

# 外國人勤勞者의 勞動法的 問題

- 國 內 不 法 長 期 滯 留 外 國 人 勤 勞 者 를 中 心 으 로 -

金 永 文\*

## 차 례

- I. 들어가며
- II. 외국인근로자의 유형
- III. 불법체류근로자의 현행 노동법상 지위
  1. 서론
  2. 불법체류근로자의 근로관계
- IV. 외국인근로자 불법체류근로 방지를 위한 노동법적 과제와 정책적 제안
  1. 고용허가제의 도입
  2. 고용허가제 도입의 전제요건
  3. 고용허가제 도입 후 외국인 근로자의 노동법상 지위
  4. 불법체류근로 방지를 위한 부가적 조치
  5. 현재 불법체류자에 대한 과도기적 규정
  6. 재외동포의 경우
  7. 정주방지

\* 全北大 法大 教授, 法學博士

## I. 들어가며

외국인력의 유입은 이미 불법외국인 취업자와 관련된 여러 문제나 산업연수생을 편법적으로 단순 인력으로 활용함으로써 발생하는 여러 문제에서 확인할 수 있는 바와 같이 이미 우리 사회에 커다란 문제점들을 야기시켜왔음은 주지의 사실이다. 즉 이미 다양한 계층에 이르는 외국인력의 유입에 따라 우리나라에 유입된 외국인 근로자의 법적 지위문제, 노동시장의 형태에 미치는 영향, 생산과정과 사회규범의 변화 및 정책적 대응문제를 야기시켜 왔다. 또한 이러한 문제점에 대응하여 관련부처·유관단체·학계·판례·인권보호단체 등에서도 외국인 근로자의 노동시장에서의 활용효과나 외국인 근로자의 인력관리에 대한 법제, 정책, 외국인 근로자의 보호를 위한 법정정책적 제안, 판례실무의 변경 등, 실로 다양한 연구결과들이 집적되어 왔기 때문에 이제는 정책 집행자나 입법자의 결단만이 남아 있다고 할 정도이다.

그러나 고용허가제의 실시를 통해 외국인력활용의 최적화를 이루고 동시에 외국인근로자의 지위개선을 추진하고자 하는 참여정부의 노동정책<sup>1)</sup>이나 최근에 추진되고 있는 법률안<sup>2)</sup>에도 불구하고 외국인력을 직접 활용하고 있는 중소기업은 고용허가제의 도입에 적극 반대하고 있다. 무엇보다도 중요한 반대의 이유는 정부가 추진하고 있는 고용허가제는 현행의 외국인연수취업제와 차이가 별로 없으며, 고용조건에 있어서 국내근로자와 동일하게 근로계약을 체결해야 하므로 중소기업에 과중한 부담을 주는 임금상승을 가져오며, 외국인 근로자에게 인정되는 근로3권의 보장으로 쟁의행위가 빈발하여 중소기업의 부담을 가중하리라는 우려 때문인 것으로 보인다.

이와 같이 소모적 논란으로 커다란 사회적 비용을 가져오는 이해관계 당사자의 대립 속에 본 글에서는 고용허가제의 도입이 정당한가,<sup>3)</sup> 정당하다면 구

1) 노동부, “지속성장과 기업을 위한 외국인고용허가제”, 2003. 4 참조. 정부에서도 관련부처 합의를 통해 외국인고용허가제 도입 방침을 확인한 바 있다.

2) 의원입법안으로는 최근에 이재정의원이 2003. 2월에 대표발의한 ‘외국인근로자의고용허가및인권보호에관한 법률’(의안번호 2008) 참조.

3) 현행의 산업연수생제도는 행정권의 자의적인 행사에 의하여 외국인의 국내법상 지위에 관한 사항이 정해지는 것으로서 헌법상의 법치주의에 위배되며, 산업연수생에게 근로기준법의 일부 적용을 배제하는 노동부의 예규가 산업연수생신분의 외국인근로자를 근로기준법의 적용에 있어서 합리적 이유없이 차별하는 자의적인 것으로서 헌법상 평등의

체적 제도를 어떻게 실시할 것이고, 제도실시에 따른 사회·경제적 효과는 어떻게 될 것인가, 고용허가제의 도입이 현시점에서 문제가 있다면 현행의 산업연수생제도를 유지하되 문제되는 점을 어떻게 보완할 것인가 하는 포괄적 문제를 다룰 수는 없다. 오히려 현재 추진되고 있는 고용허가제의 도입배경에는 외국인근로자의 인권문제는 물론, 현행 산업연수생제도가 본래의 취지와는 달리 단순외국인력의 활용제도로 변질되고 불법체류자를 양산함으로써 외국인력 활용제도가 파행적으로 시행되고 있다는 문제의식이 자리잡고 있기 때문에 불법(장기)체류 외국인 근로자의 노동법적 문제를 중점적으로 다루고자 한다. 또한 외국인근로자의 범주에는 전문인력도 포함되어 있지만, 이들의 불법체류 문제는 크게 사회문제화되어 있지 않기 때문에 여기서는 불법체류하는 외국인 단순고용인력의 노동법 문제로 한정하여 다루기로 한다.

## II. 외국인근로자의 유형

외국인 근로자도 근로계약의 형태, 노동력제공의 양태, 활동업종에 따라 그때그때 마다 상이한 법적 문제발생과 그에 대한 대책이 필요하다. 따라서 외국인 근로자는 이를 유형화하지 않으면 안 된다. 특히 헌법상의 기본권 향유주체를 외국인이라고 하여 일률적으로 논하는 것은 곤란하기 때문에 우선 외국인을 세 집단으로 구분해야 할 것이다. 제1유형은 전문인력의 경우로서 이들의 경우는 국내에 있는 사업장 - 그것이 공공기관, 학교, 연구기관, 기업을 포함하여 - 의 모집·채용이나, 외국어 강사처럼 사설직업소개기관을 통하여 해당 학원에 배치되는 경우가 있다. 전자의 경우에 있어서는 직업안정법을 위반여부는 거의 문제가 되지 않을 수 있다고 보여 지나, 후자의 경우에 있어서는 직업안정법 위반여부가 문제 될 수 있을 것이다. 제2유형은 산업기술연수생으로 해외진출기업의 현지고용인력의 기능향상을 위한 연수생과 국내 중소기업체에 취업이 허용된 연수생을 들 수 있다. 제3의 유형으로는 제1·2유형으로 분류된 외국인 근로자들이 배치된 사업장을 이탈하거나, 부여된 체류자격이외의 업종에 취업하거나 체류기간을 경과한 뒤에도 여전히 동일한 업종에 취업하는 경우와, 불법입국이나 불법상륙하여 국내 사업장에 취업하고 있

---

원칙에 위배된다고 보는 견해도 있다. 이에 관해서는 김지형, “외국인근로자의 헌법상 기본권 보장”, 『저스티스』(통권 제70호), 2002. 12, 한국법학원, 31면 이하 참조.

는 유형을 들 수 있다. 이 중 제2, 3유형의 근로자들의 문제가 우리나라에서 심각하게 전개되고 있다. 특히 산업기술연수생은 2002년 8월 현재 총정원관리제(연수생·연수취업자·이탈자 포함) 하에서 동남아 등 현지에 파견되어 있는 수입담당자와 해당국의 송출업자 등이 국내에서 외국인력 수입을 주관하는 중소기업협동중앙회 또는 건설협회 등에 중개 내지 소개를 통하여 국내 입국하여 위 주관협회에 의하여 국내 사업장에 배치된다.<sup>4)</sup> 그런데 이 과정에서 특히 해당국의 송출업자는 한국 내로의 산업기술연수생으로 출국하려는 수많은 희망자를 선발하는 과정에서 송출 내지 출입국 비용을 과다하게 징수하는 사례가 많이 나타나고 있다.<sup>5)</sup> 그 결과 산업연수생이 출입국 비용을 조성하기 위하여 친지나 은행 등으로부터 과대한 대출을 받은 산업연수생을 단기간에 많은 금전을 벌기 위하여 배치된 사업장보다 많은 임금을 주는 사업장이 있는 경우에는 언제든지 해당 사업장을 이탈할 개연성이 높고 실증조사도 이런 개연성을 뒷받침해 주고 있다.

### Ⅲ. 불법체류근로자의 현행 노동법상 지위

#### 1. 서론

현행 출입국관리법은 연수취업자 이외에 산업연수생은 단순체류자격을 부여하나 취업활동을 할 수 있는 체류자격은 없으므로 불법취업을 하게 되면 체류자격이 박탈되므로 불법취업·체류 근로자로 하는 것이 정확한 용어이다(그러나 통례에 따라서 불법체류근로자로 사용함). 이들 불법체류근로자의 문제가 심각하다는 인식은 이미 일반적으로 인정되어 오고 있다. 그 동안의 경험에 비추어 단순외국인력도입정책과 불법취업자의 묵인은 양립할 수 없으므로 지속적

4) 현재 중소기업중앙회 등과 같은 연수추천단체가 실질적인 제도운명을 담당하여 국가별로 송출기관에 대해 송출인원을 배정하고 배정된 인원 내에서 연수생을 도입한다 (연수생 입국 시 1인당 300달러를 계약이행보조금으로 납부토록 하고 연수생이 사업장을 이탈할 경우 이 보조금은 연수추천단체에 귀속되도록 하였으나 2002.12월 현재 이 제도는 폐지되었다). 도입된 연수생에 대해서는 연수희망업체의 신청을 받아 연수업체를 선정후 연수생을 일률적으로 배정하고, 연수업체로부터 연수생 1인당 3년 분 380,000원의 관리비를 징수하며, 종전 연수단체가 지정한 위탁관리업체에서 월 24,000원의 위탁관리비를 징수하여 연수생을 관리하던 것을 2002.12월부터 송출기관의 국내지사 또는 협력업체를 통해 산업연수생에 대한 일상적 관리를 하게 된다.

5) 한국노동연구원, 『국내거주 외국인 근로자의 근로조건 실태조사』, 1992. 11, 8면.

이고 강력한 단속을 실시할 것을 요구하게 되었고, 1998년 출입국관리법의 개정에 의해 불법취업단속을 출입국관리공무원에게만 부여하던 것을 고용 및 취업에 관한 업무를 담당하는 노동부 소속공무원, 산업연수생의 보호와 관리업무를 담당하는 중소기업청 소속공무원, 기타 산업연수생의 보호와 관리와 관련하여 법무부장관이 필요하다고 인정하는 관계중앙행정기관 소속공무원으로 확대하였다. 그러나 이와 같은 불법취업 단속권한자의 확대에도 불구하고 IMF 금융위기시의 약간의 감소추세는 있었지만, 산업연수생 제도를 도입하기 시작한 1992년 12월의 65,528명(당시 외국인력 체류자의 88.7%)에 비하여 2003년 2월 현재 불법체류자는 287,808명에 달하여 4배 이상으로 폭등하였다.

이와 같은 불법체류자 폭등은 현행 제도가 외국인 단순인력을 합법적으로 활용하기에는 전혀 그 기능을 다하지 못하고 있다는 것을 증명하고 있다. 물론 이러한 상황을 고려하여 향후 제도개선택이 다각도로 검토되어야 할 것이지만, 노동법적인 측면에서 해석론적으로 불법체류근로자의 지위 인정이 불법체류방지를 위한 입법정책에 어떻게 연관될 것인지를 검토해 보아야 할 것이다.

## 2. 불법체류근로자의 근로관계

불법체류근로자들이 사용자와 직접적인 - 불법이든 적법이든 관계없이 - 근로계약을 맺고 근로관계를 형성하며, 노무급무내용을 실질적으로 판단하면 이들의 근로자성을 부인하기 어렵다. 그러나 이들은 출입국관리법(이하 출관법이라 함)을 위반한 자이므로 근로계약의 유·무효에 따른 법률관계로부터 근로관계의 존속과 각종의 청구권의 인정여부가 문제될 수 있고, 따라서 당해 외국인근로자가 청구권의 부인에 의해 금전적 메리트를 상실하게 된다면 불법체류자 보다는 합법적 체류 근로자로서 지위를 유지하게 된다는 정책적인 장점이 있을 수 있다.

불법체류근로자와 사용자는 출관법을 위반하여 계약을 체결한다. 그런데 출관법이 단속법규라면 불법체류근로자의 근로계약에 대한 사법상의 효력에는 영향이 없으나, 대법원<sup>6)</sup>은 소위 흥진사건에서 “출관법의 입법취지는 단순히 외국인의 불법체류만을 단속할 목적으로 한 것이라고는 할 수 없고, 취업자격 없는 외국인의 유입으로 인한 국내고용시장의 불안정을 해소하고 노동인력의 효율적 관리, 국내 근로자의 근로조건의 유지 등의 목적을 효율적으로 달성하기 위하

6) 대판 1995. 9. 15, 94누12067.

여 취업자격없는 외국인의 고용을 금지시키기 위한 입법목적도 아울러 가지고 있다”고 판결했고 아직은 이 판결을 변경시킨 전원합의체 판결은 없다. 따라서 출판법이 효력규정이라면 동법을 위반한 근로계약의 효력이 문제되고 이 경우 무효로 된 근로계약에는 근로기준법(이하 근기법이라 함)이 적용되지 않는다고 할 수 있다. 그런데 민법 제103조의 ‘선량한 풍속 기타 사회질서’에 출판법이 포함되느냐 하는 문제가 발생하는데, 출판법이 강행법규에 해당하지만 다만 단속규정이냐 효력규정이냐에 따라 출판법을 위반한 근로계약의 취급이 달라진다. 현재 출판법을 단속규정으로 보는 견해가 다수를 차지하고 있지만, 효력규정으로 볼 경우 민법 제103조에 따라 출판법을 위반한 계약은 처음부터 무효이고 다만 계속적 채권관계로서 근로계약은 그 소급효가 제한되어 장래를 향해서만 무효이고 “과거”는 유효한 것으로 취급된다. 따라서 불법채류근로자의 근로계약은 “과거”는 유효한 것으로 취급되고 장래에만 무효로서 다루어진다.

출판법에 위반한 근로계약의 유형

	근기법에 합치	근기법에 위반
출판법에 합치	A	B
단속규정으로서 출판법 위반	C	D
효력규정으로서 출판법 위반	E	F

출판법에 위반한 근로계약을 어떻게 볼 것인가를 각각의 견해에 따라 위 도표와 같이 유형별로 나누어 보면, 우선 A와 B의 경우는 출판법상 문제는 발생하지 않는다. C와 D의 경우는 단속규정 위반으로 처벌은 별론으로 하고 사법상 효력은 영향이 없다. B와 D의 경우는 근로조건이 근기법에 위반함으로써 근기법상의 근로조건이 적용된다. 그와 같은 예는 외국인 항공기 조종사 및 불법채류근로자에게도 퇴직금이 지급된다는 사실을 통해 알 수 있을 것이다. E와 F의 경우는 국내노동시장 참여가 금지되어 있다. E는 출판법을 위반한 근로계약이므로 민법 제103조에 의해 장래를 향해서 무효되고 다만 “과거”의 근로계약은 유효한 것으로 다루어져 근로계약의 내용대로 근로조건을 보장받는다. F의 경우는 민법 제103조 뿐만 아니라 근기법 제22조가 적용되어 “과거”에 대해 근기법의 근로조건이 대체하게 된다.

이상에서 알 수 있듯이, A·B·C·D는 (단속규정의 처벌은 별론으로 하고) 근로계약의 사법상 효력에 대해서는 내국인 근로자의 그것과 다르지 않다. 다만 E와 F의 경우가 다를 수 있으나, 이 차이는 위의 A·B·C·D의 경우

는 노동시장 참여를 금지하는 것이 아니라 다만 근로조건의 규율에 관계되는데 반해, E와 F는 노동시장 참여 자체가 금지된다는 점이다. 따라서 E와 F의 사안은 내국인 중에서 노동시장 참여가 금지된 자의 근로계약의 운명과 동일하다고 생각된다(예컨대 근기법 제62조 1항 본문에 따른 15세 미만의 연소근로자의 근로계약). 즉, 15세 미만의 연소근로자가 근로계약을 체결한 경우 근기법 제62조 위반으로 장차 무효가 되지만 기왕의 근로제공에 대한 임금 및 근로조건은 여전히 보장되고 이러한 임금 및 근로조건이 근기법 수준 이하인 경우에는 근기법 수준으로 지급되는 것과 동일하다. 산업재해보상보험법 적용과 관련하여 E와 F는 산재 당시 즉, 무효 판명 이전인 “과거”에 근로계약이 유효한 근로자임으로 산재보험이 적용된다. A와 B의 경우는 해고의 정당한 사유가 있어야 하지만, C, D의 경우는 언제든지 해지할 수 있고, E, F의 경우는 해지조차 필요없고, 장래를 향해서 무효가 된다는 점에서 차이가 있다.

그러나 불법체류근로자의 노동법적 지위에 대해 앞의 대법원 판례는 출관법 규정은 그 법규 위반에 대해 효력규정은 아니라고 하면서 출관법 규정은 취업자격이 없는 외국인의 고용이라는 사실적 행위 자체를 금지하는 것일 뿐 근로자로서의 신분에서 따르는 노동관계법상의 제반 권리 등의 법률효과까지 금지하는 규정은 아니라고 한다. 따라서 불법체류자의 근로관계는 이미 형성된 근로관계가 아닌 한 취업자격이 없는 외국인과의 근로관계는 정지되고, 당사자는 언제든지 그와 같은 취업자격이 없음을 이유로 근로계약을 해지할 수 있다고 본다. 이로써 판례는 불법체류근로자의 지금까지의 근로자성은 인정되지만 이들의 근로관계는 정지되고, 당사자는 장래를 향해서 해지할 수 있다고 보는 것이다. 그러나 판례의 입장에 따라 불법체류근로자의 근로관계가 정지된다고 하면 이것이 무효의 경우처럼 자동적으로 근로관계가 정지되고 장래에는 근로관계가 인정되지 않아 불법체류근로자는 더 이상 근로자로서의 지위를 인정받지 못하는 것인지 매우 불명확하며, 불법체류근로자의 근로관계가 정지된다면 언제부터 근로관계가 정지되는지 명확하지 않다. 아마도 판례는 불법체류근로자의 근로관계는 관계 당국의 적발이 있는 시점에 근로관계가 정지된다고 보고 있지 않나 생각된다. 만일 이렇게 본다면 불법체류근로자는 적발이 될 때까지는 여전히 근로자성이 인정되는 결과가 되어 적발이라는 사실관계에 의해 근로자성 인정이라는 법률관계가 달라지게 된다는, 법리적으로 수용할 수 없는 결과를 가져 올 뿐만 아니라, 법정책적으로는 불법체류자들에게 단속될 때까지는 여전히 근로자로서의 지위를 누릴 수 있다는 기대감을 주어 불법체류

방지에 실효성을 주지 못한다. 그러므로 일부 학설<sup>7)</sup>이 주장하는 바와 같이 불법체류근로자의 근로관계는 여전히 유효하고 장래를 향해서만 당사자들이 해지할 수 있다고 보는 것이 훨씬 논리적인 것이다. 그러나 후술하는 바와 같이 이 견해도 당사자들이 근로관계를 해지하지 않는 한, 그리고 불법체류가 법적으로 문제되지 않는 한 계속적으로 근로자성을 유지하게 되어 단속이 있을 때까지 당사자들이 의사표시로 해지를 통고하지 않는 한 불법사실을 조장함으로써 법정책적으로도 불법체류근로를 효과적으로 차단하지 못하게 된다.

출관법 제18조의 취업활동체류자격에 관한 규정은 (이하 취업자격) 판례가 언급한 것처럼 단속규정의 성격을 넘어서서 외국인의 고용을 금지시키기 위한 입법목적에 아울러 갖지만, 이 외국인고용제한규정은 취업자격없는 외국인의 고용이라는 사실적 행위 자체를 금지하고자 하는 것 뿐이지 나아가 취업자격없는 외국인이 사실상 제공한 근로에 따른 권리나 이미 형성된 근로관계에 있어서의 근로자로서의 신분에 따른 노동관계법상의 제반권리 등의 법률효과까지 금지하려는 규정으로 보기는 어렵다는 견해는 얼른 찬동할 수 없다. 왜냐하면 출관법 제18조 이하의 규정은 판례가 언급한 것처럼 단순한 외국인취업제한이라는 입법목적에 넘어서는 노동시장관계법으로서 금지법규에 해당한다. 이 규정은 외국인의 출입을 행정적으로 단속하는 목적보다는 외국인의 취업을 제한함으로써 국내 근로자나 일반인의 취업기회를 유지하려는 것이므로 금지법규라고 해야 할 것이다.<sup>8)</sup> 특히 불법체류 근로자의 경우 해당 근로자는 물론 사용자까지 처벌되는 쌍벌규정을 출관법은 가지고 있다. 또한 양당사자가 불법체류근로자는 취업자격을 보유해야 한다는 것과 불법체류근로자는 취업자격을 갖지 못한다는 인식을 하면서도 양당사자의 의도대로 취업자격없이 근로계약을 체결한 경우에 사법상의 계약무효를 부정하는 것은 명백하게 위법한 행태와 출관법에 반하는 목적으로 체결된 법률행위가 법적으로 승인되는 결과를 가져오는 것이다. 근로계약유효이론은 만일 불법체류근로자가 근로관계의 유효나 근로관계의 종료에 대해서 해고보호규정을 원용하면 사용자는 계속적으로 불법체류근로자를 사용하기 위해서 법률에 반하는 행위를 묵인해 버리는 결과를 가져올 수 있다. 불법체류근로자의 경우는 단속규정위반으로

7) 최홍엽, “외국인근로자의 노동법상의 지위”, 『노동법학』 제9호(한국노동법학회), 1999, 89면 이하.

8) 독일 판례의 경우는 노동허가에 관한 고용촉진법 제19조 위반의 경우에도 근로계약의 효력에는 영향이 없다는 일반적 견해를 유지하고 있다.

법적 제재를 받는 것은 별론으로 하더라도 판례나 일부 학설의 법리대로 한다면 그들 스스로가 해지권을 행사하지 않는 한 근로관계가 유효하다고 보아야 하므로 근로관계의 존속을 다투어 해고보호소송으로까지 들어갈 가능성이 있다. 따라서 불법체류근로자 근로계약의 사법적 효과는 부정되어야 한다. 이 경우 근로계약무효의 시점은 불법취업자가 사용자와 근로계약을 체결하는 시점이 아니라 출판법을 위반한 시점이라고 해야 할 것이다. 대법원판례가 불법체류근로자의 근로계약은 유효하나 장래를 향해서 정지한다는 견해는 이와 같은 법리를 오해한 것이다. 또한 사용자가 불법체류근로자의 계약을 장래를 향해 해지할 수 있다는 견해<sup>9)</sup>도 마찬가지이다. 이 견해는 출판법의 위반으로 불법체류자나 사용자가 출판법 위반으로 처벌되고 근로자가 강제출국되는 일이 있어도 그것은 근로계약의 효력 유무와는 직접적인 관련이 없고 출판법 규정위반의 사실로 인하여 양당사자는 언제든지 근로계약을 해지할 수 있고, 해지 이전까지는 이미 제공한 노무에 대한 임금청구권도 보유하며 근로계약관계가 여전히 존속하므로 불법체류근로자는 노무제공의무를 부담하며 사용자는 임금지급의무를 면하지 못한다고 본다. 그러나 이 견해는 근본적으로 사용자가 불법체류근로자를 계속해서 사용하고자 하는 경우에는 근로계약을 해지하지 않고, 근로계약의 유효를 원용한다면 그에 대한 해결책이 없다는 문제점을 가지고 있다. 해지권은 상대방에게 도달을 요하는 의사표시로서 행사되어야 하는 형성권이기 때문에 불법체류근로자가 해지권을 행사하지 않는 한, 적발여부에 관계없이 근로관계는 유효하다고 보아야 할 것이다. 또한 출판법 위반의 사실로 인하여 근로계약을 해지할 수 있다고 본다면 사실상 불법체류 근로자의 근로관계는 불법체류 시점부터 이미 출판법을 위반하고 있으므로 근로계약 체결시점부터 별다른 사유발생없이 해지할 수 있다는 우스운 결과가 발생한다.

그러나 판례와 일부 학설에 대한 비판의 법리가 이미 제공된 불법체류근로자의 노무급부내용을 부정한다는 의미는 아니다. 산재나 퇴직금, 임금 등의 근로조건은 하자있는 근로관계이론에 의해 (굳이 명명한다면 사실적 근로관계론) 보호될 수 있기 때문이다. 무효인 계약의 소급효이론은 이 경우 적용될 수 없다. 왜냐하면 하자있는 근로계약이론은 바로 그와 같은 민법상의 원칙을 적용하는 데서 발생하는 불합리를 제거하기 위해서 발전된 이론이기 때문이다. 또한 불법체류근로자의 임금채권은 근로계약이 사법상 무효라 하더라도

9) 이러한 주장으로는 최홍엽, 박사학위논문, 81면 참조.

이미 제공된 노동력에 대한 반대급부로서의 성격을 갖기 때문에 사용자의 파산 시에는 임금채권보장법의 보호대상으로 해야 할 것이다. 결론적으로 말하면 불법체류근로자의 근로계약은 사법상 무효이나, 이미 제공된 근로계약의 내용은 하자있는 근로관계론에 의해 보호될 수 있다. 장래를 향한 근로관계는 사용자의 해지도 필요하지 않으며, 판례의 경우처럼 정지되는 것이 아닌 당연 무효가 된다고 해야 할 것이다.

이와 같은 법리적 문제에도 불구하고 판례나 학설이 범정책적으로 불법체류근로를 차단하는데는 한계가 있을 수밖에 없다. 판례나 학설은 불법체류로 인해 단속이 된 근로자의 지금까지의 보호, 즉 과거에 대한 보호를 어떻게 할 것인가에 치중하고 있기 때문에 처음부터 불법체류근로를 어떻게 방지할 것인가 하는 범정책적인 문제에는 직접적인 관련이 없다. 말하자면 해석론에 의해 불법취업을 제한하는데는 한계가 있다. 따라서 이하에서는 불법체류 근절을 위해 노동법이 어떻게 기여할 수 있는가를 살펴보기로 한다.

#### IV. 외국인근로자 불법체류근로 방지를 위한 노동법적 과제와 정책적 제안

1993년부터 산업연수생제도를 도입한 이후 불법체류자가 급증하여 2003년 3월 현재 국내 외국인력 370,000명 중 287,000명이 불법체류자로서 전체 외국인력의 77.6%를 차지하고 있다.

< 외국인력현황('03.3월) >

(단위: 명, %)

전 체	합법체류자					불법체류자
	전문인력	연수취업자	산업연수생	해투기업 연수생	소 계	
369,984 (100.0)	21,263 (5.8)	11,593 (3.1)	36,711 (9.9)	13,361 (3.6)	82,928 (22.4)	287,056 (77.6)

자료: 노동부

이렇게 불법체류 근로자들이 외국인력의 대다수를 차지하게 된 이유는 무엇보다 중소기업의 인력난이 심한데도 불구하고 현재의 산업연수생 제도가 구조적인 한계를 가지고 있기 때문이다. 이러한 불법체류근로자의 신분상 약점을 이용하

여 사용자는 임금을 제대로 지급하지 않는 등 근기법상의 근로조건을 이행하지 않아 인권침해의 문제까지 야기하고 있다. 해당 외국인이 불법입국자·불법상륙자이든 또는 불법체류자이든 연수생이란 명칭을 사용하든<sup>10)</sup> 일단 어떤 사용자와 근로관계가 성립된 경우에는 설사 그가 출판법을 위반하였어도 근기법 제5조(균등대우) 및 제14조(근로자의 정의)에 의하여 개별적 근로관계법에 있어서 원칙적으로는 내국인 근로자와 동등한 대우를 받는다고 할 것이다.<sup>11)</sup> 그러나 외국인 근로자의 근로관계법상 지위의 문제를 다루면서 나타나는 현실적인 어려움은 몇몇 연구 보고서<sup>12)</sup>에서 이미 지적한 바와 같이, 외국인 근로자가 고용되어 있는 사업장이 대부분 3D 업종으로 사양산업이거나 소기업(30인 미만)이라는 점에서 발생한다. 근기법이 상시 5인 이상의 근로자를 고용하는 사업장에 적용되는 것을 원칙으로 하고, 4인 이하의 사업장에는 핵심적인 근로조건에 관한 규정이 적용되지 않기 때문에 이들 사업장에 고용되어 있는 외국인 근로자는 근기법의 보호 영역에서 상당 부분 벗어나 있다. 또한 앞서 언급한 제3유형의 외국인 근로자에게는 근로계약의 무효의 소급효 제한이론, 사실적 계약론<sup>13)</sup>에 따라 노동법(및 사회보장법)상 보호를 받을 수 있다고 하더라도 현실적으로 출판법을 위반하고 있기 때문에 언제든지 강제퇴거를 당할 수 있다는 위험 때문에 이 유형에 속하는 외국인 근로자는 스스로 노동법상 구제수단을 포기할 수밖에 없다는 어려움이 있다. 아마도 현재의 시점에서 불법체류자의 양산을 방지할 수 있는 제도는 고용허가제가 아닌가 생각된다.

10) Vgl. Marschall, *Bekämpfung illegaler Beschäftigung*, 1994, S. 183 ff.

11) 김수복, 『노동법』, 1996, 246~247면; 김소영, 『외국인력 관계법제 및 정책의 국제 비교』, 1995. 8, 81~82면; 고준기, “외국인근로자의 실태와 법적보호”, 『군산대 지역개발연구』, 1994. 12, 125면 이하; 김선수, “한국에 있어서의 외국인노동자 인권문제”, 『시민과 변호사』, 1995. 1, 127면 이하; 이광택, 논평, 외국인력수입과 정책과제, 한국노동연구원, 1993. 6, 45면; 최홍엽, “외국인근로자의 법적 보호”, 『서울대 노동법연구회』, 1993. 12, 2면 이하; 박석운, “외국인력도입정책과 외국인노동자 인권대책”, 『시민과 변호사』, 1995. 1, 180면 이하; 서울고판 1993. 11. 26, 93 다 916774; 대판 1995. 9. 15, 94 누 12067; 대판 1995. 12. 22, 95 누 2050; 片岡昇, 労働法, 1994, 384頁; 片岡昇, 労働基準法, 1994, 52頁; 菅野和夫, 労働法, 1994, 116頁; 鈴木宏昌, “外國人勤勞者の平等待遇”, 『季刊労働法』 第164號, 1992. Summer, 9頁 이하; 後藤勝喜, “外國人勤勞者と労働關係法規の適用”, 『季刊労働法』 第164號, 1992. Summer, 23頁 이하; 手塚, 前掲論文, 158頁; Hanau, *Das Verhältnis von Arbeitsvertrag, Arbeitserlaubnis und Aufenthaltserlaubnis ausländischer Arbeitnehmer*, 1979, S. 172; BAG 16.12.1976, AP Nr. 4 zu § 19 AFG.

12) 고준기, 전제논문, 125면 참고.

13) Hanau, a.a.O., S. 178 ; 野川忍, 『外國人法』, 1993, 76頁.

## 1. 고용허가제의 도입

고용허가제는 불법체류근로자 대책과 현행의 편법적이고 불법체류근로자의 근로조건보호와 형평성을 상실한 산업연수생제도의 개선을 위한 출발점이자 중착점이 된다.<sup>14)</sup> 그러나 장기적 관점에서는 고용허가제를 도입하여야 할 것이지만, 저임금의 기회비용을 활용하고자 하는 3D업종의 기득이익도 단기적 관점에서 무시할 수는 없다. 그러나 고용허가제의 도입여부를 놓고 국회, 정부는 물론 많은 사회단체와 연구기관에서도 이에 대한 격론이 벌어진 바 있다. 그러나 여기서는 산업기술연수제를 유지할 것인지 아니면 고용허가제를 도입<sup>15)</sup>할 것인지에 관한 최종 입장은 유보하고, 고용허가제의 도입에 관한 논의의 전제로서 다음 몇 가지 관점을 고려해야 한다.

즉, 첫째, 경제적 효율 내지 실리를 중시할 것인지 또는 정의 내지 명분을 중시할 것인지에 따라 고용허가제의 도입 여부가 달려 있다고 할 수 있다. 최근 외국인 근로자의 고용에 따른 경제적 효과의 분석에 따르면, 중기업을 중심으로 여전히 외국인 근로자의 고용을 통하여 인건비 절감 효과가 있는 반면, 소기업 등에서는 인건비 절감효과가 없는 것으로 보고되고 있다. 객관적인 노동시장에서의 외국인 근로자의 경제적 효과분석을 통하여 어느 제도가 우리나라 국민경제에 적합한지도 우리 제도의 결정시에 중요하게 고려되어야 할 것이다.

둘째, 고용허가제를 도입하자는 입장에서 산업연수생제도가 불법취업자를 양산한다<sup>16)</sup>는 일방적 주장을 그대로 수용할 수는 없다. 왜냐하면 불법취업자가 크게 증가하고 있는 데에는 주로 다음 두 가지 원인이 있기 때문이다. 즉, ① 불법체류 외국인 근로자의 급증은 이를 예방·단속해야 하는 출입국관리국

---

14) 고용허가제의 장점으로는 노동허가를 통해 외국인 근로자가 내국인 근로자와 동일한 지위를 향유하므로 더 이상 불법체류를 이유로 인권 및 근로조건에 부당한 대우를 받지 않을 것이고, 고용허가를 통해 인력난을 겪는 기업은 외국인력을 채용할 수 있으며, 또한 고용허가가 내국인 근로자가 없는 기업에만 허용되는 것임으로 외국인 근로자의 내국인 근로자의 일자리 축출 위험도 줄어들게 된다는 것이다. 그리고 기간연장 시에도 사용자가 관할하는 것이 아니라 허가관청이 개입함으로써 사용자의 권한남용도 줄어들 수 있다.

15) 이에 관해서는 염재호·김정렬, “외국인력정책의 혁신을 위한 제도개선과제”, 고려대 노동문제연구소 1998년 춘계학술발표회 발표문, 92면 이하 참조.

16) 이주호·김대일, “외국인력 도입의 법제화 방향과 원칙”, 외국인력 도입제도의 법제화를 위한 공청회 자료집(한국개발연구원), 1997. 6. 3, 5면.

의 인력 등 행정력의 부족에 근본적인 원인이 있다. ② '96년부터 최근에 이르는 기간 동안 우리나라 경제가 침체를 맞으면서 중소기업뿐만 아니라 대기업의 도산이 일어나자 정부에서 중소기업에 대한 부담을 덜어준다는 측면에서 불법체류 외국인 근로자를 고용하고 있는 중소기업에 대한 단속을 포기한 것도 그 하나의 원인이 될 수 있다. 그러므로 불법체류 외국인 근로자의 증가는 단순히 고용허가제를 도입한다고 해서 완전히 근절될 수 있는 것이 아니고, 불법체류 외국인 근로자를 예방·단속하려는 행정부 - 특히 법무부(출입국관리국), 노동부(근로감독관), 내무부(경찰) - 뿐만 아니라 사용자의 협조없이 실효를 거둘 수 없을 것이라고 보여진다.

셋째, 고용허가제를 도입하면 외국인 근로자의 임금인상을 가져와 기업에 지나친 부담을 주게 된다는 것이 고용허가제에 반대하는 가장 큰 이유 중의 하나이다. 그러나 이는 다음과 같은 이유에서 지나친 기우라고 판단된다. ① 외국인 연수생의 노동생산성은 국내 근로자의 72%인 반면 임금은 송출비리에 따른 연수생부담과 불법취업 등의 영향으로 국내 근로자의 70~80%를 이미 넘어선 상태이고, 불법취업자의 임금은 내국인과 같은 수준을 유지하고 있다. 따라서 산업기술연수생제도를 유지할 경우의 가장 큰 이점인 임금상 메리트는 거의 상실되고 있다. ② 고용허가제를 실시하는 대만과 싱가포르, 노동허가제를 실시하고 있는 독일 등에서 외국인 근로자에게 지급하는 임금수준은 평균적으로 볼 때 해당국가 국내 근로자의 75%에 불과하다.<sup>17)</sup> 무엇보다도 임금차별의 합리적 사유로서 생산성의 차이가 인정되기 때문에 고용허가제의 도입으로 무조건 임금이 상승한다고는 할 수 없다. 특히 우리 근기법 제5조(균등대우)는 “사용자는… 국적 등을 이유로 근로조건에 대한 차별적 대우를 할 수 없다”고 규정하고 있다. 이는 헌법 제11조(법앞의 평등)를 근로관계에 대하여 구체화한 규정이라고 해석된다. 그러므로 기업은 외국인 근로자를 자의적(willkürlich)이고 객관적으로 타당하지 않은(unsachlich oder sachfremd) 근거에 의하여 외국인 근로자를 차별하여서는 안될 것이다.<sup>18)</sup> 여기서 근로조건(근기법 제24조 참고)이라 함은 근로계약관계에 있어서 근로자에 대한 일체의 대우를 말한다. 예컨대 임금·근로시간·상여금은 말할 것도 없고, 재해보상·안전위

17) 대만의 경우는 내국인 대비 외국인 근로자의 기본급이 제조업 87%, 건설업 65%에 달한다.

18) Bitter, Gleichbehandlung und Kündigungsschutzprobleme im Zusammenhang mit der Beschäftigung von Ausländern, *AuR* 1996, S. 35.

생·복리후생 등에 관한 조건도 포함된다고 해석된다. 해고에 관한 조건도 근로조건에 해당된다고 해석된다.<sup>19)</sup> 그러나 채용에 있어서는 외국인 근로자의 남녀의 채용이 문제되지 않는 한 남녀고용평등법 제7조와의 유기적 해석상 이 조항은 근로자 모집과 채용 시에는 적용되지 않는다고 보아야 할 것이다.<sup>20)</sup> 여기서 헌법 제11조(법앞의 평등) 및 근기법 제5조(균등대우)를 적용할 때, 우선 전제가 되어야 할 것은 헌법 제15조(직업선택의 자유) 및 제23(재산권 행사의 보장)에 근거한 사용자의 기본권과의 유기적 조화의 문제이다.<sup>21)</sup> 이미 유력한 학설이 지적한 바와 같이 사용자는 기본적으로 그의 경영체의 인적·물적 조직을 그의 선택에 따라 자유롭게 형성할 권한이 있다. 다만, 사용자가 이와 같은 권한을 행사할 때에는 형평의 원칙에 따라야 할 뿐이다. 균등대우를 할 수 없는 실질적인 근거, 예컨대 기능·기술·학력·경험·소질 등의 차이가 있을 때에는 균등대우가 문제되지 않는다.<sup>22)</sup> 또한 독일의 경우를 보면 해석론상 단기간 기한부 근로관계의 경우, 외국인 근로자의 독일어능력의 결여, 외국에 주소를 두고 있는 외국인 근로자에 대한 차별대우는 정당한 것으로 보고 있다.<sup>23)</sup> 우리나라에서도 이를 달리 파악할 근거는 없다고 생각된다. 중소기업이 외국인 근로자를 사용하는 중요한 이유중의 하나는 - 특히 제1·3유형의 외국인에 있어서는 - 국내 근로자 보다 임금이 상대적으로 낮다는 점이다. 특히 고용허가제나 노동허가제와 같이 외국인 근로자 문제에 대한 개선책으로 제시되는 의견들에 대한 사용자측의 반대이유는 주로 저임금 근로자 사용에 대한 잇점이 상실된다는 점에 있다. 따라서 외국인 근로자의 임금과 관련해서는 별도의 고찰을 필요로 한다. 이 경우 다음

19) 김형배, 『노동법』, 232면. 한편 일본의 노동기본법 제3조는 “사용자는 노동자의 국적, 신조 또는 사회적 신분을 이유로 임금, 근로시간, 기타 노동조건에 있어서 차별적인 취급을 하지 못한다”고 명시하고 있다(자세한 내용은 『手塚和彰』, “外國人の雇用と労働法”, 『ジェリスト』 No. 1000, 1992. 5. 15, 255頁).

20) 김형배, 전계서, 232면.

21) Vgl. Monjau, Diskriminierungsverbot bei der Beschäftigung von Ausländern, *RdA* 1966, S. 82 ff.

22) 김형배, 전계서, 216~217면. 근로자 노동력의 가치평가와 결부된 합리적 차별은 일부 근로자에게 상대적으로 불이익을 주더라도 배분적 정의의 관점에 어긋나는 것은 아니다(同旨, 대판 1991. 7. 12, 90다카17009 참고).

23) Woltereck·Hasse, a.a.O., S. 6; Hoffmann, *Das Diskriminierungsverbot bei der Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer in Deutschland*, Diss. Köln, 1970, m. w. N.; Becker·Braasch, *Recht der Arbeitnehmer*, 3. Aufl., 1986, Rz. 142.

세 가지 측면에서 고찰하는 것이 바람직하다고 판단된다. 첫째, 외국인 근로자의 임금수준을 어떻게 결정할 것인가가 문제가 될 수 있다. 근기법 제3조는 “근로조건은 근로자와 사용자가 동등한 지위에서 자유의사에 의하여 결정하여야 한다”고 규정하고 있으므로 계약자유 원칙상 당사자가 임금수준을 결정할 수 있다. 그러나 이러한 원칙에도 불구하고 산업연수생을 위한 표준계약서나 실제적으로는 외국인 근로자의 임금을 최저임금을 기본금으로 하여 연장, 야간, 휴일근로에 대해 지급하는 수당을 기본으로 하고 있다. 만약에 당사자간에 특약이 없다면 해당 사업장에 적용되는 단체협약, 취업규칙이 적용될 것이고(근기법 제4조), 또한 외국인 근로자에게도 최저임금법이 적용되어야 함은 물론이지만,<sup>24)</sup> 외국인 근로자에게 동일한 임금을 지급하여야 한다는 주장은<sup>25)</sup> 배분적 정의에 기초한 헌법상 평등(제11조) 및 근기법 균등대우(제5조)에 오히려 배치되는지와 관련하여 재검토되어야 할 사항이라고 판단된다.<sup>26)</sup> 외국인 연수생과 내국인 근로자 사이에는 약 30%의 임금격차가 있다. 이와 같은 임금격차가 정당화되기 위해서는 외국인 연수생과 내국인이 동일노동 여부가 그 기준이 될 것이다. 동일노동이 아니라면 임금은 달리 지급되어야 하고, 만약 동일노동이라면 임금의 차등지급에는 합리적 사유가 있어야 한다. 우선 차별대우를 정당화하는 규범적 근거로서는 다음과 같은 것을 지적할 수 있다. 즉, 임금결정은 사용자와 근로자간의 계약을 통해 자유롭게 결정되는 것이 원칙(근로계약의 내용형성기능)이다. 따라서 이행되는 노

24) 노동부 ‘외국인 산업연수생의 보호 및 관리지침’(1995. 2. 14 제정) 제7조에는 연수생에게도 최저임금법을 적용하도록 행정지도 지침을 마련하여 근로감독을 통하여 그 이행을 확보하고 있었다.

25) 고준기, 전제논문, 124면 이하.

26) 최근에 대법원은 “근로자의 노동력의 가치평가와 결부된 합리적인 차별은 일부 근로자에게 상대적으로 불이익을 주더라도 배분적 정의의 관점에 어긋나는 것은 아니다”고 판단하였는 바(대판 1995. 7. 12, 90다카17009), 이 판례는 외국인 근로자에 대한 임금수준에 있어서의 균등대우 문제에 시사점을 주고 있다. 또한 독일의 판례와 학설(Hauschka·Henssler, Ein “Billigarbeitsrecht” für die Deutsche Seeschiffahrt?, NZA 1988, 597; Löwisch·Rieble, TVG, 1992, Grundl. Rn 86 ff.; Rieble, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, 1996, S. 74)도 같은 입장을 취하고 있다. 즉 선박국적법(Flaggenrechtgesetz) 제21조 제4항(공평등록: Billigregister)은 인건비 절감을 위해 독일 선주(船主)들이 선박국적을 파나마, 리비아로 등록하는 것을 억제하기 위하여 이 규정은 독일선박 선원의 임금은 본국선원의 임금수준으로 지급하도록 규정하고 있다. 최근 연방헌법재판소는 이 규정은 독일노조의 협약자치를 약화시키기 위한 근거로서 객관적으로 불가피한 규정으로 합헌이라고 판단하였다(BVerfGE 92, 26 = EzA Art. 9 GG Nr. 55 = AP Nr. 76 zu Art. 9 GG unter B II 1 b bb).

무와 임금간에 등가관계(等價關係)는 항상 전제되는 것이 아니다. 이 경우 사용자는 고생산의 가능성(이행되는 노동의 가치 > 임금)을 보유하며, 반면 근로자는 고임금의 가능성(임금 > 이행된 노동의 가치)을 가진다. 따라서 사용자나 근로자 모두 합리적인 선택이 가능하며 그러한 근로계약의 정당성을 갖는다. 따라서 임금을 지불하는 기업은 고용허가제 하에서는 외국인근로자와 입국 전에 미리 근로계약을 체결하므로 사용자는 교섭력에서 우위를 가질 수 있으며, 외국인 취업희망자가 자기 정부에 취업신청을 하는 경우 송출비용이 없어지므로 임금의 하향경쟁이 가능하며, 고용허가제는 취업희망자의 인력풀을 구성하는 것이므로 임금수준을 낮게 제시할 가능성도 있다. 이 경우 국내에서 취업하는 외국인 근로자의 경우 균등대우의 범위는 단위사업장에 속한 모든 근로자이며, 사업장을 달리 하는 근로자간에는 균등대우 의무가 없다. 또한 고용허가제 하에서는 특별한 경우를 제외하고는 사업장간 이동이 금지<sup>27)</sup>되고, 동일 사업장 내에서 기술, 학력, 능력 등을 고려하여 임금 그룹별로 차등임금의 지급이 가능한 것이므로 임금상승은 그렇게 크게 우려되지 않는다고 생각된다. 오히려 송출비리의 근절과 불법취업의 강력한 단속으로 외국인근로자의 기대임금수준이 저하되고 불법취업 메리트의 감소 등의 요인과 불법취업자의 임금이 이미 내국인 수준에 도달하였다는 점등을 고려하면 고용허가제 도입시 임금은 현재의 연수취업자의 수준으로 결정되리라 생각된다. 또한 출신국가의 임금 및 물가수준의 측면에서 해당 외국인 근로자의 임금결정을 우리나라의 임금 및 물가수준에서 결정하는 것이 아니라 출신국가의 임금 및 물가수준에서 결정해야 한다고 할 수 있다. 특히 섭외사법 제9조의 준거법 결정 시 당사자의 의사가 없을 때 우리 근기법이 적용되므로 당사자의 의사로 적용되는 임금관련법을 출신국가의 법으로 할 수도 있다. 그러나 이렇게 된다면 외국인 근로자 유입의 근본원인이 국내의 임금수준이 상대적으로 높다는 데에 있으므로 외국인 근로자의 불법유입 자체가 일어나지 않을 것이다.

넷째, 고용허가제가 도입되면 외국인 근로자에게도 근로3권이 인정되고 그 결과 외국인 근로자의 쟁의행위가 빈발하게 될 우려가 있다는 주장은 타당하지 않다. 고용허가제를 도입하고 있는 대만과 싱가포르(Employment of

27) 물론 이 경우 사업장간 이동의 금지가 외국인근로자의 직업의 자유를 침해한다는 문제가 있을 수 있으나, 고용허가제의 목적과 외국인의 취업기회 보장이라는 점을 감안한다면 위헌의 문제는 감소하리라 생각된다.

Foreign Workers Act, 1991)는 고용허가 최장기간을 각각 4년, 3년으로 규제하고 있고, 고용허가제를 도입하고 있는 독일은 노동허가 최장기간을 3년 (Abeiterlaubnisverordnung § 4)으로 규율하고 있는데, 이들 국가에서 외국인 근로자의 노동쟁의로 인한 손실은 대단히 미미하다. 우리나라가 고용허가제를 도입한 경우에도 위와 같은 나라들의 입법을 참고하여 최장 고용허가기간을 3년으로 한정하면 특히 노동조합및노동관계조정법 제32조(단체협약의 유효기간)와 관련하여 외국인 근로자의 근로3권 향유는 사실상 많은 제약을 받게 될 것이다. 무엇보다 과업시 무노동 무임금 원칙의 적용에 따라 고용허가기간이 제한된 외국인 근로자가 임금을 포기하고 집단행동으로 갈 것인지는 의문이다. 따라서 고용허가제 도입이 외국인 근로자의 쟁의행위로 이어진다는 논리는 기우에 가깝다고 판단된다.<sup>28)</sup>

## 2. 고용허가제 도입의 전제요건

고용허가제 도입인가 또는 산업연수생제의 유지인가는 결국 어느 제도가 우리나라 노동시장에 더욱 적절한 것인지에 대한 객관적인 실증조사 - 외국인 근로자의 임금, 기타 근로조건<sup>29)</sup>과 그들의 노동생산성 - 에 기초하여 보다 합리적이고 효율적이면서 근기법 제5조, 노동조합및노동관계조정법 제9조 등 제반 노동법 규정 및 해석론에 합치하는 제도를 선택하는 것이 바람직하다고 판단된다. 이와 같은 관점 하에서 고용허가제 도입은 불가피하다고 하는 점에 잠정적으로 찬성한다. 다만 여기서는 고용허가제의 도입 시에 반드시 고려되어야 할 점을 제시하고자 한다.

첫째, 외국인 근로자의 임금수준은 최저임금법상 임금기준을 상회하는 한, 노동의 질 - 예컨대 언어장애, 기술, 숙련도 등 - 을 고려하여 근로계약 당사자에게 일임하는 것이 계약 체결의 자유에 따라 타당하다고 본다. 그러므로 사용자가 외국인 근로자를 합리적인 근거에 따라 차별을 하는 한 균등대우원칙(근

28) 동지, 이주호·김대일, 전계논문, 13면 참조.

29) 우리나라가 '96년 OECD에 가입하였기 때문에 고용허가제를 도입하는 경우에 우리나라가 외국인 근로자에게 비OECD국인 대만 또는 싱가포르보다는 높은 근로조건을 보장하여야 한다는 주장(송병준, “외국인력 도입제도의 문제점과 개선방안”, 외국인력 도입제도의 법제화를 위한 공청회자료집, 39면 이하)은 타당하지 않다. 왜냐하면 OECD국이며 G7국인 일본은 현재에도 여전히 기술연수생제를 유지하고 있기 때문에 우리나라에서 고용허가제를 법제화하는 경우에 외국인 근로자의 법적 지위를 굳이 대만·싱가포르보다 높게 보장할 필요는 없다고 본다.

기법 제5조)에 반하지 않는다. 또한 사용자가 외국인 근로자와 근로계약 체결 시에 - 계약체결의 자유상 - 고용기간을 1년 이하(예컨대 11개월)로 갱신함으로써 퇴직금, 연월차수당, 상여금 등에서 제외시키는 것도 고려될 수도 있다.

둘째, 고용허가 최장기간은 현재 고용허가제 또는 노동허가제를 실시하고 있는 대만, 싱가포르, 독일의 경우를 참고하여 3년 이내로 한정하는 것이 바람직하다고 본다. 이는 외국인 근로자가 장기간 국내에 체류하는 경우에 발생하게 될 사회적 비용(사회보장 등)을 최소화하는 것 이외에도 고용허가제 도입으로 인하여 합법적으로 인정된 근로3권을 하위법에 기초하여 일정하게 제약하는 것은 불가피하다고 본다.

셋째, 고용허가제를 실시하더라도 국내기업이 외국인력을 비전형근로 - 시간제 근로(part-timer), 파견근로, 임시근로 등 - 의 형태로 인력부족을 신속·유연·경제적으로 활용할 수 있는 방안도 함께 강구되어야 할 것이다.

넷째, 여러 연구에서 이미 지적한 바와 같이 고용허가제의 관건은 불법취업의 규제에 달려 있다고 할 수 있다. 불법체류 외국인을 고용하는 사용자는 불법체류 외국인의 불안정한 지위를 악용하여 노동시장에서 형성된 임금 내지 근로조건을 하회하는 조건으로 이들을 고용하여 인건비 등에서 다른 경쟁기업보다 우위에 서게 되고, 외국인 고용과 관련된 고용분담금, 사회보장비, 제반세금을 내지 않으므로써(free rider) 불공정한 방법으로 경쟁에서 우위를 점하게 되어 경쟁질서를 크게 손상시킬 수 있다. 그러므로 고용허가제 또는 노동허가제를 채택하고 있는 나라에서는 불법취업을 강력하게 규제하고 있음을 볼 수 있다. 불법취업의 단속에 관하여 전술한 바와 같이 법무부(출입국관리국), 노동부(근로감독관), 행자부(경찰)가 입체적인 네트워크를 형성하여 경기변동 여부에 관계없이 정책기조를 초지일관 집행하여야 할 것이다.

### 3. 고용허가제 도입 후 외국인 근로자의 노동법상 지위

우선 고용허가제가 실시되면 외국인 근로자에게도 노동보호법규로서 근기법 등 개별적 근로관계법이 중요한 기능을 할 것으로 보인다. 왜냐하면 고용허가제를 3년으로 제한하는 경우에는 사실상 집단적 노사관계법상의 보호를 받기 어려울 것이기 때문이다. 그렇지만 고용허가제가 도입되면 산업연수생 신분으로 머물러 있을 때보다는 외국인 근로자의 노동법상 지위를 보다 명료하고 확

실하게 보장할 수 있는 규범체계 내지 근거를 갖게 된다는 점에서 외국인 근로자의 지위가 격상될 것이다. 또한 개별적 근로관계법상 제반 규정이 외국인 근로자에게 적용되므로 외국인 근로자는 퇴직금, 연월차수당, 각종 상여금을 추가적으로 더 지급받을 것이다. 이미 전술한 바와 같이 고용허가제의 가장 큰 걸림돌의 하나가 바로 외국인 근로자에 대한 추가적인 임금지급이었다. 그러나 그동안 사용자가 외국인 근로자에게 지급하여 오던 이탈방지수당, 기숙사 제공, 생활필수품의 제공 등 국내 근로자에게 지급하지 않던 수당 내지 부가적인 급부는 더 이상 지급하지 않아도 될 것이므로, 고용허가제를 도입함으로써 추가적인 임금상승의 폭은 그리 크지 않을 것이라는 전망이 우세하다. 그리고 고용허가제가 도입되면, 사회보장법상 제반 규정이 외국인 근로자에게도 적용될 것이다. 예컨대 고용보험법, 산업재해보상보험법, 국민연금법, 의료보험법 등이 중요한 역할을 할 것이라고 보여진다. 마지막으로 고용허가제가 도입되면 그 동안 논란을 벌여 왔던 불법체류 외국인 근로자의 수가 감소될 여지가 있고, 외국인의 불법취업에 따른 제반 문제점에 관한 논의의 비중은 상대적으로 낮아질 것으로 보인다.

#### 4. 불법체류근로 방지를 위한 부가적 조치

이미 앞에서 언급한 바와 같이 고용허가제만으로는 불법취업이 근절되지는 않는다. 고용허가제 하에서도 사업장 간 임금격차가 있는 경우 사업장간 이동금지 규정에도 불구하고 사업장이탈이 있을 수 있기 때문이다. 이를 위해서는 행정관청에 의한 강력한 단속이 관건이다. 그러나 엄밀히 보아 이 문제는 노동법의 문제라고 보기에선 행정단속의 문제에 해당한다. 노동법적 측면에서는 i) 외국인근로자의 노동증명서의 휴대의무 부과, ii) 취업시 근로소득세(Lohnsteuer)카드의 제시 및 사업주의 작성·신고의무, iii) 외국인력사용증명서의 비치, iv) 근로감독관제도의 확충, v) 불법체류자를 고용하는 자에 대한 처벌규정의 강화, vi) 불법체류자를 고용하는 사업주에 대한 중소기업지원제한과 중과세 등을 고려해 볼 수 있을 것이다.

#### 5. 현재 불법체류자에 대한 과도기적 규정

고용허가제를 도입하기 전까지 현재 불법체류외국인근로자들에 대해서는

2003년 3월말로 출국기한이 만료되는 불법체류자에 대해서는 국회에 계류중인 고용허가제 법률안의 통과가 예상되는 8월말까지 출국기한이 일괄 재유예된다.<sup>30)</sup> 따라서 고용허가제의 도입을 전제로 할 경우 이들에 대한 과도기적 규정이 필요할 것이다. 법치국가의 원리를 존중하는 한 이들은 강제추방되어야 할 것이지만, 지금까지 불법체류자 보호에 관하여 공론화된 사회적 함의를 고려한다면 이들에 대해서는 고용허가제 실시와 함께 동 제도의 적용을 받게 될 장래의 근로자와 동제도의 출발을 함께 하여야 할 것이다. 그리하여 이 자들에 대해서는 고용허가제의 실시와 함께 성실 신고한 불법체류근로자에 대해서는 별칙규정의 적용을 면제하고, 소정의 절차를 밟아 신규유입 외국인 근로자처럼 구직을 할 수 있는 기회가 제공되어야 할 것이다.<sup>31)</sup> 그러나 경우에 따라서는 3년 이상 장기체류한 자들에 대해서는 보호필요성이 그 만큼 적기 때문에 고용허가제의 일반적 기간인 3년을 기준으로 체류기간 1년 이상 3년 미만자에 대해서는 소정의 절차를 거쳐 2년의 범위에서 고용허가제에 의한 취업을 허용하고, 3년 이상자는 출국을 원칙으로 자진출국을 유도하여야 할 것이다. 그러나 사업주의 취업확인서를 소지하고 자진출국하는 경우 우선적으로 재입국·취업을 허용하는 방안<sup>32)</sup>은 이들이 사업장에 대한 적응도와 그 동안의 경험을 고려하여 사업장에 유리하다는 점도 존재하지만, 다른 신규취업희망자와의 관계에서 경쟁원리에 반한다는 점과 그 동안의 불법체류사실을 묵인했던 것을 넘어 우선권을 주는 것은 형평의 이념에 어긋난다는 점 등을 고려하면 제도적인 규율보다는 사업주의 선택으로 맡겨야 할 것이다.

## 6. 재외동포의 경우

외국인 근로자의 법적 지위보장문제에 있어서는 재외동포, 특히 중국내 거주 한인(중국동포)의 지위는 특별한 의미를 갖는다. 특히 이들 중국동포의 국내취업희망자는 많은데, 현실적으로 이들의 욕구를 반영하지 못하고 있으며, 이미 산업연수생으로 입국하여 불법취업한 후 한국에 대한 부정적 인식이 팽

30) 2002년 3월부터 5월까지 자진신고한 불법체류자 256,000명 중 2003년 3월말 출국 대상인 157,000명에 대해서는 별도의 신고절차없이 금년도 8월말까지 출국기한이 일괄 유예된다.

31) 외국인근로자의고용허가및인권보호에관한법률안 부칙 제2조 1항 참조.

32) 노동부, 전계자료, 18면.

배해 있다. 이들에 대해서는 민족 일체성의 관점과 통일과정에서 통일지원세력화하기 위해 특별대우의 필요성도 간과할 수 없지만, 연수업체에서는 언어적 의사소통문제가 없고 문화적 이질감이 없어 고용상의 편안함도 존재하는 것이 사실이다.

물론 대한민국의 국적을 가지지 아니한 재외동포의 입국 및 체류에 관한 중요사항을 심의하기 위하여 재외동포입국 및 체류심의조정위원회를 법무부에 설치하고, 재외동포의 입국·출국 및 국내체류활동의 편의를 위하여 재외동포에 대한 체류자격을 신설(F-4)하여 1년의 한도에서 체류할 수 있도록 하고 있다. 그러나 동 시행령과 시행규칙의 개정은 재외동포의 체류자격인정으로 국한되어 있기 때문에 재외동포의 취업자격은 여전히 금지되어 있고, 개정법은 위 위원회가 재외동포의 취업에 관한 실제적인 기준 등의 규범적 내용을 설정할 수 있는 지에 관해서는 아무런 것도 규정하고 있지 않기 때문에 재외동포의 노동법상의 지위에 어떤 변화를 주지 못하고 있다. 오히려 체류가 용이하게 됨으로써 이들 재외동포의 음성적·불법적 취업을 조장함으로써 국내 노동시장질서를 교란할 위험을 가지고 있다. 특히 불법체류근로자의 이탈률 중 1위를 차지하고 있는 것이 중국동포인데 이 제도의 활용에 있어서는 신중을 기해야 할 것이다.

정책적으로는 막대한 중국동포 취업희망자를 외국인력정책으로 모두 수용하기는 곤란하므로 별도의 재외교민제도가 요청된다. 다만 외국인 근로자 도입규모 이외에 추가로 재외동포의 취업을 허용하는 것은 국내노동시장에 혼란을 초래하므로 현행 산업연수생제도 하에서 도입규모 내에서 국별배정시 중국동포의 도입비율을 확대하자는 제안이 있을 수 있으나, 현행 산업연수생제도하에서 불법체류근로자 양산의 주원인이 중국동포로서 연수제도의 한 실패원인으로 지적되기 때문에 우선배정혜택의 실효성은 없다고 할 것이다. 따라서 정책적으로는 이들을 위해서는 현행의 취업관리제가 바람직하다고 생각된다.

## 7. 정주방지

불법체류가 장기화되는 경우 근로자 중 일부는 정주를 원하는 경우가 있을 수 있다. 재외 동포 이외의 자의 정주 문제는 법적인 문제인 동시에 사회적, 문화적 문제이기도 하다. 따라서 정주가 바람직스러운 것인지는 일률적으로

판단할 수는 없을 것이다. 다만, 노동시장적 관점에서 외국인근로자의 가족 동반을 허용하는 경우 발생하는 사회비용 부담 문제와 가족들의 취업문제로 인한 내국노동시장의 교란, 고용허가제가 원칙적으로 3년 내지 5년의 단기취업기간 등을 설정한다는 점등을 고려하면 정주의 문제에 대해서는 신중하게 대처해야 할 것이다. 그런 점에서 단기간 취업활동의 고용허가제는 가족동반 금지를 명문화해야 할 것이며, 취업기간이 종료한 자는 출국을 의무화해야 할 것이다. 동시에 정주 목적으로 단시간 내에 재입국하는 경우를 막기 위해서는 출국 후 일정기간 동안이 경과 한 경우에만 재입국·취업을 허용하도록 해야 할 것이다.

## Arbeitsrechtliche Probleme der illegalen Beschäftigungen von Ausländern

Kim, Young-Mun\*

Das System zur Ausbildung der ausländischen Arbeitnehmer (sog. "Foreign Industrial Trainees") ist gesetzlich unerlaubt, weil der Aufenthalt der ausländischen Arbeitnehmer nur zur Ausbildung zugelassen ist, aber sie praktisch als Arbeiter – meistens ungeschickte Arbeitnehmer – beschäftigt sind. Mit dieser Gesetzeswidrigkeit sind zahlreiche Beschäftigungen von ausländischen Arbeitnehmern illegal, weil sie ohne Arbeitserlaubnis und Aufenthaltserlaubnis beschäftigt sind. Eine wesentliche Ursache liegt darin, dass die Löhne der durch das 'Trainee' system in die Betriebe zugelieferten Arbeitnehmern zu niedrig sind und das zum Verlassen der nur zur Ausbildung zugewiesenen Betrieben für mehr Löhne führt, das gesetzlich verboten ist. Zur Beseitigung der illegalen Beschäftigung von ausländischen Arbeitnehmern und zur sicheren Lieferung der in Klein- und Mittelunternehmen fehlenden Arbeitskräften ist das System der Arbeitserlaubnisse einzuführen. Mit dem Beginn des Arbeitserlaubnissystems wird der Arbeitgeber aus zusätzlichen Kosten entlastet. Deswegen ist ein Argument gegen die Einführung des Arbeitserlaubnissystems nicht überzeugend. Trotzdem wird das System nicht völlig illegale Beschäftigung von ausländischen Arbeitnehmern beseitigen, soweit Löhne der ausländischen Arbeitnehmer niedriger als die der inländischen Arbeitnehmer sind. Der Grundsatz 'gleicher Lohn gleicher Arbeit' ist nicht nur rechtstheoretisch, sondern auch rechtspolitisch zur Beseitigung der illegalen Beschäftigung von ausländischen Arbeitnehmern zu folgen. Ausserdem sind weitere Massnahmen einzusetzen, denen beispielsweise der Nachweis der Arbeitserlaubnisse, ihrer Ausweis und Besitz, die Verstärkung der Verwaltungskontrolle, die starke Überwachung der Lohnsteuerkarte gehören.

---

\* Prof. Dr., Juristische Fakultät, Chonbuk National Univ.