

# 고용허가제에 의한 외국인근로자의 직업의 자유\*

이 부 하\*\*

## I. 서 론

우리나라에 거주하는 외국인은 약 126만 명이며, 여기에 불법체류자까지 포함하면 약 140만 명이나 된다. 외국인들은 국내 여러 생산 공장에서 우리나라 산업발전을 위해 일하고 있다. 우리나라에서 근로하는 외국인들은 자신들의 직업 영역을 3D(Dangerous, Dirty, Difficult) 이외에 4D로 부르고 있다. 여기서 의미하는 4D로는 위험(Dangerous), 더러움(Dirty), 어려움(Difficult) 그리고 죽음(Death)이 해당된다. 외국인의 입장에서 보면, 한국에서 자신들이 일하는 직업영역은 죽음의 영역에 해당한다고 생각하는 것이다.

우리나라 정부는 중소기업들의 인력난 해소를 위해 2003년 8월 16일 제정된 ‘외국인근로자의 고용 등에 관한 법률’에 따라 외국인근로자 고용허가제를 2004년 8월 17일부터 시행·도입하였다. 외국인근로자들은 ‘외국인근로자 고용 등에 관한 법률’에 따라 각각 지정된 취업교육기관으로 이동해 업종별로 2박 3일간의 취업교육을 받은 후 근로계약을 체결한 업체에 인도되어 산업현장에서 근무하게 된다.

우리나라 노동관련 실정법이 헌법적으로 문제되는 쟁점들이 빈번히 제기되고 있다. 그 대표적인 예로는 고용허가제에 있어서 외국인근로자에 대한 사업장변경 3회 제한이 있다. 얼마전 2011년 9월 29일 헌법재판소가 결정한 2007헌마1083·2009헌마230·352 헌법소원심판<sup>1)</sup>은 외국인근로자의 고용 등에 관한 법률 제25조 제4항 사업장 변경 제한에 관한 사건이었다. 즉, 외국인근로자를 직접 관리하도록 하는 외국인근로자 고용

---

\* 투고일자 : 2011. 11. 20      심사일자 : 2011. 12. 8      게재확정일자 : 2011. 12. 23

\*\* 영남대학교 법학전문대학원 교수

1) 현재 2011. 9. 29, 2007헌마1083·2009헌마230·352 외국인근로자의 고용 등에 관한 법률 제25조 제4항 등 위헌확인.

허가제에 있어서 외국인근로자의 사업장 변경을 3회로 제한하고 있는 심판대상 조항의 사건이다. 이러한 법규범이 외국인근로자의 기본권을 침해하고 있는지를 헌법적 관점에서 관련 사건을 중심으로 다루어 보고자 한다.

## II. 외국인근로자에 대한 고용허가제

이 사건 헌법소원 청구인들은 이 사건 법률조항의 사업장 최대 변경가능 횟수 설정으로 인해 강제근로에 놓일 위험에 처하게 됨으로써 청구인의 직업의 자유 등을 침해할 수 있고, 이 사건 법률조항 단서에서 추가변경 가능횟수 및 추가변경 사유를 예측하기 어렵도록 대통령령에 위임하여 포괄적 위임입법금지의 원칙에 위반될 수 있다. 이 사건 외국인들은 외국인근로자로서 고용허가제를 통해 우리나라에 입국하였다. 이 사건의 해당 법률인 ‘외국인근로자의 고용 등에 관한 법률’상에 규정된 고용허가제에 관한 내용을 이해한 후 헌법적 판단을 해 보도록 한다.

### 1. 고용허가제의 도입

우리나라에 외국인이 입국해서 근로를 제공하게 된 것은 1991년 10월경 ‘외국인 산업기술연수 사증발급에 관한 업무지침’<sup>2)</sup>이 시행되면서 부터이다. 외국인근로자는 이후 산업연수생이라는 이름으로 국내에 입국하여 단순노무 분야의 근로를 제공해 왔지만, 연수생 신분이라는 제약 때문에 근로기준법의 적용을 제대로 받지 못해 낮은 임금과 부당근로를 강요당하면서 점차 사업장을 이탈하여 불법체류자가 되는 사례가 증가했다. 이에 따라 국내 노동시장의 교란, 중소기업의 인력난, 외국인근로자에 대한 인권침해, 국가이미지 실추 등의 사회·경제적 문제가 야기되자 2003년 8월 16일 사업주가 단순노무 분야 외국인근로자를 합법적으로 고용할 수 있고, 정부가 외국인근로자를 직접 관리하도록 하는 ‘외국인근로자 고용허가제’<sup>3)</sup>를 도입하는 내용의 ‘외국인근로자의 고용 등에 관한 법률’이 제정되어 2004년 8월 17일 시행되었다.

2) 법무부 훈령 제255호.

3) 고용허가제 주요취지는 다음과 같다. ①내국인 고용기회를 보장하면서 합법적 외국인력 활용, ②송출비리 방지 및 외국인력 선정 및 도입절차 투명화(국가간 MOU체결), ③국적, 신체조건, 학력, 한국어 능력 등을 충족하는 적격자를 직접 선정하여 고용할 수 있어 사업주의 근로자 선택권 보장, ④외국인근로자에 대해 합리적인 이유 없이 부당한 차별을 금지하고 내국인근로자와 동일한 노동관계법을 적용하는 등 외국인근로자의 기본적 인권보장. 고용노동부, 고용노동백서 2011, 505면.

외국인고용허가제는 국내인력을 구하지 못하는 기업이 정부로부터 외국인의 고용을 허가받아 합법적으로 외국인근로자를 근로자 신분으로 고용할 수 있는 제도이다. 고용허가제는 외국인력의 합법적이고 투명한 고용관리 체계를 마련함으로써 국내의 저숙련 인력 부족을 해소하고 그동안 합법적인 외국인력 고용제도가 마련되어 있지 않아 산업 연수생을 근로자로 편법적으로 활용하거나 불법체류자를 고용하는 등 외국인력의 불법적인 고용에 따른 제반 문제점을 해소하는 계기를 마련하였다는데 그 의의가 있다.

고용허가제는 국내인력이 부족한 업종에 대해 적정규모의 외국인근로자를 도입하여 활용하되, 내국인 고용기회가 침해되지 않도록 함과 동시에 외국인근로자의 투명한 도입절차를 마련하여 송출비리를 방지하며, 국내 취업 외국인근로자에 대해서는 내국인 근로자와 동일하게 근로조건을 보호하는 원칙을 견지하고 있다.

## 2. 고용허가제 절차와 주요내용

### 1) 주요내용

‘외국인근로자의 고용 등에 관한 법률’에 있어서 고용허가제와 관련하여 주요내용은 다음과 같다.<sup>4)</sup>

첫째, 외국인고용법의 적용 분야를 비전문취업과 방문취업으로서 저숙련 외국인력에 초점을 맞추었다(외국인고용법 제2조, 제12조 제1항). 둘째, 외국인고용법은 ‘내국인 구인노력’을 외국인근로자 고용허가를 받으려는 사용자의 필수자격요건으로 규정하고 있으며(외국인고용법 제6조), 외국인근로자가 취업할 수 있는 업종과 규모도 국내 노동시장의 인력수급 현황 등을 고려하여 제한할 수 있도록 하고 있다(외국인고용법 제8조 제2항). 즉, 국내 부족인력은 고령자, 여성 등 국내 유희인력의 활용촉진을 우선으로 하여야 하며 보충적으로 외국인력을 활용하도록 하고 있다. 셋째, 단순노무를 제공하는 외국인력이 한국사회에 장기 체류함으로써 발생하는 국내 노동시장의 교란 문제뿐 아니라 결혼, 출산, 자녀교육 등의 사회적 비용 증대에 따른 혼란을 방지하기 위하여 외국인근로자의 취업기간을 3년으로 제한하면서 출국 후 6개월이 지나야 재입국 및 재취업이 가능하도록 하는 등 취업기간을 단기순환하도록 하였다(외국인고용법 제18조). 넷째, 외국인고용법은 차별금지에 관한 규정을 명시적으로 규정하고 있고(외국인고용법 제22조) 외국인근로자가 반드시 근로계약을 체결하도록 하고 있어(외국인고용법 제9조

4) 현재 2009. 9. 24. 2006헌마1264, 판례집 21-2상, 659, 673-675 참조.

제1항), 기존 산업연수생제도와 달리 이 법에 따라 취업하는 외국인근로자에게 근로자성을 인정하고 있다.<sup>5)</sup>

외국인근로자의 고용 등에 관한 법률상 고용허가제<sup>6)</sup>는 원칙적으로 외국인근로자를 단기간 취업시켜 국내 노동시장의 인력수급을 보충하는 역할에 그침으로서 외국인근로자가 국내에 정착하여 통합되는 것을 금하고 있다. 이러한 고용허가제는 외국인근로자의 정주화를 방지함으로써 저임금의 단순노무임력의 공급을 목표로 하는 노동력의 단기순환정책이라 할 수 있다.

## 2) 선정 및 도입절차

도입규모 및 송출국가 등 주요정책 결정(외국인력정책위원회) → 인력송출 양해각서 체결(우리나라와 송출국가) → 한국어능력시험(시행 : 우리나라) → 외국인구직자 명부 작성 및 관리(송출국가 : 작성, 우리나라 : 관리) → 내국인 구인노력(7-14일) → 외국인근로자 선정 및 고용허가서 발급(사용자 : 선정, 고용노동부 : 발급) → 근로계약 체결(사용자와 외국인근로자) → 사증발급인정서 신청 및 발급 : 입국) → 외국인근로자 취업교육 및 고용/체류지원(취업교육, 보험가입, 사업장 배치)<sup>7)</sup>

외국인근로자의 선발 및 도입과정을 투명하게 관리하여 송출과정에서의 비리를 예방하기 위하여 외국인근로자 도입과정에서 민간기관의 개입을 배제하고 있다. 이를 위해 한국 정부와 송출국 정부 간에 양해각서(MOU)를 체결하여 외국인구직자 선발조건·방법·기관, 상호간 준수사항 등을 합의하여 준수하도록 하고 있다. 현재까지 15개 송출국가와 MOU가 체결된 상태이다. 송출비리 방지, 외국인구직자 선발의 객관성 확보 등을 위해 2005년 8월부터 한국어능력시험을 실시하여 한국어능력이 일정 수준 이상 되는 외국인만을 선정하여 외국인구직자 명부를 작성하여 한국산업인력공단에 송부하여 외국인구직자전산망에 등록된다.

외국인근로자를 고용하고자 하는 고용주는 공공직업안정기관인 사업체 소재지를 관할

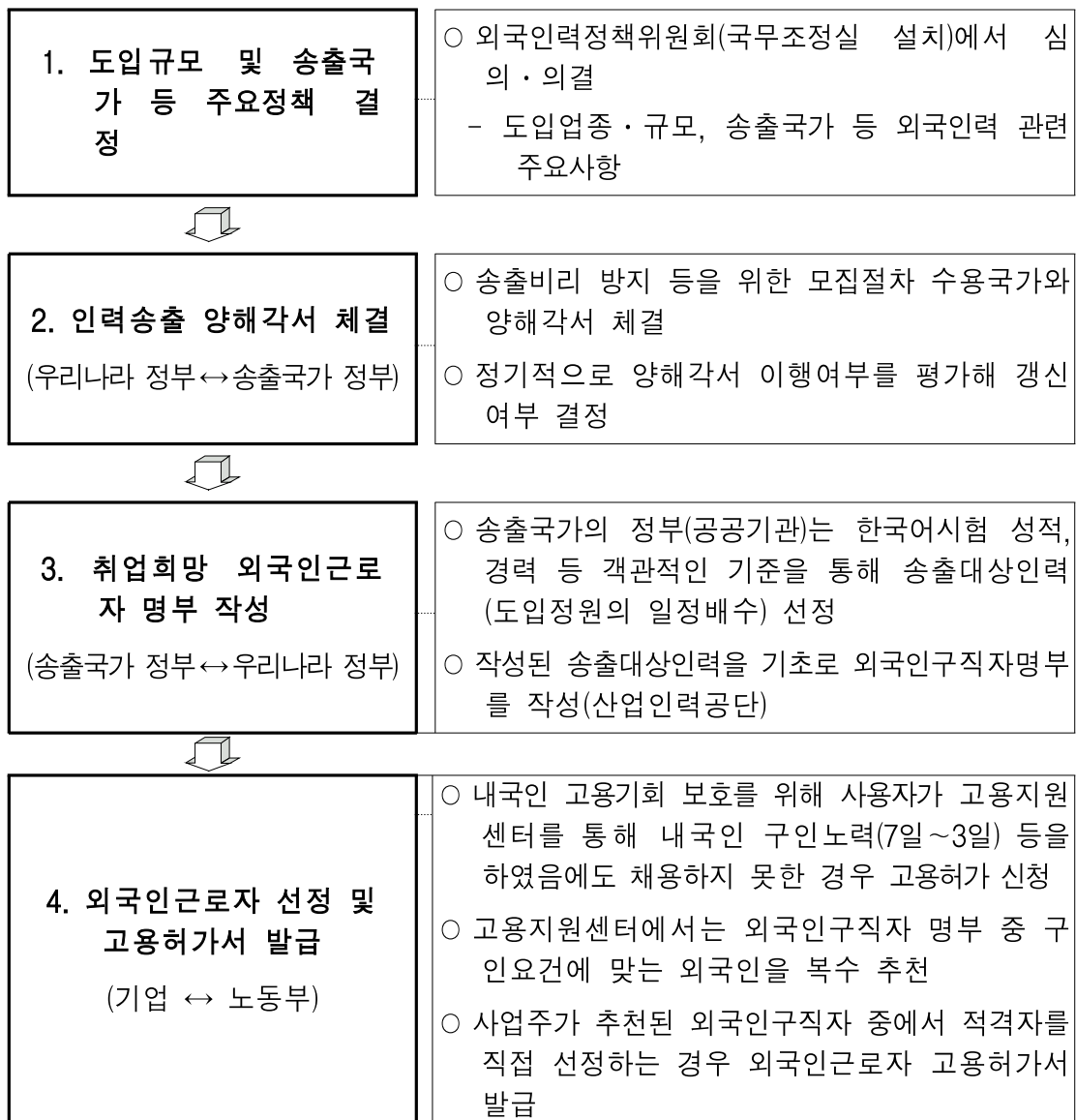
5) 현재 2011. 9. 29, 2009헌마351, 공보 제180호, 1469, 1474.

6) 고용허가제의 문제점과 개선방안에 관해서는 고준기·이병운, 개정 고용허가제의 문제점과 개선방안, 노동법논총 제18집, 1-34면 참조.

7) 취업교육은(2박 3일, 20시간)은 한국어, 한국문화 이해, 관계 법령, 산업안전보건, 기초기능 등으로 구성되며 외국인근로자의 조기 국내 적응 지원하기 위해 실시되고 있다. 주로 취업교육은 제조업에 종사하는 일반 외국인근로자의 경우 노사발전재단 및 중소기업중앙회에서, 기타 업종은 대한건설, 농업중앙회, 수협중앙회에서 실시하고, 외국국적동포의 경우 한국산업인력공단에서 실시한다(고용노동부, 고용노동백서, 2010, 508면).

하는 고용지원센터에 외국인고용신청을 하고 일정기간 내국인 구인노력을 하였음에도 불구하고 내국인을 고용하지 못한 경우 외국인근로자 고용을 허가받게 된다. 고용지원센터는 외국인 고용관리 전산망을 통해 외국인고용허가를 받은 사업주에게 5배수 내외의 외국인구직자를 추천하고, 사업주는 추천받은 외국인 구직자 중에서 필요한 적격자를 선정하여 표준근로계약서를 사용하여 근로계약을 체결하고 외국인근로자를 고용하게 된다.

#### □ 일반 외국인근로자 선정·도입 절차





**5. 근로계약 체결**  
(기업 ↔ 외국인근로자)

- 사업주는 선정한 외국인구직자와 표준근로계약서 체결
  - 임금·근로시간·휴일, 근무장소 등 근로조건 및 계약기간 명시
- 사업주는 직접 또는 산업인력공단 등에 체결을 대행시켜 근로계약 체결



**6. 사증발급인정서 발급**  
(기업 ↔ 법무부)

- 사업주는 고용허가서, 표준근로계약서 등을 제출하고, 법무부에서 사증발급인정서 발급 (산업인력공단 등에서 대행 가능)



**7. 외국인근로자의 도입**  
(기업 ↔ 외국인근로자)

- 사업주는 외국인에게 사증발급인정서 송부, 외국인은 재외공관으로부터 취업사증을 발급받아 입국 (산업인력공단 등에 대행 가능)
- 국내에 입국한 외국인근로자는 일정기간 내에 취업교육 이수 (산업인력공단, 국제노동협력원 등)



**8. 외국인근로자 고용관리**  
(기업 ↔ 노동부)  
**외국인근로자 체류관리**  
(기업 ↔ 법무부)

- 외국인근로자 고용사업체에 대한 근로감독 실시 (노동부)
- 고충상담, 무료교육 서비스 제공 (노동부, 인력공단, 업종별단체 등)
- 사업체의 휴·폐업, 임금체불 등 불가피한 사유 발생 시 사업체 이동 허용 (노동부)
- 출입국관리 행정 강화, 법무부·노동부간 업무 연계체제 구축 등을 통해 엄정한 체류관리 실시

### Ⅲ. 현재 결정의 사건개요 및 결정요지

#### 1. 사건의 개요

청구인 N.V. Dan은 베트남 국적의 외국인근로자로서 ‘외국인근로자의 고용 등에 관한 법률’에 의한 고용허가를 받아 2008년 5월 25일 우리나라에 입국하여 근로를 개시하였다. 동 법률 제25조 제4항의 외국인근로자는 자신이 근로하는 사업장을 3회 초과하여 변경하는 것을 금지하고 있으며, 청구인은 3회째 사업장 변경 후 계약해지(경영상 해고)로 퇴사처리 되었는데, 동 법률 제25조 제4항 및 동법 시행령 제30조 제2항에 의하여 더 이상의 사업장 변경이 불가능하게 되었다. 외국인근로자의 사업장 변경을 원칙적으로 3회를 초과할 수 없도록 하고, 예외적으로 사업 또는 사업장 변경이 모두 외국인근로자에게 귀책 없는 사유만으로 이루어진 경우 1회에 한하여 추가로 변경을 허용하고 있는 ‘외국인근로자의 고용 등에 관한 법률’ 제25조 제4항 및 동법 시행령 제30조 제2항이 청구인의 직업선택의 자유, 근로의 권리 등을 침해하여 위헌이라고 주장하면서 이 사건을 2009년 6월 30일 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구하였다.<sup>8)</sup>

#### 2. 심판대상 조문

사건심판의 대상은 구(즉 헌법소원청구 당시<sup>9)</sup>) 외국인근로자의 고용 등에 관한 법률 제25조 제4항<sup>10)</sup> 및 구 외국인근로자의 고용 등에 관한 법률 시행령 제30조 제2항<sup>11)</sup>이 청구인의 기본권을 침해하는지 여부이다.

외국인근로자의 고용 등에 관한 법률 제25조 제4항은 사업 또는 사업장 변경의 허용에 관한 조항으로서, 동법 동조 제1항<sup>12)</sup>의 규정에 의한 외국인근로자의 다른 사업 또

8) 현재 2011. 9. 29, 2009헌마352, 1453, 1455.

9) 2009년 6월 30일 헌법소원청구 당시 외국인근로자의 고용 등에 관한 법률 제25조 제4항을 말하고, 헌법재판소 결정은 2011년 9월 29일 선고 전에 개정된 법률조항을 구 외국인근로자의 고용 등에 관한 법률을 지칭하고 있다.

10) 2005. 5. 31. 법률 7567호로 제정되고, 2009. 10. 9 법률 제9798호로 개정되기 전의 것.

11) 2004. 3. 17. 대통령령 제18314호로 제정되고, 2010. 4. 7. 대통령령 제22114호로 개정되기 전의 것.

12) 동법 제25조(사업 또는 사업장 변경의 허용) ① 외국인근로자는 다음 각 호의 1에 해당하는 경우가 발생하여 그 사업 또는 사업장에서 정상적인 근로관계를 지속하기 곤란한 때에는 노동부령이 정하는 바에 따라 직업안정기관에 다른 사업 또는 사업장으로의 변경을 신청할 수 있다.

는 사업장으로의 변경은 제18조 제1항<sup>13)</sup>의 규정에 의한 기간 중 원칙적으로 3회를 초과할 수 없다. 다만, 대통령령으로 정하는 부득이한 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

외국인근로자의 고용 등에 관한 법률 시행령 제30조 제2항은 사업 또는 사업장의 변경에 관한 조항으로서, 동법 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.

### 3. 청구인의 주장 및 사건의 쟁점

(1) 외국인근로자의 고용에 관한 법률 제25조 제1항은 사업장 변경을 원칙적으로 금지하고 일정한 사유가 있는 경우에 한하여 예외적으로만 허가할 수 있도록 하고 있는데 이 사건 법률조항은 최대변경가능 횟수를 설정하여 이를 3회로 제한함으로써 외국인근로자의 계약해지의 자유를 사실상 부정하거나 제한하고 있는바, 이는 외국인근로자를 강제근로에 놓일 위험에 처하게 한다는 점에서 청구인의 헌법상 근로의 권리, 직업의 자유, 행복추구권 등을 중대하게 제약하는 것이다.

(2) 이 사건 법률조항은 3회째 변경된 사업장에서는 더 이상 사업장 변경을 허용하지 않아 외국인근로자는 3회째 변경이 이루어진 사업장에서의 인권침해, 차별행위에 대하여 문제제기를 할 수 없는 상황에 놓이게 된다. 이는 인간의 존엄성을 존중하는 근로조건을 규정한 헌법 제32조 제3항 근로의 권리 및 헌법 제15조 직업의 자유의 본질적 내용을 침해하는 것이다.

(3) 외국인근로자의 고용에 관한 법률 제25조 제4항 단서는 단지 본문의 예외를 대통령령에 위임할 것을 규정하면서 구체적으로 범위를 정하지 아니하고 추가변경 가능 횟수 및 추가변경 사유를 전혀 예측할 수 없도록 대통령령에 위임하고 있어 명확성의

---

1. 사용자가 정당한 사유로 근로계약기간 중 근로계약을 해지하고자 하거나 근로계약이 만료된 후 갱신을 거절하고자 하는 경우

2. 휴업·폐업 그 밖에 외국인근로자의 책임이 아닌 사유로 그 사업장에서 근로를 계속할 수 없게 되었다고 인정되는 경우

3. 제19조 제1항 또는 제20조 제1항의 규정에 따라 외국인 고용허가의 취소 또는 고용제한 조치가 행하여진 경우

4. 그 밖에 대통령령이 정하는 사유가 발생한 경우

13) 동법 제18조(취업활동 기간의 제한) 제1항 외국인근로자는 입국한 날부터 3년의 범위에서 취업활동을 할 수 있다.



원칙 및 헌법 제75조의 포괄적 위임입법금지의 원칙에 반한다.

(4) 이 사건 시행령조항은 사업장 변경이 예외적으로 허용되는 경우를 정하고 있는 바, 그 요건을 지나치게 엄격하게 정함으로써 청구인의 근로의 권리 등을 침해하여 헌법 제37조 제2항 과잉금지원칙 및 본질적 내용 침해금지원칙에 반한다.

#### 4. 결정요지

헌법재판소 재판관 다수의견에 따르면, 사업장의 최대 변경가능 횟수를 설정한 것은 청구인의 근로의 권리를 제한하는 것이 아니라 직업의 자유 중 직장선택의 자유를 제한하는 것이며, 보호영역으로서 ‘직업’이 문제되는 경우 행복추구권과 직업의 자유는 서로 일반특별관계에 있어 기본권의 내용상 특별성을 갖는 직업의 자유의 침해 여부가 우선하여 행복추구권 관련 위헌 여부의 심사는 배제되어야 하므로,<sup>14)</sup> 근로의 권리 및 행복추구권 침해 여부에 대하여는 판단하지 아니한다.<sup>15)</sup> 따라서 이하에서는 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙이나 포괄적 위임입법금지의 원칙에 위반하여 청구인의 직장선택의 자유를 침해하는지에 국한하여 판단한다.<sup>16)</sup>

##### 1) 직장선택의 자유 침해 여부

자유권을 천부인권이라고 보는 입장에서는 외국인도 당연히 직업선택의 자유의 주체로 포함된다고 하고, 헌법규정의 문리적 해석에 충실한 입장에서는 포함되지 않는다고 한다. 외국인에 대해서는 국가정책상 특정의 직업에 종사하는 것을 제한할 수 있다.<sup>17)</sup>

##### (1) 심사기준

입법자가 외국인력 도입에 관한 제도를 마련함에 있어서는 내국인의 고용시장과 국가의 경제상황, 국가안전보장 및 질서유지 등을 고려하여 정책적인 판단에 따라 그 내

14) 헌재 2007. 5. 31. 2007헌바3, 공보 128, 589, 595; 헌재 2009. 7. 30. 2007헌마1037, 판례집 21-2상, 375, 379 참조.

15) 헌재 2011. 9. 29. 2009헌마352 다수의견.

16) 헌재 2011. 9. 29. 2009헌마352 다수의견.

17) 외국인의 영업의 자유는 원칙적으로 통상조약에 의해 인정되나 통상조약이 체결되지 않은 경우에도 영업의 자유를 인정할 수 있겠으나, 국가정책상 특정직업에 종사하는 것을 실정법으로 제한하는 예가 많다. 예를 들어 변호사법 제6조, 도선법 제6조, 공증인법 제12조, 외국인토지법 제3조 및 제5조 등이다(김철수, 헌법학원론, 695면).

용을 구성할 보다 광범위한 입법재량이 인정된다. 따라서 그 입법의 내용이 불합리하고 불공정하지 않는 한 입법자의 정책판단은 존중되어야 하며 광범위한 입법재량이 인정되고, 외국인근로자의 직장 선택의 자유는 입법자가 이러한 정책적 판단에 따라 법률로써 그 제도의 내용을 구체적으로 규정할 때 비로소 구체화된다. 따라서 입법자가 고용허가제라는 제도를 마련함에 있어 사업장 변경가능 횟수를 제한하고 있는 이 사건에 있어서는 그 입법의 내용이 합리적인 근거 없이 현저히 자의적인 경우에만 헌법에 위반된다고 할 수 있다.<sup>18)</sup>

## (2) 침해 여부

이 사건 법률조항에 의한 외국인근로자의 사업장 변경제한은 외국인근로자의 무분별한 사업장 이동을 제한함으로써 내국인근로자의 고용기회를 보호하고 외국인근로자에 대한 효율적인 고용관리로 중소기업의 인력수급을 원활히 하여 국민경제의 균형 있는 발전이 이루어지도록 하기 위하여 도입된 것이다. 특히 이 사건 고용허가제에 따라 국내 사업장에 취업하는 외국인근로자들은 주로 단순노무 직종에 종사하므로 이러한 고용시장의 범위 내에서는 주로 우리 국민 중 단순노무 직종에 종사하는 경제적 취약계층과 경쟁하게 되는 것이 현실이므로 외국인근로자의 사업장 변경에 대한 제한을 완화하는 것은 내국인근로자의 고용기회 뿐만 아니라 근로조건 개선에도 악영향을 미치게 될 것이다.<sup>19)</sup>

나아가 이 사건 법률에서는 외국인근로자의 사업장 변경을 전면적으로 금지하는 것이 아니라 이 사건 법률 제25조 제1항과 이 사건 법률조항에 의하여 일정한 사유가 있는 경우에는 외국인근로자에게 3년의 체류기간 동안 3회까지 사업장을 변경할 수 있도록 하고 대통령령이 정하는 부득이한 사유가 있는 경우에는 추가로 사업장변경이 가능하도록 하여 외국인근로자의 사업장 변경을 일정한 범위 내에서 가능하도록 하고 있다. 이는 내국인근로자의 고용기회 보호와 중소기업의 인력부족 해소라는 고용허가제의 도입목적을 달성하는 한편, 청구인들이 우려하고 있는 바와 같은 사업장 변경의 전면적 제한으로 인하여 발생할 수 있는 외국인근로자의 강제노동을 방지하기 위한 것으로 외국인근로자에 대한 보호의무를 상당한 범위에서 이행하고 있다고 할 것이므로 이 사건 법률조항이 입법자의 재량의 범위를 넘어 명백히 불합리하다고 할 수는 없다. 따라서 이 사건 법률조항은 청구인들의 직장 선택의 자유를 침해하지 아니한다.<sup>20)</sup>

18) 헌재 2011. 9. 29, 2007헌마1083, 공보 제180호, 1453, 1457.

19) 헌재 2011. 9. 29, 2007헌마1083, 공보 제180호, 1453, 1457.

20) 헌재 2011. 9. 29, 2007헌마1083, 공보 제180호, 1453, 1457-1458.

## 2) 포괄적 위임입법금지의 원칙 위반 여부

### (1) 헌법 제75조 심사기준

법률의 위임은 반드시 구체적·개별적으로 한정된 사항에 대하여 행하여져야 할 것이다. 다만 구체적인 범위는 각종 법령이 규제하고자 하는 대상의 종류와 성격에 따라 달라진다 할 것이므로 일률적 기준을 정할 수는 없지만, 적어도 법률의 규정에 의하여 이미 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어 누구라도 당해 법률로부터 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있으면 족하고, 여기서 그 예측가능성의 유무는 당해 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것이 아니고 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합 판단하여야 하며, 각 대상 법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토되어야 할 것이다.<sup>21)</sup>

### (2) 위반 여부

이 사건 법률조항 본문은 외국인근로자의 사업장 변경은 원칙적으로 3회를 초과할 수 없도록 규정하면서 단서에서 ‘다만, 대통령령이 정하는 부득이한 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다’라고 규정하여, 3회를 초과하여 사업장을 변경할 수 있는 예외적인 경우에 대하여는 대통령령에서 규정하도록 위임하고 있다. 즉, 이 사건 법률조항 단서는 특별한 사정이 있는 경우에는 사업장변경횟수를 원칙보다 늘려줌으로써 외국인근로자의 기본권을 본문보다 더 배려하기 위해서 만들어진 조항이라고 할 것이다. 이러한 경우 어떠한 사유가 있을 때 본문의 예외를 인정하여 사업장 변경가능 횟수를 늘려줄 것인지 여부 등은 일률적으로 법률에 규정하기는 어렵다. 이는 내국인근로자의 고용 기회와 중소기업의 인력수급 상황 등 국내 노동시장의 여러 가지 요소를 고려하여 정책적으로 결정되어야 할 사항이기 때문이다. 따라서 이는 규율하고자 하는 내용이 다양하거나 수시로 변화하는 성질의 것으로서 이를 법률에 일률적으로 규정하기는 어렵기 때문에 위임의 구체성·명확성의 요건이 완화되어야 할 경우에 해당한다고 할 것이다. 이와 더불어 외국인고용법의 입법목적과 전체적인 취지를 종합적으로 고려하여 보았을 때, 뒤에서 보는 바와 같이 이 사건 법률조항 단서의 위임에 의하여 대통령에 규정될 내용은 사업장 변경을 추가적으로 허용할 부득이한 사유의 구체적인 내용 및 추가 변경가능 횟수의 범위임을 알 수 있다. 한편 ‘부득이’의 사전적 의미는 ‘마지못하여 하는

21) 헌재 2000. 12. 14. 98헌바104, 판례집 12-2, 387, 394.

수 없이'를 말하는바, 그렇다면 이 사건 법률조항 단서의 '부득이한 사유'는 외국인근로자로서는 어쩔 수 없이 사업장을 변경할 수밖에 없는 경우, 즉 외국인근로자의 귀책사유 없이, 자의에 의한 변경이 아닌 경우를 의미하며, 대통령령은 이와 같은 범위 내에서 규정될 것임을 충분히 알 수 있다.

이에 따라 이 사건 시행령조항에서도 외국인근로자가 외국인고용법 제25조 제1항 제2호 내지 제4호 중 하나에 해당하는 사유만으로 사업장을 3회 변경한 경우에만 1회에 한하여 사업장 변경을 추가로 허용할 수 있다고 규정하고 있다. 따라서 이 사건 법률조항 단서는 포괄위임입법금지원칙에 위반되지 아니한다.<sup>22)</sup>

### 3) 법률유보원칙 위반 여부

우리 헌법은 제75조에서 대통령령은 '법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항'에 관하여만 발할 수 있다고 한정함으로써 위임입법의 범위와 한계를 제시하고 있다. 따라서 위임명령의 내용은 수권법률이 수권한 규율대상과 목적의 범위 안에서 정해야 하는데 이를 위배한 위임명령은 위임입법의 한계를 벗어난 것이고, 결국 법률의 근거가 없는 것으로서 법률유보원칙에 위반된다.<sup>23)</sup>

이 사건 시행령조항의 모법인 이 사건 법률조항 단서는 "다만, 대통령령으로 정하는 부득이한 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다."라고 규정되어 있는 반면, 이 사건 시행령 조항은 '부득이한 사유'의 구체적인 내용 외에 '1회에 한하여' 사업장 변경을 추가로 허용한다는 내용을 담고 있어, 사업장의 추가 변경가능 횟수를 규정한 '1회에 한하여'라는 부분은 법률의 위임범위를 벗어난 것이 아닌지 문제될 수 있다. 그러나 사업장의 추가 변경을 무제한으로 허용하지 않는 이상 그 횟수 역시 시행령에 함께 규정하도록 위임하는 것이 당연한 요청인 점, 이 사건 법률조항 단서는 '대통령령으로 정하는 부득이한 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다'라고 규정되어 있으나 이를 '대통령령으로 정하는 바에 따라 부득이한 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다'라고 합헌적으로 해석할 수 있는 점에서 이 사건 법률조항은 추가 변경가능 횟수 역시 시행령에 위임한 것으로 봄이 타당하다. 따라서 이 사건 시행령조항은 모법인 이 사건 법률조항의 위임범위내에서 부득이한 사유의 구체적인 내용 및 사업장 추가 변경가능 횟수를 규정한 것으로서 법률유보원칙에 위배되지 아니한다.<sup>24)</sup>

22) 헌재 2011. 9. 29, 2007헌마1083, 공보 제180호, 1453, 1458.

23) 헌재 2010. 4. 29. 2007헌마910, 판례집 22-1하, 97, 106-107 참조.

24) 헌재 2011. 9. 29, 2007헌마1083, 공보 제180호, 1453, 1458.

## IV. 외국인의 기본권 주체성

### 1. 문제제기

현행 헌법은 외국인이 기본권의 주체가 될 수 있는지 여부에 관하여 명문 규정을 두고 있지 않다. 다만, 헌법 제6조 제2항에서는 “외국인은 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 그 지위가 보장된다.”고 규정하고 있다. 이는 우리 헌법이 국제법존중주의를 취하고 있다는 표현이지, 외국인에게 어떠한 범위에서 어떠한 기본권을 보장할 것인지에 대한 해답은 주지 않고 있다. 여기서 의미하는 외국인이란 “대한민국 국적을 갖지 않고 외국국적을 보유한 자는 물론이고 나아가 무국적자”를 포함하는 개념이다.<sup>25)</sup> 우리 헌법이 명시적으로 외국인의 기본권 주체성을 부정하고 있지도 않고 유권해석으로도 외국인의 기본권을 인정하고 있으므로, 해석을 통해 외국인의 기본권 주체성의 인정 여부 및 그 범위가 논의될 수 있다.<sup>26)</sup>

### 2. 학설

#### 1) 부정설

헌법은 국민에게만 주체성을 인정하고 있기 때문에 기본권을 누릴 수 있는 주체는 법적 생활공동체의 구성원인 국민에 한하고 외국인은 여기서 제외된다는 것이다.<sup>27)</sup> 헌법 제2장에서는 ‘국민의 권리와 의무’라고 규정되어 있으므로 국민의 권리만을 보장하는 것이지 외국인의 권리까지 헌법상 보장하는 것은 아니라는 것이다. 우리 헌법상 외국인의 권리는 헌법 제6조 제2항에 따라 인정되는 특수한 권리로서 제2장의 국민의 기본권과는 무관하다는 것이다.<sup>28)</sup> 이 견해에 의하면 외국인에게 기본권을 인정할 것인가

25) 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2011, 381면.

26) 외국인의 기본권주체성에 관해서는 H. Quaritsch, Der grundrechtliche Status der Ausländer, Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, S. 663-737 참조.

27) 박일경, 신헌법, 법경출판사, 1990, 199면. 박일경 교수는 우리 헌법상 외국인의 국내법상의 권리는 제5조 제2항의 규정에 따라 인정되는 특수한 법적 권리로서 제2장의 국민의 기본권보장과는 무관한 것이라고 한다(박일경, 기본적 인권과 그 주체, 고시연구 1974. 10, 12-17면).

28) 박일경, 신헌법, 법경출판사, 1990, 199면.

는 입법정책의 문제이지 헌법상의 보장문제가 아니라고 한다.<sup>29)</sup>

## 2) 긍정설

헌법이 명문으로 외국의 기본권주체성을 부인하고 있지 않으므로 외국인에게도 기본권 주체성이 인정된다고 한다. 이 입장은 다시 권리의 성질에 따라 외국인에게도 인정되는 ‘인간’으로서의 권리와 외국인에게는 인정되지 않는 국민으로서의 권리로 구분한다.<sup>30)</sup>

통설인 기본권성질설의 입장에서는 우리 헌법 전문의 “... 항구적인 세계평화와 인류 공영에 이바지함으로써”라고 하여, 세계주의 내지 국제협조주의를 표방하고 있고, 헌법 제6조 제2항에서 외국인의 법적 지위에 관한 상호주의를 규정하고 있다는 데 그 근거를 둔다. 이 입장에서는 헌법에 명문의 규정이 있든 없든 성질상 인간의 권리로 볼 수 있는 것은 외국인에게도 보장되어야 하고, 그 밖의 기본권은 상호주의에 따라야 한다고 한다.<sup>31)</sup> 이에 따르면, 인간의 존엄과 가치, 행복추구권, 신체의 자유, 종교의 자유, 양심의 자유, 학문과 예술의 자유 등은 모든 자연인에게 귀속되는 ‘인권’으로서 외국인에게도 인정된다고 본다.<sup>32)</sup> 반면, 집회·결사의 자유, 거주·이전의 자유, 직업선택의 자유 등과 선거권·피선거권·공무담임권·국민표결권 등 정치적 기본권은 국민주권의 원리에 따라 국민의 권리로서 외국인에게는 인정되지 않는다고 한다.<sup>33)</sup>

일부 견해에 의하면, 원칙적 보장과 예외적인 호혜주의를 주장하고 있다. 우리 헌법상 기본권이 원칙적으로 외국인에게도 보장되지만, 예외적으로 호혜주의 입장(헌법 제6조 제2항)에서 외국인의 기본권 향유주체성을 개별적 또는 부분적으로 제한하는 것은 무방하다는 견해이다.<sup>34)</sup>

## 3. 이 사건에서 외국인근로자의 기본권 주체성

29) 동 사건에 대하여 헌법재판소 김종대 재판관은 우리나라 헌법이 기본권을 규정하고 있는 조항의 형식, 헌법제정사, 기본권의 본질과 기능 및 인권이 헌법에 수용되는 과정, 우리나라 헌법의 외국인에 대한 보호방법 등을 종합하여 판단하여, 기본권 주체성을 인정할 수 없으며 헌법상 보장된 기본권의 침해에 대한 구제수단인 헌법재판소법 제68조 제1항에 따른 헌법소원심판청구의 당사자능력을 인정할 수 없다고 실시하고 있다.

30) 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 283면.

31) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2010, 316면.

32) 김승환, 기본권의 인적 효력범위, 공법학연구 제9권 제4호, 2008. 12, 119면.

33) 김승환, 기본권의 인적 효력범위, 120면.

34) 홍성방, 헌법학(上), 박영사, 2010, 343면; 표명환, 외국인근로자 고용제도에 관한 법적 고찰, 법학연구 제41집, 2011.2, 47-48면.

청구인은 이 사건 법률조항으로 인하여 청구인의 근로의 권리와 직업의 자유 등을 침해받았다고 주장하고 있다. 근로의 권리란 “일할 자리에 관한 권리”와 “일할 환경에 관한 권리”를 말하며, 후자는 건강한 작업환경, 일에 대한 정당한 보수, 합리적인 근로조건의 보장 등을 요구할 수 있는 권리 등을 의미한다.<sup>35)</sup> 직장변경의 횟수를 제한하고 있는 이 사건 법률조항은 근로의 권리를 제한하는 것은 아니라 할 수 있다.

한편, 직업선택의 자유는 누구나 자유롭게 자신이 종사할 직업을 선택하고, 그 직업에 종사하며, 이를 변경할 수 있는 자유를 말하며, 이에 는 개인의 직업적 활동을 하는 장소 즉 직장을 선택할 자유도 포함된다.<sup>36)</sup> 이때 직장선택의 자유란 개인이 그 선택한 직업분야에서 구체적인 취업의 기회를 가지거나, 이미 형성된 근로관계를 계속 유지하거나 포기하는 데 있어 국가의 방해를 받지 않는 자유로운 선택 또는 결정을 보호하는 것을 내용으로 한다.<sup>37)</sup> 이 사건 법률조항은 외국인근로자의 사업장 최대 변경가능 횟수를 설정하고 있는바, 이로 인하여 외국인근로자는 이미 형성된 근로관계를 포기(직장이탈)하는 데 있어 제한을 받게 되므로 이는 직업선택의 자유 중 직장선택의 자유를 제한하고 있다.

직업의 자유 중 직장선택의 자유는 오직 국민의 권리가 아닌 인간의 권리로 보아야 할 것이다.<sup>38)</sup> 따라서 외국인도 원칙적으로 직장선택의 자유를 향유할 수 있다고 보아야 한다.

#### 4. 기존의 헌법재판소 입장

우리나라 헌법재판소 판례에 의하면, 헌법재판소법 제68조 제1항 소정의 헌법소원은 기본권의 주체이어야만 청구할 수 있다고 한 다음, ‘국민’ 또는 국민과 유사한 지위에 있는 ‘외국인’은 기본권의 주체가 될 수 있다고 판시하였다.<sup>39)</sup> 즉, 외국인에게 모든 기본권이 무한정 인정될 수 있는 것이 아니라 원칙적으로 ‘국민의 권리’가 아닌 ‘인간의 권리’의 범위 내에서만 인정될 것인바, 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권 등은 ‘인간의 권리’로서 외국인도 주체가 될 수 있고, 평등권도 인간의 권리로서 참정권 등에 대한

35) 헌재 2007. 8. 30. 2004헌마670, 판례집 19-2, 297, 305 참조.

36) 헌재 1989. 11. 20. 89헌가102, 판례집 1, 329, 336; 헌재 2002. 11. 28. 2001헌바50, 판례집 14-2, 668-667 참조.

37) 헌재 2002. 11. 28. 2001헌바50, 판례집 14-2, 668, 678.

38) 헌재 2000. 8. 31. 97헌가12 판례집 12-2, 168, 183 참조.

39) 헌재 1994. 12. 29. 93헌마120, 판례집 6-2, 477, 480.

성질상 제한 및 상호주의에 따른 제한이 있을 뿐이라고 한다.<sup>40)</sup> 따라서 우리나라 헌법 재판소 견해에 의하면, 외국인에게 모든 기본권의 주체성을 무한정 인정할 수 있는 것이 아니라 ‘인간의 권리’의 범위 내에서만 인정하게 된다.

## 5. 소결

외국인의 기본권 주체성과 관련하여, 우리나라 헌법학계의 통설과 헌법재판소가 취하고 있는 성질설은 헌법이론적으로 문제점을 내포하고 있다. 기본권의 성질에 따라 외국인에게 기본권 주체성을 인정하려고 하면 인간의 권리와 국민의 권리간의 명확한 구분을 전제로 한다. 그런데, 근로의 권리는 예전에는 국민의 사회권적 성격이 강한 반면, 현재는 헌법재판소가 판시한 바대로 자유권적 성격도 동시에 지니고 있으므로 인간의 권리로도 볼 수 있다. 따라서 기본권 중에 자유권적 기본권과 사회권적 기본권간의 명확한 구분이 어려운 경우가 있다. 이러한 경우에 외국인의 기본권 주체성에 있어 판단의 어려움이 있다.

이러한 성질설에 의하면, 인간의 권리와 국민의 권리간에 구분을 전제로 하며, 인간의 권리일지라도 외국인에게 인정되는 기본권과 입법정책의 문제에 해당하는 것으로 구분하게 된다. 이는 헌법상 동일하게 인정되는 기본권이라 할지라도 외국인에게는 기본권일 수도 법률상 권리일 수도 있는 법 적용자의 해석의 자의적인 기준에 의해 좌우될 가능성을 내포하고 있다는 결론에 이른다.

반면, 예외적인 경우 호혜주의에 따라 외국인의 기본권을 제한할 수 있다는 견해가 있다.<sup>41)</sup> 그러나 헌법에서 인정되는 기본권을 다른 국가에서 인정되는지 여부에 따라 우리나라에서도 인정하겠다는 것은 모순이며, 우리나라와 다른 국가와 사이에 개별 기본권 유형별로 상호보장하겠다는 조약 체결이 되어있지 않은 상황에서 호혜주의나 상호주의는 외국인의 기본권 주체성 인정을 위해 적절하지 않은 주장이다.

생각건대, 외국인의 기본권 주체성 문제와 관련하여, 적법하게 우리나라에 입국하여 근로하는 외국인에게 우리 헌법과 법률이 적용되는 이상 기본권 주체성을 인정함이 타당하다. 독일 헌법학에서는 인권으로서 해석상 인정되는 기본권에 경우에는 외국인에게도 독일인과 동일한 기본권 주체성을 인정하고 있다. 외국인의 기본권 주체성 논의와

40) 헌재 2001. 11. 29. 99헌마494, 판례집 13-2, 714, 723-724; 헌재 2007. 8. 30, 2004헌마670, 판례집 19-2, 297, 304.

41) 홍성방, 헌법학(上), 박영사, 2010, 343면.



관련하여, 외국인의 기본권 주체성은 우리나라 국민과 동일하게 인정하되 외국인의 기본권 제한의 문제에서 이를 탄력성 있게 해결해야 할 것이다. 또한 외국인의 기본권 제한은 기본권의 성질에 따른 제한도 또한 일부 학설에서 언급하는 상호주의에 따른 제한도 아닌, 헌법상의 일반원칙 및 헌법 제37조 제2항에 따른 비례성 원칙에 따른 제한이 되어야 한다.

## V. 대상 사건에 대한 헌법적 판단

### 1. 헌법적 쟁점 사항

이 사건 법률조항은 사업장의 최대 변경가능 횟수를 설정하여 청구인으로 하여금 강제근로에 놓일 위험에 처하게 함으로써 청구인의 근로의 권리, 직업의 자유 등을 침해할 수 있고, 이 사건 법률조항 단서에서 추가변경 가능횟수 및 추가변경 사유를 전혀 예측할 수 없도록 대통령령에 위임하여 포괄적 위임입법금지의 원칙에 위반되는지 여부가 문제된다.

외국인근로자에게 법에서 사업장의 최대 변경가능 횟수를 설정한 것은 청구인의 근로의 권리를 제한하는 것이 아니라 직업의 자유 중 직장선택의 자유를 제한하는 것이다.<sup>42)</sup> 따라서 이 사건 법률조항과 관련하여 외국인근로자의 직장선택의 자유를 침해하는지 여부를 헌법상 비례의 원칙과 포괄적 위임입법금지의 원칙, 법률유보원칙 위반에 대해 살펴보기로 한다.

### 2. 직장선택의 자유 침해 여부

헌법재판소 다수의견은 외국인근로자에 대해 고용허가제를 우리나라가 채택하고 있고, 외국인근로자의 사업장 변경제한이라는 이 사건 법률조항은 입법자의 재량의 범위를 넘어 명백히 불합리하다고 할 수 없다고 판시하고 있다.<sup>43)</sup>

일반적으로 헌법재판소는 일정한 기본권이 침해되었는지 여부를 판단할 때 제한되는 기본권을 확정된 다음, 비례의 원칙에 의해 심사하는 것이 일반적이었다. 그런데 이 사

42) 헌재 2011. 9. 29, 2007헌마1083, 공보 제180호, 1453, 1457.

43) 헌재 2011. 9. 29, 2007헌마1083, 1453, 1458.

건에서는 ‘입법자의 재량의 범위’라는 상식에 반하는 심사기준을 들어 심사하고 있다. 앞으로 헌법소원에서 문제되는 법률을 합헌으로 이끌어 가고 싶다면 입법자의 형성의 자유 내지 재량 일탈이 없었다는 사유만 대면 무사통과될 것으로 보인다. 당연히 이 사건에서도 헌법재판소는 직장선택의 자유를 위반했는지를 비례의 원칙으로 심사했어야 했다.

### 3. 포괄적 위임입법금지의 원칙 위반 여부

법률의 위임은 반드시 구체적이고 개별적으로 한정된 사항에 대하여 이루어져야 한다. 우리 헌법 제75조의 ‘법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항’에 한하여 대통령령으로 입법할 수 있도록 함으로써 일반적이고 포괄적인 위임입법을 금지하고 있다. 다만 구체적인 범위는 각종 법령이 규제하고자 하는 대상의 종류와 성격에 따라 달라진다 할 것이므로 일률적 기준을 정할 수는 없지만, 적어도 법률의 규정에 의하여 이미 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어 누구라도 당해 법률로부터 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있으면 족하고,<sup>44)</sup> 여기서 그 예측가능성의 유무는 당해 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것이 아니고 관련 법조항 전체를 유기적 및 체계적으로 종합 판단하여야 하며, 각 대상 법률의 성질에 따라 구체적 및 개별적으로 검토되어야 할 것이다.<sup>45)</sup>

위임의 구체성·명확성의 요구 정도는 그 규율대상의 종류와 성격에 따라 달라질 것이지만 특히 처벌법규나 조세법규와 같이 국민의 기본권을 직접적으로 제한하거나 침해할 소지가 있는 법규에서는 구체성·명확성의 요구가 강화되어 그 위임의 요건과 범위가 일반적인 급부행정의 경우보다 더 엄격하게 제한적으로 규정되어야 하는 반면에, 규율대상이 지극히 다양하거나 수시로 변화하는 성질의 것일 때에는 위임의 구체성·명확성의 요건이 완화되어야 할 것이다.<sup>46)</sup> 또한 중대한 기본권 제한이 발생하는 영역에서는 설령 위임의 필요성이 인정된다 하더라도 이는 매우 제한적으로 인정되어야 하고, 위임시에도 구체적인 위임의 범위를 법률에 분명하게 규정해 두어야 한다.<sup>47)</sup>

헌법재판소의 다수의견은 “이 사건 법률조항 단서는 특별한 사정이 있는 경우에는 사업장변경 횟수를 원칙보다 늘려줌으로써 외국인근로자의 기본권을 본문보다 더 배려

44) 헌재 1991. 7. 8. 91헌가4, 판례집 3, 336, 341; 헌재 2011. 6. 30, 2008헌바166, 901.

45) 헌재 2000. 12. 14. 98헌바104, 판례집 12-2, 387, 394; 헌재 2011. 9. 29. 2009헌마352.

46) 헌재 2002. 6. 27. 2000헌바88, 판례집 14-1, 579, 585; 헌재 2011. 9. 29. 2009헌마352.

47) 헌재 2011. 6. 30, 2008헌바166, 901.

하기 위해서 만들어진 조항이라고 할 것이다.<sup>48)</sup> 이러한 경우 어떠한 사유가 있을 때 본문의 예외를 인정하여 사업장 변경가능 횟수를 늘려줄 것인지 여부 등은 일률적으로 법률에 규정하기는 어렵다.<sup>49)</sup>”라고 실시하고 있다. 또한 “이에 따라 이 사건 시행령조항에서도 외국인근로자가 외국인근로자의 고용 등에 관한 법률 제25조 제1항 제2호 내지 제4호 중 하나에 해당하는 사유만으로 사업장을 3회 변경한 경우에만 1회에 한하여 사업장 변경을 추가로 허용할 수 있다고 규정하고 있다. 따라서 이 사건 법률조항 단서는 포괄적 위임입법금지의 원칙에 위반되지 아니한다.<sup>50)</sup>”고 판시한다.

이 사건 법률조항의 경우 외국인근로자에게 시행령 조항이 유리한지 아니면 불리한지 여부의 문제가 아니라, 법률에 이미 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어 누구라도 당해 법률로부터 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있는지 여부가 문제된 것이다. 동 법률에서 “외국인근로자의 다른 사업 또는 사업장으로의 변경이 3회를 초과할 수 없도록” 규정하고 있고, 예외적인 경우로서 “대통령령으로 정하는 부득이한 사유가 있는 경우”에는 초과할 수 있도록 규정하고 있다. 이 사건 법률에서 의미하는 부득이한 사유에 관한 예견가능성을 인식할 수 있는 내용이나 가능성을 법률에서 조금도 규정하고 있지 않기 때문에, 건전한 상식을 지닌 사람이 당해 법률로부터 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수는 결코 없다.

#### 4. 법률유보원칙 위반 여부

우리나라 헌법 제75조에 의하면, “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다”고 규정하여 대통령이 발할 수 있는 위임입법의 근거를 마련하고 있다. 또한 대통령령은 ‘법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항’에 관하여만 발할 수 있다고 한정함으로써 위임입법의 범위와 한계를 제시하고 있다. 따라서 위임명령의 내용은 수권법률이 수권한 규율대상과 목적의 범위 안에서 정해야 하는데 이를 통해 모법의 수권조건에 의한 위임명령의 한계가 도출된다.<sup>51)</sup> 즉, 모법상 아무런 규정이 없는 입법사항을 하위명령이 규율하는 것은 위임입법의 한계를 위배하는 것이고,<sup>52)</sup> 이러한 하위법

48) 헌재 2011. 9. 29. 2009헌마352.

49) 헌재 2011. 9. 29. 2009헌마352.

50) 헌재 2011. 9. 29. 2009헌마352.

51) 헌법재판소 2011. 9. 29. 2009헌마352, 1459.

52) 헌법재판소 1997. 4. 24. 95헌마273, 판례집 9-1, 487, 494-495 참조.

령은 법률의 근거가 없는 것으로 헌법상 법률유보원칙에 위반되게 된다.<sup>53)</sup>

이 사건 법률조항은 외국인근로자의 사업장 변경횟수를 원칙적으로 3회로 제한하면서 단서에서 “다만, 대통령령이 정하는 부득이한 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다”라고 규정함으로써, 변경횟수의 제한을 받지 않는 ‘부득이한 사유’의 구체적인 내용을 대통령령으로 정하도록 위임하고 있다. 그런데 이 사건 시행령조항은 동 법률 제 25조 제1항 제2호 내지 제4호의 하나에 해당하는 사유만으로 사업 또는 사업장을 3회 변경한 경우에는 ‘1회에 한하여’ 사업 또는 사업장의 변경을 추가로 허용할 수 있다고 규정함으로써, 이 사건 법률조항에서 위임한 ‘부득이한 사유’ 외에 이러한 ‘부득이한 사유’가 인정되는 경우에도 사업장의 추가 변경은 단지 ‘1회에 한하여’ 허용하는 것으로 제한하고 있다. 결국 이 사건 시행령조항은 모법인 동 법률조항에서 위임받지 아니한 사항을 하위법규에서 규정함으로써 위임입법의 한계를 일탈한 것이며 법률상 근거 없이 청구인들의 직장선택의 자유를 제한하고 있으므로 법률유보원칙에 위배된다고 판단된다.<sup>54)</sup>

## 5. 비례의 원칙 위반 여부

헌법상 비례성원칙 심사는 적합성, 필요성 그리고 협의의 비례성 원칙에 따른 3단계의 과정을 거치게 된다. 이 중 어느 하나의 원칙에 위반되는 경우, 그 국가작용은 비례성원칙에 위반된다.<sup>55)</sup> 이렇게 볼 때 비례성원칙은 기본권제한 법률의 위헌여부 및 기본권 침해여부를 판단하는 실질적 기준이 된다. 그런데 우리나라 헌법재판소는 비례성원칙을 목적의 정당성, 적합성, 필요성 그리고 법익의 균형성(협의의 비례의 원칙)의 4단계로 나누어 심사하고 있다. 여기서는 목적의 정당성, 수단의 적합성, 침해의 최소성, 법익의 균형성 등 4단계 방식에 의거해 심사해 보도록 한다.

### 1) 목적의 정당성

이 사건 법률조항과 시행령조항에 의한 외국인근로자의 사업장 변경제한은 외국인근

53) 헌법재판소 2010. 4. 29. 2007헌마910, 판례집 22-1하, 97, 106-107; 헌법재판소 2011. 9. 29. 2009헌마352, 1459.

54) 헌재 2011. 9. 29, 2007헌마1083, 공보 제180호, 1453, 1459(재판관 목영준, 이정미 별개의견 및 반대 의견).

55) 이러한 3단계 심사원칙의 정당성에 대해서는 이부하, 비례성원칙과 과소보호금지원칙, 헌법학연구 제13권 제2호, 2007. 6, 280면 이하 참조.

로자의 무분별한 사업장 이동을 제한함으로써 내국인근로자의 고용기회를 보호하고 외국인근로자에 대한 효율적인 고용관리로 중소기업의 인력수급을 원활히 하여 국민경제의 균형 있는 발전이 이루어지도록 하기 위하여 도입된 것으로 우리 헌법 제37조 제2항의 공공복리에 해당함으로써 그 입법목적의 정당성이 인정된다.

## 2) 수단의 적합성

이 사건 법률조항과 시행령조항이 규정하고 있는 외국인근로자에 대한 사업장 변경 제한은 내국인근로자의 고용기회 보장과 중소기업 인력부족 해소라는 고용허가제의 입법 목적을 달성함에 있어서 적절한 수단이라 할 것이다.

## 3) 침해의 최소성

그러나 이 사건 시행령조항은 외국인근로자가 스스로 원해서 사업장을 변경하는 경우는 물론 사업장이 경영난에 처하는 등, 외국인근로자에게 그 책임을 물을 수 없는 사유까지도 사업장 변경횟수에 산입하고 있으며, 어떠한 경우든 불문하고 무조건 1회의 사업장 변경만을 추가로 허용하고 있어 최소침해성의 원칙을 충족한다고 볼 수 없다.<sup>56)</sup> 즉, 사업주의 경영악화, 고의적인 폐업 등 외국인근로자의 책임 없는 사유로 인하여 부득이 사업장을 변경하는 경우에는 이러한 사유를 변경횟수에 산입하지 않거나, 추가적인 사업장 변경 횟수를 탄력적으로 규정하여 청구인의 계약의 자유를 보다 덜 침해할 수 있음에도 불구하고 어떠한 사유에 의하든 사업장의 변경은 1회에 한하여 추가로 허용함으로써 최소침해성의 원칙에 반한다고 할 수 있다.<sup>57)</sup> 더욱이 동 법률 제18조에 있어서 외국인근로자의 근로기간은 이미 3년의 범위에서 취업활동을 할 수 있도록 규정하고 있기 때문에 별도로 3회 내지 부득이한 경우 4회로 사업장 변경을 제한하는 것은 이중적인 제한으로서 최소침해성의 원칙에 반한다.

## 4) 법익의 균형성

적법하게 고용허가를 받은 외국인근로자들이 허가기간 동안 안심하고 근로에 종사함

56) 헌법재판소 2011. 9. 29. 2009헌마352 재판관 소수의견.

57) 헌법재판소 2011. 9. 29. 2009헌마352 재판관 소수의견.

으로써 인간의 생존에 필요한 물질적 기초를 충족하고 모국에 있는 가족들의 생계를 책임져야할 사익은 매우 크다. 이에 비해, 내국인 일자리 보호와 국내 노동시장의 안정이라는 공익은 사업장변경을 최대 4회로 제한하는 이 사건 법률조항 및 시행령조항에 의하여 달성된다고 보기도 어렵다. 따라서 동 법률 및 시행령조항으로 인해 침해되는 사익과 추구하는 공익 사이에 법익의 균형성이 갖추어졌다고 할 수 없다.

## VI. 결 론

우리나라의 고용허가제는 헌법상 외국인의 직업선택의 자유에 대한 헌법적 고려 없이 정책적으로 외국인근로자가 필요하면 외국인을 입국시켜 근로를 제공하게 하고 근로 필요성이 없어지면 추방하는 시스템을 지니고 있다. 또한 우리나라 법정책상 고용허가제에 따른 외국인의 근로와 외국인 이민정책간에는 어떠한 연계성도 지니고 있지 못하다.

평등권과 관련하여, 이 사건 법률조항과 시행령조항에 의하면 A가 2회의 무귀책사유로 인한 사업장 변경과 1회의 귀책사유로 인한 사업장 변경을 한 경우이면 추가적으로 1회의 사업장 변경을 할 수 없으나, A가 3회의 무귀책사유로 인한 사업장 변경을 한 경우이면 사업장 변경을 추가적으로 1회 할 수 있게 된다. 이렇게 당사자 일방에게 불리한 법규정에 의하여 외국인근로자를 차별하는 것이 헌법적으로 정당성을 얻을 수 있는지 의심스럽다.

‘외국인근로자의 고용 등에 관한 법률’ 및 동법 시행령조항에 의한 외국인근로자의 사업장 변경제한은 외국인근로자의 무분별한 사업장 이동을 제한함으로써 내국인근로자의 고용기회를 보호하고 외국인근로자에 대한 효율적인 고용관리로 중소기업의 인력수급을 원활히 하여 국민경제의 균형 있는 발전이 이루어지도록 하기 위하여 도입된 것으로 그 입법목적의 정당성이 인정된다. 또한 외국인근로자에 대한 사업장 변경 제한은 내국인근로자의 고용기회 보장과 중소기업 인력부족 해소라는 고용허가제의 입법 목적을 달성함에 있어서 적절한 수단이다. 그러나 외국인근로자가 스스로 원해서 사업장을 변경하는 경우는 물론 사업장이 경영난에 처하는 등, 외국인근로자에게 그 책임을 물을 수 없는 사유까지도 사업장 변경횟수에 산입하고 있으며, 어떠한 경우든 불문하고 무조건 1회의 사업장 변경만을 추가로 허용하고 있어 최소침해성 원칙을 충족한다고 볼 수 없다. 또한 적법하게 고용허가를 받은 외국인근로자들이 허가기간 동안 안심하고 근로에 종사함으로써 인간의 생존에 필요한 물질적 기초를 충족하고 모국에 있는 가족

들의 생계를 책임져야할 사익은 막중함에 비하여, 내국인 일자리 보호와 국내 노동시장의 안정이라는 공익은 사업장변경을 최대 4회로 제한함으로써 달성된다고 보기도 어려우므로, 동 법률 및 시행령조항으로 인하여 침해되는 사익과 추구하는 공익 사이에 법익의 균형성이 갖추어졌다고 할 수도 없다.

## 참 고 문 헌

권영성, 헌법학원론, 법문사, 2010.

김철수, 헌법학개론, 박영사, 2011.

박일경, 신헌법, 법경출판사, 1990.

홍성방, 헌법학(上), 박영사, 2010.

김승환, 기본권의 인적 효력범위, 공법학연구 제9권 제4호, 2008. 12, 109면 이하.

이부하, 비례성원칙과 과소보호금지원칙, 헌법학연구 제13권 제2호, 2007. 6, 275면 이하.



<국문요약>

## 고용허가제에 의한 외국인근로자의 직업의 자유

이부하

영남대학교 법학전문대학원 교수

우리나라의 고용허가제는 헌법상 외국인의 직업선택의 자유에 대한 헌법적 고려없이 정책적으로 외국인근로자가 필요하면 외국인을 입국시켜 근로를 제공하게 하고 근로 필요성이 없어지면 추방하는 시스템을 지니고 있다. 또한 우리나라 법정책상 고용허가제에 따른 외국인의 근로와 외국인 이민정책간에는 어떠한 연계성도 지니고 있지 못하다.

‘외국인근로자의 고용 등에 관한 법률’ 및 동법 시행령조항에 의한 외국인근로자의 사업장 변경횟수제한은 외국인근로자에 대한 효율적인 고용관리로 중소기업의 인력수급을 원활히 하여 국민경제의 균형 있는 발전이 이루어지도록 하기 위하여 도입된 것으로 그 입법목적의 정당성이 인정되며, 외국인근로자에 대한 사업장 변경 제한은 내국인근로자의 고용기회 보장과 중소기업 인력부족 해소라는 고용허가제의 입법목적에 달성에 있어서 적절한 수단이다. 그러나 외국인근로자가 스스로 원해서 사업장을 변경하는 경우는 물론 사업장이 경영난에 처하는 등, 외국인근로자에게 그 책임을 물을 수 없는 사유까지도 사업장 변경횟수에 산입하고 있으며, 어떠한 경우든 불문하고 무조건 1회의 사업장 변경만을 추가로 허용하고 있어 최소침해성 원칙에 위배된다. 또한 적법하게 고용허가를 받은 외국인근로자들이 허가기간 동안 안심하고 근로에 종사함으로써 인간의 생존에 필요한 물질적 기초를 충족하고 모국에 있는 가족들의 생계를 책임져야 할 사익은 막중함에 비하여, 내국인 일자리 보호와 국내 노동시장의 안정이라는 공익은 사업장변경을 원칙적 3회로 제한함으로써 달성된다고 보기도 어려우므로, 동 법률 및 시행령조항으로 인하여 침해되는 사익과 추구하는 공익 사이에 법익의 균형성이 갖추어졌다고 할 수도 없다.

주제어 : 외국인근로자, 직장선택의 자유, 고용허가제, 고용기간, 직장변경

<Abstract>

## The Freedom of Foreign Worker's Job in According to the Employment Permit System

Lee, Boo-Ha

Professor, Law School, Yeungnam University

The "Act on foreign workers Employment" is enacted on 17 August 2004. However, this Act contains abuse of human Rights, and has been a lot of controversy again: permission for change of business or workplace, term of labor contract. However, the current employment permit system is still enforced in many legal issues still remain. The foreign workers can change the workplace only three times if there is no worker's fault. And exceptionally the workers satisfying some conditions can do once more.

Employment permit system enacting as foreign worker's employment principle considered the proper functional level and constitutional proper choice regarding of domestic labor market and native's first opportunity and so on. Regulations of "permission for change of business or workplace" to protect to domestic labor market is inevitable. Foreign worker's Employment is allowed of the freedom. The results occurred in the labor markets are as follow: substitution effects on employment between domestic worker and foreign worker effects.

And employment for overseas Korean visiting of foreign nationality will be breached a complementary principle of the current "Employment Permit System" in the labor market. In the future, the revisions of "Employment Permit System" have to establish on the basis of the objective review on the impact and effect of its revision in domestic labor markets.

key words : Foreign Workers, the Freedom of Choice to Workplace, Employment Permit System, the period of employment, Change of workplace