

외국인의 사회보장법상 지위*

김복기**

사회적 위험 내지 생활위험으로부터 벗어나 인간다운 생활을 향유하고자 하는 염원은 국적을 불문한다. 이 글은 사회보장에 관한 외국인의 헌법상 지위 및 사회보장의 기본이념을 바탕으로, 외국인의 사회보장수급권에 관한 우리 법의 태도와 사회보장법 개별 분야의 주요 내용을 개관한 후, 개괄적이거나 그와 관련된 문제를 살펴보고 개선방향을 모색한다.

우리 헌법과 사회보장의 기본이념에 비추어 볼 때, 근본적으로 국적제도나 주민등록제와 같은 제도를 폐지하지 않는 한 외국인의 출입국 내지 거주에 대한 행정적 통제는 어느 정도 불가피한 것이나, 기본적으로 외국인을 단순한 관리나 통제의 대상이 아니라 우리 사회 공동체의 구성원으로 바라보고 맞이하는 관점이 요청된다. 사회보장제도와 관련하여서는 외국인의 사회보장 문제가 외국인의 인권 보장뿐만 아니라 사회통합 측면에서도 중요한 과제임을 인식할 필요가 있다.

주제어: 외국인, 사회보장, 사회보장법, 인권, 사회통합

* 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2018년도 학술연구비 지원(공동연구)을 받은 것으로, 위 법학연구소가 2019. 1. 21. 주최한 학술대회(“외국인의 법적 지위 - 국가주권과 인권 사이에서 -”)에서 발표한 글을 수정·보완한 글이다.

** 서울대학교 법학전문대학원 부교수(kbgs7@snu.ac.kr)

목 차

- I. 머리말
- II. 논의의 기초
 - 1. 사회보장에 관한 외국인의 헌법상 지위
 - 2. 사회보장기본법상 상호주의
- III. 외국인의 사회보장수급권
 - 1. 공공부조
 - 2. 사회보험
 - 3. 사회서비스(사회복지서비스)
- IV. 난민에 대한 사회보장
- V. 맺음말

I. 머리말

사회적 위험 내지 생활위험으로부터 벗어나 인간다운 생활을 향유하고자 하는 염원은 국적을 불문하는데, 이러한 인간다운 생활의 기반이 되는 사회보장에 관하여 외국인¹⁾은 우리나라에서 어떠한 법적 지위를 갖고 어떠한 권리를 보장받고 있는가.

우리나라 체류 외국인의 수는 2007년 1,066,273명에서 2018년 11월 2,336,689명으로 증가하였고,²⁾ 전체 국민 인구 대비 체류외국인 비율도 2013년 3.08%에서 2017년 4.21%로 매년 증가하였다.³⁾ 오늘날 사회보장의 주요 이념 중 하나는 ‘사회

1) 외국인이란 자신이 체류하고 있는 국가의 국민이 아닌 자이다[외국인의 인권에 관한 선언(UN 총회 결의 제40/144호(1985)) 제1조]. 우리나라의 경우 국민의 요건은 국적법이 정하고 있다. 한편, 법률상 규정은 없으나, 우리 사회에 체류하고 있는 외국인을 외국에 거주하고 있는 외국인과 구분하여 ‘이주민’이라고 칭하기도 한다(노호창, “이주민의 사회보장권 기타 사회권에 관한 연구”, 『이주민법연구』, 경인문화사, 2017, 272-273쪽). 형식적 국적국 이외의 국가를 생활의 근거로 삼고 평생을 거주하면서 모든 면에서 현지 국민에 준하는 유대를 형성하고 있는 외국인은 흔히 정주(定住) 외국인이라고 부른다(정인섭, 신국제법 강의, 박영사, 2019, 880쪽).

2) 이 중 157,427명(7%)이 19세 이하이다. 이상, 법무부 홈페이지 제공 통계자료, "출입국외국인정책 통계 월보 2018년 11월호", 2019.1.15. 검색, 13-14쪽. (<http://www.moj.go.kr/moj/213/subview.do>). 한편, 불법체류 외국인의 수는 2018년 11월 현재 354,431명이다(앞의 자료 14쪽).

3) e-나라지표 제공 ‘체류 외국인 현황’ (http://www.index.go.kr/potal/main/EachDtlPageDetail.do?idx_cd=2756, 2019. 1. 15. 검색)

통합'인바,⁴⁾ 외국인근로자,⁵⁾ 결혼이민자 및 유학생 증가, 그리고 외국국적동포 유입 등으로 앞으로도 국내체류 외국인의 지속적 증가가 예상되는 오늘날 우리의 현실에서,⁶⁾ 우리의 사회보장법제가 외국인을 아우르는 사회통합을 위해 어떠한 노력을 기울이고 있는지 살펴볼 필요가 있다.

이 글에서는 사회보장에 관한 외국인의 헌법상 지위 및 사회보장의 기본이념을 바탕으로, 외국인의 사회보장수급권에 관한 우리 법의 태도와 사회보장법 개별 분야의 주요 내용을 개관한 후, 개괄적인 차원이나 그와 관련된 문제를 살펴보고 개선방향을 모색해 보고자 한다.⁷⁾

II. 논의의 기초

1. 사회보장에 관한 외국인의 헌법상 지위

헌법 제6조 제1항은 “헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다.”라고 규정하여 국제법 존중주의를 천명하고 있고, 같은 조 제2항은 “외국인은 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 그 지위가 보장된다.”라고 규정하여 외국인의 법적 지위에 관한 기본 입장을 밝히고 있다. 즉, 외국인의 사회보장법상 지위는, 국내 법령 이외에, 사회보장에 관한 국제법과 조약(협약)에 의하여 영향을 받게 된다.

외국인의 법적 지위에 관한 이러한 헌법상 기본원칙 외에 사회보장에 관한 외국인의 헌법상 지위와 관련하여 중요한 사항은 바로 사회보장에 관한 외국인의 기본권 주체성 문제, 즉 헌법상 외국인의 사회보장권⁸⁾에 관한 논의이다. 헌법 제34조의 ‘인

4) 우리나라 사회보장 관련 제도에 관한 기본적인 사항을 규정한 ‘사회보장기본법’ 역시 사회보장의 기본이념을 “다양한 사회적 위험으로부터 벗어나 행복하고 인간다운 생활을 향유할 수 있도록 자립을 지원하며, 사회참여·자아실현에 필요한 제도와 여건을 조성하여 사회통합과 행복한 복지사회를 실현하는 것”으로 밝히고 있다(제2조).

5) ‘외국인근로자’는 국적에 의한 구별에 입각한 용어이며, 국적에 의한 차별적 요소를 극복하기 위한 취지에서 ‘이주노동자’라는 표현도 사용되고 있다(김홍영, “외국인근로자의 노동권과 사회보장권”, 『법학연구』 제14권제1호, 충남대학교 법학연구소, 2003, 247쪽 참조). 이 글에서는 관련 현행법(외국인근로자의 고용 등에 관한 법률)의 용례를 따라 기본적으로는 ‘외국인근로자’라는 용어를 사용한다.

6) e-나라지표 제공 위 자료 참조.

7) 난민의 경우에는 뒤에 따로 언급한 바와 같이, 영역별 내지 대상별 쟁점에 대한 구체적인 논의는 기본적으로 추후의 과제로 남겨둔다.

8) 사회보장 관련 개별 법령에 근거한 권리를 강학상 ‘사회보장수급권’이라 부르는 점을 감안하여(사회보장

간다운 생활을 할 권리'를 비롯한 사회적 기본권은 사회보장수급권 보장의 근거가 되는데, 외국인의 사회보장법상 지위는 외국인이 이러한 기본권의 주체가 되는지 여부에 따라 영향을 받게 된다.⁹⁾

종래 헌법재판소는 국민과 유사한 지위에 있는 외국인은 기본권의 주체가 될 수 있다고 보면서,¹⁰⁾ 단순히 '국민의 권리'가 아니라 '인간의 권리'로 볼 수 있는 기본권은 외국인도 그 기본권의 주체가 될 수 있다고 판시하였다.¹¹⁾ 구체적으로, 헌법재판소는 인간의 존엄과 가치, 행복추구권, 평등권은 인간의 권리로서 외국인도 주체가 될 수 있다고 보고 있지만,¹²⁾ 사회적 기본권에 대하여는 부정적인 입장을 취하고 있는 것으로 보인다.¹³⁾ 한편, 절차적 권리와 관련하여, 헌법재판소는 변호인의 조력을 받을 권리, 재판청구권 등도 성질상 인간의 권리에 해당한다고 보아, 불법체류 중인 외국인의 이에 대한 기본권 주체성을 인정한 바 있다.¹⁴⁾

살피건대, 외국인의 기본권주체성을 전면적으로 인정하지 않더라도, 사회보장에 관한 기본권 주체성 내지 헌법상 기본권에 근거한 사회보장에 관한 권리 보호와 관

기본법 역시 “사회보장 관계 법령에서 정하는 바에 따라 사회보장급여를 받을 권리”를 약칭하여 ‘사회보장수급권’이라 칭하고 있음(제9조 참조), 법률상 권리와외의 구별을 위해 헌법상 사회보장에 관한 권리를 ‘사회보장권’이라 칭한다(김복기, “헌법상 사회보장권 보장에 관한 소고”, 「사회보장법학」 제7권제1호, 한국사회보장법학회, 2018, 57쪽 참조).

9) 예컨대, 사회보장 영역에서 외국인이 차별받거나 불이익한 처우를 받았을 경우 그에 대한 구제수단으로서 헌법소원을 제기할 수 있는가의 문제가 있다.

10) 현재 1994. 12. 29. 93헌마120, 판례집 6-2, 480쪽; 현재 2001. 11. 29. 99헌마494, 판례집 13-2, 723쪽; 현재 2011. 9. 29. 2009헌마351, 판례집 23-2상, 667쪽 등 참조.

11) 현재 2001. 11. 29. 99헌마494, 판례집 13-2, 724쪽; 현재 2011. 9. 29. 2009헌마351, 판례집 23-2상, 667쪽 등 참조. 이러한 헌법재판소 판례에 대한 비판으로는, 이주영, “외국인의 사회권과 헌법재판소 판례 비판”, 「인권의 창, 헌법의 길 - 인권으로 본 헌법재판 30년」, 경인문화사, 2018, 394-404쪽 참조.

12) 현재 2001. 11. 29. 99헌마494, 판례집 13-2, 724쪽; 현재 2016. 3. 31. 2014헌마367, 판례집 28-1상, 479쪽 참조. 평등권과 관련하여 99헌마494 사건은 “평등권도 인간의 권리로서 참정권 등에 대한 성질상의 제한 및 상호주의에 따른 제한이 있을 수 있을 뿐”이라고 판시하고 있다(판례집 13-2, 724쪽).

13) 산업기술연수생제도에 관한 현재 2007. 8. 30. 2004헌마670 결정의 다음 판시 참조. “근로의 권리의 구체적인 내용에 따라, 국가에 대하여 고용증진을 위한 사회적·경제적 정책을 요구할 수 있는 권리는 사회적 기본권으로서 국민에 대하여만 인정해야 하지만, 자본주의 경제질서하에서 근로자가 기본적 생활수단을 확보하고 인간의 존엄성을 보장받기 위하여 최소한의 근로조건을 요구할 수 있는 권리는 자유권적 기본권의 성격도 아울러 가지므로 이러한 경우 외국인근로자에게도 그 기본권 주체성을 인정함이 타당하다.”(판례집 19-2, 297쪽)

14) 현재 2012. 8. 23. 2008헌마430, 판례집 24-2상, 574쪽; 현재 2018. 5. 31. 2014헌마346, 판례집 30-1하, 172쪽 등 참조. 특히, 2008헌마430 사건의 청구인은 불법체류 외국인인데, 헌법재판소는 “불법체류 중인 외국인들이라 하더라도, 불법체류라는 것은 관련 법령에 의하여 체류자격이 인정되지 않는다는 것일 뿐이므로, ‘인간의 권리’로서 외국인에게도 주체성이 인정되는 일정한 기본권에 관하여 불법체류 여부에 따라 그 인정 여부가 달라지는 것은 아니”라고 전제하면서, “신체의 자유, 주거의 자유, 변호인의 조력을 받을 권리, 재판청구권 등은 성질상 인간의 권리에 해당한다고 볼 수 있”다고 판시하였다(판례집 24-2상, 304쪽).

련하여서는 다음과 같은 입론이 가능할 것으로 본다.

먼저, 공공부조수급권을 비롯하여 사회보장수급권 중에는 생존권 보장 차원에서 이루어지는 급여가 상당수 있는데, 이러한 급여는 우리 헌법상 인간으로서 존엄할 권리(제10조)의 보장 차원에서 지급되는 것으로 볼 수 있다. 헌법재판소의 입장을 따르더라도 인간으로서 존엄할 권리는 인간의 권리로서 외국인도 주체가 될 수 있으므로 생존권적 성격을 띠는 사회보장급여와 관련하여서는 일단 이러한 인간의 존엄을 바탕으로 헌법적 권리를 주장할 수 있을 것이다.

한편, 사회보장 영역에서 외국인에 대한 불이익 처우는 대부분 국적을 이유로 한 차별 문제로 볼 수 있다. 앞에서 언급한 바와 같이 헌법재판소는 외국인도 평등권의 주체가 된다고 보고 있으므로, 사회보장 영역에서 외국인의 권리 제한 문제를 헌법상 평등권(제11조)에 기반하여 국적을 이유로 한 차별 문제로 다루는 것도 가능할 것이다. 이 경우 당해 사안은 결국 문제된 사회보장 영역에서 국적을 이유로 한 차별에 합리적 이유가 있는지 여부에 따라 해결될 것이다. 참고로, 1948년 헌법 제정 논의 때(헌법안 제3독회) 당시 전문위원 유진오는 현행 헌법 제6조 제2항의 연원이 된 “외국인의 법적 지위는 국제법 국제관습의 범위 내에서 보장된다.”라는 규정과 관련하여, 이는 “외국인에 대해서 우리나라는 차별대우하지 않는다.”는 것을 강조한 것이라고 언급한 바 있는데,¹⁵⁾ 이는 외국인에 대한 헌법상 평등권 인정과 관련하여 시사하는 바가 크다.

나아가, 헌법 제6조 제2항을 근거로 우리나라에 발효 중인 국제인권조약상 외국인에게 인정되는 인권을 헌법상 ‘기본권’으로 보장하는 입론¹⁶⁾에 입각한 외국인의 사회보장권 보장도 가능하다. 이에 따르면, 비록 우리 헌법이 사회보장의 헌법적 연원이 되는 인간다운 생활을 할 권리의 주체를 ‘국민’이라고 명시하고 있더라도, 사회보장에 대한 권리를 규정하고 있는 ‘경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약

15) 국회도서관, 헌법제정회의록(제헌의회), 헌정사자료 제1집, 1967, 684쪽.

16) 정광현, 외국인의 기본권주체성, 심인, 2017 참조. 정광현 교수는 외국인의 기본권주체성과 관련하여 실정헌법조항에 천착한 두 가지 기준을 제시함으로써 외국인의 기본권주체성에 관한 판단의 명료성과 시대적 변화에 대한 적응성을 제고하는 견해를 제안하고 있다. 제1기준은 헌법상 기본권조항들 중 기본권 주체를 ‘국민’이라고 명시하지 않고 예컨대 ‘누구든지’와 같이 국적 중립적 개념으로 표현하여 외국인의 포섭가능성을 열어 놓은 것은 외국인의 기본권주체성을 직접 뒷받침하는 실정헌법 근거로 보자는 것이고, 제2기준은 본문에서 설명한 바와 같이 헌법 제6조 제2항을 우리나라에 발효 중인 국제인권조약상 외국인에게 인정되는 인권을 헌법상 ‘기본권’으로서 보장토록 함으로써 외국인의 기본권주체성을 포괄적으로 뒷받침하는 조항으로 파악하자는 것이다(이상, 앞의 책, 75쪽). 요컨대, 우리 헌법상 기본권조항에서 따로 ‘국적 중립적 개념’ 사용을 통해 외국인의 기본권주체성을 예정하고 있지 않은 경우에는, 헌법 제6조 제2항은 국제인권조약상 외국인에게 인정되는 각종 ‘인권’을 헌법재판소법 제68조 제1항에서 말하는 기본권으로 전환시키는 기능을 하는 것으로 보자는 것이다(앞의 책, 76쪽).

(International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)'(우리나라 1990년 발효)¹⁷⁾을 매개로 외국인의 사회보장에 관한 기본권이 실질적으로 인정될 수 있을 것이다.

2. 사회보장기본법상 상호주의

우리나라 사회보장제도의 기본이념과 기본원칙을 제시하는 사회보장기본법(제8조)은 “국내에 거주하는 외국인에게 사회보장제도를 적용할 때에는 상호주의의 원칙에 따르되, 관계 법령에서 정하는 바에 따른다.”라고 규정하여, 사회보장 영역에서 상호주의 원칙을 취하면서 구체적인 규율은 관계 법령에 맡기고 있다.¹⁸⁾

사회보장에서 상호주의 원칙은 오랫동안 채택된 원칙인데,¹⁹⁾ 각국이 상호주의를 채택하여 온 이유로 전광석 교수는 다음의 세 가지 사항을 들고 있다.²⁰⁾ 첫째, 외국인근로자는 고용지의 경제질서에 부분적으로 편입되어 있을 뿐이므로 고용지의 법이 외국인근로자에게 적용될 수 없고, 둘째, 외국인은 국가재정에 자국민과 동등한 기여를 하는 것이 아니므로 외국인을 사회보장의 보호대상에서 제외함으로써 재정 손실을 방지하여야 하며, 셋째, 다른 외국으로 하여금 자국민의 보호를 위한 조치를

17) 이 규약은 1966년 12월 16일 국제연합 제21회 총회에서 채택되어, 1976년 1월 3일 발효되었고, 우리나라에서는 1990년 7월 10일 발효되었다. 이 규약 제9조는 모든 사람이 사회보험을 포함한 사회보장에 대한 권리를 갖는다고 규정하고 있고, 제2조 제2항은 이 규약상 권리의 보장과 관련하여 어떠한 종류의 차별도 금지하고 있다(정인섭 편역, 국제인권조약집, 경인문화사, 2008, 23쪽 참조). 한편, 경제적·사회적 권리에 대하여 점진적 실천의무(제2조 제1항)가 규정되어 있다고 하여 규약의 당사국에게 당장 아무런 의무도 부과되지 않는 것은 아니다. 필요한 최소한의 수준에서는 경제적·사회적 권리를 보장해야 할 의무가 모든 당사국에게 부과되며, 당사국이 바로 실천할 능력이 있는 분야에 있어서는 즉각적인 실천의무가 부과된다(정인섭, 신국제법강의, 박영사, 2019, 893쪽). 개발도상국의 경우 인권과 국가경제를 고려하여 이 규약에서 인정된 경제적 권리를 어느 정도까지 외국인에게 보장할 것인가를 결정할 수 있다고 한 예외조항(제2조 제3항) 역시 엄격하게 해석되어야 한다(Vincent Chetail, *The Human Rights of Migrants in General International Law: From Minimum Standards to Fundamental Rights*, *Georgetown Immigration Law Journal*, vol. 28, 2014, p.248).

18) 예컨대, 뒤에서 보는 바와 같이, 난민법은 난민으로 인정된 외국인은 대한민국 국민과 같은 수준의 사회보장을 받으며(제31조), 난민인정자에 대하여는 다른 법률에도 불구하고 상호주의를 적용하지 아니한다(제38조)라고 규정하고 있다.

19) 전광석, 국제사회보장법론, 법문사, 2002, 279쪽.

20) 전광석, 앞의 책, 280쪽. 전광석 교수는 사회보장 영역에서 상호주의가 과연 준거법의 원칙으로 타당성을 갖는지에 대해서는 전반적인 검토가 필요하다고 보고 있다. 특히 세 번째 이유와 관련하여 전광석 교수는 이러한 정책적인 고려를 통해서 압박을 받아야 하는 객체는 국가인데, 이러한 압박으로 인해 실제로는 개인의 사회보장법적 지위가 희생될 수 있으며, 그 결과 개인이 다른 목적을 달성하기 위한 수단으로 전락하게 되기 때문에 사회보장에서 상호주의는 헌법상 인간의 존엄과 조화될 수 없다고 지적하고 있다(같은 쪽 참조).

취하도록 외교적 압력을 가함으로써 궁극적으로는 사회보장청구권을 보호하기 위한 국제협약의 체결을 유도할 필요가 있다는 것이다.

그러나 사회보장 영역에서 상호주의 원칙 적용에 대하여는 다음과 같은 측면에서 문제가 제기된다. 무엇보다, 보편적 인권으로서 생존권의 성격이 강한 분야에 상호주의를 적용하는 것이 사회보장법 이념에 부합하지 않다는 점을 지적할 수 있다. 또한 사회보험료 납부를 전제로 형성되는 사회보험의 경우에도 상호주의를 적용할 실익이 있는지 의문이다. 사회보장의 이념상 사회보장제도의 관심대상에서 제외할 수 없는 무국적자를 보호할 수 없다는, 상호주의의 구조적 한계도 문제이다.²¹⁾

각종 국제조약들이 체결되기 시작한 초기에 상호주의가 각국의 협약 가입을 유도하기 위하여 비롯되었고, 외국인에 대한 아무런 보호가 없는 상태에서 상호주의는 외국인의 법적 지위를 향상시키는 역할을 하였다.²²⁾ 그러나 오늘날 이주의 모습들을 보면 대부분의 이주는 개발도상국으로부터 선진국으로의 이동이며, 우리나라에 들어오는 이주민들의 대다수 역시 사회보장제도가 잘 갖춰지지 않은 국가들로부터 들어온다는 사실을 고려할 때, 상호주의는 결과적으로는 우리나라에 들어온 경제적 약자들에 대한 차별대우로 이어진다.²³⁾ 사회보장 영역에서 상호주의로부터 내외국인 평등의 원칙으로의 전환을 근본적으로 고민할 필요가 있다.

III. 외국인의 사회보장수급권

외국인의 사회보장수급권에 관한 분야별 검토는 사회보장기본법의 분류례(제3조 참조)에 따라 공공부조, 사회보험, 사회서비스(사회복지서비스) 순으로 살펴본다. 다만, 난민에 대하여는 지위의 특수성을 감안하여 별도의 장으로 고찰한다.

1. 공공부조

우리나라 공공부조법제의 근간이 되는 국민기초생활보장법은 외국인에 관한 수급권자 특례규정을 두고 있다. 즉, 이 법은 국내에 체류하고 있는 외국인 중 ① 대한민

21) 같은 취지, 전광석, 앞의 책, 281쪽.

22) 최홍엽, “외국인근로자의 사회보장”, 『민주법학』 제22권, 민주주의법학연구회, 2002, 156쪽; 노호창, 앞의 글, 319쪽 참조.

23) 노호창, 앞의 글, 319쪽 참조.

국 국민과 혼인 중인 사람으로서, 본인 또는 대한민국 국적의 배우자가 임신 중이거나, 대한민국 국적의 미성년 자녀를 양육하고 있거나, 또는 배우자의 대한민국 국적인 직계존속과 생계나 주거를 같이 하는 사람, 그리고 ② 대한민국 국민인 배우자와 이혼하거나 그 배우자가 사망한 사람으로서 대한민국 국적의 미성년 자녀를 양육하고 있는 사람 또는 사망한 배우자의 태아를 임신하고 있는 사람을 이 법의 수급권자로 인정하고 있다(법 제5조의2, 같은 법 시행령 제4조).²⁴⁾ 국민기초생활보장법상 급여의 종류로는 생계급여, 주거급여, 의료급여, 교육급여, 해산급여, 장제급여, 자활급여 등이 있으며(제7조), 주거급여와 의료급여와 관련하여서는 별도의 법률(주거급여법, 의료급여법)이 마련되어 있다.

위에서 본 바와 같이, 국민기초생활보장법은 외국인이 수급요건으로 우리나라 국민과의 혼인관계 이외에 미성년 자녀를 양육하거나 직계존속과 생계나 주거를 같이 할 것을 요구하는데, 이러한 국민기초생활보장법의 태도는 생존권으로서의 공공부조의 성격에 비추어 볼 때 그 정당성에 의문이 간다. 최저생활보장은 문명국가의 영토에 거주하는 모든 자에게 보장되어야 할 기본적인 인권으로서의 가치이며, 설사 편입 여부를 보호의 기준으로 하더라도 우리나라 국민과 혼인하여 가족을 구성하였다는 사실만으로도 국민에 유사한 지위를 인정할 근거가 된다고 보아야 할 것이다.²⁵⁾

긴급복지지원법은 “생계곤란 등의 위기상황에 처하여 도움이 필요한 사람을 신속하게 지원함으로써 이들이 위기상황에서 벗어나 건강하고 인간다운 생활을 하게”하기 위하여 마련된 공공부조의 성격을 띤 법이다(제1조 참조). 이 법은 ‘위기상황’에 처한 사람으로서 이 법에 따른 지원이 긴급하게 필요한 사람을 긴급지원대상자로 규정하고 있는데(제5조), 국내에 체류하고 있는 외국인 중 대통령령으로 정하는 일정한 경우에는 긴급지원의 대상으로 하고 있는 특례규정(제5조의2)을 두고 있다. 구체적으로 같은 법 시행령 제1조의2는 긴급지원대상자에 해당하는 외국인의 범위를 ① 대한민국 국민과 혼인 중인 사람, ② 대한민국 국민인 배우자와 이혼하거나 그 배우자가 사망한 사람으로서 대한민국 국적을 가진 직계존비속을 돌보고 있는 사람, ③ 난민으로 인정된 사람, ④ 본인의 귀책사유 없이 화재, 범죄, 천재지변으로 피해를 입은 사람, 그리고 ⑤ 그 밖에 보건복지부장관이 긴급한 지원이 필요하다고 인정하

24) 법률에서는 체류자격에 관하여 명시하고 있지 않으나, 시행령에서 출입국관리법(제31조)에 따른 외국인 등록을 수급자격의 전제조건으로 규정하고 있다.

25) 같은 취지로, 전광석, “다문화사회와 사회적 기본권 - 헌법적 접근을 위한 시론 -”, 「헌법학연구」 제16권 제2호, 한국헌법학회, 2010, 140쪽.

는 사람으로 규정하고 있다. 긴급지원대상자로 선정되면 생계지원(식료품비·의복비 등), 의료지원, 주거지원, 사회복지시설 이용 지원, 교육지원, 연료비나 그 밖에 위기상황의 극복에 필요한 비용 또는 현물 지원을 받을 수 있다(제9조 제1항 제1호 참조).

2. 사회보험

(1) 의료보험

우리나라 의료보험을 관장하는 법인 국민건강보험법은 외국인의 건강보험 가입에 대한 특례규정을 두고 있다.

먼저, 국내에 체류하는 외국인이 국민건강보험 적용대상사업장의 근로자, 공무원 또는 교직원이고 주민등록법상 등록, ‘재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률’상 국내거소신고, 또는 출입국관리법상 외국인등록을 하면 ‘직장가입자’가 된다(국민건강보험법 제109조 제2항).²⁶⁾ 이에 해당하지 않더라도 주민등록법상 등록 또는 ‘재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률’상 국내거소를 한 사람, 또는 출입국관리법상 외국인등록을 하고 보건복지부령으로 정하는 일정한 체류자격²⁷⁾이 있는 사람이 6개월 이상 국내에 거주하였거나 국내에 지속적으로 거주할 것으로 예상할 수 있는 사유(결혼이민 및 유학의 경우)가 있는 경우에는 공단에 신청하여 ‘지역가입자’가 될 수 있다(같은 조 제3항, 국민건강보험법 시행규칙 제61조의2). 외국인 직장가입자의 배우자, 직계존속(배우자의 직계존속 포함), 직계비속(배우자의 직계비속 포함)과 그 배우자, 또는 형제·자매가 보건복지부령상 소정의 자격 인정 기준을 충족

26) 다만, ① 고용 기간이 1개월 미만인 일용근로자, ② 병역법에 따른 현역병(지원에 의하지 아니하고 임용된 하사를 포함), 전환복무된 사람 및 군간부후보생, ③ 선거에 당선되어 취임하는 공무원으로서 매월 보수 또는 보수에 준하는 급료를 받지 아니하는 사람, ④ 그 밖에 사업장의 특성, 고용 형태 및 사업의 종류 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 사업장의 근로자 및 사용자와 공무원 및 교직원(비상근 근로자 또는 1개월 동안의 소정근로시간이 60시간 미만인 단시간근로자, 비상근 교직원 또는 1개월 동안의 소정근로시간이 60시간 미만인 시간제공무원 및 교직원, 소재지가 일정하지 아니한 사업장의 근로자 및 사용자, 근로자가 없거나 제1호에 해당하는 근로자만을 고용하고 있는 사업장의 사업주) 등은 제외된다(국민건강보험법 제109조 제2항, 제6조 제2항, 같은 법 시행령 제9조).

27) 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), 구직(D-10), ② 교수(E-1), 회화지도(E-2), 연구(E-3), 기술지도(E-4), 전문직업(E-5), 예술홍행(E-6), 특정활동(E-7), 비전문취업(E-9), 선원취업(E-10), ③ 방문동거(F-1), 거주(F-2), 동반(F-3), 재외동포(F-4), 영주(F-5), 결혼이민(F-6), ④ 기탁(G-1)(난민법에 따라 인도적 체류 허가를 받은 사람과 공단이 정하는 사람으로 한정함), ⑤ 관광취업(H-1), 방문취업(H-2)의 경우가 이에 해당한다(국민건강보험법 시행규칙 제61조의2 제2항, 별표 9 참조).

할 경우 공단에 피부양자 신청을 할 수 있다(같은 조 제4항).

노인장기요양보험의 경우, 국민건강보험에 가입한 외국인은 노인장기요양보험의 가입자가 되는데(노인장기요양보험법 제7조 제3항), ‘외국인근로자의 고용 등에 관한 법률’에 따른 외국인근로자로서 국민건강보험법에 따라 직장가입자가 된 외국인, 그리고 출입국관리법 제10조에 따라 산업연수활동을 할 수 있는 체류자격을 가지고 지정된 산업체에서 연수하고 있는 외국인으로서 국민건강보험법에 따라 직장가입자가 된 외국인이 신청하면 장기요양보험가입자에서 제외될 수 있다(같은 조 제4항, 같은 법 시행령 제3조의2). 이와 같은 외국인근로자는 기본적으로 일정기간 후 귀국이 예정되어 있으므로 노인 등을 위한 제도인 노인장기요양보험에 대한 부담까지 지우는 것은 적절치 않기 때문이다.²⁸⁾

외국인의 건강보험 가입과 관련하여서는 종래 이른바 건강보험 ‘떡튀’ 내지 ‘무임승차자’ 문제²⁹⁾가 제기되어 왔다. 이러한 문제와 관련하여, 최근 관계 법령이 개정되어 외국인이 지역가입자 자격을 취득하기 위하여 국내에 거주해야 하는 기간이 3개월에서 6개월로 늘었다(2018. 12. 18. 보건복지부령 제603호로 개정·시행된 국민건강보험법 시행규칙 제61조의2).

외국인근로자 및 그 자녀(18세 미만), 국적 취득 전 결혼이민자 및 그 자녀, 난민 및 그 자녀 등으로서 건강보험, 의료급여 등 각종 의료보장제도에 의해서 의료혜택을 받을 수 없는 자는 보건복지부의 ‘외국인근로자 등 소외계층 의료 서비스 지원 사업’에 의하여 의료지원을 받을 수 있다.³⁰⁾ 정부의 안내³¹⁾에 따르면, 이러한 사업의 근거법령이 ‘재한외국인 처우 기본법’ 제3조(“국가 및 지방자치단체는 제1조의 목적을 달성하기 위하여 재한외국인에 대한 처우 등에 관한 정책의 수립·시행에 노력하여야 한다.”)로 소개되어 있는데, 이러한 추상적·방침적 규정에 근거하여 이와 같은 사업을 시행하는 것이 적절한지는 의문이다. 위 법에 구체적인 규정을 두거나 의료급여법이나 긴급복지지원법과 같은 사회보장 법률에 근거규정을 두는 것이 바람직

28) 노호창, 앞의 글, 304쪽.

29) 구체적으로 살펴보면 이는 외국인 지역가입자와 관련된 상황이다. 외국인 직장가입자는 최근 5년간 1인당 평균 537만원의 건강보험료를 냈지만 받은 급여 혜택은 절반에 못 미치는 220만원으로 집계됐다. 이에 반해 외국인 지역가입자는 최근 5년간 1인당 평균 137만원의 보험료를 내고 3.4배가 넘는 472만원의 보험급여를 받았다. 그렇지만 외국인 건강보험 가입자의 대부분을 차지하는 외국인 직장가입자가 낸 보험료보다 급여 혜택을 훨씬 덜 누리기 때문에, 외국인 직장가입자와 지역가입자를 통틀어 전체 외국인 건강보험 재정은 흑자이다(이상, 연합뉴스, 건강보험공단의 ‘2013~2017년 국민·외국인·재외국민 건강보험료 현황’ 내용, 2018.11.2. 참조).

30) <https://www.gov.kr/portal/service/serviceInfo/SD0000006941>(2019. 1. 18. 검색) 참조.

31) 위 ‘정부24’ 사이트 참조.

할 것으로 본다.

한편, ‘응급의료에 관한 법률’ 제3조는 “모든 국민은 성별, 나이, 민족, 종교, 사회적 신분 또는 경제적 사정 등을 이유로 차별받지 아니하고 응급의료를 받을 권리를 가진다. 국내에 체류하고 있는 외국인도 또한 같다.”라고 규정하고 있는바, 법 해석상 미등록 외국인도 응급의료³²⁾를 받을 수 있을 것으로 본다.³³⁾

(2) 연금보험

국민연금법 제126조 제1항은 국민연금법의 적용을 받는 사업장에 사용되고 있거나 국내에 거주하는 외국인으로서 대통령령으로 정하는 자 외의 외국인은 당연히 사업장가입자 또는 지역가입자가 되도록 규정하고 있다.³⁴⁾ 다만, 상호주의 원칙에 따라 이 법에 따른 국민연금에 상응하는 연금에 관해 그 외국인근로자의 본국법이 우리나라 국민에 적용되지 않으면 그 외국인에 대해서는 국민연금법이 적용되지 아니한다(국민연금법 제126조 제1항 단서).

원칙적으로 사업장가입자 또는 지역가입자가 된 외국인근로자에 대해서는 반환일시금 관련 규정(제77조 내지 제79조)이 적용되지 않는데, ① 외국인의 본국법에 따라 대한민국 국민이 국민연금법상 노령연금, 장애연금, 유족연금에 상응하는 급여의 수급권을 취득하지 못하고 국민연금법상 반환일시금 수급 요건에 해당하게 된 때에 그 대한민국 국민에게 일정 금액(가입기간 중 낸 연금보험료에 기초하여 산정한 금액을 말함)을 일시금으로 지급하도록 그 나라 법에서 규정하고 있는 경우, ② ‘외국인근로자의 고용 등에 관한 법률’에 따른 외국인근로자로서 국민연금법을 적용받는 사업장에 사용된 경우, ③ 출입국관리법에 따라 산업연수활동을 할 수 있는 체류자격을 가지고 필요한 연수기간 동안 지정된 연수장소를 이탈하지 않은 자로서 국민연금법을 적용받는 사업장에 사용된 경우에는 반환일시금 규정이 적용된다(제126조 제4항).

32) 이 법상 ‘응급의료’란 “응급환자가 발생한 때부터 생명의 위험에서 회복되거나 심신상의 중대한 위해가 제거되기까지의 과정에서 응급환자를 위하여 하는 상담·구조(救助)·이송·응급처치 및 진료 등의 조치”를 말한다(제2조 제1호).

33) 비공무원인 의사 등의 경우 미등록 이주민 발견사실에 대한 통보의무가 없고, 공무원의 경우에도 의료서비스를 받는 미등록 이주민에 대한 통보의무가 면제되고 있으나(출입국관리법 제84조 제1항 단서, 같은 법 시행령 제92조의2), 추방의 불안을 안고 사는 미등록 이주민의 입장에서는 의료서비스의 이용이 현실적으로는 쉽지 않을 것으로 보인다(이상, 노호창, 앞의 글, 305쪽 참조).

34) 같은 법 시행령은 당연적용에서 제외되는 외국인으로 출입국관리법에 따라 체류기간연장허가를 받지 아니하고 체류하는 자, 출입국관리법에 따른 외국인등록을 하지 아니하거나 강제퇴거명령서가 발급된 자 등을 규정하고 있다(제111조).

우리나라가 외국과 사회보장협정을 맺은 경우에는 국민연금법상 규정에도 불구하고 국민연금의 가입, 연금보험료의 납부, 급여의 수급 요건, 급여액의 산정, 급여의 지급 등에 관하여는 그 사회보장협정에서 정하는 바에 따른다(제127조).

최근 국내 중소기업들이 고용허가제를 통해 국내에 들어온 외국인근로자(E-9 비자)의 국민연금 보험료의 절반을 회사가 납부하는 것은 불합리하다고 주장하며 개정을 요구하고 있다.³⁵⁾

(3) 산업재해보상보험

사업주가 보험가입자가 되는 산업재해보상보험법(제6조)은 근로자를 사용하는 모든 사업 또는 사업장에 적용됨을 원칙으로 하고 있다. 따라서 이러한 사업 또는 사업장에서 임금을 목적으로 사용자에게 노무를 제공하는 외국인은 산재보험의 수급권자가 될 수 있다.

산재보험과 관련하여, 일찍이 대법원은 구 출입국관리법상 외국인 고용 제한규정은 취업자격 없는 외국인의 고용이라는 사실적 행위 자체를 금지하고자 하는 것일 뿐, 나아가 취업자격 없는 외국인이 사실상 제공한 근로에 따른 권리나 이미 형성된 근로관계에서의 근로자로서의 신분에 따른 노동관계법상 제반 권리 등의 법률효과까지 금지하려는 규정으로는 보기 어렵다는 전제 하에, 피해 당시 사용 종속관계에서 근로를 제공하고 임금을 받아 온 근로자에 해당한다면 외국인이 취업자격을 갖고 있지 않았다 하더라도 산재보험법상의 요양급여를 받을 수 있다고 보았다(대법원 1995. 9. 15. 선고 94누12067 판결).³⁶⁾

다만, 이러한 법 원칙과는 달리 현실에서는 불법체류 외국인근로자의 신분의 불안정성으로 인해 산재은폐 문제가 지속적으로 제기되고 있다.³⁷⁾ 즉, 산재보상을 신청할 경우 사용자 측은 외국인근로자 불법채용에 대한 제재와 불이익을 받을 수 있고,

35) 현재 고용허가제 대상 국가 16개국 중 인도네시아, 필리핀, 태국 등 8개국의 외국인근로자는 상호주의에 따라 국민연금 가입이 의무화돼 사업주가 보험료의 절반을 납부해 주는데, 상호주의의 취지를 고려해도 해외에 체류 중인 우리나라 국민이 받는 혜택과 국내 중소기업의 비용 부담을 교환하는 것은 불합리하고, 외국인근로자는 국내 체류 최장기간이 9년 8개월이어서 노후보장을 위한 국민연금을 내는 것이 맞지 않으며, 대부분 외국인근로자가 출국할 때 사업주가 납부한 금액까지 합쳐 반환일시금으로 수령하기 때문에 국민연금은 '이중 퇴직금' 성격에 불과하다는 것이 그 이유이다(이상, 연합뉴스, "中企 "외국인근로자 국민연금 절반 부담은 불합리"", 2019.1.15. 검색, <https://www.yna.co.kr/view/AKR20181128073100030?input=1195m> 참조).

36) 이 대법원 판결 이전에 불법체류 외국인에 대한 산재보험급여를 인정한 판례로 서울고등법원 1993. 11. 26. 선고 93구16774 판결(확정)이 있다.

37) 최홍엽, 앞의 글, 161쪽 참조.

근로자는 강제퇴거를 당할 수 있으므로 이를 회피하기 위해 산재가 은폐되는 경우가 많다.

또한, 농업, 어업, 임업의 경우 현재 외국인근로자의 비중이 높는데, 산업재해보상 보험법에 따르면 농업, 임업(별목업은 제외), 어업 및 수렵업 중 법인이 아닌 자의 사업으로서 상시근로자 수가 5명 미만인 사업에는 산재보험법이 적용되지 않으므로(제6조 단서, 같은 법 시행령 제2조 제1항 제6호), 이로 인해 결과적으로 외국인 피재근로자의 보호가 사실상 더욱 취약해지게 된다.

한편, 산업재해에 대한 정당한 보상 못지않게 중요한 것은 산업재해 자체의 예방인데, 외국인근로자의 산재 예방과 관련하여 산업안전보건법은 의미 있는 규정을 두고 있다. 즉, 산업안전보건법은 사업주에 하여금 사업장의 유해하거나 위험한 시설 및 장소에 대한 경고, 비상시 조치에 대한 안내, 그 밖에 안전의식의 고취를 위하여 안전·보건표지를 설치하거나 부착하여야 할 의무를 부과하고(제12조 전단), 외국인근로자를 채용한 사업주에 대하여는 외국어로 된 안전·보건표지와 작업안전수칙을 부착하도록 노력하여야 한다는 규정을 두고 있다.³⁸⁾ 법 제12조 전단을 위반한 사업주에 대하여는 과태료(500만원 이하)를 부과하도록 되어 있는데(제72조 제5항), 외국인근로자에 관한 규정도 의무규정으로 개정하고 제재조항도 마련하여 외국인근로자의 산업안전을 도모해야 할 것이다.

(4) 고용보험

고용보험법 역시 근로자를 사용하는 모든 사업 또는 사업장에 적용됨을 원칙으로 하고 있으나(제8조), 일정한 경우를 제외하고³⁹⁾ 외국인근로자에게는 고용보험법이 적용

38) 한국말이 서투른 외국인근로자들의 경우 사업주나 관리자들과 제대로 의사소통이 안 된 상태에서 제대로 안전교육도 받지 못한 채 작업에 투입되었다가 산업재해를 당하는 경우가 많다(김홍영, 앞의 글, 257쪽). 실제 외국인근로자의 산업재해에 관한 한 조사(2001. 9. 1. ~ 11. 30.까지 경기도 안산지역에 위치한 외국인 상담소와 산재지정병원을 방문하여 이루어진 외국인근로자의 산업재해 현황과 그 처리방안에 관한 면담 및 설문 조사) 결과에 의하면, 해당 외국인근로자의 산업재해의 44.8%가 언어소통 미흡으로 작업안전수칙을 제대로 이해하지 못한 것이 그 원인이 되었다고 한다(이승길·최재욱·김재영·이은일·하은희, “외국인 산업재해 근로자의 안전보건실태 및 산재보험 처리에 관한 조사 연구”, 대한직업환경의학회 제29차 추계학술대회 논문집, 2002, 81-82쪽).

39) 구체적으로 고용보험법 시행령은 고용보험을 적용하는 외국인근로자로, ① 체류자격에 관한 출입국관리법 시행령 별표 1 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 않는 경우는 제외), ② 출입국관리법 시행령 별표 1 중 단기취업(C-4), 별표 1의2 중 교수(E-1), 회화지도(E-2), 연구(E-3), 기술지도(E-4), 전문직업(E-5), 예술홍행(E-6), 특정활동(E-7), 비전문취업(E-9), 선원취업(E-10), 방문취업(H-2)의 체류자격을 가진 자(보험 가입을 신청한 사람만 해당), ③ 출입국관리법 시행령 별표 1의2 중 거주(F-2)의 가목부터 다목까지 및 자목부터 카목까지의 어느 하나에 해당하는 체류자

되지 아니한다(고용보험법 제10조 제1항 제5호, 같은 법 시행령 제3조 제2항 제1호).

현재 시행 중인 고용보험법에는 외국인에 대한 고용보험법 적용 여부에 관한 일반적인 규정이 없으나,⁴⁰⁾ 최근 개정된 고용보험법(2019. 1. 15. 개정, 2019. 7. 16. 시행)은 이에 관한 규정(제10조의2)을 신설하여 ‘외국인근로자의 고용 등에 관한 법률’의 적용을 받는 외국인근로자에게는 원칙적으로 고용보험법을 적용함을 명시하고 있다.⁴¹⁾

3. 사회서비스(사회복지서비스)⁴²⁾

(1) 아동

아동복지법, 영유아보육법에는 외국인 아동 관련하여 별도의 규정이 없다. 한부모가족지원법은 지원대상자의 범위에 관하여 외국인 특례규정을 두고 있는데, 국내에 체류하고 있는 외국인 중 대한민국 국민과 혼인하여 대한민국 국적의 아동을 양육하고 있는 사람으로서 출입국관리법에 따른 외국인 등록을 마친 자는 한부모가족지원법상 지원대상자가 된다(제5조의2 제3항, 같은 법 시행령 제10조).

외국인 아동의 사회보장과 관련하여서는 특히 미등록 이주아동의 인권 보장⁴³⁾이 문제되는데, 아동의 경우 입·출국 여부를 스스로 결정할 수 없으므로 성인과 같이 취급하는 것은 기본적으로 불합리한 차별에 해당한다고 본다.⁴⁴⁾ 아동권리협약(Convention

격을 가진 자, ④ 출입국관리법 시행령 별표 1의2 중 거주(F-2)의 라목·바목 또는 사목의 체류자격을 가지고 있는 사람으로서 그의 종전 체류자격에 해당하는 분야에서 활동을 계속하고 있는 자, ⑤ 출입국관리법 시행령 별표 1의2 중 결혼이민(F-6)의 체류자격을 가지고 있는 사람, ⑥ 출입국관리법 시행령 별표 1 중 재외동포(F-4)의 체류자격을 가진 자(보험 가입을 신청한 사람만 해당), ⑦ 출입국관리법 시행령 별표 1 중 영주(F-5)의 체류자격을 가진 자를 열거하고 있다(같은 법 시행령 제3조 제2항 제1호 단서).

40) 개별 규정으로는 ‘외국인근로자의 고용 등에 관한 법률’ 제2조에 따른 외국인근로자를 조기채취업 수당의 수급대상에서 제외하는 규정(제64조)이 있다.

41) 고용보험법 제10조의2는 ‘외국인근로자의 고용 등에 관한 법률’의 적용을 받는 외국인근로자에게는 고용보험법을 적용함을 명시하면서(제1항), 그 외의 외국인근로자에 대해서는 대통령령으로 정하는 바에 따라 고용보험법의 전부 또는 일부를 적용한다고 규정하고 있다(제2항). 고용보험법 제10조의2 제1항의 개정규정은 상시 30명 이상의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장의 경우에는 2021. 1. 1.부터, 상시 10명 이상 30명 미만의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장의 경우에는 2022. 1. 1.부터, 그리고 상시 10명 미만의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장의 경우에는 2023. 1. 1.부터 적용된다(부칙 제2조).

42) 노인에 관하여는 현행법상 특별한 규정이 없는 점을 감안하여 여기서는 별도의 논의를 생략한다.

43) 우리나라 미등록 이주아동의 실태와 관련하여서는, 경향신문, 2018. 5. 3, 5. 4, 5. 6. 자 온라인 기사(“미등록 이주아동 리포트” 시리즈) 참조.

44) 이와 관련하여 2003년 벨기에 헌법재판소는 불법체류자들에 대한 응급의료 지원을 제한하는 사회복지조법이 이종의 차별에 해당하여 위헌이라는 결정을 내린 바 있다(no. 106/2003 of 22 July 2003). 즉, 이 법률은 벨기에 내의 불법체류자들의 출국을 유도하기 위한 목적을 가지는 것이지만, 불법적으로 체류하

on the Rights of the Child, 1989. 우리나라 1991년 발효) 제2조 제1항은 “당사국은 자국의 관할권 안에서 아동 또는 그의 부모나 후견인의 인종, 피부색, 성별, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적, 인종적 또는 사회적 출신, 재산, 장애, 출생 또는 기타의 신분에 관계없이 그리고 어떠한 종류의 차별을 함이 없이 이 협약에 규정된 권리를 존중하고 각 아동에게 보장하여야 한다.”라고 규정하고 있다. 우리나라는 지난 1991년 이 협약을 비준하였는바, 아동권리협약의 충실한 이행을 통해 외국인 아동, 특히 미등록 아동에 대한 생존권, 교육권, 건강권에 대한 실질적 보장이 필요한 상황이다. 무엇보다 아동권리협약상 아동의 최선의 이익 원칙(제3조)과 아동의 의견존중 및 참여보장 원칙(제12조)이 충실히 반영될 필요가 있다.⁴⁵⁾ 현재 출입국관리법상의 체류자격과 관계없이 무국적 아동을 포함한 이주아동들이 차별받지 않고 건강권, 교육권, 보호조치를 받을 권리 등을 보장받을 수 있도록 하는 취지의 아동복지법 개정안⁴⁶⁾이 국회에 계류 중이다.

미등록 이주아동의 인권 보장과 관련하여 이른바 ‘보편적 출생신고’ 문제도 활발히 논의되고 있다. 출생신고 문제와 관련하여 아동권리협약 제7조 제1항은 “아동은 출생 후 즉시 등록되어야 하며, 출생시부터 성명권과 국적취득권을 가지며, 가능한 자신의 부모를 알고 부모에 의하여 양육받을 권리를 가진다.”라고 규정하고 있다. 현재 외국인이 국내에서 출생한 자녀의 경우 우리나라에 출생신고를 할 수 있도록 하는 특례규정을 둬으로써 이주아동의 인권을 보호하려는 취지의 ‘가족관계의 등록 등에 관한 법률’ 개정안⁴⁷⁾이 국회에 계류 중이다.

(2) 장애인

고 있는 아동과 합법적으로 체류하고 있는 아동은 체류자격 여부에 관계없이 스스로 출국 여부를 결정할 수 없다는 점에서 동일함에도 다르게 취급한다는 점에서 차별이 존재하고, 또한 불법체류중인 성인과 불법체류중인 아동의 경우 성인은 스스로 출국 여부를 결정할 수 있으나 아동의 경우에는 그렇지 않다는 점에서 차이가 있음에도 이를 고려하지 않고 일률적으로 취급하는 것 역시 차별에 해당한다는 것이다[이상, 벨기에 헌법재판소 영문홈페이지(<http://www.const-court.be/en/common/home.html>) 제공 판결요지 및 Paul Schoukens, “The right to social security in the Belgian Constitution”, *The Right to Social Security in the Constitutions of the World: Broadening the moral and legal space for social justice*, ILO, 2016, p.9 참조].

45) 두 원칙의 의의와 내용에 대하여는 Trevor Buck, *International Child Law*, Routledge, 2014, pp.137-142, 146-150; Mary Crock & Hannah Martin, “First things first: international law and the protection of migrant children”, Edited by Mary Crock & Lenni B. Benson, *Protecting Migrant Children: In Search of Best Practice*, Elgar, 2018, pp.86-91 참조.

46) 2018. 1. 15. 손금주의원 등 11인, 의안번호 제11373호.

47) 2018. 8. 28. 윤후덕 의원 등 10인, 의안번호 제15093호.

장애인복지법 제32조의2 제1항은 외국인 중 출입국관리법에 따라 외국인등록을 한 사람으로서 대한민국에 영주할 수 있는 체류자격을 가진 사람, ‘재한외국인 처우 기본법’에 따른 결혼이민자(대한민국 국민과 혼인한 적이 있거나 혼인관계에 있는 재한외국인), 난민인정자⁴⁸⁾는 장애인 등록을 할 수 있도록 규정하고 있다.

한편, 우리나라가 비준한 아동권리협약 제23조 제1항은 장애아동이 존엄성이 보장되고 자립이 촉진되며 적극적 사회참여가 조성되는 환경 속에서 완전하고 품위있는 생활을 누려야 함을 규정하고 있다.⁴⁹⁾

(3) 법률복지

외국인에 대한 적시의 법률서비스 제공은 외국인에 대한 실체법적인 보호 규정 마련 못지않게 중요하다. 이와 관련하여 법무부는 언어장벽과 정보 부족으로 법률서비스를 제대로 이용하지 못하는 국내 체류 외국인(체류자격, 불법체류 여부 불문)에게 무료법률상담 서비스를 제공하는 ‘외국인을 위한 마을변호사’ 제도를 운영하고 있다.⁵⁰⁾ 한편, 대한법률구조공단의 법률구조사건처리규칙에 따르면, 기준 중위소득의 125% 이하인 국내 거주 외국인 중에서 공단이 지원할 필요가 있다고 인정하는 자는 대한법률구조공단의 법률구조대상자가 될 수 있다.

IV. 난민에 대한 사회보장⁵¹⁾

우리나라는 1992년 난민의 지위에 관한 협약(Convention relating to the Status of Refugees, 1951. 이하 ‘난민협약’이라 함)에 가입(1993년 발효)하였고, 2012년에 난민법이 제정(2013년 시행)되었는데, 이 법 시행 이후 난민신청자가 크게 늘고 있다.⁵²⁾ 1994년 1월 1일 이후 2018년 11월말까지 난민신청자는 총 47,876명이며, 이 중 심사결정 종료자는 23,092명이다. 이 가운데 892명(1.86%)이 난민인정을 받

48) 2017. 12. 19. 개정된 법에 의하여 추가된 것이다.

49) 흥미롭게도, 아동권리협약은 인권협약 중 장애인의 권리와 보호필요성을 최초로 언급한 협약이다(Mary Crock & Hannah Martin, *op. cit.*, p.91).

50) <http://www.immigration.go.kr/immigration/1574/subview.do>(2019. 1. 18 검색) 참조.

51) 난민을 둘러싼 법적 문제는 일반 외국인들과 다른 특수성이 있다. 이러한 특수성을 반영한 상세한 논의는 추후의 과제로 삼기로 한다. 특히 논란이 되고 있는 난민아동의 인권보장 문제는 ‘난민’ 이전에 ‘아동’의 관점에서 관련 권리를 보장할 필요가 있다(난민아동 실태에 관하여는, 시사인, 제581호, 2018. 11. 6.자 기사, 12-21쪽 참조).

52) 정인섭, 신국제법강의, 박영사, 2019, 907쪽 참조.

았고, 1,932명이 인도적 체류허가를 받았다.⁵³⁾

난민법상 외국인의 지위는 난민신청자와 난민인정자, 그리고 인도적체류자로 구분하여 살펴볼 수 있다.

(1) 난민신청자

법무부장관은 대통령령으로 정하는 바에 따라 난민신청자에게 생계비 등을 지원할 수 있으며(제40조 제1항),⁵⁴⁾ 난민인정 신청일부터 6개월이 지난 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 난민신청자에게 취업을 허가할 수 있다(같은 조 제2항).⁵⁵⁾ 법무부장관은 대통령령으로 정하는 바에 따라 난민신청자가 거주할 주거시설을 설치하여 운영할 수 있으며(제41조), 난민신청자에게 의료지원을 할 수 있다(제42조). 난민신청자 및 그 가족 중 미성년자인 외국인은 국민과 같은 수준의 초등교육 및 중등교육을 받을 수 있다(제3조).

다만, ① 난민불인정결정에 대한 행정심판 또는 행정소송이 진행 중인 경우, ② 난민인정을 받지 못한 사람 또는 난민인정이 취소된 사람이 중대한 사정의 변경 없이 다시 난민인정을 신청한 경우, 또는 ③ 대한민국에서 1년 이상 체류하고 있는 외국인이 체류기간 만료일에 임박하여 난민인정 신청을 하거나 강제퇴거 대상 외국인이 그 집행을 지연시킬 목적으로 난민인정 신청을 한 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 생계비, 주거, 의료, 교육에 관한 처우를 일부 제한할 수 있다(제44조).

난민신청자에 대한 생계지원 및 취업허가와 관련하여 서울행정법원은, 난민인정 신청을 하였다가 난민불인정 처분을 받은 외국인이 법무부장관에게 이의신청을 하여 심사 중인 상황에서 체류자격 외 활동허가기간이 지났음에도 취업활동을 계속하다가 적발되자 출입국관리사무소장이 출입국관리법 위반을 이유로 강제퇴거명령 및

53) 앞(각주 2)의 법무부 홈페이지 제공 통계자료, 34쪽.

54) 난민법 시행령 제17조에 의하면 법무부장관은 난민신청자에게 난민인정 신청서를 제출한 날부터 6개월을 넘지 아니하는 범위에서 생계비 등을 지원할 수 있으며, 다만, 중대한 질병 또는 신체장애 등으로 생계비 등의 지원이 계속 필요한 부득이한 경우에는 6개월을 넘지 아니하는 범위에서 생계비 등의 지원기간을 연장할 수 있다(제1항). 생계비 등의 지원 여부 및 지원 금액을 정함에 있어서는 난민신청자의 국내 체류기간, 취업활동 여부, 난민지원시설 이용 여부, 부양가족 유무, 생활여건 등을 고려한다(제2항).

55) 우리나라는 2008. 12. 19. 출입국관리법을 개정하기 전까지 난민신청자에게 아무런 주거 지원, 생계지원 없이 장기간의 난민 인정 절차를 기다리는 동안 취업도 할 수 없도록 하여 난민신청자의 최소한의 인간다운 생활을 할 권리를 인정하지 않아 사실상 강제송환금지원칙을 위반하여 난민제도를 운영하고 있었다는 비판을 받아 왔다. 2008년 출입국관리법 개정으로 난민 등의 처우에 관한 조항(구법 제76조의8)이 신설되었지만, 이 역시 난민 등의 처우를 개선하기에는 부족하다는 지적이 이어졌고, 이러한 점을 반영하여 제정 난민법에서는 제40조에 난민신청자의 생계지원과 취업허가에 관한 규정을 별도로 두었다(김선희, 난민신청자의 권리에 관한 헌법적 검토 - 기본권적 보호의 시도 -, 헌법재판연구원, 2015, 161쪽).

보호명령을 한 사안에서, 출입국관리사무소장이 난민신청자에 대하여 생계지원 없이 난민신청일로부터 1년이 지난 후부터 극히 제한적으로 체류자격 외 취업활동을 허가하고 난민불인정 결정 후에는 허가기간을 연장하지 않으면서, 허가기간 외에 취업활동을 하였음을 이유로 강제퇴거명령을 한 것은 행정의 획일성과 편의성만을 일방적으로 강조하고 난민신청자의 인간으로서 존엄성은 무시한 조치로서, 이를 통해 달성하고자 하는 공익에 비해 난민신청자가 입는 불이익이 현저하게 커 위법하다고 판단한 바 있다. 특히 난민법 제40조를 “인도적 차원에서 난민신청자에게 생계지원 이든 취업활동허가이든 둘 중 하나는 제공하여야 한다는 취지”의 규정으로 본 것은 난민신청자의 생존권 보장 차원에서 매우 의미있는 판시로 본다(이상, 서울행정법원 2013. 10. 10. 선고 2013구합13617 판결⁵⁶⁾ 참조).

(2) 난민인정자

대한민국에 체류하는 난민인정자는 다른 법률에도 불구하고 난민협약에 따른 처우를 받으며(난민법 제30조 제1항), 국가와 지방자치단체는 난민의 처우에 관한 정책의 수립·시행, 관계 법령의 정비, 관계 부처 등에 대한 지원, 그 밖에 필요한 조치를 하여야 한다(같은 조 제2항). 난민협약은 제4장(제20조 내지 제24조)에 복지(Welfare)라는 제하에 사회보장을 비롯한 사회권에 관한 규정을 두고 있다.⁵⁷⁾

사회보장과 관련하여, 난민법은 난민으로 인정되어 국내에 체류하는 외국인은 우리나라 국민과 같은 수준의 사회보장을 받는다고 규정하고 있다(제31조).⁵⁸⁾ 이 규정과

56) 피고(서울출입국관리소장)가 제기한 항소는 기각되었으며(서울고등법원 2014. 9. 19. 선고 2013누49861 판결), 상고심에서는 심리불속행기각 결정(대법원 2015. 1. 29. 2014두42872)이 났다. 이 판결에 대한 평석으로는, 안승훈, “불법취업활동을 이유로 한 강제퇴거명령 및 보호명령 취소”, 법원 국제인권법연구회, 「인권판례평석」, 박영사, 2017, 307-313쪽 참조.

57) 난민협약에 따르면 체약국은 합법적으로 체재하는 난민에게 사회보장(social security)(산업재해, 출산, 상병, 장애, 노령, 사망, 실업, 가족부양, 기타 국내법령에 따라 사회보장제도의 대상이 되는 급여사유에 관한 법규)에 관하여 자국민에게 부여하는 대우와 동일한 대우를 하여야 한다(제24조 제1항 (b)). 이 조항상 ‘social security’라는 개념은 우리의 제도와 비교할 때 실질적으로는 기여금에 입각한 사회보험의 의미로 사용된 것으로 보인다. James C. Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge University Press, 2005, p.775 참조). 공공구호 및 공공부조와 관련하여 체약국은 합법적으로 체재하는 난민에게 자국민에게 부여하는 대우와 동일한 대우를 하여야 한다(제23조). 주거에 관한 사항이 법령의 규제를 받거나 공공기관의 관리 하에 있는 경우 난민에게 가능한 한 유리한 대우를 해주어야 하고, 어떠한 경우에도 동일한 사정하의 다른 외국인에게 부여되는 대우보다 불리한 대우를 하지 않아야 한다(제21조). 공공교육과 관련하여, 초등교육에 대하여는 자국민과 동일한 처우를 하여야 하며(제22조 제1항), 초등교육 외의 교육, 특히 수학의 기회, 외국 학업증명서, 수료증, 학위에 대한 승인, 수업료 기타 납부금의 감면 및 장학금의 수여에 있어서 가능한 한 유리한 대우를 해주어야 하고, 어떠한 경우에도 동일한 사정하의 다른 외국인에게 부여되는 대우보다 불리한 대우를 하지 않아야 한다(같은 조 제2항).

58) 난민인정자에 대하여는 다른 법률에도 불구하고 상호주의를 적용하지 아니한다(난민법 제38조).

관련하여, 관계 법령에서 난민인정자에 대한 권리를 별도로 규정하지 않더라도 난민법 제31조에 따라 난민인정자에게 대한민국 국민과 같은 수준의 사회보장을 직접적으로 요구할 수 있는 권리를 인정할 수 있는지 여부가 문제된다. 이와 관련하여 우리나라에 입국하여 난민으로 인정받아 국내에 거주하던 자가 장애인 등록신청을 하였으나 거부된 사안에서 난민법 제31조에 근거하여 난민인정자에게 장애인 등록을 하고 그에 따른 복지서비스의 제공을 받을 수 있는 권리를 인정한 판례(부산고등법원 2017. 10. 27. 선고 2017누22336 판결)⁵⁹⁾가 있어 주목된다.⁶⁰⁾ 구체적으로 이 판결은 장애인복지법 제32조 제1항(장애인등록에 관한 일반조항), 난민법 제31조, 제30조 제1항, 난민협약 제24조, 난민의 지위에 관한 1967년 의정서에 근거하여 당해 난민의 권리를 인정하였다.

난민법은 난민의 기본적 생계유지와 관련하여, 난민으로 인정된 외국인은 국민기초생활보장법 제5조의2(외국인특례규정)에도 불구하고 본인의 신청에 따라 국민기초생활보장법상 각종 급여를 받을 수 있다고 규정하고 있다(제32조).⁶¹⁾ 교육권 보장과 관련하여 난민법은 난민인정자나 그 자녀가 민법상 미성년자인 경우에는 국민과 동일하게 초등교육과 중등교육을 받도록 하고 있다(제33조 제1항). 법무부장관은 난민인정자에 대하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 한국어 교육 등 사회적응교육을 실시할 수 있으며(제34조 제1항), 난민인정자가 원하는 경우 대통령령으로 정하는 바에 따라 직업훈련을 받을 수 있도록 지원할 수 있다(같은 조 제2항).

한편, ‘재한외국인 처우 기본법’은 난민인정자가 대한민국에서 거주하기를 원하는 경우 국가 및 지방자치단체로 하여금 국어교육, 대한민국의 제도·문화에 대한 교육, 자녀에 대한 보육 및 교육 지원, 의료 지원 등을 통하여 난민인정자 및 그 자녀가 대한민국 사회에 빨리 적응하도록 지원할 수 있는 규정을 두고 있다(제14조 제1항, 제12조 제1항).

(3) 인도적체류자

난민법은 난민에 해당하지 않지만 고문 등의 비인도적인 처우나 처벌 또는 그 밖

59) 원심판결(부산지방법원 2017. 6. 9. 선고 2017구합20683 판결)을 취소한 판결로, 상고심에서는 심리 불속행기각 결정(대법원 2018. 2. 28. 2017두69625)이 났다. 이 판결에 대한 평석으로는, 이다혜, “난민인 장애인의 사회보장수급권”, 『노동법학』 제65호, 한국노동법학회, 2018, 258-261쪽 참조.

60) 참고로, 현재 아동수당법상 난민에 관한 별도의 법률상 규정이 없음에도(시행령상 아동수당 수급권 상실에 관한 규정 있음) 난민 아동에 대하여 아동수당이 지급되고 있다.

61) 의료급여법은 난민인정자로서 국민기초생활보장법(제12조의3 제2항)상 의료급여 수급권자에 해당하는 사람은 의료급여 수급권자로 본다(난민에 대한 별도의 특례규정을 두고 있다(의료급여법 제3조의2)).

의 상황으로 인하여 생명이나 신체의 자유 등을 현저히 침해당할 수 있다고 인정할 만한 합리적인 근거가 있는 사람에 대하여 체류를 허가해 주는 제도를 두고 있다. 법무부장관으로부터 이러한 체류허가를 받은 외국인을 ‘인도적 체류 허가를 받은 사람’(난민법 제2조 제3호, 이하 ‘인도적체류자’라 함)이라 한다. 이러한 인도적체류자에 대하여 법무부장관은 취업활동 허가를 할 수 있다(제39조).

V. 맺음말

사회보장법의 기반이 되는 헌법과 사회보장 기본이념은 외국인의 사회보장을 둘러싼 법적 문제의 해결을 모색함에 있어서도 소중한 탐조등(探照燈)의 역할을 한다.

외국인의 사회보장 문제를 법적으로 논의함에 있어 무엇보다 먼저 상기해야 할 것은 헌법상 국제법준중주의(제6조)이다. 이와 관련하여 앞에서 살펴본 아동권리협약이나 난민협약의 충실한 이행과 관계 법령의 정비가 우선적으로 요청된다. 나아가 ILO의 ‘사회보장의 최저기준에 관한 협약’(1952, 제102호)⁶²⁾ 및 ‘사회보장에서 내 외국인의 균등대우에 관한 협약’(1962, 제118호),⁶³⁾ 그리고 UN의 ‘이주노동자와 그 가족의 권리보호에 관한 협약’(1990)⁶⁴⁾ 등 주요 사회보장 관련 협약에 대한 추가 비준이 필요하다.

다음으로 지적할 수 있는 것은, 우리 헌법상 사회보장에 관한 일반조항(제34조 제1항 및 제2항)은 물론, 헌법 제34조 제3항 내지 제5항(여성, 노인, 청소년, 장애인) 그리고 제36조 제1항 및 2항(혼인과 가족생활 보장, 모성보호)과 같은 사회보장에 관한 특별조항의 취지는 외국인에 관한 입법을 함에 있어서도 살려야 한다는 것이다. 이와 관련하여 특히 미등록이주아동, 결혼이주여성 등에 대한 특별한 법적 보호가 요청된다.

나아가, 외국인의 사회보장 문제와 관련하여 우리가 깊이 새겨야 할 사회보장의 기본이념이 있는바, 바로 헌법 전문에 나타나 있는 “항구적인 세계평화와 인류공영”

62) 이 협약은 외국인 거주자에 대한 균등대우 규정(제68조)을 두고 있다.

63) 난민 및 무국적자를 포함한 외국인에게 사회보장 영역에서 자국민과 동등한 처우를 보장할 것을 요구하는 협약이다.

64) 이주노동자 중에는 숙련된 기능이나 지식을 바탕으로 높은 임금을 받는 경우도 있지만, 대부분은 열악한 근로조건 속에서 일하며 저임금을 받고 있으며, 그 중에는 합법적 체류자격을 갖추지 못한 경우도 많다(정인섭, 신국제법강의, 박영사, 2019, 901쪽). 이 협약은, 등록 이주노동자의 권리에 대한 규정과 별도로, 불법체류자를 포함한 모든 이주노동자에게 일반적으로 보호되어야 할 권리에 대하여 규정하고 있다.

을 위한 연대⁶⁵⁾의 정신이다. 제헌헌법상 “밖으로는 항구적인 국제평화의 유지에 노력”한다는 표현이 1962년 개정 때 “항구적인 세계평화에 이바지”한다는 표현으로 수정되고, 이후 1980년 헌법 개정 때 “항구적인 세계평화와 인류공영에 이바지”한다는 적극적 표현으로 바뀌어 현행 헌법에 이어지고 있는데, 우리 헌법은 이러한 “항구적인 세계평화와 인류공영”을 통해서만 우리의 “안전과 자유와 행복”이 확보될 수 있음을 통찰하고 있는 것이다.

결국, 근본적으로 국적제도나 주민등록제와 같은 제도를 폐지하지 않는 한 외국인의 출입국 내지 거주에 대한 행정적 통제는 어느 정도 불가피한 것이나, 기본적으로 외국인을 단순한 관리⁶⁶⁾나 통제 대상이 아니라 우리 사회 공동체의 구성원으로 바라보는 관점이 요청된다. 사회보장제도와 관련하여서는 외국인의 사회보장 문제가 외국인의 인권 보장뿐만 아니라 사회통합 측면에서도 중요한 과제임을 적극적으로 인식할 필요가 있다.

이러한 인식 아래 외국인의 사회보장에 관한 법제의 전반적인 정비가 필요한데, 무엇보다 먼저 일관되지 않거나 중첩적인 법령에 대한 체계적 정비가 요구된다.⁶⁷⁾ 이와 관련하여 ‘재한외국인 처우 기본법’⁶⁸⁾의 입법적 위상과 실효성을 점검할 필요가 있을 것으로 보며, 나아가 사회보장에 관한 주요 시책을 심의·조정하는 사회보장심의위원회의 심의사항⁶⁹⁾에 외국인의 사회보장제도에 관한 사항을 추가하는 것도 검토할 만하다고 본다.

외국인에 관한 사회보장 입법을 마련함에 있어서는 내외국인 평등원칙에 입각하되, 기본적으로 개별 사회보장제도 내지 급여의 성격 그리고 외국인의 입국목적 내

65) 우리 헌법은 사회국가원리를 명문으로 규정하고 있지는 않지만, 헌법재판소는 헌법의 전문, 사회적 기본권의 보장, 경제조항 등을 근거로 우리 헌법이 사회국가원리를 헌법적으로 수용하고 있다고 보고 있으며(헌재 1997. 5. 29. 94헌마33, 판례집 9-1, 552쪽; 헌재 2002. 12. 18. 2002헌마52, 판례집 14-2, 909쪽 참조), 사회연대원리가 이러한 사회국가원리에서 나온다고 밝히고 있다(헌재 2000. 6. 29. 99헌마289, 판례집 12-1, 943-944쪽).

66) 참고로, ‘외국인근로자의 고용 등에 관한 법률’은 이 법의 입법목적은 “외국인근로자를 체계적으로 도입·관리함으로써 원활한 인력수급 및 국민경제의 균형 있는 발전을 도모”하는 것이라고 밝히고 있다(제1조).

67) 체계정합성 관점에서 본 우리나라 외국인 관련 법제의 과제와 개선방향에 대하여는, 이우영, “인권보장과 체계정합성 관점에서의 외국인 관련 법제의 입법적 분석과 개정방향”, 『입법학연구』 제16집제1호, 한국입법학회, 2019 참조.

68) 이 법은 “재한외국인에 대한 처우 등에 관한 기본적인 사항을 정함으로써 재한외국인이 대한민국 사회에 적응하여 개인의 능력을 충실히 발휘할 수 있도록 하고, 대한민국 국민과 재한외국인이 서로를 이해하고 존중하는 사회 환경을 만들어 대한민국의 발전과 사회통합에 이바지함을 목적”으로 2007년 제정된 법인데(제1조), 외국인의 ‘처우’와 ‘사회통합’과 밀접한 관련이 있는 사회보장에 관한 실질적 규정은 없다.

69) 사회보장기본법 제20조 제1항, 제2항 참조.

지 체류자격 여부에 따른 합리적인 차별은 가능할 것이다. 구체적으로 외국인 사회 보장수급권의 수급요건 및 급여내용을 정함에 있어서는, 개별 사회보장제도 내지 급여의 성격 그리고 외국인의 입국목적 내지 체류자격 이외에도, 거주기간 및 생활실태, 나이, 자활능력, 세대 구성 등도 종합적으로 고려하여야 할 것이다.

입법 형식과 관련하여, 우리나라 사회보장입법의 일반적 현상이자 문제점이지만, 의회유보원칙상 외국인에 관한 사회보장 법제를 마련함에 있어서 하위법령으로의 과도한 위임은 지양하여야 할 것이다. 적어도 수급자격에 관한 사항은 특별한 사정이 없는 한 법률로 규율하여야 할 것이다. 외국인에 대한 사회보장에 있어서 지방자치단체의 역할을 제고하여 관련 사항을 보다 적극적으로 조례를 통해 규율하는 방안은 바람직한 것으로 본다.⁷⁰⁾ 이때 지역 간 불합리한 차별이 생기지 않도록 유의할 필요가 있다.

끝으로, 불안정하고 경제적으로 열악한 지위에 있는 외국인에 대한 사회보장의 사각지대를 보완하는 과도적 보호입법 수단으로는 ‘긴급복지지원법’을 활용할 수 있을 것이며, 외국인에 대한 차별 금지를 넘어 외국인이 우리 사회에 적응하는 것을 실질적으로 지원하기 위한 조치를 강구함에 있어서는 ‘북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률’⁷¹⁾상 관련 내용도 참조할 만한 것이다.

70) 현재 많은 지방자치단체에서 외국인주민 내지 다문화가족을 지원하는 조례를 제정하여 시행하고 있다.

71) ‘북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률’은 북한이탈주민이 “정치, 경제, 사회, 문화 등 모든 생활 영역에서 신속히 적응·정착하는 데 필요한 보호 및 지원에 관한 사항을 규정함”을 목적으로 마련된 법이다(제1조).

참고문헌

I. 국내문헌

- 국회도서관, 헌법제정회의록(제헌의회), 헌정사자료 제1집, 1967.
- 김복기, “헌법상 사회보장권 보장에 관한 소고”, 『사회보장법학』 제7권제1호, 한국사회보장법학회, 2018.
- 김선희, 난민신청자의 권리에 관한 헌법적 검토 - 기본권적 보호의 시도 -, 헌법재판연구원, 2015.
- 김홍영, “외국인근로자의 노동권과 사회보장권”, 『법학연구』 제14권제1호, 충남대학교 법학연구소, 2003.
- 노호창, “이주민의 사회보장권 기타 사회권에 관한 연구”, 『이주민법연구』, 경인문화사, 2017.
- 법무부, 출입국외국인정책 통계월보 2018년 11월호(법무부 홈페이지 제공 통계자료, <http://www.moj.go.kr/moj/213/subview.do>, 2019. 1. 15. 검색)
- 안승훈, “불법취업활동을 이유로 한 강제퇴거명령 및 보호명령 취소”, 법원 국제인권법연구회, 『인권 판례평석』, 박영사, 2017.
- 이다혜, “난민인 장애인의 사회보장수급권”, 『노동법학』 제65호, 한국노동법학회, 2018.
- 이승길 · 최재욱 · 김재영 · 이은일 · 하은희, “외국인 산업재해 근로자의 안전보건실태 및 산재보험 처리에 관한 조사 연구”, 대한직업환경의학회 제29차 추계학술대회 논문집, 2002.
- 이우영, “인권보장과 체계정합성 관점에서의 외국인 관련 법제의 입법적 분석과 개정방향”, 『입법학연구』 제16집제1호, 한국입법학회, 2019.
- 이주영, “외국인의 사회권과 헌법재판소 판례 비판”, 『인권의 창, 헌법의 길 - 인권으로 본 헌법재판 30년』, 경인문화사, 2018.
- 전광석, “다문화사회와 사회적 기본권 - 헌법적 접근을 위한 시론 -”, 『헌법학연구』 제16권제2호, 한국헌법학회, 2010.
- 전광석, 국제사회보장법론, 법문사, 2002.
- 정광현, 외국인의 기본권주체성, 심인, 2017.
- 정인섭 편역, 국제인권조약집, 경인문화사, 2008.
- 정인섭, 신국제법강의, 박영사, 2019.
- 최홍엽, “외국인근로자의 사회보장”, 『민주법학』 제22권, 민주주의법학연구회, 2002.
- ‘가족관계의 등록 등에 관한 법률’ 개정안(2018. 8. 28. 윤후덕 의원 등 10인, 의안번호 제15093호)
- ‘아동복지법’ 개정안(2018. 1. 15. 손금주의원 등 11인, 의안번호 제11373호)
- 연합뉴스 등 기사

II. 외국문헌

- James C. Hathaway, The Rights of Refugees under International Law, Cambridge University Press, 2005.
- Mary Crock & Hannah Martin, “First things first: international law and the protection of

migrant children”, Edited by Mary Crock & Lenni B. Benson, Protecting Migrant Children: In Search of Best Practice, Elgar, 2018.

Paul Schoukens, “The right to social security in the Belgian Constitution”, The Right to Social Security in the Constitutions of the World: Broadening the moral and legal space for social justice, ILO, 2016.

Trevor Buck, International Child Law, Routledge, 2014.

Vincent Chetail, “The Human Rights of Migrants in General International Law: From Minimum Standards to Fundamental Rights”, Georgetown Immigration Law Journal, vol. 28, 2014.

논문 투고일: 2019. 04. 30

심사 완료일: 2019. 05. 31

게재 확정일: 2019. 06. 11

[Abstract]

The Legal Status of Foreigners in the Area of Social Security

Bokgi Kim*

The desire to enjoy a humane livelihood free from social danger or risk is irrespective of nationality. Based on the foreigners' constitutional status and the basic idea of social security, this article outlines the attitude of the social security law on the right to social security for foreigners and the major contents of the individual areas of the law. It additionally examines the related issues and ways to improve them in general.

Unless the nationality system or registration system itself is abolished, administrative control over the immigration and residence of foreigners is inevitable to some extent. However, in light of the Constitution and the basic principles of social security, first and foremost we should take an inclusive view that foreigners are members of our society rather than objects of control or management. In relation to the social security system, it is necessary to recognize that social security for foreigners is important not only for guaranteeing foreigners' human rights but also for their social integration.

Key Words: foreigners, social security, social security law, human rights, social integration

* Associate Professor, Seoul National University School of Law

