

# 외국인근로자의 법적 보호에 관한 고찰

## A Research on the Legal Protection of Foreign Laborers

표 명 환\* · 송 서 순\*\*

Pyo, Myung-hwan · Song, Seo-soon

### 목 차

- I. 서론
- II. 외국인 근로자의 헌법적 지위
- III. 현행 외국인근로자의 고용제도 및 그 문제점
- IV. 결론

### 국문초록

우리나라 외국인근로자의 법적 보호에 관한 가장 근본적인 문제는 외국인력을 효과적으로 도입하고 통제할 수 있는 법률의 미비이다. 이로 인한 불법체류자 양산은 그들의 인권 등 법적 보호문제를 야기시켰다. 이러한 부분을 해결하기 위하여 도입된 것이 고용허가제를 채택한 외국인고용법이다. 부족한 국내 노동시장에 외국인근로자의 채용이 불가피한 현실에서 외국인력을 효율적으로 통제하여 합법적 외국인근로자를 양산하고 이들에 대한 법적 보호를 꾀함과 동시에 불법체류를 근절하여 외국인근로자의 인권침해를 막고자 시행하게 되었다.

외국인고용법의 시행으로 그동안 많은 불법체류자와 그들의 인권침해를 초래했던 산업연수제도의 폐해를 어느 정도 극복할 수 있었던 점은 긍정적이다. 그러나 외국인 고용법이 시행되었음에도 불구하고 동법의 적용을 받는 체류자격은 단순기능인력의

논문접수일 : 2008.12.30

심사완료일 : 2009.2.2

게재확정일 : 2009.2.9

\* 법학박사 · 제주대학교 법학부 교수(연구책임자)

\*\* 박사수료 · 제주대학교 법과정책연구소 전임연구원(공동연구원)

수입에 그친다는 것이다.

어느 국가나 전문기술인력은 적극 유치하고 단순기능인력은 단기적으로 활용을 한다는 원칙을 갖고 있으나, 외국인들의 정주 속성과 시장개방, 인력이동의 확대 추이로 인한 불법취업자 증가 등이 어려움에 직면하고 있다. 그러나 외국인력정책은 정책시행의 역사가 오래된 국가들도 실패 경험이 많은 대표적 분야로서 최선의 방법을 찾기 어렵다는 것이다. 다만 외국 선진국들의 사례를 통하여 우리가 나갈 방향은 모색할 수는 있으리라 본다.

주제어 : 외국인근로자, 고용허가제, 외국인고용법, 외국인력정책

## I. 서론

현재 우리나라의 노동시장에는 불법 또한 합법적인 외국인 근로자가 취업활동을 하고 있다. 합법적인 외국인 근로자의 경우에는 우리나라 국적의 노동자와 크게 다를 바 없이 보호되는 경우도 있지만, 그들이 합법적인 근로자의 지위를 획득하는 과정에서 많은 문제점이 노출되고 있다. 정부는 2003년 8월 당시 국내에 활동하고 있는 불법체류 외국인근로자를 중심으로 한 여러 문제를 해결하기 위하여 외국인근로자의 고용 등에 관한 법률을 제정·공포하였고, 법률 제8852호로 개정·공포되어 현재에 이르고 있다. 동법 제5조 제1항에 의하면, “노동부장관은 ...외국인근로자도입계획을 정책위원회의 심의·의결을 거쳐 수립하여 매년 3월 31일까지 ...공포한다”라고 하고, 동조 제2항에서는 “노동부장관은 제1항의 규정에도 불구하고 국내의 실업증가 등 고용사정의 급격한 변동으로 인하여 제1항의 규정에 의한 외국인근로자 도입계획을 변경할 필요가 있는 때에는 정책위원회의 심의·의결을 거쳐 이를 변경할 수 있다”고 규정하고 있다. 동조의 규정에 따르면, 외국인근로자의 수급은 노동부장관의 외국인근로자 도입계획에 따라 행해지면, 국내의 노동시장을 고려하여 수급규모는 변동될 수 있음을 내포하고 있다.

그러나 이는 외국인근로자 대부분이 우리나라 근로자들이 기피하는 소위 3D업종에 종사하고 있다는 점에서 보면, 특히 근무환경이 열악한 중소기업체의 인력수급난을 가중 시키는 역효과를 가져오기도 한다. 최근 중소기업체에 근무하는 불법체류자를 집중단속한 결과 야기된 인력수급의 공백을 해소하기 위하여 노동부가 제시하고 있는 ‘대체인력 지원전담반’ 및 외국인 대신 한국인을 고용하는 경우 1인당 120만을 지원하겠다는<sup>1)</sup> 정책이 외국인근로자의 보호측면에서 정당한가를 법적 차원에서 검토할 필요

가 있다. 이를 다시 표현하면, 「외국인근로자의 고용 등에 관한 법률」이 목적으로 하고 있는 “외국인근로자를 체계적으로 도입·관리함으로써 원활한 인력수급 및 국민경제의 균형있는 발전을 도모”에 적합한지, 나아가 이 목적규정을 실현하기 위하여 규정하고 있는 동법이 정하고 있는 수단규정들이 타당한지를 검토할 필요가 있다. 이를 위하여 본고에서는 우선 헌법적 차원에서 외국인근로자의 지위를 고찰하는 것에서 출발한다.

## II. 외국인 근로자의 헌법적 지위

### 1. 외국인근로자의 개념과 범위

근로기준법 제2조 제1항에 따르면, 근로자는 “직업의 종류와 관계없이 임금을 목적으로 사업이나 사업장에 근로를 제공하는 자”라고 정의하고 있다. 이에 대하여, 「외국인근로자의 고용 등에 관한 법률」 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 국적법에 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 재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률 및 시행령 제2조에 따른 “대한민국의 국민으로서 외국의 영주권을 취득한 자 또는 영주할 목적으로 외국에 거주하고 있는 자”, 즉 “재외국민과 대한민국의 국적을 보유하고 있던 자(대한민국정부수립 이전에 국외로 이주한 동포를 포함한다) 또는 그 직계비속으로서 외국국적을 취득한 자 중에서 대한민국의 국적을 보유하고 있던 자(대한민국정부 수립이전에 국외로 이주한 동포를 포함한다) 및 부모의 일방 또는 조부모의 일방이 대한민국의 국적을 보유하고 있던 자”, 즉 외국국적동포를 말한다. 재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률상의

1) 조선일보, 12월 8일 A 13면.

재외국민은 여전히 대한민국의 국적을 보유하고 있는 자임으로 여기서의 외국인근로자의 범위에 포함되지 않는 것은 당연하다. 그러나 재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률상의 '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 또한 제10조 제1항은 체류기간을 최장 2년까지 정하고 있을 뿐만 아니라 제2항에서 체류기간의 연장허가 및 출국하였다가 재입국하는 경우에는 「출입국관리법」 제30조에 따른 재입국허가를 배제하고 있는 등으로 외국국적동포의 특례를 규정하고 있다.

이처럼 헌법 제2조과 이에 근거한 재외국민의 출입국과 법적 지위에 관한 법률 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 불법체류문제와 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 없다는 점에서 외국인으로 분류되어야 하고 근로에서의 특별한 보호에 관하여는 법률이 정하는 범위 내에서 향유한다고 할 수 있다. 따라서 「외국인근로자의 고용 등에 관한 법률」상의 외국인에는 외국국적동포 또한 포함하고 있는 것으로 해석하여야 한다.

## 2. 외국인 근로자의 헌법적 지위

우리헌법은 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 학설과 판례는<sup>2)</sup> 헌법해석을 통하여 외국인에 대하여 일정범위의 기본권의 주체성 및 그에 상응한 의무의 부담주체로서 지위를 인정하고 있다. 외국인은 기본권의 주체 및 성질을 기준으로 하여 인간의 권리 및 초국가적인 성

2) 대표적으로 계희열, 「헌법학(중)」, 박영사, 2007, 62면 이하; 정종섭, 「헌법학원론」, 박영사, 2008, 283면 이하; 대표적인 판례로는 헌재 1994. 12. 29. 93헌마120. 참조

질에 기본권에 대한 주체성을 가진다고 한다. 이러한 논리는 헌법상의 기본권이 실정권에 한정되는 것이 아니라 실정권이전의 권리성의 기본권을 포함하고 있는 것이므로 타당하다.

이러한 외국인의 기본권주체성과 관련하여 이의 범위를 축소하여 외국인의 '근로자'와 관련한 기본권, 즉 외국인근로자에게 헌법상의 직업의 자유의 주체성이 인정되는가가 검토되어야 한다. 여기서 외국인근로자의 직업의 자유의 주체성이 인정된다는 한에서는 외국인근로자와 관련한 법률들, 예컨대, 출입국관리법 및 외국인고용등에 관한 법률들은 외국인근로자의 직업의 자유를 침해하는가가 검토되어야 할 필요가 있다. 이에 반해, 그 주체성이 부인되는 한에서는 이들 법률은 입법자의 형성의 한계를 넘지 않는 한에서 정당하다는 결론을 가져올 수 있다.

직업의 자유에 대하여 헌법 제15조는 "모든 국민은 직업선택의 자유를 가진다"라고 하여, 직업의 자유에 대한 주체로서 '모든 국민'을 명확하게 규정하고 있다. 그러나 헌법의 법문을 떠나 직업선택의 자유의 주체로서 외국인을 포함시킬 수 있는가의 문제는 검토를 필요로 한다. 왜냐하면 직업의 자유 또한 근대입헌주의 성립과정에서 헌법에 수용된 기본권 중의 하나이기 때문이다. 즉 직업의 자유는 근대 이전의 전제국가에서의 신분의 세습 및 직업의 세습 등으로부터의 해방을 의미하는 것으로 근대자본주의 전개의 필요불가결한 기본권의 성질을 가지고 있기 때문이다. 특히 이런 역사적인 측면을 강조하여 직업의 자유의 초국가적 성질을 강조하여 외국인의 주체문제를 해결하는 견해도 있다.<sup>3)</sup> 그러나 직업의 자유는 이와 같은 시대적 배경으로부터 성립하였다지만 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.<sup>4)</sup> 결국 이는 외국인근로자는 대한민국헌법상의 직업의 자유의 주체로서의 지위를 향유하고 있지 않기 때문에 헌법상의 권리를 향유할 수 없고, 다만 직업과 관련한 외국인관련 법률에 따른 지위를 가질뿐이라고 하겠다. 즉 외국인근로자는 국가의 경제정책상의 고려하에, 입법자에 의하여형성된 법률범위 내에서 직업과 관련한 법적 지위를 가지며, 이와 달리 국가의 법률은 외국인근로자를 특정한 직업에 종사하는 것으로 한정하여 제한하는 것이 가능하게 된다.<sup>5)</sup>

3) 대표적으로 허영, 「한국헌법론」, 박영사, 2008, 459면.

4) 권형준, "직업선택의 자유", 「고시제」, 통권 제461호, 1995.7, 88면 이하.

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

### 3. 외국인근로자의 '근로자'성

외국인근로자는 직업선택과 관련하여 법률상의 지위를 가진다. 이러한 지위의 외국인근로자에 대하여 헌법상의 근로자로서의 지위를 인정할 수 있을 것인가가 문제시된다. 즉 헌법 제33조의 규정에 의한 근로의 권리의 주체로서의 지위를 가지는가. 이에 관한 문제는 근로의 권리에 관한 성질로부터 해결의 실마리를 마련할 수 있다. 근로의 권리는 기본권목록에 있어서 사회적 기본권에 포함되지만, 그것의 내용에서 보면 일률적으로 판단하는 것이 타당하지 않다. 즉 근로의 권리는 국가로부터의 자유 영역과 국가에 대하여 무엇인가를 요구하는 사회적 기본권으로서의 성질을 가진다.<sup>6)</sup> 따라서 자유권적 성질의 영역에 대하여 외국인근로자는 근로자의 자유의 주체가 된다고 보는 것이 타당하다.

헌법재판소도 「근로의 권리가 “일할 자리에 관한 권리”만이 아니라 “일할 환경에 관한 권리”도 함께 내포하고 있는 바, 후자는 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 들을 포함한다고 할 것이므로 외국인근로자라고 하여 이 부분까지 기본권주체성을 부인할 수는 없다. 즉 근로의 권리의 구체적인 내용에 따라, 국가에 대하여 고용증진을 위한 사회적·경제적 정책을 요구할 수 있는 권리는 사회적 기본권으로서 국민에 대하여만 인정해야 하지만, 자본주의 경제질서하에서 근로자가 기본적 생활수단을 확보하고 인간의 존엄성을 보장받기 위하여 최소한의 근로조건을 요구할 수 있는 권리는 자유권적 기본권의 성격도 아울러 가지므로 이러한 경우 외국인 근로자에게도 그 기본권 주체성을 인정함이 타당하다.»라고 하여, 근로의 권리 중 자유권적 기본권의 성질을 내포하고 있는 영역에 대한 기본권의 주체성을 인정하고 있다.<sup>7)</sup> 이에 따라 외국인근로자는 근로의 권리 중 '최소한의 근로조건을 요구할 수 있는 권리'에 대한 기본권주체로서의 지위를 가진다. 따라서 이와 관련한 영역에 대하여는 근로기준법상 근로자에 포함되며, 이에 따른 보호를 받는다.

### 4. 소결

이상에서 검토된 바와 같이 외국인근로자의 법적 보호문제는 헌법차원에서 근로의

6) 헌재 2002.11.28. 2001헌바50.

7) 헌재 2007.8.30. 2004헌마670.

권리에 대한 부분적인 주체성 외에 직업선택의 자유 및 그 지위는 입법자의 형성의 자유에 의하여 구체화된 법률에 의하여 성립한다. 따라서 현행법체제에서 외국인근로자의 보호는 주로 법률적 차원의 문제이며, 그것은 입법형성의 자유에 의하여 성립된 보호법률의 내용을 중심으로 검토될 수 있다.

현행법체제에서 외국인근로자에 관하여는 「출입국관리법」 및 「외국인근로자고용 등에 관한 법률」에서 구체적으로 정하고 있다. 특히 「외국인근로자고용 등에 관한 법률」은 외국인근로자의 보호 및 관리를 위하여 제정되어진 것으로 이하에서는 이를 중심으로 외국인근로자 보호 및 그 문제점을 검토한다.

### III. 현행 외국인근로자의 고용제도 및 그 문제점

#### 1. 외국인근로자 고용기본원칙과 유형

##### (1) 외국인 고용제도의 기본원칙

외국인의 관리와 관련한 출입국관리유형은 크게 유럽형과 미국형으로 대별된다. 유럽형의 경우 그 지정학적인 관련성에 따라 출입국관리가 아니라 '체류'관리에 중점을 두고, 자국에서 외국인이 취업활동을 하고자 하는 경우에는 노동허가를 취득할 것을 요구한다. 이에 반해, 미국, 캐나다, 호주, 일본 등이 취하고 있는 후자의 유형은 체류관리가 아니라 '출입국'관리에 그 중점을 두고 있으며, 입국시 체류자격 및 체류기간에 관한 사증을 요구한다.<sup>8)</sup> 이에 관하여는 우리나라에서는 외국인의 관리와 관련하여 출입국관리법 제3장 이하에서 정하고 있는 바, 출입국관리법 제7조는 "외국인이 입국하고자 할 때에는 유효한 여권과 법무부장관이 발급한 사증을 가지고 있어야 한다"라고 하고, 제28조는 "외국인이 출국하고자 할 때에는 유효한 여권을 가지고 출국하는 출입국항에서 출입국관리공무원의 출국심사를 받아야 한다"라고 하여, 외국인관리에 대하여 체류관리가 아니라 출국과 입국관리에 중점을 두고 있다. 이와 같은 외국인의 관리 유형은 외국인고용의 기본원칙과 밀접한 관련성을 가진다. 즉 출입국관리법 제12조 제1항이 정하는 바와 같이 외국인이 입국하고자 할 때에는 입국하는 출입국항에서 출입국관리공무원의 입국심사를 받아야 하는 바, 이때 동조 제2항이 정하는 바와 같이 입

8) 김선수, "한국에서의 외국인노동자 인권문제", 「법조춘추」, 제143호, 서울지방변호사회 1995, 85면 이하 참조.

국허가를 하기 위한 요건으로서 '입국목적이 체류자격과 부합'하여야하고 '체류기간이 법무부장관이 정하는 바'에 따라 정하여야 한다. 또한 입국허가를 받아 입국한 경우에도 출입국관리법 제17조 제1항이 정하는 바와 같이 "체류자격과 체류기간의 범위내"에서만 체류할 수 있다. 이에 따라서 외국인근로자가 국내에 취업하고자 입국하는 경우에는, 출입국관리법 제10조 및 시행령 제23조가 정하는 요건을 충족하여야 한다. 이에 따르면, 외국인은 취업을 위해서는 단기취업 및 교수 그리고 회화지도 등에 한정된다. 즉 단기취업을 위하여 입국하는 경우에는 단기취업(c-4)의 체류자격을 취득하여야 하고 그 활동범위는 일시홍행, 광고·패션모델, 강의·강연, 연구, 기술지도 등에 한정되며, 또한 교수(E-1)의 체류자격을 취득하고 교육법에 의거한 자격을 갖춘 전문대학 이상의 교육기관 또는 이에 준하는 기관에서 종사하는 교수, 회화지도, 연구 등의 전문직과 특정직업 등에 국한시키고 있다.

이러한 외국인근로자의 취업을 위한 체류자격 및 활동범위에 관한 규정에서 볼 때, 외국인력의 국내수급의 기본원칙은 내국인으로 대체할 수 없는 전문영역에 한하며, 단순기능의 외국인력의 국내수급을 금지하는 이른바 '대체성의 원칙'에 입각하고 있음을 나타내고 있는 것이다.<sup>9)</sup>

## (2) 외국인근로자의 고용유형

외국인근로자의 고용에 관하여 정하고 있는 법률에 따르면, 크게 두 가지로 유형화할 수 있다. 첫째는 출입국관리법 제19조의 2 및 제19조의 3에 근거한 산업연수생제도이며, 둘째로는 외국인고용등에 관한 법률에 의한 외국인근로자고용허가제도가 그것이다. 산업연수생에 대하여 대법원은 "외국인이 취업자격이 아닌 산업연수 체류자격으로 입국하여 구 산업재해보상법(1994.12.22. 법률 제4826호로 전문개정되기 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 산업재해보상보험법상의 요양급여를 받을 수 있는 대상에 해당한다"라고 하여,<sup>10)</sup> 이를 근로자로 보고 있다. 따라서 외국인근로자라고 하는 경우 산업연수생 및 고용허가를 통하여 국내에 취업한 외국인근로자를 통칭하는 것이지만,

9) 표명환, "현행 외국인고용제도의 법적 문제", 「토지공법연구」, 제21집, 한국토지공법학회, 2004.3., 489면.

10) 대판 1995.9.15. 94누12067.



여기서의 고찰은 주로 후자를 중심으로 한다.

## 2. 외국인근로자 고용등에 관한 법률의 주요 내용 및 문제점

### (1) 외국인근로자 고용등에 관한 법률의 주요내용

#### 1) 목적 및 적용범위

동법은 제정 당시 문제시 되었던 불법체류자 등에 대하여 내국인근로자에 대한 고용 기회 보호의 원칙하에 외국인근로자를 체계적으로 도입함으로써 인력수급을 원활히 하여 중소기업 등의 인력부족을 해소하고 지속적인 경제성장을 도모하는 한편, 외국인근로자에 대한 효율적인 고용관리와 근로자로서의 권익을 보호하기 위한 장치를 마련하기 위한 목적으로 제정되었다. 법률 제8852호에 의하여 2008년 2월 29일 개정된 현재의 법률은 제1조에서 “이 법은 외국인근로자를 체계적으로 도입·관리함으로써 원활한 인력수급 및 국민경제의 균형있는 발전을 도모함을 목적으로 한다”라고 규정하고 있다. 이러한 동법의 적용에 대하여 법 제3조 제1항은 “외국인근로자 및 외국인근로자를 고용하고 있거나 고용하고자 하는 사업 또는 사업장에 적용한다”라고 하여 그 범위를 정하고 있다.

#### 2) 주요내용

내국인의 충원이 어려운 제조업·건설업·서비스업 등에 외국인의 취업을 허용함으로써 상대적으로 인력 부족이 심각한 30인 미만 중소기업에 대하여 외국인근로자 고용을 우선 허용하는 것이다.

인력수급 동향과 연계해 적정수준에서 외국인력 도입규모를 결정하되 국무총리 소속하에 ‘외국인력정책심의위원회’를 설치하여 도입업종·규모·송출국가 등 중요사항을 심의·조정한다(법 제4조)

내국인 구인노력(1개월)을 하였음에도 인력을 채용하지 못한 사업주에 한하여 외국인근로자 고용을 허용한다(법 제6조).

민간 송출회사의 부조리 소지를 제거하기 위해 공공부분에서 외국인 근로자의 선정·도입을 담당하고 한국어 시험 등 객관적 절차를 통해 작성된 외국인력명부 중에서 사업주가 직접 필요한 적격자를 선정하도록 한다(법 제7조).

외국인근로자 취업알선 등은 노동부 고용안정센터를 활용하고, 산업인력공단이 외국인근로자 도입·지원업무를 수행하여 책임성·일관성을 제고한다.

외국인 근로자의 정주화 방지를 위하여 국내 취업기간을 3년으로 설정하고(법 제18조), 단기취업임을 감안하여 가족동반은 금지한다. 국내 취업 후 출국하는 경우 일정기간 경과해야만 재입국·취업을 허용한다.

또한 외국인근로자에 대하여 내국인근로자와 동등하게 4대보험 등을 포함하여 동등한 노동관계법을 적용하고, 외국인 근로자 고용 사업장에 대한 근로감독을 강화하여 체불임금 등 인권침해를 방지하며, 외국인 근로자 고용이 법적장치를 마련함과 동시에 불법체류자에 대해서는 지속적이고 강력한 단속을 실시한다.<sup>11)</sup>

#### 가. 외국인력정책위원회

외국인고용법 제4조에서는 외국인근로자의 고용관리 및 보호에 관한 주요사항을 심의·의결하기 위하여 국무총리소속하에 외국인력정책위원회<sup>12)</sup>(이하 “정책위원회”라 한다)를 두도록 규정하고 있다.

정책위원회에서는 외국인근로자 관련 기본계획 수립에 관한 사항, 외국인근로자 도입업종 및 규모 등에 관한 사항, 외국인근로자를 송출할 수 있는 국가(이하 “송출국가”라 한다)의 지정 및 해지에 관한 사항, 외국인근로자의 권익보호에 관한 사항 등을 심의·의결한다. 또한 외국인 고용허가제 운영과 관련된 사항을 사전 심의하기 위해 노동부에 외국인력고용위원회<sup>13)</sup>를 설치하도록 하였다. 외국인력고용위원회에서는 외국인 고용제도의 운영, 외국인근로자 권익보호, 외국인력정책위원회에 회부될 사항 등을 사전에 심의한다.

이는 기존의 산업연수생 제도에서 업종에 따라 소관부처를 달리하고 있어서 전반적인 노동시장 흐름을 반영하는 것에 한계가 있었던 문제점을 고용정책을 총괄하고 있는 노동부를 주무부처로 하여 관계기관을 참여시킴으로써 국내노동시장을 보호하고 고용정책의 효과적인 추진을 가능하게 한다는 점에서 긍정적으로 보여진다.<sup>14)</sup>

#### 나. 외국인 근로자의 도입계획

- 11) 이광택, “외국인 노동자의 법적보호”, 『법학논총』, 제16집, 국민대학교출판부, 2004, 131~132면.
- 12) 정책위원회의 위원장은 국무총리실장이 되고, 위원은 기획재정부·외교통상부·법무부·지식경제부·노동부의 차관, 중소기업청장 및 대통령이 정하는 관계중앙행정기관의 차관이 된다.
- 13) 고용위원회의 위원은 근로자를 대표하는 위원(이하 “근로자위원”이라 한다), 사용자를 대표하는 위원(이하 “사용자위원”이라 한다), 공익을 대표하는 위원(이하 “공익위원”이라 한다) 및 정부를 대표하는 위원(이하 “정부위원”이라 한다)으로 하되, 근로자위원과 사용자위원은 동수로 한다. 고용위원회의 위원장은 노동부 차관이 된다.
- 14) 백종인·설재영, “외국인근로자 정책 및 법제개선에 관한 연구”, 『고려법학』, 제49호, 고려대학교 법학연구소, 2007, 10., 858면.

외국인고용법 제5조에서는 노동부장관은 제4조 제2항 각호의 사항이 포함된 외국인 근로자 도입계획을 정책위원회의 심의·의결을 거쳐 수립하여 매년 3월 31일까지 대통령령이 정하는 방법으로 공표하도록 하고 있으며, 공표 후에도 국내의 실업증가 등 고용사정이 급격한 변동이 있을시 정책위원회의 심의·의결을 거쳐 외국인근로자 도입계획을 변경할 수 있다고 규정하고 있다.

이는 급격한 국·내외 경제변동에 노동부를 주무부처로 하여 확실적인 인력관리를 함으로써 노동시장의 급격한 수급불균형을 개선하고, 무분별한 외국인력 도입으로 인해 발생할 수 있는 불법체류자 및 국내 노동자들의 취업기회 박탈을 효과적으로 제어할 것이라 여겨진다.

주요내용을 살펴보면 다음과 같다.

#### ① 도입업종

일반고용허가제에서 외국인력을 도입할 수 있는 업종은 인력부족율이 높고, 내국인 근로자 대체가능성이 적은 제조업·건설업·연근해어업·농축산업·서비스업 등이다.

#### ② 도입규모

외국인근로자 도입규모는 산업별 인력수급현황, 내국인 대체가능성 등을 고려하여 국내 노동시장에 미치는 영향이 최소화되도록 산정된다. 아울러 특정업종에 외국인근로자가 집중적으로 취업함으로써 내국인의 고용기회를 침해하는 것을 방지하기 위하여 업종간 인력 이동 실태를 감안하여 업종별 도입규모를 별도로 설정하도록 하고 있다.

#### ③ 송출국가

외국인근로자 송출국가는 국가별로 불법체류율, 사업주의 선호도<sup>15)</sup> 등을 고려하여 결정된다. 선정된 국가 중 외국인구직자 선발기준 및 절차, 송출국가 등의 요구조건을 모두 수용하는 국가와 우선적으로 인력송출양해각서가 체결된다.<sup>16)</sup>

#### 다. 외국인근로자 고용절차

외국인 고용허가제에서는 기존 산업연수생제도에서 발생하는 송출비리 문제 등이 발생하지 않도록 하기 위하여 투명한 외국인력의 선정·도입절차를 규정하고 있다. 이에 따라 외국인력의 도입·선정절차에 민간부분의 개입을 배제하고 공공기관이 담당하도록 하고 있다. 양국간의 양해각서에 의하여 송출국가와 우리나라 모두 공공기관이 외국인근로자의 선정·도입업무를 담당하도록 하였다(법 제6조, 법 제7조).

15) 일반적 고용허가제는 산업연수생제도와는 달리 송출국가별 도입규모를 정하지 않고, 사용자가 선호하는 국가의 외국인을 우선적으로 도입할 수 있도록 규정하고 있다.

16) 백종인·설재영, 전계논문, 861면.

외국인 고용허가제는 크게 두 가지로 구분할 수 있다. 국가 간의 양해각서를 체결한 후 외국인근로자를 도입하는 일반고용허가제<sup>17)</sup>와 국가 간의 양해각서 없이 외국국적 동포를 대상으로 서비스업, 건설업에 취업을 허용하는 특례고용허가제<sup>18)</sup>로 나누어 볼 수 있다.

① 일반고용허가제<sup>19)</sup>

외국인고용법 제7조 제1항에서는 노동부장관은 제4조 제2항 제3호의 규정에 의해 지정된 송출국가의 노동행정을 관장하는 정부기관의 장과 협의하여 대통령령이 정하는 바에 따라 외국인구직자명부<sup>20)</sup>를 작성하여야 한다. 다만 송출국가에 노동행정을 관장하는 독립된 정부기관이 없을 경우 가장 가까운 기능을 가진 부서를 정하여 정책위원회의 심의를 받아 그 부서의 장과 협의한다. 노동부 장관은 송출국가 정부와 외국인력 선발절차의 투명성·국내도입 외국인력이 질을 담보하기 위하여 양해각서를 체결한다.

송출국가는 양해각서에 따라 정부 또는 공공기관을 통하여 외국인 구직자를 모집하고, 양해각서에 제시된 학력, 경력, 한국어 능력, 연령 등 객관적인 기준에 의거 외국인 구직자를 선정하여 외국인근로자 정원이 2배 이상의 외국인구직자명부를 작성하여야 한다. 송출국가에서 작성된 외국인구직자명부는 우리 정부 또는 공공기관에 송부하여야 하고, 이를 정기적으로 갱신하도록 하고 있다.

내국인 구인노력 요건을 갖춘 사업주는 노동부 고용안정센터에 구체적인 외국인 구인요건을 기재하여 외국인근로자의 고용허가를 신청하여야 한다. 이에 의하여 적격인 외국인구직자를 선정하여 고용허가서를 발급받은 사업주는 직접 또는 대행기관을 통하여 외국인근로자와 교섭하여 근로계약을 체결하여야 한다. 이에 대한 사항은 외국인고용법 제9조에서 규정하고 있는데 고용계약 체결 당사자가 국내실정에 어두운 외국인이라는 점을 감안하여 향후 발생할 수 있는 고용조건에 관한 분쟁을 사전에 예방하고, 외국인근로자에게 고용계약을 명확히 이해할 수 있도록 표준계약서를 활용하여 근로계약을 체결하도록 하고 있다. 또한 근로계약기간은 1년을 초과하지 못한다.

외국인근로자와 근로계약을 체결한 사업주는 출입국관리법 제9조 제2항이 규정에 따

17) 일반고용허가제에 의한 고용허가 국가는 2008. 8월 기준으로 필리핀, 태국, 인도네시아, 스리랑카, 베트남, 몽골, 우즈베키스탄, 캄보디아, 파키스탄, 중국, 방글라데시, 키르기스, 네팔, 미얀마, 동티모르 15개국이다.

18) 특례고용허가제에 의한 고용허가는 대부분 한국계 중국인임(2008년 11월말 기준 98.7%를 차지함)

19) 백종인·설재영, 전계논문, 862면.

20) 송출국가의 인력송출·도입과 관련된 준수사항, 인력송출 업종 및 규모에 관한사항, 송출대상인력을 선발하는 기관·기준 및 방법에 관한 사항, 그 밖에 원활한 외국인근로자 송출·도입을 위하여 필요한 사항 등을 협의하여 외국인구직자명부를 작성하도록 하고 있다(외국인고용법 시행령 제12조).

라 당해 외국인근로자를 대리하여 법무부장관에게 사증발급인정서를 발급받은 경우에는 이를 외국인근로자에게 송부하고, 외국인근로자는 제외공관에 이를 제출하여 사증을 발급받은 후 국내에 입국하게 된다.

② 특례고용허가제

외국국적동포의 취업기회를 확대하기 위하여 외국국적동포의 취업절차와 사용자의 외국국적동포의 고용절차 등을 간소화하고자 외국인고용법 제12조 규정에 의하여 외국국적동포에 대하여 외국근로자 고용의 특례를 인정하고 있다. 특히 서비스업의 경우 한국어 구사능력, 문화적 동질성이 필수적 요건인 바, 한국어를 잘 구사할 수 있고, 문화적인 동질성이 높은 외국국적동포에 대해서만 취업을 인정하고 있다.

건설업 또는 서비스업 등에 취업하려는 외국국적동포는 방문동거 체류자격(F-1)을 받아 입국한 후 직업안정기관에 구직신청을 하거나 취업허가인정서 발급신청을 하도록 하고, 취업 후 근로계약을 체결하더라도 취업할 수 있는 체류자격(E-9)으로 변경허가를 받아야 할 뿐만 아니라 근무처를 변경하는 경우 변경허가를 받아야 하는 등 취업활동을 하는데 어려움이 있다. 이에 건설업 또는 서비스업 등에 취업하려는 외국국적동포에 대하여 건설업의 취업허가인정서 발급절차 및 체류자격의 변경허가절차를 폐지하고 건설업뿐만 아니라 서비스업 등의 경우에도 허가절차를 거치지 아니하고 근무처를 변경할 수 있도록 하되, 근로를 개시한 때에는 노동부장관에게 신고하도록 하였다.

또한 사용자가 외국국적동포를 고용하기 위해서는 내국인을 구인하기 위하여 노력한 후 고용허가를 신청하고<sup>21)</sup> 직업안정기관이 추천하는 적격자 중에서 선정하여 개별 건별로 고용허가를 받아야 하고, 외국국적동포를 추가로 고용하려면 다시 고용허가 절차를 거쳐야 했던 것을 사용자가 외국국적동포를 고용하려는 경우에는 내국인을 구인하기 위하여 노력한 후 직업안정기관으로부터 유효기간 3년의 특례고용가능 확인서를 일괄적으로 발급받아 유효기간 내에는 사용자가 고용하려는 외국국적동포를 자유롭게 채용할 수 있도록 하였다.

라. 외국인근로자 고용관리

① 출국만기보험·신탁의 가입

외국인고용법 제13조에 의해 외국인근로자를 고용하는 사업 또는 사업장의 사용자는 외국인근로자의 출국 등에 따른 퇴직금 지급을 위하여 외국인 근로자를 피보험자 또

21) 다만, 내국인의 고용기회를 보장하기 위해 사용자는 확인서 발급 신청전에 3~7일간 내국인 구인노력을 하여야 한다. 또한 고용지원센터가 작성·관리하는 구직자 명부에 등록된 자 중에서 동포를 채용해야 한다.

는 수익자로 하는 보험 또는 신탁에 가입하여야 한다. 이 경우 보험료 또는 신탁금은 매월 납부 또는 위탁하여야 한다. 출국만기보험 등에 가입한 경우 「근로자퇴직급여 보장법」 제8조 제1항의 규정에 의한 퇴직금제도를 설정한 것으로 본다.

이 제도는 중소기업의 퇴직금 일시지급에 따른 부담을 완화하면서 외국인근로자의 사업장 이탈을 방지하고, 체류기간 만료 후 출국을 유도하는데 목적이 있다.

② 4대보험의 적용<sup>22)</sup>

산업재해보상보험은 산업재해보상보험법의 적용범위가 모든 사업 또는 사업장이므로 외국인근로자에 대해서 적용된다. 다만 동법 시행령 제3조에 의하여 총공사금액이 2천만원 미만인 공사, …… 상시근로자수가 5인 미만인 사업에서 근로하는 외국인근로자에 대하여는 적용되지 않는다.

고용보험은 고용보험법 제8조 및 동법 시행령 제3조 제2항 제4호의 규정에 의하여 비전문취업의 체류자격을 갖춘 외국인근로자는 고용보험을 가입하여야 한다.

건강보험은 외국인고용법 제14조 규정에 의해 직장가입자로 봄으로서 의무적으로 가입하여야 한다.<sup>23)</sup>

국민연금도 상호주의 원칙에 따라 본국법에서 외국인에 대해 적용하는 국가의 외국인근로자에 대해서만 적용된다.<sup>24)</sup>

③ 귀국비용보험·신탁의 가입

외국인고용법 제15조에서는 외국인근로자는 귀국시 필요한 비용에 충당하기 위한 보험 또는 신탁에 가입하여야 한다고 규정하고 있다. 이는 외국인근로자가 입국시 금융상품에 가입하도록 하여 귀국비용을 사전에 확보함으로써 체류기간 만료 후에 불법체류자로 남는 것을 방지하기 위한 것이다.<sup>25)</sup>

④ 외국인근로자의 취업기간

외국인고용법 제18조 제1항에서는 외국인근로자는 입국한 날로부터 3년의 범위 내에서 취업활동을 할 수 있도록 규정하고 있어, 외국인 근로자의 취업기간을 3년으로 제

22) 백종인·설재영, 전계논문, 865면.

23) 외국인고용법 제14조에서는 사용자 및 그에 고용된 외국인근로자에 대하여 국민건강보험법을 적용함에 있어서는 이를 각각 동법 제3조의 규정에 의한 사용자 및 동법 제6조 제1항의 규정에 의한 직장가입자로 본다 고 규정하고 있다.

24) 입국전 해당국가 국민연금 가입(2개국 : 몽골, 우주베키스탄, 상호주의에 의한 가입배제(6개국:베트남, 캄보디아, 파키스탄, 방글라데시, 네팔, 미얀마 등), 국민연금 가입대상 7개국 : 태국, 인도네시아, 스리랑카, 키르키즈, 중국(협정은 체결하였으나, E8, E9, H2 제외), 동티모르, 필리핀(협정에 서명하였으나 발효전).

25) 외국인근로자는 법 제15조의 규정에 따라 근로계약의 효력발생일로부터 80일 이내에 보험 또는 신탁에 가입하여야 한다.

한다고 있다.

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.<sup>26)</sup>

외국인근로자의 근로계약기간은 1년을 초과하지 못한다. 다만, 제18조 제1항의 규정에 의한 기간을 초과하지 아니한 범위 이내에서 근로계약을 갱신할 수 있으며, 이 경우 갱신되는 매번의 근로계약기간은 1년을 초과할 수 없다.

사업주의 근로계약 갱신거부, 계약 기간 중 근로기준법 위반 등을 사유로 재계약의사가 없는 경우에는 노동부 고용안정센터의 취업알선을 통해 사업장을 변경할 수 있다(외국인고용법 제25조). 또한 외국인고용법 제18조 제2항에서는 국내에 취업한 후 출국한 외국인은 6개월 이상이 경과해야만 국내에 재취업할 수 있도록 하고 있다.<sup>27)</sup> 다만 동법시행령 23조의 2에 의하여 사용자의 요청이 있는 경우 법 제18조 제2항의 규정에 의한 취업제한기간은 그 외국인근로자가 출국한 날로부터 1월로 한다.

국내에 취업한 외국인근로자의 가족초청문제와 관련하여서는 외국인 고용허가제와 가족초청문제는 직접 관련이 되어있지 않고, 출입국정책에 따라 결정되고 있다. 현행 출입국관리법 시행령에서는 문화·예술 내지 특정 활동 자격에 해당하는 자의 배우자 및 20세 미만의 자녀로서 배우자가 없는 자에 대해서는 가족동반을 허용하고 있으나, 비전문취업 체류자격을 가진 외국인근로자에 대해서는 단기취업인 점을 감안하여 가족동반을 인정하지 않고 있다.<sup>28)</sup>

#### ⑤ 외국인근로자의 고용허가와 취소 및 고용제한

외국인고용법 제19조 및 20조에서는 외국인근로자의 취업알선 및 고용관리의 실효성을 제고하기 위하여 외국인근로자의 고용허가의 취소 및 고용제한을 규정하고 있다. 이에 의하면 입국 전 계약한 임금 및 근로조건의 위반, 노동관계법의 위반 등으로 근로계약 유지가 어려운 경우 등에는 고용허가가 취소되고, 외국인고용법을 위반하고 외

26) 과거 독일에서 이러한 업주들의 주장을 받아들여, 취업허가를 갱신해주었기 때문에 이주노동자들이 정착하기 시작하였다. 미국 등 이민국에서는 불법체류자를 양성화할 경우 체류기간이 긴 사람들에게 특혜를 부여하지만, 한국은 생산기능직 외국인의 정주화 막는다는 입장에서 다른 정책을 갖고 있다. 체류기간이 짧은 사람은 양성화하고, 긴 사람은 돌려보낸다는 정책을 취한 것이다. 체류기간이 짧은 사람을 양성화한 까닭은 엄청난 송출비용을 치르고 국내에 들어온 불법체류 노동자에게 투자비용을 회수할 수 있는 시간적 기회를 부여하는데 있다(이광태, "외국인노동자의 법적보호", 「법학논총」, 제16집, 국민대학교출판부, 2004., 139면).

27) 이 규정 역시 외국인근로자의 장기체류로 인한 정주화 방지가 목적이라고 하겠다.

28) 백종인·설재영, 전계논문, 866면

국민근로자를 고용하거나, 외국인고용법 또는 출입국관리법을 위반하여 처벌을 받은 사용자에게는 3년간 외국인근로자의 고용이 제한된다.

외국인근로자의 고용허가 취소사유는 사용자가 입국전에 계약한 임금 그 밖이 근로조건을 위반하는 경우, 사용자가 임금체불 기타 노동관계법의 위반 등으로 근로계약의 유지가 어렵다고 인정되는 경우, 허위 기타 부정한 방법으로 고용허가를 받은 경우이다. 외국인근로자 고용허가가 취소된 사용자는 취소일로부터 15일 이내에 해당 외국인근로자와의 근로계약을 종료하여야 하고, 해당 외국인근로자는 노동부 고용안정센터에 사업장 이동을 신청하여 다른 사업장으로 이동해야 한다.

외국인근로자 고용의 제한 사유는 고용허가서를 발급받지 아니하고 외국인근로자를 고용한 자, 외국인근로자 고용허가가 취소된 자, 외국인고용법 또는 출입국관리법을 위반하여 처벌을 받은 자, 고용허가서를 발급 받은 날로부터 6개월 이내에 내국인근로자를 이직시킨 자, 외국인근로자에 대하여 근로계약에 명시된 사업 또는 사업장 외에서 근로를 제공하게 한 자이다.

#### 마. 외국인근로자 보호

1990년 12월 제 69차 UN총회에서 채택된 '모든 이주근로자와 그 가족의 권리보호에 관한 국제협약'은 이주근로자와 그 가족이 기본적 인권을 보호하고 차별대우를 금지하고 있다. 우리나라의 헌법과 이러한 국제협약이 기본 정신에 따라 합법적으로 취업한 외국인근로자에 대해서는 국내 근로자와 동일한 수준의 법적 보호가 이루어져야 한다. 근로기준법, 산업안전보건법 임금채권보장법 등 노동관계법을 내국인과 동등하게 적용하는 것이 바람직하다. 사회보장에 관한 법률의 보호에 있어서도 기본적으로 외국인력에 대해 차별대우를 해서는 안 된다.<sup>29)</sup>

외국인고용법 제22조에서는 외국인근로자라는 이유로 부당한 차별적 처우를 하여서는 아니 된다고 규정하고 있다. 또한 동법 제23조에서는 사용자의 임금체불에 대비한 보증보험 가입과 산업별특성을 고려하여 외국근로자의 질병·사망·등에 대비한 상해보험가입을 규정하여 내국인 근로자와 동등한 관계를 유지토록 한다. 또한 동법 제24조에서는 외국인근로자에 대한 상담·교육 그 밖에 대통령령이 정하는 사업을 수행하는 기관 또는 단체에 대하여 사업수행에 필요한 비용의 일부를 예산의 범위안에서 국가가 지원할 수 있도록 규정하여 합법적인 외국인 근로자 보호에 노력하고 있음을 알 수 있다.

29) 유길상·이규용, 「외국인근로자의 고용실태 및 정책과제」, 한국노동연구원, 2002, 212면.



또한 외국인고용법 제25조 제1항에서는 사용자가 정당한 사유로 근로계약기간 중 근로계약을 해지하고자 하거나 근로계약이 만료된 후 갱신을 거절하고자 하는 경우, 휴업·폐업 그 밖에 외국인근로자의 책임이 아닌 사유로 그 사업장에서 근로를 계속할 수 없다고 인정되는 경우, 동법 제19조 제1항의 규정에 따라 외국인 고용허가의 취소 또는 고용제한 조치가 행하여진 경우 등에 외국인근로자의 '사업 또는 사업장 변경'을 허용하고 있다.

### 3) 외국인고용법의 문제점 및 개선 방안

#### 가. 외국인력도입계획의 체계화<sup>30)</sup>

매년초 경제활동인구의 3% 한도에서 업종별 인력부족률, 경제성장률을 감안 인력규모를 설정함으로써 단기적인 변동상황에 관한 대처는 효율적일지 모르나 장기적인 인력구조변화, 고용상황(실업률, 유휴인력), 산업구조의 변화에 대응하는 종합적인 고려가 미흡하다. 따라서 국내 유휴인력에 대한 훈련 등을 통해 중소기업 기능인력을 충원하고, 부족한 부분에는 외국인력을 도입(매 2년마다 10년 주기로 인력수급전망을 도출하고, 매년 적정 외국인력 도입규모를 결정)하는 등의 외국인력정책위원회 및 외국인력고용위원회의 장기 발전 전략이 요구된다.

#### 나. 특례고용허가제에 대한 합리적 관리

특례고용허가제에 의해 입국하는 노동자는 한국계 중국인이 대부분으로 이들은 내국인이 선호 하거나 국내 평균보다 높은 수준의 급여를 받는 업종에서 상대적은 낮은(실제로는 내국인의 평균 급여를 상회하는) 업종에서 내국인의 일자리를 급격히 잠식하고 있다. 외국국적동포는 의사소통 가능하고 사업장 이동이 자유로워, 주로 서비스업 및 건설업 등에 취업, 내국인 대체 가능성이 매우 높으며, 이들의 체류기간을 5년으로 함으로서 더 자유로운 상태에서 불법 취업에 종사할 수 있는 여건이 된다.

따라서 상대적으로 내국인 기피 및 인력 부족율이 높은 지방 중소제조업·농축산업·어업에 취업할 경우 인센티브를 부여하거나, 건설업 내국인 일자리와의 조화를 이룰 수 있도록, 건설업 취업요건 및 기간을 제한하는 방안을 검토할 필요가 있겠다. 또한 이들은 취업후 신고율이 25% 수준으로 취업실태를 파악하기 어려워, 적정 도입규모 산정 및 내국인 대체가능성 파악이 곤란하므로 취업신고를 강화시키기 위하여 신

30) 노동부, 「비전문 외국인력 정책 개선방안」, 노동부·법무부·보건복지가족부·국가경쟁력강화위원회, 2008. 9., 6면.

고시 인센티브를 부여하고, 미신고시 제제를 강화하는 등의 개선책이 필요하겠다.<sup>31)</sup>

다. 경직적 제도 운영으로 인한 비효율성<sup>32)</sup>

한국어 시험만으로 외국인근로자를 선발함으로써 숙련인력에 대한 수요<sup>33)</sup>를 반영하기 곤란하고 한국어 시험과 관련한 송출국의 비리<sup>34)</sup> 등이 발생하고 있으며 고용에 장시간이 소요되고, 복잡한 행정절차로 불편함도 야기 되고 있다.<sup>35)</sup> 필요한 인력을 효율적·안정적으로 활용할 수 있도록 개선이 필요하다.

따라서 기업수요에 맞도록 선발 기준을 한국어 시험 단일기준에서 기능보유 및 기업이 필요한 경력 등도 고려하는 방식으로 개선하고, 국내에 근무한 경험이 있는 숙련인력과 특정분야의 기능보유인력을 선발(한국어 능력은 최저기준으로만 활용)할 수 있도록 한다.

또한 고용절차 간소화<sup>36)</sup>를 위하여 외국인력고용시 노동부 고용지원센터만 방문하여 관련 신청을 완료할 수 있도록 One-Stop 시스템 구축하고 고용과정에서 노동부와 법무부에 유사한 신고를 중복하는 문제를 해소하는 것이 필요 하겠다.

또한 안정적인 고용 여건을 위하여 체류기간 만료 근로자의 인력공백 예방<sup>37)</sup>과 사업주들의 숙련된 외국인력을 지속적으로 활용할 수 있도록, 고용계약 과정상 각종 제약 요건을 완화<sup>38)</sup>하는 것이 필요하겠다.

- 31) 동포 채용시 필요로 하는 특별고용가능확인서를 발급받지 않은 사업주에 대한 외국인 근로자 고용제한을 규정함으로써 외국인근로자(동포)에 대한 고용관리를 강화할 계획이다(2008. 7. 외국인근로자고용등에관한법률(개정)안)
- 32) 노동부. 전계서. 6~16면.
- 33) 직업능력개발원. 외국인근로자 고용과 숙련수요. 2006: 조사 대상 기업 절반(53.4%)만 원하는 수준의 인력을 확보할 수 있다고 응답.
- 34) 한국어 시험과 연계된 송출비리의 발생이 빈번하고 있다. 2006년 인도네시아도 송출국 관리의 극심한 부정으로 한 때 송출이 중단되었다. 송출 부조리는 송출국의 선발과정에서 발생한다. 이 문제에 대해서는 이미 국회 및 국회청렴위원회의 지적을 받은 바 있다(관련내용 : 국가인권위는 '외국인근로자의 출입국 관리 실태'를 점검한 결과 현지에서의 뒷돈 거래, 비자 불법발급, 한국어인증시험 관리 부실, 인력송출비리 실태파악 미흡 등의 문제점이 드러나 외교통상부와 법무부, 노동부 등 관계부처에 제도 개선을 권고한 바 있다).
- 35) 현행 외국인력의 도입은 출입국관리법에 의한 체류자격 부여, 외국인고용법에 의한 업종 및 인원, 양국 간의 인력송출협정에 근거한 운영 등 세단계의 구조를 취하고 있다. 또한 세부적 업종에 대하여도 외국인고용법의 고용허가제에 의한 도입만을 규정하고 있다. 외국인력 도입은 국내인력이 부족한 산업에 대하여 외국인력을 공급함으로써 산업을 육성·발전시키자는 취지의 제도이다. 그러나 세단계의 도입절차를 거치다 보니 그 도입시기가 길어지고, 행정절차가 복잡해지는 등 운영이 문제가 발생하고 있다.
- 36) 2008. 6. 5. 국무총리실 규제개혁실이 발표한 "외국인 근로자 고용 허가제 개선안"도 규제완화 절차 간소화에 초점을 맞추고 있으며, 일부는 이미 전산 구축이 완료 되어 시행 가동 중에 있다.
- 37) 신규인력신청시기를 3개월 전에서 4개월 전으로 조정(2008. 7. 지침개정).

라. 외국인근로자 불법체류 조건 완화<sup>39)</sup>

현행 외국인고용법은 부득이한 이유나 사정을 전혀 감안하지 않고 무조건 구직기간을 2개월로 정하고 사업장 변경을 3회로 제한함으로써 외국인 근로자를 불법체류자로 전락시키는 주요 원인으로 작용하여 외국인근로자의 노동권을 침해하고 있다.

현행 법규에는 외국인근로자가 기존의 근무지에서 옮길 경우 2개월 이내에 사업장 변경절차를 거쳐야 하고, 변경횟수도 3회까지만 허용되며, 이를 어기면 강제 출국대상자가 된다. 하지만 현실적으로 구인업체가 채용을 거부하거나 각종 신고·등록 업무의 과실이 나 고의로 사업주가 신고를 이행하지 않는 등의 법적 다툼이 발생하면 2개월 이내에 사업장 변경절차를 끝내는 것이 어려운 경우가 종종 생긴다. 실제로 고충위와 한국이주노동자인권센터 등에는 이러한 민원이 잇따르고 있다. 고용지원센터에 사업장 변경신고를 하고 취업을 했으나 사업주가 변경신고를 해주겠다고 한 뒤 이를 게을리하는 바람에 2개월이 지나 출국대상자가 되거나, 취업 2개월만에 기계에서 불량이라는 이유로 해고되어 다른 사업장을 구하기 위해 노력하였으나 몸이 아파 2주간 거동하기 어려워 결국 구직기간이 지나 불법체류자 된 경우 등이 있다. 고충위는 이처럼 업무상 재해, 질병, 부상, 사업주의 부당한 근로계약의 해지로 인한 법적 다툼 등 부득이한 사유로 취업활동을 할 수 없는 경우에는 외국인근로자의 출국을 유예하도록 제도개선을 권고하였다. 아울러 3년 범위내에서 3회까지만 사업장을 변경하도록 한 것도 많은 문제가 있다며 제도 개선 권고를 하였다. 사업장 변경횟수 제한은 3회를 원칙으로 하되, 사용자가 정당한 이유없이 근로계약을 해지하거나 폭행·협박·임금체불 등 근로자의 귀책사유가 아닌 경우에는 사업장 변경횟수에 포함시키지 않도록 권고했다. 타당한 조치라고 보여지며 특히 외국인근로자 사업장 변경기간(2개월)에 대해서는 현재 입법추진 중에 있다.<sup>40)</sup>

마. 사업주 및 근로자에 대한 고용 및 체류지원서비스 부족<sup>41)</sup>

산업인력공단 및 외국인근로자 지원센터 3개소에서 체류지원을 하고 있으나, 사업주와 근로자 수요를 충족시키기에는 한계가 있고, 동포의 경우 적절한 취업지원서비스 부족으로 상당수가 비공식 경로(용역업체 및 직업소개소 등)를 통해 취업하고 있어 과

38) 2008. 7. 8. 외국인근로자고용등에관한법률(개정)안 입법예고 : 외국인근로자 취업기간 연장(중간 출국 없이 5년 이내 계속 취업), 종전 1년 단위의 근로계약 체결기간 완화(3년 이내), 외국인 근로자 사업장 변경기간(2개월)에 대한 사유 명확화, 외국국적 동포의 국내 취업 시 입국전 근로계약체결 가능토록 지원.

39) 고충처리위원회 보도자료, "외국인근로자 불법체류조건 완화", 2007.

40) 업무상 재해·질병·부상·임신·출산 등 외국인근로자 귀책사유 없이 구직활동을 할 수 없는 경우에는 사유 해소 후 2개월 까지 출국을 유예한다(2008. 7. 외국인근로자고용등에관한법률(개정)안).

41) 노동부, 전계서, 7면.

도한 취업비용과 불법고용 문제가 발생할 수 있다. 고용 및 체류지원 서비스 확충<sup>42)</sup>과 업종별 특성을 반영한 업무대행 및 사후지원 강화, 입국전 한국에서의 취업과 생활에 대한 이해 제고 및 국내체류시 한국생활에 잘 적응할 수 있도록 각종 지원을 실시하고 귀국 후 한국에 대한 민간인 홍보 효과 극대화를 유도할 수 있는 편안하고 따뜻한 체류환경을 조성할 필요가 있겠다.

바. 외국인근로자 관련 법령의 정비<sup>43)</sup>

우리나라의 외국인력고용에 대한 법제의 근간은 출입국관리법이고, 특정분야의 근로를 위한 체류자격을 외국인고용법이 규제하고 있다.

외국인근로자에 대한 출입국관리법은 동법시행령·시행규칙에서 체류 자격 및 기간만을 규정하고 있다. 그러나 개별 취업이 가능한 체류자격에 대한 구체적 내용을 규정하지 않고 있다. 다만 외국인고용법에서 고용절차, 고용관리, 외국인근로자의 보호에 관하여 처음으로 법령으로 규제하고 보호하기 시작하였다. 따라서 외국인고용법의 대상에 해당되지 않는 외국인력의 취업에 대하여는 결국 이론이나 정부의 지침에 의하여 그 근로자성이나 구체적 내용이 결정되게 된다. 즉 동법이 적용되지 않는 외국인력 취업의 체류자격의 구체적 내용에 대해서는 아직 법령이 미비하다. 따라서 외국인력의 취업에 관하여 기본적인 틀을 제시하고, 외국인력의 취업에 대한 구체적인 입법이나 법령의 운영이 시급하다.

## IV. 결 론

우리나라 외국근로자의 법적 보호에 관한 가장 근본적인 문제는 외국인력을 효과적으로 도입하고 통제할 수 있는 법률의 미비이다. 이로 인한 불법체류자 양산은 그들의 인권 등 법적 보호문제를 야기시켰다. 이러한 문제점을 해결하기 위하여 도입된 것이 고용허가제를 채택한 외국인고용법이다. 부족한 국내 노동시장에 외국인근로자의 채용이 불가피한 현실에서 외국인력을 효율적으로 통제하여 합법적 외국인근로자를 양산하고 이들에 대한 법적 보호를 피함과 동시에 불법체류를 근절하여 외국인근로자의

42) 중국동포의 입국이 증대됨에 따라 구직기간이 장기화되는 등의 사회적 비용 발생 예방을 위하여 고용정보제공 및 근로계약 체결대행 등의 구직지원 서비스를 제공한다(2008. 7. 외국인근로자고용등에관한 법률(개정)안).

43) 백종인·설재영, 전계논문, 868~869면.

인권침해를 방지하고자 함이다.

외국인고용법의 시행으로 그동안 많은 불법체류자와 그들의 인권침해를 초래했던 산업연수제도의 폐해를 어느 정도 극복할 수 있었던 점은 긍정적이다. 그러나 외국인 고용법이 시행되었음에도 불구하고 동법의 적용을 받는 체류자격은 비전문취업, 방문취업 중심의 단순기능인력의 수입에 그친다는 것이다.

어느 국가나 전문기술인력은 적극 유치하고 단순기능인력은 단기적으로 활용을 한다는 원칙을 갖고 있으나, 외국인들의 정주 속성과 시장개방, 인력이동의 확대 추이로 인한 불법취업자 증가, 각종 사회적 비용 증대, 정확한 유입자수 파악 곤란 등 공통된 문제에 직면하고 있다. 그러나 외국인력정책은 정책시행의 역사가 오래된 국가들도 정책 실패 경험이 많은 대표적 분야로서 최선의 방법을 찾기 어렵다는 것이다.<sup>44)</sup> 다만 외국 선진국들의 사례를 통하여 우리가 나갈 방향을 모색할 수는 있으리라 본다.<sup>45)</sup>

첫째, 지금까지의 단순기능인력 수입에서 벗어나 고급전문인력의 유치에 목표를 두고 외국인력정책심의회가 단순기능인력만이 아닌 고급인력의 유치를 위해 활동할 수 있도록 심의회 기능을 보강해야 할 것이다.<sup>46)</sup>

둘째, 외국인력의 단순활용이 아닌 외국인력의 사회통합을 강조하고 있는 바, 우리도 이에 대한 정책적 관심을 증대시킬 필요가 있다.

셋째, 외국인 유학생을 미래의 자원으로 활용하는 경향이 뚜렷하다. 특히 유학생 수의 증가와 고급기술인력 유치의 필요성이 증가하면서 자국 사정에 익숙한 유학생을 미래의 고급기술인력으로 활용하고자 하는 경향이 나타나고 있다. 우리나라도 우수인력 확보 차원에서 첨단분야에서 공부하고 있는 외국인 유학생에 대해서는 본인 및 배우자에 대하여 차별화된 우대정책을 추진할 필요가 있겠다.

넷째, 불법외국인력의 간헐적 합법화가 나타나고 있다는 것이다. 불법외국인력에 대한 간헐적인 합법화는 '필요악'의 측면이 있으므로 고용허가제의 시행 경험 축적과 불법취업자 증감 추이를 분석하여 판단할 사항이며, 합법화를 지나치게 부정적인 시각으로 볼 일은 아니다.

다섯째, 불법외국인력 단속의 한계가 드러남에 따라 점수제 등을 활용한 입국 전 심

44) 노동부, 「OECD 국가의 외국인력정책 동향과 시사점」, 2007. 1면

45) 노동부, 전제서, 37~44면.

46) 모든 국가들이 고급인력 적극 유치, 저기능 인력 유입 억제라는 공통된 기초하에 자국 노동시장 보완성의 원칙을 견지하고 있다. 특히, 고급인력 유치를 위해 비자(고용허가) 면제, 쿼터제한 폐지, 소득세 면제, 숙련인력의 영주 허가 등 다양한 조치를 실시하고 있다. 또한 생산기능인력에 대해서는 적극적 이민정책 시행국가를 제외하고는 교체순환원칙에 따라 본국으로의 귀환을 전제로 인력을 유치하고 있다.

사를 강화하는 추세가 뚜렷해졌다는 점이다. 외국인력 선별과정에서의 투명성제고 차원에서 우리나라도 점수제 도입의 타당성을 검토할 필요가 있겠다.

전반적으로 오랜 이민의 역사와 외국인력 수입의 전통이 있는 국가들과 우리나라의 외국인력 논의 동향을 비교할 때 10~20년 정도의 시차가 있는 것으로 보이나 향후 고령화·저출산에 따른 인력수급 불균형 증가, 유학생 등 국가간 인력이동의 확대, FTA 체결 증가 등으로 인해 외국인력 비중이 큰 폭으로 증가할 가능성에 대비하여 지금부터라도 외국인력정책과 관련한 중장기 계획을 마련함과 동시에 외국인근로자의 인권 침해에 대비한 법적보호 장치를 강구할 필요가 있겠다.<sup>47)</sup>

### 참고문헌

- 계희열, 「헌법학(중)」, 박영사, 2007.
- 고충처리위원회 보도자료, 「외국인근로자 불법체류조건 완화」, 2007.
- 권형준, “직업선택의 자유”, 「고시계」, 통권 제461호, 1995.
- 김선수, “한국에서의 외국인노동자 인권문제”, 「법조춘추」, 제143호, 서울지방변호사회, 1995.
- 김승환, “기본권의 주체”, 「법학과 행정학의 현대적 과제」, 유소 이방기 교수 정년기념 논문집, 전남대학교 출판부, 2002.
- 노동부, 「비전문 외국인력 정책 개선방안」, 노동부·법무부·보건복지가족부·국가경쟁력강화위원회, 2008.
- 노동부, 「OECD 국가의 외국인력정책 동향과 시사점」, 2007.
- 백종인·설재영, “외국인근로자 정책 및 법제개선에 관한 연구”, 「고려법학」, 제49호, 고려대학교법학연구소, 2007.
- 유길상·이규용, 「외국인근로자의 고용실태와 정책과제」, 한국노동연구원, 2001.
- 이광택, “외국인 노동자의 법적보호”, 「법학논총」, 제16집, 국민대학교 출판부, 2004.
- 정종섭, 「헌법학원론」, 박영사, 2008.
- 표명환, “현행 외국인고용제도의 법적문제”, 「토지공법연구」, 제21집, 한국토지공법학회, 2004.
- 허영, 「한국헌법론」, 박영사, 2008.

47) 노동부, 전제서, 2면

[Abstract]

## A Research on the Legal Protection of Foreign Laborers

Pyo, Myung-hwan

*Professor, Faculty of Law, Jeju National University*

Song, Seo-soon

*Researcher at Law and Policy Research Institute of Jeju National University*

The most fundamental problem regarding legal protection of foreign laborers in our country is the unpreparedness of the law that controls and efficiently implements the foreign work force. This mass production of illegal aliens due to this has led to the problem of their legal protection and human rights. Thus, the foreign laborer employment law was implemented to resolve this issue which allows employment authorization. In a reality where it is inevitable to hire foreign laborers because of the shortage of labor forces within the domestic market, this law was executed to control the foreign laborers effectively, create legal foreign workers and to seek legal protection for them while at the same time putting a stop to illegal stays within the country and prevent infringement upon the human rights of these foreign work forces.

With the carrying out of the foreign laborer employment law, it is positive to note that this law was able to overcome to a somewhat degree the damages incurred by the industrial internship training system which violated their human rights. However, despite the implementation of the foreign laborer employment law, it unfortunately has the limitation of designating them as a simple functional labor force and thus assigning them the same said law's condition of being able to stay in the country.

Every nation has the principle of aggressively seeking professional work force while making use of the simple functional work force on a short-term basis. but we are facing difficulties in such matters as the increase in the number of illegal workers due to the expansion of transition tendency of the foreigner's settlement patterns, opening of the markets, and transfer of the human workforce. However, the foreign laborer policy is a representative field in which even the most experienced policy making

nations with a long history had its failures rather than successes making it difficult to find the best case scenario. Having said that, I believe we can still seek to find at least the direction as to where we can go by looking through the case studies of foreign developed countries.

**Key Words** : foreign laborers, employment authorization, foreign laborer employment law, foreign laborer policy