

勞働의 國際的 移動時代와 勞働法

- 勞働과 勞働法의 世界化를 爲해서 -

姜 熙 遠*

차 례

- I. 들어가면서
- II. 노동력의 국제적 이동과 그 원인
 - 1. 서
 - 2. 전문·기술 및 숙련노동자의 경우
 - 3. 미숙련, 단순노동자의 경우
 - 4. 우리 나라에 있어서 외국인노동자의 이주요인
- III. 국제적 인권문제로서 외국인노동자문제
 - 1. 서
 - 2. 생명·신체의 기본적 인권
 - 3. 헌법상의 기본적 인권
- IV. 국제적 노동관계에 있어서 준거법의 문제
 - 1. 서
 - 2. 개별적 근로관계의 준거법
 - 3. 집단적 노사관계의 준거법
 - 4. 재판관할의 문제
- V. 우리 노동법상 외국인노동자의 지위
 - 1. 서
 - 2. 취업가능한 체류자격을 가진 외국인노동자
 - 3. 이른바 불법취업외국인노동자문제
- VI. 결어 : 『인간』의 세계화를 위해서

* 慶熙大 法大 教授, 辯護士, 法學博士

I. 들어가면서

이제 우리 스스로가 『한국경제의 세계화』라는 말을 사용할 수 있을 정도로 우리의 경제규모가 커졌다. 세계은행의 통계자료에 의하면, 세계 180여 개의 나라들 중에서 한국은 13위의 경제적 대국이다. 세계의 여론은 우리 나라의 이러한 경제적 성공을 『한강의 기적』이라고까지 칭송하고 있다. 특히, 88올림픽의 성공적인 개최 그리고 1980년대 후반과 90년대 초반에 거쳐서 민주화의 성공으로 국가적 이미지도 높아져서 세계의 저개발국가들 특히 동남아의 개발도상국가들의 많은 사람들에게는 한국이 전망의 대상으로 되고 있다. 지금까지 우리 국민은 피땀을 흘리며 노력해서 오늘날과 같은 상황을 만들어냈던 것이다.

이러한 한국 경제와 정치의 비약적인 발전과 더불어, 얼마 전부터 우리 나라를 방문하거나 거주하면서 일하는 외국인의 수의 증가가 현저히 두드러져 가고 있다. 요즘 우리들은, 대도시의 특정 장소가 아니라, 전국 각지의 직장에서, 변화가에서, 만원의 지하철 속에서, 그리고 가정집 근처나 슈퍼마켓 등 우리들 주위 어디에서나 외국인들과 마주칠 수 있다. 멋있는 자가용이 아니라, 대도시 근교의 건설노동판에서 막노동을 하거나 사업용 자동차를 운전하고 있는 이른바 단순노동자 같은 외국인도 적지 않게 눈에 띄고 있다. 지정학적 위치 때문에, 우리 나라에서는 얼마 전까지만 해도, 외국인이라고 하면, 기껏해야 외국인의 대명사로 지칭되는 미군이나 외교사절단 및 그들의 가족 등 코가 큰 백인들을 주로 생각하는 정도이었는데, 이제 동남아, 중동, 중앙아시아 등의 여러 국가들로부터 몰려온 다양한 피부빛깔과 생김새의 외국인들로 인하여, 외국인에 대한 우리들의 이미지도 크게 달라져가고, 머지 않아 장래에는 이러한 외국인들의 모습은 한국사회의 일상적인 생활풍경으로 될 것 같다.

그렇지만, 이러한 상황의 변화에는 해결해야할 사회적 법적 제도적 차원의 많은 문제들이 잠재하고 있다는 것을 우리는 잊어서는 아니 된다. 최근에 들어와 특히 염려되어지고 있는 것이긴 하지만, 신문이나 텔레비전의 뉴스보도를 보면, 외국인노동자¹⁾ 등에 관련된 범죄도 상당히 증가해 가는 추세에 있

1) 우리 실정노동법은 노동자라는 용어대신에 근로자라는 용어를 사용하고 있기 때문에 근로자와 노동자라는 양 개념을 어떻게 규정해야 하는가는 우리 노동법학이 해결해야 할 근

는 것 같다.²⁾ 이들 외국인들이, 어떤 때는 범죄 및 산업재해사건의 피해자인 경우도 있고, 또 어떤 때에는 범죄의 가해자인 경우도 있어서 우리 사회에 대한 외국인들의 사회적 관계방향이 점점 다양해지고 있다. 서울, 부산 등 대도시에서 번영의 상징처럼 보이는 24시간영업점에서 외국인노동자 관련 사건이 발생하고, 은행, 전당포나 보석점의 피해도 생기고 있다. 또 같은 나라 출신의 외국인노동자들간에 저지러지는 범죄나 싸움이 자주 생기기도 하지만, 최근에는 안산, 반월 등의 신항산업공단의 외국인노동자 밀집지역 근처에서 방비가 허술한 편의점, 할인매장 및 기타 한국인들이 가끔 외국인관련범죄의 표적으로 되고 있듯이, 외국인노동자관련범죄의 대상도 점차 변해가고 있다. 매스컴의 보도가 모두 진실로 증명된 것은 아니지만, 강도, 절도 등의 범죄의 증가나 에이즈 등의 질병감염도 외국인노동자의 증가경향과 무관하지 않다고는 단언할 수 없을 것 같다.

또 다른 한편으로, 외국인노동자의 근로조건문제, 특히 열악한 근로조건하에 착취당하고 있는 불법취업의 외국인노동자 그리고 심야 유흥음식점에 근무하고 있는 중국조선족 및 러시아출신 여성과 같은 외국인노동자의 인권침해의 문제도 더 이상 그대로 좌시할 수 없는 상황에 이르고 있다.

한국이 동남아 빈국 출신의 외국인노동자의 취업지로 각광을 받게 된 것은 한국경제의 성장과 임금의 상승 그리고 국내 산업계 특히 이른바 3D업종

본적인 문제이다. 그러나 우리가 우리 노동법입법자가 단순히 「노동자」라는 용어 대신에 「근로자」라는 용어를 사용하고 있다고만 막연히 말할 수 없을 것이다. “노동자”라는 용어는 영어의 “laborer” 또는 독일어의 “Arbeiter” 등을 번역한 용어로서 경제적·사회적·정치적 차원에서 “노동의 주체”라는 역사적 의미를 가지고 있는 이념적 개념인데 반해서, “근로자”라는 말은 “부지런히 일하는 사람”이라는 의미를 가지고 있는 중성적 용어로서 사회적 및 언어정책적 측면에서 노동자라는 말이 가지고 있는 사회적 역사적 정치적 의미를 순화시킨, 말하자면 “노동자”라는 용어에 대한 대체용어적 성격을 가진 기능적 또는 기술적 개념이라고 말할 수 있다. 아무튼 우리 입법자는 “노동자”라는 용어 대신에 “근로자”라는 용어를 법적 개념으로 선택하고 있다. 그러므로 이러한 의미에서 보면, 「노동자」는 일반적인 용어이나 「근로자」는 실정노동법률상의 용어라고 할 것이다. 이와 관련하여 앞으로 우리가 법률용어의 선택과 조어와 관한 보다 많은 세심한 연구를 해야 할 필요성이 제기되고 있다. 여기에서 필자는 법률적 용어인 「근로자」 대신에 일반적으로 사용되고 있는 「노동자」라는 용어를 사용하려고 한다. 왜냐하면 우선 노동자는 노동의 주체 또는 노동력을 제공하는 사람이라는 의미를 가지고 있고 또 외국인노동자가 우리 노동법의 적용을 받을 수 있는 「근로자」에 해당하지 않는 경우도 있기 때문이다. 그러나 본고에 있어서 외국 노동자는 외국인근로자와 동일한 개념이라고 생각해도 무방할 것 같다.

2) 외국인범죄와 관련하여 조선일보 2003. 4. 28.~5. 1. 및 5. 3.자 각A9면에서 「활개치는 외국인조폭」이라는 제목의 특집을 다섯 차례에 걸쳐서 다루고 있다.

에 해당하는 중소기업에 일손부족이 심각해졌다는 것에 기인할 것이다. 우리 나라의 경우 사회 전체적 차원에 있어서 실업률은 상당히 높은 편임에도 불구하고, 상대적으로 임금이나 근로조건이 열악한 중소기업에는 『일손부족』에 직면하고 있다. 이들 업체에 있어서 유효구인배율이 급속히 저하하고 있지만, 그럼에도 대기업의 경우에는 워크아웃(workout) 즉 기업구조조정으로 『기업내실업』이 문제로 되는 등 노동과잉이라는 느낌도 급속히 하강하고 있다. 다른 한편으로는, 장기적 차원에서 보면, 머지 않은 장래에 우리 나라의 경우에도 젊은 노동자의 부족, 고령인구의 증가라는 『절대적인 노동력부족의 시대』가 도래할 것이라고 예견하는 사람들도 있다.

그래서 최근에 우리 정부는 지금까지 수십간 일관되게 추진해왔던 산아제한을 통한 인구억제정책을 폐기하고, 출산장려를 통한 인간증가정책을 곧바로 실시하겠다는 발표를 한 바도 있다. 어떻든 외국인노동자문제와 관련한 국내 외적인 정치적 압력을 고려한다고 하더라도, 저렴한 임금으로 명맥을 이어가고 있는 중소기업의 상황 때문에 외국인노동자의 상황을 개선하기 위한 획기적인 해결책을 내놓기는 어렵다고 할 것이다. 이러한 상황에서 우리 정부와 시민단체들은 외국인고용허가제를 도입하면 중소기업의 노동력부족상황과 비난의 대상인 외국인노동자문제로부터 일거에 벗어날 수 있는 것처럼 생각하고 있는 것 같다. 그러나 외국인고용허가제를 도입한다고 하더라도, 다른 특단의 사정의 변화가 없는 한, 우리 사회에서 일어나고 있는 『외국인노동자』 문제가 제대로 해결될 것인지는 미지수라고 할 것이다.

아래에서 필자는 우리 나라에 있어서 노동(력)의 국제적 이동과 관련된 문제를 개괄적으로 취급하고자 한다. 우선, 국제적인 노동력이동의 원인을 개관하고 외국인노동자가 우리 나라로 유입하는 원인을 생각해본다. 둘째, 우리나라에 있어서 외국인노동자의 문제에 대한 국내법적 문제를 논의하기에 앞서서, 현재의 보편적인 인권법적 측면에서 외국인노동자의 문제를 언급하고, 셋째, 외국인노동자의 국내적 문제를 포함하여 노동력의 국제적 이동으로 성립되는 국제노동관계에 있어서 그 준거법의 문제를 간단히 살펴본다. 그리고 마지막으로 외국인근로자들이 우리 나라 노동법상 어떠한 지위를 차지하고 있는지를 문제제기적 차원에서 간략하게 살펴보기로 한다.

II. 노동력의 국제적 이동과 그 원인

1. 서

21세기의 개막과 더불어, 첨단기술의 발전과 더불어 노동의 시대는 서서히 그 막을 내리고 자본의 시대가 또다시 도래하고 있다. 자본은 첨단기술과 그 신속한 유동성을 기초로 하여 세계화에 박차를 가하고, 노동은 그 생존을 유지하기 위해서 자본이 흘러 모이는 곳으로 유입해간다. 한국자본주의도 이제 세계화의 상당한 몫을 차지하고 있다. 우리 민족이 아메리칸 드림(American Dream)을 가지고 아메리카 대륙으로 줄달음을 쳤던 시절이 얼마 되지 않았는데, 이제 동남아제국의 젊은이들이, 과거의 한국젊은이들이 풍요의 나라인 아메리카로 향했듯이, 코리안 드림(Korean Dream)을 가슴에 품고 한반도로 질주해 오고 있다. 코리안 드림을 가진 젊은이는 모두 우리 나라에서 자신의 값싼 노동력을 팔려고 하는 것이다. 꿈의 나라인 한국을 향해서 동남아 빈국들로부터 모여들고 있는 취업희망자들의 수가 계속적으로 증가되는 상황을 맞이하고 있는 현상황에 있어서 우리는 한국에서 번 돈을 고국으로 가지고 돌아가려고 하는 이들 코리안 드리머들의 경제적 동기를 한발 더 파고 들어가서 이를 자세히 분석할 필요가 있다.

우리가 이미 주지하고 있듯이, 국제적 노동이동을 촉진하는 주요요인은 첫째, 국가간의 인구동태의 현저한 격차와 노동력의 수급불균형 둘째, 각국간의 경제발전 특히 소득수준의 격차 셋째, 국제간의 노동력이동을 촉진하는 제도적 구조 등 세 가지라고 할 수 있겠다. 그러나 이러한 지표를 분석해보면 이들 세 가지 이외에도 몇 가지의 중요한 요인이 있다는 것이 분명하게 된다.

이들 세 가지의 요인은 노동력이동의 객관적 조건이지만, 여기에서 우리는 이주노동자측의 주관적 조건도 중요하다는 것을 인식할 필요성이 있다. 특정 노동자가 외국으로의 이주를 결단하게 되는 개인적 요인이 무엇인가, 특히 합법적인 취업비자를 취득할 수 없는 경우 이주해가려고 하는 국가의 실정법을 위반하면서까지 이주하려고 하는 주관적 요인이 무엇이며 그러한 결단을 하는 원인이 무엇인지를 파악할 필요가 있다. 국제적 노동력이동의 원인분석에 있어서는 이러한 객관적 조건과 주관적 조건을 동시에 고려해야 할 것이다.

여기에서는 이들 여러 조건과 요인을 검토함에 있어서 전문·기술 및 숙련

노동자의 경우와 그렇지 못한 미숙련노동자(막노동자도 포함)의 경우를 나누어서 일반적인 차원에서 파악한 후 이를 기초로 해서 우리 나라에서 일하고 있는 외국인노동자의 경우를 별도로 생각해보기로 한다.³⁾

2. 전문·기술 및 숙련노동자의 경우

전문·기술 및 숙련노동자가 국경을 넘어 다른 나라로 이주하는 원인 중에서 가장 큰 것으로서 소득격차일 것이다. 즉 이주국과 피이주국(被移住國) 양국간에 있어서 당해 이주전문직자의 소득격차를 비교해볼 필요가 있다. 여기서 우리가 주의해야 하는 것은 이러한 기준에 있어는 경제학자가 아닌 일반노동자는 소득통계를 사용해서 비교하는 것이 아니기 때문에 당해 이주노동자가 외부로부터 지식을 얻지 않으면 소득격차를 알 수 없고, 이주의 결단의 원인이 되지 않는다는 점을 염두에 두어야 한다.

그런데 국제적 노동력이동의 원인을 분석하는데 있어서 전문·기술 및 숙련노동자와 미숙련노동자의 경우에 있어서 주체적인 소득비교의 방법이 분명하게 다르다는 사실이 종래에는 일반적으로 주목되지 않았다고 말할 수 있다. 전문·기술 및 숙련노동자의 이주에 있어서는 단순한 소득의 비교우위원칙은 성립하지 않는다고 할 것이다. 왜냐하면 이들 노동자의 경우에는 교육, 직업훈련, 경력이라는 인적 자원을 모두 투입하고 있기 때문이다. 이들은 고국에서 자신의 투자에 합당할 정도의 소득을 얻어 생활하는 것이 가능하고, 또 자신의 사회적 지위(또는 케리어)에 만족하는 한에 있어서는 외국으로의 이동이 생기지 않는다. 그러나 이러한 요인이 현저하게 붕괴될 때, 비로소 이동이 생기는 것이다.

노동력의 해외이동과 관련하여 역사적으로 실제 있었던 구체적인 사례는 우리들에게 시사하는 바가 크다. 전문인력의 해외이주에 해당하는 대표적인 사례가 1960년대에 진행되었던 영국의 의사들이 미국으로 이주해갔던 사건과 현재에도 진행되고 있는 중국, 인도 등을 포함한 아시아국가들에 있어서 고급인력이 미국으로 이주해가고 있는 현상이다.⁴⁾

3) 이하에 논의되고 있는 전문·기술 및 숙련노동자와 그렇지 못한 미숙련노동자(막노동자도 포함)의 해외이주원인의 분석은 手塚和彰, 『勞働力移動の時代: 『ヒト』の開國の條件』 中央公論社 1990, 43~86頁을 참조했음.

4) 이러한 현상은 우리 나라에도 해당한다고 할 것이다. 즉 1960, 70년대 우리 나라의 경우에도 많은 고급인력이 정치적 경제적 사회적 이유로 아메리카로 빠져나갔다. 이러한 상황은 현재 우리 나라의 국내사정의 호전으로 그 정도가 약간 수그러졌지만 아직도 그

먼저, 1960년대 영국의 의사들이 미국으로 이주해 갔던 사례를 살펴보면, 2차대전 직후 잉글랜드에서 의료보수의 평등화가 진행된 결과, 의사의 능력, 능력, 노력 무엇에도 관련하지 않고, 사회적 의료보험제도에 의해서만 의료보수가 지급되게 되자, 그 때문에 모든 의사에게 저소득이 어쩔 수 없게 되었다. 그래서 많은 의사들이 아메리카로 이주하고, 일시는 의료의 공급도 위태롭게 되는 사태까지 야기되었다. 제2차대전후에 영국정부는 사회보장 중 의료보장을 일원화하고, 전 주민에게 예방, 건강증진, 치료를 무료로 지급하는 정책을 실시하였다. 이 당시 영국의 의료서비스는 일반의(一般醫)가 제공하는 일반의료서비스와 공영병원에서 제공되는 전문의에 의한 병원서비스, 지방자치단체가 제공하는 예방과 보건복지서비스 등이 있었는데, 이 중에서 의사의 진료보수는 거의 급여제라고 말해도 좋을 정도로 균일화되어서, 환자측에서는 자비에 의한 특별진료도 없어졌다. 그러나 의사는 자신의 인적 자원가치가 충분히 평가되지 않았다고 하는 불만족감을 품게 되었다. 그 결과 거의 10만여명에 이르는 엄청난 숫자의 영국의사들이 아메리카로 이주하게 되었던 것이었다. 그 후 보수당이 정권을 잡으면서 이러한 상황을 개선하기 위해서 자비진료제나 추가지불제와 같은 특진제도를 도입하게 되었던 것이다. 그 당시 영국의 의사들에게 미국의 고용의(雇傭醫)나 개업의(開業醫)의 소득(그렇지만 외과의에게는 소득의 수십 퍼센트를 의료과오소송의 손해배상을 위한 보험료로 지불해야 되는 소송사회이지만)은 압도적인 매력으로 작용하였다고 볼 수 있겠다.

그 다음에 아시아 국가들에 있어서 고급인력의 해외이주 사례들을 살펴보면, 특히 교육투자나 인적 자원이라는 사고방식이 부족했던 중국에서는 2차대전 후, 많은 수의 고학력자가 출국해서 목적 없이 이주목적으로 미국으로 흘러갔다. 또 현재에도 방글라데시, 스리랑카, 필리핀, 미얀마 등 다른 아시아 국가들도 고학력자나 전문·숙련노동자가 대량으로 유출되고 있다. 그렇지만 그 후에 고국에 이들이 근무할 수 있는 일자리가 다시 마련되더라도, 그것은 이들이 다시 고국으로 돌아오는 요인으로 되지 않고 있다.⁵⁾

대로 진행되고 있다고 할 것이다.

5) 아시아 국가들에 있어서 이러한 현상에서 우리가 주목해야 하는 것은 이른바 고급두뇌의 유출이다. 이러한 두뇌유출현상은 국가간의 격차를 더욱더 빈익빈 부익부로 심화시키는 결과를 가져온다. 과학이라는 나무를 육성해서 꽃과 열매도 이룬다고 하면서도 기초적 연구를 비롯하여 각종 연구개발비(R&D)에 대한 투자를 꺼리면서 오로지 꽃과 열매를 따먹는 한국기업의 발상은 비판받아야 마땅할 것이다. 최근에 와서 이러한 사정은 차츰 나아지고 있다.

이상에서 보았듯이, 교육, 훈련이라는 인적 자원투자를 받은 전문, 기술, 숙련노동자가 유출하는 배경에 있는 것은 단순한 소득격차는 아니라는 것은 명백할 것이다. 일의 보람, 경력, 사회적 위치가 중요한 의미를 가지고 있다.⁶⁾

3. 미숙련, 단순노동자의 경우

미숙련노동자⁷⁾의 경우에는 소득에 의한 비교우위원칙이 직접적으로 작용한다. 이 경우, 미숙련노동자가 해외이주를 결심하게 되는 데에 결정적인 영향을 주는 것은 통계적인 비교에 기초한 수치보다도, 오히려 그러한 결과의 가시적인 실현이 용이한가라는 문제로 된다고 할 것이다. 가시적인 실현여부의 기준으로 작용하는 것에는, 예컨대 한국에서 돈을 벌어서 자신의 고국으로 돌아온 동남아 빈국출신의 외국인노동자가 가지고 있는 고국의 일반노동자들이 손쉽게 가질 수 없는 외제오디오, 비디오 등의 고급전자제품과 소득이전의 결과를 자랑스럽게 보여주는 호화저택이나 점포 등이 이에 해당한다고 할 것이다. 해외에서 귀환한 노동자들이 가지고 있는 외제 상품과 호화로운 생활양식

6) 이러한 맥락에서 볼 때, 오늘날 한국사회는 상당히 문제가 많다. 한국젊은이의 절반이 해외이민을 꿈꾸고 있다는 사실은 심각하다(조선일보, 2003. 4. 24자 A10면 기사 참조). 특히 기술이나 시장에서 너무나 치열하게 경쟁 때문에, 장시간 동안, 때로는 침식을 줄여 서라도 노동을 하고 있는 한국의 젊은 노동자들은 비교우위원칙에 비추어 보더라도 도저히 수치맞지 않는 상황에 있다. 그러나 국제화의 오늘날 돈과 몰자와 함께 「사람」도 자유화하고 있고, 국내에서의 전직, 선발 및 국제적 이동이 일상으로 되는 등 젊을 때 입사한 회사가 평생직장이라는 관념에 전제되어 있는 한국식의 고용제도를 흔들고 있고, 이러한 현상은 특히 1990년말 이른바 IMF사태이후 현저해지고 있다. 그래서 종신고용에 기하여 하나의 기업에 일생동안 종사하고자 하는 전문연구개발자도 급속히 감소할 것이다. 구조조정에서 다른 업종으로 신규로 참여한 기업은 새로운 연구자를 육성하기보다는 이미 나와 있는 연구개발의 결과를 가진 연구자를 자사에 받아들여려고 한다. 이러한 현상은 부정경쟁방지법 등에 의해서 어느 정도 억제되고 있지만, 이들 기업은 장기간 축적하였던 노우하우나 코스트와 시간을 들인 연구개발의 성과를 사람의 이동과 함께 다른 회사로 가지고 가도록 할 수밖에 없다. 적어도 이러한 폐해를 없게 하기 위해서는 창조적 노동을 평가하고, 경제적 만족을 주는 것이 중요하다. 오늘날, 국제화가 진행되어 감에 따라 한국이 연구비나 연구개발자의 처우를 포함하여 구미와의 격차를 방치하는 한, 두뇌유출이 일어나고, 기술이나 노우하우도 국제적인 차원에서 이동하게 될 것이다. 다른 한편, 한국기업이 해외의 진출국에서 외국인을 고용하여도 우수한 사람을 모을 수 없고, 국내에서 영입된 외국인 연구자가 살지 않는다고 하는 문제도 일어날 것이다.

7) 여기에서 미숙련 단순노동자라함은 교육, 훈련에 대해서 최소한의 인적 자원투자를 받지 않고, 어떤 직종에 필요한 기술도 경력도 없는 노동자를 말한다. 실질적으로는 고학력자가 자주 학력이 없는 자와 동등한 자격으로 노동시장에 들어오는 경우도 많다. 이것은 본인의 선택이지만 이러한 경우도 미숙련·단순노동자로 취급해야 할 것이다.

은 고국의 젊은 노동자들에게 해외진출을 위한 강력한 욕구로 작용할 것이다. 이렇듯, 주위에서 쉽게 접할 수 있는 해외노동의 성공사례는 결정적인 유인으로 작용해서 젊은이를 외국으로 몰아가고 있다.

미숙련노동자의 경제적 이동에 있어서 보통 젊은 사람들이 그 주체이다. 이들 대부분은 고향에 남아 있는 같은 세대보다도 야심적이고 도전정신이 풍부하다. 게다가 젊으면 젊을 수록 타향의 환경에 유연하게 대응할 수 있다. 다만 이동의 결단에 이르기까지는 또 상세한 예비지식, 결국 취업하기까지의 이동의 비용, 이주처에서의 소득, 생활비 등의 차이에 대한 정보가 필요하다. 뿐만 아니라 이러한 젊은 사람에게 있어서는 그대로 고국에 머물어서 캐리어를 쌓고, 기술을 익혀서 소득이 증가하는 것을 기대할 것인가 어느 쪽을 선택할 것인가를 고민하게 된다. 그러므로 이러한 상황을 하나의 정식으로 표기해 본다면, 결국 $Y=I-T-L-A$ (I: 이주처에서의 소득과 고국에서의 소득의 차; T: 이주비 등 취업비용; L: 이주처에서의 생활비용; A: 고국에서의 기술상승, 사회적 지위 소득증가의 가능성을 나타낸다)로 나타날 것이고, 여기에서 Y가 크면 클수록 미숙련 단순노동자의 해외이동압력은 크게 될 것이다.

4. 우리 나라에 있어서 외국인노동자의 이주요인

한국에 들어와 있는 외국인노동자들은 대부분 단순미숙련노동자들이기 때문에, 단순미숙련노동자들의 해외이주에 관한 위와 같은 일반론을 참조하면서, 이들 외국인노동자가 우리 나라에 이렇게 몰려오는 이유를 분석해본다면, 다음과 같은 사항을 특히 지적할 수 있을 것 같다.

첫째의 이유는 한국에 오는 외국인노동자는 모국에서 만족할 수 있는 일자리가 없다는 것이다. 아시아의 많은 나라는 아직 빈곤하고, 공업화도 진행되지 않고 있다. 이들 나라와 한국의 일인당 국민소득의 차이는 비교하는 것이 미안할 정도이다. 실업률도 정말 높고, 통계의 신뢰성에도 문제가 있다. 일자리가 있어도, 임금, 노동시간이나 근로환경이 한국에 비하여 문제로 할 수 없을 만큼 열악하다.

그러므로 이러한 나라의 사람들이 상대적인 고임금 국가로서의 한국에서 일해 짧은 기간에 목돈을 버는 것을 동경하고, 그래서 한국에 갈 수만 있다면, 어떠한 불법적인 상태에서도 일하려고 하는 것은 당연하다. 게다가 필리핀 등 동남아 빈국의 정부는 은근히 외화수입원으로서 해외진출노동자의 송금에 커

다란 기대를 하고 있고, 이러한 상황은 외교적 관계에서도 상대적으로 임금의 비교우위에 있는 일본 및 한국에 대한 노동력의 공급압력으로 작용하고 있다고 할 것이다.

둘째의 이유는, 외국적의 조선족(또는 韓族)노동자들의 한국내의 유입과 관련해서, 한국정부가 현재 취하고 있는 해외동포에 대한 포용정책에 있다고 할 것이다. 과거에 한국경제의 규모가 낮았을 때, 연변이나 중앙아시아, 사할린 등에 있는 외국적의 조선족은 적어도 돈벌이와 관련해서는 그들의 고향인 한국에 대해서 특별한 관심이 없었다. 그러나 1980년대 이후 한국경제가 발전하여, 한국의 경제적 상황이 자신들이 속해 있는 국가들보다 상대적으로 우위를 차지하게 되자, 경제적 측면에 있어서 고국에 대한 관심이 높아지고 있다. 특히 조선족의 경우 언어나 문화적 측면에서 한국인과 동질성을 가지고 있기 때문에 다른 외국노동자들에 비해서 진입경비가 거의 들어가지 않는다.

게다가 한국정부가 해외동포에 대해서 적극적인 포용정책을 추진하고 또 대부분의 한국인들이 민족적 차원에서 이들에 대해서 동정적인 입장을 가지고 있기 때문에 연변이나 중앙아시아, 사할린 거주하는 외국국적의 조선족이 짧은 기간 내에 상대적으로 많은 소득을 얻기 위하여 한국으로 유입하고 있다.

세 번째의 이유는 원화가치의 상승으로 인하여 동남아의 개발도상국가들의 노동자들이 한국에서 일할 메리트가 크게 되었다는 것이다. 이들 노동자가 우리 나라에서 얻은 임금을 본국 통화로 바꾸면, 본국에서 일하는 사람에 비하여 너무나 높은 수입을 얻을 수 있다. 동구제국의 정치변화 등에 의해서 환율은 상하로 움직이고 있지만, 대폭적인 하락이 없는 한, 불안정한 입장에 있는 불법취업이라도 우리 나라에서 일할 메리트가 없지 않다.

네 번째의 이유는 우리 나라가 1970년대 후반 이후 고성장과 함께 장기간의 호황을 누렸고, 1990년대 후반 이른바 외환위기사태로 인하여 한국경제가 위축되고 기업의 고용감축으로 실업상태가 상당히 심각하게 되었음에도 불구하고 일부 산업부문에는 여전히 일손부족이 심각하다는 것이다. 이들 일부 산업부분에 있어서는 일할 조건이나 환경이 다른 지역에 비하여 상대적으로 열악하지만, 사용자가 노동자에게 업무에 따른 특별한 주문을 하지 않기 때문에, 일자리를 찾는 데에 아무런 어려움도 없다. 그래서 젊은 한국인을 모집하기 어려운 중소기업, 외식산업 등에는 그것이 불법고용에 해당한다고 하더라도 외국인노동자를 고용할 생각이 강하게 되는 것이다.

다섯 번째의 이유는 산유국에서의 건설부흥(boom)이 없어지고, 국제적인 돈벌이나라로서 중동산유국의 비중이 낮아지고 그 대신 최근에 고도성장을 이룩한 한국이 돈벌이나라로 부각되고 있다. 1970년대와 80년대 초반까지는 파키스탄, 방글라데시, 필리핀 및 우리 나라 출신의 건설노동자들이 중동의 산유국에 돈벌이하러 갔지만, 이들 산유국들의 경제가 일정한 수준에 도달하고 또 정치적 분쟁으로 불안하게 되자, 파키스탄, 방글라데시, 필리핀 출신의 노동자들은 상대적인 고임금을 누리고 있는 한국에 주목하고, 돈벌이하러 갈 곳을 중동에서 일본 및 한국으로 변경하고 있다. 이러한 요인은 당분간 변하지 않을 것이다. 앵글로아메리카동맹국에 의한 이라크 후세인정권의 타도 이후, 물론 얼마나 많은 돈을 쏟아 넣을 것인가 관건이겠지만, 상당한 기간동안 미국주도에 의한 이라크 재건정책으로 노동수요가 급증할 것이기 때문에 아시아 빈국들의 많은 건설노동자들이 이라크재건을 위한 건설현장으로 몰릴 수도 있겠다. 어쨌든 한국에 있어서 외국인출입에 대한 법률이나 행정에 의한 제한이 지금보다 특별히 강화되지 않는 한, 우리 나라에서의 취업을 목적으로 하는 아시아를 비롯한 외국인노동자의 수는 앞으로도 감소할 공산이 크지 않을 것이다. 아마 아시아의 여러 국민국들은 한국이 그들 나라의 유희노동력을 합법적으로 수입하기를 강하게 기대하고 있을 지도 모른다.

Ⅲ. 국제적 인권문제로서 외국인노동자문제

1. 서

위에서 이미 언급했듯이, 이제 세계화로 인하여 국제적인 노동력이 이동할 수 있는 객관적인 요건은 이미 형성되어 있기 때문에, 자본과 마찬가지로, 특별한 물리적인 제한이 없는 한, 노동도 여러 가지의 원인과 요인으로 인하여, 국경을 넘어서 국가간에 이동하게 될 것이다. 이렇게 본다면 노동자의 해외이주라는 사실도 열린 세계자본주의체제하에서 자연스런 현상일 수도 있겠다.

얼마 전까지만 해도 상품수출에 의한 외화벌이보다 노동수출에 의한 외화벌이가 더 많았던 때가 우리에게도 있었다. 1960년대 1970년대에 합법적 또는 불법적으로 우리 나라의 노동자들은 돈을 벌기 위해서 목숨을 걸고 선진국으로 진출하였다. 이렇듯 달러(dollar)를 벌기 위해서 경제적 선진국으로 진출하려고 몸부림쳤던 우리들의 지난날의 처지를 생각해보면, 요즘 동남아사람들

이 돈벌이하러 한국에 몰려온다는 것은, 어쩌면 우리 사회가 그들의 선망대상이라는 점에 있어서 자랑스런 측면일 수도 있다. 그러나 이들이 처해있는 현실을 돌아보는 순간, 이러한 우리의 자부심은 금방 수치심으로 변한다. 이러한 수치심으로부터 벗어나기 위해서 우리는 그들에게도 인간다운 대우를 해야 할 것이다. 국제적 노동력이동과 관련하여 이들 노동의 주체에 대한 인간다운 처우의 기준으로서 우리가 생각하지 않으면 아니 되는 것이 바로 국제적 인권 규범이다. 노동이동의 세계화와 더불어 제기되는 근본적 문제가 노동주체의 인권문제이다.

국제노동이동에 대한 국제적인 규범으로서, 우선, 가입국의 자국내에서 뿐만 아니라 타국에서 일하고 있는 사람들 모두에게 적용되는 인권보장규정이 있다. 이러한 규범에 해당하는 것으로는 국제연합 인권규약을 비롯해서 국제노동기구(International Labor Organization : ILO)협약, 유럽연합(European Union : EU)조약 등의 국제조약에 의한 것 등과 같이 다수국간의 조약이 있고, 또 특별한 경우에는 체결당사자 양국에만 적용되는 조약에 의한 것도 있을 수 있겠다. 이것을 통해서 인권규정이 조약의 효과 그 자체로서 직접적으로, 혹은 통상 노동력이동의 자유의 보장의 일환으로서 국제적으로 형성되어 왔다. 그러나 그 근거에는 기본적 인권의 존중에서 직접적으로 요청되는 것도 있다는 것은 부정할 수 없다.

외국인노동자의 노동권과 사회권에 관련된 기본적 인권을 규정하고 있는 것으로는 국제연합의 세계인권선언(1948년 채택) 제22조의 『사회보장을 받을 권리』, 『경제적 사회적 및 문화적 권리』와 제23조의 『노동에 관한 권리』가 기본이라고 할 수 있고, 그 실현을 목적으로 하는 인권A규약, 및 인권B규약(1966년)의 국내법으로서 적용과 정립이 문제로 된다. 그뿐만 아니라 국제연합조약으로는 여자차별철폐조약(1979), 아동의 권리에 관한 조약(1989년), 인종차별철폐조약(1965년) 등도 외국인노동자의 노동권과 사회권의 보장과 관련하여 문제로 된다. 또 『모든 이주노동자 및 그 가족의 권리보장에 관한 조약』(1990년)은 한국에서는 아직 비준되지 않고 있지만, 모든 외국인노동자에 대한 보호를 하는 것이 선진국의 기본적인 추세이므로 아마 머지 않은 장래에 한국도 이에 비준해야 할 것이다.

노동관계에 있어서 무엇보다 국제노동기구(ILO)의 다양한 협약, 특히 비준되어 국내법의 조정을 통해서 존중되어야 할 협약 및 권고가 중요하다는 것은

말할 필요도 없을 것이다. 특히 국제노동력이동과 관련하여 인권보장적 차원에서 기본적 사항을 규정하고 있는 ILO협약에는 『근로자재해보상에 있어서 내·외국인 근로자의 균등대우에 관한 협약』(19호) 『이민근로자의 모집, 직업 소개 및 근로조건에 관한 차별대우에 관한 협약』(111호) 『열악한 조건하에 있는 이주 및 이민근로자의 기회 및 대우의 균등의 촉진에 관한 협약』(143호) 등이 있지만, 한국은 아직 이들 협약에 아직 비준하지 않고 있다.⁸⁾

이들 ILO협약에 관해서는 한국뿐만 아니라 선진국조차 아직 비준하지 않는 경향이 강하기 때문에 이들 조약에 대한 비준문제는 오히려 개발도상국들이 선진국에 대해서 그 비준을 요구하는 경향이 강하다. 또 세계무역기구(World Trade Organization : WTO)협정에는 1998년 이른바 우루과이라운드 이래 중요한 쟁점으로 되고 있는 『서비스무역의 자유화』에 노동력이동이 포함되어야 하는가 라는 문제가 선진국과 개발도상국간에 논의되어 왔지만, 세계무역질서가 관세및무역에관한일반협정(Gernal Agreement on Traiffs and Trade : GATT)체제가 WTO체제로 전환된 후에도 여전히 완전한 결론에는 이르지 못하고 있다. 그렇지만 일단 받아들인 외국인노동자에 대해서는 근로 조건의 평등적용을 비롯하여 내외국인 간의 균등처우가 확보되어야 한다는 것이 일반적으로 승인되어 가고 있는 추세라고 할 것이다.

어떻든 이들 협약과 조약 중 이미 우리 나라에서 비준·발효되고 있는 것에 대해서는 최고법규인 헌법 제6조에 의해서 국내법과 동일한 효력을 가지기 때문에 이를 성실히 준수해야 하는 것이 말할 필요도 없다. 그런데 이러한 국제조약이 설정하고 있는 기본적인 인권보장의 내용을 살펴볼 때, 외국인노동자의 문제와 관련해서 외국인노동자의 취업허가소지 여부와 관계없이 문제로 되는 것은 생명신체에 대한 절대적 인권과 각국 헌법이 공통적으로 보장하고 있는 기본권의 경우라고 할 것이다. 이러한 기본적 인권은 인간이면 누구에게나 인정되는 기본적 권리이기 때문에 체류자격여부와 관계없이 우리 나라에서 일하고 있는 외국인노동자에게도 당연히 보장되어야 할 것이다. 아래에서 생명신체의 기본권과 각국 헌법이 보장하고 있는 기본권에 관해서 약간 더 살펴보기로 한다.

8) 한국은 183개의 ILO협약 중 비준대상 협약 97개 중 18개에 2001년말 현재 비준하고 있다. 이러한 비준의 수준은 경제협력개발기구(Organization for Economic Cooperation and Development : OECD)가입국 중 하위에 속한다. 노동부, 『2001노동백서(2002년판)』, 442~443면 참조.

2. 생명·신체의 기본적 인권

생명신체에 관한 기본적 인권은 어떠한 나라에서든 국적, 인종, 성별 등에 관계없이 보장되어야 하고, 어느 국가이든 이를 위한 필요한 입법과 구제조치를 취하지 않으면 아니 될 것이다.⁹⁾ 이러한 생명과 신체에 관한 기본적 인권의 내용에는 노예 및 강제노동의 금지나 신분구속이나 자의적인 체포, 억류로부터의 보장도 당연히 포함된다. 이것과 함께 남녀평등, 사상과 신앙의 자유, 명예와 신용의 보호 및 표현의 자유도 어떠한 사람에게도 보장되어야 할 기본적 인권이기 때문에 외국인동자에게도 당연히 보장되어야 한다.

3. 헌법상의 기본적 인권

보편적인 인권보장과 관련하여 우리 헌법도 국제적 조약이 규정하고 있는 기본적 인권을 명시적으로 국민의 기본권으로 보장하고 있다. 그런데 노동문제 특히 외국인노동자와 헌법상 보장된 국민의 기본권과 관련해서 문제로 되는 것은 우선 이러한 인권규정은 기본적으로 국가에 대한 권리이기 때문에 이것이 사인(私人)간에 어떠한 법적 효력을 가지고 있는가 라는 것이다. 왜냐하면 외국인노동자의 문제는 당해 외국인노동자와 사업주의 사법(私法)적 관계에서 제기되는 문제이기 때문이다. 이것은 이른바 기본권에 관한 헌법상 규정의 대사인(對私人)적 효력문제이다. 이에 대해서는 직접효과설 및 간접효과설 등 몇 가지 견해가 나누어져 있지만,¹⁰⁾ 가장 소극적인 입장인 간접효과설에 의한다고 하더라도, 인권보장은 이를테면 사인간에서는 우리 민법 제103조의 “선량한 풍속 기타 사회질서”의 내용으로서 구체적인 민사 또는 노동사건에 있어서 재판규범으로서 적용된다고 할 것이다.

그러므로 인간이라는 사실에 의해서 당연히 향유하는 인권은 불법체류여부와 관계없이 누구라도 이것을 향유하는 것을 인정해야 하고, 헌법이 보장하고 있는 기본적 권리는 그 권리의 성질상 한국국민만을 그 대상으로 하고 있다고 해석되는 것을 제외하고, 우리 나라에 체류하고 있는 모든 외국인에 대해서

9) 유엔인권 B규약 제3부 참조.

10) 사인간의 기본권의 효력에 관한 이론적 구성에 관해서 허영, 『헌법이론과 헌법(中)』 (초판), 박영사, 1984, 87면 이하 참조.

동일하게 미친다고 해석해야 할 것이다. 그런데 여기에서 문제는 한국국민만을 그 향수의 주체로 되는 헌법상의 기본권이 무엇인가 즉 헌법상의 어떠한 기본권이 한국국적을 가진 사람만이 그 대상으로 하고 있는가 라는 것이다. 즉 “국민을 대상으로 하는 권리” 중에서 “국민”이라는 것이 무엇을 의미하는가? 이를 개별 권리에서 구체적으로 검토해야 하겠지만, 국민의 그 범위는 명확하지 않고, 또 시대나 국제관계, 국제환경에 의해서도 그 범위는 변한다고 할 것이다. 다만, 우리 헌법이 말하는 『국민』은 영문헌법에서는 모두 “people”이라고 표현되는 것이 통례이기 때문에, “국민”이란 용어는 본래 『인민』 또는 『시민』으로 해석되어야 하는 것이 아닌가? 물론 이러한 용어선택의 문제에 관련하여 헌법제정과정에 대한 본격적인 연구는 없다는 것은 대단히 아쉬운 점이다. 오늘날, 국제연합 등의 인권조약이 넓고 상세하게 개별적인 인권규정을 두고, 그 주체를 『사람』 『인간』 『누구라도』 『시민』 『모든 자』 등으로 조문 어디나 엄밀하게 나누어서 사용하고 있는데, 우리 헌법은 대부분의 경우 기본권의 주체로서 『국민』을 상정하고 있다. 그러나 기본권의 주체로서 “국민”을 반드시 국적여부로만 판단할 것은 아니라고 할 것이다. 헌법이 보장하고 기본권의 성격에 특별히 반하지 않은 한, 헌법조문의 “국민”이라는 표현을 “인간”으로 확대하여 해석해야 할 것이다. 다시 말하면, 우리 헌법상 기본권의 주체로서 국민의 범위를 외국인에게까지 확대해야 한다는 것은 오늘날과 같은 국제화시대의 새로운 요청이라고 할 수 있다. 왜냐하면 이것이야말로 대한민국의 진정한 세계화라고 할 것이기 때문이다.

우리 헌법이 보장하고 있는 개별 기본권 중 외국인노동자의 기본적 권리와 관련하여 특별히 문제로 되는 것을 몇 가지를 언급해 보기로 한다.

우선, 인격, 사상, 신조, 양심 등 인간의 정신적 자유권에 관련된 문제이다. 앞으로 세계화가 가속되어서 다양한 지역의 국가로부터 외국인노동 이주와 거주가 활발히 증진된다면, 특히 세계의 다양한 양식의 종교들이 우리 나라의 산업현장에서 접촉하게 될 것이다. 이것은 사업장에 있어서 신교의 자유가 심각한 문제로 될 가능성이 있다. 이들 문제들 중에서 근로관계에 있어서 특히 문제로 되는 것은 예컨대, 종교마다 다른 휴일, 휴게(예컨대, 이슬람교의 근로시간중의 예배나 라마단)를 어디까지 사용자는 인정해야 하는가 또는 어떠한 범위에서 하지 않아도 되는가 등이다. 문화적 측면에서 볼 때, 한국사회는 외래종교에 대해서 상당히 관대한 편이다. 그럼에도 불구하고, 종교적 규범의

차이에서 생기는 사업장내에 있어서 사업주와 외국인노동자 그리고 내외국노동자 상호간에 대립과 마찰은 상당히 크게 될 것이다. 이러한 문제는 사람의 인격, 사상, 신조, 양심 등의 자유를 보장하고 있는 헌법조항과 관련하여 세심히 검토되어야 할 것이다.

그 다음, 신체의 자유의 보장이 문제이다. 근로계약에 의해서 외국인노동자의 신체의 자유를 어느 정도로 제한할 수 있는가 라는 것도 내국인의 경우와 마찬가지로 헌법상의 기본권문제로 논의되어야 할 것이다. 노예제도가 인정되지 않은 우리 헌법질서에 있어서 외국인노동자에게도 한국인노동자와 동일한 신체적 자유가 보장된다는 것은 당연하다고 할 것이다. 그러므로 불법체류 외국인노동자의 경우 그것을 약점으로 잡아서 구타하거나 강제노동을 강요하는 것 또 합법적인 체류 외국인노동자라고 하더라도 여권의 유치나 아파트에의 연금 등에 의하여 그에게 노동을 강요하는 것은 근절되어야 할 것이다. 그뿐만 아니라 이러한 강제노동은 우리 근로기준법 제6조가 엄격히 금지하는 바이고, 외국인노동자의 경우, 여비나 식숙비 등을 먼저 빌려주고 임금과 상계하거나 또 퇴직하려고 하면 이러한 금원을 반환하거나 손해로 배상하라고 강요하는 것 등도 우리 근로기준법 제26조, 제27조가 금지하고 있는 바이다.

세 번째로, 외국인노동자의 법적 보호와 관련하여 특히 문제로 되는 것이 평등권의 보장에 관한 것이다. 한국 영내에 거주하고 있는 외국인노동자도 한국인노동자와 마찬가지로 “법 앞에 있어서” 평등한가? 앞에서 이미 언급했듯이, 헌법 제11조 제1항이 평등권의 주제로서 『국민』을 상정하고 있지만 물론 내·외국인의 평등은 헌법 제11조 제1항의 법 앞의 평등규정에 의해서 보장되고 있다고 하겠다. 역사적으로 볼 때, 노동법은 원칙적으로 그 보호주체를 모든 근로자로 상정하고 있으며, 그래서 우리 근로기준법 제5조는 국적, 신조 또는 사회적 신분 등을 이유로 하는 근로조건의 차별적 취급을 금지하고, 또 근로기준법과 노동조합및노동관계조정법은 그 적용대상인 근로자를 직업의 종류를 불문하고, 임금, 급료 기타 이것에 준하는 수입에 의해서 생활하는 자를 말한다고 하고 있으므로 외국인노동자 즉 외국인근로자에 대해서 우리 나라의 실정노동법규정을 내국근로자와 마찬가지로 평등하게 적용하는 것은 해석상 당연하다고 할 것이다.

그러므로 외국인이 이른바 불법취업을 하고 있는 경우에도, 근로계약은 원칙으로 유효하고, 이러한 근로관계에도 노동법의 적용은 당연히 있다고 할 것이고, 물론 이러한 근로계약이 예컨대 출입국관리법위반이 있다고 하더라도

그것은 공법적 단속법규위반에 불과하기 때문에, 민법 제103조의 『선량한 풍속 기타 사회질서』의 위반으로서 무효가 되는 것은 아니라고 할 것이다.

마지막으로, 장기체류외국인노동자에 대한 정치적 참가권과 사회보장권을 어떻게 인정할 것인가라는 문제이다. 최근에 몇몇 선진국에서 장기체류외국인에게도 참정권, 국민연금이나 국민건강보험 및 연금보호에 있어서 내국인과 동일한 자격을 부여할 것인가에 관한 문제가 법적 차원에서 논의되어지고 있는 듯하다. 우리 나라의 경우에도 이러한 문제에 대해서 논의해야 할 것이다. 이들 문제에 대한 상세한 것은 다른 기회 또는 다른 집필자의 논의에 맡기기로 한다. 다만 여기에서 한 마디만 부언하면, 예컨대 통합이 진행 중인 유럽 공동체에 있어서도, 사회보장에 대한 통합이 가장 어려운 문제로 되고 있는 것을 볼 때, 사회보장과 관련하여, 외국인노동자의 문제는 세계적 차원에 있어서 공통규범과 제도적 통합이 이룩되지 않은 한, 진정한 의미의 세계화에 있어서 최후까지 해결하기 어려운 난제라는 것이다.

IV. 국제적 노동관계에 있어서 준거법의 문제

1. 서

한국 내에서 외국노동자문제도, 노동관계의 주체면에서 본다면, 국제적 노동관계법상의 문제라고 할 것이다. 그래서 우선, 이들 노동관계의 내용을 결정하는 실체법이 어느 나라의 법인가 라는 문제가 제기되고, 그 다음 근로계약 위반하는 경우 외국인노동자가 한국법원에 권리구제를 위한 소를 제기할 수 있는가 라는 절차법상의 문제가 제기된다. 이러한 문제는 근본적으로 국제사법상의 문제로서, 이에 답하기 위해서 우리는 이 문제와 연관된 보다 일반적 문제를 언급할 필요가 생긴다.

자본, 통상, 노동의 세계화가 급속도로 진행되고 있기 때문에, 앞으로 국적을 달리하는 근로자와 사용자간에 노동분쟁이 일상적으로 일어날 수 있다. 예컨대, 한국이 아닌 甲나라의 국적을 가지고 있는 노동자 A가 한국 이외 甲나라의 국적의 법인인 B회사에 개설하고 있는 한국이 아닌 乙나라에서 고용계약을 체결하고, 실질적으로는 주로 한국 내에 있는 B회사 한국지사의 사업장에서 근무하고 있을 때 근로자 A와 B회사의 관계는 어떻게 되는가? 또 근로자 A와 B회사의 사이에 근로조건을 둘러싼 분쟁이 발생하였을 경우, A가 자

신이 주장하는 근로조건을 실현하려고 하는 경우, 그 법적 관계의 판단하는 법은 어느 나라 법인가?

이러한 경우, 우선 어느 나라의 법원에서 다룰 수 있을까?(국제재판관할의 문제), 법적으로 어느 나라의 법률에 의할까(준거법의 문제), 그 법적 효과와 실현의 수단은 어떻게 될까? 여러 가지 문제들을 생각할 수 있다. 이러한 점에 대해서는 이미 국제사법상 혹은 최근에 노동법에서 논해지고 있지만, 현실의 노사관계의 국제적 진전은 사태를 보다 복잡하게 만들고 있다.

앞으로 우리 노동법학계에서도 국제적 노동관계의 준거법과 관련하여 보다 깊은 연구가 있어야 하겠지만, 여기에서 필자는 이러한 문제에 대해서 근로계약을 중심으로 하는 개별적 근로관계와 노동조합을 중심으로 하는 집단적 노사관계로 구분하여 문제를 제기하는 차원에서 살펴보고 또 재판관할문제에 대해서 간단히 언급하기로 한다.

2. 개별적 근로관계의 준거법

당사자가 외국인인 경우나 노무공급지가 외국에 있는 경우 등과 같이, 이른바 섭외적 노동관계에 있어서는 적용가능성이 있는 법질서가 복수로 등장한다. 여기에는 우선 당해 법률관계에 있어서 어느 법이 적용되는지가 확정되지 않으면 아니 된다. 한국의 국제사법¹¹⁾은 법률행위의 성립 및 효력에 관해서는 당사자의 의사에 따라 어느 나라의 법률에 의할 것인가를 정하고, 법해석의 자유, 당사자자치의 원칙을 채용하고 있다.¹²⁾ 이러한 당사자 자치의 원칙은 국제근로계약관계에 있어서도 기본적으로는 타당하다고 할 것이다.

당사자에 의한 법선택은 명시적으로 뿐만 아니라 묵시적으로도 할 수 있다. 이러한 경우, 국제노동법에 있어서는 노무급부지, 당사자의 주소, 고용될 사업의 소재지, 사업의 본거지, 당사자의 국적, 계약체결지, 계약의 서식, 사용언어, 임금의 지급장소, 지불통화, 또는 법인의 설립준거법 등이 그 때의 구체적인 기준으로서 고려해야 될 것이다.¹³⁾

근로계약준거법에 있어서는 기본적으로 당사자자치의 원칙이 타당하지만,

11) (구)섭외사법은 2001년 4월 7일 법률 제6465호로 전면 개정되어 『국제사법』이라는 이름을 가진 법률로 개정되었다.

12) 국제사법 제25조 참조.

13) 국제사법 제28조 제2항 참조.

이것에 의해서 생기는 피해에 대응하기 위해서는 법선택자유를 제한하는 법이론이 논의해야 할 것이다. 그래서 우리 국제사법은 근로계약의 경우에 당사자가 준거법을 선택하더라도 그 준거법 소속 국가의 강행법규에 의해서 근로자에게 부여되는 보호를 박탈할 수는 없다고 규정하고 있다.¹⁴⁾

근로계약준거법의 결정에 관한 국제사법적인 저촉규칙에 대해서 논의하였지만, 이러한 접근과는 다른 차원에 있어서 개별법규에서 출발하면서 그 저촉법적인 적용이 문제로 되는 경우가 있다. 개입규범 혹은 절대적 강행법규라고 칭하는 이들 규범은 『방기할 수 없는 국가적 이익』을 체현하는 질서정책적인 규범이고, 법규 그 자체에 일방적인 저촉법규범을 내포하는 것에서 쌍방적인 저촉법 규칙에 기한 국제사법적인 준거법결정의 규칙과는 별도의 차원에 있어서 곧바로 그 법적용이익을 가지는 법역이 확정되는 것으로 된다. 예컨대 외국인의 취업허가에 관한 법규제나 직업안정법, 근로자파견법, 근로시간의 상한규제나 안전위생법규 등, 국가에 의한 공권적인 질서규제의 역할을 담당하는 법규는 계약준거법의 여부에는 관계없이 당해 근로관계를 규제하는 의도를 가진 경우가 있을 수 있다.

당사자자치의 제한문제가 과연 절대적 강행법규의 적용문제에 의해서 해소될 수 있는가, 절대적 강행법규의 적용은 이것과 중복하는 근로계약준거법을 일률적으로 배제하는 것으로 되는가 혹은 한국 노동법규의 절대적 강행법규성의 구체적인 평가 등 주로 국제사법적 접근방법과의 조화라는 관점에서는 역시 논해야 할 점도 있다.

3. 집단적 노사관계의 준거법

우리 국제사법에는 국경을 넘는 집단적 노사관계에 적용될 준거법을 결정하는 저촉규범이 규정되어 있지는 않다. 하지만 집단적 국제노동관계에 관해서는 한국의 집단적 노사관계법규에서 출발하는 적용영역의 확정접근방법을 취하는 것이 많겠지만, 이론적으로는 단체교섭이나 단체협약, 단체행동을 둘러싼 법률관계의 준거법결정을 위한 일반적 저촉규칙을 이야기하는 것은 가능하고, 집단적 노동관계도 기본적으로 사인간의 법률관계인 이상, 사인간의 생활관계에서 출발해서 준거법을 결정하는 국제사법의 원칙이 타당하다고 생각된다. 일반원칙에 따르면, 각각의 생활관계에 가장 밀접한 관련국과 연결하는 것이 기본으로 될 것이다. 재외한국기업에서의 노사분쟁에 있어서 현재의 노

14) 국제사법 제28조 제1항.

동조합이 한국 본사와의 사이에 단체교섭을 하기도 하고, 혹은 본사에서 연좌 데모 등의 쟁의행위를 하는 경우, 현지법과 한국법 중 어느 것이 적용되는가의 문제는 당해 분쟁의 실질적인 중점이 어느 곳에 존재하는 것인가에 의해서 결정된다. 그러나 이것은 어디까지나 법률관계에서 출발한 저축규칙에 의한 것이기 때문에, 이것과는 별도로 개입규범의 법역 확정방법이 있다. 전자에 의해서 적용이 부정되었던 법이, 후자의 접근방법에 의해서 그 적용을 긍정하는 경우도 이론적으로는 있을 수 있겠다.

그리고 법률관계에 기초를 둔 저축규칙에 의한 경우, 집단적 근로관계의 당사자에 의한 준거법선택이 어떠한가가 문제로 될 수 있다. 한국에 있어서는 아직 논의가 되고 있지는 않지만, 앞으로 예컨대, 국제적으로 활동하는 노동조합과 다국적기업이 법률행위의 하나인 단체협약을 둘러싼 노사분쟁해결을 위한 준거법에 대해서 합의를 하는 것을 생각할 수 있다. 이것을 실질법상의 합의에 유보해둘 적극적 이유는 보이지 않는다. 그렇지만 그래서 합의된 준거법과는 별도로, 개입법규인 법정지(法廷地)의 집단적 노동관계법의 적용에 의해서 준거법의 적용이 배제될 수 있다는 상기의 규칙은 이 경우도 타당하다.

쟁의행위에 대해서는 쟁의행위가 행하여진 국가의 치안정책이나 산업활동에 대한 영향 등에 비추어서 행위지와 관련이 중시되지만, 이것에 의해서 연결된 외국의 노동쟁의관련법을 적용한 결과가 우리 나라의 노동기본권질서가 형성하고 있는 선량한 풍속 그 밖의 사회질서와 심각한 모순을 야기하는 경우에는, 그 적용을 배제할 수 있는 것은 일반적인 준거법결정의 경우에서와 마찬가지로 할 것이다.¹⁵⁾ 또 준거법으로서 적용된 외국법과 개입법규인 한국법이 중첩하는 것도 이론적으로는 있을 수 있지만, 집단적 노동관계에 대해서는 이러한 중첩한 규범에 의해서 분쟁을 처리하는 것은 통상 곤란하고, 개입법규인 한국의 집단적 노동관계법의 속주주의적인 법역확정에 의해서 외국준거법은 그 적용이 배제될 것이다.

4. 재판관할의 문제

피고의 보통재판적의 소재지는 노동사건에 대해서는 사용자의 주소지이다.¹⁶⁾ 그래서 사용자가 회사인 경우, 본점 혹은 영업소, 지점의 주소지의 법원

15) 국제사법 제10조 참조.

16) 민사소송법 제1조의 2 참조.

에 관할권이 있다.¹⁷⁾ 그것이 불법행위인 경우에는 불법행위지의 법원에 관할권이 인정될 수 있다.¹⁸⁾ 그러므로 국제재판관할도 이중으로 인정되는 것은 국제적인 노동관계에서는 피할 수 없다. 이 경우에, 양자가 같은 국내이면, 이중의 제소가 금지되고, 당사자는 동일 소송을 다른 법원에 제기할 수 없는 것이지만, 현재 국제적으로 이중기소를 금지하는 국제적 조약은 없다. 결국 당사자 특히 노동자측이 원고인 경우, 여러 가지 점들을 고려한 다음 소송지를 선택하게 될 것이다. 노동사건의 경우, 자신의 주소지나 근로계약의 이행지가 가장 소송수행에 유리하다는 것은 말할 필요도 없다.¹⁹⁾ 예컨대 증거수집에 있어서도 노동관계의 사실을 명확히 하는 것이 용이할 것이고, 배심제가 있는 국가에서는 자국민에 의해서 자국민을 결정해야 한다는 이른바 홈타운결정의 원칙을 선호하는 현상도 있을 것이다. 또 나라에 따라 불법행위의 손해배상액이 다른 것도 있다. 이들 점을 어떻게 이해해야 하는가도 중요한 과제이다.

보통재판적의 관할은 원칙으로서 피고보통재판적소재지의 법원의 관할이지만,²⁰⁾ 재산권상의 소송 등에 대해서는 피고의 재산소재지의 관할법원에 재판권이 있는 경우도 있다.²¹⁾ 이러한 결론을 가져오는 재판관할권의 결정에 관한 근거에 대해서는 학설상 상당히 논의되고 있지만, 근로관계에 대해서는 다음과 같이 생각하는 것이 원칙이라고 하겠다.

근로계약의 이행지가 한국영내인 경우, 한국에 지점영업소가 있는 경우는 무엇보다, 만약 한국에 영업소를 가지고 있지 않은 외국법인의 경우에도 의무이행지로서의 한국법원에 재판관할권을 인정할 수 있다. 특히 외국기업이 한국에 자회사를 두고 있는 경우, 그 자회사가 그의 종업원을 해고한 때 그러한 해고가 불법행위라고 주장하면서 그것에 손해배상을 청구한 사건에 대해서는 한국의 법원(法院)에 국제재판관할이 인정된다고 할 것이다.²²⁾ 그러나 근로계약에 대해서는 당사자간의 당사자자치원칙이 인정되고, 계약의 성립과 효력에 대해서는 그 의사에 의해, 당사자간의 의사가 분명하지 아니한 때에 행위지(계약의

17) 민사소송법 제4조 참조.

18) 민사소송법 제16조 참조.

19) 그런데 우리 국제사법 제28조 제4항 및 민사소송법 제5조의 2에 의하면, 외국인노동자를 피고로 하는 경우에는 그 노동자가 근무하는 사무소 또는 영업소 소재지를 관할하는 법원에 소를 제기할 있다고 할 것이다.

20) 민사소송법 제1조의 2 참조.

21) 민사소송법 제9조 참조.

22) 민사소송법 제4조 제2항 참조.

이행지)법이 적용된다.²³⁾ 그러나 근로계약의 이행지가 한국뿐만 아니라 수개의 국에 미치는 경우에, 근로계약의 준거법이 당사자에게 확실히 정해져 있지 않은 경우, 계약의 내용 등 구체적 사정을 종합적으로 고려하여 당사자의 묵시의 의사를 추정할 수 있을 것이다. 또 분쟁이 이미 발생한 경우에도 근로계약 당사자는 국제재판관할에 대하여 서면으로 합의할 수도 있을 것이다.²⁴⁾

V. 우리 노동법상 외국인노동자의 지위

1. 서

한국 내에 노무를 제공하고 있는 외국인노동자가 우리 노동법상 어떠한 권리를 가지고 있을까? 앞에서 이미 언급한 바와 같이, 외국인노동자도 인간이기 때문에 당연히 보장받고 있는 생명신체에 대한 기본권이 외국인노동자에게 인정되어야 하나, 노동 및 사회정책상 한국의 실정노동법률에 의한 보장이 한국인근로자와 동일하게 외국인노동자에게도 그대로 인정되는가가 문제이다. 근로기준법, 최저임금보장법 및 파견근로자보호법 등 개별적 근로관계법과 노동조합및노동관계조정법, 근로자참여및협력증진에관한법률 등 집단적 노사관계법이 외국인노동자에게도 그대로 적용될 것인가?

최근의 통계자료를 보면, 한국에서 일하고 있는 외국인은 약37만명으로 추정된다. 이 중 일정한 체류자격을 가지고 취로하는 외국인과 이른바 취로가능한 체류자격을 가지지 아니한 외국인간에 어떠한 법적 차이가 있을까? 또 영주자를 비롯하여 한국에 있어서 취업제한이 없는 외국인노동자의 경우에도 국가 또는 지방자치단체의 공무원 등과 같은 특별한 경우에는 문제가 있다. 그런데 우선 후자에 대해서 논하고, 다음에 취업에 대한 제한이 있는 외국인노동자에 대해서 논한다. 또한 체류자격이 없는 이른바 불법취로외국인에 대해서는 그 다음에서 상론한다.

2. 취업가능한 체류자격을 가진 외국인노동자

우리 나라의 경우, 대한민국에서 영주할 수 있는 권리를 가진 외국인 이외

23) 국제사법 제17조 제2항 참조.

24) 국제사법 제28조 제5항 참조.

모든 외국인에게는 취업의 제한이 있다고 할 것이다.²⁵⁾ 그러나 노동력이 부족한 영역이나 전문기술과 기능이나 지식을 필요로 하는 영역에 대해서는 출입국관리법은 반드시 폐쇄적인 것은 아니다. 그렇지만 외국의 전문직자격을 한국에서 인정할 것인가 혹은 인정해야 하는가의 논의는 앞으로 세계무역기구(WTO)의 서비스무역 거래의 자유화 등과 관련하여 문제로 될 것이다.

특히 현재에 문제로 되고 있는 것은 이른바 『단순노동』에 대한 노동시장개방방이다. 우리 나라는 예외적으로 산업연수생제도를 통해서만 단순노동자의 체류를 인정하고 있다. 이러한 산업연수생제도에 의해서 수입된 기능실습생이 극단적인 중간착취를 받는 등 문제가 많다. 특히 산업연수생에게도 우리 노동법에 의해서 한국근로자와 같이 보호되고 있다고 하지만, 산업연수생은 사실상 노동법의 사각지대에 있다고 할 것이다. 그래서 이를 폐기하고 고용허가제를 도입하자는 주장이 제기되고 있다.

3. 이른바 불법취업외국인노동자문제

우리 나라에서 일하고 있는 외국인노동자 중 거의 80%가 불법체류자에 해당한다고 한다. 이제 외국인노동자의 문제는 더 이상 방치할 수 없는 수준에 이르고 있다. 근로계약의 효력은 불법취로의 경우에 있어서도 유효하고, 이 경우에도 우리 나라의 노동법이 적용된다고 할 것이다.²⁶⁾ 그러나 이들의 경우 노동법위반이 속출하고 있으며, 노동법상의 여러 가지 어려운 문제뿐만 아니라 이와 관련된 기타 법률실무상 곤란한 문제들이 생기고 있다.

우선, 이러한 불법취업에는 근로계약의 당사자 이외의 알선, 중개업자가 관여하고, 그 취업시부터 이른바 악덕브로커의 관여가 시작되는 것이다. 이것에 대해서는 근로기준법 제8조의 중간착취에 해당하고 또 출입국관리법 제19조, 제21조의 위반에 해당하는 경우가 끊이지 않는 것이 사실이다.

다음, 불법취업자에 대해서는 그것이 출입국관리법상 불법이기 때문에 자주 최저임금이하의 임금이나 임금불지급, 해고 등의 사용자에게 의한 불법적인 처우가 자행된다. 임금불지급의 경우에는 외국인노동자의 경우 그의 일정한 주소 또는 거소가 확정되지 아니 한 때도 많고, 또 불법취업자이기 때문에 최저임금보장법 등 근로조건법에 의한 보호나 조성조치도 취하기 어렵다. 그 뿐만

25) 출입국관리법 제18조 및 동법 시행령 제23조 참조.

26) 국제사법 제28조 제2항 참조.

아니라 출입국관리법 제84조 제1항에 의하면 공무원이 불법체류자를 발견하는 경우에 출입국당국에 불법체류자를 통보해야 할 의무를 부과하고 있기 때문에, 현실적으로 불법체류자인 외국인노동자는 사용자의 노동법위반행위를 노동관서에 고발할 수도 없다. 그래서 업무상의 재해가 발생하는 경우조차 불법체류외국인노동자는 그의 법률상 지위 때문에 노동관서에 업무상 재해의 발생을 신고하거나 재해배상청구를 위한 법적 조치를 취할 수 없다.

물론 출입국관리법상 불법취업자라고 하더라도, 업무상 재해에 대해서는 배상은 청구할 수 있다. 그러나 문제는 노동재해에 대해서 민사소송을 제기하고, 손해배상을 추구하는 경우, 그 손해배상액의 범위를 어떻게 산정해야 되는가 라는 것도 대단히 어려운 문제이다. 이 경우에, 불법체류자의 불법취업은 단순히 출입국관리법이라는 행정법규의 위반이고, 근로계약은 유효하다는 것 그리고 사용자가 불법노동의 결과로 이익을 얻었다는 것 등의 이유에서 한국인과 동등한 배상액이 인정되어야 한다는 주장도 있을 수 있겠다. 그러나 이러한 주장은 여전히 논란의 여지가 있다고 할 것이다.

VI. 결어 : 『인간』의 세계화를 위해서

위에서 국제적인 노동력이동과 관련하여 야기될 수 있는 법적 문제들을 개괄적으로 살펴보았다. 세계화 및 국제화의 진전과 더불어 앞으로 국제적인 거래, 통상, 생산의 확대는 종래의 한국법에 의해서만 해결되기 어려운 법적 문제들을 낳을 것이다. 특히 한국 경제와 사회의 세계화는 부지중에 벌써 한국의 노동법체계에도 많은 영향을 야기하고 있다. 자발적이든 자발적이 아니든, 우리가 원했던 원하지 않았든, 외국인노동자(혹은 근로자)는 이미 우리 산업의 한 부분을 차지하고, 이제 더 이상 없어서는 아니 되는 경제적 구성요소로 되어 있다. 그러나 우리 노동법은 아직 이들의 실체를 인정하지 않으려고 하고 있다. 아니 우리 사회는 이들에게 우리 노동법을 적용하지 않으려고 하고 있다. 여전히 우리는 외국인노동자를 법에 있어서조차 천대시하려고 하고 있다. 그들의 노동은 우리 사회를 떠받들고 있는 기반으로 작용하지만, 노동법은 그들의 노동을 노동으로 인정하지 않고 있다. 외국인노동자가 구체적인 노동인권을 보장하고 실현하고 있는 우리 노동법의 보호를 받지 못한다면, 그들은 노동자이지만, 노동법상의 의미에 있어서의 근로자가 아니라 사실상 노예와 같은 상황에 있다. 그렇다면 그들 스스로가 오로지 노동력을 팔러 왔기 때

문에 근로자가 아니고 이를테면 ‘자발적 노예’란 말인가? 우리는 그들이 만든 상품을 쓰고 있다. 또 그러한 상품들은 우리 시장에서 유통되고 또한 수출되어 우리 경제에 기여하고 있다. 그리고 이들 상품에 대해서는 우리 법이 철저히 적용되고 있다. 그러나 이들 상품을 만드는 노동에 대해서 우리 법을 제대로 적용하지 않으려고 하는 것 같다.

불법체류 외국인노동자 문제에 대해서는 우선 출입국관리법을 철저히 집행하여 불법체류자의 발생을 예방하여야 하고, 이미 국내에서 취업하고 있는 불법체류 외국인노동자의 대우문제는 외국인고용허가제의 실시를 통해서 어느 정도 완화할 수 있을 것이다. 보다 근본적으로는 이들 외국인노동자들을 송출하고 있는 개별국가간의 노동력 송출에 관한 협정을 체결하고 이를 통해서 합법적으로 해결할 수 있는 방법도 모색해야 할 것이다. 그렇지만 아직 이러한 문제들을 법적으로 해결하기 위한 국제노동법적 차원에서의 논의가 우리 나라에서는 본격적으로 이루어지지 않고 있는 것 같다. 우리 나라의 경제규모나 한국기업에 종사하고 있는 외국노동자의 수에 비추어 볼 때, 이러한 문제들에 대한 논의가 지금까지 노동법학계에서 거의 없었다는 것은 그 자체로 문제가 아닐 수 없다. 앞으로 우리 노동법학계에도 국제적인 노동분쟁에 관한 논의가 본격적으로 이루어져야 할 것이다.

이러한 상황 속에서도, 국경을 넘는 노동력의 이동은 증가할지언정 감소하지는 않을 것이다. 이제 우리에게 국제노동법의 영역이 필요할 것이라는 것은 세계화 국제화와 더불어 국제민사소송법이나 국제도산처리법 등 필요한 영역이 현실적으로 생겨나고 있듯이, 노동력의 국제적 이동이라는 문제와 관련하여 『노동의 세계화』 아니 『인간의 세계화』에 선행하는 현실적 필요에 대한 대응을 보다 명확하게 한다는 점에 있어서도 당연하다고 할 것이다. 그러나 이러한 범영역이란 우리 나라가 독자적으로 대응할 수는 없는 것이므로 국제적인 공동의 장(場)인 국제노동기구나 세계무역기구 등에서와 같은 다자간의 협약방식 또 2국간 혹은 3국간의 조약과 같은 쌍무협약방식에 의해서 마련된 공동규범에 의해서 해결할 수밖에 없을 것 같다.

Labor Law in Worker's Overseas Migration Era : Toward a Globalization of Worker's Migration and Labor Law

Kang, Hee-Won*

This article is dealing with some legal problems of overseas migration workers generally from an aspect of international and domestic law. Nowadays we humans are living together in a globalized world from the economic aspect. But we are always separated from each other in a national level. In this sense, we are not a globalized bird which is able to fly beyond a state boundary, but a national animal which is captured by a state power. This presents human conditions in the economic world are the big obstacles which are gotten over for the globalization in the true sense through the idea of human dignity. Today's capitalist globalization is really making the labor problems more difficult and more complicate in Korea. Korea is already lying in the middle of global dynamic of world economy. However, korean legal institution, legal standards, and the legal policy are not globalized yet. The labor law policy related with the alien worker is in the worst case. We must take a proper measure against this problem. A lot of migrated foreign workers from under-developed southeast asian countries, especially the illegal alien employees working in so-called 3D-industrial sections are suffering from infringing their human rights in Korea. This present legal situations of the alien workers should be improved immediately.

Besides, the problem of alien workers in Korea is not only a domestic issue, but also a big international or bi-national affair of the related nations. Therefore, korean government must make its effort to solve this problem in cooperation with the governments of the related nations.

* Doctor of Laws, Attorney at Law & Professor, Department of Law, Kyung-Hee Univ.