이주노동자권리협약 쟁점 토론회

개최일자 및 장소

❍ 일 시 : 2009. 9. 4(금) 14:00～17:00

❍ 장 소 : 국가인권위원회 배움터2 (11층)

진행 순서

사회: **문 경 란** (국가인권위원회 상임위원)

시 간	내 용
14:00-14:10 (10분)	**토론회 및 참가자 소개**
14:10-14:30 (20분)	**이주노동자권리협약의 자유권 쟁점** **채형복** (경북대 법학전문대학원 교수)
14:30-14:50 (20분)	**이주노동자권리협약의 노동권 쟁점** **최홍엽** (조선대 법과대학 교수)
14:50-15:10 (20분)	**이주노동자권리협약의 사회권 쟁점** **위은진** (법무법인 GL 변호사)
15:10-15:20 (10분)	**다과 및 음료**
15:20-16:50 (토론자당 15분 이내)	**제1주제 토론** **조태익** (외교통상부 인권사회과장) **홍관표** (법무부 인권정책과 서기관) **김종철** (법무법인 소명 변호사)
	제2주제 토론 **정정훈** (공익변호사그룹 공감 변호사)
	제3주제 토론 **황상철** (보건복지가족부 공공의료과 주무관) **이혜진** (교육과학기술부 교육복지정책과 사무관) **김민정** (이주민센터 아시아의창)
16:50-17:00 (10분)	**자유토론**

목 차

▣ 발제문

■ **이주노동자권리협약의 자유권 쟁점** ····· **1**

채 형 복 (경북대 법학전문대학원 교수)

■ **이주노동자권리협약의 노동권 쟁점** ····· **41**

최 홍 엽 (조선대 법과대학 교수)

■ **이주노동자권리협약의 사회권 쟁점** ····· **73**

위 은 진 (법무법인 GL 변호사)

▣ 토론문

■ **제1주제 토론**

조 태 익 (외통부 인권사회과장) / 97

홍 관 표 (법무부 인권정책과 서기관) / 103

김 종 철 (법무법인 소명 변호사) / 105

■ **제2주제 토론**

정 정 훈 (공익변호사그룹 공감 변호사) / 111

■ **제3주제 토론**

황 상 철 (보건복지가족부 공공의료과 주무관) / 123

이 혜 진 (교육과학기술부 교육복지정책과) / 125

김 민 정 (이주민센터 아시아의창) / 129

발제 1



이주노동자권리협약의 자유권 쟁점

채 형 복

경북대학교 법학전문대학원

1
발 제

이주노동자권리협약의 자유권 쟁점

채 형 복 (경북대 법학전문대학원 교수)

Ⅰ. 서론

세계 제1·2차 대전 후 이주노동자를 보호하기 위한 국제적 노력은 ILO와 유럽에서 먼저 시작되었다. 하지만 고용을 목적으로 외국에 입국하여 체류하는 이주노동자는 국적국을 떠나 외국에 체재하는 것에 부가하여 피고용 노동자라는 이중의 고통을 겪게 되어 포괄적인 인권조약 혹은 ILO협약만으로는 그 권리를 충분하게 보호하는 데에는 적지 않은 어려움이 있다. 더욱이 정규 혹은 합법적으로 입국·체재하지 않고, 비정규 혹은 불법적으로 입국·체재하면서 일하고 있는 소위 불법노동자[1]의 경우는 '불법적'이라는 취약한 입장을 악용하는 고용 및 노동조건에 의해 인권과 기본적 자유가 심각하게 위협받고 있는 경우가 적지 않으므로 개별적 인권문서로 보호할 필요가 있는 것이다. 즉, 기존의 ILO 협약은 이미 여러 면에서 취약성을 드러내고 있었으므로 이주노동자에 관한 국제적 차원의 보다 강력한 보장 문서의 채택이 필요했다고 볼 수 있다.[2] 이에 국제연합(United Nations: UN)은 1990년 12월 18일, "모든 이주노동자와 그 가족의 권리보호에 관한 국제협약(International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families)"(이하 '국제이주노동자권리협약' 혹은 '협약')을 채택하여 국제적 차원의 이주노동자보호를 위한 법적 근거를 마련하였다.[3]

---

1) 모든 이주노동자가 '불법적'인 것은 아니므로 이를 등록되지 않은, 즉 미등록(non-documentation)노동자라고 부르기도 한다.

2) Böhning, R.(1988), *"The Protection of Migrant Workers and International Labour Standards"*, *International Migration, 26(2), pp. 133-146; Hasenau, M.(1990), "Setting Norms in the United Nations System: The Draft Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Their Families in Relation to ILO Standards on Migrant Workers"*, International Migration, 28(2), pp. 147-157.

3) ILO와 국제이주노동자권리협약의 상호 관계에 대해서는, Böhning, R.(1991), *"The ILO and the New UN*

국제이주노동자권리협약은 20번째의 비준서 또는 가입서의 기탁일로부터 3개월 이후 다음 달의 첫째 날부터 발효하게 된다(제87조 제1항). 이 규정에 의거하여 2003년 3월 14일 엘살바도르와 과테말라가 20번째 비준서를 UN 사무총장에게 기탁함으로써 20개국 기준이 충족되어 같은 해 7월 1일자로 공식 발효하였다. 2009년 8월 10일 현재 42개국이 이 협약에 가입하고 있으나 우리나라는 아직 가입하고 있지 않다.

2007년 1월 1일, 우리 정부는 그동안 시행되던 산업연수제를 폐지하고 외국인인력 수급정책을 고용허가제로 일원화하여 시행하고 있다. 그러나 고용허가제 시행 이후에도 불법체류(미등록) 이주노동자의 수는 감소하지 않고 있고, 오히려 증가하고 있는 추세이다. 이에 정부는 합동단속반을 편성하여 불법체류 이주노동자를 단속하여 추방하고 있으나 그 과정에서 인권 침해의 문제가 발생하고 있는 실정이다. 이와 같은 문제점을 해결하기 위하여 일부 노동조합, 이주노동자단체와 시민단체들은 이주노동자권리협약의 비준을 강하게 요청하고 있으나 현재까지 정부당국은 이에 대해 적극적인 의사를 밝히고 있지 않다. 따라서 현 시점에서 이주노동자권리협약의 주요 내용을 살펴보고, 국내법과의 정합성 여부를 검토함으로써 비준을 위한 사전 작업이 필요하다고 판단된다. 이에 본고에서는 이 협약의 구성과 주요 내용에 대해 살펴본 후(제2장) 이주노동자의 개념 정의와 그 해석상 쟁점에 대해 검토한다(제3장). 그리고 이 협약에 규정된 자유권 가운데 이주노동자와 그 가족의 추방과 신체의 자유를 중심으로 야기되는 사안에 대해 분석한다(제4장). 결론에서는 EU의 경우를 중심으로 이 협약의 비준을 꺼리는 이유에 대해 알아보기로 한다(제5장).

Convention on Migrant Workers: The Past and Future", International Migration Review, Vol. 25, No. 4, pp. 698-709.

Ⅱ. 이주노동자권리협약의 구성과 주요 내용[4)]

1. 구성

UN에 의하여 채택된 국제이주노동자권리협약은 전문과 제1부~제9부 93개 조문으로 구성되어 있다. 이를 구체적으로 살펴보면, 제1부(제1조~제6조) 협약의 적용 범위와 정의, 제2부(제7조) 권리의 비차별, 제3부(제8조~제35조) 모든 이주노동자와 그 가족의 인권, 제4부(제36조~제56조) 신고된 또는 정규적 상황의 이주노동자와 그 가족의 기타 권리, 제5부(제57조~제63조) 특별한 유형의 이주노동자와 그 가족에 적용되는 규정, 제6부(제64조~제71조) 노동자와 그 가족의 국제이주와 관련된 건전하고, 공평하며 인도적이고 합법적인 여건의 증진, 제7부(제72조~제78조) 협약의 적용, 제8부(제79조~제84조) 일반조항, 제9부(제85조~제93조) 종결조항으로 이루어져 있다.

협약의 구성에서 볼 수 있는 바와 같이, UN이 채택한 이주노동자권리협약은 ILO 및 유럽협약보다도 넓은 범위의 사항에 대해 상세한 규정을 두고 있다. 그 가운데서도 국제이주노동자권리협약 채택의 직접 계기가 된 불법상태에 있는 이주노동자와 그 권리보호에 많은 규정을 두고 있다는 점은 주목할 만하다. 이는 협약의 전문이 “이주와 관련된 문제들은 불법이주(irregular migration)의 경우에 한층 심각하다는 점에 유의하여, 그들의 기본적 인권의 보호를 보장함과 동시에 이주노동자의 은밀한 이동과 불법거래를 방지하고 제거하기 위해서는 적절한 조치가 취하여져야 함을 확신하고”라며 강조하고 있는 바와 같이, 불법상태에 있는 이주노동자의 인권보호를 이주노동자권리협약의 주요한 목적의 하나로 삼고 있다는 것을 알 수 있다.

2. 주요 내용

(1) 모든 이주노동자와 그 가족의 인권

이주노동자권리협약 제3부는 ‘모든 이주노동자와 그 가족 구성원의 인권(Human

4) 이에 대한 내용은 다음 논문에서 요약하였다. 졸고, “국제이주노동자권리협약에 대한 고찰”, 법학논고(경북대학교 법학연구소, 제29집, 2008. 12. 31), pp. 339-365.

Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families)'이란 제하에 제8조~제35조까지 28개 조문으로 이루어져 있다. 그 제목에서 눈여겨 볼만한 것은 제3부에서 특별히 '인권'이란 용어를 사용하고 있다는 점이다. 인권이란 일반적으로 "인간이 인간이기 때문에 당연히 가진다고 생각되는 권리"를 의미하며,[5] 그 개념의 모호성에도 불구하고 인권은 포기할 수 없는 인류 공통의 가치로 간주되고 있다. 이와 관련하여 두 가지 사항을 눈여겨 볼만하다. 첫째, 이 협약은 이주노동자 본인만이 아니라 그 가족 구성원(members of their families)에게도 적용된다는 점이다. 둘째, 이 협약은 합법적인 상태에 있는 노동자만이 아니라 불법체류, 즉 미등록 상태에 있는 노동자라도 그 인권과 기본적 자유는 보호되어야 한다는 입장을 취하고 있다는 점이다. 따라서 제3부에서 보장되는 제권리는 합법·불법을 불문하고 모든 이주노동자와 그 가족 구성원에게 적용된다.[6]

(2) 합법 상태에 있는 이주노동자의 추가적 권리

이주노동자권리협약 제3부는 '모든 이주노동자와 그 가족 구성원의 인권'에 대해 규정하고 있는 반면, 제4부는 제36조~제54조에서 합법 상태에 있는 이주노동자들에 대한 추가적인 권리를 포함하고 있다.

제4부에서 언급하고 있는 권리에 대해 먼저 두 가지 사항에 대해 주의를 기울일 필요가 있다. 첫째, '합법 상태'의 의미에 대해서이다. 협약의 문언에 의하면, '신고된 또는 정규적 상태(documented or in a regular situation)'에 있는 이주노동자와 그 가족 구성원은 소위 '합법'으로 간주된다. 따라서 신고 혹은 등록되지 않거나 정규적인 상태에 있지 않은 이주노동자는 모두 소위 '불법'노동자로 간주되게 되는 것이다. 둘째, 이와 관련하여, 제4부에서는 제3부가 보장하는 권리 외에 합법적으로 입국하여 체재하는 이주노동자에 의해 필요한 동시에 중요한 권리를 추가적으로 보장하고 있는 것이다.

---

5) 고준성, "모든 이주노동자와 그 가족의 권리보호에 관한 국제협약", 이석용 외, 국제인권법(세창출판사, 2006), pp. 119-220.

6) 金東勳, 國際人權とマイリテイの地位(東信堂, 2003), p. 235.

(3) 노동자와 그 가족의 국제이주에 관한 건전하고 공평하며 인도적이며 합법적인 조건의 증진

이주노동자권리협약이 지향하는 목적은 이주노동자의 비합법적인 상황을 해소함으로써 이주노동자 및 그 가족의 권리를 보호하는 데 있다. 이러한 측면에서 UN이 협약의 명칭을 “모든 이주노동자와 그 가족의 ‘권리보호’에 관한 국제협약”이라고 명명한 이유를 알 수 있다. 즉, 이주노동자의 권리보호를 위하여 협약은 제4부 제64조~제71조에서 합법 상태에 있는 이주노동자의 추가적 권리를 보장함과 아울러 제6부에서는 노동자의 국제적 이주의 합법 상태의 증진을 위한 규정을 두고 있다. 제4부의 제목이 시사하는 바와 같이, 노동자의 국제이주에 관한 ‘건건하고, 공평하며, 인도적이며, 합법적인 조건(promotion of sound, equitable, humane and lawful conditions)’을 증진시키는 데 필요한 당사국간의 협력에 대해 정하고 있다.

(4) 이행조치

이주노동자권리협약은 이행기관으로 이주노동자위원회를 두고 있고, 그 이행감시제도로 국가보고제도, 국가통보제도 및 개인통보제도를 인정하고 있다.

① 이주노동자위원회

국제이주노동자권리협약은 이 협약의 적용을 심사하기 위하여 “모든 이주노동자와 그 가족의 권리보호위원회(Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, 이하 ‘이주노동자위원회’)”를 설치하고 있다(제72조 제1항 (a)). 이주노동자위원회는 협약의 발효시에는 10명, 그리고 41개 당사국에 대하여 발효한 이후에는 14명의 고매한 인격을 가지며, 공정하고, 협약이 대상으로 하는 분야에서 능력을 인정받은 전문가로 구성한다(제72조 제1항 (b)). 이주노동자위원회의 위원은 당사국에 의하여 지명된 명단으로부터 당사국에 의한 비밀투표에 의하여 선출되는데, 출신국과 취업국을 포함하는 공평한 지리적 배분과 주요한 법체계의 대표로 구성된다. 각 당사국은 자국민으로 1명을 지명할 수 있다(제72조 제2항 (a)). 이주노동자위원회 위원의 임기는 4년이다. 단, 최초의 선거에서 선출된 위원 중 5인의 임기는 2년으로 종료된다

(제72조 제5항 (a)). 그리고 이주노동자위원회의 위원은 당사국의 대표가 아니라 개인 자격으로 선출되고 직무를 수행한다. 그 보수도 당사국이 아니라 UN의 재원으로 총회가 결정하는 액수와 조건에 의거하여 책정되며(제72조 제8항), UN의 특권과 면제에 관한 조약에 의해 UN를 위한 직무를 수행하는 전문가로서의 편의, 특권 및 면제를 받는다(제72조 제9항).

② 국가보고제도

국제이주노동자권리협약은 당사국으로 하여금 협약 규정의 이행을 위하여 취한 입법, 사법, 행정 및 기타 조치에 관한 보고서를 이주노동자위원회에 제출할 의무를 부과하고 있다. 따라서 당사국은 당해 당사국에 대하여 협약이 발효한 후 1년 이내, 그리고 그 이후에는 5년마다 또는 이주노동자위원회가 요청할 때 UN 사무총장에게 보고서를 제출해야 한다(제73조 1항). 이주노동자위원회는 각 당사국이 제출한 보고서를 심사하고, 적절하다고 판단되는 논평(comments)을 해당 당사국에게 송부한다. 이 논평에 대해 당사국은 이주노동자위원회에 견해를 제출할 수 있다. 이주노동자위원회는 보고서를 검토할 때 당사국에게 보충정보를 요청할 수 있다(제74조 제1항). 그리고 이주노동자위원회는 상기 보고서의 심사와 당사국에 의하여 제출된 견해에 근거한 자신의 고려사항과 권고를 포함하는 이 협약의 이행에 관한 연례보고서를 UN 총회에 제출해야 한다(제74조 제7항). UN 사무총장은 이 연례보고서를 협약의 당사국, 경제사회이사회 및 UN 인권이사회, 국제노동사무소 사무총장 및 기타 관련 기관으로 송부한다(제74조 제8항).

③ 국가통보제도

국제이주노동자권리협약은 타당사국이 협약상의 의무를 이행하지 않고 있다고 주장하는 당사국의 통보를 제기하는 국가통보제도를 인정하고 있다. 이주노동자위원회는 제출된 국가통보를 접수하고 검토할 권한이 있다. 다만, 이 통보는 자국에 대한 이주노동자위원회의 권한의 인정을 선언한 당사국에 의하여 제출된 경우에만 접수・검토될 수 있을 뿐이다. 그 결과, 이 선언을 행하지 아니한 당사국에 관한 통보는 이주노동자위원회에 의하여 접수되지 아니한다(제76조 제1항).

④ 개인통보제도

이주노동자권리협약은 이 협약에 의하여 규정된 권리가 당사국에 의하여 침해되었다고 주장하는 개인 또는 그 대리인의 통보, 즉 개인통보제도를 인정하고 있다. 이주노동자위원회는 그 통보를 접수하고 검토할 권한이 있다. 단, 국가통보와 마찬가지로 이 경우에도 개인의 당사국에 대한 통보는 당사국이 이에 대한 이주노동자위원회의 권한의 인정을 선언한 때에 한하여 접수・검토될 수 있을 뿐이다(제77조 제1항). 그리고 개인통보는 다음의 세 가지 경우, 즉 ① 통보가 익명이거나 통보제출권의 남용 또는 협약 규정과 양립할 수 없는 경우, ② 동일한 문제가 다른 국제적 조사 또는 해결 절차에 따라 심사된 바 있었거나 심사되고 있지 않을 것 및 ③ 개인이 이용 가능한 모든 국내적 구제조치를 완료하지 않았을 경우에는 접수・검토되지 않는다(제77조 제2항・제77조 3항 (a), (b)).

Ⅲ. 이주노동자 개념 정의와 그 해석상 쟁점

이주노동자권리협약의 자유권과 관련한 쟁점에 대해 분석하기 위해서는 우선 그 권리의 향유하는 주체인 '이주노동자(migrant workers)'의 개념에 대해 살펴볼 필요가 있다.

협약은 제1조 1항에서 이주노동자란 "그 사람이 국적국이 아닌 나라에서 유급활동에 종사할 예정이거나, 이에 종사하고 있거나, 또는 종사하여 온 사람을 말한다"고 그 개념을 정의하고 있다. 이 개념에 의하면, 이주노동자로 간주되기 위해서는 ① 국적국(출신국・송출국 State of origin)이 아닌 나라, 즉 취업국(목적국・유입국 State of employment)에서 ② '유급활동(a remunerated activity)'에 ③ 종사할 예정이거나, 이에 종사하고 있거나 또는 종사하여 왔어야 한다. 따라서 월경노동자, 계절노동자, 선원, 해상시설노동자, 순회노동자, 특정사업노동자, 특별취업노동자, 자영노동자는 이주노동자에 포함된다(제2조 2항). 그리고 협약은 제3조에서 이 협약이 적용되지 아니하는, 즉 이주노동자로 간주되지 않는 사람들을 아래와 같이 예시하고 있다.[7]

---

7) '외국인고용의 제한'에 대해 규정하고 있는 우리나라「출입국관리법」제18조는 1항에서 "외국인이 대한민국에서 취업하고자 할 때에는 대통령령이 정하는 바에 따라 취업활동을 할 수 있는 체류자격을 받아

(a) 국제기구나 기관에 의하여 파견되었거나 고용된 자 또는 공무 수행을 위하여 국가에 의하여 자국 영토 외로 파견되었거나 고용된 자로서 그의 입국과 지위가 일반 국제법 또는 특정한 국제협정이나 협약에 의하여 규율되는 자

(b) 개발계획 및 기타 협력계획에 참가하도록 국가 또는 그 대리인에 의하여 그 영역 외에서 고용되거나 파견된 자로서 그의 입국과 지위가 취업국과의 협정에 의하여 규율되며, 그 협정에 따라 이주노동자로 간주되지 않는 자

(c) 출신국 이외의 국가에 투자가로 거주하는 자

(d) 난민 및 무국적자. 단 관련 당사국의 해당 국내법 또는 발효 중인 국제협약에 의하여 적용이 정해져 있는 경우는 제외한다.

(e) 학생 및 연수생

(f) 취업국에 주거를 정하여 유급활동에 종사할 것을 허가받지 못한 선원 및 해상시설 노동자

협약뿐만 아니라 기타 국제문서에서도 이주노동자의 개념에 대해 규정하고 있는 데, 일부 규정을 살펴보면 다음과 같다.

ILO '불법이주 및 이주노동자의 기회 및 처우 균등의 촉진에 관한 협약'(제143호) 제1부 제11조에 의하면, '이주노동자'라 함은 "자기 이외의 자를 위하여 고용될 목적으로 일국으로부터 타국으로 이주하는 자"를 말하며, 이주노동자로서 정상적으로 입국이 인정되는 자를 말한다.[8] 제143호 협약은 '고용될 목적'에 대해서만 언급하고 있고 '임금(수익)' 여부를 목적으로 한 노동의 제공에 대해서는 규정하고 있지 않다. 다만, '정상적으로 입국이 인정되는 자'로 한정함으로써 불법적인 방법과 수단으로 입국하여 이주를 한 자는 이주노동자에 포함시키지 않고 있다.

또한 '이주노동자의 법적 지위에 관한 유럽협약(European Convention on the Legal

야 한다"고 정하고 있다. 이에 의거하여, 외국인의 취업과 체류자격에 대해 정하고 있는 「출입국관리법 시행령」 제23조에 의하면, "... "취업활동을 할 수 있는 체류자격"이라 함은 ... 9. 단기취업(C-4), 19. 교수(E-1) 내지 25. 특정활동(E-7), 25의2. 연수취업(E-8), 25의3. 비전문취업(E-9) 및 25의4. 내항선원(E-10)의 체류자격을 말한다."(제1항)고 규정하고 있다. 이들은 소위 '합법적'으로 취업한 외국인노동자이다. 따라서 '불법적'으로 취업하고 있거나 체류하고 있는 외국인노동자에 대해서는 노동자성을 인정하고 있지 않다.

8) 국제노동연구소 편, 『ILO조약・권고집(1919-1991)』, ILO연구총서 3(돌베개, 1991), p.1498의 번역에 의함.

Status of Migrant Workers)'[9] 제1조는 '이주노동자'란 "고용의 대가로 임금을 받기 위하여 다른 체약국의 영역에 머물도록 허가를 받은 어느 체약국의 국민(a national of a Contracting Party who has been authorised by another Contracting Party to reside in its territory in order to take up paid employment)"을 말한다. 우리나라의 「외국인고용법」도 이와 같은 입장을 취하고 있다. 즉 동법 제2조에 의하면, 외국근로자라 함은 "대한민국의 국적을 가지지 아니한 자로서 국내에 소재하고 있는 사업 또는 사업장에서 임금을 목적으로 근로를 제공하고 있거나 제공하고자 하는 자"를 말한다(동조 전단). 이 정의에 따르면, 이주노동자, 즉 외국인노동자로 인정되기 위해서는 '임금(수입)을 목적으로 체류하면서 노동을 제공하는 자'여야 한다는 것을 알 수 있다. 위 규정들을 살펴보면, ILO 제143호 협약보다는 유럽협약과 우리 법률이 보다 구체적이고 명확하게 이주노동자에 대해 규정하고 있다는 것을 알 수 있다.

위에서 살펴본 바와 같이, 협약은 기타 관련 문서보다 진일보하여 이주노동자의 인정 여부를 단지 '유급활동'만으로 판단하지 않고, 유급활동에 "종사할 예정이거나, 이에 종사하고 있거나, 또는 종사하여 온 사람"을 모두 이주노동자로 인정하고 있다. 협약 제1조 1항의 후단 규정은 아래의 경우에 대해서는 상당히 중요한 의미를 지니고 있다.

첫째, 협약은 유급활동에 종사하고 있거나 또는 종사하여 온 사람을 이주노동자에 포함시키고 있으므로 우리나라에 있어 고용허가를 받은 '등록외국인 거류자'가 아닌 외국인 취업자로서 소위 '불법취업자'라고 불리는 미등록노동자(undocumented workers)도 이주노동자로 포함시킬 수 있는 법적 근거를 제공하고 있다.

둘째, 협약은 유급활동에 종사할 예정인 사람도 이주노동자로 간주하고 있으므로 재취업을 위한 일시적 이직이주자도 노동자로 보아야 할 것이다.

9) Council of Europe, Strasbourg, 24.XI.1977. 협약의 원문은 다음 사이트에서 구할 수 있다. http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/093.htm (검색일: 2007. 5. 3)

Ⅳ. 이주노동자권리협약의 자유권 관련 주요 쟁점

1. 이주노동자와 그 가족의 추방

(1) 추방에 대한 외국인 인권의 보호

노동부, 법무부, 보건복지가족부 및 국가경쟁력강화위원회가 공동으로 작성한 2008년 9월 25일자 국가경쟁력강화위원회 제7차 회의자료인 “비전문 외국인력 정책 개선방안”에 따르면, 불법체류자 증가로 인한 사회적 비용이 늘어나고 있다고 지적하고 있다(7쪽). 이 회의자료는 ① 범정부적 추진체계 수립, ② 불법체류자 발생 예방, ③ 불법체류자 단속 및 처벌 강화를 불법체류자 감소 대책으로 들고 있다(8쪽). 이 가운데 특히 세 번째 대책과 관련하여, “일부 불법체류외국인은 법외노조를 결성하는 등 사회적 갈등을 유발하므로 불법체류 발생 유인을 제거하고, 지속적인 단속을 실시해야 한다”(7쪽)는 정부의 입장은 상당히 우려스런 일이다. 이 회의자료는 ‘향후 5년 이내 불법체류 외국인 수를 총 체류외국인의 10% 이하로 감소’시키는 것을 목표로 하고 있으며, 그 세부시행계획으로 ‘불법체류 감소 5개년 계획’을 구성하여 그 주관부서를 법무부로 지정하였다.

최근 정부는 법무부, 경찰, 노동부 및 해경 등으로 구성되는 합동 단속반을 편성하여 운영하고 있으며, 각종 불법시위 및 불법노조활동 가담자에 대한 단속을 강화하였다. 그 결과, 2007년 11월과 2008년 5월, 법외 ‘외국인노조’의 집행부를 검거하여 강제 퇴거 조치하였다.

이처럼 국가는 외국인에 대하여 국외퇴거를 강제할 수 있다. 결국 현재의 국제법 및 국내법상 외국인의 추방은 주권국가의 권리에 속한 것이다. 그러나 이것은 국가가 자의적으로 외국인을 추방할 수 있다는 것을 의미하는 것은 아니고, 거기에는 일정한 제약이 있다. 국가는 외국인의 입국을 거절할 수는 있다. 하지만 일단 입국을 허용한 외국인의 추방을 입국 거절과 같은 수준에서 다룰 수는 없다. 일단 입국한 외국인은 당해국에서 생업 또는 직업활동에 종사할 가능성이 높다. 그럼에도 불구하고 만일 취업국이 동인(同人)의 생업 또는 직업활동에서 생기는 이익을 무시하고, 사소한 이유로 동인을 국외로 추방해버린다면 외국인의 지위는 불안한 상태에 놓이게 된다. 이처럼 국제인권규약을 비롯하여 각종 인권조약과 국내법 등에 의해 외국인의 제 권리를 보호해도 만일 취업국

이 자의적으로 국외추방을 해버리면 외국인의 제 권리는 무시되어 버리고 마는 것이다. 이와 같은 측면을 고려하여 자유권규약과 이주노동자권리협약 등은 외국인추방의 이와 같은 측면을 고려하여 추방의 이유가 법정(法定)되어야 하며, 절차상 보호를 인정하고 있는 것이다.

(2) 관련 규정

'시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(자유권규약 또는 B규약)' 제13조는 '외국인의 추방'이란 제하에 다음과 같이 규정하고 있다.

> "합법적으로 이 규약의 당사국의 영역 내에 있는 외국인은, 법률에 따라 이루어진 결정에 의하여서만 그 영역으로부터 추방될 수 있으며, 또한 국가안보상 불가피하게 달리 요구되는 경우를 제외하고는 자기의 추방에 반대하는 이유를 제시할 수 있고 또한 권한 있는 당국 또는 동 당국에 의하여 특별히 지명된 자에 의하여 자기의 사안이 심사되는 것이 인정되며, 또한 이를 위하여 그 당국 또는 사람 앞에서 다른 사람이 그를 대리하는 것이 인정된다."

또한 이주노동자권리협약 제22조도 이주노동자와 그 가족에 대한 추방과 관련하여 다음과 같이 규정하고 있다.

> "1. 이주노동자와 그 가족에 대한 집단적 추방 조치는 금지된다. 각 추방사건은 개별적으로 심리되고 결정되어야 한다.
> 2. 이주노동자와 그 가족은 권한 있는 당국에 의하여 법률에 따른 결정에 의하여만 당사국의 영역으로부터 추방될 수 있다.
> 3. 추방의 결정은 그가 이해하는 언어로 통고되어야 한다. 본인의 요구가 없으면 의무적이 아닌 경우라도 만약 요구를 하면 결정은 문서로 통보되어야 하며, 국가안보에 의한 예외적인 경우를 제외하고는 결정의 이유가 진술되어야 한다. 이러한 권리는 결정 이전 또는 늦어도 결정시에는 당사자에게 고지되어야 한다.
> 4. 사법당국에 의한 최종 판결이 발표되는 경우를 제외하고 당사자는 자기가 추방되지 말아야 할 이유를 제출할 권리가 있으며, 권한 있는 기관에 의하여 그 사건이 심사받을 수 있어야 한다. 단, 국가안보상의 긴요한 사유가 있는 경우

에는 그러하지 아니하다. 심사 기간 중 당사자는 추방결정의 집행정지를 요청할 권리를 가진다.

5. 이미 집행된 추방결정이 나중에 무효로 되었을 때, 당사자는 법률에 따른 보상을 청구할 권리를 가지며, 이전의 결정은 그가 당해 국가로 재입국하는 것에 방해사유가 될 수 없다.
6. 추방의 경우 당사자에게는 출국 전 또는 후에 임금청구권, 그에게 귀속될 다른 권리 또는 현행 채무를 해결하기 위한 합리적인 기회가 주어져야 한다.
7. 추방 결정의 집행을 해하지 않는 범위에서 그 결정의 대상인 이주노동자 또는 그 가족은 출신국 이외의 국가로의 입국을 모색할 수 있다.
8. 이주노동자 또는 그 가족이 추방되는 경우 추방 비용을 당사자에게 부담시켜서는 아니된다. 당사자는 자신의 여행경비의 지불을 요구받을 수 있다.
9. 취업국으로부터의 추방 그 자체로는 임금수령권과 그에게 귀속될 다른 권리를 포함하여 이주노동자 또는 그 가족이 그 국가의 법률에 따라 획득한 어떠한 권리도 손상시키지 아니한다."

국내법상 외국인의 추방과 관련하여 직접적으로 규율하고 있는 것은 출입국관리법 제46조인데, 다음과 같이 정하고 있다.

"① 사무소장 · 출장소장 또는 외국인보호소장은 이 장에 규정된 절차에 따라 다음 각호의 1에 해당하는 외국인을 대한민국밖으로 강제퇴거시킬 수 있다. <개정 1993.12.10, 1996.12.12, 2001.12.29, 2005.3.24>

1. 제7조의 규정에 위반한 자
1의2. 제7조의2의 규정에 위반한 외국인 또는 동조에 규정된 허위초청 등의 행위에 의하여 입국한 외국인
2. 제11조제1항 각호의 1에 해당하는 사유가 입국후에 발견되거나 발생한 자
3. 제12조제1항 · 제2항 또는 제12조의2의 규정에 위반한 자
4. 제13조제2항의 규정에 의하여 사무소장 또는 출장소장이 붙인 조건에 위반한 자
5. 제14조제1항, 제15조제1항 · 제16조제1항 또는 제16조의2제1항의 규정에 의한 허가를 받지 아니하고 상륙한 자
6. 제14조제3항, 제15조제2항 · 제16조제2항 또는 제16조의2제2항의 규정에 의하여 사무소장 · 출장소장 또는 출입국관리공무원이 붙인 조건에 위반한 자
7. 제17조제1항 · 제2항, 제18조, 제20조, 제21조, 제23조, 제24조 또는 제25조의 규정에 위반한 자

8. 제22조의 규정에 의하여 법무부장관이 정한 거소 또는 활동범위의 제한 기타 준수사항을 위반한 자
9. 제28조의 규정에 위반하여 출국하려고 한 자
10. 제31조의 규정에 위반한 자
11. 금고이상의 형의 선고를 받고 석방된 자
12. 그 밖에 제1호 내지 제11호에 준하는 자로서 법무부령이 정하는 자

② 제10조제1항의 규정에 의한 체류자격중 대한민국에 영주할 수 있는 체류자격을 가진 자는 제1항의 규정에 불구하고 대한민국밖으로 강제퇴거되지 아니한다. 다만, 다음 각호의 1에 해당하는 자는 그러하지 아니하다. <신설 2002.12.5>

1. 형법 제2편 제1장 내란의 죄 또는 제2장 외환의 죄를 범한 자
2. 5년 이상의 징역 또는 금고의 형을 선고받고 석방된 자중 법무부령이 정하는 자
3. 제12조의2제1항 또는 제2항의 규정을 위반하거나 이를 교사 또는 방조한 자"

출입국관리법 제46조 1항과 2항 가운데 이주노동자의 추방과 직접적인 관련을 맺고 있는 것은 전자이다. 즉, 동조 1항은 "사무소장・출장소장 또는 외국인보호소장은 이 장에 규정된 절차에 따라 ... 외국인을 대한민국 밖으로 강제 퇴거시킬 수 있다"고 정하면서, 다음과 같은 강제 퇴거의 대상 사유를 예시하고 있다. 따라서 이주노동자는 다음과 같은 사유, 즉 ① 유효한 여권 등의 미소지(제1호), ② 허위 초청 등의 금지 위반(제1의2호), ③ 입국금지 사유의 발견 또는 발생(제2호), ④ 출입국 심사 위반(제3호 및 제9호), ⑤ 선박 등의 제공 금지 위반(제3호), ⑥ 조건부 입국 허가 위반(제4호), ⑦ 상륙 허가 위반(제5호), ⑧ 체류 자격 및 체류 활동 위반(제7호), ⑨ 외국인 고용 제한 위반(제7호), ⑩ 활동 범위 제한 위반(제8호), ⑪ 외국인 등록 위반(제10호), ⑫ 금고 이상의 형의 선고(제11호) 등의 사유에 해당하면 대한민국 영역 밖으로 추방되게 되는 것이다.[10]

(3) 관련 규정의 해석과 쟁점: 추방 금지의 대상과 관련하여

관련 규정에 의하면, 추방 금지의 대상이 되는 자는 각각 '외국인'(자유권규약・출입국관리법)과 '이주동자와 그 가족'(이주노동자권리협약)이다. 그러나 관련 규정들은 그 대상자를 정함에 있어 각각 상이한 점이 있다. 즉, 자유권규약 제13조의 보호를 받아야

10) 외국인 추방과 관련하여 야기되는 법제도적 문제점에 대해서는, 이규창, 『추방과 외국인 인권』(한국학술정보, 2006), 450p.

할 외국인은 '합법적으로 이 규약의 당사국의 영역 내에 있는 외국인'이다. 따라서 당해 외국인이 불법입국자 또는 불법체류자여서는 보호받을 수 없다. 이에 반하여, 출입국관리법 제46조 1항은 단지 '외국인'이라고만 하고 있으나 동법에 의거하여 모든 외국인은 적법한 출입국과 외국인등록절차를 거쳐야 하므로 본조의 해석에 있어서도 이와 동일한 취지로 해석해야 할 것이다. 이에 반하여 이주노동자권리협약 제22조 1항은 자유권규약 제13조와 달리 별다른 단서를 두지 않고 "이주노동자와 그 가족에 대한 집단적 추방 조치는 금지된다"고 하면서, "각 추방사건은 개별적으로 심리되고 결정되어야 한다"고 규정하고 있다. 이 문언을 형식적으로 해석한다면, 협약이 '합법적' 이주노동자와 그 가족만을 금지의 대상으로 로 하는 지, 아니면 '불법적' 이주노동자와 그 가족에 대한 추방까지도 금지의 대상으로 삼고 있는 지 분명하지 않다.

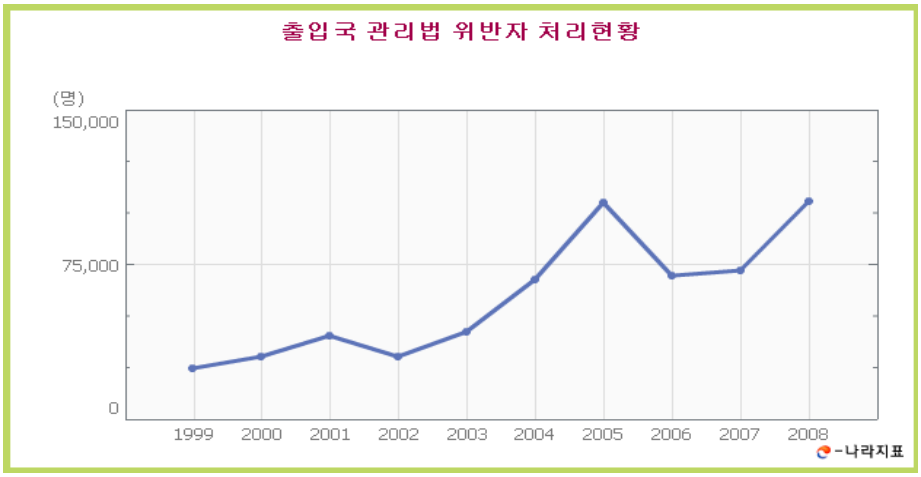
하지만 현실적인 문제로 대두되는 것은 국외로 추방되는 외국인 가운데 불법입국 또는 불법체류를 이유로 추방되는 것이 대부분이라는 사실이다. 우리나라 출입국관리법상 강제퇴거(추방)의 대상이 되는 외국인은 이를테면, 체류기간을 도과하여 체류하는 불법체류자(불법고용의 상태에 있는 미등록외국인노동자 포함)를 말한다. 출입국관리법을 위반한 외국인, 즉 불법체류외국인은 본인의 의사에 반하여 강제적으로 대한민국의 영역 밖으로 추방된다. 아래 [그림 1]과 [표 1]에서 보는 바와 같이, 2008년도 출입국관리법 위반자 총 처리건수는 2007년 72,712명에서 105,743명으로 전년 대비 45.4% 증가하였다. 문제는 정부당국에 적발된 외국인 불법체류자 가운데 중국동포・고려인, 아시아・아프리카 출신의 강제추방(강제퇴거) 비율이 30~40%대인 데 비해 미국・일본 등 소위 강대국 출신의 외국인 강제추방 비율은 1~2%대에 불과하다는 점이다.[11] 결국 이 지표가 시사하는 바는 정부당국이 불법체류자 단속시 이중잣대를 적용하여 국적과 인종을 차별하

11) 2005년 2월 23일 경향신문이 법무부로부터 '2004년 출입국관리법 위반자 국적별 처리현황'을 입수, 분석한 결과에 따르면, 2004년 한해 동안 적발된 아시아(일본 제외) 출신 불법체류자 5만7천7백14명 중 30.3%인 1만7천4백88명이 강제추방됐다.
대륙・국가・민족별 강제추방 비율은 ▲한국계 러시아인(고려인) 45.6%(151명 중 69명) ▲중국동포 31.5%(1만4천8백788명 중 4,693명) ▲아프리카 37.0%(559명 중 207명) ▲남미 34.9%(312명 중 109명) ▲러시아 31.7%(4,021명 중 1,273명) 등이었다. 이에 비해 북미(미국·캐나다), 일본, 유럽은 각각 1.7%(3,482명 중 58명), 2.2%(501명 중 11명), 13.3%(652명 중 87명)에 불과했다.
반면에 강제추방보다 수위가 훨씬 낮은 '출국권고'의 경우 일본·북미·유럽이 각각 24.6%, 22.9%, 14.1%로 ▲고려인 6.0% ▲중국동포 0.7% ▲아시아 1.6% ▲아프리카 1.3% ▲러시아 4.4% ▲남미 8.0% 등에 비해 비율이 훨씬 높았다.

고 있다는 비판을 피할 수 없다.

위에서 알 수 있는 바와 같이, 불법입국자 및 불법체류자에 대해서는 본조의 보호가 일체 부여되지 않게 되면 자유권규약 제13조와 이주노동자권리협약 제22조 1항 및 출입국관리법 제46조 1항의 범위는 상당히 한정되게 된다.

[그림 1] 출입국 관리법 위반자 처리 현황



[표 1] 출입국관리법 위반자 처리 현황

	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
계	9,201	17,245	76,119	36,612	21,247	25,039	30,776	34,602	83,619	25,276	30,555	40,527	30,452	42,906	67,734	105,212	69,674	72,712	105,941
중국	2,005	7,396	27,672	15,199	7,914	7,581	10,833	11,047	24,012	8,798	9,978	13,237	8,410	14,868	25,667	37,619	27,025	27,720	37,304
타이	0	96	1,489	743	360	495	905	860	6,378	464	700	1,108	959	1,771	3,200	6,294	3,101	3,611	7,013
방글라데시	66	133	6,526	3,844	949	1,079	885	923	5,585	507	874	972	343	788	2,384	5,517	2,232	2,219	2,816
필리핀	651	2,145	20,224	4,453	2,054	2,105	2,014	1,823	9,718	1,186	1,603	1,747	1,334	1,829	2,644	4,979	3,069	3,463	5,503
기타	6,479	7,475	20,208	12,373	10,470	13,779	16,139	19,949	37,926	14,321	17,400	23,463	19,406	23,650	33,839	50,803	34,247	35,699	53,305

[출전] 법무부(출입국관리현황자료)

그렇다면 인권의 국제적 보호의 관점에서 불법입국자와 불법체류자에 대해 어떠한 법적 권리를 부여해야 할까?

첫째, 불법입국자에게 자유권규약 제13조와 이주노동자권리협약 제22조 1항의 보장을 부여하지 않는다는 것은, 국외추방이란 일단 그 국가에 입국이 허용된 외국인에 관한 것이고, 불법입국자를 국외퇴거시키는 것은 오히려 '입국거부'의 문제라는 사고방식에 기하고 있다. 그러나 한번 불법입국자가 되어도 그 실태는 천차만별이다. 사실상 장기간에 거쳐 외국에 거주하고, 그곳에 정착한 외국인의 경우, 당해 외국인의 추방에 대하여 아무런 제약도 받지 않는 것은 인권의 국제적 보장의 흐름에 역행하는 처사가 아닐 수 없다.

둘째, 불법체류자에 대해서도 자유권규약 제13조와 이주노동자권리협약 제22조 1항에 의한 보호가 부여되지 않는 것에도 의문이 있다. 현재의 국제법의 원칙에 의하면, 외국인이 타국에 입국하는 자유와 현재 체류 중인 외국인이 계속하여 체류할 것을 요구하는 권리는 보장되어 있지 않다. 이처럼 외국인은 일정 기간을 나누어 체류자격을 얻고 있으며, 그 기간을 경과한 경우에는 체류자격의 갱신 없이 연장되지 않는 한 불법체류자로서 그 국가로부터 퇴거하지 않으면 안된다. 따라서 체약국이 영역 내에 있는 외국인을 추방하려고 하는 경우, 동인의 체류기간의 만기가 임박하다면 추방처분을 하지 않고 기간 만료를 기다리는 것이 합당하다. 하지만 현실적으로 체약국이 체류허가기간의 갱신을 허가하지 않고 불법체류자가 된 후 자유권규약 제13조와 이주노동자권리협약 제22조 1항에 의한 보호를 동인에게 부여하지 않고 추방하는 것을 막을 수도 없다는 점은 여전히 문제로 남아 있다.

셋째, 불법체류자 가운데는 체류기간 갱신과 관련된 신청절차가 끝났다면 당연히 허가될 예정이기 때문에 신청절차를 소홀히 하는 경우도 적지 않다. 이 경우, 이러한 외국인에 대해서까지 자유권규약 제13조와 이주노동자권리협약 제22조 1항에 의한 보장을 인정하지 않는 것은 너무 가혹하다고 판단된다.

그리고 마지막으로, 문언의 해석상으로는 다소 무리가 있지만 자유권규약 제13조의 '합법적으로 이 규약의 당사국의 영역 내에 있는 외국인'을 '... 있은 외국인'을 포함하는 의미로 해석할 수는 없을까? 그와 같이 해석한다면, 불법체류자도 본조의 보장을 받게 된다. 더불어 이주노동자권리협약 제22조 1항을 해석함에 있어서도 합법 혹은 불법 여부를 묻지 않고 일정 기간을 취업국에 있은 이주노동자와 그 가족은 추방되지 않고 법

적인 보호를 받게 된다. 이렇게 해석하여도 본조의 취지에 크게 반하는 것은 아니라고 생각된다.

2. 이주노동자와 그 가족의 신체의 자유

(1) 신체의 자유에 대한 외국인 인권의 보호

이주노동자의 구금과 관련하여 발생한 가장 충격적인 사건은 2007년 2월 11일 전남 여수시 화장동 여수출입국관리소의 외국인 보호시설에서 발생한 화재사고일 것이다. 당시 출입국 보호소는 쇠창살이 설치되어 있었고 밖에서 열쇠로 잠겨져 있었다. 결국 쇠창살 열쇠를 꺼내지 못하고 불길에 오랫동안 갇혀 버린 이주노동자들이 연기에 질식하여 10명이 숨지고, 18명의 부상자가 발생했다. 여수 출입국관리소 화재 피해자들은 여전히 한국을 떠나지 못하고 있다. 병원 치료도 자비로 하고 있는 실정이다.

현재 국내에는 약 60만 명의 이주노동자가 있는 것으로 추정되고 있으며, 그 가운데 약 23만 명은 불법 체류자의 상태에 있다. 이명박 대통령은 2008년 3월 법무부 업무보고 자리에서 "불법체류자 추가 발생을 차단하고, 5년 내에 불법체류자를 출국시키는 한편 불법체류자의 신원을 정확히 파악하라"고 지시했다. 이 지시 후 당국은 관련 부처 합동 단속반을 편성하고 대대적인 단속과 강제추방을 실시하고 있다.

2008년 9월 30일 법무부가 일부 국회의원에게 제출한 국감자료에 의하면, 2008년 7월까지 당국에 단속된 불법체류 외국인은 18,412명으로 이 중 체류 허가를 얻지 못한 외국인 14,368명이 강제 출국되었다.[12)]

문제는 당국에 의한 기습단속과정에서 이주노동자에 대한 심각한 인권유린이 발생되고 있다는 점이다. 일례를 들어, 법무부가 2008년 11월 12일 출입국, 경찰 합동으로 단속반을 구성해 경기도 남양주시 소재 마석가구공단에 거주하는 이주노동자를 대규모 집중단속하는 과정에서 인권 침해가 야기되었다. 이에 대해 국가인권위원회는 법무부장관에게 ① 과잉진압 등 단속 관행을 시정하고, ② 재발방지 대책을 수립할 것과 ③ 단속에 참여한 출입국사무소 조사과 직원들에 대한 성희롱 교육 시행을 권고했다.[13)]

---

12) 연합뉴스 2008.9.30자 기사 "이명박 대통령 지시 후 단속·추방 급증"

13) 법무부는 마석가구공단에서 실시된 외국인근로자에 대한 집중단속은 법질서 유지를 위한 불가피한 조

위의 사례에서 볼 수 있는 바와 같이, 이주노동자의 단속과 체포, 그리고 구금 과정에서 국제인권법상 보장되고 있는 신체의 자유에 관한 기본적 권리가 보장되고 있지 않으며, 그들의 인권이 침해되고 있다. 자유권규약 제9조 1항은 “모든 사람은 신체의 자유와 안전에 대한 권리를 가진다”고 정하고 있고, 이주노동자권리협약 제16조 1항도 “이주노동자와 그 가족은 신체의 자유와 안전에 대한 권리를 가진다”는 것을 분명히 밝히고 있다. 우리 헌법은 제12조 1항에서 “모든 국민은 신체의 자유를 가진다”고 하여 형식상으로는 신체의 자유를 향유할 주체를 ‘모든 국민’으로 한정하고 있지만 헌법상 외국인의 자유권적 기본권의 주체성은 일반적으로 인정되고 있다.[14] 따라서 자유권적 기본권의 핵심인 신체의 자유의 문제는 이주노동자와 그 가족들의 기본권 보장에 있어 아주 중요한 이슈라고 할 수 있다.

(2) 관련 규정

신체의 자유와 관련하여 세계인권선언과 자유권규약, 그리고 아동권리협약 등은 비교적 상세한 규정을 두고 있다. 본고에서는 이 가운데 신체의 자유와 직접적인 관련성이 높은 조항만 인용한다.

제9조 [신체의 자유]

1. 모든 사람은 신체의 자유와 안전에 대한 권리를 가진다. 누구든지 자의적으로

처였고, 단속과정에서도 외국인근로자의 인권을 침해한 일은 없었다고 주장했다.
그러나 국가인권위원회 조사결과, △출입국사무소 단속반원들이 기숙사 문을 부수고 잠을 자고 있는 여성외국인들을 강제로 연행한 점, △단속한 외국인이 도주 과정에서 입은 수술을 요하는 수준의 무릎 인대 상처의 고통을 수차례 호소했지만 묵살했던 점, △단속반원들이 추격하는 과정에서 피해자가 부상을 입었지만 이에 대한 의료조치 등을 취하지 않은 점, △단속반원들이 외국인들에 대한 긴급보호를 집행하면서 긴급보호 취지 고지를 강제력 행사가 개시되기 직전이나 직후가 아닌, 단속차량 탑승 후에 하는 점, △단속반원들이 단속 시 사업주 동의를 받지 않고 무단으로 진입하는 점, △여성외국인들이 호송차량에 장시간 대기하면서 화장실에 가고 싶다고 요구하자 화장실이 아닌 옥외에서 용변을 보게 한 행위 등에 대하여, 국가인권위원회는 헌법 제12조 신체의 자유, 헌법 제10조 행복추구권, 헌법 제17조 사생활 보호 침해 행위라고 판단하였다. 국가인권위원회 보도자료, 2009. 3. 10, “인권위, 외국인근로자 단속과정에서 인권침해 시정 권고”

14) 다만 생존권적 기본권 혹은 사회적 기본권까지도 외국인에게 당연히 보장되어야 한다는 견해는 일반적으로 수용되고 있지 못하다.

체포되거나 또는 억류되지 아니한다. 어느 누구도 법률로 정한 이유 및 절차에 따르지 아니하고는 그 자유를 박탈당하지 아니한다.

2. 체포된 사람은 누구든지 체포시에 체포이유를 통고받으며, 또한 그에 대한 피의 사실을 신속히 통고받는다.
3. 형사상의 죄의 혐의로 체포되거나 또는 억류된 사람은 법관 또는 법률에 의하여 사법권을 행사할 권한을 부여받은 기타 관헌에게 신속히 회부되어야 하며, 또한 그는 합리적인 기간 내에 재판을 받거나 또는 석방될 권리를 가진다. 재판에 회부되는 사람을 억류하는 것이 일반적인 원칙이 되어서는 아니되며, 석방은 재판 기타 사법적 절차의 모든 단계에서 출두 및 필요한 경우 판결의 집행을 위하여 출두할 것이라는 보증을 조건으로 이루어질 수 있다.
4. 체포 또는 억류에 의하여 자유를 박탈당한 사람은 누구든지, 법원이 그의 억류의 합법성을 지체없이 결정하고, 그의 억류가 합법적이 아닌 경우에는 그의 석방을 명령할 수 있도록 하기 위하여, 법원에 절차를 취할 권리를 가진다.
5. 불법적인 체포 또는 억류의 희생이 된 사람은 누구든지 보상을 받을 권리를 가진다.

제10조 [피구금자의 처우]

1. 자유를 박탈당한 모든 사람은 인도적으로 또한 인간의 고유한 존엄성을 존중하여 취급된다.
2. (a) 피고인은 예외적인 사정이 있는 경우를 제외하고는 기결수와 격리되며, 또한 유죄의 판결을 받고 있지 아니한 자로서의 지위에 상응하는 별도의 취급을 받는다.

   (b) 미성년 피고인은 성인과 격리되며 또한 가능한 한 신속히 재판에 회부된다.
3. 교도소 수감제도는 재소자들의 교정과 사회복귀를 기본적인 목적으로 하는 처우를 포함한다. 미성년 범죄자는 성인과 격리되며 또한 그들의 연령 및 법적 지위에 상응하는 대우가 부여된다.

제11조 [민사구금의 금지]

어느 누구도 계약상 의무의 이행불능만을 이유로 구금되지 아니한다.

이주노동자권리협약도 제16조~제20조에서 신체의 자유와 관련하여 상세한 규정을 두고 있다.

제16조

1. 이주노동자와 그 가족은 신체의 자유와 안전에 대한 권리를 가진다.
2. 이주노동자와 그 가족은 공무원, 개인, 사인집단 또는 기관 등 그 누구에 의한 폭력, 상해, 협박 및 위협에 대하여도 국가의 효과적인 보호를 받을 권리를 가진다.
3. 법집행 공무원에 의한 이주노동자와 그 가족의 신원 확인은 법률에 의하여 규정된 절차에 따라 실시되어야 한다.
4. 이주노동자와 그 가족은 단독으로든 집단적으로든 자의적으로 체포되거나 억류되지 아니한다. 그들은 법률에 규정된 이유 및 절차에 따르지 아니하고는 그들의 자유를 박탈당하지 아니한다.
5. 체포당하는 이주노동자와 그 가족은 체포시에 가능한 한 그들이 이해할 수 있는 언어로 체포이유를 통고받으며, 그들에 대한 피의사실을 그들이 이해할 수 있는 언어로 신속히 통고받는다.
6. 형사상의 죄의 혐의로 체포되거나 억류된 이주노동자와 그 가족은 법관 또는 법률에 의하여 사법권을 행사할 권한을 부여받은 기타 관헌에게 신속히 회부되어야 하며, 또한 합리적인 기간 내에 재판을 받거나 또는 석방될 권리를 가진다. 재판에 회부된 사람을 억류하는 것이 일반적인 원칙이 되어서는 아니되며, 석방은 재판, 기타 사법적 절차의 모든 단계에서의 출두 및 필요한 경우 판결의 집행을 위하여 출두할 것이라는 보증을 조건으로 할 수 있다.
7. 이주노동자나 그 가족이 체포되거나, 재판에 회부되어 교도소 또는 구치시설에 수용되거나, 기타 어떤 형태로든 억류되어 있을 때,
   (a) 본인의 요구가 있으면 체포 또는 억류 사실과 그 이유가 출신국 또는 이익대표국의 영사 또는 외교당국에 지체없이 통고되어야 한다.
   (b) 해당자는 위의 당국자와 통신할 권리를 가진다. 위의 당국자에 대한 해당자의 통신은 지체없이 전달되어야 하며, 또한 그도 위의 당국자로부터의 통신을 지체없이 받을 권리를 가진다.
   (c) 해당자는 이상의 권리와 관련국가간에 적용 가능한 해당 조약에서 비롯되는 위의 당국자와 연락하고, 면회하고, 법률적 변호를 위하여 그들과 함께 조치를 취할 권리 등을 지체없이 고지받아야 한다.
8. 체포 또는 억류에 의하여 자유를 박탈당한 이주노동자와 그 가족은 법원이 그 억류의 합법성을 지체없이 결정하고 억류가 합법적이 아닌 경우에는 석방을 명령할 수 있도록 하기 위하여 법원에 절차를 취할 권리를 가진다. 그들이 절차에 참가할 때, 사용되는 언어를 이해하지 못하거나 말할 수 없는 경우에는 통역인의 조력을 받으며, 필요하다면 비용은 무상으로 한다.

9. 위법하게 체포되거나 억류된 이주노동자와 그 가족은 집행 가능한 보상을 받을 권리를 가진다.

제17조

1. 자유를 박탈당한 이주노동자와 그 가족은 인도적으로 그리고 인간 고유의 존엄성과 그들의 문화적 독자성을 존중받으며 처우되어야 한다.
2. 기소된 이주노동자와 그 가족은 예외적인 사정이 있는 경우를 제외하고는 기결수와 분리되어야 하며, 유죄의 판결을 받고 있지 아니한 자로서의 지위에 상응하는 별도의 취급을 받는다. 미성년 피고인은 성인과 분리되어야 하며, 또한 가능한 한 신속히 재판에 회부된다.
3. 이주에 관한 규정을 위반하여 통과국 또는 취업국에서 억류된 이주노동자와 그 가족은 가능한 한 기결수 또는 재판계류 중인 피억류자와는 분리되어 취급되어야 한다.
4. 법원이 과한 형벌로서 구금이 집행 중일 때 이주노동자와 그 가족의 대우의 기본적인 목적은 그들의 교정 및 사회복귀에 두어야 한다. 소년범은 성인과는 분리되어야 하며, 그 연령과 법적 지위에 상응하는 대우가 부여된다.
5. 억류 또는 구금기간 중 이주노동자와 그 가족은 가족의 면회에 관하여 그 나라의 국민과 동등한 권리를 향유한다.
6. 이주노동자가 자유를 박탈당할 때마다 해당국의 권한 있는 당국은 그의 가족, 특히 배우자 및 미성년의 자녀에게 초래될 수 있는 문제에 유의하여야 한다.
7. 취업국 또는 통과국의 현행 법률에 따라 억류 또는 구금된 이주노동자와 그 가족은 같은 상황의 당해국의 국민과 동등한 권리를 향유한다.
8. 이주노동자 또는 그 가족이 이주에 관한 법률 위반을 확인하기 위하여 억류된 경우 그는 그에 따른 비용을 부담하지 아니한다.

제18조

1. 이주노동자와 그 가족은 법원에서 그 나라의 국민과 평등한 권리를 가지다. 그 사람은 형사상의 죄 또는 소송상의 권리, 의무의 결정시에 법률에 의하여 설립된 권한 있고 독립적인 공평한 법원에 의하여 공정한 공개심리를 받을 권리를 가진다.
2. 형사상의 범죄로 기소된 이주노동자와 그 가족은 법률에 따라 유죄가 입증될 때까지 무죄로 추정받을 권리를 가진다.
3. 이주노동자와 그 가족은 그에 대한 형사상의 죄를 결정함에 있어서 적어도 다음과 같은 보장을 받을 권리를 가진다.

(a) 그에 대한 기소의 성질과 이유에 대하여 그가 이해하는 언어로 신속하고 상세하게 통고받을 것.
(b) 방어 준비를 위하여 충분한 시간과 편의를 가질 것과 본인이 선임한 변호인과 연락을 취할 수 있을 것.
(c) 부당하게 지체됨이 없이 재판을 받을 것.
(d) 본인의 출석하에 재판을 받으며, 직접 또는 본인이 선임한 자의 법적 조력을 통하여 변호할 것. 만약 법적 조력을 받지 못하는 경우 변호인의 조력을 받을 권리에 대하여 통지받을 것. 사법상의 이익을 위하여 필요한 경우 법적 조력이 그에게 주어지도록 할 것이며, 충분한 지불수단을 가지고 있지 못한 경우 무료로 제공될 것.
(e) 자기에게 불리한 증인을 심문하거나 또는 심문받도록 할 것과 자기에게 불리한 증인과 동일한 조건으로 자기를 위한 증인을 출석시키도록 하고, 또한 심문받도록 할 것.
(f) 법정에서 사용되는 언어를 이해하지 못하거나 또는 말할 수 없는 경우에는 무료로 통역의 조력을 받을 것.
(g) 자기에게 불리한 진술 또는 유죄의 자백을 강요당하지 아니할 것.

4. 미성년자의 경우에는 그 절차가 그들의 연령과 그들의 갱생을 촉진하고자 하는 요망을 고려한 것이어야 한다.
5. 유죄판결을 받은 이주노동자와 그 가족은 법률에 따라 그 판결 및 형벌에 대하여 상급법원에서 재심을 받을 권리를 가진다.
6. 이주노동자와 그 가족이 확정판결에 의하여 유죄판결을 받았으나, 그 후 새로운 사실 또는 새로 발견된 사실에 의하여 오심이 있었음이 결정적으로 입증됨으로써 그에 대한 유죄판결이 파기되었거나 또는 사면을 받았을 경우에는 유죄판결의 결과 형벌을 받은 자는 법률에 따라 보상을 받는다. 단 그 알지 못한 사실이 적시에 밝혀지지 않은 것이 전체적 또는 부분적으로 그에게 책임이 있었다는 것이 증명된 경우에는 그러하지 아니하다.
7. 어떠한 이주노동자나 그 가족도 각국의 법률 및 형사절차에 따라 이미 확정적으로 유죄 또는 무죄선고를 받은 행위에 관하여는 재차 재판 또는 처벌을 받지 아니한다.

제19조

1. 이주노동자와 그 가족은 행위시에 국내법 또는 국제법에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 작위 또는 부작위를 이유로 유죄로 되지 아니하며, 범죄가 행하여진 때에 적용될 수 있는 형벌보다도 중한 형벌을 받지 아니한다. 범죄인은 범죄

가 행하여진 후에 보다 가벼운 형을 부과하도록 하는 규정이 법률에 정하여진 경우에는 그 혜택을 받는다.

2. 이주노동자 또는 그 가족이 범한 범죄에 형벌을 부과할 때에는 이주노동자의 지위, 특히 체류와 취업의 권리에 대한 인도적인 배려가 주어져야 한다.

제20조

1. 어떠한 이주노동자나 그 가족도 계약상의 의무의 불이행만을 이유로 구금되지 아니한다.
2. 어떠한 이주노동자나 그 가족도 근로계약에 따른 의무를 이행하지 못하였다는 것만을 이유로 체류허가 또는 취업자격을 박탈당하지 아니하며, 퇴거강제 당하지 아니한다. 단, 당해 의무 이행이 체류허가나 취업자격의 요건인 경우에는 그러하지 아니하다.

헌법 제12조는 신체의 자유에 대한 규정이다. 국내법상 신체의 자유에 대해서는 헌법 제12조 이 외에도 형사소송법과 국가배상법 등도 관련이 있고, 외국인의 신체의 자유에 대해서는 출입국관리법도 적용된다.

헌법 제12조

① 모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.

② 모든 국민은 고문을 받지 아니하며, 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다.

③ 체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다. 다만, 현행범인인 경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 사후에 영장을 청구할 수 있다.

④ 누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다. 다만, 형사피고인이 스스로 변호인을 구할 수 없을 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가가 변호인을 붙인다.

⑤ 누구든지 체포 또는 구속의 이유와 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 고지받지 아니하고는 체포 또는 구속을 당하지 아니한다. 체포 또는 구속을 당한 자의 가족등 법률이 정하는 자에게는 그 이유와 일시·장소가 지체없이 통지되

어야 한다.

⑥ 누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 적부의 심사를 법원에 청구할 권리를 가진다.

⑦ 피고인의 자백이 고문·폭행·협박·구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법에 의하여 자의로 진술된 것이 아니라고 인정될 때 또는 정식재판에 있어서 피고인의 자백이 그에게 불리한 유일한 증거일 때에는 이를 유죄의 증거로 삼거나 이를 이유로 처벌할 수 없다.

출입국관리법 제27조 (여권등의 휴대 및 제시)

① 대한민국에 체류하는 외국인은 항상 여권 · 선원신분증명서 · 외국인입국허가서 · 외국인등록증 또는 상륙허가서(이하 "여권등"이라 한다)를 지니고 있어야 한다. 다만, 17세미만인 외국인의 경우에는 그러하지 아니하다. <개정 2005.3.24>

② 제1항 본문의 외국인은 출입국관리공무원 또는 권한있는 공무원이 그 직무를 수행함에 있어 여권등의 제시를 요구한 때에는 이에 응하여야 한다.

(3) 관련 규정의 해석과 쟁점

신체의 자유와 관련한 규정 가운데 본고에서는 자유권규약 제9조, 이주노동자권리협약 제16조 및 대한민국 헌법 제12조를 중심으로 해석하고 그 쟁점에 대해 분석하기로 한다. 이 조항들은 세계인권선언 제3조・제8조・제9조를 구체화한 것으로서 부당하게 신체를 구속받지 않을 자유, 즉 신체의 자유에 관한 기본적인 규정이라고 할 수 있다. 또한 본 조항들은 형사절차에서의 신체의 구속만이 아니라 형사절차 이외의 행정절차 등에 의한 신체의 구속에 대해서도 적용이 된다.

① 신체의 자유와 법정절차의 보장

자유권규약 제9조 1항, 이주노동자권리협약 제16조 1항・4항 및 헌법 제12조 1항은 공히 신체의 자유와 법정절차의 보장에 대해 정하고 있다.

모든 사람은 신체의 자유와 안전에 대한 권리를 가지며, 이는 이주노동자와 그 가족도 마찬가지이다. 그러므로 누구든지 자의적으로 체포되거나 또는 억류되지 아니하며,[15]

15) 체포(arrest)와 억류(detention)는 '사람의 신체를 구속하고, 그 행동의 자유를 박탈하는 것'이지만 '체포'가 일시적인 신체의 구속을 의미하는 것에 대하여 '억류'는 계속적으로 신체를 구속하는 것을 의미한

어느 누구도 법률로 정한 이유 및 절차에 따르지 아니하고는 그 자유를 박탈당하지 아니한다. 우리 헌법은 제12조 1항 2문에서 보다 구체적으로 누구든지 법률에 의하지 아니하고는 “체포・구속・압수・수색 또는 심문을 받지 아니하며”라고 규정하고 있다. 또한 동조 3항 1문에서는 “체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다”고 정하고 있다. 하지만 동조 동항 2문에서는 “다만, 현행범인인 경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 사후에 영장을 청구할 수 있다”고 하여 예외를 인정하고 있다. 그리고 자유권규약 제9조 1항 2문과 이주노동자권리협약 제16조 4항 1문은 ‘자의적으로’라는 문언을 사용하고 있다. 이 문언의 의미는 단지 ‘법적 근거가 없이’ 혹은 ‘위법하게’라는 의미만이 아니라 ‘부당하게’ 혹은 ‘정의에 반하여’라는 의미를 포함하고 있다고 보아야 한다. 따라서 이 해석에 따르면, 법무부와 경찰 등이 합동단속반을 구성하여 ‘합법 혹은 불법’ 여부를 묻지 않고 무차별적으로 행하는 이주노동자 긴급 단속은 그들의 기본권을 침해할 가능성이 농후하다. 헌법 제12조 1항 3문은 현행범인인 경우와 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때는 영장 없이 우선 체포・검거할 수 있다는 것을 인정하고 있다. 따라서 합동단속반에 의한 이주노동자들의 체포와 검거는 그들이 ‘현행범인’ 또는 ‘3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있”으므로 당연히 영장없이 체포・검거할 수 있는 것이다. 그러나 이와 같은 행위는 누구든지 ‘자의적으로’ 체포 되거나 억류되어서는 안된다는 자유권규약 제9조 1항 2문과 이주노동자권리협약 제16조 4항 1문에 위배될 여지가 있다. 왜냐하면 위의 해석에서 보듯이 ‘자의적으로’라는 의미는 ‘법적 근거가 없이’ 혹은 ‘위법하게’라는 의미만이 아니라 ‘부당하게’ 혹은 ‘정의에 반하여’라는 의미를 포함하고 있으므로 합동단속반에 의한 체포와 검거는 후2자의 의미에 벗어나는 것이다.

그리고 자유권규약 제9조 1항 3문과 이주노동자권리협약 제16조 4항 2문 및 헌법 제12조 2문 후단은 소위 법정절차조항이다. 하지만 동 조문들은 절차만이 아니라 체포・억류의 ‘이유’를 법정(法定)할 것을 요구하고 있고, 또한 형사절차에 있어서의 죄형법정주의 원칙도 포함한 규정이라고 해석해야 한다.

그리고 주의를 요하는 것은, 자유권규약 제9조 1항, 이주노동자권리협약 제16조 1항・

다는 데 그 차이가 있다.

4항 및 헌법 제12조 1항은 형사절차만이 아니라 널리 행정절차 등에도 적용되는 것이다. 본 조항들이 행정절차 등에도 적용된다면, 행정목적에 의한 미성년자의 보호처분, 전염병자・마약중독자 등의 입원조치 및 불법입국자의 퇴거강제를 위한 수용 등에도 적용되게 된다.

② 체포시의 절차

일반적으로 체포의 '이유'란 형사절차를 예로 들면, 어떤 죄라고 하는 경우 용의죄명(容疑罪名)을 의미하고, 구체적인 피의사실이나 체포의 필요성은 포함되지 않는다. 그리고 '피의사실'이란 형사절차를 예로 들면, 어떤 죄라고 하는 용의죄명의 구체적 내용, 즉, 범죄의 일시, 장소 및 피해상황 등 용의사실을 구체적으로 특정하는 데 필요한 사항을 말한다.

자유권규약 제9조 2항과 이주노동자권리협약 제16조 5항은 누구든지 체포시 체포이유를 통고받으며, 또한 그에 대한 피의사실을 신속하게 통고받을 권리가 있음을 규정하고 있다. 이에 부가하여 이주노동자권리협약은 이주노동자와 그 가족이 외국인이라는 점을 감안하여 체포시에 '가능한 한' 그들이 이해할 수 있는 언어로 체포 이유를 통고받고, 피의사실에 대해서는 '그들이 이해할 수 있는 언어로' '신속하게' 통고받는다고 규정하고 있다. 체포 이유는 '가능한 한'이라는 단서를 두어 '그들이 이해할 수 있는 언어'로 통고할 수 있다고 한 반면, 피의사실은 '그들이 이해할 수 있는 언어'로, 또한 '신속하게' 통고되어야 한다. 이에 대해 헌법은 명시적 규정을 두고 있지 않으나 '구속과 이유의 고지'라는 제하에 형사소송법 제72조는 "피고인에 대하여 범죄사실의 요지, 구속의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명할 기회를 준 후가 아니면 구속할 수 없다"고 정하고 있다. 하지만 이주노동자와 관련하여 검토해보면, 피의사실보다는 체포 이유에 대한 설명이 현실적으로 더 긴요하다. 형사피의자로서 형사 절차가 진행 중인 경우에는 위 형사소송법 제72조에 의거하여 "국어에 통하지 아니하는 자의 진술에는 통역인으로 하여금 통역하게 하여야 한다"는 동법 제180조의 적용을 받을 수 있다. 그러나 이주노동자와 그 가족들의 경우에는 단속시 그 체포와 억류의 이유에 대해 '반드시'('가능한 한'이 아니라) '그들이 이해할 수 있는 언어'로 통고를 받아야 하며, 필요한 경우에는 통역을 받아야 할 것이다.[16]

자유권규약 제9조 2항과 이주노동자권리협약 제16조 5항도 형사절차에 한하지 않고 행정절차에도 적용된다고 해석해야 한다. 행정절차에 의한 신체의 구속의 경우도 이에 준하여 해석해야 한다.

③ 형사절차에서의 억류 및 석방

자유권규약 제9조 3항과 이주노동자권리협약 제16조 6항은 형사절차에서의 억류 및 석방에 대해 상세하게 정하고 있다. 이에 반해 헌법 제12조 6항은 "누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 적부의 심사를 법원에 청구할 권리를 가진다"고 하여 간단하게 정하고 있다.

자유권규약 제9조 3항과 이주노동자권리협약 제16조 6항은 '형사상의 죄의 혐의로 체포되거나 또는 억류된 자'에 대해 정하고 있다. 따라서 동 조항들은 행정절차에는 적용되지 않고, 형사절차에만 적용되는 규정이다.

자유권규약 제9조 3항과 이주노동자권리협약 제16조 6항의 전단 가운데 '재판을 받는

16) 하지만 단속반의 이주노동자 단속 과정에서 그 이유를 설명하지 않고 체포와 억류를 하는 사례는 흔히 발견된다.
[사례 1] 2008년 1월 30일 화성 외국인보호소에서 강제 연행되어 곧바로 인천공항에서 추방된 네팔 이주노동자 수바수씨의 증언을 그 일례로 들 수 있다.
"면회를 마치고 (보호소) 방에 돌아가자(오전 10시 30분 경) 다시 면회가 왔다고 했다. 밖으로 나가자 3명이 덤벼들어 팔과 다리를 잡아 어떤 방으로 집어넣었다. 직원들이 "너 오늘 가야된다"고 했고, "내가 왜 오늘 가야 되는데"라고 말하자 뒤에서 누군가 다리를 가격해 나를 넘어뜨렸다. 내가 쓰러지자마자 10명이 달려들어 손발을 묶고 테이프로 입을 틀어막았다. 밧줄로 몸과 다리를 묶고 눈도 가리고 어딘가에 태웠다. 공항에 내려서 보니 내가 타고 온 차는 보호소 안으로 빵을 운반하는 탑차였다. 공항에서 나는 거세게 항의했고, 이 때문에 공항 안에 있던 사람들은 모두 우리를 쳐다보았다. 내가 항의하자 다시 2명이 나를 잡고 가뒀다...저녁 8시 반에 비행기(방콕행 9시 출발)를 탔다. 내가 (비행기에서) 저항하자 다시 내려 비행기가 이륙하기 직전에 나를 태웠다. 출입국 직원 두 명이 나와 동행했다. 태국에 도착해서 전화도 하지 못하게 했다. 나는 겨우 내 옆을 지나가는 네팔 학생에게 친구의 전화번호를 알려주고 연락을 해달라고 부탁했다. 나는 네팔행 비행기를 탈 때까지 어떤 독방에 구금돼야 했다. 오늘 아침 10시(한국시간 3:30) 네팔에 도착했다. 다행히 네팔 현지 시간 12시에 네팔노총 활동가들이 나를 마중 나왔다. 정말 끔찍한 과정이었다." 제공: 이주노조 표적탄압분쇄 비상대책위 (http://cafe.naver.com/freemigrants/160)
하지만 이에 대해 화성 외국인보호소는 사실 확인 요청에 공식적인 답변을 하지 않았다.
[사례 2] 이와 같은 문제는 위에서 살펴 본 경기 남양주시 마석가구공단의 미등록 이주노동자 집중단속 과정에서도 여실히 드러났다. '토끼몰이식' 단속이 아니냐는 비판이 제기되자 법무부는 "법질서 유지를 위한 불가피한 조처였고 단속 과정에서도 외국인의 인권을 침해한 일은 없었다"고 해명했다. 하지만 국가인권위원회는 사업주의 동의 없이 건물에 진입했고, '미란다 원칙'을 강제력 행사 직전이나 직후가 아닌 호송차량 탑승 뒤에야 알렸으며, 외국인 여성에게 화장실이 아닌 바깥에서 용변을 보도록 한 사실 등을 확인했다고 밝혔다.

다'란 공판에 회부되는 것, 즉 정식으로 기소되는 것을 의미한다. 합리적인 기간 내에 기소되지 않은 용의자는 즉시 석방되어야 한다. 이는 영미법의 예비심문의 절차를 예상한 규정이라고 생각되지만 예비심문제도가 없는 국가에 대해서도 적용되는 것은 당연하다.

그리고 '합리적인 기간 내'란 어느 정도의 기간을 의미할까가 문제가 된다. 영문에서는 within a reasonable time으로 되어 있지만 기소권자의 기소의 필요성과 용의자의 인권을 어느 선까지 조정해야 할까의 문제로 귀착한다고 생각한다. 기소권자는 그 사이에 증거를 수집하고, 공판을 유지할 수 있을까, 또 공판에 회부할까 여부를 판단해야 한다. 반면, 용의자는 하루라도 자유롭게 있고 싶어 하고, 또 자유로운 상태에 있게 해야 한다. 그러나 '합리적인 기간'을 며칠 동안으로 보아야 할까에 관한 일반적 결론을 도출하는 것은 불가능하다. 다만 우리나라의 경우를 살펴보면, 형사소송법은 형사피의자는 구속된 날로부터 최대 30일 이내 검사에 의해 기소되지 않으면 석방되어야 한다고 규정하고 있으므로 '합리적 기간'은 30일이라고 할 수 있다.[17]

자유권규약 제9조 3항과 이주노동자권리협약 제16조 6항 후단은 기소된 피고인이라고 해도 원칙적으로 신체를 구속할 수는 없고, 석방을 원칙으로 해야 한다는 것을 규정한 것이다. 다만, 석방에는 재판을 위하여, 또한 필요한 경우에는 판결의 집행을 위하여 출두하는 것을 조건으로 할 수 있다.

④ 인신보호절차

자유권규약 제9조 4항과 이주노동자권리협약 제16조 8항은 인신보호절차에 대한 정한 것이다. 즉, 법률상 정당한 절차에 의하지 않고 신체의 구속이 행해지는 경우에 그 구속으로부터 구제하는 것을 목적으로 한 것이다. 여기에서 말하는 '체포 또는 억류'는 형사절차에 의한 것만이 아니라 그 이외의 행정절차에 의한 것도 포함한다. 나아가 사인에 의한 위법한 체포・감금도 포함한다.

자유권규약 제9조 4항과 이주노동자권리협약 제16조 8항은 인신보호절차를 취할 권

17) 이에 대해서는 형사소송법 제202조, 제203조 및 제205조에서 정하고 있다. 즉, 형사피의자는 경찰에 의해 구속된 날로부터 10일 이내 검사에게 인치해야 하고(제202조), 검사는 10일 이내 공소를 제기해야 한다. 만일 공소를 제기하지 아니하면 석방하여야 한다(제203조). 다만, 검사의 신청이 있는 경우, 지방법원판사는 10일을 초과하지 않는 한도에서 그 구속기간을 1차에 한하여 허가할 수 있다.(제205조 1항).

리를 신체의 구속을 받은 본인에 대해서만 인정하고 있지만 입법례로서는 본인을 위하여 제3자가 이 절차를 취할 권리를 인정하고 있는 것이 많다. 우리나라의 「인신보호법」 제3조도 상당히 다양한 자가 이 절차를 취할 수 있다고 정하고 있다.[18] 이 점에 있어서 자유권규약과 이주노동자권리협약은 철저하지 못하다. 신체의 구속을 받고 있는 자 자신이 인신보호의 절차를 취하는 것은 사실상 대단히 곤란하다는 것은 말할 필요도 없다. 그 의미에서 어느 누구라도 이 절차를 개시할 수 있도록 하는 것이 타당할 것이다.

⑤ 위법한 구속에 대한 배상

자유권규약 제9조 5항과 이주노동자권리협약 제16조 9항은 불법적으로 체포 또는 억류된 자는 손해배상을 받을 권리가 있다는 취지를 규정하고 있다. 특히 이주노동자와 그 가족에 대해서는, 이주노동자권리협약 제83조 1항 (a)호는 "이 협약에서 인정되는 권리 또는 자유를 침해당한 자에 대하여, 그러한 침해가 공무집행에 의하여 진행된 것이라고 할지라도 효과적인 구제조치를 받을 수 있도록 보장한다"고 정하고 있다. 이에 대해 우리 헌법은 제28조,[19] 제29조[20] 및 제30조[21]에서 규정하고 있다.[22]

---

18) 제3조 (구제청구) 피수용자에 대한 수용이 위법하게 개시되거나 적법하게 수용된 후 그 사유가 소멸되었음에도 불구하고 계속 수용되어 있는 때에는 피수용자, 그 법정대리인·후견인·배우자·직계혈족·형제자매·동거인·고용주(이하 "구제청구자"라고 한다)는 이 법으로 정하는 바에 따라 법원에 구제를 청구할 수 있다. 다만, 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 상당한 기간 내에 그 법률에 따른 구제를 받을 수 없음이 명백하여야 한다.

19) 제28조 "형사피의자 또는 형사피고인으로서 구금되었던 자가 법률이 정하는 불기소처분을 받거나 무죄판결을 받은 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가에 정당한 보상을 청구할 수 있다."

20) 제29조 "① 공무원의 직무상 불법행위로 손해를 받은 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가 또는 공공단체에 정당한 배상을 청구할 수 있다. 이 경우 공무원 자신의 책임은 면제되지 아니한다.
② 군인·군무원·경찰공무원 기타 법률이 정하는 자가 전투·훈련등 직무집행과 관련하여 받은 손해에 대하여는 법률이 정하는 보상외에 국가 또는 공공단체에 공무원의 직무상 불법행위로 인한 배상은 청구할 수 없다."

21) 제30조 "타인의 범죄행위로 인하여 생명·신체에 대한 피해를 받은 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가로부터 구조를 받을 수 있다."

22) 하지만 이주노동자와 그 가족과 직접적인 관련이 있는 것은 "이 법은 외국인이 피해자인 경우에는 해당 국가와 상호 보증이 있을 때에만 적용한다"는 국가배상법 제7조와 "이 법은 외국인이 피해자이거나 유족인 경우에는 상호의 보증이 있는 경우에 한하여 적용한다"는 범죄피해자구조법 제10조이다.
국가배상법과 범죄피해자구조법은 외국인이 피해자인 경우에는 상호주의를 적용하고 있는데, 이것이 이주노동자권리협약상의 제7조 평등권, 제16조, 제22조 및 제83조 등과 상호 충돌될 수 있다는 이유로 동 협약의 비준 가능성이 낮다는 견해가 제시되고 있다. 하지만 이에 대해 황필규 변호사는 상호주의

'불법적인'이상 체포・억류를 실행한 자에게 고의 혹은 적어도 과실이 있을 것이 필요하며, 무과실책임이나 결과책임을 인정할 수는 없다. 따라서 장기구류 후에 무죄판결이 언도된 경우에 당연히 배상청구권이 인정되어야 한다. 이 점에 있어서 불법적으로 신체가 구속된 자에 대한 구제로서는 상당히 불충분하다고 할 수 있다.

Ⅴ. 결론을 대신하여: 선진국들이 비준을 꺼리는 이유-EU의 경우

2009년 8월 10일 현재 42개 국가가 이주노동자권리협약을 비준하고 있다. 하지만 대부분의 협약 비준국은 아프리카, 남아메리카 등 대부분 경제적으로 상당히 낙후되어 있는 국가들이고, 임금 수준이 매우 낮은 국가들로서 외국으로부터의 일반 노동자의 유입이 거의 없는 반면 자국의 일반 노동자의 해외 송출이 많은 국가들이다. 심지어 OECD 회원국인 멕시코의 경우에도 접경국인 미국으로 자국 노동자의 이동이 많은 현실이 반영된 것이다.[23] 그 결과 이 협약을 비준 혹은 서명한 국가에는 서유럽과 미국・일본・캐나다와 같은 선진국들은 포함되어 있지 않다. 그 외에도 오스트레일리아, 페르시아만의 아랍국가들 및 인도 등도 여전히 비준하고 있지 않다. 이 점은 이 협약의 실효성과 관련하여 문제점으로 지적되고 있다.

그렇다면 선진국들이 협약의 비준을 꺼리는 이유는 무엇일까? EU를 중심으로 살펴보기로 한다.

2004년 1월 29일, EU '경제사회위원회(European Economic and Social Committee: EESC)'는 국제이주노동자권리협약에 대한 견해를 제시하기로 결정하고, 산하 기구인 '고용, 사회문제 및 시민권부(Section for Employment, Social Affairs and Citizenship)'로 하여금 EU가 협약을 비준하는 것이 적절할 것인가에 관한 견해를 제시하도록 지시하였다. 이 部는 유네스코로 하여금 이 문제에 관한 보고서를 작성하여 EESC에 제출하도록 의뢰하였다. 2004년 5월 4일, 유네스코는 EESC에서 "국제이주자권리협약의 비준에 관한

는 국제법뿐만 아니라 헌법에도 위배되므로 폐지되어야 한다고 주장하고 있다. 황필규, 유엔이주노동자권리협약 비준을 위한 공청회, 주제발표 I, 인권과 정의(대한변호사협회, Vol. 365, 2007. 1), pp. 57-58.

23) 고준성, 앞의 논문, p. 233.

장벽(Obstacles to the ratification of the International Convention on Migrants' Rights)"에 대해 발표하였다. 이를 바탕으로 논의한 결과, EESC는 2004년 6월 30일에 개최된 제410차 총회에서 찬성 162표, 기권 11표로 아래와 같이 그의 견해를 채택하였다.[24]

- EESC는 EU 회원국들이 국제이주노동자권리협약을 비준하도록 장려한다.
- EESC는 유럽위원회 위원장 및 유럽이사회 의장에게 회원국들이 24개월 이내에 협약을 비준하는 데 필요한 정치적 조치를 마련하고, 또한 EU 자신도 이 협약을 비준하도록 요구한다. 비준을 용이하도록 하기 위하여, 유럽위원회는 협약과 관련한 회원국의 국내 및 공동체법률을 분석하는 작업을 수행해야 한다. 게다가 사회적 파트너들 및 기타 시민단체들은 비준을 촉진하도록 EESC 및 유럽위원회와 협력한다.

2007년 유네스코는 보다 상세한 논의 결과를 담은 "유럽에 있어서의 이주노동자협약(The Migrant Workers convention in Europe)"[25]라는 제하의 보고서를 발표하였다. 이 보고서는 EU의 회원국 가운데 프랑스, 독일, 이탈리아, 노르웨이, 폴란드, 스페인 및 영국을 중심으로 EU가 협약을 비준하는 데 있어 장애가 되는 요인을 세 가지 분야, 즉 법적 장애(Legal Obstacles), 재정적・행정적 장애(Financial/Administrative Obstacles) 및 정치적 장애(Political Obstacles)의 세 가지로 나누어 분석하고 있다. 따라서 이 보고서에서 제시한 세 가지 장애 요인에 대해 살펴보기로 한다.

세 가지 장애 요인에 대한 검토를 하면서 보고서는 EU와 그 회원국들이 협약을 비준하지 않는 것은 다음과 같은 협약에 대한 '오해(misconception)'에서 비롯된 것이라고 주장하고 있다.

첫째, 법적 장애에 대하여 회원국들은 다음과 같은 오해를 하고 있다. 즉, ① 협약은 개인의 입국과 체류 여부를 결정하는 국가의 주권적 권리를 제한하고 있다. ② 협약은 어느 국가의 영역에서 합법적인 상태에 있는 모든 이주노동자에게 강력한 가족재결합권

---

24) *Opinion of the European Economic and Social Committee on the 'International Convention on Migrants'* (2004/C302/12), OJ C 302 of 7.12.2004, p. 49.

25) Euan MacDonald・Ryszard Cholewinski, *The Migrant Workers Convention in Europe-Obstacles to the Ratification of the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families:* EU/EEA Perspectives, UNESCO migrant studies 1(UNESSCO, 2007), p.95

(a robust right of family reunification)을 부여하고 있다.

하지만 협약 제79조은 “이 협약의 어떠한 규정도 당사국이 이주노동자와 그 가족의 입국을 규율하는 기준을 설정하는 권리에 영향을 미치지 아니한다. ...”고 정하고 있다. 그리고 제44조는 “당사국은 ... 이주노동자 가족들의 결합의 보호를 보장하기 위하여 적절한 조치를 취하여야 한다.”(1항)는 원칙적인 규정을 두면서, “당사국은 이주노동자가 그의 배우자나 해당 법률에 따르면 혼인과 동등한 취급을 받는 관계에 있는 자 및 미혼의 피부양 미성년 자녀와 재결합하는 것을 촉진하기 위하여 자신의 권한 내에서 적절한 조치를 취하여야 한다.”(2항)고 정하고 있다. 협약의 관련 규정을 살펴보면, 결국 개인의 입국과 체류, 그리고 가족의 재결합을 위한 조치는 모두 국가의 권한 아래 놓여있다는 것을 알 수 있다.

둘째, 협약을 비준하는 데 있어 회원국들의 재정적・행정적 장애가 문제가 된다는 주장도 설득력이 없다. 예를 들어, 폴란드와 노르웨이는 역사적으로 이미 많은 이민에 관한 경험이 있으며, 이탈리아에 있어서도 행정적 입법과 조치사이의 간극이 현실적으로 문제가 되지 않고 있다. 게다가 재정적인 문제도 그다지 심각하지 않다. 이 가운데 특히 쟁점이 되는 것은 협약 제47조이다. 동조는 “이주노동자는 그의 수입과 저축, 특히 가족 부양에 필요한 금액을 취업국으로부터 출신국 또는 기타 국가로 송금할 권리를 가진다. ...”(1항)고 규정하고, “관계국은 송금을 용이하게 하도록 적절한 조치를 취하여야 한다”(2항)고 정하고 있다. 여기에서 특히 쟁점이 되는 것은 “관계국은 ... 용이하게 하도록 적절한 조치를 취하여야 한다(States concerned shall take appropriate measures to facilitate ...)”는 표현이다. 즉, ‘shall take appropriate’를 ‘의무(obligation)’로 보아야 할 것인가의 문제인 것이다. 만일 관계국이 송금에 대하여 고율의 수수료를 부과하고 있다면, 이는 ‘송금을 용이하게 하는 적절한 조치’에 해당하지 않게 된다. 따라서 프랑스는 이러한 제도는 협약에 위배될 가능성이 있다고 주장하였다. 물론 회원국의 국내정책에 따라서는 이와 같은 문제가 야기될 수도 있다. 그러나 동조에 대해 유보를 두어 비준한다면 이 또한 비준을 반대하는 장애 요인이 되지는 않을 것이다.

셋째, 정치적 장애 요인은 앞의 두 가지 요인과 복합적으로 나타나고 있는데, 주로 다음과 같은 주장이 제기되고 있다. 즉, ① 협약은 국제인권법에 비추어 볼 때 전적으로 불필요하다. ② 협상상 권리는 이미 국내법에 의해 폭넓게 보장되고 있으며, 또한 관련

국제규범에도 당사국으로 참가하고 있다. ③ 협약은 불법이주노동자에게 지나치게 폭넓은 권리를 부여하고 있어 결과적으로 사회통합을 방해하고 있으며, 또한 개인의 불법적인 이동을 조장하고 있다. 하지만 이에 대해서는 다음과 같은 반론을 제기할 수 있다. ① 협약과 기존의 국제인권법의 규범은 상호보완적인 관계에 있으므로 협약이 전적으로 불필요하다고는 볼 수 없다. ② 협약상 권리가 이미 국내법에서 이미 상당한 정도로 보장되고 있다고는 하지만 각 회원국별로 그 보장의 내용이나 수준이 상이하여 통일적인 기준을 수립하기가 쉽지 않다. 또한 회원국들이 관련 국제규범의 당사국으로 참가하고 있다고는 하지만 조약상 규정된 권리와 현실적으로 향유하는 권리에는 상당한 괴리가 있다. ③ 세 번째 주장은 협약의 비준을 반대하는 첫 번째 이유일 것이다. 하지만 EU와 모든 회원국들이 상호 협력하여 EU 차원의 제도를 수립하고 회원국간 협력체제를 마련한다면, 개인의 불법 이동으로 인한 문제를 해소할 수 있을 것이다.

위에서 살펴본 바와 같이, EESC는 EU와 회원국으로 하여금 이주노동자권리협약을 비준하도록 요구하고, 유네스코의 보고서도 EU와 회원국이 협약을 비준하지 않는 것은 협약에 대한 '오해'에서 비롯하고 있다는 입장을 취하고 있다. 하지만 EU의 이익을 대변하는 유럽위원회의 입장은 여전히 협약의 비준에 상당히 회의적인 입장을 보이고 있다. 예를 들어, 2004년 1월 9일, 유럽의회 의원 Miet Smet의 EU가 협약을 비준할 수 없는 이유에 대한 질의에 대해 유럽위원회를 대표하여 Vitorino는 다음과 같은 이유를 들고 있다.[26)]

- 협약을 비준하는 데 있어 주된 장애의 하나는 협약이 목적국(유입국)에 있어 합법적 혹은 불법적 체류인가를 묻지 않고 모든 이주노동자의 권리를 인정하고 있다는 것을 회원국에게 설명하기가 쉽지 않다.
- 협약에 규정된 많은 권리가 이를테면, 'EU 기본권헌장(Charter of Fundamental Rights of the European Union)'이나 '유럽인권협약(European Convention on Human Rights)' 등에서 이미 EU 수준에서 유럽시민들 및 제3국 국민들의 권리를 보장하고 있다.
- 협약 규정의 복잡성 때문에 유럽위원회는 암스테르담조약의 발효 이후 EU 차원에서 보다 발전된 형태의 공동이민정책(common immigration policy)에 관한 연구를 하고 있다.

26) Parliamentary Question, 09 January 2004, E-0068/04.

이처럼 유럽위원회는 협약에 대한 회원국의 '오해'를 불식시키기 위한 적극적인 노력을 하기보다는 오히려 EU법의 체계 속에서 독자적인 법률을 채택하고 공동이민정책의 수립을 통하여 이주노동자 문제의 해결을 의도하고 있다고 볼 수 있다.[27]

27) 이주노동자를 보호하기 위하여 유럽은 독자적인 입법행위를 하고 있다. 우선, 유럽심의회(Council of Europe) 차원에서 '설립에 관한 유럽협약(European Convention on Establishment)'(1955년), '유럽사회헌장(European Social Charter)'(1961년), '이주노동자의 법적 지위에 관한 유럽협약(European Convention on the Legal Status of Migrant Workers)'(1977년) 및 '인권 및 기본적 자유의 보호에 관한 협약(Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms)'(유럽인권협약, 1950년)이 채택되었다. 그리고 EU 차원에서는 상기 'EU 기본권헌장' 뿐만 아니라 지침을 포함한 다양한 2차입법에서 이주노동자의 권리와 의무에 대해 정하고 있다. 이에 대한 상세한 내용은, 졸고, "외국인노동자의 자유이동에 관한 EU의 규제", 국제지역연구(한국외국어대학교 외국학종합연구센터, 제11권 제2호, 2007년 여름호(통권 제41호)), pp. 439-472.

<부록 1>

[표 1] UN 8대인권조약 현황[28]

협약명	채택일	발효일	가입국수*	대한민국 발효일	이행기구	이행체제
경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약(A규약, 사회권규약, ICESCR)	1966.12.16 (선택의정서 2008.12.10)	1976.1.3(선택의정서 미발효)	160개국	1990.7.10	경제적·사회적·문화적권리위원회(CESCR Committee) : 임기4년의 18명 위원, 1987년	1. 가입 후 2년 내 정부보고서 제출 2. 매 5년마다 정기보고서 제출 3. General comment(일반논평) 발표, 정부보고서 심사 후 검토의견 제출
시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(B규약, 자유권규약, ICCPR) 및 동 선택의정서	1966.12.16 (선택의정서 동일)(제2선택의정서 1989.12.15)	1976.3.23(선택의정서 동일)(제2선택의정서 1991.7.11)	규약 164개국, 선택의정서 111개국 제2선택의정서 71개국	1990.7.10 (선택의정서 동일) (제2선택의정서 미가입)	시민적·정치적권리위원회(CCPR Committee) : 임기4년의 18명 위원, 1976년	1. 가입 후 1년 내 인권보고서 제출 2. 매 5년마다 정기보고서 제출 3. 국가간 통보제도(제41조 특별조항 수락한 체약국 상호간) 4. 개인통보제도 : 선택의정서
인종차별철폐협약(CERD)	1965.12.21	1969.1.4	173개국	1979.1.4	인종차별철폐위원회(CERD Committee) : 임기4년의 18명 위원, 1970년	1. 가입 후 1년 이내 보고서 제출 2. 매 2년마다 정기보고서 제출 3. 국가간 통보제도
여성차별철폐협약(CEDAW) 및 동 선택의정서	1979.12.10 (선택의정서 1999.10.6)	1981.9.3(선택의정서 2000.12.22)	협약 186개국, 선택의정서 97개국	1985.1.26 (선택의정서 2007.1.18)	여성차별철폐위원회(CEDAW Committee) : 임기4년의 23명의 위원, 1982년	1. 발효 1년 이내 보고서 제출 2. 매 4년 마다 정기보고서 제출 3. 선택의정서 상 이의제기절차 및 조사절차
고문방지협약(CAT) 및 동 선택의정서	1984.12.10	1987.6.26	협약 146개국, 선택의정서 47개국	1995.2.8 (선택의정서 미가입)	고문방지위원회(CAT Committee) : 임기4년의 10명의 위원, 1988년	1. 가입 후 1년 이내 최초보고서 제출 2. 매 4년 마다 정기보고서 제출 3. 개인통보제도(수락선언한 국가) 4. 국가간 통보제도(선택선언)
아동권리협약(CRC)	1989.11.20	1990.9.2	193개국	1991.12.20	아동권리위원회(CRC Committee) : 임기4년의 10명의 위원, 1991년	1. 가입후 2년 이내 최초보고서 제출 2. 매 5년마다 정기보고서 제출
이주노동자협약(CMW)	1990.12.18	2003.7.1	41개국[29]	미가입	이주노동자위원회(Committee on Migrant Workers) : 협약의 발효시 10명, 41개국 발효 이후 14명, 2004년	1. 가입 후 1년 이내 최초보고서 제출 2. 매 5년마다 정기보고서 제출 3. 국가간 통보제도(선택선언) 4. 개인통보제도(선택선언)
장애인권리협약(CRPD)	2006.12.13	2008.5.3	58개국	2009.1.10	장애인권리위원회(Committee on CRPD): 협약 발효 시 12명, 추가로 60개국 비준 또는 가입 시 18명, 2008년	1. 발효 2년 이내 최초보고서 제출 2. 매 4년 마다 정기보고서 제출 3. 개인통보제도(수락선언한 국가)

출전: http://www.humanrights.go.kr의 자료에 의거하여 수정·보완

* 가입국 수는 2009년 6월 30일을 기준으로 하였음.

28) 이 표는 다음 문헌에서 인용하였다. 졸저, 국제인권법, 근간 예정.

29) 이 표는 2009년 6월 30일을 기준으로 작성된 것이나 그 이후 1개국이 추가되어 2009년 8월 10일 현재 42개국이 국제이주노동자권리협약에 가입하고 있다. 이에 대한 상세한 현황은, http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-13&chapter=4&lang=en(검색일: 2009. 8. 10)

[표 2] 신체의 자유 관련 주요 규정

자유권규약 제9조	이주노동자권리협약제16조	헌법 제12조
1. 모든 사람은 신체의 자유와 안전에 대한 권리를 가진다. 누구든지 자의적으로 체포되거나 또는 억류되지 아니한다. 어느 누구도 법률로 정한 이유 및 절차에 따르지 아니하고는 그 자유를 박탈당하지 아니한다.	1. 이주노동자와 그 가족은 신체의 자유와 안전에 대한 권리를 가진다.	① 모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.
2. 체포된 사람은 누구든지 체포시에 체포이유를 통고받으며, 또한 그에 대한 피의사실을 신속히 통고받는다.	2. 이주노동자와 그 가족은 공무원, 개인, 사인집단 또는 기관 등 그 누구에 의한 폭력, 상해, 협박 및 위협에 대하여도 국가의 효과적인 보호를 받을 권리를 가진다.	② 모든 국민은 고문을 받지 아니하며, 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다.
3. 형사상의 죄의 혐의로 체포되거나 또는 억류된 사람은 법관 또는 법률에 의하여 사법권을 행사할 권한을 부여받은 기타 관헌에게 신속히 회부되어야 하며, 또한 그는 합리적인 기간 내에 재판을 받거나 또는 석방될 권리를 가진다. 재판에 회부되는 사람을 억류하는 것이 일반적인 원칙이 되어서는 아니되며, 석방은 재판 기타 사법적 절차의 모든 단계에서 출두 및 필요한 경우 판결의 집행을 위하여 출두할 것이라는 보증을 조건으로 이루어질 수 있다.	3. 법집행 공무원에 의한 이주노동자와 그 가족의 신원 확인은 법률에 의하여 규정된 절차에 따라 실시되어야 한다.	③ 체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다. 다만, 현행범인인 경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 사후에 영장을 청구할 수 있다.
4. 체포 또는 억류에 의하여 자유를 박탈당한 사람은 누구든지, 법원이 그의 억류의 합법성을 지체없이 결정하고, 그의 억류가 합법적이 아닌 경우에는 그의 석방을 명령할 수 있도록 하기 위하여, 법원에 절차를 취할 권리를 가진다.	4. 이주노동자와 그 가족은 단독으로든 집단적으로든 자의적으로 체포되거나 억류되지 아니한다. 그들은 법률에 규정된 이유 및 절차에 따르지 아니하고는 그들의 자유를 박탈당하지 아니한다.	④ 누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다. 다만, 형사피고인이 스스로 변호인을 구할 수 없을 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가가 변호인을 붙인다.
5. 불법적인 체포 또는 억류의 희생이 된 사람은 누구든지 보상을 받을 권리를 가진다.	5. 체포당하는 이주노동자와 그 가족은 체포시에 가능한 한 그들이 이해할 수 있는 언어로 체포이유를 통고받으며, 그들에 대한 피의사실을 그들이 이해할 수 있는 언어로 신속히 통고받는다.	⑤ 누구든지 체포 또는 구속의 이유와 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 고지받지 아니하고는 체포 또는 구속을 당하지 아니한다. 체포 또는 구속을 당한 자의 가족등 법률이 정하는 자에게는 그 이유와 일시·장소가 지체없이 통지되어야 한다.
	6. 형사상의 죄의 혐의로 체포되거나 억류된 이주노동자와 그 가족은 법관 또는 법률에 의하여 사법권을 행사할 권한을 부여받은 기타 관헌에게 신속히 회부되어야 하며, 또한 합리적인 기간 내에 재판을 받거나 또는 석방될 권리를 가진다. 재판에 회부된 사람을 억류하는 것이 일반적인 원칙이 되어서는 아니되며, 석방은 재판, 기타 사법적 절차의 모든 단계에서의 출두 및 필요한 경우 판결의 집행을 위하여 출두할 것이라는 보증을 조건으로 할 수 있다.	⑥ 누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 적부의 심사를 법원에 청구할 권리를 가진다.
	7. 이주노동자나 그 가족이 체포되거나, 재판에 회부되어 교도소 또는 구치시설에 수용되거나, 기타 어떤 형태로든 억류되어 있을 때,	⑦ 피고인의 자백이 고문·폭행·협박·구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법에 의하여 자의로 진술된 것이 아니라고 인정될 때 또는 정식재판에 있어서 피고인

자유권규약 제9조	이주노동자권리협약제16조	헌법 제12조
	(a) 본인의 요구가 있으면 체포 또는 억류 사실과 그 이유가 출신국 또는 이익대표국의 영사 또는 외교당국에 지체없이 통고되어야 한다. (b) 해당자는 위의 당국자와 통신할 권리를 가진다. 위의 당국자에 대한 해당자의 통신은 지체없이 전달되어야 하며, 또한 그도 위의 당국자로부터의 통신을 지체없이 받을 권리를 가진다. (c) 해당자는 이상의 권리와 관련국가간에 적용 가능한 해당 조약에서 비롯되는 위의 당국자와 연락하고, 면회하고, 법률적 변호를 위하여 그들과 함께 조치를 취할 권리 등을 지체없이 고지받아야 한다.	의 자백이 그에게 불리한 유일한 증거일 때에는 이를 유죄의 증거로 삼거나 이를 이유로 처벌할 수 없다.
	8. 체포 또는 억류에 의하여 자유를 박탈당한 이주노동자와 그 가족은 법원이 그 억류의 합법성을 지체없이 결정하고 억류가 합법적이 아닌 경우에는 석방을 명령할 수 있도록 하기 위하여 법원에 절차를 취할 권리를 가진다. 그들이 절차에 참가할 때, 사용되는 언어를 이해하지 못하거나 말할 수 없는 경우에는 통역인의 조력을 받으며, 필요하다면 비용은 무상으로 한다.	
	9. 위법하게 체포되거나 억류된 이주노동자와 그 가족은 집행 가능한 보상을 받을 권리를 가진다.	

발제 2



이주노동자권리협약의 노동권 쟁점

최 홍 엽
조선대학교 법과대학

2
발 제

이주노동자권리협약의 노동권 쟁점

최 홍 엽 (조선대학교 법과대학)

Ⅰ. 서

이글은 국제연합 이주노동자권리협약(이하 '이주협약')의 노동기본권 관련 쟁점에 대해 적어보고자 한다. 여기에서는 개별적 근로관계에서 주로 문제되는 임금・근로시간 등의 근로조건분야, 집단적 노동관계에서 쟁점이 되는 노동3권 분야, 그리고 노동시장의 영역에서 문제되는 직업소개・직업훈련 등을 주제로 하여 분석한다. 노동시장의 영역에서는 이주협약상 '사업장변경의 자유'와 한국법과의 관계에 대해서도 검토하고자 한다.

당초 노동권관련 쟁점이라고 제목을 다는 것도 생각했으나, 노동권이라 하면 통상 헌법상'근로의 권리'로 좁게 인식하는 경우가 많으므로, 노동3권과 근로조건의 문제를 모두 아우르는 용어로서 '노동기본권'이라는 용어로 전체 제목을 달아보았다.

본론에 들어가기에 앞서서 이주협약이 국제적 논의의 장(場)속에서 어떤 위치를 점하는가 확인해볼 필요가 있다. 국제연합의 이주협약은 갑자기 출현한 돌발적인 협약이 아니다. 과거부터 존재했던 인권에 관한 국제적인 논의의 연장선 속에서 위치해 있다. 특히, 노동기본권의 영역에 대해서 본다면, 국제노동기구(ILO)를 중심으로 계속되어온 국제적 노동기준의 제정 노력을 분리해서 생각할 수 없다.

Ⅱ. 국제연합 이주노동자권리협약과 ILO협약 기준

1. 국제연합 이주협약의 탄생

UN의 이주노동자의 보호에 대한 관심은 1972년 7월 28일에 있었던 경제사회이사회(ECOSOC)의 결의 1706호에서 처음으로 출현하는데, 그 결의는 당시에 문제되던 이주노동자의 불법 송출과 인권 착취를 둘러싼 사건들에 대한 대응의 하나였다.

1972년에 국제연합은 취업목적의 불법 송출에 대해 조사를 했는데, 그 후에 시야를 넓혀 이주노동자 생활전반을 대상으로 하게 되었다. 1974년에 차별방지 소위원회는 밀입국문제의 특별보고자를 임명하여, 1976년에 특별보고자의 보고가 제출되고 총회에서 논의되어 인권보호의 필요성이 결의되었다.

그런데 여기에서 외국인 근로자의 권리보호에 관해 새로이 국제연합에서 협약을 작성해야 한다고 하는 논의가 부상하였다. 가장 큰 실질적인 문제는 1975년에 성립한 ILO 제143호 협약의 평가이다. 이 협약에 대한 평가를 놓고 선진자본주의 국가와 저개발국가 사이에는 평가가 서로 달랐다. 선진자본주의 국가는 내용이 너무 외국인 근로자를 보호하는 것이라고 생각했던데 비해서, 저개발국가에서는 너무 미흡하다고 생각하였다. 문제의 실질적인 해결을 위해서는 제143호 협약을 개정하거나 그렇지 않으면 국제연합의 장으로 옮겨서 새로이 문제를 검토하는 방안이 있었다. 선진자본주의 국가의 사이에서는 前者의 길이 고려되었지만, 저개발국가에게는 자기의 발언권이 강한 국제연합에서 새로운 협약을 작성하는 방법이 유리하였다. 게다가 ILO의 장에서는 노동관계의 보호가 중심을 이루었지만, 국제연합의 장에서는 생활전반을 포함하여 넓은 범위에서의 구조설정이 가능하였다. 이러한 이유로 멕시코, 모로코, 알제리아 등 근로자를 송출하고 있는 저개발 국가는 새로운 협약의 제정을 요구했다. 결국 그것이 원동력으로 되어 국제연합은 1979년에 총회 제3위원회에서 작업소모임을 설치하여 새 협약의 기초를 개시하였다.[1)]

작업소모임은 약 10년에 걸쳐서 심의를 진행하였고 ILO 등 국제연합 관련기관의 협력과 국제연합 가맹국의 의견을 청취하면서 협약 초안의 작성을 계속하였다. ILO는 처음

1) 江橋崇, “移住勞働者保護條約の採擇の意味するもの”, 「法學セミナ-」 第442號, 1991.10, 60면; 金東勳 編著, 「國連 · 移住勞働者權利條約と日本」(解放出版社, 1992), 16면 이하.

에는 국제연합의 장이 아닌 ILO에서 이 문제에 대처하는 국제적인 틀을 만드는 것을 희망하고 있었지만, 협약작성의 방향이 명확하다면 이에 협력하여 전문기관으로서의 조언을 하는 것과 함께 협약이 기존의 국제연합 및 ILO의 인권 조약들과 내용에서 저촉하지 않도록 배려하는 역할을 맡았다. 국제연합 가맹국 가운데에는 멕시코, 모로코를 중심으로 한 南의 제국이 활발히 의견을 제시하였고, 서유럽국가 중 지중해 연안의 포루투칼, 스페인, 이탈리아, 그리스 등과 스칸디나비아반도 부근의 핀란드, 스웨덴, 덴마아크, 노르웨이, 네덜란드 등도 자격외 취업의 방지와 취업하고 있는 자의 인권보호를 원칙으로 하여 이에 참가하였다.

그후 작업소모임은 1990년 6월의 모임에서 작업을 마무리하였고 같은 해 12월 총회에서 이주노동자 권리협약이 채택되었다. 이주협약은 이주노동자에 대한 광범위한 기준들을 가진 유일한 다자 조약이라 할 수 있다.[2)]

2. ILO 협약기준

(1) 국제노동기구는 외국인 근로자의 보호에 대해서 관심을 가지고 지속적인 노력을 기울여 왔다.[3)] ILO의 노력은 일찍부터 시작된다. ILO의 기본원칙을 정한 베르사이유 평화조약은 "각국에서 법률에 의해 정립된 근로조건에 관한 기준은 그 국내에 합법적으로 거주하는 모든 근로자의 공평한 경제적 대우를 적절하게 고려하여야 한다"(제427조)고 규정하고 있고, 1919년 제1회 총회에서 ILO는 이주노동자와 내국인의 대우의 평등을 촉진하는 것을 하나의 목적으로 채택했다. 1919년에 외국인 근로자의 상호대우 권고(제25호), 1925년에 근로자의 재해보상에 관한 내외국인 근로자의 균등대우에 관한 협약(제19호), 1935년에 이주노동자의 연금에 대한 권리에 관한 협약(제48호), 1939년에 이주노동자의 모집, 직업소개 및 근로조건에 관한 협약(제66호 협약)[4)]과 권고(제61호 권고)를 채택했다.

국제연합의 전문기구로 재출발한 ILO는 1939년의 협약과 권고를 개정하여 고용목적

2) V. A. Leary, "Labor migration", T. Aleinikoff & V. Chetail, *Migration and International Legal Norms*, p. 234-235.

3) 자세한 내용은 N. Valticos & G. Potobsky, *International Labour Law*, 1995. p.246-248.

4) the Migration for Employment Convention로 약칭한다.

의 이주에 관한 권고(제86호)와 협약(제97호)을 1949년에 채택했다. 또한 ILO는 1955년에 근로자를 송출하는 입장에 있는 개발도상국의 이주노동자 보호협약(제100호)을 채택했고, 1958년에 고용 및 직업상 차별대우에 관한 협약(제111호 협약, 차별대우협약)을 채택하였고, 1962년에 사회보장에서 균등대우협약(제118호)을 채택하였고, 1975년에 제97호 협약과 제111호 협약을 보완하여 「불법이주 및 이주노동자의 기회 및 대우균등의 촉진에 관한 협약」(제142호) 및 이주노동자에 관한 권고(제151호)를 채택하였으며, 1982년에 이주노동자의 사회보장에서의 권리유지에 관한 협약(1982년, 제157호)과 권고(제167호)를 채택했다.

ILO의 협약들 가운데, 외국인 근로자의 법적지위와 관련하여 중요하게 언급할 가치가 있는 것은, 1948년에 나온 제87호 협약, 1949년에 나온 제97호 이주노동자 협약(개정)과, 1975년의 제143호 이주노동자 보충협약과, 일명 「차별대우(금지)협약」이라고도 불리우는 1958년의 제111호 「고용 및 직업과 관련한 차별에 관한 협약」이다.

(2) ILO의 기본협약인 제87호 「결사의 자유 및 단결권 보호에 관한 협약」 제2조에서도 외국인 근로자에 대한 단결권보호에 관련된 규정을 두고 있다. 제2조의 내용을 보면 "근로자 및 사용자는 사전인가를 받지 아니하고 스스로 선택하여 단체를 설립할 권리와, 그 단체의 규약에 따를 것만을 조건으로 하여 그 단체에 가입할 수 있는 권리를 어떠한 차별 없이(without distinction whatsoever) 갖는다"고 규정되어 있다. 여기에서 '어떠한 차별 없이'의 의미가 문제인데, 이 문구는 초기에는 별로 문제가 되지 않다가 점차로 많는 관심을 받게 되었다.

제87호 협약의 해석과 관련하여 ILO의 결사의 자유위원회(the Freedom of Association Committe)는, "결사의 자유는 직업, 성별, 피부색, 인종, 신앙, 국적, 정치적 견해 등에 기초한 어떠한 형태의 차별도 없이, 사적 경제부문의 근로자뿐만 아니라 공무원과 공공부문의 근로자 모두에게 보장되어야 한다는 것을 의미한다"고 결정하였다. 그러므로, 결사의 자유위원회의 결정에 따르면, 외국인근로자 역시 노동조합결성에 있어서 차별을 받아서는 안된다.

결사의 자유위원회의 이러한 해석은 제87호 협약의 성립과정부터 이미 예견되고 있었

다. 제87호 협약은 1948년의 제31차 ILO총회에서 채택되었는데, 그 이전 제30차 총회에서도 국적에 의한 차별없이 노동조합 결성권이 보장된다는 결의를 하였던 것이다. 제87호 협약은 150개국(2009년 8월 기준)이 비준한 것으로서 ILO의 기본협약이다. 이 협약을 비준하지 않더라도 ILO에 가입한 국가들은 헌장의 기본이념을 존중해야 하는데, 결사의 자유는 헌장의 기본이념을 이루고 있다.

(3) 1949년에 나온 제97호 이주노동자 협약(개정)은 외국인 근로자에 대한 포괄적인 협약이다.[5] 협약은 본 협약과 세개의 부속문서로 구성되어 있는데, 부속문서는 체약국의 선택에 위임되어 있다.

이 협약은 외국인 근로자에 대해 출입국에 관한 정책・법령, 근로 및 생활조건에 관한 규정에 대한 정확한 정보의 제공을 목적의 하나로 하고, 또한 보수, 사회보장 또는 노동조합활동 등 모든 근로조건에 대한 자국민과 평등한 대우를 주된 목적으로 하고 있다. 이 협약은 체류자격을 가지고 있는 외국인 근로자를 그 보호대상으로 하고 있다.

이주노동자 협약은 외국인 근로자에 대한 정확한 정보의 제공을 위한 규정이 있는데, 제2조에 의하면 “이 협약의 적용을 받은 각 회원국은 이주노동자를 지원하고 또한 그들에게 정확한 정보를 제공하기 위하여 적절하고도 무료의 서비스사업을 유지하거나 또는 그것이 유지되도록 할 것을 약속한다”고 정하고 있으며, 제3조 제1항은 “이 협약의 적용을 받는 각 회원국은 법령이 허용하는 한, 출이주에 관한 잘못된 선전에 대해 모든 적절한 조치를 취할 것을 약속한다”고 하며, 제7조 제2항은 “이 협약의 적용을 받는 각 회원국의 공공 고용서비스사업이 이주노동자에 대해 하는 업무를 무료로 보장할 것을 약속한다”고 하고 있다.

이주노동자 협약은 외국인 근로자에 대해 균등대우원칙이 적용되는 분야로서, a. 1) 임금, 가족수당, 근로시간, 초과근로시간, 유급휴가, 가내노동의 제한, 최저연령, 훈련, 여자와 연소자의 노동, 2) 노동조합원의 자격과 단체교섭 이익의 향유, 3) 숙박시설, b. 사회보장 c. 고용관련세, 조합비, 갹출금 d. 법적절차 등을 열거하고 있다(제6조 제1항).

5) the Convention concerning Migration for Employment(Revised) or the Migration for Employment Convention(Revised). 이 협약은 1939년의 이주노동자의 모집, 직업소개 및 근로조건에 관한 협약(제66호)을 개정한 것이다.

위에서 보는 바와 같이 노동조합과 관련해서는 「노동조합원의 자격과 단체교섭이익의 향유」만을 정하고 있으며, 노동조합의 결성권 등에 대한 명시적인 규정은 없다. 그러나 노동조합결성권을 의도적으로 부인하였다기 보다는 그것을 전제로 하고 있다고 보는 것이 타당하다고 생각한다. 왜냐하면, 이 협약 이전에 제87호협약이 제정되었으며, 이 협약에 의하면 외국인 근로자도 노동조합의 결성권이 보장되고 있기 때문이다.

이주노동자 협약은 가족의 결합권이나 사업장이동의 자유와 관련하여 규정을 두고 있지 않다. 다만, 같은 해(1949년)에 만들어진 제86호 이주노동자권고 제16조 제2항은 "이주고용이 제한되고 있는 국가에서는, 이들 제한을 가능한 한 그 국가에 일정기간 거주하고 있는 이주노동자에게는 이를 적용하지 않아야 한다. 위 일정기간은 5년을 초과할 수 없다"고 하고 있다. 즉, 외국인 근로자가 5년 이상 거주한 경우에는 취업에 대한 제한을 할 수 없다는 권고가 이주노동자 협약과 같은 해에 제정된 것이다.

이 제97호 이주노동자 협약은 1952년 1월에 발효하였다.[6] 그리고 이 협약과 함께 이주노동자 권고(제86호)가 제정되고,[7] 특히 이 권고에서는 그 부속서로서 「난민 등을 포함한 취업을 위한 일시적 및 영구적 이주에 대한 모범협약」을 채택하였다. 이것은 회원국들이 외국인 근로자의 이주에 관한 쌍무협약을 체결할 경우에 대비한 모범협약이라고 할 수 있다.

(4) 다음으로 1975년에 제정된 제143호 이주노동자 보충협약에 대해서 살펴본다.[8][9] 1970년대에 들어 국제연합이 외국인 근로자문제에 관심을 갖게되면서 ILO에 대해서도 검토를 의뢰하였다. 그리하여 ILO는 1975년에 이주노동자 보충협약과 동 권고를 작성하였는데,[10] 협약 작성과정에서 많은 논란이 있었다. 외국인 근로자를 도입하였지만 자국민의 우선보호는 유지하고 또 위법한 체류와 취업의 규제를 강화하고 싶어하는 선진자

6) 2009년 8월 현재 49개국이 비준하였다.

7) the Recommendation concerning Migration for Employment

8) Migrant Workers (Supplementary Provisions) Convention. 이 협약의 정식명칭은 「불법이주 및 이주노동자의 기회와 대우의 균등의 촉진을 위한 협약」(the Convention concerning Migration in abusive conditions and the Promotion of Equality of Opportunity and Treatment of Migrant Workers)이다.

9) 2009년 8월 현재 23개국이 비준하였다. 선진국 중에는 노르웨이, 스웨덴, 포르투칼, 이태리가 비준하였다.

10) 권고는 제151호 권고(the Recommendation concerning Migrant Workers)를 말한다.

본주의 국가의 입장과 불법체류취업을 포함하여 자국민의 취업으로 이익을 획득하는 저개발국가의 입장이 대립하였다. 결국에는 불법체류 근로자도 포함하여 외국인 근로자의 권리를 보호해야 한다는 것, 그러나 위법한 외국인 근로자의 사용을 규제할 필요가 있고, 불법한 채용은 국내법으로 처벌해야 한다는 것, 반면에 합법적인 이주노동자의 균등대우를 전면적으로 승인함과 함께 고유한 문화의 계승, 자녀교육에 관한 독자의 권리를 인정하는 것 등이 정해졌다.

이 협약은 반드시 타협에 성공한 것이 아니며, 남북제국간에 심한 대립의 가운데에 쌍방이 불만을 가지게 되었고, 이러한 논쟁은 前述한 바와 같이 국제연합의 이주노동자 권리협약의 체결과정에까지 연결이 되었다.

이주노동자 보충협약도 균등대우에 관한 조항을 가지고 있다.

협약 제10조 제1항에 의하면, “본 협약의 적용을 받는 각 회원국은 국내조건 및 관행(national conditions and practice)에 적합한 방법에 의하여 이주노동자 및 그 가족으로서 자국의 영토내에 합법적으로 거주하는 자들에게 고용 및 직업, 사회보장, 노동조합 및 문화적인 권리와, 개인의 자유와 집단적인 자유에 관하여 동등한 기회 및 대우를 촉진하고 보장하기 위한 국내정책을 선언하고 추구하여야 한다”고 하고 있다.

위 규정은 외국인 근로자의 지위에 대해서 균등대우에 대한 포괄적인 내용을 담고 있다는 의의가 있다. 국내조건 및 관행에 적합한 방법이라는 제약이 설정되기는 했지만, 노동조합, 사회보장, 고용 및 직업 등에 대한 균등대우의 원칙을 천명하였다.

그리고 권리의 주체도 이전까지 이주노동자에 한정하던 것에서 그 가족도 권리보장의 주체로서 인정하고 있다. 아울러, 회원국은 이주노동자의 결합에 대해서 필요한 조치를 취해야 한다. 즉 제13조에 의하면, “회원국은 자국의 영토 내에 합법적으로 거주하고 있는 모든 이주노동자의 가족의 재결합을 촉진하기 위하여 모든 필요한 조치를 취하여야 하며, 이를 위하여 다른 회원국들과 협력하여야 한다”고 하며(제1항), 적용대상이 되는 가족은 “배우자, 부양자녀 및 부모”로 범위를 정하고 있다(제2항).

그리고 외국인 근로자의 이동의 자유와 직업선택의 자유에 대해서는 합법적 거주 2년이 되는 경우에는 이동의 자유를 제한할 수 없다고 하는 내용을 제14조에서 정하고 있다.[11] 1949년에 나온 제86호 권고가 5년을 상한으로 했던 것보다 더 강화된 기준을 정하

고 있다. 위의 가족결합(제13조)과 이주노동자가 2년 동안 취업을 목적으로 합법적으로 거주한 경우에 이동의 자유와 직업선택의 자유를 주어야 한다는 내용때문에 유럽의 많은 선진국들이 비준을 거부하였다고 한다.

한편, 이주노동자 보충협약은 불법체류 근로자에 대해서도 규정을 두어, 불법체류 근로자 규제와 보호를 하고 있다. 협약 제9조 제1항에 의하면 "이주노동자가 법령에 따라 회원국의 영토내에 입국하고 취업이 인가됨으로써 취업이주를 통제하는 조치를 침해하지 않았다면, 이주노동자는 이러한 법령이 존중되지 아니하거나 또는 자신의 위치가 정상적으로 될 수 없더라도, 보수·사회보장 및 기타 급여는 과거 취업에 기인한 권리를 근거로 하여 당사자 및 그의 가족에게 동등하게 보장되어야 한다"고 한다. 또한 제3항에서는 "이주노동자 또는 가족이 추방당하는 경우 그 비용을 그들이 부담하여서는 아니된다"고 하고 있다.

(5) 마지막으로 일명 「차별대우(금지)협약」이라고도 불리우는 제111호 협약(1958년)을 살펴본다.[12)13)] 이 협약의 제1조는 고용 및 직업에 대한 차별에 관한 조항을 두고 있다. 즉, "인종, 피부색, 성별, 종교, 정치적 견해, 민족적 또는 사회적 출신(national or social origin)"에 의거하여 행하여지는 모든 구별·배제 또는 우대로서, 고용 또는 직업에서의 기회 또는 대우의 균등을 깨뜨리거나 해치는 효과를 갖는 것을 차별로 정의하고, 제2조는 고용 및 직업에 관한 차별을 없애기 위하여 국가정책을 선언하고 이를 준수할 것을 정하고 있다.

이 협약에서 고용 및 직업이라 함은, 직업훈련을 받는 것, 고용되는 것 및 특정직업에

---

11) 제14조 a는 "이주노동자가 2년을 초과하지 아니하는 규정된 기간 동안 취업을 목적으로 자국의 영토내에 합법적으로 거주한다는 조건 하에서, 또는 법령이 2년 이하의 정해진 기간동안 계약을 하도록 하는 경우에는 그 노동자가 첫번째 고용계약을 완료하였다는 조건 하에서, 이주노동자에게 지리적으로 이동할 수 있는 권리를 확보해 주어야 하며, 취업을 자유롭게 선택할 수 있도록 해야 한다"고 정하고 있다.

12) the Discrimination (Employment and Occupation) Convention. 이 협약의 정식명칭은 「고용과 직업에서의 차별에 관한 협약」(the Convention concerning Discreminaton in Respect of Employment and Occupation)이다.

13) ILO에서 핵심협약으로 거론되는 것은, 결사의 자유를 보장하고 있는 제87호 협약, 공무원의 단결권과 단체교섭권을 보장하고 있는 제98호와 151호 협약, 강제노동금지를 담고 있는 제29호와 제105호 협약, 아동근로자 보호에 관한 제138호 협약이다. OECD는 이러한 4가지 영역의 협약 이외에도 제111호 협약(고용 및 직업상 차별대우에 관한 협약)을 포함하여 5가지 핵심노동기준으로 삼고 있다고 한다.

종사하는 것과 근로조건을 말한다(제1조 제3항).

문제는 여기에서 국적에 의한 차별이 포함되고 있는지 여부이다. 민족적 출신이라는 표현이 국적을 의미하는 것이라고 볼 수도 있으나, ILO 협약에서도 반드시 국적에 의한 차별이 포함되는 것은 아니라고 보고 있다.[14)]

협약을 제정하던 1958년에는, ILO에서도 고용 및 직업에 대한 차별금지까지 규정하지는 못한 것이라고 할 수 있다. 그러던 것이 1975년 이주노동자 보충협약을 계기로 하여 고용 및 직업에 대해서도 원칙적으로 보장되는 것으로 변경되었다. 前述했듯이 합법적인 자격이 있는 취업자의 경우에는 국내의 조건과 관행(national conditions and practice)에 따른다는 단서가 붙어있는 상태에서 고용 및 직업에 대해서도 동등한 대우를 해야 한다는 것이다.

Ⅲ. 이주노동자의 근로조건에 대한 차별대우 금지

* 이주협약 조항

제25조(근로조건에 대한 균등대우)

1. 모든 이주노동자와 그 가족은, 임금 및 다음에 기술하는 것에 관하여, 고용국의 국민보다 불리하지 않은 취급을 받는다.

(a) 다른 근로조건(conditions of work), 즉 시간외 근로, 근로시간, 주휴, 유급휴가, 안전, 보건, 고용관계의 종료, 그리고 국가의 법률 및 관행에 의한 다른 모든 근로조건

(b) 다른 고용조건(terms of employment), 즉 최저취업연령, 가사노동에 대한 제한, 국가의 법률 및 관행에 의한 다른 모든 사항.

2. 이 조 제1항이 정하는 균등대우원칙을 근로계약에서 배제하는 것은 위법이다.

* 한국 법과 현실

차별대우 금지를 정하고 있는 국내법 규정은 헌법 제11조를 비롯하여 곳곳에 산재해

14) 이주노동자 보충협약 Migrant Workers (Supplementary Provisions) Convention(1975년, 제143호)의 前文.

있다. 근로조건등에 대한 차별금지와 보다 직접적으로 관련을 맺는 조항은, 근로기준법 제6조(균등대우), '외국인근로자의 고용등에 관한 법률'(이하 '외국인고용법')제22조[15]가 있다. 한국의 법제도상 국적에 의한 차별을 금지하고 있으므로, 특히 근로조건등에 대하여 이주협약과 배치되는 국내법규정은 없다고 할 수 있다.

외국인고용법에는 국적차별을 이유로 한 벌칙규정이 없으나,[16] 근로기준법 제6조에 의한 국적차별은 벌칙규정의 적용대상이 된다. 근로기준법 제114조에 의해 균등대우 위반시에는 500만원 이하의 벌금에 처해지는 대상이다. 다른 벌칙규정에 비해 정도가 약하기는 하나 벌칙규정이 미비하다고 볼 수는 없다.

* 산업연수생제의 문제 해결

근로조건에 대한 차별대우 금지와 관련하여 크게 문제가 되었던 것은 산업연수생제 내지 연수취업제였다.[17] 산업연수생이 원래의 목적대로 「기술연수」나 개발도상국에 대한 기술이전에 충실하였다면, 이주노동자권리협약의 합치 여부가 문제될 수 없었다. 이주협약은 이주'노동자'에게 적용되는 것이기 때문에, 연수생이나 학생에게는 적용되지 않는다(이주협약 제3조 (e)). 그렇지만, 실질적으로 노무에 종사하는 연수생을 내국인 근로자와 다르게 대우함으로써, 국제기준과 충돌했었다.

산업연수생제는 멀리는 1991년 10월의 법무부훈령으로부터 시작되는데, 이러한 산업연수생제는 도중에 일정한 연수기간 이후에 취업기간을 부여하는 연수취업제로 변경되는 등 여러 차례의 우여곡절을 거친 끝에 근래에 그 수명을 다하였다. 비판의 표적이 되었던 단체추천의 산업연수생제가 2006년 12월말로 폐지되었다. 2005년 7월 27일 개최된 외국인력정책위원회가 외국인력제도는 2007년 1월 1일부터 고용허가제로 단일화한다는 결정을 내렸기 때문이다.

---

15) "사용자는 외국인근로자라는 이유로 부당한 차별적 처우를 하여서는 아니된다."

16) 외국인고용법에 벌칙규정이 없음을 들어 실효성 확보방안이 마련되어 있지 않다는 지적도 있다. 권영국, "제3주제발표", 유엔이주노동자권리협약비준을 위한 공청회 자료집, 2006.11.29, 51-52면 참고.

17) 拙稿, "UN 이주노동자 권리조약과 한국의 이주노동자", 21세기의 인권, 한길사, 2000, 821-826면.

그렇지만, 고용허가제는 2007년부터 시작된 것은 아니다. 2003년 8월에 외국인 고용법이 제정되면서 고용허가제는 1년 뒤인 2004년 8월 17일부터 이미 시행되고 있었다. 산업연수생제가 연수를 가장하여 사실상의 근로를 시키는 편법적인 제도라는 지적이 오래 전부터 있었으며, 이 제도가 불법체류자의 증가를 조장한다는 비판을 받으면서 한동안 고용허가제와 산업연수생제가 병행 실시되는 시기를 지나왔었다.

근래의 동향과 관련하여 주목할 만한 것은 산업연수생제에 대해 헌법재판소의 위헌 결정이 나왔다는 점이다.[18] 결정은, 산업연수생제와 관련하여 내려졌던 '외국인산업기술연수생의 보호 및 관리에 관한 지침'(노동부 예규) 제4조,[19] 제8조 제1항,[20] 제17조가 청구인(외국인)의 평등권을 침해한다는 것이다.

탈법적인 제도가 시행중에 위헌이 되지 않고, 사실상 폐지된 이후에 위헌이 된 것은 아쉽지만, 법이론상 눈여겨볼 만한 점이 있어 소개한다. 많은 점이 다투어졌지만, 크게 세 가지로 나누어볼 수 있다.

하나는 외국인의 기본권 주체성이며, 다른 하나는 노동부예규(이른바 '행정규칙')가 헌법소원의 대상이 되는지, 마지막으로 위 예규가 청구인의 평등권을 침해하는지가 쟁점이었다.

산업연수생제가 평등권을 침해하는지에 대해서는 다음과 같이 판단했다.

"산업연수생이 연수라는 명목 하에 사업주의 지시·감독을 받으면서 사실상 노무를 제공하고 수당 명목의 금품을 수령하는 등 실질적인 근로관계에 있는 경우에도, 근로기준법이 보장한 근로기준 중 주요 사항을 외국인 산업연수생에 대하여만 적용되지 않도록 하는 것은 합리적인 근거를 찾기 어렵다. 특히 연수업체는 이 사건 중소기업청 고시

---

18) 헌법재판소 2007.8.30. 선고, 2004헌마670 전원재판부 (산업기술연수생도입기준완화결정등위헌확인)

19) 제4조(연수생의 지위) 연수생은 출입국관리법령에 의한 연수생 신분의 체류자격을 가지되 연수과정에서 현장연수의 특성상 사실상의 노무를 제공함으로써 임금·수당 등 여하한 명칭으로든지 근로의 대상을 지급받고 있는 경우에는 이 지침이 정하는 한도 내에서 근로자로서의 권리의무를 갖는다.

20) 제8조(연수생의 보호) ① 연수생은 근로기준법, 최저임금법, 산업안전보건법, 산업재해보상보험법 및 의료보험법의 기본적 입법정신에 준거하여 다음 각 호의 사항에 관한 보호를 받는다. 1. 폭행 및 강제근로금지 2.연수수당의 정기·직접·전액·통화불 지급 및 금품청산 3.연수기간, 휴게·휴일, 시간외·야간 및 휴일연수 4. 최저임금수준의 보장 5. 산업안전보건의 확보 6. 산업재해보상보험 및 의료보험 혜택

가 정한 요건(중소기업기본법 제2조 해당, 산업연수생에 대한 숙박시설 제공 능력 등)을 갖추어야 하고(제28조), 연수업체의 규모에 상응한 인원만을 배정받을 수 있어(제32조 제2항, 별표 2), 사용자의 법 준수능력이나 국가의 근로감독능력 등 사업자의 근로기준법 준수와 관련된 제반 여건이 갖추어졌다 할 것이므로, 이러한 사업장에서 실질적 근로자인 산업연수생에 대하여 일반 근로자와 달리 근로기준법의 일부 조항의 적용을 배제하는 것은 자의적인 차별이라 아니할 수 없다."

Ⅳ. 이주노동자의 노동3권 보장

* 협약 규정

제26조(노동조합과 단체에 대한 권리) - 모든 이주노동자와 그 가족의 권리

1. 체약국은 이주노동자와 그 가족에게 이하의 권리를 인정한다.

(a) 노동조합 또는 경제적, 사회적, 문화적 및 기타 이익을 지키기 위해 법률에 의하여 설립된 어떠한 단체의 집회 및 활동에 대해서도 그 단체의 규칙만에 따라서 참가하는 것,

(b) 어떠한 노동조합 및 위의 어떠한 단체에도 그 단체의 규칙만에 따라서 자유로 가입하는 것,

(c) 어떠한 노동조합 및 위의 어떠한 단체에도 원조를 구하는 것

2. 이들 권리행사에 대해서는 법률에 정하는 제한으로서, 국가의 안전, 공공질서, 또는 다른 사람의 권리와 자유의 보호를 위한 민주 사회에서 필요한 것 이외의 어떠한 제한도 설정할 수 없다.

제40조(결사에 대한 권리) - 등록되거나 적법상태에 있는 이주노동자와 그 가족의 권리

1. 이주노동자와 그 가족은 고용국에서 그 경제적, 사회적, 문화적 및 기타의 이익의 보호 및 촉진을 위하여 단체와 노동조합을 결성할 권리를 가진다.
2. 전항의 권리의 행사에 있어서는 법률에 정하는 것으로서 국가의 안전, 공공질서 또

는 다른 사람의 권리와 자유의 보호를 위해 민주사회에서 필요한 것 이외의 어떠한 제한도 과할 수 없다.

위 조항 내용에서도 확인되듯이 이주협약에 따르면 이주노동자도 국민과 동등하게 노동3권을 원칙적으로 향유한다. 다만, 합법상태의 이주노동자는 노동조합의 결성까지를 권리로 가지나, 모든 이주노동자는 결성권을 제외한 권리, 집회와 활동에 대한 참가권 그리고 노조의 가입권 등을 누리는 것으로 정해져 있다.

협약규정이 권리주체를 구분하여 두 조항으로 달리 정하는 것에 대해, 기존의 국제기준들과 동떨어지는 수준으로 비난의 대상이 되고 있다는 지적도 있다.[21] 모든 사람의 노동3권 주체성을 인정하여 노동조합 결성권까지를 정하고 있는 국제인권규약(A와 B)과 ILO 제87호협약에 미치지 못한다는 것이다.

* 외국인 근로자에 대한 국제기준의 내용

세계 제2차대전 이후에 외국인 근로자의 지위에 관한 많은 국제기준이 등장하였다. 외국인근로자에 대한 구체적인 기준만을 시간의 순서대로 배열하면, ILO 이주노동자 협약・권고(1949), ILO 이주노동자 보충협약・권고(1975), 국제연합 외국인권리선언(1985), 국제연합 이주노동자 권리협약(1990)의 순서가 된다.

노동3권을 보장하고 있는 정도를 살펴보면, 1949년의 이주노동자 협약은 외국인 근로자의 노동조합 결성권을 전제로 하고 노동조합 가입권과 단체교섭의 이익을 향유할 권리만을 규정하는 데에 그치고 있다. 그것도 합법적인 체류를 하고 있는 근로자가 취업한 경우에 대해서 규정하고 있다. 그렇지만, 1975년의 이주노동자 보충협약의 경우에는 노동조합에 대한 권리 전반이 원칙적으로 보장되는 것으로 그 내용이 강화되었다. 그러한 흐름은 국제연합의 외국인권리선언과 이주노동자 권리협약에까지 계속된다. 국제연합의 이주협약의 경우에는 여기에서 한걸음 나아가 불법체류 근로자의 노동조합 가입권을 인정한다. 다만, 이 협약은 불법체류 근로자의 노동조합결성권에 대해서는 침묵하고 있다.

---

21) R.Cholewinski, Migrant workers in Inter'l Human Rights Law, Clarendon Press(Oxford), 1997, p.164.

* 우리 법 규정과 현실

- 합법체류 외국인근로자의 노동3권은 보장된다는 데에 학설과 판례에 이견이 없음

- 불법체류 외국인근로자의 노동조합결성권은 최근까지 논쟁이 되고 있음.
  아래에서 보는 것처럼 노동부와 노동조합단체 사이에서 의견이 나뉘며, 하급심 법원 상호간에도 결론이 다름.

- 가령 대법원의 최종판결에서 노동조합결성권이 부인된다 하더라도 협약위반의 문제는 발생하지 않음.
  위에서 언급한 것처럼 불법체류 외국인근로자는 이주협약상 노동조합결성권의 주체가 아니기 때문이다.

- (사견) 현행법의 해석론으로는 불법체류 외국인의 노조결성권은 부인하기 곤란하다.
  ILO 제87호 협약이나 국제인권규약은 노동조합 결성권을 포함한 단결권을 모든 근로자의 권리로 보고 있기 때문이다.

※ 외국인근로자의 노동3권

현재 외국인고용법에는 외국인근로자의 노동3권 행사에 관한 규정은 없다. 특별히 이를 보장하거나 금지하는 규정이 없다. 그렇지만 산업연수생제와는 달리 고용허가제가 외국인을 근로자로 대우하는 전제 위에 있으므로, 노동조합 활동은 법적으로 허용된다는 데에 이견이 없다. 그러나 단순기능 외국인력은 사실상 노동조합 활동이 곤란한 실정에 있다.

외국인의 근로계약은 1년을 초과하지 못하므로, 1년이내에서 갱신하도록 되어있다. 노동부도 1년 단위의 계약갱신을 법으로 규정했으므로 노동조합활동 현실적으로 곤란하다는 것을 시인하고 있다.[22] 근로자의 인간다운 생활을 보장하려는 헌법상의 노동3권의 취지에 비추어 볼 때, 내국인 근로자에 비해 상대적으로 불평등한 현실에 처한 외국

22) 노동부, “고용허가제 법률제정설명자료”, 2003.2

인근로자에게 노동3권의 내용을 실질화하기 위한 제도가 모색되어야 한다는 지적이 있다.[23]

고용허가제 아래의 외국인근로자에 비해서, 불법체류 근로자의 단결권과 관련해서는 상당한 다툼이 있었다. 최근에 문제가 되었던 서울경기인천이주노동자노동조합(이하 '이주노조')의 경우이다.

서울, 경기, 인천에 사는 외국인근로자 91명이 지역별 노동조합을 결성하여 노동부장관에게 설립신고서를 제출했던 사건이다. 서울지방노동청장은 2005년 5월 9일 관계서류의 보완요구를 했으나, 조합원이 소속된 사업장의 명칭과 조합원수 및 대표자의 성명, 조합원명부의 보완요구에 응하지 않았으며, 취업자격이 없는 불법체류 외국인을 주된 구성원으로 하고 있는 점을 이유로 하여 2005년 6월 3일 노동조합설립신고서를 반려하였다. 이에 이주노조는 반려처분의 취소를 구하였다.

제1심인 서울행정법원은 처분의 적법성을 인정하여 원고의 청구를 기각한다.[24] 그 근거로서 제1심은, 노조법 시행규칙 제2조 제4호가 소속 사업장의 명칭등의 제출을 요구한 것은 복수노조의 설립금지에 해당되는 노동조합 설립신고인지 여부를 판단하기 위한 것이므로 정당한 법령의 위임근거에 따른 것이며, 조합원 명부의 제출을 요구한 것은 노동부가 노조설립신고의 형식적 요건과 함께 실질적 요건을 심사하여 그 수리 여부를 결정하기 위한 것이므로 위법이 아니라고 보았다. 아울러 취업을 위한 체류자격을 갖지 않는 외국인의 취업은 취업이 엄격하게 금지되어 있기 때문에 이들은 "장차 적법한 근로관계가 계속될 것임을 전제로 근로조건의 유지 개선과 지위향상을 도모할 법률상의 지위"에 있지 않아서 노조법상의 근로자라고 볼 수 없다고까지 했다.[25]

이에 비해 서울고등법원은 서울고등법원 제11특별부는 제1심판결을 취소하고, 이주노조에 대한 노동조합설립신고서 반려처분을 취소하였다.[26]

---

23) 외국인이주노동자대책협의회・정정훈, "고용허가제의 법률상 문제점", 10면

24) 서울행법 2006.2.7.선고, 2005구합18266판결.

25) 이 판결에 대한 비판적 평석으로서는, 정인섭, "노동조합 결격요건의 심사", 노동법연구 제21호, 149면 이하 참고.

26) 서울고법 2007.2.1.선고, 2006누6774판결.

서울고법의 판지와 제1심의 판지는 전혀 상반된다. 그 내용을 요약해 보면 다음과 같다.

'2이상의 사업 또는 사업장의 근로자로 구성된 단위노동조합에 한하여' 소속 사업장의 명칭 등을 요구하고 있는 노조법 시행규칙 제2조 제4호는 복수노조 설립금지조항에 위배되는 여부와는 관련이 없다고 보았다. 복수노조는 "동일한 사업장 내에서 그 직무의 성질상 같은 직종의 근로자들을 조직대상으로 하는 경우에만 해당할 뿐 사업장을 달리하는 단위 노동조합에 있어서는 기존에 그 중 하나의 사업장에 기업별 단위노조가 조직되어 있다하더라도 이는 복수노조에 해당하지 않는다"는 판단을 기초로 한다.

나아가 위 시행규칙 규정이 복수노조 설립금지조항에 위배되는지 여부를 판단하기 위한 조항이 아니라면, 이 규정내용은 기본권의 제한을 위한 법률상의 근거가 필요하다. 그런데, "노조법이나 그 시행령에 노동조합설립신고서에 노조법 시행규칙 제2조 제4호 소정의 서류를 첨부하여야 한다거나 이를 보완하지 않을 때에는 노동조합설립신고서를 반려한다는 점에 대한 아무런 위임이나 근거 조항이 없는 이상, 원고 노조가 법령에서 위임되지 아니한 조항인 위 시행규칙 제2조 제4호 소정의 서류를 보완하지 않았음을 피고가 이 사건 처분사유 중 하나로 삼은 것은 법률의 근거 없이 헌법상의 기본권 및 노조법 제5조에 규정된 근로자의 단결권을 제한하는 것으로서 위법하다"고 본다.

그리고 불법체류 외국인이 노동조합을 결성할 수 있는 근로자인지에 대해서도 이를 긍정하였다. 헌법과 노동관계법령의 규정을 보면, "불법체류 외국인이라 하더라도 우리나라에서 현실적으로 근로를 제공하면서 임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 이상 노동조합을 설립할 수 있는 근로자에 해당한다"는 것이다. 그리고 출입국관리법이 불법체류 외국인의 취업을 금지하고 있으나, "이는 취업자격 없는 외국인의 고용이라는 사실적 행위 자체를 금지하고자 하는 것에 불과할 뿐이지 취업자격 없는 외국인이 사실상 근로를 제공하고 있는 경우에 취업자격이 없다는 이유로 고용계약이 당연 무효라고 할 수도 없으며 취업자격 없는 외국인 근로자가 사용자와 대등한 관계를 이루어 근로조건을 향상시키기 위한 근로자단체를 결성하는 것까지 금지하려는 규정으로 보기는 어렵다"는 것이다.

서울고법의 판지가 단결권보장의 취지에 부합한다고 생각한다.

Ⅴ. 이주노동자의 노동시장에서의 지위

1. 직업지도 및 직업소개 서비스의 이용, 그리고 직업훈련 및 재훈련 시설과 기관의 이용

UN이주협약은 '등록되거나 적법상태에 있는 이주노동자와 그 가족의 권리'의 하나로서 다음과 같은 규정을 두고 있다. 노동영역과 관련되는 규정은, 이주노동자가 '(b) 직업지도 및 직업소개 서비스의 이용, (c) 직업훈련, 재훈련 시설과 기관의 이용'과 관련하여 고용국 근로자와 평등한 대우를 향유한다고 정한 대목이다.

제43조(교육, 사회, 문화적 서비스의 이용과 참가)

1. 이주노동자는 다음의 각호에서 정하는 사항에 대해서, 고용국의 근로자와 평등한 대우를 향유한다.

(a) 그 기관과 서비스의 개시요건 및 기타의 규칙에 따라서, 교육기관 및 서비스를 이용하는 것.
(b) 직업지도 및 직업소개 서비스의 이용
(c) 직업훈련, 재훈련 시설과 기관의 이용
(d) 주택의 이용. 이에는 사회주택계획과 및 '임대료의 착취로부터의 보호'를 포함한다.
(e) 사회 및 보건 서비스의 이용. 다만, 각 제도로의 참가 요건이 충족되어 있는 경우에 한정한다.
(f) 이민상의 지위를 변경하는 것 없이 그 단체의 규칙 및 규율에 좇을 것을 조건으로 협동조합 및 자주관리사업이 운영하는 사업에 참가하는 것
(g) 문화생활의 이용과 참여

*** 우리 법 규정과 현실**

직업지도, 직업소개서비스의 이용과 관련한 국내법규는 특별히 외국인근로자를 배제하고 있지 않다.[27] 직업안정법 제1조는'모든 근로자가 각자의 능력을 개발·발휘할 수

있는 직업에 취업할 기회를 제공하 … ’는 목적을 규정하고 있다. 직업소개나 직업지도에 대한 법규정도 구인자등에 대한 효과적인 서비스의 제공을 도모하고 있으며, 특별히 내국인(한국인) 구인자 등으로 명시하고 있지는 않다.

직업지도, 직업소개 등을 규율하고 있는 국내법으로는 직업안정법이 있는데, 이 법의 적용과 관련하여 상이한 해석이 가능하다. 이주협약에서 정하는 것처럼 이주노동자는 고용국(한국)의 국민과 평등한 대우를 향유한다고 보는 해석이 가능한 반면에, 직업안정법은 원래 한국 국민에게 취업기회를 제공하기 위한 법이므로, 한국 국민과 평등한 대우를 누릴 수 없다는 해석도 가능하다.

직업안정법 제2조는 균등처우를 규정하면서, 국적에 의한 차별 금지를 명시하지는 않고 있다. “누구든지 성별, 연령, 종교, 신체적 조건, 사회적 신분 또는 혼인 여부 등을 이유로 직업소개・직업지도 또는 고용관계의 결정에 있어서 차별대우를 받지 아니한다.”[28] 그리하여 이 규정의 해석과 관련해서도 상이한 해석이 가능하다.

이에 대해 대법원 판결은[29][30] 외국인을 대상으로 한 직업알선행위도 처벌대상이 된다고 보았다. 직업안정법상의 균등처우조항은 국적에 의한 차별을 명시하고 있지 않지만 이 조항은 예시규정이므로 국적에 의한 차별도 금지되고 있다고 본 것이다. 즉,

> “ …그러나 위 법의 제정목적과 개정경위가 제1심판결이 설시한 바와 같다 하더라도 그 사정만으로 외국인 근로자는 법의 적용대상이 되지 아니한다고 말할 수 없다. 이 법은 근로자의 직업안정 및 고용촉진을 도모하기 위한 법률임이 명백하고, 근

27) 권영국, 앞의 논문, 62-65면 참고.

28) 고용정책기본법 제19조(취업기회의 균등한 보장)에서도 국적은 열거되어 있지 않다.

29) 대법원 1995.7.11. 선고 94도1814 판결【직업안정및고용촉진에관한법률위반】

30) 이 사건은 국내 기업들이 노동부장관의 허가를 받지 않고 외국인근로자를 상대로 유료직업소개업을 했을 때에 직업안정법 제19조 위반으로 형사처벌을 받게 되는지가 문제되었다. 이 사건에서, 프린스인터내쇼날을 비롯한 5개업체의 대표들이 1991.11.1부터 외국인 근로자를 기술연수자로 모집하여 국내에 입국시킨 다음 유료로 국내업체에 취업알선을 하였다. 검찰에서는 외국인을 대상으로 한 취업알선 행위는 유료직업소개업으로서 구 법 제30조에 의해 5년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처해진다고 보았다. 이 사건은 외국인연수생의 모집, 알선 등이 중소기업협동조합중앙회로 통합되기 이전의 사건이다.

로자의 지위는 근로기준법 제5조에서 명시하고 있듯이 국적을 불문하고 차별적 대우를 받지 않게 되어 있으며, 법 제10조의 유료직업소개사업에 대해 노동부장관의 허가를 받도록 하고 있는 입법취지 역시 무분별한 직업알선으로 인해서 근로자가 입게 될 피해등을 막기 위하여 정부가 알선기관을 감독하고자 하는 것으로서, 그 주된 목적이 근로자를 보호하기 위한 법조항이라고 보아야 하며, 법 제1조의2 균등처우 조항에서 성별, 종교, 사회적 신분, 혼인여부등을 이유로 차별대우를 받지 아니한다라고만 했을 뿐 국적을 표시하지 않았다 하더라도 위와 같은 열거사유들은 예시적인 것일 뿐이고, 거기에 국적이란 사유가 열거되지 않았다 해서 외국인을 배제한다는 취지라고 보아야 할 이유는 없고, 위 법이 제정될 당시에 외국인 근로자의 국내취업문제가 법률적으로나 사회적으로 쟁점사항이 된 일이 없다 해서 반드시 그것은 제외된 것이라고 단정할 수도 없으며, 또 외국인 근로자를 포함한다고 해석하는 것이 죄형법정주의에 위배되는 법해석이라고 할 근거도 없다.
따라서 법 제10조가 규정하고 있는 유료직업소개사업에 관한 허가규정은 외국인 근로자를 국내기업에 알선하여 주는 소개업에도 적용이 된다고 보아야 할 것이며, 이와 다른 견해에서 외국인 근로자는 적용대상이 되지 않는다고 설시한 원심의 조치는 직업안정및고용촉진에관한법률의 적용범위에 관한 법리를 오해한 위법이 있고, 그로 인해 판결 결과에 영향을 미친 것이라 할 것이다. … "

이 판결에 의해 파기된 원심은,[31] 위와 다른 결론을 냈었다. 근로의 권리는 국민의 권리이며, 정부의 직업안정 및 고용촉지의무에서 비롯되는 이익을 향유할 권리도 인간의 권리가 아니라 국민의 권리이기 때문에, 외국인근로자를 국내기업에 유료 직업소개해주는 행위는 처벌할 수 없다는 것이었다.

하급심의 판결과 달리 위의 대법원의 판결에 따르게 되면, 유료직업소개사업에 관한 허가규정은 직업안정법의 적용에 있어서는 이주노동자와 국민을 차별할 수 없다는 논지이다. 이러한 판결은 다른 사건[32]에서도 반복되었으므로, 적어도 법원의 입장은 이주협약의 내용과 다르지 않다.

직업훈련, 재훈련과 관련된 국내법과 관련해서는 고용보험법의 적용이 쟁점이 된다.

---

31) 서울형사지방법원 1994.5.24. 선고 93노5036 판결.

32) 위의 판결 이외에도 대법원은 다른 사건에서 유사한 논지를 펴고 있다. 대법원 1995.9.29.선고, 95도1331판결.

고용보험법에 따르면 외국인근로자는 원칙적으로 고용보험의 적용대상이 아니다. 그리하여 비전문취업(E-9)이나 방문취업 자격의 경우에는 고용보험의 적용대상이 아닌 것이 원칙이며, 다만 본인이 가입을 희망하는 경우에는 고용보험에 가입할 수 있다(고용보험법 제10조, 시행령 제3조 제2항 1호 나목). 반면에 국민에 가까운 안정된 지위를 가지는 영주 자격, 재외동포 자격, 거주 자격의 경우에는 고용보험의 적용대상이다.

고용보험의 적용대상이 되어야 구직급여 등의 급여를 지급받을 수 있을 뿐 아니라, 직업능력개발사업이나 고용안정사업의 대상이 된다.

최근에 고용보험법의 적용을 비전문취업이나 방문취업으로 확대하는 것이 검토된 적은 있으나, 아직까지 외국인근로자는 원칙적으로 고용보험의 적용대상이 아니다.

* 관련 규정

-- 고용보험법[33] 제10조(적용 제외 근로자)

다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 근로자에게는 이 법을 적용하지 아니한다. 다만, 제1호의 근로자에 대한 고용안정·직업능력개발 사업에 관하여는 그러하지 아니하다. <개정 2008.3.21>

1. 65세 이상인 자
2. 소정(소정)근로시간이 대통령령으로 정하는 시간 미만인 자
3. 「국가공무원법」과 「지방공무원법」에 따른 공무원. 다만, 대통령령으로 정하는 바에 따라 별정직 및 계약직 공무원의 경우는 본인의 의사에 따라 고용보험(제4장에 한한다)에 가입할 수 있다.
4. 「사립학교교직원 연금법」의 적용을 받는 자
5. 그 밖에 대통령령으로 정하는 자

33) 고용보험법 제9315호 2008.12.31 일부개정.

-- 고용보험법시행령[34] 제3조 (적용 제외 근로자)

① 법 제10조제2호에서 “소정근로시간이 대통령령으로 정하는 시간 미만인 자”란 1개월간 소정근로시간이 60시간 미만인 자(1주간의 소정근로시간이 15시간 미만인 자를 포함한다)를 말한다. 다만, 생업을 목적으로 근로를 제공하는 자 중 3개월 이상 계속하여 근로를 제공하는 자와 법 제2조제6호에 따른 일용근로자(이하 “일용근로자”라 한다)는 제외한다.

② 법 제10조제5호에서 “그 밖에 대통령령으로 정하는 자”란 다음 각 호에 해당하는 자를 말한다.

1. 외국인 근로자. 다만, 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 자는 제외한다.

가.「출입국관리법 시행령」제12조에 따른 외국인의 체류자격 중 주재(D-7), 기업투자(D-8) 및 무역경영(D-9)의 체류자격을 가진 자(법에 따른 고용보험에 상응하는 보험료와 급여에 관하여 그 외국인의 본국법이 대한민국 국민에게 적용되지 아니하는 경우는 제외한다)

나.「출입국관리법 시행령」제23조제1항에 따른 취업활동을 할 수 있는 체류자격을 가진 자(노동부령[35]으로 정하는 바에 따라 보험 가입을 신청한 자만 해당한다)

다.「출입국관리법 시행령」제23조제2항제1호・제2호에 해당하는 자

라.「출입국관리법 시행령」제12조에 따른 외국인의 체류자격 중 재외동포(F-4)의 체류자격을 가진 자(노동부령으로 정하는 바에 따라 보험 가입을 신청한 자만 해당한다)

마.「출입국관리법 시행령」제12조에 따른 외국인의 체류자격 중 영주(F-5)의 체류자격을 가진 자

2. 고용계약기간의 만료와 재고용 등

* 협약 규정

이주협약 제51조(고용계약기간의 만료와 재고용 등) - 등록되거나 적법상태에 있는 이

34) 고용보험법 시행령 제21626호 2009.7.7

35) 고용보험법 시행규칙 제4조

주노동자와 그 가족의 권리

“고용국에서 보수활동의 자유로운 선택이 인정되지 않는 이주노동자가, 그 체류허가가 그들이 인정되는 특정한 보수활동에 의존하고 있음이 명시된 경우를 제외하고, 노동허가의 기한 만료 전에 보수활동이 종료하고 있는 사실만으로 비합법상태에 있는 것으로 간주되거나 그 체류허가를 상실하지 않는다. 그러한 이주노동자는 취업허가서에 규정된 조건과 제한을 전제로 하여, 남은 취업허가기간동안 대체취업, 공공근로계약에의 참여 및 재훈련 등을 요청할 권리가 있다.”

* 우리 법과 현실

위 협약규정은 합법체류 상태의 이주노동자가 취업허가기간의 만료 전에 유급활동이 종료되는 경우에 대한 것이다. 한국법현실에서 발생할 수 있는 사례는 이주노동자가 취업할 수 있는 비자(체류자격. 예를 들어, 비전문취업이나 방문취업 비자)의 유효기간 이내에서 사용자가 근로계약을 해지하거나, 폐업 또는 휴업 등에 의하여 취업할 수 없게 되었을 때 등에 그가 비합법상태에 빠질 수도 있는지 여부와 관련이 되는 문제이다. 협약의 의미는 이러한 경우에 이주노동자가 비합법상태가 되어 강제출국되어서는 안된다는 취지를 담고 있다.

현재의 외국인고용법에 의하면, 다른 사업(장)으로의 변경을 신청할 날로부터 2월 이내에 출입국관리법 제21조에 의한 근무처 변경허가를 받지 못하거나 사용자와 근로계약 종료 후 1개월 이내에 다른 사업(장)으로의 변경을 신청하지 아니한 외국인근로자는 출국해야 한다(제25조 제3항). 근로계약 종료시에 곧바로 비합법상태에 빠지지 않으나, 취업비자 유효기간이내임에도 강제출국해야 하는 경우도 발생할 수 있는 것이다.

현재의 한국법이 이주협약에 위반되는지 여부는 명확하지 않다. 비합법상태로 간주되어서는 안된다고 하지만, “그 체류허가가 그들이 인정되는 특정한 보수활동에 의존하고 있음이 명시된 경우”는 제외하도록 되어 있다. 또한 이주협약 제2문에 남은 취업허가기간 동안 대체취업, 공공근로계약에의 참여와 재훈련 등을 요청할 권리를 규정하고 있으

나, 이 역시 “취업허가서에 규정된 조건과 제한을” 전제로 할 수 있도록 한다.

필자의 생각은 현재의 외국인고용법이 이주협약에 위반된다고 보기 어렵다는 쪽이다. 왜냐하면, 출입국관리법에 의해 취업 체류자격[36]을 받을 때에 근로계약을 전제로 하며, 구비해야 하는 서류 중에도 이주노동자와 그 사용자 사이에 체결된 근로계약을 필요로 하기 때문에, 그 체류자격은 특정한 보수활동에 의존하고 있다고 볼 수 있기 때문이다. 또한 협약이 보장하려는 대체취업 등의 권리도 취업허가서에 규정된 조건과 제한을 전제로 한다는 점에서 현행 고용허가제 관련 국내법이 이주협약과 배치된다고 보기도 어려울 것이다.[37]

3. 사업장 이동의 자유(또는 ‘보수활동 선택의 자유’Free choice of employment)

이주노동자의 권리보호와 개별국가의 주권 유지 사이에 나타나는 긴장관계가 두드러진 것은 제52조와 53조의 사업장 이동의 자유문제이다. 제52조는 이주노동자이며, 53조는 이주노동자의 가족의 자유에 관한 규정이다.

제52조 제1항에 따라 이주노동자는 보수활동의 자유 선택권을 갖는다는 원칙을 천명하고 있으나, 여기에는 몇가지 중요한 제한이 따르게 된다.

하나는 ‘그 국가의 이익을 위해 필요하고 동시에 국내법에 의해 정해져 있는 경우’에는 특정한 고용 등에 참가하는 것을 제한할 수 있는데(2(a)), 이것은 주로 공무원을 비롯한 공공부문을 염두에 둔 것으로 해석된다.[38]

여기에다 ‘이주노동자가 국내법이 정하고 있는 기간 동안 그 영역 내에서 합법적으로 체류하고 있는 것’을 조건으로 하여 보수활동을 자유로이 선택할 수 있도록 하고 있다(3항). 이것을 반대해석하면 입국한 후 일정한 기간 동안은 보수활동의 자유선택권을 제한할 수 있다는 것으로 해석할 수 있다. 다만, 거기에는 기간상의 제한이 따르며, 국내법 규정에 의해 2년을 초과해서는 안된다.[39][40]

---

36) 이주협약상의 취업허가에 준한다고 본다.

37) 권영국, 위의 논문, 67-68면.

38) R.Cholewinski, op.cit., p.161-162.

또하나는 내국인우선의 원칙을 수행하기 위해 이주노동자의 그 보수활동에 대한 진출을 제한할 수 있다는 것이다. 각국은 자국인과 자국인에 준하는 사람의 우선적인 고용을 위해 정책적인 노력을 기울이는 경우가 많다. 유럽연합 소속국가의 경우에도 그 국민과 유럽연합 소속국민을 위해 그밖의 국가의 국민보다 우선적인 고용을 하는 정책을 펴고 있다. 이로 인해 그 국민 및 그와 유사한 지위에 있는 사람들의 고용을 위해 합법적으로 체류하고 있는 외국인근로자의 고용이 제약될 수 있다는 것이다. 이주협약에서도 이러한 원칙을 규정한 것이며, 이러한 우선정책은 국내법 규정에 의하고 5년 이하의 범위 내에서 해야 한다는 내용도 아울러 있다.

이렇게 보면, 2년까지의 경우에는 이주노동자의 보수활동 선택의 자유를 제한하며, 2년 이후부터는 이주노동자에게 자유선택의 기회를 주어야 한다. 다만, 2년부터 5년까지는 내국인우선의 정책을 위해 이주노동자의 선택의 자유가 제한될 수 있다는 것이다. 여기에서 2년이나 5년의 기간은 최대의 수치를 의미하므로, 각각의 범위 내에서 더 줄일 수는 있다.

한편, 위와 같은 규정들의 기간은 단지 권고적인(recommendatory)인 의미밖에 없다는 해석이 있는데,[41] 이렇게 볼 경우에는 보수활동 선택의 자유가 더욱 위축이 될 것으로 보인다. 그렇지만, 필자의 문리해석상으로는 단순한 권고적인 규정이라고 읽히지 않는다.

*** 이주협약 규정[42]**

---

39) 이러한 취지는 ILO 제143호 이주노동자 보충협약(1975년) 제14조에서 이미 규정되었다. 최홍엽,「외국인근로자의 노동법상 지위와 정책과제」, 1997.11, p.102-103.

40) ILO 이주노동자 보충협약(1975) 제14조 a는,
- "이주노동자가 2년을 초과하지 아니하는 규정된 기간 동안 취업을 목적으로 자국의 영토 내에 합법적으로 거주한다는 조건 하에서, 또는 법령이 2년 이하의 정해진 기간동안 계약을 하도록 하는 경우에는 그 노동자가 첫번째 고용계약을 완료하였다는 조건 하에서, 이주노동자에게 지리적으로 이동할 수 있는 권리를 확보해 주어야 하며, 취업을 자유롭게 선택할 수 있도록 해야 한다"고 정하고 있다.
- 내국인우선의 원칙에 의한 제한을 인정하지 않고 있음.

41) R.Cholewinski, Migrant workers in Inter'l Human Rights Law, Clarendon Press(Oxford), 1997, p.162.

42) 영어원문규정은 다음과 같다: Article 52
1. Migrant workers in the State of employment shall have the right freely to choose their remunerated activity, subject to the following restrictions or conditions.
2. For any migrant worker a State of employment may:
(a) Restrict access to limited categories of employment, functions, services or activities where this is

제52조(보수활동 선택의 자유)

1. 이주노동자는 고용국에서 보수활동을 자유로이 선택하는 권리를 가진다. 다만, 이하의 제조건에 따라야 한다.
2. 고용국은 이주노동자에 대해

(a) 그 국가의 이익을 위해 필요하고 동시에 국내법에 의해 정해져 있는 경우에는 특정 종류의 고용, 직능, 역무 또는 활동에 참가하는 것을 제한할 수 있다.

(b) 국외에서 취득한 직업자격의 승인에 관한 법률에 의하여 보수활동의 자유로운 선택을 제한할 수 있다. 다만, 관계 체약국은 등등한 자격의 승인을 부여하도록 노력한다.

3. 이주노동자의 노동허가가 기간의 정함이 있는 경우, 고용국은

(a) 이주노동자가 국내법이 정하고 있는 기간 동안 그 영역 내에서 합법적으로 체류하고 있는 것을 조건으로, 보수활동을 자유로이 선택할 권리를 갖도록 할 수 있다. 다만, 그 기간은 2년을 초과할 수 없다.

(b) 그 국민이나, 국내법이나 양자 또는 다자협정에 따른 목적을 위해 자국민으로 취급되는 자에게 우선권을 주는 정책을 수행하기 위하여 보수활동에 대한 이주노동자의 진출을 제한할 수 있다. 그 같은 제한은, 국내법이 정한 기간 동안 그 영역내에서 보수활동을 위하여 합법적으로 체류하고 있는 이주노동자에게는 더이상 적

---

necessary in the interests of this State and provided for by national legislation;

(b) Restrict free choice of remunerated activity in accordance with its legislation concerning recognition of occupational qualifications acquired outside its territory. However, States Parties concerned shall endeavour to provide for recognition of such qualifications.

3. For migrant workers whose permission to work is limited in time, a State of employment may also:

(a) Make the right freely to choose their remunerated activities subject to the condition that the migrant worker has resided lawfully in its territory for the purpose of remunerated activity for a period of time prescribed in its national legislation that should not exceed two years;

(b) Limit access by a migrant worker to remunerated activities in pursuance of a policy of granting priority to its nationals or to persons who are assimilated to them for these purposes by virtue of legislation or bilateral or multilateral agreements. Any such limitation shall cease to apply to a migrant worker who has resided lawfully in its territory for the purpose of remunerated activity for a period of time prescribed in its national legislation that should not exceed five years.

4. States of employment shall prescribe the conditions under which a migrant worker who has been admitted to take up employment may be authorized to engage in work on his or her own account. Account shall be taken of the period during which the worker has already been lawfully in the State of employment.

용되지 않는다. 위의 기간은 5년을 초과할 수 없다.

4. 고용국은 고용을 위해 입국이 인정된 이주노동자가 자영의 노동에 종사하는 것의 허가 또는 불허가의 조건을 정한다. 그때 그 근로자가 고용국에 이미 합법적으로 체류하고 있는 기간을 고려에 넣는다.

* 우리 법과 현실

우리 법은 사업장 이동의 자유가 원칙적으로 부인되며, 예외적으로 인정되고 있다.

외국인근로자의 고용등에 관한 법률은 '휴업·폐업 그 밖에 외국인근로자의 책임이 아닌 사유로 근로를 계속할 수 없게 되었다고 인정되는 경우'등 특별한 사유가 있을 때에만 사업장 변경의 신청을 할 수 있다(제25조).[43]

현재 한국에 들어온 외국인근로자[44]는 입국한 날로부터 3년의 범위 내에서 취업활동을 할 수 있으며(외국인고용법 제18조), 근로계약의 기간은 1년을 초과할 수 없으므로 1 + 1 + 1의 방식으로 갱신이 되는 것이 원칙이다(위의 법 제9조 제3항). 그리고 외국인근로자는 계약의 상대방(사용자)를 선택하지 못하며, 직업안정기관의 장이 외국인구직자 명부에 등록된 사람 중에서 적격자를 추천하고 한국인사용자가 그 사람을 선정함으로써 근로계약이 체결된다(제8조 참고). 외국인근로자와 사용자가 표준근로계약서를 사용하여 근로계약을 체결하면, 사용자는 외국인근로자를 대신하여 법무부장관에게 사증발급인정서를 신청하며, 법무부는 표준근로계약서와 고용허가서등 첨부서류를 검토하여 체류자격(E-9 비전문취업)을 인정하게 된다(출입국관리법시행규칙 별표). 이때 비자(체류

---

43) 외국인근로자는 다음 각호의 1에 해당하는 경우가 발생하여 그 사업 또는 사업장에서 정상적인 근로관계를 지속하기 곤란한 때에는 노동부령이 정하는 바에 따라 직업안정기관에 다른 사업 또는 사업장으로의 변경을 신청할 수 있다.
   1. 사용자가 정당한 사유로 근로계약기간중 근로계약을 해지하고자 하거나 근로계약이 만료된 후 갱신을 거절하고자 하는 경우
   2. 휴업·폐업 그 밖에 외국인근로자의 책임이 아닌 사유로 그 사업장에서 근로를 계속할 수 없게 되었다고 인정되는 경우
   3. 제19조제1항 또는 제20조제1항의 규정에 따라 외국인 고용허가의 취소 또는 고용제한 조치가 행하여진 경우
   4. 그 밖에 대통령령이 정하는 사유가 발생한 경우
   (외국인근로자의 고용 등에 관한 법률 제 25조 제08852호 2008.2.29)

44) 방문취업 비자로 들어온 재외동포근로자를 제외함

자격)의 상한은 1년을 넘을 수 없으며, 근로계약기간과 마찬가지로 1 + 1 + 1의 방식으로 갱신된다(동 시행규칙 별표).

이주협약의 기준에 비추어 보면, 2년 이내의 범위에서는 보수활동의 자유를 제한할 수 있으나, 2년 이후가 문제이다. 보수활동 선택의 자유를 더이상 제한할 수 없다는 것이 이주협약 제52조의 취지로 해석되기 때문이다.

이주협약의 내용에 따르면, 내국인우선의 원칙을 적용하는 것은 5년까지도 가능하지만, 이것은 한국현실에서는 문제되지 않아왔다. 외국인근로자가 취업해있는 업종에는 한국인이 취업을 기피하고 있으며, 내국인우선의 원칙을 정하는 법규정도 사실상 별의미가 없도록 운용되는 것이 한국 현실이다.[45]

어쨌든 2년 이내까지는 보수활동 선택의 자유가 제한될 수 있으나, 그 이후에는 이주노동자의 보수활동을 원칙적으로 제한할 수 없다.

한편, 국내에서는 사업장이동의 자유를 원칙적으로 보장해야 한다는 주장이 있다. 외국인고용법 제25조가 근로계약을 해지하거나 근로계약 만료 후 갱신을 거절할 수 있는 권리가 사용자에게만 있다는 점, 근무처변경허용기간을 2개월로 제한하고 있는점, 사업장이동 횟수를 제한하고 있는 점 등[46]을 지적하면서 이주노동자가 사업장을 변경하는 것이 매우 어렵다는 점을 지적한다.

이렇게 됨으로써 현행법상 예외적인 경우에만 사업장 변경신청을 가능하도록 하는 고용허가제 규정은 자칫 이주노동자에 대해 강제근로 또는 사업장 이탈로 인한 미등록 상태의 선택을 강요하게 된다는 점을 지적한다. 사업장 변경의 제한을 수정, 완화할 것이 요구되며 사업장 이동의 자유가 보장되는 이른바 '노동허가제'[47]의 도입을 적극 검토할 것을 주장한다.

이러한 주장은 현재의 사업장 변경제도가 이주협약 제25조에 위반된다고까지는 지적

45) 자세한 내용은, 拙稿, 노동법연구 제25호, 194-197면.

46) 권영국, 위의 논문, 53-54면.

47) 필자는 노동허가제의 본질적 요소를 '사업장 이동의 자유 보장'으로 파악하지 않는다. 자세한 내용은 拙稿, "외국인근로자 도입제도와 고용허가제", 노동법연구 제13호, 460-462면.

하지는 않았으나, 매우 인권침해적이라고 평가한다.

나아가 이주협약 제51조와의 충돌 가능성도 지적하고 있다. 현재의 제도가 외국인근로자의 사업장변경을 사실상 거의 불가능하게 함으로써 강제근로 또는 사업장 이탈로 인한 비합법적 상태의 선택을 강요하게 되는 문제점이 내재되어 있다는 것이다.

필자 역시 현재의 사업장 변경절차의 개정 필요성에 공감하지만,[48] UN 이주협약과 국내법을 비교해보면, 사업장변경의 자유를 원칙적으로 인정하지 않은 점 그 자체로 협약위반이라고 보기는 어렵다는 것이 필자의 생각이다. 위에서 언급한 것처럼 기간의 흐름에 따라 사업장변경의 자유가 강화되는 것이 이주협약의 내용으로 보인다. 즉, 2년까지는 사업장변경의 자유를 인정하고 2년 이후에는 사업장변경의 자유(내지 보수활동 선택의 자유)를 보장하되 내국인 우선의 원칙에 따르기 위한 제한을 할 수 있으며, 5년 이후에는 제한을 인정하지 않는 것이다.

이렇게 보면, 현행 외국인고용법은 2년 이후에도 근로계약의 갱신(연장) 여부를 사용자의 의사에 의하도록 하고 있는 부분에서 이주협약과 ILO 143호 이주노동자 보충협약과 배치된다. 2년 동안 합법적으로 취업한 경우에는 다른 보수활동을 선택할 수 있도록 허용해야 한다.

근래에 정부와 국회(환경노동위원회)는 외국인고용법의 개정을 검토하고 있다. 사업장 변경의 자유, 외국인근로자 선발방법, 근로계약의 기간, 재고용의 요건 등 많은 부분에서 검토가 되고 있다.

지금까지 3년의 취업기간이 만료된 외국인근로자를 재고용하고자 하는 경우 부과되던 1개월의 출국요건을 폐지하고, “출국하기 전에 사용자가 노동부장관에게 재고용허가를 요청한 근로자”에 한하여 2년 미만의 기간 범위 내에서 재고용할 수 있도록 하는 것이 적극 고려되고 있다.[49] 이러한 개정방안은 그 외국인근로자를 계속하여 고용하고자

48) 최근 정부와 국회에서 논의된 내용 가운데, ‘근로계약의 차이, 근로조건 위반 등 부당한 처우로 근로계약 유지가 어려운 경우’도 변경사유로 추가될 필요가 있으며, 외국인근로자의 책임이 아닌 사유로 그 사업장에서 근로를 계속할 수 없게 된 경우에는 사업장 변경횟수에 포함되지 않도록 하는 방안에 찬동한다.

49) 정부와 국회 환경노동위원회. 정정훈, “이주노동자의 노동권 보장을 위한 고용허가제의 개선방향과 과제”, 「고용허가제 시행5년, 이주노동자의 기본권은 보장되고 있는가?」(국가인권위원회 토론회 자료집),

하는 사용자의 요청이 있을 경우에는 외국인근로자를 5년까지 고용할 수 있도록 하는 것이다.

그러나, 이러한 방안은 사용자에게 재고용 여부와 근로자의 국내 계속체류 여부에 대한 결정권을 배타적으로 부여하는 것이 되고 외국인근로자의 고용종속이 더욱 심화될 것이라는 지적이 있다.[50]

이주협약의 관점에서 위와 같은 개정논의를 생각해보면, 더욱 비판의 여지가 있다. 2년을 초과하여 3년을 넘어서 국내 취업을 하고 있는 외국인근로자를 입국직후의 신규 외국인과 동일 차원에서 자유를 제약할 수 없기 때문이다. 외국인의 국내 고용 및 체류기간이 길어지면, 그만큼 한국사회의 구성원이 되는 것이며 우리 사회에 기여하는 것이다. 그에 따라 그의 권리는 더 보장해야 한다. 그리고 5년까지의 외국인근로자의 자유를 제한하는 것은 내국인에게 우선권을 주는 정책목적을 위한 경우에 가능하지만, 취업기간 연장을 사용자의 의사와 연계하는 것은 그러한 목적에 해당되지 않는다.

따라서 취업기간 연장의 요건으로 '출국 전에 사용자의 요청이 있는 경우'이외에도 '외국인근로자가 다른 사용자와 근로계약 체결이 이루어진 경우'도 인정하는 것[51]이 더 국제적 기준에 부합한다.

Ⅵ. 결

* 국제이주협약은 국제적인 논의의 장에서 돌출적인 협약이 아니라, 국제인권조약의 발전의 흐름을 반영한 것이며, 국제노동기준(특히, ILO 협약 등)의 진전과도 궤를 같이 하고 있다. 국제연합이주협약과 국내법 사이의 간격을 좁히고 나아가 이주협약의 비준을 지향하는 것은, 인권보호의 세계적인 움직임에 동참한다는 의의가 있다.

2009.7.30, 33면.

50) 정정훈, 위의 글, 34면.

51) 김상희 의원이 대표발의한 인권단체 개정안의 내용이다.

* 국내법의 발전에 따라 국제노동기준과의 간격을 계속 좁혀가고 있음.
* 그렇지만, 노동기본권과 관련하여 다음과 같은 점은 이주협약과 국내법 사이에 일정한 간격이 있음.
  - 사업장변경의 자유와 관련하여 2년 이후에도 변경의 자유를 인정하지 않는 점
  - 고용보험법의 적용에서 이주노동자가 국민과 평등한 지위에 있지 않은 점.



이주노동자권리협약의 사회권 쟁점

위 은 진
(법무법인 GL 변호사)

3
발 제

이주노동자권리협약의 사회권 쟁점

위 은 진 (법무법인 GL 변호사)

1. 이주노동자와 그 가족의 사회보장권

가. ICMW규정과 그 의의

모든 이주노동자와 그 가족의 권리보호에 관한 국제협약(International Convention on the Protection of the Rights of all Migrant Workers and Members of their Families, 이하 'ICMW' 라 한다)은 사회보장과 관련한 권리 규정을 제27조에 규정하고 있다. 위 규정이 제3부(모든 이 주노동자의 권리)에 포함되어 있지만 등록이주노동자에게 적용되는 수준으로 제27조에 규정된 권리를 미등록이주노동자에게도 적용되는지는 분명하지 않다[1]. ICMW 제정 과정을 보면, 초안 작성 당시 제27조 전체를 제4부(등록된 또는 정규적 상황의 이주노동자의 권리)로 옮기려는 시도도 있었다[2]. 그러나 몇몇 국가에서 미등록 이주노동자에게 최소한의 사회보장권-출연금의 반환과 관련한 권리-는 보장되어야 한다는 문제 제기를 하였고 이러한 과정을 통해 모든 이주노동자에 대한 최소한의 사회보장권 보장이라는 차원에서 제27조가 제3부에 위치하게 되었다.

그런데 제27조를 보면 이주노동자와 그 가족은 '취업국의 해당 법률과 양자 및 다자조약에 규정된 요건을 충족하면' 취업국에서 사회보장권을 보장받을 수 있기 때문에 취업국은 이주노동자를 등록 여하에 따라 다르게 처우하는 것이 얼마든지 가능하다[3]. 따

1) R. Cholewinski, Migrant Workers in International Human Rights Law: Their Protection in Countries of Employment(Oxford, 1997) p.165.

2) Working Group Report(June 1987), para. 261(Germany and Italy)

3) M. Hasenau Setting Norms in the United Nations System: The Draft Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and their Families in Relation to ILO in Standards on Migration Review vol.

라서 제27조 규정 형식으로 인하여 사회보장권은 사실상 등록이주노동자에 대해서만 보장되는 것이라는 주장도 가능할 것이다[4].

제27조 제2항은 해당법률이 이주노동자와 그 가족에 대한 급부를 인정하지 않은 경우 그 급부와 관련된 해당자의 출연금을 본인에게 상환하는 가능성에 대해 검토해야 할 필요가 있다고 정했다. 위 규정은 등록이주노동자가 취업국을 출국하고 난 후에 사회보장 수급권을 취득하였는데 취업국의 법률이 해외거주자에 대해서는 급여 규정을 두고 있지 않은 경우 사실상 등록이주노동자라 하더라도 미등록이주노동자와 마찬가지로 사회보장권을 보장받지 못하는 결과가 초래한다는 점을 고려한 규정이다[5]. 그러나 위 규정은 출연금 반환에 대해 약한 권고를 하는 것에 그치고 있다[6].

결국 제27조는 사회보장의 수준에 대한 정의는 없이 일반적인 원칙에 대해서만 언급하고 있을 뿐이다[7]. 실무그룹(Working Group)의 의장은 사회보장에 대해 공통적으로 받아들일 만한 정의를 찾는 것과 관련해 실무상 어렵고 복잡하기 때문에 일반적인 조항을 채택하도록 제안했다[8].

ICMW 제27조 1. 사회보장에 있어서 이주노동자와 그 가족이 취업국의 해당 법률과 양자 및 다자 조약에 규정된 요건을 충족하면 취업국에서 국민과 동등한 대우를 받아야 한다. 출신국과 취업국의 당국은 이의 적용방식을 결정하기 위하여 언제든지 필요한 조치를 마련할 수 있다.
2. 해당법률이 이주노동자와 그 가족에 대한 급부를 인정하지 않는 경우, 해당국은

28(1990), p.143.

4) 류혜정 유엔이주노동자권리협약비준을 위한 공청회(2006. 11. 29), p.81.

5) 류혜정 유엔이주노동자권리협약비준을 위한 공청회(2006. 11. 29), p.82.

6) M. Hasenau Setting Norms in the United Nations System: The Draft Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and their Families in Relation to ILO in Standards on Migration Review vol. 28(1990), p.144.

7) R. Cholewinski, Migrant Workers in International Human Rights Law: Their Protection in Countries of Employment(Oxford, 1997) p.167.

8) Working Group Report(June 1987), para. 256.

유사한 상황의 국민에게 부여되는 대우를 기초로 하여 그 급부와 관련된 해당자의 출연금액을 본인에게 상환하는 가능성을 검토하여야 한다.

나. 이주노동자와 그 가족의 사회보장권과 관련된 국내법 규정[9)]

ICMW는 사회보장권의 정의 또는 그 범위에 관하여 규정이 별도로 없다. 그러므로 우리나라 사회보장기본법이 정하고 있는 사회보험, 공공부조, 사회복지서비스 및 관련 복지제도를 사회보장권이 보장하는 범위에 포함시킬 수 있을 것이다.

사회보험으로는 국민연금, 국민건강보험, 고용보험, 산업재해보상보험이 있고, 공공부조로는 국민기초생활보장법이 있고, 사회복지서비스 및 관련 복지제도로는 노인복지법, 장애인복지법, 아동복지법 등이 시행되고 있다.

등록이주노동자와 미등록 이주노동자를 구분하여 현행 사회보장 관련 제도의 적용 여부를 살펴보면 아래의 표와 같다.

	등록이주노동자	미등록이주노동자
국민연금	상호주의	×
국민건강보험	○	×
고용보험	임의가입의 경우에 한함	×
산업재해보상보험	○	△
국민기초생활보장	× (다만 제한적인 적용 있음)	×
기타 사회복지서비스 등	△	△

위의 표를 각 제도별로 살펴보면,

국민연금은 국민연금법 제1조에서 국민을 기본적인 적용대상으로 하고 있음을 천명하고, 제6조에서 가입대상을 '국내에 거주하는 국민으로서 18세 이상 60세 미만인 자'로 정하여 원칙적으로 국민이 적용대상임을 명확히 하고 있다. 다만 동법 제126조에서 '이

9) 류혜정 유엔이주노동자권리협약비준을 위한 공청회(2006. 11. 29), p.83 - p.88 참조.

법의 적용을 받는 사업장에 사용되고 있는 외국인과 국내에 거주하는 외국인으로서 대통령령으로 정하는 자 외의 외국인은 제6조에도 불구하고 당연히 사업장가입자 또는 지역가입자가 된다'고 하면서 단서에서 상호주의에 의한 예외를 규정하고 있다. 2009. 4. 7. 현재 미국, 독일, 영국 등 66개국이 사업장 · 지역 당연적용국가이고, 인도, 인도네시아, 몽골 등 41개국이 사업장 당연적용 · 지역 적용 제외 국가이며, 네팔, 남아프리카공화국, 베트남 등 19개 국가가 사업장 · 지역 적용 제외국가이다[10]. 국민연금법 시행령 제111조는 미등록 이주노동자는 당연적용 대상 외국인에서 제외된다는 점을 분명히 하고 있다.

국민연금과 관련하여 특히 문제가 되는 것은 '반환일시금'의 인정 여부에 관한 것이다. 반환일시금 제도는 당연 적용 가입자로서 보험료를 납부하였으나 수급조건의 하나인 가입기간 요건을 갖추지 못한 자들이 연금수급 연령이 된 때 일시금 방식으로 납부한 보험료를 반환하는 것을 말한다. 이주노동자의 경우 '외국인근로자의 고용 등에 관한 법률'에서 체류기간의 제한을 두고 있는 이상 국민연금의 수급 기간을 채울 가능성은 거의 없다고 해도 과언이 아니다. 이런 상황에서도 상호주의에 의한 예외가 인정되지 않는 한 당연적용가입자가 되므로 보험료 납부 의무는 발생한다. 이러한 경우 ICMW 제27조 제2항이 정하고 있는 바와 같은 조치가 필요하다. 그런데 현행 국민연금법은 상호주의 원칙을 엄격하게 적용하여 반환일시금제도의 외국인 적용을 배제하고 상호주의에 의한 예외만을 인정하고 있다.

물론 ICMW 제27조 제2항이 반환일시금에 대하여 언급하고 있지만 취업국 정부에 대하여 '출연금의 반환가능성을 검토'할 의무만을 부여하고 있어 반환일시금에 관한 현행 국민연금법의 규정이 ICMW에 반한다고는 볼 수 없다.

> 국민연금법 제126조(외국인에 대한 적용) ① 이 법의 적용을 받는 사업장에 사용되고 있는 외국인과 국내에 거주하는 외국인으로서 대통령령으로 정하는 자 외의 외국인은 제6조에도 불구하고 당연히 사업장가입자 또는 지역가입자가 된다. 다만,

10) 국민연금관리공단 게시 자료, '외국 연금제도 조사 내용'

이 법에 따른 국민연금에 상응하는 연금에 관하여 그 외국인의 본국 법이 대한민국 국민에게 적용되지 아니하면 그러하지 아니하다.
② 제1항 본문에 따라 사업장가입자 또는 지역가입자가 된 외국인에게는 제77조부터 제79조까지의 규정을 적용하지 아니한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 외국인에 대하여는 그러하지 아니하다.

1. 외국인의 본국 법이 대한민국 국민에게 제77조부터 제79조까지의 규정에 따른 반환일시금에 상응하는 급여를 지급하도록 규정하고 있는 경우의 외국인
2. 「외국인근로자의 고용 등에 관한 법률」에 따른 외국인근로자로서 이 법을 적용받는 사업장에 사용된 자
3. 「출입국관리법」 제10조에 따라 산업연수활동을 할 수 있는 체류자격을 가지고 필요한 연수기간 동안 지정된 연수장소를 이탈하지 아니한 자로서 이 법을 적용받는 사업장에 사용된 자

국민연금법 시행령 제111조 (당연 적용에서 제외되는 외국인) 법 제126조제1항에 따라 당연히 사업장가입자나 지역가입자가 되는 외국인에서 제외되는 자는 다음 각 호와 같다.

1. 「출입국관리법」 제25조에 따라 체류기간연장허가를 받지 아니하고 체류하는 자
2. 「출입국관리법」 제31조에 따른 외국인등록을 하지 아니하거나 같은 법 제59조제2항에 따라 강제퇴거명령서가 발급된 자
3. 「출입국관리법 시행령」 별표 1에 따른 외국인의 체류자격이 있는 자로서 보건복지부령으로 정하는 자

국민연금법 시행령 제113조 (외국인가입자에 대한 반환일시금의 지급) 법 제126조제2항제1호에서 "외국인의 본국 법이 대한민국 국민에게 제77조부터 제79조까지의 규정에 따른 반환일시금에 상응하는 급여를 지급하도록 규정하고 있는 경우"란 외국인의 본국 법에서 법 제49조제1호부터 제3호까지의 규정에 따른 급여에 상응하는 급여의 수급권을 취득하지 못하고 법 제77조제1항 각 호의 어느 하나에 해당하게 되는 대한민국 국민에게 해당 대한민국 국민이 가입기간 중 낸 연금보험료에 기초하여 셈하여 정한 일정금액을 일시금으로 지급하도록 규정하고 있는 경우를 말한다.

국민건강보험법도 그 적용대상을 ‘국내에 거주하는 국민’으로 명시하고 있다. 한편 동법 제93조는 외국인 등에 대한 특례 규정을 두어 일정한 경우 이주노동자도 국민건강보

험법의 적용대상이 된다고 하고 있으며, 동법 시행령 제64조를 보면 등록 이주노동자만이 그 적용이 됨을 명시하고 있다. 특히 동법 시행규칙 제45조 제2항 별표 7에서는 지역가입자가 될 수 있는 외국인의 범위를 체류 자격별로 구체적으로 열거하고 있다.

국민건강보험법 제93조 (외국인등에 대한 특례) ①정부는 외국정부가 사용자인 사업장의 근로자의 건강보험에 관하여 외국정부와의 합의에 의하여 이를 따로 정할 수 있다.
② 국내에 체류하고 있는 재외국민 또는 외국인으로서 대통령령이 정하는 사람은 제5조의 규정에 불구하고 이 법의 적용을 받는 가입자 또는 피부양자가 된다.

국민건강보험법 시행령 제64조 (외국인등 가입자) ① 법 제93조제2항의 규정에 의하여 직장가입자가 되는 재외국민 또는 외국인은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자로서 직장가입자 적용사업장에 근무하는 자와 공무원·교직원으로 임용 또는 채용된 자로 한다. 다만, 법 제6조제2항 각 호의 어느 하나에 해당하는 자를 제외한다.
1. 「출입국관리법」 제31조의 규정에 의하여 외국인등록을 한 자
2. 「재외동포의 출입국과 법적지위에 관한 법률」 제6조의 규정에 의하여 국내거소신고를 한 자

② 제1항의 규정에 해당되지 아니하는 재외국민 또는 외국인으로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 본인의 신청에 따라 이 법의 적용을 받는 지역가입자가 된다.
1. 「출입국관리법」 제31조의 규정에 의하여 외국인등록을 한 자로서 보건복지부령이 정하는 체류자격이 있는 자
2. 제1항제2호에 해당하는 자

③ 제1항 및 제2항의 규정에 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 이 법에 의한 가입자가 될 수 없다.
1. 「출입국관리법」 제25조 및 「재외동포의 출입국과 법적지위에 관한 법률」 제10조제2항의 규정에 의하여 체류기간연장허가를 받지 아니하고 체류하는 자
2. 「출입국관리법」 제59조제2항의 규정에 의하여 강제퇴거명령서가 발부된 자

④ 공단은 제1항에 불구하고 재외국민 또는 외국인이 국내에 근무하는 기간 동안 외국의 법령, 외국의 보험 또는 사용자와의 계약 등에 따라 법 제39조에 따른 요양급여에 상당하는 의료보장을 받을 수 있는 경우에는 보건복지부령으로 정하는 바에 따라 가입자에서 제외할 수 있다.

⑤ 제1항부터 제4항까지에 규정된 것 외에 신청 절차 및 가입자의 제외 신청 절차 등에 필요한 사항은 보건복지부령으로 정한다.

국민건강보험법시행규칙 제45조 제2항, [별표 7] 지역가입자가 될 수 있는 외국인의 체류자격(제45조제2항관련)

1. 문화예술(D-1), 유학(D-2), 산업연수(D-3), 일반연수(D-4), 취재(D-5), 종교(D-6), 주재(D-7), 기업투자(D-8), 무역경영(D-9)
2. 교수(E-1), 회화지도(E-2), 연구(E-3), 기술지도(E-4), 전문직업(E-5), 예술흥행(E-6), 특정활동(E-7), 연수취업(E-8), 비전문취업(E-9), 내항선원(E-10)
3. 방문동거(F-1), 거주(F-2), 동반(F-3), 재외동포(F-4), 영주(F-5)
4. 방문취업(H-2)

고용보험법은 제8조에서 '근로자를 사용하는 모든 사업 또는 사업장'을 적용대상으로 하고 있으므로 이주노동자의 경우도 등록 여부를 불문하고 당연히 모두 적용되는 것으로 볼 수도 있지만, 제10조에서 적용 제외 근로자를 대통령령으로 정하도록 하고 있고, 동법 시행령 제3조 제2항 제1호에서 외국인 근로자는 원칙적으로 고용보험 적용 제외 근로자이지만 고용허가제 등으로 등록한 이주노동자가 노동부령이 정하는 바에 따라 보험가입을 신청한 경우에는 다시 예외가 되어 적용대상이 된다는 점을 밝히고 있다. 결국 고용보험법은 등록 이주노동자가 가입신청을 한 경우에 한하여 적용되는 것이고 등록이주노동자가 가입신청을 하지 않은 경우에는 적용이 없으며 미등록 이주노동자에 대하여는 적용이 없는 것으로 해석된다.

고용보험법 제8조 (적용 범위) 이 법은 근로자를 사용하는 모든 사업 또는 사업장(이하 "사업"이라 한다)에 적용한다. 다만, 산업별 특성 및 규모 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 사업에 대하여는 적용하지 아니한다.

제10조 (적용 제외 근로자) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 근로자에게는 이 법을 적용하지 아니한다. 다만, 제1호의 근로자에 대한 고용안정·직업능력개발 사업에 관하여는 그러하지 아니하다.

1. 65세 이상인 자
2. 소정(소정)근로시간이 대통령령으로 정하는 시간 미만인 자

3. 「국가공무원법」과 「지방공무원법」에 따른 공무원
4. 「사립학교교직원 연금법」의 적용을 받는 자
5. 그 밖에 대통령령으로 정하는 자

고용보험법 시행령 제3조 (적용 제외 근로자) ① 법 제10조제2호에서 "소정근로시간이 대통령령으로 정하는 시간 미만인 자"란 1개월간 소정근로시간이 60시간 미만인 자(1주간의 소정근로시간이 15시간 미만인 자를 포함한다)를 말한다. 다만, 생업을 목적으로 근로를 제공하는 자 중 3개월 이상 계속하여 근로를 제공하는 자와 법 제2조제6호에 따른 일용근로자(이하 "일용근로자"라 한다)는 제외한다.
② 법 제10조제5호에서 "그 밖에 대통령령으로 정하는 자"란 다음 각 호에 해당하는 자를 말한다.
1. 외국인 근로자. 다만, 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 자는 제외한다.
가. 「출입국관리법 시행령」 제12조에 따른 외국인의 체류자격 중 주재(D-7), 기업투자(D-8) 및 무역경영(D-9)의 체류자격을 가진 자(법에 따른 고용보험에 상응하는 보험료와 급여에 관하여 그 외국인의 본국법이 대한민국 국민에게 적용되지 아니하는 경우는 제외한다)
나. 「출입국관리법 시행령」 제23조제1항에 따른 취업활동을 할 수 있는 체류자격을 가진 자(노동부령으로 정하는 바에 따라 보험 가입을 신청한 자만 해당한다)
다. 「출입국관리법 시행령」 제23조제2항제1호·제2호에 해당하는 자
라. 「출입국관리법 시행령」 제12조에 따른 외국인의 체류자격 중 재외동포(F-4)의 체류자격을 가진 자(노동부령으로 정하는 바에 따라 보험 가입을 신청한 자만 해당한다)
마. 「출입국관리법 시행령」 제12조에 따른 외국인의 체류자격 중 영주(F-5)의 체류자격을 가진 자

산업재해보상보험법은 제6조에서 적용범위를 '근로자를 사용하는 모든 사업 또는 사업장'이라고 하고, 제5조 제2호에서 근로자의 정의는 근로기준법의 정의를 따르고 있으므로 이주노동자도 당연 적용되는 것으로 보아야 한다. 미등록 이주노동자의 경우도 우리 대법원은 산업재해보상보험법이 적용된다고 보고 있다[11]. 고용허가제가 도입된 이후

11) 대법원 1995.9.15. 선고 94누12067 판결【요양불승인처분취소】[공1995.10.15.(1002),3416] 외국인이 취업자격이 아닌 산업연수 체류자격으로 입국하여 구 산업재해보상보험법(1994.12.22. 법률 제4826호로 전문 개정되기 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

에도 판례가 동일한 태도를 취할 것인지 여부는 단정하기 어렵다는 견해[12]도 있으나, 위 판례는 구 출입국관리법(1992.12.8. 법률 제4522호로 전문 개정되기 전의 것)의 입법취지가 단순히 외국인의 불법체류만을 단속할 목적으로 한 것이라고는 할 수 없고, 위 규정들은 취업자격 없는 외국인의 유입으로 인한 국내 고용시장의 불안정을 해소하고 노동인력의 효율적 관리, 국내 근로자의 근로조건의 유지 등의 목적을 효율적으로 달성하기 위하여 외국인의 취업자격에 관하여 규율하면서 취업자격 없는 외국인의 고용을 금지시키기 위한 입법목적도 아울러 갖고 있고, 이는 취업자격 없는 외국인의 고용이라는 사실적 행위 자체를 금지하고자 하는 것뿐이지 나아가 취업자격 없는 외국인이 사실상 제공한 근로에 따른 권리나 이미 형성된 근로관계에 있어서의 근로자로서의 신분에 따른 노동 관계법상의 제반 권리 등의 법률효과까지 금지하려는 규정으로는 보기 어렵다고 하면서 산업재해보상보험법이 적용된다고 판단하고 있어, 고용허가제 도입 이후에도 여전히 위 판례는 유효하게 적용될 것으로 보인다.

국민기초생활보장법은 제1조에서 '생활이 어려운 자의 최저생활 보호 및 자활 조성'을 목적으로 하고 있기 때문에 생활이 어려운 이주노동자의 경우 당연히 수급권자가 될 수 있다는 해석도 가능할 수 있으나, 동법 제5조의 2에서 외국인에 대한 특례를 두어 일정한 경우에만 이주노동자에게 수급권을 인정하고 있어, 법이 정한 요건을 갖추지 못한 이주노동자에게는 수급권을 인정하고 있지 않다고 보아야 할 것이다.

> 국민기초생활 보장법 제5조의2 (외국인에 대한 특례) 국내에 체류하고 있는 외국인 중 대한민국 국민과 혼인하여 대한민국 국적의 미성년 자녀를 양육하고 있는 사람으로서 대통령령이 정하는 사람이 제5조에 해당하는 경우에는 수급권자가 된다.

사회복지서비스 및 관련 복지제도와 관련해서는 '성매매 방지 및 피해자 보호 등에 관한 법률'을 제외하고는 이주노동자에 관한 특례규정을 둔 경우가 거의 없다. 이런 경

하더라도 그 고용계약이 당연히 무효라고 할 수 없고, 위 부상 당시 그 외국인은 사용 종속관계에서 근로를 제공하고 임금을 받아 온 자로서 근로기준법 소정의 근로자였다 할 것이므로 구 산업재해보상보험법상의 요양급여를 받을 수 있는 대상에 해당한다.

12) 류혜정 유엔이주노동자권리협약비준을 위한 공청회(2006. 11. 29), p.87

우 사회보장권에 관한 일반적 근거가 되는 사회보장기본법 및 사회복지사업법의 규정 및 사회통념에 비추어 사회복지서비스나 관련 복지제도가 이주노동자에 대해서 제한 없이 적용되는 것으로 볼 여지는 거의 없는 것으로 보인다[13].

> 성매매방지 및 피해자보호 등에 관한 법률 제5조(지원시설의 종류) ① 성매매피해자등을 위한 지원시설(이하 "지원시설"이라 한다)의 종류는 다음 각 호와 같다.
> 3. 외국인여성 지원시설: 외국인여성인 성매매피해자등을 대상으로 3개월(「성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률」 제11조에 해당하는 외국인여성에 대하여는 그 해당 기간) 이내의 범위에서 숙식을 제공하고, 귀국을 지원하는 시설

다. 국내의 상황에 비추어 본 ICMW의 비준시 쟁점

ICMW는 이주노동자의 사회보장권에 대해 등록 여부를 문제 삼지 않는 대신 취업국에 광범위한 재량을 인정하고 있다. 따라서 앞서 살펴본 사회보장권 보장과 관련된 국내법의 제 규정 중 어떤 것도 ICMW와 정면으로 배치되는 것은 없다[14]. 따라서 ICMW의 사회보장권 관련 규정은 그 자체로 즉각적인 수용이 가능하다. 다만 사회보장기본법 제8조가 외국인에 대하여 사회보장제도를 적용함에 있어 기본적으로 상호주의 원칙을 제시하고 있기 때문에 국내법의 제·개정시 주의를 기울일 필요가 있다[15].

2. 이주노동자와 그 가족의 건강권

가. ICMW규정과 그 의의

ICMW 제28조는 긴급진료요구권에 있어서 제한된 조건 하에 이주노동자와 그 가족이 내국인과 동등한 처우를 받을 권리를 보장하고 있다. 또한 미등록이주노동자와 그 가족에게도 응급진료는 거절되어서는 아니된다고 규정하고 있다. 초안 작성 과정을 보면

13) 류혜정 유엔이주노동자권리협약비준을 위한 공청회(2006. 11. 29), p.88

14) 류혜정 유엔이주노동자권리협약비준을 위한 공청회(2006. 11. 29), p.89

15) 류혜정 유엔이주노동자권리협약비준을 위한 공청회(2006. 11. 29), p.89

“회복 불가능한 건강상의 피해를 방지하기 위해”라는 문구가 “건강의 회복”으로 쓰여 보다 넓게 정의되었지만 생명을 유지하기 위한 긴급진료와 이보다 덜 위급한 진료 간의 의미 차이를 분명하게 구분하기 어렵다는 반대주장으로 인하여 좌절되었다[16]. 다만 ICMW에서는 이주노동자 및 그 가족이 취업국에서 직면하는 특정의 의료 문제에 대해서는 별도의 규정을 두고 있지 않다.

ICMW 제28조 이주노동자와 그 가족은 해당국 국민과의 평등한 대우를 기초로 하여 생명의 유지와 회복 불가능한 건강상의 피해를 방지하기 위하여 긴급하게 요구되는 진료를 받을 권리를 가진다. 응급진료는 그의 체류나 비정규적임을 이유로 거절되어서는 아니된다.

나. 이주노동자와 그 가족의 건강권과 관련된 국내법 규정

이주노동자와 그 가족의 건강권과 관련하여서는 긴급 또는 응급진료요구권이 국내법에 의하여 보장되는지 여부를 살펴보겠다. 이주노동자의 응급진료와 관련된 국내법은 ‘응급 의료에 관한 법률’이 있다. 동법은 제1조에서 기본적인 적용대상을 ‘국민’이라 하고, 제2장에서 응급의료에 관한 권리를 규정하면서 권리의 주체를 ‘국민’으로 한정하고 있다. 따라서 ‘국민’의 범위를 전통적인 해석과 같이 국적법에 따라 대한민국 국적을 취득한 자로 제한적으로 해석할 경우 등록 여부를 불문하고 이주노동자는 이 법이 정하는 응급의료요구권의 주체가 될 수 없다[17]. 그런데 동법은 응급환자에 대하여 ‘질병, 분만, 각종 사고 및 재해로 인한 부상이나 기타 위급한 상태로 인하여 즉시 필요한 응급처치를 받지 아니하면 생명을 보존할 수 없거나 심신상의 중대한 위해가 초래될 가능성이 있는 환자 또는 이에 준하는 자로서 보건복지가족부령이 정하는 자’ 라고 정의하고 있고, 동법 제3조는 ‘성별, 연령, 민족, 종교, 사회적 신분 또는 경제적 사정 등을 이유로 차별받지 아니하고 응급의료를 받을 권리를 가진다’라고 하고 있어, 응급진료요구권의 주체가 되는지 여부가 국적보다는 증상을 주된 기준으로 한다고 해석할 수 있을 것이다.

16) Working Group Report (June 1982) para.32.

17) 류혜정 유엔이주노동자권리협약비준을 위한 공청회(2006. 11. 29), p.88

이와 같이 해석한다면 이주노동자에 대해서도 등록 여부와 관계없이 그 상황의 긴급성이 인정된다면 응급진료요구권이 보장된다고 볼 수 있을 것이다.

응급의료에 관한 법률 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.
1. “응급환자”라 함은 질병, 분만, 각종 사고 및 재해로 인한 부상이나 기타 위급한 상태로 인하여 즉시 필요한 응급처치를 받지 아니하면 생명을 보존할 수 없거나 심신상의 중대한 위해가 초래될 가능성이 있는 환자 또는 이에 준하는 자로서 보건복지가족부령이 정하는 자를 말한다.

제3조(응급의료를 받을 권리) 모든 국민은 성별, 연령, 민족, 종교, 사회적 신분 또는 경제적 사정 등을 이유로 차별받지 아니하고 응급의료를 받을 권리를 가진다.

다. 국내의 상황에 비추어 본 ICMW의 비준시 쟁점

응급의료에 관한 법률을 명문대로 해석한다면 응급의료를 요구할 수 있는 주체는 ‘국민’으로 한정된다고 해석할 가능성도 배제할 수 없다. 그러나 응급의료는 인간의 존엄성을 존중하고 인류공영에 이바지해야 한다는 대한민국의 헌법 정신에 비추어 보아 또한 위 법률에 규정된 차별금지조항을 보더라도 등록 여부와 관계없이 이주노동자에게도 적용된다고 해석하여야 할 것이다. 다만 ICMW를 비준하면서는 응급의료에 관한 법률에 외국인 특례 규정을 두거나 국내법의 해석에 관한 주석을 다는 방식으로 상충의 우려를 불식시키는 방법도 고려해볼 수 있을 것이다[18].

3. 이주노동자와 그 가족의 교육권[19]

가. ICMW규정과 그 의의

ICMW는 제3부 제30조에서 이주노동자의 자녀는 ‘내국인과 동등한 교육을 받을 기본

18) 류혜정 유엔이주노동자권리협약비준을 위한 공청회(2006. 11. 29), p.89.

19) 본문에서 이주노동자이 직업지도 및 훈련에 관한 교육권은 언급하지 않고 이주노동자 자녀의 교육권만 다룬다.

권을 가진다'고 규정하여 부모 또는 자녀 자신의 등록 여부를 구분하지 아니하고 명시적으로 이주노동자 자녀의 교육접근권을 보장하고 있다. 그러나 제정 단계에서 취업국들은 이 조항을 제4부에 배치하여 등록 이주노동자의 자녀에게만 적용하자고 주장하였다[20]. 그러나 미등록 이주노동자의 경우 자신 또는 자녀의 체류자격이 발각될 경우 강제퇴거라는 불이익한 결과를 초래할 가능성이 크기 때문에 미등록 이주노동자의 자녀의 교육접근권이 내국인 또는 등록 이주노동자의 자녀와 동등하게 처우받기 힘든 경우가 있다.

ICMW 제4부 제43조 제1항(a)와 제45조 제1항 (b)는 등록 이주노동자 및 그 가족의 교육제도와 서비스에 대한 접근권을 포괄적으로 규정하고 있다. 제정과정에서 미국 대표단은 위 규정이 교육에 대한 재정적인 지원을 포함하지 않는다는 점을 특별히 강조하였으나 EC 국가들은 이미 교육 영역에서 외국인에 대한 장학금 및 정부지원을 제공하고 있었기 때문에 재정적인 지원 여부가 위 규정의 내용에 포함되는지 여부에 대해서는 각 취업국의 자유재량에 맡기기로 하는 합의가 있었다[21]. 또한 초안 작성 당시 이주노동자들의 자녀들의 지역학교시스템에 편입시키는 것의 중요성은 수차례 강조되었으나[22] 결국 취업국의 재량에 맡기는 것으로 결정되었다

> ICMW 제30조 이주노동자의 자녀는 해당국의 국민과의 평등한 대우를 기초로 하여 교육을 받을 기본권을 가진다. 어느 부모의 체류 또는 취업이 비정규적이라거나 취업국에서의 자녀의 체류가 비정규적임을 이유로 공립의 취학 전 교육기관이나 학교의 입학이 거부되거나 제한되어서는 아니된다.
>
> 제43조 1. 이주노동자는 다음 사항의 이용에 관하여 취업국의 국민과 평등한 대우를 향유한다. (a) 당해 기관과 사업상의 입학요건 및 기타 규정을 따른다는 조건하에 교육기관 및 교육사업의 이용

20) Working Group Report(June 1982) para. 36.

21) Working Group Report(Oct. 1987) para. 141.

22) Working Group Report(Oct. 1987) para. 144.

제45조 1. 이주노동자의 가족은 취업국에서 다음 사항의 이용에 관하여 취업국의 국민과 평등한 대우를 향유한다. (a) 당해 기관과 사업상의 입학요건 및 기타 규정을 따른다는 조건하에 교육기관 및 교육사업의 이용

2. 취업국은 적절한 경우에는 출신국과 협력하여 이주노동자의 자녀에게 특히 현지 언어를 가르치는 것과 관련하여 그들이 현지의 학교제도에 용이하게 적응하도록 하는 정책을 추구하여야 한다.
3. 취업국은 이주노동자의 자녀에 대한 모국어 및 출신국의 문화 교육을 촉진하도록 노력하여야 하며, 출신국은 적절한 경우 언제든지 이에 협력하여야 한다.
4. 취업국은 필요하다면 출신국의 협력을 받아 이주노동자의 자녀의 모국어 교육을 위한 특별과정을 설치할 수 있다.

나. 이주노동자와 그 가족의 교육권과 관련된 국내법 규정

초 · 중등교육법은 시행령 제19조에서 이주노동자 자녀의 교육접근권을 보장하는 규정을 두고 있다. 동 규정 단서에는 '외국인이 (등록 사실) 확인에 동의하지 아니하는 경우에는 임대차계약서, 거주사실에 대한 인우보증서 등 거주사실을 확인할 수 있는 서류를 제출함으로써 자녀의 입학 등의 절차를 밟을 수 있도록 하고 있어, 이주노동자의 자녀는 부모 또는 자신의 등록 여부와 관계없이 또한 체류자격과 관계없이 입학이 허용될 수 있도록 하고 있다.

고등교육법은 시행령 제29조 제2항 제2호, 제6호에서 '외국인'과 '부모가 모두 외국인'인 경우의 입학에 관한 특례규정을 두고 있다.

유아교육법은 외국인유치원에 관한 규정(동법 제16조)만을 두고 있을 뿐 별도의 외국인에 대한 특례 규정을 두고 있지 않다. 아직 국내에서 취학 전 공공교육 제도가 시행되고 있지 아니하므로 이주노동자에 대해서도 별도의 규정을 두지 않은 것으로 보인다[23].

초 · 중등교육법 시행령 제19조 (재외국민 자녀의 입학절차 등) ① 재외국민 또는 외국인이 보호하는 자녀 또는 아동이 국내의 초등학교에 입학하거나 최초로 전입

23) 류혜정 유엔이주노동자권리협약비준을 위한 공청회(2006. 11. 29), p.92.

학하는 경우에는 거주지를 관할하는 해당학교의 장은「전자정부법」제21조제1항에 따른 행정정보의 공동이용을 통하여「출입국관리법」제88조에 따른 출입국에 관한 사실증명 또는 외국인등록사실증명의 내용을 확인함으로써 제17조 및 제21조에 따른 입학 또는 전학절차에 갈음할 수 있다. 다만, 그 재외국민 또는 외국인이 확인에 동의하지 아니하는 경우에는 출입국에 관한 사실이나 외국인등록사실을 증명할 수 있는 서류 또는 임대차계약서, 거주사실에 대한 인우보증서 등 거주사실을 확인할 수 있는 서류를 제출하도록 하여야 한다.

다. 국내의 상황에 비추어 본 ICMW의 비준시 쟁점

현재 초·중등교육법시행령은 의무교육 대상인 초·중등학교 교육에서 이주노동자의 자녀에게 임대차계약서나 거주사실에 대한 인우보증서 등 거주사실을 확인할 수 있는 서류를 제출함으로써 입학 등을 할 수 있도록 하고 있기 때문에 부모인 이주 노동자 및 자녀의 등록여부와 관계없이 또한 체류자격과 관계없이 내국인과 동동하게 교육을 받을 수 있도록 하고 있다. 그러므로 ICMW의 규정이 현재 우리 교육법과 배치되는 것이 없어 비준가능하다. 다만 이주노동자 자녀의 지역학교 적응력 향상을 위한 정책 도입에 관한 ICMW 제45조 제2항은 권고 형식을 취하고 있기 때문에 ICMW를 비준하더라도 현행 법령과 저촉되는 것은 없지만, 이주노동자 및 그 자녀의 국내거주 비율이 날로 증가하고 있는 추세에 비추어 정부의 적극적이고 전향적인 정책적 검토가 요청된다[24].

4. 이주노동자의 가족재결합[25]

가. ICMW 규정과 그 의의

가정은 사회의 자연적이며 기초적인 단위로서 출생, 혼인, 양육 등 가족의 생활은 보호되어야 하며, 이 점에 대해서는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights, CCPR) 및 세계인권선언(Universal Declaration of

24) 류혜정 유엔이주노동자권리협약비준을 위한 공청회(2006. 11. 29), p.92.

25) 위은진 유엔이주노동자권리협약비준을 위한 공청회(2006. 11. 29), p.41 - 45.

Human Rights, UDHR)에서도 천명하고 있다.[26][27]

이주노동자의 경우 가정이 보호되기 위해서 매우 중요한 문제가 가족재결합(family reunification)이다. 가족재결합은 인간의 기본적 권리로서 보장되어야 한다는 당위성이 있는 한편, 가족이라는 고리를 통한 이주로 인하여 잠재적인 이주민 유입의 증가 및 이주노동자의 정주화가 가속될 수 있다는 현실적인 문제로 인하여 이주노동자에 대하여 가족재결합의 권리를 인정할 것인지 여부에 대해서 국가 간에 많은 논쟁과 대립이 있었다. 전통적인 이민자 국가는 원칙적으로 가족 단위의 이주를 기본으로 하여 국가 구성원을 확보하려는 반면 이주노동자의 노동력만을 필요로 하는 국가에서는 일시적인 노동력의 제공 후 출국을 원칙으로 하기 때문에 가족 단위의 이주에 대해서 부정적인 입장을 보인다. 또한 가족의 개념에 대하여도 문화적, 국가적 차이를 보여 서구는 핵가족을 가족 개념으로 보고자하고, 개발도상국은 확대가족을 가족의 개념으로 보고자하며,[28] 특히 이슬람문화권 국가들은 혼인과 동등한 취급을 받는 관계를 가족 개념으로 포함시키는 것에 반대하는 입장을 보였다.[29]

가족결합에 관한 ICMW 제44조는[30] 권리를 인정하고 있다기보다는 권고(mere

---

26) CCPR 제23조 1. 가정은 사회의 자연적이며 기초적인 단위이고, 사회와 국가의 보호를 받을 권리를 가진다. 4. 이 규약의 당사국은 혼인 기간 중 및 혼인 해소 시에 혼인에 대한 배우자의 권리 및 책임의 평등을 확보하기 위하여 적절한 조치를 취한다. 혼인 해소의 경우에는 자녀에 대한 필요한 보호를 위한 조치를 취한다.

27) UDHR 제16조 3. 가정은 사회의 자연적이며 기초적인 구성단위이며, 사회와 국가의 보호를 받을 권리를 가진다.

28) Working Group Report (June 1985) n. 42 above. 32. paras. 152-5

29) Working Group Report (Oct. 1986) n. 76 above. 10. paras. 51; Working Group Report (Oct. 1987) n. 86 above, 41-2 paras. 217

30) ICMW 제44조 제1항 당사국은 가족이 사회의 자연적이며 기초적인 단위이고, 사회와 국가의 보호를 받을 권리를 가짐을 인정하며, 이주노동자 가족결합의 보호를 보장하기 위하여 적절한 조치를 취하여야 한다.
제2항 당사국은 이주노동자가 그의 배우자나 해당 법률에 따르면 혼인과 동등한 취급을 받은 관계에 있는 자 및 미혼의 피부양 미성년자녀와 재결합하는 것을 촉진하기 위하여 자신의 권한 내에서 적절한 조치를 취하여야 한다.
제3항 취업국은 이주노동자의 다른 가족에 대하여도 인도적 견지에서 이 조 제2항에 규정된 것과 동등한 대우를 부여함을 호의적으로 고려하여야 한다.

recommendation)[31]나 지침(guidance)일 뿐이며, 위 조항의 가장 큰 문제는 당사국에 과도한 정도의 재량권을 주고 있다는 점이다. 이 조항은 당사국이 이주노동자 가족들의 입국을 효과적으로 통제하고 제한할 수 있도록 백지위임해 놓은 조항이라고 볼 수 있다.[32]

특히 이 조항은 등록이주노동자에게만 적용되는 규정으로서 미등록 이주노동자는 권고 형식의 이 조항의 적용조차 받지 못하고 있으며, 허용되는 가족의 범위에 대해서도 협약 제4조의 가족의 정의[33]와는 달리 배우자, 해당 법률에 의하여 혼인과 동등한 취급을 받는 관계에 있는 자 및 미혼의 피부양 미성년자녀로 한정하고 있다.

가족, 혼인, 모성 및 미성년 자녀에 대한 보호를 통해 궁극적으로 가정을 보호하는 규정들은 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights, CCPR),[34] 세계인권선언(Universal Declaration of Human Rights, UDHR),[35] 여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약(Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, CEDAW),[36] 아동의 권리에 관한 협약(Convention

31) Hasenau (1990) n. 74 above, 149

32) Ibid. above, 43 para. 229

33) ICMW 제4조 이 협약의 적용상 "가족"은 이주노동자와 혼인한 자 또는 해당 법률에 따르면 혼인과 같은 효력을 갖는 관계에 있는 자는 물론 피부양 자녀 및 해당법률 또는 관계국간의 양자 또는 다자 협정에 의하여 가족으로 인정되는 여타의 피부양자를 말한다.

34) CCPR 제23조 1. 가정은 사회의 자연적이며 기초적인 단위이고, 사회와 국가의 보호를 받을 권리를 가진다. 4. 이 규약의 당사국은 혼인 기간 중 및 혼인 해소 시에 혼인에 대한 배우자의 권리 및 책임의 평등을 확보하기 위하여 적절한 조치를 취한다. 혼인 해소의 경우에는 자녀에 대한 필요한 보호를 위한 조치를 취한다. 제24조 1. 모든 어린이는 인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 민족적 또는 사회적 출신, 재산 또는 출생에 관하여 어떠한 차별도 받지 아니하고 자신의 가족, 사회 및 국가에 대하여 미성년자로서의 지위로 인하여 요구되는 보호조치를 받을 권리를 가진다. 2. 모든 어린이는 출생 후 즉시 등록되고, 성명을 가진다. 3. 모든 어린이는 국적을 취득할 권리를 가진다.

35) UDHR 제16조 3. 가정은 사회의 자연적이며 기초적인 구성단위이며, 사회와 국가의 보호를 받을 권리를 가진다. 제25조 2. 모자는 특별한 보살핌과 도움을 받을 권리를 가진다. 모든 어린이는 부모의 혼인 여부에 관계없이 동등한 사회적 보호를 향유한다.

36) CEDAW 제4조 2. 당사국이 모성을 보호할 목적으로 본 협약에 수록된 제 조치를 포함한 특별조치를 채택하는 것은 차별적인 것으로 보아서는 아니된다. 제5조 당사국은 다음을 위하여 모든 적절한 조치를 취하여야 한다. (b) 사회적 기능의 하나로서의 모성에 대한 적절한 이해와 자녀의 양육과 발전에 있어서 남녀의 공동책임에 대한 인식이 가정교육에 포함되도록 확보하되, 모든 경우에 있어서 자녀의 이익이 최우선적으로 고려되도록 할 것 제11조 2. 당사국은 결혼 또는 모성을 이유로 한 여성에 대한

on the Rights of the Child, CRC)[37] 등에 산재해 있는데, 유엔인종차별철폐위원회(CERD)는 가족결합에 할당제와 같은 장벽을 제거하도록 촉구하고, CEDAW은 외국인 남성과

차별을 방지하며 여성의 근로에 대한 유효한 권리를 확보하기 위하여 다음을 위한 적절한 조치를 취하여야 한다. (a) 임신 또는 출산휴가를 이유로 한 해고 및 혼인 여부를 근거로 한 해고에 있어서의 차별을 금지하고 위반시 제재를 가하도록 하는 것 (b) 종전의 직업, 선임순위 또는 사회보장 수당을 상실함이 없이 유급 또는 이에 상당하는 사회보장급부를 포함하는 출산휴가제를 도입하는 것 (c) 특히 아동 보육시설망의확립과 발전의 촉진을 통하여 부모가 직장에서의 책임 및 사회생활에의 참여를 가사의 의무와 병행시키는 데 도움이 될 필요한 사회보장 혜택의 제공을 장려하는 것 (d) 임신 중의 여성에게 유해한 것이 증명된 유형의 작업에는 동 여성에 대한 특별한 보호를 제공하는 것

37) CRC 제9조 1. 당사국은 사법적 심사의 구속을 받는 관계당국이 적용 가능한 법률 및 절차에 따라서 분리가 아동의 최상의 이익을 위하여 필요하다고 결정하는 경우 외에는, 아동이 그의 의사에 반하여 부모로부터 분리되지 아니하도록 보장하여야 한다. 위의 결정은 부모에 의한 아동 학대 또는 유기의 경우나 부모의 별거로 인하여 아동의 거소에 관한 결정이 내려져야 하는 등 특별한 경우에 필요할 수 있다. 2. 제1항의 규정에 의한 어떠한 절차에서도 모든 이해당사자는 그 절차에 참가하여 자신의 견해를 표시할 기회가 부여되어야 한다. 3. 당사국은 아동의 최선의 이익에 반하는 경우 외에는, 부모의 일방 또는 쌍방으로부터 분리된 아동이 정기적으로 부모와 개인적 관계 및 직접적인 면접교섭을 유지할 권리를 가짐을 존중하여야 한다. 4. 그러한 분리가 부모의 일방이나 쌍방 또는 아동의 감금, 투옥, 망명, 강제퇴거 또는 사망(국가가 억류하고 있는 동안 어떠한 원인에 기인한 사망을 포함한다) 등과 같이 당사국에 의하여 취하여진 어떠한 조치의 결과인 경우에는, 당사국은 그 정보의 제공이 아동의 복지에 해롭지 아니하는 한, 요청이 있는 경우, 부모, 아동 또는 적절한 경우 다른 가족구성원에게 부재중인 가족구성원의 소재에 관한 필수적인 정보를 제공하여야 한다. 또한 당사국은 그러한 요청의 제출이 그 자체로 관계인에게 불리한 결과를 초래하지 아니하도록 보장하여야 한다.
제10조 1. 제9조 제1항에 규정된 당사국의 의무에 따라서, 가족의 재결합을 위하여 아동 또는 그 부모가 당사국에 입국하거나 출국하기 위한 신청은 당사국에 의하여 긍정적이며 인도적인 방법으로 그리고 신속하게 취급되어야 한다. 또한 당사국은 이러한 요청의 제출이 신청자와 그의 가족 구성원들에게 불리한 결과를 수반하지 아니하도록 보장하여야 한다.
제16조 1. 어떠한 아동도 사생활, 가족, 가정 또는 통신에 대하여 자의적이거나 위법적인 간섭을 받지 아니하며 또한 명예나 신망에 대한 위법적인 공격을 받지 아니한다. 2. 아동은 이러한 간섭 또는 비난으로부터 법의 보호를 받을 권리를 가진다.
제20조 1. 일시적 또는 항구적으로 가정환경을 박탈당하거나 가정환경에 있는 것이 스스로의 최선의 이익을 위하여 허용될 수 없는 아동은 국가로부터 특별한 보호와 원조를 부여받을 권리가 있다. 2. 당사국은 자국의 국내법에 따라 이러한 아동을 위한 보호의 대안을 확보하여야 한다. 3. 이러한 보호는 특히 양육위탁, 회교법의 카팔라, 입양, 또는 필요한 경우 적절한 아동 양육기관에 두는 것을 포함한다. 해결책을 모색하는 경우에는 아동 양육에 있어 계속성의 보장이 바람직하다는 점과 아동의 인종적·종교적·문화적 및 언어적 배경에 대하여 정당한 고려가 베풀어져야 한다.
제22조 1. 당사국은 난민으로서의 지위를 구하거나 또는 적용 가능한 국제법 및 국내법과 절차에 따라 난민으로 취급되는 아동이, 부모나 기타 다른 사람과의 동반 여부에 관계없이, 이 협약 및 당해 국가가 당사국인 다른 국제인권 또는 인도주의 관련 문서에 규정된 적용 가능한 권리를 향유함에 있어서 적절한 보호와 인도적 지원을 받을 수 있도록 하기 위하여 적절한 조치를 취하여야 한다. 2. 이 목적을 위하여, 당사국은 국제연합 및 국제연합과 협력하는 그 밖의 권한 있는 정부 간 또는 비정부 간 기구들이 그러한 아동을 보호, 원조하고 가족재결합에 필요한 정보를 얻기 위하여 난민 아동의 부모나 다른 가족 구성원을 추적하는 데 기울이는 모든 노력에 대하여도 적절하다고 판단되는 협조를 제공하여야 한다. 부모나 다른 가족구성원을 발견할 수 없는 경우, 그 아동은 어떠한 이유로 인하여 영구적 또는 일시적으로 가정환경을 박탈당한 다른 아동과 마찬가지로 이 협약에 규정된 바와 같은 보호를 부여받아야 한다.

여성에게 동등한 배우자 단일화 권리를 주도록 하고 있으며, CCPR은 추방과 같은 가족에 해를 끼치는 처벌은 하지 못하도록 가족생활을 보호하는 정책을 장려한다. 추방과 같이 가족이 분리되도록 하는 조치는 가족 결합을 방해하는 것으로 간주된다.[38]

나. 이주노동자와 그 가족의 가족결합에 관한 국내법의 규정

우리나라는 지금까지 이주노동자의 일시적인 노동력만을 필요로 하는 국가로서 가족단위의 이주노동자의 이주에 대해서는 전혀 고려하지 않고 있었다. 그리하여 우리나라 출입국관리법은 이주노동자의 가족의 정의나 이주노동자의 가족 단위의 이주에 대한 규정이 없으며 원칙적으로 이주노동자 및 그 가족이 우리나라에서 체류하기 위해서는 각자 자신의 체류자격에 맞는 체류신분을 취득하도록 하고 있다. 다만 국적법은 외국인이 대한민국 국적을 취득할 때 미성년 자녀도 함께 국적을 취득할 수 있도록 규정하고 있으며 대한민국 헌법 제36조는 혼인과 가족 생활을 국가가 보장하도록 하고 있다.[39] 또한 헌법재판소는 헌법 제36조 제1항은 혼인제도와 가족제도에 관한 헌법 원리를 규정한 것으로서 혼인제도와 가족제도는 인간의 존엄성 존중과 민주주의의 원리에 따라 규정되어야 함을 천명한 것으로서, 소극적으로는 국가권력이 혼인과 가정이란 사적인 영역을 침해하는 것을 금지하면서, 적극적으로는 혼인과 가정을 제3자 등으로부터 보호해야 할뿐만 아니라 개인의 존엄과 양성의 평등을 바탕으로 성립되고 유지되는 혼인・가족제도를 실현해야 할 국가의 과제를 부과하고 있다[40]고 결정하고 있어 우리 당국은 혼인제도와

---

38) Portugal, ICCPR, A/58/40 vol. I (2003) 56 at para. 83(17)

39) 대한민국 헌법 제36조 ①혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.

40) 헌법재판소 2000. 4. 27. 선고 98헌가16 학원의설립·운영에관한법률 제22조 제1항 제1호 등 위헌제청, 학원의설립·운영에관한법률 제3조 등 위헌 확인 : 헌법 제36조 제1항은 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장 한다”고 하여 혼인 및 그에 기초하여 성립된 부모와 자녀의 생활공동체인 가족생활이 국가의 특별한 보호를 받는다는 것을 규정하고 있다. 이 헌법규정은 소극적으로는 국가권력의 부당한 침해에 대한 개인의 주관적 방어권으로서 국가권력이 혼인과 가정이란 사적인 영역을 침해하는 것을 금지하면서, 적극적으로는 혼인과 가정을 제3자 등으로부터 보호해야 할 뿐이 아니라 개인의 존엄과 양성의 평등을 바탕으로 성립되고 유지되는 혼인・가족제도를 실현해야 할 국가의 과제를 부과하고 있다. 헌법재판소 2000. 8. 31. 선고 97헌가12 국적법 제2조 제1항 제1호 위헌제청 : 헌법 제36조 제1항은 혼인제도와 가족제도에 관한 헌법 원리를 규정한 것으로서 혼인제도와 가족제도는 인간의 존엄성 존중과 민주주의의 원리에 따라 규정되어야 함을 천명한 것이다(헌재 1997. 7. 16. 95헌가6등, 판례집 9-2, 1, 17). 이 규정은 가족생활이 ‘양성

가족제도를 보호할 과제가 있다는 것을 확인해 주고 있다.

다. 국내의 상황에 비추어 본 ICMW 비준시 쟁점

위와 같이 우리나라의 법은 특별히 가족재결합에 대해서 언급하고 있지는 않지만 대한민국 헌법에 의하여 혼인과 가족 생활을 국가가 보장하도록 하고 있고, 국적법은 비록 가족 개념을 미성년 자녀로 그 범위를 좁게 한정하고 있지만 가족 결합을 가능하게 하고 있다. 또한 ICMW 제44조 규정이 가족의 정의에서 피부양자라는 부분을 삭제하는 대신 미혼의 피부양미성년 자녀로 한정하고 있고, 등록 이주노동자에게만 가족 재결합에 관한 권리를 한정시키는 것은 가족재결합에 관한 권리 규정에서 보장하는 기본적인 인간의 권리에 배치되는 면이 있기는 하나 미등록 이주노동자에까지 가족재결합에 관한 권리를 확대하는 것은 취업국으로 다른 사람들을 실질적으로 유입시키는 면이 있어 비현실적인 점이 고려되어 등록 이주노동자에 대해서만 적용 가능하도록 하고 있다.

따라서 이 조항은 가족 재결합 시 허용하는 가족의 범위를 결정하는 권한을 당사국에 맡기고 있고 또한 이 조항은 지침으로서 단순히 권고의 차원에서 써진 것으로, 당사국에 대한 포괄적인 재량권은 가족을 유지하기 위한 적절한 주택과 자원 등을 포함한 재결합의 조건들을 부과하는 문제에 있어서도 반영되고 있으므로,[41] ICMW의 가족재결합에 관한 조항은 수용가능하다 할 것이다.

의 평등'을 기초로 성립, 유지될 것을 명문화한 것으로 이해되므로 입법자가 가족제도를 형성함에 있어서는 이를 반드시 고려할 것을 요구하고 있다.

41) Ibid. para. 222

토 론 문

- **제1주제 토론**
  조 태 익 (외통부 인권사회과장)
- **제1주제 토론**
  홍 관 표 (법무부 인권정책과 서기관)
- **제1주제 토론**
  김 종 철 (법무법인 소명 변호사)
- **제2주제 토론**
  정 정 훈 (공익변호사그룹 공감 변호사)
- **제3주제 토론**
  이 혜 진 (교육과학기술부 교육복지정책과)
- **제3주제 토론**
  김 민 정 (이주민센터 아시아의창)

이주노동자권리협약의 자유권 토론문

조 태 익 (외통부 인권사회과장)

1. 도 입

○ 우리나라가 이주노동자 약 60만명, 이주민 100만명 시대를 맞고 있는 시점에서, 유엔 이주노동자권리협약 비준 문제에 대해 함께 의견을 나누고 고민해 보는 기회를 마련해주신 국가인권위원회에 감사드림.

○ 인권외교정책의 수립 · 시행 및 총괄 · 조정 역할을 하는 외교통상부를 대표하여, 오늘 제1발표 토론에서는 먼저 이주노동자권리협약 가입 관련 국제동향과 우리정부의 기본입장을 설명하고 나서 채형복 교수의 발제문(이주노동자 권리협약의 자유권 쟁점)에 대한 일반적인 평가와 구체내용에 대한 의견을 개진하고자 함.

2. 이주노동자협약의 비준 현황 및 우리정부의 입장

○ 채교수도 발제문 서론과 결론에서 지적하였듯이, 1990.12월 채택하고 2003.3월 발효된 이주노동자협약의 비준국은 현재 42개국이고 서명국은 15개국에 이르고 있음. 그러나, 협약 비준국들의 면면을 살펴보면, 중남미 15개국, 아프리카13개국, 중동 5개국, 남동구 3개국, 동남아 3개국, 중앙아 3개국 등 모두가 노동인력 송출국임. 반면, 미국, 캐나다, 일본, 서유럽국가들과 같은 노동인력 유입국들은 협약에 서명하거나 비준하지 않고 있음.

○ 우리나라는 1980년대 후반을 기점으로 노동인력 송출국에서 유입국으로 전환하였으며, 급속한 경제성장과 함께 이주노동자들의 유입이 빠르게 증가하고 있는 추세로서, 노동인력 유입국의 입장에서 협약 가입을 검토하고 있음.

○ 협약가입 관련 우리정부의 기본입장은 작년 5월 유엔인권이사회의 우리나라 인권상황에 대한 보편적 정례검토(Universal Periodic Review)시 표명된바 있으며, 아직 그러한 입장에 근본적 변화는 없음.

- 당시, 협약 가입국인 알제리, 이집트, 멕시코, 페루는 우리나라의 가입을 권고하였고, 이에 대해, 우리정부는 이주자 및 동 가족들을 보호하기 위한 권고의 의도와 정신을 환영하지만, 국내 주요법 규정과 충돌하는 등 동 협약 가입은 현실적으로 받아들이기 어렵다고 밝히고, 이주자 등의 건강, 안전, 고용 등 인권을 관련 국내법하에서 보장하기 위해 최선을 다할 예정이라고 답변

3. 우리나라의 국제인권법 및 ILO협약 가입 현황

○ 국내 일각에서는 정부가 이주노동자의 권리보호를 증진하는 가장 포괄적인 국제협약인 이주노동자권리협약에 가입하지 않고 있다는 사실만으로 정부가 이주노동자의 권리보호에 대한 의지가 없다고 주장하나, 이는 사실과 다름.

○ 정부는 이주노동자들의 권리를 포함한 모든 사람들의 인권을 보장하는 7개의 주요한 국제인권규약, 즉 시민적·정치적 권리규약(ICCPR), 경제적·사회적·문화적 권리규약(ICESCR), 인종차별철폐협약(CERD), 고문방지협약(CAT), 여성차별철폐협약(CEDAW), 아동권리협약(CRC)에 가입한데 이어 작년 12월에는 장애인권리협약(CRPD)에 가입하였음. 이주노동자협약을 제외하고는 모두 가입한 것임.

- 또한, ILO의 노동권의 핵심적 기준으로 설정한 8개의 기본협약 중 4개 협약을 비준하는 등 국제사회의 노동권 보호 및 증진 노력에 동참하고 있음.

※ ILO 8개 핵심협약(core coventions)

- 제 100호 남녀 동등보수 협약 (비준)
- 제111호 고용·직업상 차별금지 협약 (비준)
- 제138호 취업상 최저연령 협약 (비준)
- 제182호 가혹한 형태의 아동노동 철폐 협약 (비준)
- 제29호 강제노동에 관한 협약 (미비준)
- 제105호 강제노동 철폐에 관한 협약 (미비준)
- 제87호 결사의 자유 및 단결권 보호 협약 (미비준)
- 제98호 단결권 및 단체교섭권 협약 (미비준)

○ 아울러, 국내법적으로도 외국인근로자의고용등에관한법률을 통해 합법적 외국인근로자에게 차별적인 처우를 하지 못하도록 규정하고, 근로기준법, 최저임금법, 산업안전보건법 등의 적용을 받도록 하고 있으며, 노동관계법 및 노동조합 설립과 가입 등 단결권도 내국인근로자와 동등하게 보장하고 있음.

4. 제1발제문(자유권 쟁점)에 대한 의견

○ 채형복 교수의 발제문은 이주노동자 권리협약제정 배경, 연혁, 주요내용, 쟁점중 특히 추방과 신체자유에 대해 체계적이고 유용한 정보를 제공하여 협약에 대한 적절한 문제의식을 가질 수 있도록 돕고 있음.

○ 채교수가 언급하였듯이, 강제퇴거와 관련하여, 이주노동자협약은 제3부(모든 이주노동자의 권리)(8-35조)에서 규정(22조)하여 불법체류 여부를 불문하고 인간의 권리로서 집단추방을 금지하고 개별심리되고 적법절차를 밟고 편의를 제공하도록 요구하고 있음.

- 우리나라도 집단추방을 금지하고 개별심리하고 적법 절차를 따르고 있으므로, 협약

규정과 충돌한다고 볼 수 없음.

- 다만, 우리나라에서는 불법체류자의 취업이나 이들을 고용하는 행위는 형사상 범죄 행위로 금지되고 있어서 불법취업 외국인 노동자는 권리 행사에 있어 제한을 받고, 난민인정이나 인도적 체류허가를 받지 않은 한, 출국권고내지 강제 퇴거하고 있음.

- 한편, 예외적으로 판례를 통해 불법취업 외국인 노동자들이 사실상 제공한 근로에 따른 권리나 이미 형성된 근로관계에 있어서 근로자로서의 신분에 따른 노동관계법상의 제반 권리를 인정(대판 1995.9.15. 선고 94누 12067 판결)하고 있으며, 이러한 맥락에서 이들에게도 근로기준법, 산업안전보건법, 산업재해보상보험법 등 적용

○ 신체의 자유와 관련하여, 이주노동자협약은 제3부(모든 이주노동자의 권리)(8-35조)에서 규정(16-20조)하여 불법체류 여부를 불문하고 인간의 권리로서 체포시 이해 가능한 언어로 체포이유를 통보하는 등 적절한 보호를 하도록 요구하고 있음.

- 채교수의 지적대로, 우리나라도 헌법상 모든 사람의 신체의 자유를 보장하도록 하고 있으나, 불법노동자 단속시 신속한 체포 이유 통보, 공무원의 합법행위로 손해를 입은 경우 보상 등의 경우에는 현행 우리 제도에 대한 개선방안 검토가 필요

4. 기타 이주노동자협약 가입 관련 주요 쟁점

가. 불법취업 외국인 노동자의 권리 인정

○ 이주노동자협약의 주요 특징은 불법취업 외국인 노동자에 대해서도 권리를 폭넓게 인정하고 있다는 것임.

- 협약 제2조 1항은 “이주노동자란 그 사람이 국적국이 아닌 나라에서 유급활동에 종사할 예정이거나, 이에 종사하고 있거나, 또는 종사하여 온 사람”으로 정의함으로써

불법취업 외국인 노동자도 이주노동자 범주에 포함

○ 협약은 불법 이주노동자의 인권을 광범위하게 승인함으로써 그들의 인권을 보호함과 동시에 고용주의 불법 이주노동자 고용 의지를 단념케하여 고용을 위한 불법적인 이동을 줄이고자 한 것이나, 오히려 이로 인해 개인의 불법적인 이동을 조장하고 사회통합을 저해할 우려도 존재한다는 지적도 있음.

나. 국내법 · 제도와의 충돌 및 추가 예산소요 문제

○ 현행 국내 법 · 제도와의 충돌하는 대표적 사례로서 국내 노동시장 상황, 내국인 고용기회 침해, 외국인근로자의 정주화 방지 등을 고려하여 2004.8월부터 도입 · 운영중인 고용허가제상 사업장 변경 제한은 협약상 사업장 이동의 자유와 충돌할 소지가 있는 예를 들 수 있음.

※ 현재까지 우리나라는 아시아지역 총 15개 국가와 고용허가제하 인력도입을 위한 MOU를 체결

○ 아울러, 협약상 이주노동자들의 권리 보장, 특히 사회권 관련 규정을 충실히 이행하기 위한 예산상의 추가적 부담도 고려해야 할 요소임.

5. 결 론

○ 상기와 같이 이주노동자권리협약과 현행 국내법과의 불일치 등으로 인해 당장의 협약 가입은 현실적으로 어려운 상황임.

○ 장기적으로는 국제인권 증진 추세에 동참할 필요가 있으므로, 국제사회의 협약 비준과 이행 동향을 예의 주시하면서 협약 가입에 따른 이점과 문제점들을 면밀히 파악하고 이를 토대로 이주노동자권리협약과 국내법제 사이의 간격을 좁혀 나가기 위한 노력을 꾸준히 경주하는 것이 바람직함.

○ 한편, 이주노동자에 대한 국내 인식과 처우의 제고를 위해 오늘의 쟁점토론회 개최를 포함하여 각계각층의 다양한 노력이 필요하다고 생각함. 아직 개선의 여지가 있으나, 이주노동자들의 차별을 금지하고 권리를 보호하기 위한 법적·제도적 장치는 현재에도 어느 정도 갖추어져 있다고 할 수 있음. 그럼에도 불구하고, 이주노동자들이 여전히 상당히 열악한 인권상황에 처해있는 것은 우리 사회의 이주노동자의 권리 보호와 증진에 대한 인식의 부족에 보다 근본적인 원인이 있다고 보여지기 때문임.

이주노동자권리협약의 자유권 토론문

홍 관 표 (법무부 인권정책과 서기관)

이주노동자권리협약의 자유권 토론문

김 종 철 (법무법인 소명 변호사)

1. 서론

채형복 교수님께서는 이주노동자협약상의 자유권, 특히 추방 및 신체의 자유와 관련하여 쟁점을 잘 정리해 주셨습니다. 특히 말미에 2007. 유네스코의 보고서를 소개하시면서 EU국가들이 이주노동자협약에 대한 비준을 꺼리는 이유가 오해에서 비롯되었다고 하셨는데 이 부분은 우리에게도 시사하는 바가 많다고 할 것입니다.

우리 정부도 EU국가들가 마찬가지로 “협약은 이주노동자의 입국과 체류 여부를 결정하는 국가의 주권적 권리를 과도하게 제한하고 있지 않은가?, 협약은 불법 내지 미등록 이주노동자에게 지나치게 폭넓은 권리를 부여하고 있지 않은가”라는 걱정을 하고 있는 것 같습니다.

그러나 이러한 걱정은 위 협약을 자세히 읽어보면 최소한 추방 및 신체의 자유와 관련해서는 역시 오해에서 비롯된 것임을 알 수 있습니다. 위 협약의 취지는 여전히 국가가 이주노동자의 입국과 체류에 대한 주권을 보유하고 행사하되 적법절차 원리에 맞게 행사하여 이주노동자의 인권을 침해하지 않도록 하라는 것으로 보이기 때문입니다.

그렇기 때문에 우리가 이것을 반대할 명분은 없다고 생각합니다. 불법 내지 미등록 이주노동자가 왜 추방 및 신체의 자유와 관련하여 적법절차와 관련한 권리를 누릴 수 없어야 합니까?

2. 추방과 관련하여

채형복 교수님은 발제문에서 “이주노동자와 그 가족에 대한 집단적 추방 조치는 금지된다”라는 이주노동자협약 제22조 제1항을 근거로 이주노동자의 추방이 금지되는데, 그 추방 금지 대상에 합법적인 이주노동자와 그 가족만 해당되는지 아니면 불법적 이주노동자와 그 가족도 포함되는지는 분명하지 않다고 하셨습니다. 그리고 대안으로 합법, 불법 여부를 묻지 않고 일정 기간 취업국에 있은 이주노동자와 그 가족은 추방되지 않고 법적인 보호를 받게 해석하자고 하였습니다.

그러나 위 제22조 제1항에서 금지되는 것은 ‘집단적인 추방’입니다. 2004. 12. 말레이지아 정부가 개별 이주노동자의 상황을 고려하지 않고 수십만을 추방하려고 한 것과 같은 집단적인 추방이 금지되는 것입니다. 그렇기 때문에 제22조 제1항 후단에서는 ‘개별적으로 심리되고 결정되어야 한다’라고 하고 있습니다. 그런데 집단적인 추방과 개별적으로 심사, 결정된 추방이 다른 점이 무엇입니까? 전자에 의할 때는 추방 대상자가 난민협약상의 난민인지, 고문방지협약상 송환될 때 고문 등의 처우를 받을 자인지, 인도적인 보호가 필요한 인신매매 피해자인지 전혀 고려하지 않지만 후자는 이와 같은 개별 이주노동자의 상황을 고려할 수 있다는 것입니다.

따라서 이주노동자협약의 추방과 관련한 제22조는 추방금지를 규정한 것이 아니라 체약국이 이주노동자를 추방 할 수 있다는 것을 전제로 적법절차(제한)를 규정한 것입니다. 따라서 위 규정은 합법적인 이주노동자 뿐 아니라 당연히 불법 내지 미등록이주노동자에게도 적용됩니다(그렇기 때문에 제56조는 합법적인 이주노동자의 추방에 대해 규정하면서 체약국의 추방할 수 있는 권한을 제한 한 것입니다).

그렇다면 제22조는 이주노동자 특히, 불법 내지 미등록 이주노동자에 대한 추방에 대해 어떠한 적법절차(제한)를 규정하고 있습니까? 자세히 살펴보면 별거 없습니다. ‘법률에 따른’ 추방이 되어야 하고, 그 일환으로 추방의 결정은 추방대상자가 이해할 수 있는 언어로 통지되어야 하고 결정의 이유가 진술되어야 한다는 것입니다. 이것을 우리가 못할 이유가

없습니다. 만일 이주노동자협약에 가입할 경우 우리의 현행법 가운데 어떤 것이 바뀌어야 합니까?

우선 출입국관리법상의 강제퇴거사유를 규정한 조항입니다. 출입국관리법 제46조 제 1항 제2호, 제11조 제1항 제3호는 “대한민국의 이익이나 공공의 안전을 해하는 행동을 할 염려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유 있는 자”라고 하여 강제퇴거 대상을 매우 추상적으로 규정하고 있고 심지어는 제12호에서 “그 밖에 제1호 내지 11호에 준하는 자로서 법무부령이 정하는 자”라고 규정하여 강제퇴거사유를 포괄적으로 위임하고 있기 때문입니다. 또한 출입국에 관한 사항에 대해서 이유부기 등 행정절차가 적용되지 않도록 규정한 행정절차법 제3조 제2항 역시 바뀌어야 합니다. 마지막으로 강제퇴거집행단계에서 강제퇴거집행의 적법성 여부를 다투는 절차가 필요합니다. 현행법에서는 강제퇴거명령을 다툴 수 있지만 강제퇴거집행 단계에서 그 적법성을 다툴 수 있는 방법이 없기 때문입니다. 하지만 강제퇴거명령 당시에는 아무런 문제가 없었지만 강제퇴거가 집행될 당시 사정변경에 의해 추방될 경우 고문 등을 받게 될 위험이 있는 경우 취소소송은 90일 이내에 제기되어야 할 뿐 아니라 행정처분의 적법성 판단시기는 처분시이므로 현행 제도하에서는 구제될 방법이 없습니다.

따라서 외국인 노동자의 인간으로서의 기본적인 권리 보장을 고려할 때 출입국관리의 효율성을 조금 양보 한다면 될 것이므로 이주노동자협약의 추방과 관련된 조항은 별 문제가 되지 않을 것입니다.

3. 신체의 자유와 관련해서

이주노동자협약 중 신체의 자유와 관련한 제16조 이하에서 가장 유의미한 규정은 신원확인, 체포 등이 적법절차에 의해 이루어져야 하며 자의적인 체포, 구금이 이루어 져서는 안 된다는 것입니다.

출입국관리법 제81조 제3,4항은 출입국관리공무원의 외국인에 대한 정지・질문권을 규정하였지만 그 절차는 권한을 표시하는 증표제시의무 이외에는 경찰관직무집행법상의 정지, 질문 절차에서 적용되는 내용이 전혀 규정되어 있지 않을 뿐 아니라 경찰관직무집행법과 달리 원칙적으로 질문을 거부할 수 없도록 하고 있다. 또한 외국인 단속과 관련해서는 행정상 장해가 목적에 급박한 경우에 해당한다고 하면서 영장주의를 적용하고 있지 않습니다.

그러나 누가 외국인인지는 그 사람의 외모에서 나타나는 것은 아닙니다. 그 사람의 여권을봐야 알 수 있는 것입니다. 다문화를 이야기하는 사회에서는 이러한 인식이 가장 기본적인 전제가 되어야 합니다. 따라서 누가 외국인인지 외모로 알 수 없다면 결국 외국인인지 확인이 되기 전까지의 절차, 즉 정지, 질문 절차와 단속 절차 역시 국민과 동일한 정도의 적법절차에 의해 이루어 져야 합니다.

자의적 구금금지와 관련해서 채형복 교수님은 자의적이라는 의미를 법적 근거 없이, 혹은 위법하게 뿐 아니라 정의에 반하여, 부당하게 라고 해석을 하셨습니다. 같은 맥락에서 유엔인권위원회는 이와 관련하여 축적된 결정례를 바탕으로 자의적 구금이 되지 않기 위해서는 ①구금이 법률유보(의회유보, 포괄위임금지) 및 법률우위의 원칙을 준수해야 하고 ②구금은 비례성의 원칙을 준수하여 지나치게 길거나 무기한이면 안 되며 ③구금의 타당성에 대한 정기적인 사법적인 심사제도가 있어야 한다고 하고 있습니다.

그런데 출입국관리법상 '보호'제도의 법률유보 및 법률우위 원칙 준수여부를 보면, 그 실질이 구금인 권력적 행정처분인 '보호'를 규정하면서도 '보호'가 구체적으로 무엇을 의미하는 지에 대한 정의규정이 없고, 보호의 중요한 내용의 많은 부분(보호절차상의 권리, 면회와 통신권, 청원권, 건강, 급식 및 진료와 관련된 권리 등)을 출입국관리법이 아닌 외국인보호규칙과 외국인보호규칙시행세칙에 규정하여 의회유보를 위반하고 있습니다. 또한 출입국관리법 제57조는 “보호되어 있는 자의 처우”나 “기타 필요한 사항”을 법무부령에서 정하도록 규정하고 있어 포괄위임금지원칙에 반한다고 할 것입니다. 무엇보다도 가장 근본적인문제는 출입국관리법상 외국인 보호의 사유에 “그 밖에 제1호 내지 제11호에 준하

는 자로서 법무부령이 정하는 자"라고 하고 있어 법률유보원칙에 명백하게 반하게 규정되어 있다는 것입니다.

비례성의 원칙을 보면, 출입국관리법 제62조 제1항은 강제퇴거명령을 받은 자에 대해서는 즉시 대한민국 밖으로 송환할 수 없는 경우 송환이 가능할 때까지 보호할 수 있도록 하고 있어, 출입국관리법상의 '보호'가 갖는 일시적인성격과는 달리 '과도하게 길거나 무기한'의 구금을 허용하고 있습니다.

헌법재판소가 밝힌 바와 같이 신체의 자유는 정신적 자유와 아울러 모든 기본권에 기초가 된다고 할 것입니다. 따라서 인간인 외국인 노동자의 신체의 자유의 보장을 위해 이주노동자협약에서 규정한 자의적 구금금지 원칙이 적용되도록 해야 합니다.

4. 결론

이주노동자협약 가운데 추방과 신체의 자유와 관련된 규정은 과도하게 체약국의 주권을 제한하여 국가 안보를 위협할 수 있을 만한 내용을 담고 있지 않습니다. 오히려 이주노동자를 '인간'으로 본다면 약간의 출입국관리의 효율성을 양보하고 당연히 인정해야 할 권리들을 규정하고 있습니다. 그러므로 정부는 법치주의 운운하면서 외국인 노동자를 출입국관리 대상, 노동수급관리 대상으로 보는 행태를 버리고 인간으로 대우하며 다문화 사회라는 레토릭에 걸맞게 관련 법과 관행을 개선하고 이주노동자협약에 가입을 전향적으로 검토해야 할 것입니다.

이주노동자권리협약의 노동권 토론문

정 정 훈 (공익변호사그룹 공감 변호사)

1. 협약의 비준 가능성?

○ 선진 송출국이 협약을 비준하지 않는 이유

- **signal effect - 국외, 국내**
- 구성적 시민권 vs 시민권의 주권적 계기에 대한 완강함

○ '중국'이 비준을 하지 않는 이유는[1]?

- NGO의 부재
- 미등록이주에 대한 인식과 규제 - 난민 문제 등 정치적 측면도 존재
- 국제인권규약의 규범력에 대한 불신(미국의 경우 등)
- 취업국의 비준이 없는 상황에서의 비준은 자국민에 대한 보호효과를 기대할 수 없음.

○ **한국 이주노동자 정책의 원칙과 협약 정신의 근본적 충돌**

국내 정책	미등록이주자 배제	정주화 방지	국내 노동시장 보호 (저임금 강제)
협약	기본적 보호	가족결합	(제한적) 직업선택의 자유

1) **Robyn Iredale**, **2005**, "Identification of the Obstacles to the Signing and Ratification of the UN Convention n the Protection of the Rights of All Migrant Workers 1990: CHINA"

- 국내정책과 협약의 원칙 상호간의 충돌
- '유보'를 통한 협약의 비준, 가입이라는 전략의 가능성?

○ **결과로서의 협약의 비준, 가입이라는 관점의 필요성**
- 기존 국제인권규약의 해석·적용의 확대를 통한 이주권리협약 내용의 실질적 규범화
- 국내 이주 정책의 세가지 기본 원칙에 저항하는 운동과 국내법상의 반영

2. 차별대우 금지

○ 산업연수제의 직업선택의 자유의 침해 여부
'청구인은 이 사건 노동부 예규가 청구인의 직업선택의 자유(구체적으로는 직장선택의 자유)를 침해한다고 주장하나, 위 노동부 예규의 어느 규정도 산업연수생의 직장선택의 자유를 제한하고 있지 않으므로 위 주장은 이유 없다(오히려 출입국관리법 제19조의2 제1항이 정부에 대하여 산업연수생의 보호를 위하여 필요한 조치를 취할 것을 규정하면서 보호의 대상이 되는 산업연수생을 "산업연수활동을 할 수 있는 체류자격을 가지고 지정된 산업체에서 연수하고 있는 외국인"이라고 정의함으로써 외국인 산업연수생이 연수장소를 임의로 변경하는 것을 제한하고 있고, 제19조의3 제1항이 법무부장관으로 하여금 산업연수생의 연수장소 이탈 등이 있는 경우 이를 조사하여 당해 외국인의 출국 등 필요한 조치를 하도록 규정하고 있어서 산업연수생의 직장선택자유를 제한하고 있으나, 위 조항들은 이 사건 심판대상이 아니므로 판단하지 않는다).

○ **차별적 제도를 '지침', '예규'의 형식으로 운영한 국가의 불법행위책임은 성립하지 않는가 하는 문제** (산업연수생을 계속적으로 '근로자'로 인정해 온 대법원 판결 등의 취지에 비추어 '예규', '지침'을 개정해야할 의무를 이행하지 않은 노동부장관의 부작위)
→ '현대판 노예제도'를 탈법적인 형식으로 운영해 온 국가는 법적 책임을 졌는가?
→ 역사적 책임의 문제

○ **헌재 결정 이후 산업연수생의 퇴직금 관련한 차별 문제**

- 법원은 산업연수생에게 퇴직금을 지급하지 않는 것은 합리적 이유 없는 차별에 해당한다고 접근하고 있음.[2)]

- 노동부의 업무처리 방침(「외국인 산업연수생의 퇴직금 관련 업무처리 방침」, 2007. 12. 26.)은, 헌재 결정은 소급효가 없기 때문에 위헌결정 전에 발생한 퇴직금 미지급 사건의 처리는 ① 진정 사건인 경우에는 '내사종결' ② 고소·고발 사건인 경우에는 '불기소 의견으로 송치'한다는 것임.

- 헌재 결정 이후, 근로기준법 제112조, 제36조 위반에 따른 형사처벌이 가능한지 여부에 대하여는 논란이 있을 수 있음. 쟁점은 ① 형법 제16조 법률의 착오 규정을 적용할 수 있는지 여부, 즉 1997년에 이미 '외국인연수생의 보호 및 관리에 관한 지침'(노동부예규)은 사무처리준칙에 불과한 것으로 대외적 기속력이 없다는 대법원 판결(대법원 1997.10.10. 선고 97누10352 요양불승인처분취소)이 존재한다는 점에서 위헌예규를 신뢰한 것에 정당한 이유가 있는지 여부.

- 그러나 형사처벌이 가능한 지 여부를 떠나, 근로감독관은 체불임금 확인을 할 의무가 있음. 근로감독관 집무규정(노동부훈령 제694호) 제40조제10항은 "체불금품 미지급 관련 신고사건의 처리결과 통지시 신고인이 제28조에 따른 체불금품확인원 발급을 원하는 경우 이를 첨부하여 발송하여야 한다."고 규정하고 있음. 근로감독관은 고소·고발의 형사사건을 처리하는 특별사법경찰관리에 그치는 것이 아니라, 체불임금의 청산지도 의무(제27조), 노동관계법령의 위반행위로 권익을 침해당한 자(이하 "신고인"이라 한다)가 그 침해사항(이하 "신고내용"이라 한다)에 대하여 문서·구술·전화·우편·기타의 방법으로 행정관청에 진정·청원·탄원·고소·고발 등을 한 "신고사건"(제33조)을 처리할 의무(제40조)를 지님.

---

2) 부산지방법원 2006. 5.12. 선고 2005나7747 판결
"헌법상 평등규정이나 근로기준법상의 차별적 처우의 금지에 관한 조항 및 헌법 등의 이념 등과 관련하여 앞서 본 바와 같이 실질적으로 근로자와 같은 근로를 하는 산업연수생에게는 퇴직금을 지급하지 않는 것은 합리적 이유가 없는 차별대우임은 명백하다."

- 따라서 형사상 처벌이 불가능하기 때문에 진정사건을 접수하지 않고, 체불임금 확인원을 발급하지 않는 것은 공무원에게 부여된 의무를 위반하는 것임.

- 형사처벌 가능 여부와는 별개의 문제로, 민사상 소멸시효가 완성되지 않은 이상 사업주는 퇴직금을 지급할 의무가 있음.
  → 산업연수생 임금채권의 소멸시효가 완성되었는지 여부(시효항변의 권리남용 여부)
  → 소멸시효의 기산점은? 헌재 결정일 or 대법원 판결 선고일(대법원 2006.12. 7. 선고 2006다53627 임금)

3. 이주노동자의 노동3권 보장

(이주노조설립신고반려처분 사건의 원고측 주장 중 국제인권 관련 내용)

○ **세계인권선언**에 의하여 외국인은 평화적 집회의 권리와 결사의 자유의 혜택을 누리며,[3] 인권이사회는 외국인근로자가 노동조합에 가입하여 활동하는 것을 사실상 제한하거나 노동조합의 간부가 될 수 없도록 한 국가들에 대하여 우려를 표명한 바 있음.[4] **자유권규약** 제2조 평등권, 제22조 결사의 자유, 제26조 법 앞의 평등은 외국인도 노동3권을 가짐을 명확히 하고 있다고 보아야 하며, 미등록이주노동자의 노동3권을 부정할 수 있을 만한 어떠한 근거나 해석도 제시하고 있지 않으므로 단지 체류자격이 없다는 이유만으로 노동3권을 부정하는 대한민국정부와 서울행정법원의 태도는 자유권규약의 명문규정과 양립하기 어려움.

○ **인종차별철폐협약**의 경우 비록 제1조 제2항이 국민과 외국인을 달리 취급할 수 있는 가능성을 열어놓고 있기는 하지만 이는 차별의 기본적 금지를 훼손함을 방지하는 방향으로 해석되어야 함. 즉 세계인권선언,[5] 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약, 그

3) HRC General Comment No. 15(1986), para. 7.

4) Concluding Observations on Kuwait(2000)(UN Doc. CCPR/CO/69/KWT), paras. 40-41, Concluding Observations on Senegal(1998)(UN Doc. CCPR/C/79/Add.82), para. 16.

리고 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약에서 규정되고 인정된 권리와 자유를 어떠한 방식으로든 회피하는 방향으로 해석되어서는 안됨.[6]

인종차별철폐협약 제5조 (e)(ii)에서 노동조합 결성 및 가입에서의 인종차별금지를 명문화하고 있음. 당사국은 국민과 외국인(무국적자 포함)의 평등한 이들 권리의 향유를 국제법이 인정하는 범위까지 보장하여야 할 의무가 있음.[7] 국적이나 출입국자격에 기초한 상이한 취급의 기준이 협약의 목적에 비추어 합법적 목적에 따르지 않고 적용되거나 이러한 목적의 달성에 비례하지 않는다면 협약상 이러한 상이한 취급은 차별을 구성할 수 있음.[8] 당사국은 인종차별을 금지하는 입법적 보장이 출입국자격과 무관하게 외국인(무국적자 포함)에게 적용되고, 법령의 적용이 외국인(무국적자 포함)에게 차별적 효과를 가지지 않도록 보장하여야 하고,[9] 출입국정책이 인종, 피부색 또는 민족이나 종족의 기원에 기초한 차별적 효과를 가지지 않도록 보장하여야 함.[10] 당사국은 비록 취업허가가 없는 외국인(무국적자 포함)에게 일자리 제공을 거부할 수는 있지만, 모든 사람이 고용관계가 시작되면 그것이 종료될 때까지 집회와 결사의 자유를 포함한 근로와 고용과 관련된 권리를 부여받았음을 인정하여야 함.[11] 이처럼 모든 형태의 인종차별 철폐에 관한 국제협약은 명문의 규정과 유권해석상 외국인의 근로3권을 보장하고 있다고 보아야하며 특히 유권해석을 통하여 규약이 체류자격 없는 이주노동자의 근로3권을 보장하고 있음을 직접적이고 명시적으로 확인하고 있음.

○ **사회권규약** 제2조제2항도 차별금지를 규정하고 제8조제1항 (a) 전문은 모든 사람의 노동조합 결성·가입권을 보장하고 있고, 그 후문과 동조 제2항에서 일정한 조건 하에서 "법률"에 의한 제한은 가능함을 언급하고 있음. 사회권위원회도 이주노동자가 노동조

5) 세계인권선언 제23조 제4항 "모든 사람은 자신의 이익을 보호하기 위하여 노동조합을 결성하고, 가입할 권리를 가진다."

6) CERD General Recommendation, No. 30(2004), para. 2.

7) CERD General Recommendation, No. 30(2004), para. 3.

8) CERD General Recommendation, No. 30(2004), para. 4.

9) CERD General Recommendation, No. 30(2004), para. 7.

10) CERD General Recommendation, No. 30(2004), para. 9.

11) CERD General Recommendation, No. 30(2004), para. 32.

합에 가입하여 활동하는 것을 제한하거나 노동조합의 간부가 될 수 없도록 한 국가들에 대하여 우려를 표명하고 있음.[12] 그리고 제2조 제1항과의 관계에서 제8조 노조결성권, 노조활동의 자유, 파업권보장 조항은 성격상 즉각적인 적용 대상이며, 위반시 사법적 구제의 대상이 되며 권리의 특성상 가용자원의 범위 내에서 점진적으로 적용하여도 무방한 권리가 아님. 결국 사회권규약은 차별금지와 법 앞의 평등에 관한 조항의 유권해석을 통하여 외국인도 근로3권을 가짐을 명확히 하고 있고, 체류자격 없는 외국인근로자의 근로3권을 부정할 수 있을 만한 어떠한 근거나 해석도 제시하고 않지 않음.

4. 직업지도 및 직업소개 서비스의 이용

○ 출입국관리법 제21조제2항[13]의 고용알선 금지

5. 직업훈련 및 재훈련 시설과 기관의 이용

○ 산업재해장해 이주노동자에 대한 직업훈련지원

○ 국가인권위원회는 2003. 3. 10. 02진차30, 31 결정[국적차별]에서 외국인노동자도 근로기준법 제5조 규정에 의거 불법체류와 상관없이 근로자로 인정되어 산업재해보상보험 급여대상 수급자이므로, 산업재해보상보험법에 근거하여 시행되고 있는 직업재활훈련 신청대상자에서 외국인노동자를 배제한 것은 국가인권위원회법 제30조제2항 소정의 합리적인 이유없이 출신국가를 이유로 한 차별행위이므로 외국인노동자에 대하여 직

12) Concluding Observations on Costa Rica(1990)(UN Doc. E/1991/23 41), paras. 194, Concluding Observations on Panama(1991)(UN Doc. E/1992/23 24), para. 138, Concluding Observations on Senegal(1993)(UN Doc. E/1994/23 51), para. 262, Concluding Observations on El Salvador(1996)(UN Doc. E/1997/22 34), para. 165.

13) 제21조(근무처의 변경·추가) ①대한민국에 체류하는 외국인이 그 체류자격의 범위내에서 그의 근무처를 변경하거나 추가하고자 할 때에는 **미리** 법무부장관의 허가를 받아야 한다.
②누구든지 제1항의 규정에 의한 근무처의 변경·추가허가를 받지 아니한 외국인을 고용하거나 고용을 알선하여서는 아니된다. 다만, 다른 법률에 의하여 고용을 알선하는 때에는 그러하지 아니하다.<신설 1993.12.10>

업재활훈련 신청대상자에서 배제하는 일이 없도록 직업재활훈련 대상자 선정제도를 개선할 것을 권고한 바 있음.

○ **외국인에 대한 직업훈련비용 지원사업 적용 제외**

(헌법재판소 2008. 8.19. 선고 2008헌마505 【입법부작위위헌확인】 결정 사안)

산업재해를 입은 방글라데시 국적의 외국인이 근로복지공단에 직업훈련비용 지원신청서를 제출하였으나, 근로복지공단 안산지사장은 외국인은 직업훈련비용 지원사업의 대상 근로자가 아니라는 이유로 청구인이 제출한 신청서를 반려하였다. 이에 법원에 위 반려 처분의 취소를 구하는 소를 제기하여 1심 법원에서 승소판결(서울행정법원 2007. 4. 11. 선고 2006구합26899 판결[14])을 받았지만, 항소심 법원은 '직업복귀촉진 지원규정 중 **훈련원에서의 직업재활훈련**에 관하여는 외국인 산재장해자 중 일정한 자격을 갖춘 자를 훈련대상으로 규정하고 있으나 **직업훈련비용 지원사업**과 관련해서는 이러한 규정이 없는 점' 등을 이유로 위 1심 판결을 취소하고 청구인의 청구를 기각(서울고등법원 2007. 11. 27. 선고 2007누11650 판결)하였고, 위 항소심 판결은 대법원에서 청구인의 상고가 기각(대법원 2008. 3. 13. 선고 2007두26261 판결)됨에 따라 2008. 3.

14) 서울행정법원 2007. 4.11. 선고 2006구합26899 판결
"① 법은 근로자의 복지증진을 위하여 노동부장관에게 직업재활에 관한 시설을 설치·운영하는 사업을 하도록 하고 있고, 피고는 노동부장관의 위탁을 받아 위와 같은 사업을 효율적으로 시행하기 위하여 설립된 점, ② 피고의 규정은 관계 법령 및 정관에 의하여 노동부장관의 승인을 받게 되어 있으므로 사인에 대하여도 법규성을 갖는 것으로 보이는 점, ③ 피고의 직업복귀촉진 지원규정에서 외국인 근로자를 선발제외 대상자로 규정하고 있지 않을 뿐 아니라 관계 법령에서 산재장해자에 외국인 근로자는 포함되지 않는다는 규정을 전혀 두고 있지 않은 점, ④ 직업복귀촉진 지원규정 중 훈련원운영사업과 관련하여서는 외국인 산재장해자 중 일정한 자격을 갖춘 자를 훈련대상으로 규정하고 있으나 비용지원사업과 관련해서는 이러한 규정이 없다는 사정만으로는 외국인 근로자가 비용지원사업의 대상이 되지 않는다는 것이 명백하다고 할 수는 없는 점, ⑤ 직업복귀촉진 지원규정에서 비용지원사업의 선발제외 대상자로서 '직업훈련비용지원 훈련생으로 적합하지 않다고 소속기관장이 인정하는 자'를 규정하고 있고, 피고의 내부 업무처리지침상 외국인 근로자는 비용지원사업의 대상이 될 수 없다고 되어 있기는 하나, 이러한 피고의 내부 지침을 법령에 의하여 승인을 받도록 되어 있는 피고의 규정과 같게 볼 수는 없는 점, ⑥ 피고의 직업훈련사업은 **비용지원사업**을 **원칙**으로 하고 있을 뿐 아니라, 이 사건 신청이 있던 무렵에는 피고가 종래 운영하던 훈련원들이 사실상 모두 폐원된 점 등을 종합적으로 고려하면, 직업훈련사업의 목적이 오로지 근로자의 복지증진을 위한 재활 뿐 아니라 사회복귀로 인한 사회 안정 등을 도모하기 위한 측면도 있다는 점에서 외국인 근로자의 경우 체류목적·자격·기간과 한국어 소통능력, 훈련방법의 적합성·효율성 등을 고려한 기준을 적용할 수 있을지 여부(또는 훈련원운영사업에서의 외국인 훈련생 선발기준을 유추적용할지 여부)는 별론으로 하더라도, 외국인이라는 이유만으로 피고가 직업훈련사업으로서 사실상 유일하게 실시하고 있는 비용지원사업의 대상이 될 수 없음이 명백하다고 할 수는 없는 노릇이다."

17. 확정되었다.

○ **‘근로자의 재해보상에 대한 내•외국인 근로자의 균등한 대우에 관한 협약**(국제노동기구협약 제19호, ILO Convention NO. 19)’은 대한한국이 2001년에, 방글라데시가 1972년에 비준·가입. 동 협약의 제1조1항은 ‘이 협약을 비준하는 국제노동기구 회원국은 이 협약을 비준한 다른 회원국의 국민으로서 자국의 영역내에서 발생한 산업재해로 인하여 신체의 상해를 입은 자 또는 당해 근로자의 피부양자에 대하여 자국민에게 부여하는 것과 동일한 근로자의 보상에 관한 대우를 부여할 것을 약속한다’고 규정.

6. 고용계약기간의 만료와 재고용 등

○ 현재 ‘고용허가’의 의미는 고용안정센터가 외국인구직자명부에 등록된 자 중에서 추천한 적격자를 사용자가 선정하면, 그 선정된 외국인을 특정하여 고용허가서를 발급하고, 발급된 고용허가서에 의하여 근로계약을 체결하도록 하고 있음. 이러한 규정은 외국인이 본국에 체류 중인 입국 전 단계를 상정한 것임.[15] 이러한 고용허가의 개념은 제25조제2항[16]에 의하여 사업장 변경의 경우에도 그대로 유지되고 있음.

---

15) 제8조(외국인근로자 고용허가) ①제6조제1항의 규정에 따라 내국인 구인신청을 한 사용자는 동조제2항의 규정에 따른 직업소개에도 불구하고 인력을 채용하지 못한 때에는 노동부령이 정하는 바에 따라 직업안정기관에 외국인근로자 고용허가를 신청하여야 한다.<개정 2005.12.30>
②제1항의 규정에 따른 신청의 유효기간은 3월로 하되, 일시적인 경영악화 등으로 신규 근로자를 채용할 수 없는 경우 등에는 대통령령이 정하는 바에 따라 1회에 한하여 효력을 연장할 수 있다.<신설 2005.12.30>
③직업안정기관의 장은 제1항의 규정에 의한 신청이 있는 때에는 외국인근로자 도입 업종 및 규모 등 대통령령이 정하는 요건을 충족한 사용자에 대하여 제7조제1항의 규정에 의한 외국인구직자명부에 등록된 자중에서 적격자를 추천하여야 한다.<개정 2005.12.30>
④직업안정기관의 장은 제3항의 규정에 의하여 추천된 적격자를 선정한 사용자에 대하여는 **선정된 외국인근로자 성명 등을 기재한 외국인근로자 고용허가서**를 지체없이 발급하여야 한다.<개정 2005.12.30>
⑤제4항의 규정에 의한 외국인근로자 고용허가서의 발급 및 관리 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.<개정 2005.12.30>
⑥직업안정기관이 아닌 자는 외국인근로자의 선발·알선 그 밖의 채용에 개입하여서는 아니된다.

16) 제25조(사업 또는 사업장 변경의 허용) ① (생략)
②제1항의 규정에 의한 외국인근로자의 사업 또는 사업장 변경 신청후의 재취업 절차 및 방법에 관하여는 제6조·**제8조** 및 제9조의 규정을 준용한다.

○ 즉 우리의 고용허가제(Employment Permit)는 **사업주에게 특정 외국인에 대한 고용을 허가**하는 제도. 따라서 고용허가제는 그 제도 자체의 속성상 "체류허가가 입국이 허용된 특정의 유급활동에 종속되어 있음이 명시된 경우"에 해당할 수 있음. 즉 고용허가제 시스템에서는 취업허가의 만료(expiration of work permit)라는 개념은 상정하기 어렵고, 단지 사업주에 대한 고용허가의 반사적 결과로서의 출입국상의 체류허가(authorization of residence)만이 존재하는 상황으로 볼 여지

cf

> 이와 달리, 고용허가제법 제18조[17]의 "3년의 범위 내에서 취업활동을 할 수 있"도록 한 규정을 협약 제51조의 '취업허가의 만료'(expiration of work permit)로 볼 경우, 근로계약은 1년을 넘지 못하도록 한 제9조제3항 및 사업장 변경을 규정한 제25조 등을 종합적으로 해석하면, 현행 고용허가제의 경우에도 "체류허가가 입국이 허용된 특정의 유급활동에 종속되어 있음이 명시된 경우"가 아니라고 볼 수 있는 해석의 가능성이 있음.

○ ILO 제143호 협약 제8조제1항의 문제로 접근.

[제8조] 1. 이민근로자가 취업을 목적으로 회원국의 영토 내에 합법적으로 거주한다는 조건하에, 해당 이민근로자는 일자리를 잃어버렸다는 단순한 사실로 인하여 불법적인 또는 비정상적인 상태에 놓인 것으로 간주되어서는 아니되며, 취업상실 자체가 해당 이민근로자의 거주권 박탈을 의미하여서는 안된다.

○ 현행 고용허가제법 제25조제3항 규정의 의미가 모호함. "다른 사업 또는 사업장으로의 변경을 신청한 날부터 2월 이내에 **출입국관리법 제21조[18]의 규정에 의한 근무처 변경**

17) 제18조(취업의 제한) ①외국인근로자는 입국한 날부터 3년의 범위내에서 취업활동을 할 수 있다.
②이 법에 따라 국내에서 취업한 후 출국한 외국인으로서 출국한 날부터 6월이 경과되지 아니한 자는 이 법에 따라 다시 취업할 수 없다.

18) 제21조(근무처의 변경·추가) ①대한민국에 체류하는 외국인이 그 체류자격의 범위내에서 그의 근무처를 변경하거나 추가하고자 할 때에는 **미리** 법무부장관의 허가를 받아야 한다.
②누구든지 제1항의 규정에 의한 근무처의 변경·추가허가를 받지 아니한 외국인을 고용하거나 고용을 알선하여서는 아니된다. 다만, 다른 법률에 의하여 고용을 알선하는 때에는 그러하지 아니하다.<신설 1993.12.10>

허가"를 받도록 하고 있는 규정에서 근무처변경은 사업장 변경 사유에 해당한다는 고용지원센터의 확인이 있은 후, 이동할 업체를 선정하여 계약을 체결하기 이전 단계에서 법무부장관의 허가를 받아야 한다는 의미로 보임.

○ 그러나 출입국관리법 제21조는 외국인근로자의고용등에관한법률이 제정되기 이전부터 규정되어 있던 것임. 예를들어 회화지도 자격의 경우, 사업장 변경 절차가 따로 존재하지 않았기 때문에 존재 이유가 있는 것이었음. 따라서 사업장 변경을 금지하고 따로 허가하는 절차가 있는 이상 별도의 법무부장관의 허가 절차는 중복되는 것으로 불필요함. 고용지원센터의 사업장변경 승인만으로 절차를 간소화하고, 외국인은 법무부에 근무처변경신고를 하도록 개정할 필요.

○ 개정안 논의

정부개정안	인권단체 개정안
외국인 근로자가 귀책사유 없이 구직활동을 할 수 없는 경우(업무상 재해·질병·임신·출산 등) 출국유예기간을 설정하여 근로자의 권익을 보호하고자 함(안 제25조제3항).	취업가능확인서의 유효기간을 **6개월**로 하고, 업무상 재해, 질병, 임신, 출산 등의 사유가 있는 경우 유효기간 연장을 신청할 수 있으며, 직업안정기관의 장은 적절한 기간을 정하여 이를 연장할 수 있다.

○ 환경노동위원회 대안

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

7. 사업장 이동의 자유(또는 '보수활동 선택의 자유' Free choice of employment)

○ **사유제한+변경횟수제한 방식 - 최종변경된 사업장에서의 인권침해 문제**

법률 제25조제4항과 같이 사유 제한에 더하여 **최대 변경가능 횟수를 설정하고 이를 3회로 제한하는 규정**은 기본권 제한입법의 한계원리인 수단의 상당성, 피해의 최소성이라는 관점에서 **과잉금지원칙에 위배**되는 것임.

법률 제25조제4항에 의하면, 더 이상 사업장 변경이 허용되지 않는 3회째 변경된 사업장에서 사용자에 의한 인권 침해적, 차별적 행위가 발생하여 "정상적인 근로관계를 지속하기 곤란한 때"에도 외국인근로자는 이를 감수하고 계속 근무를 하거나, 또는 계약을 해지하고 출국할 수 밖에 없음. 예를 들어 법 제25조제1항제1호의 사유인 사용자가 계약 종료 후 갱신을 거절함으로써 1회의 사업장 변경이 있고, 같은 조 제2호 내지 4호의 사유인 사용자의 폭행 또는 고용허가의 취소와 같은 외국인근로자에게 귀책사유가 없는 사유로 2회의 사업장 변경이 이루어진 경우, 외국인근로자가 더 이상 사업장 변경을 신청할 수 없기 때문에 **3회째 변경(혹은 4회째 변경)이 이루어진 사업장에서의 인권침해, 차별행위에 대하여는 문제제기를 할 수 없는 상황에서 이를 감수할 수 밖에 없게 되는 문제 발생.**

최종적으로 변경된 사업장에서의 변경이 허용되지 않음으로써 외국인노동자가 고용관계를 유지한 채 인간으로의 존엄과 가치(헌법 제10조)를 실현할 수 있는 가능성이 근본적으로 차단됨. 이는 결국 인간의 존엄성을 존중하는 근로조건을 규정한 헌법 제32조제3항 **근로의 권리** 및 헌법 제10조의 가치를 본질적 내용으로 헌법 제15조 **직업의 자유**[19]의 **본질적 내용을 침해**하는 것.

○ 환경노동위원장의 대안[20]에 의할 경우에도 사업장 변경의 사유 전부가 외국인노동자

19) 헌법학자 허영은 직업의 자유의 본질적 내용으로서 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치를 들고 있음.

20) 환경노동위원장 대안
제25조(사업 또는 사업장 변경의 허용) ① 제8조제4항에 따라 고용허가를 받은 사용자에게 고용된 외국인근로자와 같은 조에 따라 고용허가를 받은 후 제18조의2에 따라 취업활동 기간을 연장받은 외국인근로자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우가 발생하여 그 사업 또는 사업장에서 정상적인 근로관계를 지속하기 곤란할 때에는 노동부령으로 정하는 바에 따라 직업안정기관의 장에게 다른 사

에게 귀책사유가 없는 경우라는 점에서, 환경노동위원회의 대안과 같이 “휴업, 폐업, 그 밖에 외국인근로자의 책임이 아닌 사유로 그 사업장에서 근로를 계속할 수 없게 되었다고 인정되는 경우”에만 사업장 변경 횟수에 포함시키지 않는 접근 방식은 합리적이라고 할 수 없음.

→ 외국인노동자에게 책임이 없는 사유로 인한 사업장 변경을 카운트하지 않겠다는 취지를 실질적으로 살린다면, 변경의 최대 가능 횟수를 설정하는 것 자체가 무의미하고, 불필요함.

○ 1개월 출국 후 재취업시 퇴직금 산정의 기초가 되는 근로기간의 계속으로 보지 않는 문제 - 고용관계의 단절이 있었는지 여부

○ **3년 후 재고용(제18조의2 개정) or 5년의 취업활동 기간(제18조 개정)**

취업기간을 5년 정도로 연장하는 방안[21]은 기업주들의 요구와 외국인근로자의 요구가 일치되는 부분임. 출국 후 재입국 조건으로 인한 근로공백 및 근로기회 단절의 문제를 합리적으로 해결하고, 상대적으로 숙련된 근로자를 고용하고자 하는 사업주의 요구를 충족시키기 위해서는 현행 제18조제1항의 취업활동기간을 5년으로 확대하는 것이 바람직함.

‘외국인근로자가 다른 사용자와 근로계약 체결이 이루어진 경우’를 재고용 요건으로 추가하는 방식도, 마지막 사업장에서 사업장 변경이 이루어져야 한다는 점에서, 사업주에게 부과된 재고용(사업장 변경 허가)의 독점적 지위로 인하여 지위의 비대칭성과 외국인근로자의 고용 종속 심화 문제가 발생할 수 있음.

업 또는 사업장으로의 변경을 신청할 수 있다.

1. 사용자가 정당한 사유로 근로계약기간 중 근로계약을 해지하려고 하거나 근로계약이 만료된 후 갱신을 거절하려는 경우
2. 휴업, 폐업, 그 밖에 외국인근로자의 책임이 아닌 사유로 그 사업장에서 근로를 계속할 수 없게 되었다고 인정되는 경우
3. 제19조제1항에 따라 고용허가가 취소되거나 제20조제1항에 따라 고용이 제한된 경우
4. 사업장의 근로조건이 근로계약조건과 상이한 경우, 근로조건 위반 등 사용자의 부당한 처우 등으로 인하여 사회통념상 근로계약을 유지하기 어려운 경우
5. 그 밖에 대통령령으로 정하는 사유가 발생한 경우

21) 김성희 의원 대표발의 개정안(의안번호 2287, 2008. 11. 27. 발의)

이주노동자권리협약의 사회권 쟁점 토론문

황 상 철 (보건복지가족부 공공의료과 주무관)

‘이주노동자와 그 가족의 교육권’에 대한 토론

이 혜 진 (교육과학기술부 교육복지정책과)

가. 국내 취학 외국인 아동 현황

'08년 기준으로, 초・중・고에 재학하고 있는 외국인 자녀는 1,402명으로, 전년 대비 15.9%가 증가하였다. 학교급별로는 초등학교의 비율이 높아 각각 초 70.0%, 중 22.4%, 고 7.6%이고, 지역별로는, 서울(38.2%), 경기(30.6%), 전북(8.0%), 경남(7.7%) 등으로, 부모 출신국적별로는 몽골(26.2%), 일본(22.0%), 중국(20.3%) 등의 순으로 나타났다.

구분	초		중		고		계	
	인원	증감(%)	인원	증감(%)	인원	증감(%)	인원	증감(%)
2005	995		352		227		1,574	
2006	1,115	12.0	215	△39.0	61	△73.1	1,391	△11.6
2007	755	△32.3	391	81.9	63	3.3	1,209	△13.0
2008	981	29.9	314	△19.7	107	69.8	1,402	15.9

나. 외국인 아동의 교육권 관련 규정

교육과학기술부는 UN 아동권리협약 등의 취지를 고려하여, 외국인 아동(미등록 포함)의 초등학교 입학, 전학 등을 보장하기 위해 '08년에 「초・중등교육법 시행령」 제19조 제1항을 개정하였다.

기존 규정에 따르면, 외국인 아동이 초등학교 등에 전·입학하는 경우, 출입국사실증명, 외국인등록사실증명 등을 제출하도록 되어 있어, 미등록 외국인 아동의 경우에는 동 서류를 갖추기 어려운 한계가 있었다. 이에 따라, 아동의 교육받을 권리가 침해받는다는 지적이 있어 이를 개선하기 위해 규정을 개정하였다. 현재는 미등록 외국인 아동의 경우에는 임대차계약서, 인우보증서 등 거주사실을 확인할 수 있는 서류를 제출함으로써 국내학교에 입학 또는 전학이 가능하다.

또한, 동 시행령 제75조, 제92조에 따라 중학교 및 고등학교의 입학은 학칙이 정하는 바에 따라 가능하다.

<초·중등교육법 시행령>

제19조 (재외국민 자녀의 입학절차 등) ①재외국민 또는 외국인이 보호하는 자녀 또는 아동이 국내의 초등학교에 입학하거나 최초로 전입학하는 경우에는 거주지를 관할하는 해당학교의 장은「전자정부법」제21조제1항에 따른 행정정보의 공동이용을 통하여「출입국관리법」제88조에 따른 출입국에 관한 사실증명 또는 외국인등록사실증명의 내용을 확인함으로써 제17조 및 제21조에 따른 입학 또는 전학절차에 갈음할 수 있다. 다만, 그 재외국민 또는 외국인이 확인에 동의하지 아니하는 경우에는 출입국에 관한 사실이나 외국인등록사실을 증명할 수 있는 서류 또는 **임대차계약서, 거주사실에 대한 인우보증서 등 거주사실을 확인할 수 있는 서류**를 제출하도록 하여야 한다.

다. 외국인 아동 관련 교육 지원

외국인 아동의 취학 증가로, 이들의 언어·문화적 배경을 고려한 교육 지원을 위해 교육청과 연계하여, 이주 학생 밀집학교 등에 '외국인근로자 자녀 특별학급'을 지정하여 학습 환경 구성 및 교사 등을 지원하고 있다.

특별학급에서는 개인차를 고려한 개별화 수업(국어, 사회 등 과목을 중심으로 운영)이 진행되며, 일반 학생과의 공동활동 등을 위해 예·체능 과목 등을 중심으로 일반학급과 통합교육과정을 병행하고 있다.

교육과학기술부에서는 외국인 학생을 포함한 다문화가정 학생의 교육 지원을 위해 방과후 한국어반, 기초학습 지도·특기 적성 교육 프로그램, 일반가정 및 교사와의 결연을 통한 멘토링, 캠프 등 상담을 지원하고 있다. 또한, 외국인 학생 지도교사의 역량 강화 및 인식 개선을 위해 관련 연수 기회를 제공하여, 외국인 학생의 특성을 고려한 교육이 이루어지도록 하고 있다.

이외에, 외국인 학생을 포함한 전체 학생의 다른 나라와 역사, 문화 등을 이해하고 다문화에 대한 감수성을 높일 수 있도록 하기 위해 학교에서 다문화 이해교육 등을 실시하고 있으며, 다문화가정 학부모 등이 강사로 참여할 수 있도록 지원하고 있다.

라. 검토 의견

외국인에 대한 권리의 측면에서 볼 때, 미등록 외국인 아동의 교육받을 권리를 인정하는 등 타 분야에 비해 교육 분야는 지원 대상을 다소 확대했다고 볼 수 있다. 미등록 외국인 아동의 경우에도 기본적인 초등 단계의 교육을 받을 수 있도록 취학 기회를 확대한 측면에서는 그러하다.

그러나, 법령을 통해 절차 등을 완화하였으나, 체류 신분 자체에 변동이 있는 것은 아니므로, 학령기 아동이 취학하고 교육을 받는 데는 한계가 있다. 또한, 의무교육 단계에 대한 접근은 허용하고 있으나, 학교에서 외국인 학생에게 실질적인 교육을 지원할 수 있도록 보다 많은 준비가 필요하다.

한편, 의무교육 이상 단계의 교육은 인도적인 차원에서만 접근할 수 있는 문제가 아니라, 종합적인 검토가 필요하며, 학생의 전 단계 교육 이수, 졸업 학력, 적응 수준 등이 고려되어야 한다. 외국인 학생의 특성에 맞는 교육을 위해 출신국의 학교 설립, 교육과정 및 교과서 제공 등 지원과 연계가 지속적으로 필요하다 할 것이다.

이주노동자권리협약의 사회권 쟁점과 관련하여…*

김 민 정 (이주민센터 아시아의창)

발제자는 이주노동자권리협약에 언급된 사회권과 관련된 조항과 , 현재 한국 내 관련법률에서 언급하고 있는 사회보장관련 법들의 비교를 통해 잘 설명해 주셨음.

발제자가 도입부에서 언급하신 것 처럼, 사회권과 관련하여서는 조약 제27조의 '양자 및 다자 조약에 규정된 요건에 충족하면' 취업국에서 국민과 동등한 대우를 받을 수 있게 하고 있어 미등록 이주노동자 뿐만 아니라 등록 이주노동자들 역시도 한정적인 사회권만을 누릴 수 밖에 없는 게 현실.

이미, 한국사회는 미등록 이주 노동자뿐만 아니라 다양한 형태[1]의 등록 이주노동자(이주자)가 한국사회에서 거주를 하며 노동을 하고 있을 뿐만 아니라, 가족을 구성하고 있는 현실임. 그러나 이러한 한국사회 내에서 이주자 사회구성원 형태가 변화하고 있음에도, 한국 관련법의 변화는 있어 보이지 않음.

이러한 사실을 발제자가 보여주신 국내법 사례들로 잘 보여 주고 있음.

---

* 본 토론문은 토로자의 경험에 기초한 것이며, 법 관련 전문가가 아님으로 관련법의 실현과정에서 사실과 다른 부분이 있더라도 이해해 주시기 바람.

1) 2008년 말 현재, 방문취업동포 301,630명(26%), 단순기능인력 18%, 국민의 배우자 122,552명(11%), 유학생(어학연수포함) 6%, 전문인력 32,473(3%), 영주자격자 19,276(2%), 투자자 8,356명(1%) **기타 387,973명(33%)**(2009년 외국인정책기본계획). 2008년 현재, 미등록체류자는 **200,489**명임(2008, 법무부 통계연보)

본 토론은 현재 한국사회에서 시행하고 있는 사회보장관련 법들이 현재의 이주노동자와 그 가족의 삶의 현실에서 보이는 '한계점'과 '사회 보장권 없음' 을 나열해 보도록 하겠음.

1. 국민건강보험

국민건강보험은 외국인 특례조항을 두어서 직장과 지역가입이 가능한 범위를 설정하고 있음. 그리고 시행령을 통해, '외국인 등록을 한자'로 규정하여 그 가입 범위를 한정하고 있음. 따라서 직장을 가지고 있는 등록 이주노동자는 국민건강보험이 가입이 가능한 것처럼 보임.

그리고, '장기체류 제외국민 및 외국인에 대한 건강보험 적용 기준'(보건복지부 고시)에서 구체적인 보험료 부과 기준 및 징수 방법을 제시하고 있음.

제5조(보험료의 부과기준 및 징수방법 등) ①직장가입자의 보험료 부과 · 징수에 관하여는 법 제62조 내지 제75조의 규정을 준용한다. <개정 2007.7.31.>
②**지역가입자의 보험료 부과기준은** 다음 각 호와 같다. <개정 2007.7.31.>

1. **소득(임금)파악이 가능한 외국인** [체류자격 : **D-3(산업연수)**, D-5(취재), D-6(종교), D-7(주재), D-8(기업투자), D-9(무역경영), E-1(교수), E-2(회화지도), E-3(연구), E-4(기술지도), E-5(전문직업), **E-6(예술흥행)**, E-7(특정활동), E-8(연수취업), **E-9(비전문취업)**, E-10(내항선원), **H-2(방문취업)**] 의 보험료는 보수월액에 부과당시의 직장가입자 보험료 율을 적용하여 산정하되, 소득(임금)이 파악되지 아니하거나 소득(임금)으로 산정된 보험료가 전년도말의 지역가입자 세대당 평균 보험료에 미치지 못할 경우에는 제2호의 기준에 의하여 보험료를 산정한다. 다만, 체류자격 D-6(종교)의 경우에는 산정된 보험료의 30%를 경감한다. <개정 2007.7.31., 2007.12.31.>
2. **소득(임금)이 없거나 파악이 어려운 외국인** [체류자격 : D-1(문화예술), D-2(유학), D-4(일반연수), F-3(동반), F-4(재외동포)] 의 보험료는 전년도 말의 지역가입자 세대당 평균보험료를 기준으로 산정한다. 다만, 체류자격 D-2(유학)의 경우에는 산정된 보험료의 50%를 경감한다. <개정 2007.12.31.>

4. 재외국민의 보험료는 내국인인 지역가입자와 동일한 기준으로 산정하되, **산정된 보험료가 전년도 말의 지역가입자 세대당 평균보험료에 미치지 못할 경우에는 제2호의 기준에 의하여 보험료를 산정한다. 다만, 유학의 경우에는 산정된 보험료의 50%를 경감한다.** <개정 2007.7.31., 개정 2007.12.31.>

1) 현실적으로 다음과 같은 경우는 어떻게 할 것인가?

○ 고용허가제로 노동을 하는 경우: 작업장 이동하는 동안은 형식적으로 지역가입자로 변동신고가 가능함. 그러나 이러한 경우는 소득이 파악이 어려운 외국인으로 분류되어, 납부보험료에 대폭 상향되고, 이 또한 고시 부칙 1조에 의하여 3개월분 보험료를 선납해야 하는 금전적인 부담감을 가지게 됨.[2] 현실적으로 방법을 모르는 경우도 많을 뿐더러, 소득이 없는 상황에서 고액의 보험료를, 이 또한 2개월 동안의 직장이동기간에 3개월분의 보험료를 선납하도록 하는 것은 현실적이지도, 합리적이도 못한 것으로 보임.

○ 방문취업으로 입국한 동포들의 경우: 많은 경우 소득이 파악이 되지 않는 가사 노동자, 건설노동자, 식당 등에서 종사하고 있음. 당연히 직장보험은 가입하지 못할 뿐 더러 지역보험에 가입 하고자 하여도 역시나 현실적이지 못한 높은 보험료로 인해 그 접근성이 떨어 질 수 밖에 없음. 또한 고시 제4조에서 밝히고 있는 '지역가입자의 자격취득. 상실의 시기 등'은 의 1항1호에 보면, 외국인은 외국인 등록을 한날에 자격취득을 하도록 하고 있어, 뒤늦게 지역보험에 가입을 하려는 경우도, 외국인 등록을 한날로부터 현재에 미납된 보험을 일시 납입을 해야 함. 이러한 이유로 인해, 보험가입을 하지 못하는 경우는 발생하고 있음.

○ 방문동거(F-1)의 경우 : 한국인의 배우자로 입국한 외국인 배우자의 경우는 본국에서 자녀들과 함께 생활하는 경우가 있음. 이들은 방문동거자격을 갖게 되는데, 생계부양자인 동거부모가 직장가입자라도, 피부양자로 자동으로 편입되는 것이 아니라, 지역보험으로 따로 가입해야 하는 불합리함이, 지역보험가입자라도 피부양자가 아니라, **아동이 가입자로 따로 가입을 해야 하는 것이 현실임**.

○ 등록노동자의 한국에서 출생한 자녀들의 경우, 고시 제4조 1항 호에는 신생아의 경우에는 출생한 날에 지역보험 피부양자 자격취득이 되는 것으로 되어 있음. 그러나 출입

2) 2006년도 현재, 공단이 밝히고 있는 '전년도말 지역가입자 세대당 평균 보험료'는 48,400원임

국관리법상이 이들 자녀는 F-1비자를 관련 출입국당국에서 요구하는 서류가 있으면 가능한 것으로 알려지고 있음. 그러나 역시 이들 **자녀들은 직장보험가입자인 부모의 피부양자가 아닌, 지역보험가입자로 가입해야 하는 부당함이 있음. 피부양자로 인정해야 함.**

○ 예술흥행비자 경우, 건강권 사각지대임.

○ 미등록 노동자와 그 가족 구성원 : ?

국가통계포털에 의하면, 07년도 직장보험가입자가 189,407명(피부양자43,324명), 그리고 지역가입자가 단 78,198명 밖에 되지 않는다 점, 그리고 전체 보험가입외국인인 326,085명이라는 점에서 등록외국인에 30%도 안되는 가입율을 보이고 있음. 이렇다면, 등록외국인조차도 건강보험가입하는 것에 있어, 가입을 하지 못하도록 하는 요인들이 다양하다는 것을 추측해 볼 수 있음. **이러한 요인들을 제거하는 작업이 시급히 선행 되어져야 함.**

2) 현실적으로 일상적인 건강권을 보호 받을 수 있는 조치는 정말 없는 것인가?

○ 등록노동자의 경우, 비싼 보험료의 감면을 추진해야 함. 노동자들의 수입이 뻔한 상황에서 수입이 파악되지 않았다는 이유로, 지역가입자 세대당 평균보험료를 부과 하도록 하는 것은 과도하다고 보여짐. 이미 유학생들의 경우는 2008년부터 50% 보험료 감면을 받고 있고, 종교 비자(D-6)를 가지고 있는 경우도 30%를 경감 받고 있음.

○ 또한 3개월 선납하는 현재의 관행도 재고해 봐야 함. 어차피 자동이체로 보험료가 징수되는데, 굳이 3개월 선납을 해야 하는 이유를 잘 모르겠음. 직장이동 중에 있는 고용허가제 상의 이주노동자의 경우는 보험료의 현실화를 바탕으로, 3개월 선납에서 제외하는 해야 하지 않을까함.

○ 또한 외국인 등록일로부터 보험료를 소급 적용하는 것에 대해서는, 적극적으로 홍보를 통해 원하는 사람들이 몰라서 가입을 못하는 경우가 없도록 하던가, 아님 현실적으로 경제적인 과도한 부담을 주지 않는 방법이 전혀 없는 것인지에 대해서도 적극적으로 검토를 해 보아야 함.

○ 직장보험에 가입한 노동자들의 자녀들은 피부양자로서 자격을 가져야 함.

○ 미등록 노동자의 경우, 외국인 특례조항에서 소득이 파악되지 않는 체류자로 분류하는 것은 전혀 불가능한 일인가? 전면적인 건강보험 가입을 통한 '기본적이고 일상적인 건강'을 지킬 권리를 갖기가 현재 법 상황에서 어렵다면, 미등록 이주노동자와 그 가족 구성원들 중에서 가장 취약한 아동, 청소년은 묻지도 따지지도 않고 건강보험 가입을 통한 건강권의 보호의 요구는 정말 무리 스러운 것인가?

2. 노인장기요양보험법

2009년 5월부터 노인장기요양보험법이 시행되고 있음.

그리고 한국은 영주자격을 통해 한국에 장기체류를 허가하고 있는 상황임. 따라서, 비록 본 보험법에 '외국인특례조항'은 없지만 목적조항에서 '국적'여부에 대한 언급이 없고, 직장, 지역보험 등에서 장기요양보험을 함께 징수 하고 있기에 형식적인 요건은 갖추고 있음.

> 제1조 (목적) 이 법은 고령이나 노인성 질병 등의 사유로 일상생활을 혼자서 수행하기 어려운 노인 등에게 제공하는 신체활동 또는 가사활동 지원 등의 장기요양급여에 관한 사항을 규정하여 노후의 건강증진 및 생활안정을 도모하고 그 가족의 부담을 덜어줌으로써 국민의 삶의 질을 향상하도록 함을 목적으로 한다

3. 국민기초생활보장법

발제자가 밝힌 바와 같이 법 조항에는 '생활이 어려운 자'로 되어 있지만, 외국인 특례조항을 따로 두어서 '권리자'를 좁은 영역으로 한정하고 있음.

외국인 특례조항에서 조차도, 혼인과 자녀 양육을 전제조건을 둠으로서 '개인으로서의 권리보장'이 아닌, 한국배우자의 가족 구성원으로서, 그것도 자녀를 두고 있는 한국민의 배우자로서 한정 함으로서 개인의 권리를 인정하는 제1조와는 상충되는 것으로 보임.

이미, 한국사회는 다양한 등록 외국인이 장기거주를 하고, 가족구성원내에서도 부부 중

한 명은 국적자, 배우자는 F5, 그 자녀는 F1인 경우와 같은 상황이 벌어 질 수도 있음. 따라서 현재의 상황에서 이들의 가구별 소득이 파악이 되는 경우는 수급권자로 당연히 인정되어야 함.

미등록이주노동자의 경우는 :

4. 의료급여법

의료급여는 '생활이 어려운 자'에게 준다 라고 목적 조항에 언급을 하고 있음.

제1조 (목적) 이 법은 생활이 어려운 자에게 의료급여를 실시함으로써 국민보건의 향상과 사회복지의 증진에 이바지함을 목적으로 한다.

그러나, 수급권자를 제한을 하고 있음으로 해서, '국민기초생활 보장법'의 수급권자들이 아닌 경우는 의료 급여를 받을 수 없음.

3조 (수급권자) ①이 법에 의한 수급권자는 다음 각호와 같다. <개정 2003.5.15, 2004.3.5, 2006.12.28, 2007.8.3, 2008.2.29>

난민의 경우는 본법에서 특례조항을 두고 있음.

제3조의2 (난민에 대한 특례)「출입국관리법」제76조의2의 규정에 따라 난민의 지위를 인정받은 자로서「국민기초생활 보장법」제5조의 수급권자의 범위에 해당하는 자는 수급권자로 본다.[본조신설 2006.10.4]

급여의 내용은 다음과 같음

제7조 (의료급여의 내용 등) ①이 법에 의한 수급권자의 질병·부상·출산 등에 대한 의료급여의 내용은 다음 각호와 같다.

1. 진찰·검사 2. 약제·치료재료의 지급 3. 처치·수술과 그 밖의 치료 4. 예방·재활 5. 입원 6. 간호

현실

급여 대상 중에서 외국인이 포함되는 경우가 '국민기초생활보장법'상의 수급권자인데, 이 역시도 앞에서 지적한 바와 같이 수급권자의 범위가 현실과 동떨어져, 다양한 형태의 장기거주외국인이나, 가족구성원들이 급여대상이 되는 것은 한계적임.

미등록노동자와 그 가족은 꿈도 꾸지 못하는 상황임.

의료급여는 가장 기본적인 '생명권'과 관계가 있음으로 급여대상자를 현실에 맞게 수정되어야 하며, 특히 국제아동인권협약에비준한 한국은 미등록 이주자의 자녀에 대한 의료급여는 당연히 되야 하지 않을까 싶음.

5. 긴급복지지원법

긴급복지지원법의 '1조 (목적) 이 법은 생계곤란 등의 위기상황에 처하여 도움이 필요한 사람을 신속하게 지원함으로써 이들이 위기상황에서 벗어나 건강하고 인간다운 생활을 하게 함을 목적으로 한다. [전문개정 2009.5.28]'라고 되어 있으며, 외국인 특례조항을 두고 있음.

체류자격에 대한 규정을 두지 않기에 미등록자라도 의료, 주거, 복지시설이용, 교육지원 등을 받을 수 있어야 함.

> 제5조의2 (외국인에 대한 특례) 국내에 체류하고 있는 외국인 중 대통령령으로 정하는 사람이 제5조에 해당하는 경우에는 긴급지원대상자가 된다.[본조신설 2009.5.28]

본법의 시행령에는 제1조의2항은 (긴급지원대상자에 해당하는 외국인의 범위)를 규정하고 있는데 다음과 같음. [본조신설 2009.5.28]

「긴급복지지원법」(이하 "법"이라 한다) 제5조의2에 따라 법 제5조에 따른 긴급지원대상

자(이하 “긴급지원대상자”라 한다)가 될 수 있는 외국인은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람으로 한다.

1. 대한민국 국민과 혼인 중인 사람
2. 대한민국 국민인 배우자와 이혼하거나 그 배우자가 사망한 사람으로서 대한민국 국적을 가진 직계존비속(直系尊卑屬)을 돌보고 있는 사람
3. 「출입국관리법」 제76조의2에 따라 난민(難民)의 인정을 받은 사람
4. 본인의 귀책사유 없이 화재, 범죄, 천재지변으로 피해를 입은 사람
5. 그 밖에 보건복지가족부장관이 긴급한 지원이 필요하다고 인정하는 사람

현실

한국민의 배우자인 이주자의 경우는 구체적으로 해당자로 인정이 되는 반면에, 등록이주노동자와 그 가족들 뿐만 아니라, 외국인 장기거주자들은 구체적으로 언급이 되어 있지 않고 있어, 현실적으로 대상자가 되기는 한계적임.

또한 미등록이주노동자들과 그 가족들이 소득이 파악되지 않는다는 점, 시행령상에 ‘보건복지가족부장관’지원이 필요하다고 인정하는 사람으로 두리 뭉실하게 표현됨으로서 미등록이주노동자들과 그 가족들이 자격을 갖기는 현실적으로 어려움.

5. 응급의료에 관헌 법률

본 법의 제 1조에 대상자를 ‘국민’으로 한정하고 있지 않음. 따라서 미등록이주노동자도 그 대상자가 될수 있다고 해석할 수 있음.

제1조 (목적) 이 법은 국민들이 응급상황에서 신속하고 적절한 응급의료를 받을 수 있도록 응급의료에 관한 국민의 권리와 의무, 국가·지방자치단체의 책임, 응급의료제공자의 책임과 권리를 정하고 응급의료자원의 효율적인 관리를 위하여 필요한 사항을 규정함으로써 응급환자의 생명과 건강을 보호하고 국민의료의 적정을 기함을 목적으로 한다

외국인 특례조항을 따로 두고 있지 않음. 미등록 노동자의 그 가족의 경우, 긴급한 상황에서 응급조치를 받을 권리와 더불어서, 특별한 상황에서는 본법, 제22조에 미수금 대불을 받을 수 있는 권리를 갖는 다고 볼 수 있음.[3)]

[이주노동자의 자녀 건강권과 교육권]

토론자의 토론내용에 전적으로 동의하는 바임. 특히 이주노동자의 자녀의 건강권과 교육권은 아동협약에 비준한 한국정부의 의무임.

교육권

1. 초중등교육법 시행령 제19조 1항과 관련하여 : 학교장에게 재량권을 주고 있어, 입학을 거부하더라도 어떻게 할 수 없는 상황임. 본 법으로 편입하여 특히 **미등록 이주아동**의 학습권을 보장해야 함.
2. 교육기본법 8조 2항에 : 의무교육의 대상을 **'모든 국민'** 으로 한정하고 있음. 이에 대한 제고가 필요함.

건강권

다양한 체류자격을 가지고 있는 이주노동자의 자녀는 우선적으로 보호 받야 함. 그리고 관련된 법 조항은 위에서 언급한 국민건강보험법, 의료급여법, 기급복지지원법, 영.유아보육법 등의 개정을 통해 이루어 져야 함.

특히 영유아 보육법은 제1조, 3조 목적과 보육이념에서 수급자격을 국적이나 체류자격으로 제한하지 않고 있음.

제1조 (목적) 이 법은 영유아(영유아)의 심신을 보호하고 건전하게 교육하여 건강한 사회 구성원으로 육성함과 아울러 보호자의 경제적 · 사회적 활동이 원활하게 이루어지도록 함으로써 가정복지 증진에 이바지함을 목적으로 한다.[전문개정

3) 참고: 복권 및 복권기금법 제23조 3항 3호에 의해, 미등록 이주노동자들은 무료진료사업의 대상자임. 그러나 권리는 아님.

2007.10.17]

제2조 (정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다. <개정 2008.12.19>

1. “영유아”란 6세 미만의 취학 전 아동을 말한다.

2. “보육”이란 영유아를 건강하고 안전하게 보호 · 양육하고 영유아의 발달 특성에 맞는 교육을 제공하는 보육시설 및 가정양육 지원에 관한 사회복지서비스를 말한다.
3. “보육시설”이란 보호자의 위탁을 받아 영유아를 보육하는 시설을 말한다.
4. “보호자”란 친권자 · 후견인, 그 밖의 자로서 영유아를 사실상 보호하고 있는 자를 말한다.
5. “보육시설종사자”란 보육시설에서 영유아의 보육, 건강관리 및 보호자와의 상담, 그 밖에 보육시설의 관리 · 운영 등의 업무를 담당하는 자로서 보육시설의 장 및 보육교사와 그 밖의 종사자를 말한다. [전문개정 2007.10.17]

제3조 (보육 이념) ① 보육은 영유아의 이익을 최우선적으로 고려하여 제공되어야 한다.

② 보육은 영유아가 안전하고 쾌적한 환경에서 건강하게 성장할 수 있도록 하여야 한다.

③ 영유아는 자신이나 보호자의 성, 연령, 종교, 사회적 신분, 재산, 장애 및 출생지역 등에 따른 어떠한 종류의 차별도 받지 아니하고 보육되어야 한다.

[전문개정 2007.10.17]

안전하게 보호 받을 권리

교육권과 건강권 뿐만 아니라, 이들 미등록 자녀를 포함한 이주자녀들은 그 가족구성원으로 부터도 안정하게 보호 받을 권리를 갖아야 함.

이과 관련된 ‘아동복지법’은 미등록 이주아동이라도 보호 받을 수 있는 권리를 가지고 있음.

특히, 본법 기본이념조항에서 밝히고 있는 아동의 권리가 이들의 건강권과 교육권을 규정하는 다른 법에도 무조건적으로 적용되어 져야 함.

제1조 (목적) 이 법은 아동이 건강하게 출생하여 행복하고 안전하게 자라나도록 그 복지를 보장함을 목적으로 한다.

제2조 (용어의 정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다. <개정

2005.7.13>

1. “아동”이라 함은 18세 미만의 자를 말한다.

2. “보호를 필요로 하는 아동”이라 함은 보호자가 없거나 보호자로부터 이탈된 아동, 또는 보호자가 아동을 학대하는 경우 등 그 보호자가 아동을 양육하기에 부적당하거나 양육할 능력이 없는 경우의 아동을 말한다.

3. “보호자”라 함은 친권자, 후견인, 아동을 보호·양육·교육하거나 그 의무가 있는 자 또는 업무·고용 등의 관계로 사실상 아동을 보호·감독하는 자를 말한다.

4. “아동학대”라 함은 보호자를 포함한 성인에 의하여 아동의 건강·복지를 해치거나 정상적 발달을 저해할 수 있는 신체적·정신적·성적 폭력 또는 가혹행위 및 아동의 보호자에 의하여 이루어지는 유기와 방임을 말한다.

5. “아동복지시설”이라 함은 제14조의 규정에 의하여 설치된 시설을 말한다.

6. “아동복지시설 종사자”라 함은 아동복지시설에서 아동의 상담·지도·치료·양육 기타 아동의 복지에 관한 업무를 담당하는 자를 말한다.

7. “가정위탁”이라 함은 보호를 필요로 하는 아동을 보호하기에 적합한 가정에 일정기간 위탁하는 것을 말한다.

제3조 (기본이념) ①아동은 자신 또는 부모의 성별, 연령, 종교, 사회적 신분, 재산, 장애유무, 출생지역, 인종 등에 따른 어떠한 종류의 차별도 받지 아니하고 자라나야 한다. <개정 2006.9.27>

②아동은 완전하고 조화로운 인격발달을 위하여 안정된 가정환경에서 행복하게 자라나야 한다.

③아동에 관한 모든 활동에 있어서 아동의 이익이 최우선적으로 고려되어야 한다

[가족 결합권]

등록체류자의 가족 결합권 : 다양한 체류자격을 가진 거주자들이 있음. 이들은 다양한 형태로 가족 결합권이 거부 당하고 있는 게 현실임.

E9, H2 소지자는 당연히 가족을 초청할 수 없음.

그러나 방문취업자의 경우는. 한정되게 , 단기적으로 자녀를 초청할 수 있게 되어 있음.

결혼이주자, 영주권자의 배우자, 사실혼관계에 있는 등록, 미등록 체류자의 장기 체류자격은 이들이 출입국관리법상 체류자격을 충족하는가 여부에 달려 있음.

특히 자녀가 한국에서 장기거주, 영주거주를 할 자격이 있는 경우, 그 부모는 어떠한 경우에도 장기 체류할 자격을 부여 함으로서, 가족 결합권을 보장해야 함.

특히, 이러한 가족 결합권은 유엔아동권리협약 내에서 언급하고 있는 아동이 부모에게서 양육되어야 할 권리로 보았을 때, 적극적으로 고려해 봐야 하는 상황임.

미등록체류자의 가족 결합권 : 한계적이지만, 유엔아동권리협약을 볼 때, 국내에 거주하는 미등록아동의 부모와 함께 할 권리는 인정 되야 한다고 봄.

[이주여성의 안전하게 보호 받을 권리]

고용허가제로 입국한 이주여성의 건강하게 임신과 출산을 할 권리 작업장이동의 자유
다양한 체류자격의 여성들이 폭력적인 상황에서 보호 받을 권리 E6 자격여성들의 체류자격을 변경할 권리, 쉼터등에서 실질적으로 보호 받을 권리,
성매매 특별조상의 외국인특례조항의 현실화를 위한 조치들….

나가며

이들이 '사람'이라고 인정을 한다면, 이들의 사회 보장권을 통해 사람으로서 기본적인 품위를 지킬 수 있도록 조치를 해야 함.

발제자가 언급하였듯이, ; 이주노동자권리협약의 사회보장권과 가족결합권은 유입국가 정부에 무한한 재량권을 주고 있음. 가입을 하더라도 정부가 의지를 보이지 않으면 요원할 수 있음.

한국정부는 전면적으로 이들의 사회 보장권을 인정할 수 없다면, 현재 이미 언급하고 있는 외국인 특례조항 등을 탄력적으로 운영하는 방식이라든가, 아님, 출입국관리법상에 여지를 둔다든가.. 수급내용을 차별 등의 순차적인 접근 등도 고려해 봐야 함.

이주노동자권리협약 쟁점 토론회

| 인 쇄 | 2009년 9월
| 발 행 | 2009년 9월

| 발행인 | **현 병 철**
| 발행처 | **국가인권위원회 인권정책과**
| 주 소 | (100-842) 서울특별시 중구 무교동길 41
금세기B/D (을지로1가 16번지)
| 전 화 | (02) 2125-9747 | F A X | (02) 2125-9733
| Homepage | www.humanrights.go.kr

| 인쇄처 | 도서출판 **한학문화**
| 전 화 | (02) 313-7593 | F A X | (02) 393-3016

발간등록번호 11-1620000-000175-01

사전승인 없이 본 내용의 무단복제를 금함