인의 건강 및 진료 문제

외국인보호규칙 제20조 제1항은 1개월 이상 보호하는 보호외국인에 대해서는 2개월마다 1회 이상 보호시설 내 또는 시설 외부의 의사로부터 건강진단을 받게 하여

⁸⁾ 이수진 국회의원 등, ‘외국인 보호시설 내 인권침해 현황과 개선방안 토론회’, 대한변호사협회(2021), 난민이주외국인특별위원회 양희철 변호사 주제발표문

⁹⁾ 이수진 국회의원 등, ‘외국인 보호시설 내 인권침해 현황과 개선방안 토론회’, 대한변호사협회(2021), 난민이주외국인특별위원회 양희철 변호사 주제발표문

야 한다고 규정하고 있다. 하지만 화성보호소의 경우 내부에는 검진을 할 수 있는 장비가 구비되어 있지 않고, 1명 배치되어 있는 보호시설 내 의사만으로는 자신의 전공이 아닌 질병에 대한 진단에 대해서는 전문성이 부족할 수밖에 없다. 외부 건강 검진의 경우도 1년에 2회로 제한되어 있어 장기 보호외국인의 건강 악화를 예방할 수 있는 수단이 없는 상황이다.¹⁰⁾

그리고 외부진료를 받는 경우에도 외국인보호시설 내 의료진은 보호외국인이나 계호를 담당한 보호과 직원을 통해 외부진료 결과를 확인할 수밖에 없고, 개인정보 보호로 인해 병원과 보호시설 간 환자 의무기록을 확인할 수 없어 진료 내역 및 사후관리 연계가 취약한 상황이다. 그리고 외국인 보호시설의 의무실은 평일 근무시간에만 운영되고 있어, 외국인보호시설에서 야간에 갑작스러운 호흡곤란, 발작 증상 등 응급상황이 발생할 경우 119 안전신고센터를 이용하여 응급실 진료를 하도록 하고 있다.¹¹⁾

외국인보호시설은 내부 의료 장비나 의약품 등으로 치료할 수 없는 질환에 대해 외부진료를 허가하고 있으나, 병원비 자부담 원칙으로 진료를 받는 보호외국인이 그 비용을 부담해야 한다. 대부분 보호외국인들은 보험적용이 되지 않아 과중한 진료비에 부담을 느끼기 때문에 외부진료에 대한 어려움이 크다.¹²⁾

(5) 보호외국인에 대한 일률적 촬영¹³⁾

현재 외국인보호시설은 모든 보호실에 대해 일률적으로 영상정보처리기를 통해 계호를 실시하고 있다. 특히 화장실 및 탈의공간의 내부도 볼 수 있게 촬영하고 있다. 청주외국인보호소의 경우 공용공간에 한해 주간에만 영상정보처리기로 촬영을 하는 방식으로 보호외국인에 대한 사생활 침해를 최소화하고 있으나, 다른 외국인보호시설들은 위와 같은 방식으로 촬영하고 있어 개선이 필요하다.

10) 이수진 국회의원 등, ‘외국인 보호시설 내 인권침해 현황과 개선방안 토론회’, 대한변호사협회(2021), 난민이주외국인특별위원회 양희철 변호사 주제발표문

11) 국가인권위원회 2021 외국인 보호시설 방문조사에 따른 보호외국인 인권증진을 위한 제도 개선 권고

12) 국가인권위원회 2021 외국인 보호시설 방문조사에 따른 보호외국인 인권증진을 위한 제도 개선 권고

13) 국가인권위원회 2021 외국인 보호시설 방문조사에 따른 보호외국인 인권증진을 위한 제도 개선 권고

(6) 보호외국인의 면회와 통신에 대한 과도한 제한¹⁴⁾

현재 보호외국인은 외국인보호규칙 시행세칙 제46조에 따라 긴급하거나 부득이한 사유가 인정되는 경우가 아니면 휴무일에는 면회를 할 수 없고, 일반면회를 하는 경우 면회신청인과 보호외국인 사이를 칸막이로 막은 면회실에서 인터폰, 스피커폰을 통해 음성으로 면회를 하고 있다.

최근 코로나 사태는 이에 더하여 변호인 면회를 포함한 면회 자체를 1년 정도 제한하고, 이후 변호인 면회를 감시가 가능한 일반면회실에서 진행하도록 하면서 필기나 노트북 사용 등을 제한하였다.

보호외국인의 통신 이용과 관련해서도 제한이 있다. 편지의 경우 외국인보호규칙 제35조 제3항에 따라 보호외국인이 받은 봉인된 편지가 보호외국인의 영사나 변호인 및 국가인권위원회가 발송한 것일 때는 보호시설에서 개봉하여 열람할 수가 없도록 하고 있다. 하지만 보호외국인이 발송하는 편지에 대해서는 이러한 제한이 없어 그 편지의 내용을 보호시설의 근무자 등 제3자가 확인할 수 있는 구조가 문제될 수 있어 해당 규정을 추가하는 제도 개선이 필요하다.

전화와 인터넷 이용에 대해서 살펴보면 외국인보호규칙 제36조, 외국인보호규칙 시행세칙 제47조는 보호외국인의 전화통화에 대해 취침시간대가 다른 보호외국인의 취침이 방해받지 않는 한도에서 전화통화를 하게 할 수 있다고 정하고 있을 뿐 인터넷 이용에 대해서는 아무런 규정을 두지 않고 있다. 이에 따라 화성외국인보호소에서는 오전 7시부터 오후 10시까지 보호실 내에 설치된 유선전화를 사용할 수 있도록 하고 있는데 출신 국가에 따라서는 이 시간 이외에 통화가 필요한 경우가 있을 수 있다.

인터넷의 경우 보호외국인이 난민사건이나 다른 소송사건을 진행하고 있는 경우 수시로 외부와 자료를 주고받는 등 소통할 필요가 있음에도 허용되지 않고 있었다. 이에 대해서는 최근 법무부에서도 개선안을 입법하려고 하는 것으로 보인다. 즉, 일정한 시간을 정하여 보호외국인 각자에게 보호 당시 소지하고 있었던 스마트폰이나 휴대폰을 사용하게 하는 것인데, 최근 화성보호소의 경우 수요일에 20분 정도 스마트폰을 사용할 수 있도록 한 사례가 있는 것으로 보인다.

14) 이수진 국회의원 등, ‘외국인 보호시설 내 인권침해 현황과 개선방안 토론회’, 대한변호사협회(2021), 난민이주외국인특별위원회 양희철 변호사 주제발표문

나. 국가인권위원회의 권고

국가인권위원회는 2021년 9월~10월 화성, 인천, 서울, 청주, 여수 소재 외국인보호시설을 대상으로 방문조사를 실시하고, 2022년 5월 9일 법무부장관에게 보호외국인에 대한 인권침해 예방 및 인권 증진을 위하여 관련 제도와 정책을 개선할 것을 권고하였다. 그 구체적 내용은 아래와 같다.¹⁵⁾

- ① 수용환경 관련
 - 보호시설 내 1인당 기준면적 준수, 과밀수용으로 인한 인권 침해 방지를 위해 보호해제 및 보호일시해제 적극 검토할 것
 - 개인물품 소지는 제한하지 않는 것을 원칙으로 할 것. 필요한 경우 법령에 근거해 제한하고 거실 내 개인사물함 확충 및 면회시 반입물품의 종류와 수량 확대할 것
 - 실외운동시간 매일 최소 1시간 이상 보장, 거실별 운동시간 배정 등의 대안 모색할 것
 - 시설 생활규칙, 권리구제 방법, 고충처리상담에 관한 내용을 담은 안내 책자 개별 지급하고, 난민지원단체 연락처 등의 정보를 현행화할 것
- ② 의료 및 건강권 관련
 - 내·외부진료 연계 강화, 보호소 내 응급의료체계 구축 및 의료인력 보장, 외부진료 재원 확보 추진, 만성질환이 있는 보호외국인에 대한 보호일시해제를 적극 검토할 것
 - 보호외국인의 외부진료 시 수갑 사용 기준을 마련할 것
 - 보호외국인의 정신건강 증진을 위해 심리검사 또는 우울척도 검사를 도입하고, 화상상담과 진료를 통한 정신과적 진단 및 치료와 이에 따른 보호일시해제를 적극 검토할 것
- ③ 사생활 및 인격권 관련
 - 모든 보호실에 대한 일률적인 영상정보처리기기 촬영을 금지하고, 사고 발생 위험성이 높은 보호외국인을 선별하여 집중관리하거나, 경비인력의 보호실 순찰 횟수를 늘리는 등의 대안을 마련할 것
 - 화장실 및 탈의공간 촬영을 금지하고, 불가피한 경우 차폐시설을 설치할 것, 영상정보처리기기 설치 위치 및 촬영 범위에 관한 정보를 보호외국인이 이해할 수 있는 언어로 명확히 알려줄 것

¹⁵⁾ 2021 외국인 보호시설 방문조사에 따른 보호외국인 인권증진을 위한 제도개선 권고

④ 외부교통권 관련

- 보호시설 내 휴대전화 사용을 원칙적으로 허용하되, 제한이 필요하다면 일정한 시간과 장소에서 사용하도록 허용하는 것을 적극 고려할 것
- 보호외국인의 외부교통권을 보장하기 위하여 인터넷 사용이 실질적으로 가능하도록 하고, 여성 보호외국인이 배제되지 않도록 여성전용층에도 컴퓨터실을 설치할 것
- 성소수자에 대한 보호장소 지정은 원칙적으로 피보호자의 성정체성을 고려하면서, 성별 재지정을 위한 의료적 수술을 받은 사람 및 그 과정 중에 있는 사람과 그렇지 않은 사람의 다양한 요구, 범죄 이력, 다른 피보호자의 위해 우려, 본인의 심리 상황 등을 개별 검토하여 결정할 것
- 일상적 생활이나 접촉으로는 전염되지 않는 인체면역결핍바이러스(HIV) 감염인 등을 막연한 전염 우려를 이유로 격리하지 않도록 하고, 입소절차 및 생활 전반에서 피보호자의 감염 사실이 노출되지 않도록 특별한 주의를 기울일 것
- 장기보호외국인에 대해서는 정해진 시간과 장소에서 정기면담을 진행하여 임금채 불 등 해결 가능한 고충은 해소할 수 있도록 지원하고, 난민심사, 재판 진행 등 문제해결에 장기간이 소요될 것으로 전망돼 출국이 어려운 경우에는 보호일시해제 등을 적극 검토할 것

2. 보호장비 사용 및 특별 계호의 문제

가. 최근 발생한 외국인보호소 내 부당한 보호장비 사용 및 특별계호 사례

2021년 9월 경 화성외국인보호소에 구금된 외국인에 대한 부당한 방식의 보호장비 사용, 일명 ‘새우껍기’(두 다리를 묶는 방법으로 포승을 사용한 뒤, 포승과 뒷수갑을 연결하여 묶는 방법으로 보호장비를 사용하는 방법)를 3차례나 하고 12차례(34일간, 연속 집행 최고 10일)나 반복적으로 특별계호(독방 처우)를 한 것이 언론에 크게 보도된 사례가 있었다.

위 외국인은 화성외국인보호소에 구금 중이던 난민신청 외국인인데, 위 외국인보호소 직원들이 2021. 5월 경, 2021. 6. 8.경, 2021. 6. 10.경 위 외국인에게 손목수갑, 발목수갑, 포승을 이용하여 사지를 등 뒤로 묶어 결박한 상태로 장기간 방치하였다. 뿐만 아니라 위 외국인보호소에서는 2021. 3월부터 6월 경까지 위 외국인에 대해 난동, 지시불응, 기물파손 등 사유로 징벌 목적으로 반복적인 독방수용을 실시

하였다. 또한 특별계호 시에는 그 사유에 대한 통지를 하지 않았고 법적 근거 없이 물, 매트리스, 이불 등을 압수하였다.¹⁶⁾

나. 위 행위의 위법성

(1) 법령에 없는 보호장비(발목수갑, 케이블타이, 박스테이프) 사용 및 절차 위반 행위

헌법 제12조는 국민의 신체의 자유와 안전을 보장하고 있고, 같은 법 제37조 제2항은 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다”고 규정하고 있다. 수용자 처우에 관한 국제적 기준으로 일종의 국제관습법적 성격을 갖고 있는 「유엔 피구금자 처우에 관한 최저 기준규칙」(넬슨만델라규칙, United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners)은 보호장비의 사용은 법으로 정해 두고 호송 중 도피에 대한 예방책이나 피구금자가 타인에게 침해를 가하는 등 다른 수단으로써는 방지할 수 없는 경우 등에만 제한적으로 사용되어야 하며, 굴욕을 주거나 고통을 주는 쇠사슬, 발목수갑 또는 보호장비 사용은 금지되어야 함을 규정하고 있고(제47조), 위험을 예방하기 위한 다른 대체수단이 없을 경우에 한하여 사용되어야 하며, 위험성이 더 이상 존재하지 않는다면 즉시 제거하여야 함을 규정하고 있다(제48조).¹⁷⁾

보호장비 사용과 관련하여 헌법재판소에서는 “포승, 수갑 등을 사용한 신체의 결박은 자연스러운 거동을 불가능하게 하거나 매우 불편하게 만들 뿐 아니라 종종 심리적 위축까지 수반하며 장시간 계속될 경우 심신에 고통을 주거나 나아가 건강에 악영향을 끼치고 사용하는 방법에 따라서는 인간으로서의 품위에까지 손상을 줄 수 있으므로 이러한 장구를 사용한 신체의 자유의 추가적 제한 또한 헌법 제37조 제2항에 따른 기본권 제한의 한계를 지켜야 한다”고 판시하고 있다(헌법재판소 2005. 5. 26 자 2004헌마49 결정).

「출입국관리법」 제56조의4는 출입국관리공무원에게 피보호자에게 강제력을 행사할 권한을 부여하면서도 “이 경우 피보호자의 생명과 신체의 안전, 도주의 방지, 시

16) 국가인권위원회 21진정0451000, 21진정0477800 병합 결정

17) 국가인권위원회 21진정0451000, 21진정0477800 병합 결정

설의 보안 및 질서유지를 위하여 필요한 최소한도에 그쳐야 한다”고 규정하고 있으며, 특별계호의 방법과 보호장비의 구체적인 사용 요건 및 절차에 대해서는 법무부령인 「외국인보호규칙」과 법무부 훈령인 「외국인보호규칙 시행세칙」에 위임하고 있다.¹⁸⁾

출입국관리법은 제56조의4에서 세 가지 보호장비(수갑, 포승, 머리보호장비)만을 규정하고 있을 뿐이고, 행정규칙에도 다른 보호장비를 규정한 것이 없다. 그렇다면 이외의 장비는 법령상 ‘보호장비’로 인정될 수 없고, 법적으로 규정된 이외의 장비를 사용했다면 그 자체로 위법하다.¹⁹⁾

화성외국인보호소 공무원들은 2021. 4. 6. 1시부터 3시 사이에 피해자에게 “발목수갑”을 사용하고, 손에는 수갑을 사용하여 사지를 구속했다. 발목수갑의 경우 이미 2020년 국가인권위원회 권고(19진정0360200결정)를 통해 법에 근거 없는 불법적이고 인권침해적인 장비임이 확인되었음에도 불구하고 동일한 기관에서 동일한 인권침해가 재발한 것이다. 이에 대해서 2021. 11. 1. 법무부는 자체조사를 통해 발목수갑 사용 사실을 스스로 인정하였다.²⁰⁾

화성외국인보호소 공무원들은 2021. 6. 10. 피해자에게 머리보호장비를 사용하면서 머리보호장비를 스스로 벗지 못하도록 머리 위에서 아래 방향으로 “박스테인프”를 여러 겹으로 둘렀다. 머리보호장비에 박스테인프를 여러 겹 붙이면서, 착용자의 호흡을 방해하지 않도록 하고 얼굴에 가해지는 압력을 줄이는 역할을 하는 장비의 구멍이 막혔다. 곧이어 공무원들은 머리보호장비의 뒷부분을 “케이블타이”를 이용하여 고정했다. 케이블타이를 이용하여 장비를 강하게 조이면서 피해자의 머리가 강하게 압박되었다. 두 장비는 모두 관련 법령 어디에도 없는 것일 뿐만 아니라 애초에 사람에게 사용하기 위한 용도로 제작, 관리되는 장비가 아니었다.²¹⁾

외국인보호시설의 행동기준이 되는 「출입국관리법」 및 「외국인보호규칙」, 「외국인

18) 국가인권위원회 21진정0451000, 21진정0477800 병합 결정

19) 이수진 국회의원 등, ‘외국인 보호시설 내 인권침해 현황과 개선방안 토론회’, 대한변호사협회(2021), 사단법인 두루 이한재 변호사 주제발표문

20) 이수진 국회의원 등, ‘외국인 보호시설 내 인권침해 현황과 개선방안 토론회’, 대한변호사협회(2021), 사단법인 두루 이한재 변호사 주제발표문

21) 이수진 국회의원 등, ‘외국인 보호시설 내 인권침해 현황과 개선방안 토론회’, 대한변호사협회(2021), 사단법인 두루 이한재 변호사 주제발표문

보호규칙 시행세칙」이 보호장비 사용 방법과 관련하여 수갑에 대해서만 그 방법을 열거하고 있을 뿐, 포승에 대해서는 유의사항 이외에 구체적인 사용방법 및 한계를 규정하고 있지 않다고는 하나, 이는 규정개정의 필요성을 증명하는 것일 뿐, 외국인 보호시설의 보호장비 사용방법을 정당하다고 볼 근거가 되지 않는다. 다리를 묶는 방법으로 포승을 사용한 뒤, 포승과 뒷수갑을 다시 연결하여 묶는 방법으로 보호장비를 사용한 것은 그 자체로 대상자 보호 또는 시설물 손괴 방지라는 사용 목적을 넘어서서 대상자의 신체에 상당한 고통을 안겨줄 뿐 아니라 인간으로서 가져야 할 최소한의 존엄에도 부합하지 않는 비인도적인 보호장비 사용이라고 할 것이다.²²⁾

화성외국인보호소 직원들은 보호장비 사용 과정에서 당사자에게 그 사용의 사유를 알려주거나 이의를 제기할 수 있도록 안내한 적이 없다. 보호장비 사용은 불시에, 강제적이고 억압적인 방식으로 진행되었으며 그 정도나 내용, 사유에 대한 경고나 안내가 없었다. 보호장비 사용의 사유가 종료될 경우 즉각 보호장비를 해제하여야 하며(외국인보호규칙 제43조 제4항), 공무원이 이를 지속적으로 지켜보면서 판단하여(외국인보호규칙 제43조 제3항) 최소한의 시간 안에 사용이 종료되었어야 함에도, 실제로는 장비 계속 사용에 대한 별도의 판단 없이 장기간 징벌적인 보호장비 사용이 계속되었다.²³⁾

(2) 징벌적 목적으로 반복된 독방 구금(특별계호)

출입국관리법상의 모든 강제력 행사는 법 제56조의4에서 “피보호자의 생명과 신체의 안전, 도주의 방지, 시설의 보안 및 질서유지를 위하여 필요한 최소한도”로만 사용할 수 있도록 정해져 있다. 이 문언의 의미는 결국 안전과 보안, 질서유지 등에 대한 ‘현존하는 위협’이 있을 경우 이에 대한 대응으로서만 보호장비 사용이나 특별계호가 가능하다는 것이다.²⁴⁾

그럼에도 불구하고, 실무적으로 독방구금(특별계호)은 이미 종료된 특정 행위에 대한 징벌처럼 운영되고 있다. 현재 화성외국인보호소는 ‘어떠한 규정 위반행위에

22) 국가인권위원회 21진정0451000, 21진정0477800 병합 결정

23) 이수진 국회의원 등, ‘외국인 보호시설 내 인권침해 현황과 개선방안 토론회’, 대한변호사협회(2021), 사단법인 두루 이한재 변호사 주제발표문

24) 이수진 국회의원 등, ‘외국인 보호시설 내 인권침해 현황과 개선방안 토론회’, 대한변호사협회(2021), 사단법인 두루 이한재 변호사 주제발표문

대하여 특별계호가 이루어질 수 있다’는 내용을 정리하여 보호소 내에 공고하고 있다. 예를 들어 “음식물쓰레기 또는 식판을 함부로 버리는 경우 특별계호가 가능하다”는 내용까지 포함되어 있다. 이는 이미 법령상 정해진 특별계호의 범위를 벗어나 이를 규율 위반에 대한 징벌로 활용하는 것이다.²⁵⁾ 과거 행동에 대한 불이익의 성격으로 특별계호가 실시된 경우 그 사람을 자·타해, 도주 등의 위험 및 우려로부터 보호하고자 하는 의미의 특별계호와 성격을 달리하므로 그 방법, 절차, 기본권 제한의 정도가 동등하게 처리되는 것은 「출입국관리법」 제56조의4 제1항 단서조항인 필요 최소한도의 강제력 행사의 원리에 반할 가능성이 크다. 실무적으로도 피진정기관의 특별계호실은 자해방지 시설을 갖추고 있으면서 일반 생활실과는 구조적인 차이(화장실의 노출 정도, 공중전화 및 TV 미설치)가 명확하므로 불이익한 처우로 받아들여질 가능성이 있다.²⁶⁾

특별계호가 제재조치로서 불이익의 성격을 갖는 경우, 대상자에 대한 충분한 설명과 의견진술 기회 부여, 이의제기 절차 등의 필요성이 발생한다. 그러나, 화성외국인 보호소는 위 외국인에게 특별계호를 실시하면서 사전 의견진술 기회를 부여함이 없이 특별계호 신청서와 지시서의 결재만을 통해 특별계호를 실시하였는데, 위 외국인에 대한 특별계호는 (1) 자·타해, 도주 등의 위험 및 우려로부터 보호, (2) 직무집행 방해 및 지시불이행에 대한 제재가 혼합되어 있는바, 적어도 위 외국인의 흥분상태가 해소된 이후에는 관련 절차 이행이 요구된다고 보아야 한다. 「외국인보호규칙 시행세칙」 제72조(특별계호) 제4항에서도 "보호근무자는 보호외국인을 특별계호 조치할 때 그 사유를 보호외국인이 이해할 수있는 방법으로 설명해 주어야 한다. 다만, 시급을 요할 때에는 우선 조치하고 사후에 설명하여 줄 수 있다"라고 규정하고 있다.²⁷⁾

다. 법무부의 ‘인권논란 장비’ 도입 입법예고

법무부는 2022. 5. 25. 전국 외국인보호소에 결박 장비 7가지를 도입하는 내용의 외국인보호규칙 개정안을 입법예고했다. 법무부는 “보호 장비를 구체화해 절차의 적

25) 이수진 국회의원 등, ‘외국인 보호시설 내 인권침해 현황과 개선방안 토론회’, 대한변호사협회(2021), 사단법인 두루 이한재 변호사 주제발표문

26) 국가인권위원회 21진정0451000, 21진정0477800 병합 결정

27) 국가인권위원회 21진정0451000, 21진정0477800 병합 결정

법성을 강화하기 위한 것”이라고 설명했다. 입법예고에 따르면 담당자는 구금된 외국인이 공무원의 직무 집행을 거부·방해하거나 보호소의 안전과 질서를 해치는 등의 경우 양손수갑, 한손수갑, 머리보호장비, 양발목보호장비, 한발목보호장비, 보호대, 보호의자 등 7가지를 사용할 수 있다.²⁸⁾

올 초 법무부가 보호침대 등 13가지 결박 장비를 도입하겠다고며 관계 부처 의견을 조회하자 국가인권위원회는 “수갑, 보호침대, 보호의자 등 보호장비는 보호소 내 외국인의 신체의 자유를 침해할 우려가 크므로 사용을 재고해야 한다”는 의견을 보냈다. 이후 법무부는 보호침대, 포승 등 6가지 장비를 도입 대상에서 제외했다. 하지만 전신 결박 의자(보호의자) 등 7종 도입은 강행할 방침이다. 보호의자의 경우 사형제 시행 국가에서 사용하는 전기의자와 비슷해 극도의 공포감을 불러일으킬 수 있다는 지적이 있다.²⁹⁾

이에 2022년 7월 경 법무부장관이 발목보호장비와 보호의자를 제외하도록 지시하였고, 법무부는 위 두 장비를 빼는 대신 상체와 하체를 동시 결박하는 것이 가능한 상·하체용 벨트용 포승 2가지와 조끼용 포승이 추가하는 것으로 개정안을 입법예고하였다. 그리고 개정안은 둘 이상의 보호장비를 사용할 수 있도록 해, 사실상 벨트형 포승과 뒷수갑을 이용하면 양팔과 다리를 결박하는 사지 구속이 가능하다. 뿐만 아니라 보호장비의 구체적인 운용 방법 및 제한 시간도 제시되지 않았다.³⁰⁾

라. 국가인권위원회의 권고

국가인권위원회에서는 법무부장관에게 (1) 물리력 행사를 최대한 절제하고, 예외적으로 보호장비 사용 시 신체의 고통과 인격권 침해를 최소화할 수 있는 방법을 마련할 것, (2) 특별계호 시 사전 의견진술 기회 부여, 사유 설명 등 적법절차의 원칙을 준수할 수 있도록 제도와 관행을 개선할 것, (3) 해당 사건의 부적절한 보호장비 사용과 관련이 있는 직원들과 소장에 대하여 경고조치할 것을 권고하고, 화성의 국민보호소장에게 직원들에 대한 직무교육을 실시할 것을 권고하였다. 특히 국가인

28) 2022. 5. 27.자 동아일보 기사, 외국인보호소 ‘인권논란 장비’ 7개 도입, 박상준 기자

29) 2022. 5. 27.자 동아일보 기사, 외국인보호소 ‘인권논란 장비’ 7개 도입, 박상준 기자

30) 2022. 10. 6.자 한겨레 기사, [단독]보호외국인 ‘고문장비’ 뺀다더니...사지 결박 강화시킨 법무부, 장예지 기자

권위원회는 위 ‘새우껍기’가 인간으로서 가져야 할 최소한의 존엄에 부합하지 않는 비인도적인 보호장비 사용이라고 설시하였다.³¹⁾

IV. 외국인 보호소 내 장기구금 문제³²⁾

1. 장기 구금 외국인 현황³³⁾

2021. 5. 18. 기준 보호소 별 보호 외국인의 보호 기간은 아래와 같다.

구분	1개월 미만	1개월 이상 3개월 미만	3개월 이상 6개월 미만	6개월 이상 1년 미만	1년 이상
화성외국인보호소	154	80	22	16	7
청주외국인보호소	117	51	12	8	2
여수출입국· 외국인사무소	85	63	7	1	0

위 표를 살펴보면, 위 시기에 1개월 이상 장기 구금된 외국인의 비중이 매우 높다. 화성외국인보호소의 경우 당시 장기 구금 외국인이 125명으로, 1개월 미만 외국인의 수와 24명밖에 차이가 나지 않는다. 여수출입국·외국인사무소의 경우 당시 장기 구금 외국인이 71명으로, 1개월 미만 보호된 외국인과 14명 차이밖에 나지 않는다. 즉, 외국인 보호시설 내에서 장기 구금 외국인의 비율이 매우 높다.

이렇게 외국인에 대한 장기 구금이 가능한 이유는 출입국관리법 제63조 제1항이 강제퇴거명령을 받은 사람을 즉시 대한민국 밖으로 송환할 수 없으면 송환할 수 있을 때까지 무기한 구금이 가능하도록 규정하고 있기 때문이다.

31) 국가인권위원회 2021진정0520600 결정

32) 이 장은 발제자의 공동판례연구회 발표문 “외국인보호시설 내 장기구금 문제”(2017. 6. 26. 경기중앙지방변호사회·수원지방법원·아주대학교 법학전문대학원 제2회 공동판례연구회)에 기초하고 있습니다.

33) 국가인권위원회, ‘이주구금 제도 개선을 위한 국제심포지엄’, 국가인권위원회(2022), 김세진 변호사(공익법센터 어필) 발제문 ‘한국의 현행 이주구금제도’

2. 외국인 보호소의 기한 없는 장기 구금에 대한 비판적 고찰

가. 대한민국의 외국인 보호 절차의 문제점

(1) 적법절차의 미(未)준수

출입국관리법에서는 출입국관리법을 위반한 외국인을 보호하는 경우 출입국·외국인관서의 장이 발부한 보호명령서 또는 긴급보호소를 발급받아 이를 외국인에게 내 보이게 되어 있다.(출입국관리법 제51조 제4항, 제5항)

또한 ‘출입국사범 단속과정의 적법절차 및 인권보호 준칙(이하 ‘준칙’이라 함)’에는 외국인 용의자 긴급보호 및 용의자 신문 시 미란다원칙 등 고지문으로 용의자에게 진술거부권과 변호인선임권이 있음을 알려야 한다고 정한다.(준칙 제11조, 제16조, 제17조)

그러나 실무상 위 절차가 제대로 이행되고 있지 않는데, 대한변호사협회와 대한변협인권재단의 외국인보호소 실태조사 결과에 따르면 보호 외국인들은 보호 당시 보호명령서 등을 제시받지 못하는 것은 물론이고 미란다원칙 및 보호에 대한 이의신청을 할 수 있음을 전혀 고지 받지 못하였다.³⁴⁾

그리고 국가인권위원회의 2016년도 외국인 보호소 방문조사 결과보고서에 따르면 외국인 보호 과정에서 출입국관리공무원으로부터 미란다 원칙을 고지 받은 경우는 20.2%, 보호관련 이의신청 절차에 대한 고지를 받은 응답자는 20.2%로 나타났고 보호명령서의 제시는 5.6%에 불과하였다. 모두 고지 받지 못했다는 응답자는 64.0%로 매우 높았다.³⁵⁾

즉, 출입국관리당국에서는 출입국관리법에서 정하는 최소한의 적법절차도 지키고 있지 아니하며, 특히 미란다 원칙 고지 등의 내용은 법무부 훈령인 위 준칙으로만 규율하고 있어 법규명령과 같은 대외적 구속력도 없어 동 준칙을 위반하더라도 위법하지 아니하다는 문제가 있다.³⁶⁾

34) 대한변호사협회 및 대한변협인권재단, ‘외국인보호소 실태조사 결과보고서’, 대한변호사협회(2015), 19쪽

35) 국가인권위원회 조사국 침해조사과, ‘2016년도 외국인보호소 방문조사 결과보고서’, 국가인권위원회(2016), 60쪽

36) 대한변호사협회 등, ‘(인권의 측면에서 바라본) 행정 구금의 문제점과 개선 방안 심포지엄’, 대한변호사협회(2016), 160쪽

(2) 영장주의의 미(未)적용

대한민국은 특히 ‘강제퇴거 집행을 위한 보호’에 있어 구금개시의 주체인 지방출입국·외국인관서의 장의 상급기관인 법무부장관의 3개월마다의 승인만으로 보호 외국인에 대한 장기 구금이 이루어지고 있다.

그러나 해외 입법례에 따르면 일정 기간 이상 외국인을 행정 구금하기 위하여는 법원의 영장 또는 이에 준하는 결정을 받도록 되어 있다. 참조할만한 국가의 예는 아래와 같다.³⁷⁾

국가	구금개시기관	영장없이 구금가능시간	사후 심사 기관
스웨덴	경찰, 이민국, 이민법원	48시간(신원파악) 2달(입국거부, 강제퇴거처분 심사)	법원이 개입 가능
뉴질랜드	이민법에 의한 경찰	96시간	법원
헝가리	이민경찰	72시간	법원

그리고 구금의 상한을 정하지 아니한 국가의 경우에도 대부분 법원의 심사 제도를 두고 있다. 특히 뉴질랜드와 독일에서는 보호기간의 상한을 정하고 있고 법원에 의해 구금의 연장 여부에 대한 심사도 이루어지고 있다.³⁸⁾

뉴질랜드 이민법에 의하면, 이민 담당관은 뉴질랜드에 불법 체류하고 있는 것으로 의심되는 외국인을 체포하여 최장 4시간까지 조사할 수 있으며, 이후 정황상 필요하다고 판단된다면 영장 없이 96시간까지 구금할 수 있다. 30인 이상의 대량입국이 아닌 일반적인 경우에 있어 이민담당관은 지방법원에 영장을 신청하여 피구금인에 대한 영장을 발부받으면 최장 28일까지 구금이 가능하다. 뉴질랜드 이민법에는 이 영장이 몇 번이나 더 발부될 수 있는지에 대해 따로 명시하고 있지 않으나, 이민법 제323조가 ‘6개월 이상의 구금’에 대해 ‘해당 외국인의 출국이 불가능하거나 자신이 출국을 하지 않으려고 하는 경우’등 특별한 이유가 있는 때라고 한정하고 있는 것으로 보아 일반적으로 추가 이유를 제시할 필요 없이 6개월까지 영장이 연장될 수 있

37) 대한변호사협회 및 대한변협인권재단, ‘외국인보호소 실태조사 결과보고서’, 대한변호사협회(2015), 15-16쪽

38) 대한변호사협회 및 대한변협인권재단, ‘외국인보호소 실태조사 결과보고서’, 대한변호사협회(2015), 19-21쪽

으며 그보다 더 긴 구금의 경우 특별한 이유가 있어야 하는 것으로 보인다. 피구금인의 6개월 이상 구금을 위해 영장을 신청할 때에는 이민담당관이 구금이 더 필요한 이유에 대한 입증 책임을 지며, 지방법원 판사가 이유가 충분하지 않다고 판단한다면 지정된 거주지 내 거주 등의 일정 요건을 제시하고 보호 해제 결정을 내려야 한다.

독일 체류법은 강제추방을 위한 구금조치를 크게 두 가지로 나누고 있는데, 첫째는 추방결정이 내려지기 이전에 행해지는 예비구금(Vorbereitungshaft)과 둘째는 추방 결정이 내려진 상태에서 행해지는 보안구금(Sicherungshaft)이다. 예비구금은 추방 여부에 대한 결정이 즉시 내려질 수 없는 경우이면서 동시에 구금 조치가 없이는 강제 추방이 본질적으로 매우 어렵게 되거나 불가능한 경우에 있어 법원의 명령을 얻어 해당 외국인을 구금하는 것으로 6주간의 기간을 넘길 수 없다. 보안 구금은 추방 결정이 내려진 경우 등 6가지 사유가 있는 경우에 행해지는 구금을 말하고 구금 기간을 12개월까지 연장할 수 있다.

그러므로 우리나라에서도 출입국관리법상의 보호가 강제되거 대상자의 해당여부를 심사결정하기 위한 행정상 강제처분이라 하더라도, 보호로 인해 기본권이 제한되는 정도가 형사절차의 과정에서 기본권이 제한되는 정도와 실질적으로 같다면, 원칙적으로 신체의 자유를 제한하는 행정절차에서 독립기관결정 원칙은 법관유보의 행태를 따르는 것이 적법절차 원칙에 보다 부합한다고 할 것이다.³⁹⁾

(3) 출입국관리법 제63조 제1항에 대한 헌법재판소의 입장

헌법재판소는 위 규정이 외국인보호소에서 구금기간의 상한을 정하지 않고 있는 것에 대해, 2013헌바196 결정에서는 재판의 전제성이 인정되지 않는다는 이유로 각하되었으나 4인의 헌법재판관은 반대의견에서 아래와 같이 판시하였다.

심판대상조항은 보호기간의 상한을 설정하지 않아 강제퇴거명령을 받은 자에 대한 무기한 보호를 가능하게 하는바, 최소한 그 상한을 법에서 명시함으로써 피보호자로 하여금 자신이 보호될 수 있는 최대기간을 예측할 수 있게 할 필요가 있다.

³⁹⁾ 대한변호사협회 및 대한변협인권재단, ‘외국인보호소 실태조사 결과보고서’, 대한변호사협회(2015), 17-18쪽

또한 심판대상조항은 강제 송환되지 아니할 권리를 핵심으로 하는 난민신청자를 강제퇴거명령의 집행확보를 위해 구금하는 모순적인 결과를 발생시키므로, 적어도 난민신청자들은 강제퇴거집행을 지연시키거나 난민신청절차를 남용할 목적이 확실하지 않는 한 보호대상에서 제외할 필요가 있다. 따라서 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위배되어 청구인의 신체의 자유를 침해한다.

출입국관리법상의 외국인 보호는 형사절차상 ‘체포 또는 구속’에 준하여 외국인의 신체의 자유를 박탈하는 것이므로, 객관적·중립적 지위에 있는 자가 그 인신구속의 타당성을 심사할 수 있는 장치가 있어야 한다. 그런데 현재 출입국관리법상 보호제도는 보호의 개시, 연장 단계에서 제3의 독립된 중립적 기관이나 사법기관이 전혀 관여하고 있지 않다. 피보호자는 법무부장관에게 이의신청을 할 수 있고 보호기간이 3개월을 초과하는 경우 법무부장관의 승인이 있어야 연장 가능하나, 법무부장관은 보호명령을 발부·집행하는 행정청의 관리감독청에 불과하여 보호의 적법성을 담보하기 위한 실질적인 통제절차로서의 의미를 갖는다고 보기 어렵다. 그러므로 심판대상조항은 적법절차원칙에 위배된다.

그리고 2인의 헌법재판관은 다수의견에 대한 보충의견에서 심판대상조항이 신체의 자유를 침해하지 않는다고 판시하였으나, 외국인에 대한 부당한 장기 구금의 사례가 발생하지 않게 하기 위해서는 보호기간의 상한을 설정하고 그 기간 안에 관련 절차가 신속하게 진행될 수 있도록 제도를 정비하는 한편, 보호기간 연장에 대한 판단을 사법부가 심사하여 결정하도록 하는 입법정책을 택하는 것이 바람직할 것이라고 판시하였다.

그리고 2017헌가29 결정에서는, 9인의 재판관 중 과반수인 5인의 재판관이 위 규정이 구금의 상한을 정하지 않고 있어 과잉금지원칙을 위배하여 신체의 자유를 침해하였고 적법절차원칙에도 위배된다고 판시하였다. 다만 위헌의견을 낸 헌법재판관이 6인에 미치지 못하여 합헌으로 결정되었다.

위 규정에 대해서는 미성년자 외국인과 성년자 외국인이 강제퇴거명령 및 보호명령의 취소를 구하는 소를 제기하고 위 소송 계속 중 위 규정이 적법절차원칙, 과잉금지원칙에 위배되어 신체의 자유를 침해한다는 등의 이유로 법원에 위헌법률심판제청을 신청하여 현재 헌법재판소에 계류 중이다.[헌법재판소 2020헌가1, 2021헌가

10(병합)]

나. 위 문제점에 대한 개선 방안

(1) 적법절차 준수의 의무화 및 구금의 적법성 심사 기관의 필요성⁴⁰⁾

출입국관리공무원이 출입국관리법을 준수하여 외국인 보호시 보호명령서 또는 긴급보호서를 보호 외국인에게 제시할 수 있도록 하여야 한다. 또한 현재 법무부 훈령인 위 준칙에만 정하여진 미란다 원칙 고지 의무를 출입국관리법 또는 법 시행령에서 제대로 규정하는 방안도 필요하다.

그리고 위 절차 준수를 강제하기 위하여 보호의 적법성 여부를 심사할 수 있는 객관적 기관(또는 법원으로 하여금 그 적법성을 심사하도록 하는 제도)을 두는 것도 고려해야 할 것이다.

(2) 외국인 보호의 상한 기간에 대한 규정의 필요성

현 출입국관리법에서는 강제퇴거 집행을 위한 보호에 있어서 그 상한 기간을 전혀 두고 있지 아니한 바, 일정 기간 이상의 불필요한 구금을 막기 위하여 최장 기간을 정하는 것이 필요하다 할 것이다.

유엔인권 조약 기구들도 한국의 이주구금의 문제를 지적한 바 있는데, 대표적으로 유엔 아동권리위원회는 2012년 한국의 외국인 구금시설에 대해 아래와 같은 권고를 하였다.

“난민 아동이나, 난민신청자인 아동 그리고 부모를 동반하지 않은 (외국인)아동이 출입국 관련법에 의해 구금되는 것에 대해 깊은 우려를 갖고 있다. 또한 그러한 구금이 부적절한 시설에서 이루어지고, 송환 명령에 대한 집행이 실행되지 못하는 동안 법으로 정한 상한(上限)없이 구금이 이루어지고, 또한 구금이 정기적이고 시의적절한 심사를 보장하는 규정 없이 이루어지는 것에 대해서도 우려를 표시한다.....협약국(인 한국)은 그러한 외국인 구금이.....시의적절한 정기적 심사의 대상이 되도록 해야 하고, 구금에 상한을 두어야 한다.”⁴¹⁾

40) 대한변호사협회 등, ‘(인권의 측면에서 바라본) 행정 구금의 문제점과 개선 방안 심포지엄’, 대한변호사협회(2016), 169쪽

41) 국가인권위원회, ‘이주구금 제도 개선을 위한 국제심포지엄’, 국가인권위원회(2022), 김세

그리고 국제적 기준과 외국 입법례를 보면, 국제연합(UN)의 ‘자의적 구금에 관한 실무그룹’(Working Group on Arbitrary Detention)은 구금의 상한이 반드시 법률에 규정되어 있어야 하고 구금이 무기한이어서는 안 된다고 한다. 독일은 강제추방을 위한 구금은 6개월까지 명할 수 있고, 더 긴 기간이 소요될 것으로 예상되는 경우 최대 12개월 연장할 수 있도록 정하고 있으며, 유럽연합(EU) 불법체류자 송환지침(Directive 2008/115/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals) 역시 이와 동일하게 규정하고 있다. 미국은 강제퇴거대상인 외국인을 구금하되 90일의 퇴거기간 이내에 퇴거를 집행하도록 하고 있고, 미국 연방대법원은 퇴거기간 경과 후 무제한 구금이 허용되는 것이 아니라 그 합리적 기간은 6개월로 추정된다고 판시하였다. 이와 같이 국제적 기준이나 다른 입법례에서 최대 구금기간을 정하도록 하고 있는 이유는, 기간이 정해져 있지 않은 구금 상태가 중대한 인권침해를 초래할 가능성이 있기 때문이다.⁴²⁾

(3) 일정 기간 이상의 외국인 보호에 대한 법원의 영장 또는 허가 결정의 필요성

대한민국에서는 강제퇴거 집행을 위한 보호의 경우 3개월마다 법무부장관의 승인만을 받아 외국인에 대하여 계속하여 구금을 할 수 있도록 하고 있어 실질적으로는 행정청의 처분만으로 장기 구금을 계속할 수 있도록 하고 있다. 그러나 상기한 바와 같이 해외에서는 일정 기간 이상 외국인을 보호하는데 있어서는 법원의 영장 또는 허가 결정을 필요로 하는 바, 외국인 보호가 신체의 자유를 제한한다는 측면에서 헌법 제12조를 적용하되 이민행정법에 대한 행정 처분이라는 특수성을 고려하여 우선 일정 기간까지는 출입국관리당국에서 영장 없이 행정 처분만으로 외국인을 보호할 수 있도록 하고 그 이후의 장기 구금에 대해서는 법원의 영장을 받아 구금할 수 있도록 하는 것이 필요하다.

(4) 구금 대안 실행의 필요성

국가인권위원회는 출입국 행정구금으로 신체의 자유가 박탈된 난민인정신청자 등

진 변호사(공익법센터 어필) 발제문 ‘한국의 현행 이주구금제도’

42) 헌법재판소 2018. 2. 22. 2017헌가29 결정

취약 보호외국인 인권증진 개선을 위해 과도한 통제에서 벗어난 친인권적 보호소 운영시스템 변경, 보호소 입소 시 전염성 질환에 대한 선별검사(Screening) 실시 및 실효성 있는 건강검진 시행 규정 마련, 난민인정 신청 절차 등으로 퇴거 명령 집행이 어려울 경우 구금 대안 방안 적극 검토 시행 등을 권고했다. 이 밖에도 장기 수용 보호외국인 정신건강 증진 위한 상시 전문 심리상담 프로그램 마련 운영, 보호소 생활 및 입소·보호해제 절차 등 다국어영상 안내 정보 제공 등을 권고했다.⁴³⁾

V. 취약 외국인의 보호 문제

1. 아동 외국인의 구금 문제

가. 대한민국 외국인 보호시설의 아동 외국인 구금 실태 및 사례

한국의 「출입국관리법」에는 이주아동의 구금 금지에 대한 별도의 규정이 없다. 행정규칙인 「외국인보호규칙」이 “19세 미만인 사람”은 특별히 보호해야 한다고 규정하고 있을 뿐이다. 이 규칙은 또한 “청장 등은 보호외국인이 14세 미만의 어린이를 부양하고 있고 보호외국인 외에는 그 어린이를 부양하려는 사람이 없는 경우에 한정하여 그 어린이가 보호대상이 아니더라도 보호외국인과 함께 생활하도록 허가”할 수 있으며, “3세 미만의 어린이는 보호외국인 외에 그 어린이를 부양하고자 하는 사람이 있는 경우에도 그 친부모인 보호외국인과 함께 생활하도록 허가할 수 있다”고 규정한다(제4조 제2항). 이에 따라 부모에게 강제퇴거명령을 발령하면서 부모의 동의가 있는 경우 아동을 같이 구금하게 되는데, 부모의 입장에서 자녀를 보호하기 위한 대안이 달리 없는 상황에서 동의는 사실상 강제에 가까운 경우가 많다.⁴⁴⁾

한국에서는 이주아동이 구금되는 사례가 계속해서 발견되고 있다. 2019년 정보공개청구를 통해 법무부가 제공한 자료에 의하면 2015년에서 2019년 사이 구금된 아동의 평균 구금 기간은 7.7일이며, 이 중에는 140일간 구금된 아동도 있었다.

43) 국가인권위원회 2018년도 외국인보호소 방문조사에 따른 권고

44) 국가인권위원회, ‘이주구금 제도 개선을 위한 국제심포지엄’, 국가인권위원회(2022), 김진 (사단법인 두루) 발제문 ‘취약계층과 한국의 이주구금’

	2015년	2016년	2017년	2018년	2019년 4월까지
화성	25	24	24	24	8
청주	7	13	8	25	2
여수	2	4	3	4	4

이주아동이 계속해서 구금되고 있는 상황에서의 문제제기에 대해 법무부는 14세 미만 아동은 실무상 보호하지 않고 있으며, 14세 이상 18세 미만 아동은 출국명령 등을 통해 보호를 최소화하고, 형사범 등에 대해서 제한적으로 보호조치를 하고 있다고 밝혔다. 또한, 외국인보호규칙에 “그 아동의 나이와 능력에 적합한 교육을 실시하거나 외부의 전문복지시설에 위탁하여 교육을 실시할 수 있다”(제4조 제4항)는 18세 미만 아동의 처우에 대한 별도의 규정을 두어 인권을 보호하고 있다고 답변하기도 하였다.⁴⁵⁾

2014년 경에는 생후 26개월도 되지 않은 아동이 화성외국인보호소에 보호되었다가 약 일주일 후에 보호가 해제된 사례가 있었고, 같은 해 여수출입국.외국인사무소(당시 여수출입국관리사무소)에서는 10개월 된 영아가 2개월 간 구금되었다가 베트남으로 출국하는 일도 있었다.⁴⁶⁾

2018년 경에는 17살이었던 이집트 아동이 화성외국인보호소에 구금되는 일이 발생하였다. 위 아동은 가족들과 이집트에서 살고 있었는데 생명의 위협할 정도의 사건이 일어나 박해를 피해 홀로 한국에 오게 되었다. 위 아동은 한국에 입국한 후 난민신청을 준비하였고, 난민신청을 위해 관할 행정청에 갔으나 미성년자라는 이유로 난민신청서 접수를 거부당했다. 이 과정에서 위 아동의 체류기간이 만료되어 위 아동은 강제퇴거명령을 받고 본국으로 송환될 때까지 외국인보호소에 갇혀있게 되었으나, 위 아동은 국적국에서 박해를 당할지도 모른다는 공포 때문에 이집트로 돌아갈 수 없었다. 위 아동은 공익법단체의 도움을 받아 1개월 정도 위 외국인보호소에 구금되어 있다가 보호일시해제를 받고 풀려났다.

위 아동은 같은 해 연말 수원출입국.외국인청장을 상대로 강제퇴거명령 및 보호명

45) 국가인권위원회, ‘이주구금 제도 개선을 위한 국제심포지엄’, 국가인권위원회(2022), 김진 (사단법인 두루) 발제문 ‘취약계층과 한국의 이주구금’

46) 대한변호사협회 및 대한변협인권재단, ‘외국인보호소 실태조사 결과보고서’, 대한변호사협회(2015), 26쪽

령 취소소송을 제기한 후 출입국관리법 제63조 제1항의 위헌 여부를 가려달라며 위헌 제청을 신청한 상태이다.[헌법재판소 2020헌가1, 2021헌가10(병합)]

나. 아동 외국인 구금의 위법성

유엔 아동권리위원회는 이주를 사유로 한 아동의 구금은 “어떠한 상황에서도 아동의 권리를 침해하는 행위로, 어떠한 경우에도 정당화될 수 없다”고 강조하며 “본인 또는 부모의 이주 지위 때문에 아동을 구금하는 것은 언제나 아동 최상의 이익의 원칙에 위배”되므로 “국가는 이주를 사유로 한 아동의 구금을 신속하고 완전하게 중단해야 한다”고 천명한바 있다. 유엔 사무총장이 주도한 아동의 자유박탈에 대한 국제연구(Global Study on Children Deprived of Liberty) 역시 “이주를 사유로 한 아동의 구금은 최후 수단으로도 사용되어서는 안 된다”는 원칙을 강조하며, 구금의 대안이 없어 가족과 함께 머물도록 하기 위한 구금 역시 정당화될 수 없다고 명시하고 있다.⁴⁷⁾

이러한 한국의 법제도에 대하여 2019년 유엔 아동권리위원회는 대한민국 제5·6차 국가보고서에 대한 최종견해에서 “출입국관리법 개정 등을 통해 이주아동의 구금을 금지할 것, 비구금형 대안을 보장할 것”, 그리고 “보호자 미동반 아동의 보호에 각별한 주의를 기울일 것”을 권고하였다. 2018년 유엔 인종차별철폐위원회 역시 한국의 이민법제가 아동의 구금을 허용하면서 아동 최상의 이익을 고려하지 않는 점에 우려를 표하며, “아동의 구금을 피하고, 법에 아동의 최우선적 이익과 관련한 조항을 포함하도록 출입국관리법을 개정할 것”을 권고하기도 하였다. 국내에서는 국가인권위원회의 권고가 있었다. 국가인권위원회는 제2차 이주 인권가이드라인을 통한 「출입국관리법」에 아동의 구금을 금지하는 규정을 신설할 것을 권고하는 등 수 차례에 걸쳐 아동 구금 제한 및 아동 최상의 이익 고려에 대해 권고해 왔다.⁴⁸⁾

47) 국가인권위원회, ‘이주구금 제도 개선을 위한 국제심포지엄’, 국가인권위원회(2022), 김진 (사단법인 두루) 발제문 ‘취약계층과 한국의 이주구금’

48) 국가인권위원회, ‘이주구금 제도 개선을 위한 국제심포지엄’, 국가인권위원회(2022), 김진 (사단법인 두루) 발제문 ‘취약계층과 한국의 이주구금’

다. 해외 입법례⁴⁹⁾

미국의 경우, 아동에 대한 보호해제, 보호관찰(parole) 등이 결정된 경우 해당 아동은 관련법령에서 규정한 곳으로 보호해제 될 수 있는데, 적절한 조치를 찾기 전까지 아동 구금이 불가피한 경우 구금 전 아동은 정해진 아동 보호 공간이 마련되어 있는 곳에 구금될 수 있다. 아동 구금이 필요한 경우 해당 아동의 사건은 “청소년 코디네이터(Juvenile Coordinator)”에게 넘겨지게 되어야 하며, 청소년 코디네이터의 역할은 아동을 위한 시설 중 해당 아동에게 적합한 시설을 찾는 것 등을 포함하고 있다. 미국은 아동이 구금되는 경우 아동에게 권리와 처분 통지서[Notice of Rights and Disposition(Form-770)]을 제공해야 하며 아동이 14세 이하이거나 Notice를 이해하기 어려워하면 해당 통지서는 구두로 읽혀지거나 아동이 이해할 수 있는 언어로 설명되어야 한다.

스웨덴의 경우, 아동에 대한 구금의 요건으로 “보호관찰만으로는 불충분할 경우”를 두고 있는 점을 보면 아동의 경우 보호관찰처분을 우선으로 하고 보호관찰만으로 목적을 달성할 수 없는 경우 구금한다. 스웨덴 이민법은 아동이나 아동의 보호자의 구금으로 인해 아동은 보호자로부터 격리되어서는 안 된다고 명시되어 있다. 스웨덴 이민법 18조 1항에는 구금된 아동이 보호자가 없을 경우 국선변호인이 언제나 지정되어야 한다는 규정이 따로 있다.

캐나다 이민법에도 아동구금은 최후의 수단이어야 한다는 규정을 천명하여 유엔 아동권리 협약의 내용을 다시 확인하고 있다.

헝가리의 경우, 아동 동반 가족 구금의 경우 특별한 조건이 법률에 명시되어 있다. 아동 동반 가족에게는 적절한 수준의 사생활이 보장되는 수용시설이 제공되어야 한다. 미성년자가 연령에 맞는 여가활동을 향유할 수 있는 여건이 갖춰져야 하며, 구금시설 또는 외부교육 기관에서 교육을 받을 수 있어야 한다. 헝가리 이민법은 모든 비호절차단계에서 지체 없이(기한은 규정되지 않음) 보호자 미동반 아동을 대리할 후견인을 지정해야 한다. 실제로 보호자미동반아동은 1주 내로 후견인을 지정받는다.

49) 대한변호사협회 및 대한변협인권재단, ‘외국인보호소 실태조사 결과보고서’, 대한변호사협회(2015), 27-28쪽

라. 개선안⁵⁰⁾

아동과 그 아동을 동반한 보호자에 대하여는 원칙적으로 구금을 지양해야 한다. 특히 만 6세 미만의 영·유아의 자를 둔 것이 확인되면 구금하지 않는 것을 원칙으로 할 필요가 있다.

그리고 아동을 보호하는 외국인에 대하여는 보호관찰, 대안구금시설입소 등의 제도마련이 필요하다. 한편 아동이 구금되는 경우 보호기간의 최장기를 정해야 할 것이다.

6세 이상의 아동 또한 구금되지 않는 것이 마땅하나, 만에 하나 부득이 구금되는 경우에는 반드시 보호자와 함께 구금될 수 있도록 해야 한다. UN아동권리협약 제37조 다호에 따르면 “자유를 박탈당한 모든 아동은 인도주의와 인간 존엄성에 대한 존중에 입각해 아동의 나이에 맞는 처우를 받아야 한다.”라고 규정하고 있다. 외국인보호규칙상 보호소는 미성년외국인을 위한 특별한 프로그램을 개발하거나 외부교육시설에 위탁교육을 맡기도록 규정되어 있으나 보호소에서는 특별한 별도의 교육 프로그램은 없었다. 미성년외국인을 위한 자체적 프로그램을 개발하거나 또는 기관 위탁 교육프로그램을 개발하여야 할 것이다.

2. 성소수자의 구금 문제

성소수자 관련 국제인권기준을 총 29가지의 원칙으로 나열·기술한 「요그야카르타 원칙」(Yogyakarta Principles, 2006) 및 유엔 「특수한 요구를 가진 수용자를 위한 핸드북」등 국제기준이나 외국 구금 관련 법제 및 가이드라인에서는 성소수자라는 이유만으로 격리 수용을 허용하지 않는다.⁵¹⁾

요그야카르타원칙은 구금상태에서 인간적인 대우를 받을 권리(제9원칙)에 대해 국가로 하여금 “구금시설을 배정할 때, 성적지향이나 성별정체성을 이유로 사람들을 한층 더 주변화시키거나, 폭력이나 잔혹한 대우, 신체적, 정신적, 성적 학대에 처하

50) 대한변호사협회 및 대한변협인권재단, ‘외국인보호소 실태조사 결과보고서’, 대한변호사협회(2015), 28-29쪽

51) 국가인권위원회 2021 외국인보호시설 방문조사에 따른 보호외국인 인권증진을 위한 제도 개선 권고

게 하지 않도록 해야 한다”고 정리하였다. 그리고 유엔난민기구의 ‘구금에 관한 지침’은 레즈비언, 게이, 양성애자, 성전환자, 또는 중성(intersex) 비호신청인의 구금(지침9.7)에 대하여 “이들을 폭력, 혹독한 처우, 또는 신체적, 정신적, 성적 학대 위험에 노출되지 않도록 하며, 가능하면 적합한 의료서비스와 상담에 접근할 수 있어야” 한다고 규정하고 있다. 특히 구금 중에 이들의 안전을 확보할 수 없다면 구금 해제 또는 구금 대안 전환을 고려해야 한다고 설명하며, “독방 감금은 대상자의 보호를 관리 또는 보장하기 위한 적절한 방법이 아니다”고 강조하고 있다.⁵²⁾

「외국인보호규칙」은 방 배정에 대한 사항을 특별히 정하고 있는데, 규칙 제9조에 의하면 남자전용방, 여자전용방, 독방 외에 환자, 임산부, 성적 소수자 등을 위한 특별보호방을 운영하고 있다. 이는 2018년 개정된 조항으로, 이전 “환자·산모 등을 위한 특별보호방”으로만 규정했던 것에 “성적(性的) 소수자 등”이 추가되었다.⁵³⁾ 그리고 2018년 개정된 조항에는 신체와 소지품 검사를 하는데 있어 보호외국인이 성적 소수자인 경우 본인의 의사를 존중하여 청장 등이 지정하는 다른 성의 사람이 검사할 수 있다고 규정한다(외국인보호규칙 제6조 제4항). 그러나 위 규정 변경 이외에 성소수자 구금에 대하여 세부적인 업무지침은 부재한 상황이다.

성소수자 외국인의 구금에 대하여 2021년 국가인권위원회는 「국가인권위원회법」 제24조에 따른 외국인보호소 및 보호시설의 방문조사 이후 “성소수자 보호외국인에 대한 보호 장소 지정은 원칙적으로 피보호자의 성정체성을 고려하면서, 성별 재지정을 위한 의료적 수술을 받은 사람 및 과정 중에 있는 사람과 그렇지 않은 사람의 다양한 요구, 범죄 이력, 다른 피보호자로부터의 위해 우려, 본인의 심리적 상황 등을 개별적으로 검토하여 결정할 것”을 법무부장관에게 권고하였다.

3. 정신질환자 외국인의 보호 문제

외국인보호규칙 제22조 제3항은 청장등은 보호외국인이 감염병·정신질환·마약 중독 등이 있거나 있다고 의심되는 경우나 장기적인 외부 의료기관의 진료가 필요

52) 국가인권위원회, ‘이주구금 제도 개선을 위한 국제심포지엄’, 국가인권위원회(2022), 김진 (사단법인 두루) 발제문 ‘취약계층과 한국의 이주구금’

53) 국가인권위원회, ‘이주구금 제도 개선을 위한 국제심포지엄’, 국가인권위원회(2022), 김진 (사단법인 두루) 발제문 ‘취약계층과 한국의 이주구금’

하다고 판단되는 경우에는 제7조 제2항 및 제4항부터 제6항까지의 규정(환자 발견 시 조치)에 따른 조치를 하여야 한다고 규정하고 있다.

보호소 내부에서는 정신과 진료가 불가능하며 모두 외부 병원에서 진료를 받도록 하고 있다.(외국인보호규칙 제7조 제1항, 제22조) 또한, 2018년 초까지 화성에 거주하는 심리상담사가 보호소 내에서 상주하면서 보호 외국인을 상대로 정기적인 심리상담을 실시하였으나 예산부족으로 중단되는 일도 있었다. 그러나 장기보호외국인의 경우 특히 정기적인 심리상담이 보호외국인의 정신건강 뿐만 아니라 보호소의 관리 측면에서도 필요하다고 할 것이므로, 심리상담과 정기적인 정신과 전문의의 상담도 필요하다고 보인다.⁵⁴⁾

국가인권위원회는 위 ‘새우껍기’ 등 부당한 보호장비 사용 및 특별계호를 당한 외국인이 적절한 정신질환 치료와 처우를 제공받지 못하고 있다는 주장에 대하여, 법무부장관에게 위 외국인이 안정적인 상황에서 질환을 치료받을 수 있도록 보호일시 해제 등 필요한 조치를 취할 것을 권고하였다. 국가인권위원회는 위 외국인의 경우 장기간의 보호과정에서 가혹행위를 받아 트라우마가 발생하였고, 이로 인해 외국인 보호소의 직원들을 볼 때마다 불안장애, 공황, 불면증 등이 심해지고 있는 점을 고려할 때 외국인보호소의 일반적인 치료만으로는 현재 위 외국인의 상태를 감당하기는 힘든 상황이라고 보았다. 위 외국인에게 제공되는 식사나 운동시간 등도 위 외국인의 건강상태를 생각하면 부적합한 상황이므로, 이러한 상황이 계속되는 것은 위 외국인에게는 감당하기 어려운 비인도적 처우로서, 헌법 제10조 및 제12조에서 연원하는 건강권 및 신체의 자유를 침해하는 것이고, 우리나라가 가입한 자유권규약이나 고문방지협약에도 위반된다고 판단하였다. 나아가 인권위 조사과정에서 현재 진정인을 응원하기 위한 지원단체가 결성되어 위 외국인의 보호해제를 위한 보증금과 거주지까지 마련된 점을 고려할 때, 위 외국인의 건강권 등 인권을 최대한 보장하기 위해서는 진정인에 대한 보호를 일시 해제하여 위 외국인이 보호시설 밖에서 안정적으로 치료를 받도록 하는 것이 최선이라고 판단하고, 이를 법무부장관에게 권고하였다.⁵⁵⁾

54) 대한변호사협회 등, ‘외국인보호시설 실태조사 보고대회’, 대한변호사협회(2019), 42-43쪽

55) 국가인권위원회 2021진정0520600 결정

VI. 결론

이상 살펴본 바와 같이 출입국관리법령상 외국인 ‘보호’는 신체의 자유를 제한하는 것으로 구금에 해당한다. 그럼에도 불구하고 이를 구금으로 보지 않음으로 인해 외국인보호시설의 수용환경이 열악하고 구금 기간의 상한을 정하지 않아 난민인정 신청 외국인 등이 외국인보호소에 장기간 구금되는 일 등이 발생한다. 아동에 대한 구금 또한 자주 발생하는데, 아동에 대한 구금이 정말 부득이한 경우에만 최단기간 동안 이뤄져야 함에도 장기간 구금되는 것은 엄연히 아동 구금에 대한 국제적 원칙에 반한다.

2022. 10. 13. 14시에 헌법재판소 대심판정에서 2020헌가1, 2021헌가10(병합) ‘출입국관리법상 외국인 보호제도 사건’에 대한 변론이 열렸다. 2017헌가29 결정에서는 아쉽게도 과반수인 5인의 헌법재판관이 출입국관리법 제63조 제1항에 위헌 의견을 개진하였음에도 위헌 결정 정족수인 6인을 충족하지 못하였다. 위 사건에서는 모쪼록 6인의 헌법재판관이 위헌 의견을 개진하여 위헌 결정이 나올 수 있기를 간절히 바라본다. 그리고 출입국관리법 제63조 제1항의 위헌 결정을 계기로 외국인 행정구금 제도가 국제법상 원칙과 헌법상 원칙에 부합하는 방향으로 개선될 수 있기를 바란다. 그리고 이로써 외국인 행정구금 시설에서 부당 또는 위법한 처우를 받는 외국인들이 단 1명도 없기를 희망한다.

참고문헌

- 여경수, “출입국관리법상 외국인 보호제도의 개선방안”, 일감법학 제41호, 건국대학교 법학연구소, 2018
- 대한변호사협회 및 대한변협인권재단, ‘외국인보호소 실태조사 결과보고서’, 대한변호사협회(2015)
- 국가인권위원회, ‘이주구금 제도 개선을 위한 국제심포지엄’, 국가인권위원회(2022)
- 대한변호사협회 등, ‘(인권의 측면에서 바라본) 행정 구금의 문제점과 개선 방안 심포지엄’, 대한변호사협회(2016)
- 이수진 국회의원 등, ‘외국인 보호시설 내 인권침해 현황과 개선방안 토론회’, 대한변호사협회(2021)
- 경기중앙지방변호사회 등, ‘경기중앙지방변호사회·수원지방법원·아주대학교 법학전문대학원 제2회 공동관례연구회’, 경기중앙지방변호사회(2017)
- 대한변호사협회 등, ‘(인권의 측면에서 바라본) 행정 구금의 문제점과 개선 방안 심포지엄’, 대한변호사협회(2016)
- 국가인권위원회 조사국 침해조사과, ‘2016년도 외국인보호소 방문조사 결과보고서’, 국가인권위원회(2016)

【토론문】

지금 우리가 살고 있는 여기는 21세기 대한민국이 맞는가!

장 민 영*

□ 「출입국관리법」상 외국인 “보호”제도의 성격

- “보호”란 사전적인 의미로는 “위험이나 곤란 따위가 미치지 아니하도록 잘 보살피고 돌본다”라는 것으로서 피보호자의 이익을 위한 것인데,¹⁾ 현행 법적 및 실무적 관점에서 「출입국관리법」상 외국인 보호제도가 과연 외국인의 이익을 위한 것으로 볼 수 있는가

- 외국인 보호제도는 국내법적 측면에서도 그리고 국제인권규범 측면에서도 보편적 가치로서 인정되는 “신체의 자유”에 대한 제한에 해당되며, 이와 관련되는 보호장치 적용이 요청됨
 - 「대한민국헌법」은 제12조제1항에서 신체의 자유를 보장하고 있음
 - * 헌법 제12조제1항: 모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.
 - 동조항에서의 구속이란 “신체의 자유가 박탈되고 감금되는 경우”²⁾를 의미하는 것으로서 동조항에서의 “체포·구속”은 형사절차에서의 체포·구속으로 한정되는

* 한국법제연구원 부연구위원

1) 김세진, “한국의 이주구금 현실”, 『이주구금 제도개선을 위한 국제심포지엄』 (국가인권위원회, 2022.9.14.) 9쪽 참조.

2) 하명호, “행정상 인신구속과 구속적부심사제도의 도입에 관하여”, 『헌법논총』 제16권 (헌법재판소, 2005) 569쪽 참조.

것이 아니라 행정상의 인신구속을 포함하는 포괄적인 개념으로 해석하는 것이 상당함³⁾)

- 더 나아가 외국인 보호제도는 동조항에 따른 적법절차원리와 제37조제2항에 따른 과잉금지원칙에 입각하여 마련 및 운용되어야 하는 한계가 있음
- 외국인 보호제도에 대한 비판을 위하여 원용할 수 있는 인권규범들은 무수하게 많지만 그 중에서도 대표적인 것으로는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(ICCPR: International Covenant on Civil and Political Rights) 제9조⁴⁾ 등을 꼽을 수 있을 것임
- 동조 관련한 ICCPR 이행감시기구인 인권위원회(Human Rights Committee)의 일반논평 제35호에 의거하면, 신체의 자유는 신체에 대한 속박으로부터의 자유를 의미하는 것으로서 동조의 일부 내용이 형사절차에 한정되는 부분이 있기는 하나 전반적인 취지는 행정구금을 포함하는 폭넓은 범위의 자유의 박탈에 적용됨
- 외국인 보호제도는 행정구금의 일종으로서 ICCPR 제9조 등에 따라 보장받아야 하는 바, 자유의 박탈이 정당화되기 위해서는 합리성 및 비례성을 갖추어야 할 뿐만 아니라 사법적인 절차를 통하여 구제받을 수 있는 기회를 보장받아야 하고 불법적인 경우에는 보상을 받을 수 있음

3) 하명호, 위의 자료, 571쪽 참조.

4) ICCPR 제9조

1. 모든 사람은 신체의 자유와 안전에 대한 권리를 가진다. 누구든지 자의적으로 체포되거나 또는 억류되지 아니한다. 어느 누구도 법률로 정한 이유 및 절차에 따르지 아니하고는 그 자유를 박탈당하지 아니한다.
2. 체포된 사람은 누구든지 체포시에 체포이유를 통고받으며, 또한 그에 대한 피의 사실을 신속히 통고받는다.
3. 형사상의 죄의 혐의로 체포되거나 또는 억류된 사람은 법관 또는 법률에 의하여 사법권을 행사할 권한을 부여받은 기타 관헌에게 신속히 회부되어야 하며, 또한 그는 합리적인 기간내에 재판받을 권리를 가진다. 재판에 회부되는 사람을 억류하는 것이 일반적인 원칙이 되어서는 아니되며, 석방은 재판 기타 사법적 절차의 모든 단계에서 출두 및 필요한 경우 판결의 집행을 위하여 출두할 것이라는 보증을 조건으로 이루어질 수 있다.
4. 체포 또는 억류에 의하여 자유를 박탈당한 사람은 누구든지, 법원이 그의 억류의 합법성을 지체없이 결정하고, 그의 억류가 합법적이 아닌 경우에는 그의 석방을 명령할 수 있도록 하기 위하여, 법원에 절차를 취할 권리를 가진다.
5. 불법적인 체포 또는 억류의 희생이 된 사람은 누구든지 보상을 받을 권리를 가진다.

- 더 나아가 ICCPR 제7조는 “어느 누구도 고문 또는 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 취급 또는 형벌을 받지 아니한다”고 선언하고 있을 뿐만 아니라 제10조 제1항은 “자유를 박탈당한 모든 사람은 인도적으로 또한 인간의 고유한 존엄성을 존중하여 취급된다”라고 규율하고 있는데, 이 역시 형사절차에 한정되지 아니함⁵⁾

□ 외국인 보호제도 관련 「출입국관리법」 개정 연혁

- o 1963년 제정 당시 「출입국관리법」은 제26조에서 강제퇴거에 대한 사항들을 규율하면서, 강제퇴거 명령을 받은 자를 “수용”할 수 있는 법적 근거만을 두고 구체적인 내용은 하위법령에 위임하였음
- o 1967년 제1차 개정 과정에서 수용과 같은 강제퇴거 절차는 외국인의 “인식구속에 관한 사항”이기 때문에 관련 내용들을 법률 차원에서 규율할 필요성이 있다고 보아 종래 하위법령에서 규율되던 수용 관련 구체적인 사항들을 법률에서 직접 규율하는 것으로 변경하였음
- o 제1차 개정 이후 25년이 지나서 1992년 개정 과정에서 강제퇴거 절차에 있어서 “수용”과 관련되는 사항들이 “보호”제도로 변경되었음
 - 종래 수용제도는 법 제50조제1항에 따라 “출입국관리공무원은 제45조(強制退去의 對象者)각호의 1에 해당된다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고 도망하거나 도망할 염려가 있는 자에 대하여는 사무소장으로부터 수용명령서를 발부받아 수용”할 수 있도록 하고 있었음
 - 그런데 실무상 집행 과정에서 수용명령서를 발부받을 시간적 여유가 없는 경우 강제퇴거 대상자를 수용할 수 없는 문제점들이 지적되어 이에 관한 법적 근거를 추가·신설하기 위하여 동 제도를 개정한 것이었음⁶⁾
- * 1992년 개정법 제50조제3항: 출입국관리공무원은 외국인이 제46조 각호의 1에

5) ICCPR 일반논평 제20호 참조.

6) 국회 법제사법위원회, 출입국관리법개정법률안 심사보고서 (1992. 10. 24.) 8쪽 참조.

해당된다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고 도주하거나 도주할 염려가 있는 경우 긴급을 요하여 사무소장·출장소장 또는 외국인보호소장으로부터 보호명령서를 발부받을 여유가 없는 때에는 그 취지를 알리고 출입국관리공무원의 명의로 긴급보호서를 발부하여 그 외국인을 보호할 수 있다.

- 소관위원회 논의 과정에서 이와 같은 개정 조문이 “출입국관리공무원이 출입국관리소장의 승인을 받지 않고도 직접 긴급보호 또는 임시보호조치를 할 수 있도록 규정하고 있어서 인신구속에 있어 적법절차가 준수되는 외국인과는 차이가 있다”면서 “외국인을 보호조치함에 있어서도 인신보호의 측면에서 신중을 기하여야 할 것”이라는 전문가의 의견이 제출된 바 있음)
- 그런데, 1992년 법률 개정 당시 출입국자수 및 외국인불법취업이 전례없이 급증하면서 사회문제화가 되고 있었을 뿐만 아니라 「남·북사이의 화해와 불가침 및 교류·협력에 관한 합의서」가 발효되면서 남북교류 촉진에 따른 남·북한왕래절차 및 북한경유출입외국절차에 관한 규정 마련이 중요한 이슈로 부각됨에 따라서⁸⁾ 법률의 개정 논의가 해당 이슈들로 중점을 두게 되면서 강제퇴거 절차 관련 보호제도로의 변경에 대하여는 별다른 논의 없이 법률이 개정됨⁹⁾

○ 이와 같은 강제퇴거 관련 보호제도는 현행법까지 주요 내용이 지속·운용되고 있음

구분	법령 규정	제·개정이유
1963. 3. 5. 제정 및 시행	<p><법률></p> <p>제26조 (강제퇴거) ① 법무부장관은 다음 각호의 1에 해당하는 외국인을 국외로 강제퇴거시킬 수 있다.</p> <p>(제1호~ 제8호) 생략</p> <p>② 전항의 규정에 의하여 강제퇴거의 명령을 받은 자의 수용 및 절차에 관하여 필요한 사항은 각령으로 정한다.</p>	
	<p><시행령> 제3장 외국인의 거류와 출국</p> <p>제3절 강제퇴거</p> <p>제36조 수용</p> <p>제37조 수용장소</p> <p>제38조 수용일시해제</p>	

7) 제159회 국회 법제사법위원회 회의록 제8호 (1992. 11. 3.) 110쪽 참조.

8) 위의 자료, 108~109쪽 참조.

9) 위의자료 및 제159회 국회 본회의록 제13호 (1992. 11. 10.) 5쪽 참조.

구분	법령 규정	제·개정이유
	제39조 일시해제의 취소 <시행규칙> 제5장 강제퇴거의 절차 제2절 수용 제80조 수용명령서 제81조 수용의뢰서 제82조 수용기간연장허가서 제83조 수용기간연장통보서등 제84조 수용장소의 지정 제85조 수용통지서등 제86조 이의신청서 제87조 이의신청기각결정서등	
1967. 3. 3. 전부개정 및 1967. 5. 3. 시행	<법률> 제5장 강제퇴거의 절차 제2절 수용 제36조 수용 제37조 수용기간 및 수용장소 제38조 수용절차 제39조 수용의 통지 제40조 수용에 대한 이의신청	[제1차 개정 이유] ⑥ <u>강제퇴거에 관한 절차는 주로 외국인의 인신구속에 관한 사항</u> 이므로 조사·수용등 그 절차를 법에 직접 규정함.
1992. 12. 8. 전부개정 및 1993. 1. 1. 시행	<법률> 제5장 강제퇴거등 제2절 보호 제51조 보호 제52조 보호기간 및 보호장소 제53조 보호명령서의 집행 제54조 보호의 통지 제55조 보호에 대한 이의신청 제56조 외국인의 일시보호 제57조 피보호자의 처우	⑤ 출입거부자, 조건부입국허가자 또는 출국명령을 받은 자로서 도주하거나 도주할 우려가 있는 자에 대하여는 출입국관리사무소 또는 출입국관리사무소출장소에 설치되어 있는 <u>외국인보호실에 일시 보호할 수 있도록 근거규정을 마련함.</u>
현행	<법률> 제6장 강제퇴거 등 제3절 심사결정을 위한 보호 제51조 보호	

구분	법령 규정	제·개정이유
	제52조 보호기간 및 보호장소 제53조 보호명령서의 집행 제54조 보호의 통지 제55조 보호에 대한 이의신청 제56조 외국인의 일시보호 제56조의2 피보호자의 긴급이송 등 제56조의3 피보호자 인권의 존중 등 제56조의4 강제력의 행사 제56조의5 신체 등의 검사 제56조의6 면회등 제56조의7 영상정보 처리기기 등을 통한 안전대책 제56조의8 청원 제56조의9 이의신청 절차 등의 게시 제57조 피보호자의 급양 및 관리 등	

□ 기본권 또는 인권 합치적 방향으로의 개정

- 용어의 변경: “보호”에서 “구금” 또는 “수용” 등으로
- 관련 제도에 있어서 적법절차원리 및 비례원칙 보장
- 글로벌 스탠다드에 부합하는 수준으로 제도 개선
- 보호의 계속 및 연장 등에 있어서 사법심사절차 보장
- 보호 시작 및 과정 등에서의 비인간적이고 모멸적인 처우 예방 및 대응 방안
- 아동 등 취약집단에 대한 처우 보장
- 관련 데이터의 수집 및 공개 등 제도의 투명성 보장