

History 연혁

- 2022**
- Aug. : Published, **"Industrial Accident Compensation Manual"** "산재보상 매뉴얼" 출간
 - Jun. : Re-Published, **"Manual for Lawful Dismissal"** "해고 매뉴얼" 재개정 출간
 - Jan. : Published, **"Labor Union Manual"** "노동조합 매뉴얼" 개정판 출간
 - Nov. : Published **"Workforce Restructuring Manual"** "인력 구조조정 매뉴얼" 개정판 출간
- 2021**
- Sep. : Completed update of Mobile App: Korean Labor Law (5th generation)
노동법 5세대 모바일 앱(유튜브 동영상, 외국인 섹션, 자동계산, 근로계약 자동작성)
 - Aug. : Published, **Employment Contract Manual** "근로계약 매뉴얼" 출간
 - Jan. : Published, **"The Korean Labor Law Bible"** (6th ed.) 한국노동법 해설 (6판)
- 2020**
- Mar. : Published, **"The Practical Guide for Foreign Employment and Immigration"**(2nd ed.)
"외국인 고용과 비자 실무가이드" 개정판 출간
 - May : Published, **"Manual on Working Hours, Holidays and Leaves"** "근로시간 매뉴얼"
 - Sep. : Published, **"Manual on Irregular Employment and "Employee" Status"**
"비정규직과 근로자성 판단 매뉴얼" 출간
- 2019**
- Dec. : Published, **"Wage Manual"** "임금 매뉴얼" 출간
 - Sep. : Published, **"Labor Union Manual"** "노동조합 매뉴얼"
 - May. : Published, **"Manual for Lawful Dismissal"** 해고 매뉴얼" 출간
 - Mar. : Published, **"The Practical Guide for Foreign Employment and Immigration"**
- 2018**
- Nov. : Published **"Workforce Restructuring Manual"** "인력 구조조정 매뉴얼" 출간
 - Apr. : Congratulation! KangNam Labor Law Firm was selected as one of ten law firms
by foreigners living in Seoul. 외국인이 뽑은 10대 로펌에 선정
- 2016**
- Jun. : Published, **"The Korean Labor Law Bible"** (5th ed.) 한국노동법 영문해설 (5판)
 - Mar. : Completed update of Mobile App: Korean Labor Law (4th generation)
- 2015**
- Jun. : Publication of A Bilingual Code of Korean Labor Law(3rd) 영한노동법전 (제3판)
- 2014**
- Mar. : **"Korean Labor Law : Disputes & Resolutions"** Printing the 3rd edition
"노사문제 사례별 대응방안" 제3개정판 출시(실제사례, 행정해석, 판례중심)
Complete update of App: Korean Labor Law (3rd Generation)
- 2012**
- May : Published **"A Bilingual Code of Korean Labor Law"** (2nd ed.) 영한노동법전 2판
 - Apr. : Introduction of App (a bilingual code of Korean labor law bible) 영한노동법전 앱개발
- 2011**
- July : Published, **"The Korean Labor Law Bible"** (4th ed.) 한국노동법 영문해설 (4판)
 - May : Published, **"A Bilingual Code of Korean Labor Law"** 영한노동법전 출간
- 2010**
- Aug. : Published, **"Korean Labor Law : Disputes and Resolutions"** (2nd edition)
- 2009**
- Feb. : Published, **"The Korean Labor Law Bible"** (3rd edition) 한국노동법 영문해설 (3판) 출간
- 2008**
- Mar. : Published **"Quarterly Labor Cases"** "노동사례 사건" 계간지 발행
 - Jan. : Published **"Korean Labor Law : Disputes and Resolutions"** (2nd edition)
- 2006**
- Feb. : Published, **"The Korean Labor Law Bible"** (2nd edition) 한국노동법 영문해설 (2판) 출간
- 2005**
- Feb. : Established **"KangNam Labor Law Firm"** 강남노무법인 오픈
 - Jan. : Published, **"The Korean Labor Law Bible"**(1st edition): 한국노동법 영문해설 출간

이상한 퇴직금 계산법을 안내하는 고용노동부의 행정해석

I. 문제의 소재

최근 고용노동부의 퇴직금 계산에 관한 행정해석은 많은 기업에 혼란을 주고 있다.¹⁾ 월 200만원을 고정급으로 받는 근로자가 1년간 근무하고 퇴직하는 경우 당연히 퇴직금으로 200만원을 받아야 한다 (3개월간 임금총액 600만원/90일x 30일의 평균임금). 그러나 고용노동부는 회사측에 2,296,650원으로 안내하면서 추가로 296,650원을 지급하지 않으면 처벌하겠다고 지도하고 있다. 그런데 통상임금은 월 급여 200만원을 월 소정근로시간인 209로 나누면 시간급 통상임금이 나온다 (200만원/209시간). 이 시간급 통상임금에 하루 소정근로시간인 8시간을 곱하면, 1일의 통상임금이 계산된다 (시간급 9,569원x8시간=76,555원). 이 1일의 통상임금이 평균임금보다 높기 때문에 1일의 통상임금에 30일을 곱하면 2,296,650원이 산출된다 (1일 통상임금 76,555x30일). 고용노동부의 행정해석은 근로기준법(근기법) 제2조 제2항을 인용하면서 근로자의 일급 평균임금이 일급 통상임금보다 적으면 그 일급 통상임금액을 일급 평균임금으로 본다는 내용이다.

그러나 고용노동부의 행정해석은 현행 근로자퇴직급여보장법(근퇴법)의 퇴직금 계산법을 위반하고 있고, 판례의 법해석에도 맞지 않기 때문에 폐기되어야 한다. 근퇴법은 퇴직금 계산의 원칙이 평균임금이라는 계산식과 특히 확정기여형의 임금총액의 12분의 1로 명시되어 있다. 판례도 평균임금을 계산함에 있어 근로자의 통상 생활임금을 사실대로 산정하는 것을 기본 원칙으로 하고 있다.²⁾

따라서, 고용노동부의 행정해석상 모순점이 어디에서 발생했는지 확인해보고, 퇴직금 계산에서 평균임금이 아닌 통상임금으로 계산하는 것이 타당한지 구체적으로 살펴보고자 한다.

II. 통상임금이 평균임금보다 높게 된 원인

1) 한경희, “어려운 퇴직금 계산기준 평균임금보다 통상임금이 많다?”, 한국아파트신문, 2020. 9. 15.; 고희경, “‘퇴직금 부족하다’ 잇단 요구에 아파트 퇴직금 산정 혼돈...왜”, 아파트 관리신문, 2020. 7. 24.

2) 대법원 1999. 11. 12. 선고 98다49357 판결.

1. 법정 근로시간의 축소

여기서 문제가 되는 것은 근로기준법 제2조 제2항은 평균임금이 통상임금보다 저액일 경우에는 통상임금을 평균임금으로 한다는 내용이다. 이 조항은 1989년 3월 29일 기존의 1주 법정근로시간이 48시간에서 44시간제로 단축된 때에도 변경되지 않았다. 그리고 2003년 9월 15일 1주 법정근로시간이 40시간으로 단축되었음에도 불구하고 변경되지 않았다. 즉, 1주 48시간제에서 월 소정근로시간이 240시간, 1주 44시간제도에서 월 소정근로시간이 226시간, 현재 1주 40시간제에서 월 소정근로시간은 209시간이 된다. 따라서 현시점에서는 이 조항의 목적과 다르게 평균임금이 통상임금보다 저액일 수밖에 없다.³⁾ 즉, 임금총액을 30일로 나누는 평균임금은 실제로 20일치 임금을 30으로 나눈 금액이다. 이에 반해 통상임금은 주휴수당까지 포함하여 1주일에 6일이 되므로, 월 통상임금을 25일로 나누게 된다. 이렇게 하면 통상임금이 항상 평균임금보다 많게 된다.

2. 임금구조의 변경

2013년 12월 통상임금에 대한 대법원합의체는 매년 고정적으로 지급하는 정기상여금과 매월 고정적 지급하는 각종수당은 모두 통상임금에 포함된다고 판결하였다.⁴⁾ 이 판결의 결과, 2014년부터는 우리나라 기업의 임금구조에서 기본골격이었던 연간 고정상여금제도가 폐지되었다. 이 판결은 기업의 임금구조를 단순화시켰다. 즉, 기본급, 법정수당, 인센티브로 구성하게 하여, 통상임금의 수준을 대거 올렸다.

III. 법정 퇴직금 계산방법과 고용노동부의 퇴직금 계산 지침의 문제점

1. 법정 퇴직금 계산방법

근퇴법에서 퇴직금은 근로자의 계속근로연수 1년에 대해 30일분의 평균임금으로 지급한다고 규정하고 있다. 확정급여(DB) 연금제도도 근로자의 계속근로연수 1년에 대해 30일분의 평균임금으로 계산한 금액을 퇴직연금 통장에 적립한다. 확정기여(DC) 퇴직연금은 연간임금총액의 12분의 1만큼 퇴직연금계좌에 적립한다. 이는 연봉 대비 8.3%에 해당하는 금액이다. 확정기여(DC) 퇴직연금제도는 매년 확정된

3) 구건서, “이상한 퇴직금 계산법”, 한국경제신문 기고문, 2022. 1. 16.

4) 대법원 2013. 12. 18. 선고, 2012다89399 판결, 2012다94643 판결

금액을 지급하는 것이므로 나중에 평균임금 보다 통상임금이 더 높다는 이유로 다시 산정할 수 없다.⁵⁾ 이와 같이 근로법에서 퇴직금 계산은 임금총액인 평균임금으로 계산한다는 것을 명확히 한 것이라 할 수 있다.

이렇게 퇴직금과 퇴직연금은 임금총액인 평균임금으로 계산한다. 평균임금으로 계산하여 지급하는 이유는 근로자의 생활임금 수준을 보호하여 퇴직금이나 재해보상에 있어 일정한 급여수준을 보장해 주기 위한 취지이다. 따라서 근로기준법은 평균임금의 수준을 보호하기 위해서 다음 3가지 방법을 제시하고 있다. 첫째, 평균임금이 통상임금 보다 저액일 경우에는 그 통상임금액을 평균임금으로 한다고 규정하고 있다(제2조 제2항). 둘째, 근로자의 수습기간, 사용자의 귀책 사유로 인한 휴업기간, 출산휴가기간, 업무상 질병이나 사고로 요양한 기간, 육아휴직기간, 정당한 쟁의행위기간 등의 경우에는 그 기간을 제외하고 평균임금을 계산하게 된다. 이는 평균임금 산정의 예외로 근로자의 특별한 경우에 평균임금이 부당히 낮게 산정되는 것을 막기 위한 제한적 열거규정이다.⁶⁾ 셋째, 위의 근로기준법 시행령의 예외에도 불구하고 근로자의 우연한 사정으로 평균임금의 변동이 심한 경우에는 고용노동부가 정하는 평균임금산정 특례 고시에 따른다(근기법 시행령 제4조)⁷⁾.

2. 퇴직금 계산시에 통상임금을 사용하는 경우의 문제점

현재, 고용노동부는 평균임금이 통상임금보다 적은 경우에 통상임금으로 퇴직금을 계산하여야 한다고 지도를 하고 있다.⁸⁾ 그러나 이 지침은 퇴직금 산정을 평균임금으로 계산하는 것이 원칙임에도 불구하고 평균임금의 저하를 막기 위해서 보충적 역할을 하는 통상임금으로 계산하자는 것이다. 현재, 퇴직급여보장법의 퇴직금이나 확정급여(DB) 퇴직연금제도의 급여가 계속근로기간 1년에 대해 30일분의 평균임금으로 계산한 금액과 확정기여(DC) 퇴직연금제도는 임금총액의 12분의 1을 적립금으로 하고 있다. 이 지침에 따르면, 평균임금 반영을 모두 통상임금으로 전환해야 한다는 결론에 이르게 된다(근퇴법 제12조). 이렇게 되면 법의 체계가 무너지기 때문에 대혼란이 온다. 즉, 고용노동부의 행정해석은 퇴직금 계산에 있어 보충적으로 사용하는 통상임금을 평균임금으로 대체하여 사용하는 결과를 낳고 있기 때문에 이는 법 해석의 취지에 맞지 않는다.

5) 대법원 2021. 1. 14 선고 2020다207444 판결.

6) 대법원 2003. 7. 25. 선고 2001다12669 판결.

7) 대법원 2020. 6. 25 선고 2018다292418 판결

8) 행정해석: 근로기준정책과-3405, 2020. 8. 25.

IV. 평균임금을 이용한 퇴직금 계산 취지와 통상임금 단서 조항 이해

1. 퇴직금 계산을 위한 평균임금의 취지

퇴직금제도는 우리나라의 노령연금이 없던 시절에 기업에 근로자의 노후를 보장할 수 있도록 하기 위해 도입된 제도이다. 따라서 퇴직금 계산을 임금총액인 평균임금으로 계산하고 있는 것은 근로자의 통상의 생활임금을 사실대로 반영하여 불이익이 없도록 배려하는 차원에서 마련되었다.⁹⁾ 임금총액이 평균임금이기 때문에 고정적이고 정기적인 임금만 반영하는 통상임금보다 항상 높게 나온다. 이러한 이유로 근기법 제46조의 사용자의 귀책사유로 휴업한 기간에 대한 휴업수당도 평균임금의 70%나 통상임금의 100%를 지급해야 한다고 규정하고 있다. 이는 평균임금의 사용이 근로자 보호를 위한 퇴직금 규정과 재해보상의 근거가 되기 때문이다. 그러나 통상임금은 시간급 계산을 목적으로 계산되고, 근로기준법상 연장근로 수당, 미사용 연차수당 등 근로기준법에 정한 유급수당을 계산하는 경우에 통상임금을 활용한다. 왜냐하면, 통상임금은 근로계약 작성시 소정근로시간에 지급하는 고정적이고 사전에 약속된 임금을 말하므로, 출근율에 따라 실제로 지급받는 평균임금과 달리 저하되지 않는다.

2. 퇴직금 계산 시 통상임금 단서 조항을 두는 이유

평균임금은 근로자의 통상 생활임금을 사실대로 산정하는 것을 기본원리로 하고 있다. 퇴직금도 그러한 이유로 인해 평균임금을 기준으로 산정하고 있다.¹⁰⁾ 근로기준법 제2조 제2항은 비정상적인 근무로 인하여 임금총액이 저하될 경우 평균임금이 통상임금 보다 낮아지는데, 이 경우 근로자 보호를 위하여 사용된다.¹¹⁾ 판례도 근로기준법 제2조 제2항은 평균임금으로 산출된 금액이 당해 근로자의 통상임금보다 저액일 경우에는 그 통상임금액을 평균임금으로 한다고 규정하고 있다. 그취지는 평균임금 산정사유가 발생하기전3개월 동안 근로자의 귀책사유로 인하여 휴업하거나 정상적인 근로를 하지 못하여 통상의 경우보다 임금이 현저히 낮아 지는 경우에 대비하여 평균임금을 최대한 보장하려는 데 있다고 판시하고 있다.¹²⁾ 여기서

9) 대법원 1994. 4. 12. 선고 92다20309; 대법원 1999. 11. 12. 선고 98다49357 판결.

10) 대법원 1999. 11. 12. 선고 98다49357 판결.

11) 광주고등법원 2015. 12. 22. 선고 2004누1062 판결.

12) 서울행정법원 1999. 7. 1. 선고 98구19789 판결.

통상임금은 실제 근로제공과 상관없이 정기적, 일률적으로 지급하기로 정하여진 사전적 고정급 임금을 의미한다. 이러한 이유로 근로기준법 제2조 제2항은 평균임금이 저하되어 통상임금에 미치지 못하는 경우에 사용된다.¹³⁾

V. 결론

퇴직금은 근로자의 계속근로연수 1년에 30일분의 평균임금으로 계산되는 임금이다. 여기서 평균임금이 통상임금에 미치지 못하는 경우는 근로자가 예외적인 결근이나 개인 휴직 등 법령에서 보호받지 못하는 그러한 상황에서 발생한다. 현재 이러한 특별한 경우가 아닌 일반적인 경우에도 통상임금이 평균임금보다 높은 경우가 많다. 왜냐하면, 통상임금에 대한 기준계산 수식은 1주일에 40시간제도에서 주휴일을 포함한 6일을 기준으로 해서 계산되지만, 평균임금은 1주일을 7일을 기준으로 해서 계산되기 때문이다. 따라서 근로기준법 제2조 제2항에서 평균임금이 통상임금보다 낮은 경우에는 통상임금을 평균임금으로 한다라는 규정은 그 법 취지에 맞추어 적용해야 한다. 왜냐하면, 고용노동부의 행정해석과 같이 퇴직금 계산을 통상임금으로 계산하게 되면, 퇴직급여보장법의 퇴직금 제도를 전면 수정해야 하기 때문이다.

직장내 괴롭힘 사건 사례를 통해서 본 사업주의 적절한 조치

I. 문제의 소재

우리나라의 직장문화는 상명하복 군대식 위계질서의 오랜 전통을 가지고 있었으나, 최근에 직장내 괴롭힘 방지법이 엄격하게 적용됨에 따라 새로운 직장 문화가 생기고 있다. 개인의 인격이 존중되는 바람직한 방향으로 가고 있다. 상급자는 업무지시권이 있고, 하급자는 이에 따라 업무를 수행해야할 의무가 있다. 그러나 무리한 업무지시,

13) 대법원 1991. 6. 28. 선고 90다카14758 판결; 1990.12.26. 선고, 90다카 12493 판결

폭언이나 위협적인 고성 등이 반복되는 경우에는 근로자의 인격권을 침해하게 된다.¹⁴⁾

이러한 직장내 괴롭힘 처리 절차를 위해서 근로기준법 제93조(취업규칙의 작성과 신고) 제11호에서는 “직장 내 괴롭힘의 예방 및 발생 시 조치 등에 관한 사항”을 취업규칙의 필수 기재사항으로 두고 있다. 이에 따라 10인 이상을 사용하는 모든 사업장은 취업규칙에 규정된 직장내 괴롭힘에 대한 내용에 따라 필요한 조치를 해야 한다. 즉, 직장내 발생한 근로자 간의 괴롭힘 문제에 대해서는 사업주가 전속적으로 책임을 갖고 처리해야 한다. 노동청에 신고된 경우에도 근로감독관은 사업장에서 발생한 직장내 괴롭힘에 대해 사업주가 근로기준법 제76조의3(직장내 괴롭힘 발생 시 조치)에 따라 객관적인 조사를 했는지, 조사결과에 따른 적절한 조치를 하였는지, 피해 근로자 보호에 대한 합당한 조치를 했는지 등에 대해서만 조사를 하게 된다.¹⁵⁾

따라서 사용자는 직장내 괴롭힘에 대한 신고가 접수되었거나 직장 내 괴롭힘 발생 사실을 인지한 경우에는 지체없이 당사자 등을 대상으로 그 사실관계를 확인하기 위하여 객관적인 조사를 실시하여야 한다. 이와 관련하여 최근 발생한 직장내 괴롭힘 사건에 대한 회사의 대응을 통해 바람직한 처리방법을 살펴보고자 한다.

II. 직장내 괴롭힘 사례와 처리내용

1. 사실관계

해당 사업장은 다국적 기업으로 한국에서는 부서장 체계로 관리가 되고 있어, 지사장은 직원들에 대한 인사권이나 업무집행권의 권한이 없었다.

여성 전무(행위자)가 지사장이나 회사 임원들에게 고성을 지르며 폭언을 하는 경우가 많았다. 다수의 직원들은 행위자의 폭언, 모욕감을 주는 행위, 남자 직원에 대한 성희롱 발언 등을 이유로 직장내 괴롭힘 문제를 제기하였다.

- (1) 2022년 4월 4일 오전 10시경, 다수의 목격자들의 진술에 따르면, 행위자와 지사장이 단둘이 있는 회의실에서 행위자의 고성이 외부로 들렸다고 한다. 지사장이 행위자의 직속상사는 아니지만 경력이 많고 고령자임에도 불구하고 많은 직원들 앞에서 폭언과 고성을 한 행위는 용납될 수 없는 행위다.

14) 대법원 1998.2.10. 선고 95다39533 판결: 직장 내에서 성희롱 관련 사용자의 배상책임 여부.

15) 고용노동부, “직장 내 괴롭힘 판단 및 예방과 대응 매뉴얼”, 2019.2.

- (2) 2022년 3월 3일부터 5월 11일 사이, 행위자는 영업부장을 4회에 걸쳐 성희롱을 하며 괴롭혔다. ① “우리 예쁜이가 고생하네”, ② “예쁜 애가 회사 자랑하면 된다는 게 우리 결론”, ③ “좀 예쁜 애들로”, ④ “젤 예쁜 애가 해야 할 듯” 등 지속적으로 남자의 외모를 비하하는 메시지를 보냈다.
- (3) 2022년 3월 10일 행위자는 타 부서의 A상무와 전화하면서 “성과가 나오지 않는 것은 상무님 이시다”, “제가 언제까지 상무님께 이 따위 이메일을 쓰는데 시간을 낭비해야 합니까?” 라고 하는 등 A상무의 업무성과를 깎아 내리면서 인격모독적 발언과 폭언을 하였다.
- (4) 행위자는 다수의 직원들에게 폭언이나 인격모독을 하였다.
- 1) 행위자는 영업부서장과 몇 명의 직원을 참조로 발신한 이메일에서 특정 직원에 대하여 다음 같이 적었다. “이메일 하나 똑바로 못쓰고 자기소개도 못하는 30대가 어디 있어요?”
 - 2) 마케팅 부서의 C 대리에게는 다음과 같이 적었다. “영업팀원 중 윤○○, 한 ○○는 잉여인력이다.”
 - 3) 행위자는 다른 직원들에게 지사장에 대해 공공연하게 얘기했다. “지사장은 아무런 영향력이 없는 사람이고, 본사 임원진과의 인맥도 없으며, 지사장은 가난한 배경을 가진 시골 사람이다.”

2. 회사의 조치 내용

회사는 행위자와 피해자가 외국기업의 전무이사와 지사장과 관련이 있어 자체적으로 판단이 어려워 외부의 노무법인에 맡겨 사실 조사를 하였다. 또한 그 결과에 따라 행위자를 징계하였다.

직장내 괴롭힘 조사 의뢰를 받은 노무법인은 회사로부터 사전 정보를 파악하여 피해자, 행위자, 참고인을 확정하였다. 그리고 그 대상자들에게 조사에 앞서 비밀 서약서를 받아 차후 발생할 수 있는 2차 피해를 예방하기 위한 조치를 하였다.

노무법인은 신고된 사건내용에 대해 신고자들과 면담과 서면 조사를 한 후, 복수의 참고인을 조사하여 사실관계를 확인하였다. 마지막으로 행위자와 면담을 통해 당시 상황에 대한 사실관계를 확인하고, 행위자에게 자신의 행위에 대한 소명의 기회를 주었다.

이러한 객관적 결과물을 가지고 회사는 취업규칙에 근거하여 징계위원회를 열어 사실관계에 대해 설명하면서 행위자가 확정된 사실관계에 대해 소명할 기회를

주었다. 최종적으로, 징계위원회는 행위자에 대해 6개월간의 감봉조치와 사내 괴롭힘에 대해 엄중히 경고하는 서면징계를 결정하였다.

III. 사업주의 직장 내 괴롭힘 발생과 처리 방향

1. 처리 원칙

직장 내 괴롭힘에 대한 사건이 접수되었거나 인지된 경우 회사의 인사 담당자는 지체 없이 당사자 대상으로 사실관계를 확인하기 위하여 객관적으로 조사를 실시하여야 한다. 여기서 당사자라고 하면 신고자인 피해근로자, 가해근로자(행위자), 관련 사항에 대한 목격을 한 직장 동료 등 참고인을 의미한다. 조사를 시작하기에 앞서 조사 당사자들에게 비밀준수 서약서를 작성하게 하여 해당 조사로 인한 2차 피해가 발생하지 않도록 유의해야 한다.¹⁶⁾

2. 신속한 조사와 적절한 조치

직장내 괴롭힘 사건이 접수되었거나 인지된 경우에는 사용자는 지체 없이 당사자를 조사해야 한다. 조사는 최대한 신속하게 이루어져야 한다. 그 이유는 첫째, 피해 근로자에 대한 신속한 구제가 필요하기 때문이다. 둘째로 시간이 지남에 따라 사실관계에 대한 당사자들의 기억이 희미해지기 때문이다. 따라서 빠른 시일 내에 사실관계를 확정하는 것이 필요하다. 셋째로, 신속한 조사가 이루어지지 않으면 사업주가 법에 의해 조치를 하지 않는 것으로 간주될 수 있기 때문이다.

사용자는 당사자에 대한 조사가 시작된 경우 피해자와 행위자 사이에 2차 피해가 발생하지 않도록 피해자의 요청이 있는 경우에는 재택근무, 유급휴가 등 적절한 조치를 해야 한다.

3. 객관적인 조사

조사는 피해자인 신고자(피해자) 부터 실시한다. 처음에 제출된 진술서의 사실관계를 확인하면서, 가급적 사실관계에 대해 육하원칙에 따라 명확히 사실관계를 확정한다. 핸드폰의 녹취록이나 카톡 메시지, 이메일 등 객관적인 자료가 있는지 확인한다. 피해자를 조사할 경우에는 피해자의 심리와 정서적 상황을 고려하여야 한다. 조사는 피해자의 입장에서 사실관계를 확인하고 피해자에 대한 긴급구제의

16) 이상곤, “직장 내 괴롭힘 법제의 개선방안 연구”, 아주대학원 박사학위논문, 2020.8. 141-143면.

내용이 무엇인지 우선 청취하여 조치한다.

두번째 조사는 피해자의 진술서에 기술된 사실관계를 확인할 수 있는 관련인들에 대한 진술확보이다. 이 조사단계에서는 피해자의 판단이 아닌 사실관계의 여부를 중심으로 확인해야 한다. 가급적 소수의 인원을 조사대상으로 삼되, 한 사안에 대해 2인 이상을 조사하여 객관적 시각을 유지하는 것이 필요하다.

세번째는 행위자 조사이다. 피해자와 관련자에 관하여 조사된 사실에 대한 진위 여부를 확인해야 한다. 인사 담당자는 행위자 조사과정에서 사실관계를 확인하면서 그 사실에 대한 법률적 판단을 해서는 안된다. 그리고 가해자의 입장에 대한 조사를 통해 왜 그러한 행동을 했는지에 대한 내용을 청취하여 행위의 업무상 필요성 여부를 확인해야 한다. 가급적 가해자에게 조사과정이나 징계과정은 직장 문화의 개선에 위한 것이지, 처벌을 위한 것이 목적이 아님을 알려주어야 한다.

당사자들에 대한 조사 과정에서는 기록만으로는 놓칠 수 있는 것이 많다. 그래서 녹취를 통해 조사내용을 보완하는 것이 필요하다.

조사는 회사 내 인사부서에서 이루어지지만, 괴롭힘이 인사부와 관련되었거나 사용자가 직접적인 가해자인 경우에는 사실관계의 공정한 조사를 위해 외부 전문가에 맡겨서 조사를 하는 것이 당사자들의 신뢰감을 얻을 수 있고, 조사가 객관적으로 이루어질 수 있다.

4. 사실관계에 대한 판단과 적절한 회사의 처분

피해자가 신고한 직장내 괴롭힘에 대한 사실관계를 확정하고 나면, 해당 행위 등이 직장내 괴롭힘에 해당되는지에 대한 판단을 해야 한다. 이 부분에 대해서 인사담당자는 법률전문가가 아니므로 법률적인 판단은 사실관계를 기초로 하여 노동부 질의회신을 통하거나 법률전문가인 공인노무사의 의견서를 받아 판단하는 것이 좋다.

사실관계가 대한 확정이 되고, 이에 대한 법률 전문가의 의견을 얻어 직장내 괴롭힘으로 혐의가 인정되는 경우에는 회사의 사내 규정인 취업규칙에 따라 징계 위원회를 열어 징계를 결정해야 한다. 특히, 징계 위원회는 사실관계에 대한 확인과 가해자에게 소명의 기회를 주어 투명한 징계가 이루어 질 수 있도록 해야 한다.

징계위원회에서 양정을 결정할 때에는 직장내 괴롭힘의 정도, 가해자의 근속 기간과 역할, 기존의 취업규칙 위반 여부 등 객관적인 사실을 함께 고려하여 징계 권이 남용되지 않도록 해야 한다. 이 경우 사용자는 징계 등의 조치를 하기 전에

그 조치에 대하여 피해근로자에게 설명을 해주고 의견을 들어야 피해자와 가해자로부터 징계의 수용성을 높일 수 있다.

조사과정에서 피해자의 직장내 괴롭힘의 신고가 사실로 확인된 경우에는 피해자의 의견을 들어 근무장소의 변경, 배치전환, 유급휴가의 명령 등 적절한 조치를 해야 한다.

마지막으로 회사는 본 직장내 괴롭힘 사건에 대해 가해자, 피해자, 관련 조사 대상이 된 직원에게 조사과정에 대한 내용에 대해 비밀 준수를 엄격히 지키도록 안내해야 한다. 이를 위반한 경우에는 2차 피해를 일으킬 수 있기 때문이다.

V. 결론

직장 내 괴롭힘은 업무의 적정범위에 대한 판단이 애매모호하다. 이러한 직장내 괴롭힘의 문제가 사법적 판단으로 이어지게 되면, 가해자, 피해자, 회사조직 모두에게 피해를 주게 된다. 또한 결과도 바람직하지 않은 방향으로 이어질 수 있기 때문에 직장내 괴롭힘의 문제는 회사 내부의 처리 절차에 따라 종결되는 것이 바람직하다. 이를 위해서 인사담당자는 관련 사건에 대한 처리 능력을 키워야 하고, 근로자들도 직장내 괴롭힘이 항상 발생할 수 있다는 사실을 인지하여 자신이 직장내 괴롭힘의 가해자가 될 수도 있고 피해자가 될 수 있다는 사실에 대한 경각심이 필요하다.

직장내 괴롭힘, 성희롱 사건과 기각 결정 사례

I. 경위

지난 달 한 공공기관(이하 ‘회사’)으로부터 징계위원회 징계위원으로 참석해 달라는 요청을 받았다. 기간제 여성근로자(신청인)가 남성 팀장(피신청인)으로부터 수차례의 직장내 괴롭힘, 직장내 성희롱과 갑질을 받았다고 하면서, 본인 퇴사의 계기가 되었다는 내용을 담은 고충상담 신청서가 접수되었다. 회사는 2022년 8월

16일 고충 상담 신청서를 접수받고, 고충처리위원회를 구성하여, 신청인의 직장내 괴롭힘과 직장내 성희롱 사건에 대해 조사를 실시하였다. 조사는 신청인, 참고인, 그리고 가해자 순으로 진행되었다. 2022년 9월 15일 고충처리위원회는 본 직장내 괴롭힘과 직장내 성희롱 신청사건에 대해 모두 혐의가 인정된다고 판단하여 징계위원회 소집을 요청하였다. 회사는 2022년 10월 18일 징계규정의 절차에 따라 징계위원을 내부인원 2명과 외부인원 3명으로 구성하는 징계위원회를 소집하였다. 징계위원회에서는 피신청인의 행위들은 부적절한 면이 있지만, 노동법에서 정한 직장내 괴롭힘이나 직장내 성희롱이라고 볼 수는 없다고 판단하여 사건을 기각하였다.

대부분의 징계위원회는 징계를 위한 과정으로 이어지지만, 이 번 사건은 신청인이 제시한 내용만으로는 업무의 적정 범위를 넘는 직장내 괴롭힘으로 볼 수 없었고, 성희롱 발언도 부적절한 언행은 맞지만, 제3자가 성적 수치심을 느낄 사안은 아니기에 징계를 기각하는 결정을 하였다. 이러한 판단에 이르게 된 사실관계와 판단 기준에 대해 구체적으로 살펴보려고 한다.

II. 직장내 괴롭힘 및 직장내 성희롱 내용

1. 신청인이 기술한 직장내 괴롭힘과 성희롱 내용

신청인은 2년 계약직 인턴으로 입사한 팀원이고, 피신청인은 신청인이 소속된 팀의 팀장이다. 신청인이 느꼈다는 직장내 괴롭힘과 성희롱의 내용은 다음과 같다.

(1) 직장내 괴롭힘

- 1) 2022년 3월 22일 근무시간 중 피신청인이 신청인에게 “21년 하반기 평가에서 입사 동기들 중 제 평가가 하위권이며, 정규직으로 전환되려면 회사 내에서 웃는 등 밝은 모습을 보이고, 인사를 잘 해야 상위 보직자들에게 좋은 평가를 받을 수 있다” 는 이야기를 하였다. 이에 대해 계약연장 결정권을 가지고 있는 팀장이 근무평가를 빌미로 불필요한 지적을 하여 스트레스를 받았다.
- 2) 2022년 5월에서 7월 중에, 피신청인이 사옥 건물 옥상에 담배를 피우러 가는 자리에 신청인을 포함한 팀원들을 데려갔으며, 그 자리에서 업무와 관련한 공지나 논의를 진행하여 그 자리에 가고 싶지 않아도 가야만 하는 분위기를 조성하였다. 그 후 옥상에 다 같이 가자는 제안을 거절한 이후로 빈도는 줄었으나, 간혹

논의 사항이 있는 경우에도 담배를 피우는 자리에서 회의가 진행되었다.

(2) 직장내 성희롱

- 1) 2022년 4월 29일 팀원들과 장어 음식점에 점심식사를 위해 방문하였을 때, 피신청인은 팀원들에게 “오늘 장어 먹고 힘써야지” 라는 발언을 하여 불쾌감을 느꼈다.
- 2) 2022년 7월 14일 시내 출장 중에, 용산의 구도심을 방문했다. 피신청인이 운전을 하면서 지리적 특성 때문에 운전이 미숙한 사람은 차로 방문하기 어렵겠다는 의미에서 “아줌마들은 못 오겠다” 라는 발언을 하였다. 신청인은 피신청인이 성차별적 고정관념을 노골적으로 드러내어 불쾌감을 느꼈다.
- 3) 2022년 8월 5일 사내식당에서 점심식사 중 메뉴에 나온 오미자 차를 신청인이 안 먹겠다고 했다. 이에 피신청인은 “오미자가 여자한테 좋은 거 아니야?” 라는 발언을 하여 불쾌감을 느끼게 했다.

신청인은 회사의 고충처리위원들의 대면조사를 받으면서, 퇴직사유가 상급자의 직장내 괴롭힘과 성희롱 때문이라고 설명하였다. 신청인은 8월 21일 퇴직하였다.

2. 회사의 조치

회사는 2022년 8월 16일 신청인으로 관련 사건에 대해 고충상담 신청서를 받은 후, 곧바로 신청인을 대면조사 하였다. 신청인이 제기한 내용에 대해 참고인 3명을 추가적으로 조사한 후 사실관계를 보강하였다. 신청인을 추가조사 한 뒤에 9월 15일에 조사 결과를 고충심의 위원회에 보고하였다. 9월 29일 고충처리심의 위원회는 본 사건을 심의한 결과 이는 충분히 직장내 괴롭힘과 직장내 성희롱에 해당된다고 판단하여 징계 위원회에 징계를 의뢰하였다.

III. 사례에 대한 판단 기준과 사례에 대한 적용

1. 사례에 대한 판단기준

(1) 직장내 괴롭힘

“사용자 또는 근로자는 (i) 직장에서의 지위 또는 관계 등의 우위를 이용하여 (ii) 업무상 적정 범위를 넘어 (iii) 다른 근로자에게 신체적·정신적 고통을 주거나 근무환경을 악화시키는 행위를 하여서는 아니 된다(근로기준법 제76조의2).” 직장내

괴롭힘을 판단할 때, 위의 3가지 요건을 모두 갖추어야 직장내 괴롭힘이 되므로, 그 행위에 대해 잘 살핀 후 종합적으로 판단하여야 한다.¹⁷⁾

법원이 제시한 위법성 판단기준은 직장내 괴롭힘 여부를 판단하는 잣대로 삼을 수 있다. 괴롭힘 행위인지의 여부는 “① 위법행위와 관련한 행위자와 피해자의 관계, ②행위의 동기와 의도, ③ 시기와 장소 및 상황, ④ 피해자의 명시적 또는 추정적 반응의 내용, ⑤ 행위의 내용과 정도, ⑥ 행위의 반복성이나 지속성 등을 종합하여 노동인격의 침해여부를 가려야 할 것이다.¹⁸⁾ 이를 단순히 정리하면, 사용자가 지위를 이용하여(권력관계), 업무와 관련하여(업무관련성), 상대방이 원하지 않는 행동(괴롭힘, 언동 등)을 함으로써, 인권 및 인격권을 침해하거나 고용환경을 악화시키는지 여부를 판단하는 것이다.¹⁹⁾

(2) 직장내 성희롱

“직장 내 성희롱이란 사업주, 상급자, 근로자가 직장 내의 지위를 이용하거나 업무와 관련하여 다른 근로자에게 성적인 언어나 행동 또는 이를 조건으로 고용상의 불이익을 주거나 성적 굴욕감을 유발하게 하여 고용환경을 악화시키는 것을 말한다(남녀고용평등법 제2조).” 직장 내 성희롱은 사업장 안이나 밖 어디서나 발생할 가능성이 있으며, 상급자가 그 지위를 이용하거나 업무와 관련이 있다면 성립된다. 예를 들어 출장 중인 차 안이나 업무와 관련이 있는 전체회식 장소 등에서 발생하는 성희롱도 직장 내 성희롱이다.

직장 내 성희롱 여부를 판단하는 결정적인 기준은 (1) 그 행위로 인해 피해자가 성적인 굴욕감이나 혐오감을 느꼈는지의 문제이다. 피해자가 성적인 굴욕감이나 혐오감을 느꼈다면 성희롱이 성립될 수 있다. (2) 이때 행위자가 성희롱을 할 의도가 있었는지 없었는지의 여부는 판단기준에 영향을 줄 수 없다. (3) 일반적이고도 평균적인 사람이 피해자의 입장에서 성적 굴욕감이나 혐오감을 느낄 수 있어야 한다.²⁰⁾

2. 사례에 대한 적용

(1) 직장내 괴롭힘 사례에 대한 판단

17) 고용노동부, “직장 내 괴롭힘 판단 및 예방과 대응 매뉴얼”, 2019.2. 10-14면.

18) 대법원 1998.2.10. 선고 95다39533 판결

19) 김엘림, “남녀평등과 법”, 한국방송통신대학교 출판문화원, 2013, 242면.

20) 대법원 판례 2007. 6. 14. 선고 2005두6461 판결.

- 1) “21년 하반기 평가에서 입사 동기들 중 제 평가가 하위권이며, 정규직으로 전환하려면 회사 내에서 웃는 등 밝은 모습을 보이고, 인사를 잘 해야 상위 보직자들에게 좋은 평가를 받을 수 있다” 는 이야기를 하였다.

이 부분에 대해 신청인은 직장내 갑질 내지 직장내 괴롭힘에 해당한다고 주장하였다. 직장내 괴롭힘에 대한 판단기준으로 볼 때, 2년이 지나면 정규직으로 전환을 코 앞에 두고 있었다. 담당 팀장으로 생활태도 개선을 위해서 부족한 부분을 개선하도록 도와 준 것이지, 이를 갑질로 볼 수 있는 성질이 되지 않는다. 피신청인이 이 발언을 하게 된 배경, 취지, 반복성 여부에 대해 논점을 두고 판단할 때, 이는 선배가 후배를 정규직으로 이끌기 위한 과정에서 조언을 해준 것이라 판단하여 직장 내 괴롭힘으로 볼 수 없다.²¹⁾

- 2) “신청인은 2022년 5월에서 7월 중에, 사옥 건물 옥상에 담배를 피우러 가는 자리에 데려갔으며, 그 자리에서 업무와 관련한 공지나 논의를 진행하여 그 자리에 가고 싶지 않아도 가야하는 분위기를 조성하였다.” 이 사옥 건물 옥상에서 상급자가 담배를 피우면서 회의를 진행한 것은 비흡연자로서 참기 어려운 부분이 있었을 것이라 볼 수 있다. 그러나 이에 대한 판단은 옥상 회의 지속성, 권력관계 이용하여 강요한 것, 하급자의 거부 의사 등의 근거로 판단해 볼 때, 바람직하지 않은 피신청인의 행위는 맞지만, 이를 직장내 괴롭힘으로 판단하기는 어렵다. 왜냐하면 이러한 옥상 회의가 지속되지 않았고, 기분전환 차원에서 1회성으로 진행되었다고 볼 때, 이를 직장내 괴롭힘으로 보기가 어렵다.²²⁾

(2) 직장내 성희롱 사례 판단 기준

- 1) 팀원들과 장어 음식점에서 점심식사를 위해 방문하였을 때, 팀장은 팀원들에게 “오늘 장어 먹고 힘써야지” 라는 발언을 하여 불쾌감을 느꼈다고 한다. 이에 대해 직장내 성희롱에 대한 판단기준이 피해자의 느꼈던 감정이 중요하다. 또한 일반적인 상식을 가진 사람이 그 피해자의 입장에서 성적 굴욕감을 느꼈다면 이를 성희롱이라 할 수 있다. 그러나 본 사안에 있어서는 점심시간에 장어집에 간다는 것은 특별한 보양식을 통해 몸을 원기를 찾기 위한 것으로 간주해 볼 때, 일반적인 입장에서 성희롱으로 볼 수 없다.²³⁾

21) 유사판결: 대법원 2003.7.22. 선고 2002도7225 판결.

22) 유사한 판례 참조: 대법원 1998.2.10. 선고 95다39533 판결

23) 유사한 판례 참조: 대법원 2007.6.14. 선고, 2005두6461 판결

- 2) 시내 출장 중에, 용산의 구도심을 방문했다. 팀장이 운전을 하면서 지리적 특성 때문에 운전이 미숙한 사람은 차로 방문하기 어렵겠다는 대화 도중에 “아줌마들은 못 오겠다” 라는 발언을 하였다. 아줌마라고 하면 전업주부를 일컫는 말로 중년여성을 말한다고 할 수 있다.²⁴⁾ 일반적인 여성이 조심스럽게 운전한다는 뜻이지, 이 설명을 통해 성적인 수취심이나 성적 굴욕감을 느꼈다고 보기 어렵다.
- 3) 사내식당에서 점심식사 중 메뉴에 나온 오미자 차를 신청인이 안 먹겠다고 했다. 이에 팀장은 “오미자가 여자한테 좋은 거 아니야?” 라는 발언을 하였다. 이 부분에 대해 일반적으로 오미차가 여자한테 좋다는 사실에 근거하고 있다.²⁵⁾ 이 발언은 같이 마시자는 취지에서 오미자 차를 권했을 뿐이므로 직장내 괴롭힘에 해당되지 않는다.

IV. 징계위원회의 결정과 결정배경

1. 징계위원회의 주요 내용

2022년 10월 25일 회사의 징계규정에 따라 징계위원회가 개최되었다. 징계위원회는 내부위원 2명과 외부위원3명 총 5명으로 구성하였다. 내부위원으로 노사협의회의 근로자위원과 회사의 감사실장이 참석했고, 외부인원으로 외부 공기업의 감사실장과 공인노무사 2명이 참석했다. 본 노무사를 위원장으로 선임하였다. 위원장은 징계는 회사의 사규를 위반한 근로자에 대해 벌칙을 가하고 이를 통해 재발방지와 사내질서 회복에 목적으로 두어야 발언을 하였다.²⁶⁾ 그리고 피신청인의 행위가 직장내 괴롭힘과 직장내 성희롱에 해당되는지에 대해 법률적 검토가 필요하다고 문제 제기를 하였다. 사내의 징계위원인 감사실장도 본 직장내 괴롭힘 사례에 대해 직장내 괴롭힘 구성요건에 맞지 않아 괴롭힘으로 볼 수 없고, 직장내 성희롱에 대해서도 일반인으로 성적 수치감을 느낄 수 있었을 것이라 생각할 수 없다고 의견을 주었다. 이에 대해 피신청인의 행위는 직장내 성희롱과 직장내 괴롭힘에 해당된다는 징계위원도 있었다. 이와 관련하여 징계위원들 간에 충분한 토론이

24) 인터넷 백과사전 '나무위키' 키워드 “아줌마” 검색. 아줌마는 중년여성을 통칭한다. 일상에서 그냥 딱 봐서 아줌마스러우면 아줌마라고 부르는 경우가 생긴다.

25) 장인선 기자, “아이스 커피 대신 오미차 – 갱년기 여성의 현명한 여름나기” 헬스경향, 2019. 7. 8. 등 다수 관련 자료.

26) 정봉수, “실무자를 위한 해고 매뉴얼”, 2판, K-Labor Press, 2022.6. 39면.

있었고, 전체적으로 직장내 괴롭힘과 직장내 성희롱이라 볼 정도의 것은 아니라는 의견이 모아졌다.

징계위원회는 피신청인을 징계위원회에 출석시켜 징계에 앞서 소명할 기회를 주었다. 피신청인은 신청인에 바람직하지 않은 행위로 인해 정신적 피해를 입혔기 때문에 어떠한 처벌도 달게 받겠다고 하면서, 반성하는 태도를 취하였다.

피신청인에게 신청인의 퇴직사유에 대해 물었다. 이에 대해 신청인은 공공기관이 급여가 적기 때문에 급여를 많이 주는 대기업에 입사하고 싶었다고 여러 번 얘기 한 적이 있었고, 이번 대기업에 입사시험에 합격하여 이직을 하게 되었다고 들었다고 답변하였다.

2. 결정 배경

당해 공공기관은 징계의 종류를 해고, 정직, 강등, 감봉, 견책으로 구성하고 있다. 그리고 징계를 받게 되면, 1년간 보직을 맡을 수 없었고, 승진도 배제되었다. 징계규정에 따라 징계를 할 경우에는 피신청인은 현재의 팀장 직책을 잃게 되고 1년 동안 임금과 승진이 동결된다는 후속조치가 예정되어 있었다. 본 사안에 피신청인의 행위가 바람직한 행위로 볼 수 없었지만, 징계규정에 명시된 징계를 줄 경우 실제로 피신청인에 대한 처벌수준이 너무 높았기 때문에 징계의 성립여부 자체를 따질 수 밖에 없었다.

징계위원회는 본 위반의 내용이 실질적으로 직장내 괴롭힘에 해당되는지, 직장내 성희롱에 해당되는지에 대한 근본적인 내용에 대해 결정을 하기로 하였다. 징계위원 5명 중, 3명은 피신청인은 직장내 괴롭힘이나 직장내 성희롱에 해당되지 않는다는 결론을 내렸고, 나머지 징계위원 2명은 위반의 내용이 그렇게 크지는 않지만, 경징계 사유에 해당된다는 의견을 주었다. 결국, 징계를 인용할 것인지 기각할 것인지 여부에 대해 의견이 모아졌고, 징계위원들은 2/3의 의견으로 본 사안은 징계 대상에 해당되지 않는다는 결정하고, 징계에 대해 기각하는 처분을 내렸다.

IV. 특집

외국인 근로자

1. 외국인근로자 고용보호를 위한 노동법의 주요내용	18
• 근로기준 - 개별적 근로관계 분야	20
• 노동조합 관련 - 집단적 노사관계법	26
• 외국인근로자의 사회보험과 전용보험	31
2. 외국인근로자의 고용비자제도 (E-9, H-2, E-7 비자)	47

외국인근로자의 고용보호를 위한 노동법의 주요내용

정봉수²⁷⁾

〈논문 초록〉

외국인근로자의 인권침해는 대부분이 단순기능 외국인근로자에 해당되는 문제로 귀결한다. 동포근로자는 직장선택의 자유가 있어 내국인과의 노동법적 보호의 차이가 많지 않고, 전문외국인력의 경우에는 일정한 부분에 노동법적 보호의 제약이 있지만, 그래도 취업비자나 타사업장 이동을 통해 해결이 가능하다. 그러나 단순기능 외국인근로자는 노동법 보호의 한계를 많이 가지고 있다.

근로기준법에 정한 근로조건은 내국인이나 외국인과 상관없이 “동일가치노동의 동일임금 원칙”에 따른다. 모두 일한 만큼 적용되는 것이 원칙이다. 외국인과 내국인근로자가 언어나 업무숙련도 정도에 따라 차이가 있을 수 있지만, 그 차이가 비례의 원칙을 현저히 위반하고 있기 때문에 차별이라고 할 수 밖에 없다.

외국인근로자는 내국인근로자와 다르게 근속년수와 상관없이 최저임금으로 계산된다. 근로기준법에서 보장되고 있는 연차유급휴가도 보장되지 않고 있으며, 미사용 연차유급휴가에 대해 금전보상을 하는 경우가 거의 없다. 또한 퇴직금 대신에 출국할 때에 한해서 출국만기보험이 지급되므로 근로기준법 상 퇴직금수급권의 보호가 미흡하다.

외국인근로자들이 노동3권을 행사하는 것이 근로조건 향상의 유일한 기회이다. 노동조합의 활동 없이는 임금인상이나 근로조건 개선 기대할 수 없을 정도로 근로기준법이 최저기준에 맞추어져 있다. 노동조합이 아니고서는 외국인근로자들의 노동조건을 개선할 수 없는 상황이므로 외국인근로자들의 노동조합 활동이 필요하다고 할 수 있다. 노동조합의 가입이 제한되는 경우, 그 대안으로 노사협의회제도를 활성화하여 다수의 참여와 협력을 통해 외국인근로자의 복지향상과 권익 보호를 할 수 있을 것이다.

외국인근로자에 대한 4대 보험은 당연가입이어야 한다. 고용보험이 강제보험이 아니라 임의보험 성격이라, 외국인근로자가 실업급여를 받을 수 없고, 또한 출산 휴가나 육아휴직에 따른 고용보험 지원도 받을 수 없다. 다만, 국민연금에 있어서 단순기능 외국인근로자는 노령연금을 수령할 수 없는 단기순환원칙을 고수하고 있기 때문에 국민연금 적용을 제외해야 한다.

27) 정봉수, 강남노무법인 대표노무사, 법학박사

- 목 차 -

- I. 서론
- II. 개별적 근로관계 분야
- III. 집단적 노사관계법
- IV. 외국인근로자의 사회보험과 전용보험
- V. 결론

I. 서론

외국인근로자의 인권침해는 대부분이 단순기능 외국인근로자에 해당되는 문제로 귀결한다. 동포근로자는 직장선택의 자유가 있어 내국인과의 노동법적 보호의 차이가 많지 않고, 전문외국인력의 경우에는 일정한 부분에 노동법적 보호의 제약이 있지만, 그래도 취업비자나 타사업장 이동을 통해 해결이 가능하다. 그러나 단순기능 외국인근로자는 노동법 보호의 한계를 많이 가지고 있다. 단순기능 외국인근로자가 직면한 노동법적 보호가 취약한 사례는 다음과 같다.

- ① 개별적 근로관계에 있어 사업장 변경이 자유롭지 못하다. 근로계약기간 3년 동안 사용자가 동의하지 않는 이상 사업장 이동이 불가능하다.
- ② 임금이 근속년수나 업무숙달과 상관없이 최저임금에 맞추어져 있다.
- ③ 1년 이상 근무한 경우 연차유급휴가가 발생함(근기법 제60조)에도 불구하고 대부분의 단순기능 외국인근로자는 연차유급휴가를 부여받지 못하고 있다.
- ④ 퇴직금의 경우에도 퇴직으로 인하여 수령하는 것이 아닌 외국인근로자가 본국으로 귀국할 경우만이 수령 요건이 된다.

집단적 노사관계에 있어서 노동3권이 보장되고 있고, 심지어 불법체류자의 노동조합이 공식적으로 노동조합으로 인정받아 활동 중에 있다.²⁸⁾ 그럼에도 불구하고 기업단위의 외국인노동조합의 설립과 활동은 현실상 불가능하다. 이는 단순기능 외국인근로자는 모두 기간제 근로자이기 때문에 사용자가 얼마든지 외국인근로자의 단체행동을 통제할 수 있다. 따라서 실질적 노동3권의 행사가 불가능하다.

사회보험 관련하여 ① 산재보험의 경우에 당연가입으로 보호가 되고 있지만,

²⁸⁾ 대법원 2015. 6. 25. 선고 2007두4995 전원합의체 (노동조합설립신고서 반려처분취소)

산재사고가 중대재해가 아니고서는 산재처리가 제대로 되고 있지 않다.²⁹⁾ 고용보험의 경우에도 외국인근로자의 고용보험 가입이 강제가입이 아니라 ② 임의가입으로 되어 있기 때문에 대부분의 사업장이 미가입 되어 있다. ③ 이로 인하여 사업장 변경을 위해 퇴직한 후 구직기간 동안 실업급여 혜택을 받을 수 없는 실정이다.³⁰⁾

위에서 언급한 내용들은 대표적인 권리구제의 취약한 사례로 문제를 구체적으로 살펴보고 바람직한 해결방안을 모색하고자 한다.

II. 개별적 근로관계 분야

1. 차별금지

차별금지에 대한 ‘판단기준을 어떻게 보아야 하는가’에 있어 법원은 차별적 처우란 ‘같은 것을 다르게, 다른 것을 같게 취급하는 것’이라 정의하면서 다음의 두 가지 원칙을 제시하고 있다. 첫째, 차별적 처우에 해당하기 위해서는 우선 그 전제로써 차별을 받았다고 주장하는 사람과 그가 비교대상자로 지목하는 사람이 본질적으로 동일한 업무집단에 속해 있어야 한다.³¹⁾ 둘째, 같은 사업장에서 같은 직종에 근무하는 근로자집단 이라고 하더라도 근로의 내용, 근무형태 등 제반여건을 고려하여 합리적인 기준을 정하여 차별하는 경우에는 정당한 차별로 인정하고 있다.³²⁾

가. 외국인근로자에 대한 적용

외국인근로자는 “일할 근로환경에 관한 권리”로 가지므로, 내국인과 마찬가지로 근로기준법에 정한 근로기준을 적용받는다.³³⁾

대한민국의 국적을 소유하지 않은 외국인근로자, 해외동포, 불법체류자 등을 대상으로한 차별이 발생할 수 있다. 외국인고용법은 “사용자는 외국인근로자라는 이유로 부당하게 차별하여 처우 하여서는 아니 된다(외고법 제22조)”라고 규정하고 있지만, 이에 대해 처벌규정이 없고 적용범위도 고용허가제와 관련된 단순기능

29) 국가인권위원회, “건설업 종사 외국인근로자 인권상황 실태조사”, 2015년도 인권상황 실태조사 연구용역보고서, 9면

30) 전광석, 「한국사회보장법론」, 집현재, 2016, 197면

31) 대법원 2015. 10. 29. 선고 2013다1051 판결(채용방식에 따른 급여차액 정당)

32) 대법원 2002. 2. 26. 선고 2000다39063 판결(합리적 기준 차별은 차별이 아님)

33) 헌법재판소 2011. 9. 29. 2009헌마230-352(병합); 이상윤, “외국인근로자의 노동법상 지위”, 「저스티스」, 한국법학원, 2002. 12, 59면.

외국인근로자에게만 적용되어 차별금지 규정을 집행하는 데에 한계가 있다. 따라서 국적에 의한 차별은 근로기준법 제6조는 “...국적을 이유로 근로조건에 대한 차별적 처우를 하지 못한다” 는 규정과 위반 시 관련 벌칙규정³⁴⁾에 따른다고 할 수 있다. 고용노동부에서도 근로기준법이 적용되는 사업장에서 일하는 불법체류자 등과 같이 출입국위반 사항이 있다고 하더라도 내국인과 동일하게 권리구제를 할 수 있도록 지침을 하달하고 있다.³⁵⁾ 다만, 차별에 합리적인 이유가 있는 경우에는 그 예외가 인정된다. 원칙적으로 차별을 금지하고 있지만,

- ① 근로조건에 있어 숙련정도나 한국어활용정도, 근속년수 등에 따른 차별은 국적에 의한 차별이 아닌 정당한 차별로 인정하고 있다.
- ② 기간제 근로자의 계약기간에 따른 차별이 있을 수 있다.
- ③ 출입국관리법 체류비자관리에 의한 차별 등은 정당한 차별로 인정된다.

나. 외국인근로자의 적용과 관련된 쟁점

국적에 의한 차별의 사례로

- ① 헌법재판소는 산업연수생이 연수라는 미명 하에 사업주의 지시·감독을 받으면서 사실상 노무를 제공하고 수당 명목의 금품을 수령하는 등 실질적인 근로관계에 있는 경우, 근로기준법이 보장한 근로기준 중 주요사항을 외국인 산업연수생에 대하여만 적용되지 않도록 하는 것은 합리적인 근거를 찾기 어렵다고 하여 근로기준법을 일부 적용하지 않는 것은 위헌이라고 판단하였다.³⁶⁾
- ② A는 태국국적 외국인으로 산업연수 체류자격으로 입국하였으나, 체류기간을 초과하여 불법체류자로 근무하던 중에 부상을 입었다. A는 요양신청을 하였으나 공단은 A가 불법 취업한 외국인이라는 이유로 산재불승인을 하였다. 그러나 대법원은 불법체류는 단속의 대상임을 명백히 하고 있으나, 이미 제공된 사실적 행위의 노동에 대해서는 노동법의 보호가 있어야 한다는 취지에서 불법체류자도 산재보험이 적용된다고 판결하였다.³⁷⁾
- ③ 서울과 경기도의 불법체류자로 구성된 외국인근로자들이 2005년 5월 3일 서울 지방노동청에 노동조합 설립신고를 제출하였으나 불법체류자라는 이유로 거부당하였다. 이 노동조합 인정여부에 대해 장기간 법원에서 다툼이 있었으나

34) 벌칙규정은 근로기준법 제114조로 '500만원 이하의 벌금에 처한다'라고 규정

35) 노동부 행정해석, 근기 68201-691, 2000.3.10.

36) 헌법재판소 2007. 8. 30, 선고 2004헌마670 결정 (산업연수생제도)

37) 대법원 1995. 9. 15. 선고 94누12067 판결 (요양불승인처분취소)

2015년 6월 25일 결국 대법원 합의체 판결에서 불법체류자들로 구성된 노동조합의 설립을 인정하였다.³⁸⁾ 위의 3가지 사례는 내국인과 동일하게 노동법을 적용한 사례이지만, 그 발단은 외국인이라는 이유로 차별을 받은 사례이다.

외국인이라는 이유로 차별 받는 사례가 일반노동의 저변에 많이 존재하고 있다. 외국인근로자는 국적이 다르다는 이유, 기능 숙달정도의 차이, 기간제 근로자라는 이유 등으로 차별을 받고 있고, 실무에서는 외국인근로자들의 경우 업무 숙달 정도나 장기 근속여부와 상관없이 최저임금을 지급하고 있다. 이에 반해 내국인들의 경우 최저임금의 최소 2배 이상의 임금을 받고 근로를 제공한다. 이는 국적에 의한 차별이라 볼 수 있다.³⁹⁾ 특히, 국적을 이유로 차별을 금지하고 있지만 외국인근로자에 대한 차별에 대해 국적을 이유로 차별하였다고 입증하기가 어렵기 때문에 차별금지의 적용하는데 어려움이 있다.⁴⁰⁾

2. 연차유급휴가

단순기능 외국인근로자에게 연차휴가 규정은 표준근로계약서에도 명시되어 있지 않고,⁴¹⁾ 실제로 지급하는 경우도 거의 없다. 그러나 연차휴가는 근로기준법 제17조의 근로계약의 작성 중 필수 기재사항이고, 당연히 근로의 대가로 지급해야 하는 법정 휴가이다.

연차휴가는 근로자의 건강하고 문화적인 생활을 실현하기 위하여 유급 주휴일과 별도로 유급휴가를 부여하려는 것이다.⁴²⁾ 헌법재판소도 연차휴가의 취지를, “휴게 시간이나 주휴일은 하루 또는 일주일의 노동으로 육체적·정신적 피로가 누적된 근로자들의 생리적인 회복을 위한 것이 주목적이라면, 연차유급휴가는 임금 삭감 없이 휴가기간을 스스로 결정할 수 있게 함으로써 근로자들이 노동으로부터 일정 기간 해방되고 사회적·문화적 시민생활을 영위할 수 있는 기회를 보장하기 위한 것이다.” 라고 기술하고 있다.⁴³⁾ 이에 대해 대법원도 “근로자에게 일정 기간 근로 의무를 면제함으로써 정신적·육체적 휴양의 기회를 제공하고 문화적 생활의 향상을 기하려는데 그 취지가 있다.” 라고 설명한다.⁴⁴⁾ 따라서 연차휴가에 대한 정의는

38) 대법원 2015.6.25. 선고 2007두4995 전원합의체 판결 (노조설립신고 반려처분취소)

39) 이준일, 「인권법 -사회적 이슈와 인권-」, 제7판, 홍문사, 2017.8, 4면.

40) 이수연, “외국인여성근로자의 노동과 보편적 권리 보장”, 「사회법연구」 제33호, 한국사회법학회, 2017. 12. 128면.

41) 외고법 시행규칙 별지 제6호 서식 (표준근로계약서).

42) 임종률, 「노동법」, 제14판, 박영사, 2016, 454면.

43) 헌법재판소 2015.5.28. 선고 2013헌마619 결정 (연차휴가의 취지)

근로에 대한 휴식의 측면에 문화적 생활의 측면을 덧붙여 근로자의 생활의 질을 향상시키는 것이라 할 수 있다.⁴⁵⁾

가. 외국인근로자에 대한 적용

연차유급휴가 제도에 대한 국제기준과 우리나라의 근로기준법상 기준에 대해 ① 휴가일수 및 발생요건, ② 사용방법, ③ 연차유급휴가 보장, ④ 미사용 연차휴가에 대한 보상으로 나누어 비교해 볼 수 있다.

국제기준으로 ILO(국제노동기구)는 연차휴가에 대해 제52호 연차유급휴가 협약(1936년)과 제132호 연차유급휴가 개정협약(1970년)을 채택하였다. ① 휴가일수 및 발생요건과 관련하여 어떠한 경우라도 1년에 대해 최소 3주 이상을 주어야 하고(제132호 연차유급휴가협약 제3조), 1년에 미달되는 근로자는 당해 연도에는 당해 연도의 근무기간에 비례하는 유급휴가를 받을 권리를 가진다(동협약 제4조). ② 연차휴가의 사용과 관련하여 연차휴가는 분할 사용이 가능하지만 '적어도 중단되지 아니하는 2주'로 구성되어야 하며(동협약 제8조), 휴가를 받을 자격이 발생한 시점부터 1년 이내에 주어야 한다(동협약 제9조). ③ 연차유급휴가는 근무일 중에 유급으로 주어야 한다(동협약 제7조). ④ 미사용 연차휴가에 대해서는 최저 근무기간(6개월)을 근로한 근로자는 고용종료 시에 유급휴가를 받지 않은 근무기간에 비례하는 유급휴가나 이에 갈음하는 보상을 받는다(동협약 제11조).라고 규정하고 있다.⁴⁶⁾

우리나라 근로기준법상 연차유급휴가(근기법 제60조)는 휴가사용을 전제로 하지만, 미 사용시 금전보상을 명시하고 있다.

- ① 휴가일수 및 발생요건을 살펴보면 1년간 80% 이상 출근한 근로자에게 15일의 연차유급휴가를 주어야 한다(근기법 제60조 제1항). 3년 이상 계속하여 근로한 근로자에게 최초 1년을 초과하는 계속 근로연수 매 2년에 대해 1일을 가산한 유급휴가를 주어야 하고, 최대 25일을 한도로 한다(제4항).
- ② 사용방법을 보면 연차휴가는 근로자가 청구한 시기에 유급휴가를 주어야 하지만, 근로자가 청구한 시기에 휴가를 주는 것이 사업 운영에 막대한 지장이 있는 경우에는 그 시기를 변경할 수 있다(제5항). 유급휴가는 특정일 또는 여러 날에 걸쳐 연속적으로 사용할 수 있다. 여기서 근로자는 원하는 날짜를 지정하여

44) 대법원 2003.12.26. 선고 2011다4629 판결 (연차휴가의 취지)

45) 김홍영, 휴식 보장을 위한 연차휴가의 제도개선론, 「노동법연구」, 2016 상반기 제40호, 서울대노동법연구회, 165면.

46) 박일훈, 「연차유급휴가제도의 법적 쟁점에 관한 연구」, 고려대학교 대학원 석사논문, 2014.12. 125-140면.

휴가를 청구하면(휴가청구권) 사용자는 업무의 상황을 고려하여 휴가 청구일을 조정할 수 있다(시기변경권).

- ③ 연차유급휴가 보장과 관련하여 연차유급휴가는 근로자의 근무일에 유급으로 보장해주어야 한다(제5항). 따라서 연차유급휴가는 주휴일이나 무급휴무일, 약정휴일에 부담하여서는 아니 된다.
- ④ 미사용 연차휴가에 대한 보상과 관련하여 연차유급휴가는 1년간 행사하지 아니하면 소멸된다. 다만, 사용자의 귀책사유로 사용하지 못한 경우에는 그러하지 아니하다(제7항). 이는 근로자가 연차유급휴가를 사용하지 못한 경우에 사용자는 연차유급휴가 미사용 수당을 지급해야 한다는 것이다.⁴⁷⁾

나. 외국인근로자의 적용과 관련된 쟁점

연차유급휴가는 외국인근로자에게도 당연히 적용되어야 한다.⁴⁸⁾ 외국인고용법 시행규칙(별지서식 제6호)의 「표준근로계약서」에는 근로기준법상 필수 기재사항인 연차유급휴가 규정이 명시되어 있지 않고, 제11호 “이 계약에서 정하지 않은 사항은 「근로기준법」에서 정하는 바에 따른다.” 라고만 규정되어 있다. 또한 현실에서는 대다수의 사업주가 단순기능 외국인근로자에게 연차유급휴가를 지급하고 있지 않고 있다. 2014년 10월 국제앰네스티(Amnesty International)의 보고서에 따르면, “국제앰네스티가 면담한 이주노동자 중 어느 누구도 연차휴가나 연차휴가 근로수당을 받은 사람이 없었다.” 라고 기록하고 있다.⁴⁹⁾

단순기능 외국인근로자들은 연차유급휴가에 대해 전혀 보상받지 못하고 있다. 반면, 전문외국인력의 경우에는 내국인과 동일하게 연차유급휴가 규정을 적용 받고 있다. 2011년 대법원은 원어민 강사 24명이 제기한 근로자지위 확인소송에서 원어민 강사들의 근로자성을 인정하였고, 근무기간에 대해 주휴수당, 연차휴가근로수당과 퇴직금을 지급하라고 판결하였다.⁵⁰⁾ 퇴직금 계산에서 있어서는 미사용 연차휴가 수당을 퇴직금계산을 위한 평균임금에 반영하였다. 다시 말해서 전문외국인력에게도 내국인과 동일하게 근로기준법을 적용하였다는 점이다. 따라서 단순기능 외국인 근로자도 연차유급휴가를 보장해주어야 하고, 연차유급휴가 미사용 시에는 연차

47) 대법원 2013.12.26. 선고 2011다4629 판결 (미사용 연차유급휴가 수당은 임금이다.); 이수연, “외국인여성근로자의 노동과 보편적 권리 보장”, 112면; 고용노동부, 「알기 쉬운 고용허가제」, 25면.

48) 최홍엽, “외국인근로자의 장기간 고용과 법적쟁점”, 「노동법학」 제48호, 한국노동법학회, 2013. 12, 444면.

49) 국제앰네스티, 「한국 농축산업 이주노동자 착취와 강제노동」, 문서번호: ASA 25/004/2014, 2014.10. 30면.

50) 대법원 2015.6.11. 선고 2014다88161 판결 (원어민 강사의 근로자 지위 확인)

유급휴가 일수에 상당하는 수당을 지급해야 한다. 또한 퇴직한 경우에는 미사용 연차휴가 수당과 퇴직금 계산을 위한 평균임금 계산에 반영한 퇴직금을 재계산하여 그 차액에 대해 지급을 청구할 수 있고, 퇴사일로부터 14일이 경과한 다음날부터 지급하는 날까지 근로기준법에서 정한 연 20%의 비율로 계산한 지연손해금을 지급해야 한다(근기법 제37조).

3. 최저임금

가. 외국인근로자에 대한 적용

최저임금법은 근로자에 대하여 임금의 최저수준을 보장하여 근로자의 생활안정과 노동력의 질적 향상을 위하는 목적으로 근로자를 사용하는 모든 사업 또는 사업장에 적용된다(최임법 제1조, 제3조). 근로기준법은 일부 규정을 5인 이상 상시근로자를 사용하는 사업 또는 사업장에 적용하고 있는데에 반하여, 최저임금법은 1인 이상 모든 사업장에 적용된다. 특히 외국인근로자도 이 최저임금법에 적용을 받으므로, 단순기능 외국인근로자나 방문취업 근로자의 경우에 최저임금을 기준으로 임금이 책정되고 있다. 연장근로, 휴일근로나 야간근로에 따른 가산수당, 급식비나 주택수당 등은 최저임금에 적용되지 않으나, 여기서 고정적이고 정기적으로 지급되는 급식비는 통상임금에 적용된다(최임법 제5조, 제6조).

나. 외국인근로자의 적용과 관련된 쟁점

최저임금과 관련하여 단순기능 외국인근로자의 표준근로계약서는 숙식비 비용을 삭감함으로써 최저임금법 위반과 관련하여 다툼이 많이 발생한다. 최근 고용노동부의 행정해석을 보면,⁵¹⁾ 숙식비를 임금에서 공제할 수 있도록 하고 있으며 다만, 월 통상임금의 20% 한도로 하고 있다. 따라서 최저임금 기준으로 임금이 책정 되고, 이 최저임금에서 숙소와 식사에 해당하는 비용을 원천징수 할 수 있다고 업무지도를 하고 있다. 사실상 이는 임금전액불 지급원칙에 대해 위반의 소지가 있다고 볼 수 있다.⁵²⁾ 또한 농어촌지역의 외국인근로자들은 근로기준법 제63조에 해당되는 근로 시간, 휴게, 휴일의 적용제외 대상자이므로 장기간 근로임에도 불구하고 최저임금에도 못 미치는 임금을 받는 경우가 많다.⁵³⁾

51) 고용노동부 행정해석, “외국인근로자 숙식정보 제공 및 비용징수 관련 업무지침” 외국인력담당관실, 2017. 2. 6.

52) 관련 근거는 근기법 제43조와 대법원 2001. 10. 23. 선고 2001다25184 판결(임금 전액지급의 원칙에 대한 예외); 이수연, “외국인여성근로자의 노동과 보편적 권리 보장”, 113면.

53) 국제엠네스티, 「한국 농축산업 이주노동자 착취와 강제노동」, 30면

4. 평가

근로조건에 있어서 단순기능 외국인근로자들의 고용조건이 특히 열악하고 근로기준법의 위반사례가 많이 발생하고 있다.⁵⁴⁾

근로기준법에서 정한 근로조건은 내국인이나 외국인 상관없이 모두 일한 만큼 적용되는 것이 원칙이다. 그러나 현실적으로 단순기능 외국인근로자들은 근로조건에서 차별을 많이 받는다. 외국인과 내국인근로자가 언어나 업무숙련도 정도에 따라 차이가 있을 수 있지만, 그 차이가 상대적으로 크지 않기 때문에 이는 국적에 의한 차별이라고 할 수 밖에 없다.⁵⁵⁾

외국인근로자는 내국인근로자와 다르게 근속년수와 상관없이 최저임금으로 계산된다. 근로기준법에서 보장되고 있는 연차유급휴가도 보장되지 않고 있으며, 미사용 연차유급휴가에 대한 금전보상에 하는 경우가 거의 전무하다. 최저임금을 지급하면서 숙소와 식사비용을 원천징수 하고 있어 임금전액불 지급원칙을 위반할 소지가 있을 수 있다. 특히, 농어촌의 경우에는 비정수기의 경우에는 표준근로계약서에 명시된 월 임금을 지급하지 않는 경우가 많다.

III. 집단적 노사관계법

1. 노동3권 보장

가. 외국인근로자에 대한 적용

노동조합의 설립목적은 노동3권의 행사를 통해 근로조건의 향상을 위한 것이다. ‘근로조건’이라 함은 임금, 근로시간 등 근로계약 내용을 말하고, ‘그 밖에 근로자의 경제적, 사회적 지위’란 기업 내 복지, 사회보장 등 근로조건 이외 근로자의 생활이익 전반을 말한다.⁵⁶⁾

외국인근로자는 노동조합의 집단 활동을 통하여 임금인상을 요구하지 않으면 현재의 최저임금에 맞추어진 근로조건을 개선할 여지가 없다. 따라서 외국인근로자의 근로조건 향상을 위해서는 노동조합의 설립과 활동이 필요하다. 외국인근로자도 헌법 제33조 제1항에 보장된 자주적인 단결권, 단체교섭권, 단체행동권을 보장받는다.

54) 최홍엽, “신정부에서의 외국인 인권 증진을 위한 과제”, 2017 한국이민학 회 학술심포지엄 발표자료, 한국이민학회 등, 2017. 6. 2. 199면.

55) 이준일, 「인권법 -사회적 이슈와 인권-」, 제7판, 홍문사, 2017.8, 4면.

56) 김형배, 「노동법」 24판, 박영사, 2015, 131면.

노동조합에 가입하거나 외국인들만으로 구성된 노동조합도 만들 수 있다.

외국인 불법체류자의 경우에도 노동조합의 설립 또는 가입이 허용되고 있다. 최근 판결이 있기 전까지는 불법체류자의 노동조합 가입 및 활동에 대해 고용노동부는 노동조합의 설립이 불가하다는 입장이었다.⁵⁷⁾ 이와 관련된 사건으로 2005년 4월 24일 서울, 경기, 인천 지역에 거주하는 외국인근로자 91명이 ‘서울경기인천 이주근로자 노동조합’을 설립하고 서울지방노동청에 설립신고서를 제출하였으나 거부되었다. 이에 이주노동조합은 2005년 노동청을 상대로 노동조합설립신고 반려처분 취소소송을 제기하였고 패소판결을 받았지만, 항소심과 최종심은 초심판결을 취소하였다.⁵⁸⁾

본 노동조합설립 거부처분에 대한 소송은 마침내 2015년 6월 25일 대법원 전원합의체 판결을 통해 고등법원의 판결의 취지를 유지하는 결정을 받으면서, 불법체류 외국인근로자로 구성된 노동조합도 노동3권을 보장받을 수 있는 길이 열렸다. 대법원은 “구 노조법상 근로자란 타인과의 사용종속관계 하에서 근로를 제공하고 그 대가로 임금 등을 받아 생활하는 사람을 의미한다. 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”고 하였다. 이는 노조법상의 근로자 개념을 근로기준법상의 근로자보다 폭넓게 보아야 하고 특정사업장에 소속되어 있지 않더라도 임금으로 생활하는 자, 일시적인 실업자, 구직자 까지도 노조법상 근로자에 포함하는 광의의 근로자 개념을 인정하고 있다.⁵⁹⁾

특히 출입국관리법의 위반에 대해서 대법원은 “출입국관리 법령에서 외국인 고용제한 규정을 두고 있는 것은 취업자격 없는 외국인의 고용이라는 사실적 행위 자체를 금지하고자 하는 것뿐이지, 나아가 취업자격 없는 외국인이 사실상 제공한 근로에 따른 권리나 이미 형성된 근로관계에 있어서 근로자로서의 신분에 따른 노동관계법상 제반 권리 등의 법률효과까지 금지하려는 것으로 보기는 어렵다”⁶⁰⁾고 판시하면서 외국인근로자가 불법체류자임에도 불구하고, 근로를 제공하여 발생한 권리나 노조법상의 근로자의 권리를 향유할 권한이 있다는 점을 확인하고 있다.

57) 고용노동부와 제1심의 입장은 불법체류자는 노동3권을 인정할 수 없다는 입장이었다(서울행정법원 2006. 2. 7. 선고 2005구합18266판결: 원고패소).

58) 대법원 2015.6.25. 선고 2007두4955 판결 (불법체류 외국인 노동조합 설립 인정)

59) 임종률, 「노동법」, 53-55면; 노동법실무연구회, 「노동조합 및 노동관계조정법 주해」(I), 박영사, 2015, 75면.

60) 대법원 2015. 6. 25. 선고 2007두4995 전원합의체 판결(노동조합설립 반려처분취소)

나. 외국인근로자의 적용과 관련된 쟁점

외국인근로자들도 스스로 노동조합을 만들고 단체교섭을 통해 단체협약을 체결하여 근로조건을 향상을 꾀할 수 있다.⁶¹⁾ 실제로 외국인근로자 개인이 개별 노동문제로 인하여 회사를 상대로 권리구제를 받는 것이 쉽지가 않다. 언어 문제도 있지만, 사용자의 불이익처분으로 인해 계속근로가 불가능한 경우가 많기 때문이다. 외국인 근로자들을 스스로 지켜 줄 수 있는 것이 노동조합 활동이다. 이러한 이유로 외국인 근로자들이 노동조합을 설립하여 근로조건 개선 및 확보를 하는 것이 권리구제를 받는 합리적인 해결책이다.

실제 합법적인 체류자격을 가진 외국인근로자(원어민 강사)가 2009년 9월 인천광역시 연수구의 아발론학원에 노동조합을 설립하였고, 단체교섭을 통한 단체협약까지 체결하여 근로조건을 확보한 사례가 있다.⁶²⁾ 2009년 11월, 원어민 강사 6명이 미지급된 연장근로수당을 고용노동부에 진정하여 수령하게 되자, 학원 원장이 해당 주동자 원어민 강사를 해고하였다. 이에 고용불안을 느낀 원어민 강사 5명이 고용보장을 위해 노동조합을 설립하게 되었다.⁶³⁾ 이 원어민 강사들의 노동조합은 우리나라의 노동조합법의 보호 아래 설립되었고, 또한 단체교섭을 통해 단체협약까지 체결하였다. 그러나 학원 원장이 새로운 원어민 강사를 노동조합 가입하지 않을 것을 전제로 채용하였고, 기존의 조합원인 원어민 강사들이 계약기간이 만료 되었을 때, 근로계약을 갱신해주지 않아 학원을 그만 두게 됨에 따라 조합원이 점차 줄어들어 노동조합이 소멸하게 되었다. 이 원어민 외국인강사의 노동조합 설립, 활동, 소멸 과정을 보면서 외국인근로자의 노동3권의 행사가 현실에서 어렵다는 사실을 확인할 수 있었다.

불법체류 외국인근로자의 노동조합에 대한 설립의 인정여부에 대해 많은 논쟁이 있었다. 인정해야 한다는 논리는 첫째, 취업자격이 없는 외국인근로자도 노조법상 근로자이므로 근로조건을 개선하기 위한 노동3권을 행사할 수 있다.⁶⁴⁾ 둘째, 출입국관리법상 불법체류의 신분은 행정목적상 단속기준에 불과하므로 외국인근로자의 기본권을 제한할 수 없다는 것이다.⁶⁵⁾ 셋째, 불법체류자의 노동3권을 제한하는 것은

61) 임종률, 「노동법」, 51면.

62) ① 노동조합 설립신고(인천광역시 연수구청장) 지역경제과-40378, 2009. 11. 23; ② 정봉수, “외국인 강사 노동조합 설립”, 2010년 1월호, “외국인 강사노동조합의 단체협약 체결” 2010년 8월호, 중앙경제; ③ 인천지방노동위원회, “아발론교육노동조합 노동쟁의 조정신청사건(2010조정6)”, 2010. 5. 13.

63) 정봉수, 「원어민강사의 노동법적 지위에 관한 연구」, 고려대학교 노동대학원 석사학위논문, 2013. 12, 87면.

64) 전형배, “외국인근로자의 노동인권”, 「노동법논총」제18호, 한국비교노동법학회, 2010. 4. 150면.

65) 대법원 1995. 9. 15. 선고 94누12067 판결(불법체류자 산재적용)에서 출입국관리법의 성격을 단속규정이라

불법적인 고용을 유인하여 외국인근로자에 대한 인권침해와 인권유린을 방관한다고 할 수 있다.⁶⁶⁾ 이에 반해 불법체류자의 노동조합을 인정하지 않거나 노동3권을 제한해야 한다는 논리는 다음과 같다. 첫째, 노동조합의 활동이 단체교섭을 통해 단체협약을 통해 근로조건의 개선하는 활동을 하는 것인데, 불법체류 외국인근로자들은 장래의 근로관계를 법으로 보장받지 못하므로 근로조건의 개선을 이룰 수 없다는 것이다.⁶⁷⁾ 둘째, 불법체류의 신분인 노동조합의 임원들의 활동은 노동3권 행사가 제한되므로 노동조합의 활동이 출입국관리법 개정을 요구하는 정치운동이 주된 목적이 될 수 있다는 볼 수 있다. 셋째, 불법체류자의 노동조합이 노조법으로 보호를 받을 수 있는지 의심이 되고, 불법체류자들도 기존의 내국인 노동조합에 가입할 수 있기 때문에 불법체류자의 노동조합을 인정해주지 않아도 내국인의 합법적인 노동조합에 가입하여 활동할 수 있다는 점이다.⁶⁸⁾

이에 대해 대법원은 전원합의체 판결은 불법체류자도 노조법상의 근로자성이 인정되는 한, 그러한 근로자가 외국인인지 여부나 취업자격의 유무에 상관없이 노조법상의 근로자의 범위에 포함되므로 불법체류자의 노동조합을 인정하고 있다.⁶⁹⁾

2. 노사협의회 활성화

가. 외국인근로자에 대한 적용

「근로자참여 및 협력증진에 관한 법률」(이하 “근로자참여법”이라 한다)의 노사협의회는 근로자와 사용자 쌍방이 참여와 협력을 통하여 노사공동의 이익에 증진함으로써 산업평화를 도모하고 국민경제 발전에 이바지함을 목적으로 한다(제1조). 노사협의회는 노동조합의 대립적인 투쟁적 관계를 통해 근로조건을 유지 개선하는 것이 아니라 근로자와 사용자가 참여와 협력을 바탕으로 하는 노사의 협동적 관계를 수립하기 위한 것이고, 이를 통해 노사 공동의 이익을 증진하는 것이다.⁷⁰⁾

노사협의회는 노동조합과 비교할 때 다음과 같은 특징을 가진다. 첫째, 법령에

정의하고 있다; 최홍엽, “외국인 고용의 현황과 쟁점”, 「노동법연구」, 서울대학교 노동법연구회, 2008. 12, 207면.

66) 김선일, “취업자격 없는 외국인근로자의 노동조합 설립”, 「사법」 제35호, 사법발전재단, 2016. 3, 373면.

67) 박종희/강선희, “이주근로자 인권보호에 관한 법제도 운영과 개선방안”, 「고려법학」 제50권, 고려대학교 법학연구원, 2008, 436면; 전윤구, “차별금지에서 외국인근로자의 법적 지위”, 「노동법논총」 제28호, 한국비교노동법학회, 2013. 8. 412면.

68) 김선일, “취업자격 없는 외국인근로자의 노동조합 설립”, 374-375면.

69) 대법원 2015. 6. 25. 선고 2007두4995 전원합의체 판결(노동조합설립 반려처분취소)

70) 김형배, 「노동법」, 1231면.

의한 설치의무가 있다. 30인 이상의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장에 의무적으로 설치해야 한다(동법 제4조). 둘째, 노사협의회 기능은 경영참가적 성격을 가진다. 사용자의 보고의무를 통해 경영계획 전반 및 실적에 관한 사항, 분기별 생산계획과 실적에 관한 사항, 인력계획 등에 대해 정보를 근로자대표와 공유하여야 한다(동법 제21조). 셋째, 노동조합의 설치여부와 상관없이 노사협의회를 설치의무를 둠으로써 이원적 기능을 전제로 하고 있다(동법 제11조, 제18조, 제31조).⁷¹⁾ 따라서 법적 설치의무인 노사협의회는 사업장 내부의 당연설치 조직으로의 기능을 활용할 경우 협력적 노사관계를 구축할 수 있다.

외국인근로자들은 노사협의제도를 통해 사업장에서 차별적 대우, 임금체불, 부당해고, 산업재해 등에 대해 사업장 내부적 권리구제 절차를 통해 해결할 수 있다. 우선 외국인근로자도 근로자대표의 자격이 있으므로 노사협의회 구성에 있어 외국인들을 대표하는 근로자위원의 피선거권이 있고 근로자위원을 선출하는 선거권이 있다(동법 제6조). 노사협의회가 협의할 사항에 근로자의 고충처리 항목이 있기 때문에 외국인근로자들의 침해된 권리를 구체적 안건으로 삼아서 노사협의를 통해 해결할 수 있다(동법 제20조). 또한 노사협의회가 설치된 30인 이상 사업장은 반드시 고충처리 기관을 설치하도록 법정화 되어 있다(동법 제5장). 고충처리 절차를 통해 사업주는 외국인근로자의 고충사항을 청취한 경우에는 10일 이내 조치 사항과 그 밖의 처리결과를 해당 근로자에게 통보하여야 하며, 고충처리위원이 처리하기 곤란한 사항은 노사협의회 회의에 부쳐 협의 처리해야 한다(동법 제28조).

나. 외국인근로자의 적용과 관련된 쟁점

외국인근로자가 노사협의회를 통해 침해된 권리를 구제받는 데에는 한계가 있다. 노사협의회는 노사협의 안건에 고충처리 항목에 대해 결정을 강요할 수 있는 것이 아니라 사용자에게 건의하고 사용자가 그 수용여부를 결정하기 때문에 권리구제가 제한된다. 근로자참여법의 제5장 고충처리 기관을 통한 권리구제에 있어서도 고충처리 절차에 대해 사용자가 고충을 처리하고 10일 이내에 조치사항을 근로자에게 통보하도록 되어 있음에도 불구하고 이를 강제할 법적 제재규정이 되어 있지 않은 법적 미비점이 있어서 사업장 내 자체적 권리구제에는 한계가 있다고 할 수 있다(근참법 제28조).

71) 김형배, 「노동법」, 1232면; 하갑래, 「집단적 노사관계법」 제4판, 중앙경제, 2016, 680-681면: 노동조합과 별도의 분리된 조직임.

근로자참여법을 제대로 사업장에서 실행함으로써 외국인근로자들은 근로조건의 기본적 권리를 스스로 찾고 회사도 지속적인 성장과 발전을 꾀할 수 있기 때문에 협력적 노사관계 구축하는데 꼭 필요한 노사협의회제도로 발전시켜야 할 것이다.

3. 평가

외국인근로자들이 노동3권을 행사하는 것이 근로조건 향상의 유일한 기회이다. 노동조합의 활동 없이는 임금인상이나 근로조건 개선을 기대할 수 없을 정도로 법이 최저기준에 맞추어져 있다. 외국인근로자도 당연히 노동조합을 설립할 수 있고, 근로조건 향상을 위한 단체교섭 요구 및 쟁의행위를 할 수 있다. 심지어 불법체류자의 경우에도 노동조합을 설립할 수 있고, 가입할 수 있다. 다만, 불법체류라는 현행법 위반으로 행동상 제약이 있고, 외국인근로자의 정치활동 제한으로 노동조합 활동에 제약을 받을 수 있다. 그럼에도 불구하고 노동조합이 아니고서는 외국인 근로자들의 노동조건을 개선할 수 없는 상황이므로 외국인근로자들의 노동조합 활동이 필요하다고 할 수 있다.⁷²⁾

근로참여법은 노사가 참여와 협력을 통해 노사공동의 이익을 추구하는 것을 목적으로 하고 있기 때문에 외국인근로자들과 사용자와의 협력적 노사관계 구축이 가능하다. 따라서 30인 이상의 사업장에 법정화 되어 있는 노사협의회제도를 활성화 하여야 할 것이다. 이를 통해 외국인근로자에게도 근로자위원으로 참여의 기회를 준다면, 이들 외국인근로자위원은 외국인근로자의 고충을 처리하고, 근로환경을 개선하는 활동을 통해 바람직한 직장환경을 조성하고 생산성 향상을 도모하고, 더 나아가 외국인근로자의 복지향상과 권익을 보호할 수 있을 것이다.

IV. 외국인근로자의 사회보험과 전용보험

1. 외국인근로자의 사회보험

사회보험은 산업재해보상보험, 고용보험, 국민건강보험, 국민연금이라는 4대보험으로 구성되며, 보험의 내용에 따라 적용을 달리하는 특징이 있다.

72) 노재철, 「외국인근로자의 법적지위와 권리보호에 관한 연구」, 동아대학교 박사학위논문, 2009.12, 150-151면.

<표 3-6> 외국인근로자의 체류자격에 따른 사회보험 적용현황

구분		외국인근로자 E-9(비전문)	동포근로자 H-2(방문취업) F-4(재외동포)	전문외국인력 E-1(교수)~E-7(특정활동)	불법체류 근로자
산재보험		적용	적용	적용	적용
고용 보험	실업급여	임의가입	임의가입	임의가입	미적용
	직업능력 고용안정	적용	적용	적용	미적용
국민건강보험		적용	적용	적용 (예외인정)	미적용
노인장기요양보험		제외	방문취업: 제외 재외동포: 적용	적용 (예외인정)	미적용
국민연금		적용	적용	적용 (상호주의)	미적용

출처 : 최홍엽, “외국인근로자의 사회보장”, 175면; 노재철/고준기, “외국인근로자에 대한 사회보험법상의 문제점과 개선방안”, 126면.

(i) 산업재해보상보험은 외국인도 당연히 적용되지만, 나머지 사회보험은 적용상 차이가 있다. (ii) 고용보험의 경우 외국인근로자는 한국에서 일시 체류하는 경우가 대부분이므로 본인의 선택에 의해 가입여부를 임의 적용으로 하는 경우가 많다. (iii) 국민건강보험은 외국인근로자가 고용을 전제로 사업장에 채용된 경우에는 당연 가입대상이 된다. (iv) 국민연금도 당연가입이 원칙이지만 외국 국가와의 관계에 따른 상호주의 원칙이 적용되고 있다.

다음에서는 외국인근로자의 사회보험 적용에 대해 구체적으로 살펴본다.

가. 산재보험법

산재보험료는 사업주가 전액부담하며, 산재보험요율은 사업업종의 위험여부에 따라 정부에서 고시하는 보험요율을 사업장의 보수총액을 곱하여 계산된 보험금을 납부한다. 동일사업의 산재보험료율을 적용함에 있어서 과거 3년간의 보험급여 금액의 85%를 넘거나 75% 이하인 경우 그 사업에 적용되는 보험료율을 50% 범위 안에서 결정해서 인상 또는 인하하여 그 사업에 대한 다음 사업연도의 산재보험료율로 적용한다.⁷³⁾ 따라서 산재보험 수급으로 인해 다음연도의 산재보험료가 높아지게

73) 이상국, 「산재보험법(I)」, 제3판, 대명출판사, 2014.1. 554면.

될 수 있기 때문에 기업체에서는 가급적 산재보험처리를 기피하게 된다.⁷⁴⁾

보험급여는 산재보험 적용대상 사업장의 근로자가 업무상 사유로 4일 이상의 요양을 요하는 부상, 질병을 얻거나 사망한 경우 당해 근로자(또는 유족)의 신청에 따라 지급한다. 보험급여의 종류에는 요양급여, 휴업급여, 상병보상연금, 장해급여, 유족급여, 간병급여, 장의비, 직업재활급여가 있다.

(1) 외국인근로자에 대한 적용

「산업재해보상보험법」(이하 “산재보험법”이라 한다)은 제1조(목적)에서 “근로자의 업무상 재해를 신속히 보상하고”라고 규정하여 보호대상을 근로자로 설정하여 두고 있으므로,⁷⁵⁾ 외국인근로자는 체류자격과 무관하게 모두 산재보험법을 적용받는다. 외국인 신분이 산업연수생이든지 불법체류 신분이든지 근로를 제공하다가 다친 경우에는 산업재해로 인정하게 되었다.⁷⁶⁾ 이는 대법원의 판례에서도 이를 확인하고 있다.⁷⁷⁾ 산재보험은 국민여부 또는 불법체류 여부와 상관없이 업무상 재해를 당한 경우에 산재보상의 대상이 된다. 대법원은 불법체류는 단속의 대상임을 명백히 하고 있지만, 이미 제공된 사실적 행위의 노동에 대해서는 노동법의 보호가 있어야 한다는 취지에서 불법체류자도 산재보험이 적용된다고 판결하였다.

산재보험법은 근로자가 업무상 사유로 부상을 당하거나 질병에 걸리는 경우 근로기준법상 사업주가 부담해야 할 보상책임을 국가가 대신하여 수행하는 사회보험 제도이다. 산재보험은 근로자를 사용하는 모든 사업 또는 사업장에서 적용되는 것을 원칙으로 하면서, 사업의 위험률, 규모 및 사업장소 등을 참작하며 다음 사업은 예외로 산재보험법의 적용을 받지 않는다(산재법 제6조). 제외되는 사업장은 “① 가사서비스업, ② 농업, 임업, 어업, 수렵업 중 상시 5인 미만의 근로자를 사용하는 사업” 등이다.⁷⁸⁾ 따라서 산재보험법에서 적용되지 않는 사업이나 사업장의 경우와 3일 이하의 요양을 필요로하는 산업재해의 경우에는 근로기준법에 따라 사용자가

74) 전광석/박지순/김복기 「사회보장법」 제4판, 신조사, 2017, 188면

75) 4대사회보험의 관련 법률 제1조 목적에서 산재보험과 고용보험은 보호대상이 근로자이고, 국민연금과 국민건강보험은 보호대상이 국민이다. 따라서 산재보험은 외국인도 근로자로서 당연 적용된다.

76) 전광석/외 2인, 「사회보장법」, 163면; 최홍엽, “외국인근로자의 사회보장”, 앞의 논문, 158-159면.

77) 대법원 1995. 9. 15. 선고 94누12067 판결 (요양불승인처분취소): 불법체류자 산업연수생의 최초 산재인정 건이다. “출입국관리 법령에서 외국인고용제한 규정을 두고 있는 것은 취업자격 없는 외국인의 고용이라는 사실적 행위 자체를 금지하고자 하는 것뿐이지, 나아가 취업자격 없는 외국인이 사실상 제공한 근로에 따른 권리나 이미 형성된 근로관계에 있어서 근로자로서의 신분에 따른 노동관계법상의 제반권리 등의 법률효과까지 금지하려는 것으로 보기는 어렵다”고 판시하였다.

78) 산재법 시행령 제2조(법의 적용 제외 사업) 제6호.

업무상 재해에 대한 보상을 하여야 한다.⁷⁹⁾

(2) 외국인근로자와 관련된 쟁점

산재보험과 외국인근로자의 관계에 있어 법적용상 제한과 환경적인 한계가 있다. 우선 법적용상 제한은 산재보험법의 적용제외 사업장으로 농업, 축산업, 어업 등은 상시 5인미만 사업장은 산재보험이 적용되지 않는 경우 재해보상에 한계가 있다.⁸⁰⁾ 농업과 축산업의 경우에는 대부분 5인 미만 사업장이므로 산재보험이 적용되지 않아 사용자 책임으로 업무상 재해를 처리해야 하는데, 개인사용자의 재산적 한계가 있기 때문에 제대로 보상이 되지 않고 있다.⁸¹⁾

산재보상법의 환경적인 한계는 다음과 같다. 첫째, 외국인근로자의 산업재해율은 내국인 근로자들에 비해 높다. 그 이유는 외국인근로자의 경우 의사소통이 제대로 되지 않아 안전지시가 정확히 전달되지 않고, 산업안전시설을 갖추지 못한 열악한 작업장에서 일하는 경우가 많고 외국인들 스스로가 숙달된 기능인이기보다는 단순 기능 초보자들이 많기 때문이다.⁸²⁾ 둘째, 불법체류 외국인근로자들은 강제출국의 위험이 있으므로 중대재해가 아닌 한 본인 스스로 치료를 받지 않으려 한다. 회사들도 산재보험에 신청하지 않고 치료비만 부담하여 외국인근로자에게 영구장해가 남는다든지 산재보험법상 보호를 받지 못하는 경우가 많다.⁸³⁾ 셋째, 사용자가 외국인근로자 산재사고가 발생했을 때 산재보험료 인상이나 산재다발 사업장으로 지정되어 추후 노동관청의 감사나 기타 불이익을 당하기 때문에 가급적 공상으로 처리하는 경우가 많다. 이에 대해 외국인근로자들도 산재보험제도를 잘 모르기 때문에 이를 묵인하는 경우가 많다.⁸⁴⁾

나. 고용보험법

고용보험 보험료는 실업급여와 고용안정 · 직업능력개발사업의 보험료로 구분하여 부과되는데, 실업급여 보험료는 근로자와 사용자가 각 1/2씩 부담하고, 고용안정

79) 근로복지공단, "2019년 산재·고용보험 가입 및 부과업무 실무편람", 7-8면.

80) 노호창, "이주여성과 사회보장법제", 「이주젠더법학」제9권 제2호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2017. 8. 26-27면.

81) 국제엠네스티, 「한국 농축산업 이주노동자 착취와 강제노동」, 36-37면

82) 국가인권위원회, "건설업 종사 외국인근로자 인권상황 실태조사", 2015년도 인권상황 실태조사 연구용역보고서, 9면

83) 최홍엽, "외국인근로자의 사회보장", 「민주법학」 제22호, 민주주의법학연구회, 2002, 160면.

84) 최홍엽, "외국인근로자의 사회보장", 160-161면.

· 직업능력개발사업 비용은 사용자가 부담한다(고보법 제6조).⁸⁵⁾ 실업급여의 수급 자격은 갖춘 상태에서 비자발적으로 실업이 되고 구직노력을 하여야 지급된다.⁸⁶⁾

(1) 외국인근로자에 대한 적용

고용보험은 실업의 예방, 고용의 촉진 및 근로자의 직업능력의 개발과 향상을 꾀하고, 근로자가 실업한 경우에 생활에 필요한 급여를 실시하여 근로자의 생활 안정과 구직 활동을 촉진함으로써 경제·사회 발전에 이바지하는 것을 목적으로 마련된 사회보험이다(법 제1조). 고용보험은 모든 사업 또는 사업장에 적용되는 것을 원칙으로 하되 사업의 규모를 고려하여 예외규정을 두고 있다. 고용보험은 근로자 입장에서 실업급여를 받는 것이 주 목적이므로 모든 근로자에게 적용되는 것이 원칙이지만, 실업급여의 도움이 필요하지 않거나 다른 보험에서 보호되는 경우에는 적용되지 않는다. 고용보험이 적용제외 되는 근로자는 ① 65세 이상인 자, ② 1월간 소정근로시간이 60시간(1주간 15시간)미만인 자, ③ 국가공무원법 및 지방공무원법에 의한 공무원, ④ 사립학교교원연금법의 적용을 받는 자, ⑤ 선원법에 의한 선원, ⑥ 거주 자격이 없는 외국인근로자 등이다. 다만, 체류자격을 가진 외국인은 임의 가입이 가능하다.

고용보험은 실업급여 부분과 고용안정·직업능력개발사업 부분으로 나누어져 있다. 실업급여 보험료는 노사가 절반씩 납부하고, 고용안정사업과 직업능력개발사업 보험료는 사업주가 전액 부담한다. 실업급여 부분은 실업수당과 산전산후 휴가수당 및 육아휴직 급여의 재원이 된다. 따라서 외국인이 고용보험을 가입하지 않으면 실업수당뿐만 아니라 산전산후 휴가수당과 육아휴직 급여를 받을 수 없다. 한국에서 취업을 목적으로 체류하는 외국인근로자중 실업급여를 받을 의도가 없는 경우에는 가입을 하지 않을 수도 있다⁸⁷⁾.

85) 근로복지공단, “2019년 산재·고용보험 가입 및 부과업무 실무편람”, 7-46면.

86) 고용보험법 제40조(구직급여의 수급 요건) ① 이직일 이전 18개월간(기준기간) 피보험단위기간이 통산하여 180일 이상일 것
② 근로의 의사와 능력이 있음에도 불구하고 취업(영리를 목적으로 사업을 영위하는 경우 포함)하지 못한 상태에 있을 것
③ 재취업을 위한 노력을 적극적으로 할 것
④ 이직사유가 비자발적인 사유일 것 (이직 사유가 법 제 58조에 따른 수급자격의 제한사유에 해당하지 아니할 것)

87) 근로복지공단, “2019년 산재·고용보험 가입 및 부과업무 실무편람”: 원칙적으로 고용보험의 실업급여 적용에서 제외하고 있다. 다만, 외국인도 다음의 몇 가지 사항에 해당 될 때 적용의 대상이 된다. (고용보험법 시행령 제3조: 적용제외 근로자)

① 「출입국관리법 시행령」 제12조의 규정에 따른 외국인 중 주재(D-8), 기업투자(D-8), 무역경영 (D-9)의 체류자격을 가진 자는 국가 간의 상호주의 원칙에 따라 법이 적용된다.

<표 3-7> 외국인의 체류자격별 고용보험 적용 여부(2016.12)

체류자격	고용보험 적용	체류자격	고용보험 적용
1. 외 교(A-1)	×	19. 교 수(E-1)	○(임의)
2. 공 무(A-2)	×	20. 회화지도(E-2)	○(임의)
3. 협 정(A-3)	×	21. 연 구(E-3)	○(임의)
4. 사증면제(B-1)	×	22. 기술지도(E-4)	○(임의)
5. 관광통과(B-2)	×	23. 전문직업(E-5)	○(임의)
6. 일시취재(C-1)	×	24. 예술홍행(E-6)	○(임의)
7. 단기종합(C-3)	×	25. 특정활동(E-7)	○(임의)
8. 단기취업(C-4)	○(임의)	26.비전문취업(E-9)	○(임의)
9.문화예술(D-1)	×	27.선원취업(E-10)	○(임의)
10.유 학(D-2)	×	28.방문동거(F-1)	×
11.산업연수(D-3)	×	29.거 주(F-2)	○(강제)
12.일반연수(D-4)	×	30.동 반(F-3)	×
13.취 재(D-5)	×	31.채외동포(F-4)	○(임의)
14.종 교(D-6)	×	32. 영주(F-5)	○(강제)
15.주 재(D-7)	○(상호주의)	33. 영주(F-6)	○(강제)
16.기업투자(D-8)	○(상호주의)	34.기 타(G-1)	×
17.무역경영(D-9)	○(상호주의)	35.관광취업(H-1)	×
18. 구직(D-10)	×	36.방문취업(H-2)	○(임의)

출처 : 근로복지공단, “2017년 산재·고용보험 가입 및 부과업무 실무편람”, 18면.

※ ×로 표시된 경우에는 임의가입도 불가함에 유의

전문외국인력(E-1~E-7)은 근로계약 종결 후 6개월 이상 구직비자(D-10)를 통해 계속 체류가 가능하기 때문에 실업급여 수령이 가능하다. 그러나 단순기능 외국인

③ 그러나 「출입국관리법 시행령」 제23조 제1항에 따른 체류자격을 가진 보험가입 여부는 신청자의 재량에 따른다(임의가입 대상자).

③ 「출입국관리법 시행령」 제12조의 규정에 따른 장기적으로 체류 가능한 영구체류자 [거주(F-2), 영주(F-5), 결혼이민(F-6)]는 고용보험의 당연가입 대상이다.

근로자(E-9)의 경우에는 비록 실업급여에 가입하더라도 근로계약 종결 후 구직 신청을 한 다음 3개월 이내에 다른 사업장에서 취업하지 못할 경우 강제출국 대상이 되므로 실업급여의 혜택이 제한된다(외고법 제25조 제3항). 실업급여는 실업으로 인해 경제적 수익이 없을 때 근로자들이 기댈 수 있는 최후의 보류인 점을 볼 때, 사회보험의 기초항목이라 할 수 있다. 따라서 외국인근로자도 고용보험의 실업급여 부분에 대해 임의 가입이 아닌 의무가입으로 전환하여야 실업기간 중 근로자의 생존권을 보호할 수 있을 것이다.

고용보험의 고용안정사업과 직업능력개발 사업은 사업주의 보험료 전액부담으로 진행되는 것이기 때문에 외국인근로자도 모두 적용된다. 따라서 근로자의 직업능력 개발에 관련된 제반 교육을 참가할 수 있고, 고용보험의 지원을 받아 자체적으로 교육프로그램을 개발할 수 있다. 회사가 지원받을 수 있는 고용안정산업 및 직업능력개발사업에 관한 금액은 고용보험료 납부액의 100분의 100 이내(우선지원 사업장의 경우에는 100분의 240) 이다(고보법 시행령 제42조 제1항).⁸⁸⁾

(2) 외국인근로자와 관련된 쟁점

사업주의 의무부담에 의해 납부되는 직업능력개발 사업에 따라 외국인의 직업능력 개발 사업에 대한 체계적인 지원이 필요하다고 할 수 있다.⁸⁹⁾ 우선 직업능력을 개발하여 단순기능인이 아닌 숙련공이나 전문기능인으로 발전해 나갈 수 있도록 직업능력에 기회를 주어야 할 것이다. 또한 의사소통능력 부족과 한국문화의 이해 부족으로 인한 노사갈등이나 산재사고가 다수 발생하고 있어 고용보험의 직업능력 개발사업을 적절히 활용하여 외국인근로자들의 직업능력 개발에도 정책적 배려가 필요하다.⁹⁰⁾ UN의 외국인근로자 권리협약 제43조에서도 외국인근로자가 “① 직업 지도 및 직업소개 서비스의 이용, ② 직업훈련, 재훈련 시설과 기관의 이용”과 관련하여 고용국 근로자와 평등한 대우를 향유한다고 규정하고 있다.⁹¹⁾ 독일의 경우 외국인근로자는 의무적으로 최소 600시간 통합교육에 참석하여야 한다.⁹²⁾

88) 전광석, 「한국사회보장법론」, 집현재, 2016, 416-420면

89) 고용보험의 보험료는 실업급여부분과 고용안정사업 및 직업능력개발사업의 보험료로 구분한다. 실업급여 부분은 근로자와 사용자가 5:5로 나누어 납부하지만, 고용안정과 직업능력개발 사업은 사업주가 보수총액을 기준으로 납부하기 때문에 그 외국인근로자도 당연적용 근로자가 된다. 참조: 「고용보험 및 산업재해보상보험의 보험료 징수 등에 관한 법률」제16조의10(보수총액 등의 신고) ① 사업주는 전년도에 근로자에게 지급한 보수총액 등을 매년 3월 15일까지 공단에 신고하여야 한다.

90) 전광석외 2인, 「사회보장법」 197면

91) 최홍엽, “UN의 이주근로자권리협약과 한국의 노동법 현실”, 「영남법학」 제31호, 영남대학교 법학연구소, 2010, 10, 525-528면.

실업급여 가입을 임의로 하면 사회보험이 제공하는 기본적인 보험혜택을 받을 수 없다. 전광석 교수는 “사회보험에서 외국인 가입자라는 이유로 급여를 제한하는 것은 타당하지 않다. 사회보험법은 보험료를 납부하고 사회적 위험이 발생한 경우 보험료에 상응하는 급여를 제공하는 법률관계를 규율하고 있다. 따라서 사회보험법에서 보험료 납부와 관련된 법률관계는 급여지급과 관련된 법률관계와 통일체를 이루어야 한다”고 하면서 외국인근로자의 고용보험 임의가입을 의무가입으로 해야 한다는 입장이다.⁹³⁾

단순기능 외국인근로자의 경우에도 외국인고용법 제25조 제3항에 근로계약 종결 후 구직신청 3개월 이내 타 사업장에 취업하지 못하면 출국해야 한다는 규정이 있기 때문에 안정된 실업급여를 받기 어렵다. 그러나 점차 외국인근로자가 장기체류하고 있고, 단기체류 기간은 2012년 도입된 성실근로자 체류기간 연장제도 등의 도입으로 인하여 실업급여의 중요성이 대두되고 있다. 또한 실업급여에 가입되어 있어야지 출산전후휴가급여나 육아휴직급여를 받을 수 있다. 따라서 외국인근로자에 대해 고용보험의 가입을 의무화하는 것에 대해 검토가 필요하다고 본다.⁹⁴⁾

다. 국민건강보험법

국민건강보험은 국민의 질병이나 부상에 대한 예방, 진단, 치료, 재활과 출산, 사망 그리고 건강증진에 대하여 보험급여를 실시함으로써 국민보건을 향상시키고 사회보장을 증진하기 위함을 목적으로 한다(건보법 제1조). 국민건강보험은 직장가입자와 지역가입자로 구분되는 의무보험으로, 현재 전체국민의 약 97%가 국민건강보험에 적용되고, 그 외에는 기초생활보장수급자 등에 속하는 공공부조에 해당하는 의료급여법에 의하여 의료서비스를 제공받고 있다.⁹⁵⁾ 직장가입자에서 제외되는 자는 근로자를 채용하지 않은 자영업자, 1월 미만 기간동안 고용되는 일용근로자, 비상근로자 또는 1개월간의 소정근로시간이 60시간 미만인 시간제 근로자 등이다.⁹⁶⁾

직장가입자의 보험료는 표준보수월액에 보험료율을 곱한 금액이 되며, 여기서 산출된 금액에 근로자와 사용자가 각각 50%씩 부담한다(건보법 제69조). 따라서 개인의 표준보수월액에 따라 차등 납부가 된다.⁹⁷⁾

92) 유길상외 3인, 「외국인력 도입 관리시스템 개편방안 연구」, 고용노동부의 연구용역, 2012.12, 157면.

93) 전광석, 「한국사회보장법론」, 197면.

94) 최홍엽, “외국인근로자의 사회보장”, 168면.

95) 노호창외, “외국인의 사회보장”, 「이민법」, 468면.

96) 국민건강보험, “2019 사업장 업무편람”, 33-36면.

노인장기요양보험은 인구의 고령화와 노인요양의 필요성으로 인해 2008년 7월부터 국민건강보험에서 별도로 도입된 사회보험제도이다. 고령이나 치매·중풍 등의 노인성 질병으로 혼자서는 거동이 불편한 노인에게 세수, 목욕, 식사 배변처리, 간호 등 필요한 요양서비스를 제공하는 제도이다.⁹⁸⁾ 장기요양보험료는 건강보험료에 장기요양 보험료율(8.51)을 곱한 금액을 건강보험료와 함께 납부한다.

(1) 외국인근로자에 대한 적용

국민건강보험이 적용되는 모든 사업장가입자나 지역가입자 모두 당연 적용되어 보험료를 납부한다. 다만 「노인장기요양보험법」 제7조 제4항에 따라 외국인고용법의 고용허가제에 속하는 외국인근로자(E-9)와 방문취업 동포근로자(H-2)는 별도의 적용제외 신청절차를 통해 장기요양보험 가입자에서 제외를 받을 수 있다. 제외 신청의 근거가 없는 다른 외국인근로자들은 모두 장기요양보험에 자동 가입되어 보험료를 건강보험료와 함께 납부한다.

(2) 외국인근로자와 관련된 쟁점

외국인과 재외국민은 관련법에 의해 체류자격이 인정되는 경우 건강보험 의무가입 대상이다. 원어민 강사의 경우에도 사용자가 4대보험의 의무가입 사업주이지만 국민연금과 국민건강보험을 의도적으로 누락시켜, 원어민 강사가 건강보험혜택을 받지 못하는 경우가 많다.⁹⁹⁾ 이는 국민건강보험에 사업장가입을 하지 않았다고 하여 마땅한 처벌조항이 없기 때문이다. 사업장가입자가 아닌 경우 지역가입자로 분류되어 강제제도 가입해야 하지만, 매년 새로운 사용자와 근로계약을 하는 경우 거주지가 명확하지 않기 때문에 지역가입자로서도 보호되지 않는다.

특히, 불법체류 외국인근로자는 건강보험이 적용되지 않는다고 명시하고 있다(동법 제109조 제4항). 2019년 6월 현재 37만 명의 불법체류 외국인근로자가 상시 체류하고 있는 상태에서 만성질환과 출산 및 육아관련 질환 등 의료수요가 증가하고 있음에도 불구하고 건강보험 적용제외에 따른 과도한 의료비로 인하여 제대로 된 보장은

97) 국민건강보험료는 2019년 기준 6.46%로 사용자 3.23%와 근로자 3.23%를 납부한다. 여기에 추가되는 노인장기요양보험료는 사용자와 근로자가 각자의 보험건강보험료율에 각각 8.51%를 곱한 금액을 납부한다.

98) 노인장기요양보험법 제2조(정의). 1. “노인등”이란 65세 이상의 노인 또는 65세 미만의 자로서 치매, 뇌혈관성질환 등 노인성 질병을 가진 자를 말한다. 2. “장기요양급여”란 6개월 이상 동안 혼자서 일상생활을 수행하기 어렵다고 인정되는 자에게 신체활동, 가사활동의 지원 또는 간병 등의 서비스나 이에 갈음하여 지급하는 현금 등을 말한다.

99) 이병운/고준기, “외국인근로자의 보건의료 현황과 문제점”, 「한양법학」 31, 한양법학회, 2010.8, 333면.

받기가 어렵다.¹⁰⁰⁾ 불법체류근로자에 대해서는 국가정책상 사회보험의 적용을 제외하고 있지만, 헌법상 보장된 인간으로서 기본권 보장을 위해 의료보험 적용이 반드시 필요하다.¹⁰¹⁾

라. 국민연금법

국민연금제도는 국민이 납부한 연금재원을 가지고, 해당 국민이 일정한 연령에 이르렀을 때 노령연금을 지급하거나, 연금가입자가 장애나 사망한 경우 그 가족의 생계를 위해 연금을 지급하는 제도이다(국연법 제1조). 국민연금은 1988년 1월 1일 국민연금법 시행으로 시행되어 초기에는 10인 이상 사업장만 적용하다가 그 후 점차적으로 확대하여 국내에 거주하는 18세 이상 60세 미만의 국민은 국민연금의 가입대상이 된다(동법 제6조). 다만, 공무원연금법, 군인연금법 및 사립학교연금법의 적용을 받는 공무원 · 군인 및 사립학교 직원은 가입대상에서 제외된다. 국민연금 가입대상자는 사업장가입자와 지역가입자로 구분되는데, 상시 1인 이상의 근로자를 사용하는 사업장은 당연적용사업장이 된다. 사업장 가입자에서 적용제외 되는 자는 근로자를 채용하지 않은 자영업자, 1월 미만의 기간 동안 고용되는 일용근로자, 비상근근로자 또는 1개월간의 소정근로시간이 60시간 미만인 시간제 근로자 등이다. 연금보험료는 소득에 비례하여 근로자와 사용자가 각각 50%씩 부담한다.¹⁰²⁾ 국민연금법에 따른 급여의 종류는 노령연금, 유족연금, 장애연금, 반환일시금이 있다.¹⁰³⁾

(1) 외국인근로자에 대한 적용

국민연금법 제126조에 따라 국민연금법을 적용 받는 사업장에 사용되는 외국인과 국내에 거주하는 외국인은 당연히 사업장가입자 또는 지역가입자가 된다. 다만, 그 국민연금에 상응하는 연금제도를 그 외국인의 본국법이 대한민국 국민에게 적용되지 아니하면 해당 외국인에게도 국민연금을 적용하지 않는다는 상호주의의 입장을 취하고 있다. 그리고 국민연금의 가입 적용대상에서 제외되는 외국인은 일시적으로 체류하거나 소득이 없는 외국인이다.¹⁰⁴⁾

100) 이병운/고준기, “외국인근로자의 보건의료 현황과 문제점”, 335면.

101) 최홍엽, “외국인근로자의 사회보장”, 162-164면.

102) 2019년 기준보험료는 기준소득 월액의 9%로 사용자가 4.5%와 근로자가 4.5% 각각 부담한다.

103) 국민연금, “2019년 알기 쉬운 국민연금 사업장 실무안내”, 2019, 32-36면.

104) 제외되는 외국인: ① 출입국관리법 제25조에 따라 체류기간연장허가를 받지 아니하고 체류하는 자, ② 출입국관리법 제31조에 따른 외국인등록을 하지 아니하거나 같은 법 제59조 제2항에 따라 강제퇴거명령서가 발급된 자, ③ 체류자격이 문화예술(D-1), 유학(D-2), 기술연수(D-3), 일반연수(D-4), 종교(D-6), 방문동거(F-1),

<표 3-8> 국민연금 상호주의에 의한 적용대상 국가 (2019.7.기준)

사업장·지역 당연 적용국 (73개국)	가이아나, 카보베르데(까뽀베르데), 그리스, 네덜란드, 노르웨이, 뉴질랜드, 도미니카(연방), 독일, 덴마크, 라트비아, 러시아, 루마니아, 룩셈부르크, 리비아, 리투아니아, 리히텐슈타인(리히텐슈타인), 모나코, 모로코, 모리셔스, 몬테네그로, 몰도바, 몰타, 미국, 바베이도스, 바하마, 버뮤다, 벨기에, 불가리아, 브라질, 세르비아, 수단, 세인트빈센트그레나딘, 스위스, 스웨덴, 스페인, 슬로바키아(슬로바크), 슬로베니아, 아르헨티나, 아이슬란드, 아일랜드, 알바니아, 아제르바이잔, 에스토니아, 영국, 오스트리아, 오스트레일리아(호주), 우루과이, 우즈베키스탄, 우크라이나, 이스라엘, 이탈리아, 일본, 자메이카, 중국, 체코, 칠레, 캐나다, 크로아티아, 키프로스, 탄자니아, 터키, 토고, 튀니지, 트리니다드토바고, 파나마, 포르투갈, 폴란드, 프랑스, 핀란드, 필라우, 필리핀, 헝가리, 홍콩
사업장 당연적용 지역 적용제외국 (36개국)	가나, 가봉, 그레나다, 대만, 라오스, 레바논, 멕시코, 몽골, 비누아투, 베네수엘라, 벨리즈, 볼리비아, 부탄, 스리랑카, 시에라리온, 아니티, 알제리, 에콰도르, 엘살바도르, 예멘, 요르단, 우간다, 인도, 인도네시아, 짐바브웨, 카메룬, 카자흐스탄, 케냐, 코스타리카, 코트디부아르, 콩고, 콜롬비아, 키르기스스탄, 태국, 파라과이, 페루
사업장·지역 적용제외국 (22개국)	나이지리아, 남아프리카공화국, 네팔, 동티모르, 말레이시아, <u>미얀마</u> , 방글라데시, <u>베트남</u> , 사우디아라비아, 싱가포르, 이란, 이집트, 캄보디아, <u>파키스탄</u> , 그루지야, 몰디브, 벨로루시, 스와질란드, 아르메니아, 이디오피아, 통가, 피지

출처 : 국민연금, “2019년 알기 쉬운 국민연금 사업장 실무안내”, 2019, 36면.

국민연금은 외국인근로자가 국민연금 사업장에 취업한 경우 당연가입 조건으로 적용되는데 노령연금을 수급하기 위해서는 10년 이상 국민연금에 가입하고 60세의 연령에 도달하여야 한다. 외국인근로자가 이를 충족하기는 쉽지 않다. 이 경우 반환일시금을 수령하는데, 이는 출신국과의 사회보장 협정에 따라 기 납부한 국민연금 보험료를 일시반환 받을 수 있다. 여기에 사회보장 협정이 체결된 국가에 대해서만 일시 반환금이 적용된다(표 3-8 참조).

그러나 고용허가제의 송출국가는 대부분이 사회보장협정이 이루어지지 않는 국가이므로 해당 국가의 외국인근로자는 국민연금의 수급권이 없기 때문에 국민연금 가입대상에 일시반환금을 수령할 수 없었다.¹⁰⁵⁾ 이에 대해 노령연금 혜택을 받을 수

동반(F-3), 기타(G-1)인 자이다.

없음에도 불구하고 일시반환금을 수령하지 못하는 것은 재산권의 중대한 제한이라는 문제가 제기되어 상호주의 태도 등을 고려하여 2007년 5월 국민연금법 개정으로 국민연금 반환일시금을 지급하지 않는 국가의 외국인근로자에도 지급하고 있다. 또한 관련하여 국민연금에 대한 재산권적 가치를 인정한 헌법재판소 결정에 따라 2015년 1월 국민연금법이 개정되어, 국민연금에 상응하는 연금제도가 없는 국가의 외국인 경우에는 국민연금의 가입자에서 제외되었다(동법 제126조).¹⁰⁶⁾

(2) 외국인근로자와 관련된 쟁점

노령연금 수령자가 되기 위해서는 국민연금의 최소 가입기간 10년과 수급연령 60세¹⁰⁷⁾를 충족하여야 하기 때문에 사실상 외국인근로자가 노령연금을 수령하기가 힘들다(국연법 제77조). 따라서 이 요건을 충족하지 못한 외국인근로자는 출국할 때에 국민연금 납입금을 일시 반환금으로 수령할 수 있다.

단순기능 외국인의 경우에는 단기순환방식으로 체류하고 대부분이 3년 내지 5년 이내에 본국으로 돌아간다. 이 경우 그 동안 납부한 국민연금을 반환일시금으로 수령하게 되는데, 국민연금은 근로자와 사용자가 각각 소득의 4.5% 씩 총 9%의 보험료가 적립된다. 따라서 국민연금의 고령연금을 수령할 가능성이 거의 없는 단순기능 외국인근로자에 국민연금을 적용하는 것은 사업주의 입장에서는 추가적 과세라고 할 수 있다. 단기체류가 예정된 단순기능 외국인에 대한 노령연금의 실효성이 감소할 수 밖에 없다고 할 수 있다.¹⁰⁸⁾

105) 연금수급권과 관련하여 헌법재판소는 다음과 같은 논리로 그 재산권성을 인정하고 있다. “공법상의 권리가 헌법상의 재산권 보장의 보호를 받기 위해서는 다음과 같은 요건을 갖추어야 한다. 첫째, 공법상의 권리가 권리주체에게 귀속되어 개인의 이익을 위하여 이용 가능해야 하며(사적 유용성), 둘째, 국가의 일방적인 급부에 의한 것이 아니라 권리주체의 노동이나 투자, 특별한 희생에 의해 획득되어 자신이 행한 급부의 등가물에 해당하는 것이어야 하며(수급자의 상당한 자기기여), 셋째, 수급자의 생존의 확보에 기여해야 한다. 이러한 요건을 통하여 사회부조와 같이 국가의 일방적인 급부에 대한 권리는 재산권의 보호대상에서 제외되고, 단지 사회법상의 지위가 자신의 급부에 대한 등가물에 해당하는 경우에 한하여 사법상의 재산권과 유사한 정도로 보호받아야 할 공법상의 권리가 인정된다. 즉 공법상의 법적 지위가 사업상의 재산권과 비교될 정도로 강력하여 그에 대한 박탈이 법치국가원리에 반하는 경우에 한해, 그러한 성격의 공법상의 권리가 재산권의 보호대상에 포함되는 것이다.” 헌법재판소 2000.6.29. 선고 99헌바289 결정; 헌법재판소 2009.5.28. 선고 2005헌바20 결정.

106) 전광석, 「한국사회보장법론」, 274면. 노호창, “이주여성과 사회보장법제”, 「이주젠더법학」제9권 제2호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2017. 8, 34-35면; 이다혜, 「시민권과 이주노동-이주노동자 보호를 위한 '노동시민권'의 모색-」, 175면.

107) 2007년 국민연금법(제8541호)에 따라 2015년부터 수급연령이 조정에 들어가 각 5년마다 1세씩 조정이 들어가 각 5년 마다 1세씩 연장되어 2033년부터는 65세부터 수급권을 가지는 것으로 변경되었다.

108) 이수연, “외국인여성근로자의 노동과 보편적 권리 보장”, 128면.

2. 외국인근로자의 전용보험

가. 출국만기보험

출국만기보험은 퇴직금에 갈음하여 퇴직금에 해당하는 금액을 적립하는 것으로 외국인근로자가 퇴직할 경우 퇴직금에 갈음하여 수령한다(외고법 제13조). 사용자는 납입보험료로 고용허가제에 기재된 월 통상임금의 8.3%를 매월 납부하여야 한다. 이는 퇴직금의 체불을 예방하기 위한 것으로 고용허가제의 비전문취업(E-9)과 방문취업(H-2) 근로자에 한정된다.¹⁰⁹⁾ 출국만기보험은 근로자가 퇴직급여보장법상 퇴직금을 대신하여 운영하는 보험으로 사업장에서 이탈하지 않고 1년 이상 근무한 경우에 한해 외국인근로자가 퇴직시 보험금이 지급 된다. 다만, 1년 이상 사업장에 근무한 외국인근로자가 사업장을 이탈한 때에는 보험금을 수령할 수 없다. 왜냐하면 출국만기보험의 성격상 출국을 전제로 퇴직금이 지급되기 때문이다. 헌법재판소는 불법체류의 예방목적을 위해 예외적으로 퇴직을 전제로 하는 것이 아닌 출국을 전제로 퇴직급여를 지급해도 외국인고용법의 취지에 맞다고 하여 합헌을 결정하였다. 그러나 이에 대한 반대의견으로 퇴직금은 근로에 대한 생존권적인 임금이므로 14일 이내에 지급해야 한다는 의견을 명시하였다.¹¹⁰⁾

사용자는 출국만기보험 및 임금체불 보증보험, 외국인근로자는 상해보험 및 귀국비용보험에 의무적으로 가입해야 한다.¹¹¹⁾ 사용자가 외국인근로자를 재고용시에는 출국만기보험과 보증보험의 기존 보험가입기간을 연장하여야 한다(외고법 제13조).¹¹²⁾

출국만기보험 가입 후 외국인근로자가 1년 미만 근무한 경우에는 해당 외국인근로자에게는 보험금이 지급되지 않는다. 외국인근로자가 동일한 사업장에서 1년 미만으로 근무하거나 이탈하는 경우에는 사용자에게 보험금이 반환된다. 출국만기보험이 퇴직금에 갈음하여 지급되므로 근로기준법 제36조에 따라 퇴직 후 14일 이내에 지급하도록 되어 있지만, 외국인근로자 특성상 반드시 출국 되도록 공항의 출국심사를 마친 경우 곧바로 지급하도록 하고 있다.

109) 이하룡, 「외국인근로자와 외국적 동포」, 박문각, 2014, 475-476면; 하갑래, 「근로기준법」, 1031-1032면.

110) 헌법재판소 2016.3.31. 선고 2014헌마367 결정(출국만기보험 위헌심사 청구에 합헌)

111) 미가입시 500만원 이하의 벌금 또는 과태료가 부과된다.

112) 고용노동부, 「2019년 고용허가제 업무편람」, 2019. 5. 449-487면; 정기선, 「2013년 체류외국인 실태조사: 고용허가제와 방문취업제 외국인의 취업 및 사회생활」, 법무부 출입국·외국인정책본부, 35면; 유길상외 3인, 「고용허가제 시행평가 및 제도 개선방안」, 27면

〈표 3-9〉 외국인근로자 전용보험

구분	출국만기보험	보증보험	귀국비용보험	상해보험
도입목적	중소기업의 퇴직금 일시지급 부담 완화	임금체불에 대한 대비	귀국시 필요한 항공권구입 비용 충당	업무상 재해 이외의 사망·질병대비
근거	법 제13조, 시행령 제21조	법 제23조, 시행령 제27조	법 제15조, 시행령 제22조	법 제23조, 시행령 제28조
가입대상	사용자	사용자	외국인근로자	외국인근로자
가입시기	근로계약 효력발생일부터 15일 이내	근로계약 효력발생일부터 15일 이내	근로계약 효력 발생일부터 80일 이내	근로계약 효력 발생일부터 15일 이내
보험료 납부방법	매월 적립 - 월 통상임금의 8.3%	1년 가입 (15,000원), 2년 (25,400원)	일시금/3회분납 (40만-60만원) 국가별 차이	일시금 3년/2만여원(연령,성 별에 따라 차등)
보험금	적립금액 지급(차액지급), 단 지급요건 불충분시 사업주 귀속	200만원 한도 내에서 체불임금만큼 지급	적립금액 지급(30개월 이상시 이자)	-사망:3천만원 -장해:3천만원, -질병(사망·장해):1, 500만원
보험금 지급사유	1년 이상 근무한 외국인근로자의 출국	사용자의 임금체불 발생	외국인근로자 출국(일시 출국 제외)	외국인근로자 사망 또는 질병

출처 : 고용노동부, 「2019년 고용허가제 업무편람」, 452면.

외국인 전용보험 중 출국만기 보험의 경우에는 불법체류를 방지하기 위해 외국인 근로자가 퇴직하고 본국으로 귀국할 때 공항에서 수령하거나 귀국 후 수령할 수 있도록 하고 있다. 그런데, 외국인근로자가 고용허가제로 입국하여 5년 동안 여러 번 사업장 변경을 한 경우 출국을 하지 않았다는 이유로 퇴직금에 갈음한 출국만기 보험을 수령할 수 없도록 하는 것은 내국인근로자와의 차별적 대우라고 할 수 있다. 해당 출국만기보험의 지급요건에 대하여 헌법재판소는 합헌으로 결정하면서 외국인 고용법의 취지를 고려하여 이를 외국인근로자가 불법체류자가 될 경우 인권 침해 등을 예방하기 위한 합당한 조치라고 설명하고 있다.¹¹³⁾ 그러나 그 반대의견은

113) 헌법재판소 2016.3.31. 선고 2014헌마367 결정 (출국만기보험의 합헌)

“외국인근로자의 불법체류를 방지한다는 목적으로 퇴직금의 성질을 가진 출국만기 보험금의 지급시기를 출국한 때부터 14일 이내로 정하고 있는데, 이러한 입법목적은 기본적으로 출국만기보험금이 가진 퇴직금의 성질을 전혀 고려하지 않은 것으로 그 정당성을 인정하기 어렵다”고 판시하고 있다.¹¹⁴⁾ 따라서 출국만기보험의 예외사항으로 사업장 변경 시는 출국하지 않더라도 보험금을 수령할 수 있어야 한다.¹¹⁵⁾

나. 보증보험

사용자는 외국인근로자의 임금체불에 대비하여 보증보험에 의무적으로 가입해야 한다(외고법 제23조). 이 보증보험은 사용자의 임금체불시 대신 외국인근로자에게 지급하는 것이므로 보험회사가 체불임금을 먼저 지급하고, 보험회사는 기지급된 체불임금에 상당하는 금액을 회사에 청구하게 된다. 임금체불시 외국인근로자는 먼저 고용노동부 지방노동청 근로감독과에 체불사실을 신고하고, 임금체불확인서를 발급받은 경우에야 보험금을 지급받을 수 있다. 다만, 임금체불금액이 보증금액 한도인 200만원을 초과할 경우에는 보증금액 한도 내에서 외국인근로자에게 체불 임금을 지급해야 한다. 나머지 임금체불금액은 사용자에게 직접 청구하거나 일반 체불임금 처리절차와 같게 진행한다. 또한 고용노동부에 임금체불 구제절차를 모두 거쳐 체불확정을 받더라도 이는 보증보험 증권을 통해서 받는다는 것은 기존의 방향과 큰 차이가 없기 때문에 보증보험의 효과가 얼마나 있을지 의문이다. 따라서 임금체불에 대해 사업주가 인정하는 경우 바로 보증보험을 통해 체불 임금을 외국인 근로자에게 지급하는 방식으로 지급방식의 개선이 필요하다고 본다.

다. 귀국비용보험과 상해보험

귀국비용보험은 외국인근로자가 체류기간 만료 도래시 출국을 유도하고, 불법 체류를 방지하기 위해 귀국시 필요한 비용을 대비하고자 외국인근로자가 의무적으로 가입해야 하는 보험이다(외고법 제15조). 보험금은 체류 기간 만료시 귀국에 필요한 항공료를 지원하기 위한 용도로 사용된다. 보험료 납입은 입국일(E-9 단순기능 외국인) 또는 근로계약 개시일(H-2 방문취업 동포근로자)로부터 80일 이내에 이루어져야 한다. 이 보험료는 그 취지에 따라 일시적인 출국에는 지급하지 않고, 외국인 근로자가 근로계약 만료 또는 체류자격 만료로 출국하는 경우에만 지급된다.

114) 헌법재판소 2016.3.31. 선고 2014 헌마 367 결정에서 재판관 이정미, 김이수, 서기석의 반대이견.

115) 노호창, “외국인 고용에 있어서의 몇 가지 쟁점에 관한 규범적 검토”, 217-218면.

상해보험은 외국인근로자(E-9, H-2 체류자격)가 업무상 재해 이외의 상해 또는 질병사고 등에 대비하여 근로계약 효력 발생일부터 15일 이내에 가입해야 한다(외고법 제23조). 상해보험 보험료 성별, 연령에 따라 차이가 있으나 3년 가입시 2만원 정도이다. 상해보험은 보험료가 낮은 만큼 보험료 수령액도 제한적이다. 외국인근로자가 사망하거나 후유장해가 있는 경우에 한해 최대 3000만원, 질병 사망인 경우에는 1500만원이 지급된다. 즉, 개인질병으로 입원하여 수술이나 장기간 요양하는 경우에는 상해보험 수당 지급이 제외된다.

3. 평가

외국인근로자에 대한 4대 보험은 당연가입으로 처리되고 있다. 산재보험의 경우 농어촌 지역의 5인 이내 사업장에서 산업재해를 당한 경우 제대로 재해보상이 이루어지지 않고 있어 개선이 요구된다. 고용보험이 임의보험으로 외국인근로자가 실업이나 타사업장으로 이전할 경우, 출산휴가나 육아휴직의 경우 미가입에 따른 고용보험의 보호를 받지 못한다. 국민건강보험의 경우 불법체류자 신분은 적용 제외가 됨으로 인해 가장 중요한 건강보호에 미흡한 면이 많다. 국민연금은 단순 기능 외국인근로자(E-9)의 경우 단기순환제로 장기체류가 불가능한 대상인데도 국민연금이 강제가입 대상으로 하고 있어 국민연금 보험료에 대해 사업주에 대해 추가 부담을 줄 수 있기 때문에 4대 사회보험중 국민연금이 제외되는 것이 필요하다.

외국인근로자 전용보험의 경우에도 개선해야할 점이 많다. 퇴직금에 갈음하여 지급하는 출국만기보험은 임금임에도 불구하고 근로자의 출국을 전제로 지급하기 때문에 외국인근로자가 장기체류하면 임금을 지급받지 못하는 결과를 초래할 수 있어 예외적인 적용이 필요하다. 보증보험의 경우에도 노동청의 임금체불확인을 전제로 지급하기 때문에 외국인근로자가 이용하기가 쉽지 않다. 상해보험의 경우 그 보험의 적립금과 한도액이 너무 적어 실보험으로서의 혜택이 너무 적다고 할 수 있다. 앞으로 보험금의 인상을 통해 상해보험의 역할을 제대로 할 수 있는 수준이 되어야 할 것이다.

V. 결론

근로기준법에 정한 근로조건은 내국인이나 외국인과 상관없이 “동일가치노동의 동일임금 원칙”에 따른다. 모두 일한 만큼 적용되는 것이 원칙이다. 외국인과

내국인근로자가 언어나 업무숙련도 정도에 따라 차이가 있을 수 있지만, 그 차이가 비례의 원칙을 현저히 위반하고 있기 때문에 차별이라고 할 수 밖에 없다.

외국인근로자는 내국인근로자와 다르게 근속년수와 상관없이 최저임금으로 계산된다. 근로기준법에서 보장되고 있는 연차유급휴가도 보장되지 않고 있으며, 미사용 연차유급휴가에 대해 금전보상을 하는 경우가 거의 없다. 또한 퇴직금 대신에 출국할 때에 한해서 출국만기보험이 지급되므로 근로기준법 상 퇴직금수급권의 보호가 미흡하다.

외국인근로자들이 노동3권을 행사하는 것이 근로조건 향상의 유일한 기회이다. 노동조합의 활동 없이는 임금인상이나 근로조건을 개선할 수 없을 정도로 근로기준법이 최저기준에 맞추어져 있다. 노동조합이 아니고서는 외국인근로자들의 노동조건을 개선할 수 없는 상황이므로 외국인근로자들의 노동조합 활동이 필요하다 할 수 있다. 노동조합의 가입이 제한되는 경우, 그 대안으로 노사협의회 제도를 활성화하여 다수의 참여와 협력을 통해 외국인근로자의 복지향상과 권익 보호를 할 수 있을 것이다.

외국인근로자에 대한 4대 보험은 당연가입이어야 한다. 고용보험이 강제보험이 아니라 임의보험 성격이라, 외국인근로자가 실업급여를 받을 수 없고, 또한 출산 휴가나 육아휴직에 따른 고용보험 지원도 받을 수 없다. 다만, 국민연금에 있어서 단순기능 외국인근로자는 노령연금을 수령할 수 없는 단기순환원칙을 고수하고 있기 때문에 국민연금 적용을 제외해야 한다.

외국인근로자의 고용비자제도 (E-9, H-2, E-7 비자)

I. 문제제기

외국인근로자는 체류자격별 크게 (i) 단순기능 외국인근로자, (ii) 동포근로자 (방문취업 동포근로자와 재외동포근로자)와 (iii) 전문외국인력으로 구분해 볼 수 있다. 단순기능 외국인근로자와 방문취업동포근로자는 ‘외국인근로자의 고용에 관한 법률 (이하 ‘외국인고용법’)이 적용되고, 재외동포근로자와 전문외국인력은 외국인 고용법의 적용을 받지 않고 출입국관리법과 일반 노동법이 적용된다.

단순기능 외국인근로자는 우리나라의 부족한 인력을 보충하기 위해서 외국인고용법에 기초하여 일정기간 체류하는 단기간 순환제로 도입되고 있다. 이에 반해 동포근로자는 외국에 거주하는 한국 동포로서, 경제적 이유로 자발적으로 입국하여 체류하고 있고, 쉽게 장기 체류가 가능하다. 전문외국인력의 경우 사업주의 필요로 초빙하는 방식으로 고용되고 있기 때문에 절차가 복잡하지만 장기체류가 가능하다. 대부분의 외국인근로자들은 우리나라의 필요로 도입되고 있기 때문에 자국의 이익을 극대화하는 방향으로 도입되고 관리되고 있다. 최근 불법체류자의 확산은 외국인근로자의 고용제도에 대해 철저한 관리가 필요함을 인식시키고 있다. 이러한 이유로, 우리나라의 외국인고용제도에 대해 구체적으로 살펴보고자 한다.

<표1> 외국인근로자 현황

구분	인원/ 비율	(i)단순기능 외국인근로자		(ii)동포근로자				(iii) 전문해외 인력	(iv) 불법 체류자
비자종류		비전문 (E-9)	선원 취업 E-10	방문 취업 (H-2)	재외 동포 (F-4)	영주 (F-5)	방문 동거 (F1,기타)	교수등 (E1~E7 +C4)	-
세부인원		276,811	16,010	243,339	432,485	90,214	93,571	-	-
인원	1,523,153	292,821		859,609				47,156	323,267
비율	100%	19.2%		56.4%				3.1%	21.2%

출처 : 법무부, “출입국·외국인정책 통계월보”, 2018년 6월 기준.

II. 단순기능 외국인근로자

1. 도입근로자와 업무

단순기능 외국인근로자(E-9)는 중소기업의 3D업종에서 부족한 인력을 보충하기 위해 중국, 구소련 연방국가, 동남아시아 국가 등 16개의 국가로부터 도입하고 있다. 외국인근로자가 구직자명부 대상자가 되기 위해서는 우리나라에서 적응할 수 있도록 한국어능력시험, 기능시험, 신체검사 등 엄격한 선발절차를 통과해야 한다.

단순기능 외국인근로자는 2004년 ‘일반고용허가제’를 통해 도입되어 제조업, 건축업, 농축산업으로 시작하여 2016년에는 어업으로 확대되었다.¹¹⁶⁾

제조업은 상시 근로자 300인 미만 또는 자본금 80억 이하의 업체이다. 고용허용

인원은 기업의 규모에 따라 차이가 있으나 보통 국내 근로자의 10~20% 이내이다. 건설업의 고용허용인원은 연평균 공사금액이 15억원 미만인 경우에는 5명이며, 15억 이상인 경우 공사금액 1억원당 0.4명을 기준으로 계산한 인원이다. 10인 이하의 농축산업체는 내국인 근로자가 없더라도 5인 이내에서 고용이 가능하며, 그 이상의 규모는 대략 국내근로자의 20% 이내로 외국인의 고용이 가능하다. 어업의 경우, 선원법 적용을 받지 않는 20톤 미만의 어선과 양식어업에 한해 사용가능하며, 배(척)당 내국인 어선원의 40% 이내에서 고용이 가능하다.¹¹⁷⁾

2. 고용절차

고용허가제의 고용 세부절차를 보면 다음과 같이 진행된다.¹¹⁸⁾

- (1) 내국인 구인노력: 외국인근로자 고용을 원하는 사용자는 우선 관할 고용센터에 내국인 구인신청을 한다. 내국인근로자의 고용기회를 보호하기 위해서 외국인 근로자 고용을 원하는 사용자에게 내국인 구인노력 의무를 부여하고 있다. 내국인 구인노력기간은 14일이고, 신문·방송·생활정보지 등 매체를 통하여 구인노력을 한 경우 7일이다.
- (2) 외국인고용허가 신청: 내국인 구인노력에도 불구하고 원하는 인력의 전부 또는 일부를 채용하지 못한 경우 관할 고용센터에 외국인고용허가 신청을 할 수 있다. 사용자는 내국인 구인노력 경과 후 3월 이내로 신청하여야 한다.
- (3) 고용허가서 발급: 사용자가 고용센터에 고용허가서 발급을 신청하면 고용센터는 외국인근로자를 알선(3배수)하며, 사용자는 알선자 중에서 적격자를 선택하고 고용허가서를 발급받는다.
- (4) 근로계약 체결: 사용자는 고용허가서 발급과 동시에 고용허가서에 기재한 근로 조건을 표준근로계약서로 작성하여 산업인력공단으로 송부한다. 공단은 근로 계약서를 송출국가의 해당기관으로 송부한다. 각 송출국가의 해당기관에서 사용자가 선택한 외국인 구직자와 접촉하여 근로계약 체결의사를 확인한 후 전산상으로 송부된 표준근로계약서를 최종 확정하여 공단으로 재 송부하게 되면 근로계약이 체결된다.

116) 정봉수, 「외국인근로자의 고용제도와 권리구제에 관한 연구」, 아주대학교 박사학위논문, 2018, 73-108면; 최홍엽, 「외국인근로자의 노동법상 지위에 관한 연구」, 서울대학교 박사학위논문, 1997, 93면; 하갑래, 「외국인근로자 활용제도에 관한 입법론적 연구」, 동국대학교 박사학위논문, 2003, 157면.

117) 고용노동부, 「2016년 고용허가제 업무편람」; 고용노동부, 「알기 쉬운 고용허가제」, 2016.

118) 노동부홈페이지: 고용허가제 (<https://www.eps.go.kr/>), 방문일: 2017.12.20.

- (5) 사증발급인정서 신청 및 발급: 근로계약이 체결되면 사용자 또는 대행기관은 출입국관리사무소에서 사증발급인정서를 발급받을 수 있으며, 발급받은 사증발급인정서를 산업인력공단에 송부하면 공단에서 송출국가의 해당기관을 통하여 해당 외국인 구직자에게 전달한다.
- (6) 외국인근로자 입국 및 취업교육: 외국인근로자는 비전문취업(E-9) 사증을 받아 송출기관 관계자의 인솔 하에 국내에 입국하게 되며 인천공항에서 산업인력공단 관계자에게 인계되어 확인절차를 거친다. 그리고 각 국가별·업종별 취업교육기관 인솔자에게 재 인계 된 후 취업교육기관으로 이동하여 2박 3일(16시간) 간의 취업교육을 받게 된다. 외국인근로자가 건강검진 결과 별다른 이상이 없고 취업교육을 이수한 경우, 취업교육기관의 통보에 따라 사용자는 해당 취업교육기관을 방문하여 외국인근로자를 인수하면 된다.
- (7) 외국인근로자 고용변동 등 신고: 사용자는 외국인근로자의 근무 중 이탈, 부상, 사망, 근로계약 갱신 외국인근로자의 고용과 관련한 각종 변동사항이 발생할 경우, 사유발생을 안 날로부터 15일 이내에 고용센터에 신고해야 한다.
- (8) 외국인근로자의 사업장 변경: 외국인근로자는 최초로 근로개시한 사업장에서 3년간 계속 근무하는 것이 원칙이다. 다만, 사업장의 휴폐업, 임금체불 등으로 인해 정상적인 근로관계 지속이 어렵다고 인정되는 경우에 한해 외국인근로자의 기본적인 인권보장을 위하여 예외적으로 사업장 이동은 3년간 최대 3회까지 허용되며, 계약기간이 2년 연장된 경우 추가로 2년까지 허용된다.
- (9) 외국인 고용허가의 취소 및 제한: 사용자가 입국 전에 근로자와 계약한 임금 그 밖의 근로조건을 위반하는 경우 등에는 고용허가가 취소된다. 또한 고용허가서를 발급받지 아니하고 외국인근로자를 고용한 경우에는 3년간 외국인근로자 고용이 제한 된다.
- (10) 외국인근로자의 4대 사회보험과 전용보험:
 - ① 4대 사회보험: 단순기능 외국인근로자는 4대보험 중 국민연금, 국민건강보험, 산재보험은 당연가입대상자이다. 다만, 고용보험은 임의가입 대상자로 근로자가 가입할 경우에 한해서 실업급여 및 각종 고용보험 지원금을 받을 수 있다.
 - ② 전용보험: 사용자는 외국인근로자를 고용한 후 15일 이내에 퇴직금에 갈음하는 출국만기보험과 임금체불에 대비한 보증보험에 가입해야 한다. 외국인근로자는 고용된 후 80일 이내에 귀국비용보험과 15일 이내에 상해보험을 가입해야 한다.

III. 동포근로자의 고용제도

1. 도입근로자와 업무

동포근로자는 단순기능을 수행하는 방문취업(H-2)과 전문업무를 수행하는 체류자격(F-4)으로 구분된다. 동포근로자는 모두 대한민국 내에서 자유로운 취업활동을 할 수 있지만, 단순기능 방문취업은 체류기간이 5년 미만으로 한정되며, 외국인 고용법에 따라 많은 제약을 받는다.

방문취업 동포근로자(H-2)의 취업 허용 업종은 2004년 건설업, 일부 서비스업(6개)에서 2014년에는 제조업, 농축산업, 어업 및 29개 서비스업(음식업, 가사 및 간병, 도소매업 등)으로 확대되었다. 2016년 기준, 현재 취업업종은 제조업, 건설업, 서비스업 41개 등에 확대 시행하고 있다.

외국인력정책위원회는 방문취업 동포근로자가 내국인들과 건설업, 음식숙박업 등에서 일자리를 둘러싼 충돌가능성이 있기 때문에 매년 총 체류인원을 정하고 관리하고 있으며, 2016년에는 총 체류인원을 30만 3천명으로 결정하였다.¹¹⁹⁾ 재외동포(F-4) 비자는 단순노무 종사 가능성이 적은 대학졸업자 이상 자격증 소지자, 만 60세 이상 동포 등에 대해 발급된다. 법무부는 중국이나 구소련지역 동포들에게는 재외동포비자를 거의 발급하지 않다가 2010년부터 비자 발급 대상을 일정한 조건을 갖춘 방문취업자에게도 확대하였다. 이들은 매 3년 마다 비자를 갱신하여야 하고 장기체류가 가능하다.

2. 도입절차

방문취업(H-2) 동포근로자는 ① 연고자로 중국 및 구소련지역에 거주하고 만25세 이상인 외국국적동포 중, 출생당시 대한민국 국민이었던 자로서 대한민국 호적(제적)에 등재해 있는 자 및 그 비속, 그리고 국내에 주소를 둔 대한민국 국민인 8촌 이내의 혈족 또는 4촌 이내의 인척으로부터 초청을 받은 자이다. 또는 ② 무연고자로 국내친족, 호적 등이 없는 동포의 경우에는 한국어 시험, 추첨 등 일정한 절차에 의해 선정된 자이다.

외국국적동포¹²⁰⁾는 재외공관으로부터 방문취업(H-2) 사증을 발급받아 국내에

119) 고용노동부, 「2017년판 고용노동백서」, 422면.

120) 법무부 출입국 외국인정책본부, 「알기쉬운 재외동포 정책 매뉴얼」, 2016, 1-40면; 유길상의 3인, 「외국인력 도입 관리시스템 개편방안 연구」, 고용노동부, 2012, 8-12면.

입국하여 산업인력공단에서 실시하는 취업교육을 이수한 후 산업인력공단이나 고용센터에 구직등록을 하면 고용센터의 알선 또는 자율적인 구직 활동을 통해 취업이 가능하다.

외국국적동포를 고용하려는 사용자는 (1) 내국인 구인노력을 거친 후 고용센터에서 특례고용가능확인서를 발급받아 알선 또는 자율적 방식으로 동포 근로자를 채용할 수 있다. (2) 사용자는 고용지원센터로부터 3배수의 구인희망인원을 받아 그 중에서 선정 후 표준근로계약서에 기준 근로계약을 체결한다. 사용자는 동포근로자를 고용한 날로부터 10일 이내에 사업장 소재지 관할 고용지원센터에 근로개시 신고를 하여야 한다. (3) 근로계약 기간은 해당 동포 근로자의 취업활동기간 3년 내에서 당사자간 합의에 따라 결정된다. 3년 체류 후 재고용으로 1년 10개월 연장 가능하다. 사업장 변경횟수에 관련하여서는 동포 근로자는 일반 외국인근로자와 달리 횟수 제한 없이 자유롭게 사업장 변경이 허용된다.

IV. 전문외국인력 고용제도

1. 대상근로자와 업무

기업의 글로벌 경쟁력을 갖추기 위해서는 세계적인 최첨단 제품이나 서비스를 제공하거나 최고의 품질을 갖춘 제품이나 서비스를 경쟁력 있는 가격으로 제공해야 한다. 이를 위해서 지금까지 국내 고급인력을 사용하는 경우가 대부분이었지만, 세계가 거대한 하나의 시장으로 통합화 되어가는 상황에서 국내 인재만으로는 더 이상 경쟁력을 유지할 수 없게 되었다. 따라서 국내에서 채용할 수 없는 우수한 인력을 해외에서 고용하여야 하는 필요성이 증대되고 있다.¹²¹⁾

전문외국인력의 적격여부는 체류자격이 요구하는 자격을 갖춘 경우 해당이 된다. 그러한 자격은 학력, 경력, 자격증, 임금 수준 등을 가지고 파악한다. 전문인력 체류자격은 비자유형 E-1에서 E-7까지 7가지 유형이다. 구체적으로 대학교수(E-1), 원어민 강사(E-2), 연구·개발하는 연구원(E-3), 기술전수를 위한 기술자(E-4), 전문자격사(E-5), 예술종사자(E-6) 및 전문업종의 종사자(E-7)가 여기에 속한다. 우리나라도 외국 전문인력 고용을 지원하기 위한 다양한 제도가 도입되었다. 주로 다양한 종류가 있는 E-7비자와 관련하여 1) 정보통신부의 IT카드제도 2) 산업

121) 조준모/이규용/이상돈/박성재, “국가경쟁력 강화를 위한 외국인력 유치정책 방향”, 법무부 출입국, 2009. 12. 97-120면

통상자원부의 골드카드제도 3) 미래창조과학부의 사이언스카드제도 및 4) 중소기업청의 외국전문인력 도입지원제도가 있다.

2. 도입절차

전문인력을 고용하는 경우, 내국인의 구인노력이 면제되고, 노동시장테스트 등 각종 규제가 배제되고 있으나, 내국인의 고용보호를 위하여 관계 부처의 의견을 조회하며, 일부 직종의 경우 관계부처장관의 고용추천서를 발급받아 제출하도록 되어 있다. 일반적으로 전문외국인력 채용절차는 ① 사업주가 필요인력을 찾아서 근로계약을 체결한 후, ② 관련부처에 비자 발급 추천을 의뢰하고 발급 추천을 받으면, ③ 법무부에 비자발급 확인서를 신청하고, ④ 허가가 나면 해당 근로자에게 비자발급 확인서를 송부하고, ⑤ 해당 외국인근로자가 우리나라 해외공관에서 개별적으로 비자를 발급받아, ⑥ 국내에 입국하여 취업을 하도록 하고 있다.

V. 결론

단순기능 외국인근로자의 경우에는 사용자 위주로 고용관리가 되고 있어 인권 침해 요소가 많다. 사업장 변경이 어렵고, 본인이 스스로 선택하지 못하고, 사용자의 귀책사유가 있어야만 사업장을 변경할 수 있다. 이들은 3년 내지 10년 동안 체류하면서도 가족의 초청 또는 가족과 동거를 할 수 없다. 해고시에는 강제출국 하도록 되어 있어 노동법상 보호에 한계가 있다.

동포근로자의 경우에는 체계적인 사회 통합교육이 부족하다. 고용만을 목적으로 근로관계를 유지하다 보니 근로자의 발전적인 능력개발에 대한 지원이 부족하다. 선진국 출신에 비해 중국이나 구소련출신 동포근로자는 차별을 받고 있다. 선진국 출신 동포근로자는 입국과 동시에 재외동포(F-4)비자를 발급받아 자유롭게 출입국이 가능한 반면, 중국과 구소련지역 동포근로자는 한국에 연고가 없으면 한국어 시험과 추첨을 통해 선발되는 방문취업(H-2) 절차를 거쳐야만 한다.

전문외국인력의 경우에는 국가 경쟁력을 위해 외국의 우수인재를 적극 유치해야 함에도 불구하고, 외국인재의 구분이 모호하고, 엄격한 고용절차로 인하여 고용하기가 쉽지 않다. 전문외국인력의 도입에 대한 체계적 관리를 위해 현재의 혼재된 정부부처를 하나로 통합하는 전담부서가 필요하고, 전문외국인력에 대한 자격기준 정립이 필요하다.