



이주 외국인의 인권¹⁾

김종철

I. 들어가며

한국의 인권 보장의 역사는 인권보장을 받았던 '우리'의 외연이 확대되고, '타인'이었던 부류가 '우리'로 포섭되는 과정과 그 궤적을 같이 하였다고 할 수 있다²⁾. 그런데 '타인'이 '우리'로 환원 가능하기 때문에 그들의 인권을 보장한다는 이러한 접근 방식은 주한 외국인이 100만 명³⁾을 넘어가는 오늘날 그 한계가 여실히 드러나고 있는데, 그 이유는 유엔 인종차별철폐위원회의 권고에서 나타난 바와 같이 한국사회에서 '우리'의 정체성을 구성하는 가장 뿌리 깊은 요소가 허구적인 '혈통주의 내지 단일민족의식'이어서⁴⁾ 외국인은 '우리'가 되기 가장 힘든 부류이기 때문이다⁵⁾.

필자는 아래에서 우리 사회의 대표적인 '타인'인 이주 외국인의 인권을 이야기하려고 하는데, 우선 이주 외국인 일반의 인권을 살펴본 후에 (강제로 이주되었다는 점에서) 특별한 이주 외국인인 난민

1) 2008년 대한변호사협회에 제출한 인권보고서
 2) 김종철, '국제인권협약의 이행에 있어서 한국의 경험', Workshop on the Relationship between the Korean Nationality law and the International Instruments regarding statelessness, 2008, UNHCR, International Law Association.
 3) 2008년 11월 현재 한국에 체류하는 외국인은 1,146,527명으로서 지난해 같은 기간 보다 9.6% 증가 하였고, 이 가운데 결혼이민자는 122,025명으로 지난해 같은 기간 보다 11.4% 증가 하였다. 고용허가제를 통해서 들어온 외국인 노동자들은 169,582명이 있으며, 미등록 외국인들은 206,521명이 있다.
 4) "민족적 단일성을 강조하는 것은 대한민국 영토에 거주하는 타 민족적 및 국가적 집단 간의 이해, 관용, 우의를 증진하는데 저해가 될 수 있다"(유엔 인종차별철폐위원회의 대한민국에 대한 우려사항 및 권고)
 5) 이러한 접근 방식은 외국인과 관련된 여러 입법 태도를 보면 분명히 드러난다. "위법한 행정처분 또는 사인에 의한 시설에의 수용으로 인하여 부당하게 인신의 자유를 제한 당하고 있는 개인의 구제절차를 마련"하기 위한 목적으로 2008년 시행된 '인신보호법'은 출입국관리법에 의해 보호된 외국인의 경우에는 적용되지 않도록 하고 있으며(같은 법 제2조 제1항), 행정의 공정성·투명성 및 신뢰성을 확보하여 권익을 보호하기 위한 목적으로 제정된 '행정절차법' 역시 외국인의 출입국관리 절차에는 적용하지 않도록 되어 있다(같은 법 제3조 제9호). "생활이 어려운 자에게 필요한 급여를 행하여 이들의 최저생활을 보장하고 자활을 조성하는 것을 목적"으로 하는 '국민기초생활보장법'은 "국내에 체류하고 있는 외국인 중 대한민국 국민과 혼인하여 대한민국 국적의 미성년 자녀를 양육하고 있는 사람으로서 대통령이 정하는 사람"만이 원칙적으로 기초생활보장수급권자가 되도록 규정하고 있으며(같은 법 제5조의2), 2008년에 제정된 '다문화가족지원법'에서는 다문화가족을 결혼이민자와 한국국적을 가진 자로 이루어진 가족이나 귀화한 자와 한국국적을 가진 자로 이루어진 가족으로 한정하여 외국 국적을 가진 자로 이루어진 가족은 다문화가족에서 배제하고 있다(다문화가족지원법 제2조 제1호). 또한 '재한외국인차우기본법'은 재한외국인을 "대한민국의 국적을 가지지 아니한 자로서 대한민국에 거주할 목적을 가지고 합법적으로 체류하고 있는 자"로 한정적으로 정의를 내리고 있다.

이 문서는 라브리 웹사이트에서 내려받은 것으로, 개인 및 그룹 공부를 위해서만 인쇄, 복사, 배포 등이 허가되었습니다. 그 밖의 용도로 사용하려면 별도의 허가를 받으시기 바랍니다. 내용은 라브리의 공식 입장과 일치하지 않을 수 있습니다. This document was downloaded from L'Abri Korea. Printing and distribution are permitted only for study purposes. For all other uses, please obtain permission from L'Abri. L'Abri does not endorse the contents of this document.

의 인권을 논의할 것이다. 이주 외국인 일반의 인권에 대해서는 외국인의 기본권 주체성에 대해서 살펴본 후에, 미등록 외국인에 대한 강제 단속 강화와 신체의 자유, 외국인 아동의 교육권, 외국인 자녀의 국적에 관한 권리, 외국인 노동자의 노동 3권, 이주 외국인의 정치적 활동의 자유, 외국인에 대한 보호(구금)제도와 신체의 자유, 외국인에 대한 사회 보장권, 고용허가제와 직업선택의 자유 등의 테마를 다룰 것이다. 난민의 인권과 관련해서는 난민의 권리의 내용·법적성격·근거, 일할 수 있는 권리, 최소한의 인간다운 생활을 할 권리, 사회보장에 관한 권리, 교육을 받을 권리, 강제추방을 당하지 않을 권리, 가족결합 내지 가족생활을 보호받을 권리, 법적인 신분과 증명서에 관한 권리 등의 테마를 다룰 것이다.

II. 이주 외국인의 인권

1. 이주 외국인의 기본권 주체성

이주 외국인의 인권을 논하기 앞서 헌법은 문언적으로 볼 때 기본권의 주체를 ‘국민’이라고 규정하고 있어 이주 외국인이 기본권의 주체가 될 수 있는지 여부가 문제가 된다. 과연 우리는 외국인 노동자와 난민의 인권이 문제가 되는 위와 같은 영역에서 그들의 기본권이 침해되었다고 말할 수 있는가?

헌법재판소는 헌법의 기본권 조항을 해석하면서 기본권을 국민의 권리와 인간의 권리로 나누고 인간의 권리는 외국인도 주체가 될 수 있다고 판시하면서, 위와 같은 인간의 권리로는 ‘인간의 존엄과 가치’, ‘행복추구권’, ‘(참정권 등에 대한 성질상 제한 및 상호주의에 따른 제한이 고려된)평등권’을 언급하고 있다⁶⁾. 또한 직업선택의 자유 역시 외국인이 주체가 될 수 있는 권리라는 점을 간접적으로 밝히고 있다⁷⁾.

또한 사회권적 기본권은 국민의 권리로서 국민에 대해서만 인정되나, 일정한 권리 내에는 사회권적 기본권적인 성격과 아울러 자유권적 기본권의 성격을 가지고 있다고 하면서, 근로의 권리의 경우 ‘일할 자리에 관한 권리(고용증진을 위한 사회적·경제적 정책을 요구할 수 있는 권리)’는 사회권적 기본권이지만 ‘일할 환경에 관한 권리(자본주의 경제 질서 하에서 근로자가 기본적인 생활수단을 확보하고 인간의 존엄성을 보장받기 위하여 최소한의 근로조건을 요구할 수 있는 권리로서 건전한 작업환경, 일에 대한 정당한 보수, 합리적인 근로조건에 관한 권리)’는 자유권적 기본권이므로 외국인도 주체가 될 수 있다고 하고 있다.

따라서 기본적으로 헌법재판소는 여전히 자유권적 기본권은 인간의 권리, 사회권적 기본권은 국민의 권리라는 이분법을 유지하고 있지만, 인간의 존엄과 가치를 매개로 하여 전통적으로 사회권적 기본권이라고 이해되는 권리의 내용 중 일부를 자유권적 기본권의 성질을 갖고 있다고 하여 인간의 권

6) 헌법재판소 1994. 12. 29. 선고 93헌마120 결정, 헌법재판소 2001. 11. 29. 99헌마494 결정.

7) 헌법재판소 2004헌마670

리로 치환하고 있으므로 사회권적 기본권의 경우에도 외국인이 기본권 주체성을 인정받을 여지가 있다고 할 것이다⁸⁾.

그런데 헌법 제6조에 의해 국내법적 효력을 갖는 시민적·정치적 권리에 관한 국제 규약(이하 '자유권 규약'이라고 한다)의 경우 자유권규약 위원회는 자유권규약에 따른 외국인의 지위에 관한 일반논평 제15호에서 "(참정권을 제외하고는) 일반적으로 규약상 권리는 국적이나 무국적, 상호주의와 무관하게 모든 사람에게 적용된다."고 하여 외국인에 대해서까지도 위 규약이 적용된다는 점을 밝히고 있으며⁹⁾, 사회적·경제적·문화적 권리에 관한 국제 규약(이하 '사회권 규약'이라고 한다)의 경우는 제2조에서 '가용한 자원이 허용하는', '점진적으로', '공공복리증진의 목적으로...제한 할 수 있음'이라는 단서를 두고 있기는 하지만 권리의 주체를 '모든 사람'이라고 하고 있으며¹⁰⁾, 사회권규약 위원회는 일반논평 제3호에서 일정한 권리(제3조 남녀평등, 제7조 (a)(i) 공정한 임금과 동일가치 노동에 대한 남녀동등보수 지급의무, 제8조 노조 결성권, 노조활동의 자유, 파업권보장, 제10조 제3항 아동과 연소자의 보호의무, 아동의 노동제한 연령 설정)는 그 성격상 ('점진적으로'가 아닌) 즉각적인 적용 대상이라고 하고 있다¹¹⁾.

따라서 사회권적 기본권의 경우에는 사회권 규약의 규정 태도처럼 일단 모든 사람이 그 기본권의 주체라고 본 후에 이에 대해 일정한 요건을 갖춘 경우 제한을 할 수 있다고 보는 것이 타당할 것이나, 그렇지 않더라도 최소한 헌법재판소의 태도와 같이 사회권적 기본권은 국민만이 그 주체가 되나 인간의 존엄과 가치와 직접적으로 결부된 권리는 형식적으로 사회권적 기본권으로 분류되는 권리라고 하더라도 자유권적 기본권으로 보고 이주 외국인의 권리 주체성을 인정해야 한다.

그렇다면 이주 외국인의 인권 침해가 문제되는 영역은 어떤 것이 있는가?

2. 이주 외국인의 사회보장권

2008년 10월 20일 논현동 고시원 방화 및 살인 사건으로 위 고시원에 거주하던 10여명이 사상을 입었는데, 사상을 입은 자 가운데 중국 동포들은 범죄피해자구조를 받지 못하였다. 사회보장제도 중 사회보상의 일부라고 할 수 있는 범죄피해자구조법 제10조는 "이 법은 외국인이 피해자이거나 유족인 경우에는 상호의 보증이 있는 경우에 한하여 적용한다"라고 하여 상호주의를 취하고 있는데, 중국의 경우 한국 국민에게 범죄피해구조를 인정하는 보증이 없기 때문이다.

그런데 헌법과 개별 사회보장법(사해보험법, 공공부조법, 사회복지법)을 매개하는 역할을 담당하는

8) 헌법재판소 2007. 8. 30. 선고 2004헌마670 전원재판부 결정

9) 자유권규약 위원회 일반논평 제15호, 1항.

10) 제2조 제3호가 "개발도상국은 인권과 국가 경제를 충분히 고려하여 이 규약에서 인정된 경제적 권리를 어느 정도까지 자국의 국민이 아닌 자에게 보장할 것인가를 결정할 수 있다"고 규정하고 있으나, 충분히 고려해야 하는 요소에는 국가 경제 이외에 '인권'을 포함 시키고 있으며, 무엇보다도 '개발도상국'에 한정하고 있다(황필규, 이주노동자의 인권, 우리법 연구회 발표문(2008. 1. 12.), 8면).

11) 사회권 규약 위원회 일반논평 제3호 5항, 10항.

사회보장기본법 제8조("국내에 거주하는 외국인에 대한 사회보장제도의 적용은 상호주의의 원칙에 의하되, 관계법령이 정하는 바에 따른다")에서 알 수 있는 바와 같이 이러한 상호주의는 범죄피해자 구조 제도 뿐 아니라 사회보장제도 일반에 원칙적으로 적용된다.

하지만 이러한 상호주의는 정당화 될 수 있는가? 이렇게 상호주의를 채택하는 이유 중에 하나는 외국으로 하여금 대한민국 국민을 보호하도록 압박하는 것이다. 그러나 이러한 압박을 통해 실제로 희생되는 것은 외국이 아니라 우리나라에 있는 외국인이다. 따라서 사회 보장권에 관한 상호주의(예를 들어 국민연금법 제126조 제1항 단서¹²⁾¹³⁾는 "인간은 그 자체가 목적이어야 하며 다른 목적을 이루기 위한 수단으로 전락해서는 안 된다"는 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치, 제11조 평등권, 제34조 인간다운 생활을 할 권리와 조화될 수 없다고 할 것이다.

그렇기 때문에 앞의 범죄피해자구조제도와 관련하여 유럽재판소는 범죄피해자구조제도에 있어 상호주의를 취한 프랑스의 관련 법률이 국적에 따른 차별이라는 판결을 내린 바 있고, 이 판결의 영향을 받아 독일의 범죄피해자보상법은 1993년 독일에 거주하는 외국인에게 상호주의를 적용하지 않도록 개정된 바 있다¹⁴⁾.

또한 헌법 제34조 제1항의 최소한의 인간다운 생활을 할 권리(기본적인 의식주에 대한 권리 및 1차 진료기관에 접근할 수 있는 권리)는 인간의 존엄과 직결된다는 면에서 외국인도 그 주체성이 인정되어야 하는데¹⁵⁾, 국민기초생활보장법 제5조의 2에서 기본적으로 "국내에 체류하고 있는 외국인 중 대한민국 국민과 혼인하여 대한민국 국적의 미성년 자녀를 양육하고 있는 사람"만을 수급권자로 하고 있고, 의료급여법 역시 수급권자를 기본적으로 국민기초생활보장법이 정한 수급권자로 하고 있어 F-5비자를 가지고 영주하는 외국인들까지 위 요건을 갖추지 못하면 기초생활보장법상의 수급권자가 될 수 없도록 한 것은 최소한의 인간다운 생활을 할 권리에 반할 여지가 많다고 할 것이다.

산업재해보상보험제도는 원칙적으로 외국인의 체류자격과 관계없이 노동자를 사용하는 모든 사업장에 적용되므로 미등록이주 외국인에도 수급자격이 인정이 되는데, 산업재해보상보험법상 요양급여 요건인 '업무상의 사유로 부상을 당하거나 질병을 당했을 것'과 관련하여 2008년 선고된 대법원 2008두12344 판결에서는 "(이주 외국인의)피신행위는 불법체류자로 단속될 경우 입게 될 불이익을 회피하기 위한 개인적 행위에 해당하기도 하지만 내국인 근로자를 고용하지 못해 어쩔 수 없이 불법 체류자를 고용한 H전자를 위한 행위이기도 하다"면서 "사업주가 관리부장을 통해 도주지시를 내렸고 피신회사에서 재해를 입었으며, 단속을 하지 않았더라면 계속 업무수행 중에 있었을 것"이라고 하면서 회사에서 출입국관리사무소 직원들의 단속을 피하다가 다친 경우 업무상 재해에 해당한다고 보았

12) "다만, 이 법에 따른 국민연금에 상응하는 연금에 관하여 그 외국인의 본국 법이 대한민국 국민에게 적용되지 아니하면 그러하지 아니하다"

13) 국가배상법 역시 제7조에서 상호주의를 규정하고 있다.

14) 전광석, 한국사회보장법론, 법문사, 제423면.

15) 사회권 규약 위원회는 일반논평 제14호 para 34에서 "당사국은 비호신청자나 불법이민자를 포함한 모든 사람이 예방, 치료 및 고통완화를 위한 보건 서비스에 대한 동등한 접근성을 갖는 것을 거부하거나 제한하지 않고, 차별적 행위를 국가 시책으로 실시하는 일이 없도록 함으로써 보건권을 존중할 의무가 있다"라고 하고 있다.

다.

3. 이주 외국인의 정치활동의 자유

출입국관리법 제17조 제2항은 “대한민국에 체류하는 외국인은 이 법 또는 다른 법률이 정하는 경우를 제외하고는 정치활동을 하여서는 아니된다.”고 규정하고 이를 어길 경우에는 강제퇴거 시킬 수 있도록 하고 있다(동법 시행령 제22조).

따라서 위 ‘정치활동’의 의미가 선거권과 피선거권 등의 참정권이라면 별도의 논의가 필요하겠지만, 만일 위 ‘정치활동’에 정치적인 표현의 자유까지 포함된다면¹⁶⁾, 이는 자유권 규약 제19조 표현의 자유, 인종차별철폐협약 제5조 표현의 자유 등과 양립할 수 없으며, 헌법 제21조 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유, 제11조 평등권 위반이라고 할 것이다¹⁷⁾.

4. 고용허가제와 직업선택의 자유

‘외국인근로자의 고용 등에 관한 법률’은 고용허가제를 통해 입국한 외국인 노동자의 경우 원칙적으로 사업장 변경을 할 수 없고, 일정한 사유에 해당하는 경우에만 변경할 수 있으나 그것도 총 3회의 변경을 할 수 있을 뿐이고 위 3회의 변경이 모두 사업주의 귀책사유에 의한 경우에만 추가적으로 1회 더 변경을 할 수 있도록 하고 있다. 그러나 이러한 사업장 변경 제한은 헌법재판소가 외국인에게도 그 주체성을 인정하는 헌법 제11조 평등권, 제10조 행복추구권 중 일반적 행동자유권의 일환인 계약자유 원칙, 제15조 직업선택의 자유 가운데 직장선택의 자유에 대한 제한이라고 할 수 있다. 물론 이러한 권리들은 헌법 제37조에 의해 제한이 가능하나 제한하는 경우에도 그 제한의 목적이 정당해야 하고, 그 목적을 이루기 위한 수단이 필요하고 상당(침해를 최소화)해야 한다. 따라서 고용허가제의 사업장 변경 금지의 목적이 ‘내국인에 대한 취업 기회 부여’라고 한다면 그 목적은 정당하다고 할 것이나 ‘저임금의 외국 노동인력 사용’이라면 그러한 목적은 정당하다고 보기 힘들고, 그 목적이 ‘내국인에 대한 취업 기회 부여’라고 하더라도 외국인 근로자에게 귀책사유가 없는 경우임에도 불구하고 3회(모두 사업주의 귀책사유에 의한 경우에는 4회)라는 횟수 제한을 넘어가면 사업장 변경을 할 수 없도록 한 것은 그 목적을 달성하기 위한 상당한(침해를 최소화 하는) 수단이라고 볼 수 없어 위에서 열거한 헌법상의 기본권 침해라고 할 것이다¹⁸⁾.

고용허가제 시행 4주년을 맞이하여 외노협 등이 2008년 11~12월 서울 및 수도권 지역 이주노동자 337명을 대상으로 ‘고용허가제 실태조사’를 수행한 결과에 따르면 이주노동자들은 하루 평균 10.96시

16) “종래 정치적 기본권으로는 헌법 제24조(공무원선거권)와 제25조(공무담임권) 및 그 밖에 제72조(국민투표권)가 규정하는 이른바 ‘참정권’만을 의미하는 것으로 보았다. 그러나 오늘날 정치적 기본권은 국민이 정치적 의사를 자유롭게 표현하고, 국가의 정치적 의사형성에 참여하는 정치적 활동을 총칭하는 것으로 넓게 인식되고 있다...” 헌법재판소 2004. 3. 25. 선고 2001헌마710 결정.

17) 황필규, 앞의 글 제5면.

18) 그 외에도 근무처 변경 허가기간을 2개월로 제한하여 그 기간 동안 근무처를 변경할 수 없는 경우에는 출국을 할 수 밖에 없는데, 최근 경제가 어려워짐에 따라 2개월 내에 근무처를 변경하는 것이 더욱 힘들어졌다.

간을 일하고 월 평균 109만원을 급여로 받고 있는 것으로 나타났다(이를 시급으로 나누어 보면, 최저 임금 기준인 시간당 3370원에도 못 미치는 수준이다)¹⁹⁾. 또한 12시간 장기간 노동을 하는 경우가 전체의 48.8%에 달해 이주노동자들이 일상적으로 고강도 장시간 노동을 하고 있으며, 특히 근무 형태에 있어서 야간 근무나 주야 교대 근무를 하는 경우가 43.9%에 이르렀다(야간근무나 주야 교대 근무를 하는 경우 주간 근무를 하는 경우보다 근무시간이 길었으나, 급여 차이는 거의 나타나지 않아 잔업 및 야간근무 수당을 보장 받지 못하는 것으로 나타났다). 또한 “사업장을 옮기고 싶었던 적이 있었다”는 응답이 전체의 63.8%인 164명에 이르는 것으로 나타났는데, 그 이유로는 “더 나은 환경으로 옮기고 싶어서”가 32.8%, “한국 동료들의 폭언과 욕설 때문에”가 19.5%, “환경이 너무 열악해서”가 18.5%였다. 이들의 56.6%는 사업장을 이동하는 과정이 ‘매우 어려웠다’고 답하여 고용허가제가 정착된 이후에도 외국인 노동자의 근로 환경은 개선되지 않은 것으로 나타났다.

5. 미등록 이주 외국인의 노조설립의 자유

노동부는 미등록 체류자가 아닌 외국인 노동자의 경우에는 노조설립을 인정하고 있으나, 서울지방노동청은 이주노동자노동조합의 노동조합설립신고에 대해 2005. 6. 3. “동 단체는 주로 노조 가입 자격이 없는 불법 취업 외국인이 주체가 되어 조직된 단체로 봄이 타당하므로 노조법상 노동조합으로 볼 수 없”다고 하여 신고 반려처분을 하였다.

그러나 대법원은 다른 사건에서 “외국인고용제한규정이... 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 노동관계법상의 제반 권리 등의 법률효과까지 금지하려는 규정으로는 보기 어렵다할 것이다”라고 하고 있으므로²⁰⁾, 미등록 체류자라고 하더라도 일단 사용자의 지휘·감독 하에서 임금을 목적으로 근로를 제공하는 경우 근로자에 해당하므로 노동3권을 인정해야 할 것이다.

외국인의 노동3권에 대한 권리 주체성과 관련해서 헌법재판소는 “근로자는 노동조합과 같은 근로자단체의 결성을 통하여 집단으로 사용자에게 대항함으로써 사용자와 대등한 세력을 이루어 근로조건에 영향을 미칠 수 있는 기회를 가지게 되므로 이러한 의미에서 근로3권은 '사회적 보호기능을 담당하는 자유권' 또는 '사회권적 성격을 띤 자유권'이라고 말할 수 있다²¹⁾”라고 하고 있으므로 미등록 외국인 역시 자유권으로서의 성격을 가진 노동3권의 주체가 될 수 있다고 해야 한다. 따라서 미등록 체류자라고 하여 노조설립을 금지하는 것은 헌법 제33조 제1항의 노동3권에 관한 규정, 헌법 제11조 평등권 위반이라고 할 것이다.

뿐만 아니라 이러한 노동부의 태도는 자유권 규약 제22조 결사의 자유, 사회권 규약 제8조(사회권 규약 위원회 일반 논평 제3호에서 노조결성권, 노조활동의 자유, 파업권 보장은 즉각적인 이행의 대

19) 한겨레 2008년 12월 18일자 기사

20) 대법원 1995 .9. 15. 선고 94누12067 판결; 대법원 2005. 11. 10. 선고 2005다50034 판결.

21) 헌법재판소 1998.2.27. 선고 94헌바13·26,95헌바44(병합) 전원재판부 결정.

상이라고 함), 인종차별철폐협약 제5조 (노동조합 결성 및 가입에서의 인종차별금지를 규정하고 있는데, 인종차별철폐협약 위원회는 일반논평 제30호, 제32항에서 “비록 취업허가가 없는 외국인에게 일자리 제공을 거부할 수는 있지만, 모든 사람이 고용관계가 시작되면 그것이 종료될 때까지 집회와 결사의 자유를 포함한 근로와 고용과 관련된 권리를 부여받았음을 인정하여야 한다”라고 하고 있다) 위반이라고 할 것이다²²⁾.

6. 이주 외국인 아동의 교육권

이주 외국인 아동의 교육에 관한 권리에 대해서는 사회권 규약 제13조 제2호와 아동권리협약 '제28조 제1호 가'는 "초등교육은 의무적이며 모든 사람에게 무료로 제공되어야 한다"라고 하고 있고, 중등 내지 고등교육에 대해서는 사회권 규약 제13조 제2호와 아동권리협약 제28조 제1호 나 내지 다는 "중등교육에 대한 모든 아동의 이용 및 접근이 가능하도록 하며", "고등교육의 기회가 모든 사람에게 능력에 입각하여 개방될 수 있도록 모든 적절한 조치를 취하여야 한다."라고 하고 있다. 또한 유엔아동권리위원회는 2003년 대한민국에 대해 “외국인 아동에게 한국 아동과 동등한 교육권을 보장하라”는 권고를 하고 있다. 따라서 한국에 체류하는 아동의 경우 그 체류 자격과 상관없이 위와 같은 교육권을 갖는다고 할 것이다.

그러나 현행 관련법을 보면 초등교육에 대해서는 현행 초·중등교육법시행령 제19조에서 이에 대해 규정하고 있으나 중·고등교육에 대해서는 고등교육법시행령 제29조 제2항 제7호에서 외국에서 우리나라 초·중등교육에 상응하는 교육과정을 전부 이수한...외국인"은 별도의 정원으로 입학할 수 있는 규정을 두고 있는 것 이외에는 특별한 규정을 마련하고 있지 않아 학교장의 재량으로 취학을 시키고 있는 형편이다. 따라서 시행령이 아닌 법률로서 명확하게 보장하여 위 협약에서 보장하는 한국의 관할 내에 있는 아동의 교육권을 인정해야 할 것이다.

이 문제와 관련해서 법무부는 초등학교에 재학 중인 불법체류자의 아동 및 그 부모에 대해 2008. 2. 말까지 특별체류허가를 하였으나 2008. 2. 29. 추가적인 연장이 없어 위 아동과 그 부모가 강제출국 대상이 되고 있는데, 아동권리협약 및 사회권 규약상의 아동의 교육에 관한 권리 및 헌법 제36조 제1항, 자유권 규약 제17조와 제23조, 사회권 규약 제10조 제1항, 아동권리협약 제9조와 제10조가 규정하고 있는 가족결합 및 가족생활에 대한 권리를 고려할 때 추가적인 연장이 필요하고, 초등학교에 취학하고 있는 아동을 강제 추방하는 것은 위에서 언급한 아동권리협약과 사회권 규약 위반이라고 할 것이다.

7. 미등록 외국인의 단속과 신체의 자유

22) 서울고등법원 역시 “불법체류 외국인도 노동조합 결성, 가입이 허용되는 근로자에 해당되므로, 지방노동청장으로서 노동조합의 조합원이 적법한 체류자격이 있는 자인지 여부에 관하여 심사할 권한이 없음에도 불구하고, 이를 심사하기 위하여 아무런 법령상 근거 없이 노동조합에 대하여 조합원 명부의 제출을 요구하고, 그 보완요구에 대한 거절을 이유로 노동조합설립신고서를 반려한 것은 위법하다”라고 하였다(서울고등법원 2007. 2. 1. 선고 2006누6774 판결).

출입국관리법은 제81조에서 출입국관리공무원이 외국인동향조사를 위해 '방문'하여 '질문' 및 '자료의 제출을 요구'할 수 있는 협조요구 권한을 규정하고 있을 뿐, 건조물(공장) 또는 주거(주택) 관리자의 명시적, 묵시적, 추정적 의사에 반하여 또는 관리자의 제지를 실적으로 제압하고 건조물(주거)에 '진입'하여 불법체류자를 '단속'할 수 있는 권한을 부여하고 있지는 않다.²³⁾ 그럼에도 불구하고 출입국관리공무원이 이주노동자들이 근무하는 사업장이나 거주하는 주택에 신분을 밝히지 않고 무단으로 들어가 단속하는 경우가 많다.

국가인권위원회 차별시정본부 이주인권팀이 보호된 외국인 500명을 대상으로 조사한 후 2008. 12. 18. 발표한 '미등록이주자 단속과 외국인보호시설 방문조사' 결과에 따르면, 단속 당시 소속과 신분도 밝히지 않고 불심검문의 취지도 설명하지 않은 채 불심검문 대상 외국인에게 여권 등의 제시를 요구하는 경우가 37.4%였고, 단속 반원들의 복장에 대한 질문에서 '남, 여 모두 사복 차림의 단속 반원이었다'는 응답이 각각 46.9%, 51.6%로 제일 높게 나왔다. 또한 거주지에 단속 당한 경우 어떤 방식으로 단속되었는지에 대한 질문에 '누군가 신분을 밝히지 않고 문을 열어 달라고 해서 문을 열어주니 갑자기 집 안까지 진입하여 단속하였다'는 응답과 '단속반원들이 출입문이나 창문을 통해 무단 진입하여 단속하였다'는 응답이 모두 32.3%로 제일 많이 나타났다. 일하는 곳에서 단속 당한 경우 어떤 방식으로 단속되었는가에 대한 질문에는 '단속반원이 고용주의 동의 없이 사업장에 무단으로 진입하여 단속하였다'는 응답이 71.5% 나타난 반면 '고용주의 동의 하에 사업장에 들어와 단속을 하였다'라는 응답은 8.5%였다.

비록 출입국관리법의 관련 조항이 경찰관직무집행법 상의 불심검문을 규정한 것과 같은 절차를 규정하고 있지 않더라도 법적 근거 없이 출입국관리공무원들이 무단으로 주거침입을 하여 단속하는 것은 헌법 제12조의 신체의 자유, 자유권규약 제2조 평등권, 제9조 신체의 자유와 안전, 제17조 주거, 사생활, 통신의 자유 등의 권리를 침해한다고 할 것이다.

8. 외국인의 보호와 신체의 자유

외국인보호소에 '보호'된 신청자는 평균 2평정도 되는 시설에서 생활하고 있으며, 보호실 밖의 운동장을 출입하는 것은 물론이거니와 복도에 출입하기 위해서도 보호담당직원의 허가를 얻어야 할 정도로 신체의 자유가 엄격하게 제한 받고 있으므로 출입국관리법상의 '보호'는 그 실질이 '구금'이라고 할 것이다.

따라서 사람의 신체를 구금할 때에는 헌법 제12조, 자유권 규약 제9조에 따라 자의적 구금 금지 원칙에 반하지 않도록 해야 하는데, 자의적 구금이 되지 않기 위해서는 ①구금이 법률유보 및 법률우위의 원칙을 준수해야 하고²⁴⁾ ②구금은 비례성의 원칙을 준수하여 지나치게 길거나 무기한이면 안 되며 ③구금의 타당성에 대한 정기적인 사법적인 심사제도가 있어야 한다.

23) 정정훈, "출입국관리의 문제점: 강제퇴거, 통보의무, 영주자격을 중심으로", 인권단체연석회의, 『출입국관리법의 인권침해에 관한 토론 및 사례 발표회』(2005. 7. 26.), 14-15면.

24) 이상석, 위은진, 김종철, 장서연, 출입국 단속·보호 과정상의 인권친화적 법제도 개선 방안, 대한변협 101면.

① 먼저 자의적 구금원칙 중 법률우위는 상위법에 위반해서 규정해서는 안 된다는 것이고, 법률유보의 원칙은 행정작용이 법률에 근거를 두어야 한다는 것이 법률유보의 기본적인 의미이지만 국가공동체와 그 구성원에게 기본적으로 중요한 의미를 갖는 영역, 특히 국민의 기본권 실현에 관련된 영역에 있어서는 행정에 맡길 것이 아니라 국민의 대표자인 입법자 스스로 그 본질적 사항에 대하여 결정을 하여야 한다는 요구까지 내포하는 것이고(의회유보), 처벌 또는 제재적 의미를 갖는 기본권 제한의 경우에는 법률에서 그 요건과 내용을 구체적이고 엄밀하게 규정하여야 하며, 법률상 위임조항을 통하여 명령, 규칙 등에 포괄하여 그 내용을 위임해서는 안 된다(포괄위임금지원칙)는 것까지 포함한다.

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 정의 규정이 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 있다. 또한 출입국관리법 제57조는 “보호되어 있는 자의 처우”나 “기타 필요한 사항”을 법무부령에서 정하도록 규정하고 있으나, “보호되어 있는 자의 처우”라는 규정이 외국인보호규칙 42조 이하가 규정한 강제력의 행사, 계구의 사용, 무기의 사용 등의 기본권 제한 규정의 위임 규정으로 보기 힘들며, “기타 필요한 사항”이라는 규정을 위 외국인보호규칙상의 기본권 제한 규정의 위임규정으로 보기에는 너무 포괄적이어서 포괄위임금지원칙에 반한다고 할 것이다. 무엇보다도 가장 근본적인 문제는 출입국관리법상 외국인 보호의 사유가 되는(보호의 목적인 강제퇴거 대상자인지 여부를 심사하기 위함과 강제퇴거명령을 집행하기 위함이라는 의미에서) 강제퇴거사유를 출입국관리법 제46조 제1항 제12호에서 “그 밖에 제1호 내지 제11호에 준하는 자로서 법무부령이 정하는 자”라고 하고 있어 법률유보원칙에 명백하게 반하게 규정되어 있다.

② 다음으로 자의적 구금 금지 원칙 중 비례성의 원칙을 보면, 출입국관리법 제62조 제1항은 강제 퇴거명령을 받은 자에 대해서는 즉시 대한민국 밖으로 송환할 수 없는 경우 송환이 가능할 때까지 보호할 수 있도록 하고 있어, 출입국관리법상의 '보호'가 갖는 일시적인 성격과는 달리 '과도하게 길거나 무기한'의 구금을 허용하고 있다. 그러므로 '송환할 수 없는 경우'라는 조항이 구체화되어 있지 않고 구금의 최장기간이 명시되지 않은 현행의 '보호'제도는 자의적 구금 금지원칙 중 비례성의 원칙에 반한다고 할 것이다.

③ 자의적 구금금지 원칙 중 법원에 의한 심사의 문제를 보면, 물론 출입국관리법 제55조 제1항 역시 “보호명령서에 의하여 보호된 자 또는 그의 법정대리인 등은 사무소장, 출장소장 또는 외국인 보호소장을 거쳐 법무부장관에게 보호에 대한 이의신청을 할 수 있다”라고 하여 보호 외국인의 보호 처분에 대한 이의신청제도를 두고 있으며, 이러한 이의 신청이 기각된 경우에는 행정소송에 의해 거부처분을 다룰 수 있도록 하고 있으나, 최초의 구금이 사법기관에 의해 이루어진 것이 아니라 행정기관에 의해 내려진 것이기 때문에 최초의 구금이 적법하다고 하더라도 장기간 구금되어 있는 경우

에는 정기적으로 구금의 타당성에 대한 정기적인 사법심사의 길이 보장되어 있지 않는 현행 구금제도는 구금의 타당성에 대한 사법심사제도가 제대로 갖추어져 있다고 할 수 없다.

따라서 현행 출입국관리법상의 외국인의 보호(구금)제도는 헌법 제12조, 자유권 규약 제9조를 위반한 자의적 구금이라고 할 것이다.

9. 이주 외국인 자녀의 국적에 관한 권리

한국내의 무국적자는 한국인과 혼인을 하기 위해 자신의 국적을 포기하고 왔지만 여러 사유로 인해 한국 국적을 취득하지 못한 이주민, 한국이 국적취득과 관련하여 혈통주의를 취하고 있기 때문에 출생지주의를 취하는 국적국 출신의 외국인이 한국에 와서 출산한 자녀, 과거 베트남 전쟁 등으로 발생한 무국적자로서 국내에 입국하여 거주하고 있지만 귀화하지 않은 경우 등이 있다.

그런데 자유권 규약 제24조는 “모든 어린이는 국적을 취득할 권리를 가진다”라고 하고 있고, 아동권리협약 제7조 제1호는 “아동은 출생 후 즉시 등록되어야 하며, 출생시부터 성명권과 국적 취득권을 가지며, 가능한 한 자신의 부모를 알고 부모에 의하여 양육받을 권리를 가진다”라고 하고 있다. 또한 한국은 1962년 8월 22일 무국적자 지위에 관한 협약에 아무런 유보도 하지 않고 가입서를 기탁하였다. 무려 50년 전에 다른 6대 인권규약에 가입도 전에 위 협약에 가입한 것이다. 그럼에도 불구하고 아직까지 무국적자의 사회적 처우에 관한 것은 물론이거니와 무국적자를 확인하는 절차를 규율 하는 국내 입법을 전혀 하지 않은 상태로 한국에 체류 중인 무국적자를 방치하고 있는 데 이는 명백한 무국적자 지위에 관한 국제협약 위반이라고 할 것이다.

III. 난민의 인권

한국은 1992. 12. 3. 난민지위에 관한 협약(Convention relating to the Status of Refugees)과 난민지위에 관한 의정서(Protocol relating to the Status of Refugees)에 가입하여 1993. 12. 10. 출입국관리법과 1994. 6. 30. 같은 법 시행령에 난민인정조항을 신설한 후 2000.까지 난민²⁵⁾을 한 명도 인정하지 않고 있다가 2001. 1. 인종박해를 원인으로 난민지위를 신청한 에티오피아인 1명에 대해 최초로 난민지위를 인정 하였고, 그 후 2008. 11. 까지 난민지위를 신청한 2,133명 가운데 101명은 난민으로 인정하고 63명은 인도적 지위를 부여하였으나 여전히 매우 낮은 난민 인정율을 기록하고 있다.

최근 UNHCR의 통계에 의할 때 전세계에서 난민 내지 난민에 준하는 보호를 필요로 하는 사람들이 약 3천만 명 임에도 불구하고, 세계 13위의 경제적 순위를 자랑하며 인구 4,500만 명을 가졌으며 다른 나라에 비해 상대적으로 현저하게 적은 규모의 난민신청자수를 가진 우리나라는 난민인정에 소

25) 난민협약 제1조 A가 규정하는 난민요건은 ①출신국 또는 상주국 밖에 있는 자로서 ②국적, 인종, 종교, 정치적 의견, 특정 사회집단 구성원 신분을 이유로 한 ③박해에 대한 ④충분한 근거 있는 ⑤공포로 인해 출신국 또는 상주국으로 돌아갈 수 없거나 돌아가기를 원하지 않는 자라고 할 수 있다.

극적인 태도로 일관해 오고 있다.

그러므로 현 상황에서 난민의 인권과 관련해서 가장 큰 문제는 난민을 제대로 인정하지 않는다는 것이다. 그리고 이렇게 난민을 인정하는데 소극적인 원인으로는 여러 가지가 있겠지만 크게 세 가지만 꼽는다면, 첫째 난민인정기관이 난민신청자에게 난민요건에 대한 지나치게 높은 정도의 입증을 요구하기 때문이며²⁶⁾, 둘째 난민인정절차상 요구되는 적법절차(du e process)가 지켜지지 않기 때문이고²⁷⁾, 셋째 난민협약상의 난민보호의 법적 성격을 재량행위로 파악하여 난민요건에 해당하는 자라고 할지라도 보호를 제공할지 여부는 각국의 재량에 맡겨져 있다고 보기 때문이다²⁸⁾.

26) 난민의 경우 국제국에서의 박해를 피해 거의 맨손으로 최소한의 필수품이나 신분증 조차 제대로 챙기지 못한채 피난해 온 경우가 대부분인 반면, 난민불허결정과 국제국송환시 일어날 수 있는 결과는 사람의 생명을 좌우할 정도로 가혹할 수 있고, 난민인정 판단은 신청인이 국제국으로 돌아갈 경우 받게 될 박해에 대한 미래 지향적인 판단이므로 원칙적으로 신청인에게 입증책임이 있더라도 그 입증의 정도는 상당히 감축되어야 한다. 그런 취지에서 UNHCR은 입증책임공동부담의 원칙, "의심스러울 때는 신청인에게 유리하게 the benefit of the doubt"의 원칙을 인정하고 있으며 선진 난민 비호 국가에서는 난민신청자가 국제국에 돌아갔을 경우 박해를 받을 '합리적인 가능성'이 있는 경우라면 난민요건 중 가장 중요한 요건인 "well founded fear, 소위 충분히 근거 있는 공포"가 있다고 판단하고 있는데, 위와 같은 합리적인 가능성이란 형사상 엄격한 증명은 물론이고 민사상의 입증 보다 낮은 약 10%의 박해 발생 가능성만 있어도 인정된다고 이해하고 있다(미국연방최고법원의 INS v. Cardoza-Fonseca 등의 판결, 영국 귀족원의 Fernandez v. Government of Singapore, R. v. Secretary of State for the Home Department ex parte Sivakumara 등의 판결, 캐나다 항소법원의 Joseph Adjei v. Minister of Employment and Immigration, Saliban v. Canada 등의 판결, 호주 최고법원(The High Court)의 Chan Yee Kin v. The Minister for Immigration and Ethnic Affairs, Minister for Immigration and Ethnic Affairs v. Guo 등의 판결 등). 그러나 우리의 경우 법무부에서는 물론이고 법원에서조차도 난민신청자는 자신이 가지고 있는 공포가 충분한 근거가 있음을 보여야 한다고 하면서 엄격한 입증을 요구하고 있는 것으로 보이는데, 이러한 태도는 그 동안 난민법 분야에서 발달한 입증 정도에 관한 이론과 판례에 대해 연구가 부족한 탓도 있고, 난민인정기관이 출입국관리국 소관으로 되어 있어 난민의 인권보호 보다는 관리의 측면에 치우친 탓도 있으나, 가장 중요한 원인 중에 하나는 난민협약상의 난민요건 중에 가장 중요한 요건인 well founded fear를 '충분히' 근거 있는 공포라고 번역하였고 출입국관리법 제1조 제2의2호가 난민협약을 원용하는 방식으로 난민요건을 규정하여 마치 난민신청인이 자신의 공포가 근거 있음을 충분히 입증할 것을 요구하는 인상을 주기 때문이다. 하지만 조약법에 관한 비엔나 협약상의 조약 해석의 원칙인 제31조 제1항("조약은 조약문의 문맥 및 조약의 대상과 목적으로 보아 그 조약의 문언에 부여되는 통상적 의미에 따라 성실하게 해석되어야 한다")는 조항에 비추어 보거나(동일한 권위를 가지는 불어본의 well founded fear에 해당하는 표현은 'craignant avec raison'으로 직역하면 합리성을 갖춘 공포이다), 앞에서 살펴본 선진 난민 비호국 판례의 경향에 비추어 보거나, UNHCR의 태도에 비추어 볼 때 well founded fear는 충분히 근거 있는 공포가 아닌 합리적인 근거 있는 공포라고 번역하여 난민요건에 관한 입증의 정도를 '합리적인 가능성'의 수준으로 낮추어야 한다.

27) 난민의 경우 앞에서 살펴본 바와 같이 자신이 난민협약상의 난민이라는 사실을 입증할 물적인 증거를 갖고 있지 않는 경우가 일반적이고, 가사 그러한 증거가 있다고 하더라도 그 증거의 신빙성을 입증하기 위한 또 다른 증거를 취득하기란 거의 불가능한 상황에 처해 있으므로 결국 난민신청자가 내세울 수 있는 것은 난민인정절차에서 한 진술의 일관성과 진실성 뿐인데, 난민신청자에게 적절한 통역을 제공하지 않고, 면담과정에서 난민신청자의 진술을 기록하는 출입국공무원을 통제할 장치가 전혀 없으며, 출입국직원과의 면담시 변호인 등의 조력을 받지 기회를 제공하지 않고, 난민신청에 대한 거부처분에 대한 실질적인 이유부기가 없는 등 난민인정절차에서 최소한의 적법절차가 지켜지지 않아 난민신청자는 심각한 불이익을 당하고 있다.

28) 난민협약은 난민보호의무를 규정한 제12조 이하에서 계약국으로 하여금 난민요건에 해당하는 자에게 일정한 법적 지위 등을 인정 "해야 한다(정본인 영문본에서는 법적 의무의 표현인 shall을 사용함)"고 표현하고 있다. 또한 난민협약은 난민신청자가 난민협약상의 난민요건을 갖추고 있는지 판단하는 방법(예를 들어 사법적인 절차로 할 것인지, 행정적인 절차로 할 것인지, 규문주의를 적용할 것인지, 당사자주의를 적용할 것인지 등)을 계약국에 위임하였을 뿐이지, 난민 협약 어디에도 계약국의 재량에 따라 난민요건에 해당하는 사람에게 난민협약에서 규정한 최소한의 비호(강제추방 당하지 않을 권리를 비롯한 각종의 법적 지위 등)를 부여할지 여부를 결정할 수 있도록 하고 있지 않다. 그럼에도 불구하고 법원은 "난민 요건에 해당한다고 하더라도 난민에게 비호를 부여할 것인지, 부여한다면 그 법률상 지위를 어떻게 정할 것인지 여부는 계약국의 주권적 결정사항이다"라고 하여 난민협약상의 난민보호의무의 법적 성격을 재량행위로 보고 있다. 법원이 직접적으로 난민요건에 해당하는 사람에게 난민으로서의 비호를 부여하지 않은 사례는 없지만, 난민 보호의무의 법적 성격을 위와 같이 재량행위로 파악하는 태도가 난민요건에 대한 사실 및 법적인 판단에 간접적으로나마 부정적인 영향을 미쳤을 것이 분명하다.

그러나 난민과 관련한 문제는 위와 같은 낮은 난민 인정을 뿐 아니라 난민신청자와 난민인정자에게 보장되어야 할 여러 권리가 인정되지 않는다는 것이다²⁹⁾. 아래에서는 사회적 처우와 관련하여 난민에게 인정되어야 하는 대표적인 권리에는 어떤 것이 있고, 이러한 권리가 대한민국에서 법적으로 그리고 현실적으로 어떻게 보장되고 있는가 하는 것을 다룰 것이다. 그러나 이러한 논의의 전제는 난민인정자와 난민신청자(인도적 지위자)에게 일정한 권리가 있다는 것이다. 따라서 우리는 난민의 권리의 내용과 근거에 대해 먼저 살펴볼 것이다.

1. 난민에게 인정되는 권리의 내용과 근거

가. 난민 협약상 난민에게 인정되는 권리의 내용

난민협약은 제1조에서 난민요건을 규정한 후에 난민인정절차에 대해서는 침묵하면서 난민의 권리에 대해 아주 상세한 규정을 두고 있는데, 이러한 권리에 대한 규정의 특징은 난민의 체류의 성격(단순한 체류, 법적인 체류, 법적인 거주, 상 거주)에 따라 인정되는 권리를 차별화 했을 뿐 아니라, 인정되는 권리에 따라 어느 정도의 수준(외국인이 일반적으로 누리는 대우, 가장 유리한 대우 및 최소한 외국인 일반적으로 누리는 대우, 국민이 누리는 대우, 가장 유리한 대우)으로 위 권리를 인정할지에 대해 구분한 것이다.

난민의 체류 성격에 따른 차별화된 권리 규정을 보면, ① 체류의 합법성 여부와 관계 없는 단순 체류(simple presence)하고 있는 난민에게는 차별금지(제3조), 종교(제4조), 재판에 대한 접근 일반(제16조 제1항), 배급(제20조), 공교육(제22조), 신분증명서 발급(제27조), 불법 체류하는 난민에 대한 벌(제31조), 추방 및 송환의 금지(제33조) 등에 관한 사회적 처우를 인정하고, ② 합법적인 체류(lawful presence)를 하고 있는 난민³⁰⁾에게는 자영업 종사(제18조), 이동(제26조), 추방(제32조) 등에 관한 사회적 처우를 인정하며, ③ 합법적으로 거주(lawful residence)하고 있는 난민³¹⁾에게는 결사(제15조), 유급직업에 종사(제17조), 자유업에 종사(제19조), 주거(제21조), 공공구호(제23조), 노동법과 사회보장(제24조), 행정적인 지원(제25조) 등에 관한 사회적 처우를 인정하며 ④ 상거주자(habitual resident)인 난민에게는 저작권 및 산업재산권(제14조), 재판 제도 중 법률구조 및 소송비

29) 유엔인권이사회(Human Rights Council)는 2008년 6월 12일 채택한 국가별 인권상황 정기검토 보고서에서 한국정부에 "1951년 난민의 지위에 관한 협약과 그 1967년 의정서를 이행하고, 국제 난민법에 부합하도록 난민인정절차를 개선하라"는 권고를 하였다. 유엔인종차별철폐위원회(Committee on the Elimination of Racial Discrimination)는 2007년 8월 17일 한국의 정부보고서에 대한 최종견해에서 난민과 관련하여 "난민 신청에 대한 의사 결정 과정의 복잡성과 절차의 장기화로 인하여 난민의 지위에 관한 협약이 발효된 이후 제한된 수의 난민 신청자들만이 난민으로 인정받고 있다."고 우려를 표명하고, "난민과 난민신청자에 대한 한국법은 난민의 지위에 관한 협약 및 기타 국제적으로 승인된 기준들에 따라 검토되어야 한다."고 밝히면서 "특히 난민지위인정절차가 공정하고 신속하게 이루어져야 하고, 난민신청자와 인도적 지위를 부여 받은 사람들이 취업할 수 있어야 하며, 한국사회에서 난민들의 통합을 촉진하기 위한 포괄적인 조치들이 채택되어야 한다."고 권고하고 있다.

30) 합법적인 체류자는 학생, 방문자 등 단기간 체류할 목적으로 출입국관리법에 따라 허가를 받고 입국한 자를 의미한다. 그러나 체류기간을 넘어서 체류한 난민신청자는 해당되지 않는다(Goodwin-Gill and Mcadam, The Refugee in international Law, Oxford, 524-525면).

31) 거주 의미에서 비호를 누리는 자를 의미하는데, 난민으로 인정되거나 여행증명서를 발급 받거나, 재입국 비자를 받은 경우에는 합법적인 거주자라는 강한 추정을 받는다(Goodwin-Gill and Mcadam, The Refugee in international Law, Oxford, 525-526면).

용(제16조 제2항)에 관한 권리를 인정하고 있다³²⁾.

또한 이렇게 인정되는 권리의 정도에 대해서는 ① 이동(제26조)에 관해서는 일반적으로 신청국에서 외국인이 받는 대우와 동일한 대우 ② 동산 및 부동산의 소유권 및 권리 취득(제13조), 자영업, 자유업에 종사(제18, 19조), 주거(제21조), 중·고등교육 이상의 교육(제22조)에 관해서는 가능한 한 유리한 대우 및 어떤 상황에도 일반적으로 신청국이 외국인에게 부여한 것 보다 불리하지 않은 대우 ③ 종교(제4조), 저작권 및 산업재산권(제14조), 재판(법률구조 및 소송비용 등 포함, 제16조), 배급(제20조), 초등교육(제22조), 공공구호(제23조), 노동법과 사회보장(제24조), 재정 공과금(제29조)에 관해서는 신청국의 국민과 동일한 대우 ④ 결사(비정치적이고 비영리적인 결사 및 노동조합, 제15조), 유급 직업에 종사(제17조)에 관해서는 가장 유리한 대우³³⁾를 하도록 규정하고 있다.

그러데 협약상 난민에게 권리를 부여해야 한다고 할 때 위 난민에는 난민인정자 이외에 난민신청자나 인도적 지위자 까지 포함한다고 할 수 있는가?

나. 난민신청자의 인권에 대한 규범적 근거

난민협약이 난민신청자 내지 인도적 지위자의 권리에 대해 직접적으로 다루고 있지 않은 것은 사실이다. 그러나 외국인의 기본권 주체성 논의에서 살펴본 바와 같이 헌법상 인간의 권리는 난민신청자와 인도적 지위자에게도 적용된다고 할 것이며, 사회권적 기본권의 경우라 하더라도 사회권 규약의 요건을 갖춘 경우 또는 인간의 존엄과 가치와 직접적으로 결부되어 자유권적 기본권의 성질을 갖는 권리는 난민신청자에게도 인정된다고 할 것이다.

뿐만 아니라 난민 협약에서는 합법적으로 거주하는 난민뿐 아니라 단순히 체류하거나 합법적으로 체류하는 난민에 관한 규정을 두고 있으며, 심지어 난민협약 제33조와 제31조는 난민인정절차를 거치지 않은 난민에게도 적용되도록 하고 있다. 따라서 노동 시장 보호를 위해 취업을 금지한 경우의 예외 규정인 난민협약 제17조 제2항은 난민신청자에게도 적용되어 입국한 지 3년이 지나도록 난민인정절차가 종료되지 않은 자에게는 취업을 허용해야 한다. 또한 난민인정절차가 진행되는 동안 최소한의 인간다운 생활을 할 수 있도록 해주는 것이 난민협약의 목적과 취지에 부합한다고 할 것이므로 난민 협약의 사회적 처우에 관한 규정 중의 일부는 난민신청자에게도 적용된다고 보는 것이 타당하다고 할 것이다³⁴⁾.

그렇다면 난민 등에게 보장되어야 하는 대표적인 기본적 권리로는 어떤 것이 있는가? 적법절차에

32) Goodwin-Gill and Mcadam, 앞의 책, 524-528면.

33) Goodwin-Gill and Mcadam, The Refugee in international Law, Oxford, 509-523면, 김철준, 한국의 난민보호 현황 및 개선방안, <한국에서의 난민보호의 현황과 과제>, 27-28면.

34) 난민신청인에게도 적용이 가능한 규정의 예로는 난민협약 제3조(비차별), 제4조(종교), 제5조(난민협약과 별도의 권리), 제7조(상호주의 면제), 제8조(특별한 조치 면제), 제12조(신분법적 지위), 제16조(재판에의 접근), 제20조(배급), 제22조(공교육) 등을 들 수 있다(2001. 9. 4. Global Consultations on international protection, Reception of Asylum-seekers including standards of treatment in the context of individual asylum system, EG/GC/01/17)

관한 권리는 앞에서 잠시 살펴보았고, 난민의 구금, 난민의 교육권과 관련해서는 이주 외국인의 구금과 신체의 자유의 논의가 그대로 적용될 수 있으므로 아래에서는 난민신청자의 일할 수 있는 권리, 난민인정자의 최소한의 인간다운 생활을 할 권리, 사회 보장에 관한 권리, 교육을 받을 권리, 가족결합 내지 가족생활을 보호 받을 권리, 법적인신분과 증명서에 관한 권리 등을 위주로 살펴볼 것이다.

2. 일할 수 있는 권리

F-2-2비자를 받은 난민인정자의 경우에는 일할 수 있는 권리가 있지만 난민신청자의 경우 난민인정절차가 장기화 되고 있고, 인도적 지위자의 경우 박해의 가능성 때문에 국적국으로 당분간 돌아갈 수 없어 사실상 장기 체류를 인정하고 있음에도 불구하고 우리 정부는 이들에게 일할 수 있는 권리를 인정하고 있지 않은 채³⁵⁾ 아무런 생계지원도 하지 않고 있다.

따라서 이들이 생활을 영위하기 위해서는 일할 수 있는 권리가 있는지 여부와 상관없이 일을 할 수 밖에 없을 것이라는 것은 당연히 예상할 수 있는데, 난민신청자와 인도적 지위자에게 일할 수 있는 권리를 부여하지 않음으로 인해서 난민신청자와 인도적 지위자가 생계를 위해 일자리를 구하기가 힘들 뿐 아니라 일단 취업을 한 이후에도 열악한 노동조건에서 착취당하기 쉬운 상황에 놓여 추가적인 다른 권리를 침해당하고 있다.

그런데 박해 때문에 국적국으로 돌아갈 수 없는 사람들에게 이런 식으로 생계를 영위할 수 있는 합리적인 기회를 박탈하고 기본적인 생계수단에 접근을 막는다면 그러한 상황은 고문 방지 협약과 국제관습법이 금지하는 잔인하고 비인도적이며 굴욕적인 처우 내지는 사실적인 강제추방 (de facto refoulement)이라고 볼 수도 있을 것이다³⁶⁾.

따라서 앞에서 언급한 대로 난민협약 및 사회권 규약³⁷⁾ 등에 따라 난민신청자에게 최소한의 인간다운 생활을 할 권리를 인정해야 하며, 일정한 경우에는 일할 수 있는 권리를 인정해야 한다³⁸⁾.

35) 게다가 2008년에는 난민 소송 중인 난민신청자가 취업했다는 이유로 외국인 보호소에 구금을 시키는 일까지 벌어지고 있다.

36) UNHCR, Human rights and refugee protection, self-study module 5, 138-139면.

37) 사회권규약 제6조 제1항은 "이 규약의 당사국은 모든 사람이 자유로이 선택하거나 수락하는 노동에 의하여 생계를 영위할 권리를 포함하는 근로의 권리를 인정하며, 동 권리를 보호하기 위하여 적절한 조치를 취한다"라고 하고 있다.

38) 외국의 입법례를 보더라도 난민신청자에게 원칙적으로 일할 수 있는 권리를 주고 있는데, 예를 들어 '유럽연합의 난민신청자의 사회적 처우에 관한 최소한의 지침(Council Directive 2003 laying minimum standards for the reception of asylum seekers)' 제13조에서는 "난민신청자가 건강한 삶을 살고 생계를 유지할 수 있는 재정적인 지원에 관한 법령을 제정해야 한다"고 하고 있고, 제11조에서는 "난민인정신청을 한 후 1년 이내에 결정이 나오지 않는 경우 일할 수 있는 권리를 부여해야 한다"고 하고 있다. 호주는 일반적으로 난민신청자에게 일할 수 있는 권리를 부여하고 있으나 호주에 입국한 후 늦게 난민을 신청한 경우에는 일할 수 있는 권리가 부여되지 않을 수 있도록 하고 있다. 그러나 이 경우에도 난민인정절차가 6개월 이상 길어짐에도 불구하고 일을 하지 않고는 생계를 유지할 수 없는 경우에는 다시 일할 수 있는 권리를 주고 있다. 벨기에는 난민신청자에게 일할 수 있도록 허가하면서 1년 마다 갱신하도록 하고 있으나 원칙적으로 난민인정절차가 종료할 때 까지는 일할 수 있는 권리가 계속 주어진다. 캐나다와 뉴질랜드는 난민신청자가 난민인정절차가 진행되는 동안 일을 하지 않으면 생계를 유지할 수 없는 경우 일할 수 있도록 하고 있다. 덴마크의 경우 난민신청을 하면 난민신청자로서의 체류자격을 가지는데, 이러한 체류자격을 가지게 되면 취업 허가를 별도로 받을 필요 없이 취업을 할 수 있다. 남아프리카 공화국의 경우 최고법원이 2003년 난민신청자가 생계를 유지하기 위해서는 일할 수 밖에 없는 경우 일할 수 있도록 허가해야 한다는 판결을 한 후 2004년 법을 개정하여 난민신청자에게 일할 수 있는 권리를 부여하고 있다. 영

2008. 12. 개정된 출입국관리법 제76조의8 제3항은 인도적 지위자, 난민신청자 가운데 대통령으로 정하는 기간이 경과 할 때까지 난민인정 여부가 결정되지 아니한 자, 그 밖에 난민신청자 중에서 법무부장관이 필요하다고 인정한 자는 법무부 장관의 허가를 받아 체류자격외활동허가로서 취업을 허가할 수 있도록 하고 있다. 위 개정으로 난민신청자와 인도적 지위자의 취업의 길이 열린 것은 사실이나, 취업을 허가 받기 전이라고 하더라도 최소한의 인간다운 생활을 할 수 있는 재정지원이 있어야 하며, 취업 허가의 요건을 명확하게 규정하고 너무 엄격한 요건을 요구하지 말아야 할 뿐 아니라 취업 허가 여부를 신속하게 결정할 수 있는 제도적인 장치를 갖추어야 한다.

3. 최소한의 인간다운 생활을 할 권리

최소한의 인간다운 생활을 할 권리에는 기본적인 의·식·주에 대한 권리 및 건강에 대한 권리가 포함되어 있다. 최소한의 인간다운 생활을 할 권리는 인간의 권리이기 때문에 난민인정자뿐 아니라 인도적 지위자와 난민신청자의 경우에도 인정되어야 한다(이에 대해서는 앞의 이주 외국인의 인권에서 자세히 논의하였다).

국민기초생활보장법 제5조의2는 국내에 체류하고 있는 외국인 중 대한민국 국민과 혼인 중이거나 혼인 한 후 이혼하거나 그 배우자가 사망한 자로서 대한민국 국적의 미성년 자녀를 양육하고 있는 사람이 수급권자가 된다는 취지로 규정하고 있어 문언적으로는 위 요건에 해당하지 않는 경우에는 난민인정자라고 하더라도 국민기초생활보장법상의 수급권자가 될 수 없도록 하였다³⁹⁾. 의료급여법 역시 수급권자에 대해 규정하고 있는 제3조에 국민기초생활보장수급권자 등이 의료급여수급권자가 되도록 하고 있으므로 난민인정자가 국민기초생활보장수급권자가 아닌 한 의료급여도 수급할 수 없도록 되어 있다.

하지만 국민기초생활보장법 제5조 제2항에서 "생활이 어려운 자로서 일정기간 동안 이 법이 정하는 급여의 전부 또는 일부가 필요하다고 보건복지부장관이 정하는 자는 수급권자로 본다"라고 하고 있어 보건복지부장관의 재량에 따라서는 난민인정자 뿐 아니라 난민신청자와 인도적 지위자 까지도 기초생활보장수급권자가 될 수 있는 여지를 남겨 놓고 있다. 그러므로 만일 난민이 기초생활보장수급권자가 되는 경우 의료급여법은 제3조에서 국민기초생활보장법에 의한 수급자 등이 의료급여의 수급권자가 된다고 하고 있고 난민 등은 의료급여의 수급권자가 될 수 있다고 할 것이지만⁴⁰⁾, 그렇지 않다고 하더라도 의료급여법 제3조의2는 "난민의 지위를 인정받은 자로서 국민기초생활보장법 제5조의 수급권자의 범위에 해당하는 자는 (의료급여법상) 수급권자로 본다"라고 되어 있어 난민인정자로

국의 경우 난민신청한 후 12개월이 지나도 최초의 난민인정절차가 종료하지 않으면 취업을 허가할 수 있도록 하고 있다 (UNHCR비공식 자료, The right to work for asylum seekers(2008. 10. 24.).

39) 실제로 인도적 지위자 중에 공공부조를 받는 사람은 없었으나, 2008년 현재 난민인정자 중에는 4명이 기초생활보장수급을 받고 있었다.

40) 의료급여법 제3조 제1항 제9호는 "그 밖에 생활유지의 능력이 없거나 생활이 어려운 자로서 대통령령이 정하는 자"는 의료급여 수급권자가 될 수 있도록 되어 있고 위법 시행령 제2조 제4호는 "그 밖에 보건복지부령이 정하는 자"를 위 "대통령령이 정하는 자"에 포함시키고 있으나 의료급여법 시행규칙은 수급권자에 대한 위와 관련한 규정을 두고 있지 않다.

서 국민기초생활보장법 제5조의 요건을 갖춘 경우에는 의료급여수급을 할 수 있도록 하고 있다.

4. 사회보장권⁴¹⁾

앞에서 사회보장권에 관한 상호주의는 헌법상 인간의 존엄과 조화될 수 없다고 하였는데, 개별 사회보장제도와 관련해⁴²⁾ 난민에게 문제가 되는 것은 어떤 것이 있는가?

가. 국민건강보험의 경우

국민건강보험법상 국민건강보험 가입자는 직장가입자와 지역가입자로 나눌 수 있는데, 같은 법 제 93조 제2항 및 국민건강보험법 시행령 제64조 제1항 제1호는 출입국관리법상 외국인 등록을 한 외국인의 경우에는 직장가입자가 될 수 있도록 하고 있으며, 위 시행령 제64조 제2항 제1호는 출입국관리법상 외국인 등록을 한 외국인 중에서 보건복지가족부령이 정하는 자는 신청에 의하여 지역가입자가 될 수 있도록 하고 있지만, 국민건강보험법시행규칙 제 45조 제2항은 별표 7에 따르면, F-2-2비자를 가지고 있는 난민신청자의 경우에는 직장이나 지역 가입자가 될 수 있지만 기타 체류자격인 G-1비자를 가지고 있는 난민신청자나 인도적 지위자의 경우에는 합법적으로 일할 수 있는 권리가 없기 때문에 직장가입자가 될 수 없을 뿐 아니라 지역가입자도 될 수 없다고 할 것이다.

나. 연금보험의 경우

국민연금법 제126조 제1항 본문은 "이 법의 적용을 받는 사업장에 사용되고 있는 외국인과 국내에 거주하는 외국인으로서 대통령령으로 정하는 자 외의 외국인은 당연히 사업장 가입자 또는 지역가입자가 된다"라고 하고 있는데 국민연금법 시행령 제111조 제3호는 보건복지부령으로 정하는 외국인의 경우는 당연히 사업장가입자나 지역가입자가 되는 외국인에서 제외한다고 되어 있고, 국민연금법시행규칙 제53조와 별표0은 당연적용에서 제외되는 외국인의 체류자격에 기타 체류자격인 G-1을 포함시키고 있다. 따라서 난민신청자와 인도적 지위자는 국민연금의 가입자가 될 수 없다고 할 것이다.

난민신청자의 경우에는 일용 국민연금에 가입할 수 있으나 국민연금법 제126조 제1항 단서는 "다만, 이 법에 따른 국민연금에 상응하는 연금에 관하여 그 외국인의 본국 법이 대한민국 국민에게 적

41) 공공부조는 최소한의 인간다운 생활에서 다루었으므로 그 부분을 제외한 기타 사회보장에 관한 권리라고 할 것이다.

42) 범죄피해자구조의 경우에는 앞의 논의가 그대로 적용된다고 할 것이다. 한 가지만 덧붙인다면, 범죄피해자구조법 제10조는 "이 법은 외국인이 피해자이거나 유족인 경우에는 상호의 보증이 있는 경우에 한 하여 적용한다"라고 하여 상호주의를 취하고 있으나 외국인의 체류 자격에 대해서는 아무런 언급이 없기 때문에 난민신청자, 인도적 지위자 및 난민신청자의 국적국이 대한민국 국민에게 범죄피해자구조를 인정하는 보증이 있다면 난민도 범죄피해자구조법상 보상을 받을 수 있을 것이다. 물론 이러한 상호주의에 대해 난민협약 제7조 제2항은 "모든 난민은 어떠한 체약국의 영역 내에서 3년간 거주한 후에 그 체약국의 영역 내에서의 입법상의 상호주의로부터 면제를 받는다"는 규정이 있으나 이 규정에 대해 대한민국이 유보를 하고 위 협약에 가입을 하였기 때문에 여전히 국민연금법상의 상호주의는 적용된다고 할 것이다. 하지만 2008. 12. 개정된 출입국관리법 제96조의 10에서 난민으로 인정받은 경우 위 유보에도 불구하고 상호주의를 적용하지 않도록 하고 있다.

용되지 아니하면 그러하지 아니하다"라고 하여 사업장 가입과 관련해서 상호주의를 규정하고 있고 연금의 급여와 관련해서도 외국인의 본국 법이 대한민국 국민에게 위 법 제77조 내지 79조의 반환 일시금에 상응하는 급여를 지급하도록 규정하고 있는 경우만 적용하도록 하는 상호주의를 취하고 있기 때문에 난민인정자의 국적국에 대한민국 국민에게 연금보험 가입과 반환일시금 지급과 관련해 위 국민연금법과 같은 법 규정이 없는 경우에는 국민연금 가입자가 될 수 없다고 할 것이며 가입한 경우에도 그 급여에 일정한 제한을 받을 수 있다.

물론 이러한 상호주의에 대해 난민협약 제7조 제2항은 "모든 난민은 어떠한 체약국의 영역 내에서 3년간 거주한 후에 그 체약국의 영역 내에서의 입법상의 상호주의로부터 면제를 받는다"는 규정이 있으나 이 규정에 대해 대한민국이 유보를 하고 위 협약에 가입을 하였기 때문에 여전히 국민연금법상의 상호주의는 적용된다고 할 것이다.

하지만 2008. 12. 출입국관리법 개정으로 "난민의 인정을 받은 자에 대하여는 다른 법률의 규정에도 불구하고 상호주의를 적용하지 아니한다" (같은 법 제76조의 10)라고 하여 적어도 난민인정자는 국민연금 가입과 지급에 있어서 제한이 없게 될 것이다.

다. 산업재해보험의 경우

산업재해보상보험법은 원칙적으로 근로자를 사용하는 모든 사업 또는 사업장에 적용하도록 되어있고(산업재해보상보험법 제6조), 외국인의 경우에도 체류자격과 관계없이 적용을 하도록 하고 있으므로 난민인정자뿐 아니라 난민신청자와 인도적 지위자도 실제 수급자가 될 수 있다.

라. 고용보험의 경우

고용보험법은 원칙적으로 모든 근로자에게 실업으로 인하여 발생하는 소득상실을 사후에 보상하는데 그치지 않고 고용정보를 제공하고 직업지도를 하는 등 실업을 예방하기 위한 각종 예방적인 조치들을 제도화하고 있다⁴³⁾. 그런데 위 제10조 제5호는 "대통령령으로 정하는 자"를 적용 제외 근로자로 규정한 후 고용보험법시행령 제3조 제2항 본문과 제1호에서 거주자격 내지 취업활동을 할 수 있는 일정한 외국인을 제외한 모든 외국인을 적용제외 근로자로 정하고 있다. 따라서 취업활동이 허용되지 않은 난민신청자와 인도적 지위자는 고용보험에 가입할 수 없고 의무가입대상 사업의 사업주에 고용된 난민인정자의 경우만 고용보험의무가입대상자가 된다고 할 것이다.

마. 긴급복지지원의 경우

긴급복지지원법 제5조는 "위기상황에 처한 자로서 이 법에 의한 지원이 긴급하게 필요한 자"에게 생계비, 의료 및 주거서비스 등을 신속하게 지원받을 수 있도록 하고 있는 공공부조제도인데, 위 법

43) 전광석, 한국사회보장법론, 법문사, 369면.

상 긴급대상자에 국적이나 체류자격을 규정하지 않아 난민 등에게도 적용하는 것으로 해석 가능하지만 보건복지부는 기타 체류자격자는 긴급복지지원 대상자에 해당되지 않는다고 하여 난민신청자와 인도적 지위자는 실제적인 혜택을 받지 못하고 있다.

5. 강제추방을 당하지 않을 권리

가. 관련 출입국관리법 규정의 문제점

난민에게 있어서 가장 기본적인 권리인 강제송환을 당하지 않을 권리이다. 이는 난민협약 제33조에 규정되어 있을 뿐 아니라 국제관습법상으로도 인정된 권리이다. 따라서 난민협약 제32조, 자유권규약 제13조는 강제추방에 대한 엄격한 절차를 규정하고 있다.

그런데 출입국관리법 제64조 제3항 단서에서 강제송환금지원칙에 대한 예외를 규정하면서 "법무부장관이 대한민국의 이익이나 안전을 해한다고 인정하는 때에는 그러하지 아니하다"라고 하여 난민협약 제33조 규정보다 예외로 인정되는 범위를 확대시키고, '대한민국의 이익이나 안전'이라는 모호한 용어를 사용하고 있으며, 행정기관의 장의 재량으로 위에 대한 판단을 할 수 있게 하고 있다.

물론 아직까지 난민인정된 이후에 강제송환금지원칙의 예외에 해당한다고 하여 강제송환한 예는 없으나 난민에게 가장 중요한 권리 중에 하나이고 국제관습법으로 강행규정이라고 할 것이므로 출입국관리법을 보다 엄격하게 규정해야 할 필요가 있을 것이다.

나. 사실상 송환을 강제 당하는 인도적 지위자의 상황

강제추방을 당하지 않을 권리와 관련해 가장 문제가 되는 것은 인도적 지위자에 대한 것이다. 인도적 지위라는 것은 난민협약에서 규정하는 난민인정요건에 해당하지 않으나 자국의 상황 등을 고려, 인도적 견지에서 상황이 호전될 때까지 체류를 허가한 것으로 보충적 형태의 비호이다. 따라서 이들에게는 난민에 준하는 지위가 인정되어야 함에도 불구하고 정부는 이들에게 고유한 비자를 발급하지 않고 난민신청자와 동일한 G-1비자를 발급해주어 6개월 마다 체류 기간을 연장하도록 하고 있을 뿐이다.

따라서 인도적 지위자는 국적국의 상황이 호전 될 때 까지 체류가 보장되지 못한 채 6개월 마다 비자를 갱신하면서 언제든지 자신이 강제출국당할 수 있다는 두려움에 떨어야 하며⁴⁴⁾, 앞에서 언급한 바와 같이 국적국에 돌아갈 수 없음에도 불구하고 최소한의 인간다운 생활을 할 수 없는 현실 때문에 사실상 송환을 강제 당하고 있다.

44) 난민들은 한국의 일상생활에서 느끼는 어려움 중 신변안전과 관련해서는 '전혀 어렵지 않다'가 30.5%로 제일 높게 나왔으며 반대로 27.6%는 '매우 어려움을 느끼는 것'으로 나와 양극단적인 응답이 높게 나왔다. 그리고 15.9%는 '다소 어려움을 느끼는 것'으로, 8.8%는 '별로 어렵지 않은 것'으로 나왔다. 한편 이를 출신국가 별로 보면 중국출신의 45.0%, 미얀마 출신의 35.9%, 콩고민주공화국출신의 58.8%, 에티오피아 출신의 75.0%가 신변안전에서 '매우 어려움을 느끼는 것'으로 나타났다(2008. 국내 난민 등 인권실태조사 보고서, 153면).

6. 가족결합 내지 가족생활을 보호 받을 권리

가족결합원칙은 난민협약이나 난민의정서에 구체적인 명문 규정이 있는 것은 아니나, 난민의 가족결합을 보장하는 문제의 중요성에 대하여 UNHCR은 “난민지위 인정기준 및 절차편람” 제6장 및 UNHCR 집행위원회의 결정⁴⁵⁾을 통해서 수차례 반복하여 지적한 바 있다.

세계인권선언은 일찍이 가족에 대한 보호를 선언하고 있고, 자유권 규약 에는 가족생활에 대한 보호가 기본적 인권으로 규정되어 있어 규약 당사국은 관할 내에 있는 자국민 및 외국인에게 차별 없이 이러한 기본적 인권을 보장해야 한다고 하고 있고, 아동권리협약은 아동이 일차적으로 가정에서 부모의 보호를 받도록 보호할 당사국의 의무를 규정하고 있다.

출입국관리법 등에 가족결합원칙의 적용을 받는 난민가족의 범위 및 가족결합원칙을 명문화하지 않고 있지만 법무부는 가정이 난민으로 인정된 경우 가족들에게 동반하여 난민자격을 부여하고 있다. 따라서 난민으로 인정된 가정의 가족들이 한국에 있는 경우에는 별로 문제가 될 것이 없으나 난민인정자와 인도적 지위자의 가족들이 국적국에 있는 경우에는 동반하여 난민인정을 받는 전제로 가족들이 한국에 입국하여 가족 재결합을 하는 것 자체에 어려움을 겪고 있다.

그러나 난민협약 제25조는 "난민이 그의 권리행사를 위하여 통상적으로 외국기관의 원조가 필요한 경우 그 기관의 원조를 구할 수 없는 때에는, 그 난민이 거주하고 있는 체약국은 자국의 기관 또는 국제기관에 의하여 그러한 원조가 난민에게도 제공되도록 조치를 취한다"라고 하고 있으므로 난민으로 인정된 가족이 한국에 입국할 수 있도록 행정적인 지원이 있어야 한다고 할 것이다.

7. 법적인 신분과 증명서에 대한 권리

난민의 경우 신분에 관해 등록하고 증명서를 발급받는 권리는 난민에게 있어서 중요한 의미를 갖는데, 이 권리가 보장 받지 못하면 다른 권리 보장까지 위협을 받기 때문이다 ⁴⁶⁾. 만일 등록이 안 되고 증명서가 없다면 강제 추방 당하지 않을 권리, 인간다운 생활을 할 권리, 가족결합에 대한 권리, 일할 수 있는 권리, 교육에 대한 권리, 이동의 자유에 관한 권리에 모두 영향을 미친다.

따라서 난민협약 제28조는 "합법적으로 그 영역 내에 체재하는 난민에게" 여행증명서를 발급하도록 하고 있고(이것은 내국인 보다 난민을 더 유리한 지위에 둔 것이다), 제27조는 "체약국은 그 영역 내에 있는 난민(any refugee)로서 유효한 여행증명서를 소지하고 있지 아니한 자에게 신분 증명서를 발급한다"라고 하고 있으며⁴⁷⁾, UNHCR 집행위원회 결정 제35호는 "신청이 신속히 인정되지 않은 비호신청인은 권한 있는 기관에 의한 결정이 있을 때까지 추방 혹은 강제송환이 되지 않도록 임

45) UNHCR 집행위원회 결정 9, 15, 24, 84, 85, 88, 104호 참조

46) 증명서의 발급을 포함한 적절한 등록은 난민신청자가 법적, 신체적 보호를 받기 위한 전제조건이다" EC/GC/01/17 4면

47) UNHCR 집행위원회 결정 제35호, 제49호, 제91호 참조

시증명서를 제공받을 것을 권고 한다" 라고 하고 있다.

또한 자유권 규약 제16조는 "모든 사람은 어디에서나 법 앞에 인간으로서 인정받을 권리를 가진다"라고 하고 있고, 제24조 제2항은 "모든 어린이는 출생 후 즉시 등록되고, 성명을 가진다. 모든 어린이는 국적을 취득할 권리를 가진다"라고 하고 있으며, 아동권리협약 제7조는 "아동은 출생 후 즉시 등록되어야 하며...당사국은 이 분야의 국내법 및 관련 국제문서상의 의무에 따라 이러한 권리가 시행되도록 보장하여야 하며, 권리가 실행되지 아니하여 아동이 무국적으로 되는 경우에는 특히 그러하다"라고 하고 있으며, 제8조는 "당사국은...국적, 성명 및 가족관계를 포함하여 법률에 의하여 인정된 신분을 보존할 수 있는 아동의 권리를 존중한다"라고 하고 있다.

IV. 나가며

외국인 노동자의 경우 출입국관리법 제17조 제2항의 외국인에 대한 정치행위 금지는 참정권에 관한 규정이라면 관련 법령에 자세히 규정되어 있고, 정치적 표현의 자유까지 포함하는 것이라면 헌법 위반이라고 할 것이므로 삭제되어야 한다. 고용허가제의 경우 외국인 노동자에게 귀책사유가 없는 경우에는 사업장 변경 제한 횟수에 포함시키지 말아야 하고, 근무처 변경 허가기간(2월)의 제한을 두지 말아야 한다. 이주 노동자 자녀의 초·중등교육과 관련해서 관련 법령을 아동권리협약 등에 맞게 정비하여 외국인의 자녀의 교육권을 법적으로 보장해야 하며, 초·중등교육을 받고 있는 외국인 자녀의 경우 추방하지 말아야 한다. 이주 노동자의 단속과 관련해서는 형사사법절차에 준하는 절차를 법률로 마련해야 한다. 보호와 관련해서는 법률유보원칙을 지키고 정기적인 사법심사와 구금의 상환을 규정해야 한다. 사회 보장권과 관련해서는 상호주의 규정을 삭제하고 인간다운 생활을 할 권리를 보장받을 수 있도록 국민기초생활보장법상 외국인이 수급권자가 될 수 있는 요건을 완화시켜야 한다. 또한 체류자격과 관계없이 노동조합을 설립할 수 있도록 해야 한다.

난민신청자에 대한 사회적 처우에 대한 법적 근거는 난민협약 뿐 아니라 헌법과 기타 국제 협약 등에서 찾을 수 있음에도 불구하고 난민신청자에게 아무런 사회적 처우를 하지 않는 것은 위법하다. 따라서 개정 출입국관리법이 시행되기 전이라도 난민신청자에게 체류자격 외 활동으로 취업을 허가해야 한다(특히 난민협약 제17조 제2항에 따라 입국한 지 3년이 지나도록 난민인정절차가 종료하지 않은 경우에는 일할 수 있는 권리를 부여해야 한다). 또한 난민인정절차 중에 취업하였다는 이유로 외국인 보호소에 구금시키는 관행은 즉시 중지해야 한다. 난민인정자의 경우 난민협약은 공공부조와 사회보장에 대해서 내국인과 동일한 대우를 하도록 하고 있다. 따라서 난민인정자는 국민기초생활보장법 및 의료급여법의 수급권자로 인정되어 최소한의 인간다운 생활을 할 권리를 누리도록 해야 하며, 이를 위해서 보건복지부 장관은 국민기초생활보장법 제5조 제2항에 따라 생활이 어려운 난민인정자를 기초생활보장수급권자로 정해야 한다. 또한 출입국관리법상 폭넓고 모호하게 규정한 강제추방금지원칙에 대한 예외 규정을 난민협약 수준에 맞게 개정해야 하며, 실질적인 가족결합 원칙을 위해 가장이 난민인정을 받은 경우 국적국에 머물고 있는 가족을 한국으로 입국하기 시키기 위한 행정적인 지원을 해야 한다. 인도적 지위자에 대해서는 기본적으로 난민에 준하는 사회적

처우를 부여해야 하는 것이 타당하며, 그렇지 않다고 하더라도 사실상의 강제추방에 해당하지 않도록 하기 위해서는 최소한 다음의 처우는 급히 이루어 져야 한다. 우선 인도적 지위자에 대해 별도의 체류자격을 부여해야 한다. 또한 일할 수 있는 권리와 아울러 국민기초생활보장법 및 의료급여법의 수급권자로 인정하고 국민건강보험에 가입할 수 있도록 해서 최소한의 인간다운 생활을 할 권리와 일정한 사회보장권을 인정해야 한다. 법무부는 난민에게 인정하는 것과 같이 인도적 지위자에게 가족결합원칙을 인정해야 하고 가족이 실제로 결합할 수 있도록 행정적인 지원을 해야 한다. 그리고 강제추방을 당하지 않을 권리의 실질적인 보장을 위해 최소한의 안정적 체류기간을 부여해야 한다.