

한국이민법학회 · 한국이민학회 · 이화여대 법학연구소
2016년 춘계공동학술대회

이민행정과 법치주의

- 일시: 2016년 5월 27일(금) 10:00~17:30
- 장소: 이화여자대학교 법학관 405호
- 주최: 한국이민법학회
한국이민학회
이화여자대학교 법학연구소

한국이민법학회



한국이민학회
Korea International Migration Studies Association



이화여자대학교
법학연구소

프로그램

09:40 ~ 10:00 등록

10:00 ~ 10:10 • 개회사: 석동현 (한국이민법학회 회장)

10:10 ~ 10:20 • 축사: 최승원 (이화여자대학교 법학연구소장)

제1부: 「이민정책론」·「이민법」 출간기념세미나

사회: 정기선 (한국이민학회 회장)

10:20~10:40 [이민정책론/이민법 총론]

- 제1주제: 이민정책(론)의 현주소
 - 발표: 이해경 (배재대)
- 제2주제: 법, 주권, 이주의 논리와 실천
 - 발표: 이철우 (연세대)

10:40~11:00 [이민안보와 출입국관리행정]

- 제3주제: 이민에서의 안보논의: 한국적 맥락의 검토
 - 발표: 이진영 (인하대)
- 제4주제: 출입국관리행정과 법치주의
 - 발표: 이희정 (고려대)

11:00~11:10 휴식

11:10~11:30 [노동이민]

- 제5주제: 노동이민과 외국인력정책
 - 발표: 이규용 (한국노동연구원)
- 제6주제: 노동이민에 대한 법학적 접근
 - 발표: 최홍엽 (조선대)

11:30~11:50 [이주민 인권과 사회보장]

- 제7주제: 이민정책과 이주민 인권
 - 발표: 김현미 (연세대)
- 제8주제: 외국인에 대한 사회보장의 쟁점
 - 상호주의 명문 규정 삭제의 당위성 -
 - 발표: 노호창 (호서대)

11:50 ~ 12:20 질의응답 및 토론

12:30 ~ 14:00 점 심

제2부: 이민행정과 법치주의

사회: 김환학 (헌법재판연구원)

14:00~14:30 • 발표 1: 출입국관리행정과 법치주의 한계와 실무

• 발표: 장지표 (동포교육지원단)

14:30~15:00 • 발표 2: 이민행정에 있어 법치구현의 방법과 한계

• 발표: 차규근 (법무법인 공존)

15:00~15:30 • 발표 3: 외국인의 출입국 관리와 법치행정 원칙

• 발표: 이희정 (고려대)

15:30~15:50 휴 식

15:50~17:30 **종합토론**

김대인 (이화여대), 김재선 (한경대), 장희정 (법무부)

김종철 (공익법센터 어필), 전영기 (중앙일보 논설위원)

17:30 ~ 폐 회

목 차

제1부

【제1주제】

이민정책(론)의 현주소 이 혜 경 1

【제2주제】

법, 주권, 이주의 논리와 실천 이 철 우 17

【제3주제】

이민에서의 안보논의: 한국적 맥락의 검토 이 진 영 23

【제4주제】

출입국관리행정과 법치주의 이 희 정 31

【제5주제】

노동이민과 외국인력 정책 이 규 용 35

【제6주제】

노동이민에 대한 법학적 접근 최 홍 엽 67

【제7주제】

이민정책과 이주민 인권 김 현 미 85

【제8주제】

외국인에 대한 사회보장의 쟁점
- 상호주의 명문 규정 삭제의 당위성 - 노 호 창 91

제2부

【제1발표】

출입국관리행정과 법치주의 한계와 실무 장 지 표 101

【제2발표】

이민행정에 있어 법치구현의 방법과 한계 차 규 근 135

【제3발표】

외국인의 출입국 관리와 법치행정 원칙 이 희 정 155

【종합토론】

토 론 김 대 인

토 론 김 재 선

토 론 장 희 정

토 론 김 종 철

토 론 전 영 기

[제1주제]



2016년도 한국이민학회 전기학술대회
오전 세션: [이민정책론] [이민법] 출간 세미나

이민정책(론)의 현주소

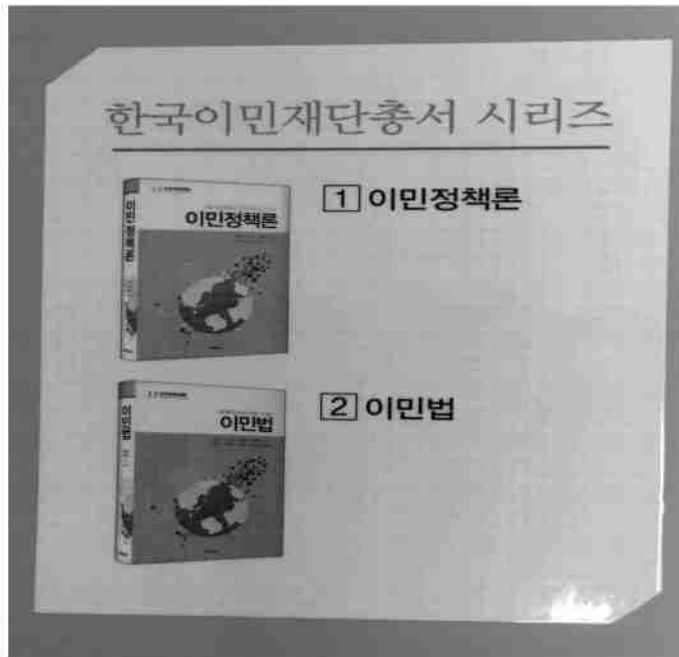
이혜경 (배재대학교 공공정책학과)

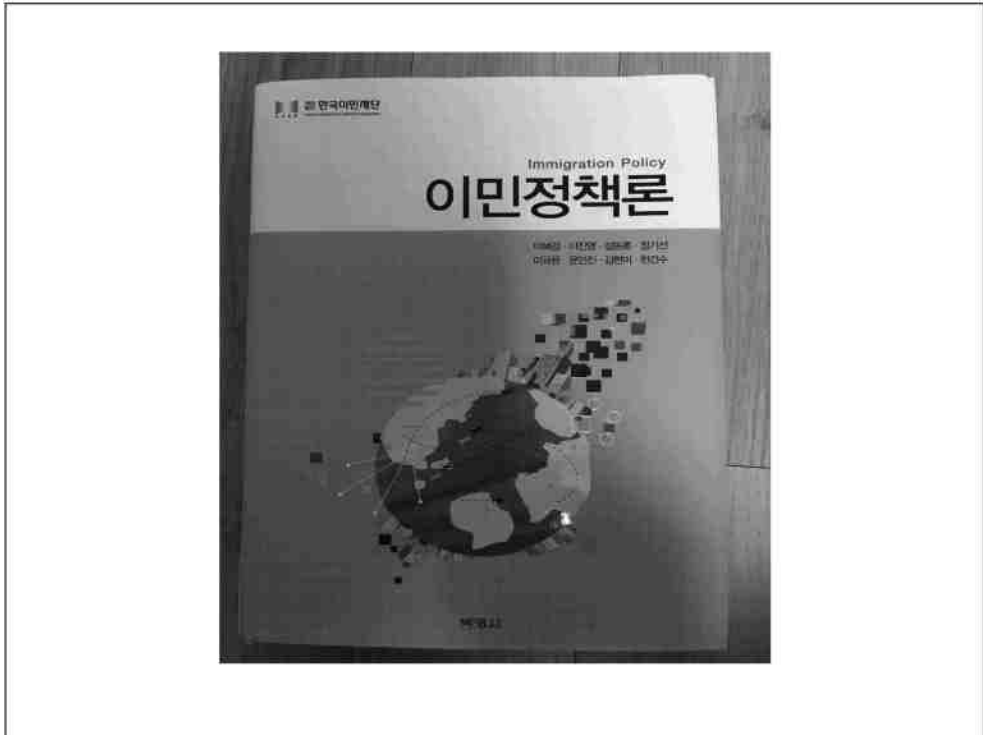
2016년 5월 27일
이화여자대학교 법학관 405호

목차

- I 배경
- II 전 지구적 이민의 최근 경향
- III 이민정책의 최근 경향
- IV 한국 이민정책의 현 주소
- V [이민정책론]의 기여

I. 배 경





책 집필 배경

- 2014년 여름:
 - 한국이민학회와 한국이민법학회 일부 학자들이 [이민학]에 대한 시리즈 집필 논의 시작
 - 두 학회가 각각 이민정책과 이민법에 대한 길잡이 교과서 집필
 - 한국이민재단의 지원을 받아 이민학 시리즈 작업 착수

- 2016년 3월 ~ :
 - 이민정책론 발간
 - 이민법 발간(예정)

II. 전 지구적 이민의 최근 경향

1. 양적 확대와 질적 다양화

1) 양적 확대

남북이민(35%), 남남이민(36%), 북북이민(23%), 북남이민(6%), 그 외 동서이민 등 여러 방향의 이민이 증가

2) 질적 다양화

최근 난민이민, 입양이민, 학생(교육)이민, 결혼이민, 은퇴이민 등 그 유형이 매우 다양해짐

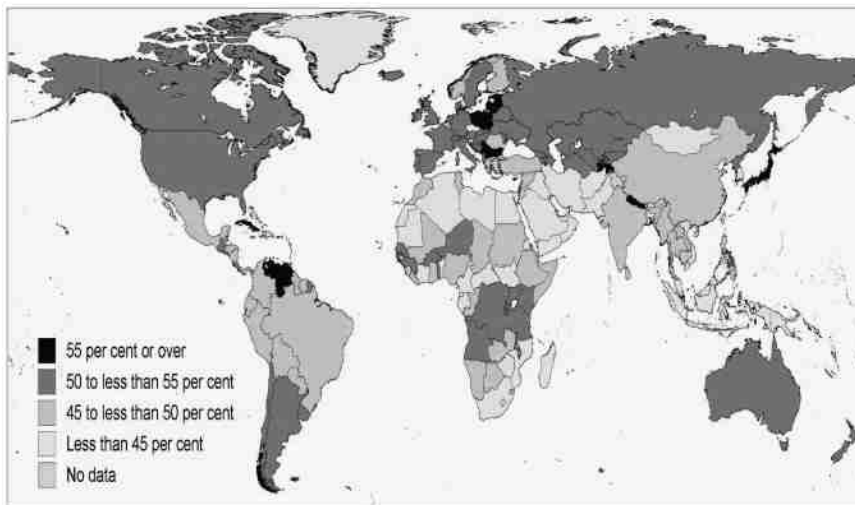
2. 이주의 여성화

- 양적인 측면: 이민자의 50% 이상이 여성
- 질적인 측면: 여성: not tied-movers

but 주체적인 취업이민자로 이민

● 양적 << 질적 변화를 강조하는 현상

그림 1. 이민자(immigrants) 중 여성의 비율, 2013년: 저량

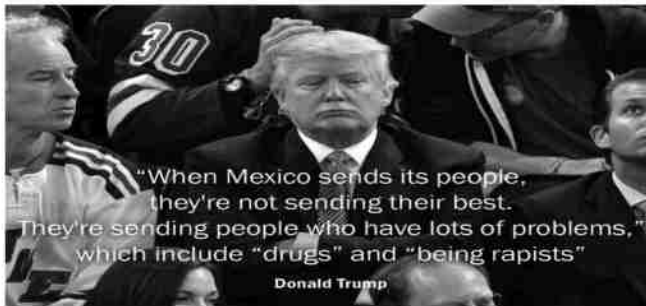


자료: United Nations (2013b)

이주의 여성화

-그림 1: 유입국 통계 (immigrants)보다는
 << 송출국 통계: 해외취업을 나가는 emigrants
 통계가 더 극렬함
 (예) 아시아 내 주요 송출국(필리핀, 스리랑카,
 인도네시아 등)
 emigrants 중 여성의 비율:
 20% 미만(1970년대) --> 60-90% (1990년대 말)

3. 이민의 정치화



최근 미국 대선:

도널드 트럼프: 반 이민정책
 이슬람 이민자 및 멕시코 이민자 막겠다!!

4. 이민변천 및 탈 유형화

- 노동송출국→ 노동유입국으로의 변화
 - = 이주변천을 겪은 국가임
 - 최근 많은 송출국들이 한국의 성공적인 '이주변천'을 모델 사례로 자국민의 해외취업을 적극 권장함

Q: 탈 유형화란 무엇인가?

5. 순환이민의 증가와 초국가주의의 확산

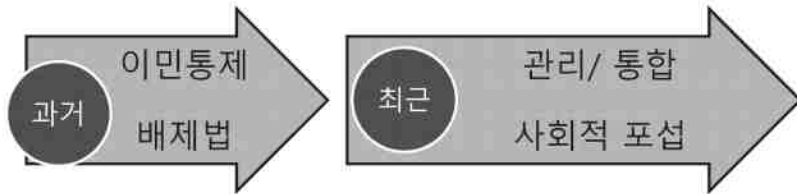
- 과거 이민: 영주이민
(예: 유럽인의 미대륙이민, 한국인의 미국이민 등)
- 최근 영주이민이 순환이주로 변하는 이유?
- 이러한 변화가 미치는 영향? 초국가주의 확산!

III. 이민정책의 최근 경향

이민정책:

국가가 내국인과 외국인의 이출과 이입을
관리함으로써 인구이동의 양과 질을 통제
하려는 정책

이민정책의 변화



1. 이민유입국별 변화

- 1) 전통 유입국의 변화: 1960년대 이후
- 2) 선발 이민국가의 변화: 1990년대 말 이후
- 3) 후발 이민국가의 변화 (및 한계)
 - 민주화의 성숙 정도
 - 양성평등의 수준

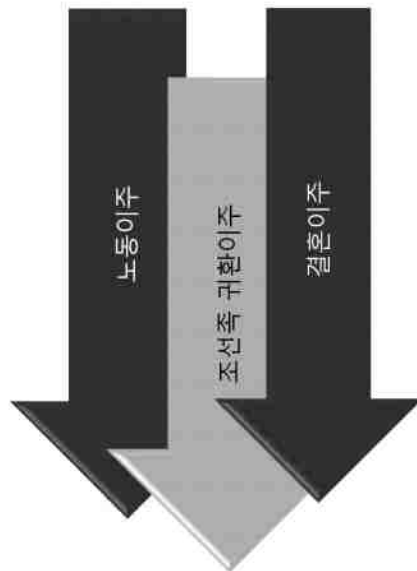
2. 이민정책의 목표와 주도권의 변화

- 1) 목표의 변화: 국익제고, 통제 -> 통합
 - 국익: 과거(경제 위주) -> 최근(정치, 사회, 문화 등 다차원적 고려)
 - 통제 --> 통합(보호)
- 2) 주도권의 변화:
 - 중앙정부 위주 -> 지방정부 또는 도시 위주

3. 구체적으로는

- 1) 이민정책의 목표와 결과 간 격차를 줄이기 위한 노력:
 - 격차 작을수록, 국민들은 정부가 이민통제력이 있다고 생각함
- 2) 과거 식의 (단순·저기술) 외국인근로자 정책보다는 (전문·고기술) 우수인재 유치 정책 선호 및 홍보
 - (이유) - 산업구조 업그레이드
 - 일반 대중에게 이민의 이점 확산시키기 위함
- 3) 이민자 시민권 확대: 권리 + 의무 강조

IV. 한국 이민정책의 현주소



1. 국내로의 이민의 보편성 및 특수성

이민의 세 가지 틀

- 1) 가족재결합: (동포의 귀환이민/ 결혼이민)
- 2) 취업(기술)이민: (노동이민)
- 3) 난민이민

2. 한국 이민 정책의 변화

1. 초기단계(1987-1994):

산업 연수생 제도 선택

2. 중기단계(1995~2003):

개혁 시도/노력

3. 2004년 이후:

확대와 포용 제도화 과정

1. 비숙련 외국인 노동자들에 대한 정책 변화

● 고용허가제 & 방문취업제

2004. 8: 고용허가제를 '산업연수생제도'와 함께 운용

2007. 1: 고용허가제로 통합

2007. 3: 해외 한국교포를 위한 방문취업제

2. 외국인 거주자 특히 결혼 이민자들을 위한 통합 정책 모색

hkleee@pcu.ac.kr

hkleee

3. 이민정책 연계 부족

- 이민정책 대상별 연계 부족:
노동이민자, 결혼이민자, 동포(귀환이민자)를 각각 별개로 다룸.
→ 이 세 가지 흐름의 연계를 고려하지 않고 있음
- 이민정책 단계별 연계 부족:
이민정책의 각 단계 간 연계
3단계(사회통합)을 고려한 1-2단계 정책이 필요!
- 이민정책 시기별 연계 부족:
장기-중기-단기의 연계 필요
장기적 방향에 대한 고려 없이,
사안에 따라 임기응변적인 단기방안만 있음
그리고 이 또한 계속 변화하여 혼란을 야기함

hkleee@pcu.ac.kr

hkleee

4. 이민자 사회통합정책의 쏠림 현상

사회통합정책의 대상이

지나치게

결혼이민자 및 그 가족에게만 치우침

V. [이민정책론]의 기여

[이민정책론]의 구성

제1부 이민과 이민정책

- 1장. 이민과 이민정책의 개념 (이해경)
- 2장. 이민의 역사 (이해경)
- 3장. 이민정책 이론 (설동훈)

제2부 이민 관리의 실제

- 4장. 이민행정 제도 및 조직 (한건수)
- 5장. 이민자의 시민권 (설동훈)
- 6장. 이민과 사회통합 (한건수)
- 7장. 이민과 안보 및 안전 (이진영)

[이민정책론]의 구성 (계속)

제3부 분야별 이민정책

- 8장. 인구와 이민 (정기선)
- 9장. 노동이민과 경제 (이규용)
- 10장. 외국인력정책 (이규용)
- 11장. 결혼이민과 이민자 2세 (김현미)
- 12장. 재외동포와 재외동포정책 (윤인진)
- 13장. 난민 (김현미)
- 14장. 국제이민협력 (이진영)

[이민정책론]의 기여

- 대상: 학생, 연구자, 공무원, 그리고 일반 시민
- 특성: 다 학제적, 연계 강조
- 기여: 한국 이민정책의 보편성과 특수성을 이해
향후 한국 이민정책의 방향 모색

[제2주제]

법, 주권, 이주의 논리와 실천

이 철 우*

한국이민학회와 한국이민법학회의 연구자들이 모여 『이민정책론』과 『이민법』의 두 책을 출간하게 된 것을 계기로 이 학술행사를 가지게 된 것을 기쁘게 생각합니다. 이렇게 좋은 자리를 만들어주신 이화여자대학교 법학연구소 최승원 소장님과 여러 선생님께 감사드립니다.

저는 이회정과 함께 『이민법』의 편집 및 교신저자 역할을 수행했고, 그런 이유로 오늘 이 자리에서 『이민법』을 총괄하는 발제를 맡게 되었습니다. 시간의 제약으로 저희 저서가 다루는 모든 주제에 대해 서술 내용을 소개해드리지 못하고, 이민법의 여러 분야를 관통하는 원리와 이민법이 법의 한 분야로서 가지는 특징을 어떻게 보아야 할 것인지를 몇 개의 쟁점을 중심으로 간략히 말씀드리고자 합니다.

이민법의 특징적 모습은 김환학이 집필한 제2장 「이민법의 구조와 법원」에서 알기 쉽게 도시 및 서술하고 있습니다. 김환학은 이민법의 특징으로서 국가주도성, 국제성, 복합성 그리고 질서행정과 사회통합행정의 연계성을 거론합니다. 그 중 국가주도성과 국제성에 논의를 제한하고자 합니다. 이민법은 주권자인 국민이 타자인 외국인을 어떻게 처우할 것인가의 문제를 다루는 법 분야이기 때문에 국가주도성이 크게 나타나며 정책제량의 범위가 넓습니다. 즉 주권의 최고성이 크게 발휘되는 분야라 할 수 있습니다. 국경관리 또는 출입국관리는 이민행정의 가장 중요한 기능이며, 이는 안보와 더불어 주권적 결정에 대한 제약을 가장 적게 받는 국가작용입니다. 국경관리/출입국관리는 요즘 곳곳에서 침해당하는 국가주권이 끝까지 강고하게 붙잡고 있는 기능이며 국가주권이 가장 적나라하게 자기를 드러내는 통치의 분야라 할 수 있습니다. 아울러 이민행정과 이의 법제화는 집단적 자아(주권인민)와 타자(외국인)의 준별에 기초하고 있고, 이는 현대사회에서 두드러지는 기능적 분화(functional differentiation)

* 연세대학교 법학전문대학원, chulwoo.lee@yonsei.ac.kr

와 구별되는 분절화(segmentation) 또는 분절적 분화(segmentary differentiation)의 대표적 양상입니다. 그러한 구별 속에서는 어떤 집단에의 형식적 소속, 많은 경우 귀속 지위에 따라 포용과 배제가 결정됩니다. 이민법은 국가이성(raison d'État)의 자기관철과 국적이라는 획일적 기준에 의한 타자의 배제로 특징지어지는 권력의 지형 위에서 있는 법의 분야라 할 수 있겠습니다.¹⁾

이현수가 집필한 이 책의 제4장 「외국인의 입국」에서 보여주듯이, 국민은 영토에 들어올 수 있는 절대적 권리를 누리는 반면 외국인은 광범위한 재량이 수반되는 허가에 의해서만 입국할 수 있고, 입국을 불허하는 결정은 다투기 어렵습니다. 제5장 「외국인의 체류」에서 이회정이 문제삼듯이, 입국을 위해 가져야 하는 체류자격의 설정과 분류는 포괄적으로 시행령에 위임되어 있는 것이 현행 법제의 실정입니다. 한편 국민은 영토 내에 거주할 절대적 자유를 가지는 반면 외국인의 추방은 널리 허용되는 주권의 행사입니다. 제6장 「외국인의 출국」에서 최계영은 외국인을 강제퇴거시키기 위한 사유가 넓게 규정되어 있고 처분에는 광범한 재량이 용인되며 강제퇴거의 심사 또는 집행을 위해 ‘보호’라는 이름 아래 인신구속이 행해지는데 여기에는 영장주의와 인신보호법의 적용이 배제되고 있음을 서술하고 있습니다. 이철우가 집필한 제8장 「국적의 취득과 상실」을 보면, 외국인을 국민으로 받아들이는 것이 얼마나 국가의 정책적 고려에 따라 선별적으로 이루어지고 있는지를 알 수 있습니다. 최홍엽 집필의 제11장 「외국인근로자와 전문외국인력」에서 보듯이, 헌법상 근로의 권리 중 ‘일할 자리에 관한 권리’는 국민만이 누리는 권리임이 외국인력정책의 전제를 이룹니다. 또 노호창이 집필한 제12장 「외국인의 사회보장」에서는 외국인이 국민기초생활보장 등 많은 공공부조에서 예외적으로만 수혜 대상으로 인정되고 있음을 보여줍니다.

그러나 이민행정과 이민법에서 배제의 동학만 작용하는 것은 아닙니다. 주권의 논리가 무슨 일이든 국가가 마음먹는 대로 할 수 있음을 뜻한다면 왜 원하지도 않는 이민자의 유입과 체류를 막지 못하겠습니까? 그렇다면 강력한 배제의 집행을 가로막

1) 푸코는 국가의 완전성과 좋은 질서를 지향하는 고전적인 국가이성(raison d'État)의 개념을 변형하여, 국가이성을 국력에 대한 앎(knowledge)과 인구의 파악 및 관리가능성을 내용으로 하는 통치성(governmentality)과 그것의 등장으로써 “예각화된” 주권의 관념을 결합한 상태를 의미하는 것으로 재정의한다. Michel Foucault, *Security, Territory, Population: Lectures at the Collège de France 1977-1978* (Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2007). 이민행정은 인구관리의 고도화, 국가의 통치화(governmentalization of the state)의 상당한 진전을 배경으로 해서만 등장하는 행정의 유형이다.

는 것, 외국인을 포용하게 만드는 것은 무엇일까요?

김환학이 지적한대로 이민법은 국제성을 가집니다. 이주 자체가 초국가적(transnational) 현상으로서 둘 이상의 국가를 결부시킵니다. 그렇기에 이주를 가능하게 하거나 규제하는 데에는 국제협력이 작용합니다. 단순기능 외국인근로자의 수입은 송출국 정부와의 양해각서에 근거하여 이루어집니다. 외국인의 사회보장에 관해서는 상호주의가 중요한 원칙을 이루며 사회보장협약이 효과적 기제로 작동합니다. 이주를 둘러싼 사람들간의 관계는 여러 나라의 법규가 적용되는 복잡한 규범의 중첩지대를 이룹니다. 국제결혼으로 형성되는 가족관계가 얼마나 복잡한 국제사법의 문제들을 동반하는지를 광민희가 집필한 제11장 「결혼이민자와 다문화가족의 법률관계」가 잘 보여줍니다. 한편 이주는 다자적 규범 형성을 자극했습니다. 국제인권법의 여러 원칙이 이민자에 적용됩니다. 난민의 보호는 국가주권이 인권과 인도주의에 제약되는 가장 대표적 현상입니다. 차규근 집필의 제9장 「난민의 보호와 처우」에서 이 점을 잘 보여주고 있습니다. 특히 강제송환금지(non-refoulement)의 원칙은 난민협약 뿐만 아니라 고문방지협약 등 다른 인권협약 및 국제관습법에 의해서도 확립되어 난민인정을 받은 사람 외에도 많은 사람을 송환할 수 없게 합니다.

그러나 국제규범의 역할을 과장해서는 안됩니다. 일각에서는 사람이 주권국가의 소속에 억매이지 않고 보편적 인권규범에 의해 보호되는 탈국가적(postnational) 시민권의 시대가 도래했다고 말합니다만, 우리의 『이민법』을 상세히 읽다보면 현실이 그와 거리가 멀다는 것을 알게 될 것입니다.²⁾ 이것은 한국법만의 현실이 아닙니다.

한편, 앞서 말한대로 이민법은 배제만이 아니라 포용의 동력 또한 제공합니다. 포용의 동력은 이민을 둘러싼 사회적 관계와 각종 정치적 변인으로부터 도래하지만,³⁾ 법체계 자체로부터 도출되기도 합니다. 정치사회학자 새슨은 “세계 대부분의 나라에서 인권은 국내법에 의해 집행되거나 전혀 집행되지 않는다”고 단언했습니다.⁴⁾ 국제규범의 역할을 과장하지 말라는 경고이지만 국내법의 역할을 일깨워주는 말로 받아들일 수도 있습니다. 대한민국헌법은 기본권의 주체를 “국민”으로 명시하면서 “외국

2) 탈국가적 시민권 개념에 대한 비판으로 이철우, 「탈국가적 시민권은 존재하는가」, 『경제와 사회』 제79호 (2008) 참조.

3) 이해경, 「한국 이민정책의 수렴현상 - 확대와 포섭의 방향으로」, 『한국사회학』 제42집 제2호 (2003) 참조.

4) Saskia Sassen, *Territory · Authority · Rights* (Princeton: Princeton University Press, 2006), p.309.

인은 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 그 지위가 보장된다”고 규정할 뿐이지만, 최윤철이 서술한 제3장 『외국인의 법적 지위』를 보면 성질상 외국인도 향유하는 기본권이 있음을 알 수 있습니다. 헌법재판소는 외국인이 직업의 자유의 일부인 직장선택의 자유까지도 제한적이나마 향유함을 인정했습니다. 또 법원은 20여년 전에 이미 산업연수생과 심지어 불법체류노동자도 근로기준법상의 ‘근로자’의 지위를 가지며, 산업재해보상보험법의 적용 대상이 된다고 판결했습니다. 외국인의 입국, 체류, 출국에 관한 제4-6장을 보면, 입국하기 전의 외국인에 비해 입국한 후의 외국인을 상대로 한 배제적 주권 행사는 훨씬 제한됨을 알 수 있습니다. 가족관계를 비롯해 국내에서 형성된 생활관계를 존중해야 한다는 법의 요청이 있기 때문입니다.

이와 같은 법의 보호기능을 보면서 법의 숭고함을 찬양할 필요는 없습니다.⁵⁾ 그것은 자율적 의사소통체계로서 법이 가지는 속성에서 비롯되는 결과일 뿐입니다. 루만(Niklas Luhmann)의 어법으로 표현하자면, 사회는 국경에 의해 나뉘지 않는 세계사회이지만 그 하위체계인 정치체계는 국가를 단위로 분절화되어 있으며, 주권은 그러한 분절화의 조직화원리입니다. 이민관련 입법은 국가로 분절화된 정치체계와 정치체계로부터 자율성을 가지는 또 다른 하위체계인 법체계 사이의 접점을 이룹니다. 법체계는 스스로의 구성요소를 내적 준거에 의해 만들어가는 자기생산적(autopoietic)의 의사소통체계로서 다른 의사소통체계와 준별될 뿐 그 소통원리는 반드시 국경에 의해 제한되지 않으며, 세계사회의 하위체계로서 주권인민의 조직화된 단위를 넘어 글로벌한 소통양식을 지향합니다. 아울러 법체계 내부에서도 고유한 소통원리를 가지는 하위체계들이 생성되며, 각 하위체계는 경제체계 등 상이한 체계들을 환경으로 삼고 상이한 방식으로 그들과 관계합니다. 입법은 정치체계의 소통원리에 따라 만들어지지만 이민법의 규칙들은 법체계의 하위체계를 이루는 각각의 법 분야 속에 위치지워지며 해당 체계의 소통원리에 따라 해석, 적용됩니다. 따라서 국민/외국인의 이항대립이 반드시 유효하지 않을 수 있습니다.⁶⁾ 특히 법체계의 중심에 위치하는 법원에 의해 이민법이 해석될 때, 국민국가의 안과 밖을 가르는 주권의 논리를 제약하는 법리가

5) 법의 보호기능을 위와 같이 적시하는 것이 현행 이민법이 가지는 문제점을 덮는 것으로 비추어져서는 안된다. 여기에서는 이민법의 몇 개의 모습들을 소재로 삼아 배제와 포용의 두 측면을 모델화할 뿐이다.

6) 불법체류자를 ‘근로자’로 파악하여 내국인 노동자와 동등하게 취급하는 근로기준법이나 산재보험법의 해석, 적용이 그 예이다.

생산되기 쉽습니다.7) 물론 법의 이러한 작용에는 분명한 한계가 있습니다. 국민국가에의 소속에 따른 세계 인구의 분할이라는 엄연한 현실 속에, 주권을 조직화 원리로 삼는 전통적 공법담론을 해체할 전망은 보이지 않습니다.

난민의 대량 유입에 따른 유럽 공동비호이민정책(Common Asylum and Immigration Policy)의 붕괴로 인해 이민정책과 이민법의 미래 전망이 더욱 혼미에 빠져 있는 요즘입니다. 이 사태가 어떤 대안적 질서를 가져올 것인지, 그것이 우리의 이민법과 이민정책에 어떤 요구를 가할 것인지는 모두의 관심사가 아닐 수 없습니다. 이민학과 이민법의 연구자들이 머리를 맞대고 거시와 미시, 제도와 행위, 법과 정책의 다양한 층위에서 세계가 경험하는 변화들을 논의하는 오늘의 자리가 다대한 의미를 갖는 이유입니다.

7) 이철우, 「정치의 사법화와 사법을 통한 정책결정 - 이민정책을 중심으로」, 『법학연구』(연세대 법학연구원), 제26권 제1호(2016). 체계로서의 법에 대한 루만의 이론에 대해서는 니콜라스 루만 [윤재왕 옮김], 『사회의 법』(새물결, 2014).

[제3주제]

이민에서의 안보논의: 한국적 맥락의 검토

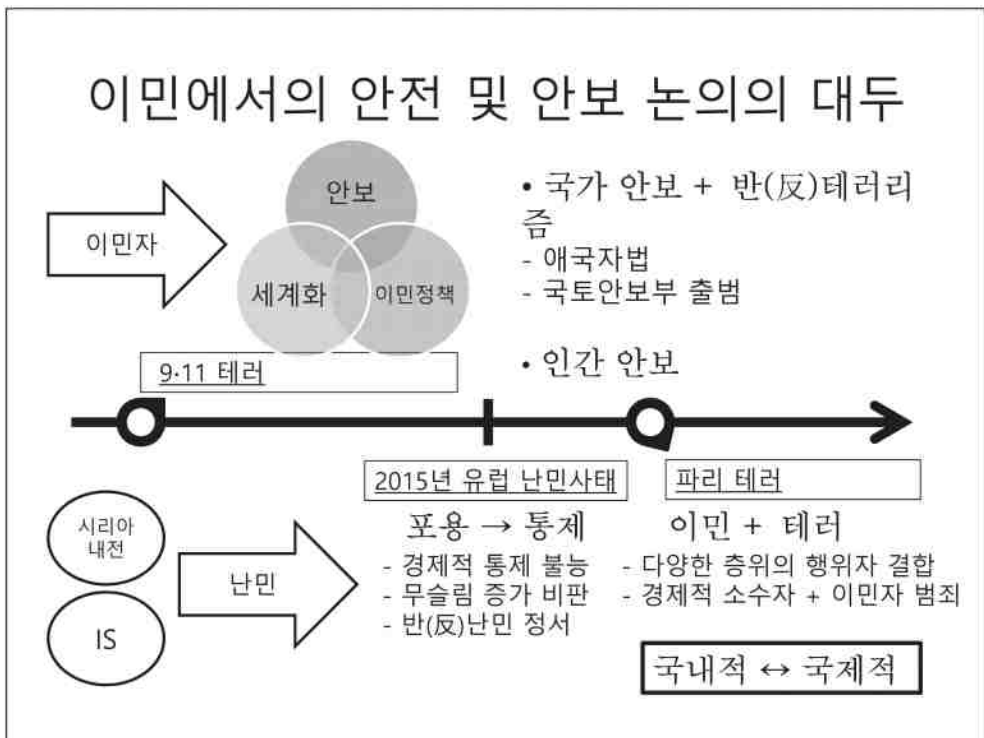
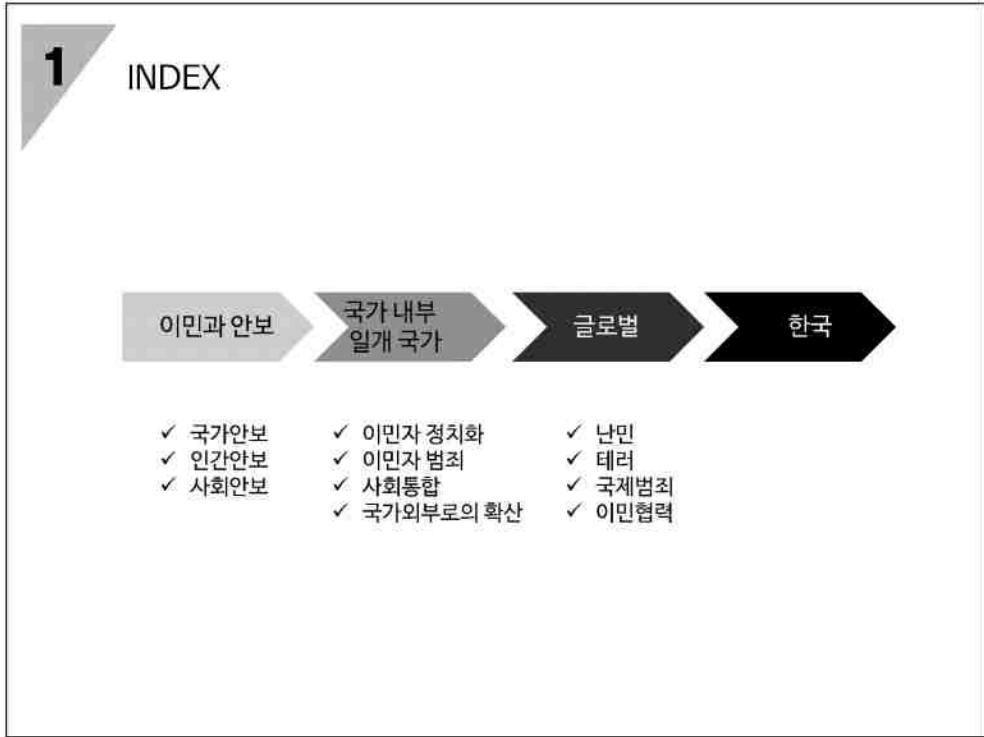
2016년도 한국이민학회 전기학술대회

인하대학교
이진영

김예지(대학원1학기) ppt 작성

목차

1. 이민에서의 안전 및 안보 논의의 대두
 - 9.11과 안보 논의의 시작
 - 2015년 '유럽 난민사태'와 '파리 테러'
2. 국가 내에서의 이민과 안보 논의
 - 무슬림 이민자와 안보 논의의 시작
 - 서구 사회 무슬림 이민자와 사회통합
 - 반(反)이민과 이민정책의 대두
3. 이민과 안보 논의의 국제적 확산
 - 난민과 국경 그리고 안보
 - 인간안보와 이주민 인권의 국제화
4. 이민자 범죄와 한국의 이민과 안보 논의
 - 이민자 범죄 및 외국인 범죄의 개념과 발생 이론
 - 한 국가 내의 이민자 범죄의 양상
 - 한국에서의 이민과 안보 논의와 외국인 범죄



국가 내에서의 이민과 안보 논의

무슬림 이민자

-장소: 서구 사회
-시기: 1960년대~

- ‘무슬림 이민자’의 정치화
 - 배경
 - ① 무슬림 이민자 증가와 세대교체
 - ② 사회경제적 차별 또는 배제
 - ③ 소련에 대립하던 국제정치
 - ④ 난민의 유입
- ‘이민+ 안보’의 정치화
 - 1988년 ‘살만 루시디 사건’
 - 2015년 ‘샤를리 엡도 테러사건’

사회통합

개별국가 → 유럽연합

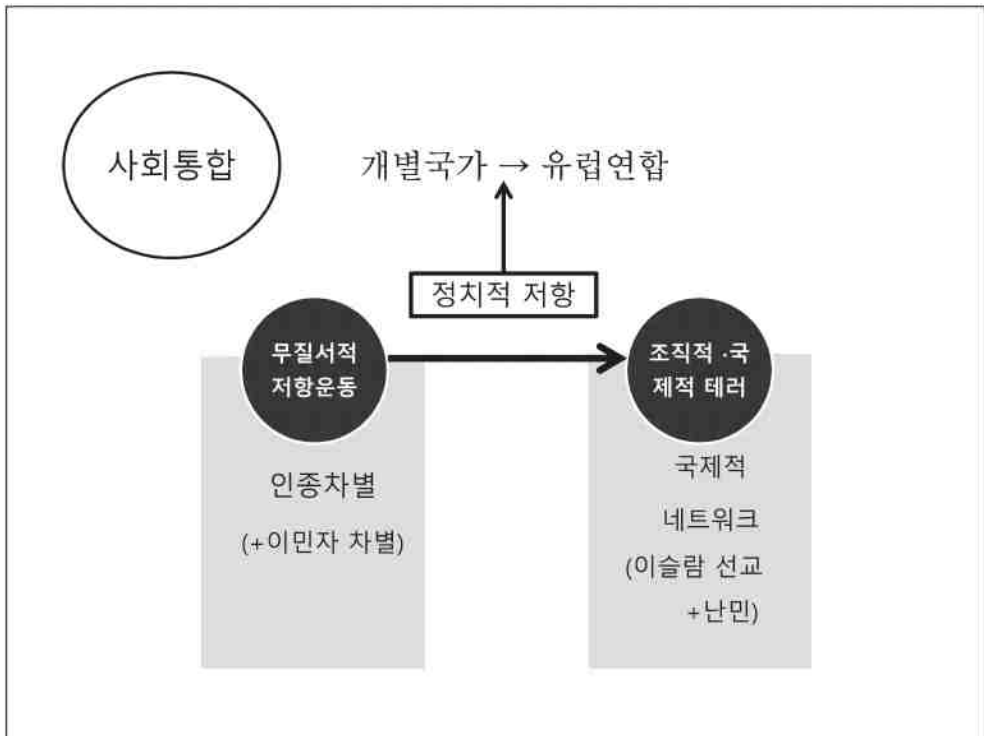
정치적 저항

무질서적
저항운동

인종차별
(+이민자 차별)

조직적·국
제적 테러

국제적
네트워크
(이슬람 선교
+난민)



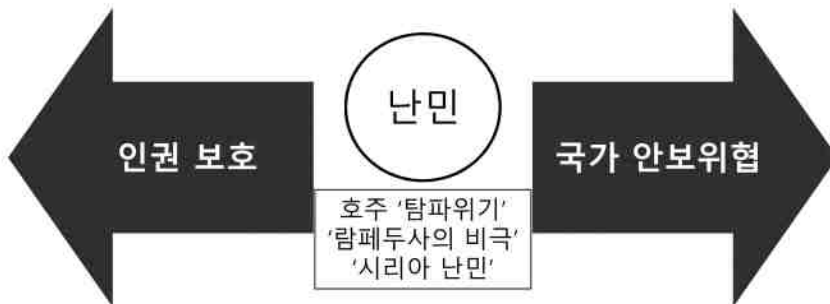
**반이민
운동**

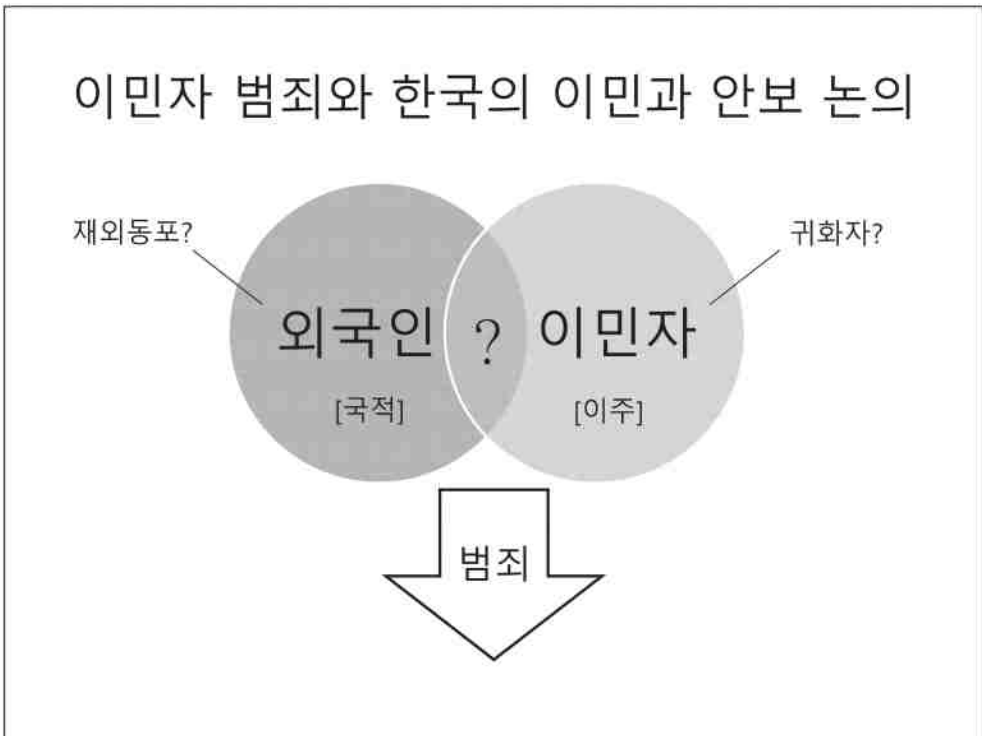
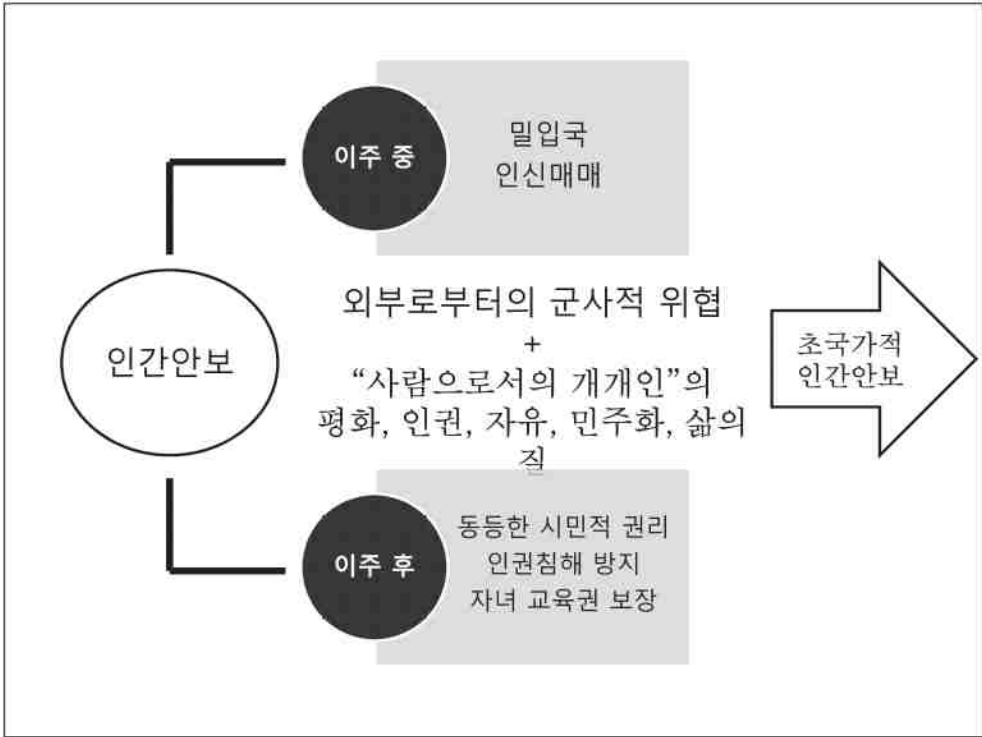
-장소: 서구 사회
-시기: 1970년대~

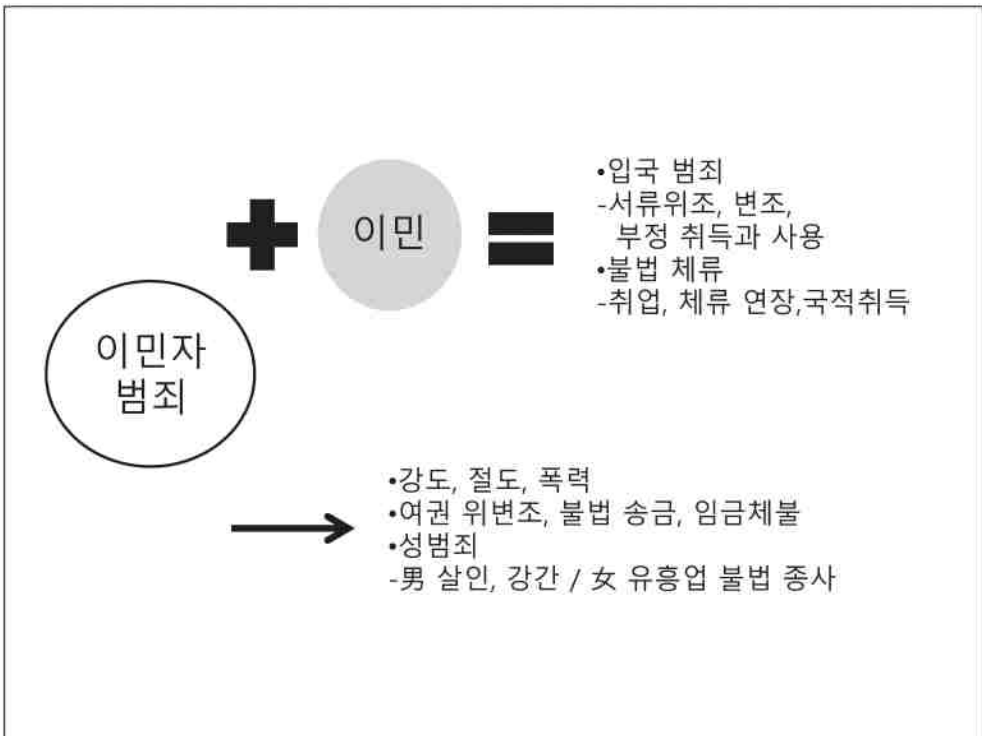
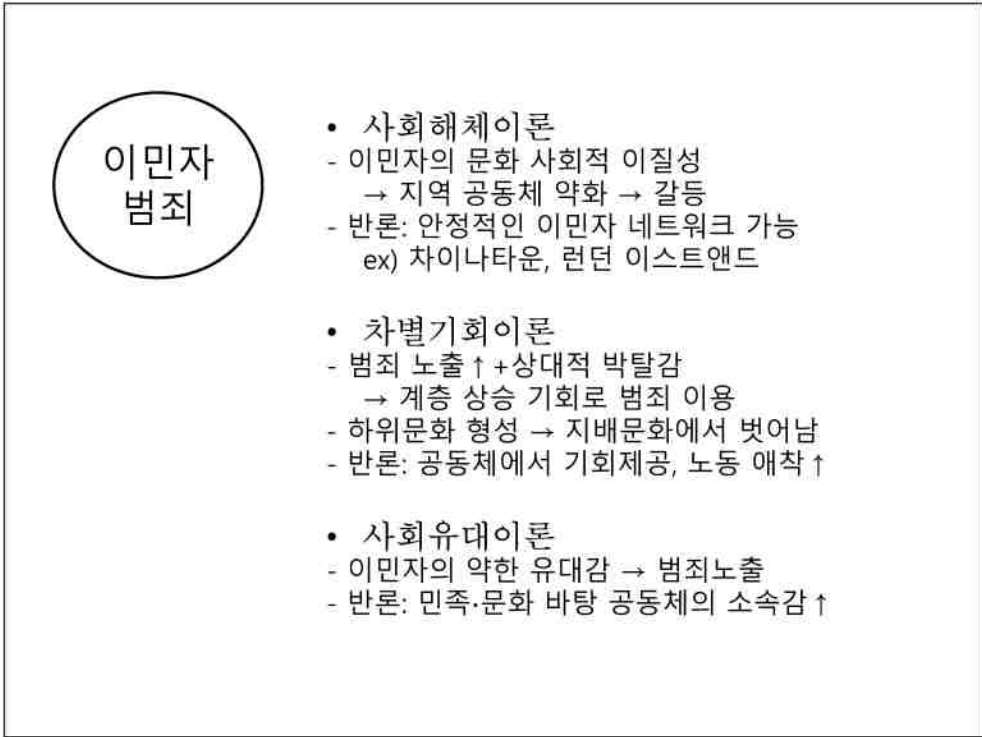
**반이민 정치
중요도 ↑**

국가	반(反)이민정치 현상
프랑스	-지방선거, 극우정당 국민전선(FN) 1위(2015) -통제 근거한 '이민 및 통합법' 제정(2006) 후 사르코지 재선성공(2007)
미국	도널드 트럼프, 이민자 비난과 반이민정책으로 지지기반 확보
폴란드	총선, 중도우파 법과정의당(PIS) '난민수용반대'하며 정권 탈환(2015)
스위스	총선, 우파 스위스 국민당(SVP) '이민자와 난민 제한' 주장하며 1위(2015)
덴마크	총선, 중도우파 자유당과 제2당 극우 덴마크 국민당이 정권 차지(2015)
영국	총선, '떼거리' 표현한 집권여당 압승(2015)
필란드	총선, 극우 진짜필란드인당 제2당 성공(2015)
스웨덴	총선, 극우 스웨덴민주당 제3당 성공(2014)
노르웨이	총선, 우파 계열 4개 정당 정권 차지(2013)

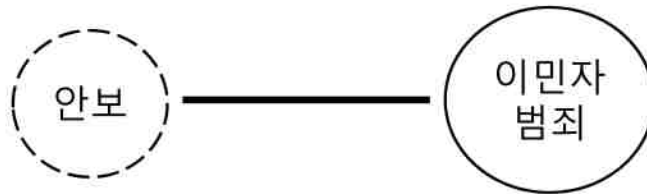
이민과 안보 논의의 국제적 확산







•한국에서의 이민과 안보논의

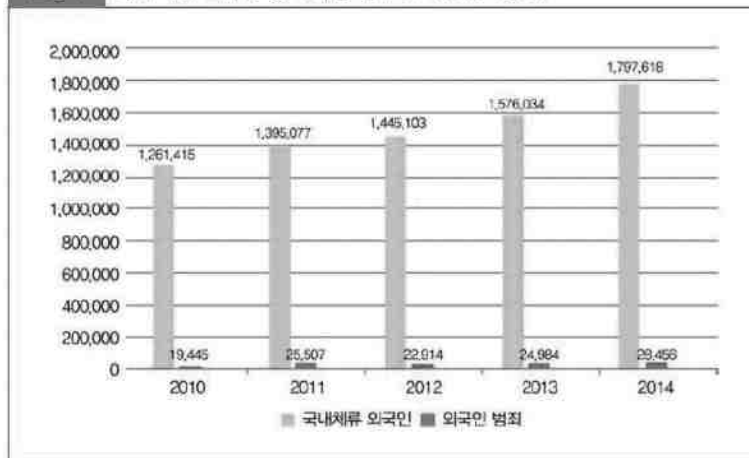


- 짧은 수용국 역사
- 재외동포의 높은 비중
- '대 테러 방지법'

- “외국인 범죄”
- 이민 정책의 중요성 ↑

• 한국에서의 외국인 범죄

그림 1 국내 체류 외국인 및 외국인 범죄 추이(2010~2014)



출처: E-나라지표.

표 1 외국인 범죄 유형별 건수 및 비교(2010~2014)

구분	2010	2011	2012	2013	2014
계	19445	25507	22914	24984	28456
살인	82	94	84	73	80
강도	191	143	141	104	74
강간	238	305	348	499	500
절도	1581	1643	1554	1743	1774
폭력	5533	7573	8073	8338	8641
지능범죄	2407	2466	2231	2299	2888
마약	689	216	221	200	312
기타	8724	13067	10262	11728	14187

출처: E-나라지표.

→ 한국인보다 낮은 범죄율, 일반 범죄 < 출입국·체류 범죄

9 INDEX



- ✓ 국가안보
- ✓ 이민자 정치화
- ✓ 난민
- ✓ 인간안보
- ✓ 이민자 범죄
- ✓ 테러
- ✓ 사회안보
- ✓ 사회통합
- ✓ 국제범죄
- ✓ 국가외부로의 확산
- ✓ 이민협력

[제4주제]

출입국관리행정과 법치주의 Border Control Administration and Rule of Law

이 희 정*

한국이민정책학회와 한국이민법학회가 출간한 「이민정책론」과 「이민법」교재는 우리 사회가 당면한 문제 중 하나 즉 외국인의 유입에 대해 어떤 태도를 취하고 어떻게 대응해야 할지에 대해 숙고에 기반한, 전략적이고 체계적인 그리고 정당성을 갖춘 접근의 기초자료가 될 수 있다는 점에서 의미가 크다. 이를 기념하는 양 학회의 공동학술세미나에서 책의 내용을 소개할 수 있게 되어 감사하다.

국가는 국경관리에 대한 주권을 명확하게 행사하고, 국민이 아닌 외국인은 입국의 허용을 청구할 권리가 없고, 체류 중 활동 및 체류의 계속성에 대해서도 많은 제한을 받는다. 따라서 국민을 대상으로 하는 행정에 적용되는 법치행정의 원칙, 즉, 민주적 자동성의 원리에 의해 뒷받침되는 사전에 정립된 규범에 의한 예측가능한 행정, 그리고 그 규범을 위반하였을 경우 권리구제절차의 보장이 출입국관리행정에 대해서도 그대로 적용되기 어려운 점이 있다. 그러나 세계적으로 인적 이동의 증가와 함께 우리나라에도 입국·체류하는 외국인이 늘고, 인구구조의 변화로 인해 일정 유형의 이민에 대해서는 문호를 개방하자는 주장도 있는 상황에서 외국인에 대한 합리적 출입국관리행정은 필수적인 목표이다. 단지 외국인의 권리를 보호하기 위해서만이 아니라 국가의 영구적, 일시적 구성원에 대한 관리라는 차원에서 그러하다. 또한 출입국관리법과 하위 법령은 물론 법무부 출입국·외국인정책본부에서 사증이나 체류에 관해 발간하는 매뉴얼 등 출입국행정을 규율하는 실정법제가 존재하고, 이를 근거로 개별·구체적인 출입국행정작용의 위법성을 다투는 소송도 증가하고 있다. 따라서 출입국관리행정의 특징에 맞는 법치행정의 모델을 정립하는 것이 법학의 당연한 소임이다.

* 고려대학교.

이를 위한 기초작업으로 「이민법」 제4, 5, 6장에서는 외국인의 입국, 체류, 출국을 관리하는 행정작용을 규율하는 법제도 및 그에 대한 법해석과 법이론적 쟁점들에 관해 정리하였다. 제7장은 이러한 행정작용으로 인한 권의 침해가 있을 경우 그 보호방안에 대해 행정절차와 행정쟁송 그리고 헌법재판을 통한 구제수단을 개관한다.

제4장에서는 외국인의 입국을 규제하기 위하여 출입국관리법이 어떠한 기준과 수단을 정하고 있는지를 살펴보는데, 그에 앞서 여러 나라들의 입국규제 모델들을 간략히 개관하여 대륙형과 섬나라형으로 유형화된 모델을 소개한다. 또한 입국에 관한 국민의 귀국권과 같은 법적 지위와 외국인의 법적 지위를 비교함으로써 차이를 명확히 보여준다. 그리고 우리나라의 출입국관리법상 법무부장관 등 여러 공적 역할 수행자들을 통해 안전한 국경질서의 확립을 도모하도록 하는 제도인 사증, 여권, 입국허가, 입국금지 등에 대해 살펴본다. 입국을 허가하는 일련의 절차로 이루어지는 사증 발급과 입국허가 각각의 법적 성질, 양자의 관계, 적법성 통제의 가능성 등과 같은 법적 쟁점은 국내의 일반적 행정작용과 매우 다른 특수성을 보여준다. 국민의 주권 행사라는 특수성을 반영하면서도 외국인 및 관련하여 영향을 받는 국민들의 이익을 위해 합리적 입국규제가 될 수 있도록 하는데 필요한 이론구성을 시도한다.

다음으로 제5장에서는 외국인이 국내에 체류하는 형식을 결정하는 체류자격의 유형 및 이민정책과 관련된 의의를 살펴본다. 체류자격의 유형은 외국인의 체류에 대한 소극적 관리뿐만 아니라 적극적 이민정책을 위해서도 기본적인 수단이 된다. 그 중요성에 비추어 볼 때 출입국관리법에서 이를 직접 규율하고 있는 내용은 지나치게 빈약하며, 향후 국회 차원의 논의가 필요한 사항에 대한 법체계적 정비가 필요하다. 외국인의 체류를 관리하는 행정절차로서 체류자격의 부여 및 변경, 체류기간의 변경 등 제도를 살펴본다. 그리고 적법하게 체류하는 외국인의 등록제도에 관해 살펴본 후, 「재한외국인 처우 기본법」상 외국인의 처우에 관한 사항 및 지방자치법 등 개별법상 외국인의 정치적·사회적 법적 지위를 살펴본다.

제6장에서는 외국인의 출국에 관한 법률관계, 특히 강제출국에 관한 법률관계를 살펴본다. 현행 출입국관리법에서는 출입국관리 위반, 체류관리 위반 등의 사유로 외국인을 강제로 출국시킬 수 있도록 규정하고 있다. 강제출국의 방식에는 강제퇴거, 출국명령, 출국권고가 있다. 더불어 강제출국 과정에서 외국인에 대한 인신구속(‘보호’)이 수반되는 경우가 종종 있다. 영장주의, 구속적부심 등 헌법상 신체의 자유를 보장

하기 위한 장치가 외국인에 대한 보호에 있어서도 보장되어야 하는지 함께 검토한다.

제7장에서는 외국인의 출입국과 체류의 관리를 위한 일련의 행정작용의 과정에서 위법하거나 부당한 행정작용이 있게 될 경우 외국인의 권익을 보호받을 수 있는 수단을 검토한다. 사전적 절차인 행정절차와 사후적 절차인 이의신청, 행정심판, 행정소송, 헌법상 권리구제수단을 차례로 살펴본다. 행정절차와 관련해서는 행정절차법의 적용이 배제되는지의 문제가, 행정심판·행정소송에 관해서는 입국·체류·출국에 관한 행정청의 조치가 재송의 대상인 처분이 되는지의 문제가 집중적으로 논의될 것이다. 헌법상 권리구제수단으로는 헌법소원과 위헌법률심판 제청신청이 다루어진다.

이상과 같은 내용은 출입국관리행정에 필요적절한 법치의 모델, 그 실현의 정도 및 향후의 개선방향 등에 대한 시사점을 얻을 수 있는 기초자료가 될 수 있다. 앞으로 이민법학의 체계적 연구를 위한 기회가 계속 주어져, 이 책이 더 깊이 있는 연구서로 발전할 수 있기를 기대한다.

노동이민과 외국인력 정책

이 규 용*

제1장 머리말

제2장 노동이민의 공급과 수요

제3장 노동이민의 추세와 외국인력정책

제4장 노동이민의 영향과 외국인력 정책

제5장 전망과 과제

제1장 머리말

노동이민(labor migration)이란 한 나라의 국민이 취업을 목적으로 다른 나라로 일시적 또는 영구적으로 이주하는 것을 의미한다. 노동이민의 개념은 이주근로자와 유사하다. 이주근로자(migrant workers)는 국경을 떠나 타국에서 경제활동에 종사하는 사람을 의미한다. 따라서 이주근로자는 반드시 취업목적의 노동이민자만 해당되는 것은 아니다. 준영구적 또는 영구적으로 이주한 많은 사람들이 취업활동에 종사하고 있으면 이들도 이주근로자에 포함되기 때문에 이주목적에 따른 체류자격별로 파악한 노동이민자와는 개념적으로 차이가 있을 수 있다. 한편, 이주근로자와 유사한 개념으로 외국인력 또는 외국인 근로자(foreign workers)가 있다. 양자는 같은 개념으로 통용되기도 하지만 외국인 근로자가 국적을 기준으로 구분하고 있다는 점에서 차이가 있다.

노동이민은 이민의 수요와 공급에 의해 영향을 받지만 수요 측의 요청이 있어야 유입이 가능하다는 점에서 수요국가의 노동이민정책이 중요하다. 이 글은 노동이민의

* 한국노동연구원.

성격을 살펴 보고 이러한 노동이민을 규율하는 외국인력정책의 주요 쟁점들에 대해 논의하고자 한다.

제2장 노동이민의 공급과 수요

1. 노동이민의 공급

국가 간 노동이동을 설명하는 경제학 이론으로 신고전학과 이론이 있다. 신고전학파는 이주노동의 공급을 비용과 편익에 기초하여 설명하고 있다. 핵심개념은 인적자본(human capital)에 대한 투자로 사람들은 교육이나 직업훈련에 투자하듯이 이주에 투자할 결정을 내리게 된다(스티븐 카슬 외, 2013:56). 이동에 따른 편익의 현재가치가 금전적 비용과 비금전적 비용을 초과하면 사람들은 일자리를 바꾸거나 이동을 하거나 또는 두 가지 모두를 선택하게 될 것이다. 이동의 순편익(net benefit), 즉 편익에서 비용을 뺀 값의 현재가치의 크기가 이동에 대한 의사결정에 영향을 미친다. 이를 식으로 나타내면 다음과 같다(Ehrenberg and Smith: 2004). 노동이동에 따른 순익의 현재가치는 새로운 직업으로부터 얻는 효용이 클수록, 이전의 직업으로부터 얻는 효용이 적을수록, 이주에 따른 비용이 적을수록, 새로운 직업이나 새로운 지역에서 일할 것으로 예상되는 기간이 길수록 커질 것으로 예상된다. 즉 지역적 노동이동을 고려할 때 상대적으로 가난한 지역으로부터 부유한 지역으로 이동할 가능성이 크다.

$$\text{순편익의 현재가치} = \sum_{t=1}^T \frac{B_{jt} - B_{it}}{(1+r)^t} - C$$

단, B_{jt} = t 년에 새로운 일자리 j 로부터 얻는 효용

B_{it} = t 년에 과거의 일자리 i 로부터 얻는 효용

T = j 일자리에서 일할 것으로 기대되는 기간

r = 시간할인율

C = 이동에 따른 효용손실(금전적 비용과 비금전적 비용)

이 이론이 함의하는 바는 이주가 인적자원의 변화를 야기한다는 것이다. 이민자가 떠나는 지역과 도착한 지역이 다르기 때문에 두 곳에서 벌 수 있는 소득 수준도 다르다. 가령, 어떤 사람이 한 지역에서 시간당 1만 원을 받는데, 다른 지역으로 이주하면 같은 노동조건에서 시간당 2만 원을 받는다고 하면 이주를 함으로써 인적자원이 두 배로 증가한다. 따라서 이주도 교육훈련과 더불어 인적자원을 증가시킬 수 있는 방법으로 설명한다.

Sjaastad(1962)의 모델에 의하면 어떠한 사람이 더 쉽게 이주할 가능성이 있는가를 이론적으로 예측할 수 있다. 첫째, 두 지역 간 이동을 통해 더 많은 임금을 획득하는 사람이 그렇지 않은 사람보다 이주를 선택할 가능성이 클 것이다. 전문기술력을 가진 근로자의 경우에는 이동에 따른 임금차가 비숙련 근로자 보다 크기 때문에 같은 비용을 들여 이주를 한다고 가정하면 전문기술력을 가진 근로자가 국제 이주를 할 가능성이 높다고 할 수 있다. 둘째, 두 지역 간 임금차가 같은 근로자 사이에서도 상대적으로 젊은 근로자가 나이가 많은 근로자보다 이주할 가능성이 높다. 왜냐하면, 같은 이주비용을 들인다 할지라도, 더 오랜 기간 동안 노동이 가능한 젊은 이주자의 순편익의 현재가치가 높기 때문이다(이규용 외, 2005: 35~36).

이러한 신고전파의 인적자본이론은 이주결정에 대한 이론적 틀을 제공하지만 개별 이주자들이 특정 국가를 선택하는 구체적 행태는 설명하지 못한다. 또한 이동하고자 하는 이주자의 존재는 필요조건일 뿐 충분조건은 아니다. 이주자가 타국으로 이동하기 위해서는 이들에 대한 타국의 수요가 전제되어야 하며, 제도적으로 이들의 유입을 제약하지 않아야 한다.

2. 노동이민에 대한 수요

일반적인 노동이민의 형태를 보면 저개발 국가에서 개발국가로의 저숙련 이동이 많은 비중을 차지한다. 이러한 노동이민은 상호간의 필요(needs)를 충족시킨다. 저개발 국가에는 취업을 원하는 젊은 노동력이 많아서 잉여 노동력을 수출할 '필요'가 있는 반면에 개발국가 또는 선진국에서는 노동시장에 진입하는 젊은 노동력이 감소하고 있어서 늘어나는 일자리를 채우지 못하거나 특정 부문에서의 인력부족을 자국민의 노동공급으로 충족시킬 수 없어서 노동력을 수입할 '필요'가 생긴다. 외국인력에

대한 수요는 단순히 인구학적인 요인에만 의존하는 것은 아니며 사회적 현상과도 관련이 있다. 개발국가에서 저숙련 노동력에 대한 수요는 특정 산업 분야의 저임금, 열악한 노동환경, 낮은 사회적 지위에 의해 발생하며 이는 내국인의 노동력이 절대적으로 부족해서라기보다는 해당 일자리를 기피하기 때문이기도 하다(스티븐 카슬 외, 2013).

이주노동에 대한 수요를 결정하는 요인은 인구학적 측면과 구조조정 측면의 두 가지로 분류할 수 있다. 첫째, 인구학적인 측면에서의 차이이다. 개발도상국의 경우 출산율이 높아 생산연령인구(15~64세)의 비중이 급격히 증가하고 있는 반면에 고용의 기회는 적어 실업이 증가하는 경우가 많다. 따라서 국가적으로는 노동력의 공급 과잉을 완화하기 위해서 그리고 근로자 개인적으로는 취업의 기회를 얻기 위해서 외국으로 노동이동을 하고자 하는 유인을 갖게 된다. 반면에 선진국은 일반적으로 출산율이 낮고 고령화의 진전으로 인해 생산연령인구의 비중이 감소함에 따라 노동력이 부족한 실정이며 이에 따라 외국인력에 대한 수요가 발생한다.

둘째, 경제일반의 실업률과는 상관없이 산업 구조조정의 측면에서 경쟁력을 상실한 산업이나 근로조건이 열악한 산업 등에서 지속적으로 노동력 부족을 경험하는 경우가 있다. 경제 전체적으로는 실업률이 지속적으로 높은 수준을 유지하고 있음에도 불구하고, 이른바 3D 업종이라고 일컬어지는 부문을 중심으로 노동력의 확보가 어려운 산업이 동시에 존재하는데 이들 산업에서는 인력부족을 완화하기 위해 해외로부터의 노동력 수입을 기대하는 경향이 강하다.

경제 전반적인 실업의 존재와 특정 부문에서의 노동력 부족이 동시에 존재하는 상황이 나타나게 된 원인에 대해 뵈닝(Böhning, 1984)은 내국인 근로자들의 생활수준 향상과 전통적인 직업구조의 병존 현상에서 찾고 있다. 즉 생활수준은 지속적으로 빠르게 향상하였지만 경제발전이 전통적인 직업구조를 온존시킨 채 이루어졌다는 것이다. 따라서 사실상의 완전고용이 달성된 상태에서 이루어진 생활수준의 향상은 기대수준과 자질이 향상된 근로자들과, 육체적으로 고되고 금전적 보상도 적은 일부 직종을 공존시키고, 젊은 근로자들이 하위직종을 떠나 보다 나은 직업을 갖게 될 가능성을 높였다는 것이다. 그 결과 근로자들은 열악한 근로조건을 가진 직장에 가지 않고 차라리 실업을 선택하게 되는 것이다. 이러한 근로자들의 생활방식의 변화는 노동력의 재생산에 많은 차질을 가져오며, 기업은 저임금과 열악한 근로조건에 개의치 않는

노동력의 수입을 선호하게 된다(유길상 외, 2001:12).

물론 이주근로자를 활용하는 대신 인력부족문제를 해결하는 다양한 방법이 있다 (Rush 2010). 첫째, 노동시장 정책이다. 임금수준을 높이거나 근로조건을 향상시켜 미취업자의 고용을 촉진하는 방안이나 기존 인력들의 근로시간을 증가시키는 방법을 선택할 수 있다. 둘째, 기술집약적 또는 자본집약적으로 생산방식을 변화시키는 방법이다. 셋째, 노동비용이 더 낮은 국가로 생산기지를 옮기는 것이다. 넷째, 생산품이나 서비스를 덜 노동집약적인 분야로 바꾸는 것이다.

그러나 현실적으로 이러한 방법들을 즉각적으로 사용하는 것은 쉽지 않으며 업종이나 직종에 따라서는 가능하지 않은 경우도 있다. 경제학 이론에 따르면 일시적인 인력부족 문제는 임금이 조정됨으로써 해결 할 수 있으나 현실적으로 노동공급의 임금탄력성은 산업이나 직종, 그리고 근로자 특성에 따라 다르다. 어떤 부문에서는 일정 수준의 임금인상이 내국인 근로자의 노동공급을 증가시키는데 충분할 수 있지만 다른 산업에서는 상대적으로 일의 난이도나 열악한 근무환경 등으로 인해 그렇지 못할 수 있다. 또한 노동집약적 산업의 경우 이윤의 감소나 상품가격, 예산제약, 산업 부문 내에서의 경쟁 등의 문제로 임금을 쉽게 인상하지 못하는 어려움이 있다. 생산방식의 특성상 기술 또는 자본집약적인 형태로 변경하는 것이 어려운 업종들이 있다. 농업이나 음식업, 건설업, 사회서비스 분야 등은 주로 저임금 노동에 의존하고 있으며 이들 부문에서 다른 여건이 일정할 때 임금을 상승시키는 것이 쉽지 않으며 서비스 분야의 경우 노동집약적 특성을 갖고 있어 생산방식의 변경이 어렵다. 이러한 이유 등으로 외국인력의 활용은 단기 인력부족에 대응한 매우 매력적인 방안이며 산업화가 진행된 나라일수록 고용주들의 외국인력에 대한 의존성은 높아지는 경향이 있다.

산업구조가 고도화되면서 저숙련 일자리는 선진국으로부터 후진국으로 이전되어 왔지만 모든 저숙련 직종을 저임금 국가로 수출할 수는 없다. 특히 건설업, 숙박업, 음식업 등은 고객이 거주하는 곳에 있어야 하기 때문에 이 분야의 인력부족은 외국인력에 대한 수입을 필요로 한다. 또한 지속적인 저출산 현상으로 저임금 일자리에 대한 노동공급의 감소는 이들 부문에서의 인력부족을 심화시켜 이주노동에 대한 수요확대로 나타나고 있다.

이상과 같이 인구변동이나 산업구조의 변화, 국가 간 임금격차는 국가 간 노동이동

을 촉진 시키는 기제로 작용하여 왔으며 이러한 현상을 향후에도 지속될 전망이다.

제3장 노동이민의 추세와 외국인력정책

1. 노동이민의 흐름: 전 세계적인 경향

국가 간 노동이동은 산업화과정과 궤를 같이 하고 있다. 제2차 세계대전 이후 선진국에서 대규모 자본을 통한 투자집중과 생산의 확대에 의해 비전문 외국인력에 대한 수요가 급증하였다. 이에 따라 1973년 석유위기 이전까지 제조업, 농업 등 전통적인 노동집약산업에서 초청노동자(단기순환)의 유입확대가 이루어져 왔다. 1970년대까지 OECD회원국으로 이주한 노동이민자는 대부분 저숙련 근로자였다. 이들은 사업장 및 지역별 이동에 제약을 받았으며 가족동반도 금지되었다.

그러나 1970년대를 거치면서 생산기지의 해외이전, 기술혁신에 따른 제조업 분야에서의 생산직근로자에 대한 수요구조의 변화, 서비스 부문의 확장 등으로 기존의 저숙련 외국인력 정책은 변화가 나타났다. 저숙련 인력의 대량유입은 금지되었으나 기존에 유입된 외국인 근로자들은 정주화하기 시작하였고 가족초청이 이루어져 이민사회를 형성해 나갔다.

1990년대 이후 급격한 출산율의 저하, 그리고 저숙련 직종의 해외이전의 한계, 숙박업, 건설업, 식당 등에서 인력부족이 심화됨에 따라 2000년대 들어 이주 규모는 다시 급격히 증가하기 시작했다. 이는 인구변동에 기인하는 바가 크다. 생산가능인구가 감소하고 노년부양비가 증가하고 있는 추세는 아시아, 아프리카, 남미 등으로부터 인구가동을 촉진시키고 있다. 국제화에 따른 영리활동의 기회와 고용기회가 계속해서 증가하였으며, 고숙련 근로자의 경우 이러한 경향은 더욱 두드러졌다. 많은 국가에서 고숙련 근로자에 대해 입국 시 특혜를 주는 제도를 도입했다. 반면, 저숙련 이주근로자에 대한 수요는 계속 부정하면서도 제한적인 단기이주 및 계절적 이주근로자 고용 계획이나, 서류미비 이주자를 활용하여 수요에 충당하였다. 저출산 현상이 가속화되면서 생산가능인구의 감소 및 고령화는 노년 부양비의 증가로 이어져 이민에 대한

수요는 지속적으로 증가할 전망이다.

2013년 기준으로 21개 OECD 국가의 총 인구 약 7억 5천만 명 중 해외출생 이민자¹⁾는 11.7%로 약 8천 8백만 명이다. 해외출생 이민자의 규모로 보면 미국이 약 4천 1백만 명으로 가장 많으며, 두 번째가 독일 1천만 명 순이다(OECD, 2015). 그리스, 스페인, 이탈리아와 같은 남유럽국가의 경우 이민자의 40~50%가 고용을 목적으로 이주를 한 사람들인 반면, 네덜란드, 독일, 프랑스 등 서유럽국가의 경우에는 고용을 목적으로 한 이민은 10~14% 정도이고, 가족이민이 50~70%를 차지한다. 1950~1970년대 한시적 활용을 목적으로 저숙련 이주근로자를 대규모로 받아들였던 서유럽국가들은 한시적 이주근로자들이 장기체류 또는 정주하게 됨에 따라 이들의 가족재결합, 가족형성(본국출신 배우자를 맞이함)으로 인한 가족이민이 지금까지도 계속 되어 노동이민보다 훨씬 더 큰 비중을 차지하게 된 것이다(이규용 외, 2014:126).

<표 9-1>은 2000년 이후 OECD국가들의 이주근로자 규모 및 이들이 전체 노동인구에서 차지하는 비중을 보여주고 있다. 노동력인구 기준은 국가별로 다소 차이가 있으나 15-64세 기준이며 이주근로자는 해외출생자를 기준으로 하고 있는데 표에서 보듯이 이주근로자의 규모도 크게 증가하고 있음을 알 수 있다.

<표 1> OECD국가들의 해외출생 노동력(foreign-bom labour force) 추이

(단위 : 천 명, %)

	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
호주	..	2,360.2	2,397.1	2,450.6	2,502.0	2,584.0	2,663.1	2,778.9	2,914.9	3,061.7
	..	(24.5)	(24.6)	(24.7)	(24.9)	(25.0)	(25.2)	(25.8)	(26.5)	(26.9)
오스트리아	474.2	514.9	507.3	557.3	584.6	624.6	662.0	695.4	682.8	686.7
	(12.4)	(13.5)	(13.3)	(14.3)	(15.3)	(15.6)	(16.2)	(16.8)	(16.3)	(16.3)
벨기에	454.6	456.7	489.1	499.3	512.1	535.9	569.8	498.6	473.8	656.7
	(10.4)	(10.7)	(11.3)	(11.4)	(11.5)	(11.7)	(12.3)	(10.6)	(10.0)	(13.8)
캐나다	..	3 150.8	3,634.8
	..	(19.9)	(21.2)
덴마크	154.4	161.0	167.1	175.3	188.1	202.7	204.7
	(5.4)	(5.9)	(6.1)	(6.4)	(6.6)	(6.8)	(6.9)
에스토니아	92.2
	(13.8)

1) 해외출생 이민자(foreign-bom migrant)는 해외에서 출생하여 유입국으로 이주한 이민 1세대로서 국적취득여부에 관계없이 본인의 이주경험을 중심으로 정의한다. 따라서 이들 중에는 외국 국적자와 귀화자가 모두 포함되는 개념이며, 해외에서 출생한 유입국 국민이 국내로 들어온 경우는 배제된다. 주로 OECD, EU의 이민자유형 분석에 많이 활용되는 개념이다.

핀란드	81.3	87.6	96.0	102.1	112.8	124.2	..
	(3.1)	(3.4)	(3.6)	(3.9)	(4.2)	(4.6)	..
프랑스				2,855.8	3,052.9	3,025.6	3,146.6	3,308.6	3,332.8	3,266.8
				(10.7)	(11.3)	(11.1)	(11.4)	(11.9)	(11.8)	(11.6)
그리스	266.6	290.3	338.2	349.4	402.7	421.7	400.2	426.6	477.7	575.9
	(5.9)	(6.5)	(7.4)	(7.5)	(8.5)	(8.9)	(8.3)	(8.8)	(9.8)	(11.8)
헝가리	66.8	55.2	54.8	77.0	85.2	78.9	73.8	73.7	89.8	94.0
	(1.7)	(1.4)	(1.3)	(1.9)	(2.1)	(1.9)	(1.7)	(1.8)	(2.1)	(2.3)
아일랜드	135.8	153.3	170.8	185.9	187.6	232.4	287.3	339.6	443.2	404.0
	(7.9)	(8.7)	(9.5)	(10.1)	(9.9)	(11.8)	(13.9)	(15.8)	(20.3)	(19.0)
이스라엘	943.4	931.0

이탈리아	1,907.2	2,094.6	2,245.0	2,546.5	2,787.2
	(7.9)	(8.6)	(9.2)	(10.3)	(11.3)
룩셈부르크	75.5	79.0	79.8	84.1	89.1	89.8	91.3	98.3	98.7	111.0
	(41.0)	(42.0)	(41.4)	(43.5)	(45.0)	(44.4)	(44.6)	(46.6)	(46.4)	(48.6)
멕시코	118.8	138.1	150.9	160.3	160.9	185.5
	(0.4)
네덜란드	895.3	867.9	932.0	906.0	929.1	968.1	931.4	949.4	989.4	996.5
	(11.2)	(10.7)	(11.3)	(10.9)	(11.2)	(11.6)	(11.0)	(11.1)	(11.4)	(11.5)
뉴질랜드	..	372.3	498.8
	..	(19.9)	(23.8)
노르웨이	138.1	139.9	153.3	163.2	166.4	173.5	186.9	817.0	215.3	239.8
	(6.0)	(6.0)	(6.5)	(7.0)	(7.1)	(7.4)	(7.8)	(8.4)	(8.5)	(9.5)
폴란드	58.8	55.9	50.9	43.2	51.7	49.7
	(0.4)	(0.3)	(0.3)	(0.3)	(0.3)	(0.3)
포르투갈	276.9	302.2	321.3	349.2	379.3	405.5	417.1	444.0	497.5	495.0
	(5.6)	(6.1)	(6.3)	(6.8)	(7.4)	(7.8)	(7.9)	(8.4)	(9.4)	(9.4)
슬로베니아	88.9
	(8.7)
스페인	804.4	1,085.5	1,448.4	1,832.6	2,240.7	2,782.0	3,229.6	3,719.8	4,132.6	4,229.2
	(4.5)	(6.1)	(7.8)	(9.5)	(11.2)	(13.4)	(15.1)	(16.9)	(18.2)	(18.5)
스웨덴	445.5	448.7	442.5	452.8	461.4	497.8	521.6
	(10.1)	(10.0)	(9.9)	(10.1)	(10.3)	(10.8)	(11.2)
스위스	1,007.4
	(26.3)
영국	3,081.0	3,340.0	3,678.0	3,698.0
	(11.0)	(11.8)	(12.6)	(12.9)
미국	18,028.5	18,994.1	20,917.6	21,563.6	21,985.2	22,421.6	23,342.9	24,777.8	25,085.5	24,814.6
	(12.9)	(13.4)	(14.6)	(14.8)	(15.1)	(15.2)	(15.6)	(16.3)	(16.4)	(16.2)

주: 괄호안은 전체 노동력인구 대비 비중을 의미한다.

자료 : OECD International Migration Outlook(2011), 2012년 보고서부터 stocks of foreign-born labour force 통계는 누락되어 있다.

2. 외국인력정책의 역사적 전개

1920년대 이후 선진 공업국들은 해외이민 유입에 대한 규제를 강화하는 한편, 부족한 노동력은 단기 노동계약에 의한 이주 근로자의 유입을 통해 해결하려 하였다.

단기 노동이주자를 일컫는 개념으로 해외이주 근로자(migrant workers)·외국인 근로자(foreign workers)·초청 근로자(guest workers) 또는 출가 노동자(出稼勞動者) 등 다양한 용어로 사용되고 있다. 용어는 다양하지만 그 의미는 ‘일정 기간 다른 나라에 가서 돈벌이를 하는 사람’으로 정의할 수 있다. 또한 그들이 장기체류하는 경향이 증가하고 영연방 국가 출신과 같이 내·외국인의 구분이 애매한 경우가 있으며, 개인의 교체는 빈번할지라도 이 집단 자체는 사실상 영속적으로 존재한다는 점을 중요시하여 이주근로자(immigrant workers)라고 명명하기도 한다(Castles and Kosack 1985; 설동훈 1999).

이 절에서는 주로 1920년대 이후부터의 외국인력 정책의 역사를 살펴본다. 유럽의 선발 이민 국가들은 필요 인력의 확보를 위해 다양한 외국인력 정책을 사용하였으며, 이 틀은 후발 국가인 아시아 지역에서도 변용되어 적용되었다. 여기서는 유럽 및 아시아에서 시행되어 온 외국인력 유입정책의 역사의 출발점을 중심으로 살펴보고자 한다.

가. 유럽 및 미국 등 선발 이민국가

미국은 1913년 미국 노동부가 설립되어 이민자의 고용관련 업무를 담당하기 시작하였고, 제1차 세계대전 중에는 근로자를 동원하고 해외인력을 유입하는 역할을 수행하였다. 1920년대 이민법 개정으로 유럽으로부터의 이민규모가 급격히 감소하자, 미국 노동부는 멕시코·카리브 해 국가 및 캐나다 등 인접국으로부터 단기간 노동력을 조달하는 정책을 실시하였다. 이주근로자의 유입은 제2차 세계대전이 종료될 무렵부터 한층 더 강화되기 시작하였다.

유럽에서는 1, 2차 세계대전 이후 산업화가 빠르게 진전되면서 단기 이주근로자를 노동력의 원천으로만 받아들이고, 계약기간이 만료되거나 필요가 없어지면 모국으로 되돌려 보내는 방식이 많이 활용되어 확산되어 왔다. 제2차 세계대전 종전 후부터 1950년대까지 유럽에서는 전후 복구사업이 활발히 진행되었고, 전쟁으로 막대한 전사자 및 부상자가 발생함에 따라 경제활동인구가 절대적으로 부족한 상황에 직면하여 이에 대한 처방으로 이주근로자 도입정책을 적극적으로 추진하였다. 이에 따라 1958년 1월 1일 서독·프랑스·이탈리아·벨기에·네덜란드·룩셈부르크의 6개국에 의해 발족된 EEC 유럽경제공동체(European Economic Community: EEC)에 속한 국

가들 사이에서는 비교적 자유롭게 노동력 이동이 이루어질 수 있었고, 이탈리아는 대표적 노동력 송출국이 되었다. 노동력 부족을 해결하기 위하여 프랑스, 독일(서독) 등에서는 이주근로자 유입정책을 지속적으로 추진한 데 반해, 영국은 1920년대에 수립된 보호주의적인 외국인 도입규제정책을 계속 견지하였다.

이주 근로자의 도입국과 송출국의 관계를 비교해 보면, 유럽의 외국인력 활용정책은 두 가지 양상이 나타났다. 하나는 과거 식민지였던 국가들에서 영국·프랑스·네덜란드로의 이민이고, 다른 하나는 일반적인 이주근로자의 충원이다(Castles and Kosack 1985: 488). 대부분의 서유럽 국가들은 단기계약 이주근로자의 충원에 의존하였고, 영국도 1962년 「영연방이민법」을 통해 과거 식민지였던 국가로부터의 이민자 유입을 중단한 후에는 ‘이주근로자’의 비중을 높였다.

독일(서독)과 프랑스의 이주근로자 충원 및 관리 정책은 다음과 같은 4가지 특징을 갖고 있다. 첫째, 이주근로자 도입계약은 송출-유입 양국 간의 쌍무협정에 의하여 체결되고, 둘째 정부가 이주근로자의 모집과 직업소개를 독점하여 국민의 이익을 고려하도록 하며, 셋째 ‘자국민 혹은 유럽공동체(European Community: EC) 회원국 우선 원칙’에 의하여 이주근로자가 취업할 수 있는 지역·직종을 제한하고, 넷째 이주근로자의 취업에 대해서는 유효기간 1년인 취업허가증을 발급하여 체류기간을 제한한다. 그리고 일정기간 체류한 이주근로자는 모국으로 돌려보내고 다른 사람을 받아들인다는 ‘교체순환정책’을 표방하였다.

유럽공동체에 속한 국가들에서 이주근로자의 도입은 1973년에 사실상 종결되었다. 1973년의 석유위기와 이에 따른 경기침체가 서유럽으로 확산되어 실업률이 높아짐에 따라 각국 정부는 이주근로자의 유입에 대하여 강력한 규제조치를 취하기 시작하였다. 영국과 프랑스는 1970년대 초반부터 이주근로자 유입규제정책을 펴다가 1974년부터 규제를 한층 강화하였다. 서독은 1973년에 이주근로자 모집을 전면적으로 중지하였고, 1974년부터 체류 허가제도를 도입함으로써 이주근로자의 출국을 강요하였다. 또한 1980년대 이후 각국은 불법 체류 근로자에 대한 단속을 강화하는 한편, 이주근로자의 귀국 장려정책을 펴기 시작하였으나 그다지 효과를 거두지 못하였다.

귀국촉진정책을 강력히 추진했음에도 불구하고 서유럽 여러 국가에 장기 체류 중인 외국인 수가 감소하지 않자, 한편으로는 이들을 자국 사회로 통합하려는 정책을 병행하기 시작하였다. 독일(서독)은 ‘8년간 중단 없이 합법적으로 취업한 외국인에게

는 무기한의 특별노동허가를 부여'(1978년)하고, '18세 전에 부모와 함께 독일(서독)에 입국한 이주근로자의 자녀로서 일정한 보통교육·직업교육을 이수한 자에게는 5년의 특별노동허가를 부여'(1980년)하였다. 또한 '독일 출생 외국인 3세는 자동적으로 독일 국적을 취득하고, 부모 중 한 사람만 독일인이라도 그 자녀는 자동적으로 독일 국적을 취득'(1999년)하게 하는 등 이주근로자의 신분을 안정시키는 한편, 그 자녀들에게 독일 국적을 부여하여 독일사회로 통합하려는 정책을 병행하는 방향으로 나아가기 시작했다.

나. 아시아의 후발 이민국가

싱가포르, 대만, 한국은 고용허가제를 실시하고 있는 대표적인 아시아 국가들이다. 1970년대 초부터 인력부족을 경험한 싱가포르는 외국인력을 제한적으로 도입하기 시작하였다. 처음에는 말레이시아 국적의 외국인력을 우선적으로 도입하였으나 인력난이 심화된 1970년대 후반 이후에는 도입 대상을 다른 국가로 확대하였다. 싱가포르는 전문기술 외국인력을 받아들이는 것을 장려하는 한편 단순기능 외국인력의 도입은 엄격히 통제하고 있다. 외국인력 도입규모와 관련해서는 총량규제를 하지 않고 '업종별 외국인력 고용상한비율'(dependency ceiling)을 정하여 통제하고 있다. 건설업, 제조업, 조선업, 서비스업(호텔 등), 가정부 등 심각한 인력부족을 겪고 있는 산업에 외국인력을 공급하되, 각 산업별 외국인력 상한선 규제를 통해 각 업종·직종별 단위 노동시장(개별 기업 사용자)의 외국인력 수요를 조절하고 있다. 싱가포르 정부는 불가피하게 단순기능 외국인력을 받아들이지만 이들에 대한 고용의존도가 높아지는 것을 방지하기 위하여 고용부담금(levy) 제도를 실시하고 있다.

대만은 1970년대부터 연평균 10%를 넘는 고도성장을 이룩하면서 시작된 인력난이 1980년대 중반에 들어 극심해지자 1989년 10월 정부부문 공공시설 공사에 외국인근로자의 취업을 허용하고 1992년 5월말에는 '외국인 고용허가 및 관리법'을 제정하여 민간부문에도 외국인 취업을 합법화하였다. 처음에는 제조업의 일부 업종 및 건설업 등 6개 업종에만 외국인 취업을 허용되었으나 이후 간병인, 가정부, 선원으로 대상을 확대하였다. 대만도 싱가포르와 마찬가지로 업종별로 외국인력 고용상한 비율을 적용하여 외국인력을 통제하고 있으며 내국인 노동시장 보호를 위해 싱가포르의 고용부담금과 유사한 취업안정비 제도를 운영하고 있다.

한국은 1994년부터 산업연수생제도를 통해 연수생 신분으로 외국인력을 도입하기 시작하였다. 이 후 연수생 신분이 아닌 근로자 신분의 외국인력을 도입하는 고용허가제의 필요성을 지속적으로 제기하여 왔으며 이러한 노력에 힘입어 2004년 8월 17일부터 고용허가제가 시행되었다. 한국의 고용허가제는 대만이나 싱가포르와 유사한 외국인력 제도이지만 공공기관을 통한 외국인력의 공급체계방식을 갖추고 국내 인력수요에 부합하는 적격자의 선정 및 송출비리의 근절, 불법체류율이 높은 국가에 대해서는 인력쿼터를 줄이는 등 외국인력 고용관리 체계와 외국인력 송출규모와의 연계를 통한 국가별 쿼터 조절 및 송출국의 외국인력 관리를 유도하고 있다는 점에서 차별성을 갖고 있다.

제4장 노동이민의 영향과 외국인력 정책

1. 이민의 경제적 영향

이민은 유입국과 송출국에 다양한 영향을 미치며 여기에는 편익과 비용이 모두 포함된다. 송출국의 입장에서 보면 이민자의 송금, 투자, 기술이전과 같은 긍정적인 효과가 있는 반면에 노동력의 유출에 따른 경제적 손실이 발생한다.

유입국의 입장에서 보면 노동시장에서 인력 부족을 해소하고 산업 생산을 늘리는데 기여하며 이주자들이 장기 거주하는 경우 소비자로서의 역할도 커지므로, 이주근로자들이 그들 수입의 일부분을 소비한다면 노동에 대한 파생효과가 나타난다. 또 이주근로자들의 낮은 노동비용으로 인해 제품 공급이 증가하고, 이에 따라 제품의 가격이 하락하면 내국인들은 저렴한 비용으로 제품을 소비할 수 있게 된다. 이주근로자 유입으로 인한 경제적 편익 뿐 만 아니라 문화적 다양성을 고취시키는 효과도 있다.

이주근로자 수용에 따른 효과는 각국의 노동시장 상황에 따라 다르다. 노동시장에서 인력부족이 발생하고 있는데 이주근로자들이 그 부분을 채워준다면 편익은 매우 클 것이다. 그러나 실업이 만연해 있는데 이주근로자들이 낮은 임금과 통제하기 쉬운 노동력을 이점으로 노동시장에서 우위를 점하게 된다면 편익보다는 비용이 더 커질

것이다. 또한 이민자의 유입은 임금감소 또는 임금증가율의 억제, 실업, 주택, 취약인구, 범죄, 문화와 공동체 해체, 복지 지출, 공공서비스, 공공재정 등의 문제까지 광범위한 영향을 미친다. 나아가 정착한 이주근로자들이 은퇴 후 취약계층으로 전락할 경우 이들에 대한 사회복지비용 지출이 확대될 수 있다. 한편 이민자 2세들이 노동시장에 제대로 통합되지 않고 낮은 임금과 저고용률을 보일 경우에는 이민자의 유입에 따른 장기적 영향이 확대될 수 있다.

이주근로자의 유입에 따른 비용과 편익은 도입되는 이주근로자의 특성, 이주근로자의 노동시장 참여 형태, 이민관련 제도 등에 따라 달라지기 때문에 이들의 영향에 대한 분석을 통해 편익을 제고하기 위한 정책적 노력이 중요하다. 이주근로자의 유입에 따른 편익과 비용은 이주근로자의 숙련수준이나 체류형태, 즉 한시적 체류인지 혹은 영구적 체류인지에 따라 달라지기 때문에 이주근로자의 유입에 따른 편익과 비용은 이론적 논의와 실증적 분석이 뒷받침될 필요가 있다.

여기서는 이민의 경제적 영향에 대한 그 동안의 실증분석결과에 대해 간략히 소개하고자 한다. 이주근로자의 유입이 국민경제에 미치는 효과는 이주근로자의 숙련수준과 일에 대한 태도 등 이주근로자의 자질, 이주근로자가 고용되는 산업 및 업종, 내국인 근로자의 노동공급과 수요의 조건, 그리고 분석대상 기간(time horizon) 등에 따라 달라질 수 있다. 저숙련 이주근로자의 유입이 경쟁력이 없는 유입국의 한계기업의 구조조정을 지연시켜 장기적으로 고용 및 GDP에 부정적인 영향을 미칠 수 있고, 유입국의 빈곤계층의 일자리를 잠식할 수도 있다.

이주근로자 유입의 경제적 효과에 관한 실증연구들은 주로 임금이나 고용 등 노동시장 결과에 미치는 영향을 중심으로 분석이 이루어져 왔다. 이주근로자의 유입이 함축하는 직접적인 의미는 노동력의 공급 증가이고 그에 따른 일차적 영향은 임금인하 압력, 그리고 대체관계에 있는 내국인근로자의 고용감소 등 노동시장 결과라는 점, 그리고 이주근로자의 유입에 대한 반대의 주된 논거가 내국인 근로자들에게 미치는 부정적 영향이라는 점 등을 감안하면, 이주근로자 유입의 경제적 효과에 관한 평가가 주로 노동시장 효과를 중심으로 이루어졌다는 점은 이해할 만하다.

이주근로자가 유입국의 노동시장에 미치는 효과에 대해서는 부정적인 측면과 긍정적인 측면이 함께 주장되어 왔다. 노동시장이 1차 노동시장과 2차 노동시장으로 분단되어 있는 경우, 이주근로자의 유입에 따른 2차 노동시장에서의 임금하락은 2차 노동시장에

서의 내국인의 노동공급을 더욱 감소시켜 이주근로자의 수요를 증가시키는 효과가 있을 것이다(Layard et al., 1991, 이규용 외 2007:15).

이주근로자들이 생산을 확대하고 내국인의 이익을 증가시키는 효과는 본질적으로 노동공급을 증가하는 데에서 비롯되는 것으로 외국 인력의 도입은 임금수준을 평균적으로 하락시키는 효과를 갖는다. 그러나 전반적인 국내 임금에 미치는 효과는 매우 작으며 이는 이주근로자가 국내인력과 경합하거나 대체할 수 있는 범위가 좁은 데에 기인하다.

동일한 이유로 이주근로자가 국내인력과 경합하는 좁은 영역에서는 내국인의 임금에 상당한 영향을 미칠 수 있으며 이러한 영향은 어떠한 이주근로자가 유입되어 어떤 부문에 종사하는가에 따라 크게 달라진다. 미국의 연구결과에 의하면 이민자 유입이 국내 노동시장에 미치는 효과는 전체적으로는 크지 않으나 저학력이 대부분인 이주근로자와 경합하는 위치에 있는 미국의 저숙련 노동력의 임금과 일자리에 부정적인 영향을 끼쳤던 것으로 나타나고 있다.

현재 한국내 총 취업자 중 외국인 취업자 비중은 3%인데 이들 중 90% 이상이 저숙련 인력으로 일부 업종에 집중되어 있다. 이를 근거로 저숙련 노동시장에서는 이주근로자의 영향이 상당히 있을 것으로 추정되나 그 영향에 대한 평가는 분석자료의 제약 등으로 충분한 연구가 이루어지지 못하고 있는 실정이다. 우리나라에서 저숙련 이주근로자가 취업하고 있는 산업은 주로 제조업, 건설업, 음식숙박업이다. 저숙련 일자리에서 외국인이 증가하고 있다는 사실로부터 국내 저숙련 근로자의 지위가 악화되었다고 단정할 수는 없으나 개연성은 있다.

저숙련 일자리에 이주근로자의 공급이 증가한다면 이 분야의 임금은 하락하며 이에 대응하여 국내인력은 임금의 손실 없이 다른 일자리로 이동하였을 수도 있기 때문에 이주근로자에 의한 일자리 대체(displacement effect)가 반드시 국내 저숙련 근로자들의 노동시장에서의 지위를 악화시켰다고 볼 수는 없다. 그러나 이러한 직장이동을 포함한 조정과정에서는 내국인이 영향을 받았으며 일자리를 상실할 가능성이 있다.

이주근로자는 단순근로를 담당함으로써 내국인이 저렴한 가격에 서비스를 구매할 수 있도록 하며 결과적으로 후생수준을 높인다는 긍정적인 측면이 있다. 반면에 국내의 저숙련 노동력에 미치는 효과는 단순근로를 외국인 인력이 담당할 때 내국인이 보다 생산적인 다른 일자리로 이동할 수 있는지의 여부에 따라 달라진다.

일반적으로 청소, 경비, 음식점 분야에서는 대체될 수 없는 단순근로 일자리가 존재하며 임금은 소득증가에 따라 생산성과 관계없이 상승하므로 단순근로자도 경제성장의 혜택을 공유하게 된다. 그러나 이주근로자의 도입은 이러한 일자리의 임금을 국제가격 수준에 맞추어 하락하게 하므로 성장의 혜택이 분산되는 경향이 있다. 따라서 이주근로자의 국내 저숙련 인력에 대한 영향은 국내 저숙련 인력의 지위가 이주근로자 유입으로 어떻게 변화 하였는가로 판단하여야 한다.

한편, 이주근로자의 정규화가 진행될 경우 이에 대한 문제가 발생한다. 저숙련 이주근로자는 상대적으로 빈곤층이 될 가능성이 높으므로 이주근로자에 대한 사회복지 지출이 그들의 조세납부액을 초과하여 재정적으로 순 부담이 될 가능성에 대한 우려는 어느 국가에서나 존재한다. 사회복지 지출은 노령기에 집중되기 때문에 이주근로자가 재정적으로 순 부담이 되는가의 여부는 어떤 연령대의 이주근로자가 유입되는가에 의하여 주로 결정된다. 우리나라의 경우 현재는 동포를 제외한 이민자 대부분의 연령이 낮기 때문에 사회복지 지출 규모가 크지 않으나 장기적으로 이들이 고령화됨에 따라 사회복지지출은 증가하게 될 것이다. 따라서 이에 대한 대책을 마련할 필요가 있다.

요약하면 이주노동이 경제에 미치는 전반적인 결과에 대한 합의는 없다. 대부분의 연구들은 이주노동이 경제성장과 1인당 국민소득에 이득이 된다고 본다. 그러나 이주근로자와 일자리를 놓고 경쟁하는 근로자(주로 저숙련 노동자)에게는 불리할 수 있다고 주장한다. 이러한 논쟁은 쉽게 해결될 수 없으며 이주근로자를 고용하려는 고용주의 노력, 관련 제도의 정비 등을 통해 부정적인 영향을 완화시켜야 할 것이다.

2. 외국인력 정책의 유형

외국인력 정책이란 노동력으로서 이민자를 도입하는 정책을 의미한다. 외국인력을 도입하는 이유는 주로 인력부족의 해소, 생산가능인구의 확보, 국가 경쟁력 제고 등 다양한 목적에 기인하고 있다. 외국인력 도입 방식은 각 국의 경제 사회적 환경의 차이에 따라 다양하게 나타나고 있다. 이민이 국가 형성에 중요한 역할을 해온 전통적 이민국가와 경제적 수요에 따라 외국인력을 한시적으로 받아들여 온 국가의 외국인력 정책 기조는 다를 수밖에 없다. 많은 국가들은 서로의 성공과 실패를 교훈 삼

아 외국인력 관련 법제도 및 메커니즘을 발전시켜 왔으며 유사한 제도를 운영하고 있는 국가들에서는 제도 운영방식에서 수렴하는 경향을 보이기도 한다(Cornelius et.al. 2004; 이해경 2008; 2011).

외국인력 정책은 국가별로 상당한 차이가 있으나 유입국의 경제와 사회발전에 크게 도움이 되는 인력을 선별하여 활용하기 위해 노력하고 있다는 점은 공통적이다. 전문기술 외국인력과 고급 외국인력에 대해서는 적극적으로 유치하여 장기체류를 허용하고 있는데 비하여 저숙련 외국인력은 인력유입국에 장기적으로 부담을 지울 수 있고 산업구조 조정을 지연시킬 수도 있으므로 엄격한 규제를 통해 최소 규모로 한시적으로 활용하도록 하고 있다. 저숙련 외국인력은 내국인의 고용, 임금, 근로조건 등에 부정적인 영향을 미칠 수 있는 가능성이 크기 때문이다(유길상 외, 2004:5).

외국인력 도입정책을 크게 유형화하면 다음의 두 가지 유형으로 구분할 수 있다. 영주자로서 도입한 후 노동력으로 활용하는 방식인 정주형 이민자 도입과 비영주 형태의 노동력으로 도입하는 한시적 이민자 도입 정책이다. 미국의 경우 이민자가 처음부터 영주권을 받고 들어 올 수 있도록 허용하는 정주형 이민 국가이지만 특정 부문의 일시적인 근로자에 대해서는 한시적인 취업자격 제도를 운영하고 있기도 하다. 정주형 이민자 도입정책은 공급주도적 제도(supply-driven systems)라고 볼 수 있고 한시적 외국인력 도입정책은 수요주도적 제도(demand-driven systems)라고 볼 수 있다(유길상 외, 2004:3).

가. 정주형 이민자 도입

공급주도적 제도에서는 외국인력의 유입 과정이 인력공급자인 외국인 근로자에 의해 주도되며 외국인이 이주를 희망하면 이주를 희망하는 잠재적인 외국인 풀(the pool of potential immigrants)로부터 가장 양질의 외국인력을 선별하기 위한 유입국(host country)의 선별 절차(screening process)가 뒤이어 이루어진다(유길상 외, 2004:4).

캐나다와 호주, 뉴질랜드와 같은 전통적 이민국가들은 생산가능인구의 확보 차원에서 오랫동안 영주이민을 적극적으로 받아들여 왔다. 전통적 이민국가에서 영주이민제도는 전반적으로 생산가능인구의 확보를 목적으로 운영되고 있다. 영주이민은 수용 목적별로 크게 ① 경제·취업, ② 가족(재)결합, ③ 인도주의로 구분되고 있으며 최

근 가족(재)결합이나 인도주의보다 경제·취업 목적으로 수용하는 정주형 이민자 규모가 커지고 있다.

위 국가에서는 영주이민(permanent migration)을 희망하는 고급숙련 외국인력을 교육수준, 직업수행에 필요한 전문지식과 기술 언어능력, 연령, 기타 이주 후 성공적으로 적응하는데 영향을 미칠 수 있는 자산상태 등 제반 요소들을 점수화 하여 일정 점수 이상인 외국인에게만 이주와 취업을 허용하는 점수제(point systems)를 활용하고 있다. 점수제는 외국인력 유입 국가에 장기적으로 혜택을 줄 것으로 생각되는 객관적 기준을 미리 공표하고 이러한 기준을 충족시키는 고급 외국인력을 선별하여 도입할 수 있다는 점에서 외국인력 선발의 투명성·일관성·효율성을 높일 수 있는 장점이 있는 것으로 평가되고 있다.

그러나 점수제는 높은 점수를 받고 이주한 외국인이 과연 사업주가 필요한 능력을 갖춘 사람인지를 정확히 분별해낼 수는 없으며, 점수를 부여하는 기준이 국가경제에 실질적으로 기여할 수 있는 외국인을 선별해 내는 최선의 기준인가에 대해서는 논쟁의 여지가 있다.

공급주도적 제도는 고급숙련 외국인력을 장기적으로 활용하는 데 외국인력 정책의 비중을 두는 국가에서 주로 시행되고 있다. 그러나 공급 주도적 제도를 시행하는 국가에서도 고급 숙련 외국인력에 대해서는 점수제를 적용하여 인력을 선별하여 영주권을 부여하지만 저숙련 외국인력에 대해서는 점수제를 적용하지 않고 있는 경우가 많다. 공급주도적 제도를 시행하고 있는 인력유입국에 취업하고자 하는 저숙련 외국인력의 경우에는 취업허가를 받아서 한시적으로 취업을 하는 ‘한시적 외국인력 도입’ 방식이 주로 적용되고 있다.

나. 한시적 외국인력 도입

수요 주도적 제도에서는 외국인력의 수요자인 유입국의 고용주가 외국인의 고용을 허가해줄 것을 정부당국에 요청함으로써 외국인력의 도입과정이 시작된다. 유입국의 정부는 외국인의 고용이 내국인의 일자리를 잠식하지 않고 내국인의 임금이나 근로조건에 부정적인 영향을 미치지 않는 경우에 한해 외국인의 고용을 허가한다. 고용허가를 받은 고용주는 외국인력을 허가받은 분야에 허가받은 인원의 범위 내에서 고용주의 책임 하에 외국인을 선별하여 고용한다. 이러한 제도는 미국, 독일, 영국, 프랑

스, 한국, 대만, 싱가포르 등에서 시행하고 있다.

고용허가 방식은 고용주야말로 외국인력의 경제적 기여도를 가장 잘 판단할 수 있는 최적의 위치에 있으며 외국인력의 수요자인 고용주가 필요로 하는 외국인력을 선택하여 고용할 수 있도록 하는 것이 가장 바람직하다는 논리에 근거하고 있다. 따라서 수요주도적 제도는 수요자인 고용주의 만족도를 높이는데 효율적이라는 장점이 있다. 반면에 고용주의 이해관계와 국민경제 전체의 이해관계가 상충될 수 있고 고용주가 외국인력을 단지 저임금에 의존하여 활용하려고 할 경우 기업구조조정을 지연시켜 장기적으로 국가경쟁력을 저해할 수 있으며, 외국인력의 과다유입으로 추후 사회적 비용을 과다하게 발생시킬 수 있다는 단점이 있다(유길상 외, 2004:5).

이러한 제도를 활용하는 대부분의 국가에서는 외국인력을 일정기간 동안 한시적으로만 고용하며, 외국인력의 고용이 허용되는 분야도 특정분야로 제한하고 있다. 그러나 이 방식을 시행하는 국가도 고급숙련 외국인력에 대해서는 이러한 제한을 대폭 완화하거나 제한을 두지 않고 있다. 일부 국가는 체류허가가 수차례 갱신되어 일정기간 이상 체류하는 외국인에 대해서는 영주를 허용하기도 한다.

3. 외국인력 정책의 주요 쟁점

외국인력 정책은 크게 외국인력 도입 정책, 활용정책 그리고 귀국정책으로 구분할 수 있다. 이 과정에서 야기되는 외국인력 정책과 관련한 주요 쟁점은 외국인력 도입 허용 분야 및 인력의 자격요건·도입규모·도입방식 등 도입관련 쟁점, 외국인력 수요조절과 내국인 노동시장 보호와 인력 배분 등 활용관련 쟁점, 불법 체류 및 귀국 지원 등 귀국관련 쟁점 등이다. 이 절에서는 외국인력의 도입, 활용, 귀국의 과정에 나타난 쟁점을 살펴본다.

가. 외국인력 도입 관련 주요 쟁점

1) 외국인력 도입허용 분야

대부분의 국가에서는 외국인력 도입허용분야를 지정하고 있으며 노동시장 여건이나 경제 환경변화에 따라 이를 변경하고 있다.2) 도입허용분야는 업종을 기준으로 하

2) 핵심인재로 간주되는 인력에 대해서는 유치정책을 취하고 있기 때문에 이들의 취업허용 분야에

거나 직종을 기준으로 하고 있다. 인력부족리스트를 작성하여 공표하고 있는 국가들인 영국이나 호주, 독일 등은 외국인력의 고용허용 분야를 직종을 기준으로 하고 있으며 대부분 전문기술인력을 대상으로 하고 있다. 싱가포르의 경우 업종을 기준으로 하고 있으며 대만의 경우 업종을 기준으로 하지만 도입 분야를 구체적으로 명기하고 있는데 가령 제조업의 경우 이상온도작업, 분진작업, 유독기체작업, 유기용제작업, 화학처리, 비자동화작업 및 기타 특정제조공정으로 제한하고 있어 직종의 성격이 강하다. 한국의 경우 전문직, 준 전문직, 숙련 기능인력에 대해서는 직종을 기준으로 하며 단순인력은 업종을 기준으로 하고 있다. 업종을 기준으로 하는 경우 외국인력 고용 허용범위를 업종단위로 제한 할 수 있다는 장점이 있으나 도입규모나 외국인력의 도입 필요성에 대한 논거를 만들 때 업종 내 다양한 직종 중 어떤 직종을 기준으로 해야 되는가에 대한 적용상의 어려움이 있다.

외국인력 도입허용 분야에서 무엇보다 중요한 점은 어떤 기준에 근거하여 도입허용 분야를 결정할 것인가이다. 도입허용 분야의 결정 방식은 나라마다 다소 차이가 있지만 주로 국내 노동시장의 수요, 즉 인력부족을 토대로 하고 있으며 이에 기초하여 인력부족리스트를 정기적으로 작성하고 있다. 독일은 독일 경제에 필요한 핵심인재를 전 세계로부터 유치하기 위해 이들을 대상으로 다양한 혜택을 제공해 왔다. 이들은 사전에 고용계약이 없어도 독일에서 취업활동을 할 수 있는 거주 자격을 부여 받고 있다. 반면에 제 3 국 출신의 기술 인력에 대해서는 취업 가능한 직종을 작성하고 있다. 지역에 있는 연방고용노동청(Bundesagentur fuer Arbeit : BA) 산하 노동사무소에서 인력수급에 대한 조사(skilled-worker bottleneck analysis)를 실시하고, 최종적으로 연방고용노동청이 지역 단위에서 인력이 부족하다고 판단된 직업을 종합하여 포지티브 리스트(Positive liste) 혹은 화이트 리스트(White list)라고 불리는 전국의 인력부족직업 리스트를 작성하고 있다. 영국은 제3국 출신 기술인력(Tier 2)을 도입하기 위해 독립기관인 이민자문위원회(MAC)가 12개의 지표를 이용하여 인력부족직업 리스트를 작성하고 있다. 최소 2년에 한 번씩 신규 인력부족직업 리스트를 발표하고, 6개월에 한 번씩 부분적으로 리스트를 업데이트하여 신속하게 인력 충원이 필요한 직업을 리스트에 포함시키고 있다(이규용 외, 2014:95).

대한 별도의 제한은 없으며 특별히 인력을 유치하고자 하는 분야를 선정하기도 한다.

2) 외국인력 도입 규모

외국인력에 대한 수요를 측정하여 도입규모를 결정하는 것은 매우 중요하고 어려운 문제이다. 많은 국가들에서 외국인력의 총 도입 규모 또는 업종별 도입규모를 설정하여 운용하고 있으며, 일부 국가에서는 도입 분야별로 외국인력의 고용상한비율(dependency ceiling)을 설정하고 있다. 매년 외국인력의 도입한도(quota)를 명시적으로 밝히지 않는 국가들도 외국인력의 과다유입에 따른 내국인의 일자리를 잠식하지 않도록 비공식적으로 외국인력의 도입한도를 설정하고 있다.

일반적으로 외국인력 도입규모의 결정은 노동시장상황에 의존한다. 국내노동시장에서 인력이 부족할 때 외국인력을 도입하므로 해당 분야의 인력부족 규모를 추정하는 것으로부터 이에 대한 논의가 시작된다. 그러나 통계적 방법론을 활용하여 외국인력에 대한 수요를 추정하더라도 추정결과를 그대로 외국인력의 도입규모로 설정하는 것이 아니라 정치권, 정부 관련부처, 노사단체, 학계 및 NGO 등의 의견까지 수렴하는 정치적 과정을 거쳐 최종적으로 결정하는 것이 보통이다(유길상 외, 2004:10).

전통적 이민국가에서는 정주형 이민자 도입규모의 목표치를 정하고 매년 목표치를 수정하고 있다. 전체 목표치와 함께 각각의 목적별(① 경제·취업, ② 가족(재)결합, ③ 인도주의) 목표치도 발표한다.³⁾ 또한 이들 국가에서는 정주형 이민제도 외에 기간제 외국인력 도입제도(Temporary Foreign Worker Program)도 운영하고 있다. 캐나다 정부의 기간제 외국인력 도입제도가 호주 정부의 457 비자(Temporary Work <Skilled> visa)는 캐나다와 호주의 정주형 이민자 유입정책의 적용 대상이 아니다. 미국에서는 20개 이상의 비 이민비자(기간제 외국인력 도입제도)가 있고 대부분의 비 이민비자는 수적 제한이 있다.

정주형 이민제도를 실시하지 않는 대부분의 국가에서는 외국인력의 도입허용분야와 도입규모를 관리하여 운영하고 있다. 유럽 경제 공동체(EEC)가 발전하여 1993년 11월 1일 마스트리흐트 조약에 의해 설립한 유럽연합(European Union:EU) 회원국 간에는 노동력의 자유로운 이동이 보장되어 있어 EU 국가의 외국인력 정책은 비EU

3) 예를 들어, 캐나다 정부는 2014년 한 해 24만 명에서 26만 5천 명 사이의 정주형 이민자를 수용하려는 도입목표(target)를 발표했다. 전체 규모 중 63%(164,500명)는 경제이민자 도입을 위해 할당되었고, 나머지 37%(96,400명)는 가족(재)결합이나 인도주의 목적으로 이민자를 도입하기 위해 할당하였다(이규용 외, 2014: 91)

국민(non-EU nationals)을 대상으로 한다. 자국민이나 EU 국민 또는 EU 국가에서 체류허가를 이미 받은 비EU 국민에 의해 채워질 수 없는 일자리에 한해 사업주에게 한시적인 외국인 고용허가(temporary work permit)를 허용하여 외국인력을 고용하도록 하고 있다. 계절적 외국인 근로자와 국경왕래 외국인 근로자(border commuters)에 대해서도 취업이 엄격히 제한된다. 구체적인 외국인력 정책은 EU 내에서도 국가별로 다르다.

가령 영국의 경우 EU통합에 따른 역내 인력유입이 확대됨에 따라 제3국 출신자의 유입규모를 통제하고 있다. 2008년부터 이들을 5개 집단으로 분류하여 각각의 집단별로 배정된 기본점수를 취득해야 체류자격을 가질 수 있도록 점수제를 운영하고 있다. 영국이 유치하고자 하는 핵심인재(Tier 1)를 제외하고 영국 취업을 희망하는 모든 비EU 회원국 국민들은 후원자(고용주)가 있어야 영국 이민이 허용된다. 핵심인재(Tier 1)의 경우 도입규모에 상한선(cap)을 두지 않는데 비해 기술인력(Tier 2)에 대해서는 도입규모에 상한선을 두고 점수제를 운영하고 있다(이규용 외, 2014:90~93).

나. 외국인력 활용관련 주요 쟁점

외국인력 활용관련 주요 쟁점은 내국인 노동시장 보호를 위한 외국인력의 수요조절문제와 외국인력 배분 문제 등이 있다.

1) 외국인력 수요조절과 내국인 노동시장 보호

외국인력을 받아들이는 나라의 임금 및 근로조건은 인력 송출국에 비해 양호하기 때문에 외국인력에 대한 수요억제장치가 없을 경우 상대적으로 값싼 외국인력을 더 많이 고용하고자 할 것이며 외국인 근로자는 더 많이 인력유입국으로 이동하려는 현상이 발생한다. 외국인력의 유입이 많아지면 인력유입국의 내국인 일자리는 외국인력에 의해 잠식당할 수 있기 때문에 이를 방지하기 위하여 적어도 다음의 두 가지 원칙을 준수하도록 하고 있다. 첫째, 내 외국인간의 임금 및 근로조건 등에서의 차별을 금지하여 외국인을 저임금으로 고용하지 못하게 하는 것이며 둘째, 직업안정기관에서의 노동시장테스트(labor market test)를 통해 외국인을 고용하고자 하는 사업주는 반드시 일정기간 동안 내국인의 고용을 위해 노력하도록 하고 그 기간 중에 내국인을 고용하지 못한 경우에 한해 외국인을 고용하도록 허가하고 있다(유길상 외, 2004 : 13).

노동시장 보호를 위한 각국의 방식은 크게 네 가지로 구분할 수 있다(Martin Ruhs, 2014). 첫째, 미국에서 H-1B 비자(전문인력을 대상으로 하는 단기취업비자) 외국인력을 채용할 때 적용하는 방법으로 노동시장 테스트 없이 외국인에게 내국인과 동일한 근로조건을 제공해 주면서 내국인 노동시장을 보호하는 방식이다. 둘째, 영국에서 실시하는 방법으로 고용주가 내국인 구인노력을 했다고 정부에 보고하면 정부가 이를 근거로 외국인력 고용을 허용해 주는 형태이다. 셋째 독일에서 실시하는 방법으로 공공기관이 고용주의 내국인 구인노력을 확인한 후 외국인력 고용을 허용해 주는 형태이다. 두 번째 방식에 비해 세 번째 방식이 국내 노동시장 보호를 제대로 실현하기 위한 방식이지만 후자 역시 구인노력을 확인하기가 쉽지 않은 한계가 있다. 네 번째 방식은 스웨덴에서 실시하는 방식으로 노동시장 규제를 통해 내국인 노동시장을 보호하는 것이다(이규용 외, 2014:103~107참조).

그런데 내·외국인 근로자간 처우에서 차별금지원칙을 실제로 적용할 때 임금이나 근로조건이 차이가 날 경우 이러한 차이가 차별인지 아니면 정당한 격차인지를 판단하기 쉽지 않은 등 보호한 경우가 많다. 또한 외국인력에 대한 수요를 억제하기 위한 장치인 노동시장 테스트의 실효성 문제도 있다. 주어진 임금 및 근로조건에서 필요로 하는 내국인력을 구할 수 없었다는 것을 확인하기가 쉽지 않기 때문이다. 이러한 이유로 외국인력의 수요조절, 내국인 노동시장 보호, 외국인력 유입으로 손실을 입는 내국인 근로자 지원 등의 목적으로 외국인 고용부담금제도를 실시하기도 한다. 외국인 근로자 고용부담금제도는 말 그대로 외국인 근로자를 고용하는 고용주 또는 외국인 근로자에게 임금의 일정부분을 납부하도록 금전적 부담을 지우는 것이다. 외국인 근로자 고용 부담금제도는 싱가포르, 대만, 말레이시아, 태국 등 여러 나라에서 시행되고 있으며, 미국도 H-1B 사증에 대해 고용부담금제도를 도입하고 있다. 외국인 근로자 고용부담금제도의 목적은 외국인 근로자의 고용규모 조절, 산업구조조정의 속도 조절, 외국인 근로자 도입에 따른 행정적 사회경제적 비용의 충당 등 여러 가지가 있지만, 그 취지들의 기본적인 전제는 외국인 근로자의 수요 조절에 있다. 이런 점에서 외국인 근로자 고용부담금제도는 쿼터제와 함께 외국인 근로자 고용규모를 조절하는 대표적인 방법이라고 볼 수 있다(설동훈 외, 2011:41).

2) 외국인력 배분

많은 국가들은 매년 도입하는 외국인력의 규모를 설정하고 있다. 외국인력 도입규모를 발표하는 국가들에서는 한정된 인원을 누구에게 우선적으로 배분하느냐가 중요한 정책 이슈가 된다. 산업이나 직종별 혹은 사업장별로 배분하는 것은 외국인력 고용의 혜택을 특정 집단이 독식하는 것을 방지하기 위함이다. 호주는 기술이민과 기간제 외국인력에 대해 상한선이 설정되어 있다. 특정 직종으로 이민자(영주 및 한시적) 배분이 편중되는 것을 방지하기 위해 직업별 외국인력 도입 제한(Occupation Ceiling)을 하고 있다. 사업장별로 외국인력 채용규모를 조절하기도 한다. 캐나다 정부는 기간제 외국인력 도입의 상한선을 정하지 않지만, 사업체당 전체 피고용인 중 외국인력 비율을 제한하여 전체 외국인력 도입규모를 조절할 뿐만 아니라 사업장 간 외국인력 배분을 하고 있다.

대만과 싱가포르의 외국인력의 총량을 공식적으로 설정하고 있지는 않으나 업종별 외국인력 고용상한 비율(dependency ceiling)을 실시하고 있으며 한국은 매년 고용허가제로 도입하는 외국인력의 도입규모를 공표하고 있고 업종별 규모별로 외국인력 고용상한 비율을 정해 놓고 있다.

다. 귀국관련 정책 쟁점

귀국관련 정책쟁점은 불법으로 체류하고 있는 외국인 근로자에 대한 정책과 귀국 지원정책으로 대별할 수 있다.

1) 불법체류 외국인 근로자

대부분의 선진국에서 불법으로 체류 및 취업을 하고 있는 외국인력의 규모가 증가 추세를 보이고 있으며 이 문제는 외국인력을 활용하고 있는 모든 나라에서 주요 쟁점이 되어 왔다. 불법취업 외국인 근로자란 체류국의 법령이 요구하는 조건을 충족시키지 못한 상태에서 체류하면서 근로하고 있는 근로자를 말한다. 불법취업 외국인 근로자가 반드시 불법체류 외국인과 일치하는 것은 아니다. 합법적으로 체류자격을 가진 외국인도 취업허가 없이 취업을 하면 불법취업자가 된다. ‘불법체류 외국인력’이라는 용어는 ‘불법체류’라는 사실과 ‘외국인력’, 즉 ‘수입을 목적으로 노동력을 제공하는 외국인’이라는 두 가지 개념이 혼합되어 있다. 따라서 불법체류 외국인력은 합법적인 체류자격이 없는 외국인(불법체류자)은 물론 불법으로 취업하고 있는 외국인

(불법취업자) 모두를 포함하는 개념으로 이해하여야 할 것이다(이규용 외, 2007:171 ; 최서리 외, 2014).

그러면 불법체류 외국인 근로자가 왜 문제가 되는가? Wickramasekara(2004)는 불법체류 외국인 근로자 문제가 각국에서 쟁점이 되고 있는 이유로 다음 세 가지를 들고 있다. 첫째, 외국인 근로자의 보호의 문제(protection problem)이다. 외국인 근로자가 불법적인 체류와 취업상태에 놓이게 되면 인권의 보호, 임금과 근로조건 등 노동권의 보호로부터 매우 취약한 위치에 처하게 되며, 특히 여성 외국인 근로자의 경우 더 심각한 상황에 처할 수 있다.

둘째, 외국인력 유입국에서의 외국인 관리 및 안보 측면에서의 문제(management problem and security issue)이다. 외국인 근로자가 불법체류 및 취업을 하게 되면 임금 및 근로조건을 보호받기 어렵기 때문에 낮은 임금에 장시간근로를 하는 경향이 있으며, 이는 국내 근로자와의 불공정 경쟁(unfair competition)을 야기하게 되고 장기적으로는 국내 근로자의 임금 및 근로조건을 저하시킬 수 있다. 또한 불법체류 외국인 근로자는 산업재해를 당하거나 질병에 걸리더라도 발각이 두려워서 병원에 가서 치료도 받지 않는 경향이 있어 전염병 등에 취약해져 내국인의 건강을 위협할 수도 있고, 외국인에 의한 범죄의 증가, 주거환경의 악화 등의 사회적 비용을 증대시킬 가능성이 높다.

셋째, 정치적 문제(political problem)이다. 불법체류 외국인이 많아지면 이들의 인권침해, 범죄 등의 문제에 대해 송출국과 여러 가지 외교적 문제가 야기될 소지가 많아지며, 국내적으로 불법체류 외국인의 증가에 대해 정치적 압력을 받게 된다.

이와 같이 불법체류 외국인력의 문제는 다양한 문제를 야기하기 때문에 각국은 외국인력의 활용이 불가피하다면 이를 합법적인 체계 내에서 활용하도록 노력한다. Wickramasekara(2004)는 외국인의 불법체류 및 불법취업을 최소화하기 위한 정책을 ① 외국인의 유입단계 내지는 예방단계의 정책, ② 귀국, 재입국, 제재와 처벌을 통한 불법체류 및 불법취업을 억제하는 정책, ③ 합법화 조치(regularisation and amnesties) 및 ④ 양국 간 및 지역적 협력의 네 가지로 유형화하였다. 반면에 Tapinos(2000)는 외국인의 불법체류 및 불법취업을 최소화하기 위한 정책을 ① 외국인력의 유입과 체류기간에 대한 통제, ② 외국인력의 불법고용에 대한 통제, 그리고 ③ 자유무역과 협력을 통한 송출국에서의 인력유출 압력의 완화 등으로 유형화하였다.

외국인의 불법체류와 취업은 외국인력의 유입에서부터 귀국까지 모든 단계에서 발생할 수 있다. 따라서 외국인의 불법체류와 취업에 영향을 미치는 모든 이해당사자, 즉 외국인 근로자, 외국인의 선발·교육·송출업무를 담당하는 송출국의 송출기관과 유입국의 관련기관, 외국인을 고용하는 기업, 외국인의 불법체류와 취업을 단속하는 유입국의 관련기관, 유입국에서 체류하는 동안 외국인 근로자의 체류와 취업에 영향을 미칠 수 있는 유입국의 관련기관과 단체 등 다차원적 접근이 이루어져야 한다 (Tapinos, 2000).

2) 귀국지원 정책

외국인력의 불법체류를 방지하고자 유입국들은 귀국지원을 위한 다양한 프로그램을 발전시켜왔다.⁴⁾ 영국의 자발적 귀환 및 재통합 프로그램(Voluntary Assisted Return and Reintegration Program)은 영국에 있는 망명자들 중 본국으로 돌아가기를 희망하나 방법이 없어 곤란을 겪는 사람들에게 자발적, 합법적이고 품위 있는 본국 귀환을 돕고자 추진된 프로그램이다. 1999년에 자발적 귀환프로그램(Voluntary Assisted Return Programme)으로 시작된 이 프로그램은 2002년 3월 재통합지원이 도입된 이후 명칭이 변경되었고, 귀환준비, 출입국 서류준비, 출입국 지원, 자국에서의 소규모 창업 지원 등을 하고 있다. 독일은 특정집단의 외국인인을 대상으로 이들의 자발적 귀국 또는 제삼국으로의 이주를 촉진하기 위하여 연방정부와 주정부가 공동으로 귀국촉진프로그램을 추진하는 한편, 몇 개의 주에서는 이에 추가하여 주정부 또는 지방자치단체 차원에서 독자적으로 외국인 자진귀국촉진프로그램을 실행하고 있다(이규용 외, 2007:264~297 참조). 한국의 경우도 1차 이민정책 기본계획에 이러한 내용을 담고 있다.

외국인력 유입국의 입장에서 보면 귀국지원은 정주화에 따른 사회적 비용을 줄인다는 점에서 중요하며, 외국인 근로자 및 송출국의 입장에서 보면 귀환 및 정착을 통해 자국의 경제발전에 대한 기여와 본인의 재적용이라는 점에서 의의가 있다. 나아가 양국이 상호 우호적 네트워크를 구축할 수 있는 계기가 된다는 점에서 상호 윈윈할 수 있는 긍정적 파급효과를 갖고 있다. 귀국지원정책의 방향은 외국인력의 도입,

4) 14장에서 논의되는 이민과 개발협력의 결합 프로그램은 귀국지원정책에 새로운 관점을 제시하고 있다.

체류 및 귀국이라는 전 단계에 걸쳐 정책이 이루어질 필요가 있으며 이는 송출국과의 협력체계를 갖추고 추진하여야 한다. 외국인력의 인적자원개발이라는 측면과 귀국 이후 노동시장 통합 및 재적응이라는 정책목표를 병행할 필요가 있다(이규용, 2013:236).

지금까지 외국인력 정책관련 주요 쟁점을 도입, 활용, 귀국관련 쟁점으로 나누어 살펴보았다. 외국인력 정책관련 쟁점은 지속적으로 변화하여 왔으며 최근의 정책 흐름은 다음과 같은 특징을 보이고 있다. 첫째, 캐나다와 호주 같이 오랫동안 점수제를 통해 ‘잠재력’만으로 이민자를 선별해 온 전통적 이민국가에서도 일자리 제의 등 노동시장 ‘성과’가 중요한 선별기준이 되고 있다. 점수제를 통해 선별된 이민자들의 노동시장 성과가 기대 수준에 못 미치자, 이들 국가에서는 공급 중심에서 수요 중심의 경제(기술)이민정책으로 전환하였다. 그 결과, 기간제 프로그램을 통해 한시적 체류자격을 부여한 후 노동시장에서의 성과에 따라 영주권 신청자격을 부여하는 방향으로 전환하고 있다.

둘째, 외국인력을 도입함에 있어 노동시장과의 연계성을 가장 중요한 요소로 고려하고 있고, 노동시장 분석을 통해 객관적인 자료를 생산하여 외국인력 도입에 활용하고 있다.

셋째, 각국은 자국이 유치하고자 하는 해외인재들을 제외한 모든 외국인력 도입 시 국내 노동시장에 대한 보호원칙을 견지하고 있다. 사업주에게 내국인 구인노력을 하도록 의무화하거나 채용하는 외국인력에게 최소한의 근로조건을 제공하도록 의무화하는 등 외국인력 고용이 국내 노동시장에 부정적인 영향을 미치지 않도록 하고 있다.

최근에는 전 세계적으로 기술인력 중심으로 외국인력 정책이 발전되어 왔고, 노동시장과의 연계성을 구체적으로 실현하기 위한 제도의 구축이 더욱 강조되고 있다. 다양한 기술수준의 외국인력을 도입할 수 있는 법·제도를 발전시키고 관련 인프라를 구축하고 있으며 자격검증 관련 법·제도와 인력부족직업 리스트, 노동시장 보호 장치 등이 이러한 노력의 일환으로 볼 수 있다(이규용 외, 2014: 142).

제5장 전망과 과제

노동이민은 경제발전과 산업화과정을 거치면서 구조적인 변화를 겪어 왔지만 여전히 더 나은 일자리를 찾아 이동하려는 노동공급 요인과 산업구조의 변화에 따른 노동시장의 미스매치 현상으로 이들에 대한 수요가 확대되어 왔다. 특히 세계화와 더불어 우수인재 유치에 위한 각국의 노력들은 국제 노동이민을 더욱 촉진시키고 있다.

지역 간 소득격차의 확대는 빈곤국가로부터의 노동력 유출을 보다 촉발시키는 기제로 작용하고 있다. 이에 따라 아시아, 아프리카, 남미 등으로부터 인구이동을 촉진시키고 있다. 국제화에 따른 영리활동의 기회와 고용기회가 계속해서 증가하였으며, 고숙련 인력의 경우 이러한 경향은 더욱 두드러졌다. 많은 정부들이 고숙련 인력에 한하여 입국 시 특혜를 주는 제도를 도입했다. 반면, 저숙련 인력에 대한 수요는 계속 부정하면서도 제한적인 단기이주 및 계절적 이주 근로자 활용이나 불법체류 취업자를 활용하여 수요에 충족하여 왔다.

그럼에도 불구하고 외국인력의 유입은 유입국가의 개인이나 지역사회 또는 국가 전체적으로 경제, 사회, 정치, 문화 및 기타 분야에 다양한 영향을 미치기 때문에 외국인력 정책은 다차원적인 측면을 고려하여야 한다. 노동이민이 유입국의 경제 및 사회에 미치는 영향은 매우 다양하며 긍정적인 측면도 있지만 부정적인 측면도 무시하지 못한다. 이에 대해서는 많은 연구와 논쟁이 있으며 이러한 논쟁은 쉽게 해결되기 어렵다. 그러므로 중요한 것은 이주근로자를 고용하려는 고용주의 노력, 정부의 제도 등을 통해 부정적인 영향을 완화하기 위한 노력이다. 최근의 주요 국가들의 외국인력 정책이 국내의 수요나 노동시장 환경변화를 고려한 수요 주도적 정책으로 변화하고 있음은 눈여겨 볼 필요가 있다.

외국인력의 정주화는 소비의 주체로서 긍정적 측면도 있지만 사회적 갈등에 따른 비용문제도 제기된다. 외국인력의 유입 효과에 대한 대부분의 논의가 노동시장 및 경제적 효과에 주로 초점을 맞추고 있지만, 사회·문화·복지 효과도 중요한 정책이슈이기 때문에 이에 대한 논의도 보다 활발히 이루어질 필요가 있다.

이런 점에서 외국인력 유입 및 활용정책의 과제를 요약하면 크게 두 가지 방향에서 정리할 수 있다. 첫째, 외국인력의 유입과정에서 선별기능을 강화하는 것이다. 둘

째, 선별기능이 잘 되더라도 외국인력 유입에 따른 편익을 제고하거나 비용을 줄이기 위한 환경의 조성, 체류지원 및 통합 정책의 확대, 외국인력에 대한 법·행정 조치의 엄격성, 기업내 인적자원관리의 효율화, 외국인력에 대한 국민 인식의 변화 등 다양한 차원에서 논의가 이루어져야 할 것이다. 외국인력 유입 국가의 편익을 제고하는 목표와 유입되는 외국인력의 노동시장 통합은 같은 목표를 갖고 있는 것이다.

참고문헌

- 강동관 · 김안나 · 박재규 · 이정환 · 이창원 · 이현아. 2013a. 『한국의 이주동향 2013』, IOM 이민정책연구원 이민정책연구총서.
- 강동관 · 강병구 · 성효용. 2013b. 『외국인 근로자의 송금요인 분석』, IOM 이민정책연구원.
- 김준동 · 강준구 · 여지나 · 이규용 · 허재준 · 박성재 · 노용진 · 오계택 · 이해경, 2011, 『인력이동분야 협상의 대응방향』, 대외경제정책연구원.
- 설동훈, 1999, 『외국인 노동자와 한국사회』, 서울대학교출판부
- 스티븐 카슬, 마크 J. 밀러 지음/ 한국이민학회 옮김. 2013. 『이주의 시대』 일조각.
- 유길상 · 이규용. 2001. 『외국인 근로자의 고용실태와 정책과제』, 한국노동연구원.
- 유길상 · 이해혜 · 이규용, 2004, 『외국인력 제도의 국제비교』, 한국노동연구원 · 국제이주기구
- 이규용 · 박성재 · 김선웅 · 노용진 · 김재훈. 2005. 『전문기술 외국인력 노동시장 분석』, 한국노동연구원.
- 이규용 · 유길상 · 이해춘 · 설동훈 · 박성재. 2007. 『외국인력 노동시장 분석 및 중장기 관리체계 개선방향 연구』, 한국노동연구원
- 이규용 · 노용진 · 이승렬 · 박성재 · 오계택 · 고영우. 2008. 『해외우수기술인력 유치지원제도 발전방안』, 한국산업기술재단.
- 이규용 · 이승렬 · 박성재 · 노용진, 2011. 『외국인력 노동시장 분석』, 한국노동연구원
- 이규용 · 노용진 · 이정민 · 이해경 · 정기선 · 최서리. 2014. 『체류 외국인 및 이민자 노동시장 정책과제』, 한국노동연구원
- 이규용, “외국인력과 사회통합”, 전경옥 외, 2014, 『다문화사회 한국의 사회통합』, 이담출판사, pp.196~237.
- 이종원 · 노용진. 2013. 『출입국통계 품질개선 연구』, 통계청.
- 이혜경 · 2011. “한국이민정책사” 정기선 외. 2010. 『한국 이민정책의 이해』 IOM이민정책연구원 pp. 19-40.
- 이혜경 · 노용진 · 백필규 · 박성재 · 이규용 · 이상돈 · 정기선, 2014. 『한국사회 중장기

- 변화에 부합하는 외국인력정책 발전방안 연구』, 고용노동부.
- 정기선 · 김석호 · 박원호 · 윤광일. 2012. 『2012년 체류 외국인 실태조사 : 영주권자와 귀화자를 중심으로』, IOM 이민정책연구원.
- 정기선 · 최서리 · 이창원. 2015. 『고용허가제 출신 숙련기능 외국인력의 활용 현황 및 시사점』. IOM이민정책연구원.
- 최서리 · 이창원 · 김용기 · 정혜진, 2014. 『국제비교를 통한 국내 외국인 불법체류 관리정책 개선방안 연구』. IOM 이민정책연구원.
- Bhagwati, J. N. and J. D. Wilson. 1989. *Income Taxation and International Mobility*, Cambridge, MA: M.I.T. Press.
- Bohning, W. R. 1984. "Studies in International Labour Migration", Macmillan Editor, London.
- Castles, Stephen, and Godula Kosack.(1985), *Immigrant Workers and Class Structure in Western Europe*, Second Edition, New York: Oxford University Press.
- Cornelius, Wayne, Philip Martin, and James Hollifield (ed.) 2004. *Controlling Immigration: A Global Perspective*. Stanford, California: Stanford University Press.
- Ehrenberg, R. G. and C. J. Smith. 2006. *Modern Labor Economics*, Addison-Wesley Educational Publishers Inc.
- Kang, Dong Kwan and Lee, Kyu-Yong. 2014. *Remittance service in the Republic of Korea*, ILO
- Layard, R., Nickell, S. and R. Jackman. 1991. *Unemployment, Macroeconomic Performance and the Labour Market*, Oxford University Press.
- Richard P. C. Brown. and Eliana Jimenez. 2007. "Estimating the Net Effects of Migration and Remittances on Poverty and Inequality: Comparison of Fiji and Tonga." United Nations University. *World Institute for Development Economic Research. Research Paper No. 2007/23*.
- Sjaastad, L. A. 1962. The Costs and Returns of Human Migration, *Journal of*

- Political Economy, Vol. 70(5), pp.80-93.
- Stark, Oded, "Rethinking the Brain Drain", *World Development*, vol. 32, No. 1. 2004. pp. 15~22.
- OECD. 2015. OECD International migration outlook
- Ruhs, M. and B. Anderson. 2010. *Who Needs Migrant Workers? Labour Shortages, Immigration and Public Policy*, Oxford : Oxford University Press.
- Ruhs, M.(2014), "Immigration and Labour Market Protectionism," in Costello, C. and M. Freedland (eds.), *Migrants at Work*, Oxford University Press.
- Tapinos, Georges. 2000. "Irregular Migration: Economic and Political Issues", *Combating the Illegal Employment of Foreign Workers*, OECD
- The World Bank. 2015. *Migration and Development Brief 24*.
- Wickramasekara, Piyasiri(2004), "Irregular Migration in Asia: Issues and Policies", ILO Sub-regional Training Workshop on Labour Migration Policy and Management, Ayutthaya, Thailand, 2~6 August.

[제6주제]

노동이민에 대한 법학적 접근

최 흥 업*

이민법 교재 제10장(외국인근로자와 전문외국인력)의 목차

제1절 외국인의 국내취업 규율

제2절 일반고용허가제 아래 외국인근로자

제3절 노동이민의 입법정책에 대한 단상

(제4절 전문외국인력)

(제5절 그 밖의 외국인근로자)

제1절 외국인의 국내취업 규율

제1절은 국내 취업의 여러 범주를 개괄한다. 외국인으로서 임금을 목적으로 근로를 제공한다는 본질을 중심으로 한 ‘외국인근로자’의 범주는 노동관계법의 적용범위를 결정하기 위한 것이다. 그리고 ‘전문외국인력’의 범주는 외국인근로자의 그것과 많은 부분에서 겹치면서도 아래와 같이 다른 성격이 있다.

1. 외국인력의 의의와 분류

(가) 외국인근로자 도입의 배경

한국에서 이민법 형성의 계기중 하나는, 1980년대 후반 이래의 외국인근로자의 유입이다. 1988년의 서울올림픽을 전후하여 외국인들이 국내노동시장에 유입되면서, 이

* 조선대학교 법과대학.

들에 대한 법적규율에 대한 논의도 시작되었다.

외국인은 입국과 체류가 제한되듯이, 취업도 원칙적으로 제한을 받아 왔다. 즉, 외국인은 대한민국에서 취업하고자 할 때에는 취업활동을 할 수 있는 체류자격을 받아야 한다(출입국관리법 제18조 제1항). 또한 체류자격을 지닌 외국인인 지정된 근무처에서 근무해야 하며, 누구든지 취업할 수 있는 체류자격이 없는 사람을 고용하거나 고용을 알선 또는 권유해서도 안되는 것(같은 법 제18조 제2·3·4항)이 원칙이다.

유입 초기에는 단순기능 외국인력을 도입할 것인지에 대해서 노사단체와 전문가들은 물론이고 정부부처 내에서 이견이 존재하기도 했다. 도입을 주장하는 견해는 당시의 중소기업들이 겪었던 심각한 구인난을 해결하기 위해서는 단순기능의 외국인이라도 참여해야 하며, 외국인은 내국인이 기피하는 업종으로 들어올 것이므로, 국내 근로자의 일자리를 잠식하지는 않을 것이라는 점을 강조했다. 이에 비해 반대하는 견해는 국내노동시장의 인력부족은 일시적인 것이므로 왜곡된 인력수급체계를 시정하면 해결할 수 있으며, 외국인근로자를 참여할 경우 국내근로자의 근로조건에 부정적인 영향이 있을 것을 우려했다. 이런 논쟁은 해결되지 못한 채 후술하는 것처럼 이른바 외국인 산업연수생이라는 변칙의 형태로 외국인근로자의 도입이 시작되었다.

오늘날 외국인고용허가제를 통해 단순기능 외국인을 들여오면서, 논쟁의 주제도 도입 여부보다는 어떤 업종에서 얼마만큼의 외국인근로자를 참여할 것인가와, 어떤 법적지위를 부여할 것인가 등으로 바뀌고 있다.

(나) 외국인근로자의 의의

외국인근로자¹⁾는 대한민국의 국적을 가지지 아니한 사람으로서 국내에 소재하고 있는 사업(장)에서 임금을 목적으로 근로를 제공하고 있거나 제공하려는 사람을 말한다(『외국인근로자의 고용 등에 관한 법률』 제2조 본문).²⁾ 외국인근로자의 국적이 어

1) ‘외국인근로자’라는 용어 이외에도 ‘이주노동자’라는 용어를 쓰기도 있다. 영어표기로도 ‘foreign worker’보다는, ‘migrant worker’라는 표현이 많이 쓰이고 있다. 외국인근로자가 자국민이 아닌 근로자라는 배제의ニュ앙스도 지닌 점에 비추어보면, 이주노동자(migrant worker)가 보다 중립적일 수 있다. 그렇지만, 이주노동자가 현행법의 용어는 아니므로 법률상 용어인 ‘외국인’과 ‘근로자’에 기초하여 외국인근로자로 표현한다.

2) 『외국인근로자의 고용 등에 관한 법률』(이하, ‘외국인고용법’이라 함) 제2조 단서는 전문외국인력 등을 외국인근로자의 정의에서 제외함으로써, 외국인고용법은 단순기능 외국인근로자에게만 적용되고 있다. 그러나, 제10장에서의 외국인근로자는 단순기능의 외국인에 한정하지 않는다. 예를 들

다인지는 문제되지 않으며, 국적법에 의해 대한민국 국민의 자격을 갖지 않는 근로자이면 모두 외국인근로자이다. 무국적자나 이중국적자도 대한민국의 국적을 보유하고 있지 않는 한 외국인근로자가 될 수 있다.

쟁점이 될 수 있는 것은 근로자의 범위이다. 어떤 외국인이 근로자로서 한국의 노동관계법의 적용을 받는지가 문제이다. 과거에는 산업연수 외국인으로 노동관계법이 적용되는지에 대해서 다툼이 많았으나, 법원은 산업기술연수사증을 발급받은 외국인도 사용자의 지시에 따라 근로를 제공하고 그 대가로 일정액의 금품을 지급받았다면 근로기준법 소정의 근로자에 해당한다³⁾고 보았다. 「제한외국인처우기본법」은 제한외국인을 대한민국에 거주할 목적을 가지고 합법적으로 체류하고 있는 외국인(제2조 제1호)으로 정의하고 있으나, 외국인근로자라 할 때의 외국인은 위의 제한외국인에 한정하지 않는다. 노무를 제공하고 임금을 지급받는 종속관계 아래에 있다면 짧은 기간 근무하거나 불법체류 상태에서 근로를 했더라도 근로자로 보아야 한다.

또한 단순기능 외국인근로자에만 한정되지는 않으며, 전문외국인력이라 하더라도 종속관계에서 노동을 제공하는 경우에는 외국인근로자가 될 수 있다. 후술하는 것처럼 불법체류 근로자는 출입국관리법 위반으로 단속의 대상이 될 수 있지만, 종속관계 아래 있는 한 노동관계법상 보호를 받는 근로자이다. 근로자로 될 수 있는 사람의 구체적인 범위는 기존의 판례와 학설에 따르면 된다.⁴⁾

(다) 단순기능 외국인근로자와 전문외국인력

외국인근로자와 구별해야 할 개념으로서 ‘외국인력’이 있다. 외국인근로자는 ‘근로자’임을 전제로 한 개념이므로 “임금을 목적으로 종속적 관계에서 근로를 제공하는지 여부”를 중심으로 결정해야 함⁵⁾에 비해, 「제한외국인처우기본법」 제16조(전문외국인력의 처우개선) 등에 규정된 외국인력의 개념은 외국인근로자를 모두 포함하고 나아가 그렇지 않은 사람도 아우르는 개념이라 할 수 있다.⁶⁾

이, 회화지도(E-2)나 특정활동(E-7)의 체류자격자라 할지라도, 근로자성이 인정되는 외국인이면 그러한 범위에서 노동관계법의 보호를 받을 수 있기 때문이다.

3) 대법원 1995. 12. 22. 선고 95누2030 판결.

4) 대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결; 대법원 1996. 4. 26. 선고, 95다20348 판결. 임종률, 『노동법』(박영사, 2015), 32-40면; 김형배, 『노동법』(박영사, 2012), 338-343면 등.

5) 대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결.

외국인력은 다양한 범주가 있으므로, 일률적으로 논할 수 없으며, 법령상의 지위도 다양하다. 외국인력은 크게 보아, 단순기능 외국인근로자와 전문외국인력⁷⁾으로 나누어볼 수 있다. 단순기능 외국인근로자는 비전문취업(E-9), 선원취업(E-10), 방문취업(H-2)으로 체류하는 외국인근로자로서, 이들은 한국인들이 취업을 기피하는 업종에 취업해 있으며 그 근로조건이 열악한 경우가 많다. 단순기능 외국인 위주의 도입정책을 지속하게 될 경우, 영세제조업의 산업구조조정을 지연시키는 등 중장기적으로 노동시장에 좋지 않은 영향을 끼칠 것이라는 지적도 있다.

반면에 전문외국인력은, 전문적인 지식·기술 또는 기능을 가진 외국인으로서, 교수(E-1), 회화지도(E-2), 연구(E-3), 기술지도(E-4), 전문직업(E-5), 예술홍행(E-6), 특정활동(E-7)의 체류자격을 가진 외국인을 말한다.⁸⁾ 이들은 전문적인 지식이나 기술이 있기 때문에, 근로조건 보호의 필요성이 상대적으로 낮다.⁹⁾ 그렇지만, 앞으로 우수한 외국인력을 도입하는 것이 산업의 경쟁력을 강화시키는 계기가 될 수 있으므로, 정부는 입국과 체류상의 혜택을 줌으로써 적극적으로 도입하려고 하고 있다. 그리하여 단순기능 외국인의 경우에는 내국인근로자를 고용하지 못한 경우에 한정하여 제한된 범위에서 도입하지만, 전문외국인력의 경우에는 보다 적극적으로 유치하려 하고 있다.

-
- 6) 외국인력의 개념은, 노무제공이 '도급'계약이나 '위임'계약 등과 같이 당사자의 지위가 대등한 경우까지를 포함한다. 사업주와 대등한 지위에서 일정한 일(연구나 기술지도)의 완성이나 사무의 처리를 하는 외국인력은, 외국인근로자가 아닐 수 있다. 다만, 많은 경우에 외국인근로자와 외국인력의 개념은 일치하리라고 본다.
- 7) 정확하게는 '전문기능 외국인력'으로 표현할 수 있으나, 「제한외국인처우기본법」의 표현처럼 전문외국인력으로 한다.
- 8) 출입국관리법 제21조 제1항, 출입국관리법시행령 제20조의2. 체류기간 90일 이하의 단기취업(C-4) 자격의 경우는 법령상으로 열거되어 있지않으나, 전문기능 외국인근로자가 포함될 수 있다. 출입국통계상으로도 전문기능 외국인력으로 분류되고 있다. 법무부 출입국·외국인정책본부, 『출입국·외국인정책 통계월보』 2014년 12월호(2015.1), 20면.
- 9) 이 분류는 체류자격에 의한 개략적인 분류인 까닭에, 예를 들어, 예술홍행(E-6) 자격으로 오는 외국인이 단순기능 외국인의 대우밖에 받지 못하는 경우도 적지않다.

<표 1> 출입국자격별 외국인력의 현황¹⁰⁾

(2014.12.31. 현재; 단위 명)

구 분		총체류자	합법체류자	불법체류자
총계		617,145	547,220	69,925
전문 인력	소계	49,503	44,085	5,418
	단기취업(C-4)	593	451	142
	교수(E-1)	2,664	2,648	16
	회화지도(E-2)	17,949	17,870	79
	연구(E-3)	3,195	3,186	9
	기술지도(E-4)	186	184	2
	전문직업(E-5)	645	622	23
	예술총행(E-6)	5,162	3,504	1,658
	특정활동(E-7)	19,109	15,620	3,489
단순 기능 인력	소계	567,642	503,135	64,507
	비전문취업(E-9)	270,569	217,809	52,760
	선원취업(E-10)	14,403	9,429	4,974
	방문취업(H-2)	282,670	275,897	6,773

출처: 법무부 출입국·외국인정책본부, 『출입국·외국인정책 통계월보』(2015.1.), 20면.

(라) 영주 자격자 등의 국내취업 허용

한편, 이상과 같은 논의에도 불구하고 국내에 장기간 체류하거나 이에 준하는 지위를 갖는 외국인은 국내취업에 제한을 받지 않는다.

영주(F-5)의 체류자격을 갖는 외국인은 물론이고, 영주의 전(前)단계라 할 수 있는 거주(F-2)의 체류자격을 갖는 사람들도 일정한 경우에는 국내취업이 허용된다(출입국관리법시행령 제23조 제4항·제2항). 거주자의 체류자격을 갖는 사람 가운데 국민의 미성년 외국인자녀와 국민과의 혼인관계(사실혼 포함)에서 출생한 자녀, 영주자격자의 배우자와 미성년 자녀, 그리고 난민인정자는 취업활동에 제한을 받지 않는다. 그리고 고액투자자, 숙련생산기능 외국인근로자, 기타장기체류자의 경우에도 그의 종전 체류자격에 해당하는 분야에서 활동을 계속하는 사람은 취업을 계속할 수 있다.

국민의 배우자에게 부여되는 결혼이민(F-6)의 체류자격을 갖는 사람도 취업활동의 제한을 받지 않으며(영 제23조 제2항 제3호), 재외동포(F-4)의 체류자격을 갖는 외국

¹⁰⁾ 본문의 표는 2015년말 통계로 대체하였다. 그렇지만, 2015년말 통계가 2014년말 통계와 같이 체류자격별로 합법체류자와 불법체류자로 구분되지 못하여, 2015년말을 기준으로 총체류자만 기재하였다.

인도 단순노무행위를 하는 등의 경우가 아니라면 국내취업이 허용되고 있다(영 제23조 제3항).

2. 고용허가제와 노동허가제

외국인근로자가 국내에서 일하기 위해서는 취업할 수 있는 체류자격을 받아야 하는데, 그 전제는 취업을 위한 별도의 허가가 있어야 한다. 이를 규율하는 제도유형으로 고용허가제와 노동허가제가 있다.

고용허가제와 노동허가제의 양자는 규율의 방향이 다르다는 점에서 차이가 있다. 고용허가제(employment permit system)는 사용자의 자격요건에 대한 규율을 하기 때문에, 사용자가 적절한 근로조건을 준수할 수 있는 능력이 있는 사업주인지를 심사할 수 있다. 사업주가 유령 사업체를 운영하는 것은 아닌지, 규모나 업종 등은 어떠한지를 확인할 수 있다. 그리고 사용자가 내국인 근로자를 고용하기 위한 구체적인 노력을 했는지 또는 현재 내국인의 고용숫자 등을 확인할 수도 있다.

반면에 노동허가제(work permit system)는 외국인근로자에 대한 규율을 하기 때문에, 외국인 개개인의 사정을 감안한 허가를 내릴 수 있다. 특히 다음과 같은 경우에는 노동허가제가 더욱 유용하다. 즉, 근로자의 체류연수, 가족, 연령, 출신국에 따라서 규율을 달리해야 하는 경우에는 노동허가제가 적절하다. 예를 들어, 외국인 근로자의 장기체류 여부나 재외동포인지 여부에 따라 특별한 지위를 인정하여 취업장소와 시기의 제한을 두지 않는 경우라면, 외국인 근로자 개개인에 대한 자격심사의 필요가 커지므로, 노동허가제가 더 유용하다.

두 제도 가운데 어느 하나만이 국제적으로 통용되는 것은 아니다. 독일에서는 고용허가가 아니라, 노동허가를 중심으로 노동시장에 대한 규율을 하고 있는 반면, 대만의 경우에는 사용자에 대한 고용허가제를 중심으로 노동시장정책을 펴고 있다.

또한 양 제도는 서로 결합되어 운영될 수도 있다. 한국의 경우에도 고용허가제를 중심으로 단순기능 외국인을 도입하고 있으나, 부분적으로 노동허가제의 요소를 가미하고 있다. 외국국적동포에 대해 고용허가제의 특례를 적용하여 신고만으로써 사업장을 변경할 수 있는 점도 그러한 예이다.

제2절 일반고용허가제 아래 외국인근로자

고용허가제는 단순기능 외국인근로자를 도입하기 위한 제도인데, 그 가운데 외국국적동포가 아닌 외국인근로자를 도입하는 것이 일반고용허가제이다. 일반고용허가제는 국적차별금지의 원칙과 내국인 우선고용의 원칙 등을 기본원칙으로 하여 운용된다. 그밖에도 제2절에서는 정책결정기관, 채용절차를 정리하는데, 사업장 변경이나 취업활동기간 등도 여기에서 다룬다.

1. 단순기능 외국인근로자와 고용허가제

(가) 외국인고용법의 적용범위

외국인근로자가 출입국관리법상 비전문취업(E-9)이나 방문취업(H-2)의 체류자격으로 취업하기 위해서는 사업주가 그 외국인에 대한 고용허가를 받아야 한다. 이를 규율하는 외국인고용법은 단순기능 외국인근로자의 도입·관리와 그 보호를 위한 법률이지만, 모든 외국인력의 범주를 다 규율하지는 못한다(외국인고용법 제2조 단서). 외국인고용법은 단순기능 외국인근로자가 아닌 외국인력은 그 적용으로부터 제외한다. 전문외국인력의 체류자격인 교수(E-1), 회화지도(E-2), 연구(E-3), 기술지도(E-4), 전문직업(E-5), 예술홍행(E-6), 특정활동(E-7)의 체류자격에 해당하는 사람은 제외된다. 그리고 90일 이하의 단기간 취업자격인 단기취업(C-4)의 자격자도 외국인고용법의 적용대상이 아니다. 외국인이 취업활동을 할 수 없는 체류자격을 지닌 경우에도 역시 외국인고용법상의 외국인근로자가 될 수 없다. 예를 들어 취업활동을 할 수 있는 체류자격이 아닌 기술연수(D-3)이나 유학(D-2)의 체류자격의 외국인도 외국인고용법의 적용대상은 아니다.

이렇게 제외되는 범주의 외국인을 제하면, 외국인고용법이 적용되는 체류자격은 비전문취업(E-9)과 방문취업(H-2)의 두가지만 남는다. 외국인고용법의 적용범위와 국내 노동관계법 적용범위는 일치하지 않는다. 외국인고용법은 고용허가제를 통해 단순기능 외국인근로자를 도입관리하기 위한 법률이며, 국내 노동관계법은 외국인고용법의 적용범위와 관계없이 근로자성이 인정되면 누구에게나 적용되는 것이 원칙이기 때문

이다.

(나) 고용허가제까지의 연혁

1990년대초에 단순기능 외국인근로자는 이른바 ‘산업기술연수’ 사증을 통해 입국하였다. 당시의 ‘산업기술연수’는 매우 제한된 범위에서 연수기간도 3개월 이내에서만 허용되었다. 이 체류자격은 ‘해외 현지법인이 있는 사업체’가 국내 사업체로 기술연수를 보내기 위한 자격이었다.

중소기업을 비롯한 산업계의 인력난의 계속되자 중소기업중앙회를 비롯한 ‘주무부처의 장이 지정하는 산업체 유관 공공단체의 장’이 추천할 수 있도록 하는 등 산업연수생의 도입이 본격화된다. 기존의 산업연수자격의 기간과 요건을 완화함으로써, 외국인력 도입의 수단으로 활용했다.

산업연수생제를 통해 중소기업의 인력난은 완화되었으나, 열악한 근로조건과 인력송출업체의 개입의 문제도 부각되었다. 인력송출업체들이 산업기술연수생을 모집하는 과정에서 근로조건을 과장해서 광고하거나 지나치게 많은 수수료를 받는 사례들이 알려졌다. 인권침해의 여론이 비등하자, 정부는 산업연수생에 대해 노동관계법을 부분적으로 적용하는 방향으로 제도를 수정하게 된다.

그렇지만 이후에도 인력송출업체의 문제들이 계속되고 외국인근로자에 대한 편법적인 활용이라는 지적이 계속되자, 2003년 8월 외국인고용법을 제정하여 2004년 8월부터 고용허가제를 시행하였다. 외국국적 동포에게 방문동거 체류자격을 부여하고 국내에서 취업활동을 하도록 한 취업관리제는 고용허가제로 통합하였으며, 기존의 산업연수생제도는 2006년까지는 고용허가제와 병행하여 시행하고, 2007년 1월부터 단일한 고용허가제로 통합하였다. 헌법재판소도 산업연수생에 대해 노동관계법의 부분적인 적용을 정한 「외국인 산업기술연수생의 보호 및 관리에 관한 지침」이 헌법상 평등권과 법률유보의 원칙에 반한다고 결정하였다.¹¹⁾

2. 고용허가제의 기본원칙

¹¹⁾ 헌재 2007. 8. 30. 선고 2004헌마670 결정. 관련된 글로는, 김지형, 「외국인근로자의 헌법상 기본권 보장」, 『저스티스』 70호(2002.12.)이 대표적이다.

(가) 국적차별금지의 원칙

1) 의의와 법적근거

외국인고용의 기본원칙으로는 먼저 ‘국적차별금지의 원칙’을 들 수 있다. 외국인고용법은 “사용자는 외국인근로자라는 이유로 부당하게 차별하여 처우하여서는 아니된다”고 한다(제22조). ‘국적차별’이라고 명시하지 않았으나, 외국인근로자라는 이유가 곧 국적을 이유로 한 차별이라고 할 수 있다. 이미 근로기준법은 제6조 균등처우조항에서 국적을 이유로 한 근로조건 차별을 명문으로 금지하고 그에 대해 벌칙조항을 두고 있으므로, 외국인고용법은 그러한 법리를 확인한 것이다. 이 원칙은 근로조건에 대한 차별을 금지하는 것이지만, ‘결과의 평등’을 의미하는 것은 아니므로, 근로자의 업무수행 능력, 직무의 내용, 근속연수 등에 따른 합리적인 차등은 정당하다.¹²⁾ 국적차별 금지는 내국인근로자를 보호하는 의미도 있다. 낮은 근로조건으로 외국인근로자를 손쉽게 사용하는 것을 억제하기 때문이다.

위와 같은 국적차별금지의 원칙은 헌법상 근로의 권리(제31조)나 평등권(제11조)으로부터도 도출할 수 있다. 근로의 권리는 “일할 자리에 관한 권리”만이 아니라 “일할 환경에 관한 권리”도 함께 내포하고 있는데, 이 “일할 환경에 관한 권리”로부터 국적차별금지의 원칙을 도출할 수 있다. 그것은 건강한 작업환경, 일에 대한 정당한 보수, 합리적인 근로조건 보장 등을 요구할 수 있는 권리 등을 포함하므로 외국인근로자라고 하여 이 부분에까지 기본권 주체성을 부인할 수는 없기 때문이다.¹³⁾

2) 국제법상의 근거

근로조건에 대한 국적차별금지의 원칙은 국제법상으로도 근거를 찾아볼 수 있다. 두 차례의 세계대전 이후에 외국인근로자의 지위에 관한 많은 국제조약들이 등장하였다. 국제조약들을 시간의 순서대로 배열하면, 「세계인권선언」(1948), ILO 「이주노동자 협약」(1949), 「국제인권규약」(1966), ILO 「이주노동자 보충협약」(1975), UN 「외

12) 대법원 1991. 4. 9. 선고 90다16245 판결 참고.

13) 헌재 2007. 8. 30. 선고 2004헌마670. 헌법재판소에 의하면, “일할 환경에 관한 권리”는 자본주의 경제질서 하에서 근로자가 기본적 생활수단을 확보하고 인간의 존엄성을 보장받기 위하여 최소한의 근로조건을 요구할 수 있는 권리로서 자유권적 기본권의 성격도 아울러 가지므로 이러한 경우 외국인 근로자에게도 그 기본권 주체성을 인정함이 타당하다. 이에 비해 “일할 자리에 관한 권리”는, 국가에 대하여 고용증진을 위한 사회적·경제적 정책을 요구할 수 있는 권리가기에 사회권적 기본권으로서 국민에 대하여만 인정해야 한다(위 헌재 결정).

국인인권선언』(1985), UN 「이주노동자권리협약」(1990)¹⁴⁾의 순서이다. 임금, 근로시간 등 근로조건에 대해서는, 이미 제2차 세계대전 이전에 시작하여 ILO의 협약들도 동등한 대우를 인정하고 있으며, 다른 국제조약들도 이를 당연히 인정하고 있다.

국적차별 금지의 원칙은 사회통합과 보편적 인권을 강조하는 이민법 원리에도 맞는다. 개별 국가의 특수성을 전제로 외국인에 대한 차별대우를 용인한다면, 이민자들을 동등한 구성원으로 품어 안으려는 사회통합의 이상에도 반할 수 있기 때문이다.

(나) 내국인 우선고용의 원칙

1) 의의와 법적근거

다음으로, ‘내국인 우선고용의 원칙’ 또는 ‘노동시장 보위의 원칙’을 들 수 있다. 사용자가 내국인근로자를 채용하려 해도 할 수 없을 때 비로소 외국인근로자를 채용해야 한다. 국내노동시장에서 필요한 업종에 한하여 제한된 규모의 외국인근로자를 보충적으로 도입하는 것을 의미한다. 국민의 일자리를 잠식하면서까지 외국인을 고용할 수 없으며, 국내 노동시장에서 구할 수 없는 인력을 나라 밖에서 찾는 의미가 있다. 외국인의 고용은 궁극적으로 국민의 복지와 국가경제의 발전에 도움이 되어야 하기 때문이다.

고용정책기본법과 출입국관리법은 이러한 원칙을 반영한 법규정을 두고 있다. 고용정책기본법은 국가는 노동시장에서의 원활한 인력수급을 위하여 외국인근로자를 도입할 수 있지만, “이 경우 국가는 국민의 고용이 침해되지 아니하도록 노력하여야 한다”(제31조 제1항)고 규정한다. 또한 출입국관리법에 따라 외국인은 국내취업이 원칙적으로 제한을 받는다. 외국인은 대한민국에서 취업하고자 할 때에는 취업활동을 할 수 있는 체류자격을 받아야 하는 등의 제한이 따른다.

헌법의 해석에서도 위와 같은 원칙을 설명할 수 있다. 헌법 제32조 제1항의 근로의 권리와 관련하여, 헌법재판소는 이 근로의 권리의 핵심내용의 하나인 “일할 자리에 관한 권리”는, 국가에 대하여 고용증진을 위한 사회적·경제적 정책을 요구할 수

¹⁴⁾ 원래 명칭은 「모든 이주노동자와 그 가족의 권리보호에 관한 국제협약(International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families)」이다. UN Doc. A/RES/45/158. 1990년 12월 18일 UN 총회에서 채택된 이 협약은 이주노동자와 그 가족의 인권을 포괄적으로 보장하고 있다.

있는 권리로서 사회권적 기본권으로서 국민에 대하여만 인정해야 한다¹⁵⁾고 한다. 외국인에 대해서도 직장선택의 자유¹⁶⁾를 부인할 수 없지만, 그것은 외국인이 적법하게 고용허가를 받아 적법하게 우리나라에 입국하여 우리나라에서 일정한 생활관계를 형성, 유지하는 전제 위에서 인정된다고 한다.

내국인 우선의 원칙과 관련하여, 장기간 체류하거나 국민과 특별한 혈연적 관계가 있는 사람 등에 대해서는 별도로 취급할 필요가 있다. 영주(F-5)나 결혼이민(F-6)의 체류자격을 갖는 외국인은 국내취업에 원칙적으로 제한이 없으며, 영주의 전단계라 할 수 있는 거주(F-2)의 체류자격을 갖는 사람들도 일정한 경우에는 국내취업이 허용된다.

2) 외국인고용법령의 내용

외국인고용법은 내국인 우선의 원칙을 보다 구체적으로 규정한다. 외국인근로자를 고용하고자 하는 자는 우선 직업안정기관에 내국인 구인신청을 하여야 하며, 직업안정기관은 직업소개를 적극적으로 해야 한다(외국인고용법 제6조).¹⁷⁾ 내국인 구인신청을 한 사용자가 인력을 채용하지 못한 때에만 직업안정기관에 외국인근로자 고용허가를 신청할 수 있다.¹⁸⁾ 외국인고용법시행령(이하 ‘외고령’이라 함)에 의하면, 일정한 기간 이상 내국인을 구인하기 위해 노력했음에도 직업안정기관에 구인을 신청한 내국인근로자의 전부 또는 일부를 채용하지 못해야 한다(외고령 제13조의4 제2호). 그 구체적인 기간에 대해서는 노동부령으로 정하도록 하고 있다.

외국인고용법 제정당시에는 구인신청일로부터 1개월 동안 노력했는데도 내국인을 채용하지 못했을 때라고 정하여졌으나, 시행과정에서 크게 단축되었다. 현재는 내국

15) 헌재 2007. 8. 30. 2004헌마670.

16) 헌재 2011. 9. 29. 2007헌마1083등의 다수의견. 직업의 자유는 자신이 원하는 직업 내지 직종을 자유롭게 선택하는 직업선택의 자유와 자신이 선택한 직업을 자기가 결정한 방식으로 자유롭게 수행할 수 있는 직업수행의 자유를 모두 포함하는 것으로 보아야 한다(위 2007헌마1083 등).

17) 넓게 보면, 외국인력정책위원회가 외국인근로자를 도입하는 업종 및 규모를 심의, 의결하고, 그 밖에 외국인근로자를 고용할 수 있는 사업(장)에 관한 사항 등을 심의의결할 수 있도록 하는 규정(외국인고용법 제4조 제2항 제2호·제4호, 령 제3조)도 내국인우선의 원칙을 근거지을 수 있는 규정들이다. 이들 근거에 기초하여 외국인력정책위원회는 내국인의 고용을 침해하지 않도록 심의의결을 하고 있다.

18) 이와 같이 외국인의 고용이 내국인근로자의 근로기회를 저해하는지 여부에 대한 평가를 가르켜 ‘노동시장테스트’라고도 한다. 하갑래·최태호, 『외국인 고용과 근로관계』(중앙경제사, 2005), 100면.

인을 14일 이상 구인노력을 했음에도 채용하지 못하는 때로 개정되었으며, 소재지 직업안정기관의 장이 사용자의 적극적인 내국인 채용노력의 사실을 인정하거나 일정한 신문이나 정기간행물 등의 매체에 3일 이상 광고하는 경우에는 7일 이상의 구인노력으로 단축되어 있다(외국인고용법시행규칙¹⁹⁾ 제5조의2).

이러한 법령체계는 외국국적동포에 대한 특례고용가능확인의 경우에도 준용됨으로써(외국인고용법 제12조 제3항, 외고령 제20조 등), 특례고용허가에 대해서도 내국인 우선고용의 원칙이 적용될 근거규정이 마련되었다.

3) 사회경제적 의의와 고용부담금제

여기에서 내국인 우선고용원칙의 사회경제적 의의와 실행수단에 대해서 짚고 넘어갈 부분이 있다. 내국인 우선고용의 원칙은 국가구성원인 국민의 이익을 먼저 도모한다는 의미에서 미국과 독일을 비롯한 많은 국가들이 이 원칙을 채택하고 있다. 국민에게 먼저 일자리를 제공하고 구인(求人)을 못한 경우에 외국인을 고용하는 것은 국민의 고용기회를 보장하고 근로조건을 향상시키는 효과가 있다. 사용자들이 외국인근로자의 채용을 원한다 하여 외국인의 채용을 너무 손쉽게 허용한다면, 노동시장의 인력공급이 증가함으로써 임금은 떨어지고 근로조건은 더 악화될 수 있다. 1990년대 이래로 외국인 단순기능인력을 제조업과 건설업 등에 공급함으로써, 중소기업체의 인력난 해소에 기여했으나, 반면에 3D 업종을 중심으로 한 산업부문에서 근로조건 개선이 지체된 측면도 있다.

내국인의 우선고용의 원칙을 통해 국민의 고용기회를 보장하는 정책에는 여러 방안이 있다. 현재 시행되는 것처럼 인력부족 업종에 한해 외국인력을 적정한 범위 이내로 제한하려는 방식(수량통제의 방식) 이외에도 고용부담금(levy)을 부과하는 가격통제의 방식이 있다.²⁰⁾ 고용부담금제는 외국인근로자를 고용하는 사용자가 외국인근로자를 고용할 때에 일정액의 세금 또는 고용부담금을 지불하도록 하는 방안이다. 외국인을 고용함으로써 시장의 임금보다 적은 임금을 지불하는 사용자가 그 편익을 집중 취득하는 반면에 내국인근로자는 임금이 저하되고 고용기회가 침해되며, 국가나

19) 이하 ‘외고시행규칙’이라 함.

20) 하갑래·최태호, 『외국인 고용과 근로관계』, 416-418·68면, 임현진·설동훈, 『외국인근로자 고용허가제 도입방안』(노동부, 2000), 43-44면; 차용호, 『한국이민법』(법문사, 2015), 935-936면 등.

지방자치단체는 외국인 거주에 따르는 여러 비용을 부담하게 된다는 사실에 기초하여 내국인 사용자에게 고용부담금을 지불시키는 제도이다. 고용허가제를 실시하고 있는 대만과 싱가포르가 실시하는 이 방안은, 외국인고용법 제정 당시에도 도입이 검토되었다가 중소기업들에 부담을 준다 하여 배제되었다.

(다) 정주화 금지의 원칙과 투명성의 원칙

위의 두가지 원칙 이외에도 정주화금지의 원칙, 투명성의 원칙 등을 들기도 한다.²¹⁾

정주화 금지의 원칙은, 단순기능 외국인근로자들이 국내에 장기간 거주할 경우에는 여러 사회적 비용이 커지므로 한국사회에 정주하지 않도록 하려는 것이다. 고용허가제 도입 당시에도 교체순환(rotation)을 통해 기간이 만료된 외국인근로자들을 돌려보내고 새 외국인근로자를 새로 도입하려 했다. 그렇지만, 근래에 들어서는 성실근로자 재입국제도처럼 장기간 취업이 가능한 예외들이 늘어가고 있다.

외국인근로자 도입의 초기에는 도입과정에서 브로커 등을 통한 비리들이 적지 않았다. 그러한 까닭에 공공부문이 적극 개입하여 투명하게 제도를 운용하는 것이 중요한 과제이다. 정부간 양해각서(MOU)를 체결하고, 한국산업인력공단과 직업안정기관 등 공공부문이 외국인근로자의 선발·도입·알선을 담당하도록 하고 있다.

제3절 노동이민의 입법정책에 대한 단상(斷想)

1. 이제까지의 외국인 고용정책 등에 대한 개괄적인 평가

- 그동안의 외국인근로자 도입(산업연수생과 고용허가제 아래)은 인력이 부족했던 산업계에 충분한 인력을 공급했다는 긍정적인 측면이 있지만,
- 동시에 저임금의 노동력을 국내노동시장에 미치는 파급이 충분히 고려치 않은

21) 외국인력의 도입이 산업 및 기업구조조정에 나쁜 영향을 끼치지 않도록 해야 한다는 '산업구조조정 저해 방지의 원칙'을 드는 경우도 있다. 유길상·이정혜·이규용, 『외국인력제도의 국제비교』 (한국노동연구원, 2004).

상태에서 도입함으로써 국내 저임금근로자들의 임금수준을 떨어뜨리고, 노동시장의 이중구조를 심화시킨 측면이 있음을 부인할 수 없음.

- 방문취업제를 통한 중국동포 근로자들의 대거 유입도 동일선상에서 비판할 수 있음. 순기능도 있었지만, 국내 저임금근로자들의 일자리의 대체효과가 있었다고 봄.

- 그렇다면, 앞으로는 어찌 해야 하나?

인력공급을 줄인다는 의미에서 외국인력 도입을 줄여야 하나?

- 대답은 쉽지않음.

국내노동시장(특히, 3D 업종을 중심으로 한 제조업, 제1차산업)에 대한 인력공급이 원활하지 않은 상태에서 인력공급을 이제와서 줄이는 것은 또다른 문제가 있음.

- 낮은 출산률, 급격한 고령화 추세에 대해서 인구정책의 차원에서 외국인근로자(외국전문인력이든, 외국인근로자든)도 들여와야 한다는 주장도 있음.

- 외국전문인력의 도입도 실제로 전문인력이 아닌 경우도 많으며, 그들의 도입은 국내근로자의 대체효과가 크기 때문에 도입에 매우 신중해야 함.

- 재외동포를 포함한 외국인근로자를 도입할 경우, 그 취업업종이나 쿼터를 결정할 경우, 국내 노동시장에 대한 영향에 대해 보다 엄밀하고 보수적으로 접근할 필요가 있음.

- 외국인근로자의 무분별한 도입은 자제되어야 하며(한국인 우선고용의 원칙이 준수되어야 함), 들어온 외국인에 대해서는 국적차별을 금지해야 하고, 장기고용시에는 그에 준하는 법적 권리(가족결합권이나 사업장이동의 자유 확대)를 보장해야 함.

- 다문화사회를 지향한다면, 외국인근로자를 장단기 계획이 없이 편의적으로 사용하는 이제까지의 패턴을 지양해야 함. 장기체류자에 대해서는 보다 적극적인 투자(직업훈련, 교육, 직업알선 등 적극적 노동시장정책의 관점)가 요망됨.

2. 법학적인 접근방법

(1) 법학적 접근은 정책적 접근과는 또다른 차원

- 헌법, 외국인고용법 등을 비롯한 법령의 해석·적용문제
- 차별금지의 원칙

- 내국인 우선의 원칙(노동시장 보완의 원칙)
- 정주화 금지의 원칙 외

(2) 외국인의 기본권을 어떻게 볼 것인가?

헌법상 근로권(제32조)와 직업의 자유(제15조)의 해석문제

가. 근로권에 대한 헌재 결정(산업기술연수생 관련: 헌재 2007. 8. 30. 2004헌마 670, 판례집 19-2, 297 [위헌,각하])

- 결정요지 1

근로의 권리가 “일할 자리에 관한 권리”만이 아니라 “일할 환경에 관한 권리”도 함께 내포하고 있는바, 후자(後者)는 인간의 존엄성에 대한 침해를 방어하기 위한 자유권적 기본권의 성격도 갖고 있어 건강한 작업환경, 일에 대한 정당한 보수, 합리적인 근로조건의 보장 등을 요구할 수 있는 권리 등을 포함한다고 할 것이므로 외국인 근로자라고 하여 이 부분에까지 기본권 주체성을 부인할 수는 없다. 즉 근로의 권리의 구체적인 내용에 따라, 국가에 대하여 고용증진을 위한 사회적·경제적 정책을 요구할 수 있는 권리(헌재 2002. 11. 28. 2001헌마50, 판례집 14-2, 668, 678)는 사회권적 기본권으로서 국민에 대하여만 인정해야 하지만, 자본주의 경제질서하에서 근로자가 기본적 생활수단을 확보하고 인간의 존엄성을 보장받기 위하여 최소한의 근로조건을 요구할 수 있는 권리는 자유권적 기본권의 성격도 아울러 가지므로 이러한 경우 외국인 근로자에게도 그 기본권 주체성을 인정함이 타당하다.

- 결정요지 2

산업연수생이 연수라는 명목하에 사업주의 지시·감독을 받으면서 사실상 노무를 제공하고 수당 명목의 금품을 수령하는 등 실질적인 근로관계에 있는 경우에도, 근로기준법이 보장한 근로기준 중 주요사항을 외국인 산업연수생에 대하여만 적용되지 않도록 하는 것은 합리적인 근거를 찾기 어렵다. 특히 이 사건 중소기업청 고시에 의하여 사용자의 법 준수능력이나 국가의 근로감독능력 등 사업자의 근로기준법 준수와 관련된 제반 여건이 갖추어진 업체만이 연수업체로 선정될 수 있으므로, 이러한 사업장에서 실질적 근로자인 산업연수생에 대하여 일반 근로자와 달리 근로기준법의

일부 조항의 적용을 배제하는 것은 자의적인 차별이라 아니할 수 없다.

근로기준법 제5조와 ‘국제연합의 경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약’ 제4조에 따라 ‘동등한 가치의 노동에 대하여 동등한 근로조건을 향유할 권리’를 제한하기 위하여는 법률에 의하여만 하는바, 이를 행정규칙에서 규정하고 있으므로 위 법률유보의 원칙에도 위배된다.²²⁾

나. 직업의 자유에 대한 헌재 결정의 다수의견(사업장변경관련 조항의 합헌결정: 헌재 2011. 9. 29. 선고 2007헌마1083, 2009헌마230·352(병합))

- 결정요지 1

직업의 자유 중 이 사건에서 문제되는 직장 선택의 자유는 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권과도 밀접한 관련을 가지는 만큼 단순히 국민의 권리가 아닌 인간의 권리로 보아야 할 것이므로 외국인도 제한적으로라도 직장 선택의 자유를 향유할 수 있다고 보아야 한다. 청구인들이 이미 적법하게 고용허가를 받아 적법하게 우리나라에 입국하여 우리나라에서 일정한 생활관계를 형성, 유지하는 등, 우리 사회에서 정당한 노동인력으로서의 지위를 부여받은 상황임을 전제로 하는 이상, 이 사건 청구인들에게 직장 선택의 자유에 대한 기본권 주체성을 인정할 수 있다 할 것이다.

(한편 기본권 주체성의 인정문제와 기본권 제한의 정도는 별개의 문제이므로, 외국인에게 직장 선택의 자유에 대한 기본권주체성을 인정한다는 것이 곧바로 이들에게 우리 국민과 동일한 수준의 직장 선택의 자유가 보장된다는 것을 의미하는 것은 아니라고 할 것이다.)

- 결정요지 2

입법자가 외국인력 도입에 관한 제도를 마련함에 있어서는 내국인의 고용시장과 국가의 경제상황, 국가안전보장 및 질서유지 등을 고려하여 정책적인 판단에 따라 그 내용을 구성할 보다 광범위한 입법재량이 인정된다. 따라서 그 입법의 내용이 불합리하고 불공정하지 않는 한 입법자의 정책판단은 존중되어야 하며 광범위한 입법재량이 인정되고, 외국인근로자의 직장 선택의 자유는 입법자가 이러한 정책적 판단에 따

²²⁾ 결정내용 가운데, 노동부예규(행정규칙)이 대외적 구속력이 있는지에 대한 판단부분도 있으나, 이 쟁점은 행정법상 쟁점이므로 생략한다.

라 법률로써 그 제도의 내용을 구체적으로 규정할 때 비로소 구체화된다.

이 사건 법률조항은 외국인근로자의 무분별한 사업장 이동을 제한함으로써 내국인 근로자의 고용기회를 보호하고 외국인근로자에 대한 효율적인 고용관리로 중소기업의 인력수급을 원활히 하여 국민경제의 균형 있는 발전이 이루어지도록 하기 위하여 도입된 것이다. 나아가 이 사건 법률조항은 일정한 사유가 있는 경우에 외국인근로자에게 3년의 체류기간 동안 3회까지 사업장을 변경할 수 있도록 하고 대통령령이 정하는 부득이한 사유가 있는 경우에는 추가로 사업장변경이 가능하도록 하여 외국인 근로자의 사업장 변경을 일정한 범위 내에서 가능하도록 하고 있으므로 이 사건 법률조항이 입법자의 재량의 범위를 넘어 명백히 불합리하다고 할 수는 없다. 따라서 이 사건 법률조항은 청구인들의 직장 선택의 자유를 침해하지 아니한다.

이민정책과 이주민 인권*

김 현 미**

- | |
|--|
| <ul style="list-style-type: none">I. 사회통합의 비전과 이주민 인권II. 기존 법제도와 이주민 권리<ul style="list-style-type: none">1. ‘신원보증제’를 통한 국민과 이주민간의 권력 불균형2. 이주자 대상별 권리 부재의 영역 |
|--|

I. 사회통합의 비전과 이주민 인권

1990년대 외국인 인력정책으로 시작한 이민정책과 제반 법들은 2006년 이후 정착형 이민자인 결혼이민자를 대상으로 한 ‘다문화가족’정책으로 확장되었다. 다문화담론의 태동은 이주자 운동과 매우 밀접한 관련을 맺는다. 원래 한국사회에서 다문화주의란 말이 등장하게 된 배경은 시민사회와 이주노동자를 지원하는 NGO 등을 통해서였다. 이주 노동자들은 적극적으로 인권과 노동권을 요구했지만 한국 사회의 인종차별 때문에 이 운동은 사회 전반의 영향력을 끼치지 못했다. 무엇보다도 이주민 인권 운동을 주도해야 할 당사자인 이주자의 체류권 등 법적 지위의 한계 때문에 광범위한 ‘문화’ 및 권리 투쟁을 만들어 낼 수 없었다. 이주지원 단체와 시민사회에서 처음 사용하기 시작한 다문화주의 또는 문화 다양성은 그것이 일반적으로 내포하는 문화적 차이에 대한 상호인정과 승인의 의미보다는 한국인의 외국인 차별과 폭력성에 대한 대항적 개념이었다. 단일민족에 기반을 둔 국민주의가 만들어 내는 인종, 성,

* 본 발표문은 <이민정책론>과 <이민법>에 담긴 이주민 인권의 주요 이슈를 소개한다.

** 연세대학교 문화인류학과.

계급 등에 기반을 둔 다양한 폭력들을 통해 이주노동자, 혼혈인, 결혼이주자의 인권이 심각하게 침해됐기 때문이다. 이 때 다문화주의 또는 다문화 담론은 한국 선주민의 ‘반성’과 ‘성찰’을 요청하는 담론이었다. 그러나 다문화 담론이 국가에 의해 ‘차용’되면서 철학적 실체 없이 광범위하게 유통되었고, 급기야 정착형 이민자인 결혼이주자와 다문화가족에 대한 담론으로, 귀결 또는 협소화되기 시작했다.

기존의 사회통합 담론으로서의 다문화정책은 ‘법적 지위’가 확실한 통합의 필요성이 있는 결혼 이민자들만을 정책대상으로 설정해 왔다. 때문에 한국의 다문화정책은 거의 다문화가족지원 정책과 동일시되고 있다. 한국에 정주하는 다양한 외국인이 증가함에도 불구하고, 일터, 작업장, 시민사회, 법, 학교 등 공적 영역 전반에 걸쳐 ‘다문화감수성’이나 ‘인권’을 증진시키려는 총체적 노력은 부재했다. 사실 지난 30년간 산업연수생이나 고용허가제를 통해 한국에 온 이주노동자를 대상으로 한 다문화적 포용 정책을 제안한 적도 없고, 일터의 다문화 환경을 만들어내기 위한 예산조차 배정한 적이 없다. 국적과 문화가 다른 조선족 이주자의 급증에도 불구하고 동족 언어를 이해한다는 이유 때문에 이들의 문화적 통합에 힘을 기울이지 않았다. 무엇보다 ‘다문화’란 용어 자체가 외국인, 혼혈, 국제결혼가족을 지칭하는 일종의 낙인화된 용어로 사용됨으로써 문화다양성 증진을 통한 개방적 평등성이나 상호존중으로 이어지지 않는다는 점이다.

이주민의 사회통합은 정의하거나 설명하기가 매우 어려운 개념이지만, 흔히 이주민들을 주류 문화에 적극적으로 참여시키거나 동화시켜 소외나 사회적 불안등과 같은 갈등 상황을 줄여나가는 것을 의미한다. 전통적인 사회 통합 관점은 이주민과 선주민 간의 분리나 위계를 전제하고 이주민에게 영향력을 행사하여 이들을 주류 문화에 동화하게 하거나 배제한다. 이는 적응과 변화에 대한 모든 부담을 이주자에게만 부여하고 정착 선주민은 문화적 차이를 용납하지 않는 모델이다. 그러나 새로운 통합 개념은 이주자들이 정착 과정에서 주류 문화에 영향을 받는 것처럼 선주민들도 이민자와 상호작용을 통해 영향을 주고받는 것을 인정하는 개념이다.¹⁾ 동시대 한국이라는 동일한 공간에 거주하는 다양하고 이질적인 존재들 간의 교류와 공생을 통해 각자의

1) Ireland, Patrick, 2004, *Becoming Europe: Immigration, Integration, and the Welfare State*, Pittsburgh: University of Pittsburgh Press; Lister, Ruth, et al. (2007), *Gendering Citizenship in Western Europe*. Bristol: The Policy Press.

편협하고 완고했던 정체성을 재규정해가는 과정이 다문화 사회의 정치라고 할 수 있다. 사회통합 정책은 이주민들과 선주민들이 구조적(법, 제도, 노동시장, 교육 및 훈련, 주택, 사회적 서비스 제공 여부 등)차원과 정치-문화적(공식, 비공식 형태의 참여, 수용, 문화적 교환)차원에서 어떻게 참여하고 영향을 주고받고 있는지, 이주민들이 특정 영역에서 참여를 하지 못하는 원인이 무엇인지를 분석하고 제도나 정책을 만들어내는 것이다.

이주민의 사회통합을 단순하게 주류 문화로의 동화나 수렴으로 이해하여 정책을 수립하는 것은 이주민의 진정한 사회 참여를 이끌어낼 수 없다. 이 의미는 저소득층 지원 정책으로 대표되는 이주자 통합 정책이 사실은 이주자들을 ‘낮은 수준’의 복지 혜택의 수혜자로 만들면서 오히려 이주자들의 지속적인 실업 상황을 야기한다는 것이다. 결국에는 이주자들에 대한 정부의 ‘선의의’ 지원에도 불구하고 이주자들을 사회의 주변부로 간주하고 정책을 떠나가는 한 이주자들 또한 지속적인 빈곤 상황에서 벗어나지 못하는 결과를 낳게 한다는 것이다. 이런 점에서 이주자의 사회통합이 가장 잘 이루어진 경우는 이주자가 노동시장에 원활하게 참여할 수 있도록 지원을 해 준 경우다. 이민정책과 법 제도는 이주민을 사회적 실체이며 사회 구성원으로 인정하고, 이들의 사회 참여에 장애가 되는 기존의 법이나 정책을 변화시켜나가는 것이라 하겠다. 이런 점에서 이주자들에 대한 정보 지원, 상담, 법적 지원 등 전문적 지원체제가 구축되어야 하며 이들에게 힘을 주는 전문적인 지원 단체가 필요하다.

II. 기존 법제도와 이주민 권리

1. ‘신원보증제’를 통한 국민과 이주민간의 권력 불균형: 한국인 선주민과 외국인간의 불평등한 관계가 여전히 지속되고 있다. 고용허가제로 오는 이주노동자는 한국 고용주의 일방적인 선택에 의해 그의 ‘신원보증’으로 한국에 유입된다. 결혼 이주여성 또한 한국 사회에 유입되고 체류 자격을 획득하는 등 한국 내에서 구성원으로 향유할 수 있는 권리를 취득해가는 전 과정에서 ‘한국 국적의 배우자’가 행사하는 권력은 막강하게 작용한다. 국민이 이주자의 신원을 보증하는 현재의 신원보증제도는

심각한 권력 불균형을 초래한다. 외국인이 개별적으로 행사할 수 있는 ‘법으로 명시된 권리’가 없기 때문에 외국인들은 출입국, 체류, 작업장 선택, 결혼 및 이혼 등의 이주의 전 과정에서 불안정한 지위에 머물게 되는 경우가 많다. 즉, 다른 이주자들에게 대해서는 필요한 노동력은 얻되 이들을 사회구성원으로 통합하는 데 비용을 들이지 않는 정책을 추구해왔다. “주류 한국인이 기획하고 이주민은 선별적으로 호명하되 정해진 역할과 입지로 배치되는 사회”는 다문화사회로의 동력을 선사하기보다는 갈등과 분열로 파편화될 것이다²⁾. 한국사회가 직시해야 하는 것은 법적 지위의 여부와는 상관없이 다양한 이주민들이 한국에서 인권을 포함한 기본권을 보장받는 방향의 이주자 통합 정책으로 변화되어야 한다는 주장이 제기되었다.

2. 이주자 대상별 권리 부재의 영역

1) 결혼이민자: 젠더폭력

- (1) 상업적 중개업에 의한 여성의 상품화조장과 법적 근거,
- (2) 신원보증제와 외국인 배우자의 종속적 지위: 체류자격과 관련하여 한국 남편들에게 부여한 준사법적 권력,
- (3) 한국 다문화가족 정책에서 옹호하는 결혼의 기능적 측면 강조-저출산, 노동력 부재, 여성의 돌봄노동 강요 등
- (4) 이혼, 별거 이후의 귀환여성이주자와 아이들에 대한 ‘초국적 지원’ 체제의 부재

2) 난민

- (1) 난민 정의의 확장 필요성: 1951년 ‘난민지위에 관한 협약’은 당시의 정치적 냉전체제를 반영한 산물로 최소한의 기준으로 난민을 정의함. 이에 현대 글로벌 정치경제적 환경에 맞는 난민 개념의 확장이 필요함 (인종, 종교, 국적, 특정 사회집단의 구성원 신분, 정치적 견해--> 젠더/성폭력, 정치경제적복합난민, 환경난민 등)
- (2) 2013년 7월 시행된 난민법의 선진화와 실질적인 집행과정에서의 간극에서 오는 ‘인권’ 침해

²⁾ 한건수(2011), “한국의 다문화사회 이행과 이주노동자,” <철학과 현실> 91, 29쪽.

- 난민 전문가 부재에 따른 절차상의 불이익 및 차별
- 취업허가 부분
- 공항 송환대기실, 난민지원센터의 운영 방식
- (3) 난민에 대한 공정한 이미지 개선을 위한 노력 부재

3) 외국인 노동자

- (1) ‘외국인근로자의 고용 등에 관한 법률’에 의해 2004년부터 고용허가제가 시행된 이후 여전히 지속되는 노동권 침해의 문제는 아래와 같다
 - 사업장 변경 횟수 및 기간 제한, 구직 정보와 구직활동, 출국만기보험제도 퇴직금 권리제한
- (2) 농업 및 수산업 분야 근로자의 근로환경
 - 사업장, 노동 및 주거 환경 문제
 - 여성근로자의 성적 침해 문제
- (3) 근로기준법의 차별금지 원칙 적용 문제

외국인에 대한 사회보장의 쟁점*

- 상호주의 명문 규정 삭제의 당위성 -

노 호 창**

인간다운 생활을 보장받아야 하는 문제에 대해서는 국민과 외국인을 구별할 필요가 없다. 국민이든 외국인이든 우리나라에서 삶의 기반을 형성하고 있는 자에 대한 처우의 기본은 인간으로서 인간답게 생활할 수 있는 최소한의 소득과 건강에 대한 보장, 즉 사회보장이라고 본다.

현재 우리나라에서 사회보장의 방법은 사회보험, 공공부조, 사회서비스의 3대 범주를 통해 이루어지고 있다.¹⁾ 사회보험은 개인의 노동에 의한 자기기여(사회보험료 납부)를 핵심으로 하며 산재보험, 고용보험, 국민건강보험(노인장기요양보험 포함), 국민연금(특수직연금 포함)이 이에 해당한다. 사회보험의 경우 각 제도의 취지가 다르고 보호되는 사회적 위험이 서로 다르기 때문에 적용요건에도 차이가 조금씩 있다.

* 본 발제문은 『이민법』(박영사, 2016)의 필자 담당 부분(제12장 외국인의 사회보장)을 요약정리 및 수정보완한 것이다.

** 호서대학교 법정학부.

- 1) 사회보장기본법 제3조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.
 1. “사회보장”이란 출산, 양육, 실업, 노령, 장애, 질병, 빈곤 및 사망 등의 사회적 위험으로부터 모든 국민을 보호하고 국민 삶의 질을 향상시키는 데 필요한 소득·서비스를 보장하는 사회보험, 공공부조, 사회서비스를 말한다.
 2. “사회보험”이란 국민에게 발생하는 사회적 위험을 보험의 방식으로 대처함으로써 국민의 건강과 소득을 보장하는 제도를 말한다.
 3. “공공부조”(公共扶助)란 국가와 지방자치단체의 책임 하에 생활 유지 능력이 없거나 생활이 어려운 국민의 최저생활을 보장하고 자립을 지원하는 제도를 말한다.
 4. “사회서비스”란 국가·지방자치단체 및 민간부문의 도움이 필요한 모든 국민에게 복지, 보건의료, 교육, 고용, 주거, 문화, 환경 등의 분야에서 인간다운 생활을 보장하고 상담, 재활, 돌봄, 정보의 제공, 관련 시설의 이용, 역량 개발, 사회참여 지원 등을 통하여 국민의 삶의 질이 향상 되도록 지원하는 제도를 말한다.
 5. “평생사회안전망”이란 생애주기에 걸쳐 보편적으로 충족되어야 하는 기본욕구와 특정한 사회 위험에 의하여 발생하는 특수욕구를 동시에 고려하여 소득·서비스를 보장하는 맞춤형 사회보장제도를 말한다.

공공부조는 국가의 자산조사를 통하여 자신의 경제적 상태가 일정한 빈곤선 하에 있으며 부양의무자가 없거나 부양의무자로부터 부양을 받을 수 없다는 상태에 있다는 것이 핵심적인 요건이며 국민기초생활보장급여가 이에 해당한다. 이 두 가지 범주를 제외²⁾한 나머지 제도들은 ‘사회서비스 및 평생사회안전망’(이하 ‘사회서비스’) 분야에 속하게 된다. 사회서비스 분야에 속하는 제도들은 그때그때의 필요에 따라 국가 부담으로 혹은 수익자 일부 부담 등 방식을 혼용하여 급여가 필요한 특정한 범주의 대상자에게 금전, 물품, 돌봄서비스, 시설수용 등 다양한 방식으로 급여를 제공하고 있다. 그렇다면 외국인에 대한 사회보장도 각 제도의 취지와 요건에 부합하느냐가 그 적용 여부를 결정하는 기준이 되어야지 단순히 국민이냐 아니냐가 기준이 되어서는 안 된다.

그런데 현행 「사회보장기본법」 제8조에 따르면, ‘국내에 거주하는 외국인에게 사회보장제도를 적용할 때에는 상호주의의 원칙에 따르되, 관계 법령에서 정하는 바에 따른다’고 규정하여 ‘상호주의’를 입법화하고 있다. 상호주의에 대한 이론적 비판은 이미 있어왔는데,³⁾ 상호주의는 기본적으로 외국인의 처우를 상대국과의 관계에서 상호 동등하게 대우할 것을 의미하는 것이기에 인간다운 생활을 보장하기 위한 사회보장의 원칙으로는 적합하지 않다. 더욱이 사회보장기본법의 전신인 「사회보장에 관한 법률」에서는 외국인에 관한 규정 자체를 두고 있지 않았었는데, 사회보장기본법을 제정하여 외국인 규정을 도입하는 과정에서 인간다운 생활과 관련된 내외국인 평등의 원칙을 간과한 것으로 보인다.

특히 사회보험의 경우 개인이 자신의 노동을 통한 자기기여가 있느냐 없느냐를 가지고 적용 여부를 결정하는 것이 본질이기 때문에 상호주의와는 전혀 맞지 않는다. 더구나 사회보장기본법(1995년 제정)보다 먼저 제정되어 실시되고 있었던 「근로기준법」(1953년 제정)에서는 근로자라는 지위에서 동등하게 대우해야 하지 외국인이라는 이유로 차별을 하지 말 것을 원칙으로 하고 있다. 사회보험의 핵심 적용 대상이 근로자라는 점에서 상호주의는 더욱 관련이 없음에도 불구하고 사회보장기본법에서 상

2) 한국사회보장법 형성 초기에 있어서 「사회보장에관한법률」에서는 사회보장의 구성체계를 사회보험과 공공부조의 2가지로만 파악하는 것에서 출발하였다.

3) 이홍재·전광석·박지순, 「사회보장법」(제3판), 신조사, 2015, 343~344면; 전광석, 「한국사회보장법론」, 법문사, 2010, 238~239면; 최홍엽, “외국인근로자의 사회보장”, 「민주법학」 제22호, 민주주의법학연구회, 2002, 156~157면 등.

호주의의를 규정하고 있는 것은 대단히 모순적이다. 이런 점은 2003년 제정되고 2004년부터 시행된 「외국인근로자의 고용 등에 관한 법률」(이하 ‘외국인근로자고용법’) 제22조에서 “사용자는 외국인근로자라는 이유로 부당하게 차별하여 처우하여서는 아니 된다.”고 규정하고 있는 것에서도 확인할 수 있다. 사회보장기본법은 사회보장법 영역이고 외국인근로자고용법은 노동관계법 영역이므로 두 법률은 법체계상 구별이 되긴 하지만, 사회보장의 중추적 제도인 사회보험은 근로관계를 전제로 하여 가입대상이 정해지는 것이기에 서로 밀접한 관련성을 가지고 있다는 점에서, 외국인근로자고용법은 적어도 외국인근로자의 사회보험 분야에서는 사회보장기본법에서 내세운 상호주의의 원칙이 부당하다는 점을 인식하고 있는 것이다.⁴⁾

따라서, 사회보장에 있어서는 기본적으로 각 개별 사회보험의 취지나 특성에 맞게 외국인에게도 요건에 해당하면 적용 대상 측면에서는 국민과 차별을 둘 것이 아니다. 즉 제도의 기능을 중심으로 접근해야 할 것이지 국적을 중심으로 접근할 것은 아니다.

다만 제도의 내용을 외국인에게 획일적·기계적으로 적용할 것은 아니라고 본다. 우리나라에서 체류하고 있는 외국인이라고 하더라도 우리나라에서 단순기능직 근로자로서 단기 체류하는 외국인근로자도 있고 우리나라에서 정착하여 지역사회의 구성원으로서의 지위를 확보한 외국인도 있는 등 그 스펙트럼이 넓게 퍼져 있기 때문에 사회보장제도의 적용 내용이나 수준에서는 탄력성을 가질 필요가 있다고 본다. 만약에 내외국인 평등의 원칙을 기계적으로 적용하는 경우, 특히 사회보험에 있어서는 외국인(근로자)과 사업주 양자에게 불필요한 경제적 부담을 지울 수 있고 궁극적으로 사회보험이 적용된다는 것이 당사자에게는 달갑지 않은 일이 될 수도 있다.⁵⁾

이와 관련하여, 외국인에 대한 사회보장제도의 적용 모습을 간략히 살펴보자.

산재보험의 경우 노동재해로부터의 보호가 근본 취지이기 때문에 판례는 일찍부터 소위 불법체류 외국인근로자에게까지 산재보험의 적용대상이 된다고 확립한 바 있다.⁶⁾ 물론, 산재보험의 경우 체류자격과 무관하게 보장받을 수 있는 제도이기는 하

4) 물론 이에 대해서는 사회보장기본법 제8조 후단 ‘관계 법령이 정하는 바’에 따른 것으로 보아야 한다는 견해가 있을지는 모르겠다.

5) 片桐由喜, “外國人研修·技能實習制度における社會保障法の適用問題”, 日本労働法學會誌 112号, 2008, 87~88면.

6) 대법원 1995. 9. 15. 선고 94누12067판결. “외국인이 취업자격이 아닌 산업연수생으로 입국하여 구

나, 요양급여 신청을 하는 과정에서 체류자격이 드러날 것에 대한 우려 때문에 강제 송환을 두려워하는 외국인근로자 본인 및 산재보상에 따른 보험료 부담과 불법체류자 고용으로 인한 처벌을 회피하기 위한 사업주 양자 간의 이해관계가 일치하여 산업재해를 신청하지 않고 합의로 은폐되는 경우가 많다.⁷⁾

고용보험의 경우 원칙적으로 외국인근로자에게 적용이 안 되는 것으로 되어있지만(고용보험법 시행령 제3조 제2항 제1호) 합법적인 체류자격을 가진 외국인근로자 중에서 일정한 경우에는 가입가능하다. 외국인근로자의 경우 체류기간이 종료되면 귀국하는 것이 원칙이기 때문에 실업 중의 생계보장이라는 고용보험(실업급여)의 취지와는 맞지 않는 면이 있다. 그렇지만, 예컨대 실업상태에 처하게 되었으나 외국인근로자고용법상 외국인근로자에게 고용관계 종료의 책임을 지을 수 없고 외국인고용법 및 출입국관리법상 체류 제한에 걸리지 않는 경우라면 실업급여를 받을 필요성이 존재한다. 일정한 체류자격이나 취업활동을 할 수 있는 자격을 갖춘 외국인에게 고용보험에 가입할 수 있도록 길을 열어두고 있는 점은 외국인근로자라 하더라도 실업의 위험이 존재할 수 있음을 배려한 것이라고 볼 수 있다.

국민건강보험(이하 ‘건강보험’)의 경우 ‘국내에 거주하는 국민’은 당연가입되고(「국민건강보험법」 제5조, 이하 ‘건강보험법’), 외국인의 경우 특례에 따라 가입이 인정된다. 건강보험법 제109조 제2항은 국내에 체류하는 외국인으로서 대통령령으로 정하는 자에 대해 건강보험의 적용을 인정하고 있다. 이에 따라 건강보험법 시행령 제76조에서 외국인의 가입에 대해 상세히 규정하고 있다. 직장가입자가 되는 외국인은 ‘건강보험 적용 사업장의 근로자’, ‘공무원 또는 교직원으로서 「재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률」 제6조에 따라 국내거소신고를 한 자’, ‘출입국관리법」 제31조에 따라 외국인등록을 한 자’의 어느 하나에 해당하는 자로 한다. 또한 국민건강보

산업재해보상보험법(1994.12.22. 법률 제 4826호로 전문개정되기 전의 것)의 적용대상이 되는 사업장인 회사와 고용계약을 체결하고 근로를 제공하다가 작업 도중 부상을 입었을 경우, 비록 그 외국인이 구 출입국관리법상의 취업자격을 갖고 있지 않았다 하더라도 그 고용계약이 당연히 무효라고 할 수 없고, 위 부상 당시 그 외국인은 사용자종속관계에서 근로를 제공하고 임금을 받아 온 자로서 근기법 소정의 근로자였다 할 것이므로 구 산재보험법상의 요양급여를 받을 수 있는 대상에 해당한다.”

7) 이러한 문제점을 해결하기 위해 자진신고 및 산업재해 신청에 협조하는 사용자에게는 처벌을 감면하는 식의 인센티브를 제공하자는 견해가 제시되고 있다. 노재철, “미등록외국인근로자의 문제점과 해결방안”, 「노동법논총」 제18호, 한국비교노동법학회, 2010.4, 68면 이하; 이다혜, 「시민권과 이주노동」, 서울대학교 법학박사학위논문, 2015.2, 180면.

협공단(이하 '건보공단')은 외국인이 국내에 근무하는 기간 동안 외국의 법령, 외국의 보험 또는 사용자와의 계약 등에 따라 건강보험법 제41조(요양급여)에 따른 요양급여에 상당하는 의료보장을 받을 수 있는 경우에는 보건복지부령으로 정하는 바에 따라 가입자에서 제외할 수 있다(건강보험법 시행령 제76조 제5항 참조). 지역가입자가 되는 외국인은 '직장가입자가 되는 외국인이 아닐 것', '국내에 3개월 이상 거주하였거나 유학·취업 등의 사유로 3개월 이상 거주할 것이 명백할 것', '재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률」 제6조(국내거소신고)에 따라 국내거소신고를 한 자 또는 「출입국관리법」 제31조(외국인등록)에 따라 외국인등록을 한 자로서 보건복지부령으로 정하는 체류자격이 있는 자 중 어느 하나에 해당할 것'이라는 세 가지 요건을 모두 갖추고 건보공단에 지역가입자 자격 취득을 신청한 자로 한다(건강보험법 시행령 제76조 제2항 참조). 다만, 다음의 어느 하나에 해당하는 자는 직장가입자, 지역가입자 및 피부양자가 될 수 없다(건강보험법 시행령 제76조 제4항 참조). 제외대상자로는 '「출입국관리법」 제25조(체류기간 연장허가) 및 「재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률」 제10조(출입국과 체류) 제2항에 따라 체류기간 연장허가를 받지 아니하고 체류하는 자', '「출입국관리법」 제59조(심사 후의 절차) 제3항에 따라 강제퇴거명령서가 발급된 자'이다. 한편 건강보험가입자는 동시에 노인장기요양보험에 가입된다. 따라서 건강보험가입자는 건강보험료에 더하여 일정한 액수의 노인장기요양보험료를 함께 납부하게 된다.⁸⁾ 이는 건강보험법 제109조에 따라 건강보험에 가입되는 외국인에게도 마찬가지로 해당하는 내용이다(노인장기요양보험법 제7조 제3항 참조). 다만 건보공단은 외국인고용법에 따른 외국인근로자 등 대통령령으로 정하는 외국인이 신청하는 경우 보건복지부령으로 정하는 바에 따라 장기요양보험가입자에서 제외할 수 있다(노인장기요양보험법 제7조 제4항 참조). 외국인근로자는 기간 종료 후 귀국이 전제되어 있으므로 65세 이상 노인 등의 장기요양을 위한 노인장기요양보험에 대한 부담까지 지우는 것은 적절치 않기 때문이다. 불법체류자의 경우에는 건강보험에 가입 불가능한 사람에게 적용되는 보건복지부의 '외국인근로자 등 소외계층 의료서비스 지원사업'으로 응급상황에 대해 지원을 받을 수 있다.⁹⁾ 또한 「응급

8) 노인장기요양보험은 '65세 이상 노인'과 '65세 미만의 자 중에서 노인성 질환(치매·뇌혈관성질환 등)을 가진 자'에게 사회보험재원을 바탕으로 신체활동·가사활동의 지원 또는 간병 등의 서비스나 이에 갈음하여 지급하는 현금 등을 제공하는 사회보험제도로서 2008년 8월부터 시행되고 있다.

9) 이다혜, 앞의 논문, 178면 참조.

의료에 관한 법률」에서 관련 규정의 해석상 불법체류자까지 보호되고 있다(동법 제3조). 더구나 비공무원인 의사 등의 경우 불법체류자 발견사실에 대한 통보의무가 없고 공무원의 경우에도 의료서비스를 이용하는 불법체류자에 대해 통보의무를 면제받고 있으므로(「출입국관리법」 제84조 제1항 단서, 동 시행령 제92조의2 제2호) 의료보장을 받을 기본적인 권리는 보장되는 것을 알 수 있다. 그렇지만 의료보장의 경우에도 항상 추방의 불안을 안고 사는 입장에서 그 이용이 쉽지 않을 것이라는 점은 명점일 수밖에 없다.

그런데 건강보험의 취지와 관련하여 헌법재판소는 “건강보험의 문제를 시장경제의 원리에 따라 사보험에 맡기면 상대적으로 질병발생위험이 높거나 소득수준이 낮은 사람들은 보험에 가입하는 것이 매우 어렵거나 불가능하게 되어, 국가가 소득수준이나 질병위험도에 관계없이 모든 국민에게 동질의 의료보장을 제공하고자 하는 목적을 달성할 수 없으므로 원칙적으로 전국민을 강제로 보험에 가입시키고 경제적 능력에 비례하여 보험료를 납부하도록 함으로써 의료보장과 동시에 소득재분배 효과를 얻고자 하는 것”이라고 밝힌 바 있는데,¹⁰⁾ 외국인에게 건강보험을 적용하면서 ‘강제가입’과 ‘건강보험료 수준’이라는 측면에서 의료보장을 넘어서는 소득재분배 효과까지 요구하는 것이 타당한 것인지에 대해 의문을 갖는 견해가 있을 수 있다. 그렇지만 건강보험이 추구하는 것은 자유시장에서는 구입이 불가능한 고가의 의료서비스를 건강보험이라는 틀 안에서 보다 낮은 가격으로 공급받을 수 있도록 하되 그 비용을 일부 본인부담하는 것 이외에 나머지는 사회구성원이 재력의 크기를 기준으로 부담하는 보험료 재원에서 부담하는 것이기 때문에 보험료 부담이나 강제가입 여부는 외국인이라고 해서 특별히 달리 취급할 것은 아니고 우리 사회 안에서 의료 혜택을 보느냐 아니냐를 기준으로 해서 바라볼 문제다. 또한 현재가 건강보험을 통해 의료보장과 소득재분배 효과를 함께 얻고자 한다고 실시하고는 있으나 소득재분배는 어디까지나 건강보험제도를 실시하게 됨으로써 부수적으로 발생하게 되는 효과이지 그 자체가 본질적 목표는 아니라는 점을 유의할 필요가 있다.

외국인에 대한 국민연금의 적용에 대해서는 「국민연금법」 제126조(외국인에 대한 적용)와 제127조(외국과의 사회보장협정)에서 규정하고 있다. 「국민연금법」 제126조에서는 이 법의 적용을 받는 사업장에 사용되고 있거나 국내에 거주하는 외국인으로

10) 헌재 2003.10.30.자 2000헌마801 결정.

서 대통령령으로 정하는 자 외의 외국인은 「국민연금법」 제6조(가입대상)에도 불구하고¹¹⁾ 당연히 사업장가입자 또는 지역가입자가 된다는 점을 명시하고 있다(국민연금법 제126조 제1항 본문 참조). 다만, 이 법에 따른 국민연금에 상응하는 연금에 관하여 그 외국인의 본국 법이 대한민국 국민에게 적용되지 아니하면 그러하지 아니하다고 하여 상호주의의 입장을 명시하고 있다(국민연금법 제126조 제1항 단서 참조). 여기서 대통령령으로 정하는 바에 따라 국민연금의 당연 적용에서 제외되는 외국인은 「출입국관리법」 제25조(체류기간 연장허가)에 따라 체류기간연장허가를 받지 아니하고 체류하는 자, 「출입국관리법」 제31조(외국인등록)에 따른 외국인등록을 하지 아니하거나 같은 법 제59조(심사 후의 절차) 제2항에 따라 강제퇴거명령서가 발급된 자, 「출입국관리법 시행령」 별표 1에 따른 외국인의 체류자격이 있는 자로서 보건복지부령으로 정하는 자¹²⁾를 말한다(국민연금법 시행령 제11조 참조). 그런데 외국인의 입장에서 한국의 국민연금에 사업장가입자 자격이든 지역가입자 자격이든 강제가 입되어 보험료를 납부하여야 하는 경우 상당히 부담감을 가지게 될 것으로 보인다. 왜냐하면, 국민연금으로 보호하고자 하는 세 가지 사회적 위험인 장애, 사망, 노령 중 장애와 사망에 대해서는 산재보험의 적용을 받는 경우가 더 많을 것이고, 노령과 관련해서는 「출입국관리법」이나 외국인고용법에 따라 체류자격이나 취업기간 등의 제한을 지속적으로 받을 수밖에 없는 상황에서 굳이 한국에서의 노후생활에 대비하여 최소 가입기간 10년, 수급연령 60세를 충족할 수 있는 가능성이나 유인이 있다고 보이지는 않기 때문이다. 따라서 설사 한국에서 국민연금에 강제가입되어 보험료를 납부하였다 할지라도 가입기간과 수급연령을 충족하지 못하고 본국으로 귀환할 것이 예정되어 있는 외국인의 경우에는 자신이 그동안 납부했던 보험료를 돌려받고 싶어 할 것이다. 이러한 경우 ‘반환일시금’을 지급받는 것이 가능하다. 반환일시금의 지급과 관련하여 「국민연금법」 제126조 제2항에서는 원칙적으로 사업장가입자 또는 지역가입자가 된 외국인에 대하여 반환일시금의 지급 등에 관하여 적용하지 않는다는 입장을 취하고 있으나(국민연금법 제126조 제2항 본문 참조) 예외적으로 ‘외국인의 본국 법에 따라 대한민국 국민이 급여(노령연금, 장애연금, 유족연금)의 수급권을 취득

11) 국민연금법 제6조(가입 대상) 국내에 거주하는 국민으로서 18세 이상 60세 미만인 자는 국민연금 가입 대상이 된다. 다만, 「공무원연금법」, 「군인연금법」 및 「사립학교교직원 연금법」을 적용받는 공무원, 군인 및 사립학교 교직원, 그밖에 대통령령으로 정하는 자는 제외한다.

하지 못하고 반환일시금 지급의 요건에 해당하게 된 때에 그 대한민국 국민에게 일정 금액(가입기간 중 낸 연금보험료에 기초하여 산정한 금액을 말한다)을 일시금으로 지급하도록 그 나라 법에서 규정하고 있는 경우의 외국인¹²⁾, ‘외국인고용법에 따른 외국인근로자로서 「국민연금법」을 적용받는 사업장에 사용된 자’, ‘출입국관리법」 제10조에 따라 산업연수활동을 할 수 있는 체류자격을 가지고 필요한 연수기간 동안 지정된 연수 장소를 이탈하지 아니한 자로서 「국민연금법」을 적용받는 사업장에 사용된 자’에 대하여는 반환일시금의 지급을 인정한다(국민연금법 제126조 제2항 단서 참조). 요컨대 반환일시금과 관련하여서는 상호주의의 태도와 연금수급권의 재산권적 성격에¹²⁾ 대한 고려가 적절히 절충되어 있다고 평가할 수 있겠다. 그렇지만 상호주의에 관한 명시가 없더라도 관련 규정의 해석상 아무런 문제가 없다. 한편, 「국민연금법」에서는 외국인의 국민연금 적용에 대하여 이러한 내용들을 규정하고 있는 외에, 대한민국이 외국과 사회보장협정을 맺은 경우에는 「국민연금법」에도 불구하고 국민연금의 가입, 연금보험료의 납부, 급여의 수급 요건, 급여액의 산정, 급여의 지급 등에 관하여는 그 사회보장협정에서 정하는 바에 따르도록 하고 있다(국민연금법 제127조 참조). 그런데 사회보장협정과 관련해서는 현재 그 명칭과 실질이 부합하지 않고 있다. 명칭은 사회보장협정(social security agreement)이라고 하고 있지만, 연금에 대해서만 인정되고 있기 때문이다. 물론 명칭과 관련하여, 외국의 경우 특히 영미권에서는 social security라고 하면 소득보장에 치중된 의미를 가지고 있지만¹³⁾ 한국의 경우 건강보장까지 포함하는 의미로 사용하고 있기에(사회보장기본법 제3조) 향후 협

12) 연금수급권과 관련하여 헌법재판소는 다음과 같은 논리로 그 재산권성을 인정하고 있다. “공법상의 권리가 헌법상의 재산권보장의 보호를 받기 위해서는 다음과 같은 요건을 갖추어야 한다. 첫째, 공법상의 권리가 권리주체에게 귀속되어 개인의 이익을 위하여 이용가능해야 하며(사적 유용성), 둘째, 국가의 일방적인 급부에 의한 것이 아니라 권리주체의 노동이나 투자, 특별한 희생에 의하여 획득되어 자신이 행한 급부의 등가물에 해당하는 것이어야 하며(수급자의 상당한 자기 기여), 셋째, 수급자의 생존의 확보에 기여해야 한다. 이러한 요건을 통하여 사회부조와 같이 국가의 일방적인 급부에 대한 권리는 재산권의 보호대상에서 제외되고, 단지 사회법상의 지위가 자신의 급부에 대한 등가물에 해당하는 경우에 한하여 사법상의 재산권과 유사한 정도로 보호받아야 할 공법상의 권리가 인정된다. 즉 공법상의 법적 지위가 사법상의 재산권과 비교될 정도로 강력하여 그에 대한 박탈이 법치국가원리에 반하는 경우에 한하여, 그러한 성격의 공법상의 권리가 재산권의 보호대상에 포함되는 것이다.” 헌재 2000. 6. 29. 99헌마289 결정; 헌재 2009. 5. 28. 2005헌마20 결정 등.

13) Paul Spicker, *How Social Security Works*, Policy Press, 2011, pp. 3~4 참조. 미국의 경우에는 사회보험으로서의 건강보험은 존재하지 않으며 대공황 때 등장했던 Social Security Act는 경제 활성화를 위한 보조금 지급의 근거법률이었다.

정 당사국 상호간 건강보장까지 포함하여 확대 개편하는 것이 필요하다고 본다. 특히 건강보장의 문제는 국민이든 외국인이든, 외국인이라도 그가 합법체류자든 불법체류자든 관계없이 누구나 보장받아야 할 인권 중의 인권이기 때문이다. 그러므로 심지어 불법체류자에 대해서도 보다 확실하고 제대로 된 의료서비스를 제공해주고 그 비용을 해당 불법체류자의 국가에 청구할 수 있는 방식으로 사회보장협정을 확대해 나가는 것이 필요하다.

공공부조와 관련해서는 철저히 ‘국민’만을 적용대상으로 하고 있고 외국인의 경우에는 아주 엄격한 요건 하에 예외적으로 적용이 가능하다. 예컨대, 국민기초생활보장 급여의 경우 국내에 체류하고 있는 외국인 중 대한민국 국민과 혼인하여 본인 또는 배우자가 임신 중이거나 대한민국 국적의 미성년 자녀를 양육하고 있거나 배우자의 대한민국 국적인 직계존속(直系尊屬)과 생계나 주거를 같이하고 있는 사람 중에서 소득요건과 부양의무자요건을 갖출 것을 요구하고 있다(「국민기초생활보장법」 제5조의 2, 동법 시행령 제5조의2 참조). 그런데 이는 상호주의가 적용된 것도 아니고 오히려 그보다도 후진적인 입법적·정책적 태도일 수 있다. 최저생활보장은 인권적 성격을 갖는 권리이며, 이른바 거주지 기준 원칙에 의하여 해당 영토에 체류 혹은 거주하는 모든 자가 보호되어야 한다는 취지에 맞지 않는다. 또 설사 인권적 성격을 부인하고 편입 여부를 보호의 기준으로 하더라도, 이들은 국민과 혼인하여 가족을 구성하였다는 사실 자체로 자연적 관계에 근접하여 국민에 유사한 지위에 있다고 보아야 한다. 그럼에도 불구하고 동법은 거주 요건에 더하여 미성년 자녀를 양육하여 한국 사회에 기여할 것까지를 조건으로 최저생활보장의 여부를 결정하므로 이는 국민기초생활보장의 이념에 비추어 보면 상당히 이질적이다.¹⁴⁾

사회서비스 분야의 경우 개별 법률에 따라서 외국인에 대한 적용 여부와 정도는 그 차이가 더욱 크다. 몇 가지 예를 들어보자. 교육서비스의 경우 외국인 자녀도 기본적으로는 유치원부터 고교 교육까지 받을 수 있고(「초·중등교육법」 제2조, 제60조의2), 초중고에 재학 중인 불법체류자의 자녀에 대해서는 관계 공무원의 통보의무가 면제되므로(「출입국관리법」 제84조 제1항 단서, 동 시행령 제92조의2 제1호) 불법체류자의 자녀라고 해서 학교교육에서 배제되는 것도 아니다. 물론 불법체류자의

14) 전광석, “다문화사회와 사회적 기본권”, 「다문화사회와 헌법」, 한국헌법학회·국가인권위원회 공동 학술대회 자료집, 2010, 146-148면.

자녀라면 현실적으로 어려움은 있을 수 있다.¹⁵⁾ 장애인복지서비스의 경우 외국인이라도 등록장애인이 될 수 있으면 서비스를 제공받을 수 있다(「장애인복지법」 제32조의2 참조). 따라서 불법체류자만 아니면 된다. 한부모가족지원서비스의 경우 국내에 체류하고 있는 외국인 중 대한민국 국민과 혼인하여 대한민국 국적의 아동을 양육하고 있는 자로서 출입국관리법 제31조에 따른 외국인 등록을 마친 자의 경우에도 요건에 해당하면 지원을 받을 수 있다(「한부모가족지원법」 제5조의2 제3항, 동법 시행령 제10조 참조). 이런 차이들은 사회보장제도가 상호주의와 아무런 관련이 없으며 또한 없어도 된다는 것을 의미한다.

요컨대, 현재 우리나라 사회보장제도들의 모습을 보면, 외국인에 대한 사회보장정책은 일률적이고 기계적인 적용이 불가능하고 그럴 이유도 없다. 우리 국민에 대한 적용 자체도 그러하다. 사회보험, 공공부조, 사회서비스 각 영역의 세부적 제도의 취지와 특성 및 기능에 맞게 유연하게 제도의 구현이 필요하고 또 일부분을 제외하고 상당부분 그렇게 되고 있다. 그렇다면 결론은 현재 「사회보장기본법」에 명시된 ‘상호주의’라는 것은 특별한 의미가 없는 것이고 삭제되는 것이 타당하다.

15) 현재 법상으로는 불법체류자의 자녀가 교육이나 의료보장을 받을 수 있고 관계 공무원의 통보의 무도 면제되는 것으로 되어 있으나, 관계 기관의 선처나 호의에 의존할 수밖에 없는 상황이고 부모의 법적 지위를 자녀도 따라간다는 전제에서 불법체류자의 자녀나 불법체류아동에 대한 법적 규율이 전혀 마련되어 있지 않아서, 일관되고 장기적인 정책이 불가능한 상황이다. 특히 「출입국관리법」상 그들이 17세 이후에 외국인등록을 할 수 있는지 불분명하고, 외국인등록을 할 수 있다는 근거가 없어서 결국 추방으로 이어질 것 같은데 사회통합 관점에서나 그들 개인의 인생 관점에서나 부작용이 크므로 법적 고민과 대안 마련이 시급하다고 본다.

[제1발표]

출입국관리행정과 법치주의 한계와 실무

장 지 표*

1. 들어가며
2. 출입국관리행정 특수성
3. 우리나라 출입국관리제도 개괄
5. 출입국항에서의 난민인정신청
6. 마무리

1. 들어가며

- 행정에 있어 법치주의 요청은 행정권의 자의적인 행사를 막고, 모든 행정활동을 법의 통제 아래 두려는 것으로 소위 법률에 의한 행정원리임
- 출입국관리행정은 국가주권 행사에 관련된 것으로 법률의 독자성이 강하며, 최근 각국은 외국인의 출입국 및 체류에 대한 통제·관리를 강화하는 추세
- 출입국관리행정에 있어 법치주의는 행정목적 달성과정에서 궁극적으로 외국인의 인권 보호, 절차적 보장, 재량 통제의 문제로 볼 수 있음
- 이하, 출입국관리행정의 특수성과 우리나라 출입국관리제도를 개괄적으로 살펴본 뒤, 법치주의에 반한다고 지적되고 있는 대표적인 사안에 대해 실무를 중심으로 출입국관리행정에 있어 법치주의 한계에 대해 알아보고자 함

* 동포교육지원단장.

2. 출입국관리행정 특수성

- 출입국관리행정은 국제간에 이동하는 사람을 대상으로 하는 행정으로, 오래전부터 국가주권 행사와 관계된 행정의 하나로 인정되어 왔음
- 국가는 어떠한 외국인을 받아들이고, 어떠한 외국인을 거부할 것인가를 자유롭게 결정할 수 있다는 것이 국제법상 일반적인 원칙임
- 또 외국인의 입국을 인정한 후에도 그 사람을 계속 체류하게 할 것인가, 어떠한 외국인을 강제퇴거 할 것인가에 대해서도 국가의 고유 권한으로 되어 있음
- 이러한 주권국가의 속성상 출입국관리행정의 특성을 다음의 3가지로 요약 할 수 있음
 - ① 출입국관리행정은 폭넓은 자유재량을 내포하는 행정권의 독자성 내지 우위성을 가지는 범주에 속하는 행정으로, 소위 재량행정의 전형임
 - ▶ 그러나 재량행정이라 하더라도 무제한적이고 절대적인 것은 아님
 - ② 출입국관리행정은 외국인의 출입국(체류 및 강제퇴거 포함)을 규제하는 것을 목적으로 하는 규제행정 중의 하나임
 - ▶ 출입국관리행정은 자국에 바람직하지 않는 외국인에 대한 입국거부나 강제퇴거 등을 통해 공공의 안전 유지, 국가이익을 보호하는 것
 - ③ 출입국관리행정은 국제법과 교차하는 행정임
 - ▶ 인적이동을 통한 건전한 국제교류 발전 및 국제평화에 기여함은 물론 인도적 입장에서 외국인을 처우함으로써 인권보장 발전에 기여
- 결론적으로 출입국관리행정은, 국가주권 행사로서 국가에 도움이 되는 외국인을 받아들이고 국익에 유해한 사람을 배제함으로써, 국가의 건전한 발전을 도모하고 국제협조 및 국제교류 증진에 기여하는 것을 목적으로 하는 행정으로, 적극적인 기능과 소극적 기능이 함께 하는 이율배반적인 기능이 있음

3. 우리나라 출입국관리제도 개괄

가. 근거 및 특징

- 출입국관리법은 외국인 입국 및 체류를 규율하는 핵심 법률임
 - ▶ 출입국 관련법으로는 재외동포법, 난민법, 재한외국인처우기본법 등
 - ▶ 국적법, 외국인고용법, 다문화가족지원법이 유사 법률 범위 내 포함
- 우리나라 출입국관리제도 특징은 다음과 같이 요약할 수 있음
 - ▶ 국가주권 영역에 속하는 관계로 인하여 출입국관리법의 핵심을 이루는 대부분 사항이 재량규정으로 되어있음
 - ▶ 체류자격제도 중심의 출입국관리체제로 입국심사와 체류관리를 엄격히 하고 있으며¹⁾, 외국인의 정치활동을 원칙적으로 금지하고 있음
 - ▶ 외국인의 입국을 입국과 상륙²⁾으로 구분하고 있고, 조건부 입국허가제도를 두고 있으며 입국 불허가에 대한 이의신청을 허용하지 않고 있음
 - ▶ 입국금지 및 출국금지 제도가 있고, 강제퇴거 대상에 해당하더라도 인도적인 사유 등 특별한 경우 체류를 허가하는 특별체류허가제도를 두고 있음
 - ▶ 출입국관리법 위반자 처리 관련 간이 신속한 절차로서 강제퇴거제도, 통고 처분제도, 출국명령제도 등을 두고 있으며 이의신청 등의 권리구제 기회를 보장
 - ▶ 법 위반자 단속에 있어 형사절차상의 영장주의를 채택하고 있지 않으며, 출입국관리공무원은 출입국사범에 대한 전속 고발권을 가지고 있음
 - ▶ 행정의 사전절차에 있어서 행정절차법과 국민의 기본권 보호가 목적인 인신보호법 적용이 배제, 그 이유는 국가주권에 입각하는 재량론과 처분의 특수성임

1) 출입국관리 유형은 크게 영미법계와 대륙법계(유럽)로 나누어지는데 우리나라는 전자에 속함

2) 상륙허가로는 간이신속한 방법으로 입국을 허가하는 것으로 승무원상륙허가, 관광상륙허가, 긴급상륙허가, 재난상륙허가, 난민의 임시상륙허가 등 5종이 있고, 입국심사 시 바이오정보 제출을 생략해주시기도 한다.

나. 출입국관리제도 개요

(1) 외국인의 출입국 심사

(a) 입국허가 요건 및 입국금지 사유

- 외국인이 우리나라에 입국하기 위해서는 다음의 요건을 갖추어야 하며, 이 요건을 충족하지 못할 경우 입국이 불허됨(법 제12조 제4항)
 - ① 유효한 여권과 사증(다만 사증은 필요시에만)을 소지하고 있을 것
 - ② 입국목적이 체류자격과 부합할 것
 - ③ 체류기간이 법무부령에 정하는 바에 따라 정하여졌을 것
 - ④ 법 제11조의 규정에 의한 입국금지 또는 거부 대상이 아닐 것³⁾
- 입국금지(거부)사유나 입국목적 등에 대한 소명은 원칙적으로 해당 외국인의 입증책임이므로 본인이 입국허가요건 충족을 충분히 증명하여야 함

(b) 외국인 입국심사

- 우리나라에 입국하고자 하는 외국인은 입국하는 출입국항에서 출입국관리공무원에게 입국허가를 신청하여 입국 심사를 받아야 함(법 제12조)
- 17세 이상의 외국인은 정보화기기로 지문 및 얼굴에 관한 정보를 제공하고 본인임을 확인하는 절차에 응하여야 하는 의무가 부여되어 있음
- 출입국관리공무원은 입국심사 결과 입국을 허가할 때는 해당 외국인의 여권 등에 입국심사인을 찍고 체류자격과 체류기간을 기재하여야 함
- 출입국관리공무원은 외국인 입국을 불허할 경우 해당 외국인이 댄턴 선박 등의

3) 법 제11조의 규정에 의한 입국금지 대상은 1)감염병환자, 마약류중독자, 그 밖에 공중위생상 위해를 끼칠 염려가 있다고 인정되는 사람, 2)「총포·도검·화약류 등의 안전관리에 관한 법률」에서 정하는 총포·도검·화약류 등을 위법하게 가지고 입국하려는 사람, 3)대한민국의 이익이나 공공의 안전을 해치는 행동을 할 염려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 사람, 4)경제질서 또는 사회질서를 해치거나 선량한 풍속을 해치는 행동을 할 염려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 사람, 5)사리 분별력이 없고 국내에서 체류활동을 보조할 사람이 없는 정신장애인, 국내 체류비용을 부담할 능력이 없는 사람, 그 밖에 구호가 필요한 사람, 6)강제퇴거명령을 받고 출국한 후 5년이 지나지 아니한 사람, 6)1910. 8. 29. - 1945. 8. 15. 사이에 일본 정부의 지시를 받거나 그 정부와 연계하여 인종, 민족, 종교, 국적, 정치적 견해 등을 이유로 사람을 학살·학대하는 일에 관여한 사람, 7)위에 준하는 사람으로서 법무부장관이 그 입국이 적당하지 아니하다고 인정하는 사람, 8)상호주의에 의해 입국이 거부되는 사람 등임

장 또는 운수업자에게 송환지시서를 발부하여 송환 요구할 수 있음

- 선박 등의 장 또는 운수업자는 자기 비용과 책임으로 해당 외국인을 대한민국 밖으로 송환하여야 할 의무를 지고 있음
 - ▶ 통상 원활한 송환을 위하여 송환지시서를 받은 항공사 책임 아래 입국이 불허된 자는 국제공항 내의 송환대기실(항공사운영협의회가 운용주체)에서 대기

(c) 조건부 입국허가

- 지방출입국·외국인관서의 장(이하 ‘사무소장’이라 함)은 외국인이 입국허가요건을 갖추지 못하였다도 특별한 사유가 있는 경우에는, 조건부 입국을 허가할 수 있음 (법 제13조)
- 특별한 사유로는, ①부득이한 사유로 유효한 여권 및 사증을 소지하지 못하였으나 일정 기간 내에 그 요건을 갖추 수 있다고 인정되는 경우, ②입국금지 사유에 해당된다고 의심 또는 입국목적이 체류자격과 부합하지 않다고 의심되어 특별 심사 필요가 있다고 인정되는 경우 등임
- 조건부 입국을 허가할 때에는 주거의 제한, 출두의무 등 필요한 조건을 붙이고, 1천만 원 이하의 보증금을 예치하게 할 수 있으며, 당사자가 이를 어길 때에는 예치 보증금의 전부 또는 일부를 국고에 귀속시킬 수 있음

(d) 외국인 출국심사

- 외국인은 우리나라를 출국할 때에는 입국 시와 같이 유효한 여권을 가지고 출국하는 출입국항에서 출입국관리공무원의 출국심사를 받아야 함
- 외국인의 출국은 자유이나 출국절차는 필요하며, 출국심사는 설권행위인 외국인 입국심사와 달리 확인행위임
 - ▶ 출국심사는 출국하는 외국인을 정확히 파악하고 공정한 출입국관리를 하기 위하여 외국인 개개인에 대한 출국사실을 확인하는 것임
- 국내 체류 중 범죄로 소추되어 있거나 범죄혐의로 수사 중에 있는 등 특별한 경우 외국인은 출국이 정지될 수 있음(법 제4조제1항)⁴⁾

4) 기타 출국정지 사유로는, ①대통령령으로 정하는 금액 이상의 벌금(1천만 원 이상)이나 추징금(2천

- ▶ 대표적인 출국정지 대상자로는 ①범죄수사 상 출국이 적당하지 아니하다고 인정되는 사람, ②형사재판에 계속(係屬) 중인 사람, ③징역형이나 금고형의 집행이 끝나지 아니한 사람 등임
- 출국정지 기간은 기본적으로 범죄수사 해당자는 10일(도주 등 특별 사유가 있는 경우에는 1개월), 기소중지자는 3개월(기소중지자로서 체포영장 또는 구속영장이 발부된 자는 영장 유효기간 까지), 이외 해당자는 3개월을 초과할 수 없음
- 출국정지는 중앙행정기관의 장 등의 요청에 의하여 법무부장관이 결정하고, 해제 역시 동일한 형식을 취하며, 법무부장관은 출국정지 요청을 받으면 지체 없이 심사 결정하도록 되어 있음
- 법무부장관은 출국정지 사유가 소멸할 때에는 즉시 출국정지를 해제하여야 하고, 출국정지나 연장 결정을 한 때에는 즉시 당사자에게 서면으로 통지하여야 함
- 해당 외국인은 10일 이내에 법무부장관에게 이의신청을 할 수 있으며, 출국정지가 해제된 날로부터 10일 이내에는 체류기간연장 등 별도의 절차에 의하지 아니하고 출국할 수 있음

(2) 외국인 체류관리

(a) 체류자격제도

- 우리나라 입국이 허가된 외국인은 입국허가 시 부여된 체류자격과 체류기간 범위 내에서만 체류할 수 있음
- 체류자격이란 우리나라에 체류하는 외국인이 행할 수 있는 활동 또는 체류할 수 있는 신분·지위를 유형화한 출입국관리법상의 법적자격임
 - ▶ 현재 36개의 체류자격별로 체류 중에 할 수 있는 활동이 정하여져 있고, 외국인이 취업하고자 할 때에는 대통령령이 정하는 절차에 따라 취업활동을 할 수 있는 체류자격을 받아야 함(법 제18조)
- 체류자격은 입국허가를 할 때에 체류기간과 함께 출입국관리공무원이 결정하여

만 원 이상)을 내지 아니한 사람, ②대통령령으로 정하는 금액 이상의 국세·관세, 지방세를 정당한 사유 없이 납부기한까지 내지 아니한 사람(세금 체납액은 5천만 원 이상), ⑥기타 위에 준하는 사람으로서 대한민국의 이익이나 공공의 안전, 경제질서를 해칠 우려가 있어 출국이 적당하지 않다고 법무부령으로 정하는 사람 등임

여권에 명시하며, 기본적으로는 사증을 중심으로 하여 이루어짐

- 입국허가 후에 체류자격변경 또는 체류기간연장에 대해서는 법무부장관이 허가하는 것으로 되어있음

(b) 외국인등록

- 외국인이 국내 90일 이상 체류하고자 할 때에는 입국일로부터 90일 이내에 주소지 관할 사무소장에게 외국인등록을 하여야 하며(법 제31조), 이때 17세 이상자는 지문 및 얼굴 정보를 제공하여야 함
- 외국인등록사항은, ①성명, 성별, 생년월일 및 국적, ②여권의 번호·발급일자 및 유효기간, ③근무처와 직위 또는 담당업무, ④본국의 주소와 국내 체류지, ⑤체류자격과 체류기간, ⑥ 기타 법무부령으로 정하는 사항 등임(법 제33조)
- 외국인등록을 한 외국인은 위 ①·② 및 기타 법무부령이 정하는 사항에 변경이 있는 때에는 14일 이내에 지방출입국외국인관서의 장 또는 시·군·구·읍·면·동의 장에게 신고하도록 되어있음
- 17세 이상의 외국인에 대해서는 외국인등록증명서의 상시 휴대의무가 부과되어 있으며, 출입국관리공무원 등 권한 있는 공무원으로부터 등록증명서의 제시요구를 받을 때에는 이에 응하여야 함(법 제27조)
- 외국인등록제도는 신분관계를 명확히 하고(동일성 확보), 체류하는 외국인의 체류지, 체류목적, 체류기간, 근무처 등을 정확히 파악함으로써 외국인을 효율적으로 관리하여 공공의 안녕과 외국인의 체류질서를 확보하는데 그 의의가 있음
- 나아가 동 제도는 외국인에 대한 행정서비스 확대 및 영주자격 소지자의 참정권 부여 등 다양한 서비스 제공 수단으로서의 기능과 역할이 증가하고 있음

(c) 각종 체류허가

- **(체류기간연장허가)** 국내 체류하는 외국인이 체류기간을 초과하여 계속 체류하고자 할 때에는 기존 부여된 체류기간의 만료 전에 법무부장관으로부터 체류기간연장허가를 받아야 함
 - ▶ 외국인에게는 체류권이 보장되어 있지 않음. 체류기간연장 등 각종체류허가는 허가권자가 신청인의 적격성, 체류목적, 그간의 체류행정, 공익, 국내

제반 사정 등을 참작하여 허가여부를 결정할 수 있는 재량행위임

- ▶ 체류기간연장허가는 기존 체류자격에 해당하는 체류목적은 달성하지 못한 관계로, 그 체류자격을 유지하면서 국내에 계속 체류하고자 하는 경우에 신청하는 것으로 계속 체류의 필요성을 입증하는 것이 핵심 사항임
- **(체류자격변경허가)** 우리나라에 체류하는 외국인이 기존의 체류자격과 다른 체류자격에 해당하는 활동을 하고자 할 때에는 미리 법무부장관으로부터 체류자격변경허가를 받아야 함
 - ▶ 외국인등록이 면제된 자로서 신분 변경으로 체류자격을 바꾸고자 하는 자는 그 신분 변경일로부터 30일 이내에 체류자격변경허가를 받도록 되어있음
- **(체류자격부여허가)** 한국 국적을 잃거나 국내 출생, 기타 사유로 체류자격을 가지지 못하고 체류하게 되는 외국인은 그 사유가 발생한 날부터 30일(국내 출생자는 90일) 이내에 체류자격을 부여받아야 함
- **(체류자격외 활동허가)** 대한민국에 체류하는 외국인이 그 체류자격에 해당하는 활동과 병행하여 다른 체류자격에 해당하는 활동을 하고자 할 때에는 사전에 법무부장관의 체류자격외 활동허가를 받아야 함
 - ▶ 이는 어디까지나 주된 활동에 부수적인 활동을 하는 것이므로 부수적인 활동범위가 주된 활동범위를 넘어서서는 아니 됨
 - ▶ 현행 법령과 지침에서 부수적인 활동을 판단할 명확한 기준이 없으므로 활동 형태, 임금, 시간 등을 종합적으로 고려하여 그 판단
- **(근무처변경·추가허가)** 외국인이 체류자격 범위 내에서 근무처를 변경·추가하고자 할 때에는 미리 법무부장관의 허가를 받아야 하며, 누구든지 근무처변경·추가허가를 받지 아니한 외국인을 고용 또는 고용을 알선하여서는 아니 됨
 - ▶ 외국인은 취업할 수 있는 체류자격을 가지고 있어도 근무처를 자유롭게 이동할 수 없으며, 오로지 지정된 근무처에서만 근무하여야 함
 - ▶ 실무에 있어서는 전문인력에 대해서는 사후신고제(근무처 옮긴 후 15일 이내 신고)로, 비전문인력에 대해서는 사전허가제로 운용되고 있음

(d) 각종 신고

- 국내 등록외국인이 체류지를 변경할 때에는 전입한 날부터 14일 이내에 신체류

지의 시·군·구·읍·면·동의 장 또는 신체류지를 관할하는 지방출입국·외국인관서의 장에게 전입신고를 하여야 함

- 적법절차를 통해 외국인을 고용한 자는, ①외국인을 해고하거나 외국인이 퇴직 또는 사망한 경우, ②고용된 외국인의 소재를 알 수 없게 된 경우, ③고용계약의 중요한 내용을 변경한 경우에는 그 사실을 안 날부터 15일 이내에 사무소장에게 신고(법 제19조)하여야 하며, 외국인 유학생이 재학·연수중인 학교의 장도 유사한 의무를 지고 있음⁵⁾

(e) 각종 허가 등의 취소·변경

- 법무부장관은 외국인이 허위 또는 부정한 방법으로 출입국관리법상 각종 허가⁶⁾를 받았거나, 해당 외국인이 허가 내용과 다른 활동하는 등 법 제89조 제1항의 각 호에 해당할 때에는 이미 허가된 내용을 취소·변경할 수 있으며, 이 경우 각종 허가와 관련하여 신청인은 물론 이해관계인의 행위도 포함됨
- 구체적으로 해당사유를 보면, ①신원보증인이 보증을 철회하거나 신원보증인이 없게 된 경우, ②거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 허가 등을 받은 것이 밝혀진 경우, ③허가조건을 위반한 경우, ④사정 변경으로 허가상태를 더 이상 유지시킬 수 없는 중대한 사유가 발생한 경우, ⑤ 이 법 또는 다른 법을 위반한 정도가 중대하거나 출입국관리공무원의 정당한 직무명령을 위반한 경우 등임
- 법무부장관은 각종 허가 등의 취소나 변경에 필요하다고 인정하면 해당 외국인이나 법 제79조(허가신청 등의 의무자)에 따른 신청인을 출석하게 하여 의견을 들을 수 있음
 - ▶ 이 경우 법무부장관은 취소하거나 변경하려는 사유, 출석일시와 장소를 출석일 7일 전까지 해당 외국인이나 신청인에게 통지
 - ▶ 통지는 서면으로 하는 것이 원칙이나, 해당 외국인이나 신청인의 소재불명

5) 외국인 유학생이 재학 또는 연수중인 학교의 장은, 외국인 유학생이 매 학기 등록기한까지 등록을 하지 아니하거나 휴학을 한 경우, 제적·연수중단 또는 행방불명 등의 사유로 외국인 유학생의 유학이나 연수가 끝난 경우에는 그 사실을 안 날부터 15일 이내에 지방출입국·외국인관서의 장에게 신고(정보통신망 신고 포함)하여야 함

6) 각종 허가 등이란, 법 제8조에 따른 사증발급, 제9조에 따른 사증발급인정서의 발급, 제12조제3항에 따른 입국허가, 제13조에 따른 조건부 입국허가, 제14조에 따른 승무원 상륙허가, 제14조의2에 따른 관광상륙허가 또는 제20조·제21조 및 제23조부터 제25조까지의 규정에 따른 체류허가 등임

등으로 통지할 수 없을 때에는 공시절차를 거침

- 이러한 절차규정을 두는 것은, 각종 허가 등에 대한 취소·변경은 해당 외국인에게 미치는 영향이 크므로 당사자에게 충분한 소명기회를 주고, 입국 및 체류 목적, 체류상황 등에 정확한 사실관계를 확인한 후 관련조치를 하기 위해서임

(3) 강제퇴거

(a) 강제퇴거 법적 근거

- 국가는 국제관습법 상 자국에 바람직하지 않는 외국인을 추방할 권리를 가지고 있고, 어떠한 외국인을 바람직하지 않다고 판단할 것인가에 대해서도 자유로이 결정할 수 있다고 인정되어 왔음
- 이에 우리나라 출입국관리법도 일정한 사유에 해당하는 외국인을 강제력을 행사하여 국외로 강제퇴거 시키는 법적절차를 상세하게 정하고 있음

(b) 강제퇴거 사유

- 출입국관리법은 외국인 인권을 존중하고 자의적인 강제퇴거를 막기 위하여 강제퇴거 사유를 구체적으로 정하고 있음⁷⁾

7) 법 제46조(강제퇴거 대상자) ① 지방출입국·외국인관서의 장은 이 장에 규정된 절차에 따라 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 외국인을 대한민국 밖으로 강제퇴거시킬 수 있음
 1. 제7조를 위반한 사람, 2. 제7조의2를 위반한 외국인 또는 같은 조에 규정된 허위초청 등의 행위로 입국한 외국인, 3. 제11조제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 입국금지 사유가 입국 후에 발견되거나 발생한 사람, 4. 제12조제1항·제2항 또는 제12조의3을 위반한 사람, 5. 제13조제2항에 따라 지방출입국·외국인관서의 장이 붙인 허가조건을 위반한 사람, 6. 제14조제1항, 제14조의2제1항, 제15조제1항, 제16조제1항 또는 제16조의2제1항에 따른 허가를 받지 아니하고 상륙한 사람, 7. 제14조제3항(제14조의2제3항에 따라 준용되는 경우를 포함한다), 제15조제2항, 제16조제2항 또는 제16조의2제2항에 따라 지방출입국·외국인관서의 장 또는 출입국관리공무원이 붙인 허가조건을 위반한 사람, 8. 제17조제1항·제2항, 제18조, 제20조, 제23조, 제24조 또는 제25조를 위반한 사람, 9. 제21조제1항 본문을 위반하여 허가를 받지 아니하고 근무처를 변경·추가하거나 같은 조 제2항을 위반하여 외국인을 고용·알선한 사람, 10. 제22조에 따라 법무부장관이 정한 거소 또는 활동 범위의 제한이나 그 밖의 준수사항을 위반한 사람, 10의2. 제26조를 위반한 외국인, 11. 제28조제1항 및 제2항을 위반하여 출국하려고 한 사람, 12. 제31조에 따른 외국인등록 의무를 위반한 사람, 12의2. 제33조의2를 위반한 외국인, 13. 금고 이상의 형을 선고받고 석방된 사람, 14. 그 밖에 제1호부터 제10호까지, 제10호의2, 제11호, 제12호, 제12호의2 또는 제13호에 준하는 사람으로서 법무부령으로 정하는 사람
 ② 제10조제1항에 따른 체류자격 중 대한민국에 영주할 수 있는 체류자격을 가진 사람은 제1항에도 불구하고 대한민국 밖으로 강제퇴거되지 아니한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 그러하지 아니함

- 출입국관리법 제46조에서 규정한 강제퇴거 대상은, 출입국관리법 위반자(불법입국자, 불법취업자, 체류기간 초과자, 불법입국 방조자, 출국명령 위반자 등), 반사회성이 강한 자(형벌법령 위반자, 마약류 중독자), 감염병 환자 등 공공의 부담이 되는 자, 국가의 안전과 이익을 해하는 자 등으로 유형화 할 수 있음

(c) 강제퇴거절차

- 강제퇴거절차는 신체 구속을 수반하는 행정처분인 점을 감안, 우리나라 출입국관리법은 강제퇴거 사유의 해당성을 보다 공정하고 합리적으로 판단하기 위하여 신중하고 상세한 절차를 마련하고 있음. 이는 외국인의 권리보호 관점에서 적정 절차를 보장하려는 것임

Ⅰ 위반조사

【위반조사】

- 강제퇴거절차로서는, 우선 강제퇴거 사유에 해당한다고 의심되는 외국인(이하 용의자라고 함)에 대하여 출입국관리공무원의 위반조사가 이루어짐
- 출입국관리공무원은 용의자에 대하여 그 사실을 조사할 수 있고, 용의자에 대한 출석요구 및 조사, 참고인의 출석요구 및 진술 청취를 할 수 있으며, 필요할 때에는 용의자의 동의를 얻어 그의 주거 또는 물건을 검사하거나 서류나 물건의 제출을 요구할 수 있음

【용의자 보호】

- 출입국관리공무원은 외국인이 강제퇴거 사유에 해당된다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고, 도주하거나 도주할 염려가 있는 경우 사무소장이 발부하는 보호명령서에 의하여 그 외국인은 보호할 수 있는데, 보호명령서 발부를 신청할 때에는 보호의 필요성을 인정할 수 있는 자료를 첨부하여 제출하도록 되어 있음
 - ▶ 보호명령서 발부심사에 있어, 사무소장은 다양한 실무경력과 전문지식을 살려 제3자적인 입장에서 공정하고 합리적인 판단을 내릴 수 있음

1. 「형법」 제2편제1장 내란의 죄 또는 제2장 외환의 죄를 범한 사람
 2. 5년 이상의 징역 또는 금고의 형을 선고받고 석방된 사람 중 법무부령으로 정하는 사람
 3. 제12조의3제1항 또는 제2항을 위반하거나 이를 교사(敎唆) 또는 방조(幫助)한 사람

- 출입국관리법상 보호란 강제퇴거 대상에 해당한다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 사람을 출국시키기 위하여 외국인 보호장소에 외국인보호실, 외국인 보호 장소에 인치(引致)하고 수용하는 집행활동인데, 이는 강제퇴거 대상여부를 조사하기 위한 보호와 강제퇴거명령 집행을 위한 보호로 구성되어 있음⁸⁾
- 보호는 정상적으로 보호명령서를 발부 받아 보호하는 것이 일반 원칙이나, 긴급을 요하여 사무소장으로부터 보호명령서를 발부받을 시간적 여유가 없는 때에는 그 취지를 알리고 출입국관리공무원 명의로 긴급보호서를 발부하여 그 외국인을 보호할 수 있음
 - ▶ 이 경우 48시간 이내에 보호명령서를 발부받아 해당 외국인에게 제시하여야 하며, 이를 발부받지 못한 때에는 즉시 보호를 해제하여야 함
- 보호기간은 10일이며, 부득이한 사유가 있는 때에는 사무소장의 허가를 받아 10일을 초과하지 않는 범위 내에서 1차에 한하여 연장할 수 있음⁹⁾
 - ▶ 보호할 수 있는 장소는 외국인보호실(각 사무소 내에 있는 보호 장소), 외국인보호소, 기타 법무부장관이 지정하는 장소임
- 출입국관리공무원이 보호명령서를 집행할 때에는 용의자에게 이를 제시하여야 하며, 보호일로부터 3일 이내에 국내에 있는 용의자의 가족이나 법정대리인, 용의자가 지정하는 자에게 보호일시 및 장소, 보호이유를 서면으로 통지하여야 함
- 보호명령서에 의하여 보호된 자 또는 그의 법정대리인 등은 사무소장을 거쳐 법무부장관에게 이의신청을 할 수 있음(기간 제한은 없음)
 - ▶ 이 경우 법무부장관은 지체 없이 관계서류를 심사하여 이의신청에 대한 결정을 하여야 하며, 결정에 앞서 필요한 때에는 관계인의 진술을 청취할 수 있음

8) 출입국관리법상 보호의 성격에 대한 헌법재판소 판단(헌재 2005. 3. 31. 2003헌마87; 헌재 2014. 4. 24. 2011헌마474 등 참조) : 또한, 출입국관리법상 보호는 내·외국인의 출입국과 외국인의 체류를 적절하게 통제·조정함으로써 국가의 이익과 안전을 도모하는 국가행정인 출입국관리행정의 일환으로 외국인의 체류자격의 심사 및 체류자격 없는 외국인의 강제퇴거절차의 집행을 위하여 이루어지는 것인바, 출입국관리행정 중 이와 같이 체류자격의 심사 및 퇴거 집행 등의 구체적 절차에 관한 사항은 광범위한 정책제량의 영역에 있음

9) 일본의 경우 강제퇴거 대상자에 대한 조사를 위한 수용기간은 30일이고, 30일 범위 내에 1차 연장하여 최대 60일이며, 강제퇴거명령 집행을 위한 수용기간은 송환이 가능할 때까지로 제한이 없다. 또한 우리나라처럼 장기보호자에 대한 일정기간마다 계속 보호여부에 대한 상부의 승인을 받는 절차도 없음

- ▶ 이의신청에 이유가 없을 때는 기각, 이유 있다고 인정될 때에는 결정으로 피보호자 해제를 출입국관리사무소장에게 명하여야 함

② 위반 심사 및 이의신청

【사무소장의 위반심사】

- 사무소장은 출입국관리공무원이 용의자에 대한 조사를 마치면, 지체 없이 용의자가 강제퇴거 대상에 해당하는지 여부를 심사하여 결정하여야 함
- 사무소장의 심사는 담당공무원이 조사한 내용을 중심으로 이루어지나, 용의사실과 다른 사실의 유무에 대해서도 적극적으로 심사할 필요가 있음
- 심사의 결과, 사무소장은 용의자가 강제퇴거 사유의 하나에 해당한다고 인정될 때에는 강제퇴거명령서를 발부할 수 있음
 - ▶ 그렇지 않을 때에는 지체 없이 용의자에게 그 뜻을 알려야 하고, 용의자가 보호되어 있는 때에는 즉시 보호를 해제하여야 함
 - ▶ 사무소장은 강제퇴거명령서를 발부한 때에는 그 용의자에게 법무부장관에게 7일 이내에 이의신청을 할 수 있음을 알려야 함
- 사무소장은, 용의자가 강제퇴거 사유의 어느 하나에 해당한다고 인정되더라도 자기비용으로 자진하여 출국하려는 자에 대해 출국명령을 할 수 있음
 - ▶ 자진출국하려는 자는 출국에 필요한 비용을 피강제퇴거자 자신이 부담하고, 자발적인 의사로 출국할 확실한 의사를 가지고 있어야 함

【심사결정에 대한 이의신청】

- 용의자가 강제퇴거명령 처분에 대해 이의신청을 하고자 할 때에는 강제퇴거명령서를 받은 날부터 7일 이내에 사무소장을 거쳐 법무부장관에게 이의신청서를 제출하여야 하며, 이 기간을 넘기면 이의신청이 불가함
- 사무소장은 이의신청서를 접수한 때에는 심사결정서와 조사기록을 첨부하여 법무부장관에게 제출하여야 하며, 법무부장관은 이의신청서를 접수한 때에는 이의신청이 이유 있는지 여부를 심사 결정하여, 그 뜻을 사무소장에게 통지함
 - ▶ 사무소장은 법무부장관으로부터 이의신청에 대한 결정 통지를 받으면, 지체 없이 용의자에게 그 뜻을 알려야 하고, 이의신청이 이유가 있다는 결정이 통지되면 즉시 보호를 해제하여야 함

③ 강제퇴거명령서 집행

- 강제퇴거명령서의 집행은 출입국관리공무원이 하며, 강제퇴거명령서를 집행할 때에는 그 명령을 받은 자에게 강제퇴거명령서를 내보이고 지체 없이 해당 외국인을 송환국에 송환하여야 함
- 강제퇴거명령을 받는 자에 대해서는 원칙적으로 해당 외국인의 국적국 또는 시민권이 속하는 국가로 송환하는 것이 원칙이나, 이들 국가에 송환이 불가할 경우는 다음의 국가로 송환할 수 있음
 - ▶ 대한민국에 입국하기 전에 거주한 국가 또는 출생지가 있는 국가
 - ▶ 대한민국에 입국하기 위하여 선박 등에 탔던 항이 속하는 국가
 - ▶ 기타 본인이 송환되기를 희망하는 국가
- 난민은 난민협약 제33조제1항에 따라 규정에 추방 또는 송환이 금지되는 영역이 속하는 국가에 송환해서는 아니 되나, 법무부장관이 대한민국의 이익이나 안전을 해친다고 인정하는 경우에는 그러하지 아니함(법 제64조제3항)¹⁰⁾
- 사무소장은 피강제퇴거명령자를 즉시 대한민국 밖으로 송환할 수 없을 때에는 송환이 가능할 때까지 보호할 수 있으며, 송환이 원칙적으로 불가능할 경우에는 필요한 조건을 붙여 보호를 해제할 수 있음
- 강제퇴거명령 집행을 위한 보호 시 보호기간이 3개월을 넘을 때에는 3개월마다 미리 법무부장관의 승인을 받아야 하고, 승인을 받지 못하면 지체 없이 보호를 해제하여야 하며, 송환이 명백히 불가하다고 판단될 때에는 주거제한 등 필요한 조건을 붙여 사무소장의 직권으로 보호를 해제할 수 있음

④ 일시보호 및 보호 일시해제

【일시보호】

- 출입국관리공무원은 아래 외국인을 48시간을 초과하지 않는 범위 내에서, 사무소장으로부터 일시보호명령서를 발부 받아 외국인보호실에 일시보호할 수 있음
 - ▶ 외국인 입국이 허가되지 아니한 자, 조건부 입국허가를 받은 자로서 도주

¹⁰⁾ 법 제62조 제4항은, 강제퇴거명령을 받은 자가 난민인정을 신청하여 아직 난민인정 여부가 결정되지 아니한 경우나 난민불인정에 대해 이의신청을 하였으나 이에 대한 심사가 끝나지 아니한 경우에는 송환을 금지하고 있다. 다만 난민인정을 신청한 사람이 대한민국의 공공안전을 해쳤거나 해칠 우려가 있다고 인정될 때에는 그러하지 아니함

하거나 도주할 염려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 자

- ▶ 출국명령을 받은 자로서 도주하거나 도주할 염려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 자

- 출입국관리공무원은 일시보호한 외국인을 출국교통편의 미확보, 질병, 기타 부득이한 사유로 48시간 내에 송환할 수 없는 경우에는 사무소장의 허가를 얻어 48시간을 넘지 아니하는 범위 내에서 1회에 한하여 보호기간을 연장할 수 있음

【보호의 일시해제】

- 보호명령서나 강제퇴거명령서를 발부 받고 보호된 자나 그의 보증인, 법정대리인 등은 사무소장에게 보호의 일시해제를 청구할 수 있음
- 사무소장은 보호의 일시해제 청구를 받으면 피보호자의 정상, 해제요청사유¹¹⁾, 자산, 기타 사항 등을 고려하여 2천만 원 이하의 보증금을 예치시키고 주거 제한 등 필요한 조건을 붙여 보호를 일시해제할 수 있는데, 허가요건은 정해지지 않았음
- 보호일시해제에 대한 허가여부는 사무소장의 자유재량에 맡겨져 있으며, 고려하여야 할 사항 중 해제요청사유는 확실한 증거에 기초하여 판단하여야 할 것임
- 보호일시해제는 사실상 강제퇴거집행을 잠정 유보하는 것이 되므로, 긴급하거나 부득이한 경우에 한하여 최소한도에서 적용되어야 할 것이고, 보호자체가 원천적으로 불가할 정도가 아니면 단기간 내에서 이루어져야 할 필요가 있음
- 보호의 일시해제된 자가, 도주하거나 도주할 염려가 인정되는 경우, 정당한 사유 없이 출석명령에 따르지 아니한 경우, 기타 일시해제에 붙인 조건을 위반한 경우에는 보호의 일시해제를 취소하고 다시 보호할 수 있으며, 이 때 보증금의 전부 또는 일부를 국고에 귀속시킬 수 있음
- 보호의 일시해제된 자가 출국하거나 보호의 일시해제를 취소할 때에는 보증금을 납부한 자에게 반환하여야 함

5] 체류허가의 특례

11) 보호일시해제 청구사유로는 질병치료, 사업·재산정리, 채권회수, 회복할 수 없는 손해 등을 들 수 있다.

- 법무부장관은 강제퇴거명령에 대한 이의신청이 이유 없다고 인정되는 경우라도 용의자가 우리나라 국적을 가진 사실이 있거나 그 밖에 국내에 체류하여야 할 특별한 사정이 있다고 인정되면 체류를 허가할 수 있으며, 이 때 체류기간 등 특별한 조건을 붙일 수 있음(법 제61조)¹²⁾
- 그밖에 우리나라에 체류하여야 할 특별한 사정이 있다고 인정되는 경우란, 용의자가 영주자격을 가졌거나 대한민국에 특별한 공헌을 한 사실이 있는 경우, 기타 국익이나 인도주의 차원에서 국내 체류하여야 할 특별한 사정이 있다고 인정되는 경우 등을 말함
- 피강제퇴거명령자에 대한 특별체류허가는, 법무부장관의 판단으로 체류를 특별히 허가하는 즉, 청구권이 없는 자에게 이익을 부여하는 시혜적인 조치로 대표적인 재량행위이며, 그 성격상 특별체류 허가여부에 대한 고정적·일의적인 기준이 있을 수 없음. 이런 관계로 강제퇴거 관련 다수의 소송이 특별체류허가를 하지 않았다는 점을 들어 법무부장관의 재량남용·일탈을 주장하고 있음¹³⁾

4. 출입국관리행정 실무와 법치주의 한계

가. 외국인의 입국심사

(문제 제기)

- 외국인 입국허가 요건 충족여부에 대한 출입국심사관의 자의적인 판단 우려됨
- 입국거부자의 송환대기실 장기 대기는 인신구금에 해당하는 것으로 헌법 위반

(실무운용 및 한계)

- 출입국관리공무원의 입국허가 요건 충족여부의 판단에 있어 자의적 판단이 개

12) 특별체류허가는 강학상 특허에 해당하며, 특별한 조건은 행정법 이론상 필요한 부관에 해당하는 것이다.

13) 법무부장관이 특별체류를 허가할 것인지에 대한 판단은 재량행위 성질상 당부당의 문제는 있을 수 있으나, 위법의 문제는 쉽게 생길 수 없다 할 수 있음

입될 염려가 있는 부분은, ①입국목적이 체류자격에 부합하는지 여부와, ②법 제11조에 따른 입국의 금지 또는 거부 사유 중 상당성 또는 해당성 판단임

- ▶ 외국인 입국심사 때 우선적으로 심사하여야 할 사항은, 여권 및 사증에 관한 조건, 체류목적 및 기간에 관한 조건, 입국거부 해당성에 관한 조건 등임¹⁴⁾
 - 외국인의 활동의 진실성, 체류자격 해당성, 입국허가 요건 적합성을 판단
- ▶ 입국허가 기준은 외국인의 입국·체류 동향, 경제·사회 정세변화에 따라 달라져야 하므로 법령으로 기준을 설정하는 것은 현실적으로 어려움이 있음

○ 입국불허 대상 심사 절차

- ▶ 출입국관리법령상 이의신청제도를 두고 있지 않으나, 심사관의 자의적인 판단 배제 및 외국인에게 충분한 소명기회 부여 등 신중한 판단을 하고 있음
- ▶ 외국인에게 입국불허에 대한 이의신청을 허용하고 있지 않는 이유는 입국허가 판단은 주권국가의 주권행사로서 자유재량에 속하기 때문임
- ▶ 그러나 선의의 피해자가 발생하지 않도록 실무상 3심제를 운용, 해당 외국인에게 충분한 소명기회 부여 및 정확한 사실 판단을 하고 있음
 - 3심제 경우 1차 출입국심사관이 입국허가 여부 판단 → 2차 재심 전담 직원 판단 → 3차 직원 3명으로 구성된 심사팀에서 합의심사 과정을 거침¹⁵⁾
 - 입국허가요건 충족에 대한 소명책임은 해당 외국인에게 있으므로, 당사자는 진술 및 객관적인 자료로 이를 입증하여야 함
 - 위 2차·3차 심사의 경우 본인의 진술을 기초로 하여 입국목적, 과거 우리나라 입국 및 체류상황, 여행스케줄, 충분한 여행경비 소지 여부, 국내연고자, 체류 및 방문예정지 등을 상세히 파악하여 심사에 활용하고 있음

○ 입국거부자의 송환대기실 운용 관련

14) 외국인의 입국요건에 “입국의 금지 또는 거부의 대상이 아닐 것을”을 규정한 것은 법 제11조의 절차적 실효성을 확보하기 위한 것임

15) 인천공항출입국 경우에는 1차 심사는 심사과 소속 직원이, 2·3차 심사는 과를 달리하여 재심전담의 입국제심과 직원이 함으로써 객관성과 공정성을 담보하고 있음

- ▶ 출입국항의 송환대기실은 입국이 거부된 외국인이 출국 항공편에 탑승하기 위해 일시 대기하는 곳으로, 그 운용주체는 공항 경우 항공사운영협의회임
- ▶ 이 곳은 법 위반자를 대상으로 한 보호 장소가 아니므로 시설에 있는 동안 인신구금 상태에 있는 것은 아니나, 시설 밖으로 자유 출입은 통제되고 있음
- ▶ 이는 입국거부자에 대한 정확한 송환을 하기 위해 불가피한 것으로 인신보호법상의 수용시설도 아니며 세계 각국이 이러한 형태의 운용을 하고 있음
- ▶ 통상 입국거부자의 송환은 본인이 일부로 귀국을 기피하지 않는 이상 단기간 내에 이루어지므로 장기구금에 따른 인권침해 문제는 거의 발생하지 않음
- ▶ 판례는 송환대기실 장기대기를 강제하는 것은 인신보호법상의 수용시설 수용으로 보고 위법판단을 하였는데, 의도적인 귀국기피를 도외시한 것으로 보임
- ▶ 입국거부자로서 도주하거나 도주 우려가 있을 때는 일시보호명령서에 의해 보호할 수 있으나, 통상 입국거부자는 그 단계에서 출입국관리법 위반자가 아니므로 부득이한 경우가 아니면 법정 보호를 피하는 것이 바람직함

○ 최근 개정 법안 내용 관련 우려

- ▶ 2015년 10월 26일 정부가 국회 제출한 출입국관리법 개정안이 2016년 3월 2일 국회를 통과, 2016년 3월 29일 공포되었음
- ▶ 주요 개정 내용은 1)탑승자 사전확인·탑승 방지제도 도입을 통한 분실·도난여권 소지자, 입국 금지자 등의 항공기 탑승을 국외 출발지 공항에서 사전차단, 2)국민의 출입국심사 시 개인정보 활용 등 임¹⁶⁾
- ▶ 현재 탑승자 사전확인 및 탑승방지 제도는 일부 항공사를 대상으로 시범 실시 중이며¹⁷⁾, 법무부는 시범대상 확대를 거쳐 내년 중 이 제도를 시행할

16) 출입국관리법 개정 내용은 위 외에, 체류허가를 신청할 때 거짓서류를 제출하거나 외국인등록증을 다른 사람에게 불법제공·알선하는 행위에 대한 처벌 강화(3년 이하 징역 또는 2천만 원 이하 벌금), 외교관·국제기구 직원 등 외국인 등록의무가 면제된 외국인도 본인이 원할 경우 등록 허용, 자동출입국 사전등록 절차생략(정보화기기에 의한 출입국 심사 시 개인정보 활용근거 마련), 외국인의 체류지 변경 신고를 읍·면·동에서 할 수 있도록 허용, 난민여행증명서 유효기간 현행 2년에서 3년으로 연장, 출입국사범에 대한 범칙금의 납부기한을 10일에서 15일로 연장 등의 내용 포함.(2016. 9. 30일부터 시행)

17) 2015. 2월 - 12월 일본 나고야·나리타 공항, 중국 푸둥·청도 공항, 태국 수완나폴공항, 몽골 칭기스칸공항, 대만 타이위안·가오슝·송산 공항, 미국 LA공항 등 6개국 10개 공항에서 입국탑승자

방침입

- ▶ 이 제도는 국익 危害 외국인을 국외에서 원천 차단하는 것으로 입국거부에 따른 행정력 낭비 방지 및 항공사 송환부담 경감, 승객의 시간·비용 절감 등의 효과가 예상되나, 우리나라에 입국하려는 외국인의 입장에서 보면 입국허가 요건을 갖추었다고 주장할 수 있는 기회가 원천 봉쇄되고, 이 과정에서 항공사 직원과 승객간의 마찰이 예상되기도 함
- ▶ 정보화기기에 의한 국민의 출입국심사 시 개인정보(국민의 지문 및 얼굴에 관한 자료) 활용 근거 마련과 관련, 정보주체의 동의가 없는 과도한 정보 제공으로 기본권 침해 우려가 있다는 일부 지적이 있지만, 이는 새로이 개인정보를 수집하는 것이 아니고 공공기관이 공익목적으로 수집한 정보를 공익차원에서 고객이 편리한 출입국심사를 위해 활용하려는 것이므로 크게 염려할 사안이 아니라고 봄¹⁸⁾

나. 외국인의 체류관리

(문제 소재)

- 출입국관리법령에 각종 체류허가 신청에 대한 허가요건 또는 불허의 판단기준이 마련되어 있지 아니함¹⁹⁾, 행정절차법의 적용 배제로 절차적 보장 미흡

(운용 실태 및 한계)

- 외국인은 우리나라에 계속 체류할 수 있는 권리가 있는 것이 아니며, 다만 각종 체류허가 등을 신청할 절차적 기회가 보장되어있는 것에 불과함
- 각종 신청에 대한 허가여부 결정은, 원칙적으로 제출서류에 의한 서면심사로 이루어지나, 필요시 실태조사(외국인 본인 및 관계자)를 통해 심사할 수 있음

사전확인시스템을 시범운영하여 1평균 27편 입국 승객 5천 명을 대상으로 입국 부적격자 299명을 적발하여 입국을 사전 차단하였음

18) 현재 지동출입국심사대는 전국 106대(인천공항 72대)이며, 앞으로 직원부족을 메우고 고객이 편리한 출입국심사 서비스를 제공하기 위하여 매년 확대설치 운영될 예정임. 2015년 자동출입국 심사 서비스 이용자는 1,628만 여명으로 전체 출입국자 6,637만여 명의 약 25%임

19) 영주자격이나 국적 부여 등에 있어서는 범죄경력, 소득요건, 기초소양, 건강상태 등을 판단 요소로 하고 있고, 허가여부에 대한 개괄적이 판단기준을 지침으로 만들어 운용하고 있음

- 각종 체류허가신청에 대한 허부 결정에 있어, 법무부장관은 국내 치안과 선량한 풍속 유지, 보건 및 위생 확보, 노동시장 안정 등 국익보호 관점에서 신청자의 신청 사유에 대한 當否는 물론, 해당 외국인의 체류상황 및 행적, 정치·경제·사회 등의 제반 사정, 국제정세, 외교관계 등 여러 사정을 참작하여 체류 등의 필요성 및 해당성을 심사하고 있음
- 허가여부 판단에 있어 참작할 요소가 다양하고 고려 요소가 시기 등에 따라 변할 수 있어 구체 판단기준이나 요건(소위 재량 준칙)을 확일적으로 만들어 운용하는 데에는 한계가 있음
 - ▶ 현재 법무부는 비교적 상세한 체류관리지침 및 사증관리지침 등을 만들어 홈페이지에 공개함으로써 행정의 공정성과 투명성, 예측성을 높이고 있음²⁰⁾
 - ▶ 확일적인 판단기준을 만들기 어렵다 하더라도 재량의 일탈·남용으로 인한 위법사태가 발생하지 않도록 신중한 판단을 할 필요가 있음
- 각종 체류허가에 있어 행정절차법 적용은 배제되어 있으나, 실태조사, 관계인의 진술청취, 서류제출 등 정확한 사실확인을 통해 허가여부 판단을 하고 있음
 - ▶ 그리고 각종 허가에 대한 불허결정시 행정절차법에 준하는 처분근거 및 이유를 알려주고 있음(단, 가능한 범위 내에서)
 - ▶ 다만 여기에 그치지 말고, 일본처럼 업무처리 가이드라인(영주자격 부여, 특별체류허가 등)을 만들어 공개 적용하는 것도 검토할 필요가 있음

다. 외국인 강제퇴거제도

[1] 외국인 단속 및 보호에 영장주의 적용 주장관련

(문제제기)

²⁰⁾ 위 이외에도 법무부의 출입국관리 관련 행정규칙으로는, 숙련생산기능 외국인력에 대한 거주(F-2) 자격으로 체류자변경 및 체류관리 업무처리지침 등 다수의 훈령·고시가 있음 : 사회통합 프로그램 다문화사회 전문가 인정 기준 등에 관한 규정, 외국인 자동출입국심사 이용대상자 등록 요건 및 절차(고시), 남·북한 왕래자 등에 대한 출입(국)심사지침, 해외투자기업 기술연수생 등에 대한 사증발급인정서 발급 및 관리에 관한 훈령, 출입국사범 고발규정, 출입국기록관리 및 정보화업무 처리지침, 방문취업제 무연고 중국동포 선발방식 변경(고시), 외국국적동포에 대한 단기종합(C-3)사증 발급 등에 관한 지침 등

- 보호는 인신구속 및 이동의 자유 등을 빼앗는 것이므로 헌법 제12조에 의한 영장주의를 적용하여야 한다는 주장이 학계 및 시민단체 등에서 제기되고 있음 (운용실태)
- 출입국관리공무원은 외국인이 강제퇴거 대상에 해당한다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고, 도주하거나 도주할 염려가 있는 경우에는 사무소장 등으로부터 보호명령서를 발부받아 해당 외국인을 보호하고 있고, 보호명령서를 발부받을 시간적 여유가 없을 때에는 긴급보호서로 보호하고 있음
- 사무소장은 보호명령서 발부에 있어, 강제퇴거 대상 해당성과 보호의 필요성을 출입국관리공무원이 조사 청구한 서류 등을 통해 객관적으로 판단하여 발급함 (영장주의 반대 이유)
- 보호의 목적은, 강제퇴거절차에 있어 용의자 출두를 확보하여 용의사실 관련 심사를 원활히 하고, 강제퇴거명령처분이 확정될 경우 해당 외국인의 송환을 확실히 하기 위해 그 신병을 확보하는 것으로 행정처분임
- 헌법 제12조는 형사절차 상의 신체구속을 엄두에 둔 규정이므로 형사절차 외에 행정처분에 적용하는 것은 타당하지 않음
- 보호명령서에 의한 보호는 국제법상 국가권리로 인정되고 있는 외국인 강제퇴거 실시를 목적으로 하여, 강제퇴거 대상에 해당하는 외국인의 강제퇴거절차 진행을 위한 신체구속으로 행정목적 달성을 위한 불가결한 절차임
- 출입국관리법상의 보호는 외국인 강제퇴거라는 행정목적 실현을 위한 수단으로서 강제퇴거절차(보호명령서 발부요건, 발부절차, 보호기간, 보호장소, 이의신청, 보호일시해제 등)는 전체적인 구조로서 적정하고 합리적인
 - ▶ 그리고 보호명령서 발부의 적법여부에 대해서는 최종적으로는 법원의 사법 판단을 구하는 권리가 보장되어 있음
 - ▶ 또한 법 위반 용의자에 대한 긴급보호를 위해 그의 주거에 들어간 경우 긴급보호가 적법한 이상 주거의 자유를 침해한 것으로 볼 수 없다는 판결도 있음(헌법재판소 전원재판부 2008헌마430, 2012.8.23.)²¹⁾

21) 위 재판부의 결정요지 : ①외국인등록을 하지 아니한 채 오랜 기간 불법적으로 체류하면서 스스로 출국할 의사가 없는 것으로 판단되는 청구인들에 대한 긴급보호는 출입국관리법상 긴급보호의 요건을 갖추지 못하였다고 볼 수 없음. ②출입국관리법에 의한 보호에 있어서 용의자에 대한 긴급보호를 위해 그의 주거에 들어간 것이라면 그 긴급보호가 적법한 이상 주거의 자유를 침해한 것으

- 실제 대다수의 불법체류자들은 체류기간을 넘겨 불법취업을 하고 있어 단속 현장에서 신병을 확보하지 않으면 강제퇴거절차를 원활하게 진행할 수 없는 실정임
- 우리나라 출입국관리제도 근간은 체류자격제도인바, 불법체류자처럼 체류자격이 이미 상실되고 없는 자가 여전히 사회에서 활동하는 것은 출입국관리 근간을 저해하는 것이며 법 위반자가 합법체류자보다 더 우대받는 모순을 초래하는 것임
- 긴급보호는 현행법 체포에 준하는 것²²⁾, 현행법 체포가 헌법상 영장주의 적용의 예외가 된 것은 체포자의 목전에서 범행이 이루어져 범죄혐의가 명백하고 법원에 의한 억제 없어도 잘못 체포될 염려가 적기 때문임
 - ▶ 불법체류자 단속 경우 현장에서 여권이나 전자기기를 통해 인적사항, 체류자격·체류기간 등을 확인, 강제퇴거 대상여부를 쉽게 판단할 수 있음
 - ▶ 불법잔류자는 체류기간을 기준으로 결정되므로 체류기간 만료일만 확인되면 법 위반이 명백하여 현장에서 불법보호가 발생될 여지가 거의 없음
- 출입국관리법 제46조는 강제퇴거대상을 유형화한 것으로 외형적으로 이에 해당하는 사람이면 누구든지 강제퇴거의 대상이 되므로, 불법체류자 단속이나 적발 단계에서 실질적 내용(강제퇴거 필요성)까지 판단할 필요가 없음
 - ▶ 따라서 강제퇴거 대상에 해당하는 외국인을 발견(단속, 적발)할 때에는 도주를 시도하거나 도주 우려 등 보호의 필요성만 인정되면 보호를 통한 강제조사를 진행하는 것이 타당함
 - ▶ 강제퇴거명령은 형벌이 아닌 행정처분이므로, 외국인의 강제퇴거 사유의 해당성 판단에 있어서는 형사절차 상에서 문제 되는 외국인의 위반사실에 대하여 고의 또는 과실 유무는 요건이 아님
 - ▶ 실무 운용에서 외국인이 법 제46조의 강제퇴거의 대상에 해당 된다 하더라도 일률적으로 해당 위반행위자에 대하여 강제퇴거를 명령하는 것이 아니고, 위법행위에 대한 정확한 조사한 후 강제퇴거 여부를 심사 결정하고 있음

로 볼 수 없으므로 청구인에 대한 긴급보호가 적법한 이상 그 긴급보호 과정에서 청구인의 주거에 들어갔다고 하더라도 주거의 자유를 침해하였다고 볼 수 없음.

22) 일본의 경우, 긴급보호가 헌법 제33조에 위반하는지가 다투어진 사건에서, 일본 최고재판소는 직접 헌법 제33조 위반여부를 판단하지 않고, 현행법의 논리를 가지고 수용이 '현행법 체포 또는 이에 유사하는 것이므로, 사법관헌의 영장을 요하지 않는다는 것은 명백하다'고 판시, 위헌 주장을 받아들이지 않았음

[2] 건조물 출입·단속과 영장주의 관계

(문제제기)

- 출입국관리공무원의 불법체류자에 대한 단속과 관련하여 압수수색 영장 없이 사업장이나 영업장, 사무실 등을 출입하여 조사하는 것은 헌법 제12조 위반이라는 주장이 오래전부터 제기되어 왔음

(운용실태)

- 현 출입국관리법에는 출입국관리공무원이 사업장 등에 출입·조사하는 직접적인 규정이 없으나, 법 제81조의 외국인동향조사 규정이 그 근거로 작용하고 있음
- 실제 불법체류자 단속에 있어서 공장 등 사업장 출입·조사는 사업자 등의 동의 받는 형식의 임의조사로 이루어지고 있으며, 사업주 등의 반대로 조사가 원천적으로 불가할 때에는 법관의 압수수색 연장을 발부받아 하는 경우도 있음
- 이러한 관계로 외국인 불법 취업·고용이 일상 이루어지고 있는 사업자 등에 대해 효과적인 단속이 되지 못하고 있음. 최근 직원 부족 등 단속 환경이 좋지 않아 신고·제보를 근거로 유흥업소 등 제한된 장소만 단속하고 있는 실정임

(검토 및 관련 입장)

- 2015년 말 현재 국내에는 약 21만 4천여 명의 불법체류자 외국인들이 있고, 외국인 범죄 증가에 더하여 그 범행 역시 흉포화·다양화하는 추세로 이들에 대한 관리강화 목소리가 커지고 있지만 고질적인 인력 부족으로 큰 어려움을 겪고 있음
 - ▶ 법무부에 따르면 불법체류자 단속 전담직원은 전국적으로 150명에 불과, 직원 1명이 무려 1400명 이상의 불법체류자를 담당하고 있는 실정임
 - ▶ 나아가 단속직원은 불법체류자 단속 외에 출입국사범 처리, 실태조사, 외국인 보호업무 등 다양한 일을 겸직하고 있어 상당한 업무 과중에 시달리고 있음
 - ▶ 단속 현장에서는 불법체류자들의 필사적인 저항으로 직원이 부상당하거나 단속직원에게 투신이나 자해 등의 협박과 위협을 가하는 경우도 발생하고 있음
 - ▶ 불법체류자에 대한 지속적인 단속이 필요한 상황이지만 예전과 달리 사업장 출입 조사에 협력하지 않는 사업주 등이 늘고 있어 더욱 어려움이 가중

되고 있음

- 통상 불법체류자들은 취업에 종사하고 있어, 용의자가 있다고 의심되는 사업자 등에 출입하여 조사·확인하는 것이 필요 불가결하지만, 현행 출입국관리법에는 사업장 등에 출입·조사할 수 있는 명문 근거 규정이 없어 업무수행에 어려움이 많음

- ▶ 이런 이유로 단속 방법을 바꾸어 길거리 단속이나 야간 또는 공휴일 단속을 할 수 밖에 없는데, 이는 토끼몰이식 단속 등 인권침해 논란을 더욱 가중시킬 수 있음

- 그리고 사업장 출입·조사에 관한 법적 미비점을 알고 있는 일부 고용주들은 출입국관리공무원의 사업장 진입을 원천봉쇄하거나, 사업장에 출입하여 불법체류 외국인을 단속하는 공무원을 흉기로 위협하거나 폭력을 행사하고 있는 상황임

- 이러한 배경 하에서 정부는 출입국관리공무원의 사업장 등의 출입·조사에 대한 명확한 법적근거를 마련²³⁾, 위법성 시비를 해소하고 불법체류자 단속의 실효성을 높이기 출입국관리법 개정을 추진하고 있으나 아직 결실을 보지 못하고 있음

- ▶ 2015. 1. 29. 출입국관리공무원의 사업장 등 출입·조사권 등을 담은 출입국관리법 정부 개정안이 국회에 제출, 전향적으로 검토되어 오다 일부 이전 부분(인권 침해 및 과잉단속 우려 등)에 대한 충분한 공감대 형성을 위해 출입·조사 관련 규정은 개정에서 입법에서 제외되었음

- ▶ 당초 정부안은 출입국관리공무원의 사업장 등의 출입조사는, ①사업장 등에 용의자가 있다는 신빙성 있는 신고·제보를 받는 경우, ②해당 사업장 등에 용의자가 있다고 의심할 만한 자료를 확보한 경우 등에 할 수 있도록 하고, 정당한 이유 없이 사업장 등 출입을 거부하거나 방해한 경우 3년 이하 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처하는 내용을 담고 있음

- ▶ 이에 대한 법사위 입법전문위원 검토보고는, 사업주 등이 공무원의 사업장

²³⁾ 2005. 11월 국가인권위원회는 출입국관리공무원의 불법체류자 단속을 위한 주거 등 건조물의 출입 및 조사에 대한 법적근거 마련을 권고한 바 있음 / 또한 판례(의정부지법 2008.4.23. 선고 2008고단 291, 대법원 2009.3.12. 선고 2008도7156, 대구지법 2011.9.9. 선고 2011노1600 등)에서도 “현행 출입국관리법 어디에서도 출입국관리공무원으로 하여금 주거권자나 관리자의 의사에 반하여 주거나 사업장 등에 들어가 외국인 동향을 조사할 권한을 부여하고 있는 규정을 찾을 수 없다”라고 판시하며 현행 규정 개정 필요성을 제기하고 있음

등 출입을 거부·방해하는 상황에서 출입권한 명시를 통해 사업주 등의 불법행위 등에 대한 조사의 실효성을 담보하려는 개정안의 입법취지는 인정된다 하였음

- 외국인이 불법으로 취업하고 있는 사업장 등에 대한 출입·조사는 외국인 체류절서 확립을 위한 기본적인 업무이고, 불법체류자가 매년 계속 증가하고 있으며, 유사 법률에서 관계 공무원의 사업장 등에 대한 출입·조사권을 인정하고 있는 점²⁴⁾ 등을 고려하면 시급히 명확한 법 규정이 마련되어야 할 필요성이 있음
 - ▶ 향후 법 개정에서 사업장 등의 출입·조사권을 신설할 경우, 그 실효성을 담보하는 장치와 필요 최소한의 공권력 행사 방안이 함께 마련되어야 할 것임
- 불법체류자 문제가 나날이 심각해지는 상황에서 이들에 대한 단속 등에 영장주의를 적용한다면 사실 행정을 하지 말라는 것과 같으므로, 사업장 등의 출입·조사에 영장주의 예외까지 인정하고 있는 외국의 입법 사례를 참고할 필요가 있음
 - ▶ 영국 이민법은 믿을만한 합리적인 근거가 있을 경우 사업장 등에 진입하여 수색할 수 있다고 규정하고 있음
 - ▶ 독일은 불법체류자의 체포 및 구금에는 영장을 필요로 하지만 이를 위한 주거 진입은 수색이 아닌 '출입'으로 보아 영장주의의 제한을 받지 않음
 - ▶ 일본은 수용명령서에 의한 수용에 있어서는 영장주의를 배제하고 있으나 입검·수색·압수(강제처분) 시에는 재판관의 허가를 받도록 하고 있음²⁵⁾
 - ▶ 뉴질랜드·싱가폴의 이민법은 출입국관리법을 위반하거나 위반하였다는 상당한 증거가 있는 경우 출입국관리공무원은 사업주나 관리인의 사전 동의

24) 법무부의 출입국관리법 개정안 첨부자료에 따르면, 관계 공무원의 출입조사를 명시한 법령은 약 270여개, 출입하여 관계인 등을 조사하는 규정을 두고 있는 법령은 13개(공직선거법, 노인복지법, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률, 아동복지법, 식품위생법 등)가 있음

25) 출입국관리공무원을 위한 법은 아니지만, 미국 애리조나(Arizona) 주는 2010. 4. 23. "The Support Our Law Enforcement and Safe Neighborhoods Act. S.B.1070"(신이민법)을 제정, 불법이민자로 의심되는 자에 대하여 경찰관이 신분증명서 제시 요구, 영장 없이 체포·구류도 가능하도록 하여, 주 정부 독자로 불법 이민자 단속을 강화하고 있음. 이 법은 2012. 6. 25. 연방법 유선 규정을 정한 헌법 위반으로 판결되었으며, 다수의 불법이민자가 미국으로 밀입국하는 멕시코 국경을 접하는 주 등은 연방법보다 더 엄격한 내용의 주 법률을 제정 시행하고 있음. 조지아주, 유다주, 사우스 캐롤라이나주 등도 유사 성격의 이민법을 채용하고 있음

나 영장 없이 사업장에 출입하여 조사할 수 있다고 규정

라. 행정절차법 및 인신보호법 적용 문제

(1) 행정절차법 적용 제외

- 우리나라는 1998년부터 행정절차에 관한 공통적인 사항을 규정하여 국민의 행정 참여를 도모함으로써 행정의 공정성·투명성 및 신뢰성을 확보하고 국민의 권익을 보호함을 목적으로 하고 있는 법으로서 행정절차법을 제정 시행하고 있음(법률 5241호, 제정 1996.12.31. 제정 1998.1.1.시행)
 - ▶ 동 절차법의 핵심은, 당사자에게 의무를 과하거나 권익을 제한하는 처분을 하는 경우에는 사전통지하고, 청문 등을 통하여 의견청취를 하도록 하며, 처분의 근거와 이유를 제시하도록 하는 것임
- 행정절차법 제3조는, 외국인의 출입국 등(외국인의 출입국·난민인정·귀화·국적회복)에 관한 사항에 대해 동법의 적용을 제외하고 있는데, 이는 외국인 출입국 등에 관한 사항은 일반 국민과 다른 특수성을 보이고 있기 때문임
- 행정절차법은 일반 국민에 대한 통상의 처분 등을 대상으로 하는 것으로, 국가의 자유재량에 속하는 외국인의 출입국 등에 관한 분야에 행정절차법을 그대로 적용하는 것은 본래 본 법이 의도하는 것이 아니라는 것임
- 실제 난민인정불허결정 취소소송에서, 외국인의 난민인정에 관한 사항에 대하여는 행정절차법이 적용되지 아니하므로, 행정처분을 할 때(행정절차법 제23조에 따라) 처분의 근거와 이유를 제시하지 아니하여도 그 사유로 위법한 처분이 되지 아니한다고 확인되었음(서울고등법원 2007.1.19. 선고, 2006누5467, 판결)
- 외국인의 출입국 등에 관한 사항에 행정절차법이 그대로 적용될 경우 국가 주권 행사에 대한 상당한 제약, 행정의 특수성 훼손 및 행정지연 등이 예상되나, 실제 행정 운용은 동 법의 취지를 살린 방향으로 나가는 것이 바람직함

(2) 인신보호법 적용 제외

- 우리나라는 2008. 6. 22. 위법한 행정처분이나 사인에 의한 시설에의 수용(이하

피수용자라 함)으로 인하여 부당하게 인신의 자유를 제한당하고 있는 개인에 대한 구제절차를 마련함으로써 헌법이 보장하고 있는 국민의 기본권을 보호하고자 인신보호법을 제정 시행하고 있음(2007. 12. 21. 제정, 법률 제8724호)

- 이 법에 따르면, 피수용자란 자유로운 의사에 반하여 국가, 지방자치단체, 공법인 또는 개인, 민간단체 등이 운영하는 의료시설·복지시설·수용시설·보호시설(이하 수용시설이라 함)에 수용·보호 또는 감금되어 있는 자는, 위법한 수용 등에 대해 법원에 구제청구를 할 수 있게 되어있음
- 그러나 형사절차에 따라 체포·구속된 자, 수형자 및 출입국관리법에 따라 보호된 자는 피수용자 범위에서 제외되어 있어, 출입국관리법을 위반하여 강제퇴거절차 진행 과정에서의 보호는 동 법에 따라 구제를 청구할 수 없음
- 출입국관리법에 따라 보호된 자가 인신보호법 적용에 배제된 주요 이유는, 출입국관리행정 특수성(강제퇴거사유 존부 심사 및 강제퇴거명령 집행을 확보하는 행정목적 담보, 효율적인 집행 목적) 인정, 엄격한 사전절차 및 사후적 구제수단 이 보장되어 있어 인신보호법 적용의 실익이 크지 않기 때문으로 이해됨
 - ▶ 인신보호법 제2조 제1항 단서 중 “「출입국관리법」에 따라 보호된 자는 제외한다.” 부분이 헌법 제12조 제6항에 반하여 청구인들의 신체의 자유 침해 여부와 청구인들의 평등권 침해 여부가 다투어진 사건(인신보호법 제2조 1항 위헌확인 소송 : 현재 전원재판부 2012헌마686, 2014.8.28.)에서, 심판대상조항이 출입국관리법에 따라 보호된 사람을 인신보호법에 따라 구제청구를 할 수 있는 피수용자의 범위에서 제외한 것은 합리적인 이유가 있고, 심판대상조항은 청구인들의 평등권을 침해하지 아니한다고 판시²⁶⁾
- 출입국관리행정에 있어 인신보호법 적용여부가 문제되는 것은 출입국항(주로 공항에 있는 송환대기실)에 있는 입국거부자의 송환대기실이 인신보호법상의

26) 인신보호법 제2조 1항 위헌확인 소송(현재 전원재판부 2012헌마686, 2014.8.28.) : “심판대상조항이 출입국관리법에 따라 보호된 사람을 인신보호법에 따라 구제청구를 할 수 있는 피수용자의 범위에서 제외하는 것은, 출입국관리법상 보호가 외국인의 강제퇴거사유의 존부 심사 및 강제퇴거명령의 집행확보라는 행정목적은 담보하고 이를 효율적으로 집행하기 위해 행해지는 것으로 신체의 자유 제한 자체를 목적으로 하는 형사절차상의 인신구속 또는 여타의 행정상의 인신구속과는 그 목적이나 성질이 다르다는 점, 출입국관리법이 보호라는 인신구속의 적법성을 담보하기 위한 엄격한 사전절차와 사후적 구제수단을 충분히 마련하고 있는 이상, 인신보호법의 보호범위에 출입국관리법에 따라 보호된 자를 포함시킬 실익이 크지 아니한 점을 고려한 것이며, 여기에는 합리적 이유가 있다.”

수용시설에 해당하는지 여부임

- ▶ 국제공항 내 송환대기실은 입국이 거부되어 항공사에 송환지시가 내려진 사람들이 항공사의 책임 아래 비행기를 타기 위해 일시 대기하는 곳으로, 사무소장의 일시보호명령에 따라 외국인을 단기간(48시간, 최대 96시간) 보호하기 위한 법정 외국인보호실은 아니며, 원칙적으로 자유가 보장된 민간시설임
 - ▶ 그러나 입국이 거부된 자들은 모든 수단을 사용하여 입국을 시도하는 것이 일상적인 일인 바, 해당 항공사는 원활한 송환을 위해 이들을 제한된 공간에서 대기하도록 하고 있는데 이는 불가피한 상황임
 - 입국거부자의 송환대기실 관련 사건은 아니지만, 강제퇴거자의 외국인 본국송환 전 보호시설 보호는 합헌이라는 최근 헌재 판단에서, 재판들은 “국내 체류기간 동안 범법행위를 하여 강제퇴거명령을 받은 외국인은 도주 가능성이나 잠재적 위험성이 없다고 볼 수 없어 보호와 관리가 필요하다고 하였음(2013헌바196 출입국관리법 제63조 제1항 위헌소원 각하, 2016.4.28. 결정 선고)
 - ▶ 통상 입국 불허된 자가 송환대기실에 머무른 시간은 직항 항공편이 없는 등 특별한 경우가 아니면 단기간에 그치나, 본인이 송환을 완강히 거부하면 항공사 직원이 물리력을 행사하여 비행기에 탑승시키는 것은 쉽지 않는 상황임
- 2014년 인천공항에서 난민인정을 신청한 외국인이, 입국불허처분이 있는 뒤 공항 내 송환대기실에서 약 5개월간 머무르게 되자, 인신보호법상 구제청구를 한 사건에서, 입국이 불허된 외국인이라 하더라도 외부와 출입이 통제된 한정된 공간에 장기간 머무르도록 강제하는 것은 법률상 근거 없이 인신의 자유를 침해하는 것으로서 인신보호법이 구제대상으로 하고 있는 위법한 수용에 해당한다는 사례가 있음(대법원 2014.8.25. 자, 2014인마5, 결정/인천지법 2014.4.30., 자, 2014인라4, 결정 : 재항고)
- ▶ 이 사건에서 재판부의 판단은 송환대기실에 장기간 머무르도록 강제하는 것에 초점을 맞춘 것으로 보지만, 강제성 판단에 대해서는 본인의 출국의사에 따라 언제든지 송환대기실을 벗어날 수 있기 때문에 동의하기 어렵

고, 또한 단기간 대기는 위법한 수용으로 볼 수 없다는 추론이 가능함

- ▶ 만일 입국이 불허된 자가 항공기 탑승을 위해 송환대기실에 일시 대기하는 것이 위법 수용에 해당한다 하면, 출입국관리 당국은 위법 해소를 위해 모든 입국 거부자를 출입국관리법 제56조에 따라 보호를 할 수 밖에 없게 되므로 이는 외국인 인권보호 측면에서 보면 바람직한 일이 아님
- ▶ 또한 공항만에서 매일 상당수의 입국 거부자가 발생²⁷⁾ 되는 상황에서 이들에 대해 전부 강제력을 행사하여 일시보호를 하는 것은 행정력 낭비는 물론 재정적 부담도 적지 않으며, 국경안보 차원에서 입국 거부자들이 불법 입국하지 않도록 이들에 대한 관리를 보다 강화하여야 할 필요성이 많아지고 있음

(3) 행정심판법 적용 문제

- 행정절차법과 인신보호법은 외국인의 출입국 등에 관한 사항은 각각 적용에서 제외하고 있는데, 이는 출입국관리행정의 특수성을 고려한 것으로 볼 수 있음
- 행정심판법은 외국인 출입국 등에 관한 사항을 적용제외 대상으로 직접 규정하고 있지 않고, 출입국관리법에도 행정심판법 청구를 제한하는 규정이 없으므로 기본적으로 출입국 등에 관한 처분 등에 이 법이 적용된다고 볼 수 있음
- 그러나 난민법 제21조제2항은, 제1항에 따른 이의신청²⁸⁾을 한 경우에는 행정심판법에 따른 행정심판을 청구할 수 없다고 규정하고 있는데, 이는 행정심판법 제3조에서 “다른 법률에 특별한 규정(별도의 불복절차)이 있는 경우”²⁹⁾에는 행정심판 청구권을 인정하지 않는다는 규정에 따른 것으로 볼 수 있음. 따라서 외국인 출입국 등에 관한 처분 중 별도의 불복절차(이의신청)가 있는 것을 제

27) 인천공항의 경우 2015년 입국거부자는 31,304명(입국목적 불분명 25,528명, 위변조 1,213명, 입국금지자 483명, 기타 3,804명)으로 1일 평균 85명임, 2014년 입국불허자는 13,385명임

28) 제21조(이의신청) ① 제18조제2항 또는 제19조에 따라 난민불인정결정을 받은 사람 또는 제22조에 따라 난민인정이 취소 또는 철회된 사람은 그 통지를 받은 날부터 30일 이내에 법무부장관에게 이의신청을 할 수 있다. 이 경우 이의신청서에 이의의 사유를 소명하는 자료를 첨부하여 지방출입국·외국인관서의 장에게 제출하여야 한다<개정 2014.3.18.>. 난민법 제정 전의 출입국관리법은 관련 규정에서 14일 이내에 이의신청을 하도록 하고 있음

29) 행정심판법 제3조(행정심판의 대상) ① 행정청의 처분 또는 부작위에 대하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우 외에는 이 법에 따라 행정심판을 청구할 수 있다.

외하고는 행정심판법에 따른 심판청구를 할 수 있다고 보아야 함³⁰⁾

- 행정심판법에 따르면, 행정심판 절차를 통하여 행정청의 위법 또는 부당한 처분이나 부작위로 침해된 국민의 권리 또는 이익을 구제하고, 아울러 행정의 적정한 운영을 꾀함을 목적으로 하고 있는데, 이는 출입국관리행정 특수성과 정면으로 충돌하는 문제가 발생되고 있음
- 출입국관리행정은 국가 주권행사에 관계되는 것으로 광범한 자유재량을 가지고 있는데, 이러한 재량은 행정기관에 행정행위를 함에 있어 판단의 여지를 두는 것으로 재량의 남용 또는 일탈이 아니면 처분의 위법성이 문제되지 아니함
- 재량규정 중심의 출입국관리행정 입장에서 보면, 위법이 아닌 처분의 부당성까지 행정심판절차를 통해 심사를 받는다 하면 사실상 행정 목적 달성이 불가능한 상황으로까지 이어질 수 있고, 행정법상 재량행정 이론에도 반한다 할 수 있음
- 외국인 출입국 등의 처분과 관련한 구제는 행정심판법에 의하기 보다는 외국인만을 대상으로 하는 출입국관리법 고유의 구제절차에 따라 하는 것이 타당하다 할 수 있고, 적어도 행정절차법·인신보호법의 적용배제 이유와 정합성을 유지하여야 할 당위성은 있다할 것임
- 일본 행정불복심사법도 이와 비슷한 논리로 외국인 출입국 및 난민 등에 관한 사항을 적용 범위에서 제외하고 있는 바, 우리나라도 체류기간연장 등 행정심판법 적용대상으로 되어있는 사항에 대하여 대책을 강구할 필요가 있음

5. 출입국항에서의 난민인정신청

(문제제기)

- 출입국항인 공항만에서 난민인정신청자가 난민인정심사 불회부결정을 받아 송환되는 사례가 있는 바, 이는 난민인정절차 개시를 원천 봉쇄 하는 것으로 위법
(운영실태 및 한계)

³⁰⁾ 외국인의 출입국 등에 관한 사항 중 이의신청제도를 둔 것은, 보호, 강제퇴거, 난민인정 등으로 이 분야를 제외한 사항은 행정심판법에 따른 구제 청구가 가능하다고 보아야 함

- 우리나라에 난민인정신청을 하는 방법은 출입국항에서 입국심사를 받을 때 하는 방법과 입국 후 체류지 사무소에 하는 두 가지 형태의 방법이 있음
- 외국인이 입국심사를 받는 때에 난민인정 신청을 하려면 출입국관리법에 따라 출입국항을 관할하는 지방출입국·외국인관서의 장(약칭 사무소장)에게 난민인정신청서를 제출하여야 함
 - ▶ 우리나라가 외국인의 입국단계에서 난민인정신청을 허용하는 것은, 진정한 난민해당자가 입국불허로 인하여 그 기회를 놓치게 되는 불합리를 막기 위함임
- 사무소장은 난민인정신청자에 대해 7일의 범위에서 출입국항에 있는 일정한 장소(난민인정심사대기실)에 머무르게 할 수 있고, 그 기간 동안 신청자에게 기본적인 의식주를 제공하여야 함
- 법무부장관은 난민인정신청서를 제출한 사람에 대하여는 그 신청서가 제출된 날부터 7일 이내에 난민인정 심사에 회부할 것인지를 결정하여야 하며, 그 기간 안에 결정하지 못하면 그 신청자의 입국을 허가하여야 함
 - ▶ 신청서 제출 7일 이내에 난민인정심사 회부를 결정하면 입국조치를 하며, 이 때까지는 난민인정심사대기실에서 머무름
 - ▶ 불회부 결정시에는 해당 외국인에 대하여 송환절차에 따라 송환을 개시, 이 때 만일 신청자가 소송을 제기하면 입국을 허가함
- 일반적으로 진정한 난민 해당자 경우 공항만에서 입국심사를 받을 때 난민신청을 하는 것이 상식이지만 간혹 입국이 거부되어 송환대기실에서 송환을 준비 중인 자가 난민인정신청을 하는 경우가 있는데, 이는 이해하기 어려운 경우의 일임
 - ▶ 이 경우에도 난민인정신청은 받아들여져 7일 이내에 난민인정심사 회부여부가 결정되어야 하고, 신청자는 난민인정심사대기실로 옮겨 그 결과를 기다려야 함
 - ▶ 난민인정심사 불회부결정으로 송환지시를 받은 자는 항공사운항협의회가 운영하는 송환대기실에서 대기하다 출항 항공기에 탑승하여야 함
- 공항만 출입국관리사무소의 난민인정심사 회부여부에 대한 결정은 난민협약에 따른 난민요건에 관한 심사가 아니고, 난민인정심사 단계로 진입할 수 있는지

의 여부를 결정하는 것임

- ▶ 이는 난민신청자의 의사표시와 상관없이 난민인정절차 개시 자체를 원천 봉쇄 하는 것으로, 난민협약(제33조)에 위반한다는 주장이 제기되기도 함
 - ▶ 그러나 난민인정심사 회부여부 심사제도가 난민법에 생기게 된 것은 남용적인 난민인정신청자를 걸러내기 위해서라고 생각됨
- 실제로 2013. 7. 1. - 2015. 12. 31. 인천국제공항의 난민인정심사 회부여부에 대한 심사건수를 보면, 총 489명에 회부 326명, 불회부 163명이며, 불회부 경우 2013년 10명, 2014년 44명, 2015년 109명으로 매년 크게 증가하고 있는데 이들은 위장 난민에 가까운 자들로 추정할 수 있음³¹⁾
- 우리나라가 2013. 7. 1. 난민법을 별도로 제정 시행하고 있는 주된 이유는, 난민 인정절차 및 난민 등의 처우에 관하여 구체적으로 규정함으로써 난민협약 등 국제법과 국내법의 조화를 꾀하고, 인권선진국으로서 초석을 다지기 위한 것이니만큼, 난민인정제도의 실제 운용에 있어서는 유연성과 엄격성의 조화가 필요하다고 봄. 위장난민에 대해서는 철저히 걸러내고 진정한 난민에 대한 유연한 포용이 필요하며, 난민인정요건에 대한 판단, 난민인정심사 회부여부 결정 등에 있어 절차의 신속성, 투명성, 공정성을 확보하여 나갈 필요가 있음

6. 마무리

- 현대 행정에 있어 법치주의란 행정권의 행사는 법률에 근거하여야 하고, 법에 적합하여야 한다는 원리로서, 이는 출입국관리행정에도 당연 적용되어야 하는 것임
- 이는 기본적으로 국민의 자유와 권리를 지키기 위함이며, 실제 행정에 있어 행정의 형식적 합법성 물론 목적과 내용이 보편적 정의에 맞는 정당성을 가져야 함
- 출입국관리행정은 국가 주권영역에 속한 것으로서 폭넓은 제약을 가지고 있음

³¹⁾ 난민인정심사에 회부하기로 결정된 경우도 2013년 26명, 2014년 70명, 2015년 393명으로 급증 추세임

며, 외국인의 입국·체류에 대한 적절한 규제와 관리를 통해 공공안전을 유지하고 국가발전을 도모하는 것을 그 목적으로 하고 있음

- 이러한 행정의 특성상 각종 허가 업무처리, 불법체류자 단속 등 행정목적 달성 과정에서 외국인 인권을 침해할 수 있는 요소가 상존하고 있는 것이 사실임
- 반면 국경안보 차원의 출입국관리강화, 우수 전문인력 유치, 국제협조와 국제교류 증진을 통한 국가경쟁력 강화 등 출입국관리행정의 기능이 더욱 중요시 되고 있음
- 이러한 상황 아래서 행정의 특수성을 살리되 법치주의 정신에 입각한 행정 운용과적법절차 준수, 인권보호에 충실한 법의 개정, 적절한 재량의 통제방안 등이 강구되어야 할 것임.

[제2발표]

이민행정에 있어 법치구현의 방법과 한계

차 규 근*

1. 들어가는 글 : 출입국행정과 이민행정
2. 법치주의와 이민행정(출입국행정)
3. 법치주의 구현의 필요성
4. 마치는 글

1. 들어가는 글 : 출입국행정과 이민행정

이민행정이란 무엇일까요? 법치주의는 또한 무엇일까요? 이민행정에 법치주의는 어떻게 구현되고 있으며 어떤 한계가 있을까요? 제가 발제할 내용은 이러한 물음들에 대한 것입니다.

먼저, 이민행정이란 무엇일까요? 앞서 장지표 단장님께서 ‘출입국행정과 법치주의 적용의 한계와 실무’란 제목으로 발제를 해주셨습니다만, 출입국행정과 또 제가 발표하는 이민행정은 또 어떻게 같고 다를까요? 사실, 실무상으로 출입국행정과 이민행정은 같은 용법으로 사용되고 있습니다. 법무부 출입국외국인정책본부가 하는 행정업무를 어떤 경우에는 출입국행정이라고, 또 어떤 경우에는 이민행정이라고 부르고 있기 때문입니다.

다만, 출입국행정은 정책주관부서가 좀 더 부각된 표현으로서 전통적인 행정을 의미하는 것인 반면, 이민행정은 정책의 내용과 대상이 좀 더 부각된 표현으로서 최근에서야 사용되고 있는 점에서 차이가 있습니다. 사실, 제 발표 제목을 ‘출입국행정에 있어 법치구현의 방법과 한계’라고 했더라도 큰 차이는 없었을 것입니다. 하지만, 발

* 한국이민법학회 연구이사, 법무법인 공존 변호사.

표내용을 조금 더 엄밀하게 따지자면 ‘출입국행정’보다는 ‘이민행정’이라는 표현이 좀 더 의미가 있을 것 같습니다.

법무부 출입국외국인정책본부는 2007. 5. 이전에는 법무부 출입국관리국이었습니다. 2007. 5. 재한외국인처우기본법이 제정되면서 출입국관리국은 출입국외국인정책 본부로 확대개편되었습니다. 이는 체류외국인의 급증, 새로운 체류외국인 유형의 등장 등 시대상황의 변화에 따라 전통적인 출입국행정, 즉 국경관리·체류외국인에 대한 엄격한 관리로 대표되는 규제행정 업무도 변화가 필요하다는 인식이 반영된 결과라고 볼 수 있습니다. 즉, 결혼이주자 등에 대한 사회통합, 국적, 난민, 재외동포업무 등 조장적 성격의 행정업무는 종래 전통적인 규제행정적 마인드로는 접근하는 것이 한계가 있기 때문에 ‘출입국관리국’이 ‘출입국외국인정책본부’로 된 것이라 할 수 있습니다.

종래 출입국관리국에는 ‘출입국기획과, 체류관리과, 조사집행과, 출입국심사과’ 등 규제행정적 성격의 부서만 있다가 2006년도 이후부터 ‘국적난민과, 외국적동포과, 사회통합과(이민통합과)’ 등 조장행정적 성격의 부서가 신설되었는바, 이러한 것도 ‘출입국관리국’이 ‘출입국외국인정책본부’로 변화하게 된 이유를 엿볼 수 있다고 하겠습니다.

이민행정이란 말은 출입국관리국 당시에는 거의 사용되지 않았으며 출입국외국인정책본부 이후부터 사용된 표현입니다. 2006년 이후 출입국 당국의 업무에 ‘국적난민, 외국적동포, 사회통합(이민통합)’ 등 조장적 성격의 업무가 추가되면서 사용되기 시작한 것입니다. 출입국행정과 이민행정은 엄밀히 말하자면 이와 같은 차이가 있다고 볼 수 있습니다. 물론, 아직까지도 ‘이민(행정)’이라는 말을 보편적으로 쓰는 것이 적절한 것인가에 대한 논란의 여지는 있습니다.

지난 4월 15일에 열린 한국행정법학회 연합학술대회에서 ‘글로벌시대의 행정법학의 과제와 대응’이라는 주제로 기초발제를 하신 성균관대 법학전문대학원 이광운 교수님은 ‘전통적 행정법에는 계층적이고, 명령적이며 확정적이고 획일적으로 규정하는 일반적이고 객관적인 국가가 자리하였으나 세계화 시대에는 새로운 형태의 권고, 부양책 등의 soft law¹⁾가 우선시 된다. 또 세계화 시대의 새로운 규범의 특징은 상대성에 있

1) 법과 비법(非法)과의 경계영역에 존재하는 법적 규범의 총칭이다. 비구속적 합의, 비법률적 합의, 프로그램법, 사실상의 합의, 형성도상의 법이라고도 한다. 21세기 정치학대사전, 정치학대사전편찬

다. 즉 상황에 따라 면제와 예외가 다수 존재한다'고 주장하신 바 있는데, 종래의 '출입국행정' 표현이 아닌 '이민행정'이라는 표현이 최근 들어 자주 사용되는 현상도 이러한 맥락에서 이해될 수 있을 것 같습니다.

그러면, 출입국행정, 이민행정과 법치주의는 어떠한 모습으로 서로 연관되어 현실에서 구현되고 있을까요?

2. 법치주의와 이민행정(출입국행정)

사전적 의미에 의하면, 법치주의는 '사람의 지배' 대신 '법의 지배'를 통하여 통치가 행하여지는 주의를 말합니다. 쉽게 말해 '법대로' 행정이 이뤄지는 것을 말합니다. 그런데, 사람의 지배가 아니라 법의 지배가 이루어지려면 적용되는 법령의 내용이 가급적이면 구체적으로 정해져 있어야 할 것입니다. 추상적이고 모호하면 사람에 따라 다양한 해석이 가능하게 되어 자칫 사람에 의한 자의적인 적용이 이루어질 가능성이 있기 때문입니다. 법의 지배가 가장 강조되는 형사법령에서 유추해석을 금지하고 엄격한 죄형법정주의를 택하고 있는 것은 사람에 의한 자의적인 법 적용을 방지하기 위함입니다.

그런데, 출입국 관련법령을 보면, 추상적이고 모호한 규정이 매우 많이 있음을 알 수 있습니다. 한번 예를 들어보겠습니다.

제11조(입국의 금지 등) ① 법무부장관은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 외국인에 대하여는 입국을 금지할 수 있다.

1. 감염병환자, 마약류중독자, 그 밖에 공중위생상 위해를 끼칠 염려가 있다고 인정되는 사람
3. 대한민국의 이익이나 공공의 안전을 해치는 행동을 할 염려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 사람
4. 경제질서 또는 사회질서를 해치거나 선량한 풍속을 해치는 행동을 할 염려

가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 사람

제12조(입국심사) ③ 출입국관리공무원은 입국심사를 할 때에 다음 각 호의 요건을 갖추었는지를 심사하여 입국을 허가한다.

2. 입국목적이 체류자격에 맞을 것

제46조(강제퇴거의 대상자) ① 지방출입국·외국인관서의 장은 이 장에 규정된 절차에 따라 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 외국인을 대한민국 밖으로 강제퇴거시킬 수 있다.

3. 제11조제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 입국금지 사유가 입국 후에 발견되거나 발생한 사람

13. 금고 이상의 형을 선고받고 석방된 사람

14. 그 밖에 제1호부터 제13호까지의 규정에 준하는 사람으로서 법무부령으로 정하는 사람

제51조(보호) ① 출입국관리공무원은 외국인이 제46조제1항 각 호의 어느 하나에 해당된다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고 도주하거나 도주할 염려가 있으면 지방출입국·외국인관서의 장으로부터 보호명령서를 발급받아 그 외국인을 보호할 수 있다.

위에서 인용한 조항들은 당사자에게 미치는 영향이 매우 큰 조항입니다. 즉, 11조(입국금지)가 적용되면 아예 대한민국에 입국할 수 있는 비자를 발급받을 수 없으며, 제12조(입국심사)가 적용되면 비행기를 타고 대한민국에 도착하고서도 공항에서 입국 거부되어 출발국으로 돌아가야 하며, 제46조(강제퇴거)가 적용되면 합법체류자라고 하더라도 출국조치가 되며, 제51조(보호)가 적용되면 사실상 인신구금인 보호조치가 될 수 있습니다.

보시는 바와 같이, 이들 조항에 사용된 용어들은 상당히 추상적인 표현들이 많이 있습니다. 그런데, 관련 조항들을 너무 구체적으로 규정해 놓으면 자칫 철저한 국경관리와 위해(危害) 외국인 입국금지, 체류관리, 강제퇴거에 있어서 지장이 초래할 수

있다는 점에서 위와 같이 추상적으로 규정한 것은 일용 부득이한 측면이 있습니다. 이 점에서, 출입국행정은 형사사법행정과는 달리 법치주의의 관점에서만 본다면 법치주의가 온전히 적용되지 못하는 한계가 있다고 할 수 있습니다. 법치주의란 앞서 말씀드린 것처럼, 사람에 의한 자의적인 지배가 되지 않도록 가급적 법령을 구체적으로 규정할 필요가 있는데, 출입국행정에 있어서는 주권행사와 국경관리라는 측면에서 관련 법령을 구체화하는 것이 부적절하며 한계가 있기 때문입니다.

이처럼, 출입국행정(이민행정)에는 법치주의가 유보되는 측면이 있으며, 이는 엄격한 국경관리와 체류외국인 관리 측면에서 불가피한 측면이 있기 때문입니다. 다시말해, 출입국행정(이민행정)은 법치주의와 친(親)하지 않는 분야라고 할 수 있겠습니다.

정책 시행에 있어서도 출입국행정은 법치주의가 유보되는 경우가 있습니다. 정부는 2016. 4. 1.부터 6개월 동안 불법체류자 자진신고제도를 시행하고 있습니다. 불법체류자가 20만명을 넘어선 상황에서 단속만으로 불법체류자를 감소시키는 것은 인원상 한계 뿐만 아니라 직원과 외국인의 부상 위험도 있기 때문에 정부는 고도의 정책적인 관점에서 불법체류자가 자진신고를 하고 출국을 하면 입국금지의 불이익을 주지 않는 교육정책을 시행한 것입니다. 이 자진신고제도로 인하여 하루에도 수백명의 불법체류자가 자진신고를 하고 출국을 하고 있습니다. 그런데, 이러한 자진신고제도는 법치주의와는 부합하지 않는 면이 있습니다. 출입국관리법에 의할 경우 불법체류자는 강제퇴거 대상이며, 국가 비용으로 강제퇴거되는 사람은 5년의 입국금지가 걸리도록 되어 있습니다.

그런데, 정부의 고권적 행위로서 기간을 정하여 동 기간 안에 자진신고를 하면 입국금지의 불이익을 주지 않고 출국하여 다시 재입국할 수 있는 기회를 부여하는 것입니다. 종래에도 몇 번의 불법체류자 자진신고제도가 시행되었는데, 장기간 대한민국의 법을 위반하고 불법체류한 외국인들에게 강제퇴거와 입국금지의 불이익을 면제하여 주는 것은 엄격한 관점에서만 본다면 법치주의와 부합하지 않는 행정이라 할 수 있습니다. 그런데, 불법체류자 자진신고 제도는 출입국관리법 어디에도 근거 규정이 없다는 점에서 출입국행정(이민행정)은 전통적인 법치주의와는 잘 맞지 않는 면이 있습니다. 형사범을 사면하는 경우에 비록 형법에는 관련규정이 없지만, 사면범이라는 별도의 명분의 법에 의하여 사면이 이뤄지는데, 불법체류외국인 자진신고 및 입국금지 유예라는 내용은 출입국관리법이나 그 외의 어느 법에도 관련 근거를 찾을 수

가 없습니다. 외국인에 대한 국가의 고권적 통치행위로 이해되기 때문입니다.

사법부도 기본적으로 출입국행정(이민행정)이 법치주의가 유보되는 분야라는 인식을 가지고 있는 것으로 이해됩니다. 즉, 헌법재판소는 ‘출입국관리법은 대한민국에 입국하거나 대한민국으로부터 출국하는 모든 국민 및 외국인의 출입국관리와 대한민국에 체류하는 외국인의 체류관리 및 난민의 인정절차 등에 관한 사항을 규정함을 목적으로 한다(법 제1조). 이러한 출입국관리행정은 내·외국인의 출입국과 외국인의 체류를 적절하게 통제·조정함으로써 국가의 이익과 안전을 도모하는 국가행정이다. 즉, 개개 내·외국인의 출입국과 외국인의 체류를 구체적으로 심사하여 내·외국인의 출입국을 공정하게 규제하고 외국인의 체류기간을 연장하거나 입국 또는 체류를 불허하여 국외로 퇴거시키는 기능을 수행한다. 이와 같은 출입국관리에 관한 사항 중 특히 외국인의 입국에 관한 사항은 주권국가로서의 기능을 수행하는데 필요한 것으로서 광범위한 정책재량의 영역에 놓여 있는 분야라고 할 수 있을 것이다. 그러므로 이러한 영역의 공권력행사의 위헌 여부를 판단함에 있어서는 완화된 심사기준이 적용되어야 한다.’고 하였습니다(헌법재판소 2005. 3. 31. 선고 2003헌마87 한중국제결혼절차위헌확인).

참고로, 헌법재판소는 위 문장 바로 앞에서는 ‘합헌적이고 정당한 법령에 따른 공권력의 행사라고 할지라도 그것이 본래의 목적을 벗어나 합리적 이유 없이 자의적으로 행사된다면, 또는 기본권 주체에게 수인한도를 넘는 과중한 부담을 부과하거나 기본권의 본질적 부분을 침해함으로써 기본권 보장이 형해화된다면, 그러한 공권력행사는 재량권을 일탈·남용한 것으로 위법할 뿐만 아니라 위헌적인 공권력행사라 할 것이다. 국민의 기본권을 제한하는 공권력행사는 목적이 정당하고 수단이 적정해야 하며 목적과 수단 사이에 합리적 비례관계가 유지되어야 한다는 것이 우리 헌법의 명령이기 때문이다. 즉, 기본권을 제한하는 공권력행사는 목적달성에 필요한 최소한도에 그쳐야 되고 공권력행사로 인하여 침해되는 사익보다 달성하고자 하는 공익이 커야 한다’고 하고 있는데 이는 일반행정에 통상적으로 적용되는 법리라는 점에서, 사법당국이 그 다음의 문장에서 외국인행정(출입국관리행정)을 어떻게 바라보고 있는지 엿볼 수 있다고 하겠습니다.

법원도 헌법재판소와 같은 시각을 가지고 있습니다.

『출입국관리법 제68조제2항제1호, 제46조제1항제3호, 제11조제1항제3호, 제4호 등

의 규정 형식과 문언, 출국명령의 내용과 특성 등을 종합하면, 행정청은 출국명령대상자에 대한 출국명령의 발령 여부에 관하여 재량권을 가진다고 봄이 타당하다. 출입국관리행정은 내·외국인의 출입국과 외국인의 체류를 적절하게 통제·조정함으로써 국가의 이익과 안전을 도모하고자 하는 국가행정작용으로, 특히 외국인의 출입국에 관한 사항은 주권국가로서의 기능을 수행하는 데 필수적인 것으로서 엄격히 관리되어야 한다.」(서울행정법원 2015구단7626 출국명령처분취소)

『귀화허가는 앞서 본 바와 같이 통치권의 속인적 범위를 확정하는 매우 중요한 행정행위로서 고도의 정책적 판단을 수반하며, 행정청의 그와 같은 판단이 현저히 부당하거나 그 재량행사의 기초가 되는 사실 인정에 오류가 있다는 등의 사정이 드러나지 않는 이상 존중될 필요성도 있는 점까지 함께 고려하면, 원고가 외국국적 동포에 해당한다는 점 등 원고가 주장하는 모든 사정을 감안하더라도 피고 법무부장관의 이 사건 귀화불허처분이 재량권의 일탈·남용에 해당한다고 할 수 없다.』(서울행정법원 2014구합21448 귀화불허처분취소등)

『외국인의 입국에 관한 사항은 광범위한 정책재량이 부여되는 영역에 속하고, 외국인의 체류자격, 입국 여부 등을 결정함에 있어서는 국가의 이익과 안전을 도모하여야 하는 공익적 측면이 어느 영역보다도 더욱 강조되어야 한다. 따라서 원고가 주장하는 사정을 감안하더라도, 이 사건 각 처분이 그로 인하여 달성하려는 공익 목적에 비하여 과중하게 재량권을 일탈·남용하였다고 볼 수 없다.』(서울행정법원 2015구단7442 강제퇴거명령취소)

3. 법치주의 구현의 필요성

그런데, 이렇게 출입국행정(이민행정)이 법치주의와 본래적 성격상 친하지 않으며 엄격한 국경관리의 필요성 등의 이유로 법치주의가 유보되는 특성이 있기는 합니다만, 내용에 따라서 법치주의가 유보되지 않아도 되는 경우에도 법치주의가 유보되는 경우가 있습니다. 즉, 관련 법령이 좀 더 구체화되더라도 국경관리와 체류외국인 관리에 문제가 없는데도 ‘출입국행정(이민행정)은 법치주의가 유보되는 분야’라는 인식

하에서 추상적으로 규정되어 있거나, 아니면 관련 법적 근거가 마련되어 있지 않는 경우가 있습니다. 위해(危害) 우려 외국인 입국이나 퇴거가 아니라 중장기간 국내에서 합법적으로 체류하고 있는 외국인에 대하여는 중장기간 국내에서 체류하면서 형성된 물적, 인적 유대관계를 고려해 줄 필요성이 있는데도, ‘출입국행정은 법치주의가 유보되는 분야’라는 인식이 무차별적으로 적용됨으로 인하여 체류외국인 190만명 시대에 걸맞는 행정이 이뤄지지 않는 측면이 있다는 것입니다.

아쉬운 것은 이러한 사례가 법원에서 쟁점이 될 경우, 사법부도 ‘출입국행정(이민행정)은 법치주의가 유보되는 분야’라는 무의식적인 전제 하에서 매우 소극적인 태도를 보이고 있다는 것입니다. 앞서 출입국행정과 이민행정의 개념상 차이점에 대하여 설명을 드렸습니지만, ‘법치주의의 유보’가 당연시 되던 전통적인 출입국행정이 아닌 정부가 공식적으로 표방하고 있는 ‘체류외국인과 더불어 사는 사회’와 연관되는 ‘이민행정’과 관련하여서는, 관련 규정들이 좀 더 다듬어지고 구체화될 수 있는데도 불구하고 여전히 앞서와 같은 이유로 법치주의가 전반적으로 유보되는 분야로 인식되고 있는 것입니다.

한두가지 예를 살펴보겠습니다.

강제퇴거에 관한 출입국관리법 제46조제1항제13호에 ‘금고 이상의 형을 선고받고 석방된 사람’조항이 있습니다. 여기, 불구속 상태에서 조사를 받다가 불구속 기소가 되었고 그 상태에서 집행유예의 형을 선고받은 사람이 있다고 할 때, 이 사람은 여기에 해당이 될까요? 상식적인 한글 해석으로는 해당이 되지 않습니다. ‘금고 이상의 형을 선고받은 사람’이라면 모르겠으나, 구속된 적이 없었기 때문에 ‘형을 선고받고 석방된 사람’은 아니기 때문입니다. 그러나, 놀랍게도 ‘해당된다’는 판결이 종래 주류였습니다.

한번 보시지요.

『출입국관리법 제46조 제1항 제11호(‘현재의 13호’)에서는 ‘금고 이상의 형을 선고받고 석방된 사람’도 강제퇴거의 대상자로 정하고 있는데, 여기에 집행유예의 경우를 제외하고 있지 않을 뿐만 아니라, 형사소송절차에서 구속재판을 할 것인지 여부는 형사소송법 제70조에서 정한 구속 사유가 있는지에 따라 결정되는 것일 뿐 강제퇴거 대상자의 선정과는 아무런 관련이 없는 점에 비추어 보더라도, 위 ‘금고 이상의 형’에는 집행유예를 받은 경우도 당연히 포함되는 것으로 보아야 하고, 따라서 금고 이상

의 형을 선고 받은 이상, 불구속 재판을 받다가 금고 이상의 형에 대하여 집행유예하는 판결이 선고되었더라도 위 규정에서 정한 강제퇴거 대상자에 해당한다 할 것이다.』(서울행정법원 2008구합37558 판결).

『출입국관리법 제46조 제1항 제13호는 ‘금고 이상의 형을 선고받고 석방된 사람’을 강제퇴거의 대상자로 규정하고 있는데, 여기에서 ‘금고 이상의 형’을 실행으로 한정할 근거가 없고, 집행유예가 선고된 경우에는 반사회성이 없다고 단정할 수도 없는 점, 우리 형사소송법은 체포된 피의자에 대하여도 구속영장을 청구하지 아니하거나 구속영장을 발부받지 못한 때에는 즉시 피의자를 ‘석방’하여야 한다고 규정하고 있어, 위 ‘석방’의 의미가 범문언상 반드시 ‘구속’되었다가 석방된 사람만을 의미한다고 해석할 수 없는 점, 이에 더하여 위 ‘석방된 사람’을 ‘체포나 구속’되었다가 석방된 사람만을 의미한다고 보게 되면 체포나 구속되지 않고 불구속상태에서 재판을 받고 금고 이상의 실행을 선고받았으나 아직 집행 전이거나 집행이 면제된 사람은 여기에 포함되지 않게 되어 형평의 문제가 있는 점, 형사소송절차에서 구속재판을 할 것인지는 형사소송법 제70조에서 정한 구속의 사유가 있는지에 따라 결정되는 것일 뿐 대한민국 국민으로서의 적합성을 판단하는 강제퇴거 대상자의 선정과는 아무런 관련이 없는 점 등을 종합하여 보면, 위 ‘금고 이상의 형’에는 집행유예를 선고받은 경우도 포함되고 ‘석방된 사람’에는 수사 또는 재판과정에서 체포, 구속되었는지 여부와 관계없이 형을 선고받고 그 재판절차에서 벗어난 사람 즉, 그 형의 집행 전이거나 집행을 유예 또는 면제받거나 집행을 종료한 사람이 모두 포함된다고 하여야 한다. 따라서, 원고가 금고 이상의 형의 선고를 받은 이상, 불구속 재판을 하다가 금고 이상의 형에 대하여 집행을 유예하는 판결이 선고되었더라도 위 규정에서 정한 강제퇴거대상자에 해당한다 할 것이다.』(의정부지방법원 2013구합16932판결).

이와 반대되는 판결은 다음과 같습니다.

『출입국관리법 제46조 제1항 제13호는 강제퇴거 대상자의 하나로서 “금고 이상의 형을 선고받고 석방된 사람”이라고 규정하고 있다. 여기에서 “금고 이상의 형”(무죄 추정의 원칙상 당연히 그 형이 확정된 경우를 포함한다)을 실행으로 한정할 범문언상, 조문체계상 근거가 없고 집행유예가 선고된 경우에는 반사회성이 없다고 단정할 수도 없으므로, 집행유예가 선고된 경우도 “금고 이상의 형”에 포함된다고 보아야 할 것이다. 그러나 출입국관리법 제46조 제1항 제13호는 단순히 금고 이상의 형을 ‘선

고받은' 사람이라 규정한 것이 아니라 금고 이상의 형을 '선고받고 석방된' 사람이라고 규정하고 있으므로, 여기에서 "금고 이상의 형을 선고받고 석방된 사람"이란 실행을 선고받아 집행을 마치고 석방된 사람이거나 적어도 수사 또는 재판 과정에서 구속되었다가 징역·금고형의 집행유예를 선고받음으로써 석방된 사람을 의미한다고 보아야 할 것이다. 체포된 피의자를 구속영장을 청구하지 않거나 구속영장을 발부받지 못해 석방한 경우는 '형을 선고받고 석방된' 것이 아니므로, 출입국관리법 제46조 제1항 제13호로 포섭할 수 없다. 불구속 상태에서 재판을 받고 집행유예가 선고된 경우에도 반사회성이 없다고 단정할 수도 없고, 이러한 사람에 대하여도 강제퇴거명령을 하여야 할 필요성이 있는 경우가 있을 수 있지만, 그러한 경우에는 굳이 제13호에 근거하여 처분할 것이 아니라 다른 호에 근거하여 처분할 수도 있으므로, 굳이 범문언의 한계를 뛰어 넘어 제13호를 확대 해석할 필요도 없다. 앞서 인정한 바와 같이, 원고는 불구속 기소되어(수사과정에서 현행범으로 체포되었다가 그 다음날 석방된 것으로 보인다) 징역형의 집행유예를 선고받았을 뿐이므로 출입국관리법 제46조 제1항 제13호에 해당한다고 볼 수 없다. 따라서 원고가 출입국관리법 제46조 제1항 제13호에 해당함을 이유로 한 강제퇴거명령은 위법하다』(서울행정법원 2014. 11. 21. 선고 2014구단57174, 강제퇴거명령 및 보호명령 취소, 서울고등법원 2014누70558, 대법원 2015두46642).

그러면, 왜 주류 판결과 같은 판결이 있었을까요? 강제퇴거에 관한 출입국관리법 제46조제1항13호의 '금고 이상의 형을 선고받고 석방된 사람' 조항을 적용하지 않더라도 제46조제1항제3호(입국금지 사유가 입국 후에 발견되거나 발생한 사람)나 14호(기타 범무부령으로 정하는 사람)도 있기 때문에 13호가 적용되지 않는다고 하더라도 외국인행정에 큰 구멍이 생기는 것도 아니었는데 말입니다. 발제자는, 기본적으로 사법부에서 외국인행정과 관련하여서는 법치주의가 유보되는 분야로 인식하여 매우 광범위한 재량을 인정해주다보니, 법리해석에 있어서도 그만 무리한 논리를 끌어 쓰게 된 것이 아닌가 생각합니다.

외국인행정(출입국관리행정)이 외국인에 대한 대한민국 주권의 행사이기 때문에 고도의 재량권을 가진다는 것이 종래 전통적인 관점입니다. 그렇기 때문에 앞에서 살펴본 헌법재판소 결정도 외국인행정(출입국관리행정)에 많은 재량권이 인정된다고 하였으며, 발제자도 기본적으로 그 취지에 공감합니다.

그런데, 아직 입국하지 않은 외국인에 대한 행정처분(입국불허나 사증불허처분이 이에 해당할 것입니다)이 있을 때의 법치주의의 유보와 어떠한 방식으로든 입국하여 국내에서 다년간 인적·물적 유대관계를 형성한 외국인에 대한 행정처분(체류기간연장불허, 출국명령, 강제퇴거명령이 여기에 해당할 것이다)이 있을 때의 법치주의 유보의 형태와 내용은 달라야 하지 않을까요? 외국인이 더 이상 잠시 머물다 가는 ‘손님’으로서만이 아니라 ‘이웃’으로서의 성격도 많이 가지게 된 변화된 현실을 이제 사법기관도 고려해야 하지 않을까요?

또 다른 사례를 살펴보겠습니다.

사안은, 합법적으로 국내에 체류하던 외국인이 내국인과의 혼인생활을 위해 국민의 배우자(F6)로 체류자격 변경을 신청하였는데 출입국관리사무소장이 출입국관리법 시행규칙 제9조의5의 ‘결혼동거 목적의 사증 발급기준’ 중 제1항 제4호에 규정된 ‘초청인이 『국민기초생활 보장법』 제6조의 최저생계비를 고려하여 법무부장관이 매년 정하여 고시하는 소득 요건을 충족하였는지 여부’기준을 원고가 충족하지 못하였다는 이유로 체류자격변경을 불허한 사건이었습니다.

이에 대하여 원고측은 다음과 같이 주장하였습니다.

『사증은, 출입국관리법 제7조와 제8조, 출입국관리법 시행령 제7조 이하, 출입국관리법 시행규칙 제8조 이하에서 규정하듯, 대한민국 외부에 있는 외국인이 대한민국 내로 입국할 때 필요한 서류로서, 법무부장관이 발급하는 것이며(다만 출입국관리법 제8조 제2항에 의하여 재외공관장에게 위임되어 있습니다), 그 발급기준이 출입국관리법 시행규칙 제9조의2 이하에 상세하게 규정되어 있고(결혼이민 사증의 경우는 제9조의5에서 규정하고 있습니다), 제출서류도 동 시행규칙 제76조 제1항 제1호 및 별표 5에 규정되어 있는 반면, 반면, 체류자격은 출입국관리법 제17조 등에 따라 외국인이 대한민국 내에서 체류하기 위해 가져야 하는 법적 지위로서, 체류자격 변경허가는 출입국관리법 제24조에서 규정하듯, 대한민국에 체류하는 외국인이 그 체류자격과 다른 체류자격에 해당하는 활동을 하려할 때 미리 받는 허가이다. 그 신청 절차 및 제출서류에 관해서는 출입국관리법 시행령 제30조와 출입국관리법 시행규칙 제76조 제2항 제5호 및 별표 5의2에 규정되어 있다. 또한, 피고의 상급기관인 법무부 출입국외국인정책본부도, 외국인을 위한 전자정부 하이코리아(www.hikorea.go.kr)에 게시한 ‘체류자격별 안내메뉴얼’에서, ‘체류’의 경우와 ‘사증’의 경우를 구별하여 매뉴

일을 제작하여 배포하고 있는바, ‘체류자격 부여, 변경, 기간연장’의 경우와 ‘사증 발급’의 경우가 구별되고 있다는 점은 명백하다. 위와 같이 사증과 체류자격은 구별되고 있으며, ‘결혼이민’ 사증 및 체류자격과 관련해서도 그 발급기준 및 변경허가기준이 구별되고 있다. 결혼이민 사증발급 기준에 관한 규정인 출입국관리법 시행규칙 제9조의5 제1항은, 아래와 같이 2013. 10. 10. 법무부령 제799호로 개정되면서, ‘법무부장관이 매년 정하여 고시하는 소득요건’부분이 신설되었다.

<출입국관리법 시행규칙 2013. 10. 10. 개정 전후 비교>

2013. 10. 10. 개정 전	2013. 10. 10. 개정 후
<p>제9조의5 (결혼동거 목적의 사증 발급 기준 등)</p> <p>① 제9조의4제1항에 따라 결혼동거 목적의 사증 발급 신청을 받은 재외공관의 장은 혼인의 진정성 및 정상적인 결혼 생활의 가능성 여부를 판단하기 위하여 제9조의2 각 호(제5호는 제외한다) 외에도 사증 발급을 신청한 외국인과 그 초청인에 대하여 다음 각 호의 요건을 심사·확인할 수 있다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 교제경위 및 혼인의사 여부 2. 당사국의 법령에 따른 혼인의 성립 여부 3. 최근 5년 이내에 2회 이상 다른 배우자를 초청한 사실이 있는지 여부 4. 초청인의 개인 파산, 부도, 법원의 채무불이행 판결 등을 고려한 가족부양능력 여부 	<p>제9조의5 (결혼동거 목적의 사증 발급 기준 등) 신구조문</p> <p>① 제9조의4제1항에 따라 결혼동거 목적의 사증 발급 신청을 받은 재외공관의 장은 혼인의 진정성 및 정상적인 결혼 생활의 가능성 여부를 판단하기 위하여 제9조의2 각 호(제5호는 제외한다) 외에도 사증 발급을 신청한 외국인과 그 초청인에 대하여 다음 각 호의 요건을 심사·확인할 수 있다. 다만, 초청인과 피초청인 사이에 출생한 자녀가 있는 경우 등 법무부장관이 정하는 경우에 해당하면 다음 각 호의 요건 중 일부에 대한 심사를 면제할 수 있다. [개정 2013.10.10] [[시행일 2014.4.1]]</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 교제경위 및 혼인의사 여부 2. 당사국의 법령에 따른 혼인의 성립 여부

<p>5. 건강상태 및 범죄경력 정보 등의 상호 제공 여부</p>	<p>3. 초청인이 최근 5년 이내에 다른 배우자를 초청한 사실이 있는지 여부</p> <p>4. 초청인이 「국민기초생활 보장법」 제6조의 최저생계비를 고려하여 법무부장관이 매년 정하여 고시하는 소득 요건을 충족하였는지 여부</p> <p>5. 건강상태 및 범죄경력 정보 등의 상호 제공 여부</p> <p>6. 피초청인이 기초 수준 이상의 한국어 구사가 가능한지 여부. 이 경우 구체적인 심사·확인 기준은 법무부장관이 정하여 고시한다.</p> <p>7. 부부가 함께 지속적으로 거주할 수 있는 정상적인 주거공간의 확보 여부. 이 경우 고시원, 모텔, 비닐하우스 등 일반적으로 부부가 함께 지속적으로 거주할 수 있는 장소로 보기 어려운 곳은 정상적인 주거 공간이 확보된 것으로 보지 아니한다.</p> <p>8. 초청인이 「국적법」 제6조제2항제1호 또는 제2호에 따라 국적을 취득하거나 영 별표 1 28의3. 영주(F-5) 나목에 따라 영주자격을 취득하고 3년이 경과하였는지 여부</p>
--------------------------------------	--

그러나 개인 간의 사적 행위인 결혼에 국가가 개입하는 것은 매우 강력한 규제이기 때문에, 이에 대해서 출입국관리법 시행규칙 제84조의2(규제에 대한 재검토)에서는 위와 같은 규제강화 규정에 대하여 3년마다 재검토 대상이 되는 것으로 하였다. 그런데, 피고의 주장처럼 국제결혼이 많은 사회적 문제들을 일으키게 되면서, 사증발

급에 대해서는 위와 같이 시행규칙에 피고가 적용한 소득요건 기준에 대한 구체적인 조항을 두게 되었던 것이지만, 체류자격변경의 경우에는 그렇지 않다. 즉, 출입국관리법 시행규칙 제9조의5와 같은 조항이 없다. 그리고, 사증발급에 관한 세부기준인 출입국관리법 제9조의5를 체류자격변경에 있어서 준용할 수 있다는 명문의 규정도 없으며, 오히려 출입국관리법 시행규칙 제76조에서는 (제1항 제1호에서는 사증신청시 첨부서류에 대하여, 제2항 제5호에서는 체류자격변경신청시 첨부서류에 대하여) 이를 명확히 구분하여 규정하고 있다. 그리고, 출입국관리법 시행규칙 별표5의2에서는 결혼이민(F-6) 체류자격 변경허가 제출서류에, 단순히 ‘소득요건 입증서류’라고 규정하고 있을 뿐이다.

이와 같은 규정의 차이는, 결혼사증 발급신청의 경우 아직 국내에 입국하지 않은 외국인 배우자가 신청하는 것이어서, 아직 동거생활 등 혼인의 실체가 본격적으로 형성되지 않은 경우가 대부분인 반면, 결혼이민 체류자격 변경신청의 경우 이미 국내에서 체류하고 있는 외국인 배우자가 국민과 혼인하여 동거생활을 시작한 이후에야 신청하는 것이어서, 혼인의 실체가 이미 본격적으로 형성된 경우가 많기 때문이다(이 사건의 경우도, 원고와 한국인 배우자는 소 제기 훨씬 이전부터 동거생활 중으로, 이미 혼인의 실체가 본격적으로 형성되어 있는 상황이었음).

이처럼 동거생활 등 혼인의 실체가 형성되어 있지 않은 상태에서 사증발급이 거부될 경우 그 결과가 당해 신청자나 국민인 배우자에게 미치는 영향은 적은 반면, 이 사건의 경우처럼 동거생활 등 혼인의 실체가 형성된 상태에서 체류자격 변경이 거부될 경우에는 그 결과가 국민인 배우자에게 미치는 영향이 매우 크다는 차이가 있기 때문에, 법무부는 ‘결혼이민’ 사증 발급에 비하여 ‘결혼이민’ 체류자격으로의 변경허가에 있어서 보다 유연한 모습을 보이고 있는 것이다.

예컨대 ‘결혼이민’ 사증 중 ‘자녀양육자(F-6-2)’ 사증의 경우, 국민인 자녀에 대한 양육권이나 실제 양육 입증자료가 있는 경우에만 사증발급 대상이 되지만, ‘자녀양육자(F-6-2)’ 체류자격의 경우, 양육권이나 실제 양육 입증자료가 있는 경우뿐만 아니라 면접교섭권을 가진 경우까지도 체류허가를 하여주고 있다. 또한 ‘혼인단절자(F-6-3)’의 경우도 사증발급 대상은 되지 않지만 체류자격 변경허가의 대상은 된다. 이와 같이, ‘결혼이민’ 사증 및 체류자격에 있어, 기본적으로 사증보다는 체류자격의 경우에 허가의 여지가 더 열려있다고 할 수 있다.』

이러한 원고의 주장에 대하여 법원은 어떻게 판단하였을까요? 다른 법원에서 이 와 쟁점이 유사한 사례가 있었는데, 이 두 사건에 관하여 법원이 판단한 내용을 소개해보겠습니다.

① 사건

『체류자격변경허가의 허가권자는 신청인의 적격성, 체류 목적, 공익상의 영향 등을 참작하여 체류자격변경을 허가할 것인지에 관하여 폭넓은 재량을 가지고 있는 점, 피고는 내부사무처리준칙인 ‘결혼이민(F6) 사증 및 체류관리 통합지침’에 근거하여 사증발급 기준에 준하여 이 사건 심사를 하였는바, 위 통합지침은 이른바 ‘규범해석규칙’의 성격을 가지는 것으로서 그 기준이 객관적으로 합리적인 것이 아니라거나 타당하지 않다고 볼 만한 다른 특별한 사정은 없으므로 거기에 표시된 행정청의 의사는 가급적 존중되어야 하는 점, 원고가 제출한 자료만으로는 ‘결혼동거 목적의 사증발급에 필요한 소득요건 고시’에서 정하는 2인 가구 기준 소득기준인 15,135,091원을 충족하고 있다고 보기는 어려운 점 등 제반 사정에 비추어 보면, 이 사건 처분에 법률적합성원칙 위반 또는 기초사실 오인의 위법이 있다고 단정하기는 어렵다.』

② 사건

『1) 관련 법리

출입국관리행정은 내·외국인의 출입국과 외국인의 체류를 적절하게 통제·조정함으로써 국가의 이익과 안전을 도모하고자 하는 국가행정작용으로서, 특히 외국인의 국내체류에 관한 사항은 주권국가로서의 기능을 수행하는 데 필수적인 것이므로 엄격히 관리되어야 한다. 이러한 출입국관리행정의 목적 및 취지와 위에서 본 관계 법령의 규정형식, 체계 및 문언에 비추어 볼 때, 외국인의 체류자격변경에 관한 허가는 신청인에게 당초의 체류자격과 다른 체류자격에 해당하는 활동을 할 수 있는 권한을 부여하는 일종의 설권적 처분의 성격을 가지는 것으로, 그 허가권자는 신청인의 적격성, 체류 목적, 공익상의 영향 등을 참작하여 허가 여부를 결정할 수 있는 폭넓은 재량을 갖는다고 보아야 한다.

2) 소득요건의 충족 여부

앞서 본 출입국관리법 시행규칙 제9조의5 제1항 제4호는 결혼동거 목적의 사증발급 신청을 받은 재외공관의 장은 혼인의 진정성 및 정상적인 결혼 생활의 가능성 여부를 판단하기 위하여 사증 발급을 신청한 외국인의 초청인에 대하여 ‘초청인이 국민기초생활보장법 제2조 제11호에 따른 기준 중위소득을 고려하여 법무부장관이 매년 정하여 고시하는 소득요건을 충족하였는지 여부에 관하여 심사할 수 있다’고 규정하고 있고, 같은 시행규칙 제76조 제1항 제1호와 이와 관련한 [별표5]에서는 결혼이민(F-6)체류자격을 위한 사증발급 등 신청시 첨부서류로 ‘소득요건 입증서류’를 규정하고 있으며, 이 사건 처분 당시 법무부장관의 고시 [결혼동거 목적의 사증 발급에 필요한 소득요건 고시{법무부고시 제2014-563호, 2015.1.12. 시행}, 이하 ‘이 사건 고시’라고 한다]에 따른 2인 가구의 소득기준액은 초청인의 과거 1년 근로소득액 등과 초청인 소유 재산의 5%에 해당하는 금액을 합산하여 총 15,135,091원 이상일 것으로 규정되어 있다.

한편 출입국관리법 시행규칙 제76조 제1항 제2호와 이와 관련한 [별표 2]에서는 결혼이민(F-6)으로서의 체류자격변경 허가신청 등을 위한 첨부서류로, 위와 같은 사증발급 등 신청시 첨부서류와 동일한 ‘소득요건 입증서류’를 규정하고 있는데, 위 시행규칙 내에서는 위 ‘소득요건’에 관하여 아무런 정의규정이 존재하지 않지만, 다음과 같은 이유에서 피고가 이 사건 처분을 함에 있어서 위 첨부서류상의 ‘소득요건’을, 앞서 본 결혼이민(F-6)체류자격을 위한 사증발급신청 요건인 ‘소득요건’과 동일한 내용으로 본 데에 잘못은 없다.

○ 사증에 필요한 첨부서류와 체류자격변경을 위한 첨부서류는 [별표5]와 [별표5의2]에 별도로 규정되어 있으면서 위와 같은 ‘소득요건 입증서류’는 별표5]와 [별표5의2]에 함께 규정되어 있는데, [별표5]의 ‘소득요건’과 관련하여 이 사건 고시가 공표되어 있는 반면 [별표5의2]의 ‘소득요건’과 관련하여 별도의 고시가 없는 이상, 위[별표5]의 ‘소득요건’과 관련한 이 사건 고시를 [별표5의2]의 ‘소득요건에 준용하는 것이 자연스럽다.

○ 외국인에 대한 사증발급 안내메뉴얼(갑 제14호증)과 외국인체류 안내메뉴얼(갑 제15호증)에서도 모두 소득요건 관련 제출서류로 “소득금액증명원(국세청 발급), 신용정보조회서”를 필수서류로 공통적으로 규정하고 있고, 그 이유에 대해서도 소득금

액증명원의 경우 ‘전년도 소득 입증(국세청에 신고된 모든 소득 확인 가능)’, 신용정보조회서에 대해서는 ‘채무불이행 여부 부채 확인’이라고 동일한 사유를 기재하고 있다.

○ 사증은 대한민국 외부에 있는 외국인이 대한민국 내로 입국할 때 필요한 서류이고, 체류자격은 외국인이 대한민국 내에서 체류하기 위해 가져야 하는 법적 지위로서 모두 외국인에게 일정한 체류자격을 부여하는 효과를 발생시킨다는 점에서 양자의 ‘소득요건’을 동일한 기준과 내용으로 판단하는 것이 불합리하지 않다.

○ 법무부장관이 고시한 소득요건 기준은 체류자격 변경허가 여부를 결정할 때 고려할 수 있는 요건 중 하나일 뿐 절대적인 기준이 아니기는 하나, 원고와 000의 혼인의 진정성, 원고가 국내에서 안정된 혼인생활을 이루며 건전한 시민으로 정착하여 생활할 수 있는지 여부 등을 판단할 수 있는 중요한 기준이 된다.

따라서 피고가 이 사건 체류자격변경 허가 여부를 결정함에 있어 원고가 갖추어야 할 소득요건으로, 이 사건 고시에서 정한 2인 가구 소득기준액을 적용하여 원고와 그 내국인 배우자의 과거 1년 근로소득액 등과 원고와 내국인 배우자 소유 재산의 5%에 해당하는 금액을 합산하여 총 15,135,091원 이상일 것을 요구한 것은 위법하거나 부당하지 아니하다.』

여러분들은 어떻게 생각하시나요? 입국하지 않은 외국인에 대한 사증(비자)발급에 관한 기준을 이미 입국하여 국민인 배우자와 몇 년간 동거하고 있는 외국인에 대한 체류자격 변경 사안에 그대로 적용하는 것이 아무런 문제가 없는 것일까요? 그대로 적용할 필요가 있다고 한다면 사증발급과 관련한 규정과 기준을 체류자격변경에도 준용한다는 규정을 만들어야 하지는 않을까요? 차라리, 법원에서 그렇게 판단했다라면 법무부도 이에 근거하여 규정을 신속하게 정비할 수 있지 않았을까요? 법무부가 굳이 관련 규정을 정비하지 않더라도 법원에서 알아서 법무부의 손을 들어주고 있다 보니 어떤 면에서는 이민행정 관련 규정들이 좀 더 다듬어질 기회가 생기지 않는 것은 아닐까요? 이러한 법원의 모습이 법치주의의 구현에 부합되는 것이라 볼 수 있을까요?

정부가 공식적으로 표방하고 있는 ‘체류외국인과 더불어 사는 사회’와 연관되는 개념인 ‘이민행정’과 관련하여, 가능한 범위 내에서는 관련 규정들이 좀 더 다듬어지고

구체화되는 것이 필요하지는 않을까요? 그것이 법치주의의 구현에 좀 더 걸맞는 행정이지는 않을까요?

4. 마치는 글

출입국행정이라는 표현보다 이민행정이라는 표현이 더 많은 함의를 지니게 된 현실에서 법치주의가 이민행정(출입국행정)에서 유보되는 것의 한계는 어디까지일까 하는 것이 발제자의 문제의식이었습니다. 아무리 세상이 변했다고 하더라도, 엄격한 국경관리와 위해 외국인 관리 라는 측면에서 법치주의가 이민행정에 곧이 곧대로 적용되는 것은 바람직하지 않으며 여전히 유보되어야 할 부분이 있다는 것은 발제자도 공감합니다. 그런데, 이러한 종래 전통적인 출입국행정에 대한 법치주의 유보의 인식이 이민행정에 무차별적으로 적용되는 것은 경계를 할 필요가 있지는 않을까요? 그런데, 안타깝게도 이민행정은 법치주의가 유보되는 분야라는 인식은 비단 출입국 내부 뿐만 아니라 이에 대한 일정한 견제 역할을 하여야 하는 사법부 내부에도 팽배해 있는 것이 엄연한 현실이 아닌가 싶습니다. 경우에 따라서는, 출입국 내부보다 사법부가 이민행정에 법치주의를 적용하는 것에 대하여 더 소극적인 태도를 보일 때도 있습니다. 전통적인 사법시스템이 아니라 외국인심판원과 같이 글로벌시대의 soft law에 걸맞는 새로운 유형의 불복처리 시스템이 적극적으로 도입될 필요가 있습니다.

이제 체류외국인 190만명 시대입니다. 저출산고령화사회에서 이민행정(출입국행정)이 지니고 있는 역할과 의미에 대하여 다시 한번 생각해보아야 할 시점이기도 합니다. 외국인이 왔다가 며칠 머물다 가는 ‘손님’이 아니라 장기간 우리와 호흡하며 살아가고 있는 ‘이웃’으로서의 성격도 많이 가지게 된 현실에 걸맞는 정책이 시행되어야 하지 않을까요? 그런 점에서, 이민행정(출입국행정)에 법치주의를 적용하는 것의 내적, 외적 한계는 어디까지인지, 또한 법치주의 적용이 유보될 필요가 없는 분야에서의 법령 정비가 적극적으로 추진될 필요가 있지 않을까 하는 관점에서 발표를 해보았습니다.

출입국관리법은 1963년 제정 이래 1993년까지 30년 동안 5번 밖에 개정되지 않았

으나, 1993년부터 2015년까지 22년 동안은 30번 가까이 개정되었으며, 2010년 이후에는 15번이나 개정되는 등 많은 변화가 있었습니다. 2000년도 들어서서 체류외국인이 급증한 현상을 법령 개정 횟수에서도 알 수 있다고 하겠습니다. 다만, 빈번한 횟수 만큼 체류외국인을 잠시 왔다 가는 ‘손님’이 아니라 우리의 ‘이웃’으로 여기는 실질적 내용의 법령 개정도 있었는지 한번 돌아켜보고 점검할 때가 되지 않았는가 생각합니다.

감사합니다.

[제3발표]

외국인의 출입국 관리와 법치행정 원칙

이희정*

- I. 외국인의 출입국관리행정에 대해서도 법치주의가 적용될 필요가 있는가?
- II. 법치주의의 적용
- III. 체류관리행정에 있어서 법치주의적 쟁점

I. 외국인의 출입국관리행정에 대해서도 법치주의가 적용될 필요가 있는가?

1. 법치행정 원칙의 구성요소

법치행정의 원칙을 간략히 표현하면, 한 국가공동체를 운영하는 관리작용(govern)이 법에 따라 이루어져야 함을 의미한다. 그런데 우리가 행정법의 이념으로 삼고 있는 법치행정의 원칙은 여러 요소로 구성되어 있다.

첫째, 공무원의 행정작용이 사전에 정립되어 있는 일반·추상적 규범에 따라 이루어진다는 점이다. 구체적 상황 발생 전에 규범을 정해둠으로써 특정한 사람이나 상황에 따라 공익적 결정이 왜곡될 가능성을 줄이고, 자의적 권한남용을 막을 수 있다는 것이 장점이다.

둘째, 누가 정립한 규범에 따르는가, 더 넓게 말해 규범의 구속력을 발생시키는 정당성의 원천은 무엇인가의 측면이 있다. 우리 헌법은 국민주권과 대의민주주의 원칙을 채택하고 있으므로, 국민의 대표인 국회가 제정하는 법률에 따라 수권되는 행정권

* 고려대학교.

한을, 법률의 기준에 따라 행사하도록 함으로써 국민이 주권을 행사하여 스스로 통치하는 것이 가능해진다.

셋째, 규범의 내용적 측면이다. 실질적 법치주의와 합헌적 법치주의는 법규범이 국민의 기본권을 보장하기 위하여 헌법에 위반되지 않는 그리고 헌법적 가치를 적극 실현하는 내용을 담아야 함을 의미한다. 이는 약간 달리 보면 규범의 체계가 누구의 이익을 목적으로 하는가의 문제이기도 하다. 우리 헌법이 대한민국을 구성하는 일반 국민들의 기본권 실현을 우선적인 목표로 한다고 하면, 외국인의 경우에는 내용적으로 동일한 목표로 되지 않을 수 있다.

넷째, 법치행정을 실현하기 위해서는 법규범이 실효성이 있어야 한다. 이민행정에 관한 법의 수범자는 규율의 대상(외국인·국민)과 규율의 집행자(행정청) 두 그룹으로 나누어볼 수 있다. 1차적 수범자, 2차적 수범자와 같이 법치주의에 있어 양자의 의미를 달리 볼 수는 없다고 생각된다. 공동체(집단)의 이익을 위해 개인의 자유의 제한을 수용하는 것과 그 제한을 집행하는 것 모두 법에 따라 이루어지는 것이 바람직하기 때문이다. 그러나 우리 사회에서 ‘법치주의’라는 용어를 사용해 오는 관례를 보면, 과거 정부가 ‘법치주의’를 이야기할 때는 국민이 수범자가 법을 준수해야 함을 주로 의미하였고, 행정법학에서는 행정권한을 행사하는 집행기관이 법을 준수함을 주로 의미하였다. 순서에 의미를 두지 않고, 차례로 살펴보면, 먼저 동법에 의한 다양한 행위의무를 부과받는 외국인과 국민이 출입국관리법을 준수하도록 하는 것은 중요하고 도전적인 과제이다. 인간의 본질상 지역과 문화를 기반으로 자아를 형성해가도록 되어 있음에도 다른 국가로 이주하고자 하는 경우 생존과 관련된 강력한 동인이 있는 경우도 많을 것이다. 이러한 경우 출입국관리법상 규제가 장애물이 될 경우 그 준수를 회피하고자 하는 유인과 그 유인을 이용하여 이익을 추구하는 자들에 대해 출입국관리법이 실효성을 확보하는 것이 쉽지 않은 일이다. 또한 국민에 대한 법의 실효성확보 수단과는 달리 강제출국 등의 수단이 활용되는 것이 특징이다. 다음으로 출입국관리법의 핵심적 수범자는 그 법을 집행하는 행정청 및 그 구성원으로서의 공무원이다. 공무원이 출입국관리법령을 준수하도록 실효성을 확보하는 수단은 법률과 명령의 위헌성을 통제하는 위헌법령심사제, 행정소송개판주의 등 행정통제 내지 국민의 권리구제제도를 강화하는 것이다.¹⁾

1) 박균성, 행정법론(상) 제14판, 박영사, 2015, 20면

외국인의 출입국을 관리하는 행정에 법치행정의 원칙을 적용하고자 할 때, 이상과 같은 법치행정의 구성요소들과 관련하여 일반적인 국민을 대상으로 한 경우와 차이가 있는 부분은 무엇일까? 국민이 아니라 외국인이 대상이 됨으로써 중요한 차이가 있는 부분은 우선 범규범을 정립하는 주체가 될 수 없다는 것이다. 법치를 통해 자동성의 원리가 실현되는 것은 원칙적으로 국민에 한하기 때문이다. 외국인은 대의민주주의하에서 자신의 대표를 선출할 권리를 부여받지 못한다. 다음으로 내용적 측면에서 외국인의 기본권 실현이 국민의 그것과 마찬가지로 법치행정의 목표로 설정되기도 어려울 것으로 생각된다. 마지막으로 외국인에게는 원칙적으로 대한민국에 입국할 권리, 체류할 권리가 없다는 이유로 이민행정에 관한 결정에 대해 재판으로 불복할 권리가 인정되지 않는 경우도 있다. 우선 아래에서는 이러한 외국인이 당사자가 됨으로 인해 인정되는 특수한 측면을 분석해 보기에 앞서 출입국행정에 법치주의가 실현되는 것이 바람직한 이유를 먼저 살펴보기로 한다.

2. 이민행정에 있어 법치의 필요성

(1) 국가와 국민

우선 외국인의 권리보호나 외국인의 기본권(인권) 실현이라는 요소를 배제하고도 이민행정에 있어 법치를 실현할 필요성이 있는지 생각해 보면 다음과 같다.

첫째, 출입국관리행정 또는 국경관리행정은 국가의 영토주권의 발현으로서 중요한 의미를 갖는다. 세계화나 지방화, 다국적 기업이나 인터넷을 통한 산업의 확산 등 다각도에서 특정 영토를 기반으로 한 국가의 역할에 대한 도전이 있지만, 국가는 여전히 개인의 삶에 큰 의미를 갖는 공동체 단위이다. 따라서 국가의 외연의 유지와 기존 구성원의 보호 및 새로운 구성원의 충원을 위한 출입국행정이 목적에 맞게 높은 수준으로 이루어지는 것은 국가와 국민들이 공유하는 공익이다. 그리고 다수의 공무원들에게 의해 실현되는 행정이 목적에 맞게 합리적으로 이루어지도록 하기 위해서는 법치행정의 방식이 필요하다.

둘째, 기존 국민은 외국인의 출입국과 관련하여 개인적이고 구체적인 이익을 가질 수 있다. 예컨대 경제적 측면에서 국민은 외국인을 고용하거나 외국인의 투자를 받거나 외국인을 주된 수요자로 경제활동을 할 수 있는 한편, 외국인 인력의 유입으로

인해 국내 노동시장에서 불리한 조건에 직면하게 될 수 있다. 또한 가족생활의 측면에서 국민이 외국인인 가족과 우리나라에서 결합하여 거주하기를 희망할 수 있다. 그러한 국민의 이익은 다른 국내 행정처럼 법치행정에 의해 보호되기를 기대할 수 있다.

셋째, 국제사회에서 대한민국의 품격과 위상에 영향을 미칠 수 있다. 특히 현재는 각국이 인구구조의 취약점이나 전문인력의 부족을 이민정책을 통해 보완하려고 노력하고 있다. 이 때 예측가능하고 실체적·절차적으로 합리적인 이민법 집행은 이민정책의 성공적인 실행을 위한 필수요소이다. 나아가 지구촌 규모의 인적 이동이 점점 더 활발해져 가는 상황에서 우리 출입국관리행정을 합리적이고 예측가능하게 유지하는 것은 그러한 인적 이동의 긍정적 효과를 거두는 데 중요한 조건이 된다.

(2) 외국인

외국인과 관련하여 대한민국의 출입국행정이 법치행정 원칙을 준수해야 할 규범적 근거는 무엇인가?

인권 및 인권의 맥락에서 인정되는 헌법상 기본권 등이 법치행정을 통해 보호되어야 한다. 구체적으로는 외국인이 입국 전에 사증발급을 신청하는 단계, 적법하게 입국한 후 체류자격의 변경 또는 체류기간의 연장을 신청하는 단계 등에서 외국인의 법적 지위는 달라지고 따라서 그 행정청의 결정에 대한 외국인의 법적 권리, 행정쟁송 제기의 가능성도 달라진다. 일반적으로는 대한민국에 적법하게 입국하여 체류하면서 생활관계를 형성하는 정도가 클수록 외국인의 법적 지위도 더 강하게 보장되어야 한다.²⁾ 예컨대, 행정쟁송의 허용성에 대해 사증발급거부처분과 체류자격변경거부처분은 달리 평가될 수 있다.

이상과 같은 이유로 출입국관리행정 역시 법치행정의 원칙이 적용되고, 체류관리행정의 재량권 행사에 있어서도 재량권 일탈·남용과 부당한 재량권 행사를 하지 않아야 함은 명백하다.

2) 현재 2011. 9. 29. 2007헌마1083 등 “청구인들이 이미 적법하게 고용허가를 받아 적법하게 우리나라에 입국하여 우리나라에서 일정한 생활관계를 형성, 유지하는 등, 우리 사회에서 정당한 노동인력으로서의 지위를 부여받은 상황임을 전제로 하는 이상, 이 사건 청구인들에게 직장 선택의 자유에 대한 기본권 주체성을 인정할 수 있다 할 것이다.”

3. 외국인에 대한 출입국행정의 특수성

(1) 권리와 법치

현재와 같은 영토국가 체제를 유지하는 동안에는 국민이 아닌 외국인 모두에게 국민과 마찬가지로 자신이 원할 때 입국할 수 있는 권리 또는 체류할 수 있는 권리를 부여하기는 쉽지 않을 것으로 보인다. 물론 사증의 유형을 통한 이민정책의 내용으로 국가나 국민의 이익을 위해 유입되기를 원하는 유형의 외국인에게 입국과 체류에 대한 규제를 완화하거나 면제하는 경우가 있는 것을 보면, 이는 정책적인 문제이고 영토국가의 본질적 조건은 아닐 수도 있다. 그러나 현재 외국인에게 국민과 달리 입국과 체류에 대한 권리가 원칙적으로 인정되지 않고, 그로 인해 국민을 위한 법치행정의 원칙이 외국인과 관련해서는 수정될 수밖에 없지 않을까 한다.

(2) 인권, 인권법 - 목적성과 法源性

외국인의 인권의 보호가 법치행정의 목표가 될 수 있는가?

인권에 관한 협약이나 ‘인권법’이라는 규범체계가 법치행정의 법규범으로 기능할 수 있는가?

(3) 재판적 통제와 법치의 실현

외국인에게 출입국관리행정이 법령을 준수하지 않았음을 이유로 출입국행정처분을 다룰 수 있는 권리를 부여하여야 하는가?

체류관리행정에 법치행정 원칙이 적용된다 하여 이것이 곧 행정의 상대방인 외국인이 어떤 체류자격이라도 부여받을 권리 또는 특정한 체류자격을 부여받을 권리가 인정되거나 또는 행정청이 그 권한을 재량권을 일탈·남용없이 행사하여 응답할 것을 청구할 수 있는 응답신청권이 있어 그 거부등이 항고소송을 통해 적법성 심사를 받을 수 있음을 보장하는 근거가 되는 것은 아니다. 이는 주권국가의 출입국관리권한과 관련하여 외국인의 법적 지위의 특수성과 관련하여 수정될 수 있다.

II. 법치주의의 적용

1. 법률유보

법치행정의 원칙은 행정법의 존재근거이자 작동원리라 할 수 있다. 이민법 영역에서 법치행정의 원칙은 국민을 상대방 또는 이해관계인으로 다른 행정영역에서와 마찬가지로 관철되어야 하는가? 특히 법치행정 원칙을 구현하기 위한 덕목 중 일정한 행정작용은 그 근거를 법률에 두어야 한다는 법률유보는 어떠한가? 법률유보는 침익적 행정영역에서 요청된다는 점은 합의가 되어 있을 뿐만 아니라, 나아가 공동체나 시민에게 중요한 (본질적인) 행정권의 조치는 침해행정인가 급부행정인가를 가리지 않고 법률의 근거를 요하며, 그 중요성의 정도에 비례하여 보다 구체적인 규율을 하여야 한다는 점 역시 우리 헌법재판소의 판례에서 받아들이고 있는 원칙이다. 또한 이와 관련하여 그 근거가 행정입법을 포함하는 ‘법령’의 근거로는 불충분한 영역이 있고, 국민의 권리·의무에 관련된 기본적인 본질적인 사항은 구체적 위임도 안되며 법률로 정해야 한다는 의회유보이론 역시 받아들여지고 있다고 보인다. 다만 무엇이 중요한 사항인가는 추상적 개념 차원에서 확정할 수 있는 것은 아니므로 행정분야별로 행위형식에 따라 개별적으로 검토되어야 한다고 한다.³⁾ 첫째, 외국인의 출입국이나 체류에 관한 규율에 일반적으로 법치행정의 원칙이 적용되어야 하는가? 우리 헌법재판소는 ‘국민의 권리’와 ‘인간의 권리’로서의 기본권을 구분하고 후자의 경우 외국인에게도 이를 인정한다. 그 기준에 따르면, 변호인의 조력을 받을 권리, 재판청구권이 성질상 인간의 권리에 해당한다고 하는 것을 보아 이러한 기본권들을 아우르는 헌법의 기본원리로서의 법치행정 원칙도 인간의 권리에 해당할 것으로 보인다.⁴⁾ 법치행정의 원칙은 자의적인 공권력의 행사로부터 개인을 보호한다는 점에서 인권법의 차원에서도 이민제도에 적용되어야 한다고 할 수 있다. 다만, 법치행정의 정당성

3) 박군성, 행정법론 (상), 제11판, 25면

4) 인간의 자유인 일반적 인격권을 매개로 외국인이 출국절차에 대하여도 법치국가적 요청을 준수할 것을 요구할 수 있는 주관적 청구권이 있다는 입론 또는 행정절차에서의 청문청구권은 법치국가 원칙에 근거하여 곧바로 외국인에게도 헌법상 권리로 인정될 수 있다는 입론 등의 가능성에 대해 언급한 글로 공진성, 출입국관리법상 ‘보호’ 및 ‘강제퇴거’와 외국인의 기본권 보호 - 현재 2012.8.23. 2008헌마430 결정에 대한 평석 -, 공법학연구 제14권 제1호, 2013. 2 236면

또는 그 기능은 2가지 측면이 내포되어 있다고 생각된다. 하나는 주권자인 국민의 대표인 의회가 제정한 법률에 의해 행정권 행사를 규율함으로써 대의제 민주주의를 통한 정당성이 법치주의의 근거에 있다는 점이고, 다른 하나는 법률을 적용하기 전에 당사자가 누구인지, 어떤 사건인지에 대해 무지한 상태에서 규범을 정해두고 이에 따라 이후 분쟁을 처리한다는 형식적 합리성이 그것이다. 물론 이에겐 법률의 내용이 합헌적이어야 한다는 실질적 법치주의의 명제가 추가된다. 그렇다면 선거권이 없는 외국인의 경우 법치주의가 적용된다는 것은 대표를 통한 자기통치의 측면은 적용을 요구할 수 없는 것이고, 그 밖에 형식적 합리성, 예측가능성, 법률 내용의 합헌성 등은 요구할 수 있을 것이다. 그리고 그 정당성의 원천은 국민의 경우와는 달리 대의제 민주주의에 근거한 자치의 개념은 제외하고 법이념으로서의 정의나 인권 등에서 찾아져야 할 것이다. 그러나 외국인의 법적 지위의 규율에 법치행정 원칙이 적용되어야 하는 더 중요한 기능적 이유가 있다. 바로 사회 구성원들 곧 시민들의 통합이다. 이민정책의 중요 목표 중 하나는 우리 국가가 필요로 하는 인재들이 자발적으로 이민해 오도록 하는 것임을 부인할 수 없다. 과거 ‘단일민족국가’를 표방하는 시기에 민족적 유대를 우리 국가공동체의 통합을 위한 축으로 활용한 것이라면, ‘다문화사회’를 지향하게 된 시기에 국가공동체의 통합은 동일한 법질서를 준수하기로 한다는 약속을 중심으로 이루어질 수 있고, 따라서 특히 외국인의 신분과 관련된 규율을 법치행정의 원칙에 따라 한다는 것은 사회통합의 핵심축으로 필요한 일일 수 있다.

한편, 이민행정에 관한 법치행정원칙의 적용 문제는 외국인과의 관계에서만 판단되어야 하는 것은 아니다. 소극적으로는 고용, 결혼 등 외국인의 구체적인 체류목적과 관련하여 영향을 받는 내국인들이 존재하므로 이들의 권리, 의무에 영향을 미친다는 점에서 국회가 제정한 법률로 결정되어야 할 사항이 있을 것이다. 더 적극적으로는 외국인의 출입국 및 체류에 관한 사항, 나아가 사회통합에 관한 사항 등은 국가공동체, 사회공동체의 주요 구성원들에 관한 사항이므로 이는 공동체에 중요한 사항이고 따라서 공동체 차원의 논의와 결정이 필요하다는 점이다. 침익행정유보의 원칙이 주로 개인의 권리에 대한 권력적 침해에 대한 방어적 기제로 작동하는 것이라면 중요 사항유보는 공동체의 의사결정권의 배분과 그 절차의 적절성에 대한 고려를 포함하는 규율이라 할 수 있다. 이민에 관한 사항은 전반적으로 의사결정에 있어 의회의 직접 관여가 요청되는 공동체의 중요한 결정사항이라 할 수 있다.

이에 비추어 보면, 외국인의 강제퇴거와 같이 인권적 측면에서 침익행정이 명백한 작용에 대해서는 물론이고 입국 시 체류자격의 종류 등도 공동체에 중요한 사항으로 볼 수 있다. 강제퇴거와 관련하여 출입국관리법은 별도의 ‘장’을 두고 그 절차와 집행 등에 대해 비교적 자세한 규정을 두고 있다. 이에 비해 체류자격에 관련해서는 제10조(체류자격)에서 “① 입국하려는 외국인은 대통령령으로 정하는 체류자격을 가져야 한다. ② 1회에 부여할 수 있는 체류자격별 체류기간의 상한은 법무부령으로 정한다.”고 규정하고, 체류자격의 구체적인 유형은 출입국관리법 시행령 별표1에서, 1회에 부여할 수 있는 체류기간은 별표1에서 규정하고 있다. 강제퇴거의 경우 국가에서 외국인의 자유의사에 반해 그 영토에서 배제하는 행위라는 점에서 가장 권력적인 침익행정의 유형에 해당하고 이에 대해 법률에 상대적으로 상세한 규율을 두고 있는 것은 침해행정유보설에 근거하여 매우 정당하다. 이에 비해 법률상 체류자격에 관해서는 유형화의 기준이나 요건 등에 대해 아무런 구체적 기준에 대한 제시없이 이를 행정입법에 위임하고 있다. 이는 헌법상 포괄위임금지의 원칙을 위반하는 것이 아닐까?⁵⁾ 첫째, 체류자격에 관한 규율밀도가 낮은 이유로 추측될 수 있는 것은 외국인의 출입국 및 체류에 관한 사항이므로 국민에 관한 사항이 아니라는 점, 외국인의 체류자격 및 기간은 국가의 주권의 행사로서 국제법상 국가의 재량이 인정되므로 침익의 대상으로 보호되는 선제하는 기본권이나 법적 권리로 보호되지 않는다는 점 따라서 침익행정으로 보기도 어렵다는 점 등이 고려된 것이 아닐까 한다. 그러나 법률유보원칙의 관점에서 보면 포괄위임금지의 원칙의 위반 여부를 판단할 때 중요사항에 대한 의회유보의 문제도 함께 고려되어야 할 것이다. 이민제도와 관련한 범치행정을 구현

5) 포괄위임금지 원칙의 위반 여부를 판단기준으로 헌법재판소 2002. 8. 29 선고 2000헌바50은 다음과 같이 제시하고 있다. “법률이 어떤 사항에 관하여 대통령령에 위임할 경우에는 국민이 장래 대통령령으로 규정될 내용을 일일이 예견할 수는 없다고 할지라도 적어도 그 대체적 윤곽만은 예견할 수 있도록 기본적 사항들에 관하여 법률에서 구체적으로 규정하여야 한다. 그리고 그간 우리재판소에서 누누이 밝힌 바 있듯이 그 위임의 구체성·명확성의 요구정도는 규율대상의 종류와 성격에 따라 달라질 것이지만 특히 처벌법규나 조세법규와 같이 국민의 기본권을 직접적으로 제한하거나 침해할 소지가 있는 영역에서는 구체성·명확성의 요구가 강화되어 그 위임의 요건과 범위가 일반적인 급부행정의 영역에서보다 더 엄격하게 제한되어야 한다 (2) 그리고 여기서 위임의 구체성·명확성의 정도 내지 예측가능성을 판단함에 있어서는 당해 특정 조항 하나만을 가지고 판단하는 것은 아니고 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합하여 판단하여야 한다. 즉 위임조항 자체에서는 위임의 구체적 범위를 명확히 규정하고 있지 않다고 하더라도 당해 법률의 전반적 체계와 관련규정에 비추어 위임조항의 내재적인 위임의 범위나 한계를 객관적으로 분명히 확정할 수 있다면 이를 일반적이고 포괄적인 백지위임에 해당하는 것으로 볼 수는 없다.”

하기 위해 법률상 중요한 사항들이 명시되어 이에 대한 예측가능성을 높여주는 것이 기본적인 덕목이라는 점, 체류외국인의 수와 체류형태의 변화로 우리 사회에서 외국 인구성원의 비중이 커진 이 상황에서 체류자격제도는 국가공동체 시민들의 구성에 대한 장기계획과 원칙 등을 담아 표현하는 것이어야 한다는 점, 따라서 국회에서의 논의와 결단이 필요할 만큼의 중요성을 가지고 있다는 점을 고려하면 출입국관리법 제10조 체류자격에 관한 규정은 법률상 규율밀도를 현재보다 제고하는 것이 필요하다. 법률에서 체류자격의 유형을 개별적으로 정하는 것은 그 탄력적 변동가능성으로 행정입법으로 위임하는 것이 합리적이라 하더라도 최소한 체류자격의 대분류, 특히 그것이 단기방문인지, 고용등이 가능한 일시정주를 허용하는 것인지, 아니면 영주를 허용하는 것인지에 따른 유형화 및 그 각 유형별로 체류자격부여의 요건으로 고려되어야 할 중요한 형량요소들 등은 국회에서의 논의와 사회적 공론을 거쳐 결정되고 법률로 표현될 필요가 있다.⁶⁾ 특히 ‘영주자격’과 같은 것은 우리 사회의 영구적 정주 구성원으로서의 자격을 주는 것으로 그 자체로서 귀화결정에 근접한 비중을 갖는 것이고, 또한 귀화의 전제가 되는 절차로서의 의미도 갖는 것이므로 ‘영주자격’제도를 도입하며, 어떠한 요건을 갖춘 자에게 ‘영주자격’을 부여하는가에 대해서는 국회 차원의 논의와 합의가 법률로써 표현될 필요가 있다고 생각한다. 나아가 세부적이지만 외국인의 권리, 의무에 대해 중요한 사항들이 법무부장관이 발하는 훈련 또는 예규로서 ‘업무처리지침’에서 정해지는 것으로 보인다.⁷⁾ 이는 행정규칙의 효력만을 가진 것으로 보이는데, 좀 더 공개적인 논의를 거쳐서 제정되고, 그 내용에 대한 통제를 받을 필요도 있으므로 내용에 따라서는 법규명령의 형식으로 제정됨이 더 적절한 부분도 있을 것이다.

한편, 法源에 있어서 전통적인 국가법체계만이 아니라 인권법이 중요한 법원이 되고 있다는 점에서 특수성이 인정된다. 이는 국내법체계에서 주로 국민의 이익으로 보호하는데 중점을 두므로, 그 사각지대에 있는 외국인의 이익을 보호하기 위한 법규범

6) 포괄위임금지원칙의 위반여부를 판단하기 위해 관련조문들을 함께 분석해야 하지만, 출입국관리법 제4장 제1절 외국인의 체류에 관한 규정을 보아도 고용과 결혼이민자에 대한 체류자격이 존재한다는 데 대한 단서 외에 사전적으로 요구되는 요건과 중요한 절차, 원칙 등이 제시되어 있지는 않다.

7) 헌법재판소 결정례 중에는 외국국적 동포의 국적 회복 등에 관한 업무처리지침을 대상으로 한 헌법소원심판청구도 있었다. (다만 결론은 각하였으므로, 실제로 심사가 이루어지지는 못했다. 그러나

적 논거로 인권법을 원용할 필요가 있기 때문이다. 그러나 경우에 따라서 어떤 인권법적 명제가 실정법으로 명확히 포섭되어 있지 않은 상태라면, 이를 직접 행정법의 법원으로 삼기 위해서는 치밀한 법논리적 연결이 필요할 것이다. 이것이 이민법에 대한 행정법에 던지는 과제 중 하나이다.

2. 실체적 적법성 통제: 행정청의 재량의 문제

외국인에 대한 출입국, 귀화 등의 행정을 함에 있어서 행정청에 부여되는 재량권은 내국인에 대한 다른 분야의 행정과 다른 차별적 취급이 필요한가? 즉, 외국인에 대한 행정작용은 권한행사에 있어서 행정청에게 재량을 더 많이 부여하는 것이 필요하고 정당화될 수 있는 것은 아닌가? 그리하여 행정계획을 수립하는 영역에서 ‘계획재량’이라는 것이 인정되듯이, 이민법 상의 처분과 집행에 관해서는 질적으로 다르거나, 양적으로 현저한 차이가 있는 재량권이 유형적으로 인정된다고 볼 수 있는가? 정치·사회적 배경의 차이는 인간의 행동의 동기나 방식을 다르게 한다. 그러한 관점에서 외국인의 출입국에 관한 행위들은 내국인의 행위에 비하여 훨씬 다양할 가능성이 있고, 그 문화적 상이함으로 인해 예측이 어려운 상황들도 있으므로, 개별적인 상황에 대처하기 위해서는 특별히 재량권을 가져야 할 필요성이 있다. 또한 외국인의 출입국 및 체류에 관한 사항 중에는 매우 다양한 국가적 공익이 관련될 수 있다. 고용과 결혼으로 한국 사회에 미치는 영향은 물론이고 테러리즘 같은 국가안보의 문제도 관련될 수 있기 때문이다. 따라서 이러한 공익들을 추구하는 과정에서도 특별한 재량권이 필요할 수 있다. 그렇다면 이러한 재량권을 부여하는 입법도, 그리고 이를 사후 심사하는 사법도 그러한 재량권을 부여하고 존중해주어야 할 필요가 있다. 이를 ‘이민재량’이라고 칭할 수도 있겠다. 이러한 ‘이민재량’을 인정한다면 그 근거는 무엇이겠는가? 행정계획의 경우 계획작용의 장래형성적 특질이 근본적인 근거가 되겠지만, 법리적으로는 계획작용을 규율하는 규범 구조의 특징도 그 근거로 들어진다. 즉, 일반적인 법규정이 조건-효과의 명제로 구성되는 데 비해 계획법은 목적-수단의 명제로 구성되므로 일반적인 법규정의 적용을 통제하는 방식으로는 위법성 판단이 어렵다는 것이다. 외국인의 출입국이나 체류를 규율하는 이민법규정은 일반적인 ‘조건-효과’의 명제로 구성된다. 그러나 그 재량이 특별하다고 인정할 수 있는 근거는 소극적으로는

외국인은 그 국가법체계로부터 내국인들과 같은 권리·의무의 체계로 구성된 법적 지위를 부여받지 못했다는 점으로 보인다. 따라서 그 신분에 대해서 기본적으로 고려되어야 할 영역이 없거나 인권법의 관점에서만 접근할 수 있는 영역으로 제한되므로 행정처분과정에서도 기대나 신뢰 등을 통해 보호할 이익이 적어서 재량권의 행사가 더 넓게 인정된다고 할 수 있다. 단순히 말하면, 그 공동체의 구성원인 ‘시민’이 아니므로 시민에게 유보되어 있는 법체계로 보호되는 지위에 의한 재량권의 제약이 그만큼 적다는 의미이다. 그러나 위에서 말한 바와 같이 ‘시민’과 ‘비시민’으로 양분되는 사회가 아니라, ‘시민’과 ‘지방자치단체의 선거권을 갖는 비시민’, ‘선거권이 없는 비시민’으로 중층적으로 구별되는 사회라면, 법적으로 보호되는 정도도 다양하게 분류될 수 있을 것이다. 그렇다면 이에 상응하여 이민행정에 대한 재량권의 범위 내지 한계도 세분되어야 할 것이다. 동포로서의 외국인, ‘적법하게 입국하였으나 현재 체류상태가 불법으로 된 자’, ‘불법으로 입국하여 체류상태가 불법인 자’ 등의 차이에 따라 행정청의 재량권 행사도 달라져야 하지 않을까 생각된다. 이민재량은 이러한 질적 또는 양적으로 더 넓은 재량권을 포함해야 한다는 의미이지만, 그와 동시에 외국인의 기본적 인권, 다른 국가와의 관계 등을 존중해야 한다는 특별한 한계를 갖는 것은 물론이다.

이러한 관점에서 살펴볼 수 있는 예로써 국적법 상 귀화허가제도에 관한 규정과 그 운영을 들 수 있다. 국적법 제4-8조에 따르면, 법무부장관은 귀화를 신청한 자가 일정한 법정요건을 갖추었는지를 심사하여 그 요건을 갖춘 자에게만 귀화를 허가할 수 있다. 그 요건은 일반귀화, 간이귀화, 특별귀화에 따라 약간의 차이가 있는데,⁸⁾ 그 요건들 중에는 ‘5년 이상 계속하여 대한민국에 주소가 있을 것’과 같이 기계적 적용이 가능한 것으로 보이는 것도 있고, ‘품행이 단정할 것’ 불확정개념으로서 그 구체적 적용을 위해서는 이를 적용하는 행정청이 어떤 기준들을 세워야 할 것으로

8) 국적법 제5조(일반귀화 요건) 외국인이 귀화허가를 받기 위하여서는 제6조나 제7조에 해당하는 경우 외에는 다음 각 호의 요건을 갖추어야 한다.

1. 5년 이상 계속하여 대한민국에 주소가 있을 것
2. 대한민국의 「민법」상 성년일 것
3. 품행이 단정할 것
4. 자신의 자산(資産)이나 기능(技能)에 의하거나 생계를 같이하는 가족에 의존하여 생계를 유지할 능력이 있을 것
5. 국어능력과 대한민국의 풍습에 대한 이해 등 대한민국 국민으로서의 기본 소양(素養)을 갖추고 있을 것

보이는 것도 있다. 이들 요건을 구체화하도록 하위 법령에 위임하는 규정이 없다는 것 또한 주의할 점이다. 이 규정들의 문언을 글자 그대로 해석하면 이러한 법정 요건을 갖추었다고 판단되면 반드시 귀화허가를 해주어야 하는지, 법정되지 않은 다른 공익적 요소를 고려하여 거부할 권한이 있는지도 명확하지 않다. 또한 그러한 해석이 가능하다 하더라도, 위에서 말한 바와 같이 ‘이민재량’을 고려할 때 이민제도의 운영과 귀화제도를 법정요건에 기초하여서만 운영할 경우 비합리적이거나 공익을 심각하게 저해할 가능성은 없는지도 검토해 보아야 할 중요한 문제이다. 결국 입법자는 국적법을 통해 귀화제도에 대한 일정한 사항을 결정하여 두었지만, 국적법상 관계규정의 문언만으로는 다양한 구체적 사안에서 결정하는 데 필요한 기준들을 충분히 도출할 수 없다. 따라서 행정청은 국적법을 해석하고, 동법에서 부여한 재량권을 행사하여 결정하게 되며, 법원 역시 유사한 해석작업과 재량권에 대한 위법판단기준을 동원하여 사후심사권한을 행사한다. 그러나 법령상 그 권한의 구체적 내용이 불분명함을 반영하듯이 간이귀화허가거부처분에 대한 사법심사에서 하급심법원과 대법원은 행정청의 권한에 대한 상이한 해석을 하였다.

이 예는 중화인민공화국 국적을 가진 원고가 국적법 제6조 제1항 제1호에 근거하여 3년간의 체류요건을 충족하였다고 주장하며 간이귀화를 신청하였는데, 법무부장은 원고의 체류기간 중 “기타(G-1) 체류자격”으로 체류한 기간은 동조의 체류기간에 산입될 수 없으므로, 간이귀화요건을 갖추었다고 볼 수 없다는 사유로 불허가처분을 하였다.⁹⁾ 이 판례에서 문제된 간이귀화에 관한 국적법 제6조에 따르면¹⁰⁾, 동조 제1항 각호의 요건을 갖춘 자는 제5조 제1항에서 정한 5년 이상의 체류기간이 아닌 3년의 체류기간이 적용된다는 점이 일반귀화와 다른 점이다. 이 판례의 쟁점은 제6조의 “대한민국에 3년 이상 계속하여 주소가 있는 자”이다. 이는 제5조 제1호 일반귀화의 요건과 기간만 다르고 일치하는 요건이다. 이 요건을 구성하는 개념들은 그 자체로서

9) 제1심판결에 나타난 정확한 처분사유는 다음과 같다. “기타(G-1) 체류자격은 소송, 질병발생 등 불가피한 사유로 국내에 임시 체류할 사유가 발생한 경우 부여되는 잠정적인 체류자격이므로 이를 이용하여 귀화신청을 하는 것은 위 체류자격의 성격 및 국적제도의 일반적 취지에 부합하지 않아 간이귀화 요건을 갖추었다고 볼 수 없다.”

10) 국적법 제6조(간이귀화 요건) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 외국인으로서 대한민국에 3년 이상 계속하여 주소가 있는 자는 제5조제1호의 요건을 갖추지 아니하여도 귀화허가를 받을 수 있다.

1. 부 또는 모가 대한민국의 국민이었던 자

그다지 불확정적이지 않다. ‘3년’이란 기간은 물론이고, ‘계속’이나 ‘주소’의 개념도 통상적으로 명확히 이해될 수 있는 개념이다. 그러나 ‘주소가 있다’는 개념은 동법 시행규칙 제5조11) 및 판례에서 인정하는 바와 같이 ‘적법한 체류자격을 가진 체류’ 일 것을 요하는 것으로 해석되고, 더 나아가 ‘국적제도의 일반 취지에 부합하는 체류 자격에 기한 체류’를 요하는가 여부가 쟁점이 되었다. 이에 대한 하급심판결 중 서울고등법원 2009.10.6. 선고 2009누11135 [국적신청불허가처분취소]판결은 국적법상 귀화허가에 관한 권한을 다음과 같이 해석하고 있다.

“귀화제도는 선천적 국적취득과 관계없이 국내법에서 정한 요건을 충족하는 외국인에 대하여 대한민국 국민으로서의 자격을 부여하는 제도로서, 귀화의 요건을 정하는 것은 국가의 배타적인 관할권에 속하는 영역으로 국가 정책을 충분히 반영할 수 있도록 입법자의 재량에 맡겨져 있다고 할 수 있으나, 일단 그 요건이 법으로 규정된 이상 대한민국 국민으로서의 자격이 부여되는지 여부에 따라 그 사람의 권리·의무에 미치는 영향이 매우 크기 때문에 법이 정한 귀화의 요건은 반드시 명확하고 엄격하게 해석·적용되어야 할 것이고, 만약 법이 정한 요건을 모두 충족하는 외국인에 대하여는 국적법 제4조의 규정 취지상 법무부장관은 귀화를 허가하여야 하고, 달리 불허가할 수 있는 재량의 여지가 없다고 보인다.”

이에 따르면 귀화에 관한 입법재량은 널리 인정되나, 일단 입법자가 법으로 요건을 정하면 이를 적용하는 법무부장관의 권한은 그 요건을 명확하고 엄격하게 해석·적용하는 것으로 제한된다. 또한 “법이 정한 요건을 모두 충족하는 외국인에 대하여는 … 달리 불허가할 수 있는 재량의 여지가 없다”면 그 경우 외국인은 귀화허가를 받을 권리(공권, 청구권)이 인정된다고 볼 수도 있다. 또다른 하급심 판결은 귀화허가를 재량행위로 보면서도, 법무부장관이 귀화요건의 내용을 지나치게 좁게 해석함으로써 귀화요건을 충족하지 못하였다고 판단하여 귀화허가신청을 거부하였다면 이를 재량

11) 국적법 시행규칙 제5조(귀화신청자의 국내거주 요건) 법 제5조제1호 및 법 제6조에 따른 기간은 외국인이 적법하게 입국하여 외국인등록을 마친 후 국내에서 적법하게 계속 체류한 기간으로 하되, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 국내에서 계속 체류한 것으로 보아 전후의 체류기간을 통틀어 합산한다.

1. 국내 체류 중 체류기간이 끝나기 전에 재입국 허가를 받고 출국한 후 그 허가기간 내에 재입국한 경우; 2. 국내 체류 중 체류기간 연장이 불가능한 사유 등으로 일시 출국하였다가 1개월 이내에 입국사증을 받아 재입국한 경우; 3. 제1호 및 제2호에 준하는 사유로 법무부장관이 전후의 체류기간을 통틀어 합산하는 것이 상당하다고 인정하는 경우

권을 일탈·남용한 것으로 위법하다는 것을 전제로 간이귀화요건인 ‘대한민국에 3년 이상 계속하여 주소가 있는 자’를 적용함에 있어서, 출입국관리법 등 관계 국내법령을 위반하면서 대한민국에 체류하고 있는 기간은 포함될 수 없지만, 국내법에 의하여 적법하게 체류자격을 부여받아 체류한 기간은 그 체류자격에 관계없이 간이귀화요건인 체류기간에 포함되며, 따라서 기타(G-1)체류자격으로의 체류를 그 체류기간에서 배제한 처분은 위법하다고 판단하였다. 원심판결도 1심판결의 이유와 결론을 지지하였다.¹²⁾

이에 대법원은 다음과 같은 이유로 원심판결을 파기, 환송하였다.

- 간이귀화요건으로서의 체류기간이 적법한 체류기간이면 족하고, 체류자격에 따라 그 기간의 산정을 달리할 것은 아니며, 따라서 원고가 간이귀화의 국내거주요건을 충족하였다고 인정하는 점에서는 1심 및 원심법원과 판단을 같이 한다.
- 행정행위가 재량행위인지 여부는 ① 당해 행위의 근거가 된 법규의 체제·형식과 그 문언, ② 당해 행위가 속하는 행정 분야의 주된 목적과 특성, ③ 당해 행위 자체의 개별적 성질과 유형 등을 모두 고려하여 판단하여야 하는데, 이에 따르면, 국적법 제4조 제1항과 제2항 및 귀화제도의 내용과 특성을 고려할 때 법무부장관은 귀화신청인이 귀화요건을 갖춘 경우에도 귀화를 허가할 것인지 여부에 관하여 재량권을 가진다.
- 법무부장관의 거부처분사유에는 간이귀화의 국내거주요건을 갖추지 못하였다는 의미 외에 재량권의 행사로써 체류자격의 취지나 성격을 요건 이외의 재량적 사항으로 고려한 것일 수 있으므로, 원심은 이러한 재량권의 행사가 재량권의 일탈남용에 해당하는지 여부에 관해 판단했어야 하는데, 이를 하지 않았으므로 이를 파기·환송한다.

각 판결의 이유에 대한 상세한 분석은 이 글의 범위가 아니지만,¹³⁾ 이 사안에 대한 1,2심 법원과 대법원의 관점은 어떻게 다른지에 대한 개인적인 생각만 언급하고

12) 서울행정법원 2009.8.20 선고 2008구합51400 판결 [귀화허가불허가처분취소] ; 서울고등법원 2010.3.25. 선고 2009누27512 판결

13) 이 관례의 평석으로 이희정, 귀화허가의 법적 성질 - 행정청의 적정한 재량행사를 위한 규범구조 -, 행정법연구, 2011. 12. 참조

자 한다. 첫째, 법률에서 행정청에게 권한을 부여하면서 그 권한이 기속적으로 행사되어야 한다는 해석이 가능하도록 규정되었던 것은 사실이므로, 하급심법원이 이를 엄격하게 적용해야 한다고 해석한 점은 이해가 간다. 그러나 외국인의 출입국과 관련된 현실을 보면 최근 체류자격의 불법변경을 목적으로 허위진단서 등을 작성하여 체류자격을 변경해 준 병원과 한의원이 적발되어 수사가 진행 중이라는 보도가 보여주듯이 긴급한 상황을 위해 제도화한 기타(G-1)체류자격을 귀화허가제도의 취지에 맞지 않게 남용할 수 있다. 즉, ‘귀화제도’의 취지와 ‘귀화’를 둘러싼 현실적 문제들을 재량권에 관한 법령규정의 해석 시에 고려하여야 할 필요가 있었다. 둘째 대법원이 그 재량권을 포함함에 있어서 체류기간의 요건을 형식적, 기술적으로만 받아들이고, 나머지는 행정청의 개방적 재량에 맡겨두는 방식으로 논리를 전개한 점은 적정한 재량권행사를 위해 입법 시에 고려할 사항들에 대해 ‘이민재량’의 관점에서 재검토를 요한다고 생각된다.

3. 절차적 적법성 통제: 청문권, 영장제도 등 절차적 권리의 보호

법치행정은 행정처분의 실체법적 기준의 준수에 못지 않게 절차법적 기준을 준수하는 것이 중요하고, 그 처분에 행정청의 재량권이 더 크게 인정될수록 절차법적 통제의 중요성 역시 비례하여 커진다. 출입국관리, 귀화허가, 난민인정 등에 관한 처분에서 외국인도 자신이 대한민국이라는 장소에 자유롭게 있을 수 있는가하는 근본적인 자유를 제한받는 것이고, 또한 그 처분에는 특별히 재량권이 크게 인정될 수 있다는 점을 고려하면 절차적 보호의 중요성은 커진다. 그러나 이 경우에도 외국인의 경우 행정절차에 있어서 적법절차에 의한 기본권이 인정되는가의 문제, 즉, 청문 등 의견청취의 기회를 부여받아야만 불이익처분을 받는 것이 정당화될 수 있는가 하는 문제가 있다. 이에 대해 헌법상 적법절차의 보장은 인간의 권리로서 외국인에 대해서도 인정된다는 것이 일반적 견해이자 헌법재판소도 이를 인정하는 것으로 보이며, 헌법 제12조의 해석론에 있어서 적법절차의 원칙은 처벌, 보안처분 또는 강제노역에 한하지 않고 이는 예시적인 것에 불과하며 행정절차에도 적용된다고 한다. 이와 관련하여 다른 유의할 점은 이러한 처분을 공익적 견지에서 합리적으로 하기 위해서라는 측면에서도 당사자와의 청문절차 등의 보장은 필요하다는 점이다.

그러나, 적법절차의 보장이 인간의 권리로서 외국인에게 인정된다 하더라도, 그 보장의 정도에 있어 국민과 같은 정도일 것을 요구하는가는 또다른 문제이다. 우리 행정절차법은 제3조 제9호에서 적용범위에서 외국인의 출입국, 난민인정, 귀화 등에 대해 행정절차법의 적용을 일반적으로 배제하고 있다. 그 취지는 이러한 처분에 대해서 행정절차법과 같은 절차적 보호가 헌법상 요구되지 않는다는 판단을 전제로 한 것이 아니라면, 이 결정들에 적합한 별도의 절차를 설계하고자 하는 취지라 할 것이다. 출입국관리법과 국적법상의 절차가 이와 관련하여 충분한 것인지에 대해서는 개별적인 검토가 필요하다. 다만, 적법절차의 보장은 외국인과 관련한 위와 같은 결정들과 관련하여서는 그 제도의 취지, 국민에 비하여 상대적으로 법적 보호가 약한 외국인의 지위, 국가의 구성원을 받아들이는 문제에 대해 국가가 가진 주권적 자유의 문제 등과 관련하여 국민에 비해 상당히 제한될 수 있다고 보아야 할 것이다. 그럼에도 불구하고 인간으로서의 권리를 존중하는 한에서의 절차적 보장이 어느 정도 수준의 것이어야 하는가는 계속 논의가 필요한 문제이다.

또한 출입국관리법 제51조의 불법체류자에 대한 긴급보호는 행정법상 권력적 사실 행위로서 이에 대한 절차적 보호수단으로서 영장주의 적용 여부에 대한 문제가 논의되고 있다. 이에 관해 행정상 인식구속의 경우 ‘법관’이 발부하는 영장은 아니라도 최소한 집행기관과 다른 공정하게 구성된 독립된 결정기관이 결정하도록 하거나 형식적으로는 독립기관이 아니지만 실질적으로는 결정기관이 독립하여 결정한다고 평가되어야 적법절차원칙을 충족하는 것이므로, 현재와 같이 집행기관의 장으로부터 보호명령서를 받아 대상 외국인을 체포하고, 보호시설에 유치하는 강제처분의 경우 적법절차원칙에 반한다고 보는 견해도 그 반영을 검토해 볼 수 있겠다.¹⁴⁾

III. 체류관리행정에 있어서 법치주의적 쟁점

1. 출입국관리법 별표1 체류자격 규정의 적용

¹⁴⁾ 공진성, 출입국관리법상 ‘보호’ 및 강제퇴거와 외국인의 기본권 보호 - 헌재 2012.8.23. 2008헌마 430 결정에 대한 평석, 공법학연구, 14권 1호, 2013, 233면

전통적으로 행정청이 사인의 행위를 명령·수권·허용·금지 등을 하는 법규범의 적용을 통해 규제하고자 할 때 그 법규범은 요건-효과를 담은 조건명제로 구성된다. 사실관계를 조사하여 그 요건에 해당하는가 여부를 판단하고 그에 따라 어떤 법적 효과를 부여할 것인가를 결정하는 방식이다. 출입국관리법 시행령 별표1의 체류자격에 관한 규정을 살펴보면 요건-효과의 규정으로 보이는 경우도 있고, 그와 다른 경우도 있다. 예를 들어 보면 다음과 같다.

- 1. 외교(A-1) 대한민국정부가 접수한 외국정부의 외교사절단이나 영사기관의 구성원, 조약 또는 국제관행에 따라 외교사절과 동등한 특권과 면제를 받는 사람과 그 가족

- 11. 유학(D-2) 전문대학 이상의 교육기관 또는 학술연구기관에서 정규과정의 교육을 받거나 특정 연구를 하려는 사람

- 5. 관광·통과(B-2) 관광·통과 등의 목적으로 대한민국에 사증 없이 입국하려는 사람

- 27. 거주 (F-2)
 사. 비전문취업(E-9), 선원취업(E-10) 또는 방문취업(H-2) 체류자격으로 취업활동을 하고 있는 사람으로서 과거 10년 이내에 법무부장관이 정하는 체류자격으로 4년 이상의 기간 동안 취업활동을 한 사실이 있는 사람 중 다음 요건을 모두 갖춘 사람
 - 1) 법무부장관이 정하는 기술·기능 자격증을 가지고 있거나 일정 금액 이상의 임금을 국내에서 받고 있을 것(기술·기능 자격증의 종류 및 임금의 기준에 관하여는 법무부장관이 관계 중앙행정기관의 장과 협의하여 고시한다)
 - 2) 법무부장관이 정하는 금액 이상의 자산을 가지고 있을 것
 - 3) 대한민국 「민법」에 따른 성년으로서 품행이 단정하고 대한민국에서 거주하는 데에 필요한 기본 소양을 갖추고 있을 것

A-1, D-2의 경우 규정되어 있는 인적 요건들을 충족해야만 해당 체류자격을 부여 받을 수 있고, 그 요건을 충족하지 않음이 명백하거나 또는 그러한 의심이 있는 경우에는 이 체류자격을 부여받을 수 없을 것이다. 체류자격의 부여를 신청하는 자는 외교사절단의 구성원이라는 점이나 교육기관에서 교육받을 기회가 부여되었다는 점을 서면 등으로 증명해야 할 것이다.

B-2의 경우 실제적인 인적 요건이 규정된 것은 아니고, 신청인이 주장하는 입국목적의 신빙성이 있는가, 다른 목적이 있을 가능성은 없는가 하는 점을 판단해야 할 것이다. 제외공관장이 행정조사권이나 자료에 대한 접근권을 갖지 못한 외국에서 신청인이 제출하는 서류만으로 이를 판단해야 하는 상황에서 다른 목적이 있는가 하는 점을 엄격히 사실자료에 기초하여 이유 제시가 가능한 방식으로만 판단하기를 요구할 수는 없을 것이다. 따라서 체류자격의 요건에 대한 판단 중에는 통상 국내에서 이루어지는 행정처분과는 그 판단의 근거에 대한 요구나 방식의 적법절차적 요구 등이 완화될 수밖에 없다. 물론 근거에 기초한 판단이나 적법절차적 고려 등이 가능함에도 불구하고 이를 채택하지 않는 것까지 정당화될 수 있는 것은 아니다. 상대방인 외국인이 이를 소송을 통해 다툴 수 없다 하더라도 행정 내부적 통제와 국회에 의한 통제 등의 대상이 될 수 있다.

한편, F-2의 경우 이미 국내에 체류하고 있던 사람에 대해서만 부여될 수 있는 새로운 체류자격으로서, 그 요건으로는 이미 완성된 체류기간, 소득금액이나 자산금액과 같이 기계적 판단이 가능한 요건도 있으나, “품행이 단정하고 대한민국에서 거주하는 데에 필요한 기본 소양을 갖추고 있을 것”과 같이 불확정개념으로서 그 객관적이고 일관된 판단을 위해서는 범죄소추사실이 없다든가, 한국어 구사능력이 입증되었다든가 하는 추가적인 기준을 설정할 필요가 있는 요건도 있다. 이 경우에는 이미 국내에서 체류하고 있었으므로 정부가 조사권 및 정보접근권을 가진, 그 요건들에 해당 여부를 판단하는 자료가 존재할 가능성이 높으므로, 일반적인 국민에 대한 행정처분에 적용되는 적법성 판단 기준이 적용될 가능성도 높아진다.

특정 체류자격이 부여된 경우 발생하는 법률효과에는 체류 중에 허용되는 활동범위가 중요한 내용을 차지한다. 그런데, 이러한 법률효과외의 규정방식으로서, 법 시행령 별표1 내에서 활동범위를 규정하는 경우가 있는가 하면, 활동범위의 중요 요소인 취업이 가능한가 여부는 별표1에 규정하지 않고 법 시행령 제23조에서 취업이 가능한

체류자격유형들을 열거하는 방식으로 그 효과를 정하고 있다. 방문취업(H-2)자격의 경우 “가. 체류자격에 해당하는 사람” 부분에서 요건을 정하고 있다면, “나. 활동범위”에서 효과를 정하고 있다고 볼 수 있다. (다만, 이러한 활동범위에 종사할 사람들에게만 H-2자격을 주는 것이라고 본다면 이 활동범위에 관한 규정이 체류자격의 요건에 해당한다고 볼 여지도 없지 않다.) 체류자격 유형이 다양한 만큼 그 규율방식도 다를 수 있음을 감안하더라도 규율방식이 좀 더 일관되게 정비될 필요가 있다.

2. 활동범위등의 제한

법무부장관은 공공의 안녕질서나 대한민국의 중요한 이익을 위하여 필요하다고 인정하면 대한민국에 체류하는 외국인에 대하여 거소 또는 활동의 범위를 제한하거나 그 밖에 필요한 준수사항을 정할 수 있다.(법 제22조) 제한될 수 있는 활동의 범위에는 체류자격에서 규율하는 활동범위 뿐만 아니라 일반적 활동도 포함되는 것으로 보인다. 이러한 활동범위의 제한은 외국인에게 헌법상 또는 법령상 인정된 자유를 제한하거나 의무를 부과하는 것으로, 국민에 대한 헌법 제37조 제2항에 의한 기본권 제한조치와 비교될 수 있다.

처분의 방식으로, 법무부장관은 그 제한사항 또는 준수사항과 그 이유를 적은 활동범위 등 제한통지서를 해당 외국인에게 직접 발급하거나 사무소장 또는 출장소장을 거쳐 해당 외국인에게 발급하여야 한다. 본인이 없거나 그 밖에 본인에게 직접 발급할 수 없는 사유가 있을 때에는 동거인이나 그 외국인이 소속된 단체의 장에게 발급할 수 있고, 이 경우 본인에게 발급한 것으로 본다. 또한 긴급한 경우에는 먼저 구두로 알릴 수 있으며, 이 경우에도 그 후 지체없이 활동범위 등 제한통지서를 발급해야 한다.(법 시행령 제28조) 사무소장 또는 출장소장이 활동범위등 제한통지서를 발급하는 때에는 수령증을 받아야 하고, 그 경우 필요하다고 인정하면 해당 소속 단체의 장 또는 신원보증인을 입회하게 하여 중지명령을 지키도록 할 수 있다.(법 시행규칙 제27조, 제30조) (제7장 행정절차 부분 참조)

실효성확보를 위해, 사무소장 또는 출장소장은 활동범위등제한통지서를 교부받은 자에 대하여는 그 동향을 조사하고 결과를 지체없이 법무부장관에게 보고하여야 하고, 그 제한조치를 한 사유가 소멸되었다고 인정하는 때에는 그 해제를 법무부장관에

게 건의하여야 한다. 이러한 활동범위의 제한을 위반한 자는 3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다. (법 제94조 제14호)

3. 정치활동의 제한

출입국관리법 제17조 제2항은 “대한민국에 체류하는 외국인은 이 법 또는 다른 법률에서 정하는 경우를 제외하고는 정치활동을 하여서는 아니 된다.”고 규정함으로써 외국인의 정치활동을 원칙적 금지, 부분적 허용의 형태로 규율하고 있다. 그 연혁을 보면, 1977. 12. 31. 개정 출입국관리법에서 ‘활동범위’에 관한 규정을 신설하여 그 내용 중 하나로 정치적 활동을 전면금지하였다.¹⁵⁾ 이후 2005. 3. 23. 개정 출입국관리법에서 현행과 같은 규정을 두어, 정치적 활동을 부분적으로 허용하였다. 이에 위반하여 정치활동을 하는 것은 강제퇴거사유가 된다(법 제46조 제1항 제8호). (벌칙규정은 두고 있지 않다.)

‘정치활동’의 개념에는 언론·출판·집회·시위와 같은 표현활동, 정당의 설립·가입과 정당활동, 선거·투표 참여나 공무담임에 이르기까지 다양한 수준의 활동이 포함될 수 있다. 따라서 ‘정치활동’에 어느 범위의 활동이 포함되는지 해석이 필요한데, 이를 위해서는 행위유형별 평가가 선행되어야 한다. 예컨대, 정치활동은 ‘국가’라는 정치공동체를 기반으로 이루어지는 것이고 헌법 제1조 제2항의 국민주권을 원칙으로 하므로, 엄격한 의미의 구성원-국민-이 아닌 외국인에게 선거권과 피선거권, 공무담임권 등 참정권이 제한됨은 헌법상 정당화가 상대적으로 용이하다. 그러나 언론·출판·집회·결사·시위와 같이 개인적인 차원에서 이루어질 수 있는 표현의 자유는 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권과 밀접한 관련을 가진 인간의 권리로 인정될 가능성이 상대적으로 크고, 따라서 이러한 표현행위들을 ‘정치활동’에 해당된다는 이유로 금지하고 위반자를 강제퇴거하는 경우 기본권을 침해한다고 평가받을 가능성도 높아질 것이다. 정당의 설립·가입 및 정당활동도 정치적 표현의 자유라는 측면에서는 인간의 권리에 가까운 점이 있으나, 그 공식적인 성격과 제도적 기능을 고려할 때 외국인에게 이를 제한함이 정당화될 가능성이 상대적으로 높다. 만약 이렇게 정치

¹⁵⁾ 출입국관리법에 외국인의 정치활동 금지가 규정된 계기는 1960년 선교활동을 위해 입국한 미국인 오글레(George Ewing Ogle) 목사가 유신체제를 비판하는 정치활동을 했다는 이유로 1974년 강제퇴거된 사건이라고 한다. 차용호, 한국이민법, 법문사, 2015. 333면

활동에 해당될 만한 행위들도 그 성질에 따라 제한될 수 있는 범위가 다르다고 본다. 필요한 경우 각각 정당법이나 선거법, 공무원법 등에서 규정할 수 있음에도, 출입국관리법에서 포괄적으로 ‘정치활동’을 금지한 것이 과잉금지원칙 위반 등으로 평가될 가능성도 있다. 또한 ‘정치활동’에 해당되는 행위인지에 대한 해석의 가능성이 넓게 열려있다는 점이 이 규정이 자의적으로 적용될 수 있다는 비판도 가능하다. 아직 제17조 제2항의 적용이 문제된 판례들은 나오지 않았지만, 향후 그 적용과 입법론에 대해 많은 논의가 필요하다.¹⁶⁾

다른 한편 외국인의 정치활동에 관련된 다른 법률들은 다음과 같다. 먼저 「공직선거법」에서는 외국인에게 대통령과 국회의원 선거권은 부여하지 않지만, “19세 이상으로서 …「출입국관리법」 제10조에 따른 영주의 체류자격 취득일 후 3년이 경과한 외국인으로서 같은 법 제34조에 따라 해당 지방자치단체의 외국인등록대장에 올라 있는 사람”에게는 지방자치단체의 의회의원과 장의 선거권을 부여한다.(제15조) 이러한 차이는 국가단위의 정치공동체와 지역공동체의 정치적 참여권의 성질이 다르다는 전제에 기초한 것으로 보인다. 예컨대, 전국적으로 효력을 미치는 중요한 주권 행사의 담당자를 선출하는 것과 주민의 복지증진 등의 지역적 사무를 처리하는 자치권의 담당자를 선출하는 것의 차이이다.¹⁷⁾ 지방자치단체의 의회의원과 장의 경우도 외국인에게 피선거권은 부여되지 않는다. 또한 외국인의 선거운동은 금지되지만, 위에서 선거권이 인정되는 예외적인 경우에는 선거운동도 허용된다.(동법 제60조 제1항 제1호) 지방자치에 있어 주민참여절차인 주민소환과 주민투표에서도 일정한 자격을 갖춘 외국인이 투표권을 부여받는데, 양자는 요건에서 차이가 있다. 주민소환투표권은 지방의회 의원과 단체장을 소환하는 것이므로 「공직선거법」상 선거권자와 범위가 동일

16) 변해철, 세계화와 선거제도, 외법논집 33집 제4호, 2009.11, 김수진, 지방자치와 외국인 : 독일의 외국인자문위원회(Auslanderbeirat)가 주는 시사점, 지방자치법연구 제7권 2호(통권14호), 2007, 함인선, 주민투표법의 제정의의, 문제점과 바람직한 운영방안, 저스티스8 제0호, 2004 등 참조; 한편 최근 대법원 2015.06.25.선고 2007두4995 전원합의체 판결[노동조합설립신고서반려처분취소]은 취업자격 없는 외국인으로 사실상 근로를 제공하고 대가로 임금 등을 받아 생활하면 노동조합법상 근로자에 해당한다고 판단하였다. 노조활동은 정치활동에 해당하지는 않지만, 넓은 의미의 결사나 표현의 권리의 일종인 측면도 있으므로 이 판결이 정치활동의 문제에 대해서도 시사하는 바가 없지 않다고 생각된다.

17) 지방자치법 제11조(국가사무의 처리제한)는 법률에 달리 규정하지 않는 한 지방자치단체가 처리할 수 없는 국가사무를 아래와 같이 들고 있다. 이는 관련 국가의사결정에 외국인의 참여가 제한되는 사안이라고도 할 수 있다. 1. 외교, 국방, 사법(司法), 국제 등 국가의 존립에 필요한 사무 2. 물가 정책, 금융정책, 수출입정책 등 전국적으로 통일적 처리를 요하는 사무

하고, 특정 사안에 대한 결정절차인 주민투표권은 “출입국관리 관계 법령에 따라 대한민국에 계속 거주할 수 있는 자격 (체류자격변경허가 또는 체류기간연장허가를 통하여 계속 거주할 수 있는 경우를 포함한다)을 갖춘 외국인으로서 지방자치단체의 조례로 정한 사람”으로 규정하여 더 넓은 범위의 자에게 인정하고 있다. 마지막으로 정당법에 의하면 외국인은 정당의 당원이 될 수 없다. (제22조 제2항)

법무부장관은 대한민국에 체류하는 외국인이 정치활동을 하였을 때에는 그 외국인에게 서면으로 그 활동의 중지명령이나 그 밖에 필요한 명령을 할 수 있다. (법 제17조 2,3항) 법무부장관은 법 제17조제3항에 따라 활동중지를 명하려는 경우에는 활동중지 명령서에 “1. 그 활동을 즉시 중지할 것, 2. 명령을 이행하지 아니할 때에는 강제퇴거 등의 조치를 할 것이라는 것, 3. 그 밖에 필요한 것”을 적어 직접 발급하거나 사무소장 또는 출장소장을 거쳐 해당 외국인에게 발급하여야 한다. 어떤 행위가 ‘정치활동’의 개념에 해당하는지가 명확하지 않은 경우가 있을 수 있으므로, 이러한 중지명령 단계에서 행정청이 특정 행위가 법상 금지된다고 판단한다는 점이 명확히 전달될 것이다.