

연구보고서

1997 - 008

외국인 근로자의 노동법상 지위와 정책과제

한국노동연구원

目次

序言

第1章 머리말

1.연구의 목적

2.연구의 범위

第2章 外國人 勤勞者의 基本的 地位

第1節 内外國人 均等待遇原則

1.내외국인 균등대우원칙의 근거와 의의

2.내외국인 균등대우원칙의 적용범위

第2節 個別的 勞務關係에서의 地位

第3節 集團的 勞務關係에서의 地位

1.노동삼권 인정 여부

2.외국의 경향과 우리 법의 해석

第4節 勞動市場에서의 地位

1.내국인 우선의 원칙

2.우리 법의 해석

3.정주외국인의 지위

第5節 不法滯留 勤勞者의 法的 地位

1.불법체류 근로자의 개념

2.법원의 판례

3.판례의 검토

第3章 産業技術研修生의 法的 地位

第6節

외국인 근로자의 노동법상 지위와 정책 과제

第1節 産業技術研修生의 展開過程과 法的 根據

1.산업기술연수생제도의 도입

2.산업기술연수생제도의 확대

第2節 産業技術研修生의 法理上 問題

1.취약한 법적 근거

2.산업기술연수생의 근로자성

第3節 産業技術研修生의 具體的 地位에 대한 檢討

1.근로계약의 체결

2.임금

3.근로시간

4.기숙사의 제공

5.귀국여비와 계약연장

6.노동3권

第4章 外國人 勤勞者의 法的 地位에 대한 國際的 基準

第1節 國際基準의 概觀

第2節 國際聯合(UN)

1.인권에 대한 세계선언과 국제인권규약

2.외국인 근로자의 보호

第3節 國際勞動機構(ILO)

第4節 國際基準과 우리 制度의 比較

第5章 外國人 勤勞者에 관한 法制의 改善方向

第1節 法制改善의 方向

1.고용(노동)허가제의 도입

2.최근 논의의 비판

第2節 雇傭許可制의 具體的 內容

1.임금 등 근로조건

2.노동삼권

3.사업장 이동의 자유

4.가족 초청 및 결혼

第6章 論議의 要約

參考文獻

附錄 1: ILO협약 제97호 「이주근로자에 관한 협약」

序言

외국인 근로자가 국내 노동시장에 등장한 것은 불과 10년 이내의 일이다. 80년대 후반 이후의 심각한 인력난과 1988년의 올림픽을 계기로 외국인 근로자들은 본격적으로 유입해 들어왔다. 역사를 거슬러 올라가면, 외국인 근로자는 처음으로 들어온 것만은 아니다. 일제침략기에 중국의 산둥반도로부터 중국인 근로자들이 건너와서 국내에 취업한 적이 있다. 그렇지만, 그 당시의 중국인들은 일본인들에게 고용되었고, 지금과 같은 규모에 이르지도 못했다는 점에서 차이가 있다. 1996년 말을 기준으로 볼 때, 국내에 유입되어온 외국인 근로자는 불법체류 근로자를 포함하여 이미 20만명을 넘는 것으로 조사되고 있다.

외국인 근로자의 숫자는 상당한 수준에 이르렀으나, 이들에 대한 법제는 최근까지 정비되지 않았다. 정부는 당초 국제협력연수를 위한 만들어진 산업기술연수제도를 통하여 지난 1991년부터 단순기능 외국인력을 활용할 수 있도록 허용하였다. 이러한 산업기술연수제도는 그간의 운용과정에서 국가별로 연수기본수당이 다르고, 불법체류자의 임금보다도 낮은 연수생의 이탈요인이 되는 등 많은 문제점이 노출되었다. 이에 따라 정부는 1995년부터는 근로기준법을 부분적으로 적용하도록 하였고, 최근의 정기국회에서는 산업기술연수생제도를 보완하는 입법조치가 이루어진 바 있다. 이와 같은 제도개선 과정에서 산업기술연수생은 사실상의 근로를 제공하는데도 국내근로자와 근로조건에 있어서 차별을 받는다는 비판이 계속되어 왔다. 반면에 중소기업업을 비롯한 사용자측에서는 좀더 손쉽고 낮은 비용으로 외국인력을 활용할 수 있도록 해야 한다고 주장하고 있다. 이에 따라 앞으로 외국인 근로자의 도입방식을 둘러싸고 적지않은 논란이 예견된다.

본 연구원은 그동안 외국인 근로자의 도입과 관련하여 몇가지 연구과제를 수행해 왔다. 지금까지의 연구들이 실태조사나 경제효과의 분석을 중심으로 했다면, 이번의 연구는 법학적 방법론을 취했다는 점에서 특색이 있다. 헌법과 근로기준법을 비롯한 우리 법체계 아래에서 외국인은 어떠한 지위를 가지며, 이러한 지위를 근거로 외국인 법제의 구체적 내용은 어떻게 되어야 하는가를 밝히고 있다. 외국인 근로자는 산업기술연수생, 불법체류 근로자 등으로 구성되는데, 이 연구는 이들 각각의 법률 문제를 분석하고 있다. 나아가 국내 법원의 판례들을 아울러 검토하고 있기 때문에, 비법률가에게도 이 문제에 대한 규범적 시각을 충실하게 제시할 수 있을 것으로 본다.

외국인 근로자에 대한 법학적 접근은, 내외국인 균등대우원칙을 어떠한 범위에서 소화해 내는가가 중요하다. 이 연구는 내외국인 균등대우원칙이라는 일관된 논리 아래에서 여러 쟁점을 검토하고 있으면서도, 현실을 감안하여 나름의 균형점을 보여주고 있다. 사실 내외국인 균등대우원칙을 너무 강조하면 탄력적인 정책수립이 어려워지는 문제가 있다. 그러나, 균등대우원칙이 무제한의 원리가 아니라, 합리적인 근거가 있는 경우나 국민주권과의 관계에서 일정한 제한이 가능하다는 점을 이 연구는 지적하고 있다.

본 연구는 한국법제연구원의 최홍엽 박사에 의해서 이루어졌으며, 편집과 교정을 맡아준 박찬영 출판팀장을 비롯한 출판 담당자에게 사의를 표한다.

끝으로 본 보고서에 수록된 내용은 모두 필자 개인의 의견이며 본 연구원의 공식적인 견해가 아님을 밝혀둔다.

1997. 11.

韓國勞動研究院
院長 朴恒求

第1章 머리말

1.연구의 목적

외국인 근로자의 대량유입이라는 사실은 노동법에 대한 새로운 도전이 되고 있다. 현재 외국인 산업기술연수생과 불법체류 근로자들이 취업해 있는 사업장은 '노동관계법의 변경(邊境)'이라고 할 만하다. 노동관계법의 보호로부터 가장 멀리 떨어져 있다는 의미에서이다. 외국인들이 산업기술연수생이라는 명목으로 들어오고 있는 중소기업업체는 이른바 '3D 업종'이 중심이 되고 있다. 이들 업체들은 전산업 평균 임금총액에 비해 임금이 낮은 데 비해서 근로시간은 더 길다. 그리고 이들 중소기업들의 영세성으로 인해 임금체불의 위험이나 도산·폐업 등의 위험이 상존하고 있다. 또한 산업안전 기준이 제대로 준수되지 않아서 높은 산업재해율을 보이고 있다. 외국인 불법체류 근로자들도 이들 중소기업에 다수가 취업되어 있으며, 더욱이 상시근로자 5인 미만인 사업체에 취업하고 있는 경우도 적지 않다. 5인 미만 사업장에는 내국인 근로자에게도 근로기준법, 산업재해보상보험법 등이 적용되지 않는 문제가 있는데, 외국인 근로자 역시 노동관계법의 보호를 받지 못하고 있다.

그리고 같은 사업장에서 노무를 제공하더라도 외국인 근로자의 경우가 더욱 열악한 상황으로 빠져들 수 있는데, 그것은 외국인 근로자들이 한국어와 한국의 노동문화를 이해할 수 없다는 데 기인한다. 이렇게 본다면 외국인 근로자는 본국을 떠나서 외국에 있다는 점과 아울러 사용자에게 종속되어 있는 근로자라고 하는 이중(二重)의 어려움에 처해 있다고 할 수 있다. 종속적 지위에 있는 근로자에게 인간다운 생활을 보장한다고 하는 '노동법의 이념'에서 본다면, 외국인 근로자도 역시 노동법의 보호가 필요하다고 할 수 있다. 이 글의 목적은 외국인 근로자가 노동관계법상 어떠한 지위를 가지고 있는가를 체계적으로 검토하는 것이다.

외국인 근로자에 대한 노동법의 적용을 강조하는 것은, 외국인 근로자의 근로조건을 보호하는 것에 그치는 것이 아니다. 외국인 근로자를 낮은 근로조건으로 대우할 수 있다면, 사용자는 더 많은 수의 외국인 근로자를 채용하고자 하여 내국인의 취업기회를 감소시킨다. 또한 내국인 근로자가 그러한 직종에 취업을 원하여도 낮은 근로조건을 감수하지 않으면 취업을 할 수 없게 된다. 국외로부터 들어오는 외국인 근로자의 숫자가 많아질수록 이러한 위험은 커진다고 할 수 있다. 그렇기 때문에 각국의 노동운동은 가능한 한 외국인 근로자의 도입에 반대하며, 개별 노동조합의 입장에서도 외국인 고용시에는 사용자가 노동조합의 동의를 받도록 요구하기도 한다. 또한 인력난 등으로 인해 외국인 근로자의 도입을 인정할 수밖에 없게 된다면, 내외국인 균등대우의 원칙을 엄격하게 지킬 것을 요구하게 된다. 그러므로 외국인 근로자를 내국인 근로자와 균등하게 대우하는 것은 내국인 근로자의 근로조건 보호를 위해서도 필요하다. 그러나 우리 사회에는 국제경쟁력 제고와 중소기업 지원이라는 관점에서 산업기술연수생을 낮은 근로조건으로 취업시키는 것이 부득이하다고 주장하는 사람들이 있다. 1996년과 1997년 여름에 이르기까지 외국인력도입제도를 정상화하려는 몇 차례의 시도가 있었다. 그때마다 경제여건이나 국제경쟁력 등을 이유로 한 거센 반발에 부딪혔다. 그러나, 외국인근로자를 균등하게 처우할 것인가 아니면 연수생 신분으로 머무르게 할 것인가의 문제는, 정치적 타협이나 정책적 결정의 대상이 될 수 없다.

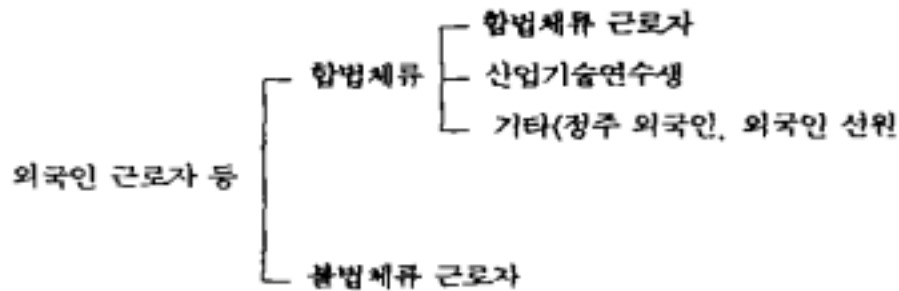
국적에 관계없이 외국인 근로자를 동등한 근로조건으로 대우해야 한다는 것은 우리 법체계의 기본적 원리이기 때문이다. 헌법이 정하는 평등의 원칙(헌법 제11조)과 근로기준법이 정하는 균등대우의 원칙(근로기준법 제5조)이 이러한 법원리를 뒷받침하고 있다. 또한 그러한 원리는 UN과 ILO 등에서 논의되어 온 국제규범의 기본정신이기도 하다.

2.연구의 범위

첫째, '외국인 근로자'라 함은 대한민국의 국적을 가지지 않은, 즉 국적법¹⁾(제2조)에 의한 대한민국 국민의 자격을 갖지 않은 근로자를 말한다. 따라서 외국인 근로자에는 일정한 외국의 국적을 가진 사람도 있으며, 국적을 갖지 않은 무국적자도 있다. 한편 UN, ILO 등의 국제기구에서는 외국인 근로자라는 표현을 사용하고 있지 않다. 국제기구에서는 외국인 근로자(foreign workers) 아닌 이주근로자(migrant workers)라는 개념을 사용하고 있다²⁾³⁾ 국제기구에서는 한 나라를 중심으로 한 개념보다는 근로자의 국가간 이주(migration)라는 현상에 주목하여 이주근로자라는 개념을

사용하고 있다. 국내의 학자들 가운데에도 '외국인 근로자'보다는 '이주근로자'나 '이민근로자'(immigrant workers)라는 개념을 사용하는 예도 있으나, 이 글에서는 자주 사용되어온 개념인 '외국인 근로자'라는 표현을 사용하고자 한다. 외국인 근로자를 크게 나누어 보면, 출입국관리법상의 체류자격을 갖춘 경우와 불법체류상태에서 취업하고 있는 자로 분류할 수 있다. 이 가운데 출입국관리법상의 체류자격을 갖춘 경우는 '합법적인 취업체류자격의 소지자(이하, 합법체류 근로자)'와 '산업기술연수생', 기타 자격소지자(정주 외국인과 외국인 선원 등)로 분류할 수 있다. 이를 그림으로 단순화시키면 아래와 같다.

(그림 1)외국인 근로자의 분류



최근 들어 외국인 근로자는 적어도 20만 명이 넘고 있다는 것이 여러 자료에 의해 밝혀지고 있다. 그리고 전문·기술인력을 위주로 하는 합법체류 근로자보다는 산업기술연수생이, 산업기술연수생보다는 불법체류근로자가 더 많은 비중을 차지하고 있다.⁴⁾ 둘째, 그동안 외국인 근로자에 대한 제도의 개선방안에 대해 경제학 등 다른 학문의 입장에서 정리한 글들이 다수 나왔으나, 법학적 방법론을 취한 글은 적었다. 이러한 이유로 인해 외국인 근로자의 지위에 대한 논의가 효율의 측면에서 주로 다루어져 왔으며, 규범적 논의는 빈곤했다고 생각한다.

이 글은 외국인이라는 성격으로 말미암아 외국인 근로자의 노동법상의 지위는 어떠한 영향을 받는지를 검토하는 것이다.⁵⁾ 헌법과 근로기준법을 비롯한 국내법상의 지위를 검토하는 것이 주요한 내용이다. 다음의 제2장에서는 기본적인 원리로서 내외국인 균등대우원칙을 먼저 정리한 다음, 외국인 근로자의 법률 관계를 몇가지로 나눈다. 즉 개별적 근로관계와 집단적 노사관계를 다루고 노동시장에서의 지위를 각각 살펴보면, 불법체류상태에서 근로를 제공하는 경우에 대해서도 검토한다.

외국인 근로자 일반에 적용될 수 있는 논의를 전제로 하면서, 제3장에서는 산업기술연수생의 법적 지위를 검토한다. 현재 외국인력의 도입 통로로서 기능하고 있는 산업기술연수생제도의 법적 근거, 근로자성 인정여부 등을 살펴본다. 제3장 말미에서는 사실상 노무를 제공하는 산업기술연수생은 '근로자'라는 전제 아래에서 근로계약의 체결, 임금, 근로시간, 노동삼권 등의 쟁점에 대해서 해석해 보았다. 정부나 중소기업체에서는 산업기술연수생은 특수한 법적 지위를 누리는 것으로 해석하고 있으나, 그것은 법적 근거가 없으며 노동관계법에 의해 재해석되어야 한다. 그러한 관점에서 위의 쟁점들을 하나하나 살펴보고 있다.

그리고 제4장에서는 외국인 근로자에 대한 국제적 기준을 검토함으로써 내용을 풍부하게 하고자 했다. UN과 ILO를 중심으로 이루어졌던 외국인 근로자의 지위에 대한 국제규범들을 차례로 검토해 본다. 나아가 국제적 기준을 바탕으로 우리의 제도가 국제기준에 부합되는지를 비교한다. 제5장에서는 이상에서의 논의를 토대로 입법론상의 과제를 정리하고 있다. 현재의 산업기술연수생을 폐지하고 고용(노동)허가제를 도입해야 한다는 기본방향 아래에서 몇가지 구체적인 쟁점을 검토한다. 임금 등 근로조건, 사업장 이동의 자유, 가족초청 및 결혼과 같은 쟁점을 정리하고 있다. 그밖에도 제5장에서는 최근의 법제 개선의 논의과정에서 잘못알려진 몇가지 주장에 대해서 반론을 펴고 있다. 즉 독일에도 우리나라와 유사한 연수생제도가 있다는 주장, 일본에도 우리와 유사한 연수생제도가 있다는 주장 등에 대해서, 필자는 그 근거가 희박한 것으로 판단한다.

제6장에서는 이상의 논의를 간략하게 요약하였다. 각 장마다 쟁점들이 여러 가지이기 때문에,

이해의 편의를 위해 중요한 쟁점만을 정리해 보았다. 그리고 이 책의 말미에는 ILO협약 제97호 「이주근로자에 관한 협약」과 UN의 「모든 이주근로자와 그 가족의 권리보호에 관한 국제협약」의 전문을 수록하였다.

ILO 제97호 협약은 외국인 근로자에 대한 ILO기준을 대표할 만한 것이기 때문에 소개하였다. 그리고 UN의 협약은 UN 총회가 이주근로자문제에 대한 관심을 가지고 작성한 문건이기에 소개하였다. 특히 UN 협약은 비준국 수가 적다는 약점을 가지고 있으나, 외국인 근로자의 대우에 대한 이상적 모델을 제시하는 의의가 있다는 점에서 소개하였다. 이러한 협약을 우리 현실에 곧바로 적용할 수는 없으나, 이러한 방향으로 노력해야 할 것이라고 생각한다. 부록에 실은 두 개의 협약에 대해서는 제4장에서 좀더 자세한 논의를 하고 있다.

주석 1) 국적법은 헌법 제2조 제1항의 "대한민국의 국민이 되는 요건은 법률로 정한다"는 國籍法定主義에 따라 국적의 취득, 상실 및 회복 등을 규정하고 있는 법률이다.

주석 2) 1990년에 국제연합 총회에서 채택된 「모든 이주근로자와 그 가족의 권리보호에 관한 국제협약(이하, 이주근로자 권리협약)」에 의하면, 이주근로자는 "자기의 국적국이 아닌 나라에서 보수활동에 종사하는 것이 예정되었거나 현재 종사하고 있거나 또는 종사하여 온 자"이며(제2조 제1항), 계절근로자, 선원 등 범주의 근로자뿐 아니라 고용관계에 있지 않은 자영노동에 종사하는 자도 포함하여 광범위한 근로자가 보호의 대상으로 된다.

주석 3) ILO 이주근로자의 개념 정의를 초기에는 회원국에 위임했으나(협약 제21조 제1조, 권고 제19호) 점차 개념을 정했고, 거주장소 이동의 개념이 본질적 징표로 인식된다. ILO의 이주근로자협약(1949년 제97호 협약) 제11조는 "자신 이외의 자를 위하여 고용될 목적으로 일국으로부터 타국으로 이주하는 자를 말하며, 이주근로자로서 정상적으로 입국이 인정되는 모든 사람을 포함한다"고 하고 있다. 1975년의 이주근로자 보충협약 제11조도 위와 같은 정의를 내리고 있다.

주석 4) 외국인 근로자현황(1995~96년)

구 분	1995. 12. 31. 현재	1996. 12. 31. 현재
	인 원 (구성비)	인 원 (구성비)
합법체류 근로자	8,228 (6.4)	13,420 (6.4)
산업기술연수생	38,812 (30.1)	68,020 (32.3)
불법체류 근로자	81,866 (63.5)	129,054 (61.3)
총 계	128,906 (100.0)	210,494 (100.0)

자료: 「외국인근로자적징관리방안」, 노동부: 「출입국관리통계연보」, 법무부.

주석 5) 이 글은 필자의 학위논문을 수정, 보완하여 작성하였다. 拙稿, "외국인근로자의 노동법상 지위에 관한 연구", 서울대 박사학위논문, 1997. 2. 참고.

第2章

外國人 勤勞者의 基本的 地位

그러면, 시야를 우리의 법체계로 돌려보자. 우리의 법체계는 외국인 근로자나 국적 차별의 문제에 대해 침묵하고 있는 것은 아니다. 헌법과 노동관계법은 외국인 근로자의 법적 지위에 관련된 일련의 규정을 두고 있다. 아래에서는 우리 법체계상 외국인 근로자의 법적 지위를 살펴본다. 아래의 논의는 외국인 근로자 일반에 대한 논의이므로, 산업기술연수생의 경우에도 근로자성이 인정되는 범위에서는 다음의 논의가 적용된다.

第1節 内外國人の均等待遇原則

1. 내외국인 균등대우원칙의 근거와 의의

우리나라 헌법은 내외국인 균등대우와 관련하여 어떻게 해석하고 있을까? 평등의 원칙을 정하고 있는 헌법 제11조 제1항에 의하면, "모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다."고 선언하고 있다. 대다수의 헌법학자들은 외국인도 원칙적으로 평등권의 주체가 될 수 있다고 보아, 외국인도 성별이나 종교에 의해 차별받지 않는다고 해석하고 있다. 다만, 차별대우의 금지 사유로서 국적이 열거되지 않고 있기 때문에, 내외국인 균등대우원칙을 직접 규정하고 있는지 여부는 논란의 대상이 될 수 있다. 헌법으로부터 국적 차별의 금지가 직접적으로 도출될 수 있을 것인지는 논란의 여지가 있으나, 국적에 의한 차별은 평등의 이념과 조화되기 어렵다고 본다. 헌법상 평등의 원칙은 법의 적용을 받는 모든 인간은 원칙적으로 평등하게 다룰 것을 요구하는 법원칙이기 때문이다.

내외국인 균등대우의 원칙을 보다 분명히 하고 있는 것은 근로기준법이다. 근로기준법은 제5조에서 국적을 이유로 근로조건에 대한 차별을 할 수 없도록 하고 있다. 이 규정 이외에도 노동관계법 가운데에는 균등 대우원칙의 취지를 정하고 있는 규정들이 있다. 노동조합 및 노동관계조정법 제9조의 '차별대우의 금지'조항, 직업안정법 제2조의 '균등처우'조항 등 불합리한 차별을 금지하고 있는 규정들이다.¹⁾ 이들 규정은 근로기준법과 다르게 '국적'에 의한 차별을 열거하고 있지 않아서 내외국인 균등대우원칙을 정하고 있는지에 대해서는 이견이 있을 수 있다.²⁾

내외국인 균등대우를 명시적으로 열거하고 있는 법규정은 근로기준법 제5조 정도이지만, 내외국인 균등대우를 법해석의 출발점으로 삼는 것이 타당하다고 생각한다. 내국인과 외국인을 원칙적으로 동등하게 대우하는 것은 다음과 같은 의미가 있기 때문이다.

먼저, 내외국인 균등대우원칙은 국제적인 추세에 발맞추어 외국인 근로자의 권리를 보장하는 의의가 있다. 외국인도 같은 인간이므로 동등하게 대우한다는 것은 외국인의 인권을 보장하기 위한 중요한 전제이다.

다음으로 외국인 근로자뿐만 아니라 내국인 근로자의 보호를 위해서도 균등대우원칙은 매우 필요하다. 외국인 근로자를 낮은 근로조건으로 대우할 수 있다면, 사용자는 더 많은 수의 외국인 근로자를 채용하고자 하여 내국인의 취업기회를 감소시킨다. 또한 국내근로자가 그러한 직종에 취업을 원하여도 낮은 근로조건을 감수하지 않으면 취업을 할 수 없게 된다. 국외로부터 들어오는 외국인 근로자의 숫자가 많아질수록 이러한 위험을 커진다고 할 수 있다. 그렇기 때문에 각국의 노동운동은 가능한 한 외국인 근로자의 도입에 반대하며,³⁾ 개별 노동조합의 입장에서도 외국인 고용시에는 사용자가 노동조합의 동의를 받도록 요구하기도 한다.⁴⁾ 인력난 등으로 인해 도입을 인정할 수밖에 없게 된다면, 내외국인 균등대우의 원칙을 엄격하게 지킬 것을 요구하게 된다.⁵⁾

또 하나 생각할 수 있는 것은 한국 사회의 특수한 문화와 관련된다. 한국인의 전통적인 구별의식은 외국인을 내국인과 구별하는 것을 넘어서 차별하는 것으로 나타나고 있다. 우리 사회는 나이, 성별, 출신지역, 출신학교 등으로 구별하여 다르게 대우하려는 경향이 두드러진다. 이러한 경향은 사회의 규범을 형성하는 데에 있어 긍정적인 역할을 하는 경우도 있으나, 불합리한 차별을 낳을 위험이 높다는 사실도 부인할 수 없다. 이러한 구별의식은 평등의식으로 전환되지 않고, 외국인 근로자에게 대한 차별로 나타나고 있다. 최근의 조사에 의하면 내국인 근로자는 외국인 근로자에 대해 차별적인 이미지를 가지고 있다. 이 조사에서는 내국인 근로자가 외국인 근로자에 대해 가지고 있는 이미지를 10가지의 의미분화 척도를 통해 측정한 것이다. 이 조사에 의하면⁶⁾ 산업기술연수생에 대해서는 “착하고, 부지런하다”라는 긍정적 이미지가 미약한 채로 나타나고 있으나, 나머지 척도에 대해서는 모두 부정적이다. “보수적이고 노예처럼 굴종적이며, 느리고 소극적이며, 의심스럽고 멀게 느껴지며, 지적분하고 불쌍하다”는 데 의견이 모아지고 있다. 불법체류 근로자에 대해서는 10가지 모두가 부정적으로 나타나고 있다. 이러한 차별적인 구별의식은 생산현장에서 내국인 근로자와 외국인 근로자의 경직된 상하 질서를 형성하고, 외국인 근로자를 내국인 근로자와의 인간관계에서 소외시키게 된다.⁷⁾ 따라서 현실이 이렇게 차별지향적이기 때문에 차별을 시정하는 방향으로의 입법정책이 필요하다. 내외국인 균등대우원칙은 차별을 시정하는 입법정책에서 핵심적인 원칙이 될 수 있다고 생각한다.⁸⁾

2. 내외국인 균등대우원칙의 적용범위

그렇지만, 균등대우의 원칙은 무제한으로 적용되는 것은 아니다. 아래에서 살펴보는 바와 같이 몇가지 근거들에 의해서 균등대우의 원칙은 제한을 받는다고 하겠다.

먼저, 합리적인 근거가 있는 경우에는 차별도 가능하다. 객관적인 능력에 따라 달리 대우하는 것이 그 전형적인 예이다. 예를 들어, 업무를 위해 한국어를 사용해야 하는 서비스업종에 취업한 외국인이 한국어 능력상의 이유로 임금에서 차별을 받는 경우에는 균등대우원칙에 반한다고 볼 수 없다. 또한 근무경력이 짧다는 것이나, 외국에서 거주하면서 노무를 제공하는 경우도 합리적인 차별이 허용된다고 하겠다.⁹⁾

다음으로 근대법의 원리 가운데 하나인 ‘국민주권’과의 관계라는 측면에서 균등대우원칙이 일정한 제한을 받을 수 있다. 즉 근대법은 국가의 주권이 그 나라의 국적을 지니고 있는 국민에게 있다는 것을 출발점으로 하였다. 그러한 전제는 일정한 기본권의 주체가 국민에게만 있다는 논리를 가능하게 한다. 대표적인 예로써 참정권과 사회권을 들 수 있는데, 선거권과 피선거권과 같은 참정권은 그 나라 국민에게만 그 권리를 인정하는 경우가 많다. 아울러 사회권(생존권)의 영역에 대해서도 일정한 제한이 인정될 수 있다.

그러나, 이러한 제한에는 몇가지 단서가 붙어 있는데, 자세한 설명을 피하고 요약하여 정리하면 다음과 같다. 먼저 이른바 국가내적(國家內的) 권리가 아니라 전국가적(前國家的) 권리로 분류되어 온 경우에는 외국인도 내국인과 동일한 지위를 가진다. 그리하여 인간으로서의 존엄과 행복추구권, 신체의 자유, 언론·출판의 자유, 청구권적 기본권 등은 외국인에게도 보장된다.¹⁰⁾ 한편 정주외국인의 경우와 같이 그 사회에 대한 통합도가 매우 높은 외국인의 경우에는, 그에 상응하여 기본권의 보호를 강화해야 한다. 이들 정주외국인에 대해서는 전국가적 권리 이외에도 사회권(생존권)과 지방자치 수준의 참정권이 보장되어야 한다.¹¹⁾

정주외국인이 아닌 외국인의 지위가 다음으로 문제이다. 특히 통상의 외국인 근로자가 노동관계법에서 내국인 근로자와 동등한 지위를 가지는 지는 이 글의 관심사항이다. 필자의 입장을 간단히 말하면, 취업 이후의 법률관계에서는 내외국인 균등대우의 원칙이 적용되지만, 취업단계에서는 차별적 취급이 허용될 수 있다는 것이다. 이 쟁점에 대해서는 좀더 구체적인 검토가 필요하므로, 다음 절 이하에서는 경우를 나누어 외국인 근로자의 지위를 살펴본다.

주석 1) 이상의 여러 법조문에서는 균등대우의 취지를 여러 가지 용어로 다르게 표현하고 있다. '균등대우', '차별대우의 금지' 등으로 표현하고 있으나, 이 글에서는 '균등대우원칙'으로 통일하여 용어를 사용한다. '균등대우원칙'이라는 표현이 노동법학상 통용되는 용어이기 때문이다.

주석 2) 해석상의 쟁점은 다음의 제3절~제4절의 내용을 참고.

주석 3) 우리나라의 경우에도 한국노동조합총연맹(한국노총)의 공식 입장은, 최근까지도 단순기능인력의 수입을 반대하는 것이었다.

주석 4) 외국인 근로자의 고용은 그 사업체에 고용되어 있는 내국인 근로자들의 취업기회와 근로조건에 직·간접으로 영향을 미친다. 이러한 이유로 앞으로 각 사업장의 단체협약에서는 외국인 근로자의 고용을 노동조합의 '동의' 내지 '협의'와 연계시키려는 사례가 발생할 것으로 보인다. 실제로 민주금속노조연맹의 경우에는 1996년 단체협약 요구안에 외국인이나 일용직의 고용 또는 하도급시 노조와 합의할 것을 포함시킨 바 있다(주간 내일신문, 117호, 1996년 1월 31일). 한편, 정부의 행정규칙에서도 노동조합의 합의를 받도록 사실상 강제하고 있는 규정이 있다. 외국인선원고용지침(해운항만청 고시 제96-9호)에 의하면, 외국인 선원을 고용할 때에는 선원노동조합의 동의를 받도록 하고 있다.

주석 5) 독일노조(DGB)에 대해서는, W. R. Böhring, Defining the issues and balancing the interests of labour market policies under conditions of non-settlement. 한국노동연구원 정책토론회 자료집, 1996. 9. 13. 84쪽 참고. 나아가 독일의 경우에는 불법체류 근로자의 근로조건을 내국인에 비해서 현저히 낮게 하는 것은 고용촉진법에 의해 처벌하고 있다. 노동조합측의 요구가 반영된 것이라 할 수 있다.

주석 6) 설동훈, “한국사회의 외국인 노동자에 대한 사회학적 연구 - 외국인 노동자의 유입과 적응을 중심으로”, 서울대 박사학위논문(사회학), 1996.8, 192~193쪽.

주석 7) 유명기, 「외국인 노동자 차별의 구조」, 『녹색평론』, 제21호, 1995. 3. 4, 79~80쪽.

주석 8) 유명기, 위의 논문, 81쪽 참고, 인류학자인 유명기 교수는 “우리의 일상행위에서 나타나는 외국인 노동자에 대한 사회문화적 차별은 법적·제도적 차별에 비해 하루 아침에 바뀌지기 어려운 속성을 가지고 있음은 확실하다. 따라서 외국인 노동자에 대한 차별철폐는 법과 제도의 정비에서 시작되어야 할 것이다.” 고 지적하고 있다.

주석 9) F. Wolterreck & M. Haase, AR-Blätter, D. Ausländischer Arbeitnehmer I, 1987. 6. Forts.

주석 10) 拙稿, 「외국인근로자의 노동법상 지위에 관한 연구」, 1997. 2. 21~23쪽.

주석 11) 자세한 내용은 제2장 제4절 참고.

第2節 個別的 勞動關係에서의 地位

(1) 그러면 위와 같은 균등대우의 원칙이 어떻게 구체화되는가? 먼저, 개별적 근로관계로부터 검토하자. 외국인 근로자와 개별사용자가 근로계약을 체결하는 데에 있어서 지켜야 할 기준은 무엇인지의 문제이다.

여기에서 가장 주목할 점은, 국적에 의한 차별이 명문으로 금지되고 있다는 것이다. 즉 근로기준법 제5조는 “사용자는 근로자에 대하여 남녀의 차별적 대우를 하지 못하며 국적, 신앙 또는 사회적 신분을 이유로 근로조건에 대한 차별적 대우를 하지 못한다” 고 하여 국적에 의한 차별에 대해 명시적으로 금지하고 있다.

이러한 균등대우 규정은 헌법상 평등대우원칙을 국가와 지방자치단체로부터 근로계약상의 사용자까지로 확대하는 의의를 가지고 있다. 근로자와 사용자의 계약관계는 형식적으로는 대등하다고 하여도 실제적으로는 근로자가 사용자에게 종속되고 계약자유가 사실상 부정되기 때문에, 근로계약의 체결 및 그것을 실현함에 있어서 사용자의 차별적 취급이 개입할 수 있다. 그러나 국적 차별을 비롯한 불합리한 차별은 인간의 평등이라고 하는 정의의 요청에 현저히 반하고, 또 근로자의 인간다운 생활을 위협할 수 있기 때문에 근로기준법에 의해 금지되고 있는 것이다.¹⁾

국적을 열거하고 있지 않은 헌법이나 노동조합법의 규정과는 다르게 명문으로 금지하고 있기 때문에, 국적에 의한 차별 금지를 부인하는 다른 주장이 있을 수 없다. 나아가, 차별대우가 있을 때에는 근로기준법 제115조에 의해 1,000만원 이하의 벌금에 처해진다.

법이론상 논란의 여지가 있는 것은 차별대우가 금지되는 범위이다. 즉 위 근로기준법 제5조에 규정되어 있는 ‘근로조건’의 해석 문제이다. 근로조건은 일반적으로 ‘근로계약관계에서 근로자에 대한 대우 일체’라고 볼 수 있으므로 임금, 근로시간, 재해보상, 안전위생, 해고 등이 여기에 포함된다. 그렇지만 다음의 쟁점들은 논란의 대상이 된다.

먼저 근로자를 고용함에 있어서 차별대우를 하는 차별적 불채용(差別的 不採用)의 경우이다. 다수 학설의 견해는, 근로기준법에서 사용자에게 균등대우를 요구하는 것은 사용자와 근로관계에 있는 근로자에 대하여 차별적인 대우를 할 수 없다는 취지이며, 기업 밖에 있는 자에 대하여까지 균등대우를 요구하는 것은 아니라는 것이다.²⁾ 필자 역시 채용의 단계에서 국적에 의한 차별은 허용된다고 하는 이러한 다수 견해를 지지한다. 채용에 관한 한 원칙적으로 사용자의 채용의 자유를 인정할 수 있으며, 이를 제약하는 것은 남녀고용평등이나 장애인고용촉진법과 같이 법률상 그 근거가 있는 경우에 한정된다고 생각한다.

또 다른 쟁점은 근로기준법 규정이 집단적 노사관계나 사회보장의 법률 관계에도 적용되는 것인지의 문제이다, ‘근로조건’의 범위를 확대하여 사회보장의 법률관계에도 직접 적용된다고 보는 견해도 있으나,³⁾ 근로기준법 규정은 원칙적으로 개별적 근로관계에만 적용된다고 생각한다. 집단적 노사관계는 노동조합법상 균등대우조항의 해석 문제라고 할 수 있으며, 사회보장의 법률관계는 별도의 검토가 필요하다.

(2) 한편, 외국인 근로자의 특성에 비추어볼 때, 사용자에게 보다 적극적인 배려의무가

인정되는지의 문제가 있다.

외국인 근로자는 노무제공과정에서 내국인 근로자와는 다른 어려움에 처하게 된다. 외국인이기 때문에 한국어를 구사하지 못하고, 한국의 노동문화를 이해하지 못한다. 또한 침식(寢食)을 할 수 있는 주거장소를 구하기 힘들며, 가족을 만나기 위해 본국에 다녀오는 데에는 많은 시간이 소요된다. 그러한 특성들이 외국인 근로자의 개별적 근로관계를 해석하는 데에 어떻게 반영되어야 하는가 하는 의문이 따른다.

이 문제에 대해서 독일의 학설과 판례는 이른바 ‘배려의무’ (Fursorgepflicht)에 의하여 해결을 하려는 경향이 있다. ‘배려의무’ 이론의 기초 위에서 외국인 근로자를 적극적으로 보호하고자 했던 것이다.

근로관계를 인격법적 공동체로 파악하는 독일의 전통 노동법이론은 근로자의 충실의무에 대응하여 사용자의 배려의무를 인정하였다. 제2차 세계대전 이후 이러한 이론이 약화되기는 하였지만, 배려의무와 충실의무의 이론은 아직까지도 그 명맥을 유지하고 있다. 외국인 근로자의 근로계약관계와 관련한 여러 쟁점들, 즉 언어능력상의 위험부담, 주거의 조달·제공, 특별휴가의 부여, 귀국여비의 지급, 노동허가의 신청 등에 대해 배려의무를 적용한 학설과 판례들이 있다.

그러나 독일식의 배려의무를 우리 해석에 곧바로 끌어오는 것은 외국인 근로자의 적극적인 보호에 기여할 수 있는 반면에, 다음과 같은 약점들이 있다. 사용자의 배려의무를 인정한다면 그 반면에 근로자의 충실의무를 인정해야 한다는 점, 충실의무나 배려의무의 개념이 불명확하여 확정하기 곤란한 점, 우리나라는 독일과는 다르게 근로관계를 인격적 공동체관계로 보는 인식이 약하다는 점 등을 들 수 있다.

결국, 배려의무이론을 해석론상 도입하는 것은 노동법 이론체계 전반에 영향을 미칠 수 있는 문제이므로, 배려의무이론을 선부르게 도입하기는 어렵다. 그리고 독일에서 배려의무이론에 의해 해결되어 온 쟁점들이 우리나라의 노동관계법에 의해 해결이 불가능한 것도 아니다. 독일에서 배려의무이론이 적용되어 온 영역은 언어위험의 부담과 기숙사의 제공 등인데, 현재의 노동관계법상의 근로조건명시의무, 기숙사규정 등을 적용한다면, 비슷한 결론에 도달할 수 있다고 생각한다.⁴⁾

주석 1) 이 규정은 일본의 労働基準法 제3조를 받아들인 것이다. 일본에서는 한국인, 중국인 등의 국적에 의한 차별 취급이 현실적으로 문제되었기 때문에 이를 방지하기 위해 명문화되었다.

坂本重雄, 「平等取扱い義務」, 『労働契約の研究』, 本多淳亮先生 還暦記念論文集(1986), 187쪽 참고.

주석 2) 박상필, 『한국노동법』, 대왕사, 1994, 154쪽; 김형배, 『노동법』, 박영사, 1995, 255쪽.

주석 3) 이광택 교수는 ‘근로조건’의 개념을 확대하여 “산재법, 국민연금법, 의료보험법 등의 규정에 따라 사용자가 부담하는 보험료 등도 근로조건에 일종이다. 따라서 이와 같은 근로관계에 기초한 사회보험제도에 있어서 사용자의 의무에 차등을 두는 것은 위법으로 보아야 한다.”고 주장하고 있다. 이광택, “불법체류 외국인 근로자의 산업재해에 대해서도 산업재해보상보험법상 요양급여를 지급하여야 한다”, 『노동법률』, 1994. 10. 17~18쪽.

주석 4) 이에 대한 자세한 논의는 줄고, 「독일에서의 사용자의 배려의무와 외국인 근로자 보호」, 『노동법연구』(서울대 노동법연구회 편), 제6호, 184쪽 이하 참고.

第3節 集團의 勞使關係에서의 地位

1. 노동삼권 인정 여부

집단적 노사관계에서 중요한 문제는 외국인 근로자가 노동삼권을 갖는지 여부이다. 즉 ‘외국인’이라는 특성으로 말미암아 노동삼권이 제한될 수 있는지이다. 이 쟁점은 국적을 차별하지 않는 균등대우원칙이 집단적 노사관계에도 적용되는 것인지의 문제라 할 수 있다. 우리나라에서는 외국인 근로자의 노동삼권에 대한 논의가 적었다. 헌법학계 등에서 이에 대해 간단한 논의가 있는 정도이다. 헌법학계의 다수설인 권리성질설에 의하면, 근로권과 노동삼권은 통상 사회적 기본권으로 분류되고 있어, 형식논리적으로 보면 외국인의 근로권과 노동삼권은 부인된다는 결론에 다다르기 쉽다.¹⁾ 그렇지만, 많은 헌법학자들은 충분한 근거를 제시하지 않은 채, 노동삼권이 외국인 근로자에게도 보장된다고 설명하고 있다.²⁾ 그밖에도 노동조합과 사용자단체 안팎에서도 노동삼권 인정에 대한 긍정론³⁾과 부정론⁴⁾이 있다. 인정 여부에 대한 국내 논의가 충분하지는 않지만, 긍정론과 부정론은 다음과 같은 법적 논리구조를 가질 것으로 본다. 다음의 긍정론과 부정론의 논리는 실제로 주장한 것은 아니며, 필자가 구성한 것이다. 먼저 부정론은 노동삼권이 국민에게만 보장된 권리이며, 외국인 근로자의 노동삼권을 제한할 수 있는 것으로 보아야 가능하다. 그러기 위해서는 노동삼권을 사회적 기본권이라고 보는 데에서 출발한다. 사회적 기본권 또는 ‘생존권적 기본권’으로 보아야 노동삼권이 국가내적(國家內的)인 권리로서 국가의 입법정책에 의해 제한이 가능하다는 논의가 성립할 수 있기 때문이다. 사회적 기본권으로 보면 국가에 대해 적극적으로 급부를 요구할 수 있다는 측면을 가지지만, 동시에 국가법에 의해 창설된 권리라는 성격을 갖게 된다. 아울러 법률적인 근거로서는 노동조합법상의 균등처우 조항을 근거로 제시할 수도 있을 것이다. 노동조합법은 통칙 규정인 제9조에서 “조합원은 어떠한 경우에도 인종·종교·성별·정당 또는 신분에 의한 차별대우를 받지 아니한다.”고 하고 있어 ‘국적’이 포함되지 않는다고 해석되기 쉽다. 근로기준법과는 다르게 ‘국적’을 명시하지 않고 있기 때문이다. 이에 비해 긍정론의 논의구조는 노동삼권이 국민의 권리가 아니라 인간이면 누구나 누릴 수 있는 것으로 구성해야 한다. 긍정론에서는 노동삼권이 단순한 사회적 기본권으로 파악하지 않아야 한다. 노동삼권을 자유권적 기본권으로 보거나, 적어도 ‘혼합권설’의 입장을 취하여 노동삼권은 생존권으로서의 성질과 함께 자유권으로서의 성질을 함께 가지는 기본권이라고 보아야 한다. 그래야만 자유권이 갖는 전국가적(前國家的)인 권리로서의 성격을 갖기 때문이다. 긍정론에 따르면 노동조합법상의 균등처우 조항도 국적이 제외되어 있는 것으로 해석하지 않는다. 인종·종교 등은 불합리한 차별의 예시에 불과하므로, 국적도 여기에 포함된다고 해석하게 된다. 이러한 부정론과 긍정론 가운데 어떠한 방향으로 해석해야 할 것인가?

2. 외국의 경향과 우리 법의 해석

(1) 이 문제에 대한 필자의 견해를 밝히기에 앞서 독일과 일본에서의 논의 현황만을 간단하게 정리하면 다음과 같다. 독일의 경우에는 단결권을 외국인 근로자에게도 보장하는 데에 이견이 없다.⁵⁾ 독일 기본법에 의하면 근로조건과 경제조건의 유지를 위하여 단체를 결성할 권리는 누구에게나(für jedermann) 그리고 모든 작업에 대하여(für alle Berufe) 보장되고 있다.(제9조 제3항). 이에 따라 통설은 단결권이 인간의 권리(Menschenrecht)라고 보기 때문에, 독일인 근로자와 마찬가지로 노동조합에 가입하고 그들만의 조직을 결성할 수 있다고 한다. 구체적으로 외국인 근로자를 노조에 가입시킬 것인지의 여부는 노조의 자율적 결정에 위임되어 있으며, 대부분의 노조들이 외국인 근로자의 가입자격을 인정하고 있다. 독일의 통설과 판례에 따르면 위 기본법 조항은 직접 표현된 것 이상의 내용을 보장하고 있으며, 단결의 자유는 노동조합조직 내에서 활동을 할 권리 역시 포함된다. 그러므로 외국인 근로자는 법률에 의해서나 노동조합의 규약에 의해서 노동조합 내부에서 활동할 권리를 제한받지 않는다. 또한 외국인 근로자들이 쟁의행위에 참가하는 데에도 아무런 법률적인 장애가 존재하지 않는다.

나아가, 노조조직 내에서 균등하게 대우받을 권리도 보장되고 있다. 특히 유럽연합(EU) 구성국가 출신의 외국인 근로자는 다른 구성국가의 영토 내에서 취업할 때에, EWG 규정⁶⁾에 따라 노동조합에의 가입과 조합권의 행사에 있어서 동등한 대우를 받을 권리를 갖는다. 단체협약은 독일의 노동법이 외국인의 근로관계에 효력이 미치는 한 외국인 근로자에게도 제한없이 적용된다. 또한 단체협약에서 국적에 따른 차별을 하는 경우에는 기본법 제3조(평등의 원칙)와 제9조 제3항(단결의 자유) 위반으로 헌법 위반이 된다. 또한 외국인 근로자가 독일위원회에 소개로 들어왔다면, 그는 모델계약에 포함되어 있는 관련 내용에 의해서 단체협약이 적용될 수 있다. 그러한 적용관련 내용이 없는 경우에는 단체협약법(TVG) 제3조(협약의 구속력 범위)와 제5조(일반적 구속력)규정의 요건이 충족되었을 때에만 외국인 근로자가 협약규정을 인용할 수 있다.⁷⁾

한편, 사업장위원회(Betriebsrat)의 경우에 외국인 근로자의 지위는 어떠한가? 독일의 사업장조직법(BetrVG, 1972년)은 사업장 내에 있는 외국인 근로자의 지위를 크게 개선하였다. 1952년의 사업장조직법만 해도 외국인 근로자에게는 선거권만을 인정하고 피선거권에 대해서는 정하지 않고 있었다. 그러던 것이 1972년법에 의해 개선된 것이다.⁸⁾

일본의 경우에는 원칙적으로 단순기능인력을 수입하지 않는 정책을 유지하고 있기 때문에 단순기능인력으로 들어온 외국인 근로자가 노동조합에 가입하는 경우는 드물다.⁹⁾ 그러나 외국인 근로자가 예외적으로 근로자의 자격을 갖게 되는 경우에는 노동삼권이 인정된다. 일본의 기능실습제도 아래에서 실습의 단계로 이전한 연수생은 노동관계법상 근로자의 신분이 인정되며, 남미로부터 들어온 일본계의 경우에도 근로자로서 인정되기 때문에, 이들에게는 노동삼권이 인정되는 것으로 해석되고 있다. 다만, 일본에도 불법체류 근로자들이 다수 존재하고 있기 때문에 이들에게도 노동삼권을 인정할 것인지가 논의되고 있다.¹⁰⁾

가까운 대만의 경우에도 외국인 근로자는 노동삼권이 보장되어 있다. 외국인 근로자도 노동조합법(公會法)의 적용대상이지만, 실제로 노동조합에 가입하는 예는 거의 없다고 한다.

(2) 독일, 일본, 대만 등의 경우에서도 드러났듯이 노동삼권을 외국인 근로자라는 이유로 제한할 수 없다고 하는 것이 외국 입법에서의 흐름이라고 하겠다. 그러면 우리나라에서는 어떻게 해석되어야 하는가? 먼저, 노동삼권의 성격에 대해서 정리해 보자

우리나라에서는 노동삼권의 사회권성(생존권성)을 부인할 수 없다. 왜냐하면, 다음과 같은 법제도들은 근로자의 생존을 보장하기 위해 국가가 입법, 사법 및 행정 작용을 통해 개입하고 있다는 증거이기 때문이다. 즉 현재의 법체계에 의하면 쟁의행위에 의해 발생하는 근로자측의 손해배상책임에 대해서 면책의 효과를 부여하고 있다. 또한 노동조합법, 노동쟁의조정법을 제정하여 부당노동행위제도를 설정함과 아울러 노동쟁의 조정에도 세밀한 규정을 두고 있다. 이를 통해 노와 사가 형식적으로만 평등한 것이 아니라 실질적으로도 평등하여 노사가 대등하게 교섭할 수 있도록 하고 있다.

그러나 이러한 성격을 과대평가하여 노동삼권을 순수한 의미의 사회권으로만 보는 것은 적절치 않다. 연혁적으로 볼 때 노동삼권은 자유권에서부터 출발했다. 과거 선진자본주의 제국에서도 근로자의 단결과 단체행동에 대해 형사책임을 과하여 금지했던 적이 있었다. 그러나 이들 금지가 철폐되면서 국가는 근로자의 이러한 행동에 대해 억압을 해서는 안 된다고 하는 금지규정 폐지(방임)의 단계에 이르게 된다. 단결금지에서 방임에 이르기까지의 법적 논의는 나라마다 다르지만, 방임의 논리가 관철된 것은 각국에 공통된 것이다. 즉 단결권은 근로자 개개인의 결사의 자유로서, 파업권은 근로자 개개인의 퇴직의 자유로서 파악됨으로써 국가권력의 억압으로부터 자유로워진 것이다. 국가가 단결과 쟁의행위의 자유를 인정하게 된 것은, 이미 다른 시민에게도 허용하고 있는 유사한 자유를 근로자에게만 억제하는 것은 정의가 아니라고 하는, 즉 평등의 원칙에 반한다고 하는 인식이 담겨져 있는 것이다. 이와 같이 노동삼권의 보장은 국가의 억압과 간섭으로부터의 자유를 전제로 하여 형성되고 발전되었다고 할 수 있다.

국가권력으로부터 자유라는 연혁상의 자유권적인 성질은 현재의 노동삼권의 법적 성격에도 유지되고 있다 할 것이다.

노동삼권의 자유권적 성격의 한 증거는 ‘노사자치의 이념’에서 찾아볼 수 있다. “노사간의 자치적 규율과 해결을 존중하고 촉진한다.”고 하는 노사자치는, 노동법 특히 집단적 노사관계법

분야에서 주요한 이념이다. 노사간의 이해관계의 대립은 당사자 스스로에 의한 해결이 가장 바람직하기 때문이다. 노사자치의 이념은 그 반대의 측면에서 재삼자인 국가의 개입과 간섭을 가능하면 억제한다는 것을 의미한다. 이렇듯 노사자치의 이념을 중시하는 입장에서 보면, 노동삼권을 사회권으로 파악하여 국가의 개입을 통해서만 권리가 실현된다고 보는 것은 무리가 있다. 오히려 노동삼권의 실현은 국가의 개입을 통해서가 아니라 노사당사자의 자치에 의해 이루어진다고 보아야 한다. 이 경우 국가가 법률의 제정을 통해 개입하더라도 그것은 노사간의 자치를 조성(助成)하는 데에 있다고 보는 것¹¹⁾이 적절하다. 요컨대, 노동삼권을 사회권으로만 파악할 수 없으며, 오늘날에도 그 자유권적 성격을 적극적으로 인정할 수밖에 없다고 하겠다.

(3) 그렇다면 외국인 근로자의 노동삼권은 어떻게 해석해야 하는가?

노동삼권은 순수한 사회권으로 구성할 수 없다면, 이를 국민의 권리(또는 국가내적인 권리)라는 이유로 외국인 근로자의 권리를 부인하기 어렵다. 위에서 밝혀졌듯이 노동삼권은 국가의 개입에 의하여 비로써 실현되는 권리가 아니라, 국가의 개입이나 간섭과 무관하게 실현될 수 있는 권리이기 때문이다. 노동삼권은 ‘근로자’ 라면 누구에게나 인정되는 권리이며, 국적에 의해 이를 부인할 수 있는 권리가 아니다. 노동삼권의 자유권적 성격으로 말미암아 국가의 개입 이전에 이미 권리성이 인정되고 있기 때문이다. 생산수단을 소유하지 못하여 노동력을 제공하는 대가로 생활을 해야 하며, 그 과정에서 그 자신의 인격과 분리할 수 없는 ‘노동’ 을 제공해야 하는 ‘근로자’ 에게는 국적에 관계없이 노동삼권을 인정해야 한다. 물론 노동삼권도 기본권이니만큼, 이를 제한하기 위해서는 기본권 제한의 법리(헌법 제37조 제2항)에 따라야 한다. 여기서 외국인이라는 사실만으로는 제한의 근거가 되기 어렵다.

다음은 구체적인 문제로서, 우리나라의 노동조합이 외국인 근로자의 조합가입을 거부할 수 있는지를 살펴본다. 또한 노동조합법 제9조의 균등처우 조항을 어떻게 해석할 것인지도 검토한다. 노동조합의 조합원 범위는 단결자치의 원칙에 의하여 노동조합이 자유롭게 정의할 수 있으며 일반적으로 조합규약에 이를 정하고 있다. ILO 제87호 협약도 노동조합은 그 조직범위를 자유로이 결정할 수 있다고 하였다(제2~3조).¹²⁾ 노동조합은 국가나 사용자로부터 간섭을 받지 않고 조직범위를 결정할 수 있으며, 행정해석도 “노동조합은 그 규약으로 조합원이 될 수 있는 자의 범위, 조합원의 지위의 취득과 상실에 관한 사항, 기타의 대내적 통제수단으로 근로자의 노동조합 가입범위를 자율적으로 결정할 수 있다.” 고 한다.¹³⁾ 그러나 노동조합이 조합원의 범위를 결정하는 데 있어 완전히 자유로운 것은 아니다. 조합원은 근로자여야 한다는 것, 감독적 지위에 있는 근로자에 대하여는 조합원으로 인정되지 않는다는 것, 인종·종교·성별·정당 또는 신분에 의하여 차별대우를 받지 않는다는 것 등이 노동조합으로부터 요구되어 있기 때문이다(노동조합 및 노동관계조정법 제2조, 제9조). 특히 노동조합법 제9조는 근로기준법 제5조와 함께 헌법의 평등의 원칙을 구체화하여 인종·종교·성별 등에 의한 차별을 금지하고 있는 것이다. 이 규정은 노동조합에 가입한 후에 조합원에 대한 차별대우를 금지하는 것일 뿐만 아니라 노동조합 가입에 있어서도 차별대우를 금지하는 것으로 해석되고 있다.¹⁴⁾

먼저, 국적에 따라 조합원의 범위를 제한하지 않고 있는 경우를 생각해본다. 조합규약에 “노동조합은 회사 내에 종사하는 임금근로자로 한다.” 나 “회사의 종업원이 아니면 이 노동조합에 가입할 수 없다.” 고 규정하는 데에 그친다면, 외국인 근로자도 다른 정규직 근로자뿐만 아니라 임시직·일용직 근로자와 함께 노동조합의 가입범위에 해당한다고 할 수 있다. 앞에서 살펴본 바와 같이 외국인 근로자도 “임금을 대상(代償)으로 하여 근로를 제공하는” 근로자라면 노동삼권을 가지기 때문이다. 산업기술연수생의 경우에도 위와 같은 근로자성이 인정되는 한, 노동조합에 가입할 수 있다.

쟁점이 될 수 있는 것은 국적에 의한 차별, 즉 “외국인 근로자는 조합에 가입할 수 없다.” 는 내용을 조합규약에 정하고 있을 때이다. 노동조합법 제9조는 차별 근거로 ‘국적’ 을 열거하지 않기 때문에 논란의 여지가 있다. 문리해석을 중시한다면, ‘국적’ 이 포함되지 않는 것으로 볼 수 있기 때문이다.

그러나 이 규정은 노동조합의 단결목적과 직접적인 관련이 없는 인종·종교·성별 등에 의한

불합리한 차별을 배제하려는 규정으로 해석하는 것이 타당하다고 생각된다.¹⁵⁾ 노동조합은 근로자로서의 동질성에 기초하기 때문에, 노동조합 규약으로 근로자의 가입자격에 관하여 특정 분야의 근로자만을 가입범위로 하여 직종이나 직위에 대한 일정한 범위 설정을 할 수 있다. 그러나 단결 목적을 일탈하여 특정한 종교, 특정한 성 등을 이유로 조합원의 가입을 제한할 수 없다고 본다. 국적의 차이는 노동조합의 단결 목적과 관련이 없는 것이 보통이다. 그러므로 노동조합의 목적과 무관한 국적에 의한 차별도 금지되고 있다고 보는 것이 타당하다고 생각한다.¹⁶⁾

한편, 사용자가 노동조합과의 단체협약을 통해 조합원의 가입범위로부터 외국인 근로자를 배제하려는 경우도 생각해 볼 수 있다. 그러나 조합원의 가입범위를 결정하는 것은 원칙적으로 노동조합의 자유이므로, 사용자가 이에 개입할 수 없는 것이 원칙이라고 할 수 있다.

주석 1) 실제로 그러한 결론을 내리고 있는 학자도 있다. 권영성, 『헌법학원론』, 1996, 290쪽 참고.

주석 2) 김철수, 『헌법학개론』, 1996, 597면; 허영, 『헌법이론과 헌법(中)』, 1992, 342쪽.

주석 3) 어수봉·권혜자, 「외국인 노동자와 노동정책」, 한국노총 중앙연구원, 1995, 132쪽;

박석운, “바람직한 외국인력정책의 모색”, 노동정책연구소 토론회 자료집, 1995, 117쪽.

주석 4) 중소기업협동중앙회, “외국인근로자 고용법안에 대한 중소기업계의 의견”, 1996.10.;

우종호, “외국인 연수생제도의 문제점과 정책과제”, 한국노동연구원 토론회 자료집, 1996. 2.

15. 우종호는 “우리나라는 아직 단기체류 외국인 근로자에 대한 기본정책도 마련되어 있지 않은 상태이고 또 이들 외국인 근로자들이 국내 노동시장에 미치는 영향도 정확히 파악되어 있지 않은 상태이기 때문에 노동삼권을 허용해야 한다는 주장은 성급한 것” 이라고 보았다.

주석 5) A. Sollner, Grundriß des Arbeitsrechts, 10. Aufl., S. 60; G. Schaub. Arbeitsrecht Handbuch, 7. Aufl., S.1426; W.Daubler, Das Arbeitsrecht 1, 13. Aufl., Rowohlt, 1993, S.80; Hanau, Adomeit, Arbeitsrecht, 9. Aufl., 1988, S. 59; K. Hesse 역시 단결의 자유를 자유권으로 하나로 분류하고 있다(계희열 역, 『서독헌법원론』, 삼영사, 1987. S.16.251).

주석 6) Verordnung Nr. 1612/68의 제8wg 제1항.

주석 7) Becker, Braash, Recht der ausländischen Arbeitnehmer, 3.Aufl., Neuwied 1986, S.116ff.

주석 8) Becker, Braash, 위의 책, S.119; F. Wolterreck, M. Haase, AR-Blätter, D. Ausländischer Arbeitnehmer I, 1987, 12. Forts. ; M. Wollenschläger, Der ausländische Arbeitnehmer und neue BtrVG, NjW 1973, S. 159ff.

주석 9) 일본에서는 외국인 근로자가 조합을 결성하거나 조합에 가입하는 예는 별로 없다. 그러나 몇몇 노동조합과 시민단체가 외국인 근로자를 가입시키거나 지원하여 사용자의 부당한 해고와 임금체불 등에 대해 투쟁을 전개하는 사례도 최근 들어 나타나고 있다. 그리고 예외적이지만, 외국인 연수생들이 노동조합을 결성하는 예도 있었다. 그 하나는 오사카 시내의 정보처리회사에 연수생으로서 초청되어 1일 12시간 전후로 노동하고 있던 필리핀 여성 9인이 1989년 10월 기존의 노동조합에 가입하여 자기들의 분회를 만들어 회사와 교섭하고 일요일 및 축일을 휴일로 하는 것, 시간외수당의 지급, 회사가 지니고 있는 여권의 반환 등의 개선을 획득한 사례가 있다.

주석 10) 외국인 근로자에 대해 합법·불법을 묻지 않고 노조법상의 근로자인 한, 조합에 가입할 권리 및 조합원으로서의 차별적 취급의 금지 그리고 조합원으로서의 제권리를 인정해야 한다는 견해가 있다(外尾健一, 『労働團體法』(筑摩書房, 1975), 34쪽; 村下博,

「外國人労働者と労働法上の問題點」, 『日本労働法學會誌』, 第75號, 62~63쪽). 이러한 견해를 지지하는 학자들은 헌법상 노동삼권의 주체가 근로자로 되어 있으며, 일본의 노동조합법 제5조 제2항 제4호는 ‘인종’에 의한 조합원 자격의 차별적 취급의 금지를 정하고 있는 점 등을 근거로 든다.<シソポヅウム> 國際化中の労働法, 『日本労働法學會誌』 第75號, 168~170쪽 참고.

주석 11) 김유성, 『노동법 II』, 1996. 20쪽.

주석 12) Freedom of Association Committee, ILO, 6th Report, Case NO.3, para.1024.

주석 13) 1963.3.26. 노정노1452-5217; 1988.12.1. 노조 01254-17899; 1989.7.13.

노조01254-10363(수습사원 등의 노조가입을 일부 제한한 단체협약은 위법이라고 할 수 없다).

주석 14) 김유성 · 이홍재, 『노동법Ⅱ』, 한국방송통신대학출판부, 1992. 70쪽; 김형배, 앞의 책, 449쪽; 박상필, 『寒國勞動法』, 大旺社, 1990, 408쪽.

주석 15) 김인재, “노동조합의 내부 문제에 대한 법적 규율”, 서울대 박사학위논문, 1996.2. 181~182쪽.

주석 16) 노동삼권을 인간의 권리로 인정하는 독일에서는 국적에 의한 노동삼권 영역의 차별을 헌법 위반으로 보고 있다. 예를 들어, 국적에 의해 협약상의 권리를 차별하는 것은 헌법 제3조의 평등권을 위반하고 제9조 제3항의 단결권을 침해하는 것으로 본다.

(Becker, Braash 앞의 책, S.117.)

第4節 勞動市場에서의 地位

1. 내국인 우선의 원칙

이상에서 살펴본 바와 같이 개별적 근로관계와 집단적 노사관계에서는 외국인 근로자는 내국인 근로자와 동등한 지위를 갖는다. 내국인 사용자에 의해 취업된 이후에는 내국인 근로자와 균등한 대우를 받아야 하는 것을 의미한다고 할 수 있다. 그렇다면 노동시장에서의 지위, 즉 취업과정에서의 지위는 어떠한가? 취업과정에서도 내국인 근로자와 동등한 대우를 받아야 하는지의 문제이다.

이처럼 노동시장에서의 외국인 근로자의 지위를 별도로 분리하여 서술하는 데는 몇가지 이유가 있다. 하나는 이론적 관심이다. 오늘날의 노동법은 전통적인 영역 이외에도 새로운 영역이 형성되고 있다. 즉 개별적 근로관계법과 집단적 노사관계법 이외에도 노동시장의 법이 형성되고 있다. 이에 따라 노동법학은 연구대상을 확대하여 취업 이후의 근로자의 보호뿐만 아니라 취업 이전의 근로자 보호에도 관심을 갖게 되었다. 외국인 근로자의 법적 지위를 검토하는 데 있어서도, 취업 이후만이 아니라 그 이전의 과정에서의 지위는 어떻게 될까 하는 의문이 자연스럽게 제기된다. 취업 이후에 적용되었던 균등대우원칙이 취업과정에도 동일하게 적용되는 것인가?

또 한편 현실적으로도 이 문제를 검토할 필요가 제기되고 있다. 외국인 근로자도 취업단계에서 내국인 근로자와 동등하게 대우받을 수 있는지는 최근 법원에서 여러 차례 다투어지고 있다. 직업안정법에 의하면 유료직업소개업이 원칙적으로 금지되고 있는데, 외국인을 소개하는 경우도 마찬가지로 금지되는지가 주로 다투어진 쟁점이다. 그리고 정부가 공식적으로 들어오고 있는 산업기술연수생제도의 운용과 관련하여 몇가지 현실적인 문제가 제기되고 있다. 즉 산업기술연수생이 2년의 계약기간이 종료되었을 때 기간의 연장을 사용자에게 요구할 수 있는지? 그리고 사용자의 도산과 같이 연수생 근로자의 귀책사유가 아닌 사유로 산업기술연수가 중단되었을 때, 외국인 연수생은 한국 정부에 대해 취업을 요구할 수 있는 권리가 있는지가 문제이다.

이러한 취업과정에서 외국인 근로자의 지위는 대사용자(對使用者)관계와 대국가(對國家)관계로 나누어 볼 수 있다. 먼저, 대사용자관계에서의 지위는 이미 앞에서 서술했다. 즉 근로기준법 제5조의 균등대우조항이 근로자의 채용에 대해서까지도 적용이 되는가의 문제가 바로 그것이다. 앞에서도 살펴보았듯이 사용자에게는 원칙적으로 채용의 자유를 인정할 수 있으며, 근로기준법상의 균등대우조항은 채용(즉 취업)단계까지 적용되지는 않는다고 할 수 있다. 따라서 사용자가 근로자 채용시에 국적에 따라서 차별하더라도 그것을 범위반이라고 하기는 어렵다. 다음으로 대국가관계를 살펴본다. 여기에도 균등대우원칙을 적용하여 국가에 대하여 내국인과

동등하게 취업을 요구할 수 있는 권리를 인정한다면 어떻게 될까? 그렇게 되면 국내의 단순기능인력보다 외국인 산업기술연수생이 먼저 취업할 수도 있으며, 여성·고령자·장애인 등과 같이 미취업 국내인력의 취업기회와 충돌할 수도 있다. 이에 대한 외국법제의 동향을 살펴보면, 대체로 내국인을 우선하는 정책을 취한다. 이른바 '우선의 원칙'을 적용하여, 내국인은 단기체류의 외국인보다 취업에 있어 우선하고 있다. 외국인의 취업은 내국인이 취업을 희망하지 않으며 내국인의 일자리를 대체하지 않는 경우에 가능한 것이 원칙이다.

독일의 경우도 그러하다. 노동허가제도의 근거인 고용촉진법 제19조 제1항은 노동허가에 대해 "개개의 사례의 관계를 고려하면서 노동시장의 상황과 전개에 좇아 발급된다."고 정하고 있다. 이것은 노동허가제도의 기본적 취지로서 우선의 원칙(Vorrangprinzip)을 정한 것이라고 해석되고 있다.

즉 독일 노동시장에서 취업의 기회는 독일인 및 이와 동일시되는 자가 외국인 근로자보다 우선하여 부여되어야 한다는 원칙이다. 또한 이러한 해석의 헌법상 근거로는 독일 기본법상 직업의 자유규정(제12조 제1항)은 독일인에만 보장되고 있는 것이 들어지고 있다.¹⁾

일본 역시 내국인으로 대체할 수 없는 일자리에 대해서만 외국인의 취업을 허용하고 있다. 이에 따라 합법 취업자를 제외하고는 단순기능인력을 아예 도입하지 않는 것이 원칙이다. 연수생제도 역시 '연수생'의 도입이므로 이러한 원칙을 훼손하지 않는다는 점에서 합리화되고 있다.

대만의 경우에는 내국인 우선의 원칙을 관철하기 위하여 엄격한 절차를 두고 있다. 사용자가 외국인의 고용에 대해 허가를 신청하려고 하는 경우, 3일간 연속 구인광고를 내서 국내의 근로자를 모집해야 한다.

우리나라의 경우에도 실제로 출입국관리법령이 우선의 원칙을 근거로 하고 있다고 보아야 할 것이다. 출입국관리법령도 국내 노동력으로 대체 가능한 부분에서의 외국인 취업은 엄격히 규제하고 있으며, 필요불가결한 최소한의 범위 내에서 선별적으로만 취업을 허용하고 있다.

출입국관리법도 이러한 기조를 유지하고 있다. 출입국관리법 제18조는 "① 외국인이 대한민국에서 취업하고자 할 때에는 대통령령이 정하는 바에 따라 취업활동을 할 수 있는 체류자격을 받아야 한다. ② 제1항의 규정에 의한 체류자격을 가진 외국인은 지정된 근무처 외에서 근무하여서는 아니된다. ③ 누구든지 제1항의 규정에 의한 체류자격을 가지지 아니한 자를 고용하여서는 아니된다. ④ 누구든지 제1항의 규정에 의한 체류자격을 가지지 아니한 자의 고용을 알선 또는 권유하여서는 아니된다. ⑤ 누구든지 제1항의 규정에 의한 체류자격을 가지지 아니한 자의 고용을 알선할 목적으로 자기지배하에 두는 행위를 하여서는 아니된다."고 하여 외국인의 고용에 제한을 두고 있다.

그렇지만, ILO의 논의 수준은 한 걸음 더 나아가 있다. 원래 ILO는 1949년 이주근로자 협약과 1958년 차별대우(금지)협약까지도 고용 및 직업에서의 국적차별금지를 규정하지 않았다. 그러다가 제4장에서 소개하는 바와 같이 1975년에 채택된 이주근로자 보충협약에 의하면 고용 및 직업에 있어서도 합법체류 근로자를 내국인과 동등하게 대우하도록 하고 있다. 즉 이주근로자 보충협약의 내용은 내국인 우선의 원칙을 인정하지 않았다. 내국인 우선의 원칙을 법제상 채택하고 있는 독일 정부가 질의한 내용에 대해서 ILO는 "직업을 잃은 이주근로자에 대해 노동시장의 사정을 이유로 노동허가의 발급이 거부될 수 있는 법제도는 이주근로자 보충협약과 합치되지 않는다."고 답하였다.²⁾

ILO의 이주근로자 보충협약의 보장수준은 그 이전의 협약들보다 매우 높은 것이다. 취업기회의 만료나 취업기업의 폐업 등으로 직업을 잃은 외국인 근로자에게 내국인과 동등하게 취업의 기회를 보장하려는 것은 분명히 바람직하지만, 그것을 권리로서 인정하는 것은 곤란하다고 생각한다. 취업해 있는 외국인 근로자에게 동등한 법적 보호를 부여하는 것과 취업단계까지도 내국인과 동등한 기회를 부여하는 것은 다른 차원이다. 근대법의 원리인 '국민주권'과의 관계에서 볼 때에도 외국인의 취업기회를 내국인과 동등하게 부여하는 것은 아직은 이상(理想)이라고 본다.

2. 우리 법의 해석

위에서 살펴본 대로 외국인의 취업에 대한 권리는 입법정책에 의해 제한될 수 있다. 단기체류의 외국인이 국내에서 취업하기 위해서는 체류 및 취업에 대한 허가를 받아야 하며, 취업기간이나

취업장소에도 일정한 제약이 따를 수 있다. 체류 및 취업에 대한 자격 내지 허가를 부여할 경우에도 내국인의 취업기회를 침해하지 않는 범위 내에서 가능하다고 할 수 있다. 자격이 갱신·연장될 경우에도 우선의 원칙은 지켜져야 한다.

국가에 대해 취업을 요구할 수 있는 권리는 근로의 권리(헌법 제32조)라 할 수 있다. 위에서 살펴본 대로 각국의 입법정책에 의해 내국인 우선의 원칙이 채용되고 있기 때문에, 결과적으로 볼 때 외국인의 근로권은 제한된다고 하겠다.³⁴⁾ 내국인이 근로권을 온전히 향유하는 데 비해서 차이가 있다고 할 수 있다.

3D업종에의 외국인 근로자 도입이 허용되는 것도, 그러한 외국인 근로자의 도입이 국내근로자의 취업기회를 대체하지 않는다는 전제 위에서이다. 이른바 3D 업종은 국내의 미취업인력인 여성, 고령자, 장애인 등이 취업할 가능성이 낮다는 점, 노동력 공급 부족으로 국내의 단순기능인력의 취업이 불안해질 가능성이 낮다는 점 등이 근거로서 들어지고 있다.⁵⁾

직업안정법도 이러한 원칙 아래에서 해석될 수 있다고 생각한다. 동법은 직업안정법 실시와 관련하여 균등대우조항을 설정하고 있는데, 제2조에 의해 "성별, 종교, 사회적 신분, 혼인 여부 등을 이유로 직업소개·직업지도 또는 고용관계의 결정에 있어서 차별대우를 받지 아니한다."고 하고 있다. 여기에서는 국적을 명시하고 있지 않기 때문에 국적에 의한 차별이 가능한지가 문제될 수 있다. 앞에서 살펴본 대로 내국인 우선의 원칙이 적용된다는 사실을 고려해 볼 때, 여기서 '국적'에 의한 차별은 직업안정법상의 균등대우원칙에 포함되지 않는 것으로 해석할 수 있다. 필자는 근로기준법과 노동조합법상의 균등대우조항과는 다른 해석을 하였다. 그렇지만 이러한 해석은 우선의 원칙에 비추어볼 때 부득이한 해석이다.

한편, 구체적인 권리내용에 들어가서 살펴볼 때 고려해야 할 점이 있다. 먼저, 우선의 원칙이 적용된다고 하여 외국인에게는 취업 기회 제공을 위한 어떠한 원조도 금지되는 것은 아니라고 할 수 있다. 취업정보의 제공에 대해서는 외국인에게 권한을 인정할 수 있을 것으로 본다. ILO의 1949년 이주근로자 협약도 이주근로자에 대한 정확한 취업정보의 무료제공을 규정하고 있다(제2조, 제7조 제2항 등 참고).

다음으로 단기체류가 아닌 외국인의 지위 문제이다. 중국인 화교 등 거주(F-2) 자격 소지자의 경우에도 통상의 외국인과 동일하게 취업상의 제한이 따른다고 보아야 할 것인가에는 의문이 있다. 이들의 경우에도 근로권을 비롯한 사회적 기본권이 제한될 수 있는지에 대해서는 좀더 자세한 논의가 필요하다.

3. 정주외국인의 지위

외국인이라고 하여도 중국인 화교와 같이 조부모의 대로부터 한국에 거주하고 한국에서 태어나서 직업을 갖는 외국인이 있는가 하면, 반대로 며칠간의 한국 관광을 위하여 체류하는 외국인이 있다. 그 중간에도 5년 이상 장기간 체류하는 외국인이 있는가 하면, 1년 이내에 단기간 체류를 하는 외국인이 있는 등 천차만별의 외국인이 있는데, 이들의 지위를 확립적으로 논할 수 없다. 이러한 점이 가장 극명하게 드러나는 외국인은, 여러 대에 걸쳐서 한나라에 살고 있는 외국인 2세의 경우이다. 출생지주의(出生地主義) 국적법을 가진 국가에서는 외국인의 현지 출생자가 곧바로 현지 국적을 취득하게 되므로 적어도 2세 이하에 대해서는 내외국인 구별의 문제가 발생하지 않는다. 그러나 한국, 일본과 같이 혈통주의(血統主義) 국적법을 가진 국가에서는 몇 대를 살아도 외국인의 자(子)는 역시 외국인이므로 외국인에 대한 법적 규제를 면할 수 없다. 우리나라에 장기간 거주하는 중국인 화교의 경우나, 일본에 거주하고 있는 재일동포와 같은 경우가 현실의 예이다. 이들은 처음으로 입국한 외국인과 동일하게 취급하는 것은 불합리하다.⁶⁾ 이러한 이유로 학자들 가운데에는 한 나라에 장기간 거주하고 있는 외국인을 단기체류 외국인과 다르게 취급하려고 하는 경우가 있으며, 외국의 입법례 중에도 장기간 거주 외국인의 지위를 단기체류자와 구분하는 예를 흔히 볼 수 있다. 그 대표적인 범주가 '정주외국인', '정주하고 있는 자'의 개념이다.

정주외국인의 개념은 외국인 거주자가 거의 없었던 시대에는 구별할 실익이 없었다. 그러한 시대에는 주민은 곧 국민을 의미하는 때였다. 그러나 오늘날에 들어서는 외국인의 숫자가 수십만 이상이 되고 점차로 늘어나는 추세에 있기 때문에 외국인간의 구별이 필요하게 된 것이다.⁷⁾

이렇듯 정주외국인의 지위를 통상의 외국인과 구별하려는 입장을 취하려는 학자 가운데에는 사회적 기본권의 주체에 대해서 주목할 만한 견해를 펴고 있는 이가 있다. 일본의 大沼保昭는 "정치공동체로서의 국민국가에의 귀속이 의미를 갖는 분야에서는 국적이 기준으로 되는 것에 비해, 사회일반의 이익향유자격은 현실의 성격에 적합한 사회구성원성이 기준으로 되어야 한다."고 보고 있다. 즉 그는 "생존권으로 대표되는 경제·사회적 권리의 향유 주체는 국적을 기준으로 결정되어서는 안 된다. 「인권에 관한 세계선언」에 '모든 인간은 사회의구성원으로 서' 사회보장을 받을 권리를 갖는다(제22조)고 규정되어 있는 것으로부터 알 수 있는 것과 같이 경제·사회적 인권은 사람이 사회의 일원으로서 노동하고 생활을 영위하는, 요컨대 공동체의 일원인 것을 기초로 하는 것이며, 국가가 그것을 보장하는 의무를 지는 것은 국가의 위 공동체를 통할하는 기관인 것에 기초한다. 국가는 어떠한 국가 그 자체로서 경제·사회적 권리를 그 구성원에게 보장하는 것은 아니다."고 보고 있다. 가령 국가로의 귀속이 결정적 의미를 갖는다면, 외국에 거주하고 있는 내국인이 각종의 사회보장법령의 적용대상이 되지 않는 것은 설명할 수 없게 된다고 한다.

또한 "경제·사회적 권리를 기초지우는 '강한 사회연대의식'이라는 것은 바로 동일 사회에서 생활을 공동으로 하는 자로서의 연대의식이며, 본래 의제적(擬制的) 성격을 가지는 국적⁸⁾을 매개로 한 연대의식은 아니다. 더욱이 무각출의 사회보장을 국고에서 부담해야 한다는 성격이, 국민과 동일하게 조세를 납부하고 있는 정주외국인을 배제하는 근거로 될 수 없다.-----이상과 같이 권리의 성질로부터 향유 주체를 국적 보유자에게 한정해야 할 필요성과 근거가 보이지 않는 이상, 헌법 제14조(우리 헌법 제11조)의 평등원칙은 사회권의 향유에 대해 적어도 일본 사회에서 거주하고 국민과 동일한 법적·사회적 부담을 담당하고 있는 정주외국인에게도 타당하며, 제25조(우리 헌법 제34조)의 '국민의 생존권'은 오히려 정주외국인을 포함한 사회구성원의 권리로서 구성해야 한다."고 보고 있다.⁹⁾

위와 같은 大沼保昭의 논지 가운데에는 무리한 부분이 있지만,¹⁰⁾ 정주외국인을 통상의 외국인과 분리하여 논하는 것은 정당하다고 본다. 그리고 사회적 기본권의 주체가 사회적 연대의식을 공유하는 공동체 구성원이라고 하는 것은 주목할 만하다.

필자의 생각도 정주외국인에게 사회적 기본권을 내국인과 동등하게 보장해야 한다는 것이다. 한 나라에 오랫동안 거주하면서 내국인과 동일하게 조세를 납부하는 정주외국인을 단기체류자와 동일하게 대우할 수는 없다. 노동시장에서도 정주외국인은 내국인과 동일하게 취업할 수 있는 기회가 보장되어야 한다. 다만, 중요하게 남는 문제는 어떠한 기준에 의해 정주외국인의 범위를 결정할 것인지, 그리고 정주외국인은 아니지만, 장기간(예를 들어, 5년 이상) 체류하고 있는 외국인의 지위는 어떻게 할 것인지이다.¹¹⁾¹²⁾ 앞으로 좀더 검토되어야 할 문제이다.

주석 1) A.Bleckmann. Allgemeine Grundrechtslehren, 1979.S.112.

주석 2) M. Wollenschläger. "Landesbericht Bundesrepublik Deutschland". Report in X IV World Congress of Labour Law and Social Security. 1994. S.9.

주석 3) 이러한 결론은 '기본권의 주체'에 대한 헌법적 논의를 통해서도 도출될 수 있다. 즉 근로권의 법적 성격과 관련하여 자유권성, 즉 "개인이 자유로이 일할 기회를 가지는 것을 국가가 방해 내지 제한하지 못한다."는 측면의 성격을 인정할 것인지에 대해서는 논란이 있으나, 자유권성을 인정하더라도 그것은 부수적인 것에 그치고 사회적 기본권성이 그 본질을 이룬다고 하겠다(권영성, 앞의 책. 579쪽). 근로권에 대응하여 국가는 근로자의 고용을 증진할 의무를 진다는 점에서 근로권은 본질에 있어 사회적 기본권이라고 할 수 있다. 이렇게 본다면, 근로권은 본질적으로 사회적 기본권이기 때문에 국민의 권리이며, 반면에 외국인의 근로권은 제한될 수 있다는 해석이 가능하다.

주석 4) 이를 경제학적으로 살펴보면 국내인력 대체가 가지는 부정적 효과의 일단을 해명할 수 있다. 만약 저임금 외국인력이 국내인력을 100% 대체한다고 단순화해 보면, 외국인력이 국내인력과 동일한 생산성을 유지하더라도 외국인력이 받는 임금 중 일부가 본국으로 송금된다면 우리나라 전체의 GDP는 오히려 하락하게 된다. 이 경우 외국인력의 활용으로 노동(임금)으로부터

자본(이윤)으로 소득재분배 효과만 나타나며, 전체로 보아 국민경제에 미치는 영향은 부정적이다(어수봉·권혜자, 앞의 책. 32쪽).

주석 5) 그렇지만, 장기적으로 외국인력의 활용이 지속된다면 국내 정규직 단순기능인력도 외국인으로 대체될 가능성이 있다. 국내 정규직 단순기능인력의 임금상승의 기회손실은 국내 근로자의 3D 기피현상을 부추겨 단순기능인력의 국내공급을 감소시킬 것이다. 이에 비해 기업의 저임금수요는 더욱 확대되어 외국인력 수요를 증대시킬 것이다. 또 외국인력의 체류기간이 길어짐에 따라 외국인력의 의사소통능력이 개선되면, 국내 단순기능인력과의 생산성이 비슷해져 정규직 단순기능인력의 대체는 더욱 가속화될 것이다. 이러한 문제들을 지적하는 학자들은, 외국인력의 수입으로부터 이득을 보는 일부의 기업들로부터 '분담금'의 형태로 이득의 일부를 거두어 이를 손해 보는 계층의 사회복지가 증진할 수 있도록 쓰는 방안을 제시하고 있다(노동부 외국인력정책연구반, 「(단순기능 외국노동력의)국내취업에 관한 정책대안」. 1994.12. 58~59쪽; 남성일외, 『단순기능 외국인력정책 개선방안 연구』. 한국경총. 1996.6.33쪽).

주석 6) 정인섭. 『외국인 근로자의 국제법상 지위에 관한 연구』. 1992. 71쪽.

주석 7) 大沼保昭. 「外國人の人權'論再構成の試み」. 『法學協會百周年記念論文集』, 第2卷 1983. 374쪽.

주석 8) 그는 근대 국민국가와 국적의 관념이 의제라는 생각에 기반하고 있다. 근대 국민국가는 자유로운 개인이 주체적 의사결정에 의해 국가를 구성한다고 하는 기본이념에 입각하고 있으나, 그것은 허구이며 오히려 그 국가에서 출생하여 거주하는 주민이라는 성격이 더욱 중요하다고 보고 있다. 근대 국민국가의 이러한 허구성은 혈통주의 국가에서 오랫동안 의식되지 못했는데, 그것은 국민의 대부분이 자국 내에서 일생을 보낸다는 사실과 관련이 있다. 그러나 오늘날에 들어서는 국민=주민이라는 등식이 성립하기 어렵게 되었다는 것이다(大沼保昭. 위의 논문. 374쪽).

주석 9) 大沼保昭, 앞의 논문, 411쪽.

주석 10) 근대 국민국가의 구성원을 국적을 가진 국민으로 파악하는 것이 허구라고 규정하기 어렵다. 허구라고 보는 大沼保昭의 견해를 일관한다면 정치적 기본권의 분야까지도 정주외국인은 주체가 될 수 있다는 데에까지 이르러 버린다. 그렇지만, 大沼保昭 역시 정치적 기본권은 국민에게 한정되는 것으로 보고 있다.

주석 11) 국내에 장기거주하는 화교 등 거주자격 소지자가 취업을 하려고 할 때에는 현행법상 어떠한 제한이 있는가? 1993년에 전면개정 전까지만 해도 출입국관리법령은 이들에 대한 규정이 흠결된 상태였으나(정인섭, 앞의 책. 168쪽). 시행령 개정으로 거주자격 소지자는 취업상의 제한이 없어졌다(시행령 제23조 제2항). 따라서 거주자격 소지자는 취업에 대해 법령상으로는 제한이 없다.

주석 12) 독일의 경우에는 장기 체류자를 체류와 취업자격상 단기 체류자보다 보호하고 있다. 특히 특별노동허가를 취득한 외국인 근로자에게는 내국인 우선의 원칙을 적용하지 않는다.

第5節 不法滯留 勤勞者の 法的 地位

1. 불법체류 근로자의 개념

외국인 근로자의 법적 지위 가운데 남는 쟁점의 하나는 불법체류 근로자의 지위이다. '불법체류 근로자'라 함은 취업활동을 할 수 있는 체류자격이 없이 국내에서 취업하고 있는 외국인 근로자를 말한다.¹⁾ 출입국관리법에 의하면, 외국인은 체류자격과 체류기간의 범위 내에서 대한민국에 체류할 수 있으며(제17조 제1항: 구법 제15조), 또한 대한민국에서 취업하고자 할 때에는 취업활동을 할 수 있는 체류자격을 받아야 한다(제18조 제1항). 그리고 출입국관리법 제46조 제7호(구법 제45조 제6호)와 제82조 제5호에 의하면, 위의 제17조 제1항과 제18조에 위반한 외국인은 강제퇴거됨과 동시에 형사처벌을 받는다.

불법체류 근로자는 이상과 같은 출입국관리법령을 위반하여 취업하고 있는 것이다. 불법체류 근로자를 가리키는 용어로서 '불법취업자'가 있으나, 후술하는 바와 같이 취업 자체가 불법이라기보다는 체류가 출입국관리법에 의해서 금지되는 것에 그치기 때문에 '불법취업자'라는 용어는 피한다.

불법체류 근로자는 세 가지 부류, 즉 '자격외 취업자', '체류기간 초과 취업자' 그리고 '밀입국 취업자'로 나누어 볼 수도 있다. '자격외 취업자'는 한국에 체류할 수는 있으나 취업할 수 없는 외국인이 취업을 하는 경우이다. 관광 목적의 사증(査證)을 받아 국내에서 취업해 버린 외국인이나, 외국인 유학생이 취업하는 경우 등이 '자격외 취업자'이다. 또한 산업기술연수생이 배정받은 사업장을 이탈하는 경우도 위의 '자격외 취업'에 해당한다. '체류기간 초과 취업자'는 사증에서 규정된 체류기간을 초과하여 국내에서 취업하고 있는 외국인이다. '밀입국 취업자'는 정식으로 입국절차를 밟지 않고 입국하여 국내에서 취업중인 외국인을 말한다. 그렇지만, 위 세 부류의 불법체류 근로자는 출입국관리법을 위반하여 취업하고 있다는 점에서는 공통되기 때문에 규범적 평가를 달리할 수 있는 것은 아니라고 본다.

문제는 불법체류 근로자의 법적 지위이다. 예를 들면, 다음과 같은 문제들이 있다. 불법체류 근로자 산업재해를 입었을 때 그는 산업재해보상청구를 할 수 있는 근로자인가, 그가 출입국관리법을 위반하여 체류하고 취업하고 있다는 사실은 근로계약에 어떠한 영향을 미치는가, 나아가 불법체류 근로자는 근로기준법을 비롯한 노동관계법의 보호를 받을 수 있는가? 이러한 의문들이 법적 지위에 관련되는 것들로서 현실에서 쟁점이 되고 있다.

해석 여하에 따라서는 불법체류 근로자는 국내의 법적 보호가 부인될 수도 있다. 실제로 노동부는 1994월 2월 이전까지만 해도 불법체류 근로자가 맺은 근로계약이 불법계약이므로 산업재해보상보험법을 비롯한 노동관계법이 적용되지 않는다고 보았다. 그렇지만 노동부는 외국인 근로자 관련단체들에 의한 권익보호운동과 법원의 판례 등으로 인해 종래의 입장을 변경하였다.²⁾ 산업재해와 임금체불을 당했을 때에도 산업재해보상보험법과 근로기준법의 보호를 받는다는 지침을 내게 된 것이다.³⁾

노동관계법의 적용과 관련하여 불법체류 근로자가 근로자인가 하는 점이 쟁점이 되지만, 근본적인 쟁점은 출입국관리법 위반의 사실을 어떻게 평가할 것이냐의 문제이다. 최근의 판례를 검토해 보면서 이에 대한 필자의 견해를 적어 본다.

2. 법원의 판례

법원은 1993년 이래로 일관되게 불법체류 근로자도 노동관계법의 보호를 받는 근로자로 보고 있다. 이러한 판례의 시발점은 서울고등법원이 에이아트공업사 사건에서 내린 판결이었다. 이 사건의 원고인 아키노씨(Aquino L. Sibaen, 필리핀인)는 플라스틱 사출공으로 일하던 중 사출기에 왼손가락이 절단되는 부상을 당하여, 서울동부지방노동사무소에 요양신청을 했다. 그러나 노동사무소는 요양신청을 받아들이지 않았고, 이에 아키노씨는 서울고등법원에 요양불승인처분 취소를 구하였다.

서울고등법원⁴⁾은 다음과 같이 판시하였다.

".....산업재해보상보험법 제32조 제2항에 의하면, 같은 법에서 근로자라 함은 근로기준법에 규정된 근로자를 말한다고 규정하고 있고, 근로기준법 제14조에 의하면 같은 법에서 근로자라 함은 직업의 종류를 불문하고 사업 또는 사업장에서 임금을 목적으로 근로를 제공하는 자를 말한다고 규정하고 있으므로 근로기준법상의 근로자에 해당하는 자가 산업재해보상보험법의 적용대상이 되는 사업 또는 사업장에 근로를 제공하다가 업무상 부상 또는 질병에 걸린 경우에는 요양급여를 지급받을 수 있다 할 것이며 산업재해보상보험법상 외국인 근로자에게 그 적용을 배제하는 특별한 규정이 없는 이상, 외국인의 지위를 보장한 헌법 제6조, 국적에 따른 근로조건의 차별대우를 금지한 근로기준법 제5조의 각 규정의 입법취지와 산업재해보상보험제도.....의 목적에 비추어 피재자가 외국인이라 할지라도 그가 근로기준법상의 근로자에 해당하는 경우에는 내국인과 마찬가지로 산업재해보상보험법상의 요양급여를 지급받을 수 있다 할 것이다.같은 법(구출입국관리법:1992.12.8. 전문개정되기 전의 것)은 대한민국에 입국하거나 대한민국에서 출국하는 모든 사람의 출입국관리와 대한민국에 체류하는 외국인의 등록 등에 관한 사항을 규정함을 목적으로 하는 법으로서, 위 같은 법 제15조 제1항, 제2항의 각 규정은 모두 국가가 외국인의 불법체류를 단속할 목적으로 이를 금지 또는 제한하는 단속법규에 불과하므로 위 각 규정에 위반하여 한 행위에 대하여는 위에서 본 소정의 벌칙이 적용될 뿐 행위 자체의 법률상 효력에는 아무런 영향이 없다 할 것이다."

요컨대, 출입국관리법 규정은 단속법규에 불과하므로, 이에 위반한 행위에 대해서는 벌칙이 적용될 뿐 행위 자체의, 법률상 효력에는 영향이 없다는 것이다. 이 사건 이외에도 서울고등법원은 중국 교포 정경홍씨 사건⁵⁾에서 이와 동일한 취지의 판단을 하였다.⁶⁾ 하급심 판결이 얼마간 내려진 이후에 대법원은 홍진사건⁷⁾에서 비교적 자세하게 불법체류 근로자의 노동법상 지위를 정리한다.⁸⁾ 이 사건에서는 산업기술연수생이 연수회사를 이탈하여 다른 회사와 근로계약을 체결한 상태에서 일하다가 산재를 입었다. 산업기술연수생이 이탈한 경우이므로, 이 사건 역시 불법체류 근로자에 관한 것이다. 대법원의 판결요지는 앞의 고등법원 판결과 같이, 출입국관리법상 취업체류자격을 갖지 않더라도 근로계약은 당연히 무효로 되지 않으며, 근로기준법 소정의 근로자로서 산재보험법상의 급여를 받을 수 있다는 것이다. 그 근거로 대법원은 출입국관리법 규정이 자격 없는 외국인의 고용이라는 사실적 행위만을 금지하는 것일 뿐, 근로계약을 무효로 하는 것은 아니라는 점을 들고 있다. 아울러, 눈에 띄는 논지는 "취업자격은 외국인이 대한민국 내에서 법률적으로 취업활동을 가능케 하는 것이므로 이미 형성된 근로관계가 아닌 한 취업자격이 없는 외국인과 근로관계는 정지된다고 하여야 할 것이고, 당사자는 언제든지 그와 같은 취업자격이 없음을 이유로 근로계약을 해지할 수 있다."고 한 것이다.

3. 판례의 검토

(1) 일반적으로 강행법규라 하더라도 규정에 위반하는 행위의 사법상(私法上)의 효과가 부정되는 효력규정인지, 아니면 그에 위반하여도 벌칙의 적용만 있을 뿐이고 행위 자체의 사법상의 효과에는 영향이 없는 단속규정인지가 문제된다. 법규정에 사법상의 효과에 관한 규정을 두고 있다면⁹⁾ 문제가 없으나, 많은 경우에 그러한 효과에 관하여는 규정을 두지 않기 때문에 양자의 구별이 어렵다.

대체로 행정법규(특히, 경찰행정법규)의 경우에는 단순한 단속규정에 지나지 않는 것이 많겠지만,¹⁰⁾ 효력규정과 단속규정의 구별의 표준에 대한 일반적인 원칙은 없으며 구체적으로 판단할 수밖에 없다. 구체적으로 그 법률행위를 유효·무효로 함으로써 생기는 사회경제적 영향을 고려하여, 그 법규의 입법취지가 법규의 규정하는 내용 그 자체의 실현을 금지하고 있는가(법률효과의 금지), 또는 단순히 그러한 행위를 하는 것을 금지하고 있는지에 따라서 결정된다.

출입국관리법 위반의 경우도 사회경제적 영향을 고려하면서 구체적으로 판단할 수밖에 없다. 앞에서 소개한 대로 우리 법원은 출입국관리법 위반에 대해서 그것이 근로계약의 효력에 영향을 미치지 않는다는 논리에 의해 해결했으나, 사실 '출입국관리법 위반'이라는 점은 간단하게 평가하기 어려운 법률사실이다. 출입국관리법은 엄격한 벌칙규정에 의해 외국인의 국내체류 및

취업을 제한하고 있다. 게다가 출입국관리법의 규정은 단순히 체류만을 규율하고 있는 것이 아니며, 취업에 대한 일정한 제한도 담고 있기 때문이다.

(2) 판례를 검토하기에 앞서서 독일의 판례이론을 간략하게 소개한다. 독일에서는 우리 논의에 시사할 수 있는 판례법리가 형성되어 왔다. 우리와 법체계가 동일한 것은 아니지만, 노동허가 없이 취업하는 외국인의 지위에 대한 논란은 주목할 만하다.

독일은 외국인이 허가없이 취업하는 것을 금지하기 위한 일련의 규정들을 두고 있다. 고용촉진법 제19조 제1항에 의하면 독일인이 아닌 근로자가 독일 내에서 취업을 원하는 경우에는 연방고용청의 노동허가를 받아야 한다.¹¹⁾ 초기의 연방노동법원의 판례는 허가없는 근로계약을 의도적으로 체결하는 것은 무효라고 하는 것이었다.¹²⁾ 근로관계의 당사자들이 허가가 필요함을 알고 있으면서도 의도적으로 허가없는 근로계약관계를 이행하였다면, 노동허가 없이 체결된 근로계약은 처음부터 고용촉진법 제19조 위반으로 독일 민법 제134조(법률의 금지)에 의해 무효라고 하는 데에서 출발하였다.

나아가 이 판결은, 노동허가가 교부될 가능성이 있다면 계약체결시에 노동허가가 없더라도 처음부터 계약이 곧바로 무효인 것은 아니며, 불확정적 무효(schwebende Unwirksamkeit)가 되는 것에 그친다고 했다. 이에 따라 노무제공 이전에 노동허가가 발급된다면 계약은 완전히 유효하며, 노동허가가 거부된다면 계약의 무효는 확정된다.¹³⁾

그러나, 이러한 판례 아래에서는 외국인 근로자 보호에 많은 문제가 나타났다. 실무관행에 의하면, 사용자에게 노동허가의 신청의무가 있음에도,¹⁴⁾ 많은 사용자들이 신청을 하지 않고 노동허가의 기간이 만료되도록 방치하거나 또는 신청을 하더라도 연장되지 않았으면 하는 바람을 메모나 전화로 통보하는 사례가 많았다. 초기의 판례와 학설에 의하면 노동허가가 없는 경우에는 근로관계가 무효로 되어버리기 때문에, 수많은 외국인들이 해고제한의 규정을 원용하지 못하고 일자리를 잃어버렸다.¹⁵⁾ 즉 근로계약은 노동허가의 신청을 하지 않거나 발급이 거부된다면, 그 자체로 근로계약이 무효로 되기 때문에 해고제한 규정의 적용을 받지 않았다.

초기의 판례를 둘러싼 논란이 거듭되는 가운데 연방노동법원은 기존의 판례를 사실상 변경했다. 연방노동법원은 몇 개의 판결¹⁶⁾을 통하여 고용촉진법 제19조가 의도한 규범의 효력은 계약의 완전한 무효를 요구하는 것이 아니며, 단지 사실상의 취업을 방지하려는 것이라고 보았다. 이렇게 변경된 견해에 따라 파악하면 고용촉진법 제19조 제1항은 단지 취업금지를 포함할 뿐이며, 상응하는 근로계약에 대해 허가 강제를 포함하는 것은 아니라고 한다.¹⁷⁾ 그러한 견해로부터 다음과 같은 결과가 나온다. 합법적으로 개시되어 이행된 근로관계에서 노동허가가 만료된 것은 근로계약의 무효를 낳는 것이 아니라 근로계약 이행의 장애만을 낳는다. 이러한 판례의 논지는 다수 학설에 의해서도 지지를 받았다.

요컨대, 독일의 연방노동법원은 초기에 노동허가 없는 근로계약을 무효로 보았다가, 1970년대 후반부터는 무효로 보지 않고 취업을 사실상 방지하려는 것에 그치는 것으로 본 것이다.

(3) 우리나라의 경우에도 출입국관리법 규정 위반으로 근로계약까지 무효로 하는 효력을 인정하는 것은 여러 가지로 곤란하다고 생각한다. 불법체류 근로자가 사용자와 체결하는 근로계약을 무효로 한다면, 불법체류 근로자의 지위가 매우 불안정하게 된다. 근로계약이 무효로 된다면 불법체류 근로자는 노동관계법상의 근로자의 신분을 잃게 되어 노동관계법의 보호로부터 멀어진다. 산업재해보상보험법을 예를 들어 보면, 산재보상을 받기 위해서도 '근로자'라는 전제가 필요하다. 불법체류 근로자는 그가 비록 출입국관리법의 규정을 어겼지만, 국내의 사용자가 그의 취업을 원하였고 어쨌거나 취업을 통해 국내의 생산활동에 기여해 온 것이다. 이러한 불법체류 근로자들이 예기치 않은 사고로 산업재해를 당했을 때, 이들의 출입국관리법 위반의 사실을 거론하여 산업재해보상을 부인하는 것은 비인도적이라 할 수 있다.

아울러 근로계약이 무효라고 본다면 논자에 따라서는 장애를 향할 뿐만 아니라 과거로 소급하여 무효라고 볼 여지가 있으므로, 그만큼 사용자의 부당한 개입이 발생할 여지가 있게 된다. 독일의 경우에는 사용자들이 근로계약이 무효로 되는 것을 이용하여 외국인 근로자들을 해고했다. 사용자가 노동허가의 신청의무나 협조의무가 있음에도 불구하고 이를 게을리하여 노동허가가 재발급되지 않더라도, 어쨌거나 근로계약은 무효라고 보게 되면 선의의 외국인 근로자도 이에 대항할 수 없었다. 우리나라의 제도는 독일과 다르기 때문에, 같은 폐단이 발생할 우려는 적지만,

근로계약을 무효로 했을 때 사용자가 이를 어떻게 이용할 수 있는가의 한 측면을 보여준다 하겠다.

이상과 같은 사회경제적 효과를 고려해 볼 때, 출입국관리법 규정은 그 법규 위반에 대해서 사법적 효력까지를 부인하는 규정, 즉 효력규정은 아니라고 해석하는 것이 타당하다고 할 수 있다. 흥진 사건과 에이아트공업사 사건에서 법원이 해석했던 입장을 기본적으로 지지한다. 출입국관리법 규정들은 취업자격을 없는 외국인의 고용이라는 사실적 행위 자체를 금지하는 것일 뿐이며, 근로자로서의 신분에 따른 노동관계법상의 제반 권리 등의 법률 효과까지 금지하려는 규정으로는 보기 어렵다 할 것이다.

그리고, 흥진 사건에서 대법원이 실시하고 있는 것처럼, 양당사자는 취업자격을 없음을 이유로 해지할 수 있다. 근로자든 사용자든 '불법체류취업'이라고 하는 비정상적 상태를 장래를 향해서 청산하려 한다면, 그것은 언제든지 가능하다. 사용자가 해지하더라도 그것은 근로기준법 제27조 제1항의 '정당한 이유'가 있는 해고라 할 수 있다. 다만, '불법체류취업'이라는 비정상적 사실이 사용자의 귀책사유로 인해서 발생했다면 경우에 따라서 해지(해고)가 무효로 될 수 있다.

(4) 흥진 사건의 대법원 판지를 지지하나, 납득할 수 없는 부분이 있다. 그것은 바로 불법체류 근로자의 근로계약관계가 정지한다고 보는 것이다. 즉 대법원은 "이미 형성된 근로관계가 아닌 한 취업자격을 없는 외국인과의 근로관계는 정지된다고 하여야 할 것이고, 당사자는 언제든지 그와 같은 취업자격을 없음을 이유로 근로계약을 해지할 수 있다."고 하고 있다. 여기에서 근로관계가 정지된다고 한다면 그 의미가 무엇인가, 정지된다면 그 시점은 언제부터인가? 매우 의문스럽다. 당사자는 근로계약을 언제든지 해지할 수 있다고 한다면, 해지 이전까지는 근로계약의 효력은 어쨌거나 유효하다고 보아야 할 것이다. 그런데 그러한 근로계약이 또 정지상태에 들어간다는 것은 무슨 의미일까? 근로계약이 정지되는 경우로서 전형적으로 들어지는 것은 노동조합이 정당한 파업을 할 때에 개별근로자와 사용자 사이의 근로계약관계가 정지되는 경우이다.

근로자의 노무제공의무와 임금지급의무, 이 두 가지 주된 채무는 정지된다. 대법원의 판례를 문언 그대로 보면, 불법체류 근로자의 경우에도 노무제공의무와 사용자의 임금지급의무가 정지된다는 것이다. 이 판례는 어느 시점부터 정지되는 것인지에 대해서 뚜렷한 언급이 없다. 산업재해가 발생한 시점에서 정지하는 것인지, 보험금여를 청구하는 시점에서 정지하는지, 법원에 제소를 한 시점에서 정지하는지에 대한 명시적 언급이 없다. 오히려 이 판례는 불법체류 취업이라는 사실 자체만으로 근로관계가 정지되며, 정지를 위해서는 별도의 의사표시가 필요하지 않는 것으로 읽힌다.

생각컨대, "양당사자가 언제든지 해지할 수 있다."라는 데에서 그쳤어야 하며, 근로관계가 정지된다는 논지는 필요없는 부분으로서 공연한 오해를 불러일으키는 것이다. 양당사자가 불법체류나 자격없는 취업이라는 이유로 근로계약을 해지할 수 있는 것으로 충분하다고 생각한다.

한편, 독일 이론에서는 근로관계의 정지(Suspendierung)에 대한 이론이 있다. 독일에서는 근로자의 귀책의 의심이 있는 경우 사용자는 근로계약을 정지하여 상대방의 급부를 거부하고

임금지급의무를 면할 수 있다.¹⁸⁾ 그렇지만, 사용자는 2주간 이내에 비상해약고지(Verordentliche Kündigung)를 해야 하며 그렇지 않을 때에는 정지의 실체적 이유는 해소된다고 한다. 그렇지만 이러한 정지도 사용자기 일정한 의사표시를 해야 하며,¹⁹⁾ 허가없는 근로계약이라는 이유로 처음부터 정지되는 것은 아니다. 독일식 정지(Suspendierung) 이론은 우리 노동법학계에서 논의된 바가 없으며, 그렇게 할 필요성에 대한 논의도 없는 것 같다.

우리 법원이 "근로계약은 정지된다."고 할 때 그 정지의 의미가 독일에서의 정지(Suspendierung)와 같은 의미인지는 확인할 수 없지만, 독일식으로 이해하더라도 별도의 의사표시가 있어야 한다.

단순히 양당사자가 취업자격을 없는 근로계약을 언제든지 해지할 수 있다고 보는 것으로 충분했는데, 왜 정지에 대한 언급을 했는지 알 수 없다.

(5) 이상에서 살펴본 대로 출입국관리법의 규정 위반의 사실로 인하여 양당사자는 언제든지 근로계약을 해지할 수 있지만, 위반의 사실만으로 근로계약이 무효로 되는 것은 아니다. 이에 따라 불법체류 근로자는 이미 제공한 노무에 대한 임금청구권도 여전히 지닌다고 보아야 하겠다. 그리고 양당사자가 해지를 한다면 근로계약관계가 종료되었으나, 해지 이전까지는 계약관계가

여전히 계속될 것이다. 불법체류 근로자는 노무제공의무를 부담하며, 사용자는 임금지급의무를 면하지 못한다. 출입국관리법 위반으로 양당사자가 처벌되고 근로자가 강제출국되는 일이 있더라도 그것은 근로계약의 효력 유무와는 직접적인 관련이 없다고 하겠다. 위와 같은 해석은 ILO나 UN의 협약들이 정하고 있는 보호 내용에도 부합되는 해석이다.²⁰⁾²¹⁾

불법체류 근로자는 불법체류를 하였다는 사실 이외에는 통상의 외국인 근로자와 동일한 성격을 갖는다. 또한 위에서 밝혀졌듯이 불법체류 사실도 근로계약의 효력에 직접적인 효력을 미치는 것이 아니다. 다만, 양당사자가 불법체류 사실을 이유로 근로계약을 해지할 수 있음에 그친다. 그러므로, 이 점을 제외하고는 근로계약관계의 해석에 있어서 불법체류 근로자는 합법체류 근로자와 동일한 지위를 갖는다고 할 수 있다.

주석 1) 산업기술연수생으로 입국한 후 이탈한 사람을 포함하여, 최근 들어 불법체류 근로자의 숫자는 매우 빠른 속도로 증가하고 있다. 1993년 12월 말을 기준으로 54,583명에 그쳤으나, 1995년 12월 말에는 8만 명이 넘었으며 1996년 말에는 12만 명을 넘고 있는 것으로 조사되고 있다.

주석 2) 외국인 근로자가 유입된 지 얼마 안 되지만, 외국인 근로자 권익운동은 몇차례 계기를 거치면서 점차 활발해져 가고 있다. 불법체류 근로자의 지위향상에 큰 계기가 된 것은 1994년 1월에 있었던 농성사건이다. '외국인노동자피난처' 등의 외국인 근로자 권익단체들이 산재를 당한 불법체류 근로자와 함께 한 달 이상 장기농성을 한 것이다. 경실련 강당에서 있었던 이 농성은, 불법체류 근로자에 대한 산재보상과 被災勤勞者에 대한 소급보상이라는 결과를 낳았다. 외국인노동자대책협의회, 『노동과 평등』, 제12호, 1996. 참고.

주석 3) 노동부 지침(1994년 2월, 1994년 9월): 노동부, 「불법취업 외국인보호 종합대책」, 『속보 노사동향』, 경제단체협의회, 1994. 10. 22, 55~61쪽. 노동부의 "불법취업 외국인 보호 종합대책"에 의하면, "5인 이상 사업체에서 산재보험에 가입하지 않은 사업주가 산재보상 확인을 기피할 경우에는 지방노동관서에서 직권으로 조사하여 보상을 실시"하도록 하였으며, 임금체불에 대해서는 "체불임금은 행정지도로 청산을 촉구하되, 사업주가 청산을 기피하거나 폭행, 사기 등 외국인 관련 물의를 야기하는 경우에는 근로감독을 실시하여 제재하고, 경찰관서 등에 통보하여 출입국관리법 위반으로 조치"한다고 하였다.

주석 4) 에이아트공업사 사건: 서울고법 1993.11.26. 선고. 93구16774판결.

주석 5) 서울고법 1993. 12. 3. 선고, 93구19995 판결. 이 사건은 중국 교포 정경홍씨가 경기도 안양에서 대형트럭 작업을 하다가 왼손가락 등이 잘리는 사고를 당해 안양지방 노동사무소에 요양신청을 낸 사건이다.

주석 6) 이들 사건 이후에, 외국인 근로자 상호간의 형평성 문제가 제기되기도 하였다. 외국인 산업기술연수생과 산재보험 혜택을 받지 못하는 5인 미만의 내국인 근로자 (5백여만명으로 추산)는 산재보험의 혜택을 받지 못하는 데 비하여, 불법체류 근로자의 경우에는 산재보험의 혜택을 받게 되었다. 그 후 1995년 노동부 지침에 의해 산업기술연수생도 산재보험의 혜택을 받게 되었다.

주석 7) 대법원 1995.9.15. 선고. 94누12067 판결 요양불승인처분 취소, 최신틢노동판례 95-4호 209쪽. 법원공보 1002호 3416쪽.

주석 8) 이 판례의 원문을 발췌하면 다음과 같다.

"..... 원고는 취업자격이 아닌 산업연수 체류자격으로 입국하여 산업재해보상보험법의 적용대상이 되는 사업장인 소외 회사와 고용계약을 체결하고 근로를 제공하다가 작업 도중 그 판시와 같은 부상을 입었다는 것이고, 기록에 의하면 원고는 소외 회사에 입사한 후 위와 같이 부상을 입을 무렵까지 소외 회사의 지휘·감독을 받으면서 근로를 제공하고 그 대가로 매월

갑종근로소득세를 공제한 급여를 지급받아 온 사실이 인정되는바, 구출입국관리법 제15조 제1항과 제2항의 입법취지가 단순히 외국인의 불법체류만을 단속할 목적으로 한 것이라고는 할 수 없고, 위 규정들은 취업자격이 없는 외국인의 유입으로 인한 국내 고용시장의 불안정을 해소하고 노동인력을 효율적으로 관리, 국내 근로자의 근로조건의 유지 등의 목적을 효율적으로 달성하기 위하여 외국인의 취업자격에 관하여 규율하면서 취업자격이 없는 외국인의 고용을 금지시키기 위한 입법목적도 아울러 가지고 있다고 할 것이다.

외국인 고용제한 규정이 이와 같은 입법 목적을 지닌 것이라고 하더라도 이는 취업자격이 없는 외국인의 고용이라는 사실적 행위 자체를 금지하는 것뿐이지 나아가 취업자격없는 외국인이 사실상 제공한 근로에 따른 권리나 이미 형성된 근로관계에 있어서의 근로자로서의 신분에 따른 노동관계법상의 제반 권리 등의 법률 효과까지 금지하려는 규정으로는 보기 어렵다 할 것이다. 따라서 취업자격 없는 외국인이 위 출입국관리법상의 고용제한 규정을 위반하여 근로계약을 체결하였다 하더라도 그것만으로는 그 고용계약이 당연히 무효라고 할 수 없다 할 것이다. 비록 원고가 출입국관리법상의 취업자격을 갖고 있지 않았다 하더라도 위 고용계약이 당연히 무효라고 할 수 없는 이상 원고는 사용종속관계에서 근로를 제공하고 임금을 받아 온 자로서 근로기준법 소정의 근로자였다 할 것이므로 산업재해보상보험법상의 요양급여를 받을 수 있는 대상에 해당한다 할 것이다.

그러나 취업자격은 외국인이 대한민국 내에서 법률적으로 취업활동을 가능케 하는 것이므로 이미 형성된 근로관계가 아닌 한 취업자격이 없는 외국인과외국인의 근로관계는 정지된다고 하여야 할 것이고, 당사자는 언제든지 그와 같은 취업자격이 없음을 이유로 근로계약을 해지할 수 있다 할 것이다."

주석 9) 예를 들면 근로기준법에 달하지 못하는 근로조건을 정한 근로계약을 무효로 하는 근로기준법 제20조와 같은 규정이다.

주석 10) 예를 들어, 무허가음식점의 유흥영업 행위 또는 음식물을 판매하는 행위, 허가없이 숙박업, 목욕장업, 수영장업, 이용업 등을 하는 행위 등이다.

주석 11) 이를 위반하여 외국인이 취업한 경우에는 질서위반(Ordnungswidrig)으로서 1천마르크까지의 과료(Geldbuße)에 처해지며, 사용자가 허가없는 외국인을 고용한 경우에는 10만마르크까지의 과료에 처해진다(고용촉진법 제229조). 또한 사용자가 허가없는 비독일인을 동일 또는 동등한 노동을 하는 독일인 근로자에 비해 현저하게 균형을 잃은 근로조건으로 고용한 경우에는 3년까지의 자유형 또는 벌금형에 처한다(고용촉진법 제227a조).

주석 12) BAG 1969.5.30. BAGE 22. AP Nr 4 zu 35 AVAVG.

주석 13) Becker, Braash, 앞의 책, S.70; D. Braasch, Ausländische Arbeitnehmer, Leinemann(Hrsg.), Handbuch zum Arbeitsrecht, Gruppe 11, Loseblattwerk, 1993, S.394.

주석 14) 독일 사정에 어두운 외국인 근로자를 대신하여 그 사용자가 노동허가 신청절차를 대신한다는 약정을 노사간에 하는 경우를 말한다.

주석 15) W. Däubler, Das Arbeitsrecht 2. 10.. Aufl., Rowohlt, 1995, S.799.

주석 16) BAG 1979.12.16, BAG 1977.1.13, BAG 1977.1.19.

주석 17) D. Braasch, 앞의 논문, S.394~395.

주석 18) 노동허가가 없는 것도 근로자의 귀책사유가 된다. D. Braash, 앞의 논문, S.345.

주석 19) Becker, Braash, 앞의 책, 71쪽.

주석 20) 1975년에 나온 ILO의 이주근로자 보충협약에 의하면, 불법체류 근로자는 보수, 사회보장 및 기타급여 등 과거 취업에 기인하는 권리를 동등하게 갖는다고 한다(협약 제9조 제1항). 또한

국제연합 이주근로자 권리협약에서는 불법체류 근로자도 보수와 근로조건에 대해 내국인과 평등한 대우를 받도록 하고 있다(제25조). 구체적인 내용은 제4장을 참고.

주석 21) 그렇지만, 불법체류 근로자의 지위가 합법체류 근로자의 지위와 동일한 것은 아니다. 국제적인 논의에서도 합법체류 근로자에게는 보장되지만, 불법체류 근로자에게 인정이 안 되는 권리들이 있다. 불법체류 근로자는 고용국에서의 이동의 자유와 직업선택의 자유, 해고에 대한 보호와 실업수당 등에서의 동등대우, 그리고 가족을 초청하여 결합할 수 있는 권리 등이 보호되지 않는다. 노동조합의 결성 및 가입권에 대해서는 국제적인 규범마다 차이가 있다. 외국인 인권선언에서는 이러한 권리가 노동허가를 보유하여 정규체류하고 있는 근로자의 권리로 보고 있는 반면, 국제연합 이주근로자 권리협약에서는 불법체류 근로자도 노동조합 가입권이 있는 것으로 보고 있다(제40조). 자세한 내용은 제4장을 참고.

第6節 準據法의 問題

외국인 근로자의 근로관계를 검토함에 있어 빠뜨릴 수 없는 쟁점이 있다. 외국인이 우리나라 기업에서 근로한다면 당사자들이 우리나라 법을 선택하는 경우가 많겠지만, 외국인의 본국 법을 준거법으로 삼을 수도 있다. 또한 외국에 본점을 둔 회사의 한국내 지사의 경우에도 한국의 노동관계법이 적용될 수 있는지도 검토할 여지가 있다. 즉 우리나라 노동관계법규의 적용에 관하여 국제사법상의 준거법 문제가 있다. 준거법의 문제는 개별적 근로관계에만 관련되는 것은 아니며, 집단적 노사관계에도 관련되는 것이다.

섭외사법 제9조에 의하면, "법률행위의 성립 및 효력에 관하여는 당사자의 의사에 의하여 적용할 법을 정한다. 그러나 당사자의 의사가 분명하지 아니한 때에는 행위지법에 의한다."고 한다. 이는 계약의 준거법으로서 당사자 자치의 원칙을 선언한 것이라고 할 수 있다. 섭외사법 제9조에 관한 일반적인 견해는, 당사자의 의사가 명시되어 있지 않은 경우에도 곧바로 제9조 후단에 의해 행위지법을 준거법으로 해야 하는 것은 아니며, 계약의 목적·내용·성질 등의 여러 구체적인 사정으로부터 당사자의 합리적인 의사를 추정하여 준거법을 정해야 한다고 해석한다.

현재 산업기술연수생의 경우에는 표준계약서의 규정에 의해 해결되고 있다. 즉 표준계약서는 당사자의 권리·의무와 분쟁해결의 준거법은 대한민국 법령임을 분명히 하고 있다. 연수업체와 연수생과의 권리·의무관계는 송출기관으로부터 연수생을 인수한 시점부터 연수계약서(표준계약서 5)에 의해 당사자간의 권리·의무가 발생하며, 정해지지 않은 사항은 궁극적으로 대한민국의 법령에 따르도록 하고 있다(제1조 제8항).¹⁾ 또한 표준계약으로 인해 발생하는 모든 분쟁의 해결은 대한민국 법령에 의거하여 대한민국 내에서 해결한다고 하는 내용을 정하고 있다(표준계약서 5, 제16조).

그렇지만, 다음과 같은 사례도 예견해 볼 수 있다. 현재의 산업기술연수생제도가 앞으로 개정되어 고용허가제 등의 제도로 바뀌었을 때 외국인 근로자에 대한 준거법은 어떻게 되는가? 그때에 국내에 노동관계법(예를 들어, 해고의 제한규정)을 피하기 위해 계약 당사자가 외국의 법을 준거법으로 정한다면 국내 노동관계법은 적용되지 않는가? 또한 현재의 제도 아래에서도 외국인 합법체류 근로자를 고용할 때에 국내의 근로기준법을 피하기 위해 외국의 법제도를 준거법으로 하는 경우가 문제이다. 독일과 일본에서의 이 문제에 대한 논의를 간단히 정리해 본다.

독일의 국제사법상²⁾으로도 준거법은 당사자의 의사에 좇아서 결정되는 것이 원칙이다(당사자 자치 Parteiautonomie 원칙). 이와 같이 적용법을 근로계약의 당사자가 결정할 수 있으며, 단체협약에서 이같은 취지를 정하는 것도 또한 허용된다고 한다.³⁾ 다만, 명시 및 묵시의 의사표시가 되지 않는 경우에는 이 원칙이 적용되지 않고, 개별의 사정에 따라 판단하여 근로관계의 중점이 있는 나라의 법이 적용된다. 즉 전체적으로 보아 근로계약 및 근로관계가 그밖의 국가와 강하게 결합되어 있는 사정이 없다면, 외국인 근로자가 근무하는 사업장이 있는 나라의 법이 적용된다.

당사자의 의사가 우선하는 것이 원칙이지만, 예외가 있다. 먼저 강행규정에 의해 피용자에게 부여되어 있는 보호는 박탈되어서는 안된다고 규정되어 있다(민법시행법 제30조 제1항). 이 강행규정에는 공법상의 강행규정, 특히 근로시간과 안전위생 등에 관한 노동보호법도 포함되는

것으로 되어, 외국법의 선택은 이 영역에서는 허용되지 않는다고 해석되고 있다. 따라서 당사자의 의사표시에 의해 법의 선택이 허용되는 것은 결국, 강행규정을 제외하고 민사상의 법 적용관계에 한정되는 것으로 된다.⁴⁾ 일본의 경우에도 사정이 크게 다르지 않다. 일본에도 우리나라涉外사법 제9조에 해당하는 규정이 있어서 당사자 자치의 원칙이 인정되고 있으나,⁵⁾ 근로계약의 경우에는 관례와 학설에 의해 당사자 자치의 원칙이 상당히 제약받고 있다.⁶⁾ 우리나라의 경우에도 원칙적으로 당사자의 자치가 인정된다고 할 수 있다. 그렇지만, 노동관계법상의 강행규정을 피하기 위해 외국법을 선택하는 것은 문제가 있다. 현재涉外사법 제5조도 "외국법에 의하여야 할 경우에 있어서 그 규정이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 사항을 내용으로 하는 것인 때에는 이를 적용하지 아니한다"고 규정하여 당사자."고 하고 있다. 따라서 노동관계법의 경우에는 이 규정에 자치의 원칙이 일정하게 제한될 수 있다.

주석 1) 표준계약서 5(연수계약서) 제1조 제8항: 본 계약서에 정하지 않은 당사자간의 권리, 의무, 준수이행사항은 연수업체와 송출기관이 체결한 연수협력계약서에 의하여 반드시 효력이 발생되며, 기타 사항은 대한민국 법령과 관례에 의한다. 그리고 연수업체와 송출기관이 체결하는 연수협력계약서(표준계약서 4)에도 분쟁해결의 준거법은 대한민국 법령으로 정해지고 있다(표준계약서 4, 제1조 제13항, 제23조 참조). 이 표준계약서들은 중소기업협동조합중앙회가 준비한 것으로서 연수생과 연수업체 그리고 송출국의 송출기관은 의무적으로 이 표준계약서의 내용대로 서명날인하도록 하고 있다.

주석 2) 1986년 9월 1일 국제사법개정법(BGBl. 1986 IS.142)에 의해 민법시행법 제27조로 명문화되기까지 관례, 학설상의 원칙이었다. 또 동 개정법은 동 시행법 제30조에 단체협약, 근로관계에 관한 특칙을 설정하였다.

주석 3) Becker, Braash, 앞의 책, S.59.

주석 4) A. Söllner, *Grundriß des Arbeitsrechts*, 10. Auflage, 1990, S. 38~39; 또한 사업장조직법의 경우에도 독일에 있는 사업장에 고용되어 있다면 당사자의 의사를 묻지 않고 적용이 된다고 한다.

주석 5) 일본의 법 제7조는 "당사자의 의사에 따라서 어느 국가의 법에 의할 것인가를 정한다.(제1항)"고 하고, "당사자의 의사가 분명하지 않다면 행위지법에 의한다."고 정하고 있다.

주석 6) 일본에서의 대표적인 사건으로는 International Airbus사 사건(東京地裁 1965.4.26. 決定, 勞民集 16卷 2號, 103쪽)을 들 수 있다. 이 사건에서는 미국 회사에 고용되어 일본의 기업에 파견된 미국인이 단결활동을 주도하자 미국의 본사가 해고를 했다. 그에 대해서 일본의 노동법 제7조 제1호(부당노동행위 불이익취급)의 적용의 여부가 다투어졌는데, 일본의 법원은 당사자들이 외국(미국)법을 준거법으로서 선택한 사실을 인정하면서도, 이 사건의 해고에 관해 일본의 노동법을 적용하지 않으면 안 된다고 했다. 근거는 노동법은 각 국가가 현실로 노무가 급부되고 있는 계약관계에 개입하여 독자의 방법으로 자유를 제한하는 것인 까닭에 노무급부가 계속하여 일본 국내에서 행해지게 된 경우에는 법 제7조(우리涉外사법 제9조)의 원칙은 公序로서의 노동법에 의해 屬地的인 制約을 받는다는 것이다. 이 사건에서는 외국인 근로자의 해고를 무효로 하고 임금지불의 가치분신청을 인용하고 있다. 그러나, 이 사건과는 달리 외국법을 선택한 당사자의 의사를 존중한 사례도 있다. シンガ-メシ-ン事件(東京高裁 1968.12.19. 判決)의 경우이다. 下井降史, "わが國の労働法制と外國人労働者", 『日本労働協會雜誌』, 第348號, 28~29쪽; 尾崎正利, "國際的労働關係と労働法規の適用. 『別冊ジコリスト』 (1995.10), 260-261쪽. 참고.

第3章

産業技術研修生の 法的 地位

第1節 産業技術研修制度의 展開過程과 法的 根據

정부는 외국인 근로자를 도입하기 위한 공식적인 제도로서 산업기술연수생제도를 채택하고 있다. '산업기술연수'라는 명목의 국내 체류자격은 오래 전부터 출입국관리법령에 근거를 가지고 있었는데, 이러한 '산업기술연수' 자격이 어떠한 과정을 거쳐 외국인 근로자 활용을 위한 체류자격으로 이용되었는지를 살펴보고자 한다. 논의의 편의상 1994년 1월을 기준으로 그 이전과 이후로 구별하여 검토한다. 1994년 1월부터는 중소기업협동조합중앙회(이하, '중소기업중앙회'라 함)가 산업기술연수생의 모집, 알선, 배정 등에 개입하기 시작하여 본격적으로 도입하기 시작한 시점이다.

1. 산업기술연수생제도의 도입

가. '산업기술연수' 체류자격의 활용

서울올림픽이 끝난 이후인 1989년 무렵부터 외국인 근로자가 대량으로 유입되기 시작하였다. 이들 다수가 불법체류 상태에서 취업하게 되지만, 국내에서 외국인 수입에 대한 찬반 논쟁을 불러일으키는 한 계기가 되었다. 그 당시 인력난에 시달리던 중소기업체 사용자들은 합법적인 외국인 근로자의 도입을 요구하였다.

노동력 부족이 심한 부문의 사용자는 외국인 근로자의 수입을 허용하라고 요구하였고, 노동조합은 임금과 고용의 유지를 위하여 반대입장에 섰다. 정부 역시 부처별로 의견이 엇갈려, 상공부·건설부 등 기업 및 산업체의 활동과 국제교류를 담당하는 부처에서는 수입 허용을 지지하였고, 노동부·법무부·경제기획원·보건사회부 등 노동 및 출입국관리를 담당하는 부처에서는 수입 반대를 지지하였다.

이러한 논쟁의 와중에서 정부정책은 산업기술연수생제도의 활용으로 나타났다. 정부는 인력난을 호소하는 중소기업의 요구를 외면하지 못하였고, 외국인 근로자의 합법적 수입이 초래할지도 모르는 사회문제와 반발을 피하려고 하였다. 이렇듯 현실적 요구에 응하면서도 외국인 근로자 유입에 대한 적극적인 반대를 피하기 위해 선택한 것이 산업기술연수생제도였다.

산업기술연수생제도의 선행이 되었던 것은 일본에서 실시중이었던 연수생제도였다. 인력난이 심각했던 1990년 무렵부터 정부 각 부처는 외국의 제도에 대한 검토를 시작하여 일본의 사례에 대한 자료를 번역하거나 연구용역을 의뢰하였다.¹⁾

산업기술연수생제도는 출입국관리법령에 있었던 '산업기술연수'의 체류자격을 이용함으로써 시작되었다. 산업기술연수를 위하여 입국하고자 하는 외국인은 재외공관의 장으로부터 체류자격의 사증을 받을 경우에는 국내체류가 가능했다(구출입국관리법시행령 제9조 제1항 제13호). 이 산업기술연수 자격은 '해외 현지법인이 있는 사업체'가 국내 사업체로 기술 연수를 보내기 위해 마련한 별도의 체류자격이었다. 그 인원도 국내 사업체의 상시근로자 1% 수준 이내에서, 연수기간도 3개월 이내에서 허용되었다. 이러한 '산업기술연수'라는 체류자격이 법무부의 「외국인 산업기술 연수사증 발급 등에 관한 업무처리지침」(1991.10. 법무부 훈령 제255호) 및 그 시행세칙을 통하여 본격적으로 이용될 수 있는 발판을 마련하게 된다.²⁾ 위 업무처리지침에 의하면, 연수목적 사증발급 대상자에는 다음 네 종류의 업체가 해당한다.

- ① 외국환관리법에 의하여 외국에 직접 투자하거나 외국기업과 합작으로 외국에 투자한 산업체
- ② 기술개발촉진법에 의하여 외국에 기술을 제공하는 산업체
- ③ 대외무역법에 의하여 외국에 산업설비를 수출하는 산업체
- ④ 외국인에 대한 연수가 불가피하다고 판단하여 주무부처의 장이 추천하는 산업체

연수기간은 6개월 이내(법무부 장관이 인정하는 때에는 6개월 연장 가능)였고, 연수인원은 50명을

한도로 하여 생산직 상시근로자수의 10% 이내로 한정했다. 산업기술연수 사증을 발급받고자 하는 때에는 미리 법무부장관으로부터 사증발급인정서를 발급받아 이를 사증발급신청서와 함께 재외공관의 장에게 제출하여야 한다. 그리고 외국인 연수허용 범위 등을 심의 조정하기 위하여 법무부에 「외국인 산업기술연수조정협의회」를 두어 법무부 차관이 위원장이 되고, 위원은 경제기획원 기획국장, 외무부 영사교민국장, 법무부 출입국관리국장, 상공부 산업정책국장, 노동부 직업안정국장, 과학기술처 인력정책관으로 하였다.

1991년 11월부터 1992년 8월까지 외국인 산업기술연수생은 해외투자, 기술제공, 설비수출과 관련하여 해외 현지법인을 통하여 유입되었다. 이 제도는 해외 현지진출 한국 기업이 현지에서 고용한 인력의 기능을 향상시킨다는 것을 명분으로 삼았으나, 실제로 해외인력을 도입하여 국내 산업체에 취업시키는 것으로도 활용되었다.

한국노동조합총연맹과 전국노동조합협의회는 "해외인력 연수제도의 확대는 사실상 해외인력의 국내 수입을 위한 전단계"라고 반발하였으나, 일과성 성명으로 그쳤다. 조직적인 대응이 없었으며, 노동조합측의 전반적인 무관심 속에서 외국인 산업기술연수제도는 확대된 것이다.

나. 상공부장관 추천의 산업기술연수생

1991년 11월부터 실시된 외국인 산업기술연수제도의 혜택은 해외투자기업에게만 집중되었으나, 이 업체들은 소규모 기업이 아니었다. 실제 극심한 생산직 인력난을 경험하고 있던 중소기업이 산업기술연수생을 이용하기는 어려웠다. 중소기업협중앙회는 1992년 2월 외국인 산업기술연수생의 연수기간의 연장과 연수대상업체의 범위를 확대해 줄 것을 요구하였고, 이에 대해 정부는 1992년 하반기부터 3D업종으로서 국내 근로자들이 기피하는 업종에도 연수생을 들여오기 시작하였다. 염색, 도금, 주·단조, 열처리, 유리, 피혁, 기계류, 신발, 전자, 전기 분야 등 10개 업종에 1만명을 한도로 하여 산업기술연수생을 들여오게 된다. 이때에는 법무부 훈련상의 "외국인에 대한 연수가 불가피하다고 판단하여 주무부처의 장이 추천하는 산업체"의 자격으로 들여오게 된다. 여기서 주무부처의 장은 상공부 장관을 의미했다.

한편, 이러한 산업기술연수생의 확대는 불법체류 근로자에 대한 정부의 종합적 대책과 같은 흐름 속에 있는 정책이었다. 정부는 1992년 들어오면서 그 이전까지 방임 속에 두었던 불법체류 근로자에 대한 규제를 엄격히 하기 시작하는데, 다른 한편으로 산업기술연수생은 확대해 나갔다. 불법체류 근로자에 대해서는 단속을 지속하면서, 그에 대한 수요는 산업기술연수생으로 대체해 나가는 정책적 선택을 했던 것이다.

이렇듯 1991년 법무부 훈령 제정과 1992년 하반기 산업기술연수생 확대를 통하여 외국인 근로자를 산업기술연수생으로 사용한다는 정책방향이 분명하게 되었지만, 그들에 대한 근로기준법의 적용을 비롯한 인권보호에 대한 배려는 거의 없었다.

산업기술연수생에 대한 사증발급은 법무부가 맡았지만, 사후관리는 상공부가 담당하였다.

노동부는 그 당시에 근로조건 감독에 대한 어떠한 권한도 없었다. 산업기술연수생의 신분도 실제의 사정과는 다르게 '연수생'으로 정해져서, 연수계약을 체결하고 연수수당을 받는다고 하는 것이었다.

상공부가 낸 「외국인 연수자관리지침」(1992.9.)에 따르면, 사업주는 연수자와의 계약에 따른 연수수당을 지급할 수 있으며, 연수자가 생산활동에 필요한 노무를 제공하는 실무연수를 실시할 수 있다. 노무를 제공하는 기간도 '실무연수'라고 하여 '연수'라는 명칭을 사용했는데, 그 실무연수 기간을 연수활동 기간의 4분의 3이상으로 늘릴 수 있도록 하여 사실상 제한이 없었다.³⁾ 그밖에도 상공부 지침은 숙박시설에 관한 규정을 두고 있었지만, 그 내용은 추상적인 수준에 그쳤다.⁴⁾ 그리고 산업재해와 관련한 내용이나 수당(임금)지불방법 등 기본적인 근로조건에 대한 내용은 없었다. 주요 근로조건에 대해서는 사실상 연수업체와 산업기술연수생 사이에서 임의로 정할 수 있도록 방임했다고 할 수 있다.

한편, 이러한 상황이 진행되면서 1993년 들어서 국내의 실업률이 약간 상승하는 등 경기하강에 따른 고용사정이 악화되었다. 또한 연수추천인원이 당초에 목표한 1만 명 선에 근접하는 8천 명에 달하게 되었고 그밖에 연수생의 대량이탈이라는 관리상의 문제도 발생하였다. 이에

김영삼대통령의 신정부는 1993년 4월 산업기술연수생제도를 중단하기로 결정하였다. 다만, 이미 입국한 연수생에 대해서는 체류기간을 종전의 최장 1년에서 2년으로 연장해 주기로 하였다.

2. 산업기술연수생제도의 확대

(1) 1993년 4월 일시적으로 산업기술연수생 도입을 중단했던 정부는 얼마 안되어 확대도입을 결정했다. 정부는 1993년 11월 24일 외국인 산업기술연수조정협의회(법무부 차관 주재)를 열고 연수생 도입을 재개했다. 이렇게 연수생 도입을 재개하기로 한 것에 대해 정부는, 첫째 중소기업의 인력난이 계속되고 있다는 점, 둘째 자진신고한 불법체류 근로자가 출국하고 난 후 이른바 3D 업종에 인력공백이 생길 것이라는 점, 셋째 외국인 불법체류 근로자의 숫자를 축소할 필요가 있다는 점을 들었다.

그러나 그 이전의 시기와는 다르게 산업기술연수의 대상이 확대되고 운영 주체가 달라지게 되었다. 우선 산업기술연수조정협의회는 향후 2년간 2만 명을 도입하기로 결정하였다.⁵⁾ 그리고 1993년 12월 28일 「외국인산업기술연수 사증발급에 관한 업무지침」(법무부 훈령 294호)을 개정하여 종전의 연수업체 대상에 더하여 '주무부처의 장이 지정하는 산업체 유관 공공단체의 장이 추천하는 사업체'를 추가함으로써 중소기업협중앙회의 추천에 의해서도 연수생의 도입이 가능하도록 확대하였다. 그리고 과거 연수제도의 문제점으로 지적된 것들에 대해서 새로운 시도가 있었다. 즉 중소기업협중앙회가 연수생의 모집·알선, 연수 및 사후관리를 독점적으로 담당하도록 한 것이다. 이는 과거 연수제도에서 중간알선업체가 부당한 수수료 징수, 출입국 과정에서 뇌물수수, 연수생 관리소홀 등의 문제점을 야기한다는 주장에 대응한 것이다.⁶⁾

중소기업협중앙회가 중간알선업자를 배제하고 모집·알선 등을 독점하여 송출국의 인력업체와 직접 관련을 맺게 되었다. 그리고 연수업체의 노무관리는 노동부가 맡도록 했다.

새로운 제도에 의거하여 1994년 5월 말부터 중국, 베트남, 필리핀 등 10개 국으로부터 연수생의 입국이 시작되었다. 그러나 같은 해 9월 섬유와 신발산업에서의 인력난을 완화하고자 정부는 추가적으로 1만 명의 연수생을 도입키로 결정함으로써 1994년 한 해에 두 차례에 걸쳐 3만 명의 연수생 도입을 결정하였다. 2차 도입의 대상업종과 규모는 섬유 7,500명, 신발 2,500명이었다. 중소기업협중앙회를 통한 산업기술연수생 도입에서 지적될 수 있는 문제는 중소기업협중앙회가 기본적으로 사용자단체라는 점이다. 가능하면 낮은 보수로 근로자를 고용하여 중소기업 사용자의 이익을 대변하려는 단체이기 때문이다.

산업기술연수생에게 지급되었던 연수수당(임금)에서도 이러한 문제가 확연히 드러난다. 1994년 중소기업협중앙회는 노동력 송출국의 1인당 GNP와 임금수준 등을 고려하여, 기본연수수당을 월 200~260달러로 산업기술연수생들과 계약하였다.⁷⁾ 이는 국내 상시근로자 300명 이하 중소제조업에 종사하는 생산직 근로자의 통상임금 522,060원의 34.8% 수준에 그쳤다.

산업기술연수생에게는 이때까지도 최저임금법이 적용되지 않았는데, 당시의 최저임금 330달러(260,400원)을 기준으로 보더라도 크게 모자랐다. 게다가 국내 근로자에 대하여 부담하는 퇴직금 등 추가비용이 없기 때문에 산업기술연수생에게 추가로 지불되는 귀국비용을 고려하더라도 전체적인 임금수준은 내국인 근로자보다 매우 낮았다. 내외국인간 임금격차뿐 아니라 외국인 근로자간 임금격차도 매우 컸다. 산업기술연수생의 평균 연수수당 252,000원은 불법체류 근로자 임금 426,000원의 59.2%에 불과한 수준이었다.

그리고 산업재해가 발생한 경우에 대한 대책도 미흡한 것이었다. 산업재해보상보험법과는 별도로 '상해보험' 가입을 의무화시키는 방안을 채택한 것이다.⁸⁾

즉 산업기술연수생에게는 산업재해보상보험법을 적용하지 않고 자신들의 부담으로 상해보험을 들도록 했다. 뿐만 아니라 인력송출업체에 의한 중간착취의 문제도 부각되었다. 외국 현지에서의 모집·선발을 위하여 중소기업협중앙회는 현지 인력송출업체를 선정한다. 그런데 이들이 산업기술연수생을 모집하는 과정에서 임금과 근로조건을 과장해서 광고하거나 지나치게 많은 수수료를 받는 일이 많았다.⁹⁾ 이러한 사정은 산업기술 연수생들의 불만을 더욱 가중시켰다. 일부 연수업체에서는 연수생의 여권을 맡아 두거나, 연수수당에서 일정금액을 분할 예치하거나 외출을 금지시키기도 하였다. 또한 한국인 관리자들이 폭행이나 폭언을 하는 문제도 빈번하게 일어났다. 이러한 열악한 현실들이 국내외에 널리 알려진 계기는 1995년 1월에 있었던 명동성당 농성이었다. 네팔인 산업기술연수생들과 외국인인권단체 회원들이 "때리지 마세요!", "여권을 돌려주세요!" 등의 구호를 내걸고 농성을 하였다. 이러한 농성을 계기로 모인 민간단체들이 「외국인 산업기술연수생 인권보장을 위한 공동대책위원회」를 결성하여 산업기술연수생들의 문제해결에 나서게 된다.

(2) 산업기술연수생제도로 인한 인권침해의 여론이 비등하자, 정부는 산업기술연수생에 대해 노동관계법을 부분적으로 적용하는 방향으로 제도를 수정하게 된다. 1995년 2월 3일 노동부 차관 주재로 8개 부처 국장들이 모여 산업기술연수생제도의 개선책을 논의하였고, 그 결과 새로운 정부의 방침이 결정되었다.

1995년 2월 14일 발표된 「외국인 산업기술연수생의 보호 및 관리에 관한 지침」(이하, 노동부 지침)에 의하면, 연수생은 출입국관리법령에 의한 연수생 신분의 체류자격을 가지되, 사실상의 노무를 제공함으로써 근로의 대상(代償)을 지급받고 있는 경우에는 이 지침이 정하는 한도 내에서 근로자로서의 권리의무를 갖는다(노동부 지침 제4조). 이에 따라 연수생은 다음과 같은 범위내에서는 노동관계법의 적용을 받게 되었다(제8조 제1항). ① 폭행 및 강제근로금지, ② 연수수당의 정기·직접·통화불지급 및 금품청산, ③ 연수시간, 휴게·휴일, 시간외 야간 및 휴일 연수, ④ 최저임금수준의 보장, ⑤ 산업안전의 확보, ⑥ 산업재해보상보험 및 의료보험 혜택이 적용되고 있다.

최저임금법이 적용됨에 따라 외국인 연수생은 월 264,420원 이상이 임금을 보장받게 됨으로써 달러화 기준으로 종전의 월 210~260달러로부터 월 330달러 이상의 임금을 받게 되었다. 노동부의 지침이 발표된 이후에도 산업기술연수생의 도입은 계속되어, 1995년 제3차 연수생으로 21개 제조업에 20,000명, 1996년 제4차 연수생으로 22개 제조업에 20,000명, 제5차 연수생으로 10,000명을 도입하기로 결정하였다. 연수기간은 1995년까지는 최대 2년까지 허용하였으나, 1996년 제4차 연수생부터는 최대 3년으로 연장하였다.

이미 연수업체의 규모도 상시 10인 이상 300인 미만의 기준이 완화되어 제4차 연수생 도입부터는 5인 이상 사업체에 대해서도 산업기술연수생을 도입하도록 하였으며, 사업체의 상시근로자에 대비한 숫자도 10%이내에서 10~20%로 완화되었다.¹⁰⁾ 산업기술연수생의 도입업종과 숫자는 점차 확대될 것으로 보인다. 사용자단체를 중심으로 도입확대를 주장하는 목소리가 높기 때문이다. 한국경영자총협회에서는 전체 취업자의 1% 수준인 10만 명 선까지 확대하기를 강력하게 희망하고 있으며,¹¹⁾ 유통업·건설·서비스업중에서도 연수생의 도입을 요청하고 있다.¹²⁾

(3) 한편 산업기술연수생에는 앞에서 설명한 바와 같은 중소기업중앙회를 통해 들어오는 산업기술연수생 이외에도 다른 유형의 산업기술연수생들이 있다. 이들은 「외국환관리법에 의하여 외국에 직접 투자하거나 외국기업과 합작으로 외국에 투자한 산업체」, 「기술개발촉진법에 의하여 외국에 기술을 제공하는 산업체」, 「대외무역법에 의하여 외국에 산업설비를 수출하는 산업체」에서 연수하기 위해서 들어오는 산업기술연수생이다.¹³⁾ 이러한 자격은 중소기업중앙회를 통한 산업기술연수생이 들어오기 이전에도 법규상 존재하던 것이다. 이들 연수생 자격은 해외투자기업 등에서 현지인을 연수시키기 위한 목적으로 설정된 것으로서, 중소기업중앙회를 통한 산업기술연수생의 경우보다 허용인원의 폭이 더욱 완화되어 있다.¹⁴⁾ 그러한 까닭에 동일한 업종에서도 해외투자기업의 명목으로 연수생을 도입할 경우 더 많은 산업기술연수생을 도입할 수 있다.¹⁵⁾

이들 연수생은 1995년 7월 기준으로 7,269명이었으나 1996년 5월에는 26,795명으로서 그 숫자가 증가하고 있다. 이러한 체류자격은 연수목적으로 설정된 것이기 때문에, 원칙적으로는 노동관계법의 적용을 받지 않는다. 1995년 2월에 발표된 노동부 지침도 이러한 산업기술연수생들에게는 적용되지 않고 있다(제3조 참조). 그렇지만, 해외투자기업 등에서 실질연수를 시키지 않고 다른 근로자와 동일하게 노동을 시키는 사례가 적지 않게 발생하고 있다.¹⁶⁾

이러한 사례에서는 인권 침해가 더욱 심한 형태로 나타나고 있다.¹⁷⁾

주석 1) 설동훈은 정부의 정책결정과정에서 일본의 연수생제도가 미친 영향을 여러 가지 근거를 가지고 입증하고 있다. 설동훈. "한국 사회의 외국인노동자에 대한 사회학적 연구-외국인노동자의 유입과 적용을 중심으로". 서울대 박사학위논문(사회학). 1996.8. 207~208쪽.

주석 2) 1991년 10월 청와대에서 열린 중소기업인과의 오찬간담회에서, 당시 노태우 대통령은

"현재 허용되고 있는 산업기술연수 명목의 외국 기능인력 도입제도를 활용하여, 그 인원 및 연수기간을 늘림으로써 중소기업의 인력부족을 해결"하는 방안을 제시하였다. 법무부의 훈령은 정부 내부의 정치적 결정을 구체화한 것이라 할 수 있다.

주석 3) 외국인 연수자관리지침 제5조.

주석 4) 사업자는 연수자의 연수활동을 위하여 필요한 연수시설을 구비하고 연수자가 주거할 숙박시설을 제공 또는 알선하여야 한다. 그리고 연수자의 연수활동에 대하여 매분기별로 상공부장관에게 보고하여야 하며(대행 가능), 연수활동 종료후 연수자가 본국으로 귀국하도록 하는 의무를 이행하여야 한다. 연수자는 연수활동 이외의 목적으로 취업을 할 수 없으며, 사업자의 연수활동에 성실히 따라야 한다. 사업자와 연수자가 이 관리지침에서 정한 의무를 이행하지 않은 때에는 1년간 연수초청을 제한한다.

주석 5) 한국일보 1993. 11. 25. 보도. 관계부처 실무회의에서 외국인력 3만 명 선을 주장하는 상공자원부의 입장과 1만 명 선을 주장하던 노동부의 입장이 맞서다가 2만 명으로 결론이 났다고 한다. 상공자원부, 경제기획원 등 경제부처는 국내 근로자의 고임을 이유로 외국인 근로자의 취업확대를 주장하였으며, 노동부는 내국인의 취업기회를 박탈한다는 이유로 취업확대에 반대했다.

주석 6) 남성일 외, 『단순기능 외국인력정책 개선방안 연구』, 한국경총, 1996, 54쪽.

주석 7) 1994년 출신국별 산업기술연수생의 기본 연수수당은 중국·필리핀 260달러, 인도네시아 250달러, 미얀마·파키스탄·베트남 230달러, 스리랑카·네팔 210달러, 방글라데시 200달러였다.

주석 8) 산업기술연수조정협의회(법무부 차관 주재) 결정. 1993. 11. 24.(한국일보 1993. 11. 25. 보도)

주석 9) 자세한 내용은, 박석운, 「한국의 외국인노동자 인권문제와 대책」, 『법과 사회』, 제11호, 1995. 285쪽 참고.

주석 10) 중소기업중앙회를 통한 제2차 산업기술연수생 도입시에는 예외적으로 신발산업에서는 사업체의 규모에 관계없이 연수생을 사용할 수 있었다. 또한 섬유산업은 상시근로자의 15% 이내에서, 신발산업은 20% 이내에서 연수생을 사용할 수 있었다. 이 기준은 제3차 도입시에는 제1차 도입시의 기준으로 다시 복귀되었으나, 4차 도입시부터는 다시 완화되기 시작한 것이다.

주석 11) 한국경영자총협회는 일본이나 대만의 경우에 비추어 취업자의 1% 수준인 10만 명까지 도입하고, 허용대상업체를 섬유 등 한계업종의 대기업까지 확대해야 한다고 주장하고

있다(한국경영자총협회, 「단순기능 외국인력 도입확대를 위한 건의」, 1995.12.15.). 학자들 가운데에는 1~1.5% 선의 도입을 주장하는 경우가 있다(남성일 외, 앞의 책, 141쪽).

주석 12) 각 업계와 관련되는 정부부처는 부처 나름대로 외국인력의 도입을 추진하고 있는 것으로 알려지고 있다. 예를 들어, 문화체육부는 호텔의 종업원으로 외국인 근로자의 도입을 추진하고 있다고 한다. 필리핀인과 같이 영어가 능통한 외국인을 도입하려는 것이다. 해양수산부의 경우에는 연근해 어업에도 산업기술연수생의 도입을 추진하는 계획을 가지고 있다. 원양어선의 경우에는 해외 현지고용 방식으로 외국인 선원을 고용시켜 왔으나, 연근해 어선에도 외국인 연수생을 사용하려는 것이다. 건설교통부는 1997년초에 영종도 국제공항 건설공사를 위해 3천 명의 외국인을 고용할 계획을 가지고 있다. 그리고 대도시의 시내버스 운전사를 확보하기 위해 중국 동포 등 외국인의 도입을 추진할 계획을 가졌었다. 특히 국내에서 버스운전사가 되기 위해서는 1년 6개월의 국내 운전경력이 있어야 하므로, 관련 법령의 개정을 통해서라도 해외인력을 도입하려 했다(동아일보, 1996. 8.30. 보도).

주석 13) 「외국인 산업기술연수 사증발급 등에 관한 업무처리지침」(법무부 훈령 제304호 1994년 9월 14일 개정) 제2조 제1항. 이 법무부 훈령은 1991년 10월 26일에 제정된 훈령(법무부 훈령 제255호)을 개정한 것이다.

주석 14) 50인 이하의 산업체에서는 중소기업중앙회를 통한 경우가 5인 이내, 해외투자기업 등이 10인 이내의 연수생을 도입할 수 있다. 51인 이상 100인 이하 산업체에서는 각각 10인 이내, 15인

이내로 차이가 나며, 201인 이상 300인 이하 산업체에서는 각각 20인 이내, 40인 이내로 차이가 난다. 전반적으로 해외투자기업이 더 많은 수의 연수생을 도입할 수 있도록 되어 있다. 법무부 훈령 제3조 제1항과 별표 참조.

주석 15) 연수생 허용인원이 많다는 점과 연수생의 근로조건에 관한 노동부 지침을 적용받지 않는다는 점을 악용하는 사례들도 발생하고 있다. 즉 국내 산업체의 유령 현지법인을 중국이나 필리핀 등지에 세워 놓고 현지인들을 산업기술연수생으로 위장시켜 국내에 취업시키는 사례이다. 이러한 사례에서는 외국인들이 국내 산업체에서 연수를 받는 것이 아니라 다른 업체에서 자격없이 취업을 해버리는 것이다.

주석 16) 한겨레신문, 1996. 7. 8. 및 같은 신문 7. 25. 보도. 이들 사례에서는 외출금지, 강제 잔업 등이 발생하고, 20만 원 이하의 매우 낮은 임금이 지급되고 있다고 한다. 한편, 해외투자기업 산업기술연수생의 노동쟁의에 대해서는 제3장 제3절의 이화섬유 사건 등을 참고.

주석 17) 해외투자기업 등의 산업기술연수생도 그들이 실질적인 근로를 제공하는 근로자인 범위 내에서 다음 제2절 제2항의 '산업기술연수생의 근로자성'에 대한 검토가 그대로 적용된다. 개선방안에 대해서는 제5장 제1절 제1항(라)에서 간단하게 정리하고 있다.

第2節 産業技術研修生制度의 法理上 問題

1. 취약한 법적 근거

중소기업중앙회를 통한 산업기술연수생제도를 법률적인 측면에서 검토해 보면, 여러 가지 측면에서 그 문제점들을 지적할 수 있다. 먼저 근로기준법 제5조의 균등대우조항 위반이다. 내국인 근로자와 동일한 노무를 제공했는데도 외국인 근로자의 근로조건을 차별한다면, 그것은 전형적인 국적 차별이 될 수 있다. 다음으로 산업기술연수생제도의 법적 근거가 되고 있는 행정규칙(노동부 지침이나 법무부 훈령)이 출입국관리법 위반이 될 수도 있다. 원래의 출입국관리법상의 산업연수자격은 '기술연수'를 위한 체류자격이나, 위의 행정규칙들이 상위법의 취지와는 달리 '단순기능인력 활용'을 내용으로 하고 있거나 그것을 전제로 하고 있다. 나아가, 산업기술연수생제도와 같이 내국인 사용자의 권리의무에 직·간접으로 영향을 끼치는 사항을 행정규칙으로 정하는 것 역시 문제가 될 수 있다. 또 하나는 산업기술연수생의 공급사업이 직업안정법 위반이 될 수도 있다는 점이다. 직업안정법에 의하면 근로자 공급사업은 노동부장관의 허가를 얻어서만 할 수 있으며, 현재에는 노동조합에게만 인정되고 있다.

(직업안정법 제33조, 동법 시행령 제33조). 그런데 사실상의 근로자인 산업연수생을

중소기업중앙회 등이 공급하고 있는 것은, 위 조항을 위반할 수 있다.¹⁾

위와 같은 법 위반의 문제를 피할 수 있는 한 방법은 외국인 근로자와 산업기술연수생의 지위를 정하는 특별법을 제정하는 것이다. 외국인 근로자를 내국인과 차별 취급하는 것을 허용하여, 근로조건을 달리 정할 수 있도록 하거나 근로자 공급사업의 예외를 설정하는 방법이다. 그러나 이러한 차별적 입법은 비교법적으로 보아 그 사례를 찾아보기 힘들다. 또한 시대에 뒤떨어지는 입법이라 아니할 수 없다.

2. 산업기술연수생의 근로자성

그동안 산업기술연수생은 근로자가 아니라고 하는 주장이 계속되었으나, 다음에서 검토하고 있는 바와 같이 그 근로자성을 부인하기는 어렵다고 할 수 있다.

산업기술연수생이 근로자가 아니라고 하는 법률상 주장은 크게 두 가지 측면에서 제기될 수 있다. 하나는 연수생 계약의 형식이 근로계약이 아니라고 하는 점이며, 또 하나는 훈련생 내지는 피교육생의 신분을 지니고 있다는 점이다.

그렇지만, 두 가지 점 모두 지금까지 확립된 판례 및 학설에 의하면, 성립하기 어려운 주장이다. 먼저 첫번째 가능한 주장에 대한 판례의 확고한 입장은, 민법상 고용계약이든 도급계약이든 계약의 형식이 어떠하든지 간에 실질에 있어 근로자가 임금을 목적으로 사용자에게 근로를 제공했다면 근로기준법 제14조 소정의 근로자에 해당한다는 것이다.²⁾ 따라서, 연수생 계약의 외양을 갖는 점은 근로자성을 인정하는 여부와는 관계없는 것이다.

아울러, 훈련생 내지 피교육생의 신분을 지닌다고 하여 그가 당연히 근로자성이 부인되는 것이 아니다. 대법원은 고등학교 졸업예정자인 실습생에 관한 판결에서 ".....실습생이 비록 잠정적일지라도 그 근로의 실질에 의하여 사용종속관계가 인정되는 경우에는 근로자로 보아야 한다."는 것이다.³⁾ 이러한 판례 입장은 수련과정 중에 있는 전공의(인턴, 레지던트)에 관한 판결들⁴⁾에서도 같은 취지로 나타나고 있다. 요컨대, 근로의 실질에 의하여 사용종속관계가 인정된다면, 근로계약의 형식이 어떠하든 그 신분이 어떠하든 관계없이 근로기준법상의 근로자라는 것, 즉 '근로자성'이 인정된다는 것이 판례의 입장이다.

그러므로, 외국인 연수생의 근로자성을 인정하는 데 있어서는 근로의 실질을 따져 사용종속관계가 인정되는지를 살펴보는 것이 중요하다. 사용종속관계의 구체적인 판단기준으로 판례와 학설은 ①전속성(노동력 이용에 대한 사용자의 배타적 지배권의 유무), ② 근로의 장소와 시간의 구속성(근무장소와 출·퇴근시간이 정하여졌는가 여부), ③ 업무 내용과 작업방법의 구속성(작업거부의 가능성, 작업지시·복무규율의 유무), ④ 근로의 대체성 유무(보조노동력 이용의 가능성), ⑤ 업무기구·생산용구의 부담관계, ⑥ 보수의 대상성(보수가 노무의 제공 그 자체에 대한 대가로 그 양과 질에 따라 미리 정하여지는가의 여부) 등을 들고 있다.⁵⁾

판단기준을 개별적으로 살펴보면 현실의 외국인 연수생은 대부분 근로자성을 인정할 수밖에 없다. 표준연수계약에 의하면, 연수생은 한사람의 사용자와만 계약을 체결하여 그 사용자의 배타적 지배를 받도록 되어 있다. 근로의 장소와 시간을 보아도 대체로 기숙사 등 정해진 장소에서 숙식을 하기 때문에 근로제공의 장소와 생활공간이 내국인의 경우보다 축소된다. 업무 내용 등을 본다면, 연수생은 내국인보다 엄격한 제재를 받고 있으므로(표준계약서 5, 제12조 참조), 업무 내용과 작업방법에 있어서 더욱 구속되어 있다. 근로의 대체성 유무나 업무 기구의 부담관계를 보아도 마찬가지이다. 외국인 연수생이 주로 취업하고 있는 소위 '3D산업'에는 인력공급이 부족하므로 대체인력을 구하기 힘들기 때문에, 업무 보조인력이 거의 존재하지 않으며, 업무 기구나 생산용구를 연수생이 부담하는 것은 생각조차 하기 힘들다. 또한 임금은 비록 월급·봉급 등의 표현을 쓰지 않고 연수수당이라고 하고 있으나, 연수계약 체결시에 지급 조건이 결정되므로 비용 변상의 성격이라고 보기도 어렵다.

다만, 다른 판단이 가능한 경우는 명목 그대로의 연수가 이루어질 때이지만, 기술연수가 제대로 이루어지는 경우는 찾아보기 힘들다. 연수생들을 사용하는 업체들은 연수생들을 새로운 일에 적용할 수 있는 기술연수를 시키지 않고 바로 현장노동에 투입시키는 것이 통례이다. 최근 들어 산업기술연수생의 근로자성을 인정할 것인지에 대해서 대법원의 판결이 나왔는데, 대법원도 종래의 판례 태도를 유지하면서 연수생의 근로자성을 인정하고 있다.⁶⁾ 작업도중 화상을 입은 연수생의 산재보상과 관련한 판결에서 대법원은 이전의 판례들을 인용하면서, ".....산업기술연수 사증을 발급받은 외국인이 정부가 실시하는 외국인 산업기술연수제도의 국내 대상업체에 산업기술연수생으로 배정되어 대상업체와의 사이에 상공부 장관의 지침에 따른 계약서의 양식에 따라 연수계약을 체결하였다 하더라도 그 계약의 내용이 단순히 산업기술의 연수만에 그치는 것이 아니고 대상업체가 지시하는 바에 따라 소정시간 근로를 제공하고, 그 대가로 일정액의 금품을 지급받으며, 더욱이 소정시간외의 근무에 대하여는 근로기준법에 따른 시간외 근로수당을 지급받기로 하는 것이고, 이에 따라 당해 외국인이 대상업체의 사업장에서 실질적으로 대상업체의 지시·감독을 받으면서 근로를 제공하고 수당 명목의 금품을 수령하여 왔다면 당해 외국인은 근로기준법 제14조 소정의 근로자에 해당한다 할 것이다."

라고 판단하였다.

대법원은 연수계약에 의해 시간외근로수당을 별도로 지급받기로 한 부분에 주목할 만한 특색이 있는데, 어쨌든 연수생의 근로자성을 인정하였다. 이 판결은 외국인 연수생에 대해 근로기준법상의 근로자임을 정면으로 인정한 점에서 의의가 있다.

결론적으로, 중소기업중앙회를 통한 산업기술연수생의 근로자성은 부인하기 어렵다. 현재의 제도 아래에서는, 외국인 산업기술연수생이 근로기준법상의 권리를 주장한다면 이를 인정하는 것이 불가피하다. 예를 들어, 외국인 산업기술연수생이 근로기준법이 요구하는 기준을 충족한 경우에는, 휴가 청구나 퇴직금 청구를 하더라도 이를 부인할 만한 근거를 찾기 힘들다.

주석 1) 그밖에도 외국인 근로자에 대한 국제기준과 산업기술연수생제도의 비교에 대해서는 제4장 제4절에서 정리한다.

주석 2) 대법원 1991.7.26.선고, 90다20251 판결, 법원공보 1991, 2242; 대법원 1991.12.13. 선고, 91다24250 판결, 법원공보 1992, 507; 대법원 1992.6.26.선고, 92도674 판결, 법원공보 1992, 2324.

주석 3) 대법원 1987.6.9.선고, 86다카2920 판결; 행정해석으로는 1980.11.26. 법무811-30876이 있다.

주석 4) 인제학원 사건 : 대법원 1989.7.11.선고, 88다카21296 판결; 전남대병원 사건: 대법원 1991.11.8.선고, 91다27730 판결.

주석 5) 이병태, 『최신노동법』, 1995. 446~447쪽; 김형배, 『노동법』, 1995. 243~244쪽. 근로자 개념에 대한 새로운 접근을 하는 견해에 의해서도 연수생의 근로자성은 인정될 수밖에 없다. 기존의 판례와 통설은 근로자성을 판단하는 데 있어 인적종속성(근로조건의 타인결정성을 중심 내용으로 함)을 중심으로 해왔는데, 그 사업에의 결합 정도를 판단근거로 삼으려는 흥미로운 견해가 새로이 제기되고 있다(강상태, "근로자의 개념", 서울대 박사학위논문, 1994. 2. 127쪽 이하). 이 견해에 의하면 노무공급자가 공급하는 노무가 그 사업에서 차지하는 중요성의 정도, 노무 이용자에 대한 노무공급의 밀도 등에 의해 근로자성을 판단한다. 연수생의 경우를 이에 따라 판단해 보아도, 연수생이 제공하는 업무가 연수업체에서 차지하는 비중이 매우 높고 연수생이 다른 부업이나 겸업을 선택할 만한 시간이 없다는 점 등을 생각할 때, 연수생의 근로자성을 부인할 수 없다.

주석 6) 우림염공사 사건: 대법원 1995.12.22.선고, 95누2050 판결, 판례공보 1996. 571.

第3節 産業技術研修生の 具體的 地位에 대한 檢討

앞에서 본 것처럼 고용(노동)허가제를 도입하지 않더라도 현재까지의 학설 및 판례에 의해 산업기술연수생의 근로자성을 인정하는 데에는 어려움이 없다. 정부나 중소기업중앙회에서는 산업기술연수생은 특수한 법적 지위를 누리는 것으로 해석하고 있으나, 그것은 법적 근거가 없으며 노동관계법에 의해 재해석되어야 한다. 그러한 시각에서 산업기술연수생의 계약체결, 임금, 근로시간 등의 구체적인 근로조건에 대해 검토한다.

1. 근로계약의 체결

근로계약의 체결과 관련해서는 먼저 언어가 다름으로 인한 위험부담의 문제가 있다. 현재의 연수계약은 표준계약서에 의해 체결되고 있다. 연수업체와 연수생 사이나 연수업체와 외국의 송출기관 사이 등의 계약이 표준계약서에 의해 작성되며, 이들 계약은 한국어로 작성이 되지만 영문번역을 기재하도록 하고 있다. 그러므로 언어상의 이해가 다름으로 인한 위험은 그렇게 크지 않다.

그렇지만, 다음과 같이 언어 위험이 발생할 가능성이 여전히 있다고 할 수 있다. 우선 한국어 원문과 영문 역문의 내용이 서로 다를 때의 문제이다. 연수업체와 연수생간의 표준계약서에는 연수기간, 연수조건, 연수수당의 지급 등에 관한 매우 상세한 내용이 담겨 있으며, 기본연수수당, 수당지급일, 시업 및 종업 시각이 공란(blank)으로 되어, 개별 연수업체와 연수생이 기입해 넣도록 되어 있다. 이러한 내용의 계약서의 원문과 역문이 서로 다를 수가 있는 것이다.¹⁾

또한 현재 들어오고 있는 연수생 송출국 가운데에는 베트남, 우즈베키스탄과 같이 한국어나 영어가 전혀 통용되지 못하는 나라들이 있으며, 인도네시아나 네팔과 같이 소수만이 영어를

사용하는 나라도 있다. 일률적으로 영어 역문만을 달고 있는 것은 문제라 하겠다. 나아가 표준계약서에 의하도록 되어 있지만, 실제로 표준계약서의 내용을 보지 못하고 계약서에 서명하는 경우도 있다고 한다.

독일에서는 이러한 언어 위험의 문제에 배려의무론을 적용할 것인지가 다투어지고 있지만, 우리나라는 굳이 그러한 이론으로써 해결할 필요가 없다고 본다. 근로기준법은 제24조에서 "사용자는 근로계약 체결시에 근로자에 대하여 임금·근로시간 기타의 근로조건을 명시하여야 한다."고 규정하고 있는데, 이 '근로조건 명시 의무'에 의해 보호가 가능하다.²⁾

사용자는 근로자가 쉽게 이해할 수 있도록 상세하게 그리고 구체적으로 명시해야 한다고 해석되고 있기 때문이다.³⁾ 외국인 근로자의 경우에는 사용자가 번역·통역 등을 활용함으로써 근로조건을 이해할 수 있도록 명시해야 하는 의무를 진다고 할 수 있다. 따라서 근로계약의 내용에 대한 노사간의 이해가 다른 경우에, 외국인 근로자가 계약 내용을 이해했다는 입증은 원칙적으로 사용자가 해야 한다고 본다. 예를 들어, 사용자가 번역·통역 등을 통해 계약 내용을 제시했다든가, 외국인 근로자가 우리 말이나 영어를 할 수 있다는 사실을 입증해야 한다. 관련되는 쟁점으로는, 현재 근로조건 명시 의무가 준수되고 있는지 여부가 있다. 현재의 관행을 보게 되면, 연수생의 본국에서 연수계약을 체결하는 것이 아니라 국내에 입국하여 연수업체를 배정받은 이후에 계약을 체결한다. 배정받은 이후에 내국인 사용자와 외국인 연수생은 기본연수수당, 수당지급일, 근로시간 등을 기재하고 표준계약서(5, B-D계약)에 서명 또는 날인하고 있다. 스스로 근무해야 할 사업체와 주된 근로조건을 정확히 모르는 상태에서 배정되는 수도 있겠으나, 개략적인 근로조건에 대해서는 이해한 상태에서 입국하는 경우가 많다고 한다. 표준계약서에 의하면, 송출기관은 본국에서 연수생 선발시에 신문·방송을 통하여 연수수당 등 연수조건을 공고할 의무가 있다.⁴⁾

2. 임금

가. 내외국인 임금차별

한국노동연구원의 조사에 따르면, 산업기술연수생의 임금총액은 1995년 10월 현재 초과근로수당을 포함하여 월 512,691원으로 나타났다. 이에 비해 중소기업의 내국인 근로자의 임금은 821,347원로서 산업기술연수생은 내국인 근로자의 62.4%의 임금을 지급받고 있다. 임금지급액에 중소기업중앙회에 예치하는 이행보증금과 관리비 등 기타의 부가급여를 감안하면, 연수생의 총노동비용은 내국인 근로자의 61.5%로 나타나고 있다.⁵⁾

임금은 대표적인 근로조건이므로, 사용자도 동일한 직무에 종사하는 내외국인을 차별할 수 없는 것이 원칙이라 할 수 있다. 다만, 외국인의 경우에는 언어능력의 부족 등으로 인해 합리적인 근거가 있는 경우에는 임금차별이 정당하게 되는 때도 있다.

우리나라 현실에서는 임금에 대한 차별인지에 대한 판단은 쉽지만은 않다. 임금지급에서 차별적 처우를 판단하기 위해서는 그 사업장의 임금지급체계와 관행을 고려하면서 근속년수, 기업공헌도 등의 요소를 감안해야 할 경우가 많다. 그러한 임금지급기준을 감안해 볼 때에도 외국인 근로자와 내국인 근로자 사이에 현저히 불합리한 차별이 설정되어 있다면, 사용자는 근로기준법 제115조에서 정하는 대로 벌칙규정의 적용을 받게 된다. 아울러 외국인 근로자는 헌법 제11조, 근로기준법 제5조 등에 비추어 그 차별에 대해 불법행위로 인한 손해배상을 청구할 수 있다고 본다.⁶⁾ 문제는 산업기술연수생이 내국인 근로자와 동일한 자격을 가지고 동일한 직무에서 일했는데도 실제로 차별을 받고 있는지 여부이다. 이에 대해서는 개별 사례마다 구체적인 검토가 필요하겠으나, 동일 조건에서도 차별을 받고 있다는 것이 여러 조사에서 밝혀지고 있다. 그 증거의 하나가 산업기술연수생이 불법체류 근로자보다도 낮은 임금을 받고 있다는 점이다. 현재에도 산업기술연수생과 불법체류 근로자 사이에는 적어도 30만원 정도의 임금 차이가 존재하는 것으로 알려지고 있다.⁷⁾ 이와 같은 임금격차는 산업기술연수생의 연수업체 이탈의 주요한 원인이 되고 있는데, 이러한 사실은 동일 조건에 있는 내외국인 사이의 임금 격차를 시사하는 것이다.

나. 표준계약서의 검토

연수생 표준계약의 현황을 살펴보면, 임금관련 규정도 근로기준법 적용시에 문제될 소지가 있는 부분들이 있다.

먼저, 임금·봉급 등과 같이 '근로에 대한 대상'의 어감을 가지는 표현을 사용하지 아니하고 '연수수당'이라는 표현으로 시종일관하고 있다. 그것은 노동부 지침이나 연수생 표준계약이 모두 해당되는데, 연수나 교육으로서의 실체를 지니고 있지 않는다면, 연수수당이라는 표현을 사용하지 않는 것이 적절하다. 그렇지만, 연수수당이라는 표현을 고수한다 하여 근로에 대한 대상, 즉 임금으로서의 성격이 변하지 않는 것은 물론이다.

다음으로 퇴직금 지급의 문제이다. 산업기술연수생에 대한 노동부 지침이나 표준계약서에 의하면, 이에 대한 명시적 언급이 없다. 현실에서도 산업기술연수생에게는 근로기준법 소정의 퇴직금을 지급하지 않는 것이 관례이다. 그러나, 산업기술연수생이 한 사업장에서 1년 이상 계속 근무했다면, 그가 비록 외국인이라 할지라도 퇴직금을 청구할 수 있다고 본다. 특히나 통설과 관례에 의하면 퇴직금의 본질은 공로보상이나 생활보장이 아니라 후불임금이므로, 산업기술연수생의 근로자성을 부인하기 어려운 이상, 사용자는 퇴직금의 지급을 면하기 어렵다고 본다.

임금의 지급방법과 관련해서도 연수생 표준계약은 비교적 자세한 규정을 두고 있다. 표준계약에 정해진 매월의 지급일자에 연수생 명의로 개설된 계좌에 임금을 하도록 함으로써 정기일 지급, 통화지급, 직접 지불의 원칙이 지켜지고 있다고 할 수 있다(표준계약서 5, 제3조 제1항).

다만, 전액지불의 원칙과 관련해 볼 때, 분할지급을 용인하는 내용이 담겨 있는 문제가 있다. 즉 기본연수수당은 위의 정해진 일자에 지급하지만, 기본연수수당을 제외한 기타의 수당은 기본연수수당 지급일로부터 2일 이내에 지급하는 내용을 정하고 있다(표준계약서 5, 제3조 제1항 제5호). 근로기준법 제42조에 의해 정해진 임금 전액불(全額拂) 원칙에 의하면, 근로의 대상으로 지급해야 할 일체의 금품을 공제하거나 유보함이 없이 지급해야 한다. 다만, 예외가 있다면 법령이나 단체협약에 의한 규정이 있는 경우에만 공제가 가능하다. 그러므로 법령이나 단체협약에 근거가 없는 연수생에게 임금을 지급할 때에, 시간외수당을 비롯한 기타의 제수당을 기본수당 지급시기와 다르게 할 수 있는 것은 전액불의 원칙에 반하여 무효인 규정이다.⁸⁾ 표준계약의 이러한 문제는 노동부 지침의 불완전성에서 출발했다고 생각한다. 노동부 지침은 임금지급과 관련하여 근로기준법 적용을 '연수수당의 정기·직접·통화불 지급 및 현금청산'에 한정하고 있다(제8조 제1항 제2호). 임금의 전액 지급에 대해서는 노동부 지침에서부터 언급이 없었던 문제이다.

요컨대, 노동부 지침과 표준계약에서 임금의 분할 지급이 가능하도록 하는 부분은 근로기준법의 임금지급원칙과 충돌한다고 볼 수 있다.

한편, 연수생은 1995년 2월 14일의 노동부 지침에 의해 최저임금법의 적용을 받도록 되어 있다.⁹⁾ 노동부 지침은 최저임금법을 적용하면서, 최초 3개월간은 수습 사용기간으로 보아 최저 임금법의 적용을 배제하도록 하였다.¹⁰⁾

이러한 노동부 지침의 배려에 힘입어 연수생 표준계약서도 연수생 채용 이후 3개월간은 최저임금법의 적용을 배제하는 내용을 담고 있다. 표준계약서의 구체적인 내용을 보면 연수생 채용 이후 첫 3개월간은 실습연수로 하고 이후 잔여기간은 실무연수를 실시하는 것으로 되어 있다(표준계약서 5, 제3조 제8항).¹¹⁾ 첫 3개월간은 기초적인 기능 및 기술 습득을 위한 현장연수기간으로 정해졌는데, 이 기간에 대해서는 기본연수수당의 80%만을 지급하도록 하고 있다.

외국인 연수생이 기초적인 기능과 기초적인 언어 습득을 위해 일정한 기간이 필요하다고 볼 때, 표준계약서에 담겨진 실습연수 3개월 기간은 최저임금법 위반이라고까지는 말하기 어렵다고 할 수 있다.¹²⁾

3. 근로시간

근로시간에 대한 조사들은 산업기술연수생이 내국인 근로자보다 장시간 근로를 하고 있다는 것을 보여주고 있다. 한국노동연구원의 조사에 따르면, 70% 이상의 연수업체들은 연수생에게 주 50시간 이상의 노동을 시키고 있으며, 25% 이상의 연수업체들은 주 60시간 이상 노동을 시키고 있는 것으로 나타나고 있다. 우리나라 제조업의 1995년 근로시간이 49.2시간으로 나타난 것과

비교하면, 연수생들의 근로시간이 평균적으로 길다는 것을 알 수 있다. 다른 조사에서도 장시간근로의 실태는 밝혀지고 있다. 산업기술연수생들의 하루 평균 근로시간은 10.6시간으로서 국내 제조업 근로자의 하루 평균 근로시간인 8.4시간을 초과하는 것으로 나타나고 있다. 이 조사에 따르면, 외국인 근로자가 1주일 가운데 하루 8시간 이상 근로하는 날이 6일이라고 답변한 사람이 38.6%로 가장 많고, 다음은 7일로 22.1%, 4~5일이 11.0%의 순으로 나타나고 있다.¹³⁾ 이에 따라 장시간의 시간외 · 야간 · 휴일근로가 자연히 뒤따르게 된다. 산업기술연수생이 그 실질에 있어 근로자라고 한다면, 근로기준법상의 근로시간에 대한 규제를 받아야 한다. 노동부 지침과 표준계약도 근로기준법상의 규제를 상당부분 받아들이고 있다. 1일 8시간 및 1주 44시간, 휴일보장, 연장근로에 대한 시간외 연수수당 등을 정하고 있다(표준계약서, 제3조 제2~5항).

그러나 장시간근로로 인해서 근로기준법을 위반하는 경우가 적지않게 발생하고 있다. 전술했듯이 25% 이상의 연수업체들은 주 60시간 이상 노동을 시키고 있는 것으로 나타나고 있는데, 이렇게 되면 1일 초과근로 시간 상한인 2시간과 1주 상한인 12시간을 쉽게 넘게 된다.¹⁴⁾

또한 기준근로시간을 초과하는 근무에 대한 수당 지급도 지켜지지 않은 예들이 있다. 중국 동포 산업기술연수생의 경우에는 대부분이 시간외근로수당 · 야간근로수당 · 휴일근로수당을 제대로 받고 있으나, 비한국 계 산업기술연수생들은 연장근로수당을 제대로 받지 못하고 있는 것으로 나타나고 있다.¹⁵⁾

한편 휴일 · 휴가 역시 검토의 여지가 있다. 노동부 지침은 '연수시간, 휴게 · 휴일, 시간외 야간 및 휴일연수'까지만 근로기준법의 적용을 받는다고 함으로써(노동부 지침 제8조 제1항 제3호), 휴가에 대해서는 근로기준법이 적용되지 않는다. 이를 반영한 연수업체와 연수생의 표준계약서에 의하면 "연수업체는 연수생에게 1주일에 1일의 유급휴일(일요일)을 제공한다. 휴일에 연수한 경우 휴일수당은 상기 제1항의 기본시간급의 150%로 한다. 기타 휴일은 연수업체의 내부규정에 의하고 공휴일은 대한민국 법령에서 정하는 규정에 따른다"고 하고 있다(표준계약서 5. 제3조 제5항). 휴가에 대해서는 별도의 규정이 없다. 위 계약에서 말하는 공휴일은 공무원에게 적용되는 「관공서의 공휴일에 관한 규정」(대통령령)에서 말하는 공휴일로 보이는데, 그것이 어느 정도 지켜지는지에 대해서는 정확하게 조사된 자료가 없다. 결국 유급주휴와 공휴일은 보장이 되지만 휴가의 경우는 연수업체에서 정하는 바에 따른다는 결론에 이른다. 이에 따라 근로기준법이 정하는 연차휴가, 월차휴가, 생리휴가 등의 경우는 대체로 부여되지 않는다.

그렇지만, 연차휴가를 비롯한 휴가 규정도 원칙적으로 부여되어야 한다. 그 휴가기간 동안 근로를 제공하든, 국내 관광을 하든 그것은 외국인 근로자의 자유의사에 맡겨야 한다. 그리고 본국에 있는 가족을 만나기 위해 본국에서 연차휴가를 보내려고 하더라도, 휴가기간 이내라면 이를 금지할 수 없다. 특히 전술하는 바와 같이 외국인 근로자가 본국의 가족을 초청하여 국내에서 동거하는 것을 금지한다면,¹⁶⁾ 본국에서 가족과 함께 휴가를 보내는 것은 허용되는 것이 바람직하다.

참고로 독일의 경우에는 독일인 근로자와 동등한 지위가 보장되고 있으므로 인해서, 법률상의 휴가 이외에도 무급의 특별휴가가 인정되는 경우가 많다.¹⁷⁾

4. 기숙사의 제공

국내의 산업기술연수생들은 각 사업장의 기숙사나 임시숙소에서 기거하거나 공장에서 직접 숙식을 하는 경우도 있다. 이러한 기숙사의 문제는 앞으로 현실적 쟁점이 될 것으로 보인다. 특히, 영종도 신공항 건설과 같은 대규모 사업을 위해 다수의 연수생이 도입된다면, 숙식 장소를 둘러싼 근로조건 문제가 크게 제기될 수 있다.

산업기술연수생제도의 운영현황을 보면 기숙사를 제공할 책임은 사용자인 연수업체측에 있다. 중소기업협동중앙회가 연수업체를 선정할 때에도 숙박시설을 갖출 것을 요건으로 하고 있으며, 연수업체와 연수생이 체결하는 표준계약서에도 일정한 기준을 준수한 숙박시설을 갖출 것을 요구하고 있다.

표준계약서 5의 제3조 제6항에 의하면, "연수업체는 연수생에게 숙박시설을 제공하되 1인당 기숙사 면적을 4.5평방미터(1.4평) 이상으로 보장해 준다. 단, 필요한 가구, 생활용품(치약, 칫솔, 면도기, 수건), 침구, 구급상비약은 연수업체가 연수생이 입국 후(또는 인수 후) 1회에 한하여

연수생에게 제공한다. 그리고 연수업체는 연수생에게 식사(조식·중식·석식)를 제공한다."고 정해져 있다.

그러나, 위에서도 알 수 있듯이 표준계약서에 제시된 숙박시설에 대한 기준이 간단하다. 기숙사의 1인당 면적을 제외하고 다른 시설기준이 없다. 그래서 기숙사 건물의 높이를 비롯한 구조기준, 기숙사 설치의 장소 또는 기숙사의 남녀구분 등에 대한 기준이 제시되어 있지 않다.

노사 당사자 사이의 계약 내용이 이러하다면, 현재 연수생에게 적용되는 별도의 공법적 규율은 없는가? 현재 시행중인 노동부 지침에 따르면 연수생에 대해서는 근로기준법을 부분적용하고 있는데, 근로기준법의 기숙사 규정은 적용되지 않고 있다. 이에 따라 노동부가 근로감독을 할 수 있는 대상이 되지 못한다.

생각컨대, 별도의 해석론이나 법령의 형식을 취하지 않고 근로기준법상의 기숙사 규정을 적용하면 된다고 본다. 근로기준법은 제10장에서 기숙사에 대한 규율을 하고 있으며, 동법 제103조의 위임에 의해 시행령으로 설비 및 안전위생에 관한 기준을 설정하고 있다. 동법 시행령에는 기숙사 규칙안의 게시 등(제50조), 남녀구분(제51조), 기숙사의 설치장소(제52조), 침실(제53조), 설치기준(제54조) 등에 관한 상세한 규정을 두고 있다. 그러므로 국내 근로자와 동일하게 근로기준법을 적용하도록 하고 이에 대해 근로감독을 하면 된다고 본다.

다만, 근로기준법의 확대적용과 관련하여 다음과 같은 고려요소들이 있다. 우선 현재 연수생들이 연수업체에서 주거하는 형태가 반드시 근로기준법의 기숙사 규정의 적용대상이 아닐 수도 있다는 점이다. 근로기준법상의 기숙사에 해당하기 위해서는 '사업에 부속'되어 있는 '기숙사'이어야 한다.¹⁸⁾

그러므로 1~2명의 연수생이 사업주의 가정에 입주하여 있는 경우나, 복리시설로서 설치한 사택에 입주해 있는 경우 등은 구체적 사실관계에 따라 기숙사 규정의 적용에서 배제될 수 있다. 그리고 근로기준법을 적용한다고 해서 현재의 기준보다 항상 엄격하게 되는 것은 아니다. 연수업체와 연수생이 체결하는 표준계약서에 따르면 연수생 1인당 주거면적은 4.5평방미터로서 독일에서 채택되었던 8평방미터보다는 낮지만,¹⁹⁾ 근로기준법령상의 기준보다는 더 엄격한 것이다. 현재 근로기준법 시행령상 주거면적 기준은 1인에 대해 2.5평방미터 이상으로 하고, 1실의 거주인원은 15인 이하로 하기 때문이다(시행령 제54조).

5. 귀국여비와 계약연장

가. 귀국여비의 지급

배려의무를 해석론으로 발전시키고 있는 독일에서도, 배려의무만으로 사용자에게 귀국여비를 부담시킬 수 없다. 사용자에게 귀국여비를 부담시키기 위해서는 별도의 근로계약 등에 근거가 필요하다. 귀국여비의 지급에 대한 산업기술연수생 표준계약서의 내용을 소개하면 다음과 같다. 연수생이 업무상재해 등 연수업체의 귀책사유와 연수기간 만료로 귀국하는 경우에는 연수업체가 여행보장보험을 포함한 교통비(항공료 포함)를 제공해야 한다(표준계약서 5, 제10조 제2항). 그러나 ① 연수생에 대한 제재의 사유(연수업체로부터 도주, 2주 이상의 진단을 요하는 폭행을 가한 경우, 노사분규에 가담한 경우 등 제12조에 정하는 14가지의 사유)가 발생하여 연수생이 귀국하는 경우, ② 연수생이 그의 귀책사유로 귀국하는 경우, ③ 연수생의 정신적·육체적 결함으로 연수생이 연수를 받지 못하는 것으로 연수업체가 판단하고 외국인연수협력단에서 인정하는 사유가 발생한 경우(표준계약서, 제10조 제4항)에는 연수업체가 귀국여비를 부담하지 않는다. 쟁점으로 될 수 있는 것은, 근로기준법 제24조에 의해 명시된 근로조건이 사실과 다른 경우에도 귀국여비를 사용자가 부담해야 하는지이다. 근로계약 제26조에서는 이러한 경우 근로자는 계약을 즉시 해제할 수 있으며, 손해배상의 청구와 함께 귀향여비를 지급하도록 하고 있다. 통상의 귀향여비라면 국내에서의 교통비를 의미하는 것으로 그치겠으나, 산업기술연수생의 경우에는 동남아시아 오지까지의 여비를 의미하게 되므로, 지나치게 많다고 할 수 있다. 현실적으로는 중소기업중앙회 등이 다른 연수업체로의 재취업을 알선하는 것이 바람직하다고 할 수 있다.²⁰⁾

나. 연수계약의 연장신청

독일에서는 노동허가의 신청과 관련하여 사용자의 배려의무를 인정하는 해석론과 판례가 발전해 있다. 우리의 경우에는 노동허가제를 채택하지 않고 있으므로, 노동허가를 받을 수 없다. 이와 비슷한 역할을 하는 것이 있다면 연수계약의 연장신청이라고 할 수 있겠다.

노동허가를 연수계약의 연장과 비교를 하더라도 신청의 주체가 서로 다르다. 독일은 노동허가의 신청을 근로자가 하지만, 우리의 경우에는 연수생 기간연장 신청권이 사용자에게 있으므로 독일식의 배려의무론을 논할여지가 없다. 현재 외국인 연수생의 체류기간은 출입국관리사무소의 입국신고일로부터 2년으로 되어 있으며,²¹⁾²²⁾ 연수업체의 신청이 있는 경우에는 1년을 한도로 1회에 한해 연장할 수 있다(표준계약서 5, 제2조 제3항). 연수업체가 연수기간을 연장하고자 하는 경우에는 연수기간 만료 60일 전에 외국인연수협력단에 연수업체 추천을 신청하여 다시 추천을 받아 계약을 체결하고 법무부 장관의 연수기간 연장허가를 받아야 한다(표준계약서 5, 제7조 제6항).

우리의 경우에는 사용자가 고용연장이 필요하다고 판단할 때에만 연장신청이 가능하고 외국인연수협력단은 추천을 할 수 있도록 되어 있다. 연장신청권이 사용자에게 있으므로 신청하지 않았다고 해서 법적인 문제가 발생할 수도 없다. 독일의 경우에는 고용허가의 연장신청을 근로자가 하며, 고용허가의 연장시에도 사용자의 의사는 연장 여부를 결정하는 기준이 아니다. 연장 여부에 대한 결정은 정부기관인 고용사무소가 하는데, 이때의 기준은 노동시장의 상황이나 독일인 근로자의 대체가능성에 대한 판단이다. 독일 등의 노동허가제와 우리의 산업기술연수생제도의 중요한 차이가 여기에도 있다.

6. 노동삼권

(1) 산업기술연수생도 노동조합을 가입하여, 단체교섭과 쟁의행위를 할 수 있는지, 즉 노동삼권이 보장되고 있는지의 문제이다.

현재 산업기술연수생을 비롯한 외국인 근로자가 우리나라의 노동조합에 가입하는 예는 찾아보기 어렵다. 한국노총의 중앙연구원이 설문조사한 결과에서도 그러한 결과가 확인되고 있다. 이 조사에 응한 총 294개의 노동조합 가운데 외국인 근로자(대부분 산업기술연수생)를 도입하고 있는 회사는 84개 사로 전체의 28.4%였다. 그렇지만 실제로 외국인 근로자가 조합원으로 가입하고 있는 기업은 거의 발견되지 않았다고 한다.²³⁾ 한편, 이 조사에서 외국인 근로자가 노동조합에 가입이 허용되고 있는가에 대한 질문에 대해 노동조합측에서는 대다수가 가입이 불가능하다고 응답했다. 84개의 노동조합 가운데 76개의 노동조합이 가입이 불가능하다고 응답했고, 나머지 8개 노동조합만이 가입이 가능하다고 답하고 있다.

이와 같이 노동조합에의 가입률이 낮은 데에는 여러 가지 이유가 있겠으나,²⁴⁾ 주된 이유의 하나는 외국인 근로자의 신분이 산업기술연수생이라는 데에 있는 것으로 보인다. 위의 조사에 응했던 대부분의 노조 관계자들도 현행 노동법상 외국인 연수생에게 조합원 자격이 없는 것으로 알고 있다. 그런 이유로 노동법상 자격이 인정되고 산업기술연수생의 가입 요비정규 근로자 및 외국인 근로자의 규약상 노조가입 거부

(단위: 명, %)

	임 사 직	일 용 직	건설 및 수송	외국인 근로자
가입 가능	20(6.8)	13(4.4)	91(31.0)	8(2.7)
가입 불가능	155(52.7)	166(56.5)	131(44.6)	76(25.9)
해당 없음	88(29.9)	83(28.2)	42(14.3)	160(54.4)
무응답	31(10.5)	32(10.9)	30(10.2)	50(17.0)

구만 있다면 노동조합원으로 받아들이는 것은 당연하다는 견해를 보였다고 한다.²⁵⁾

정부와 기업의 실무관행은 '연수생'이기 때문에 노동삼권의 주체가 될 수 없다는 것을 전제로 하고 있다. 노동부의 지침과 중소기업중앙회의 표준계약도 이러한 전제 위에 있다. 노동부의 지침은 산업기술연수생에게 적용되는 국내 법령 가운데에서 노동조합법과 노동쟁의조정법 그리고

노사협의회의법을 제외하고 있다.²⁶⁾표준계약서에도 다음과 같은 규정을 둬으로써 노동조합 활동에 대한 접근을 막고 있다. 산업기술연수생에 대한 제재사유의 하나로서 "산업기술연수생의 신분을 벗어난 태업·파업·쟁의 등 노사분규에 가담하려 하는 증거가 있거나 가담한 경우 또는 정치활동을 하는 경우"를 들고 있다.²⁷⁾ 제재사유가 있는 경우에는 산업기술 연수생은 강제귀국 조치된다. 표준계약에 의하면 단순히 노동조합에 가입하는 것이 제재사유가 되는지에 대한 직접적 언급은 없으나, 위 조항에 의하면 노사분규에 '가담하려 하는 경우'까지도 제재사유로서 적시되어 있다.

그러나 산업기술연수생을 비롯한 외국인 근로자들이 노동삼권과 관련한 활동을 벌이는 사례는 간헐적이지만 나타나고 있다. 1995년에는 경남 김해의 태광산업²⁸⁾과 경북 구미의 이화섬유²⁹⁾에서 근로조건의 개선을 요구하는 산업기술연수생들의 집단행동이 일어났다. 그리고 외국인 근로자들로 구성된 이익단체도 점차 형성되어가고 있다.³⁰⁾ 또한 국내의 노동조합측에서도 외국인 근로자 문제에 대해 종래의 소극적인 태도를 접고 점차 관심을 보이고 있다. 주로 노동조합 상급단체를 중심으로 하여 외국인 근로자 문제를 취급하는 부서를 둔다든지, 노동조합에 가입시키는 방안 등을 모색하고 있다.

(2) 위에서 설명한 현실여건 아래에서 제기되는 문제가 산업기술연수생의 노동삼권이다.

앞에서도 논했듯이 필자는 산업기술연수생이 실질적으로 근로자라고 보고 있다. 앞에서는 개별적 근로관계를 중심으로 검토했으나, 집단적 노사관계에서도 근로자성을 인정하는 데에도 어려움이 없다. 그런 이유로 노동삼권 인정 여부는 단지 산업기술연수생에 국한된 쟁점이 아니며, 외국인 근로자 일반에 해당하는 쟁점이라고 본다. 외국인 근로자에게 노동삼권이 보장되어야 한다면, 산업기술연수생에게도 보장되어야 하며, 반대로 외국인 근로자가 부인된다면 산업기술연수생도 부인되는 그러한 성격의 쟁점이라고 생각한다. 그러므로, 외국인 근로자의 노동삼권을 내국인과 균등하게 보장해야 하므로 중소기업중앙회를 통해 들어오는 산업기술연수생도 내국인 근로자와 같이 노동삼권을 갖는다.

국내에 취업하고 있는 산업기술연수생들은 대다수가 단순기능인력으로서 경제적으로나 인격적으로 사용자에게 종속되어 있으며 사업장 내의 의사결정과정으로부터도 소외되어 있다. 이러한 산업기술연수생들에게 노동삼권이 인정되는 것은 헌법을 비롯한 노동관계법의 정신에도 부합된다고 본다.

주석 1) 연수생과 연수업체간의 표준계약서 5에 의하면 "본 계약은 한국어를 원문으로 하여 체결하되 계약의 내용과 의미를 전달하기 위하여 영문으로 역문하여 기재한다. 단, 본 계약상의 한국어 문구는 역문보다 우선한다." (제1조 제4항)고 하고 있다. 이 단서의 경우에도 노동조건 명시 의무의 점에서 논란의 여지가 있다. 일률적으로 한국어 문구가 우선하기 때문이다.

주석 2) 1995년의 노동부 지침에는 근로조건 명시 의무를 연수생에게 적용한다는 명시적인 규정은 없다.

주석 3) 박상필, 『근로기준법강의』, 1991. 127쪽; 이병태, 앞의 책, 465쪽.

주석 4) 표준계약서 2(외국인연수협력단과 송출기관 사이)의 제6조 제1항 제16호에 의해 계약상의 의무를 지고 있다.

주석 5) 강수돌, 『외국인근로자 고용 및 관리실태와 정책과제』, 한국노동연구원, 1996. 4. 34쪽.

주석 6) 淺倉むつ子, 「均等待遇」, 『現代労働法講座』 第9卷, 194쪽 이하.

주석 7) 강수돌, 앞의 책, 14쪽, 37쪽. 노동부 지침(1995년 3월 시행)이 실시되기 이전에는 그 격차가 더욱 심했던 것으로 조사되었다. 1995년 1월을 기준으로 하면, 산업기술연수생의 임금은 약 31만 원으로서, 중국 동포 불법체류 근로자의 임금인 약 83만 원, 기타 출신 불법체류 근로자의 임금인 약 575,000원과는 많은 차이를 보여주고 있었다. 노동정책연구소, "한국내 외국인노동자의 생활실태 조사연구", 「외국인노동자정책과 보호대책」, 1995, 47쪽.

주석 8) 혹자는 이러한 분할 지급이 기본연수수당은 송금목적이며, 초과연수수당은 국내의

생활비로 쓰도록 하는 취지라고 설명한다. 그렇지만, 임금의 용도 문제는 원칙적으로 산업기술연수생이 결정할 사항이다. 또한 지급방법을 부분적으로 달리하더라도 그 지급시기는 일치시켜 전액을 지급해야 한다.

주석 9) 이에 따라 현재의 최저임금기준(1996년 9월 1일부터 1997년 8월 31일까지 적용)인 시간급 1,400원이 적용된다. 일급(8시간 기준)으로 환산하면 11,200원, 월급여는 316,400원이 된다.

최저임금은 10인 이상 사업장의 모든 근로자에게 적용되며, 최저임금에는 소정시간근로 이외의 가산임금이나, 상여금 등과 가족수당 등에 제외된다. 따라서 시간외 근로를 많이 하는 외국인 산업기술연수생의 경우에는 월 최저임금액 316,400원에 시간외 근로수당 등을 가산한 금액이 보장된다. 1995년 8월까지 1년 동안에는 시간급 1,275원, 월급여 환산액 288,150원이었으며, 현재의 기준은 전년대비 9.8%가 증액된 것이다(노동부 최저임금심의위원회)

주석 10) 최저임금법에 의하면 수습사용중에 있는 자로서 사용한 날로부터 3개월 이내의 자는 이전의 연수 조건에 의하면 연수업체가 자율적으로 정한 연수기간 동안 연수토록 하다가 3개월간의 일률적인 연수로 바뀌었다.

주석 11) 이전의 연수 조건에 의하면 연수업체가 자율적으로 정한 연수기간 동안 연수토록 하다가 3개월간의 일률적인 연수로 바뀌었다.

주석 12) 다만, 이러한 표준계약 작성 이전에 노동부가 지침으로서 최초 3개월간은 당사자의 의사에 관계없이 실무연수 기간으로 설정한 것은 정부가 과도하게 사용자를 배려한 것이라고 볼 수 있다.

주석 13) 설동훈, 앞의 책, 149~151쪽.

주석 14) 법률로 규정된 것은 1주 상한 12시간뿐이지만(근로기준법 제42조 제1항 단서), 행정해석에 의해서 1일 2시간 상한이 있는 것으로 해석되고 있다(1980.6.22. 법무 811-14768; 1981.5.25. 근기 1455-16468).

주석 15) 한국계 산업기술연수생은 95% 이상이 위의 연장근로수당을 받고 있으나, 비한국계는 시간외근로수당은 80.4%가, 야간근로수당은 37.9%가, 휴일근로수당은 60.4%만이 지급받는 것으로 나타나고 있다(설동훈, 앞의 책, 150쪽 참고). 한국계 산업기술연수생은 언어에 대한 장벽이 없고 사업장 이탈의 사례가 많아서, 사용자들은 비한국계 산업기술연수생보다 높은 대우를 하는 경향이 있다.

주석 16) 제5장 제2절 제4항 참고.

주석 17) 독일의 많은 사업장에서는 외국인 근로자에게 연방휴가법상의 유급휴양휴가 이외에 2, 3일부터 수주간에 이르는 무급의 특별휴가가 인정되고 있다. 외국인 근로자의 종교적 기념일이나 모국에서의 장기체류 등이 가능하도록 인정되고 있다. 이 특별휴가는 독일인 근로자에게도 여러 목적으로 인정되고 있는 것과 같은 종류의 것으로 개별 근로계약, 경영협정, 단체협약, 관행 등에 법적 근거가 있다고 해석되고 있다. 이들 법적 근거가 없다면 외국인 근로자는 귀국 등을 목적으로 하여 특별휴가의 청구가 가능할 것인가가 문제로 된다. 이 점에 대해서는 사용자의 배려의무로부터 긍정하려고 하는 견해와 부정설이 대립하고 있다. 예를 들면, 외국인 근로자가 자기가 속하는 종교상의 휴일을 이유로 무단으로 이탈한 때에 대해, 판례는 사용자가 통상해약고지(Ordentliche Kündigung)를 할 수 있으며, 경우에 따라 비상해약고지(Verordentliche Kündigung)를 할 수 있다고 보고 있다(LAG Düsseldorf, Urt. v.14. 2. 1963). 학설은 판례를 지지하여 근로계약의 이행이 기본법 제4조 제1항에 의한 신앙과 양심의 자유의 보장과 충돌하는 것을 근로계약 체결시에 고려해야 함은 당연하다는 견해가 있다. 즉 근로계약 체결시에 특별히 정하지 않았다면 무단의 휴가는 인정할 수 없다는 것이다. 이것에 대해 반대편에서는 특별휴가청구권을 일률적으로 부인해서는 안되며, 개별적인 사례마다 경영상의 이해, 지역의 관행, 종교활동을 방해받지 않는 권리를 상호 이익형량할 필요가 있다고 하는 견해가 있다(G. Schaub, Arbeitsrecht Handbuch. 7. Auflage. S.817). 후자의 견해는 그 이외에도 노동허가나 체류허가의 신청, 망명 희망자의 조사를 위해 관할기관에의 출두 혹은 병역의무의 이행을 이유로 하는 경우에는 특별휴가로서 노동면제 청구권이 인정되어야 한다고 하고 있다(柳屋孝安.

「西ドイツにおける外國人労働者の就勞をめぐる法的問題」, 『季刊労働法』, 第151號 (1989.4.), 68쪽).

주석 18) 박상필, 『근로기준법강의』, 대왕사, 1991. 479쪽.

주석 19) 「독일에 있는 외국인 근로자의 기숙사를 위한 노동사회부 장관의 규칙」 (die Richtlinie des Bundesministers für Arbeit und Sozialordnung für die Unterkünfte ausländischer Arbeitnehmer in Bundesrepublik Deutschland: 1971년 4월 1일부터 발효). F. Becker. D. Braasch, Recht der ausländischen Arbeitnehmer, 3 Aufl., Neuwied. 1986. S. 15~16.

주석 20) 계약 내용과의 차이에 대한 규정은 아니나, 표준계약서에는 연수업체의 의무불이행에 대한 규정이 있다. 의무불이행에 대해 연수생은 연수업체의 변경을 송출기관의 국내 연락사무소를 경유하여 외국인연수협력단에 신청할 수 있으며, 연수생이 귀국을 원할 경우에는 연수업체의 부담으로 사유 발생한 날로부터 10일 이내에 귀국할 수 있도록 하는 규정이다(표준계약서 5, 제11조 제1항).

주석 21) 표준계약서 5, 제2조 제1항. 여기서 5라는 것은 표준계약서 양식의 하나를 말하는 것으로서 연수업체와 연수생간의 계약을 염두에 둔 것이다.

주석 22) 최근에는 연수생의 체류기간을 2년에서 3년으로 연장하자는 논의도 있다.

주석 23) 어수봉·권혜자, 『외국인 노동자와 노동정책』, 한국노총 중앙연구원. 1995. 83~84쪽.

주석 24) 현재에는 '연수생' 신분이라는 이유 이외에도 외국인 근로자가 노동조합에 소속되기 어려운 환경에 처해 있다. 외국인 근로자를 고용하고 있는 기업이 대부분 중소기업이기 때문에 노조의 단결력이 약하거나 노조가 없는 경우가 많다. 또한 노동조합이 있는 기업이라도 외국인 근로자의 수가 적고 내국인 근로자와 근로조건이 다른 경우들이 많다. 이러한 문제는 산업별 노조 체제라면 상당부분 해소될 수 있으나, 기업별 노조 체제 아래에서는 해결이 어려운 과제들이라 할 수 있다. 이러한 이유들로 인해 외국인 근로자들도 고충이 발생하면 노동조합을 찾기보다는 회사측 관리자나 같은 국적의 동료 또는 외부의 외국인 근로자 상담기관에 도움을 요청하고 있다.

주석 25) 니수봉·권혜자, 앞의 책, 84쪽.

주석 26) 노동부 지침 제8조. 참고.

주석 27) 표준계약서 5, 제12조 제7호.

주석 28) 1995년 8월 2일부터 8일까지 경남 김해 소재 신발제조업체인 태광산업(주)에서 취업중이던 베트남인 산업기술연수생 3백여 명이 임금인상을 요구하며 집단으로 작업을 거부했다. 베트남인 연수생들은 임금 50달러 인상, 휴가비 25달러 인상, 국내관광 실시 등을 요구하며 집단으로 작업을 거부하였고, 이에 회사측은 이러한 요구조건을 수용함과 아울러 주동자 14명을 업무방해 혐의로 경찰에 고소하였다(노동부, 「1995년 국정감사 환경노동위원회 의원요구자료 II」, 1995, 380쪽; 『주간노동자신문』 제393호, 1995. 8. 15).

주석 29) 1995년 8월 16일부터 17일까지 섬유제조업체인 이화섬유에서 필리핀인 산업기술연수생들이 임금인상을 위해 작업을 거부하고 농성을 벌였다. 이들 연수생들은 해외현지법인 연수생들로서 중소기업중앙회를 통해서 들어온 연수생들과의 임금차액을 더 지급해 달라는 요구를 한 사건이다. 농성 이후 임금 월 3만~7만 원 추가지급하기로 하고, 일주일에 세 차례 석식에 연수생이 요구하는 닭고기 등을 지급하기로 합의했다(노동부, 위 요구자료, 1995, 380쪽). 최근 들어 해외현지법인 연수생들의 근로조건과 관련된 분쟁들이 적지 않다. 양말제조업체인 경기도 성남의 금양물산에서도 1996년 5월 30일 등 수차례에 걸쳐 작업을 거부한 사례가 있었다.

주석 30) 중국 동포 근로자들로 구성되었던 「중국노동자협회」도 그러한 예의 하나이다. 중국 동포 근로자 2천여 명이 가입한 이 단체는 체계적으로 조직되어 「외국인근로자보호법제정」을 촉구하는 활동 등을 한 것으로 알려졌다. 법무부와 안기부는 이 단체 간부들을 출입국관리법 위반 등 혐의로 구속하는 등 안보라는 미명 아래 강력하게 단속하였다(각 일간지 1996년 8월 19일 보도 참고).

第4章

外國人 勤勞者의 法的 地位에 대한 國際的 基準

第1節 國際基準의 概觀

제2차 세계대전 이후에 외국인 근로자의 지위에 관한 많은 국제기준이 등장하였다. 주요한 국제기준들을 시간의 순서대로 배열하면, 인권에 대한 세계선언(1948), ILO 이주근로자 협약·권고(1949), 국제인권규약(1966), ILO 이주근로자 보충협약·권고(1975), 국제연합 외국인권리선언(1985), 국제연합 이주근로자 권리협약(1990)의 순이 된다.

위 국제기준들을 살펴보면, 대체로 시간이 지남에 따라 외국인 근로자에 대한 보호수준이 강해지고 있다. 내용상으로만 보면, 인권에 대한 세계선언과 국제연합 이주근로자 권리협약이 가장 강력하게 국적 차별을 금지하는 흐름 속에 있는 것으로 보인다. 시간상으로 가장 앞선 「인권에 대한 세계선언」이 규범성이 약하고 선언적 성격이 강하다고 보아 논외로 친다면, 최근에 제정된 국제법규일수록 외국인 근로자의 보장 정도가 높다고 할 수 있다. 개별적 근로관계에서의 임금, 근로시간 등 근로조건에 대해서는 1949년의 이주근로자 협약에서부터 이미 동등한 대우가 보장되어 다른 국제법규도 이를 당연히 인정하는 것을 규정하거나 전제로 하고 있다. 개별적 근로관계에서의 균등대우 원칙은 국제적 합의수준이 매우 높다.

노동삼권을 보장하고 있는 정도를 살펴보면, 1949년의 이주근로자 협약은 외국인 근로자의 노동조합 결성권을 전제로 하고 노동조합 가입권과 단체교섭의 이익을 향유할 권리만을 규정하는 데에 그치고 있다. 그것도 합법적인 체류를 하고 있는 근로자가 취업한 경우에 대해서 규정하고 있다. 그렇지만, 1975년의 이주근로자 보충협약의 경우에는 노동조합에 대한 권리 전반이 원칙적으로 보장되는 것으로 그 내용이 강화되었다. 그러한 흐름은 국제연합의 외국인권리선언과 이주근로자 권리협약에까지 계속된다. 국제연합의 이주근로자 보충협약의 경우에는 여기에서 한걸음 나아가 불법체류 근로자의 노동조합 가입권을 인정한다. 다만, 이 협약은 불법체류 근로자의 노동조합 결성권에 대해서는 침묵하고 있다.

고용 및 직업에 대해서는 1975년 이주근로자 보충협약이 합법체류 근로자에 대해서는 균등하게 대우하도록 하고 있다. 그 이전 1949년 이주근로자 협약과 1985년 차별대우협약이 고용 및 직업에 대한 국적 차별을 의도하지 않은 것과 대조된다.

사업장 이동의 자유도 시간의 흐름에 따라 그 보장이 강화되고 있다. 1949년의 협약은 취업 목적의 거주가 적어도 5년이 되면, 사업장 이동의 자유와 직업선택의 자유를 제한할 수 없다고 한다. 그 후 1975년의 보충협약에서는 2년이 되면 이를 제한할 수 없는 것으로 되었다. 아울러 국제연합 이주근로자 권리협약도 이에 대해 정하고 있다.

가족 결합에 대해서 보면, 1975년 보충협약에 이르기 전에는 외국인 근로자 가족의 결합에 대해서는 직접적인 언급이 없었다. 그렇지만, 보충협약을 계기로 회원국은 가족의 재결합을 촉진하기 위하여 모든 필요한 조치를 취한다고 하였다. 이 협약은 합법적인 체류자격이 있는 근로자를 염두에 둔 규정이지만, 그 이후 외국인권리선언과 이주근로자 권리협약에서도 이러한 취지의 규정이 포함되어 있다.

이상에서 살펴본 대로 1975년 ILO의 이주근로자 보충협약을 계기로 하여 외국인 근로자의 보호수준이 매우 높아졌다고 할 수 있다. 필자의 기준에서 보면 1975년 보충협약과 1990년 이주근로자 권리협약은 내외국인을 실질적으로 균등하게 대우하는 단계를 보여주고 있다고 생각한다.

아래에서는 UN과 ILO의 기준에 대해서 좀더 구체적으로 살펴본다.

第2節 國際聯合(UN)

1. 인권에 대한 세계선언과 국제인권규약

UN 설립시부터 모든 나라가 준수해야 하고 인류가 누려야 할 인권에 대한 국제적 규범을 제정하려는 움직임이 있었다. 최초의 포괄적 권리장전이 「인권에 관한 세계선언」이며, 이를

구체화하고 있는 것이 「경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약」(사회권규약, A규약)과 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약」(자유권규약, B규약)이다.¹⁾ 내국인과 외국인의 균등대우원칙이 국제적 규범에서 인정된 것은 외국인이 권리의무의 주체로서 등장한 이후의 일이다. 특히 외국인 지위의 발전에 대해서 결정적인 계기가 된 것은 제2차 세계대전이었다. 인류는 참담한 인권유린의 현장을 목격하게 되었으며, 전쟁을 전후하여 정치적 난민이 다수 발생했다. 특히 제2차 세계대전중의 나찌스에 의한 유대인의 박해와 같이 소수민족에 대한 박해는 국제적인 분쟁으로 발전하여 국제평화를 위협할 수 있다는 인식을 하기 시작했다. 제2차 세계대전 이후 인류는 인간은 누구나 일정 수준의 권리를 보장받아야 한다고 확신하게 되었다.

먼저, 인권에 관한 세계선언은 1948년 제3회 유엔총회에서 채택되었는데, 이 선언에서는 모든 사람의 일반적 권리를 천명하는 형식을 취하고 있다. 인권에 관한 세계선언은 "인류사회 모든 구성원의 고유한 존엄성과 평등하고 양도할 수 없는 권리를 승인함은 세계의 자유, 정의와 평화의 기본이 되는 것"(선언 前文)을 천명한 후에 균등대우원칙과 구체적 인권을 적시하고 있다.

제2조 제1항에 의하면, "모든 사람은 종족, 인종, 성별, 언어, 종교, 정치적 기타의 의견, 민족적 혹은 사회적 출신, 재산, 가문 혹은 기타 어떠한 지위로 인하여도 차별을 받음이 없이 본 선언에 천명된 모든 권리와 자유를 향유할 권리를 가진다."고 하여 균등대우원칙을 모든 권리와 자유에 대해, 그리고 모든 사람에게 보장한다고 하는 이상(理想)을 선언하고 있다. 그리고 제23조 제1항에서 "사람은 누구나 일할 권리와 직업의 자유선택과 적정하고 유리한 근로조건과 실직에 대하여 보호를 받을 권리를 가진다." 제2항에서는 "사람은 누구를 막론하고 차별없이 동등한 일에 대하여 동등한 보수를 받을 권리를 가진다." 제4항에서는 "사람은 누구를 막론하고 각자의 이익을 옹호하기 위하여 노동조합을 결성하고 가입할 권리를 가진다."고 하고 있다.

인권에 대한 세계선언은 "각 당사국이 어떠한 권리를 보장한다."라는 형식을 취하지 아니하고, '모든 사람은', '사람은 누구를 막론하고' 어떠한 권리를 가진다 라고 하는 강력한 규정형식을 취하고 있다. 이에 따라 국적에 의한 차별은 처음부터 논할 여지가 없어지게 된다.

이러한 세계선언이 국내법적으로 효력을 갖는지에 대해서는 다툼이 있다. 논의의 초점은 세계선언이 헌법 제6조가 규정하고 있는 '일반적으로 승인된 국제법규'인지에 대해서이다. 최근의 논쟁으로서는 사립학교교원의 노동운동을 결과적으로 금지하고 있는 사립학교법 제55조와 제58조 제1항 제4호에 대한 위헌심판사건²⁾을 들 수 있다. 다수 의견은 "인권에 관한 세계선언이 모든 국민과 모든 나라가 달성해야 할 공통의 기준을 선언하는 의미는 있으나 그 선언 내용인 각 조항이 바로 보편적인 법적 구속력을 가지거나 국내법적 효력을 갖는 것으로 볼 것은 아니다."고 보았다.³⁾

생각컨대, 인권에 관한 세계선언의 내용들은 일반적으로 승인된 국제법규로서 국내법적 효력이 있다고 바로 인정하기에는 무리가 따르는 것이 사실이다. 그렇지만, 입법과 해석의 기본방향을 천명했다는 의의가 있다고 하겠다. 인권에 대한 세계선언을 존중하는 것이, 우리 헌법의 전문에 나와 있는 세계평화와 인류공영에 이바지하는 길이기 때문이다.

다음으로 사회권규약과 자유권규약의 균등대우조항과 노동기본권에 대한 입장을 정리해 본다. 앞의 인권에 대한 세계선언과 사회권규약 및 자유권규약을 합하여 <국제인권장전>이라고 한다. 특히 사회권규약과 자유권규약은 우리나라가 1990년에 비준했다는 점에서 의의가 있다. 인권에 대한 세계선언과 달리, 이러한 국제인권규약들이 국내법상 직접적 효력이 있다는 점에서 특히 의의가 있다.

사회권규약과 자유권규약은 일견 동일한 내용의 균등대우원칙을 정한 것으로 보인다. 즉 자유권규약은 제2조 제2항에서 "이 규약의 각 당사국은 이 규약에서 선언된 권리들이 인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적(national) 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 기타의 지위(other status) 등에 의한 어떠한 종류의 차별도 없이 행사되도록 보장할 것을 약속한다."라고 정하고 있으며, 사회권규약은 제2조 제1항에서 "이 규약의 각 당사국은 자국의 영토 내에 있으며, 그 권한권하에 있는 모든 개인에 대하여 인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 기타의 지위에 의한 어떠한 종류의 차별도 없이 이 규약에서 인정되는 권리들을 존중하고 확보할 것을 약속한다."라고 정하고 있다. 그렇다면 외국인에 대한 균등대우는 이 규정에 의해 보장되고 있는가가 문제이다. 통상

국적(nationality)에 의한 차별을 금지했다면 논란이 없겠지만, 국적을 기준으로 열거하고 있지 않다. 그러한 이유로 위 조항의 '민족적 차별'에는 국적을 포함한다고 해석하기도 하고, 국적은 '기타의 지위'속에 포함되어 있다고 보기도 한다. 그렇지만, 결과를 놓고 보면 국적에 의한 차별이 원칙적으로 금지되어 있다는 데에는 이견이 없다. 다만, 보장의 방법에서 약간의 차이가 있다. 자유권규약은 규약상 권리를 실현하기 위한 국가의 의무를 엄격하게 정하여 보장하고 있는 데 반하여, 사회권규약은 몇가지 제약이 설정되어 있다. 즉 사회권규약 제2조 제1항은 ".....이 규약에서 인정된 권리의 완전한 실현을 점진적으로 달성하기 위하여 "라는 표현과, ".....자국의 가용자원이 허용하는 최대한도까지 조치를 취할 것을 약속한다."라는 표현을 쓰고 있다. 또한 제2조 제3항에서 "개발도상국은 인권과 국가경제를 충분히 고려하여 이 규약에서 인정된 경제적 권리를 어느 정도까지 자국의 국민이 아닌 자에게 보장할 것인가를 결정할 수 있다."라고 정하고 있다. 나아가, 제4조에서는 권리 일반에 대해서 일반적 법률유보조항을 두고 있으며, 개별적 법률유보조항을 두고 있는 조항도 있다(예를 들어, 제8조 제1항 A호). 요컨대, 국제연합의 자유권규약의 경우에는 국적에 의한 차별이 엄격하게 금지하고 있는 데에 반해서, 사회권규약은 자유권규약보다는 그 규제의 정도가 약하다고 생각된다. 이것은 자유권규약에 대한 국제적 합의의 수준이 사회권규약에 대한 합의수준보다 높았던 데에 기인한다고 할 수 있다. 그러나 사회권규약에 의해 보장되고 있는 사회적·경제적 권리에 대해 국적에 의한 차별을 허용한 것으로 단정하는 것은 곤란하다고 하겠다. 앞서서도 열거된 표현에 의하면 가용자원의 범위 내에서 '최대한다'라는 표현이 있기 때문에 이를 비준한 국가는 이를 최대한 보장해야 한다고 보아야 한다. '점진적'이라는 표현도 당사국에게 대해 끊임없이 한층 높은 수준의 권리실현을 보장할 의무를 부과하는 것으로 해석하는 것이 적절하다고 본다. 참고로, 양규약에 의해서 보호되고 있는 권리의 범위를 보면 다음과 같다. 자유권규약에는 생명권의 보호(제6조), 고문의 금지(제7조), 노예제도의 금지(제8조), 신체의 자유(제9조), 집회의 자유(제21조), 결사의 자유(제22조) 등이 보장되고 있다. 특기할 만한 것은, 자유권규약이 정하고 있는 '결사의 자유'에는 노동조합의 결성 및 가입권이 포함되어 있다는 점이다.⁴⁾ 그러므로 노동조합의 결성 및 가입권은 자유권규약의 일 내용으로서 강력한 보호를 받고 있다고 볼 수 있다.⁵⁾ 사회권규약에는 모든 사람이 자유로이 선택하는 노동에 의하여 생계를 영위할 권리(근로조건의 제6조), 동등한 가치의 노동에 대한 동등한 보수를 포함한 근로조건을 향유할 권리(근로조건의 제7조), 노동조합 결성·가입·활동·파업권(제8조), 사회보험을 포함한 사회보장에 관한 권리(제9조)등이 규정되어 있다.

2. 외국인 근로자의 보호

일반적 인권법규를 천명하는 것 이외에도 국제연합은 외국인 근로자를 직접적으로 보호하려는 노력을 1970년대부터 시작하였다. 「외국인 인권선언」이 논의되고, 국제연합이 이주근로자 권리협약을 체결해야 한다는 주장의 단초가 마련된 것도 이 무렵이었다.

가. 외국인 인권선언

먼저, 외국인 인권선언의 채택 경위와 그 내용을 살펴보면 다음과 같다.⁶⁾ 외국인 인권선언에 대한 발단이 된 것은 아프리카에서 발생한 인도계 주민에 대한 박해이다. 1960년대에 아프리카제국은 점차로 독립을 달성했지만, 경제적인 자립을 위해 1970년에 들어와 아시아계 주민을 박해하려고 하였다. 특히 우간다 정부는 인도계 주민을 추방하고 재산을 몰수해 버렸다. 1973년에 국제연합의 경제사회이사회는 차별방지소수자보호소위원회에 이 문제를 조사하는 권한을 부여했다.

국제연합은 그 후 오랫동안의 논의과정을 거친 끝에 보호대상자의 범위를 확대하는 등의 변경을 거친 이후에 1985년 12월의 국제연합 총회에서 외국인 권리선언이 채택되었다. 이것은 국제연합 총회의 결의에 의한 선언이며, 조약으로서의 효력은 없다 할 수 있다.

선언의 기본적인 발상은 처음에는 자격을 가지고 취업하는 외국인 근로자의 권리보호였지만, 심의 도중에 보호대상자가 확대되었다. 외국인 주민의 권리와 체류자격의 관계를 분명히 한 후에 기초적인 인권에 대해서는 불법체류 근로자도 보호의 대상이 되는 것으로 하였다. 즉 선언은 어떠한 입장의 외국인이든 모든 인간에게 공통으로 인정되는 인권과 정규의 체류자격을 가진 체류자에 한정되어 인정되는 인권을 구별하며, 나아가 합법체류자 가운데 노동허가와 고용허가를 보유하여 체류하고 있는 자에 한정하여 인정된 권리도 구분하여 정리하였다.

선언이 어떠한 입장의 외국인에게도 인정된다고 한, 가장 인권성이 높은 권리·자유로서는 생명 및 신체의 안전, 프라이버시, 사법절차에서의 평등과 무료통역의 권리, 배우자 선택과 결혼의 자유, 사상과 양심의 자유, 출국의 권리, 표현의 자유, 집회의 자유, 재산권, 고문의 금지, 품위를 손상하는 취급의 금지가 있다. 또 이 선언이 처음으로 인정한 새로운 인권으로서는 고유의 언어·문화·전통을 보유하는 권리, 개인자산의 해외(본국) 송금권, 국적국의 외교관과 접촉하는 권리가 있다.

다음으로 정규의 체류자격을 가지고 합법적으로 체류하는 사람에게 인정되는 권리·자유로서는, 국내에서의 거주·이전의 자유, 퇴거강제의 제한, 퇴거강제절차에 있어서 절차상의 이의제기권의 보장이다.

그리고 정규체류자 가운데 노동허가·고용허가를 보유한 취업자에게는 안전하고 건강한 근로조건의 보장, 공정한 임금결정, 동일노동 동일임금(국적 차별과 성 차별을 함께 금지)의 보장, 노동조합의 결성권과 참가권, 의료·복지·교육에 대한 권리(단, 체류국의 법령상의 조건을 충족하는 것과 과잉 재정부담으로 되지 않는 것이 조건), 가족의 체류권 등이다.

이러한 권리보장에 대응하여 체류국의 정부는 외국인에 관한 법령의 공표의무가 있다. 또 합법체류자의 권리에 관해서는 2국간 조약, 다국간 조약을 체결하여 거기에서 별도로 보호하는 것도 가능하도록 되어 있다.

나. 국제연합 이주근로자 권리협약

국제연합의 이주근로자 권리협약의 제정 경위와 내용을 살펴본다. 1970년대 초에 국제연합에서 논의된 취업 목적의 밀입국에 관한 논의가 진전되어 이주근로자 권리협약의 제정에 이르게 된다. 1972년에 국제연합은 취업 목적의 밀입국에 대해 조사를 했는데, 작업은 그 후에 시야를 넓혀 이주근로자 생활 전반을 대상으로 하게 되었다. 1974년에 차별방지소위원회는 밀입국 문제의 특별보고자를 임명하여, 1976년에 특별보고자의 보고가 제출되고 총회에서 논의되어 인권보호의 필요성이 결의되었다.

그런데 여기에서 외국인 근로자의 권리보호에 관해 새로이 국제연합에서 협약을 작성해야 한다고 하는 논의가 부상하였다. 가장 큰 실질적인 문제는 1975년에 성립한 ILO 제 143호 협약의 평가이다. 이 협약에 대한 평가를 놓고 선진자본주의 국가와 저개발국가 사이에는 평가가 서로 달랐다. 선진자본주의 국가는 내용이 너무 외국인 근로자를 보호하는 것이라고 생각했던 데 비해서, 저개발국에서는 너무 미흡하다고 생각하였다. 문제의 실질적인 해결을 위해서는 제143호 협약을 개정하거나 그렇지 않으면 국제연합의 장으로 옮겨서 새로이 문제를 검토하는 방안이 있었다. 선진자본주의 국가의 사이에서는 전자의 길이 고려되었지만, 저개발국가에게는 자기의 발언권이 강한 국제연합에서 새로운 협약을 작성하는 방법이 유리하였다. 게다가 ILO의 장에서는 노동관계의 보호가 중심을 이루었지만, 국제연합의 장에서는 생활 전반을 포함하여 넓은 범위에서의 구조 설정이 가능하였다. 이러한 이유로 멕시코, 모로코, 알제리 등 근로자를 송출하고 있는 저개발국가는 새로운 협약의 제정을 요구했다. 결국 그것이 원동력으로 되어 국제연합은 1979년에 총회 제3위원회에서 작업소모임을 설치하여 새 협약의 기초를 개시하였다.⁷⁾

작업소모임은 약 10년에 걸쳐서 심의를 진행하였고 ILO 등 국제연합 관련기관과의 협력과 국제연합 가맹국의 의견을 청취하면서 협약 초안의 작성을 계속하였다. ILO는 처음에는 국제연합의 장이 아닌 ILO에서 이 문제에 대처하는 국제적인 틀을 만드는 것을 희망하고 있었지만, 협약 작성의 방향이 명확하다면 이에 협력하여 전문기관으로서의 조언을 하는 것과 함께 협약이 기존의 국제연합 및 ILO의 인권 조약들과 내용에서 저촉하지 않도록 배려하는 역할을 맡았다. 국제연합 가맹국 가운데에는 멕시코, 모로코를 중심으로 한 남(南)의 제국이 활발히 의견을 제시하였고, 서유럽 국가 중 지중해 연안의 포르투갈, 스페인, 이탈리아, 그리스 등과 스칸디나비아반도 부근의 핀란드, 스웨덴, 덴마크, 노르웨이, 네덜란드 등도 자격외 취업의 방지와 취업하고 있는 자의 인권보호를 원칙으로 하여 이에 참가하였다.

그후 작업소모임은 1990년 6월의 모임에서 작업을 마무리하였고 같은 해 12월 총회에서 이주근로자의 권리협약이 채택되었다.⁸⁾ 이 협약의 발효에는 최저 20개 국의 비준이 필요하지만, 최근까지 멕시코, 모로코 등 몇몇 국가만이 비준을 한 것으로 알려지고 있다. 비준국의 수는 적지만, 외국인 근로자에 대한 지위를 정하는 포괄적인 국제법규가 탄생했다는 의의가 있다. 또한

이 이주근로자의 권리협약은 보호의 정도가 철저하여, 외국인 근로자를 실질적으로 균등하게 대우해야 한다는 것을 분명히 하고 있다는 특색이 있다.

이 협약은 외국인 근로자의 지위에 대해서 매우 포괄적인 내용을 담고 있으며 보호의 강도도 높다. 전체적으로 보면, 전문(前文)과 제1부로부터 제9부까지 93개조로 구성되어 있다.

제1부(제1~6조)는 협약이 적용되는 근로자의 범위와 용어의 정의를, 제2부(제7조)는 권리 향유에서의 비차별의 원칙을, 제3부(제8~35조)는 증명서를 소지하지 않았거나 불법체류 상태에 있는 근로자를 포함한 모든 이주근로자가 향유하는 인권을, 제4부(제36~56조)는 증명서를 소지하였거나 적법 상태에 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 시행 조치를, 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.

해당 규정을 하나하나 소개하기 어렵기 때문에, 주요한 조항에 대해서만 적어 보면 다음과 같다. 먼저, 이 협약의 제2부에서는 균등대우의 원칙에 대한 언급이 있다. "이 협약의 체결국은 인권에 관한 국제문서에 따라서 자국의 영역 내에 있거나 자국의 관할권에 복종해야 할 모든 이주근로자 및 가족에 대하여 성, 인종, 피부색, 언어, 종교 또는 신조, 정치적 또는 기타의 의견·민족이나 종족이나 사회의 출신, 국적, 연령, 경제적 지위, 재산, 혼인상의 지위, 출생 기타의 지위에 의한 어떠한 구별도 없이, 이 협약 가운데 정해진 권리를 존중하고 확보하는 것을 약속한다."고 하고 있다. 민족적 출신뿐만 아니라 국적에 의한 차별도 금지됨을 분명히 하고 있다는 데에 특징이 있다.

다음으로 노동조합에 대한 권리이다. 이주근로자 권리협약 제26조는 불법체류 근로자를 포함한 모든 이주근로자에 대해 노동조합 기타 단체의 회의 및 활동에 참가하는 권리를 보장하고 있다. 그렇지만 노동조합의 결성권은 여기에서는 명시되고 있지 않으며, 결성권은 제40조에서 정하고 있다. 제40조는 적법 상태에 있는 이주근로자에게 보장된 제4부에 속하기 때문에 문언상으로는 보편적 합법체류자만이 노동조합 결성권이 있는 것으로 규정되어 있다.

또한 적법 상태에 있는 외국인 근로자에게는 가족적 결합을 확보하기 위하여 배우자와 그 자녀와 고용국에서 재결합하는 것(제44조)⁹⁾이 규정되어 있다. 그리고 외국인 근로자와 그 가족은 고용국에서 일정한 조건과 제한에 좇아서 보수활동, 즉 직업을 자유로이 선택하는 권리(제52조 및 제53조), 해고에 대한 보호와 실업수당 등의 권리에 대해서 내국민 대우를 향유한다(제54조)는 것이다. 특히 제52조 및 제53조에서 정하는 직업의 자유로운 선택에 관한 권리는 중요하다. 그 내용을 보면, 2년 이내에서 합법적으로 체류한 경우에는 자유로이 보수활동(remunerated activity)을 할 수 있다고 정하고 있다. 다만, 내국인 등을 우선하기 위한 정책이 법률에 의해 시행되고 있을 때에는 5년 이후가 되면 자유롭도록 하고 있다.¹⁰⁾

주석 1) 국제인권규약 A와 B는 1966년에 채택되어 1976년부터 발효되었다.

주석 2) 현재 1991. 7. 22. 선고, 89헌가 106, 『헌재판례집』. 제3권, 387쪽.

주석 3) 김양균 재판관의 반대의견

주석 4) 제22조 제1항 : 모든 사람은 자기의 이익을 보호하기 위하여 노동조합을 결성하고 이에 가입하는 권리를 포함하여 다른 사람과의 결사의 자유에 대한 권리를 갖는다.

주석 5) 제22조 결사의 자유에 대해서는 동조 제2항에서 일반적 유보조항(그러한 권리의 행사에 대해서는 법률에 의해 규정되고, 국가안보 또는 공공의 안정, 공공질서, 공중보건 또는 도덕의 보호 또는 타인의 권리 및 자유의 보호를 위해 민주사회에서 필요한 범위 내에서는 합법적인 제한을 둘 수 있도록 하는 내용)을 두고 있고, 우리나라가 1990년 가입 당시에 유보한 조항이기 때문에 직접적 효력이 있는 것은 아니다. 그러나 자유권 규약의 한 내용으로 존중하는 것은 국제적인 흐름이라고 하겠다.

주석 6) 江橋崇, 「移住労働者保護條約の採擇の意味するもの」, 「法學セミナ-」, 第442號, 1991. 10. 59쪽 이하.

주석 7) 江橋崇. 앞의 논문, 60쪽: 金東勳 編著, 『國連・移住労働者權利條約と日本』(解放出版社, 1992). 16쪽 이하.

주석 8) 12월 18일 제69차 총회에서 채택되었다. 협약의 원래 명칭은 「모든 이주근로자와 그 가족의 권리보호에 관한 국제협약」(International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families)이다. UN Doc. A/RES/45/158.

주석 9) 구체적인 조항은 부록 2를 참조.

주석 10) 직업선택의 자유와 사업장 이동에 관한 제52조는 부록을 참조.

第3節 國際勞動機構(ILO)

(1) 국제노동기구는 외국인 근로자의 보호에 대해서 관심을 가지고 지속적인 노력을 기울여 왔다. ILO의 노력은 일찍부터 시작된다. ILO의 기본원칙을 정한 베르사이유 평화조약은 "각국에서 법률에 의해 정립된 근로조건에 관한 기준은 그 국내에 합법적으로 거주하는 모든 근로자의 공평한 경제적 대우를 적절하게 고려하여야 한다." (제427조)고 규정하고 있고, 1919년 제1회 총회에서 ILO는 이주근로자와 내국인의 대우의 평등을 촉진하는 것을 하나의 목적으로 채택했다. 1919년에 외국인 근로자의 상호대우 권고(제25호), 1925년에 근로자의 재해보상에 관한 내외국인 근로자의 균등대우에 관한 협약(제19호),¹⁾ 1935년에 이주근로자의 연금에 대한 권리에 관한 협약(제48호), 1939년에 이주근로자의 모집, 직업소개 및 근로조건에 관한 협약(제66호 협약)²⁾과 권고(제61호 권고)를 채택했다.

국제연합의 전문기구로 재출발한 ILO는 1939년의 협약과 권고를 개정하여 고용 목적의 이주에 관한 권고(제86호)와 협약(제97호)을 1949년에 채택했다. 또한 ILO는 1955년에 근로자를 송출하는 입장에 있는 개발도상국의 이주근로자 보호협약(제100호)을 채택했고, 1958년에 고용 및 직업상 차별대우에 관한 협약(제111호 협약, 차별대우협약)을 채택하였고, 1962년에 사회보장에서 균등대우협약(제118호)을 채택하였고, 1975년에 제97호 협약과 제111호 협약을 보완하여 「불법이주 및 이주근로자의 기회 및 대우균등의 촉진에 관한 협약」(제142호) 및 이주근로자에 관한 권고(제151호)를 채택하였으며, 1982년에 이주근로자의 사회보장에서의 권리유지에 관한 협약(1982년, 제157호)과 권고(제167호)를 채택하였다.

ILO의 협약들 가운데, 외국인 근로자의 법적 지위와 관련하여 중요하게 언급할 가치가 있는 것은 1948년에 나온 제87호 협약, 1949년에 나온 제97호 이주근로자 협약(개정)과 1975년의 제143호 이주근로자 보충협약과, 일명 「차별대우(금지)협약」이라고도 불리는 1958년의 제111호 「고용 및 직업과 관련한 차별에 관한 협약」이다.

(2) ILO의 기본협약인 제87호 「결사의 자유 및 단결권 보호에 관한 협약」 제2조에서도 외국인 근로자에 대한 단결권보호에 관련된 규정을 두고 있다. 제2조의 내용을 보면 "근로자 및 사용자는 사전인가를 받지 아니하고 스스로 선택하여 단체를 설립할 권리와 그 단체의 규약에 따를 것만을 조건으로 하여 그 단체에 가입할 수 있는 권리를 어떠한 차별없이(without distinction whatsoever) 갖는다"고 규정되어 있다. 여기에서 '어떠한 차별없이'의 의미가 문제인데, 이 문구는 초기에는 별로 문제가 되지 않다가 점차로 많은 관심을 받게 되었다.³⁾

제87호 협약의 해석과 관련하여 ILO의 결사의 자유 위원회(the Freedom of Association Committee)는 "결사의 자유는 직업, 성별, 피부색, 인종, 신앙, 국적, 정치적 견해 등에 기초한 어떠한 형태의 차별도 없이, 사적 경제 부문의 근로자뿐만 아니라 공무원과 공공 부문의 근로자 모두에게 보장되어야 한다는 것을 의미한다."고 결정하였다.⁴⁾ 그러므로 결사의 자유 위원회의 결정에 따르면, 외국인 근로자 역시 노동조합 결성에 있어서 차별을 받아서는 안 된다. 결사의 자유 위원회의 이러한 해석은 제87호 협약의 성립과정부터 이미 예견되고 있었다. 제87호 협약은 1948년의 제31차 ILO 총회에서 채택되었는데, 그 이전 제30차 총회에서 국적에 의한 차별없이 노동조합 결성권이 보장된다는 결의를 하였던 것이다. 제87호 협약은 102개 국(1991년 2월

기준)이 비준한 것으로서 ILO의 기본협약이다. 이 협약을 비준하지 않더라도 ILO에 가입한 국가들은 현장의 기본이념을 존중해야 하는데, 결사의 자유는 현장의 기본이념을 이루고 있다.

(3) 1949년에 나온 제97호 이주근로자 협약(개정)은 외국인 근로자에 대한 포괄적인 협약이다.⁵⁾ 협약은 본 협약과 3개의 부속문서로 구성되어 있는데, 부속문서는 체약국의 선택에 위임되어 있다.⁶⁾

이 협약은 외국인 근로자에 대해 출입국에 관한 정책·법령, 근로 및 생활조건에 관한 규정에 대한 정확한 정보의 제공을 목적의 하나로 하고, 또한 보수, 사회보장 또는 노동조합 활동 등 모든 근로조건에 대한 자국민과 평등한 대우를 주된 목적으로 하고 있다. 이 협약은 체류자격을 가지고 있는 외국인 근로자를 그 보호대상으로 하고 있다.

이주근로자 협약은 외국인 근로자에 대한 정확한 정보의 제공을 위한 규정이 있는데, 제2조에 의하면 "이 협약의 적용을 받는 각 회원국은 이주근로자를 지원하고 또한 그들에게 정확한 정보를 제공하기 위하여 적절하고도 무료의 서비스사업을 유지하거나 또는 그것이 유지되도록 할 것을 약속한다"고 정하고 있으며, 제3조 제1항은 "이 협약의 적용을 받는 각 회원국은 법령이 허용하는 한 출이주에 관한 잘못된 선전에 대해 모든 적절한 조치를 취할 것을 약속한다"고 하며, 제7조 제2항은 "이 협약의 적용을 받는 각 회원국의 공공 고용서비스사업이 이주근로자에 대해 하는 업무를 무료로 보장할 것으로 약속한다"고 하고 있다.

이주근로자 협약은 외국인 근로자에 대해 균등대우원칙이 적용되는 분야로서, a. ① 임금, 가족수당, 근로시간, 초과근로시간, 유급휴가, 가내노동의 제한, 최저연령, 훈련, 여자와 연소자의 노동, ② 노동조합원의 자격과 단체교섭 이익의 향유, ③ 숙박시설, b. 사회보장, c. 고용관련세, 조합비, 각출금, d. 법적 절차 등을 열거하고 있다(제6조 제1항).⁷⁾

위에서 보는 바와 같이 노동조합과 관련해서는 '노동조합원의 자격과 단체교섭 이익의 향유'만을 정하고 있으며, 노동조합의 결성권 등에 대한 명시적인 규정은 없다. 그러나 노동조합 결성권을 의도적으로 부인하였다기보다는 그것을 전제로 하고 있다고 보는 것이 타당하다고 생각한다.

왜냐하면, 이 협약 이전에 제87호 협약이 제정되었으며, 이 협약에 의하면 외국인 근로자도 노동조합의 결성권이 보장되고 있기 때문이다.

이주근로자 협약은 가족의 결합권이나 사업장 이동의 자유와 관련하여 규정을 두고 있지 않다.

다만, 같은 해(1949년)에 만들어진 제86호 이주근로자 권고 제16조 제2항은 "이주고용이 제한되고 있는 국가에서는, 이들 제한을 가능한 한 그 국가에 일정기간 거주하고 있는 이주근로자에게는 이를 적용하지 않아야 한다. 위 일정기간은 5년을 초과할 수 없다."고 하고 있다. 즉 외국인 근로자가 5년 이상 거주한 경우에는 취업에 대한 제한을 할 수 없다는 권고가 이주근로자 협약과 같은 해에 제정된 것이다.

이 제97호 이주근로자 협약은 1952년 1월에 발효하였으며, 1991년을 기준으로 38개국이 비준하고 있다. 그리고 이 협약과 함께 이주근로자 권고(제86호)가 제정되고,⁸⁾ 특히 이 권고에서는 그 부속서로서 「난민 등을 포함한 취업을 위한 일시적 및 영구적 이주에 대한 모범협약」⁹⁾을 채택하였다. 이것은 회원국들이 외국인 근로자의 이주에 관한 쌍무협약을 체결할 경우에 대비한 모범협약이라고 할 수 있다.

(4)다음으로 1975년에 제정된 제143호 이주근로자 보충협약에 대해서 살펴보자.¹⁰⁾ 1970년대에 들어 국제연합이 외국인 근로자 문제에 관심을 갖게되면서 ILO에 대해서도 검토를 의뢰하였다. 그리하여 ILO는 1975년에 이주근로자 보충협약과 동 권고를 작성하였는데,¹¹⁾ 협약작성 과정에서 많은 논란이 있었다. 외국인 근로자를 도입하였지만 자국민의 우선보호는 유지하고 또 위법한 체류와 취업의 규제를 강화하고 싶어하는 선진 자본주의 국가의 입장과 불법체류 취업을 포함하여 자국민의 취업으로 이익을 획득하는 저개발국가의 입장이 대립하였다. 결국에는 '불법체류 근로자도 포함하여 외국인 근로자의 권리를 보호해야 한다는 것, 그러나 위법한 외국인 근로자의 사용을 규제할 필요가 있고, 불법한 채용은 국내법으로 처벌해야 한다는 것, 반면에 합법적인 이주근로자의 균등대우를 전면적으로 승인함과 함께 고유한 문화의 계승, 자녀교육에 관한 독자의 권리를 인정하는 것 등이 정해졌다.

이 협약은 반드시 타협에 성공한 것이 아니며, 남북제국간에 심한 대립의 가운데에 쌍방이 불만을 가지게 되었고, 이러한 논쟁은 전술한 바와 같이 국제연합의 이주근로자 권리협약의

체결과정에까지 연결이 되었다. 이 보충협약은 1991년 1월을 기준으로 스웨덴, 노르웨이 등을 포함한 15개 국이 비준하고 있다.

이주근로자 보충협약도 균등대우에 관한 조항을 가지고 있다. 협약 제10조 제1항에 의하면, "본 협약의 적용을 받는 각 회원국은 국내 조건 및 관행(national conditions and practice)"에 적합한 방법에 의하여 이주근로자 및 그 가족으로서 자국의 영토 내에 합법적으로 거주하는 자들에게 고용 및 직업, 사회보장, 노동조합 및 문화적인 권리와, 개인의 자유와 집단적인 자유에 관하여 동등한 기회 및 대우를 촉진하고 보장하기 위한 국내 정책을 선언하고 추구하여야 한다."¹²⁾고 하고 있다.

위 규정은 외국인 근로자의 지위에 대해서 균등대우에 대한 포괄적인 내용을 담고 있다는 의의가 있다. 국내 조건 및 관행에 적합한 방법이라는 제약이 설정되기는 했지만 노동조합, 사회보장, 고용 및 직업 등에 대한 균등대우의 원칙을 천명하였다.

그리고 권리의 주체도 이전까지 이주근로자에 한정하던 것에서 그 가족도 권리보장의 주체로서 인정하고 있다. 아울러, 회원국은 이주근로자의 결합에 대해서 필요한 조치를 취해야 한다. 즉 제13조에 의하면, "회원국은 자국의 영토 내에 합법적으로 거주하고 있는 모든 이주근로자의 가족의 재결합을 촉진하기 위하여 모든 필요한 조치를 취하여야 하며, 이를 위하여 다른 회원국들과 협력하여야 한다"고 하며(제1항). 적용대상이 되는 가족은 '배우자, 부양자녀 및 부모'로 범위를 정하고 있다(제2항).¹³⁾

그리고 외국인 근로자의 이동의 자유와 직업 선택의 자유에 대해서는 합법적 거주 2년이 되는 경우에는 이동의 자유를 제한할 수 없다고 하는 내용을 제14조에서 정하고 있다.¹⁴⁾ 1949년에 나온 제86호 권고가 5년을 상한으로 했던 것보다 더 강화된 기준을 정하고 있다. 위의 가족 결합(제13조)과 이주근로자가 2년 동안 취업을 목적으로 합법적으로 거주한 경우에 이동의 자유와 직업 선택의 자유를 주어야 한다는 내용 때문에 유럽의 많은 선진국들이 비준을 거부하였다고 한다.

한편, 이주근로자 보충협약은 불법체류 근로자에 대해서도 규정을 두어, 불법체류 근로자 규제와 보호를 하고 있다. 협약 제9조 제1항에 의하면 "이주근로자가 법령에 따라 회원국의 영토 내에 입국하고 취업이 인가됨으로써 취업 이주를 통제하는 조치를 침해하지 않았다면, 이주근로자는 이러한 법령이 존중되지 아니하거나 또는 자신의 위치가 정상적으로 될 수 없더라도 보수, 사회보장 및 기타 급여는 과거 취업에 기인한 권리를 근거로 하여 당사자 및 그의 가족에게 동등하게 보장되어야 한다."¹⁵⁾고 한다. 또한 제3항에서는 "이주근로자 또는 가족이 추방당하는 경우 그 비용을 그들이 부담하여서는 아니된다."고 하고 있다.

(5) 마지막으로 일명 「차별대우(금지)협약」이라고도 불리는 제111호 협약(1958년)을 살펴보자.¹⁶⁾¹⁷⁾ 이 협약의 제1조는 고용 및 직업에 대한 차별에 관한 조항을 두고 있다. 즉 "인종, 피부색, 성별, 종교, 정치적 견해, 민족적 또는 사회적 출신(national or social origin)"에 의거하여 행하여지는 모든 구별·배제 또는 우대로서, 고용 또는 직업에서의 기회 또는 대우의 균등을 깨뜨리거나 해치는 효과를 갖는 것을 차별로 정의하고, 제2조는 고용 및 직업에 관한 차별을 없애기 위하여 국가정책을 선언하고 이를 준수할 것을 정하고 있다.

이 협약에서 고용 및 직업이라 함은 직업훈련을 받는 것, 고용되는 것 및 특정직업에 종사하는 것과 근로조건을 말한다(제1조 제3항). 문제는 여기에서 국적에 의한 차별이 포함되고 있는지 여부이다. 민족적 출신이라는 표현이 국적을 의미하는 것이라고 볼 수도 있으나, ILO 협약에서도 반드시 국적에 의한 차별이 포함되는 것은 아니라고 보고 있다.¹⁸⁾

협약을 제정하던 1958년에는, ILO에서도 고용 및 직업에 대한 차별금지까지 규정하지는 못한 것이라고 할 수 있다. 그러던 것이 1975년 이주근로자 보충협약을 계기로 하여 고용 및 직업에 대해서도 원칙적으로 보장되는 것으로 변경되었다. 전술했듯이 합법적인 자격이 있는 취업자의 경우에는 국내의 조건과 관행(national conditions and practice)에 따른다는 단서가 붙어 있는 상태에서 고용 및 직업에 대해서도 동등한 대우를 해야 한다는 것이다.

주석 1) 이 협약은 비준한 국가 상호간에만 적용되는 것이었다.

주석 2) the Migration for Employment Convention으로 약칭한다.

주석 3) Jane Hodges-Aeberhard. "The right to organise in Article 2 of Convention No. 87 - what is meant

by 'without distinction whatsoever'". International Labour Review, Vol. 128, 1989. No. 2, p.178: 위 논문의 목적은 제2조가 해석상 논란을 빚자, 이 조항의 범위를 명확히 하기 위해 작성된 글이다.

주석 4) Freedom of Association-Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee, Their edition, 1985, para. 210. 한편, ILO의 제87호 협약은 불법체류 근로자에 대한 노동조합의 결성과 가입까지도 보장하고 있다고 해석하는 견해도 있다. M. Hasenau, "Setting Norms in the United Nations System : The Draft Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Their Families in Relation to ILO Standards on Migrant Workers", International Migration, 28(1990) 1, pp.138 ~ 139.

주석 5) the Convention Concerning Migration for Employment(Revised) or the Migration for Employment Convention(Revised). 이 협약은 1939년의 이주근로자의 모집, 직업소개 및 근로조건에 관한 협약(제66호)을 개정한 것이다.

주석 6) 이 협약의 부속서는 세 가지인데, 제1부속서(ANNEX 1)는 "집단이송을 위하여 정부의 보증하에 행하여지는 협정 이외의 방법으로 모집되는 이주근로자의 모집, 직업소개 및 근로조건"이며, 제2부속서는 "집단이송을 위하여 정부의 보증(government-sponsored)하에 행하여지는 협정에 의거하여 모집되는 이주근로자의 모집, 직업소개 및 근로조건"이다. 이들에 따르면 외국인 근로자의 모집, 입국 및 직업소개 활동에 종사하는 기관은 정부가 보증하든 그렇지 않은 공적 기관이거나 국제문서에 의해 설립된 기관이어야 한다. 또 고용국으로 출발하기 전에 계약서 사본을 인도받고, 근로조건과 보수를 제시받아야 한다(제1부속서의 제5조, 제2부속서의 제6조). 그리고 정부의 보증에 의해 입국한 외국인 근로자가 자기의 책임이 없는 사유로 취업을 할 수 없었을 때에는 귀환비용을 부담시켜서는 안 되며 적절하게 재취업할 수 있도록 최선을 다해야 한다(제2부속서의 제9조 제10조). 아울러 제2부속서는 부적절한 노동에 종사하고 있는 근로자가 적절한 노동에 종사하기 위하여 필요한 원조를 제공할 것을 체약국에게 요구하고 있다(제10조). 제3부속서는 「이주근로자의 개인적 소지품, 공구 및 장비의 이입」에 대해서 관세를 면제해 주는 내용을 담고 있다.

주석 7) 제6조 제1항의 원문은 "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 보수의 일부를 구성하는 가족수당을 포함한 임금, 근로시간, 초과시간의 조치, 유급휴가, 가내노동의 제한, 고용을 위한 최저연령, 수습 및 훈련, 여성노동 및 연소자 노동, ② 노동조합의 조합원 자격 및 단체교섭의 이익의 향유(membership of trade unions and enjoyment of the benefits of collective bargaining), 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) 다만, 다음과 같은 제한을 받아야 한다. ① 이미 취득한 권리 및 취득중에 있는 권리의 보전을 위하여 적절한 협약을 맺을 수 있다. ② 이주국의 법령은 전액 공적 기금에서 지불되는 급여 또는 그 일부에 관한 특별한 조치, 모든 통상의 연금지급을 위하여 규정되는 각출금 조건을 구비하지 아니한 자에게 지불되는 수당에 관한 특별한 조치를 규정할 수 있다.

c. 고용되는 자에 관하여 지불되어야 할 고용세, 조합비, 각출금.

d. '본 협약에서 정한 사항에 대한 법률상의 절차'라고 하고 있다.

주석 8) the Recommendation Concerning Migration for Employment

주석 9) Model Agreement on Temporary and Permanent Migration for Employment. Including Migration of Refugees and Displaced Persons.

주석 10) Migrant Workers (Supplementary Provisions) Convention. 이 협약의 정식명칭은 「불법이주 및 이주근로자의 기회와 대우의 균등의 촉진을 위한 협약」 (the Convention Concerning Migration in Abusive Conditions and the Promotion of Equality of Opportunity and Treatment of Migrant Workers)이다.

주석 11) 권고는 제151호 권고(the Recommendation Concerning Migrant Workers)를 말한다.

주석 12) 같은 해에 나온 이주근로자 권고(권고 제151호)의 제2조는 균등대우에 대한 좀더 자세한 규정을 두고 있다. 제2조의 원문은 "회원국의 영역 내에 합법적으로 거주하는 이주근로자와 그 가족은 다음 사항에 관하여 그 회원국의 국민과 같은 기회와 대우의 실질적 균등을 누려야 한다. a.

직업지도 및 직업소개를 받을 기회, b. 그 지역 밖에서나 수입국에서 취득한 자격을 고려하면서, 훈련이나 고용에 대한 개인의 적성에 따라서 스스로 선택한 직업훈련이나 고용을 제공받을 기회, c. 개인적인 특성, 경험 능력 및 근면도에 따른 승진, d. 고용의 안전, 대체고용의 제공, 실업구제사업 및 재훈련, e. 동일가치 노동에 대한 동일 보수, f. 근로시간, 휴게, 연차유급휴가, 직업안전 및 보건조치, 그리고 고용과 관련된 사회보장조치와 복지시설과 연금까지를 포함한 근로조건, g. 노동조합원의 자격, 노동조합권의 행사, 그리고 기업 내에서 근로자를 대표하는 기관을 포함한 노동조합 및 노사관계 기관에서 임원에 취임할 자격, h. 모든 종류의 협동조합의 완전한 조합원 자격을 가질 권리, i. 주거, 사회서비스 및 교육보건시설의 편익을 포함한 생활조건"이라고 하고 있다.

주석 13) 이러한 협약의 취지를 보충하고 있는 것이 같은 해 만들어진 권고 제151호이다. 이 권고의 제13조부터 제19조까지가 이에 대한 내용이다. 그것은 본국과 고용국으로 하여금 가족 결합을 가능한 한 촉진시키기 위한 조치를 취할 것을 내용으로 하는 것에 그치고 있다. 그리고 가족의 재결합을 위한 하나의 전제조건은 이주근로자가 그 가족을 위해 고용국 국민에게 통상 적용되는 기준에 합치되는 적당한 숙박시설을 보유한다는 것이어야 한다. International Labour Office. The Rights of Migrant Workers. 1988. p.8.15

주석 14) 제14조 a는 "이주근로자가 2년을 초과하지 아니하는 규정된 기간 동안 취업을 목적으로 자국의 영토 내에 합법적으로 거주한다는 조건하에서, 또는 법령이 2년 이하의 정해진 기간 동안 계약을 하도록 하는 경우에는 그 노동자가 첫번째 고용계약을 완료하였다는 조건하에서, 이주근로자에게 지리적으로 이동할 수 있는 권리를 확보해 주어야 하며, 취업을 자유롭게 선택할 수 있도록 해야 한다."고 정하고 있다.

주석 15) 이 조항을 문언만으로 본다면, 입국시에는 합법적으로 돌아와서 취업하다가 불법체류가 된 경우만을 대상으로 한 것으로 보인다. 그렇지만, 이주근로자 권고(1975년, 제151호)는 합법입국자만에 한정하지 않고 불법체류 근로자 일반에 대해 위의 권리를 인정하고 있다. 나아가 노동조합원의 자격과 노동조합권의 행사에 대해서도 현재 및 과거의 고용으로부터 나오는 권리는 보장된다고 정하고 있다(이주근로자 권고 제8조 3항). 문언의 정확한 내용과 배경에 대해서는 좀더 연구가 필요하다.

주석 16) the Discrimination(Employment and Occupation) Convention. 이 협약의 정식 명칭은 「고용과 직업에서의 차별에 관한 협약」 (the Convention Concerning Discrimination in Respect of Employment and Occupation)이다.

주석 17) ILO에서 핵심협약으로 거론되는 것은, 결사의 자유를 보장하고 있는 제87호 협약, 공무원의 단결권과 단체교섭권을 보장하고 있는 제98호와 151호 협약, 강제노동금지를 담고 있는 제29호와 제105호 협약, 아동근로자 보호에 관한 제138호 협약이다. OECD는 이러한 4가지 영역의 협약 이외에도 제111호 협약(고용 및 직업상 차별대우에 관한 협약)을 포함하여 5가지 핵심노동기준으로 삼고 있다고 한다. 대외경제정책 연구원 보고서, 『무역과 노동기준의 연계』, 1996. 8. 21.

주석 18) 이주근로자 보충협약 Migrant Workers(Supplementary Provisions) Convention(1975년, 제143호)의 前文.

第4節 國際基準과 우리 制度의 比較

앞의 국제기준에 비추어 보면, 우리 제도는 어떠한 수준인가? 국내의 외국인 근로자는 합법체류 근로자와 산업기술연수생 등이 있는데, 가장 문제로 되는 것은 역시 산업기술연수생이다. 합법체류 근로자는 그 대우 수준이 높기 때문에 국제기준의 준수 여부가 애초부터 논의될 여지가 별로 없기 때문이다. 산업기술연수생이 원래의 목적대로 '기술연수'에 충실하다면, 국제기준의 합치 여부가 문제될 수 없다. 그렇지만 사실상 근로에 종사하는 연수생을 내국인 근로자와 다르게 대우한다면, 다음에서 보는 바와 같이 국제기준을 준수하지 못하는 문제를 낳게 된다. 먼저 임금, 근로시간 등 근로조건에 대하여 양자를 비교해 본다. 임금과 근로시간에 대한 국제기준은 그 합의 정도가 매우 높다. 즉 취업해 있는 외국인은 내국인과 균등하게 대우해야

하는 데에 다른 견해가 없다.

UN의 경우에는 사회권규약과 이주근로자 권리협약에 관련되는 규정을 두고 있다. 사회권규약은 제7조에서 모든 인간은 공정하고 유리한 근로조건을 향유할 권리가 있다고 정하고, 구체적인 근로조건에 예를 열거하고 있다. 사회권규약은 규약상 권리들이 내외국인에게 차별없이 적용되어야 하는 것으로 해석되기 때문에(제3조 참고), 외국인에게도 내국인과 같은 근로조건을 보장해야 한다. 그리고 이주근로자 권리협약은 제25조에서 임금과 근로조건에 대한 내국인 대우를 직접 규정하고 있다.

ILO의 경우에도 근로조건에 대한 균등대우를 여러 곳에서 정하고 있다. 제97호 이주근로자 협약(1949년)은 "...임금, 근로시간, 초과시간의 조치, 유급휴가, 가내근로의 제한, 고용을 위한 최저연령, 수습 및 훈련, 여성노동 및 연소자노동..."에 대하여 내외국인 균등대우를 정하고 있다(협약 제6조 제1항). 이러한 규정은 제143호 이주근로자 보충협약(1975년, 제10조 제1항)과 제151호 이주근로자 권고(1975년, 제2조)에서 다시 강조되고 있다.

이에 비해 우리나라 산업기술연수생은 노무를 제공하면서도 내국인과 동일한 근로조건을 보장받지 못하고 있다. 특히 1995년 2월의 노동부 지침이 발표되기 이전까지는 노동관계법의 보호를 거의 받지 못했다. 노동부 지침이 발표되면서 폭행 및 강제근로의 금지, 임금의 지급방법, 근로시간, 휴게·휴일, 시간외근로, 최저임금법의 적용 등이 내국인과 동등하게 보장되었다. 그러나 아직까지도 유급휴가 및 퇴직금 규정을 비롯하여 적용되지 않는 법규정이 많다. 위에서 살펴본 것처럼 유급휴가는 물론 퇴직금도 외국인 근로자에게 보장하는 것이 국제기준에 부합한다. 우리나라의 퇴직금은 사회보장이나 공로보상의 성격이 아니라 임금이라고 보아야 하기 때문이다.

다음으로 노동삼권을 보자. 노동삼권에 대한 국제기준은 약간 복잡하다. 각 국제법규마다 상이한 규정형식을 취하고 있기 때문에 서로를 비교하는 것이 쉽지 않다. 그렇지만, 외국인 근로자도 노동조합의 결성과 가입에 대한 권리를 가지고 있다는 것에 대해서는 대부분의 국제법규가 일치하고 있다. UN의 경우에는 자유권규약이 노동조합의 결성 및 가입을 포함하여 결사의 자유를 보장하고 있으며(제22조), 외국인도 그러한 권리의 주체가 될 수 있다. 또한 사회권규약(제8조)과 이주근로자 권리협약(제26조, 제40조)에서도 이러한 내용은 계속 반복되고 있다. ILO의 경우에는 제87호 협약(1948년)에서 '어떠한 차별도 없이' 단체의 결성과 가입을 할 수 있도록 한 이래, 외국인 근로자의 노조결성과 가입은 가능한 것으로 해석되고 있다. ILO의 이주근로자 협약과 이주근로자 보충협약도 이러한 기초 위에서 체결되었다.

여러 가지 국제법규 가운데, 외국인 근로자의 노동삼권이 부분적으로 인정되는 데에 그치는 것으로 해석될 수 있는 것이 있다. 제97호 ILO협약이 바로 그것인데, 여기에서는 균등대우가 적용되는 범위에 대하여 '노동조합의 조합원 자격 및 단체교섭의 이익의 향유'에 대해서만 언급하고 있다. 이에 따라 여타의 부분에 대해서는 균등대우원칙이 적용되지 못한다는 반대해석이 가능한 측면이 있다. 그러나 ILO는 1975년의 제143호 협약에서 보호의 범위를 노동조합 일반에 대해서 적용되는 것으로 확대하고 있다(제10조 제1항). 또한 UN의 사회권규약도 노동조합의 결성, 가입, 활동, 파업권을 보장하고 있다(제8조). 요컨대 ILO와 UN의 다수의 기준들은 노동조합 활동 전체를 보호하는 데에 중점을 두고 있다.

이러한 기준에 반해 우리의 현실은 어떠한가? 앞에서 살펴본 대로 산업기술연수생의 경우에는 단순근로를 제공하고 있는 경우에도, '연수생'이라고 하는 이름표가 붙어 있기 때문에 노동조합 활동의 여지는 실제로 존재하지 않는다. 그리고 태업·파업 등 노사분규에 가담하려 하는 증거가 있거나 가담한 경우에는 산업기술연수생에게 제재를 가할 수 있도록 하고 있다.¹⁾ 노동삼권과 관련된 집단적 노사관계의 영역에서도, 산업기술연수생제도는 국제기준에 미달한다고 할 수 있다.

근로조건과 노동삼권 이외에도 사업장 이동의 자유, 가족초청 및 결혼 등에 대해서도 국제기준과 국내제도를 비교하는 것은 의미가 있는 일이다. 이에 대해서는 다음 제5장에서 검토한다.

주석 1) 앞의 제3장 제3절 제6항 참고.

第5章

外國人 勞働者에 관한 法制的 改善方向

第1節 法制 改善의 方向

1. 고용(노동)허가제의 도입

(1) 필자가 생각하는 기본적인 방향을 간략하게 밝혀본다면 대체로 다음과 같다. 방향의 하나는 외국인 근로자의 국내 취업에 관한 '법률' 수준의 근거가 마련되어야 한다는 것이다.

고용정책기본법과 같은 기존의 법률에 원칙적 규정을 두거나, 그렇지 않으면 외국인의 취업에 관한 특별법을 제정하는 것이 바람직하다. 현재에는 출입국관리법을 제외하고는 외국인 근로자의 취업에 관한 '법률' 수준의 근거가 없다. 산업연수 비자발급의 대상이나 절차, 그리고 산업연수생의 법적 지위 등은 모두 행정명령인 지침이나 훈령의 수준에 근거하고 있다. 이에 따라 정부의 방침에 의해 외국인 근로자의 법적 지위가 수시로 바뀌는 문제가 발생하고 있다.

더욱 쟁점이 될 수 있는 것은 법률상의 근거를 두는 경우에도 어떤 제도를 모델로 할 것인가 하는 것이다. 현재의 산업기술연수생제도를 부분적으로 수정하는 방향으로 나아갈 것인가. 아니면 근본적으로 개혁할 것인가 하는 논의이다. 각국의 입법례를 비교해 보면 전자의 방식은 일본식의 연수취업제¹⁾로 나아가는 것을 의미하며, 후자의 방식은 일본을 제외한 다수의 국가가 채택하고 있는 고용허가제를 도입하는 것을 의미한다.

우리나라가 위와 같은 방식의 연수취업제를 도입하더라도 일본에서와 같이 기능연수의 성격을 지니기는 매우 어렵다고 생각한다. 기능연수를 실시하려고 해도, 기술축적이 별로 되지 않고 저임금에 의존하는 현재의 중소기업에서는 사실상 불가능하다. 그렇다면 공적 직업훈련기관에서 외국인들을 일정기간 연수시켜야 하나, 거기에다 상당한 비용이 소요될 것이다. 우리나라가 외국인 근로자를 도입하려는 이유가 단순기능인력의 도입에 있다면, 연수라는 이름을 표방할 필요가 없을 것으로 본다.

그리고, 연수취업제가 타당한 방안이 아니라고 보는 또 다른 이유가 있다. 그것은 연수취업제가 바로 현재의 산업기술연수생제도의 연장으로서 알려질 우려가 크다는 것이다. 일정한 기능검정을 거쳐 근로자의 자격이 인정된다고 하더라도, 그것은 '연수생제도의 연장'으로서 받아들여 질 수 있기 때문이다. 그리하여 근로자의 자격이 인정되는 단계에 이르러도 연수생과 유사한 대우가 계속될 가능성이 크다.

(2) 그렇다면 고용(노동)허가제를 도입하는 방법이 남는다. 먼저, 그 개념과 관련하여 논의할 것이 있다. 고용허가 내지 노동허가제의 중요한 요소는 외국인 근로자가 취업을 할 수 있는 자격을 입국·체류자격과 분리하는 데에 있다. 출입국관리법에 의해서 외국인이 국내에 입국 및 체류를 할 수 있는 자격이 부여되더라도 취업을 할 수 있는 자격을 곧바로 부여하는 것이 아니라, 별도의 판단에 의해서 노동시장에 접근할 수 있는 권리가 부여된다.²⁾ 그리하여 노동시장에 대한 정책과 출입국관리정책을 분리하는 것이다.³⁾

또한 일단 취업할 수 있는 자격을 부여한 경우에는 내국인과 동등하게 대우해야 하는데, 그것은 고용(노동)허가제의 특별한 내용이라기보다는 당연히 전제되어 있는 내용이라 할 수 있다. 앞에서 살펴본 대로 외국인 근로자가 허가를 받아서 국내 사업장에 취업한 뒤에는 내국인과 동등한 대우를 받는 것이 국제법상 및 국내법상 원칙이기 때문이다. 이러한 기본 원리는 모든 외국인 근로자에 대해 당연히 적용되어야 한다. 그러나, 우리나라에서는 고용허가제의 가장 중요한 특색이 내외국인 균등대우에 있는 것으로 알려져 있다. 그것은 산업기술연수제도로 인하여 외국인관련 법제도가 파생을 면치 못하고 있는 것과 관련이 크다.

(3) 고용허가제와 노동허가제는 입국 및 체류정책으로부터 노동시장정책을 분리한다는 데에서 공통된다. 양제도 각각에 의해서, 노동력의 수급사정에 따라 외국인 근로자의 도입 규모를 신축적으로 조정할 수 있다. 업종과 지역에 따라 도입 시기와 규모를 조정하는 것도 가능할 것이다.

어느 한 제도만이 독자적인 노동시장정책을 가능하게 하는 것은 아니다. 앞에서 살펴본 대로 대만 등의 경우에는⁴⁾ 사용자에 대한 고용허가제를 통해 노동시장정책을 펴고 있다. 반면에 독일에서는 고용허가를 채택하지 아니하고 노동허가만으로써 노동시장에 대한 규제를 하고 있다. 즉 독일의 고용촉진법에 따르면, 노동허가는 노동시장의 상황에 따라서 발급된다. 그리하여 독일인

근로자의 취업사정을 우선적으로 고려하면서 외국인 근로자에 대한 노동허가가 발급된다. 그러나 이러한 공통점 이외에 양자는 규제의 방향이 다르다는 점에서 차이가 있다. 그로 인해서 양자의 기능은 차이가 있다. 고용허가제는 사용자의 자격요건에 대한 규제를 하기 때문에, 사용자가 근로조건을 준수 할 수 있는 능력이 있는 사업주인지를 심사할 수 있다. 사업주가 유령 사업체를 운영하는 것은 아닌지, 기숙사 등은 구비되어 있는 지 등을 확인할 수 있다. 그리고 사용자가 내국인 근로자를 고용하기 위한 구체적인 노력을 했는지를 확인할 수도 있다. 앞에서 소개한 대로 대만에서는, 사용자가 3일간 연속하여 구인광고를 내었는데도 국내근로자를 모집할 수 없었음을 증명하기 위하여, 그 신문광고 문안과 함께 공공직업안정소가 발행한 구인부족증명서를 제출하도록 하고 있다. 우리의 산업기술연수생제도에서도 연수대상업체를 선정할 때에 중소기업중앙회가 일정한 기준⁵⁾을 요구하고 있는데, 고용허가제에서의 규제 내용과 유사한 것이다.

반면에 노동허가제는 외국인 근로자에 대한 규제를 하기 때문에, 외국인 개인의 사정을 감안한 허가를 내릴 수 있다. 특히 다음과 같은 경우에는 노동허가제가 더욱 필요하다. 즉 근로자의 체류년수, 가족, 연령, 출신국에 따라서 규제를 달리해야 하는 경우에는 노동허가제가 적절하다. 예를 들어, 외국인 근로자가 국내에 장기체류하는 때에는 특별한 지위를 인정하여 취업 장소와 시기의 제한을 두지 않는 경우, 외국인 근로자에게 가족과의 결합을 보장하고 그 가족이 다른 외국인보다 우선적으로 취업하도록 하는 경우, 일정한 연령 이상의 장성한 자녀에게는 가족에 대한 특례를 인정하지 않는 경우, 출신국에 따라 규제 내용을 달리하는 경우 등이려면, 외국인 근로자 개개인에 대한 자격심사의 필요가 커진다. 바로 이러한 경우라면 노동허가제를 채택해야 한다. 독일에서 초기의 고용허가제가 나중에 노동허가제로 변경된 것도 이러한 이유 때문이다.⁶⁾ 우리나라의 최근 논의를 보면, 외국인 근로자는 원칙적으로 단기간 취업시키며, 가족을 초청하여 동거하는 것을 금지하는 개정안이 제시되고 있다.⁷⁾ 이러한 개정안이 의도하는 대로 단기간 취업후 귀국시키는 입법정책이 성공한다면, 노동허가제를 채택할 유인이 별로 없게 된다. 그렇게 되면 외국인 근로자를 개인마다 달리 심사할 필요가 줄어들기 때문이다.

그렇지만, 장기적으로 보면 노동허가제도 일단 설정하는 것이 적절하다. 정부의 정책에 의해 단기간 취업을 원칙으로 하더라도 그러한 정책이 반드시 성공한다는 보장이 없기 때문이다. 독일은 1960년대를 전후하여 단기간 취업을 내용으로 하는 순환(rotation)정책을 의도했으나, 여러 가지 이유로 말미암아 의도대로 되지 않았다. 우리나라의 경우에는 배타적인 국민정서나 높지 않은 삶의 질로 말미암아, 단기간 취업 이후 귀국할 가능성이 독일보다는 높다. 그렇지만, 인력을 내보내는 국가들의 낮은 소득 수준이나 높은 실업률을 고려하면, 장기취업의 가능성은 여전히 있으며, 내국인 사업주들도 장기간 취업을 희망하고 있다. 현재에는 노동허가제의 의미가 작더라도 법제도로 도입할 필요는 있다고 생각한다.

한편, 고용허가제를 취하지 않고 노동허가제만으로 외국인 근로자의 도입을 도모하는 방법도 가능하다. 실제로 독일에서는 고용허가제를 초기에 도입했다가 노동허가제로 일원화하고 있다. 그렇지만, 우리나라에서는 어떠한 방식으로든지 무자격 사업주를 규제할 제도적 방안이 확보되어야 한다고 본다. 기업으로서의 실체가 없는 경우나 최저 근로조건을 유지할 능력이 없는 사업주는 외국인 근로자를 도입할 수 없도록 해야 한다.

그러므로 외국인 근로자는 노동허가를 받도록 하고, 내국인 사업주는 고용허가를 받도록 하는 제도를 병존시키는 것이 가장 바람직하다고 생각한다. 노동허가제와 고용허가제가 각각의 기능을 유지한 채, 상호보완적인 역할을 하도록 하는 것이다. 앞에서 소개한 대로 대만이 이러한 방식을 취하고 있다.

(4)다음의 쟁점은 현재의 산업기술연수생제도를 완전히 폐지할 것인지 여부이다.

중소기업중앙회를 통해서 도입하는 산업기술연수생의 경우는 고용허가제로 변경해야 한다고 보지만, 해외투자기업 등에 대해서 인정되는 산업기술연수생을 계속 존치할 것인가가 문제이다. 해외투자기업이나 해외기술제공업체, 그리고 산업설비 수출업체에 대해서 산업기술연수생의 도입을 불허하기는 어렵다고 생각한다. 그러한 산업체에 대해서는 해외인력에 관한 실질 연수를 제공할 기회를 허용함이 적절하기 때문이다. 외국의 입법례를 살펴봐도 기술연수를 위한 특례를 두는 경우가 많다.

그렇지만, 이러한 제도를 악용하는 경우⁸⁾에 대한 대비가 필요하다. 유령 현지법인을 세워 불법으로 외국인력을 도입하는 경우에 대해서 엄격하게 규제하는 것은 물론이며, 이들에게도

노동관계법 적용의 길을 열어 놓는 것이 적절하다고 생각한다. 현재의 중소기업중앙회를 통한 연수생에게는 실질근로를 제공하는 범위 내에서, 노동부 지침에 의해 최저임금법과 근로기준법의 일부 규정, 산업재해보상보험법 규정 등이 적용되고 있다. 해외투자기업의 산업기술연수생에 노동부 지침이 적용되지 않고 있는데, 이들에게도 이 정도의 보호는 필요하지 않을까? 법리적으로 볼 때, 실질적으로 판단하여 연수중에 있다면 노동관계법을 적용할 수 없지만, 그것이 실질적인 근로라면 노동관계법의 보호가 필요하다. 그렇지만, 산업기술연수생의 노무제공이 실질적인 근로의 일환인지, 아니면 연수과정의 일부인지는 판단하기 어렵기 때문에, 해외투자기업의 산업기술연수생에게는 적어도 현재의 노동부 지침을 적용하는 것이 타당하다. 그리고 이들 기업에 배정되는 산업기술연수생의 허용 숫자가 너무 많은 것도 재검토해야 한다. 법무부의 훈령을 보면, 이들에 허용되는 숫자는 중소기업중앙회를 통한 산업기술연수생보다도 더 많다. 단순기능인력 도입을 위해서 인정되고 있는 중소기업중앙회의 경우보다는 더 적어야 한다. 해당 사업장의 규모에 비해 산업기술연수생의 숫자가 과다할 때에는, '연수'는 명목에 그치고 실질적인 '취업'을 낳기 쉽다.

2. 최근 논의의 비판

최근 들어 산업기술연수생제도를 개선하려는 움직임이 활발하여 고용(노동)허가제의 도입이 실현되는 듯했다. 그러나 중소기업중앙회를 비롯한 사용자단체들의 거센 저항에 부딪혀 1997년 7월 초에 정부는 새로운 제도의 도입을 보류하여 버리고 말았다.

필자가 특히 주목하는 것은 제도개선 논의과정에서 몇가지 잘못된 논리가 공공연히 주장되었다는 점이다. 즉 "독일에도 우리나라와 유사한 연수생제도가 있다.", "일본에도 우리나라와 유사한 연수생제도가 있다.", "일본도 고용허가제를 도입하려 했으나, 문제가 많아 도입을 포기했다."는 주장이 그것이다. 이러한 논리들은 그 근거가 매우 약한 주장들이다. 앞으로의 합리적인 토론을 위해서 이러한 주장들을 비판한다.

가. 독일에도 유사한 연수생제도가 있다는 주장

산업기술연수생제도를 합리화하는 근거로 들어졌던 한 논거는 바로 외국에도 이 제도가 있다는 것이다. 즉 독일에도 우리나라와 유사한 연수생 제도가 있다는 지적이다.⁹⁾

그러나 이러한 주장은 근거가 없으며, 우리와 같이 단순기능인력으로 사용하면서도 연수생이라고 부르는 예는 찾아볼 수 없다. 유사한 영역을 굳이 찾자면,

초청근로자협정(Gastarbeitnehmervereinbarung)에 근거한 초청근로자제도이다. 독일의 기업들이 초청근로자에 대해서 일정한 기술연수를 실시했다는 점에서 약간의 관련성이 있다.

초청근로자 협정과 같은 2국간 협정이 체결되었던 데에는 다음과 같은 사정이 있었다.

1988년부터 시작된 동구권의 변화는 독일 노동시장에도 많은 영향을 미쳤으며, 동유럽 출신의 불법체류 근로자들이 독일에 밀려 들었다. 이에 독일은 1989년 이래로 동구 국가들과 2국간 협정을 체결하여 동구의 근로자들을 받아들였다. 이러한 협정들은 동구 제국이 시장경제로 원활하게 이행할 수 있도록 원조하며, 독일 국내의 노동력 부족의 문제를 해결한다는 데에 취지가 있었다. 그렇지만, 2국간 협정은 이상과 같은 취지 이외에도 도입근로자의 숫자를 제한하고 불법체류 근로자의 일부를 양성화한다는 의미도 담고 있었다. 동유럽 국가들과 사이에 체결된 2국간 협정의 하나가 바로 초청근로자 협정이다.¹⁰⁾

여기서 초청근로자(Gastarbeitnehmer)란, 이미 송출국에서 직업교육을 마치고 그 직업상 및 언어상의 지식을 보다 완전하게 하기 위하여 단기간 취업하는 근로자를 말한다.¹¹⁾ 초청근로자 협정은 동유럽의 폴란드, 체코, 헝가리 등과 체결되어 있는 협정이다.¹²⁾ 예를 들어, 폴란드와 체결된 협정에서는 18세 이상 35세 미만의 외국인 근로자(체코, 헝가리의 경우에는 상한 연령이 40세)를 취업기간 1년을 원칙으로 하여 18개월까지 인정하여 취업시킬 수 있도록 하고 있다. 예정된 기간 이전에 근로관계가 종료하더라도 외국인 근로자에게 직업소개를 청구할 권리가 있는 것은 아니지만, 협정에 의하면 독일의 연방고용청은 동등한 다른 직장에 소개하기 위해 노력해야 한다. 그런데 송출국에서 선발되는 근로자의 대다수는 대기업의 엘리트 기술자들이며, 송출국에서 이미 일정한 직업교육을 받은 근로자들이다. 우리나라의 산업기술연수생제도와는 달리 이미 상당한 기술 수준에 있는 외국인을 취업시키는 것이다. 또한 독일인 근로자와 동등한 근로조건을 보장한다는 차이도 있다. 초청근로자의 근로조건은 독일의 단체협약, 노동관계법령 및 사회보험법령을 적용하기 때문이다.

동유럽과 체결된 2국간 협정의 다른 형태로 도급계약협정(Werkvertragvereinbarung)을 들 수

있으나, 이 제도 역시 우리의 연수생제도와는 다르다. 위에서 설명한 초청근로자의 경우보다도 기술연수의 성격이 약한 제도이다. 협정 도급근로자는 송출국의 기업과 독일측 기업과의 사이에 체결된 도급계약에 기초하여 일시적으로 파견되는 근로자를 말한다. 다수의 도급근로자들이 한 팀을 이루어 독일 기업의 작업현장에 파견되어 팀장의 지휘 아래 노동하며, 근로계약 관계는 독일 기업이 아닌 송출국의 기업과의 사이에 계속된다.

나. 일본에도 유사한 연수생제도가 있다는 주장

보다 널리 퍼져 있는 주장은 일본에도 우리와 같은 연수생제도가 있다는 것이다. 그러나 이 주장도 별로 근거가 없다고 본다. 단순기능인력의 활용을 목적으로 하는 우리 제도와 일본의 연수생제도는 다르기 때문이다. 기본적으로 일본의 연수생제도, 즉 기능실습제도는 단순기능인력의 도입을 위한 모델이 아니라 '기술이전'을 위한 모델로 보아야 한다. 일본정부는 기능실습제도에 대해서 "보다 실천적인 기술·기능 등의 개발도상국 등으로의 이전을 도모하고, 개발도상국 등의 경제적 발전을 담당할 인재양성에 협력하는 것"을 목적으로 설정하고 있다. 그리고 "노동력 부족을 보충한다는 관점이 아니라 국제공헌, 국제협력의 관점에서 서야 한다."는 취지를 세우고 있다. 이러한 기본입장은 실질적으로 '연수'나 '기술이전'을 하겠다는 것인데, 제도의 운영에도 이러한 취지가 반영되고 있다.

일본의 연수생들은 단기간의 돈벌이보다는 기능실습을 주된 목적으로 하는 것으로 보인다. 일본 정부의 자료를 살펴보면, 일본의 전체 불법체류 근로자 가운데 이탈 연수생이 차지하는 비중은 0.7%로 나타나고 있다.¹³⁾ 연수생들이 연수기간중에 이탈하는 경우가 적으며, 종료되더라도 대체로 본국에 귀국하고 있다. 입국한 연수생의 3분의 1정도가 연수업체를 이탈하는 한국과는 다르다고 할 수 있다.

또다른 증거는 일본의 연수생의 숫자가 얼마 되지 않는다는 점이다. 일본의 연수생은 전체 단순기능 외국인력과 비교하여도 그 비중이 매우 낮다. 외국인 연수생은 1992년 말 기준으로 불법체류 근로자를 제외한 일본의 단순기능 외국인력 452,273명 가운데 4.2%인 19,237명이다.¹⁴⁾ 나아가, 연수생 가운데 기능검정에 응시하여 실습단계로 이전하고자 하는 숫자와, 합격하여 실습단계에서 취업하고 있는 숫자는 연수생 전체 숫자에 비해 매우 적다.¹⁵⁾ 일본은 연수생제도보다는 다른 통로를 통해 단순기능 외국인 근로자를 확보하고 있다고 보는 것이 맞다. 그것은 중남미 출신의 일본인 2~3세를 입국시키는 방법을 통하거나 다수의 불법체류 근로자를 사실상 용인하는 방법이다.

1990년대 초에 우리나라가 산업기술연수생제도를 처음 들여 올 때 모델로 한 것은 일본의 연수생제도였던 것도 사실이다. 그렇지만, 일본은 그 이후의 운영과정에서 '기술연수', '기술이전'의 성격을 더 분명하게 했다. 반면에 우리나라는 제도운영 초기부터 단순기능인력 활용이라는 의도를 가지고 있었으며, 시간이 갈수록 이러한 성격은 더욱 분명해졌다.

다. 일본의 고용허가제 도입 논의의 평가

최근의 논의를 보면, 일본도 고용허가제가 문제점이 많아서 도입하지 않았다고 하는 주장이 있다.¹⁶⁾ 즉 일본이 1989년 이후 고용허가제 도입 논란을 벌이다가 이를 도입하지 않고 현재의 연수제도를 유지하고 있다는 것이다.

그러나 일본에서의 고용허가제 논의는 단순기능인력의 활용과는 전혀 무관한 것이다.

단순기능인력의 도입을 위하여 고용허가제가 제기되고 있는 우리나라와는 맥락이 다르다. 일본의 논의는 전문적 노동력을 도입하기 위한 방편이었으므로, 국내의 노동시장에 대한 충격이 거의 없었고 따라서 고용허가제의 도입 필요가 적었던 것이다. 일본에서의 논의를 좀 더 자세히 살펴보면 다음과 같다.

일본에서는 1987년경부터 외국인 근로자가 급격하게 증가하기 시작하여 사회 문제가 되기 시작했다. 엔고 불황을 극복한 일본 경제는 경제를 회복하기 시작하였고 점차 일손부족 현상이 나타났다. 외국인 근로자 문제가 점차 큰 문제로 될 것이라고 판단한 일본 정부는 노동성, 법무성 등이 중심이 되어 검토를 개시했다. 이때 노동성이 고용허가제의 도입을 주장한 것이다. 노동성은 1987년 12월에 「외국인노동자문제연구회」를 발족시켜 1988년 3월에 보고서를 냈다.¹⁷⁾ 이 보고서의 요지는 다음과 같다.

① 단순근로자에 관해서는 과거와 마찬가지로 도입을 인정하지 않는다.

② 지식, 판단력, 기술, 기능 등을 요하는 전문적 또는 관리적인 직업을 하는 외국인의 도입은 확대하는 방향에서 검토한다.

③외국인 근로자를 고용하는 사업주는 사전에 고용허가를 취득할 필요가 있다. 고용허가 때에는 i)임금 등 근로조건이 일본인과 동등할 것, ii)안전교육 등의 체제정비가 갖추어져 있을 것, iii)노동법의 위반이 없을 것 등을 요건으로 한다.¹⁸⁾

④고용허가제를 위반한 사업주 및 브로커에 대해서는 벌칙을 과한다.

일본의 노동성은 이상의 내용을 골자로 하는 「외국인고용법」(가칭)의 제정을 고려하였다.

일본에서도 고용허가제가 논의되었지만, 그것은 단순기능인력의 도입과 관련하여 주장된 것은 아니었다.

고용허가제의 도입을 주장했던 학자들도 단순기능인력의 도입에 대해서는 극력 반대했다. 미숙련 노동력을 도입하는 경우에는 외국인 근로자의 유입 압력을 통제할 수 없으므로, 국내 근로자의 실업에도 현저한 악영향을 미칠 것이라고 보았다. 그리고 단순노동력의 숫자와 기간을 규제하려고 하는 것도 독일의 경우 등과 같이 성공할 수 없을 것으로 보았다. 이에 비해 전문적 노동력의 경우에는 무제한적으로 유입될 수 없으므로, 국내의 실업에 영향을 줄 수 없다는 것이었다.

결국, 일본에서 고용허가제가 제기된 배경과 우리의 경우는 매우 다르다고 할 수 있다. 일본은 전문·기술인력의 경우를 제외하고는 외국인 근로자를 도입하지 않는 것이 지금까지 일관되어 온 정책방향이다.

주석 1) 연수취업제라는 표현은 국내 논자들에 의해서 사용되는 표현이다. 1993년 4월부터 실시되고 있는 일본 제도의 공식명칭은 技能實習制度이다. 그렇지만, 기능실습 명목의 체류자격이 발급되는 것은 아니며, 이전부터 있었던 연수생 체류자격을 기초로 하여 만들어졌다. 연수생 자격은 1990년 立管法 개정 이전부터 있었던 체류자격으로서, 목적이 연수이기 때문에 취업목적의 체류자격은 아니다. 기능실습제도의 골격은 "연수생에 대해 일정기간의 연수를 경과한 후 기능평가를 하여, 일정한 수준에 도달한 경우에 그 후 기능의 숙련도를 높이기 위해 고용관계 아래에서 기능실습을 인정하는 제도"이다. 여기서 '고용관계 아래'의 의미는 기능실습의 단계에 들어선 연수생에게 근로자성을 인정한다는 의미이다.

주석 2) 현재의 출입국관리법령은 출입국정책에 대한 규정과 노동시장정책에 대한 규정이 혼재되어 있다. 출입국관리법령은 일반 체류자격과는 별도로 취업 체류자격을 두고 있으며, 취업 체류자격을 위반하여 취업한 경우에 대해서도 벌칙을 두고 있다. 그리고 산업기술연수생과 관련해서도 산업체별 연수인원에 대한 기준을 설정해 두고 있다. 이러한 규정들은 출입국관리 행정이 국내 노동시장정책에 과다하게 개입하고 있다는 증거이다. 고용허가제 등이 도입된다면, 출입국관리법의 일부 개정도 불가피하다. 독일의 경우에는 출입국관리에 대한 법으로서 외국인법(Ausländergesetz, AuslG)이 있으며, 외국인의 취업은 고용촉진법(Arbeitsförderungsgesetz, AFG)에서 별도로 정하고 있다.

주석 3) 이러한 요소보다도 외부효과(externality)를 내부화하는 것을 고용허가제의 중요한 요소로 보는 학자들도 있다. 경제학적 접근을 하는 학자 가운데에는 고용허가제가 외국인력 유입에 따른 사회비용과 복지비용의 증가를 내부화하는 것이라고 인식하는 경우가 있다. 이러한 인식은 외국인력 사용의 수익자인 기업에게 고용분담금이나 고용세의 형태로 부담시키는 것으로 연결된다. 외국인력정책연구반, 「단순기능 외국인노동력의 국내취업에 관한 정책대안」, 64쪽: 박성준, 「단순외국인력과 고용허가제」, 한국경제연구원, 1996.8.39~40쪽.

주석 4) 유럽에도 대만과 유사한 제도를 운영하는 나라가 있다. 벨기에와 같이 외국인 근로자에 의한 노동허가의 취득에 더하여 사용자측도 고용허가를 취득해야 하거나, 네덜란드와 같이 노동허가가 사용자의 이름으로 발급되고 위반의 경우의 처벌도 사용자만이 대상으로 되는 제도를 채택하는 나라들이 있다. 이들 나라에서는 법적 규제의 중심이 사용자측의 역할과 책임에 두어지고 있다. 雇用職業總合研究所, 『外國人労働者の受け入れる政策』(1988. 12). 8쪽.

주석 5) 연수업체는 다음과 같은 서류를 첨부하여 중앙회에 신청해야 한다. 관할 세무서장이 확인한 최근 3개월분의 소득세 징수액 집계표, 공장등록증 사본, 숙박시설 확보 여부를 확인할 수 있는 증빙서류 또는 자료, 유망중소기업인지의 여부 등(중소기업중앙회, 「외국인 산업기술연수협력사업 운용요령」), 1994.1. 제4조 제1항).

주석 6) 拙稿, 『외국인 근로자의 노동법상 지위에 관한 연구』, 1997.2.137~140쪽 참고.

주석 7) 예를 들면, 「외국인근로자고용법안」(이재오 의원안)의 제10조 및 제22조를 들 수 있다. 이러한 개정안은 나름의 근거를 가지고 있다고 본다. 외국인 근로자를 장기간 취업시키기

위해서는 여러 가지 사회적 준비가 필요하지만, 우리 사회는 그러한 여건이 충분히 마련되어 있지 않기 때문이다. 장기간 취업을 보장하게 되면, 단기취업자에 대해서는 별로 고려하지 않았던 가족초청, 자녀교육, 주거제공, 가족의 취업 등에 대해서 대책이 있어야 한다.

주석 8) 제3장 제1절 제2항(3) 참고.

주석 9) "외국인력 도입제도의 법제화를 위한 공청회"(1997. 6. 3. 한국개발연구원 주최)에서의 토론 내용.

주석 10) 이 정책에 대하여 노동허가의 측면에서 근거를 부여한 것이

모집중지특례령(Anwerbestoppaufnahme Verordnung: ASAV(BGBI. 1990 I 3012)이다. 원래 명칭은 Verordnung über Ausnahmeregelungen für die Erteilung einer Arbeitserlaubnis an neueinreisende ausländische Arbeitnehmer이며, 1993년에도 개정된 바 있다(BGBI. 1993. I 1528).

주석 11) M. Wollenschläger, Landesbericht Bundesrepublik Deutschland. Report in XIV World Congress of Labour Law and Social Security. 1994. S.283~284;野川忍.

『外國人労働者法?ドイツの成果と日本の展望』(信山社. 1993. 10), 81~84쪽.

주석 12) 헝가리(BGBI. II 1990. S.148 i.d.F. BGBI. II 1992. S.401), 폴란드(BGBI. II 1991. S. 501). CSFR(BGBI. II 1992. S. 1018)와 체결된 이외에도 알바니아, 불가리아 등과 체결되어 있다. 양국간 협정에서 확정된 쿼터(할당량)를 근거로 하여 독일 노동시장의 사정과 무관하게 취업이 허용되었다.

주석 13) 1994년 11월을 기준으로 전체 불법체류 근로자 288,092명 가운데 연수자격 소지자는 2,152명으로 0.7%에 그치고 있다. 단기체류자격(78.4%), 취학자격(8.2%), 흥행자격(3.4%), 유학자격(2.6%) 등이 불법체류 근로자의 대다수를 점하고 있다. 勞働省 職業安定局,

『外國人雇用對策の現状』(勞務行政研究所, 1995). 41쪽.

주석 14) 박영범, "합리적인 외국인력의 활용을 위한 정책제언", 「외국인 노동력 활용을 위한 정책토론회 자료집」, 한국노동연구원, 1996. 9. 56쪽.

주석 15) 일본 노동성 직업능력개발국이 산출한 통계에 따르면, 1993년에 기능실습으로의 이행을 출원한 연수생은 1,164명이며, 1994년에는 2,138명이다. 이 가운데 1993년 743명, 1994년에는 1,966명이 합격하는 데에 그쳤다.

주석 16) 중소기업협동조합중앙회를 비롯한 5개 경제단체가 1997년 6월 각 신문에 하단 광고를 한 내용:"외국인력 도입제도의 법제화를 위한 공청회"(1997.6.3. 한국개발연구원 주최)에서의 송병준 박사의 발제 내용.

주석 17) 자세한 내용은 日本労働省, 「外國人労働者問題研究會報告書」, 『李刊労働法』, 策147號(1988.4), 98~106쪽 참조.

주석 18) 이러한 고용허가제를 도입함으로써 사용자에게 대한 통제를 강화하여 불법체류 근로자를 줄일 수 있으며, 위반한 사용자에게는 고용허가를 취소함으로써 제재를 가할 수 있다는 것이다. 또한 외국인 고용을 제대로 체크하기 위해서는 출입국관리 이외에도 일상적인 고용현장에서의 감독이 필요하다고 한다.

第2節 雇傭許可制의 具體的 內容

1. 임금 등 근로조건

고용허가제를 도입했을 때, 과연 임금이 증가할 것인가 또는 얼마만큼 증가할 것인가는 많은 논쟁을 불러일으킨 문제이다. 이에 대한 경제학적 분석이나 심증적 판단은 이 글에서 관심사항이 아니며, 임금 증감과 관련되는 법률사항들을 구체적으로 검토해 보고자 한다.

고용(노동)허가제를 채택한다고 할 때 임금을 비롯한 근로조건은 어떻게 설정해야 하나? 여기에 대해서는 외국인력 도입에 관한 법령을 제정하더라도, 굳이 새로운 규정을 둘 필요가 없다.

왜냐하면, 근로기준법 제5조에 의해 근로조건을 차별할 수 없기 때문이다. 새로운 법령을 제정하더라도 근로기준법의 적용을 배제하는 규정이 없는 한, 근로기준법 제5조가 그대로 적용된다.

그렇지만, 근로기준법 제5조의 균등대우조항을 적용하는 것은 그리 간단한 문제가 아니다.

구체적인 근로계약 수준으로 내려가면, 여러 가지 다양한 쟁점들이 제기되기 때문이다. 이러한 쟁점들을 크게 두 가지로 나누어, 근로계약 전체에 영향을 끼치는 것과 구체적인 계약 내용의 문제로 살펴본다. 근로계약 전체에 영향을 끼칠 수 있는 사항으로는 먼저 취업규칙이 있다. 예를 들어, 취업규칙에 의해 동일한 근로를 제공하는 외국인의 기본급을 낮게 설정하는 경우이다. 이러한 취업규칙의 내용이 유효하다면, 임금차별이 가능하게 된다. 그러나 외국인 근로자가 제공하는 근로에 대해 차별적 취급을 하는 것은 근로기준법 제5조의 균등대우 위반이며, 차별적인 취업규칙 규정은 강행법규의 위반으로서 무효가 될 것이다. 물론 합리적인 구별은 가능할 것이므로, 근로자의 경력이나 업무의 성과에 따라 임금을 다르게 지급할 수 있도록 한 취업규칙 규정은 문제가 없다.

그리고, 외국인 근로자를 단기기간의 계약직으로 임명하는 경우를 들 수 있다. 내국인 근로자를 정규직으로 임명하면서, 외국인 근로자를 계약직으로 임명하는 때에는 임금뿐 아니라 근로조건 전반에 걸쳐서 차별이 발생할 수 있다. 이때에도 근로기준법 위반으로 근로계약이 무효가 된다고 할 수 있을가의 문제이다. 그 판단의 문제는 경우에 따라 달라질 것이다. 예를 들어, 비슷한 조건의 내국인 근로자도 다수가 계약직으로 임명되어 온 관행이 있는 때라면, 위의 사실만으로 균등대우원칙 위반이라고 할 수 없다. 그렇지만, 내국인 근로자는 계약직으로 전혀 사용치 않으면서도 유사한 근로를 하는 외국인 근로자를 열악한 조건의 계약직으로 사용한 경우에는 논쟁거리가 될 수 있으며, 이론의 여지가 있다.

먼저 생각할 수 있는 해석은, 외국인이 자유의사에 의해서 계약직을 수용한 경우라면 계약자유 원칙에 비추어 무효인 계약이라고까지 할 수 없다는 것이다. 그러나 이러한 해석은 받아들이기 어렵다. 근로기준법이 국적에 의한 차별을 금지하고 있는 취지는 계약자유 원칙을 제한하려는 것이며, 계약직이라는 명목으로 내외국인을 차별하는 것 역시 균등대우원칙에 반한다고 생각한다.¹⁾

다음으로, 근로계약의 구체적인 내용을 살펴보자. 고용허가제의 도입과 관련하여 임금의 구체적 항목, 즉 기본급, 시간외수당, 상여금, 연월차수당과 퇴직금, 숙식비 등은 어떠한 영향이 있을 것인지를 주목을 받고 있다.

기본급과 시간외수당을 우선 보자. 현재의 산업기술연수생에게도 시간외수당을 적용하고 있으므로, 새로이 지급해야 하는 것은 아니다. 쟁점이 될 수 있다면 내국인 근로자와 기본급을 달리 정할 수 있는지이다. 논자에 따라서는 최저임금기준 이상만을 지급하면 되며, 기본급은 내국인 근로자와 달리 정할 수도 있다고 한다. 그러나 동일한 근로를 하는 내국인과 기본급을 달리 정하는 것은 법이 금지하는 차별대우이다.

그렇지만, 차별대우인지의 여부를 판단할 때에는 다음과 같은 사항을 고려해야 한다. 우리나라의 현실에서는 임금에 대한 차별인지에 대한 판단은 쉽지만은 않다. 우리의 경우에는 직무·능률에 대해서 임금이 지급되는 측면보다 그밖의 기준인 근속년수 등의 구체적인 차이에 의한 임금격차가 발생하는 측면이 크기 때문이다. 아직까지도 연공서열형 임금이 임금체계의 기본을 이루고 있다. 따라서 임금지급에서 차별적 처우를 판단하기 위해서는 그 사업장의 임금지급 체계와 관행을 고려하면서 근속년수, 기업공헌도, 자격증 소지 등의 요소를 감안해야 할 경우가 많다.

그리고 상여금을 외국인 근로자에게 지급하지 않을 수 있는지도 검토할 필요가 있다. 상여금은 법정수당이 아니므로 외국인 근로자에게는 지급하지 않아도 된다고 생각할 수 있다. 그렇지만, 회사의 임금지급 규정이나 관행에 의해 오랜 기간 지급해 왔던 상여금을, 외국인이라는 이유만으로 지급하지 않을 수는 없다. 외국인이라는 이유는 합리적인 근거가 아니기 때문이며, 취업규칙에 이러한 내용을 정한다면 그 규정의 효력이 문제될 수 있다. 물론 다음과 같은 경우는 가능하다. 즉 생산성의 정도에 따라 상여금 지급 여부와 비율을 달리하도록 정하고, 이에 미치지 못하는 내외국인에게는 지급하지 않는 경우이다.

식비와 주거비의 부담 문제도 있다. 현재에는 외국인 연수생에게 기숙사를 제공하고 식사를 제공하는 사업장이 많은 것으로 알려지고 있다. 그렇지만, 통상의 근로계약이라면 사용자는 식비와 주거비를 부담할 의무를 지지 않는다. 다만, 이를 부담하겠다는 특약이 있는 경우에만 하여 의무를 부담한다고 하겠다. 우리나라의 중소기업체에서는 일률적으로 점심을 제공하거나, 그렇지 않더라도 식사대를 별도로 지급하는 경우가 많다. 이러할 경우에는 외국인 근로자도 내국인에 준하는 점심이나 식사대를 지급받게 될 것이다.

2. 노동삼권

외국인 근로자에게 노동삼권을 인정할 것인지에 대해서는 앞에서 이미 정리했다. 외국인도 근로자인 한 노동삼권을 갖는다고 보며, 이에 대한 명문규정이 없더라도 해석에 의해 인정될 수 있다.²⁾ 노동삼권이 사회적 기본권이자 국민의 권리라고 보는 입장에서는 노동삼권을 제한할 수 있다는 견해가 가능하겠지만, 필자는 다수학설의 입장에 서서 이에 대해서 반대했다. 그리고 외국인 근로자가 노동조합에 가입하지 않은 경우에도 법률이 인정한 일정한 보호를 받을 수 있다. 즉 단체협약의 일반적 구속력에 관한 노동조합법(개정법 제35조)의 규정을 근거로 단체협약상의 권리를 주장할 수 있다. 법률상의 요건이 충족되는 한 외국인이라는 이유만으로 일반적 구속력 제도의 보호가 부인될 수 없다.

3. 사업장 이동의 자유

현행 산업기술연수생제도에서는 외국인 연수생의 사업장 이동이 불가능하도록 되어 있다. 연수생이 사업장을 이탈하였을 때에는 그 책임을 사용자에게 부과하고 있다. 이탈자가 생긴 사업장에 대해서는 다시 연수생을 공급하지 않도록 되어 있고, 이탈 연수생이 배정될 때 중소기업협동조합에 예치한 보증금을 돌려 받지 못하도록 되어 있다. 따라서 이탈한 연수생을 찾아 출입국관리국에 넘기는 책임도 연수업체의 책임하에 있다. 다만, 사업체 도산 등 연수생에게 귀책사유가 없는 사유가 발생했을 경우에는 연수를 주관하는 중소기업협동조합의 협력의 의해 새로운 사업장을 선택할 수 있다.³⁾

사업장 이동의 자유에 대한 ILO 등의 국제규범의 흐름을 간단히 보면 다음과 같다.

국제규범에서는 사업장 이동의 자유에 대한 보장이 사간의 흐름에 따라 강화되고 있다. 1949년의 이주근로자 협약은 취업 목적의 거주가 적어도 5년이 되면 사업장 이동의 자유와 직업선택의 자유를 제한할 수 없다고 한다. 그 후 1975년의 보충협약에서는 2년이 되면 이를 제한할 수 없는 것으로 되었다. 아울러, 국제연합 이주근로자 권리협약도 이에 대해 정하고 있다.⁴⁾

최근 들어, 사업장 이동의 자유와 관련하여 이를 허용하자는 주장이 제기되고 있다.⁵⁾ 그 근거는 내외국인 균등의 원칙을 실질적으로 보장하기 위해서라고 할 수 있다. 즉 사업장 이동이 자유롭다면 외국인 근로자는 보다 높은 임금과 좋은 근로조건을 가진 사업장으로 이동하고자 할 것이며, 이에 따라 외국인 근로자를 고용하는 기업의 임금 수준은 국내근로자에 근접하는 수준으로 상승하게 될 것이라는 것이다. 이렇게 되면 저임금을 겨냥한 외국인 근로자 선호현상을 방지하고 국내근로자의 대체위험을 축소하면서, 불법체류 취업을 방지할 수 있다는 장점이 있다는 것이다.

이러한 주장은 균등대우원칙의 실현과 불법체류 취업의 방지를 위해서 설득력 있는 시각을 보여준다. 그렇지만, 이를 현실적으로 인정하는 데에는 적지않은 어려움에 빠지게 된다. 사업장 이동의 자유를 인정하는 경우에는 더 나은 조건의 사업장을 향하여 계속적으로 이동을 하기 때문에 이직률이 높아지고 인력난 해소라는 취지도 달성하기 어렵게 된다. 인력난이 심한, 이른바 3D 업종은 저임금, 장시간 근로를 특징으로 하기 때문에 사업장 이동이 자유로워지면, 서비스업종이나 다른 고임금 직종으로 이동하려 할 것이다. 사업장 이동을 허용하자는 의견을 펴는 학자도 이를 지역·직종 단위로 제한할 수 있도록 하자는 주장을 피력하고 있다.⁶⁾ 그렇지만, 이를 지역·직종 단위로 이동을 제한하는 것이 얼마만큼 가능할지도 쉽지 않은 문제이다. 그러므로 일단 특정 사용자나 직종을 한정할 수 있도록 하고 외국인 근로자에게 귀책사유가 없이 근로를 계속할 수 없게 된 경우에는 일정한 절차를 경유하여 이를 변경할 수 있도록 하는 방안이 타당하다고 본다. 다만, 외국인 근로자가 장기간 체류한다면, 국제적 논의 수준에 맞추어 사업장 이동을 보장해야 한다. 앞에서 본 대로 ILO의 이주근로자 협약은 취업 목적의 거주가 5년 동안 계속되면, 사업장 이동의 자유를 보장해야 한다고 하고 있다.⁷⁾ 독일의 경우에는 6년 동안 중단없이 체류하고 일정한 체류자격을 가지는 때에는 특별노동허가를 부여하여 사업장과 직종의 제한을 없애고 있다. 우리나라에도 고용허가제를 도입한다면, 대체로 5~6년 정도 합법적으로 체류를 계속하는 때에는 사업장 이동의 자유를 보장하는 것이 적절할 것으로 보인다.

4. 가족 초청 및 결혼

외국인 근로자가 국내 체류기간 동안 가족을 초청하여 국내에서 결합할 수 있는지 여부, 결혼을 할 수 있는지 여부, 초청한 가족이 국내에서 노동을 할 수 있는지 여부 등이 고용허가제도의

구체적 내용으로서 쟁점이 될 것으로 보인다.

현재 아시아권에서 노동허가를 도입하고 있는 싱가포르와 대만의 경우에는 외국인 근로자가 국내에서 노동하고 있는 기간에 임신, 출산, 결혼하는 경우에는 허가를 취소하도록 하고 있다. 또한 가족 초청도 금지하고 있다. 일본의 기능실습제의 경우에서도 연수단계와 실습단계를 막론하고 가족 결합을 인정하지 않고 있으며, 다만 휴가시의 일시귀국은 재입국허가를 받는 것을 조건으로 인정하고 있다. 현재 우리 정부가 긍정적으로 검토하고 있는 고용허가제도가 이들 나라의 법제도를 참고로 한 것이기 때문에 고용허가제를 도입하더라도 가족 결합은 물론이고 결혼이나 임신을 금지하는 방향으로 결정될 가능성이 높다.

한편, 이 문제에 대한 국제적 논의를 보면 다음과 같다. ILO는 1975년 이주근로자 보충협약에 이르기 전에는 가족의 결합에 대한 명문규정을 두고 있지 않았다. 그러다가 1975년 이주근로자 보충협약을 계기로 가족 결합의 문제를 다루기 시작하였다. 그리하여 합법적인 자격이 있는 근로자의 경우에는 가족의 재결합을 위해 회원국이 모든 필요한 조치를 취하도록 하고 있다. 보호의 대상이 되는 가족의 범위에 대해서는 배우자, 부양자녀 및 부모가 그 범주 내라고 보고 있다.⁸⁾ 그 이후 UN도 외국인 권리선언과 이주근로자 권리협약에서 동일한 취지로 가족 결합의 문제를 다루고 있다. 이주근로자 권리협약은 합법체류 근로자의 경우에 가족 결합을 보호하기 위해 적당한 조치를 취하도록 하고 있으며(협약 제44조 제1항), 나아가 모든 외국인 근로자(불법체류자 포함) 자녀의 국적취득과 교육(특히 취학전 교육)에 대해 보호하는 규정을 두고 있다. 그렇지만, ILO의 1975년 이주근로자 보충협약에 이르기 전에는 가족의 결합에 대한 명문의 규정을 두고 있지 않았다.

그렇지만, 이와 같은 규정을 근거로 외국인 근로자가 가족 결합을 요구할 권리가 있다고 해석되지 않고 있다.⁹⁾

그러면, 우리의 경우에도 가족 결합권을 인정할 것인가? 가족 결합권을 인정한다면, 외국인 근로자의 가족이라는 사실만으로 입국 및 체류에 대한 권리를 보장해야 한다. 이 문제를 먼저 헌법적 수준에서 생각해 보고자 한다. 우리나라 헌법학자들은 혼인 및 가족제도¹⁰⁾가 이른바 '제도적 보장'(institutionelle Garantie)에 의해 보장되고 있다고 한다.¹¹⁾

일반적으로 제도적 보장은 기본권에 비해 보장의 정도 면에서 차이가 있는 것으로 해석되고 있다. 제도적 보장은 제도로써 규정된 이상 법률로써 폐지할 수는 없고 제한을 하더라도 본질적 내용을 침해할 수 없지만, 기본적으로 법에 의해 내용이 형성되고 규율되는 국가내적(國家內的)인 보장으로 받아들여지고 있다. 이렇게 본다면, 혼인 및 가족제도는 제도적 보장의 성격을 가지므로 전국가적(前國家的)인 기본권이라기보다는 국가내의 제도로 보아야 한다고 생각한다. 따라서 외국인 근로자에게 당연히 이러한 혼인 및 가족제도가 보장된다고 보기는 어려우며, 외국인에게 혼인 및 가족제도를 보장하는가 여부는 입법정책의 문제라고 본다. 외국인의 가족 초청은 외국인 근로자의 국내 체류를 장기화시킴으로써 가족의 실업, 교육, 주거 등 많은 사회적 비용이 수반된다. 그러므로 가족 초청과 결합을 일정기간 금지하는 것은 부득이하다고 생각한다. 다만, 앞으로 도입될 제도의 내용이 외국인 근로자의 장기 체류를 허용하는 것이라면, 장기 체류자에게는 가족 결합권을 부인하기 어렵다. 국내에 장기간 체류하게 되는 경우에는 삶의 근거지가 외국에서 국내로 옮겨오기 때문이다. 그렇게 해야만 국제적인 논의 수준에는 이르지 못하더라도 최소한의 보장을 하는 것이 된다. 그리고 ILO의 권고가 정한 대로, 일정한 경우에는 일시귀국을 통한 가족방문을 인정하는 것이 바람직하다.¹²⁾

다른 중요한 문제는 혼인과 임신, 출산이다. 싱가포르나 대만에서와 같이 혼인 등의 경우에 외국인 근로자의 고용허가를 취소할 수 있는 것은 외국인 근로자의 장기 체류를 방지하려는 것이지만 비인도적이라고 판단된다. 혼인 등을 금지한다면, 외국인으로 하여금 혼인 여부와 혼인 시기, 배우자를 자유롭게 결정할 수 없도록 하는 것이다. 그럴 경우 헌법상 혼인제도(헌법 제36조 제1항)가 기초로 하는 개인의 존엄을 침해할 수 있다. 제도적 보장이라고 하더라도 그 본질적 내용은 침해할 수 없는데, 단기 취업자에 대한 혼인 등의 금지도 여기에 해당한다고 본다.

주석 1) 체류허가 기간을 근거로 단기간의 계약직이 부득이하다고 판단할 수도 있다. 즉 체류기간이 1년 이내인 외국인 근로자의 경우에는 계약직 고용을 할 수 있다는 것이다. 이러한 판단도 나름의 근거를 가지고 있으나, 이 문제는 간단하게 논의할 수 없으며, 여러 차원에서 검토가 필요하다. 먼저, 체류허가 기간과 근로계약의 기간은 별개의 차원이라는 것이다. 외국인

근로자와 내국인 사용자는 체류허가 기간과 관계없이 근로계약 기간을 설정할 수 있다. 특히 정부가 구상하고 있는 고용허가제의 내용을 보면, 체류허가의 발급에 앞서 입국 이전에 근로계약을 체결해야 한다. 자신에 대한 체류허가기간이 6개월이 될지 1년이 될지 모르기 때문에, 근로계약 기간을 이것에 맞출 수 없다. 오히려 노사 당사자는 체류기간의 연장이나 허가비자의 변경을 통해 장기체류가 가능할 것이라는 판단을 가지고 장기계약을 체결할 수도 있다. 근로계약 기간은 노사당사자가 임의로 결정할 사항이며, 체류허가 기간과는 직접적인 관계가 없다 할 것이다. 또한 체류허가 기간을 이유로 단기계약을 일반적으로 허용하는 것은 근로기준법 제5조 위반을 부추길 위험이 있다.

주석 2) 자세한 내용은 제2장 제3절과 제3장 제3절 제6항을 참고.

주석 3) 노동부 지침 제14조 제2항 참조.

주석 4) 제52조 제3항(제4장 제2절 제2항 참조).

주석 5) 어수봉 · 권혜자, 『외국인노동자와 노동정책』, 한국노동연구원, 1995, 134쪽.

주석 6) 어수봉 · 권혜자, 앞의 책, 135쪽.

주석 7) 1975년 ILO의 보충협약은 2년 이상으로 크게 완화하였으나, 이 조항은 많은 유럽국가들이 아직까지 이 협약을 비준하지 않는 한 이유가 되고 있다.

주석 8) 보호의 대상이 되는 가족의 범위에 대해서는 국제적인 문건마다 약간의 차이가 있다. UN의 이주근로자 권리협약에서는 그 명시적 범위가 조금 넓다. 이 조약에서는 '적용 법률에 의해 결혼과 동등한 효력이 있는 관계에 있는 자'와 '법률 또는 조약에 의해 가족 구성원으로 인정되는 피부양자'도 가족의 범위에 드는 것으로 되어 있다.

주석 9) International Labour Office, *The Rights of Migrant Workers*, 1988, p.8: M. Hasenau, "Setting Norms in the United Nations System: The Draft Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and their Families in Relation to ILO Standards on Migrant Workers", *International Migration*, 28(1990) 1 pp.140-150, 이와 같은 자료를 토대로 1975년 ILO 이주근로자 보충협약에서부터 가족 결합권이 보장되었다고 본 필자의 서술 줄고, 『외국인 근로자의 노동법상 지위에 관한 연구』, 1997.2. 178쪽은 수정한다.

주석 10) 우리 헌법 제36조 제1항은 혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가도 이를 보장한다고 정하고 있다. 이 규정에 의해 혼인과 가족제도를 보장하고 있는 것이다. 이에 따라 혼인과 가족생활이 인간의 존엄 위에서 이루어져야 하며, 혼인의 자유가 보장되어 혼인을 할 것인가 여부 및 어떤 배우자와 어느 시기에 할 것인가가 보장된다.

주석 11) 권영성, 『헌법학원론』, 1996, 182쪽; 김철수, 『헌법학개론』, 1996. 535쪽.

주석 12) ILO의 제151호 권고(이주근로자에 관한 권고, 1975년) 제17조에 의하면, 1년간 고용된 외국인 근로자는 가족과 동거할 수 없더라도 연차유급휴가 기간중에 본국에 있는 가족을 방문하거나 방문받을 수 있다. 제17조의 원문은 "이주한 국가에서 적어도 1년간 고용된 이주근로자가 그 나라에서 가족과 동거할 수 없는 경우에는, 그 이주근로자에게 다음과 같은 권리가 주어져야 한다. (a) 이주근로자가 취득한 권리 또는 취득중인 권리를 이주한 국가에서 벗어난 기간중에 침해당함이 없이, 그리고 특히 그러한 기간중에 고용을 종료당하거나 거주할 권리를 취소당함이 없이, 이주한 국가의 국내법과 국내 관행에 따라 받을 수 있는 연차유급휴가의 기간중에 그 가족이 거주하는 나라를 방문할 권리, (b) 이주근로자가 받을 수 있는 연차유급휴가의 기간을 하회하지 않는 기간 동안, 그 가족의 방문을 받을 권리"라고 하고 있다. International Labour Office, op.cit., 1988, p.8 참고.

第6章 論議の要約

이상의 모든 논의를 요약하면 다음과 같다. 외국인 근로자는 사용자에게 종속되어 있는 근로자이면서도 국적국을 떠나서 한국에 있는 외국인이라는 성격을 지닌다. 외국인이라는 성격으로 말미암아, 외국인 근로자의 노동법상의 지위는 어떠한 영향을 받는지를 검토하는 것이 이 글의 목적이다. 또한 이러한 검토를 바탕으로 현재의 산업기술연수생의 노동법상 지위를 해명하고, 외국인 법제의 개선방향을 모색하고 있다.

외국인 근로자의 지위를 논할 때 기초가 되어야 할 것은 바로 균등대우 원칙이며, 그것은 국적에 의한 차별대우를 금지한다는 내용을 포함한다. 이러한 균등대우원칙은 헌법 제11조가 정하는 '평등의 원칙'과 노동관계법상의 균등대우조항들에서 그 근거를 찾을 수 있다. 외국인 근로자의 낮은 근로조건은 내국인 근로자의 취업에도 악영향을 끼치므로, 균등대우원칙은 외국인 근로자뿐만 아니라 내국인 근로자의 보호를 위해서도 필요하다. 그렇지만, 내외국인의 균등대우원칙은 무제한의 원리가 아니며, 합리적인 근거가 있는 경우나 근대법의 원리인 '국민주권'과의 관계에서 일정한 제한이 가능하다.

이러한 균등대우원칙은 노동법의 각 법률관계에서 어떻게 구체화되는지가 중요한 문제이다. 이에 따라 외국인 근로자가 개별적 근로관계 및 집단적 노사관계 등에서 각각 어떠한 지위를 갖는가가 해명이 될 수 있다. 개별적 근로관계에서는 근로기준법 제5조에 의해 국적에 의한 차별이 엄격하게 금지되어 있다. 이에 따라 채용시의 차별을 제외하고는 국적차별의 금지에 대해서 이론이 없다. 이에 비해 집단적 노사관계에서는 내국인 근로자와 동일하게 노동삼권을 인정할 것인지가 논란이 되고 있다. 노동삼권은 사회권으로서의 성격과 함께 자유권으로서의 성격을 가지고 있다는 점, 외국인이라는 이유만으로 노동삼권을 제한할 수 없다는 점에 비추어 보면, 외국인도 근로자인 범위 내에서는 노동삼권을 향유할 수 있다고 본다. 따라서, 외국인 근로자가 취업한 이후에는 개별적 내지 집단적 관계에서 내국인 근로자와 동등한 지위를 갖는다고 할 수 있다. 그렇지만, 취업과 관련한 노동시장에서의 지위는 별도로 파악해야 한다. 취업의 기회와 관련해서는 내국인을 우선하여 취업시키는 원칙이 적용되는 결과, 내국인과 균등한 대우를 받기 어렵다.

이와 같은 기본관점 아래에서 산업기술연수생제도를 구체적으로 살펴보았다.

산업기술연수생제도는 몇 차례 변경을 거치면서 외국인 근로자를 받아들이는 법제도가 되고 있으나, 그 법적 근거가 매우 취약하다. 내국인과 동일한 노무를 제공했는데도, 외국인 근로자에게 근로기준법을 부분적으로 적용하는 것은 근로기준법상의 균등대우원칙 위반에 해당한다. 또한 근거법 위반 이외에도 출입국관리법령 위반, 직업안정법 위반 등이 문제될 수 있다.

따라서 이 글에서는 중소기업중앙회를 통해 들어오는 산업기술연수생의 근로자성을 전면적으로 인정하였으며, 여기에 머무르지 않고 근로계약의 체결, 임금, 근로시간 등의 구체적인 근로조건에 대해서도 검토했다. 고용(노동)허가제를 도입하지 않더라도 현재까지의 학설, 판례에 의해 산업기술연수생의 근로자성을 인정하는 데에는 어려움이 없다. 정부나 중소기업중앙회에서는 산업기술연수생은 특수한 법적 지위를 누리는 것으로 해석하고 있으나, 그것은 법적 근거가 없으며 노동관계법에 의해 재해석되어야 한다. 그러한 시각에서 위의 쟁점들을 하나하나 살피고 있다.

산업기술연수생의 근로계약의 체결과 관련해서는 먼저 언어가 다름으로 인한 위험부담의 문제가 있다. 산업기술연수생은 연수생 표준계약에 의해서 언어 위험이 상당 부분 해소되지만, 언어 위험의 문제는 여전히 남는다. 이에 대해서는 독일식의 배려의무론에 의하지 아니하고 근로기준법 제22조의 '근로조건 명시 의무'를 근거로 한 해석을 할 수 있다. 외국인 근로자와 계약을 체결하는 때에는 사용자가 번역·통역 등을 활용함으로써 근로조건을 이해할 수 있도록 명시해야 하는 의무를 진다. 따라서 근로계약의 내용에 대한 노사간의 이해가 다른 경우에, 외국인 근로자가 계약 내용을 이해했다는 입증은 원칙적으로 사용자가 해야 한다.

임금과 관련해서는 산업기술연수생이 내국인 근로자는 물론이고 외국인 불법체류 근로자에 비해서도 낮은 임금을 받는 현실을 확인한 후에 표준계약을 검토했다. 표준계약에 의해 시간외수당 등의 지급 시기를 기본수당 지급 시기와 다르게 할 수 있는 것은 임금

전액불(全額拂)의 원칙에 반하여 무효인 규정이라 할 수 있다. 아울러 산업기술연수생에게는 퇴직금 지급이 허용되지 않고 있으나, 퇴직금의 성질의 후불임금이라면 산업기술연수생에게도 지급되어야 한다고 보았다.

근로시간과 관련해 보면, 주평균 근로시간이 60시간을 넘는 경우도 적지 않아 근로기준법을 위반하는 경우가 많으며, 초과근로에 대해 수당이 제대로 지급되지 않고 있다. 그리고 근로기준법이 정하는 연차휴가, 월차휴가, 생리휴가 등도 지켜지고 있지 않다.

제4장에서는 외국인 근로자에 대한 국제적 기준을 검토하였다. UN과 ILO를 중심으로 이루어졌던 외국인 근로자의 지위에 대한 국제규범들을 차례로 검토해 보았다. 제2차 세계대전 이후에 외국인 근로자의 지위에 관한 많은 국제기준이 등장하였다. 주요한 국제기준들을 시간의 순서대로 배열하면, 인권에 대한 세계선언(1948), ILO 이주근로자 협약·권고(1949), 국제인권규약(1966), ILO 이주근로자 보충협약·권고(1975), 국제연합 외국인 권리선언(1985), 국제연합 이주근로자 권리협약(1990)의 순서가 된다. 국적에 관계없이 외국인 근로자를 동등한 근로조건으로 대우해야 한다는 것은 이러한 국제규범들의 공통된 내용이다.

산업기술연수생제도가 지니는 근본적인 문제로 인하여 국내에서도 최근 들어 이 제도의 개폐에 대한 논의가 활발하다. 제도개선의 논의는 여러 방향에서 이루어지고 있다. 하나는 산업기술연수생제도를 존치하거나 부분적으로 개편하는 것이며, 다른 한 방향은 고용허가제 내지 노동허가제를 새로이 도입하는 것이다.

이 글은 두 번째 방향인 고용허가제 내지 노동허가제의 도입론에 찬성한다. 고용허가제는 일정한 기준에 해당하는 사용자에게 외국인 근로자의 고용을 허용하는 것을 의미한다. 고용허가제를 선택하게 되면 외국인 근로자의 취업자격을 입국·체류자격과 분리하게 되므로, 국내 노동시장의 사정에 대응한 외국인 근로자 정책을 전개할 수 있다. 또한 고용허가제는 외국인 근로자를 내국인 근로자와 동등하게 대우해야 한다는 것이 전제되어 있어 균등대우원칙에도 부합된다.

아울러, 외국인 근로자에 대해 노동허가를 받도록 하는 노동허가제를 설정할 필요가 있다.

노동허가제는 사용자를 규제하는 고용허가제와는 달리 일정한 기준에 해당하는 외국인 근로자에게 국내 취업을 허용하는 제도이다. 고용허가제와 노동허가제는 규제의 방향이 다르기 때문에 상호 보완적인 역할을 할 수 있다. 특히, 외국인 근로자의 체류년수, 가족, 연령, 출신국에 따라서 규제를 달리해야 하는 경우에는 노동허가제가 필요하다.

한편, 1997년 들어 고용(노동)허가제의 도입이 실현되는 듯했다. 그러나 중소기업중앙회를 비롯한 사용자단체들의 거센 저항에 부딪혀 정부는 새로운 제도의 도입을 보류하게 버리고 말았다.

필자가 특히 주목한 것은 제도개선 논의과정에서 몇가지 잘못된 논리가 공공연히 주장되었다는 점이다. 즉 "독일에도 우리나라와 유사한 연수생제도가 있다.", "일본에도 우리나라와 유사한 연수생제도가 있다.", "일본도 고용허가제를 도입하려 했으나, 문제가 많아 도입을 포기했다."는 주장이 그것이다. 그렇지만, 이들 나라의 사정은 우리와 다르기 때문에 단순비교는 곤란하다.

독일의 연수생제도는 동유럽의 숙련근로자에게 기술이전을 시키기 위한 제도로써, 이들에게도 독일 근로자와 동등하게 노동관계법이 적용되었다는 점을 유념해야 한다. 일본의 연수생제도는 우리 연수생제도에 많은 영향을 끼친 것이 사실이지만, 단순기능인력 활용보다는 기술이전을 위한 제도이다. 마지막으로 일본 역시 고용허가제의 도입을 검토한 것은 사실이지만, 단순기능인력이 아닌 전문직·관리직 외국인의 도입을 활성화하기 위해서 검토했었다.

마지막으로 이 글은 고용(노동)허가제의 기본방향 아래에서 기타의 쟁점에 대해서도 검토하였다.

먼저, 고용허가제가 도입되었을 때 임금 증감과 관련되는 법률 문제를 여러 측면에서 검토해 보았다. 다음으로 사업장이동의 자유와 가족 초청 등에 대해서 살펴보았다. 외국인 근로자가 단기간 체류에 그칠 경우에는 사업장 이동의 자유를 제한할 수 있으며, 가족초청을 허용하지 않을 수 있다. 그렇지만, 취업을 위해 장기간 체류하는 경우에는 사업장 이동의 자유나 가족 초청을 제한하기 어려워진다. 그리고 단기 체류의 외국인 근로자에 대해 가족 결함을 제한하는 것은 별문제가 없으나, 결혼이나 임신의 경우에 고용(노동)허가를 취소하는 것은 기본권 침해의 위험이 높다.

參考文獻

1. 圖書文獻

- 강명옥, "외국인노동자 보호대책에 관한 연구", 숭실대 노사관계대학원 석사학위논문, 1995. 12.
- 강수돌, 『외국인노동자 고용 및 관리실태와 정책대안』, 한국노동연구원, 1996. 9.
- 국제노동연구소 위임, 『ILO와 단결권』, 돌베개, 1991.
- 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 1996.
- 김소영, 『외국인력 관련법제 및 정책의 국제비교』, 한국노동연구원, 1995. 8.
- 김유성, 『노동법Ⅱ - 집단적 노사관계법』, 법문사, 1996.
- 김천수, 『헌법학개론』, 박영사, 1996.
- 김형배, 『노동법』, 박영사, 1995.
- 남동희, 『외국인근로자 관리실무』, 동신노사경영연구원, 1996.
- 남성일·고진수·이승진, 『단순기능 외국인력정책 개선방안 연구』, 한국정총, 1996. 6.
- 노동부 외국인력정책연구반, 『(단순기능 외국노동력의)국내취업에 관한 정책대안』, 1994. 12.
- 노동정책연구소 편, 『외국인 노동자정책과 보호대책』, 1995. 12.
- 杜玉廣, "중화민국의 외국인 노동자 관리제도 연구", 건국대학교 행정대학원 석사학위논문, 1996.
- 박노형, 『BC 새유림의 도전』, 매일경제신문사, 1991. 10.

- 박상필, 『근로기준법강의』, 대왕사, 1991.
- 박성준, 『단순외국인력과 고용허가제』, 한국경제연구원, 1996. 8.
- 박영범 외, 『외국인력의 활용과 정책과제』, 중소기업연구원, 1993.
- 박흥규, 『노동법론』, 삼영사, 1995.
- 법제처, 『최근외국입법동향』 제23권 제3호, 1996. 5.
- 설동훈, "한국사회의 외국인노동자에 대한 사회학적 연구 - 외국인노동자의 유입과 적응을 중심으로", 서울대 박사학위논문(사회학), 1996. 8.
- 손동균 외, 「출입국관리와 치안대책의 효율화에 관한 연구」, 치안연구소, 1996. 7.
- 송병준, 「3D업종의 인력난 해소를 위한 장·단기 대책」, 산업연구원, 1993. 12.
- 오문환, "시간제근로자의 법적 지위에 관한 연구", 서울대 박사학위논문, 1994. 8.
- 어수봉·권혜자, 『외국인노동자와 노동정책』, 한국노동 중앙연구원, 1995.
- 이병태, 『최신노동법』, 현암사, 1995.
- 이한기, 『국제법강의』, 박영사, 1996.
- 정인섭, 『재일교포의 법적 지위』, 서울대학교 출판부, 1996.
- 정인섭, "외국인의 국제법상 지위에 관한 연구 - 정주의국인의 경우를 중심으로", 서울대 박사학위논문, 1992. 2.
- 한국경영자총협회, 『한국기업의 임금관리』, 1992.
- 한국노동연구원, 『외국인력수입과 정책과제』, 1993. 6.
- 허영, 『헌법이론과 헌법(中)』, 박영사, 1992.
- 고준기, 「불법체류 외국인근로자의 관리대책과 법적 보호」, 『노동법학』, 한국노동법학회 제5호, 1995. 12.
- 김신수, 「한국에서의 외국인노동자 인권문제」, 『시민과 변호사』 (서울지

- 방변호사회) 1995. 1.
- 김유성, 「외국인근로자와 노동관계법의 적용」, 『비상근연구위원논문집』, 법무연수원, 1994. 12.
- 남성일, 「단순기능외국인력 정책의 개선방향」, 『경영계』, 1995. 11.
- 박석운, "바람직한 외국인력 정책의 모색", 노동정책연구소 토론회 자료집, 1995.
- 박석운, 「한국의 외국인노동자 인권문제와 대책」, 『법과 사회』, 제11호, 1995.
- 백석현, "해외노동력 유입이 한국경제에 미치는 과급효과", 대한상공회의소 한국경제연구센터, 1993.
- 신 흥, "외국인근로자의 고용에 관한 외국의 법제도", 佳山金致萍박사 고회기념논문집, 1994. 9.
- 우종호, "외국인 연수생제도의 문제점과 정책과제", 한국노동연구원 토론외자료집, 1996. 2. 15.
- 유명기, 「외국인 노동자 차별의 구조」, 『녹색평론』, 21, 1995.
- 이광택, 「불법체류 외국인 근로자의 산업재해에 대해서도 산업재해보상보험법상 요양급여를 지급하여야 한다」, 『노동법률』, 1994. 10.
- 이만희, 「외국인 노동자의 불법취업 증가에 대한 단속 대책」, 『지스티스』, 제24권 제2호.
- 이상원, 「산업재해 민사소송의 몇가지 문제점」, 『법조』, 1989. 12.
- 이원희, 「진프하이어의 노동법론과 그 업적」, 『노동법연구』, 제5호, 1996.
- 이은영, 「산업재해와 안전의무」, 『인권과 정의』, 제181호, 1991.
- 이하룡, 「EC통합과 유럽의 출입국관리정책」, 『법무연구』, 제19호, 1992.
- 정인섭, 「법적 기준에서 본 한국인의 범위」, 杜南 林元瑞교수 정년기념논문집, 1988.
- 최외정, 「외국인 불법체류 실태와 관리방안」, 『법조』, 제453호, 1994. 6.
- 최홍업, 「외국인 근로자와 노동관계법의 적용」, 『노동법연구』, 제4호.

1994.
최홍업, 「외국인 산업연수생제도와 고용허가제」, 『노동법연구』, 제5호,
1996.
한국노동연구원, “해외연수생제도의 문제와 정책과제”(자료집), 1996.
9. 13.
한국노동연구원, “해외연수생제도의 문제와 정책과제”(자료집), 1996. 2.
경제단체협의회, 『최신노동판례』
손창희 편, 『신노동판례집』, 한국노동연구원, 1991.
법원도서관, 「판례공보」(1996. 1. 1.)
법원행정처, 「법원공보」(1995. 12. 15.)
외국인노동자대책협의회, 『노동과 평등』 제1~2호, 1996.

2. 日本文獻

- 菅野和夫, 『労働法』, 第3版(弘文堂, 1993).
宮島喬, 『外國人労働者と日本社會』(明石書店, 1993).
金東勳 編著, 『國連・移住労働者權利條約と日本』(解放出版社, 1992).
労働省, 『外國人労働者が労働面等に及ぼす影響等に関する研究報告書』(노동부 역, 1993.12.)
労働省 職業安定局, 『外國人雇用對策の現状』(勞務行政研究所, 1995).
島田晴雄, 『外國人労働者問題の解決策』(東洋經濟新聞社, 1993).
社會保障研究所 編, 『外國人労働者と社會保障』(東京大學出版會, 1991).
小西國友・渡邊章・中嶋士元也, 『労働關係法』, 第2版(1995).
手塚和彰, 『外國人と法』(有斐閣, 1995).
手塚和彰, 『(續)外國人労働者』(日本經濟新聞社, 1991).
手塚和彰, 『外國人労働者』(日本經濟新聞社, 1989).
手塚和彰 外 譯, 『ドイツ労働法』, (P. Hanau, K. Adomeit, Arbeit-
recht, 10. Aufl.)

野川忍,『外國人労働者法-ドイツの成果と日本の展望』(信山社, 1993.10).

伊藤欣士,『技能実習制度』(労務行政研究所, 1994.3).

日本労働研究機構,『外國人労働者問題の政策的課題: 主要受け入れ國の政策』(노동부 역, 1991.3).

佐藤進,『外國人労働者の雇社と人権』(法律文化社, 1992).

戸部信喜,『憲法学Ⅱ』(有斐閣, 1994).

花見忠・桑原靖夫,『明日の隣人, 外國人労働者』(東洋經濟新聞社, 1989).

江橋崇,『移住労働者保護條約の採擧の意味するもの』,『法學セミナー』第442(1991.10).

岡澤憲夫,『スウェーデンにおける外國人受け入れ政策-地球市民權の試み-』,『外國人労働者と社會保障』((社會保障研究所 編, 東京大學出版會 (1992).

高藤昭,『外國人労働者とわが國の社會保障法制』,『外國人労働者と社會保障』(東京大學出版會, 1991).

邱新豪,『臺灣における外國人労働者問題と九二年就業服務法』,『労働法律旬報』第1347號(1994.11.10).

宮地基,『外國人の選舉權をめぐる憲法上の論点について』,『神戸法學年報』,第7號(1991).

内野正幸,『ドイツにおける社會權の展開』,『法政時報』,第54卷 第7號.

大沼保昭,『外國人の人権 論再構成の試み』,『法學協會百周年記念論文集』,第2卷(1983).

大沼保昭,『在日朝鮮人の法的地位に關する一考察』,1-6,『法苑』,第96巻 第3・5・8號,第97巻2・3・4號.

尾崎正利,『國際的労働關係と労働法規の適用』,『別冊ジュリスト』(1995.10)

松井孝司,『ヨーロッパにおける國際労働法』,『日本労働法學會誌』,第85號,

1995.

本多淳亮,「外国人労働者の性格と課題」,『日本労働法学会誌』第75號(1990).

蜂谷隆,「外国人労働者収れ入れと政府・経済界の立場」,『季刊労働法』第164號(1992,夏).

釜田泰介,「ECにおける労働基本権の保障」,『ジュリスト』第961號(1990.8.).

寺岡勝子,「外国人労働者の権利救済上の問題点」,『日本労働法学会誌』第75號(1990).

西谷敏,「労働基本権」,『法律時報』臨時増刊(1989.9.).

西谷敏,「外国人労働者と労働法」,『外国人労働者と人権』,『法學セミナー』特輯 第42號.

小池和男,「雇用許可制提唱の趣旨」,『ジュリスト』第909號(1988.6).

小川政亮,「社会保障と国籍」,『法律時報』第53巻 第7號.

小川浩一,「外国人労働者問題の現在」,『季刊労働法』第164號(1992,夏).

手塚和彰,「外国人労働者の法的問題 - 西ドイツ等欧米と日本の比較」,『ジュリスト』第909號(1988.6).

岸井貞男,「外国人労働者問題を考える」,『関西学院大學法學論集』第41巻 第2號.

鈴木宏昌,「外国人労働者と平等待遇の原則」,『季刊労働法』第164號(1992,夏).

柳屋孝安,「西ドイツにおける外国人労働許可制度」,『季刊労働法』第149號(1988.10).

柳屋孝安,「西ドイツにおける外国人労働者の就労をめぐる法的問題」,『季刊労働法』第151號(1989.4).

中村圭介,「西獨における外国人労働者政策の展開」,『日本労働協會雑誌』第348號(1988).

- 倉田靖司,「入管法改正案—不法就労助長罪の検討」,『判タ』,第40巻,第15號,(1989. 6).
- 浅倉むつ子,「平等待遇」,『現代労働法講座』,第9巻.
- 初瀬龍平,「外國人労働—相互主義の導入」,『神戸法學』,第39巻 第2號.
- 村下博,「外國人労働者と労働法上の問題点」,『日本労働法學會誌』,第75號.
- 坂本重雄,「平等取扱い義務」,『労働契約の研究』,本多淳亮先生還暦記念論文集,1986.
- 坂中英徳,「外國人労働者問題と入管法改正」,『自由と正義』,第40巻,第6號,(1989. 6).
- 下井隆史,「わが國の労働法制と外國人労働者」,『日本労働法學會雜誌』,第348號.
- 後藤勝喜,「外國人労働者と労働関係法規の適用」,『季刊労働法』,第164號,(1992. 夏).

3. 参考文献 其他文献

- Becker, F., D. Braasch, Recht der ausländischen Arbeitnehmer, 3. Aufl., Neuwied, 1986.
- Becker, R., Schaffner, Arbeiterlaubnis und Arbeitsvertrag, ArbZ 1977, 76.
- Bleckmann, A., Allgemeine Grundrechtslehren, 1979.
- Bleckmann, A., Staatsrecht II, 3. Aufl., 1989.
- Blomeyer, W., Pflichten zur Wahrung von Arbeitnehmerinteressen, Richardi / Wlotzke (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, B. I, C.H.Beck, 1992.
- Braasch, D., Ausländische Arbeitnehmer, Leinemann(Hrsg.), Handbuch zum Arbeitsrecht, Gruppe II, Loseblattwerk,

1993.

Däubler, W., Das Arbeitsrecht 1, 13., Aufl., Rowohlt, 1993.

Däubler, W., Das Arbeitsrecht 2, 10., Aufl., Rowohlt, 1995.

Däubler, W., Arbeitsrecht und Auslandsbeziehung, ArbuR · Heft1
1990, 1.

Doehring K., u. J. Isensee, Die staatsrechtliche Stellung der
Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland, VVDStRL
32(1974).

Eichenhofer, E., Arbeitsrechtliche Folgen der Arbeit ohne
Arbeitserlaubnis, NZA · Heft21, 1987, 732.

Engels, G., Auswirkung der fehlenden Arbeitserlaubnis auf das
Arbeitsverhältnis ausländischer Arbeitnehmer, RdA Heft3,
1976, 165.

Prowein, J.A., J. Wolf (Hrsg.), Ausländerrecht im internation-
alen Vergleich, C.F.Müller, 1985.

Hailbronner, K., Ausländerrecht, C.F.Müller, 1984.

Hailbronner, K., Das Gesetz zur Neuordnung des Auslän-
derrechts, NJW 1990, 2153.

Hailbronner, K., der Ausländerrecht und Verfassung, NJW
1983, 2106.

Hambüchen, U., Das Arbeitserlaubnisrecht, 1. Aufl., Baden-
Baden, 1990.

Hanau, P., K. Adomeit, Arbeitsrecht, 9., Aufl., 1988

Hanau, P., Das Verhältnis von Arbeitsvertrag, Arbeitserlaubnis
und Aufenthaltserlaubnis ausländischer Arbeitnehmer,
Festschrift 25 Jahre BAG, 1979.

Heldman, H., Ausländergesetz, 2. Auflage, Frankfurt, 1993.

Heldman, H., Befristung des Arbeitsverhältnis durch befristete

- Arbeitserlaubnis, BB 1975, 1306.
- Hueck, Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. I, 7 Aufl., 1963.
- Nunez, Müller, Probleme des Arbeitserlaubnisrechts bei Aussiedlern und Vertriebenen, NZA 1990, 130.
- Schaub, G., Arbeitsrecht Handbuch, 7 Auflage.
- Schmitt, C., Verfassungslehre, 1928.
- Söllner, A., Grundriß des Arbeitsrechts, 10 Auflage, 1990.
- Wollenschläger, M., Der ausländische Arbeitnehmer und neue BtrVG, NJW 1973, 1597.
- Wollenschläger, M., Landesbericht Bundesrepublik Deutschland, Report in XIV World Congress of Labour Law and Social Security, 1994.
- Wolterbeck, F., M. Haase, AR-Blätter, D., Ausländischer Arbeitnehmer I, 1987.
- Wolterbeck, F., Rechtsfolgen fehlender Arbeitserlaubnis bei Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer, DB 1965, 779.
- Bendix, John "Importing Foreign Workers", *A Comparison of German and American Policy*, 1990.
- Böhning W.R., and D. Mailat(ed.), *The Effects of the Employment of the Foreign Workers*, OECD: Paris.
- Eva Lundberg Lithman, *Immigration and Immigrant Policy in Sweden*, The Swedish Institute(1987).
- François Eyraud, "Equal pay and the value of work in industrialized countries", *International Labour Review*, Vol. 132, 1993.
- Freedom of Association - Digest of decisions and principles of

- the Freedom of Association Committee, Third edition, 1985.
- Hasenau, M., "Setting Norms in the United Nations System: The Draft Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and their Families in Relation to ILO Standards on Migrant Workers", *International Migration*, 28(1990) 1.
- Jane Hodges-Aeberhard, The right to organise in Article 2 of Convention No. 87 - what is meant by "without distinction whatsoever"?, *International Labour Review*, Vol. 128, 1989.
- Pechota, V., "The Development of the Covenant on Civil and Political Rights", L. Henkin ed., *The International Bill of Rights*, Columbia Univ., 1981, p42.
- Peter Stalker, "Millions of Workers on the Move," *World Of Work*, No.3, 1993.
- White P.E., and G.A.van der Knapp(ed.), *Contemporary Studies of Migration*, Geo Books, Norwich, pp.173~180.
- Migrant Workers, Reports in 14 World Congress of Labour Law and Social Security, Seoul, 1994, 9.
- International Labour Office, *The Rights Of Migrant Workers*, 1988.
- (臺灣) 行政院 研究發展高核委員會 編, 「我國外籍勞工可能引發的社會問題及基因應對策」, 1992.4.

附錄

附錄1 : ILO협약 제97호 「이주근로자에 관한(개정)협약」

附錄2 : UN(국제연합)의 「모든 이주근로자와 그 가족의 권리보호에 관한 국제협약」

<附錄1>

ILO협약 제97호 「이주근로자에 관한(개정)협약」

(Convention concerning Migration for Employment(Revised))¹⁾

ILO 총회는, ILO사무국 이사회의 소집으로 1949년 6월 8일 제네바에서 제32차 회의를 개최하고, 이 회의 의사일정의 제11의제인 제25차 총회에서 채택된 1939년 이주근로자 협약의 개정에 관한 제안을 채택하기로 결의하고, 이 제안은 협약의 형식으로 할 것을 결정하였기에, 「1949년 이주근로자에 관한(개정)협약」 이라고 부를 다음의 협약을 1949년 7월 1일 채택한다.

[제1조] 이 협약의 적용을 받는 ILO 각 회원국은 ILO 사무국 및 기타의 회원국의 요청에 따라 다음 사항을 제공할 것을 약속한다.

- (a) 출 이민 및 입 이민에 관한 국가정책, 법령에 관한 정보
- (b) 고용을 위한 이주와 이주근로자의 근로 및 생활조건에 관한 특별규정에 관한 정보
- (c) 회원국에 의하여 체결된 일반협정 및 특별협정에 관한 정보.

[제2조] 이 협약의 적용을 받는 각 회원국은 이주근로자를 지원하기 위한, 특히 그에게 정확한 정보를 제공하기 위한, 적절하고 무료의 서비스 사업을 유지하거나 또는 그것이 유지되도록 할 것을 약속한다.

[제3조] 1. 이 협약의 적용을 받는 각 회원국은 법령이 허용하는 한 출 이민에 관한 잘못된 선전에 대한 모든 적절한 조치를 취할 것을 약속한다.

2. 이 목적을 위하여, 회원국은 적절한 경우에는 다른 관계 회원국과 협력하여야 한다.

[제4조] 각 회원국은 그 관할권 내에 있어서의 이주근로자의 출발, 여행 및 입국을 촉진하기 위하여 적절한 조치를 취하여야 한다.

[제5조] 이 협약의 적용을 받는 각 회원국은 그 관할권 내에서 다음 사항에 대하여 책임을 지는 적절한 의료사업을 유지할 것을 약속한다.

(a) 필요한 경우에는 출발 및 도착시에 이주근로자 및 그와 동반하거나 또는 결합하는 것이 인정된 가족이 양호한 건강상태에 있도록 보장할 것

(b) 이주근로자와 그 가족이 출발할 때, 여행할 때 및 목적지에 도착할 때, 적절한 의료 및 양호한 위생상태를 누리도록 보장할 것.

[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 가족부양 책임 및 국내법령에 의하여 사회보장제도의 적용을 받는 기타의 사고에 관한 법률)

다만, 다음과 같은 제한을 받아야 한다. ① 이미 취득한 권리 및 취득중에 있는 권리의 보전을 위하여 적절한 협정을 맺을 수 있다. ② 이주국의 법령은 전액 공적 기금에서 지불되는 급여 또는 그 일부에 관한 특별한 조치, 모든 통상의 연금지급을 위한 각출금 조건을 구비하지 아니한 자에게 지불되는 수당에 관한 특별한 조치를 규정할 수 있다.

(c) 고용되는 자에 관하여 지불되어야 할 고용세, 조합비, 각출금.

(d) 이 협약에서 정한 사항에 대한 법률상의 절차

2. 연방국에 있어서는, 이 협약의 규정은 이 조항에서 취급되고 있는 사항이 연방의 법령에 의하여 규제되거나 또는 연방의 행정당국의 통제하에 있는 한 이를 적용하여야 한다. 연방을 구성하는

국, 주 또는 도의 법령에 의하여 규율되거나 또는 행정당국의 통제하에 있는 사항에 관하여, 본 조의 규정이 적용되는 정도 및 방법은 각 회원국이 이를 결정하여야 한다. 회원국은 본조에서 취급되고 있는 사항이 연방의 법령에 의하여 규율되거나 또는 연방의 행정당국의 통제하에 있는 정도를 협약의 적용에 관한 연차보고서에서 지적하여야 한다. 연방을 구성하는 국, 주 또는 도의 법령에 의하여 규율되거나 그 행정당국의 통제하에 있는 사항에 관하여 회원국은 ILO헌장 제19조 제7항(d)에 정하는 조치를 취하여야 한다.

[제7조] 1. 이 협약의 적용을 받는 각 회원국은 이주와 관계가 있는 공공의 고용서비스사업 및 기타의 사업이 다른 회원국의 상응한 사업과 적절한 경우 협력토록 할 것을 약속한다.

2. 이 협약의 적용을 받는 각 회원국은 그 공공 고용서비스사업에 의한 서비스를 이주근로자에게 무료로 제공하도록 보장할 것을 약속한다.

[제8조] 1. 영구적으로 입국이 허용된 이주근로자 및 그와 동반하거나 또는 결합하는 것이 인정된 가족은 이주근로자가 입국 후에 걸린 질병 또는 상해로 인하여 그 직업을 수행할 수 없다는 이유로 그 출신 지역 또는 출신민 지역에 송환될 수 없다. 그러나 관계 당사자가 희망하거나 또는 해당 회원국이 당사자인 국제협정으로 정할 때에는 예외로 한다.

2. 영구적으로 입국이 허용된 이주근로자가 이주국에 도착하였을 때에는, 그 입이주국의 권한있는 기관은 본조 제1항의 규정이 이주근로자의 이주 허용일로부터 어떠한 경우에도 5년을 넘지 아니하는 합리적인 기간의 경과후에만 효력을 발생한다고 정할 수 있다.

[제9조] 이 협약을 시행하는 각 회원국은 통화의 반출 및 반입에 관한 국내 법령에 의하여 허용되는 한도를 고려하여, 이주근로자의 소득 및 저축으로서 그 이주자가 희망하는 금액의 송금을 허가할 것을 약속한다.

[제10조] 회원국의 지역으로부터 다른 회원국의 지역으로 가는 이주의 수가 상당히 많은 경우에는, 관계지역의 권한있는 기관은 필요하거나 바람직할 때에는 이 협약규정의 적용에 관련하여 일어나는 공통 이해사항을 규제하기 위하여 협정을 체결하여야 한다.

[제11조] 1. 이 협약에서 '이주근로자'라 함은 자신 이외의 자를 위하여 고용될 목적으로 일국으로부터 타국으로 이주하는 자를 말하며, 이주근로자로서 정상적으로 입국이 인정되는 모든 자를 포함한다.

2. 이 협약은 다음의 자에게는 적용하지 아니한다.

(a) 국경근로자

(b) 자유직업에 종사하는 자 및 예술가의 단기간 입국

(c) 선원

[제12조 및 제13조] (비준과 효력발생에 관한 규정으로서 표준절차규정에 의함)

[제14조] 1. 이 협약을 비준하는 각 회원국은 비준에 첨부하는 선언에 의해 협약 부속서의 일부 또는 전부를 비준에서 제외할 수 있다.

2. 이와 같은 선언의 조건에 따라서, 이 협약 부속서의 규정은 이 협약의 규정과 동일한 효력을 가진다.

3. 이와 같은 선언을 한 회원국은 그후 새로운 선언에 의하여 부속서의 일부 또는 전부를 수락한다는 것을 사무총장에게 통고할 수 있다. 이와 같은 통고가 사무총장에게 등록된 날로부터 이와 같은 부속서의 규정은 해당 회원국에게 적용되어야 한다.

4. 본조 제1항에 의한 부속서에 관한 선언이 유효한 동안에는, 회원국은 그 부속서를 권고의 효력을 가지는 것으로서 수락하는 의사를 선언할 수 있다.

[제15조 및 제16조] 비본토지역 적용의 선언

[제17조] 1. 2.(폐기에 대한 표준절차규정에 의함)

3. 전항의 규정에 따라 본 협약이 폐기통보된 경우에는 언제든지, 이를 폐기하지 아니한 회원국은 그 회원국에 대하여 유효한 협약의 부속서를 별도로 폐기하는 선언을 사무총장에게 통고할 수 있다.

4. 이주자 또는 그 가족에게 부여되는 권리가 계속 유효한지 여부의 문제가 일어난 지역에 대해 협약 또는 관계있는 부속서가 시행중이었던 동안에 이주자가 이주하였다면, 본 협약 또는 그 부속서의 일부 또는 전부의 폐기가 있더라도 그 아래에서 인정된 권리에는 영향을 미치지 아니한다.

[제18조~제21조] (비준통지, 등록, 그리고 개정검토에 관한 것으로서 표준절차규정에 의함)

[제22조] 1. ILO 총회는 해당 문제가 의제에 포함되는 총회에서 본 협약 부속서의 일부 또는 그 이상의 개정문을 3분의 2의 다수결에 의하여 채택할 수 있다.

2. 본 협약의 적용을 받는 각 회원국은 총회회기의 폐회로부터 1년의 기간 내에 또는 예외의 경우에는 18개월의 기간 내에, 입법 또는 기타의 조치를 위하여 그 문제에 대하여 권한있는 기관에 이와 같은 개정문을 제출하여야 한다.

3. 이와 같은 개정문은 본 협약의 적용을 받는 각 회원국에 대하여는, 그 회원국이 개정문의 수락을 통고하는 선언서를 사무총장에게 송부할 때 효력을 가진다.

4. 부속서의 개정문은 총회에 의하여 채택된 날로부터 개정문만이 회원국에 의한 수락의 대상이 된다.

(부속서 1, 2, 3은 생략함)

주석 1) 이 번역은 ILO, International Labour Conventions and Recommendations Vol. I · II (Geneva: Int'l Labour Office, 1992)를 근거로 하고, 국제노동연구소 편, 『ILO 조약 권고집』 (둘째개, 1991)을 참고한 것이다.

<附錄2>

국제연합(UN)의 「모든 이주근로자와 그 가족의 권리보호에 관한 국제협약」

(International Convention on the protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families)¹⁾

전문

이 협약의 계약국은,

인권에 관한 국제협약의 기본문서, 특히 「인권에 대한 세계선언」, 「경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약」, 「시민적·정치적 권리에 관한 국제규약」, 「모든 형태의 인종차별의 철폐에 관한 국제협약」, 「모든 형태의 여자차별의 철폐에 관한 협약」 및 「아동의 권리에 관한 협약」에 구현된 제원칙에 유의하며,

ILO에서 만들어진 기본문서, 특히 「이주근로자에 관한 협약」(제97호), 「불법이주 및 이주근로자의 기회와 대우의 균등촉진을 위한 협약」(제143호), 「고용을 위한 이주에 관한 권고」(제86호), 「이주근로자 권고」(제151호), 그리고 「강제근로에 관한 협약」(제29호), 「강제근로의 폐지에 관한 협약」(제105호)에 제시된 원칙과 기준에 유의하며,

국제연합 교육과학문화기구(UNESCO)의 교육에 있어서 차별금지에 관한 협약에 포함된 제원칙의 중요성을 재확인하며, 「고문과 기타 잔학하고 비인도적이거나 품위를 손상하는 취급 또는 형벌을 금지하는 협약」, 「범죄의 방지 및 범죄자의 취급에 관한 제4회 국제연합 총회의 선언」, 「법집행관을 위한 행동강령」 및 「노예협약」을 상기하며,

ILO의 목적의 하나가 그 현장이 표명하고 있는 바와 같이 자기의 국가 이외의 국가에서 고용된 근로자의 이익 보호라는 것, 그리고 이주근로자와 그 가족에 관련한 사항에 대한 이 기관의 전문지식과 경험을 함께 상기하며,

국제연합의 다양한 기관들, 특히 인권위원회·사회개발위원회, 그리고 국제연합 식량농업기구·국제연합 교육과학문화기구 및 세계보건기구 및 기타 국제기관이 이주근로자와 그 가족에 관하여 수행하고 있는 업무의 중요성을 인정하며, 또 지역적 또는 2국간에서 이주근로자와 그 가족의 보호를 위해 몇 국가에 의해 달성된 발전과 함께 이 분야에서 2국간 및 다수국간 협정의 중요성과 유용성을 인정하며,

국제사회에서 수백만 명의 사람들을 포함하면서 동시에 다수의 국가에 영향을 미치는 이주현상의 중요성과 광범위함을 인식하며,

이주근로자의 유입이 관계국가 및 그 국민에게 미치는 영향을 인식하며, 이주근로자와 그 가족의 취급에 관한 기본원칙의 수락에 의해 국가들의 태도의 조화에 기여할 수 있는 규범을 확립하는 것을 바라면서,

이주근로자와 그 가족이, 많은 시정 가운데에서 특히 그 본국으로부터 이탈해 있다는 것, 그리고 고용국에 체류하고 있는 것으로부터 발생하는 어려움 때문에 빈번하게 발생하는 취약한 상황을 고려하며,

이주근로자와 그 가족의 권리가, 모든 장소에서 충분히 인식되지 않는 것 및 그 때문에 적절한 국제적 보호가 필요하다는 것을 확신하며, 이주가 이주근로자 자신과 함께 그 가족에게 특히 가족이산으로 인해 여러 중대한 문제의 원인이 되는 것에 유의하며,

이주에 관한 인권문제가 비적법 이주의 경우에 더욱 중대하다는 것을 인식하고, 그 때문에 이주근로자의 비밀 이동과 부정거래를 방지하고 제거하기 위하여, 그 기본적인 인권의 보호를 확보함과 함께 적절한 조치가 장려되어야 한다는 것을 확신하고,

증명서를 소지하지 않거나 비적법상태에 있는 이주근로자가 다른 근로자보다 불리한 근로조건 아래에서 고용되어 있는 것, 그리고 일정한 사용자는 불공평한 경쟁의 이익을 획득하기 위해 그 같은 근로자를 찾고 있는 것을 고려하며,

모든 이주근로자의 기본적인 인권이 더욱 넓게 인정된다면 비적법상태에 있는 이주근로자의 고용에 대한 의존을 방지한다는 것, 나아가 적법상태에 있는 이주근로자와 그 가족에게 몇가지 추가적인 권리를 부여하게 된다면 모든 이주근로자와 사용자가 관계 계약국에 의해 정립된 법과 절차를 존중하고 준수하는 것을 조장한다는 것을 고려하며,

그 때문에 모든 이주근로자와 그 가족의 국제적 보호를 실현하고 보편적으로 적용가능한 포괄적

협약으로 기본적 규범을 재확인하고 확립하는 것이 필요하다는 것을 확신하면서,
이하의 각 규정을 합의하였다.

제1부 적용범위 및 정의

제1조(협약의 비차별적 적용) 1. 이 협약은 이하에서 특별한 정함이 없는한 성별, 인종, 피부색, 언어, 종교 또는 신조, 정치적 또는 기타 의견, 어떠한 국민적 종족적 또는 사회적 출신, 국적, 연령, 경제적 지위, 재산, 혼인상의 지위, 출생 기타의 지위에 의한 어떠한 구별도 없이 모든 이주근로자와 그 가족에 대하여 적용된다.

2. 이 협약은 이주의 준비, 출국, 통과 및 고용국에서 체류하여 보수활동에 종사는 전기간중, 그리고 본국 또는 거주국으로의 귀국을 포함하여, 이주근로자와 그 가족의 모든 이주과정에서 적용되어야 한다.

제2조(이주근로자의 정의) 1. 이 협약의 적용상 '이주근로자'라 함은 자기의 국적국이 아닌 국가에서 보수활동에 종사하는 것이 예정되거나 현재에 종사하거나 또는 종사하여 온 사람을 말한다.

2. (a) '국경근로자'라 함은 매일 또는 적어도 주1회 돌아가는 자기의 거소를 인접국에 가지고 있는 이주근로자를 말한다.

(b) '계절근로자'라 함은 이 업무의 성질상 계절적 조건에 의존하고, 1년의 일정 기간만 일하는 '이주근로자'를 말한다.

(c) '선원'이라 함은 어업종사를 포함하여 자기의 국적국 이외의 국가에 등록된 선박에서 일하는 이주근로자를 말한다.

(d) '근해시설근로자'라 함은 그 국적국이 아닌 국가의 관할 아래에 있는 근해시설(offshore installation)에 고용되어 있는 이주근로자를 말한다.

(e) '이동근로자'라 함은 그 거소를 일국에 가지지 않고 그 임무의 성질 때문에 단기간 다른 1국 또는 수개국에 이동해야 하는 이주근로자를 말한다.

(f) '프로젝트관련 근로자'라 함은 그 사용자에 의해 어느 국가에서 진행되는 특정의 프로젝트만 근로하기 때문에 일정기간 고용국으로의 입국이 인정된 이주근로자를 말한다.

(g) '특정고용자'라 함은,

(i) 특정한 임무 또는 직무를 맡기 위해, 그 사용자에 의해 일정한 기간 고용국에 파견되어 있는 사람

(ii) 한정된 일정기간, 전문적·상업적·기술적 또는 다른 고도의 특수기능이 요구되는 업무에 종사하는 사람

(iii) 고용국에서 그 사용자의 요구에 의해, 한정된 일정기간중 임무의 성질이 일시적 또는 단기적인 업무에 종사하는 사람으로서, 그 체류허가 기간의 만료시에 출국해야 하거나 또는 특정한 임무 또는 업무를 맡지 않게 되거나 또는 그 근로에 종사하지 않는 경우에는 기간 만료 이전에 출국해야 하는 이주근로자를 말한다.

(h) '자영근로자'라 함은 근로계약에 기초한 것이 아닌 보수활동에 종사하고 동시에 통상 홀로 또는 그 가족과 함께 일하고, 그 활동에 의해 생계를 유지하고 있는 이주근로자, 그리고 적용을 받는 고용국의 법률 또는 2국간 또는 다수국간의 협정에 의해 자영근로자로 인정되는 기타의 이주근로자를 말한다.

제3조(적용제외의 근로자) 이 조약은 다음의 사람에 대해서는 적용되지 않는다.

(a) 그 입국과 지위가 일반 국제법 또는 개별 국제 협정이나 협약으로 정해지는, 국제 조직 및 기관이 파견하거나 고용한 사람 또는 한 국가가 영토 이외에서 공무수행을 위해 파견하거나 고용한 사람

(b) 그 입국과 지위가 고용국과의 협정으로 정해지고 이 협정에 따라 이주근로자로 간주되지 않는, 한 국가가 영토 이외로 파견하거나 고용한 사람이거나 그 국가를 대표하는 사람으로서, 개발계획이나 기타 협력계획에 참가한 사람.

(c) 본국 이외의 국가에 투자자로서居所(居所)를 가지고 있는 자

(d) 난민 및 무국적자, 다만, 관계 체약국의 관련 국내법규나 이들 국가에 대해 효력이 있는 국제문서에서 이 협약의 적용이 정해진 경우를 제외한다.

(e) 학생 및 연수생

(f) 고용국 내에서 거소(居所)를 가지거나 보수활동에 종사하는 것이 인정되지 않는 선원 및 근해시설 근로자

제4조(가족의 정의) 이 협약에서 '가족'이라 함은 이주근로자와 결혼한 사람이거나 적용되는 법률에 의해 결혼과 동일한 효력이 인정되는 관계를 가지는 사람과, 적용되는 법률이나 적용되는 2국간 또는 다국간 협정에 의해 가족으로 인정되는 피부양 자녀와 기타의 피부양자를 의미한다.

제5조(합법체류와 불법체류 근로자) 이 협약의 적용상 이주근로자와 그 가족은,

(a) 고용국의 법률과 고용국이 당사국인 국제협정에 의해 그 국가에 입국, 체류, 보수활동에 종사하는 것이 인정되는 경우는, 등록되거나(documented) 적법상태에 있다고 간주된다.

(b) 위 조(a)항에 정해진 요건에 합치하지 않은 경우에는 미등록이거나 비적법상태(in an irregular situation)있다고 간주된다.

제6조(관계국의 정의) 이 협약의 적용을 위해,

(a) 본국(State of origin)이라 함은 그 개인이 국적을 가지는 국가를 의미한다.

(b) 고용국(State of employment)이라 함은 이주근로자가 보수활동에 종사하려 하거나, 종사하고 있거나, 종사해 왔던 국가를 의미한다.

(c) 통과국(State of transit)이라 함은, 그 개인이 고용국으로 향하거나 고용국으로부터 본국이나 거주국으로 돌아가기 위해 통과하는 국가를 의미한다.

제2부 권리에 대한 차별금지

제7조(균등대우의 원칙) 이 협약의 체약국은 인권에 관한 국제문서에 따라서 자국의 영토 내에 있거나 자국의 관할권에 복종해야 할 모든 이주근로자와 그 가족에 대하여 성, 인종, 피부색, 언어, 종교 또는 신조, 정치적 또는 기타의 의견, 민족이나 종족이나 사회의 출신, 국적, 연령, 경제적 지위, 재산, 혼인상의 지위, 출생 기타의 지위에 의한 어떠한 차별도 없이, 이 협약 가운데 정해진 권리를 존중하고 확보하는 것을 약속한다.

제3부 모든 이주근로자와 그 가족의 인권

제8조(출입국의 자유) 1. 이주근로자와 그 가족은 본국을 포함한 어떠한 국가에도 출국하는 자유를 가진다. 이 권리는 어떠한 제한을 둘 수 없다. 다만, 법에 의해 정해지고 국가의 안정, 공공질서, 공중의 건강이나 도덕 또는 다른 사람의 권리 및 자유를 보호하기 위해 필요하고 동시에 이 협약의 제3부에서 인정된 다른 권리와 충돌하지 않는 경우는 예외이다.

2. 이주근로자와 그 가족은 언제라도 본국에 입국하여 체류하는 권리를 가진다.

제9조(생명에 대한 권리) 이주근로자와 그 가족의 생명에 대한 권리는 법률에 의해 보호된다.

제10조(고문 또는 비인도적 형벌의 금지) 어떠한 이주근로자나 그 가족도 고문 또는 잔학, 비인도적이거나 품위를 손상하는 취급이나 형벌을 받지 않는다.

제11조(노예 또는 강제노동의 금지) 1. 어떠한 이주근로자나 그 가족도 노예상태 또는 예속상태에 둘 수 없다.

2. 어떠한 이주근로자 또는 그 가족도 강제노동을 시킬 수 없다.

3. 이 조의 제2항의 규정은 범죄에 대한 형벌로서 강제노동을 수반하는 징역형을 과하는 것이 가능한 나라에서, 권한을 가진 법원에 의한 형벌의 선고에 의해 강제노동시키는 것이 금지된다고 해석되어서는 안된다.

4. 이조의 '강제근로'는 다음의 내용을 포함하지 않는다.

(a) 법원의 합법적인 결정에 의해 구금되어 있는자 또는 그 구금이 조건부로 유예되어 있는 자에게 통상 요구되는 것으로서, 위 제3항에서 언급되지 않은 작업이나 역무(service)

(b) 사회의 존립이나 복지를 위협하는 긴급사태나 재해의 경우에 필요한 역무

(c) 시민의 일반적 의무의 하나인 작업이나 역무

제12조(사상·양심 및 종교의 자유) 1. 이주근로자와 그 가족은 사상, 양심 및 종교의 자유에 대한 권리를 가진다. 이 권리는 스스로의 종교나 신념을 선택하거나 유지하는 자유, 그리고 단독으로 또는 다른자와 공동으로, 그리고 공(公)이나 사(私)로, 예배·의식·행사 및 설교에 의해 그

종교나 신념을 드러낼 자유를 포함한다.

2. 이주근로자와 그 가족은 스스로의 종교나 신념을 선택하거나 유지하는 자유를 침해할 위험이 있는 강제를 받지 않는다.

3. 종교 또는 신념을 표명하는 자유에 대해서는 법률로 정하는 것이고 공공의 안전, 공공질서, 공중의 건강 또는 도덕이나 다른 자의 기본적 권리 및 자유를 보호하기 위하여 필요한 제한만 과할 수 있다.

4. 이 협약의 체결국은 적어도 그 일방이 이주근로자인 부모 및 경우에 따라서는 법적 후견인이 자기의 신념에 따라 아동의 종교적·도덕적 교육을 확보하는 자유를 갖는 것을 존중할 것을 약속한다.

제13조(표현의 자유) 1. 이주근로자와 그 가족은 간섭되지 않고 의견을 가질 권리를 가진다.

2. 이주근로자와 그 가족은 표현의 자유에 대한 권리를 가진다. 이 권리는 구두, 자필 또는 인쇄, 예술의 형태 또는 스스로 선택하는 다른 방법에 의해, 국경과 관련 없이 모든 종류의 정보 및 아이디어를 찾고 받으며 전달할 자유를 포함한다.

3. 본 조 제2항의 권리의 행사에는 특별한 의무 및 책임을 수반한다. 따라서 이 권리의 행사에 대해서는 일정한 제한을 과할 수 있다. 다만, 그 제한은 법률에 의해 정해지고 다음의 목적을 위해 필요한 것에 한정된다.

(a) 다른 자의 권리 또는 신용의 존중

(b) 국가의 안전, 공공질서, 공중의 건강, 또는 도덕의 보호

(c) 전쟁 선전을 방지할 목적

(d) 차별, 적의 또는 폭력을 선동하는 국민적·인종적 또는 종교적 증오의 확산을 방지할 목적

제14조(사생활·명예 및 신용의 보호) 어떠한 이주근로자 또는 그 가족도 그 사생활, 가족, 가정, 주거나 통신에 대해서 자의적으로 또는 불법으로 간섭되거나 명예 및 신용이 불법으로 공격되지 않는다. 개별 이주근로자와 그 가족은 그 같은 간섭이나 공격에 대한 법률의 보호를 받을 권리를 가진다.

제15조(재산에 대한 권리) 어떠한 이주근로자 또는 그 가족도 자의적으로 단독이나 공유로 소유하는 재산을 침해당하지 않는다. 고용국에서 유효한 법률에 의해 이주근로자 또는 그 가족의 재산의 일부나 전부가 수용되는 경우는 그 피수용자는 공정하고 충분한 보상을 받을 권리를 가진다.

제16조(신체의 자유 및 체포·구금의 요건) 1. 이주근로자와 그 가족은 신체의 자유와 안전에 대한 권리를 가진다.

2. 이주근로자와 그 가족은 공무원에 의하거나 개인, 집단 또는 기구의 어느 쪽에 의하는지에 관계없이 폭력·신체적 가해, 위협과 협박에 대해 국가의 유효한 보호를 구할 권리를 가진다.

3. 법률은 집행하는 공무원에 의한 이주근로자와 그 가족의 신원확인 은 법률에 의해 정해진 절차에 따라서 이루어져야 한다.

4. 이주근로자와 그 가족은 개인이나 집단으로 자의적으로 체포되거나 구금되지 않는다. 그들은 법률에서 정해진 이유 및 절차에 의하지 않는 한, 그 자유를 침해당하지 않는다.

5. 체포된 이주근로자와 그 가족은 체포될 때 가능한 한 그들이 이해하는 언어로 체포의 이유가 고지되어야 하고 또 그들이 이해하는 언어로 그들에 대한 피의 사실이 신속하게 고지되어야 한다.

6. 형사상의 범죄로 인해 체포 또는 구금된 이주근로자와 그 가족은 재판관 또는 사법권을 행사하는 것이 법률에 의해 인정되는 다른 공무원 앞에 신속하게 이송되어, 합리적인 기간 내에 재판을 받거나 그렇지 않으면 석방될 권리를 가진다. 재판을 기다리는 기간 동안 그들이 구금되는 것이 원칙이어서는 안 되며, 석방에 있어서는 재판 기타 사법상의 절차의 모든 단계에서 출석과 필요하다면 판결의 집행을 위한 출석을 보장하는 것을 조건으로 할 수 있다.

7. 이주근로자와 그 가족이 체포되거나 교도소나 재판을 위해 구치소에 수감되거나 다른 방법으로 구금된 때에는,

(a) 그의 요청이 있는 때에는 체포 또는 구금 기타의 이유를, 본국이나 그 국가의 이익을 대표하는 영사 또는 외교기관에게 지체없이 통보한다.

(b) 관계 개인은 위 기관과 연락할 권리를 갖는다. 관계 개인의 위 기관에 대한 어떠한 통보도 지체없이 전달되고, 그는 위 당국이 보내는 통보를 지체없이 받을 권리를 갖는다.

(c) 관계 개인은 위 당국의 대표자와 연락을 취하고 접견하고, 그 대리인과 협의할 권리가 인정되기

위해, 관계국간에 적용되는 관련조약이 있는 때에는 지체없이 고지되어야 한다.

8. 체포 또는 구금에 의해 자유를 잃은 이주근로자와 그 가족은 법원이 그들의 구금이 합법인지 여부를 지체없이 결정하고 그 구금이 합법적이지 아닌 때에는 그들이 석방될 수 있도록 재판을 받을 권리를 갖는다. 그들이 이러한 절차를 취한 경우, 사용되는 언어를 이해하거나 말할 수 없을 때에는 필요하다면 무상으로 통역의 원조를 받을 수 있다.

9. 불법한 체포 또는 구금의 피해를 입은 이주근로자와 그 가족은 유효한 배상의 권리를 갖는다.

제17조(자유가 박탈된 사람의 대우) 1. 자유가 박탈된 이주근로자와 그 가족은 인도 및 인간 고유의 존엄성 및 문화적 독자성에 대한 존중에 의해 대우된다.

2. 피고인인 이주근로자와 그 가족은 특별한 사정이 없는 한 유죄의 선고를 받은 자와 분리되어 유죄의 판결을 받지 않는 자의 지위에 상응한 대우를 받는다. 소년 피고인은 성인 피고인으로부터 분리되어, 가능한 한 신속하게 재판에 회부된다.

3. 이민에 관한 법규에 위반하여 통과국 또는 고용국에 구금된 어떠한 이주근로자와 그 가족도 실행가능한 한 유죄가 선고된 사람들 또는 재판중의 구금자와 분리된다.

4. 이주근로자와 그 가족이 법원에 의한 유죄판결에 따라 형벌을 받고 있는 기간, 그 취급의 기본목적은 갱생 및 사회복귀이다. 소년범죄자는 성인으로부터 분리되어 그들의 연령과 법적 지위에 상응한 취급을 받는다.

5. 이주근로자와 그 가족은 구금 또는 복역의 기간 동안 내국민과 같이 그 가족과 접견할 권리를 가진다.

6. 이주근로자의 자유가 박탈될 경우에는 권한을 가지는 관계 국가기관은 그 가족, 특히 그 배우자 및 미성년의 자녀에 대해 발생하는 문제에 항상 주의를 기울인다.

7. 고용국 또는 통과국에 유효한 법률에 의하여 어떠한 구금 또는 형벌을 받고 있는 이주근로자와 그 가족도 같은 지위에 있는 그 국가의 국민과 동등한 권리를 향유한다.

8. 이주근로자 또는 그 가족이 이민에 관한 법규 위반의 증언을 목적으로 하여 구금된 때에는, 그로부터 발생하는 어떠한 비용도 부담하지 않는다.

제18조(공정한 재판을 받을 권리) 1. 이주근로자와 그 가족은 법원 앞에 관계 체약국의 국민과 평등한 권리를 가진다. 이주근로자와 그 가족은 그 형사상 범죄의 확정 또는 민사상 권리 및 의무의 확정을 위해, 법률로 설치되고 전문적이며 독립되고 공평한 법원에 의한 공정한 공개심리를 받을 권리를 가진다.

2. 형사상 소추된 이주근로자와 그 가족은 법률에 의해 유죄로 될 때까지 무죄로 추정되는 권리를 가진다.

3. 이주근로자와 그 가족은 그 형사상 범죄의 확정에 대해서 적어도 다음의 보장을 받을 권리를 지닌다.

a) 그가 이해하는 언어로 신속하고 상세하게 그 범죄와 이유를 고지받는 것.

b) 방어의 준비를 위해 충분한 시간과 편의가 부여되고 스스로 선임하는 변호인과 연락하는 것.

c) 부당하게 지연되지 않고 재판을 받는 것.

d) 스스로 출석하여 재판을 받으며, 직접 또는 스스로 선임하는 변호인을 통하여 방어하는 것.

변호인이 없는 경우에는 변호인을 가질 권리를 고지받는 것, 사법의 이익을 위해 필요한 경우에는 충분한 지불수단이 없더라도 스스로 그 비용을 부담하지 않고 변호인의 조력을 받는 것.

e) 자기에게 불리한 증인을 심문하는 것 및 자기에게 불리한 증인과 동등한 조건으로 자기에게 유리한 증인의 출석 및 그를 심문하는 것.

f) 법원에서 사용되는 언어를 이해하고 진술하는 것이 불가능한 경우에는 무료로 통역의 원조를 받는 것.

g) 자기에게 불이익한 공술 또는 유죄의 자백을 강요받지 않는 것.

4. 소년에 대한 절차는 그 연령 및 갱생의 촉진을 고려한다.

5. 유죄의 판결을 받은 이주근로자와 그 가족은 법률에 의해 그 판결 및 형벌이 상급 법원에 의해 재심리될 권리를 가진다.

6. 확정판결에 의해 유죄라고 결정된 경우에 있어서, 그 후에 새로운 사실 또는 새로이 발견된 사실에 의해 오심이 있는 것이 결정적으로 입증된 것을 이유로 하여 그 유죄의 판결이 파기된 때에는, 그 유죄 판결의 결과 형벌을 받은 자는 법률에 의해 보상을 받는다. 다만, 그 알려지지 않은 사실이 적당한 때에 분명하게 되지 않는 것의 전부 또는 일부가 그 사람의 귀책사유인 것이

증명된 경우에는 그러하지 아니한다.

7. 어떠한 이주근로자와 그 가족도 각 국가의 법률 및 형사절차에 따라 이미 확정적으로 유죄 또는 무죄의 판결을 받은 행위에 대하여 다시 재판되거나 처벌되지 않는다.

제19조(형벌법규의 불소급) 1. 어떠한 이주근로자와 그 가족도 실행의 시에 국내법 또는 국제법에 의해 범죄를 구성하지 않은 작위 또는 부작위를 이유로 하여 유죄로 되는 것은 아니다. 누구도 범죄가 행해진 시기에 적용되는 형벌보다도 중한 형벌이 부과되지 않는다. 범죄가 행해진 후에 보다 가벼운 형벌을 과하는 규정이 법률로 설정된 경우에는 죄를 범한 자는 그 이익을 누린다.

2. 이주근로자와 그 가족이 범한 범죄에 형벌을 과하는 때에는 이주근로자의 지위, 특히 체류 또는 노동에 관한 권리에 대하여 인도적 배려가 배풀어진다.

제20조(계약불이행과 신체의 자유) 1. 이주근로자와 그 가족은 계약상의 의무를 이행할 수 없는 것만을 이유로 하여 구속되지 않는다.

2. 어떠한 이주근로자와 그 가족도 체류 또는 노동의 허가가 근로계약상 발생한 의무를 이행하는 것을 조건으로 하지 않는 한, 단순히 근로계약상 의무를 이행하지 않는 것만을 이유로, 그 허가 또는 인가가 박탈되거나 국외로 되게되지 않는다.

제21조(증명서 · 여권의 보호) 법률에 기하여 정당한 권한을 가지는 공무원에 의하는 때를 제외하고는 신분증명서, 또는 국가의 영역내로의 입국이나 체류 · 거주를 인정하는 증명서 또는 노동허가서를 압수 · 훼손하는 것은 누구에 의한 것이든 위법이다. 이들 증명서의 어떠한 압류도 상세한 수령서의 교부 없이는 집행되지 않는다. 어떠한 경우에도 이주근로자와 그 가족의 여권이나 그것에 상당한 서류를 훼손하는 것은 허용되지 않는다.

제22조(국외추방) 1. 이주근로자와 그 가족은 집단적으로 추방되어서는 안 된다. 개개의 추방사건은 개별로 심사되어 결정된다.

2. 이주근로자와 그 가족은 법률에 의해 권한있는 기관에 의한 결정에 의해서만 체약국의 영역으로부터 추방될 수 있다.

3. 이 결정은 그들이 이해할 수 있는 언어로 전달된다. 달리 강제적 방법이 없는 경우에는, 그들의 요청에 의하여 서면에 의해 전달되어야 하고, 국가의 안전을 위해 부득이한 이유가 있는 경우를 제외하고는 결정의 이유도 동일하게 전달된다. 그 개인에게 이들 권리는 결정이 내려지기 전 또는 늦어도 내려진 시점에서 고지된다.

4. 최종결정이 사법기관에 의해 선고되는 경우를 제외하고 그 개인은 그 또는 그녀의 추방에 대해 이의를 신청하여, 국가안전상 부득이한 이유에 의해 인정되지 않는 한, 권한있는 기관에 의해 사안의 재심사를 받을 권리를 가진다. 이 재심사중에는 국외퇴거 결정의 집행정지를 요구하는 권리를 가진다.

5. 이미 집행된 국외추방의 결정이 그후 취소된 경우, 그 개인은 법률에 의해 배상을 요구하는 권리를 가지고, 선행하는 결정이 그 개인에 대해, 그 국가로의 재입국을 방해하기 위해 이용되어서는 안된다.

6. 국외추방의 경우, 그 개인은 출국의 전후에 임금 기타의 권리의 청구 및 미결제의 채무의 해결을 위해 적절한 기회가 부여된다.

7. 국외추방 결정의 집행을 방해하지 않는 한, 결정에 승복하는 이주근로자 또는 그 가족은 본국 이외의 국가로 입국을 요구할 수 있다.

8. 이주근로자와 그 가족이 추방되는 경우, 그들은 국외추방에 관한 비용은 부담하지 않는다. 그 개인이 자신의 여비의 지불해야 하는 때도 있다.

9. 이주근로자와 그 가족은 고용국의 법률에 의해 취득한 임금의 청구 및 기타 자에게 귀속하는 권리를 포함하여 어떠한 권리도, 고용국으로부터의 추방 자체에 의해 침해되지 않는다.

제23조(본국의 외교적 보호) 이주근로자와 그 가족은 이 협약에서 인정된 권리가 침해된 경우는 어느 때라도 본국 또는 본국의 이익을 대표하는 국가의 영사 또는 외교관의 보호와 원조를 구할 권리를 가진다. 특히 추방할 때에는 관련 개인에게 지체없이 이 권리가 고지되어야 하며, 추방국의 기관은 이 권리의 실현을 촉진하여야 한다.

제24조(인간으로서 인정된 권리) 모든 이주근로자와 그 가족은 어디에서나 법률 앞에 인간으로서 인정되는 권리를 가진다.

제25조(근로조건에 대한 균등대우) 1. 모든 이주근로자와 그 가족은 임금 및 다음에 기술하는 것에 관하여, 고용국의 국민보다 열악하지 않는 취급을 향유한다.

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

(b) 다른 고용조건(terms of employment), 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 비적법성을 이유로 하여, 이 원칙에 의해 인정되는 어떠한 권리도 박탈되지 않도록 하기 위해 모든 적절한 조치를 취한다. 특히 사용자는 그러한 비적법성을 이유로 어떠한 방법에 의하여도 법률상 또는 계약상의 의무가 면제되거나 제한되지 않는다.

제26조(노동조합, 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 회합 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 자의 권리와 자유의 보호를 위한 민주사회에서 필요한 것 이외의 어떠한 제한도 설정할 수 없다.

제27조(사회보장에 대한 권리) 1. 사회보장에 관하여, 이주근로자와 그 가족은 적용가능한 그 국가의 법률 및 2국간 또는 다국간 조약에 의해 규정된 요건을 충족하는 한, 고용국에서 국민에게 인정되는 것과 동일한 취급을 향유한다. 본국과 고용국의 권한 있는 기관은 언제라도 이 규범의 적용방법의 결정에 필요한 협정을 체결할 수 있다.

2. 적용된 법률에 의해 이주근로자와 그 가족에게 급부가 인정되지 않는 경우에는 그 국가는 그 급부에 대해 동일한 상태에 있는 국민에게 인정되는 취급을 기초로, 불입한 각출금의 상환 가능성을 검토해야 한다.

제28조(긴급의료) 이주근로자와 그 가족은 관계 체약국의 국민과 평등한 취급에 기초하여 그 생명유지 또는 회복이 어려운 건강상의 위험을 회피하기 위해 긴급히 필요한 모든 의료를 받을 권리를 가진다. 이같은 긴급의료는 체류 또는 고용에 관한 어떠한 비적법상태를 이유로 거부되지 않는다.

제29조(자녀의 권리) 이주근로자의 자녀는 성명, 출생의 등록 및 국적에 대한 권리를 갖는다.

제30조(자녀의 교육) 이주근로자의 모든 자녀는 체약국의 국민과 평등한 취급에 기초하여 교육을 받을 권리를 갖는다. 공립의 취학적 교육시설 또는 학교에서 교육을 받을 권리는 그 부모의 체류 또는 고용에 관한 비적법상태 또는 자녀 체류의 비적법성을 이유로 하여 거부 또는 제한되지 않는다.

제31조(문화적 독자성과 존중) 1. 체약국은 이주근로자와 그 가족의 문화적 독자성의 존중을 확보하여 그 본국과의 문화적 결합의 유지를 방해하지 않는다.

2. 체약국은 이에 관한 노력을 원조 및 권장하기 위해 적절한 조치를 취할 수 있다.

제32조(재산을 반출할 권리) 고용국에서 체류가 종료되었을 때, 이주근로자와 그 가족은 소득 및 저축 또는 적용되는 관계국의 법률에 따라 개인적 물품과 소지품을 반출할 권리를 가진다.

제33조(고지를 받을 권리) 1. 이주근로자와 그 가족은 본국, 고용국 또는 통과국으로부터 사정에 따라 이하의 사항에 대해 고지받아야 한다.

(a) 이 협약으로부터 발생하는 그들의 권리,

(b) 입국조건, 관계국의 법률과 관행 아래에서 권리와 의무 및 그 국가의 행정상 기타 절차에 따를 것을 가능하게 하는 기타의 사항.

2. 체약국은 위의 정보를 전달하기 위해서나 사업주, 노동조합, 또는 기타 적당한 단체와 기관에 의한 제공을 보장하기 위해 적절하다고 인정되는 모든 조치를 취한다.

3. 이들 적절한 정보는 청구에 의해 이주근로자와 그 가족에 대해 무료로 가능한 한 그들이 이해할 수 있는 언어로 제공되어야 한다.

제34조(타국의 법과 문화적 독자성 존중의무) 이 협약 제3부의 어떠한 규정도 이주근로자와 그 가족이 통과국과 고용국의 법률과 규칙을 준수할 의무 또는 이들 국가 주민의 문화적 독자성을 존중할 의무로부터 면제되는 효력을 가지지 않는다.

제35조(적법화의 유보) 이 협약 제3부의 어떠한 규정도 증명서를 소지하지 않거나 비적법한 상태에 있는 이주근로자와 그 가족의 적법화, 또는 그같은 적법화에 대한 권리를 포함한다고 해석되어서는 안 되며, 또 제6부가 규정하는 국제적 이주의 건전하고 적절한 조건의 확보를 목적으로 한 조치를 방해하는 것은 아니다.

주석 1) 이 번역은 UN Doc. A/RES/45/158,의 Annex을 근거로 하고, 金東勳 編著, 『國連・移住労働者權利條約と日本』(解放出版社, 1992)의 자료를 참고한 것이다. 각 조문의 제목은 원문에는 없으나 후자의 자료를 참고하여 표시한다.

제4부 등록되거나 적법상태에 있는 이주근로자와 그 가족의 기타의 권리

제36조(합법체류 근로자의 권리) 고용국에 있어서 등록되거나 적법상태에 있는 이주근로자와 그 가족은 이 협약의 제3부에서 규정된 권리에 덧붙여, 이 부에서 규정된 권리를 향유한다.

제37조(입국요건등이 고지될 권리) 이주근로자와 그 가족은 출국전 또는 늦어도 고용국에 입국하는 때에 본국 또는 고용국으로부터, 그 입국에 적용되는 요건 및 특히 체류와 함께 종사하는 보수활동에 관한 모든 조건 및 고용국에서 충족해야 하는 요건, 그리고 이들 조건의 변경을 위해 제출해야 하는 기관에 대해서 충분하게 고지될 권리를 가진다.

제38조(일시 출국의 권리) 1. 고용국은 이주근로자와 그 가족이 체류 및 노동의 허가에 영향을 받는 것 없이 일시적으로 출국하는 것을 허용하기 위해 사정에 따라서 모든 노력을 한다. 이때 고용국은 이주근로자와 그 가족의, 특히 본국에서의 특별한 필요와 의무를 고려한다.

2. 이주근로자와 그 가족은 이같은 일시적 출국이 허가되는 조건에 대해서 충분히 고지될 권리를 가진다.

제39조(이동·주거 선택의 자유) 1. 이주근로자와 그 가족은 고용국의 영역 내에서 이동의 자유에 대한 권리와 주거를 선택할 자유를 가진다.

2. 이 조의 제1항에서 규정된 권리는 법률에 의해 정해진 것으로서 국가의 안전, 공공질서, 공중의 건강 및 도덕, 또는 다른 사람의 권리 및 자유를 지키기 위해 필요하고 동시에 이 협약에서 인정된 다른 제권리와 양립하는 제한 이외의 어떠한 제한도 과할 수 없다.

제40조(결사에 대한 권리) 1. 이주노동자와 그 가족은 고용국에서 그 경제적·사회적·문화적 및 기타의 이익의 보호 및 촉진을 위하여 단체 및 노동조합을 결성할 권리를 가진다.

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

제41조(본국의 공무에 참가할 권리) 1. 이주근로자와 그 가족은 본국의 법률에 따라 그 공무에 참가하고 그 국가의 선거에서 투표하고 선출될 권리를 가진다.

2. 관계 체약국은 적당한 경우 및 법률에 따라서 이들 권리의 행사에 편의를 도모한다.

제42조(기관설치와 사회참가) 1. 체약국은 이주근로자와 그 가족이 본국과 고용국에서 갖는 특별한 필요, 기대, 의무를 취급하는 절차나 기관의 설치를 검토하고, 그들 기관에 이주근로자와 그 가족 가운데 자유로이 선출된 대표가 참가할 수 있는 가능성을 고려한다.

2. 고용국은 그 국내 법률에 따라 이주근로자와 그 가족이 지역공동체의 생활 및 운영에 관한 결정에 협의 또는 참가하기 위해 편의를 도모한다.

3. 이주근로자는 고용국이 그 주권행사에 대하여 정치적 권리를 인정하는 경우, 그 권리를 향유한다.

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 교육적 기관 및 서비스를 이용하는 것.

(b) 직업지도 및 직업소개 서비스의 이용.

(c) 직업훈련, 재훈련의 설비 및 기관의 이용.

(d) 사회주택계획을 포함한 주택의 이용 및 임대료의 착취로부터의 보호.

(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 쫓을 것을 조건으로 협동조합 및 단체가 운영하는 사업에 참가하는 것.

(g) 문화적 생활에 참가하는 것.

2. 체약국은 고용국에 의해 인정된 체류기간이 적정한 요건을 충족하고 있는 때에는 이주근로자가 이 조 1항의 권리를 향유하도록 실효적인 취급의 평등을 확보하는 조건을 촉진한다.

3. 고용국은 이주근로자의 사용자가 주거 또는 사회적 또는 문화적 시설을 설치하는 것을 방해하지 않는다. 이 협약 제70조에 따라서 고용국은 그 국가에서 일반적으로 적용되는 요건에 따라 시설을 설치할 수 있다.

제44조(가족의 결합) 1. 체약국은 가족이 사회의 자연적이며 기초적인 단위이고 사회 및 국가에 의해 보호되는 권리를 가지고 있다는 점을 승인하고, 이주근로자의 가족적 결합의 보호를 확보하는 적당한 조치를 취한다.

2. 체약국은 이주근로자가 그 배우자 또는 적용되는 법률에 의해 혼인과 동등의 효과를 가진 관계에 있는 사람 또는 미성년자로 미혼의 피부양자인 그 자녀와 재결합하기 위해 적당하다고 생각되고 동시에 그 권한의 범위 내인 조치를 취한다.

3. 고용국은 인도적 견지로부터 이주근로자의 다른 가족에 대해서도 이조의 제2항에 정해진 것과 동등한 대우를 인정하도록 호의적으로 배려한다.

제45조(가족의 권리) 1. 이주근로자의 가족은 고용국에서 다음의 각호에 정한 사항에 관하여, 그 국민과 평등한 취급을 받는다.

(a) 그 기관과 서비스의 개시 요건 및 기타의 규칙에 따라 교육기관 및 서비스를 이용하는 것.

(b) 직업지도 및 직업훈련기관과 서비스의 이용. 다만, 참가요건을 충족하고 있는 경우에 한한다.

(c) 사회적 및 보건적 서비스의 이용. 다만, 각 제도에의 참가요건이 충족되어 있는 경우에 한정한다.

(d) 문화적 생활에 참가하는 것

2. 고용국은 적당한 경우에는 본국과 협력하여 지역의 학교제도, 특히 지역언어의 교육에 대하여 이주근로자 자녀의 통합을 촉진하기 위한 정책을 추구한다.

3. 고용국은 이주근로자의 자녀에 대한 모국어 및 문화의 교육을 위해 편의를 도모하도록 노력해야 한다. 이것에 관하여 본국은 적당한 때에는 언제든지 협력해야 한다.

4. 고용국은 필요하다면 본국의 협력을 얻어 이주근로자의 자녀에 대한 모국어 교육을 위해 특별계획을 세울 수 있다.

제46조(관세의 면제) 이주근로자와 그 가족은 관계 체약국의 법률, 관련 국제협정 및 관계 체약국이 참가하고 있는 관세동맹으로부터 발생하는 관계국의 의무의 범위 내에서 다음에 정하는 각호의 경우에, 휴대품과 가재도구 및 고용국에서 허가된 보수활동에 종사하기 위해 필요한 용구에 대해 수출입관세의 면제를 향유한다.

(a) 본국 또는 거주국으로부터의 출국시

(b) 고용국으로의 최초 입국시

(c) 고용국으로부터 최종 출국시

(d) 본국 또는 거주국으로의 최종 귀국시

제47조(송금하는 권리) 1. 이주근로자는 그 수입 및 저금 특히 그 가족의 부양에 필요한 자금을 고용국으로부터 본국 또는 기타의 국가에 송금할 권리를 가진다. 위의 송금은 관계 체약국에 적용되는 법률이 정하는 절차 및 국제협정에 따라서 행해진다.

2. 관계 체약국은 전항의 송금을 조장하는 적당한 조치를 취한다.

제48조(과세의 내국민 취급) 1. 이주근로자와 그 가족은, 고용국에 있어서 수입에 관하여 적용되는 2중과세협정을 침해하지 않는 범위 내에서 다음 각호에 정하는 것이 인정된다.

(a) 동일한 사정에 있는 국민에게 부과된 세금, 간접세 및 물품세보다 많은 부담을 과하지 않는 것.

(b) 동일한 사정에 있는 국민에게 적용되는 모든 물품세의 공제, 감세 그리고 부양가족에 대한 세금의 감면을 포함한 모든 세금의 감면에 대한 권리

2. 관계국은 이주근로자와 그 가족의 수입 및 저금에 대한 이중과세를 회피하기 위해 적당한 조치를 취하도록 노력한다.

제49조(고용과 체류의 보장) 1. 국내법에 의해 체류와 고용에 종사하는 것이 별개의 허가를 필요로

하는 경우에, 고용국은 이주근로자에 대해 적어도 보수활동에 종사하는 허가기간과 동일한 기간의 체류허가를 부여한다.

2. 고용국에서 종사하는 보수활동을 자유로이 선택하는 것이 인정되어 있는 이주근로자는, 노동허가 또는 유사한 허가의 기한만료 이전에 그 보수활동이 종료하고 있는 사실만으로 비적법상태에 있다고 간주되어서는 안 되며, 체류허가를 상실하지 않는다.

3. 전항에서 정하는 이주근로자가 신규의 보수활동을 발견함에 충분한 기간을 부여하기 위하여, 체류에 관한 허가는 적어도 실업수당의 지급을 받는 것이 가능한 기간에 상응하는 동안에는 취소되지 않는다.

제50조(사망·결혼 해소와 가족의 체류) 1. 이주근로자의 사망 또는 이혼의 경우에, 고용국은 가족 재결함으로 인해 그 국가에 거주하는 가족들에게 체류허가를 부여하는 것에 대해 호의적으로 배려를 한다. 이주근로자와 그 가족이 이미 그 국가에 체류하고 있는 기간을 고려한다.

2. 이같은 허가가 부여되지 않는 가족은 고용국에서 출국 전에 그들의 가사를 정리하기 위해 필요한 합리적 기간이 부여된다.

3. 이 조의 제1항과 제2항의 규정은 이들 이주근로자의 가족에게 고용국의 법률과 고용국에 적용되는 2국간 조약과 다수국간 조약에 의해 인정되고 있는 체류와 노동에 관한 권리를 침해하는 효과를 미치는 것으로 해석될 수 없다.

제51조(고용기간의 만료와 재고용) 고용국에서 보수활동의 자유로운 선택이 인정되지 않는 이주근로자가, 그 체류허가가 그들이 인정되는 특정한 보수활동에 분명하게 의존하고 있는 경우를 제외하고, 노동허가의 기한 만료 전에 보수활동이 종료하고 있는 사실만으로 비적법상태에 있는 것으로 간주되거나 그 체류허가를 상실하지 않는다. 이같은 이주근로자는 노동허가의 잔여기간 동안, 신규의 고용을 구하고, 노동허가에 명시된 조건과 제한에 따라서 공공고용계획 및 직업재훈련에 참가할 수 있는 권리를 가진다.

제52조(직업선택의 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 계약국은 동등한 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 것으로, 보수활동을 자유로이 선택할 권리를 갖도록 할 수 있다. 다만, 그 기간은 2년을 초과할 수 없다.

(b) 그 국민 또는 그 국민에 동화되고 있는 자에게 우선권을 부여하는 정책을 수행하기 위해, 이주근로자의 보수활동 참가의 자유를 법률 또는 2국간 협정 또는 다수국가간 협정에 의해 제한할 수 있다.

그같은 제한은 국내법이 정한 기간 동안 그 영역내에서 보수활동을 위하여 합법적으로 체류하고 있는 이주근로자에게는 더 이상 적용되지 않는다. 그 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 넣었다.

제53조(가족의 직업선택의 자유) 1. 이주근로자의 가족으로 기한의 제한이 없거나 자동적 갱신의 체류 또는 입국의 허가를 가지는 자는 이 협약 제52조에 따라 그 이주근로자에게 적용되는 조건 아래에서 보수활동의 자유로운 선택이 인정된다.

2. 보수활동의 자유로운 선택이 인정되지 않는 이주근로자의 가족에 대해서는, 계약국은 적용되는 2국간 및 다수국간 협정에 따르는 것을 조건으로, 고용국에서 입국을 구하는 다른 근로자보다도 보수활동에 종사하는 허가의 취득에 대해 우선적으로 인정하는 배려를 한다.

제54조(해고·실업에 대한 권리) 1. 이주근로자의 체류하는 권리 또는 노동허가 및 이 협약의 제25조, 제27조에 규정되어 있는 권리를 침해하는 것 없이 이주근로자는 다음의 사항에 대해 고용국의 국민과 평등한 취급을 향유한다.

(a) 해고에 대한 보호

(b) 실업수당

(c) 실업대책을 위한 공공고용계획의 참가

(d) 이 협약 제52조의 규정에 따르는 것을 조건으로, 실업 또는 보수활동이 종료한 경우, 신규의 고용을 구하는 것.

2. 이주근로자가 자기의 근로계약의 조건이 사용자에게 의해 침해된다고 주장하는 때에는 이 협약 제18조 제1항이 규정하는 조건에 따라서 고용국의 권한을 가지는 기관에 그 사항에 대해 구제를 요구하는 권리를 가진다.

제55조(보수활동에 있어서 내국민 취급) 보수활동에 종사하는 허가가 부여된 이주근로자는 그 허가에 붙여진 조건에 따르는 이외에는 보수활동에 있어서 고용국의 국민과 평등한 대우를 향유한다.

제56조(자의적 추방의 금지) 1. 이 협약의 제4부에 정한 이주근로자와 그 가족은 고용국의 국내법에 의해 명시된 이유를 제외하고, 그리고 이 협약 제3부에 정해진 보호조항에 따르는 경우를 제외하고, 고용국으로부터 추방되지 않는다.

2. 추방은 이주근로자와 그 가족의 체류허가 및 노동허가로부터 발생하는 권리를 박탈하는 목적을 위해 행해지지 않는다.

3. 이주근로자와 그 가족을 추방하는지 여부를 심사하는 경우에, 그 개인이 고용국에 이미 체류하고 있는 것에 대해, 인도적으로 고려하고 체류기간에도 배려해야 한다.

제5부 특정 범주에 속하는 이주근로자와 그 가족에 적용되는 규정

제57조(특정 범주 근로자의 권리) 이 부에 규정된 특정 범주에 속하는 이주근로자와 그 가족으로서 등록되거나 적법상태에 있는 사람은 제3부에 규정된 권리와 이하에서 별개로 정하고 있는 경우를 제외한 제4부에 규정된 권리를 향유한다.

제58조(국경근로자의 권리) 1. 이 협약의 제2조 제2항(a)에서 말하는 국경근로자는 고용국에 주소를 가지지 않는 것을 고려하여 고용국에서의 체류 및 노동을 이유로 한 제4부에 규정된 권리를 향유한다.

2. 고용국은 국경근로자에 대해, 일정기간 후에는 보수활동을 자유로이 선택하는 권리를 부여하는 것을 호의적으로 고려한다. 이 권리의 부여는 국경근로자로서의 지위에 영향을 끼치는 것은 아니다.

제59조(계절근로자의 권리) 1. 이 협약 제2조 제2항(a)에서 말하는 계절근로자는 고용국에 1년 중 일정한 기간밖에 체류하지 않는 것을 고려하여, 제4부에 규정된 권리로서 고용국의 영역 내에서 체류 및 노동을 이유로 하여 적용할 수 있고 동시에 고용국에서 계절근로자로서의 지위와 양립하는 권리를 향유한다.

2. 고용국은 전항의 규정에 따르는 것을 조건으로 그 영역 내에서 상당한 기간 고용된 계절근로자에 대해 다른 보수활동에 종사할 기회를 부여하고, 2국간과 다국간 협정에 따르는 것을 조건으로 하여 고용국 내에 입국을 희망하는 다른 근로자보다 우선적으로 취급하는 것을 고려한다.

제60조(이동근로자의 권리) 1. 이 협약 제2조 제2항(e)에서 말하는 이동근로자는 제4부에 규정된 권리로서 고용국의 영역 내에서 그 체류와 노동을 이유로 하고 고용국에서 이동근로자로서의 지위와 양립하는 권리를 향유한다.

제61조(프로젝트 근로자의 권리) 1. 이 협약 제2조 제2항(f)에서 말하는 프로젝트근로자와 그 가족은 제4부에 규정한 권리를 향유한다. 다만, 제43조 제1항(b)와 (c), 사회주택계획에 한정된 동조 동항(d), 제45조 제1항(b)와 제52조부터 제55조의 규정은 그렇지 아니하다.

2. 프로젝트 근로자가 사용자에게 의해 근로계약서상의 조건이 침해된다고 주장하는 때에는 관할권을 가지는 고용국의 권한있는 기관에 대해, 제18조 제1항에 규정하는 조건에 기초하여, 자기의 사안에 대해 구제를 신청하는 권리를 가진다.

3. 관계 체약국은 2국간 또는 다국간의 유효한 협정에 따르는 것을 조건으로 하여 프로젝트 근로자가 그 프로젝트에 종사하는 기간, 본국 또는 거주국의 사회보장제도에 의해 적정하게 보호되도록 노력한다. 관계 체약국은 이 점에 관하여 권리의 부인, 2중의 지불이 되지 않도록

적당한 조치를 취한다.

4. 관계 체약국은 제47조의 규정 및 관련된 2국간 또는 다국간 협정을 침해하는 것이 아니라면, 프로젝트 근로자의 임금이 본국 또는 거주국에서 지불되는 것을 인정한다.

제62조(특정고용근로자의 권리) 1. 이 협약의 제2조 제2항(g)에서 말하는 특정고용근로자는 제4부에 규정된 권리를 향유한다. 다만, 제43조 제1항(b)와 (c), 사회주택계획에 한정된 동조 동항(d), 제52조 및 제54조 제1항(d)는 제외된다.

2. 특정고용근로자의 가족은 제53조의 규정을 제외하고, 제4부에 정한 이주근로자의 가족에 관한 권리를 향유한다.

제63조(자영근로자의 권리) 1. 이 협약 제2조 제2항(h)에서 말하는 자영근로자는 고용계약을 체결한 근로자에 대해서만 적용되는 권리를 제외하고, 제4부에 규정한 권리를 향유한다.

2. 제52조 및 제79조의 규정을 침해하는 것이 아니라면, 자영근로자의 경제적 활동의 종료 자체가 그 근로자 또는 그 가족이 고용국에 체류하거나 또는 보수활동에 종사하는 허가의 철회를 의미하는 것은 아니다. 다만, 체류의 허가가 입국목적인 특정의 보수활동에 명시적으로 의거하는 경우는 그렇지 않다.

제6부 근로자와 그 가족의 국제적 이주에 관한 건전, 형평, 인도적 그리고 합법적 상황의 촉진

제64조(국제적 이주의 협력) 1. 제79조의 규정을 침해하는 것이 아니라면 관계 체약국은 근로자와 그 가족의 국제적 이주에 관하여 건전, 형평, 인도적 상황을 촉진하기 위해 적당한 방법으로 협의하고 협력한다.

2. 이것에 대해 노동의 수요와 공급에 대해서만 아니라, 이주근로자와 그 가족의 사회적 · 경제적 · 문화적 및 기타 필요성 및 관계 지역사회에서 이주의 영향에 대해서도 적절하게 고려한다.

제65조(국제적 이주에 관한 서비스) 1. 체약국은 근로자와 그 가족의 국제적 이주에 관한 문제에 대처하기 위해 적절한 서비스를 유지한다. 이 서비스에는 특히 다음 사항이 포함된다.

(a) 이주에 관한 정책의 입안 및 실시

(b) 이주에 관련된 다른 체약국의 권한있는 기관과의 정보교환, 협의 및 협력

(c) 이주와 고용에 관한 정책, 법률 및 규칙, 이주에 대해서 다른 국가와 체결한 협정과 기타 관련사항에 관한 정보를 특히 사용자, 근로자 및 그들의 단체에 제공하는 것.

(d) 출국, 이동, 상륙, 체류, 보수활동, 출국 및 귀환에 관해 필요한 허가와 양식, 고용국에 있어서 노동 및 생활의 조건, 그리고 관세, 통화, 세금, 기타 관련법규 및 규칙에 대해서 이주근로자와 그 가족에게 정보와 적절한 원조를 제공하는 것

2. 체약국은 이주근로자와 그 가족의 사회적 · 문화적 기타의 필요성을 충족하기 위해 적당한 경우에는 상담 기타의 서비스의 제공에 대해서 편의를 도모한다.

제66조(근로자의 모집의 제한) 1. 이 조의 제2항에 규정하는 경우를 제외하고, 다른 나라에 있어서 고용하기 위해 근로자의 모집을 위한 활동을 하는 권리는 다음의 자에게 한정된다.

(a) 그같은 활동이 행해지는 국가의 공적 부문 또는 기관

(b) 관계 체약국간의 협정에 기초한 고용국의 공적 부문 또는 기관

(c) 2국간 또는 다국간의 협정에 기초하여 설립된 기관

2. 관계 체약국의 법률 및 관행에 따라 설립된 공적 기관에 의한 허가, 승인 및 감독을 조건으로 하여 알선업자, 사용자로 되려는 자, 또는 그 대리인도 전항의 활동을 할 수 있다.

제67조(근로자의 귀국) 1. 관계 체약국들은 이주근로자와 그 가족이 귀국을 결정한 경우에 또는 체류나 고용의 허가기한이 만료된 경우, 또는 고용국에서 비적법상태에 있는 경우에는 그 원활한 귀국을 위해 필요한 조치를 취하는 것에 대해서 적절한 방법으로 협력을 한다.

2. 관계 체약국들은 적법상태에 있는 이주근로자와 그 가족이 본국에서 재정착하기 위해 충분한 경제적 조건의 향상 및 영속적인 사회적 문화적 재통합의 촉진을 위해 관계 체약국간에 합의된 조건에 기초하여 적당한 방법으로 상호 협력을 한다.

제68조(비적법상태의 고용방지) 1. 체약국은 통과국을 포함하여 비적법상태에 있는 이주근로자의 위법하거나 음성적인 이동과 고용을 방지하고 근절하기 위해 협력한다. 이를 위해 각 관계 체약국의 관할 내에서 취해진 조치에는 다음의 것이 포함된다.

- (a) 이주에 관한 잘못된 정보의 전달을 막기 위한 적절한 조치
- (b) 이주근로자와 그 가족의 위법 또는 음성적인 이동을 조사하고 근절하기 위한 조치 및 이러한 이동을 조직하거나 실행하거나 원조하는 개인, 집단 또는 기업에 대한 효과적인 제재를 가하기 위한 조치
- (c) 비적법상태에 있는 이주근로자와 그 가족에 대하여 폭행 또는 협박 또는 위협을 하는 개인, 집단 또는 기업에 대해 효과적인 제재를 가하기 위한 조치
2. 고용국은 비적법상태에 있는 이주근로자를 그 영역 내에서 고용하는 것을 근절하기 위해 적당하다고 인정되는 때는, 이러한 근로자를 고용하는 자에 대한 제재를 포함한 적절하고 효과적인 조치를 취한다. 고용관계로부터 발생하는 이주근로자의 사용자에 대한 권리는 이들 조치에 의해 침해되지 않는다.
- 제69조(비적법상태의 제거) 1. 체약국은 그 영역 내에서 비적법상태에 있는 이주근로자와 그 가족이 있는 경우에는, 이러한 상태가 지속되지 않도록 하기 위해 적절한 조치를 취한다.
2. 관계 체약국은 적용되는 국내법 및 2국간 또는 다국간 협정에 따라, 전향의 사람의 상태를 적법화하는 가능성의 검토에 있어서는 입국의 상황, 고용국에 있어서 체류기간 및 기타 관련사항, 특히 가족의 상황에 관하여 적절하게 고려한다.
- 제70조(적법상태에 있는 근로자의 대우) 체약국은 적법상태에 있는 이주근로자와 그 가족의 적절한 근로 및 생활조건, 안전 및 건강의 기준, 인간의 존엄의 원칙에 적합하도록 하기 위해 자국민에 적용되는 것보다 열악하지 않은 조치를 취한다.
- 제71조(근로자의 사망) 1. 체약국은 필요한 때에는 어느 때라도, 사망한 이주근로자와 그 가족의 사체를 본국에 송환하기 위해 편의를 제공한다.
2. 이주근로자와 그 가족의 사망에 관한 보상문제에 대해서는 체약국은 사안의 조기해결을 도모하기 위해 관계자를 적절하게 원조한다.
- 이 문제에 대한 해결은 이 협약의 규정 및 2국간 또는 다국간 협정을 준수하여, 적용되는 국내법에 의하여 이루어진다.

제7부 협약의 적용

- 제72조(권리보호위원회의 설치) 1. (a) 이 협약의 적용을 심사하기 위해 「모든 이주근로자와 그 가족의 권리의 보호에 관한 위원회」(이하 '위원회'라 한다)를 설치한다.
- (b) 위원회는 이 협약의 효력발생시에는 10인의, 또 41번째의 체약국이 이 협약에 대하여 효력을 발생시킨 후에는 14인의 전문가로 구성하며, 이들은 덕망이 높고 공평하며 이 협약의 적용분야에서 인정되는 능력을 가져야 한다.
2. (a) 위원회의 위원은 체약국에 의해 지명되는 사람의 명부 중에서 체약국에 의한 비밀투표에 의해 선출되는 것으로 하고, 그 선출에 있어서는 본국과 고용국의 쌍방을 포함하여 공평한 지리적 배분 및 주요한 법체계의 대표성을 고려에 넣는다. 각 체약국은 자국민 중으로부터 1명을 지명할 수 있다.
- (b) 위원은 개인의 자격으로 선거되어 직무를 수행한다.
3. 최초의 선거는 이 협약의 효력발생일 후 6개월을 경과한 때에 실시하며, 그 후에는 2년을 경과한 때에 선거를 실시한다. 국제연합사무총장은 각 선거일에 늦어도 4개월 전까지 자국의 지명서를 2개월 이내에 제출하라는 요청을 한 서한을 전 체약국에 송부한다. 사무총장은 지명된 모든 자에 대해서 알파벳 순의 명부를 작성하여 지명을 한 체약국에 제시한다. 사무총장은 지명된 장에 대한 이력서와 함께 그 명부를 그 선거일의 1개월 전까지 체약국에 송부한다.
4. 위원회의 위원 선거는 사무총장에 의해 국제연합 본부에 소집된 체약국의 회의에서 이루어진다. 이 회의는 체약국의 3분의 2를 정족수로 한다. 이 회의에 있어서는 출석하여 투표한 체약국의 대표에 의한 투표에서 최다득표와 동시에 과반수를 얻어 지명된 사람이 위원회의 위원으로 된다.
5. (a) 위원회의 위원은 4년의 임기로 직무를 수행한다. 다만, 최초의 선거에서 선출된 위원 중 5인의 임기는 2년으로 종료하고, 이들 5인의 위원은 최초의 선거 직후에 체약국 회의의 의장에 의해 추첨으로 선출된다.
- (b) 위원회의 4인의 추가 위원회 선거는 이 협약의 41번째 가입 후, 이 조의 제2, 3 및 5항의 규정에

따라서 행해진다. 이 때에 선출된 추가 위원 중 2인의 위원의 임기는 2년으로 종료하고, 이들 위원은 체약국 회의의 의장에 의해 추천으로 선출된다.

(c) 위원회의 위원은 다시 지명된다면 재임할 수 있다.

6. 위원회의 위원은 사망, 사직 또는 기타 다른 이유로 위원회의 직무를 수행할 수 없다고 선언한 때에는 그 전문가를 지명한 체약국은 재임기간내에 자국민 중에서 다른 전문가를 임명한다. 새로운 임명은 위원회의 승인을 얻는 것을 조건으로 한다.

7. 국제연합 사무총장은 위원회의 임무를 효과적으로 수행하기 위해 필요한 인원과 편의를 제공한다.

8. 위원회의 위원은 총회가 결정하는 조건으로 국제연합의 재원으로부터 보수를 받는다.

9. 위원회의 위원은 '국제연합의 특권과 면제에 관한 협약'의 관련부문에 규정한 국제연합의 임무를 수행하는 전문가의 편익, 특권과 면제에 대한 권리가 인정된다.

제73조(체약국의 보고의무) 1. 체약국은 이 협약규정을 실시하기 위해 체약국이 취한 입법상·사법상·행정상 및 기타의 조치에 관한 보고를 위원회의 심의를 위해.

(a) 그 체약국에 대해서 이 협약이 효력을 발생하는 때로부터 1년 이내에

(b) 그 후에는 5년마다, 그리고 위원회가 특히 요청하는 때에 국제연합 사무총장에 제출하는 것을 약속한다.

2. 이 규정 아래에서 작성한 보고에는 이 협약의 실시에 영향을 미치는 요인 및 장애가 있다면 기재하고, 또 그 체약국과 관련한 이주 흐름의 특질에 관한 정보를 포함한다.

3. 위원회는 보고의 내용에 대해 적용될 추가적 지침을 결정한다.

4. 체약국은 그 보고를 자국 내의 일반시민의 광범위한 이용에 제공한다.

제74조(보고의 심의) 1. 위원회는 각 체약국이 제출한 보고를 심의하거나 위원회가 적당하다고 인정하는 일반적 의견을 체약국에 송부한다. 체약국은 이 규정에 따라 위원회가 작성한 의견에 관한 견해를 위원회에 제출할 수 있다. 위원회는 이들 보고의 심의에 있어서, 체약국에게 추가의 정보를 요청할 수 있다.

2. 국제연합 사무총장은 위원회의 각 정기 회기의 개최에 앞서 적절한 시기에, ILO의 권한 범위에 있으면서 이 협약이 취급하는 문제에 관하여, ILO가 제공하는 전문적 의견에 의해 위원회를 원조할 수 있도록 하기 위해, 관계 체약국이 제출한 보고서의 사본과 이들 보고의 심의에 관련이 있는 정보를 ILO의 사무국장에게 송부한다. 위원회는 ILO가 제공하는 의견과 자료를 그 심의에서 고려한다.

3. 국제연합의 사무총장은 또 위원회의 회의 이후, 기타 전문기관 및 정부간 기구에, 권한의 범위 내에 있는 보고서부분의 사본을 송부한다.

4. 위원회는 국제연합의 전문기관과 기구 및 정부간 기구 및 기타의 관계기관에 대해 위원회의 심사를 위해 각 기관의 활동의 범위 내에 있는 문제에 대해서 문서에 의한 이 협약이 취급하는 정보의 제출을 요청할 수 있다.

5. 위원회는 ILO가 자문의 자격으로 위원회의 회의에 참가하는 대표를 임명할 수 있도록 한다.

6. 위원회는 국제연합의 다른 전문기관과 기구 및 정부간 기구의 대표를, 그 권한 분야에 있는 문제가 심의되는 때에는 그 회의에 참석하여 방청하도록 요청할 수 있다.

7. 위원회는 이 협약의 실시에 관한 연차보고를 국제연합 총회에 제출하고 이 연차보고는 위원회 자체의 견해와 권고, 특히 체약국이 제출한 보고와 모든 견해의 심사에 기초한 것을 포함한다.

8. 국제연합 사무총장은 이 협약의 체약국, 경제사회이사회, 국제연합인권위원회, ILO사무총장 및 기타 관련있는 기구에 위원회의 연차보고를 송부한다.

제75조(위원회의 회의) 1. 위원회는 내부의 절차규칙을 채택한다.

2. 위원회는 2년의 임기로 위원장을 선거한다.

3. 위원회는 통상, 연 1회 회의를 갖는다.

4. 위원회의 회의는 통상 국제연합본부에서 개최된다.

제76조(의무불이행의 통보와 위원회의 알선) 1. 이 협약의 체약국은 이 협약에 의한 의무가 다른 체약국에 의해 이행되지 않는 취지를 주장하는 어떠한 체약국으로부터의 통보를, 위원회가 수리·심의하는 권한을 가진다는 것을 인정하는 취지를, 이 조의 규정에 의하여 언제든지 선언할 수 있다.

이 조의 규정에 의한 통보는 자국에 대한 위원회의 권한을 인정하는 선언을 한 체약국에 의한

통보인 경우에 한하여, 수리하거나 심의할 수 있다. 위원회는 선언을 하지 않은 체약국에 대해서는 통보를 수리하지 않는다. 이 조의 규정에 의해 수리된 통보는 다음의 절차에 따라 취급한다.

(a) 이 협약의 체약국은 다른 협약국이 이 협약에 의한 의무를 이행하지 않는다고 인정한 경우에는, 서면에 의한 통보에 의해 사건에 대한 그 체약국의 주의를 환기할 수 있다. 또 체약국은 그 사건에 대해 위원회에 통보할 수 있다. 통보를 수령한 국가는 통보의 수령 후 3개월 이내에 그 사건에 대한 해명서 또는 다른 진술서면을 통보를 송부한 국가에 송부한다. 이들 서면은 그 사건에 대해서 이미 취해지고, 현재 또는 장래에 취할 수 있는 국내법적 절차 및 구제조치를, 가능하고 적당한 범위에서 언급해야 한다.

(b) 최초의 통보 수령 후 6개월 이내에 관계 체약국의 쌍방이 만족하는 조정이 이루어지지 않은 경우에는 어느 일방 체약국도 위원회 및 타방 체약국에 통지하는 것에 의해, 그 사건을 위원회에 회부할 권리를 가진다.

(c) 위원회는 회부된 사건에 대해서 이용할 수 있는 모든 국내 구제조치가 완료되었다고 확인한 후에 한하여, 일반적으로 인정된 국제법의 원칙에 따라서 회부된 사건을 처리한다. 다만, 구제조치의 실시가 부당하게 지연될 경우에는 그러하지 아니한다.

(d) (c)의 규정에 따르는 것을 조건으로 하여 위원회는 이 협약에 규정되어 있는 의무의 존중을 기초로 하여 사건을 우호적으로 해결하기 위해 관계 체약국에 대해 알선을 한다.

(e) 위원회는 이 조의 규정에 의해, 통보를 심의하는 경우에는 비공개회의를 개최한다.

(f) 위원회는 회부된 어느 사건에 대해서도 (b)의 관계 체약국에 대해 모든 정보를 제공하도록 요청할 수 있다.

(g) (b)의 관계 체약국은 위원회가 사건을 심의하는 때에 대표를 출석시키거나 구두 또는 서면에 의해 의견을 제출하는 권리를 가진다.

(h) 위원회는 (b)의 통지를 수령한 날로부터 12개월 이내에 다음과 같은 보고를 제출한다. 보고는 모든 사건의 관계 체약국에 송부한다.

(i) (d)의 규정에 의해 해결에 이른 경우에는 위원회는 사건 및 도달한 결과에 관하여 간결하게 기술한 것을 보고한다.

(ii) (d)의 규정에 의해 해결에 도달하지 못한 경우에는, 위원회는 관계 체약국간의 쟁점에 관련된 사실을 보고한다. 그 보고에는 관계 체약국의 구두 의견의 기록 및 서면 의견을 첨부한다. 위원회는 또 그 사건에 관하여 적절하다고 인정하는 어떤 의견도 관계 체약국에만 송부할 수 있다.

2. 이 조의 규정은 이 협약의 10개 체약국이 이 조의 제1항의 규정에 기초한 선언을 한 때에 효력을 발생한다. 선언은 체약국이 국제연합사무총장에게 기탁하고, 사무총장은 그 사본을 다른 체약국에 송부한다. 선언은 사무총장에 대한 통고에 의해 언제라도 철회될 수 있다. 철회는 이 조의 규정에 따라서 이미 송부된 통보에 대한 어떠한 사건의 심의도 방해하는 것은 아니다. 선언을 철회한 체약국에 의한 새로운 통보는, 그 체약국이 새로운 선언을 하지 않는 한, 수리하지 않는다.

제77조(개인의 의한 통보) 1. 이 협약의 체약국은 언제라도 이 조의 규정에 기초하여 그 관할하에 있는 개인 또는 그 대리인으로부터, 이 협약이 정하고 있는 개인의 권리가 그 체약국에 의하여 침해된다고 주장하는 통보를, 위원회가 수리하고 심의하는 권한을 가지는 것을 인정하는 선언을 할 수 있다. 위원회는 선언을 하지 않는 체약국에 관한 통보를 수리해서는 안 된다.

2. 위원회는 이 조의 규정에 의한 통보가 익명의 것, 또는 통보를 제출하는 권리의 남용이거나, 또는 이 협약규정에 양립하지 않는다고 인정되는 것은 수리할 수 없다고 판단한다.

3. 위원회는 다음의 사실을 확인할 경우를 제외하고, 이 조의 규정에 기초한 개인으로부터의 어떠한 통보도 심의하지 않는다.

(a) 동일 사건이 다른 국제적 조사 또는 해결의 절차 아래에서 심의되지 않은 것.

(b) 그 개인이 이용할 수 있는 모든 국내 구제조치를 마친 것. 다만, 위원회의 견해에 의해 구제조치의 적용이 부당하게 지연되거나, 또는 그 개인에 대해 유효한 구제가 되지 않는 경우에는 그러하지 않는다.

4. 위원회는 이 조의 제2항의 규정에 따르는 것을 조건으로, 이 조의 규정에 의하여 제출된 모든 통보에 대하여 제1항에 의한 선언을 하고, 동시에 이 협약의 어느 규정을 침해한다고 주장되고

있는 체약국의 주의를 환기한다. 주의 환기를 받은 국가는 6개월 이내에, 문제를 분명하게 하고 구제조치가 있는 경우에는 그 국가에 의하여 취해지는 구제조치를 분명하게 하는 설명서 또는 성명서를 위원회에 제출한다.

5. 위원회는 개인 또는 개인의 대리인 및 관계 체약국에 의하여 제출된 모든 정보에 비추어, 이 규정에 의하여 제출된 통보를 검토한다.

6. 위원회는 이 조의 규정에 기초하여 통보를 조사하는 때에는 회의를 비공개로 한다.

7. 위원회는 관계 체약국 및 개인에게 그 의견을 송부한다.

8. 이 조의 규정은 10개의 체약국이 이 조의 제1항의 규정에 기초한 선언을 한 경우에 효력을 발생한다. 선언이 체약국이 국제연합 사무총장에게 기탁하고, 사무총장은 그 사본을 다른 체약국에게 보낸다. 선언은 사무총장에 대한 통고에 의해 언제든지 철회될 수 있다. 철회는 이 조의 규정에 따라서 이미 송부된 통보에 대한 어떠한 사건의 심의도 방해하는 것은 아니다. 사무총장은 그 선언의 철회를 수령한 후에는 개인에 의하거나 또는 개인의 대리인에 의한 새로운 통보는 그 체약국이 새로운 선언을 하지 않는 한 수리하지 않는다.

제78조(다른 분쟁해결절차) 이 협약의 제76조의 규정은 국제연합과 그 전문기관의 기본문서와 국제연합 및 전문기관에서 채택된 제협약에서 규정되어 있는 이 협약의 분야에서의 분쟁 또는 고충의 해결에 관하여 정해진 절차를 방해하는 것 없이 적용되며, 이 협약의 체약국간에 효력이 있는 국제협정에 따라서 분쟁해결에 관한 절차를 밟는 것을 방해하는 것은 아니다.

제8부 일반규정

제79조(입국에 관한 체약국의 권리) 이 협약의 어떠한 규정도 각 협약국이 이주근로자와 그 가족의 입국을 관리하는 기준을 제정하는 권리에 영향을 끼치는 것은 아니다. 체약국은 이주근로자와 그 가족으로서의 법적 지위와 대우에 관한 다른 사항에 관하여는 이 협약에 정한 제한에 따른다.

제80조(국제연합의 기본문서와 관계) 이 협약의 어떠한 규정도 이 협약에 규정되어 있는 사항에 대해 국제연합의 제기관과 전문기구의 개별 책임을 정하고 있는 국제연합 헌장 및 전문기구의 기본문서의 규정을 훼손하는 것으로 해석되지 않는다.

제81조(다른 협약이 인정하는 권리) 1. 이 협약의 어떠한 규정도 다음의 것에 의해 인정되는 것으로, 이주근로자와 그 가족에 대해 인정되고 있는 유리한 권리와 자유에 영향을 미치는 것은 아니다.

(a) 체약국의 법률과 관행; 또는

(b) 관계 체약국간의 효력을 가지는 2국간 및 다수국간 조약

2. 이 협약의 어떠한 규정도 모든 국가·집단 또는 개인에 대하여 이 협약이 정하는 권리 및 자유를 침해하는 활동이나 행위를 할 수 있는 어떠한 권리를 의미하는 것으로 해석될 수 없다.

제82조(권리의 포기 및 침해의 금지) 이 협약에서 규정되어 있는 이주근로자와 그 가족의 권리는 포기될 수 없다. 전술한 어떠한 권리에 대해서도 그들을 포기시키거나 부인하게 할 목적으로 이주근로자와 그 가족에 대해 어떠한 형태의 압력행사도 허용되지 않는다. 이 협약에서 인정된 권리는 사적 계약에 의해 침해될 수 없다. 체약국은 이들 원칙의 존중을 확보하기 위해 적당한 조치를 취한다.

제83조(권리구제의 확보) 이 협약의 각 체약국은 다음을 약속한다.

(a) 이 협약에서 인정된 권리와 자유가 침해된 자가 공적인 자격으로 행동하는 자에 의해 침해된 경우에도 효과적인 구제조치를 받는 것을 보장한다.

(b) 그 같은 구제조치를 구하는 자가 스스로의 소송이 권한 있는 사법, 행정, 또는 입법 기관 또는 그 국가의 법제에서 정하는 다른 권한 있는 기관에 의해 심사되고 결정되는 것을 보장하는 것 및 사법적 구제의 가능성을 발전시키는 것.

(c) 구제조치가 인정된 때에는 권한있는 기관에 의해 집행되는 것을 보장하는 것.

제84조(협약국의 실시 의무) 각 체약국은 이 협약에서 인정된 권리를 실시하기 위해 필요한 입법 기타의 조치를 취할 것을 약속한다.

제9부 최종조항

제85조(수탁자) 국제연합 사무총장은 이 협약의 수탁자가 된다.

제86조(서명, 비준, 가입) 1. 이 협약은 모든 국가에 의한 서명을 위해 개방되어야 한다. 이 협약은 비준되어야 한다.

2. 이 협약은 모든 국가의 가입을 위해 개방한다.

3. 비준서나 가입서는 국제연합 사무총장에게 기탁되어야 한다.

제87조(효력의 발생) 1. 이 협약은 20번째의 비준서 또는 가입서가 기탁된 날 이후 3개월이 경과한 날에 효력을 발생한다.

2. 이 협약은 그 효력발생 후에 이 협약의 비준 또는 가입을 한 각 체약국에 대하여는 그 비준서 또는 가입서가 기탁된 일 이후 3개월 경과한 일에 효력을 발생한다.

제88조(협약적용배제의 금지) 이 협약에 대해서 비준 또는 가입하는 국가는 이 협약의 어떠한 부(part)의 적용도 배제하거나 제3조의 규정의 적용에 따른 경우를 제외하고 어떠한 특정 범주의 근로자에 대한 적용도 배제해서는 안된다.

제89조(협약의 철회) 1. 어떠한 체약국도 이 협약이나 그 체약국에 대해 효력을 발생한 후 5년 이후에는 국제연합 사무총장에 대한 서면 통고에 의해 이 협약을 철회할 수 있다.

2. 철회는 사무총장에 의해 통고가 수령된 일 이후, 1년의 기간이 경과한 월의 초일부터 효력이 있다.

3. 철회는 그 체약국이 그 철회가 효력을 발생하는 일 이전에 발생한 작위 또는 부작위에 관련한 협약상의 의무로부터 면제되는 효과를 가지는 것이 아니며, 또 그 철회가 효력을 발생하는 일 이전에 이미 위원회의 심의 아래 붙여져 있는 사건을 계속 심의하는 것을 어떠한 경우에도 방해하는 것은 아니다.

4. 위원회는 체약국에 의한 철회가 효력을 발생한 후에, 그 국가에 관한 어떠한 새로운 사건에 대해서도 검토를 개시해서는 안 된다.

제90조(협약의 개정) 1. 이 협약이 효력을 발생한 후 5년 이후에는 국제연합 사무총장에 대한 서면 통고에 의해, 언제라도 이 협약의 개정에 관해 요구할 수 있다. 사무총장은 체약국들이 그 제안에 대해 검토하고 투표할 목적으로 체약국 회의의 개최를 지지하는지 여부에 대해서 사무총장에게 통지할 것을 요청함과 함께, 제안되어 있는 개정안을 통보한다.

통보로부터 4개월 이내에 적어도 전 체약국의 3분의 1이 체약국 회의의 개최를 지지하는 경우, 사무총장은 국제연합의 후원 아래에 회의를 소집한다. 개정은 출석 및 투표하는 체약국의 과반수에 의해 채택되어, 승인을 얻을 수 있도록 총회에 회부된다.

2. 개정은 국제연합 총회에 의해 승인되어, 각국의 헌법상 절차에 따라서 3분의 2의 다수에 의해 수락된 때에 효력을 발생한다.

3. 개정이 효력을 발생한 경우에는 그 개정은 그것을 수락한 체약국을 구속한다. 다른 체약국은 또 이 협약의 규정 및 이전에 수락한 개정의 구속을 받는다.

제91조(유보) 1. 국제연합 사무총장은 서명, 비준, 가입시에 유보의 서면을 수령하고 전 체약국에게 송부한다.

2. 이 협약의 취지 및 목적과 양립하지 않는 유보는 인정되지 않는다.

3. 유보는 국제연합 사무총장에 대한 통고에 의해 언제라도 철회할 수 있고, 사무총장은 그것을 전 체약국에게 통보한다. 통고는 수령된 날에 효력을 발생한다.

제92조(분쟁의 해결) 1. 이 협약의 해석 또는 적용에 관한 2국간 또는 그 이상의 체약국간의 분쟁에서 교섭에 의해 해결되지 않는 것은, 분쟁 체약국의 요청에 의해 중재에 회부된다. 중재의 요청이 있었던 날로부터 6개월 이내에 당사자가 중재의 구성에 관하여 합의하지 않는 때는, 어떤 분쟁 체약국도 국제사법재판소 규정에 근거하여, 그 분쟁을 국제사법재판소에 회부할 수 있다.

2. 각 체약국은 이 협약의 서명, 비준 또는 가입에 자국이 이 조의 제1항의 규정에 구속되지 않는다는 취지를 선언할 수 있다. 다른 체약국은 선언을 한 어떠한 체약국과 관련하여 위 조항에 구속되지 않는다.

3. 이 조의 제2항의 규정에 따라 선언을 한 어떤 체약국도 국제연합 사무총장에게 통고하는 것에 의해 언제라도 그 선언을 철회할 수 있다.

제93조(협약의 정본) 1. 이 협약은 아랍어, 중국어, 영어, 프랑스어, 그리고 스페인어를 동등하게 정문으로 하여, 국제연합 사무총장에게 기탁한다.

2. 국제연합 사무총장은 이 협약의 공인등본을 모든 국가에 송부한다.