

博士學位論文

外國人勤勞者 雇傭制度의  
憲法的 含意

The Constitutional Implications of the  
Employment System of Foreign Workers

濟州大學校 大學院

法 學 科

宋 瑞 順

2009年 12月

# 外國人勤勞者 雇傭制度의 憲法的 含意

指導教授 權 英 豪

宋 瑞 順

이 論文을 法學 博士學位 論文으로 提出함

2009年 12月

宋瑞順의 法學 博士學位 論文을 認准함

審査委員長 \_\_\_\_\_

委 員 \_\_\_\_\_

委 員 \_\_\_\_\_

委 員 \_\_\_\_\_

委 員 \_\_\_\_\_

濟州大學校 大學院

2009年 12月

# **The Constitutional Implications of the Employment System of Foreign Workers**

**Song, Seo soon**

(Supervised by professor Dr. Kwon Young Ho)

A thesis submitted in partial fulfillment of the requirement  
for the degree of Doctor of Law

2009. 12.

**Department of Law**

**GRADUATE SCHOOL**

**JEJU NATIONAL UNIVERSITY**

# 目 次

第1章 序論 .....	1
제1절 研究의 目的 .....	1
제2절 研究의 方法 및 範圍 .....	3
第2章 外國人勤勞者 雇傭制度의 憲法的 基礎 .....	5
제1절 外國人勤勞者의 憲法上 地位 .....	5
1. 外國人勤勞者의 法的 基礎 .....	5
(1) 外國인과 外國인근로자 .....	5
1) 外國인 .....	5
2) 外國인근로자 .....	7
2. 外國人勤勞者의 勤勞者性 .....	10
(1) 합법적인 外國인근로자 .....	10
(2) 불법체류 外國인근로자 .....	10
1) 국제적인 논의 .....	10
2) 근로기준법의 규정과 학설 .....	11
3) 소결 .....	11
3. 外國人의 基本權 主體性에 관한 論議 .....	12
(1) 부정설 .....	12
(2) 긍정설 .....	13
(3) 학설의 검토 .....	14
(4) 판례의 입장 .....	15
4. 憲法上 外國人勤勞者의 基本權 .....	16

(1) 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권(헌법 제10조)	16
(2) 직업선택의 자유(헌법 제15조)	17
1) 직업선택의 자유와 직업	17
2) 직업수행의 자유	18
3) 전직과 퇴직 및 무직의 자유	19
4) 직업교육장 선택의 자유	20
(3) 사회적 기본권	20
1) 사회적 기본권 인정 논의	20
2) 근로의 권리	22
<b>第2節 相互主義原則과 國際法上的의 外國人의 地位</b>	<b>30</b>
1. 相互主義原則과 平等權(憲法 第11條)	30
(1) 평등권과 평등원칙	30
(2) 평등원칙의 침해 여부	31
2. 相互主義와 政治活動 禁止 및 國家賠償法	32
(1) 상호주의와 정치활동의 자유	32
(2) 상호주의와 국가배상법 및 범죄피해자구조법	32
3. 國際法上 外國人의 地位	34
(1) 국제노동기구(ILO)	34
1) 이주근로자협약	35
2) 차별대우금지협약	36
3) 이주근로자보충협약	36
4) 평가	37
(2) 국제연합(UN)	38
1) 세계인권선언	38
2) 국제인권규약	39

3) 인종차별철폐협약 .....	39
4) 이주근로자권리협약 .....	40
<b>第3節 個別 法律에서의 外國人勤勞者의 地位 .....</b>	<b>41</b>
1. 出入國管理法上의 地位 .....	41
(1)  출입국관리제도의 유형 .....	41
1) 유럽형 .....	41
2) 미국형 .....	42
(2) 우리나라 출입국관리법상 외국인의 지위 .....	42
1) 우리나라의 출입국관리제도 .....	42
2) 입국허가 및 거부에서의 지위 .....	44
3) 체류에서의 지위 .....	46
4) 출국에서의 지위 .....	48
2. 勞動關係法上 地位 .....	50
(1) 노동단체법상의 지위 .....	50
(2) 노동개별법상의 지위 .....	51
3. 社會保障法上 地位 .....	52
(1) 사회보장과 외국인근로자 .....	52
(2) 사회보험 .....	54
1) 산업재해보상보험 .....	54
2) 국민건강보험 .....	55
3) 국민연금 .....	57
4) 고용보험 .....	57
(3) 공공부조 .....	58
(4) 사회복지서비스 .....	59
<b>第4節 小結 .....</b>	<b>59</b>

第3章 外國人勤勞者 雇傭制度 및 保護 關聯 法制 .....	62
第1節 外國人勤勞者 雇傭制度의 展開 .....	62
1. 外國人勤勞者의 流入背景과 原因 .....	62
(1) 國內에서의 外國人근로자 유입배경 .....	62
(2) 外國人근로자의 유입원인 .....	63
1) 노동의  국제적  이동요인 .....	63
2) 한국으로의  外國노동력  유입요인 .....	68
2. 産業技術練修生制度 .....	70
(1) 해외투자기업기술연수생제도 .....	70
(2) 産業연수제도 .....	71
3. 練修就業制度 .....	73
4. 就業管理制度 .....	74
第2節 外國人勤勞者 雇傭制度의 主要內容 .....	76
1. 雇傭許可制 導入背景 .....	76
2. 雇傭許可制의 內容 .....	77
(1) ‘外國人근로자고용등에관한법률’의  입법취지 .....	77
(2) 고용허가제  관장 및  지원기관 .....	78
1) 송출국가의  선정 .....	79
2) 外國人근로자  도입규모의  결정 .....	79
(3) 外國人근로자의  선정 및  도입  절차 .....	80
1) 일반  外國人근로자  선정·도입 및  체류관리 .....	80
2) 고용  특례자(방문취업 동포)  선정·도입  절차 .....	82
(4) 外國人근로자에  대한  교육 및  건강검진 .....	84
(5) 外國人근로자의  고용관리 .....	84
1) 취업활동  기간의  제한 .....	84

2) 근로계약 체결 의무화 .....	84
3) 외국인근로자 보호 조치 .....	85
(6) ‘외국인근로자고용등에관한법률’의 문제점 .....	86
3. 外國人勤勞者  관련 保護法律과 問題點 .....	88
(1) 재한외국인처우기본법 .....	88
1) 주요내용 .....	88
2) 문제점 및 평가 .....	91
(2) 다문화가족지원법 .....	92
1) 주요내용 .....	92
2) 문제점 .....	95
(3) 국적법 .....	97
1) 주요내용 .....	97
2) 문제점 .....	98
(4) 재외동포의출입국과법적지위에관한법률 .....	99
(5) 주민등록법 .....	99
1) 주요내용 .....	99
2) 문제점 .....	99
<b>第3節 小結 .....</b>	<b>101</b>
<b>第4章 主要國家의 外國人勤勞者 雇傭制度 關聯 法制 .....</b>	<b>104</b>
<b>第1節 獨逸 .....</b>	<b>104</b>
1. 外國人  관련 保護 法制와 立法 背景 .....	104
2. 外國人  관련 保護 法制 .....	106
(1) 외국인의지위및체류등에관한법률(체류법) .....	106
1) 개관 .....	106

2) 연방노동청의 동의가 필요 없는 체류허가 .....	108
3) 연방노동청의 동의가 필요한 체류허가 .....	110
4) 국가 간의 협정에 의한 체류허가 .....	114
5) 불법체류자 단속과 인권침해 .....	116
(2) 외국인 관련 법령의 특징 .....	119
<b>第2節 프랑스</b> .....	121
1. 프랑스의 외국인근로자 고용제도 .....	121
(1) 프랑스 외국인고용정책의 특징 .....	121
(2) 사전고용허가 및 사전배제 .....	123
(3) 사전허가 원칙에 대한 예외 .....	124
2. 외국인근로자정책의 평가 .....	125
<b>第3節 日本</b> .....	126
1. 外國人 관련 保護 法制의 立法 背景 .....	126
2. 外國人 관련 保護 法制 .....	128
(1) 출입국관리와 관련한 법률 .....	128
(2) 정치적 권리와 관련한 법률 .....	130
(3) 외국인근로자 관련 법률 .....	131
(4) 국적 취득과 관련한 법률 .....	133
(5) 다문화 관련 법령 .....	134
3. 外國人 관련 法令의 特徵 .....	134
<b>第4節 臺灣</b> .....	135
1. 外國人勤勞者 雇傭制度 .....	135
(1) 고용허가제와 취업서비스법 .....	135

(2) 미등록노동자 대책 .....	138
1) 고용허가의 취소 .....	138
2) 미등록노동자 단속 .....	139
2. 雇傭許可制의 評價 .....	141
<b>第5節 싱가포르</b> .....	<b>142</b>
1. 外國人勤勞者 雇傭制度 .....	142
(1) 고용허가제 .....	142
(2) 외국인력 정책의 기본 원칙과 취업패스제도 .....	143
(3) 외국인력 도입을 위한 ‘외국인노동자취업법’ .....	144
(4) 미등록노동자 대책 .....	146
1) 사용자와 취업 알선자에 대한 벌칙 .....	146
2) 정부 부처간 협조체계 .....	147
2. 雇傭許可制의 評價 .....	148
<b>第6節 小結</b> .....	<b>149</b>
<b>第5章 外國人勤勞者 雇傭制度의 問題와 改善方案</b> .....	<b>151</b>
<b>第1節 外國人勤勞者 雇傭制度의 問題</b> .....	<b>151</b>
1. 制度上의 問題 .....	151
(1) 불법체류자와 그 문제 .....	151
(2) 합법체류자와 그 문제 .....	152
1) 사업장 이동의 제한 .....	152
2) 방문취업 외국인근로자 .....	154
3) 송출비리 .....	154

2. 運營上의 問題 .....	156
(1) 외국인근로자 사후관리 체계 .....	156
1) 외국인근로자 거주 및 고용관리의 문제점 .....	156
2) One-Stop 종합서비스 지원체제의 미비 .....	156
3) 체계적인 통계·전산 인프라의 미비 .....	156
(2) 사업주의 인식개선 .....	157
(3) 외국인력의 수요관리 .....	157
(4) 외국인근로자의 인권침해 .....	158
<b>第2節 外國人勤勞者 雇傭制度의 改善方案 .....</b>	<b>160</b>
1. 合法滯留者 陽性化 .....	160
(1) 불법체류자 문제 해소 .....	160
(2) 불법체류자 외국인근로자의 합법화 문제 .....	161
(3) 합법체류자의 보호와 활용 .....	162
1) 교체순환원칙의 개선 .....	162
2) 영주자격의 완화 .....	164
3) 영주권 부여 .....	165
(4) 사업장이동의 자유 .....	166
(5) 재외동포의 보호 .....	167
(6) 이민정책과 노동정책의 조화 .....	168
2. 人權保護의 強化 .....	169
(1) 강제퇴거 .....	169
(2) 강제단속과 연행 .....	170
(3) 보호조치 .....	172
3. 外國人力 導入過程에 있어서의 改善方案 .....	173
(1) 외국인력 도입 업종 및 규모 .....	173

(2) 외국인근로자의 관리 및 보호 .....	174
1) 체류 및 취업단계 .....	174
2) 귀국단계 .....	174
(3) 송출비리 방지 .....	175
4. 勞動許可制 導入 .....	176
<b>第6章 結論</b> .....	<b>178</b>



## Abstract

# The Constitutional Implications of the Employment System of Foreign Workers

**Song, Seo Soon**

Department of Law

Graduate School

Jeju National University

The rapid economic development and urbanization that Korea is recently experiencing has led to changes in its industrial and population structure. In terms of the manufacturing industry, problems such as the various jobs within the so called 3D industry and the lack of the labor force in the middle sized enterprises that occupy most of these sectors, rapidly aging population in the agrarian areas, and avoidance of labor intensive work in specialized fields due to high education have all contributed in creating a serious social problem. The import of foreign laborers in order to meet the needs of the domestic labor market and foreigners coming and wishing to settle in Korea has led to the Korean society experiencing the sharing of their living space with a variety of foreigners which has never happened before.

However, Korea has not been able to actively deal with the ever increasing foreign laborers and even in the running of the system, the truth of the matter is that it has not been able to establish a legal and structured system regarding these people. The current government policy, at least as it appears on the outside, is that it prohibits the import of foreign labor but deep down, it is turning a blind eye to the actual importation. This in fact is a double standard policy and many criticisms have been put forward with the argument that it is an unethical policy which exploits the labor force with underpay and not an actual industrial technology training in reality under a

deceptive system with a borrowed legal name of industrial technology interns.

Constitutional law article number 10 professes that, “all citizens possess the right to keep their dignity and value as a human being as well as the right to pursue happiness” and defines that human dignity should be guaranteed. Article 11 gives the definition that “all citizens are equal under the law. Nobody should be discriminated within the political, social and cultural arenas because of sex, religion, or social position”. The above mentioned conditions are not just basic rights that should only be applied to citizens but that should apply to all people which in other words refers to human rights. This tells us that foreigners are no exception to the rule and demonstrates that foreigners in principle should have the same rights as a human being as equally as Korean citizens. The employment permit system which is the foundation of the presently executed foreign labor system confers the position of legal ‘worker’ to foreign laborers so that they come under the domestic labor related laws. In order to do away with international corruption, the Korean government signed MOUs with the corresponding countries in order to import labor and to prevent encroachment of jobs within the domestic market. The agreement consists of limiting the ‘moving of employment location’ among others. With the execution of allowing the hiring of foreigners, the systematic basis to employ unskilled foreign labor legally was established. With this establishment, we could say that the foreign labor usage system, which was an expedient measure such as the foreign industrial trainees, have turned around a corner and been reformed focusing around the employment permit system. Despite the initial expectations however, the matter of illegal aliens, corruption in transfer to other countries and lack of protection in human rights still linger on.

This paper investigates into the problems in the law which targets foreign laborers residing in Korea and then attempts to suggest the following reforming methods based on the results of the research carried out about legal and employment systems in developed countries such as Germany, France, Singapore, Taiwan and Japan regarding overall problems in the protection system and developmental measures of these said foreign workers.

Firstly, the protection alternatives for the basic human rights of the foreign workers must be established.

As the boosting and securing of the human rights and basic freedom of all foreign workers is the solemn duty of the nation from an international legal perspective, in the event where there is no special limit necessary from a basic right point of view, then the foreign laborers should be guaranteed their basic rights especially regarding their social rights to the maximum possible limit. Specifically speaking, in the case where there is a labor agreement through an overall standard labor law, it should have a clear definition of the working conditions and a pragmatic group agreement, rules of employment as well as a minimum wage guarantee, and finally the prohibition of unlawful firing and warning before the actual dismissal. In addition, the foreign laborer should be equally secured in the same condition as the domestic worker in terms of rights of forming a labor union as well as the 3 rights in the labor laws. If there is a case where there is a need to limit this, it must follow the judicial law of the basic rights of the article number 37 in the constitution. Furthermore, the foreign laborer is exposed to an extremely severe working environment, living conditions as well as malnutrition which makes them not only susceptible to hazardous industrial accidents but various diseases. However, illegal foreign workers who occupy the lion's share of the foreign labor workers are not protected enough with medical insurance and industrial accidents because they are afraid of getting deported from the country. Therefore, strict punishment should be set up to protect them against discriminatory practices based on the fact that they are foreigners as well as the employer's failure to comply with industrial accident and medical insurance.

Secondly, egalitarian principles must be realized in terms of working conditions of the foreign workers.

The principles of the egalitarian treatment must be carried out to ensure that foreign workers are able to enjoy a free social life as a human being just like a domestic individual. This especially means that they have the equal right to receive compensations for industrial accidents, medical

insurance and unemployment as well as wages, overtime pay and local election rights. However, these egalitarian treatment principles cannot be applied unrestrictedly and may be limited in terms of quality, ability, amount and contribution to the organization which is quite logical. Even so, it should be applied at the least possible level.

Third, the permanent resident system should be opened up to supplement the employment permit system.

The employment permit system which was executed with the purpose of providing a stable supply of foreign labor to companies and also to support the industry interns, perversely led to problems of increasing the numbers of illegal aliens. Therefore, the permanent resident system should be opened up rather than just leaving the problem of long term illegal aliens as it is. Basically, a transitional measure which accepts them as part of our society is needed. Along with that, the government should take the temporary residents and permanent residents into consideration while at the same time installing some kind of device so that various social guarantee systems, basic education that befits minimum standards at the least, as well as medical, residential and social services can be provided to them.

Fourth, there should be a transfer from the current system to a labor permit system. The labor permit system is a system that issues a permit to the foreigner to work for a period of time within the country along with the admission visa with the purpose of employment. During this period, the foreigners who come under this privilege would have the freedom to work in whichever company or location of their choice. This labor permit system would be the most advantageous system from the foreign worker's point of view in that it allows freedom of choice in company or location but comparatively speaking, the detrimental side would be that the management of these foreigners on the part of the government would become challenging and also from the employer's point of view, the managing of these workers would be quite challenging as well. In the case of Germany, it is carrying out the labor permit system and under the principle of no discrimination, they are applying the 'same work, same wage' policy to the foreign workers. The

foreign workers are working under the guarantee of the German government and are privy to all social rights laws. The German labor permit system is acknowledged to be a system which reduces the danger of violating the human rights of foreign workers definitely more so than the Korean employment permit law. Therefore, the Korean employment permit law should adopt the German labor permit law and reform it in a systematic way in 'prohibition of discrimination' along with social agreement for the purpose of protecting the rights of the foreign workers. Taking the overall situation of the national economy, the job categories could be designated and within a certain perimeter, the labor permits could be issued. Simultaneously, once they are implemented into the domestic labor market, rules could be set so that they have the freedom of moving between the registered companies in the department of labor while meeting certain conditions within the designated jobs so that the working conditions of the foreign workers can be decided under the principles of the market and not under the monopolizing position of 'companies that chooses to hire foreign workers'.

# 第1章 序 論

## 第1節 研究의 目的

우리나라가 최근 경험하고 있는 급속한 경제발전과 도시화는 산업구조와 인구구조의 변화를 초래하였다. 제조업에 있어서 이른바 3D 산업이라고 불리는 업종과 이러한 업종의 대부분을 차지하고 있는 중소기업들에서의 인력난, 농촌인구의 급속한 감소와 고령화, 고학력으로 인한 특정분야에서 노동중사의 기피현상 등은 심각한 사회문제로 대두되었다. 국내 노동시장 수요에 대응하기 위한 외국인근로자의 유입과 대한민국을 정주의 대상으로 하여 입국하는 외국인 등으로 인해 한국사회는 과거에 경험하지 못하였던 많은 수의 외국인과 생활공간을 같이하게 되었다.

그러나 그동안 우리나라는 증가하고 있는 외국인력에 대해 적극적으로 대처하지 못하였고, 그 운용방안에 대해서도 법적·제도적으로 정비하지 못하고 있었던 것이 사실이다. 정부의 기존의 대책은 외형적으로는 외국인력 유입을 금지하면서 그 이면은 외국인력의 유입을 묵인하면서 받아들이는 이중정책이며, 합법이란 이름으로 산업기술연수생 인력을 수입하여 현실적으로 산업기술연수교육이 아닌 저임금으로 노동력만을 이용하는 비윤리적인 정책이란 비판이 있어 왔다.

헌법 제10조는 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다.”라고 천명함으로써 인간의 존엄성이 보장됨을 규정하고 있고 제11조에서 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다”고 규정하고 있다. 또한 위의 조항들은 국민에게만 적용되는 기본권이 아니라 모든 사람에게 적용되는 권리 즉 인권이라고 볼 수 있다. 외국인의 경우도 예외가 아니다. 외국인도 원칙적으로 대한민국 국민과 동일하게 인간으로서 가지는 권리를 향유할 수 있다.

그동안 정부에서는 중소기업의 인력난 해소를 목적으로 1993년부터 산업연수

생제도를 도입·운영하여 왔고, 2000년 4월 연수취업제를 실시하는 등 제도의 개선을 위해 노력하여 왔다. 또한 2002년 12월부터는 서비스업에서도 합법적인 외국인력의 활용이 가능하도록 외국국적동포에게 방문동거 체류자격을 부여하고 국내에서 취업활동을 하도록 한 취업관리제를 실시하였다. 이러한 노력에도 불구하고 외국인력제도 활용에 따른 근본적인 문제점을 해결하는데는 실패하였다. 이에 그 동안 문제점으로 지적되어 온 산업연수생 제도의 본질적인 개혁을 위하여 2003년 8월 16일 외국인 고용허가제도를 핵심내용으로 하는 「외국인근로자의 고용등에관한법률」이 제정·공포되고, 2004년 8월 17일부터 시행하게 되었다. 또한 기존의 산업연수생제도의 병행실시에 따른 제도적 한계가 노출됨에 따라 정부는 2006년 7월 27일 외국인력정책위원회에서 기존의 산업연수생제도를 폐지하고 외국인력제도를 2007년 1월 1일부터 고용허가제로 일원화한다는 방침을 확정하였다. 이에 우리나라의 외국인력법제의 중심축으로 자리 잡은 고용허가제의 효율적인 제도운용을 모색할 필요가 있다.

현행 외국인력제도의 기본이 되는 고용허가제도는 외국인근로자에게 합법적인 ‘근로자’ 신분을 부여하여 국내노동관계법의 적용을 받도록 하고, 송출비리를 없애기 위해 한국정부가 송출국정부와 양해각서를 체결하여 인력을 수입하며, 국내 노동자의 일자리 잠식을 방지하기 위해 ‘사업장 이동’을 제한하는 것 등의 내용으로 구성된다. 외국인고용허가제의 시행으로 합법적으로 저숙련 외국인력을 고용할 수 있는 제도적인 장치가 마련됨에 따라 그동안 외국인 산업연수생제도 등 편법적인 외국인력 활용제도가 고용허가제를 중심으로 전환되는 전기가 마련되었다고 할 수 있다. 하지만 당초의 기대에도 불구하고 불법체류자 문제, 송출비리, 인권보호의 미흡 등의 문제는 아직도 고쳐지지 않고 있는 것이 사실이다.

물론 고용허가제가 시행된지 5년여 정도 흐른 시점에서 또 다시 논란을 거듭하고 각국의 제도를 연구하며 새로운 제도의 창출을 위해 사회적 혼란을 가중시킬 필요는 없다고 본다. 현행 제도의 문제점에 대한 개선방안을 찾아봄으로써 인력제도의 근본적 지향점을 찾고 이를 확고히 하는 것이 무엇보다 필요할 것이다.

따라서 본 논문은 한국에 체류하고 있는 외국인근로자를 규율대상으로 하고 있는 법률의 문제점을 검토하고, 외국인근로자들을 위한 보호법제의 전반적인 문제와 발전방안에 관해 독일, 프랑스, 싱가포르, 대만, 일본 등 외국의 고용제도

및 법제도를 연구하여 그 개선방안을 모색해 보고자 한다.

## 第2節 研究의 方法 및 範圍

본 연구는 우리나라 외국인근로자 고용에 관한 제도와 이 제도로 인해 발생한 불법체류자 관련 법률에 대한 연구 및 양 제도에 관하여 비교법적인 방법을 통한 법적·제도적 개선방안을 제시하고자 한다. 특히 불법이주노동자에 대한 외국인의 관련법규들을 중심으로 하여 고용주의 책임문제 및 불법체류자에 대한 처우 문제들을 종합적으로 분석하게 될 것이다. 다만 단순히 외국과 우리나라의 관련 법령의 내용에 대한 비교분석에 그치지 않고 각국이 처한 노동시장 및 외국인이주근로자들의 관련 상황을 고려하여 우리나라의 실정에 맞는 보다 개선된 외국인이주근로자 관련법 확립에 일조하고자 한다.

제2장에서는 외국인근로자 고용제도의 헌법적 기초이론에 대하여 서술하고자 한다. 여기에서는 외국인근로자의 헌법상 지위, 즉 ‘외국인’과 ‘외국인근로자’의 개념과 이들의 기본권주체성, 근로자성에 대한 헌법적 학설들을 설명하고자 한다. 또한 외국인근로자의 헌법상 기본권과 관련하여 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권(헌법 제10조), 사업장 이동과 직접적인 연관이 있는 직업선택의 자유(헌법 제15조), 사회적 기본권 보장에 대한 근로환경, 근로3권 등 헌법과 관련한 외국인근로자 고용제도의 헌법적 기초이론을 자세하게 살펴볼 것이다.

제3장에서는 우리나라의 외국인근로자 고용제도 및 보호 관련 법제에 관하여 연구할 것이다. 외국인근로자의 유입배경과 원인에 대한 설명 후 관련 정책의 변천 및 고용제도와 관련하여 고용허가제의 주요 특징과 ‘출입국관리법령’, ‘외국인근로자의고용등에관한법률’ 등에 관해 살펴본다. 또한 외국인근로자 관련 보호법률인 ‘제한외국인처우기본법’, ‘다문화가족지원법’, ‘국적법’, ‘재외동포의출입국과법적지위에관한법률’, ‘주민등록법’ 등에 관해서도 다루려고 한다.

제4장에서는 주요국가의 외국인근로자 고용제도 관련 법제에 대해서 살펴본다. 우선 외국의 외국인근로자 고용제도의 입법동향을 독일, 프랑스, 일본, 대만, 싱가포르를 중심으로 살펴보고 우리나라와 비교·검토를 통해 시사점을 살펴보고

자 한다.

제5장에서는 외국인근로자 고용제도의 문제와 개선방안에 관해 살펴볼 것이다. 우선 제4장에서 살펴본 외국의 외국인근로자 고용제도의 입법동향을 통해 각 국가의 고용제도 운영과정에서의 시사점을 중심으로 우리나라의 외국인근로자 고용제도의 문제점과 그 개선방안을 살펴보고자 한다.

끝으로 본 연구 제6장에서는 외국인근로자 정책 및 고용제도 관련 법제에 관한 비교 검토 결과 문제점에 대한 입법적 개선방안을 강조하면서 결론을 내리고자 한다.



## 第2章 外國人勤勞者 雇傭制度의 憲法的 基礎

### 第1節 外國人勤勞者의 憲法上 地位

#### 1. 外國人勤勞者의 法的 基礎

##### (1) 外國인과 外國인근로자

##### 1) 外國인

현행 법령은 ‘외국인’에 대한 직접적인 정의규정은 두고 있지 않다. 다만 헌법 제2조 제1항에서 대한민국의 국민이 되는 요건을 법률에서 정하도록 하는 법률유보를 규정하고 있다. 헌법 제2조 제1항에 근거하여 대한민국 국민이 되는 요건을 구체적으로 정하고 있는 법률이 ‘국적법’이다. ‘국적법’에서 정한 요건을 충족한 자는 대한민국 국민으로서 대한민국의 주권자가 되며, 헌법에서 정하고 있는 모든 권리와 의무의 주체가 된다. 이에 따르면, ‘외국인’은 ‘국적법’에서 정하고 있는 대한민국 국민이 되는 요건을 갖추지 못한 모든 자’라고 정의할 수 있다. 이렇게 볼 때, 외국인의 개념 속에는 다른 나라의 국적을 가진 자와 무국적자가 포함되어 있다.

‘국적법’은 해당 법률이 정하고 있는 국적취득 요건만을 충족하면 모두 국민으로 보고 있으므로 과거에는 외국국적을 가졌으나, 이제는 ‘국적법’상의 대한민국 국적취득요건을 충족하여 대한민국 국민이 된 자는 당연히 국민이며, 외국인이 아니다.<sup>1)</sup> 다만 이들이 가지고 있는 고유의 문화, 종교, 생활 습관 등으로 인하여 기존의 대한민국 사회와의 갈등이 발생하거나 적응의 어려움이 있는 경우가 많다. 이러한 점은 그들이 기존의 여러분야에 걸친 국민과의 관계에서 사실상 차별

1) 최윤철, 「외국인의 출입국, 지위 및 체류관련 법령에서의 차별적 표현개선에 관한 연구」, 법제저, 2008, 6~7면.

을 받거나 받을 수 있다. 따라서 국가는 이러한 국민을 외국인으로 보아서는 아니 되며, 오히려 이들이 다른 국민과의 사이에서 사회적 신분, 즉 외국인이었다는 사실로 인한 차별을 받지 아니하도록 하는 적극적인 조치를 하여야 한다. 이들에 대한 적극적 지원 및 보호는 외국인에 대한 지원 및 보호의 관점이 아니라 국가에 의한 국민의 보호라는 관점에서 논의되어야 하며, 입법자는 동일한 관점에서 이와 관련한 적극적 입법의무를 부담한다. 반대의 경우, 대한민국 국민이었던 자가 ‘국적법’이 정하고 있는 사유로 인하여 대한민국 국적을 포기 또는 상실하고, 기타 국가의 국적을 취득한 자는 당연히 외국인이 된다. 이들에 대해서는 원칙적으로 대한민국 헌법 및 법령에 의해서 대한민국 국민에게만 인정되는 각종 권리와 의무가 부인된다.<sup>2)</sup>

이중 국적자를 국민으로 볼 것인가 또는 외국인으로 볼 것인가의 문제는 원칙적으로 입법자의 몫이지만, 현행 ‘국적법’은 원칙적으로 이중국적을 인정하고 있지 아니하므로 원칙적으로 우리나라의 현행 법률은 대한민국에 체류하고 있는 자연인 및 제한적인 범위 내에서 대한민국 국민(법인)과 외국인(법인)의 두 가지만 인정하고, 둘 이상의 국적을 가지는 것을 금지한다는 것이 입법자의 의사로 볼 수 있다.

그럼에도 불구하고 사실상 상당수에 이르고 있는 대한민국의 국적과 기타 외국의 국적을 동시에 가지고 있는 이중 국적자의 경우에 이들의 국적을 어떻게 볼 것인가, 즉 이들을 국민으로 볼 것인가, 외국인으로 볼 것인가의 문제가 있을 수 있다. 이러한 경우에 있어서는 이에 해당하는 자의 주요 생활근거 및 거주를 중심으로 하여 대한민국 국민으로 볼 것인가, 외국인으로 볼 것인가를 판단하여야 할 것이다. 예를 들어, 형식상 외국에 생활근거를 가지고 있는 이중 국적자라 하더라도 헌법상 대한민국 국민이 향유하고 부담하는 권리와 의무의 이행을 다른 국민과 동일하게 한다면, 이러한 자는 대한민국 국민으로 보아야 할 것이다. 대한민국 내에 거주하면서 다른 대한민국 국민과 동일한 지위에 해당하는 생활을 영위하는 자의 경우는 당연히 대한민국 국민으로 보아야 한다. 그 밖의 경우에 있어서는 외국인으로 보는 것이 타당할 것이다.<sup>3)</sup>

2) 이들에 대해서는 재외국민과 관련한 기타의 법령의 적용은 별론으로 한다.

3) 이러한 경우에는 ‘국적법’상의 이중국적 금지원칙에 반한 사실을 이유로 하여 해당 국민에게 대한민국 국

## 2) 외국인근로자

근로기준법 제2조 제1항에 따르면, 근로자는 “직업의 종류와 관계없이 임금을 목적으로 사업이나 사업장에 근로를 제공하는 자”라고 정의하고 있다. 이에 대하여 「외국인근로자의고용등에관한법률」 제2조는 “대한민국의 국적을 가지지 아니한 자로서 국내에 소재하고 있는 사업 또는 사업장에서 임금을 목적으로 근로를 제공하고 있거나 제공하고자 하는 자”를 ‘외국인근로자’라고 규정하고 있다. 즉 법률은 내국인근로자와 외국인근로자를 헌법 제2조 및 ‘국적법’에 따른 국적을 기준으로 하여 구별하여 정하고 있다. 따라서 여기서 외국인근로자는 헌법상의 외국인으로서 지위를 가지며, 국내법상의 ‘외국인근로자’로서의 법적 권리와 의무를 가진다.

여기서 외국인근로자와 관련하여 ‘재외동포’에 관한 문제가 검토되어야 한다. 헌법 제2조 제2항은 “국가는 법률이 정하는 바에 의하여 재외국민을 보호할 의무를 진다”고 하여 국가의 재외국민보호의무를 규정하고 있다. 여기서 국가의 보호의무의 대상으로서 재외동포란, ‘재외동포의출입국과법적지위에관한법률’ 제2조에 따르면, “대한민국의 국민으로서 외국의 영주권을 취득한 자 또는 영주할 목적으로 외국에 거주하고 있는 자”, 즉 “대한민국의 국적을 보유하고 있던 자(대한민국 정부수립 전에 국외로 이주한 동포를 포함한다) 또는 그 직계비속으로서 외국 국적을 취득한 자 중 대통령령으로 정하는 자(이하 “외국국적동포”라 한다).” ‘재외동포의출입국과법적지위에관한법률’상의 재외국민은 여전히 대한민국의 국적을 보유하고 있는 자이므로 여기서는 외국인근로자의 범위에 포함되지 않는 것은 당연하다. 그러나 ‘재외동포의출입국과법적지위에관한법률’상의 ‘외국국적동포’에 대하여는 논의의 여지가 있다. 왜냐하면 동법이 외국국적동포에 대하여 외국인과 다른 보호를 규정하고 있기 때문이다. 즉 동법 제4조가 정부의 책무를 규정하여 “정부는 재외동포가 대한민국 안에서 부당한 규제와 대우를 받지 아니하도록 필요한 지원을 하여야 한다”라고 하고 있고, 제10조 제1항은 체류기간을 최장 3년

---

적 이외의 기타 국적을 신속히 포기하도록 하는 행정적 조치가 병행되어야 할 것이다. 그러나 반대의 경우라고 한다면 그러한 자를 대한민국 국민으로 볼 수 없으며 이 경우에는 해당자로 하여금 대한민국 국적을 포기하도록 하거나 일정 기간 경과 후 자동으로 대한민국 국적을 상실하게 하는 조치 및 근거 법령이 있어야 할 것이다.

까지 정하고 있을 뿐만 아니라, 제2항에서 체류기간의 연장허가 및 출국하였다가 재입국하는 경우에는 출입국관리법 제30조에 따른 재입국허가를 배제하고 있는 등 외국국적동포의 특례를 규정하고 있다.

이처럼 헌법 제2조와 이에 근거한 ‘재외국민의출입국과법적지위에관한법률’ 등에 의하여 특별한 보호의 대상이 되는 외국국적동포를 ‘외국인근로자’에 대하여 적용하고 있는 법률의 대상으로 볼 수 있는가가 문제시 될 수 있다. 이는 최근 중국에 거주하는 동포의 불법체류 문제와 관련하여서도 중요한 의미를 가진다. 그러나 헌법적 차원에서 보면, 헌법 제2조에 따라 입법자의 형성의 자유영역 내에서 법률에 의한 보호의 주체는 될 수 있을지언정 헌법상의 기본권주체로서 내국인과 같은 포괄적인 지위를 향유할 수 없다는 점에서 외국인으로 분류되어야 하고, 근로에서의 특별한 보호에 관하여는 법률이 정하는 범위 내에서 향유한다고 할 수 있다. 따라서 ‘외국인근로자의고용등에관한법률’상의 외국인에는 외국국적동포도 포함하고 있는 것으로 해석하여야 한다.

외국인근로자에 대한 국내법의 적용에서 먼저 문제되는 것은 국내에서 취업하고 있는 외국인근로자는 어느 국가의 법이 적용되는가 하는 점이다. 이것이 확정되어야만 외국인근로자의 취업을 둘러싼 법적 문제에 대한 논의가 가능하게 된다. 외국인이 우리나라 기업에서 근로한다면 당사자들이 우리나라 법을 선택하는 경우가 많겠지만, 외국인의 본국법을 준거법으로 삼을 수도 있다. 그러나 이 문제는 원칙적으로 ‘섭외사법’상의 문제이므로<sup>4)</sup> 여기서는 국내법이 준거법이 되는 경우를 염두에 두고 서술하기로 한다.<sup>5)</sup>

헌법과 외국인의 관계를 생각할 때, 처음 봉착하는 문제는 ‘헌법은 외국인<sup>6)</sup>을

4) ‘섭외사법’ 제9조는 “법률행위의 성립 및 효력에 관하여는 당사자의 의사에 의하여 적용할 법을 정한다. 그러나 당사자의 의사가 분명하지 아니한 때에는 행위지법에 의한다.”라고 규정하고 있다. 현재 산업기술연수생의 경우에는 표준계약서의 규정에 의해 대한민국의 법을 준거법으로 하고 있다.

5) 김유성, “외국인 근로자와 노동관계법의 적용”, 「비상근연구위원 논문집」, 제8집, 법무연수원, 1994, 57~59면; 현재와 같은 경제, 거래, 교통, 통신 등의 국제화가 진행됨에 따라 이에 종사하는 근로자를 외국에서 계약하거나 기업활동의 일부를 외국으로 옮기는 것 등을 통해서 외국인을 고용한 결과, 어떤 국가의 노동법이 만들어 낸 공서양속이나 노사관계의 근간이 흔들리는 경우도 발생할 수 있다. 따라서 EC에서는 일찍이 동일 노동법을 제정하고 더불어 동일 법질서하에서 노사관계를 규제하는 것이 시도되었다. 이 시도와 병행하여 섭외사법도 노동계약의 준거법을 결정할 때의 객관적 연결점으로써 勞務給付地를 계속해서 중시하고 있다는 점을 주목해야 한다. 手塚和彰, “勞動關係の國際化と勞動法の新たな展開”, 「季刊勞働法」, 제150호, 42면 이하 참조.

6) R. Arnold, Aliens, in R Bernhardt ed, Encyclopedia of public International Law, Vol 8, 1985, p. 6.

대상으로 하고 있는가?’라는 점이다. 헌법이 우리나라의 최고 법규이고, 그만큼 가장 추상적인 법임을 생각할 때, 논의의 출발점은 이 점에서 시작되어야 한다. 보편적으로 헌법규정을 살펴보면, ‘국제’라는 용어는 있어도 ‘외국인’이라는 용어, 하물며 ‘외국인근로자’라는 말은 한번도 언급되지 않는다. 따라서 문언상 헌법은 적어도 개인으로서의 ‘외국인’에게는 무관심하다고 할 수 있다.<sup>7)</sup> 이러한 헌법제정자의 침묵은 양면성을 가지고 있다. 첫째, 헌법제정 및 개정자의 의도적인 외국인의 헌법상 지위의 부정이다. 둘째, 헌법제정 및 개정을 할 때 소위 세계화 시대를 예견하지 못하다가 의도하지 않았던 외국인의 헌법상 문제가 발생했고, 이러한 헌법현실 변천에 대해 헌법제정권력자가 침묵했다면, 의도하지 않았던 규범 불비로 결국 (헌)법이론과 해석론을 통해 외국인의 헌법상 지위를 발견해냄으로써 규범흡결을 보충해야 할 것이다.<sup>8)</sup>

역사적으로 보면, 근대 헌법의 성립시에 외국인은 소위 ‘헌법외적대상’이었으며, 각국의 관심은 ‘국민’을 헌법하에서 어떻게 통치할 것인가와 국민에게 어떠한 자유를 보장할 것인가에 몰두해 있었다. 따라서 외국인은 경찰적 규제의 대상이지 보호의 대상은 아니었다. 그러나 비교적 최근에 성립한 헌법에는 외국인에 대한 상세한 규정을 둔 예가 발견된다. 예를 들면, 1975년의 스웨덴 헌법은 제20조에 외국인에게도 국민과 동등하게 보장되는 권리를 나열하고 있다. 또한 각국의 재판소는 주로 평등조항의 적용을 통해 외국인의 권리보장에 관한 이론을 발전시키고 있으며, 국제적 인권보호법의 발전도 외국인의 보호에 커다란 영향을 주고 있다.<sup>9)</sup>

헌법은 외국인이 기본권의 주체가 될 수 있는가에 대해 침묵하고 있다. 다만 제6조 2항은 “외국인은 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 그 지위가 보장된다.”는 규정을 두고 있을 뿐이다. 그러나 “헌법 제6조 2항의 규정은 국제평화주의에 입각해서 외국인의 지위에 관한 국제법상의 일반원칙을 우리 법질서가 수용하기 위한 헌법상의 근거조문이지 외국인이 기본권을 누릴 수 있는지 없는지를

7) 齋藤靖夫, “日本憲法と外國人労働者”, 「外國人労働者の福祉と人權」, 法律文化社, 1993, 58面.

8) 하경효·김영문, “외국인 근로자의 법적 지위 헌법적·국제법적 노동법적·사회보장법적 지위를 중심으로”, 「외국인 고용에 따라 사회·경제적 영향평가와 규율방안」, 고려대학교 노동문제연구소, 1998, 10면.

9) 齋藤靖夫, “日本憲法と外國人労働者”, 58面.

밝히기 위한 것은 아니다. 그러나 외국인의 국내법상의 권리는 모두가 제6조2항에만 근거를 두고 기본권 규정과는 무관한 것은 결코 아니다.”라고 주장<sup>10)</sup>하고 있는 것처럼 직접적인 근거규정이 없는 까닭에 외국인의 기본권 주체성에 관해 견해가 나뉘고 있다. 만약 외국인도 노동기본권을 비롯한 사회적 기본권의 주체가 된다면, 노동관계법 및 사회보장법의 적용도 이에 기초해야 할 것이다.<sup>11)</sup>

## 2. 外國人勤勞者의 勤勞者性

### (1) 합법적인 외국인근로자

‘취업할 수 있는 체류자격’인 전문·기술(E1~E7), 단기취업(C4), 재외동포(F4), 영주(F5), 관광취업(H1, Working Holiday Program)의 경우에는 체류자격 자체만으로 근로자성이 있다고 일률적으로 말할 수 없다. 이들의 취업을 위해서 민법상 도급이나 위임계약을 체결할 수도 있기 때문이다. 따라서 근로기준법 제14조 규정에 따라 외국인취업자와 사용자 사이에 사용종속관계가 있는지, 대가로 받는 금액이 임금의 성격을 갖는지 등을 살펴 노동관계법상 근로자성을 판단하게 된다.<sup>12)</sup>

### (2) 불법체류 외국인근로자

#### 1) 국제적인 논의

불법체류 외국인근로자에 대한 국제적인 논의는 그들이 ‘출입국관계법’을 위반한 사람들이라는 점, 근로자라는 점, 그리고 인간이라는 점에서 출발한다. 이러한 논의는 이들의 근로 제공 행위가 법률적 효과를 가지며, 불법체류라는 이유로 한

10) 허영, 「한국헌법론」, 박영사, 2009, 240면.

11) 유형석, “외국인 근로자의 법적 지위에 관한 연구”, 건국대학교 대학원 박사학위논문, 2000, 110~111면.

12) 하갑래, “외국인근로자의 활용제도에 관한 입법론적 연구”, 동국대학교 대학원 박사학위논문, 2003, 127~128면.

권리침해는 정당하지 못하다는 것으로 귀결되었다.<sup>13)</sup> 그 결과 국제규범들은 불법체류 외국인근로자들에게도 정당한 근로조건이 적용되어야 함을 천명하고 있다. 반면에 미국의 연방 대법원은 불법체류자가 노동조합을 조직했다는 이유로 사용자로부터 부당한 해고를 당하였어도 부당해고 기간 동안 임금을 받을 수 없다는 판결을 내리기도 하였다.<sup>14)</sup>

## 2) 근로기준법의 규정과 학설

한국의 근로기준법 제14조는 근로자의 개념을 ‘직업의 종류를 불문하고 사업 또는 사업장에서 임금을 목적으로 근로를 제공하는 자’로 규정하고 있다. 또한 같은 법 제5조에 의하면, 사용자는 근로자에 대하여 국적을 이유로 근로조건에 대한 차별적 대우를 하지 못한다. 이러한 이유로 외국인이라 하더라도 근로자임이 확인되면 근로기준법을 비롯한 노동관계법이 적용된다는 것이 학자들의 입장이다.<sup>15)</sup>

## 3) 소결

우리나라 출입국관리법 제17조는 외국인이 입국할 경우, 체류자격·체류기간 등에 일정한 제한을 가하고 있으며, 누구든지 “고용될 수 있는 체류자격”이 없는 외국인을 채용하지 못하도록 규정하고 있다. 불법체류 외국인근로자라 함은 이러한 단속규정에 어긋나게 취업하고 있는 사람을 말한다. 이러한 단속법규 위반과 노동관계법상의 사용자 의무를 분리하는데에 반대의견을 찾아보기 어렵다. 이러한 차원에서 판례와 행정해석이 이들에게 노동관계법이 적용된다고 해석하는 것은 당연하다.<sup>16)</sup> 다만 근로감독관이 불법체류 외국인근로자의 권리를 구체해준 후에 그 사실을 출입국관리소에 통보하는 것은 불법체류 외국인근로자들이 권리구

13) 국가인권위원회, 「국내 거주 외국인노동자 인권실태조사」, 2002, 35면.

14) 한국노동연구원, 「국제노동 브리프」, 2002.12, 63~64면.

15) 이병대, 「최신노동법」, 중앙경제사, 2002, 596면.

16) 국가인권위원회, 「국내 거주 외국인노동자 인권실태조사」, 3면.

제를 요청하는데 제약 요인이 될 수 있다.

한편 노동3권 보장에 관해서는 이론의 여지가 있을 수 있는데 국제규범에서도 이들에 대해 권리 보장이 제한적이다. ‘노동조합및근로관계조정법’ 제9조는 “노동조합의 조합원은 어떠한 경우에도 인종·종교·성별 정당 또는 신분에 의하여 차별대우를 받지 아니한다.”라고 규정하고 있다. 따라서 법적으로 노동조합에 가입이 허용된 근로자에 대해 차별적인 대우를 하기 힘들다. 그러나 현실적으로 불법체류 외국인근로자가 노동조합 활동을 할 경우 신분이 노출되고 이에 따라 출입국관리법에 의해 출국 조치를 당할 수 있다. 이 경우 출국 조치는 사용자가 아닌 정부에 의해 이루어지므로 이를 부당노동행위로 판단하기 어렵다. 설사 사용자가 신고하여 외국인근로자가 출국조치를 당하더라도 신고행위가 출입국관리법에 의한 의무 사항이므로 부당노동행위가 성립할 수 없을 것이다.<sup>17)</sup>

### 3. 外國人의 基本權 主體性에 관한 論議

#### (1) 부정설

부정설에는 세 가지 입장이 있다. 첫 번째 입장은 법실증주의적 관점에서 기본권을 국가권력에 의해 배풀어지는 ‘법률 속의 자유’라고 한다. 따라서 기본권을 누릴 수 있는 것은 법적 구성원인 국민에 한하고, 외국인은 여기에서 제외된다고 한다. 두 번째 입장은 R. Smend처럼 기본권을 사회공동체가 통합되어 가기 위한 당위론적 가치질서로 파악하기 때문에 외국인의 기본권 주체성을 원칙적으로 인정하지 아니한다.<sup>18)</sup> 세 번째 입장인 기본권 문언설은 헌법 제2장의 표제가 ‘국민의 권리와 의무’라고 규정하고 있음을 이유로 헌법은 국민의 권리만을 보장하는 것이지, 외국인의 권리까지 보장하는 것은 아니라고 한다.<sup>19)</sup>

17) 하갑래, “외국인근로자의 활용제도에 관한 입법론적 연구”, 140면.

18) Stern, Klaus, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, München 1988, § 70 f.

19) 박일경, 「신헌법」, 법경출판사, 1990, 199면.

## (2) 긍정설

긍정설은 일정한 범위 내에서는 외국인도 기본권의 주체가 될 수 있다는 것이며, 이 견해가 통설이다. 다만 실정법이 명문으로 보장하고 있지 아니한 경우에 외국인에게도 보장되는 기본권을 구별하는 기준에 대하여는 학설이 갈리고 있다. 먼저 제1설은 기본권을 인간의 천부적·전국가적 인권으로 파악하여 외국인도 기본권의 주체가 된다고 한다.<sup>20)</sup> 이 견해는 외국인에게 어떤 기본권이 인정될 것 인지는 헌법의 명문 규정을 떠나서 인간의 권리인가, 국민의 권리인가에 따라 결정해야 한다고 하는데(권리성질설) 이 설이 다수설이다.<sup>21)</sup> 다만 참정권과 사회적 기본권 등은 천부적 인권이 아니므로 외국인에게는 무제한으로 인정되지 아니한다고 한다. 제2설은 자국민의 동화적 통합을 해치지 아니하는 범위 내에서 기본권의 주체가 될 수 있으나, 참정권은 인정되지 않는다고 한다.<sup>22)</sup> 권리성질설에 의할 경우, 외국인은 인간으로서 존엄과 가치 및 행복추구권(제10조), 평등권을 비롯한 대부분의 자유권적 기본권과 기본권을 보장하기 위한 청구권적 기본권<sup>23)</sup>은 원칙적으로 외국인에 대해서도 인정된다. 그러나 ‘외국인이 내국인과 동등하게 기본권을 보장받는 것은 아니다’, 즉 거주·이전의 자유(제14조), 언론·출판의 자유(제21조), 직업선택의 자유(제15조) 등과 사회적 기본권 중 환경권(제35조)과 건강권(제36조)등을 제외한 사회적 기본권은 원칙적으로 외국인에게 인정되지 않으며, 정치적 기본권 또한 그 주체성이 부인된다고 한다.

20) 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2009, 314면 ; 김철수, 「헌법학신론」, 박영사, 2009, 281~282면.

21) 권리성질설에서는 외국인에게 제한된 권리의 전형적인 예로써 입국의 자유를 들고 있다. 그러나 가족통합의 권리는 국제인권규약 제17조에서 인정하고 있는 권리라는 점을 상기해야 한다. 梓澤和幸, “憲法と外國人の人權”, 「法學セミナー」, 제502호, 日本評論社, 1996, 18면.

22) 허영교수는 “참정권 이외에 구체적으로 어떤 기본권을 외국인이 향유할 수 있는냐는 개별적인 경우에 결정할 문제이지 처음부터 이를 획일적으로 정할 수는 없다. 하지만 외국인이라도 우리의 생활질서에 동화시켜야 된다는 필요성 때문에 그들에게 기본권을 누릴 수 있게 하는 이상, 우리 헌법상 국가의 구조적 원리라고 볼 수 있는 법치국가원리와 사회국가원리가 외국인에게도 적용되어야 한다.”고 주장한다. ; 허영, 「한국헌법론」, 240~241면.

23) 그러나 국가배상청구권(국가배상법 제7조), 범죄피해자구조청구권(범죄피해자구조법 제10조) 등은 상호주의의 원칙에 따라 외국인에 대하여 인정된다. 따라서 해당국가가 우리 국민에게 권리를 인정하지 않는 경우 해당 외국인은 우리 나라에서 보호를 받지 못하여 불이익을 받게 되는 것은 틀림없다. ; 김용진, “외국인의 지위와 실정법”, 「법제」, 제441호, 1994.9, 111면.

### (3) 학설의 검토

오늘날 부정설은 그 의의를 갖지 못한다고 할 수 있는데, 그 이유는 이념상 인간의 기본권 보장을 목적으로 하는 입헌주의 국가에서 이 이론을 받아들이는데 문제가 있기 때문이다. 확실히 근대국가는 국민국가로서 국내의 국민의 권리를 지키는 것으로 생겨났고, 헌법의 인적대상 또한 국민에 한정되어 있었다. 그러나 이러한 사고방식의 귀착점은 결국 ‘모든 인간의 천부적 인권’이라는 입헌주의 국가의 근본이념의 부정이 되는 것이다. 따라서 오늘날에는 국적<sup>24)</sup>이나 국민을 운명공동체로서 국가에 극히 고정적·배타적으로 결부시키는 방식은 지양되어야 한다. 반면 단순히 인권의 전국가성이나 자연권성만을 추상적으로 전제로 할 경우, 외국인의 권리는 극히 불안정한 지위에 놓이게 된다. 왜냐하면 국가권력의 보장 없이는 외국인의 기본권 실효화는 기대할 수 없기 때문이다.

우리 헌법은 기본권 존중과 보호를 가장 중요한 이념의 하나로 하고 있다. 이 기본권 보장 조항이 국민뿐만 아니라, 우리나라에 거주하며 생활을 영위하는 모든 외국인에게도 전면적으로 균등하게 적용되는가에 대해서는 논란의 여지가 있다. 그러나 우리가 지금까지 보아온 외국인근로자의 기본권침해의 실태를 생각하면, 외국인근로자에 대한 부당한 차별과 기본권침해의 대해 유효한 구제조치를 강구하지 않거나 그 침해가 회복되지 않은 채 국외로 강제추방되는 등의 일이 우리 헌법 체제하에서 허용되지 않는다는 것에 대해 이론은 없을 것이다.<sup>25)</sup> 또한 인권이라는 개념 자체가 보편성을 전제로 하고 있으며, 오늘날 내외국인 평등보호가 국제적 추세화하는 현상에서도 볼 때 헌법상의 기본권 조항이 내국민에게만 적용된다고는 생각되지 않는다.<sup>26)</sup> 따라서 외국인근로자에 대해서도 기본권

24) 국적은 개인과 국가간의 기본적인 법적 유대관계를 정함으로써 어떤 개인을 특정한 국가에 귀속시키는 기준이 되며, 또한 어떤 국가의 통치권이 당연히 그리고 개괄적으로 미치는 인적 범위를 설정하는 표준이 된다. ; 노영돈, “우리나라 국적법의 몇 가지 문제에 관한 고찰”, 「국제법학회논총」, 제41권 제2호, 1996.12, 49면.

25) 關東辯論社會連合會(編), 「外國人勞動者の就勞と人權」, 明石書店, 1991, 147면.

26) 헌법재판소(1994.12.29, 93헌마120)는 불기소처분을 한 검사에 대한 국회노동위원회의 헌법소원에 대해 “헌법재판소법 제68조 1항은 ‘공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 기본권을 침해받은 자는 헌법소원의 심판을 청구할 수 있다.’고 규정하고 있다. 여기서 기본권을 침해받은 자만이 헌법소원을 청구할 수 있다는 것은 곧 기본권의 주체라야만 헌법소원을 청구할 수 있고, 기본권의 주체가 아닌 자는 헌법소원을 청구할 수 없다는 것을 의미하는 것이다. 기본권 보장규정인 헌법 제2장의 제목이 ‘국민의 권리와 의무’이고 그 제10조 내지 제39조에서 ‘모든 국민은 … 권리를 가진다’고 규정하고 있으므로 국민(또는 국민과

의 성질상 특별히 제한할 필요가 발생하지 않는 한, 최대한으로 그들의 인권을 보장하는 것이 세계주의 내지 국제평화주의를 기본원칙으로 하는 헌법정신에 부합할 것이다.<sup>27)</sup> 그렇다고 해서 모든 외국인에 대해 전면적으로 내국인과 동등하게 대우해 주어야 한다는 것은 현실적으로 많은 곤란한 문제점이 있다. 예를 들어 사회보장과 생활보장에 소요되는 재원은 제한적이므로 어느 나라에서도 국민의 경제적 후생과 복지를 희생하면서까지 외국인의 복지의 향상에 재원을 배분하는 것은 현실적으로 어려운 일이기 때문이다. 따라서 여러 입장에서 있는 외국인을 타당성 있는 기준에 의해 그들을 분류, 예를 들면 국민에 준하는 자, 귀화의 요건을 충족한 자, 장기 체류자, 단기 체류자 등으로 세밀하게 분류하여 그 지위에 맞는 적절한 권리보장을 해 줄 필요가 있다. 국제화 시대는 우리에게 헌법과 외국인의 기본권 주체성에 대한 논의의 재구성을 하도록 요구하고 있다.

#### (4) 판례의 입장

헌법재판소는 “헌법재판소법 제68조 제1항은 ‘공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 기본권을 침해받은 자는 헌법소원의 심판을 청구할 수 있다’고 규정하고 있다. 여기서 기본권을 침해받은 자만이 헌법소원을 청구할 수 있다는 것은 곧 기본권의 주체라야만 헌법소원을 청구할 수 있고, 기본권의 주체가 아닌 자는 헌법소원을 청구할 수 없다는 것을 의미하는 것이다. 기본권 보장규정인 헌법 제2장의 제목이 ‘국민의 권리와 의무’이고, 그 제10조 내지 제36조에서 ‘모든 국민은 ……권리를 가진다’고 규정하고 있으므로 국민(또는 국민과 유사한 지위에 있는 외국인과 사법인)만이 기본권의 주체라 할 것이다.”라고 하여 기본권의 보장에 관한 각 헌법규정의 해석상 국민 또는 국민과 유사한 지위에 있는 외국인 등이 기본권의 주체라고 했다. 우리 헌법재판소는 ‘외국인은 국민과 유사한 지위에 있

유사한 지위에 있는 외국인과 사법인)만이 기본권의 주체라 할 것이다.”라고 하여 헌법재판소는 외국인이 기본권 주체가 되는 것을 무조건 반대하는 것은 아니라고 하는 태도를 갖고 있다. 따라서 외국인근로자가 일반적으로 기본권 향유의 주체라는 점에서는 이를 부인할 필요가 없다. 하경호·김영문, “외국인 근로자의 법적 지위 헌법적·국제법적·노동법적·사회보장법적 지위를 중심으로”, 13면; 정인섭, “제한외국인의 법적 지위”, 「국제법학회논총」, 제35권 제1호, 1990, 205면.

27) 장애자의 인권, 아동의 인권 및 여성의 인권 등의 소수자의 인권이 모두 그러하듯이 외국인의 기본권 문제도 우리나라의 인권운동과 더불어 헌법학의 전체적인 자기변혁을 하자는 의미를 갖고 있다. 梓澤和幸, “憲法と外國人の人權”, 15면.

으므로 원칙적으로 기본권 주체성이 인정된다'고 판시<sup>28)</sup>하여 통설과 같은 입장을 취하고 있다.<sup>29)</sup>

#### 4. 憲法上 外國人勤勞者의 基本權

##### (1) 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권(헌법 제10조)

모든 국민은 인간으로서 존엄과 가치를 가질 뿐 아니라, 행복을 추구할 권리를 가지기 때문에 외국인도 인간의 존엄에 관한 제10조의 적용을 받음은 물론 행복추구권의 주체가 된다. 현행 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치의 존중에 기초하여 노동인격(Arbeitspersönlichkeit)의 완성을 근로관련법령이 추구해야 할 기본적인 가치이념으로 제시하고 있다. 또한 근로자의 인간으로서의 존엄성 보장을 의미하는 노동인격의 실현은 소외현상과 노동의 상품성을 극복하기 위해서 반드시 실현되어야 할 이념이다.<sup>30)</sup> 한편 평등권을 비롯한 대부분의 자유권도 인간의 권리를 의미하기 때문에 외국인에게도 원칙적으로 보장된다.<sup>31)</sup> 즉 외국인의 신체의 안전과 자유, 사상의 자유 및 종교의 자유, 학문의 자유는 자국민과 마찬가지로 충분히 보호되어야 한다. 체류국은 외국인의 자유, 생명 및 재산에 대하여 '상당한 주의(due diligence)'를 기울여 그 보호를 위한 사전·사후의 구제조치를 다하지 않으면 국가책임이 발생할 수 있다.<sup>32)</sup> 특히 외국인의 소송을 수리하지 않는 경우(협의를 재판의 거부), 심리 또는 재판의 부당한 지연이나 재판상 보호절차를 거부하는 경우(재판절차의 불공정), 명백히 불공평한 재판을 하는 경우(재판내용의 불공평), 재판을 이행하지 않거나 집행의 부당한 연기·특사를 하는 경우

28) 헌재 2001.11.29, 99헌마494.

29) 김지형, "외국인 근로자의 헌법상 기본권 보장-현행 산업연수제도의 위헌성 검토를 중심으로-", 「저스티스」, 통권 70호, 한국법학원, 2002, 13면.

30) Böckenförde, Ernst-Wolfgang, Menschenwürde als normatives Prinzip, JZ 2003, S. 809 ff.; Höfling, Wolfram, in: Sachs, M.(Hrsg.), GG. 3. Aufl., München 2003, Art. 1.; 민경식, "헌법과 노동인격의 실현", 「중앙대학교 법학논문집」, 제20집, 1995, 79면.

31) 한국법제연구원, 「외국인의 법적 지위-해설과 법령-」, 1994, 21면.

32) Hesse, Konrad, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1995, Rn. 425 f.

(재판집행의 불공평) 등 재판의 거부는 국제법상 국가책임을 성립시킨다.<sup>33)</sup> 또한 자국민과 동등한 기초 위에서 외국인의 신체 또는 재산에 관한 사법적 구제수단이 보장되어야 한다.<sup>34)</sup> 다만 자유권 가운데 헌법 제14조의 거주·이전의 자유, 제21조 언론·출판의 자유 및 집회·결사의 자유<sup>35)</sup> 등은 국가의 안전 등을 이유로 제한의 대상이 될 수 있다. 언론·출판 및 집회 결사의 자유에 의해 모인 사람들이 상호의견을 교환하거나 외부에 견해를 표현하는 경우, 양심 및 사상의 자유보다 심한 통제를 받는 것이 현실이다.<sup>36)</sup> 이러한 기본권은 인간의 정신활동에 관계되는 중요한 자유이지만, 국가의 골격과 질서 및 정치의 방향을 결정하는 것은 자국민의 기본적 권리와 책임이므로 외국인의 표현활동에는 일정한 한계가 있다.<sup>37)</sup>

## (2) 직업선택의 자유(헌법 제15조)

### 1) 직업선택의 자유와 직업

헌법 제15조는 “모든 국민은 직업선택의 자유를 가진다.”라고 규정함으로써 직업선택의 자유를 보장하고 있다. 헌법 제15조가 말하는 직업선택의 자유는 개인이 국가의 간섭을 받지 아니하고 원하는 직업을 자유롭게 선택하고 결정하는 ‘직업선택의 자유’뿐만 아니라, 선택한 직업을 자신이 원하는 대로 자유롭게 행사할 수 있는 ‘직업수행 내지 행사의 자유’까지 포괄하는 “직업”의 자유를 뜻한다. 그

33) Gerhard von Glahn, *Law Among Nations*, New York Macmillan, 1951, pp. 232~233 ; I Brownlie, *Principles of public International Law*, 3rd ed Oxford Clarendon, 1979, pp. 529~531. ; Stern, Klaus, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III/1, München 1988, §. 58 f.

34) 이갑주, “외국인의 법적 지위”, 『목포대학논문집』, 제9집 제2호, 1988, 8면 ; Shigeru Oda, “The Individual in International Law”, in Max Sprensen ed, *Manual of Public International Law*, New York Macmillan, 1968, pp. 483~485 ; Ignaz Seidle-Hohenveldern, “Aliens, Property”, in Rudolf Bernhardt ed, *Encyclopedia of Public International Law*, Vol.8, Amsterdam North-Holland, 1985, pp. 20~21.

35) 마르틴 사건에 대한 일본 최고재판소 판결에 의하면 체류기간 중의 정치활동을 이유로 해서 법무대신이 체류기간의 갱신을 허가하지 않았다 해도 이는 법무대신의 재량범위내에 있다고 하고 있다. 즉 헌법상의 표현의 자유를 체류기간갱신의 불허가라는 수단에 의해 규제하는 것을 합헌으로 보고 있는 것이다. 日本最高裁判所, 「판례시보」, 제903호, 1978.10.4.

36) Schmidt, Rolf/Seidel, Stephanie, *Grunrechte*, 2. Aufl., Bremen 2001, S. 97 f.

37) 이갑주, “국제법상 외국인의 인권에 관한 연구”, 원광대학교 박사학위논문, 1989, 47면.

리고 직업수행 내지 행사의 자유에는 직장을 구하거나 직장을 옮기는 것과 같은 ‘직장선택의 자유’가 포함된다.

## 2) 직업수행의 자유

직업선택의 자유를 수반하는 직업수행의 자유라 함은 자신이 선택한 직업을 자신에게 유리한 방식으로 착수·계속·종결하는 자유를 말하며 영업의 자유도 이에 해당한다<sup>38)</sup>고 본다. 이는 직업선택의 자유가 개인이 스스로 종사하는 직업을 결정하는 자유뿐만 아니라, 자기가 영업주체가 되어 결정한 직업을 영위하고 수행하는 자유인 영업의 자유도 당연히 직업선택의 자유에 포함된다고 보기 때문이다.

그러나 직업수행의 자유는 공공질서에 미치는 영향이 적지 아니하므로 그 장소<sup>39)</sup>·시기<sup>40)</sup>·방법<sup>41)</sup>등에 대하여 헌법 제37조 제2항의 법률유보와 다른 법률에

38) BVerfGE 17, 232(241).

39) 헌재 2002.9.19, 2000헌바84. “약사 또는 한약사가 아니면 약국을 개설할 수 없다.”고 규정한 약사법 제16조 제1항은 자연인 약사만이 약국을 개설할 수 있도록 함으로써 약사가 아닌 자연인 및 일반법인은 물론, 약사들로만 구성된 법인의 약국 설립 및 운영도 금지하고 있는바, 국민의 보건을 위해서는 약국에서 실제로 약을 취급하고 판매하는 사람은 반드시 약사이어야 한다는 제한을 둘 필요가 있을 뿐, 약국의 개설 및 운영 자체를 자연인 약사에게만 허용할 합리적 이유는 없다. 입법자가 약국의 개설 및 운영을 일반인에게 개방할 경우에 예상되는 장단점을 고려한 정책적 판단의 결과 약사가 아닌 일반인 및 일반법인에게 약국 개설을 허용하지 않는 것으로 결정하는 것은 그 입법형성의 재량권 내의 것으로서 헌법에 위반된다고 볼 수 없지만, 법인의 설립은 그 자체가 간접적인 직업선택의 한 방법으로서 직업수행의 자유의 본질적 부분의 하나이므로 정당한 이유 없이 본래 약국개설권이 있는 약사들만으로 구성된 법인에게도 약국개설을 금지하는 것은 입법목적 달성을 위하여 필요하고 적절한 방법이 아니고, 입법형성권의 범위를 넘어 과도한 제한을 가하는 것으로서 법인을 구성하여 약국을 개설·운영하려고 하는 약사들 및 이들로 구성된 법인의 직업선택(직업수행)의 자유의 본질적 내용을 침해하는 것이고 동시에 약사들이 약국경영을 위한 법인을 설립하고 운영하는 것에 관한 결사의 자유를 침해하는 것이다.

40) 헌재 2002.1.31, 2000헌가8. “보험업법 제147조 제2항 제2호 법률조항은 직업수행의 자유를 제한하긴 하나 그 입법목적이 정당하고 부적절한 보험모집행위를 규제하는 방법으로서 등록취소와 업무정지명령이라는 행정처분이라는 정책수단 또한 적절하며 보험모집인의 부적절한 행위의 정도 여하에 따라 등록의 취소 또는 기간에 따른 업무정지명령이 선택적으로 이루어지고 보험계약자의 이익 보호와 보험사업의 건전한 발전이라는 공익이 보험모집인의 직업수행의 자유 보다 더 크다고 보아야 할 것이므로 피해의 최소성과 법익의 균형성 또한 모두 인정된다고 보아야 할 것이어서 이 사건 법률조항은 과잉금지의 원칙에 위배된다고 볼 수 없다.”

41) 헌재 1996.10.31, 93헌바14. “직업소개업은 그 성질상 사인이 영리목적으로 운영할 경우 근로자의 안전 및 보건상의 위험, 근로조건의 저하, 공중도덕상 해로운 직종의 유입, 미성년자에 대한 착취, 근로자의 피해, 인권침해 등의 부작용이 초래될 수 있는 가능성이 매우 크므로 직업안정및고용촉진에관한법률 제10조 제1항에서 노동부장관의 허가를 받아야만 유료직업소개사업을 할 수 있도록 제한하는 것은 그 목적의 정당성, 방법의 적절성, 피해의 최소성, 법익의 균형성 등에 비추어 볼 때 합리적인 제한이라고 할 것이고 그것이 직업선택자유에 본질적 내용을 침해하는 것으로 볼 수 없다.”

의하여 제한 받을 가능성이 많은 것이다. 또한 영업의 자유가 직업수행의 자유에 포함되는지의 문제는 학설이 나뉘어져 있어서 부정하는 견해도 있다.

### 3) 전직과 퇴직 및 무직의 자유

근로자가 직업선택의 자유에 의하여 이미 형성된 근로관계를 계속 유지할 권리와 포기할 권리, 즉 퇴직할 권리를 국가의 방해 없이 자유로이 행사할 수 있는 것은 당연하다. 이는 근로자는 사용자와 근로계약을 동등한 지위에서 자유의사에 의하여 체결하였기에 또한 계약상태의 유지는 물론이고 계약의 해지 또한 자유로이 할 수 있다고 보기 때문이다. 그러나 사용자가 근로계약을 해지하는 데, 즉 근로자를 해고하거나 기업을 청산하고자 할 때는 법률에 의한 제한을 받는다.<sup>42)</sup>

또한 근로자가 더 나은 근로조건을 가진 직업으로 옮기고자 할 때에도 당연히 국가의 방해를 받지 않고, 전직할 권리를 인정받아야 하는 것은 당연하다고 본다. 왜냐하면 근로자의 적성과 능력에 맞고 이를 개발·향상시킬 수 있어서 근로자가 자아를 실현하고, 사회적·경제적 지위향상을 통해 인간으로서의 자기상황 개선의 욕구와 목적을 달성할 수 있다면,<sup>43)</sup> 이 경우도 전술한 직업선택의 자유에 근거를 둔 권리로 보아야 하기 때문이다.

그러나 문제가 되는 것은 근로의 능력을 갖춘 자가 직업을 갖지 않아도 되는 자유가 직업선택의 자유에 해당한다고 볼 수 있는가 이다. 이 문제에 관하여는 견해가 나누어진다.

우선 무직업의 자유를 부정하는 견해는 헌법 제32조 제2항의 “모든 국민은 근로의 의무를 진다. 국가는 근로의 의무의 내용과 조건을 민주주의원칙에 따라 법률로 정한다.”는 규정과 관련하여 직업선택의 자유 중에 무직업의 자유를 포함시키는 것을 부정한다. 이는 여기에서의 근로의 의무를 국가가 공공필요에 의하여 근로할 것을 명하는 경우, 복종하여야 할 국민의 의무라고 보는 공의무설(법적 의무설)에 근거하고 있다.

42) Breuer, Rüdiger, Freiheit des Berufs, in: Isensee/Kirchhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI. Heidelberg, 1989. S. 895 f.

43) 조우현, 「세계의 노동자 경영참가」, 창작과 비평사, 1995, 42면

한편 무직업의 자유를 긍정하고 있는 견해는 윤리적 의무설이다. 이는 근로의 의무를 근로의 능력이 있음에도 불구하고 근로하지 않는 자에게는 윤리·도의적인 비난이 가해져야 하며, 나아가 근로의 권리의 보호 내지 생활 보호를 하지 않는다는 사상에 근거하여 무직업의 자유를 긍정하고 있다.<sup>44)</sup>

생각건대 우리 헌법은 모든 국민의 인간존엄과 가치를 보장하고(제10조), 강제노역을 금지하며(제12조 제1항), 사유재산제도를 보장하고 있기 때문에(제23조 제1항) 무위도식하는 불로소득자가 발생하는 것은 불가피하다. 따라서 노동의 의무는 법적의무가 아니라, 윤리적 의무에 불과하다고 할 수 있고, 그 결과 직업을 가지지 아니할 무직업의 자유가 인정된다고 해석하여야 할 것이다. 또한 무직업의 자유도 직업선택의 자유에 해당된다고 보아야 할 것이다.

#### 4) 직업교육장 선택의 자유

직업교육장이라 함은 직업을 위한 교육을 받을 수 있도록 설치된 초등학교이상의 모든 교육설비를 지칭하며, 이러한 직업교육장을 선택하는 것은 직업교육 이후의 직업선택과 불가분의 관계를 가진다. 그러므로 직업교육장을 자유롭게 선택할 자유는 직업을 갖기 전 단계로 개인이 원하는 직업을 종사하는데 필요한 전문지식을 습득하기 위하여 직업교육장은 임의로 선택할 수 있는 직업교육장선택의 자유이며, 당연히 직업선택의 자유에 포함시켜야 한다.<sup>45)</sup> 이는 특히 독일 등 사회법치국가체제에서 찾아 볼 수 있는 자유이지만, 직업교육장을 선택할 자유도 위에서 파악한 직업의 자유의 한 부분이므로 합리적 근거에 의하여 직업교육장과 직업의 긴밀한 결합을 고려할 때, 그 권리는 직업의 자유의 제한과 동일한 원칙이 그 기준으로 된다고 보아야 할 것이다.

### (3) 사회적 기본권

#### 1) 사회적 기본권 인정 논의

44) Schmidt, Rolf/Seidel, Stephanie, Grunrechte, 2. Aufl., Bremen 2001, S. 275 f.

45) 이희성, “각국의 직업선택의 자유와 실질적 보장에 관한 노동법상 고찰”, 「비교사법」, 제11권 4호(상), 한국비교사법학회, 2004.12, 409면.

사회적 기본권은 헌법의 차원에서 자국민의 인간다운 생활을 보장하기 위한 것이므로 외국인에게는 원칙적으로 인정되지 아니한다고 한다.<sup>46)</sup> 이 설이 현재 우리나라의 통설이다. 이 설은 사회적 기본권이란, ‘각자가 소속된 나라에 의해 보장되어야 할 권리를 의미한다.’라는 논리에 입각해 외국인의 사회적 권 주체성을 부정하고 있다. 사회적 권의 보장은 특히 국가가 국민에게 보장하는 것으로 해석해 왔다. 따라서 생활비가 없어서 국가나 공공단체에 부담이 된다고 생각할 수 있는 사람들은 입국시키지 않으려 하고, 체제 중에 강제퇴거시키는 것이 일반적이다.<sup>47)</sup> 그러나 정주외국인의 사회적 권 보장에 대해서는 보다 깊은 배려가 필요하다. 일본의 大沼保昭는 “경제, 사회적 권리를 기초 지우는 ‘강한 사회연대의식’이라는 것은 바로 동일 사회에서 생활을 공동으로 하는 자로서의 연대의식이며, 본래 의 제적 성격을 가지는 국적을 매개로 한 연대의식은 아니다. 더욱이 무각출의 사회적 보장을 국고에서 부담해야 한다는 성격이 국민과 동일하게 조세를 납부하고 있는 정주 외국인을 배제하는 근거로 될 수 없다. …이상과 같이 권리의 성질로부터 향유주체를 국적 보유자에게 한정해야 할 필요성과 근거가 보이지 않는 이상, 일본헌법 제14조(우리 헌법 제11조)의 평등원칙은 사회적 권의 향유에 대해 적어도 일본 사회에서 거주하고, 국민과 동일한 법적·사회적 부담을 담당하고 있는 정주 외국인에게도 타당하며, 일본헌법 제25조(우리 헌법 제34조)의 생존권은 오히려 정주 외국인을 포함한 구성원의 권리로 구성해야 한다.”고 보고 있다.<sup>48)</sup> 古川利通 교수도 “사회보장은 시민사회의 총괄적인 국가에 의해 대행되며 보장되고 있지만, 그것은 본질적으로 국가와의 관계가 아닌 시민사회와의 관계에서 생겨난 것이다. 따라서 외국인에 대한 사회보장의 적용은 일본의 시민사회에 있어서 외국인의 지위와 안정의 정도, 즉 시민사회귀속성의 정도에 대응해서 판단되어야 할 것이다.”라고 주장하여 이와 유사한 견해를 피력하고 있다.<sup>49)</sup> 이러한 정주 외국인을 통상의 외국인과 분리하여 논하는 것은 정당하다고 보여지며,<sup>50)</sup> 사회적

46) 한국법제연구원, 「외국인의 법적 지위-해설과 법령-」, 20면; 권영성, 「헌법학원론」, 317면; 사회적 권에 대해서는 국가의 재정사정을 고려하여 지장이 없는 범위 내에서 보장하는 것이 일반적이다. 梓澤和幸, “憲法と外國人の人權”, 18면.

47) 이갑주, “국제법상 외국인의 인권에 관한 연구”, 50면.

48) 大沼保昭, “外國人の人權論再構成の試み”, 「法學協議百周年記念論文集」, 제2권, 1983, 374면.

49) 古川利通, “外國人・人權・入營法制”, 「外國人勞働者問題の展望」, 大阪經濟法科大學出版部, 1995, 88~89면.

기본권의 주체가 사회적 연대의식을 공유하는 공동체 구성원이라고 하는 것을 주목하고 싶다.<sup>51)</sup> 또한 大沼保昭가 주장하는 바와 같이 ‘국가는 어떤 국가 그 자체로서 경제·사회적 권리를 그 구성원에게 보장하는 것은 아니다.’라고 한다면, 국민과 동등하게 납세 의무를 지는 외국인이 사회권 보장에서 일률적으로 배제될 이유는 전혀 없다고 생각된다. 나아가 생존의 기본에 관련된 영역에서 일정한 요건을 가진 외국인에게 헌법적 보장을 해주는 입법이 처음부터 사회권의 성질에 모순되는 것은 아니며 오히려 입법정책에 따른 보장이 더욱 요청된다.<sup>52)</sup>

국적에 의한 차별을 없애야 한다는 국제적 추세와 자국내 장기체류하고 있는 외국인의 생존권을 존중한다는 발전적인 견해에서 일정 범위의 외국인에게는 사회권을 보장하는 것이 바람직하다고 생각한다. 의료 건강·교육 등 인간이 생활하는데 불가피한 기본적 인권에 대해서는 외국인이라도 평등하게 보장되어야 한다. 이 점에 대해서는 종래의 통설이나 판례의 ‘사회권은 각인이 속한 나라가 보장해야 할 권리에 그친다’는 이론에서는 좀처럼 해결이 되지 않는다. 현재 필요한 인권감각은 ‘의료·건강 등 인간의 생명에 관한 것은 가장 중요한 인권이며, 그 자가 거주하는 국가가 보호해 주어야 한다’라고 하는 감각일 것이다.<sup>53)</sup> 구체적 내용으로는 노동조건의 향상, 직업소개 및 직업지도 등의 노동조건의 균등대우와 외국인에 대한 부당해고금지 및 외국인의 근로조건 존중 및 사회보장법의 적용 등을 예시할 수 있다.<sup>54)</sup>

## 2) 근로의 권리

### 가. 외국인근로자와 근로3권

헌법은 외국인근로자의 노동3권에 관하여 적극적인 규정을 하고 있지는 않다. 통설적인 견해는 노동자의 노동3권이 기본권 중 자유권적 기본권의 성격도 갖는

50) 현행 국내법은 모든 외국인을 획일적으로만 취급하여 정주 외국인에 대한 대책이 거의 없다. 국내에는 이미 수 대째 살아온 화교가 적지 않게 존재함에도 불구하고 그들에 대한 적절한 법적 대우가 전혀 마련되어 있지 않다.

51) 최홍엽, “외국인 근로자의 노동법상 지위에 관한 연구”, 서울대학교 박사학위논문, 1997, 66~67면.

52) 齋藤靖夫, “日本憲法と外國人労働者”, 74面.

53) アジア人労働者問題懇談會(編), 「外國人と國際人權」, 海風書房, 1992, 109面.

54) 이갑주, “국제법상 외국인의 인권에 관한 연구”, 50면.

경우, 이러한 권리가 외국인근로자에게도 적용된다는 것이다. 헌법재판소는 “근로3권은 국가공권력에 대하여 근로자의 단결권의 방어를 일차적인 목표로 하지만, 근로3권의 보다 큰 헌법적 의미는 근로자단체라는 사회적 반대세력의 창출을 가능하게 함으로써 노사관계의 형성에 있어서 사회적 균형을 이루어 근로조건에 관한 노사 간의 실질적인 자치를 보장하려는 데 있다. 근로자는 노동조합과 같은 근로자단체의 결성을 통하여 집단으로 사용자에 대항함으로써 사용자와 대등한 세력을 이루어 근로조건에 영향을 미칠 수 있는 기회를 가지게 되므로 이러한 의미에서 근로3권은 ‘사회적 보호기능을 담당하는 자유권’ 또는 ‘사회권적 성격을 띤 자유권’이라고 말할 수 있다.”고 판시했다.<sup>55)</sup> 따라서 외국인근로자의 근로문제가 단순한 근로문제라기보다는 최저한의 기본권을 확보하기 위한 인권 문제라는 측면이 강하고, 외국인근로자의 지위나 근로를 내국인과 동등한 수준으로 보장받기 위해서는 정부의 외국인 정책이나 출입국관리정책의 전환과 함께 외국인근로자 자신의 단결이 중요하다. 따라서 외국인근로자자의 권리를 보호하기 위해서는 이주노동자가 조합에 참가하고, 단체교섭에 의한 근로조건 개선 등의 면에서 자국의 근로자와 균등한 대우를 받을 필요가 있다는 점을 고려하면, 외국인근로자에게도 노동3권이 인정되어야 한다고 볼 수 있다. 뿐만 아니라 ‘노동조합’ 및 ‘노동관계조정법’ 제9조 차별대우금지 조항이 비록 ‘국적’을 명시적으로 차별의 이유로 적시하지는 아니하였지만, 인종, 신분에 따른 차별을 금지함으로써 간접적으로 외국인근로자에게도 노동3권이 인정됨을 확인하고 있다고 판단할 수 있다. 노동부도 비록 고용허가제하의 이주노동자에 한정되기는 하지만 이주노동자의 노동조합결성에 대하여 ‘수용’의사를 밝힌바 있다.<sup>56)</sup>

#### 나. 단결권

근로자들은 근로조건을 유지·개선하는 등 자신의 경제적·사회적 지위를 향상하기 위해 자주적으로 단결하고 단체교섭 등을 하는 단결권을 갖는다. 외국인근로자의 경우에도 마찬가지로 법적으로는 단결권이 보장된다.

실제로는 근로자가 아니라 연수자라는 명목 아래 단결권이 부정된다고 평가

55) 헌재 1998.2.2, 94헌바13·26, 95헌바44(병합).

56) 한국일보, “노동부, 합법적 외국인 노조설립은 수용”, 2005. 4. 25.자.

도 하며, 집단 행동시에는 즉시 본국으로 송환된다는 위협이 이루어지고, 불법체류자인 경우에는 강제출국의 위협도 있기 때문에 사실상 외국인근로자의 조직적인 단결활동이 제대로 이루어지지 않아 왔다. 노동권·인권에 대한 극심한 피해에 대해 외국인근로자들이 집단적으로 작업을 거부하고 쉼터(센터)로 피신하는 경우가 종종 발생하고 있다.<sup>57)</sup>

#### 다. 근로권 보장으로서는 직업선택의 자유

근로의 권리는 ‘일할 권리’<sup>58)</sup>로써 모든 국민이 자신의 의사와 능력과 취미에 따라 근로의 종류·내용·장소 등을 선택하여 근로관계를 형성하고, 타인의 방해 받을 없이 근로관계를 계속 유지하거나, 국가에 대하여 근로의 기회를 제공하여 줄 것을 요구할 수 있는 권리이다.<sup>59)</sup> 세계의 추세에 따라 우리나라에서도 헌법 제32조 제1항에서 “모든 국민은 근로의 권리를 가진다. 국가는 사회적·경제적 방법으로 근로자의 고용의 증진과 적정임금의 보장에 노력하여야 하며, 법률이 정하는 바에 의하여 최저임금제를 시행하여야 한다”고 규정함으로써 근로의 권리를 보장하고 있다. 일반적으로 헌법상의 근로의 권리란 소극적인 면에서는 개인이 근로를 행함에 있어서 국가 또는 타인의 방해를 받지 아니하고, 자유로이 근로를 하거나 근로를 하지 아니할 권리인 자유권적 기본권을 의미한다. 반면에 적극적인 면에서는 근로의 의사와 능력이 있는 개인은 누구든지 국가에 대하여 근로의 기회를 청구할 수 있는 취업청구권을 가지거나 이에 대신하여 생활비의 지급을 요구할 수 있는 생활비지급청구권 등의 적극적인 청구권을 말한다고 보고 있다.<sup>60)</sup>

오늘날 산업자본주의의 발전에 따른 일반 대중의 빈곤, 빈부격차의 증대, 개인의 자유의 구속 및 불평등이 초래됨으로써 기존의 자유권적 기본권에 대한 재검

57) 김홍영, “외국인근로자의 노동권과 사회보장권”, 「법학연구」, 제14권 제1호, 충남대학교법학연구소, 2003, 258면.

58) 허영, 「한국헌법론」, 495면.

59) 권영성, 「헌법학원론」, 667면.

60) 권영성, 「헌법학원론」, 669~670면 ; 허영, 「한국헌법론」, 496~498면 ; vgl. Söllner-Waltermann Grundriss des Arbeitsrechts, 13. Aufl., 2003, S.41; Manfred Lieb, Arbeitsrecht, 8. Aufl., 2003, S.126; Nikisch, Arbeitsrecht, Bd. I, 3. Aufl., 1961, S.43; Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht, 5. Aufl., 1998, S.100; Günter Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 9. Aufl., 2000, S.1116 f.

토를 하여야만 하였다. 즉 새로운 개념의 기본적인 인권으로서 기존의 형식적 자유와 평등의 원리를 지양하고, 실질적 자유와 평등의 원리를 구현함으로써 자본주의 사회의 모순을 극복하고자 하는 데에 근본 목적으로 두고 있는 생존권적 기본권의 보장이 요청되기에 이르렀다.<sup>61)</sup>

그러므로 근로의 권리가 추상적 권리에 불과하다<sup>62)</sup>면, 그 권리는 권리로서 실질적 효력을 인정받기 어려울 것이다. 따라서 근로의 권리에 대하여 구체적 권리성, 즉 국가에 대하여 일할 기회를 적극적으로 요구할 수 있는 개인의 주관적 공권(subjektives öffentliches Recht)<sup>63)</sup>으로 보는 것이 바람직할 것 같다.<sup>64)</sup> 또한 국가는 적극적 시책에 의하여 근로자들에게 근로의 기회를 제공해 주고, 나아가서 근로자들이 단결권과 단체교섭권 및 단체행동권을 행사하여 스스로 생존확보를 할 수 있도록 해야 할 책무를 지니고 있다고 해석되므로 근로의 권리와 근로3권은 통일적으로 파악할 수 있는 것이다. 왜냐하면 근로의 기회가 없는 근로3권 또는 근로3권이 없는 근로의 기회는 생존권적 기본권으로써 불완전한 것이기 때문이다.

이러한 국가의 책무에 의하여 사유재산제도와 기업의 자유를 보장하고 있는 자유주의 국가인 우리나라에서는 철저한 계획경제의 실시로 최대의 고용창출을 통하여 국민들의 직업선택의 자유가 어느 정도 제한되는 사회주의국가와는 달리, 근로를 희망하는 구직자에게 합리적인 직업소개를 실시함으로써 직장을 마련해 주거나 구직자에게 직업훈련과 기능검정을 실시하여 구직을 용이하게 해 주는 구체적인 시책을 강구해야 할 것이다.<sup>65)</sup> 이에 우리나라에서도 최근에 고도의 경제성장에 따른 산업구조의 조정과 계속되는 경기변동의 여파로 고용사정이 더욱 악화되어가는 추세에 있기 때문에 이로 인한 대량 실업에 대비하고, 양질의 노동력의 수급균형을 유지하기 위하여 고용관련 법률 등이 대폭 제정·정비되었다.

61) 이희성, “각국의 직업선택의 자유와 실질적 보장에 관한 노동법상 고찰”, 404면.

62) 이상운, 「노동법」, 법문사, 2008, 59면; 임종률, 「노동법」, 법문사, 2004, 13면.

63) 김형배, 「노동법」, 박영사, 2004, 143면; Manfred Lieb, Arbeitsrecht, 8. Aufl., 2003, S.126; Nikisch, Arbeitsrecht, Bd. I, 3. Aufl., 1961, S.43; Zöllner-Loritz, Arbeitsrecht, 5. Aufl., 1998, S.100; Günter Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 9. Aufl., 2000, S.1116 f.

64) 권영성, 「헌법학원론」, 668~669면; 허영, 「한국헌법론」, 497~498면.

65) 김형배, 「노동법」, 151면; 임종률, 「노동법」, 13면.

특히 개인의 직업능력의 촉진, 실업자의 생활안정과 구직활동의 지원, 구직 및 구인업무의 전문성 고양, 직업훈련제도의 효율성 촉진 등을 위하여 관련 법제도를 정비함으로써 우리 헌법 제32조 제1항의 근로의 권리를 구체화하여 할 국가의 책무를 실현하고 있는 것이라고 볼 수 있다.<sup>66)</sup>

전술한 바와 같이 우리 헌법상 근로의 권리가 시민법적인 형식적·추상적 자유를 초월하여 구체적·실질적인 자유를 보장하기 위한 생존권 보장의 일환이라고 본다면, 현행 우리나라의 고용보장관련입법을 비롯한 노동관계법상 적당한 직업선택의 자유는 헌법상의 근로의 권리의 기본이념을 전제로 하고 있다고 볼 수 있다.<sup>67)</sup> 이 경우 고용이란, 즉 근로자가 자신의 능력·소질·적성에 적합한 일자리를 자유로이 선택 할 뿐만 아니라, 더 나아가 각자 자신의 능력을 개발·향상·발휘할 수 있는 일정수준 이상의 근로조건이 담보된 것을 의미한다고 할 수 있다.<sup>68)</sup>

따라서 오늘날에 있어서 근로의 권리라는 것은 근로자가 인간노동의 존엄성에 의거하면서 인간으로서의 자기실현을 도모할 수 있는 권리로써 근로자가 자신이 자발적으로 좋아하는 적당한 직업을 자유로이 선택하거나, 보다 나은 근로조건을 고용을 선택할 수 있도록 충분한 기회가 주어지고 보장되어지는 권리 모두를 포함하는 ‘적당한 직업선택권’을 그 규범적 내용의 기본이념으로 하고 있다고 본다.<sup>69)</sup>

그러므로 헌법 제32조 제1항의 근로의 권리를 현대적·고용보장법적, 즉 노동법상의 시각에서 재해석을 통하여 이론을 구성한 재구성론은 근로의 권리의 보장은 단순한 근로기회의 제공만이 아니라, 근로자가 취업중이거나 실업을 당했을 때에 공적기관을 이용하여 직업소개 및 직업훈련, 실업급여, 고용창출로서 실업대책사업 등을 근로자 자신의 자율성을 기초로 한 자신의 능력·소질·수준에 따라 적당한 직업을 선택하고, 보다 나은 근로조건을 일정수준 이상이 담보되어 있는 고용을 선택할 권리, 즉 적당한 직업선택권 또는 적당한 직업선택의 자유를

66) 김형배, 「노동법」, 152면, 1080면; 임종률, 「노동법」, 13면.

67) 김형배, 「노동법」, 1081면; 임종률, 「노동법」, 582면; 고용정책기본법 제1조와 제4조 제1항 및 직업안정법 제1조와 제11조 참조.

68) 조경배, “고용보장의 노동법적 원리와 구조에 관한 연구”, 서울대학교 박사학위논문, 1997, 95면.

69) Stein, Ekkehart/Frank, Göt, Staatsrecht, 17. Aufl., Tübingen 2000. S 355.

그 규범적 기본원리로 하고 있다고 본다. 근로의 권리의 실체인 근로의 권리의 내용과 법적 성격을 현대적 의미에 맞게 재구성하여야 한다는 근로의 권리의 현대적 재구성론은 오늘날 급변하는 사회경제적 현실에 비춰 볼 때 충분한 근거와 설득력이 있다고 생각된다.

#### 라. 자유로운 근로계약의 체결

근로자가 직업을 갖기 위해서는 사용자가 근로사이에 임금, 근로시간, 직종 등의 중요한 근로조건에 대하여 서로 합의하고 계약을 체결함으로써 근로관계가 성립되어야 한다. 근로계약은 특별한 방식을 요하지는 않으나 강제되지 않고, 자유로이 체결되어야 한다. 이때 사용자는 생산수단의 소유자로 경영권에 기초하여 근로자를 선택하여 채용할 자유를 가지며, 근로자는 스스로 자신의 능력과 소질에 맞는 일자리를 자유롭게 선택할 자유를 가지게 된다. 따라서 자본주의 법질서에서는 근로자와 사용자의 합의에 의하여 노동력과 생산수단의 결합이 이루어지는 것이 기본적인 현상이다.<sup>70)</sup> 근로자가 직업을 선택하는데 있어서 자유롭다는 것은 개인이 어느 누구의 간섭도 받지 않고 직업을 결정한다는 의미이므로 내심의 자유로써의 성질을 띠고 있다고 본다.<sup>71)</sup>

또한 사용자와 근로자는 근로조건을 결정할 때에는 동등한 지위에서 자유의사에 의하여야 한다(근로기준법 제3조 참조). 즉 근로계약은 계약당사자가 동등한 지위에서 자유의사로 체결하여야 한다는 것이다. 여기에서의 ‘동등한 지위’란 형식적인 대등성을 뜻하지만, 근로조건 결정에 있어서는 현실적으로는 ‘자유 의사’가 더 중요하다고 본다.<sup>72)</sup> 결국 근로자에게는 자신에게 가장 적합한 근로조건을 갖춘 일자리를 선택할 자유가 주어지는 직업선택권이 가장 중요하다고 볼 수 있을 것이다.

그러나 오늘날 근로자는 자기의 소질과 능력에 맞는 직업을 자유로이 선택하여 결정한 후에 근로계약을 체결하지만, 실제에 있어서는 임금이나 직종 등의 중요한 사항 이외의 세부적인 내용은 사용자가 작성한 취업규칙에서 정한 바에 따

70) 김형배, 「노동법」, 230면.

71) 김철수, 「헌법학개론」, 박영사, 2007, 695~696면.

72) 이영희, 「노동법」, 법문사, 2001, 31면.

르는 것이 일반적이다.<sup>73)</sup> 반면에 사용자는 근로강제, 여자 및 소년의 사용제한 기타 근로기준법 등의 법령이 정한 제한규정에 의하여 실질적으로 고용의 자유를 제한받고 있다. 더구나 대기업에 있어서 집단적으로 노동력의 거래가 행하여지고 공개시험에 의한 채용이 이루어지고 있어서 근로자와 사용자의 개별적 관계는 상대적으로 의미가 없어져가고 있다.<sup>74)</sup>

#### 마. 입법정책을 통한 고용 보장

직업선택의 자유는 근대 시민법질서하에서의 형식적·추상적 자유를 초월하여 구체적·실질적 결과에 있어서 자유를 보장하기 위한 생존권의 일환이라고 볼 때, 일자리의 개념을 일정한 질적인 내용을 담보하는 고용이어야 한다. 오늘날 산업의 발달과 여러 환경의 변화로 인하여 발생하는 실업문제 등의 고용문제들을 해결하기 위해서는 각 국가마다 적극적인 고용보장정책을 필요로 하게 되었다. 따라서 직업선택의 자유를 제대로 이해하기 위해서는 근로의 권리의 현대적 재구성론의 핵심적 개념내용인 고용선택의 자유의 개념을 염두에 두고, 그 중심적 내용인 ‘적당한 직업’이라는 개념이 어떠한 내용의 고용을 의미하는지 보다 구체적인 고찰이 필요하다. 우선 적당한 직업이란, 근로자 자신의 능력과 소질에 적합한 고용을 말한다. 여기에서 근로자의 능력은 그 근로자 자신의 연령, 교육경력, 직업경험, 직업훈련의 결과 등을 참작하여 정신적·육체적 근로능력을 판단할 수 있을 것이고, 근로능력의 판단기준으로는 통근가능성, 주거이전의 여부 등의 당해 근로자의 생활기반도 함께 고려하여야 할 것이다. 이 점에 대해서는 고용보험법 제46조 제1항 단서 제2호 또는 ‘직업안정법’ 제11조 제2항에서 규정하고 있다. 그리고 이에 관하여 ILO의 직업안정기관의 구성에 관한 권고 제88호 제18조와 고용촉진 및 실업으로부터의 보호에 관한 협약 제168호 제2조 및 제21조 등에서도 이점을 강조하고 있다.<sup>75)</sup> 예를 들면, 장애인이나 고령자와 같이 상대적으로 취업이 불리하거나 직업능력에 있어서 장애요인이 있는 경우에는 작업조건 및 형태, 근로환경의 정비 등 기타 제반측면에서 그 능력에 적합한 근로조

73) 김형배, 「노동법」, 229면.

74) 김형배, 「노동법」, 230면.

75) 조경배, “고용보장의 노동법적 원리와 구조에 관한 연구”. 97면.

건 및 작업환경을 갖춘 상황에서 고용이 필요하다.<sup>76)</sup>

다음으로 적당한 직업이란, 일정수준의 근로조건의 담보되어 있는 상황에서 고용을 말한다. 이는 근로자의 직업능력·적성을 고려하여 일정수준의 근로조건이 담보된 상황에서 고용이 되어야 함을 말한다.<sup>77)</sup> 직업선택의 자유의 핵심이 되고 있는 고용선택의 자유의 내용이 되는 ‘적당한 직업’의 내용으로 일정수준의 근로조건을 포함시키고 있는 이유는 고용의 질 확보가 고용선택의 자유의 실질적 보장을 위한 중요한 요소로서 전제가 되기 때문이다. 즉, 노동시장에서의 국가의 적극적 고용정책이 노동력공급의 확대에 의하여 근로자의 근로조건의 저하를 촉진시킬 가능성을 미연에 방지하고자 하는데 그 의의가 있다. 다시 말하면 노동시장에서의 지나친 노동력 공급으로 인하여 고용불안정의 증대나 외국인근로자의 고용허가제 등으로 근로조건의 질적 저하가 야기된다면, 고용선택의 자유의 실질적 제한의 의미로 작용할 수 있을 것이다. 그러므로 ‘고용보장법’의 법적 근거가 되는 근로권의 규범적·내재적 요청으로 근로조건의 질적 저하를 방지하여 이들 근로자의 고용을 보장하고,<sup>78)</sup> 근로자가 직업선택을 자유로이 할 수 있도록 보장하여야 한다. ILO협약 제88조의 직업안정기관의 구성에 관한 협약 제12조b에서도 “임금 및 근로조건이 법률 또는 일반관행에 의하여 규정된 기준보다 낮은 직업에 근로자를 소개하여서는 아니 된다.”라고 규정하여 직업소개사업을 행함에 있어서 일정수준의 근로조건 보장을 직업안정기관이 준수해야 할 하나의 원칙으로 하고 있다는 사실을 알 수 있다.<sup>79)</sup>

마지막으로 적당한 직업이란, 보다 좋고 보다 나은 고용을 말한다. ‘고용보장법’의 규범적 근거가 되는 근로권의 중심적·구체적 내용인 적당한 직업선택의 자유는 근로자의 적성과 능력을 개발·향상시킬 수 있는 여건조성이 담보됨으로써

76) 장애인고용촉진및직업재활법 제4조 및 제7조에서는 장애인이 가지고 있는 근로능력을 정당하게 평가하여 근로기회를 제공함과 동시에 적절한 고용관리와 직업능력의 판단을 위해 적성검사 등을 실시하도록 하여 사용자에 의무를 부과하고 있고, 고령자의 경우에는 고령자고용촉진법 제4조에서 고령자의 능력의 상응한 고용의 기회를 제공하기 위하여 고령자의 직업능력의 개발·향상과 작업시설·업무 등을 개선하도록 사용자에 근로자의 능력과 적성에 적합한 고용이 될 수 있도록 하는 노력의무를 부과하고 있다.

77) 清正寬, 「雇用保護法の研究」, 法律文化社, 1987, 11면. ; 조경배, “고용보장의 노동법적 원리와 구조에 관한 연구”, 97~98면.

78) 일정수준의 근로조건 보장이 직업선택권의 내용임을 확인하는 규정으로 볼 수 있는 것으로 고용보험법 제46조와 ‘직업안정법’ 제8조를 들 수 있다.

79) 조경배, “고용보장의 노동법적 원리와 구조에 관한 연구”, 98면.

보다 충실해 질 수 있다. 노동시장에서 노동력을 제공하는 근로자는 작업현장에서 숙련기능을 향상시켜 자아를 실현하고, 사회적·경제적 지위향상을 통해 인간으로서의 자기상황개선의 욕구와 목적을 갖는다.<sup>80)</sup> 따라서 근로자는 자신의 능력에 적합한 직업의 고용과 또는 일정수준의 근로조건을 담보하여 고용될 때, 고용의 질 확보로 인한 고용보장 뿐만 아니라 국가의 직업훈련수강권 보장을 통하여 보다 나은 고용을 확보할 수 있는 권리를 가져야 한다. 이것은 실업보험이나 실업대책사업은 사후적·소극적인 실업에 대한 기능을 가질 수밖에 없기 때문에 보다 나은 고용을 확보하기 위해서는 근로자의 근로능력을 유지·개선·향상시켜 실업을 방지할 뿐만 아니라, 적극적 상향이동을 가능하게 하는 직업훈련제도<sup>81)</sup> 등과 긴밀하게 이루어져야 한다.

## 第2節 相互主義原則과 國際法上的의 外國人의 地位

### 1. 相互主義原則과 平等權(憲法 第11條)

#### (1) 평등권과 평등원칙

헌법 제11조 제1항에 의하면, “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.”라고 규정하여 평등원칙을 선언하고 있다. 헌법재판소에 의하면, “이러한 평등의 원칙은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 입법과 법의 적용에 있어서 합리적인 근거가 없는 차별을 하여서는 아니된다는 상대적 평등을 뜻하고, 따라서 합리적인 근거가 있는 차별 또는 불평등은 평등의 원칙에 반하는 것이 아니다. 평등원칙은 행위규범으로서 입법자에게 객관적으로 같은 것은 같게 다른 것은 다르게 규범의 대상을

80) 조우현, 「세계의 노동자 경영참가」, 42면.

81) 松林和夫, 「勞動權と雇用保障法」, 日本評論社, 1991, 109~112면; 조경배, “고용보장의 노동법적 원리와 구조에 관한 연구”, 98~99면.

실질적으로 평등하게 규율할 것을 요구하나, 헌법재판소의 심사기준이 되는 통제 규범으로서의 평등원칙은 단지 자의적인 입법의 금지기준만을 의미하게 되므로 헌법재판소는 입법자의 결정에서 차별을 정당화할 수 있는 합리적인 이유를 찾아 볼 수 없는 경우에만 평등원칙의 위반을 선언하게 된다.”<sup>82)</sup>고 판시했다.

## (2) 평등원칙의 침해 여부

헌법상 평등의 원칙은 노동관계법에 의해 더욱 구체화되고 있다. 근로기준법 제5조의 “균등처우”조항, ‘노동조합법’ 제11조의 “차별대우의 금지”조항, ‘직업안정법’ 제2조의 “균등처우”조항 등에 의해 불합리한 차별을 금지하고 있는 것이다.<sup>83)</sup> 이 가운데 근로기준법의 조항은 “국적”에 의한 차별을 명시적으로 금지하고 있으나, ‘노동조합법’과 ‘직업안정법’의 규정은 “국적”에 의한 차별을 열거하고 있지 않다.

평등의 원칙이 실현된다는 것의 의미는 여러 가지 측면에서 설명할 수 있겠지만, 쉽게 생각할 수 있는 것은 외국인근로자의 권리를 보장하는 것이다. 동등한 인간으로서 대우한다는 것은 외국인의 인권을 보장하기 위한 전제일 것이다.<sup>84)</sup>

외국인근로자뿐만 아니라 내국인 근로자의 보호를 위해서도 평등원칙은 매우 필요하다. 외국인근로자를 낮은 근로조건으로 대우할 수 있다면, 사용자는 더 많은 수의 외국인근로자를 채용하고자 하여 내국인의 취업기회를 감소시키는 현상을 초래할 것이다. 또한 국내근로자가 그러한 직종에 취업을 원하여도 낮은 근로조건을 감수하지 않으면 취업을 할 수 없게 된다. 국외로부터 들어오는 외국인근로자의 숫자가 많아질수록 이러한 위험은 커진다고 할 수 있다. 인력난 등으로 인해 외국인력의 도입을 인정할 수밖에 없게 된다면, 내·외국인 평등원칙을 엄격하게 지킬 것을 요구하게 된다.<sup>85)</sup>

82) 헌재 1998.9.30, 98헌가7. ; 다시 말하면, 헌법에 따른 입법자의 평등실현의무는 헌법재판소에 대하여는 단지 자의금지원칙으로 그 의미가 한정축소되므로 헌법재판소가 행하는 규범에 대한 심사는 그것이 가장 합리적이고 타당한 수단인가에 있지 아니하고 단지 입법자의 정치적 형성이 헌법적 한계내에 머물고 있는가 하는 것에 국한될 수 밖에 없다. 헌재 1997.1.16, 90헌마110·136등, 판례집 9-1, 90.

83) 박유원, “외국인근로자의 법적 보호에 관한 연구”, 연세대학교 대학원 석사학위논문, 2003, 9면.

84) Stein, Ekkehart/Frank, Götz, Staatsrecht, 17. Aufl., Tübingen 2000, S. 246 f. ; Stein, Ekkehart/Frank, Götz, Staatsrecht, 17. Aufl., Tübingen 2000S. 386.

## 2. 相互主義와 政治活動 禁止 및 國家賠償法

### (1) 상호주의와 정치활동의 자유

정치활동의 자유<sup>86)</sup>는 매우 포괄적인 개념으로 볼 수 있다. 선거권, 피선거권, 공무담임권 등 협의의 참정권뿐만 아니라, 정치적 표현의 자유<sup>87)</sup>를 포함하는 등 그 범위가 매우 광범위할 수 있다. 따라서 협의의 참정권은 주권과의 관계에서 일차적으로는 국민의 권리로서 별도의 논의를 요한다고 하더라도 별다른 기준 없이 일반적인 정치적 표현의 자유를 금지하는 것은 과도한 기본권 침해라고 볼 수밖에 없다.

미국이나 독일처럼 헌법상의 기본권의 주체를 국민이나 시민이 아닌 ‘인간’으로 규정한 경우에는 협의의 참정권은 논외로 하고 외국인도 정치적 표현의 자유를 향유한다고 보아야 한다. 미국 연방대법원의 판례<sup>88)</sup>에 의하면, 미국에서는 선거권과 더불어 직접적인 정치참여만이 문제되고 있다고 볼 수 있다. 선거직, 입법직 또는 사법직 등의 직위는 대의정부의 핵심적인 기능을 담당하기 때문이다.<sup>89)</sup>

### (2) 상호주의와 국가배상법 및 범죄피해자구조법

‘국가배상법’은 제7조에서 “이 법은 외국인이 피해자인 경우에는 상호의 보증이

85) 박유원, “외국인근로자의 법적 보호에 관한 연구”, 10면.

86) 헌재 2004.3.25, 2001헌마710. ; “종래 정치적 기본권으로는 헌법 제24조(공무원선거권)와 제25조(공무담임권) 및 그 밖에 제72조(국민투표권)가 규정하는 이른바 ‘참정권’만을 의미하는 것으로 보았다. 그러나 오늘날 정치적 기본권은 국민이 정치적 의사를 자유롭게 표현하고, 국가의 정치적 의사형성에 참여하는 정치적 활동을 총칭하는 것으로 넓게 인식되고 있다. ...정치적 자유권이라 함은 국가권력의 간섭이나 통제를 받지 아니하고 자유롭게 정치적 의사를 형성·발표할 수 있는 자유라고 할 수 있다. 이러한 정치적 자유권에는 정치적 의사를 자유롭게 표현하고, 자발적으로 정당에 가입하고 활동하며, 자유롭게 선거운동을 할 수 있는 것을 주된 내용으로 한다.”

87) 헌재 2004.3.25, 2001헌마710. ; “오늘날 정치적 표현의 자유는 실로 언론·출판·집회·결사 등 모든 영역에서의 자유를 말하므로, 이 권리는 자유민주적 기본질서의 구성요소로서 다른 기본권에 비하여 우월적 효력을 가진다고 볼 수 있다.”

88) Sugauman v. Dougall, 413 U.S. 634 (1973) 사건에서 연방대법원은 외국인이 주의 민간인 공무원이 되는 것을 금지할 수 없다고 판시하면서 그 방면에서 주는 외국인이 선거직, 입법직 또는 사법직에 종사하거나 선거직이 아니더라도 주 정부 기관의 중요한 지위에의 취임은 금지할 수 있다고 판시하였다.

89) 박홍우, 「미국헌법」, 사법연수원, 2005, 125면.

있는 때에 한하여 적용한다.”<sup>90)</sup>고 규정하고 ‘범죄피해자구조법’은 제10조에서 “이 법은 외국인이 피해자이거나 유족인 경우에는 상호의 보증이 있는 경우에 한하여 적용한다.”고 규정하여 공무원의 직무상 불법행위에 대한 국가의 손해배상과 타인의 범죄로 인한 생명, 신체피해자에 대한 국가의 구조에 있어서 상호주의를 취하고 있다.<sup>91)</sup>

미국의 경우, 헌법에 국가배상을 별도로 규정하고 있지 아니하지만, 헌법상의 기본권 주체가 “인간”인 이상 외국인에게도 국가배상청구권이 당연히 인정되는 것으로 해석된다. 독일의 경우에는 선거권을 제외하고, 기본권 주체를 ‘인간’으로 보고 있고 독일헌법 제34조에서 “한 사람이 자기 공직 내에서 제3자에게 지켜야 할 의무를 준수하지 아니하면, 그것의 책임은 그가 소속되어있는 국가나 조직이 진다. 고의나 과실행위의 경우에는 잘못된 자가 책임을 져야 한다. 국가배상청구를 위한 소송의 방법을 막아서는 아니된다.”고 하여 명문으로 국가배상청구권을 인정하고 있다. 따라서 국가배상청구권의 주체에는 국민뿐만 아니라, 외국인도 포함된다고 보아야 하며, ‘경찰법’에서도 국가배상을 규정하면서 국민과 외국인의 차별을 두고 있지 않다.

국가배상의 상호주의를 규정한 나라는 거의 그 예를 찾아보기 어려우나 일본의 경우 이를 규정하고 있다. 일본의 ‘국가배상법’ 제6조는 “이 법률은 외국인이 피해자인 경우에는 상호보증에 있는 때에 한하여 이를 적용한다.”고 규정하고 있다. 그러나 이에 대해서는 공무원의 불법행위에 대한 피해자의 구제여부를 피해자 본국 법제에 관련시키는 것은 합리성을 결여하고 있고 조리에 맞지 아니하다. 일본 헌법 제17조 및 제14조 제1항의 정신에 비추어 외국인의 인권을 합리적인 이유 없이 제한하고, 차별적 취급을 하는 것으로 위헌의 소지가 있다는 비판이 있다. 또한 판례도 상호보증은 유연하게 해석하고 있다. 상호보증의 유무를 누가 입증하여야 하는가에 대하여 피고인 국가 또는 공공단체가 상호보증에 없는 것을 입증한 경우에 한하여 ‘국가배상법’의 적용이 부정된다고 해석하고 있고, 외국

90) 대법원 1968. 12. 3. 68다1929 ; “중화민국 민법 제188조, 제192조, 제197조에 외국인도 중화민국을 상대로 피용인의 직무집행시의 불법행위에 인한 재산상 및 정신상 손해를 배상하도록 규정되어 있으므로 중화민국과 우리나라 사이에 국가배상법 본조에 이른바 외국인이 피해자인 경우에 상호의 보증이 있는 때에 해당한다.”

91) 황필규, “이주노동자의 인권”, 「인권보고서」, 제20집, 대한변호사협회, 2005, 203면.

의 법제가 배상한도액을 정하고 있거나 별도의 면책사유를 규정하고 있는 경우에도 이를 구체적으로 고려하지 아니하여도 된다고 판시<sup>92)</sup>하고 있다. 또한 피해자가 이중국적인 경우, 어느 한 쪽 국가에 상호보증에 있으면 된다고 해석하고 있고, 무국적인 경우에는 당연히 상호보증에 있는 것으로 간주한다.<sup>93)</sup>

### 3. 國際法上 外國人의 地位

#### (1) 국제노동기구(ILO)

ILO는 외국인근로자의 보호 차원에서 이주근로자(Migrant Worker)라는 용어를 사용하고, 여러 가지 모국의 어려움으로 인하여 외국으로 취업이주를 한 외국인을 보호하기 위하여 조약과 권고의 형태로 국제적 보호 규제를 시도해 왔다.<sup>94)</sup>

ILO의 기본원칙을 정한 베르사이유 평화조약에서는 “각 국에서 법률로 정립된 근로조건에 관한 기준은 그 국내에 합법적으로 거주하는 모든 근로자의 공평한 경제적 대우를 적절하게 고려해야 한다(제427조).”고 규정하고 있으며, 1919년 제1회 총회에서는 이주근로자와 내국민의 균등대우를 촉진하는 것을 목적의 하나로 채택하였다. 이를 위한 조약과 권고의 예시로는 「외국인근로자상호간대우에 관한권고」(제2호 권고, 1919), 「근로자재해보상에대한내외국인근로자의균등대우에관한조약」(제19호, 1925),<sup>95)</sup> 「이주근로자의모집·직업소개및근로조건에관한조약」(제66호, 1939)<sup>96)</sup>과 제61호 권고 등을 들 수 있다.

제2차 대전 이후 국제연맹 하의 기구에서 국제연합의 전문기구로 재출발한 ILO는 1939년의 조약과 권고를 개정하여 1949년의 「이주근로자에관한협약」(제97조 협약)에서 이를 구체화하고, 「이주근로자에관한권고」(제86호 권고)를 채택하였다. 1955년에 개발도상국의 근로자 송출 보호 측면에서는 「이주근로자보

92) 名吉室高判昭和 41. 9. 30.

93) 황필규, “이주노동자의 인권”, 203면.

94) 佐藤進, 「外國人労働者の福祉と人權」, 法律文化社, 1993, 24面.

95) 비준한 상호 국가간에만 적용한다.

96) 이민의 입출국에 대해서 사기적 조치와 국내의 법령·규칙 등에 위반하는 조치의 방지와 처벌 등의 규정(제1조)과 근로조건 등의 내외국인 균등대우(제6조) 등을 규정하고 있다.

호조약」(제100호)를 채택했고, 1958년에는 「고용및직업상차별대우금지에관한협약」(제111호 협약)을 채택하였으며, 1962년에 「사회보장에있어서내외국인근로자균등대우에관한협약」(제118호)를 채택했다. 1975년에는 외국인근로자의 불법성 떠나서 인간으로서 보호 받고 고용의 기회 및 대우의 균등을 모색하기 위하여 제97조 협약과 제111조 협약을 보완하여 「불법이주및이주근로자의기회및대우균등증진에관한협약」(제143호) 및 동 권고(제151호)를 채택했고 1982년에 「이주근로자의사회보장에서권리유지에관한협약」(제157호)<sup>97)</sup>과 권고(제167호)를 채택하였다. 이 중 1949년의 협약과 권고 및 1975년의 협약과 권고가 외국인근로자의 권리보호에 관한 국제기준의 기본이며 직접적인 목적이나 우리나라는 기본적인 협약인 제97호 협약 어느 것도 비준하고 있지 않다.<sup>98)</sup>

#### 1) 이주근로자협약

제97호 협약은 1949년에 채택되어 세 개의 부속문서로 구성된다. 이 협약은 1952년 1월에 발효되어 최근까지 41개국이 비준하고 있다. 이 협약의 주된 목적은 두 가지로 나눌 수 있는데, 첫째, 이주근로자에 대해 출입국에 관한 정책, 법률, 규칙, 고용과 근로조건 그리고 생활에 관한 정확한 정보의 제공이다. 둘째, 보수·사회보장 또는 노동조합활동 등 모든 노동조건에 대한 자국민과 평등한 대우 및 본국에의 송금보장이다.

이 협약의 제6조는 적법한 근로자를 대상으로 하여 균등대우 원칙이 적용되는 분야로서 a. 1. 임금·가족수당·근로시간·초과근로시간·유급휴가·가내노동의 제한·최저연령·훈련·여자와 연소자의 노동 2. 노동조합원의 자격과 단체교섭의 이익 3. 숙박시설 b. 사회보장 c. 고용관련세 d. 법적 절차를 규정하고 있다.<sup>99)</sup>

위의 제97호 협약을 뒷받침해주는 권고로는 제86호 권고가 있는데, 제86호에는 합법적으로 입국한 근로자의 가족은 가능한 한 자국민과 동일한 조건으로 고용이 허가 되어야 한다는 규정과 이주 근로자의 고용에 제한이 가해진 경우, 그 제

97) 이주근로자와 그 가족을 둘러싼 사회보장수급권의 보전을 목적으로 한다.

98) 김동훈, 「이주 근로자 권리조약과 일본」, 해방출판사, 1992, 2~7면.

99) 설재영, “외국인근로자의 법적 지위와 정책개선에 관한 연구”, 전북대학교 대학원 박사학위논문, 2002, 35면.

한을 5년으로 정하고, 이 기간이 경과된 후에는 소멸하는 것으로 규정하고 있다.

## 2) 차별대우금지협약

1958년의 제111호 협약인 「차별대우(금지)협약」은 제1조에서 ‘차별’을 “인종, 피부색, 성별, 종교, 정치적 견해, 민족적 또는 사회적 출신에 의하여 행하여지는 모든 구별 배제 또는 우대로서, 고용 또는 직업(즉 직업훈련을 받는 것, 고용되는 것 및 특정직업에 종사하는 것과 근로조건)에서의 기회 또는 대우의 균등을 깨뜨리거나 해치는 것<sup>100)</sup>이라고 정의하고, 이러한 차별을 없애기 위하여 국가정책을 선언하고 준수할 것을 제2조에서 정하고 있다. 그러나 여기에 국적에 의한 차별이 포함되어 있는지는 반드시 명확한 것은 아니다. 민족적 출신이라는 표현이 국적을 의미하는 것이라고 볼 수도 있으나, ILO 협약에서도 반드시 국적에 의한 차별이 포함되는 것은 아니라고 보고 있다.<sup>101)</sup>

한편 이 협약을 제정하던 당시에 ILO에서 고용 및 직업에 대한 차별금지까지 규정하지는 못하였다. 그 후 1975년 이주근로자 보충협약을 계기로 고용 및 직업에 대해서도 원칙적으로 차별금지가 보장되는 것으로 변경되었다. 따라서 합법적인 자격을 가진 취업자의 경우에는 국내의 조건과 관행에 따른다는 단서가 붙어 있는 상태에서 고용 및 직업에 대해서도 동등한 대우를 하여야 한다.<sup>102)</sup>

## 3) 이주근로자보충협약

1975년 채택되어 1978년 12월에 발효된 제143호 협약은 최근까지 18개국이 비준하고 있는데, 이 협약은 두 부분으로 구성되었다. 제1부는 부당한 중개의 문제를 규정하고 제2부는 기회와 대우의 균등을 규정하고 있다.

그리고 같은 해에 채택된 제151호 협약은 직업소개·직업훈련의 기회·승진·

100) 제1조 제3항 : 동 협약에서 고용 및 직업이라 함은 직업훈련을 받는 것, 고용되는 것 및 특정직업에 종사하는 것과 근로조건을 말한다.

101) 채한태, “중국동포근로자의 기본권 보호”, 중앙대학교 대학원 박사학위논문, 2005, 117면.

102) 채한태, “중국동포근로자의 기본권 보호”, 117면.

고용보장·임금·노동조건·사회보장·노동조합에 관한 권리·주거 등의 생활조건 등이 광범위하게 규정되어 있다. 또한 이주근로자들에게 그들의 언어로 그들의 권리를 교육할 것, 고용된 국가의 언어로 교육할 것, 출신국의 문화를 보존하는 노력을 장려할 것 등을 규정하고 있으며, 불법체류 근로자에 대해서 위 협약의 규정 외에 노동조합원의 자격과 노동조합권의 행사를 추가하고 있고(제8조 제3항), 국외 추방 시 비용을 근로자가 부담하지 않도록 규정하고 있다.

#### 4) 평가

ILO는 그동안 수많은 협약과 권고를 채택했지만, 그 중에서 외국인 이주근로자와 그 가족의 권리보호를 위한 협약은 크게 1949년(제97호 협약과 제86호 권고)과 1975년(제143호 협약과 제151호 협약)에 채택된 협약이다. 이 두 협약은 ILO의 제한된 권한 때문에 이주근로자의 모든 권리는 다루지 못했지만 일반적 생활조건을 포함한 고용조건 이외에 폭넓은 문제를 해결하는데 관심을 가졌다는 데에 큰 의의를 갖는다. 1949년의 제97호 협약은 서구 제국이 노동력의 부족을 고민하고 있던 시기에 채택되어 이주근로자에 대한 정보제공, 일반적인 균등대우 등 국가의 조치에 관해 상세하게 규정되어 있고, 1975년 제143호 협약은 석유위기 이후 경기후퇴에 의한 이주근로자의 증가 상황 하에 채택된 것으로 이주근로자의 내실 있는 인권보호를 도모하고자 했다.<sup>103)</sup>

우리나라가 아직 이 두 협약에 비준하고 있지 않은 이유는 이주해 온 외국인 근로자의 법적 처우문제가 아직 정책적인 결정이 나지 않은 상태이고, 이런 상황에서 국내 근로자와 동등하게 균등대우원칙 하에서 대우해 주는 것은 시기상조라는 견해이다. 앞으로 고용허가제가 실시되어 정착되면 그들의 처우문제가 법적으로 규율될 것이며, 이주근로자 가족들에 대한 문제도 자연스럽게 해결되리라 생각된다.

103) 이광택, “세계화의 관점에서 본 이주 노동자의 보호”, 「외국인노동자 정책과 보호대책」, 노동정책연구소, 1995.5.

## (2) 국제연합(UN)

제2차 세계대전 중 인류는 ‘인권의 국제적 보장’이라는 측면에서 세계 인권보장을 어떻게 확신시켜야 하는지에 중대한 과제를 안고 있었다. 이에 연합국들은 국제연맹에서 한걸음 더 나아가 국제연합을 창설함과 동시에 세계 안경을 피하고, 세계 각지에서 핍박과 탄압을 받고 있는 인권보호에 힘을 쓰기 시작하였다.

국제연합의 목적은 ‘인종·성·언어 또는 종교에 의한 차별 없이 모든 사람의 인권 및 기본적 자유의 존중’에 있고,<sup>104)</sup> 1948년 제3회 총회에서 인권선언을 채택하였다.<sup>105)</sup>

국제연합 설립 당시 국제연합 헌장에는 제1조에 인권과 기본적 자유의 존중을 위한 국제협력을 강조하였고, 연합국이 전쟁 수행 중에서도 인권보호를 우선시 하라는 수행 목적을 선언하기도 하였다.

현대에 들어 국제연합은 1985년 제40회 총회에서 ‘채류국의 국민이 아닌 개인의 인권에 관한 선언’을 채택한 후, 1990년 제69회 총회에서 외국인근로자의 인권보장에 가장 기본인 ‘이주근로자권리조약’을 채택하였는데, 이 조약이 기본 틀은 근로자라면 누구나 국적과 종교와 성에 구별 없이 어디에서든 ‘인간’이라는 기본적 의식을 배경으로 인권을 보호받아야 한다는 것이다.

이러한 인권보호를 위한 국제연합의 기본목적에 부합되는 대표적인 규약들이 있다. 세계인권선언, 국제인권규약 그리고 인종차별철폐협약이 그것이다.

### 1) 세계인권선언

근래까지도 세계의 대표적인 단체의 어느 규약에도 직접적인 외국인 보호 규정은 찾기 힘들었다. 다만 인간존엄의 기틀 위에 추정해서 외국인 보호규정을 적용하고 있을 뿐이었다. 세계인권선언도 그 맥을 달리 하지 않는다. 세계인권선언 제1조에 따르면, “모든 인간은 태어날 때부터 자유롭고 동등한 존엄과 권리를 가

104) 제55조, 제56조에 명시되어 있고 평등권적 입장에서 인간의 기본적 인권존중을 목적으로 함.

105) 국제협약의 미체결로 국가에 대해 국제법적 구속능력을 갖고 있지는 않더라도 모든 인권에 대한 높은 도덕적 권위를 가지고 인권옹호에 최선을 다해 줄 것을 선언.

지고 있다.”고 규정하고 있으며, 제2조에서는 “모든 인간은 인종·피부색·성별·언어·종교·정치적 또는 다른 의견·출신·재산·출생 혹은 다른 지위에 관계없이 무차별적으로 권리와 자유를 향유할 수 있다”고 규정하고 있다. 즉 사람은 누구나 국적에 관계없이 동등한 위치에서 대우받아야 한다는 것이다.

세계인권선언의 다른 인권 관련 규정들을 살펴본다면, 제3조(인간의생명,자유,신체안전권의향유), 제22조(사회보장권), 제23조(근로권및노동조합결성권), 제4조(휴식·휴가권), 제25조(생활보장및모자보호의권리), 제26조(교육권), 제27조(문화생활참가권)등 인간 존중 권리 이외에 사회적인 권리를 동시에 보장함으로써 누구나 억압과 고통 없이 인간이라는 이름으로 자유롭게 생활하도록 권장되고 있다.

## 2) 국제인권규약

1965년 채택된 이 규약은 세계인권선언을 더욱 구체화하였다. 외국인에게도 인권보장 측면에서의 권리를 더욱 뚜렷이 해주기 위해서 ‘모든 사람’이라는 표현을 함으로써 내외국인뿐만 아니라 그 국가의 영역 내의 외국인, 무국적자 까지도 포괄하여 모든 자연인을 일컫게 된 것이다.<sup>106)</sup>

그러나 사회권규약 제2조 제3항에서 보면, 개발도상국에서의 경제적 권리에 대해 약간의 차별적 조건을 인정하고 있는데, 그 외의 국가들에서는 국적에 따른 차별을 허용하고 있지 않다. 이 조항에서 차별을 허용하는 규정은 정치에 관련된 자국민들의 참여에 관한 사항이기 때문에 그 경우를 제외하고는 세계인권선언과 마찬가지로 균등한 대우에 충실하도록 권고하고 있다.

## 3) 인종차별철폐협약

1965년 국제인권규약에 동시에 인종차별철폐협약이 채택되었는데, 외국인근로자들에게 중요한 협약이다. 이 협약의 전문에서 ILO의 고용과 직업에 있어서 차별폐지를 언급하고 있으며, “모든 형태의 인종차별을 폐지하고 금지할 것 및 인종·피부색·국민적 또는 인종적 출신의 구별 없이 모든 사람에게 법 앞의 평등

106) 家政治, “國際條約·國際法上の問題”, 「外國人勞動者の人權」, 大月書店, 1994, 77面.

의 향유를 확보할 것을 계약국은 약속 한다”고 규정하고 있고, 경제·사회·문화적 권리, 특히 근로의 권리, 직업선택의 자유, 정당하고 양호한 근로조건, 실업에 대한 보장, 동일근로에 대한 동일보수, 정당하고 양호한 임금, 노동조합을 조직 또는 가입할 권리, 주택의 권리, 공중위생, 의료, 사회보장, 사회원조에의 권리, 교육 및 훈련의 권리 등을 예시함으로써 권리의 세분화를 피했다.<sup>107)</sup>

#### 4) 이주근로자권리협약

UN은 1990년 12월 총회에서 이주근로자 권리협약을 채택하였는데, 이 협약은 세계인권선언이나 국제인권규약에 규정된 기본인권의 총체 역할을 하는 것이다. 그리고 이주근로자에 관한 기준의 인권보호 규정과 경제적·사회적·문화적인 권리까지도 규정하였다는 점이 색다르다고 할 수 있다.

이 협약은 전문과 제1부부터 제9부까지 총 93개조로 구성되어 있다. 협약이 적용되는 이주근로자는 ‘자기 국적국이 아닌 나라에서 보수 활동에 종사할 예정이든지, 현재 종사하고 있든지 또는 종사해온 자(제2조 1항)’로서 국경근로자, 계절근로자 등의 특정 근로자뿐만 아니라, 자영노동에 종사하는 광범위한 근로자가 모두 보호 대상이 된다. 다만 국제공무원, 외교관, 유학생, 난민 등 제3조가 열거하는 자는 제외된다. 협약은 이주근로자뿐만 아니라 그 가족 구성원에게도 적용된다. 가족 구성원이란 이주근로자와 결혼한 자, 법률에 의해 결혼과 동등한 관계에 있는 자, 부양자녀, 협약에 의해 인정되는 피부양자(제4조)이다. 그리고 모든 이주근로자와 그 가족 구성원은 성별, 인종, 피부색, 민족적 출신, 국적 등 어떤 이유에 의한 구별도 없이 평등하고 협약을 적용받고(제1조 제1항), 정해진 권리를 존중하고 확보하는 것을 약속한다(제7조)고 규정하고 있다. 따라서 국제인권법의 기본원칙인 비차별·평등의 원칙에 근거하여 그 권리가 보호되는 것이다.<sup>108)</sup>

UN의 이주근로자권리협약은 ILO협약보다 상세하게 규정되어 있다. 그 중에서

107) 이울형, 「국제노동법」, 숭실대학교 출판사, 1995, 319면 ; 유형석, “외국인근로자의 법적지위에 관한 연구”, 53면.

108) 유형석, “외국인근로자의 법적지위에 관한 연구”, 87~89면.

도 불법체류상태에 있는 이주근로자와 그 권리보호규정이 주목된다. 이 협약 전문에서 “이주에 관한 인권문제가 불법적인 이주의 경우에 더욱 심각하다는 것을 인식하고, 그 때문에 이주근로자의 비밀이동과 부정거래를 방지하고 제거하기 위하여 그 기본적 인권의 보호를 확보함과 동시에 적절한 조치가 장려되어야 한다”고 명시되어 있듯이 불법적은 상태에 있는 이주근로자의 인권보호를 주목적으로 하는 결과의 한 표현이다.<sup>109)</sup>

### 第3節 個別 法律에서의 外國人勤勞者の 地位

#### 1. 出入國管理法上の 地位

##### (1) 출입국관리제도의 유형

출입국관리제도는 각 국가의 형성배경, 지리적 환경 및 정치적·경제적 여건 등에 따라 현저한 차이를 보여주고 있는데,<sup>110)</sup> 대체로 체류관리에 중점을 두는 「유럽형」과 입국에 관한 규정을 중심으로 구성되어 있는 「미국형」으로 나눌 수 있다.<sup>111)</sup>

##### 1) 유럽형

「유럽형」은 프랑스, 독일, 스웨덴, 네덜란드, 스위스 등 국경이 육지로 인접해 있어서 외국인의 출입이 많은 국가들이 채택하고 있다. 이들 국가의 출입국관리 체계의 특징은<sup>112)</sup> ① 사증이 불필요한 경우가 많고, ② 사증자체가 중요한 의미

109) 김선수, “한국에서의 외국인 근로자 인권문제”, 「법조춘추」, 1995.1, 82면.

110) 유형석, “외국인근로자의 법적지위에 관한 연구”, 122~124면.

111) 최수근, “입국심사제도에 관한 연구”, 「법무연구」, 제12호, 1985, 210면; 由崎哲人, “新しい出入國管理”, 「外國人勤勞者」, 稅務經濟協會, 34면.

112) 치안연구소, 「출입국관리와 치안대책이 효율화에 관한 연구」, 치안연구소, 1996, 23면; 朴下博, “出入

를 지니지도 않으며, ③ 사회의 질서와 치안을 문란 시키는 외국인을 배제하는데 주안점을 두고 있고, ④ 반대로 체류관리에 관해서는 엄격하고, 취업하는 경우에는 노동허가를 필요로 하고 있으며, ⑤ 입국거부사유도 명시적으로 상세하게 열거하지 않고 추상적으로 규정하여 행정운용에 맡기고 있고, ⑥ 출입국관리의 소관행정기관은 하나의 행정기관이 독점하는 것이 아니라, 복수의 행정기관이 각각의 행정목적에 의해 관여하는 시스템으로 되어 있다.

## 2) 미국형

「미국형」은 미국, 캐나다, 호주, 필리핀, 일본, 태국, 한국 등으로 외국인의 입국 자체를 엄격히 하는 형태이다. 이들 국가의 출입국관리 체계의 특징은<sup>113)</sup> ① 사증이 중요한 의미가 있다. ② 입국하기 이전에 체류 혹은 취업에 관한 사증을 취득하는 것이 필요하다. ③ 입국심사 자체가 상당히 엄격하며, 입국허가시에 체류자격이나 체류기간을 허가하여 입국 후부터 출국까지의 체류관리는 입국허가시의 취득자격, 기간에 의해 행해진다. ④ 입국거부나 강제퇴거 절차는 당해 외국인에게 미치는 영향(예를 들면 인권문제 등)을 고려하여 신중한 절차가 규정되어 있고, 2단계 또는 3단계 심사를 경유하여 최종적인 입국거부 및 강제퇴거 결정을 내리며, 또한 입국거부 사유도 상세하게 구체화하여 규정하고 있다. ⑤ 출입국관리의 소관행정기관은 법무부 또는 출입국관리국이고, 입국·체류·출국까지를 일원적으로 독점적으로 관리하고 있다.

### (2) 우리나라 출입국관리법상 외국인의 지위

#### 1) 우리나라의 출입국관리제도

우리나라는 「미국형」의 출입국관리제도를 채택하고 있으며, 출입국관리행정

國管理制度と改正人管法”, 「外國人勞動者の人權」, 大月書店, 1994, 83~84面.

113) 치안연구소, 「출입국관리와 치안대책이 효율화에 관한 연구」, 22~23면 ; 林下博, “出入國管理制度と改正人管法”, 83~84面 ; 이동렬, “한국·미국·일본국의 출입국관리 비교”, 「법무연구」, 제12호, 1985, 141~142면.

은 법무부가 독점적으로 행하고 있다. 우리나라의 출입국관리는 이민의 유입을 예상하지 않았기 때문에 유럽형 출입국관리정책을 본받아 1949년 11월 17일 법률 제65호로 ‘외국인의입국,출국과등록에관한법률’을 제정하였다. 1950년 3월 17일 대통령령 제285호로 동법 시행령을 제정하여 시행하였으나, 비이민에 대한 출입국 및 체류관리상 불편한 점이 있어 일본법령을 참고하여 1963년 3월 5일 법률 제1289호로 출입국관리법을 제정하였다.<sup>114)</sup> 그 후 여섯차례의 개정을 거쳐 1999년 1월에 지금의 출입국관리법이 국회를 통과하여 시행되고 있다.<sup>115)</sup>

그러나 최근 외국인근로자의 문제에서 알 수 있듯이 일원적 출입국관리제도는 많은 문제점을 안고 있다. 단적으로 일원적 출입국관리제도에 있어서 외국인근로자의 취업보호에 어떤 고려도 하고 있지 않다는 점이다. 국가와 국민에 반감지 않은 외국인의 입국을 거부하거나 강제퇴거시키는 것은 국내 관할사항이고 주권의 행사라고 하는 발상은 극히 자의적이며 이기적인 사고이다. 외국인근로자 취업에 관해 법무부가 주도하고 있는 것 또한 문제이다. 왜냐하면 법무부의 소관업무는 내국인에 대한 출입국관리업무와 외국인의 체류자격과 체류기간에 관한 사항일 뿐, 외국인근로자가 어떠한 근로조건에서 일을 하는지에 대해서는 일체 관여할 입장이 아니다. 본래 근로자 보호를 소관업무로 하는 노동부가 소관업무에 전념하기는커녕 법무부의 정책에 종속되어 있는 현재의 출입국관리제도는 재고가 필요하다. 따라서 외국인근로자의 취업보호에 관해 노동부가 관여하는 것이 불가능한 지금의 행정조직구조는 시급히 개선되어야 한다. 동시에 외국인근로자의 수용은 장기적 안목에서 일정한 인원수의 제한과 조건하의 단계적 수용과 그에 따른 체제를 정비하는 등의 장기적인 대책이 요구된다.<sup>116)</sup>

출입국관리법 제17조 제1항은 “외국인은 그 체류자격과 체류기간의 범위내에서 대한민국에 체류할 수 있다”라고 규정하고 있다. 또한 동법 제18조 제1항에서는 외국인 고용의 제한에 관하여 “외국인이 대한민국에 취업하고자 할 때에는 대통령이 정하는 바에 따라 취업활동을 할 수 있는 체류자격을 받아야 한다.”라고 규

114) 치안연구소, 「출입국관리와 치안대책이 효율화에 관한 연구」, 36면.

115) 1977년 12월 31일 제2차 개정법률 이후에 비로소 외국인의 취업에 대한 규정이 삽입되었다. 우리나라 출입국관리제도의 연혁에 대해서는 이동렬, “한국·미국·일본국의 출입국관리 비교”, 179~180면.

116) 유흥석, “외국인근로자의 법적지위에 관한 연구”, 125면.

정하고 있다. 이 규정에 따르면, 국내에서 취업활동을 할 수 있는 외국인력은 교수 등 전문직과 특정 직업 등에 한정되어 있다. 그러므로 누구든지 외국의 단순 노동력은 국내취업이 처음부터 차단되어 있으며, 체류자격을 가지지 아니한 자를 고용 할 수 없도록 되어 있다.<sup>117)</sup>

한편 구 출입국관리법 제15조 제1항, 제2항 소정의 외국인 고용제한 규정의 입법취지와 그 규정의 성격에 대하여 대법원은 다음과 같은 판결을 내린 바 있다. 구 출입국관리법(1992.12.8. 법률 제4552호로 전문 개정되기 전의 것) 제15조 제1항에서 외국인이 대한민국에서 체류하여 행할 수 있는 활동이나 대한민국에 체류할 수 있는 신분 또는 지위에 관한 체류자격과 그 체류기간에 관하여 규율하면서 아울러 같은 조 제2항에서 외국인 고용제한을 규정하고 있는바, 그 입법취지가 단순히 외국인의 불법체류만을 단속할 목적으로 한 것이라고는 할 수 없다. 위 규정들은 취업자격 없는 외국인의 유입으로 인한 국내 고용시장의 불안정을 해소하고 노동인력의 효율적 관리, 국내 근로자의 근로조건의 유지 등의 목적을 효율적으로 달성하기 위하여 외국인의 취업자격에 관하여 규율하면서 취업자격 없는 외국인의 고용을 금지시키기 위한 입법목적도 아울러 갖고 있고, 이는 취업자격 없는 외국인의 고용이라는 사실적 행위 자체를 금지하고자 하는 것뿐이지 나아가 취업자격 없는 외국인이 사실상 제공한 근로에 따른 권리나 이미 형성된 근로관계에 있어서의 근로자로서의 신분에서 따르는 노동 관계법상의 제반 권리의 법률효과까지 금지하려는 규정으로는 보기 어렵다.<sup>118)</sup>

## 2) 입국허가 및 거부에서의 지위

입국에 대해서는 이론상 헌법보다도 국제법상의 원칙이 문제시된다. 일반 국제관습법상 각국은 어떠한 외국인을 자국에 입국시키는가에 대하여 선택결정권을 가진다<sup>119)</sup>고 하는데, 이는 외국인의 입국문제는 본질적으로 국내문제라고 보는

117) 문준조, “주요 국가의 외국인노동자의 지위와 규제에 관한 연구”, 한국법제연구원, 2007, 45면.

118) 대법원 1995.9.15, 94누12067.

119) 일반적으로 국가는 조약상의 의무가 존재하지 않는 한 외국인의 입국을 허가해야 할 의무는 지지 않는 것으로 해석되어 왔다. 김대순, 「국제법론」, 삼영사, 1999, 412면 ; 김정진, 「국제법」, 박영사, 1998, 562면 ; 이병조·이중범, 「국제법신강」, 일조각, 1999, 588면 ; 이한기, 「국제법강의」, 박영사, 1997,

데 기인한다.<sup>120)</sup> 반면 독일, 프랑스를 비롯한 유럽국가들은 일반적으로 외국인의 입국은 원칙적으로 금지할 수 없고 예외적으로 금지할 수 있다고 한다. 이는 외국인의 입국문제는 국가의 교통권이라는 기본적 권리를 인정하는데 기인하는 것이다.<sup>121)</sup> 그렇다면 입국허가란 법률상 어떤 성질을 가지는가? 일반적으로 국가가 자기의 안전과 복지에 영향을 줄 위험이 있는 외국인의 입국을 거부하는 것은 당해국가의 주권적 권리에 속한다. 따라서 입국의 허용여부는 당해국가의 자유재량에 의하지만, 그것이 국가의 자의적인 재량을 인정한다는 취지는 아니므로 이를 불가침적으로 생각해서는 안된다. 만약 외국인이 입국허가를 받는다면 그것에 의해 한국의 법질서를 존중하고 한국 사회의 구성원, 즉 외국인 시민으로서 시민 사회의 권리 및 의무관계의 주체가 되는 것을 의미한다. 그러나 출입국관리행정에 있어서 외국인은 체류기준에 적합한 활동을 행할 경우에만 합법적인 인간이고 그 외의 경우에는 비합법으로 되어 있다.<sup>122)</sup> 그러나 입국여부에 관한 국가의 자유재량권은 오늘날에도 존중되고 있기 때문에 일단 외국인은 입국의 자유나 권리를 보유하고 있지 않다고 말할 수 있다.<sup>123)</sup> 외국인이 한국으로 입국하기 위해서는 유효한 여권을 갖고, 한국정부의 입국허가(사증)를 받아야 함이 원칙이다(동법 제7조). 즉 입국을 원하는 외국인은 예외없이 출입국관리공무원에 의한 입국심사를 받도록 하여 하자가 없는 경우에만 입국을 허용하고 있다.<sup>124)</sup> 그러나 일반적으로는 외국인의 입국을 통례적으로 인정하고, 법에 규정된 특별한 사유가

425면 ; P Weis, *Nationality and Statelessness in International Law* 2nd rev ed, 1979, p. 45 ; H Mosler, *The International Society as a Legal Community*, 1980, pp. 55~56 ; 北村泰, “外國人勞働者問題と國際人權”, 「定住和詩代の外國人の人權」, 明石書店, 1997, 27面.

120) I Brownlie, op cit, p. 519.

121) 김명기, 「국제법원론」, 박영사, 1996, 673면.

122) 梓澤和幸, “憲法と外國人の人權”, 18面.

123) 1892년 제네바에서 개최된 국제법협회에서 채택된 「외국인의 입국허가 및 강제퇴거에 관한 국제규칙」 결의는 “각국이 자국영토에 대한 외국인의 입국허가의 여부, 조건부허가의 여부 또는 퇴거강제의 여부를 결정할 권리를 갖는다.”고 규정하였고, 또한 1928년 하나바에서 개최된 제6회 汎美會議에서 채택된 「외국인의 지위에 관한 조약」은 “국가는 외국인의 입국과 거주를 그 국내법에 의하여 규율할 수 있다.”고 규정하였다. 실제로는 2국간에 통상조약을 체결하고 이 조약에 근거하여 체약 당사국이 상호입국을 허용하는 경우가 일반적이다. Green Haywood Hackworth, *Digest of International Law*, Vol III(Washington DC US Government Printing Office, 1942), pp. 717~718 ; Edwin M Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or Law of International Claims*(New York Banks Law Publishing Co, 1915) (New York Kraus Reprint Co, 1970), p. 48 ; 小田滋外, 「現代國際法」, 有斐閣, 1987, 180面.

124) 출입국관리법 제12조(입국심사) 및 제13조(조건부입국허가) 참조.

있는 경우에 한하여 외국인의 입국을 통제하고 있다.

출입국관리법 제11조는 입국금지 사유에 관하여 규정하고 있다 즉 국민보건·국법질서·경제질서·국가안보 등을 위협하거나 해약을 끼칠 우려가 있는 외국인의 입국을 사전에 차단하기 위하여 제7조에 정한 입국요건과는 무관하게 입국을 거부할 수 있는 사유들을 명시적으로 나열하고 있는 것이다.<sup>125)</sup> 한편 이전에 국내에 거주하던 외국인이 체류기간 만료 전에 잠시 출국하였다가 재차 입국하기를 원하는 경우는 사전에 법무부장관으로부터 재입국허가를 받으면 사증없이 입국할 수 있다(동법 제30조). 재입국 허가기간은 허가받은 체류기간을 초과하지 않는 범위 내에서 이를 정한다(동법 시행령 제38조 3항). 재입국허가는 일시적인 용무나 개인사정 등으로 본국이나 제3국을 방문하고 생활근거지가 있는 국내로 반드시 돌아와야 할 사유가 있는 외국인에게 일정한 입국상의 혜택을 주는 제도로써 허가받은 기간내에 다시 입국하면, 이미 허가받은 체류자격과 체류기간 등 제반체류허가나 신고사항 등을 계속 유지할 수가 있다. 통상 대한민국에서 출국하게 되면 그동안 허가받은 체류허가나 각종 등록사항, 체류자격 등이 상실되는 것이 일반적이며, 다시 국내에 입국하고자 할 때에는 반드시 사증 등 입국에 필요한 요건을 갖추어야만 하지만, 재입국허가는 이와 같은 일정한 요건을 갖추지 않아도 입국할 때에는 아무런 문제가 없도록 입국상 또는 체류상의 편의를 제공하기 위한 것이다.<sup>126)</sup>

### 3) 체류에서의 지위

입국허가시 외국인에게는 체류자격이 부여되며,<sup>127)</sup> 그에 따라 체류기간 상한은 법무부령으로 정한다(동법 제10조 1항 및 2항, 동법시행령 제12조).<sup>128)</sup> 외국인은

125) 한국형사정책연구원, 「불법체류 외국인의 실태와 대책」, 1998, 29면.

126) 박상순, “외국인의 강제퇴거에 관한 운영상 문제점과 개선방안 등에 관한 연구”, 「법조」, 제504호, 1998.9, 199면.

127) 체류자격제도란 입국 및 체류를 인정하는 외국인에게 일정한 체류자격을 부여하고, 그 체류자격의 범위 내에서의 활동이나 신분상태를 유지하는 한 체류기간 범위 내에서 체류를 보장하는 제도이다. 小用浩, “外國人勞働者問題の現在”, 「季刊勞働法」, 제164호, 1992, 69면.

128) ‘출입국관리법시행령’ <별표1>에 의하면, 외국인의 체류자격을 30가지로 분류하고 있다. 이 중 중요한 것의 의미와 체류기간의 상한을 살펴보면 다음과 같다.

부여된 체류자격에 관련된 활동만을 할 수 있으며, 그 이외의 활동을 하기 위해서는 미리 법무부장관의 허가를 얻어야 한다(동법 제24조 1항). 일반적으로 외국인은 취업활동이 금지되며, 그 이유는 내국인들의 고용기회 증대, 국익의 도모 및 국내 고용질서가 문란해지는 것을 방지하기 위해서이다. 현행 출입국관리법은 외국인의 활동 및 취업의 제한에 관하여 제18조(외국인고용의 제한),<sup>129)</sup> 제19조(외국인을 고용한 자의 신고의무),<sup>130)</sup> 제20조(체류자격외 활동), 제21조(근무처의 변경·추가), 제22조(활동범위의 제한), 제24조(체류자격변경 허가), 제27조(여권 등의 휴대 및 제시)등에서 규정하고 있다. 또한 외국인이 체류기간을 초과하여 계속 체류하고자 할 때에는 대통령이 정하는 바에 따라 그 기간의 만료 전에

체류자격	의 미	체류기간의 상한
사증면제(B-1)	대한민국과 사증면제협정을 체결한 국가의 국민으로서 그 협정에 의한 활동에 의해 입국하려는 자	협정상 의 체류기간
관광통과(B-2)	관광·통과 등의 목적으로 대한민국에 사증없이 입국하려는 자	90일
단기상용(C-0)	시장조사, 업무연락, 견학, 상담, 계약, 수출입 기계 등의 설치·보수·검수·운용요령습득 기타 이와 유사한 목적으로 단기간 체류하는 자	90일
단기종합(C-3)	관광, 통과, 요양, 친지방문, 친선경기, 각종행사나 회의참가 또는 참관, 문화예술, 일반연수, 강습, 종교의식참석, 학술자료수집 기타 이와 유사한 목적으로 단기간 체류하려는 자(영리를 목적으로 하는자는 예외)	90일
산업연수(D-3)	법무부장관이 정하는 연수조건을 갖춘 자로서 국내의 산업체에서 연수를 받고자 하는 자	법무부 장관이 따로 정하는 기간
방문동거(F-1)	친척방문, 가족동거, 피부양, 가사정리 기타 이와 유사한 목적으로 체류하고자 하는 자(주한외국공관원의 가사보조인, 외교(A-1)내지 협정(A-3)자격에 해당하는자와 외국인 등록을 마친 자의 동거인으로서 그 세대에 속하지 아니한 자, 거주(F-2)자격을 가지고 있는 자의 처 또는 자로서 그 체류자격을 부여받지 못한 자 기타 부득이한 사유로 직업활동에 종사하지 아니하고 대한민국 내에 장기간 체류하여야 할 사정이 있다고 인정되는 자 포함)	90일

\* 한국형사정책연구원, 「불법체류 외국인의 실태와 대책」, 28면.

129) 취업활동을 할 수 있는 체류자격을 가지지 아니한 외국인을 고용한 자와 취업 자격없이 취업활동을 한 외국인근로자에 대해서는 3년 이하의 징역이나 금고 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다(동법 제94조). 불법체류 근로자에 대해서는 대부분을 벌금형을 부과하고 있으나 ILO 권고 제151호는 외국인근로자를 국외 추방할 때에는 비용을 외국인근로자에게 부담시키지 말아야 한다고 규정하고 있다. 따라서 불법체류 근로자에 대해 강제퇴거를 시킴과 동시에 벌금을 부과하고 있는 것은 위 ILO권고에도 어긋나는 것이다.

130) 그 사유로는 첫째, 외국인을 해고하거나 외국인이 퇴직 또는 사망한 때, 둘째, 고용된 외국인의 소재를 알 수 없게 된 때, 셋째, 고용계약의 중요한 내용을 변경한 때, 넷째, 고용된 외국인이 이 법 또는 이 법에 의한 명령에 위반되는 행위를 한 것을 안 때로 정하고 있다.

법무부 장관의 체류기간연장 허가를 받아야 한다(제25조). 이러한 엄격한 취업규제는 불법체류 근로자를 증가시켜 동일국적의 외국인간에 불법취업알선 등 이권을 둘러싼 분쟁이 야기되고, 국내의 고용변화와는 별도로 이들의 약점을 이용하여 값싼 임금으로 노동력을 착취하는 악덕업주들이 생겨나게 된다. 또한 전문브로커가 생겨나 고용질서를 어지럽히게 되고, 범죄피해를 당하더라도 추방될 것을 우려하여 신고를 기피하는 경우가 많기 때문에 형사사법기관의 관심권에서 벗어나 방치되는 상황이 지속되어 외교마찰 등을 야기할 가능성이 매우 높게 되는 등의 심각한 사회문제<sup>131)</sup>가 발생할 뿐만 아니라, 신분상의 불안정으로 말미암아 인권의 사각지대에 놓이게 된다.

#### 4) 출국에서의 지위

외국인의 출국이란, 외국인이 체류하는 국가의 영역 밖으로 퇴거하고, 여행하는 것을 말한다.<sup>132)</sup> 외국인은 자발적 의사에 반하여 체류국으로부터 강제적으로 출국되지 아니하는 것이 원칙이다.<sup>133)</sup> 반면 출국정지사유에 해당하지 않는 한 외국인은 언제라도 출국할 수 있으나, 외국인이 체류국을 떠날 때는 세금채납이나 개인적 채무불이행, 또는 범죄혐의 등 귀책사유가 없는 한 출국이 제한되어서는 안되며, 자국민과 똑같은 조건으로 그들 소유의 재산반출이 허용되어야 한다. 그러나 일정한 행위를 범한 외국인은 체류기간 만료전이라도 강제퇴거 당할 수 있다. 그 대상은 출입국관리법 제46조가 열거한 각종 출입국관리법규 위반자와 일반범죄를 범하여 금고 이상의 형을 선고받고 석방된 자이다. 또한 강제퇴거를 확보하기 위하여 해당외국인을 보호할 수도 있다(동법 제51조). 그러나 출국을 거부하거나 또는 당국의 통제를 벗어나기를 피하기 않는 한 추방령에 의거한 외국인의 강제억류는 용인될 수 없다고 보아야 한다.<sup>134)</sup> 강제퇴거는 해당 외국인에 대한 거소나 생활수단을 위협하는 등 외국인의 인권문제와도 관련<sup>135)</sup>이 있기 때

131) 한국형사정책연구원, 「국내체류 외국인의 범죄피해 및 보호실태」, 1996, 53~54면.

132) 김명기, 「국제법원론」, 675~676면; 이한기, 「국제법강의」, 426면.

133) Robert Jennings & Arthur Watt ed, Oppenheim's International Law, 9th ed, Vol.1, London Longman, 1992, p. 939.

134) 이갑주, “외국인의 법적 지위”, 49면.

문에 미국, 일본, 캐나다 등 선진국에서는 이러한 제도의 운영에 매우 신중을 기하고 있다. 또한 강제퇴거는 일단 합법적으로 입국이 허용된 경우이므로 국내적 구제수단에 호소할 수 있다. 즉 동법 제60조에는 강제퇴거명령서를 발급 받은 자가 7일 이내에 사무소장·출장소장 또는 외국인보호소장을 거쳐 법무부장관에게 이의신청을 할 수 있으며,<sup>135)</sup> 위 보호명령 및 강제퇴거명령에 대해서는 행정소송으로 그 취소를 구할 수도 있다. 그러나 실제운영에 있어서는 실익이 거의 없으므로 미국처럼 강제퇴거 외국인에 대한 적부심사제 도입을 긍정적으로 검토할 필요가 있다.

최근 인력부족을 이유로 외국인의 불법취업이 증가하고 있는데, 이들에 대해서는 출입국관리법을 기계적으로 적용하여 강제퇴거만이 능사가 아니라, 인도법의 관점에서 개별사정을 구체적으로 검토할 필요가 요망된다. 외국인의 입국허가 및 강제퇴거여부 등이 비록 국가의 고유한 주권행사에 속한다 할지라도 최근 인권의 국제화 추세에 따라 그 조치가 정의개념에 상치되는 경우에는 재량의 일탈 또는 남용의 예가 적용되어 국제적인 비난과 고립은 물론 국가적 책임을 면할 수 없으므로 신중한 행사가 요구된다 하겠다.<sup>137)</sup>

135) 외국인에게도 최소한의 체재권 보장이 요청된다. 체재중의 권리행사가 넓은 재량권에 의한 강제퇴거에 의해 위협받게 되면 기본권 인권 보장의 전체 자체가 박탈당하게 되기 때문이다. 齋藤靖夫, “日本憲法と外國人労働者”, 69面.

136) 대판 1972.3.20, 71누202 ; 강제퇴거에 관한 법무부장관의 재량권에 대한 제한을 인정한 판례로 “반공법 위반의 범행에 의하여 형의 선고를 받은 잘못이 있는 외국인이었다 할지라도 그 외국인이 우리나라에서 출생·성장하여 우리나라 여성과 결혼하였고 송환될 당시까지 한국인 노모를 모시며 생업에 종사하고 평소 사상도 반공적이어서 한국화교반공구국회 간부직에 있었던 점을 참작하면 그에 대하여 강제퇴거를 명한 가치분은 심히 가혹하고 부당하여 재량범위에 일탈한 것이다”

대판 1996.11.12, 96누1221 ; 강제퇴거의 요건과 그 입증책임에 관한 판례로 “출입국관리법 소정의 외국인으로서 대한민국 밖으로 강제퇴거를 시키기 위해서는 상대방이 대한민국의 국적을 가지지 아니한 외국인이라고 단정할 수 있어야 하고, 따라서 재외 국민이 다른 나라의 여권을 소지하고 대한민국에 입국하였다 하더라도 그가 당초에 대한민국의 국민이었던 점이 인정되는 이상 다른 나라의 여권을 소지한 사실자체만으로는 그 나라의 국적을 취득하였다거나 대한민국의 국적을 상실한 것으로 추정·의제되는 것이 아니므로, 다른 특별한 사정이 없는 한 그와 같은 재외 국민이 그 나라의 국적을 취득하였다거나 대한민국의 국적을 상실한 외국인이라는 점에 대하여는 관할 외국인보호 소장 등 처분청이 이를 입증하여야 한다”

137) 만약 강제퇴거시에는 개인적인 업무를 해결할 수 있다는 상당한 시간과 다음 목적지를 선택할 수 있는 자유도 보장되어야 한다. 이갑주, “외국인의 법적 지위”, 49면.

## 2. 勞動關係法上 地位

### (1) 노동단체법상의 지위

외국인근로자에게 노동단체법상의 지위를 인정할지 여부, 즉 헌법 제33조 제1항이 규정한 근로 3권을 인정할지 여부가 문제된다. 독일의 금속노조는 외국인근로자의 노조가입을 오히려 권장하고 있어서 독일인근로자의 조합가입률은 하락하거나 정체되고 있는 반면, 외국인근로자의 조합가입은 늘고 있다. 2002년 기준으로 독일금속노조의 외국인근로자 비율은 10%정도 된다고 한다. 이 때문에 독일금속노조는 내국인근로자와 외국인근로자의 단결을 촉구하는 노력을 하고 있다.<sup>138)</sup>

우리나라 정부가 외국인근로자들만으로 구성된 노동조합을 인정하는지 여부는 다소 애매하다고 할 수 있다. 다만 불법체류 외국인근로자를 조합원의 범위에 포함시킨 노동조합의 인정여부에 관하여 소송이 진행되고 있다.<sup>139)</sup> 위 소송의 항소심 재판부도 지적하고 있듯이 출입국관리법의 취지가 취업자격이 없는 외국인의 고용이라는 사실적 행위 자체를 금지하는 것에 불과할 뿐, 사용자와 대등한 관계를 이루어 근로조건을 향상시키기 위한 근로자 단체를 결정하는 것까지 금지하려는 규정은 아니므로 조합가입대상에 일부 불법체류 외국인근로자가 포함되어 있다는 이유로 노동조합의 설립신고서를 반려할 수 없다고 생각한다. 불법체류 외국인근로자도 노조설립 및 가입이 가능하다는 견해,<sup>140)</sup> 설립신고에 대한 노동부의 실질적 심사를 비판<sup>141)</sup>하는 등이 이를 뒷받침 한다. 그러나 정부의 입장은 노조가입을 법 경시 경향으로 바라보고 있는데 출입국관리법위반에 따른 단속·강제출국의 문제와 노조설립 및 활동의 문제는 별개의 문제로서 정부의 입장은

138) 이용일, “외국인근로자 고용에 대한 독일 노동조합의 정책”, 외국인근로자 고용제한의 바람직한 방향 모색(워크샵 자료집), 한국법제연구원, 2007, 165면.

139) 이 사건은 1심 판결은 서울행정법원 2005구합18255호, 항소심은 서울고등법원 2007.2.1, 2006누6774호 판결이며 현재 사건은 대법원 특별 제3부에서 심리 중에 있다(2007두4995호).

140) 김희성, “이주근로자의 고용에 관한 법적 문제점과 개선방안”, 『경영법률』, 제18권 제3호, 한국경영법률학회, 2008, 283면.

141) 정인섭, “노동조합 결격요건의 심사”, 『노동법연구』, 제25호, 서울대학교 노동법연구회, 2006, 147면.

인권문제와 근로3권의 법리적 문제를 혼동하고 있는 것으로 판단된다.<sup>142)</sup>

## (2) 노동개별법상의 지위

외국인근로자 고용 등에 관한 법률은 외국인근로자를 ‘근로자’로 보아서 근로계약을 체결하도록 규정하고 있다. 즉 사용자가 외국인근로자를 고용하고자 하는 경우에는 노동부령이 정하는 표준근로계약서를 사용하여 근로계약을 체결하여야 하고(제9조 제1항), 이 경우 이를 대통령령이 정하는 자에게 대행하게 할 수 있다(제2항). 근로계약기간은 원칙적으로 1년을 초과하지 못하며, 다만 3년의 기간을 초과하지 아니한 범위 이내에서 근로계약을 갱신할 수 있고, 이 경우 갱신되는 매번의 근로계약기간은 1년을 초과할 수 없다(제3항). 근로계약을 체결하는 절차 및 효력발생 시기 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정하고 있는데, 시행령은 사용자가 고용허가서 발급일로부터 3월 이내에 외국인근로자와 근로계약을 체결하도록 규정하고,(시행령 제15조 제1항) 만일 외국인근로자 고용허가서를 발급받은 후 외국인근로자의 사망 등 불가피한 사유로 당해 외국인근로자와 근로계약을 체결하지 못한 경우에는 직업안정기관의 장은 다른 외국인근로자를 추천하여 고용허가서를 재발급받도록 하고 있다(시행령 제15조 제2항). 이처럼 직업안정기관의 장이 사용자에게 고용허가서를 발급 또는 재발급하는 경우에는 모법이 정한 근로계약기간의 범위 내에서 고용허가기간을 부여하게 된다(시행령 제15조 제3항).<sup>143)</sup>

이처럼 적어도 ‘외국인근로자고용등에관한법률’에 따라 근로계약을 체결한 외국인근로자는 내국인근로자와 동등하게 근로기준법상의 근로자의 권리를 향유하게 된다.<sup>144)</sup> ‘외국인근로자고용등에관한법률’ 제22조도 사용자에게 외국인근로자라는 이유로 부당한 차별적 처우를 하여서는 아니 된다는 의무를 부과하고 있다. 외국인근로자가 근로기준법을 적용받으면, 우선 근로기준법상 제6조의 균등대우와 관

142) 전형배, “외국인근로자 고용 정책”, 「저스티스」, 통권 109호, 한국법학원, 2009, 303면.

143) 전형배, “외국인근로자 고용 정책”, 303~304면.

144) 표준근로계약서 제11조에도 “이 계약에 정함이 없는 사항은 근로기준법이 정하는 바에 의한다.”라고 이 점을 명시하고 있다.

련한 문제가 발생한다. 제6조는 국적을 이유로 근로조건에 대한 차별적 처우를 하지 못하도록 규정하고 있기 때문에 같은 사업장에 동일한 직종에서 내국인과 외국인근로자가 공동으로 근로를 제공하는 경우 이들 간의 차별적 대우가 어떤 범위 내에서 합리성을 인정받을 수 있을지 쉽지 않은 법리적 혹은 현실적인 문제가 있을 수밖에 없다. ‘기간제및단시간근로자보호등에관한법률’은 기간제근로자를 기간의 정함이 있는 근로계약을 체결한 근로자라고 정의하고 있는데, 만일 외국인근로자도 위 정의에 포섭되어 위 법률의 적용을 받는다면 같은 법 제9조 이하에서 규정한 차별적 처우의 시정제도를 외국인근로자도 이용할 수 있고, 외국인근로자와 내국인근로자의 차별적 처우에 관한 어려운 판단을 하지 않을 수 없게 된다. 외국인근로자의 고용을 대하는 정부의 입장을 보면, 소위 3D업종으로 분류되는 산업에의 인력난을 해소한다는 것 외에 이들의 고용에 따른 비용부담 문제도 크게 다루고 있다. 즉 저비용을 통해 노동생산성의 향상이 외국인근로자 고용의 중요한 이유로 보고 있는데, 국내근로자보다는 낮은 임금의 지급을 고용의 전제로 하여 제도를 운영하게 되면, 결국 국적에 의한 차별문제가 제기될 수밖에 없다.

### 3. 社會保障法上 地位

#### (1) 사회보장과 외국인근로자

사회보장은 외국인근로자와 그 가족에게 매우 중요한 생활조건인 일부이다. 사회보장기본법 제8조는 “국내에 거주하는 외국인에 대한 사회보장제도의 적용은 상호주의원칙에 의하되, 관계법령이 정하는 바에 따른다”라고 규정하고 있다. 즉 국제노동기구 협약 규정 등과는 달리 아직 우리나라는 사회보장에 관하여 상호주의 원칙을 기본원칙으로 규정하고 있다.<sup>145)</sup> 그러나 이 원칙은 사회보장체제가 완비되어 있고, 내국인 구별 없이 비용부담을 과하고, 그 반대급부로서 사회보장급여를 보장하는 선진국과의 관계에서나 적용될 수 있기 때문에 선진국 출신자

145) 최홍엽, “외국인 근로자의 사회보장”, 「민주법학」, 제22호, 2002, 152면.

가 대부분인 단순·미숙련 근로자의 경우에는 적용될 여지가 없다. 그러나 국제 교류가 급증하고 내·외국인 평등대우가 확산되고 있는 오늘날 지나친 상호주의의 의존은 시대에 뒤떨어진 태도이며 바람직하지도 못하다.<sup>146)</sup>

가급적 우리의 독자적 기준에 입각하여 외국인에게 어느 정도의 처우를 보장할 것이냐를 결정함이 타당하다고 본다. 따라서 국적여부나 상호주의의 원칙에 관계없이 외국인근로자도 인간의 생존권 및 쾌적한 생활권의 주체이며, 평등보장의 대상이라는 인식 하에 이들에 대한 사회보장법의 긴밀한 보장을 해주어야 한다.

또한 근로자는 한국인이라는 전제하에 사회보험사무소 또는 노동관계보험기관에서 외국인근로자, 특히 불법체류 근로자에 대한 사회보장법 적용에 강한 거부감을 갖고 있는 것 또한 부인할 수 없다. 그러나 ‘산업재해보상보험법’, ‘의료보험법’, ‘국민연금법’ 등 사회보장관계법의 적용대상이 근로자라고 한다면, 외국인근로자 역시 이들의 관계법규의 보호를 받는 것은 당연하다고 할 것이다. 대법원 판례<sup>147)</sup>도 이를 뒷받침한다.

146) 문준조, “주요국가의 외국인이주노동자의 지위와 규제에 관한 연구”, 46면.

147) 대법원 1995.9.15, 94누12067. ; 가. 구 출입국관리법(1992.12.8. 법률 제4522호로 전문 개정되기 전의 것) 제15조 제1항에서 외국인이 대한민국에서 체류하여 행할 수 있는 활동이나 대한민국에 체류할 수 있는 신분 또는 지위에 관한 체류자격과 그 체류기간에 관하여 규율하면서 아울러 같은 조 제2항에서 외국인 고용제한을 규정하고 있는바, 그 입법취지가 단순히 외국인의 불법체류만을 단속할 목적으로 한 것이라고는 할 수 없고, 위 규정들은 취업자격 없는 외국인의 유입으로 인한 국내 고용시장의 불안정을 해소하고 노동인력의 효율적 관리, 국내 근로자의 근로조건 유지 등의 목적을 효율적으로 달성하기 위하여 외국인의 취업자격에 관하여 규율하면서 취업자격 없는 외국인의 고용을 금지시키기 위한 입법목적도 아울러 갖고 있고, 이는 취업자격 없는 외국인의 고용이라는 사실적 행위 자체를 금지하고자 하는 것뿐이지 나아가 취업자격 없는 외국인이 사실상 제공한 근로에 따른 권리나 이미 형성된 근로관계에 있어서의 근로자로서의 신분에 따른 노동 관계법상의 제반 권리 등의 법률효과까지 금지하려는 규정으로는 보기 어렵다.

나. 취업자격 없는 외국인이 구 출입국관리법상의 고용제한 규정을 위반하여 근로계약을 체결하였다 하더라도 그것만으로 그 근로계약이 당연히 무효라고는 할 수 없고, 취업자격은 외국인이 대한민국 내에서 법률적으로 취업활동을 가능케 하는 것이므로 이미 형성된 근로관계가 아닌 한 취업자격 없는 외국인과의 근로관계는 정지되고, 당사자는 언제든지 그와 같은 취업자격이 없음을 이유로 근로계약을 해지할 수 있다.

다. 외국인이 취업자격이 아닌 산업연수 체류자격으로 입국하여 구 ‘산업재해보상보험법(1994.12.22. 법률 제4826호로 전문 개정되기 전의 것)’의 적용대상이 되는 사업장인 회사와 고용계약을 체결하고 근로를 제공하다가 작업 도중 부상을 입었을 경우, 비록 그 외국인이 구 출입국관리법상의 취업자격을 갖고 있지 않았다 하더라도 그 고용계약이 당연히 무효라고 할 수 없고, 위 부상 당시 그 외국인은 사용 종속관계에서 근로를 제공하고 임금을 받아 온 자로서 근로기준법 소정의 근로자였다 할 것이므로 구 ‘산업재해보상보험법’상의 요양급여를 받을 수 있는 대상에 해당한다.

## (2) 사회보험

### 1) 산업재해보상보험

산업재해는 외국인이 내국인과 거의 동등한 대우를 받는 유일한 사회보험 영역이다. 한국의 ‘산업재해보상보험법’에는 사업주가 보험료를 전부 부담하는 형식으로 이뤄져 있다. 이것은 사업주가 사업에 따른 이익을 향유하는 것과 함께 당해 사업으로 인하여 근로자에게 발생하는 재해, 질병의 위험에 대해서도 책임을 지는 의미를 갖는다. 근로자가 ‘산업재해보상보험법’상의 보상을 받기 위하여 일정한 기여를 할 필요는 전혀 없다. 또한 국가도 공적 기금을 ‘산업재해보상보험법’상의 급여를 지급하기 위하여 거의 투입하지 않고 있다. 따라서 당해 사업에 따른 재해 또는 질병의 위험에 내국인과 마찬가지로 노출되는 외국인근로자와 내국인을 달리 취급할 아무런 합리적인 이유가 없다. 이것은 체류자격이 없는 미등록 외국인근로자의 경우에도 마찬가지이다.<sup>148)</sup>

‘산업재해보상보험법’도 제4조 제2호에서 근로자의 의미를 근로기준법에 의한 것으로 통일하고 있고, 동법 제5조에서 적용범위를 근로자를 사용하는 모든 사업 또는 사업장으로 정하고 있으므로, 외국인에게도 당연히 적용되는 것으로 보아야 한다. 동법 시행령 제31조 제5항 제2호에서 장해급여를 연금의 형태로 지급하기 곤란하여 일시금의 형태로 지급하는 경우를 규정하면서 “외국인 수급권자가 국내를 떠나게 되는 경우”를 정하고 있는 점에 미루어 보더라도 외국인에 대한 적용은 당연하다고 할 것이다.<sup>149)</sup>

그러나 노동부는 미등록 이주노동자의 경우에는 기존에 지침을 통하여 ‘산업재해보상보험법’을 포함한 노동관계법상의 보호를 부정하였으나, 미등록 외국인근로자 필리핀인의 ‘산업재해보상보험법’상의 요양신청에 대한 요양불승인처분을 취소한 1995년의 대법원 판결<sup>150)</sup>을 계기로 모든 외국인근로자에 대하여 ‘산업재

148) 황필규, “이주노동자의 인권”, 233면.

149) 대한민국이 2001년 3월 29일 비준한 국제노동기구 제19호 협약인 근로자재해보상에 관한 내외국인근로자 동등대우협약 제1조에서는 “이 협약을 비준한 회원국은 이 협약을 비준한 다른 회원국 국민의 산업재해에 대하여 자국민에게 허용하는 것과 동일한 보상을 허용”할 것을 규정하고 있다.

150) 대법원 1995.9.15, 94누12067.

해보상보험법'과 근로기준법에 의한 보호를 인정하고 있다.<sup>151)</sup>

내외국민 동등대우의 원칙을 산업재해의 면에서 이루어지기 위해서는 다음과 같은 사항들에 대한 법제가 마련되어야 할 것이다. '산업재해보상보험법'의 경우 요양급여, 휴업급여, 장해급여, 간병급여, 유족급여, 상병보상연금, 장의비의 여러 급여가 존재하는데 이런 개별적인 급여에 따라 외국인근로자에게 실질적인 수급권을 보장하기 위하여 별도의 입법을 통해 제도수정이 검토되어야 할 것이다. 예를 들어 외국인근로자가 요양이 장기화되어 본국으로 돌아가 치료를 받는 것을 원하는 경우, 본국으로 돌아가서 요양급여, 휴업급여(또는 상병보상연금)를 받을 수 있도록 하는 방식에 대한 입법 즉, 이와 관련하여 '산업재해보상보험법 시행규칙' 제18조에서는 근로자가 국외에서 업무상 재해를 당하여 보험급여를 청구할 수 있도록 하고 있다. 이 경우 제21조에서 요양비를 당해 외국의료기간에 지급한 금액으로 인정하고 있다. 위와 같은 제도를 응용하여 국내에서 업무상 재해를 당한 근로자가 본국에 귀환하여 치료를 받는 경우, 본국의 의료기관에 요양급여를 요양비로 지급하고, 본국의 근로자에게 휴업급여(또는 상병보상연금)를 지급하는 방식을 도입할 필요가 있다. 다만 요양급여의 경우, 외국 의료기관의 공신력이 문제되는 경우 당해 외국의 지역별로 동법 제40조에 따라 요양급여를 받을 의료기관을 지정하여 현물급여를 하는 방법 등을 생각해 볼 수 있다.<sup>152)</sup>

## 2) 국민건강보험

국민건강보험법령의 규정체계에 의하면, 외국인 중 직장가입자가 될 수 있는 자와 지역가입자가 될 수 있는 자를 나누어 규정하고 있다. 직장가입자는 직장가

151) 서울행정법원 2007.4.11, 2006구합26899. ; 참조업무상 재해를 입은 외국인근로자가 근로복지공단에 재해 근로자의 재활을 위한 직업훈련비용지원을 신청한 경우, 이를 반려한 근로복지공단의 처분의 위법성이 다투어진 사안에서 서울행정법원은 “직업훈련사업의 목적이 오로지 근로자의 복지증진을 위한 재활뿐 아니라 사회복귀로 인한 사회 안정 등을 도모하기 위한 측면도 있다는 점에서 외국인근로자의 경우 체류목적·자격·기간과 한국어 소통능력, 훈련방법의 적합성·효율성 등을 고려한 기준을 적용할 수 있을지 여부(또는 훈련원운영사업에서의 외국인 훈련생 선발기준을 유추적용할지 여부)는 별론으로 하더라도, 외국인이라는 이유만으로 근로복지공단 직업훈련사업으로서 사실상 유일하게 실시하고 있는 비용지원사업의 대상이 될 수 없음이 명백하다고 할 수는 없으므로, 재해를 입은 외국인근로자의 직업훈련비용지원 신청을 반려한 근로복지공단의 처분은 위법하다.”고 판시하였다.

152) 황필규, “이주노동자의 인권”, 234~235면.

입자 적용사업장에 근무하는 자와 공무원·교직원으로 규정하고, 지역가입자가 될 수 있는 자는 출입국관리법상의 체류자격을 요구하고 있다. 그리고 외국인인 직장가입자의 피부양자에 대해서는 이렇다할 제한을 가하고 있지 않다. 따라서 피부양자 자격은 가입자 자격이 있는 자와 동법 시행규칙 제2조<sup>153)</sup>의 관계에 있는 자이기만 하면 어떠한 유형의 외국인근로자인지와 상관없이 피부양자로서 인정된다. 또한 피부양자 중 하나인 배우자와 관련하여 법률혼 배우자뿐만 아니라, 사실혼배우자도 인정해 주고 있는 것이 실무의 관행이다. 따라서 외국인근로자 인자가 가입자 자격을 가진 내국인 또는 외국인과 사실혼관계에 있는 등의 경우에는 당해 외국인근로자는 피부양자로서 국민건강보험법상의 각종 급여를 받을 자격을 가진다고 봐야 한다.

그리고 직장가입자의 경우에는 지역가입자와 달리 출입국관리법상의 체류자격을 요구하고 있지 않다. 따라서 모든 외국인근로자 유형이 직장가입자로 가입할 수 있다고 볼 수도 있겠으나, 직장가입자 및 지역가입자에서 배제되는 자로서 체류기간 연장허가를 받지 아니하고, 체류하는 자와 강제퇴거명령서가 발부된 자가 열거되어 있고, 실무상 가입 시 요구되는 외국인등자격취득신고서와 외국인등록증 사본을 제출할 수 없기 때문에 사실상 건강보험의 적용을 받을 수 없다고 보아야 한다.<sup>154)</sup>

당연가입이 아닌 임의가입의 경우에는 임의가입의 가능성이 있다는 것일 뿐이므로 임의가입하지 않을 경우에는 보호를 받지 못한다. 실제로 외국인근로자들이 보험에 가입하지 않은 경우가 많다. 더구나 이주노동자 유형 중 산업연수생은 노동부지침에서 보호의 내용으로 건강보험의 적용을 열거하고 있지 아니하다.<sup>155)</sup>

업무상 재해, 질병 등의 사회적 위험은 언제나 발생 할 수 있으며, 건강보험의 단기보험적 특징을 고려할 때, 고용허가제하의 외국인근로자 외의 외국인근로자는 의무가입으로써 직장가입이 아닌 임의가입으로써 지역가입을 규정한 것으로

153) 동법 시행규칙 제2조(피부양자 자격의 인정기준 등) ① 「국민건강보험법」(이하 “법”이라 한다) 제5조제3항의 규정에 의한 피부양자 자격의 인정기준은 별표 1에 규정된 부양요건에 해당하는 자(법 제93조제2항의 규정에 의한 외국인 및 재외국민을 포함한다)로서 보수 또는 소득이 없는 자로 한다. 이 경우 19세 미만의 미성년자 등 보건복지부장관이 정하여 고시하는 자는 보수 또는 소득이 없는 자로 본다.

154) 하갑래·최태호, 「외국인 고용과 근로관계」, 중앙경제, 2005, 372면.

155) 최홍엽, “외국인 근로자의 사회보장”, 162면.

내외국인 평등대우 원칙에 반하는 문제가 있을 수 있다고 보여 진다.<sup>156)</sup>

### 3) 국민연금

그동안의 국민연금법은 외국인의 반환일시금 수급권과 관련하여 상호주의 원칙을 적용하고, 당해 외국에서 대한민국 국민에게 반환일시금에 상응하는 연금액을 지급하는 경우에 한하여 이를 인정하고 있었다. 이는 재산권적 성질을 가지는 국민연금 수급권에 대한 중대한 제한에 해당하였다. 비록 이 조치가 과거 한국의 상사주재원 등이 외국의 공적 연금에 가입하여 수급자격에 필요한 기간을 채우지 못하고 귀국하는 경우에 반환일시금도 받지 못해서 돌아온 경우를 고려한 것이지만, 국가간의 상호주의 원칙을 적용하기 위하여 해당 국가 국민의 재산권을 전면 부인한다는 점에서 위헌의 소지가 있었다.

2007년 5월 국민연금법의 개정으로 ‘외국인근로자고용등에관한법률’ 및 산업연수생제도에 따른 체류자격을 취득한 외국인근로자에 대해서는 반환일시금이 적용되게 되었다. 개정 국민연금법 보칙이 반환일시금 제도의 소급 적용을 인정한 것을 잘 된 일이지만, 국민연금관리공단은 외국인근로자의 경우 출국 사실이 확인된 다음에 비로소 반환일시금을 지급하는 정책을 고수함으로써 여전히 차별적으로 제도를 운용하고 있다는 문제가 있다.<sup>157)</sup>

### 4) 고용보험

고용보험법은 제8조에서 “근로자를 사용하는 모든 사업 또는 사업장에 적용된다.”고 하고 있으나, 외국인의 경우에는 원칙적으로 그 적용을 배제하고 있다(동법 제10조 제5호 및 동법 시행령 제3조 제2항 제1호 본문). 다만 연수취업생 등 동법 시행령 제3조 제2항 제1호 단서에 해당하는 경우에 예외를 인정하고 있고, 고용허가제하의 외국인근로자는 의무가입의 대상이었다가 임의가입대상으로 바

156) 황필규, “이주노동자의 인권”, 240면.

157) 류혜정, “이주노동자의 사회복지”, 『2007 한국인권보고대회 자료집』, 인권단체연석회의·민주사회를 위한 변호사 모임, 2007, 275~276면.

귀었다. 따라서 고용보험에 가입하게 되면, 외국인근로자들은 근무처를 변경할 때 취업하지 못한 기간동안 실업급여를 받을 수 있고, 고용보험법상의 직업능력 훈련까지 받을 수 있다고 볼 수 있다.<sup>158)</sup> 그러나 2개월 동안 사업장 이동을 하지 못하면, 출국이 강제되는 현행 법제상 실업급여는 실효성을 가지기 힘들고, 근로복지공단이 ‘산업재해보상보험법’ 및 ‘근로자직업훈련촉진법’상 직업훈련의 대상에서 외국인을 배제하는 입장을 취하고 있는 것에 비추어 고용보험법상의 직업능력 훈련도 실제로 받을 수 있을지 의문이다. 연수취업생과 정주외국인에게 임의가입자격이 인정되고, 산업연수생과 미등록 이주노동자는 제외되고 있다.<sup>159)</sup>

임의가입주의는 우리나라 산업연수생제도 등의 이주노동자 정책이 정주를 허용하지 않고, 몇 년 동안의 단기간의 취업만을 인정하므로 실업 등의 위험에 빠질 위험이 적다는 점을 고려한 것으로 보인다. 그러나 외국인근로자도 실업의 위험에 빠질 위험은 있다. 특히 산업재해를 당한 외국인근로자가 요양 후 체류기간이 끝나기 전에 겪게 되는 실업의 문제는 매우 심각한 문제이다. 최소한 산업재해를 당한 외국인근로자가 실업을 당한 경우에 재고용과 실업기간 동안의 급여를 보장하기 위하여 별도의 적극적인 법제 마련이 필요하다고 판단된다.

### (3) 공공부조

공공부조는 개별 수급자의 기여 없이 조세를 재원으로 이루어지는 제도를 말한다. 이에는 국민기초생활보장법에 의한 국민기초생활보장제도와 의료급여법에 의한 의료급여제도가 있다. 이 제도 모두 자산조사에 근거하여 일정한 수준 이하의 빈곤층에게 생계유지와 의료적 서비스를 받기 위한 급여를 지급하고 있다. 그러나 국민기초생활보장법이나 의료급여법에는 적용범위를 ‘국민’이나 ‘국적’ 등의 수급요건을 정하고 있지 않아 외국인근로자의 경우도 적용대상이 될 수 있으나 현행 법과 실무의 관행은 외국인근로자에게의 적용을 부인하고 있는게 현실이다. 이와 관련하여 생계급여, 의료급여 등은 국적과 관계없이 필수적으로 지급되어야 한다고 학계 등에서 강한 비판이 존재하고 있다.<sup>160)</sup>

158) 하갑래·최태호, 「외국인 고용과 근로관계」, 374면.

159) 황필규, “이주노동자의 인권”, 242면.

#### (4) 사회복지서비스

노인복지법, 아동복지법, 장애인복지법, 영유아보육법 등 각종 ‘사회복지서비스 관련법’상의 혜택이 외국인에게 인정되는지 여부는 아직 논의조차 시작되지 아니한 것으로 보인다. 위 각각의 법률들은 노인, 아동, 장애인, 모자, 모부자 등의 사회복지서비스를 받을 자격이 있는 자를 정의하고 있는데, 여기에는 국민이나 기타 국적을 요한다는 명문의 규정은 존재하지 않는다. 그리고 외국인의 노인, 아동, 장애인, 모자, 모부자 등에 해당하는 경우에 위 법상의 각종 혜택을 인정할지에 대해 침묵하고 있다. 또한 ‘사회보장기본법’상의 상호주의를 구체적으로 이 분야에 적용한 논의도 보이지 않는다. 상호주의 원칙의 추상성과 구체적 문제에서의 무력함과 문제점이 드러나는 부분이다.

#### 第4節 小 結

우리 헌법은 외국인에 대하여 제2조에서 ‘재외국민’에 대한 보호의무규정 외에 제6조 제2항에서 “외국인은 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 그 지위가 보장된다”라고 하여 외국인의 지위에 대하여 구체적으로 정하고 있다. 즉 외국인은 헌법적 차원이 아니라 법적 차원에서 보장된다는 것을 규정하고 있다. 그 외 헌법상에 있어서 외국인이 구체적으로 어떠한 권리 및 의무를 부담하는지에 대하여 명시적으로 규정하고 있지 않다. 이에 대하여 지배적인 학설<sup>161)</sup>과 판례<sup>162)</sup>는 헌법해석을 통하여 외국인에 대한 일정범위의 기본권의 주체성 및 그에 상응한

160) 전광석, “장기 체류 외국인의 사회보장제도”, 「법제연구」, 제24호, 2003, 69면.

161) 계희열, 「헌법학(중)」, 박영사, 2007, 62면 ; 정중섭, 「헌법학원론」, 박영사, 2008, 283면.

162) 헌재 1994.12.29, 93헌마120. ; 헌법재판소법 제68조 제1항에서 “.....기본권을 침해받은 자는 헌법소원의 심판을 청구할 수 있다”고 규정한 것은 기본권의 주체라야만 헌법소원을 청구할 수 있고, 기본권의 주체가 아닌 자는 헌법소원을 청구할 수 없다는 것을 의미한다 할 것인데, 기본권의 보장에 관한 각 헌법규정의 해석상 국민(또는 국민과 유사한 지위에 있는 외국인과 사법인)만이 기본권의 주체라 할 것이고, 국가나 국가기관 또는 국가조직의 일부나 공법인은 기본권의 ‘수범자(Adressat)’이지 기본권의 주체로서 그 ‘소지자(Trager)’가 아니고 오히려 국민의 기본권을 보호 내지 실현해야 할 ‘책임’과 ‘의무’를 지니고 있는 지위에 있을 뿐이므로 국가기관인 국회의 일부조직인 국회의 노동위원회는 기본권의 주체가 될 수 없고 따라서 헌법소원을 제기할 수 있는 적격이 없다.

의무의 부담주체로써 지위를 인정하고 있다. 외국인은 기본권의 주체 및 성질을 기준으로 하여 인간의 권리 및 초국가적인 성질의 기본권에 대한 주체성을 가진다고 한다. 이러한 논리는 헌법상의 기본권이 실정권에 한정되는 것이 아니라, 실정권 이전의 권리성 기본권을 포함하고 있는 것이므로 타당하다 할 수 있다.

이러한 외국인의 기본권주체성과 관련한 범위를 축소하여 외국인의 ‘근로자’와 관련한 기본권, 즉 외국인근로자에게 헌법상의 직업의 자유의 주체성 인정이 문제된다.

직업의 자유에 대해 헌법 제15조는 “모든 국민은 직업선택의 자유를 가진다”라고 하여, 직업의 자유에 대한 주체로서 ‘모든 국민’을 명확하게 규정하고 있다. 그러나 헌법의 범문을 떠나 직업선택의 자유의 주체로서 외국인을 포함시킬 수 있는가의 문제가 제기된다. 왜냐하면 직업의 자유 또한 근대입헌주의 성립과정에서 헌법에 수용된 기본권 중의 하나이기 때문이다. 따라서 직업의 자유는 궁극적으로 한 나라의 국가경제와 밀접한 관련성을 가질 뿐만 아니라 모든 국민의 자유의 기초로서 국가경제질서형성에 기본적인 질서원리로서의 의미가 강조된다는 점에서 보면, 국가내의 권리 즉 국민에게만 한정되는 기본권이라고 보는 것이 타당하다. 결국 이는 외국인근로자는 대한민국헌법상의 직업의 자유의 주체로서의 지위를 향유하고 있지 않기 때문에 헌법상의 권리를 향유할 수 없고, 다만 직업과 관련한 외국인관련 법률에 따른 지위를 가질 뿐이라고 하겠다. 즉 외국인근로자는 국가의 경제정책상의 고려 하에 입법자에 의하여 형성된 법률범위 내에서 직업과 관련한 법적 지위를 가지며, 이와 달리 국가의 법률은 외국인근로자를 특정한 직업에 종사하는 것으로 한정하여 제한하는 것이 가능하게 된다.<sup>163)</sup>

외국인근로자는 헌법이 외국인에게 열어놓고 있는 영역에 대하여 그 권리의 주체로서 성립한다. 헌법 제10조에서 국민의 권리로서 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권을 규정하고 있다. 그러나 헌법 범문의 표현에도 불구하고 인간으로서 존엄과 가치 및 행복추구권은 국민으로서의 권리가 아니라 인간으로서의 권리로 해석되고 있음에 비추어 이는 외국인에게도 인정된다

고용허가제에 의해 합법적으로 취업한 외국인근로자는 내국인과 동등하게 근

163) 김승환, “기본권의 주체”, 「법학과 행정학의 현대적 과제」, 유소 이방기 교수 정년기념논문집, 전남대학교 출판부, 2002, 37면.

로기준법, 최저임금법, 산업안전보건법 등 노동관계법의 적용을 받고, 노동3권 등 기본적인 권익을 보장받으며, 외국인근로자라는 이유로 차별적으로 대우하는 것이 금지된다. 사업주의 근로계약 위반, 부당해고 등 위법·부당한 처분에 대해서는 근로감독관 및 노동위원회, 국가인권위원회, 법원 등을 통한 권리구제가 가능하다. 사회보험에 있어서는 산재보험 및 건강보험은 강제적으로 적용되고, 고용보험은 외국인근로자가 가입을 원하는 경우에만 임의적용되며, 국민연금은 상호주의 원칙에 따라 적용 여부가 결정된다.



## 第3章 外國人勤勞者 雇傭制度 및 保護 關聯 法制

### 第1節 外國人勤勞者 雇傭制度의 展開

#### 1. 外國人勤勞者의 流入背景과 原因

##### (1) 國內에서의 外國人근로자 유입배경

外國人근로자의 유입 배경으로 수입국에서의 人력부족 문제가 주된 요인임은 分명한 事實이다. 특히 우리나라의 경우 外國人근로자의 수입이 그 출발부터 國內 제조업의 生産직 人력난에서 비롯하고 있음은 주지의 事實이다.

우리나라는 1960~70년대에는 독일, 베트남, 中東 등지에 많은 근로자를 송출하여 國內의 취업기회 부족을 메우고, 外화를 벌어들인 적이 있었다. 이 시기에 는 빈곤으로부터의 脫피를 위해 이른바 3D 업종도 마다하지 않고 취업하려는 단순기능 人력이 많았다. 그러나 1980년대 中반 이후부터 所得수준의 향상에 따라 3D 업종에 취업하려는 人들이 급격히 감소하기 시작하였다. 어느 나라에서나 所得수준이 향상되면, 한편으로는 많은 失業者가 발생하면서도 3D 업종 분야에서 는 人력난을 겪는 現象이 나타나게 되는데, 우리나라도 그 예외는 아니었다. 즉 1980년대 中반 이후 단순기능인력에 대한 人력부족이 본격화되기 시작하였는데, 이에 대한 市場의 대응은 크게 두 가지로 나타났다. 하나는 3D 업종의 生産설비를 東남아 등 해외로 이전하여 현지에서 값싸고 풍부한 노동력을 활용하여 生産을 계속하는 것이었으며, 다른 하나는 國內에서 生産활동을 하면서 國內 人력의 부족을 外國人을 고용하여 해결하는 것이었다.<sup>164)</sup>

그런데 우리나라는 外國人의 國內취업을 內국인으로 대체할 수 없는 전문·기 술직종에 한하여 허용하되, 단순기능 外國人력의 國內 취업은 금지하였다. 따라서 단순기능 外國人력을 고용하는 것은 불법행위에 해당하는 것이었다. 그럼에도

164) 박유원, “外國人근로자의 법적 보호에 관한 연구”, 연세대학교 대학원 석사학위논문, 2003.12, 5~6면.

불구하고 소득수준 향상에 따라 1980년대 중반 이후 국내 노동시장에서 3D 업종 취업기피로 인력부족 현상이 본격화되면서 1987년부터 외국인이 3D 업종에 불법 취업하는 사례가 발생하기 시작하였다.<sup>165)</sup>

1990년대 들어 3D 업종의 인력부족 현상이 더욱 심화되고 불법취업 외국인이 급증하자 중소기업체에서 외국인근로자의 채용을 합법화시켜 줄 것을 요구하였다. 그러나 정부는 단순기능 외국인력의 국내 취업 금지원칙을 고수하면서 유희 노동력의 활용을 통해 3D 업종 인력난을 해소하려는 정책을 추진하였다. 중소기업의 인력난이 심화되고 불법취업 외국인이 계속 증가하자 정부는 1991년 11월에 해외 투자업체 연수제도를 도입하고, 1993년 12월에는 ‘외국인 산업연수제도’를 도입하였다. 외국인 산업연수제도의 실시에도 불구하고 불법취업 외국인은 계속 증가하였다. 그 이유는 3D 업종 인력난이 심화됨에도 불구하고 외국인의 공급은 ‘연수제도’라는 명분때문에 매우 제한적으로 이루어졌으며, 이러한 이유로 인력수요에 비해 공급이 크게 부족하자 사업주들이 불법적으로 외국인을 고용하였다. 또한 연수생보다 불법취업자의 임금이 높은 것을 알게 된 연수생의 연수업체 이탈 사태도 빈발하였다.

이러한 문제점에도 불구하고 국내에 지속적으로 유입되어 온 외국 인력은 국내 제조업의 생산관련 단순기능인력의 인력부족 해소에 상당한 기여를 하고 있는 것으로 평가된다. 외국인 단순기능인력의 도입 규모가 증가함에 따라 인력부족이 완화되고 있다는 사실은 외국인근로자가 국내 생산직 인력부족 해소에 큰 도움을 주고 있다는 것을 보여주고 있다. 이는 생산관련직 부족인력을 상당부분 외국인 인력 도입이라는 방법으로 해결하고 있음을 잘 보여주고 있다.<sup>166)</sup>

## (2) 외국인근로자의 유입원인

### 1) 노동의 국제적 이동요인

165) 유길상·이규용, 「외국인근로자의 고용실태와 정책과제」, 한국노동연구원, 2001, 41면.

166) 물론 추세적인 인력부족률의 하락은 여러 가지 요인들로 설명될 수 있는데, 즉 제조업 비중의 지속적인 감소로 인한 인력부족 사업체의 절대적 감소, 인력부족에 대응하는 기업들의 자동화·합리화의 진전 등으로 기업의 인력 수요가 감소한 점도 지적할 수 있다.

예로부터 자본과 노동의 관계는 불가분의 관계였다. 자본이 형성되거나 밀집되어 있는 곳은 항상 노동력이 필요했고, 그것을 충당하기 위해 지역적·국가적 노동 이동은 당연히 되어왔다. 특히 자본의 집중을 위한 기술의 고도화로 단순 노동의 수요가 원활하게 되지 못하자 자본가들은 지역을 불문하고 노동력을 필요로 했고, 근로자 역시 현재에도 그렇겠지만 그 지역에서 일자리 창출을 할 수 없게 되면, 노동력이 필요한 곳으로 이동하게 되었다. 이것이 노동의 국제적 이동 요인이다.<sup>167)</sup>

노동의 국제적 이동의 역사는 오래되었다. 특히 정당한 임금을 받고 근로를 제공하는 차원은 아니겠지만, 일제시대에 일본으로의 강제노역이라든지, 1600년대부터 흑인노예들의 아메리카 노동착취, 그리고 산업혁명 당시 유럽으로의 아시아·아프리카 사람들의 이동을 그 사례로 들 수 있다.<sup>168)</sup>

현재에 들어와 3D업종 기피현상과 맞물려 단순 노동이 절실히 요구되는 업종들은 외부로부터 노동력을 수급 받아야만 가동이 되고, 선진국의 출생률 하락으로 인한 노동력 부족 상태로 어쩔 수 없이 노동력을 외부로부터 끌어 들여야만 하는 상황도 있을 것이다.

이러한 주요요인들의 구체적인 분석이 요구될 것이다. 과연 노동력을 수급 받아야만 하는 자본가 측과 노동력을 공급하려는 이주근로자들의 객관적 정황과 만약 이들이 그 나라의 실정에 맞게 일을 할 수 있겠는가 아니면 실정에 맞게 근로를 제공하지 못할 경우에 이들의 문제점 해결을 어떻게 할 것인가가 매우 중요한 과제가 된다.

#### 가. 노동력 수급 불균형

노동력의 국가간 이동 요인으로 출생률이 포함된다는 사실은 이미 여러 세계 기구들에 의해 명문화되어 왔다. UN과 OECD의 보고에 의하면 세계의 인구는 국가간·경제 규모적 측면에서 커다란 격차를 보이고 있으며 이는 해마다 증가해 갈 것이라는 예상이다.

167) 강희원, “노동의 국제적 이동시대와 국제법”, 한국법제연구원 법제자료, 2003, 11~12면.

168) 유흥석, “외국인근로자의 법적지위에 관한 연구”, 6면.

<표1> 생산연력인구 변화(1950-2025년)

구분	생산 연력 인구(백만명)				증가수(백만명)		연평균 증가율(%)	
	1950	1985	1990	2025	1950 - 1985	1990 - 2025	1950 - 1985	1990 - 2025
세계전체	1,523	2,926	3,233	5,128	1,403	1,895	1.92	1.58
개발도상국	999	2,179	2,464	4,341	1,182	1,877	2.18	1.76
선진국	538	780	804	856	242	52	1.07	0.18
북아메리카	108	176	182	207	68	25	1.41	1.37
라틴아메리카	93	234	266	497	141	231	2.67	1.80
유럽	259	327	334	326	68	8	0.67	0.07
오세아니아	8	16	17	25	8	8	2.00	1.11
아시아	815	1,715	1,936	3,335	900	1,399	2.15	1.57
아프리카	120	285	323	985	165	653	2.50	3.16

자료 : UN(국제연합), World Population Prospects : The 2002 Revision and World Urbanization Prospects.

UN이 2002년에 발표한 <표1>에 의하면, 일반적으로 개발도상국은 인구증가율에 비례하여 생산연력인구 즉 15세부터 64세의 인구 또한 높은 증가율을 보이고 있다. 증가수에서 보면, 개발도상국들은 두 배 가까운 증가세를 보이는 반면, 선진국들은 큰 하락세를 보일 것이라는 예상을 하고 있다. 따라서 개발도상국의 노동력은 자국내의 취업보다는 많은 취업기회를 찾아 외국으로 진출하게 됨으로써 많은 외국인근로자가 발생하게 되는 것이다.<sup>169)</sup> 선진국의 출생률 저하로 나타나게 되는 생산연력인구의 저하로 노동력이 절실히 요구되므로 이들 개발도상국의 근로자들의 유입은 당연시 되고 있다. 선진국의 생산연령인구의 증가율은 표에서 보듯이 연평균 증가율이 2025년까지 0.18로 증가할 것으로 예상되고 있으므로 기술 집약적 산업의 국가적 차원에서의 경쟁력 제고 측면과 이들 산업을 제외한 3D 업종을 비롯한 단순노동을 요구하는 분야에서는 해외로부터의 값싼 노동력을 가진 근로자의 유입을 시도하게 된 것이다.

#### 나. 소득과 임금의 격차

외국인근로자들은 자국 내에서의 경제적 문제로 자본의 흐름을 따라 이주 노

169) 佐藤忍, 「國際勞動力移動研究序說」, 信山社, 1992, 78面.

동을 선택하게 된다. 경제적 문제란, 기술을 가진 전문적 근로자들의 소득에 대한 불만족과 미숙련 근로자<sup>170)</sup>들의 자국 내에서의 취업기회를 갖지 못하는 것이다. 이로써 전문직 기술자들은 소득격차를 타파하기 위해 또 자신의 투자에 대해 합당한 소득을 얻기 위해 국경을 넘고, 미숙련 근로자들은 결과의 가시적인 실현이라는 측면에서 이주를 결심하게 된다.<sup>171)</sup> 결과의 가시적인 실현이란, 타국에서 돈을 벌어 자국으로 들어오게 되면, 많은 임금을 받은 것으로 가시적으로 생활에 풍족함을 타인에게 보여주게 되므로 나머지 사람들은 그것을 동경하여 국경을 너도나도 넘는다는 것이다. 노동력 이동이라는 측면에서의 임금격차는 선진국과 개발도상국간의 갭(GAP)이 크면 클수록 현격히 나타난다. 실제로 1인당 국민소득으로 송출국과 수입국을 분류해 본다면, 1인당 국민소득이 연간 8천달러 이상이 송출국으로 나타나고 있다.<sup>172)</sup> 그러나 우리나라와 같이 송출과 수입이 동시에 이루어지는 경우가 많으므로 이는 송출과 수입이라는 측면에서 장기적 경제상황을 고려하여 언급되어야 할 것이다.

노동력을 공급하는 송출국 입장에서의 경제적 측면은 첫째, 초과 노동력 공급의 존재이고, 둘째, 선진국과의 소득격차의 문제점이고, 셋째, 개발도상국 자체의 경제발전으로 최근 교통과 정보수단의 발달로 해외취업에 관한 지식이 풍부해졌다는 것이다.<sup>173)</sup> 다음으로 수입국 입장에서의 경제적 측면으로는 첫째, 농업과 제조업 등에서의 노동력 유출과 출산율 저하 그리고 고등교육으로 인한 진학증가, 인구 고령화에 따른 만성적인 노동력 저하를 들 수 있다. 둘째, 국내에서 구하는 인력보다는 비교적 임금이 싼 외국인근로자의 효용가치이며, 셋째, 3D업종의 단순 노동을 요구하는 업종의 기피현상으로 인한 노동력 결원 보충으로 외국인근로자를 필요로 한다는 것이다.<sup>174)</sup>

#### 다. 각 국가 간의 제도적 차이

170) 미숙련 근로자란 교육·훈련에 대해 최소 인적투자를 받지 않고 기술과 경력이 없는 근로자로서 단순노동에 참여한다.

171) 강희원, “노동의 국제적 이동시대와 국제법”, 14면.

172) 이홍지, “외국인 근로자 도입제도 개편안”, 국가경영전략연구원, 1994, 16~24면 참조.

173) 설동훈, “외국인 노동자와 한국사회의 상호작용”, 미래인력연구센터, 1997, 191면.

174) 백석현, “외국인 노동자의 고용과 노동력 부족대책”, 미래인력연구센터, 1997, 44면.

노동인력을 국제적으로 이동시키는 요인은 많겠지만, 세계은행이 발표한 요인들을 보면, 첫째, 개발도상국의 인구증가, 둘째, 남북과 동서의 소득격차, 셋째, 선진국의 생활모습을 전달하는 미디어의 발달, 넷째, 원거리 이동비용의 감소, 마지막으로 모국에 잔류하고 있는 가족과의 연락에 필요한 통신기술의 발달을 꼽았다.<sup>175)</sup> 이외에도 국제화시대에 발맞추어 국가간 물질·인적 자원의 빈번한 교류로 이제 어느 나라에 가더라도 외국인들이 일하는 모습은 어렵지 않게 찾을 수 있다.

현재 많은 국가들이 외국인근로자의 국내 취업 및 정주화를 꺼려하고 있지 않으며 특히 노동허가제가 도입되고 있는 유럽에서는 그 역사가 오래되었다. 정주와 취업이 비교적 보장되어 있는 유럽공동체, 즉 1968년 이래 벨기에, 덴마크, 이탈리아, 서독, 아일랜드, 영국, 룩셈부르크, 네덜란드 등의 이들 공동체 내에서는 당해국의 자유로운 이동에 따른 취업과 정주를 제한하지 않고 있다. 오스트레일리아와 뉴질랜드 간에 이동과 취업도 트랜스타스만 협정으로 자유로운 상태이며, 아랍 국가들도 이와 같은 협정을 맺고 있다.

그리고 당해국가 간의 협정 체결로 인해 그 허가 받은 국가로의 취업이 허용되는 경우가 있고 집단 외국인근로자와 단일 고용주와의 취업과 고용의 체결로 인해 집단적 비자(VISA)를 받고 국제 노동 이동이 허가되는 경우도 있다. 위와 같은 집단적 취업 계약은 일정한 기간을 정하는 계약이 많은데, 그 이유는 수입되는 노동력이 대부분 단순노동의 성격을 띠고 있어 대체성이 높기 때문이고, 이와 반대로 개인과 개인 간의 취업계약은 전문적인 기술을 가진 외국인근로자기 때문에 그 계약기간의 정함은 따로 두지 않는 것이 일반적이다.<sup>176)</sup>

이동과 취업에 따른 문제점으로 정주를 들 수 있다. 이런 정주정책을 거부하는 국가도 있겠지만, 외국 인력의 적극적인 수입을 원하는 국가에 있어서는 단기간에 시민권 취득을 허용하여 장래에 자국의 시민으로 받아들임으로써 장기적인 외국 인력 사용을 도모하고 있다.<sup>177)</sup> 그러나 이렇게 수입국 시민권을 취득하여 취업을 하고 정주하는 경우도 있겠지만, 그 문화와 사회·경제적 면을 받아들이

175) 平野律一郎, 「移民・移動の國際社會學」, 名古屋學出版會, 1993, 123~125面.

176) 池田靖昭, “외국인 근로자 고용의 문제와 개선방안에 관한 연구”, 동아대학교 대학원 박사학위논문, 2001, 20면.

177) 성재한, 「우리나라 노동시장의 노동공급형태와 고용조정 특성」, 한국경제연구원, 1993, 78~82면.

지 못하고 다시 본국으로 돌아가는 경우도 많다.

위와 같은 요인뿐만 아니라, 국가적 차원에서 기간산업의 발전을 위해 외국 기업을 유치하고, 그 외국기업과 편승하여 외국 인력을 사용하는 경우도 늘고 있다. 현재 국제화시대에서 상호의존적 관계의 증가에 따라 다국적 기업의 국내 진출, 무역업, 방송·보도 관계업 등 인적·문화적 관계의 증진으로 많은 외국 인력이 국내에서 활발한 활동을 하고 있다.<sup>178)</sup>

## 2) 한국으로의 외국노동력 유입요인

1986년 아시안 게임과 1988년 서울 올림픽을 필두로 스포츠 경기와 한국사회에 대한 외국 방송들의 취재로 인하여 한국의 위상이 세계에 퍼지게 되었다. 한국이 외국 인력 수입국으로 전환되기까지는 불과 얼마 되지 않았다. 이 두 큰 경기를 발판으로 후진 국가들의 코리언드림에 불을 붙인 것이다. 우리가 예전에 중동에 가서 외화를 벌어들이고, 수입격차가 큰 미국이나 일본 등으로 건너가 부를 꿈꾸던 그 시절과 마찬가지로 개발도상국의 인력들은 하나 둘 씩 몰려들기 시작하였다. 아래의 <표2>와 같이 2009년 통계청 통계를 보면 현재 국내 외국인인구 꾸준히 증가하는 추세를 보인다.

<표 2> 국내 외국인 등록인구 (단위 : 명)

구분	2006			2007			2008		
	외국인 (계)	외국인 (남)	외국인 (여)	외국인 (계)	외국인 (남)	외국인 (여)	외국인 (계)	외국인 (남)	외국인 (여)
전국	632,490	370,728	261,762	765,429	438,660	326,769	854,007	480,136	373,871

※ 통계청, 2009

이와 같이 외국 인력이 꾸준히 한국으로 유입 하게 된 원인으로는 모국에서의 일자리 부족, 원화가치의 상승, 한족·조선족에 대한 한국정부의 포용정책, 3D업종 등에 대한 한국 근로자들의 기피현상, 그리고 마지막으로 산유국들의 건설 호황기의 하락으로 거리상 가까운 일본이나 한국을 돈벌이의 국가로 선택하고 있

178) 池田靖昭, “외국인 근로자 고용의 문제와 개선방안에 관한 연구”, 22면.

는 현실을 들 수 있다.<sup>179)</sup>

첫째, 모국에서의 일자리 부족이다. 아시아의 많은 국가들은 아직도 빈곤에 시달리고 있고, 그렇다고 해서 모국에서 일자리가 풍족한 것도 아니기 때문에 비교적 고임금과 풍부한 단순 노동을 할 수 있는 한국이나 일본을 동경하여 불법에 관계없이 이주를 결심하게 된다. 게다가 동남아 국가 정부들도 외화획득 수단으로 이런 해외진출 근로자에게 크게 기대하고 있으며, 외교적 관계에서도 이런 목적을 달성하기 위해 압력을 행사하고 있다.

둘째, 한국 원화가치의 상승이다. 외국인근로자가 한국으로 취업하여 근로의 댓가로 받은 임금으로 본국으로 돌아가 본국 통화로 바꾸면 그 화폐가치는 이루 말할 수 없을 만큼의 큰 수입이 되기에 한국으로의 취업은 그들에게 큰 동경의 대상이 되고 있다.

셋째, 외국국적의 조선족에 대한 한국정부의 포용정책이다. 현재 한국에 체류하고 있는 중국 동포는 약 80만 명 정도이고, 앞으로도 200만 명이상의 중국동포가 입국을 기다리고 있다는 조사가 보도된 적이 있었다.<sup>180)</sup> 오래전 중국국적의 조선족들은 크게 한국에 대해 관심이 없었으나, 1980년대부터 한국 경제가 급속도로 발전하게 되자 그들의 시선은 집중되었고, 많은 조선족들의 유입이 뒤를 따랐다.

넷째, 겉으로는 사회적으로 크게 안정되어 보이나, 1997년 IMF 외환위기 사태를 겪은 후 고용감축이 심각해졌고 실업상태가 끊이지 않았지만, 여전히 중소기업들의 일손부족 상태는 심각한 상황이 되고 있다. 3D업종에 대한 한국 근로자를 사용할 수밖에 없게 된다. 그렇다고 일부 산업의 근로조건이 열악하다던가 임금이 낮다고 해서가 아니라, 자신들이 생각하기에 근로하기가 불편하고 떳떳하지 못한 일자리라는 이유로 그런 산업들은 한국내에서의 근로자들로부터 철저히 외면되어 갔다. 그 결과 사회적으로는 실업률이 증가하고 있지만, 일부 산업에서의 구직률은 더욱 높아가고 있다.<sup>181)</sup>

179) 이명원, “외국인근로자의 법적 보호방안에 관한 연구”, 숭실대학교 노사관계대학원, 2003, 13면.

180) 이명원, “외국인근로자의 법적 보호방안에 관한 연구”, 13면.

181) 강희원, “노동의 국제적 이동시대와 국제법”, 15~17면.

## 2. 産業技術練修生制度

### (1) 해외투자기업기술연수생제도

해외투자기업기술연수생제도가 도입되기 전까지 한국의 외국인력도입제도는 존재하지 않았고, 출입국관리법이 그 기능을 일부 대신하고 있었다. 1992년에 개정되기 전까지의 출입국관리법은 전문기술 외국인력에 대해서는 합법적인 취업을 허용하였지만, 단순기능 외국인력에 대해서는 원칙적으로 국내취업을 금지하고 있었다. 그러나 1980년대 들어 한국경제가 급성장하면서 국내 노동자들의 임금이 급격히 인상하였고, 중소기업의 생산직 인력난이 심각해졌다. 이 시기에 단순기능을 보유한 외국인근로자들이 국내에 대거 유입되기 시작하였고, 이들은 적은 인건비를 경쟁력으로 삼아 우리나라 노동자들이 기피하는 3D 업종에 종사하였다.

따라서 정부는 원칙적으로 외국 인력의 수입을 금지하면서도 노동시장의 일부 업종에 대한 기피 현상으로 인해 대두된 심각한 인력난의 해소 방법을 모색하게 되었고, 그 결과 1991년 10월 26일 법무부 훈령 제225호 “외국인 산업기술 연수사증 발급에 대한 업무지침”을 통해 처음으로 외국인근로자에 대한 정부의 정책 방향이 설정되면서, “해외투자기업기술연수생제도”가 시행되었다.<sup>182)</sup> 이것이 산업기술연수생 제도의 기반이 되었다.

“해외투자기업기술연수생제도”는 한국업체와 투자관계 및 기술수출 제공관계가 있는 외국기업체의 기술자나 근로자가 국내 기업체에 파견되어 근무하는 제도로 외국진출 한국기업의 현지공장 근로자를 한국 모기업에 연수시켜 현지공장에 재투입함으로써 경영의 효율성을 제고하고 인력난을 겪고 있는 한국 기업체에서 외국인근로자를 일정기간동안 연수토록 하여 인력부족을 간접적으로 지원하며 개발도상국에 대한 기술 이전 등 경제협력을 도모하고자 하는 의도였다.<sup>183)</sup>

이후 산업연수제도는 그 형태를 바꾸어 가면서 다양해진다. 1992년 8월에는 해외에 연고가 없는 기업도 상공부장관이 추천과 법무부장관의 사증발급으로 산업

182) 설동훈, 「외국인 노동자와 한국사회」, 서울대학교출판부, 1999.5, 423면.

183) 산업기술연수생의 연수기간 및 고용 인원은 현지 고용 인력에 한해서 50명 한도, 6개월 이내로 허용되고, 추후 필요하면 6개월 연장이 가능했다.

기술연수생을 들여 올 수 있도록 제도를 확대하였다. 그러나 이 시기의 상공부장관 추천 산업기술연수제도는 여러 가지 문제점이 드러나 1993년 4월 산업기술연수생의 도입을 중단하게 된다.<sup>184)</sup>

## (2) 산업연수제도

기존의 산업기술연수생 제도의 문제점이 드러나자 산업기술연수생제도의 폐지를 둘러싼 논쟁이 전개되고, 김영삼 정부는 상공부장관 추천 외국산업기술제도를 1993년 4월을 기하여 중단하기로 결정하였으나, 얼마 지나지 않아 다시 대량 도입을 결정하게 된다. 산업기술연수생의 도입을 재개하기로 한 것에 대하여 정부는 첫째, 중소기업의 인력난이 계속되고 있다는 점, 둘째, 자진신고와 정부의 단속으로 불법체류 근로자가 출국하고 난 후에 국내근로자로 대체하기가 어려웠던 이른바 3D 업종에 인력공백이 생길 것을 우려한 점, 셋째, 산업기술연수생을 도입하여 외국인 불법체류 근로자의 숫자를 축소할 필요가 있다는 점을 이유로 들었다.

김영삼 정부는 1993년 11월 24일 법무부차관이 주재하는 ‘외국인 산업기술연수 조정협의회’에서 산업기술연수생제도의 확대를 결정하였고, 1994년 1월부터 산업기술연수생 도입기준을 완화하였다. 한국 중소기업의 인력난 해소를 위한 차원으로 연수생 도입업종과 규모의 확대를 통한 ‘외국인산업기술연수제도’의 시행을 결정한 것이다.

법률적 근거를 마련하기 위하여 정부는 1993년 12월 28일 「외국인산업기술연수 사증발급 등에 관한 업무처리 지침」을 개정하였다(법무부훈령 제294호). 산업기술연수 대상업체를 ‘주무부처의 장이 추천하는 사업체’에서 ‘주무부처의 장 또는 주무부처의 장이 지정하는 산업체 유관 공공단체의 장이 추천하는 산업체’로 변경하였으며, 연수기간도 1년 이내로 하되 1년을 연장할 수 있도록 확대하였고, 노동부는 산업연수생의 근로조건에 대한 지도·감독권을 행사할 수 있게 되었다.

184) 산업기술연수생의 선발·도입·교육·사후관리를 대행하는 국내 인력업체들이 수수료를 과다 징수한 사례가 발견되었고, 이 업체들이 외국인을 조기에 입국시키기 위해서 출입국관리 공무원에게 뇌물을 제공한 사건이 적발되었으며, 산업기술연수생의 입국 후 사후관리가 거의 이루어지지 못해 외국인 연수생이 불법노동자로 전락하는 부작용이 나타나기 시작하였다. 또한 5명 이하인 소기업에서는 실제로 산업기술연수제에 의한 노동력 확보가 거의 이루어지지 않았고, 대부분이 300인 이상의 중기업에 연수생이 파견되었다.

이 시기에 무엇보다 큰 변화는 외국인 산업연수생의 충원실무가 민간경제단체 중의 하나인 중소기업협동조합중앙회로 위임되었다는 점이다.

과거 산업기술연수생제도에서 중간알선업체가 부당한 수수료 징수, 출입국 과정에서 뇌물수수, 연수생관리소홀 등의 문제점을 야기한다는 주장에 대응하여 중기협이 산업기술연수생의 모집·알선·연수 및 사후관리를 독점적으로 담당하도록 한 것이다.<sup>185)</sup>

이러한 산업기술연수생의 도입은 기존의 문제점을 보완하는 정책이었지만, 이 역시 많은 문제점을 가지고 있었다. 중기협을 통한 산업기술연수생 도입에서 지적될 수 있는 문제는 중기협이 가능하면 낮은 보수로 근로자를 고용하여 중소기업사용자의 이익을 대변하려는 단체이기 때문이다. 산업연수생에게 지급되었던 연수수당에서 이러한 문제가 확연히 드러난다. 1994년 중기협이 계약한 내용을 살펴보면, 국내 상시근로자 300명 이하 중소기업체에 종사하는 생산직 근로자 통상임금의 34.8%에 그치는 수준이었다. 게다가 내국인근로자가 부담하는 퇴직금 등 추가비용이 없었기 때문에 산업기술연수생에게 추가로 지불되는 귀국비용을 고려하더라도 전체적인 임금수준은 매우 낮은 수준이었다. 뿐만 아니라 현지 인력송출업체의 근로조건과 임금의 과장 광고로 인한 많은 수수료도 산업기술연수생들의 불만을 증폭시키는 계기가 되었다.

또한 인권침해문제도 심각했는데 일부 업체에서는 산업기술연수생의 여권을 맡아 두고 연수수당의 일정금액을 분할 예치, 외출 금지, 폭행·폭언 등을 일삼기도 하였다.

이처럼 제도 및 운영상의 한계로 국내 체류 외국인근로자의 관리상의 난맥이 표출되고, 심각한 사회문제로 발전하자 정부는 외국인 산업기술연수제도의 개선책을 모색하였다. 이에 따라 1995년 2월 14일 '외국인산업기술연수생의 보호및관리에관한지침'을 제정하여 1995년 3월 1일부터 산업연수생도 산업재해보상보험, 의료보험의 적용과 근로기준법상의 강제근로금지, 폭행금지, 금품청산, 근로시간 준수 등 일부규정의 법적 보호를 받을 수 있게 되었고, 산업안전보건법상의 안전과 보건상의 조치 및 건강진단 등의 혜택을 받을 수 있게 되었다. 또한 1995년 7월 1일부터 국내 최저임금법의 적용을 받게 되어 최저 임금이 연수수당의 기준

185) 남성일 외, 「단순기능 외국인력정책 개선 방안 연구」, 한국경영자총협회, 1996, 54면.

이 되었다.

### 3. 練修就業制度

산업연수제도가 도입된 것은 인력난으로 인해 본격적으로 인력 도입 방식 및 절차 등의 정책의 세분화가 요구되었던 것인데 반하여, 연수취업제도로의 전환은 산업연수제도의 폐해가 점차 확대되어 감에 따라 보다 근본적인 제도 변화가 필요했기 때문이다. 산업연수제도는 수많은 작업장 이탈을 낳아 지속적으로 미등록 노동자를 확산했다. 또한 인권침해가 점차 심해지고 이주노동자 착취가 확대되는 등 많은 많은 문제점이 드러나자, 노동부는 1995년 연수제도가 아닌 외국인근로자의 합법적 국내 취업을 허용하는 ‘외국인근로자고용및관리에관한법률안’을 정기 국회에 상정하였으나, 통상산업부 및 중소기업청 그리고 중기협 등의 반대로 국회에서 처리되지 못하였다. 1997년 4월 노동부는 재차 ‘외국근로자 고용위원회’를 설치하고, 외국인근로자들의 보호와 관리를 위하여 고용허가제를 실시하는 내용을 담은 법률안의 입법을 추진하였으나 무산되었다.

이러한 과정을 통하여 산업기술연수제도의 보완으로 정부는 1997년 9월 경제장관회의에서 연수취업제도를 확정하였다. 그러나 이 제도도 외국인근로자 대책협의회 등 국내 사회운동단체들의 강력한 저항이 있었으나, 1997년 정기국회때 ‘출입국관리법개정안’으로 통과 시켰고, 그 후속조치로 법무부는 1998년 4월 1일 ‘출입국관리법시행령’을 공포하여 2001년 4월 1일부터 ‘연수취업제도를 도입하기로 결정하였다.

이 제도는 기본 연수기간 2년을 만료한 자에게 1년 동안 취업을 허용하는 것으로 그 대상은 1998년 4월 이후 입국한 산업기술연수생을 시작으로 적용되었다. 산업기술연수제는 1997년 개정된 출입국관리법과 1998년 4월 1일 공포된 ‘출입국관리법시행령’을 근거로 2년간 산업연수를 거친 후 소정의 시험에 합격한 ‘연수생’에게 ‘근로자’로 체류자격을 바꾸어 1년간 연수취업을 허용하여 「체류자격변경허가제도」(연수취업제도)로 탈바꿈하면서 법령에 기반을 둔 제도로 자리 잡았다.

그러나 외국인력에 대한 부당한 대우, 인권유린 등의 문제가 줄어들지 않고 있고, 외환위기 이후 감소하던 외국인 불법취업자가 급증함에 따라 2001년에도 노

동부 등 정부부처는 외국인근로자제도 개편방안을 지속적으로 모색하여 왔다. 이에 따라 같은해 12월에 외국인 산업연수제도와 연수취업제도의 개선대책을 마련하였는데 주요내용은 다음과 같다.

첫째, 외국인 산업연수생관리·관리운영체계의 개선이다. 이를 위해 연수취업기간을 기존의 연수 2년+취업 1년에서 연수 1년+취업 2년으로 조정하였으며, 연수취업제도의 활성화를 위해 연수업체 추천제도를 폐지하고, 시험방법을 구술질문 중심으로 전환토록 하였다. 또한 송출국가 선정 및 국가별 정원배정, 송출기관별 정원배정 등에 대한 부처 및 기관별 업무소관을 한 단계씩 격상시켜 외국인산업인력정책심의위원회에서 송출국가 선정, 국가별 정원배정을 심의토록 하고 소관부처가 관리기간의 송출기관별 정원배정을 사전 승인토록 함으로써 관계기관간의 책임·권한체계를 보다 명확히 하였다. 외국의 송출기관이 연수생 선발권을 전담하던 것을 송출기관으로부터 일정배수를 추천 받아 국내 관리기관에서 컴퓨터 추천토록 하여 송출비리 예방효과를 증대하였다. 그리고 연수생의 인권보호를 위해서 인권침해 신고접수 7일 이내 현장 실사를 하고, 인권 침해업체에 대해 연수생 배정을 제한하도록 하였다.

둘째, 외국인 산업연수생 이탈 및 불법체류 방지대책으로 매년 이탈률을 평가한 후 이탈인원의 일정 배수만큼 익년도 국가별·송출기관별 정원 할당 시 반영토록 하였으며, 매월 일정액을 보험상품 등에 불입하여 출국시 인출하는 퇴직적립금을 의무화하고, 모범연수생에 대해서는 연수취업 자격시험의 일부를 면제하는 등 이탈방지 대책을 강화하였다.<sup>186)</sup> 그러나 이러한 노력에도 불구하고 외국인근로자 인권침해, 송출비리, 불법체류 등의 문제를 해결하기에는 역부족이었고, 근본적인 해결을 위한 새로운 대안을 모색하게 되었으며, 그 대안으로 정부는 고용허가제를 도입하게 된다.

#### 4. 就業管理制度

취업관리제는 체계적인 외국인력정책 및 외국인근로자의 인권·복지대책의 미흡, 불법취업자 대책의 취약 등의 부작용으로 고용허가제 도입여부 등이 논의되

186) 최상률, “저숙련 외국인력의 정책평가에 관한 연구”, 건국대학교 대학원 박사학위논문, 2004, 16~17면.

기 시작한 시기에 하나의 대안으로써 등장하였다. 그 동안 산업연수생은 중소기업, 건설업, 농축산업에만 배정되었으며, 서비스산업은 외국인력의 취업을 불허하였다. 그러나 현실적으로 상당수의 외국인력이 서비스업부문에 취업하고 있기 때문에 취업관리제를 도입하여 서비스업에도 합법적인 외국인력을 고용할 수 있도록 하였다.

2002년 7월 15일 국무총리산하 국무조정실에서 발표한 ‘외국인력제도개선방안’의 주요내용에서 취업관리제에 대한 도입을 검토하였다. 그 결과 같은 해 12월 9일 서비스분야의 인력부족을 해소하고, 외국국적 동포의 국내 취업욕구를 충족시키기 위해 서비스분야에 외국국적 동포를 대상으로 취업활동을 허용하는 ‘취업관리제 시행방안’을 확정하였다. 이후 취업관리제는 2004년 7월 고용허가제가 시행되면서 ‘외국인고용등에관한법률’에 포함되었고, 2007년 3월부터는 현행 방문취업제(H-2)가 시행되고 있다.

주요내용을 살펴보면, 먼저 취업이 허용되는 방문동거사증(F-1)의 발급 대상자를 일반대상자<sup>187)</sup>와 특별대상자<sup>188)</sup>로 구분 한 후 취업 허용 업종을 음식점업, 산업지원서비스업(건축물 일반청소업, 산업설비청소업), 사회복지사업, 청소관련 서비스업, 개인간병인 및 가사서비스업으로 규정하고 있으며, 도입정원을 5만명으로 설정하고, 2002년 12월부터 우선 2만 5천명을 도입하되, 나머지는 불법체류자의 출국 상황을 고려하여 도입하기로 결정하였다.

둘째, 취업절차와 관련하여 취업관리제는 방문동거(F-1) 체류자격으로 입국한 외국국적 동포로서 취업을 희망하는 자는 노동부의 고용안정센터에 구직신청서를 제출하여야 한다. 취업관리제는 내국인의 고용기회 보호를 위해서 고용안정센터에 구인등록을 한 후 1개월간 내국인을 채용하지 못한 고용주에 한하며, 노동부 산하 고용안정센터에서는 등록된 구직 신청자 중에서 조건에 맞는 신청자를 선정하여 고용주에게 추천하고, 고용주는 적격자를 선발하여 표준근로계약을 체결해야 한다. 고용주와 표준근로계약을 체결한 외국국적동포가 법무부에 체류자

187) 일반대상자는 국내에 8촌 이내의 혈족 또는 4촌이내의 인척이 있거나 대한민국 호적에 등재되어 있는 자 및 그의 직계비속으로 40세 이내의 인척이 있거나 대한민국 호적에 등재되어 있는 자 및 그의 직계비속으로서 40세 이상인 외국국적 동포가 된다(이후 개정을 통해 연령을 40세→30세→25세(2004년 7월)로 인하한다).

188) 특별대상자는 독립유공자의 직계 혈족, 외국동포사회의 건전한 발전에 크게 기여 하였다고 인정되는 자, 산업연수생으로 입국하여 이탈하지 않고 귀국한 자, 법무부장관이 특별히 인정한 자가 이에 해당한다.

격외 활동허가를 신청하면, 법무부는 출입국관리법의 위반경력과 고용계약의 체결여부 등을 검토하여 체류자격외활동을 허가하고 있다. 취업허용기간은 최장 2년으로서 최초 1년을 허용한 후 다시 1년을 연장할 수 있도록 하고 있다.

셋째, 체류 및 관리와 관련하여 취업관리제는 취업한 외국국적동포에게 국내 근로자와 동일한 노동관계법령을 적용하고 있다. 다만 가사사용인은 노동관계법이 적용되지 않는 점을 고려하여 이들의 적정한 고용조건을 확보를 위해 고용주에게 상해보험, 보수체불 이행보증보험에 가입토록 규정하고 있다. 외국국적동포는 최초 취업한 사업장에서 계속 근무하는 것을 원칙으로 하지만, 사업장의 휴·폐업, 임금 체불 등 불가피한 경우에는 노동부 고용안정센터의 취업알선 절차를 통해 근무처를 변경하도록 허용하고 있다.

이후 취업관리제는 2004년 7월 고용허가제가 시행되면서 ‘외국인고용등에관한 법률’에 포함되어 시행되어오다가 한국에 호적이 없거나 친인척이 없는 동포는 한국에 올 수 없다는 형평성의 문제가 제기되어 참여정부의 신이민정책의 일환으로 2007년 3월부터는 한국계 동포라는 사실이 증명 되면 한글시험을 거쳐 한국에 입국할 수 있도록 하였으며, 특수 고용허가로 5년간 취업 할 수 있는 방문 취업제(H-2)가 시행되고 있다.

## 第2節 外國人勤勞者 雇傭制度의 主要內容

### 1. 雇傭許可制 導入背景

우리나라에 외국인이 입국해서 근로를 제공하게 된 것은 1991년 10월 경 국내 기업의 해외 현지 공장에 근무하는 노동자들이 국내 모 기업 근무를 허용하는 것을 내용으로 하는 ‘외국인산업기술연수사증발급에관한지침’(법무부 훈령 제255호)이 시행되면서 시작되었다. 이러한 산업기술연수 형태의 외국인 근로는 해외 현지 공장 내 노동자의 기능을 향상시킨다는 것을 명분으로 삼았지만, 실제로는 외국인력을 도입하여 국내사업체에 취업시키는 것으로 활용되었다. 그때까지 정

부는 외국인력의 국내 노동인력 대체를 우려하여 단순노무 분야 외국인력의 국내 취업 금지정책을 고수해 왔는데, 1980년대 중반 이후 경제성장과 노동운동의 활성화에 따른 임금상승으로 단순노무 인력에 대한 중소기업의 요구가 지속적으로 제기되자, 그 입장을 수용할 수 밖에 없었다.

외국인근로자는 이후 산업연수생이라는 이름으로 국내에 입국하여 단순노무 분야의 근로를 제공해 왔지만, 연수생 신분이라는 제약 때문에 근로기준법의 적용을 제대로 받지 못해 낮은 임금과 부당근로를 강요당하면서 점차 사업장을 이탈하여 불법체류자가 되는 사례가 증가했다. 이에 따라 국내 노동시장의 교란, 중소기업의 인력난, 외국인근로자에 대한 인권침해, 국가이미지 실추 등의 사회·경제적 문제가 야기되자, 2003년 8월 16일 사업주가 단순노무 분야 외국인근로자를 합법적으로 고용할 수 있고, 정부가 외국인근로자를 직접 관리하도록 하는 ‘외국인근로자고용허가제’를 도입하는 내용의 ‘외국인근로자의고용등에관한법률’이 제정되어 2004년 8월 17일 시행되기에 이르렀다.

고용허가제는 외국인력의 합법적이고 투명한 고용관리 체계를 마련함으로써 국내의 저숙련 인력 부족을 해소하고 그동안 합법적인 외국인력 고용제도가 마련되어 있지 않아 산업연수생을 근로자로 편법적으로 활용하거나 불법체류자를 고용하는 등 외국인력의 불법적인 고용에 따른 제반 문제점을 해소하는 계기를 마련하였다는데 그 의의가 있다.<sup>189)</sup>

## 2. 雇傭許可制의 內容

### (1) ‘외국인근로자고용등에관한법률’의 입법취지

‘외국인근로자의고용등에관한법률’(이하 외국인고용법)은 다음과 같은 외국인력 도입정책의 기본원칙을 반영하고 있다. 첫째, 단순노무분야 한정의 원칙으로 외국인고용법의 적용을 받는 체류자격은 비전문취업과 방문취업의 저숙련 외국인력에 초점이 맞추어져 있다.

둘째, 국내 노동시장 보완의 원칙이다. 이는 외국인력의 도입이 국내 노동시장

189) 노동부, 「외국인고용허가제 시행 3주년 평가 및 제도개선방안 연구」, 한국기술교육대학교, 2007.10, 5면.

에 부정적 영향을 주어서는 안 된다는 것으로 국내 부족인력은 고령자, 여성 등 국내 유희인력의 활용촉진을 우선으로 하여야 하며, 보충적으로 외국인력을 활용하여야 한다는 원칙으로서 외국인고용법은 '내국인 구인노력'을 외국인근로자 고용허가를 받으려는 사용자의 필수자격요건으로 규정하고 있으며, 외국인근로자가 취업할 수 있는 업종과 규모도 국내 노동시장의 인력수급 현황 등을 고려하여 제한할 수 있도록 하고 있다.

셋째, 외국인 정주화 방지의 원칙으로써 단순노무를 제공하는 외국인력이 한국 사회에 장기 체류함으로써 발생하는 국내 노동시장의 교란 문제뿐 아니라, 결혼, 출산, 자녀교육 등의 사회적 비용 증대에 따른 혼란을 방지하기 위한 취업기간의 단기순환원칙으로서 외국인고용법은 취업기간을 3년으로 제한하면서 출국 후 6개월이 지나야 재입국 및 재취업이 가능하도록 하고 있다.

넷째, 내외국인 간 균등대우의 원칙으로써 이는 합법적으로 취업한 외국인근로자에 대한 부당한 차별을 금지하는 동시에 국내 노동관계법을 동등하게 적용하는 것을 의미하며, 외국인고용법은 차별금지에 관한 규정을 명시적으로 규정하고 있다. 외국인근로자는 반드시 근로계약을 체결하도록 하고 있어 기존 산업연수생 제도와 달리 이 법에 따라 취업하는 외국인근로자에게 근로자성을 인정하고 있다.

## (2) 고용허가제 관장 및 지원기관

외국인근로자의 고용관리 및 보호에 관한 주요사항을 심의·의결하기 위하여 국무총리 소속으로 외국인력정책위원회를 둔다.<sup>190)</sup> 매년 국내 인력수급 동향과 연계하여 적정 외국인근로자 도입규모와 도입 업종, 송출국가 등을 결정하고 있다. 외국인력정책위원회는 국무총리실장을 위원장으로 기획재정부·외교통상부·법무부·지식경제부·노동부 차관, 중소기업청장 및 대통령령으로 정하는 관계 중앙행정기관의 차관 등 20명 이내로 구성되어 있다.

고용허가제 운영과 관련한 실무적 성격의 업무는 한국산업인력공단과 민간대행기관이 담당하고 있다. 외국인근로자 도입과 관련하여 송출국과의 협력, 근로계약 체결 대행 등 송출국과의 관련 업무 일체는 한국산업인력공단으로 일원화

190) 「외국인근로자의고용등에관한법률」 제4조.

되어 있다. 다만 산업연수생제도가 2007년부터 고용허가제로 일원화됨에 따라 종전의 산업연수생제도 하에서 연수추천단체였던 중소기업협동조합중앙회, 대한건설협회, 농업협동조합중앙회, 수산업협동조합중앙회 등은 민간대행기관으로 지정되어 외국인근로자 도입·관리를 위하여 국내사용자 편의제공 업무, 취업교육, 사후관리 등 사용자를 대행하는 성격의 업무를 수행하고 있다.

입국 후 취업교육은 한국산업인력공단과 국제노동협력원(구 국제노동재단)이 수행해 왔다. 그러나 2007년 7월 1일부터는 한국산업인력공단이 담당해온 일반외국인근로자교육은 국제노동협력원과 중소기업협동조합중앙회, 대한건설협회, 농업협동조합중앙회, 수산업협동조합중앙회 등 민간대행기관으로 이관하고<sup>191)</sup>, 한국산업인력공단은 외국인근로자 취업교육을 전반의 총괄 관리와 외국국적동포의 취업교육을 전담하고 있다. 한국어능력시험은 한글학회, 한국어세계화재단, 한국산업인력공단이 국가별로 나누어 맡고 있다.

#### 1) 송출국가의 선정

외국인근로자를 도입할 송출국가의 선정은 사업주의 선호도, 송출과정의 투명성과 효율성, 근로자의 귀국담보 가능성, 근로자의 사업체 이탈률, 외교·경제적 영향력 등을 종합적으로 판단하여 외국인력정책위원회에서 결정하고 있다. 2007년 1월부터 산업연수생제도가 고용허가제로 일원화되면서 사업주의 근로자 선택권 존중, 송출국가와의 외교적 관계, 기존 산업연수생 입국자의 신분 변경 등을 종합적으로 감안하여 종전 산업연수생 송출국가 대부분을 고용허가제 송출국가로 지정하였으며, 고용허가제로의 일원화를 순조롭게 추진하기 위해 송출국가 수가 증가하였다.

#### 2) 외국인근로자 도입규모의 결정

외국인근로자 도입계획의 공표<sup>192)</sup>는 노동부장관이 하게 되어 있으나 외국인근

191) 국제노동재단은 베트남, 몽골, 태국, 중국 근로자에 대한 취업교육을 담당하고, 중소기업협동조합중앙회는 그 밖의 국가 출신 근로자에 대한 취업교육을 담당하며, 대한건설협회, 농업협동조합중앙회, 수산업협동조합중앙회 등 직능단체들은 국가 구분 없이 해당 업종의 취업교육을 담당한다.

로자의 도입이 내국인 일자리를 잠식하지 않도록 거시경제 및 노동시장 동향, 업종별 인력수급상황 등을 고려하도록 하였다. 매년 외국인력의 전체 도입규모와 업종별 도입규모의 상한을 외국인력정책위원회의 심의·의결을 거쳐 수립함으로써 이 또한 외국인력정책위원회가 결정한다고 볼 수 있다.

### (3) 외국인근로자의 선정 및 도입 절차

#### 1) 일반 외국인근로자 선정·도입 및 체류관리

외국인근로자의 선발 및 도입과정을 투명하게 관리하고 송출과정에서의 비리를 예방하기 위하여 외국인근로자 도입과정에서 민간기관의 개입을 배제하고 있다. 이를 위해 한국 정부와 송출국 정부 간에 양해각서(MOU)를 체결하여 외국인구직자 선발조건·방법·기관, 상호간 준수사항 등을 합의하고 준수하도록 하고 있다. 2008년 11월 기준 15개 송출국가 중 13개국과 MOU가 체결된 상태이고, 미얀마, 동티모르와는 MOU 체결을 위한 협상 중에 있다.

송출비리 방지, 외국인구직자 선발의 객관성 확보 등을 위해 2005년 8월부터 한국어능력시험을 실시하여 한국어능력이 일정 수준 이상 되는 외국인만을 선정하여고, 외국인구직자 명부를 작성하여서 한국산업인력공단에 송부하면 외국인구직자전산망에 등록된다.

외국인근로자를 고용하고자 하는 고용주는 공공직업안정기관인 사업체 소재지를 관할하는 고용지원센터에 외국인고용신청을 하고, 일정기간<sup>193)</sup> 내국인 구인노력을 하였음에도 불구하고 내국인을 고용하지 못한 경우, 외국인근로자 고용을 허가받게 된다. 고용지원센터는 외국인고용관리전산망을 통해 외국인고용허가를

192) 「외국인근로자고용등에관한법률」 제5조.

193) 외국인근로자의 고용 등에 관한 법률 시행규칙 제5조의2 규정에 의하면 내국인 구인노력 의무기간은 다음과 같다.

1. 당해 업종의 인력수급 상황 등을 고려하여 노동부장관이 정하여 고시하는 업종의 사업 또는 사업장의 경우 : 7일
2. 제1호의 규정에 의한 사업 또는 사업장의 사업주가 일반 일간신문, 특수일간신문(경제 및 산업분야에 한함) 또는 기타 간행물, 또는 방송을 통하여 3일 이상 내국인 구인사실을 알리는 구인노력을 한 경우 : 3일
3. 위의 1 및 2 이외의 경우 : 1월

받은 사업주에게 5배수 내외의 외국인구직자를 추천하고, 사업주는 추천받은 외국인 구직자 중에서 필요한 적격자를 선정하며, 표준근로계약서를 통해 근로계약을 체결하여 외국인근로자를 고용하게 된다.

#### 가. 도입규모 및 송출국가 등 주요정책 결정

외국인력정책위원회(국무조정실 설치)에서 도입업종·규모, 송출국가 등 외국인과 관련한 주요사항에 대하여 심의·의결을 한다.

#### 나. 인력송출 양해각서 체결

송출비리 방지 등을 위하여 우리나라 정부와 모집절차 수용국가와 양해각서를 체결하고 정기적으로 이행여부를 평가해 추후 갱신여부를 결정한다.

#### 다. 취업희망 외국인근로자 명부작성

송출국가의 정부(공공기관)는 한국어 시험성적, 경력 등 객관적인 기준을 통해 송출대상인력(도입정원의 일정배수)을 선정하고, 작성된 송출 대상인력을 기초로 산업인력공단에서는 외국인구직자 명부를 작성한다.

#### 라. 외국인근로자 선정 및 고용허가서 발급

내국인의 고용기회 보호를 위해 사용자가 고용지원센터를 통해 내국인 구인노력을 하였음에도 채용하지 못한 경우 고용허가 신청을 할 수 있다. 고용지원센터에서는 외국인구직자 명부 중 구인요건에 맞는 외국인을 복수 추천한다. 사업주가 추천된 외국인구직자 중에서 적격자를 직접 선정하는 경우 외국인근로자 고용허가서를 발급하게 된다.

#### 마. 근로계약 체결

사업주는 선정한 외국인구직자와 임금·근로시간·휴일, 근무장소 등 근로조건 및 계약기간 등을 명시한 표준근로계약서를 통해 직접 또는 산업인력공단 등에 체결을 대행시켜 근로계약을 체결한다.

#### 바. 사증발급인정서 발급

사업주는 고용허가서, 표준근로계약서 등을 제출하고 법무부에서 사증발급인정서를 발급한다. 이 경우 산업인력공단 등에서 대행이 가능하다.

#### 사. 외국인근로자의 도입

사업주는 외국인에게 사증발급인정서 송부, 외국인은 재외공관으로부터 취업사증을 발급받아 입국한다. 국내에 입국한 외국인근로자는 일정기간 내에 산업인력공단이나 국제노동협력원 등에서 취업교육을 이수해야 한다.

#### 아. 외국인근로자 고용관리·체류관리

노동부는 외국인근로자 고용사업체에 대한 근로감독을 실시하고, 노동부나 산업인력공단, 업종별단체 등은 외국인근로자의 고충상담, 무료교육서비스를 제공해야 한다. 또한 노동부는 사업체의 휴·폐업, 임금체불 등 불가피한 사유 발생 시 사업체 이동을 허용해야 한다. 체류관리에 있어서도 출입국관리 행정 강화, 법무부·노동부간 업무 연계체제 구축 등을 통해 엄정한 체류관리를 실시해야 할 의무가 있다.

#### 2) 고용 특례자(방문취업 동포) 선정·도입 절차

그간 국내 출입국 및 취업 등에서 상대적으로 소외 받아온 중국 및 구소련 지역 거주 동포 등에 대해서는 자유로운 왕래 및 취업기회를 제공하기 위해 2007년 3월부터 방문취업(H-2) 체류자격을 부여하여 내국인과 유사한 취업 활동의 자유를 보장함으로써 사용자의 고용허가절차를 완화하였다. 방문취업(H-2)사증은 복수사증으로 5년간 유효하며, 재입국허가 없이 자유롭게 출입국할 수 있고, 1회 입국 시 3년간 취업이 가능하다.

방문취업(H-2)사증으로 입국한 외국국적동포는 취업교육을 이수하고, 구직신청을 한 후 고용지원센터의 취업알선을 받아 취업할 수 있다. 내국인의 일자리 보호를 위해 사용자가 동포를 고용할 경우에는 고용지원센터를 통해 일정기간<sup>194)</sup>

194) 내국인 구인노력의무기간은 일반외국인의 경우와 같다.

내국인 구인 노력을 하였음에도 불구하고 내국인을 채용하지 못한 경우에 한하여 고용지원센터로부터 “특례고용가능확인서”를 발급받아 표준근로계약서를 통해 근로계약을 체결하고 동포를 고용할 수 있다. 취업을 개시하거나 근무처를 변경하는 경우에도 신고하기만 하면 된다.

가. 도입 업종·규모 등 주요 정책 결정

외국인력정책위원회(국무조정실 설치)에서 도입업종·규모, 송출국가 등 외국인과 관련하나 주요사항에 대하여 심의·의결을 한다.

나. 방문취업(H-2) 사증발급, 입국

재외공관에서는 요건을 갖춘 동포에 대해 방문취업(H-2) 사증을 발급한다.

다. 취업교육 이수

취업하고자 하는 특례외국인근로자는 외국인 취업교육을 사전에 이수해야 한다.

라. 구직신청

특례외국인근로자는 고용지원센터에 구직신청서를 제출해야 한다.

마. 특례고용가능확인서 발급

노동부는 내국인 고용기회 보호를 위해 사용자가 고용지원센터를 통해 내국인 구인노력(3-7일) 등을 하였음에도 채용하지 못한 경우에 특례고용가능확인서를 발급한다.

바. 외국국적동포 선정 및 근로계약 체결

사용자는 고용지원센터에서 추천한 자 중에서 적격자를 직접 선정하여 표준근로계약서를 체결한다. 또한 특례외국인근로자는 고용지원센터의 알선 및 자율구직 시 표준근로계약서를 체결해야 한다.

사. 근로개시 신고

사용자는 특례외국인근로자가 근로를 개시한 날로부터 10일 이내에 고용지원 센터에 근로개시 신고를 해야 하며, 근로를 개시한 날로부터 14일 이내에 법무부에 취업개시 신고를 해야 한다.

#### (4) 외국인근로자에 대한 교육 및 건강검진

국내 고용주와 근로계약이 체결되면, 외국인근로자는 자국의 송출기관이 실시하는 취업능력 배양 및 한국 적응에 필요한 총 80시간 내외의 사전교육과 건강검진을 받아야 한다.

외국인근로자는 우리나라에 입국한 후에도 취업활동에 필요한 사항을 주지시키기 위하여 실시하는 취업교육을 받아야 한다.<sup>195)</sup>

#### (5) 외국인근로자의 고용관리

##### 1) 취업활동 기간의 제한

고용허가제에서의 외국인근로자의 고용은 정주화를 방지하기 위해 입국한 날부터 3년간 취업을 허용한다. 따라서 외국인근로자는 고용허가를 받은 사용자에게 고용되어 국내에서 3년 취업 후에는 반드시 송출국으로 귀국하여야 한다.<sup>196)</sup> 그러나 3년간 국내에서 취업한 후, 출국한 외국인인 출국한 날부터 6월이 경과되면 다시 국내에 3년간 취업할 수 있으며, 특히 사업주가 계속 고용하기를 원하는 경우에는 출국 후 1월이 경과하면 국내에서 3년 간 다시 취업할 수 있다.

##### 2) 근로계약 체결 의무화

195) 외국인근로자고용등에관한법률 제11조(취업교육) ① 외국인근로자는 입국한 후에 노동부령으로 정하는 기간이내에 대통령령으로 정하는 기관에서 취업활동에 필요한 사항을 주지시키기 위하여 실시하는 교육(이하 "외국인 취업교육"이라 한다)을 받아야 한다. ② 사용자는 외국인근로자가 외국인 취업교육을 받을 수 있도록 하여야 한다. ③ 외국인 취업교육의 시간과 내용, 그 밖에 외국인 취업교육에 필요한 사항은 노동부령으로 정한다.

196) 「외국인근로자고용등에관한법률」 제18조.

외국인근로자의 임금, 근로시간, 상여금 등에 대한 투명한 고용관리를 위해 고용허가제에서는 표준근로계약서를 사용한 근로계약 체결을 의무화하고 있다.<sup>197)</sup>

외국인근로자는 입국 일로부터 90일 내에 체류지 관할 출입국관리사무소 및 출장소에 외국인등록을 하여야 하며, 반드시 입국 전 근로계약을 체결한 고용주의 사업체에서 근로를 개시하여야 한다. 그러나 입국 전 근로계약을 체결한 고용주의 사업체에서 근로할 수 없는 정당한 사유 즉, 사용자가 정당한 사유로 근로계약기간 중 근로계약을 해지하려고 하거나 근로계약이 만료된 후 갱신을 거절하려고 하는 경우, ii) 휴업·폐업, 그밖에 외국인근로자의 책임이 아닌 사유로 그 사업장에서 근로를 계속할 수 없게 되었다고 인정되는 경우, iii) 폭행 등 인권침해, 임금체불, 근로조건 저하 등으로 외국인 고용허가의 취소 또는 고용제한 조치가 행해진 경우, iv) 사업장의 근로조건이 근로계약조건과 다를 때 근로기간 위반 등 사용자의 부당한 처우 등으로 인하여 사회통념상 근로계약을 유지하기 어려운 경우에는 다른 사업체로 이동하여 근로할 수 있다.<sup>198)</sup> 다만 외국국적동포는 신고만으로 사업체 변경이 가능하다.

외국인을 불법으로 고용한 사업주에 대해서는 3년간 외국인근로자 고용이 금지된다.

### 3) 외국인근로자 보호 조치

사업주는 퇴직금 지급에 갈음하여 출국만기보험·신탁에 가입하여야 하는데, 출국만기보험·신탁은 중소기업의 퇴직금 일시 지급에 따른 부담을 완화하면서 외국인근로자의 체류기간 만료 후 귀국을 보장하기 위한 것이다.<sup>199)</sup>

외국인근로자는 귀국 시 필요한 비용에 충당하기 위하여 보험 또는 신탁에 가입하여야 한다.<sup>200)</sup> 귀국비용보험은 귀국 시 필요한 비용(항공료)에 충당하기 위한 보험이다.

197) 「외국인근로자고용등에관한법률」 제9조.

198) 「외국인근로자고용등에관한법률」 제25조.

199) 「외국인근로자고용등에관한법률」 제13조.

200) 「외국인근로자고용등에관한법률」 제15조.

(6) ‘외국인근로자고용등에관한법률’의 문제점

위에서 살펴보았듯이 ‘외국인근로자고용등에관한법률’의 입법취지는 과거 산업연수생의 경우 그 지위 및 체류자격이 취업자가 아닌 연수생 신분이기 때문에 노동자로서 대한민국의 노동관계법의 보호를 받지 못하여 외국 노동자의 권리보호에 심각한 취약점을 드러냈기 때문에 이를 개선하기 위함이라고 하고 있다.<sup>201)</sup> 그러나 과거 산업연수생제도의 도입과 운영과정에서 발생하였던 외국인근로자들에 대한 인권의 침해(인간의 존엄성의 침해, 노동자의 권리 부정 등), 송출과정에서의 각종 비리 등이 이 법률의 제정으로 즉시 해결되었다고 보이지는 아니한다.<sup>202)</sup>

첫째, 고용허가제의 도입과 동시에 산업연수생제도를 전면적으로 폐지하고 동일한 노동을 하는 외국인을 동등하게 처우를 하여야 함에도 불구하고 그러한 조치가 미흡했다. 현재 우리나라에 취업하여 노동에 종사하고 있는 외국인근로자들의 대부분은 단순 노동력이 대부분이며, 그들에 대하여 산업교육이라는 명목으로 사실상 동일한 노동을 하는 산업연수생과 ‘외국인고용법’에 따라 취업한 외국인 사이의 체류자격에 따른 신분상의 차별을 두는 것은 옳지 않다. ‘외국인고용법’에 따라 산업연수생제도가 2007년 1월부터 폐지되었으나, 과거 산업연수생 신분으로 취업을 하여 노동에 종사하고 있는 외국인근로자들에 대한 체류자격의 변경과 적절한 처우를 하여야 한다.<sup>203)</sup>

둘째, 국내 노동공급의 부족을 해결하기 위해 외국인 노동인력을 국내시장에 공급하는 정책의 타당성은 충분히 인정할 수 있다. 그러나 정책적 정당성이 외국인근로자가 가져야 하는 인간으로서의 기본적 권리 및 노동의 권리까지 침해하는 것을 정당화하지는 못한다. 동일한 노동에 대한 동일한 임금 및 노동조건과 노동권 등은 해당 근로자의 국적과는 무관하게 인정되어야 한다.<sup>204)</sup> 그러나 ‘외국인고용법’은 외국인근로자 관리에 과도한 비중을 두어서(불법체류 근로자의 방

201) 김남경, “한국 체류 외국인 노동인력 관리체계의 개선방안 연구”, 「한국동북아논총」, 제46집, 2008, 194면 ; 고희원·이철순, “외국인 고용허가제 도입 과정”, 「한국정책학회보」, 제13권 제5호, 2004, 39면.

202) 김남경, “한국 체류 외국인 노동인력 관리체계의 개선방안 연구”, 194면 ; 고준기, “외국인고용허가제의 문제점과 개선방안”, 「법과 정책연구」, 제5집 제1호, 2005, 210면.

203) 고준기, “외국인고용허가제의 문제점과 개선방안”, 212면.

204) 최홍엽, “외국인 근로자 도입제도와 고용허가제”, 「노동법연구」, 제13호, 2002, 459면.

지) 국민과 동일한 노동에 종사하고 있는 외국인근로자의 기본적 권리 등을 제한하고 있다. 이에 따라 ‘외국인근로자’는 여전히 ‘연수생’이며 ‘한국인근로자’만 ‘근로자’라는 등식이 여전히 유효하다는 주장이 있다.<sup>205)</sup>

셋째, 이 법률의 취지가 한편으로는 외국인근로자를 합법적으로 고용할 수 있게 하면서, 다른 한편으로는 불법체류자를 엄격하게 관리하는데 있다는 점은 명백하다.<sup>206)</sup> 그에 따라서 외국인근로자의 근로기간 및 체류기간의 제한, 사업장 이동 및 변경, 고용자의 외국인근로자의 관리 책임 기타 여러 규정들이 외국인근로자의 체류관리와 병행하여 규정된 사항들이다. 외국인근로자들의 자유로운 사업장 변경 및 이동이 어려운 것은 사실이지만, 근로자의 귀책사유가 아닌 경우에도 사업장 변경을 어렵게 하는 것은 문제가 있다.<sup>207)</sup>

넷째, 외국인근로자에 대한 국어교육의 형식화를 지적할 수 있다. 이 법률은 대한민국에 취업하여 근로를 하고자하는 외국인에 대하여 한국어 능력시험을 보도록 하고 있다. 즉 노동부장관이 외국인구직자명부를 작성하는 때에는 외국인구직자 선발기준 등으로 활용할 수 있도록 한국어 구사능력을 평가하는 시험(이하 “한국어능력시험”이라 한다)을 실시하여야 한다.<sup>208)</sup> 그리고 한국어능력시험에 대한 자세한 사항은 시행령에 위임하고 있다. 동법 제13조에는 한국어능력시험의 구체적 실시에 관한 내용 규정뿐만 아니라 한국어능력시험 실시기관의 선정 등에 관한 사항과 시험의 회수, 내용을 규정하고 있다.

그런데 이 법률과 시행령은 외국 노동력의 대한민국 노동시장 인력 수급의 효율성에만 초점을 맞추었기 때문에 외국인근로자들의 한국어 능력은 별반 고려하지 않은 것으로 보인다. 비록 ‘한국어능력시험’ 규정이 존재하기는 하지만, 이는 송출국에 대한 요구라기보다 국내 체류자를 대상으로 한 규정이라고 보인다. 이 점에서 합법적인 상황에서 인력 송출 국가에 요구할 수 있는 한국어 능력을 법적 개념으로 설정할 필요도 있을 것으로 보인다. 앞에서 제시한 것처럼 산업연수생이 80시간 정도의 한국어 수업을 받고 국내에 들어올 경우, 그들의 한국어 능

205) 최홍엽, “외국인 근로자 도입제도와 고용허가제”, 448면.

206) 고준기, “외국인고용허가제의 문제점과 개선방안”, 214면.

207) 그에 관한 자세한 사항은 고준기, “외국인고용허가제의 문제점과 개선방안”, 220면 이하 참조.

208) 외국인근로자고용등에관한법률 제7조 제2항.

력은 의사소통도 제대로 할 수 없는 수준일 것이며, 고용허가제에 따라 한국어 능력시험을 보고 온 근로자들도 비슷한 상황일 것으로 보이기 때문이다. 뿐만 아니라 ‘조사·연구 사업’에서도 외국인근로자들의 한국어 능력이나 학습 실태에 대한 항목은 들어있지 않다. 단순히 인력 부족 상황이나 근로 조건, 취업 실태 조사만 반복적으로 이루어진다면, 외국인근로자 스스로 법적, 경제적 지위를 획득해 가는 일은 어려워질 것으로 보인다.

외국인고용법은 외국인을 우리나라 노동시장에서 노동공급의 부족을 메우고, 이러한 부분이 충족되면 해당 외국인이 우리나라에 정주하는 것을 최대한 억제하는 취지를 담고 있다. 그 결과 이 법률의 상당부분이 외국인근로자의 체류관리 부분에 할애 되어 있다. 최근에 제정된 ‘재한외국인처우기본법’, ‘다문화가족지원법’ 등 이른바 세계화 및 다문화사회의 경향과 대한민국사회의 국제화 및 다양화와 관련된 일련의 법률들과의 체계적 조화가 필요한 부분이라고 하겠다.

### 3. 外國人勤勞者 관련 保護法律과 問題點

2009년 10월 현재 외국인과 직·간접적 관련을 가진 법률은 모두 700여건에 이르고 있다.<sup>209)</sup> ‘국적법’, ‘출입국관리법’, ‘재한외국인처우기본법’ 등 외국인의 지위, 권리 및 의무에 관하여 외국인을 직접 수범자로 하고 있는 법률과 그 밖에 외국인에 대한 특별규정 또는 외국인과 관련하여 간략하게 언급을 하고 있는 법률 모두를 포함한다.

#### (1) 재한외국인처우기본법

##### 1) 주요내용

‘재한외국인처우기본법’은 재한외국인에 대한 처우 등에 관한 기본적인 사항을 정함으로써 재한외국인이 대한민국 사회에 적응하여 개인의 능력을 충분히 발휘

209) 법제처의 법령 검색에서 ‘외국인’이라는 용어를 표제어로 사용하고 있는 법령과 조문 속에서 외국인을 어떠한 방식이든지 사용하고 있는 법령 모두를 포함한 숫자임. 참조, <http://klaw.go.kr/>

할 수 있도록 하고, 대한민국 국민과 재한외국인이 서로를 이해하고 존중하는 사회 환경을 만들어 대한민국의 발전과 사회통합에 이바지함을 목적(법률 제1조)으로 2007년 5월 17일 법률 제8442호로 제정 되었다.

이 법률의 입법배경은 외국인과 관련한 정책환경의 급변과 종합적이고 체계적인 추진체계가 없어서 이를 마련하기 위함이라 할 수 있다. 보다 구체적으로 살펴보면, 우리나라의 급속한 저출산 및 고령화의 진행으로 인하여 경제성장 잠재력의 둔화와 국내 각 분야에서의 외국 인력에 대한 수요의 지속적 증가이다. 외국인력이 증가세를 보이는 이유는, 3D업종에 대한 기피현상으로 인한 단순노무 인력의 부족, 전문직종에 대한 외국인력의 수입개방 정책, 국내에서 결혼여성을 구하지 못하는 계층의 증가, 한국의 위상 향상에 따른 외국 유학생의 증가, 방문 취업동포에 대한 우대 등에서 그 원인을 찾을 수 있다<sup>210)</sup> 이는 외국인 수의 증가, 외국인 체류유형의 다양화 및 정주외국인이 증가라고 할 수 있을 것이다. 이러한 정책 환경의 급변에도 불구하고 외국인 관련사항에 대한 국가적 차원의 종합적이고 일관된 추진체계가 미흡하여 정책의 혼선이 발생하여 이를 해결하는 것이 그 배경이다.<sup>211)</sup>

#### 가. 국가 및 지방자치단체의 책무(법 제3조)

‘재외한국인처우기본법’에 의하면, 국가 및 지방자치단체는 이 법의 목적을 달성하기 위하여 재한외국인에 대한 처우 등에 관한 정책의 수립·시행에 노력하도록 한다.

#### 나. 외국인정책의 수립 및 추진체계(법 제5조 및 제6조)

법무부장관은 관계 중앙행정기관의 장과 협의하여 5년마다 외국인정책에 관한 기본계획을 수립하고, 이를 외국인정책위원회의 심의를 거쳐 확정하도록 한다.

관계 중앙행정기관의 장은 기본계획에 따라 소관별로 연도별 시행계획을 수립하고, 지방자치단체의 장은 중앙행정기관의 시행계획에 따라 당해 지방자치단체의 연

210) 이승우, “다문화 사회에 대한 국민적 공감대 형성 필요”, 법률신문 2009년 5월 4일자. ; 표명환, “재한 결혼이주여성의 국가적 보호에 관한 법적 고찰”, 「공법학연구」, 제10권 제3호, 한국비교공법학회, 2009, 97-98면에서 재인용.

211) 이규홍, “외국인력정책 변화와 과제”, 「노동리뷰」, 한국노동연구원, 2007, 27면.

도별 시행계획을 수립·시행하도록 한다.

다. 재한외국인 등의 처우(법 제10조 내지 제14조, 제16조 및 제17조)

국가 및 지방자치단체는 재한외국인 및 그의 자녀에 대한 불합리한 차별을 방지하고 인권을 옹호하기 위해서는 교육·홍보 그 밖에 필요한 조치를 하기 위한 노력하도록 한다.

국가 및 지방자치단체는 재한외국인의 사회적응 지원을 위하여 대한민국에서 생활하는데 필요한 기본적 소양과 지식에 관한 교육, 정보제공, 상담 등의 지원을 할 수 있도록 한다. 국가 및 지방자치단체는 결혼이민자가 대한민국 사회에 조기에 적응하기 위해서 국어교육, 대한민국의 제도·문화에 대한 교육, 결혼이민자의 자녀에 대한 교육 및 보육 지원 등의 조치를 할 수 있도록 하고, 대한민국 국민과의 사실혼관계에서 출생한 자녀를 양육하고 있는 재한외국인, 영주권자 및 난민도 이를 지원받을 수 있도록 한다.<sup>212)</sup>

국가 및 지방자치단체는 영주권자, 과거 대한민국국적을 보유하고 있던 자 등에 대하여 대한민국의 이익을 해치지 아니하는 범위 내에서 대한민국으로의 입국·체류 또는 대한민국 안에서의 경제활동 등을 보장할 수 있도록 하며, 전문 외국인력의 유치를 촉진할 수 있도록 그의 법적 지위 및 처우 개선에 필요한 제도와 시책을 마련하기 위하여 노력하도록 한다.

라. 국민과 재한외국인이 더불어 살아가는 환경 조성(법 제18조 및 제19조)

국가 및 지방자치단체는 국민과 재한외국인이 서로의 역사·문화 및 제도를 이해하고 존중할 수 있도록 교육, 홍보, 불합리한 제도의 시정 그 밖에 필요한 조치를 하기 위하여 노력하도록 하고, 세계인의 날을 지정하여 행사를 개최하도록 한다.

마. 외국인전담직원의 지명·교육 및 외국인 종합안내센터의 설치(법 제20조)

공공기관의 장은 재한 외국인에게 민원처리절차를 안내하는 업무를 전담하는 직원을 지정하여 소정의 교육을 이수하도록 할 수 있고, 국가는 전화 또는 전자통신

212) 권영호·지성우·강현철, 「사회통합을 위한 다문화가정 관련법에 대한 입법평가」, 한국법제연구원, 2009, 73-74면.

망을 통해 재한외국인 등에게 외국어로 민원을 안내·상담하기 위하여 외국인종합 안내센터를 설치·운영하도록 한다.

## 2) 문제점 및 평가

‘재한외국인처우기본법’에서는 한국에 거주하는 외국인과 한국인간의 조화로운 사회를 건설하고, 한국에서의 외국인의 지위를 공고히 하녀, 사회통합을 이룩하려는 목적으로 입법되었다. 이 법에서는 최근 심각한 사회문제로 지적되어온 결혼이민자와 그 자녀에 대한 차별 금지 규정, 대한민국 국민과 사실혼 관계에서 출생한 자녀를 양육하고 있는 재한외국인 및 그 자녀에 대하여 준용규정 등을 통해 외국인의 지위를 한 단계 더 내국인과 유사한 위치로 격상시켰다. 또한 이 전까지는 외국인에 관한 기본법이 없는 상태였기 때문에 ‘재한외국인처우기본법’의 입법은 원론적으로는 매우 진일보한 입법으로 환영할 만하다.

그러나 이법은 대한민국에 거주할 목적으로 합법적으로 체류하고 있는 자만을 “재한외국인”이라 하여 그 보호범위를 한정하고 있으며, 영주자격 등에 대해서는 여전히 출입국관리법의 규정에 따르도록 되어 있다.

또한 이 법률은 법률의 제목을 ‘...처우기본법’이라는 이름을 달고 있다. 법이론, 특히 법 단계론에서 기본법이 그렇지 아니한 법률들과의 관계에서 어떠한 위치에 있는지는 별론으로 한다. 다만 기본법의 본질적 특성인 개방성과 포괄성 등으로 인하여 해당 법률이 집행되는 과정에서 법 집행자의 재량의 여지가 지나치게 커질 위험이 있거나, 법률집행이 사실상 불가능한 경우가 나타날 수도 있다.<sup>213)</sup> 기본법이라는 방식의 입법기술은 법규범의 명확성의 원칙 등의 측면에서 제고되어야 할 사안이다.<sup>214)</sup>

그리고 이 법에서는 불법체류 외국인에 대한 인권옹호의 문제, 가족결합권과 관련된 외국인 자녀의 국내입국의 문제, 사회보장에 대한 일반적인 내용은 규정되어 있지 않다. 따라서 위 법안은 재한외국인의 실질적인 권리와 의무에 관한 사항을 규

213) 최윤철, 「외국인의 출입국·지위 및 체류관련 법령에서의 차별적 표현개선에 관한 연구」, 22면.

214) 최윤철, “독일에서의 정부업무평가제도에 관한 연구”, 「유럽헌법학연구」, 제3호, 유럽헌법학회, 2008, 81-84면 이하 참조.

정하기보다는 국가의 정책을 개발하고 추진하기 위한 법률이라 평가할 수 있다.<sup>215)</sup>

다만 이법에 의하여 재한외국인을 그 법적지위에 따라 적정하게 대우함으로써 재한외국인이 대한민국 사회에 빨리 적응하도록 하고, 대한민국 국민과 재한외국인이 서로의 문화와 역사를 이해하고 존중하는 사회 환경을 조성함으로써 국가의 발전과 한국사회에 필요한 인재들의 신속한 유입이 가능해질 것은 확실한 것으로 보인다.<sup>216)</sup>

또한 이 법의 제정으로 인하여 재한외국인의 처우가 향상됨으로써 해외에 거주하는 우리 국민에 대한 호혜적인 처우개선 및 인권국가로서의 면모를 일신할 수 있을 것이다.<sup>217)</sup>

## (2) 다문화가족지원법

### 1) 주요내용

‘다문화가족지원법’은 다문화가족 구성원의 사회통합과 안정적인 가족생활을 영위할 수 있도록 함으로써 이들의 삶의 질 향상과 생활정보 제공, 교육지원 등 다문화가족에 대한 다양한 지원정책을 체계적으로 추진하고, 다문화가족지원센터의 법적 근거를 마련하는 것을 목적으로 2008년 제정되었다. ‘다문화가족지원법’은 2008년부터 보건복지가족부가 결혼이민자 가족지원사업 주관부처로 됨에 따라 사업의 총괄기능을 담당하고 있다.<sup>218)</sup>

215) 제10조 (재한외국인 등의 인권옹호) 국가 및 지방자치단체는 재한외국인 또는 그 자녀에 대한 불합리한 차별 방지 및 인권옹호를 위한 교육·홍보, 그 밖에 필요한 조치를 하기 위하여 노력하여야 한다.

제11조 (재한외국인의 사회적응 지원) 국가 및 지방자치단체는 재한외국인이 대한민국에서 생활하는 데 필요한 기본적 소양과 지식에 관한 교육·정보제공 및 상담 등의 지원을 할 수 있다.

제12조 (결혼이민자 및 그 자녀의 처우) ① 국가 및 지방자치단체는 결혼이민자에 대한 국어교육, 대한민국의 제도·문화에 대한 교육, 결혼이민자의 자녀에 대한 보육 및 교육 지원 등을 통하여 결혼이민자 및 그 자녀가 대한민국 사회에 빨리 적응하도록 지원할 수 있다.

② 제1항은 대한민국 국민과 사실혼 관계에서 출생한 자녀를 양육하고 있는 재한외국인 및 그 자녀에 대하여 준용한다.

216) 권영호·지성우·강현철, 「사회통합을 위한 다문화가정 관련법에 대한 입법평가」, 75-76면.

217) 배병호, “재한국인 처우 기본법상 사회통합에 관한 연구”, 「성균관법학」, 제21권 제1호, 2009, 779면.

218) 모선희·이인희·이선행·김성운, 「다문화가정의 문제점과 정책적 지원방안 연구」, 충남발전연구원, 2008, 28면.

이 법률은 다문화가족에 대해서 기본적으로 선천적인 대한민국 국민인 ‘국민’과 ‘외국인’ 또는 외국인이었다가 대한민국 국적을 취득한 ‘국민’으로 이루어진 가정을 다문화가족이라고 정의하고 있다(법률 제2조 제1호). 특히 이른바 ‘결혼이민자’라는 정의규정을 따로 두어 이 법률이 선천적으로 대한민국 ‘국민’인 대한민국 국민과 결혼을 통해 대한민국에 체류하고 있는 ‘외국인’ 또는 법정 요건에 따라 대한민국의 국적을 취득한 ‘국민’으로 정의하고 있다(법률 제2조 제2호).

이 법률은 선천적 대한민국 국민과 외국인과의 혼인으로 이루어진 가족들이 과학적 근거가 전혀 없는 순혈우위 및 민족주의적 사고가 자리 잡고 있는 대한민국 사회의 ‘혼혈’에 대한 편견으로부터 벗어나 대한민국 사회에 동일한 국민으로서 공존할 수 있도록 배려하는 입법적 조치를 규정하고 있다. 그에 따라 다문화가족의 구성원, 특히 외국인배우자와 해당 가족의 자녀들에 대한 기초적인 지원과 교육의 내용이 이 법률의 주요 내용을 이루고 있다.<sup>219)</sup>

#### 가. 국가와 지방자치단체의 책무(법 제3조)

국가와 지방자치단체는 다문화가족 구성원이 안정적인 가족생활을 영위할 수 있도록 필요한 제도와 여건을 조성하고 이를 위한 시책을 수립·시행하여야 한다. 국가와 지방자치단체는 이 법에 따른 시책 중 외국인정책 관련 사항에 대해 ‘재한외국인처우기본법’ 제5조부터 제9조까지의 규정에 따른다.

구체적으로 국가와 지방자치단체의 시책수행의무조항을 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 다문화가족에 대한 사회적 차별 및 편견을 예방하고, 사회구성원이 문화적 다양성을 인정하고 존중할 수 있도록 다문화에 대한 이해를 제고하는 교육과 홍보 등 필요한 조치를 취해야 한다.

둘째, 결혼이민자 등이 대한민국에서 생활하는데 필요한 기본적인 정보를 제공하고, 사회적응 교육과 직업교육·훈련 등을 받을 수 있도록 지원해야 한다.

셋째, 다문화가정 내에서 발생하는 가정폭력을 방지하고, 가정폭력 피해자에 대해서는 보호와 지원을 해야 하는 의무를 부담한다. 또한 가정폭력의 피해자에 대한 지원을 할 경우에는 외국어 통역서비스를 갖춘 상담소와 보호시설을 설치·확대하려는 노력을 기울여야 한다. 그리고 가정폭력으로 인하여 혼인관계를 종료하고자

219) 최윤철, 「외국인의 출입국·지위 및 체류관련 법령에서의 차별적 표현개선에 관한 연구」, 23면.

할 때에 의사소통의 어려움이나 법률체계 등에 관한 정보부족 등으로 불리한 입장에 놓이지 않도록 하기 위하여 언어통역, 법률상담 및 행정지원 등 필요한 서비스들을 제공하여야 한다.

다섯째, 결혼이민자 등이 안전하고 건강하게 임신·출산할 수 있도록 건강교육, 도우미 파견, 건강검진 등에 필요한 서비스를 지원해야 한다.

#### 나. 실태조사 등(법 제4조)

보건복지가족부장관은 다문화가족의 현황 및 실태를 파악하고, 다문화가족 지원을 위한 정책수립에 활용하기 위하여 3년마다 다문화가족에 대한 실태조사를 실시하고 그 결과를 공표하여야 한다.

#### 다. 평등한 가족관계의 유지(법 제7조)

국가와 지방자치단체는 다문화가족이 민주적이고 양성평등한 가족관계를 누릴 수 있도록 가족상담, 부부교육, 부모교육, 가족생활교육 등을 추진하고, 문화의 차이 등을 고려한 전문적인 서비스가 제공될 수 있도록 노력하여야 한다.

#### 라. 가정폭력 피해자 보호·지원(법 제8조)

국가와 지방자치단체는 결혼이민자 등이 가정폭력으로 혼인관계를 종료하는 경우 의견진술 및 사실확인 등에 있어서 언어통역, 법률상담 및 행정지원 등 필요한 서비스를 제공할 수 있다.

#### 마. 다국어에 의한 서비스 제공(법 제11조)

국가와 지방자치단체는 다문화가족에 대한 지원정책을 추진함에 있어 결혼이민자 등의 의사소통의 어려움을 해소하고 서비스 접근성을 제고하기 위하여 다국어에 의한 서비스 제공이 이루어지도록 노력하여야 한다.

#### 바. 다문화가족지원센터의 지정(법 제12조)

여성가족부장관은 다문화가족 지원 정책의 시행을 위하여 필요한 경우에는 다문화가족 지원에 필요한 전문인력과 시설을 갖춘 법인이나 단체를 다문화가족지원센터

터로 지정할 수 있다. 다문화가족지원센터는 한국어, 문화교육, 가족교육, 상담, 자녀교육 등 다양한 서비스를 원스톱으로 제공하고 센터의 인력확대 및 보수교육 등을 통해 종사인력의 역량강화와 다문화가족과 지역사회가 함께하는 전국대회를 추진하는 등 지역사회 협력 네트워크의 강화를 목적으로 하고 있다.

## 2) 문제점

이 법률이 정의하고 사용하고 있는 ‘다문화가족’의 용어에 대한 재고가 필요하다고 본다. ‘다문화가족지원법’은 제2조에서 ‘다문화가족’이 어떠한 형태의 가족인지에 대한 정의를 규정하고 있으나, ‘다문화’에 대한 다각적인 연구와 합의가 이루어지지 않은 상태에서 법률의 정의규정을 통하여 ‘다문화가족’의 개념 확정은 자칫 ‘가족’을 ‘국민’들만의 혼인으로 이루어진 속칭 ‘단일문화가족’과 그렇지 아니한 구성으로 이루어진 ‘다문화가족’으로 구분하여 소수로서의 ‘다문화가족’에 대한 사회적 인식의 차이를 불러올 수 있다. 그렇게 보면 ‘다문화가족’이란 국제결혼을 통해 구성된 가족에 대한 정의규정밖에는 되지 아니한다. 이는 경우 과거 우리사회에서 아무런 근거 없이 비난의 대상이 되어 왔던 이른바 ‘혼혈’이 가지는 부정적 인식<sup>220)</sup>과 결과에 대한 다른 표현으로 밖에 기능하지 못하는 결과를 가져올 수 있다. 선천적 국민과 외국인 또는 후천적 국민간의 혼인에 의해 성립된 가족을 지칭하는 ‘다문화가족’이라는 용어가 대한민국 사회에서 실제 사용되는 의미와 본래 ‘다문화’가 의미하는 다양성, 개방성, 민주성 등의 개념과 어느 정도 상응하는 지 검토해 보아야 한다. 즉, 이 법률이 예정하고 있는 가족의 지원의 필요성이라는 입법자의 입법목적적 편의에 의해서 해당 용어가 단순히 사

220) 여기서 한 가지 생각해 봐야 할 것이 있다. 외국인 혹은 외국인근로자에 대한 사회인식상의 문제이다. 외국인에 대한 인식은 심리학자들의 연구와 사회학 및 정치학자들의 연구들이 있다. 그러나 이러한 심리적 변화 및 국적과 시민권이라는 개념 중심의 연구가 이루어지고 있어도 한국인들의 인식변화는 크게 달라지는게 없는 것 같다. ; Clark, J. A. & J. S. Jr. Legge, "Economics, Racism, and Attitudes toward Immigration in the New Germany", Political Reserch Quarterly 50, 1997, pp. 901-917, Hainmueller J., & M. J. Hiscox, "Educated Preferences : Explaining Attitudes toward Immigration in Europe", international Organization 61, 2007, pp. 399-442, Hoskin, M.C, "Public Opinion and the Foreign Worker : Traditional and Nontraditionalbases in West Germany", Comparative Politics 17, 1985, pp. 193-210, Ruefle, W., Ross, W. H., & D. Mandell, "Attitudes toward Southeast Asian immigrants in a Wisconsin Community", International Migration Review 26, pp. 877-898, Heath, A. F., J. R Tilley, "Britiish national Indentity and Attitudes towards Immigration", International Journal on Muticultural Societies 7, pp. 119-132 참조.

용되어 입법자의 취지와는 다르게 사회 실재에서 차별적 의미로 사용되어질 가능성은 없는지 살펴보아야 한다. ‘다문화’가 가지는 문화의 다양성의 이해와 인정, 공존 또는 헌법적인 관점에서 문화의 ‘민주성’, ‘개방성’을 고려한다면, 단순히 법률로써 ‘다문화가족’을 정의한다고 하여 최근 급격히 증가한 국제결혼을 통하여 가족에 대한 입법자의 대처의무가 완료되는 것은 아니다.

법률은 가족 모두가 외국인이었다가 ‘국적법’ 제5조의 일반귀화 요건을 충족하고, 대한민국 국적을 취득하여 대한민국 국민이 된 가족과 ‘국적법’ 제7조의 특별귀화 요건에 따라 특별히 귀화가 허가되어, 대한민국 국적을 취득한 대한민국 국민으로 이루어진 가족에 대한 규정은 두고 있지 않다. 따라서 대한민국 국적을 취득하고 대한민국 국민으로서 영구히 대한민국에 거주하고 있는 가족 모두가 본래 외국인이었던 가족은 법률조문 상으로는 이 법률의 적용대상이 될 수 없다. 이는 ‘다문화가족지원법’이 굳이 정의규정을 통해서 규정한 ‘다문화가족’ 지원의 취지에도 맞지 않을 뿐만 아니라 ‘다문화’사회에서의 ‘다문화’ 개념에 맞지 않는 것으로 입법의 불비이다.

또한 이 법률의 주요 목적과 내용을 이루고 있는 이른바 ‘다문화가족’에 대한 지원과 관련한 규정들이 대부분 임의규정이나, 기속력이 약한 의무규정으로 이루어져 있다는 것도 문제점으로 지적할 수 있다. 국가 및 지방자치단체의 노력의무를 규정한 조항은 제7조, 제8조 제1항, 제2항, 제11조 등이며, 임의규정은 이보다 많아서 상당수의 지원에 관한 내용이 국가 및 지방자치단체의 재량에 따라 이루어지게 되어 있다.

그 밖에도 다문화가족 지원과 관련한 기초조사를 위한 실태조사를 규정하면서 해당 가족의 사생활을 침해할 가능성이 많은 항목을 시행규칙에 규정하고 있다는 것도 문제점으로 지적할 수 있다. 다문화가족을 구성하고 있는 가족구성원 중 최소한 1인은 대한민국 국민이며, 그에 따라 헌법이 보장하는 모든 기본권의 주체가 된다. 왜냐하면 헌법 제10조 후단의 “국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.”라는 규정에 따라서 국가는 대한민국 국적을 가진 국민뿐만 아니라 국제규범이 보호하도록 규정하고 있는 무국적자, 난민, 이주노동자 및 이주여성 등 한국에 정주하는 모든 외국인에 대하여 이를 적극적으로 보호하여야 할 헌법상의 과제를 부여받고 있는 것이다.<sup>221)</sup> 따라

서 이 법률 시행규칙에서 규정하고 있는 실태조사 항목으로 인하여 해당 국민이 다른 국민에 의해서 차별을 받을 가능성이 매우 높다는 점을 지적할 수 있다(내적 체계성의 모순). 사생활의 비밀과 자유는 국민은 물론 외국인에게도 보장되는 것으로써 다문화가족의 경우 가족을 구성하고 있는 이른바 결혼이민자 및 그 자녀에게도 당연히 보장되어야 하므로 실태조사에 의해서 가족구성원 일부를 구성하고 있는 선천적 대한민국 국민의 기본권만 침해하는 것이 아니다.

### (3) 국적법

#### 1) 주요내용

헌법은 제2조 제1항에서 “대한민국 국민이 되는 요건은 법률로 정한다.”고 규정하여 대한민국 국민이 될 수 있는 자를 정하는 것을 법률유보 시키고 있다. 이를 근거로 제정된 법률이 ‘국적법’이다. 이 법을 통해서 국적을 얻은 경우에는 국민이 되지만, 그렇지 않은 경우에는 외국인이 된다.<sup>222)</sup> ‘국적법’은 1948년 법률 제16호로 제정된 이래 2008년 3월 개정되어 현재에 이르고 있다.

‘국적법’이 정하고 있는 대한민국 국민이 되는 요건을 모두 충족한 사람은 ‘국민’이 되며, 무국적자를 포함한 그 밖의 자는 ‘외국인’이 된다. ‘국적법’에 따라 ‘국민’과 ‘외국인’이 구별되는 것이다. 국민인 경우에는 당연히 기본권의 주체가 되는 동시에 국내법의 적용대상이 된다. 그러나 외국인의 경우에는 헌법 개별조약과 상호주의에 의한 적용을 받는다.

‘국적법’은 제정된 이래 많은 개정이 이루어졌으며, 그 중에는 매우 중요한 개정도 있었다. 과거 ‘국적법’은 순혈주의와 특히 부계혈족중심의 생각을 기초로 국민이 되는 요건을 사실상 일원화 하여 제정되고 시행되어 왔다고 해도 과언이 아니다. 그러나 대한민국의 정치, 사회, 문화 등의 급격한 변화 및 헌법재판소의 결정<sup>223)</sup>은 과거 순혈, 특히 부계혈족 중심으로 이루어져있는 국적에 대한 사고를

221) 박선영, “이주여성과 그 자녀의 인권”, 「저스티스」, 통권 제96호, 한국법학원, 2007, 17면.

222) 이성언·최유, 「“다문화 가정 도래에 따른” 혼혈인 및 이주민의 사회통합을 위한 법제지원방안 연구」, 한국법제연구원, 2006, 79면.

본질적으로 변화시키는 계기를 만들었다.

## 2) 문제점

우리나라는 전통적으로 자리 잡고 있는 순혈주의 내지 단일민족에 대한 자부심으로 국내에 유입된 외국인에 대하여 배타성을 보이고 있다. 이러한 배타성은 특히 결혼을 통하여 국내에 유입된 결혼이주여성들을 중심으로 야기되고 있는 문제의 원인 되기도 하며, 나아가 우리나라의 결혼이주여성에 대한 보호정책이 국제사회에서의 그것과 많은 괴리를 가져오게 하는 원인이 되기도 한다.<sup>224)</sup>

현재의 ‘국적법’ 또한 여전히 혈통주의에 기초하고 있지만, 양계혈통주의를 채택함으로써 외국인과의 혼인하는 대한민국 국민의 자녀들 간의 국적과 관련한 차별은 사라지게 되었다. 또한 외국인들의 대한민국 국적취득의 요건과 절차 등이 과거에 비해 상대적으로 완화된 모습을 보이고 있다. 다만 외국인의 대한민국 국적 취득과 관련한 구체적인 내용은 출입국관리법이 정하고 있어서 출입국관리법과 ‘국적법’사이에서의 수평적 체계성 확보여부에 대한 신중한 검토가 있어야 할 것이다. 다시말하면, ‘국적법’이 가지는 헌법근접성과 출입국관리법이 가지는 성격사이에서 수직적 체계성의 확보에 관한 논의도 가능할 것이다.

223) 헌재 2000.08.31, 97헌가12.

가. 구법상 부가 외국인이기 때문에 대한민국 국적을 취득할 수 없었던 한국인 모의 자녀 중 신법이 경과규정에서 신법 시행 전 10년 동안에 태어난 자에게만 대한민국 국적을 취득하도록 규정한 것이 헌법에 위반되는지 여부를 판단하기 위하여는 출생에 의한 국적취득에 있어 부계혈통주의를 규정한 구법조항의 위헌 여부에 대한 판단이 전제가 된다.

나. 부계혈통주의 원칙을 채택한 구법조항은 출생한 당시의 자녀의 국적을 부의 국적에만 맞추고 모의 국적은 단지 보충적인 의미만을 부여하는 차별을 하고 있다. 이렇게 한국인 부와 외국인 모 사이의 자녀와 한국인 모와 외국인 부 사이의 자녀를 차별취급하는 것은, 모가 한국인인 자녀와 그 모에게 불리한 영향을 끼치므로 헌법 제11조 제1항의 남녀평등원칙에 어긋난다. 한국인과 외국인 간의 혼인에서 배우자의 한쪽이 한국인 부인 경우와 한국인 모인 경우 사이에 성별에 따른 특별한 차이가 있는 것도 아니고, 양쪽 모두 그 자녀는 한국의 법질서와 문화에 적응하고 공동체에서 흠없이 생활해 나갈 수 있는 동등한 능력과 자질을 갖추었는데도 불구하고 전체 가족의 국적을 가부(家父)에만 연결시키고 있는 구법조항은 헌법 제36조 제1항이 규정한 “가족생활에 있어서의 양성의 평등원칙”에 위배된다. 모가 한국인인 자녀들은 외국인이므로 원칙적으로 대한민국의 공무원이 될 수 없고, 거주·이전의 자유, 직업선택의 자유, 재산권, 선거권 및 피선거권, 국가배상청구권 및 사회적 기본권 등을 누릴 수 없거나 제한적으로 밖에 향유하지 못하게 된다. 그러므로 구법조항은 자녀의 입장에서 볼 때에도 한국인 모의 자녀를 한국인 부의 자녀에 비교하여 현저하게 차별취급을 하고 있으므로 헌법상의 평등원칙에 위배된다.

224) 표명환, “재한 결혼이주여성의 국가적 보호에 관한 법적 고찰”, 98면.

#### (4) 재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률

이 법은 재외동포의 출입국과 대한민국 안에서의 법적 지위를 보장하기 위한 것으로 재외동포의 국내거소신고 절차, 금융거래, 외국환거래, 건강보험 등에 관한 사항을 규정하고 있다.<sup>225)</sup>

#### (5) 주민등록법

##### 1) 주요내용

‘주민등록법’은 1962년 5월 법률 제1067호로 제정되어 2008년 2월 마지막으로 개정되어 현재에 이르고 있는 법률이다. 특히 2008년도 개정은 2007년도에 제정된 ‘가족관계의 등록 등에 관한 법률’ 등의 영향을 받아 이루어졌다. 이 법률은 시·군·구의 주민을 등록하게 함으로써 주민의 거주관계 등 인구의 동태(動態)를 항상 명확하게 파악하여 주민생활의 편익을 증진시키고, 행정사무를 적정하게 처리하도록 하는 것을 목적으로 하고 있다(법률 제1조). 그에 따라 특정 자치단체에 30일 이상 거주할 목적으로 거주지를 가진 주민은 해당 자치단체에 등록하도록 하고 있다(법률 제6조). 그에 따라 주민(30일 이상 체류하는 경우는 모두 해당되므로 사실상 모든 국민)들은 해당 자치단체에 전입신고 등의 방법을 통해 주민신고를 하여야 하고, 이러한 신고를 기초로 해당 자치단체는 주민등록부와 주민등록증의 발급, 주민등록과 관련한 민원사무를 처리하고 있다.<sup>226)</sup>

##### 2) 문제점

‘주민등록법’은 특정 자치단체에 30일 이상 거주하고자 하는 모든 자는 해당 자치단체에 신고를 하도록 하고 있다(법률 제6조). ‘주민등록법’의 등록대상자는 비록 법문은 ‘주민’이라고 표시하고 있지만, 사실상 모든 국민에 해당한다. 같은 조

225) 법무부, 「이민자를 위한 생활법률과 이민법관계법 이해」, 한국이민정책발전재단, 2009.10, 4면.

226) 최윤철, “독일에서의 정부업무평가제도에 관한 연구”, 28면.

항 단서는 외국인인 '주민등록법'상의 등록대상이 아님을 명시하고 있어서(법률 제6조 단서) 외국인은 특정 자치단체에 다른 대한민국 주민과 동일하게 거주하고 있어도 '주민등록법'상 주민으로 등재되지 아니한다. 즉 외국인이 해당 자치단체에 장기간 영주의 자격을 가지고 거주하든지, 국민과 혼인하여 가족을 구성하여 거주하든지, 거주 형태에 관계없이 주민으로 등재되는 경우가 없게 된다. '주민등록법'상의 '주민'은 국적법상의 '국민'과는 엄밀히 구별되는 법적 개념이다. 주민은 해당 자치단체의 구성원으로서 해당 자치단체에 주된 거소를 두고 해당 자치단체의 사회, 문화, 경제활동 등을 하는 자로서 '국적법'상의 '국민'이 아닌 경우에도 '주민'으로서의 법적 지위는 충분히 인정받을 수 있다. 공직선거법이 영주의 체류자격 취득일 후 3년이 경과한 19세 이상의 외국인에 대하여 지방자치단체의 각종 선거에 참가할 수 있는 선거권을 인정한 것(공직선거법 제15조 제2항 제2호)은 '주민'과 '국민'을 구별하고 있는 태도라고 볼 수 있다. 따라서 외국인을 '주민등록법'상의 등재대상에서 제외하고 있는 것은 법리상의 문제가 있다.

외국인이 출입국관리법에 따라 입국한 날로부터 90일을 초과하여 대한민국에 체류하게 되는 경우, 대통령령이 정하는 바에 따라 입국한 날부터 90일 이내에 체류지를 관할하는 사무소장 또는 출장소장에게 외국인등록을 하여야 한다(출입국관리법 제31조 제1항). 그리고 출입국 관리 행정기관은 외국인등록을 한 자에 대하여는 대통령령이 정하는 부여방법에 따라 개인별로 고유한 등록번호(외국인 등록번호) 부여하고 있다(출입국관리법 제31조 제4항). 외국인등록을 마친 외국인은 출입국 관리 행정기관으로부터 외국인 등록증을 발급받고 (출입국관리법 제33조 제1항), 대한민국에 체류하는 동안에는 항상 소지하여야 한다. 외국인의 등록사항 변경 등의 사유가 있게 되면, 해당 외국인은 반드시 일정기간 이내에 신고하거나 허가를 얻어야 하며, 이러한 모든 사항에 대해서는 출입국 관리 행정기관이 등록외국인기록표를 작성·비치하고, 외국인등록표를 작성하여 그 외국인이 체류하는 시·군 또는 구의 장에게 송부하여야 한다(출입국관리법 제34조 제1항). 시·군 또는 구의 장은 제1항의 규정에 의하여 외국인 등록표를 송부 받은 때에는 그 등록사항을 외국인등록대장에 기재하여 관리하여야 한다(법률 제34조 제2항).

외국인에 대한 체계적이고 효율적인 관리를 위하여 외국인 등록사무를 출입국 관리 행정기관이 담당하고 있는 입법취지에도 불구하고 대한민국에 체류하고 있

는 모든 외국인들에 대하여 체류목적과 체류형태에 관계없이 출입국관리법상의 외국인등록만 하게 하고, ‘주민등록법’상의 주민으로 등록할 수 없게 하는 것은 특정한 체류목적 외국인들의 법적 지위와 관련하여 차별을 야기할 수 있다. 특히, 주민등록상의 거주지가 공법상의 주소지로서 기능하고 있는 면에서 볼 때,(주민등록법 제23조) ‘주민등록법’상 주민으로 등록하는 경우와 출입국관리법 상 외국인 등록을 하는 경우는 공법상 부조와 같은 공법적 행위에서 외국인을 차별하는 결과를 가져온다. 대한민국 국민과 혼인하여 거주하고 있는 외국인 또는 영주의 자격을 가지고 대한민국에 영주하고 있는 외국인들의 경우에까지 ‘주민등록법’상의 주민 등록을 하지 못하게 하는 것은 해당 외국인과 해당 외국인의 대한민국 국적을 가진 가족이나 영주외국인을 차별하는 것이다. 각종 공·사법상 행위에서 주민등록증이나 주민등록 등·초본을 가족관계의 증명이나 기타 거주사실 등을 확인하는 수단으로 인정받고 있는 점을 볼 때, 세대를 같이하거나 혼인관계에 있음에도 불구하고 외국인이라는 이유로 주민등록부상 등재될 수 없게 하는 것은 외국인 당사자의 행복추구권은 물론, 해당 외국인의 가족인 국민의 행복추구권을 침해할 수 있다고 비판할 수 있다.

‘주민등록법’은 제10조에서 주민이 신고하여야 하는 사항을 각 호에서 규정하고 있고 제9호는 ‘대한민국의 국적을 가지지 아니한 자는 그 국적명이나 국적의 유무’를 신고하도록 하고 있다. 그러나 같은 법률 제6조의 주민 등록의 대상자가 아닌 외국인의 경우 제10조 제9호에 따른 신고의 의무도 대상자도 아니어서 같은 법률사이에서 법적 통일성의 문제도 나타나고 있다.

### 第3節 小 結

과거 산업화시대에서 ‘농촌에서 도시로의 인구이동’과 달리 21세기 현재 전 세계의 인구이동은 ‘한 국가에서 다른 국가’로 국경을 넘나드는 양상을 띠고 있다. 물론 이러한 상황은 고도로 발달한 정보·통신·과학기술 등의 영향이라고도 할 수 있겠지만, 더 근원적으로는 20세기말 동구공산권의 몰락이후에 등장한 신자유주의적 경제질서에 따라 자본을 중심으로 한 노동력의 이동에서 그 원인을 찾을

수 있을 것이다. 우리나라 또한 1980년 이후 고도의 경제성장을 이루어낸 후 종래 인력송출국가에서 외국인력이 국내로 끊임없이 유입되는 국가로 그 지위가 변모되었다.

외국인력 유입으로 인해 생기는 이익과 또한 사회문제를 해결하기 위해 수많은 시행착오를 거쳐 관련법·제도들이 만들어 졌고 적용되었다. 현재 우리나라는 고용허가제가 많은 문제점에도 불구하고 외국인력 활용제도로서 정착되었다고 본다.

고용허가제는 첫째, 외국인력 도입의 기본원칙은 국내 노동시장의 보완성에 있는 만큼 내국인의 일자리가 잠식되지 않도록 하면서 외국인근로자를 활용하는 외국인력 활용제도로서의 기능을 한다. 따라서 외국인근로자의 전체 도입규모 및 업종별 도입규모를 매년 노동시장 상황을 고려하여 유연하게 조정하고, 일정기간 동안 내국인 구인노력을 하였음에도 불구하고 인력을 채용하지 못한 사업주에 한하여 외국인근로자 고용을 허용하고 있다.

둘째, 기업의 자율적인 외국인근로자 선택권을 보장하고자 노력하고 있다. 고용허용인원 범위 내에서 필요한 인원만큼 외국인 고용신청이 가능하며, 사전에 구직자의 경력 등 인적사항과 사진 등을 확인할 수 있고, 사업주가 근로조건을 제시하고 이를 수락하는 구직자 중에서 적격자를 상대로 근로계약을 체결한 뒤 국내에 취업하게 함으로써 기업의 자율적인 외국인근로자 선택권을 보장하고 있다.

셋째, 외국인근로자의 선정 및 도입 절차에 있어서의 투명성을 제고한다. 외국인근로자 도입과정에서 민간기관의 개입을 배제하고 있고, 송출국과 양해각서(MOU)를 체결하여 외국인구직자 선발조건·방법·기관, 상호간 권리의무사항 등을 규정하고 있다. 한국에서도 외국인근로자 소개 및 취업알선 등은 노동부 고용지원센터를 활용하고, 공공기관이 외국인근로자 도입·지원 업무를 수행하여 책임성과 일관성을 높이기 위해 노력하고 있다.

넷째, 순환원칙을 고수하고 있다. 외국인근로자들의 취업허용기간을 3년으로 한정하면서도 3년 취업 후 출국한 외국인으로서 출국한 날부터 6월이 경과되면 다시 국내에 취업할 수 있고, 사업주가 계속 고용하기를 원하는 경우에는 출국 후 1월이 경과하면 국내에서 3년 간 다시 취업할 수 있도록 하여 국내 고용주와 외국인근로자의 이해관계를 고려하면서도 외국인의 정주화 방지에 힘쓰고 있다

고 받아들여진다. 그러나 외국인 혹은 외국인근로자의 정주화 현상은 어쩔 수 없는 기정사실로 받아들여야 한다. 따라서 정주화로 인해 생길 수 있는 사회문제에 대한 대비책을 미리 강구해야 할 것이다.

전 세계의 국경 없는 인구이동으로 인하여 우리나라 또한 외국인근로자의 권익보호에 신경을 쓰고 있다. 내국인과 동등하게 노동관계법의 적용을 받아 산재보험, 건강보험, 최저임금, 노동3권 등 기본적인 권익을 보장받고 있다. 생산성 등의 차이로 인한 임금 격차는 가능하나, 외국인근로자라는 이유만으로 부당한 차별을 하는 것은 금지된다. 외국인근로자의 임금·근로시간 등 구체적인 근로조건은 고용주와 근로자간의 계약에 따라 자율적으로 결정하되, 계약상의 편의와 투명성을 높이기 위해 표준근로계약서를 작성하여 활용하도록 하고 있다. 또한 ‘재한외국인처우법’, ‘다문화가족지원법’, ‘국적법’ 등 많은 법제들의 부당한 차별 없는 제정비도 또 하나의 과제로 남는다. 이는 외국인근로자 또한 국제법규 및 국내법규가 보장하는 범위 내에서 범주체로서 그리고 법적 지위에 상응하는 권리를 갖기 때문이다.

## 第4章 主要國家의 外國人勤勞者 雇傭制度 關聯 法制

### 第1節 獨逸

#### 1. 外國人 關聯 保護 法制的 立法 背景

독일의 경우 특정 민족과, 특히 유대인, 공산주의자 같은 특정 사상을 가진 사람들에 대한 차별적이고 배타적으로 범집행을 하였던 불행한 과거를 가지고 있다. 따라서 인간존엄과 평등이 새로운 독일 공화국을 건설하는 과정의 이념적 기초가 되었다. 그 결과 독일기본법은 기본권에 관한 내용을 헌법의 가장 앞에 규정하여 인간의 존엄과 보편적 가치 실현의 중요함을 보여주고 있다. 특히, 독일기본법은 기본권을 그 성격에 따라 구분하고 자유권과 같은 기본권은 그 향유주체가 독일국민에게만 국한되는 것이 아니라 국적을 막론하고 모든 ‘사람’이 그 향유주체가 됨을 밝히고 있다.<sup>227)</sup>

전쟁 후 복구와 경제적 부흥을 추진하던 독일정부는 자국 노동시장에서의 인력부족을 메우기 위하여 많은 외국인을 받아들이고 고용하였다. 그 결과 현재 독일은 이제 사실상 지역 국가가 아닌 국제국가가 되었다. 국제국가화 경향은 독일정부로 하여금 자국 내의 외국인에 대한 지위 및 처우 등에 대한 근본적인 대책을 요구하는 계기가 되었다.

독일의 통일도 외국인 정책에 상당한 영향을 미쳤다. 어떤면에서의 통일은 단일 독일로서 유럽 내에서 자국의 지위를 강화하는 계기가 되었지만, 국내적으로는 막대한 통일비용의 지불과 구 동독지역의 경제적 어려움 등으로 인한 독일전체 경제의 하락의 원인이 되기도 하였다. 경제성장의 둔화와 실업률의 증가, 특히 구 동독지역에서의 높은 실업률과 그 동독 주민들의 상대적 박탈감이 외국

227) 독일 기본법은 기본권 중에서 독일국민만이 향유할 수 있는 기본권과 모든 사람이 향유할 수 있는 기본권을 기본법 표현을 달리하여 나타내고 있다. 예를 들면, 인간의 존엄과 가치와 같은 고전적 자유권의 경우에는 “Jeder”라고 하는 중성적 용어를, 거주이전의 자유와 같은 기본권은 “Deutscher”라는 말을 쓰고 있다.

인에 대한 배타적, 적대적 행위로 나타나는 사례가 빈번해졌다. 이른바 네오 나찌(Neo-Nazis)의 등장과 극우정당의 출현으로 인하여 독일 내의 외국인들에 대한 안전 등이 정치적·사회적 문제가 되어 이에 대한 대책이 필요한 시점이 되었다. 그 밖에도 동유럽의 붕괴에 따른 구 동유럽지역에서의 이민자의 유입, 유고슬라비아 연방 해체과정에서 발생한 내전으로 인한 난민으로 야기된 문제들도 독일의 외국인 관련 법제의 근본적인 변화를 가져온 계기가 되었다.

유럽연합의 탄생도 독일의 외국인 법제에 커다란 영향을 미치게 되었다. 유럽연합의 정치적, 경제적 통합은 유럽연합 회원국 각국의 국민들의 생활에도 커다란 영향을 미치게 되었으며, 이는 독일도 예외가 아니다. 유럽연합의 각종 법규, 특히 연합의 지침은 회원국의 법령에 직접적인 영향을 미치는데 회원국은 회원국의 의무로서 연합 지침에 맞게 자국의 법령을 개정할 의무를 부담한다. 외국인의 지위 및 차별금지와 관련하여서는 유럽연합이 최근 제정한 차별금지법이 독일의 외국인 관련 법률에 대한 지침으로 상당한 강제력을 가지며 그에 따라 2006년 8월 차별금지에 관한 유럽연합지침의 국내이행을 위한 법률을 제정하였다.

회원국 주민들의 유럽연합권내에서의 거주 및 이전의 자유, 영업의 자유, 직업선택의 자유의 보장은 과거 외국인의 정의 및 개념에 의해 성립된 외국인 관련 법제의 근본적인 변화를 요구하기에 이르렀다. 이는 두 가지 측면을 가지는데, 유럽연합 회원국 간에는 국적의 의미가 상대화되어 외국인과 국민간의 차이가 약화된 반면에 유럽연합 권역외의 국가 출신 외국인에게는 과거에 비해서 엄격한 법제의 적용을 받는 결과를 가져올 수 있다. 특히, 종교, 문화적 기초를 달리 하는 국가출신의 외국인에 대한 법제는 이전보다 오히려 차별적이고 배타적인 경향을 보이고 있다.

독일은 2004년 7월 30일 제정되고 2008년 3월 개정된 ‘체류에관한법률’ 및 그 밖의 법령들을 통하여 독일에 장기간 체류하고 있는 외국인이었으나, 독일 국적을 취득한 독일국민들의 독일사회로의 통합을 촉진하는 정책을 펴 오고 있다. 독일 통계국이 2006년 실시한 미시통계조사에 따르면, 독일에는 82,400,000 명이 거주하고 있고, 이 가운데 15,100,000 명이 외국인인 것으로 보고되었다. 전체 거주인구의 18%를 차지하며, 이 가운데 외국인은 9%이고, 10%는 이미 독일 국적을 취득한 자로 보고되었다.<sup>228)</sup>

외국인과 자국 국민과의 통합을 위한 명분으로 외국인에 대하여 독일내의 장기체류 및 정주를 위하여 보다 강화된 요건을 요구하거나, 과거 외국인에게도 자국 국민과 동일하게 제공하던 급부에 대한 제한을 가하거나 하는 경향들이 나타나고 있다. 반면에 유럽연합 회원국의 국민들에 대해서는 노동시장을 비롯한 전 분야에서 보다 개방적인 태도를 취하는 경향에 있다.

## 2. 外國人 관련 保護 法制

### (1) 外國人의 地位 및 체류 등에 관한 법률 (체류법)

#### 1) 개관

독일기본법은 누가 독일국적을 가진 독일인 인지를 직접 규정하고 있다. 독일 기본법 제116조 제1항을 반대해석하면 독일 국적을 가지지 아니한 자는 외국인이 된다. ‘독일영토내에서의외국인의체류,직업활동및통합에관한법률’(Aufenthaltsgesetz) 제2조 제1항은 외국인을 “독일기본법 제116조 제1항에 따른 독일인이 아닌 자”로 정의하고 있다.<sup>229)</sup> 독일이 기본법에 독일국적을 가지는 자를 직접 규정한 것은 독일 통일 후 지금에 이르기까지 다수의 영토적 변경이 있어온 것에 기인한다. 특히, 두 번의 세계대전에 따른 독일인들의 확장과 복귀의 과정에서 새로운 연방공화국은 독일의 영속성을 인정하는 증거의 하나로써 일정기간을 설정하여 해당 기간 중, 독일인의 지위를 가진 모든 자에게 독일국적을 기본법을 통해서 인정할 필요성이 있었다.

1989년 동독과의 정치적 통합, 1993년 마스트리히트조약에 따른 유럽 경제연합의 출범이후 제반 사회영역에 통제하기 곤란한 정치, 경제, 사회, 문화적 문제들과 함께 무한정 흘러 들어오는 난민문제, 외국인근로자 문제<sup>230)</sup>는 독일 사회 내

228) C. Koch, Rechtsgrundlage sozialer Integration von Ausländern in Deutschland, 「공법연구」, 제36집 제4호, 2008, 144~145면.

229) Ausländer ist jeder, der nicht Deutscher im Sinne des Artikels 116 Abs. 1 des Grundgesetz ist.(§ 2. Abs. 1 Aufenthaltsgesetz).

230) 독일의 외국인근로자 실업률은 2005년 말 기준으로 25.2%에 달한다. 이는 독일 전체 실업률의 두 배 이

에 만연한 사회적 불안감을 더욱 가중시키고 있다. 이에 독일은 2005년 대대적인 법률의 정비, 즉 외국인법과 이민법을 통합하여 체류법<sup>231)</sup>을 제정하여 EU국가와, 그 이외 국가를 명확하게 구분하여 규정하고 있다. 이하에서는 새로 제정된 ‘체류법’을 중심으로 살펴보고자 한다.<sup>232)</sup>

그 동안 독일은 국적법(Staatsangehörigkeitsgesetz-StAG), 외국인법(Ausländerrecht-AuslR)을 통하여 외국인의 체류와 비자에 관한 사항을 외국인의 근로에 대하여는 이민법(Zuwanderungsgesetz-ZuWG), 사회보장법Ⅲ(취업촉진법)(Sozialgesetzbuch-SGBⅢ, Arbeitsförderungsgesetz-AFG) 284-288조, 노동허가시행령(Arbeitsgenehmigungsverordnung-ArGV)등의 법률을 통하여 규정하고 있었다. EU의 확대와 외국인근로자의 체계적인 관리를 위하여 위의 법률들을 통합하여 ‘체류법’을 제정하게 되었다.

기존의 법률과 다르게 새롭게 적용되는 주요내용을 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 외국인법에서는 체류내용을 체류허가·체류권·체류승인·체류자격으로 나누어 구분하고 있으나, ‘체류법’에서는 체류허가와 정주허가로 나누어 간소화하였다.

둘째, 영주권제도를 폐지하고 정주허가제를 신설하였다. 따라서 기존의 영주권 제도에서의 노동권한은 더 이상 부여되지 않는다. 또한 정주허가를 받기 위해서는 독일어능력을 증명하여야 한다.

셋째, 외국인근로자는 연방노동청에서 노동허가를 받아야만 했으나, 현재는 외국인청에서 체류내용에 노동허가를 부여할 수 있도록 하였다. 근로자가 노동허가 발급 후에 노동 장소를 변경하거나, 기간이 종료하였을 경우에도 외국인청에서 다시 받을 수 있도록 하였다.

넷째, 외국시민의 통합과정으로써 정주허가를 받고 새로 입국한 외국인이 독일어를 할 수 없을 경우에는 통합과정의 단계로 독일어와 독일문화를 배울 수 있도록 하였다.

---

상을 차지한다. Bundesagentur für Arbeit, “Arbeitsmarkt2005”, Nuernberg, 2006.08, 95ff.

231) 법령은 Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und Integration von Ausländern im Bundesgebiet(Aufenthaltsgesetz-AufenthG) ‘독일내의 외국인의 체류, 근로, 통합에 관한 법’ 약칭 ‘체류법’, 이하 체류법이라 한다.

232) 백중인·실재영, “외국인근로자 정책 및 법제개선에 관한 연구-독일의 외국인근로자 법제를 중심으로-”, 「고려법학」, 제49호, 고려대학교 법학연구원, 2007, 841면.

독일에 입국하는 모든 외국인은 유효한 사증을 소지하여야 하며, 이는 다른 법령에 의하여도 면제되지 않는다.<sup>233)</sup> 이와 함께 입국 전에 각국의 대사관이나, 영사관에서 발급한 비자를 필수요건으로 하고 있다. 하지만 쉥겐비자(Schengen-Visum)<sup>234)</sup>나 국가 간의 협정에 의해서 입국요건을 충족하는 경우에는 최초 입국일 부터 6개월간 누적 체류기간이 3개월 미만인 방문에 대하여 비자 없이 입국이 가능하다. 특정국가<sup>235)</sup>에 대해서는 예외적으로 체류허가 입국 후에 독일 국내에서 체류목적에 따른 체류허가 신청 및 발급이 가능하도록 하였다.

체류내용은 체류허가와 정주허가로 구분된다.<sup>236)</sup> 근로를 위한 체류허가에 대하여 새로운 '체류법'에서는 외국인청에서 담당하도록 하고 있는데, 이중 일부분은 연방노동청의 동의가 필요하다.

유럽연합국의 국민은 원칙적으로 역내자유 원칙에 의하여 EU내에서 체류 및 근로에 대한 허가를 필요로 하지 않는다.<sup>237)</sup> 다만 일부국가에 대해서는 예외적인 규정을 두고 있다.<sup>238)</sup>

## 2) 연방노동청<sup>239)</sup>의 동의가 필요 없는 체류허가

### 가. 연방노동청의 동의 없이 근로가 가능한 권한

233) 독일체류법 제3조

234) 쉥겐협정에 의한 비자로서 쉥겐협정이란, 1986년 6월 프랑스와 독일과의 국경에 가까운 룩셈부르크의 작은 마을 쉥겐(Schengen)의 선상에서 최초의 협정이 서명되었다. EU연합회원국간의 국경을 철폐하고 출입국수속을 없애기 위한 것으로 회원국 국민에 대해 자국민과 똑같이 취급할 것을 담고 있다.

235) 이에 해당하는 국가는 오스트레일리아, 이스라엘, 일본, 대한민국, 캐나다, 뉴질랜드, 미국이다. '체류법시행령' 제41조 제2항.

236) 이에 대한 자세한 내용은 Rolf Gutmann, 「Ausländische Arbeitnehmer」, Bund-Verlag, 2005, 32ff 이하 참조.

237) 체류와 근로가 모두 자유로운 국가는 기존의 EU(벨기에, 덴마크, 핀란드, 프랑스, 그리스, 아일랜드, 이탈리아, 룩셈부르크, 네덜란드, 오스트리아, 포르투갈, 스웨덴, 스위스, 영국)-유럽연합국민의자유이주권에 관한 법 제5조(약칭 EU자유이주법), 유럽경제지역(약칭 EWR : 아이슬란드, 리히텐슈타인, 노르웨이)-EU자유이주법 제12조 새로운 EU가입국(사이프러스, 말타).

238) 체류는 자유이나 일부 근로에 대하여는 노동청의 허가를 필요로 하는 국가는 새로운 EU(폴란드, 헝가리, 체코, 슬로바키아, 슬로베니아, 라트비아, 리투아니아, 에스토니아)-EU자유이주법 제5조, 체류허가는 필요로 하나 근로는 자유로운 국가는 스위스(EU와 스위스간의 국가협정)이다.

239) 정식명칭은 Bundesagentur für Arbeit(약칭 BA. 전신 Bundesanstalt für Arbeit)로, 2003년 말 현재 178개의 본소와 660개의 사무소를 두고 있으며, 1927년 직업소개와 실업자문제의 해결을 위해 설립된 국가기관이다. 현재 독일에서 가장 큰 정부기관으로, 노동에 대한 전반적 업무와 함께, 사회보장(각종보조금, 실업수당, 아기수당, 양육수당 등), 실업자문제 등을 담당하고 있다. 이하 연방노동청이라 한다.

유럽연합국, 유럽경제지역, 스위스, 사이프러스, 말타의 국민들은 특별한 제약 없이 독일 내에서 노동행위를 할 수 있다. 이는 기존의 유럽연합이 경제적 중심의 공동체였으나, 앞으로 정치적 공동체로 발전해 나아가기 위하여 이들 국가에 대해 노동허가에 대한 특별규정을 두고 있다. 하지만 2004년 이후 새로 가입된 유럽공동체 국가에 대하여는 특별한 직장에 대한 노동허가 요건으로써 연방노동청의 동의를 필요로 한다.

#### 나. 연방노동청의 동의 없이 특정 근로에 대한 체류허가

모든 외국인근로자는 근로목적에 해당하는 체류허가를 받아야 한다. 이 체류허가는 연방노동청의 동의를 받아야 한다. 예외적으로 법령이나 양국 간의 협정에 의한 체류허가의 경우에는 연방노동청의 동의가 필요 없다. 법령에 의하여 연방노동청의 동의가 필요 하지 않은 근로는 새로입국한외국인의근로에관한시행령<sup>240)</sup>(BeschV. 이하 근로에관한시행령이라 함)에서 규정하고 있다. 이에 대한 자세한 직종과 주요내용을 다음과 같다.

##### ① 연수

체류기간 중에 교육적인 실습이나, 학업(교환학생)의 경우에는 연방노동청의 동의 없이 체류허가의 내용에 제한적인 범위에서 노동허가를 부여하도록 하고 있다.

##### ② 전문인력

전문인력에 대하여는 ‘체류법’ 제19조에서 정주허가를 받을 수 있도록 하고 있다. 이에 해당하는 자세한 내용은 ‘체류법’ 제19조 제2항에서 규정하고 있는데, 특별한 분야의 학문, 교직, 과학자, 기술자<sup>241)</sup> 등이 이에 해당한다. 경영, 관리자가 회사의 대리권이나 상사 지배권을 가진 경우와 독일인 고용주가 운영하는 회사의 상사대리권에 의해 독일에 입국하는 경우에도 연방노동청의 동의가 필요

240) Verordnung über die Zulassung von neuereisenden Ausländer zur Ausübung einer Beschäftigung (Beschäftigungsverordnung-BeschV).

241) 근로에관한시행령(BeschV) 제3조 및 제5조.

없다. 또한 기계의 동작, 설치, 수리나 컴퓨터 프로그램, 박람회 설치 및 철거에 관한 노동에 대하여는 1년 중 3개월에 한하여 체류허가에 갈음하여 노동허가를 부여하고 있다.

### ③ 예술·홍행

직업스포츠 선수와 코치는 독일 스포츠협회의 요청이나 대회참가의 경우에는 체류허가와 함께 노동허가를 받을 수 있다.<sup>242)</sup> 사진모델이나, 의상모델은 고용주가 연방노동청에 위에 관련한 작업을 미리 통보한 경우에도 가능하다. 또한 연극의 상영이나 연주 등 예술작품에 1년에 3개월에 한하여 인정하고 있다.

이 외에 저널리스트, 선박, 항공기 근로자 등을 근로에관한시행령에서 규정하고 있다. 독일은 외국인근로자의 체류 및 근로에 대하여 법이나 법령에서 자세하게 규정하고 있고, 이에 근거하여 외국인근로자를 도입·운영하고 있다. 또한 독일 국내 노동시장에 특별한 영향을 주지 않고 실업자 문제와 관련이 없는 위의 직종은 체류허가에 갈음하여 노동허가를 받도록 함으로써 이들을 필요로 하는 곳에서 사용자가 별도의 절차 없이 신속하게 실제근로가 가능하도록 보장하고 있다.

### 3) 연방노동청의 동의가 필요한 체류허가

모든 외국인근로자는 연방노동청으로부터 근로를 목적으로 하는 체류허가를 받아야 한다. 연방노동청의 동의는 전제조건으로써 첫째, 외국인근로자로 인하여 노동시장에 특별한 영향을 미치지 않을 경우와 지방정부와 경제구조에 영향이 없어야 한다. 둘째, 독일근로자, 유럽경제연합국의 근로자, 스위스, 그리고 적법한 절차에 의하여 근로에 관한 체류허가를 받은 외국인 응시자가 필요로 하는 직종에 없어야 한다. 셋째, 근로를 위한 체류허가를 발급하였을 경우, 독일근로자가 받는 근로조건과 같은 조건에서 근무를 할 수 있는가를 고려하여야 한다.<sup>243)</sup> 즉 '동일노동, 동일임금'인지를 확인해야 한다는 것이다. 외국인근로자를 고용할 사용주는 임금, 근로시간, 그 외의 근로조건에 대하여 연방노동청의 허가를 받아야

242) 근로에관한시행령(BeschV) 제7조 제4항.

243) 독일체류법 제39조.

한다. 연방노동청의 허가가 필요한 체류허가는 ‘근로에 관한 시행령’에서 규정하고 있는데, 여기서는 전문인력과 비전문 인력으로 구분하여 살펴보도록 한다.

### 가. 전문인력

연방노동청은 근로의 목적을 위한 체류허가의 동의를 근로자가 적어도 동종 업종에 3년 이상의 교육을 받은 경우에는 다음의 직종에 한하여 할 수 있다.

#### ① 기간이 정해진 어학교사, 특별요리사

학교에서의 어학수업을 담당하는 교사에 대하여는 5년 내에서 교부할 수 있다. 특별요리사는 4년 내에서 허가를 받을 수 있다. 새로운 ‘체류법’ 제정 전에서 자세한 내용은 ‘모집중단예외에 관한 시행령’(Anwerbestoppaus-nahmeverordnung, ASAV)에서 규정하고 있었다. 이에 의하면, 특별요리사에 대한 체류허가는 ZA V<sup>244</sup>), ZIHOGA<sup>245</sup>)에서 결정하도록 하고 있다.

#### ② IT 전문인력

고등교육이나 전문교육을 받은 사람 또는 이에 준하는 교육을 받은 외국인 중 전산, 통신기술을 가진 외국인은 기한에 제한 없이 근로를 위한 체류허가를 받을 수 있다. 독일 내에서 ‘체류법’ 제16조에 의하여 위 직종과 관련된 고등교육 이상을 마친 외국인은 위의 직종에 취업할 수 있다.

#### ③ 간병인

병원, 소아, 노인 간병인은 독일 직업교육에 준하는 교육을 받아야 하고, 독일어를 구사할 수 있어야 한다. 간병인의 근로에 대하여는 연방노동청에서 특정국가와 직업소개가 전제되어야 하는데, 현재 EU국가 외에 제3국 중에 크로아티아만 인정하고 있다.

이와 같이 독일은 전문인력의 취업일 경우에도 추가적으로 연방노동청의 동의

244) 연방노동청의 산하기관으로서 중앙노동소개소. 정식명칭은 ‘Zentral für Arbeitsvermittlung’이다.

245) 호텔이나 음식점의 국제 전문인력의 소개를 위한 기관으로서, 연방노동청의 산하기관이며, 정식명칭은 ‘Vermittlung für Hotel-und Gaststättenpersonal’이다.

를 받도록 하고 있다. 이는 필요한 전문인력의 내용을 구체적으로 규정하면서도, 특별한 연방노동청의 동의를 요구함으로써 국내 노동시장이나 내국인근로자, 근로권을 가진 근로자를 보호하고 있다.

#### 나. 비전문인력

근로를 목적으로 하는 체류허가를 받고자 하는 외국인근로자는 ‘체류법’ 제18조 제3항에 의하여 연방노동청의 동의하에 체류허가를 받을 수 있다.

##### ① 계절근로자

농림업, 호텔이나 음식점, 과일 채소 관련 작업, 제재소<sup>246)</sup> 등 독일인을 구할 수 없는 분야에서 주로 동구국가<sup>247)</sup>들을 대상으로 외국인근로자를 도입하는 제도이다. 연방노동청과 송출국가 노동담당 관청이 합의하여 해당 외국인근로자를 선정하며 1주 30시간 이상, 1일 6시간 이상 취업해야 하며, 연중 4개월까지 가능하다. 또한 근로자는 한 기업이나 직장에 8개월 이상 취업할 수 없으나, 과일·채소·포도주·호프·담배재배 등에는 적용되지 않는다.

외국인 계절근로자 노동허가의 전제조건은 첫째, 국내 노동시장에 악영향이 없어야 하고, 둘째, 독일 근로자 등으로 인력을 구할 수 없어야 하고, 셋째, 독일인보다 불리하지 않은 근로조건으로 채용되어야 발급된다.

계절근로자를 사용하려는 사용자는 모집공고의 내용과 표준근로계약서를 지역 노동사무소에 제출한다. 이때 사용자는 특정 국가를 지정할 수 있다. 연방노동청은 이러한 신청서를 모아 외국의 노동부에 보내면 외국의 노동부는 산하기관을 통하여 모집공고를 한다. 지원 조건은 18세 이상이어야 하며, 연령상한에 관한 규정은 없다. 지원자는 근로계약서에 서명하고 독일의 사용자에게 통보함으로써 근로계약이 성립된다. 근로계약서를 자국의 독일 대사관에 제출하면 노동비자가 발급되고 이에 따라 입국할 수 있다.<sup>248)</sup>

246) ‘근로에관한시행령’(BeschV) 제18조, ‘모집중단예외에관한시행령’(ASAV) 제4조에서는 각 분야의 구체적인 내용을 규정하고 있다.

247) 이에 해당하는 국가는 EU국가로서 불가리아(호텔이나 음식점에만 해당), 폴란드, 루마니아, 슬로베니아, 슬로바키아, 체코, 헝가리가 해당하며, 예외적으로 크로아티아를 인정하고 있다.

248) 이는 크로아티아 출신 취업자에만 해당한다. EU 국가는 역내이동자유 원칙에 의하여 무비자라도 입국이

사용자가 특정 근로자를 지정하여 채용하고자 하면 지역 노동사무소의 노동시장 상황 점검이 끝난 후 직접 근로계약을 체결하여야 한다. 아울러 어떠한 경우에도 민간중개소의 개입은 금지된다. 근로자가 입국하면 사용자는 지역 고용사무소에 수수료를 지급해야 하며 이를 근로자에게 전가할 수 없다. 또한 독일에 입국한 모든 근로자는 독일 사회보험<sup>249)</sup> 가입의무를 진다. 계절근로자는 다른 근로자와 달리 절대적인 독일어능력을 요구하지 않는다.<sup>250)</sup>

## ② Au-pair

Au-pair이란 가정에 입주하여 집안일을 거들며 언어를 배우는 젊은 외국인 유학생을 지칭하는 말이다. 따라서 이들이 체류허가를 받기 위해서는 기본적으로 독일어가 요구되며, 독일어를 모국어로 하는 가정에 취업할 수 있다. 이들의 체류허가 조건으로는 25세 이하여야 하고 그 기간은 1년 내로 한정된다.

## ③ 가정부

독일 사회보장법에 의하면 간병이 필요한 사람에 대하여 특정국가 외국인근로자가 가정일을 돕는 체류허가를 인정하고 있다. 이에 대한 체류허가 기간은 3년 미만이며, 연방노동청은 출신국과 송출협정을 체결한 국가의 근로자에 대하여만 이를 부여하고 있다. 현재 이에 해당하는 국가는 폴란드, 체코, 슬로바키아, 헝가리, 슬로베니아, 루마니아, 불가리아이다.<sup>251)</sup>

## ④ 문화·전시

문화, 예술과 관련한 근로의 경우와 이를 보조하는 인력에 대하여는 그 행사가 끝날 때까지 체류허가를 부여한다. 또한 영화나 TV프로그램에 대하여는 3개월 이내에서 근로가 가능한 체류허가를 부여하도록 하고 있다.

---

가능하다.

249) 의료보험, 간병보험, 연금보험, 사고보험, 실업연금보험이 이에 해당한다. 그러나 2개월이나 50일 이내의 근로에 대하여는 사고보험이 면제된다.

250) Bundesagentur für Arbeit, "für Arbeitgeber zur Vermittlung und Beschäftigung ausländischer Saisonarbeitnehmer und Schaustellergelhilfen", Nürnberg, 2007. 01, 5ff.

251) Bundesagentur für Arbeit, "Anwerbestoppausnahmereordnung", 2006.12, 26ff.

박람회나 전시의 보조자에 대하여는 ‘근로에관한시행령’ 제19조가 규정하고 있는데, 9개월까지 체류허가를 부여하고 있다. 이 또한 양국 간의 송출협정을 체결한 국가를 대상으로 폴란드, 루마니아, 슬로베니아, 슬로바키아, 헝가리, 체코, 크로아티아가 이에 해당한다.

#### ⑤ 기타

독일 재외동포에 대하여는 독일재외동포증을 가지고 있으면 독일내 체류허가 발급이 가능하다. 또한 특정국가에 대하여는 연방노동청의 허가에 의한 근로를 위한 체류허가를 직종에 제한 없이 가능하도록 하였다. 이에 해당하는 국가는 안도라, 오스트레일리아, 이스라엘, 일본, 캐나다, 모나코, 뉴질랜드, 산마리노, 미국이 이에 해당한다.

#### 4) 국가 간의 협정에 의한 체류허가

1980년대 이후 독일에서는 동구권의 정치적 동요로 재외독일인과 동구권 난민들이 입국하여 취업하고 있다. 아울러 독일은 1988년부터 중·동유럽 국가들과의 국가 간 협정, 1998년에는 ‘모집중단예외에관한시행령’ 등을 통해 갖가지 형태로 외국인근로자를 도입하고 있다. 이러한 제도는 국가 간 협정을 맺는다는 점에서 고용허가제적 성격을 갖는다고 볼 수 있다. 독일은 외국인근로자를 고용하고 있는 기업에게 고용부담금 등의 비용을 부과하지 않는다. 다만 국가 간 쌍무협정에 의해 도입된 외국인근로자를 고용하고 있는 사업주에 노동허가료를 징수할 수 있다.<sup>252)</sup> 노동허가료는 협정의 시행과 관련된 경비를 충당하기 위하여 사용된다. 아울러 사업주에게 모집 알선비용 등을 부담시키는 의미를 갖는다.

국가 간의 협정에 의한 근로목적의 체류허가 부여는 ‘체류법’ 제39조, 즉 연방노동청의 노동허가는 법이나 시행령, 양국 간의 협정에 의하여 부여된다.

#### 가. 청부계약 근로자

독일은 자국기업과 외국기업이 청부계약을 맺어 용역노동자를 들여오는 청부

<sup>252)</sup> 취업촉진법 제287조(SGB III).

계약 프로그램을 1988년도부터 도입하였다.<sup>253)</sup> 대부분의 외국인근로자는 근로를 목적으로 하는 체류허가를 받아야하나 청부계약은 독일 내 기업주에게 고용허가를 허용함으로써 제한된 조건 인원을 고용할 수 있도록 하는 제도이다. 이 프로그램은 건설업, 정육가공업, 광업, 내화성 굴뚝건설에 한해 실시된다. 건설업은 연방 경제노동부가 개별 사업장별로 상한선을 정하는 종업원 수 50명 이하인 경우에는 15명까지 허용되고, 50명 이상인 경우에는 현장 근로자의 30%내로 하되 300명이 한도이다. 또한 근로자의 상한선을 매년 노동시장의 변화 등을 고려하여 결정하도록 하고 있다. 정육가공업은 지역 고용사무소의 승인이 필요한데 동일지역의 유사업체에 경영상 해고나 조업단축이 없어야 하며, 지역 고용사무소가 알선할 만한 실업자가 없어야 한다. 광업 역시 지역 고용사무소의 승인이 필요한데 해당 기업체가 해고를 계획하거나 조업을 단축하지 않아야 한다. 임금은 정부의 협정의 의하여 독일 근로자에 상응한 금액을 지불해야 한다. 계약기간은 2년이며, 최장 3년까지 가능하다.

근로자의 도입은 중·동 유럽의 13개국<sup>254)</sup>과 쌍무협정을 맺되 상한선을 미리 정한다. 국가 간 합의에 따라 외국용역업체는 지역 고용사무소에 연방노동청이 정하는 수수료를 지불해야 한다. 또한 수수료 등은 근로자에게 청구하지 못하도록 하고 있다. 체류허가는 한 사업장에 종사하는 것을 전제로 하고 있으며 사업장 이동은 허용되지 않는다.

외국인 청부계약 근로자의 고용은 고용주에게도 고용허가제를 전제조건으로 하고 있고, 양국 간의 협정에 의하여 근로자를 도입하는 형식적인 틀을 보면 우리나라의 고용허가제와 유사하다고 볼 수 있다.

#### 나. 연수근로자

연수근로자 제도는 양국 간의 협정에 의하여 최장 18개월간 체류하면서 취업을 통하여 기술·기능 및 어학능력을 향상시키는 제도이다. 도입국가는 주로 동

253) 청부계약에 관한 기본적 내용은 독일민법 제631조 이하의 규정이 적용된다.

254) 현재 이에 해당하는 국가는 1) 비EU국가-보스니아헤르체고비나, 크로아티아, 마케도니아, 세라비아몬테네그로, 터키. 2) EU국가-불가리아, 라트비아, 폴란드, 루마니아, 슬로바키아, 슬로베니아, 체코, 헝가리 3)'근로를위한시행령' 제34조에 해당하는 국가-안도라, 오스트레일리아, 이스라엘, 일본, 캐나다, 모나코, 뉴질랜드, 산마리노, 미국이다.

구국가·발트3국·러시아·스위스 등 14개국이며, 국가마다 쿼터제가 운영된다.

전제조건으로 송출국에서 직업훈련을 수료하였을 것, 일정 수준의 독일어 능력이 있을 것, 연령이 18-40세일 것이 요구된다. 그러나 스위스의 경우에 한해 35세까지 인정해주고 있다. 국가 간의 협정에 의해 변동될 수 있으며, 중앙노동소개소에서 쿼터를 결정한다.

연수근로자의 중개는 연방노동청 중앙노동소개소에서 전담한다. 연수근로자로 일하려면 자국의 지역 고용사무소에 신청하여 지원양식서와 안내서를 받아 일정한 서류를 제출하여야 하는데, 각 국의 노동부는 지원자를 모아 1년에 2번 선발 면담을 실시하도록 하고 있다. 이 경우 연방노동청 직원이 참여하여야 한다. 면담에서 선발된 자의 지원 서류는 중앙노동소개서로 보내진다. 연방노동청은 연수근로자를 사용하려는 기업으로부터 채용신청서를 받아 지원자를 추천하고, 필요한 경우 해당 기업에게 지원 서류를 보내기도 한다.

연수근로자를 고용하려는 기업은 직업교육을 실시할 자격이 있는 자이어야 하고, 최소한 4명의 내국인을 정규직으로 고용하고 있어야 하며, 기타 연방노동청이 요구하는 조건으로 충족하여야 한다. 기업과 지원자 간에 조건이 합의되면 근로계약을 체결한다. 지원자를 지정하여 채용하려면 기업이 직접 지원자에게 근로계약서를 보내야 하고 지원자는 자국의 지역 고용사무소에 지원신청을 하여야 한다. 이 과정에서 민간중개업소의 개입을 인정되지 않는다. 근로계약이 체결되면 지원자는 사업장명과 연수근로자를 할 수 있는 체류허가가 발급되며, 사업장 변경은 허용되지 않는다. 지원자는 입국 후 1주일 이내에 주거신고를 하여야 한다.<sup>255)</sup>

##### 5) 불법체류자 단속과 인권침해

독일의 외국인력 정책은 고용허가제 운용시기, 고용허가제와 노동허가제의 병용기를 거쳐 1957년 ‘직업소개및실업보장에관한법’이 개정된 후 고용허가제가 폐지되어 현재는 노동허가제를 전면적으로 시행하고 있다. 따라서 독일은 고용허가제에 의해 외국인근로자를 도입하는 제도를 시행하고 있는 대표적인 국가라 할

255) Bundesagentur für Arbeit, “Hinweise zur Vermittlung von Fachkräften aus osteuropäischen Ländern nach Deutschland(Gast-arbeitnehmerverfahren)”, Nürnberg, 2007.06, 3ff.

수 있다. 한때 독일은 외국인력을 대거 도입하였다가 그 부작용 때문에 도입을 정지한 시기도 있었다. 이러한 시행착오를 거친 독일의 외국인근로자 정책은 OECD국가 중 최고라는 평을 듣는다.<sup>256)</sup>

#### 가. 사업주에 대한 단속

외국인근로자 불법고용의 단속은 지금까지 노동부의 관할이었다. 불법 고용뿐 아니라 합법 고용을 포괄하는 고용 전반에 대해서 노동부가 관장하였다. 직접 불법 외국인 고용행위 단속활동의 주체가 된 것은 과거 외국인근로자 정책 초기에 노동부가 직접 단속활동을 한 것을 제외하고는 연방고용청이다. 불법 외국인 고용에 대해 연방고용청은 고용허가 과정을 통해 일차적으로 단속을 하고, 직원들이 직접 사업장에서 단속활동을 벌였다.<sup>257)</sup> 연방고용청은 사용자와 피고용인을 대상으로 대대적인 홍보활동도 벌였다. 목적은 불법고용이 가지고 있는 법 위반 내용에 대해 홍보를 하고, 불법고용에 따른 피해를 홍보함으로써 불법고용을 사전 예방하고자 한 것이었다. 또한 이를 통해 연방고용청이 불법고용을 막기 위해 벌이는 활동에 대한 국민적 호응도를 높이기 위한 것이었다.

하지만 점차 불법 노동 단속과정에서 내무부의 역할이 강화되었다. 연방경제노동부 외국인 정책 담당자에 따르면, 이러한 변화의 원인은 불법 고용 단속의 성격에 기인한 것이었다. 불법노동단속을 위해서는 항상 무장한 인력이 필요하였으며, 경찰 공권력이 항상 필요했다는 점이다. 또 다른 점은 불법 고용 단속의 문제가 노동 이민뿐만 아니라 가족 초대로 온 이민, 난민 신청자 등의 문제와 복잡하게 얽혀있다는 사실 때문이었다. 따라서 외국인들의 사회적 통합과 난민 문제를 다루는 내무부의 역할이 중요해 진 것이었다.

이러한 기존의 불법 외국인 고용행위 단속체계가 2004년도부터 크게 달라졌다. 이와 관련한 법안으로 ‘불법노동단속법안’(Schwarzarbeitsgesetz: Gesetz zur Intensivierung der Bekämpfung der Schwarzarbeit und damit zusammenhängender SteuRhinterziehung)이 2004년 7월에 독일 의회(하원: 7월 2일, 상원: 7월 9일)에서

256) 노동부, 「독일과 미국의 외국인력제도」, 2004, 3면.

257) 시장 등에서 고용청 직원이 경찰과 합동으로 현장 단속을 벌인 사례가 연방고용청 홈페이지의 언론보도 부분에 제시되어 있다(예컨대, *Presse Info* 09/2003 vom 15/01/2003; *Presse Info* 013/2003 vom 13/02/2003).

의결되었다. 불법노동이 전체 국민경제에 대해 미치는 영향이 증대하여 과거에 비해 강화된 단속이 필요하게 된 상황을 반영한 것이다.

이 법안에 따르면, 내·외국인 모두를 대상으로 하는 미등록 취업 행위를 단속하는 틀에서 불법 외국인 고용행위에 대한 단속도 수행된다. 불법노동단속법안에서는 불법노동 단속과 관련된 기존의 법령들이 통합되었으며, 불법노동 단속을 보다 효과적이고 강력하게 수행하기 위한 기구를 세관 내에 설치하는 것을 골자로 하고 있다.

불법노동단속법에 따라 2004년부터는 현장 단속 업무가 세관직원으로 대체되었다. 세관이 불법고용 단속을 전담하게 되면서 외국인 불법노동 단속이 연방재무부의 관할 사항이 되었다. 경제노동부 외국인 노동 정책 담당자들은 연방고용청이나 노동사무소 직원의 규모가 적기 때문에 인력 규모가 큰 세관직원이 맡는 것이 훨씬 효율적이라고 하였다. 또한 불법노동 단속에 무장인력이 필요하기 때문에 중무장을 한 세관 직원들이 더 효과적으로 단속활동을 벌일 수 있다는 점을 지적하였다. 불법노동이 건설 부문 등에서 폭력조직과 연계되어 수행되기 때문에 무기를 사용하는 불법집단에 대처하여 단속활동을 펴는 경우들이 생기기 때문에 무장단속이 필요하다는 것이었다.

또한 세관이 불법노동 단속의 주체가 됨으로써 재무부 관할로 바뀐 것은 불법고용행위가 탈세와 밀접한 연관이 있다는 인식을 바탕으로 하고 있다. 세수를 관리하는 재무부가 불법노동에 대한 단속을 관할하는 것이 효과적이라는 것이다.

세관 내에 불법노동 단속을 전담하는 기구로써 ‘불법노동 재무감시’(Finanzkontrolle Schwarzkontrolle)가 설치되었다. 기존에 연방고용청에서 불법노동 단속을 해 왔던 조직과 인력은 그대로 이 기구에 편입되어 세관 내 단속인력들과 통합되었다. 2004년 1월 현재 통합된 인력의 규모는 2004명이며, 앞으로 7000명 규모로 증원될 예정이다. ‘불법노동 재무감시’는 전국 113곳에 설치되어 감시활동을 벌이고 있으며, 이를 총괄하는 기구로써 쾰른 상위재무감독청(Oberfinanzdirektion Köln)이 120명 직원의 규모로 설치되어 다른 기구들과의 협조체계를 구성하고 있다.

불법노동 단속을 위한 주무부처인 세관이 협력해야 하는 기구들은 연방고용청을 포함한 노동관청, 법적 의무 사회보험, 외국인법에 규정된 책임기관들이다. 연방고용청의 임무는 서류의 검토를 통해 불법노동행위를 찾아내는 것이며, 현장 단

속은 세관 직원들이 맡게 되었다. 취업을 위해 연방고용청의 인가를 받아야 하는 외국인을 고용하는 사용자는 임금, 노동시간, 기타 노동조건 등에 관한 정보를 고지해야 한다.<sup>258)</sup> 독일 경제노동부의 외국인근로자 정책 담당자들은 세관 직원과의 협조관계가 지금까지 원활하게 수행되어 왔다고 긍정적으로 평가하였다.<sup>259)</sup>

#### 나. 고용행위 단속과 관련된 인권 침해 시비

불법체류자 단속 과정에서의 인권침해 시비는 독일에서 큰 쟁점으로 부각되고는 않고 있다. 인권과 관련된 쟁점은 주로 난민신청이 기각된 신청자들을 본국으로 강제송환 하여야 할 경우 발생하고 있다. 또한 불법노동단속법의 제정과정에서 가사노동을 단속대상에 포함시킬지 여부에 대한 논란이 있었다. 최종 법안에서는 가사노동에서 발생하는 불법고용행위는 단속대상에 포함시키지 않기로 했다.

#### (2) 외국인 관련 법령의 특징

제2차 세계대전 이후 성립된 독일 연방 공화국은 전쟁 후에 독일로 돌아온 구 점령지역에 거주하고 있던 독일인(이른바 Aussiedler)과 관련하여 이들에 대한 국적 부여와 관련한 기본법 관련 규정의 제정(기본법 제116조 제1항), 전 후 복구와 경제호황기의 노동력 부족을 메우기 위한 취업이민자의 수용, 독일 통일에 따른 독일 내에서의 구 동독 주민들의 구 서독으로의 유입, 동 유럽의 해체, 특히 유고슬라비아 연방의 해체에 따른 내전으로 인한 전쟁난민의 대거 유입, 소련의 해체와 관련한 구 소련지역에 거주하고 있던 독일 출신의 독일로의 유입(이른바 Spätsiedler) 등으로 외국인 및 이주배경을 가진 독일인이 전체 독일 거주인의 18%를 차지하기에 이르렀다.

독일의 외국인 관련 법령은 국적과 관련하여 전통적인 혈통주의(속인주의)에

258) 연방재무부의 홈페이지에 2004년 5월 6일 보고된 사례를 보면, 2004년 4월 29일부터 30일까지 양일 간에 걸쳐서 세관직원들이 세관에서 불법노동 단속에 나섰는데, 6,300개의 검문 사례 중 약 13%에서 범규 위반을 발견하였다. 사용자가 피고용인을 위한 사회보험에 가입하지 않은 사례가 477건으로 가장 많았고, 운전자들 중 사회보험 수당이나 실업수당을 받는 경우가 260건으로 그 다음이었다. 세관직원들이 다른 업종에서 유사한 단속활동을 벌였는데, 범규위반 단속비율을 보면 건설현장에서 14%, 택시나 차량임대업에서 15%, 세탁업에서 16%, 도박업소에서 20% 이상, 호텔 및 숙박업종에서 25%가 범규위반이 의심되는 사례였다. <http://www.bundesfinanzministerium.de/BMF-.336.24185/Pressemitteilung/index.htm>.

259) 설동훈 외4인, 「각국의 외국인근로자 고용관리체계 사례연구」, 노동부, 2004, 57~59면.

다른 국적 취득사유를 확대하여 제한적으로 속지주의에 의한 국적취득도 가능하게 하고 있다. 그러나 독일의 외국인 법제와 정책의 가장 큰 변화는 유럽연합의 출범에 따른 전통적 국적 및 국민개념의 변화와 다양한 출신들로 이루어진 독일 사회의 다양성과 독자성을 유지하면서 법치국가, 사회국가 및 민주주의 원리와 조화시키기 위한 새로운 방향의 모색이라고 할 수 있다. 그에 따라서 외국인 정책을 총괄하고 있는 독일 연방 내무성은 외국인 정책의 주요 방향을 외국인 및 이주배경을 가진 독일인들의 독일 사회로의 통합(Integration)에 두고 있다. 외국인과의 공존을 위한 기초로의 통합을 화두로 삼고 있다. 이러한 입장은 최근의 외국인관련 법률인 '체류법'에 잘 반영이 되어있다. 입법자는 외국인 통합 정책의 실효성을 위하여 다양한 방법으로 접근하여야 할 과제를 가진다.

이에 따라 합법적 체류 외국인의 다양한 지원과 지위 개선을 위한 입법과 정책이 수반되어 질 것이다. 특히 독일 사회로의 외국인들의 통합은 사회정책적, 사회권적 문제로서 최저생활의 보장과 관련한 사회보장 체계로의 편입, 외국인 가족의 초청과 체류권에 관한 것이라고 할 수 있다.<sup>260)</sup>

그러나 한편에서는 이른바 순수 독일인과 그러하지 아니한 독일인 사이의 구별은 사회적 영역에서 뿐만 아니라, 공적 영역에서도 더욱 뚜렷하게 자리 잡을 것으로 예상된다. 독일 연방내무성이 독일사회로의 통합이 필요하고, 그에 따라서 통합교육 받아야 하는 대상인 '이주배경을 가진 자'를 'Migrationshintergrund'로 표시하고 있다. 이러한 용어의 사용은 외국인이 비록 관련 법률에 따라 독일 국적을 취득하여 이른바 순수 독일인과 같은 독일인이 되었다고 하더라도 그 독일인은 공적 관계에서마저 최소한 '통합'이라는 범위 내에서는 여전히 이주의 배경을 가진 '특별한' 독일인으로 취급받을 가능성이 있을 것이다. 그러한 예는 '이주노동자'를 나타내는 'Gastarbeiter'라는 용어에서도 찾아 볼 수 있으며, 외국인이 독일이라는 사회에서 어떻게 인식될 수 있는지에 대한 표지가 된다. 우리나라의 경우에도 시사점이 있는데, 우리나라의 법률이 '결혼이민자', '다문화가족' 등의 용어를 여러 법률에 사용하고 있지만, 이러한 용어가 가지는 언어적인 의미뿐만 아니라, 사회적 의미도 매우 주의 깊게 살펴보아야 할 것이다.

입법자는 외국인 통합을 위한 사회적, 물적 체계의 기초로서의 입법뿐만 아니

260) C. Koch, a.a.O., p. 162.

라 외국인이 독일의 사회와 문화를 이해하고 독일 국민과 공존할 수 있는 정신적 기초의 마련에도 노력할 의무를 부담한다. 즉 외국인에 대한 독일어 교육, 독일 법제에 대한 이해 및 교육, 외국인 자녀에 대한 교육의 보장 및 확대, 직업교육 등을 통하여 외국인이 독일의 문화와 사회 속에서 독자적인 주체로써 삶을 영위할 수 있도록 할 의무를 부담한다. 적어도 합법적으로 체류하고 있는 외국인의 독일사회로의 통합을 위한 물질, 정신적 기초의 제공(사회국가원리)을 통하여 외국인이 독일 사회에서 독자적인 생존능력과 자존에 대한 인식을 가지게 함으로써(법치국가원리) 독일인들과 공존할 수 있도록 하는 것(민주주의)이 독일 기본법의 이념에 부합하는 것으로 보인다. 그러나 불법체류자에 대한 독일의 정책은 이전보다 강화될 것으로 판단된다.

## 第2節 프랑스

### 1. 프랑스의 外國人勤勞者 雇傭制度

#### (1) 프랑스 외국인고용정책의 특징

프랑스는 전쟁으로 인한 노동력의 상실과 경제부흥의 필요성에 대처하기 위해 1945년 11월 2일 '외국인의 프랑스 입국 및 체재에 관한 대통령령'을 제정했다. 이 법령의 목적은 외국인의 프랑스 입국, 체재 및 노동에 관한 요건을 규정하는 것과 함께 외국인의 노동자의 모집, 수용을 독점적으로 행하는 국가기관으로서 국립이민국을 창설해 국가의 통제·관리 하에서 외국인근로자를 규칙적으로 도입하려는 의도였다. 그러나 단순히 동·남유럽인 뿐만 아니라 알제리, 모로코 출신자와 서아프리카로부터의 흑인 유입도 급증해 독일과 마찬가지로 정착화의 경향이 현저해 졌고, 미등록이민의 유입도 1965년에는 그 수가 합법이민의 82%를 차지하였다.

1974년 7월 프랑스는 석유위기로 인한 경제위기와 실업난에 대응하기 위해 EU 출신자 및 계절근로자를 제외한 신규 외국인근로자의 수용을 원칙적으로 금지하

였다. 이 후 외국인근로자의 정책은 새로운 단계를 맞이하게 된다. 즉 외국인근로자가 직업을 잃었을 때에는 일정기간 내에 취직하지 못하는 한 프랑스를 떠나야 했고, 그 경우 귀국 시 일정한 액수의 귀국보조비가 주어졌다. 프랑스 또한 독일과 마찬가지로 신규유입의 규제, 귀국촉진과 함께 외국인 정책의 중요한 중심이 되고 있는 것은 정착한 사람들과의 통합이다. 따라서 이미 장기 거주 하여 귀국이 사실상 불가능한 사람들에 대하여 보다 안정된 지위를 부여하고 그들의 프랑스 사회로의 통합을 지원하였다.<sup>261)</sup>

1970년대 중반이후 프랑스에서의 외국인에 대한 노동시장 접근규제는 이민정책수립을 위한 중요한 수단의 하나가 되어 왔다. 모든 EU회원국들에 비해 프랑스는 비교적 빨리 항구적인 고용허가를 극히 최소한의 수준<sup>262)</sup>으로 축소하는 규칙을 수립하였다. 이러한 규칙은 두 가지의 절대적인 정책명제로부터 출발한 것이다. 즉 국가의 노동시장의 보호 및 자국에서 거주하고 있는 자(자국민 및 합법적인 지위를 가진 외국인)에 대한 우선순위 부여가 그것이다. 지난 20여년 동안 규제와 더불어 관련 법령을 제정하여왔다. 프랑스에서 노동을 하고자 하는 외국인은 두 가지 제약에 직면하게 된다. 첫째, 프랑스로 입국하기 전에 노동허가를 얻어야 한다는 것이고, 둘째, 현실적인 노동시장의 조건 때문에 자신이 원하는 노동허가가 원칙적으로 배제될 수 있다는 것이다. 물론 이러한 요구사항들은 거의 모든 국가들의 기준이 되고 있으며, 이러한 측면에서 보면 주요 국가들의 관련법상의 유사성이 크다고 할 수 있다.

그러나 현행 관련법의 집행수준과 관계없이 노동관련 입국이 철저히 금지되었던 것은 아니며, 외국인의 불법고용이 근절되었던 것도 아니다. 이러한 현상은 모든 EU국가들에서도 마찬가지이다. 이러한 상황이 반영되어 EU에서는 “고용을 목적으로 하는 제3국 국민의 입국제한”(the restriction on entry of nationals of third countries for purposes of employment)에 관한 결의가 이루어졌고, 그에 따른 권고가 행하여졌다. 또한 1996년의 유럽사회정책에 관한 백서(White Paper

261) 사회적 통합을 위하여 프랑스어 교육, 직업훈련, 외국인 자녀에 대한 지원, 주택 개선 등의 지원을 하였다. 이만희, “외국인 노동자의 불법취업 증가에 대한 단속대책”, 「저스티스」, 제24권 제2호, 한국법학원, 1991, 139면.

262) 독일연방공화국 및 덴마크는 1973년 이러한 결정을 내린 최초의 국가이며, 그 뒤 1974년 프랑스와 벨지움도 이에 따랐다.

European Social Policy)에서도 동일한 내용이 언급되어 있다. 이러한 문서들은 외국인의 노동활동을 위한 입국이 합법적인 것인지의 여부를 떠나 EU 회원국의 경제 기타 분야에 중대한 영향을 미친다는 점을 반영한 것이다.

European Commission은 그 문서에서 불법입국과 관련된 경우를 포함하여 불법고용에 관한 몇 가지 제안을 내놓을 의지가 있음을 강력히 피력하고 있으며, 이러한 목적을 위하여 그 문서에는 “불법고용에 대한 대처에 새로운 추진력을 불어넣고 가능한 해결방안을 확인하기 위한 목적으로 회원국들 간의 경험의 공유의 필요성”을 명시하고 있다. 그러나 회원국들이 불법고용행위를 한 자에 대한 처벌 문제에만 관심을 가짐으로써 외국인고용에 관련된 회사들의 호소에 귀를 막아버린 것은 아니었으며, 필요한 경우 외국인의 일시적인 고용을 허가하는 법적 문서의 갱신을 촉진하고자 하는 의지가 약화된 것도 아니다. 국가들은 그 동안 다양한 방안을 통하여 노동관련 입국문제를 다루는데 있어서의 유연성을 확보하고자 하고 있다.<sup>263)</sup> 이는 노동시장의 보호와 가용노동인력에 대한 우선적 노동기회제공이라는 두 가지 원칙이 지속적으로 재확인되고 있으며, 그 시행과정에서 상당한 정도의 예외들이 인정될 수 있음을 의미하는 것이다.

공공기관들은 최근 일반적으로 외국인근로자문제에 대한 대체방안을 개발함에 있어서 이중적인 접근방법을 취하여 왔다. 첫째, 입법에 의한 통제를 강화하며, 책임 있는 기관의 권한을 확대하고 또한 위법행위에 대한 처벌을 엄격히 하는 것이다. 둘째, 일정한 범주의 외국인근로자에 대하여는 특별히 보다 유연한 관련 법 적용을 통하여 그 채용을 촉진하는 것이다.

## (2) 사전고용허가 및 사전배제

프랑스에서 급여를 받는 고용을 얻고자 하는 외국인<sup>264)</sup>은 관련 당국으로부터 사전허가를 받아야 하며, 관련 당국은 프랑스의 고용상황을 고려하여야 한다. 여기에는 고용시장 보호를 위한 몇 가지 기본원칙들이 존재한다. 먼저 고용시장의

263) 벨지움, 독일 등은 일정한 제3국과 노동협정(labor agreements)의 체결을 통하여, 이탈리아와 룩셈부르크는 새로운 이주 노동자들의 노동시장 접근을 제한하였고, 스페인과 이탈리아는 쿼터제를 도입하였다.

264) 여기에서 외국인이라 함은 EU회원국의 국민이 아닌 자를 말한다.

상황에 기초한 고용배제의 원칙은 EU회원국들에서 가장 보편적인 원칙중의 하나이다.

동 원칙은 신청인이 고용을 얻고자 하는 산업, 지역 또는 직종에서의 노동시장 상황을 고려하여 새로운 노동허가를 부여하도록 하는 것이다. 이 원칙은 이미 노동허가를 얻은 프랑스 국민 및 외국인에 대하여 고용우선권을 보증하고 일시적인 고용을 위한 입국을 통제하는데 가장 만족스러운 수단으로 간주되고 있다. 이에 따라 관련 당국은 당해 당국 서류에 노동허가신청서에 언급된 직종에 종사할 수 있는 실업중인 고용원의 이력서가 포함되어 있지 아니함을 확인하여야 한다. 지방 노동부서는 5주 동안 이에 대한 조사를 할 수 있는 기간을 갖게 된다.

만약 노동허가 신청이 기각된 경우 그 기각이유를 적시하여야 하며, 그 결정에 대하여는 거부 직후 2개월 이내에 이의를 제기할 수 있다. 고용계약허가를 신청한 노동자와 고용계약을 체결한 고용주는 당해 노동자의 고용허가신청이 기각된 경우, 이에 대한 통지를 받게 되며, 고용허가가 거부된 노동자를 고용함으로써 초래된 처벌에 대하여도 역시 통지를 받게 된다.

타인으로부터 고용되어 급여를 받은 자가 아닌 자(non-salaried personnel)의 프랑스내의 경제활동에 대하여는 다른 법령의 적용을 받게 된다. 즉 자신이 직접 기업을 설립하고자 하는 자는 먼저 기업가 신분증(identity card)을 취득하여야 한다. 이러한 자가 기업을 설립하는 때에는 그 신청서에 경찰기록 초록을 첨부하여 관련 부서에 제출하여야 하며, 관련부서는 신청인에게 일시적인 거주허가를 부여할 것인지에 대하여도 결정을 내리게 된다. 타인에게 고용되는 자가 아닌 자가 신청서를 제출하면 자격, 재정적인 건전성 및 도덕심 등을 기준으로 평가를 하게 되며, 관련 기관은 상업회의소, 관련 직능별 조합 및 경우에 따라서는 당해 지방자치단체의 장으로부터 관련 자료를 요청하게 된다.

### (3) 사전허가 원칙에 대한 예외

사전허가의 원칙도 많은 예외의 적용을 받게 된다. 그러한 예외는 우대적인 허가부여 또는 완전한 허가 등의 조치가 될 수도 있으며, 그 근거는 다양하다. 가장 흔한 경우가 그 가족들의 프랑스 체류, 관련 활동의 유형(그 성격 및 기간),

신청인에 적용될 수 있는 특정한 관련 법조항 또는 인도주의적 고려 등이다.

노동허가의 경우보다 큰 정도로 현실적인 “실용주의”가 각각의 특정한 일련의 상황을 감안한 노동시장조건을 고려하는 때에는 적용된다. 여기에서는 신청인의 법적 지위 및 특히 관련된 노동의 종류에 고려한 예외들이 정당화된다. 고도의 숙련노동, 높은 급여를 지급하는 노동에 대하여는 강력한 우대조치가 부여되는 것이다. 이러한 경우에는 노동시장조건을 이유로 노동허가가 거부되거나 사전배제되는 경우가 거의 없다. 이러한 점은 인구 및 이주부(Direction de la population et des migrations(DPM)의 1988년 7월의 회보(circular)<sup>265</sup>)에서도 천명되었는바, 이 회보에서는 최소한 180,000 FRF의 연봉을 받은 컴퓨터 엔지니어에 대하여는 노동시장 사전배제 원칙의 적용을 배제하고 있다. 이러한 유연성은 1998년 5월 11일의 법률<sup>266</sup>)에서도 확인된 바 있다.

## 2. 外國人勤勞者政策의 評價

위에서 살펴보았듯이 프랑스의 외국인근로자정책은 다음과 같다.

첫째, 프랑스의 외국인근로자정책은 체류관련법과 연관되어 있다. 현 이민법 하에서는 부여된 체류허가의 유형이 입국사유에 대하여 해당신청자의 근로 자격 여부를 결정하는 데, 체류허가에는 임시체류허가(CST), 10년부 체류허가, 임시노동허가(APT)의 세 가지 종류가 있다.

임시체류허가는 1년 동안 유효한 갱신부 허가로 유럽연합(EU)가맹국이나 유럽 경제권, 알제리 등 쌍무협정을 맺은 국가출신 이외의 외국인들이 가족 연고자 증명에 기초하거나 가족 재결합의 자격이 있는 합법체류 이주민들의 외국인 배우자 또는 미성년 자녀로서 임시체류허가를 부여받을 수 있다. 10년부 체류허가는 사실상 영주권에 해당되며, 임금고용허가로도 불린다. 이 허가를 받으면 프랑스 내 모든 지역, 직종에 종사할 수 있다. 10년 체류허가 부여 결정은 주로 이전의

265) DPM Letter No.42 of December 1998은 이 회보가 직원을 채용하는데 애로를 겪고 있음을 밝힌 회사들로부터 접수한 불평을 고려한 것임을 명백히 밝히고 있다.

266) 외국인의 ‘프랑스방문또는거주의권리및비호권에관한법률’(Law Dealing with Foreigners’ Rights to Visit or Stay in France and the Right of Asylum)에서는 일시적인 고용허가를 받은 자가 자신의 직업을 수행할 수 있는 두 가지 범주의 고용허가제도를 도입하였는바, 과학자(교사 및 연구자)에 대한 고용허가 및 예술가에 대한 고용허가가 그것이다.

프랑스 내 체류기간(지속적으로 5년 거주 및 가족 연계)의 의해서 좌우된다. 임시고용허가인 임시노동허가는 임시체류허가취득 조건을 충족시키지 못하지만 특정 기간, 특정 회사를 위해 근로할 수 있는 임시허가 취득은 가능한 외국인근로자들이 부여받은 임시고용허가이다.<sup>267)</sup>

둘째, 프랑스에서 근로를 희망하는 외국인이라도 유럽연합(EU)가맹국민이나 유럽경제권<sup>268)</sup> 그리고 안도라, 모나코, 스위스 출신의 근로자는 체류 및 근로허가가 없어도 프랑스에서의 근로활동이 허용된다. 또한 구식민지였던 가봉, 모르코, 알제리, 토고, 튀니지와 관계에서 쌍무협정에 의해 특별히 취급한다.

### 第3節 日本

#### 1. 外國人 관련 保護 法制의 立法 背景

일본에 체류하고 있는 외국인으로 등록된 외국인을 기준으로 2005년 12월 그 수는 201만 1,555명으로 조사되었다. 이는 2003년 12월 보다 3만 7,808(1.9%)이 증가한 것이다. 이 중 출입국관리 및 난민인정법(이하 ‘入管法’)에 따른 영주자, 정주자, 일본인배우자 등의 일반적인 정주외국인의 수는 120만명 이상에 이르고 있다. 그 밖에 미등록 체류 외국인의 수까지 포함한다면 일본에 장기간 체류하고 있는 외국인은 더욱 많을 것으로 예상된다. 일본도 세계화 및 문화의 다원화에 따른 외국인과 외국문화에 대한 인식의 변화와 그들이 일본사회에 미치는 영향을 주목하고 있다. 그에 따라 일본은 최근 자국의 헌법 및 기타 법령에서 정하고 있는 기본권 및 법적 권리를 가능한 한 외국인에게까지 확대하여 인정하려는 추세이다.

우리나라에서 외국인의 헌법상 지위 및 기본권 향유의 주체성여부 논의가 있는 것처럼 일본의 경우도 외국인이 일본국헌법 제3장의 권리의무의 주체로 될

267) 설동훈 외4인, 「각국의 외국인근로자 고용관리체계 사례연구」, 29~32면.

268) 유럽경제권은 유럽연합(EU)가맹국(그리스, 네덜란드, 덴마크, 독일, 룩셈부르크, 벨기에, 아일랜드, 영국, 오스트리아, 이탈리아, 스웨덴, 스페인, 포르투갈, 핀란드, 프랑스)에 노르웨이, 리히텐슈타인, 아이슬랜드를 포함하여 18개국이다.

수 있는가, 될 수 있다면 어떤 권리의 주체가 될 수 있는가의 문제가 논의되고 있다. 특히 최근 일본이 국제화와 세계평화를 표방하면서 외국인의 헌법상의 지위는 더욱 더 중요한 논점이 되었다. 일본의 통설은 외국인에게도 헌법상 기본권의 주체성을 인정하는 것이다. 그러나 그 구체적 인정범위를 둘러싸고는 견해가 갈리고 있다. 즉, 일본헌법 제3장에서 국민의 권리 및 의무라는 제목으로 되어 있는 점을 중시하여 외국인의 인권향유 주체성을 부정하는 견해와 일본국민만을 대상으로 하는 권리를 제외하고 보장의 정도에는 차이는 있지만, 헌법상 인권은 외국인에게도 적용된다는 견해, 그리고 외국인의 인권주체성에 대한 기본적으로 전자를 따르면서 후자의 견해의 이념을 살리는 견해로써 현행 헌법의 정신, 인권의 전국가적 성질, 국제적 인권보장의 취지에 비추어 헌법의 직접적인 보장 규정을 가진 일본국민과 다른 입장에 서서 외국인에게도 일본국민과 같이 취급해야 한다는 견해로 나누어져 있다.

일본헌법상 규정하는 외국인은 일본국적을 가지는 자 이외의 무국적자를 포함한 모든 사람을 외국인으로 규정하고 있다. 외국인에 관한 규정은 ‘入管法’에 분류되어 있는데, 入管法 제2호에 따르면, 영주자·일본인의 배우자·영주자의 배우자·정주자 등 4종류의 외국인이 있다. ‘정주외국인’은 실제 법령상 사용되어지는 용어는 아니지만 일본에서 외국인과 관련한 쟁점이 제기되면 주로 사용되는 용어다. 일본에서 ‘정주외국인’이라는 것은 일본사회에 생활의 근거를 가지고, 그 생활실태에서 자기의 국적으로 포함하여 다른 어떤 나라보다도 일본과 깊은 관계에 있으면서, 일본에 거주하는 일본국민과 동등의 입장에 있지만, 일본국적을 가지지 아니한 자이다. 또한 일본국민에 준하는 자도 포함하는 것으로써 일정기간 이상 일본에 체류하면서 일본사회에 깊이 뿌리 내리고 지역사회의 한 구성원으로 되어 있는 사람을 포함하는 것으로 정의할 수 있다. 정주외국인에게는 영주허가권을 받는 이도 당연히 포함되지만, 일본에 항상 거소하는 곳을 가진 외국인도 포함하는 넓은 의미로 파악하는 것이 정당하다는 것이 통설이다.<sup>269)</sup>

269) 외국인의 유형으로선 1) 영주자격을 가지는 영주외국인, 2) 영주자격은 없지만 일정기간의 재류자격을 가지는 정주외국인, 3) 그 외의 등록외국인, 4) 이상의 외국인을 제외한 일반외국인(90일미만의 일시체류자), 5) 난민으로 구별할 수 있다.

## 2. 外國人 관련 保護 法制

### (1) 出入국관리와 관련한 법률

일본은 ‘入管法’과 ‘외국인등록법’에 의하여 외국인 출입국 및 체류를 관리하고 있다. ‘入管法’은 1952년에 처음으로 제정되어 전후 일본의 이민 정책에 기본 골자를 제시하였다. 미국의 이민법시스템에서 원용하였으나, 그 내용이나 목적은 전혀 다른 내용으로 이주자를 국내에 정착시키거나 혹은 이미 국내에 거주하고 있었던 외국인을 국적법에 의해 포함시키는 등의 정책은 전혀 도입되지 않았다. 또한 외국인 등록시스템은 이미 체류하고 있던 외국인이나 새로 입국한 외국인의 구분을 두지 않고 이들을 관리하거나 통제하는데 중점을 두었다. 1980년대 후반부터 국제사회의 일본에 관한 관심이 증가하고 일본경제가 호경기를 맞이하자, 기업의 인력부족 현상이 심각해졌고, 엔고로 인하여 일본에의 취업이 외국인에게 큰 매력이 되기 시작하여, 일본에 입국, 체류, 취업하려는 외국인이 현저하게 증가하기 시작하였다. 이후 단순 노동자의 불법 취업이 점차 사회의 문제가 되기 시작하였다.

‘入管法’은 1989년 일부 개정되기 시작하여 1990년에는 대폭 개정<sup>270)</sup>되었으며, 동시에 1991년 ‘출입국관리특례법’이 실시되면서 출입국관리정책<sup>271)</sup>을 중심으로 한 일본 정부의 외국인 정책의 골격을 잡아나갔다. 1992년 제1차 ‘출입국관리기본계획’을 계기로 원활한 외국인 수용(전문지식의 보유자)과 원치 않는 외국인(저숙련 단순노동자)의 효과적 배제 및 불법 체류자의 근절 정책을 확고히 하였다.

그러나 불법체류 외국인의 숫자가 줄어들지 않는 가운데 1999년 입국법의 일부 개정이 이루어졌는데, 그 내용으로는 집단 밀항을 조장, 원조하는 행위의 처벌, 불법체류죄의 신설, 강제퇴거경력자에 대한 상륙 거부기간의 연장(1년에서 5년으로)등을 들 수 있다. 특히 개정 전에는 불법입국 후 적발 되지 않고, 3년이 경과하면 형사소송법 공소시효가 소멸되었으며, 따라서 불법·체류에 대하여 형

270) 전문적 기술적 분야의 체류 자격을 별1의 1 및 2에 명시하여 전문능력을 가진 외국인의 체류자격을 정비하였다. 현재는 27개의 체류자격이 있으며, 그 중 14개가 취업을 목적으로 한 체류자격이다.

271) 외국인이 입국한 곳을 중점 관리지역으로 잘 통제 관리하면 된다는 생각으로 최근에는 중점관리지역을 입국항만에서 내륙으로 점차 강화시켜나가기라고 노력하고 있다.

사책임을 물을 수 없었으므로 단속에 지장을 초래하였다.

1999년 2월 시행 새 入管法 개정에서는 기간에 관계없이 불법체류 자체가 처벌의 대상이 되었다. 이는 2003년 제2차 ‘출입국관리기본계획’ 에서도 ‘전문적, 기술적 노동자는 적극적으로 받아들이지만, 이른바 단순노동자의 도입에 대해서는 신중하게 대처한다’는 외국인 유입정책의 골격을 유지하면서 테러위험성에 따른 치안 대책의 관점을 도입하고, 출입국행정의 중요한 과제와 이후의 방침으로 불법 체류자의 현실적이고 효과적인 대응을 하고자 하였다.<sup>272)</sup>

‘入管法’은 2006년도에 다시 대폭 개정이 되었다. 2006년 개정의 주요 이유 및 골자는 테러의 방지를 위하여 보다 효과적인 대책의 마련과 출입국관리의 개선을 통한 출입국행정의 효율화 도모하고, 구조개혁특별구역법에 따른 특별조치 등 전국적으로 실시하기 위한 규정의 정비가 필요했기 때문이다. 그에 따라서 ‘입국 심사시 외국인의 개인식별정보 제공의 의무화’, ‘강제퇴거 사유 및 대상의 명확화’, ‘입항 승무원 및 승객에 관한 사항의 사전보고(동법 제57조)’에 관한 규정들이 신설되거나 강화되었다. 출입국관리의 원활화를 위한 규정의 개선과 관련하여서는 ‘상륙 심사 절차의 간소화 및 신속화’, ‘강제퇴거 신속 및 원활화’를 꾀하였다. 최근 入管法 개정에서 주목할 사항은 ‘구조개혁특별구역법에 따른 특별조치’ 등의 전국적 실시를 위한 규정의 정비이다. 일본정부는 특별연구활동, 특정연구사업활동, 특정연구 등 가족체재활동, 특정정보처리활동, 특정정보처리가족체재활동, 이것에 준하는 외국인 교수의 교육활동, 외국인 교수의 가족체재활동을 모두 入管法의 체류자격 특정 활동으로 규정하고, 체류기간의 상한에 대해서는 3년을 5년으로 연장하는 등 특정 전문영역의 외국인력의 상륙과 체류기회의 확대를 꾀하고 있다.

272) 이에 따른 기본정책 방향을 아래와 같이 제시하고 있다.

- 강력하고 효과적인 불법 체류자 대책 실시 : 심각해 가는 불법 체류자 문제에 강력히 대응하기 위하여 이제와 같은 방식으로 적극적인 적발 활동을 해가는 한편 엄격한 입국심사, 체류 상황의 정확한 파악 등의 종합적인 불법 취업노동자대책을 전개해 간다. 더불어 정보 관리와 그 정보의 활용, 국제법외단의 관여 건에 대처하기 위해 국제적 협력의 틀 구축과 그에 관한 추진 등 연구를 계속해 나간다.
- 불법 체류자와 사회의 연계에 배려한 행정 : 불법체류자에 관해서는 원칙적으로 신속히 사회에서 배제시키도록 강력히 노력하는 한편 일본인, 영주권자, 특별영주권자와의 신분관계가 파악되는 등 일본 사회와의 밀접한 연계가 파악 될 때에는 인도적 관점을 충분히 고려하여 적절히 대응한다.

## (2) 정치적 권리와 관련한 법률

외국인에 대한 참정권 인정을 점차 확대하고, 있는 유럽의 여러 나라와는 달리 일본은 특수한 역사적인 문제<sup>273)</sup>와 국민주권의 원리<sup>274)</sup> 등과 관련한 문제로 여전히 논쟁이 벌어지고 있는 실정이다. 일본에서의 외국인에 대한 참정권 인정의 문제는 일본만의 문제가 아니라, 한·일간의 관계, 국제상호주의에 따른 국제협조주의 등의 관점과 관련한 근본적인 문제 인식도 관련이 있다. 일본에서는 외국인의 참정권을 인정할 것인가에 대해서 다양한 논의가 있으며, 이 다양한 논의를 정리해 보면 대개 다음과 같이 정리할 수 있다. 첫째, 외국인의 참정권이 금지되는가, 허용되는가, 요청되는가,<sup>275)</sup> 둘째, 국정참정권도 지방참정권도 부정되는가, 지방참정권만이 긍정되는가, 양자가 동시에 인정되는가, 셋째, 외국인의 선거권도 피선거권도 부정되는가, 선거권만이 긍정되는가, 양자 모두 긍정되는가<sup>276)</sup>로 크게 3가지로 나누어 볼 수 있다. 이상과 같이 국정에서도 지방에서도 부정되는 설과 국정에서도 지방에서도 인정되는 설, 국정에서는 금지되지만 지방에서는 허용되는 3가지 설이 있다.

외국인 특히 정주외국인에 대한 참정권인정여부는 논의는 많으나, 아직 현실적으로 선거권, 피선거권 등 참정권은 인정되고 있지 않고 있는 실정이다. 이는 국민주권의 헌법에서는 선거 내지 자국의 공무에 관여하는 정치적 권리의 주체가 그 성질상 당해 국민에 한정되는 것은 극히 당연하다는 인식이 자리 잡고 있기 때문이다. 따라서 이를 인정하는 것은 국민주권에 반하는 것이라고 할 수 있으

273) 이 일본의 특수한 역사적 문제라는 것은 대한민국, 북한, 대만 등을 식민지화해서 그들을 일본국민으로 만든 것, 그리고 그 일부의 사람들이 일본에 체재하고 있었고 현재에도 그 사람들이 일본에 있다는 것, 진후 일본의 패전과 함께 샌프란시스코조약에 따라더라도 그들에 대해 어떠한 조치를 취하지 않은 것 등의 문제이다.

274) 그 일반적인 통설에 따르면 공무원의 선정과 파면은 국민주권의 귀결이며, 이러한 참정권의 보장이 오로지 일본국민에 대해서 이루어져야 하는 것으로 이것을 성질상 극히 당연하다고 한다. 그러나 국민주권에 대해서는 견해가 나뉘어져 있다. 국적보유자 혹은 국민을 주권의 담당자로 하는 국가주권의 생각이 외국인의 참정권을 부정하는 한편, 유권자 혹은 사회계약참가자의 총체인 인민을 주권자로 설명하는 인민주권의 생각이 외국인의 참정권을 요청하는 것이라는 것이다.

275) 국정과 지방참정권의 선거권과 피선거권은 금지된다고 한다. 그 이유는 선거권은 국민고유의 권리로서 국민주권에서는 보장하고 있지 않는 권리이다.

276) 이는 다시 1) 국정선거, 지방선거와 함께 요청, 2) 국정금지과 지방선거허용, 피선거권금지, 3) 국정금지와 지방선거허용, 피선거권허용, 4) 국정금지와 지방선거요청, 피선거권금지, 5) 국정금지와 지방선거요청, 피선거권요청으로 나누어 볼 수 있다. 이중에 현재 2)가 유력설이다.

며, 일본에서는 실정법상 선거권, 피선거권에 대해 외국인에게는 부정되고 있는 것이다.

외국인의 공무원담임권에 대해서 몇몇 지방자치단체를 제외하고는 대부분의 국가 및 지방자치단체가 외국인의 취임을 부인하고 있다. 그 논거로써는 국민주권의 원리에 따라 국가 및 보통지방자치단체에 의한 통치방식은 일본이라는 국가의 통치자인 국민이 최종적인 책임을 지므로, 원칙적으로 일본국적을 가지는 자가 공권력 행사 등 지방공무원에 취임하는 것을 전제로 하고 있는 것으로 본다. 따라서 일본 이외의 국가에 귀속되어 있고 그 국가에 대해 권리와 의무를 가지는 외국인이 공권력행사 등 지방공무원에 취임하는 것은 일본의 법체계상 성립할 수 없다.<sup>277)</sup>

그러나 현재 학계의 견해는 이러한 공권력의 행사 또는 국가의사의 형성의 참가라는 기준이 광범위하고 추상적이기 때문에 확장해석 될 우려가 있어 보다 명확하게 한정적, 구체적 기준이 필요로 하며, 공권력을 행사하는 직무라고 하더라도 조사, 자문, 교육적인 직무에 대해서는 정주외국인도 취임할 수 있다는 생각이 통설로 되어 있다.

### (3) 외국인근로자 관련 법률

외국인근로자에 대한 일본 정부가 표방하고 있는 기본방향은 1999년 7월 결정된 ‘경제사회가 갖추어야 할 모습과 경제신생(經濟新生)의 정책방침’과 동년 8월 결정된 ‘제9차 고용대책기본계획’에 잘 나타나 있다. 이들을 통해서 본 일본정부의 기본방침이란 “전문적이고 기술적 분야의 외국인근로자에 대해서는 일본 경제사회의 활성화나 세계화를 한층 더 도모한다는 관점에서 도입을 보다 적극적으로 추진하기로 하는 한편, 이른바 단순노동자의 도입에 대해서는 국내의 노동시장과 관계된 문제를 비롯하여 일본의 경제사회와 국민생활에 심대한 영향을 끼칠 수 있을 뿐만 아니라, 노동력의 송출국이나 외국인근로자 본인에 대한 영향

277) 最大判 平成17年1月26日, 대법정판결 평성 10년 제93호 관리직 선거 수험자격 확인 등 청구사건, 이 사건에 지방공공단체가 공권력의 행사를 하는 것 등을 직무로 하는 지방공무원을 포함하는 모든 관리직의 임용제도를 두고 일본국민에 한정하는 것은 합헌이라고 보고 있다. 또한 여기서는 국가의 통치권력을 직접 행사하는 공무원과 간접적으로 관여하는 공무원 보좌적 보조적인 사무 등에 종사하는 공무원의 3종류로 구별하여 직간접이든 관리직에 대해서는 국민주권원리와 당연의 원리를 들어 설명하고 있다.

도 매우 크다고 예상되는 등 여러 가지 이유로 인해 국민의 의견을 존중하고 충분히 반영하여 신중하게 대응하는 것이 불가결하다”는 것이다. 후생노동성의 경우에도 IT분야 등 전문적이고 기술적인 분야의 외국인근로자에 대해서는 도입을 보다 적극적으로 추진한다는 관점에서 취직지원제도 등을 실시하고 있다.

일본 정부의 ‘공식적’ 외국인력 정책은 세 가지로 요약할 수 있다. 첫째, 외국인력 수입은 최후 수단이다. 둘째, 전문기술적 근로자는 받아들이지만, 단순기능직 근로자는 받아들이지 않는다. 셋째, 모든 외국인근로자는 단기 ‘방문자’이다.

‘入管法’은 출입국관리 및 체류관리에 관한 기본체도로써 ‘체류자격제도’를 채택하여 외국인의 일본 체류시 활동에 대한 기준을 제시하고 있다. 체류자격이란, 외국인이 일본에 체류하면서 할 수 있는 활동 또는 일본에 체류할 수 있는 신분 혹은 지위에 의거한 활동을 유형화한 것이다. 외국인이 일본에 입국할 시에는 일정한 체류자격 및 이에 따른 체류기간이 부여되어 그 체류자격에 속하는 활동 범위 내에서만 체류 중의 활동이 인정된다. 일본에서는 이 체류자격에 해당하는 자의 여부에 의해서만 입국 및 체류를 결정하고 있고, 인원의 제한이나 이른바 노동시장 테스트에 의한 방식은 취하고 있지 않다. 대한민국을 비롯한 몇몇 외국에서 실시하고자 하는 고용허가제도에 대해서도 “불법체류를 합법화하기 위해서는 필요할지 몰라도 현 단계의 일본에 있어서는 불필요하다”는 것이 기본적인 생각이다. 취업 가능한 자격을 기준으로 한 입국허가를 가장 기본적인 틀로 생각하고 있다는 것이다.

일본에 입국, 체류하는 외국인은 원칙적으로 ‘入管法’에서 정한 체류자격 중 하나를 보유할 것이 요구된다. 취업을 목적으로 한 체류자격은 아니지만, 니케진<sup>278)</sup> 등을 대상으로 한 ‘일본인의 배우자 및 자녀’ 혹은 ‘정주자’ 등 외국인 신분, 지위에 착안하여 분류된 체류자격에서는 그 활동에 제한이 없기 때문에 취업하는 것도 가능하도록 규정하고 있다. 한편 허가를 받지 않고 자격의 취업활동을 하는 경우에는 형사처벌의 대상이 되고, 더욱이 자격 외 활동만을 행하고 있다고 인정될 때에는 보다 중형의 형사처벌 대상이 되며, 경우에 따라서는 강제퇴거의

278) 니케진은 브라질, 페루 등 해외에 이주한 일본인의 후손을 말한다. ‘니케진’에 대해서는 아무런 제한 없이 일본 내에서 취업할 수 있도록 허용하고 있으며, 일본에서의 단순기능인력의 부족은 주로 이에 의하여 해결하고 있다. ‘니케진’은 1-3년의 체류자격을 얻어 입국하지만 범죄 등 특별한 사유가 없는 한 체류기간이 계속 연장될 수 있다. 이학춘, “외국인근로자의 법적 지위”, 비고노동법 국제학술대회 발표자료집, 한국비고노동법학회, 2006, 338면.

대상이 된다.

#### (4) 국적 취득과 관련한 법률

일본의 '국적법'은 외국인이 일본의 국적을 취득할 수 있는 대표적인 방법으로 귀화를 규정하고 있다. 일본의 현행 '국적법'은 일본이 1985년 여성차별철폐조약을 비준함에 따라 종래의 부계혈통주의에서 부모양계혈통주의로 변경되었다. 따라서 부모 중 어느 일방이 일반국민이면 그 사이에서 출생한 자는 출생에 의해서 일본국적을 취득할 수 있는 것이다. 주로 우리의 관심이 집중되어 있는 재일동포의 일본 국적 취득과 관련하여 살펴보면, 재일동포인 아버지와 일본인인 어머니 사이에서 태어난 자는 현행 일본의 '국적법'에서 이중국적자로 태어나게 되며 22세에 달하기 전에 어느 한 국적을 택하기 전에는 일단 일본인으로만 생활하게 된다.

일본 '국적법' 제4조에서는 일본국민이 아닌 자는 귀화에 의해서 일본의 국적을 취득할 수 있도록 하고 있고, 귀화하기 위해서는 요건을 갖추어 법무대신의 허가를 얻도록 하고 있다.<sup>279)</sup>

문제가 되는 것은 '국적법' 제4조 제3호의 '소양이 선량할 것'이라는 것이 귀화요건이라는 것이다. 이러한 규정은 첫째, 요건 자체가 매우 추상적이고 자의적이기 때문에 귀화를 허가하는 일본 정부의 입장에서는 귀화신청자에 대한 일방적이고 자의적 결정을 하여도 되는 탈출구로써 기능할 수 있을 것이라는 것이고, 둘째, 일본사회에 귀화가 가능한 것은 소양이 선량한 외국인뿐이라는 논리가 성립할 수 있다는 문제가 발행한다. 예를 들어 일본 국적을 취득하고자하는 재일동포가 있더라도 귀화하지 못하는 재일동포는 '소양이 선량하지 못하였기' 때문이라고 추정될 수 있다. 일본의 국적취득자체를 거부하는 재일동포도 일본인이 보

279) 1. 계속하여 5년 이상 일본에 주소가 있을 것.  
2. 20세 이상으로 본국법에 의해 행위능력이 있을 것.  
3. 품행이 선량할 것.  
4. 자기 또는 생계를 같이 하는 배우자, 기타 친족의 자산 또는 기능에 의해 생계를 영위할 수 있을 것.  
5. 국적을 갖고 있지 않거나, 일본국적 취득에 의해 그 국적을 상실할 것.  
6. 일본국 헌법시행일 이후에 일본국 헌법 또는 그를 기초로 성립된 정부를 폭력으로 파괴하는 것을 기도하거나 주장하거나, 이를 기도 또는 주장하는 정당 또는 그 단체를 결성하고 이에 가입한 사실이 없을 것.

았을 때, ‘소양이 선량하지 못하였기’ 때문이라고 여겨져 성품에 문제가 있는 것으로 의심될 여지가 있다. 따라서 인권침해의 논란이 생길 여지가 있다.

다만, 일본국민의 배우자인 외국인으로 계속하여 3년 이상 일본에 주소 또는 거소를 갖고 있고 현재에도 일본에 주소를 갖고 있는 자에 대해서 일반적인 허가요건을 갖추지 않았을 때에라도 귀화를 허가할 수 있다. 이른바 특별귀화이다.<sup>280)</sup>

### (5) 다문화 관련 법령

불법체류자를 포함하여 약 230만 명에 이를 것으로 추정되는 일본내의 장기체류 외국인 수의 증가는 단일 민족국가라고 하는 일본사회에 새로운 정책적 과제로 다가왔다. 일본 정부는 1990년대의 새로운 가정환경의 변화, 즉 다문화가정과 사회로의 본격적인 진입하면서 발생하는 문제를 다각적으로 해결하기 위하여 총무성 산하에 ‘다문화공생의 추진에 관한 연구회’를 결성하고, 점차 정주화 경향을 보이고 있는 이들 외국인 문제에 적극 나서고 있는 실정이다. 이곳에서 설명하는 ‘다문화공생사회’란 일본의 외국인 정책을 함축하고 있는 독특한 개념으로 국적, 민족 등이 다른 사람들이 서로 문화적 배경 등의 차이를 인정하고 아울러 인권을 존중하며, 지역사회의 대등한 구성원으로서 함께 사는 사회를 말한다. 이러한 개념은 1995년부터 한신대지진을 계기로 외국인 지원을 위해 탄생한 다문화공생센터의 헌신적인 지원활동이 큰 역할을 담당했다고 알려지기 시작하였다.<sup>281)</sup>

## 3. 外國人 관련 法令의 特徵

일본 사회는 한국전쟁을 계기로 하여 급속한 경제부흥을 이끌었으며, 현재에는 전쟁 전의 일본의 경제적 지위보다 더 높은 단계에 이르렀다. 그러한 과정에서

280) 특별귀화의 기타 사유는 다음과 같다. 1) 일본국민의 자녀이며 일본에 주소를 갖고 있는 자, 2) 일본국민의 양자로 계속하여 1년 이상 일본에 주소를 갖고 있고 입양시 본국법에 의해 미성년이었던 자, 3) 일본의 국적을 상실한 자(일본에 귀화한 후 일본의 국적을 상실한 자를 제외)로 일본에 주소를 갖고 있는 자, 4) 일본에서 태어나고 출생시부터 국적을 갖고 있지 않은 자로 그 때부터 계속하여 3년 이상 일본에 주소를 갖고 있는 자는 일반적인 귀화요건을 갖추지 않았더라도 귀화를 허가할 수 있다.

281) 최윤철, 「외국인의 출입국, 지위 및 체류관련 법령에서의 차별적 표현개선에 관한 연구」, 74면.

대한민국을 비롯한 많은 아시아계 국가 출신의 이주민이 증가하여 외국인 체류자 대책이 필요하여 졌다. 그러나 일본의 외국인 정책의 가장 단적인 면을 보여주는 것은 과거 일본의 지배를 받았던 국가, 특히 대한민국 출신의 정주외국인의 지위 및 처우이다. 태평양 전쟁의 최종 처리를 위한 샌프란시스코 평화협정(1952)이 체결된 후, 일본은 전쟁 시기에 강제로 징용하고 징병하였던 과거 자신들의 식민국가 출신 중 일본에 체류하는 사람들에 대하여 일방적으로 외국인 처우를 하였다. 비자발적 이주자인 이들을 외국인의 법적 지위와 처우를 함으로써 일본이 부담하여야 하는 각종의 급부의무 등을 면할 수 있었다. 일본의 이 같은 정주외국인의 처우 정책은 일본 국내에서는 물론 국제사회에서 많은 비판에 봉착함에도 불구하고 여전히 유지되고 있다. 최근의 경우에는 정주외국인에 대한 지문날인, 상륙 희망자에 대한 신분확인 절차의 강화, 이주 및 귀화의 선별 및 허가절차와 내용의 강화 등의 정책을 통하여 외국인에 대한 통제를 효율화하고 있다.

일본의 외국인 법제는 지문날인을 강요하거나 신분확인 절차의 강화, 강제퇴거 절차의 간이화 및 강제퇴거의 신속화 등 외국인의 지위를 보다 약화시키는 방향으로 진행하고 있다. 우리나라와 법제적으로 가장 유사한 체계를 가지고 있는 일본의 외국인 정책 및 법제가 미치는 영향을 생각할 때, 우리나라의 외국인 법제의 방향을 예측해 볼 수 있는 자료가 된다.

## 第4節 臺灣

### 1. 外國人勤勞者 雇傭制度

#### (1) 고용허가제와 취업서비스법

고용허가제도는 정부가 국내 노동시장의 노동력 수급상황을 고려하여 외국인 노동력 도입규모를 관리하고, 외국인 고용 사업주를 통제하여 달성하려는 목적을 갖고 있다. 대만에서 모든 업종의 사용자가 외국인 고용허가를 받을 수 있는 것은 아니며, 일정한 자격을 갖춘 경우에만 '행정원 노공위원회 직업훈련국 외국인근

로자 작업조'의 엄격한 심사를 거쳐 외국인 고용허가를 받을 수 있다. 인력이 부족한 업종에 한해 한시적으로 외국인근로자를 도입하되, 사용자에게 내국인 구인 노력 의무를 부과하여 내국인의 취업 기회 잠식을 방지하고 있다.

대만에서는 전문기술 인력과 생산기능 인력의 도입 근거를 '취업서비스법'에 마련하였다. 먼저, 전문기술 인력의 도입 근거 규정은 '취업서비스법' 제46조 제1항 1호부터 7호까지 걸쳐 있는데, 전문직 또는 기술직 업무, 정부의 비준을 거친 화교 또는 외국인이 투자하거나, 설립한 사업, 공립 또는 등록된 사립 전문대학 이상 혹은 외국인학교, 운동코치 혹은 운동선수, 종교·예술·연예공연, 상선이나 건설부에서 허가한 선박의 노동자가 해당된다. 2004년부터는 전문기술 인력에 대한 고용허가도 '행정원 노공위원회 직업훈련국 외국인근로자 작업조'에서 발급하고 있다.<sup>282)</sup>

생산기능 인력의 도입 근거 규정은 취업서비스법 제46조 제1항 8호부터 11호까지 열거되어 있는데, 해양어업, 가정부, 국가 중대건설 혹은 경제사회 개발의 필요에 의해 중앙기관이 지정한 사업, 기타 업무성질의 특수성으로 인하여 국내에 해당업무의 인재가 부족하고, 업무상 외국인을 고용하여 업무를 수행할 필요가 있어 중앙기관이 특별히 허가한 사업에 종사할 노동자가 해당된다. 대만에서는 생산기능 인력을 도입할 수 있는 국가를 제한하고 있고, 고용허가 기간, 체류상한 기간, 사용자 변경, 취업안정비 납부 등의 의무를 부과하는 등 생산기능 인력을 전문기술 인력과 구분하여 관리하고 있다.

외국인근로자 수입국을 제한하고 있지만, 사용자가 외국인근로자의 출신국은 마음대로 고를 수 있도록 하여 취업허용 업종에 출신국별 할당을 하지 않는다.<sup>283)</sup> 즉 외국인근로자의 출신국과 직종·업종 분포는 사용자의 선호를 반영한 것이다.

단순기능 외국인근로자의 정주를 막기 위해 취업기간 상한을 정해놓고 있다. 대만의 사용자가 외국인근로자를 고용할 수 있는 허가기간은 최장 2년이며 1회에 한하여 연장할 수 있다.<sup>284)</sup> 그러나 연장기간은 1년을 초과할 수 없다. 만약

282) 설동훈 외4인, 「각국의 외국인근로자 고용관리체계 사례연구」, 103면.

283) 대만과 송출국간에 계약위반 및 외교상 마찰이 있는 경우, 대만 정부는 한시적으로 외국인력 도입을 중지하기도 한다. 이를테면 2003년 9월 대만 정부는 인도네시아로부터 외국인력을 수입하는 것을 일시 중지하는 결정을 내렸다.

특수한 상황일 경우에는 재연장 신청이 가능하며 기간은 행정원의 명령에 따른다. 단 중요 건설프로젝트의 경우, 재연장기간은 최장 6개월을 초과하지 못한다. 외국인근로자의 경우 고용허가기간 중 법령위반사실이 없으나, 고용관계의 종료로 귀국하거나 혹은 건강검진 불합격으로 귀국 조치된 후 재검에서 합격하면 출국 1일이 경과한 후에 재입국이 가능하다. 이처럼 “단절 없이 대만에 거류할 수 없도록” 제한한 이유는 5년간 “단절 없이” 5년 이상 대만에서 체류할 경우 국적법(國籍法, Nationality Act)상 국적취득요건에 해당되기 때문이다.<sup>285)</sup> 그리고 외국인은 대만에서의 6년을 초과하여 취업할 수 없다. 요컨대, 대만에서는 기업이 외국인근로자에게 과도하게 의존하는 것을 막기 위하여 외국인근로자가 취업할 수 있는 업종·직종·규모·취업기간에 대한 제한을 부과하고, 또 사용자에게 취업안정비를 징수하고 있다.

‘취업서비스법’이 발효된 1992년 5월 이후에는 제조업과 건설업 노동자 및 간병인 이외의 부문으로도 외국인력을 수입하였다. 대만 정부는 가정부, 선원을 수입하기 시작하였고, 제조업과 건설업의 각 부문에 외국인력을 확대 공급하였다. 또한 대중교통시스템과 대만 지하철공사에도 외국인근로자들이 취업하였다.

한편 ‘취업서비스법’에는 외국인근로자에게도 노동기준법과 ‘최저임금제’가 적용된다는 사실이 명시되어 있다. 하지만 가정부와 간병인 및 선원은 노동기준법의 적용 대상이 아니다.<sup>286)</sup> 최저임금 조항은 상대적으로 높은 임금을 받는 내국인근로자의 고용기회 잠식을 방지하고, 외국인근로자의 노동착취를 방지하기 위한 적절한 장치로 평가할 수 있다.

284) 전문기술 인력의 경우 고용허가 기간은 3년이며 필요한 경우 연장이 가능하다.

285) 대만 국적법 제3조에서는 외국인 중 “① 매년 183일 이상씩 5년 이상 단절 없이(without interruption) 중화민국의 영토에 합법적으로 머무른 자, ② 만 20세 이상으로 그의 본국과 중화민국 모두에서 법적 자격(legal capacity)을 가진 자, ③ 좋은 인성과 형사상의 유죄판결 기록이 없는 자, ④ 걱정하지 않고 살 수 있을 정도, 내지 자족할 수 있을 정도의 재산이나 전문 기술을 가진 자”는 대만 국적 취득을 신청할 수 있다고 규정하고 있다. [http://www.immigration.gov.tw/e\\_immig/eng/1.htm](http://www.immigration.gov.tw/e_immig/eng/1.htm). 또한, <http://www.evta.gov.tw/labor/labor.htm> 참조.

286) 대만 내 시민단체의 장기간에 걸친 대 정부 활동의 결과 1998년 4월 가정부와 간병인도 노동기준법의 보호를 받을 수 있도록 하였으나, 9개월 후인 1999년 1월에 정부는 가정부와 간병인을 노동기준법의 적용 대상에서 제외하였다. 노공위원회는 가정부와 간병인의 초과노동시간을 산출하기 어렵다는 점을 그 이유로 들었다. 한편, 선원은 노동기준법의 보호를 받은 적이 전혀 없다. 대만에서는 노동기준법의 보호 대상이 아니면 최저임금제 적용 대상에 포함되지 않는다.

## (2) 미등록노동자 대책

### 1) 고용허가의 취소

‘취업서비스법’ 제73조 규정에 의하면, ① 허가된 사용자 이외의 사용자를 위해 노동하는 자, ② 사용자의 지시에 의하지 않고 임의로 허가된 업무 이외의 업무에 종사하는 자, ③ 연속 3일간 연락이 두절되거나 고용관계가 종결된 자, ④ 건강검진을 거부하거나 허위 건강검진 결과를 보고한 자 또는 건강검사 불합격자, ⑤ 업무를 담당할 수 없는 건강상태에 처한 자, ⑥ 보건기관이 지정한 전염병 환자, ⑦ 실제의 기술과 고용허가 신청서에서 허가된 기술이 일치하지 않는 자, ⑧ 건강검사에 불합격한 자, ⑨ 기타 다른 사실에 의거하여 고용허가 서류를 취득하였거나 허위 사실이 있는 자 등 노동자 귀책사유가 있으면, ‘고용허가’가 취소되어 강제 출국된다. ⑩ 단순기능 외국인이 가족과 친족을 동거목적으로 불러들이는 경우에는 ‘고용허가’가 취소된다. 가족·친척의 초청금지는 장기체류를 방지하고 사회적 비용의 증대를 막기 위한 장치로 볼 수 있다.

한동안 대만은 방역안전을 위해 외국인근로자의 대만 입국 전후 건강검진을 받고, 1년에 두 차례의 정기 건강검진을 받으며, 외국인근로자가 사용자를 변경한 경우 3일 이내에 건강검진을 받도록 규정했다. 외국인근로자가 건강검진 요건을 충족하지 못하거나 전염병에 감염된 경우, 노공위원회의 고용허가 취소통보를 받은 후 14일 이내(전염병의 경우 7일 이내) 출국 조치된다. 또한 건강검진에서 비전염성 항목에 불합격한 경우에는 30일 이내에 재검진을 받도록 규정하였다. 또한 여성은 임신검사를 받도록 하였는데, 이 규정이 국제 인권 기준에 부합하지 않는다는 지적이 있었다. 임신검사서 양성반응이 나오면, 아이 아버지가 누구인가에 관계없이 건강검진 불합격 처리되어 본국에 송환되었다. 인권단체들의 폐지건의를 받아들여 노공위원회는 2002년 ‘외국인 고용허가 및 관리방법’ 규정을 수정함으로써 임신검사 불합격을 이유로 추방되는 일은 사라졌다.

한편 사용자의 귀책사유로 고용허가가 취소되는 경우는 ① 파업이나 노사분규가 발생하거나, 정당한 사유 없이 내국인 구직자를 거절, 도주, 은폐하는 외국인 근로자의 수가 일정비율을 넘거나, 기타 법을 위반하여 외국인근로자를 고용하

고, 내국인노동자를 해고하는 경우, ② 외국인근로자의 여권, 외국인등록증, 개인 소지품을 횡령하거나, 고용허가서에 기재된 내용과 상이하게 외국인근로자를 고용시키거나, 건강검진을 불이행 또는 허위로 보고하는 경우, ③ 외국인근로자 송환비용을 부담하지 않거나 취업안정비를 납부하지 않는 경우이다.

## 2) 미등록노동자 단속

미등록 외국인근로자의 발생 원인은 막대한 송출비용, 취업안정비 전가 등으로 인한 비용 만화에 있다. 대만에도 고용허가제를 통해서 입국한 외국인근로자가 사업장을 이탈한 경우, 또는 단기 방문 사증을 발급받고 입국한 사람이 체류기간을 초과하여 대만에서 일하는 경우 등을 포괄하는 미등록노동자가 존재한다. 한국의 산업연수제 또는 연수취업제 하에서의 산업연수생의 사업체 이탈이 연수기간 중에 이루어지는 경우가 적지 않은 데 반해, 대만에서는 취업기간 만료 후 사업장을 이탈하여 귀국하지 않는 경우가 대부분이다.<sup>287)</sup> 즉 미등록노동자의 임금 수준이 높아서 합법 외국인근로자가 사업체를 이탈하는 것이 아니라는 점이 중요하다.

대만 정부는 미등록 외국인근로자 수가 일정 규모(비율)에 미달하면 적극적인 단속이나 엄격한 처벌을 실시하지 않으나, 만약 그 규모를 초과하면 강력한 단속을 실시한다.

대만에서는 불법체류 외국인근로자 적발을 위하여 부처간 상시 협조 체계가 구축되어 있다. 입출경관리국 직원이 아니라 외사경찰이 외국인 불법체류자 단속 권한을 갖고 있고, 지방자치단체 노공국의 감찰직원도 공장에 들어가서 미등록노동자를 단속할 수 있는 권한을 갖고 있다. 노공위원회, 지방 정부 노공국, 외국인근로자 상담서비스 센터에 불법취업 외국인근로자 신고 전화를 설치하고, 대만 시민이 신고하면 경찰기관과 협조하여 체포한다. 또한 시민은 각급 경찰에 서면 혹은 전화로 신고할 수 있으며, 이 때 경찰은 그 사실을 노공위원회에 서면으로 통보하게 되어 있다. 일반 시민이 불법체류 외국인근로자를 신고하여 체포할 경우, 노공위원회가 취업안정기금에서 매 건당 2000대만달러씩 포상금을 지급하

<sup>287)</sup> 한국에서도 취업기간 연장을 위해 연수생이 사업체를 이탈하는 경우가 적지 않다.

고,<sup>288)</sup> 외사경찰관 또는 노공국 감찰직원에게는 실적 점수를 부여하고 있다. 이러한 협조체계를 정리하면, 경찰은 신고 접수와 체포, 노공위원회와 산하기관은 신고 접수와 체포 의뢰를 담당하는 것으로 볼 수 있다.

한편 불법체류 외국인근로자와 관련하여 다음과 같은 의무를 부여하고, 위반자에 대해서는 구분해서 벌칙을 부과한다. 우선 사용자는 ‘취업서비스법’ 제56조에 의거 연속 3일 이탈자, 고용관계 소멸자, 고용허가기간 만료자가 발생할 경우, 3일 내에 반드시 해당지역 주무기관 및 경찰기관에 서면 통지해야 하며, 이를 위반하면, ‘취업서비스법’ 제68조에 의거 3만 이상 15만 대만달러 이하의 벌금에 처한다. 대만에서 외국인 불법체류자가 체포되면 벌금을 납부한 후 강제출국 조치되며, 향후 대만에서 고용허가를 받을 수 없다.

또한 외국인근로자를 고용한 사용자가 ① 허가를 받지 않거나 허가소멸 혹은 타인이 신청하여 초빙한 외국인을 고용하는 경우, ② 본인 명의로 외국인을 고용하여 타인을 위해 노동하도록 하는 경우에는 ‘취업서비스법’ 제63조에 의거 15만 이상 75만 대만달러 이하의 벌금에 처한다. 5년 내에 다시 위반할 경우 3년 이하의 유기징역(有期徒刑), 구류(拘役) 혹은 120만 대만달러 이하의 벌금을 과할 수 있다.

사용자가 만약 밀입국자를 알면서 은닉하거나 혹은 고용했을 경우는 국가안전법 제3조의 규정을 어긴 범죄자를 은닉한 경우이므로 형법 제164조의 범인은닉죄에 해당되어 2년 이하의 유기징역, 구류 혹은 500 대만달러 이하의 벌금을 과할 수 있다.

중개회사에 대한 벌칙규정을 보면, ‘취업서비스법’ 제45조의 “불법 외국인노동자를 중개할 수 없다”는 규정을 위반할 경우, ‘취업서비스법’ 제64조의 규정에 의거, 10만 이상 50만 대만달러 이하의 벌금에 처한다. 5년 내에 다시 위반할 경우 1년 이하의 유기징역, 구류 혹은 60만 대만달러 이하의 벌금을 과할 수 있다. 또한 영리를 목적으로 위반했을 경우는 3년 이하의 유기징역, 구류 혹은 120만 대만달러 이하의 벌금을 과할 수 있다.

한편 외국인근로자도 벌칙규정에 예외가 아니다. ‘취업서비스법’ 제73조 및 제

288) ‘영리를 목적으로 하는 민간 취업서비스기관(인력중개회사)들도 회사의 공신력을 높이기 위해 포상금을 내걸고 시민의 불법체류자 신고를 유도하기도 한다.

74조 규정에 의거, 외국인근로자가 연속3일 직무를 떠나 연락이 두절되면 고용허가 폐지와 함께 출국 조치되며, 더 이상 대만에서의 국내취업이 허가되지 않는다. 또한 외국인근로자가 이탈기간 동안 불법으로 노동을 하는 경우 3만 이상 15만 대만달러 이하의 벌금에 처한다.

## 2. 雇傭許可制의 評價

대만의 고용허가제도는 사용자에게 고용허가를 부여함으로써 사용자를 통해 서류 중인 외국인근로자의 취업상태 등을 정확히 파악할 수 있도록 하여, 정부가 외국인근로자의 취업을 관리·규제하는 방식이다. 대만에서 1992년 고용허가제도를 도입하고, 미등록노동자를 확실히 통제할 수 있었던 배경 요인에는 대만 정부가 ‘강한 국가’(strong state)의 성격을 띠고 있었다는 점으로 설명할 수 있다. 대만 정부는 기업과 노동조합의 상충되는 요구로부터 거리를 두고 사회적·외교적 측면까지 고려하여 고용허가제도를 시행하였다. 대만에서의 ‘외국인노동자 정책 연구 자문팀’은 기업의 요구로부터 일정한 거리를 유지하여, 외국인근로자 도입의 세 가지 원칙, 즉 노동시장 보완성의 원칙, 산업구조조정 지연 방지의 원칙, 내·외국인 균등대우의 원칙을 고수하면서, 고용허가제의 기본 틀을 유지하고 있다.

대만의 외국인력 정책은 첫째, 인력이 부족한 업종·직종에 한해 한시적으로 외국인력을 도입한다. 둘째, 외국인근로자의 총수는 정해져 있지 않으나 대만의 경제발전과 경기변동 및 노동시장 상황을 고려하여 결정하되, 업종별로 최소 규모를 도입한다. 셋째, 정부는 전체 외국인근로자 수, 업종별 배분, 외국인근로자 취업 직종, 취업안정비 금액, 업종별 외국인근로자 수 제한선 등에 대한 지침을 제시하고, 고용계약은 사용자와 외국인근로자의 사적 관계로 체결하도록 하고 있다. 넷째, 대만의 인력수입국가는 대만과 우호적인 관계를 유지하는 태국·인도네시아·필리핀·베트남·몽골·말레이시아의 여섯 나라로 한정하고 있다. 다섯째, 정부는 외국인력 수입에 따른 내국인 근로자의 노동조건 저하를 방지하고, 단순기능 외국인근로자의 대규모 유입을 통제하기 위한 목적으로 사용자에게 취업안정비를 징수하고 있다.

그렇지만 대만의 외국인력제도는 외국인근로자의 사업장 이동을 억제하고, 가

죽 초청과 동반을 금지하는 등 강력한 규제 조항을 포함하고 있을 뿐 아니라, 인력중개회사가 막대한 이윤을 남기는 등 여러 가지 문제점을 안고 있기도 하다.

상당수 외국인근로자들은 지정된 숙소에서 살아야만 하고, 사용자의 허가 없이는 하루 밤도 밖에서 잘 수 없다. 또한 야간통행금지를 꼭 지켜야 한다. 특히, 가정부나 간병인은 종종 임의로 자유를 박탈당하는 등 제도 운영상의 문제도 적지않다.

## 第5節 싱가포르

### 1. 外國人勤勞者 雇傭制度

#### (1) 고용허가제 내용

싱가포르 고용허가제의 내용은 첫째, 단순기능 외국인력의 도입을 제한적으로만 허용하며, 이들의 근로나 정착에 상당한 규제를 가하고 있다. 사용자는 비전통국·중국·북아시아국 출신 외국인근로자 1인당 일정액의 ‘외국인 고용부담금’을 납부해야 하며, 비전통국·중국·북아시아국 출신 외국인근로자를 고용한 경우에는 취업안정채권을 할당한다.<sup>289)</sup> 둘째, 전통국이라 불리는 말레이시아인들에 대해 특혜를 준다. 즉 싱가포르는 민족적 동질성 보존을 위해 말레이시아인에 대해 고용 우선순위를 두고 제도적으로 각종 혜택을 준다. 특별한 기술을 가진 말레이시아인 근로자는 세 번까지 연장하여 총 6년을 일할 수 있는데, 특히 경제관련 기술을 가진 말레이시아인은 3년 기간의 고용허가를 신청할 수 있으며 싱가포르인과 동일하게 취급되어 취업안정채권과 고용부담금도 적용되지 않는다. 이는 말레이시아인에게는 같은 민족이라는 의식이 강해 특별한 혜택이 적용된 것이다. 셋째, 외국인근로자는 내국인근로자와 마찬가지로 직업상해보상법과 상해보험의 적용을 받으며 많은

289) ‘취업안정채권’제도는 사용자가 비전통국·중국·북아시아 출신 근로자의 사후관리 및 귀국을 보증할 목적으로 사용자가 일정금액을 정부에 예치하게 하고, 고용계약의 만료후에 그것을 찾아가도록 하는 것이다. 싱가포르정부는 1993. 4부터 모든 업종의 비전통국·중국·북아시아 출신 근로자의 사용자에게 외국인근로자 1인당 5,000싱가포르달러의 취업안정채권을 매입하도록 강제하고 있다. 유길상·이정혜·이규용, 「외국인력제도의 국제비교」, 한국노동연구원, 2004, 130면.

경우 주거시설을 저렴하게 제공받을 수 있다. 또한 내국인과 동등한 의료서비스를 받을 수 있으며, 취업법에 따라 근로시간과 근로조건을 규정하고 그것을 준수하여야 한다. 싱가포르에서 외국인근로자는 최저임금제의 적용을 받지 않으나, 단순기능 외국인력의 기본급상한선이 정해져 있다.<sup>290)</sup>

## (2) 외국인력 정책의 기본 원칙과 취업패스제도

싱가포르의 외국인력 정책은 첫째, 외국인력 수입이 싱가포르의 경제발전에 기여하도록 직종과 업종을 구분하여 도입한다. 국제경쟁력 유지·향상을 KQ 전문적·기술적 분야의 외국인근로자는 적극적으로 유치하고, 만성적인 노동력 부족의 대책으로 수량 조정 등을 통해 비숙련 외국인근로자는 필요한 부분에 한하여 제한적으로 수입한다.

둘째, 외국인근로자 수입 대상 국가를 제한하고 있으며, 국가에 따라 취업 허용업종·직종에 차이를 두고 있다. 그런데 싱가포르가 말레이시아로부터 분리된 역사적 배경을 고려하여, 말레이시아인 에 대해서는 우선적으로 배려하는 것을 원칙으로 한다. 셋째, 개방적인 외국인력 정책이 시행되고 있지만 비숙련 외국인근로자의 국내 취업이나 정주를 막기 위하여 매우 엄격한 규제를 가하고 있다.

넷째, 외국인근로자 도입에 따른 국내 근로자의 노동조건 저하를 방지하고 비숙련 외국인근로자의 대규모 유입을 억제하기 위해 외국인 고용부담금제도를 도입하고, 업종·직종별 외국인력 고용상한비율(dependency ceiling)을 적용하고 있다. 싱가포르는 독일·대만을 비롯한 다른 나라에서 시행하고 있는 ‘사업주의 일정 기간의 내국인 구인 노력 의무’(vacancy test)를 부과하지 않는 대신에 사업주에게 부과하는 고용부담금과 각 업체별 외국인력 고용상한비율을 통해 내국인의 취업 기회를 보호하고 있다.

외국인이 싱가포르에서 취업하기 위해서는 인력부(Ministry of Manpower)로부터 취업패스를 취득하여야 한다. 싱가포르 인력부는 외국인근로자의 숙련 수준(지표는 월평균 임금)을 고려하여, P·Q·S·R패스로 구분하고 취업패스를 발급한다. 고급인력은 P패스와 Q패스, 중급인력은 S패스, 저급인력은 R패스를 발급

290) 유형석, “외국인근로자의 법적지위에 관한 연구”, 39면.

받도록 규정되어 있다.<sup>291)</sup>

(3) 외국인력 도입을 위한 ‘외국인노동자취업법’

1990년까지 단순기능 외국인근로자의 충원과 고용은 ‘취업법’의 규제를 받았다. ‘취업법’은 외국인근로자 뿐만 아니라 싱가포르인 근로자의 노동계약, 임금, 휴가, 모성보호 등 취업관련 사항을 포괄하는 기본법이다. 싱가포르 정부는 1991년 외국인근로자를 체계적·효율적으로 통제하기 위하여 ‘취업법’에서 외국인 취업 관련 부분을 따로 떼어 내어, 외국인근로자만을 규제 대상으로 하는 ‘외국인노동자취업법’을 제정·시행하고 있다.<sup>292)</sup> ‘외국인노동자취업법’의 규제 대상은 월 기본급 수준이 2,500싱가포르달러 미만인 단순기능 외국인근로자다.

싱가포르의 고용허가제도는 말레이시아를 제외한 나머지 나라 출신의 외국인 근로자에게 적용된다. 싱가포르에서는 대만처럼 사용자가 정부로부터 외국인 고

291) <노동력의 질적 수준별 패스의 종류와 그 특성>

인력의 질	저급인력		중급인력	고급인력		
	R2패스	R1패스	S패스	Q1패스	P2패스	P1패스
기본급	S\$2,500 미만	S\$2,500 미만	S\$1,800 이상	S\$2,500 이상	S\$3,500~7,000	S\$7,000 이상
학위·자격	없음	제3급기능공 또는 그에 준하는 능력 소지자	전문대학 이상, 1년 이상 전업 수업을 이수한 자, 제2급기능공 및 동등 능력자	제2급기능공 또는 그에 준하는 능력 소지자, 레벨 취득 과목 5개 이상	고등교육기관 학위와 전문기술 자격증 소지자	고등교육기관 학위와 전문기술 자격증 소지자
직무유형	생산·가능직 단순 노무직	생산·가능직	(반)전문·기술·기능직	전문·기술·관리직	전문·기술·관리직	전문·기술·관리직
경력	없음	해당 직무를 수행할 수 있을 정도의 경력이 있는 자	해당 직무를 수행할 수 있을 정도의 경력이 있는 자	해당 직무를 수행할 수 있을 정도의 경력이 있는 자	해당 직무를 수행할 수 있을 정도의 경력이 있는 자	해당 직무를 수행할 수 있을 정도의 경력이 있는 자
취업기간	2년	2년	3년	3년	3년	3년
갱신 또는 연령 제한	1회 갱신 가능	1회 갱신 가능	정년(62세)까지 취업 가능	정년(62세)까지 취업 가능	제한 없음	제한 없음
가족 동반	불가능	불가능	S\$2,500 이상일 경우 가능	가능	가능	가능
장기방문패스 (6개월) 발급	불가능	불가능	불가능	불가능	가능	가능

자료: Ministry of Manpower 홈페이지 <http://www.mom.gov.sg> 자료를 이용하여 작성.

292) <http://www.mom.gov.sg/MOM/CDA/0,1858,967-----,00.html>.

용허가를 받아야 한다는 규정은 없으나, 외국인근로자의 ‘취업허가’(work permit)에 사용자(또는 기업) 이름과 주소 및 직종까지 명기되어 있다. 그리고 예외적인 사례를 제외하고는 외국인근로자의 ‘사업장 이동’은 허용되지 않는다.

또한 취업허가 없이 일할 수 없으며, 사용자 역시 취업허가 없는 근로자를 고용할 수 없다. 싱가포르에서는 사용자에게 별도의 고용허가를 발급하지는 않는다. 다만, 사용자와 외국인근로자의 1:1관계를 상정하고 외국인근로자에게 취업허가를 발급하여, 외국인근로자의 ‘직업 선택의 자유’를 대폭 제한한다는 점에서 고용허가제도의 전형적 사례로 간주할 수 있다.

싱가포르에서 일하는 외국인근로자는 내국인과 같은 적용을 받는다. 노동계약에는 외국인근로자 싱가포르에서 기본적인 노동계약기간 및 노동조건을 포함하고 있다.

싱가포르에서 단순기능 외국인력의 취업허가 기간은 기본이 2년이며, 한 차례 갱신이 가능한데, 입국 후 4년이 지나면 반드시 싱가포르를 출국해야 하며, 최장 4년 간 노동한 동일인의 재 입국 취업이 금지되는 ‘교체순환’ 원칙을 철저히 견지한다. 반면, 전문기술 외국인력에게는 영주권 또는 시민권 신청이 가능하게 하여 가능한 싱가포르에 머무르게 권장한다.<sup>293)</sup> 한편, 싱가포르의 만성적 인력난을 고려하여 사용자에게는 외국인을 고용할 수 있는 기간은 정하지 않고 있다.

한편, 대만의 ‘취업서비스법’은 외국인근로자에게 ‘최저임금제’를 적용하되 그 상한선을 정하고 있지는 않으나, 싱가포르의 ‘외국인노동자취업법’은 단순기능 외국인력의 최저임금은 규정하지 않고, ‘임금의 상한선’을 정하여 기업의 국제 경쟁력을 훼손하지 않는 데 초점을 맞추고 있다.

‘외국인노동자취업법’ 이외에 외국인력에게 적용되는 법으로 이민법을 들 수 있는데, 이는 출입국에 관련된 제반 법 조항과 이민법 집행을 위한 이민행정관의 법적 지위 및 권한에 대한 상세한 내용을 담고 있다.

293) 싱가포르에서 영주권을 신청할 수 있는 자격은 ① 싱가포르 국민 또는 영주자의 배우자, 그 21세 이하의 미혼 자녀, ② 싱가포르 국민의 부모, ③ 고용패스(P패스 또는 Q패스) 소지자, ④ 투자자 및 사업가, ⑤ 특정 기준을 충족하는 홍콩주민으로 제한된다. 또한 시민권 신청의 적격자 조건은 ‘경제정책’과 ‘가족통합정책’(family ties scheme)의 두 가지 유형이 있다. 경제정책에 따른 시민권 신청자 자격은 ① 21세 이상으로 싱가포르 영주권을 획득하고 2년 이상 경과한 자, ② 싱가포르 영주자로 풀타임 병역을 마친 자 등이고; 가족통합정책에 따른 시민권 신청자 자격은 ③ 싱가포르 시민의 배우자로 영주권을 획득하고 2년 이상 경과한 자, ④ 싱가포르에서 출생한 미성년자(21세 미만)로 싱가포르 국민이 아닌 자, ⑤ 양친이 싱가포르의 국외에서 출생한 미성년자로 싱가포르에 영주하는 자 등이다.

‘직업소개기관법’은 직업소개기관의 등록, 허가, 취소 등에 대한 조항과, ‘취업법’에 의해 임명된 노동위원장(Commissioner for Labour)의 허가 아래 취업감독관이 직업소개기관을 감독할 수 있도록 하는 내용이 담겨있다.

‘직업상해보상법’이 외국인근로자에게도 적용되는데, 이 법률은 각종 직업병, 산업재해 등 고용주가 부담해야 하는 각종 보상내용에 대한 조항이 담겨있다. 작업장내 안전과 관련해서는 공장법이 적용된다.

제조업·건설업 등 대다수 외국인근로자는 내국인과 마찬가지로 ‘취업법’의 보호를 받을 수 있으나, 14만 명에 이르는 외국인 가정부들은 ‘취업법’, ‘공장법’, ‘직업상해보상법’의 적용 대상에서 제외되어 있어 그 법적 보호는 사후조치로 기능을 할 뿐이라는 지적을 받고 있다.

#### (4) 미등록노동자 대책

##### 1) 사용자와 취업 알선자에 대한 벌칙

싱가포르 정부는 이민법에 의하여 불법체류 또는 밀입국한 외국인을 고용한 사용자는 징역 6개월~2년, 벌칙금 5,000싱가포르달러 이하의 벌금에 처하며, 미등록노동자를 5명 이상 고용하였을 경우에는 반드시 태형 3대를 병과하고 있다. 또한 싱가포르 정부는 ‘외국인노동자취업법’에 의하여 취업허가를 소지하지 않은 외국인근로자를 고용한 사용자에게 12~24개월치 고용부담금에 해당하는 벌칙금 또는 1년 이하의 징역에 처하고, 2회 이상의 누범자에게는 24~48개월치 고용부담금에 해당하는 벌금형, 또는 징역 1~12개월에 처한다. 미등록 외국인근로자를 고용한 사용자는 신체형과 벌칙금 이외에 1년간 외국인근로자를 고용할 수 없는 행정처분을 받고 수시로 임검 조사를 받는 불이익이 따른다. 1997년에는 미등록 외국인근로자를 고용한 사용자 540명에게 벌칙금 또는 신체형을 부과하였다.

미등록 외국인근로자의 취업을 알선한 것이 적발된 외국인력 알선업자는 징역 6개월 이하, 5,000싱가포르달러 이하의 벌칙금, 또는 징역과 벌칙금 모두 부과될 수 있으며, 부정기 기간(1년 이상) 해당 노동자의 출신국 노동자에 대한 취업허가 신청이 제한된다.

## 2) 정부 부처간 협조체제

미등록 외국인근로자에 대한 처벌을 보면, 이민법에 의하여 90일 이상 불법 체류하거나 밀입국한 외국인근로자는 징역 3개월~2년과 ‘형사소송법’에 의한 태형(곤장, caning) 3대를 부과하도록 규정되어 있고,<sup>294)</sup> ‘외국인노동자취업법’에 의하여 5,000싱가포르달러 이하의 범칙금, 1년 이하의 징역, 또는 범칙금과 신체형을 병과할 수 있도록 규정하고 있을 뿐 아니라, 그 벌칙 규정을 매우 엄격하게 집행하고 있다.<sup>295)</sup> 불법체류자에게 거주를 제공한 자에 대해서도 엄격한 벌칙을 적용하고 있다.

아울러, 싱가포르 정부는 미등록 외국인근로자를 고용한 사용자에 대한 처벌을 강화하여 불법체류자에 대한 시장의 수요를 줄이려 하고 있다. 사용자에게는 1년 미만의 금고형이나 미등록노동자 1인당 외국인근로자 고용부담금 2~4년치의 벌금을 부과한다.

싱가포르 정부는 미등록 외국인근로자 단속을 위하여 ‘취업감독관’ 제도를 두고 있다. 이 제도는 ‘외국인노동자취업법’에 의하여 인력부내 외국인력관리부에 취업감독관을 설치하고, 외국인력의 불법취업 및 기타 노동 관련 법규 위반을 단속하고 있으며, 취업감독관이 외국인력에 대한 감독 업무를 담당하고 있다. 싱가포르 정부는 미등록노동자 방지 대책으로 ① 사업장 입회 조사, ② 팜플렛 등을 통한 외국인근로자와 사용자의 벌칙 홍보, ③ 인력부 직원의 기업 방문 교육 등의 방법을 총동원하고 있다. 인력부 취업감독관 직원, 국경이민청 직원, 경찰관은 모두 미등록 외국인근로자를 영장 없이 체포할 권한을 갖고 있는데, 서로 연대하여 정보교환을 하고 합동 단속을 벌이기도 한다.

또한 지역사회의 이웃감시제도와 범죄방지위원회를 설치하여 미등록 외국인근로자 신고를 접수하고, 지역주민복지회관(community center)에서도 신고를 접수하고 있다. 그러나 실제 미등록 외국인근로자가 시민의 신고에 의하여 체포되는 경우는 거의 없고, 대부분 공무원의 단속에 의하여 적발되고 있다.

294) 싱가포르 정부는 1989년 미등록 외국인근로자에 대한 신체형 부과를 시행하기 전에 사면(amnesty) 조치를 실시하여, 그들을 본국에 송환하였다. 한편, 여자들은 태형 부과에서 제외된다.

295) 미등록노동자로 체포된 태국인 노동자와 관련되어 싱가포르 정부는 태국 정부와 심각한 외교 분쟁을 겪었다.

취업안정채권제도는 불법체류를 방지하기 위한 역할을 행정기관이 아닌 고용주에게 부담시키는 것이다. 외국인근로자를 싱가포르에 입국시키기 위해서는 해당 외국인근로자를 책임질 보증인(local sponsor, 보통 외국인근로자를 고용하는 기업)이 필요하고, 보증인은 해당 외국인근로자의 관리 및 귀국에 관한 책임을 진다.

## 2. 雇傭許可制의 評價

싱가포르 정부는 독일의 '취업허가제도'가 외국인근로자의 정주화 방지에 실패한 것을 타산지석으로 삼았다. 싱가포르 정부는 독일 정부가 인도적인 차원에서 가족동반을 허용하였고, 특별취업허가의 경우 체류기간을 5년 또는 무기한 허용함에 따라 '교체순환원칙'이 붕괴하였다. 그 결과 외국인근로자의 정착이 시작되었다는 점에 주목하였다. 그것을 예방하기 위하여 외국인근로자에게 사업장 이동의 자유를 거의 봉쇄하는 '고용허가제도'를 실시하고 있다.

싱가포르는 전문기술직 노동자와 단순·비숙련 노동자를 구분하고 전문직 노동자에게는 내국인에 준하는 대우를 해주는 반면에 단순·비숙련 노동자에게는 매우 엄격한 통제를 가하고 있다. 마찬가지로 말레이시아 등 전통국 출신 외국인근로자에게는 사실상 내국인 대우를 해주었지만, 비전통국 출신 외국인근로자는 엄중히 관리하고 있다. 즉 싱가포르는 비전통국 출신의 단순·비숙련 노동자가 정착하는 것을 막기 위해 매우 엄정한 법 집행을 하는 것으로 유명하다.

싱가포르의 고용허가제도는 대만의 외국인력 정책에 직접적 영향을 미쳤다. 대만의 '취업서비스법'은 싱가포르의 '취업법'을 모델로 한 것이다. 싱가포르의 '외국인근로자 고용부담금'에 대칭되는 것으로 대만에서는 '취업안정비'를 징수한다. 대만의 '외국인노동자 수입할당(quota) 제도'는 싱가포르의 '업종별 외국인력 고용 상한 비율' 제도를 변형한 것이라 할 수 있다. 또한 외국인근로자 직업소개기관을 영리를 위한 민간기업에 맡기는 방식도 마찬가지다.

## 第6節 小 結

독일은 오랜 기간 동안 많은 외국인력을 도입하였고, 경제상황·노동시장동향·사회상황 등을 통하여 외국인근로자 정책을 수정·보완하여 시행하고 있다.

독일의 외국인근로자 정책과 내용은 첫째, 전통적으로 외국인근로자에 대하여 노동허가권을 부여하는 노동허가제의 대표적인 나라로 일컬어져 왔다. 하지만 위에서 살펴본 바와 같이 특수한 전문 직종을 제외하고는 근로를 위하여 체류허가 발급시 독일내의 노동시장, 실업자 문제 등을 고려하여 국가기관(연방노동청)의 동의를 필요조건으로 하고 있으며, 대부분의 근로를 위한 체류허가는 사용자의 의무, 신고 등을 규정하고 있고, 체류허가의 내용에 따른 근로만을 인정하고 있어 고용허가제의 색채가 더 강하다고 할 수 있다. 또한 새로운 ‘체류법’의 제정에 의하여 단순 외국인력 도입에서 순수한 의미의 노동허가제는 없다고 해도 과언이 아니다.

둘째, 외국인력 도입에 대한 구체적인 내용은 각각의 법률, 시행령, 시행규칙에 의하여 규정하고 있다. 새로운 ‘체류법’의 제정을 통하여 기존의 다양한 법령들을 통일하고 체계화함으로써 외국인력정책을 간소화·구체화하였다. 또한 외국인근로자의 도입을 법령에 의하여 가능케 함으로써 새로 입국한 외국인력은 각 개별법에 의하여 노동관계법의 적용 및 사회보장법상의 지위가 보장되었다.

셋째, ‘체류법’의 제정을 통하여 기존의 외국인근로자 도입에 있어 체류와 노동허가 문제를 일원화함으로써 독일 내에 필요한 외국인력 특히 전문인력 등을 신속하게 도입할 수 있도록 하였다.

이에 비해 싱가포르의 고용허가제를 실시하는 나라로서 시장모델에 의존하여 외국인력을 수입한다. 또한 외국인근로자에 대한 매우 엄격한 통제를 시행하는 나라 중의 하나다. 외국인근로자에게 사업장 이동의 자유를 거의 봉쇄하는 ‘고용허가제도’를 실시하고 있다.

대만 또한 ‘외국인근로자의 귀화를 허용하지 않고, 가장 엄격하게 외국인을 통제’하며, 고용허가제를 실시하고 있는 나라다.

우리나라도 싱가포르와 대만처럼 고용허가제를 실시하고 있다. 그러나 외국인근로자들의 정주화로 인해 생길 사회문제의 부담으로 인해 미리 포기할 필요는

없다고 생각한다. 따라서 정주화로 인해 발생할 수 있는 문제에 대한 대비책 수립이 시급하다.



## 第5章 外國人勤勞者 雇傭制度의 問題와 改善方案

### 第1節 外國人勤勞者 雇傭制度의 問題

#### 1. 制度上의 問題

##### (1) 불법체류자와 그 문제

1993년부터 실시된 산업연수생제도 시행 후 증가 하는 외국인근로자 불법체류 감소를 위한 정부의 20여 차례에 걸친 단기 정책의 결과는 국내체류 불법체류자들이 국내 출입국 정책에 대한 신뢰성에 의문을 갖게 하였다.<sup>296)</sup>

외국인 고용허가제도는 외국인근로자를 연수생이 아닌 ‘근로자’로 받아들이고, 내국인근로자를 구할 수 없는 국내 기업에 외국인력을 공급하겠다는 방안으로, 불법체류자 및 그들의 인권 침해문제 그리고 송출국 비리까지도 해결할 것으로 기대가 모아졌다. 그러나 합법화된 외국인근로자가 정부의 기대와는 달리 체류기간 만료 후에도 출국하지 않고 불법체류자로 남으면서, 불법체류자 증가의 주요인이 되었으며 일부 사업주는 고용이 용이하고 현장에 충분히 적응한 이들을 오히려 선호하고 있어 불법체류자 감소추진에 어려움이 있는 것이 사실이다.

이에 정부는 정부대책의 일관성·엄정한 법집행 원칙을 통해 불법체류자 발생 경로를 원천적으로 차단하면서 자진출국을 유도하는 「불법고용 및 불법체류 근절」 대책 추진으로 “외국인력 고용질서”를 확립한다는 목표 아래 「불법체류자 고용사업주에 대한 합법적인 인력 대체 지원」 방안을 마련·추진하고, 자진출국

296) 예를 들어 현재 불법체류자 문제 해결을 위해 정부에서 언급되고 있는 자발적 귀환은 가장 낮은 형태의 귀환 인센티브 제공(재입국 보장)에 중점을 두고 있어 일부에서는 송출국 정부와의 협조체계 미비로 인해 자발적 귀환자의 재입국이 원활하지 못할 것이라는 우려와 함께 여권위조를 통해 귀환자 본인이 아닌 타인이 밀입국을 시도할 것이라는 우려가 동시에 제기되고 있고, 재외동포 및 고용허가제 실시국 출신을 제외한 나머지 비정규 이주민에 대한 적절한 귀환 유인책이 없다는 문제로 인해 형평성 및 실효성의 문제가 제기되고 있다. ; 고현웅, “자발적 귀환 프로그램 사례연구”, 국제이주기구 서울사무소, 2005, 18면.

시킨 것이 확인된 사업주에 대해서는 사업장 규모별 고용허용인원과 관계없이 출국인원 만큼의 고용을 허용하고 처벌·행정제재 등을 면제 시켜주며, 자진출국하는 불법체류자는 처벌·행정제재 면제(사증발급 허용 등) 및 고용허가에 의한 재취업시 불이익을 부과하지 않는 등이 노력을 보였으며, 또한 외국인근로자 고용사업장에 대한 지도·감독을 통한 불법취업·불법고용 근절 등을 시도하는 등 부단한 노력을 하였지만, 고용허가제를 통한 인력수입에 대한 사업주들의 반발과 불법체류자들의 불만을 초래하게 되었다.

## (2) 합법체류자와 그 문제

### 1) 사업장 이동의 제한

고용허가제가 실시되면서 등장한 쟁점 중 하나가 직업선택의 자유를 제한한 사업장 이동의 문제이다. 물론 그동안 계속하여 시민단체 등에서 사업장 이동과 관련한 문제의 심각성을 제기함으로써 많이 개선되었지만 여전히 몇 가지 문제점이 남아 있는 것이 아쉽다.<sup>297)</sup> ‘외국인근로자고용등에관한법률’ 제25조 1항에서는 ① 사용자가 정당한 사유로 근로계약기간 중 근로계약을 해지하고자 하거나 근로계약이 만료된 후 갱신을 거절하고자 하는 경우, ② 휴업 및 폐업, 외국인근로자의 책임이 아닌 사유로 그 사업장에서 근로를 계속 할 수 없게 되었다고 인정되는 경우, ③ 사업장이 외국인근로자 고용허가가 취소되거나 고용이 제한된 경우, ④ 사업장의 근로조건이 근로계약조건과 상이한 경우, 근로조건 위반 등 사용자의 부당한 처우 등으로 인하여 사회통념상 근로계약을 유지하기 어려운 경우, ⑤ 그 밖에 대통령령으로 정하는 사유가 발생한 경우 등에 대해서 근로자는 직업안정기관에 다른 사업 또는 사업장으로의 변경을 신청할 수 있다.

동법의 문제점을 자세히 살펴보면 다음과 같다.<sup>298)</sup>

297) 정부는 2009. 10. 9. ‘외국인고용등에관한법률’ 개정을 통하여 외국인근로자 사업장 변경 횟수 제한에 외국인근로자의 책임이 아닌 경우를 제외시키고, 사업장 변경 구직기간을 2개월에서 3개월로 연장하는 등 사업장 변경 제한을 완화함으로써 그동안 사업장 이동과 관련되어서 발생하던 심각한 문제점을 어느 정도 개선하였다.

298) 외국인근로자인권연대, “이주민에 관한 국제기준과 국내법과의 비교검토”, 이주연대심포지움자료집, 2005. 11, 35~36면.

먼저 ‘외국인근로자고용등에관한법률’ 제25조 제1항 제1호의 경우 근로계약 만료 후 갱신을 거절할 수 있는 권리가 사용자에게만 있다는 것이다. 외국인근로자는 계약 갱신을 거절할 경우 사업장변경신청 사유에 해당하지 않으므로 즉시 출국할 수밖에 없다. 그 결과 출국에 대한 부담으로 강제적인 근로의 위협에 노출되게 된다.<sup>299)</sup> 둘째, 동법 제25조 제1항 제3호의 규정에 의하면 제19조 제1항에 따른 고용허가 취소와 제20조 1항에 따라 고용이 제한된 경우 사업장 이동을 제한하고 있는데 이 규정은 결국 노동관계법 위반이 있다고 하더라도 그것만으로 사업장 이동을 할 수 있는 것이 아니고 행정청에 의하여 고용허가가 취소되거나 고용제한 조치가 있어야만 하므로 행정청의 적극적인 실태조사와 행정행위 여부가 필수적이기에 실효성이 문제가 제기될 수 있다. 셋째, 만약 사업주가 고의로 ‘사업장이탈’로 신고할 경우 당사자는 불법체류자 신분이 된다는 점이다. 이는 노동자의 기본적인 권리에 대한 심각한 침해이며, 경제활동의 자유를 제한함으로써 인권 침해의 문제점을 안고 있다. 이 밖에도 사업장 변경신청에 대한 거절의 경우 적절한 불복절차가 규정되어 있지 않은 점, 근무처 변경 허가기간의 제한으로 인하여 실업급여청구권을 제한하는 문제점이 있다.

절차와 관련하여 현재의 고용허가제는 노동부, 고용지원센터, 산업인력관리공단, 법무부 출입국사무소 등 여러 관계부처의 관리를 받고 있다. 작업장 변경과정에서도 복잡한 절차를 거쳐야 하고 또한 거주지 변경 신고절차를 출입국사무소에서 밟아야 한다. 모든 절차마다 정해진 기한이 있고 이를 어길 경우 엄격히 처벌되므로 자칫 법규를 잘 알지 못하는 이들이 체류자격상실이라는 최악의 상황을 맞을 수 있다. 또한 고용지원센터로부터 사업장 변경승인을 받았어도 제대로 된 직장안내 시스템이 부족으로 인해 이들은 또다시 고통을 받게 된다. 또한 E-9비자자격 외국인근로자들에게 작업장 변경절차 안내를 하고 있는 고용지원센터의 경우 물론 많이 개선되었다고는 하나 절차의 대부분과 전문용어들이 대부분 한국어와 영어로만 진행되고 있어 타국어를 사용하는 외국인근로자들을 위한 배려가 부족하다.

또한 사업장 이동이 곧바로 체류 자격과 연동되어 있는 상황에서 외국인근로

299) 근로기준법 제6조(강제근로의 금지) 사용자는 폭행, 협박, 감금 기타 정신상 또는 신체상의 자유를 부당하게 구속하는 수단으로써 근로자의 자유의사에 반하는 근로를 강요하지 못한다.

자들의 사업장 이동 권리를 박탈하게 될 경우 법이 보장하고 있는 노동3권의 행사는 사실상 불가능하며, 사용자는 이러한 제도적 한계를 이용해 임금 등 노동조건을 일방적으로 결정할 수 있는 권한을 행사할 수도 있다.<sup>300)</sup>

## 2) 방문취업 외국인근로자

방문취업은 ‘동포’를 우리 사회에 포용한다는 정치·외교적인 목적에서 시행된 것인데 현재 이 제도를 통해 국내에서 취업하고 있는 근로자 수가 20만 명을 넘고 있으며 이들의 불법체류도 증가할 여지가 있다. 특히 방문취업 근로자의 수가 외국인근로자의 수를 크게 넘어서고 있는데도 이들에 대한 고용정책은 매우 미흡하다. 최초 입국단계에서 약간의 제약이 있을 뿐 일단 국내 노동시장에 진입하면 이들이 어디서 무엇을 하는지 정확하게 파악하지 못하고 있다. 외국인력의 도입은 보충성 혹은 대체성의 원칙에 입각하여 국내 노동시장의 현황을 정확히 파악한 후 매우 신중하게 이루어져야 하는데 외국국적동포들을 대상으로 한 현재의 방문취업은 그렇지 못하다. 이들은 인종·언어 사용의 동일성으로 인한 거부감이 없다는 점과 내국인 구직자처럼 업종 간, 사업장 간 이동이 자유롭다는 제도상의 이점 때문에 우리 사회에 진입이 수월하여 외국인력정책의 대상에서 사실상 멀어지고 있다. 물론 취업 후 신고제도를 두고 있으나 정부의 통계에서도 취업신고율이 25% 수준밖에 되지 않는 등 이들에 대한 고용관리 부실은 큰 문제이다. 또한 방문취업 근로자 중 여성의 경우 서비스업, 남성의 경우 건설업에 치중하여 취업하고 있는데 해당 분야에서 이미 내국인 구직자를 대체하고 있는 것이 아닌가 하는 우려가 있다.<sup>301)</sup>

## 3) 송출비리

외국인근로자의 선발 및 도입과정에서의 송출비리를 막기 위해 고용허가제는 한국과 송출국의 공공기관만이 관여하도록 하고 민간영리기관의 개입을 금지하

300) 남주혁, “외국인 고용허가제 개선방안에 대한 연구”, 부산대학교 대학원 석사학위논문, 2006, 84면.

301) 전형배, “외국인근로자고용정책”, 307~308면.

고 있다. 그러나 송출국의 정부기관이나 공공기관이 외국인력의 선발과 도입을 담당한다고 해서 반드시 송출과정이 투명해지고 송출비용이 저렴해진다는 보장이 없다. 왜냐하면 일부 송출국은 한국에의 합법적인 취업은 외국인근로자 본인에게는 특혜에 해당한다며 3~4개월분의 임금을 국가가 세금으로 징수하고 있을 뿐만 아니라 송출국의 담당 공무원이나 직원이 송출비리를 저지르는 일이 발생할 수 있기 때문이다.<sup>302)</sup>

특히 한국에 고용될 경우 한국어로 기본적인 의사소통이 가능한 외국인근로자를 선별하는 방법으로 송출국가에서 한국어능력시험을 실시하도록 하고 있는데 대부분의 송출국에서 한국어 학원의 과다한 수업료와 한국어능력시험 과정에서의 비리<sup>303)</sup>가 발생하고 있다. 또한 한국어 능력과는 무관하게 한국어능력시험에 응시하는 사람의 대부분이 합격하고 있어 시험의 공신력이 실추되고 있다. 한국어능력시험 합격자를 고용하고 있는 국내 고용주들의 가장 큰 불만은 외국인과 의사소통 문제이다. 따라서 한국어 능력을 제대로 검증할 수 있는 한국어능력시험 전반에 대한 평가가 필요하다.<sup>304)</sup>

정부의 비전문 외국인력 정책 개선방안을 보면 송출비리에 대한 대응책이 없는데 이것이 고용허가제하에서 더 이상 송출비리가 문제가 되고 있지 않다는 확신이 있기 때문인지 아니면 해당 정보의 부재 때문에 문제의 심각성을 제대로 인식하지 못하고 있는지는 판단하기 어렵다. 그러나 고용허가제로 입국한 많은 외국인근로자는 여전히 법정 수수료 외에 브로커에게 주는 돈이 있다고 계속 보고하고 있다.<sup>305)</sup>

302) 노동부, 「외국인고용허가제시행 3주년 평가 및 제도 개선방안 연구」, 116면.

303) 한국어 시험과 연계된 송출비리의 발생이 빈번하고 있다. 2006년 인도네시아도 송출국 관리의 극심한 부정으로 한 때 송출이 중단되었다. 송출부조리는 송출국의 선발과정에서 발생한다. 이 문제에 대해서는 이미 국회 및 국회청렴위원회의 지적을 받은 바 있다. 국가인권위원회는 ‘외국인근로자의 출입국 관리 실태’를 점검한 결과 현지에서의 뒷돈 거래, 비자 불법발급, 한국어인증시험관리 부실, 인력송출비리 실태파악 미흡 등의 문제점이 드러나 외교통상부와 법무부, 노동부 등 관계부처에 제도 개선을 권고한 바 있다.

304) 노동부, 「외국인고용허가제시행 3주년 평가 및 제도 개선방안 연구」, 116면.

305) 전형배, “외국인근로자고용정책”, 311면.

## 2. 運營上의 問題

### (1) 외국인근로자 사후관리 체계

#### 1) 외국인근로자 거주 및 고용관리의 문제점

외국인근로자는 입국시 20시간의 국내 적응을 위한 교육을 실시하는데 고용허가제 및 출입국관리법령에 대한 교육과 불법체류를 예방하는데 주력하고만 있을 뿐 한국에서 근로하면서 저축과 소비, 송금 등의 방법과 어떻게 미래를 준비하여 귀국할 것인지에 대한 교육이 없다는 점이 아쉽다. 미래에 대한 준비 없는 해외 취업은 계획된 목돈을 마련하지 못해 불법체류를 할 유인을 제공하기 때문이다. 또한 외국인근로자는 입국일로부터 90일 이내에 체류지 관할 출입국관리사무소에 외국인등록을 하도록 하고 체류지 변경시 14일 이내에 시·군·구의 장 또는 출입국관리사무소에 전입신고를 하도록 함으로써 외국인근로자의 체류관리를 하고 있다. 그러나 이러한 관리가 효율적으로 이루어지지 못하고 있다.<sup>306)</sup>

#### 2) One-Stop 종합서비스 지원체제의 미비

외국인 근로자는 낯선 국가에서 근로하고 생활하면서 직장과 국내사회 적응에 많은 애로를 겪을 수밖에 없다. 그러나 외국인근로자들이 직장과 한국사회에 적응하지 못하면 그로 인해 발생하는 사회적 비용 또한 막대할 수밖에 없다. 따라서 외국인근로자들이 한국에서 취업하는 기간에 불편함이 최소화되도록 다양한 지원서비스를 구축해야 하나 외국인근로자에 대한 One-Stop 종합서비스 지원체제가 아직은 미흡한 실정이다.<sup>307)</sup>

#### 3) 체계적인 통계·전산 인프라의 미비

306) 노동부, 「외국인고요허가제시행 3주년 평가 및 제도 개선방안 연구」, 120면.

307) 노동부, 「외국인고요허가제시행 3주년 평가 및 제도 개선방안 연구」, 120면.

고용허가제의 성공적 정착을 위해서는 외국인근로자의 입국과 체류·취업·거주 등에 대한 정확한 통계 및 전산 인프라를 구축하여야 한다. 현재 법무부와 한국고용정보원이 외국 인력에 대한 전산 및 통계업무를 담당하고 있으나 다른 유관기관들이 이러한 시스템을 업무처리 과정에서 활용하는 데는 많은 어려움이 있다. 외국인근로자들이 한국사회에서 어떠한 경제활동을 하고 있으며, 이들이 임금과 근로조건, 주거 및 건강 상태 등을 확인 할 수 있는 인프라를 제대로 구축하지 못했다는 것은 외국인력 정책 수립과 평가에도 많은 애로점이 발생하는 요인이 되고 있다. 308)

## (2) 사업주의 인식개선

산재보험의 경우 상시근로자 5인 이상 사업장은 강제가입형태이고, 고용허가제로 취업할 경우 자료가 노동부에 보고되므로 취업비자 소지 외국인근로자들의 경우 모두 법률적으로 산재보험의 혜택을 받을 수 있다. 그러나 실제로는 산재임에도 공상으로 처리하거나 혹은 공상처리조차 하지 않고 사업주가 치료비를 부담하는 경우가 많고, 이 경우에 치료비를 임금에서 공제하는 경우들도 발생하고 있다. 나아가 모든 노동자들은 월 2시간 이상의 안전교육을 받아야 하며, 또한 연 1회 이상 건강검진을 받도록 산업안전보건법이 이미 제정되어 있지만, 외국인근로자의 대부분은 여전히 제대로 된 안전교육을 받지 못하고 있는 실정이다. 무엇보다도 사업주들을 대상으로 한 외국인근로자 권리 교육 등 사업주들의 낮은 인식을 바꾸는 대책 마련이 시급하다.309)

## (3) 외국인력의 수요관리

외국인력에 대한 수요 측면에서 문제가 되어지는 것은 두 가지로 볼 수 있다. 첫째는 내국인 보충성의 원칙이 형식화이다. 현재 외국인근로자 고용규모를 결정하는 가장 중요한 요소는 해당 사업주가 원하는 외국인근로자의 수가 얼마나 되

308) 노동부, 「외국인고용허가제시행 3주년 평가 및 제도 개선방안 연구」, 121면.

309) 남주혁, “외국인 고용허가제 개선방안에 대한 연구”, 88면.

는가이다. 이론적으로는 각 사업주에게 국내근로자의 채용을 위한 노력 의무를 부과하고 있기는 하지만 이것은 이미 형식이 되어 버렸고, 실정은 외국인근로자를 채용할 수 있는 업종인 한 사업주가 원하면 쉽게 외국인근로자를 채용할 수 있게 되었다. 정부는 오히려 현행 외국인근로자 채용절차가 지나치게 복잡하여 민원의 대상이 되고 있어 향후 절차를 더욱 간소화하여 기업이 보다 쉽게 외국인근로자를 채용할 수 있도록 배려하겠다고 보고하고 있다. 이것은 외국인근로자 채용에서 보충성의 원칙을 파괴하는 것이다.<sup>310)</sup>

둘째는 외국인력 pool에 대한 신뢰성의 문제이다. 현재 외국인력 pool에 대한 데이터베이스가 체계적이지 못한 상태로 국내 사용자의 수요와 관계없이 한국어 능력시험을 기준으로 현지에서 외국인력이 선발되고 있기에 정작 사용자가 필요로 하는 숙련된 외국인근로자가 필요한 곳에 적절히 배치되지 못하는 경우가 빈발하고 있다.<sup>311)</sup> 구체적으로 한국산업인력공단 등 국내 관련기관이 외국인 구직자가 기재한 정보를 외국인 pool DB에 입력시 정보의 사실 여부에 대한 조사권 한과 조사인력이 없어 사업자에게 정확한 정보를 제공하는 데에 한계가 있다. 그리고 송출국에서 인력선발이 구인자의 수요보다는 송출국의 정책적 판단에 따라 이루어지고 있어 저급 외국인력의 유입에 따라 사회적 비용이 과다 발생할 우려가 있다.

#### (4) 외국인근로자의 인권침해

외국인근로자의 인권보호 측면에서도 활발하게 활동하는 시민단체들과는 별개로 외국인근로자를 고용하고 있는 기업과 외국인근로자의 고충처리를 원활하게 해주기 위한 사회적 인프라는 많이 부족한 실정이다. 국내 중소기업의 이익과 외국인근로자의 인권은 본질적으로 상호배타적인 관계가 아니다. 인권은 언제, 어떤 상황에서도 부정할 수 없는 최고의 가치이며, 시·공간을 초월하는 절대적인 것으로 당연히 기업의 가치보다 우선시되어야 한다.

310) 전형배, “외국인근로자고용정책”, 311면.

311) 유길상·이규용·박성재, “외국인 고용허가제 시행 1년의 평가 및 향후 발전방향”, 한국노동연구원, 2005.8, 35면.

현행 외국인근로자 정책하에서 외국인근로자는 부당한 노동력 착취와 기본적인 인권침해의 우려가 크다고 할 수 있다. 즉 불법체류 근로자가 우리나라 노동인력의 대다수를 차지하고 있는데 비하여, 이들 근로자들은 부당하게 노동이 착취되거나, 인권이 침해될 우려가 적지 않다. 실제로 외국인근로자를 논함에 있어서 임금체불·장시간근로·저임금 등의 문제가 많이 제기되고 있다.<sup>312)</sup> 특히 이러한 인권침해는 불법체류 근로자에게서 두드러진다. 불법체류 근로자의 경우에는 신분상의 약점, 즉 합법적인 체류자격이 없다는 점을 이용해 고의적인 임금체불 등이 발생한다. 또한 고용주는 불법체류 근로자를 고용 할 경우, 출입국관리법에 의해 처벌을 받기 때문에 고용 사실이 적발될 것을 우려하여 산재처리 신청을 기피하고 있다. 불법체류 근로자는 사용자나 동료·상사 등에 의해 폭행·폭언 및 성폭력이 발생하고 있지만, 불법체류 근로자로 적발될 경우 강제출국을 우려하여, 이러한 탈법행위에 대해 신고를 기피함으로써 인권의 사각지대에 위치하게 된다.<sup>313)</sup>

이러한 인권문제는 경제적인 관점에서뿐만 아니라, 사회·정치적인 상황과 외국인근로자의 기본적 권리의 측면을 함께 고려하여야 할 것이다. 왜냐하면 이런 인권유린으로 인해 한국이 노예수입국이라는 비난을 국제사회로부터 받았고, 국민에게는 정부의 정책에 대한 신뢰성을 잃게 되는 계기가 되었기 때문이다. 이미 외국인근로자들은 현실 사회에서 우리와 더불어 같이 존재하고 있으며 경제의 한 축을 담당하는 산업 일꾼이라는 사실도 인정하여야 한다.

따라서 어떠한 경로든, 이미 우리나라에 입국·취업하고 있는 외국인근로자의 인권은 보장되어야 한다.

이는 첫째, 외국인근로자도 존엄과 가치를 지닌 같은 인간이라는 인도주의적 대책에서 그러하고, 더욱이 우리 헌법이 규정하고 있는 여러 규정들을 통해서도 볼 수 있다.

둘째, 외국인이라고 해서 비인간적인 처우를 당하는 것을 묵인한다면, 이는 바

312) 최돈길, 「중소기업인력대책의 연구-한·일간 비교를 중심으로-」, 한국개발연구원, 1994, 93면; 노동부, 「외국인노동자 현황 및 문제점」, 2000; 유길상, 「외국인 고용관리 효율화 방안」, 「노무관리」, 148호, 2000.12, 66면.

313) 조성준, 「외국인력 활용정책의 문제점과 대책-고용허가제의 도입을 중심으로-」, 국정감사 정책자료집, 2000.10, 12~13면.

로 우리사회의 도덕적·인도적 가치기준의 과탄을 의미한다는 점이다.

셋째, 외국인근로자의 최소한의 인권보장과 근로조건 개선은, 결국 우리나라 노동자의 근로조건 개선과 인권보장에 영향을 미친다고 할 수 있다.

넷째, 앞에서 살펴본 국제법의 여러 조약과 원칙의 면에서도 외국인근로자의 인권은 보장되어야 한다.<sup>314)</sup> 또한 국익의 측면에서도 국제사회 특히 동남아시아나 중국지역에서의 한국에 대한 반감이 확산되면서 중·장기적으로 국익에 치명적 악영향을 미칠 우려가 있다.<sup>315)</sup>

즉 우리 경제 및 세계화 시대의 전망을 살펴볼 때, 미국·일본에 편중되어 있는 경제교류가 점차 동남아 각국과의 유대강화나 경제협력이 필수적일 텐데, 이른바 ‘친한파’가 될 수 있는 확률이 가장 높은 외국인근로자가 우리나라에 대한 적대감과 증오감만 지니게 한다면, 또한 한국사회의 도덕성과 양심에 대해 일말의 신뢰도 갖지 못하게 된다면, 결과적으로 우리가 우리의 발등을 찍는 것이나 다름없다고 할 것이다.<sup>316)</sup>

## 第2節 外國人勤勞者 雇傭制度的 改善方案

### 1. 合法滯留者 陽性化

#### (1) 불법체류자 문제 해소

불법체류 근로자문제 해결의 핵심은 합법체류자가 불법체류자로 진행되는 과정을 차단하는 방안에서 찾아야 함은 의심의 여지가 없다. 특히 정부의 강력단속 방침만으로는 불법체류자 문제가 해결될 수 없음을 그동안 각종 정책의 시행과정을 통해서 드러났다. 오히려 강력단속 과정에서 인권침해 사례가 속출하는 등

314) 김선수, “한국에서의 외국인노동자 인권문제”, 101면.

315) 박석운, “외국인력정책의 기준정립과 외국인노동자법 제정시안”, 「노동법연구」, 제6호, 서울대학교, 1997, 161~162면.

316) 설제영, “외국인근로자의 법적 지위와 정책개선에 관한 연구”, 89~90면.

일방적인 단속의 부작용이 속출하고 있는 것이 현실이다. 즉 단속과 강제출국만으로는 이미 해결이 어려워진 불법체류자 문제를 해결하기 위해서는 단속과 강제출국의 채찍이외에 불법체류자로의 이동 통로를 사전에 차단할 수 있는 인센티브나 불법체류자 조성의 여건을 완화시켜줄 특단의 조치가 동시에 필요한 실정이다.

즉 국경통제 비자제도, 국내통제·추방, 퇴거 및 본국송환 등 강제 단속 및 출국과<sup>317)</sup> 불법체류자는 물론 불법체류자를 고용한 사업주에 대한 법적 책임을 강화하는 동시에 고용허가제 운용시스템의 정비, 특히 사업장 변경과 관련하여 변경사유는 유연화하고 사업장 물색기간 3개월 중 불법취업하지 않도록 고용보험제도의 개선, 강제저축 등 제도적인 보완을 통해 불법체류의 유인을 제거해야 할 것이다. 또한 불법체류 근로자들을 단속할 때 들어가는 경비, 강제단속으로 야기되는 인권시비, 장기체류자에 대한 사업주의 선호, 그리고 이미 정주화가 이루어지고 있다는 현실을 감안한 종합적 정책이 마련이 시급하다. 지금까지 수많은 불법체류자들이 양산된 데에는 불법체류자 자신들이 스스로 불법을 저지르는데 대하여 일차적인 책임이 있겠지만, 그러한 불법체류자들을 필요로 했던 국내의 경제적 사정, 그리고 이러한 불법을 보고서도 적절한 단속을 하지 못했던 과거 우리 정부의 부작위도 현재의 불법체류자 문제에 중요한 책임이 있음을 분명히 하고 좀 더 체계적이고 책임 있는 외국인력정책을 마련해야 할 것이다.<sup>318)</sup>

## (2) 불법체류자 외국인근로자의 합법화 문제

불법체류 외국인근로자, 특히 5년(3년+2년 미만 연장)의 체류상한을 도과한 근로자의 합법화 문제에 대해서 정부는 반대의 의지를 강하게 천명하고 있다.<sup>319)</sup> 정부는 외국인근로자의 불법체류는 합리적인 외국인력 정책 추진을 곤란하게 하고 불법체류 외국인근로자가 노조를 결성하는 등 법을 경시하는 풍조가 우려되

317) Miller, Mark J., "The prevention of unauthorized migration" Migration and Refugee Policies, edited by Bernstein, Ann & Weiner, Myron, 1999.

318) 장준오, "불법체류 외국인치리에 관한 외국실태와 국내 비교", 서울외국인노동자센터, 2005: <http://withmigrants.org/xe/28823> 참조.

319) 국가경쟁력강화위원회, 「비전문 외국인력 정책개선 방안」, 2008, 18~22면.

며 범죄발생 및 국가이미지 손상 등을 이유로 하고 있다. 특히 고용정책을 수립하고 집행을 하면서 불법체류 외국인근로자가 영향을 주는 경우는 첫 번째 이유 때문이다. 즉 합리적인 외국인력정책을 추진하기 위해서는 부족한 국내 노동시장의 인력을 정확히 예측해야 하는데, 불법체류 외국인근로자의 수를 정확히 파악하지 못한다는 것이다. 이런 이유로 이들에 대해서는 정주화금지원칙을 예외 없이 적용하여야 한다는 입장이다.<sup>320)</sup>

그러나 외국인근로자의 불법체류를 일률적으로 파악하여 무조건 단속과 강제출국으로 처리하여야 한다는 입장은 그동안 외국인근로자를 도입하면서 정부의 시행착오로 빚은 결과에 대한 책임을 모두 개별 외국인근로자에게 전가하는 문제점이 있다. 특히 산업연수와 연수취업제도 등은 송출국가의 인력송출비리, 국내의 부실한 고용관리 등과 연결되면서 해당 외국인근로자의 귀국을 막는 장애요인으로 작용했었다. 그렇다면 국내에 장기 체류한 외국인근로자에 대해서는 일정한 기준을 두어 체류기간 연장이 아닌 영주자격(F-5)을 부여할 필요가 있다고 생각한다.<sup>321)</sup> 이들 중 국적취득의 최소 체류기간인 5년을 경과하여 6년 이상 체류한 외국인근로자<sup>322)</sup>를 대상으로 총 체류기간, 취업경력, 실질적인 생활기반이 국내에 있는지 여부 등 각종의 요건 등을 종합적으로 고려하여 영주자격을 부여할 수 있다고 생각한다.

### (3) 합법체류자의 보호와 활용

#### 1) 교체순환원칙의 개선

대부분 국가들의 외국인력정책의 기초는 고급인력 적극 유치, 저기능 인력 유

320) 김희성, “이주근로자의 고용에 관한 법적 문제점과 개선방안”, 292면; 이규용 외 4인, 「외국인력 노동시장 분석 및 중장기 관리체계 개선 방향 연구」, 한국노동연구원, 2006, 368~369면; 설동훈 외 4인, 「각국의 외국인근로자 고용관리체계 사례연구」, 214~216면.

321) 이런 의견에 대해서 합법적으로 체류하면서 근로를 제공한 외국인근로자에 대해서도 영주자격이 주어지지 않는 상황에서 불법적인 체류자에게 영주자격을 주는 것은 평형성에 맞지 않는다는 지적이 있을 수 있다. 앞서 언급하였듯이 초기의 외국인력 도입정책은 심각한 노동착취적인 요소가 있었고 이것을 간파하고 정책을 수립하고 집행을 주체는 정부였다. 그렇다면 이런 제도와 관련해서 국내에 입국한 외국인근로자에 대해서는 일정한 인권적 고려를 하지 않을 수 없다고 생각한다.

322) 정부는 6년 이상 국내에 불법체류하고 있는 외국인근로자를 약48,000명 정도로 추산하고 있다. 국가경쟁력강화위원회, 「비전문 외국인력 정책개선 방안」, 18면.

입 억제라는 공통된 모습을 보여주며 자국 노동시장 보완성의 원칙을 견지하고 있다. 특히 고급인력 유치를 위해 비자(고용허가) 면제, 쿼터제한 폐지, 소득세 면제, 숙련인력의 영주 허가 등 다양한 조치를 실시하고 있으나, 생산기능인력에 대해서는 적극적 이민정책 시행국가를 제외하고는 단기순환원칙에 따라 본국으로의 귀환을 전제로 인력을 유치하고 있는 실정이다.<sup>323)</sup>

우리 정부도 영주권 취득 및 귀화가 가능한 자는 전문인력에만 한정하고 있다. 단순 노무인력인 외국인근로자들이 국내에 합법적으로 체류할 수 있는 최장기간은 5년 미만으로 이는 귀화·영주의 기회(체류기간 5년 이상)를 봉쇄해 한국에 정착하는 것을 막기 위한 목적이다.<sup>324)</sup> 법무부는 국익을 이유로 외국인근로자들에 대한 ‘단기순환원칙’을 고수하고 있으나, 이는 5년간 한국에서 취업 후 어느 정도의 의사소통능력과 사업장에서 필요로 하는 숙련된 노동력을 보유한 외국인을 강제 혹은 자진 출국시키는 결과를 초래하여 인적·시간적 자원의 낭비가 있게 된다.<sup>325)</sup> 또한 고용허가제를 통해 국내에 유입된 외국인근로자의 경우 아직도 송출브로커의 횡포가 계속되고 있는 실정이라서 외국인근로자들은 본국에서 상당한 빚을 진채 막대한 비용을 지불하고 입국하고 있는 경우가 다수 있기에 최장 5년의 체류기간은 이들의 송출과정에서 진 빚을 갚고 어느 정도의 돈을 저축하기에는 부족한 실정이다. 결국 이들은 출국하지 않고 다시 불법으로 체류하여 불법체류자로 남게 되고 인권의 사각지대에 놓이는 빈곤의 악순환이 되풀이되고 볼 수 있다. 이러한 사정들을 고려할 때 일정한 요건에 의거하여 단기순환원칙을 개선함으로써 사업주는 시간과 인적자원의 손실 등을 방지하고 외국인근로

323) 노동부, 「OECD 국가의 외국인력정책동향과 시사점」, 2007, 37면.

324) 대체로 사용자들은 체류기간이 긴 동일 외국인근로자를 계속 고용하기를 원한다. 이는 ‘노동력 상품’의 특성상 취업기간이 길어질수록 숙련도가 높아지기 때문에 당연한 현상이다. 그러나 이를 수용할 경우 장기체류로 인한 정주화 등 사회적 문제가 발생한다는 점을 고려한 규정이라고 하겠다. 과거 독일서 이러한 업주들이 주장을 받아들여 취업허가를 갱신해 주었기 때문에 이주노동자들이 정착하기 시작하였다. ; 이광택, “외국인노동자의 법적보호”, 139면.

325) 2001년 외국인등록을 한 날부터 5년 이상 대한민국에 거주한 자(불법체류자는 해당 없음)와 대한민국에 특별히 기여한 외국인을 대상으로 ‘장기체류외국인의영주권취득과그법적지위에관한법률안’이 국회에 제출되었지만 자동폐기되었다. 동법안은 영주자격을 부여하고, 부동산 취득, 보유, 이용 및 처분, 금융거래, 국민건강보험과 국민연금, 각급 학교 취학, 그리고 납세에 있어 국민과 동등하게 취급하는 것을 내용으로 한다. 또한 장기거주외국인의 지방선거권 문제에 대하여 거주자격(F-2)을 갖는 외국인과 무국적자 중 외국인 등록을 한 날로부터 5년 이상 대한민국에 거주하는 자를 대상으로 2000년 장기거주외국인에대한지방선거권등의부여에관한특별법안 국회에 제출되었지만 자동폐기되었다. 동법안은 체류지역의 지방의회 및 지방자치단체의 장의 선거에 있어 선거권을 행사를 내용으로 한다. ; 이철우, “이주자의 국적과 시민권”, 이주연대심포지움자료집, 2004.4, 66면.

자에게는 불법체류자로서의 유인을 제거함으로써 인권유린 등의 문제점을 개선할 필요가 있다.

따라서 최장 5년의 고용허가 기간은 연장되어야 하고 기간 만료 후 귀환시 귀국에 대한 유인을 위해 도입한 출국만기보험 및 귀국비용보험 등을 현재보다 좀 더 강화하는 등 현실적이고 구체화된 방법이 강구되어야 할 것이다.

## 2) 영주자격의 완화

정부는 2002년 4월 18일 출입국관리법시행령을 개정하여 화교와 50만 달러 이상의 고액투자 외국인 등에 대해서 거주(F-2)의 체류자격을 가진 채 5년 이상을 대한민국에 체류하고 경우에 체류기간의 상한이 없는 영주(F-5)의 체류자격을 부여하는 조항을 신설하였다.<sup>326)</sup> 위의 규정을 장기체류를 통한 영주권 부여의 관점에서 검토해보면 7년 이상을 계속 체류한 후 F-2(거주) 체류자격을 가진 자가 다시 5년 이상 국내에 체류하여야만 영주(F-5) 체류자격을 부여받을 수 있도록 한 것이다. 영주(F-5)규정은 화교의 국내법상 지위 개선을 위한 논의의 연장선에서 2001. 9. 11. 의원입법의 형태로 발의된 ‘장기체류외국인의영주권취득과그법적지위에관한법률안’에 대하여 상호주의 원칙의 검토 및 입법경제상의 이유를 들어 특례법상의 영주권제도를 규정하는 대신 영주거류체류자격을 출입국관리법상에 신설하는 것으로 하여 규정된 것이다.<sup>327)</sup>

위와 같이 고액투자로 거주자격을 얻거나 혹은 결혼으로 거주자격을 얻은 경우를 제외하고 일반적인 장기체류로 거주자격을 얻으려면 장기체류비자(1~3년)를 받고 재연장하는 방법을 통해 7년간 한국에 체류해야 한다. 최장 12년을 한국에

326) ‘출입국관리법시행령’ 발표1. 외국인의 체류자격(제12조 관련)

28의3. 영주(F-5) : 법 제46조제1항 각호의 1에서 규정한 강제퇴거대상이 아닌 자로서 다음 각목의 1에 해당하는 자

가. 대한민국 민법에 의하여 성년이고, 본인 또는 동반 가족의 생계를 유지할 능력이 있으며, 품행이 단정하고 대한민국의 풍속이해 등 대한민국에 계속 거주하는 데에 필요한 기본소양을 갖춘 자로서 거주(F-2)자격으로 5년 이상 대한민국에 체류하고 있는 자

나. 미화 50만불 이상을 투자한 외국인투자자로서 기업투자(D-8)자격으로 3년 이상 국내에 계속 체류하면서 국민의 고용창출에 기여한 자

다. 대한민국에 특별한 공로가 있는 자로서 법무부장관이 인정하는 자

라. 가목 내지 다목에 해당하는 자의 20세 미만의 자녀

327) 김희선, “장기체류외국인의영주권취득과그법적지위에관한법률안 검토보고”, 법제사법위원회, 2001.

머물러야 영주권을 얻는 경우가 발생하는 것이다. 반면 국적법에 따르면, 귀화를 신청하기 위한 체류기간은 5년이다. 한국인과 결혼한 배우자와 미성년 자녀의 경우도 영주권을 얻으려면 5년을 체류해야 하는 반면에 귀화를 신청하기 위한 체류조건은 2년<sup>328)</sup>이기 때문에 어려운 영주권 대신 귀화를 선택하는 사람들이 늘어나게 되었다.

국적법의 규정<sup>329)</sup>과 출입국관리법의 영주(F-5)체류자격 규정을 비교하여 보면, 영주체류자격은 일반귀화의 요건 이외에도 ① 강제퇴거의 대상이 아닐 것, ② 거주(F-2)체류자격일 것이라는 요건이 추가적으로 규정되어 있다. 이는 일반귀화에 의한 국적취득보다 영주(F-5)체류자격의 취득을 어렵게 만드는 모순점을 갖고 있었고 외국인근로자를 포함한 외국인에게 귀화를 강요하는 문제가 있었다.<sup>330)</sup>

그러나 2005년 ‘출입국관리법시행령’ 개정을 통하여 이 같은 모순을 다소 개선했다. 거주(F-2)외에도 주재(D-7)~특별활동(E-7)비자 소지자가 최대 5년만 체류하면 영주권을 신청할 수 있도록 요건을 완화했다. 한국인과 결혼한 외국인 배우자 미성년 자녀는 영주와 귀화 체류조건을 모두 2년으로 통일해 선택의 기회를 줬다.

### 3) 영주권 부여

외국인근로자에게 완화된 영주권 규정이 적용되기 위해서는 현재의 외국인력 정책 기조인 교체순환정책에 대한 개선이 필요하다. 즉 선진국에서의 외국인력 정책의 방향이 단기체제의 노동자형에서 장기체제형으로 질적인 변화가 있음을 먼저 확인해야 한다.<sup>331)</sup> 외국인근로자에게 영주권을 부여할 수 있도록 영주권 부여

328) 국적법 제6조(간이귀화 요건)

② 배우자가 대한민국의 국민인 외국인으로서 다음 각호의 1에 해당하는 자는 제5조 제1호의 요건을 갖추지 아니하여 귀화허가를 받을 수 있다.<개정 2004.1.20>

1. 그 배우자와 혼인한 상태로 대한민국에 2년 이상 계속하여 주소가 있는 자.

329) 국적법 제5조(일반귀화 요건) 외국인이 귀화허가를 받기 위하여서는 제6조 및 제7조에 규정된 경우를 제외하고는 다음 각호의 요건을 갖추어야 한다.

1. 5년 이상 계속하여 대한민국에 주소가 있을 것

2. 대한민국의 민법에 의하여 성년일 것

3. 품행이 단정할 것

4. 자신의 자산이나 기능에 의하거나 생계를 같이 하는 가족에 의존하여 생계를 유지하라 능력이 있을 것

5. 국어능력 및 대한민국의 풍습에 대한 이해 등 대한민국 국민으로서의 기본 소양을 갖추고 있을 것.

330) 노영돈, “외국인근로자의 국적과 영주권”, 「시민과 변호사」, 2002.12, 55면.

대상을 확대하기 위해서는 현행 영주체류자격 취득 요건을 완화하는 방식의 접근과 완화된 영주체류자격을 일정한 요건하에서 취득할 수 있는 형태로 외국인력제도를 개선하려는 두 방향에서의 접근이 필요하다. 영주체류자격을 완화하는 방법으로서는 우선 국적법의 일반귀화요건과 동등하거나 완화된 규정일 것이라는 기준과 영주권에 관한 외국의 입법례를 참고할 수 있다.<sup>332)</sup> 또한 노동허가의 기간에 관해서는 최초 허가는 3년으로 하고 1년씩 2회에 한하여 갱신되는 것으로 하되, 갱신시에 별다른 사유가 없으면 신규허가보다 우선되고 최소사유가 없으면 갱신되도록 법으로 정하여, 특별한 사정이 없는 한 최소 5년 동안 취업할 수 있게 한다. 일반 노동허가를 받아 5년 동안 합법적으로 취업한 후에는 업종의 제한이 없는 ‘특별노동허가’를 신청할 수 있는 것으로 하고, 노동부장관이 국민경제 상황을 고려하여 특별허가를 할 수 있도록 정하는 방법 등이 고려될 만 하다.<sup>333)</sup>

이외에도 다양한 접근이 가능하지만 무엇보다 중요한 것은 영주권제도를 완화하고, 외국인력정책을 이에 연동하여 장기체류자를 정주자로서 공동체의 일원으로서 활용하려는 정책 및 이에 대한 공감대의 형성일 것이다.<sup>334)</sup>

#### (4) 사업장이동의 자유

현행 고용허가제에서 외국인근로자는 자신의 적성이나 선호에 따른 사업장 선택이 이루어지지 않고 사업주의 일방적 선택에 따른 취업이 일반적이다. 외국인근로자가 취업할 수 있는 사업장을 일정한 요건을 만족하는 경우로 한정하고 있고 일방적으로 정해주는 사업장에만 취업하도록 하고 있는 현재의 규정을 바꿔

331) 법무부, ‘정주외국인에 대한 선거권 부여 법제’, 2000.12. 9면.

332) ‘국적법상 일반귀화의 요건이 5년 이상 계속 체류인 점 및 독일의 경우 무기한형 일반체류허가의 요건이 5년이상 일반체류허가를 받고 있을 것을 요건으로 하고 있고, 대만의 경우는 영구거류증 신청 자격이 7년 이상 계속 체류를 요건으로 하고 있는 등의 입법례를 참고할 수 있을 것이다.’ 정정훈, ‘이주노동자와 시민권’, 서울외국인노동자센터 정책제언, 2005. [http://withmigrants.org/xe/data\\_02/28870/page/5](http://withmigrants.org/xe/data_02/28870/page/5) 참조.

333) ‘업종 제한 없는 장기 노동허가를 신청할 수 있는 기간을 5년으로 하고 제반사정을 고려하여 노동부장관이 허가여부를 결정할 수 있도록 한 것은, ILO 97호 협약에서 직업선택의 자유 부여 기간을 최장 5년으로 규정하고 있다는 점과 우리 국적법의 일반귀화의 요건이 되는 거주기간도 5년인 것을 고려하였으며, 영주 노동체류 자격 부여 여부는 단순히 외국인력 도입의 문제가 아니라 외국인에 대한 영주권 인정 문제 등 이민 정책 전반의 고려에서 종합적으로 판단되어야 하기 때문이다.’ ‘외국인노동자고용및기본권보장에관한법률(안)’, 2002년 민주노총, 민변, 민주노동당 공동청원입법안 참조.

334) [http://withmigrants.org/xe/data\\_02/28870/page/5](http://withmigrants.org/xe/data_02/28870/page/5) 참조.

일정한 요건하에 외국인근로자로 하여금 사업장을 직접 선택하게 함으로써 자신의 적성이나 선호에 따른 사업장 변경을 허용하는 것이 외국인근로자의 권리 실현은 물론 사업장 이동의 유인을 약화시킬 수 있을 것이다. 또한 사업주를 비롯한 사용자 측에 의해 저질러지고 있는 각종의 불법행위로부터 외국인근로자의 권리를 실질적으로 보호하기 위해서는 사업주의 불법행위로 인한 외국인근로자의 권리침해 시 외국인근로자 본인의 의사에 따른 사업장이동 보장을 전제로 하여 침해된 권리의 구제가 이루어져야 한다. 언어소통의 어려움이나 관련법에 대한 인지부족 등 외국인근로자의 처지를 고려하여 불법행위에 대한 입증은 관련법에 의해 부과된 사업주의 의무이행 여부 등을 통해 적극적으로 확인하고 법위반 사실에 대해서는 철저한 법집행으로 통해 이를 근절해야 한다.<sup>335)</sup>

궁극적으로 외국인근로자에 대한 사업장 이동의 자유는 노동허가제로 대체되어야 할 것이다. 노동허가를 통해 사업장의 선택을 외국인근로자 스스로 하도록 해야 외국인근로자의 인권이 제대로 보장될 것이다.<sup>336)</sup> 현 제도하에서도 이미 건설업에서는 노동허가를 받고 건설업에 종사하도록 되어 있어 다른 분야에도 확대하는 것이 전혀 무리가 아니라고 본다. 또한 아직 정착되지 못한 고용허가제에서 당분간 그것이 어렵다면 최소한 외국인력도입을 허용한 업종에 대해서는 사업장 이동의 합리적인 사유에 임금수준, 근로시간, 작업환경 등의 사유를 포함시켜야 할 것이다.

#### (5) 방문취업제에 대한 합리적 관리

방문취업제에 의해 입국하는 외국국적동포들은 대부분 내국인이 선호 하거나 국내 평균보다 높은 수준의 급여를 받는 업종에서 상대적으로 낮은(실제로는 내국인의 평균 급여를 상회하는) 급여를 통해서 내국인의 일자리를 급격히 잠식하

335) 외국인근로자인권연대, 「고용허가제 실태조사 보고서」, 35~36면.

336) '노동허가제'도입을 기본골자로 하는 동안 민주노동당의 2005년 '외국인근로자의고용및기본권보장에관한 법률(안)'은 사업장 이동의 보장에 관한 명문의 규정을 두고 있다.

제19조(사업장 이동의 보장)

① 제6조의 규정에 의한 노동허가를 받은 외국인근로자는 그 허가의 내용으로 정한 업종의 사업장 중 제11조에 의한 등록을 마친 사업장의 사용자와 근로계약 체결을 자유롭게 취업할 수 있다.

② 사용자는 어떠한 수단으로써 외국인근로자의 자유의사에 반하는 근로를 강요하지 못한다.

고 있다. 이들은 의사소통 가능하고 사업장 이동이 자유로워, 주로 서비스업 및 건설업 등에 취업하여 내국인 대체가능성이 매우 높고 일반고용허가제에 의한 외국인근로자에 비해 훨씬 자유로운 상태에서 불법 취업에 종사할 수 있는 여건이 된다. 또한 이들은 취업 후 신고율이 25%수준으로 취업실태를 파악하기 어려워, 적정 도입규모 산정 및 내국인 대체가능성 파악이 곤란하므로 취업신고율 강화를 위하여 신고시 인센티브를 부여하고, 미신고시 제재를 한층 강화하는 등의 개선책이 필요하다.

방문취업자에 대한 보다 적절한 고용관리가 이루어지기 위해서는 이들이 취업동향을 정확히 파악할 수 있는 통계시스템을 갖추고 방문취업자수를 계속 증가시키는 것이 합당한 고용정책인지에 대해서도 신중한 검토가 필요하다. 향후 방문취업 근로자의 수와 노동시장에 미치는 영향력을 고려하여 볼 때 현재와 같은 추세로 입국자를 늘린다면 외국인 고용정책에서 중요한 변수가 될 것이다.<sup>337)</sup>

#### (6) 이민정책과 노동정책의 조화

이민정책과 외국인노동정책을 병행적으로 시행하면서 불법노동을 막는 한편, 동시에 불법노동자에게 노동법상의 권리를 보장해 주는 것은 충분히 가능하다. 그러나 여전히 불법외국인노동의 근절을 이민정책적 시각에서 바라보는 것은 거의 모든 국가의 공통된 현상으로 보인다. 독일과 한국의 고용주처벌 제도가 유사하듯이 노동법 집행은 고용주의 불법노동자 고용을 저지함으로써 사실상 이민정책을 뒷받침한다. 다만 이민정책의 목표와 노동정책의 목표는 병행될 수 있다는 지적도<sup>338)</sup> 유의할 필요가 있다고 본다.<sup>339)</sup>

역사적으로 이민법과 외국인노동법은 정책수립 과정에서 항상 연관되어 있었다. 두 법 간의 분리는 이민을 노동 문제로, 노동을 이민문제로 인식하지 못하게 하는 결과를 초래하게 된다. 따라서 이민정책과 노동정책의 조화를 위해서는 통합된 접근법을 취하여야 한다. 법이 분명히 명시하지 아니하는 이상 법원들은 고

337) 전형배, “외국인근로자고용정책”, 308면.

338) Batog, op.cit., p.133.

339) 문준조, “주요 국가의 외국인이주노동자의 지위와 규제에 관한 연구”, 243면.

용주처벌 정책이 자동으로 불법노동자에 대한 동등한 노동법 구제 거부를 의미한다고 생각해서는 안된다.

다시 말해서 노동법 집행이 이민법 집행과 병행될 수 있으며 모든 노동자에 대하여 노동법을 동등하게 집행하는 것이 노동정책과 이민정책을 뒷받침한다는 사실을 인식할 필요가 있다.

## 2. 人權保護의 強化

외국인근로자에 대한 인권침해의 문제는 불법체류자만이 아니라 합법체류자에 게도 발생하는 사안으로 외국인력의 도입, 관리, 방출에 이르기까지 전분야에 관련된 사안이라 할 것이다. 인간으로서 기본권을 보호해야 하는 것은 근본적인 인간의 사명이며 이는 비단 피부색, 인종, 국적 등을 떠나 모든 인간들이 최우선시 해야 할 과제라고 하겠다.

### (1) 강제퇴거

강제퇴거사유를 규정하고 있는 ‘출입국관리법’(이하 법령 생략) 제46조 제1항 제2호는 입국금지를 규정하고 있는 제11조 제1항 각호의 사유를 강제퇴거의 사유로 원용하고 있으며, 제11조 제1항은 입국금지의 사유로 두개의 일반조항을 두고 있다. 출입국관리기관의 재량판단의 여지가 지나치게 광범위하여 자의적인 법 해석에 의한 불공정한 법 집행의 가능성이 크다는 점과 강제퇴거사유를 최대한 구체화하려는 입법적 노력 없이 일반조항에 근거해 행정목적 달성을 위한 편의적인 행정이라는 등의 문제점이 있다.<sup>340)</sup>

‘출입국관리법’에서 규정하는 ‘보호’는 강제퇴거의 심사나 집행을 위한 신병을 확보하는 행정처분이라고 할 수 있으나, 그 실질적 내용은 구금 혹은 수용에 해당하여 거주이전의 자유와 신체의 자유 등 기본권 제약의 정도가 매우 큰 공권력 행사이다. 현행 ‘출입국관리법’에는 이러한 보호의 개념이 정의되지 않아 그

340) 정정훈, “출입국관리의 문제점”, 출입국관리법의 인권침해에 관한 토론 및 사례발표회, 인권단체연석회의, 2005.7, 3면.

내용과 적용 범위가 모호하다. 강제되거는 행정기관에 의하여 발령되고 집행되는 행정처분이다. 그러나 실질에 있어서는 집행 대상자의 가족, 재산, 직업 등 거주지에서의 모든 생활기반을 박탈할 수 있는 소위 사회적 사형에 상당하는 처분 내용을 가지고 있다. 이러한 처분결과에 비추어 강제되거의 결정 및 집행에 있어서 헌법상의 적정절차의 원칙 및 인권보장의 정신이 존중될 것이 요청된다. 또한 강제되거는 일반적인 행정절차와는 달리 일단 집행이 이루어진 이후에는 처분이 취소된다고 하더라도 이를 원상회복할 수 있는 실효적인 수단이 없다는 점에서 비록 행정처분이기는 하나 형사절차상의 원칙인 “무죄추정의 원칙”의 정신이 존중되어야 필요성이 크다고 할 것이다.<sup>341)</sup>

## (2) 강제단속과 연행

2005년 6월 9일 국가인권위원회는 법무부장관에게 “출입국관리법령 등을 개정해 불법체류 외국인 등에 대한 강제 단속 및 연행의 권한과 요건, 절차를 명확하고 엄격하게 규정하고, 특히 단속·연행·보호·긴급보호 등 신체의 자유를 심각하게 제약하는 조치에 대하여는 형사사법절차에 준하는 수준의 실질적 감독체계를 마련할 것을 권고”하는 내용의 결정을 한 바 있다.<sup>342)</sup> 이에 대해 법무부는 다음날 해명자료를 통해 “대부분의 국가에서 출입국 업무 특성상 국가간 상호주의를 고려하여 불법체류자 단속에 영장주의나 검사의 지휘를 받도록 규정하고 있지 않다.”는 점을 근거로 강제단속에 관한 실질적 감독체계를 마련하라는 국가인권위 권고에 따라 ‘출입국관리법’의 개정에 유보적인 태도를 표명하고, 문제의 해결을 단속과정에서의 지침을 통해서 해결할 것이라는 의지를 밝힌 바 있다.

불법체류 외국인 강제단속 및 연행에 관한 명시적인 법적근거 조항은 없다. 법무부가 법적 근거로 제시한 ‘출입국관리법’ 제46조(강제되거의 대상자), 제47조(조사), 제48조(용의자의 출석요구와 신문)는 원칙적으로 임의 조사를 규정한 조항

341) 정정훈, “출입국관리의 문제점”, 3면.

342) 62명의 외국인근로자와 한국인들이 “방글라데시 대사관 앞에서 열린 집회 종료 후 해산하는 집회참가자들을 경찰이 포위한 상태에서 출입국관리사무소 직원들이 강제 단속을 실시하면서 인권을 침해하였다”며 서울용산경찰서장과 서울출입국관리사무소장을 상대로 2004년 1월 국가인권위에 제기한 진정에 대한 결정이다.

이고 동법 제102조(통고처분)와 ‘사법경찰관리직무법’ 제3조 제5항은 행정범죄에 대한 수사 및 처분에 대한 절차를 규정한 것이며 ‘출입국관리법’ 제51조 제1항의 보호 조항은 사전보호명령서에 의해 시행되는 것이므로 무차별적인 단속 및 연행의 근거가 될 수 없다. 특히 법무부가 단속 및 연행의 근거로 제시하고 있는 ‘출입국관리법’ 제51조 제3항의 긴급보호 조항은 특정한 요건하에서 특정한 절차에 따라 외국인을 긴급보호 할 수 있는 예외조항으로써 일반적인 단속과 연행의 근거로 해석하기 어렵다.<sup>343)</sup> 또한 법 제81조<sup>344)</sup>의 규정은 외국인동향조사를 위한 질문 및 자료의 제출을 요구할 수 있는 권한을 규정하고 있을 뿐, 제3자가 관리하는 장소에 관리자의 의사에 반하여 진입하여 불법체류자를 단속(수색)하거나 보호할 수 있는 권한을 규정하고 있는 것은 아니며, 법 제50조<sup>345)</sup>가 불법체류 용의자의 주거를 검사(수색)하는 경우에도 용의자의 동의를 얻도록 규정하고 있다는 점에 비추어 보면 제3자의 주거를 검사(수색)하는 경우 제3자의 동의가 전제되어야 함은 당연하다. 외국인근로자의 “재판을 받을 권리”를 보장하고, 강제퇴거의 집행으로 인한 회복할 수 없는 손해를 사전에 예방하기 위한 취지에서 집행정지제도의 모색이 필요하며, 그 구체적인 방법으로는 이의신청이 있는 경우에 이의신청에 대한 결정이 있기 전까지는 집행을 정지하도록 명문화하는 방법 및 예외적으로 외국인이라는 특수성을 고려하여 취소소송(심판)이 제기되는 경우에 집행을 정지할 수 있도록 ‘출입국관리법’에 근거규정을 마련하는 방법 등을 고려해 볼 수 있을 것이다.

또한 현행 강제퇴거에 대한 이의신청제도에는 심사결정에 대한 기간 제한이 없고, 이의 신청을 “본인”만이 할 수 있도록 신청권자를 제한하여 규정<sup>346)</sup>하고

343) 정정훈, “출입국관리의 문제점”, 7면.

344) 제81조 (출입국관리공무원등의 외국인동향조사) ①출입국관리공무원 및 대통령령이 정하는 관계기관소속공무원은 외국인이 이 법 또는 이 법에 의한 명령에 따라 적법하게 체류하고 있는지 여부를 조사하기 위하여 외국인, 그 외국인을 고용한 자, 그 외국인의 소속단체 또는 그 외국인이 근무하는 업소의 대표자와 그 외국인을 숙박시킨 자를 방문하여 질문을 하거나 기타 필요한 자료의 제출을 요구할 수 있다. ② 제1항의 규정에 의하여 질문을 받거나 자료의 제출을 요구받은 자는 정당한 이유없이 이를 거부하여서는 아니된다.

345) 제50조 (검사 및 서류등의 제출요구) 출입국관리공무원은 제47조의 규정에 의한 조사를 함에 있어 필요한 때에는 용의자의 동의를 얻어 그의 주거 또는 물건을 검사하거나 서류 또는 물건의 제출을 요구할 수 있다.

346) 제60조 (이의신청) ①용의자가 강제퇴거명령에 대하여 이의신청을 하고자 할 때에는 강제퇴거명령서를 받은 날부터 7일 이내에 사무소장·출장소장 또는 외국인보호소장을 거쳐 법무부장관에게 이의신청서를

있다. 그러나 보호소에 있는 외국인이 혼자서 직접 이의신청을 진행하는 것은 사실상 불가능하다는 점에 비추어 보면 출입국관리공무원의 재량행사의 일탈·남용을 통제할 수 있는 내부적인 통제절차가 기능을 전혀 수행하지 못하고 있는 것이다. 강제퇴거결정에 대한 이의신청권자를 ‘용의자가 지정하는 자’ 등 보호통지 대상<sup>347)</sup>에 까지 확대하여 이의신청절차를 현실화하여야 한다. 또한 강제퇴거 대상자의 대부분의 경우 현실적으로 구금상태와 가까운 보호처분이 집행 중이라는 점을 고려하여 이의신청에 대한 결정기간을 제한할 필요가 있다.<sup>348)</sup>

### (3) 보호조치

실제로 불법체류 외국인 단속 과정에서 출입국관리공무원들이 예외 규정인 긴급보호 조항을 사실상 절대적 기준으로 남용하고 있는 사실이 인정되고, 이러한 법집행 과정에서 임의적이고 과도한 공권력 행사의 가능성도 충분히 있다고 판단된다.<sup>349)</sup> 외국인에 대한 보호가 비록 행정처분이라고는 하나 실질에 있어서 사실상의 “구금”에 해당한다는 점 및 이러한 “장기간”의 보호에 대하여는 이의신청 등의 불복방법이 없다는 점 등에 비추어 위와 같은 규정은 헌법상의 영장주의 원칙에 위배되는 인권 침해적인 규정이다. 강제퇴거 집행을 위한 보호제도가 일

제출하여야 한다.

347) 제54조 (보호의 통지) 출입국관리공무원은 용의자를 보호한 때에는 국내에 있는 그의 법정대리인·배우자·직계친족·형제자매·가족·변호인(이하 “법정대리인등”이라 한다) 또는 용의자가 지정하는 자에게 3일 이내에 보호의 일시·장소 및 이유를 서면으로 통지하여야 한다. 다만, 법정대리인 등이 없거나 용의자가 통지받을 자를 지정하지 아니할 때에는 그 사유를 서면으로 기재하고 통지를 하지 아니할 수 있다.<개정 2001.12.29>

348) 정정훈, “출입국관리의 문제점”, 11면

349) 대법원 2001.10.26, 99다68829 손해배상 사건에 관한 판결에서 “출입국관리법 제63조 제1항의 취지에 비추어 볼 때, 제63조 제1항의 보호명령은 강제퇴거명령의 집행확보 이외의 다른 목적을 위하여 이를 발할 수 없다는 목적상의 한계 및 일단 적법하게 보호명령이 발하여진 경우에도 송환에 필요한 준비와 절차를 신속히 마쳐 송환이 가능할 때까지 필요한 최소한의 기간 동안 잠정적으로만 보호할 수 있고 다른 목적을 위하여 보호기간을 연장할 수 없다는 시간적 한계를 가지는 일시적 강제조치라고 해석된다.” ... (중략)... “별도의 고소사건 수사를 위하여 강제퇴거명령의 집행에 통상 소요되는 기간을 넘어서까지 실질적인 인신구속 상태를 유지한 사실을 알 수 있고, 이러한 조치는 출입국관리법 제63조 제1항의 보호에 해당하지 않는 위법한 구금”이라고 하여 국가배상청구를 인정한 바 있다. 형사소송법의 현행법 긴급체포 요건과 비교할 때에도 출입국관리법의 긴급보호조치는 긴급체포 요건에 해당될 수 없는 비교적 가벼운 행정범죄 용의자에 대하여 신체의 자유를 과도하게 구속하는 것으로 외국인에 대한 차별적 법적용의 우려가 높고 출입국관리공무원의 행정행위와 수사권 행사의 구분이 모호하여 편의적인 법집행 가능성이 상존한다.

반조항과 연결되어 적용되는 일부 사례의 경우 형사상 범죄혐의 확정 전에 강제 퇴거결정을 하고, 불구속수사 사유에 해당하는 경우에도 사실상 구속수사와 동일하게 “장기간” 보호소에서 인신의 자유를 제한한 상태에서 수사절차를 진행하는 방식으로 보호제도를 편법적으로 운영하는 경우가 있으며, 이러한 경우는 이론의 여지없이 제도의 취지를 남용한 불법적인 보호에 해당한다고 할 것이다. 사실상의 인신구속의 성격이 강한 보호처분을 사법당국의 판결에 의하지 않고 무제한 허용하는 것은 사전영장주의의 근본을 위협할 가능성이 있다. 따라서 문제점으로 지적되고 있는 “송환할 수 없는 때”를 보다 구체적으로 명시하고, 보호일시해제 제도를 적극적으로 활용하여야 하며, 일정 기간을 넘어서는 보호가 필요한 경우에는 법원의 허가를 받도록 하는 등의 제도적 개선이 필요하다.<sup>350)</sup>

### 3. 外國人力 導入過程에 있어서의 改善方案

#### (1) 외국인력 도입 업종 및 규모

외국인근로자를 고용하고 있는 사용자들은 외국인력의 도입 규모를 확대해 줄 것을 희망하고 있다. 그러나 외국인력 도입 업종과 규모를 무분별하게 확대할 경우 고용주는 외국인력을 저렴하게 고용할 수 있으나 국민경제적인 관점에서 보면 저숙련 외국인력에 대한 수요를 계속 증대시키고 기업의 구조조정을 지연시켜 장기적으로 국내 산업의 경쟁력을 약화시키고 내국인의 일자리를 잠식할 수 있다. 반면에 외국인력에 대한 수요에 비해 도입 규모를 너무 엄격하게 제한할 경우 인력수급의 불균형으로 인해 불법체류자의 고용이 증가하게 된다. 따라서 외국인력의 도입규모를 적정하게 하면서도 외국인력에 대한 수요를 억제하고 조절해 나가기 위한 다양한 방법을 강구하여야 한다.

이러한 방법으로 사용되는 정책수단을 보면 ① 전체 도입인원의 제한, ② 업종별 도입인원의 제한, ③ 외국인 고용허가 기업규모별 내국인근로자 대비 외국인근로자 비율의 제한, ④ 내국인 우선 고용을 유도하기 위한 노도이장 테스트, ⑤

<sup>350)</sup> 정정훈, “출입국관리의 문제점”, 3면.

고용허가 기업별 외국인력 고용연한의 제한 및 기업구조조정계획서 제출 의무화, ⑥ 외국인력에 대한 체계적인 고용관리능력이 있다고 판단되는 일정 규모 이상의 기업에 대해서만 외국인 고용허가 발급, ⑦ 외국인고용부담금의 징수 등이 있다.<sup>351)</sup>

## (2) 외국인근로자의 관리 및 보호

### 1) 체류 및 취업단계

외국인근로자의 도입 및 체류관리를 전담하는 지원조직체계의 구축과 외국인력 전반에 대한 상황을 파악할 수 있는 전산 및 통계 인프라 구축을 통한 유관기관과의 유기적인 업무처리와 효율적인 인력관리가 필요하다. 또한 One-Stop 종합서비스 지원체제를 완비하여 외국인근로자에 대한 노동상담, 통역서비스, 의료지원, 교육 상담 등 종합적인 외국인력지원업무를 확대하기 위한 시설과 전문인력 확충이 필요하다.

### 2) 귀국단계

국내에서는 물론 송출국에서의 외국인근로자 귀국지원프로그램을 운영하도록 유도함으로써 외국인근로자가 송출국으로 송금하지 않아 외화가 낭비되지 않고 저축되어 외국인근로자가 귀국 후 안정적인 생활을 하거나 창업을 할 수 있는 다양한 지원프로그램을 도입할 수 있도록 송출국가와 MOU 체결시 반영한다. 이를 위해 중장기적으로 비정규 이주의 근본원인을 제거하기 위한 국제개발 협력 프로그램의 확대와 함께 송출국 정부 및 현지 민간단체와의 협력이 강화되어야 한다. 이는 비단 귀환에 국한되는 문제는 아니지만, 특히 귀환자에 대한 지원이 실제로 효과적인지, 귀환지원에 대한 기귀환자들의 목적 국내 체류 비정규이주민에 대한 피드백, 귀환자의 현지사회 정착에 대한 지속적인 모니터링을 통해 지속 가능한 귀환(sustainable return)이 가능한지의 여부를 확인하고 그 결과에 따라

351) 노동부, 「외국인고용허가제시행 3주년 평가 및 제도 개선방안 연구」, 111면.

귀환지원을 지속적으로 재조정할 필요가 있다.<sup>352)</sup>

### (3) 송출비리 방지

송출비리를 방지하기 위해서는 모집과정의 투명성과 공정성을 제고하는 것이 필요하다. 우선 송출국이 자국 근로자의 불법체류와 불법취업을 막는데 노력하도록 유인하는 장치를 마련해야 한다.<sup>353)</sup>

둘째, 송출비리가 문제되는 것은 근본적으로 쿼터보다 국내에 입국하려는 수요가 더 많기 때문이다. 그런데 정작 국내에 입국한 외국인근로자들은 당초 기대와 달리 열악한 근로조건에 크게 실망하고 사업장의 변경을 생각하게 된다. 입국 전 외국인근로자들은 흔히 코리언드림이라고 불리는 환상을 갖고 있다. 따라서 실제 인력을 도입하는 정부는 국내 입국을 고려하고 있는 외국인근로자에게 평균적 근로조건, 법률상제약, 제약 위반시 처벌 등을 충분히 교육하여 입국을 위해 소비하는 시간, 돈, 노력과 입국을 통해 벌 수 있는 경제적 이익을 객관적으로 비교할 수 있게 할 필요가 있다.<sup>354)</sup>

셋째, 고용허가제가 성공적으로 정착되도록 하기 위해서는 정치·외교적 이유로 송출국을 과다하게 확대되지 않도록 하는 것이 중요하다. 이미 16개국의 송출국을 선정하여 송출국에서의 인력선발과 송출과정에 대한 효율적인 관리를 하기에는 너무 많은 비용을 지불해야할 가능성이 많다. 앞으로는 송출국과의 양해각서 갱신과정에서 송출국별로 그동안의 성과를 객관적으로 평가하여 송출국별 비정규이주의 발생비율과 사업주의 선호도 등을 고려하여 효율적 관리가 가능한 수준으로 정비해 나가는 것이 바람직할 것이다.<sup>355)</sup> 특히 브로커들이 합법적으로 수백만원이 넘는 돈을 받는 사례가 발생하지 않도록 국제적인 협약의 실질적인 효과가 나타나도록 구체적이고 투명한 송출과정을 위한 제도적 비리방지대책이 마련되어야 할 것이다.<sup>356)</sup>

352) 고현웅, “자발적 귀환 프로그램 사례연구”, 19면.

353) 현행 고용허가제는 사업주 선호도, 사업체 이탈률, 불법체류율 등을 비교하여 송출국가를 선정하고 국가별 외국인력 도입 규모를 확대 또는 축소할 수 있도록 하고 있다.

354) 전형배, “외국인근로자고용정책”, 311면.

355) 노동부, 「외국인고용허가제시행 3주년 평가 및 제도 개선방안 연구」, 111면.

넷째, 다양한 입국 경로에 대한 적절한 제도화 조치가 필요하다. 이를 위해 고용허가제에 의한 외국인근로자 모집·신청·입국까지의 전과정을 신청자들이 한눈에 파악할 수 있는 공개적인 시스템이 필요하다. 또한 국제이주기구 등과 같은 국제기구의 협조를 얻어 외국의 인력송출과정을 감독하고 송출국과 우리나라 시민단체간의 인력송출과정을 모니터링 하는 제도 등이 고려될 수 있다.<sup>357)</sup>

#### 4. 勞動許可制 導入

노동허가제도는 외국인에게 국내에서 일정기간 취업할 수 있는 허가와 함께 취업 목적의 입국사증을 내주고 당해 외국인은 취업허가 기간 중 국내의 어느 사업장이나 본인이 원하는 대로 선택하여 취업할 수 있도록 허용하는 제도이다.

노동허가제를 취하여 외국인근로자에게 노동허가를 부여하고, 일정한 조건 하에서 노동시장 원리가 작동될 수 있도록 하는 것이 노동권 침해의 부작용을 줄일 수 있고, 독일과 같이 일반노동허가와 특별노동허가를 구분하여 운용하면 국내 노동시장 안정문제도 어느 정도 해결할 수 있다고 본다.

그러나 노동허가제에 반대하는 견해도 있다. 이 견해에 의하면 작업장 이동의 전면적 보장은 내국인력과 외국인력의 충돌을 더 가시화 뿐이라고 한다.

물론 노동허가제를 취한다고 외국인근로자의 고용으로 인한 문제점들이 해소되는 것은 아니다. 노동허가제를 취하는 경우, 근로자가 국내에서 이동의 자유가 보장되기 때문에 노동권 침해나 인권침해의 부작용은 다소 줄어들 수 있으나, 외국인근로자의 국내 유입의 이점이 더욱 증가함으로써 외국근로자들이 국내에 진입하기 위한 비용은 더 높아 질 것이고, 이에 따른 브로커에 의한 송출비리는 더 많아 질 수도 있다. 또한 외형상 미등록외국인근로자가 없는 것 같아도 사실은 노동허가를 취득하지 못한 채로 일을 하는 사실상의 불법체류자는 여전히 발생하게 된다. 게다가 일반노동허가의 요건을 좀 엄격하게 하여 국내에서의 자유이동을 제한하면, 고용허가제에서와 마찬가지로 노동권 침해나 인권침해의 부작용

356) '취업정보의 독점'등의 폐해와 관련해서는 Burt, Ronald S., Structural Holes. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1992. 참조.

357) 박석운, “올바른 고용, 노동허가제 도입을 위한 정책방안”, 「노동법연구」, 제9호, 서울대학교노동연구회, 167면.

이 나타나게 된다. 따라서 노동허가제를 취하면 외국인근로자 유입과 관련된 문제점이 대폭 줄어들 것이라고 하는 생각은 맞지 않을 수 있다. 그러나 저출산·고령화로 인한 인구 감소, 3D 업종 기피현상 등이 지속이 국가에 주는 경제적 손실은 크다. 따라서 전 세계의 다민족화가 진행중에 있고 외국인근로자의 정주화를 생각한다면 유입인구가 증가하여 다민족화 되고, 이것으로 인한 민족 대립, 차별문제, 사회적 비용은 문제되더라도 생활수준이 향상되는 사회의 측면에서 노동허가제가 바람직하다고 본다.

독일의 경우 노동허가제를 실시하고 있으며, 차별금지라는 원칙하에서 외국인근로자들에게 ‘동일노동 동일임금’을 적용하고 있다. 외국인근로자들은 독일 정부가 정한 노동권을 보장받으며 사회보장법의 전면 적용을 받고 있다. 독일의 노동허가제는 한국의 고용허가제보다 외국인근로자의 인권침해 등의 소지를 줄일 수 있는 제도라고 인정된다.

따라서 한국의 고용허가제가 독일식 노동허가제를 전면 수용하여 외국인근로자의 권리를 보호하기 위한 사회적 합의와 ‘차별금지법’ 등 제도적인 개선을 이루어야 한다. 국민경제 전반의 사정을 고려하여 취업가능 업종을 정하여 일정한 범위 내에서 노동허가를 부여하여 일단 국내 노동시장에 편입되면, 정해진 업종의 범위 내에서 일정한 조건을 갖추어 노동부에 등록된 사업장에 자유롭게 취업할 수 있는 것으로 하여, ‘외국인근로자를 채용할 수 있는 사업장’이라는 독점적 지위가 아니라 시장의 원리에 따라 외국인근로자에 대한 근로조건이 결정될 수 있게 하는 것이다.<sup>358)</sup>

358) ‘외국인노동자고용및기본권보장에관한법률(안)’; 2002년 민주노총, 민변, 민주노동당 공동청원 입법안 참조

## 第6章 結 論

21세기를 맞이하면서 경제성장과 인구감소 등으로 노동력의 국제적 이동은 세계의 모든 지역에서 발생하고 있다. 우리나라 또한 이미 중소기업들을 중심으로 수십만명 이상의 외국인근로자를 받아들이고 있는 실정이다. 또한 국내의 노동력 수요압력과 외국으로부터의 공급압력을 피하기 힘든 현실에서 외국인근로자의 유입은 불가피하다고 할 수 있다. 이처럼 외국인근로자 유입이 점점 증가하면서 불법체류자 문제, 송출비리, 인권보호의 미흡 등의 문제가 발생하게 되었다.

이를 위하여 우리나라의 외국인고용제도와 독일, 프랑스, 대만, 일본, 싱가포르 등의 외국인력 제도 및 관련 법제 운영 실태를 구체적으로 검토하여 우리나라에 적용할 수 있는 헌법적 함의를 찾아내고 단순히 외국과 우리나라의 관련 법령의 내용에 대한 비교분석에 그치지 않고 각국이 처한 노동시장 및 외국인이주근로자들의 관련 상황을 고려하여 우리나라의 실정에 맞는 보다 개선된 외국인근로자 관련법 확립을 위한 제안을 다음과 같이 제시하고자 한다.

첫째, 외국인근로자의 기본권 특히 사회적 기본권 보장이 보다 강화되어야 한다. 모든 외국인근로자의 인권과 기본적 자유를 보장하는 것은 국제법상 국가의 의무이기 때문에 특별히 제한할 필요가 없는 경우에는 외국인근로자에 대해서도 최대한으로 그들의 기본권을 보장해 주어야 함은 당연하다. 현재 근로계약시 근로조건의 명시와 실질적인 단체협약, 최저임금법의 적용, 부당해고금지과 해고예고제도의 적용, 조합결성권 및 노동3권 등의 사회적 기본권 보장이 내국인 근로자와 마찬가지로 동등하게 보장되어야 할 것이다. 또한 외국인근로자의 열악한 근로환경, 주거환경에 대한 강화된 근거규정이 있어야 한다. 또한 외국인근로자의 다수를 차지하고 있는 불법체류 근로자는 강제퇴거의 두려움 때문에 산재법 및 의료보험법의 충분한 보호를 받지 못하고 있다. 따라서 외국인근로자에 대한 산재보상 및 의료보험 적용에 대한 사용자의 의무 불이행과 외국인근로자임을 이

유로 한 차별적 대우에 대해서는 지금보다 강력한 벌칙을 규정하여 이들을 보호해야만 한다. 또한 인권침해와 관련하여 가장 문제가 되고 있는 행정당국의 단독적 심사결정으로 이루어지는 강제퇴거 결정을 사법적 판단에 의해서 행해지도록 제한할 필요가 있다. 그리고 강제퇴거 결정에 대한 사법적 중재제도의 도입과 강제퇴거결정을 유예할 수 있는 법적 근거가 필요하다. 그러나 사회적 기본권 보장이 강화되어야 한다고 하더라도 헌법에 위배될 수는 없다. 사회적 기본권의 제한이 필요한 경우는 헌법 제37조의 기본권 제한의 법리에 따라야 할 것이다.

둘째, 외국인근로자에 대하여 근로에 있어서의 균등대우 원칙이 실현되어야 한다. 헌법 제11조 및 근로기준법 제5조에서 의미하는 균등대우 원칙은 내국인과 같이 외국인근로자도 인간으로서 자유롭게 사회생활을 영위할 수 있도록 최대한의 배려를 해야 하며, 특히 산업재해, 의료, 실업 등에 대한 적절한 보상을 받을 권리, 임금과 수당 등에 대해서도 평등하게 보장받아야 한다는 것을 의미한다. 하지만 이러한 균등대우의 원칙이 무제한적으로 적용될 수는 없기 때문에 외국인근로자의 노동의 질이라던가 능력, 노동의 양, 기업공헌도 등과 같은 합리적인 근거나 국민주권과의 관계에서 일정한 제한이 가능하겠지만 그것은 최소한에 그쳐야 할 것이다. 물론 이의 실행을 위해서는 사전에 국내 정규직근로자와 비정규직근로자간 동일노동 동일임금의 격차를 먼저 제거해야하는 과제가 남아 있다. 외국인근로자와 국내근로자 간의 임금격차만 엄격하게 제거한다면, 국내근로자들이 사실상 외국인근로자에 비하여 차별대우를 받게 되는 것이다. 이런 문제를 해결하기 위하여 법적인 측면에서는 원칙에 대한 논의보다는 균등대우가 실현될 수 있도록 법의 집행을 현실화하고, 또 법의 집행이 사회현상의 수정까지 갈 수 있도록 법의 집행에 관련된 내용을 효율적으로 개정해야 할 것이다.

외국인근로자의 보호에 관한 모든 ILO 나 UN 협약 등 국제규범에서도 외국인과 내국인간의 동등한 권리의 보장이라는 내외국인 균등대우원칙이 존중되고 있다.

셋째, 영주권제도를 개방해야 한다.

인력난을 겪고 있는 사업장에 안정된 외국인력을 공급하기 위한 목적으로 시행된 고용허가제는 오히려 불법체류자가 증가하는 문제점을 보였다. 따라서 장기체류자들을 불법체류 상태로 방치할 것이 아니라 영주권제도를 개방하여 우리

사회의 일원으로 받아들이는 조치가 필요하다. 아울러 일시거주자와 장기거주자 및 영구거주자를 고려하면서 각종 사회보장제도와 국민최저생활 수준정도라도 되는 교육, 의료, 주거, 사회복지서비스의 제공이 이루어지도록 하는 장치가 필요하다.

넷째, 외국인근로자의 정주화에 대한 대책 수립이 시급하다. 전 세계가 외국인력 유입에 있어 국경이 없어지고 있다. 물론 앞서 살펴보았듯이 외국인근로자들을 유입하면서 각 나라가 가장 신경을 쓰는 부분 또한 외국인의 정주화 문제이다. 왜냐하면 필요에 의해서 유입하면서도 그들이 우리나라에 있음으로 인해 발생하는 사회문제에 대해서는 신경 쓰고 싶지 않은 것이다. 따라서 현재 각 국가는 외국인근로자의 정주화를 막기 위해 힘을 쓰고 있다. 그러나 독일은 인도적 차원에서의 가족동반 허용, 특별취업허가의 경우 체류기간 5년 또는 무기한 허용 등에 따른 '교체순환원칙' 붕괴로 인한 정주화 방지에 실패하였다. 이에 싱가포르의 사업장 이동의 자유를 거의 봉쇄하면서 외국인근로자의 정주화를 막고 있다. 하지만, 경제인구의 감소, 3D업종의 인력난 등으로 인해 외국인근로자의 정주화 방지는 힘들어 질 것이다. 따라서 미리 그 대책을 수립해야 할 필요성이 있다.

마지막으로, 노동허가제가 전면 도입되어야 한다.

독일은 차별금지라는 원칙에 입각해서 외국인근로자들에게 '동일노동 동일임금'을 적용하고 있으며, 독일 정부가 정한 노동권 보장 및 사회보장법의 전면 적용을 받고 있다. 노동허가제도는 외국인에게 국내에서 일정기간 취업할 수 있는 허가와 함께 취업 목적의 입국사증을 내주고 당해 외국인은 취업허가 기간 중 국내의 어느 사업장이나 본인이 원하는 대로 선택하여 취업할 수 있도록 허용하는 제도이다. 이 제도는 정부의 입장에서는 외국인 관리에 있어서의 어려움이 있다. 독일의 노동허가제는 한국의 고용허가제보다 외국인근로자의 인권침해 등의 소지를 줄일 수 있는 제도라고 인정된다. 따라서 한국의 고용허가제가 독일식 노동허가제를 전면 수용하여 외국인근로자의 권리를 보호하기 위한 사회적 합의와 '차별금지법' 등 제도적인 개선에 대한 재검토가 이루어져야 할 것이다.

## 참 고 문 헌

### I. 국내문헌

#### 1. 단행본

- 계희열, 「헌법학(중)」, 박영사, 2007.
- 국가경쟁력강화위원회, 「비전문 외국인력 정책개선 방안」, 2008.
- 국가인권위원회, 「국내 거주 외국인노동자 인권실태조사」, 2002.
- 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2009.
- 권영호·지성우·강현철, 「사회통합을 위한 다문화가정 관련법에 대한 입법평가」, 한국법제연구원, 2009.
- 김동훈, 「이주 근로자 권리조약과 일본」, 해방출판사, 1992.
- 김철수, 「헌법학개론」, 박영사, 2007.
- \_\_\_\_\_, 「헌법학신론」, 박영사, 2009.
- 김형배, 「노동법」, 박영사, 2004.
- 남성일 외, 「단순기능 외국인력정책 개선 방안 연구」, 한국경영자총협회, 1996.
- 노동부, 「독일과 미국의 외국인력제도」, 2004.
- \_\_\_\_\_, 「외국인고용허가제 시행 3주년 평가 및 제도개선방안 연구」, 한국기술교육대학교, 2007.10.
- 모선희·이인희·이선행·김성운, 「다문화가정의 문제점과 정책적 지원방안 연구」, 충남발전연구원, 2008.
- 박일경, 「신헌법」, 법경출판사, 1990.
- 박홍우, 「미국헌법」, 사법연수원, 2005.
- 법무부, 「이민자를 위한 생활법률과 이민법관계법 이해」, 한국이민정책발전재단, 2009.10.
- 설동훈, 「외국인 노동자와 한국사회」, 서울대학교출판부, 1999.5.

- \_\_\_\_\_ 외4인, 「각국의 외국인근로자 고용관리체계 사례연구」, 노동부, 2004
- 성재한, 「우리나라 노동시장의 노동공급형태와 고용조정 특성」, 한국경제연구원, 1993.
- 외국인근로자인권연대, 「고용허가제 실태조사 보고서」, 2005.
- 유길상·이규용, 「외국인근로자의 고용실태와 정책과제」, 한국노동연구원, 2001.
- \_\_\_\_\_·이정혜·이규용, 「외국인력제도의 국제비교」, 한국노동연구원 국제이주기구, 2004.8.
- 이규용 외4인, 「외국인력 노동시장 분석 및 중장기 관리체계 개선 방향 연구」, 한국노동연구원, 2006
- 이병태, 「최신노동법」, 중앙경제사, 2002.
- 이상윤, 「노동법」, 법문사, 2008.
- 이성언·최유, 「“다문화 가정 도래에 따른” 혼혈인 및 이주민의 사회통합을 위한 법제지원방안 연구」, 한국법제연구원, 2006
- 이영희, 「노동법」, 법문사, 2001.
- 이을형, 「국제노동법」, 송실대학교 출판사, 1995.
- 이한기, 「국제법강의」, 박영사, 1997.
- 임종률, 「노동법」, 법문사, 2004.
- 정종섭, 「한국헌법론」, 박영사, 2008.
- 조우현, 「세계의 노동자 경영참가」, 창작과 비평사, 1995.
- 최돈길, 「중소기업인력대책의 연구-한·일간 비교를 중심으로-」, 한국개발연구원, 1994.
- 최윤철, 「외국인의 출입국, 지위 및 체류관련 법령에서의 차별적 표현개선에 관한 연구」, 법제처, 2008.
- 치안연구소, 「출입국관리와 치안대책이 효율화에 관한 연구」, 치안연구소, 1996.
- 한국노동연구원, 「국제노동 브리프」, 2002.12.
- 한국법제연구원, 「외국인의 법적 지위-해설과 법령-」, 1994.
- 한국형사정책연구원, 「국내체류 외국인의 범죄피해 및 보호실태」, 1996.

\_\_\_\_\_ , 「불법체류 외국인의 실태와 대책」, 1998.

허영, 「한국헌법론」, 박영사, 2009.

## 2. 논문

강희원, “노동의 국제적 이동시대와 국제법”, 한국법제연구원 법제자료, 2003.

고현웅, “자발적 귀환 프로그램 사례연구”, 국제이주기구 서울사무소, 2005.

고혜원·이철순, “외국인 고용허가제 도입 과정”, 「한국정책학회보」, 제13권 제5호, 2004.

고준기, “외국인고용허가제의 문제점과 개선방안”, 「법과 정책연구」, 제5집 제1호, 2005.

김남경, “한국 체류 외국인 노동인력 관리체계의 개선방안 연구”, 「한국동북아논총」, 제46집, 2008.

김선수, “한국에서의 외국인노동자 인권문제”, 「법조춘추」, 1995.1.

김승환, “기본권의 주체”, 「법학과 행정학의 현대적 과제」, 유소 이방기 교수 정년기념논문집, 전남대학교 출판부, 2002.

김용진, “외국인의 지위와 실정법”, 「법제」, 제441호, 1994.9.

김유성, “외국인 근로자와 노동관계법의 적용”, 「비상근연구위원 논문집」, 제8집, 법무연수원, 1994.

김지형, “외국인 근로자의 헌법상 기본권 보장-현행 산업연수제도의 위헌성 검토를 중심으로-”, 「저스티스」, 통권 70호, 한국법학원, 2002.

김홍영, “외국인근로자의 노동권과 사회보장권”, 「법학연구」, 제14권 제1호, 충남대학교법학연구소, 2003.

김희성, “이주근로자의 고용에 관한 법적 문제점과 개선방안”, 「경영법률」, 제18권 제3호, 한국경영법률학회, 2008.

남주혁, “외국인 고용허가제 개선방안에 대한 연구”, 부산대학교 대학원 석사학위논문, 2006.

노동부, “외국인노동자 현황 및 문제점”, 2000.

노영돈, “외국인근로자의 국적과 영주권”, 「시민과 변호사」, 2002.12.

- \_\_\_\_\_, “우리나라 국적법의 몇 가지 문제에 관하 고찰”, 「국제법학회논총」, 제41권 제2호, 1996.12.
- 류혜정, “이주노동자의 사회복지”, 「2007 한국인권보고대회 자료집」, 인권단체연석회의·민주사회를 위한 변호사 모임, 2007.
- 문준조, “주요 국가의 외국인이주노동자의 지위와 규제에 관한 연구”, 한국법제연구원, 2007.10.
- 민경식, “헌법과 노동인격의 실현”, 「중앙대학교 법학논문집」, 제20집, 1995.
- 박상순, “외국인의 강제퇴거에 관한 운영상 문제점과 개선방안 등에 관한 연구”, 「법조」, 제504호, 1998.9.
- 박석운, “외국인력정책의 기준정립과 외국인노동자법 제정시안”, 「노동법연구」, 제6호, 서울대학교, 1997.
- \_\_\_\_\_, “올바른 고용, 노동허가제 도입을 위한 정책방안”, 「노동법연구」, 제9호, 서울대학교노동연구회, 2000.
- 박선영, “이주여성과 그 자녀의 인권”, 「저스티스」, 통권 제96호, 한국법학원, 2007, 17면.
- 박유원, “외국인근로자의 법적 보호에 관한 연구”, 연세대학교 대학원 석사학위논문, 2003.12.
- 배병호, “재한국인 처우 기본법상 사회통합에 관한 연구”, 「성균관법학」, 제21권 제1호, 2009, 779면.
- 백석현, “외국인 노동자의 고용과 노동력 부족대책”, 미래인력연구센터, 1997.
- 백종인·설재영, “외국인근로자 정책 및 법제개선에 관한 연구-독일의 외국인근로자 법제를 중심으로-”, 「고려법학」, 제49호, 고려대학교 법학연구원, 2007.
- 설동훈, “외국인 노동자와 한국사회의 상호작용”, 미래인력연구센터, 1997.
- 설재영, “외국인근로자의 법적 지위와 정책개선에 관한 연구”, 전북대학교 대학원 박사학위논문, 2002.
- 외국인근로자인권연대, “이주민에 관한 국제기준과 국내법과의 비교검토”, 이주연대심포지움자료집, 2005.11.
- 유길상, “외국인 고용관리 효율화 방안”, 「노무관리」, 148호, 2000.12.

- \_\_\_\_\_. 이규용·박성재, “외국인 고용허가제 시행 1년의 평가 및 향후 발전방향”, 한국노동연구원, 2005.8.
- 유형석, “외국인근로자의 법적지위에 관한 연구”, 건국대학교 대학원 박사학위논문, 2000.
- 이갑주, “국제법상 외국인의 인권에 관한 연구”, 원광대학교 박사학위논문, 1989.
- \_\_\_\_\_, “외국인의 법적 지위”, 「목포대학논문집」, 제9집 제2호, 1988.
- 이광택, “세계화의 관점에서 본 이주 노동자의 보호”, 「외국인노동자 정책과 보호대책」, 노동정책연구소, 1995.5.
- 이규홍, “외국인력정책 변화와 과제”, 「노동리뷰」, 한국노동연구원, 2007.
- 이동렬, “한국·미국·일본국의 출입국관리 비교”, 「법무연구」, 제12호, 1985.
- 이만희, “외국인 노동자의 불법취업 증가에 대한 단속대책”, 「저스티스」, 제24권 제2호, 한국법학원, 1991.
- 이명원, “외국인근로자의 법적 보호방안에 관한 연구”, 숭실대학교 노사관계대학원, 2003.
- 이용일, “외국인근로자 고용에 대한 독일 노동조합의 정책”, 외국인근로자 고용제도의 바람직한 방향 모색(워크숍 자료집), 한국법제연구원, 2007.
- 이철우, “이주자의 국적과 시민권”, 이주연대심포지움자료집, 2004.4.
- 이희성, “각국의 직업선택의 자유와 실질적 보장에 관한 노동법상 고찰”, 「비교사법」, 제11권4호(상), 한국비교사법학회, 2004.12.
- 이학춘, “외국인근로자의 법적 지위”, 국제학술대회 발표자료집, 한국비교노동법학회, 2006.
- 장준오, “불법체류 외국인처리에 관한 외국실태와 국내 비교”, 서울외국인노동자센터, 2005.
- 전광석, “장기 체류 외국인의 사회보장제도”, 「법제연구」, 제24호, 2003.
- 전형배, “외국인근로자 고용 정책”, 「저스티스」, 통권 109호, 한국법학원, 2009.
- 정인섭, “노동조합 결격요건의 심사”, 「노동법연구」, 제25호, 서울대학교 노동법연구회, 2006.
- \_\_\_\_\_, “제한외국인의 법적 지위”, 「국제법학회논총」, 제35권 제1호, 1990.

- 정정훈, “출입국관리의 문제점”, 출입국관리법의 인권침해에 관한 토론회 및 사례발표회, 인권단체연석회의, 2005.7.
- 조경배, “고용보장의 노동법적 원리와 구조에 관한 연구”, 서울대학교 박사학위논문, 1997.
- 조성준, “외국인력 활용정책의 문제점과 대책-고용허가제의 도입을 중심으로-”, 국정감사 정책자료집, 2000.10.
- 池田靖昭, “외국인 근로자 고용의 문제와 개선방안에 관한 연구”, 동아대학교 대학원 박사학위논문, 2001.
- 채한태, “중국동포근로자의 기본적 보호”, 중앙대학교 대학원 박사학위논문, 2005.
- 최수근, “입국심사제도에 관한 연구”, 「법무연구」, 제12호, 1985.
- 표명환, “제한 결혼이주여성의 국가적 보호에 관한 법적 고찰”, 「공법학연구」, 제10권 제3호, 한국비교공법학회, 2009.
- 최상률, “저숙련 외국인력의 정책평가에 관한 연구”, 건국대학교 대학원 박사학위논문, 2004.
- 최운철, “독일에서의 정부업무평가제도에 관한 연구”, 「유럽헌법학연구」, 제3호, 유럽헌법학회, 2008.
- 최홍엽, “외국인 근로자의 노동법상 지위에 관한 연구”, 서울대학교 박사학위논문, 1997.
- \_\_\_\_\_, “외국인 근로자 도입제도와 고용허가제”, 「노동법연구」, 제13호, 2002.
- \_\_\_\_\_, “외국인 근로자의 사회보장”, 「민주법학」, 제22호, 2002.
- 하갑래, “외국인근로자의 활용제도에 관한 입법론적 연구”, 동국대학교 대학원 박사학위논문, 2003.
- \_\_\_\_\_. 최태호, 「외국인 고용과 근로관계」, 중앙경제, 2005.
- 하경효·김영문, “외국인 근로자의 법적 지위 헌법적·국제법적 노동법적·사회보장법적 지위를 중심으로”, 「외국인 고용에 따라 사회·경제적 영향평가와 규율방안」, 고려대학교 노동문제연구소, 1998.
- 황필규, “이주노동자의 인권”, 「인권보고서」, 제20집, 대한변호사협회, 2005.

### 3. 기타

- 김진, '외국인근로자의 고용 및 기본권 보장에 관한 법률(안)', 2002.7.
- 김희선, "장기체류외국인의 영주권 취득과 그 법적 지위에 관한 법률안 검토보고", 법제사법위원회, 2001.
- 법무부, 「정주외국인에 대한 선거권 부여 법제」, 2000.12.
- 이승우, "다문화 사회에 대한 국민적 공감대 형성 필요", 법률신문 2009년 5월 4일자.
- 이흥지, "외국인 근로자 도입제도 개편안", 국가경영전략연구원, 1994.
- 정정훈, '이주노동자와 시민권', 서울외국인노동자센터 정책제언, 2005.
- 한국일보, "노동부, 합법적 외국인 노조 설립은 수용", 2005.4.25.

## II. 외국문헌

### <일본문헌>

- 家政治, "국제條約·國際法上の 問題", 「外國人労働者の人權」, 大月書店, 1994.
- 古川利通, "外國人·人權·入營法制", 「外國人労働者問題の展望」, 大阪經濟法科大學出版部, 1995.
- 關東辯論社會連合會(編), 「外國人労働者のが就勞と人權」, 明石書店, 1991.
- 大沼保昭, "外國人の人權論再構成の試み", 「法學協議百周年記念論文集」, 제2권, 1983.
- 梶田孝道, "外國人參政權", 「外國人労働者から市民へ」, 有斐閣, 1996.
- 朴下博, "出入國管理制度と改正人管法", 「外國人労働者の人權」, 大月書店, 1994.
- 北村泰, "外國人労働者問題と國際人權法", 「定住和詩代の外國人の人權」, 明石書店, 1997.
- 小用浩, "外國人労働者問題の現在", 「季刊勞動法」, 제164호, 1992.
- 小田滋外, 「現代國際法」, 有斐閣, 1987.

- 松林和夫, 「労働権と雇用保障法」, 日本評論社, 1991.
- 手塚和彰, “労働関係の国際化と労働法の新たな展開”, 「季刊労働法」, 제150호.
- 由崎哲人, “新しい出入国管理”, 「外国人労働者」, 税務経済協會.
- 齋藤靖夫, “日本憲法と外国人労働者”, 「外国人労働者の福祉と人権」, 法律文化社, 1993.
- 梓澤和幸, “憲法と外国人の人権”, 「法學セミナー」, 제502호, 日本評論社, 1996.
- 佐藤進, 「外国人労働者の福祉と人権」, 法律文化社, 1993.
- 佐藤忍, 「国際労働力移動研究序説」, 信山社, 1992.
- 清正寛, 「雇用保護法の研究」, 法律文化社, 1987.
- 平野律一郎, 「移民・移動の国際社會學」, 名吉屋學出版會, 1993.
- 日本最高裁判決, 「판례시보」, 제903호, 1978.10.
- アジア人労働者問題懇談會(編), 「外国人と國際人權」, 海風書房, 1992.

<영미문헌>

- Aliens, R. Arnold, in R Bernhardt ed, Encyclopedia of public International Law, Vol 8, 1985.
- Borchard, Edwin M, The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or Law of International Claims, New York Banks Law Publishing Co, 1915, New York Kraus Reprint Co, 1970.
- Brownhe, Ian, Principles of public International Law, 3rd ed, Oxford Clarendon, 1979.
- Clark, J. A. & J. S. Jr. Legge, “Economics, Racism, and Attitudes toward Immigration in the New Germany”, Political Reserch Quarterly 50, 1997.
- Hackworth Green Haywood, Digest of International Law, Vol III, Washington D C US Government Printing Office, 1942.
- Gerhard von Glahn, Law Among Nations, New York Macmillan, 1951.
- Hainmueller J., & M. J. Hiscox, “Educated Preferences : Explaining Attitudes

- toward Immigration in Europe”, international Organization 61, 2007.
- Heath, A. F., J. R. Tilley, “British national Identity and Attitudes towards Immigration”, International Journal on Multicultural Societies 7.
- Hoskin, M.C, “Public Opinion and the Foreign Worker : Traditional and Nontraditionalbases in West Germany”, Comparative Politics 17, 1985.
- Jennings, Robert & Watt, Arthur ed, Oppenheim’s International Law, 9th ed, Vol.1, London Longman, 1992.
- Miller, Mark J., “The prevention of unauthorized migration”, Migration and Refugee Policies, edited by Bernstein, Ann & Weiner, Myron, 1999.
- Mosler, Hermann, The International Society as a Legal Community, 1980.
- Oda, Shigeru, “The Individual in International Law”, in Max Sprensen ed, Manual of Public International Law, New York Macmillan, 1968.
- Ronald S., Burt, Structural Holes. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1992.
- Ruefle, W., Ross, W. H., & D. Mandell, “Attitudes toward Southeast Asian immigrants in a Wisconsin Community”, International Migration Review 26.
- Seidle-Hohenveldern, Ignaz, “Aliens, Property”, in Rudolf Bernhardt ed, Encyclo-pedia of Public International Law, Vol.8, Amsterdam North-Holland, 1985.

<독일문헌>

- Breuer, Rüdiger, Freiheit des Berufs, in: Isensee/Kirchhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI. Heidelberg, 1989.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang, Menschenwürde als normatives Prinzip, JZ 2003.
- Bundesagentur für Arbeit, “Anwerbestoppausnahmeverordnung”, 2006.12.
- \_\_\_\_\_, “Arbeitsmarkt2005”, Nürnberg, 2006.08.

\_\_\_\_\_, “für Arbeitgeber zur Vermittlung und Beschäftigung ausländischer Saisonarbeitnehmer und Schaustellerge hilfen”, Nürnberg, 2007. 01.

\_\_\_\_\_, “Hinweise zur Vermittlung von Fachkräften aus osteuropäischen Ländern nach Deutschland(Gast-arbeitnehmerverfahren)”, Nürnberg, 2007.06.

Hesse, Konrad, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1995.

Höfling, Wolfram, in: Sachs, M.(Hrsg.), GG. 3. Aufl., München 2003.

Gutmann, Rolf, 「Ausländische Arbeitnehmer」, Bund-Verlag, 2005.

Koch, Christian, Rechtsgrundlage sozialer Integration von Ausländern in Deutschland, 공법연구 제36집 제4호, 2008.

Lieb, Manfred, Arbeitsrecht, 8. Aufl., 2003.

Schmidt, Rolf/Seidel, Stephanie, Grundrechte, 2. Aufl., Bremen 2001.

Stein, Ekkehart/Frank, Götz, Staatsrecht, 17. Aufl., Tübingen 2000.

Stern, Klaus, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, München 1988.

Schaub, Günter, Arbeitsrechtshandbuch, 9. Aufl., 2000.

Söllner-Waltermann, Grundriss des Arbeitsrechts, 13. Aufl., 2003.

Weis, Paul, Nationality and Statelessness in International Law 2nd rev ed, Gibson Pr, 1979.

Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht, 5. Aufl., 1998.

<관련 주요사이트>

<http://www.bundesfinanzministerium.de/BMF-.336.24185/Pressemitteilung/index.htm>

<http://www.evta.gov.tw/labor/labor.htm>

[http://www.immigration.gov.tw/e\\_immig/eng/1.htm](http://www.immigration.gov.tw/e_immig/eng/1.htm)

<http://Klaw.go.kr/>

<http://www.mom.gov.sg>

<http://www.mom.gov.sg/MOM/CDA/0,1858,967-----,00.html>.

<http://withmigrants.org/xe/28823>

[http://withmigrants.org/xe/data\\_02/28870/page/5](http://withmigrants.org/xe/data_02/28870/page/5).

