

이주영. 2018. “외국인의 사회권과 헌법재판소 판례 비판.” 『인권연구』 1(1): 73-116.
Lee, Joo-Young. 2018. “Social rights of non-citizens: A critical analysis of the Korean Constitutional Court decisions.” *Journal of Human Rights Studies* 1(1): 73-116.

[일반논문]

외국인의 사회권과 헌법재판소 판례 비판*

이 주 영**

국문초록

이 논문의 주 관심은 한국 사회가 이 사회의 구성원으로서 존재하는 외국인에 대해서도 인간으로서의 존엄과 실질적 자유를 누리는데 기초가 되는 사회권을 헌법상 기본권으로서 인정하고 보장하는지에 있다. 외국인의 헌법상 기본권 문제는 한국 사회의 기본적 가치와 규범을 담는 헌법과 이에 대한 해석이 인간의 존엄이라는 보편적 가치와 점차 더 지구화되어 가는 시대의 요청에 얼마나 부합하는지를 보여주는 시금석이라 할 수 있다. 이 논문은 외국인의 기본권 관련 헌법재판소의 주요 판례를 통해 외국인의 사회권에 대한 헌법재판소의 입장을 비판적으로 검토하였다. 외국인의 사회권과 관련한 국제인권법적 논의를 분석하는 한편, 남아프리카공화국 헌법재판소와 독일 연방헌법재판소는 각각 외국인의 사회권 보장에 관해 어떻게 접근하였는지 관련 결정례를 살펴보았다. 인간의 존엄, 자유, 평등이라는 보편적 가치에 입각해 외국인의 사회권에 대한 헌법적 보장을 둘러싼 논의를 촉진하고 기본적인 방향성을 제시하는데 이 논문의 목적이 있다.

주제어: 외국인, 이주민, 사회권, 인권, 헌법상 기본권, 헌법재판소

* 이 논문은 필자가 2018년 5월 4일 서울대학교 법학연구소 공익인권법센터가 주최한 학술회의 <인권의 창, 헌법의 길: 인권으로 본 헌법재판 30년>에서 발표한 초고를 토대로 수정, 보완한 것이다. 이 글을 완성하기까지 좋은 자극과 유익한 의견을 주신 학술회의 토론자 및 질문자들, <인권연구> 익명의 심사위원들, 김지혜 교수(강릉원주대), 황필규 변호사(공익인권법재단 공감), 민주사회를 위한 변호사모임 이주인권사례연구모임 참가자들에게 감사의 뜻을 표한다. 혹시 논문에 남아있을지 모르는 오류는 모두 필자의 책임이다.

** 서울대학교 인권센터 전문위원

ISSN 2635-4632

www.kci.go.kr

목 차

- I. 서론
- II. 외국인의 사회권 관련 헌법재판소 판례 개관
- III. 헌법재판소의 입장 및 관련 학설에 대한 비판적 검토
- IV. 외국인의 사회권 관련 국제인권기준 및 외국 헌법판례
- V. 결론

I. 서론

국제적인 이주의 증가는 경제 세계화 및 국가 간 극심한 소득과 부의 격차에 따른 세계적 추세이다. 여기에 더해 한국은 저출산 고령화 사회의 해결책 중 일부로 이주노동, 결혼이주 등을 정책적으로 지원, 장려하고 있는 상황이기도 하다. 정부의 출입국·외국인정책 통계연보에 따르면, 2016년말 기준 국내 체류 외국인의 수는 205만명에 가깝고, 최근 5년간 매년 9.26%의 증가율을 보이고 있다.(법무부, 2017: 38)¹⁾ 같은 통계상, 60만명을 조금 밑도는 미등록노동자를 포함한 취업 목적의 체류자, 12만여 명의 결혼이민자, 7만여 명의 유학생, 13만여 명의 영주권자,²⁾ 7500여 명의 난민신청인, 1150여 명의 인도적 체류허가자³⁾가 일정 기간 이상 혹은 영구적으로 한국 사회의 일원으로

1) 전체 인구 대비 체류 외국인 비율은 2012년 2.84%에서 2016년 3.96%으로 매년 증가하고 있다.

2) 이외에도 관광 혹은 단기 방문 목적이 아닌, 국내에 장기 체류하는 외국인의 범주가 있다.

3) 난민신청인의 수는 2016년 난민신청을 접수한 사람의 수로, 그 이전에 접수한 난민신청이 심사 중으로 체류 중인 사람의 수가 포함되어 있지 않다. 인도적 체류허가자의 수는 인도적 체류허가가 도입된 이후 2016년 말까지

살아간다.(법무부, 2017: 43-44, 93, 99) 국적상 외국인으로 분류되지만 한국사회의 일원으로서 현재 존재하는 이들이 인간으로서 갖는 권리는 이 사회에서 어떤 의미를 갖는가. 특히, 이 글의 주 관심은 우리 한국사회가 이들 외국인도 인간으로서의 존엄과 실질적 자유를 누리며 삶을 영위하는 데 기초적 토대가 되는 사회권을 동등하게 향유하는 것을 헌법상 기본권으로서 인정하고 보장하는지에 있다. 조금 더 구체적으로, 이를테면, 미등록이주노동자인 부모를 둔 아동이 학교에서 교육을 받는 것, 출산 유무와 관계없이 결혼이주 여성이 인간다운 최저생활을 누릴 수 있는 것, 장애를 가진 난민 아동이 장애수당을 받는 것이 정부의 재량에 따른 인도적 조치가 아닌, 헌법상 기본권의 일환으로 보장받을 수 있고 침해되었을 때 구제를 요청할 수 있는지에 대한 것이다.

대한민국 헌법(전부개정 1987. 10. 29 헌법 제10호)은 제31조부터 제36조에 이르기까지 교육의 권리, 노동의 권리,⁴⁾ 노동 3권, 인간다운 생활을 할 권리, 그리고 혼인과 가족의 보호 등 사회권⁵⁾을 규정하고 있다. 하지만 제10조부터 시작되는 기본권 조항들 모두 문언상 권리들의 주체를 국민으로 하고 있고, 이 조항들을 담고 있는 헌법 제2장의 표제도 ‘국민의 권리와 의무’이다. 외국인과 관련해서는 헌법 제6조 제2항에서 “외국인은 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 그 지위가 보장된다”고 규정하고 있다. 헌법 문언으로만 볼 때는 외국인이

전체 숫자이다.

4) 이 글에서는 직접 인용을 제외하고는 가능한 ‘근로의 권리’, ‘근로자’ 대신, ‘노동의 권리’, ‘노동자’라는 용어를 사용한다.

5) 헌법재판소나 헌법학계는 이러한 권리들을 ‘사회적 기본권’ 또는 ‘사회권적 기본권’으로 지칭한다. 이 글에서는 헌법재판소의 결정문이나 다른 저자의 글을 직접 인용하는 경우를 제외하고는, 유엔의 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약이 보장하는 권리와 대한민국 헌법 제31조~제36조상의 권리를 모두 ‘사회권’으로 통칭한다.

헌법상 기본권의 주체인지 여부가 불분명하다. 따라서 외국인도 헌법상 기본권의 주체로 인정되는지, 외국인이 내국인과 평등하게 기본권을 보장받을 수 있는지는 “본질적으로 헌법해석의 문제”(전상현, 2014: 581)이며, 이에 헌법재판소의 역할이 매우 중요하다. 이 글은 헌법재판소 창립 30주년을 맞이하여, 외국인의 사회권 보장과 관련하여 헌법재판소(이하 헌재)의 역할을 중심으로 논의하고자 한다. 외국인의 헌법상 기본권 문제는 한국 사회의 기본적 가치와 규범을 담은 헌법과 이에 대한 해석이 인간의 존엄이라는 진정 보편적인 가치와 점차 더 지구화되어 가는 시대의 요청에 얼마나 부합하는지를 보여주는 시금석이라 할 수 있다.

이 글에서는 먼저 외국인의 사회권과 관련 있는 헌재의 판례들을 개관하고, 외국인의 사회권에 대한 헌법학계의 통설과 헌재의 입장을 비판적으로 검토한다. ‘인간의 권리’는 내국인뿐 아니라 외국인에게도 보장되어야 한다는 헌재의 입장에 비추어 볼 때, 인간의 권리를 법전화하고 있는 국제인권법에서 외국인의 인권, 특히 사회권 보장에 관한 기준에 대한 검토는 필수적이다. 외국인의 사회권과 관련해 국제인권법적 기준에 부합하게 헌법을 해석하고 적용한다는 것은 어떠한 것인가라는 질문이 제기될 수 있다. 이에 대한 답을 모색하는 과정에서, 남아프리카공화국 헌법재판소와 독일 연방헌법재판소의 관련 판례를 살펴본다.

II. 외국인의 사회권 관련 헌법재판소 판례 개관

1. 외국인의 기본권 주체성

외국인의 헌법상 기본권 주체성에 대한 헌재의 견해는 1994년 12월 29일 선고된 93헌마120 결정에서 처음 확인되었다. 이 사건은 국

회노동위원회가 헌법소원을 청구할 수 있는 적격이 있는지에 대한 것으로, 외국인의 기본권 주체성이 이 사건의 직접적 쟁점은 아니었다. 현재는 헌법재판소법 제68조 제1항에 따라 기본권의 주체라야만 헌법소원을 청구할 수 있다는 점을 확인하면서, “국민(또는 국민과 유사한 지위에 있는 외국인과 사법인)”이 기본권의 주체라고 해석하였다(1994, 93헌마120: 480). 국민과 함께 ‘국민과 유사한 지위에 있는 외국인’ 역시 기본권의 주체라는 입장을 밝혔던 것이다. 그 근거가 무엇이고, ‘국민과 유사한 지위에 있는 외국인’이 어떠한 범주를 설정하는 것인지에 대한 설명은 없었다.

외국인의 기본권 주체성을 직접적인 판단 대상으로 다룬 것은 2001년 11월 29일 선고된 99헌마494 결정이었다. 현재는 “원칙적으로 외국인의 기본권 주체성”⁶⁾을 인정하면서, 93헌마120 결정을 원용하였다(2001, 99헌마494: 723-724). 동시에, 외국인의 기본권에 대한 제한을 언급하면서, 그 범위를 정하는 기준으로서 아래와 같이 ‘인간의 권리’를 제시하였다.

청구인들이 침해되었다고 주장하는 인간의 존엄과 가치, 행복추구권은 대체로 ‘인간의 권리’로서 외국인도 주체가 될 수 있다고 보아야 하고, 평등권도 인간의 권리로서 참정권 등에 대한 성질상의 제한 및 상호주의에 따른 제한이 있을 수 있을 뿐이다(헌재, 2001, 99헌마494: 723-724).

6) 이 사건은 대한민국 정부 수립 이전 중국으로 이주한 자 또는 그의 직계비속이 자신들을 ‘재외동포’에 포함시키지 않은 구 재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률(구 재외동포법)이 인간으로서의 존엄과 가치, 행복추구권, 평등권을 침해하였다고 주장하며 제기한 헌법소원 사건이었는데, 헌법재판소는 외국인의 기본권 주체성을 인정하여 청구인인 국적법상 외국인의 헌법소원 청구 적격을 인정하였다.

헌재는 청구인들이 주장한 기본권이 ‘인간의 권리’에 해당하기 때문에 외국인의 기본권 주체성이 인정된다는 새로운 법리와 함께 ‘성질상의 제한 및 상호주의에 따른 제한’을 언급했지만(2001, 99헌마494: 297), 이에 대한 설명이나 논거를 덧붙이지는 않았다.

2. ‘권리성질설’

‘권리성질설’은 2007년 8월 30일 선고된 2004헌마670 결정에서 보다 구체적으로 실시되었다. 헌재는 외국인의 기본권 주체성에 대한 쟁점을 검토하면서, 93헌마120 결정과 99헌마494 결정을 선례로 삼아, “외국인에게 모든 기본권이 무한정 인정될 수 있는 것이 아니라 원칙적으로 ‘국민의 권리’가 아닌 ‘인간의 권리’의 범위 내에서만 인정될 것인 바, 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권은 ‘인간의 권리’로서 외국인도 그 주체가 될 수 있고, 평등권도 인간의 권리로서 참정권 등에 대한 성질상 제한 및 상호주의에 의한 제한이 있을 수 있을 뿐”이라고 밝혔다(2007, 2004헌마670: 297). 즉, 기본권을 ‘국민의 권리’와 ‘인간의 권리’로 나누고 ‘인간의 권리’에 한정하여 외국인의 기본권 주체성을 인정하는 이른바 ‘권리성질설’을 제시하였다.

이 사건은 산업기술연수생으로 입국하여 한 업체에서 일하던 외국인이 노동부 예규인 『외국인산업기술연수생의 보호 및 관리에 관한 지침』이 외국인 산업연수생에 대해 퇴직급여(제34조), 임금채권 우선변제(제37조), 연차유급휴가(제59조), 임신부의 보호(제72조) 등 근로기준법의 주요 조항의 적용을 배제하여 평등권을 침해하였다고 주장한 사건이었다. 헌재는 이 사건의 심사대상이 된 근로의 권리를 ‘일할 자리에 관한 권리’와 ‘일할 환경에 대한 권리’로 나누고, ‘일할 환경에 대한 권리’는 “인간의 존엄성에 대한 침해를 방어하기 위한 자유권적 기본권의 성격도 갖고 있어 건강한 작업환경, 일에 대한 정당한 보수, 합리적인 근로

조건의 보장 등을 요구할 수 있는 권리 등을 포함”하므로 이에 대해서는 외국인 노동자의 기본권 주체성을 부인할 수 없다고 판시하며(2007, 2004헌마670: 304), 이어서 아래와 같이 설명하였다.

국가에 대하여 고용증진을 위한 사회적·경제적 정책을 요구할 수 있는 권리(헌재 2002. 11. 28. 2001헌바50, 판례집 14-2, 668, 678)는 사회권적 기본권으로서 국민에 대하여만 인정해야 하지만, 자본주의 경제질서하에서 근로자가 기본적 생활수단을 확보하고 인간의 존엄성을 보장받기 위하여 최소한의 근로조건을 요구할 수 있는 권리는 자유권적 기본권의 성격도 아울러 가지므로 이러한 경우 외국인 근로자에게도 그 기본권 주체성을 인정함이 타당하다(헌재, 2007, 2004헌마670: 304-305).

즉, 해당 권리가 사회권의 성격을 갖는지 아니면 자유권의 성격을 갖는지가 ‘국민의 권리’와 외국인에게도 인정되는 ‘인간의 권리’를 구분하는 주요 기준이 된다는 것이다. 이 사건에서 ‘일할 환경에 대한 권리’는 ‘일할 권리’로서 사회권이지만, 자유권적 성격도 갖는다는 이유로 외국인에게도 인정하였다. 한편, ‘일할 환경’에 대한 차별적 처우로 인한 평등권 침해 여부를 심사할 때는 ‘근로의 권리’가 사회권적 성격이 강하다는 이유로 완화된 심사기준인 자의(恣意)금지원칙을 택한다.(헌재, 2007, 2004헌마670: 313)⁷⁾ 하나의 권리가 사회권과 자유

7) “이 사건 노동부 예규는 근로의 권리를 어느 범위까지 보호할 것인가에 관한 것인바, 이는 헌법에서 특별히 평등을 요구하는 부분이 아니고 특히 근로의 권리는 사회권적 기본권으로서의 성격이 강하여 그 보호범위를 제한하는 것이 기본권에 대한 중대한 침해가 된다고 보기도 어려우므로 평등권심사에 있어서의 완화된 심사기준인 자의(恣意)금지원칙에 따라 판단하여야 할 것이다.”

권의 성격을 모두 가질 수 있고, ‘일할 환경에 대한 권리’가 그러한 예라는 점에는 이견이 없다. 하지만, 외국인의 기본권 주체성을 논증할 때는 ‘일할 환경에 대한 권리’의 자유권적 성격을, ‘일할 환경에 대한 권리’의 보호에 관한 평등권 심사에서는 동일한 권리의 사회권적 성격을 강조하는 것은 모순적으로 보인다. 사회권적 성격이 강한 기본권과 관련해 별다른 논증 없이 완화된 평등권 심사가 일반적으로 정당화되는 것처럼 실시하는 현재의 태도 역시 사회권의 헌법상 지위에 대한 근본적 물음을 던지게 한다.

3. ‘권리성질설’의 변용

이른바 ‘권리성질설’에 따른 외국인의 기본권 주체성 판단은 이후 헌재 결정들에서도 계속 나타났다. 하지만 외국인의 기본권 주체성 판단에 있어서 ‘권리성질설’을 유지하되, 자유권과 사회권의 구분 속에서 외국인 기본권 주체성을 판단하지 않는다는 점에서 차이를 보인다. 2011년 9월 29일 헌재는 ‘외국인 근로자의 고용 등에 관한 법률’의 사업장 변경 횟수 제한 조항과 외국인 근로자 사업장 변경 허가 기간 제한 조항이 각각 외국인 노동자의 직업 선택의 자유를 침해하는지 여부에 대한 결정을 내렸다(2007헌마 1083, 2009헌마230·352(병합); 2009헌마351). 이 결정들에서 헌재는 “직장 선택의 자유는 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권과도 밀접한 관련을 가지는 만큼 단순히 국민의 권리가 아닌 인간의 권리로 보아야 할 것이므로 권리의 성질상 참정권, 사회권적 기본권, 입국의 자유 등과 같이 외국인의 기본권 주체성을 전면 부정할 수는 없고 외국인도 제한적으로라도 직장 선택의 자유를 향유할 수 있다고 보아야 한다”며 “적법하게 고용허가를 받고 적법하게 국내 체류 중인 외국인”의 직장 선택의 자유에 대한 기본권 주체성을 긍정하였다(2007헌마1083, 2009헌마230·352(병합): 639;

2009헌마351: 669). 현재는 외국인에게도 ‘인간의 권리’를 보장해야할 근거를 자유권에서 도출하기보다는 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권과의 관련성 속에서 끌어내었다. 하지만 같은 문장에서 사회권을 외국인에게 인정되지 않는 기본권의 예로 들고 있어, 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권은 사회권과는 무관한 것인가라는 질문을 여전히 남긴다.

외국인 기본권 관련 시간적으로 가장 가까운 현재 결정은 2016년 3월 31일에 선고된 2014헌마367 결정이다. 여기에서 쟁점은 외국인 노동자들에게 퇴직금 기능을 하는 출국만기보험금의 지급시기와 관련한 것이었다. 현재는 외국인 역시 인간의 존엄성 보장에 필요한 최소한의 근로조건을 요구할 수 있는 ‘일할 환경에 관한 권리’를 보장받는다며 외국인 산업연수생에 대한 근로기준법 주요 조항 배제 적용을 위헌으로 판단한 2007년 결정(2004헌마670)을 선례로 원용하였다. 하지만 외국인의 ‘일할 환경에 관한 권리’를 뒷받침하는 논리는 달랐다. 2007년 결정에서는 사회권은 국민에게만 보장되는데 일할 환경에 관한 권리는 자유권의 속성을 가지고 있어 외국인에게도 ‘인간의 권리’로서 보장된다는 식의 논리를 전개하였다. 반면, 2016년 결정에서는 “퇴직금 역시 후불임금으로서 ... 생활의 기본적 수요를 충족시키는 방편이 됨과 동시에 인간 생존의 기초가 된다는 점에서 이를 지급받을 권리는 인간의 권리로서 보호된다”(현재, 2016, 2014헌마367: 480)고 실시하여, 사회권의 성격을 가진 권리들에 대해서도 외국인의 기본권 주체성을 인정할 수 있는 여지를 열어 놓았다.

4. 외국인 기본권에 대한 차등적 접근

현재는 외국인의 기본권 주체성을 부분적으로 인정하지만, 외국인의 기본권 침해 여부를 심사하는 데 있어서 내국인의 경우와 달리 완화

된 기준을 적용하고 있다. 고용허가제 하 외국인 노동자의 사업장 변경에 관한 두 건의 결정은 모두 “기본권 주체성의 인정 문제와 기본권 제한의 정도는 별개의 문제이므로 외국인에게 직장 선택의 자유에 대한 기본권 주체성을 인정한다는 것이 곧바로 이들에게 우리 국민과 동일한 수준의 직장 선택의 자유가 보장된다는 것을 의미하는 것은 아니”(헌재, 2011, 2009헌마351: 669; 헌재, 2011, 2007헌마1083, 2009헌마230·352(병합): 640)라고 하였다. 이러한 논리는 외국인 노동자의 출국만기보험금 지급 시기에 관한 결정에서 쟁점이 되는 권리만 달리한 채 동일하게 반복되었다(헌재, 2016, 2014헌마367: 484).⁸⁾

이에 따라 헌재는 외국인 노동자의 직장 선택의 자유 침해 여부를 심사하면서 “외국인력 도입에 관한 제도를 마련함에 있어서는 내국인의 고용시장과 국가의 경제상황, 국가안전보장 및 질서유지 등을 고려하여 정책적인 판단에 따라 그 내용을 구성할 보다 광범위한 입법재량”을 인정하고 고용허가제라는 제도를 마련함에 있어 “그 입법의 내용이 합리적인 근거 없이 현저히 자의적인 경우에만 헌법에 위반된다”는 완화된 기준을 적용하였다(2011, 2009헌마351: 672; 2011, 2007헌마1083, 2009헌마230·352(병합): 642). 그 결과, 내국인노동자의 고용기회 보호, 외국인노동자에 대한 효율적인 고용관리 등 외국인 노동자의 사업장 이동을 제한하는 법률 조항과 시행령의 목적과 취지만을 검토하였을 뿐, 이것이 외국인 노동자들의 기본권에 미치는 영향에 대한 평가는 사실상 생략하였다.

외국인 노동자들에게 퇴직금의 기능을 하는 출국만기보험 지급 시

8) “기본권 주체성의 인정 문제와 기본권 제한의 정도는 별개의 문제이므로 외국인에게 근로의 권리에 대한 기본권 주체성을 인정한다는 것이 곧바로 우리 국민과 동일한 수준의 보장을 한다는 것을 의미하는 것은 아니다(헌재 2011. 9. 29. 2009헌마351 참조).” 헌재 2016.3.31. 2014헌마367 결정(외국인 근로자의 고용 등에 관한 법률 제13조 제3항 등 위헌확인).

기를, 퇴직 후 14일이 아닌 출국 후 14일 이내로 한 것이 외국인 노동자의 근로의 권리를 침해하고, 내국인 근로자와 차별하여 평등권을 침해하였다며 제기된 사건에서도 현재의 접근은 크게 다르지 않았다. 현재는 외국인 노동자와 내국인 노동자 사이에 차별이 발생함을 인지하면서도 입법자가 주장하는 불법체류 방지라는 해당 법률 조항의 목적을 이의 없이 수용하고 출국과 출국만기보험의 연계를 불가피한 것으로 인정하였다(2016, 2014헌마367 결정). 법률에 의하면, 외국인 노동자들이 국내에서 사업장을 변경함에 따라 전 사용자와의 사이에 발생한 보험금에 대해서도 출국 후 지급받을 수밖에 없도록 했는데, 2016년 현재의 결정은 구직활동 기간 중 외국인 노동자가 생계의 어려움을 겪게 될 가능성을 아예 낮게 보거나 다른 수단에 의해 해결할 수 있는 문제로 부차화하였다(2016, 2014헌마367: 485-486).

한편, 현재의 다수의견과 다르게 외국인의 기본권 제한에 있어서도 내국인과 마찬가지로 헌법상 비례의 원칙을 적용한 소수의견들에 주목할 필요가 있다. 고용허가제 하 사업장 변경기간 제한에 관한 결정에서 재판관 목영준, 이정미의 별개의견(2011, 2009헌마351: 676), 사업장 변경횟수 제한에 관한 결정에서 재판관 목영준, 이정미의 일부 반대의견, 재판관 송두환의 일부 반대의견(2011, 2007헌마1083, 2009헌마230·352(병합): 649-653)은 헌법의 비례성 원칙에 따라 각각 심사대상이 되는 법률 조항과 시행령에 대해 입법목적의 정당성과 수단의 적절성, 최소침해성 및 법익균형성을 검토하였다. 이러한 심사를 통해, 목영준, 이정미, 송두환 재판관은 “사업주의 경영 악화, 고의적인 폐업 등 외국인 근로자에게 책임이 없는 사유로 인하여 부득이 사업장을 변경하는 경우”에조차 일률적으로 사업장 변경 횟수를 제한적으로 허용하는 시행령은 최소침해성과 법익의 균형성에 반해 과잉금지 원칙을 위반하였다는 의견을 냈다(2011, 2007헌마1083, 2009헌마230·352(병합): 651).

외국인 노동자의 출국만기보험금 관련 사건에서도 다수 의견과 달리, 재판관 이정미, 김이수, 서기석의 반대의견(2016, 2014헌마367: 487-490)은 출국만기보험금이 가진 퇴직금으로서의 본질적 성격과 이것이 외국인 노동자의 인간으로서 최소한의 생존권에 미치는 영향을 진지하게 검토하였다. 이 의견들은 불법체류 방지라는 해당 조항의 입법 목적 자체의 정당성을 문제시했으며, 외국인 노동자의 불법체류 문제는 불법체류자에 대한 사용자의 선호와 자국과의 경제 격차로 인한 외국인 노동자의 취업 수요 등, 불법체류가 발생하는 근본적인 원인을 제거하는 방법으로 해결해야 한다며 수단의 적절성 문제 역시 제기했다. 출국만기보험금 지급 시기를 무조건 출국과 연계하는 해당 법률조항은 인간으로서 보호받아야 할 최소한의 생존권을 위협하기 때문에 입법재량을 넘는 과도한 제한으로서 근로의 권리를 침해한 것이자, 내국인 노동자와 달리 외국인 노동자를 불합리하게 차별하는 것으로 평등권을 침해하는 것이라고 판단하였다. 특히 “인간 존엄성의 기초가 되는 생계는 그것이 내국인인지 외국인인지 여부에 따라 달라지는 것이 아니라 인간이라면 누구에게나 보편적으로 보장되어야 하는 문제”(2016, 2014헌마367: 489-490)라는 점을 강조하며, 사회권도 인간 존엄성의 기초가 되는 생존의 문제에 있어서는 내국인과 외국인이 동일하게 취급되어야 한다는 법리의 단초를 제공하였다.

Ⅲ. 헌법재판소의 입장 및 관련 학설에 대한 비판적 검토

1. 사회권에서 외국인의 주체성

외국인은 기본권의 성질상 ‘인간의 권리’라 할 수 있는 일정한 범위의 기본권에 대해서만 기본권 주체성이 인정되고, 사회권은 ‘국민의 권리’로서 국민에게만 한정된다는 것이 국내 헌법학계의 통설로 받아

들여져 왔다(김지영, 2015: 9; 김학성, 2009: 107). 즉, 인간으로서의 존엄과 행복추구권이나 자유권은 ‘인간의 권리’로서 외국인도 기본권의 주체이지만, 사회권은 참정권과 함께 ‘국민의 권리’로서 외국인의 권리 주체성을 인정할 수 없다는 것이다(권영성, 2009: 314; 김철수, 2013: 332-333). 기본권을 ‘인간의 권리’와 ‘국민의 권리’로 구분하는 이분론은 독일 기본법의 해석론을 수용한 데 따른 것이다(이종혁, 2014: 547). 독일에서 기본권 보장의 인적 범위를 결정하는 데 권리의 성질을 기준으로 ‘인간의 권리’와 ‘국민의 권리’로 나눈 것은 기본권의 향유 주체를 ‘모든 인간’과 ‘모든 독일인’을 구별하여 규정하고 있는 독일 기본법의 규정 형식에서 비롯된 것이다(이종혁, 2014: 548-549).

하지만 실제 독일 연방헌법재판소는 문언상의 ‘독일인의 권리’, ‘인간의 권리’에 엄격하게 제한받지 않고 해석에 의해 외국인의 권리 주체성을 폭넓게 인정해 왔다.⁹⁾ 무엇보다도 사회권은 ‘독일인의 권리’, 자유권은 ‘인간의 권리’라는 식의 범리를 전개하지 않는다. 예를 들어, 독일 국적이나 영주권을 갖지 않은 난민신청인 및 단기 체류 자격이 있는 사람들에게도 ‘인간 존엄에 합당한 최소한의 생활 보장에 대한 권리’의 주체성을 인정한 바 있다(독일연방헌재, 2012, 1BvL 10/10, 1BvL 2/11 병합). 독일 기본법에는 사회권에 대한 구체적 명문 규정이 없지만, 독일 연방헌법재판소는 인간 존엄성에 관한 기본법 제1조 제1항¹⁰⁾과 사회국가 원칙에 대한 제20조 제1항¹¹⁾에 근거해 ‘인간 존엄에

9) 집회의 자유나 결사의 자유와 같이, 기본법 규정상 ‘독일인’을 주체로 하는 기본권에 대해서도 권리의 성질상 외국인에게도 그 권리가 인정되어야 하는 때에는 헌법해석론을 통해 기본권 주체성의 범위를 외국인에게까지 확장해 왔다(이종혁, 2014: 549).

10) “인간의 존엄은 훼손될 수 없다. 이를 존중하고 보호하는 것은 모든 국가권력의 의무이다.”(번역: 헌법재판소 헌법재판연구원)

11) “독일연방공화국은 민주적이고 사회적인 연방국가이다.”(번역: 헌법재

합당한 최소한의 생활 보장에 대한 권리'를 헌법상 권리로 인정하고 있다. 이러한 점에서, 독일 기본법 해석론의 영향으로 기본권 성질설을 수용한 국내 헌법학계가 사회권을 보편적 인간의 권리가 아닌 국민에게 한정된 권리로 보고, 외국인의 기본권 주체성을 부인하는 입장이 주류적 학설로 통용되고 있음은 아이러니하다. 이는 사회권과 외국인의 기본권 양자 모두에 대한 국내 헌법학계의 경직된 인식을 드러낸다.

외국인의 사회권과 관련한 사건들에서, 헌재가 사회권은 인간의 권리가 아니라는 입장을 취하는 동시에 쟁점이 되는 권리는 자유권적 속성을 아울러 갖기 때문에 외국인에게도 보장된다는 식의 혼란스런 법리를 제시했던 것은 헌법학계의 통설을 경직되게 적용하는 과정에서 나타난 결과로 볼 수 있다. 외국인 산업연수생에 대해 근로기준법의 주요 조항을 배제한 것이 평등권 침해라고 판시한 2004헌마670 결정(2007: 297-329)이 그 대표적 예이다. 헌재의 이 결정은 여러모로 전향적이었다고 평가된다. '일할 환경에 관한 권리'에 대해 외국인의 기본권 주체성을 인정한 점, 근로조건에 있어서의 평등권과 이에 대한 정당한 제한이 가능한 요건과 관련해 한국이 비준한 '경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약'(이하 사회권규약)의 관련 조항들을 원용, 해석에 참고하고 있는 점(헌재, 2007, 2004헌마670: 315),¹²⁾ 결

판소 헌법재판연구원)

12) “우리나라가 비준하여 1990. 7. 10.부터 적용(조약 제1006호)된 ‘국제연합(UN)의 경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약’(이른바 ‘사회권규약’ 또는 ‘A규약’)은, ‘이 규약의 각 당사국은 이 규약에서 선언된 권리들이 인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 기타의 신분 등에 의한 어떠한 종류의 차별도 없이 행사되도록 보장할 것을 약속한다.’고 규정하고 있고(제2조 제2항), 이러한 사회권규약에 의하여 보장되는 권리에는 ‘동등한 가치의 노동에 대한 동등한 보수를 포함한 근로조건을 향유할 권리’(제7조) 등이 포함되어 있으므로, 이러

론적으로 근로기준법상 권리들을 외국인 산업연수생에게 제한적으로 적용한 것이 평등권 침해라고 판시한 점이 그러하다. 하지만 최소 근로조건에 대한 권리에 대해 외국인의 주체성을 인정하면서도, 그 근거에 대해 이 권리가 “사회권적 기본권으로서 국민에 대하여만 인정해야 하지만 ... 자유권적 기본권의 성격도 아울러 가지”기 때문인 것으로 설명하고 있다는 점은 문제이다. 사회권과 자유권의 구분이 언제나 명확한 것은 아니고, 사회권으로 분류되는 권리들도 구체적 내용에 따라 자유권적 속성을 동시에 가질 수 있다. 하지만 ‘근로조건에 대한 권리’는 국가가 인간 존엄에 합당한 근로조건에 대해 적극 기준을 제시하고 실현해야 하는 의무를 수반하기 때문에 본질적으로 사회권에 해당하며, 굳이 자유권적 성격에 기대지 말고 외국인의 기본권 주체성을 인정하는 것이 논리적으로 타당해 보인다(전광석, 2010: 129-130; 최유, 2009: 127-128).

위 결정에서 현재는 근로조건에 대한 권리의 ‘인간의 권리’로서의 근거를 자유권에서 이끌어냈으면서도 막상 이 권리에 대한 차별적 처우가 존재하는지 여부를 검토하는 평등권 심사에서는 사회권규약을 원

한 규약의 내용은 우리 헌법의 해석에서 고려되어야 할 것이다. 다만 사회권 규약은, 계약국이 입법조치 기타 모든 적절한 방법에 의하여 권리의 완전한 실현을 점진적으로 달성하기 위하여 자국의 가용자원이 허용하는 최대한도까지 조치를 취할 것을 약속하도록 하면서(제2조 제1항), ‘이 규약의 당사자국은 국가가 이 규약에 따라 부여하는 권리를 향유함에 있어서, 그러한 권리의 본질과 양립할 수 있는 한도 내에서, 또한 오직 민주사회에서의 공공복리증진의 목적으로 반드시 법률에 의하여 정하여지는 제한에 의해서만, 그러한 권리를 제한할 수 있음을 인정한다.’고 규정하여(제4조) 일반적 법률유보조항을 두고 있는바, 이는 우리 헌법 제37조 제2항에 의한 제한과 궤를 같이 한다고 할 것이다.”; “앞에서 본 바와 같이 근로기준법 제5조와 사회권규약 제4조에 따라 ‘동등한 가치의 노동에 대한 동등한 보수를 포함한 근로조건을 향유할 권리’를 제한하기 위하여는 법률에 의하여만 하는바, 이를 법률이 아닌 행정규칙에서 규정하고 있으므로 위 법률유보의 원칙에도 위배된다.”

용하고, 사회권에 대한 심사기준을 적용하였다. 헌재가 외국인의 기본권 주체성 검토에 있어 일반적으로 사회권으로 분류되는 권리의 자권적 속성을 판단의 근거로 삼은 것은 자유권은 외국인에게도 인정되는 ‘인간의 권리’, 사회적 기본권은 ‘국민의 권리’라는 헌법학계의 기존 통설의 틀에서 벗어나지 않기 위한 논리의 고안으로 보인다. 결과적으로, 헌재의 2007년 외국인 산업연수생 관련 결정은 외국인도 인간다운 근로조건에 대한 권리의 주체가 된다는 점을 인정하면서도, 동시에 사회권은 국민에게만 한정되는 권리라는 모순적 결론을 내린 것이다.

이후 외국인의 기본권 관련 헌재의 결정들은 자유권적 속성에 근거해 외국인의 기본권 주체성을 인정하는 기존의 ‘기본권 성질론’으로부터 벗어나는 경향을 보인다. 외국인 노동자의 사업장 이동 횟수와 허용 기간을 제한하는 법률 조항들을 심사한 2011년 결정들에서 헌재는 직장 선택의 자유에 대해 외국인이 주체가 됨을 인정하였다. 직장 선택의 자유는 사회권과 자유권의 속성을 동시에 갖지만, 헌재는 특별히 자유권적 성격에 대한 언급 없이 해당 권리가 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권과 밀접하게 관련되기 때문에 기본권으로 인정된다고 설명하였다(2007헌마1083, 2009헌마230·352(병합); 2009헌마351). 외국인 근로자들에게 퇴직금 기능을 하는 출국만기보험금의 지급시기와 관련한 2016년 결정에서는 인간 존엄에 합당한 최소 근로조건을 요구할 수 있는 권리에 대해 “생활의 기본적 수요를 충족시키는 방편”이자 “인간 생존의 기초”라는 점에서 인간의 권리이며, 따라서 외국인에게도 그 권리가 보장된다는 논리를 전개하였다(2014헌마367: 480). 마찬가지로 최소 근로조건을 보장받을 권리에 대해 심사했던 외국인 산업연수생 관련 2006년 결정(2004헌마670)을 선례로 원용하면서도, 외국인의 기본권 주체성을 인정하는 근거를 자유권과 무리하게 연계하려는 시도 반복되지 않았다. 이로써, 헌재의 해석에 의해 외국인도 헌법상 사회권의 주체로 인정될 수 있는 가능성이 열린 것으로 볼 수

있다. 그러나 여전히 헌법상 인간의 존엄과 가치, 행복추구권의 의미와 사회권과의 관계를 이론적으로 정립해야 할 필요성은 남아 있다.

2. 외국인의 기본권 보장 수준

또 다른 중요한 논점은 외국인에게 인정되는 기본권 보장의 수준에 대한 것이다(김지혜, 2016: 223-251). 2007헌마1083, 2009헌마230·352(병합) 결정과 2009헌마351 결정에서 현재는 외국인에게 기본권 주체성을 인정하지만 기본권 보장의 수준은 국민과 다를 수 있다는 입장을 밝히면서, 쟁점인 ‘직장 선택의 자유’의 침해 여부를 심사할 때 “입법의 내용이 합리적인 근거 없이 현저히 자의적인 경우에만 헌법에 위반된다”는 자의성 금지의 원칙을 적용하였다. “외국인력 도입에 관한 제도를 마련함에 있어서는 내국인의 고용시장과 국가의 경제 상황, 국가안전보장 및 질서유지 등을 고려하여 정책적인 판단에 따라 그 내용을 구성할 보다 광범위한 입법재량이 인정된다”는 것이 그 이유였다(헌재, 2011, 2009헌마351: 672; 2011, 2007헌마1083, 2009헌마230·352(병합): 642).

그러나, 이러한 논리는 헌재가 기존에 직장 선택의 자유를 포함하는 직업선택의 자유에 대해 “그 제한은 반드시 법률로서 하여야 할 뿐 아니라 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리 등 정당하고 중요한 공공의 목적을 달성하기 위하여 필요하고 적정한 수단·방법에 의하여서만 가능한 것”이라며 과잉금지원칙을 심사기준으로 채택해 왔던 것과 대조된다(헌재, 1989, 89헌가102; 2002, 2001헌마614). 헌재가 ‘외국인력 도입에 관한 제도’와 관련하여 사업주인 내국인의 직업의 자유 침해 여부가 쟁점이 된 사건에서 과잉금지원칙을 적용하였던 것 과도 차이를 보인다(2009, 2006헌마1264). 2016년 3월 31일 선고된 2014헌마367 사건에서도 ‘근로의 권리’에 있어서의 평등권 침해 여부

를 심사하면서, “입법이 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 벗어난 것인지 여부”를 기준으로 삼았다(484-487).¹³⁾ 외국인의 기본권 심사에서도 내국인과 동일하게 비례원칙을 심사기준으로 적용한 것은 현재 내 소수의견이었다.¹⁴⁾

현재가 이처럼 외국인의 기본권 침해 여부에만 완화된 심사기준을 적용하는 것은 “외국인에 대한 기본권 제한과 차별이 더욱 쉽게 용인 되는” 결과를 야기하게 된다(김지혜, 2016: 235). 첫째, 현재는 입법자들이 ‘국민의 이익 보호’ 또는 ‘불법체류 방지’ 등을 입법 목적으로 내세우는 것에 대해 충분한 논증 없이 그러한 목적을 기본권 제한의 정당한 사유로 인정함으로써, 구체적인 청구인(외국인)의 기본권보다 추상적인 ‘국민의 이익’ 또는 출입국 통제의 필요성을 우위에 두는 경향(황필규, 2017)¹⁵⁾을 쉽게 용인하고 ‘정상화’할 우려가 있다. 둘째, ‘입법자의 재량’은 광범위하게 인정하면서 기본권의 제한이 외국인에게 미칠 영향에 대한 검토는 생략하거나 최소화하는 것은, 외국인에 대해 헌법상 기본권을 인정한다 하더라도 사실상 형식에 불과한 것으로 만들뿐더러, 외국인 관련 국가행위에 대한 헌법적 통제는 공백인 상태를 지속시킨다. 김지혜는 외국인에 대해 기본권을 선별적으로 인정하고, 보장의 수준도 달리하는 현재의 접근은 ‘소수자 보호에 취약한 민주주의의 제도적 한계를 증폭시키면서 광범위한 수준으로 외국인에 대한 불평등을 용인하는 효과가 있’으며 ‘타당한 헌법적 해명 없

13) 자세한 내용은 본고의 II장 4절 참조.

14) 2009헌마351 결정 중 재판관 목영준, 이정미의 별개의견; 2007헌마1083, 2009헌마230·352(병합) 결정 중 재판관 목영준, 이정미의 일부 반대의견, 재판관 송두환의 일부 반대의견; 2014헌마367 결정 중 재판관 이정미, 김이수, 서기석의 반대의견.

15) 황필규는 외국인의 출입국을 허용, 통제하는 것이 국가주권적 사항이라는 점이 외국인의 기본권 주체성 부인이나 기본권 제한의 문제 전반에 대해 자동적인 정당성을 제공하지 않는다고 비판한다.

이 “헌법의 평등한 보호를 받을 권리”를 부인하는 것’이라고 비판한다(2016: 238).

3. 외국인의 사회적 기본권 옹호론

헌법학계에서도 기존 통설과 달리, 외국인에게도 사회적 기본권이 보장되어야 한다는 견해들이 제기되고 있다. 최유는 ‘사회권은 인간의 권리가 아닌 국민의 권리로 외국인에게는 인정되지 않는다’는 헌법학계의 기존 통설과 이를 수용한 현재의 외국인 산업연수생 관련 2004헌마670 결정을 비판하면서, 사회권을 “인간 존엄 유지에 적절한 생활수준에 대한 권리”로 이해한다면 우리 삶의 필수적인 기초로서 인권이며, “외국인에게도 기본적으로 기본권 주체성과 기본권으로서의 사법심사 가능성을 열어주어야 할 것”이라는 견해를 제시하였다(2008: 133).

전광석은 “헌법 제정 이후 통시적으로 교과서 혹은 연구문헌들에서 거론되었던 외국인의 기본권 주체성에 대한 문제는 그 자체로서, 그리고 오늘날 헌법의 시대적 과제에 거의 기여할 수 없다”고 냉정하게 평가한다(2010: 120). 기존 논의들은 한국 사회에 편입되어 살아가는 외국인들의 수가 증가하는 다문화사회의 현실에 대한 각별한 고려 없이 외국인의 기본권 주체성을 논하고 있기 때문이다(전광석, 2010: 121). 전광석은 “사회적 위험을 보호하여 사회적 평화를 도모하는” 것이 사회적 기본권의 목적임을 상기하면서, “우리 사회에 편입되어 구조화되어 있는 외국인들의 사회 문제를 헌법이 외면하는 것은 사회적 기본권을 도입하여 사회통합을 기하는 헌법의 이념에 반한다”고 지적한다(2010: 126). 그의 견해는 사회권의 개별 영역들이 갖는 헌법적 가치와 성격에 따라, 외국인도 해당 권리의 주체가 될 수 있는지를 판단해야 한다는 것이다. 외국인이 노동관계와 같은 경제질서나 사회질서에 편입되어 있지 않은 경우에는 노동의 기회나 사회보험 가입

자격과 같은 질서에서의 접근을 전제하는 기본권 주체성을 인정할 수는 없지만, 이미 그러한 질서에 편입되어 있는 경우에는 ‘외국인이라는 징표’는 기본권의 주체성을 판단하는 중요 기준이 될 수 없다는 것이 기본적인 시각이다. 나아가 어떠한 사회권은 그것이 갖는 인권으로서의 특별한 가치 때문에 외국인에 대해 질서에서의 편입 여부와 관계없이 거주를 기준으로 보장되어야 한다고 주장하는데, 그 예가 ‘인간다운 최저생활에 대한 권리’나 ‘교육의 권리’이다(전광석, 2010: 130, 135-136, 139-140). 즉, 사회권은 기본적으로 경제 및 사회질서에서의 편입을 전제로 하는 권리가기 때문에 외국인의 기본권 주체성을 인정하는 것이 어렵지만, 시대의 변화에 따라 한국 사회에 편입되어 가는 외국인의 수가 늘었다는 점을 적극 고려하여 사회적 기본권의 인적 적용 범위를 확장할 수 있다고 하여 기존 헌법학계의 통설과 다른 길을 제시하였다. 사회질서 편입 여부와 관계없이 외국인에게 기본적으로 보장되어야 할 사회권의 영역에 대해서도 논하였다.

김지혜는 국가는 국가의 관할이 미치는 영토 내에서 외국인을 포함해 국가 권한의 영향을 받는 모든 사람들의 기본권을 동등하게 보장해야 한다는 견해를 제시한다(2016: 242). “국가의 지리적 영역 내 영토상에 존재하는 모든 사람들이, 단순히 그곳에 존재한다는 이유로 권리와 인정을 향유해야 한다”는 린다 보즈니악의 ‘영토적 인간지위’에 기반을 둔 견해이다(김지혜, 2016: 240). 이는 국가는 자국 영토 내에 있으며 그 관할권 하에 있는 모든 개인에 대하여 국적에 관계없이 평등하게 조약상 인정되는 권리를 보장해야 한다는 국제인권법의 기본 원칙과도 일치한다.¹⁶⁾ 이러한 접근도 국민국가 체계를 전제로 하고 있기 때문에 국경의 통제를 목적으로 하는 외국인의 거주 이전의 자유에 대한 제한을 인정한다. 하지만 ‘영토 내 보편성’이라는 관점에 따르면, 이주민이 향유하는 기본권은 현행 법리에서 인정되는 권리의

16) 외국인의 사회권에 대한 국제인권법적 기준을 검토하는 다음 장 참조.

범위보다 훨씬 확장된다(김지혜, 2016: 244). “국가의 의사결정에 의해 영향을 받는 모든 사람에게 부여되는 최소한의 조건으로서, 정치적 자유, 적법절차, 평등권이 보장”되어야 하고, “이러한 자유를 실질적으로 누리기 위한 기본 조건이자, 같은 공간에 함께 살고 있는 공동체 성원의 연대성에서 비롯한 의무이자 권리로서, 교육권, 의료권, 사회보장의 권리 등 사회권도 인정”되어야 한다는 것이다(김지혜, 2016: 244-245).

전광석의 견해는 사회권을 국민의 권리로 보는 전제에서 출발해, 사회통합적 성격을 강하게 갖는 사회권은 경제질서 및 사회질서에 편입된 외국인에게, ‘인권적’ 성격의 사회권은 거주하고 있는 모든 외국인에게 인정되어야 한다는 제안이라면, 김지혜의 견해는 영토 내에 있는 모든 사람은 사회권을 포함한 모든 사람은 국적과 관계없이 기본권을 동등하게 보장받아야 하되, 관광객과 같이 사회와의 유대관계가 약한 외국인에게는 부분적으로만 기본권을 인정할 수 있다는 것으로 차이가 있다. 전자의 견해에는 기존 헌법학계의 통설과 유사하게 ‘국민의 권리’와 ‘인간의 권리’라는 구분법이 여전히 전제로서 작용하고 있고, 후자의 견해는 보편적 인권의 관점이 보다 투영되어 있다고 볼 수 있다. 다음 장에서는 ‘인간의 권리’를 구체적인 명문 규정으로서 보장하고 있는 국제인권법에서 외국인의 인권, 특히 사회권과 관련해 어떠한 기준을 제시하고 있는지를 살펴보도록 한다.

IV. 외국인의 사회권 관련 국제인권기준 및 외국 헌법판례

1. 국제인권법상 차별금지 원칙

국제인권법은, 모든 사람은 인간으로서 지니는 보편적인 가치로 인해 모든 인권을 동등하게 향유할 수 있어야 한다는 인식을 기본 바탕

으로 하고 있으며, 이에 따라 국민이 아닌 사람에 대해서도 국민과 동등 대우를 일반 원칙으로 요구한다(Weissbrodt, 2008: 34-35). 국제인권법의 태동 이전에는 국가가 자국 내 거주하는 사람들을 어떻게 대우하는지는 국가의 재량에 속하는 문제였다. 외국인의 처우에 대해서는 시민적·사적 권리와 관련하여 내외국인 간 동일한 대우를 요구하는 국내표준주의와 내외국인 평등대우를 기본으로 하되 외국인에 대한 처우가 국제법상 적정기준을 충족하도록 요구하는 국제표준주의가 대립해 왔다(정인섭, 2013: 753-755). 하지만 국적의 구별 없이 모든 사람의 권리를 보장함을 원칙으로 하는 국제인권법의 발전은 외국인 처우기준에 새로운 변화를 불러 일으켰고, “이제 외국인 처우 기준에 대한 어떠한 논의도 국제인권개념을 활용하지 않을 수 없으며, 국제인권기준 이상의 보편적으로 수용될 수 있는 처우기준을 찾기도 어렵게 되었다”(정인섭, 2013: 754-755).

제2차 세계대전 이후 인권에 대한 국제적 보호의 필요성을 배경으로 채택된 ‘세계인권선언’(1948) 제2조 제1항은 “모든 사람은 인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 견해, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 기타의 신분과 같은 어떠한 종류의 차별이 없이, 이 선언에 규정된 모든 권리와 자유를 향유할 자격이 있다”라고 하여, 출신 민족이나 사회에 관계없이 인권을 누릴 수 있어야 함을 확인하였다. 이후 채택된 주요 국제인권조약들도 모두 비차별 및 평등 원칙을 기본 토대로 하고 있다. 한국이 1990년 4월 10일 비준하여, 7월 10일부터 발효된 ‘시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약’(1966, 이하 자유권규약) 제2조 제1항은 “이 규약의 각 당사국은 자국의 영토 내에 있으며, 그 관할권 하에 있는 모든 개인에 대하여 인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 기타의 신분 등에 의한 어떠한 종류의 차별도 없이 이 규약에서 인정되는 권리들을 존중하고 확보할 것을 약속한다”

고 국가의 영토 내, 관할권 하에 있는 모든 개인에 대해 차별 없이 규약상의 권리를 존중, 보장할 것을 국가의 기본적인 의무로 하였다. 자유권규약의 이행을 감독하는 유엔자유권위원회(Human Rights Committee)는 “동 규약에서 규정된 권리는 상호주의에 관계없이, 그리고 자신의 국적이나 무국적임에 관계없이 모든 사람에게 적용된다”며, “따라서, 동 규약에 있는 개개의 권리는 자국민과 외국인 간의 차별 없이 반드시 보장되어야 하는 것이 일반 원칙”임을 분명히 하였다(1986, GC No.15: paras.1-2). 같은 규약 제26조¹⁷⁾는 모든 사람이 법 앞에 평등하고, 법의 평등한 보호를 받을 권리를 확인하였고, 이러한 내용은 자유권 규약상의 권리에만 한정되지 않아, 사회권 관련 국내 거주 외국인에 대한 처우에도 적용된다. 한국이 자유권규약과 동시에 비준한 ‘경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약’(1966, 이하 사회권규약) 역시 제2조 제2항에서 ‘이 규약의 당사국은 이 규약에서 선언된 권리들이 인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 기타의 신분 등에 의한 어떠한 종류의 차별도 없이 행사되도록 보장할 것’을 규정하고 있다.

외국인을 내국인과 차별 없이 평등하게 대우하며, 그 처우가 국제인권기준에 부합해야 하는 것이 국제인권법의 기본 원칙인 반면, 문언상 일부 소수의 권리에 대해서는 이러한 원칙으로부터의 예외를 허용하고 있다. 자유권규약에서는 선거권 및 피선거권에 관한 조항이 예외적으로 시민을 그 권리의 주체로 하고 있다.¹⁸⁾ 또한 거주 이전의 자

17) “모든 사람은 법 앞에 평등하고 어떠한 차별도 없이 법의 평등한 보호를 받을 권리를 가진다. 이를 위하여 법률은 모든 차별을 금지하고, 인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치적, 또는 기타의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 기타의 신분 등의 어떠한 이유에 의한 차별에 대하여도 평등하고 효과적인 보호를 모든 사람에게 보장한다.”

18) 제25조 모든 시민은 제2조에 규정하는 어떠한 차별이나 또는 불합리한

유의 경우, 합법적으로 국가의 영역 내에 있는 사람으로 제한하고 있다.¹⁹⁾ 이와 관련하여, 자유권규약의 이행을 감독하는 유엔 자유권위원회는 외국인의 입국에 관한 사항은 기본적으로 당사국이 결정할 문제이며, 이동, 거주, 고용 등의 조건에 따라 입국허가가 부여될 수 있음을 확인하였다.²⁰⁾ 하지만, “일단 당사국 영토에 들어오는 것이 허용되고 나면, 외국인도 규약에 규정된 권리들이 보장되어야 한다”는 점을 분명히 했다(HRC, GC No. 15: para.6).²¹⁾ 사회권규약의 경우, 개발도상국에 대하여 “인권과 국가 경제를 충분히 고려하여 이 규약에서 인정된 경제적 권리를 어느 정도까지 자국의 국민이 아닌 자에게 보장할 것인가를 결정”할 수 있도록 허용하고 있다(제2조 제3항). 조약 성안 과정에 대한 기록에 따르면, 이 조항은 식민지 상태에서 해방된 국가들이 식민지 잔재로서 외국인들이 경제에 미치는 지배적 영향력을 해소해야 할 과제에서 비롯된 것으로, 이러한 경험을 공유하는 개발도상국들이 고용 등 경제 분야에서 내국인들이 처한 구조적 불평등 상황을 시정할 수 있도록 하기 위해 포함되었다(Dankwa, 1987: 240).

제한도 받지 아니하고 다음의 권리 및 기회를 가진다.

- (a) 직접 또는 자유로이 선출한 대표자를 통하여 정치에 참여하는 것
- (b) 보통, 평등 선거권에 따라 비밀투표에 의하여 행하여지고, 선거인의 의사의 자유로운 표명을 보장하는 진정한 정기적 선거에서 투표하거나 피선되는 것
- (c) 일반적인 평등 조건하에 자국의 공무에 취임하는 것 [필자 밑줄 추가]

19) 제12조 1. 합법적으로 어느 국가의 영역 내에 있는 모든 사람은, 그 영역 내에서 이동의 자유 및 거주에 관한 권리를 가진다.

20) 유엔 자유권위원회(Human Rights Committee)는 외국인의 지위와 관련해 “자국 영토 내에 누구를 받아들일 것인가에 대한 결정은 원칙적으로 당사국의 몫”이라고 밝혔다. Human Rights Committee, General Comment No. 15: The Position of Aliens Under the Covenant, 11 April 1986, paras. 5-6.

21) “However, once aliens are allowed to enter the territory of a State party they are entitled to the rights set out in the Covenant.”

이 조항의 제안국들은 본 조항의 목적이 “내국인들이 자신의 권리를 행사할 수 있게 함으로써 적합한 균형을 회복하기 위한 것”이고, “식민 지배에 놓이지 않았던 선진국들에서는 정부가 이주를 항상 통제하고 있고 비국민들은 일반적으로 내국인들의 경제활동에 심각한 경쟁 상대가 되지 않”는다며 개발도상국에서 경제적 권리 분야에 한해 실질적 평등을 위한 조치로서 이 조항을 제안하는 것임을 강조했다(UN General Assembly, 1962: 20-21).

요약하자면, 20세기 중반 이후 발전해 온 국제인권법은 각 국가 내 외국인의 처우에 관한 국제법적 기준을 제시하고 있다. 국적에 관계없이 국가 영토 내에 있는 모든 사람들이 차별 없이 인권을 누릴 수 있어야 한다는 것이 국제인권법의 기본 원칙이다. 이에 따라 국가는 관할권 내 모든 사람들의 인권을 존중하고 보장해야 할 의무를 진다. 단, 참정권, 입국의 자유, 개발도상국에서의 경제적 권리는 내외국인 평등 대우 원칙의 예외가 허용된다. 아래에서는 사회권 영역에 집중해서 국제인권법상 외국인의 권리와 지위에 대해 검토하도록 한다.

2. 국제인권법상 외국인의 사회권

사회권규약에서 보장하고 있는 사회적, 경제적 및 문화적 권리에는 노동의 권리(제6조), 공정한 노동조건에 대한 권리(제7조), 노동조합 결성 및 파업에 대한 권리(제8조), 사회보장에 대한 권리(제9조), 임산부·어린이 및 연소자의 보호(제10조), 식량·의복·주택 등 적합한 생활수준을 누릴 권리(제11조), 건강권(제12조), 교육권(제13-14조), 문화와 과학 관련 권리(제15조)가 포함된다. 규약 제2조 제2항 차별금지 원칙에 따라, 규약의 당사국은 국적에 관계없이 관할권 내에 있는 모든 사람들이 규약상의 권리를 향유할 수 있도록 보장해야 할 의무가 있고, 사회권규약의 이행을 감독하는 유엔 사회권위원회(Committee

on Economic, Social and Cultural Rights)는 해석지침의 역할을 하는 일반논평(General Comment)²²⁾에서 이러한 점을 아래와 같이 명백히 하였다.

국적이라는 사유가 규약상 권리에 접근하는 것을 가로막아서는 안 된다. 예를 들어, 미등록 지위의 아동을 포함해, 어느 국가 내에 있는 모든 아동들은 교육을 받고, 충분히 먹을 수 있고, 감당할 수 있는 경제적 비용으로 보건의료를 이용할 수 있는 권리가 있다. 규약상의 권리는 법적 지위와 등록서류에 관계없이 난민, 난민신청인, 무국적자, 이주노동자, 국제인신매매 피해자 등 비국민을 포함한 모두에게 적용된다(CESCR, 2009: para.30).

유엔 자유권위원회에서 해석하였듯이, 외국인의 입국 허가가 국가의 주권적 사항이므로, 입국 허가에 종속적인 요소인 일자리 접근과 관련된 노동의 권리는 외국인에게 동등하게 보장되지 않을 수 있다. 하지만 고용관계가 형성되고 나면, 체류자격과 관계없이 노동조건에 대한 권리, 단결권 및 단체행동권 등 노동자로서의 모든 권리를 동등하게 누릴 수 있어야 한다. 이와 관련해, ‘모든 형태의 인종차별 철폐에 관한 국제협약’의 이행을 감독하는 유엔 인종차별철폐위원회는 비시민에게 노동을 허가하고 일자리를 제공할지 여부가 국가의 재량임을 인식하면서, 다른 한편 “고용관계가 개시되면 종료될 때까지 모든 개인은

22) 사회권위원회를 포함해, 유엔인권조약기구들은 인권조약의 해석 및 이행을 돕기 위해, 개별 조항 또는 조약과 관련된 특별주제에 대해 일반논평(General Comments) 또는 일반권고(General Recommendations)라는 형태의 문서를 채택하고 있다. 일반논평 또는 일반권고는 그 자체로 법적 구속력을 갖지 않지만, 당사국들, 유엔기구, 전문가들에 의해 권위 있는 해석지침으로 받아들여지고 있다.

집회 결사의 자유를 포함한 노동 및 고용 관련 권리를 향유할 자격이 있다”는 점을 분명히 하였다(CERD, 2004: para.35). 이러한 해석지침은 미주인권법원의 미등록이주노동자의 법적 지위와 권리에 대한 자문의견(IACHR, 2003)으로부터 영향을 받은 것이다. 미주인권법원은 비차별과 평등권은 국제법상 강행규범(*jus cogens*)으로서 체류상의 법적 지위와 관계없이 관할권 내 모든 사람에게 적용되어야 하며, 미등록이주노동자도 일단 고용관계를 맺은 이상 노동자로서 누려야 할 권리는 모두 평등하게 누릴 수 있도록 보장되어야 한다고 밝혔고, 이러한 견해는 이주민 및 난민의 권리, 비차별에 대한 법리 발전에 큰 영향을 미쳤다.

사회권규약은 규약에 담긴 권리를 완전히 실현하는 데 있어서 시간과 재정이 요구됨을 감안하여, “입법조치 및 기타 모든 적절한 방법에 의하여 권리의 완전한 실현을 점진적으로 달성하기 위하여 자국의 가용자원이 허용하는 최대한도까지 조치를 취할 것”을 당사국의 일반적 의무로 하였다.(제2조 제1항) 자국 관할권 내에 있는 외국인이 사회보장에 대한 권리, 의식주를 포함하는 적절한 생활수준에 대한 권리, 건강에 대한 권리를 향유할 수 있도록 보장하기 위한 조치도 권리의 성격에 따라, 자국의 가용자원을 고려해 단계적으로 실현해 나가는 것이 허용된다. 하지만 이러한 조치가 외국인에 대해 차등적인 경우, 차등적 조치가 모두 차별인 것은 아니지만, 비례성 원칙에 부합함을 정당화할 수 있어야 한다. 사회권위원회는 난민과 이주민 관련 사회권규약 하 당사국의 의무에 관해 설명하면서, 국적이나 법적지위를 근거로 한 차등 대우가 있을 경우, 비례성 원칙에 부합해야 하며 그렇지 않은 경우에는 규약 제2조 제2항이 금지하는 불법적 차별을 구성한다고 명시적으로 밝히고 있다(CESCR, 2017: para.5). 인종차별철폐위원회 역시 “시민권 또는 체류 지위에 기초한 차등대우의 경우, 그러한 차등적 범주가 협약의 목적과 취지에 비추어 볼 때, 정당한 목적에 따라 적

용되지 않았고, 그러한 목적 달성에 비례하지 않는다면, 차별을 구성” 한다고 차별에 관한 심사기준을 제시했다(CERD, 2004: para.4). 외국인인의 평등권 심사에 있어, 한국의 헌재가 기존 판례들에서 자의금지원칙을 적용해 합리적 목적의 유무를 검토하는 것에 그쳤던 것과는 달리, 유엔인권기구들은 더 엄격한 접근을 권고하고 있는 것이다. 즉, 기본권 보장 수준이 국적이나 법적지위에 근거해 차등화하는 것을 금지되는 것은 아니지만, 이러한 차등적 접근에 대한 평등권 심사에는 비례성 원칙이라는 기준을 엄격히 적용해야 한다.

한편, 사회권규약 제4조는 “이 규약의 당사국은 국가가 이 규약에 따라 부여하는 권리를 향유함에 있어서, 그러한 권리의 본질과 양립할 수 있는 한도 내에서, 또한 오직 민주사회에서의 공공복리증진의 목적으로 반드시 법률에 의하여 정하여지는 제한에 의해서만, 그러한 권리를 제한할 수 있음을 인정한다”고 규정하여 우리 헌법 제37조 제2항과 같이 인권의 제한에 관한 일반적 법률유보조항을 두고 있다.

이와 관련해, 사회권위원회는 규약상 각 권리들은 ‘권리의 본질’을 훼손하지 않기 위한 최소핵심 의무를 수반한다고 해석하고 있다(CESCR, 1990: para.10). 최소핵심 의무는 규약 상 권리들의 최소한의 본질적 내용을 존중, 실현하기 위한 의무를 말하는데, 굶주림으로부터의 자유, 기본적 식수, 필수 의약품, 적정 수준에 부합하는 교육에 대한 권리를 보장할 의무 등이 그러한 예이다(CESCR, 2017: para.9). 즉, 사회권위원회의 일반논평 제3호(CESCR, 1990)에 따르면, 국가는 규약상 권리에 대해 제한을 둘 수 있지만 그러한 제한은 제4조에 부합해야 하며, 각 권리의 최저선은 ‘권리의 본질’에 해당하기 때문에, 국가는 자국 관할권 내에 있는 모든 사람들에게 어떠한 상황에서도 그러한 권리의 최저선을 보장해야 한다는 것이다. 따라서 외국인도 국적이나 법적 지위에 관계없이 기본적인 생계, 의·식·주·물, 일차 의료·응급의료 및 필수 의약품의 이용, 고용관계에 있는 경우 최저근로

조건 등 인간 존엄성에 부합하는 최저생활을 영위할 권리가 보장되어야 하며, 모든 아동들은 부모의 체류자격에 관계없이 교육을 받을 권리가 보장되어야 한다. 인간다운 최저생활의 유지가 위태로운 경우, 사회부조에 대한 접근 역시 권리의 본질에 해당한다. 사회권위원회는 외국인 중 특히 난민, 무국적자, 난민신청인 등 취약한 위치에 있는 사람들의 경우, 보건의료, 가족에 대한 지원을 포함하는 비기여 사회보장에 평등하게 접근할 수 있어야 한다는 점을 강조하였다(CESCR, 2008: para.38). 인간 존엄성의 유지에 미치는 중요성 때문에 이러한 권리들은 국가재정, 국민경제 보호 등을 이유로 인한 제한이 정당화될 수 없다(CESCR, 2017: para.10).

아동들이 차별 없이 교육을 받을 권리도 일련의 유엔인권문서들에서 수차례 강조되고 있다. 교육이 개개인의 인격 발달과 사회참여에 핵심적이기 때문이다. 사회권위원회는 “비차별 원칙은 당사국 영토내 거주하는, 비국민을 포함해 그들의 법적지위와 관계없이, 모든 취학연령의 사람들에게 미친다”(CESCR, 1999: para.34)고 교육권의 비차별 원칙을 재확인하였고, 인종차별철폐위원회도 “비시민들이 경제적, 사회적 및 문화적 권리를 향유하는 것을 어렵게 하는 장벽들을 제거해야” 함을 강조하면서, 특히 교육영역을 예로 들었다(CERD, 2004: para.29).

이러한 국제인권법상의 원칙과 기준은 국가의 대표들과 인권전문가들로 구성된 유엔인권기구 내 논의뿐 아니라, 지역인권법원 및 여러 국가의 헌법재판소의 관련 법리들과 상호 영향을 주고받는 과정을 통해 발전되어 왔다. 남아프리카공화국 헌법재판소의 사회권 관련 결정들은 다양한 측면의 논의를 촉발하면서 국제인권법상 사회권 관련 이론의 발전에 큰 기여를 해 왔고, 독일 연방헌법재판소의 ‘인간존엄성의 보호’에 기초한 사회권 관련 결정들은 사회권 보장을 위한 국가의 ‘최소핵심 의무’에 대한 유엔사회권위원회의 해석지침과 맥을 함께 한

다는 점에서 주목할 필요가 있다. 아래에서는 보편적 인권으로서 외국인의 사회적 기본권의 문제를 접근하는 데 있어 중요하게 참고가 될 수 있는 사례로서 남아프리카공화국 헌법재판소와 독일 연방헌법재판소의 관련 결정을 살펴보도록 한다.

3. 남아프리카공화국과 독일 헌법재판소의 접근

인간다운 최저생활의 보장과 관련된 사회부조가 앞으로 검토하는 두 결정례에서 공통적으로 쟁점이 되는 사안이다. 하지만 남아프리카공화국 헌법재판소의 *Khosa v Minister for Social Development* 에서는 사회부조에 대한 권리에서 비시민(이 사건에서는 영주권자)을 배제하는 것의 위헌성, 독일 연방헌법재판소의 1BvL 10/10, 1 BvL 2/1 에서는 국내 거주 중인 외국인에 대한 사회부조의 보장 수준이 현저히 낮은 것의 위헌성이 심사 대상이 되었다.

(1) 남아프리카공화국 헌법재판소의 *Khosa v Minister for Social Development* 결정

남아프리카공화국 헌법재판소(이하 남아공 헌재)는 2004년 3월 4일 선고된 *Khosa v Minister for Social Development*(이하 *Khosa v. Minister*)에서 노인급여, 장애급여, 아동급여 등 사회부조를 받을 자격을 남아공 시민으로 한정하는 사회부조법의 관련 조항이 헌법에 합치하는지를 심사하였다(SACC, 2004). 청구인들은 1980년에 남아공에 이주해 온 모잠비크 출신의 남아공 영주권자들(permanent residents)로서, 사회부조법이 수급자격 요건을 시민으로 한정하는 것은 “누구나 자신과 자신의 피부양자를 부양할 수 없는 경우 사회부조에 접근할 권리”(헌법 제27조 제1항 c호), “이러한 권리 실현을 위해 국가가 가용자원의 범위 내에서 적절한 조치를 취할 의무”(헌법 제27조 제2항),

“국가에 의해 부당하게 차별받지 않을 권리”(제9조 제3항)를 침해한 것이라고 주장하였다.²³⁾ 청구인들은 시민에게만 수급자격을 부여하는 법조항 때문에 일련의 사회부조를 받을 수 있는 빈곤 상태에 처하고도 그 대상에서 배제되어 있었다.

남아공 헌재는 사회부조법이 영주권자를 배제한 것의 합리성 여부를 심사하였다. 남아공 헌재는 합리성 심사에서 “사회보장이 추구하는 목적, 영주권자 배제의 영향, 사회보장의 목적에 견준 시민권자 요건의 타당성”을 주 검토대상으로 하면서, 평등권과 같이 관련 있는 다른 권리에 미치는 영향도 함께 고려해야 한다고 보았다(SACC, 2004: para.49). 남아공 헌재는 자신과 피부양자를 부양할 수 없는 사람들의 사회부조에 대한 권리는 “모든 사람들이 기본적인 생활필수품들을 확보할 수 있도록 보장하기 위한 것”으로서, “인간의 존엄, 자유, 평등”의 가치를 기본 토대로 하는 사회의 헌법적 약속이라고 보았다(Ibid., para. 52). 정부는 영주권 획득 이후 5년이 지나면 시민권을 신청할 수 있기 때문에, 사회부조에 대한 권리의 제한은 오직 일시적이며, 정부는 시민에게 우선적인 의무가 있다고 주장하였다. 하지만 남아공 헌재는 사회보장의 권리가 시민에게 한정되어야 한다는 주장은 남아공 헌법이나 이민법의 취지에 맞지 않다고 배척하였다(Ibid., paras. 55-57).

23) The Constitution of the Republic of South Africa (1996) 남아공 헌법 제9조 제3항은 “국가는 인종, 성별, 임신, 혼인 여부, 민족적 또는 사회적 출신, 피부색, 성적 성향, 연령, 장애, 종교, 양심, 신념, 문화, 언어 및 출생을 포함한 하나 이상의 사유를 근거로 하여 누군가를 직접 혹은 간접적으로 부당하게 차별해서는 안 된다”라고 국가에 의한 부당한 차별금지를 규정한다. 제27조(1)(c)는 모든 사람은 자신과 피부양자를 부양할 수 없는 경우, 적절한 사회부조를 포함한 사회보장에 접근할 권리를 보장하며, 제27조(2)는 “국가는 가용 자원의 범위 내에서 이러한 권리들을 점진적으로 실현하기 위해 적절한 입법 조치 및 기타 조치를 취해야” 함을 규정한다.

다음 쟁점은 재정적 고려가 시민에게만 사회부조를 제공하는 합리적 사유가 되는지에 대한 것이었다. 정부는 영주권자들에게 사회부조를 확장할 경우 국가에 과도한 재정적 부담이 될 것이라고 주장하였다. 남아공 헌재는 그러한 주장이 정당한 우려라고 보면서도, 추가로 요구되는 재정 부담을 추산해 볼 때, 사회급여에 드는 예산 증가분이 크지 않을 것이라고 보았다. 게다가 정부는 사회부조의 대상 범위를 확장할 때의 비용이 과도한 재정 부담을 야기한다는 주장을 구체적으로 입증하지 못하였다(Ibid., paras. 58-62). 정부는 사회부조에서 영주권자를 배제하는 또 다른 사유로 외국 국적 사람들의 자활을 장려하는 이민정책 상의 목적을 들기도 하였다. 남아공 헌재는 사회복지 비용에 대한 우려는 정부로서 정당한 것이지만, 이미 이주민들이 이곳에서 삶을 꾸리도록 허용하였다면 이후에 “국가에 ‘부담’이 된다고 하더라도, 이들을 사회부조에서 배제하는 것을 정당화할 수 없다”는 입장을 취했다(Ibid., paras.63-65). 남아공 헌재의 시각에서는, “그것은 (사람들을) 배려하는 사회를 만들고 이곳에 정주하는 모두에게 사회경제적 권리를 보장하기로 한 헌법적 약속을 위해 지불해야 할 비용”이었다(Ibid., para.65).

남아공 헌재는 평등권의 관점에서 이 문제가 부당한 차별에 해당하는지를 검토하면서, 특히 이러한 배제가 영주권자에 미치는 영향을 중요하게 보았다. 시민권(국적)은 헌법 제9조 제3항에 열거된 차별금지 사유는 아니지만, 분명히 비시민들은 사회 내 취약집단에 속한다고 보면서 헌법적 보호의 가치를 인정하였다(Ibid., para.74). 남아공 헌재는 영주권자들도 시민들처럼 세금을 통해 복지제도에 기여하고 있는데, 법률에 의해 사회부조에서 이들을 배제하는 것은 “영주권자들이 시민에 비해 어떤 면에서인가 열등하고 사회부조를 받을 가치가 덜하다”는 것을 암시하게 됨으로써 “강한 낙인 효과”를 야기한다고 판단하였다(Ibid.). 이러한 배제는 해당 영주권자들의 가족, 친구, 공동체에도

지나친 부담을 줄 뿐 아니라, 도움을 간청해야만 하는 해당 영주권자들의 존엄에 심각한 영향을 줄 가능성이 높다고 그 영향을 평가했다(SACC, 2004: para.76). 결론적으로, 영주권자를 사회부조로부터 배제하는 것은 헌법 제27조 제1항의 사회보장에 대한 권리를 부인함으로써 제9조 제3항이 금하는 부당한 차별에 해당하며, 영주권자들의 삶과 존엄에 미치는 영향이 정부가 주장하는 재정적, 이민정책적 고려를 훨씬 능가한다는 점에서 합리적인 입법조치라고 볼 수 없다고 판시하였다(Ibid., paras. 77, 82).

남아공 헌재의 *Khosa v Minister of Social Development* 결정은 사회보장을 누릴 권리가 시민권자의 배타적 권리가 아닌, ‘인간의 존엄, 자유, 평등’이라는 보편적 가치에 대한 헌법적 약속임을 분명히 하였다는 점에서 중요한 의미를 갖는다. 기본권 제한의 사유로 주장된 재정부담의 문제와 관련해, 그러한 사유의 정당성 여부를 자료에 기반해 구체적으로 검증하였고, 재정 부담이 자동적으로 기본권으로부터의 배제를 정당화하는 것을 거부하였다. 그리고 비례성 심사를 통해, 사회부조에서의 배제가 구체적으로 사람들의 삶과 인간으로서의 존엄에 미치는 영향을 중요하게 검토하였다. 남아공 헌재는 ‘합리성’ 심사를 채택해 국가의 재량을 폭넓게 인정하는 외양을 띠고 있지만, 인간 존엄에 미치는 영향을 국가 행위의 합리성을 심사하는 중요한 요소로 두었다는 점에서, 최소한 이 결정에서는 사실상 인간의 존엄 보장이 국가의 ‘최소핵심 의무’를 구성한다는 해석론을 가능하게 한다. 반면, 남아공 헌재의 결정은 한계점도 드러냈다. 남아공 헌재는 사회부조가 확장되어야 할 대상을 외국인 중에서도 영주권자들에 한정해서 논증하고 있어, 단기거주자나 미등록이주민과 같이 더 열악한 범주의 외국인들을 소외시키는 효과를 갖는다는 점은 한계로 지적된다(Liebenberg, 2010: 161; Williams, 2005: 467-471).²⁴⁾

24) 헌법재판소는 이 결정에서 영주권자들은 수년을 남아공에서 살았고, 이

(2) 독일 연방헌법재판소의 1BvL 10/10, 1 BvL 2/11 (난민신청인 등 임시체류자를 위한 공공부조 급여 수준의 위헌성)

독일 연방헌법재판소(이하 독일 연방헌재)는 2012년 7월 18일에 선고된 1BvL 10/10, 1 BvL 2/11(병합) 결정에서 난민신청인 등 임시체류자들을 위한 공공부조 급여 수준이 독일인이나 독일인과 유사하다고 정의되는 외국인들에 대한 급여에 비해 현저히 낮은 것이 독일 기본법에 합치하는지를 심사하였다(BVerfG, 2012).²⁵⁾ 심사대상이 된 난민신청인부조법은 일반적인 사회부조법과 별도로 난민신청인과 그 외국인의 기본적인 생계를 보장하기 위한 특별법의 형태로 1993년 제정되었는데, 난민신청인부조법에 의해 제공되는 급여 수준은 독일인 및 독일인과 유사한 지위에 있다고 여겨지는 외국인에게 적용되는 일반적인 사회부조법에 비해 현저히 낮다(Ibid., paras. 2-3).²⁶⁾ 난민신청

곳에 가족이 있고, 세금을 내며 이 사회의 복지에 기여해 왔다면 영주권자들의 시민과의 유사성을 강조하는 반면, 임시적 또는 미등록 외국인 거주자들에게 대해서는 ‘이 나라와 단지 미미하게 연결되어 있다’고 하여 영주권자 아닌 다른 외국인들을 배제하는 방식으로 논리를 전개하였다. SACC, 2004, *Khosa v Minister of Social Development*, paras. 59, 71, 74.

25) 이 사건의 청구인은 2003년 독일로 입국하여 난민신청을 했으나 거부당하고, 외국인체류법에 따라 체류가 용인되어 사회시설에 거주하고 있는 쿠르드계 이라크인이다. 청구인은 난민신청인의 공공부조에 관한 법률(이하 난민신청인부조법) 제3조 하에서 지급받는 급여의 증액을 청구하였으나, 지방사회법원이 이를 배척하자 주(州) 사회법원에 항소하였다. 주(州) 사회법원은 절차를 중지하고 연방헌법재판소에, 급여 수준을 결정하는 난민신청인부조법의 관련 조항들이 기본법에 합치하는지 심판을 제청하였다.

26) 수차례의 개정을 거쳐, 오늘날 난민신청인부조법의 적용범위는 난민신청인뿐 아니라, 영주권을 제외한 다양한 체류자격을 가진 모든 외국인들에게로 확대되었다. 난민신청인부조법 적용대상에 해당되는 체류자격의 외국인들은 체류 첫 해에는 고용관계 진입이 금지되고, 이듬해부터는 독일인 및 독일인과 유사한 지위의 외국인의 후순위로 일자리를 얻을 수 있다. 따라서 이들

인부조법에 따른 급여 산정 기준은 수급자의 물리적 생존에 초점을 두어 그 범위가 협소하고,²⁷⁾ 법률에 따라 실질적 생활비의 상승에 비례하는 급여액 조정이 가능함에도 불구하고, 1993년 이후 급여액은 달라지지 않았다(Ibid., paras. 23-26). 이에 따라, 일반 사회부조법에 따른 급여액과 비교해 볼 때, 난민신청인부조법에 따른 급여액은 일반적인 사회부조급여액의 27%(6세 이하 연령), 25%(7-14세 연령), 54%(15-17세 연령), 32%(18세 이상 연령) 수준밖에 되지 않고, 급여자 수도 도입 당시에 비해 1/4 수준으로 줄었으며, 그 결과 관련 지출액도 현격히 감소하였다(Ibid., paras. 30-33).

독일 연방헌재는 ‘인간의 존엄성은 훼손할 수 없다. 인간의 존엄성을 존중하고 보호하는 것은 모든 국가권력의 책무’라고 규정하는 기본법 제1조 제1항, 사회복지국가원리를 규정하는 제20조 제1항에 근거해, 인간의 존엄에 합당한 최소한의 생존 보장을 청구할 기본적인 권리를 인정하고 있다(Ibid., para.62). 독일 연방헌재는 이 권리가 제1조 제1항에 근거한 인권이기 때문에 독일인과 독일에 거주하는 외국인 모두 이 권리의 주체임을 확인하였다(Ibid., para.63). 독일 연방헌재에 따르면, 인간은 필수적으로 사회적 환경에서 존재하기 때문에, 인간 존엄에 합당한 최소한의 생존보장에 대한 권리는 음식, 의복, 가재도구, 주거, 난방, 보건, 위생 등 인간의 신체적 생존의 보장과 인간관계를 유지하고 사회·문화·정치생활에 최소한 참여할 수 있는 가능성에 대한 보장을 그 범위에 모두 포괄하여야 되는 것이다(Ibid., para.64).

의 경우, 보유 자산이 없다면 공공부조에 의존할 수밖에 없다.

27) 난민신청인부조법 제3조는 기초생활보장급여의 급여액을 산정하는데 음식, 주거, 난방, 의복, 보건의료, 가재도구, 일상생활용품에 대한 기본적인 욕구를 고려하며, 연령에 따라 급여액을 달리 정하고 있다, 난민신청인부조법에 따라 제공되는 급여는 제3조 기초생활보장급여, 제4조 질병, 임신, 출산에 관한 급여, 제6조 특별한 욕구를 고려한 기타 급여로 나뉘어져 있다.

독일 연방헌재는 입법재량을 인정하면서, 난민신청인부조법에 따른 급여액이 인간다운 생존을 보장하기에 현저히 불충분한지, 그리고 신뢰할 수 있는 자료와 합리적인 산정방법을 통해 급여액을 방법론적으로 정당화할 수 있는지를 심사기준으로 삼았다. 인간다운 최저 생존을 보장하기 위한 급여액을 산정하기 위해 입법자는 실제 생활조건을 분석하고, 필수적인 욕구의 내용을 평가해야 하는데, 독일 연방헌재는 이에 대한 입법재량을 인정하면서도(Ibid. paras.66-67), 그러한 입법재량에 일정한 한계를 지우는 원칙을 제시하였다. 첫째, 급여수준을 결정함에 있어 수급대상자의 출신국의 생활조건이 아닌 현재 거주 중인 독일 상황을 고려해야 한다는 점, 둘째, 난민신청인에 대한 최저기준을 규정하는 유럽연합의 법규와 독일이 비준한 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약의 사회보장에 대한 권리(제9조), 문화적 생활에 참여할 권리(제15조 제1항), 아동권리협약상 아동 최우선의 이익 보장 의무(제3조), 난민신청인 지위 아동의 권리(제22조 제1항), 아동의 교육권(제28조)에 따른 독일 정부의 국제적 의무에 부합해야 한다는 점, 셋째, ③방법론적으로, 투명한 절차를 통해, 실질적 필요에 기초해, 합리적으로 급여액이 산정되어, 인간존엄에 합당한 생존을 실질적으로 보장해야 한다는 기본법상의 의무를 충족하는지를 구체적으로 입증할 수 있어야 한다는 점이 그 원칙이다(Ibid., paras. 67-70). 특히, 급여액 산정의 방법론과 관련해, 체류자격을 기준으로 일괄적인 차등을 두어서는 안 된다는 점을 명확히 하였다. 한 집단의 생존에 필수적인 수요가 다른 집단의 수요자와 명백히 다르다는 점이 내용상 투명한 절차에서 일관되게 증명되는 경우에 한하여 차등적 급여액이 용인될 수 있다고 밝혔다(Ibid., paras. 73-76).

결론적으로 독일 연방헌재는 난민신청인부조법 제3조에 따른 급여는 인간존엄에 합당한 최저생존을 보장하기에 명백히 불충분하며, 방법론적으로도 급여액이 현재의 최저생존을 보장하기 위한 수요를 고

려하여 현실적이고 합리적으로 계측되었다고 볼 수 없다고 판시하였다(Ibid., para. 80). 주요한 이유로는 첫째, 1993년 도입 이후 독일 물가가 30% 증가하는 동안 급여액은 전혀 조정되지 않았고, 일반사회부조와 비교했을 때, 현저히 급여액이 낮다는 점, 둘째, 실제 수요를 현실적으로 계측, 산정하는 합리적 절차 및 평가절차가 부재하였고, 단기체류자임을 가정해 급여액을 낮게 책정하였으나 그것을 정당화할 실제 수요에 기반한 근거가 없고, 본 조항의 적용 범위에 있는 사람 중 상당수는 6년 이상의 장기체류 중이나 이러한 점들이 실제 고려되지 않았고, 단기체류라 하더라도 신체적 생존 보장에 국한하여 교육 및 사회문화생활에의 참여를 고려하지 않는 것은 정당화될 수 없다는 점을 제시하였다(Ibid., paras. 81-94). 독일로의 이주에 대한 유인을 제공하지 않기 위해 이주정책적 목적에 따라 난민신청인과 난민에 대한 공공부조 수준을 낮게 유지해야 한다는 주장과 관련해, 독일 연방헌재는 “이주정책적 고려가 기본법 제1조 제1항이 보장하는 인간존엄의 의미를 바꾸지는 않”으며 “사회보장 급여 수준을 물리적 및 사회문화적 최저생존 이하로 낮추는 것을 정당화할 수 없다”고 강조하였다(Ibid., para. 95).

독일 연방헌재는 이 결정에서 ‘인간 존엄에 합당한 최저생활 보장에 대한 권리’의 실현에 있어 입법 재량을 인정하면서도, 입법재량을 통한 결과가 기본법상 권리의 취지를 훼손하지 않는지를 심사과정에서 면밀히 검토함으로써 ‘인간 존엄’의 가치에 실질적 의미를 부여하였다. ‘인간 존엄에 합당한 최저생활’의 기준은 구체적 현실에 부합하여 정하도록 하였고, 신체적 생존뿐 아니라 교육 및 사회문화적 생활에의 기본적인 참여를 필수적으로 고려하도록 하여 사회 속에 살아가는 개개인들에게 존엄한 삶의 의미가 무엇인지를 구체화하도록 하는 원칙을 제시하였다. 독일 연방헌재는 기본법상 권리 실현에서 독일 정부의 국제인권법상의 의무를 상기시킴으로써, 헌법을 통해 보편적 인

권규범의 국내적 이행을 촉진, 매개하는 헌법재판소의 중요한 역할 모델을 보여주었다.

V. 결론

헌법재판소가 사회적 기본권을 배타적인 국민의 권리로 해석하던 초기 입장에서 벗어나, 생존의 기초가 되는 권리로서 외국인에게도 그 기본권 주체성을 인정하는 태도를 보이기 시작했다는 점은 긍정적이다. 하지만 여전히 내국인과 외국인의 기본권 보장 수준 혹은 기본권 제한의 정도에 있어 차등적 접근을 ‘정상화’하는 현재의 태도는 평등권의 의미에 대한 근본적인 질문을 제기한다. 현재는 국가 재정 지출을 수반하는 사회적 기본권과 관련한 국가의 행위에 대해 입법형성의 자유를 이유로 헌법심사에 있어 매우 소극적인 접근을 취해 왔다.(이주영, 2016: 147-152) 한국사회의 일원으로 살아가는 외국인들의 사회적 기본권을 인정하고 실현해 나가는 데 있어, 현재는 사회권에 대한 기존의 소극적 태도와 지구화 시대에 동떨어진 국적 중심의 사고를 넘어서야 할 이중의 과제를 안고 있다. 즉, 사회구성원들의 점증하는 인종적, 민족적 다양성을 인식하면서, 헌법 해석이 보편적 인권의 가치에 터 잡도록 하는 것, 더불어 인간다운 삶과 실질적 자유의 토대로서의 사회적 기본권이 규범력을 갖도록 헌법심사를 실질화하는 것이 그러한 과제이다.

물론 외국인의 사회권 보장에 있어 관련 법률과 정책을 형성해 나갈 입법부와 행정부의 역할도 중요하다. 하지만 사회적 소수자들이 정치 과정에서 부딪치게 되는 과소대표의 문제에 더하여, 외국인들은 그러한 정치과정에서의 참여 자체가 박탈되어 있다는 근본적인 한계 속에 놓여 있고, 이러한 상황에서 입법부나 행정부가 외국인의 사회권 보장에 있어 보편적 인권의 가치에 충실한 태도를 취하기를 기대하기란

쉽지 않다. 단적인 예로, 2018년 3월 청와대가 발표한 개헌안은 전반적으로 기본권의 보장을 강화하는 등 진전된 내용을 많이 담고 있으나, “국가를 떠나 보편적으로 보장되어야 하는 천부인권적 성격의 기본권에 대해서는 그 주체를 ‘국민’에서 ‘사람’으로 확대”하되, “사회권적 성격이 강한 권리에 대해서는 그 주체를 여전히 ‘국민’으로 한정”함으로써, 사회권에 대한 외국인의 기본권 주체성 문제를 원점으로 되돌려 놓았다. 헌법재판소의 헌법 심사 과정을 통해 외국인의 사회권 보장에 대한 민주적 대화와 숙의를 촉진해야 할 필요성이 재조명될 수밖에 없는 것이다. 국제인권법은 출입국 허용에 관한 주권적 사항을 제외하고는 각국이 국가의 관할권 내 모든 사람들에게 국적에 관계없이 사회권을 포함한 인권을 보장해야 함을 기본 원칙으로 하고 있다. 헌법상 기본권에 대한 논의는 지구화 시대에 인간의 존엄, 자유, 평등이라는 헌법적 가치를 이 공동체에서 어떻게 잘 구현할 수 있을 것인가라는 질문으로부터 다시 시작되어야 하며, 이 사회에 공존하는 외국인의 사회권도 그러한 보편적 가치에 입각해 사고되어야 한다. .

이 글은 외국인의 사회권 보장과 관련해, 한국 헌법재판소의 판례들을 비판적으로 분석하면서, 국제인권법과 남아공과 독일의 관련 헌법판례로부터 시사점을 찾고자 하였다. 국제인권규범과 남아공 및 독일의 판례는 공통적으로 인간의 존엄이라는 가치를 인권 보장의 최소 기준으로 삼고 있다. 그리고 거기에서 외국인을 배제하지 않는다. 우리 헌법의 기본 이념인 ‘인간의 존엄과 가치’가 사회권의 헌법심사 기준, 외국인의 헌법상 기본권 보장 기준을 발전시키는 데 어떠한 역할을 해야 하는지는 앞으로의 중요한 연구과제이다.

(논문접수일: 2018. 5. 13, 논문심사일: 2018. 6. 16, 게재확정일: 2018. 6. 25)

참고문헌

<단행본 및 논문>

- 권영성. 2009. 『헌법학 원론』. 서울: 법문사.
- 김철수. 2013. 『헌법학신론(제21전정신판)』. 서울: 박영사.
- 김지영. 2015. 『외국인의 평등권-우리나라와 미국의 논의를 중심으로: 헌법이론과 실무』. 헌법재판소 헌법재판연구원.
- 김지혜. 2016. “이주민의 기본권-불평등과 ‘윤리적 영토권’-.” 『헌법학연구』 22(3): 223-251.
- 김학성. 2009. 『기본권의 주체: 헌법재판연구 제20권』. 헌법재판소.
- 법무부. 2017. 『2016년 출입국·외국인정책 통계연보』.
- 이종혁. 2014. “외국인의 법적 지위에 관한 헌법조항의 연원과 의의: 제헌국회의 논의와 비교헌법적 검토를 중심으로.” 『서울대학교 법학』 55(1): 521-571.
- 이주영. 2016. “사회권 규약의 발전과 국내적 함의.” 『국제법학회논총』 61(2): 125-157.
- 전광석. 2010. “다문화사회와 사회적 기본권-헌법적 접근을 위한 시론-.” 『헌법학연구』 16(2): 105-146.
- 전상현. 2014. “외국인의 기본권-헌법재판소 결정례에 대한 비판적 검토를 중심으로.” 『강원법학』 43: 579-611.
- 정인섭. 2013. 『신 국제법강의』. 서울: 박영사.
- 최유. 2008. “외국인의 사회권 주체성에 관한 작은 연구.” 『사회과학연구』 19: 115-138.
- 황필규. 2017. “이주민 기본권의 재구성.” 이철우·황필규·최계영 외 『공익법총서 3: 이주민법연구』. 서울: 경인문화사.

<판례>

- 헌법재판소. 1989.11.20. 89헌가102 (변호사법 제10조 제2항에 관한 위헌심판).
- 헌법재판소. 1994.12.29. 93헌마120 (불기소처분취소)

- 헌법재판소. 2001.11.29. 99헌마494 (재외동포의출입국과법적지위에관한법률 제2조 제2호 위헌확인).
- 헌법재판소. 2002.4.25. 2001헌마614 (경비업법 제7조 제8항 등 위헌확인).
- 헌법재판소. 2009.9.24. 2006헌마1264 (외국인 근로자의 고용 등에 관한 법률 제7조 등 위헌확인).
- 헌법재판소. 2007.8.30. 2004헌마670 (산업기술연수생도입기준완화결정등위헌 확인).
- 헌법재판소. 2011.9.29. 2007헌마1083, 2009헌마230·352(병합) (외국인근로자의 고용 등에 관한 법률 제25조 제4항 등 위헌확인 등).
- 헌법재판소. 2011.9.29. 2009헌마351 (외국인 근로자의 고용 등에 관한 법률 제25조 제3항 위헌확인).
- 헌법재판소. 2016.3.31. 2014헌마367 (외국인근로자의 고용 등에 관한 법률 제13조 제3항 등 위헌확인).

<법령 및 국제조약>

- 대한민국 헌법. 1988. [헌법 제10호, 1987.10.29., 전부개정]
- 독일연방공화국 기본법. 1949 (2014년 12월 23일자 법률[BGBI. I S. 2438] 제1조에 의하여 최종 변경). [국문 번역본: 헌법재판연구소 헌법재판연구원]
- 세계인권선언. 1948. 유엔총회 결의 217A (III), UN Doc A/810.
- 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약 (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), 채택일 1966. 12. 16, 발효일 1976. 1. 3, [대한민국 발효일 1990.7.10., 다자조약 제1006호, 1990.6.13.]
- 모든 형태의 인종차별 철폐에 관한 국제협약 (International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination), 채택일 1966. 3. 7, 발효일 1969. 1. 4, [대한민국 발효일 1979. 1. 4. 다자조약 제667호]
- 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약, (International Covenant on Civil and Political Rights), 채택일 1966. 12. 16, 발효일 1976. 3. 23, [대

한민국 발효일 1990.7.10. 다자조약 제1007호, 1990.6.13.]

<언론기사>

“[전문] 헌법 전문·기본권·국민주권 강화 관련 헌법개정안 발표” 2018.3.20.
한겨레신문. <http://www.hani.co.kr/arti/politics/polibar/836867.html> (최
종접속일: 2018년 4월 30일).

<논문 및 단행본>

Dankwa, E. V. O. 1987. “Working Paper on Article 2(3) of the
International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights.”
Human Rights Quarterly 9(2): 230-249.

Liebenberg, Sandra. 2010. *Socio-Economic Rights: Adjudicating Under a
Transformative Constitution*, Juta.

Weissbrodt, David. 2008. *The Human Rights of Non-citizens*. Oxford
University Press.

Williams, Lucy A. 2005. “Issues and Challenges in Addressing Poverty
and legal Rights: A Comparative United States/South African
Analysis.” *South African Journal on Human Rights*. 21(3) 436-472.

<판례>

BVerfG. 2012. Judgment of the First Senate of 18 July 2012 - 1 BvL
10/10. paras. (1-113). [영문 번역본: 독일 연방헌법재판소 제공]
http://www.bverfg.de/e/ls20120718_1bvl001010en.html (최종접속일:
2018.4.30.)

IACHR (Inter-American Court of Human Rights). 2003. Advisory Opinion
OC-18/03, requested by the United Mexican States, Juridical
Condition and Rights of Undocumented Migrants. available at
http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_ing.pdf (최종접속
일: 2018년 4월 30일).

SACC (South African Constitutional Court). 2004. *Khosa v Minister for*

Social Development ('Khosa v Minister') ZACC 11.

<법령>

The Constitution of the Republic of South Africa (1996).

<유엔인권기구 문헌>

CESCR(Committee on Economic, Social and Cultural Rights). 1990.
General Comment No. 3: The Nature of States Parties' Obligations
(Art. 2, Para. 1, of the Covenant), UN Doc. E/1991/23.

CESCR(Committee on Economic, Social and Cultural Rights). 1999.
General Comment No. 13: The Right to Education (Art. 13), UN
Doc. E/C.12/1999/10.

CESCR(Committee on Economic, Social and Cultural Rights). 2008.
General Comment No.19: The Right to Social Security (art.9), UN
Doc. E/C.12/GC/19.

CESCR (Committee on Economic, Social and Cultural Rights). 2009.
General Comment No. 20 Non-discrimination in economic, social
and cultural rights (art.2, para.2, of the International Covenant on
Economic, Social and Cultural Rights). UN Doc. E/C.12/GC/20.

CESCR (Committee on Economic, Social and Cultural Rights). 2017.
Statement: The Duties of States Towards Refugees and Migrants
under the International Covenant on Economic, Social and Cultural
Rights. UN Doc. E/C.12/2017/1.

CERD (Committee on the Elimination of Racial Discrimination). 2004.
General Recommendation 30: Discrimination against non-citizens,
UN Doc. CERD/C/64/Misc.11/rev.3.

HRC (Human Rights Committee). 1986. General Comment No. 15: The
Position of Aliens Under the Covenant, 11 April 1986.

UN General Assembly. 1962. Draft International Covenants on Human
Rights, Report of the Third Committee, UN Doc. A/5365.

<Abstract>

Social Rights of Non-citizens: A Critical Analysis of the Korean Constitutional Court Decisions

Lee, Joo-Young*

This article is mainly concerned about the question of whether our society recognises and secures the constitutional social rights of non-citizens who are present as a member of this society. The issue of non-citizens with respect to the basic constitutional rights tests whether our constitution establishing fundamental values and norms of the society, as well as its interpretation is firmly grounded in the universal value of human dignity in this increasingly globalised world.

Marking the 30th anniversary of our Constitutional Court, this article critically reviews the views of the Court on the social rights of non-citizens based on the major relevant cases. It examines the international human rights standards in relation to the social rights of non-citizens. It also discusses the approaches of the South African Constitutional Court and the German Federal Constitutional Court in this respect. This article aims at advancing the constitutional debates about the social rights of non-citizens on the basis of the universal values of human dignity, freedom, and equality.

Key words: non-citizens, social rights, human rights, constitutional rights, constitutional court

* Seoul National University Human Rights Center