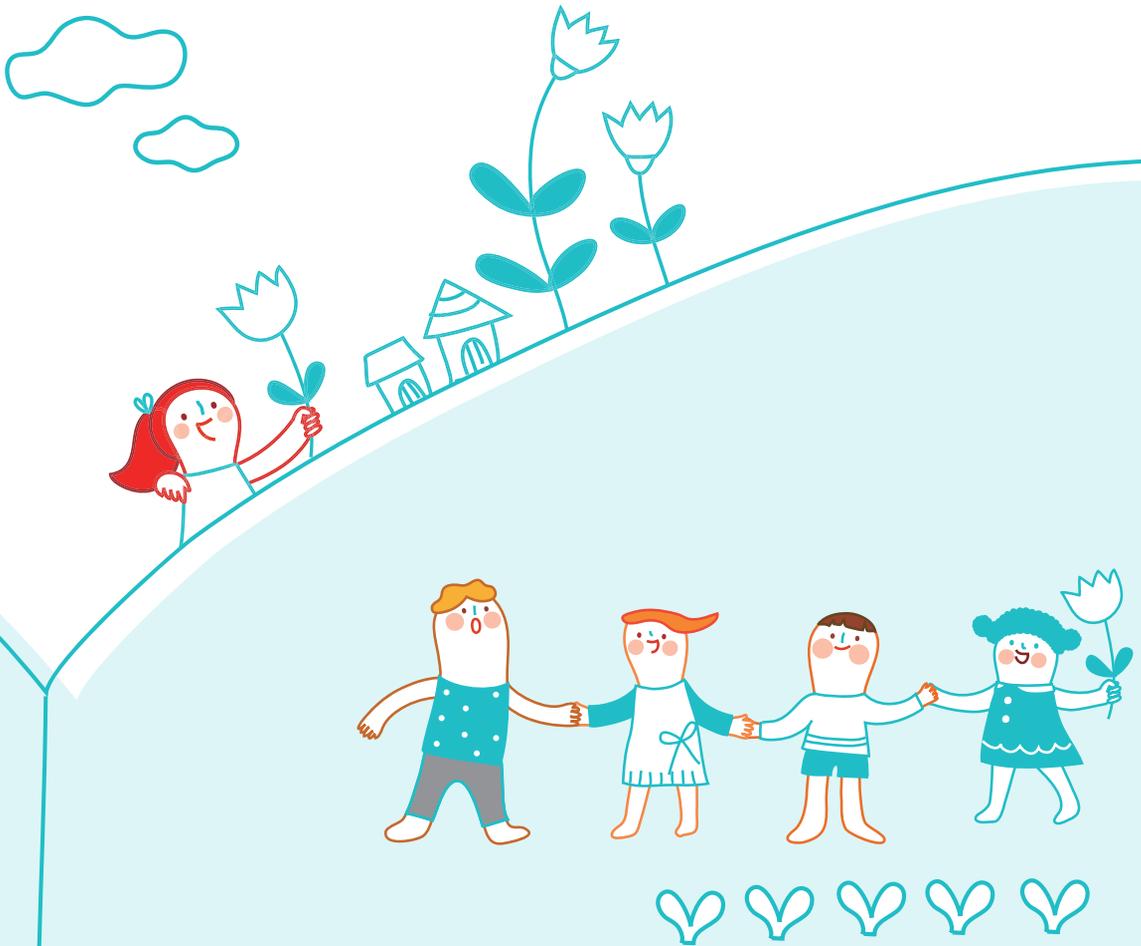


이주민사건 법률지원 매뉴얼



이주민사건 법률지원 매뉴얼 집필진

- 박선영 변호사(법무법인 해마루)
- 이영임 변호사(김&이 합동법률사무소)
- 이은혜 변호사(사단법인 아시아의 창)
- 이진혜 변호사(이주민센터 친구)
- 이탁건 변호사(재단법인 동천)
- 이현서 변호사(이주민지원 공익센터 감사와 동행)
- 조영관 변호사(민주사회를위한변호사모임 공익인권변론센터)
- 최정규 변호사(원곡 법률사무소)

<감 수>

- 김민정 활동가(이주여성인권포럼)
- 이율도 활동가(이주노동자노동조합)
- 이한숙 활동가(이주와 인권 연구소)

발간사



서울지방변호사회는 그동안 인권 옹호와 사회정의 실현이라는 변호사의 사명을 실현하기 위하여 다양한 방식으로 회원들의 공익활동을 지원하여 왔습니다. 또한, 회원들이 보다 손쉽게 적극적으로 공익활동을 수행할 수 있도록 지난 2016년 4월 프로보노지원센터를 개소하여, 프로보노 포럼, 프로보노 라운드테이블, 공익·인권분야 연구활동 지원, 봉사활동 수행, 전문가 초청 세미나 개최 및 각 분야 법률지원 매뉴얼 발간 등 다양한 활동을 펼쳐 왔습니다.

국내 체류외국인 수가 200만 명을 넘어선 지도 오래되었습니다. 불법체류자 혹은 외국인 노동자만으로 이야기 되었던 이주민에 관한 논의는, 국가의 결혼이민정책을 시작으로 ‘다문화’에 대한 고민으로 이어지기도 했습니다. 최근 국정감사 자리에서는 외국인의 교통사고 수의 증가 문제가 논의되기도 하였습니다. ‘외국인 금융서비스 시장’, ‘외국인 대상 보험상품’ 등의 표현은 외국인을 ‘소비자’로 명명하기도 합니다. 이처럼 변화된 국내 체류외국인, 즉 이주민의 위상은 이주민 인권에 관한 변화된 인식과도 밀접하게 관련되어 있습니다. 앞으로 우리 변호사들이 더 많은 이주민들로부터 법률지원을 요청 받게 될 것임은 분명합니다.

우리 회 프로보노지원센터는 위와 같은 문제의식을 바탕으로 이주민의 인권을 보장하기 위해 변호사가 제공할 수 있는 가능한 법률지원에 관한 매뉴얼을 제작하기로 결정하고, 2018년 2월부터 『이주민사건 법률지원 매뉴얼』 제작에 착수하였습니다.

이주민 사건은 과거 체류자격으로 인하여 발생하는 노동관계 분쟁이 주를 이루었으나, 현재에는 그 법률분쟁의 모습도 다변화되고 있습니다. 따라서 『이주민사건 법률지원 매뉴얼』 제작 TF팀은 이주민사건의 일선에서 실무를 진행해왔던 8인의 변호사가 주축이 되었으며, 수차례의 회의와 집필, 수정 과정을 거쳐 2018년 11월 본 매뉴얼이 완성되었습니다.

『이주민사건 법률지원 매뉴얼』은 이주민사건을 진행하는 변호사가 겪게 될 수 있는 여러 다양한 쟁점에 대하여 상세히 담고 있습니다. 향후 이주민사건을 진행하게 될 변호사 및 관련 공익단체에 실무적으로 큰 도움이 될 수 있으리라 기대합니다.

『이주민사건 법률지원 매뉴얼』의 제작을 위해 지난 반년이 넘는 시간 동안 노력해주신 TF팀의 열정과 노력에 깊은 감사의 말씀을 드리며, 향후 본 매뉴얼을 통하여 이주민의 보호와 권리구제를 위하여 노력하여 주실 많은 회원 및 관련 단체 활동가 여러분께도 감사와 존경을 표합니다.

서울지방변호사회는 회원 여러분의 공익활동이 보다 다양한 영역에서 활발하게 펼쳐질 수 있도록, 그리고 우리 변호사가 사회의 구성원으로서 국민과 함께 공감하며 사회적 책무를 다할 수 있도록 지속적으로 노력하겠습니다.

감사합니다.

2018년 11월

서울지방변호사회 회장 **이찬희**

CONTENTS

제1장 서론	1
1. 이주민의 정의	3
2. 통계를 통해 본 이주민 현황	4
3. 이주민에 대한 법률지원의 필요성 및 현행 제도의 흠결	7
제2장 출입국과 체류	9
1. 입국단계	13
가. 입국	13
나. 여권	13
다. 사증	14
라. 입국금지	19
2. 체류단계	21
가. 체류자격	21
나. 체류자격의 종류	21
다. 체류자격 외 활동허가	29
라. 체류자격의 변경 및 연장	29
마. 외국인의 사회보장제도	31
바. 기타 체류과정에서 발생하는 참고 사례	35
3. 출국단계	37
가. 출국심사	37
나. 조사	39
다. 보호	43
라. 강제퇴거	47

제3장 외국인보호소와 송환대기실 ----- 53

- 1. 외국인 보호절차의 개관 ----- 55
 - 가. 보호의 내용 ----- 55
 - 나. 단속부터 보호까지의 과정 ----- 57
- 2. 보호실 조사단계 ----- 58
 - 가. 단속의 적법성 검토 및 외국인의 권리 ----- 58
 - 나. 단속 및 보호실 조사단계에서의 권리구제방법 ----- 59
 - 다. 강제퇴거명령 등에 대한 불복 ----- 59
- 3. 외국인보호소에서의 보호단계 ----- 59
 - 가. 보호의 통지 ----- 59
 - 나. 보호명령에 대한 불복절차 ----- 60
 - 다. 보호일시해제 신청 ----- 61
 - 라. 면회하기 ----- 64
 - 마. 서신 왕래, 전화통화 ----- 65
 - 바. 보호소에서의 생활 ----- 65
 - 사. 퇴소 ----- 68
- 4. 송환대기실 내 구금절차 및 권리 ----- 68
 - 가. 송환대기실 구금의 개관 ----- 68
 - 나. 송환대기실 내 환경 ----- 70
 - 다. 송환대기실 구금자의 권리 ----- 71
 - 라. 송환대기실 구금에 대한 불복 ----- 73

제4장 노동사건 ----- 75

- 1. 임금체불 ----- 77
 - 가. 개요 ----- 77
 - 나. 체불금품확인원 발급까지의 법률지원 ----- 78
 - 다. 체불금품확인원 발급 후 법률지원 ----- 82
 - 라. 퇴직금 관련 특이사항 ----- 84

2. 산업재해	85
가. 개요	85
나. 근로복지공단 산재신청	86
다. 사업주 상대 위자료 등 손해배상청구	88
3. 사업장변경	90
가. 개요	90
나. 사업장변경 사유	90
다. 사업장변경절차	92
라. 사례	93

제5장 가사사건 95

1. 혼인	97
가. 혼인의 요건	97
나. 혼인의 효력	99
2. 혼인관계소송	100
가. 개념	100
나. 이혼소송	102
3. 유언·상속	108
가. 상속의 준거법	108
나. 유언의 준거법	109
4. 부모와 자	110
가. 출생신고	110
나. 친생부인의 소	114
다. 인지	115
라. 친생부인허가청구, 인지허가청구	115
5. 입국·체류에 관한 문제	116
가. 입국	116
나. 체류	118
다. 기타	120

제6장 민·형사사건 ----- 123

- 1. 민사소송 ----- 125
 - 가. 개요 ----- 125
 - 나. 소의 제기 ----- 126
 - 다. 준거법의 의의와 결정 ----- 127
 - 라. 자주 일어나는 민사소송 사례 ----- 128
- 2. 형사소송 ----- 129
 - 가. 형사피의자(경찰, 검찰 수사단계)의 권리 ----- 129
 - 나. 형사피고인(재판단계)의 권리 ----- 132
 - 다. 출입국사법심사 ----- 133
 - 라. 범죄피해자의 권리구제 ----- 135
 - 마. 자주 일어나는 형사소송 사례 ----- 139

제7장 소송구조제도 안내 ----- 143

- 1. 법원의 소송구조제도 ----- 145
 - 가. 개괄 ----- 145
 - 나. 구조의 요건 ----- 145
 - 다. 소송구조절차 ----- 146
 - 라. 외국인소송구조 지정변호사제도 ----- 147
- 2. 대한법률구조공단을 통한 소송구조 ----- 147
 - 가. 외국인 무료법률구조 ----- 147
 - 나. 법률구조의 요건 ----- 147
 - 다. 법률구조 신청의 절차 ----- 148
- 3. 대한변호사협회 법률구조재단을 통한 소송구조 ----- 148
 - 가. 개괄 ----- 148
 - 나. 법률구조 신청절차 ----- 149
 - 다. 소송비용의 처리절차 ----- 149

이주민사건 법률지원 매뉴얼

제1장

서론

제1장

서론

1 이주민의 정의

‘이주민’은 한국 법제에 익숙한 개념은 아니다. 출입국관리법 등 이민 관련법은 대한민국 국적이 없는 자들을 일반적으로 ‘외국인’으로 호명하며, 한국 경제와 사회에 어떤 식으로 결합되었는지에 따라 ‘외국인근로자’(외국인근로자의 고용 등에 관한 법률), ‘결혼이민자’(재한외국인 처우 기본법), ‘다문화가족’(다문화가족지원법) 등의 호칭을 사용하고 있다. 해외로 이주한 국민에 대해서는 ‘재외동포’(재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률)의 지위를 부여하며, 난민신청자 및 난민인정자 등의 지위에 대해서는 난민법이 별도로 규율하고 있다. 이렇듯 국내 법령에서 ‘이주민’은 직접 규정되고 있지 않은 개념이지만, 이 매뉴얼은 ‘이주민’을 전면에 내세우고자 한다. 이주민(migrant)은 상주국(country of usual residence)을 변경한 사람을 모두 포괄하는 폭넓은 개념인데, 국내외 이주민 지원단체들은 ‘국적’이 아니라 ‘체류의 변경’에 초점을 맞추어 ‘이주민’이라는 개념을 적극적으로 사용하고 있다. 이 매뉴얼도 내국인 및 외국인 간의 차별적 구분을 지양하려는 이러한 목표의식에 공감하며, ‘외국인’이 의뢰인인 사건뿐만 아니라 국적과 무관하게 다양한 양태의 이주 배경을 가진 사람들에 대한 법률조력을 지원하는 것을 목표로 한다.

한편 유엔 이주민인권 특별보고관은 다음과 같은 사람들을 ‘이주민’으로 볼 것을 제안하였는데, ‘누가 법률조력이 필요한지’의 측면에서 이주민의 범위를 확정할 때 참고할 수 있을 것이다.¹⁾

1) Gabriela Rodríguez Pizarro, Special Rapporteur of the Commission on Human rights in A/57/292, Human rights of migrants, Note by the Secretary-General, 2002.8.9.

- (a) 국적 또는 시민권을 가진 국가영토 밖에 있으며, 그 국가의 법적 보호를 받지 못하고 다른 국가영토 내에 있는 사람
- (b) 거주국에서 난민인정자, 귀화자 및 이와 유사한 지위를 부여받을 때 내재되어 있는 일반적인 법적 권리를 보장받지 못하는 사람
- (c) 외교협정, 비자협정 또는 다른 협정에 따른 기본권에 대한 일반적인 법적 보호를 받지 못하는 사람

위 정의를 차용하면, ‘이주를 이유로 하여 일반적인 법적 권리를 보장받지 못하여 법률조력이 필요한 모든 사람’을 지원하고자 하는 변호사들이 이 매뉴얼이 상정하고 있는 독자이다.²⁾ 따라서 이 매뉴얼에서는 ‘이주민’이라는 표현을 원칙적으로 사용하되, 법률, 판결문, 법무부 매뉴얼 등의 표현을 옮기는 경우에는 외국인, 외국인노동자 등의 표현을 혼용하기로 한다.

2 통계를 통해 본 이주민 현황

국내 체류외국인은 매년 꾸준히 증가하여, 2016년 말 기준 5년간 매년 9.2%의 증가율을 보이고 있다.³⁾ 2016년에 200만 명을 돌파한 체류외국인의 수는, 2018년 3월 현재 225만 명으로 파악된다.⁴⁾

2) 단, 서울지방변호사회가 2018년 발간 예정인 ‘난민사건 법률지원 매뉴얼’에서 난민인정자, 난민신청자 및 인도적체류자(이하 “난민 등”)에 대한 법률지원에 대해 상세히 다룰 예정이므로, 이 매뉴얼에서는 난민 등의 특유한 법률적 쟁점에 대해서는 별도로 다루지 않는다. 탈북민도 일반적으로 이주민에 해당한다고 볼 수 있으나, 한국에서는 탈북민에 특유한 법제도가 별도로 존재하고 있는 점을 고려하여 이 매뉴얼에서 다루지 않는다.

3) 법무부 출입국외국인정책본부, 2016년 출입국외국인정책 통계연보.

4) 법무부 출입국외국인정책본부, 2018년 출입국외국인정책 통계월보 3월호, 17.

구분 \ 연도	2012년	2013년	2014년	2015년	2016년
체류외국인	1,445,103	1,576,034	1,797,618	1,899,519	2,049,441
인구	50,948,272	51,141,463	51,327,916	51,529,338	51,696,216
인구대비 체류외국인 비율	2.84%	3.08%	3.50%	3.69%	3.96%

자료: 법무부 출입국외국인정책본부, 2016년 출입국외국인정책 통계연보

체류유형별로 살펴보면, 다음과 같다.

체류 자격별	계	재외동포 (F-4)	비전문취업 (E-9)	방문취업 (H-2)	사증면제 (B-1)	단기방문 (C-3)	관광통과 (B-2)	기타
인원	2,254,085	422,123	274,239	245,519	205,334	202,861	141,149	762,860
비율	100%	18.7%	12.2%	10.9%	9.1%	9.0%	6.3%	33.8%

자료: 법무부 출입국외국인정책본부, 출입국외국인정책 통계연보 3월호

2018년 3월 기준 전체 체류외국인 중 재외동포(F-4) 18.7%, 영주(F-5) 6%, 결혼이민(F-6) 5.4% 등 정주형 장기체류자의 비율이 30%를 넘는다. 그 외에도 가족 체류 비중이 빠르게 증가하고,⁵⁾ 외국인 가정 학생 수도 2012년 대비 2016년에 600% 증가하는 등 이주민 인구 구성이 급변하고 있어,⁶⁾ 이주민이 접하는 법률상 문제도 점차 다변화될 것으로 보인다. 이러한 이주민 인구 구성의 변동에도 불구하고 정부는 여전히 단기순환형 외국인력정책 기조를 고수하고 있어, 현실과 부합하지 않는다는 비판이 있다.⁷⁾

5) 국가인권위원회, 이주 인권가이드라인 재구축을 위한 연구, 2017, 18.

6) 교육부, 2016년 교육기본통계 주요내용, 2016.

7) 국가인권위원회, 위의 책, 18.

미등록 체류자⁸⁾와 관련된 통계를 살펴보면, 다음과 같다.

	전체	미등록 체류자	미등록 체류 비율
체류외국인	2,049,441	208,971 (100%)	10.2%
단기	518,902	132,789 (63.5%)	25.6%
장기	1,530,539	76,182 (36.5%)	5.0%
비전문취업(E-9)	279,187	45,567 (21.8%)	16.3%
선원취업(E-10)	15,312	5,480 (2.6%)	35.8%
방문동거(F-1)	103,826	2,440 (1.2%)	2.4%
거주(F-2)	39,681	3,660 (1.8%)	9.2%
방문취업(H-2)	254,950	2,315 (1.1%)	0.9%
기타(G-1)	17,278	3,607 (1.7%)	20.9%

자료: 법무부 출입국외국인정책본부, 2016년 출입국외국인정책 통계연보⁹⁾

장기체류자 중 선원취업(E-10) 비자 소지자의 미등록 체류율이 가장 높고, 비전문취업(E-9) 비자가 그 뒤를 잇고 있다. 결국 노동조건이 열악한 업종과, 체류기간 연장이 제도적으로 막혀 있는 비자의 경우 미등록 체류가 더 빈번하게 발생하고 있는데, 미등록 체류의 원인이 법제도적인 흠결과 맞닿아 있다는 사실이 통계를 통해서도 확인된다.

8) 법무부는 공식자료에서 '불법체류자', '불법체류 외국인'이라는 용어를 일반적으로 사용하고 있으며, 법원의 판결 문에도 '불법체류자'라는 표현이 흔히 등장한다. 보통 허가된 체류기간을 초과하여 계속 체류하고 있는 이주민, 허가된 사업장을 이탈한 이주노동자 등을 '불법체류자'라고 호칭하고 있으나, 출입국관리법 등 관련 법에서 '불법체류자'의 개념을 따로 구체적으로 규정하고 있지는 않다. 유엔 등 국제사회는 '불법체류자'(illegal immigrant), '불법 외국인'(illegal alien)보다 미등록 체류 이주민(undocumented migrant), 비정규 이주민(irregular migrant)이라는 표현을 사용하고 있다. 체류기간 초과 등 단순히 이민법을 위반한 체류의 형사범죄화를 지양해야 한다는 문제의식이 있으며, 행위가 아니라 사람을 '불법'으로 칭하는 용어 사용이 이주민의 부정적 이미지를 강화한다는 점을 우려하고 있기 때문이다. 이 매뉴얼도 이러한 국제사회의 인식에 공감하여, 이러한 사람들을 통칭하는 경우 원칙적으로 '미등록 외국인', '미등록 이주민' 등의 표현을 사용하되, 판결문 인용 등 불가피한 경우에 원문에서 사용된 '불법체류자' 등의 표현을 유지하기로 한다.

9) 국가인권위원회, 위의 책, 20에서 재인용.

3 이주민에 대한 법률지원의 필요성 및 현행 제도의 흠결

이 매뉴얼의 집필진들은 이주민들의 ‘일반적인 법적 권리’가 보장되어야 하는 당위와, 현행법상의 흠결 또는 모순으로 인해 자신들의 기본권을 충분히 보장 받지 못하는 이주민들의 현실 간의 간극에 주목하였다. 법무부는 산업연수생제도 도입의 초기부터 단기순환형 외국인력정책을 기본 전제로 하였으며, 2003년 고용허가제 도입 이후에도 이러한 정책 기조는 그대로 유지되고 있다. 정주화 방지라는 정책적 목표 달성을 위해 고용허가제하의 이주노동자들의 노동권은 쉽게 축소된다. 정부는 ‘원치 않는 외국인’을 받지 않거나 추방시킬 수 있는 주권국가의 권능을 강조하나, 출입국행정에 대한 정부의 광범위한 재량이 인정되는 관행 속에서 부당하게 입국이 금지되거나 강제퇴거 처분을 받은 이주민들의 가족과 결합할 권리, 한국 사회와 장기간 맺은 유대관계에 대한 권리는 무시된다. 이주민이 한국 국적의 가족 구성원과 관계를 유지하는 것을 전제로 하는 ‘다문화’ 관련 법제도의 한계도 명확하다.

아래에서 더 상세히 살펴보겠지만, 이러한 현행 법제도의 흠결 속에서 변호사의 적절한 법률지원의 필요성은 더욱 높다고 할 수 있다. 한국도 체약 준비를 하고 있는 국제협약인 “이주에 대한 글로벌컴팩트”의 초안은 이주민의 사법접근권과 법률조력의 필요성에 대해 아래와 같이 권고하고 있다.

이주민들에게 소송, 행정절차를 포함한 그들에게 영향을 미치는 모든 법적 절차 중의 독립적인 법률지원과 법률 대리인에 대한 접근권을 보장하여, 모든 곳에 있는 모든 이주민이 법 앞에서 선 사람으로 인정되고, 공평하며 비차별적인 사법정의가 실현될 수 있도록 보장되어야 할 것이다.¹⁰⁾

10) Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration Zero Draft, 2018.2.5., para 21 f)

제2장

출입국과 체류

제2장

출입국과 체류

이주민에게 있어 출입국과 체류와 관련된 법률문제는 매우 중요하다. 합법적인 테두리 안에서 생활하기 위한 가장 기본적인 전제조건이기 때문이다. 그럼에도 불구하고 많은 이주민들은 국내로 입·출국하고 체류하는 과정에서 발생하는 문제를 해결하는 것을 매우 어려워한다. 단순히 언어와 법률적인 장벽의 문제가 아닌, 구조적인 문제점이 있기 때문이다.

첫 번째 문제는 출입국 행정에서 인정되는 광범위한 재량권의 문제이다. 출입국 행정은 이른바 국가의 주권행사의 일환으로 행해진다는 특성을 이유로 재량권이 다른 행정영역에 비해 넓게 인정된다(헌법재판소 2005. 3. 31. 자 2003헌마87 결정, 서울행정법원 2011. 9. 15. 선고 2011구합21430 판결 등). 그러다 보니 이주민이 최초 국내 입국을 위해 사증발급을 신청하는 단계에서부터 국내 입국 이후에 체류자격을 변경·연장하거나, 때로는 문제가 생겨 강제로 출국되는 과정에 이르기까지 본인에게 발생하는 행정절차에 대한 예측가능성이 매우 떨어진다. 보다 근본적인 문제는 이러한 구조가 분쟁 상황이 발생하였을 때 당사자인 이주민에게 보장된 정당한 권리행사를 심각하게 위축시킨다는 점이다. 위법하거나 부당할 수 있는 행정절차에 맞서 적극적으로 자신의 권리를 주장하여 미운털이 박히는 것보다 '재량'이라고 부르는 확인할 수 없는 지방출입국·외국인관서 담당자의 권위와 판단에 의존하게 만드는 것이다. 제한된 인력으로 광범위한 문제를 관리·판단해야 하는 관리자의 입장에서 보면 매우 효율적인 구조이지만, 그 관리의 대상이 관리자와 동등한 '인간'이라는 점에서는 매우 비인간적이다.

두 번째 문제는 정보의 비공개이다. 광범위한 재량권이 부여된 출입국행정업무의 최소 기준은 법령이 아닌 출입국·외국인정책본부 내부지침과 같은 행정규칙에 위임되어 있는데, 대부분 외부에 공개되지 않는다. 체류자격 부여·변경과 같이 특정한 지위를 부여하는 처분에 있어 법령에 규정된 추상적인 요건들의 세부적 기준이나 강제퇴거, 출국명령과 같은 침익적 처분의 기준들도 내부지침에 따라 결정된다. 법무부는 이러한 기준이 외부에 공개되면 출입국 행정을 면탈하는 행위들이 이루어진다고 설명하지만, 오히려 이러한 기준이 제대로 공개되지 않고 이른바 법률브로커들에게 은밀하게 유통되면서 잘못된 정보로 인해 피해를 받은 이주민들이 늘어나고 있고 이는 출입국 행정에 대한 불신으로 이어진다. 어떤 경우에는 지침 자체가 헌법과 법률에 위반되는 경우도 발견된다. 일반적으로 행정기관의 행정규칙이 외부에 공개되지 않는 경우가 드물다는 점까지 고려한다면, 이주민의 출입국과 체류에 관한 내부지침은 외부에 충분히 공개되고, 공론의 장에서 사회적인 논의를 거쳐 합의되어 규율될 수 있어야 한다.

이러한 문제의식에 기초하여 본 장에서는 출입국과 체류와 관련된 세부적이고 구체적인 법적 쟁점을 하나하나 설명하기보다, 출입국과 체류 영역에서 발생하는 이주민의 법률분쟁을 해결하는 과정에서 필요한 중요한 원칙을 개괄적으로 살펴보는 것을 목표로 한다. 기초가 되는 원칙을 이해하면 개별·구체적인 사안에 대한 해답을 찾아가는 데 시행착오를 줄일 수 있을 것으로 기대하며, 특히 매년 변하는 출입국 행정의 특수성도 함께 고려하였다.

편제와 관련하여 출입국과 체류분야를 설명하기 위해서 시간 순서에 따라 입국 단계-체류단계-출국단계로 구분하고, 각 단계별로 기본개념과 함께 이주민에게 자주 발생하는 법률문제를 간략히 소개하고자 한다.

1 입국단계

가. 입국

출입국관리법에는 ‘입국’을 정의하는 명문 규정은 없다. 다만, 출입국관리법 제12조 입국심사에 관한 규정을 살펴보면 “외국인이 입국하려는 경우에는 입국하는 출입국항에서 출입국관리공무원의 입국심사를 받아야 한다”고 정하고 있어 문언상 출입국항에서 입국심사대를 통과하는 행위로 해석하고 있다(대법원 2014. 8. 25. 2014인마5 등). 다만, 외국인의 불법입국 등 벌칙 규정(출입국관리법 제93조의2)을 해석하는 경우에는 ‘대한민국의 영역에 진입하는 행위’로 넓게 해석하고 있다(대법원 2005. 1. 28. 2004도7401).

나. 여권

출입국관리법 제7조에 따르면 외국인이 국내에 입국하기 위해서는 ‘유효한 여권과 법무부장관이 발급한 사증’을 가지고 있어야 한다. ‘여권’이란 대한민국 정부·외국 정부 또는 권한 있는 국제기구에서 발급한 여권 또는 여행증명서나 그 밖에 여권을 갈음하는 증명서로서 대한민국 정부가 유효하다고 인정하는 것을 말한다(출입국관리법 제2조 제4호). 국내에서 체류하는 17세 이상 외국인은 항상 여권을 지니고 있어야 하고, 출입국관리공무원이나 권한 있는 공무원이 그 직무수행과 관련하여 여권의 제시를 요구하면 이를 제시해야 한다(출입국관리법 제27조). 다만, 출입국관리법 제27조는 그 발동요건이 직무수행과 관련하여 필요한 경우에 한정되므로 위 규정을 근거로 일반적으로 통행하는 외국인을 상대로 하여 여권 및 외국인등록증 제시를 요구하는 행위(이른바 외국인에 대한 신원확인)를 하는 것은 적법한 공무집행이라고 볼 수 없다.

만약, 유효한 여권 없이 대한민국에 입국하다 적발되면 형사처벌(출입국관리법 제94조, 여권법 제24조)이 될 뿐만 아니라, 체류자격 상실과 강제퇴거 사유에 해당한다(출입국관리법 제46조 제1항 제1호).

‘유효한 여권’의 범위와 관련하여 여권 자체는 유효하나 여권의 소지자의 실제 정보

와 여권에 기록된 명의자의 정보가 다른 경우(이른바 ‘위명여권’)가 문제된다. 원칙적으로 여권의 소지자가 출입국 관련법령을 면탈할 목적으로 여권 자체를 직접적으로 위·변조하여 제출한 경우는 출입국관리법 제26조에 따른 허위서류 제출에 해당하고, 그 자체로 유효한 여권이라 볼 수 없다. 그러나 과거 여권에 기재된 정보(이름, 생년월일 등)가 단순한 오키(예를 들어 소지자의 생년월일은 1952. 1. 25.이나, 과거 발급한 여권에 1952. 11. 25.로 기재되어 있는 경우 등)로 볼 수 있는 경우에 법원은 출입국관리법 제7조 위반에 해당되지 않아 이에 따른 강제퇴거명령 및 보호명령은 처분 사유가 존재하지 않아 위법하다고 판단하였다(서울행정법원 2016. 8. 11. 2015구단12260).

출입국심사 과정에서 외국인의 지문 및 여권에 부착된 사진정보가 전자DB화 되면서 지문이나 사진이 동일한 사람이 과거 다른 인적사항의 여권으로 입·출국한 기록이 드러나는 경우도 있다. 이러한 경우 현행 출입국 행정실무상 ‘신원불일치자’로 처리되어 입국이 거부되거나, 체류 중 적발된 경우에는 강제퇴거명령 및 보호명령처분을 받아 외국인보호소에 구금되고 있다. 그러나 여권의 인적사항이 종전 입국 시 사용한 여권의 인적사항(생년월일)과 다르게 변경된 경우라 하더라도 바로 출국명령을 내릴 수는 없고, 위명여권으로 의심된다 하더라도 그것이 유효한지 여부를 해당 여권을 발급한 외국 정부에 조회해 본 후 그 결과에 따라 강제출국명령 등의 조치를 취할 수 있으며, 이러한 조치 없이 막연히 여권 자체의 효력을 스스로 부인할 수 없다는 판결(서울행정법원 2013. 10. 10. 2013구합10342)이 있음에도 일선에서는 쉽게 개선되지 않고 있다.¹¹⁾

다. 사증

(1) 정의

사증(비자)이란 “개인이 다른 나라에 입국하고자 할 때 그 나라의 대사·공사·영사로

11) 위명여권과 관련하여 최근 한국인과 결혼하여 10여 년 생활해 온 혼인이주여성의 국적신청에 대해서 13년 전 산업연수생 체류자격으로 입국할 당시 다른 사람 명의의 여권을 사용한 사실을 이유로 불허한 처분의 취소를 다투는 행정소송에서 오래전 위명여권을 사용한 출입국관리법 위반사실은 국적법에 따른 ‘품행단정’ 요건에 위반된다고 볼 수 없다고 판단한 판결(서울행정법원 2018. 6. 7. 선고 2017구합89315 판결)은 출입국관리법 및 여권법 위반 사례와 관련한 국적신청심사 과정과 관련하여 참고할 만하다.

부터 여권의 검사를 받고 서명을 받는 일”이라고 정의된다. 사증에 대한 의미는 각 국가의 정책에 따라 다르나 일반적으로 외국인에 대하여 그 나라에 입국할 수 있음을 인정하는 ‘입국허가 확인’의 의미로 보는 국가와 외국인의 입국허가 신청에 대한 영사의 ‘입국추천행위’의 의미로 보는 국가가 있다.

한국의 경우 외국인이 사증을 소지한 경우에도 공항만에서 출입국관리공무원이 입국심사를 하여 출입국관리법(이하 ‘법’이라 한다)에서 정한 요건에 부합하지 아니한 경우에는 입국을 허가하지 아니할 수 있고, 사증발급신청서에도 사증의 소지가 입국을 보장하지 않는다는 것을 명시하고 있는 점으로 보아 사증발급은 영사의 ‘입국추천행위’로 보아야 할 것이다. 따라서 한국에 입국하고자 하는 외국인이 사증을 소지하고 있다고 하더라도 입국심사 과정에서 입국이 불허될 수 있고, 사증을 소지하고 입국한 이후에도 체류심사 과정 등에서 입국목적이 사증상의 체류자격과 부합하지 아니하는 경우에는 강제퇴거될 수 있다.

외국인의 입국허가 여부 및 사증발급행위는 국제법상 그 국가의 고유한 주권의 행사, 즉 타국가의 간섭을 허용하지 않는 전형적인 국내 문제로서 각국의 재량사항에 속한다고 할 수 있다. 사증제도는 체류자격과 밀접한 관계가 있는바, 국내적으로 외국인의 입국과 체류를 관리하는 기준을 제시하는 체류자격은 사증발급의 기준이 된다.

(2) 사증발급 거부

(가) 재외공관의 사증발급 거부행위의 처분성 문제

재외공관에 사증을 신청하였으나 이를 거부하는 경우 대부분 관련서류를 보완하여 다시 신청하는 것이 일반적이다. 그러나 대부분의 재외공관에서 사증발급 거부 사유를 제대로 통지하지 않아, 이에 대해 불복하고자 하는 경우가 있다. 이 경우에 재외공관의 사증발급 거부행위가 행정쟁송의 대상이 되는 ‘처분’에 해당하여 법적으로 다툴 수 있는 방법이 있는지가 문제된다.

사증발급 거부행위가 처분에 해당하지 않는다는 견해는 외국인의 입국을 허가하는 것은 ‘주권국가의 고권적 행위’로서 ‘국제법상 외국인에게 입국하고자 하는 국가에 대

하여 사증을 발급해 줄 것을 요구할 권리(신청권)가 없다’는 점을 주된 근거로 한다(서울행정법원 2007. 11. 15. 2007구합21983). 특히, 그동안 재외공관의 사증발급 거부행위에 대해 불복하여 행정심판을 제기한 경우 행정심판위원회에서는 위와 같은 논리를 근거로 신청인에게 ‘각하’ 결정을 해왔다.

그러나 중앙행정심판위원회의 재결로 과거에 국내에서 적법한 체류자격을 가졌던 외국인의 행정심판 청구인적격을 인정한 사례가 있으며(중앙행정심판위원회 사건번호 200210613, 재결일자 2003-04-28, 입국불허 및 복수비자 취소처분 취소청구), 외국인이 결혼이민 사증발급을 신청하였으나 거부된 사안에서 이 사건 처분의 직접 상대방인 사증발급 신청인이 사증발급과 관련된 법규에 의하여 보호되는 개별적·직접적·구체적 이익이 있다고 본 법원 판결(서울고등법원 2014. 9. 5. 2014누41086), ‘재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률(이하 ‘재외동포법’이라 한다)’에 따른 재외동포가 재외공관의 장에게 재외동포(F-4) 체류자격 사증발급을 신청하였으나 이를 거부한 행위에 대해서 재외동포법은 외국 국적 동포를 단순한 외국인과는 달리 취급하여 외국 국적 동포에게 재외동포사증을 발급받을 수 있는 신청권을 부여하고 있다고 봄이 상당하고, 그 신청한 행위가 거부되는지 여부에 따라 신청인의 법률관계에 변동이 생기게 되므로, 사증발급에 관한 법규상의 신청권이 있는 원고의 사증발급 신청을 거부한 이 사건 거부행위는 단순한 사실의 통지가 아닌 항고소송 대상이 되는 처분에 해당하여 대상적격이 인정된다고 판단한 판결(서울행정법원 2016. 9. 30. 2015구합77189, 스티브유(유승준) 사건)도 있었다.

그러나 최근 대법원은 대한민국 국민과 결혼한 이후 결혼이민(F-6) 사증을 신청하였으나 지방출입국·외국인관서에서 ‘내국인 배우자의 가족부양능력 결여’를 이유로 사증발급을 거부하였고 이에 불복하여 진행된 사증발급 거부처분 취소소송에서 “사증발급 거부처분을 다투는 외국인은, 아직 대한민국에 입국하지 않은 상태에서 대한민국에 입국하게 해달라고 주장하는 것으로, 대한민국과의 실질적 관련성 내지 대한민국에서 법적으로 보호가치 있는 이해관계를 형성한 경우는 아니어서, 해당 처분의 취소를 구할 법률상 이익을 인정하여야 할 법정책적 필요성도 크지 않다. 반면, 국적법상 귀화불허가처분이나 출입국관리법상 체류자격 변경 불허가처분, 강제퇴거명령 등을 다투는 외국

인은 대한민국에 적법하게 입국하여 상당한 기간을 체류한 사람이므로, 이미 대한민국과의 실질적 관련성 내지 대한민국에서 법적으로 보호가치 있는 이해관계를 형성한 경우이어서, 해당 처분의 취소를 구할 법률상 이익이 인정된다고 보아야 한다.”고 하여, 우리 출입국관리법의 해석상 외국인에게는 사증발급 거부처분의 취소를 구할 법률상 이익이 인정되지 않는다고 판단하여(대법원 2018. 5. 15. 2014두42506, 위 2014누41086의 상고심) 법리상으로는 정리가 된 것으로 보인다. 다만, 국내에 입국하지 않은 외국인의 경우에 일률적으로 대한민국과의 실질적 관련성 내지 법적으로 보호가치 있는 이해관계를 형성하지 않았다고 단정할 수 있는지는 의문이다.

(나) 사증의 종류

사증은 1회만 입국할 수 있는 단수사증과 2회 이상 입국할 수 있는 복수사증으로 구분된다. 사증에는 세부적인 체류자격이 함께 기재되어 있는데, 국내 체류자격에 따라 알파벳 A부터 H 사이에 해당하는 사증이 발급된다. 구체적인 사증의 유형은 출입국관리법시행령[별표1]에 소개되어 있다.

▣ 대한민국 사증 견본



- ① 사증번호 : 사증발급 일련번호
- ② 체류자격 : 외국인이 국내에 체류하면서 행할 수 있는 사회적인 활동이나 신분의 종류
- ③ 체류기간 : 대한민국 입국일로 부터 기산하여 체류할 수 있는 기간
- ④ 종류 : 사증의 종류 즉, 단수사증인지 복수사증인지 여부 표시 (S : 단수사증, M : 복수사증)
- ⑤ 발급일 : 사증의 발급일
- ⑥ 만료일 : 사증의 만료일 즉, 사증 유효기간을 의미. 만료일 이전에 한국에 입국하여야 함. 만료일이 지난 사증은 무효임
- ⑦ 발급지 : 사증발급지에 대한 정보

(다) 사증발급 신청절차

1) 공통 서류

사증 또는 사증발급인정서 발급을 신청할 때 제출해야 하는 서류는 사증 또는 사증발급인정서를 받아야 하는 외국인의 체류자격에 따라 다르며, 재외공관장이나 지방출입국·외국인관서의 장 또는 출장소장이 필요하다고 인정하는 때에는 첨부서류의 일부를 가감할 수 있다. 일반적으로 국내에 입국하려는 외국인은 자국의 한국영사관 또는 대사관에 사증발급신청서와 필요서류를 제출한다. 다만, 복잡한 구비서류가 필요하여 재외공관에서 수행하기 어려운 체류자격의 경우 국내에 체류하는 초청인이 국내 출입국관리사무소에 사증발급인정서를 신청하고, 출입국관리사무소에서 심사한 뒤 사증발급인정서를 발급하는 경우도 있다. 사증발급인정서 발급대상은 체류자격 문화예술(D-1) 내지 특정활동(E-7) 자격에 해당하거나, 방문동거(F-1), 동반(F-3), 재외동포(F-4) 자격에 해당하는 경우이며 예외적으로 법무부장관이 필요하다고 인정하는 경우도 포함¹²⁾된다. 국내에서 초청인이 사증발급인정서를 교부받은 경우에는 이를 전달받아 재외공관에 사증발급신청서와 함께 제출하면 된다.

2) 사증발급 신청 관련 실무

사증별(체류자격별) 첨부서류는 출입국관리법 시행규칙[별표5]에 명시되어 있으며, 자세한 내용은 출입국·외국인정책본부에서 제공하는 사증발급 매뉴얼을 참고하기 바란다. 또한 사증발급은 각 국가 주재 대한민국 대사관(영사관)에서 요구하는 서류는 대사관(영사관)별로 상이할 수 있으므로 사증발급 신청 전에 각 대사관의 온라인 홈페이지를 확인할 필요가 있다.

사증발급 신청에 필요한 서류는 원본을 제출하는 것이 원칙이며, 본국 내에서 작성한 진술서/참고자료들은 공증을 거쳐 송부하는 것이 좋다. 특히, 입국금지규제기간 중에 있거나 사증발급이 거부된 사정이 있는 등 사증발급과 관련하여 필요한 내용을 보다 분

12) 구직(D-10), 거주(F-2), 재외동포(F-4), 영주(F-5), 결혼이민(F-6), 관광취업(H-1) 자격에 해당하는 자는 원칙적으로 사증발급인정서 발급 제외대상에 해당한다.

명하게 소명할 필요가 있는 경우에는 관련 자료를 신청서와 함께 제출하는 것이 좋다. 다만, 이 경우 재외공관에 따라 신청서 이외 첨부서류 제출을 받지 않는 경우가 있으므로 단순한 신청서 제출 이외에 재외공관 영사면담 신청절차를 이용하는 방법도 있다.

라. 입국금지

(1) 의의

출입국관리법 제11조에 따르면 동조 제1항 제1호부터 제8호의 사유가 있는 외국인에 대해서 법무부장관이 입국을 금지할 수 있다. 개별 사유를 보면 ‘강제퇴거명령을 받고 출국한 후 5년이 지나지 아니한 사람(제6호)’과 같이 구체적인 요건을 제시하고 있는 경우도 있지만, ‘대한민국의 이익이나 공공의 안전을 해치는 행동을 할 염려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 사람(제3호)’, ‘경제질서 또는 사회질서를 해치거나 선량한 풍속을 해치는 행동을 할 염려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 사람(제4호)’과 같이 추상적인 개념으로 폭넓게 그 대상을 정하고 있는 경우도 있다. 기존에는 법무부장관의 권한이었으나 2013. 5. 31. 법 개정을 통해 현재는 지방출입국·외국인관서의 장 등에게 권한이 위임되어 있다.

(2) 입국금지행위의 처분성

출입국관리법에 따른 입국금지행위에 대하여 불복하여 다투기 위해서는 앞서 사증발급 거부행위와 동일하게 입국금지행위가 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당하여야 한다. 관련하여, 동일한 이유로 처분성을 부정한 판결(서울행정법원 2014. 10. 31. 2014구합12550)도 존재하지만, 주류적 판례는 법무부장관의 입국금지처분은 원고의 입국요구에 대응하는 조치가 아니라 원고가 입국금지 사유에 해당한다는 이유로 이루어진 제재적 처분이므로 항고소송의 대상인 처분에 해당한다고 보고 있다(서울행정법원 2013. 6. 20. 2012구합37227, 2013. 5. 10. 2012구합41103 등).

(3) 구제절차

강제퇴거 등에 관한 처분을 이유로 출입국·외국인관서의 전산망에 입국금지에 관한 사항을 입력하는 행위는 행정청의 내부의 의사결정행위로서 처분성이 인정되지 않는다. 다만, 강제퇴거 등으로 출국한 외국인이 새롭게 사증발급 신청을 하였는데 이에 대하여 입국금지 사유를 이유로 사증발급 거부행위를 한다면, 이러한 사증발급 거부행위는 항고소송의 대상이 되는 처분으로서 취소소송으로 다룰 수 있다.

문제가 되는 경우는 사증을 신청하여 입국사증이 발급되었거나 또는 무사증 협약으로 인하여 공항만에 도착하였으나 심사 과정에서 입국금지 사유가 발견되어 출입국관리법 제12조 제4항에 따라 입국이 불허된 경우이다. 이러한 입국불허행위는 심사 과정에 따른 행위로서 그 자체로 처분은 아니지만, 행정기관의 권력적 사실행위에 해당하여 처분성이 인정된다고 보아야 한다.

따라서 외국인이 출입국장에서 입국심사 후 입국이 거부된 경우 원칙적으로 ‘입국거부처분 취소소송’을 관할 지방출입국·외국인관서의 장을 피고로 하여 제기할 수 있다. 입국거부로 인하여 회복하기 어려운 손해가 발생할 우려가 있는 긴급한 경우 집행정지를 함께 신청하여 본국 등으로 송환되는 것을 막을 수 있다. 그런데 보통의 경우 입국거부를 당한 이주민은 입국심사대를 통과하지 못하고 공항 등에 마련된 ‘송환대기실’에서 머물게 되는데 송환대기실의 시설이 매우 열악하여 대부분 본국으로 돌아가는 경우가 많다. 이 경우에 취소소송의 소의 이익이 문제될 수 있다. 특히, 입국이 불허된 외국인에 대한 송환대기실의 장기체류 문제는 본국으로 돌아갈 수 없는 난민신청자들의 인권침해로 이어지는 경우가 많아 개선이 필요하다.

2 체류단계

가. 체류자격

국내에 입국한 외국인이 적법하게 머무르기 위해서는 체류자격이 있어야 한다(출입국관리법 제10조 제1항). 체류자격이란 “외국인이 국내에서 머물면서 일정한 활동을 할 수 있는 법적 지위를 유형화한 것으로, 그에 따라 일정한 권리를 부여받고 그 의무를 부담하는 출입국관리법에서 정한 자격(서울행정법원 2016. 9. 30. 2015구합77189)”이다. 체류자격의 구체적인 내용은 출입국관리법 시행령 제12조, 동법 시행령 별표1에 명시되어 있다. 외국인이 체류자격 없이 국내에 체류하거나 체류자격의 허용범위를 넘는 활동을 하는 경우에는 강제퇴거의 대상이 된다(출입국관리법 제46조 제1항).

※ 체류외국인의 체류자격 신청과 변경(조건과 절차 등)에 대한 정보는 체류외국인의 합법적인 체류와 직결되는 부분이며 매우 중요하고 절실한 문제이다. 안타깝게도 이런 외국인들의 절박한 사정을 악용하는 허위정보와 이를 이용한 사기 피해 사례가 많이 발생하고 있으므로 외국인의 체류자격 신청 및 변경 과정에서는 외국인을 위한 전자정부(하이코리아) 또는 관할 출입국관리사무소를 통하여 필요한 정보를 정확히 파악하는 것이 중요하다.

나. 체류자격의 종류

(1) 개요

출입국관리법 시행령에 따라 규정되는 체류자격은 A-1부터 H-2까지 총 36개이다. 각각의 체류자격에 따라 문제되는 사항은 법무부 출입국외국인정책본부 콜센터(1345)나, 외국인을 위한 전자정부 홈페이지(이하 ‘하이코리아’라고 함, www.hikorea.go.kr)에 공지된 <외국인 체류 안내 매뉴얼> 과 <사증발급 안내 매뉴얼>을 참고하면 된다. 특히 위 두 종류의 매뉴얼은 법무부에서 대외적으로 공개하는 거의 유일한 자료이며, 관련 정부의 출입국 정책이 변경될 때마다 수시로 개정되고 있어 가능한 한 홈페이지에서 가장 최근에 개정된 매뉴얼을 확인하는 것이 좋다.

(2) 취업활동을 할 수 있는 체류자격

출입국관리법 시행령 제23조에 따라 취업활동을 할 수 있는 체류자격은 단기취업(C-4), 교수(E-1), 회화지도(E-2), 연구(E-3), 기술지도(E-4), 전문직업(E-5), 예술흥행(E-6), 특정활동(E-7), 비전문취업(E-9), 선원취업(E-10), 거주(F-2), 재외동포(F-4), 영주(F-5), 결혼이민(F-6), 관광취업(H-1), 방문취업(H-2) 등이다.

(3) 주요 체류자격의 개요와 신청방법¹³⁾

(가) C-3(단기방문)

‘단기방문’ 사증은 관광 등 90일을 넘지 않는 기간 동안 단기체류하려는 외국인에게 발급하는 체류자격이다. 관광, 요양, 친척방문, 친선, 일반연수, 강습 등 해당 범위가 다양하며 방문목적에 뒷받침할 수 있는 소명자료를 제출해야 한다. 원칙적으로 영리활동을 이유로 하는 경우(단기취업 등)에는 해당되지 않으며, 단기체류 사증이므로 외국인 등록을 할 수 없어 신분을 증명하기 위해서는 외국인등록증이 아닌 여권을 사용해야 한다.

(나) D-2(유학)/D-4(연수)

국내 교육기관에서 정규과정(전문학사·학사·석사·박사) 또는 단기과정의 교육을 받거나 특정의 연구를 하고자 하는 사람(학교 간 학사교류 협정에 의한 교환학생 포함) 등 유학을 목적으로 입국하는 외국인에게 발급되는 체류자격이다.

본국에 체류하는 유학 희망자들은 지원하는 교육기관(대학 등)으로부터 입학허가서를 받은 이후 본국의 한국 대사관이나 영사관을 통해 유학 비자를 신청할 수 있다. 필요한 비자 유형은 한국 대학에서의 수학 과정(정규학위과정, 어학과정, 한국문화연수 등)에 따라 다른데, 정규학위에 입학하는 외국인유학생은 D-2(유학)을, 비학위과정(어학-한국

13) 이하는 실무상 주로 문제가 되는 체류자격과 관련된 내용을 간단히 소개하고, 체류자격 신청절차를 요약하여 설명한다. 보다 구체적인 사항은 <외국인 체류 안내 매뉴얼>과 <사증발급 안내 매뉴얼>을 참고하길 바란다.

어-연수, 문화연수, 산업연수 등)에 등록하려는 외국인유학생은 D-4(연수) 비자를 받아야 한다. 최근에는 각 대학 소재 출입국관리소에서 '사증발급인정서'를 먼저 발급받아 신청하는 경우가 많다.

체류자격 신청서류 중 가장 중요한 것은 '표준입학허가서(대학 총/학장 발행)'¹⁴⁾와 '체류에 필요한 재정입증서류(잔고증명서 등)'이다. 부 또는 모의 잔고증명서를 재정입증서류로 제출한 경우 가족관계증명서를 추가로 제출해야하고, 중국·몽골 등 결핵 고위험 국가¹⁵⁾의 경우에는 '결핵진단서'를 추가로 제출해야 한다.

유학을 마친 이후 국내 기업에 취직을 위한 목적으로 계속 체류하기 위해서는 구직(D-10) 비자를 신청할 수 있고, 석사 이상의 학위를 가지고 국내 기업에 취업이 확정된 경우에는 최근 시행되고 있는 비자점수제에 따른 심사를 거쳐 거주(F-2) 비자¹⁶⁾를 신청할 수도 있다.

(다) E-6(예술흥행)

E-6(예술흥행) 체류자격은 외국인의 음악, 미술, 문학 등의 예술, 방송연예활동, 호텔업 시설, 유흥업소 등에서의 공연 등의 활동을 위해 발급되는 사증이다. E-6 체류자격은 다시 '고급예술인'(E-6-1), '특별한 기능을 갖지 못한 일반 외국 연예인'(E-6-2)으로 구분된다. 2018년 7월 기준 약 3,300여 명의 E-6 체류자격 소지자들이 한국 내에 체류하고 있으며, 이 중 대부분은 E-6-2 비자이다.

14) D-4(연수)의 경우에는 유학생정보시스템(FIMS) 정보확인으로 제출에 같음하고 국립국제교육원 초청 장학생은 교육원장이 발급한 "초청장"으로 대체할 수 있다.

15) 중국, 필리핀, 인도네시아, 방글라데시, 베트남, 몽골, 태국, 파키스탄, 스리랑카, 인도, 미얀마, 네팔, 이란, 우즈베키스탄, 카자흐스탄, 키르기스스탄, 우크라이나, 나이지리아, 가나, 이집트, 페루(총 21개국)

16) F-2(거주) 체류자격을 신청할 수 있는 외국인인 D-2(유학)뿐만 아니라, 교수(E-1), 회화지도(E-2), 연구(E-3), 기술지도(E-4), 전문직업(E-5), 예술흥행(E-6), 특정활동(E-7), 유학(D-2), 취재(D-5), 종교(D-6), 주재(D-7), 기업투자(D-8), 무역경영(D-9), 구직(D-10) 등 다양하고 이와 관련한 구체적인 내용은 아래 F-2(거주) 체류자격 부분을 참고하길 바란다.

※ E-6 체류자격의 인신매매/성매매의 문제점

E-6 체류자격(이하 “E-6 비자”로 표기한다)의 경우 사실상 성매매 업소에 외국인여성을 공급하는 수단으로 악용되고 있다는 비판이 많다. 2011년 UN 여성차별철폐위원회는 “예술흥행(E-6) 비자를 갖고 입국한 이주(외국인)여성들이 인신매매와 성매매 착취에 희생되고 있어 특별히 우려하고 있다”고 밝혔고, 2012년 UN 인종차별철폐위원회 역시 “E-6 비자를 받은 이주여성들이 다양한 경로로 성매매를 강요당한다는 보고를 받았고, 이를 우려한다”는 경고를 한국 정부에 전달했다.

실제 필리핀, 태국, 러시아 등 본국에서 모집되어 E-6 비자로 입국하는 이주여성들 중에는 업소에 사실상 감금되어 성매매를 강요당하는 피해자들이 상당수 존재한다. 피해여성들의 모집, 이동 및 성매매 강요로 이어지는 일련의 가해행위가 국제법상 ‘인신매매’에 해당한다는 시민사회의 비판이 비등하였으나 아직 형법의 인신매매 처벌 조항¹⁷⁾이 가해자들에게 적용된 사례는 없는 것으로 보이며, 대체로 성매매 알선으로 기소되고 있는 실정이다. 피해여성 지원단체의 도움으로 적극적으로 형사고발이 이루어지더라도 불기소 처분되거나 무죄가 선고되는 사건의 비율이 높는데, 대체로 (1) 같은 업소에서 생활한 다른 이주여성들의 진술과 피해자 진술 사이의 불일치, (2) 피해자들의 자유로운 생활환경, (3) 진술 반복 또는 구체적이지 못한 진술 등이 그 근거로 보인다.

따라서 (1) 피해자들의 일관된 진술을 확보하고, 가해자에게 여전히 종속적인 환경에 놓여 있거나 성매매 알선에 따라 자발적으로 성을 매도한 자로 취급되어 강제퇴거당할 위험이 있어 강요당하였음에도 불구하고 성매매를 하였다는 사실 자체를 시인하기 어렵다는 점을 적극적으로 주장할 필요가 있다. 또한 (2) 물리적 폭력 또는 명시적인 협박이 없었더라도 피해여성들은 생소한 환경에 놓여 주변에 도움을 요청하기 힘들다는 점, 업주들의 매출 압박이 빈번하다는 점, 여권 등을 압수당하거나 신고하더라도 강제퇴거 될 뿐이라는 위협에 놓인다는 점 등을 적극적으로 항변하고, (3) 성매매 피해여성, 이주여성이라는 중첩된 취약한 지위에 놓인 여성들의 심리 상태를 충분히 고려하여 진술의 신빙성을 판단해야 한다고 주장하여야 할 것이다.

E-6 비자 피해여성들의 경우 체류자격이 고용주(업주)와의 사적 계약에 의존하고 있는 취약한 지위와 환경 때문에 업주, 업소 직원 등 가해자들의 피해여성에 대한 강제추행, 강간 등 성폭력 범죄도 많이 발생한다. 성폭력범죄피해자의 체류자격과 관련하여 피해자에 대해 경찰 등에서 수사가 진행 중이거나, 형사소송, 손해배상청구소송 등이 진행되고 있다면 권리구제절차가 종료될 때까지 체류기간 연장허가 신청이 가능하다.¹⁸⁾ 또한 법원은 성매매 가해자들에 대한 민사상 손해배상을 인정한 판결을 선고한 바 있고, 지난 2011년에는 한국 남성의 소개로 E-6 비자가 아닌 관광목적의 비자로 입국하였다가 성매매 피해업소로 넘겨졌던 사건에서 인신매매와 성착취 피해자인 피해여성들의 피해를 인정하기도 하였다.

(라) E-7(특정활동)

국내 사(私)경제 영역(음식점 조리사, 면세점 종사원 등)에서 취업을 한 외국인들에게 발급되는 체류자격이다. 외국인근로자의 고용 등에 관한 법률에 따라 제조업 등 제한된 산업분야의 외국인력도입정책(고용허가제)을 통해 발급되는 단순취업(E-9) 비자와 달리 민간 영역의 특정 활동분야(전문영역)에서 고용계약을 체결한 경우에 해당된다. 1회에 부여할 수 있는 체류기간의 상한은 3년이지만, 일반적으로 부여되는 체류기간은 1년 내 외이며 각 직종별로 정해진 상한(2년~5년)범위 내에서 연장할 수 있다.

고용주와 체결한 사적 계약(고용계약)이 외국인의 체류자격 유지에 가장 중요한 요건이 되므로 기본적으로 사용종속관계에 있는 일반적 고용계약보다 인적 종속관계가 매우 심하다. 고용주가 외국인의 여권/외국인등록증을 압수하거나, 법정근로시간을 초과한 장시간 노동이나 최초 약정임금 이외에 초과근로에 대한 수당을 미지급하는 문제가 주로 지적된다.

(마) F-2(거주)

국내에 생활기반을 두고 장기체류하고자 하는 자(난민의 인정을 받은 사람 포함)에게 부여하는 체류자격이다. 일반적으로 별도 취업활동개시 신고절차가 없이 취업활동의 제한이 없고, 단순노무 영역에서의 취업도 가능하다(다만 E-7에서 F-2로 변경한 경우에

-
- 17) 제289조(인신매매) ① 사람을 매매한 사람은 7년 이하의 징역에 처한다.
 ② 추행, 간음, 결혼 또는 영리의 목적으로 사람을 매매한 사람은 1년 이상 10년 이하의 징역에 처한다.
 ③ 노동력 착취, 성매매와 성적 착취, 장기적출을 목적으로 사람을 매매한 사람은 2년 이상 15년 이하의 징역에 처한다.
 ④ 국외에 이송할 목적으로 사람을 매매하거나 매매된 사람을 국외로 이송한 사람도 제3항과 동일한 형으로 처벌한다.
- 18) 제25조의3(성폭력피해자에 대한 특칙) ① 법무부장관은 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제2조제1항의 성폭력범죄를 이유로 법원의 재판, 수사기관의 수사 또는 그 밖의 법률에 따른 권리구제 절차가 진행 중인 외국인이 체류기간 연장허가를 신청한 경우에는 그 권리구제 절차가 종료할 때까지 체류기간 연장을 허가할 수 있다.
 ② 법무부장관은 제1항에 따른 체류 연장기간 만료 이후에도 피해 회복 등을 위하여 필요하다고 인정하는 경우 체류기간 연장을 허가할 수 있다.
 이 경우, “인권침해 당한 외국인에 대한 체류자격의 활동허가” 대상이 되어, 대체로 취업허가를 받을 수 있다 (상세 내용은 <외국인 체류 안내매뉴얼> 등 참조)

는 종전 체류자격에 해당하는 분야 이외의 취업은 불과하다). 1회에 부여할 수 있는 체류기간의 상한은 3년이며, 연장이 가능하다.

최근 법무부는 교수(E-1), 회화지도(E-2), 연구(E-3), 기술지도(E-4), 전문직업(E-5), 예술흥행(E-6), 특정활동(E-7), 유학(D-2), 취재(D-5), 종교(D-6), 주재(D-7), 기업투자(D-8), 무역경영(D-9), 구직(D-10) 체류자격으로 1년 이상 합법체류 중인 전문인력¹⁹⁾ 중에서 결격 사유²⁰⁾에 해당하지 않은 사람을 대상으로 평가표에 의한 평가점수가 80점 이상인 경우에 체류자격을 변경할 수 있도록 하고 있다. 구체적인 평가기준 및 적용대상자는 ‘출입국관리법시행령 별표1의 27. 체류자격 거주(F-2)의 자목에 해당하는 자의 나이, 학력, 소득 등에 관한 기준 등’에 대한 법무부 고시(제2015-251호)를 참고하면 된다.

(바) F-4(재외동포) / H-2(방문취업)

재외동포법에 따른 재외동포(F-4)에 해당하거나, 중국 또는 구소련 독립국가연합(CIS) 지역에 거주하는 만 25세 이상 외국 국적 동포 중 일정요건에 해당되거나 전산추첨을 통해 선발되어 단순노무 업종에 종사하려고 하는 자(H-2)에게 발급되는 비자이다. 재외동포(F-4) 비자는 체류자격 연장절차가 간소하고 장기체류가 가능하지만 원칙적으로 단순노무에 해당하지 않는 업종(일부 예외 있음)에서만 일할 수 있다. 방문취업(H-2) 비자는 단순노무 업종에 자유롭게 취업할 수 있지만, 최대 4년 10개월 동안 체류할 수 있고, 취업 장소를 변경할 때마다 별도의 신고절차를 거쳐야 한다.

19) 여기서 전문인력은 예술흥행(E-6) 자격자 중 호텔·관광유형업소 등의 연예활동종사자(E-6-2)는 적용대상에서 제외하고, 유학(D-2) 및 구직(D-10) 자격자는 국내대학에서 석사 이상의 학위를 취득(예정자 포함)하고 국내 기업 등에 취업이 확정된 경우에 적용함[취업이 확정된 경우란 ‘교수(E-1)부터 특정활동(E-7)에 해당하는 자격요건을 갖추고 해당 기관단체 등 과 고용계약이 체결된 경우’를 말한다].

20) (결격사유) ① 금고 이상의 형의 선고를 받은 적이 있는 경우(단, 형의 실효 등에 관한 법률에 따라 형이 실효된 경우는 제외) ② 신청일로부터 2년 이내에 출입국관리법 등 국내법령을 3회 이상 위반하여 벌금이하의 처벌을 받은 적이 있거나, 부과된 벌금 등을 납부하지 않은 경우 ③ 입국금지 사유에 해당하거나 대한민국의 안전보장과 질서유지, 공공복리, 기타 대한민국의 이익을 해할 우려가 있는 경우 ④ 체류자격 변경허가 신청 시 허위서류를 제출한 경우

(사) F-5(영주)

활동의 제한을 받지 않고 한국에 상시 거주와 계속 체류가 가능한 체류자격이다. 연속한 체류자격으로 5년 이상 국내에 체류하고 있거나, 국민의 배우자 또는 국민의 외국인 미성년 자녀로, 재외동포 자격(F-4)으로 2년 이상 체류한 경우에 신청할 수 있다. 취업활동에 제한이 없고, 국적 취득절차와 달리 본국의 국적을 포기하지 않아도 되고, 영주 자격 취득한 날로부터 3년이 지나면 지방자치 선거에도 참여할 수 있다. 생계유지능력 및 재산관계에 대한 소명이 필요하다.

(아) F-6(결혼이민)

내국인과의 혼인관계를 이유로 국내에 체류하고자 하는 외국인에게 발급되는 체류자격이다. 법률적으로 혼인신고를 마쳤다고 하더라도, 해당 체류자격 부여에 필요한 요건(생계유지능력 등)을 소명해야 한다. 체류자격을 연장하기 위해서는 원칙적으로 배우자와 혼인관계가 유지되고 있음을 출입국·외국인관서에 소명해야 하는데, 이를 위해 배우자와 동행을 요구하거나, 배우자의 주민등록등본 등을 제출하도록 하고 있다. 혼인관계가 해소(이혼 등)되면 원칙적으로 체류자격이 소멸되며, 혼인관계 해소에 본인의 귀책사유가 없는 경우(배우자의 사망, 귀책사유 없는 이혼 등)나 미성년 자녀를 양육하는 경우에 한정하여 체류자격을 계속 유지할 수 있도록 하고 있어 혼인이주여성이 혼인관계에 종속될 수 있는 위험성이 있다.

(자) G-1(기타)

출입국관리법 시행령에 따라 열거된 체류자격의 부여조건에 해당되지 않은 다양한 기타목적의 체류를 위하여 인정되는 체류자격이다. 기존에 부여받은 체류기간이 만료되거나 소멸/취소되었으나 계속하여 국내에 체류할 필요가 있는 경우(산업재해 등으로 의료적 치료를 계속 받아야 하거나, 법률관계에 따른 소송이 계속 중인 경우 등²¹⁾)이거

21) 최근에는 법률관계 따른 소송이 계속 중인 경우라도 기타 체류자격을 부여하지 않고, 해당 외국인에게 출국명령을 발부한 뒤, 소송이 계속되는 동안 출국기간을 유예하는 경우도 많다.

나, 난민법에 따라 난민인정을 신청한 경우 또는 체류의 시한을 예측할 수 없는 인도적 체류허가자의 경우에도 기타 체류자격이 부여된다.

계속하여 체류할 필요성이 있는 사유가 존재하는 한 계속 체류할 수 있으며, G-1(기타) 체류자격으로 5년 이상 계속 체류한 후 국적을 신청하여 허가받은 사례도 있다. 다른 체류자격으로의 변경은 원칙적으로 허용되지 않는다.

※ 귀화에 의한 국적취득

‘귀화에 의한 국적취득’이란 대한민국 국적을 취득한 사실이 없는 외국인이 법무부장관으로부터 귀화허가(歸化許可)를 받아 대한민국 국적을 취득하는 것을 말한다. 그동안은 결혼이주민의 귀화(간이귀화 등)비율이 높았지만, 최근 다양한 체류자격을 가진 이주민의 일반귀화 국적신청이 증가하고 있다.

외국인이 일반귀화를 신청하기 위해서는 1) 5년 이상 계속하여 대한민국에 주소가 있을 것, 2) 대한민국의 「민법」상 성년일 것, 3) 품행이 단정할 것, 4) 자신의 자산(資産)이나 기능(技能)에 의하거나 생계를 같이하는 가족에 의존하여 생계를 유지할 능력이 있을 것, 5) 국어능력과 대한민국의 풍습에 대한 이해 등 대한민국 국민으로서의 기본 소양(素養)을 갖추고 있을 것의 요건을 갖추어야 한다(2018년 출입국관리법 개정으로 인하여 2018. 12. 20. 이후에 일반귀화를 신청하는 경우에는 대한민국에서 영주할 수 있는 체류자격을 가지고 있어야 한다).

일반귀화를 신청하려는 외국인은 귀화허가신청서 및 필요서류²²⁾를 출입국관리사무소에 제출하여야 하고, 이후 종합평가(필기시험)와 면접심사를 거쳐 적격 판단을 받으면 국적을 취득할 수 있다. 국적신청에 대해 부적격(거부)처분을 받은 경우 행정심판 또는 행정소송을 제기하여 다툴 수 있다.

22) 일반귀화허가 신청에 필요한 자세한 서류는 <외국인을 위한 전자정부 Hi Korea 홈페이지-정보마당-국적/귀화>에서 확인하거나, 외국인종합안내센터(☎1345)에 문의할 수 있다.

다. 체류자격 외 활동허가

출입국관리법 제18조 제1항에서는 취업활동을 할 수 있는 체류자격을 제한하고 있다. 따라서 취업을 할 수 없는 체류자격을 가진 외국인이 취업을 하기 위해서는 체류자격 외 활동허가를 받아야 한다(출입국관리법 제20조). 다만, 체류자격 외 활동허가 신청을 심사한 결과 새로이 종사하고자 하는 활동이 주된 활동인 것으로 인정되는 때에는 체류자격 변경허가를 받아야 한다(출입국관리법 시행규칙 제29조).

주로 외국인유학생이 학업을 병행하며 생활비를 위한 아르바이트를 하는 경우 신청하는 사례가 많으며, 지도교수(어학연수생의 경우에는 연수원장)의 추천을 받은 자(어학연수생의 경우 연수시작일로부터 6개월 이상 경과한 자)로서 학기 중 주당 20시간 이내(석/박사 과정의 경우에는 30시간 이내)에 취업을 할 수 있다.

라. 체류자격의 변경 및 연장

(1) 체류자격의 변경

국내 체류하는 외국인이 현재 체류자격에 해당하는 활동을 중지하고 다른 체류자격에 해당하는 활동을 하고자 하는 경우에는, 원칙적으로 본국으로 출국한 이후에 변경하고자 하는 체류자격의 사증을 받고 입국하여야 한다. 다만, 국내에서 해당 체류자격 변경에 필요한 요건을 갖추 수 있는 경우 엄격한 심사를 거쳐 제한적으로 체류자격 변경을 할 수 있다. 대표적으로 어학연수(D-4)를 마치고 대학에 입학(D-2)하는 경우, 단순취업(E-9)으로 일하던 중 내국인과 혼인하여 결혼이민(F-6)으로 체류자격을 변경하고자 하는 경우, 체류기간이 도과한 상황에서 체류하던 외국인이 내국인과 혼인하여 혼인신고를 마친 후 자녀를 임신 또는 출산한 경우 등이다. 이 경우에는 관할 지방출입국·외국인관서에 체류자격 변경허가 신청서와 함께, 출국이 어려운 사정 등을 충분히 소명하는 것이 중요하다.

최근 E-9(단순취업) 체류자격에서 E-7(특정활동) 체류자격으로 변경하거나, H-2(방문취업) 체류자격에서 F-4(재외동포) 체류자격으로 변경하는 사례가 많이 이루어지고 있으며 체류자격 변경의 구체적인 기준은 법무부에서 발간하는 <외국인 체류 안내 매뉴얼>과 법무부 외국인종합안내센터(1345)를 통해 정확한 정보를 확인한 이후에 진행하는 것이 좋다.

(2) 체류기간 연장

최초 신청한 체류자격에 따른 체류기간을 초과하여 계속 체류가 필요한 경우, 기존 기간이 만료되기 전에 체류기간을 연장하여야 한다. 체류기간 연장 신청은 현재의 체류기간이 만료되기 4개월 전부터 신청할 수 있다. 체류기간이 만료일이 지난 이후에 체류기간 연장허가를 신청하는 경우 도과한 기간에 따른 범칙금을 납부해야 하고, 최근 3년간 출입국관리법 위반자의 경우 영주자격 신청을 할 수 없는 불이익이 있으니 각별하게 조심해야 한다. 특히, 일부 체류자격의 경우 지방출입국·외국인관서에서 체류자격 연장 심사를 매우 엄격하게 진행하는 경우가 있어 기간 만료일에 임박하여 진행하는 것보다 넉넉하게 체류기간 만료일 이전에 체류기간 연장절차를 진행하는 것이 좋다.

체류기간 연장 신청이 불허된 경우 출입국관리법에는 이의신청절차가 마련되어 있지 않아 불허처분에 대한 행정심판/행정소송으로 다툴 수 있다. 이 경우에 「민원 처리에 관한 법률」상 마련된 거부처분에 대한 이의신청(제35조)절차에 따라 60일 이내에 문서로 이의신청을 할 수는 있으나, 출입국관리법에 따른 직접적인 이의신청절차가 아닌 일반적인 민원인의 권리보호 규정이므로 실효성 있는 심사에 따른 구제수단으로는 부족함이 많다. 특히, 외국인의 체류기간 연장 신청에 대한 출입국관리사무소의 판단은 재량이 폭넓게 인정되는 영역이고 해당 외국인에게는 충분히 자신의 사정을 소명할 기회를 부여하는 것이 필요하므로 거부처분에 대해 행정소송을 유일한 권리구제 수단으로 하는 것보다 출입국관리법에서 이의신청 사유와 심사기준을 제시한 불복절차를 마련하는 것이 필요하다.

마. 외국인의 사회보장제도

한국의 사회보장제도는 크게 사회보험²³⁾, 공공부조²⁴⁾, 사회서비스²⁵⁾로 구분된다. 사회보장제도에 따른 수급권은 ‘국민’을 대상으로 하고 있고, 외국인에 대한 적용과 관련하여서는 상호주의 원칙에 따르되, 관계 법령에서 정하는 바에 따른다(사회복지기본법 제8조)고 정하고 있다. 따라서 한국 국적을 취득한 경우에는 내국인으로서 사회보장에 대한 권리가 발생하지만, 그렇지 않은 경우에는 당사국이 한국과 사회보장에 관한 체결한 협정이나 협약에 따라 수급권이 제한될 수 있다. 그러나 이 경우에도 우리 헌법이 외국인에 대한 기본권 주체성을 인정하고 있으므로 수급권의 제한이 기본권을 침해하는 수준으로 이루어지는 경우에는 그 제한이 정당하지 않다.

아래에서는 공공부조의 대표적 제도로써 국민기초생활보장제도를 간단히 소개하고, 사회보험제도와 관련하여 4대보험(국민연금, 건강보험, 고용보험, 산재보험) 중 외국인과 관련한 내용을 간단히 소개한다.

(1) 공공부조 - 국민기초생활보장제도

국민기초생활보장법에 의거하여 생활이 어려운 사람들에게 국가가 생계급여, 주거급여, 의료급여, 교육급여 등을 제공하여 최저생활을 보장해 주는 제도이다. 시행 초기에는 외국인에 대한 조항이 없었으나, 2005년 12월 개정하여 외국인에 대한 가입조항을 마련했다.

외국인 중 국민기초생활보장제도의 대상이 될 수 있는 경우는 출입국관리법 제31조에 따른 적법한 외국인 등록을 한 사람 중에서 1. 결혼이민자 중 대한민국 국민과 혼인

23) “사회보험”이란 국민에게 발생하는 사회적 위험을 보험의 방식으로 대처함으로써 국민의 건강과 소득을 보장하는 제도를 말한다(사회복지기본법 제3조 제2호).

24) “공공부조”(公共扶助)란 국가와 지방자치단체의 책임하에 생활 유지 능력이 없거나 생활이 어려운 국민의 최저생활을 보장하고 자립을 지원하는 제도를 말한다(사회복지기본법 제3조 제3호).

25) “사회서비스”란 국가·지방자치단체 및 민간부문의 도움이 필요한 모든 국민에게 복지, 보건의료, 교육, 고용, 주거, 문화, 환경 등의 분야에서 인간다운 생활을 보장하고 상담, 재활, 돌봄, 정보의 제공, 관련 시설의 이용, 역량 개발, 사회참여 지원 등을 통하여 국민의 삶의 질이 향상되도록 지원하는 제도를 말한다(사회복지기본법 제3조 제4호).

중이면서 본인 또는 배우자가 임신 중, 한국 국적 미성년 자녀 양육 중, 배우자의 한국 국적 직계존속과 동거 중인 경우, 2. 결혼이민자 중 대한민국 국민과 이혼 또는 사별했으나 한국 국적 미성년 자녀 양육 중이거나 사망한 배우자의 태아 임신 중인 경우, 3. 난민인정자이다(법 제5조의2, 시행령 제4조). 난민의 경우 국민기초생활보장법에 따른 명문의 규정은 없으나, 난민법 제31조에서 “난민으로 인정되어 국내에 체류하는 외국인은 「사회보장기본법」 제8조 등에도 불구하고 대한민국 국민과 같은 수준의 사회보장을 받는다”고 규정하고 있으므로 위 규정을 근거로 적용된다.

국민기초생활보장제도 이외에 「긴급복지지원법」에 따른 긴급복지지원제도, 「장애인복지법」에 따른 장애수당, 노인 빈곤 완화를 위하여 마련한 「기초노령연금법」에 따른 기초노령연금에도 외국인 가입 특례조항이 마련되어 있다.

〈참고판례〉 장애인등록거부처분 취소소송(부산고등법원 2017. 10. 27. 선고 2017누22336 판결²⁶⁾)

우리나라에 입국하여 난민으로 인정받아 F-2 체류자격으로 국내에 거주하던 甲이 공립 특수학교로부터 입학허가를 받고 등교하게 되었는데, 병원에서 뇌병변장애 진단을 받고 학교 통학 및 병원 통원을 도와줄 활동보조인 파견 등 장애인 복지서비스를 제공받기 위해 관할 구청장에게 장애인 등록 신청을 하였으나, 구청장이 그 신청을 반려하고 甲의 체류자격은 장애인 등록이 허용되지 않는 체류자격이라는 이유로 장애인 등록을 거부한 사안에서, 난민인정자인 甲에게 장애인복지법 제32조 제1항 등에 근거하여 장애인 등록을 하고 그에 따른 복지서비스의 제공을 받을 수 있는 권리가 인정된다는 이유로 위 처분이 위법하다고 한 사례

(2) 사회보험

사회보험의 경우 공공부조와 달리 가입 여부에 내/외국인의 차별이 없고, 내국인이 의무가입대상으로 법에 정해진 경우 국내 체류 중인 외국인도 원칙적으로 가입대상이 된다. 다만, 상호주의에 따른 개별성 원칙으로 인하여 적용이 제외되는 규정이 있다.

26) 위 사건은 피고가 상고(2017두69625)하였으나 대법원은 2018. 2. 28. 심리불속행 기각하여 확정되었다.

(가) 국민연금

국민연금은 소득활동을 할 때 일정액의 보험료를 납부한 이후 나이가 들어 생업에 종사할 수 없게 되거나, 예기치 못한 장애나 사망의 경우에 본인이나 유족에게 연금을 지급하여 생활안정에 기여하고자 하는 제도이다. 국내 거주하는 18세 이상 60세 미만의 외국인은 내국인과 동등하게 당연가입대상이 되며, 다만 외국인의 본국에서 대한민국 국민에 대하여 국민연금에 상응하는 연금을 적용하지 않거나, 별도의 협정이 있는 경우 그 규정에 따른다.

체류외국인이 보유한 체류자격의 성질상 국민연금의 당연 적용에서 제외되는 체류자격을 국민연금법 시행규칙 별표1(당연적용에서 제외되는 외국인의 체류자격)에서 규정하고 있는데, 2018년 현재 문화예술(D-1), 유학(D-2), 산업연수(D-3), 일반연수(D-4), 종교(D-6), 방문동거(F-1), 동반(F-3), 기타(G-1) 등 8개 체류자격이다. 다만, 난민지위를 인정받은 경우에는 난민법 제31조 규정에 따라 사회보장제도가 적용되며, 위 체류자격을 보유한 외국인이라도 적법한 취업허가를 발급받은 경우 직장에서 가입할 수는 있다.

국민연금 가입대상 외국인 중 연수취업(E-8), 비전문취업(E-9), 방문취업(H-2) 체류자격을 가진 외국인노동자가 본국으로 출국하거나 사망 또는 60세에 도달한 경우에는 그 동안 납부한 보험료에 일정 이사를 가산한 금액을 반환일시금으로 지급 받을 수 있다. 어학강사(E-2), 예술흥행(E-6), 내항선원(E-10)의 경우 반환일시금대상이 아닌데, 이들을 반환일시금 지급대상에서 배제하는 합리적인 근거가 없다는 문제가 지적된다. 또한, 반환일시금제도가 외국인들에게 충분히 알려지지 않아 그동안 수천억 원의 반환일시금이 반환되지 않고 있는 점도 문제로 지적된다.

(나) 건강보험

건강보험은 개인이 일시에 과도한 의료비를 지출함에 따라 겪게 되는 부담을 덜어주기 위한 목적으로 시행되는 사회보험제도이다. 출입국관리법에 따라 외국인 등록을 한 외국인, 재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률에 따라 국내 거소 신고를 한 외국

인은 국민건강보험의 당연가입대상이 된다. 일반적으로 국내에 체류하며 직장가입 대상 사업장에서 근무하는 외국인의 경우 직장가입 대상자가 되며, 외국인 등록을 한 외국인으로서는 기업투자(D-8) 및 동반(F-3)의 체류자격을 보유한 외국인의 경우 국내에서 3개월 이상 가입한 날부터 지역가입 자격이 주어진다.

따라서, 취업허가를 받은 후 고용된 직장에서 의료보험 가입을 해주는 경우에는 체류자격과 관련없이 의료보험 지원을 받을 수 있지만, 지역가입의 경우 난민인정자는 가입이 가능하나 인도적체류자 등 기타(G-1) 체류자격은 가입이 허용되지 않아 인도적체류자와 난민신청자의 경우 취약한 상태에 놓인다. 다만, 보건복지부가 앞으로 인도적체류자를 포함한 취약계층의 건강보험 적용과 건강보험 적용을 받는 외국인의 보험료 부담을 경감하여 건강보험제도의 보호망을 확대하는 내용의 정책개선 방향을 발표하였고, 2018. 8. 28. 관련 국민건강보험법 시행규칙 개정안을 입법예고한 상태이다.

(다) 고용보험

고용보험은 노동자가 실업한 경우 생활에 필요한 급여를 지급함으로써 노동자의 생활안정과 구직활동을 촉진하는 사회보험이다. 외국인의 경우 상호주의 원칙에 따른 적용제의 대상을 제외하고, 보험가입을 신청한 경우 가입되는 임의가입 원칙이 적용된다.

(라) 산재보험

산업재해보상보험법에 따라 노동자가 업무상 질병/사고로 재해를 입은 경우 요양급여, 휴업급여, 장해급여 등 보상급여를 지급하는 제도이다. 산재보험 가입대상 확대로 국내 모든 사업 또는 사업장에 고용된 외국인에게 적용된다. 산재보험의 경우 다른 사회보험과 달리 미등록 체류자에게도 적용된다.

사업장에서 재해를 입은 경우 최초 방문한 병원의 주치의(초진 의사)의 소견서를 첨부하여 의료기관에서 바로 산업재해 신청을 할 수 있다. 사업주의 경우 산업재해 발생 사실을 숨기기 위해서 외국인노동자에게 업무상 재해가 아닌 개인 질병(공상)으로 처리할 것을 종용하는 경우가 많은데 산업재해의 특성상 충분한 치료가 이루어지지 않으면 재

발될 위험이 높고, 장애 등 후유증이 발생할 위험도 있으므로 업무상 재해를 입은 경우에는 산업재해 신청을 하는 것이 좋다.

바. 기타 체류과정에서 발생하는 참고 사례

○ 지방출입국·외국인관서 방문예약(온라인 신청)

법무부는 외국인의 체류자격 연장 및 변경 등 이유로 지방출입국·외국인관서에 방문하는 경우 온라인사이트 하이코리아(<https://www.hikorea.go.kr>)에서 방문예약 신청을 하도록 안내하고 있다(서울/수도권 지역의 경우 방문예약이 필수이며, 당일 방문예약은 불가함. 지역에 따라서는 사전예약을 하지 않는 경우도 있음). 이를 위해서는 실명 확인절차를 진행해야 하는데 한국어와 컴퓨터에 익숙하지 않은 이주민들이 이용하기에 불편한 점이 많다. 2017년부터 원칙적으로 민원인(외국인)의 실명으로 예약이 가능하며, 외국인을 법률적으로 조력하는 개인 또는 단체의 경우에는 조력인의 외국인등록번호(여권번호) 등으로 비회원예약 신청을 해야 한다.

또한, 사전예약 신청이 금방 마감되어 실제 외국인들이 출입국 업무를 처리하는 과정에서 많은 어려움을 겪고 있다. 출국기간이 만료되기 전에 온라인에 접속하였으나, 홈페이지에서 출국기한 이후에야 예약이 가능해 예약한 이후 예약된 날짜에 방문하였더니 체류기간 도과를 이유로 바로 강제퇴거와 보호처분을 내린 사례도 있어²⁷⁾ 더욱 주의가 필요하다. 사전방문예약을 하지 않고 지방출입국·외국인관서에 방문하여 업무처리를 하는 경우에 오전에 일찍 방문하여 거의 하루 종일 기다려야 하고, 몇몇 출입국관리사무소의 경우 체류기간 만료 당일에 방문한 경우에만 한정하여 대기표를 배부하고 그렇지 않은 경우에는 대기표조차 배부하지 않아 업무처리를 할 수 없게 되는 등 인터넷 사전예약을 하지 못한 외국인에게 행정절차가 사실상 배제되는 문제점이 있어 제도의 근본적인 개선이 필요하다.

27) 이 사건은 집행정지 신청이 인용되었으며(인천지방법원 2018. 3. 28. 2018아5117), 이후 법무부가 처분을 직권취소하였다.

○ 외국인의 인감신고 및 인감증명서 발급절차

외국인에게도 부동산 임대차 계약을 하거나 통장을 개설하는 등 경제활동을 위해 인감도장을 신고하고 인감증명서를 발급받는 절차가 필요한 경우가 있다. 90일 이상 국내에 체류할 목적으로 외국인 등록을 한 외국인과 거소신고를 한 외국 국적 동포의 경우 관할 주민센터에서 내국인과 동일하게 인감신고 절차를 진행할 수 있고, 신고된 인감은 전국 어디서든 증명서를 발급할 수 있다. 도장을 사용하지 않고 본인서명에 대한 사실확인서를 발급하는 절차도 동일하다. 특히 외국인이 당사자가 되는 소송 또는 고용노동부 진정절차를 진행하는 과정에서 외국인이 출국을 하는 경우 인감증명서 또는 본인서명 사실확인서를 첨부한 위임장을 구비해 두면 불필요한 위임장 공증절차를 진행하지 않을 수 있어 도움이 된다.

○ 외국인배우자의 주민등록등본 본문 표시 및 단독발급

기존에 국적을 취득하지 않는 외국인배우자의 경우 주민등록법에 따라 등록되는 동거인이 아니므로 주민등록등본 본문에 함께 기재되지 않고 하단에 별도로 기재되었고, 주민등록등본 발급권한이 없어 배우자를 대동하여 발급받거나 배우자의 위임장을 구비하여야 했다. 그러나 주민등록법 시행령 개정을 통해 2018년 3월부터 출입국관리법 제 31조에 따라 적법하게 등록된 외국인 또는 국내 거소신고를 한 외국 국적 동포 중에서 국민인 세대주와 함께 거주하는 배우자 또는 직계혈족의 경우 주민등록등본에 함께 표시될 수 있도록 개정되었고, 주민등록등본 발급도 온라인을 포함하여 단독으로 가능해졌다.

○ 체류자격 관련 서류 발급 : 외국인 등록 사실증명/출입국에 관한 사실증명

외국인의 체류자격과 관련하여 법적 분쟁이 발생한 경우 해당 외국인의 등록사실에 대한 사실확인 및 국내 출입국 관련 기록에 대한 확인이 필요하다. 전자를 증명해주는 서류가 '외국인 등록 사실증명'이며 후자가 '출입국에 관한 사실증명'이다. 두 서류 모두 전국 주민센터에서 외국인등록증만 있으면 발급이 가능하며(체류기간이 도과된 경우에는 출입국관리사무소를 방문하여 발급받아야 함), 공인인증서가 있는 경우에 온라인

으로도 발급이 가능하다. 다만 위 문서로는 과거에 부여받았던 체류자격/체류기간의 내용이나 체류자격 변경 및 신청 시 제출하였던 증빙 서류는 확인할 수 없고 이는 정보공개청구절차를 통해 진행하여야 한다.

3 출국단계

외국인의 출국은 크게 당사자의 자의에 의한 자발적 출국과 강제퇴거·출국명령 등에 의한 비자발적 강제출국으로 구분할 수 있다. 비자발적 강제출국과 관련하여 출입국관리법은 구체적으로 조사, 인신구속을 수반하는 보호, 강제퇴거, 출국권고와 출국명령 등의 절차를 규정하고 있다.

가. 출국심사

(1) 의의

외국인이 스스로 국내를 벗어나 출국하기 위해서는 유효한 여권을 가지고 출입국항에서 출입국관리공무원의 출국심사를 받아야 한다(출입국관리법 제28조 제1항). 출국심사를 받을 때에는 여권과 출국신고서를 제출하고 질문에 답해야 한다(출입국관리법 시행령 제35조). 출입국관리공무원은 해당 외국인의 출국 적격 여부와 그 밖에 필요한 사항을 확인하여야 하고, 출국심사를 마친 때에는 여권과 출국신고서에 출국심사인을 찍는다.

(2) 외국인의 출국정지

형사재판이 계속 중인 외국인, 징역형이나 금고형의 집행이 끝나지 아니한 외국인, 1천만 원 이상의 벌금이나 2천만 원 이상의 추징금을 내지 아니한 외국인, 5천만 원 이상의 국세/관세 또는 지방세를 정당한 사유 없이 납부하지 않은 외국인, 그밖에 대한민

국의 이익이나 공공의 안전 또는 경제질서를 해칠 우려가 있어 출국이 적당하지 않다고 법무부령으로 정하는 경우(출입국관리법 시행규칙 제39조의3 참조)에는 3개월 이내의 기간을 정하여 출국을 정지할 수 있다.

그동안의 출국심사 관행에 따르면 벌금이나 과태료를 미납한 경우 출국심사 과정에서 미납한 벌금 또는 과태료를 전액 납부하지 않으면 사실상 출국정지 처분을 해왔다. 특히, 출입국관리법 제79조는 17세 미만의 미성년 외국인에게 체류자격 부여나 체류기간 연장허가 등 신청의무를 부과하면서 부모 등 보호자에게도 신청의무를 부과하고, 위반 시 100만 원 이하 과태료를 부과하도록 하고 있다. 이를 납부하지 않은 상태에서 출국하려는 경우에 과태료 대상자인 부모뿐만 아니라 미성년 이주아동에 대해서도 사실상 출국을 허가하지 않았다.

최근 국가인권위원회에서는 2018. 4. 19. 자 상임위원회 결정으로 법무부장관에게 “법적 근거 없이 과태료 미납을 이유로 미등록 이주아동 등 외국인의 출국을 막는 관행을 중단”할 것을 권고하고, 더불어 “출입국항에서 과태료를 부과하는 경우, 원칙적으로 서면통지 등 절차를 준수하되, 불가피한 경우 신속하게 처리할 수 있는 근거 규정과 시스템을 도입”할 것을 함께 권고했다.²⁸⁾

(3) 미등록 체류자 자진출국 벌금 면제 및 과태료 감면 신청절차

출입국관리법은 출입국관리법 위반(미등록 체류 및 취업 포함)자에 대하여 범칙금(벌금)을 납부할 것을 통고할 수 있고(통고처분, 출입국관리법 제102조), 그 기준을 출입국관리법 시행규칙 별표7 및 별표8에서 정하고 있다. 미등록 체류 및 취업의 경우 그 기간에 따라 벌금이 정해지는데, 법무부장관(실무적으로는 관할 출입국관리소장이 법무부장관의 승인을 얻어)은 출입국사범의 나이와 환경, 법 위반의 동기와 결과, 범칙금 부담 능력, 그 밖의 정상을 고려하여 최대 통고처분을 면제할 수 있다. 출입국관리법이 아닌 다른 소관 법령에 따라 외국인이 과태료 부과 처분을 받은 경우 현행 질서위반규제법에 과태료 면제 규정이 마련되어 있지 않아 부과된 과태료의 면제는 불가하지만, 여러 정

28) 법무부는 2018. 9. 권고 수용 입장을 밝혔다.

상을 고려하여 과태료의 상한을 줄이거나 감면 규정에 따라 과태료 감면을 받을 수 있다.

미등록 체류외국인이 자진 출국하는 경우 미등록 체류/고용에 따라 부과되는 통고처분을 면제하거나, 과태료를 일부 감면받을 수 있으므로 출국 이전에 출입국사무소 사범과에 문의하여 통고처분 면제 및 과태료 감면 신청을 하는 것이 좋다.

나. 조사

(1) 의의

출입국관리법에서는 크게 세 유형의 조사를 규정하고 있다. 먼저, 출입국관리법 제47조에 따른 조사²⁹⁾는 강제퇴거 사유에 해당한다는 의심이 있는 구체적인 용의자가 특정된 경우에 그 개인에 대하여 사실확인을 위한 조사로서 사실상 수사절차에 준한다. 따라서 용의자가 특정되지 않은 불특정 다수의 외국인을 상대로 한 조사절차는 위 규정에 근거한 것이 아니다. 출입국관리법이 예정하는 위 규정에 따른 조사의 형태는 출입국관리법 제84조 제1항에서와 같이 국가 또는 지방자치단체 공무원이 그 직무를 수행하는 과정에서 강제퇴거 사유에 해당하는 외국인을 발견하여 이를 출입국·외국인관서에 통보한 경우에 통보된 외국인의 범법사실 등 제반사정을 조사 검토하는 절차라고 할 수 있다. 법원도 출입국관리법 제47조에 따른 조사의 시작을 “출국명령 혹은 강제퇴거명령을 위한 조사는 수사기관으로부터 당해 외국인에 대한 형사판결이 출입국행정기관에 통보되는 순간부터 이미 시작된다고 할 것(서울행정법원 2016. 4. 28. 2015구단14648)”이라고 해석하고 있다. 다음으로 출입국관리법 제80조 제1항에 따른 조사³⁰⁾는 출입국관리법에 규정된 신고의무규정(고용신고, 등록사항 변경신고 등)이 제대로 이루어지고 있는지를 살피는 조사로 신고의무자를 전제하는 규정이므로 실무적으로는 제47조에

29) 출입국관리법 제47조(조사) 출입국관리공무원은 제46조제1항 각 호의 어느 하나에 해당된다고 의심되는 외국인(이하 “용의자”라 한다)에 대하여는 그 사실을 조사할 수 있다.

30) 출입국관리법 제80조(사실조사) ① 출입국관리공무원이나 권한 있는 공무원은 이 법에 따른 신고 또는 등록의 정확성을 유지하기 위하여 제19조·제31조·제35조 및 제36조에 따른 신고 또는 등록의 내용이 사실과 다르다고 의심할 만한 상당한 이유가 있으면 그 사실을 조사할 수 있다.

따른 조사와 크게 구별되지 않는다.

마지막으로 출입국관리법 제81조에 따른 조사³¹⁾는 범위반에 대한 개별·구체적인 의심이 없이도 이른바 일반적 체류관리 및 정보수집을 위한 행정상 조사행위를 허용하는 것으로서, 대신에 그 조사의 방식은 강제력이 수반되는 것이 아닌 출입국관리공무원 등이 외국인, 외국인의 고용자 등을 방문하여 질문하거나 필요한 자료를 제출하도록 하는 정도에 그치는 것이다. 따라서 위 규정도 외국인 밀집지역이나 공장에 기습적으로 들어와 현장에 있는 외국인 전부의 신분을 확인하는 방식으로 이루어지는 지금의 출입국 단속 행위의 근거규정이 되지 않는 것이다. 일부에서는 출입국관리법 제81조 제3항에 따라 외국인을 상대로 한 신분확인이 가능하다고 주장하기도 하지만, 위 규정은 경찰관직무집행법 제3조에 따른 불심검문 규정의 문헌과 다르지 않고, 단지 외국인이라는 이유만으로 당연히 출입국관리법을 위반하였을 것으로 의심하는 것은 타당하지 않으므로 이는 잘못된 주장이다. 결국 적어도 현행 출입국관리법의 합리적 해석에 따르면 공장 또는 외국인 밀집지역에서 이루어지는 관행적인 출입국단속의 정당성은 찾기 어렵다.

(2) 출입국관리법 제81조 동향조사의 적법성

출입국관리법 제81조에 따른 동향조사는 말 그대로 체류외국인의 현황 및 동향을 파악하여 정책을 결정하거나 직무를 효과적으로 수행하기 위한 목적으로 이루어지는 행정조사로서 강제력을 수반하지 않는 조사이다. 따라서 만약 이러한 행정조사가 아닌 출입국관리법 위반 외국인을 단속하기 위한 목적 등으로 이루어지는 조사행위는 이 규정

31) 제81조(출입국관리공무원 등의 외국인 동향조사) ① 출입국관리공무원과 대통령령으로 정하는 관계 기관 소속 공무원은 외국인이 이 법 또는 이 법에 따른 명령에 따라 적법하게 체류하고 있는지를 조사하기 위하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자를 방문하여 질문하거나 그 밖에 필요한 자료를 제출할 것을 요구할 수 있다.

1. 외국인
2. 외국인을 고용한 자
3. 외국인의 소속 단체 또는 외국인이 근무하는 업소의 대표자
4. 외국인을 숙박시킨 자

② 출입국관리공무원은 허위초청 등에 의한 외국인의 불법입국을 방지하기 위하여 필요하면 외국인의 초청이나 국제결혼 등을 알선·중개하는 자 또는 그 업소를 방문하여 질문하거나 자료를 제출할 것을 요구할 수 있다.

③ 출입국관리공무원은 거동이나 주위의 사정을 합리적으로 판단하여 이 법을 위반하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 외국인에게 정지를 요청하고 질문할 수 있다.

④ 제1항이나 제2항에 따라 질문을 받거나 자료 제출을 요구받은 자는 정당한 이유 없이 거부하여서는 아니 된다.

을 근거로 이루어질 수 없고, 별도의 입법이 필요하다.

또한, 이러한 행정조사의 경우 수사절차와 구분되어 주거지의 수색 등 절차에 있어서 헌법에 따른 영장주의의 규율을 받고 있지 않지만, 만약 그 목적이 일반적 행정조사가 아닌 사실상 수사절차에 해당되는 경우에는 당연히 영장주의의 전면적 적용이 전제되어야 한다. 지난 2017년 법무부는 출입국관리법 개정안을 정부입법안으로 발의하면서 출입국관리법 제81조에 당사자의 동의나 승낙이 없더라도 외국인의 주거지 및 사업장에 들어갈 수 있는 내용의 개정안을 발의하였다가 국회 법제사법위원회 논의과정에서 문제점이 지적되어 철회되었다.

대법원의 해석에 따르더라도 동일한 결론에 이른다. 대법원은 공장장의 동의나 승낙 없이 공장에 들어가 외국인을 상대로 불법체류자 단속업무를 수행하던 출입국관리공무원에게 상해를 입힌 외국인의 행위가 특수공무집행방해죄를 구성하는지가 문제된 사건에서 “영장주의 원칙의 예외로서 출입국관리공무원 등에게 외국인 등을 방문하여 외국인 동향조사권한을 부여하고 있는 위 법 규정의 입법취지 및 그 규정내용을 비추어 볼 때, 출입국관리공무원 등이 출입국관리법 제81조 제1항에 근거하여 제3자의 주거 또는 일반인의 자유로운 출입이 허용되지 아니한 사업장 등에 들어가 외국인을 상대로 조사하기 위해서는 그 주거권자 또는 관리자의 사전 동의가 있어야 한다(대법원 2009. 3. 12. 2008도7156)”고 판단한 바 있다.

(3) 위법한 단속에 대한 권리 구제

단속 과정에서 허용되지 않는 폭행이나 협박, 증표 제시 의무 등의 위반, 위법한 체포 및 감금 등으로 인해 신체상, 재산상의 손해가 발생하였다면 국가를 상대로 손해배상을 청구할 수 있다.

〈사례〉 서울남부지방법원 2017. 5. 12. 2016나61691

출입국관리공무원이 사업장의 주거권자나 관리자의 동의 없이 사업장에 진입하여 이주노동자 단속 업무를 개시하였고, 이 과정에서 이주노동자가 상해를 입은 경우, 국가는 위법한 공무집행으로 인한 손해를 배상할 책임이 있다.

출입국관리공무원이 단속 과정에서 폭행 또는 가혹행위 등 법령의 규정을 초과하는 강제력을 행사하였을 경우, 형법 제125조를 근거로 고소 및 고발할 수도 있을 것이다.

※ 공무원의 통보의무

출입국관리법 제84조(통보의무) 제1항 본문은 공무원에게 원칙적으로 출입국관리법 위반 사실을 발견하면 그 사실을 지체 없이 지방출입국·외국인관서의 장에게 알릴 의무(“통보의무”)를 부과하고 있다. 출입국관리법 제84조 제1항 단서, 동법 시행령 제92조의2³²⁾와 그에 따른 법무부 훈령 「통보의무의 면제에 관한 지침」(“지침”)³³⁾은 일부 업무를 수행하는 공무원에 대해서는 통보의무를 면제하고 있다. 결국 출입국관리법 등은 출입국관리법 위반사실(대표적으로 미등록 체류가 이에 해당한다)을 발견한 공무원에게 원칙적으로 이 사실을 출입국·외국인청에게 통보할 의무를 부과하면서, 예외적으로 일부 공무원에 대해서는 통보의무를 면제하고 있는 것이다. 초·중·고등학교 교직원, 공공의료기관 공무원, 범죄피해자와의 관계에서의 검·경찰, 국가인권위원회 조사관 등이 여기에 해당한다. 다만 근로감독관 및 범죄사건 참고인, 증인과의 관계에서의 경찰 공무원 등은 통보의무 면제대상이 아니다.

따라서 외국인 당사자의 미등록 지위를 문제삼아 업무 처리가 곤란하다거나, 출입국·외국인청에 미등록 지위 사실을 통보해야 한다고 주장하는 공무원이 위의 면제 범위에 해당한다면, 관련 조항을 제시하며 통보의무가 없다고 강조할 필요가 있다. 다만 관련 규정은 ‘통보의무의 면제’이지 ‘통보의 금지’를 규정하고 있지 않으므로, 면제대상에 해당함에도 불구하고 출입국관리법 위반 사실을 통보하는 공무원을 제재할 방법은 없다는 점을 유의해야 한다.

32) 제92조의2(통보의무의 면제) 법 제84조제1항 단서에서 “대통령령으로 정하는 사유”란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유를 말한다.

1. 「초·중등교육법」 제2조에 따른 학교에서 외국인 학생의 학교생활과 관련하여 신상정보를 알게 된 경우
2. 「공공보건의료에 관한 법률」 제2조제3호에 따른 공공보건의료기관에서 담당 공무원이 보건의료 활동과 관련하여 환자의 신상정보를 알게 된 경우
3. 그 밖에 공무원이 범죄피해자 구조, 인권침해 구제 등 법무부장관이 정하는 업무를 수행하는 과정에서 해당 외국인의 피해구제가 우선적으로 필요하다고 법무부장관이 인정하는 경우

33) 법무부는 2018. 6. 10. 출입국관리법 시행규칙 일부개정령안(법무부공고 제2018-164호)을 입법예고하였는데, 이 중 안 제70조의2는 기존 지침의 내용을 시행규칙으로 끌어올리며 범위를 일부 확대하였다. 내용은 아래와 같다.

1. 「형법」 제2편제24장 살인의 죄, 제25장 상해와 폭행의 죄, 제26장 과실치사상의 죄, 제28장 유기와 학대의 죄, 제29장 체포와 감금의 죄, 제30장 협박의 죄, 제31장 약취(略取), 유인(誘引) 및 인신매매의 죄, 제32장 강간과 추행의 죄, 제37장 권리행사를 방해하는 죄, 제38장 절도와 강도의 죄, 제39장 사기와 공갈의 죄에 해당하는 범죄 수사
2. 「폭력행위 등 처벌에 관한 법률」, 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」, 「교통사고처리 특례법」에 해당하는 범죄 수사
3. 「직업안정법」 제46조제1항 각 호 위반에 해당하는 조사
4. 「국가인권위원회법」 제30조제1항 각 호에 따른 인권침해나 차별행위의 조사와 구제
5. 그 밖에 법무부장관이 정하는 업무

다. 보호

(1) 의의

출입국관리법에 따른 “보호”란 출입국관리공무원이 강제퇴거 사유에 해당한다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 사람을 출국시키기 위하여 외국인보호실, 외국인보호소 또는 그 밖에 법무부장관이 지정하는 장소에 인치하고 수용하는 집행활동을 말한다(출입국관리법 제2조 제11호). 이는 인신구속을 수반하는 행정행위로서 실질적으로 “구금”과 다르지 않다.

현행 출입국관리법 규정은 ‘보호’의 대상을 나이에 따라 특별하게 구분하고 있지 않지만 미성년 외국인의 보호(구금)는 인권의 관점에서 신중하게 취급되어야 한다. 지난 2011년 UN 아동권리위원회는 한국 정부에 이주아동의 구금문제와 관련하여 “구금을 최후의 수단(a measure of last resort)으로 사용하고 가능하면 어디서든지 오락, 보호관찰, 상담, 지역봉사 또는 집행유예와 같은 자유박탈에 대한 대안적 조치(alternative measures)를 장려할 것을 보장”하도록 하고 “자유가 박탈된 아동의 배치 결정에 관한 정기적 사법심사(a periodic review)를 받을 권리를 보장”할 것을 권고한 바 있다. 그러나 최근까지 출입국관리사무소에서 미성년 이주아동의 구금사례가 보고되고 있어 심각한 문제로 지적된다.

(2) 위법한 보호명령에 대한 불복절차

(가) 이의신청

출입국관리법에 따라 보호소에 구금되는 보호명령을 받은 외국인 또는 그 법정대리인 등은 보호명령의 위법·부당함을 다투는 방법으로 상급 행정기관인 법무부장관에 보호에 대한 이의신청을 할 수 있다(출입국관리법 제55조 제1항). 이의신청서에 보호명령의 위법·부당의 사유를 소명하는 자료를 첨부하여 출입국사무소장 또는 외국인보호소장에게 제출하고, 이의신청서를 제출받은 기관은 의견을 붙여 지체없이 법무부장관에게 송부하여야 한다(출입국관리법 시행령 제69조). 법무부장관은 이의신청을 받은 경우 지

체 없이 관계 서류를 심사하여 그 신청이 이유가 없다고 인정되면 결정으로 기각하고, 이유가 있다고 인정되면 보호해제를 명한다(출입국관리법 제55조 제2항). 이의신청에 대한 기각 결정은 주문과 이유 및 적용 법조문을 기재하여 신청인에게 교부해야 한다(출입국관리법 시행령 제70조 제1항). 다만 현실적으로 보호명령에 대한 법무부장관의 이의신청이 인용된 사례는 매우 드물어 행정의 자기통제라는 제도의 입법취지가 무색하다는 비판이 있다.

(나) 행정쟁송

보호명령은 그 자체로 법령에 따른 침익적 행정처분이므로 당연히 행정심판, 행정소송 절차를 통해서도 그 위법/부당을 다툴 수 있다. 다만, 통상적으로 보호명령은 강제퇴거명령을 받은 외국인 중 즉시 송환할 수 없는 외국인에게 발부되는 것으로서 보호명령과 강제퇴거명령은 그 요건과 효과가 구별되는 별개의 처분이지만, 실무상 동일한 맥락에서 다루어지고 있으므로 이에 대한 불복방법은 강제퇴거명령에 대한 불복절차에서 자세히 설명한다.

(3) 보호의 일시해제

(가) 의의

보호명령에 따라 구금되어 있는 외국인에게 일시적으로 보호를 해제할 사유가 있는 경우 외국인 본인 또는 보증인, 법정대리인 등이 보호해제의 사유를 소명하고 보증금을 납부하여 일시적으로 구금상태에서 벗어나는 것을 말한다.

(나) 절차

보호일시해제와 관련한 세부적인 절차는 ‘보호일시해제업무 처리규정’(2015. 9. 1. 시행 법무부훈령 제1005호, 2015. 8. 31. 일부개정)에 구체적으로 설명되어 있고, 이는 국가법령정보센터(<http://www.law.go.kr>) 행정규칙 분류에서 검색할 수 있다. 처리규정의 주요 내용을 살펴보면, 소장은 보호일시해제 기간은 일시해제 청구 사유를 해

소하기에 적당한 기간(단, 1회에 부여할 수 있는 기간은 6개월을 초과할 수 없음)을 부여하도록 하고(처리규정 제15조) 있으나 실무적으로 통상 3개월을 부여하고 3개월 이후에도 일시해제 청구 사유가 해소되지 않았다면 재신청해야 한다. 또한, 소장은 일시해제 된 외국인에 대하여 월 1회 출석하게 하여 일시해제 청구 사유의 해소상황을 확인하도록 하고 있으므로(처리규정 제10조) 보호소에서 일시해제 된 경우라도 월 1회 출입국관리사무소 사범과에 출석하여야 한다.

보호일시해제를 청구할 수 있는 자는 피보호자 본인, 법정 대리인, 배우자, 변호인 등으로 정하고 있으며(보호일시해제업무 처리규정 제3조), 출입국심사를 받지 않고 밀입국하거나 위·변조된 여권을 사용하여 입국한 경우 등은 보호일시해제를 할 수 없는 대상이므로 유의해야 한다(동 규정 제6조). 또한, 구체적인 일시해제 사유에 따른 소명자료도 규정하고 있는데 신병치료, 소송, 임대차계약, 체불임금, 인도적 차원 등으로 그 사유를 정하고 있다(동 규정 제7조). 끝으로 보호일시해제의 경우 구금된 외국인의 자산상태와 일시해제 청구된 외국인의 출석담보 가능성을 고려하여 3백만 원 이상 2천만 원 이하의 보증금을 예치하도록 하고 있다(제8조).

(4) 구금의 일반화·장기화의 문제점

출입국관리법 제63조³⁴⁾에 따르면 출입국관리소장은 강제퇴거명령을 받은 외국인 중 즉시 대한민국 밖으로 송환할 수 없는 사람은 ‘송환할 수 있을 때까지’ 보호시설에 구금할 수 있다. 현재 출입국관리법 제46조 위반을 이유로 강제퇴거명령이 발부되면 기계적으로 보호명령도 함께 발부되어 일반적인 구금으로 이어지고 있어 문제로 지적된다. 현행법에서 보호(구금)개시의 사유를 ‘즉시 송환할 수 없는 경우’로 한정하고 있기 때문에 강제퇴거 사유에 해당되더라도 국내 생활관계가 오랫동안 유지되어 온 외국인의 경우나 본국으로 돌아가는 경우 박해를 받을 위험이 있는 난민신청자의 경우 즉시 송환할 수 없지만 그렇다고 하여 인신을 구속할 필요성이 높지 않다. 오히려 이들에게는 일반

34) 출입국관리법 제63조(강제퇴거명령을 받은 사람의 보호 및 보호해제) ① 지방출입국·외국인관서의 장은 강제퇴거명령을 받은 사람을 여권 미소지 또는 교통편 미확보 등의 사유로 즉시 대한민국 밖으로 송환할 수 없으면 송환할 수 있을 때까지 그를 보호시설에 보호할 수 있다

적인 구금이 아니라 국내 생활관계를 정리할 수 있는 시간이나 충분한 난민심사를 받을 수 있는 행정적 지원이 필요하다. 따라서 강제퇴거명령이 발부되더라도 ‘보호의 필요성’이나 ‘피보호자의 취약성’을 심사하여 보호명령을 발부하는 것을 고려할 필요가 있다.

구금이 장기화 되고 있는 점도 문제로 지적된다. 현행법은 구금의 상한을 정하지 않고, ‘송환할 수 있을 때까지’ 계속 구금할 수 있다. 구금 기간이 3개월을 넘는 경우에 법무부장관의 승인을 받도록 하고 있지만(출입국관리법 제63조 제2항) 형식적 절차에 그치고 있다. 따라서 사안에 따라 보호소에서 몇 년씩 구금되어 있는 경우도 발생하고 있다. 이는 급박성을 요건으로 하는 행정상 즉시강제의 본질에도 부합하지 않을뿐더러, 인신보호법에서도 출입국관리법에 따른 보호는 배제되어 있는 상황에서 사실상 사법적 통제의 사각지대에 방치된 위법한 구금에 해당한다. 따라서 구금의 상한을 정하고, 구금의 연장절차도 행정부의 자체적인 승인절차가 아닌 독립된 사법기관에 의한 허가로 개선할 필요가 있다.

최근 헌법재판소는 출입국관리법 제63조 제1항이 적법절차원칙 및 과잉금지원칙에 위배되어 신체의 자유를 침해한다는 이유로 2017. 10. 31. 법원이 직권으로 위 법률조항에 대하여 위헌법률심판을 제청한 사건에서 해당 규정이 헌법에 위반되지 않는다고 판단하였으나, 전체 9명의 헌법재판관 중 다수인 5명이 해당 규정이 헌법에 위반된다는 의견을 밝혔다. 비록 위헌 결정 정족수(6명)에 미치지지는 못했지만, 다수의 헌법재판관이 해당 규정이 강제퇴거 대상자에 대한 보호의 개시나 연장단계에서 공정하고 중립적인 기관에 의한 통제절차를 두고 있지 않고, 보호 기간의 상한을 설정하지 아니하여 기간의 제한 없는 인신구속을 가능하게 하는 위헌적인 규정이라고 판단하였다(헌법재판소 2018. 2. 22. 2017헌가29). 관련하여 최근 국회에서 위 관련 내용을 반영한 개정안이 박주민 의원의 대표발의로 출입국관리법 일부개정 법률안(의안번호 : 2013703, 제안일자 : 2018-05-23)으로 제출되어 법제사법위원회에서 심의 중이다.

라. 강제퇴거

(1) 의의

출입국관리법에 따른 강제퇴거명령은 출입국관리법 제46조 제1항에 따른 강제퇴거 사유에 해당하는 외국인을 그 의사에 반하여 대한민국 외의 지역으로 출국시키는 절차를 의미한다. 강제퇴거 역시 급박한 행정상 장애가 예상되는 상황에서 미리 그 점을 상대방에게 알려서는 행정상 목적을 달성할 수 없는 경우에 이루어진다. 따라서 보호명령과 마찬가지로 그 법적 성격은 행정상 즉시강제에 해당한다.

(2) 강제퇴거 사유

출입국관리법 제46조 제1항35)에서는 제1호부터 제14호까지 강제퇴거 사유를 상세히 열거하고 있다. 위 규정 이외에 출입국관리법 제68조 제1항에 따른 출국명령을 받고도 지정된 기간까지 출국하지 않는 경우에도 강제퇴거 대상이 된다(출입국관리법 제6

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

1. 제7조를 위반한 사람
2. 제7조의2를 위반한 외국인 또는 같은 조에 규정된 허위초청 등의 행위로 입국한 외국인
3. 제11조제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 입국금지 사유가 입국 후에 발견되거나 발생한 사람
4. 제12조제1항·제2항 또는 제12조의3을 위반한 사람
5. 제13조제2항에 따라 지방출입국·외국인관서의 장이 붙인 허가조건을 위반한 사람
6. 제14조제1항, 제14조의2제1항, 제15조제1항, 제16조제1항 또는 제16조의2제1항에 따른 허가를 받지 아니하고 상륙한 사람
7. 제14조제3항(제14조의2제3항에 따라 준용되는 경우를 포함한다), 제15조제2항, 제16조제2항 또는 제16조의2제2항에 따라 지방출입국·외국인관서의 장 또는 출입국관리공무원이 붙인 허가조건을 위반한 사람
8. 제17조제1항·제2항, 제18조, 제20조, 제23조, 제24조 또는 제25조를 위반한 사람
9. 제21조제1항 본문을 위반하여 허가를 받지 아니하고 근무처를 변경·추가하거나 같은 조 제2항을 위반하여 외국인을 고용·알선한 사람
10. 제22조에 따라 법무부장관이 정한 거소 또는 활동범위의 제한이나 그 밖의 준수사항을 위반한 사람
- 10의2. 제26조를 위반한 외국인
11. 제28조제1항 및 제2항을 위반하여 출국하려고 한 사람
12. 제31조에 따른 외국인등록 의무를 위반한 사람
- 12의2. 제33조의2를 위반한 외국인
13. 금고 이상의 형을 선고받고 석방된 사람
14. 그 밖에 제1호부터 제10호까지, 제10호의2, 제11호, 제12호, 제12호의2 또는 제13호에 준하는 사람으로서 법무부령으로 정하는 사람

8조 제4항).

강제퇴거 사유 가운데 제13호 “금고 이상의 형을 선고받고 석방된 사람”의 해석과 관련하여 벌금형을 선고받은 경우도 포함되는지, 집행유예의 형도 포함되는지, 만약 포함되는 경우에 ‘선고받고 석방된’이라는 표현에 따라 수사단계나 재판 과정에서 구속된 적이 없는 경우에도 포함되는지 등이 해석상 다투어진다.

(가) 벌금형 선고가 포함되는지 여부

명문 규정이 ‘금고 이상의 형’으로 규정되어 있으므로 벌금형이 선고된 경우는 해당되지 않는 것으로 해석하는 것이 타당하다. 하지만 현행 출입국관리행정에서는 외국인이 벌금형을 선고받은 경우에 출입국관리법 제46조 제1항 제3호(입국금지) 규정을 적용하여, 해당 외국인이 대한민국의 이익이나 공공의 안전을 해치는 행동을 할 염려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 사람(제11조 제1항 3호), 또는 경제질서 또는 사회질서를 해치거나 선량한 풍속을 해치는 행동을 할 염려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 사람(제11조 제1항 4호)에 해당하는 것으로 보아 강제퇴거명령 또는 출국명령을 발부하고 있다.

이와 관련하여 법원은 파키스탄 국적의 외국인이 업무상과실장물보관죄 및 농지범위반죄의 범죄사실로 벌금 500만 원의 약식명령 처분을 받았다는 이유로 관할 출입국관리소장이 해당 외국인의 체류자격(D-9)에 따른 체류기간 연장 신청을 불허하고 출국명령을 한 사안에서, 출국 처분으로 달성하고자 하는 공익에 비하여 외국인이 입는 불이익이 지나치게 크므로 위 처분은 재량권을 일탈·남용하였다고 판단하면서 그 근거 중 하나로 “강제퇴거 대상자를 정하고 있는 출입국관리법 제46조 제1항은 그 제13호가 ‘금고 이상의 형을 선고받고 석방된 사람’이라고 규정하고 있는 점에 비추어 볼 때, 이 사건과 같이 출국명령처분을 할 때에도 ‘금고 이상’이 아닌 ‘벌금형’으로 처벌받은 경우에는 보다 신중하게 적용할 필요가 있다.”로 해석하여 벌금형 선고를 이유로 출국명령 또는 강제퇴거명령을 발부하는 경우에는 그 타당성 여부를 보다 신중하게 검토해야 한다고 판단한 바 있다(인천지방법원 2015. 11. 5. 2015구합50805).

(나) 수사·재판 과정에서 구속되었다가 집행유예 판결을 선고받은 경우도 포함되는지 여부

‘선고받고 석방된’이라는 조문의 표현은 인신구속을 전제하고 있다. 그러나 인신구속이 판결 선고에 따른 것이 아닌 수사 또는 재판 과정에서 별도의 인신구속의 필요성이 있어 구속되었다가 이후 집행유예로 풀려난 경우도 강제퇴거 사유에 포함되는지가 문제가 된다.

관련하여 조문에서 특별히 다른 요건을 제시하고 있지 않고, 금고 이상의 형을 받드시 집행을 수반하는 실형의 경우로 한정할 만한 특별한 이유가 없고, 실형을 선고받은 경우에 비하여 집행유예를 선고받은 경우가 반사회성이 적다고 단정할 수는 없으므로, 위 ‘금고 이상의 형’에는 실형 판결에 대한 집행유예를 선고받은 경우도 당연히 포함된다고 해석하는 것이 법원의 입장이다(서울고등법원 2014. 7. 10. 2013누51482 등).

(다) 수사·재판 과정에서 구속된 적이 없다가 집행유예 판결을 선고받은 경우도 포함되는지 여부

다만, 수사 과정이나 재판절차에서 구속된 사실이 전혀 없어 불구속 상태에서 재판을 받고나서 최종적으로 실형의 집행유예 판결을 선고받은 경우에도 강제퇴거 사유에 포함되는지에 대해서는 견해가 나뉘어 있다. 집행유예를 선고받은 경우와 동일하게 조문에서 ‘석방된 사람’에는 실형을 선고받고 그 형의 집행을 종료한 사람뿐만 아니라 그 형의 집행을 유예 받거나 면제받는 등으로 현재 구금상태에 있지 아니한 사람도 포함된다고 보는 것이 타당하다는 판결이 다수 존재한다(서울고등법원 2014. 7. 10. 2013누51482, 대법원 2014. 11. 13. 2014두40050, 서울행정법원 2015. 4. 24. 2014구단56355 등). 형사소송법에서 체포된 피의자에 대하여 구속영장을 청구하지 않은 경우에도 “석방”이라는 용어를 사용하는 점(형사소송법 제200조의2, 제200조의4 등)을 고려할 때 석방이 반드시 인신구속을 전제로 하는 개념은 아니라는 것이다.

그러나 출입국관리법 제46조 제1항 제13호는 단순히 금고 이상의 형을 선고받은 사람이라 규정하지 않고 선고받고 석방된 사람이라고 규정하고 있으므로, 이는 실형을 선

고받아 집행을 마치고 석방된 사람이거나 적어도 수사 또는 재판 과정에서 구속되었다가 징역 또는 금고형의 집행유예를 선고받음으로써 석방된 사람을 의미하는 것으로 보아야 한다는 판결도 존재한다(서울행정법원 2014. 11. 21. 2014구단57174). 특히, 불구속 상태에서 형사재판을 받았다면 피고인에게 일정한 주거가 있고, 도주의 우려가 없다는 점이 법원을 통해 일응 확인되었다는 점을 추가로 고려하면, 해당 규정에서 특별히 “선고받고 석방된”이라는 표현을 사용한 것은 수사 또는 재판 과정에서 구속된 경우를 특별히 전제한 것으로 해석할 수 있다. 따라서 외국인이 수사 및 재판 과정에서 전혀 구속된 사실이 없는 상태에서 실형의 집행유예 판결을 선고받은 경우, 인신구속이 발생하지 않아 ‘석방’으로 볼 수 없으므로 최소한 위 규정에 따라 당사자에게 강제퇴거 명령을 발부하는 것은 위법하다고 하여야 할 것이다.

(3) 인도적 사유에 따른 강제퇴거명령 취소

출입국관리행정은 내·외국인의 출입국과 외국인의 체류를 적절하게 통제·조정함으로써 국가의 이익과 안전을 도모하는 국가행정으로서, 이와 같은 출입국 관리에 관한 사항 중 국가가 어떠한 외국인을 바람직하지 않다고 판단하여 추방할 것인지 여부는 원칙적으로는 정책재량의 영역에 놓여 있는 분야이다(헌법재판소 2005. 3. 31. 2003헌마87 전원재판부 결정 참조). 따라서 지방출입국·외국인관서의 장이 출입국관리법 제46조 제1항에서 규정한 강제퇴거 대상자에 대하여 강제퇴거를 명할지 여부에 관하여 1차적으로 재량권을 가지고 있으나, 이는 무제한적인 것은 아니다.

즉, 강제퇴거명령을 함에 있어서는 외국인의 출입국과 체류를 적절하게 통제하고 조정함으로써 국가의 이익과 안전을 도모하려는 공익적 측면과, 외국인이 우리나라에서 체류하면서 형성한 국내의 경제적·사회적 기반, 가족 결합권, 재산권 등의 개인적 이익을 비교·형량하여야 한다. 그러나 사실 출입국 관행상 법령상 강제퇴거 사유가 있는 경우 충분한 비교형량 없이 기계적으로 강제퇴거명령을 발부해 왔다. 그러나 최근 강제퇴거명령을 발부함에 있어 신중해야 하며 특히, 강제퇴거명령의 주된 취지가 ‘반사회성을 지닌 외국인으로부터 우리나라 국민을 보호하기 위한 공익적 목적을 달성하기 위한 것’임을 고려하여야 한다는 법원의 판단이 선고되었다(청주지방법원 2018. 5. 17. 2017

구합2276).

법원은 우리나라에서 출생하였지만 나이지리아 국적의 부모가 체류자격을 상실함으로써 체류자격 없는 미등록 외국인으로 1999년부터 지금까지 국적국인 나이지리아에 한 번도 방문하지 않고 한국에서 초·중·고등학교를 졸업하고 취업활동을 하고 있는 나이지리아인에 대한 강제퇴거명령 및 보호명령 취소소송에서, 외국인을 강제로 추방함으로써 인하여 달성하고자 하는 공익보다 한국에 오래 거주하여 생활관계가 온전히 한국에 있는 당사자가 입게 되는 불이익이 더 크므로 강제퇴거명령은 재량권을 일탈·남용한 것으로서 위법하다고 판단했다.

특히 법원은 “적법하게 대한민국에서 출생하였다가 그 부모가 체류자격을 상실함으로써 체류자격을 잃게 된 사람에 대한 인권적·인도적·경제적 관점에서의 전향적 접근이 필요하다”고 지적하면서, “대한민국에서 출생하여 현재까지 사실상 오직 대한민국만을 그 지역적·사회적 터전으로 삼아 살아 온 사람을 무작정 다른 나라로 나가라고 내쫓는 것은, 인간의 존엄성을 수호하고 생존권을 보장하여야 할 문명국가의 헌법정신에 어긋나므로”, “대한민국은 국내에 사회적 기반을 형성한 원고로 하여금 인간다운 삶을 누리며 국내에 체류할 수 있도록 그의 기본적 인권을 보장할 의무가 있다”고 전향적인 판단을 하였다.

(4) 강제퇴거명령 등에 대한 불복³⁶⁾

(가) 이의신청과 행정심판

조사 이후 강제퇴거명령서가 발부되었다면 이에 대하여 이의신청을 할 수 있다. 이의신청은 강제퇴거명령서를 받은 날부터 7일 이내에 지방출입국·외국인관서의 장을 거쳐 법무부장관에게 제출하여야 한다(출입국관리법 제60조 제1항). 법무부장관은 이의신청이 이유 없다고 인정되는 경우에도 신청자가 대한민국의 국적을 가졌던 사실이 있거나 특별한 사정이 있다고 인정되면 특별체류허가를 허용할 수 있다(출입국관리법 제61조

36) 난민신청자의 경우, 원칙적으로 강제퇴거명령을 받았더라도 그 심사가 완료될 때까지는 송환되지 않는다(출입국관리법 제62조 제4항).

제1항).³⁷⁾ 다만 출국명령에 대하여는 이의신청절차가 따로 없어, 바로 행정심판 또는 행정소송으로 불복하여야 한다. 행정심판은 처분이 있음을 알게 된 날로부터 90일 이내, 처분이 있었던 날부터 180일 이내에 청구하여야 한다(행정심판법 제27조 제1항).

(나) 행정소송 및 집행정지

강제퇴거명령 취소소송 등 행정소송은 처분 등이 있음을 안 날로부터 90일, 처분 등이 있는 날로부터 1년 이내에 제기하여야 한다. 만일 행정심판청구를 한 경우에는 행정심판재결서 정보를 송달받은 날부터 90일, 재결이 있는 날로부터 1년 이내에 소를 제기하여야 한다.

한편 이미 외국인보호소에 보호조치 된 경우 강제퇴거명령 및 보호명령에 대한 집행정지를 신청할 수 있다(행정소송법 제23조 제2항). 보호명령은 강제퇴거명령을 전제로 하는 것이기는 하나, 강제퇴거명령에 대한 집행정지 결정이 있다고 하여 보호명령의 집행도 당연히 정지한다고 볼 수는 없다는 것이 대법원의 태도이다(대법원 1997. 1. 20. 96두31). 따라서 보호명령에 대하여는 별도로 집행정지를 신청하여야 한다.

37) 이의신청이 인용되는 경우는 2013년부터 2017년까지 한 건도 없었으며, 다만 한국계 외국인이거나 한국인과 가족관계에 있는 경우 등에 대해 극히 예외적으로 특별체류허가를 하는 것으로 보인다.

제3장

외국인보호소와 송환대기실

제3장

외국인보호소와 송환대기실

1 외국인 보호절차의 개관

가. 보호의 내용

(1) 법적 근거: 출입국관리법 제2조 제11호

‘보호’란 “출입국관리공무원이 출입국관리법 제46조 제1항 각 호에 따른 강제퇴거 대상에 해당된다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 사람을 출국시키기 위하여 외국인 보호실, 외국인보호소 등에 인치하고 수용하는 집행하는 활동”을 말한다(출입국관리법 제2조 제11호 내지 13호).

미등록 체류자 등 출입국관리법 제46조 제1항 각 호에 따라 강제퇴거 대상이 되는 외국인은 출국 전까지 보호시설에 수용된다. 신체의 자유를 제한한다는 점과 보호시설의 운영 방식 등 여러 측면에서 이러한 수용 행위는 구속·구금과 다를 바 없으나, 출입국관리법에서는 ‘보호’라는 용어를 사용하고 있다.

(2) 보호 대상자

보호의 대상이 되는 외국인은 출입국관리법 제46조의 강제퇴거 대상자와 이에 해당한다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 사람이다.³⁸⁾

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

1. 제7조를 위반한 사람

(3) 보호의 장소와 기간

위 강제퇴거 대상자에 해당된다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 외국인은 전국 19곳의 출입국·외국인청 또는 출입국·외국인사무소³⁹⁾ 내 보호실에서 조사를 받게 된다. 조사 이후 강제퇴거 사유가 존재하는 것으로 판단되면 관할에 따라 화성, 청주, 여수에 있는 외국인보호시설로 이송되어 보호 조치 된다. 외국인보호소는 화성, 청주에 위치하고 있고, 여수는 출입국·외국인사무소 외국인보호실의 규모가 외국인보호소 수준으로 크기 때문에 병용되고 있다.

한편 외국인보호실에서의 보호는 주로 출입국관리법 제52조 제1항에 따른 것인데, 대상 외국인이 강제퇴거 대상자인지를 심사하기 위한 보호로서 원칙적으로 10일 이내

2. 제7조의2를 위반한 외국인 또는 같은 조에 규정된 허위초청 등의 행위로 입국한 외국인
 3. 제11조제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 입국금지 사유가 입국 후에 발견되거나 발생한 사람
 4. 제12조제1항·제2항 또는 제12조의3을 위반한 사람
 5. 제13조제2항에 따라 지방출입국·외국인관서의 장이 붙인 허가조건을 위반한 사람
 6. 제14조제1항, 제14조의2제1항, 제15조제1항, 제16조제1항 또는 제16조의2제1항에 따른 허가를 받지 아니하고 상륙한 사람
 7. 제14조제3항(제14조의2제3항에 따라 준용되는 경우를 포함한다), 제15조제2항, 제16조제2항 또는 제16조의2제2항에 따라 지방출입국·외국인관서의 장 또는 출입국관리공무원이 붙인 허가조건을 위반한 사람
 8. 제17조제1항·제2항, 제18조, 제20조, 제23조, 제24조 또는 제25조를 위반한 사람
 9. 제21조제1항 본문을 위반하여 허가를 받지 아니하고 근무처를 변경·추가하거나 같은 조 제2항을 위반하여 외국인을 고용·알선한 사람
 10. 제22조에 따라 법무부장관이 정한 거소 또는 활동범위의 제한이나 그 밖의 준수사항을 위반한 사람
 - 10의2. 제26조를 위반한 외국인
 11. 제28조제1항 및 제2항을 위반하여 출국하려고 한 사람
 12. 제31조에 따른 외국인등록 의무를 위반한 사람
 - 12의2. 제33조의3을 위반한 외국인
 13. 금고 이상의 형을 선고받고 석방된 사람
 14. 그 밖에 제1호부터 제10호까지, 제10호의2, 제11호, 제12호, 제12호의2 또는 제13호에 준하는 사람으로서 법무부령으로 정하는 사람
- ② 영주자격을 가진 사람은 제1항에도 불구하고 대한민국 밖으로 강제퇴거되지 아니한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 그러하지 아니하다.
1. 「형법」 제2편제1장 내란의 죄 또는 제2장 외환의 죄를 범한 사람
 2. 5년 이상의 징역 또는 금고의 형을 선고받고 석방된 사람 중 법무부령으로 정하는 사람
 3. 제12조의3제1항 또는 제2항을 위반하거나 이를 교사(敎唆) 또는 방조(幫助)한 사람
- 39) 기존의 '출입국관리사무소' 명칭이 2018. 5. 18.부터 비교적 기관 규모가 크고 업무량이 많은 인천공항, 서울, 부산, 인천, 수원, 제주의 경우 '출입국·외국인청'으로, 나머지 서울남부, 김해, 대구, 대전, 여수, 양주, 울산, 김포, 광주, 창원, 전주, 춘천, 청주의 경우 '출입국·외국인사무소'로 각각 변경되었다. 하지만 출입국관리법의 '출입국관리사무소' 명칭은 아직 변경되지 않은 상태이다.

의 기간 동안 보호할 수 있다. 부득이한 사유가 있을 경우 10일을 초과하지 않는 범위에서 한 차례만 연장할 수 있으며, 대부분은 일주일 이내에 심사와 판단이 이루어진다.

이후 강제퇴거 대상자로 판단되면 해당 외국인은 강제퇴거명령서, 출입국사범통고서 등을 발부받고 관할 외국인보호소 등으로 이송된다. 외국인보호소에서의 보호 조치는 출입국관리법 제63조 제1항에 따라 '송환할 수 있을 때까지' 가능하기 때문에 무기한 구금이 가능하다는 문제점이 있다(상세 내용은 위의 제2장 출입국과 체류 3. 출국단계다. 보호 참조).

한편 보호 기간이 3개월을 넘는 경우에는 지방출입국·외국인관서의 장은 3개월마다 미리 법무부장관의 승인을 받아야 하며, 승인을 받지 못하면 지체 없이 보호를 해제하여야 한다. 또한 강제퇴거명령을 받은 사람이 다른 국가로부터 입국이 거부되는 등의 사유로 송환될 수 없음이 명백하게 된 경우에는 그의 보호를 해제할 수 있으며, 이러한 경우 보호를 해제하면서 주거의 제한이나 그밖에 필요한 조건을 붙일 수 있다(출입국관리법 제63조 제2항 내지 제5항).

나. 단속부터 보호까지의 과정

출입국관리법 제81조에 따른 동향조사 등으로 외국인이 단속되어 보호 조치 되기까지의 과정을 간단히 정리하여 본다.

우선 출입국관리공무원으로부터 단속된 외국인은 관할 출입국·외국인청 또는 출입국·외국인사무소 보호실로 이송되어, 사범과(사범과가 없는 경우 조사과 또는 심사과) 담당하에 출입국관리법 등의 위반 사항의 심사 과정을 거치게 된다. 대부분 일주일 이내로 심사가 이루어지며, 이후 출입국관리법 제46조의 강제퇴거 대상자로 판단되면 보호명령서, 강제퇴거명령서, 출입국사범통고서 등이 발부되고 관할 외국인보호소로 이송된다. 보호소에서는 보호외국인기록표를 작성하고 개인 물품 보관 및 생활 용품 급여·대여가 이루어진 후 보호 조치 된다.

2 보호실 조사단계

가. 단속의 적법성 검토 및 외국인의 권리

(1) 증표 제시 의무 및 보호명령서의 발부

출입국관리공무원은 동향조사 시에 직무 집행 권한을 표시하는 증표를 지니고 이를 관계인에게 내보여야 한다(출입국관리법 제82조). 또한 일반인의 자유로운 출입이 허용되지 않는 사업장 등에 들어가 조사할 때에는 그 주거권자 또는 관리자의 사전 동의를 받아야 한다(대법원 2009. 3. 12. 선고 2008도7156 판결). ‘출입국사범 단속과정의 적법절차 및 인권보호 준칙’에 따르면 이 때 출입국관리공무원은 주거권자 또는 관계자에게 증표를 제시하면서 소속과 성명을 밝히고 조사 목적 등을 알려야 한다(준칙 제7조 제2항, 제10조 제2항).

한편 출입국관리공무원이 보호명령서를 발급 받아 집행하면서 외국인을 보호실로 이송하려고 하는 경우와, 보호명령서 없이 일단 단속된 후 보호실로 옮겨진 경우에는 각각 보호명령서와 긴급보호서의 제시를 반드시 요구하여야 한다(출입국관리법 제51조 제4항, 제53조).

(2) 통역

한국어가 능숙하지 않은 외국인은 통역을 요구할 수 있다(출입국관리법 제48조 제6항, 출입국사범 단속 과정의 적법절차 및 인권보호 준칙 제21조 제1항). 통역을 요구할 수 있는 권리를 알려주지 않는 경우가 종종 있으므로, 조사 과정의 오해를 방지하기 위해 반드시 통역을 요구하여 조사받는 것이 좋다.

(3) 진술거부권 및 변호인 선임권

출입국관리공무원의 조사는 ‘용의자 신문’으로 일컬어지고 있고 그 절차 역시 형사상의 신문절차와 거의 동일하다. 이에 진술거부권 및 변호인의 조력을 받을 권리가 있고

출입국관리공무원은 이를 사전에 고지하도록 되어 있으나(출입국사범 단속과정의 적법 절차 및 인권보호 준칙 제11조, 제16조, 제17조), 어디까지나 준칙이므로 법적으로 강제되는 의무라고 하기는 어려운 것이 현실이다.

(4) 심사 결정의 고지

조사를 마친 후 출입국관리사무소장, 출장소장 또는 외국인보호소장은 심사결정서 또는 출입국사범심사결정통고서를 작성하고 해당 외국인에게 교부하여야 한다(출입국관리법 제58조). 만일 해당 외국인이 출입국관리법 제46조 제1항 각호에 해당하지 않는다고 인정될 경우에는 지체없이 보호를 해제하여야 한다(출입국관리법 제59조 제1항).

나. 단속 및 보호실 조사단계에서의 권리구제방법⁴⁰⁾

다. 강제퇴거명령 등에 대한 불복⁴¹⁾

3

외국인보호소에서의 보호단계

가. 보호의 통지

보호실에서의 심사가 끝나고 외국인보호소로 이송되는 경우, 출입국관리공무원은 국내에 있는 그의 법정 대리인, 배우자, 직계친족, 형제자매, 가족, 변호인 또는 해당 외국인이 지정하는 사람에게 3일 이내에 보호의 일시, 장소 및 이유를 서면으로 통지하여야 한다(출입국관리법 제54조 제1항).

40) 본 매뉴얼 제2장 '출입국과 체류' 참고.

41) 본 매뉴얼 제2장 '출입국과 체류' 참고.

다만 현실적으로는 통지할 대상자를 파악하기가 쉽지 않기 때문에, 외국인의 통지 요구가 없다면 실제로 통지가 이루어지기 어렵다. 따라서 외국인에게 보호명령이 발하어진 것을 알게 되었을 경우 바로 담당 출입국관리공무원에게 통지서를 서면으로 보내달라고 먼저 요청하는 것이 좋다.

나. 보호명령에 대한 불복절차

(1) 보호에 대한 이의신청 및 행정심판 청구

보호명령에 대해서는 지방출입국·외국인관서의 장을 거쳐 법무부장관에게 보호에 대한 이의신청을 할 수 있다. 보호명령은 계속적 처분이므로 보호되어 있는 동안 기간에 구애받지 않고 이의신청을 할 수 있다(출입국관리법 제55조, 시행령 제69조). 또한 이의신청과는 별개로 행정심판도 청구할 수 있으나, 자주 이용되지는 않는다.⁴²⁾

(2) 행정소송 및 집행정지

보호명령에 대하여는 그 취소 및 무효 등 확인을 구하는 소송을 제기할 수 있고, 이 경우 보호명령에 대한 집행정지 신청도 가능하다(행정소송법 제23조 제2항, 제38조 제1항). 대부분의 경우 강제퇴거명령 등에 대한 취소소송을 제기하면서 별도로 보호명령의 집행정지를 함께 신청한다. 강제퇴거명령이 집행정지 된다고 하여서 보호명령까지 함께 집행정지가 이루어지는 것은 아니기 때문이다.

(3) 국가배상청구

행정소송을 통해 강제퇴거명령과 보호명령 등이 위법한 처분으로 판단될 경우, 이로 인해 신체상, 재산상의 손해가 발생하였다면 국가를 상대로 손해배상을 청구할 수 있다.

42) 한편 강제퇴거명령과 보호명령에 대한 이의신청은 2013년부터 2017년 사이 한 번도 받아들여진 사례가 없어, 사실상 그 제도가 유명무실한 상태이다.

다. 보호일시해제 신청

(1) 의미

‘보호일시해제’란 지방출입국·외국인관서의 장이 직권으로 또는 피보호자(그의 보증인 또는 법정 대리인 등을 포함한다)의 청구에 따라 피보호자의 정상(情狀), 해제요청 사유, 자산, 그 밖의 사항을 고려하여 2천만 원 이하의 보증금을 예치시키고 주거의 제한이나 그 밖에 필요한 조건을 붙여 보호를 일시적으로 해제하는 것을 말한다(출입국관리법 제65조 제1항).⁴³⁾

보호일시해제는 일반해제와 특별해제로 나뉜다. ‘일반해제’는 보호명령을 한 사무소장·출장소장 또는 외국인보호소장이 그의 권한으로 일시해제를 결정하는 처분을 말하고, ‘특별해제’는 일반해제의 요건을 충족하지는 못하나 부득이하게 일시해제를 하여야 할 상당한 사유가 있다고 인정되어 보호명령을 한 소장이 법무부장관에게 미리 보고한 후 결정하는 처분을 말한다(보호일시해제업무 처리규정 제2조).

(2) 청구 사유

(가) 일반해제

일시해제 청구된 자가 ‘보호일시해제업무 처리규정’ 제6조 제1항 각 호⁴⁴⁾에 해당하

43) 위 조항은 2018. 3. 20.자로 전문 개정되었고, 2018. 9. 1.부터 시행된다.

44) 보호일시해제업무 처리규정 제6조(대상)

① 소장은 일시해제 청구된 자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유로 보호된 자가 아닌 경우에 일반해제를 할 수 있다.

1. 출입국심사를 받지 아니하고 불법으로 입국 또는 출국 하였거나 하려고 한 자
2. 위·변조된 여권이나 사증 또는 위명여권을 사용하여 입·출국하였거나 하려고 한 자
3. 불법 입·출국을 알선한 자
4. 불법 입·출국에 이용되는 운송수단을 제공한 자
5. 일시해제 후 도주 등의 사유로 일시해제가 취소된 사실이 있는 자
6. 보호명령서 발부일부터 과거 5년 이내에 형사처벌 또는 강제퇴거명령을 받은 사실이 있는 자
7. 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」이 지정한 후천성면역결핍증(AIDS) 등 감염병환자
8. 「마약류관리에 관한 법률」에 따른 마약·향정신성의약품 및 대마 등 마약류에 중독된 자
9. 그 밖에 국가안전보장·사회질서·공중보건 등에 중대한 위해를 끼칠 우려가 있는 자

지 않는 경우에 일반해제가 가능하다.

일반 보호일시해제 신청은 주로 ① 신병 치료, ② 배우자 또는 직계 존·비속의 한국 내 사망, ③ 1천만 원 이상의 임금체불이나 미반환 임대차보증금 등 소송가액 1천만 원 이상의 분쟁 등의 사유가 있는 경우, 각각 병원 진단서, 사망진단서, 소장 사본 및 소제기 증명원, 임대차계약서, 체불임금등사업주확인서 등을 함께 제출하여 신청한다(보호일시해제업무 처리규정 제7조).

이때 소송과 직접 관련있는 경우가 종종 문제된다. 비록 소송가액이 1천만 원 미만이라도 보호일시해제 신청을 할 수는 있으나, 피보호자가 반드시 보호해제 되어야 하는 사실을 입증하기가 쉽지 않아 신청이 잘 받아들여지지 않는 경우가 많다. 또한 소송가액이 1천만 원 이상인 경우에도 보호명령 또는 강제퇴거명령에 대한 소송이나 행정심판을 제기한 경우에는 보호일시해제가 어려우므로(동 규정 제7조 제3항 제3호), 소송을 이유로 보호일시해제 신청이 받아들여지는 경우는 그리 많지 않은 것이 현실이다. 심지어 소송대리인이 이미 선임되어 있으면, 피보호자가 직접 기일에 출석할 필요가 없다는 이유로 보호일시해제 신청 자체가 거부되기도 한다.

한편 위 제7조 제3항 제3호에도 불구하고, 일시해제 청구된 자가 강제퇴거명령 또는 난민불인정 처분에 대한 취소 소송의 1심 또는 2심에서 승소한 경우에는 원칙적으로 해당 절차를 거쳐 일반해제 또는 특별해제를 허가한다(동 규정 제6조 제2항). 다만, 금고 이상의 형의 선고를 받은 사실이 있는 자, 대한민국의 안전보장과 질서유지, 공공복리 기타 대한민국의 이익을 해칠 우려가 있는 자는 제외된다.

(나) 특별해제

소장은 일시해제 청구된 피보호자가 ① 일반해제 대상 및 요건에는 해당되지 아니하나 일시해제가 부득이하다고 인정되는 경우, ② 최소 보증금 예치 능력이 부족하나 일시해제가 부득이하다고 인정되는 경우, ③ 신원보증인이 없으나 일시해제가 부득이하다고 인정되는 경우에는 그 사실을 법무부장관에게 미리 보고한 후 일시해제를 할 수 있다(보호일시해제업무 처리규정 제17조 제1항).

특별해제가 인정되는 경우는 많지 않으나, 몇 가지 사례를 들자면 최소 보증금 예치 능력이 부족하나 출산을 앞둔 임산부인 경우, 소송가액이 1천만 원 미만이지만 보호소에 보호 조치 되기까지의 과정에 피보호자의 귀책 사유가 크지 않다고 판단되는 경우(인정되는 경우는 매우 드물다) 등이 있다.

한편 ‘감염병의 예방 및 관리에 관한 법률’이 지정한 후천성면역결핍증(AIDS) 등 감염병환자가 특별해제를 청구한 경우에는 소장은 보건당국과 협의하여야 한다. 또한 산업재해 피해자 중 밀입국, 위·변조여권 행사, 무단하선 등으로 체류자격 없이 산업재해의 보상심사 또는 재심청구 중인 자가 특별해제를 청구한 경우에는, 소장은 근로복지공단에서 발행하는 보험급여지급확인원·산업재해보상(또는 재심)청구서를 제출받아 확인하여야 한다(동조 제2항).

(3) 청구절차

보호일시해제는 피보호자 본인, 신원보증인·법정 대리인·배우자·직계친족·형제자매·가족·변호인이 보호일시해제청구서와 일시해제 청구 사유 입증자료 및 보증금 납부 능력 소명 자료를 관할 보호소장에게 제출함으로써 청구할 수 있다. 심사는 대부분의 경우 한 달 이내로 이루어진다.⁴⁵⁾

(4) 기간의 연장

보호일시해제 기간은 1회에 6개월을 초과할 수 없다. 다만 보호일시해제 청구 사유가 해소되지 않은 경우 연장을 신청할 수 있고, 1회에 연장하는 기간은 6개월 이내로 한정된다.

45) **보호일시해제업무 처리규정 제4조(기본 심사기준)** 소장은 피보호자에 대한 일시해제의 청구가 있는 경우에는 영 제79조의2에 따라 다음 각 호의 사항을 심사하여야 한다.

1. 보호명령서 또는 강제퇴거명령서의 집행으로 보호시설에 보호되어 있는 사람(이하 “피보호자”라 한다)의 생명·신체에 중대한 위협이나 회복할 수 없는 재산상 손해가 발생할 우려가 있는지 여부
2. 국가안전보장·사회질서·공중보건 등의 국익을 해할 우려가 있는지 여부
3. 피보호자의 범법사실·연령·품성, 조사과정 및 보호시설에서의 생활태도
4. 도주할 우려가 있는지 여부
5. 그 밖에 중대한 인도적 사유가 있는지 여부

보통의 경우 보호일시해제 기간 동안 1개월에 한 번씩 관할 출입국·외국인청 또는 출입국·외국인사무소 사범과에 출석하여 체류지 변경 사실은 없는지, 보호일시해제 사유의 소멸이 있는지 등에 대해 동향 보고를 하여야 한다. 사안에 따라 이 절차가 생략될 수도 있으나, 정해진 날짜에 연락 없이 출석하지 않는 경우 보호일시해제가 취소되는 등의 불이익을 입을 수 있다. 따라서 1개월에 한 번씩 출석하여야 할 경우 그 날짜를 정확히 확인하고 기억해 두는 것이 좋다.

한편 기간 연장허가로 인해 보호일시해제 기간이 최초 결정일부터 1년을 초과하는 경우에는 1년이 초과되는 때마다 보호소장이 법무부장관에게 의견을 보고하도록 되어 있다. 이 연장승인에는 약 일주일 정도의 시간이 소요된다.

라. 면회하기

(1) 일반면회

외국인보호소에서 면회가 가능하다(출입국관리법 제56조의6). 일반면회는 오전 9시 30분부터 오전 11시 30분, 오후 1시 30분부터 오후 4시 30분 사이에 가능하다. 보호소 내부 일정 등으로 인해 면회가 제한되는 경우가 있기 때문에 미리 면회가 가능한지 알아보는 것이 좋으며, 면회 당일 신분증을 지참하고 면회신청서를 작성하여 제출하면 된다.

면회 시간은 30분 이내이나, 면회 시간 연장을 요청할 수 있다. 보호 외국인의 면회 횟수는 1일에 2회로 제한되어 있으나 부득이한 경우 이 또한 횟수를 증가할 수 있다(외국인보호규칙 제33조).

(2) 특별면회

보호 외국인의 변호사는 특별면회가 가능하다(외국인보호규칙 제34조). 이때 수임 전 단계의 변호사도 포함된다. 이밖에 보호 외국인의 국적이나 시민권이 속하는 국가의 영

사, 보호 외국인의 진정사건을 맡은 국가인권위원회의 위원 및 직원도 특별면회가 가능하다. 특별면회는 오전 9시부터 오후 6시 사이에 언제나 가능하며, 면회 시간도 제한되지 않는다. 대부분의 경우 일반 면회실과 달리 구분벽이 없는 방에서 특별면회를 할 수 있다.

마. 서신 왕래, 전화통화

서신 수수와 전화통화는 원칙적으로 자유롭다(출입국관리법 제56조의6). 편지의 용지 및 우편 요금, 전화통화 비용은 원칙적으로 보호 외국인 스스로가 부담하여야 하고, 편지의 용지 및 우편 요금을 스스로 부담할 수 없는 보호 외국인에게는 편지 용지와 우편 요금을 국가가 지급할 수 있다(외국인보호규칙 제35조 제2항). 한편 보호소 내 매점에서 전화카드를 구입할 수 있다.

소장은 보호 외국인이 받은 우편물을 보호 외국인이 보는 앞에서 개봉할 수 있고, 그 우편물에 흥기, 도주용 물품 등 보호시설의 안전과 질서유지 또는 위생에 반하는 물건이 있을 때에는 따로 보관하여야 한다. 다만 외국인보호규칙 제34조상의 특별면회 가능자가 보낸 문서와 편지는 소장이 열람할 수 없다(외국인보호규칙 35조).

바. 보호소에서의 생활

(1) 보호소 입소 이후의 생활

(가) 신체 및 소지품 등 검사

보호소 입소 시에는 신체·의류·휴대품 검사가 이루어진다(출입국관리법 제56조의5 제1항). 여성외국인의 경우 여성 출입국관리공무원이 검사를 시행한다(동조 제2항). 속옷을 벗기거나 폭행을 가하는 등의 강제력 행사는 위법한 행정행위에 해당한다.

(나) 수용 형태

보호소의 수용 형태는 크게 남자전용방, 여자전용방, 독방, 환자·임산부·성소수자 등을 위한 특별보호방으로 나뉜다(외국인보호규칙 제9조 제1항). 단 14세 미만의 어린이 등 특별한 사정이 있는 경우 성별에 따른 전용방 대신 같은 방을 함께 쓰게 할 수 있고, 간호·육아 등이 필요한 경우 가족과 함께 방을 사용할 수도 있다(동조 제2항, 제5항). 환자, 임산부, 노약자, 19세 미만의 사람 등은 특별보호방을 사용하게 할 수 있다(출입국관리법 제56조의3 제3항, 외국인보호규칙 제9조 제5항).

(다) 급식·위생·진료

- 1) 보호 외국인들은 하루 세 차례 급식을 제공받으며(외국인보호규칙 제16조 제1항), 보호외국인은 예산의 범위에서 국적국의 관습에 따른 음식을 요구할 수 있다. 그러나 현실적으로 관습에 따른 음식이 개별적으로 준비되지는 않는다.
- 2) 보호 외국인인 질병이나 부상 등으로 목욕을 할 수 없는 특별한 경우를 제외하고는 주 1회 이상 목욕을 할 수 있어야 한다(동 규칙 제19조 제3항).
- 3) 한편 1개월 이상 보호되는 외국인들은 2개월마다 1회 이상 담당 의사 또는 외부 의사의 건강 진단을 받아야 한다(외국인보호규칙 제20조 제1항). 소장은 보호시설 안의 의료설비 및 인력으로 치료할 수 없는 병을 가진 보호 외국인이 자기 부담으로 외부 의료기관에서 진료받기를 요청할 경우 도주 우려 등을 판단하여 외출을 허가할 수 있다(동조 제2항). 외부 진료를 위해 외출할 때에는 계호 인력이 동행한다. 한편 현재 외부 의료기관에서의 치료는 보호 외국인 자비 부담을 원칙으로 하고 있으나, 만일 보호소에서의 보호를 원인으로 하여 질병이 발생한 경우에는 국가가 비용을 부담해야 할 것이다.

(라) 외출

소장은 보호 외국인이 외국인보호규칙 제28조 제1항 각 호의 어느 하나(① 여권 등을 발급받기 위하여 자국 공관에 부득이 직접 출석하여야 하는 경우, ② 제21조 제2항

에 따라 외부 진료를 받으려는 경우, ③ 법 또는 다른 법률의 위반과 관련하여 조사·수사·재판 등을 받기 위하여 관계 기관으로부터 출석요구나 신병 인도 요청을 받은 경우, ④ 그 밖에 부득이 외출을 허가하여야 할 필요가 있다고 인정되는 경우)에 해당하는 경우로서 보호시설 밖으로 외출할 필요가 있다고 인정되는 경우에는 계호 인력의 동행하에 외출을 허가할 수 있다.

(마) 강제력의 행사와 격리 수용 등

출입국관리공무원은 보호 외국인이 ① 자살 또는 자해행위를 하려는 경우, ② 다른 사람에게 위해를 끼치거나 끼치려는 경우, ③ 도주하거나 도주하려는 경우 등이 발생하면 당해 보호 외국인에게 강제력을 행사할 수 있고 독방에 격리할 수 있다(출입국관리법 제56조의4 제1항, 외국인보호규칙 제40조 제1항).

만일 강제력의 행사가 과도하여 반드시 필요한 경우가 아님에도 계구를 사용하고 독방에 격리하는 등의 행위가 있었다면, 이는 보호 외국인에 대한 인격권의 침해로서 국가에 대하여 손해배상을 청구할 수 있다.

(2) 청원

보호 외국인은 보호시설에서의 처우에 대해 불복하는 경우 법무부장관이나 지방출입국·외국인관서의 장에게 청원할 수 있다(출입국관리법 제56조의8 제1항, 외국인보호규칙 제29조). 보호소 내에 청원함이 설치되어 있으므로 서면으로 작성한 뒤 봉한 후 청원함에 넣으면 된다. 보호 외국인은 청원을 하였다는 이유로 불리한 처우를 받지 않는다(출입국관리법 제56조의8 제3항).

(3) 국가인권위원회에의 진정

보호소 복도에 진정함이 비치되어 있다. 청원과 마찬가지로 진정서를 작성하여 진정함에 넣을 수 있고, 우편으로 보낼 수도 있다. 진정을 제기한 보호 외국인이 국가인권위원회 관계자와 면담할 때에는 보호소 직원이 면담에 참여하거나 내용을 듣거나 녹취하지 못하며(국가인권위원회법 제31조 제6항), 보호 외국인이 작성한 진정서 등의 서면은

보호소 내 다른 공무원들이 열람할 수 없다(동조 제7항).

(4) 고충상담제도

소장은 출입국관리법 제56조의8 제1항에서 규정하고 있는 청원 사유가 아닌 보호외국인의 고충 사항에 대하여는 고충상담관을 지정하여 그 업무를 처리하도록 하고 있다(외국인보호규칙 제30조). 그러나 실제로 보호소마다 따로 고충상담관이 존재하지는 않고, 각 보호 외국인의 담당 직원이 고충상담관 역할도 함께 수행하고 있다. 많은 보호 외국인들이 담당 직원에게 범죄피해 사실, 임금체불 사실 등을 호소하나, 담당 직원의 고충 처리 관련 전문성 부족 등 여러 문제점으로 인해 실제 신속하게 권리구제절차가 이루어지는 경우는 많지 않은 것이 현실이다.

사. 퇴소

보호 외국인이 본국으로 돌아갈 때 혹은 보호명령이 해제될 때 보호소를 퇴소하게 된다. 이때 보호소 입소 시 보관하였던 보호 외국인의 개인 물품은 퇴소 시에 본인에게 반환되어야 한다(외국인보호규칙 제12조 제1, 2항). 만일 보관했던 물건이 멸실되거나 훼손되었다면 이에 대하여 보호소 측에 책임을 물을 수 있다.

4 송환대기실 내 구금절차 및 권리

가. 송환대기실 구금의 개관

(1) 구금의 과정 및 절차

일반적으로 출입국항에서 난민신청을 한 외국인(이하 출입국항 난민신청자)을 포함한 외국인이 입국심사 과정에서 입국 불허 처분을 받으면, 출입국관리법 제76조 제1호 내

지 제3호46)와 출입국관리법 시행령 제88조 제1항47)에 따라 송환지시서를 발급 받게 된다.

출입국관리법 제56조는 입국이 불허된 자에 대해 48시간을 초과하지 않는 범위 내에서 외국인보호실에 일시보호할 수 있고, 부득이한 사유로 48시간 내 송환할 수 없는 경우에는 사무소장 등의 허가를 받아 48시간을 초과하지 않는 범위 내에서 한 차례 보호기간을 연장할 수 있다고 규정하고 있다. 그러나 실무적으로 송환지시서를 발급 받은 외국인은 대체로 송환되기 전까지 송환대기실⁴⁸⁾에 구금된다.

본래 모든 입국거부자들은 송환대기실에 바로 구금되었으나, 아래에서 살펴보듯이 2014년 송환대기실에서의 보호가 법적인 근거가 없는 위법한 구금에 해당한다는 법원의 판단이 있자 법무부 및 항공사운영협의회(Airline Operators Committee, AOC)는 당사자들에게 송환대기실 이용신청서를 받고 이를 근거로 하여 구금하기 시작하였다. 송환대기실 이용신청서를 서명하지 않고 송환대기실 입실을 거부한 입국거부자들은 환승구역을 자유롭게 돌아다닐 수는 있으나, 환승구역 내 고가의 숙식시설을 계속 이용할 수 없는 경제적 사정인 경우가 대부분이다. 결국 장기간 대기를 위해서는 송환대기실을 이용할 수밖에 없는데, 한 번 입실하면 출입이 통제되어 사실상 구금상태에 놓이게 된다.

-
- 46) **출입국관리법 제76조(송환의 의무)** 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 외국인이 댕던 선박등의 장이나 운수업자는 그의 비용과 책임으로 그 외국인을 지체 없이 대한민국 밖으로 송환하여야 한다.
1. 제7조 또는 제10조제1항에 따른 요건을 갖추지 아니한 사람
 2. 제11조에 따라 입국이 금지되거나 거부된 사람
 3. 제12조제4항에 따라 선박등의 장이나 운수업자의 귀책사유로 입국이 허가되지 아니한 사람
 4. 제14조에 따라 상륙한 승무원 또는 제14조의2에 따라 관광상륙한 승객으로서 그가 타고 있던 선박등이 출항할 때까지 선박등으로 돌아오지 아니한 사람
 5. 제46조제1항제6호 또는 제7호에 해당하는 사람으로서 강제퇴거명령을 받은 사람
- 47) **출입국관리법 시행령 제88조(송환의 의무)** ① 청장·사무소장 또는 출장소장은 선박등의 장 또는 운수업자에게 법 제76조 각 호의 어느 하나에 해당하는 외국인을 송환할 것을 요구할 때에는 송환지시서를 발급하여야 한다. 다만, 긴급할 때에는 구두로 요구할 수 있으며, 이 경우에는 지체 없이 송환지시서를 발급하여야 한다.
- ② 선박등의 장 또는 운수업자는 제1항에 따른 송환을 마친 때에는 그 결과를 서면으로 청장·사무소장 또는 출장소장에게 보고하여야 한다.
- ③ 선박등의 장 또는 운수업자는 제1항에 따라 송환을 요구받은 외국인을 송환할 때까지 그의 교통비·숙식비 등 비용을 부담하고 그를 보호하여야 한다.
- 48) 법적 근거에 따라 운영되는 곳이 아닌 만큼, 송환대기실의 정식 명칭은 없다. 법무부는 출국대기실, waiting room 등의 표현을 사용하나 이하에서는 일반적으로 사용되는 '송환대기실'이라는 개념을 쓰기로 한다.

(2) 구금의 근거 및 주체

송환대기실 내 구금에 대한 법적 근거는 없다. 출입국관리법 제76조 제1호 내지 제3호와 동법 시행령 제88조가 운수업자(공항의 경우, 항공사)에게 송환의 책임을 지우고 있고, 운수업자는 외국인을 송환할 때까지 그의 교통비, 숙식비 등 비용을 부담하고 보호할 책임을 진다(출입국관리법 시행령 제88조 제3항). 한국 정부는 입국심사 및 난민 회부심사만이 대한민국의 책임이며, 입국이 거부되어 위 조항에 따라 항공사에게 송환지시를 한 이상, 입국거부자의 보호 등 모든 책임은 항공사에 있다는 입장을 고수하고 있다.⁴⁹⁾ 송환대기실도 항공사들의 협의체인 항공사운영협의회가 자율적으로 운영 및 관리하는 시설에 불과하다는 것이다.

이러한 정부의 입장과는 반대로, 법원은 항공사운영협의회 외에도 인천공항출입국관리사무소가 송환대기실의 운영 주체라는 점을 명확히 하고 있다(인천지방법원 2014. 4. 30. 선고 2014인라4 판결).⁵⁰⁾ ⁵¹⁾

나. 송환대기실 내 환경⁵²⁾

현재 인천공항 송환대기실은 인천공항 출입국장 2층 내에 위치하고 있는데, 남녀 각각 방 1개, 직원 사무공간 및 휴게실, 화장실로 구성되어 있다.⁵³⁾ 송환을 단기간 대기

49) 한편 국제민간항공협약(이하 “시카고협약”) 제9 부속서(Annex 9) 제5.9조 및 제5.9.1.조는 승객의 입국서류가 미비하여 입국 거절된 경우의 관리 및 보호 비용 부담을 항공사에게, 그 외 모든 입국거부 승객의 비용 부담을 국가에게 지우고 있다. 한국 정부는 동 조항에 대한 유보 통보를 하지 않았다. 따라서 시카고 협약에 근거하여 입국서류를 갖췄는데도 입국이 금지된 외국인에 대한 책임을 한국 정부에 지워야 한다는 논리도 성립 가능하나, 제9 부속서의 권고적 성격과 국제관행을 고려할 때 주장의 실익이 크지는 않다.

50) 상고심도 송환대기실에서의 구금이 위법한 수용에 해당한다는 2심의 결론을 유지하였으나, 구체청구절차 진행 중 피수용자에 대한 수용이 해제되었다는 이유로 구체청구의 이익이 없다고 판단하였다(대법원 2014. 8. 25. 2014인마5).

51) 국내 항공사도 미국법원에서의 민사소송 중에 송환대기실의 운영 주체가 법무부라고 주장한 바 있다 [Uthuppan Jacob v. Korean Air Lines Co., Ltd., No. 12-62384-CIV, 2014 WL 243150 (S.D. Fla. Jan. 13, 2014)].

52) 이하의 내용은 난민네트워크/대한변호사협회, 2016년 “공항에서의 난민신청 실태조사 보고서” 41-42쪽, 49-55쪽 축약.

53) 인천공항 외 다른 공항 송환대기실의 환경은 구체적으로 알려져 있지 않다.

하기 위한 취지로 설립된 시설인 만큼, 숙박을 위한 침대나 침구가 존재하지 않고, 의자와 평상만 비치되어 있다. 난민심사불회부결정자의 수가 급증한 시기에는 150명이 넘는 외국인이 수용되었는데, 공간이 부족하여 종이상자를 깔고 자기도 하였다. 세탁시설은 전혀 없으며, 샤워실도 제한적으로만 사용이 가능하다. 식사는 매끼 치킨버거와 콜라만 제공된다. 의료서비스는 제공되지 않으며, 예외적으로 긴급상륙허가를 통해 공항 내 병원 방문이 가능하다. AOC와의 계약 관계에 있는 용역업체가 시설을 관리하는데, 경비요원들의 폭력적 언사가 빈번하며 비용 부담을 느낀 항공사 직원들이 강제로 송환을 시도하거나 식사 제공을 거부하는 사례도 목격되고 있다.

다. 송환대기실 구금자의 권리

(1) 변호인 접견권

본래 출입국관리사무소는 송환대기실에 구금된 입국거부자에 대한 변호인 접견 신청을 선례가 없다는 이유 등을 들어 거부해 왔다. 그러나 2014년 제기된 출입국항 난민신청자의 변호인 접견 불허처분 등의 위헌확인예 대한 헌법소원과 효력정지가처분신청에 대해, 효력정지가처분신청을 인용하는 헌법재판소 결정이 선고되면서 법무부는 2014. 7. 14. 자로 「난민인정 심사, 처우, 체류 지침」을 개정하여 난민심사회부 여부가 결정되지 않은 출입국항 난민신청자들에 대해 변호인 접견을 허가하고 있으며, 지침에 명시적으로 규정되지는 않았으나 불회부결정자에 대해서도 변호인 접견을 허가하고 있다.⁵⁴⁾

현재 인천공항에서 운영되고 있는 실무절차 상, 변호인 접견을 하고자 하는 변호사는 접견신청원, 변호인선임서 및 변호사 신분증 사본을 인천공항 출입국관리사무소 난민팀⁵⁵⁾에 사전에 제출한다. 통역인의 동행도 가능하다. 이후 인천공항에서 출입국관리사무소의 안내를 받아 환승구역으로 입장하여 변호인 접견을 진행하게 된다. 변호인 접견실은 따로 없기 때문에, 난민신청자대기실 내 심사실을 변호인 접견실로 활용하고 있

54) 법무부, 난민법 시행 3년에 대한 평가 및 향후 법 개정 방향, 2016, 27쪽.

55) 인천공항출입국관리사무소 전화 032-740-7281~2, 팩스 032-740-7289, 이메일 iaaid@korea.kr

다. 변호인 접견을 위해 공항시설 임시출입 허가가 필요한데, 당일 허가는 불가능하다고 한다.

위의 가치분결정 이후, 헌법재판소는 2018년 5월 결정을 통해 출입국향 난민신청자의 변호인 접견 불허처분이 위헌임을 확인하였다(헌법재판소 2018. 5. 31. 선고 2014헌마346 결정). 이 결정은 난민협약 또는 난민법에 따른 난민신청자의 권리에 터잡아 이루어진 것이 아니라, 헌법 제12조 제4항상의 변호인의 조력을 받을 권리를 근거로 하여 변호인 접견권을 인정한 것이다.⁵⁶⁾ 따라서 난민신청자가 아닌 입국금지자도 송환 대기실에 구금되어 입국금지처분에 대한 소송이 계속 중이라면 변호인 접견권이 인정되어야 한다는 해석이 타당하나, 아직 이에 대해 법원의 판단을 구한 사례는 없는 것으로 보인다. 현재 실무적으로 입국금지자에 대한 변호인 접견은 허용되지 않고 있다.

(2) 이동의 자유

출입국관리사무소는 송환대기실은 본인이 원하는 경우에만 이용하게 되고 개방형으로 운영되어 대기실과 공항 내 환승구역을 자유로이 출입할 수 있다는 입장이다.⁵⁷⁾ 그러나 앞에서 살펴본 바와 같이 일단 송환대기실 이용신청서를 작성하여 송환대기실에 구금된 이상, 송환대기실 외부로 자유롭게 이동하는 것은 현실적으로 불가능하다.

(3) 기타

송환대기실 내부에 공중전화기가 비치되어 있으며, 전화카드를 직원으로부터 구입하여 전화기를 사용할 수 있다. 난민 및 외국인 보호기관에 대한 정보는 따로 게시되어 있지 않다. 휴대폰을 직원에게 압수당하는 경우도 있으나, 일반적으로 휴대폰을 소지할 수 있으며, 간헐적으로 신호가 잡히는 무선인터넷을 사용한 외국인들도 있다. 영세한 항공사는 과도한 비용 부담을 이유로 하여 식사 제공을 거부하는 경우도 있는데, 출입국관리법 시행령 제88조 제3항에 따른 운수업자의 비용 부담 의무의 위반이다.

56) 헌법재판소는 헌법 제12조 제4항이 형사구금에만 적용되던 종전 결정을 변경하여, 행정절차에서 구금된 모든 사람에게도 적용된다고 판단하였다.

57) 법무부 출입국외국인정책본부, 2015. 7. 16.자 출입국외국인 정책 보도자료.

라. 송환대기실 구금에 대한 불복

앞에서 살펴본 2014인라4 결정의 취지상 출입국향 난민신청자가 아닌 이주민도 인신보호법상 구제청구를 통해 송환대기실 구금에 대해 다툴 수 있다고 보아야 한다. 외국인도 인신보호법이 보호하는 신체의 자유의 주체가 되고, 송환대기실 내의 구금은 인신보호법 적용이 배제되는 출입국관리법에 따른 보호처분이 아니라는 점에서 그러하다. 그러나 입국금지 결정에 대해 소송으로 다투어 처분의 위법성을 인정받지 않는 한 송환대기실에서의 구금만 별도로 다투는 실익이 크지 않으며, 제2장 「출입국과 체류」에서 살펴본 바와 같이 입국금지 결정의 취소가 현실적으로 쉽지 않은 점도 고려되어야 할 것이다.

제4장

노동사건

제4장

노동사건

1 임금체불

가. 개요

우리나라 근로기준법 등 노동법은 속지주의 원칙에 따라 외국인(미등록 외국인 포함)에게도 적용된다. 따라서 근로기준법 등을 위반하여 미지급된 임금, 퇴직금에 대해서 외국인도 우리나라 법률에 따라 구제받을 수 있다.⁵⁸⁾

임금체불에 대한 법률지원은 크게 체불임금 등 사업주확인서(체불금품확인원, 이하 ‘체불금품확인원’이라고 한다) 발급 전과 후로 나눌 수 있는데, 이주노동자가 자신의 임금체불 사실을 제대로 주장하고 입증한다는 것이 쉽지 않기 때문에 노동청에서 체불금품확인원을 발급받기 전 단계에서 법률지원을 받느냐의 여부에 따라 그들이 받을 수 있는 체불임금의 액수가 결정된다고 해도 과언이 아니다.

이하에는 체불금품확인원 발급 이전 단계와 이후 단계를 나누어 관련 절차를 간단히 소개하고, 외국인 법률지원에 있어 중요한 부분을 언급해보도록 하겠다. 아울러 퇴직금 관련하여 고용허가제를 통한 외국인근로자에 있어서의 특이사항을 함께 살펴해보도록 하겠다.

58) 미등록 외국인의 경우에도 근로계약이 당연히 무효라고 할 수 없고, 산업재해보상보험법의 요양급여를 받을 수 있는 대상이 된다고 판시(대법원 1995. 9. 15. 선고 94누12067 판결).

나. 체불금품확인원 발급까지의 법률지원

(1) 고용노동부 진정절차

근로기준법 제104조는 사업주가 임금체불과 같이 근로기준법 및 시행령을 위반한 사실이 있으면 근로자는 그 사실을 고용노동부장관이나 근로감독관에게 신고할 수 있도록 하고 있다.

체불임금에 대한 고용노동부 진정절차는 아래 그림과 같이 근로자가 진정서를 제출하면서 시작되며, 근로자와 사업주에 대한 사실관계 조사 과정을 거쳐서 체불임금을 확정하고 이에 대하여 사업주에게 지급을 지시하는 것으로 마무리된다.

[고용노동부 진정절차 개요도]



(2) 진정서 작성

체불임금사건은 근로자의 진정서 접수를 통해 절차가 개시된다. 진정서는 고용노동부 홈페이지에 게재되어 있는 양식대로 작성하여 관할 고용노동부에 제출하거나, 홈페이지를 통하여 온라인으로 접수할 수 있다.

고용노동부의 조사는 일단 근로자가 제출한 진정서를 기초로 진행되기 때문에 진정서에 기재되는 체불임금에 누락되는 부분이 없도록 주의를 기울여야 한다. 특별히 근로기준법상 각종 수당에 대해서는 외국인근로자가 제대로 몰라 주장 자체를 하지 않는 경우가 많으므로, 근로계약서, 근무기록카드 등을 확보한 후 체불임금의 액수를 꼼꼼히 계산하여 진정서에 담을 필요가 있다.

(3) 조사기일 출석

진정서가 접수된 이후 담당 근로감독관이 지정되면 근로자에게 연락이 와 조사일정을 잡게 되며, 출석할 때 자신의 체불임금을 입증할 수 있는 근로계약서 사본, 임금이 지급되었던 통장, 급여명세서, 임금체불에 대한 사업주확인서를 보유하고 있는 경우 사본 등 임금체불을 입증할 수 있는 서류를 가지고 출석하여 조사를 받는다.

근로감독관은 진정사건 조사를 위하여 당사자 및 그 밖의 참고인에게 출석을 요구할 수 있으며, 필요한 경우 근로자와 사업주 간에 대질신문을 진행하는 경우도 있다.

체불임금과 관련하여 외국인근로자가 명확한 증명서류를 제시하지 않는 경우 근로감독관은 사업주가 인정하는 부분에 대해서만 지급받고 합의할 것을 권유 또는 종용하는 경우가 빈번히 발생하고 있다고 보고되고 있는바, 가급적 대리인⁵⁹⁾이 조사기일에 함께 출석하거나 최소한 합의 여부를 결정할지에 대해 유선상으로라도 법률자문을 해주는 것이 적절하다고 판단된다.

59) 진정절차에서의 대리인은 특별한 자격을 요구하지 않으며, 반드시 변호사, 노무사 등으로 제한되지 않는다. 따라서 이주민센터 상근자, 자원활동가도 '대리인'으로 참여 가능하나, 본인으로부터 일정한 비용을 받고 진행할 경우에는 행정사법(제36조 제1항 제1호, 제3조 제1항), 변호사법(제109조 제1호) 등 위반으로 처벌받을 수 있음은 유의해야 한다.

체류자격이 없는 미등록 외국인근로자의 경우 조사기일 출석 시 출입국관리소에 신병이 인계되는 경우가 종종 발생하고 있으므로 담당 근로감독관과 협의하여 출석 여부를 신중하게 결정할 필요가 있다(미등록 외국인은 출입국관리법상 통보의무 대상에 포함된다. 상세 내용은 위의 제2장 출입국과 체류 3. 출국단계 나. 조사 참조).

(4) 처벌불원의사 표시 관련

체불임금이 확정되고 난 뒤 사업주가 근로자에게 체불임금을 지급하면 내사가 종결되나, 시정기간 내에 체불임금 지급이 이루어지지 않을 경우 근로자가 명시적으로 처벌불원의사를 표시하지 않는 이상 근로감독관은 특별사법경찰관의 신분으로 사업주를 근로기준법 위반 등으로 인지하여 수사를 진행한 후 기소의견으로 검찰에 송치하는 것으로 사업주에 대한 형사처벌절차가 진행된다.

근로감독관의 수사진행과 관련하여 근로자가 사업주의 처벌을 원하는지 여부를 확인하는데, 외국인근로자의 경우 ‘처벌불원의사’의 정확한 의미를 제대로 이해하지 못하고 “임금만 받으면 되고, 사업주의 처벌을 원하지 않지 않느냐?”는 식의 근로감독관의 질문에 수긍하여 처벌불원서를 작성해서 제출하는 경우를 보게 된다.

사업주에 대한 형사절차 진행이 외국인근로자의 체불임금 지급에 어떤 영향을 미칠 것인지는 상당히 복잡한 문제이나 반의사불벌죄인 근로기준법 위반사건 등에 있어 사업주가 형사처벌을 면하기 위해 형사절차 진행 중 체불임금을 지급할 가능성도 높기 때문에 가급적 체불임금을 전부 지급받기 전까지는 처벌불원의사를 표시하지 않는 방향으로 법률조언을 하는 것이 필요하다고 할 것이다.

(5) 체불금품확인원 발급

진정서 제출 후 여러 차례 조사가 이루어졌고, 상당한 시간이 경과되었음에도 근로감독관이 체불금품확인원 발급을 미루는 경우가 있고, 때로는 “진정인의 주장에 의거 발급함”이라는 문구를 체불금품확인원에 기재하거나, 실제 근로자가 주장하는 임금체불액을 모두 인정하지 않고 사업주가 시인하는 일정 부분만 인정해주는 등 노동청 조사를

통해 임금체불 사실을 제대로 확정하지 않으려는 상황이 종종 발생한다.

이러한 경우 근로감독관에게 정확한 조사결과 내용을 담은 체불금품확인원을 신속하게 발급할 것을 강력히 요청할 필요가 있다.⁶⁰⁾

또한 체불금품확인원에 사용자의 사업 기간이 제대로 표시되어 있지 않아 소액체당금 등을 지급받을 때 사업주 기준(해당 근로자의 퇴직일까지 6개월 이상 해당 사업을 하였을 것)에 해당되는지 여부가 문제되는 경우가 종종 있는바, 사업자 등록이 되어 있는 경우 국세청 홈페이지 등을 통해 사업유지 기간을 확인하여 줄 것을 요청하고 사업자 등록이 되어 있지 않은 사용자의 경우 가장 오랫동안 일했던 근로자를 통해 확인받은 내용을 반영해 달라고 요청하여 체불금품확인원에 사업유지 기간이 반드시 명시되도록 해야 한다.

(6) 사례

[임금에서 기숙사비용을 공제하여 지급하였다고 사업주가 주장하는 경우]

농어촌 이주노동자의 경우 하루 10시간 이상 근로를 하는 경우가 많은데, 사업주는 하루 8시간 근무시간에 해당되는 임금만 지급하고 나머지 2시간 부분은 기숙사를 통한 숙식제공에 필요한 비용으로 상계처리 한다는 식의 주장을 펼치는 경우가 많다.

근로기준법상 임금의 전액불원칙에 의거할 때 위와 같은 사업주의 주장은 부당하나 사업주가 “공제동의서”를 미리 받은 경우 노동청에서 이를 유효하게 해석하고 있기에 ① 표준근로계약서상 숙식비를 근로자가 부담한 것에 합의되었는지 여부, ② 공제동의서의 의미를 외국인근로자가 제대로 인식하고 작성하였는지 여부, ③ 기숙사는 사업주가 처음에 약속한 정도의 시설을 갖추었는지 여부, ④ 숙식비 비용이 과다하게 계산된 것은 아닌지 여부 등을 꼼꼼히 따져야 할 것이다.

참고로 고용노동부에서는 2017. 2. 7. ‘외국인근로자 숙식정보제공 및 비용징수 관련 업무지침’을 마련하여 시행하고 있으나, 오히려 위 지침이 사업주의 부당한 숙식비공제 관행을 합법화해 준 것이라는 인권단체의 비판이 이어져 오고 있다.

60) 체불금품확인원상 확인된 체불금액이 실제 체불금액과 상이할 경우 근로자의 입장에서는 결국 민사소송 등 절차를 통해 이를 해결할 수밖에 없다.

다. 체불금품확인원 발급 후 법률지원

(1) 대한법률구조공단 임금체불피해근로자 법률구조사업과 연계

고용노동부의 지급 지시에 따라 사업주가 근로자에게 체불임금을 지급하지 않는 경우 및 고용노동부 진정절차를 통해 인정받은 금액이 실제 임금체불금액보다 적은 경우 근로자는 사업주를 대상으로 민사소송 및 민사집행절차를 통하여 체불임금을 지급받아야 한다.

외국인근로자가 스스로 민사절차를 진행한다는 것은 쉽지 않기에 법률지원이 필요하나 직접적인 법률지원보다는 대한법률구조공단 임금체불피해근로자 법률구조사업과 연계하여 지원하는 것을 최우선적으로 고려할 필요가 있다.

대한법률구조공단 임금체불피해근로자 법률구조사업은 외국인(미등록 외국인 포함)에 제도 적용되고, 위 사업을 통해 진행할 경우 변호사 비용뿐만 아니라 소송비용 또한 지원받을 수 있다.

[대한법률구조공단 임금체불피해근로자 법률구조신청 준비서류(외국인)]

- ① 체불임금등사업주확인서(지방노동청발급) 1통
- ② 외국인등록증 또는 여권 사본 1통
- ③ 상대방 법인등기사항일부증명서(상대방이 법인인 경우 - 법원 등기와 발급) 1통
- ④ 막도장
- ⑤ 가압류 사건 접수 시(상대방 재산내역을 아는 경우)
 - 상대방 법인등기사항일부증명서(가압류용 추가 1통)
 - 상대방 주소지 건물/토지 등기사항전부증명서(법원 등기와 발급) 1통
 - 상대방 책임재산 소명자료
 - 부동산 : 부동산등기사항전부증명서(법원 등기와 발급) 1통
 - 예금(보험) : 은행(보험회사) 법인등기사항일부증명서(법원 등기와 발급) 1통
 - 임차보증금 : 상대방 주소지 건물등기사항전부증명서(법원 등기와 발급) 1통

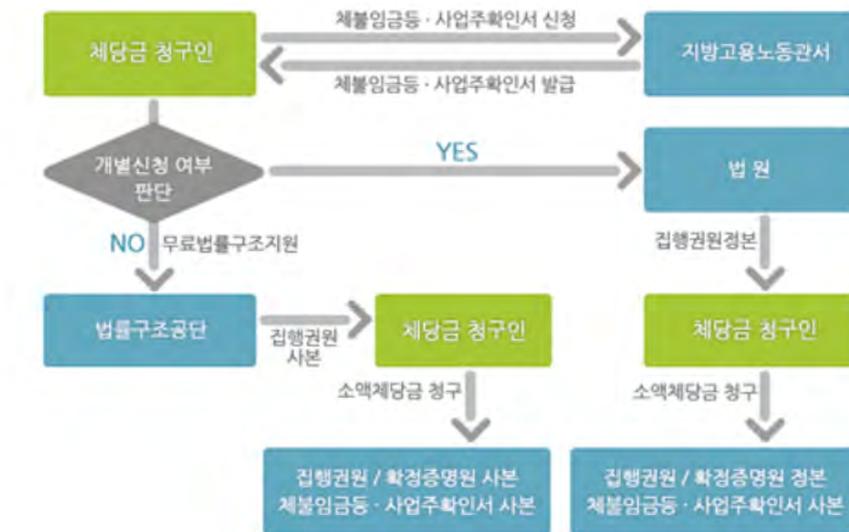
- 기타 채권 : 제3채무자(상대방에게 돈을 줄 채무자)의 인적사항
개인일 경우 이름과 주소
법인일 경우 법인등기사항일부증명서(법인등기과 발급) 1통
- 자동차 : 자동차등록원부(시·군(구)청, 주민센터 발급) 1통
- 유체동산 : 상대방 소유 유체동산 소재지 정보(주소 등)

다만, 민사절차에 소요되는 시간 동안 대한민국에 계속 체류하기 힘든 외국인의 경우 민사절차 진행뿐만 아니라 배당금 수령 등 일체의 권한을 모두 변호사에게 위임하고, 지급받은 돈을 본국으로 송금받기를 원하는 경우가 종종 있는데, 대한법률구조공단은 이러한 서비스까지는 제공하지 않고 있기에 이러한 부분에 대한 법률지원 등을 진행해야 할 경우가 발생한다.

이러한 경우 위임장에 관련 내용을 명시하여야 하고, 외국인에게도 발급되는 ‘본인서명사실확인서’를 첨부받거나 위임장 자체를 공증받도록 할 필요가 있다.

(2) 소액채당금지급제도 활용

소액채당금지급제도는 체불임금 중 최우선 변제금액 범위 내에서 400만 원까지 사업주를 대신하여 국가가 지급해주는 제도이고 외국인근로자에게도 적용된다. 다만, 사업주가 해당 근로자의 퇴직일까지 6개월 이상 해당 사업을 하였다는 기준을 충족해야 하고, 근로자는 퇴직일의 다음날부터 2년 이내 소송을 제기하여 확정판결 등을 받아야 한다. [별첨4] 서식과 같은 소액채당금신청서를 판결문 등 집행권원 정보, 확정 증명원 정보, 체불임금 등 사업주확인서(체불금품확인원) 사본과 함께 관할 근로복지공단에 방문하여 제출하면 된다.



〈소액체당금 청구 절차〉

대한법률구조공단에서 법률구조를 받아 민사소송을 진행하였다면, 400만 원 이하 체불임금에 대해서는 위 공단에서 일괄하여 지원받을 수 있다.

라. 퇴직금 관련 특이사항

고용허가제에 따른 외국인근로자의 경우 사용자는 외국인근로자의 출국 등에 따른 퇴직금 지급을 위하여 의무적으로 출국만기보험⁶¹⁾에 가입하도록 되어 있다.

다만, 출국만기보험의 보험료 산정기준인 통상임금과 퇴직금 산정기준인 평균임금이 서로 달라 차액이 발생될 수 있으므로, 퇴직금을 출국만기보험만으로 한정하여 생각하여서는 안 되며 근로계약서, 임금명세서 등 증빙자료를 통하여 구체적인 퇴직금을 산정하여야 한다.

우선 출국만기보험금 예상수령액에 대한 서면 확인서를 요청하여 출국만기보험을 통

61) 출국만기보험을 수령하기 위해서는 외국인근로자는 체류기간 만료 1개월 전 고용센터에 출국예정신고를 하고, 보험사에 보험금지급 신청을 해야 한다. 지급방식은 현지계좌, 송금전용계좌, 현지은행 직접송금, 공항수령 등이 있는데, 지급방식에 따른 구비서류를 미리 확인하여 팩스를 통해 접수해야 한다.

해 지급받는 금액을 산정한 뒤에, 자신이 실질적으로 받을 퇴직금과 차액이 존재하는지 계산할 수 있다.

참고로 2014년 개정된 외국인근로자의 고용 등에 관한 법률 제13조 제3항은, 외국인근로자의 불법체류가 우려된다는 이유로 “지급시기는 피보험자 등이 출국한 때부터 14일(체류자격의 변경, 사망 등에 따라 신청하거나 출국일 이후에 신청하는 경우에는 신청일부터 14일) 이내로 한다.”라는 문구를 후단에 삽입하였다.

해당 조항이 신설되기 이전에는 출국만기보험금의 지급시기에 관한 명문의 규정이 없었기 때문에 사업장변경 또는 체류기간 만료로 출국하는 사유가 발생하면 사유 발생 일로부터 14일 이내 또는 청구서 접수일로부터 3영업일 이내에 보험금을 받아왔다. 즉 개정을 통해 제13조 제3항의 문구가 신설되면서 외국인근로자들은 출국하기 이전에 퇴직금을 지급받지 못하게 되고 말았다.

이에 대하여 2014년 우즈베키스탄 근로자 3인은 해당 조항이 재산권과 평등권을 침해한다고 하여 헌법소원을 제기하였고, 헌법재판소는 불법체류 방지를 위해 출국 후 지급이 불가피하다는 취지로 합헌결정(헌재 2016. 3. 31. 2014헌마367, 이정미·김이수·서기석 재판관 반대의견 - 지급시기를 무조건 출국과 연계하는 것은 생계유지라는 퇴직금의 본질적 성격에 반하며, 지급시기를 내국인 근로자와 달리하는 것은 외국인 근로자를 불합리하게 차별하는 것이다)을 내렸지만, 인권단체의 비판은 계속 이어지고 있다.

2 산업재해

가. 개요

2012년부터 2017년 5월까지 5년간 산재를 당한 외국인근로자 수는 사망자 511명, 부상자 3만 3197명 등 총 3만 3708명이었다. 산재보험에 가입된 국내 근로자의 산재발생률은 0.18%이다. 하지만 외국인근로자의 산재발생률은 1.16%로 약 6배가량 높았

다. 전체 산재율은 2012년 0.59%에서 2016년 0.49% 낮아지고 있는데 반해 외국인근로자의 산재율은 6.9%에서 7.4%로 오히려 증가했다.⁶²⁾ 산재와 관련한 법률지원을 요청⁶³⁾하는 경우가 빈번한데, 산재신청절차와 사업주 상대로 제기하는 손해배상청구 등을 나누어 살펴보기로 한다.

나. 근로복지공단 산재신청

(1) 산재신청절차



[산재보상서비스 절차⁶⁴⁾]

업무상의 사유에 따른 근로자의 부상, 질병, 장해 또는 사망, 즉 산업재해 발생 시 외국인근로자는 한국 근로자와 동일하게 산업재해보상보험법상의 산재보험 적용을 받는다. 산재신청절차 등은 근로복지공단 홈페이지⁶⁵⁾를 통해 확인할 수 있으며 요양, 재요

62) 2017년 국정감사 고용노동부와 안전보건공단 제출자료

63) 외국인근로자가 산재를 당했을 경우 안정적으로 치료와 보상을 받기 위해서는 안정적인 체류자격이 우선되어야 하므로, 미등록 체류자 또는 체류자격이 불안정해질 가능성이 있는 외국인의 경우 G-1 비자 신청을 통해 확실한 체류자격을 확보할 필요가 있다. 아울러 간병 등이 필요한 경우에는 가족 또한 G-1 비자를 통해 일정기간 체류 가능하다.

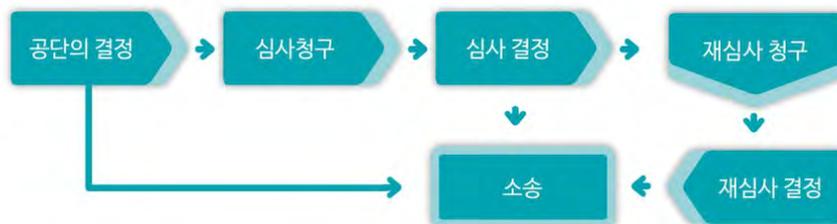
64) 근로복지공단 산재보상재활서비스가이드

65) 근로복지공단 홈페이지, www.kcomwel.or.kr, 검색일 : 2018. 6. 30.

양, 휴업급여, 장애 및 간병급여, 유족급여 및 장의비 등의 각 단계별 청구서식도 쉽게 다운로드 받을 수 있다.

(2) 절차진행 시 유의사항

- 근로자가 사망한 경우 유족급여는 원칙적으로 연금으로 지급되나, 외국인근로자 산재사망의 경우 유족보상연금 수급자격자가 없는 경우가 대다수이므로 일시금으로 지급된다. 유족일시금은 평균임금의 1,300일분이다.
- 근로복지공단이 행한 보험급여 등의 결정에 불복하는 자는 이의제기(심사청구)할 수 있으며, 이의제기에 따른 결정내용에 대하여 다시 이의를 제기(재심사청구)할 수 있다. 또한 심사청구, 재심사청구를 거치지 않고 보험급여 등의 결정내용을 안 날로부터 90일 이내 행정법원에 소송을 제기할 수 있다.



(3) 사례

[사업주가 외국인근로자에게 산재보험처리를 시켜주지 않는 경우]

외국인근로자의 산재사고가 경미한 경우, 사업주는 산재보험처리를 하지 않고 회사 내부적으로 이를 처리해준다고 제안하는 경우를 자주 접할 수 있다. 이러한 경우 외국인근로자는 사업주로부터 돈을 직접 지급받게 되므로 이러한 제안을 받아들이는 경우가 자주 발생하는데, ① 치료가 완전히 종결될 때까지 휴업급여를 지급받으며 충분한 요양기간을 누릴 수 있는 점, ② 향후 장애 발생 또는 다시 치료를 받아야 할 경우가 발생 시 사업주로부터 추가로 금원을 지급받기 어려운 점 등을 종합적으로 고려한다면 가급적 산재보험으로 처리하는 것을 권장할 필요가 있다. 참고로 사업주가 산재보험신청절차에 협력을 하지 않더라도 최초요양신청서 제출 시 ‘업주날인거부 사유서’를 첨부하여 제출하면 근로복지공단 차원의 조사절차를 통해 산재사고를 확인받을 수 있다.

[미등록 외국인근로자가 출입국공무원 단속 과정에서 다친 경우 산재사고에 해당되는지 여부]

미등록 외국인근로자가 근무하던 중 출입국관리사무소 단속반의 단속을 피하기 위해 2층 사무실 창문을 통해 외벽 에어컨 배관을 타고 내려가다 추락하여 다친 사례에서 해당 외국인이 사업주의 도주지시에 따라 피신하는 과정에서 재해를 입게 된 것이기에 피신행위는 사업주의 지배관리하에 있는 경우에 해당함이 분명하다는 이유로 산재사고로 인정받은 사례⁶⁶⁾가 있다. 다만, 사업주의 구체적인 도주지시가 없는 경우에는 산재사고로 인정받지 못하고 있다.

다. 사업주 상대 위자료 등 손해배상청구

산재사고가 사업주의 안전배려의무 소홀로 인해 발생하였을 경우, 사업주의 근로계약상 안전배려의무 위반으로 인한 손해배상책임 또는 사업주의 불법행위로 인한 손해배상책임 등으로 추가 손해배상청구가 가능하다.

(1) 일실수익 산정

국내에 체류하고 있는 외국인근로자는 언젠가는 본국으로 돌아갈 것이기에, 사고 후에도 그 수입(한국에서 받는 급여)을 계속 얻을 수 있다고 평가해야 하는지, 특정 시점 이후에는 돌아갈 본국의 수입으로 산정해야 하는지가 주요 쟁점이다.

일단 대법원 판례는 취업가능 기간 내지 체류가능 기간에는 국내에서의 수입을 기초로 하고 그 이후에는 본국에서 얻을 수 있는 수입을 기초로 일실수익을 산정해야 한다는 법리를 밝히고 있다(대법원 1998. 9. 18. 선고 98다25825).

취업가능 기간 내지 체류가능 기간 관련하여, 불법체류 기간은 통상 2년 정도라는 이유로 미등록 외국인의 경우 국내취업가능 기간을 2년으로 산정해야 한다는 판례(서울지방법원 1997. 12. 10. 선고 96나57032)와 한국 여성과 혼인한 중국 국적(조선족 동포) 배우자의 사망보험금 관련 사건에서 망인의 체류기간이 만료된 이후에도 체류기간

66) 부산고등법원 2008. 6. 20. 선고 2008누792 요양불승인처분취소

연장을 통해 계속 체류할 것이 예상되므로 일실이익은 국내일용근로자의 임금을 기준으로 산정하여야 한다는 판례(서울고등법원 2014. 6. 17. 선고 2013나68048)가 있다.

고용허가제도에 의해 한국에서 근무하는 외국인근로자(E-9 비자)의 경우에는 재고용 허가가 이루어지면 근로할 수 있는 4년 10개월은 한국에서 받는 급여로 일실수익이 산정되어야 할 것이다.⁶⁷⁾ 아울러 성실근로자에 대한 재고용(추가로 4년 10개월)도 가능하므로 산재사고 발생 전까지 사업장변경 없이 성실근로를 한 경우라면 9년 8개월을 주장해볼 수도 있을 것이다.

아울러 방문취업 비자(H-2)로 들어온 재외동포는 장기체류비자인 F-4 비자뿐만 아니라 영주권 및 한국 국적도 취득할 가능성이 높다고 할 것이므로, E-9 근로자와는 달리 한국에서 받는 급여를 계속 얻을 수 있다고 평가받을 수 있다고 보여진다.

(2) 위자료 산정

서울중앙지방법원은 2015. 3. 1. 이후 발생하는 산재사고 위자료 산정기준을 100,000,000원으로 정하고 있으며, 피해자에게 과실이 있는 경우에는 아래와 같은 공식으로 위자료 금액을 산정하고 있다.

$$[\text{위자료기준금액} \times \{1 - (\text{과실비율} \times 6/10)\}]$$

(적용례)

- 1) 피해자가 사망한 경우 피해자의 과실 비율이 50%로 인정되는 때
 $100,000,000\text{원} \times \{1 - (50\% \times 6/10)\} = 70,000,000\text{원}$
- 2) 피해자가 상해를 입어 가동능력 중 30%를 상실하는 후유 장애가 생긴 경우 피해자의 과실 비율이 50%로 인정되는 때
 $100,000,000\text{원} \times 30\% \times \{1 - (50\% \times 6/10)\} = 21,000,000\text{원}$

67) 2010. 7. 6. 법률신문 '외국인근로자 일실수익 산정기준, 국내서 얻은 소득인가...본국의 소득인가', 서울고법 관내 교통·산재분야 1·2심 합동연구회 서울중앙지방법원 김윤종 판사의 의견
 “피해 외국인에게 국내임금을 참작하는 기간을 어느 정도로 인정할 것인지, 그 기간의 시점을 언제로 정할 것인지가 문제다”라며 “현실적으로 많은 외국인들이 체류기간을 넘어 체류하면서 상당한 기간 소득활동을 하고 있으며 통상 그 기간은 2년 정도라는 점 등을 근거로 상당기간을 2년 내지 3년 정도로 인정하고 있다”

3 사업장변경

가. 개요

고용허가제의 적용을 받는 외국인근로자(E-9 비자)는 사업장변경의 자유가 허용되지 않고, 예외적인 경우에 한해서 사업장변경을 신청할 수 있도록 규정되어 있는데, 변경 사유가 복잡하고 고용센터를 통한 변경절차가 지연되는 등의 여러 문제가 발생하고 있어 주의를 요한다. 참고로 외국인근로자의 사업장변경 제한과 관련하여 유엔 사회권위원회(UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights)는 2017년 10월 9일 외국인근로자의 사업장변경 제한을 폐지할 것을 한국 정부에 요구했다.

나. 사업장변경 사유

(1) 사용자의 근로계약 해지, 계약만료

외국인근로자고용등에관한법률 제25조 제1항 제1호

사용자가 정당한 사유로 근로계약기간 중 근로계약을 해지하려고 하거나 근로계약이 만료된 후 갱신을 거절하려는 경우

대분류	-	세분류
□ 근로계약 해지, 계약만료	-	<input type="checkbox"/> 계약기간 만료
		<input type="checkbox"/> 당사자간 자율 합의로 근로계약 해지
		<input type="checkbox"/> 근로자 태업으로 인한 근로계약 해지
		<input type="checkbox"/> 근로자 무단결근으로 인한 근로계약 해지
		<input type="checkbox"/> 기타 근로자 귀책으로 인한 근로계약 해지 ⁶⁸⁾

68) 외국인근로자들이 본국에 장기휴가를 간 경우 사업주들이 일방적으로 고용변동신고서를 제출하여 입국하지 못하는 경우가 종종 발생하고 있다. 이주노동자들이 장기간 휴가를 갈 경우 사업주로부터 휴가확인서를 꼭 받고 지참하고 있어야 이런 피해를 막을 수 있다.

(2) 외국인근로자의 책임이 아닌 사유

외국인근로자고용등에관한법률 제25조 제1항 제2호

휴업, 폐업, 제19조 제1항에 따른 고용허가의 취소, 제20조 제1항에 따른 고용의 제한, 사용자의 근로조건 위반 또는 부당한 처우 등 외국인근로자의 책임이 아닌 사유로 인하여 사회통념상 그 사업 또는 사업장에서 근로를 계속할 수 없게 되었다고 인정하여 고용노동부장관이 고시⁶⁹⁾한 경우

□ 외국인근로자의 책임이 아닌 사유	□ 휴업/폐업	<input type="checkbox"/> 장기간 휴업/휴직, 폐업/도산의 확정
		<input type="checkbox"/> 경영상 필요에 의한 해고, 권고사직 ⁷⁰⁾
		<input type="checkbox"/> 공사종료, 사업완료 등
		<input type="checkbox"/> 임금체불 또는 지급 지연
		<input type="checkbox"/> 입국 후 최초 사업장 배치 전 사용자 귀책 미인도
	□ 사용자의 근로조건 위반 또는 부당한 처우	<input type="checkbox"/> 근로조건 위반 ⁷¹⁾
		<input type="checkbox"/> 임금체불 또는 지급 지연
		<input type="checkbox"/> 사용자의 폭행, 상습적 폭언, 성희롱, 성폭행, 불합리한 차별 등 ⁷²⁾
	□ 고용허가의 취소 또는 고용의 제한	<input type="checkbox"/> 주거시설 위반 ⁷³⁾
		<input type="checkbox"/> 사업장의 고용허가 취소 <input type="checkbox"/> 사업장의 외국인 고용 제한

69) 외국인근로자의 책임이 아닌 사업장변경 사유[시행 2018. 4. 1.] [고용노동부고시 제2018-26호, 2018. 3. 30., 일부개정 관련 고용노동부 고시는 2012년 7월 2일 제정된 이후 4차례 개정(2015. 9. 24. 일부개정, 2016. 1. 20. 일부개정, 2017. 12. 26. 일부개정, 2018. 3. 30. 일부개정)되었으나, 최근 개정된 고시를 반드시 확인할 필요가 있다.

70) 현행 법령과 고시에 의할 때 '외국인근로자의 책임이 아닌 사유'에 명확하게 해당이 되지는 않지만, 그렇게 해석해야 할 당위성이 있을 경우 관할 고용센터에 사업주의 "권고사직"으로 처리해 줄 것을 강력히 요청할 필요가 있다(고용센터가 사업주를 설득하여 "권고사직"으로 사업장변경을 진행한 사례가 있음).

71) 특별히 농어촌 근로자의 경우 근로계약상 근무장소가 아닌 여러 장소를 전전하며 일을 시키는 등의 불법파견 문제가 종종 발생하는데, 이는 명백한 근로조건 위반이므로 이러한 사유를 근거로 사업장변경 신청을 할 수 있다.

72) 동료근로자로부터 폭행, 상습적 폭언, 성희롱, 성폭행, 불합리한 차별 등 부당한 처우를 당했을 경우에는 현행 규정으로는 '외국인근로자의 책임이 아닌 사유'에 해당된다고 해석되지 않고, '상해 등 그 밖의 경우'에 해당되어 사업장변경은 가능하나 횡수 제한에는 포함되는 불합리한 결과가 발생한다(이러한 경우 "권고사직"으로 사업장변경을 진행한 사례를 참고할 필요 있음).

73) "비닐하우스는 집이 아니다"라는 시민단체의 문제제기로 인해 2018. 3. 30. 개정 고시에 주거시설 위반이 추가로 사업장변경 사유에 포함되게 되었다. 구체적으로는 아래의 두 가지 경우에 사업장변경이 허용된다.

- 1) 비닐하우스를 외국인근로자 숙소로 제공한 사업주에게 지방고용노동관서장이 자율개선을 명령하였음에도 불구하고 정당한 사유 없이 개선 기간 내에 이행하지 아니한 경우
- 2) 사업주가 고용허가 신청 시 제출한 「외국인근로자 주거시설표」의 기재 내용과 달리 외국인근로자에게 일반 주거시설이 아닌 임시 주거시설을 제공한 경우

(3) 상해 등 그 밖의 경우

외국인근로자고용등에관한법률 제25조 제1항 제3호

그 밖에 대통령령으로 정하는 사유가 발생한 경우

외국인근로자고용등에관한법률 시행령 제30조 제1항(사업 또는 사업장의 변경)

법 제25조 제1항 제3호에서 “대통령령으로 정하는 사유”란 상해 등으로 외국인근로자가 해당 사업 또는 사업장에서 계속 근무하기는 부적합하나 다른 사업 또는 사업장에서 근무하는 것은 가능하다고 인정되는 경우를 말한다.

□ 상해 등	-	<input type="checkbox"/> 상해 등
		<input type="checkbox"/> 종교적 문화의 특수성 ⁷⁴⁾

다. 사업장변경절차

고용센터로부터 사업장변경 신청이 처리된 날로부터 3개월 이내에 사업장변경을 완료(「출입국관리법」 제21조에 따른 근무처 변경허가)하지 못하거나, 사용자와 근로계약이 종료된 날부터 1개월 이내에 다른 사업장으로의 변경을 신청하지 아니한 외국인근로자는 출국하여야 한다(외국인근로자고용 등에 관한 법률 제25조 제3항).

사업장변경은 원칙적으로 3회를 초과할 수 없으며, 재고용허가로 연장된 기간(1년 10개월) 중에는 2회를 초과할 수 없다. 다만 위에서 언급한 ‘외국인근로자의 책임이 아닌 사유’에 해당되는 경우에는 횟수에 포함되지 않는다.

74) 고용노동부가 외국인근로자 및 사업주에게 제출받는 ‘사업장변경 사유 확인서’의 양식에는 시행령에 규정되어 있는 않는 ‘종교적 문화의 특수성’을 사업장변경 사유의 하나로 나열하고 있다.

라. 사례

[임금체불로 인해 사업장변경 신청을 하였으나, 사업장변경절차가 지연되는 경우]

임금체불의 경우 관련 노동부 고시에 의거하여 외국인근로자의 책임이 아닌 사유에 해당되어 사업장변경 사유에 해당되나, 사업주가 임금체불 사실을 다투는 경우 고용센터는 사업장변경신청 절차를 지연시키는 경우가 종종 발생하고 있다. 이러한 경우 외국인근로자가 사업장을 이탈한 경우 사업주의 이탈신고로 피해를 볼 수 있으므로 일단 절차가 진행되는 중 이탈신고사실 여부를 고용센터를 통해 수시로 확인할 필요가 있으며, 근로감독관으로부터 체불금품확인원을 받은 후에는 고용센터에 사업장변경절차 진행을 강력히 요청할 필요가 있다.

[사업장변경 관련 사업주와 외국인근로자 간 주장이 불일치하는 경우]

사업주와 외국인근로자 간 주장의 불일치, 입증자료 부족 등으로 외국인근로자의 책임없는 사유로 사업장변경 신청을 하였지만, 고용센터가 그 판단을 미루는 경우가 종종 발생하고 있다. 노동부 고시(외국인근로자의 책임이 아닌 사업장변경 사유 고시)에는 외국인근로자 권익보호협의회(지방고용노동청에 설치되어 있음)가 협의하여 사업장변경 허용을 인정할 수 있도록 되어 있으므로, 위와 같은 경우에는 외국인근로자권익보호협의회 개최요청을 이용해 볼 수 있다.

[사용자의 귀책사유로 인한 구직등록 기간이 초과되는 경우]

사업장변경 사유에 해당되는 경우 새로운 사업장을 구직할 수 있는 기간(90일) 동안 고용센터의 알선을 받아 90일 이내에 취업하고, 회사에서 고용신고를 해야 하나, 회사의 귀책사유로 인해 신고를 하지 않는 경우에도 외국인근로자의 체류자격(E-9)은 원칙적으로 취소된다. 이 경우 사용자의 귀책사유로 인해 신고가 되지 않았음을 소명하면 다시 구직등록 기간을 인정받게 되는데, 고용센터에서는 사용자의 귀책사유를 입증할 수 있는 객관적인 증거(판결문 등)를 요구하고 있기에 회사 상대로 손해배상소송을 제기하여, 사용자의 귀책사유로 인해 신고가 누락된 것임을 판결문(화해권고결정문 포함)을 통해 확인받아야 할 것이다.

제5장

가사사건

제5장

가사사건

1 혼인

가. 혼인의 요건

(1) 혼인의 성립(실질적 요건)

국제사법에 따르면 혼인의 성립요건은 각 당사자에 관하여 그 본국법에 의하여 결정된다(국제사법 제36조 제1항). 따라서 대한민국 국민과의 사이에 이루어진 혼인이 유효하게 성립하기 위해서는 대한민국 국민의 경우에는 민법에서 규정하고 있는 혼인의 성립요건들을 갖추어야 하며, 상대방의 경우에는 상대방의 본국법에서 정하고 있는 요건을 갖추어야 한다.

대한민국 국민과 외국인 사이의 혼인이 유효하게 성립하려면, 대한민국 국민의 경우 혼인의사(민법 제815조), 혼인적령(민법 제807조), 부모 등의 동의(민법 제808조), 일정한 근친 간의 혼인이 아닐 것(민법 제809조), 중혼이 아닐 것(민법 제810조) 등이 요구된다.

(2) 혼인의 방식(형식적 요건)

(가) 국외에서의 혼인

국제사법 제36조 제2항은 혼인의 방식에 관하여 혼인거행지법 또는 당사자 일방의 본국법에 의할 수 있도록 하고 있으므로, 외국에서 한국인과 외국인이 혼인하는 경우에는 거행지법이 정한 방식이나 혼인 당사자 일방의 본국법이 정한 방식에 의할 수 있다.

이러한 경우에는 그 나라의 법이 정하는 방식에 따른 혼인절차를 마침으로써 혼인이 유효하게 성립한다.

다만 그 후의 절차에 대해서는 ‘가족관계등록법’에 특별한 규정을 두고 있다. 외국에서 한국인과 외국인 사이에 그 나라 방식에 따라 혼인을 하고 혼인증서를 작성한 경우에는 3개월 이내에 그 지역을 관할하는 재외공관의 장에게 그 증서의 등본을 제출하여야 하나(가족관계등록법 제35조 제1항), 혼인 당사자인 한국인의 등록기준지 시(구)·읍·면의 장에게 직접 우편의 방법으로 제출하거나, 귀국하여 등록기준지 또는 주민등록지 시(구)·읍·면의 장에 제출할 수도 있다.

그러나 이 경우 신고는 이미 유효하게 성립한 혼인을 우리나라의 호적부에 기재하기 위하여 하는 단순한 보고적 신고에 불과하며 혼인거행지인 외국에서 외국법에 의한 혼인신고를 마쳤다면 우리나라 법에 의한 별도의 혼인신고가 없는 경우에도 혼인의 효력은 인정된다.

판례는 “피고가 1991. 3. 7. 혼인신고서를 작성하여 일본국 삿포로시 주재 한국 총영사에게 혼인신고를 할 당시에는 망 소외인이 이미 사망하였다고 하더라도 한국인과 외국인 사이에 혼인거행지법이 정한 방식에 의하여 유효하게 성립한 혼인에 관한 신고는 단순한 보고적 신고에 불과함으로 그러한 사정만으로는 이미 유효하게 성립한 혼인의 효력에 아무런 영향을 미치지 못한다고 할 것이다”라고 한다(서울가법 1992. 3. 27. 선고 91드34886 판결).

(나) 국내에서의 혼인

혼인의 방식은 혼인거행지법 또는 당사자 일방의 본국법에 의하게 되나 대한민국에서 혼인을 거행하는 경우에 당사자 일방이 대한민국 국민인 때에는 대한민국법에 의하게 된다(국제사법 제36조 제2항 단서).

우리나라 국민이 외국인과 국내에서 하는 혼인의 방식은 국내인 사이의 혼인과 마찬가지로 당사자 쌍방과 성년자인 증인 2인이 연서한 서면에 의하여 가족관계등록법에 따라

신고하면 되는데, 외국인에게 적용될 혼인의 준거법과 상대방과의 관련을 증명하는 서면 및 그 준거법 소속국의 권한 있는 기관(해당 국가의 관공서, 재외공관)이 발급한 해당 신분행위의 성립요건을 구비하고 있다는 증명서를 가족관계등록신고서에 첨부하면, 시(구)·읍·면의 장은 그 요건을 구비한 것으로 보고 그 신고서를 수리하여야 한다.

우리나라 국민이 외국인과 혼인하여 가족관계등록부에 등록을 마쳤으나 외국인 본국법에 따른 등록을 마치지 못한 경우에도 우리나라 국민의 배우자에 해당하는지가 문제된 사안에서 판례는 “출입국관리법 시행령 제12조 [별표 1]의 ‘배우자’란 우리나라 법률에 의하여 우리나라 국민과 혼인이 성립된 것으로 인정되는 외국인을 의미하고, 자신의 본국법에 의하여 우리나라 국민과 혼인이 성립된 것으로 인정되는 외국인을 의미하는 것은 아니다”라고 판단하고 있다(대구지법 2012. 4. 18. 선고 2011구합2394 판결).

나. 혼인의 효력

(1) 혼인의 일반적 효력의 준거법

혼인의 일반적 효력은 부부의 동일한 본국법, 부부의 동일한 상거소지법, 부부와 가장 밀접한 관련이 있는 곳의 법의 순서에 따라 적용한다(국제사법 제37조). 그러므로 대한민국 국민과 결혼하여 대한민국에 살고 있는 외국인은 혼인의 효력에 관하여 상거소지법인 우리 민법의 적용을 받게 된다.

부부재산제에 관하여는 제37조의 규정을 준용하나 부부의 합의에 의하여 부부 중 일방이 국적을 가지는 법, 부부 중 일방의 상거소지법, 부동산에 관한 부부재산제에 대하여는 그 부동산의 소재지법에 의할 것을 선택한 경우 그에 의한다(국제사법 제38조).

부양의 의무는 부양권리자의 상거소지법에 의하나, 그 법에 의하면 부양권리자가 부양의무자로부터 부양을 받을 수 없는 때에는 당사자의 공통 본국법에 의한다. 그러나 대한민국에서 이혼이 이루어지거나 승인된 경우에 이혼한 당사자 간의 부양의무는 그 이혼에 관하여 적용된 법에 의한다(국제사법 제46조).

(2) 우리 민법상 혼인의 효력

우리 민법상 부부는 서로 배우자인 신분을 가지고 친족이 되며 상속권을 가지게 된다. 부부는 상대방의 4촌 이내의 혈족과 4촌 이내의 혈족의 배우자 사이에 서로 인척관계가 생긴다. 또 부부는 동거의무, 부양의무 협조 의무, 정조의무가 있다. 여기서 말하는 부양의무란 미성숙의 자녀를 포함하여 부부일체로서의 공동생활에 필요한 것을 부부가 서로 공여하는 것으로서 상대방의 생활을 자기의 생활과 같은 정도로 보장하는 것이며 부정한 행위를 한 경우에는 이혼 사유로 정하고 있다. 미성년자가 혼인을 하였을 때에는 성년에 달한 것으로 본다. 따라서 혼인 후에는 자기의 자녀에 대하여 친권을 행사할 수 있고, 타인의 후견인이 될 수 있으며, 유언의 증인이나 집행자가 되는 능력도 인정된다. 또한 소송능력도 인정된다. 혼인이 취소되거나 해소된 경우에도 성년의제는 소멸되지 않는다고 보는 것이 일반적이다.

2 혼인관계소송

가. 개념

혼인 무효, 취소, 이혼은 다음과 같이 그 청구할 수 있는 요건, 효과가 다르다.

- (1) 혼인의 무효는 당사자 간에 혼인의 합의가 없는 때, 당사자 간에 직계인척관계가 있었거나 있는 때, 혼인이 8촌 이내의 혈족인 경우 청구할 수 있다. 혼인이 무효가 되면 그 혼인의 효력은 소급하여 무효가 된다. 무효혼에 의한 상속이나 기타 권리변동이 있었던 경우에는 그와 같은 권리변동 자체가 무효로 되며 그 출생자는 혼인 외의 출생자가 된다(민법 제855조 제1항 후단).

혼인 무효의 대표적인 경우는 혼인의 합의가 없는 때 즉 가장혼인의 경우인데, 이 경우 형사상 형법 제228조 제1항, 제229조에 따라 공정증서원본불실기재죄

나 공전자기록등불실기재죄로 처벌 받으며 강제퇴거명령을 받을 수 있다. 또한 위장결혼으로 인하여 형사유죄판결을 받는 경우 외국인 배우자가 이미 국적을 취득한 경우에도 국적이 취소될 수 있다(국적법 제21조). 이와 같이 혼인의 무효임이 확정된 형사판결(약식명령)에 의하여 명백한 때에는 굳이 혼인무효판결을 받을 필요 없이 형사판결 등 소명자료로 “가족관계의 등록 등에 관한 법률” 제105조에 의한 등록부 정정이 가능하다.⁷⁵⁾

- (2) 혼인의 취소는 부모 동의 없는 미성년자의 혼인, 근친혼, 중혼, 사기나 강박으로 혼인의사를 밝힌 경우 등의 경우에 청구할 수 있다. 혼인이 취소되는 경우 혼인의 효력은 장래를 향하여 그 효력을 상실하게 된다. 그러므로 자녀는 혼인 중의 자가 되며 취소 전 포태한 자 또한 혼인 중의 자이다. 만일 취소 전 상속을 받았다면 이는 유효하다.
- (3) 이혼은 민법 제840조의 사유가 있는 경우 즉 “1. 배우자에 부정행위가 있었을 때, 2. 배우자가 악의로 다른 일방을 유기한 때, 3. 배우자 또는 그 직계존속으로부터 심히 부당한 대우를 받았을 때, 4. 자기의 직계존속이 배우자로부터 심히 부당한 대우를 받았을 때, 5. 배우자의 생사가 3년 이상 분명하지 아니한 때, 6. 기타 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유가 있을 때” 할 수 있다.
- (4) 이혼의 경우는 합의에 의하여도 가능하나 혼인의 무효나 취소는 재판상 청구에 의하여만 할 수 있다.

75) 가족선례, 2009. 6. 15. 가족관계등록과-2108 질의회답

나. 이혼소송

(1) 이혼의 준거법

(가) 이혼에 관하여는 국제사법 제37조⁷⁶⁾의 규정을 준용하나, 부부 중 일방이 대한민국에 상거소가 있는 대한민국 국민인 경우에는 이혼은 대한민국 법에 의한다(국제사법 제39조).

외국인 배우자가 국적을 취득하거나 간이귀화를 한 경우 이제 그 외국인은 국민이므로 당연히 민법이 적용되고 한국인 사이의 이혼과 같은 절차에 따라 이혼하게 되므로 특별한 문제가 없다. 그러나 외국인 배우자가 한국 국적을 취득하지 못한 상태에서 한국에서 이혼을 청구하는 경우 대한민국 법이 준거법이 된다(법 제39조 단서). 이 규정은 협의이혼의 경우에 협의이혼신청서를 수리하는 과정에서 외국법을 검토해야 하는 어려움을 덜어주고 이혼의 자유를 사실상 확대하기 위해 마련된 것이다.

국내에서 혼인생활을 하던 중 발생한 사유로 국내에서 이혼하고자 하는 경우에는 당연히 부부의 상거소지법인 우리나라 이혼법에 의하게 된다. 그러나 결혼이주여성이 자신의 본국에서 한국인 남편에 대한 이혼소송을 제기하는 때에는 경우를 나누어 살펴봐야 한다.

외국인 배우자에 대한 결혼 사증 발급이 거부된 경우, 외국인 배우자가 자신의 본국 법원에 제기하여 이혼판결을 받은 경우 대한민국 법원에서 다시 그 판결의 승인을 받지 않은 한 외국 법원의 판결은 그 효력이 없다.

76) 제37조(혼인의 일반적 효력)

혼인의 일반적 효력은 다음 각호에 정한 법의 순위에 의한다.

1. 부부의 동일한 본국법
2. 부부의 동일한 상거소지법
3. 부부와 가장 밀접한 관련이 있는 곳의 법

(나) 개별적 검토

- 1) 유책배우자의 배상책임, 즉 이혼에 따른 위자료의 문제도 이혼의 효과의 문제로 이혼의 준거법에 의한다. 나아가 사실혼관계의 해소, 특히 그 부당파기에 의한 위자료 청구의 문제에 대해서도 이혼에 관한 제39조의 규정을 유추적용하여야 할 것이다.
- 2) 이혼에 관한 재산분할에 관한 문제도 이혼의 효과의 문제로서 이혼의 준거법에 의한다. 그러나 부부재산제의 준거법에 관하여는 제38조에 의한다.
- 3) 미성년 자녀에 대한 친권이나 양육권의 귀속·분배 등에 관한 문제는 부모의 이혼에 의하여 발생하는 문제이기는 하지만, 다른 친자 사이의 법률문제와 통일적으로 처리할 필요가 있으므로 친자 간의 법률관계에 관한 제45조를 적용하는 것으로 본다.
- 4) 혼인에 의하여 성년의제된 자가 이혼에 의하여 다시 미성년자인 지위로 돌아가는 가 하는 문제는, 일반적인 행위능력의 문제로서 제13조에 따라 당사자의 본국법에 따라야 할 것이다.⁷⁷⁾

(2) 관할권

법원은 당사자 또는 분쟁이 된 사안이 대한민국과 실질적 관련이 있는 경우에 국제재판관할권을 가진다(국제사법 제2조 제1항). 법 제2조 제1항의 '실질적 관련'이라 함은 법정지국인 한국이 국제재판관할권을 행사하는 것을 정당화할 수 있을 정도로 당사자 또는 분쟁 대상이 우리나라와 관련성을 갖는 것, 즉 '연결점'이 존재하는 것을 의미하며, 그 구체적인 인정 여부는 법원이 구체적인 사건에서 종합적인 사정을 고려하여 판단하여야 한다.⁷⁸⁾ 국제사법 제2조 제1항의 실질적 관련성의 유무를 판단하는 구체적인

77) 김원태, "국제이혼의 법적 문제", 가족법연구 2006년 03월호, 362면.

78) 이명철, "국제이혼소송에서의 국제재판관할과 외국이혼판결의 승인", 가정법원 50주년 기념논문집(서울가정법원), 268면.

기준과 관련하여서는 일반민사사건과 다른 가사사건의 특성을 고려하여야 한다. 또한, 제2항에 의하면, 국내법의 관할 규정을 참작하여 국제재판관할권의 유무를 판단하여야 하므로, 국제이혼사건에서는 가사소송법 제22조를 우선적으로 참작하여야 한다.⁷⁹⁾

국제사법 제2조 신설 이후 대법원은 “원·피고는 거주기한을 정하지 아니하고 대한민국에 거주하고 있으므로 쌍방 모두 대한민국에 상거소를 가지고 있다고 할 수 있고, 여기에 그 혼인이 대한민국에서 성립되었고 그 혼인생활의 대부분이 대한민국에서 형성되었다는 점까지 고려한다면, 이 사건 이혼청구 등은 대한민국과 실질적 관련이 있다고 볼 수 있으므로 국제사법 제2조 제1항의 규정에 의하여 대한민국 법원은 이 사건에 대하여 재판관할권을 가진다고 할 수 있다”라고 판시하였다(대법원 2006. 5. 26. 선고 2005므884 판결).

판례(서울가정법원 2008. 4. 18. 선고 2006드단88350 이혼 등)는 피고가, 원·피고는 모두 미국 국적자로서 대한민국에 임시로 머물고 있는 것이며 앞으로도 미국에서 주로 생활할 예정이므로 대한민국 법원에 국제재판관할이 없다고 주장하며 본안전 항변을 한 사례에서 “원·피고가 모두 과거에 대한민국 국민이었고 대한민국에서 이 사건 혼인이 성립된 점, 원·피고가 모두 외국 국적 동포 국내거소신고를 함으로써 대한민국에 상거소를 두고 있으며(출입국관리법 제10조, 같은 법 시행령 제12조, 재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률 제2조 제2호, 제6조, 같은 법 시행령 제3조, 제6조, 제7조, 33 중 3. 가. (2) (가)의 규정을 종합하여 보면, 원·피고는 대한민국에 상거소를 두고 있는 것으로 인정할 수 있다), 또한 이로써 미국법상의 이른바 선택에 의한 주소(domicile of choice)를 대한민국에 형성하였고, 이를 단지 일시적으로 거주하는 것으로 볼 수 없는 점(원·피고의 출입국사실증명을 보면 원·피고가 단기간 대한민국을 출국하였다가 재입국하는 등 2004. 8. 이후 주로 대한민국에서 거주한 사실을 알 수 있다. 반면에, 원·피고가 가까운 장래에 대한민국을 떠나 향후 미국에서 주로 생활할 예정이라는 점에 관하여는 이를 인정할 증거가 없다), 피고가 이 사건 소장 부분을 적법하게 송달받고 이 사건 소송에 적극적으로 응소하여 다투고 있는 점(피고는 본안전 항변으로

79) 이명철, 위 논문, 270면.

이 사건 소의 각하를 구하나, 한편으로는 원고의 본안에 관한 주장에 대하여도 일일이 대응하며 다투고 있으므로 이 사건 소송에 적극적으로 응소하였다고 봄이 상당하다) 등을 종합하여 보면, 이 사건은 국제재판관할의 특수성을 충분히 고려하더라도 대한민국과 실질적 관련이 있다고 할 것이므로 대한민국 법원은 이 사건에 대하여 재판관할권을 가진다”라고 판시하였다.

(3) 결혼이주여성의 재산분할청구권

결혼이주여성도 이혼 시 한국인 배우자에 대하여 혼인 중 취득한 재산의 분할을 청구할 수 있다. 그런데 재산분할은 이혼에 부수하여 부부 간의 재산관계를 조정하는 것이므로 혼인의 효력에 관한 국제사법 제37조 및 제38조, 이혼에 관한 국제사법 제39조의 규정을 유추·적용하여 부의 본국법인 대한민국 법률이 그 준거법이 된다. 민법 제839조의2는 협의이혼에 대해 재산분할청구권을 규정하고 이를 재판상 이혼에 준용한다(민법 제843조). 재산분할청구권은 사실혼이 해소되는 경우에도 인정된다. 재산분할제도는 부부가 혼인 중에 취득한 실질적인 공동재산을 청산·분배하는 것을 주된 목적으로 하여 부부의 실질적 평등을 실현하며, 부양적 요소를 보충적으로 가미하고 있다. 재산분할청구권은 유책배우자에게도 인정되며, 손해배상적 성질이 포함되지 아니하고 시효나 소송물이 다르므로 위자료 청구권과 다르다. 그러나 당사자 간 재산분할에 관한 협의를 하면서 위자료를 포함시키는 것은 무방하다.

(4) 이혼소송과 이행의 확보

(가) 사전이행의 확보

혼인이 파탄된 이후부터 재산분할을 명하는 심판의 확정·조정이 성립하기까지는 당사자 간의 이해관계가 복잡하게 얽혀 있어서 장기간이 소요되는 것이 일반적이다. 따라서 즉시 현실적인 조치를 취하지 않으면 실질적인 분쟁해결의 효과를 기대할 수 없는 경우도 적지 않다. 그러므로 재산분할의 사건은 심판의 확정·조정이 성립되기 전에 그 재판 또는 조정에 의하여 일정한 의무 내지 권리가 형성될 것을 전제로 하는 것이므로,

미리 보전조치를 취하여야 한다. 이러한 사전이행을 위한 확보수단으로서 가사소송법에서는 사전처분(가사소송법 제62조)과 가압류·가처분 등의 보전처분(가사소송법 제63조) 제도를 두고 있다.

1) 사전처분

가사소송법 제62조 제1항은 가사사건의 소의 제기, 심판청구 또는 조정의 신청이 있는 경우에 가정법원·조정위원회 또는 조정담당판사는 사건의 해결을 위하여 특히 필요하다고 인정한 때에는 직권 또는 당사자의 신청에 의하여 상대방 기타 관계인에 대하여 현상을 변경하거나 물건을 처분하는 행위의 금지를 명할 수 있고, 사건에 관련된 재산의 보존을 위한 처분, 관계인의 감호와 양육을 위한 처분 등 적당하다고 인정되는 처분을 할 수 있다고 규정하고 있는바 이를 사전처분이라고 한다. 그리고 당사자 또는 관계인이 정당한 이유 없이 사전처분에 위반한 때에는 가정법원·조정위원회 또는 조정담당판사는 직권 또는 권리자의 신청에 의하여 결정으로 1,000만 원 이하의 과태료에 처할 수 있다(가사소송법 제67조 제1항).

사전처분제도는 본래 가사비송에 속하는 사항을 피보전권리로 하여 민사소송법상의 가압류·가처분과 동일하게 임시적인 처분을 할 수 있게 하려는 데 그 취지가 있다고 할 수 있다. 따라서 재산분할청구인은 상대방이 분할대상 재산을 사전에 은닉·처분할 수 없도록 당해 재산을 보존하기 위하여 그 재산의 일체의 처분행위를 금지할 목적으로 사전처분을 활용할 수 있다.

사전처분은 일반적으로 가압류나 점유이전금지가처분, 처분금지가처분으로 재산의 확보가 가능하여 보전처분과 중복될 수 있으나, 사전처분은 가정법원이 직권으로도 할 수 있고, 본안의 계속을 요건으로 하며, 대상자에게 의무를 부과함에 그칠 뿐 집행력이 없다는 점에서 보전처분과 다르다(가사소송법 제62조 제5항). 따라서 재산의 처분금지를 명하더라도 이를 등기·등록할 수는 없다.

2) 보전처분

가사소송법 제63조 제1항에 의해서 가정법원은 가사소송사건 또는 마류 가사비송사

건을 본안사건으로 하여 가압류 또는 가처분을 할 수 있다. 이 경우 민사집행법 제276조 내지 제312조의 규정을 준용한다고 규정하여 이를 가사소송법상의 가압류·가처분(보전처분)이라고 한다.

민사소송법상의 가압류·가처분은 비송에 속하는 사항을 피보전권리로 하여서는 이를 할 수 없다는 것이 통설이다. 따라서 가사소송법 제63조 제1항에 의한 가압류·가처분의 성격은 마류 가사비송사건을 본안으로 하는 가압류·가처분을 명시적으로 허용하고 있고, 담보제공도 필수적인 것이 아니라는 점에 비추어(가사소송법 제63조 제2항), 민사소송법상의 가압류·가처분과는 다른 특수한 가압류·가처분의 일종이라고 할 것이다.

재산분할청구권을 피보전권리로 하는 경우, 당사자의 권리는 그 본안심판의 확정에 의하여 비로소 구체적인 내용이 형성·확정되는 것이므로, 피보전권리에 대한 소명은 곧 본안심판이 인용될 개연성에 관한 소명을 의미하고, 보전의 필요성 역시 본안심판에 의하여 형성될 권리의 내용을 미리 예상하여 판단할 수밖에 없다. 따라서 본안에서 현물 분할이 명하여질 것이 예상되는데 보전처분으로 가압류를 신청하거나 역으로 가액분할이 명하여질 것으로 예상되는데 가처분을 신청하는 등의 경우에는 피보전권리나 보전의 필요성에 대한 소명이 있다고 하기 어려운 것이 원칙이지만 본안심판의 내용을 미리 예상하는 것 자체가 어려우므로 실무상으로는 당사자가 신청하여 오는 바에 따라 보전처분의 종류와 내용을 정하는 것이 일반적이다.

그리고 부부의 일방 또는 쌍방이 제3자에게 명의를 신탁한 재산이라도 재산분할의 대상으로 될 수 있지만, 이를 가압류하거나 가처분하는 것은 그 재산의 분할방법과의 관계상 허용되지 않는다고 한다.

(나) 사후이행의 확보

1) 이행명령

재산분할에 관한 판결·심판·조정조서·조정제 결정에 갈음하는 결정에 의하여 금전의 지급 등 재산상의 의무를 이행하여야 할 일방배우자가 정당한 이유 없이 그 의무를 이행하지 아니할 때에는 당사자의 신청에 의하여 일정한 기간 내에 그 의무를 이행할 것을 명할

수 있다. 이를 이행명령이라고 하고(가사소송법 제64조 제1항), 이 명령에 위반한 때에는 과태료에 처할 수 있으며(가사소송법 제67조 제1항), 금전의 정기적인 지급의무의 이행명령을 받은 의무자가 정당한 이유 없이 그 의무를 3기 이상 이행하지 아니하는 때에는 30일의 범위 내에서 그 의무이행이 있을 때까지 감치에 처할 수 있다(가사소송법 제68조 제1항).

2) 금전의 임치

재산분할에 관하여 판결·심판·조정조서·조정에 갈음하는 결정에 의하여 금전지급의무가 확정된 경우에, 재산분할의무자는 가정법원의 허가를 받아 가정법원에 금전을 임치함으로써 그 의무를 면할 수 있다(가사소송법 제65조). 이는 당사자 간의 감정적 갈등 등으로 인하여 금전지급의무를 부담하고 있는 이혼한 배우자가 상대방을 직접 대면하기 싫은 경우를 고려하여, 가정법원이 후견적 입장에서 중계역할을 함으로써 의무자의 임의이행을 용이하게 하고 권리자의 만족에 도움을 주고자 함을 취지로 한다. 다만, 금전지급의무는 재판이나 조정 등에 의하여 성립된 것이어야 하므로 당사자의 협의에 의한 재산분할의 경우에는 금전임치를 할 수 없다. 그리고 임치할 수 있는 것은 금전에 한하므로 금전 이외의 것은 임치의 대상이 될 수 없다.

3 유언·상속

가. 상속의 준거법

상속은 사망 당시 피상속인의 본국법에 의하게 됨이 원칙이나, 상속인이 지정 당시 피상속인의 상거소가 있는 국가의 법이나 부동산의 소재지법을 지정하는 경우 그 지정에 의한다(국제사법 제49조).

나. 유언의 준거법

유언은 유언 당시 유언자의 본국법에 의하며 그 변경 또는 철회는 그 당시 유언자의 본국법에 의한다. 유언의 방식은 유언자가 유언 당시 또는 사망 당시 국적을 가지는 국가의 법, 유언자의 유언 당시 또는 사망 당시 상거소지법, 유언 당시 행위지법, 부동산에 관한 유언의 방식에 대하여는 그 부동산의 소재지법 중 어느 하나의 법에 의한다.

외국인인 갑남이 한국인 을녀와 대한민국에서 결혼하면서 자신의 본국법에 따른 혼인신고만을 하였는데 두 자녀 출생 후 갑남이 사망한 경우 상속권자는 누구인가가 문제된 사안에서 판례는 다음과 같이 판시하고 있다.

외국인과 한국인이 혼인하는 이른바涉外혼인의 경우 국제사법 제36조는 “혼인의 성립요건은 각 당사자에 관하여 그 본국법에 의한다(제1항). 혼인의 방식은 혼인거행지법 또는 당사자 일방의 본국법에 의한다. 다만, 대한민국에서 혼인을 거행하는 경우에 당사자 일방이 대한민국 국민인 때에는 대한민국 법에 의한다(제2항).”고 각 규정하고 있다.

따라서 우리나라 내에서 외국인과 한국인이 혼인할 때, 혼인의 실질적 성립요건은 각 당사자의 본국법에 의하지만, 형식적 요건인 혼인의 방식은 혼인거행지인 대한민국 법에 따라야 하고, 우리나라 민법 제812조는 혼인의 방식에 관하여 당사자 쌍방과 성년자인 증인 2인이 연서한 서면에 의하여 호적법에 따라 신고하도록 하고 있다.

그런데 갑남과 을녀는 우리나라에서 혼인하였으나 한성화교협회의 호적등기부에 혼인사실을 등재하였을 뿐 혼인거행지법인 우리나라 민법 제812조 및 호적법에 따른 혼인신고를 한 사실이 없다. 결국 갑남과 을녀 사이의 혼인은 유효한 혼인으로서의 효력이 없다 할 것이며, 따라서 을녀는 법률상의 배우자가 아니고, 그 사이에서 출생한 원고들은 법률상 혼인 외의 출생자이다(서울지방법원 2003. 7. 25. 선고 2001가합64849 판결).

대만 국적인 피상속인의 혼인 외 출생자의 상속에 관하여, 국제사법 제49조 제1항은 “상속은 사망 당시 피상속인의 본국법에 의한다.”고 규정하고 있는데, 피상속인의 본국법인 대만 민법은 제1138조, 제1144조에서 배우자를 제외하고 직계비속이 제1순위로 균분 상속한다고 하여 법정상속인 및 순서를 정하고 있고, 또한 혼인 외 출생자의 부와의 친자관계 성립에 관하여

국제사법 제41조 제1항 단서는 “부자 간의 친자관계의 성립은 자의 출생 당시 부의 본국법 또는 현재 자의 상거소지법에 의할 수 있다.”고 규정하고 있는데 혼인 외의 출생자의 출생 당시 부의 본국법인 대만 민법은 제1065조에서 “혼인 외의 출생자는 생부의 인지를 거치면 혼생자로 간주하고, 생부의 부양을 거치면 인지로 간주한다(부양사실에 의한 인지간주)”고 규정하고 있는바, 혼인 외의 출생자가 출생 이후부터 필리핀으로 유학을 떠나기까지 부모와 동거하고 자의 학비·생활비도 부가 부담하였으며 필리핀으로 유학을 떠난 후에도 부가 자의 생활비와 학비를 조달하였다면, 자는 부의 부양을 거쳐 인지 간주되었다 할 것이고 따라서 법률상 친자관계에 있고 법률상 직계비속으로서 제1순위 상속권자이다(서울지법 2003. 7. 25. 선고 2001가합64849 판결).

그러므로 이 경우 대만 법에 따라 두 자녀만이 1순위 상속권자로서 상속을 받을 수 있게 된다.

4 부모와 자

가. 출생신고

(1) 부모가 모두 자의 출생 당시 외국인인 경우

현재 대한민국 정부에 출생신고를 하는 것은 불가능하다. 한국의 현행 출생신고제도는 ‘가족관계등록 등에 관한 법률’에 근거한 국민의 출생신고만이 가능하며, 출생으로 국적취득한 경우가 아니라면 출생신고를 할 수 없다. 인지 또는 귀화에 의한 국적취득을 할 자녀에 대해 구청, 주민센터 등에 출생신고를 하는 경우, ‘특종신고’로 보아 특종신고편철장에 보관한 후 국적취득 사실을 신고하면 그를 기초로 가족관계등록부를 작성한다.

(2) 한국인 남성과 외국인 여성의 출생자

(가) 혼인 중의 자인 경우 부 또는 기타 출생신고 의무자(국내 거주 외국인 모 포함)의 신고에 의해 출생신고가 가능하다.

(나) 혼인 외의 자인 경우 부의 출생신고만으로 가족관계등록부를 작성할 수 없다. 예외적으로 태아인지 신고된 피인지자는 부의 출생신고가 가능하다. 자가 미성년자인 경우, 따로 외국인(대한민국 국민이 아닌 사람)에 대한 인지절차에 따라 부가 인지신고를 하거나 인지청구의 소를 거쳐 인지판결을 받은 다음 자녀가 국적법에 따라 법무부장관에게 신고함으로써 국적을 취득한 후에 비로소 가족관계등록부의 창설이 가능하다. 성년인 경우, 법무부장관으로부터 귀화허가를 받은 후, 국적취득 또는 귀화허가통보가 될 때 가능하다.

혼인 외의 자는 모의 본국에 출생신고를 하여 가족관계가 입증되는 때에 인지에 의한 국적취득이 용이하다.

※ 친생자 추정을 받는 혼인 외의 자의 경우

- 친생자 추정의 의의와 효과
법률혼 관계가 해소되지 않은 상태, 즉 법적인 이혼을 하지 않은 상태에서 남편이 친부가 아닌 자가 태어난 경우에도 그 자녀는 남편의 친생자로 추정된다.
- 출생신고 방법
친부가 한국인이고 자녀가 전 남편의 친생자 추정을 받는 상태라면 먼저 친생부인의 소 또는 친생자부존재확인인 소를 거쳐 친생자 추정을 깨뜨리고 친부의 임의인지 또는 인지청구의 소를 거쳐 친부의 자로 구청에 인지신고를 하여야 한다.
- 국적취득 방법
국적법상 인지에 의한 국적취득 규정에 따라 진행된다. 임의인지의 경우 친부가 출입국·외국인청 국적과에 동행하여야 한다. 소송을 거친 강제인지의 경우 조정결정문, 판결문 등을 지참하고 가되, 친부가 동행할 필요는 없다. 단 친부가 자녀 출생 당시에도 한국 국적을 가지고 있었음을 증명하기 위해 기본증명서는 필요하다.

(3) 외국인 남성과 한국인 여성 사이의 출생자

(가) 혼인 중의 자인 경우 자녀는 대한민국 국적을 취득한다. 따라서 출생신고가 가능하다. 그러나 이는 ‘출생 당시’를 기준으로 하므로 모가 자녀의 출생 이후 귀화를 통해 국적취득을 한 경우에는 자녀도 특별귀화에 의한 국적취득을 한 후 비로소 출생신고가 가능하다.

(나) 혼인 외의 자인 경우 모 또는 그 밖의 출생신고의무자의 신고가 가능하다. 모의 성과 본을 따르며, 부를 표시할 수는 없다. 그러나 부의 인지가 있으면 그 인지 신고에 따라 그 사유를 기록할 수는 있다. 이 경우에도 모가 출생 당시 한국 국적을 가지지 않았다면 출생신고할 수 없다.

(4) 입양과 파양

(가) 입양

혼인 후 배우자의 전혼(前婚) 관계에서 출생한 자녀를 입양하는 경우, 외국인과 한국인 사이의 입양은 특히 국제입양으로서 국제사법에 따른 준거법의 적용을 받는다. 국제입양이란 대한민국에서의 한국인과 외국인 사이의 입양 또는 외국인과 외국인 사이의 입양, 외국에서의 한국인 사이의 입양 또는 외국에서의 한국인과 외국인 사이의 입양을 일컫는다.

1) 대한민국 내에서 한국인과 외국인 사이의 입양

한국에서 한국인인 부 또는 모가 외국인 양자를 입양하려는 경우에는 양친의 본국법, 즉 대한민국 법에 의한 요건과 절차를 충족하여야 한다(국제사법 제43조). 뿐만 아니라 양자의 본국법이 양자 또는 제3자(부모 등)의 동의나 승낙을 요건으로 할 때에는 그 요건도 갖추어야 한다(제44조).

2) 대한민국 내에서 외국인 간의 입양

국제사법은 입양 시 준거법을 양부모가 될 자의 본국법으로 정하고 있으므로, 가령

대한민국 내에서 중국인이 중국인 양자 또는 태국인 양자를 입양하고자 하는 경우, 중국의 입양에 관한 법령에 따라 요건 및 절차를 갖추어야 한다. 이 때에는 양자의 본국 법(위 예에서 중국 또는 태국)이 지닌 양자의 동의에 관한 요건 역시 충족되어야 한다.

3) 입양의 효과

양자는 입양된 때부터 양부모가 혼인관계 중 낳은 자녀와 같은 지위를 누리게 된다. 미성년자인 양자는 그 친권이 친생부모로부터 양부모에게로 이전한다. 양자와 양부모 및 그 혈족 간에는 서로 부양의 권리의무와 상속권이 발생한다. 성과 본이 다른 경우, 일반 입양의 경우에는 자녀의 복리를 위해 법원의 허가를 받아 성과 본을 변경할 수 있다. 친양자 입양 시에는 성과 본이 양부모를 따라 변경되기 때문에 별도로 변경할 필요가 없다.

이러한 입양의 효과는 파양이 완료되기 전에는 사라지지 않는다. 가령 재혼하면서 일방이 상대방의 자녀를 입양한 후에 이혼하게 된 경우, 이혼만으로 자녀와의 관계는 단절되지 않으며 관계의 단절을 위해서는 파양 절차를 거쳐야 한다. 이는 부모 또는 자녀가 사망한 경우에도 마찬가지이다.

(나) 파양

파양이란 입양 성립 후에 발생한 원인으로 양부모와 양자의 친족 관계를 해소시키는 행위이다. 파양에는 협의상 파양과 재판상 파양이 있는데, 협의상 파양은 입양 당사자(양부모와 양자) 사이의 의사 합치에 의하여 양자관계를 해소하는 것이고 가족관계등록법에 따라 신고하면 효력이 발생한다, 재판상 파양은 법률에 규정된 파양 원인(양자에 대한 학대, 유기 등)이 있는 경우 가정법원에 파양을 청구하는 것이다. 파양이 성립되면 입양으로 인한 친족관계가 소멸되며, 미성년인 양자의 경우에는 친권이 친생부모에게 부활한다.

(다) 입양과 국적취득

미성년인 외국인이 한국인 부모에게 입양된 경우, '국적법' 제7조에 따른 특별귀화를

할 수 있다. 성년이 된 이후 입양된 자는 제6조에 따른 간이귀화만이 가능하다. 출입국·외국인청에 귀화허가 신청서를 작성 및 제출하여 귀화허가를 신청하면 심사를 거쳐 귀화허가 여부가 결정된다.

나. 친생부인의 소

(1) 의의

혼인 중(혼인이 성립된 날로부터 200일 후 또는 혼인이 종료된 날로부터 300일 이내 인 경우 포함)에 출생한 자녀는 친생자로 추정된다. 그러나 혼인 중 태어난 자녀가 명백한 사유에 의해 친생자가 아니라고 여겨지면 친생자임을 부인하는 소송을 제기해서 부자(父子)관계를 단절할 수 있다.

(2) 소송의 당사자

부부의 일방(남편 또는 아내)이 부부의 상대방 또는 자녀에 대해 소송을 제기할 수 있다. 소송의 상대방이 될 사람이 모두 사망한 경우에는 검사가 그 상대방이 된다.

(3) 소의 제기기간과 관할

친생부인소송은 그 사유가 있음을 안 날로부터 2년 내에 제기하여야 하며, 소송의 상대방이 될 사람이 모두 사망한 경우에는 그 사망을 안 날로부터 2년 내에 제기하여야 한다. 친생부인소송을 제기하는 법원은 자녀의 보통재판적 소재지 가정법원이며, 자녀가 사망한 경우는 최후 주소지의 가정법원이다.

(4) 판결의 효력

친생부인청구가 받아들여지면 자녀와의 부자관계는 소급하여 소멸한다. 자녀는 혼인 외 출생자가 된다. 이미 출생신고를 한 경우, 당사자 또는 상대방의 가족관계등록부 정정신청을 통해 가족관계등록이 말소된다.

다. 인지

(1) 인지신고

인지신고란 혼인 외 출생자를 그의 생부 또는 생모가 자기의 자녀라고 인정하고, 구청에 신고하는 것을 말한다. 인지의 종류에는 임의인지와 재판상 인지가 있다.

(2) 임의인지

생부 또는 생모가 스스로의 의사로 인지하는 것을 말한다. 구청에 가서 인지신고하는 경우, 친권을 행사할 자가 정하여진 때에는 공증된 합의서 등 내용을 증명하는 서류를 첨부하여야 한다.

(3) 재판상 인지

생부 또는 생모가 임의로 인지하지 아니할 경우에 부모의 의사와는 관계없이 법원의 재판에 의하여 인지의 효력을 발생시키는 경우를 말한다. 인지청구의 소는 출생자, 출생자의 직계비속 또는 출생자의 법정 대리인(생모 등)이 생부 또는 생부의 사망 시 검사를 상대로 인지청구의 상대방이 거주하는 지역을 관할하는 가정법원에 제기하여야 한다.

판결을 받거나 조정이 성립된 경우, 확정일로부터 1개월 이내에 인지판결의 등본 및 확정증명서, 조정조서 등본 및 송달증명서와 친권자 지정에 관한 협의서(협약이 이루어지지 않은 경우 친권자 지정에 관한 심판서 등본 및 확정증명서)를 첨부하여야 한다.

라. 친생부인허가청구, 인지허가청구

민법 제844조 제2항 친생자 추정 조항 중 ‘혼인관계종료의 날부터 300일 이내에 출생한 자’ 부분이 헌법재판소에서 계속적용 헌법불합치 결정(헌재 2015. 4. 30. 2013헌마623)을 받은 이후, 해당 부분은 삭제되지 않고 민법 제844조 제3항으로 규정됨과 동시에 친생부인의 허가청구에 관한 조문을 신설하는 방향으로 유지되었다. 친생부인 허

가청구(민법 제854조의2)는 모 또는 모의 전남편이 가정법원에 친생부인의 허가를 청구하고, 가정법원이 혈액형 검사, 유전자 검사, 장기간의 별거 등 사정을 고려해 허가 여부를 결정하며, 허가받은 경우 민법 제844조 제3항의 추정은 미치지 않는다.

인지의 허가청구(민법 제855조의2) 역시 위 헌법불합치 결정 이후 신설되어, 생부가 가정법원에 인지허가를 신청하면 혈액형 검사, 유전자 검사 등을 통해 허가 여부를 정하는 절차가 마련되었다. 허가받은 경우 생부가 가족관계등록법 제57조 제1항에 따른 출생신고를 하는 경우 민법 제844조 제1항 및 제3항의 추정이 미치지 않는 효과가 있다.

위 허가청구는 소송에 비해 간이한 방식으로 법원의 허가를 통해 친생추정을 배제하는 효과가 있다. 그러나 혼인 중의 자녀로 출생신고를 한 경우에는 소송을 통해서만 바로잡을 수 있도록 하고 있어 출생한 아동의 권리보호에는 미흡한 측면이 있다.

5 입국·체류에 관한 문제

가. 입국

혼인 후 국민의 배우자로 한국에 입국하고자 하는 자는 재외공관으로부터 ‘국민의 배우자(F-6-1)에 대한 체류기간 90일 이하의 단수사증’을 발급받아야 한다. 신청서 등 기본적인 서류 외에 소득요건 및 주거요건 관련 서류, 의사소통 관련 서류, 국제결혼 안내 프로그램 관련 서류 등을 제출하여야 하며, 자세한 내용은 하이코리아⁸⁰⁾에서 확인할 수 있다. 부부 사이에 출생한 자녀가 있는 경우는 소득 입증서류, 의사소통 입증서류, 국제결혼 안내 프로그램, 범죄경력조회서, 건강진단서의 서류가 면제된다.

80) 하이코리아 홈페이지(www.hikorea.go.kr) 우측의 빠른메뉴->매뉴얼->사증 자격별 안내매뉴얼 다운로드->목차에서 33.결혼이민(F-6) 클릭->1. ‘국민의 배우자(F-6-1)에 대한 체류기간 90일 이하의 단수사증 발급’ 항목 참고.

소득요건 또는 초청이 제한되는 사유 역시 검토하여야 한다. 2018년 기준으로 초청인인 한국인 배우자와 외국인 배우자, 초청인과 주민등록상 세대를 같이하는 직계가족을 합하여 2인 가구인 경우 17,082,582원, 3인 가구인 경우 22,098,900원의 연간소득이 있어야 한다.⁸¹⁾ 또한 외국인 배우자의 사증 신청일 기준으로 한국인 배우자가 과거 5년 이내에 다른 외국인 배우자를 결혼동거 목적으로 초청하여 입국한 사실이 있으면 초청이 제한된다. 초청인이 과거 한국인과의 혼인을 이유로 한국 국적을 취득한 사람이라면(후술하는 다.(3) ① 간이귀화자) 한국 국적 취득일로부터 3년이 경과하여야 외국인 배우자를 초청할 수 있다.⁸²⁾ 다만, 자신의 귀책 사유 없는 이혼, 자녀 양육의 경우(후술하는 다.(3) ②~④)는 제외한다.

입국한 외국인 배우자는 한국에 입국한 날로부터 사증에 기재된 기간(대부분 90일) 이내에 관할 출입국·외국인청 또는 출입국·외국인사무소를 방문하여 체류연장 및 외국인 등록을 하여야 한다. 여권, 신청서, 증명사진, 국민인 배우자의 혼인관계증명서와 주민등록등본을 지참하여야 하며, 가급적 국민인 배우자와 동행하여야 한다.

국내에서 합법적으로 체류 중에 한국인과 혼인한 자는 관할 출입국·외국인청 또는 출입국·외국인사무소에 재외공관에 신청하는 것과 동일한 서류를 제출하고 국민의 배우자(F-6-1)로 체류자격 변경이 가능하다. 하지만 단기사증 소지자, 미등록 체류자, 출국기한 유예자, 일반 형사범 등은 원칙적으로 국내에서 체류자격 변경이 불가능하며, 출국 후 재외공관에서 사증을 발급받아 다시 입국하여야 한다. 다만, 임신·출산 예정, 자녀 양육 등의 사유로 국내에서 체류자격 변경이 불가피하다고 판단되는 경우에는 심사 후 체류자격 변경이 가능하다.⁸³⁾

81) 법무부 고시 제2017-226호 결혼동거 목적의 사증 발급에 필요한 소득요건 고시.

82) 출입국관리법 시행규칙 제9조의5(결혼동거 목적의 사증 발급기준 등).

83) 하이코리아 홈페이지(www.hikorea.go.kr) 우측의 빠른메뉴->매뉴얼->체류 자격별 안내매뉴얼 다운로드->목차에서 32.결혼이민(F-6) 클릭->체류자격 변경허가 중 1. '국민의 배우자(F-6-1)에 대한 체류자격 변경허가' 항목 참고.

나. 체류

(1) 혼인 중

입국 90일 이내에 외국인 등록 및 체류기간 연장 신청을 하면 국민의 배우자(F-6-1) 체류자격이 주어지며 최초에는 1년의 체류기간이 부여된다. 해당 기간이 만료되기 전 체류기간을 연장하여야 하며, 신청서, 여권, 혼인관계증명서, 주민등록등본, 체류지 입증서류 등을 제출해야 한다. 연장 시 통상 2년의 체류기간이 부여되며, 국민인 배우자와 사이에서 출생한 자녀를 양육하는 경우 3년까지도 가능하다.

(2) 이혼소송 중

국민의 배우자(F-6-1) 자격으로 체류하던 중 한국인 배우자가 신원보증을 철회하더라도 기존 체류기간에는 영향을 미치지 않는다. 배우자와 별거 중인 사람, 이혼소송이 진행 중인 사람, 배우자가 실종되었으나 가정법원의 실종선고를 받기 전인 사람 그 사실을 입증하여 체류기간 연장이 가능하다. 이 때 기존 체류기간 연장서류 외에 별거 사유 입증서류(가출신고서, 형사판결문, 수용증명서 등), 이혼소송 관련 서류(소제기 증명원, 소계속 증명원 등), 실종사실을 증명하는 서류(실종심판 청구서, 실종신고서 등)를 추가로 제출하여야 한다. 이혼소송이 종료될 때까지 같은 방법으로 계속해서 연장이 가능하며, 소송종료 후에도 이미 부여받은 체류기간은 소송의 결과와 상관없이 유효하다.

(3) 이혼 후

한국인 배우자와 이혼 후 결혼이민(F-6) 자격으로 한국에 체류할 수 있는 경우는, ① 한국인 배우자와 사이에서 출생한 한국 국적의 자녀를 양육하는 사람, ② 위 자녀에 대한 면접교섭권을 가진 사람, ③ 자신에게 책임 없는 사유로 이혼한 사람의 세 경우이다. 이에 해당하지 않는 경우 재산분할, 가사정리 등의 사유를 입증하여 가사정리(F-1-6) 체류자격으로 1회 6개월의 범위 내에서 최대 1년까지 체류기간 연장이 가능하다. 체불 임금, 임대차보증금 반환 등을 사유로 소송 중인 경우는 1년이 경과하더라도 소송종료 시까지 체류를 허가한다.

① 한국인 배우자와 사이에서 출생한 한국 국적의 자녀를 양육하는 사람(사실혼 관계에서 출생한 경우도 포함한다)

자녀 양육자에 대한 체류자격(F-6-2)으로 변경하여 한국에서 체류가 가능하다. 자녀 명의의 기본증명서, 가족관계증명서, 자녀 양육 입증서류(판결문 등) 등을 추가로 제출해야 하며, 1회 최대 3년까지 체류기간이 주어진다. 한국 국적의 미성년 자녀를 국내에서 양육하고 있는 사람에게 주어지는 체류자격이므로 자녀가 성년이 되면 해당 체류자격을 유지할 수 없으며, 자녀를 해외에서 양육하고 있는 경우 출입국·외국인청 또는 출입국·외국인사무소에서는 체류자격 연장을 거부하거나 자녀를 한국에 데리고 오는 조건으로 1~3개월까지만 체류기간을 연장해 주는 경향이 있다(다만 최근 중앙행정심판위원회는 외국에서 한국 국적의 자녀를 양육하고 있는 사람에 대하여 체류기간 연장허가를 거부한 출입국관리소의 처분 및 강제출국처분을 취소한 바 있다).

② 한국인 배우자와 사이에서 출생한 한국 국적의 자녀에 대한 면접교섭권을 가진 사람

‘면접교섭권을 가진 경우의 체류허가 특칙’에 의해 F-6-2 체류자격으로 변경된다. 가정법원 결정 등에 의하여 면접교섭권이 제한되지 않았는지 여부, 자녀와의 지속적인 교류가 있는지 여부를 심사하여, 면접교섭권이 제한되거나 설령 면접교섭권이 있더라도 자녀와의 교류가 실제로 이루어지지 않는 경우는 체류를 허가하지 않는다. 면접교섭권 제한 여부 확인을 위한 이혼판결문 등은 최초의 체류자격 변경 시에만 제출하면 되나, 사진 등 자녀와의 지속적인 교류를 증명하는 서류는 체류기간 연장 시마다 제출해야 하므로 면접교섭을 할 때마다 사진을 찍어 기록을 남겨야 한다. 체류기간은 1회에 1년까지만 주어지며 자녀가 성년이 되기 전까지만 연장이 가능하다.

③ 자신에게 책임 없는 사유로 이혼한 사람

국민인 배우자가 사망, 실종하여 혼인이 종료에 이른 경우 및 외국인 배우자의 책임 없는 사유로 이혼한 경우 혼인단절(F-6-3) 체류자격으로 변경할 수 있다. 국민인 배우자의 혼인 파탄에 대한 귀책 사유를 입증하여야 하며, 입증자료로는 위자료 판결문, 국민인 배우자의 폭행 등으로 인한 병원 진단서, 검찰의 불기소결정문, 공인된 여성 관련

단체의 확인서 등이 있다. 1회에 최대 2년까지 체류기간 연장이 가능하다.

단, 외국인 배우자의 귀책 사유로 이혼한 경우라도 그 외국인이 국민인 배우자의 부모, 가족을 부양하는 경우, 위 사실이 입증되면 F-6-3 체류자격으로 체류허가를 받을 수 있다.

다. 기타

(1) 협의이혼, 조정이혼의 경우

출입국·외국인청 또는 출입국·외국인사무소에서는 협의이혼과 조정이혼의 경우 외국인 배우자가 ‘자신에게 책임이 없는 사유로 정상적인 혼인관계를 유지할 수 없게 된 경우’에 해당한다고 보지 않는다. 따라서 형사판결문, 진단서, 사진 등 한국인 배우자의 귀책 사유를 입증할 자료가 충분하지 않다면 협의나 조정보다는 이혼소송을 통해 소액이라도 위자료 판결을 받는 것이 유리하다(이혼소송 시 위자료를 청구하지 않았다면 3년 내에 위자료 청구소송을 통해 판결을 받아도 된다). 한국인 배우자와의 사이에서 출생한 자녀가 있다면 전술한 나.(3)①,②에 해당하는 체류자격으로 변경이 가능하므로 협의나 조정으로 이혼하여도 무방하다.

(2) 영주자격(F-5)

결혼이민(F-6) 체류자격을 소지하고 한국에 2년 이상 체류하고 있는 외국인 배우자로서, ① 한국인 배우자와 혼인이 유지되고 있는 경우, ② 한국인 배우자가 사망 또는 법원의 실종선고를 받은 경우, ③ 이혼이나 별거의 귀책 사유가 한국인 배우자에게 있음을 증명할 수 있는 경우, ④ 한국인 배우자와 사이에서 출생한 미성년자를 양육하는 경우는 영주자격(F-5)을 취득할 수 있다.⁸⁴⁾ 생계유지 능력, 기본소양 등을 입증하여야 하며, 신청 시 필요한 서류는 하이코리아에서 확인할 수 있다. 생계유지 능력의 충족을

84) 출입국관리법 시행령 별표1 28의3 나.

위해서는 본인 또는 생계를 같이하는 가족의 소득을 합산한 금액이 전년도 1인당 국민총소득(GNI) 이상이거나 가계 자산이 중위수준 이상에 해당하여야 한다. 국민인 배우자의 자녀를 임신한 사람(유산 포함), 국민인 배우자의 자녀를 출산하고자 불임시술을 받은 사람, 국민인 배우자의 미성년 자녀를 양육하고 있는 사람, 국민인 배우자의 부모를 1년 이상 부양하며 동거하고 있는 사람, 만 60세 이상인 사람은 위 기준의 80%를 적용한다.

기본소양으로는 사회통합프로그램(KIIP)을 이수하거나 사회통합프로그램 종합평가에서 60점 이상을 얻어야 한다. 결혼이민자로 만 60세 이상인 경우, 결혼이민자 또는 국민인 배우자, 자녀가 중증 질환이 있는 경우는 위 조건이 면제되며, 배우자의 사망·실종 등으로 결혼이민자 혼자 자녀를 양육하는 경우, 국민과 혼인동거 하면서 국민인 배우자의 자녀를 3명(전혼관계 자녀 포함) 이상 양육하는 경우, 장애가 있는 자녀를 양육하는 경우, 국내에서 10년 이상 거주한 경우는 위 조건을 완화하여 사회통합프로그램 중간평가(4단계)만 합격하면 된다.

이혼 후 한국인 배우자와 사이에서 출생한 한국 국적의 자녀에 대한 면접교섭권을 가진 사람은 위에서 본 바와 같이 F-6-2 체류자격으로 자녀가 성년이 되기 전까지 체류할 수 있으나, 영주자격(F-5) 취득을 위해서는 국민의 배우자와 달리 5년 이상 거주, 명목 국민총소득(GNI)⁸⁵⁾ 2배 이상의 연소득 등의 요건이 필요하다.⁸⁶⁾

(3) 국적취득

국적법 제6조에 의해 위 (2)의 ①~④에 해당하는 사람은 간이귀화를 할 수 있다. 필요한 서류는 하이코리아⁸⁷⁾에서 확인할 수 있다. 위 (2)의 ①에 해당하는 사람은 면접심사를 받아야 하며, 면접심사 당일 국민인 배우자와 동행해야 한다. 위 (2)의 ②~④에 해당하는 사람은 사회통합프로그램(KIIP)을 이수하거나 사회통합프로그램 귀화종합평가

85) 2017. 기준 33,640,000원.

86) 출입국관리법 시행령 별표1 28의3 가.

87) 하이코리아 홈페이지(www.hikorea.go.kr)->정보마당->국적/귀화->귀화(일반, 간이, 특별)->간이귀화(혼인유지) 혹은 간이귀화(혼인단절) 참고.

에서 60점 이상을 얻어야 한다. 귀화요건 심사를 거쳐 귀화허가가 난 이후에도 위 (2)의 ①에 해당하는 사람은 허가 1년 이내에 외국국적불행사 서약을 하면 외국 국적과 대한민국 국적의 복수국적이 허용되나, 위 (2)의 ②~④에 해당하는 사람은 외국 국적을 포기해야 한다.⁸⁸⁾

88) 하이코리아 홈페이지(www.hikorea.go.kr)->정보마당->국적/귀화->국적업무일반->'귀화신청자를 위한 국적 취득 절차 알아보기'와 '귀화허가 흐름도' 다운로드하여 참고.

제6장

민·형사사건

제6장

민·형사사건

1 민사소송

가. 개요

민사소송이란 사법상의 권리 또는 법률관계에 대한 다툼을 법원이 국가의 재판권에 의해 법률적·강제적으로 해결·조정하기 위한 일련의 절차를 말한다. 이는 범죄를 저질러 국가의 형벌권을 행사하는 ‘형사소송절차’와 구별된다. 넓게 보면 받아야 할 임금을 받지 못했을 때, 사고로 인해 발생한 손해를 배상받고 싶을 때, 임대차 보증금을 받지 못했을 때 등 개인이 거래관계 및 생활 속에서 만나는 대부분의 분쟁들이 여기에 해당한다.

한국에 체류하는 외국인의 숫자가 늘어나고, 그 기간도 길어지면서 외국인이 원고 또는 피고가 되는 민사소송의 건수도 증가하고 있다. 그러나 재판 과정에서 통역의 지원 또는 법률구조제도에 대해 알지 못하여 정당한 공격·방어를 행사하지 못하는 경우가 많다. 체류기간의 만료로 소송을 제기하지 못하거나 소송을 끝내지 못하고 본국으로 귀환하여 자신의 권리를 포기하는 사례도 속출하고 있다.

이하에서는 비(非)국민에게 발생할 수 있는 민사소송상 특유의 쟁점과 이주민들에게 빈번하게 발생하는 민사소송 사례, 소송구조제도 등을 살펴본다.

나. 소의 제기

민사소송을 제기하기 위해서는 법원에 소장을 제출하여야 한다. 소장에는 원고(소송을 제기하는 사람)와 피고(소송을 당하는 사람)의 이름과 주소, 연락처를 기재하고, 원고가 피고에게 원하는 바를 근거를 들어 주장하는 내용을 기재하여야 한다.

이름의 표기에 관하여, 외국인등록증, 외국인등록사실증명원, 여권 사본 등 본인의 신원을 증명하는 서류(소장에 첨부하여야 한다)상의 영문 알파벳으로 된 이름을 기재한다. 또한 당사자가 누군지 확실히 하기 위해 외국인등록번호 또는 여권번호를 기재하는 것도 가능하다. 한자 문화권에 거주하는 외국 국적 동포의 경우, 한국식 이름과 유사한 이름을 주로 사용하기 때문에 소장에도 한글로 이름을 기재하는 경우가 많다. 소송의 진행에는 문제가 없더라도 추후 집행절차 또는 출입국사무소에 제출 시 동일인임을 입증하지 못하는 문제가 생길 수 있어 외국인등록증상의 이름을 병기하는 것이 좋다.

〈이름의 기재 예시〉

- 대한민국 국민인 경우

- * 홍길동(871212-1234567) (o)
- * 존 스미스 (o)
- * hong gildong (x)

- 외국인인 경우

- * JIANG WEI(881212-6123456)(O)
- * 장웨이(JIANG WEI)(M12345678) (O)
- * 장위(JIANG WEI) (O)
- * 장웨이 (X)

주소는 ‘외국인등록지’의 주소를 원칙으로 한다. 국민의 경우는 30일 이상 거주할 목적이 있는 곳에 주소가 등록되나(주민등록법 제6조), 외국인의 경우 출입국관리법에 의해 본국 주소 및 국내 체류지를 출입국사무소에 등록하고(출입국관리법 제32조), 변동사항이 발생하는 경우 2주 이내에 전입신고를 하여야 한다(출입국관리법 제36조). 최근에는 법 개정으로 한국인의 외국인 배우자의 경우 주민등록법상 주민등록이 가능하게 되었다.

외국인의 변경된 주소는 ‘외국인등록사실증명원’을 발급받으면 알 수 있다. 그러나 등록된 주소와 실제 거주 주소가 다른 경우에는 ‘송달장소’를 실제 거주지로 기재할 수 있으

며, 상대방의 주소지 역시 송달을 받을 수 있는 실제 거주지를 안다면 이를 우선 기재하는 것이 좋다. 대한민국 내 주소가 없어서 본국 주소를 기재하여야 할 경우, 법원에서는 상대방의 신청에 의해 ‘소송비용담보제공명령’⁸⁹⁾을 내릴 수 있음에 유의하여야 한다.

소를 제기하는 사람이 이미 한국을 떠나 해외에 있거나, 소송의 계속 중 체류기간 만료 등으로 한국을 떠나 한국에서 법원 서류를 받을 수 없는 경우에는 국내에 있는 대리인을 선임하거나 국내에 송달영수인을 지정하는 것이 좋다. 소송의 상대방(피고)이 해외에 있는 경우에는 해외송달의 방법에 의하여야 하는데, 외국에서 하는 송달은 재판장이 그 나라에 주재하는 대한민국의 대사·공사·영사 또는 그 나라의 관할 공공기관에 촉탁하는 방식으로 이루어진다(민사소송법 제191조).

한편, 상대방의 주소를 몰라서 소송을 제기할 수 없다고 생각하는 경우가 많다. 그러나 소 제기 후 법원의 보정명령을 통해 상대방의 주민등록초본을 발급받거나, 휴대폰 번호를 기초로 이동통신사 사실조회 등을 통해 현재 주소지를 파악할 수 있다. 설령 등록된 주소지에 살지 않거나 고의로 소장을 받기를 회피하더라도 특별송달, 공시송달 등을 통해 소송을 진행할 수 있는 방법이 있으므로 주소를 모른다고 하여 선불리 포기하는 것은 이르다.

다. 준거법의 의의와 결정

준거법이 무엇인가는 원칙적으로 법원의 직권조사사항이며, 자백의 대상이 되지 않는다(대법원 2016. 3. 24. 2013다81514). 즉 해당 사건에 어느 나라의 무슨 법이 적용되어야 하는지를 당사자가 ‘증명’ 하여야 할 필요는 없는 것이다. 그러나 준거법상 인정되는 권리를 요구하기 위해서는 소송의 당사자가 어떤 법이 적용될지를 명확히 알고 그에 따라 권리를 주장하여야 한다. 대한민국 법원은 ‘국제사법’의 규정에 따라 준거법을 정한다.

89) ‘소송비용담보제공명령’(민사소송법 제117조)이란 대한민국에 주소가 없거나 패소할 것이 명백하다고거나 악의적, 반복적 소송이라고 판단될 경우 법원의 판단으로 인지대, 송달료, 변호사 보수 등 소송비용을 미리 담보로 제공할 것을 명하는 것이다.

라. 자주 일어나는 민사소송 사례

(1) 임대차보증금반환청구

외국인도 ‘주택임대차보호법’의 적용대상이 될 수 있다. 주택임대차보호법은 민법상 임대차계약의 규정만으로는 경제적 약자인 임차인의 권리를 충분히 보호하기 어려우므로 제정된 특별법이다. 주택임대차보호법에 따라 임차인은 주택을 인도받고 주민등록을 마친 때에는 임대인, 제3자, 건물의 새로운 소유권자에게 임대차계약의 유효성을 주장할 수 있는 ‘대항력’을 가지며, 이에 더해 주민센터에서 임대차계약서에 확정일자를 받았다면 임차주택이 경매되는 경우 우선하여 보증금을 받을 수 있는 권리(‘우선변제권’)를 가진다.

원칙적으로 주택임대차보호법의 적용대상은 국민이다. 그러나 주택을 임차한 외국인이 출입국관리법상 ‘체류지변경신고’를 했다면 출입국관리법 제88조의2 제2항에 의하여 주택임대차보호법의 보호대상이 된다. 거소신고를 하는 외국 국적 동포 역시 ‘재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률’ 제6조에 따라 ‘국내거소신고’를 하였다면 마찬가지로 보호대상이 된다. 외국인에 대하여 체류지신고 및 거소신고만으로는 주택임대차보호법상 대항력을 인정할 수 없다고 하는 하급심 판결(서울고등법원 2014. 7. 8. 2013나2027716, 2027723)이 큰 사회적 파장을 불러온 적이 있었으나, 대법원에서 파기환송되었다.

〈대법원 2016. 10. 13. 2014다218030, 218047〉

외국인 또는 외국 국적 동포가 구 출입국관리법(2010. 5. 14. 법률 제10282호로 개정되기 전의 것)이나 구 재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률(2008. 3. 14. 법률 제8896호로 개정되기 전의 것)에 따라서 한 외국인 등록이나 체류지변경신고 또는 국내거소신고나 거소이전신고에 대하여는, 주택임대차보호법 제3조 제1항에서 주택임대차의 대항력 취득요건으로 규정하고 있는 주민등록과 동일한 법적 효과가 인정된다. 이는 외국인 등록이나 국내거소신고 등이 주민등록과 비교하여 공시기능이 미약하다고 하여 달리 볼 수 없다.

2 형사소송

가. 형사피의자(경찰, 검찰 수사단계)의 권리

(1) 통역인 요구

형사사건의 피의자로 지목되어 조사를 받게 되는 경우, 수사관의 말과 조서에 기재된 내용을 정확히 이해하기 위해서는 통역인의 도움을 받는 것이 필수이다. ‘인권보호수사 준칙’(법무부 훈령 제1151호) 제56조는 ‘외국인을 조사하는 경우에는 당사자가 이해할 수 있는 언어로 통역해주어야 한다’라고 정하고 있다. 이에 근거하여 경찰 또는 검찰에서 조사를 받을 때에는 통역인을 요구하고, 조서에 기재된 내용에 대해서도 통역인에게 번역을 요청하여 그 뜻을 정확히 파악하여야 한다. 만약 본인이 진술한 내용과 다르게 기재되어 있다면 수정을 요구할 수 있다.

※ 사법통역의 지원체계

경찰·검찰 수사단계, 법원 단계의 통역인 제공절차가 각각 달라서 혼란을 겪을 수 있다. 경찰은 ‘경찰통역요원’을, 검찰은 ‘통번역위원’을 공고를 통해 통역요원을 선발, 통역이 필요한 경우 담당 수사관의 연락을 거쳐 통역을 제공하도록 하고, 통역비 등을 지급한다. 경찰이 가진 통역 자원 중 해당 언어권 통역요원이 없거나 통역을 필요로 하는 자가 통역인을 데리고 가는 경우에도 경찰에 의한 통역비의 지급이 가능하다. 참고인, 피의자, 피해자는 모두 통역인을 필요로 하는 경우, 조사 전 구두 또는 서면으로 통역인 신청을 할 수 있다.

법원은 공소장에 피고인이 한국어를 못하는 것으로 기재되어 있는 경우 통역인 및 번역인을 지정한다. 공판과정은 녹음되어 선고 시까지 보존되며 국선 변호인이 지정된 사건의 경우 국선 변호인이 피고인과 접견하는 과정에서 발생하는 수당 및 통·번역료도 법원에서 지급된다[통역·번역 및 외국인사건 처리 예규(재일 2004-5) 참조].

(2) 영사접견권 요청

경찰은 외국인 피의자를 체포·구속할 때에는 해당국 영사기관에 체포·구속사실의 통보와 해당 영사기관원과 접견·교통을 요청할 수 있음을 고지하여야 한다. 피의자가 영

사기관 통보 및 접견을 요청한 경우에는 경찰은 영사기관 체포·구속통보서를 작성하여 해당 영사기관에 지체없이 통보하여야 한다. 만약 외국과의 별도 조약에 따라 피의자의 의사와 관계없이 해당 영사기관에 통보하게 되어 있는 경우에는 피의자에게 요청받지 않더라도 반드시 이를 통보하여야 한다(‘인권보호를 위한 경찰관 직무규칙’ 제74조, 경찰청훈령 제775호).

영사접견권은 자기방어권의 사각지대에 놓인 외국인의 권리보호를 위한 것으로, 대한민국이 1977. 4. 6. 가입한 ‘영사관계에 관한 비엔나 협약’에 의하여 보장되는 외국인의 권리이다. 이러한 영사접견권을 침해당한 피해자는 국가배상을 청구할 수 있다.

〈서울중앙지법 2017. 12. 12. 2017가단25114〉

나이지리아 국적의 피해자 A씨는 자신의 신분을 도용한 절도범 B로 인해 지명수배 당하여 체포·구금되었고, 그 과정에서 경찰이 충분한 신원확인절차를 거치지 않고, 또한 A씨에 대해 영사접견권의 통지 등을 하지 않아 약 2주간 부당한 구금을 당하였다. 이에 대해 형사보상 및 국가배상이 이루어진 사례.

(3) 진술녹화 신청

경찰관서의 장은 인권침해의 방지를 위하여 필요한 경우는 수사 과정을 녹화·보존하여야 한다(인권보호를 위한 경찰관 직무규칙 제63조). 경찰은 2018. 3. 22. ‘의무적 영상녹화 대상사건’의 범위를 확대하라는 경찰개혁위원회의 권고를 수용하여 피의자의 진술녹화 요청권을 시행한다고 밝혔다. 이에 따라 죄명에 관계없이 피의자가 원하는 때에는 경찰조사 과정에서 진술녹화를 요청할 수 있게 되었다. 진술 과정에서의 인권침해 발생 여부, 통역인의 오역 등으로 인한 경찰의 피의자조사 과정에서의 문제점 등을 사후적으로 문제 제기하고 바로잡을 수 있게 된 것이다.

(4) 변호인 참여 신청권

피의자 또는 그 법정 대리인, 배우자, 직계친족, 형제자매는 피의자신문 과정에 변호인의 참여를 신청할 수 있다. 경찰관은 피의자신문 전에 피의자 또는 그 외의 신청권자

에게 변호인을 참여시킬 수 있음을 고지하여야 하고, 신청권자가 원하는 경우에는 변호인을 참여시켜야 한다. 다만, 국가안보가 위태롭거나 공범 등의 증거인멸 또는 도주를 용이하게 할 객관적이고 현저한 이유가 있는 때에는 변호인의 참여를 제한할 수 있다. 경찰관은 변호인 참여 신청 여부를 피의자 신문조서에 기재하여야 하고, 변호인이 피의자 신문 과정에 참여하여 의견을 제시하는 경우에는 조서 말미에 참여 변호인의 서명날인을 받아야 한다(인권보호를 위한 경찰관 직무규칙 제60조).

체포·구속된 피의자는 검찰에 의해 기소되기 전까지 각 지역의 지방변호사회(서울의 경우 서울지방변호사회, 02-3476-8080)로 연락을 해 형사당직변호사의 상담을 받을 수 있다.

(5) 진술거부권

수사기관의 조사를 받을 때는 일체의 진술을 하지 않거나 개개의 질문에 대하여 진술을 하지 않을 수 있다. 진술을 하지 않아도 불이익을 받지 않는다. 경찰관은 조사 시 진술거부의 권리와 이를 포기하고 진술한 내용이 법정에서 유죄의 증거로 사용될 수 있다는 사실, 변호인의 조력을 받을 수 있다는 사실을 사전에 고지하여야 한다. 신뢰관계 있는 자가 동석할 때에는 그 참여자까지 이해하였는지 확인하여야 한다(인권보호를 위한 경찰관 직무규칙 제61조).

(6) 영장실질심사단계 논스톱 국선 변호인

검찰이 형사재판이 열리기 전 피고인의 신병 확보 등을 위해 법원에 구속영장을 청구하면 피의자는 법원에서 구속영장의 발부 사유가 없거나 부족함을 주장할 수 있는데, 이를 ‘영장실질심사’라 한다. 법원에서는 구속영장실질심사 시 특별히 사선 변호인을 선임한 경우를 제외하고 피의자에게 법원에서 국선 변호인을 선임해주어 수사단계에 이어 공판단계까지 연속적으로 변호할 수 있도록 하는 ‘논스톱 국선변호인제도’를 시행하고 있다.

한편, 구속되지 않더라도 피의자는 일정한 경우 국선 변호인을 신청하여 공판단계에서 변호인의 조력을 받을 수 있다.

나. 형사피고인(재판단계)의 권리

(1) 통역/번역을 받을 권리

외국인 피고인의 형사사건이 접수되면 법원은 국적을 명확하게 기재한 후 해당 국가에서 사용하는 언어로 된 안내서, 번역된 소송 서류 등을 제공한다. 법원에서 후보로 관리하고 있는 번역인, 통역인 중 적절한 사람을 골라 해당 사건의 번역·통역인으로 지정한다. 기소요지서, 변론요지서, 피고인신문사항, 증인신문사항 등 소송 관계 서류들은 기일 전에 도착하면 통역인에게 미리 교부하여 통역을 준비하도록 한다.

외국인 피고인이 통역의 정확성에 대하여 이의를 제기한 경우 피신문자가 법정에 있는 때에는 동일한 내용의 신문과 통역을 다시 한 번 시행하게 하고, 피신문자가 법정에 없을 때에는 통역인에게 녹음물을 보내 해당 부분을 다시 통역하게 하여 공판조서의 기재 내용과 일치하는지 여부를 확인하여야 한다. 이러한 절차를 거치더라도 통역의 정확성을 확인하기 어려운 때에는 별도의 통역인을 지정하여 감정을 의뢰하여야 한다(‘통역·번역 및 외국인 사건 처리 예규(재일 2004-5)’, 재판예규 제1432호).

증거가 되는 증언, 감정, 통역 또는 번역이 확정판결에 의하여 허위인 것이 증명되는 때에는 유죄의 확정판결에 대한 재심 사유가 된다(형사소송법 제420조 제2호). 따라서 유죄로 판결이 확정된 이후에도 추후 수사 과정 또는 공판 절차상 통번역이 허위임을 입증한다면 새로운 판결을 받을 수 있다.

(2) 국선 변호인의 신청

필요적 변호인 선정 사유(구속된 때, 미성년자인 때, 70세 이상인 때, 청각장애인일 때, 심신장애의 의심이 있는 때, 사형, 무기 또는 단기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 사건으로 기소된 때)가 없는 때에도, 피고인의 청구에 의하거나 재판부가 필요하다고 인정한 때에는 국선 변호인을 선정할 수 있다. 법원은 피고인이 빈곤, 그 밖의 사유로 변호인을 선임할 수 없는 경우에 피고인이 청구할 때에는 변호인을 선정하여야 하며(형사소송법 제33조 제2항), 피고인의 연령·지능 및 교육 정도 등을 참작하여 권리

보호를 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 피고인의 명시적 의사에 반하지 아니하는 범위 안에서 변호인을 선정하여야 한다(동조 제3항).

국선 변호인은 외국인 피고인의 접견과정에서 법원이 지정한 통역인 또는 번역인에게 통역이나 번역을 의뢰하여 통역이나 번역이 이루어진 경우 국선 변호인이 확인한 통역시간 또는 번역서면에 대하여 법원에서 통역·번역인에게 수당과 통역·번역료 등을 지급한다. 국선 변호인이 통역·번역인에게 통역·번역료를 별도로 지급하였다는 사실을 소명한 경우, 재판장은 국선 변호인 보수를 정할 때 통역·번역료를 고려하여 증액하여야 한다(통역·번역 및 외국인 사건 처리 예규 제16조).

다. 출입국사범심사

(1) 출입국사범심사의 의의

출입국사범심사란 출입국관리법 제47조, 제58조에 근거하여 강제퇴거명령 사유에 해당한다고 의심되는 외국인에 대해 출입국사무소에서 그와 관련된 사실을 조사하고 강제퇴거명령 사유의 준부를 결정하는 절차를 말한다.

(2) 출입국사범심사의 범위

강제퇴거명령 사유에는 ‘금고 이상의 형을 선고받고 석방된 경우(출입국관리법 제46조 제1항 13호)’ 외에도 ‘대한민국의 이익이나 공공의 안전을 해치는 행동을 할 염려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 사람(동항 제3호)’, ‘경제질서 또는 사회질서를 해치거나 선량한 풍속을 해치는 행동을 할 염려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 사람(동법 제11조 제1항 제3호 및 제4호)’ 등이 있다.

이에 따라, 법원으로부터 형사처벌(징역형, 벌금형, 형의 집행유예)을 받은 경우 외에도 검사로부터 ‘기소유예’ 또는 ‘공소권 없음’ 등 불기소처분을 받은 경우에도 출입국사범심사의 대상이 된다.

(3) 심사의 개시

구속재판 후 징역형의 집행유예를 받거나 징역형을 선고받고 수감된 후 석방된 외국인의 경우, 출소와 동시에 출입국사무소는 형사처벌된 사실에 관하여 구치소 또는 교도소로부터 통보를 받고 출입국사범심사를 개시한다. 불구속 상태에서 재판을 받다가 징역형의 집행유예를 받거나 벌금형, 검사로부터 불기소처분을 받은 경우에는 검찰청에서 출입국사무소에 그 사실을 통보한 이후에 심사절차가 개시된다.

(4) 심사 후 결정

출입국사무소는 해당 외국인의 범죄의 종류, 형사처벌 및 처분의 정도에 따라 강제퇴거명령, 출국명령 또는 체류허가 중 하나의 결정을 내리며, 강제출국 후 재입국금지 기간에 관하여도 결정을 내린다.

(5) 심사의 기준

(가) 금고 이상의 형

출입국관리법은 금고 이상의 형을 선고받고 석방된 사람을 강제퇴거시킬 수 있다고 규정한다. ‘금고 이상의 형’이란 형의 종류인 사형, 징역, 금고, 자격상실, 자격정지, 벌금, 구류, 과료, 몰수(형법 제41조) 가운데 사형, 징역, 금고를 말하는 것으로, 금고와 징역은 구치소에 일정 기간 구금당하는 자유의 구속이라는 측면에서 동일하지만 구치소 내에서 정역(定役)에 복무하는 것을 징역, 그렇지 않고 가두어 놓기만 하는 것을 금고라고 한다. 그러나 금고 이상의 형을 선고한 판결이 항소심에서 파기되어 무죄 또는 벌금형이 선고된 경우까지 ‘금고 이상의 형’을 선고 받은 때라고 보기는 어렵다(서울행정법원 2012구합41400 판결 참조).

출입국사무소는 형의 집행이 끝나기 전에도 강제퇴거절차를 밟을 수 있으며, 강제퇴거명령서가 발급되면 형의 집행이 끝난 후에 강제퇴거명령서를 집행한다(출입국관리법 제85조). 검찰의 허가를 받은 경우에는 집행이 끝나기 전이라도 강제퇴거의 집행이 가능하다.

검찰은 강제퇴거명령서가 발급된 구속피의자에게 불기소처분을 내리더라도 석방과 동시에 출입국관리공무원에게 그 신병을 인도하여야 한다(동법 제86조). 이는 죄가 없거나 경미한 경우라 할지라도, 출입국관리법 위반 등을 이유로 외국인보호소에 구금되는 결과를 낳는다.

(나) 벌금형이 선고된 경우 등

출입국관리법상 강제퇴거명령은 ‘금고 이상의 형’을 선고받은 자에 대해 이루어진다고 하더라도, 실무상 출입국사무소는 일정 액수 이상의 벌금형⁹⁰⁾을 선고받은 경우 ‘체류자격 연장 불허처분’ 및 ‘출국명령’을 통하여 해당 외국인의 국내 체류를 막고 있다. 또한 벌금의 액수가 높지 않더라도 반사회성이 높은 범죄(성폭력범죄, 보이스피싱 등)에 대해서는 출국명령을 내리고 있다(관련 상세내용은 제2장 출입국과 체류 3. 출국단계 라. 강제퇴거 참조).

라. 범죄피해자의 권리구제

(1) 신고, 고소 등

범죄피해를 입은 경우, 경찰청(112)에 바로 피해 사실을 신고하거나 검찰청 피해자 지원실(1577-2584), 범죄피해자지원센터(1577-1295)에 피해 지원 상담을 요청할 수 있다. 경찰서 내에 민간인 통역요원을 배치하여 통역을 지원하고 있으며, 전화신고 시에는 1330 티티콜 또는 BBB 서비스를 활용하여 3자 통화를 하기도 한다.

경찰에 범죄 사실을 신고하고 고소·고발을 하지 않는 경우에는 인지사건으로 수사가 진행된다. 고소·고발을 한 경우에는 검사가 사건 처리결과를 고소인·고발인에게 통지하고(형사소송법 제258조), 고소인·고발인은 검사가 불기소처분을 한 경우 항고 및 재정 신청을 할 수 있다(검찰청법 제10조, 형사소송법 제260조). 따라서 사건의 처리결과에 대해 통지를 받고자 하는 경우에는 고소장을 작성하여 제출하는 것이 좋다.

90) 통상 300에서 500만 원 사이의 벌금형을 선고받거나, 적은 액수의 벌금형이더라도 누적하여 선고받은 경우 출국명령의 대상이 된다고 알려져 있으나, 출입국 당국은 구체적인 기준을 공개하지 않고 있다.

(2) 수사 진행과정상 피해자의 권리

피해자는 최초 신고 및 고소 이후 수사기관에서 피해자조사를 받게 된다. 이 때 부모, 배우자 등 신뢰관계 있는 자와 동석할 수 있다. 이는 형사재판 과정에서 피해자가 진술하여야 하는 때에도 마찬가지이다. 신뢰관계 있는 자의 범위는 ‘피해자의 배우자, 직계 친족, 형제자매, 가족, 동거인, 고용주, 변호사, 그 밖에 피해자의 심리적 안정과 원활한 의사소통에 도움을 줄 수 있는 사람’이다(형사소송규칙 제84조의3). 아동, 청소년 또는 성폭력범죄피해자 등은 가해자와 대면하지 않고 증인신문을 받을 수 있고, 진술조력인 및 피해자 국선 변호사의 선임을 통해 법률적인 조력 및 의사소통에 도움을 얻을 수 있다.

그 밖에 피해자는 가해자로부터 보복당할 우려가 있는 경우 신변보호를 받을 수 있으며, 참고인 자격으로 증거자료를 제출하거나 진술할 권리가 있다. 범죄피해구조금, 치료비, 긴급생계비 등 경제적 지원이나 스마일센터를 통한 심리치료를 신청할 수 있고, 합의를 원하는 경우 검찰청에 형사조정제도를 신청할 수 있다.

(3) 재판상·형집행단계에서 피해자의 권리

피해자는 부모, 배우자 등 신뢰관계에 있는 사람과 법정에서 동석할 수 있다. 또한 신청 시 가해자의 형 집행상황, 보호관찰 집행상황, 석방 날짜 등을 통지받을 수 있으며 가해자의 가석방심사 시 교정당국에 의견을 제시할 수 있다.

(4) 범죄피해자 구조제도

(가) 근거 법령

헌법 제27조 제5항은 “형사피해자는 법률이 정하는 바에 의하여 당해 사건의 재판절차에서 진술할 수 있다”고 정하고, 제30조는 “타인의 범죄행위로 인하여 생명·신체에 대한 피해를 받은 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가로부터 구조를 받을 수 있다”고 정하고 있다. 이에 근거한 ‘범죄피해자보호법’은 ‘사망, 장애, 중상해를 입은 자’가 ‘피해

의 전부 또는 일부를 배상받지 못하는 경우, 자기 또는 타인의 형사사건의 수사 또는 재판에서 고소·고발 등 수사단서를 제공하거나 진술, 증언 또는 자료제출을 하다가 구조피해자가 된 경우'에 '유족구조금, 장해구조금 또는 중상해구조금'을 지급할 수 있다고 규정한다. 그러나 헌법 제30조가 범죄피해자의 구조받을 권리가 '국민'에게 있다고 규정하고 있어 이하에서 보는 바와 같이 법령에서 보호대상을 축소하는 문제점이 있다.

(나) 상호보증의 한계

대한민국 주권이 미치는 영역 내에서 발생한 범죄피해라 하더라도 구조피해자나 유족이 외국인인 경우에는 해당 국가의 상호보증이 있는 경우에만 구조금을 지급할 수 있도록 규정하고 있다(범죄피해자보호법 제23조). 현재 법규상 외국과의 상호보증의 절차나 방식에 대해 별도의 규정은 없으며, 다만 법무부에서는 상호보증이 있는 경우의 해석을 해당 국가에서 외국인인 대한민국 국적의 국민에게 보상금을 지급하는 경우에 상호보증이 있는 것으로 보고 구조금제도를 운영하고 있다.⁹¹⁾

문제는 현재 상호보증이 있는 것으로 보는 국가는 미국, 독일, 프랑스 등 적은 수의 국가만이 확인되고 있고, 그 외의 국가의 경우 대사관을 통하여 확인되어야 하는바 아직까지 명확히 상호보증이 가능한 국가가 명시된 바는 없다.

(5) 배상명령제도

상해, 중상해, 폭행치사상, 업무상과실치사상, 절도, 강도, 사기, 공갈, 횡령, 배임, 재물손괴의 죄의 피해자 또는 상속인은 범인이 피고인으로 재판받고 있는 법원에 2심 변론이 종결되기 전까지 배상명령신청서를 신청하거나 증인으로 형사재판에 출석한 경우 구두로 신청할 수 있다.

배상명령이 기재된 판결문은 민사 판결문과 동일한 효력이 있어 민사소송을 진행한 것과 같은 효과를 지닌다. 그러나 배상의 범위는 범죄로 인한 직접적 물적 피해와 치료비에 한하며, 위자료 등은 별개의 손해배상 민사소송에 의하여야 한다는 점에서 피해의

91) 최영신 등, 외국인 범죄피해자 지원 현황 및 개선방안 연구(형사정책연구원, 2018), 27쪽.

완전한 회복을 기대하기 어려우며, 피해 금액이 명백히 특정되는 범위에 한해서만 인정된다는 점 등이 한계로 지적된다(이는 외국인 피해자에 한정된 문제는 아니다).

(6) 출입국관리법상 범죄피해자에 관한 규정

(가) 성폭력피해자 특례조항

이주민의 경우 성폭력피해자가 되더라도 언어적 제약이나 체류자격으로 인한 불안함 등으로 피해에 대한 대응을 하지 못하는 경우가 많다. 출입국관리법 제25조의3은 성폭력범죄를 이유로 법원의 재판, 수사기관의 수사 또는 그 밖의 법률에 따른 권리구제 절차가 진행 중인 외국인이 체류기간 연장허가를 신청한 경우에는 그 권리구제절차가 종료할 때까지 체류기간 연장을 허가할 수 있고, 체류 연장기간 만료 이후에도 피해 회복 등을 위하여 필요하다고 인정하는 경우 체류기간 연장을 허가할 수 있다고 하여 성폭력 피해자에 대한 특례규정을 두고 있다.

(나) 통보의무의 면제

출입국관리법 제84조 제1항, 동법 시행령 제92조의2 제3호에 따른 ‘통보의무의 면제 제도’ 지침에 따른 범죄피해자에 대한 통보의무 면제대상 범주는 다음과 같다.

[형법상의 범죄]

살인죄(제24장), 상해·폭행죄(제25장), 과실치사상죄(제26장), 유기·학대죄(제28장), 체포·감금죄(제29장), 협박죄(제30장), 약취·유인죄(제31장), 강간·추행죄(제32장), 권리행사방해죄(제37장), 절도·강도죄(제38장), 사기·공갈죄(제39장)

[특별법상의 범죄]

폭력행위등처벌에관한법률, 성폭력범죄의처벌등에관한특례법, 교통사고처리특례법, 성매매알선 등행위의처벌에관한법률(성매매피해자 포함)

그러나 이는 범죄의 직접 피해자에 한하여 통보의무를 면제하는 것이며, 범죄의 목격자, 증인 등에게는 적용되지 않는 것으로 범죄피해자의 피해 회복에 관해 한계로 작용한다. 또한 피해자라 하더라도 상대방이 무고죄로 고소하는 경우 피의자 신분으로 전환되어 문제가 생길 우려가 있다(상세 내용은 위의 제2장 출입국과 체류 3. 출국단계 나. 조사 참조).

마. 자주 일어나는 형사소송 사례

(1) 성폭력

(가) 성폭력의 정의

성폭력이란 강간뿐만 아니라 강제추행, 성희롱 등 원치 않는 신체접촉, 전화·인터넷 등을 통해서 접하게 되는 불쾌한 언어와 추근거림 등 자신의 의사에 반하여 성적으로 가해지는 모든 신체적, 언어적, 정신적 폭력을 말한다(성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법상 성폭력의 정의).

(나) 대처방법

경찰서 여성청소년계, 여성폭력 긴급전화(1366), 다누리 콜센터(1577-1366) 등에 전화 또는 직접 찾아가서 상담을 받을 수 있다. 이를 통해 구체적 행동 방안과 긴급 격리조치 등의 도움을 받는 것도 가능하며, 지역별 성폭력 전담 의료기관 또는 ‘해바라기 센터’에 방문하여 치료 및 증거 채취 등을 받을 수 있다.

(다) 피해자 국선변호사제도

성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법상 범죄피해자는 ‘피해자 변호사’의 조력을 받을 수 있다. 피해자 국선 변호사는 사건 발생 초기부터 수사, 재판에 이르는 전 과정에서 전문적인 법률 지원을 하며, 성폭력사건의 범죄피해자는 누구나 피해자 국선 변호사의 선정을 검사에게 신청할 수 있다. 경찰 수사단계에서 적극적으로 피해자 국선 변호사

선정을 하지 않는 경우가 있는데, 경찰에게 강력히 요청하여야 한다. 다누리콜센터, 성폭력상담소에서는 2018년 현재 여성가족부 지원사업으로 피해자 변호사의 지원이 가능하다.

피해자 변호사는 구속전 피의자심문, 증거보전절차, 공판준비기일에 출석할 권리가 있다. 법원은 피해자 변호사에게 공판기일을 통지하여야 한다. 피해자 변호사는 재판절차에서 피해의 정도 및 결과, 피고인의 처벌에 관한 의견, 그 밖의 당해 사건에 관하여 의견을 진술할 수 있다. 피해자의 피해 방어와 법률적 조력을 위한 필요성을 소명하면 증거보전 후 또는 소송 계속 중 관계 서류나 증거물의 열람·등사를 할 수 있다. 피해자 변호사는 형사재판단계에서 배상명령 신청의 대리권도 지니게 된다.

많은 피해자들이 뚜렷한 증거가 없는 경우 상대방이 무고죄로 역고소할까 봐 우려하기도 하는데, 성폭력범죄에 대한 무고죄 성립율은 타범죄 대비 현저히 낮으며 피의자가 증거불충분 무혐의처분이 되더라도 곧 무고죄가 성립하는 것은 아니다. 또한 절차 종료 전 귀국하고자 하는 이주민 피해자의 경우 증거보전절차를 이용하여 진술 후 출국이 가능하므로 귀국 일정으로 인하여 피해 회복을 포기하지 않는 것이 좋다.

(라) 직장 내 성희롱과 사업장변경

고용허가제로 취업한 이주민의 경우에는 사업주로부터 성희롱이나 성폭력을 당한 경우 횡수 산입 없이 사업장변경이 가능하다(고용노동부 고시 2016-4호, 외국인근로자의 책임이 아닌 사업장변경 사유). 다만 그 피해가 경찰 신고 등을 통하여 입증되어야 하며, 성희롱의 가해자가 사업주가 아닌 동료 등인 경우 사업장변경이 횡수 제한 없이 가능하도록 하는 규정은 부재한 상태이다.

(2) 교통사고

외국인의 경우 면허증의 체계가 본국과 다른 한국에서 2종 면허로 1종 면허 대상 차량을 운전하는 등의 과실로 인하여 무면허운전의 죄를 범하는 사례가 발견되고 있다. 이 경우 종합보험에 가입하였더라도 보상을 해주지 않아 형사처벌의 대상이 될 우려가

있다. 따라서 국제운전면허증의 발급, 한국에서의 운전면허 취득 및 자동차의 운행 과정에서 적합한 면허를 소지하고 있는지 스스로 확인하여야 한다.

피해자의 보상과 관련하여, 운전자가 책임보험과 종합보험에 가입된 경우에는 해당 보험회사를 통해 손해배상을 받을 수 있다. 그러나 보험 미가입 차량의 경우에는 민사 소송을 통해 손해배상을 받거나, 형사절차에서 합의를 통해 보상을 받아야 한다. 피해자가 무보험차상해담보보험에 가입한 경우에는 자신의 보험회사에서 손해배상을 받을 수 있다. 자동차손해배상보장법에서는 뺑소니 피해자, 책임보험 미가입 차량에 의한 피해자에 대해 최소한의 구제를 받을 수 있도록 규정하고 있다.

제7장

소송구조제도 안내

제7장

소송구조제도 안내

1 법원의 소송구조제도

가. 개괄

법원은 소송비용을 지출할 자금능력이 부족한 사람의 신청에 따라 또는 직권으로 재판에 필요한 일정한 비용의 납입을 유예 또는 면제할 수 있다(민사소송법 제128조). 민사소송, 행정소송, 가사소송의 본안사건은 물론이고, 독촉사건, 가압류·가처분신청사건도 소송구조의 대상이 된다. 외국인도 신청할 수 있고, 소를 제기하기 전에도 소를 제기하려는 법원에 소송구조 신청을 할 수 있다.

소송구조에 관한 안내문과 소송구조신청서 및 재산관계진술서는 각급법원의 민원접수창구에 그 기재례와 함께 비치되어 있다. 또한, 대한민국 법원 종합법률정보(glaw.scourt.go.kr/) 홈페이지에서 ‘소송구조제도의 운영에 관한 예규’로 직접 검색하여 이를 전산양식으로 다운로드 받을 수도 있다(소송구조신청서는 한국어를 비롯하여 태국어, 몽골어, 러시아어를 포함한 총 17개국어로 제공된다).

나. 구조의 요건

소송구조를 받기 위해서는 ‘자금능력이 부족할 것’과 ‘패소할 것이 분명하지 않을 것’이라는 요건이 충족되어야 한다. 자금능력이 부족하다는 것은, 경제적으로 빈곤하여 자기 및 가족에게 필요한 생활을 해하지 않으면 소송비용을 지출할 수 없는 상태에 있는 사람을 의미하며, 이를 소명하기 위한 자료로서 ‘소송구조 재산관계진술서’를 작성해서

제출하여야 한다. 다만, ‘국민기초생활 보장법’에 따른 수급자, ‘한부모가족지원법’에 따른 지원대상자, ‘기초연금법’에 따른 기초연금수급자, ‘장애인연금법’에 따른 수급자, ‘북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률’에 따른 보호대상자는 위 요건이 충족된 것으로 본다. ‘패소할 것이 분명하지 않을 것’은, 법원이 재판절차에서 나온 자료를 기초로 판단하게 된다.

다. 소송구조절차

(1) 신청절차

신청인은 구조를 신청하는 범위(인지대, 변호사비용, 기타, 위 각 사항 등을 포함한 소송비용 전부)와 구조가 필요한 사유를 기재한 구조신청서와 소송구조 재산관계진술서를 법원에 제출하여야 한다. 외국인의 경우 여권 사본 또는 외국인등록증 사본을 첨부 서류로 제출하여야 한다.

(2) 구조의 범위에 따른 소송구조 처리절차

인지대에 대한 소송구조를 받은 경우, 소장·상소장 등 지정된 서면에 인지를 붙이지 않아도 되며, 변호사비용에 대한 소송구조를 받은 경우, 변호사는 당해 심급이 종료된 이후에 일정한 금액(당해 사건의 심급마다 100만 원, 최대 50만 원까지 증액 가능)을 국가에서 지급받게 된다. 송달료, 증인 출석여비 등 기타 재판비용에 대한 소송구조를 받은 경우, 재판비용은 우선 국고대납절차에 의하여 국가에서 지급하게 된다.

(3) 변호사비용 구조결정의 경우, 변호사 선임 등의 절차

신청자는 변호사 중 누구든지 소송구조결정에 따른 것임을 알리고 승낙을 받아 그 변호사를 선임할 수 있다. 사건을 맡을 변호사를 구하지 못한 경우에는, 서울지방변호사회 등 관할 지방변호사회나 법률구조공단에 연락하여 변호사를 선임할 수 있다.

소송구조사건을 맡은 변호사는 당해 사건이 종결된 후, ‘사건번호’, ‘내용’, ‘예금주

(본인명의)·은행명·계좌번호’, ‘사업자등록번호·주민번호’를 기재한 ‘보수지급신청서’에 ‘소송구조 결정문 사본’, ‘소송위임장 사본’, ‘신분증 사본’, ‘통장 사본’을 첨부하여 해당 재판부에 제출한다.

라. 외국인소송구조 지정변호사제도

외국인 관련 사건이 많은 서울중앙지방법원, 서울행정법원, 서울가정법원, 수원지방법원 안산지원, 인천지방법원 부천지원, 대구지방법원 서부지원에서는 외국인 소송구조 지정변호사제도를 실시하고 있다.

2 대한법률구조공단을 통한 소송구조

가. 외국인 무료법률구조

대한법률구조공단은 국민은행의 지원으로 2015. 10. 1.부터 경제적 어려움에 처해있는 기준 중위소득 125% 이하인 국내거주 외국인에 대하여 무료로 사건의 소송대리를 해주는 사업을 하고 있다. 승소가액이 3억 원 이하인 민·가사사건, 형사사건(구속사건, 공판절차에 회부된 사건, 소년부에 송치된 사건, 재심사건, 가정·소년·인신 등 각종 보호사건, 성범죄·아동학대 등 각종 피해자변호사건), 노동·산재 관련된 행정심판·소송 사건이 구조의 대상이 된다.

나. 법률구조의 요건

법률구조를 받기 위해서는 기준 중위소득이 125% 이하인 국내거주 외국인이어야 하는데, 이는 건강보험료 본인부담금을 기준으로 결정된다. 그런데, 국내거주 외국인 중 직장가입자가 아니고 건강보험에 가입한 적도 없는 경우 건강보험자격득실확인서를 받

급받을 수 없으므로, 이를 대신하여 근로소득원천징수영수증, 보수지급명세서, 국민연금산정용가입내역확인서, 국민연금지급내역확인서(국민연금공단 발행), 소득금액증명서(세무서장 발행) 중 한 가지를 택하여 제출할 수 있다. 또한, 국내거주 외국인임을 증명할 수 있도록 여권 또는 외국인등록증 사본을 제출하여야 한다.

다. 법률구조 신청의 절차

법률구조를 받고자 하는 자는 공단 소정 양식의 법률구조신청서와 함께 법률구조대상자임을 소명할 자료, 그리고 주장사실을 입증할 자료를 해당 지역의 공단사무실에 제출하면 된다. 법률구조신청서가 접수되면 공단에서는 즉시 사실조사에 착수하며 사실조사 과정에서 미비된 서류를 보완하도록 하기도 한다. 공단은 사실조사가 일정단계에 이르면 당사자에게 분쟁에 대한 법률적인 문제점과 그 해결방법을 제시하여 당사자 간에 원만히 화해를 이룰 수 있도록 권유하고, 이러한 노력에도 불구하고 화해가 성립되지 않을 경우에는 구조의 타당성, 승소가능성, 집행가능성을 심사하여 소송 여부를 결정한다. 그리고 소송을 하기로 결정된 사건은 공단소속 변호사나 공익법무관이 소송을 수행하게 된다.

3

대한변호사협회 법률구조재단을 통한 소송구조

가. 개괄

대한변호사협회 법률구조재단은 법률지식이 부족하거나 경제적인 어려움으로 법의 보호를 충분히 받지 못하는 사람들을 돕기 위하여 민사, 형사, 가사, 행정, 헌법소원 등 법률구조가 필요한 모든 사건을 대상으로 소송구조를 진행하고 있다. 법률구조의 대상자는 국민기초생활보장법이 정한 보호대상자, 다문화가정 및 이주외국인, 국제법상 난민, 성폭력피해자, 한부모가정, 북한이탈주민을 비롯하여 소송을 위하여 비용을 지출함

으로써 생계가 곤란하게 될 자가 포함되고, 국가인권위원회가 특별히 구조를 필요로 한다고 인정한 자나 대한변호사협회 인권위원회가 특별히 구조를 필요로 한다고 인정한 자가 포함되며 이외에도 기타 재단이 구조함이 상당하다고 인정한 자까지 폭넓게 인정하고 있다.

나. 법률구조 신청절차

신청자는 법률구조신청서, 재산관계진술서, 사건관련자료, 주민등록등본 또는 가족관계증명서, 세목별과세증명원(구청 또는 주민센터에서 발급), 소득증명원 또는 종합소득세증명원 또는 소득이 없는 경우 위 사실증명원(관할세무서에서 발급), 기초생활수급권자의 경우 수급자증명서, 외국인의 경우 외국인등록증, 새터민의 경우 북한이탈주민확인서를 준비하여 위 사본을 등기우편으로 법률구조재단 주소(서울 강남구 테헤란로 124 풍림빌딩 14층)로 접수하면 된다.

법률구조 신청이 접수되면 심사위원회의 각 심사위원이 법률구조를 결정한다. 서류 접수 후 법률구조 여부 결정 통보까지 대략 30일에서 45일 정도가 소요되나, 이는 재단의 사정으로 인하여 다소 단축되거나 연기될 수 있다. 법률구조가 결정되면 신청자는 재단이 선임한 변호사와 소송을 진행하게 된다.

다. 소송비용의 처리절차

법률구조재단은 신청자를 대신하여 변호사 보수 등 소송비용을 우선하여 대체 지급하고, 사건종료 후 신청자로부터 상환을 받게 된다. 그러나 승소가액이 500만 원 이하인 사건, 패소한 사건, 형사사건(합의된 사건을 제외), 비용의 상환 또는 회수가 부적당하거나 불가능한 사건은 신청인의 경제적 상황 등을 고려하여 소송비용의 일부 또는 전부를 상환하지 않아도 되도록 면제할 수 있다.

이주민 법률지원 단체 소개

서울지방변호사회 프로보노지원센터

02-6959-9593 / probonohub@seoulbar.or.kr / probono.seoulbar.or.kr

공익변호사와 함께 하는 동행

062-443-2015 / companion.lfpi@gmail.com / www.companion-lfpi.org

공익사단법인 정

02-3479-7527 / thejung@barunlaw.com / thejung.or.kr

공익법센터 어필

02-3478-0529 / info@apil.or.kr / apil.or.kr

공익인권법재단 공감

02-3675-7740 / gonggam@gmail.com / www.kpil.org

민주노총 법률원-법무법인 여는

02-2269-6161 / kctulaw@hanmail.net / nodong.org

민주사회를 위한 변호사 모임

02-522-7284 / admin@minbyun.or.kr / mibyun.org

법무법인(유한) 동인 공익위원회

02-2046-0671 / kkh@donginlaw.co.kr / www.donginlaw.co.kr

사단법인 두루

02-6200-1853 / duroo.org

아시아의 창

031-443-2876 / achang114@gmail.com / achang.or.kr

이주민센터 친구

02-6406-7179 / friend79law@gmail.com / www.chingune.or.kr

이주민지원공익센터 감동

02-537-5459 / gamdong318@gmail.com / gamdonglove.org

원곡법률사무소

031-494-7986 / wongoklaw@naver.com / blog.naver.com/wongoklaw

법무법인 해마루

031-410-2300 / haemaan@hanmail.net / www.haemarulaw.com

재단법인 동천

02-3404-7590 / bkl@bkl.or.kr / www.bkl.or.kr

이주민사건 법률지원 매뉴얼

- 발행인** 회장 이 찬 희
- 발행일** 2018. 11.
- 발행처** 서울지방변호사회
06595, 서울특별시 서초구 법원로1길 21
(서초동, 변호사회관)
- 전 화** 02) 6200-6200
- 홈페이지** <https://www.seoulbar.or.kr>
- 인쇄처** 경성문화사 (02-786-2999)

* 비매품

이주민사건 법률지원 매뉴얼



서울지방변호사회
Seoul Bar Association