



# 헌법재판소의 고용허가제 합헌 결정과 시사점

양승엽

고용허가제는 외국인 근로자가 법령상 정당한 사유가 없다면 입국 시 고용허가를 받은 사업장에서 이직할 수 없는 것을 주된 특징으로 한다. 이에 대해 노동계는 직업선택과 거주이전의 자유라는 기본권을 근본적으로 침해하므로 고용허가제 자체를 폐지해야 한다는 입장이다. 최근 헌법재판소가 외국인 고용법의 관련 조항을 합헌 결정한 것은 우리 사회가 아직까지는 고용허가제를 필요로 하고 그 유효성을 인정하는 것으로 볼 수 있다. 외국인 근로자 인력 확보라는 현실적 요구와 기본권 보호라는 규범적 가치를 조화시킬 방안을 고민해 보아야 한다.

## 1 들어가며

헌법재판소는 2021년 12월 23일 재판관 7:2의 의견으로 외국인 근로자의 직장 변경 사유를 제한하는 「외국인근로자의 고용 등에 관한 법률」(이하 ‘외국인고용법’이라 함) 제25조 제1항 등이 외국인 근로자의 기본권을 침해하지 않는다는 합헌 결정을 하였다.<sup>1)</sup>

현재 우리나라 외국인 근로자 정책은 ‘고용허가제’이다. 내국인 근로자를 구하지 못한 기업이 산업인력 공단에 구인 신청을 하면 공단이 입국 허가를 받은 외국인 근로자를 연결하여 주는 방식이다.

고용허가제의 주된 특징은 법령상의 정당한 사유가 없다면 원칙적으로 입국 시 배정된 사업장에서 다른 사업장으로 이직할 수 없다는 것이다. 외국인 근로자의 잦은 직장 이전을 막아 사업주의 경영을 원활히 하겠다는 것이 입법 취지이지만, 사업주의 부당한 지시와 열악한 근로조건 아래서도 예외 사유에 해당

하지 않는다면 강제로 일해야 한다는 점에서 비판 역시 거세었다. 고용허가제가 시행된 지 18년이 지난 지금까지 논쟁은 진행 중이고 노동계는 고용허가제 자체를 폐지하고 이와 달리 직장 이전의 자유가 있는 ‘노동허가제’의 시행을 주장한다.

고용노동부의 e-고용지표에 따르면 2021년 11월 기준 합법적으로 국내 체류 중인 외국인 근로자는 346,665명이고 이 중 고용허가제로 일하고 있는 외국인 근로자는 159,689명에 이른다(불법체류까지 합치면 약 85만 명으로 추정된다). 이제 외국인 근로자는 현실적으로 우리 산업경제를 지탱하는 한 축이자 같이 살아가는 공동체 구성원이다.

따라서 외국인 고용정책은 기존의 국가 경제전략 측면과 아울러 공동체 구성원으로서의 기본권 측면과도 조화를 이루어야 한다. 헌법재판소의 이번 판단은 양자의 조화를 정책적·규범적으로 치열히 고민한 것으로 그 내용과 시사점을 살펴볼 필요가 있다.

1) 헌법재판소 2021. 12. 23. 2020헌마395 결정



## 2 외국인고용법상의 직장 이전 사유

외국인고용법 제25조 제1항은 외국인 근로자의 직장 이전 사유를 대통령령 또는 고용노동부장관의 고시로 규정하고 있다. 이러한 사유는 예시가 아니라 열거된 것으로 시행령과 고시에 명시되지 않는 사유로는 직장을 이전할 수 없다.

시행령과 고시에서 규정하고 있는 직장이전의 주요 사유를 유형별로 설명하면 다음과 같다.

첫째, 경영상의 사유이다. 사업주의 휴·폐업 또는 근로자의 임금 감소가 주된 원인이다. 임금 감소의 경우 평균임금의 70% 미만이 기준이다. 휴·폐업의 사유에는 사용자가 자진한 것뿐만 아니라 경영상 이유로 외국인 근로자가 권고사직을 받은 경우도 포함한다.

둘째, 근로조건 위반이다. 사업주가 임금을 체불하거나 「산업안전보건법」을 위반하여 외국인 근로자가 업무상 재해를 당한 경우이다.

셋째, 부당한 처우이다. 외국인 근로자가 사업주(배우자와 직계존비속 포함), 직장 상사 그리고 동료로부터 성희롱, 성폭력, 폭행, 상습적 폭언 등을 당하는 경우와 국적, 종교, 성별, 신체장애 등을 이유로 불합리한 차별대우를 받을 때이다. 사회적으로 문제가 되었던 외국인 근로자에게 숙소로 비닐 하우스를 제공한 경우도 부당한 처우에 해당한다.

이러한 열거주의가 외국인 근로자의 보호에 미흡한 방식이라는 비판은 항상 제기되어 왔다. 그래서 보완적으로 둔 것이 ‘외국인근로자 권익보호협의회’이다. 위의 사유에 ‘준하는’ 사유에 해당되어 외국인 근로자가 더 이상 그 사업장에서 근로를 계속할 수 없다고 협의회가 인정할 때에는 직장 변경이 허용된다. 그러나 이에 준하는 사유가 무엇인지 명확하지 않고 협의회 인정 사례가 많지 않다는 점에서 여전히 열거주의의 한계를 노출하고 있다.

## 3 헌법재판소의 판단 내용

### (1) 합헌의견의 판단 내용

헌법재판소 재판관 9인 중 7인은 외국인고용법 제25조 제1항과 관련 대통령령 및 고시가 헌법에 합치한다고 결정하였다. 쟁점은 해당 조항이 직장 선택의 자유를 침해하는지였다.

먼저 관련 조항이 외국인 근로자의 직장 선택의 자유를 침해하는지를 판단할 때 다수의견은 입법 취지를 우선시하였다. 관련 조항이 중소기업 등이 안정적으로 노동력을 확보하고, 내국인 근로자의 고용기회나 근로조건을 교란하는 것을 방지하며, 외국인 근로자에 대한 효율적인 고용관리를 도모하는 것을 목적으로 한다는 것에 주목한 것이다. 특히 최근 불법체류자가 급격히 늘어나는 상황이므로 외국인 근로자를 효율적으로 관리하기 위해서라도 직장의 잦은 변경을 억제하고 취업활동 기간 내에서는 장기 근무를 유도할 필요가 있다고 본 것이다. 또한, 현 제도는 외국인 근로자에 대하여 근로자의 능력과 성실성 등을 꼼꼼히 사전적으로 검증할 수 없기 때문에 입국은 쉽게 하되 체류와 출국을 엄격히 하는 규제 방식으로 되어 있다. 따라서 이들에게 자유로운 직장 변경 신청권을 부여하지 않는 것은 불가피한 측면이 있다는 것이다.

그리고 관련 조항이 경영상의 사유, 근로조건 위반, 부당한 처우 등 직장을 이전할 수 있는 사유를 비교적 폭넓게 인정하여 기본권 침해를 보완하고 있다는 점도 고려해야 할 사항으로 보았다.

결론으로 고용허가제와 노동허가제 중 어떤 것을 선택할 것인가는 우리 입법자의 재량에 맡겨야 할 것인데 위의 이러한 사정을 감안하면 관련 조항은 입법재량의 범위를 넘어 명백히 불합리하다고 볼 수 없어 외국인 근로자들의 직장 선택의 자유를 침해하지 않는다는 것이다.

## (2) 소수의견의 판단 내용

헌법재판소의 다수의견에 대해 2인의 소수의견은 다수의견의 논거를 반박하는 형식으로 관련 조항이 명백히 직장 선택의 자유를 침해한다는 의견을 내놓았다.

소수의견은 고용허가제는 국내 사업주가 외국인 근로자의 명단을 보고 일방적으로 지명하는 것인데 외국인 근로자는 취업 전 자신이 구체적으로 어떤 근로조건과 작업환경에서 일하게 될지 알 수 없는 상태이기 때문에 직장 이전의 제한은 근로자 입장에서 매우 중요한 사안이라고 전제한다.

또한, 외국인 근로자가 내국인 근로자의 일자리를 위협할 수 있다는 다수의견에 대해 소수의견은 외국인 근로자는 내국인 근로자와 경쟁 관계라기 보다는 내국인 근로자를 보완하는 관계라고 판단한다. 외국인 근로자의 도입 업종 및 규모를 엄격히 통제하고 있는 상황에서, 내국인 근로자를 구할 수 없는 사업장으로만 이직이 가능한 직장 변경은 내국인 근로자 보호와는 무관하다는 것이다.

그리고 불법체류 외국인 문제에 대해서도 직장 변경을 과도하게 제한하는 것은 외국인 근로자에 대한 효율적인 관리라는 목적에 별 도움이 되지 않으며 오히려 불법체류자를 양산하는 결과를 현실적으로 초래한다고 보았다.

이러한 직장 이전 제한이 내국인 구인난에 시달리는 중소기업에 도움이 된다고 하지만 사업주가 근로 조건 개선에 대한 노력 없이 외국인 근로자를 현재 사업장에 묶어둘 수 있으면, 사업주로서는 사업장의 작업환경을 개선할 유인이 없으므로 외국인 근로자들의 근로조건과 작업환경은 더욱 열악해지고, 이로 인하여 내국인 근로자의 해당 업종 및 사업장 기피 현상이 더욱 심해지는 악순환이 일어날 수도 있다.

대통령령 및 고시에서 규정하고 있는 직장 이전 사유에 대해서도 소수의견은 현행 근로조건 위반의 영역이 근로시간 감축 또는 변경에 한정되어 「근로

기준법」이 규정한 여러 근로조건 중 극히 일부에 불과하며, 직접적인 업무상 재해가 일어나지 않는다면 위험한 작업장을 이탈할 수 없도록 하여 산업 안전에 관한 보호조치가 취약한 점을 지적한다.

부당한 처우 역시 행위 태양을 성희롱, 성폭력, 폭행, 상습적 폭언 등으로 한정하는데 해당 헌법소원에서 청구인 외국인 근로자가 호소한 바와 같이 무면허인데도 건설기계 운전을 강요하는 등 근로 계약상 무관한 내용이나 생명과 신체의 안전을 위협하는 업무지시 등은 사업장 변경 허용 사유에 포함되어 있지 않다.

고용허가제는 처음부터 외국인 근로자에게 직장 선택의 자유를 허용하지 않기 때문에 외국인 근로자가 직장 이전 사유에 해당하여 사업장을 변경한다고 하더라도 직업안정기관의 장이 추천하는 사업주의 직장으로 옮겨 가게 될 뿐이다. 변경될 사업장의 근로조건이나 작업환경이 전 직장보다 반드시 개선되리라는 보장은 없다. 외국인 근로자가 이러한 불확실성과 불이익을 감수하면서도 사업장 변경을 원한다는 것은 현재 사업장의 근로환경이 열악하여 즉시 이탈의 필요성이 높은 절박한 상황이라는 것 역시 현실적으로 추정할 수 있다고 한다.

소수의견은 이러한 논거들을 종합하면 관련 조항, 시행령 및 고시가 직장 이전을 지나치게 제한하여 입법자의 입법재량의 범위를 넘은 명백히 불합리한 내용이므로 외국인 근로자의 직장 선택의 자유를 침해한다고 판단하였다.

## 4 헌법재판소 결정의 시사점

헌법재판소의 합헌의견과 소수의견을 살펴보면 합헌의견은 “원활한 인력수급 및 국민경제의 균형 있는 발전을 도모함을 목적”으로 하는 외국인고용법의 입법 취지에 부합하도록 영세 중소기업의 상황에 현실적인 초점을 맞추었다면, 소수의견은

열악한 근로조건에서 일하고 있는 외국인 근로자들의 환경 개선에 규범적 판단을 한 것으로 보인다.

법제도가 현실적 상황과 규범적 당위 모두를 만족 하기는 쉽지 않다. 현실을 이유로 공동체 구성원의 기본권이 일방적으로 침해되어서도 안 되지만, 현실을 무시한 규범은 제대로 작동되지 않아 오히려 제도가 없는 것과 같은 무규범 상태를 만들 수 있다.

헌법재판소의 합헌 의견이 고민한 지점도 고용허가제가 현재 우리 산업현장에 미치는 현실적인 영향력이라 생각된다. 고용허가제의 핵심인 직장 이전 제한을 해제할 경우 저숙련 노동력의 이전으로 고용시장에 미치는 파장은 매우 클 것으로 예상된다. 특히 외국인 고용정책은 이민정책 등 다른 거시적인 정책과도 연결되어 있어 단편적인 시각에서 바라 볼 수만 없고 종합적인 제도 설계가 이루어져야 한다.

그렇다고 헌법재판소의 합헌 의견이 이러한 현상을 무조건적으로 수용하자는 것으로 읽혀서는 안 된다. 합헌 의견은 현실적인 파급력과 정책적 시각에서 이 문제는 사후적으로 규범 판단을 하는 사법기구가 아닌 이해당사자를 조정하여 사회 갈등을 해소하는 입법자가 나서야 할 영역이라 판단한 것이다.

따라서 입법자들은 영세 중소기업의 열악한 경영 상황을 고려하면서도 우리 사회 구성원인 외국인 근로자들의 기본권도 향상시킬 외국인 고용정책을 모색해야 할 것이다. 당장 고용허가제를 폐지하고 대안적인 제도 입안이 어렵다면 과도기적으로 다음과 같은 것을 고려해 볼 수 있다.

먼저 외국인고용법 제25조에 규정된 직장 이전의 사유를 고시 등이 아니라 시행령으로 격상시키는 등 규범력을 확보할 필요가 있다. 그리고 동조항에서 규정한 사업장 변경 횟수인 3회를 연장할 필요가 있다.

또한 열거된 직장 이전의 가능 사유를 근로조건의 일부 영역이나 결과적으로 발생한 업무상 재해에 국한할 것이 아니라, 위험한 작업환경, 높은 노동

강도, 사용자의 반복적인 부당한 업무지시 등의 사유가 포함되게 확장하여 외국인 근로자의 직장 이전이 현실적으로 가능하게 하여야 한다. 이는 시행령과 고시 등의 개정이 필요한 행정부의 영역 이지만 입법부의 적극적인 의지 표명이 제도개선 의 동력이 될 수 있다.

## 5 나가며

헌법재판소의 합헌 결정에 대해 민주노총 등 노동계는 반대 성명을 발표하였고 몇몇 언론 또한 사설 등을 통해 외국인 근로자의 인권침해 우려를 표명하였다. 반면에 경영계는 침묵을 택하였다.

헌법재판소의 합헌 결정은 아쉽게도 우리 사회의 갈등을 완벽히 해소하지 못하였으며 입법자의 사회 조정적 역할이 다시 한번 부각되었다.

외국인 고용정책은 경제적 이해관계뿐만 아니라 구성원 간의 가치관에 따라 첨예하게 대립되는 사회 정책 영역이다. 앞으로 저출산·고령화 현상 심화로 이러한 갈등은 더욱 첨예해질 것으로 예상된다. 우리 사회의 지속가능한 발전을 토대로 하되 이제는 공동체의 일원이 된 외국인 근로자의 기본권 또한 마땅히 존중받아야 한다. 서로의 이익을 빼앗아 가는 경쟁 관계가 아니라 서로를 보완하는 상생 관계로 발전할 수 있도록 입법자들은 지혜를 모아야 한다.

『이슈와 논점』은 국회의원의 입법활동을 지원하기 위해 최신 국내외 동향 및 현안에 대해 수시로 발간하는 정보 소식지입니다. 이 보고서의 내용은 국회의 공식 입장이 아니라 국회입법조사처의 조사분석 결과입니다.

