

## 長期滯留 外國人 과 社會保障制度

全 光 錫\*

### 차 례

- I. 노동력의 국제적 이동과 외국인의 사회보장법적 지위
- II. 국제사회보장법과 사회보장국제법
- III. 현행법상 외국인의 사회보장법적 지위
  - 1. 개 관
  - 2. 국민건강보험법
  - 3. 국민연금법
  - 4. 산업재해보상보험법
- IV. 외국인의 사회보장법적 지위에 관한 중요한 지침들 및 이에 기초한 현행법에 대한 평가
  - 1. 장기체류 외국인과 단기체류 외국인을 구별하는 의미
  - 2. 외국인의 사회보장법적 지위와 관련된 연결점 결정 및 현행법에 대한 평가
  - 3. 상호주의에 대하여
- V. 향후 입법적 과제

\* 延世大 法大 教授, 法學博士

## I. 노동력의 국제적 이동과 외국인의 사회보장법적 지위

인류의 역사에서 산업화를 기점으로, 그리고 오늘날 세계화의 추세속에서 외국인, 특히 외국인 근로자의 국경간 이동은 일반화되어 왔다. 한편으로는 기술의 전문화가 심화되면서, 그리고 다른 한편으로는 단순노동에 대한 수요가 원활하게 충족되지 못하면서 사용자는 필요한 인력을 해당 지역에서 조달할 수 없는 경우 외부로부터의 노동력의 유입에 의존할 수밖에 없게 되었다. 또 근로자 역시 거주지역에서 노동력에 대한 수요가 없는 경우 수요를 따라, 혹은 보다 유리한 근로조건을 따라 다른 국가로 이동하게 되었다. 이로써 노동력의 국제적 이동이라는 새로운 현상이 나타난 것이다.

위와 같은 노동력의 국제화 현상에는 곧 다음과 같은 논의가 필요했다. 즉 한 국가의 경제질서에 편입된 외국인 노동력을 동시에 해당 국가의 사회질서에 포섭할 것인가 하는 문제이다. 먼저, 외부에서 유입되는 빈민을 보호할 것인가의 문제가 제기되었다. 이 문제는 최초에는 본국 국적을 보유하고 있는 빈민에 한하여 보호의 대상으로 하는 정책에서 점차로 거주지를 중심으로 빈민보호의 범위를 넓혀가는 방향으로 발전되었으며, 또 이와 관련된 국가간 협약이 체결·실현되어 갔다.<sup>1)</sup> 사회질서의 부분질서로서 사회보험체계에 외부 노동력을 포섭할 것인가 하는 문제는 보다 사회적 과장이 큰 질문이었다. 이 질문은 어렵지 않게 다음과 같은 이유에서 긍정되었다. 먼저 가장 기본적으로는 산업사회에서 필요한 노동력의 자유로운 이동은 생산활동의 자유로운 수행을 보장할 뿐 아니라(이는 기본적으로 노동정책의 과제이다), 노동자를 사회질서, 즉 구체적으로는 사회보장법적 질서에 편입하고 이로써 노동자의 사회보장법적 지위에 불이익이 따르지 않도록 하였을 때 비로소 실질적으로 보장된다고 인식되었다.<sup>2)</sup> 둘째, 공정경쟁의 차원에서 외국인의 노동력에 대한 사회보장법적 배려가 요구되었다. 만약 외국인의 노동력수행을 사회보장법적 질

1) 이들 문제에 대해서 자세히는 전광석, 『국제사회보장법론』, 법문사, 2002, 4면 이하, 69면 이하 등 참조.

2) 이는 노동력의 자유로운 이동을 통하여 시장통합을 도모하는 목표를 추구했던 유럽공동체가 처음부터 비중을 두었던 정책적 관점이었다. 따라서 유럽공동체의 사회보장법은 “노동력의 이동성을 보호하는데 특유한 목적이 있는 사회보장법”이라고 평가되고 있다. 이 점에 대해서는 Rolf Schuler, *Das Internationale Sozialrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Nomos, 1988), 275면 이하 참조.

서에서 배려하지 않는다면 결국 외국인을 고용하는 사용자는 내국인을 고용하는 사용자에 비해서 유리한 경쟁적인 위치를 갖게 된다. 왜냐하면 외국인을 고용하는 사용자는 외국인인 노동자에 대한 사회보험의무가 면제되고, 이로써 사회보험료라는 기업의 추가부담이 그만큼 줄어들게 되기 때문이다.<sup>3)</sup>

## II. 국제사회보장법과 사회보장국제법

위와 같은 이유에서 사회보장법의 입법자는 기본적으로는 외국인 근로자를 적극적으로 보호의 대상으로 포섭하고, 또 내국인과 평등하게 취급하거나 혹은 사회보장의 최소한의 내용을 외국인에게도 적용하여야 한다. 이 중 특히 외국인에 대해서 문명국의 법질서에 따라서 최소한 법적 지위를 인정하여야 할 국가의 의무는 국제관습법으로 형성되어 있다.<sup>4)</sup> 이러한 입법적 과제는 법원(法源)을 중심으로 보면 입법자에게 다원적인 활동을 요구한다. 첫째, 입법자는 국내법인 국제사회보장법(internationales Sozialrecht)을 형성함에 있어서 사회보장법에 특유한 기준을 충실히 반영하여 외국인의 사회보장법적 지위를 형성하여야 한다.<sup>5)</sup> 이는 주로 연결점의 합리적인 형성에 의하여 실현된다.<sup>6)</sup> 둘째, 외국인에 대한 충실한 사회보장의 목표가 국내입법적 노력만으로 실현될 수는 없다. 국가간을 이동하는 외국인이 본국에서만 노동을 수행하는 자에 비해서 사회보장법적 불이익을 받지 않기 위해서는 단절없이 사회보장, 특히 사회보험에의 가입자격을 유지하고 사회보험청구권을 형성하며, 또 거주지에 관계없이 청구권을 실현할 수 있도록 국가간에 연결점을 통일하는 작업이 필요하다. 이밖에 사회보장의 국제협력을 위하여 필요한 기간의 합산,

3) 이 점에 대해서 자세히는 전광석, 위 각주 1의 책, 69면 이하 참조. 이밖에 Guy Perrin, *Die Ursprünge des internationalen Rechts der sozialen Sicherheit*, J. Schweitzer, 1983, 26면; Werner Segensberger, "Für konstruktiven Wettbewerb- Zur Kontrolle internationaler Arbeitsstandards in der Weltwirtschaft", Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung/ Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände/ Deutscher Gewerkschaftsbund(편), *Weltfriede durch soziale Gerechtigkeit*, Nomos, 1994, 55면 이하 등 참조.

4) 이와 같은 이른바 최소보장의 원칙에 대해서 자세히는 전광석, 위 각주 1의 책, 47면 및 Albrecht Randelzhofer, *Der Einfluss des Völker- und Europarechts auf das deutsche Ausländerrecht*, Walter de Gruyter, 1980, 20면 등 참조.

5) 국제사회보장법의 개념에 대해서 자세히는 전광석, 위 각주 1의 책, 19면 이하 참조.

6) 이에 대해서는 이 글 아래 IV.2. 참조.

사회보장청구권의 실현을 위한 업무협조를 위해서는 외국과의 이들 문제에 대한 합의가 필요하며, 이를 위한 국제협약이 체결되어야 한다. 이때 각종 국제기구에서 제시된 사회보장 국제협력에 있어서 적용되는 기준에 대한 합의가 중요한 지침으로 기능할 것이다. 따라서 사회보장 국제협력을 위하여 체결된 국제협약을 면밀히 분석하고 우리나라가 외국과 협약에 체결할 때 반영하는 노력이 필요하다. 1982년 채택된 국제노동기구의 사회보장권의 국제적 보장에 관한 협약 제157호(Convention concerning the Establishment of an International system for the Maintenance of Rights in Social Security, 1982)가 대표적인 예이다.<sup>7)</sup> 이밖에 그 적용영역이 지역적으로 한정되어 있기는 하지만 사회보장에서 기간의 합산 및 외국으로의 급여 지급 등을 규율하고 있는 유럽공동체 설립조약 제42조 역시 중요한 정책적 기준이 될 수 있다.<sup>8)</sup> 사회보장국제법(Sozialvölkerrecht)의 과제이다.<sup>9)</sup>

### Ⅲ. 현행법상 외국인의 사회보장법적 지위

#### 1. 개 관

우리 사회보장법은 외국인의 법적 지위에 대한 일반적인 규정을 두고 있지는 않다.<sup>10)</sup> 사회보장기본법이 이른바 상호주의에 따라 외국인에 대해서 사회

7) 이 협약에 대해서 자세히는 전광석, 위 각주 1의 책, 174면 이하 참조.

8) 이 조약의 내용은 이사회명령 1408/71을 통해서 구체화되었다. 이에 대해서 자세히는 전광석, 위 각주 1의 책, 210면 이하 참조.

9) 사회보장국제법의 개념에 대해서 자세히는 전광석, 위 각주 1의 책, 22면 이하 참조.

10) 예컨대 독일 사회법전은 국제사회보장법에 대한 기본적인 원칙을 제1권 제30조 제1항에 규정하고 있다. 이에 따르면 사회법전이 적용되는 지역에 거주지를 가지고 있거나 상시 체류하는 자에게 독일 사회법전이 적용된다. 동조 제2항은 제1항에 대한 다음과 같은 두 가지의 유보적인 결정을 하고 있다. 첫째, 국제조약 또는 초국가기구에 의한 규율이 제1항에 규율된 원칙에 우선한다. 둘째, 사회법전의 다른 특별법에서 위 원칙은 수정될 수 있다. 이에 근거하여 사회법전 중 사회보험법 총칙에 해당하는 사회법전 제4권은 제3조 내지 제6조가 사회보험법에 적용되는 국제사회보장법에 대한 기본원칙을 사회법전 제1권에서와는 달리 규율하고 있다. 즉 기본적으로 고용지를 기준으로 사회보험법의 적용 여부를 결정한다. 다만 국제조약 및 개별적인 사회보험법에 의해서 다른 연결점이 결정될 수 있다. 이에 대해서 자세히는, Hans-Jürgen Kretschmer/ Bernd von Maydell/ Walter Schellhorn(편), *Gemeinschaftskommentar zum Sozialgesetzbuch- Allgemeiner Teil*, Luchterhand, 1996, 353면 이하; Peter Krause/ Bernd von Maydell/ Detlef Mertens/ Jan Meydam(편), *Gemeinschaftskommentar zum Sozialgesetzbuch-*

보장법이 적용되도록 하고 있다(제8조). 그러나 이러한 규정은 아래에서 설명 하듯이 사항적으로 합리적이지 못하다.<sup>11)</sup> 또 사회보장기본법의 이러한 규정이 개별 사회보장법을 제정하는 입법자에게 구속력을 갖는 것도 아니기 때문에 외국인의 법적 지위에 대한 기본적인 결정이라고 평가할 수는 없다.<sup>12)</sup> 현재 외국인의 법적 지위에 관한 규정은 개별 사회보장법에 산발적으로 규정되어 있을 뿐이다. 결국 우리 입법자가 외국인의 사회보장법적 지위를 비롯한 국제사회보장법적 사안에 대해서 일반적이고 진지한 고려를 하였다고는 볼 수 없다. 이러한 한계속에서 보더라도 현행법은 외국인의 법적 지위에 대해서 비교적 폐쇄적인 태도를 보이고 있다. 사회보험에의 가입자격 및 청구권실현에 있어서 적용되는 연결점으로 주로 국적과 거주지를 선택하고 있기 때문이다. 그나마 국민건강보험법과 국민연금법, 그리고 산재보험법만이 외국인의 사회보장법적 지위를 논의할 수 있는 규정을 두고 있으며, 그밖의 사회보장법에서는 외국인의 법적 지위에 대해서 침묵하고 있다. 결국 이들 범영역에서 외국인의 사회보장법적 지위의 문제는 적극적인 해석 및 입법의 과제로 남아 있다. 아래에서는 먼저 외국인의 사회보장법적 지위에 관한 규정들을 살펴보고(Ⅲ), 이어 이러한 입법태도를 평가할 수 있는 기준과 이러한 기준에 따라 현행법에 대한 비판적 평가를 하도록 한다(Ⅳ).

## 2. 국민건강보험법

국민건강보험법은 가입자격으로 대한민국 국적과 국내 거주요건을 요구하고 있다(국민건강보험법 제 5조). 외국인의 보험가입은 제한적으로 인정된다. 외국인은 신청에 의하여 임의로 가입할 수 있다. 직장가입자 적용사업장에 사용된 외국인 근로자가 여기에 해당한다(국민건강보험법 제93조 제2항, 시행령 제 64조 제1항). 그밖의 외국인에 대해서는 체류자격을 기준으로 임의적으로 가입할 가능성이 인정된다. 이 규정에 근거하여 사업장의 근로자가 아닌 외국인으로서 출입국관리법시행령 별표 1 외국인 체류자격의 26. 방문동거(F-1)자격으로 체류하는 대한민국국민의 배우자 및 그 자녀, 출입국관리법시행령 별표 1에 의한 외국인의 체류자격이 있는 자로서 보건복지부령이 정하는 체류자격이 있

*Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung*, Luchterhand, 1992, 149면 이하 등 참조.

11) 아래 IV.3. 참조.

12) 이 점에 대해서 자세히는 전광석, 『한국사회보장법론』, 법문사, 2002, 226면 이하 참조.

는 자, 그리고 체류자격이 있는 외국인의 배우자와 20세 미만의 자녀가 지역건강보험에 가입할 수 있다(국민건강보험법시행령 제64조). 급여의 지급장소는 엄격히 국내로 한정되어 있다. 따라서 가입자가 국외에 여행중이거나 국외에서 업무에 종사하는 경우 급여가 중단된다(국민건강보험법 제49조 제1호, 제2호).

### 3. 국민연금법

국민연금법 역시 국민건강보험법과 마찬가지로 가입자격으로 국적과 국내거주를 요구하고 있다. 즉 국내에 거주하는 18세 이상 60세 미만의 국민이 국민 연금에의 가입대상이다(국민연금법 제6조). 외국인의 경우 상호주의에 따라 국민연금에 가입 여부가 결정된다. 즉 국민연금법이 적용되는 사업장에 고용되어 있는 외국인과 그밖의 국내에 거주하는 외국인은 사업장 가입자 혹은 지역가입자가 된다. 다만 국민연금에 상응하는 연금에 관하여 외국인의 본국법이 대한민국 국민에게 적용되지 않는 경우에는 해당 외국인에게 국민연금법은 적용되지 않는다(국민연금법 제102조 제1항).

외국인에 대한 급여에 있어서도 부분적으로 상호주의가 채택되어 있다. 즉 외국인인 가입자에게는 반환일시금에 관한 규정은 외국인의 본국법이 대한민국 국민에게 반환일시금에 상응하는 급여를 지급하는 경우에 한하여 적용된다(국민연금법 제102조 제2항). 그런데 외국인인 가입자는 대부분 연금수급자격을 충족시키지 못하고, 따라서 반환일시금 지급대상일 것이기 때문에 실질적으로 외국인에 대한 급여에 있어서는 상호주의가 대부분 적용된다고 보아야 한다. 위와 같은 가입자격 및 급여에 적용되는 상호주의를 규정하고 있는 국내법은 국제협약과의 관계에서는 일반법과 특별법의 관계에 있다. 따라서 국내법은 국제협약에 대해서는 보충적으로 적용된다. 즉 외국인의 본국과 체결된 사회보장에 관한 협정에 다른 규정이 있는 경우에는 그 규정이 정하는 바에 따른다(국민연금법 제102조 제3항). 우리나라는 캐나다, 미국, 영국, 이탈리아, 네덜란드, 독일 그리고 아일랜드와 각각 노령연금을 양국에서 보장하기 위한 조약을 체결하였다.<sup>13)</sup>

국민연금법은 수급권자가 외국에 이주하는 경우 혹은 일시 체류하는 경우 급여가 외국으로 지급되는지 혹은 중단되는지에 대해서도 규율이 결여되어 있다. 또 수급권자가 외국에 체류하는 경우에 국적에 따른 차별이 가능한가 여부에 대한 규율 역시 결여되어 있다. 적극적인 구체화가 필요한 부분이다.

13) 이들 협약의 내용에 대해서 자세히는 전광석, 위 각주 1의 책, 333면 이하 참조.

#### 4. 산재해보상보험법

산재보험법은 국민건강보험법 및 국민연금법과는 달리 국적 및 거주지를 가입자격으로 제시하지 않고 있다. 산재보험법은 근로자에 대한 보호와 함께 근로자에게 발생한 피해에 대한 사용자책임을 면제하는 이중적 기능을 수행한다.<sup>14)</sup> 그런데 사용자책임을 면제하는 산재보험의 기능은 외국인에 대해서도 적용되어야 하며, 따라서 산재보험은 본질적으로 국적에 관계없이 적용되어야 한다. 우리 산재보험법이 연결점을 직접 제시하지 않은 것은 위와 같은 이념에 따라서 외국인의 법적 지위에 대해서 적극적으로 해석하는 단서가 될 수 있다. 실제 행정적으로는 외국인 근로자의 경우에도 산재보험법이 적용되는 사업장에 근무하는 경우 산재보험에 의한 보호의 대상이 되도록 하고 있다.<sup>15)</sup> 다만 외국인 근로자에 대한 구체적인 보호의 내용에 대해서는 규율되어 있지 않다.

### IV. 외국인의 사회보장법적 지위에 관한 중요한 지침들 및 이에 기초한 현행법에 대한 평가

#### 1. 장기체류 외국인과 단기체류 외국인을 구별하는 의미

외국인을 사회보장법의 보호대상으로 편입하는가의 문제를 논의하는 데 있어서 차별적인 접근이 필요하다. 기본적으로 사회보험은 가입자의 지속적인 재정기여능력을 전제로 가입자격을 결정한다. 따라서 단기체류하는 외국인은 사회보험의 가입대상에서 제외되는 것이 체계적이다. 또 가입자 개인을 중심으로 보더라도 해당 국가에서의 사회보험법적 법률관계를 계속 유지시키는 것이 보다 유리하기 때문에 단기 체류하는 외국인을 국내 사회보험에 가입시키지 않는 데에 정당성이 있다.<sup>16)</sup> 다만 이 경우 해당 외국인의 사회보장법적

14) 산재보험의 기능상의 특성에 대해서는 전광석, 위 각주 12의 책, 334면 이하 참조.

15) 1995년 2월 14일자 노동부예규 제258호. 외국산업기술연수생의보호및관리에관한지침 제8조 제1항 제6호 참조.

16) 이와 같이 외국인 근로자가 국내에 파견근무하는 경우 자국법을 계속 적용하게 하는 규정(이른바 “축소규정(Einstrahlung)”)은 예컨대 독일 사회법전 제4권 제5조가 명시하고 있다. 이에 따르면 “보험가입의무 및 권리가 고용관계에 기초하여 형성되는 경우

지위가 불이익을 받지 않기 위해서는 해당 외국이 단기적으로 외국에 체류하는 자에게 사회보험의 자격을 계속 유지시키는 제도를 가지고 있어야 한다. 그러나 국내법이 공법에 속하는 외국 사회보장법의 적용을 지시할 수는 없다. 따라서 외국인의 보험관계를 유지시키기 위해서는 이러한 경우 국내 사회보험의 가입의무에서 면제시키고, 해당 외국에서의 보험자격을 그대로 유지시키는 내용의 협약이 체결되어야 한다.<sup>17)</sup>

보호대상자의 사전적인 기여를 전제로 하지 않고 현재 개인에게 발생하는 구체적인 수요를 보호하는 사회보장법에서 외국인의 법적 지위는 사회보험과는 달리 형성된다. 공공부조법과 각종 복지관계법이 여기에 해당한다. 여기에서는 해당 외국인이 장기체류를 통하여 국내법질서에 편입되었는가의 여부에 관계없이 보호를 필요로 하는 상황 자체가 연결점이어야 한다. 따라서 단기 체류하는 외국인 역시 기본적으로는 보호의 대상이어야 한다. 다만 이때 이들에게 청구권이 인정되어야 한다고 해서 그 청구권의 내용이 국민 혹은 장기체류하는 외국인과 동등하여야 할 필연성은 없다.<sup>18)</sup> 또 예컨대 공공부조법이 현재의 구체적 수요를 보호하는 전통적 기능 뿐 아니라 개인을 사회공동체에 편입하는 적극적인 기능을 수행하는 경우 후자의 기능을 위하여 제공되는 급여는 단기 체류하는 외국인에게도 지급되어야 하는 것은 아니다. 이 경우에 내외국민 평등을 실현하기 위해서는 국가간 이에 대한 합의가 필요하다.<sup>19)</sup>

## 2. 외국인의 사회보장법적 지위와 관련된 연결점 결정 및 현행법에 대한 평가

국제사법에서 섭외사안에서 적용법이 경합하는 경우 가장 밀접한 관계에 있는 국가의 법을 준거법으로 정하도록 하고 있다(법 제3조 제1항). 국제사회보장법에서도 외국인의 사회보장법적 지위를 합리적으로 형성하기 위해서는 준

---

이 규정은 외국에서 고용되어 국내에 파견되는 근로자에게는 적용되지 않는다. 이때 파견은 고용의 특성상 혹은 계약관계를 기초로 한시적이어야 한다”. 축소규정에 대해서 자세히는 전광석, 위 각주 1의 책, 263면 이하 참조.

17) 사회보장협약에서는 파견근무의 경우 본국법을 계속 적용하도록 하는 이른바 확대규정(Ausstrahlung)을 일반적으로 두고 있다. 예컨대 한국-캐나다 협정 제5조 제2항; 한미협정 제4조 제2항; 한영협약 제5조 등 참조.

18) 이에 대해서는 위 각주 4 참조.

19) 이에 대해서 자세히는 전광석, 위 각주 1의 책, 453면 이하, 478면 이하 참조.



거법결정의 기준이 되는 연결점을 사회보장 각 영역의 특성을 존중하여 형성하여야 한다. 이는 이미 위에서 언급했듯이 사회보험영역과 그 밖의 영역으로 나누어 볼 수 있다.

### (1) 고용지

사회보험에서는 고용지가 가장 일반적인 연결점이다. 국제노동기구의 협약에서도 사회보험의 영역에서 가입자인 근로자의 경우 모두 고용지를 연결점으로 하도록 하고 있다.<sup>20)</sup> 사회보험은 주로 고용관계를 매개로 이루어지며, 위험공동체를 통하여 위험분산이 이루어진다. 따라서 근로자의 노동 및 소득활동이 귀속되는 보험공동체가 연결점 결정의 기준이 되어야 한다. 고용지는 일반적으로는 실제 개별적인 근로가 수행되는 장소이다. 이는 엄밀하게 말하면 종속고용의 결과 창출된 가치가 귀속되는 장소이며, 일반적으로는 사용자의 소재지가 된다.<sup>21)</sup> 따라서 사회보험법에서는 그 밖의 기준, 예컨대 근로자 혹은 사용자의 국적 혹은 거주지를 연결점으로 삼는다면 이는 사회보험의 체계와 조화될 수 없다. 다른 한편 한 나라의 사회보험이 고용관계 및 그 밖의 경제활동과 관계없이 형성되어 있다면 연결점은 달리 결정될 수 있다. 거주지 주민 모두를 사회보험의 가입대상으로 하고 있는 입법례가 여기에 해당한다. 이 경우 연결점 결정의 기준은 대상자가 해당 국가질서에 편입되어 있는가의 여부이다. 일반적으로는 이 경우에 거주지 및 체류지가 연결점으로 적용될 수 있다. 자영인의 경우 연결점은 개업지이다. 이 곳에서 소득의 일부가 보험료로 납부되어 보험공동체의 재정을 이루고, 사회적 위험이 현실화되는 경우 급여를 통한 보호가 이루어지기 때문이다.

위와 같은 기준에서 보면 우리 사회보험법은 합리적인 연결점을 선택하는데 실패했다고 볼 수 있다. 특히 장기체류하는 외국인 근로자의 경우 원칙적으로 보험가입자격을 인정하여야 한다. 이 점은 특히 외국인의 가입자격에 대해서 전혀 규율을 하지 않고 있는 산업재해보상보험법과 고용보험에서 외국인 근로자를 적극적으로 보호의 대상으로 포섭하는 계기가 되어야 한다.

사회보험에서 일반적으로 지시규범은 사회보험청구권의 성립 및 형성에 대

20) 국제노동기구협약 제157호 제5조 참조. 이밖에 유럽연합명령 1408/71 제13조 참조.

21) 고용지의 개념에 대해서는 전광석, 위 각주 1의 책, 258면 이하 참조.

해서 규율하고 있다.<sup>22)</sup> 따라서 여기서는 사회보험청구권의 성립 및 형성 외에 급여의 지급과 관련된 독자적인 국제사회보장법의 규율이 필요하지 않은가 하는 의문이 제기된다. 그러나 사회보험의 특성, 즉 보험료납부를 통해서 동시에 급여에 대한 기대권이 성립된다는 특성을 감안하면 특별한 규정이 없는 한 보험가입과 관련된 국제사회보장법의 규율은 보험가입 뿐 아니라 보험관계 전반에 적용되는 것으로 보아야 한다.<sup>23)</sup> 즉 급여청구권과 관련된 준거법이 동시에 지시되는 것으로 보아야 한다.

위와 같은 기준에서 보면 가입자인 외국인이 국내에 거주하는 경우에는 청구권은 국적에 관계없이 제한없이 실현되어야 한다. 외국인이 국내에 거주하는 경우 외국인의 연금법적 지위를 제한할 어떠한 정책적 이유도 발견되지 않는다.<sup>24)</sup> 이러한 제한은 평등의 원칙에 반하며, 또 재산권을 침해하는 효과가 있다. 그럼에도 불구하고 국민연금법은 반환일시금지급에 있어서 상호주의를 채택하고 있다. 정책적인 차원에서 이 규정에 대한 입법의도가 이해되지 않는 것은 아니다. 지금까지 우리나라는 주로 근로자 송출국가에 속했고, 이들이 해당 국가에서 사회보험에 의무적으로 가입된 후 보험가입기간에 관한 연금수급조건을 충족시키지 못하고 귀국하는 경우 납부한 보험료를 환수받지 못하는 상황이 자주 발생하였다. 국민연금법상의 상호주의에 관한 규정은 위와 같은 우리나라에 불이익했던 상황을 방지하려는 의도가 있었다고 보여 진다. 그러나 위와 같은 정책적인 의도는 오늘날 상황에서는 더 이상 타당성이 없다.

국민연금법은 외국인인 수급권자가 외국에 거주하는 경우 급여를 외국으로 지급하는가에 대해서는 명시적인 규율을 하지 않고 있다.<sup>25)</sup> 생각건대 이들에

22) 예컨대 독일 사회법전의 입법태도이다. 사회법전 제4책(SGB IV) 제3조 참조.

23) 독일연방사회법원 역시 같은 견해를 밝히고 있다. BSGE 33, 280; 47, 118; 53, 150 등 참조. 사회보험에서는 보험료에 상응하는 급여가 제공되기 때문에 보험료에 관련된 법률관계와 급여관계를 규율하는 법률관계는 동일한 지시규범에 의한 규율대상이어야 한다는 사실은 관습법에 포섭될 수 있다는 견해도 보인다. 이러한 견해로는 예컨대 Ingeborg Wolff/Gottfried Rokita, "Aus- und Einstrahlungstheorie in der sozialgerichtlichen Rechtsprechung", *Entwicklung des Sozialrechts-Aufgabe der Rechtsprechung*, 1984. 709, 729면 이하 등 참조.

24) 연금청구권의 재산권 보호의 가능성 및 내용에 대해서는 전광석, "재산권과 사회보장 청구권", 전광석, 『사회보장법학』, 한림대 출판부, 1993, 122면 이하 참조.

25) 예컨대 공무원연금법에서는 연금수급권자가 외국으로 이민하게 된 때에는 연금 대신 연금액의 4배에 해당하는 액을 일시금으로 받을 수 있다. 공무원연금법 제44조, 제64조 제4항 참조.

게 급여를 중지하거나 제한하는 정당성은 없다. 외국에 거주하는 외국인에 대해서 급여를 제한 혹은 중지하여, 국내에 거주하는 국민 및 외국인에 비해서 차별취급하는 다음과 같은 논리가 있을 수 있다.<sup>26)</sup> 즉 연금법상의 급여가 국내경제활동의 산물이며, 또 연금보험급여는 가입자가 납부한 보험료에 대한 반대급여 일 뿐 아니라 조세를 재원으로 하는 국고가 기여하고 있다는 것이다. 그러나 이와 같은 논리에 대해서는 다음과 같은 반대논리가 가능하다. 외국에 거주하는 외국인의 경우에도 국내에서 소득활동을 한 결과인 소득의 일부를 보험료로 납부한 것이고 따라서 국내경제질서에 편입되었던 사실을 부인할 수 없다. 더구나 위와 같은 논리는 연금보험의 재정이 부과방식이 아닌 적립방식에 의하여 운영되는 경우에는 연금의 재원은 가입자 자신이 납부한 보험료이기 때문에 더욱 타당성이 없다. 그만큼 헌법상 재산권 보호의 요청에 반하는 정도가 크다는 것이다. 또 위와 같은 논리와 입법은 국내연금보험법의 효력을 국제적으로 보장하는 국제연금보험법의 과제에 정면으로 반한다.

외국에 거주하는 외국인에 대해서 급여지급을 중지하는 것은 아니지만 급여수준을 하향조정하는 입법이 정당인가 하는 문제가 제기된다.<sup>27)</sup> 연금은 가입자에게 사회적 위험이 발생하기 전 생활수준을 보장하기 위한 입법목적을 갖고, 이때 고려되는 기준은 국내 생활비용이기 때문에 외국인이 외국에 거주하는 경우 외국의 생활관계를 기준으로 연금수준이 조정되어야 하며, 따라서 연금수준의 하향조정이 정당성을 갖는다는 논거가 있다.<sup>28)</sup> 그러나 이러한 논리 역시 받아들일 수 없다. 우선 평등의 원칙을 기준으로 판단하면 위와 같은 논리가 일관하게 적용되기 위해서는 외국에 거주하는 국민에게 지급되는 연금

26) 실제 외국에 거주하는 외국인인 수급권자의 급여를 제한하는 것이 가능하다는 입장을 취하고 있는 독일연방헌법재판소는 위와 같은 논거에 기초하고 있다. BVerfGE 51, 1(27) 참조.

27) 예컨대 독일의 연금보험법에 따르면 외국에 거주하는 외국인은 이중으로 불이익을 받는다. 먼저 외국에 거주하는 외국인에 대해서는 연금산정의 요소 중 보험료를 납부하지 않고 보험가입기간으로 인정되는 기간(beitragsfreie Zeiten)은 제외되고 연금이 산정된다. 다음, 이들에게는 정상적인 연금수준의 70%에 해당하는 액이 연금으로 지급된다(SGB VI 제113조 제3항 및 제114조 제1항 참조). 이에 대한 비판에 대해서는 Eberhard Eichenhofer, *Internationales Sozialrecht*, C.H.Beck, 1994, 173면 이하 등 참조.

28) 외국에 거주하는 외국인에 대해서 연금지급을 정지시켰던 독일의 개정 전 연금보험법 규정에 대해서 독일의 연방헌법재판소는 위헌결정을 하였다. 그러나 연방헌법재판소에 따르면 적절한 수준의 보험료반환일시금을 지급하는 경우 이는 헌법에 합치한다고 하면서 위와 같은 논거를 제시하였다. BVerfGE 51, 1(27f.). 그러나 본문에서 보듯이 이와 같은 논리가 정당성을 갖는다고 볼 수는 없다.

역시 하향조정되어야 한다. 그런데 이는 정당성을 가질 수 없으며, 따라서 외국에 거주하는 외국인의 연금을 하향조정할 수는 없다는 것이다.

위와 같은 원칙을 존중하면서, 그러나 외국에 거주하는 외국인인 수급권자가 사실상 급여를 수령할 수 없으며, 그 결과 외국에 거주하는 외국인이 불가피하게 급여가 제한되는 경우가 있다. 국내 고용보험 운영기관에 노동력의 처분가능성이 존재하여야 하는 고용보험법상의 급여가 외국에 거주하는 자에게는 제한되는 경우,<sup>29)</sup> 그리고 외국의 의료기관을 국내법질서에 포섭하는 것이 불가능하기 때문에 외국에서 가입자에게 현물급여를 하는 데에 한계가 있는 건강보험의 경우가 대표적인 예이다.<sup>30)</sup>

## (2) 거주지 및 체류지

사회보험법과는 달리 현재 개인에게 발생한 구체적인 수요를 보호하는 사회보장제도, 즉 공공부조법 및 사회복지관계법에서는 연결점은 거주지 혹은 체류지이어야 한다. 즉 국적이 연결점이어서는 안된다. 여기에는 다음과 같은 헌법적인 논거와 공공부조법 및 사회복지관계법의 법적 특징에서 찾아지는 논거가 있다.

첫째, 헌법적인 논거이다. 오늘날 공공부조급여가 더 이상 공동체이익을 위한 객관적인 정책의 산물은 아니다. 즉 공공부조는 개인의 존엄에 상응하여 보호하고, 이를 기초로 개인이 인격을 자유롭게 실현하는 기회를 보호하는 목적을 갖는다. 그리고 이는 국가의 헌법적 과제이다(제34조).<sup>31)</sup> 이러한 국가의 과제는 일차적으로 대한민국에 거주하는 자국민에 적용된다. 그러나 대한민국의 공권력이 효력을 미치는 한 외국인이 여기에서 당연히 제외되는 것은 아니다. 적어도 공공부조급여의 내용을 이루는 최저생활을 보장하기 위한 급여는 인간의 존엄을 실현하기 위한 최소한의 조건이기 때문에 이에 대한 기본권의 주체에 외국인도 포함되어야 한다. 둘째, 공공부조법 및 사회복지관계법의 특성에 기초한 사회정책적 논거이다. 이미 앞에서 설명했듯이 공공부조는 현재의 구체적인 수요를 보호하여 인격을 자유롭게 발현하기 위한 기초를 보장하는 목적을 가지고 있다. 따라서 보호의 필요성이 있는 현재의 구체적인

29) 이에 대해서 자세히는 전광석, 위 각주 1의 책, 391면 이하 참조.

30) 이 점에 대해서는 전광석, 위 각주 1의 책, 307면 이하 참조.

31) 이에 대해서 자세히는 전광석, “인간다운 생활을 할 권리의 사회정책적 실현구조”, 전광석, 『사회보장법학』, 한림대 출판부, 1993, 88면 이하 참조.

수요가 있다면 국적은 원칙적으로 중요한 연결점이 될 수 없다. 다만 공공부조법 및 사회복지관계법에서 국적이 “원칙적으로” 연결점이 될 수 없다는 것일 뿐 외국인에 대해서 자국민과 평등하게 취급하여야 하는 것은 아니다. 체류기간을 기준으로 보면 대한민국에 상시 거주하는 경우와 한시적으로 체류하는 경우가 있다. 또 체류자격과 관련해서 보면 자격이 있는 체류와 자격없이 사실상 체류하는 경우가 있다. 또 이미 입국해 있는 자에게 보호의 필요성이 발생한 경우와 극단적으로는 공공부조급여를 수급하기 위해서 입국하는 경우도 있을 수 있다.

먼저 장기적으로 거주하는 자와 단기적으로 체류하는 자, 예컨대 극단적으로는 여행 중인 경우는 공공부조법적 보호와 관련하여 근본적인 차이가 있다고 볼 수 없다. 이들 모두 공공부조법이 보호하는 현재의 구체적인 수요를 가지고 있기 때문이다. 다만 특히 단기 체류하는 자에게 지급되는 급여의 종류를 제한적으로 형성하는 것은 가능하다. 오늘날 공공부조는 개인의 현재의 구체적인 수요를 보호하는 과제 이외에 점차 개인을 사회경제적, 그리고 심리적으로 해당 사회에 통합시켜 정상적인 생활을 영위할 수 있도록 과제를 확대하고 있다. 우리 국민기초생활보장법에서는 교육급여와 자활급여가 이러한 과제에 기여하는 급여의 종류이다(법 제7조 제1항 제4호, 제7호). 그런데 단기간 체류한 후 본국으로의 귀국이 예정되어 있는 자에게는 이러한 종류의 급여가 제공되어야 할 필연성은 없을 것이기 때문이다. 다만 이때 자활급여와 교육급여 간에는 다시 어느 정도 차이가 있다는 점이 간과되어서는 안된다. 교육급여의 대상은 아동이고, 아동의 교육기회를 중단시키는 것은 아동 개인의 성장에 중요한 영향을 미친다. 그렇기 때문에 자활급여에 있어서 보다는 교육보호의 영역에서 좀더 적극적인 입법이 필요하다. 단기간 체류하는 외국인의 경우 해당 외국인에게 급여가 제한되는 것은 국적 자체를 기준으로 한 차별이라고 볼 수는 없다. 국적 자체가 중요한 것이 아니고, 해당 외국인의 체류법적 지위와 급여의 성격이 중요한 판단기준이 되어야 한다는 것이다.<sup>32)</sup> 외국인이 단기간 체류할 수 있는 자격만을 가지고 있고, 급여의 성격이 장기적인 사회통합의 과제를 가지고 있는 경우 이 급여를 제한하는 것은 가능하다는 것이다. 그러나 예컨대 생계급여 및 의료급여 등은 필수적으로 지급되어야 할 것이다. 공공부조법 및 사회복지관계법의 적용에 있어서 내외국민 평등은 해당

32) 이 점에 대해서는 예컨대 Rolf Schuler, 위 각주 2의 책, 764면 이하 등 참조.

외국과의 국제협약을 통하여 비로소 실현된다.<sup>33)</sup>

단기간 체류하는 외국인에 비해 국내에 장기 거주하는 외국인에 대해서는 국적을 이유로 한 공공부조법 영역에서의 차별은 정당성을 갖지 못한다. 외국인에 대한 공공부조급여를 부정하는 입법이 있는 경우 이는 대부분 재정적인 논거에 기초하고 있다.<sup>34)</sup> 그러나 재정적으로 보더라도 장기적으로 체류하는 외국인들은 자국민과 마찬가지로 조세를 납부하여 국가재정에 기여하였다고 볼 수 있다. 그렇기 때문에 이들이 조세를 재원으로 운영되는 공공부조법에서 차별을 받아서는 안된다.<sup>35)</sup> 또 외국인의 국내체류가 장기간 지속될수록 그들이 국내의 사회경제적 공동체에 이미 편입되어 있다고 평가할 수 있다. 이러한 이유에서도 공공부조급여에 있어서 외국인을 자국민과 차별하는 것은 정당성이 없다. 물론 이때 구체적으로 어느 정도 장기간 체류한 경우 외국인을 내국인과 평등하게 취급할 것인가는 정책적 판단의 대상이다. 예컨대 1953년 제정된 유럽공공부조협약(European Convention on Social and Medical Assistance)은 외국인이 5년 혹은 10년 이상 거주한 경우 공공부조급여를 받는다는 이유로 퇴거명령을 할 수 없도록 하고 있다. 이 점을 감안하면 이 기간 외국인에 국내에 거주한 경우 내국인과 평등취급을 하는 것도 한 방법일 수 있다.<sup>36)</sup> 물론 이러한 기간에 관한 국내법적 규정은 국제협약이 체결된 경우 이에 근거하여 단축될 수 있으며, 국가간에 동질성이 강하면 강할수록 이 기간은 단축될 것이다.

### 3. 상호주의에 대하여

각국이 사회보장에 관한 외국과의 관계에서 오랜 동안 채택하여 왔고, 또 현재도 채택하고 있는 원칙으로 상호주의를 들 수 있다.<sup>37)</sup> 이에 따르면 외국

33) 이에 관한 각종 국제협약의 내용에 대해서는 전광석, 위 각주 1의 책, 478면 이하 참조. 그러나 국제협약에서도 장기적인 사회통합을 위한 급여에 대해서는 이를 협약의 적용 대상에서 제외하는 경우도 있다. 예컨대 독일은 유럽공공부조협약을 비준하면서 이러한 조치를 취한 바 있다. 이 경우 해당 급여에 대한 지급 여부는 재량결정의 대상이 된다.

34) 예컨대 독일의 연방행정법원은 재정적인 이유를 가장 중요한 논거로서 들고 있다. 이에 대해서는 예컨대 *BVerwGE* 66, 29ff. 참조.

35) 물론 이는 법적 의미가 있는 논리는 아니다. 왜냐하면 조세는 반대급부를 예정하지 않은 공과금의 성격을 가지고 있기 때문이다.

36) 유럽 공공부조협약 제7조 a) i) 참조.

37) 설립 당시부터 사회보장 국제협력을 위한 다양한 협약을 채택하여 왔던 국제노동기구

의 법률이 자국민에 대해서 사회보장의 접근가능성 및 급여지급의 가능성 등을 인정하는 한 해당 외국의 국민에 대해서 자국법에 의한 보호를 행한다. 이러한 상호주의가 과연 준거법 결정의 기준으로 여전히 타당성을 갖는지에 대해서는 검토가 필요하다.

각국이 상호주의를 채택하여 온 데에는 다음과 같은 이유가 있다.<sup>38)</sup> 첫째, 외국인 노동자는 고용지의 경제질서에 부분적으로 편입되어 있을 뿐이며, 따라서 고용지의 법이 외국인 근로자에게 적용될 수는 없다. 둘째, 외국인이 고용지의 국가재정에 자국민과 동등한 기여를 하는 것은 아니다. 따라서 상호주의를 채택하여 외국인을 사회보장의 보호대상에서 제외하고 이로써 재정손실을 방지하려는 발상이다. 셋째, 상호주의를 채택하여 다른 외국으로 하여금 자국민의 보호를 위한 조치를 취하도록 외교적 압력을 가하고, 궁극적으로는 사회보장청구권의 보호를 위한 국제협약의 체결을 유도하자는 것이다.

그러나 위와 같은 상호주의는 사회정책적인, 그리고 헌법적인 타당성이 있다고 보여지지 않는다.<sup>39)</sup> 먼저, 상호주의는 사회보험급여의 실현에 적용될 경우 위에서 이미 언급한 바와 같은 이유에서 헌법상의 재산권과 조화될 수 없다. 상호주의가 외국에 대해서 사회보장분야에서의 국제협약의 체결을 유도하는 기능을 수행한다는 점도 타당성이 없다. 첫째, 무엇보다도 이와 같은 정책적인 고려를 통해서 압력을 받아야 하는 객체는 국가 자체이다. 그러나 이러한 압력의 결과 실제로는 사회보장청구권을 취득한 개인이 희생된다. 이는 개인이 그 자체 목적이어야 하며 다른 목적을 달성하기 위한 수단으로 전락해서는 안된다는 의미에서 헌법상의 인간의 존엄과 조화될 수 없다. 둘째, 상호주의는 사회정책적인 이유에서도 타당성이 없다. 상호주의는 당사국이 유사한 사회보장수준을 가지고 있으며, 따라서 문제가 되는 사회보장제도를 공유하고 있다는 사실을 전제로 하여 실현가능하다. 만약 해당 외국에서 사회보장제도가 발달하지 않고 있으며, 따라서 상호주의가 적용되는 제도를 가지고 있지 않다면 해당 국가의 국민이 외국에서 사회보장제도를 통하여 보호받는 것이

역시 1962년 협약 제118호(Convention concerning Equality of Treatment of Nationals and Non-nationals in Social Security, 1962)에 이르기까지 상호주의를 포기하지 않아 왔다.

38) 이에 대해서 자세히는 예컨대 Horst Dieter Gobbels, *Gestaltungsgrundsätze des zwischenstaatlichen und überstaatlichen Sozialversicherungsrechts*, Carl Heymann Verlag, 1980, 22면 이하 등 참조.

39) 이에 대해서 자세히는 전광석, 위 각주 1의 책, 279면 이하, 417면 이하 등 참조.

원천적으로 불가능하기 때문이다. 이 밖에 상호주의를 적용함에 있어서 양국의 제도가 어느 정도 동일성을 가져야 하는지, 그리고 어느 정도 동일한 수준의 보호를 예정하고 있어야 하는지의 문제에 대해서 상호주의가 명확한 내용을 제시하는 것은 아니다. 실제 상호주의의 적용 여부는 구체적인 상황에서는 법원의 최종적인 판단에 유보되어 있다는 어려움도 있다.<sup>40)</sup> 마지막으로 상호주의는 일반적으로 국제법적 보호의 대상에 포섭되는 무국적자의 보호를 위해서 무용하다는 한계가 있다.

## V. 향후 입법적 과제

오늘날 개인은 소득활동기간에는 임금 혹은 소득을, 그리고 노령 등 사회적 위험이 현재화한 경우에는 공적 사회보장재의 의존가능성이 점차 증가하고 있다. 이러한 상황에서 노동력의 국제적 이동이 거스를 수 없는 경향이라면 여기에는 사회보장법적 불이익이 따르지 않도록 해야 할 입법적 의무가 있다. 지금까지 우리의 입법자는 이러한 문제의식을 체계적으로 인식했다고 볼 수 없으며, 따라서 체계적인 입법이 이루어질 수 없었다. 이에 관한 산발적인 입법들은 일반정책적 고려에서 탄생한 것이며, 따라서 사회보장법적 합리성을 갖지 못하는 것이었다. 이제 입법자는 사회보장법 개별 분야의 특성을 체계적으로 인식하고 국제관계에서 해당 사안에 가장 밀접한 기준을 추출하여 국제 사회보장법을 형성하여야 할 과제가 있다. 이를 위해서 국제법적으로 제시된 이에 관한 기준을 검토하는 작업이 선행되어야 할 것이다.

---

40) 상호주의적용에 따르는 문제점에 대해서는 전광석, 위 각주 1의 책, 417면 이하 참조.



## Foreigners on Long Stay and Social Security System

Cheon, Kwang-Seok\*

Migration of labor force has become a common trend today. It then logically follows that the migrating labor force should not be disadvantaged in terms of Social Security Laws. This, on one hand, is a matter of International Social Security Law that should be considered within a domestic legislation, and on the other hand, is a matter of International Standards on Social Security.

This article attempts to scrutinize the status of a foreigner within the current Social Security Law in light of the National Medical Insurance, National Pension System, and Compensation for Industrial Injuries. Further, this article proposes some important criteria that should be considered when formulating a foreigner status within the Social Security Law.

When it comes to social insurance, the place of employment should be the linkage point for a laborer, and the place of residence or stay for the others who are subjects to the social insurance. This article also attempts to scrutinize the appropriateness in terms of the policy and legal theory of the reciprocity, which is the basis for determining the linkage point.

Last but not least, this paper concludes by offering a comprehensive legislative task that should be dealt in the future.

---

\* Professor, College of Law, Yonsei Univ.