

## 인권 보장의 현황과 과제\* -노동인권의 보장을 중심으로-

오문완 · 김유미 · 도회근  
법학부 법학전공

### <요 약>

우리나라에서 인권 보장의 현실을 생각할 때 우리는 앞으로도 많은 과제를 해결해야 한다. 특히 노동인권의 보장 문제가 되면 더욱 그러하다. 그리고 문제를 해결하는 데는 기본적인 시각의 정립이 필요한데, 우선 노동인권의 성격에 대해 제대로 이해하고 있어야 한다. 또한 사회적 기본권의 구체적 권리성을 인정하는 견해에 주목할 필요가 있다. 아울러 노동인권의 보장에 관한 국제적인 움직임을 주시해야 한다. 노동시장의 변화하는 모습 역시 놓쳐서는 안된다.

## How to guarantee human rights

Oh, Moon-wan · Kim, You-Mee · Do, Hoe-Kun  
Professors of Law

### <Abstract>

To consider the reality of guaranteeing human rights in Korea, there are many problems to be resolved, especially in the field of labor. Most of all we should settle our position about labor rights and the character of those. And it may be helpful to examine the opinion approving the concrete aspects of the social rights. We should not neglect to pursue the international movement of guaranteeing labor rights and the change of labor market.

---

\* 이 논문은 1999학년도 울산대학교 학술연구조성비에 의하여 연구되었음.

## I. 들어가는 글

법제도는 사회경제체제에 틀을 부여하고 시스템의 원활한 기능을 위해 필요한 실체적·절차적인 규칙을 설정한다. 전제가 되는 사회경제체제가 달라지면 법제도 역시 달라지지 않을 수 없다. 시장경제는 경제거래의 원활한 전개와 자원의 배분을 시장에서의 수요와 공급의 원리에 맡겨 무수한 재화·서비스·정보의 판매자와 구매자가 시장거래행위에 의해 그들 가격을 결정하는 틀이다. 시장경제를 사회경제의 편성원리로 하는 사고방식은 장기적으로 보았을 때 이러한 시장에 의한 가격결정과 자원배분의 메카니즘이 인위적인 가격정책과 자원배분보다도 효율적이고 타당한 결과를 도출한다는 이론과 경험에 근거하고 있다.

시장경제는 자유로운 사인(개인·기업 등)이 창의와 노력으로 자유롭게 거래를 행할 때 가장 원활하게 기능을 발휘한다. 시장경제는 공공연한 거래의 장이고 단기적인 효율성만을 위한 것은 아니다. 여태까지의 경험에 비추어 단순한 자유방임으로는 시장경제를 원활하게 운용할 수 없고 그 각종 기반을 정비할 필요가 있다는 것, 그리고 그때 그때의 정책적 개입에 의해 시장메카니즘의 미미한 조정을 해줄 필요도 있다는 것을 알게 되었다.

법은 개인의 자유와 인권, 민주적 정치체제, 질서 유지 등의 전제가 되는 정치적·사회적인 기반을 정비한다. 또한 민·상법, 독점규제법 등을 통하여 시장의 규칙을 제정·운용하고 시장경제의 장점을 한층 발휘시키면서 그 단점을 보완하기 위한 조건정비를 한다. 이러한 관점에 비추어 볼 때 근대법의 역사는 시장메카니즘의 틀의 설정과 그 원활한 기능 확보를 위해 각종 관련제도를 쌓아 온 노력과 시행착오의 역사라고 할 수 있다. 특히 시장경제메카니즘에 맡겨두어서는 해결되지 않는 '시장의 실패'라고 불리우는 문제들에 대해서는 적절한 공공정책으로 이를 보완하는 노력이 요구되어 왔다. 때문에 교육, 의료, 환경, 사회복지 등의 주요부분이 공공정책에 의해 담보되어 왔다.

노동법도 역시 이러한 법정책을 담당하는 일환으로서 19세기 중반경부터 20세기 초두에 걸쳐 생성되어 20세기를 통하여 일련의 정비된 법적시스템으로 발전해 왔다. 그 기본적인 사고방식을 단적으로 제시한다면 '시장거래에서의 약자인 근로자'가 시장메카니즘의 일방적인 희생물이 되지 않도록 하는 사회적 규제라고 할 수 있을 것이다.

이와 같이 노동법은 시장의 실패를 보완하고 '공공정책으로서의 사회정책'을 실현하기 위한 법적 규제로서의 색채가 농후하다. 반면에 노동법이 경제활동·시장기능에 영향을 미치는 측면, 즉 '공공정책으로서의 경제정책'을 행하는 측면도 간과해서는 안된다. 생산의 파생수요인 고용방침이 역으로 생산에 영향을 미치게 되는 것과 마찬가지로 노동법은 시장메카니즘의 결과를 보완하기 위해 생성된 정책체계인데 체계를 정비하면 할수록 시장기능에 틀을 제공하고 경제에 영향을 미치는 정도가 강해진다. 예를 들어 근로시간단축 입법 조치가 단순한 노동정책의 영역을 크게 뛰어넘어 경제정책의 색채를 강화한다든지 산업별 노사관계가 발달함으로써 산업단위에서 체결되는 단체협약의 모습이 경제활동에 크게 영향을 미친다든지 하는 것이다.<sup>2)</sup>

이러한 19-20세기형 노동법의 특징은 '사회법'이라고 불리운다고 하는 데서 단적으로 나타난다고 볼 수 있겠다. 사회법은 시장의 실패에 대응해서 약자 보호를 도모하기 위해 본래는 사법적 관계인 노동관계에 공법적인 방법에 의한 규제를 도입하였다. 사회법에 대비되는 사법은 시장에서 대등한 시민간의 거래관계가 전개되는 것을 염두에 두고 그 적절한

2) 菅野和夫/取訪康雄, 6-10 참조.

들의 설정과 기준을 제시하는 것인데 노동법은 그와 같은 시장 지향의 사법을 기초로 하면서도 사회경제적인 약자 보호를 위해 국가에 의한 직접적인 개입을 제도화하고 그 측면에서는 공법적 규제의 양상을 강하게 그려냈다. 결국 노동법은 국가의 개입을 크게 기대해서 사법적인 규제방법보다는 오히려 공법적인 규제에 중점을 두는 것이 일반적이었다. 따라서 노동법의 특징으로는 '시장의 실패'에는 민감하고 비판적인 시각을 가지고 있는 데 비해 국가의 개입이라는 측면 즉 '정부의 실패'라는 문제점에 대해서는 상당히 둔감하고 낙관적이라고 볼 수 있겠다.

물론 다른 범영역과 마찬가지로 노동법도 끊임없이 변화하는 모습을 보이고 있는데 선진각국의 노동법 변천의 모습은 대략 다음과 같이 정리할 수 있겠다.

첫째로, 개별법의 분야에서는 물론 예외는 있지만 보호의 확대라는 경향을 보이고 있는데, 최근에는 노동시장의 유연성을 위한 시도가 눈에 띈다. 그러나 이 유연성이라는 것은 보호의 강화와 짝을 이루고 있다는 점은 간과해서는 안될 것으로 생각된다. 또 하나 두드러진 현상으로 지적할 수 있는 점은 여성의 고용상의 평등을 위한 법제가 활발히 정비되고 있으며 (남녀를 불문하고)가정과 직장을 양립할 수 있도록 하는 쪽으로 법의 흐름을 읽을 수 있다고 하는 것이다.

둘째로, 집단법의 분야에서는 규제의 완화를 추세로 읽을 수 있다. 노동조합에 대한 국가의 대응방식은 일반적으로 억압·관용·승인의 단계를 거쳐 나왔다는 것이다(다만, 이러한 과정이 모든 국가에서 계속적 또는 단선적으로 이루어진 것은 아니다. 오히려 '억압에서 관용으로' 또는 '관용에서 승인으로' 발전하는 매 단계마다, 이탈리아의 파시즘시기나 독일의 나찌즘시기에서와 같이, 일정한 기간에 있어서 또는 몇몇 근로자집단에 대하여 그 과정을 억압의 방향으로 역전시키려는 조치들도 존재하였다. 억압·관용·승인이라는 것은 단결에 대한 국가법의 태도를 유형화하기 위하여 사용된 일반형일 뿐이며, 이것이 사회발전의 필연적인 경로를 나타내는 것은 아니다).<sup>3)</sup> 특히 최근에 우리나라에서는 노사협조라는 명제를 의심할 수 없는 진리라고 얘기하고들 있지만, 여전히 집단법의 왕자로 군림하고 있는 것은 단체교섭이고 어느나라나 단체교섭의 활성화를 피하고 있다고 볼 수 있겠다.

그러나 우리나라의 경우는 근로기준법 등을 통한 개별근로자의 보호는 점차 강화하면서도 노동인권 내지 노동운동은 경제성장과 국가안보를 이유로 점점 더 억제하는 퇴행적 내용으로, 그것도 모두 비정상적인 입법기관에서 이루어져왔다. 그나마 1986-87년에 이르러 모처럼 정상적인 방향과 절차를 찾게 되었다.<sup>4)</sup>

이하 우리나라의 노동인권 보장의 현황을 점검하고 앞으로의 과제를 살펴보기로 한다. 현황에 관해서는 근로의 권리와 관련하여 개별적 노동관계법의 문제점들을 점검해보고, 단결권<sup>5)</sup>의 보장과 관련하여 집단적 노동관계법의 주요 논점을 짚어보기로 한다.

다만, 이 글은 현재 우리나라의 법제도가 어떠한 모습인지를 소묘할 뿐 노동현장의 생생한 모습을 담지는 못하였다는 한계를 시인할 수밖에 없다. 현장연구는 앞으로의 중요한 과제로 남겨둔다.

3) 김유성(1999), 47-50.

4) 임종률(1998), 1.

5) 여기서 단결권이란 헌법 제33조에서 보장하고 있는 단결권, 단체교섭권, 단체행동권을 포섭한 광의의 단결권을 뜻한다.

## II. 근로의 권리(개별적 노동관계법의 문제)

### 1. 일할 권리 또는 고용보험수급권

우리 헌법 제32조에서 보장하고 있는 근로의 권리가 구체적으로 어떠한 것인지에 대해서는 대략 근로기회제공청구권설과 생계비지급청구권설이 대립한다.

근로기회제공청구권설은 ① 우리 헌법에는 바이마르헌법과는 달리 근로의 권리와 관련하여 생계비지급을 규정하고 있지 아니하고, ② 생계비지급 내지 실업수당은 제34조의 인간다운 생활을 할 권리에 관한 규정을 근거로 한다는 것을 그 이유로 제시한다.<sup>6)</sup>

그러나 자본주의사회에서 국가는 스스로 일반근로자를 채용하거나 공·사기업에 대해 고용을 강제할 수는 없으므로 근로의 기회를 제공하기 위하여 국가가 할 수 있는 일은 일하고자 하는 사람에게 일자리를 줄 수 있도록 적극적으로 노동시장을 정비하는 게 될 것이다. 그 모든 노력을 다하였는데도 일자리를 얻지 못한 사람에 대해서는 생계를 보장해줘야 한다.<sup>7)</sup> 이와 같이 해석하지 않는다면 헌법 제32조는 알맹이 없는 명목(형식)규범에 불과한 존재가 되고만다.<sup>8)</sup> 애당초 근로의 권리와 같은 사회적 기본권은 헌법 제34조에서 말하는 인간다운 생활권을 당연히 전제로 하고 있다고 보아야 하지 않을까?

현재 완전고용을 이념으로 하는 고용관련입법으로는 고용정책기본법, 직업안정법, 근로자직업훈련촉진법, 장애인 고용촉진 등에 관한 법률, 고령자고용촉진법 등이 있고, 근로의 기회를 제공받지 못한 실업자에게 생계비를 지급하기 위한 법으로는 고용보험법(실업급여)이 제정되어 있다.

특히 고용보험의 적용확대와 보호수준의 상향조정은 고무적인 현상이라고 볼 수 있겠는데 <표 1>에서와 같이 고용보험은 적용대상을 꾸준히 늘려왔고, 1999년 말 개정된 고용보험법(법률 제6099호)의 내용을 보면 더욱 그러한 추세를 읽을 수 있다. 그 골자는 다음과 같다.

- ① 현행 월 단위로 되어 있는 피보험단위기간 계산방식을 일단위로 변경하여 단순화하고, 현행 이직전 18월중 12월 이상으로 되어 있는 피보험단위기간 충족요건을 이직전 18월중 180일 이상으로 완화하여 임시직·시간제 근로자의 실업급여 수급을 용이하게 하고자 함
- ② 저소득실직자의 실질적인 생계안정을 위하여 최저 구직급여일액을 현행 최저임금의 70퍼센트에서 90퍼센트로 상향조정함
- ③ 실업급여 수급자격자가 실업급여 수급기간중 근로한 사실이 있는 경우에는 근로사실에 대한 신고의무가 있음을 명시하고, 근로를 한 경우 소득의 기초가 된 일수를 기준으로 감액하도록 규정된 감액제도를 실업의 인정을 받은 일수를 기준으로 감액하도록 단순화함
- ④ 실직자의 실업급여 수급권을 적극 보호하기 위하여 현행 10월로 되어 있는 수급기간을 12월로 하고, 수급기간 최대 연장기간도 현행 3년에서 4년으로 함

6) 권영성, 580.

7) 임종률(1999), 11-12 참조.

8) 다만, 근로기회제공청구권설에 서더라도 고용유지·증진의무에 명백히 반하는 국가의 입법·행정행위가 위헌·무효가 되는 자유권적 효과는 물론 인정된다.

- ⑤ 최근 실직자의 실업기간이 장기화됨에 따라 장기 실직자 보호를 위하여 훈련연장급여의 요건을 보다 구체화하고, 실업급여 소정급여일수를 현행 60일 내지 210일에서 90일 내지 240일로 확대함
- ⑥ 허위 기타 부정한 방법으로 실업급여를 받았거나 받고자 한 경우에는 이후의 실업급여의 지급을 중지하고 있는 바, 소득에 대한 1회의 신고누락 등 경미한 경우에 대하여는 당해 부정행위와 직접 관련된 실업급여만 지급을 제한하도록 함
- ⑦ 수급자격자의 조기재취직을 유도하기 위하여 미지급된 구직급여일수가 1/2 이상일 경우 지급하는 조기재취직수당 요건을 1/3 이상으로 완화함
- ⑧ 부정행위로 고용안정사업의 각종 지원금·장려금을 지급받았거나 지급받고자 하는 자에 대해서는 3년이하의 징역 또는 2,000만원이하의 벌금에 처하도록 하여 부정수급을 방지하고자 함

<표 1> 고용보험 적용확대와 피보험자수 추이

	1995.7.	1998.1.	1998.3.	1998.10.	1999	2002
적용범위 (사업장규모)	30인 이상 상용	10인 이상 상용	5인 이상 상용	전사업장 월 80시간/1개월 이상 근로 요건		
적용대상근로 자수(만명)	431	567	611	850	860	950
피보험자수 (만명)	430	430	469	490	570	760

주 : 1999년과 2002년은 추정치

자료 : 한국노동연구원

## 2. 정리해고제도

근로권의 확립과 관련하여 부당한 해고의 규제가 절실하다. 특히 사용자측의 사정에 기인한 정리해고가 문제가 되는데, 구 근로기준법(이하 '근기법'이라 한다)에서는 정당한 이유없이 해고할 수 없다고 규정할 뿐(구법 제27조 제1항; 개정법 제30조 제1항), 정리해고에 관한 규정은 두지 않았다. 따라서 어떠한 요건을 갖춘 경우에 정당한 이유가 있는 해고가 되는가의 문제는 해석에 맡겨져 있었다.

그 해석을 놓고 법원은 초기에는 개별적인 사건에 따라 구체적으로 판단하여 일반적인 기준은 제시하지 않았다.<sup>9)</sup> 그러다가 1989년 삼익건설사건에서 처음으로 정리해고에 대한 일반적 기준 네가지를 제시하였다. 즉 정리해고를 하기 위해서는 ① 해고를 하지 않으면 기업경영이 위태로울 정도의 긴박한 경영상의 필요성이 있어야 하고, ② 경영방침이나 작업방식의 합리화, 신규채용금지, 일시휴직 및 희망퇴직의 활용, 배치전환 등 해고회피를 위한 노력을 다해야 한다. ③ 합리적이고 공정한 정리기준을 설정하여 이에 따라 해고대상자를 선별하여야 하고, ④ 해고에 앞서 근로자측에 적절한 통지를 하고 이들과 성실하게 협의할 것이 요구된다.<sup>10)</sup> 이 판결 이후 정리해고의 4요건은 판례로 자리잡게 된다.

이 네가지 요건 가운데 특히 '긴박한 경영상의 필요'와 관련된 논의가 분분하다. 처음에

9) 초기의 판례의 흐름에 대해서는 김지형, 539 이하 참조.

10) 대법원 1989.5.23.선고 87다카2132 판결.

는 ‘긴박한 경영상의 필요’를 기업이 일정수의 근로자를 정리해고하지 않으면 경영악화로 사업을 계속할 수 없거나 적어도 기업재정상 심히 곤란한 처지에 놓일 개연성이 있을 만큼의 긴박한 경영상의 필요성이 있어야 하는 것이라고 엄격하게 해석하였다.<sup>11)</sup>

나중에는 반드시 기업의 도산을 회피하기 위한 것에 한정할 필요는 없고, 인원삭감이 객관적으로 보아 합리성이 있다고 인정될 때에는 ‘긴박한 경영상의 필요성’이 있는 것으로 넓게 보아야 한다는 것으로 바뀌었다.<sup>12)</sup> 그런데 판례가 긴박한 경영상의 필요라는 요건을 완화하여 해석하려는 태도를 보이고 있다고 할 때<sup>13)</sup>, 그 완화된 해석이라는 개념표지가 무엇인지 하는 것은 신중하게 검토할 필요가 있다. 1991년 대법원판결(그리고 그 원심판결)을 면밀히 분석해보면 이와 같은 결론에 이르는 과정에 기업의 경영이 계속적인 적자상태 인지가 중요한 사실판단요소로 고려되며, 누적된 기업경영의 적자가 장차 기업경영을 심각하게 곤란케할 경우를 예방하기 위해 해고가 인정될 수 있다는 취지임을 알 수 있다. 이는 기업경영이 적자여서 더 이상 고용관계를 지속한다는 것이 일반적으로 기대불가능한 것으로 보는 객관적 인식을 근거로 한다는 것이다. 그러므로 판례가 제시하는 ‘객관적으로 보아 인원감축의 합리성이 있다고 인정되는 경우’란 결국 기업이 도산에 이르지 않는을지라도 해고를 하지 않으면 기업의 경영이 위태로울 정도를 의미하는 것으로 해석해야 한다.

정리해고의 법제화는 1996-97년에 이루어진다. 잘 알려져 있는 바와 같이 1996년말과 1997년초에 걸친 노동법개정 파동(양대 노총 주도하의 총파업)을 걸쳐 1997.3.13. 제정된 근기법은 정리해고를 명문으로 규정하였다. 당시의 근기법 제31조는 조문의 명칭을 ‘경영상 이유에 의한 고용조정<sup>14)</sup>’이라 하여 그간 판례법리를 통해 형성되어온 정리해고의 요건을 명문화하였다. 즉 정리해고의 요건으로 ① 긴박한 경영상의 필요, ② 사용자의 해고회피노력, ③ 해고대상자 선발 때 공정하고도 합리적 기준의 설정, ④ 근로자대표와의 성실한 협의를 법제화한 것이다. 그러나 당시 근기법 부칙 제1조는 이 조항의 시행을 2년 동안 유예하고 있었다.<sup>15)</sup>

그러나 IMF 구제금융사태라는 국가누란의 경제위기는 노사정의 사회협약을 이끌었고 그 합의사항의 하나로 정리해고의 즉각실시를 보게 하였다. 즉 1998.2.20. 개정 근기법은 제31조의 조문표제를 ‘경영상 이유에 의한 해고의 제한’으로 바꾸는 한편 그간 동 조항의 적용을 유예하고 있었던 부칙 제1조를 삭제하여 정당한 정리해고는 즉각 실시할 수 있도록 하였다. 현행법의 기본골격도 구법과 같은데, 다음과 같은 몇 가지 변화가 있었다.

첫째로, 긴박한 경영상의 필요와 관련하여 “경영악화를 방지하기 위한 사업의 양도·인수·합병은 긴박한 경영상의 필요가 있는 것으로 본다”는 규정을 첨가하였다(제31조 제1항 2문).<sup>16)</sup> 둘째로, 해고회피과정과 해고대상자 선발 때 “남녀의 성을 이유로 차별하여서는 아니된다”는 차별금지 규정을 신설하였다(동조 제2항 2문). 셋째로, 해고회피 및 해고대상자 선발과 관련하여 사용자 하여금 근로자대표에게 해고하고자 하는 날의 60일전까지 통보

11) 대법원 1990.1.12 선고 88다카34094 판결.

12) 대법원 1991.12.10 선고 91다8647 판결. 이 판결에 대한 비판적 평석으로는 김선수, 59 이하 참조.

13) 보통 그렇게 이해한다. 이홍재, 119; 임종률(1999), 477 등.

14) 종전에 관행삼아 쓰여온 ‘정리해고’라는 용어 대신 ‘고용조정’이라는 용어를 법전상의 용어로 등장시킨 것은 정리해고라는 말이 주는 위압감·거부감 때문인 것으로 이야기된다.

15) 그러나 이러한 유예조치와는 관계없이 종래의 판례법리에서 정하는 요건을 갖출 때는 여전히 정리해고를 할 수 있다고 해석한다. 노동부, 153-4.

16) 정리해고를 처음 법제화한 1996.12.31. 근기법은 애당초 ‘계속되는 경영의 악화, 생산성 향상을 위한 구조조정과 기술혁신 또는 업종의 전환 등’을 긴박한 경영상의 필요에 해당하는 사유로 예시하고 있었다. 그러나 법제정절차에 증대한 흠이 있는 이 법을 과연 법이라고 볼 것인지는 의문이다.

하고 성실히 협의하도록 해고예고기간과 성신헌의의무를 명문화하였다. 넷째로, 일정규모 이상의 근로자를 해고하고자 할 때에는 노동부장관에게 사전 신고토록 하였다. 다섯째로, 정리해고를 행한 기업에서 해고후 2년 이내에 근로자를 채용할 때는 정리해고당한 근로자를 우선 고용토록 하였다. 그러나 이는 법적의무가 아니라 노력의무이기 때문에 큰 의미는 없을 듯하다.<sup>17)</sup>

이와 같은 정리해고의 법제화에 대해서는 어떻게 평가해야 하는가. 성문법국가에서 판례법의 존재를 부인하는 견해에 따르면 이는 정리해고제도의 도입을 뜻하는 것이고 그만큼 노동인권의 제약으로 이해할 수 있겠다. 그러나 우리는 우리나라에도 판례법은 느슨하게나마 존재하는 것이고 정리해고제도는 그 대표적인 모습이라고 생각한다. 그리고 그러한 분석의 틀에서 정리해고의 법제화는, 특히 절차요건의 엄격한 규제를 통하여 예전보다 더욱 노동인권을 강화하는 모습으로 귀결된 것으로 이해한다.

### 3. 근로시간의 유연화

현행 근기법은 근로시간을 유연하게 운용할 수 있도록 하는 제도적 준비를 하였는데 탄력적 근로시간제도와 선택적 근로시간제도, 간주근로시간제도와 재량근로시간제도가 그것이다.

#### 1) 탄력적 근로시간제도(근기법 제50조)

기준근로시간을 탄력적으로 조절할 수 있도록 해주는 탄력적 근로시간제도에는 2주 이내 단위와 1개월 이내 단위 두 종류가 있는데 청소년과 임신중인 여자근로자가 배제된다는 것은 꼭같다. 먼저 토요일휴무제도가 보편적인 형태인 2주간 이내 단위의 탄력적 근로시간제도의 경우에는 취업규칙으로 정하는데 1주 상한시간은 48시간이다. 다음에 1개월 이내 단위의 탄력적 근로시간제도는 근로자대표와의 서면합의가 필요한데 특정주 56시간, 특정일 12시간의 상한 규제가 있다.

#### 2) 선택적 근로시간제도(근기법 제51조)

사업과 종업시각을 근로자 자율에 맡기는 제도인 선택적 근로시간제도 역시 근로자대표와의 서면합의로 시행케 된다. 보통 이 제도는 근로자가 반드시 사업장에서 일할 것을 요구하는 의무시간대(core time)와 근로자의 자율에 맡기는 선택시간대(flex time)를 설정하여 운용하는데, 청소년은 배제된다. 총근로시간은 정산기간을 평균하여 주의 기준근로시간을 초과하지 않는 범위내이어야 하고, 이 총근로시간을 넘는 부분이 연장근로시간이 된다.

#### 3) 사업장의 근로에 대한 시간 계산(근로시간의 간주; 간주근로시간제도; 인정근로시간제도)

이 제도는 예전에는 근기법 시행령 제37조로 정하던 것을 현행법 제56조 1, 2항으로 규정된 것이다. 이 제도는 사업장 밖에서 일하는 것이 상태적이거나(취재기자) 임시적인(출장) 경우, 작업의 전부나 일부에 대한 사업장 밖 근무를 소정근로시간 동안 일한 것으로 보는 제도이다. 때문에 이 제도는 근로시간의 산정이 어려운 경우에만 허용된다. 예컨대 사업장의 근로의 시업·종업시각이 해당 근로자의 자유에 맡겨져 있고, 휴게시간의 운용이

17) 오문완(1998b), 75-76.

자유로운 경우이다. 반면에 사업장의 근로라 하더라도 근로시간을 산정할 수 있는 경우에는 산정된 근로시간 동안 근로한 것으로 본다.

#### 4) 재량근로의 인정근로시간제도(재량근로시간제도 - 근기법 제56조 제3항)

이 제도는 근로시간의 운용을 근로자·자율에 맡기는 것이다. 제도 도입의 취지는 최근 기업에서 정보화·기술혁신·서비스경제화 등의 새로운 현상으로 인하여 업무수행방식에 대한 근로자의 재량의 여지가 커지고, 그 보수도 근로의 양에 의하는 것이 아니라 질이나 성과에 의하여 결정됨으로써 종래의 통상적인 방법에 의하여 근로시간을 산정하는 것이 부적절한 전문적 업무가 증가하고 있는 데 대응하기 위한 것이라고 이해할 수 있다. 이 제도는 근로자대표와의 서면합의로 실시하는데, 그 대상업무는 기사의 취재·편성·편집업무, 정보처리시스템의 설계·분석업무처럼 고도의 전문성을 요하는 업무에 한정된다(근기법 시행령 제26조 참조).

#### 5) 평가

이들 제도는 변화하는 환경에 적응해가려는 기업의 노력에 부응한다는 취지에서 긍정적인 면이 분명히 있다. 다만, 근로자의 생체리듬을 깨뜨릴 수 있다는 차원에서 그 도입은 신중히 고려하여야 한다. 특히 탄력적 근로시간제도(소위 '변형근로시간제')의 폐해가 예상되는데, 적어도 이 제도의 도입은 근로자의 '인간다운 삶'에는 위협이 된다.<sup>18)</sup> 하지만 선진국에서는 단위기간이 3월, 6월 심지어 1년짜리도 허용된다는 점에서 단위기간을 늘리는 제도의 도입이 향후의 과제가 될 것이라는 조심스러운 예측도 있다.<sup>19)</sup>

### 4. 성희롱 금지

한편 1999.2.8. 개정된 남녀고용평등법은 직장내 성희롱<sup>20)</sup>을 예방하고 근로자가 안전한 근로환경에서 일할 수 있는 여건조성을 위하여 직장내 성희롱의 예방을 위한 교육을 실시하고 직장내 성희롱을 한 자에 대한 부서전환, 징계 기타 이에 준하는 조치를 취하도록 하고 있다(동법 제8조의 2 제1항).<sup>21)</sup> 또한 사업주는 직장내 성희롱과 관련하여 그 피해근로자에게 고용상의 불이익한 조치를 하여서는 아니된다(동조 제2항).<sup>22)</sup>

이 법은 직장내 성희롱을 “사업주, 상급자 또는 근로자가 직장내의 지위를 이용하거나 업무와 관련하여 다른 근로자에게 성적인 언어나 행동 등으로 또는 이를 조건으로 고용상의 불이익을 주거나 또는 성적 굴욕감을 유발하게 하여 고용환경을 악화시키는 것”이라 정의하고 있다(동법 제2조의 2 제2항).

그간 우리 사회의 인습으로 남아있던 남존여비사상으로 인하여 직장에서 여성에 대한 하대를 당연한 것으로 여겨온 게 사실이고 알게 모르게 직장여성에 대한 성희롱이 저지러

18) 피로가 누적되어 건강을 해칠 우려가 있다는 점, 노동밀도가 높아진다는 점, 가산임금이 없어진다는 점 등이 지적된다. 이병태, 750.

19) 임종률(1998), 17.

20) 성희롱이라는 법률용어가 적절한지는 검토를 요하는 부분이다. sexual harassment를 어떻게 번역할지 하는 문제인데 성희롱이라고 하기보다는 서울대 우조교 사건의 2심판결(서울고법 1995. 7. 25. 선고 94나15358 판결)과 같이 '성적 괴롭힘'이라고 표현하는 게 더 낫지 않나 생각된다.

21) 위반시 300만원 이하의 과태료 부과함(동법 제23조의 2 제1항 제3호).

22) 위반시 500만원 이하의 벌금형 부과함(동법 제23조 제2항).



지기도 했었다. 이러한 풍토에 경종을 울린 것이 소위 ‘서울대 우조교 사건’이다.

이 사건에서 대법원<sup>23)</sup>은 “성희롱의 위법성의 문제는 종전에는 법적문제로 노출되지 아니한채 묵인되거나 당사자간에 해결되었던 것이나 앞으로는 빈번히 문제될 소지가 많다는 점에서는 새로운 유형의 불법행위이기는 하나……불법행위에 기한 손해배상을 청구하는 피해자로서는 가해자의 성희롱으로 말미암아 단순한 분노, 슬픔, 울화, 놀람을 초과하는 정신적 고통을 받았다는 점을 주장, 입장하여야 한다는 견해는 이를 채택할 수 없는 것”이라고 하여 성희롱은 널리 불법행위를 구성한다고 밝힌 바 있다.

아울러 “고용관계 또는 근로관계는 이른바 계속적 채권관계로서 인적 신뢰관계를 기초로 하는 것이므로, 고용계약에 있어 피용자가 신의칙상 성실하게 노무를 제공할 의무를 부담함에 대하여, 사용자로서는 피용자에 대한 보수지급의무 외에도 피용자의 인격을 존중하고 보호하며 피용자가 그의 의무를 이행하는 데 있어서 손해를 받지 아니하도록 필요한 조치를 강구하고 피용자의 생명, 건강, 풍기 등에 관한 보호시설을 하는 등 쾌적한 근로환경을 제공함으로써 피용자를 보호하고 부조할 의무를 부담하는 것은 당연한 것”이라고 한다. 그러면서도 피고의 성희롱행위가 그의 사무집행과는 아무런 관련이 없고 은밀하고 개인적으로 이루어져서 그 성희롱행위를 피고의 고용주인 국가가 알 수 없으므로 피용자인 원고에 대하여 고용계약상의 보호의무를 다하지 아니하였다고 할 수는 없다고 하여 결국 사용자책임은 부인하는 결론을 내렸었다.

결국 이 판결은 직장내 성희롱의 본질을 전혀 파악하지 못하고 엉뚱하게도 개개인의 손해배상 문제로 환원시키는 잘못을 저지르고 말았다. 따라서 남녀고용평등법을 개정하여 성희롱에 따른 사용자책임을 명시한 것은 쾌적한 작업환경을 조성한다는 시각에서 꽤나 바람직한 처사라고 평가할 수 있겠다.<sup>24)</sup>

### III. 단결권의 보장(집단적 노동관계법의 문제)

#### 1. 복수노조

구 노동조합법은 기존노조와 조직대상을 같이하거나 그 정상운명을 저해할 목적을 가진 제2노조를 금지하고 있었다(제3조 단서 5호). 이 조항에 대해서는 찬반 양론이 있었는데, 존치론은 복수노조를 허용하면 노동조합이 분열·난립하여 세력확장에 주력하는 나머지 근로자의 권익향상이라는 본래의 임무는 저버릴 우려가 있다는 점, 교섭창구의 다원화와 교섭과정에서의 선명성 경쟁으로 노사관계를 혼란과 불안에 빠뜨릴 우려가 있다는 점 등을 지적하였다. 이에 대하여 폐지론은 노동조합의 분열·난립은 근로자의 의식 및 노조간부의 지도력 여하에 따라서 자율적으로 극복할 수 있다는 점, 단체교섭 창구 다원화에 따르는 문제점은 달리 해결방법을 강구할 수도 있다는 점, 복수노조의 허용에 폐단이 있다

23) 대법원 1998.2.10. 선고, 95다39533 판결.

24) 다만, 이 문제를 남녀고용평등법에서 다루는 게 합당했음은 더욱 사려깊게 검토해야 했다. 이 법은 남녀의 평등한 기회 및 대우를 보장하기 위한 법(동법 제1조 참조)이라고 하지만, 그 내면을 보면 차별을 받고 있는 여성근로자를 남성과 같이 대우하기 위한 법임을 알 수 있다. 그러나 성희롱의 문제는 남녀차별의 문제가 아니라 권력 행사의 적절성의 문제이다. 마이클 더글러스/데미 무어 주연의 ‘폭로’라는 영화에서 주인공이 말하듯이 성희롱은 성(sex)의 문제가 아니라 권력(power)의 문제인 것이다. 따라서 입법론으로는 근기법에 관련 조항을 두는 것이 합당하다.

하여 법률로 기존노조 유일체제를 강제하는 것은 단결권 내지 노조선택의 자유를 침해하고 국제노동기준에도 반한다는 점 등을 강조하였다.<sup>25)</sup>

그러나 그 존재논쟁에도 불구하고 복수노조의 존재 자체를 부인하는 것은 단결권의 내재적 요청인 단결선택의 자유를 침해하는 것이 분명하고, 따라서 이 조항은 개정이 불가피하다고 여겨졌다. 이에 1997년의 ‘노동조합 및 노동관계조정법’(이하 ‘노조법’이라 한다)은 구법상의 복수노조 금지규정을 삭제하였다. 다만 경과조치로서 이미 노조가 조직되어 있는 사업장에 대하여는 2001년 말까지 그 노조와 조직대상을 같이하는 새로운 노조의 설립을 금지하고, 정부는 그때까지 교섭창구 단일화를 위한 단체교섭의 방법·절차 기타 필요한 사항을 강구하도록 규정하고 있다(부칙 제5조). 즉 상급단체 차원의 복수노조 설립은 즉시 허용되되 개별기업 차원의 복수노조 설립은 교섭창구 단일화를 조건으로 5년 정도 유예한 것이다.

이러한 변천에 대해서는 “기업차원의 복수노조가 즉시 허용되지 않은 것은 아쉽다. 그러나 우선은 복수의 상급단체가 인정됨으로써 새로운 상급단체가 합법화되어 제도권으로 진입할 수 있게 되고, 또 2002년부터는 교섭창구 단일화 방안 등 보완조치가 마련되면서 기업차원의 복수노조가 허용되어 근로자의 노조선택의 자유가 확대되기 때문에, 법테두리 안에서 노조 상호간 선의의 경쟁과 견제로 합리적인 노동운동이 전개되는 긍정적인 효과도 나타나리라고 예상된다. 한편, 근로자의 단결권 내지 노조선택의 자유가 한차원 높게 보장됨으로써 국제사회에서 보편화된 기준에 부합될 수 있게 되었고, 이로써 ILO, WTO, OECD 등 국제사회의 따가운 지적과 눈총을 피하고 우리 경제를 지속적으로 개방화·세계화 추세에 적응할 수 있게 하는 제도적 여건을 마련하게 되었다.”<sup>26)</sup>고 평가되고 있다.

한편 기업차원의 복수노조는 교섭창구의 단일화가 전제가 되므로 그 방안에 대한 논의가 진행중인데, 대략 일정 교섭단위 내의 전체근로자의 투표에서 과반수의 지지를 받은 노조만이 교섭권을 행사하고 과반수가 무교섭을 원하면 그에 따르도록 하는 방안(미국식 배타적 교섭대표제), 조직근로자 전체의 투표를 통해 과반수의 지지를 받은 노조만이 교섭권을 행사하도록 하는 방안(조직근로자 교섭대표제), 각 노조의 조합원수에 비례하는 인원으로 교섭위원단을 구성하고 이것이 교섭권을 행사하는 방안(비례적 교섭대표제), 교섭창구를 노조측에서 자율적으로 단일화할 때까지 사용자가 교섭을 연기할 수 있도록 하는 방안(자율적 단일화의무제) 등이 논의되고 있다.<sup>27)</sup>

이 문제에 대한 노사관계개혁위원회(노개위)의 공익위원안은 조직대상의 중복 여부와 관계없이 사업장별로 교섭창구 단일화를 의무화하되, 사업장내 조직근로자의 과반수를 대표하는 노조가 있으면 그 노조만이 교섭권을 행사하고, 그러한 노조가 없으면 관련 노조들이 적정 기간 내에 자율적으로 교섭창구를 단일화하여야 하며, 기간 내에 단일화되지 않을 때에는 노동위원회 등 공공기관이 실시하는 조직근로자 투표에서 과반수 지지를 받은 노조만이 교섭권을 행사하도록 하자는 것이다.<sup>28)</sup>

25) 자세한 내용은 김유성(1989), 오문완(1992) 참조.

26) 임종률(1998), 4.

27) 그러나 교섭창구 단일화(노조법 부칙 제5조 3항)는 강행규정은 아닌듯하고, 나는 기본적으로 단일화에 대하여 회의적이다. 오문완(1997), 98-105.

28) 노사관계개혁위원회, 47 이하.

## 2. 제3자개입금지

구법은 단위노조의 상급단체 및 법령상 정당한 권한을 가진 자를 제외한 제3자가 노조의 결성·가입, 단체교섭, 쟁의행위 등에 관하여 관계당사자를 조종·선동·방해하거나 기타 이에 영향을 미칠 목적으로 개입할 수 없도록 규정하고 있었다(노동조합법 제12조의 2, 노동쟁의조정법 제13조의 2).

이에 대한 존폐논쟁을 보면, 존치론은 제3자의 개입으로 노동조합의 자주적 의사결정이 왜곡·방해받게 되어 단체교섭에서 과격할 요구를 하고 쟁의행위가 장기화될 것이라고 주장한다. 이에 반해 폐지론은 제3자가 개입한다 하여 노동조합의 자주적 의사결정이 왜곡·방해받는 것은 아니고, 제3자가 적법한 단체교섭이나 쟁의행위를 하도록 지원한 경우에도 처벌될 수 있으며, 규정의 표현이 모호하여 자의적 처벌의 우려가 있고, 제3자가 노동조합에 위법행위를 감행하도록 개입한 경우에는 이 규정이 없더라도 형법상 공범의 원리에 의하여 처벌할 수 있다고 주장하였다.<sup>29)</sup>

그런데 이 조항은 대단히 추상적인 내용을 담고 있어 법해석기관인 법원 스스로도 갈팡질팡하는 모습을 보여왔을 뿐만 아니라<sup>30)</sup> ILO 등에서도 끊임없이 법개정의견을 제시하고 있어 개정이 불가피한 상황에 놓여 있었다.

노조법은 당사자의 자주적인 해결노력을 외부세력의 개입으로부터 보호하기 위해서 분쟁의 확산과 장기화를 사전에 예방하고 쟁의의사의 형성 및 쟁의행위의 실행에 대한 자율적인 결정을 보장하고자, 한편으로는 제3자의 지원을 허용하면서도 다른 한편으로는 간여·조종·선동을 금지하고 그 위반에 대해서는 벌칙을 규정하고 있다(제40조, 제89조 제1호 참조).

지원이 허용되는 제3자의 범위에 관하여, 노조법은 당해 노동조합이 가입한 산업별 연합단체 또는 총연합단체, 당해 사용자가 가입한 사용자단체, 당해 노동조합(사용자)이 지원을 받기 위하여 행정관청에 신고한 자, 기타 법령에 의하여 정당한 권한을 가진 자를 열거하고 있다(제40조 제1항). 요컨대 신고절차를 거치는 한 제3자의 인적인 범위에 대한 제한은 없어진 셈이다.

지원이 금지되는 활동범위는 ‘단체교섭 또는 쟁의행위’에 한정된다. 따라서 노동조합의 결성과 운영에 대해서는 동 조항이 적용되지 않는다. 한편 금지되는 행위는 당사자의 단체

29) 임종률(1998), 9.

30) 법원에서 3자개입에 해당하여 금지된다고 판단한 사례와 범위반이 아니라고 본 사례간의 경계는 다음과 같이 대단히 불분명하다.

<금지>

- ① 타회사 노조원에게 격려금을 전달하고 쟁의행위에 참가한 경우
- ② 해고근로자가 투쟁 격려·지시행위를 하면서 공권력 투입에 대비해 규찰을 선 행위
- ③ 적극적으로 쟁의행위를 권유하고 행동요령을 지도한 경우
- ④ 임투발대식을 가지는 등 쟁의발생의 조짐이 강한 사업장에서 선동적인 연설과 구호를 제창

<허용>

- ⑤ 근로자들은 대동단결하여야 한다는 일반적인 내용의 연설을 한 경우
- ⑥ 쟁의관계 당사자들에게 불특정의 금품을 전달한 행위
- ⑦ 연합단체의 간부가 그 소속단체의 의사에 의하지 않고 쟁의행위에 개입한 경우
- ⑧ 쟁의중인 노조사무실을 찾아가 “수고한다. 파업은 축제하듯 하여야 지치지 않는다”고 발언
- ⑨ 노동문제상담소 간사가 광업소 파업지도부의 부탁을 받고 ‘단결투쟁’의 문구가 삽입된 적색 머리띠·손수건을 외상으로 구입하여 그들에게 전달하여 준 행위
- ⑩ 타회사 노조사무실에 들어가 “우리 회사에서는 우리가 회사측에 졌는데 당신 회사에서는 노동조합측이 열심히 투쟁하여 반드시 승리하기 바란다”는 취지의 인사말을 하고 돌아온 경우

교섭이나 쟁의행위에 간여·조종·선동하는 행위이다. 헌법재판소는 이를 노동쟁의의 해결을 왜곡·저해하는 행위를 의미한다는 입장을 취하고 있다.<sup>31)</sup>

### 3. 노동조합의 정치활동

이 문제는 노동인권과 직결되는 것은 아니지만 근로자의 인간다운 삶(혹은 ‘삶의 질’ 향상)과 관련된 가법지 않은 주제이다.<sup>32)</sup>

구 노조법은 노동조합이 공직선거에서 특정 정당을 지지하거나 특정인을 당선시키기 위한 행위, 조합원으로부터 정치자금을 징수하는 행위, 노조 기금을 정치자금에 유용하는 행위를 금지하고 있었다(제12조).

그러나 근로자의 권익을 효과적으로 향상시키기 위해서는 사용자를 상대로 하는 단체교섭만으로는 불충분하고 노조가 근로자들에 유리한 정당을 지지·후원할 수도 있어야 한다는 지적에 따라 이 조항도 삭제되는 운명에 처하게 된다. 현행 노조법은 이 조항을 삭제하고, 그 대신 노동조합이 주로 정치운동을 목적으로 해서는 안된다는 규정을 신설하기에 이르렀다(제2조 단서 4호 마목). 노조활동이라는 게 궁극적으로는 그 소속 조합원의 근로조건 향상을 위한 것이라고 볼 때 타당한 귀결이라고 하겠다.

현재 노동조합은 ‘근로조건의 유지·개선과 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상’(노조법 제1조)이라는 주된 목적을 달성하기 위하여 필요한 범위에서 정치활동을 할 수 있다고 해석된다. 이 범위 내에서 노동조합은 선거 때 노동조합(또는 그 대표자) 명의로 특정 정당이나 후보자를 지지·반대하는 활동을 하거나 공명선거추진활동, 후보자초청토론회 개최를 할 수 있다(공직선거 및 선거부정방지법 제87조). 그밖에 정당과의 정책협의활동이나 입법청원과 같은 일상적인 정치활동(정책활동)은 물론 가능하다.<sup>33)</sup>

### 4. 공무원의 노동인권

공무원은 ‘사실상 노무에 종사하는 공무원’(정보통신부, 철도청 및 국립의료원의 작업현장에서 노무에 종사하는 기능직·고용직 공무원으로 한정)의 경우를 제외하고는 노동운동이 금지된다(국가공무원법 제66조 제1항, 공무원복무규정 제28조 등). 이러한 제약에 대해 헌법재판소(법원)는 국민전체에 대한 공무원이 그 신분을 보장받고 있는 이상 헌법에 반하지 않는다는 입장을 밝힌 바 있다.<sup>34)</sup>

그런데 공무원의 노동운동 허용범위를 이와 같이 좁게 한정된 것은 불합리하고, 선진국의 추세나 ILO의 기준에도 어울리지 않기 때문에, 학계를 중심으로 일찍부터 노동운동 허용 범위를 확대하는 법개정이 거론되어 왔다. 그 결과 1989.3.15. 여소야대의 국회에서는 군인·경찰·교정·소방 공무원을 제외한 6급 이하 공무원의 단결권 및 단체교섭권을 보장하는 내용의 노동조합법 개정안이 통과되었으나 대통령이 공포를 거부하였다. ILO는 우리 정부

31) 현재 1990.1.15, 89헌가103; 현재 1993.3.11, 92헌바33.

32) 노동조합의 기능으로는 일반적으로 경제적 기능, 공제적 기능, 정치적 기능을 들고 있다. 김유성(1999), 51-53 참조.

33) 김유성(1999), 66.

34) 현재 19992.4.28, 90헌바27내지34·36내지42·44내지46·92헌바15(병합); 대법원 1990.4.10. 선고, 90도332 판결 등.

에 여러 차례 공무원·교원의 단결권 보장을 권고하여 왔다.<sup>35)</sup>

이 문제는 꾸준한 논의를 거친 후 1998년 2월 노사정위원회에서는 1단계로 공무원 직장협의회를 발족시키고 2단계로 공무원의 단결권을 인정한다는 지침을 설정하였다. 이에 따라 '공무원 직장협의회 설립·운영에 관한 법률'이 제정되고 1999.1.1부터 시행하게 되었다(공무원 노조를 언제 어느 범위까지 허용할 것인가는 중장기적 입법과제로 남아 있다).

공무원 직장협의회는 6급 이하 공무원이 조직대상이 되는데, 직장협의회는 기관단위로 설립하되 하나의 기관에는 하나의 협의회만 설립할 수 있다(동법 제2조). 직장협의회는 기관장과 당해 기관 고유의 근무환경 개선에 관한 사항, 업무능률 향상에 관한 사항, 소속 공무원의 공무와 관련된 일반적 고충에 관한 사항, 기타 기관 발전에 관한 사항을 협의한다(동법 제5조).

이 직장협의회는 그 목적이나 기능을 감안할 때 노동조합이라기보다는 노사협의회에 가까워 단결권을 실효성있게 보장하는 제도로 보기 어렵다는 비판이 있기는 하나,<sup>36)</sup> 공무원의 단결권 보장을 향한 초보적·과도기적 디딤돌로서의 의미를 무시하기는 어렵다.<sup>37)</sup> 소위 노동조합의 중요한 기능으로서의 집단목소리(collective voice)의 제도화<sup>38)</sup>에 주춧돌이 된다는 것이다.

## 5. 교원의 노동인권

교원 역시 노동인권을 누리지 못했다. 즉 국·공립학교 교원은 공무원법령에 의하여 노동운동이 금지되고, 사립학교 교원은 사립학교법(교육공무원법을 준용한 제55조)에 의하여 노동운동이 금지되어 왔다. 이러한 법체계에 대해서 헌법 위반 여부가 문제되는데 헌법재판소는 교원지위법정주의(소위 대상조치론) 등을 근거로 합헌으로 판단하였다.<sup>39)</sup>

그나마 1991.5.31. 제정된 '교원 지위 향상을 위한 특별법'에 의하여 중앙과 각 지방자치단체별로 조직된 교원단체(교육회)가 교원의 처우개선·근무조건·복지후생에 관하여 교육부장관·교육감과 교섭·협약하는 길이 열려 있었다. 그러나 학교장도 일반교원과 함께 구성원이 되는 등 노동단체로서의 성격은 의문이었다.<sup>40)</sup>

그러나 교원노조를 부인하는 법제도는 국내외에서 많은 문제에 맞닥뜨리게 되었고 마침내 1999.1.29. '교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률'이 제정되어 교원에게 단결권과 단체교섭권을 인정하기에 이르렀다. 단체행동권은 여전히 부인된다. 교원노조는 시·도 단위 또는 전국단위로 설립할 수 있고 유니언숍은 인정되지 않는다(동법 제4조, 제14조). 또한 정치활동은 전혀 불가능하다.

노조 대표자는 조합원의 임금·근무조건·후생복지 등 경제적·사회적 지위 향상에 관한 사항에 대하여 교육부장관, 시·도 교육감 또는 사립학교 설립·경영자(전국 또는 시·도 단위로 연합)와 교섭하고 단체협약을 체결할 수 있다(동법 제6조 제1항). 이렇듯 학교별 교섭을 허용하지 않는 것은 국·공립학교인 경우 임금·근무조건이 법령·예산으로 결

35) 임종률(1998), 7.

36) 김유성(1999), 20 주 6-1.

37) 임종률(1999), 278 주 1 참조.

38) 김유성(1999), 53.

39) 헌재 1991.7.22, 89헌가106

40) 임종률(1999), 279 주 2.

정되기 때문이고, 사립학교에서도 교원의 복무·자격 등이 국·공립의 경우와 같이 결정되고 정부가 학교 재정의 상당부분을 지원하고 있어 학교별 교섭의 의미가 높지 않기 때문이라고 한다. 또한 교섭사항을 한정된 것은 교육정책·교육과정·교육기관의 관리·운영에 관한 사항 등은 관련법령에 의거하여 정부의 책임 아래 결정할 사항이기 때문이라고 설명한다.<sup>41)</sup>

한편 노조의 교섭위원은 당해 노동조합을 대표하는 자와 그 조합원으로만 구성토록 하여(동조 제2항) 외부인에게 교섭권을 위임할 수 없도록 하고 있다. 그리고 조직대상을 같이하는 2 이상의 노동조합이 설립되어 있을 때는 노동조합은 교섭창구를 단일화하여 단체교섭을 요구하여야 한다(동조 제3항). 2002년부터는 교섭창구 단일화방안이 마련된다. 당사자 사이에 체결된 단체협약의 내용 중 법령·조례·예산에 의하여 규정되는 내용과 법령·조례의 위임을 받아 규정되는 내용은 단체협약으로서의 효력이 없다. 물론 관련주체는 그 내용이 이행되도록 성실하게 노력하여야 한다(동법 제7조).

이렇듯 교원의 노동인권은 한정된 범위에서 인정된다.

이상의 논의를 종합해보면 그 주체라는 관점에서 볼 때 단결권(노동3권)의 보장 여부는 <표 2>와 같이 정리할 수 있겠다.

<표 2> 단결권의 보장 여부

(○= 인정; △= 제한; ×= 부인)

	일반사업	공무원	교원	주요방산체 (방산물자 생 산라인)	필수공익사업
단결권	○	?	○	○	○
단체교섭권	○	×	○	○	○
단체행동권	○	×	×	×	△

#### IV. 앞으로의 과제 - 기본 시각의 정립

노동인권의 보장문제와 관련하여 우리는 앞으로도 많은 과제를 해결해야 한다. 그런데 문제를 해결하는 데는 우선 기본적인 시각의 정립이 필요하다. 하나하나의 과제를 구체적으로 검토해나갈 때 적어도 다음과 같은 점을 염두에 두고 작업을 해야 할 것이다.

(1) 우선 노동인권의 성격에 대한 이해가 필요하다.

아직도 실무는 물론이고 상당수의 학자들이 노동인권을 생존권의 측면에서만 파악하는 것은 문제가 아닐 수 없다. 자유권의 속성을 무시하고, 그 결과 '자유 대신 빵을' 주는, 소위 '대상조치론'으로 빠지고 만다(앞에서 본 바와 같은, 공무원이나 교원의 노동인권의 부인을 합법화하는 헌법재판소나 법원의 견해를 생각해보라). 공무원의 단결권을 예로 삼아 생각해보자.

41) 임종률(1999), 280.

헌법재판소에서 공무원의 단결권 부인을 합헌이라고 보는 주된 근거가 된 것은 직업공무원제도를 보장하는 헌법 제7조와 공무원의 노동3권에 대한 개별적유보조항인 헌법 제33조 제2항이다. 헌법재판소는 양자 중 공무원제도보장을 노동3권에 대하여 형량되어야 할 반대법익으로 위치시키고, 개별적유보조항은 그 양자간의 법익조정에 있어서 국회가 가지는 광범한 입법재량의 근거로 파악하고 있다.

이러한 판례의 입장에 대하여 학설에서는 국회의 입법재량론과 관련하여 다음과 같이 비판하고 있다. 국회가 헌법직접적유보조항(헌법 제33조 제2항)에 근거하여 노동3권 제한 입법을 하는 경우에, 일반적법률유보조항(헌법 제37조 제2항)에 근거하는 경우와는 달리, 단결권의 '제한'을 넘어 '금지'까지 할 수 있는 입법재량을 가지는 점은 인정된다. 그런데 헌법직접적유보조항을 보면 공무원의 경우 노동3권이 금지될 수 있다고 규정하고 있을 뿐 금지되는 공무원의 범위를 어떻게 정하여야 할 것인가에 대해서는 침묵하고 있다. 판례는 그곳이 바로 국회의 임의적 재량이 기능하는 공간이라고 보고 있다. 그러나 거기에 대해서도 가능한 한 일반적법률유보조항의 정신 즉 인권의 최소제한원칙과 본질적내용침해금지의 원칙은 적용되어야 한다. 왜냐하면 이 두 원칙은 인권의 자연권성(헌법 제10조·제37조 제1항 참조) 내지 인권최대존중의 원칙에서 도출되는 헌법의 기본원칙인 만큼, 가능한 한 널리 적용되어야 하기 때문이다.

헌법 제33조 제2항으로부터 곧바로 광범한 입법재량이 허용된다고 보기는 어려울 것이다. 왜냐하면 이 규정은 공무원의 근로자성이 부인될 수 없음을 명시하고 있고, 그 문언 또한 제33조 제3항과 비교하여 볼 때 노동3권의 제한보다는 보장을 지향하는 형식을 취하고 있기 때문이다. 그러므로 제33조 제2항에 근거하는 입법재량은 모규정인 제33조 제1항의 문언 취지에 따라 엄격히 제한되는 것으로 해석되어야 할 것이다.

이처럼 입법재량이 제한된다는 입장에 서면 공무원의 노동3권을 제한하는 법률 형성에 대하여 인권의 최소제한원칙과 본질적내용침해금지원칙이 적용되게 된다. 여기서 최소제한의 원칙이라 함은 인권제한입법이 타당하려면 제한의 필요성이 있을 것과, 그 경우에도 규제방식(정도)·범위·규제위반에 대한 제재가 최소한에 그쳐야 한다는 원칙을 말한다. 그러므로 적용을 긍정하는 입장에서는 공무원에 대한 노동3권 제한법률이 헌법에 적합하기 위한 많은 요건을 요구하게 된다.

그 중 입법연혁과 관련하여 특히 주목할 만한 것은 노동3권이 제한되는 공무원의 범위이다. 인권최소제한의 원칙에 따르면 그 제한의 근거가 되는 법익과의 비교형량을 통하여 구체적으로 권리의 제한범위가 정해져야 한다. 따라서 직무의 중단이 국민생활에 미치는 불이익과 노동3권 제한으로 인하여 공무원이 입게 되는 불이익을 구체적으로 비교형량하여 그의 노동3권 제한범위를 결정하여야 하는 것이다. 이러한 요청에 부응하려면 적어도 공무원이 담당하는 직무의 성질을 고려하여 노동3권의 제한여부와 정도를 개별적으로 검토하여야 할 필요가 있다. 이러한 점에서 볼 때 사실상 노무에 종사하는 자를 제외한 공무원 일반에 대하여 일률적·전면적으로 노동3권을 배제하는 현행 국가공무원법상의 범위획정기준은 타당하지 않다.<sup>42)</sup>

이러한 관점에 선다면 공무원의 노동인권의 보장은 현재와는 상당히 다른 방향으로, 다른 모습으로 바뀔 수 있을 것이다.

42) 김유성(1999), 38-40 참조.

(2) 두 번째로 사회적 기본권의 구체적 권리성을 인정하는 견해에 주목할 필요가 있다.

종전에는 사회적 기본권은 방침(프로그램)규정이라거나 법적 권리라고해도 추상적 권리일 뿐이라고 생각해왔다(아직도 헌법학계의 다수의견은 추상적 권리로 본다). 그러나 최근 사회적 기본권의 구체적 권리성을 인정하는 견해가 유력해지고 있다.<sup>43)</sup>

권영성교수는 다음과 같은 이유를 제시하면서 사회적 기본권은 불완전하기는 하여도 구체적 권리임을 밝히고 있다: “저자가 사회적 기본권을 불완전하나마 구체적인 권리로 인식하려는 것은 다음과 같은 이유 때문이다. 첫째, 모든 헌법규정은 공동체구성원들의 헌법생활과정에서 그 내용이 반드시 실현되어야 할 재판규범이라는 점이다. 어떠한 헌법규정은 재판규범이고 어떠한 헌법규범은 프로그램규정이라는 해석은 헌법에 그에 관한 명문의 규정이 존재하지 아니하는 한 독단적·자의적 해석일 수밖에 없기 때문이다. 둘째, 경제적으로 열악한 상황에 처한 절대빈곤층과 사회적 빈곤층에게는 자유권적 기본권이나 정치적 기본권보다 사회적 기본권의 실질적 보장이 더욱 절실한 의미를 가지기 때문이다. 셋째, 우리나라와 같이 사회국가의 원리를 지향하는 사회국가적 성격을 가진 국가인 경우에는 국가의 과제와 목표는 무엇보다도 사회적 기본권의 실현에 중점을 두는 것이 아니면 안되기 때문이다. 국가적 성격을 사회국가로 규정하고 국가목적은 사회국가원리의 구현이라고 규정하면서, 사회적 기본권을 프로그램적인 것 내지 추상적인 권리로 이해한다는 것은 논리적 모순이 아닐 수 없기 때문이다. 넷째, 헌법재판제도가 확립된 경우에는 헌법재판이라는 방법을 통하여 헌법불합치·입법축구결정을 하는 것이 헌법구조상 반드시 불가능하지 않기 때문이다. 이러한 의미에서 사회적 기본권은 자유권적 기본권처럼 직접효력을 가지는 완전한 의미에서의 구체적 권리일 수는 없다 할지라도, 적어도 일부 청구권적 기본권이나 정치적 기본권과 동일한 수준의 불완전하나마 구체적인 권리로서의 성격은 가지고 있다고 할 수 있다.”<sup>44)</sup>

1994년 생계보호기준의 위헌 여부가 문제된 사안에서 헌법재판소는 “모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가지며 국가는 생활능력없는 국민을 보호할 의무가 있다는 헌법의 규정은 입법부와 행정부에 대하여는 국민소득, 국가의 재정능력과 정책 등을 고려하여 가능한 범위안에서 최대한으로 모든 국민이 물질적인 최저생활을 넘어서 인간의 존엄성에 맞는 건강하고 문화적인 생활을 누릴 수 있도록 하여야 한다는 행위의 지침 즉 행위규범으로서 작용하지만, 헌법재판에 있어서는 다른 국가기관 즉 입법부나 행정부가 국민으로 하여금 인간다운 생활을 영위하도록 하기 위하여 객관적으로 필요한 최소한의 조치를 취할 의무를 다하였는지의 여부를 기준으로 국가기관의 행위의 합헌성을 심사하여야 한다는 통제규범으로 작용하는 것”이라고 하여 구체적 규범으로 보는 단초를 열고 있다.<sup>45)46)</sup>

요컨대 국가는 헌법상의 권리를 어떻게 보장할 것인지 고민하여야 하고, 경제사정은 그 다음 단계에서 고려하여야 한다(아직까지는 논의의 기준이 거꾸로 서 있다).

(3) 아울러 노동인권의 보장에 관한 국제적인 움직임에 주시해야 한다.

43) 김문현(1998) 참조. 헌법상의 권리 자체를 재조명한 글로는 김철수(1999) 참조.

44) 권영성, 556.

45) 김문현, 11. 김철수교수(28 주 82)는 이 판결에 대해 헌법재판소는 여전히 생존권의 권리성을 부인하는 태도를 드러내고 있다고 해석하나 그렇게 볼 바는 아닌듯하다.

46) 그러나 아쉽게도 헌법재판소는 여러 사정을 종합할 때 1994년의 생계보호기준은 헌법위반이 아니라는 결론을 내렸고, 이에 대해서는 광범위한 재량론에 기해 생활보호수급권의 구체적 권리성을 더욱 희석시켰다는 비난을 받고 있다. 이홍재, 123 참조.



특히 노동인권은 국제화에 친한 존재이다. 그리고 그 선봉에는 ILO가 있고, 우리나라는 지난 1991년부터 ILO 회원국이다. 따라서 ILO헌장과 그 기본정신(단결권의 본질적인 부분)을 지켜야 할 뿐만 아니라 주요 협약에 대해서는 강력한 비준 압력을 받고 있다. 특히 단체행동의 제한과 관련하여 우리나라는 그 근로자의 신분에 따라 제약을 가하는 파행을 보이고 있는 데 반하여, ILO의 기준은 그 업무가 정지되어서는 안될 필수업무(essential service)인가 아닌가를 판단의 준거로 삼고 있다는 점에 유의해야 한다.

또한 UN인권규약 중 「경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약」이 이미 국내법화하였다는 데는 주의를 기울여야 한다. 특히 근로자 사이의 균등대우 부분에 주의하여야 하는데 남녀노소를 막론하고 불합리한 차별은 더 이상 용납될 수 없다.<sup>47)</sup>

(4) 마지막으로 노동현장의 변화에도 주목해야 한다.

지금 노동법은 커다란 전환의 시기를 맞이하고 있다. 20세기형 노동법은 농업사회에서 산업사회로, 그리고 소규모 수공업에서 대규모 공장제공업으로 탈바꿈하는 전환의 시대에 새로운 사회경제적인 환경에서 나타나는 과제를 해결하기 위해 생성 발전해 왔다. 그런데 이 노동법체계도 그 배경이 되는 사회경제구조가 변함에 따라 새로운 변신을 요청받고 있다. 그것은 한 마디로 포드주의에서 포스트 포드주의로의 이전에 따른 노동시장의 변화를 어떻게 반영할 것인가 하는 문제라고 할 수 있다. 대량생산과 고임금, 대량소비, 장기고용과 노동운동의 활성화라는 방식이 더 이상은 통하지 않게 되었다는 상황을 어떻게 법체계 속에 수용할 것인가 하는 문제이다.

이미 많은 기업에서는 근로자 개인의 개별적인 능력과 의욕의 차이를 보다 단기적으로 반영하는 처우방식(소위 능력주의·실적주의)이 시도되고 있다. 관리직층, 전문직층을 중심으로 연봉제의 도입, 능력평가와 승진제도의 개선 등이 진행되고 있고, 금후로는 연공주의에서 능력주의로의 이행이 한층 진전될 것이다.<sup>48)</sup>

이러한 능력주의적 제도들이 유효·적절하게 기능하기 위해서는 개별관리로의 이행과 그 기반으로서의 개별노동계약의 관념과 기능이 강화될 필요가 있다. 그리고 능력평가의 공정성(당사자의 납득성)과 기회의 균등(경력)을 확보하는 틀이 필요하고 동시에 개인의 처우상의 불만에 대응하기 위한 고충·분쟁처리시스템의 정비도 불가피해진다.

또한 정보화, 소프트화, 고학력화 등의 진전으로 전통적인 기층으로서의 중간관리직을 매개로 한 피라밋형의 기업조직이 전문직능의 인재가 횡단적으로 제후하여 경영상층부와 직결되면서 유연하게 기능하는 네트워크형의 노동조직으로 이행하고 있다. 사회와 시장의 격렬한 변화도 경영의 의사결정에 소요되는 시간과 비용을 감축시키고 신속하게 대응할 수 있는 조직체제를 요청한다. 전문직화의 움직임은 이러한 변화에도 연동한 것이라고 생

47) 기실 이러한 이치는 이미 우리 헌법 제11조(평등의 원칙), 근로법 제5조(균등처우원칙)에 명시되어 있을 뿐만 아니라 법의 일반원칙으로 기능하고 있기는 하다: “공동체에 참여하고 있는 모든 구성원들은 정의의 중요한 근거에 의해 상이한 취급 내지 불평등한 분배가 정당화되지 않는 한 평등하게 취급받아야 하고 또 권리와 의무, 이익과 부담은 그들에게 평등하게 분배되어야 한다(평등취급 내지 평등분배의 원리)”(심현섭, 97); “모든 법공동체의 원리로서의 평등대우의 원리는 그 구성원이 상호간에, 또 공동체에 대한 관계에 있어서 동등한 권한이 있으며 동일한 권리와 의무를 가진다는 것을 뜻한다. 그러나 그 공동체의 구조상 또는 그 공동체 내부의 기능분할상 부분적인 불평등대우를 정당화하는, 아니 요구하는 이유가 있을 수 있다. 그러한 이유가 상당한 것인 때에는 평등대우의 원리 대신 비례의 원리가 등장한다. 그에 따르면 불평등대우는 객관적인 이유가 정당화하는 이상이어서는 안된다.”[ K. Larenz(양창수 역), 125].

48) 本多淳亮, 10.

각된다.

그러나 경력 및 보수와 관련된 제도가 라인관리직 중심으로 운영되어온 종래의 방식을 전제로 하면 네트워크화에 따르는 관리직 자리의 감소는 중고령자의 처우문제와 동기유발에 많은 영향을 미친다. 권력·명예(지위)·보수라고 하는, 사람을 움직이는 세 가지 요소가 관리직 승진에서 집중적으로 충족되어 온 방식에서 탈피할 필요가 있다. 전문직과 전임직에 대해서는 라인관리직으로서의 '권력'은 발휘할 수 없어도 '보수와 지위'라는 면에서는 보상을 받을 수 있도록 하는 처우시스템을 구축할 필요가 있다는 것이다.

또한 근로자의 모습도 예전과 같은 '절대적인 약자'라는 유형이 감소하고 '상대적인 약자' 혹은 '결국 약자로 보아서는 안된다'는 유형도 나타나기 시작한 것이다. 다른 관점에서 말하자면 사회경제의 성장·성숙에 따라 노동법의 대상이 되는 근로자상이 획일적이고 집약적으로 강행적인 규제를 가하는 대상에 친숙한 '집단으로서의 근로자'에서 당사자의 의사를 존중하면서 개별적으로 보완적인 방법으로 임의적규제를 행하는 쪽이 적절한 '개개인으로서의 근로자'로 전환하고 있다고 하겠다.

노동의 세계에서, 이러한 '개인으로서의 근로자'의 등장은 종래의 노동법규제의 전제를 크게 변화시키고 있다. 좀더 현저한 현상은 집단규제 자체가 현실적이고 바람직한 방향이라는 인식에 근거한 집단적 노사관계법의 영역에서의 변화일 것이다. 다양화하고 있는 근로자의 모습은 자기의 이익을 옹호하기 위해서라도 단체적인 노사관계의 틀 속에 자신을 맡기는 것을 꺼려하는 경향을 보이고 있고, 이러한 현상은 특히 젊은층에서 두드러지게 나타난다고 한다.<sup>49)</sup>

사회현실을 반영하면서 법규범으로서의 노동법의 의의를 조화시켜 나가는 것, 아마 이것이 앞으로 노동법의 과제일 것이다. 근로자의 인간다운 삶을 보장하는 게 생존권사상과 함께 장차 노동법의 이념이 되어야 한다는 주장<sup>50)</sup>도 이러한 이치를 반영하고 있는 것으로 여겨진다.

특히 단시간근로자 등 불안정고용 근로자의 문제에는 상대적인 의미이기는 하지만 저임금, 열악한 근로조건, 무권리라는 차별적 빈곤상태가 잠재해 있다. 때문에 차별받고 있는 근로자들의 차별철폐, 평등대우에 대한 치열한 요구에 늘 휘말리게 되고 근로조건 곧 생활권의 평등한 보장을 구하는 목소리가 꾸준히 높아져왔다. 금후로도 이러한 직장과 기업내에서 차별받는 사람들의 권리문제를 다루는 것이 분명히 노동법의 중요한 과제가 될 것이다.<sup>51)</sup> 또한 노동시장의 유연화정책에 따라 여성근로자에 대한 차별이 강화될 우려도 커 이들 근로자에 대한 보호 역시 큰 이슈로 자리할 게 분명하다.<sup>52)</sup>

49) 菅野和夫/取訪康雄, 10-12 참조.

50) 西谷敏 참조.

51) 本多淳亮, 10.

52) 오문완(1998a), 28-29 참조.

## &lt;참고문헌&gt;

- 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 1997
- 김문현, “생존권적 기본권에 관한 헌법규정의 규범성,” 이화여자대학교 「법학논집」 2권 2호, 1998
- 김선수, “정리해고요건으로서의 긴박한 경영상의 필요성,” 서울대학교 노동법연구회 「노동법연구」 3호, 1993
- 김영대, “유연화 정책이 여성노동에 미치는 영향,”  
<http://www.women21.or.kr/html/labor/la10.htm>
- 김유성, “노동조합법 제3조 단서 5호,” 한국노동법학회 「노동법학」 2호, 1989
- 김유성, 「노동법 II」, 법문사, 1999
- 김지형, “근로관계에 있어서 정리해고의 요건에 관한 해석론의 전개,” 「사법논집」 제22집, 1991
- 김철수, “헌정 50년과 대학의 역할,” 서울대학교 「법학」 39권 4호, 1999
- 노동부, 「알기 쉬운 새 노동법 해설」, 1997
- 노사관계개혁위원회, 「'97 노사관계 개혁안」, 1997
- 심현섭, “정의에 관한 연구,” 서울대학교 「법학」 29권 2호, 1988
- 오문완, “ILO 단결권협약과 복수노조문제,” 서울대학교 노동법연구회 「노동법연구」 2권 1호, 1992
- 오문완, 「복수노조 병존시 단체교섭권에 관한 연구」, 한국노총 중앙연구원, 1997
- 오문완, “노동유연성과 노동법제의 변화 방향,” 서울대학교 노동법연구회 「노동법연구」 7호, 1998(a)
- 오문완, “기업조직의 변경과 경영상 이유에 의한 해고,” 하경효/박종희, 「기업의 구조조정과 노동법적 과제」, 한국노동연구원, 1998(b)
- 이병태, 「최신 노동법」, 현암사, 1999
- 이홍재, “노동기본권과 사회보장수급권의 실효성,” 서울대학교 「법학」 39권 4호, 1999
- 임종률, “참여와 협력의 신노사관계를 위한 노동법의 개정,” 성균관대학교 「사회과학」 37권 1호, 1998, <http://dragon.skku.ac.kr/~cylim/lim.htm>
- 임종률, 「노동법」, 박영사, 1999
- K. Larenz(양창수 역), 「정당한 법의 원리」, 박영사, 1986
- 菅野和夫/取訪康雄, “労働市場の變化と労働法の課題,” 「労働市場の變化と労働法の課題」, 日本労働研究機構, 1996
- 本多淳亮, “労働法學に對する私の思い,” 「労働法律旬報」, 1409호, 1997
- 西谷敏, 「労働法における個人と集團」, 有斐閣, 1992