보도기사 작성용 초고입니다.

헌 법 재 판 소

결 정

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

2009헌마230(병합) 외국인근로자의 고용 등에 관한 법률 제25조 제4항 등 위헌확인

2009헌마352(병합) 외국인근로자의 고용 등에 관한 법률 제25조 제4항 등 위헌확인

청 구 인 1. 수하르조(Suharjo, 2007헌마1083)

2. 파나니 무하마드 자이날(Fanani Muhammad Zainal, 2009헌마230)

3. 토레스 러블리 마카탕가이(Torres Lovely Macatangay, 2009헌마230)

4. 부이 창 두안(Bui Quang Duan, 2009헌마230)

청구인 1 내지 4의 주소 서울 종로구 원서동 158-1 3층

청구인 1 내지 4의 대리인 변호사 정정훈, 황필규, 장서연

복대리인 변호사 강지현, 권영국, 오세정, 윤지영, 이학준

5. 응웬 반 단(Nguyen Van Dan, 2009헌마352)

서울 서초구 서초동 1702-9 상림빌딩 203호

대리인 변호사 이정현

주 문

이 사건 심판청구를 기각한다.

이 유

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 2007헌마1083 사건

(가) 청구인은 인도네시아 국적의 외국인근로자로서 '외국인근로자의 고용 등에 관한 법률'에 의한 고용허가를 받아 2005. 7. 22. 우리나라에 입국하여 근로를 개시하였다.

(나) '외국인근로자의 고용 등에 관한 법률' 제25조 제4항은 외국인근로자는 자신이 근로하는 사업 또는 사업장(이하 '사업장'이라 한다)을 3회 초과하여 변경하는 것을 금지하고 있는데 청구인은 위 법률 제25조가 정한 절차에 따라 사업장을 3회 변경하였다.

(다) 청구인이 3회째 사업장 변경을 하여 2007. 5. 25.부터 근무한 사업장의 사업주는 경영악화를 이유로 2007. 6. 25.부터는 청구인을 고용할 수 없다는 의사를 통보하였다. 청구인은 사업주와 함께 안산고용지원센터를 찾아가 사업장 변경문제를 협의하였으나 위 법률 제25조 제4항 및 동법 시행령 제30조 제2항 규정에 의하여 더 이상 사업장 변경신청 또는 변경은 불가능하다는 통보를 받았다.

(라) 이에 청구인은 외국인근로자의 사업장 변경은 원칙적으로 3회를 초과할 수 없도록 하고, 예외적으로 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 2007. 9. 21. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(2) 2009헌마230 사건

(가) 청구인들은 인도네시아, 필리핀, 베트남 국적의 외국인근로자들로서 '외국인근로자의 고용 등에 관한 법률'에 의한 고용허가를 받아 각 2006. 11. 7., 2006. 2. 28., 2007. 7. 5. 우리나라에 입국하여 근로를 개시하였다.

(나) '외국인근로자의 고용 등에 관한 법률' 제25조 제4항은 외국인근로자는 자신이 근로하는 사업 또는 사업장을 3회 초과하여 변경하는 것을 금지하고 있는데 청구인들은 위 법률 제25조가 정한 절차에 따라 각각 사업장을 3회 변경하였다.

(다) 청구인들은 모두 3회째 사업장 변경 후 해고, 계약해지 등의 사유로 퇴사처리 되었고 위 법률 제25조 제4항 및 동법 시행령 제30조 제2항에 의하여 더 이상의 사업장 변경이 불가능하게 되었다.

(라) 이에 청구인들은 외국인근로자의 사업 또는 사업장 변경은 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 청구인들의 직업선택의 자유, 근로의 권리 등을 침해하여 위헌이라

고 주장하면서 2009. 4. 27. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(3) 2009헌마352 사건

(가) 청구인은 베트남 국적의 외국인근로자로서 '외국인근로자의 고용 등에 관한 법률'에 의한 고용허가를 받아 2008. 5. 25. 우리나라에 입국하여 근로를 개시하였다.

(나) '외국인근로자의 고용 등에 관한 법률' 제25조 제4항은 외국인근로자는 자신이 근로하는 사업장을 3회 초과하여 변경하는 것을 금지하고 있는데 청구인은 위 법률 제25조가 정한 절차에 따라 사업장을 3회 변경하였다.

(다) 청구인은 3회째 사업장 변경 후 계약해지(경영상 해고)로 퇴사처리 되었는데 위 법률 제25조 제4항 및 동법 시행령 제30조 제2항에 의하여 더 이상의 사업장 변경이 불가능하게 되었다.

(라) 이에 청구인은 외국인근로자의 사업장 변경을 원칙적으로 3회를 초과할 수 없도록 하고, 예외적으로 사업 또는 사업장 변경이 모두 외국인근로자에게 귀책없는 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 2009. 6. 30. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 구 '외국인근로자의 고용 등에 관한 법률'(2005. 5. 31. 법률 7567호로 제정되고, 2009. 10. 9 법률 제9798호로 개정되기 전의 것, 이하 '외국인고용법'이라 한다) 제25조 제4항(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다) 및 구 '외

국인근로자의 고용 등에 관한 법률 시행령'(2004. 3. 17. 대통령령 제18314호로 제정되고, 2010. 4. 7. 대통령령 제22114호로 개정되기 전의 것) 제30조 제2항(이하 '이 사건 시행령조항'이라 한다)이 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부이며, 그 내용 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

[심판대상조항]

구 외국인근로자의 고용 등에 관한 법률(2005. 5. 31. 법률 7567호로 제정되고, 2009. 10. 9 법률 제9798호로 개정되기 전의 것)

제25조(사업 또는 사업장 변경의 허용) ④ 제1항의 규정에 의한 외국인근로자의 다른 사업 또는 사업장으로의 변경은 제18조 제1항의 규정에 의한 기간 중 원칙적으로 3회를 초과할 수 없다. 다만, 대통령령으로 정하는 부득이한 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

구 외국인근로자의 고용 등에 관한 법률 시행령(2004. 3. 17. 대통령령 제18314호로 제정되고, 2010. 4. 7. 대통령령 제22114호로 개정되기 전의 것)

제30조(사업 또는 사업장의 변경) ② 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.

[관련조항]

구 외국인근로자의 고용 등에 관한 법률(2005. 5. 31. 법률 7567호로 제정되고, 2009. 10. 9 법률 제9798호로 개정되기 전의 것)

제1조(목적) 이 법은 외국인근로자를 체계적으로 도입·관리함으로써 원활한 인

력수급 및 국민경제의 균형 있는 발전을 도모함을 목적으로 한다.

제2조(외국인근로자의 정의) 이 법에서 “외국인근로자”라 함은 대한민국의 국적을 가지지 아니한 자로서 국내에 소재하고 있는 사업 또는 사업장에서 임금을 목적으로 근로를 제공하고 있거나 제공하고자 하는 자를 말한다. 다만, 출입국관리법 제18조 제1항의 규정에 의하여 취업활동을 할 수 있는 체류자격을 받은 외국인 중 취업분야 또는 체류기간 등을 고려하여 대통령령이 정하는 자를 제외한다.

제3조(적용범위 등) ① 이 법은 외국인근로자 및 외국인근로자를 고용하고 있거나 고용하고자 하는 사업 또는 사업장에 적용한다. 다만, 선원법의 적용을 받는 선박에 승무하는 선원 중 대한민국 국적을 가지지 아니한 선원 및 그 선원을 고용하고 있거나 고용하고자 하는 선박의 소유자에 대하여는 적용하지 아니한다.

② 외국인근로자의 입국·체류 및 출국 등에 있어 이 법에서 규정하지 아니한 사항에 대하여는 출입국관리법이 정하는 바에 의한다.

제18조(취업의 제한) ① 외국인근로자는 입국한 날부터 3년의 범위 내에서 취업활동을 할 수 있다.

② 이 법에 따라 국내에서 취업한 후 출국한 외국인으로서 출국한 날부터 6월이 경과되지 아니한 자는 이 법에 따라 다시 취업할 수 없다.

제19조(외국인근로자 고용허가의 취소) ① 노동부장관은 다음 각 호의 1에 해당하는 사용자에 대하여 대통령령이 정하는 바에 따라 제8조의 규정에 의한 외국인근로자 고용허가의 취소를 명할 수 있다.

1. 사용자가 입국전에 계약한 임금 그 밖의 근로조건을 위반하는 경우

2. 사용자의 임금체불 그 밖의 노동관계법의 위반 등으로 근로계약의 유지가 어

렵다고 인정되는 경우

3. 거짓 그 밖의 부정한 방법으로 고용허가를 받은 경우

② 제1항의 규정에 따라 외국인근로자 고용허가가 취소된 사용자는 고용허가 취소의 명령을 받은 날부터 15일 이내에 그 외국인근로자와의 근로계약을 종료하여야 한다.

제20조(외국인근로자 고용의 제한) ① 노동부장관은 다음 각 호의 1에 해당하는 사용자에 대하여 그 사실이 발생한 날부터 3년간 외국인근로자의 고용을 제한할 수 있다.

1. 제8조 제4항의 규정에 의한 고용허가서를 발급받지 아니하고 외국인근로자를 고용한 자

2. 제19조 제1항의 규정에 따라 외국인근로자의 고용허가가 취소된 자

3. 이 법 또는 출입국관리법을 위반하여 처벌을 받은 자

4. 그 밖의 대통령령이 정하는 사유에 해당하는 자

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.

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

② 제1항의 규정에 의한 외국인근로자의 사업 또는 사업장 변경 신청후의 재취업 절차 및 방법에 관하여는 제6조·제8조 및 제9조의 규정을 준용한다.

③ 제1항의 규정에 의한 다른 사업 또는 사업장으로의 변경을 신청한 날부터 2월 이내에 출입국관리법 제21조의 규정에 의한 근무처 변경허가를 받지 못하거나 사용자와 근로계약 종료 후 1월 이내에 다른 사업 또는 사업장으로의 변경을 신청하지 아니한 외국인근로자는 출국하여야 한다.

구 외국인근로자의 고용 등에 관한 법률 시행령(2004. 3. 17. 대통령령 제18314호로 제정되고, 2010. 4. 7. 대통령령 제22114호로 개정되기 전의 것)

제30조(사업 또는 사업장의 변경) ① 법 제25조 제1항 제4호에서 “그 밖에 대통령령이 정하는 사유”라 함은 상해 등으로 외국인근로자가 해당 사업 또는 사업장에서 계속 근무하기는 부적합하나 다른 사업 또는 사업장에서의 근무는 가능하다고 인정되는 경우를 말한다.

③ 직업안정기관의 장은 법 제25조 제3항에 해당하는 출국대상자의 명단을 관할 출입국관리사무소장 또는 출장소장에게 통보하여야 한다.

외국인근로자의 고용 등에 관한 법률(2010. 6. 4. 법률 제10339호로 개정된 것)

제25조(사업 또는 사업장 변경의 허용) ① 제8조 제4항에 따라 고용허가를 받은 사용자에게 고용된 외국인근로자와 같은 조에 따라 고용허가를 받은 후 제18조의2에 따라 취업활동 기간을 연장받은 외국인근로자는 다음 각 호의 어느 하나에

해당하는 경우가 발생하여 그 사업 또는 사업장에서 정상적인 근로관계를 지속하기 곤란할 때에는 고용노동부령으로 정하는 바에 따라 직업안정기관의 장에게 다른 사업 또는 사업장으로의 변경을 신청할 수 있다.

1. 사용자가 정당한 사유로 근로계약기간 중 근로계약을 해지하려고 하거나 근로계약이 만료된 후 갱신을 거절하려는 경우

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

3. 제19조 제1항에 따라 고용허가가 취소되거나 제20조 제1항에 따라 고용이 제한된 경우

4. 사업장의 근로조건이 근로계약조건과 상이한 경우, 근로조건 위반 등 사용자의 부당한 처우 등으로 인하여 사회통념상 근로계약을 유지하기 어려운 경우

5. 그 밖에 대통령령으로 정하는 사유가 발생한 경우

② 사용자가 제1항에 따라 사업 또는 사업장 변경 신청을 한 후 재취업하려는 외국인근로자를 고용할 경우 그 절차 및 방법에 관하여는 제6조·제8조 및 제9조를 준용한다.

③ 제1항에 따른 다른 사업 또는 사업장으로의 변경을 신청한 날부터 3개월 이내에 출입국관리법 제21조에 따른 근무처 변경허가를 받지 못하거나 사용자와 근로계약이 종료된 날부터 1개월 이내에 다른 사업 또는 사업장으로의 변경을 신청하지 아니한 외국인근로자는 출국하여야 한다. 다만, 업무상 재해, 질병, 임신, 출산 등의 사유로 근무처 변경허가를 받을 수 없거나 근무처 변경신청을 할 수 없는 경우에는 그 사유가 없어진 날부터 각각 그 기간을 계산한다.

④ 제1항에 따른 외국인근로자의 사업 또는 사업장 변경은 제18조 제1항에 따른 기간 중에는 원칙적으로 3회를 초과할 수 없으며, 제18조의2 제1항에 따라 연장된 기간 중에는 2회를 초과할 수 없다(제25조 제1항 제2호의 사유로 사업 또는 사업장을 변경한 경우는 포함하지 아니한다). 다만, 대통령령으로 정하는 부득이한 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

외국인근로자의 고용 등에 관한 법률 시행령(2010. 4. 7. 대통령령 제22114호로 개정된 것)

제30조(사업 또는 사업장의 변경) ① 법 제25조 제1항 제5호에서 “대통령령으로 정하는 사유”란 상해 등으로 외국인근로자가 해당 사업 또는 사업장에서 계속 근무하기는 부적합하나 다른 사업 또는 사업장에서 근무하는 것은 가능하다고 인정되는 경우를 말한다.

② 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 직업안정기관의 장은 법 제25조제3항에 해당하는 출국대상자의 명단을 관할 출입국관리사무소장 또는 출장소장에게 통보하여야 한다.

2. 청구인들의 주장 요지

가. 외국인고용법 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.

나. 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.

다. 외국인고용법 제25조 제4항 단서는 단지 본문의 예외를 대통령령에 위임할 것을 규정하면서 구체적으로 범위를 정하지 아니하고 추가 변경 가능 횟수 및 추가 변경사유를 전혀 예측할 수 없도록 대통령령에 위임하고 있어 명확성의 원칙 및 헌법 제75조의 포괄위임입법금지원칙에 반한다.

라. 이 사건 시행령조항은 사업장 변경이 예외적으로 허용되는 경우를 정하고 있는바, 그 요건을 지나치게 엄격하게 정함으로써 청구인들의 근로의 권리 등을 침해하여 과잉금지원칙 및 본질적 내용 침해금지원칙에 반한다.

3. 적법요건에 관한 판단

가. 외국인의 기본권 주체성

(1) 우리 재판소는, 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(헌재 1994. 12. 29. 93헌마

120, 판례집 6-2, 477, 480). 즉, 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권 등과 같이 단순히 '국민의 권리'가 아닌 '인간의 권리'로 볼 수 있는 기본권에 대해서는 외국인도 기본권 주체가 될 수 있다고 하여 인간의 권리에 대하여는 원칙적으로 외국인의 기본권 주체성을 인정하였다(헌재 2001. 11. 29. 99헌마494, 판례집 13-2, 714, 724 참조).

(2) 이와 같이 외국인에게는 모든 기본권이 무한정 인정될 수 있는 것이 아니라 '인간의 권리'의 범위 내에서만 인정되는 것이므로, 먼저 이 사건 법률조항이 제한하고 있는 것이 어떤 기본권과 관련되는 것인지를 확정하고, 그 기본권이 권리성질상 외국인인 청구인에게 기본권 주체성을 인정할 수 있는 것인지 살펴야 할 것이다.

나. 청구인들의 기본권 주체성 존부

(1) 관련 기본권의 확정

청구인들은 이 사건 법률조항으로 인하여 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 의미하는바(헌재 2007. 8. 30. 2004헌마670, 판례집 19-2, 297, 305 참조), 직장변경의 횟수를 제한하고 있는 이 사건 법률조항은 위와 같은 근로의 권리를 제한하는 것은 아니라 할 것이다.

한편, 직업선택의 자유는 누구나 자유롭게 자신이 종사할 직업을 선택하고, 그 직업에 종사하며, 이를 변경할 수 있는 자유를 말하며, 이에는 개인의 직업적 활

동을 하는 장소 즉 직장을 선택할 자유도 포함된다(헌재 1989. 11. 20. 89헌가102, 판례집 1, 329, 336; 헌재 2002. 11. 28. 2001헌바50, 판례집 14-2, 668-667 참조).

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·결정을 보호하는 것을 내용으로 한다(헌재 2002. 11. 28. 2001헌바50, 판례집 14-2, 668, 678).

이 사건 법률조항은 외국인근로자의 사업장 최대변경가능 횟수를 설정하고 있는바, 이로 인하여 외국인근로자는 일단 형성된 근로관계를 포기(직장이탈)하는 데 있어 제한을 받게 되므로 이는 직업선택의 자유 중 직장 선택의 자유를 제한하고 있다.

(2) 직장 선택의 자유에 있어서 외국인의 기본권 주체성 인정 여부

직업의 자유는 자신이 원하는 직업 내지 직종을 자유롭게 선택하는 직업선택의 자유와 자신이 선택한 직업을 자기가 결정한 방식으로 자유롭게 수행할 수 있는 직업수행의 자유를 모두 포함하는 것으로 보아야 한다. 이러한 직업의 선택 혹은 수행의 자유는 각자의 생활의 기본적 수요를 충족시키는 방편이 되고 또한 개성신장의 바탕이 된다는 점에서 헌법 제10조의 행복추구권과 밀접한 관련을 갖는다(헌재 1997. 10. 30. 96헌마109, 판례집 9-2, 537, 543; 헌재 1998. 7. 16. 96헌마246, 판례집 10-2, 283, 307-308).

또한 개개인이 선택한 직업의 수행에 의하여 국가의 사회질서와 경제질서가 형성된다는 점에서, 직업의 자유는 사회적 시장경제질서라고 하는 객관적 법질서의 구성요소이기도 하다(헌재 2001. 6. 28. 2001헌마132, 판례집 13-1, 1441, 1458).

직업의 자유 중 이 사건에서 문제되는 직장 선택의 자유는 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권과도 밀접한 관련을 가지는 만큼 단순히 국민의 권리가 아닌 인간의 권리로 보아야 할 것이므로 권리의 성질상 참정권, 사회권적 기본권, 입국의 자유 등과 같이 외국인의 기본권주체성을 전면적으로 부정할 수는 없고, 외국인도 제한적으로라도 직장 선택의 자유를 향유할 수 있다고 보아야 한다(헌재 2000. 8. 31. 97헌가12 판례집 12-2, 168, 183 참조).

한편 기본권 주체성의 인정문제와 기본권 제한의 정도는 별개의 문제이므로, 외국인에게 직장 선택의 자유에 대한 기본권주체성을 인정한다는 것이 곧바로 이들에게 우리 국민과 동일한 수준의 직장 선택의 자유가 보장된다는 것을 의미하는 것은 아니라고 할 것이다.

(3) 청구인들의 직장 선택의 자유에 대한 기본권 주체성

이 사건 청구인들은 국내 기업에 취업함을 목적으로 외국인고용법상 고용허가를 받고 적법하게 우리나라에 입국하여, 우리나라에서 일정한 생활관계를 형성, 유지하며 살아오고 있는 자들이다. 이 사건에서 청구인들이 구체적으로 주장하는 것은 외국인고용법상 고용허가를 받아 취업한 직장을 자유로이 변경할 수 있는 직장 선택의 자유가 침해되었다는 것인바, 청구인들이 이미 적법하게 고용허가를 받아 적법하게 우리나라에 입국하여 우리나라에서 일정한 생활관계를 형성, 유지하는 등, 우리 사회에서 정당한 노동인력으로서의 지위를 부여받은 상황임을 전제로 하는 이상, 청구인들이 선택한 직업분야에서 이미 형성된 근로관계를 계속 유지하거나 포기하는 데 있어 국가의 방해를 받지 않고 자유로운 선택·결정을 할 자유는 외국인인 청구인들도 누릴 수 있는 인간의 권리로서의 성질을 지닌다고

볼 것이다.

그렇다면, 위와 같은 직장 선택의 자유라는 권리의 성질에 비추어 보면 이 사건 청구인들에게 직장 선택의 자유에 대한 기본권 주체성을 인정할 수 있다 할 것이다.

한편 아래 별개의견은 외국인에게 직장 선택의 자유에 대한 기본권 주체성을 인정함에 있어 고용허가를 받아 적법하게 입국하여 우리나라에서 일정한 생활관계를 형성, 유지한 사실을 요구하는 것을 두고, 결국 외국인의 직장 선택의 자유를 헌법상의 권리가 아닌 외국인고용법이라는 법률상의 권리로 보는 것이라는 비판을 하고 있다. 그러나 직업의 자유 중 직장 선택의 자유는 앞서 본 바와 같이 인간의 권리로서의 성질을 가진 헌법상 기본권으로 보아야 할 것이며, 고용허가를 받아 적법하게 입국하여 우리나라에서 일정한 생활관계를 형성, 유지하였을 것을 요구하는 것은 외국인이 우리 헌법상 기본권인 직장 선택의 자유를 누리기 위한 전제일 뿐이지 이러한 법적 제한을 둔다고 하여 그 직장 선택의 자유의 성격이 헌법상 권리에서 법률상의 권리로 바뀐다고 보기는 어렵다 할 것이다.

4. 본안 판단

가. 외국인근로자 고용허가제 개관

(1) 고용허가제 도입경위

우리나라에 외국인이 입국해서 근로를 제공하게 된 것은 1991. 10.경 '외국인 산업기술연수 사증발급에 관한 업무지침(법무부 훈령 제255호)'이 시행되면서 부터이다. 외국인근로자는 이후 산업연수생이라는 이름으로 국내에 입국하여 단순노무분야의 근로를 제공해 왔지만, 연수생 신분이라는 제약 때문에 근로기준법의 적용

을 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 2003. 8. 16. 사업주가 단순노무 분야 외국인근로자를 합법적으로 고용할 수 있고, 정부가 외국인근로자를 직접 관리하도록 하는 '외국인근로자 고용허가제'(이하 '고용허가제'라 한다)를 도입하는 내용의 '외국인근로자의 고용 등에 관한 법률'이 제정되어 2004. 8. 17. 시행되었다.

(2) 주요내용

외국인고용법의 주요내용은 다음과 같다(헌재 2009. 9. 24. 2006헌마1264, 판례집 21-2상, 659, 673-675 참조).

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 유휴인력의 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 제한하면

서 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 제1항), 기존 산업연수생제도와 달리 이 법에 따라 취업하는 외국인근로자에게 근로자성을 인정하고 있다.

나. 이 사건 법률조항에 대한 판단

(1) 쟁점의 정리

청구인들은 이 사건 법률조항이 사업장의 최대 변경가능횟수를 설정하여 청구인들로 하여금 강제근로에 놓일 위험에 처하게 함으로써 청구인들의 근로의 권리, 직업의 자유, 행복추구권을 침해하고, 이 사건 법률조항 단서에서 추가 변경 가능 횟수 및 추가변경사유를 전혀 예측할 수 없도록 대통령령에 위임하여 포괄위임입법금지원칙에 위반한다고 주장한다.

그런데 앞서 본 바와 같이 사업장의 최대 변경가능횟수를 설정한 것은 청구인들의 근로의 권리를 제한하는 것이 아니라 직업의 자유 중 직장 선택의 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(헌재 2007. 5. 31. 2007헌바3, 공보 128, 589, 595; 헌재 2009. 7. 30. 2007헌마1037, 판례집 21-2상, 375, 379 참조), 근로의 권리 및 행복추구권 침해 여부에 대하여는 판단하지 아니한다. 따라서 이하에서는 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙이나 포

괄위임입법금지원칙에 위반하여 청구인들의 직장 선택의 자유를 침해하는지에 국한하여 판단한다.

(2) 직장 선택의 자유 침해 여부

(가) 심사기준

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

(나) 직장 선택의 자유 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 내국인 근로자의 고용기회 뿐만 아니라 근로조건 개선에도 악영향을 미치게 될 것이다.

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.

(3) 포괄위임입법금지원칙 위반 여부

(가) 헌법 제75조는 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다.”라고 규정하여 위임입법의 헌법상 근거를 마련하는 한편 대통령령으로 입법할 수 있는 사항을 ‘법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항’으로 한정함으로써 일반적이고 포괄적인

위임입법은 허용되지 않는다는 것을 명백히 하고 있다. 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(헌재 2002. 6. 27. 2000헌바88, 판례집 14-1, 579, 585).

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

(다) 이 사건 법률조항 본문은 외국인 근로자의 사업장 변경은 원칙적으로 3회를 초과할 수 없도록 규정하면서 단서에서 '다만, 대통령령이 정하는 부득이한 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다'라고 규정하여, 3회를 초과하여 사

업장을 변경할 수 있는 예외적인 경우에 대하여 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 고용기회와 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 어렵고 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 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.

(4) 소결

이 사건 법률조항은 포괄위임입법금지원칙에 위반되지 아니하고, 청구인들의 기본권을 침해하지 아니한다.

다. 이 사건 시행령조항의 기본권 침해 여부

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

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.

(2) 직장 선택의 자유 침해 여부

앞서본 바와 같이 외국인력 도입에 관한 제도의 형성과 관련하여 입법자에게 광범위한 입법재량이 인정되고, 고용허가제의 내용을 이루는 이 사건 시행령 조항 역시 그 내용이 합리적인 근거 없이 현저히 자의적인 경우에만 헌법에 위반된다 할 것이다.

청구인들은 이 사건 시행령조항이 외국인근로자의 사업장 추가변경이 예외적으로 허용되는 경우를 정하면서 그 요건을 지나치게 엄격하게 정하고 추가로 변경가능한 횟수를 1회에 한정함으로써 청구인들의 직업의 자유 등을 침해하였다고 주장한다.

살피건대, 이 사건 시행령조항의 모법조항인 이 사건 법률조항이 앞서본 바

와 같이 외국인근로자의 직장 선택의 자유를 침해한 것이 아닌 점, 이 사건 시행령조항은 외국인근로자의 3년의 체류기간동안 3회의 사업장 변경 기회를 주는 이 사건 법률조항에 더하여 사업장 변경을 추가로 허용해주기 위하여 마련된 것인 점, 이 사건 시행령조항에서 사업장을 추가변경할 수 있는 사유로 규정한 '외국인고용법 제25조 제1항 제2호 내지 제4호 중 하나에 해당하는 사유'는 외국인근로자의 자의가 아닌 이유로 사업장 변경이 가능한 경우를 거의 망라한 것으로 볼 수 있는 점, 외국인근로자의 언어적, 문화적 적응기간의 필요성, 국가안전보장, 질서유지를 위한 외국인근로자에 대한 체계적 관리의 필요성 등에 비추어 보아도 이 사건 시행령조항이 사업장의 추가적 변경을 1회에 한하여 허용한 것이 합리적인 이유 없이 현저히 자의적이라고 볼 수는 없다. 따라서 이 사건 시행령조항은 청구인들의 직장 선택의 자유를 침해하지 아니한다.

(3) 소결

이 사건 시행령조항은 법률유보원칙에 위배되지 아니하고, 청구인들의 기본권을 침해하지 아니한다.

5. 결론

그렇다면 이 사건 심판청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 재판관 목영준, 재판관 이정미의 아래 6.과 같은 별개의견 및 일부 반대의견, 재판관 송두환의 아래 7.과 같은 이 사건 시행령조항에 대한 반대의견, 재판관 김종대의 아래 8.과 같은 반대의견(각하의견)이 있는 외에는 나머지 관여 재판관의 일치된 의견에 의한 것이다.

6. 재판관 목영준, 재판관 이정미의 별개의견 및 반대의견

가. 적법요건에 관한 별개의견

재판관 이강국, 재판관 민형기, 재판관 이동흡, 재판관 송두환, 재판관 박한철의 의견(이하 '재판관 5인의 의견'이라고 한다)은 청구인들에게 직장선택의 자유에 관한 기본권주체성이 인정되므로 이 사건 헌법소원심판청구는 적법하다는 것이다. 그러나 우리는, 청구인들에게 직장선택의 자유에 관한 기본권주체성이 인정될 수는 없고, 오히려 근로계약의 자유에 관한 기본권주체성이 인정되어 청구인들의 이 사건 헌법소원심판청구가 적법하다고 판단하므로, 다음과 같이 별개의견을 밝힌다.

(1) 근로계약의 자유와 기본권주체성

헌법 제10조의 행복추구권은 그의 구체적인 표현으로서 일반적인 행동자유권과 개성의 자유로운 발현권을 포함하고, 계약의 자유도 헌법상의 행복추구권에 포함된 일반적인 행동자유권으로부터 파생하므로, 계약의 자유 또한 행복추구권에 의하여 보호된다(헌재 1998. 10. 29. 97헌마345, 판례집 10-2, 621, 633).

그런데 행복추구권은 '인간의 권리'로서 외국인도 기본권의 주체가 될 수 있으므로(헌재 2001. 11. 29. 99헌마494, 판례집 13-2, 714, 723-724 참조), 일반적 행동자유권 중 외국인의 생존 및 인간의 존엄과 가치와 밀접한 관련이 있는 근로계약의 자유에 관하여는 외국인에게도 기본권주체성을 인정할 수 있다.

이 사건 법률조항과 시행령조항에 의하여, 청구인들은 고용허가기간 중 사업자의 변경은 원칙적으로 3회를 초과할 수 없고 예외적으로 위 시행령조항이 정한 부득이한 사유가 있는 경우에도 1회에 한하여만 추가로 변경할 수 있는데, 이는

종전 근로계약을 해지하고 새로운 근로계약을 체결할 수 있는 자유를 제한한다고 할 것이다.

결국 이 사건 법률조항과 시행령조항에 의하여 침해되는 근로계약의 자유에 관하여, 청구인들과 같은 외국인에게도 기본권주체성을 인정할 수 있다고 할 것이다.

(2) 직장 선택의 자유에 관한 기본권주체성의 인정 여부

(가) 위 재판관 5인의 의견은, 외국인들이 이미 적법하게 고용허가를 받아 우리 사회에서 정당한 노동인력으로서의 지위를 부여받은 이상, 청구인들이 선택한 직업분야에서 이미 형성된 근로관계를 계속 유지하거나 포기하는 데에 있어 국가의 방해를 받지 않고 자유로운 선택·결정을 할 자유가 있고, 이러한 직장 선택의 자유는 우리 헌법상 직업의 자유에 의해 보호되는 범위에 속하므로, 청구인들에게 직장 선택의 자유에 관한 기본권주체성이 있다는 취지이다.

(나) 그러나 우선 이른바 권리성질설에 의할 때 외국인에게 직업의 자유 중 일부인 직장 선택의 자유에 관한 기본권주체성을 인정하는 것이 타당한지 의문이다. 직장 선택의 자유가 자유권적 성질을 갖는 것은 부인할 수 없으나, 외국인 고용을 인정할 것인지, 인정한다면 어느 범위에서 허용할 것인지의 문제는 그 사회공동체의 경제적 상황에 따라 국가의 정책적 판단이 크게 개입되는 부분이다. 즉, 외국인의 고용 내지 경제활동의 허용 문제는 내국인의 고용시장에도 영향을 미치고, 국가 경제정책 및 이민자정책 등과도 맞물려있다. 따라서 외국인근로자를 어느 정도로 수급하여 노동공급의 양을 조절할 것인지, 모든 경제영역에서 그들을 종사하게 할 것인지 아니면 제한된 개별경제영역에서의 노동공급만을 허용할 것인지, 더

나아가 그들에게 직장 선택의 자유를 어디까지 인정할 것인지 등과 같은 문제는 결국 그 사회공동체의 여러 경제적 상황과 문화적 특수성 등을 종합하여 정책적으로 결정되어야 할 부분이다. 따라서 헌법상 직장 선택의 자유는 그 성격상 '인간의 자유'라기 보다는 '국민의 자유'라고 보아야 할 것이며, 외국인인 청구인들에게는 직장 선택의 자유에 관한 기본권주체성이 인정되지 아니한다고 봄이 타당하다(위 재판관 5인의 의견이 '외국인도 제한적으로라도 직장선택의 자유를 향유할 수 있다'고 주장하면서 들고 있는 '헌재 2000. 8. 31. 97헌가12 결정'은 '외국인은 원칙적으로 직업선택의 자유 등 9종의 기본권을 누릴 수 없거나 제한적으로밖에 향유하지 못한다'라고 설시함으로써 국적에 따른 차별을 예시한 것이지, 제한된 범위내에서 직장선택의 자유에 관한 기본권주체성을 인정한 것이 아니다).

(다) 더구나 위 재판관 5인의 의견과 같이, 적법하게 고용허가를 받은 외국인들에게는 제한된 범위 내에서 직장 선택의 자유에 관한 기본권주체성을 인정하자는 것은 헌법상 기본권주체성에 관한 논리적 모순을 내포하고 있다. 즉, 기본권주체성이란 우리 헌법상의 기본권을 향유할 수 있는 지위를 말하고 이는 법률에 의하여 새로이 창설되는 것이 아닌데, 우리 법률에 의하여 고용허가를 받았다는 헌법외적 사유로써 헌법상 기본권의 주체성을 인정하자는 것은 논리적으로 선후가 뒤바뀐 것이다. 위 의견과 같이 외국인고용법에 의하여 적법하게 우리나라에 입국한 자들에게만 직장을 선택할 자유를 주는 것은 결국 외국인의 이러한 자유를 인간의 권리가 아닌 법률상의 권리로 보는 것이므로, 이를 이유로 청구인들과 같은 외국인들에게 직장 선택의 자유에 관한 헌법상의 기본권주체성을 인정하는 것은 타당하지 않다.

(라) 위 재판관 5인의 의견에 의하면, 직업선택의 자유 중 직장선택의 자유는 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권과도 밀접한 관련을 가지는 만큼 단순히 국민의 권리가 아닌 인간의 권리로 보아야 한다고 주장한다. 그러나 위 의견이 설시한 바와 같이 직업의 자유라는 것이 그 본질상 인간의 생활적 기본적 수요를 충족시키는 방편이어서 모두 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권과 밀접한 관련이 있고, 따라서 직업의 자유 중 직장선택의 자유만을 분리하여 외국인에게도 기본권주체성을 인정하자는 것은 기본권주체성에 관한 법률관계를 매우 모호하게 할 우려가 있다.

(3) 소결어

결국 청구인들에게는 헌법 제10조에서 파생되는 근로계약의 자유에 관한 기본권주체성이 있으므로, 그 침해를 주장하는 이 사건 헌법소원심판청구는 적법하다고 할 것이다.

나. 이 사건 법률조항에 대한 별개의견

(1) 과잉금지원칙 위반 여부

헌법 제10조의 행복추구권에서 파생된 근로계약의 자유는 내국인은 물론 외국인에게도 인정되는 기본권이므로, 이를 제한할 때에는 헌법상 비례의 원칙에 따라야만 한다.

이 사건 법률조항이 규정하고 있는 외국인근로자의 사업장 변경 제한은 외국인근로자의 사업장 이동을 간접적으로 제한하여 내국인근로자의 고용기회를 보호하고 외국인근로자에 대한 효율적인 고용관리로 중소기업의 인력수급을 원활히 하기 위한 것으로서 입법목적의 정당성과 수단의 적절성이 인정된다.

또한 위 법률조항은 외국인근로자의 사업장 변경 자체를 금지하는 것이 아니라 외국인근로자에게 3년의 체류기간 동안 3회까지 사업장을 변경하고 대통령령이 정하는 부득이한 사유가 있는 경우에는 추가로 사업장변경이 가능하도록 하고 있으므로, 위 입법목적에 비추어 침해최소성 및 법익균형성도 갖추었다고 할 것이다.

따라서 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 반하여 청구인들의 근로계약의 자유를 침해한다고 할 수 없다.

(2) 포괄위임입법금지원칙 위반 여부

이 사건 법률조항이 헌법상 포괄위임입법금지원칙에 위반하지 않는다는 점은 위 재판관 5인의 의견 중 해당부분과 같으므로, 이를 따로이 설시하지 않는다.

다. 이 사건 시행령조항에 대한 위헌의견

우리는 이 사건 시행령조항이 법률유보원칙과 과잉금지원칙에 반하여 청구인들의 기본권을 침해한다고 판단하므로, 다음과 같이 반대의견을 밝힌다.

(1) 법률유보원칙 위반

(가) 위임입법과 법률유보

우리 헌법은 제75조에서 “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 마련하면서, 대통령령은 ‘법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항’에 관하여만 발할 수 있다고 한정함으로써 위임입법의 범위와 한계를 제시하고 있다. 그러므로 위임명령의 내용은 수권법률이 수권한 규율대상과 목적의 범위 안에서 정해야 하는데 이를

위배한 위임명령은 위법이라고 평가되며, 여기에서 모법의 수권조건에 의한 위임명령의 한계가 도출된다. 즉, 모법상 아무런 규정이 없는 입법사항을 하위명령이 규율하는 것은 위임입법의 한계를 위배하는 것이고(헌재 1997. 4. 24. 95헌마273, 판례집 9-1, 487, 494-495 참조), 이러한 하위법령은 법률의 근거가 없는 것으로 법률유보원칙에 위반된다(헌재 2010. 4. 29. 2007헌마910, 판례집 22-1하, 97, 106-107).

(나) 이 사건 시행령조항에 대한 판단

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 위임하였다.

그런데 이 사건 시행령조항은 외국인근로자가 외국인고용법 제25조 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 '1회에 한하여' 허용하는 것으로 제한하고 있다.

그렇다면 이 사건 시행령조항은 모법인 이 사건 법률조항에서 위임받지 아니한 사항을 하위법규에서 규정함으로써 위임입법의 한계를 일탈하여 법률상 근거 없이 청구인들의 근로계약의 자유를 제한하고 있으므로 법률유보원칙에 위배된다.

(2) 과잉금지원칙 위반

이 사건 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 이 사건 시행령조항이 규정하고 있는 외국인근로자에 대한 사업장 변경 제한은 내국인근로자의 고용기회 보장과 중소기업 인력부족 해소라는 위 제도의 입법목적을 달성함에 있어서 적절한 수단이라 할 것이다.

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. 즉, 사업주의 경영악화, 고의적인 폐업 등 외국인근로자에게 책임 없는 사유로 인하여 부득이 사업장을 변경하는 경우에는 이러한 사유를 변경횟수에 산입하지 않거나, 추가적인 사업장 변경 횟수를 탄력적으로 규정하여 청구인들의 계약의 자유를 보다 덜 침해할 수 있음에도 불구하고 어떠한 사유에 의하든 사업장의 변경은 1회에 한하여 추가로 허용함으로써 최소침해성의 원칙에 반한다고 할 것이다.

나아가 적법하게 고용허가를 받은 외국인근로자들이 허가기간 동안 안심하고 근로에 종사함으로써 인간의 생존에 필요한 물질적 기초를 충족하고 모국에 있는 가족들의 생계를 책임져야할 사익은 적지 않음에 비하여, 내국인 일

자리 보호와 국내 노동시장의 안정이라는 공익은 사업장변경을 최대 4회로 제한하는 이 사건 시행령조항에 의하여 충분히 달성된다고 보기도 어려우므로, 위 시행령조항으로 인하여 침해되는 사익과 추구하는 공익 사이에 법익의 균형성이 갖추어졌다고 할 수도 없다.

(3) 소결어

그러므로 이 사건 시행령조항은 법률유보원칙 및 과잉금지원칙을 위반하여 청구인들의 계약의 자유를 침해한다고 할 것이다.

7. 재판관 송두환의 이 사건 시행령조항에 대한 반대의견(위헌의견)

가. 나는 이 사건 시행령조항이 법률유보원칙과 과잉금지원칙에 반하여 청구인들의 기본권을 침해한다는 점에 있어서는 위 6. 다.의 위헌의견과 결론을 같이한다.

그러나 이 사건 청구인들이 침해를 받는 기본권이 어떠한 것인지에 관련하여, '외국인에게 직장 선택의 자유에 관한 기본권주체성을 인정할 수는 없다'는 주장에 대하여는 의견을 달리하므로, 이를 밝혀두고자 한다.

나. 외국인이 헌법상 기본권의 주체가 될 수 있는지에 관하여 이른바 권리성질설에 의하더라도, 모든 외국인에게 일반적으로 직업 선택의 자유, 또는 직장 선택의 자유를 인정할 수는 없다는 점에는 동의할 수 있다. 그러나, 외국인인 이상 어떤 경우에도 직업 선택의 자유, 또는 직장 선택의 자유를 인정할 수 없다고 보는 것에는 동의할 수 없다.

대한민국 국적을 취득하지 않은 외국인이라 하더라도, 대한민국이 정한 절차에 따라 고용허가를 받고 적법하게 입국하여 상당한 기간 동안 대한민국 내에서 거

주하며 일정한 생활관계를 형성, 유지하며 살아오고 있는 중이라면, 그 사람은 단순히 외국인에 불과한 것이 아니라, 대한민국에 거주하는 하나의 인격 주체, 생활의 주체로 파악될 수 있고, 따라서 적어도 그가 대한민국에 적법하게 체류하는 기간 동안에는 인간의 존엄과 가치를 인정받으며 그 생계를 유지하고 생활관계를 계속할 수 있는 수단을 선택할 자유를 보장해 줄 필요가 있다.

이 사건 청구인들은 2005년부터 2008년 사이에 대한민국이 정한 절차에 따라 각각 고용허가를 받고 적법하게 입국한 이래, 이 사건 심판청구를 제기할 당시까지 각 1년 이상 또는 3년 이상의 기간 동안 근로를 통하여 생계를 유지하면서 각각 일정한 생활관계를 형성, 유지하여 왔는바, 이러한 경우에는(만약 청구인들이 본래 예정된 각 체류기간의 만료 등 사유로 출국하게 된다면 그 때는 별론으로 하고), 적어도 청구인들이 대한민국에 각 체류하는 기간 동안에는 강제근로와 강제출국 사이의 선택을 강요당하지 않고 대한민국 내에서 그의 생계 및 생활관계를 유지할 수 있도록 하는 기초적 전제로서, 직장 선택의 자유가 인정, 보장되어야 할 것이다.

한편, 이 사건에서 문제되는 기본권이 '직장 선택의 자유'인지, 또는 '종전 근로계약을 해지하고 새로운 근로계약을 체결할 수 있는 자유'인지 중에서 반드시 양자택일을 해야 할 문제도 아니라고 생각한다.

다. 이와 관련하여, 외국인은 근본적으로 어떠한 헌법상 기본권의 주체도 될 수 없다는 의견이 있는바, 일면의 타당성이 있고 적용에 있어서 간명하다는 장점도 있기는 하나, 헌법상의 기본권이 다른 연원 또는 근거의 유무와 관계 없이 오로지 헌법에 의하여 새롭게 창설된 것이라고 볼 수 있는지, 근본적 의문이 있을 뿐만

아니라, 지나치게 문언만을 중시한 결과가 아닌지도 의심스러워, 이에 대하여도 동의하기 어렵다.

라. 결국, 이 사건 시행령조항은 법률유보원칙 및 과잉금지원칙을 위반하여 청구인들의 직장 선택의 자유를 침해한다고 할 것이다.

8. 재판관 김종대의 반대의견(각하의견)

나는 외국인인 청구인들에 대해 기본권 주체성을 인정하는 다수의견에 반대하여 다음과 같이 견해를 밝힌다.

다만 다수의견 중에서도 직장 선택의 자유에 관하여는 외국인의 기본권 주체성을 부정하면서 다른 다수의견을 비판하는 의견이 있는바 나는 모든 기본권에 대해 기본권 주체성을 부정하므로 위 일부의견의 법정의견에 대한 비판 사유는 그 부분에 한해서는 함께 원용하고, 나아가 아래와 같이 별도의 반대의견의 이유를 개진한다.

가. 외국인의 기본권 주체성에 대한 통설적 견해에 대한 비판

(1) 학계의 통설적 견해와 우리재판소의 선례, 그리고 이 사건의 다수의견은 기본권을 '인간의 권리'와 '국민의 권리'로 나누어 '인간의 권리'는 국민뿐만 아니라 외국인도 기본권의 주체가 될 수 있다고 하나, 이는 다음과 같은 이유로 부당하다고 본다.

첫째, 우리 헌법 문언상 외국인은 기본권의 주체가 될 수 없다.

기본권 주체의 인정문제는 '헌법이 보장'하는 기본권을 누릴 자격이 누구에게 있는가를 따지는 실정 헌법의 해석상 문제이므로, 이를 해결하기 위해서는 우리 헌법의 기본권에 관한 조항이 명문으로 과연 '누구'를 기본권의 주체로 규정하고 있

는지를 가장 먼저 살펴야 하고 다음으로는 우리 헌법제정사가 보여주는 헌법제정권자(국민)의 진의를 파악해 봐야 할 것이다.

먼저 우리 헌법이 규정한 문언의 내용을 살펴보면, 우리 헌법규정은 기본권의 주체를 정함에 있어 그 어디에도 외국인이나 무국적자에 대해서까지 기본권을 인정하거나 '인간'과 '국민'을 개념분리하여 기본권별로 주체를 누구로 할 것인지 구분하고 있지는 아니하다. 통설적 견해와 선례가 '인간의 권리'라고 주장하는 인간으로서의 존엄과 가치(제10조) 및 평등권(제11조 제1항) 등에 대해서나 '국민의 권리'라고 하는 선거권(제24조)이나 공무담임권(제25조) 등에 대해서나 헌법은 구별없이 모두 「모든 국민」으로 그 주체를 명시적으로 한정하고 있다.

다음으로 우리 헌법의 제정사적 배경에서 살펴보면, 건국헌법제정 당시 기본권 규정에서 기본권의 주체로 '인민'이라는 용어를 사용할 것인가 '국민'이라는 용어를 사용할 것인가를 두고 논쟁이 있었는데 논쟁 끝에 헌법제정권자는 결국 '국민'이라는 용어로 결단했다. 이때 국민의 개념에서 제외되는 외국인에 대해서도 그 지위를 보장할 필요가 있다는 생각을 했지만 그렇다고 그 보장의 방법으로써 외국인에 대해 기본권 주체성을 인정하는 방법을 취하지는 않고 비준공포된 국제조약과 일반적으로 승인된 국제법규의 효력이 헌법하위에 있음을 전제로(건국헌법 제7조 전문, 현행헌법 제6조 제1항에 해당) 건국헌법 제7조 후문(현행헌법 제6조 제2항에 해당)을 통해 "외국인의 법적 지위는 국제법과 국제조약의 범위 내에서 보장된다."는 조항을 신설하는 방법으로써 정리했을 뿐이다.

위와 같이 헌법을 문리적으로 충실하게 해석함과 동시에, 우리 헌법제정사에서 외국인의 지위보장에 관한 건국헌법 제7조의 도입경위 등을 종합하면, 우리 헌법

제정권자는 의도적으로 외국인을 헌법상 기본권의 주체에서는 일단 배제토록 하고, 반면 그들에 대한 보호는 외국인 보호를 위한 헌법 하위의 규범인 국제법과 조약 등을 통해 보호하면 충분하다는 취지로 헌법의 설계를 했다고 봐야 한다.

둘째, 국가와 헌법 그리고 기본권과의 근본적인 관계에 관해서 보더라도 우리나라 국적을 가진 국민만이 대한민국 헌법상의 기본권 주체가 될 수 있다고 보아야 한다.

근본적으로 국가가 없으면 헌법도 없고 헌법이 없으면 국가에 대하여 주장할 기본권도 관념할 수 없다. 따라서 '인권 내지 인간의 권리'라는 것도 헌법에 '수용'됨으로서 비로소 헌법상의 기본권으로 보장된다.

우리 헌법은 특수한 존립기반을 가지고 있는 한국이란 사회공동체를 전제로 하므로, '인간의 권리 내지 인권'도 우리 헌법에 편입되는 과정에서 우리 사회공동체의 특수한 역사적 경험, 시대적 상황 등에 맞게끔 수용될 수밖에 없다. '인권 내지 인간의 권리'가 헌법 이전에 이미 존재하여 생래적·천부적인 것으로도 명칭 된다고 하더라도, 대한민국의 헌법에 수용되었기 때문에 비로소 우리 국가권력의 기본권에의 기속을 규범적으로 강제할 수 있는 정당성이 부여되고, 우리 정부를 구속하는 주관적 공권으로서의 규범적 효력을 발생하는 것이다. 따라서 우리 헌법에 의해 수용된 바에 따라, 대한민국이라는 정치적 공동체의 구성원인 우리 국민만이 기본권의 주체가 될 수 있다고 보아야 하는 것이다.

셋째, 국민의 헌법상 기본적 권리는 헌법상 기본적 의무와 표리를 이루므로 양자는 그 주체가 같아야 한다는 것이 국민주권주의 헌법의 기본적 요청이므로, 기본권의 주체는 기본의무의 주체와 동일해야 한다.

우리 헌법도 이에 부응하여 기본적 권리의 주체도 「모든 국민」, 기본적 의무의 주체도 「모든 국민」으로 하여 양 주체를 동일하게 규정하고 있는 것이다(제38조 및 제39조 제1항). 그런데도 불구하고 기본적 의무에서는 '국민으로서의 의무'를 넘는 '인간으로서의 의무'를 관념해 양자를 구분하지 않으면서 기본적 권리 쪽에서만 국민으로서의 권리를 넘는 인간으로서의 권리라는 초헌법적 권리를 인정하자는 것은 기본적 권리, 기본적 의무를 대등한 두 축으로 해 구성된 우리 헌법의 기반을 흔드는 위험한 해석론이 되기 쉽다.

넷째, 외국인의 지위는 상호주의를 기본으로 해서 보장해야 한다는 것이 우리 헌법의 기본원칙이다.

헌법 제6조 제2항은, "외국인은 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 그 지위가 보장된다."라고 규정하고 있다. 위 규정은 국제법 존중의 원칙에 입각하여 외국인의 지위에 관한 국제법상의 일반원칙을 우리 법질서가 수용하기 위한 헌법상의 근거조항이며, 오늘날 외국인의 보호에 관하여 국제법적으로 확립된 관례는 상호주의원칙이기 때문에 우리 헌법도 상호주의원칙을 존중하겠다는 뜻을 분명히 밝힌 것이기도 하다.

그렇다면 적어도 기본권의 주체성을 주장하는 외국인이 속한 국가의 헌법도 우리나라 국민에 대해서 기본권 주체성을 인정할 경우에만 우리도 그 국가 국민에 대해 기본권 주체성을 인정해야 할 것인데, 다수의견은 이 사건 청구인이 어느 나라 국민인지 그 나라의 헌법은 우리 국민을 어떻게 처우하는지 묻지 않고 널리 외국인에게도 기본권의 성질에 따라 기본권 주체성을 인정하겠다는 것인바, 이는 국제관계에서의 상호주의 원칙을 취한 우리 헌법에 어긋난다 할 것이다. 우리의

헌법은 대한민국헌법이지 국제헌법이 아니다. 그런데도 우리 헌법의 역사적 배경을 무시하고 과잉 세계화로 나가는 것은 우리 헌법을 지키는 올바른 길이 아니라고 본다.

지금까지 통설적 견해가 외국인의 기본권 주체성을 부정하는 견해에 대한 공통된 비판이유의 요지는 “오늘날 세계가 일일생활권화 되어가고 기본권 보장이 점차 국제화되어 가는 상황에서 시대역행적”이라는데 있다. 그러나 미래에 세계가 일원화될 경우를 예상해 해석으로써 지금의 우리 헌법을 명문규정에 어긋나게 해석할 수는 없다. 그때가 되면 우리 헌법제정권력자가 새로운 정치적 결단을 하여 외국인에 대해서도 기본권별로 주체성을 인정해줄 수 있을 것이다. 그러나 지금은 여전히 상호주의에 입각해 국가별로 서로 상이하게 외국인의 지위를 정하고 있는데, 우리가 앞서서 미래를 예단하여 일방적으로 진취적인 견해를 취한다면 가까운 장래에 실제로 우리가 감당할 수 없는 상황을 맞이할 수도 있음을 염려하지 아니할 수 없다.

다섯째, 헌법재판 실무처리의 관점에서 보아도 다수의견은 부당하다. 위 다수의견의 논지에 의하면 청구인의 주장 내용을 검토하여 인간으로서의 권리를 주장하고 있으면 기본권 주체성을 인정해 본안으로 들어가 판단하고, 국민으로서의 권리를 주장하면 본안에 가기 전에 각하해야 한다는 것으로 된다. 그런데 헌법상 기본권들을 인간으로서의 권리와 국민으로서의 권리로 분류하는 것 자체가 객관성이 없고 명확하지 않은데다가 심지어 하나의 기본권을 내용에 따라 어떤 부분은 인간의 권리고 어떤 부분은 국민의 권리라고 나누기까지 한다면 그 구별기준이 더욱 불명확해진다. 특히 다수의견 중 재판관 5인의 의견은 청구인들의 이 사건 심

판청구는 직업선택의 자유 중 직장 선택의 자유에 관한 것으로서 헌법 제10조의 행복추구권과 밀접한 관련을 맺고 있어 외국인에게도 기본권 주체성을 인정해야 한다고 하나, 헌법상 인정되는 기본권 중 행복추구권과 관련을 맺지 못할 기본권이 과연 무엇인지 알 수 없다. 또 기본권의 주체가 될 수 있는 일반적·추상적 자격이 기본권 주체성의 문제라고 할 것인데, 청구인이 주장하는 권리의 구체적인 내용에 들어가 그 성질을 검토해 본 후에야 기본권의 주체성 인정 여부가 결정된다는 것은 판단의 순서가 역행되어 부당하다.

위 재판관 5인의 의견은 이 사건 청구인들이 외국인고용법에 의하여 적법하게 고용허가를 받고 입국한 자들이라는 이유로 직장 선택의 자유에 대한 기본권주체성을 인정할 수 있다고만 설시하고 있는바, 이는 앞서 본 기본권주체성의 일반적·추상적 성격에 맞지 않는다.

여섯째, 외국인에게 기본권 주체성을 인정할 수 없다고 하는 것은 외국인이 우리 헌법에 기한 기본권을 직접적 권원으로 해서 헌법소원심판을 청구할 수 없다는 의미일 뿐 외국인을 헌법상 보호의 대상에서 제외하겠다는 뜻은 아니다. 외국인은 얼마든지 법률적인 효력 등을 가지는 국제법이나 조약 등에 의하여 충분히 그 지위가 보장될 수 있다. 우리 헌법이 수용하는 '경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약'(조약 제1006호)과 '시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약'(조약 제1007호)에 의하여 외국인도 국민과 거의 차별 없이 우리 헌법이 정한 각종 기본권과 같은 내용의 권리를 보유하게 되었다. 그렇다고 해서 외국인도 국민과 같은 헌법상 기본권의 주체가 된 것은 아니며 단지 헌법 하위의 규범인 법률과 조약에 의해 내국인과 동등한 법률상·조약상 권리를 얻는데 불과하다 할 것

이다. 따라서 법률상의 권리주체로서의 외국인은 권리의 침해가 있는 경우에 그 회복을 위하여 일반법원에 권리구제를 청구할 수 있고, 그 소송 계속 중 당해사건에 적용되는 외국인의 지위를 규정하는 법률이 우리 헌법상 외국인 보호를 위한 헌법질서에 위배된다고 주장하며, 그 법률에 대한 위헌법률심판제청신청을 통하여 헌법재판소법 제41조에 따른 위헌법률심판제청이나 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판청구라는 구제수단을 이용하여 헌법재판소에 그 법률의 위헌여부에 대한 심사를 받을 수 있는 길이 열려 있는 것이다. 이 사건에서도 해고무효확인 등을 제기하면서 위 법조항에 대한 위헌법률제청신청을 하면 된다.

(2) 위에서 살펴본 바와 같이 외국인은 원칙적으로 우리 헌법상의 기본권의 주체가 될 수 없다. 그러나 국적법상 우리 국민이 아닌 외국인이라도 우리나라에 입국하여 상당기간 거주해 오면서 대한민국 국민과 같은 생활을 계속해 온 자라면 (예컨대 귀화할 수 있는 실체적 요건을 갖추고 있는 경우) 사실상 국민으로 취급해 예외적으로 기본권 주체성을 인정할 여지는 있다고 본다. 그러나 이는 예외적인 경우이므로 외국인이 국내에 얼마나 거주해야 하고 어떤 생활을 해왔어야 하는가 하는 등의 요건은 헌법재판소의 판례에 의해 신중히 형성되어야 할 것이다.

나. 헌법재판소법 제68조 제1항에 따른 헌법소원심판과 기본권 주체성

헌법재판소법 제68조 제1항에 따른 헌법소원심판은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 국민의 헌법상 기본권이 침해당한 때 국민으로 하여금 직접 헌법재판소에 청구하여 그 구제를 받도록 해주는 주관적 소송의 성격을 가진 제도이고, 헌법재판소법 제68조 제1항의 심판을 구하는 자는 심판의 대상인 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 자기의 헌법상 기본권이 현재 그리고 직접적으로 침해받고

있어야 한다(헌재 1995. 3. 23. 93헌마12, 판례집 7-1, 416, 421 등 참조). 이 말은 곧 헌법상 인정되는 기본권의 주체라야만 헌법소원심판을 청구할 수 있고 헌법상 기본권의 주체가 아닌 자는 헌법소원심판을 청구할 수 없다는 것을 의미한다(헌재 1994. 12. 29. 93헌마120, 판례집 6-2, 477, 480 등 참조). 따라서 외국인의 기본권 주체성 인정 여부의 문제는 바로 외국인이 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원심판을 직접 청구할 수 있는가 하는 문제이다. 나는 헌법소원심판이 헌법상의 기본권 구제를 직접적 목적으로 하는 제도인 만큼(일반적으로 법률상의 권리 구제를 목적으로 하는 법원에의 제소와는 그 취지를 달리한다) 외국인은 기본권의 주체가 될 수 없으므로 헌법재판소법 제68조 제1항 소정의 헌법소원심판을 청구할 자격은 없다고 보는 것이다.

다. 결론

그렇다면 외국인에 대해서는 우리나라 헌법이 기본권을 규정하고 있는 조항의 형식, 헌법제정사, 기본권의 본질과 기능 및 인권이 헌법에 수용되는 과정, 우리나라 헌법의 외국인에 대한 보호방법 등을 종합하여 살펴보았을 때, 기본권 주체성을 인정할 수 없으므로, 헌법상 보장된 기본권의 침해에 대한 구제 수단인 헌법재판소법 제68조 제1항에 따른 헌법소원심판청구의 당사자능력을 인정할 수 없다. 따라서 이 사건 심판청구는 부적법하다.

2011. 9. 29.

재판장 재판관 이강국 _____

재판관 김종대 _____

재판관 민형기 _____

재판관 이동흡 _____

재판관 목영준 _____

재판관 송두환 _____

재판관 박한철 _____

재판관 이정미 _____