

고용허가제 사업장 변경 3회 제한에 대한 헌법소원 공개재판에 앞서
- 고용주 부속물로 노동자 전락시키는
고용허가제 사업장 이동 제한 규탄 기자회견

■ 기자회견 순서

사회 : 우삼열 (외국인이주·노동운동협의회 공동대표)

- 헌법소원의 취지 설명 : 황필규(민변공동대리인단, 공익 변호사그룹 공감)
- 고용허가제 문제점 비판 : 미셀(서울경기인천이주노조위원장)
고기복(외국인이주·노동운동협의회 공동대표)
- 이주노동자 노동권 침해 실태 규탄 : 안건수(이주인권연대 대표)
- 기자회견문 낭독 : 민주노총

■ 자료집 순서

- 보도자료
- 기자회견문
- 첨부 자료: 변론요지서, 참고인의견서(한상희, 건국대 법학전문대학원 교수)

일시: 2010. 10. 14. (목) 12시

장소: 헌법재판소 앞

주최: 민주사회를 위한 변호사모임, 공익변호사그룹 공감, 외국인이주·노동운동협의회, 이주공동행동

보 / 도 / 자 / 료

일 자 : 2010년 10월 12일 (화)

수 신 : 각 언론사

내 용 : 고용주 부속물로 노동자 전락시키는 고용허가제 사업장 이동 제한 규탄 기자회견

발 신 : 이주노동자 차별철폐와 인권·노동권 실현을 위한 공동행동(이하 이주공동행동)

담 당 : 이정원(이주노조 교선차장, 010-7750-1876)

1. 헌법재판소는 ‘외국인근로자의 고용 등에 관한 법률 제25조 제4항 헌법소원’(2007헌마1083, 2009헌마230, 2009헌마352 병합)사건에 대하여 10월 14일(목) 오후 2시에 공개변론을 하기로 결정하였습니다.

해당 사건(2007헌마1083, 2009헌마230)은 각 2007년, 2009년 공익변호사그룹 공감이가 각 청구인(수하르조, 파하니 무하마드 자이날 외 2인)들을 대리하여 헌법소원심판을 청구한 사건으로 현재 민주사회를 위한 변호사모임에서 공동대리인단을 구성해 사건을 진행하고 있습니다.

2. 헌법소원심판 청구대상은 외국인근로자의 사업 또는 사업장 변경을 원칙적으로 3회를 초과할 수 없도록 한 ‘외국인근로자의 고용 등에 관한 법률’(이하 고용허가제) 제25조 제4항 및 동 법률시행령 제30조 제2항 규정(구법 포함)이며, 해당 법률(령) 규정들이 헌법 제10조 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권, 헌법 제11조 제1항 평등권, 헌법 제15조 직업선택의 자유 및 헌법 제32조 근로의 권리 등, 헌법상의 기본권을 침해하고 있다는 것이 주된 청구취지입니다.

3. 이에 민주사회를위한변호사모임, 공익변호사그룹 공감, 외국인이주·노동운동협의회, 이주공동행동 등은 공개 변론이 열리는 당일 사전에 고용허가제 이주노동자들의 현실을 알려 이 사안의 중요성을 다시 한 번 환기하고자 합니다. 특히 이 소송이 제기된 이후 고용허가제 개정법이 적용되는 현 시점에서도 여전히 이주노동자들의 처지는 별반 달라지지 않았음을 알리고자 합니다.

4. 많은 언론사들의 깊은 관심과 적극적인 취재를 요청합니다. 기자회견과 공개변론의 일시, 장소 등은 아래와 같습니다. 기자회견 자료집은 당일 기자회견 장소에서 배포합니다.

고용허가제 사업장 변경 3회 제한에 대한 헌법소원 공개변론에 앞서

오늘 헌법재판소에서는 이주노동자들의 사업장 변경횟수를 3회로 제한한 '외국인근로자 고용 등에 관한 법률'(이하 고용허가제) 제25조 제4항 등에 대한, 즉 고용허가제에 대한 헌법소원심판 청구사건의 공개변론이 열린다.

본 헌법소원 공개 변론은 그동안 즐기게 고용허가제 독소조항인 사업장 이동 제한 철폐를 주장해 왔던 이주노동운동 진영, 특히 용인이주노동자쉼터와 아시아인권문화연대가 2008년 공익변호사그룹 공감을 통해 제기한 위헌청구 소송에 따른 것이다

이미 많은 언론에서 보도되었듯이 민변에서는 오늘 공개변론에 대하여 공익변호사그룹 공감과 민변 노동위원회 소속 변호사들을 중심으로 공동대리인단을 구성하여 공동변론에 나설 예정이다.

우리는 지난 6년 동안 고용허가제가 이주노동자들의 노동권과 기본적 인권을 얼마나 심각하게 침해했는지 직접 목격해 왔다.

그러나 그 중에서도 헌법재판소의 공개변론 대상인 사업장 변경 횟수 제한규정은 이주노동자들이 누려야 할 인간의 존엄과 행복추구권, 직업의 자유, 근로의 권리를 과잉 제한하고 있으며, 직업의 자유 및 근로의 권리의 본질적 내용을 침해하는 등 이주노동자들의 노동권을 비롯한 헌법상 기본권을 침해하고 있다.

그 뿐만 아니라 이런 사업장 변경 횟수 제한 때문에 이주노동자들은 종종 사업주에 종속되어 강제노동을 감내해야 하는 처지로 내 몰려왔다. 게다가 고용허가제는 사업장 이동 횟수뿐만 아니라 이동 사유도 엄격하게 제한하고 있어 이주노동자들의 어려움은 가중돼 왔다.

그러나 정부측은 사전 변론을 통해 '사업장 이동은 호혜적 차원에서 제공'하는 것이고, 이주노동자들은 기본권의 주체가 될 수 없다고 주장하고 있다. 아울러 산업연수제의 폐해를 교훈삼아 외국인의 권익을 보호하기 위한 세심한 배려를 했다고 주장하는 정부측의 주장은 최소한 근무처변경 횟수 제한을 명문화하지 않았던 산업연수제에 비해서도 후퇴한 제도라는 점에 비춰볼 때 자가당착이라고 하지 않을 수 없다.

또한 정부는 위헌 결정이 날 경우 고용허가제가 위태롭게 될 것이라고 말하고 있지만, 위헌 결정이야말로 그동안 인권침해 논란으로 운영상의 난맥을 가져왔던 문제들을 해소하는 계기가 될 것이라는 점을 간과하고 있다.

그런 면에서 본 위헌청구 변론은 사업장 변경 횟수 제한만이 아니라 사업장 변경 자체를 노동자 본인의 의사를 반영하지 못하게 하고 있는 현행 구조를 개선하는 시발점이 될 것을 기대한

다.

이주노동자들은 한국 사회의 한 구성원으로서 헌법상의 기본적 인권 향유의 한 주체로 인정받아야 함은 마땅하다. 단지, 외국인이라는 이유만으로, 인종이 다르다는 이유만으로 이주노동자들의 기본적 인권을 부정하는 한국 정부의 외국인인력정책은, 그 자체로 정부가 이야기하는 '다문화사회로 진입'의 허구성을 보여주는 것이다.

또한 'G20을 통하여 선진국에 진입'하겠다고 부르짖으면서 다른 한 편에서는 G20을 빌미로 이주노동자들에 대한 야만적인 단속을 자행하는 등 반인권적 정책을 자행하고 있는 정부는 자기모순이며, 그러한 정부의 행태는 '인권' 후진국가임을 스스로 보여주고 있는 것이다.

우리는 고용허가제 사업장변경 횟수 제한규정에 대한 헌법재판소의 공개변론에 즈음하여, 오늘의 공개변론이 한국 사회에서 이주노동자들의 기본권 인권이 보장되고 고용허가제하에서 이주노동자들이 강제노동의 굴레에서 벗어나는 최소한의 시발점이 되기를 기대한다. 또한 "고용허가제 사업장 변경 제한규정"에 대하여 헌법재판소가 전향적인 위헌결정을 해 줄 것을 강력히 촉구하는 바이다.

- 사업장 변경 횟수 제한 규정에 대하여 헌법재판소의 전향적인 위헌결정을 촉구한다!
- 정부는 G20을 빌미로 한 미등록이주노동자들에 대한 야만적인 단속을 즉각 중단하라!
- 정부는 이주노동자들에 대하여 강제노동을 강요하며 노동권을 침해하는 고용허가제를 즉각 개정하라!

2010년 10월 14일

“고용주 부속물로 노동자 전락시키는 고용허가제 사업장 이동 제한 규탄 기자회견”

참석자 일동

변론요지서

사 건 2007헌마1083 외국인근로자의 고용 등에 관한 법률 제25조 제4항 등 위헌확인
2009헌마230, 2009헌마352(병합)

청 구 인 1. 수하르조 (2007헌마1083)
2. 파하니 무하마드 자이날 외 2 (2009헌마230)

위 사건에 관하여 청구인 1.2.의 대리인은 다음과 같이 변론요지서를 제출합니다.

1. 사건의 개요 및 이 사건 청구에 이른 경위

청구인들은 「외국인근로자의 고용 등에 관한 법률」 제2조, 「출입국관리법 시행령」 제10조 제1항, 「출입국관리법 시행령」 시행령 제12조 및 별표1에 따라 비전문취업 (E-9)자격을 받고 국내에 입국한 외국인근로자(이하 “외국인근로자”라 합니다)들입니다. 청구인들은 모두 국내에 입국한 후 아래와 같이 사업장을 3회 변경하였습니다.

• 청구인 수하르조

구분	근무처	근무기간	변경사유 ¹⁾
최초근무	(주)대광사	2005. 7. 22. ~ 2005. 10. 초	
1회 변경	(주)한일정공	2005. 10. 17. ~ 2007. 3. 1.	계약해지
2회 변경	(주)세기정공	2007. 3. 29. ~ 2007. 4. 25.	계약해지
3회 변경	(주)인앤아웃	2007. 5. 25. ~ 2007. 6. 24.	계약해지

• 청구인 파하니 무하마드 자이날

구분	근무처	근무기간	변경사유
최초근무	(주)인성후렉소타운	2006. 11. 7. ~ 2007. 3. 29.	
1회 변경	동화경금속공업(주)	2007. 4. 24. ~ 2007. 4. 26.	계약해지
2회 변경	남영Tech	2007. 6. 22. ~ 2007. 7. 13.	계약해지
3회 변경	(주)인앤아웃/(주)티피티	2007. 9. 13. ~ 2009. 2. 9.	계약해지

1) 당해 변경사유는 고용노동부 고용지원센터에 등록되어 있는 변경사유입니다. 이는 「외국인근로자의 고용 등에 관한 법률」 제25조 제1항 제1호에 해당하는 것입니다. 청구인들은 경영상 해고, 임금체불, 폭행행위, 작업장 환경 문제 등으로 사업장 변경 신청을 하였습니다. 그러나 고용지원센터는 입증의 어려움 및 사업주 고용허가의 취소·제한 가능성(「외국인근로자의 고용 등에 관한 법률」 제19조, 제20조)을 이유로 합의 해지 형태로 계약을 종결한 것으로 처리하였습니다. 고용지원센터는 실무상 대부분 이와 같이 처리합니다. 다른 청구인들의 변경 사유도 마찬가지입니다.

• 청구인 토레스 러블리 마카탕가이

구분	근무처	근무기간	변경사유
최초근무	이월반도체(주)	2006. 2. 28. ~ 2007. 2. 26.	
1회 변경	모빌텔	2007. 3. 20. ~ 2007. 12. 11.	공사종료
2회 변경	선인테크	2008. 2. 27. ~ 2008. 6. 9.	계약해지
3회 변경	신호전자	2008. 7. 14. ~ 2009. 1. 28.	계약해지

• 청구인 부이 창 두안

구분	근무처	근무기간	변경사유
최초근무	대광수지	2007. 7. 5. ~ 2008. 3. 5.	
1회 변경	대원프라스틱	2008. 4. 17. ~ 2008. 7. 2.	계약해지
2회 변경	(주)성우테크	2008. 7. 21. ~ 2008. 8. 29.	계약해지
3회 변경	신원전자정밀(주)	2008. 10. 20. ~ 2009. 2. 5.	계약해지

이후 청구인 파나니 무하마드 자이날, 토레스 러블리 마카탕가이는 각 경영상 해고를 이유로, 청구인 사하르조, 부이 창 두안은 각 계약 해지를 이유로 네 번째 사업장에서 퇴사하였습니다. 청구인들은 새로운 사업장을 구하기 위해 고용지원센터를 방문하여 담당 공무원과 사업장 변경 문제를 협의하였지만 담당 공무원으로부터 더 이상의 사업장 변경은 불가능하다는 통보를 받았습니다. 결국 청구인들은 새로운 사업장을 구하지 못하고 체류기간이 남은 상황에서 강제 출국하거나 임시 체류(G-1)자격을 발급 받아 체류하고 있습니다.

청구인들이 더 이상 사업장을 변경할 수 없었던 이유는 「외국인근로자의 고용 등에 관한 법률」 제25조 제4항 및 동법률 시행령 제30조 제2항에서 외국인근로자의 사업 또는 사업장 변경을 원칙적으로 3회를 초과할 수 없도록 제한하고 있기 때문입니다.

청구인들은 위 규정들로 말미암아 헌법상 보장된 청구인들의 기본권, 즉 헌법 제10조 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권(일반적 행동 자유권), 헌법 제11조 제1항 평등권, 헌법 제15조 직업선택의 자유 및 헌법 제32조 근로의 권리를 침해 당하고 있기에 이 사건 청구를 하게 되었습니다.

2. 청구 대상

가. 구 외국인근로자의 고용 등에 관한 법률(2009. 10. 9. 법률 제9798호로 개정되기

전의 것, 이하 '구법률'이라 합니다) 제25조 제4항

제1항의 규정에 의한 외국인근로자의 다른 사업 또는 사업장으로의 변경은 제18조 제1항의 규정에 의한 기간 중 원칙적으로 3회를 초과할 수 없다. 다만, 대통령령이 정하는 부득이한 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

나. 구법률 시행령(2010. 4. 7. 대통령령 제22114호로 개정되기 전의 것, 이하 '구법률 시행령'이라 합니다) 제30조 제2항

법 제25조 제4항 단서의 규정에 따라 직업안정기관의 장은 외국인근로자가 법 제25조 제1항 제2호 내지 제4호의 1에 해당하는 사유만으로 사업 또는 사업장을 3회 변경한 경우에는 1회에 한하여 사업 또는 사업장의 변경을 추가로 허용할 수 있다.

다. 외국인근로자의 고용 등에 관한 법률(2009. 10. 9. 개정 법률 제9798호, 이하 '신 법률'이라 하며, 구법률과 신법률을 합하여 '이 사건 법률'이라 합니다) 제25조 제4항

제1항에 따른 외국인근로자의 사업 또는 사업장 변경은 제18조 제1항의 규정에 따른 기간 중에는 원칙적으로 3회를 초과할 수 없으며, 제18조의2제1항에 따라 연장된 기간 중에는 2회를 초과할 수 없다(제2호의 사유로 사업 또는 사업장을 변경한 경우는 포함하지 아니한다). 다만, 부득이한 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

라. 신법률 시행령(2010. 4. 7. 개정 대통령령 제22114호, 이하 '신법률 시행령'이라 하며 구법률 시행령과 신법률 시행령을 합하여 '이 사건 시행령'이라 합니다) 제30조 제2항

법 제25조 제4항 단서에 따라 직업안정기관의 장은 외국인근로자가 법 제9조에 따라 근로계약을 체결하고 입국하여 최초 사업 또는 사업장에 배치되기 전까지 사용자의 귀책사유로 사업 또는 사업장을 1회 변경한 경우가 법 제25조 제4항 본문에 따른 3회에 포함되어 있을 때에는 법 제25조 제4항 본문에도 불구하고 1회를 추가하여 사업 또는 사업장의 변경을 허용할 수 있다.

3. 청구인들의 기본권

가. 헌법 제10조 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권, 계약자유의 원칙

인간의 존엄과 가치 및 행복추구권은 '인간의 권리'로서 외국인도 그 주체가 될 수 있습니다(헌법재판소 2001. 11. 29. 선고 99헌마494). 한편 행복추구권에서 파생하는 일반적 행동자유권에는 사적 자치의 원칙이 있습니다. 사적 자치의 원칙이란 자신의 일을 자신의 의사로 결정하고 행동하는 자유뿐만 아니라 원치 않으면 하지 않을 자유입니다. 이런 사적 자치의 원칙은 법률행위의 영역에서는 계약자유 원칙으로 나타나는데 계약자유 원칙은 계약의 체결에서부터 종결에 이르기까지 모든 단계에서 자신의 자유의사에 따라 계약관계를 형성하는 것으로서 계약의 내용, 이행의 상대방 및 방법의 변경뿐만 아니라 계약 자체의 이전이나 폐기도 당사자 자신의 의사로 결정하는 자유를 말합니다(헌법재판소 2003. 5. 15. 선고 2001헌바98). 따라서 청구인(외국인)도 행복추구권의 기본권 주체로서 계약자유 원칙을 향유할 수 있습니다.

나. 헌법 제32조 근로의 권리

근로의 권리는 '일할 자리에 관한 권리'뿐만 아니라 '일할 환경에 관한 권리'도 내포하고 있습니다. 이 가운데 '일할 환경에 관한 권리'는 인간의 존엄성에 대한 침해를 방어하기 위한 자유권적 기본권의 성격도 가지고 있어 건강한 작업환경, 일에 대한 정당한 보수, 합리적인 근로조건의 보장 등을 요구할 수 있는 권리 등을 포함하므로 외국인근로자도 이러한 범위 내에서는 근로의 권리의 주체가 될 수 있습니다. 즉 근로의 권리의 구체적인 내용에 따라, 국가에 대하여 고용증진을 위한 사회적·경제적 정책을 요구할 수 있는 권리는 사회권적 기본권으로서 국민에 대하여만 인정해야 하지만, 자본주의 경제질서 하에서 근로자가 기본적 생활수단을 확보하고 인간의 존엄성을 보장받기 위하여 최소한의 근로조건을 요구할 수 있는 권리는 자유권적 기본권의 성격도 아울러 가지므로 이러한 경우 외국인근로자에게도 그 기본권 주체성이 인정된다고 할 것입니다(헌법재판소 2007. 8. 30. 선고 2004헌마670).

한편, 헌법 제15조의 직업의 자유 또는 헌법 제32조의 근로의 권리, 사회국가원리 등에 근거하여 실업방지 및 부당한 해고로부터 근로자를 보호하여야 할 국가의 의무를 도출할 수 있고 우리 헌법상 국가(입법자)는 근로관계의 존속보호를 위하여 근로자에게 최소한의 보호를 제공하여야 할 의무를 지고 있습니다(헌법재판소 2002. 11. 28. 선고 2001헌바50). 따라서 적어도 대한민국에 입국하여 근로를 하여 왔던 외국인근로자에 대하여는, 국가의 의무의 범위가 내국인에 비하여 축소될 수 있는지 여부는 논외로 하더라도, 내국인과 마찬가지로 국내에서 실업이나 부당한 해고의 위협에 노출되어 있는 것이 현실이므로 이들의 근로관계의 존속 보호를 위하여 최소한의 조치를 제공할 의무가 국가에 있다고 할 것입니다.

다. 헌법 제15조 직업의 자유

외국인도 헌법 제15조 직업의 자유의 기본권 주체성이 인정되는지에 관한 명시적은 헌법재판소 결정례는 없습니다. 그러나 직업의 자유가 헌법상 근로의 권리 및 인간의 존엄과 가치와 불가분의 관련성을 가지고 있으며, 객관적 가치질서로서의 성격과 함께 자유권적 기본권의 성격도 가지고 있고, 한국이 비준한 「경제적·사회적·문화적 권리에 관한 국제규약」과 국제노동기구의 기본조약 등에서 직업의 자유에 관한 권리가 국적·인종에 따른 차별 없이 보편적으로 보장되어야 하는 권리임을 확인하고 있다는 점에 비추어 보면 외국인 역시 직업의 자유와 관련된 기본권 주체성이 인정되어야 하고 다만 외국인이라는 특성상 기본권 제한의 양적·질적 범위가 문제된다고 보아야 합니다.

헌법 제15조가 보장하는 직업의 자유는 직업'선택'의 자유뿐만 아니라 직업과 관련된 종합적이고 포괄적인 직업의 자유를 보장하는 것입니다. 또한 직업의 자유는 독립적 형태의 직업 활동뿐만 아니라 고용된 형태의 종속적인 직업활동도 보장합니다. 따라서 직업선택의 자유는 직장선택의 자유를 포함합니다(헌법재판소 1989. 11. 20. 선고 89헌가102). 직장선택의 자유는 특히 근로자들에게 큰 의미를 지닙니다. 이러한 직장선택의 자유는 개인이 그 선택한 직업분야에서 구체적인 취업의 기회를 가지거나, 이미 형성된 근로관계를 계속 유지하거나 포기하는 데에 있어 국가의 방해를 받지 않는 자유로운 선택·결정을 보호하는 것을 내용으로 합니다(헌법재판소 2010. 11. 28. 선고 2001헌마50).

좁은 의미의 직업선택의 자유를 제한하는 것은 인격발현에 대한 침해의 효과가 직업수행의 자유를 제한하는 경우보다 일반적으로 크기 때문에 전자에 대한 제한은 후자에 대한 제한보다 더 엄격한 제약을 받습니다. 또한 직업선택의 자유를 제한하는 경우에 기본권 주체의 능력이나 자격 등 주관적 사유에 의한 제한보다는 기본권 주체와는 전혀 무관한 객관적 사유를 이유로 하는 제한이 가장 심각한 제약이 되므로 객관적 사유에 의한 직업선택의 자유의 제한은 가장 엄격한 요건이 갖추어진 경우에만 허용될 수 있고 그 제한법률에 대한 심사기준도 엄격한 비례의 원칙이 적용됩니다(헌법재판소 2002. 4. 25. 선고 2001헌마614).

라. 평등권

헌법 제11조 제1항 후문은 “누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다”고 규정하고 있습니다. 사회적 신분에 국적이 포함되는지 여부에 대해서는 논란의 여지가 있습니다. 다만 헌법 제11조에서 정하고 있는 평등의 원칙은 법의 적용이나 입법에 있어서 불합리한 조건에 의한 차별을 하여서는 안된다는 상대적·실질적 평등을 뜻하는 것이므로 이러한 범위 내에서 외국인 또한 평등권을 가진다고 보아야 합니다. 헌법재판소도 외

국인산업기술연수생의 보호 및 관리에 관한 지침이 외국인의 평등권을 침해한다고 결정함으로써 외국인의 평등권을 간접적으로나마 인정하고 있습니다(헌법재판소 2007. 8. 30. 선고 2004헌마670).

특히 평등권은 근로의 권리에 있어서 더욱 강하게 보장되고 있습니다. 대한민국이 비준 가입한 「경제적·사회적·문화적 권리에 관한 국제규약」 제2조 제2항은 “이 규약의 당사국은 이 규약에서 선언된 권리들이 인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 기타의 신분 등에 의한 어떠한 종류의 차별도 없이 행사되도록 보장할 것을 약속한다”, 제6조는 “이 규약의 당사국은, 모든 사람이 자유로이 선택하거나 수락하는 노동에 의하여 생계를 영위할 권리를 포함하는 근로의 권리를 인정하며, 동 권리를 보호하기 위하여 적절한 조치를 취한다”, 제7조는 “이 규약의 당사국은 특히 다음사항이 확보되는 공정하고 유리한 근로조건을 모든 사람이 향유할 권리를 가지는 것을 인정한다. (a) 모든 근로자에게 최소한 다음의 것을 제공하는 보수 (i) 공정한 임금과 어떠한 종류의 차별도 없는 동등한 가치의 노동에 대한 동등한 보수, 특히 여성에게 대하여는 동등한 노동에 대한 동등한 보수와 함께 남성이 향유하는 것보다 열등하지 아니한 근로조건에 대한 보장 (ii) 이 규약의 규정에 따른 근로자 자신과 그 가족의 품위 있는 생활 (b) 안전하고 건강한 근로조건 (c) 연공서열 및 능력이외의 다른 고려에 의하지 아니하고, 모든 사람이 자기의 직장에서 적절한 상위직으로 승진할 수 있는 동등한 기회 (d) 휴식, 여가 및 근로시간의 합리적 제한, 공휴일에 대한 보수와 정기적인 유급휴일”이라고 각 규정하고 있습니다. 또한 「근로기준법」 제5조는 “사용자는 근로자에 대하여 남녀의 성(性)을 이유로 차별적 대우를 하지 못하고, 국적·신앙 또는 사회적 신분을 이유로 근로조건에 대한 차별적 처우를 하지 못한다”, 「직업안정법」 제2조는 “누구든지 성별, 연령, 종교, 신체적 조건, 사회적 신분 또는 혼인 여부 등을 이유로 직업소개 또는 직업지도를 받거나 고용관계를 결정할 때 차별대우를 받지 아니한다”고 하여 균등 처우의 원칙을 강조하고 있습니다. 이 사건 법률 역시 제22조에서 “사용자는 외국인근로자라는 이유로 부당하게 차별하여 처우하여서는 아니 된다”라고 규정하고 있습니다.

4. 이 사건 법률 제25조 제4항의 위헌성

가. 과잉금지원칙의 위배

1) 목적의 정당성 결여

가) 이 사건 법률 조항의 목적

2007헌마1083 사건에서 고용노동부장관이 제출한 의견에 따르면, 이 사건 법률 제25조 제4항(이하 '이 사건 법률 조항'이라 합니다)의 목적은 크게 '내국인 근로자의 일자리 보호'와 '외국인근로자의 과도한 임금상승의 방지'입니다. 기타 '외국인근로자를 고용하는 사용자의 이익 보호'도 목적으로 고려할 수 있습니다. 그러나 아래 기재하는 바와 같이, '외국인근로자의 과도한 임금상승의 방지'는 그 자체로 정당한 목적이 될 수 없을 뿐만 아니라 '내국인 근로자의 일자리 보호'와도 충돌합니다.

나) 외국인근로자의 과도한 임금상승 방지

이 사건 법률 조항의 목적이 정당하기 위해서는 당해 목적이 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위한 것이어야 합니다. 그런데 외국인근로자의 과도한 임금상승 방지는 그 자체로 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리와 관련이 없습니다. 또한 외국인근로자의 과도한 임금상승 방지를 통한 국내 사업장의 인건비 절감 역시 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리와 관련이 없습니다. 외국인근로자들의 대부분이 저임금 사업장에서 일하고 있는 상황에서 외국인근로자라는 이유로 저임금을 강요하는 것이야말로 공공복리 및 대한민국이 비준한 규약에 반하는 것입니다. 대한민국이 비준한 「세계인권선언」 제23조 제1항은 “모든 사람은 근로의 권리, 자유로운 직업선택권, 공정하고 유리한 근로조건에 관한 권리 및 실업으로부터 보호받을 권리를 가진다”, 「경제적·사회적·문화적 권리에 관한 국제규약」 제6조 제1항은 “당사국은 모든 사람이 자유로이 선택하거나 수락하는 노동에 의하여 생계를 영위할 권리를 포함하는 노동의 권리를 인정해야 한다”, 국제노동기구 제111호 「고용 및 직업에 있어서의 차별대우에 관한 협약」 제2조는 “회원국은 고용 및 직업에 관한 차별대우를 철폐하기 위하여 국내 사정 및 관행에 적합한 방법으로 고용 또는 직업에 관한 기회 및 대우의 균등을 촉진할 것을 목적으로 하는 국가의 방침을 명확히 하여야 하며 이에 따를 것을 약속한다.”고 규정하면서 동 협약 제1조는 차별대우에 관하여 “인종·피부색·출신국 등에 의거하여 행하여지는 모든 차별·배제 또는 우대로서, 고용 또는 직업에 있어서의 기회 또는 대우의 균등을 파괴하거나 저해하는 효과가 있는 것”으로 정의하고 있기 때문입니다.

다) 내국인 근로자의 일자리 보호

“모든 국가는 외국인근로자에 의한 내국인 근로자의 일자리 잠식을 방지하기 위해 적어도 두 가지 원칙을 준수하도록 하고 있습니다. 우선 외국인을 저임금으로 고용하지 못하도록 할 뿐 아니라 내·외국인 간의 임금 및 근로조건의 차별을 금지하여 외국인 근로자를 내국인 근로자와 동등하게 보호하도록 합니다²⁾”. 외국인근로자의 임금이 낮으면 내국인 근로자의 경쟁력이 저하되고 그 결과 내국인 근로자의 고용기회는 줄어들

2) 참고자료 6, '외국인고용허가제 정책·사업평가와 개선방안(국회예산정책처, 2005. 2.) 제6쪽

기 때문입니다. 그런데 이 사건 법률 조항은 외국인근로자의 임금 상승 억제를 목적으로 함으로써 결과적으로 내국인 근로자(주로 외국인근로자가 유입된 사업 또는 사업장)의 고용 기회를 박탈하고 있습니다. 즉 '외국인근로자의 임금상승의 방지' 목적은 '내국인 근로자의 일자리 보호'라는 목적과 충돌하는 것입니다.

라) 소결

이처럼 이 사건 법률 조항의 목적인 '외국인근로자의 임금상승의 방지'는 그 자체로 국가안정보장, 질서유지 또는 공공복리와 관련이 없고, 오히려 다른 목적인 '내국인 근로자의 일자리 보호'와 충돌하는 것이므로 이 사건 법률 조항은 목적의 정당성을 결여했습니다.

2) 수단의 적합성 결여

가) 전제

이 사건 법률 조항의 목적 중 하나인 '내국인 근로자의 일자리 보호'와 '외국인근로자를 고용하는 사용자의 이익 보호'는 공공복리에 관한 것으로서 정당성이 인정될 수 있습니다. 이에 따라 고용노동부장관은 ① 외국인근로자의 유입이 내국인 근로자의 일자리를 뺏을 가능성이 높다는 전제 하에 ② 사업장 변경의 자유를 확대할 경우 임금 수준이 높은 업체나 내국인 근로자의 대체가능성이 높은 서비스업 등으로 외국인근로자가 이동하게 되어 내국인 근로자의 고용기회가 침해되고 외국인근로자를 고용하는 사용자의 이익이 저해될 가능성이 높으므로 사업장 변경 횟수를 제한할 필요성이 있다고 합니다. 그러나 ① 외국인근로자의 유입과 내국인 근로자의 고용기회는 아무런 관련이 없으며, ② 외국인근로자의 사업장 변경 횟수를 제한하지 않더라도 내국인 근로자의 고용기회는 침해되지 아니하고, ③ 외국인근로자의 사업장 변경 횟수를 제한할 경우 오히려 외국인근로자를 고용하는 사용자에게 불이익합니다.

나) 외국인근로자의 유입과 내국인 근로자의 일자리

국내·외 연구 결과에 따르면, 외국인근로자의 유입은 내국인 근로자의 일자리 침해와 상관이 없습니다.

경제협력개발기구(OECD)가 2006년 회원국들을 대상으로 외국인노동자가 자국의 노동 시장에 미치는 효과를 분석한 결과³⁾, 단기적으로는 외국인노동자의 유입이 실업률에

3) 참고자료 7, 'OECD 국가의 외국인력정책 동향과 시사점'(주OECD 대표부, 2007) 제17쪽

영향을 미치지만 중장기적으로는 영향력이 소멸하는 것으로 평가되었습니다. 또한 외국인노동자는 체류국 경제에 필요한 여러 가지 노동력을 제공하고 있기 때문에 인력수급 불균형 해소 등 여러 가지 측면에서도 긍정적인 효과가 있는 것으로 나타났습니다. 이러한 실증적인 분석 결과에도 불구하고 외국인노동자가 자국의 노동시장에 영향을 미친다고 보는 것은 일반적으로 외국인노동자에 대한 인종적인 편견, 범죄 등 사회적 비용 증가 우려, 일자리 잠식 우려 등 부정적인 인식이 팽배하고 이에 따른 정치적인 논리가 작용하기 때문이라고 합니다.

국내의 경우도 마찬가지입니다⁴⁾. 여러 조사 결과, 대다수의 중소기업이 인력난에 시달리고 있는 현 상황에서 외국인노동자의 유입은 부족한 일자리를 보충하는 기능을 할 뿐 내국인 근로자 일자리를 침해하지 않고 있습니다. 즉 “외국인력은 국내 인력의 대체 관계가 아니라 보완관계”라는 것입니다. 따라서 외국인근로자가 유입되더라도 내국인 근로자의 일자리가 침해될 가능성은 없습니다.

다) 외국인근로자의 사업장 변경과 내국인 근로자의 일자리

가사 외국인근로자의 유입으로 인해 내국인 근로자의 일자리가 침해될 가능성이 있다고 하더라도, 이미 유입된 외국인근로자의 사업장 변경으로 인해 내국인 근로자의 일자리가 줄어들다는 논리는 성립하지 않습니다. 외국인근로자의 유입과 이미 유입된 외국인근로자의 사업장 변경은 별개이기 때문입니다. 이와 관련하여 외국인근로자의 사업장 변경이 내국인 근로자의 일자리에 미치는 영향에 대해서는 아직까지 조사도 이루어진 적이 없습니다. 그럼에도 불구하고 내국인 근로자의 일자리를 보호하기 위해 횡수 제한의 방법으로 외국인근로자의 사업장 변경을 제한해야 한다고 보는 것 역시 외국인력에 대한 인종적인 편견, 범죄 등 사회적 비용 증가 우려, 일자리 잠식 우려 등 부정적인 인식에 기인한다고 할 것입니다. 참고로 실증 조사 결과 이러한 부정적인 인식 역시 주로 불법체류 외국인근로자에 관한 것이며, 합법적인 외국인근로자에 대해서는 한국인 대다수가 긍정적으로 인식하고 있고 합법적인 외국인근로자에게는 노동법적 권리가 주어져야 한다고 인식하는 것으로 나타났습니다⁵⁾.

라) 외국인근로자를 고용하는 사용자의 불이익

외국인근로자의 사업장 변경 횡수를 제한하지 않더라도 내국인 근로자의 일자리가 침해될 가능성이 없는 상황에서, 외국인근로자의 사업장 변경 횡수를 제한할 경우 등록이 취소된 상태에서 체류하는 외국인근로자는 오히려 증가하게 됩니다. 국내에 체류할 수 있는 기간이 남아 있음에도 불구하고 사업장 변경 횡수를 모두 채워 더 이상 사업

4) 참고자료 6, ‘외국인고용허가제 정책 • 사업평가와 개선방안(국회예산정책처, 2005. 2.) 제15쪽 이하

5) 참고자료 8, ‘이주노동자에 대한 한국인의 인식과 태도’(윤인진, 김상돈, 송영호, 2009. 2. 17.)

장을 변경할 수 없는 외국인근로자는 본국으로 돌아가기 보다는 법망을 피하여 새로운 사업장을 찾을 가능성이 크기 때문입니다⁶⁾. 실제로 고용노동부가 제시한 자료에 의하면, 사업장 변경 횟수를 3회 초과하여 미등록 체류자가 된 외국인근로자는 2006년 29명에서, 2007년 125명, 2008년에 676명으로 급격히 증가하고 있습니다. 그 결과 외국인근로자의 체계적 도입·관리라는 정부의 정책은 실패로 돌아가고 등록 상태의 외국인근로자의 숫자도 줄어들어 원활한 인력수급에도 차질이 생깁니다. 외국인근로자를 고용하는 사용자로서는 외국인근로자 공급 감소에 따른 어려움을 감내해야 합니다. 참고로 아래 표⁷⁾에서 알 수 있는 바와 같이 외국인근로자를 고용하는 사용자들은 필요한 외국인근로자 확보에 가장 큰 어려움을 느끼고 있습니다.

<고용허가제 하에서의 외국인근로자 고용에 따른 애로사항>

(단위: 개소, 5점 척도)

	전체	업종				규모		
		경공업	중공업	건설업	음식업	1~9인	10~29인	30인 이상
사업체수	300	68	132	50	50	119	137	44
필요한 외국인근로자 확보의 어려움	3.4	3.5	3.3	3.5	3.5	3.5	3.4	3.2
외국인의 사업체 이탈률이 높음	2.6	2.6	2.5	2.8	2.5	2.7	2.5	2.6
문화 및 생활관습상의 차이가 큼	3.1	3.5	3.2	2.7	2.8	3.1	3.1	3.1
의사소통에 애로가 많음	3.2	3.5	3.7	2.4	2.5	3.1	3.4	3.4
근면성이 떨어짐	2.6	2.7	2.6	2.6	2.5	2.7	2.5	2.7
기능숙련도가 낮음	2.9	3.0	2.8	2.9	2.7	2.8	2.9	2.9
내국인 근로자와 융화가 안됨	2.5	2.4	2.5	2.5	2.5	2.6	2.4	2.6
애사심이 적음	3.2	3.4	3.2	3.1	3.0	3.2	3.2	3.3
생산성이 낮음	2.7	2.8	2.6	2.8	2.5	2.6	2.7	2.7
일에 대한 적응력이 낮음	2.7	2.7	2.7	2.8	2.6	2.8	2.7	2.7
외국인근로자에 대한 사후관리가 이루어지지 않음	2.9	3.0	2.8	2.8	3.0	3.0	2.8	2.9
외국인근로자들의 집단행동이 빈번함	2.3	2.5	2.2	2.4	2.2	2.4	2.2	2.4
산업연수생에 비해 외국인근로자의 요구사항이 많음	3.0	3.2	3.1	2.9	2.7	3.0	3.0	3.1

(자료출처: 고용노동부)

6) “사업장 이동의 자유를 제한하는 것은 외국인력이 종사하고 있는 시장임금을 교란시켜, 결과적으로 미등록 노동자를 양산하게 된다는 문제가 있다. 사업장 이동을 금지함으로써 등록노동자의 임금이 제약되고 오히려 미등록 노동자의 임금수준이 높을 경우, 등록 노동자는 고임금을 위하여 사업장을 이탈함으로써 미등록 취업을 선택하게 될 가능성이 높아진다. 이 경우 등록 노동자들은 사업장은 물론, 지역과 업종을 넘어서 이동을 하게 되고, 그 결과 정책이 미치는 범위 내에서 외국인력의 규모조절을 해야 하는 정책당국의 목적은 실패하게 된다”참고자료 9, ‘외국인근로자 문제와 고용허가제 연구’(국회의원 배일도, 국회의원 공성진, 2005. 9.) 제38쪽

7) 외국인고용허가제시행 3주년 평가 및 제도개선방안 연구(노동부, 2007. 10.)

마) 소결

‘내국인 근로자의 일자리 보호’ 및 ‘외국인근로자를 고용하는 사용자의 이익 보호’라는 목적의 정당성이 인정된다고 하더라도 이 사건 법률 조항이 정하고 있는 ‘사업장 변경 횟수 제한’은 당해 목적 달성을 위한 유효한 수단이 될 수 없습니다.

3) 피해의 최소성 결여

내국인 근로자의 고용 기회를 보장하기 위하여 이 사건 법률은 다양한 제한 규정을 두고 있습니다. 이 사건 법률은 외국인근로자의 사업장 변경 사유와 기간을 제한하고(제25조 제1항), 동일한 업종에 한하여 사업장 변경을 허용하며(제12조), 내국인 구인 노력을 한 사업장에 한하여 사업장 변경이 가능하도록(제7조)정하고 있습니다. 또한 외국인력정책위원회에서의 심의·의결을 통해 업종별 도입 입원을 통제하고 있습니다(제4조 제2항 제2호).

따라서 사업장 변경 횟수를 제한하지 않더라도 내국인 근로자 고용 기회가 침해되거나 내국인 근로자 대체 가능성이 높은 업종으로 외국인근로자가 이동할 가능성은 없습니다.

이러한 사실은 외국의 입법례를 보아도 알 수 있습니다. 우리나라보다 외국인근로자의 사업장 이동을 엄격하게 제한하는 나라들에서조차 사업장 변경 횟수를 제한하지는 않습니다⁸⁾. 굳이 사업장 변경 ‘횟수’를 제한하지 않더라도 사업장 변경 ‘사유’나 도입 입력의 제한 등을 통해 내국인 근로자 고용 기회 보장이라는 입법 목적을 달성할 수 있기 때문입니다.

이처럼 이 사건 법률은 이 사건 법률 조항보다 완화된 다양한 규정을 통하여 내국인 근로자 고용 기회를 충분히 보호하고 있음에도 불구하고 이 사건 법률 조항을 통해 외국인근로자의 기본권을 제한하는 것은 최소 침해성 원칙에 반합니다.

4) 법익의 균형성 결여

사업장 변경 횟수를 규제함으로써 얻는 이익은 ‘내국인 근로자의 일자리 보호’ 및 ‘외국인근로자를 고용하는 사용자의 이익 보호’입니다. 그러나 앞서 살펴 본 바와 같이 ‘내국인 근로자의 일자리 보호’ 및 ‘외국인근로자를 고용하는 사용자의 이익 보호’ 효과는 미비합니다. 반면 사업장 변경 횟수를 제한함으로써 외국인근로자가 입는 불이익은

8) 참고자료 1, ‘각국의 외국인근로자 고용관리체계 사례연구’(노동부, 2004.) 제4쪽

매우 큼니다. 사업장 변경 횟수를 모두 채운 외국인근로자는 근로조건 위반, 노동착취와 폭언, 폭행, 성추행 및 성폭행, 인종차별 등의 상황에서 근로계약을 해지하고 싶어도 본국으로의 출국을 두려워하여 근로계약을 해지할 수 없습니다. 비단 사업장 변경 횟수를 모두 채운 외국인근로자만 그러한 것은 아닙니다. 사업장 변경을 하지 않거나 사업장 변경 횟수가 3회를 초과하지 않은 외국인근로자들 역시 이 사건 법률 조항에 저촉될 것을 두려워하여 근로계약의 해지 및 사업장 변경을 주저하게 됩니다. 요컨대 사업장 변경 횟수를 규제함으로써 외국인근로자는 계약을 자유롭게 해지할 수 없는, 더 나아가 강제로 근로를 제공할 수밖에 없는 불이익을 입고 있습니다. 이처럼 외국인근로자가 입는 불이익은 이 사건 법률 조항으로 인한 이익보다 중대하므로 이 사건 법률 조항은 법익의 균형성을 잃었다고 할 것입니다.

나. 기본권의 본질적 내용 침해

구법률 제25조 제4항에 의하면, 더 이상 사업장 변경이 허용되지 않는 3회째 변경된 사업장에서 사용자에게 의한 인권 침해적, 차별적 행위가 발생하여 “정상적인 근로관계를 지속하기 곤란한 때”에도 외국인근로자는 이를 감수하고 계속 근무를 하거나, 또는 계약을 해지하고 출국할 수밖에 없습니다. 예를 들어 구법률 제25조 제1항 제1호의 사유인 사용자가 계약 종료 후 갱신을 거절함으로써 1회의 사업장 변경이 있고, 같은 조 제2호 내지 4호의 사유인 사용자의 폭행 또는 고용허가의 취소와 같은 외국인근로자에게 귀책사유가 없는 사유로 2회의 사업장 변경이 이루어진 경우, 외국인근로자는 더 이상 사업장 변경을 신청할 수 없기 때문에 3회째 변경이 이루어진 사업장에서의 인권 침해, 차별행위에 대하여는 문제제기를 할 수 없는 상황에서 이를 감수할 수밖에 없게 되는 것입니다. 비단 3회째 변경이 이루어진 사업장에서 인권침해나 차별행위가 발생하지 않더라도 문제는 달라지지 않습니다. 그 누구도 근로자의 자유의사에 반하여 근로를 강제하지 못하는데 이 사건 법률 조항은 외국인근로자에게 자유의사에 반하여 근로를 강제하고 있기 때문입니다.

이는 신법률 제25조 제4항에 따르더라도 마찬가지입니다. 3회의 사업장 변경을 한 외국인근로자는 네 번째 사업장의 근로조건이 근로계약조건과 상이하거나 사용자가 근로조건을 위반하는 부당한 처우를 하여 사회통념상 근로계약을 유지하기 어려운 경우라고 하더라도 더 이상 사업장 변경을 신청할 수 없기 때문에 억지로 근로계약을 유지할 수밖에 없습니다.

결국 이 사건 법률 조항은 ‘사업장에서 정상적인 근로관계를 지속하기 곤란한’ 사유가 최종적으로 변경된 사업장에서 발생한 경우에도 사업장 변경을 금지함으로써, 외국인근로자의 강제 근로를 하지 않을 권리를 침해하고 있습니다. 이로 인하여 고용관계를 유지한 채 인간으로의 존엄과 가치(헌법 제10조)를 실현할 수 있는 가능성은 근본적으로

로 차단되었습니다. 이는 결국 인간의 존엄성을 존중하는 근로조건을 규정한 헌법 제 32조제3항 근로의 권리 및 헌법 제10조의 가치를 본질적 내용으로 헌법 제15조 직업의 자유의 본질적 내용을 침해하는 것이라고 할 것입니다.

다. 평등의 원칙의 위배

자유의사에 반하여 강제 근로를 하지 않을 권리는 내국인, 외국인을 불문합니다. 따라서 외국인에 대해서만 사실상 강제 근로의 효과를 가져 오는 사업장 변경 횟수 제한을 두는 것은 문제가 있습니다. 또한 전문 인력으로 국내에 들어오는 외국인 역시 외국인 근로자와 마찬가지로 국내 노동시장에 편입되어 활동하는 외국인 경제인구라는 점을 감안하면 외국인근로자와 여타 외국인을 달리 취급하는 것은 문제가 있습니다. 다만 내국인과 외국인, 전문 인력과 비전문 인력이라는 차이가 있기 때문에 이들을 달리 취급하는 것을 평등의 원칙에 반한다고 단정하기는 어렵습니다. 문제는 방문취업(H-2)의 자격을 가지고 입국한 자와 비교할 때입니다. 방문취업(H-2)의 자격을 가지고 입국한 자와 외국인근로자는 본질적으로 같은 집단이기 때문입니다. 중국과 옛 소련 지역에 거주하는 만 25세 이상의 외국 국적 동포들은 방문취업(H-2)의 자격을 가지고 국내에서 일할 수 있습니다. 원칙적으로는 이들 역시 비전문취업(E-9)자격을 가지고 국내에 입국하여야 하나, 이 사건 법률 제12조 제1항 및 동법률 시행령 제19조는 방문취업(H-2)의 자격을 가지고 입국한 자에 대해서는 특례를 두어 이 사건 법률 조항의 적용을 배제하고 있습니다. 그런데 외국인근로자와 마찬가지로 방문취업(H-2)의 자격을 가지고 입국한 자 역시 국내 노동시장에 편입되어 활동하는 외국인 경제인구입니다. 특히 방문취업(H-2)의 자격을 가지고 입국한 자는 외국인근로자와 같은 비전문인력입니다. 그렇기 때문에 대한민국 정부는 방문취업(H-2)의 자격을 가지고 입국한 자의 고용제도에 대해서는 특례고용허가제라는 명칭으로 외국인근로자에 대한 고용허가제와 같은 절차로 방문취업제를 운영하고 있습니다. 아래 표에서 알 수 있듯이 그 절차는 거의 동일합니다.

<일반고용허가제와 특례고용허가제의 도입절차>

<일반고용허가제 >

*** 입국전 근로계약 체결 후 사증발급 및 입국**

1. 한국어 시험 및 외국인근로자 명부 작성
(송출국가 정부↔우리나라 정부)
○한국어시험 성적에 따라 송출대상인력 선정, 외국인 구직자명부를 작성

2. 근로자 선정 및 고용허가서 발급
(사용자 ↔ 노동부)
○내국인 구인노력(7일~3일) 후 복수 추천자 중 근로자 선정 및 고용허가서 발급

3. 근로계약 체결
(사용자 ↔ 외국인근로자)
○외국인구직자와 표준근로계약서 체결

4. 사증발급인정서 발급
(사용자 ↔ 법무부)

5. 외국인근로자 입국
(산업인력공단 ↔ 외국인근로자)
○외국인근로자 입국 및 취업교육 실시

6. 외국인근로자 고용지원 및 체류 관리
(사용자 ↔ 노동부, 법무부)

<특례고용허가제 >

*** 입국전 사증 발급, 입국 후 취업사실 신고**

1.사증(H-2) 발급, 입국
(재외공관,↔동포)

2. 취업교육 및 구직신청
(동포 ↔ 교육기관, 노동부)
○취업교육 후 고용지원센터에 구직신청서 제출

3. 특례고용가능확인서 발급
(사용자 ↔ 노동부)
○내국인 구인노력(7일~3일) 후 사업주에게 특례고용가능확인서 발급

4. 동포 선정 및 근로계약 체결 (사용자↔노동부·외국국적동포)
○사용자와 외국국적동포는 고용지원센터의 알선을 받거나 **자율구직**

5. 근로개시 및 취업개시 신고
(사용자/동포 ↔ 노동부/법무부)
○사용자는 10일 이내, 동포는 14일 이내에 각각 노동부, 법무부에 신고

6. 외국인근로자 고용지원 및 체류 관리
(사용자 ↔ 노동부, 법무부)

(자료출처: 고용노동부)

방문취업(H-2)자격을 가지고 입국한 자와 외국인근로자의 취업 가능 업종(제조업, 건설업, 서비스업, 농축산업) 역시 동일합니다. 예컨대 2008년도, 2009년도, 2010년도 각 외국인력 도입 규모를 살펴 보면 아래 표와 같습니다.

<외국인력 도입 규모>

(단위 : 명)

구 분		연도별	2008년	2009년	2010년 (6월 말까지)	총 계
총계			180,669	100,668	26,596	573,472
일 고 반 용 허 가 제	소계		75,024	63,323	14,669	250,505
	제 조 업		65,871	55,351	11,198	225,022
	건 설 업		3,326	4,296	1,590	10,078
	농 축 산 업		4,482	2,324	1,221	11,487
	서 비 스 업		48	54	22	265
	어 업		1,297	1,298	638	3,653
특 고 레 용 허 가 제	소계		105,645	37,345	11,927	322,967
	제 조 업		18,419	11,483	5,660	61,028
	건 설 업		16,371	2,546	28	72,278
	농 축 산 업		1,438	312	117	3,331
	서 비 스 업		69,048	22,942	5,883	185,333
	어 업		369	62	31	789

(자료출처: 고용노동부)

이처럼 절차, 취업 가능 업종, 관리 형태에 있어서 방문취업(H-2)자격을 가지고 입국한 자와 외국인근로자 사이에 아무런 차이가 없음에도 불구하고 외국인근로자에 대해서만 사업장 변경 횟수에 제한을 두는 것은 평등의 원칙에 위배됩니다. 물론 방문취업(H-2) 자격을 가지고 입국한 자의 경우 우리와 같은 동포이고 상대적으로 한국어 사용이 수월하다는 점에서 외국인근로자와 차이점이 있습니다. 그러나 당해 사유가 사업장 변경 횟수 제한을 차별할 근거가 되지 않습니다. 이 사건 법률 조항의 목적은 '외국인근로자의 임금상승 방지' 및 '내국인 근로자의 일자리 보호', '외국인근로자를 고용하는 사용자의 이익 보호'이기 때문입니다. 참고로 방문취업(H-2)자격을 가지고 입국한 자의 숫자는 2009. 9. 30. 현재 외국인근로자의 숫자를 크게 앞섭니다. 그 결과 이 사건 법률 조항이 목적으로 하는 '내국인 근로자 일자리 보호'는 더 이상 실효성이 없는 상황입니다. 고용 정책의 측면에서도 이 사건 법률 조항은 설득력이 없는 것입니다.

<비전문취업자와 방문취업자 수 비교>(단위: 명)

기준일	비전문취업자(E-9)	방문취업자(H-2)
2007. 6. 30	143,145	93,774
2007. 9. 30	161,851	161,680
2007. 12.31	175,001	228,686
2008. 3. 31	187,622	278,034
2008. 6. 30	188,333	294,029
2008. 9. 30	192,459	304,042
2008. 12.31	190,777	299,332
2009. 3. 31	191,955	318,581
2009. 6. 30	188,300	314,128
2009. 9. 30	183,997	307,329
2009. 11.30	189,253	306,658

(자료출처: 출입국관리소·외국인정책본부)

라. 명확성의 원칙의 위배

신법률 제25조 제4항에 따르면 제25조 제1항 제2호의 사유, 즉 ‘휴업·폐업 그 밖에 외국인근로자의 책임이 아닌 사유로 그 사업장에서 근로를 계속할 수 없게 되었다고 인정되는 경우’에는 사업장 변경을 하더라도 사업장 변경 횟수에 포함되지 아니합니다. 외국인근로자에게 귀책사유가 없는 경우에는 사업장 변경 횟수 제한을 하지 않겠다는 취지로 보입니다. 그러나 제2호의 사유와 기타 각호의 사유는 서로 중복되며, 이를 달리 취급할 이유도 없습니다. 제1호의 ‘사용자가 계약 갱신을 거절한 경우’, 제3호의 ‘외국인 고용허가의 취소 또는 고용제한 조치가 행하여진 경우’, 제4호의 ‘사업장의 근로조건이 근로계약조건과 상이한 경우, 근로조건 위반 등 사용자의 부당한 처우 등으로 인하여 사회통념상 근로계약을 유지하기 어려운 경우’ 및 제5호의 ‘상해 등으로 외국인 근로자가 해당 사업 또는 사업장에서 계속 근무하기는 부적합하나 다른 사업 또는 사업장에서의 근무는 가능하다고 인정되는 경우’ 모두 기본적으로 외국인근로자에게 귀책사유가 존재하지 않는 경우에 해당하기 때문입니다⁹⁾.

이러한 문제점은 2010. 1. 노동부가 정한 「외국인 고용허가제 업무편람」만 보아도 알 수 있습니다. 동 편람은 외국인근로자의 책임이 아닌 사유에 해당함에도 불구하고 “채용 시 제시된 근로조건 또는 채용 후 일반적으로 적용 받던 임금·근로시간이 2할 이상 현저하게 낮아지게 된 경우”는 제4호에 해당한다고 보고 있습니다. 또한 동 편람은 “3개월분 이상의 임금이 누적되어 체불되는 경우”, “폭행·협박·감금 등 신체상의 자유를 부당하게 구속하는 수단으로서 근로자의 자유의사에 반하여 근로를 시킨 경우”, “업무와 관련하여 사용자 지위에 있는 자가 외국인근로자를 폭행하여 전치 5주 이상의

9) 구법률 시행령 제30조 제2항은 제2호 내지 제4호의 사유 모두 사용자의 귀책사유에 해당한다는 전제하에 제2호의 사유와 제3호, 제4호의 각 사유를 동일하게 취급하고 있습니다.

상해를 입은 경우”는 각 고용허가 최소 사유로서 제3호에 해당한다고 보면서도 “2개월 이상 임금체불이 된 경우”, “사업주의 폭행(상습적인 폭언 포함), 성희롱, 불합리한 차별 등 직접적인 외국인근로자에 대한 권익침해가 입증되는 경우”는 제2호에 해당한다고 보고 있습니다.

이처럼 제2호의 사유와 기타 각호의 사유가 중복되고 이를 달리 취급할 이유는 없음에도 불구하고 신법률 제25조 제4항은 동조 제1항 제2호의 경우만 특별하게 취급함으로써 결과적으로 사업장 변경 횟수를 정함에 있어 집행기관의 자의적인 판단이 가능하도록 하였습니다. 입증의 어려움, 절차의 편의성, 사용자에게 유리하게 구성되어 있는 신청 과정¹⁰⁾ 등을 이유로 실무상 대부분의 사업장 변경 신청이 합의 해지(제1호) 형태로 종결된다는 점을 고려한다면 외국인근로자에게 귀책사유가 없는 경우 사업장 변경 횟수에 포함시키지 않겠다는 신법률의 내용은 형해화될 가능성이 높습니다.

마. 포괄위임금지원칙의 위배

위임의 구체성·명확성의 요구 정도는 그 규율대상의 종류와 성격에 따라 달라질 것이지만, 특히 처벌법규나 조세법규 등 국민의 기본권을 직접적으로 제한하거나 침해할 소지가 있는 법규에서는 구체성·명확성의 요구가 강화되어 그 위임의 요건과 범위가 일반적인 급부행정법규의 경우보다 더 엄격하게 제한적으로 규정되어야 하는 반면에, 규율대상이 지극히 다양하거나 수시로 변화하는 성질의 것일 때에는 위임의 구체성·명확성의 요건이 완화되어야 할 것입니다(헌법재판소 1998. 3. 25. 선고 96헌바57, 헌법재판소 2002. 6. 27. 선고 2000헌가10).

사업장 변경의 불허는 외국인근로자에게는 국내에서의 체류자격의 박탈 및 합법적인 방식으로의 국내에서의 계속 근로가 불가능하게 되는 것으로서, 이는 국내에서의 재산, 직업 등 거주지에서의 모든 생활기반과 기본권의 행사가능성이 박탈될 수 있는 소위 ‘사회적 사형’에 해당하는 중대한 사항입니다.

또한 헌법 제32조 제3항이 특별히 “근로조건의 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다.”고 규정하고 있는 점에 비추어, 외국인근로자의 본질적인 근로조건의 기

10) 사업주와 근로자간 귀책사유에 대한 이견 존재시 처리절차

①사업주의 근무처 변경 신고가 선행되므로, 사업주 신고시 사업주에게 근무처 변경 사유를 명확히 확인하고, 사업장 변경사유 확인서(사업주용) (참고VI-8)를 제출토록 요구

-사업주에게는 추후 근로자의 사업장 변경 신청 사유와 상이할 경우 사실관계를 확인하여 수정될 수 있음을 안내

②근로자의 사업장 변경 신청 시, 신청 사유가 사업주의 근무처 변경 사유와 다른 경우, 증빙자료(진단서, 동료 등의 진술서 등) 제출을 요구하여 사실관계를 확인하고 이를 근거로 사업주 확인을 거쳐, 양 사유를 일치

-단, 사업주와 근로자의 사유가 위 표의 “대분류상으로 일치하는 경우에는 사유가 일치”한 것으로 볼 것

참고자료 10, ‘외국인근로자 고용허가제 업무편람’(노동부, 2010. 1.) 제210쪽

준이 되는 사업장 변경의 추가 가능 횟수와 추가 가능 사유를 규정함에 있어서는 최대한 법률에서 명확하게 규정하여 예측가능성을 부여하여야 할 것입니다. 그럼에도 불구하고 이 사건 법률 조항 단서규정은 단지 '대통령령이 정하는 부득이한 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.'라고만 규정함으로써 추가 변경 가능 횟수는 몇 회까지인지 및 추가 변경 사유는 어떠한 경우인지를 전혀 예측할 수 없도록 대통령령에 위임하고 있습니다.

비록 이 사건 법률 조항 단서규정이 예외적으로 추가 사업장 변경을 허용하는 경우를 규정하는 것이라고 하더라도, 추가 사업장 변경이 허용되는 사유와 횟수가 명확하게 규정됨으로써만 최종적인 사업장 변경 횟수와 사유가 확정되는 것이므로, 명확성의 요구 정도와 심사기준을 달리 적용할 수 있는 것은 아닙니다.

헌법재판소는 당해 법률의 전반적 체계와 관련규정에 비추어 위임조항의 내재적인 위임의 범위나 한계를 객관적으로 분명히 확정할 수 있다면 이를 일반적이고 포괄적인 백지위임에 해당하는 것으로 볼 수는 없다고 설시한 바 있습니다(헌법재판소 1996. 10. 31. 선고 93헌바14 등 참조). 그러나 이 사건 법률 제25조 제1항 제5호에서 사업장 변경 사유를 '그 밖에 대통령령이 정하는 사유가 발생한 경우'라고만 규정하고 있어서 변경 사유 자체를 예측할 수 없고, 나아가 추가 변경의 횟수, 한계 등을 객관적으로 확정할 수 없는 점 등 법률의 전반적 체계와 관련 규정에 비추어도 이 사건 법률 조항은 법률 명확성의 원칙 및 헌법 제75조의 포괄위임금지의 원칙을 위반하는 것입니다.

더 나아가 이 사건 법률 조항의 단서 규정이 포괄위임금지원칙에 위반된다는 점은 신법률 시행령 조항의 내용만 보아도 알 수 있습니다. 즉 신법률 시행령 제30조 제2항은 "법 제25조 제4항 단서에 따라 직업안정기관의 장은 외국인근로자가 법 제9조에 따라 근로계약을 체결하고 입국하여 최초 사업 또는 사업장에 배치되기 전까지 사용자의 귀책사유로 사업 또는 사업장을 1회 변경한 경우가 법 제25조 제4항 본문에 따른 3회에 포함되어 있을 때에는 법 제25조제4항 본문에도 불구하고 1회를 추가하여 사업 또는 사업장의 변경을 허용할 수 있다"고 하여 구법률 시행령 제30조 제2항 "법 제25조 제4항 단서의 규정에 따라 직업안정기관의 장은 외국인근로자가 법 제25조 제1항 제2호 내지 제4호의 1에 해당하는 사유만으로 사업 또는 사업장을 3회 변경한 경우에는 1회에 한하여 사업 또는 사업장의 변경을 추가로 허용할 수 있다"과 그 내용을 완전히 달리 하고 있습니다. 이 사건 법률 조항 단서에서 사업장 추가 변경 가능 횟수 및 사유를 전혀 예측할 수 없도록 규정하고 있기 때문입니다.

5. 이 사건 시행령 제30조 제2항의 위헌성

가. 구법률 시행령 제30조 제2항의 위헌성

구법률 시행령 제30조 제2항은 외국인근로자에게 귀책사유가 없는 경우만으로 3회 변경이 이루어진 경우 1회에 한하여 추가적으로 사업장 변경을 허용하도록 규정하고 있습니다.

예를 들어 최종 변경된 사업장에서 이 사건 법률 제25조 제1항 제2호 내지 제4호의 사유가 발생하여 정상적인 근로관계가 어렵게 된 경우에는 사업장 변경을 추가로 허용할 수 있다는 취지로 규정을 하였더라면, 최종 사업장에서의 외국인근로자 기본권 침해의 가능성은 상당 부분 완화할 수 있는 것이고, 그러한 방식으로 허용한다고 하더라도 '내국인 근로자 고용 기회 보호'라는 입법목적과 충돌하거나 그 실현을 곤란하게 하는 것이 전혀 아님에도 불구하고 현행 규정과 같은 방식으로 규정하여 이 문제를 전혀 해결하지 못하고 있는 것입니다.

결국 구법률 제25조 제4항 단서의 규정에 따라 사업장 변경이 예외적으로 추가 허용되는 경우를 규정하고 있는 구법률 시행령 제30조 제2항은 구법률 제25조 제4항의 규정으로 인한 기본권 침해의 문제를 전혀 해결하지 못하고, 단지 허용 횟수를 1회 늘리는 것에 불과하다는 점에 비추어 이 사건 법률 조항에 대하여 지적한 것과 같은 이유에서 기본권의 과잉제한 금지원칙 및 본질적 내용 침해 금지 원칙에 위반된다고 할 것입니다.

나. 신법률 시행령 제30조 제2항의 위헌성

신법률 시행령 제30조 제2항에 따르면, 사용자의 귀책사유로 인한 사업장 변경 사유가 최초 사업 또는 사업장에 배치되기 전까지 발생한 경우에 한하여 외국인근로자는 추가로 1회 사업장을 변경할 수 있습니다.

그런데 위 조항이 정하고 있는 '사용자의 귀책사유'가 무엇을 의미하는지 명확하지 않습니다. 구법률 시행령 조항에서는 '제2호 내지 제4호의 사유가 발생한 경우' 사업장을 추가 변경할 수 있다고 보았으나, 신법률 시행령 제30조 제2항은 '제2호의 사유가 발생한 경우' 사업장 변경 횟수에 포함되지 않는다고 하여 사용자의 귀책사유를 달리 취급하고 있기 때문입니다.

마찬가지로 최초 사업 또는 사업장에 배치된 후 신법률 제25조 제3항, 또는 제4항의 사유로 3회 사업장을 변경하는 경우, 구법률 시행령에 따르면 추가로 1회 사업장을 변경할 수 있었으나 신법률 시행령 제30조 제2항에 따르면 사업장을 추가 변경할 수 없는 모순이 발생합니다.

무엇보다 신법률 시행령 제30조 제2항은 사실상 유명무실한 조항입니다. 당해 조항이 정하고 있는 추가 변경 사유는 신법률 조항에 이미 포함되어 있기 때문입니다. 즉 외국인근로자가 '입국하여 최초 사업 또는 사업장에 배치되기 전까지 사용자의 귀책사유로 사업 또는 사업장을 1회 변경한 경우'는 사업장의 추가 1회 변경 사유에도 포함되지만 신법률 제25조 제4항이 정하는 사업장 변경 횟수 제외 사유에도 포함되는 것입니다. 이는 신법률에 따른 사업장 변경 사유의 발생 시기를 '입국한 때로부터'가 아닌 '최초 사업 또는 사업장에 배치된 이후'로 잘못 해석한 데에서 비롯된 것으로 보입니다.

결국 신법률 시행령 제30조 제2항은 이 사건 신법률 조항에 대하여 지적한 것과 같은 이유에서 기본권의 과잉제한 금지 원칙 및 본질적 내용 침해 금지 원칙에 위반될 뿐만 아니라 명확성의 원칙에도 위반된다고 할 것입니다.

6. 결론

이 사건 법령 조항은 '외국인근로자의 임금상승 방지', '내국인 근로자의 일자리 보호', '외국인근로자를 고용하는 사용자의 이익 보호'라는 입법목적을 위하여 사업장 변경 가능 횟수를 원칙적으로 3회로 규정하고, 예외적으로 외국인근로자에게 책임이 없는 사유로만 추가 변경이 가능하도록 정하고 있습니다.

그러나 '외국인근로자의 임금상승 방지'는 정당한 목적이 될 수 없으며, '내국인 근로자의 일자리 보호' 및 '외국인근로자를 고용하는 사용자의 이익 보호'는 정당한 목적이 될 수 있다고 하더라도, 변경 사유 제한(이 사건 법률 제25조 제1항)에 더하여 변경 가능 최대 횟수를 설정하여 이를 3회로 제한하는 것은 그 수단의 적합성, 피해의 최소성 및 법익의 균형성을 결여하여 청구인의 인간의 존엄과 행복추구권, 직업의 자유, 근로의 권리를 과잉 제한하는 것이며, 청구인의 직업의 자유, 근로의 권리의 본질적 내용을 침해하고, 청구인의 평등권을 침해하는 것입니다. 또한 이 사건 법률 제25조 제4항 단서 규정은 법률명확성의 원칙 및 포괄위임금지원칙에 위반하여 헌법에 위배됩니다. 이 사건 법률 시행령 제30조 제2항 또한 기본권의 과잉제한 금지 원칙 및 본질적 내용 침해 금지 원칙에 위반될 뿐만 아니라 명확성의 원칙에도 위반된다고 할 것입니다.

사 건 2007헌마1083 외국인근로자의 고용 등에 관한 법률 제25조
제4항 등 위헌확인

- 청구인 1. 수하르조 (2007헌마1083)
2. 파하니 무하마드 자이날 외 2 (2009헌마230)
3. 웅웬반단 (2009헌마352)

참고인의견서

참고인 한 상 희
(건국대학교 법학전문대학원 교수)

헌법재판소 귀중

참 고 인 의 견 서

사 건 2007헌마1083 외국인근로자의 고용 등에 관한 법률 제25조 제4항 등 위헌확인

청구인 1. 수하르조 (2007헌마1083)
2. 파하니 무하마드 자이날 외 2 (2009헌마230)
3. 웅웁반단 (2009헌마352)

위의 사건에 관하여 다음과 같이 의견을 제출합니다.

다 음

I. 사건의 개요와 쟁점

1. 사건의 개요

청구인들은 「외국인근로자의 고용 등에 관한 법률」 제2조, 「출입국관리법 시행령」 제10조 제1항, 동 제12조 및 별표1에 따라 비전문취업(E-9)을 받고 국내에 입국하여 근로에 종사하고 있는 외국인근로자(이하 “외국인근로자”)들로서, 이들은 입국한 이래 모두 3회에 걸쳐 자신들이 근무하던 사업장을 변경한 바 있습니다. 그 이후 이들은 경영상 해고 또는 계약 해지 등의 이유로 새로운 사업장을 모색하였지만, 「외국인근로자의 고용 등에 관한 법률」 제25조에 의하여 더 이상의 사업장변경이 불가함으로 인하여 체류기간이 남은 상황에서 강제 출국당하였거나 임시 체류자격(G-1)을 발급받아 현재 우리나라에 남아 있습니다.

이에 청구인들은 이 규정 및 동 법률의 시행령 제30조 제2항 등의 규정에서 외국인근로자의 사업 또는 사업장 변경을 원칙적으로 3회에 한정하고 있는 것은 청구인들의 헌법상의 기본권 즉 헌법 제10조의 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권(일반적 행동자유권), 헌법 제15조의 직업선택의 자유, 그리고 헌법 제32조의 근로의 권리를 침해당하였다고 주장하면서 이 사건 청구에 임하게 되었습니다.

2. 심판대상 조문

가. 심판대상 조문

구 외국인근로자의 고용 등에 관한 법률(2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정되고, 2009. 10. 9. 법률 제9798호로 개정되기 전의 것)

제25조 (사업 또는 사업장 변경의 허용) ① ~ ③ 생략

④ 제1항의 규정에 의한 외국인근로자의 다른 사업 또는 사업장으로의 변경은 제18조제1항의 규정에 의한 기간 중 원칙적으로 3회를 초과할 수 없다. 다만, 대통령이 정하는 부득이한 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

동법 시행령(2008. 2. 29. 대통령령 제20681호로 개정되고, 2010. 4. 7. 대통령령 제22114호로 개정되기 전의 것)

제30조 (사업 또는 사업장의 변경) ① 생략

② 법 제25조제4항 단서의 규정에 따라 직업안정기관의 장은 외국인근로자가 법 제25조제1항제2호 내지 제4호의 1에 해당하는 사유만으로 사업 또는 사업장을 3회 변경한 경우에는 1회에 한하여 사업 또는 사업장의 변경을 추가로 허용할 수 있다.

③ 생략

외국인근로자의 고용 등에 관한 법률(2009. 10. 9. 법률 제9798호)

제25조 (사업 또는 사업장 변경의 허용) ① ~ ③ 생략

④ 제1항에 따른 외국인근로자의 사업 또는 사업장 변경은 제18조제1항에 따른 기간 중에는 원칙적으로 3회를 초과할 수 없으며, 제18조의2제1항에 따라 연장된 기간 중에는 2회를 초과할 수 없다(제25조제1항제2호의 사유로 사업 또는 사업장을 변경한 경우는 포함하지 아니한다). 다만, 대통령령으로 정하는 부득이한 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

동법 시행령(2010. 4. 7. 대통령령 제22114호)

제30조 (사업 또는 사업장 변경의 허용) ① 생략

② 법 제25조제4항 단서에 따라 직업안정기관의 장은 외국인근로자가 법 제9조에 따라 근로계약을 체결하고 입국하여 최초 사업 또는 사업장에 배치되기 전까지 사용자의 귀책사유로 사업 또는 사업장을 1회 변경한 경우가 법 제25조제4항 본문에 따른 3회에 포함되어 있을 때에는 법 제25조제4항 본문에도 불구하고 1회를 추가하여 사업 또는 사업장의 변경을 허용할 수 있다.

3. 사건의 쟁점

청구인들은 위 법령에 의하여 외국인근로자의 사업장 이동 횟수를 원칙적으로 3회, 예외적으로 4회까지만 인정하고 있는 것은 자신들이 가지는 헌법상의 기본권 즉 헌법 제10조의 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권(일반적 행동자유권), 헌법 제11조 제1항의 평등권, 헌법 제15조의 직업선택의 자유, 그리고 헌법 제32조의 근로의 권리를 침해한 것이라고 주장하고 있습니다.

이에 이 사건에는 청구인들이 외국인인 만큼 외국인이 위의 기본권에 대한 주체가 될 수 있는지의 여부(이는 헌법소원심판청구의 적법성에 관한 사항입니다)와 더불어 위 법령이,

헌법 제15조의 직업선택의 자유 및 제32조의 근로의 권리를 침해하는지의 여부;
 헌법 제10조의 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권(일반적 행동자유권)을 침해하는지의 여부;
 나아가 위 법령에서 1회의 사업장변경을 추가로 허용하는 기준이 명확성의 원칙 및 포괄적 위임입법금
 지의 원칙에 위반되는가의 여부
 등이 주된 쟁점이라 할 것입니다.

다만, 이 의견서에서는 가장 중요한 쟁점이 되고 있는 ①청구인들의 기본권주체성의 여부 즉, 이 사건
 청구의 적법성여부와 ②본안사건으로서의 직업선택의 자유를 침해하였는지의 여부를 중심으로 살펴보고
 자 합니다. 청구인의 주장은 이 직업선택의 자유에 집중되어 있으며 따라서 본안판단뿐 아니라 청구의
 적법성심사도 이에 집중하는 것이 논의의 경제를 위해 적절하다고 보기 때문입니다. 이에 이하에서는 직
 업의 자유를 중심으로 분석하되, 필요한 경우 위의 쟁점들을 그때 그때 삽입하는 방식으로 의견을 진술
 하고자 합니다.

II. 청구인들의 청구인적격에 관하여

1. 외국인의 기본권 주체성 판단 기준

헌법재판소법 제68조제1항은 헌법소원심판은 “헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자”가 청구할 수 있
 다고 규정하여 헌법상 보장된 기본권의 주체가 아닌 자는 헌법소원심판의 청구인 적격이 없음을 선언하
 고 있습니다. 그리고 우리 헌법은 기본권을 규정하면서 “모든 국민은 ~”이라고 하여 청구인과 같이 대한
 민국의 국적을 가지지 아니한 외국인이 기본권의 주체가 될 수 있는가에 대한 논란의 여지를 남기고 있
 습니다.

이에 대하여 헌법학자들은 법률실증주의에 입각하여 헌법의 문언 그대로 해석하면서 외국인의 기본권
 주체성을 부정한 경우(박일경¹¹⁾)를 제외하고는, 현재 기본권성질설이나 동화적 통합론에 입각하여 가능한
 한 그 주체성을 인정하는 경향을 보이고 있습니다. 즉, 전자의 기본권성질성은 그 기본권이 인간의 권리
 인 인권에 해당하는 경우에는 외국인도 그 주체가 되나 그 성질상 국민에게만 인정되어야 하는 권리인
 경우에는 외국인의 주체성을 부정하고 있습니다. 반면 동화적 통합론의 입장에서는 자국민의 동화적 통
 합을 해치지 않는 범위내에서는 외국인의 기본권주체성을 인정하고자 합니다.¹²⁾

하지만 이러한 학설의 분별은, 베스트팔리아조약(1648년) 이후 엄격한 국경으로 구획된 단일주권, 단
 일시장을 기반으로 하던 국민국가체제에서 구성되었던 것일 뿐,¹³⁾ 오늘날과 같은 개방적인 세계화체제에

11) 박일경, “기본적 인권과 그 주체,” 고시연구, 1974. 10. 12쪽 이하. 하지만 이러한 주장은 이미 오래된 것으로 현재 학설사
 적 의의 이상의 의미를 찾기 어렵습니다.

12) 예컨대, 허영, 한국헌법론, 박영사, 2007, 459쪽; 홍성방, 헌법학, 현암사, 2007, 443 등. 계획열, 헌법학(중), 박영사, 2007,
 530은 독일인에게만 직업선택의 자유를 인정하고 있는 독일기본법을 의식한 듯, 외국인의 주체성을 부정하고 있으나, 행복추
 구권(인격의 자유발현 및 행동의 자유)을 근거로 간접적으로 주장할 수 있다고 하면서 이 경우 “직업의 자유는 일반적 행동
 의 자유를 규정하고 있는 행복추구권보다 내용상 특별성을 갖고 있기 때문에 보다 강한 효력을 가진다”고 하여 실질적으로
 는 외국인에게도 직업의 자유에 상당한 기본권이 인정된다는 취지의 판단을 하고 있습니다.

13) 이에 의하면 외국인을 어떻게 취급할 것인지는 오로지 당해 국가의 전속적인 권력으로 이해되어 왔습니다. 하지만, 이러한
 태도는 20세기 특히 제2차 세계대전 이후로 오면서 대폭 수정되어 국가는 더 이상 외국인에 대하여 무제한의 권리를 가지지
 못하는 것으로 규율되고 있는 것이 현실입니다. 노석태, 김남철, “한국에서의 외국인 인권: 국제인권법의 관점에서의 검토를
 중심으로,” 부산대 법학연구, 제48권 제1호, 2007, 257-262쪽 참조.

서는 큰 의미를 갖지 못 하고 있습니다. 즉, 기본권성질론으로 규정되었던 전자의 이론만 보아도 가능한 인간의 권리를 폭 넓게 인정하여 외국인의 기본권주체성을 확장하는 경향을 보이고 있으며, 후자의 동화적 통합론 역시 그 통합의 기초가 되는 공동체의 범주를 넓혀가고 있습니다.

이에 관하여 이해관계기관인 고용노동부는 기본권성질설을 주장하는 권영성(헌법학원론 2006, 법문사, 313쪽)을 인용하면서 “국민의 권리’로서의 성질을 갖는 기본권에 대하여는 기본권 주체성이 전면적으로 인정되지는 않습니다”(변론요지서 5쪽)라고 하고 있으나, 이는 올바른 해석이라 할 수 없습니다. 권영성에 의하면 “성질상 인간의 권리로 볼 수 있는 것은 외국인에게도 보장되어야 하고 그 밖의 기본권은 상호주의에 따라야 한다고 본다”고 하여 헌법 제6조제2항의 “세계주의 내지 국제협조주의”의 취지에 맞추어 외국인의 기본권주체성을 인정할 것을 주장하고 있습니다.¹⁴⁾ 뿐만 아니라 이런 논조에 더하여, 각주에서는 헌법재판소가 외국인의 기본권주체성을 인정한 판례들을 열거하는 외에 “헌법 제3장의 여러 규정에서의 기본적 인권의 보장은 권리의 성질상 일본국민만을 대상으로 하는 것을 제외하고, 일본에 체류하고 있는 외국인에 대해서도 똑같이 미친다고 해석해야 한다”는 일본국 최고재판소의 판례(最大判 1978[昭和 53]. 10. 4)까지 인용하고 있기도 합니다. 즉, 외국인의 기본권주체성에 대하여는 보다 적극적인 태도를 보이고 있는 것입니다.¹⁵⁾

실제 고용노동부의 변론요지서가 이해하는 것처럼 기본권을 스테레오타입으로 유형화하여 어떤 유형의 기본권은 인간의 권리이며 어떤 유형의 기본권은 국민의 권리로 이분하는 입장은 이미 헌법 및 기본권의 해석론으로는 적절하지 못 한 것이 되었습니다. 기본권의 성질 자체가 종합적, 복합적 권리로서의 성격을 가지며 그 각각이 자유권과 사회권 혹은 청구권으로서의 성격을 모두 가지고 있는 것으로 이해하는 현재의 헌법학추세에서는 이런 유형론이나 이분법적 사고는 바람직하지 못 할 뿐 아니라 오늘날의 헌법사건을 처리하기에도 부적합한 것이기도 합니다.

요컨대 오늘날의 기본권이론의 추세를 보면 비록 기본권성질설에 입각하여 구분하는 듯한 인상을 보인다 하더라도, 그 실질에 있어서는 문제되는 헌법사건에 따라 형평적으로 해결하고자 하면서 가능한 한 외국인의 기본권주체성을 확대, 인정하는 추세를 보이고 있습니다. 그리고 이러한 추세는 유엔을 중심으로 한 인권체제의 확산과 WTO등 세계통상체제의 등장으로 세계화가 가속되면서 국민국가의 수준을 넘어서서 국경을 넘나드는 국제적인 법질서가 형성되는 등 소위 신입헌주의(Neo-Constitutionalism)가 전세계적인 차원에서 논의되고 있는 현재의 시점에 타당한 헌법해석이라 할 것입니다.

다행스럽게도 우리 헌법재판소는 이러한 추세를 선도하고 있습니다. 헌법재판소는 “국민’ 또는 국민과 유사한 지위에 있는 ‘외국인’은 기본권의 주체가 될 수 있다”(헌재 1994. 12. 29. 93헌마120, 판례집 6-2, 477, 480)는 선판례에 대하여 “원칙적으로 외국인의 기본권 주체성을 인정하였다”(헌재 2001.11.29, 99헌마 494, 판례집 제13권 2집, 714, 723-724)라는 평가를 내리고 있기도 합니다. 이 사건에서 헌법재판소는 “청구인들이 침해되었다고 주장하는 인간의 존엄과 가치, 행복추구권은 대체로 ‘인간의 권리’로서 외국인도 주체가 될 수 있다고 보아야 하고, 평등권도 인간의 권리로서 참정권 등에 대한 성질상의 제한 및 상호주의에 따른 제한이 있을 수 있을 뿐이다.”라고 부연설명하면서 기본권성질설을 취하면서도 외국인의 기본권주체성을 폭넓게 인정하는 경향을 보이고 있습니다.

14) 실제 우리나라가 가입하고 있는 경제적·사회적·문화적 권리에 관한 국제협약은 제6조제1항에서 직업선택의 자유를 모든 인민의 권리로 인정하고 있으며, 세계노동기구(ILO) 역시 마찬가지로는 점에서 상호주의의 주장은 큰 의미를 갖지 못한다고 할 것입니다.

15) 물론 그의 경우 외국인에게는 직업선택의 자유가 원칙적으로 인정되지 않는다는 판단을 내리고 있습니다(같은 책 575쪽). 하지만, 영주허가를 받은 외국인은 그 주체가 될 수 있다고 하여 개별적 타당성을 추구하는 듯한 모습을 보이고 있습니다. 즉, 외국인이 “국민에 유사한 지위”를 가지는 정도에 따라 개별적으로 판단하고자 하는 입장이라고 이해할 수도 있을 것입니다.

대체로 어떠한 이해관계나 주장을 두고 그것을 헌법적 권리인지 아닌지를 판단함에 있어서는 그 헌법 사건이 가지고 있는 다음과 같은 네 가지의 변수들을 먼저 고려하여야 합니다. 즉 주체변수(누가 권리를 갖는가?), 상대방변수(누구를 향하여 권리를 갖는가?), 내용·대상변수(무엇에 대한 권리인가?), 그리고 인정근거변수(그 권리의 인정근거는 무엇인가?)¹⁶⁾ 등의 요소에 따라 그 헌법사건의 기본권성 여부가 판단될 수 있습니다. 기본권성질설은 대체로 내용·대상변수에 대한 판단이라고 한다면, 외국인의 기본권주체성여부는 주체변수의 판단 여하에 달린 것이라 할 것입니다. 그리고 헌법재판소는 이 주체변수의 판단에 있어 보다 탄력적이고 형평적인 고려의 가능성을 마련하고 있습니다.

헌법재판소가 외국인의 기본권주체성을 언급하면서 “국민 또는 국민과 유사한 지위에 있는 ‘외국인’은 기본권의 주체가 될 수 있다”고 한 것은 그 대표적인 예입니다. 여기서 말하는 “국민과 유사한 지위에 있는 ‘외국인’”이라는 표현은, 국민과 외국인을 이분법적으로 구획하고 ‘외국인’을 단순히 대한민국의 국적을 가진 자로서의 국민과 대비되는 개념으로 파악하고자 하는 것이 아니라, 그 외국인이 현재 문제로 되고 있는 헌법사건에서 어떠한 지위에 있는가를 중심으로 기본권주체로서의 국민과의 유사성 여부 및 그 정도를 파악하고자 하는 의도로 읽혀져야 합니다. 즉, 외국인이라 하더라도 ①우리 국가와 별다른 관련 없이 국외에 거주하고 있는 가장 좁은 의미의 외국인뿐 아니라 ②국외에 거주하되 투자나 재산, 상속 등의 방식으로 국내에 일정한 법적·사실적 관계를 가지고 있는 외국인, ③관광객 등 단기체류목적으로 국내에 거주하고 있는 외국인, ④외국인근로자와 같이 일정한 기간의 범위내에서 정주의 의사를 가지고 국내에 거주하면서 계속적·반복적·지속적으로 포괄적인 생활관계를 형성하고 있는 외국인, ⑤화교들과 같이 영주의 권리를 획득하여 장기간에 걸쳐 포괄적인 생활관계를 형성하고 있는 외국인 등 다양한 형태의 외국인이 존재합니다. “국민과 유사한 지위”란 이런 외국인의 존재양태에 따라 그때그때 형평적으로 판단하여 외국인의 법적 지위를 결정하여야 할 것임을 의미한다고 보아야 할 것입니다.¹⁷⁾ 즉, 이러한 정도의 차이에 따라 개별적인 헌법사건에서 주장되는 기본권내용·대상변수들을 결합시키고 그 결과를 바탕으로 기본권주체성이 부인되는 경우, 주체성이 인정되나 보다 많은 기본권제한을 받게 되는 경우, 내국인과 다른 없는 취급을 받는 경우 등의 구별이 이루어져야 할 것입니다.

헌법재판소의 위와 같은 판시는 이런 점에서 기본권주체성을 헌법사건에 따라 개별적·구체적으로 할 것임을 드러낸 것인 동시에, 기본권의 주체를 “국민”에 한정하는 것이 원칙임을 선언하려는 것이 아니라, 가능한 한 외국인도 ‘유사국민’으로 기본권의 보장대상으로 편입하겠다는 기본권해석의 의지를 표현한 것이라 할 것입니다. 그리고 이러한 해석이 신입헌주의를 기반으로 하는 국제사회의 흐름에 조응하는 것일 뿐 아니라, 사해동포주의를 선언하고 있는 우리 헌법 전문 및 헌법 제6조의 취지에 부합하는 것이라 할 것입니다.

2. 직업선택의 자유 및 근로의 권리에 있어서의 청구인들의 기본권주체성

가. 청구인이 주장하는 권리

이 사건의 경우 청구인들의 기본권주체성을 판단하기 위하여는 무엇보다도 권리내용·대상변수를 구체

16) 김도균, 권리의 문법-도덕적 권리·인권·법적 권리, 박영사, 2008, 105-6쪽.

17) 이런 외국인의 유형별 차이는 그에 대한 국내법적 대우의 차이와 연계되어야 합니다. 이와 관련하여 1997년 우리나라 정부가 일본국정부에 대하여 재일교포에 대한 영주민으로서의 합당한 대우를 할 것을 요구하였음은 의미심장하다 할 것입니다. 노석태·김남철, 위의 글, 263쪽.

적으로 특정할 필요가 있습니다. 청구인은 헌법소원심판청구서에서 헌법 제15조 직업(선택)의 자유 및 제32조의 근로의 권리가 침해되었다고 주장하고 있습니다만, 이 기본권들은 국가에 대한 항의적·소극적 성격의 내용으로부터 국가의 적극적 배려나 급부까지도 포함하는 광범위한 내용을 가지고 있어 그 개념만으로는 사건의 해결에 적합하지 않기 때문입니다.

실제 그 청구의 내용을 자세히 살펴보면 단순한 직업선택의 자유와 근로의 권리가 아니라 이 사건 법령조항으로 인해 청구인들이 사업 또는 사업장변경을 자유롭게 할 수 없어 원하는 작업장에서 근로할 수 있는 자유가 침해되었음을 주장함을 알 수 있습니다. 즉, 청구인들이 침해받았다고 주장하는 기본권은 직업선택의 자유중 직장선택의 자유 및 그 선택된 직장에서 근로를 할 수 있는 자유입니다.

그리고 이러한 자유는 이미 헌법재판소에 의하여 직업선택의 자유의 한 내포로서 인정된 바 있습니다. 헌법재판소는 “헌법 제15조에 따라 모든 국민은 직업선택의 자유를 가진다. 따라서 국민은 누구나 자유롭게 자신이 종사할 직업을 선택하고, 그 직업에 종사하며, 이를 변경할 수 있다. 이에 는 개인의 직업적 활동을 하는 장소 즉 직장을 선택할 자유도 포함된다.”라고 하여 직장선택의 자유를 직업선택의 자유로부터 도출, 인정하고 있습니다.(헌재 1989.11.20, 89헌가102, 판례집 제1권, 329, 336면) 요컨대, 청구인들은 헌법 제15조에 의하여 보호되는 기본권으로서의 직장선택의 자유를 주장하고 있다 할 것입니다.

나. 청구인이 주장하는 권리와 “헌법상 보장되는 기본권”

고용노동부는 변론요지서에서 청구인들이 우리나라에서 근로를 할 수 있는 것은 사업장이 지정된 채 이루어지는 고용허가처분에 의한 것이며 따라서 이는 외국인의 취업에 관한 사항을 규정하고 있는 출입국관리법(제18조 및 동법 시행령 제23조) 및 이 사건 법률인 「외국인근로자의 고용 등에 관한 법률」에 의하여 비로소 부여된 것이며, 이는 폭넓은 범위의 입법형성권을 가지는 입법자의 의지에 의거한 것인 만큼 헌법상의 기본권이라 할 수 없다고 주장하고 있습니다.

또한 고용노동부는 “외국인은 근로계약을 체결한 특정 사업장에서 근무할 것을 전제로 국내 노동시장에 편입된 것이므로 다른 사업장을 선택할 권리는 원칙적으로 인정되지 않습니다”라고 하여 청구인이 주장하는 권리 자체가 존재할 수 없다는 취지의 주장을 하고 있습니다.

하지만, 이러한 주장은 외국인에게는 직업선택의 자유 특히 직장선택의 자유가 인정되지 아니한다는 판단을 전제로 할 때에만 가능한 것입니다. 환언하자면 청구인들은 자신들이 이미 가지고 있는 기본권인 직장선택의 자유가 이 법률에 의하여 침해된 것이라고 주장하고 있는 데 반하여, 고용노동부는 그 주장의 타당성여부를 판단을 하지 않고 처음부터 청구인들에게는 직장선택의 자유가 없으며 따라서 입법자는 이에 대한 무제한한 입법형성의 자유를 가진다고 주장하고 있을 따름입니다. 이런 주장은 기본권이 법령의 규정에 의하여 창조되거나 혹은 부인될 수 있다고 하는 법률실증주의의 구태를 반복하는 것에 다름이 아닙니다. 우리 헌법 제10조 제2문이 명백히 선언하고 있듯이 기본권은 국가에 의하여 확인될 뿐, 국가의 입법에 의하여 창조되거나 부정되는 것은 아님에도 불구하고, 고용노동부의 주장은 마치 입법자는 기본권의 창출능력을 가진 것인 양 오도하고 있는 것입니다.

실제 청구인들이 우리나라에 입국, 체류하면서 근로할 수 있는 권리는 위의 법률들에 의하여 부여된

것임은 분명합니다. 하지만, 그렇다고 해서 그 사실만으로 청구인들에게 직업선택의 자유(특히 직장선택의 자유)와 근로의 자유라는 기본권이 존재하지 않거나 혹은 광범위한 입법형성의 자유에 의존하여 그로부터 비로소 창출되는 것이라고 할 수는 없습니다.¹⁸⁾

이는 한일어업협정에 관한 협정비준등 위헌확인사건(헌재2001. 03.21. 99헌마139, 판례집 제13권1집, 676)에서의 헌법재판소의 판단을 보면 명확합니다.

이 사건에서는 한일어업협정으로 인하여 어민들이 자신의 어업권을 행사하지 못하게 되었고 그로 인하여 자신들이 가진 직업선택의 자유가 침해되었다고 주장하였습니다. 이에 대하여 헌법재판소는 이 어업권을 바탕으로 한 헌법상의 직업선택의 자유가 제한될 가능성이 있다는 이유로 청구인적격을 인정한 바 있습니다. 이 협정에 의하여 실질적으로 제한되는 것은 ‘어업권’이라는, 강학상의 특허에 해당하는 법률상의 권리일 따름에도 불구하고, 헌법재판소는 그 어업권에 의하여 형성된 특별한 능력 또는 지위에 기반하여 어업이라는 일정한 직업에 종사할 수 있는 자유를 별도로 인정한 것입니다.

실제 이러한 헌법재판소의 판시는 진정 타당한 것으로, 어업권의 부여 또는 고용허가의 부여라는 처분은 그 상대방에게 일정한 행위를 할 수 있는 능력 또는 지위를 부여하는 것에 불과한 것일 뿐, 그것이 어떠한 직업활동 그 자체를 규정한 것이라고는 할 수 없습니다. 오로지 상대방이 그 처분으로 인해 발생한 능력 또는 지위를 이용하여 지속적이고 계속적인 활동으로 나아갈 때 비로소 직업(의 자유)이라는 문제가 발생하는 것입니다.

이를 미루어 판단해 보면, 고용노동부가 주장하는 법률적 권리는 전자 즉, 일정한 행위를 할 수 있는 능력 또는 지위에만 해당할 뿐, 그러한 사실로 인하여 청구인들이 직업선택의 자유를 주장하는 것이 방해받는 것은 아니라 할 것입니다. 실제 헌법재판소는 외국인 산업연수생들에 대하여 연수장소를 임의로 변경하는 것을 제한하며 산업연수생의 연수장소 이탈 등의 이유로 출국조치를 취할 수 있도록 한 출입국관리법 제19조의2 제1항등의 규정이 산업연수생의 직장선택자유를 제한하고 있다는 취지의 판단을 하고 있기도 합니다(헌재 2007.08.30, 2004헌마670, 판례집 제19권 2집, 297, 316).

즉, 이런 헌법재판소의 입장에 미루어본다면, 청구인이 가진 구체적 권리는 법률상의 권리에 불과하다 하더라도, 그 법률상의 권리를 행사함으로써 “생활의 기본적 수요를 충족시키기 위한 지속적인 소득활동”(헌재 1993.05.13, 92헌마80, 판례집 제5권 1집, 365, 374)을 실천하고 있다면 “헌법상 보장된 기본권”의 요건이 충족한 것으로 판단하여 외국인의 직업선택의 자유에 대한 기본권주체성을 인정하여야 할 것입니다.

더구나 이 판례에 의하면 헌법소원심판의 요건인 “헌법상 보장된 기본권”이라는 의미는 명확하지 않은 만큼 “개별적·구체적인 헌법해석에 의하여 해결하는 수밖에 없으나, 그것에 내재하는 의미를 “헌법에 의하여 직접 보장된 개인의 주관적 공권”이라고 파악”한다고 하면서, 청구인들이 “침해되었다고 하는 내용을 구체적으로 들고 있으며, 자기관련성 또는 현재성이 없다거나 침해내용이 간접적이고 사실적인 것에 불과하여 주장 자체로 보아 기본권침해의 가능성 없음이 명백한 경우가 아니라고 인정”되는 경우에는 헌법소원심판청구의 적법성 요건을 갖추었다고 보아야 할 것이라고 판시하고 있습니다.(위 판례집, 693)

이렇게 본다면 이 사건의 경우에도 청구인들이 우리나라에 체류하면서 근로할 수 있는 권리가 비록 법률에 의하여 부여된 것이라 하더라도 그 자체만으로 “헌법상 보장된 기본권”이 아니라고 할 것이 아니

18) 우리나라와 마찬가지로 출입국관리체제에 의해 외국인근로자들을 통제·관리하는 미국의 경우에도 고용에 있어서의 국적에 따른 차별문제는 경찰관임용이나 공중인 등의 경우를 제외하고는 엄격심사의 대상으로 하고 있습니다.(박승호, “미연방대법원과 외국인 차별,” 안암법학 제25호, 2007) 이는 출입국관리의 한 방식으로서의 고용허가제와 그로 인하여 발생하는 직업선택의 자유는 별개의 관점에서 다루어야 함을 의미한다 할 것입니다.

라, 그러한 법률상의 권리의 성질이나 내용, 또는 그에 대한 규율의 방식 등이 “헌법에 의하여 직접 보장된 개인의 주관적 공권”을 침해할 가능성이 있는 경우에 해당되는지 아닌지를 개별적·구체적으로 판단하고 이에 따라 헌법소원심판청구의 적법성을 가려야 할 것입니다.

다. 직업선택의 자유 특히 직장선택의 자유에 있어서의 외국인의 기본권주체성

대체로 헌법소원심판청구의 적법요건인 “헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자”는 “헌법상 보장된 기본권을 침해받았다고 주장하는 자”라는 취지로 이해되고 있습니다.¹⁹⁾ 즉, 기본권의 침해여부 자체는 본안 판단의 대상으로 하되 “청구인의 기본권주장이 명백하게 근거 없는 것이어서 심판청구인의 주장 자체에서 침해된다는 기본권을 기본권으로서 받아들일 수 없는 때”와 “그 주장하는 기본권이 존재하지 아니함이 명백한 때 등의 경우”를 제외하고는 일단 헌법소원심판청구는 적법한 것으로 받아들이는 것이 타당하다는 것입니다.

이 사건의 경우 청구인들이 침해받았다고 주장하는 헌법상 보장된 기본권은 직장선택의 자유(및 그에 기반한 근로의 자유)입니다. 헌법재판소는 이 직장선택의 자유는 헌법 제15조의 직업선택의 자유가 보장하는 고용된 형태의 종속적인 직업활동에서 도출되는 것으로 특히 근로자에게 큰 의미를 지닌다고 보았습니다. 그에 따르면 “직장선택의 자유는 개인이 그 선택한 직업분야에서 구체적인 취업의 기회를 가지거나, 이미 형성된 근로관계를 계속 유지하거나 포기하는 데에 있어 국가의 방해를 받지 않는 자유로운 선택·결정을 보호하는 것을 내용으로 한다”고 하였습니다. 동시에 “이 기본권은 원하는 직장을 제공하여 줄 것을 청구하거나 한번 선택한 직장의 존속보호를 청구할 권리를 보장하지 않으며, 또한 사용자의 처분에 따른 직장 상실로부터 직접 보호하여 줄 것을 청구할 수도 없다”고 하였습니다(헌재 2002.11.28, 2001헌바50, 판례집 제14권 2집, 668, 677-678).

이와 같은 판시에 따르면 직장선택의 자유는 국가의 방해를 받지 아니하는 소극적·항의적 자유일 뿐, 직장제공이나 직장의 존속보호를 청구할 수 있는 사회권적 성격의 기본권은 아닌 것이 됩니다. 즉, 많은 헌법학자들이 주장하듯, 직업선택의 자유는 국가의 적극적 개입을 청구할 수 있는 권리를 포함하므로 국민의 권리이며 따라서 외국인에게는 인정되지 아니한다는 판단은 그 자체의 당부는 제쳐두더라도²⁰⁾ 이 직장선택의 자유에는 해당되지 아니하는 것이 됩니다. 오히려 그것은 자유권적 성격으로 인해 개인의 자기운명결정권 내지는 인격권과 결합되는 인간의 권리 즉 인권으로서의 실재를 가진다고 할 것입니다.²¹⁾

더구나 청구인들은 일반적인 외국인이 아니라 일정기간(3년)의 범위내에서 정주의 의사를 가지고 국

19) 이는 위의 한일어업협정에관한협정비준등 위헌확인사건에서도 확인됩니다. 위 판례집 679쪽.

20) 많은 헌법학자들이 이러한 주장을 펼치고 있음에도 불구하고 왜 직업선택의 자유가 국민의 권리인지는 제대로 설명되어 있지 않은 것도 현실입니다. 독일의 경우 기본법의 규정방식 자체가 인간의 권리와 국민(즉, 독일인)의 권리를 구분하면서 직업선택의 자유를 독일인의 권리로 규정하고 있을 뿐 아니라(기본법 제12조 참조) 직업선택의 자유에 직업교육 및 직업장알선이라는 국가의무를 결합시키고 있는 상황인 만큼 그러한 주장의 타당성은 일응 있다 할 것이나, 우리나라의 경우 이와 같은 명문의 구분도 없는 터에 국가의 적극적 개입이 상당히 제한되어 있을 뿐이라는 점에서 그러한 주장의 논거가 많이 부족한 실정입니다. 실제 세계인권선언 제23조(“모든 사람은 일할 권리, 자유롭게 직업을 선택할 권리, 공정하고 유리한 조건으로 일할 권리, 실업상태에서 보호받을 권리가 있다”) 및 우리나라가 가입하고 있어 국내법적 효력을 가지는 경제적·사회적·문화적 권리에 관한 국제협약 제6조 제1항(“가입국은 노동의 권리를 인정한다. 이 권리에는 각자가 자유롭게 선택하거나 수락하는 노동으로 생계를 꾸려나갈 기회를 얻을 권리도 포함된다”) 등은 직업선택의 자유를 인간의 권리로 규정하여 국적이나 민족, 혈통 등의 차별 없이 “모든 사람” 혹은 “모든 인민”의 인권으로 규정하고 있습니다. 이런 점에서 미루어본다면 직업선택의 자유에 대한 우리 헌법학계의 폐쇄적 태도는 보다 엄밀히 검증되어야 할 필요가 있습니다.

21) 이런 의미에서 김철수, 헌법학신론, 2010, 634쪽은 직업선택의 자유에 대한 외국인의 주체성을 부정하는 입장을 취하면서도 “영업의 자유”에 관한 한 외국인의 기본권주체성을 인정하고 있습니다.

내에 체류하면서 계속·반복적으로 나름의 법적·사실적 생활관계를 형성해 나가는 자들로서 헌법재판소가 판시하고 있듯 “국민에 유사한 지위를 가지는 ‘외국인’”에 해당합니다. 즉, 직업의 자유 또는 청구인들이 주장하는 직장선택의 자유가 포섭하고 있는 규범영역에 직접 귀속되어 있는 자들로서 이 점에서는 일반적인 국민과 실질적인 차이가 없는 생활관계를 형성하고 있다고 보아야 할 것입니다.

이에 대하여 고용노동부는 “직업선택의 자유나 근로의 권리와 같이 국가경제의 틀 내에서 경제상황과 노동시장의 제반 요소들이 고려되는 영역에 있어서는 정책적 판단과 광범위한 입법형성권에 기하여 외국인 인력의 도입 여부를 결정하고 외국인이 국내에서 취업활동을 할 수 있는 범위를 구체적으로 형성하게 된다”는 점을 들면서 이로 인해 직업선택의 자유나 근로의 권리가 외국인에게도 일반적으로 인정되는 것은 아니라고 합니다. 하지만, 이런 주장은 두 가지 점에서 문제가 있습니다.

첫째, 이 사건에서 문제로 되는 기본권은 직업선택의 자유 또는 근로의 권리 일반이 아니라 직장선택의 자유 및 그에 기한 직장에서 자유롭게 근로할 자유일 따름이며 바로 이 점에서 고용노동부의 주장은 이러한 자유권적 성격의 기본권에 광범위한 입법형성권이 인정되기는 어려운 것이라는 점을 간과하고 있습니다.

둘째, 설령 이 기본권이 “국가경제의 틀 내에서 경제상황과 노동시장의 제반 요소들이 고려되는 영역”에 존재하며 그로 인해 정책적인 판단이 필요하다 하더라도 그것은 헌법 제37조제2항에 근거한 기본권의 제한사유가 될지는 모르나 그를 이유로 해서 기본권 자체를 부정할 수는 없습니다. 실제 고용노동부가 제시하고 있는 “경제상황”과 “노동시장의 제반 요소”라는 것은 별개의 것이 아니라 서로 포함의 관계에 있는 것일 따름이며, 이러한 경제적 요인은 공공복리의 한 내용을 이룰 뿐, 그것이 기본권의 본성-즉, 인간의 권리인지 아니면 국민의 권리인지-을 결정하는 충분조건 내지는 상소(常素)는 되지 못 합니다. 따라서 이런 “경제상황”과 “노동시장의 제반 요소”는 직업선택의 자유 혹은 직장선택의 자유라는 기본권의 성질이 아니라 그 외연을 제한하는 기본권제한사유로 보아야 합니다.²²⁾ 그리고 이런 의미에서 그것은 이 사건에 있어 본안판단의 요소가 될 뿐, 청구인들의 기본권주체성을 판단하는 요소는 되지 못 합니다.²³⁾

백보를 양보하여 고용노동부의 위와 같은 주장을 받아들여 외국인의 직장선택에 대한 광범위한 입법형성권이 작용한다 하더라도 그것이 청구인들이 “헌법상 보장된 기본권을 침해받았다고 주장하는 자”임을 부정하는 논거가 되지 못 합니다. 오늘날의 국제인권법체계는 외국인근로자들의 직업선택의 자유를 폭넓게 인정하고 있으며, 개별적인 국가가 자신의 이익을 위하여 외국인근로자들의 직장선택의 자유를 제한한다 하더라도 그것은 일정기간 이내에만 가능한 것으로 규정하고 있기 때문입니다. 예컨대, 2003. 7. 1.부터 발효한 「모든 이주근로자와 그 가족 구성원의 권리보호에 관한 국제협약」(“이주근로자권리협약”: 우리나라는 미가입) 제2조는 국적에 의한 차별을 금지하고 있을 뿐 아니라, 제52조에서 “이주근로자는 고용국에서 보수활동(remunerated activity)을 자유로이 선택할 권리를 가진다”고 선언하고 있습니다. 뿐만

22) 실제 직업선택의 자유에 대하여는 그 구체화를 위한 광범위한 형성의 자유가 입법자에게 인정되고 있는 것은 사실입니다. 하지만, 이때의 형성의 자유는 일종의 규정유보(Regelungsvorbehalt)라고 보아야 하며 이는 직업선택의 자유에 대한 제한과 쉽사리 구분되기 어려운 것인 만큼(콘라드 헤세, 계획열 역, 통일독일헌법원론, 제20판, 박영사, 2001, 197-8쪽) 그것을 이유로 기본권의 주체성을 부정하는 것은 결코 바람직하지 않다고 할 것입니다. 실제, 재산권의 경우에는 직업선택의 자유보다 더욱 광범위한 형성의 자유가 헌법의 명문규정으로 부여되어 있음에도 불구하고 이를 이유로 외국인의 기본권주체성을 부정하는 것은 우리 헌법체계에서는 찾아 볼 수 없습니다.

23) 엄밀히 보자면 오늘날과 같은 세계화의 국면 그리고, 인권의 보편성이 지배적인 규범으로 자리잡고 있는 상황에서는 외국인의 기본권주체성이라는 논의는 국가적 차원의 참정권과 같이 주권이 연관되는 등의 특별한 경우가 아닌 한 오히려 외국인에 대한 기본권의 제한이라는 논의로 이행되는 것이 타당할 것입니다.

아니라 우리나라가 현재 가입하고 있는 국제노동기구(ILO)는 1975년의 「이주근로자 보충협약」 제14조의a에서 “이주근로자가 2년을 초과하지 아니하는 규정된 기간 동안 취업을 목적으로 자국의 영토내에 합법적으로 거주한다는 조건 아래에서, 또는 법령이 이년 이하의 정해진 기간동안 계약을 하도록 하는 경우에는 그 노동자가 첫 번째 고용계약을 완료하였다는 조건 아래에서, 외국인근로자에게 지리적으로 이동할 수 있는 권리를 확보해 주어야 하며, 취업을 자유롭게 선택할 수 있도록 해야 한다”고 규정하고 있습니다. 조약 가입국들이 자국의 이익을 위하여 외국인근로자의 직장선택의 자유를 제한한다 하더라도 그 제한의 기간은 2년을 초과할 수 없도록 규정하고 있는 것입니다.²⁴⁾

이와 같은 「이주근로자권리협약」이나 「이주근로자보충협약」의 규정들은 국가가 정한 개별적인 법령에 의하여 당사국에 들어와 체류하면서 근로할 수 있는 권리가 부여된다 하더라도 그와는 별도로 일정한 기간(2년 이내)이 경과한 다음에는 직장선택의 자유 및 거주이전의 자유가 자신의 인권으로 보장되고 있음을 선언하고 있습니다.

이런 점을 감안한다면 청구인들이 자신의 직장선택의 자유가 침해당하였다고 주장하는 것이 “청구인의 기본권주장이 명백하게 근거 없는 것이어서 심판청구인의 주장 자체에서 침해된다는 기본권을 기본권으로서 받아들일 수 없는 때” 혹은 “그 주장하는 기본권이 존재하지 아니함이 명백한 때 등의 경우” 등 그 어느 것에도 해당되지 않는다고 할 것입니다. 외국인근로자들의 직장선택의 자유는 국제인권법체계에 서 명문으로 규정된 인권이며 우리나라도 그러한 국제인권법체계의 한 가맹국가임을 고려할 때 최소한 우리 헌법의 해석 특히 “헌법상 보장된 기본권”의 해석에 있어 이러한 국제법상의 인권조항들이 하나의 해석지침으로 작용할 수 있는 여지가 있기 때문입니다. 특히 우리 헌법은 제10조 2문에서 “국가는 개인이 가지는 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다”하고 하여 보편적으로 인정되는 인권을 적극 수용하고 있을 뿐 아니라 이에 대한 국가의 최대한의 보장 의무까지 지우고 있는 만큼 이러한 국제법상의 인권보장규범들은 우리 헌법의 해석을 통하여 충분히 국내화될 수 있는 소지를 안고 있습니다. 그리고 이러한 해석이 타당한지 아닌지의 판단은 본안판단의 대상이지 청구의 적법성여부의 판단대상은 아니라 할 것입니다.

라. 소결론

헌법재판소는 헌법소원심판청구의 적법성을 판단함에 있어 “헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자”를 “헌법상 보장된 기본권을 침해받았다고 주장하는 자”라는 취지로 이해하면서 청구인들의 기본권주장이 일응의 적절성만 갖추고 있으면 그 침해가능성의 소명만으로도 적법성을 인정하고 있습니다. 뿐만 아니라, 헌법소원심판의 본질을 국민의 주관적 기본권의 구제와 함께 객관적인 헌법질서의 보장에 두기도 함으로써(헌재 1992. 1. 28. 91헌마111 판례집 제4권, 51) 헌법소원심판청구의 적법성 판단을 보다 유연하고 개방적인 태도로 처리하고 있습니다. 그리고 이런 맥락에서 헌법재판소는 별도로 기본권을 구제할 마땅한 방법이 없는 경우 “모든 국가권능의 정당성의 근원인 국민의 기본권 침해에 대한 권리구제를 위하여” 필요한 경우에는 “영토권”과 같은 의제된 기본권을 구성하면서까지 헌법소원심판청구의 적법성을 인정함으로써 기본권보장의 실질화를 도모하고 있습니다.²⁵⁾

24) 김지형, “외국인 근로자의 헌법상 기본권 보장- 현행 산업연수생제도의 위헌성 검토를 중심으로-,” 저스티스 통권 제70호, 18-22쪽 참조. 인용은 이 글에서 함. 이들 협약들은 우리나라는 비준하지 않아 국내법적 효력은 갖지 못 합니다. 하지만, 우리나라는 1991. 12. ILO에 가입함으로써 그 회원국이 되어 있는 만큼 우리 법의 해석과 운영에서 이러한 ILO 협약들의 정신과 규범체계를 적극 수용하여야 할 의무가 있다고 할 것입니다. 위의 글, 22쪽.

이 사건은 헌법소원심판청구의 적법성판단을 유연화함으로써 기본권보장의 실질화를 도모하고자 하는 헌법재판소의 지향에 한 치의 어긋남도 없이 잘 조용하고 있습니다. 청구인들은 직장선택의 자유 및 그 선택된 직장에서 근로할 수 있는 자유와 관련하여 그 기본권이 가지는 소극적·항의적 성격에서 연유하는 인간의 권리로서의 인권적 보편성을 주장할 수 있을 뿐 아니라 스스로가 “국민과 유사한 지위에 있는 ‘외국인’”으로서 국내의 일반적 생활관계에 귀속되어 있는 자라는 점에서 그 기본권주체성을 주장하기에 모자람이 없습니다. 더구나 국제인권법의 규율들은 국내법에 의하여 체류 및 근로의 자격이 주어지는 외국 인근로자라 할지라도 일정한 요건하에 직장선택의 자유가 보장될 것을 요구하고 있는 실정입니다.

사정이 이러할진대 국민/외국인, 인간의 권리/국민의 권리라는 형해화된 이분법을 바탕으로 청구인들의 기본권주체성을 부정하고 그들의 이 사건 심판청구를 부적법하다고 판단하는 고용노동부의 주장은 전혀 이유가 없는 것일 뿐 아니라 헌법재판소가 기본권보장의 실질화를 위해 노력해 왔던 지금까지의 성과를 부정하는 것에 다름 아니라 할 것입니다. 특히 이 고용노동부의 주장은 기본권의 주체론을 기본권의 제한론으로 대체하는 등의 인식오류를 범하고 있습니다.

요컨대, 청구인들이 고용허가제에 부가되어 있는 작업장변경횟수제한의 규정은 헌법상 보장되어 있는 자신들의 기본권 즉, 직업선택의 자유 및 근로의 권리를 침해한 것이라고 주장하는 것은, 그 침해되었다는 기본권을 구체적·실질적으로 적시하는 동시에 자신들의 생활관계에 귀속되는 기본권임을 제대로 소명하고 있으며, 나아가 그 침해의 가능성 또한 부정할 수 없는 상황인 만큼 헌법소원심판청구의 적법성요건을 충족시켰다고 보아야 할 것입니다.

3. 기타 청구인이 주장하는 기본권에 대한 외국인의 주체성

청구인들은 이 사건에서 전술한 직업선택의 자유 외에도 헌법 제10조 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권(계약자유 원칙으로서의 일반적 행동자유권), 그리고 헌법 제32조의 근로의 권리를 주장하고 있는 바, 이러한 기본권에 대하여 이미 헌법재판소는 외국인에 대하여도 그 주체성을 인정한 바 있습니다.

헌법재판소는 이미 재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 판단을 함에 있어서 “청구인들이 침해되었다고 주장하는 인간의 존엄과 가치, 행복추구권은 대체로 ‘인간의 권리’로서 외국인도 주체가 될 수 있다고 보아야 하고, 평등권도 인간의 권리로서 참정권 등에 대한 성질상의 제한 및 상호주의에 따른 제한이 있을 수 있을 뿐이다”라고 하여 이들 기본권은 외국인도 향유하는 것으로 판단하였습니다.(헌재 2001. 11. 29, 99헌마494, 판례집 제13권 2집, 714, 724)

또한 이 사건의 판단대상이 되고 있는 계약의 자유는 “자신의 일을 자신의 의사로 결정하고 행하는 자유뿐만 아니라 원치 않으면 하지 않을 자유”로서의 사적 자치를 기반으로 하면서 우리 헌법 제10조의 행복추구권에서 파생하는 일반적 행동자유권의 한 내용으로 포섭되는 것으로 이해되고 있습니다(헌재 2003.05.15, 2001헌바98, 판례집 제15권 1집, 534, 546-547). 이에 행복추구권의 주체가 되는 외국인은 의당히 계약의 자유 내지는 일반적 행동자유권의 주체가 될 수 있다고 할 것입니다.

헌법 제32조의 근로의 권리 또한 그 사회권적 성격과 관련한 부분은 일단 판단유보하더라도 자유권적

25) 위의 한일어업협정사건, 판례집 694-5쪽. 이러한 보충적 기본권보장수단으로서의 헌법소원심판의 기능에 대하여는 헌재 1998. 04. 30. 97헌마141, 판례집 제10권 1호, 496면 이하; 2005. 06. 30. 2003헌마841, 판례집 제17권 1호, 996면 이하 등에서도 거듭 확인됩니다.

성질을 하는 권리내용에 관한 한에서는 외국인의 기본권 주체성을 인정하는 것이 타당합니다. 헌법재판소도 이미 산업기술연수생의 도입기준 완화조치를 위헌이라 판단하면서 다음과 같이 판시한 바 있습니다.

근로의 권리의 구체적인 내용에 따라, 국가에 대하여 고용증진을 위한 사회적·경제적 정책을 요구할 수 있는 권리(헌재 2002. 11. 28. 2001헌바50, 판례집 14-2, 668, 678)는 사회권적 기본권으로서 국민에 대하여만 인정해야 하지만, 자본주의 경제질서하에서 근로자가 기본적 생활수단을 확보하고 인간의 존엄성을 보장받기 위하여 최소한의 근로조건을 요구할 수 있는 권리는 자유권적 기본권의 성격도 아울러 가지므로 이러한 경우 외국인 근로자에게도 그 기본권 주체성을 인정함이 타당하다. (헌재 2007.08.30, 2004헌마670, 판례집 제19권 2집, 297, 305)

4. 결 론

결국, 이 사건 청구인들은 외국인임에도 불구하고 그들이 침해되었다고 주장하는 기본권 모두에 대하여 기본권주체성을 인정할 수 있는 만큼 이 사건 헌법소원심판청구의 적법성은 이 부분에 관하여 모두 충족되었다고 할 것입니다.

III. 본안의 판단에 관하여

1. 사업장이동횟수의 제한과 과 의 원

1) 심사의 대상이 되는 기본권

이 사건의 경우 청구인들은 구 외국인근로자의 고용등에 관한 법률(2008.2.29 법률 제8852호) 제25조 제4항, 동법 시행령(2008. 2. 29. 대통령령 제20681호) 제30조제2항 및 외국인근로자의 고용 등에 관한 법률(2009.10.9 법률 제9798호) 제25조 제4항 및 동법 시행령(2010. 4. 7. 대통령령 제22114호) 제30조 제2항(이하 “이 사건 법령”이라 함)에 의하여 청구인들의 직장선택의 자유(헌법 제15조) 및 그 선택한 직장에서 근로할 수 있는 권리(헌법 제32조)가 침해되었다고 주장하고 있습니다. 또한 청구인들은 헌법 제10조의 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권(사적 자치로서의 계약의 자유와 이를 한 내포로 하는 일반적 행동자유권), 그리고 헌법 제11조 제1항의 평등권이 침해되었다고 주장합니다.

이에 이 절에서는 이러한 기본권의 침해여부를 판단하기 위하여 가장 공통적으로 적용되는 과 금지의 원칙 위배여부를 분석하고, 그 밖의 기본권 제한과 관련한 논점들은 다음 절에 종합하여 서술하고자 합니다.

2) 심사의 기준에 관하여

청구인들이 침해되었다고 주장하는 기본권들에 관하여 그 제한의 합헌성여부를 심사하는 기준으로 일반적으로 과 금지의 원칙을 사용합니다. 하지만, 그 기본권들 중 직업선택의 자유에 관한 한 소위 단계 이론이 적용되면서 직업수행의 자유는 제1단계의 심사 즉 보다 완화된 심사의 기준을 적용하는 방법으로 판단되어야 한다는 주장이 제기되고 있습니다.(고용노동부, 변론요지서, 31쪽 이하) 이에 이하에서는 이 사건에 관련되어 있는 직장선택의 자유를 중심으로 과연 고용노동부가 주장하는 바와 같은 완화된 심사 기준을 적용하여야 하는지 아니면, 여타의 기본권과 마찬가지로 보다 엄격한 심사기준을 적용하여야 할 것인지를 판단해 보기로 합니다.

대체로 직장선택의 자유는 직업수행의 자유에 포함되며 이 직업수행의 자유는 다시 헌법 제15조 소정의 직업선택의 자유의 한 내포로 설명되고 있습니다. 그리고 이러한 직업선택의 자유는 결 절대적인 자유가 아닌 것으로 헌법 제37조제2항의 규정에 따라 국가안전보장, 사회질서유지, 공공복리증진 등의 목적을 위하여 법률로써 제한할 수 있습니다. 문제는 그러한 제한의 타당성여부를 판단함에 있어 어떠한 심사기준을 적용할 것인가라는 점입니다. 이에 대하여 고용노동부장관은 보다 완화된 심사기준을 적용하여야 한다고 주장하면서 그 이유로 ①직업선택의 자유와 근로의 권리는 경제적·사회적 기본권에 속하고, ②외국인의 이러한 권리에 대하여는 입법형성권이 인정되고 있다는 점을 들고 있습니다. 이에 고용노동부장관은 이 사건의 심사는 목적과 수단의 합리적 관계가 인정된다면 입법자의 판단이 명백하고 현저하게 잘 못된 것이 아닌 한 사리 이를 위헌으로 판단하지 말아야 한다고 주장합니다.(변론요지서, 31쪽)

하지만, 이러한 주장은 이 사건에 달려 있는 기본권의 성격을 제대로 간취하지 못한 것으로 생각됩니다. 전술한 바와 같이 청구인들이 침해되었다고 주장하는 직장선택의 자유는 국가로 하여금 어떠한 적극적인 행위를 요구하는 사회권적 성격의 것이 아니라, 국가의 간섭과 방해 없이 자신이 원하는 직장을 선택(또는 포기)할 수 있는 자유권적 성격을 가지는 것으로 그 본질은 소극적·항의적인 데에 있는 것입니다. 그리고 이러한 자유의 행사에는 자신의 자유의지의 실현이라는 요소도 존하게 으으로써 인격의 자유로운 발현이라는 측면도 동시에 작용합니다. 따라서 이런 기본권을 두고 경제적·사회적 기본권이라는 이유만으로 완화된 심사기준을 적용하여야 한다는 논의는 근거가 없다 할 것입니다.²⁶⁾

또한 입법부의 광범위한 입법형성권이 인정되고 있기 때문에 완화된 심사기준을 적용하여야 한다는 논의 역시 근거가 부족합니다. 직업수행의 자유와 같이 그 규제에 대하여 넓은 입법형성권이 인정되고 있는 영역(2004.10.28. 2002헌바41, 판례집 16권 2집 하, 138)이어서 원칙적으로 완화된 심사기준이 적용되는 경우라 하더라도 그 제한의 “실질이 직업수행의 자유를 형해화시키는 경우에는 그것이 직업선택이 아닌 직업수행의 자유에 대한 제한이라고 하더라도 엄격한 심사기준이 적용된다”(2008.11.27. 2006헌마352, 판례집 20권 2집 하, 381)고 하는 것이 헌법재판소의 입장이기 때문입니다.

이 사건의 경우에도 이 사건법령에서 허용하고 있는 작업장변경횟수(3회 또는 예외적인 경우 4회)를 모두 다 소모한 경우에는 더 이상 작업장을 변경할 수 없으며, 따라서 이때에는 청구인들의 직장선택의 자유 및 그 직장에서 근무할 권리는 더 이상 행사할 수 없는 절대적인 상황에 봉착하게 됩니다. 이는 직

26) 실제 고용노동부의 변론요지서에서 이런 주장의 논거로 제시하고 있는 헌법재판소의 결정례는 전기간선시설의 설치비용을 누가 부담할 것인가에 대한 입법의 합헌성심사기준(헌재 2005.02.24, 2001헌바71, 판례집 제17권 1집, 196, 208)이거나, 혹은 의료보험적용병원을 국가가 강제지정하도록 한 것과 같이 강한 공익적 필요에 의하여 직업수행의 자유를 제한하고 있는 경우(헌재 2002.10.31, 99헌바76, 판례집 제14권 2집, 410, 433-434)인 만큼 이 사건의 심사기준을 설명하는 예로서는 그리 적절하지 않다 할 것입니다. 즉, 이 사건의 경우에는 비용부담과 같은 거래비용의 문제도 없으며, 의료보험과 같이 강력한 공익적 요청도 없다 할 것입니다.

업활동의 내용이나 태양만을 제한하는 것이 아니라 직업의 선택 자체를 제한하는 것과 마 가지의 상태에 이르고 있음을 의미합니다. 대법원이 판시하고 있듯 “형식적으로는 직업활동의 자유를 제한하는 것처럼 보이[지만] 실질에 있어서는 직업선택의 자유를 제한하는 것과 다를 바 없을 정도로 직업활동의 자유를 크게 제한”(대법원 1994.3.8. 92누1728 판결 [공1994.5.1.(967), 1195])하는 경우에 해당하는 것입니다.

따라서 입법형성권의 존재만으로 의당히 완화된 심사기준이 적용되어야 한다는 취지의 고용노동부의 의견은 이유 없다 할 것이며, 이 사건 법령으로 인하여 청구인들의 직장선택의 자유가 실질적이고도 효과적으로 침해되고 있다는 점에서 엄격한 심사기준을 적용하는 것이 타당합니다. 또한 이 기본권 외 청구인들이 주장하는 여타의 기본권에 관한 심사는 의당히 이러한 엄격한 심사기준의 의하야 할 것입니다.

3) 과 원 의 적용

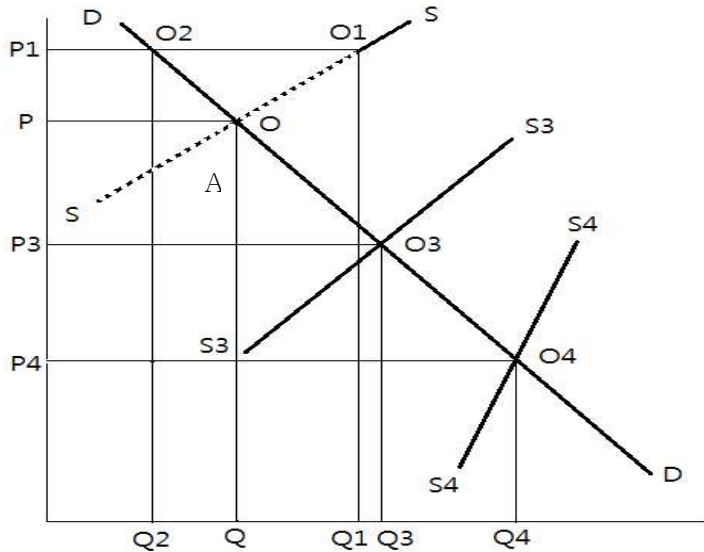
가. 목적의 정당성

이 사건 법령에 의한 작업장변경횟수제한의 목적에 대하여 노동부는 ①내국인의 일자리 보호 및 ②과도한 임금상승 방지를 들고 있습니다.(노동부 의견서(2007헌마1083 이하 노동부의견서), 21-22쪽)²⁷⁾ 여기서 ①의 목적은 내국인우선주의에 의거하여 일용 그 타당성을 인정할 수 있을 것입니다. 하지만, ②의 목적은 보다 구체적으로 설명되어야 합니다.

아래의 그림은 ②의 목적이 정당한 것이 되기 위한 조건을 설명하기 위하여 작성된 것입니다.

종래의 노동시장의 경우 국내산업체의 노동력수요곡선(D-D)은 국내 인력에 의한 노동력공급곡선(S-S)과 교차되는 지점에서 적절한 임금수준(P)의 노동력 총량(Q)을 결정하게 됩니다. 하지만, 현재 우리나라의 노동시장은 임금수준이 P1 이하인 경우 노동력을 제공하고자 하는 사람이 없어 이런 임금을 제공할 능력이 없는 기업체는 사업을 운영하지 못하는 상황이 벌어지게 됩니다. 그리고 이로 인한 경제적 손실은 사각형 A-O-Q-Q2에 이르는 양만큼 발생하게 됩니다. 하지만 고용허가제는 외국인 노동자들을 우리나라의 노동시장에 편입시키게 함으로써 노동력의 공급곡선을 S-S에서 S3-S3로 이동시키며 임금의 수준을 P3에서 결정하게 만듭니다. 그리고 이를 통해 종래에는 노동력을 확보하지 못하였던 작업장도 충분한 노동력(Q3-Q2)을 추가 확보하여 생산에 임할 수 있게 됩니다.

27) 하지만 노동부는 이러한 입법목적에 대하여 별다른 근거를 제시하지 못 하고 있습니다. 이 노동부의견서에서는 학계에서도 이런 입법목적에 공감하고 있다고 하면서 그 근거로 최홍엽, “외국인근로자 도입제도와 고용허가제, 노동법연구 제13호, 2002, 463쪽을 들고 있으나 그 논문 부분은 고용허가제와 노동허가제의 차이를 설명하고 있을 따름이며, 같은 논문 465쪽은 사업장이동의 자유를 제한하여야 할 필요만을 언급하고 있지 사업장이동의 횟수를 제한하는 방식은 전혀 언급하지 않고 있습니다. 이에 이 부분의 소명이 필요하다 할 것입니다.



<그림> 고용허가제 실시에 따른 노동시장의 변화

여기서 만약 ②의 목적이 정당한 것이 되려면 작업장변경횟수제한이라는 규율은 임금수준 P3를 유지하는 것에 한정되어야 합니다. 노동의 가치에 합치하는 정당한 댛가의 지급은 초법적인 정의의 요청인 만큼, 노동시장에서의 공급량을 확대함으로써 얻어지는 경제적 효과는 그 시장에서 정상적으로 결정되는 임금수준을 바탕으로 결정되어야 하는 것은 당연한 일이라 할 것이기 때문입니다.²⁸⁾ 역으로 ②의 목적이 의미하는 바가 노동시장에서의 공급곡선 자체를 변형함으로써(즉, S3-S3를 S4-S4로 변형하는 경우) 추가적인 임금하락을 도모하고자 하는 경우에는 이 목적은 결 정당할 것이 될 수 없습니다. 그것은 시장가격을 하회하는 만큼(즉 P3-P4)의 노동력착취 내지는 임금수탈이 발생함을 의미하기 때문입니다.²⁹⁾

요컨대 노동부가 제시하고 있는 작업장변경횟수제한으로 달성하고자 하는 정책목적인 ①내국인 일자리 보호 및 ②과도한 임금상승방지가 위에서 설명한 의미안에 포함되는 것이라고 한다면, 그리고 그 한도내에서만 그것은 정당한 것으로 보아야 할 것입니다.³⁰⁾

사정이 그렇다면 노동부가 제시하고 있는 사업장이동횟수제한의 입법목적은 정당한 임금수준을 유지함으로써 고용의 안정을 도모하고자 함에 두어야 할 것입니다. 실제 여기서 임금의 과도한 상승이 문제로 되는 것은 외국인근로자가 보다 높은 임금을 목적으로 사업장을 옮김으로써 종전의 기업이 노동인력을 상실하게 되고 이 때문에 생산성이 떨어지는 경우입니다. 환언하자면 이 제도에서 진정으로 문제되는

28) 우리나라가 가입하고 있는 국제노동기구(ILO)의 제111호 협약인 「고용 및 직업에 있어서의 차별대우에 관한 협약」 제2조는 회원국에 대하여 고용 및 직업에 관한 차별대우를 철폐할 것을 요구하고 있고, 그 내용으로 대우의 균등을 촉진할 것을 의무화하고 있습니다. 그리고 동 협약 제1조는 국적도 차별금지 사유로 포함하고 있습니다. 그리고 이러한 국제법규들은 헌법 제6조를 경유하여 우리 국내법적 효력 내지는 우리 헌법의 해석지침으로 작용할 수 있다는 점을 감안한다면 외국인근로자에 대한 지나친 임금의 억제(초법규적 정의에의 위반이자 동시에 헌법위반(제11조, 제15조)이라고도 할 수 있습니다. 따라서 이 사건 법령의 입법목적은 정당한 임금의 유지에 한정되어야지, 그것을 통해 사용자들이 시장가격을 초과하는 이윤을 얻을 수 있도록 하는 것은 포함되지 않는다고 보아야 할 것입니다.

29) 실제 사업장이동횟수의 제한은 외국인근로자들의 임금상승을 제도적으로 억제할 뿐 아니라 기존의 작업장에 고착되도록 한다는 점에서 노동력의 공급곡선을 하향이동하게 그 공급곡선 자체를 비탄력적으로 만들게 됩니다. 즉 위의 그림에서 노동력 공급곡선은 S3-S3에서 보다 비탄력적이고 저렴한 S4-S4로 변형하게 되는 것입니다. 이는 엄밀히 보자면 적정한 시장가격보다 하회하는 임금을 지급하는 일종의 임금착취가 일어남을 의미할 수도 있습니다.

30) 근로기준법 제6조에서 국적을 이유로 임금을 포함하는 근로조건에 대한 차별적 대우를 하는 것을 금지하고 있음은 이렇게 입법목적을 한정하게 되는 또 다른 근거가 됩니다. 즉, 외국인근로자라는 이유만으로 임금의 수준을 내국인근로자에 비하여 현저하게 낮은 수준에서 통제하고자 하는 것은 근로기준법 제6조에 위반되는 것이며 따라서 그것은 정당한 입법목적일 수 없는 것입니다.

것은 임금의 상승이 아니라 그로 인하여 사업장에 대한 인력의 안정적 공급이 위태롭게 될 수도 있다는 우려인 것입니다. 그리고 바로 이런 의미에서 임금의 과도한 상승을 막음으로써 사업장의 고용안정성을 보장하고자 하는 것은 나름으로 정당한 입법목적이 될 수 있다고 봅니다.

나. 방법의 적절성

그러나 이런 선해(善解)에도 불구하고 작업장변경횟수제한이라는 정책수단의 성격으로 인해 위에서 설명한 바와 같은 입법목적은 그 자체 변형되거나 혹은 달성불가능한 것이 될 가능성이 적지 않습니다.

기본권의 제한의 합헌성 판단기준으로서의 방법적절성의 문제는 “목적달성에 필요한 유일의 수단선택을 요건으로 하는 것이라고 할 수는 없다”(헌재 1989. 12. 22. 88헌가13, 판례집 1, 357, 378-379)고 할 것입니다. 국가는 방법의 선택에 있어 나름의 재량을 행사할 수 있기 때문입니다. 하지만 그렇더라도 목적과 방법 사이에 단순한 인과관계가 있다는 사실만으로 이 요건이 충족되지는 않습니다. “기본권을 제한하는 방법은 최소한 그 목적의 달성을 위하여 효과적이고 적절하여야 한다”는 것이 헌법재판소의 입장이기도 합니다.(헌재 1990. 9. 3. 89헌가95, 판례집 2, 245, 260). 특히 국가가 선택한 방법이 입법 목적을 달성하는데 방해가 되거나 역효과를 야기하는 경우에는 이러한 요건이 충족되지 못한 것이 되고 따라서 그 방법을 선택한 법률은 위헌적인 것이 되어 버리고 맙니다.

이 사건이 택하고 있는 사업장변경횟수제한이라는 방법은 외국인근로자에 대하여 사업장 이동을 원칙적으로 제한함으로써 외국인근로자들이 특정사업에 집중되는 현상을 억제하고 내국인 일자리 침해를 최소화하는 한편, 중소기업의 인력부족을 해소하는데 기여한다는 발상에서 마련된 것입니다.(고용노동부, 변론요지서, 32쪽)

하지만, 외국인근로자들의 사업장이동이 잦다고 해서 이러한 입법 목적을 달성하는데 어려움이 발생하게 된다는 점은 어디에서도 증명되거나 혹은 그 상관성이 분석된 바는 없습니다. 이와 관련하여 사업장 이동을 허용할 경우 외국인근로자들이 보다 나은 임금을 지급하는 사업장으로 사리 이동하고자 할 것이며 경우에 따라서는 보다 높은 임금수준이 보장되고 있는 특정사업영역으로 집중될 가능성이 있다는 우려를 하기도 합니다. 하지만 이는 고용허가제가 취하고 있는 외국인근로자들의 취업에 대한 행정적 통제라는 수단을 통해 처리할 문제이지, 사업장 이동의 횟수를 제한함으로써 달성될 수 있는 것은 아닙니다. 실제 우려는 노동허가제의 체제하에서 나름으로 발생할 개연성이 있다고 할 수 있을 것이나, 우리 법제가 취하고 있는 고용허가제 체제하에서는 그리 큰 문제가 되지 않습니다. 현재의 고용허가제에 따라 외국인근로자가 작업장의 변경하기 위하여는 법률 제25조에 따라 엄격한 요건을 충족하는 동시에 직업안정기관의 장으로부터 사업장변경허가를 받아야 하며, 이들을 고용하고자 하는 사용자 역시 내국인 구인 노력을 선행하여야 하며(법률 제6조), 직업안정기관의 장으로부터 외국인근로자고용허가를 받아야 하는(동 제8조) 등의 통제장치를 거쳐야 합니다. 이는 현행의 고용허가제 체제 하에서는 노동인력의 수급을 담당하는 행정주체가 얼마든지 고용상황들을 통제할 수 있음을 의미하며, 이러한 통제의 권한을 제대로만 집행한다면 외국인 노동자의 사업장변경으로 인하여 위와 같은 우려가 현실화될 가능성은 거의 희박한 것이라 할 수 있습니다.

이와 관련하여 고용노동부의 변론요지서에서는 외국인근로자의 사업장이동으로 인한 부작용을 뒷받침하는 자료로 「외국인고용허가제시행 3주년 평가 및 제도개선방안 연구」(유길상 외 3인, 노동부, 2007)의 조사결과를 인용하여 “외국인근로자의 과반수가 넘는 외국인근로자들이 현재 보다 많은 임금을 제공하는

기업으로 이동할 의향이 있다고 답하였”으며, 따라서 “사업장변경 횟수를 제한하지 않을 경우 임금 등의 차이를 이유로 한 외국인근로자의 사업장변경이 급속히 증가할 것으로 예상됩니다”라는 판단을 내리고 있습니다.(고용노동부 변론요지서, 33-4쪽)

하지만, 이런 판단은 이 연구보고서의 조사결과를 올바르게 이해하지 못 한 소치라 할 수 있습니다. 이 연구보고서에서는 한국고용정보원의 고용허가제 원자료로부터 “외국인근로자의 사업체 이동 사유”에 관한 통계를 추출하고(81쪽, <표 IV-65>), 이를 외국인근로자를 대상으로 실시한 실태조사결과와 대비시키고 있습니다.(같은 쪽 <표 IV-66>) 이에 의하면 고용허가제 원자료에서 나타난 “외국인근로자의 사업체 이동 사유” 중 88.9%가 “근로계약 해지 및 갱신거절”인 반면, 실태조사결과에서 나타나는 “외국인근로자의 사업체 이동 사유”는 53.1%가 “낮은 임금”을 들고 있습니다. 그리고 이러한 차이가 나타나는 이유는 고용계약기간의 갱신시점에서 외국인근로자의 임금인상요구에 대한 협상이 원만하지 않는 경우 사업주는 이를 근로계약해지로 신고하는 반면, 외국인근로자는 이를 ‘임금문제’로 이해하고 자신이 작업장을 이동하게 되는 사유를 ‘낮은 임금 때문’이라고 규정하는 경향이 있다는 점에서 찾고 있습니다. 즉, 고용노동부의 의견에서처럼 외국인근로자는 현재 보다 많은 임금을 제공하는 기업으로 이동하기 위하여 종전의 작업장을 떠나는 것이 아니라, 종전의 작업장에서의 고용계약을 갱신하는 과정에서 임금에 관한 합의가 제대로 이루어지지 않기 때문에 사업장을 떠난 것이라고 보아야 한다는 것이 이 연구보고서의 취지입니다. 고용시장도 수요·공급의 법칙에 따라 작동하며 이에 의거하여 임금수준이 결정되는 것이 타당한 것이라고 한다면, 외국인근로자는 내국인근로자들 고용계약을 갱신하는 시점에서 임금인상의 여부에 대한 협상이 이루어지는 것은 당연한 것이라 하지 않을 수 없습니다. 또한 이 협상의 여의치 않는 경우 보다 나은 임금 또는 보다 나은 노동력을 위하여 새로운 계약상대방을 모색하는 것 역시 자유민주적 기본질서와 시장경제질서를 취하고 있는 우리 헌법의 입장에서는 너무도 당연한 것입니다.

엄밀히 보자면 바로 이러한 고용시장의 형성이야말로 고용허가제가 추구하고자 하는 입법목적이라 할 것입니다. 내국인근로자만으로는 형성되지 못 하는 고용시장에 외국인근로자를 편입시켜 새로운 공급곡선을 형성하고 이 수요·공급의 작동방식에 따라 고용과 임금이 결정되는 것은 가장 바람직한 입법목적이라 하지 않을 수 없습니다. 하지만, 고용노동부의 의견은 이러한 입법 목적을 올바르게 평가하려는 노력보다는 오히려 연구보고서의 내용을 자의적으로 해석하여 정당한 고용시장의 형성 자체를 폄하하는 우를 범하고 있습니다.

요컨대, 이상과 같은 점을 감안한다면, 외국인근로자에 대한 사업장변경횟수의 제한이 전술한 입법목적의 달성과 그 어떠한 관련성이 있다고 할 근거가 전혀 없음을 알 수 있습니다. 그 입법목적의 달성을 위한 수단으로서 사업장변경횟수의 제한이라는 방법을 선택한 것이 합리적이고 적정한 것이라기보다는 자의적이거나 혹은 비합리적인 것이었다는 판단이 가능하다는 것입니다.

물론 이러한 판단에 대하여 직업의 자유에 대한 형성의 자유가 입법자에게 부여되어 있다면, 입법자는 “법적 규율과 관련된 평가와 예측을 위한 여지”를 가지게 되며, 입법자는 경제의 역동성을 감안하여 나름의 예측을 행하며 그 예측에 따라 입법자는 규율의 방법을 재량적으로 선택할 여지를 가지게 된다는 판단도 할 수 있을 것입니다.³¹⁾ 외국인근로자들의 고용실태가 상황에 따라 변화하면서 중소기업등에 있어서의 고용안정성이 심각하게 훼손될 가능성을 미리 예측하고 이에 대한 일응의 대처방안으로서 사업장변경횟수의 제한을 선택한 것이라는 주장도 있을 수는 있다는 것입니다. 하지만, 이러한 경우에도 그러한 예측은 자의적으로 이루어져서는 아니 되며, 입법자가 최소한 “입법 당시에 확인할 수 있었던 입법사실을 신빙성 있게 조사하였고 또 이와 같은 기초 위에서 한 예상이 가용 정보를 상대적으로 타당성있게 활용

31) 정태호, “헌법 제15조,” 법제처, 헌법주석서 1, 2010, 547-8쪽 참조.

한 경우에만” 그러한 예측의 여지를 인정할 수 있다고 할 것입니다. 이 사건의 경우와 같이 외국인근로자들의 고용실태와 중소기업등의 고용안정성, 그리고 사업장변경횟수의 제한이라는 통제수단 사이의 상호작용관계는 물론 그에 관한 실태조사조차도 제대로 이루어지지 않은 상황에서는 이러한 예측의 여지를 주장할 근거는 전혀 없다고 할 것입니다.³²⁾

이 사건의 사업장변경횟수 제한이라는 수단이 가지는 문제점은 이에 그치지 않습니다. 실제 고용노동부의 의견에서 우려하고 있는 이러한 위험성은 고용허가제에 의하여 합법적으로 근로에 임하고 있는 외국인근로자로부터 나오는 것이 아니라, 불법체류자, 즉 미등록 외국인근로자들에 의하여 발생하게 된다는 것이 일반적인 관측입니다. 일반적인 외국인근로자의 경우에는 국가 또는 그의 권한을 위임받은 직업안정기관 등의 관리와 통제에 복종하게 으로서 그들로 인하여 야기될 수 있는 조그마한 문제점조차도 국가적인 규율의 대상이 되어 처리가능하게 됩니다. 반면 불법적으로 체류하고 있는 미등록외국인근로자의 경우에는 그 어떠한 국가적 관리와 통제도 받지 않은 채³³⁾ 임금 등의 근로조건에 따라 사리 이동하는 등 고용시장의 안정 자체를 훼손하는 주된 원인을 이루게 됩니다.

하지만, 그럼에도 불구하고 사업장변경횟수제한은 이런 불법체류자를 억제하고 그에 따른 고용의 안정을 도모하기는커녕 오히려 이러한 불법체류자를 양산하거나 혹은 방조하는 역효과를 야기하게 됩니다. 즉, 어떠한 외국인근로자가 사업장을 변경한 횟수가 3회 또는 예외적인 경우에 해당하여 4회에 이르게 되었으나, 그 작업환경에 만족하지 못하는 경우 이 외국인근로자가 선택할 수 있는 길은 ①그냥 인내하면서 계속 근무하는 것, ②작업장을 그만두고 본국으로 송환되는 것, 또는 ③합법적인 고용관계를 종료하고 불법체류자로 전락하여 지하경제로 잠입하는 것 세 가지뿐입니다. 여기서 ①의 방안은 자칫하면 사실상의 강제노동을 결과하는 셈이 될 수 있으며,³⁴⁾ ②의 경우에는 외국인근로자를 수용하여 노동력의 부족 또는 고용시장의 한계를 극복하고자 하였던 고용허가제 본래의 입법취지가 훼손되어 버리고 맙니다. 더구나 당해 외국인근로자에 있어서는 상당한 경제적 손실까지도 감내하게끔 하는 비인간적인 처사도 결과할 수도 있습니다. 한 마디로 이 사건 법령에 따라 사업장 이동횟수를 모두 채워 더 이상 합법적으로 새로운 사업장을 찾을 수가 없게 된 외국인근로자가 선택할 수 있는 가장 손쉬운 대안은 ③의 방안일 것입니다.³⁵⁾

사정이 이렇다면, 이 법령에 의한 사업장이동횟수의 제한은 그 본래의 목적인 내국인보호와 적정임금

32) 이 점과 관련하여 고용노동부의 변론요지서에서는 대만, 싱가포르 등의 외국 입법례를 소개하면서 사업장변경을 원칙적으로 허용하지 아니하는 것이 그렇게 불합리한 것은 아니라는 취지의 주장을 하고 있으나, 그 법제의 차이(예컨대 대만과 싱가포르의 우리나라와는 달리 고용허가제와 더불어 노동허가제도 실시하고 있으며 일본은 산업연수원생제도를 실시하고 있음. 고준기, “외국인고용허가제의 문제점과 개선방안-현행법의 인권침해적 조항의 법제도적 개선방안을 중심으로,” 노동법논총, 제9집, 2006, 298쪽)는 차치하고서라도 이들 국가들에서도 사업장변경을 제한하고 있을 뿐 그 변경의 횟수를 제한하여 종국적으로 그 어떤 사유가 발생하더라도 사업장의 변경을 불가능하게 하는 제도는 찾아볼 수가 없습니다. 이 사건에서 문제가 되는 것은 사업장이동횟수의 제한이지 사업장이동에 대한 여타의 제한은 아니라는 점을 고용노동부의 변론요지서는 간과하고 있는 것입니다.

33) 실제 이들에 대하여 국가가 할 수 있는 유일한 조치는 강제송환일 따름입니다.

34) 고준기, 앞의 글, 313쪽은 이를 빌미로 임금의 지급을 늦추는 사례도 있음을 언급하고 있습니다. 뿐만 아니라 사업장 내에서의 성희롱·성폭행, 괴롭힘, 폭행 등 사실상의 인권침해가 빈발하는 경우도 적지 않다고 합니다. 하지만, 고용노동부의 변론요지서(29쪽)는 이런 인권침해를 두고 “그러한 상황이라고 하여 외국인에게 임금체불이나 폭행과 같은 침해가 필연적으로 발생한다고 하는 것은 논리의 비약에 다름 아니며”라고 주장하고 있습니다. 이 주장은 “필연적으로”라는 말을 삽입하여 청구인들이 마치 사업장이동횟수제한이 이런 인권침해현상들을 야기하는 상소인 것처럼 주장하는 듯한 뉘앙스를 만들어내고 있습니다. 물론, 사업장이동횟수의 제한과 작업장에서의 인권침해는 필연적 인과의 관계로 연결되어 있지는 않습니다. 하지만, 전자가 후자의 발생에 대한 필요조건 내지는 항소로서 기능하고 있음 또한 부인할 수는 없는 것이 우리나라의 외국인근로자들의 작업현실이기도 합니다. 이 사건 청구인들이 호소하고 있는 그들의 인권침해주장은 그의 대표단수에 불과할 따름입니다.

35) 고준기, 앞의 글, 310쪽.

의 보장을 통한 고용시장의 정상화, 안정화를 실현하는 수단이 되기보다는 오히려 불법체류자를 양산할 가능성을 태하고³⁶⁾ 이를 통해 고용시장의 불안정성을 초래하게 되는 역효과를 가진 것이라 하지 않을 수 없습니다.³⁷⁾

헌법재판소는 이와 유사한 사안에서 경비업을 전문으로 하는 별개의 법인을 설립하지 아니하는 한 경비업과 그 밖의 업종을 겸영하지 못 하도록 한 경비업법의 규정은 사실상 경비업체의 영세화를 초래할 가능성이 많아 “경비업체의 전문화”라는 정당한 입법목적에 달성하기에 적절한 수단이라고 할 수 없고 오히려 영세한 경비업체의 난립을 방지하는 역효과를 가져올 수도 있다는 점을 들어 방법의 적절성을 부인하고 있습니다.(헌재 2002. 04. 25. 2001헌마614, 판례집 제14권 1집, 410 이하) 일정한 부작용이 발생할 사실상의 가능성이 있으며 그로 인하여 입법목적이 저해될 가능성이 있다는 이유로 방법의 적절성이 부인되고 있는 것입니다.

이 사건 역시 마 가지의 법리를 적용할 수 있습니다. 즉, 이 사건 법령이 취하고 있는 사업장이동횟수제한이라는 정책수단은 입법목적에 달성하기에 적절한 수단이라는 어떠한 검증된 근거도 없을 뿐 아니라, 경우에 따라서는 불법체류자를 양산하는 등 입법목적의 달성에 역효과를 야기할 가능성이 적지 않은 만큼 수단·방법의 적절성이라는 기본권제한의 요건을 충족하지 못 하고 있다고 할 것이고 이 점에서 외국인근로자에 대한 사업장변경횟수의 제한은 위헌적인 것이라 하지 않을 수 없습니다.

다. 침해의 최소성

이 사건의 경우 내국인의 일자리보호와 과도한 임금상승 억제라는 입법목적에 달성하기 위하여 외국인근로자의 사업장변경을 통제하는 것이 적합한 것이라 하더라도, 그 통제의 방법은 기본권의 침해가 최소화될 수 있도록 보다 덜 제한적인 방법을 이용하여야 하며, 그러한 대안적 방법이 없는 경우에도 침해가 최소화될 수 있는 방법을 사용하여야 한다는 것은 두 말할 나위가 없습니다. 하지만, 이 사건에서 취하고 있는 사업장변경횟수의 제한은 이러한 침해의 최소성이라는 원칙을 정면에서 거역하고 있습니다.

이 사건 법령이 정하고 있는 사업장변경횟수의 제한은 외국인근로자가 그 한도가 되는 횟수를 모두 소모한 경우에는 그 어떤 이유로도 사업장을 변경할 수 없을 뿐 아니라 경우에 따라서는 본국으로 송환되어야 하는 일종의 객관적·절대적 제한이 되어 있습니다. 즉, 이 한도를 소모하게 되면 직장선택의 자유는 더 이상 행사할 수 없게 될 뿐 아니라, 당해 외국인근로자가 우리나라에서 형성해 놓은 모든 생활관계를 포기하여야 하는 상황까지도 감내하여야 하는 가장 강력한 제한을 구성하고 있는 것입니다.

실제 이 사건 법령이 지향하고자 하는 입법목적은 이와 같은 극단적인 방법을 동원하지 않더라도 일

36) 고준기, 앞의 글, 313쪽의 각주27은 사업장 이동횟수의 제한이 합법적인 외국인근로자로 하여금 불법체류자로 전락하게끔 만드는 원동력이 되었던 사례를 소개하고 있습니다. 하루 12시간에 달하는 장시간노동에 시달리던 외국인근로자들이 휴일을 요구하자 고용주는 이들을 이탈자로 신고함으로써 불법체류자로 내 몬 사건과 회사쪽의 귀책사유로 인해 사업장 이동을 하기 원하는 외국인근로자에 대하여 사용자가 사업장이동 동의서를 써 주지 않는 바람에 법률 제25조 제3항에 의하여 불법체류자가 될 위험에 빠진 경우도 있다고 합니다.

37) 최미희 등, “외국인 고용허가제 정책·사업평가와 개선방안,” 국회입법조사처, 사업평가현안분석 제2호, 2005, 17쪽에서도 “불법체류가 증가하면 할수록 저소득층의 내국인 일자리를 대체할 가능성이 크다”는 현실을 지적하고 있습니다. 즉, 불법체류자의 양산은 내국인 일자리의 보호라는 입법목적에 역기능을 수행하고 있다고 보는 것입니다. 또한 배일도·공선진, 외국인근로자 문제와 고용허가제 연구, 2005. 9., 38쪽에서는 “사업장 이동의 자유를 제한하는 것은 외국인력이 종사하고 있는 시장임금을 교란시켜, 결과적으로 미등록 노동자를 양산하게 된다는 문제가 있다”고 규정하고 있습니다. 사업장이동을 금지하게 되면 등록된 외국인근로자의 임금은 제한되는 반면, 미등록 노동자 즉 불법체류자의 임금은 높은 수준을 유지할 수 있으며 이 경우 등록된 외국인근로자는 높은 임금을 쫓아 스스로 불법체류자로 전락하게 된다는 것입니다.

마든지 달성할 수 있는 것입니다. 즉, 고용허가제의 방식을 취하고 있는 현행 법체계상 국가 또는 그 권한을 위임받은 직업안정기관의 장이 사업장변경의 허가를 하는 과정에서 그 사업장을 운영하는 사용자의 내국인고용노력의무의 이행여부를 감독하고, 임금 등 취업계약에 대한 통제를 하는 등 그 허가권한을 적절하고도 유효하게 행사하는 것만으로도 내국인의 일자리보호와 과도한 임금상승 억제 목표를 충분히 달성할 수 있는 것입니다.³⁸⁾ 또 업종간 노동력의 집중이라는 우려 역시 집행당국이 업종간 이동을 제한하고 동일한 업종에 한하여 사업장 이동을 허용하는 등의 방법³⁹⁾에 의해 얼마든지 통제할 수 있습니다.

또는 지나치게 사업장을 자주 변경함으로써 고용시장의 안정에 위해가 된다고 판단되는 외국인근로자에 대하여는 법률 제25조 제3항의 규정에 따라 더 이상의 사업장변경허가를 하지 않음으로써 출국시키는 방법도 고려할 수 있습니다. 아울러 내국인근로자의 일자리 보장이라는 입법목적은 이미 국내에 합법적으로 체류하면서 근로에 종사하고 있는 외국인근로자를 통제함으로써 달성할 것이 아니라, 보다 거시적인 차원에서 외국인력 수급계획을 합리적이고 효율적으로 수립·집행함으로써 달성하여야 합니다.⁴⁰⁾

뿐만 아니라 농업부문이나 건축업과 같이 계절적 성격이 강하여 노동력의 이동이 상례화되어 있는 업종에 종사하는 외국인근로자의 경우 사업장이동횟수의 제한은 입법목적의 달성에 필요한 정도를 넘어 가장 치명적인 피해를 입히게 됩니다. 예컨대 채소밭에서의 노동이나 일반건물의 건축현장에서의 노동과 같은 경우 3-4개월 정도의 단기계약에 의하여 일을 하고 그 작업이 종결되면 새로운 작업장을 찾아나서야 하는 것이 거의 정례화되어 있습니다.⁴¹⁾ 그럼도 불구하고 이 경우조차도 3회 또는 4회라는 사업장이동횟수의 제한을 받게 하는 것은 당해 외국인근로자가 우리나라에 체류하면서 근로에 종사할 수 있는 전체 기간 자체를 지나치게 짧게 만들어버리는 결과를 초래하게 됩니다. 실제 외국인근로자들이 고용허가를 받아 우리나라에 입국하기까지 자신의 경제력으로 감당할 수 없는 비용을 지출하는 것이 일반적이라는 점을 감안한다면 이렇게 단기에 한정될 수밖에 없도록 만드는 고용허가제는 그 자체 불합리하게 피해를 확산시켰다는 비판을 받지 않을 수 없습니다. 환언하자면 입법목적의 달성과는 관계없이 지나치게 많은 피해를 발생시켰다는 점에서 이와 관련한 사업장이동횟수제한은 위헌이라 할 것입니다.

라. 법익의 비례성

이 사건에서 문제되고 있는 사업장이동횟수 제한은 전술한 바와 같이 청구인들의 직장선택의 자유 및 그 선택한 작업장에서 근로할 수 있는 권리를 절대적으로 제한하고 있습니다. 그 소정의 횟수를 소모한 경우에는 그 어떤 이유로도 사업장을 이동할 수 없으며 이에 수반되는 제반의 비용-경제적 비용뿐 아니라 작업장에서의 인권침해, 출국의무에 따른 생활관계의 포기 등- 또한 청구인 본인의 부담으로 고스란히 돌아가게끔 되어 있습니다. 기본권의 침해와 더불어 경제적·사회적·문화적 손실까지도 모두 청구인 내

38) 사실 외국인근로자의 작업장이동은 본인의 이니셔티브에 의한 경우도 있겠지만, 상당부분 기업들간에 기능인력을 빼가기 관행이 이루어지고 있음에서 기인하는 바도 적지 않다. 그리고 바로 이런 경우에 진정으로 필요한 것은 외국인근로자의 작업장이동통제가 아니라 거시적이고 종합적인 기능인력의 양성(외국인 기능인력의 도입도 포함) 계획의 수립과 그 효율적 집행입니다. 즉 노동과 고용의 시장이 제로섬게임의 방식이 아니라 win-win의 방식을 이루어질 수 있도록 국가가 체계적이고 종합적인 대책을 마련할 필요가 있다는 것입니다.

39) 이는 현재 고용노동부가 취하고 있는 방법이기도 합니다. 고용노동부, 외국인근로자 고용허가제 업무편람, 2010. 1. 215쪽.

40) 고준기, 앞의 글, 312쪽.

41) 노동의 강도와 상대적으로 저렴한 임금, 그리고 이렇게 계절적 요인으로 인한 고용의 불안정성 등이 우리나라의 내국인근로자들이 이 업종에 종사하지 않으려 하는 이유이며, 바로 이 점에서 무엇보다도 외국인근로자들을 절실하게 요청하는 분야가 바로 이 업종영역이기도 합니다. 그러나 사업장이동횟수제한은 이런 요청을 정면에서 거부하고 있는 셈이 되어 버립니다. 방법의 적절성이라는 헌법요청이 여기서 다시 한 번 부정되고 있는 것입니다.

지는 같은 지위에 있는 외국인근로자들이 부담하도록 되어 있는 것입니다.

하지만, 이러한 손실·부담에도 불구하고 그로 인하여 달성되는 공익은 지나치게 적어 왜 이런 사업장이동횟수의 제한조치가 필요한지조차도 의심스러울 정도에 이르고 있습니다. 실제 내국인근로자의 일자리 보장이라는 입법목적은 사업장이동횟수의 제한과는 거의 무관한 것임은 이미 설명한 바 있습니다. 내국인근로자의 일자리는 사업장이동횟수를 제한한다고 해서 보장되는 것이 아니라, 보다 종합적이고 체계적인 인력관리정책이 수립·집행되어야만 보장되는 것입니다. 또는 그것은 외국인근로자 수급의 계획과 그 집행의 여하에 따라 달라지는 것이지, 일부 외국인근로자들의 사업장이동 횟수가 어떠한가에 따라 달라지는 것은 아닙니다.

굳이 이런 사업장이동횟수의 제한으로 달성될 수 있는 공익을 거론하자면 고용자인 기업의 고용안정이라는 이익을 들 수 있습니다. 하지만, 그로 인하여 기업이 얻게 되는 이익(이는 본질상 사익에 해당하므로 법익균형성의 판단에 있어 독자적인 요소가 되지 않는 것임)의 총화로서 국민경제가 획득하게 되는 이익은 그리 크지 않습니다. 개별기업은 외국인근로자의 사업장이동을 사전에 차단함으로써 고용의 안정을 도모할 뿐 아니라 각종의 고용계약과정에서 유리한 지위를 확보할 수 있다 하더라도 그것이 국민경제 전체의 차원으로 취합되는 과정에서는 오히려 부정적인 효과를 야기하는 경우가 없지 않다고 하여야 하기 때문입니다.

외국인근로자의 고용과 관련한 기업의 고용의 안정이라는 이익은 전술한 바와 같이 다른 방법으로도 얼마든지 확보할 수 있음에도 불구하고 이 사업장이동횟수의 제한이라는 방법을 선택함으로써 오히려 불법체류자의 양산과 같은 역효과를 발생시키는 등 전체로서의 이익의 증진은 오히려 다른 방안에 비해 떨어지는 결과가 나타날 수 있습니다. 악화가 양화를 구축하듯, 이 사업장이동횟수라는 비효율적 정책수단이 보다 효율적이거나 보다 생산적인 정책수단의 활용가능성을 차단하게 되므로 기회비용을 증가시키게 된다는 것입니다. 요컨대 이 사업장이동횟수의 제한은 다른 방법을 선택함으로써 얻을 수 있는 고용안정이라는 공익의 증진효과보다 못한 결과를 산출하게 되므로 오히려 기회비용을 증가시키는, 따라서 경제학적으로는 부정적인 상태를 야기하게 됩니다.

그리고 이러한 점을 전체 국민경제라는 점에 대비시켜 바라볼 때에는 더욱 더 부정적인 평가를 하지 않을 수 없습니다. 사업장이동횟수의 제한이라는 방법이 가져다 주는 기회비용의 증가뿐 아니라, 그로 인하여 양산되는 불법체류자에 대한 국가적 관리비용까지 첨가되어야 하기 때문입니다. 즉 이를 도식화하면 다음과 같습니다.

$$E = A - (B-C-D)$$

$$E < 0 \quad (\text{왜냐하면 } A > (B-C-D))$$

- A: 다른 수단에 의해 얻을 수 있는 공익의 증가분
- B: 사업장이동횟수제한으로 얻을 수 있는 공익의 증가분
- C: 사업장이동횟수제한의 부작용으로 인한 공익의 손실분
- D: 불법체류자에 대한 통제비용
- E: 사업장이동횟수제한으로 인하여 발생하게 되는 사회적 편익

요컨대, 외국인근로자에 대한 사업장이동횟수제한은 오히려 경제학적 기회비용 및 국가의 질서유지비용만 증대시킬 뿐, 국민경제 전반적인 수준에서의 공익의 증진을 야기한다고 할 수 없다 할 것이며, 이

점에서 이 횡수제한조치는 법익의 비례성 심사를 통과하지 못 한다고 할 것입니다.

마. 소결론

이상의 서술에서 미루어 볼 때, 이 사건 심판의 대상이 되고 있는 외국인근로자에 대한 사업장이동횡수제한의 규정들은,

그 입법목적은 내국인 근로자의 일자리 보장 및 과도한 임금의 상승을 억제함으로써 고용의 안정을 도모함에 두는 한 그 목적의 정당성 심사는 통과할 수 있을 것이나,

이러한 목적을 달성하기 위하여 합리적 연관성이 있는 방법임을 소명할 수 있는 그 어떠한 근거도 없으며, 오히려 불법체류자를 양산하고 그 통제를 위한 사회적 비용을 증가시킨다는 점에서 역기능만 수행할 뿐이라는 점에서 방법의 적절성을 갖추지 못 하고 있으며,

그 입법목적을 달성하기 위한 보다 덜 제한적이고 더욱 더 효과적인 방법이 존재함에도 불구하고 일정한 횡수 이상으로는 사업장 이동을 절대적으로 금지함으로써 외국인근로자에게는 가장 피해가 많은 방법을 선택하고 있다는 점에서 침해의 최후성, 최소성의 요청을 준수하기 못하였으며,

외국인근로자에 대하여 부과되는 막중한 피해에도 불구하고 사업장이동의 횡수를 제한하는 방법이 가지는 비효율성으로 인하여 우리나라의 국민경제에 도움이 되기는커녕 경제적인 기회비용만 증가시키는 한편, 사회질서를 위한 국가관리비용 및 사회적 비용만 증가시킨다는 점에서 법익의 균형성조차 충족하지 못 하고 있습니다.

이에 외국인근로자에 대해 사업장이동 횡수를 제한하는 이 사건 심판대상법령은 과 금지의 원칙을 위반하였다는 점에서 의당히 위헌이라 판단하여야 할 것입니다.

2. 기타의 쟁점에 관하여

1) 근로의 권리

헌법 제32조의 근로의 권리는 근로자가 “인간이 자신의 의사와 능력에 따라 근로관계를 형성하고, 타인의 방해를 받음이 없이 근로관계를 계속 유지하며, 근로의 기회를 얻지 못한 경우에는 국가에 대하여 근로의 기회를 제공하여 줄 것을 요구할 수 있는 권리”를 말합니다(헌재 2007.08.30, 2004헌마670, 판례집 제19권 2집, 297, 305). 헌법재판소는 이러한 의미의 근로의 권리에 대하여 “생활의 기본적인 수요를 충족시킬 수 있는 생활수단을 확보해 주고 나아가 인격의 자유로운 발현과 인간의 존엄성을 보장해 주는 것으로서 사회권적 기본권의 성격이 강하”다고 판단하고 있습니다(위 판례집 305).

헌법학계에서도 근로의 권리의 개념에 대하여 이와 같은 판단에 동의하면서도 그 법적 성격에 대하여는 자유권설에서부터 사회권설, 자유권이 중심이 되는 복합적 권리라는 설(정중섭, 헌법학원론, 박영사, 2007, 633), 사회권이 중심이 되는 복합적 권리라는 설(양건, 헌법강의I, 법문사, 2007, 662) 등의 논의가 분분하고 있습니다. 헌법재판소 역시 위의 판단 등에서 근로의 권리가 사회권을 중심으로 구성되는 것은 사실이지만 그렇다고 해서 자유권적 성격이 부정되는 것은 아니라는 취지의 판시를 하고 있습니다. 즉,

근로의 권리를 “일할 자리에 관한 권리”⁴²⁾와 “일할 환경에 관한 권리”로 구분하고 후자에 대하여는 “인간의 존엄성에 대한 침해를 방어하기 위한 자유권적 기본권의 성격도 갖고 있어 건강한 작업환경, 일에 대한 정당한 보수, 합리적인 근로조건의 보장 등을 요구할 수 있는 권리 등을 포함한다”고 판시한 바 있습니다.(위 판례집, 305)

이런 관점에서 보면 이 사건 청구인들이 주장하는 기본권으로서의 근로의 권리는 일단 외견상 “일할 자리에 관한 권리”로서의 측면이 강한 만큼 그 주장의 근거가 위약해질 수 있을 것입니다. 헌법재판소는 일할 자리의 존속을 청구할 수 있는 권리를 부정하고 있기 때문입니다(헌재 2002.11.28, 2001헌바50, 판례집 제14권 2집, 668, 679). 하지만, 헌법재판소의 이 판결은 “근로의 권리로부터 국가에 대한 직접적인 직장존속청구권을 도출할 수도 없다.”라고 하면서 “일할 자리에 관한 권리”가 국가에 대한 일정한 작위 또는 배려를 청구하는 권리일 경우 그것을 주장할 수 있는 권리는 헌법적으로 발생하지 않는다는 취지일 따름입니다. 만약 그 주장이 “일할 자리에 관한 권리”에 대한 국가적 침해를 배제할 것을 요구하는 항의적·소극적 권리로 주장될 때에는 이 판시의 내용은 적용되지 않는 것입니다.

헌법재판소가 이 판결에서 “직업의 자유에서 도출되는 보호의무와 마 가지로 사용자의 처분에 따른 직장 상실에 대하여 최소한의 보호를 제공하여야 할 의무를 국가에 지우는 것으로 볼 수는 있을 것이나, 이 경우에도 입법자가 그 보호의무를 전혀 이행하지 않거나 사용자와 근로자의 상충하는 기본권적 지위나 이익을 현저히 부적절하게 형량한 경우에만 위헌 여부의 문제가 생길 것이다.”라고 판단함으로써 자유권적 성격을 가지는 “일할 자리에 관한 권리” 또한 유효하게 주장할 수 있는 기본권으로 인정하고 있습니다.

이 사건의 경우 청구인은 자신들이 원하는 직장을 선택하고 그 선택된 직장에서 자유롭게 근로할 수 있는 권리를 주장하고 있는 만큼 이는 위에서 본 자유권적 성격을 가지는 “일할 자리에 관한 권리”에 해당한다 할 것이며, 따라서 그에 대한 국가적 침해의 배제를 요구할 수 있다고 할 것입니다. 근로의 권리가 “자신의 의사와 능력에 따라 근로관계를 형성하고, 타인의 방해를 받음이 없이 근로관계를 계속 유지”할 수 있는 권리를 말한다고 할 경우 이 때의 “근로관계의 형성”에는 근로의 종류와 내용, 장소의 선택까지도 포함하는 것이라고 하여야 할 것이며, 외국인근로자에 대한 사업장이동횟수의 제한은 바로 이런 “근로관계의 형성” 자체를 절대적으로 금지하는 것이 되기 때문입니다.(사업장이동횟수제한의 위헌여부는 위의 과 금지의 원칙 부분에서 서술하였으므로 그것을 원용하는 것으로 하고 여기서는 생략합니다)

2) 행복추구권(일반적 행동자유권)

청구인들이 주장하고 있는 헌법 제10조의 행복추구권은 이 사건 법령으로 인하여 사적 자치를 바탕으로 자유롭게 계약을 체결할 수 있는 자신들의 자유가 침해되었다는 내용의 것입니다. 여기서 사적 자치의 원칙이란 “자신의 일을 자신의 의사로 결정하고 행하는 자유뿐만 아니라 원치 않으면 하지 않을 자유로서 우리 헌법 제10조의 행복추구권에서 파생되는 일반적 행동자유권의 하나”라고 보는 것이 헌법재판소의 일관된 입장이자 헌법학계에서도 이론 없이 동의하고 있는 내용입니다.

계약자유 원칙은 이런 사적 자치의 원칙이 법률행위의 영역으로 표출된 것에 불과한 것으로 “계약의 체결에서부터 종결에 이르기까지 모든 단계에서 자신의 자유의사에 따라 계약관계를 형성하는 것으로서 계약의 내용, 이행의 상대방 및 방법의 변경뿐만 아니라 계약 자체의 이전이나 폐기도 당사자 자신의

42) “일할 자리에 관한 권리

의사로 결정하는 자유를 말한다”(헌재 2003.05.15, 2001헌바98, 판례집 제15권 1집, 534, 546-547)고 합니다.

이 사건의 경우 외국인근로자에 대하여 사업장의 이동을 원칙적으로 3회, 예외적으로는 4회로만 한정하고 있는 바, 이는 그 횟수를 모두 소진한 외국인근로자에 대하여는 더 이상의 근로계약의 체결 또는 종결을 하지 못 하도록 하는 절대적 금지를 설정하는 것이 됩니다. 즉, 사업장이동횟수제한은 최종적인 고용계약에 대하여는 그 계약관계를 종결할 자유를, 그리고 새로운 사업장으로의 이동을 위한 새 고용계약을 체결할 자유를 각각 박탈한다는 점에서 이 계약의 자유를 침해하고 있는 것입니다.

그러나 사적 자치권(계약자유권)도 국가안전보장, 질서유지 및 공공복리를 위하여 필요한 경우에는 법률로써 제한될 수 있고 다만, 그 제한은 필요 최소한에 그쳐야 하며 사적 자치권의 본질적인 내용을 침해할 수 없다고 할 것인바(헌법 제37조 제2항), 이 사건 법률조항이 위와 같은 기본권 제한입법의 원칙을 지킨 것인지 살펴본다.(이와 관련한 사업장이동횟수제한의 위헌여부는 위의 과 금지의 원칙 부분에서 서술하였으므로 그것을 원용하는 것으로 하고 여기서는 생략합니다)

3. 결 론

이상에서 살펴본 바와 같이, 이 사건 법령은 과 금지의 원칙에 위반하여 외국인근로자들이 사업장을 부당하게 제한함으로써 그들이 가지는 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권(일반적 행동자유권), 직업선택의 자유(직장선택의 자유), 근로의 권리(“일할 자리에 관한 권리”를 침해당하지 아니할 권리) 등의 기본권을 침해하고 있어 위헌이라고 판단됩니다.

2010. 9. 3.

청구인의 대리인

헌법재판소 귀중