UN의 이주근로자권리협약과 한국의 노동법현실* **

최 홍 엽
조선대학교 법과대학 교수

< 목 차 >

Ⅰ. 들어가며
Ⅱ. UN 이주협약의 제정과정과 그 체계
Ⅲ. 이주근로자의 근로조건에 대한 차별대우 금지
Ⅳ. 이주근로자의 노동3권 보장
Ⅴ. 이주근로자의 노동시장에서의 지위
Ⅵ. 맺으며

Ⅰ. 들어가며

외국인과 외국인근로자에 대한 국내법은 새롭게 형성되고 있는 법영역이다. 1988년 서울올림픽이 끝난 이후에 외국인근로자들이 점차 들어오면서 외국인에 대한 법령들은 계속 정비되어 왔다. 올림픽 직후에는 출입국관리법, 국적법과 일부의 관계 법령에 부분적으로 산재되어 있던 관련 법령들이, 이제는 '외국인근로자의 고용 등에 관한 법률', 재한외국인처우기본법, 다문화가족지원법, 외국인토지법 등 단행 법률들이 새로 제정되고, 관련 법령도 그 폭과 깊이가 더해지고 있다.

그런데 외국인근로자에 대한 국제적 규범을 마련하려는 국제사회의 노력은 ILO(국제노동기구)를 중심으로 일찍부터 시작되었으나, UN(국제연합)도 직접

* 심사위원 : 조임영, 임재홍, 서보건
투고일자 : 2010. 8. 11 심사일자 : 2010. 8. 22 게재확정일자 : 2010. 9. 13
** 이 논문은 2009년도 조선대학교 학술연구비의 지원을 받아 연구되었음.

외국인근로자에 대해 관심을 가지고 이에 대한 협약을 준비하게 된다. 국제연합은 1990년 12월 「모든 이주근로자와 그 가족의 권리 보호에 관한 국제협약(International Convention on the Protection of the Rights of all Migrant Workers and Members of their Families)」[1](이하, 이주협약)을 제정했다. 그 제정시기는 바로 한국에 외국인들이 본격적으로 들어오기 시작하던 때이다. 한국사회가 외국인근로자에 대해 비로소 집단적으로 마주하게 되던 시기에 UN은 이 이슈에 대한 종합적인 규범을 완성하였던 것이다.

이 UN 이주협약에 대해서는 국내의 몇가지 문헌이 소개했었는데,[2] 이 논문은 좀더 세부적으로 나아가서 이주협약의 노동관련 규정과 국내법의 관계에 대해서 연구해 보고자 한다. 이주협약은 노동관련 조항 이외에도 외국인의 모든 생활영역을 망라하고 있으므로, 매우 포괄적이지만, 이글은 그 가운데 노동에 직접 관련되는 규정에 초점을 맞추어 분석을 해보며, 국내노동법이나 노동실무와의 유사점과 차이점에 주목하고자 한다.[3] 이글은 한국이 지금 당장은 아니더라도 미래의 어느 시점에 이 협약에 가입한다고 했을 때 문제될 수 있는 노동관련 쟁점들을 검토하고자 한다.

이주협약은 UN이 역점을 두고 가입시키려고 하는 8개 인권조약의 하나임을 기억할 필요가 있다. 8개 인권조약은 사회권규약(A규약), 자유권규약(B규약), 인종차별철폐협약, 여성차별철폐협약, 고문방지협약, 아동권리협약, 장애인권리협약, 그리고 이주협약이다. 한국은 현재 이주협약을 제외한 7개의 인권조약을 모두 비준한 국가이다.[4] 이주협약까지도 마저 비준해야 한다는 국내외의 압력이 앞으로 계속될 것으로 보인다.

UN 이주협약 제87조 제1항에 의하면, "이 협약은 20번째의 비준서 또는 가입서가 기탁된 날 이후 3개월이 경과한 다음 달의 첫째 날부터 효력을 발생한

---

1) UN Doc. A/RES/45/158.

2) 고준성, 모든 이주노동자와 그 가족의 권리보호에 관한 국제협약, 이석용 외, 국제인권법, 세창출판사, 2005; 대한변호사협회, 유엔이주노동자권리협약비준을 공청회 자료집, 2006.11.29; 채형복, 국제이주노동자권리협약에 대한 고찰, 법학논고(경북대학교 법학연구소), 제29집, 2008.12 등.

3) 노동관련 쟁점 이외에도 국내법과의 사이에서는 가족결합, 사회보장, 자녀교육 등의 쟁점이 있다. 참고: 국가인권위원회 토론회자료집(이주노동자권리협약 쟁점 토론회, 2010.7.16.)

4) 근래 들어 고문방지협약이 1995년에 발효되고, 장애인권리협약이 2009년에 발효됨으로써 이주협약을 제외한 7개의 인권조약이 국내법적인 효력을 지니게 되었다.

다"고 정하고 있으며, 2003년 3월 14일 엘살바도르와 과테말라가 비준서를 UN에 기탁함으로써 20개국 요건이 충족되었고 그해 7월 1일부터 효력을 발생하였다. 2010년 7월 1일 현재 42개국이 이 협약을 비준(또는 가입)에 가입하고 있으며,[5] 한국은 가입하고 있지 않다.

Ⅱ. UN 이주협약의 제정과정과 그 체계

1. 제정과정

국제연합의 외국인근로자 보호에 대한 관심은 1972년 7월 28일에 있었던 경제사회이사회(ECOSOC)의 결의 1706호까지 거슬러 올라간다. 이 결의는 당시에 문제되었던 밀입국과 외국인근로자의 인권보호와 관련된다. 그뒤 밀입국문제에 대한 특별보고가 있었으며,[6] 1979년에는 총회 제3위원회에서 작업소모임이 구성되어 새 협약을 만들기 위한 작업이 시작되었다. 오랫동안의 논란을 거친 끝에 UN총회는 1990년 12월 18일 이주근로자권리협약을 채택하게 된다.[7][8]

협약 제정과정에서는 외국인근로자를 보내는 국가와 그들이 취업해서 일하는 국가들 사이에 의견이 나뉘었다. 이주협약의 연사에 대한 연구자들에 따르면 좀 더 세분하여 4그룹으로 나누어볼 수 있다고 한다.[9]

가장 영향력이 있는 국가그룹은 유럽의 MESCA 국가였으며, 이 그룹은 주로 7개의 지중해(Mediterranean)와 스칸디나비아(Scandinavian) 국가들이다. 곧 핀란드, 그리스, 이태리, 노르웨이, 포르투갈, 스페인, 그리고 스웨덴이다. 이들 국

---

5) 가장 최근(42번째)에 가입한 국가는 2009년 7월에 가입한 나이지리아이다. http://www2.ohchr.org/english/bodies/cmw/

6) C/CN.4/Sub.2/L.640. S. Hune, "Drafting an Internatioal Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Their Families", IMR, Vol. 19, No. 3, 1985, pp.570-571.

7) R. Böhning, 'The ILO and the New Convention on Migrant Workers: The Past and Future' (1991) 25 IMR 698-709. 金東勳 編著, 「國連 · 移住勞働者權利條約と日本」(解放出版社, 1992), 16면 이하 등.

8) R. Cholewinski, Migrant workers in Inter'l Human Rights Law, Clarendon Press (Oxford), 1997, p.162.

9) Ibid., p.144-145.

가들은 이주협약이 가급적이면 일반적인 문서가 되어서 개별적 인권들을 적절하게 보호하도록 하는 것을 보장하기 위해서 노력했다. MESCA 국가들은 불법이주에 대해서 확고하게 반대했으며, 주로 77그룹에 대응하여 형성되었다.

77 그룹은 1981년에 이주협약의 초안을 만든 국가들이며, MESCA 국가들에 따르면, 77 그룹은 실제로 불법이주를 조장하거나 적어도 국가들이 그것을 금지하기 매우 어렵게 만들었다 한다. 77 그룹은 주로 아프리카, 아시아 및 남미의 다양한 송출국가들로 구성되었다. 주요한 나라는 알제리, 이집트, 멕시코, 파키스탄, 터키, 그리고 유고, 인도, 모로코 등이 여기에 속한다.[10] 이 그룹의 국가들은 고용국에서 자국민들을 보호하려고 하는 그들의 이익들에 의해 분명하게 연대하였다.

중부와 동부유럽의 과거 사회주의국가들도 또한 그들 스스로의 그룹을 형성했으나, 그들의 영향력은 상대적으로 적었다. 그들은 고용목적으로 그들 사이를 이동하는 사람들(예를 들어, 동독으로 가는 폴란드인)이 이주근로자로 분류되기보다는 특수한 취급을 받기를 희망했다. 마지막 그룹은 MESCA 이외의 산업국가들로 구성되었으며,[11] 이들은 세가지 관심사를 공유하였다. 첫째, 그들은 이민자의 입국과 불법체류자의 합법화와 같은 이민정책의 주요 사항들에 대해 주권적 통제권을 갖고자 원했다. 둘째, 그들은 사회적 비용과 같이 적극적인 의무와 관련된 규정들에 특별한 관심을 보였다. 셋째, 그들은 이주협약이 별개의 정치적, 법적 그리고 행정적 시스템을 수용할 수 있을 정도로 유연하도록 하려고 했다.

초안 작성과정에서의 국가들의 이해를 이렇게 4그룹으로 정리하는 것이 완전하다고 말할 수는 없으나, 설득력이 있다. 이주협약의 논쟁적인 규정들의 다수는 다른 국가그룹 사이의 타협의 결과물이었다.

공식적으로 보면, 이주협약의 제정과정에서 ILO의 참가는 매우 미미한 것이었다. 총회에 문서를 보내거나 작업소모임의 회의에 대표를 파견하는 정도이다. 그러나 비공식적으로 보면 ILO가 MESCA 국가들과 특별한 관계에 있었던 것으로 인해 그 기여는 상당한 것이었다. MESCA 국가들은 심지어 ILO에게 규정초안을 만들어줄 것을 요청하기도 했었다. MESCA 구성원들에 의해 그러한 초

10) Ibid.,p.144의 각주 34번 참고.

11) 이들 국가에는 호주, 캐나다, 덴마크, 독일, 일본, 네덜란드, 그리고 미국이다. 덴마크는 1980년대 초반에 그 이민정책이 규제적인 방향을 향했으므로, MESCA 보다는 이 그룹과 연대했다. 일본도 자국에 대한 이민압력으로 인해 서구의 고용국가들의 주장을 지지했다.

안은 면밀히 검토되었기 때문에, 그 영향력은 제한적인 것이기는 했다.[12]

2. 이주협약의 체계와 노동관련 규정

이주협약의 적용대상이 되는 이주근로자[13]는 매우 범위가 넓다. 이주협약 제2조 제1항에 의하면, '이주근로자'는 자기의 국적국이 아닌 국가에서 보수활동에 종사하는 것이 예정되거나 현재에 종사하거나, 또는 종사하여온 사람을 말한다.[14] 현재 노무를 제공하고 있거나 제공해온 사람은 물론이며, 앞으로 종사할 것이 예정된 사람도 그 대상이 되고 있다.

주목할 것은 합법체류 외국인에 한정하지 않고 불법체류(미등록) 외국인까지를 포함하고 있다는 점이다. 이 점은 국제노동기구(ILO)의 선행 협약들과도 차이가 나는 점이다. ILO의 제143호 협약 제11조[15]나 제97호 협약 제11조의 경우에는 합법체류 근로자만에 한정하는 이주근로자 정의규정을 지니고 있다. 즉, '정상적으로 입국이 인정되는 자'이어야 한다는 표현이다.

그러면, 불법체류자와 합법체류자를 가르는 기준은 무엇인가? 이에 대해 이주협약은 외국인근로자와 그 가족이 취업국의 법과 그 국가가 당사자인 국제협정에 따라 그 국가에서의 입국과 체류 및 유급활동에의 종사에 대한 허가를 받았는지의 여부를 기준으로 그러한 허가를 받은 경우에는 '등록되거나 적법상태에 있는 이주근로자'라고 하며(협약 제5조(a)), 그러한 요건을 충족하지 못한 이주근로자를 가리켜 '등록되거나 비적법상태에 있는 이주근로자'라고 한다.[16] 결국 입국, 체류 및 보수활동 모두가 적법인 경우와 그 중에 하나가 비적법인 경우로 나누고 있다고 할 수 있다. 이러한 구분은 중요한 의미를 갖는데, 이주협약의 제4부와 제3부의 적용대상에서의 차이를 가져온다.

---

12) Ibid., p.145.

13) 이주근로자의 개념은 '외국인근로자' 개념과 많은 부분 유사하나, 완전히 일치하는 것은 아니다. 위 본문처럼 이주협약은 '이주근로자'(migrant workers)라는 개념을 사용하므로, 이글에서는 이주협약의 보호대상인 외국인을 가르키는 용어로서 '이주근로자' 개념을 사용한다.

14) The term "migrant workers" refers to a person who is to be engaged, is engaged, or has been engaged in a remunerated activities in a state of which he or she is not a national.

15) 채형복, 앞의 논문, 346-349면.

16) 고준성, 앞의 글, 216-217면.

이주협약은 전문과 제1부로부터 제9부까지 93개조로 구성되어 있다. 제1부(제1~6조)는 협약이 적용되는 근로자의 범위와 용어의 정의를, 제2부(제7조)는 권리향유에서의 차별금지의 원칙을, 제3부(제8~35조)는 등록되지 않았거나 비적법 체류상태에 있는 근로자를 포함한 모든 이주근로자가 향유하는 인권을, 제4부(제36~56조)는 등록되었거나 적법상태에 있는 이주근로자와 그 가족에게만 인정되는 기타의 권리를, 제5부(제57~63조)는 국경근로자 등 특정 범주에 속하는 이주근로자와 그 가족의 권리를, 제6부(제64~71조)는 근로자와 그 가족의 국제적 이주에 관해 건전하고 형평에 맞고 인도적이며 적법한 상태를 촉진하기 위해 필요한 조치를, 제7부(제72~78조)는 협약의 적용과 이행을 확보하기 위해 필요한 사항, 즉 시행조치를, 제8부(제79~84조)는 다른 협약과의 관계 및 권리구제에 관한 일반조항을, 제9부(제85~93조)는 협약의 효력발생, 가입, 해석과 적용을 둘러싼 분쟁의 해결 등을 각각 규정하고 있다.

이 협약은 이주근로자의 지위에 관한 종합적이고 포괄적인 지위를 정하고 있으므로, 노동관계법상 지위와 직접 관련되는 규정은 그 가운데에 일부에 그친다. 제3부와 제4부에 산재되어 있는 노동관계법상 지위와 관련되는 규정을 개괄해 보면 다음과 같다. 제3부는 불법체류 외국인을 포함한 '모든' 이주근로자와 가족을 보호하는 것이므로, 기본적인 사항을 위주로 규정되어 있으나, 이주협약 자체가 진보적인 내용을 담고 있음에 따라 경우에 따라서는 기본적인 것을 넘어서는 규정도 있다. 제3부 가운데 제25조, 제26조 및 제27조의 3개 조항이 이주근로자의 지위와 관련되며, 그중 제25조는 근로조건과 고용조건의 차별금지를 규정하고 있다. 제26조는 노동조합 등 단체로의 참가 및 가입권이 규정되어 있으며, 제27조는 사회보장의 균등대우를 정하고 있다.[17]

제4부는 등록되거나 적법상태에 있는(documented or regular situation) 이주근로자와 그 가족에 대한 규정들이다. 제4부는 합법상태에 있는 근로자들만을 대상으로 하여, 그들을 두텁게 보호하기 위한 일련의 조항들을 두고 있다. 여러 조항 가운데 노동관계법과 직접 관계되는 규정들을 일별해 보면 다음과 같다. 제40조는 단체와 노동조합의 결성권을 정하고 있으며, 제43조는 교육•사회•문화 서비스의 제공에 대한 권리를 정하고 있다. 제43조는 직업소개와 지도 서비스(vocational guidance and placement services)의 이용, 직업훈련과 재훈련 시설의 이용, 사회 및 보건 서비스(social and health services)의 이용 등에 대

17) 이밖에도 긴급의료에 관한 권리를 정한 제28조가 있다.

한 평등한 대우를 포함한다.[18]

이주근로자에게 안정적인 체류와 취업을 보장하기 위한 규정도 산재해 있는데, 제49조와 제51조가 대표적인 규정이다. 이에 따르면, 고용에 종사하는 기간 동안에 체류허가가 부여되어야 한다든지, 고용을 비롯한 보수활동이 종료되었다는 사실만으로 바로 불법체류 상태가 되어서는 안된다든지 하는 내용이 규정되고 있다.

그리고 이주근로자에게도 직업선택의 자유를 가급적 보장하기 위한 일련의 규정도 있다. 제52조는 이주근로자는 원칙적으로 보수활동을 자유로이 선택하는 권리를 가져야 하며, 다만, 한정된 사유가 있는 경우에만 그 자유가 제한될 수 있고, 제한기간도 일정한 제약에 따라야 한다. 또한 이주근로자의 가족에게도 직업선택의 자유를 인정하기 위해 제53조가 몇가지 규정을 두고 있다.

그밖에 제4부에는 제54조에서 해고, 실업등에 대한 이주근로자의 권리, 제55조에서 보수활동에서 내국민 처우에 대한 권리 등을 정하고 있는데, 이들은 제3부에서 정한 기본적인 내용과 많은 부분 중복되고 있으므로, 보완적인 의미를 갖는 데에 그친다.

제5부는 일반적인 범주가 아닌 특정한 범주의 근로자를 대상으로 한 별도의 규정들이다. 여기에서는 국경근로자, 계절근로자, 이동근로자, 프로젝트관련 근로자, 특정고용근로자, 자영근로자가 규율의 대상이 되고 있다. 제5부 특정범주의 근로자도 제3부 모든 이주근로자에게 적용되는 규정들의 보호를 받으며, 동시에 제4부의 권리를 그 제공노동의 성격에 맞지않는 부분을 배제한 채 보호를 받게 된다. 특정고용근로자나 자영근로자의 경우는 통상적인 근로계약의 범주를 벗어나는 외국인에 대해서까지도 보호범위를 한다는 점에서 특색이 있다.

Ⅲ. 이주근로자의 근로조건에 대한 차별대우 금지

1. 이주협약의 규정

이주협약상 개별적 근로관계에 관한 규정으로서 대표적인 것은 제25조가 있

18) 아울러 이주근로자의 가족도 유사한 권리를 가지고 있음을 이주협약 제45조는 규정하고 있다.

다. 이 규정은 모든 이주근로자에 관한 제3부에 속하므로, 미등록 이주근로자도 그 보호대상이 된다. 이에 따르면, 모든 이주근로자와 그 가족은 고용국의 국민보다 차별대우를 받아서는 안된다.

이주협약 제25조(근로조건에 대한 균등대우)

1. 모든 이주근로자와 그 가족은, 임금 및 다음에 기술하는 것에 관하여, 고용국의 국민보다 불리하지 않은 취급을 받는다.

(a) 다른 근로조건, 즉 시간외 근로, 근로시간, 주휴, 유급휴가, 안전, 보건, 고용관계의 종료, 그리고 국가의 법률 및 관행에 의한 다른 모든 근로조건

(b) 다른 고용조건, 즉 최저취업연령, 가사노동에 대한 제한, 국가의 법률 및 관행에 의한 다른 모든 사항.

2. 이 조 제1항이 정하는 균등대우원칙을 근로계약에서 배제하는 것은 위법이다.

3. 체약국은, 이주근로자가 그 체류 또는 고용의 비합법성을 이유로 하여, 이 원칙에 의해 인정되는 어떠한 권리도 박탈되지 않도록 하기 위해 모든 적절한 조치를 취한다. 특히 사용자는 그러한 비합법성을 이유로 어떠한 방법에 의하여도 법률상 또는 계약상의 의무가 면제되거나 제한되지 않는다.

눈길을 끄는 것은 근로조건(conditions of work)과 고용조건(terms of employment)을 구별하고 있다는 점이다. 임금을 비롯한 통상의 근로조건 이외에, 고용조건이라는 개념을 별도로 설정한다. 최저취업연령과 가사노동에 대한 제한과 같이 취업여부를 둘러싼 조건을 의미한다. 이상과 같은 제25조 이외에도 개별적 근로관계에 관한 규정이 있는데, 제54조와 제55조가 여기에 속한다. 제54조와 제55조는 등록되거나 합법상태에 있는 이주근로자를 위한 제4부 규정에 포함되는 조항인데, 모든 이주근로자를 위한 제25조, 제27조 규정과 많이 중복되고 있다.

제54조 제1항은 이주근로자에게 (a) 해고에 대한 보호, (b) 실업수당, (c) 실업대책을 위한 공공고용계획의 참가, (d) 실업 또는 보수활동이 종료한 경우, 신규의 고용을 구하는 권리를 고용국의 국민과 동등하게 보장받도록 규정하고 있다. 이러한 권리보장은 이미 제25조 제1항에서 '고용관계의 종료'와 관련하여 내국인과 동등하게 보장하도록 한 내용에서 보장되고 있으며, 실업수당도 제27조 제1항의 사회보장에서의 차별대우 금지에 의해 이미 규정되고 있는 내용이다.

그리고 이주협약 제55조는 "보수활동에 종사하는 허가가 부여된 이주근로자는, 그 허가에 붙여진 조건에 따르는 이외에는 보수활동에 있어서 고용국의 국민과 균등한 대우를 향유한다"고 정한다. 이 조항 역시 균등한 대우를 정하고 있는 규정이므로, 제25조 규정과 중복되는 것처럼 보인다. 그렇지만, 협약제정과정의 역사를 살펴보면, 독립적인 활동이나 전문직업에 종사하는 이주근로자의 경우에는 근로자에게만 적용되는 제25조 규정이 적용될 수 없으므로, 제55조는 이주협약 제25조를 보완하는 독자적인 의의가 있다고 한다.[19]

균등대우에 관한 이주협약의 규정들은 다른 국제적 기준들에 비하여 상당히 진보적이라고 평가받는다. 이 규정들은 이주근로자에게 국가에 대해서 뿐만 아니라 사용자에 대해서도 직접 권리를 보장하고 있기 때문에, ILO 기준들에 비해서 폭넓은 적용범위를 가지게 된다. ILO의 기준들은 체약국들이 이주근로자에게 균등대우를 보장하는 구조로 되고 있음에 그치기 때문이다.[20]

2. 한국 법과 현실

차별대우 금지를 정하고 있는 국내법 규정은 헌법 제11조를 비롯하여 곳곳에 산재해 있다. 근로조건등에 대한 차별금지와 보다 직접적으로 관련을 맺는 조항은, 근로기준법 제6조(균등대우), '외국인근로자의 고용등에 관한 법률'(이하 '외국인고용법') 제22조[21]가 있다. 한국의 법제도상 국적에 의한 차별을 금지하고 있으므로, 이주협약의 취지가 국내법에 상당부분 반영되어 있다고 할 수 있다. 외국인고용법에는 국적차별을 이유로 한 벌칙규정이 없으나,[22] 근로기준법

---

19) R. Cholewinski, op.cit., p.160의 각주 100 참고.

20) 예를 들어, ILO 제97호 협약 제6조를 들 수 있다.
제97호 협약 제6조 1. 이 협약의 적용을 받는 각 회원국은 다음 사항에 관하여 자국민에게 적용하는 것보다 불리하지 않은 대우를 국적, 인종, 종교 또는 성별에 관한 차별없이 합법적인 이주자에게 적용할 것을 약속한다. (a) 1) 임금의 일부를 구성하는 가족수당을 포함한 임금, 근로시간, 초과시간의 조치, 유급휴가, 가내근로의 제한, 고용을 위한 최저연령, 수습 및 훈련, 여성노동 및 연소자 노동, 2) 노동조합의 조합원자격 및 단체교섭 이익의 향유, 3) 숙박시설. (b) 사회보장(즉, 업무상 재해, 출산, 질병, 폐질, 노령, 사망, 실업 및 가족부양책임 및 국내법령에 의하여 사회보장제도의 적용을 받는 기타의 사고에 관한 법률)

21) "사용자는 외국인근로자라는 이유로 부당한 차별적 처우를 하여서는 아니된다."

22) 외국인고용법에 벌칙규정이 없음을 들어 실효성 확보방안이 마련되어 있지 않다는 지적도 있다. 권영국, "제3주제발표", 유엔이주노동자권리협약비준을 위한 공청회 자료집,

제6조에 의한 국적차별은 벌칙규정의 적용대상이 된다. 근로기준법 제114조에 의해 균등대우 위반시에는 500만원 이하의 벌금에 처해지는 대상이다. 다른 벌칙규정에 비해 정도가 약하기는 하나 벌칙규정이 미비하다고 볼 수는 없다.

이밖에도 이주협약상 근로조건에 대한 차별대우 금지와 관련되는 몇가지 쟁점이 있다. 그 가운데, 가장 문제가 될 수 있었던 것은 산업연수생제 내지 연수취업제였다.[23] 산업연수생이 원래의 목적대로 '기술연수'나 개발도상국에 대한 '기술이전'에 충실하였다면, 이주근로자권리협약의 합치 여부가 문제될 수 없었다. 이주협약은 이주'근로자'에게 적용되는 것이기 때문에, 연수생이나 학생에게는 적용되지 않는다(이주협약 제3조 (e)). 그렇지만, 실질적으로 노무에 종사하는 연수생을 내국인 근로자와 다르게 대우함으로써, 국제기준과 충돌했었다.

그런데, 산업연수생제의 문제는 최근의 제도 개선등을 통해 해결되었다고 볼 수 있다. 산업연수생제는 멀리는 1991년 10월의 법무부훈령으로부터 시작되는데, 이러한 산업연수생제는 도중에 일정한 연수기간 이후에 취업기간을 부여하는 연수취업제로 변경되는 등 여러 차례의 우여곡절을 거친 끝에 근래에 그 수명을 다하였다. 비판의 표적이 되었던 단체추천의 산업연수생제가 2006년 12월말로 폐지된 것이다. 2005년 7월 27일 개최된 외국인력정책위원회가 외국인력제도는 2007년 1월 1일부터 고용허가제로 단일화한다는 결정을 내렸기 때문이다.

근래의 동향과 관련하여 주목할 만한 것은 산업연수생제에 대해 헌법재판소의 위헌 결정이 나왔다는 점이다.[24] 결정은, 산업연수생제와 관련하여 내려졌던 '외국인산업기술연수생의 보호 및 관리에 관한 지침'(노동부 예규) 제4조, 제8조 제1항, 제17조가 청구인(외국인)의 평등권을 침해한다는 것이다. 탈법적인 제도가 시행중에 위헌이 되지 않고, 사실상 폐지된 이후에 위헌이 된 것은 아쉽지만, 법리적인 문제를 다시 확인한 의의는 있다.[25]

그런데, 이주협약과 한국 판례이론 사이에 차이가 발생할 수 있는 대목이 또 하나 있다. 이제까지 지적되지 않은 사항이나 검토를 요한다. 이주협약 제25조에 고용관계의 종료(termination of the employment relationship)가 차별대우

국가인권위원회, 2006.11.29, 51-52면 참고.

23) 최홍엽, UN 이주근로자 권리조약과 한국의 이주근로자, 21세기의 인권, 한길사, 2000, 821-826면.

24) 헌법재판소 2007.8.30. 선고, 2004헌마670 전원재판부 (산업기술연수생도입기준완화결정등위헌확인)

25) 자세한 내용은 최홍엽, 외국인 고용의 현황과 쟁점, 노동법연구 제25호(2008), 190-193면.

금지의 대상으로 열거되고 있으며(제1항(a)), 체약국은 이주근로자가 그 체류나 고용의 비합법성을 이유로 하여, 권리가 박탈되지 않도록 해야 하기 때문이다. 이 부분의 의미가 고용관계의 종료(예를 들어, 해고)에 기인한 퇴직금 청구 등에 있어서 차별대우 금지에 그치는가, 아니면 더 나아가 비합법체류를 이유로 한 근로관계의 해지까지도 금지하는 취지인가가 문제이다. 전자의 의미라면 국내 판례와 사이에 간격이 없으나, 후자의 의미라면 갭(gap)이 있는 것이다.

합법체류이든 불법체류이든 근로조건상의 차별을 할 수 없다는 점은 분명하나, 불법체류 외국인과의 근로계약은 하자 있는 근로계약이란 점을 부인하기 어렵다. 불법체류상태에서 체결한 근로계약이기 때문에 이주근로자나 그 사용자는 장래를 향해서 그 계약을 해지시킬 수 있다고 봐야 한다. 그러한 해지까지를 금지하여 불법체류 외국인에게 완전한 균등대우를 실현하는 것은 국내 대법원의 판결과도 배치된다. 대법원은 취업자격이 없는 외국인근로자가 취업하다가 산업재해를 입은 사건과 관련한 판결에서, "취업자격은 외국인이 대한민국 내에서 법률적으로 취업활동을 가능케 하는 것이므로 이미 형성된 근로관계가 아닌 한 취업자격 없는 외국인과의 근로관계는 정지된다고 하여야 할 것이고, 당사자는 언제든지 그와 같은 취업자격이 없음을 이유로 근로계약을 해지할 수 있다 할 것이다"라는 판지를 피력한 바가 있다.[26] 이주협약의 제정과정에서도 제25조의 '고용관계의 종료'를 비롯한 포괄적인 권리열거는 몇몇 나라의 반대에 봉착했었다. 독일과 오스트리아의 대표가 대표적으로 반대했는데, 특히 오스트리아 대표는 노동허가가 없이 취업한 외국인근로자에게 고용관계 종료나 해지통고와 관련하여 발생하는 청구권을 부여할 수 없다는 이유로 제25조 제3항에 대해 유보의사를 표명했었다.[27]

Ⅳ. 이주근로자의 노동3권 보장

1. 이주협약의 규정

26) 출처: 대법원 1995.9.15. 선고 94누12067 판결[요양불승인처분취소].

27) UN Doc. A/C.3/42/1(June 1987) 40, para. 196. 그렇지만, 핀란드, 인도, 이태리, 네덜란드, 구 소련 대표는 이러한 조항에 찬성을 했다. Ibid. 40, para. 197. (R. Cholewinski, op.cit., p.160)

노동3권과 관련된 이주협약상의 규정은 다음과 같이 두개가 있다. 제26조는 미등록 외국인을 포함한 모든 이주근로자의 권리로서 제3부에 속하며, 제40조는 등록되거나 적법상태에 있는 이주근로자가 주체인 권리로서 제4부에 속한다.

이주협약 제26조(노동조합과 단체에 대한 권리)

1. 체약국은 이주근로자와 그 가족에게 이하의 권리를 인정한다.

(a) 노동조합 또는 경제적, 사회적, 문화적 및 기타 이익을 지키기 위해 법률에 의하여 설립된 어떠한 단체의 집회 및 활동에 대해서도 그 단체의 규칙만에 따라서 참가하는 것,

(b) 어떠한 노동조합 및 위의 어떠한 단체에도 그 단체의 규칙만에 따라서 자유로 가입하는 것,

(c) 어떠한 노동조합 및 위의 어떠한 단체에도 원조를 구하는 것

2. 이들 권리행사에 대해서는 법률에 정하는 제한으로서, 국가의 안전, 공공질서, 또는 다른 사람의 권리와 자유의 보호를 위한 민주 사회에서 필요한 것 이외의 어떠한 제한도 설정할 수 없다.

제40조(결사에 대한 권리)

1. 이주근로자와 그 가족은 고용국에서 그 경제적, 사회적, 문화적 및 기타의 이익의 보호 및 촉진을 위하여 단체와 노동조합을 결성할 권리를 가진다.

2. 전항의 권리의 행사에 있어서는 법률에 정하는 것으로서 국가의 안전, 공공질서 또는 다른 사람의 권리와 자유의 보호를 위해 민주사회에서 필요한 것 이외의 어떠한 제한도 과할 수 없다.

위 조항 내용에서도 확인되듯이 UN 이주협약에 따르면 이주근로자도 국민과 동등하게 노동3권을 원칙적으로 향유한다. 다만, 합법체류의 이주근로자는 노동조합의 결성까지를 권리로 가지나, 모든 이주근로자는 결성권을 제외한 권리, 집회와 활동에 대한 참가권 그리고 노조의 가입권 등을 누리는 것으로 정해져 있다. 협약규정이 권리주체를 구분하여 두 조항으로 달리 정하는 것에 대해, 기존의 국제기준들에 비해 떨어지는 수준으로 비난의 대상이 되고 있다[28]고 한

28) R.Cholewinski, Migrant workers in Inter'l Human Rights Law, Clarendon Press(Oxford), 1997, p.164.

다. 모든 사람의 노동3권 주체성을 인정하여 노동조합 결성권까지를 정하고 있는 국제인권규약(A와 B)과 ILO 제87호 협약에 미치지 못한다는 것이다.

2. 한국 법과 현실

현재 외국인고용법에는 외국인근로자의 노동3권 행사에 관한 규정은 없다. 특별히 이를 보장하거나 금지하는 규정이 없다. 그렇지만 산업연수생제와는 달리 고용허가제가 외국인을 근로자로 대우하는 전제 위에 있으므로, 노동조합 활동은 법적으로 허용된다는 데에 의견이 일치해 있다. 합법체류 외국인근로자의 노동3권이 보장된다는 데에 학설과 판례에는 이견이 없다.

단순기능 외국인력은 이제까지 사실상 노동조합 활동이 곤란한 실정에 있었다. 최근까지 외국인의 근로계약은 1년을 초과하지 못하므로, 1년 이내에서 갱신하도록 되어있었다. 노동부도 1년 단위의 계약갱신을 법으로 규정했으므로 노동조합활동 현실적으로 곤란하다는 것을 시인했었다.[29] 그렇지만, 최근 들어 근로계약기간을 자유롭게 정할 수 있도록 외국인고용법이 개정되었다. 이에 따라 노사간의 자유로운 기간설정이 가능하며, 1년 단위의 근로계약이 강제되지 않는다. 법개정이 외국인근로자의 활발한 노조활동으로 연결될지는 의문이나, 법적인 제약은 없어졌다고 볼 수 있다.

외국인근로자의 노동3권과 관련하여 가장 큰 쟁점은, 미등록(불법체류) 외국인근로자의 노동조합결성권 문제이다. 결성권에 대해서는 노동부와 노동조합측 사이에서 의견이 나뉘며, 하급심 법원 상호간에도 결론이 달랐다. '서울경기인천이주근로자노동조합'(이하 '이주노조') 사건의 경우인데, 서울, 경기, 인천에 사는 외국인근로자 91명이 지역별 노동조합을 결성하여 노동부장관에게 설립신고서를 제출했던 사건이다. 서울지방노동청장은 2005년 5월 9일 관계서류의 보완요구를 했으나, 조합원이 소속된 사업장의 명칭과 조합원수 및 대표자의 성명, 조합원명부의 보완요구에 응하지 않았으며, 취업자격이 없는 불법체류 외국인을 주된 구성원으로 하고 있는 점을 이유로 하여 2005년 6월 3일 노동조합설립신고서를 반려하였다. 이에 이주노조는 반려처분의 취소를 구하였다. 제1심인 서울행정법원은 처분의 적법성을 인정하여 원고의 청구를 기각했으나,[30] 서울고

29) 노동부, "고용허가제 법률제정설명자료", 2003.2

30) 서울행법 2006.2.7.선고, 2005구합18266판결.

등법원 제11특별부는 제1심판결을 취소하고, 이주노조에 대한 노동조합설립신고서 반려처분을 취소하였다.[31] 서울고법과 서울행정법원은, 미등록 외국인근로자가 노조법상의 근로자에 해당하는지에 대해서 근본적인 견해의 차이가 있었으며, 복수노조 금지규정의 적용과 노조법 시행규칙 제2조 제4호의 의미에 대해서도 견해를 달리했었다.[32] 이에 대한 대법원의 최종판단은 아직까지 내려지고 있지 않다.

서울고법의 판지가 단결권보장의 취지에 부합한다고 생각한다. 헌법상 보장된 노동3권의 의미, 한국이 비준한 국제인권규약(A,B규약)의 의미 등을 볼 때, 단결권은 모든 근로자의 권리이며, 한정된 경우에 법률에 그 근거규정이 있을 때에만 제한할 수 있을 것이므로, 설령 미등록 외국인근로자라 하여도 현행법상으로는 설립신고를 반려할 수 없다고 본다.

그러나, 미등록 외국인근로자의 노동3권 주체문제와 관계 없이, 이주협약과 한국의 법현실 사이에는 괴리가 없다. 앞에서 논했듯이 이주협약이 노동조합의 결성권을 합법체류 이주근로자의 권리로 보고 있기 때문이다. 대법원이 노조설립신고서 반려처분의 정당성을 인정한다고 가정하더라도, 이주협약 제40조상의 노동조합등의 결성권은 등록되거나 적법상태에 있는 이주근로자의 권리이므로, 국내 노동법과 충돌하지 않는다.

V. 이주근로자의 노동시장에서의 지위

1. 직업지도 및 직업소개 서비스의 이용

1) 이주협약의 규정

UN이주협약은 '등록되거나 적법상태에 있는 이주근로자와 그 가족의 권리'의 하나로서 다음과 같은 규정을 두고 있다. 노동영역과 관련되는 규정은, 이주근로자가 '(b) 직업지도 및 직업소개 서비스의 이용, (c) 직업훈련, 재훈련 시설과

31) 서울고법 2007.2.1.선고, 2006누6774판결.

32) 자세한 내용은 최홍엽, 외국인 고용의 현황과 쟁점, 노동법연구 제25호, 2008, 203-206면.

기관의 이용'과 관련하여 고용국 근로자와 평등한 대우를 향유한다고 정한 대목이다.

이주협약 제43조(교육, 사회, 문화적 서비스의 이용과 참가)

1. 이주근로자는 다음의 각호에서 정하는 사항에 대해서, 고용국의 근로자와 평등한 대우를 향유한다.

(a) 그 기관과 서비스의 개시요건 및 기타의 규칙에 따라서, 교육기관 및 서비스를 이용하는 것.

(b) 직업지도 및 직업소개 서비스의 이용

(c) 직업훈련, 재훈련 시설과 기관의 이용

(d) 주택의 이용. 이에는 사회주택계획 및 '임대료의 착취로부터의 보호'를 포함한다.

(e) 사회 및 보건 서비스의 이용. 다만, 각 제도로의 참가 요건이 충족되어 있는 경우에 한정한다.

(f) 이민상의 지위를 변경하는 것 없이 그 단체의 규칙 및 규율에 좇을 것을 조건으로 협동조합 및 자주관리사업이 운영하는 사업에 참가하는 것

(g) 문화생활의 이용과 참여

2) 한국 법과 현실

직업지도, 직업소개서비스의 이용과 관련한 국내법규는 특별히 외국인근로자를 배제하고 있지 않다.[33] 직업안정법 제1조는 '모든 근로자가 각자의 능력을 개발·발휘할 수 있는 직업에 취업할 기회를 제공하 … '는 목적을 규정하고 있다. 직업소개나 직업지도에 대한 법규정도 구인자등에 대한 효과적인 서비스의 제공을 도모하고 있으며, 특별히 내국인(한국인) 구인자 등으로 명시하고 있지는 않다.

직업지도, 직업소개 등을 규율하고 있는 국내법으로는 직업안정법이 있는데, 이 법의 적용과 관련하여 상이한 해석이 가능하다. 이주협약에서 정하는 것처럼 이주근로자는 고용국(한국)의 국민과 평등한 대우를 향유한다고 보는 해석이 가능한 반면에, 직업안정법은 원래 한국 국민에게 취업기회를 제공하기 위한 법

33) 권영국, 앞의 논문, 62-65면 참고.

이므로, 한국 국민과 평등한 대우를 누릴 수 없다는 해석도 가능하다. 직업안정법 제2조는 균등처우를 규정하면서, 국적에 의한 차별 금지를 명시하지는 않고 있다. "누구든지 성별, 연령, 종교, 신체적 조건, 사회적 신분 또는 혼인 여부 등을 이유로 직업소개·직업지도 또는 고용관계의 결정에 있어서 차별대우를 받지 아니한다."[34] 그리하여 이 규정의 해석과 관련해서도 상이한 해석이 가능하다.[35]

이에 대해 대법원 판결은[36][37] 외국인을 대상으로 한 직업알선행위도 처벌대상이 된다고 보았다. 직업안정법상의 균등처우조항은 국적에 의한 차별을 명시하고 있지 않지만 이 조항은 예시규정이므로 국적에 의한 차별도 금지되고 있다고 본 것이다. 즉,

" …그러나 위 법의 제정목적과 개정경위가 제1심판결이 설시한 바와 같다 하더라도 그 사정만으로 외국인 근로자는 법의 적용대상이 되지 아니한다고 말할 수 없다.

이 법은 근로자의 직업안정 및 고용촉진을 도모하기 위한 법률임이 명백하고, 근로자의 지위는 근로기준법 제5조에서 명시하고 있듯이 국적을 불문하고 차별적 대우를 받지 않게 되어 있으며, 법 제10조의 유료직업소개사업에 대해 노동부장관의 허가를 받도록 하고 있는 입법취지 역시 무분별한 직업알선으로 인해서 근로자가 입게 될 피해등을 막기 위하여 정부가 알선기관을 감독하고자 하는 것으로서, 그 주된 목적이 근로자를 보호하기 위한 법조항이라고 보아야 하며, 법 제1조의2 균등처우 조항에서 성별, 종교, 사회적 신분, 혼인여부등을 이유로 차별대우를 받지 아니한다라고만 했을 뿐 국적을 표시하지 않았다 하더라도 위와 같은 열거사유들은 예시적인 것일 뿐이고, 거기에 국적이란 사유가 열

34) 고용정책기본법 제19조(취업기회의 균등한 보장)에서도 국적은 열거되어 있지 않다.

35) 이하의 판례 분석은 최홍엽, 외국인근로자의 노동법상 지위에 관한 연구, 박사학위논문(1997.2.), 68-71면 참고,

36) 대법원 1995.7.11. 선고 94도1814 판결[직업안정및고용촉진에관한법률위반].

37) 이 사건은 국내 기업들이 노동부장관의 허가를 받지 않고 외국인근로자를 상대로 유료직업소개업을 했을 때에 직업안정법 제19조 위반으로 형사처벌을 받게 되는지가 문제되었다. 이 사건에서, 프린스인터내쇼날을 비롯한 5개업체의 대표들이 1991.11.1부터 외국인 근로자를 기술연수자로 모집하여 국내에 입국시킨 다음 유료로 국내업체에 취업알선을 하였다. 검찰에서는 외국인을 대상으로 한 취업알선 행위는 유료직업소개업으로서 구 법 제30조에 의해 5년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처해진다고 보았다. 이 사건은 외국인연수생의 모집, 알선 등이 중소기업협동조합중앙회로 통합되기 이전의 사건이다.

거되지 않았다 해서 외국인을 배제한다는 취지라고 보아야 할 이유는 없고, 위 법이 제정될 당시에 외국인 근로자의 국내취업문제가 법률적으로나 사회적으로 쟁점사항이 된 일이 없다 해서 반드시 그것은 제외된 것이라고 단정할 수도 없으며, 또 외국인 근로자를 포함한다고 해석하는 것이 죄형법정주의에 위배되는 법해석이라고 할 근거도 없다.

따라서 법 제10조가 규정하고 있는 유료직업소개사업에 관한 허가규정은 외국인 근로자를 국내기업에 알선하여 주는 소개업에도 적용이 된다고 보아야 할 것이며, 이와 다른 견해에서 외국인 근로자는 적용대상이 되지 않는다고 설시한 원심의 조치는 직업안정및고용촉진에관한법률의 적용범위에 관한 법리를 오해한 위법이 있고, 그로 인해 판결 결과에 영향을 미친 것이라 할 것이다. … "

이 판결에 의해 파기된 원심은,[38] 위와 다른 결론을 냈었다. 근로의 권리는 국민의 권리이며, 정부의 직업안정 및 고용촉지의무에서 비롯되는 이익을 향유할 권리도 인간의 권리가 아니라 국민의 권리이기 때문에, 외국인근로자를 국내기업에 유료 직업소개해 주는 행위는 처벌할 수 없다는 것이었다.

하급심의 판결과 달리 위의 대법원의 판결에 따르게 되면, 유료직업소개사업에 관한 허가규정은 직업안정법의 적용에 있어서는 이주근로자와 국민을 차별할 수 없다는 논지이다. 이러한 판결은 다른 사건[39]에서도 반복되었으므로, 적어도 법원의 입장은 이주협약의 내용과 다르지 않다.

2. 직업훈련 및 재훈련 시설과 기관의 이용

1) 고용보험법의 적용

직업훈련, 재훈련과 관련해서는 고용보험법의 적용이 우선 쟁점이 될 수 있다. 현행법은 이주협약과 달리 외국인근로자를 한국인근로자와 별도의 취급을 하고 있다. 고용보험법에 따르면 외국인근로자는 원칙적으로 고용보험의 적용대상이 아니다. 그리하여 비전문취업(E-9)이나 방문취업 자격의 경우에는 고용보험의 적용대상이 아닌 것이 원칙이며, 다만 본인이 가입을 희망하는 경우에는

38) 서울형사지방법원 1994.5.24. 선고 93노5036 판결.

39) 위의 판결 이외에도 대법원은 다른 사건에서 유사한 논지를 펴고 있다. 대법원 1995.9.29.선고, 95도1331판결.

고용보험에 가입할 수 있다(고용보험법 제10조,[40] 시행령 제3조 제2항 1호 나목[41]). 반면에 국민에 가까운 안정된 지위를 가지는 영주 자격, 재외동포 자격, 거주 자격의 경우에는 고용보험의 적용대상이다.

고용보험의 적용대상이 되어야 구직급여 등의 급여를 지급받을 수 있을 뿐 아니라, 직업능력개발사업이나 고용안정사업의 대상이 된다. 최근에 고용보험법의 적용을 비전문취업이나 방문취업으로 확대하는 것이 검토된 적은 있으나, 아직까지 외국인근로자는 원칙적으로 고용보험의 적용대상이 아니다.

현재 외국인근로자도 실업의 위험으로부터 자유롭지 못하다. 지난 IMF 경제위기나, 최근의 미국발 금융위기의 경우에도 이주근로자는 실업으로 인한 경제적 위험 등에 노출된다. 고용보험에 가입하지 않는 외국인근로자에게는 같은 법상의 직업능력개발사업이나 고용안정사업 등의 기회가 제공되지 않게 된다. 특히, 외국인근로자의 국내취업기간이 종래 3년으로부터 5년까지 연장이 가능하게 된 현재에는 실업의 위험에 대한 대비도 필요한 시점에 와있다. 현재 상태에서 외국인근로자에게 고용보험을 의무적으로 가입하도록 법을 개정했을 때 어떤 문제가 있을까를 검토해볼 필요가 있다.

고용보험법에 따르면, 구직급여를 받기 위해 가입자는 18개월의 기준기간 동

---

40) 고용보험법(고용보험법 제9315호 2008.12.31 일부개정) 제10조(적용 제외 근로자): 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 근로자에게는 이 법을 적용하지 아니한다. 다만, 제1호의 근로자에 대한 고용안정·직업능력개발 사업에 관하여는 그러하지 아니하다. <개정 2008.3.21> 1. 65세 이상인 자 2. 소정(소정)근로시간이 대통령령으로 정하는 시간 미만인 자 3. 「국가공무원법」과 「지방공무원법」에 따른 공무원. 다만, 대통령령으로 정하는 바에 따라 별정직 및 계약직 공무원의 경우는 본인의 의사에 따라 고용보험(제4장에 한한다)에 가입할 수 있다. 4. 「사립학교교직원 연금법」의 적용을 받는 자 5. 그 밖에 대통령령으로 정하는 자

41) 고용보험법시행령(제21626호 2009.7.7) 제3조 (적용 제외 근로자) 제2항: 법 제10조 제5호에서 "그 밖에 대통령령으로 정하는 자"란 다음 각 호에 해당하는 자를 말한다. 1. 외국인 근로자. 다만, 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 자는 제외한다. 가. 「출입국관리법 시행령」 제12조에 따른 외국인의 체류자격 중 주재(D-7), 기업투자(D-8) 및 무역경영(D-9)의 체류자격을 가진 자(법에 따른 고용보험에 상응하는 보험료와 급여에 관하여 그 외국인의 본국법이 대한민국 국민에게 적용되지 아니하는 경우는 제외한다) 나. 「출입국관리법 시행령」 제23조제1항에 따른 취업활동을 할 수 있는 체류자격을 가진 자(노동부령[1]으로 정하는 바에 따라 보험 가입을 신청한 자만 해당한다) 다. 「출입국관리법 시행령」 제23조제2항제1호·제2호에 해당하는 자 라. 「출입국관리법 시행령」 제12조에 따른 외국인의 체류자격 중 재외동포(F-4)의 체류자격을 가진 자(노동부령으로 정하는 바에 따라 보험 가입을 신청한 자만 해당한다) 마. 「출입국관리법 시행령」 제12조에 따른 외국인의 체류자격 중 영주(F-5)의 체류자격을 가진 자

안 180일동안 고용보험에 가입해야 한다. 이주근로자도 현재 3-5년 동안 국내취업이 가능하므로, 이러한 요건을 충족시킬 수 있다. 그럴 경우 얼마 동안 실업급여를 받을 수 있나를 살펴보면 다음과 같다.[42]

이주근로자가 이직(실업)일 현재 30세 미만이라면, 보험가입기간이 1년 미만이면 90일, 1년 이상이 3년 미만이면 90일, 3년 이상 5년 미만이면 120일에 해당하는 구직급여를 받을 수 있다. 그러지 않고 이주근로자가 이직일 현재 30세 이상 50세 미만이라면, 위의 경우 각각 90일, 120일, 150일의 구직급여를 받을 수 있다.

이렇게 되면, 국내에서 성실하게 근무한 이주근로자는 그 기간과 연령에 비례하여 실업급여를 받을 수 있게 된다. 이주근로자는 실업을 당하더라도 안정적으로 국내취업이 가능하며, 실업급여를 받기 위해 장기근속을 위해 노력할 동기가 생길 수 있다. 법개정시의 문제는 현행법상의 외국인근로자 고용제도와 충돌할 여지가 있다는 점이다. 이주근로자는 다른 사업(장)으로의 변경을 신청한 날로부터 3개월 이내에 근무처 변경허가를 받지 못하거나 사용자와 근로계약이 종료된 후 1개월 이내에 변경허가의 신청을 하지 아니하면 출국조치되도록 되어 있다. 고용보험법에 가입하여 구직급여를 받을 수 있는 법적인 자격이 있는데도 3개월이 경과했다는 이유로 강제출국해야 하는 경우가 발생할 수 있다.

고용보험과 관련하여 이주협약의 수준에 맞추는 과제는, 이주협약의 다른 조항의 요구사항이기도 하다. 사회보장과 관련하여 내외국인 평등대우원칙을 천명하고 있는 이주협약 제24조 제1항(b)도 그러한 요구를 하고 있기 때문이다.

2) 산업재해보상보험법의 적용

산재보험법령상의 직업훈련규정이 외국인근로자에게도 적용될 수 있는지도 검토의 대상이 된다. 현재 외국인근로자의 산업재해는 체류의 불법 여부를 묻지 않고 재해보상이 이루어지고 있으나, 산업재해를 당한 외국인도 직업훈련관련 서비스를 모두 받을 수 있는지가 문제가 될 수 있다.

현재에도 노동부는 산업현장에서 재직중인 근로자를 대상으로 하는 직업능력개발훈련을 실시하고 있으며, 합법적인 체류중에 산업재해를 입은 외국인근로자의 경우에는 요양종결 후에 장해등급이 1급에서 12급에 해당하는 사람을 대상

42) 고용보험법 별표 참조

으로 직업훈련을 실시하고 있다고 한다.[43] 다만, 근로복지공단의 '산재근로자 직업복귀촉진을 위한 지원규정'의 적용과 관련해서는 아직까지도 외국인근로자에게 적용되지 않고 있다.

산재보험법 제92조와 제94조는, 노동부장관에게 직업재활에 관한 시설을 설치·운영하는 사업을 하도록 하고 있으며, 근로복지공단은 '산재근로자 직업복귀촉진을 위한 지원규정'을 제정하여 운용하고 있다. 그런데, 2006년 6월 30일 산재장해자인 외국인근로자가 위 규정 등에 따라 근로복지공단 안산지사에 직업훈련비용 지원신청서를 제출하였으나 근로복지공단 안산지사장은 2006. 7. 5. "직업훈련비용 지원사업은 대한민국 국적의 근로자를 대상으로 하는 사업으로서 외국인은 이 사업의 지원대상이 아니"며 "외국인은 체류자격의 합·불법을 불문하고 직업훈련사업의 대상 근로자가 아니"라는 이유로 위 신청을 반려하는 처분을 하였다.[44]

이 사건은 국내에서 취업하여 일하던 미얀마와 파키스탄 국적의 외국인노동자들이 피진정인(근로복지공단)에 직업재활훈련원 입소와 직업훈련비용 지원을 신청했던 사건이었다. 외국인근로자는 서울행정법원에 위 반려처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기하여 승소했으나,[45] 항소심 법원은 "직업복귀촉진 지원

---

43) 국가인권위원회, 이주노동자권리협약 쟁점 토론회 자료집, 2010.7.16, 61면. 노동부측 토론내용.

44) 권영국, "이주노동자의 노동3권과 노동시장에서의 지위", 이주노동자권리협약 쟁점 토론회 자료집, 2010.7.16, 15-16면.

45) 서울행법 2007.4.11. 선고 2006구합26899 판결【직업훈련비용지원신청반려처분취소】판결요지: 산업재해보상보험법은 근로자의 복지증진을 위하여 노동부장관에게 직업재활에 관한 시설을 설치·운영하는 사업을 하도록 하고 있고, 근로복지공단은 노동부장관의 위탁을 받아 위와 같은 사업을 효율적으로 시행하기 위하여 설립된 점, 근로복지공단의 규정은 관계 법령 및 정관에 의하여 노동부장관의 승인을 받게 되어 있으므로 사인(사인)에 대하여도 법규성을 갖는 것으로 보이는 점, 근로복지공단의 '산재근로자 직업복귀촉진을 위한 지원규정'에서 외국인 근로자를 직업훈련비용지원 사업의 선발 제외 대상자로 규정하고 있지 않을 뿐 아니라 관계 법령에서 산재장해자에 외국인 근로자는 포함되지 않는다는 규정을 전혀 두고 있지 않은 점, 위 지원규정이 훈련원운영사업의 훈련대상자로는 외국인 산재장해자 중 일정한 자격을 갖춘 자를 규정하고 있으나 비용지원사업에 관하여는 이러한 규정이 없다는 사정만으로 외국인 근로자가 비용지원사업의 대상이 되지 않는다는 것이 명백하다고 할 수 없는 점, 위 지원규정에서 비용지원사업의 선발 제외 대상자로서 '직업훈련비용지원 훈련생으로 적합하지 않다고 소속기관장이 인정하는 자'를 규정하고 있고, 근로복지공단의 내부 업무처리지침상 외국인 근로자는 비용지원사업의 대상이 될 수 없다고 되어 있기는 하나, 이러한 내부 지침을 근로복지공단의 규정과 같게 볼 수는 없는 점, 근로복지공단은 직업훈련사업 중 비용지원사업을 원칙으로 삼고 있고 훈련원 운영사업에 따라 종래 운영하던 훈련원들을 사실상 모

규정 중 훈련원에서의 직업재활훈련에 관하여는 외국인 산재장해자 중 일정한 자격을 갖춘 자를 훈련 대상으로 규정하고 있으나 직업훈련비용 지원사업과 관련해서는 이러한 규정이 없는 점" 등을 이유로 위 1심 판결을 취소하고 청구인의 청구를 기각(서울고등법원 2007. 11. 27. 선고 2007누11650 판결)하였고, 위 항소심 판결은 대법원에서 청구인의 상고가 기각됨에 따라 2008. 3. 17. 확정되었다.[46] 법원은 직업복귀촉진 지원규정 중 훈련원에서의 직업재환훈련에 대해서는 외국인근로자도 훈련대상으로 하고 있으나, 직업훈련비용 지원사업과 관련해서는 명문의 규정이 없다는 이유로 직업훈련비용 지원사업의 적용 대상자에서 외국인근로자를 제외하는 판결을 내렸다.[47]

그러나, 국가인권위원회는 이 사건과 관련한 진정에 대해 "외국인노동자도 근로기준법 제5조 규정에 의거 불법체류와 상관없이 근로자로 인정되어 산업재해보상보험 급여대상 수급자이므로, 산업재해보상보험법에 근거하여 시행되고 있는 직업재활훈련 신청대상자에서 외국인노동자를 배제한 것은 국가인권위원회법 제30조 제2항 소정의 합리적인 이유 없이 출신국가를 이유로 한 차별행위이므로 외국인노동자에 대하여 직업재활훈련 신청대상자에서 배제되는 일이 없도록 직업재활훈련 대상자 선정제도를 개선할 것"을 권고하였다.[48] 또한 ILO의 '근로자의 재해보상에 대한 내•외국인 근로자의 균등한 대우에 관한 협약(협약 제19호)'에 한국이 2001년에 비준하였으므로, 이 협약에 따라 "이 협약을 비준하는 국제노동기구 회원국은 이 협약을 비준한 다른 회원국의 국민으로서 자국의 영역내에서 발생한 산업재해로 인하여 신체의 상해를 입은 자 또는 당해 근로자의 피부양자에 대하여 자국민에게 부여하는 것과 동일한 근로자의 보상에 관한 대우를 부여"(협약 제1조 제1항)해야 한다고 지적하는 견해도 있다.[49]

두 폐원한 점 등을 종합적으로 고려하면, 직업훈련사업의 목적이 오로지 근로자의 복지증진을 위한 재활뿐 아니라 사회복귀로 인한 사회 안정 등을 도모하기 위한 측면도 있다는 점에서 외국인 근로자의 경우 체류목적·자격·기간과 한국어 소통능력, 훈련방법의 적합성·효율성 등을 고려한 기준을 적용할 수 있을지 여부(또는 훈련원운영사업에서의 외국인 훈련생 선발기준을 유추적용할지 여부)는 별론으로 하더라도, 외국인이라는 이유만으로 근로복지공단 직업훈련사업으로서 사실상 유일하게 실시하고 있는 비용지원사업의 대상이 될 수 없음이 명백하다고 할 수는 없으므로, 재해를 입은 외국인 근로자의 직업훈련비용지원신청을 반려한 근로복지공단의 처분은 위법하다.

46) 대법원 2008. 3. 13. 선고 2007두26261 판결.

47) 권영국, 위의 글, 15-16면.

48) 2003. 3. 10. 02진차30, 31 결정[국적차별]

49) 권영국, 앞의 글, 16면 참고.

국가인권위원회 진정사건의 진정인인 외국인근로자들은 합법체류가 보장된 사람들은 아니었다. 한 근로자는 산업연수생으로 입국했으나, 산재당시 불법체류 상태였으며, 다른 근로자는 취업자격이 아닌 체류자격으로 노동하다가 산재를 입고 산재급여까지 받아서 본국에 귀국한 상태에 있는 외국인이었다.[50] 이에 대해 근로복지공단은 훈련비용지원사업의 대상에서 외국인은 원칙적으로 제외된다는 결정을 내린 것이다.

생각해보면, 외국인근로자라는 이유로 훈련비용지원사업을 포함한 직업훈련의 대상이 아니라고 보는 것은 부당하다. 외국인도 합법체류상태에 노동을 제공하고 그로 인해 산재를 입은 것이라면, 내국인근로자와 동등하게 훈련비용지원도 받아야 한다. 그렇지만, 체류가 불법인 상태의 근로자들이 훈련비용지원등을 신청할 자격이 있는지는 별개의 문제이다.[51] 이 문제는 노동3권의 보장과 같이 기본적 인권의 보장문제도 아니며, 이미 제공한 근로에 대한 권리의 문제도 아니기 때문이다.

국제연합의 이주협약도 직업훈련시설에 대한 이용권리를 제4부에 속하는 제43조에서 정하고 있다. 제4부는 등록되거나 합법상태에 있는 근로자에 보장된 권리이므로, 불법체류상태에 있는 근로자의 권리는 아니다.

이주협약을 비준하려할 때에는 합법체류상태에 있는 외국인근로자에게 직업훈련과 관련한 권리를 보장하는 것이 관건이 될 것이며, 현재에도 노동행정기관이 상당부분 이를 행하고 있는 점에 비추어 그리 어려운 일이 아닐 것으로 본다.

3. 체류와 고용의 보장

외국인근로자의 노동시장에서의 지위확보와 밀접한 사항은 체류와 고용의 보장이다. 외국인근로자는 취업국의 출입국부서로부터 체류허가(비자)를 받아야 하며, 노동부서로부터 취업(노동)허가를 받아야 한다. 이 두가지 허가 이외에

50) 자세한 내용은, 국가인권위원회, 차별행위분야 결정례집, 제1집(2004), 243-245면.

51) 위 국가인권위원회 02진차30,31 사건의 반대의견에 따르면, "직업재활훈련의 대상자를 선정함에 있어서 산재장해자 중에서도 재취업, 자영업 등 사회복귀가 가능한 지원자로 한정할 수밖에 없는 것이므로 재취업, 자영업 등 사회복귀가 불가능한 외국인노동자를 직업재활훈련 대상에서 제외하였다고 하더라도 이를 합리적 이유없는 차별이라고 보기는 어렵다"고 한다.

외국인을 고용하는 사용자가 노동부서로부터 고용허가를 받아야 법적인 문제가 전혀 발생하지 않는 취업이 성사된다. 이러한 허가들은 통합될 수도 있으며, 다른 허가를 조건으로 하여 발급되는 경우도 있는데, 그 결합의 방식은 국가마다 차이가 있다.

외국인근로자는 취업허가기간 동안에 보수활동이 어떠한 이유에서든 종료되는 경우가 발생할 수 있는데, 이러한 경우에 외국인근로자는 국외출국을 해야 하는지가 문제될 수 있다. 이와 관련하여 이주협약은 몇가지 규정을 두고 있다.

먼저, 이주협약 제51조가 '고용계약기간의 만료와 재고용 등'과 관련해 규정을 두고 있다. 즉, "고용국에서 보수활동의 자유로운 선택이 인정되지 않는 이주근로자가, 그 체류허가가 그들이 인정되는 특정한 보수활동에 의존하고 있음이 명시된 경우를 제외하고, 취업허가의 기한 만료 전에 보수활동이 종료하고 있는 사실만으로 비합법상태에 있는 것으로 간주되거나 그 체류허가를 상실하지 않는다. 그러한 이주근로자는 취업허가서에 규정된 조건과 제한을 전제로 하여, 남은 취업허가기간동안 대체취업, 공공근로계약에의 참여 및 재훈련 등을 요청할 권리가 있다."

위 협약규정은 합법체류 상태의 이주근로자가 취업허가기간의 만료 전에 유급활동이 종료되는 경우에 대한 것이다. 한국의 법현실에서 발생할 수 있는 사례는 이주근로자가 취업할 수 있는 비자(체류자격. 예를 들어, 비전문취업이나 방문취업 비자)의 유효기간 이내에서 사용자가 근로계약을 해지하거나, 폐업 또는 휴업 등에 의하여 취업할 수 없게 되었을 때 등에 그가 비합법상태에 빠질 수도 있는지 여부와 관련이 되는 문제이다. 협약의 의미는 이러한 경우에 이주근로자가 비합법상태가 되어 강제출국되어서는 안된다는 취지를 담고 있다.

현재의 외국인고용법에 의하면, 다른 사업(장)으로의 변경을 신청할 날로부터 3월 이내에 출입국관리법 제21조에 의한 근무처 변경허가를 받지 못하거나 사용자와 근로계약 종료 후 1개월 이내에 다른 사업(장)으로의 변경을 신청하지 아니한 외국인근로자는 출국해야 한다(제25조 제3항). 근로계약 종료시에 곧바로 비합법상태에 빠지지 않으나, 취업비자 유효기간이내임에도 강제출국해야 하는 경우도 발생할 수 있는 것이다.

현재의 한국법이 이주협약에 위반되는지 여부는 명확하지 않다. 비합법상태로 간주되어서는 안된다고 하지만, "그 체류허가가 그들이 인정되는 특정한 보수활동에 의존하고 있음이 명시된 경우"는 제외하도록 되어 있다. 또한 이주협약 제

2문에 남은 취업허가기간 동안 대체취업, 공공근로계약에의 참여와 재훈련 등을 요청할 권리를 규정하고 있으나, 이 역시 "취업허가서에 규정된 조건과 제한을" 전제로 할 수 있도록 한다.

필자의 생각은 현재의 외국인고용법이 이주협약 제51조에 위반된다고 보기 어렵다는 쪽이다. 왜냐하면, 출입국관리법에 의해 취업 체류자격[52]을 받을 때에 근로계약을 전제로 하며, 구비해야 하는 서류 중에도 이주근로자와 그 사용자 사이에 체결된 근로계약을 필요로 하기 때문에, 그 체류자격은 특정한 보수활동에 의존하고 있다고 볼 수 있기 때문이다. 또한 협약이 보장하려는 대체취업 등의 권리도 취업허가서에 규정된 조건과 제한을 전제로 한다는 점에서 현행 고용허가제 관련 국내법이 협약 제51조에 배치된다고 보기도 어려울 것이다.[53]

또하나 문제되는 규정이 있다. 이주협약 제49조가 외국인근로자의 고용과 체류를 보장하기 위한 규정을 두고 있기 때문이다. 이 규정에 따르면, "국내법에 의해 체류와 고용에 종사하는 것이 별개의 허가를 필요로 하는 경우에, 고용국은 이주근로자에 대해 적어도 보수활동에 종사하는 허가기간과 동일한 기간의 체류허가를 부여한다(제1항)" 고 되어 있다. 현재의 한국법이 체류와 고용에 종사하는 것이 전혀 별개라고 볼 수는 없다. 외국인고용허가가 국내체류의 전제로 되어 있다.[54]

그렇지만, 근래 들어 고용과 체류의 연관성이 좀 완화되고 있다. 이전까지만 해도 사용자와 외국인근로자 사이의 근로계약의 기간은 1년을 초과할 수 없었으며(개정 전 외국인고용법 제9조 제3항), 그러한 단기근로계약을 전제로 하여 취업비자가 1년으로 발급되었기 때문이다. 그러나, 2009년 10월에 개정된 현행법은 근로계약기간의 1년 의무상한을 없애고 3년의 범위 내에서 당사자간의 합의에 따라 근로계약을 체결할 수 있도록 되어 있다. 그리고 비전문취업의 비자기간도 3년으로 연장되어있다.[55] 따라서 협약 제49조의 취지도 고려의 여지가 있다.

그리고 협약 제49조 제2항에 의하면, "고용국에서 종사하는 보수활동을 자유로이 선택하는 것이 인정되어 있는 이주근로자는, 노동허가 또는 유사한 허가의

52) 이주협약상의 취업허가에 준한다고 본다.

53) 권영국, 위의 글(2006), 67-68면.

54) 한국인사용자의 외국인근로자 고용허가서와 노사간의 표준근로계약서가 비전문취업사증(E-9)의 첨부서류로 되어 있다(출입국관리법 시행규칙 별표 5).

55) 2009년 4월의 시행규칙(법무부령 제661호)부터 시행되고 있다.

기한만료 이전에 그 보수활동이 종료하고 있는 사실만으로 비합법상태에 있다고 간주되어서는 안되며, 체류허가를 상실하지 않는다"고 한다. 한국에서는 방문취업비자(H-2)가 여기에 해당하는 것으로 보인다. 재외동포에게 발급되는 이 비자의 경우에는 기한 만료 전에 보수활동이 종료되더라도 막바로 비합법상태로 간주되지 않으므로, 협약과 충돌 문제는 발생하지 않는다. 그런데, 제49조 제3항의 규정에 의해 고용보험 적용과 관련하여 유의사항이 있다. 즉, "전항(제49조 제2항)에서 정하는 이주근로자가 신규의 보수활동을 발견함에 충분한 기간을 부여하기 위하여, 체류에 관한 허가는 적어도 실업수당의 지급을 받는 것이 가능한 기간에 상응하는 동안에는 취소되지 않는다"는 것이다. 방문취업비자의 외국인이 고용보험에 가입하여 구직수당을 받을 수 있는 경우에는 그 기간 동안 체류허가가 취소될 수 없게 된다.

4. 사업장 이동의 자유(Free choice of employment)

1) 이주협약의 규정

외국인근로자의 권리보호와 개별국가의 주권 사이에 나타나는 긴장관계가 두드러진 것은[56] 제52조와 제53조의 사업장 이동의 자유[57]문제이다. 제52조는 외국인근로자, 제53조는 외국인근로자 가족의 자유에 관한 규정이다. 제52조 제1항에 따라 이주근로자는 보수활동의 자유 선택권을 갖는다는 원칙을 천명하고 있으나, 여기에는 몇가지 중요한 제한이 따르게 된다.

하나는 '그 국가의 이익을 위해 필요하고 동시에 국내법에 의해 정해져 있는 경우'에는 특정한 고용 등에 참가하는 것을 제한할 수 있는데(제2항(a)), 이것은 주로 공무원을 비롯한 공공부문을 염두에 둔 것으로 해석된다.[58]

여기에다 '이주근로자가 국내법이 정하고 있는 기간 동안 그 영역 내에서 합

56) 외국인과 관련된 쟁점에서는 이러한 긴장관계가 두드러진다. 이주노동자권리협약 제정과정에서 있었던 외국인의 인권과 국가 주권 사이의 관계에 대해서는, L. Bosniak, "Human Rights, State Sovereignty and the Protection of undocumented Migrants under the International Workers Convention, International Migration Review, Vol.25, No.4, 1991,pp.737-770 참고.

57) 또는 '보수활동 선택의 자유'라 표현할 수 있다.

58) R.Cholewinski, op.cit., p.161-162.

법적으로 체류하고 있는 것'을 조건으로 하여 보수활동을 자유로이 선택할 수 있도록 하고 있다(제3항). 이것을 반대해석하면 입국한 후 일정한 기간 동안은 보수활동의 자유선택권을 제한할 수 있다는 것으로 해석할 수 있다. 다만, 거기에는 기간상의 제한이 따르며, 국내법 규정에 의해 2년을 초과해서는 안된다.[59][60]

또하나는 내국인우선의 원칙을 수행하기 위해 이주근로자의 그 보수활동에 대한 진출을 제한할 수 있다는 것이다. 각국은 자국인과 자국인에 준하는 사람의 우선적인 고용을 위해 정책적인 노력을 기울이는 경우가 많다. 유럽연합 소속국가의 경우에도 그 국민과 유럽연합 소속국민을 위해 그밖의 국가의 국민보다 우선적인 고용을 하는 정책을 펴고 있다. 이로 인해 그 국민 및 그와 유사한 지위에 있는 사람들의 고용을 위해 합법적으로 체류하고 있는 외국인근로자의 고용이 제약될 수 있다는 것이다. 이주협약에서도 이러한 원칙을 규정한 것이며, 이러한 우선정책은 국내법 규정에 의하고 5년 이하의 범위 내에서 해야 한다는 내용도 아울러 있다.

이렇게 보면, 최장 2년까지의 경우에는 이주근로자의 보수활동 선택의 자유를 제한하며, 2년 이후부터는 이주근로자에게 자유선택의 기회를 주어야 한다. 다만, 2년부터 5년까지는 내국인우선의 정책을 위해 이주근로자의 선택의 자유가 제한될 수 있다는 것이다. 여기에서 2년이나 5년의 기간은 최대의 수치를 의미하므로, 각각의 범위 내에서 더 줄일 수는 있다.

한편, 위와 같은 규정들의 기간은 단지 권고적인(recommendatory)인 의미밖에 없다는 해석이 있는데,[61] 이렇게 볼 경우에는 보수활동 선택의 자유가 더욱 위축이 될 것으로 보인다. 그렇지만, 필자의 문리해석상으로는 단순한 권고적인 규정이라고 읽히지 않는다. 이주협약 제52조의 규정을 소개하면 다음과 같다.

---

59) 이러한 취지는 ILO 제143호 이주근로자 보충협약(1975년) 제14조에서 이미 규정되었다. 최홍엽, 「외국인근로자의 노동법상 지위와 정책과제」, 1997.11, p.102-103.

60) ILO 이주근로자 보충협약(제143호, 1975) 제14조 a는, "이주근로자가 2년을 초과하지 아니하는 규정된 기간 동안 취업을 목적으로 자국의 영토 내에 합법적으로 거주한다는 조건 하에서, 또는 법령이 2년 이하의 정해진 기간동안 계약을 하도록 하는 경우에는 그 노동자가 첫번째 고용계약을 완료하였다는 조건 하에서, 이주근로자에게 지리적으로 이동할 수 있는 권리를 확보해 주어야 하며, 취업을 자유롭게 선택할 수 있도록 해야 한다"고 정하고 있다. 이 규정은 내국인우선의 원칙에 의한 제한을 인정하지 않고 있다.

61) R.Cholewinski, Migrant workers in Inter'l Human Rights Law, Clarendon Press(Oxford), 1997, p.162.

제52조(보수활동 선택의 자유)

1. 이주근로자는 고용국에서 보수활동을 자유로이 선택하는 권리를 가진다. 다만, 이하의 제조건에 따라야 한다.

2. 고용국은 이주근로자에 대해

(a) 그 국가의 이익을 위해 필요하고 동시에 국내법에 의해 정해져 있는 경우에는 특정 종류의 고용, 직능, 역무 또는 활동에 참가하는 것을 제한할 수 있다.

(b) 국외에서 취득한 직업자격의 승인에 관한 법률에 의하여 보수활동의 자유로운 선택을 제한할 수 있다. 다만, 관계 체약국은 등등한 자격의 승인을 부여하도록 노력한다.

3. 이주근로자의 노동허가가 기간의 정함이 있는 경우, 고용국은

(a) 이주근로자가 국내법이 정하고 있는 기간 동안 그 영역 내에서 합법적으로 체류하고 있는 것을 조건으로, 보수활동을 자유로이 선택할 권리를 갖도록 할 수 있다. 다만, 그 기간은 2년을 초과할 수 없다.

(b) 그 국민이나, 국내법이나 양자 또는 다자협정에 따른 목적을 위해 자국민으로 취급되는 자에게 우선권을 주는 정책을 수행하기 위하여 보수활동에 대한 이주근로자의 진출을 제한할 수 있다. 그 같은 제한은, 국내법이 정한 기간 동안 그 영역내에서 보수활동을 위하여 합법적으로 체류하고 있는 이주근로자에게는 더이상 적용되지 않는다. 위의 기간은 5년을 초과할 수 없다.

4. 고용국은 고용을 위해 입국이 인정된 이주근로자가 자영의 노동에 종사하는 것의 허가 또는 불허가의 조건을 정한다. 그때 그 근로자가 고용국에 이미 합법적으로 체류하고 있는 기간을 고려에 넣는다.

2) 한국 법과 현실

우리 법은 사업장 이동의 자유가 원칙적으로 부인되며, 예외적으로 인정되고 있다. 외국인근로자의 고용등에 관한 법률은 '휴업·폐업 그 밖에 외국인근로자의 책임이 아닌 사유로 근로를 계속할 수 없게 되었다고 인정되는 경우' 등 특별한 사유가 있을 때에만 사업장 변경의 신청을 할 수 있다(제25조).[62]

62) 제25조(사업 또는 사업장 변경의 허용) ① 제8조제4항에 따라 고용허가를 받은 사용자에게 고용된 외국인근로자와 같은 조에 따라 고용허가를 받은 후 제18조의2에 따라

2009년 10월에 법을 개정하기 이전에는 외국인근로자[63]가 입국한 날로부터 3년의 범위 내에서 취업활동을 할 수 있으며(외국인고용법 제18조), 근로계약의 기간은 1년을 초과할 수 없으므로 1 + 1 + 1의 방식으로 갱신이 되는 것이 원칙이었다(위의 법 제9조 제3항). 그리고 외국인근로자는 계약의 상대방(사용자)를 선택하지 못하며, 직업안정기관의 장이 외국인구직자명부에 등록된 사람 중에서 적격자를 추천하고 한국인사용자가 그 사람을 선정함으로써 근로계약이 체결된다(제8조 참고). 외국인근로자와 사용자가 표준근로계약서를 사용하여 근로계약을 체결하면, 사용자는 외국인근로자를 대신하여 법무부장관에게 사증발급인정서를 신청하며, 법무부는 표준근로계약서와 고용허가서등 첨부서류를 검토하여 체류자격(E-9 비전문취업)을 인정하게 된다(출입국관리법시행규칙 별표). 이때 비자(체류자격)의 상한은 1년을 넘을 수 없으며, 근로계약기간과 마찬가지로 1 + 1 + 1의 방식으로 갱신된다(동 시행규칙 별표).

그러다가 2009년 법의 중요한 개정이 있었는데, 이에 따르면 근로계약기간의 1년 상한을 없애고, 취업활동기간(3년)의 범위 내에서 당사자 간의 합의에 따라 근로계약을 체결하거나 갱신할 수 있게 되었다. 따라서 입국 전에 두 당사자는 3년간의 근로계약을 체결할 수도 있으며, 잔여 취업활동기간이 2년인 경우에는 "최대 2년을 계약기간"으로 하는 근로계약을 체결할 수도 있다. 또한 2009년 법개정에서 취업활동기간이 종래의 3년에서 최대 5년 미만까지로 연장되었다. 외국인고용법 제13조의2에 의하면, "고용허가를 받은 사용자에게 고용된 외국인근로자로서 제18조에 따른 취업활동 기간 3년이 만료되어 출국하기 전에 사용자가 노동부장관에게 재고용 허가를 요청한 근로자(제1호)" 등의 경우에는 2년 미만의 범위에서 취업기간의 연장을 받을 수 있다. 5년까지 연장하는 것은 방문취업비자(H-2)를 통해 들어오는 재외동포에게도 동일하게 적용된

취업활동 기간을 연장받은 외국인근로자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우가 발생하여 그 사업 또는 사업장에서 정상적인 근로관계를 지속하기 곤란할 때에는 고용노동부령으로 정하는 바에 따라 직업안정기관의 장에게 다른 사업 또는 사업장으로의 변경을 신청할 수 있다. <개정 2010.6.4> 1. 사용자가 정당한 사유로 근로계약기간 중 근로계약을 해지하려고 하거나 근로계약이 만료된 후 갱신을 거절하려는 경우 2. 휴업, 폐업, 그 밖에 외국인근로자의 책임이 아닌 사유로 그 사업장에서 근로를 계속할 수 없게 되었다고 인정되는 경우 3. 제19조제1항에 따라 고용허가가 취소되거나 제20조제1항에 따라 고용이 제한된 경우 4. 사업장의 근로조건이 근로계약조건과 상이한 경우, 근로조건 위반 등 사용자의 부당한 처우 등으로 인하여 사회통념상 근로계약을 유지하기 어려운 경우 5. 그 밖에 대통령령으로 정하는 사유가 발생한 경우

63) 방문취업 비자로 들어온 재외동포근로자를 제외함

다. 또한 이 재고용에 관한 규정은 공포 직후인 2009년 12월 10일부터 바로 시행에 들어갔다.[64]

한국의 관련법으로부터 다시 이주협약의 내용으로 시선을 돌려보자. 이주협약의 기준에 비추어 보면, 2년 이내의 범위에서는 보수활동의 자유를 제한할 수 있으나, 2년 이후가 문제이다. 보수활동 선택의 자유를 더이상 제한할 수 없다는 것이 이주협약 제52조의 취지로 해석되기 때문이다.

이주협약의 내용에 따르면, 내국인우선의 원칙을 적용하는 것은 5년까지도 가능하지만, 이것은 한국현실에서는 문제되지 않아왔다. 외국인근로자가 취업해 있는 업종에는 한국인이 취업을 기피하고 있으며, 내국인우선의 원칙을 정하는 법규정도 사실상 별의미가 없도록 운용되는 것이 한국 현실이다. 어쨌든 2년 이내까지는 보수활동 선택의 자유가 제한될 수 있으나, 그 이후에는 이주근로자의 보수활동을 원칙적으로 제한할 수 없다.

한편, 국내에서는 사업장이동의 자유를 원칙적으로 보장해야 한다는 주장이 있다. 외국인고용법 제25조가 근로계약을 해지하거나 근로계약 만료 후 갱신을 거절할 수 있는 권리가 사용자에게만 있다는 점, 근무처변경허용기간을 2개월로 제한하고 있는점, 사업장이동 횟수를 제한하고 있는 점 등[65]을 지적하면서 이주근로자가 사업장을 변경하는 것이 매우 어렵다는 점을 지적한다.

이렇게 됨으로써 현행법상 예외적인 경우에만 사업장 변경신청을 가능하도록 하는 고용허가제 규정은 자칫 이주근로자에 대해 강제근로 또는 사업장 이탈로 인한 미등록 상태의 선택을 강요하게 된다는 점을 지적한다. 사업장 변경의 제한을 수정, 완화할 것이 요구되며 사업장 이동의 자유가 보장되는 이른바 '노동허가제'[66]의 도입을 적극 검토할 것을 주장한다.

이러한 주장은 현재의 사업장 변경제도가 이주협약 제25조에 위반된다고까지는 지적하지는 않았으나, 매우 인권침해적이라고 평가한다.

나아가 이주협약 제51조와의 충돌 가능성도 지적하고 있다. 현재의 제도가 외국인근로자의 사업장변경을 사실상 거의 불가능하게 함으로써 강제근로 또는

---

64) 개정법의 중요한 내용에 대해서는 최홍엽, 외국인고용허가제 아래의 근로계약관계, 노동법논총 제18호(2010.4.), 103-106면 참고.

65) 권영국, 위의 글(2006), 53-54면.

66) 필자는 노동허가제의 본질적 요소를 '사업장 이동의 자유 보장'으로 파악하지 않는다. 자세한 내용은 최홍엽, 외국인근로자 도입제도와 고용허가제, 노동법연구 제13호, 460-462면.

사업장 이탈로 인한 비합법적 상태의 선택을 강요하게 되는 문제점이 내재되어 있다는 것이다.

필자 역시 현재의 사업장 변경절차의 개정 필요성에 공감하지만,[67] UN 이주협약과 국내법을 비교해보면, 사업장변경의 자유를 원칙적으로 인정하지 않은 점 그 자체로 협약위반이라고 보기는 어렵다는 것이 필자의 생각이다. 위에서 언급한 것처럼 기간의 흐름에 따라 사업장변경의 자유가 강화되는 것이 이주협약의 내용으로 보인다. 즉, 2년까지는 사업장변경의 자유를 제한하고 2년 이후에는 사업장변경의 자유(내지 보수활동 선택의 자유)를 보장하되 내국인 우선의 원칙에 따르기 위한 제한을 할 수 있으며, 5년 이후에는 제한을 인정하지 않는 것이다.

이렇게 보면, 현행 외국인고용법은 2년 이후에도 근로계약의 갱신(연장) 여부를 사용자의 의사에 의하도록 하고 있는 부분에서 이주협약과 ILO 143호 이주근로자 보충협약과 배치된다. 2년 동안 합법적으로 취업한 경우에는 다른 보수활동을 선택할 수 있도록 허용해야 한다.

앞에서 본 것처럼 외국인근로자는 국내에서 3년까지만 취업이 허용되었으나, 2009년의 법개정에서 취업활동기간이 최대 5년 미만까지 연장할 수 있게 되었다. 외국인고용법은 2009년 9월 16일 국회를 통과하고 2009년 10월 9일에 공포되었는데, 그 주요 내용의 하나가 재고용제도를 도입하는 것이다. 구체적으로 개정 재고용제의 내용을 살펴보면 다음과 같다. 개정법 제13조의2에 의하면, "고용허가를 받은 사용자에게 고용된 외국인근로자로서 제18조에 따른 취업활동 기간 3년이 만료되어 출국하기 전에 사용자가 노동부장관에게 재고용 허가를 요청한 근로자(제1호)" 등의 경우에는 2년 미만의 범위에서 취업기간의 연장을 받을 수 있다.

이러한 개정 외국인고용법은 그 외국인근로자를 계속하여 고용하고자 하는 사용자의 요청이 있을 경우에는 외국인근로자를 5년까지 고용할 수 있도록 하는 것이다. 그러나, 이러한 방안은 사용자에게 재고용 여부와 근로자의 국내 계속체류 여부에 대한 결정권을 배타적으로 부여하는 것이 되고 외국인근로자의 고용종속이 더욱 심화될 것이라는 지적이 있다.[68]

---

67) 최근 정부와 국회에서 논의된 내용 가운데, '근로계약의 차이, 근로조건 위반 등 부당한 처우로 근로계약 유지가 어려운 경우'도 변경사유로 추가될 필요가 있으며, 외국인근로자의 책임이 아닌 사유로 그 사업장에서 근로를 계속할 수 없게 된 경우에는 사업장 변경횟수에 포함되지 않도록 하는 방안에 찬동한다.

이주협약의 관점에서 위와 같은 개정논의를 생각해보면, 더욱 비판의 여지가 있다. 2년을 초과하여 3년을 넘어서 국내 취업을 하고 있는 외국인근로자를 입국직후의 신규 외국인과 동일 차원에서 자유를 제약할 수 없기 때문이다. 외국인의 국내 고용 및 체류기간이 길어지면, 그만큼 한국사회의 구성원이 되는 것이며 우리 사회에 기여하는 것이다. 그에 따라 그의 권리는 더 보장해야 한다. 그리고 5년까지의 외국인근로자의 자유를 제한하는 것은 내국인에게 우선권을 주는 정책목적을 위한 경우에 가능하지만, 취업기간 연장을 사용자의 의사와 연계하는 것은 그러한 목적에 해당되지 않는다.

따라서 취업기간 연장의 요건으로 '출국 전에 사용자의 요청이 있는 경우' 이외에도 '외국인근로자가 다른 사용자와 근로계약 체결이 이루어진 경우'도 인정하는 것[69]이 더 국제적 기준에 부합한다.

VI. 맺으며

국제연합 이주협약의 비준을 요구하는 움직임은 국제사회뿐 아니라 국내에서도 꾸준히 진행되고 있다. 이미 1998년 12월 9일에 외국인노동자대책협의회(약칭 '외노협')를 중심으로 각계인사 300인이 한국정부의 UN 이주협약 비준을 촉구한 이래, 외국인인권단체를 중심으로 비준 촉구운동이 계속되어 왔다. 2006년 11월 29일에는 대한변호사협회 주관으로 '유엔이주근로자권리협약 비준을 위한 공청회'가 개최되기도 했다.[70] 최근 들어서는 국가인권위원회가 2009년 9월과 2010년 7월에 '이주노동자권리협약 쟁점 토론회'를 각각 개최하여 관련 쟁점의 검토에 기여하고 있다.[71]

그런데, 이제까지 이주협약을 비준한 42개국은 모두 외국인근로자를 송출하는 국가들이며, 이들을 고용하는 국가들은 아니라는 점을 간과할 수는 없다. 이

68) 정정훈, 이주노동자의 노동권 보장을 위한 고용허가제의 개선방향과 과제, 「고용허가제 시행5년, 이주노동자의 기본권은 보장되고 있는가?」(국가인권위원회 토론회 자료집), 2009.7.30, 34면.

69) 김상희 의원이 대표발의했던 인권단체의 외국인고용법 개정안의 내용이다.

70) 공청회에 발표된 글들은 '인권과 정의' 2007년 1월호에 게재되었다.

71) 필자의 이 글도 2009년 9월에 개최된 국가인권위원회 토론회의 발제문을 기초로 한 것이다.

주근로자의 본국(송출국)과 고용국 사이의 시각의 차이는 전술했듯이 이주협약 제정과정에서부터 이미 노정되었던 문제이다. 고용국의 입장에서 보면 이주협약의 내용이 주권국가의 권한을 제약하는 측면이 있으나, 그렇게만 보는 것은 과장이라는 지적도 있다.[72]

필자는 한국이 이주협약을 중장기(中長期)적으로 가입할 필요가 있다는 입장에 서서 이글을 썼다. 외국인근로자도 노동관계법상 근로자이므로 원칙적으로 한국인근로자와 동등한 대우가 필요한 것이다. 또한 UN 이주협약은 국제적인 논의의 장에서 돌출적인 협약이 아니라, 국제인권조약의 발전의 흐름을 반영한 것이며, 국제노동기준(특히, ILO 협약 등)의 진전과도 궤를 같이 하고 있다. UN 이주협약과 국내법 사이의 간격을 좁히고 나아가 이주협약의 비준을 지향하는 것은, 인권보호의 세계적인 움직임에 동참한다는 의의가 있다.

한국도 국내 노동법과 사회보장법 등의 발전에 따라 외국인근로자의 지위가 점차 향상되고 있으므로, 노동분야에서 이주협약의 내용과 국내 법현실 사이의 격차가 상당히 좁혀진 상태에 있다. 대표적으로 문제가 될 수 있었던 편법적인 산업연수생제도 이미 개정되었다.

그렇지만, 본문에서 밝힌 것처럼 몇가지 문제들의 경우에는 이주협약과 국내 노동법현실 사이에 일정한 간격이 있다.[73] 예를 들어, 사업장변경의 자유와 관련하여 2년 이후에도 변경의 자유를 인정하지 않는 점이나, 고용보험법의 적용에서 이주노동자가 국민과 평등한 지위에 있지 않은 점을 들 수 있다.

노동분야뿐 아니라 다른 분야에서도 이주협약과 국내법현실 사이의 차이를 점차 좁혀가려는 노력이 계속 필요할 것으로 본다.

주제어 : 이주근로자, 외국인근로자, UN 이주협약, 고용보험법, 사업장이동의 자유

72) 2007년 유네스코는 "유럽에서의 이주근로자협약"이라는 제목의 보고서를 발표하였다. 이 보고서는 EU 회원국들이 이주협약을 비준하는 데에 법적 장애, 재정적/행정적 장애, 정치적 장애가 있다고 분석하면서 그것들은 모두 오해에서 비롯한 것이라고 주장하고 있다. 자세한 내용은, 채형복, "이주노동자권리협약의 자유권 쟁점", 이주노동자권리협약 쟁점토론회 자료집, 국가인권위, 2009.9, 33-36면 참고.

73) 그밖에도 '고용관계의 종료'가 차별대우 금지의 대상으로 열거되어 있는 부분도 해석하기에 따라서는 국내 판례와 차이가 발생할 수 있는데, 이에 대해서는 본문에서 논한 대로이다.

[Abstract]

UN Convention on Migrant Workers and Korean Labor Legal Practices

Choi, Hong-Yop
Professor, College of Law, Chosun University

This paper aims to analyse issues which we are to consider in acceding 'International Convention on the Protection of the Rights of all Migrant Workers and Members of their Families'(UN Convention on Migrant Workers). When acceding to that Convention, we have to compare it with the legal practices of Korea.

Before that Convention, the existing instruments in the field of migration had been partial, either in terms of substance or in terms of geographic coverage. With its sixteen preambular paragraphs and 93 articles, the Convention is a comprehensive instrument reflecting the complexity of the migration itself. The substantive provisions of the Convention are systematically arranged in nine parts.

It is necessary for Korea to accede to UN Convention on Migrant Workers in a middle of long period, though not short. Migrant workers are the same workers, and they needs to be treated as Korean in labor laws.

UN Convention is the instrument which was not appeared abruptly, but reflected the stream of internatonal human rights norms, and related with development of international labor standard – especially ILO Conventions. It is important for Korea to make narrow the gap between UN Convention on Migrant Workers and Korean laws and to prepare for the accession, joining in collaboration with international society for the protection of human rights.

In labor sphere, the gap between the contents of UN Convention and

Korean labor laws is much narrowed, because the position of migrant workers has been improved owing to the progress of Korean labor and social security laws. For example, Industrial Trainee System, which had a lot legal problems, was repealed recently. And there are not much differences between UN Convention and domestic laws. First, migrant workers don't have the right freely to choose their remunerated activity after 2 years. Second, migrant workers is not admitted equal rights in the application of Employment Insurance Act.

Key words : migrant workers, foreign workers, UN Convention on Migrant Workers, Employment Insurance Act, free choice of employment