

외국인근로자의 노동법적 권리 확대와 한계

I. 서론(문제제기)

우리나라는 1980 년 후반부터 급격한 인건비 상승과 중소기업 3D 업종의 인력난을 겪게 되었고, 이를 해결하기 위해 1993 년부터 산업연수생제도를 통해서 외국인근로자를 도입하게 되었다. 산업연수생은 노동법상 근로자로서의 법적 지위를 인정받기 어려웠고, 연수생 신분이기 때문에 노동법 중 일부 규정의 보호만 받았다. 또한, ‘산업연수생제도’를 정부가 아닌 민간기관이 맡아 관리하면서, 인권침해, 송출비리, 불법채류 등의 사회적 문제가 많이 발생하였고 정부에서는 이를 해결하고자 2003 년 8 월 「외국인근로자의 고용 등에 관한 법률」(이하 ‘외국인고용법’)을 제정하여 고용허가제를 도입하였다. 고용허가제는 단순기능 외국인근로자(E-9 비자)와 방문취업 동포근로자(H-2 비자)를 대상으로 한다.

외국인고용법은 외국인근로자를 체계적으로 도입하고 관리함으로써 원활한 인력수급 및 국민경제의 균형 있는 발전을 도모함을 목적으로 한다(제 1 조). 즉, 법의 취지는 열악한 중소기업의 3D 업종에 부족한 인력을 외국인으로 공급하기 위한 것이지, 외국인근로자를 노동법적으로 보호하려는 것은 아니다. 그러나 외국인이 국내에 들어와서 거주하며 근로를 통해 생활하는 이상 외국인은 우리나라의 거주민이 되는 것이고, 거주민은 헌법에 보장된 인간으로서의 권리를 보호 받아야 한다. 헌법상 보장된 인간의 권리는 헌법 제 32 조에 따른 근로권, 근로기준보호, 차별 금지, 제 33 조의 노동 3 권, 제 34 조의 사회보장을 포함한다. 아래에서는 외국인근로자의 도입 목적과 근로자로서의 외국인의 권리 보호 사이에 갈등과 제도개선 방안을 살펴보고자 한다.

II. 산업연수생의 근로자성 인정 (1991 - 2003)

2004 년 외국인고용법을 도입하기 전까지 외국인근로자는 근로자가 아닌 연수생 신분으로서 노동법의 적용을 제대로 받지 못하였다. 산업연수 채류자격으로 입국한 태국인 근로자가 불법취업 상태에서 근로를 제공하던 중 1992 년 12 월 10 일 사고를 당하여 산재요양을 신청한 사건에서, 대법원은 불법채류자도 임금을 목적으로 근로를 제공하는 근로자인 이상은 업무상 사고가 발생한 경우에 산재보험의 대상이 된다고 판결하였다.¹ 이 사례는 불법채류자에 대한 산업재해를 인정한 최초 판결로, 이후 유사한 불법채류자의 산재사건에 있어 법원의 판단기준을 제시하였다. 이 판결은 두 가지의 의미 있는 사실을 확인시켜 주었다. 첫째, “출입국관리법은 국내근로자의 고용을 보호하기 위하여 외국인의 불법채류를 단속하고 외국인의 취업자격을 규율하여 취업자격이 없는 외국인의 취업을 금지시키는 입법목적 을 가지고 있다”고 판시하였다. 따라서

¹ 대법원 1995. 9. 15. 선고 94 누 12067 판결(불법채류자에 대한 산업재해 인정)

출입국관리법은 불법체류 외국인근로자가 사실상 제공한 근로에 따른 권리나 이미 형성된 근로자로서의 신분상 권리 등의 법률효과까지 금지시키지 못하는 단속법규라는 것이다. 둘째, 외국인근로자의 근로자성을 판단할 때, 형식적인 내용보다는 실질적인 기준을 가지고 불법체류 근로자에 대한 근로자성을 인정하였다.

이 대법원 판결 이후, 다른 대법원 판례에서도 불법체류자나 산업연수생의 산재처리나 퇴직금 등을 인정해주게 되었다.²

III. 외국인근로자의 기본권 인정과 한계 (2004 - 2014)

이 시기에는 두 건의 중요한 헌법재판소 결정이 있었다. 바로 2007 년 “노동부 예규 ‘외국인 산업기술연수생의 보호 및 관리에 관한 지침’은 평등권을 침해한다”는 결정과 2011 년 “외국인근로자도 직장선택의 자유를 가진다”는 결정이다.

1. 산업기술연수생제도의 위헌결정

1993 년 11 월 법무부는 외국인근로자 도입을 위해 산업연수생제도를 도입하였으나, 외국인근로자에 대한 노동법적 보호 부족으로 인권적 침해가 많았다. 이를 해결하고자, 1995 년 2 월 14 일에 노동부는 「외국인 산업기술연수생의 보호 및 관리에 관한 지침」인 노동부예규를 통해 산업연수생에 대하여 노동법의 일부 조항만을 적용하였다.³ 외국인근로자는 이에 대해 헌법소원심판을 청구하였고, 헌법재판소는 산업연수생제도가 헌법 제 11 조의 평등권을 위반하였다고 위헌결정을 내렸다.⁴

이 결정에서 헌법재판소는 “외국인근로자는 모든 기본권을 무한정 가지는 것이 아니라 원칙적으로 ‘국민의 권리’가 아닌 ‘인간의 권리’의 범위 내에서만 기본권을 가진다. ... 근로의 권리가 ‘일할 자리에 관한 권리’만이 아니라 ‘일할 환경에 관한 권리’도 함께 내포하고 있으며, 외국인근로자는 ‘일할 환경에 관한 권리’를 가지는 바, 이는 인간의 존엄성에 대한 침해를 방어하기 위한 자유권적 기본권의 성격도 갖고 있어 건강한 작업환경, 일에 대한 정당한 보수, 합리적인 근로조건의 보장 등을 요구할 수 있는 권리 등을 포함한다”고 판시하고 있다.

² 대법원 1997. 8. 26. 선고 97 다 18875 판결(불법체류 외국인근로자도 퇴직금 적용)

대법원 1997. 10. 10. 선고 97 누 10352 판결(산업기술연수생도 근로자인 이상 산재보험 인정)

³ 구체적인 노동법 적용내용은 노동부예규 제 8 조(연수생의 보호)에서 연수생에게 ① 폭행 및 강제근로금지, ② 연수수당의 정기, 직접, 통화불 지급 및 금품청산, ③ 연수기간, 휴게 및 휴일, 시간외, 야간 및 휴일연수, ④ 최저임금 수준의 보장, ⑤ 산업안전보건의 확보, ⑥ 산업재해보상보험 혜택을 받는다고 명시하고 있다.

⁴ 헌법재판소 2007. 8. 30. 선고 2004 헌마 670 결정(산업연수생제도의 제도 위헌성 인정)

또한, 헌법재판소는 “산업연수생이 연수라는 명목 하에 사업주의 지시 감독을 받으면서 사실상 노무를 제공하고 수당 명목의 금품을 수령하는 등 실질적인 근로관계에 있는 경우에도, 근로기준법이 보장한 근로기준 중 주요사항을 외국인 산업연수생에 대하여만 적용되지 않도록 하는 것은 합리적인 근거를 찾기 어렵다고 하면서 이는 자의적인 차별”이라 판시하고 있다.

2. 직업선택의 자유

외국인근로자 5 명이 현 외국인고용법 제 25 조 제 4 항은 사업장이동을 원칙적으로 3 회 이내로 제한하고 있어 외국인의 근로권, 직업선택의 자유, 행복추구권 등을 침해하였다고 헌법소원을 제기하였다. 이에 대해 헌법재판소는 외국인도 헌법상 기본권인 직업선택의 자유를 가지고, 현행 규정은 입법 취지를 고려할 때 전면 제한하는 것이 아니기 때문에 위헌이 아니라는 결정을 하였다.⁵

우선, 헌법재판소는 외국인근로자도 인간으로서의 권리로서 기본권인 직업선택의 자유를 가진다고 명시하였다. 즉, 직업의 자유 중 이 사건에서 문제되는 직장 선택의 자유는 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권과도 밀접한 관련을 가지는 만큼 단순히 국민의 권리가 아닌 인간의 권리라고 판시하였다.

헌법재판소는 “이 사건 법률조항(제25조 제4항)은 외국인근로자의 무분별한 사업장 이동을 제한함으로써 내국인근로자의 고용기회를 보호하고 외국인근로자에 대한 효율적인 고용관리로 중소기업의 인력수급을 원활히 하여 국민경제의 균형 있는 발전이 이루어지도록 하기 위하여 도입된 것이다. 이 사건 법률조항은 일정한 사유가 있는 경우에 외국인근로자에게 3년의 체류기간 동안 3회까지 사업장을 변경할 수 있도록 하고 대통령령이 정하는 부득이한 사유가 있는 경우에는 추가로 사업장변경이 가능하도록 하였기 때문에 직장선택의 자유를 침해하지 않았다”고 결정하였다. 이에 대하여 반대의견은 “외국인이라 하더라도, 대한민국이 정한 절차에 따라 고용허가를 받고 적법하게 입국하여 상당한 기간 동안 대한민국 내에서 거주하며 일정한 생활관계를 형성, 유지하며 살아오고 있는 중이라면, 적어도 그가 대한민국에 적법하게 체류하는 기간 동안에는 인간의 존엄과 가치를 인정받으며 그 생계를 유지하고 생활관계를 계속할 수 있는 수단을 선택할 자유를 보장해 줄 필요가 있으므로, 청구인들에게 직장 선택의 자유가 인정되며, 이 사건 시행령 조항은 법률유보원칙과 과잉금지원칙에 반하여 청구들의 직장 선택의 자유를 침해한다”고 하였다. 외국인근로자가 최초 3년 동안 본인의 자유의사로 직장변경을 할 수 없다는 점이 있고, 3년 근로계약 만료 후 구직활동을 하는 경우에도 외국인근로자에게는 자신이 근무할 사업장을 선택할 권한이 없다. 또한 사업주가 일방적으로 외국인근로자를 선택할 수 있도록 한 점을 고려하면 외국인근로자들에게는 실질적인 직장변경의 자유가 없다고 볼 수 있다. 사업장변경과 관련하여 UN 외국인근로자 권리협약 제52조 제3항에서는 취업 후 2년이 경과하면 직장선택의 자유를 주어야 한다고 권고하고 있다.

⁵ 헌법재판소 2011. 9. 29. 선고 2007 헌마 1083, 2009 헌마 230, 352(병합) 결정(직업선택의 자유)

VI. 외국인근로자의 노동법 적용확대와 한계 (2015 - 2016)

이 시기에는 외국인근로자의 권리와 관련하여 중요한 대법원 전원합의체 판결과 헌법재판소의 결정이 있었다. 2015년에 대법원은 합의체판결에서 불법체류자의 단결권을 인정하였고, 2016년에 헌법재판소는 외국인근로자가 퇴직금에 갈음하여 출국만기보험을 강제하는 것에 대해 합헌이라고 결정하였다.

1. 불법체류자의 단결권 보장

2005년 4월 24일 서울, 경기, 인천 지역에 거주하는 외국인 근로자 91명은 ‘서울경기인천 이주노동자 노동조합’을 설립하고 서울지방노동청에 설립신고서를 제출하였다. 노동청은 조합원들의 명단에 불법체류자들이 주된 구성원으로 되어있어 이에 대해 보완을 요구하였고, 노동조합이 보완된 서류를 제출하지 않자 설립신고서를 반려하였다. 이주 노동조합은 설립신고서 거부처분이 위법 하다고 소송을 제기하였다. 이에 서울행정법원은 이주노동조합의 설립신고를 거부한 것은 합당한 것으로 판결하였다. 1심은 “불법체류 외국인은 출입국관리법상 취업이 엄격하게 금지되어 있으므로 이들이 근로조건의 유지, 개선과 지위향상을 도모할 법률상 지위에 있지 않아 노동법상의 근로자가 아니다”라고 보았다.⁶ 그러나 서울고등법원은 이주노동조합의 설립신고서 반려는 위법하다는 판결을 하며 제1심의 판결을 취소하였다. 2심은 “우리나라에서 현실적으로 근로를 제공하면서 임금, 급여, 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 이상 노동조합을 설립할 수 있는 근로자에 해당된다”고 보았다.⁷

대법원 전원합의체는 2심 판결을 유지하면서, “노동조합법상 근로자란 타인과의 사용종속관계 하에서 근로를 제공하고 그 대가로 임금 등을 받아 생활하는 사람을 의미하며, 특정한 사용자에게 고용되어 현실적으로 취업하고 있는 사람뿐만 아니라 일시적으로 실업 상태에 있는 사람이나 구직 중인 사람을 포함하여 노동3권을 보장할 필요성이 있는 사람도 여기에 포함되는 것으로 보아야 한다. 타인과의 사용종속관계 하에서 근로를 제공하고 그 대가로 임금 등을 받아 생활하는 사람은 노동조합법상 근로자에 해당하고, 노동조합법상의 근로자성이 인정되는 한, 그러한 근로자가 외국인인지 여부와 취업자격의 유무에 상관없이 노동조합법상 근로자의 범위에 포함된다”고 판시하였다.⁸

이에 대한 반대의견은 “노동조합법과는 달리 출입국관리 법령에서는 고용제한 규정을 두어 취업자격 없는 외국인의 고용을 금지하고, 취업자격 없이 취업한 외국인을 강제퇴거 및 처벌의 대상으로 삼고 있다. 그 결과 외국인의 취업활동은 취업자격을 취득함으로써 비로소 취업활동이 법률적으로 가능하게 되고 취업자격 없는 외국인과의 근로관계는 정지되며 사용자는 언제든지 취업자격이 없음을 이유로 기왕의 근로계약을 해지할 수 있다. 취업자격 없는 외국인은 애당초 ‘정상적으로 취업하려는 근로자’에 해당할 수 없고 이미 취업한 사람조차도 근로계약의 존속을

⁶ 서울행정법원 2006. 2. 7. 선고 2005구합18266 판결 (불법체류 이주근로자 노동조합 불인정)

⁷ 서울고등법원 2007. 2. 1. 선고 2006누6774 판결 (불법체류 이주근로자 노동조합 인정)

⁸ 대법원 2015. 6. 25. 선고 2007두4995 합의체 판결 (불법체류 이주근로자 노동조합 인정)

보장받지 못할 뿐만 아니라, 노동조합법상의 근로자 개념에 포함된다 하여 취업자격을 자동으로 취득하거나 그의 국내 체류가 합법화되는 것도 아니다. 이런 상황에서 장차 근로관계가 성립 혹은 계속될 것을 전제로 사용자와의 단체교섭이나 단체협약의 체결을 통하여 근로조건을 유지·개선하려 하는 것 자체가 과연 가능한 일인지 의문이 아닐 수 없다”라고 판단하고 있다.⁹

2. 출국만기보험

출국만기보험은 외국인근로자를 고용한 사용자가 퇴직금에 갈음하여 지정된 금융기관에 매달 8.3%의 임금을 적립하는 것으로 이들이 한국을 출국할 때 14일 이내에 지급받는다. 국회는 2014년 1월 28일 외국인근로자들이 근로계약기간이 만료되어 출국만기보험금을 수령하고도 본국으로 귀국하지 않아 불법체류자가 급증하고 있다는 이유로, 외국인고용법을 개정하여 출국만기보험금의 지급시기를 ‘피보험자등이 출국한 때로부터 14일 이내’로 제한하는 내용을 추가하였다. 이에 대해 청구인들(외국인근로자)은 출국만기보험금의 지급시기를 출국 후 14일 이내로 제한하고 있는 외국인고용법 제13조 제3항이 청구인들의 기본권을 침해한다고 헌법소원심판을 제기하였다.

헌법재판소는 “불법체류자는 임금채불이나 폭행 등 각종 범죄에 노출될 위험이 있고, 그 신분의 취약성으로 인해 강제 근로와 같은 인권침해의 우려가 높으며, 행정관청의 관리 감독의 사각지대에 놓이게 됨으로써 안전사고 등 각종 사회적 문제를 일으킬 가능성이 있다. 또한 단순기능직 외국인근로자의 불법체류를 통한 국내 정주는 일반적으로 사회통합 비용을 증가시키고 국내 고용 상황에 부정적 영향을 미칠 수 있다. 따라서 이 사건 출국만기보험금이 근로자의 퇴직 후 생계 보호를 위한 퇴직금의 성격을 가진다고 하더라도 불법체류가 초래하는 여러 가지 문제를 고려할 때 불법체류 방지를 위해 그 지급시기를 출국과 연계시키는 것은 불가피하므로 심판대상조항이 청구인들의 근로의 권리를 침해하였다고 볼 수 없다”고 판시하였다.¹⁰

이에 대해 반대의견은 “심판대상조항은 외국인근로자의 불법체류를 방지한다는 목적으로 퇴직금의 성질을 가진 출국만기보험금의 지급시기를 출국한 때부터 14일 이내로 정하고 있는데, 이러한 입법목적은 기본적으로 출국만기보험금이 가진 퇴직금의 성질을 전혀 고려하지 않은 것으로서 그 정당성을 인정하기 어렵다. 근로관계가 종료된 후 퇴직금이 신속하게 지급되지 않는다면 퇴직근로자 및 그 가족의 생활은 곤경에 빠질 수밖에 없는데, 이러한 퇴직금의 성질을 가진 출국만기보험금의 지급시기를 무조건 출국과 연계하는 것은 퇴직금의 본질적 성격에 반하므로 심판대상조항은 청구인들의 근로의 권리를 침해한다”고 판단하였다.

V. 결론

⁹ 박종희 교수도 불법체류자의 대한 같은 견해 표명: “이주노동자(불법체류자)들의 노동조합 설립신고서 반려처분에 관한 판례 연구”, 「노동연구」 제 20 권, 고려대학교 노동문제연구소, 2010, 23 면.

¹⁰ 헌법재판소 2016. 3. 31. 선고 2014 헌마 367 결정 (출국만기보험 위헌여부)

우리나라에서 상시적으로 근로를 제공하는 외국인근로자는 내국인근로자와 동일한 대우를 받아야 한다. 그러나 현실에서 우리나라는 외국인고용법의 입법목적에 충실하다고 보니 외국인근로자에 대해 고용상 차별을 주고 있다. 앞서 본 헌법재판소의 결정과 대법원 판례의 경향을 보면 외국인근로자의 노동법적 권리가 많이 개선되고 있지만, 아직도 제도상 차별이 많이 남아 있다. 앞으로 외국인근로자를 우리나라의 상시적인 노동력으로 수용하기 위해서는 외국인을 내국인과 동일한 근로자이자 거주민으로서의 지위를 인정해주어야 할 것이다.