

한국노동법학회 동계학술대회

일시 2012년 12월 7일(금)~8일(토)

장소 부산외국어대학교

주최 한국노동법학회
부산외국어대학교 비교법연구소

주관 고려대학교 노동문제연구소

<학술대회 세부 일정>

일시	발 표 및 내 용	사 회	장 소
14:00~ 14:10	○ 개회사 : 한국노동법학회 박종희 교수(고려대) ○ 축사 : 부산외대비교법연구소장 조은래 교수(부산외대)	최홍엽 교수 (조선대)	부산외대 중강당
제1세션			
14:10~ 15:30	제1주제 : 필수유지업무제도의 내용과 한계 발제 : 신수정 박사(이화여대) 토론 : 방준식 교수(영산대)	김교숙 교수 (부산외대)	부산외대 중강당
	제2주제 : 단체교섭에서의 정보제공의무 발제 : 장우찬 박사(서울대) 토론 : 고희성 교수(제주대)		
15:30~ 15:50	휴식		
15:50~ 17:20	제3주제 : 노동분쟁의 자율적 해결에 대한 법리에 관하여 발제 : 배인연 박사(동국대) 토론 : 이승길 교수(아주대)	김교숙 교수 (부산외대)	부산외대 중강당
	제4주제 : “근로의 대가”의 의미와 체계적 판단기준 검토 발제 : 이선신 박사(고려대) 토론 : 박은정 교수(인제대)		
제2세션			
14:15~ 17:10	제1주제 : 산재보험법의 법적 성격에 관한 연구 발제 : 오선균 박사(고려대) 토론 : 정진경 교수(충남대)	송강직 교수 (동아대)	부산외대 F203호 강의실
	제2주제 : 노인장기요양보험제도의 개선과제 발제 : 백효영 박사(동국대) 토론 : 박승두 교수(청주대)		
	제3주제 : 산업안전보건법상 근로자의 알권리에 관한 비교법적 연구 발제 : 정진우 박사(고려대) 토론 : 김희성 교수(강원대)		
17:30~ 18:00	한국노동법학회 정기총회	이상희 (한국산업 기술대)	부산외대 F203호 강의실
만찬			

목 차

제1세션

【제1주제】

필수유지업무제도의 내용과 한계

— 필수유지업무결정 절차에 대한 개선방안 —	신 수 정	1
토론문	방 준 식	27

【제2주제】

단체교섭에서의 정보제공의무	장 우 찬	29
토론문	고 호 성	67

【제3주제】

노동분쟁의 자율적 해결에 대한 법리에 관하여	배 인 연	69
토론문	이 승 길	93

【제4주제】

“근로의 대가”의 의미와 체계적 판단기준 검토	이 선 신	95
토론문	박 은 정	129

제2세션

【제1주제】

「산재보험법」의 법적 성질에 관한 연구	오 선 균	135
토론문	정 진 경	175

【제2주제】

노인장기요양보험제도의 개선과제	백 효 영	183
토론문	박 승 두	231

【제3주제】

산업안전보건법상 근로자의 알 권리에 관한 비교법적 연구	정 진 우	233
토론문	김 희 성	269

필수유지업무제도의 내용과 한계

— 필수유지업무결정 절차에 대한 개선방안 —

신 수 정*

- I. 서설
- II. 이탈리아의 필수공익서비스제도
 - 1. 필수업무보장위원회
 - 2. 이용자에 대한 보호
- III. 현행 필수유지업무결정 절차에서의 개선방안
 - 1. 필수유지업무결정위원회
 - 2. 결정의 신청
 - 3. 결정에 대한 해석
 - 4. 이용자에 대한 보호
- IV. 결론

I. 서설

위헌 논란이 있던 직권중재제도가 2006년 말 노조법 개정으로 폐지되고, 일정 조건 하에서 필수공익사업의 정의행위를 가능하게 하는 필수유지업무제도가 도입되었다. 노조법은 2006년 12월 30일 법률 제8158호의 개정 이유에서 “쟁의행위권 행사와 공익보호가 조화를 이룰 수 있도록 필수공익사업에 대한 직권중재제도를 폐지하는 대신 필수공익사업에 필수유지업무를 도입하고 대체근로를 허용하는 등 쟁의행위 관련 규정을 정비하며”라고 하여, 필수유지업무의 도입 목적이 “쟁의행위권 행사와 공익보호의 조화”임을 명시하고 있다. 헌법재판소도 2011년 결정에서 “근로자들에 대한 쟁의행위권 보장과 그 제한을 통한 공익 보호 사이에는 적절한 균형이 유지되어야 하고, 과도한 제한이나 침해는 허용될 수 없다”라고 판시한 바 있다.¹⁾

* 이화여대

1) 헌재 2011. 12. 29. 선고 2010헌바385·386·387·388·389·390·391·392·393·394·451·

이와 같이 필수유지업무제도는 쟁의행위권과 공익 보호의 조화를 위해 도입된 제도로, 그러한 제도의 목적은 노사자치의 원칙을 통해서 실현되어야 한다. 그러나 법은 노사자치를 중시하도록 설계되지 않았고, 법이 시행된 2008년 1월 이후 각 사업장에서 협정 체결이 구체화되면서 필수유지업무제도의 문제점들이 본격적으로 나타나게 되었다.

필수유지업무제도의 대표적인 문제점들로는 필수유지업무의 범위와 관련된 문제, 필수유지업무협정의 효력에 관한 문제, 노동위원회의 특별조정위원회가 필수유지업무결정을 담당하면서 발생하는 문제, 이용자에 대한 보호 규정의 배제와 관련된 문제, 쟁의행위의 효과와 관련된 문제 등이 있다. 본고에서는 필수유지업무제도의 내용과 한계 중에서 필수유지업무결정 절차에 관한 문제점과 개선방안을 중심으로 살펴보기로 한다.

이러한 개선방안을 모색함에 있어서 본고는 비교법적 연구의 대상으로 이탈리아의 제도를 연구하였다. 이탈리아는 공공부문 파업에 대해서 별도의 규제법을 두고 있고, ILO가 제시하는 필수서비스(essential service)의 개념이 아니라 우리나라와 가장 유사한 필수공익서비스(i servizi pubblici essenziali)의 개념을 사용하고 있는 국가이기 때문이다. 따라서 현재 시행 4년차에 접어든 필수유지업무제도의 내용과 한계를 파악하고 개선방안을 도출하기 위해서, 이탈리아의 필수공익서비스제도를 검토한 후 우리나라의 제도와 비교·분석하는 것은 의미가 있다고 생각한다.

II. 이탈리아의 필수공익서비스제도

이탈리아 헌법 제40조는 “파업권은 규정된 법률의 범위 안에서 행사된다.”라고 규정하고 있다. 그리고 그에 따라 필수공익서비스에서의 파업을 규제하기 위해 1990년 6월 12일 제146호 법률이 제정되었다.

1. 필수업무보장위원회

1) 개관

이탈리아의 필수공익서비스에서 파업 규제의 중심에 있는 것은, 1990년 법으로 새로이 창설된 필수업무보장위원회(Commissione di garanzia)이다.²⁾

452·453·481(병합) 결정.

2) commissione di garanzia는 직역하면 보장위원회이다. 그러나 보장위원회라고 번역하면, 무엇을 보장

필수공익서비스에서 파업 시에도 제공해야 할 필수업무에 대해 노사 간에 최소한의 서비스에 대한 합의가 이루어지지 아니한 경우, 필수업무보장위원회가 필수업무를 정한다. 필수업무보장위원회는 헌법, 노동법 등 법률전문가나 노동관계 전문가 중에서 상원과 하원의장이 공동으로 추천하고 대통령이 임명하는 9명의 위원으로 구성된다(제12조 제2항). 필수업무보장위원회의 권한은 크게 네 가지이다.

첫째, 위원회는 협정에 규정된 필수업무의 적절함에 대한 판단과, 필요할 경우에 보충적인 의견을 제시하는 것을 목적으로 한다. 노사가 필수업무를 합의하지 못한 경우에 일정 기간 동안 특정 업무의 유지를 보장하는 임시 규칙을 제정할 수 있다.

둘째, 위원회는 당사자들의 요구가 있을 경우에 필수업무에 관한 협정의 해석에 대한 중재 재정을 내릴 수 있다. 또한 필수업무보장위원회는 필수업무에 관한 협정을 둘러싸고 노동조합들 사이에 합의가 이루어지지 아니하는 경우에 노동자 찬반 투표를 실시할 것을 요구할 수 있다.

셋째, 위원회는 협정으로 정해진 필수업무 또는 임시규칙이 준수되지 않았을 때 제재 절차를 개시할 수 있다. 제재는 5백만 리라(2,580 유로) 이상, 5천만 리라(25,800 유로) 이하의 벌금으로,³⁾ 노동조합뿐만 아니라 사용자에게도 부과할 수 있다. 또한 필수업무보장위원회는 협약 또는 임시규칙을 위반한 노동자들에게 징계규정을 적용할 것을 사용자에게 요구할 수 있다.

넷째, 위원회는 분쟁을 예방하는 사명을 가진다. 이와 관련하여 특히 필수업무보장위원회는 조정을 제안하기 위해서 당사자들에게 업무에 복귀할 것, 또는 파업을 연기하고 교섭을 재개할 것을 명령할 수 있다.

2) 필수업무보장위원회의 구성

(1) 필수업무보장위원회

필수업무보장위원회는 대립되는 이해관계 속에서 공평하게 규제하는 기능을 하고, 사법적인 통제에는 종속되지만, 정부로부터의 행정적인 통제는 받지 않는 독립적인 권한을 갖는 독립행정기관이다.⁴⁾ 필수업무보장위원회는 1년에 한 번씩 국회 보고는 하지만, 정부로부터 어떠한

하는지 알 수 없기 때문에, 위원회의 권한 및 역할이 제대로 전달되지 않는다. 위원회의 주 역할은 필수공익서비스에서 파업시에도 제공해야 하는 필수업무를 정하고, 필수업무에 관한 협정의 해석에 대해 중재재정을 내리는 것이다. 따라서 위원회의 권한 및 역할을 제대로 파악할 수 있도록 본고에서는 필수업무보장위원회로 번역하기로 한다.

3) 우리 돈으로 환산하면(환율 1500원), 387만원에서 3870만원 이하의 벌금이 가해진다.

4) Cass. S.U. 29 luglio 2003 n. 11632, in FI, 2004 I, 131(대법원 판결문)에서 “필수업무보장위원회는

개입도 받지 않는다. 필수업무보장위원회의 위원은 9명으로, 헌법, 노동법, 노사관계 전문가 중에서 하원과 상원의 의장이 지명해서 국회의장에게 보고하면 대통령이 임명한다(제12조 제2항). 선정 과정에 노조나 사용자의 참여는 없다. 위원들은 필수업무보장위원회의 신뢰도를 위해서, 변호사나 국회의원 등을 겸임할 수 없다.

위원의 구성은 노동법 교수, 헌법 교수, 전직 변호사, 대법관 등으로, 보통 대학교수 출신들이 상대적으로 많은 편이다. 필수업무보장위원회의 업무가 인권과 파업권에 관한 것이기 때문에 주로 법령과 관련된 전문가들이 선정된다.⁵⁾

각 위원들은 회의 중 다룰 의제를 명시하여, 회의의 소집을 제안할 수 있다. 또한 이미 소집된 회의에 특정 의제를 삽입할 수도 있다. 이러한 제안이 3명의 위원에 의해 이루어졌다면, 필수업무보장위원회는 7일 이내에 다른 회의를 소집하거나 이미 소집된 회의에서 이 사항들을 처리해야 한다(위원회 내규 제3조 제4항). 필수업무보장위원회의 회의가 유효하기 위해서는 5명의 위원이 참석해야 한다. 간사(서기)직은 위원 중 가장 젊은 사람이 맡는다(위원회 내규 제4조 제1항).

위원의 임기는 3년이며, 1회에 한하여 연임할 수 있다(제12조 제3항). 위원 외에도 필수업무보장위원회에는 위원들의 업무를 보조하는 30명의 행정직원과 10명의 전문 연구원이 있다.

(2) 위원장

필수업무보장위원회의 위원장(Presidente)은 위원회를 대표하여 필수업무보장위원회의 회의를 소집하고, 진행, 주관하며 필수업무보장위원회의 결정이 실행되도록 한다. 위원장은 위원들 중에서 무기명 비밀 투표로, 위원의 과반수에 의해 선출된다. 2차 투표 후에도 과반수에 이르지 못할 때에는 가장 많이 득표한 위원이 위원장으로 선출된다. 득표수가 같을 때에는, 그들에 대한 투표를 다시 하고, 또 득표수가 같은 때는 연장자가 위원장으로 선출된다(위원회 내규 제1조 제1항).

위원장이 불참하거나, 부득이한 사유로 직무를 수행할 수 없는 때에는, 위원 중 사무경력이 가장 많은 자가 임시로 위원장의 임무를 맡는다. 사무경력이 동일할 경우 연장자가 그 임무를 맡는다(위원회 내규 제1조 제3항).

위원장은 회의를 소집하고 위원들의 의견을 참고하여 의제를 정한다. 의제는 적어도 24시간 전에 위원들에 통보해야 한다. 참석자들의 반대가 없으면, 회의는 계획된 대로 진행된다

독립된 권한을 갖고 기능을 하지만 사법적인 성격의 기관은 아니고, 관련된 모든 (행정적 제한이 없는) 결정에 대해서 사법적 통제에 따를 필요가 있다”라고 판시하고 있다.

5) 필수업무보장위원회 홈페이지(<http://www.commissionegaranziasciopero.it>), 위원회 공보 참조.

(위원회 내규 제3조 제3항). 필수업무보장위원회는 연중 회의 계획을 수립한다. 계획에 있지 않은 회의는 24시간 전에 통보되는 것을 조건으로 긴급 상황에서 소집될 수 있다. 필수업무 보장위원회는 로마 본부에서 소집된다. 하지만 미리 통보될 경우 다른 곳에서 회의가 소집될 수도 있다.

(3) 전문 연구원

필수업무보장위원회는 관련 자료의 분석·정리 및 연구와 심화부문의 진행, 조직 업무의 정확한 실행, 그리고 각 분야에서의 분쟁 상태에 대한 정기적 보고서의 준비를 위해, 그리고 업무 수행에서 필수업무보장위원회 내 직원들의 유사 경험의 부족을 고려하여, 필수공익서비스의 분쟁 해결과 이용자들의 보호에 대해 전문 연구원(Esperti)을 활용할 수 있다(제12조 제2항).

전문 연구원 선발의 공정성을 위해서 선발일로부터 2년 이내에 이용자 단체, 사용자 단체, 노동조합, 정당에 자문, 또는 함께 일했던 관계가 있거나 있었던 자들은 선발에서 배제된다(위원회 내규 제11조 제3항). 임명된 전문 연구원의 명단, 담당업무, 근무기간과 보수는 규정에 따라 필수업무보장위원회 인터넷 사이트에 공개된다.

전문 연구원(노동법 박사 등)들은 위원 1명 당 1명씩 배치되고 위원장에게는 2명이 배치된다. 이 외에도 각 산업의 특성을 이해하는 데 필요한 조언을 해 주는 외부 산업 전문가들(경제학자 등)이 있다. 이 중에는 상시적으로 조언을 하는 자도 있고 사안에 따라 일시적으로 조언을 하는 자도 있다. 그러나 이 산업 전문가의 조언이 늘 필요한 것은 아니며 결정적 역할을 하는 것도 아니다. 왜냐하면 노사 당사자를 상시적으로 접촉하는 것으로도 충분한 경우가 많고, 상시 접촉을 통해 노사의 의견을 듣는 과정에서 문제가 해결되기도 하기 때문이다. 또한 필수업무보장위원회의 판단은 파업권과 공익의 조화라는 법적인 영역에 속하는 문제이지 정책적 영역에 속하는 문제가 아니기 때문에, 법학자와 법률가로 구성된 필수업무보장위원회 위원들의 판단이 결정적이다. 따라서 위원들에 대한 신뢰가 중요한데, 이 신뢰는 위원을 선발하는 과정과 노사와 대화하는 과정에서 담보된다.

3) 필수업무보장위원회의 역할

1990년 제146호 법률의 시행 전에는, 파업권의 행사와 이용자의 이익, 노동조합 연맹들의 이익을 조화하기 위해서, 정부 등의 개입으로 타율적이거나 합의된 규칙이 아니라 일방적인 자주규제의 방법을 사용해 왔다. 파업권과 공익의 조화를 위한 매우 미약한 해결책이었기 때문에, 조합원인 개별 노동자들 일부가 행사한 폭력은 조합 내부의 제재로 규제할 수 있었지

만, 조합원이 아닌 노동자들에게는 그런 제재를 적용할 수 없었다. 입법자는 공공부문에서의 단체협약의 체결을 위해 교섭에 노조가 참석한 상태에서 파업권에 대한 자주규제준칙을 채택할 것을 예상하면서, 이 시스템의 강화를 시도했었다. 그러나 단체협약에 그러한 준칙을 첨부할 것이라는 예상은 입법자의 일방적인 생각이었고, 강제성도 없었다.⁶⁾

이에 대한 해결책으로 1990년 법은 필수업무보장위원회를 신설하여 노사간에 협정이 이루어지지 않으면 필수업무보장위원회의 결정을 받도록 규정하였다. 그러나 필수업무보장위원회 초기에는 그 권한이 매우 적었다. 임시적인 자체규정도 없었고, 필수업무보장위원회의 역할은 단지 하나의 권고 정도였다. 이에 대한 보완을 위해 2000년 제83호 법률이 도입되었고, 2000년 법은 노사간에 합의가 이루어지지 않는 경우 필수업무보장위원회가 임시규칙(la regolamentazione provvisoria)을 적용할 수 있다고 규정하였다(2000년 법 제10조 제1항에 의해 수정된 제13조 제1항 a).

개략적으로 그 절차를 살펴보면, 다음과 같다. 필수공익서비스의 제공에 대해 노사가 협정을 체결하면 그 내용을 필수업무보장위원회에 제출한다. 필수업무보장위원회는 협정의 내용이 적절한지 여부를 판단한다. 적절하지 않다고 판단한 경우에는 필수업무보장위원회의 안을 제시하고, 양측 당사자에게 15일 이내에 필수업무보장위원회의 제안에 대한 의견을 표명하도록 한다. 당사자 간에 의견의 합치를 이루지 못한 경우에는 필수업무보장위원회가 임시규칙을 적용한다. 양 당사자는 적절한 내용의 협정이 체결될 때까지, 필수업무보장위원회의 임시규칙에 따라야 한다.

또한 필수업무보장위원회는 노사간의 협정 내용에 대한 해석·적용상의 문제에 대해 의견을 표명할 수 있고, 당사자 쌍방의 청구가 있는 경우에는 구속력 있는 중재재정을 할 수 있다(2000년 법 제10조 제1항에 의해 수정된 제13조 제1항 b). 이탈리아는 복수노조가 허용되기 때문에, 협정 체결과 관련하여 노조 간에 경쟁이 있을 때에도 필수업무보장위원회가 개입한다.

현재는 협정이 체결되지 않으면 당연히 필수업무보장위원회의 결정을 받도록 되어 있기 때문에, 필수업무보장위원회가 정하는 임시규칙은 노사 양측의 거부 없이 자연스럽게 받아들여진다. 노조가 파업을 선언했을 때, 80% 정도가 받아들여진 상태이거나, 노조 사이에 경쟁으로 인해 임시적으로 파업을 선언하기도 하며 정치적인 요인도 많이 작용한다. 중요한 것은 필수업무보장위원회가 노사 양쪽의 신뢰 관계를 유지하면서, 항상 서로 만나 협의할 수 있는 분

6) 1983년 제93호 법률 제11조 제5항은 “정부는 …단체협약 절차를 개시하는 상황에서, …노동조합에게 파업권의 자기규제조항이 적용됨을 확인한다.”라고 규정하고 있다. 법 조문에서 알 수 있듯이 자기규제조항의 적용을 ‘확인’하고 있을 뿐 강제성을 띠고 있지는 않다. 이 조항은 이 후 1990년 제146호 법률 제15조에 의해 수정되었다.

위기를 조성한다는 점이다. 그래서 필수업무보장위원회가 정하는 임시규칙은 노사의 주장을 90% 반영한 것이 될 수 있다.

필수업무보장위원회의 결정 내용에 모든 위원들이 동의하는 것이 아니기 때문에 위원장은 필수업무보장위원회 내에서 중재자의 역할을 하고 있다. 국회나 상원에 보고할 때, 그들이 필수업무보장위원회 위원들의 만장일치를 원하기 때문이다. 4:4일 때는 위원장의 표가 결정적인 역할을 하는데,⁷⁾ 이런 식으로 결정한 것은 총사건의 5%정도이고, 나머지는 만장일치로 결정한다.

4) 필수업무 결정을 위한 절차 및 판단 기준

(1) 절차

필수업무보장위원회가 필수업무를 결정할 때 중요한 것은 노사 양쪽의 의견을 경청하는 것이다. 그리고 이용자들의 의견도 반영해야 한다(제12조 제4항).

노조와 사용자 사이에 의견대립이 있으면 노조와 사용자, 필수업무보장위원회 등 3자가 다 모여서 합의를 하고, 합의가 이루어지지 않으면 필수업무보장위원회가 의견을 제시한다. 즉, 협정(accordo) 및 자주규제준칙(codice di autoregolamentazione)이 우선이고, 그 다음으로 필수업무보장위원회의 결정에 의한 규칙(regolamentazione)이 적용된다. 중요한 것은 당사자들로 하여금 항상 협의 내용에 참여할 수 있도록 하는 것이다. 절차는 <그림 1>과 같다.

우선 당사자들을 모아서 합의가 이루어지게 하고, 만약 협정이 이루어지지 않은 경우에는 각각 불러 의견을 들은 후 필수업무보장위원회에서 임시규칙을 제안한다. 협정이 이루어지지 않은 원인을 파악하기 위해 임의적으로 임시규칙을 만든다.

그럼에도 불구하고 필수업무보장위원회의 의견이 받아들여지지 않은 경우에는 법적 절차에 따라 30일의 기간을 부여한다. 30일 이후에도 필수업무보장위원회의 제안이 받아들여지지 않은 경우에는 법적인 조치를 취한다. 주로 약 5백만 리라(2,580 유로) 이상 5천만 리라(25,800 유로) 이하에 이르는 벌금을 노동조합측에 부과하는 방법을 사용하는데, 노조에 대한 벌금과는 별도로 개인에 대한 벌칙은 따로 적용된다. 또한 노조가 협정을 체결하지 않고 파업을 계속할 때에는 3개월 간 조합활동이 정지된다. 이탈리아는 복수노조이기 때문에 조합활동의 정지는 벌칙으로써의 효과가 크다.

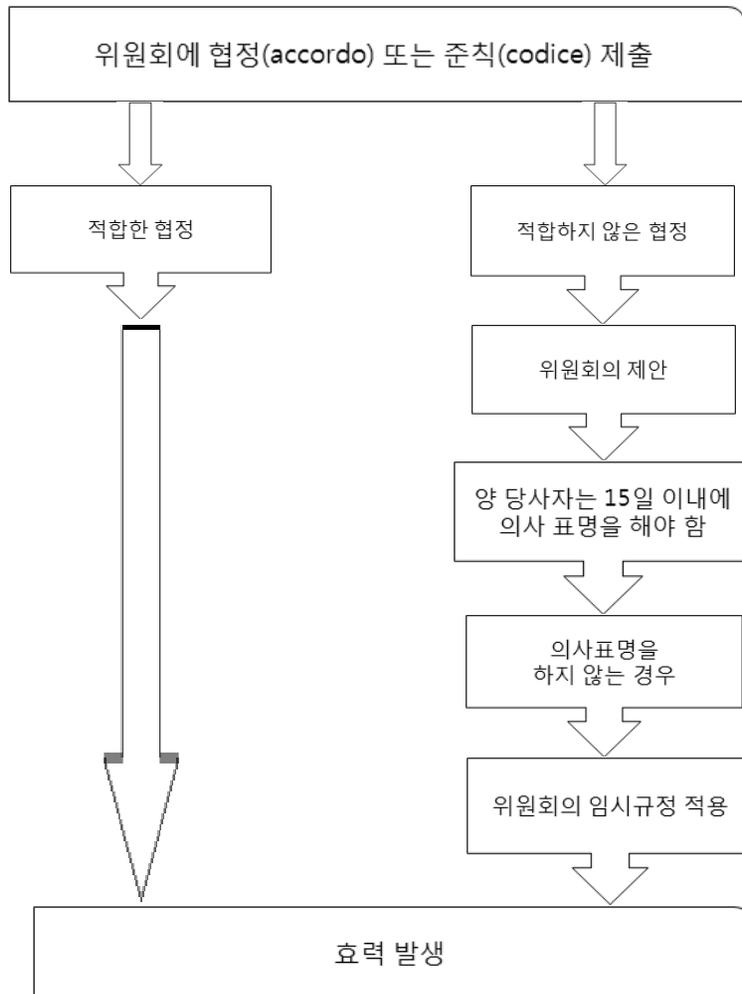
(2) 판단기준

7) 필수업무보장위원회 내규 제5조 제1항은 “필수업무보장위원회의 의결은 투표자 과반수의 찬성으로 채택된다. 득표수가 같을 때는 위원장의 투표가 우선권을 가진다.”라고 규정하고 있다.

법은 원칙적으로 필수업무보장위원회의 최소한의 개입을 규정하고 있기 때문에, 필수공익서비스에서의 업무유지비율을 결정할 때 통상 제공되는 서비스의 평균 50%를 넘으면 안 되고, 통상 사용되는 인원의 평균 3분의 1(약 33.3%)을 넘으면 안 된다.

그러나 기업에 따라 기준이 다르기 때문에, 필수업무보장위원회는 세부사항을 갖고 있지 않고, 일반적인 규칙만 갖고 있다. 임시규칙은 갖고 있지만, 각각 단체 안에 몇 명을 사용하라는 구체적인 내용은 없다. 구체적인 규정은 노사 양측이 정하는 것이고, 필수업무보장위원회는 다만 국가법에 있는 것을 지킬 수 있도록 도와주는 역할을 할 뿐이다.

<그림 1> 필수업무보장위원회의 결정 과정



2. 이용자에 대한 보호

1) 이용자들의 의견 청취

이탈리아의 파업규제법은 노사가 자율적으로 협정을 체결할 때, 또는 필수업무보장위원회가 임시규칙의 내용을 정할 때 공청회를 열어 이용자의 의견을 청취하도록 하고 있다(제12조 제4항). 그 이유는 파업규제법의 목적인 이용자의 권리보호와 필수공익서비스에서의 파업권과의 조화 때문이다.

필수업무보장위원회는 2004년 5월 27일 판단 절차에 이용자 단체들을 참석하게 하는 협정 등의 규정에 대해서 결정한 바 있다.⁸⁾ 필수업무보장위원회는 “협정 등에서 이용자 단체들이 판단 절차에 참석할 수 있도록 규정하고 있는 경우에는 그 결정 내용을 이용자 단체에게 알려야 하고, 이용자 단체가 요구하는 정보를 제공해야 한다.”라고 결정하였다.

2) 이용자에 대한 정보 제공

(1) 사전 정보 제공의 내용과 기능

법은 서비스 공급자들에게 파업시작 전에 이용자(utenti)에게 파업 중에도 제공되는 업무에 대해서 알려줄 것을 명하고 있다(제2조 제6항). 그리고 섬을 연결하는 교통편의 파업에서도 이러한 내용의 규정을 반복하고 있다(제3조). 또한, 운송 분야의 모든 서비스들에서 구체적인 파업 선언과 별도로, 파업 중에 보장되는 서비스들에 대해서 운행 시간, 제공 방법 등의 일반적인 정보를 제공할 것을 규정하고 있다.

제공되는 정보의 내용 중 파업 및 파업의 이유는 중요하지 않다. 오히려 파업 중 서비스 제공 방식과 시간(i modi e i tempi di erogazione dei servizi), 대체 서비스 제공의 방법(le misure pre la riattivazione), 파업이 계속될 경우를 대비한 대체 서비스의 준비(la pronta riattivazione) 등을 중요하게 규정하고 있다(제2조 제6항).

사전 정보 제공 제도의 기능은 파업으로 인해 불편을 겪게 되는 이용자들에게 완벽하고 정확한 정보를 제공하는 것이다. 사전 정보 제공의 내용은 파업 예고와 달리,⁹⁾ 서비스 이용자들이 그 이용을 위한 적절한 정보를 제공받을 수 있도록 파업 중 보장되는 서비스 및 대체 서비스에 대한 것들로 이루어져 있다.

만약 부족한 정보 제공을 이유로 이용자에 대한 불편의 책임이 지속됨에도 불구하고 적절

⁸⁾ del 27 maggio 2004 Verbale n. 549.

⁹⁾ 1990년 법은 예고에 대해서 “정부 또는 서비스 제공 기업이 이용자들에게 분쟁(conflicto)의 내용과 추이를 알려 이용자들이 대체 서비스를 이용할 수 있게 하는 것”이라고 규정하고 있다(제2조 제5항).

하게 위험을 판단하여, 서비스 공급자가 파업이 서비스에 약간의 영향을 주거나 영향을 주지 못할 것이라고 예측한다면, 정보 제공의 전형적인 기능을 고려하여 정보를 생략하거나 선택적으로 제공할 수 있다.¹⁰⁾

(2) 책임의 주체와 적절한 형식

필수공익서비스 제공 기업이나 정부는 이용자에 대한 사전 정보 제공의 의무(*l'obbligo di informazione preventiva all'utenza*)가 있고, 정보의 제공은 “적절한 형식(*nelle forme adeguate*)”으로 공지되어야 한다(제2조 제6항). 즉, 공영 라디오·텔레비전 방송, 신문, 경제적이거나 출판이 용이한 민영 라디오·텔레비전 등의 서비스를 통해서 “적절한 때에 정보를 유포(*dare tempestiva diffusione*)”해야 할 의무를 부담한다.

이에 따라 일부 협정에서는 사전 정보 제공 의무의 이행은 법에 따라 적절한 정보제공의 형식으로 해야 한다고 규정하고 있다. 반면에 다른 협정에서는 회사가 부족한 정보 제공으로 인한 결과적인 비효율에 대해 책임을 지도록 하면서, 회사는 적절한 형식을 선택할 수 있다고 규정하고 있다.¹¹⁾

이용자에 대한 정보 제공 형식에 개입할 수 있는 필수업무보장위원회는 “모든 TV 뉴스와 라디오 뉴스에서 완벽한 정보를 제공한다(제2조 제6항),”라는 조항에 따라 정보 제공 의무의 수단으로 공영 라디오·텔레비전 방송을 항상 채택해 왔다. 그러나 그 선택이 매우 성공적이었던 것은 아니다. 결국, 적절한 형식뿐만 아니라 적절한 배치 방식도 중요하다는 결론을 내리고 이용자에 대한 정보 제공을 TV 뉴스와 라디오 뉴스 후에 공지하고, TV 자막으로도 할 수 있도록 하기 위해 필수업무보장위원회는 RAI와 교섭을 시작했다.

만약 이용자에 대한 정보 제공에서 추가 정보의 업데이트가 제 때 이루어지고 제 기능을 한다면, 서비스 공급자가 웹사이트나 수신자 부담 전화로 이용자들에게 직접 보급한 정보도 정보 제공 의무를 이행한 것으로 본다. 서비스의 제공 과정에서 필수공익서비스에 해당하는 중간단계의 계약자들은 이용자들에게 최종 서비스 공급자만큼은 아니더라도, 이용자에 대한 정보 제공 의무를 이행해야 한다.

10) 현재 입법안으로 이용자에 대한 매우 유용한 정보 제공뿐만 아니라, 필수업무의 더 나은 준비와 객관적 회박화의 제 기능을 위해서, 파업 참가 결정을 미리 소통할 수 있도록 각각의 노동자들에게 파업 전 참가 결정 의무를 부문별 협정에 도입하자는 주장도 제기되고 있다(Antonio Vallebona, *Le regole dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, G. Giappichelli editore-Torino, 2007, p.138).

11) 행정관청, 지자체, 비영리 공공기업, 지방 기업의 경영자, 대학의 강사가 아닌 직원, Enea, 학교, ex IACP, Valle d'Aosta의 공공부문 노동자들의 협정에서 적절한 형식에 대한 사용자의 선택권을 규정하고 있다.

(3) 기한

법은 이용자에 대한 정보 제공에 대해서 이용자들이 대책을 마련할 수 있도록, 정보 제공은 “적어도 파업 시작 5일 전”에 행해져야 한다고 규정하고 있다(제2조 제6항). 이러한 규정은 이용자에 대한 정보 제공 후에 실행된 파업을 취소함으로써 초래될 공지의 효과(effetto annunzio)과 관련된 문제들을 방지하기 위해 필요하다.

따라서 문제를 심각하게 할 정도로 매우 급박한 위험에 대한 정보 제공은, 일시적인 법 규정으로 지역 공공 운수사업에서 법 규정의 “적어도”를 “파업 5일 전이 아니어도”로 바꿀 수 있다. 또한 급박한 상황에서 필수업무보장위원회는 이용자들이 명확하게 구분되지 않은 경우에, 노동조합들이 파업 선언을 하기 전에 한 자리에 소집해서 파업 선언을 조정하면서, 정부나 기업으로 하여금 법에서 정한 기한과 관련해 정보 제공을 실행할 시기를 선택하게 할 수 있다.

III. 현행 필수유지업무결정 절차에서의 개선방안

1. 필수유지업무결정위원회

1) 개관

노조법은 제42조의4에서 “제1항의 규정에 따른 신청을 받은 노동위원회는 사업 또는 사업장별 필수유지업무의 특성 및 내용 등을 고려하여 필수유지업무의 필요 최소한의 유지·운영 수준, 대상직무 및 필요인원 등을 결정할 수 있다(제2항).”라고 규정하면서, 동조 제3항에서 이에 대한 결정을 특별조정위원회가 담당하도록 하고 있다.

그러나 특별조정위원회는 공익사업에 대한 노동쟁의의 조정을 담당하기 위하여 구성된 위원회로, 3명의 특별조정위원으로 구성된다(제72조 제1항, 제2항). 특별조정위원은 노동위원회의 공익위원 중에서 노동조합과 사용자가 순차적으로 배제하고 남은 4명 내지 6명 중에서 노동위원회 위원장이 지명하되, 당사자의 합의로 그 노동위원회의 위원이 아닌 자를 추천하면 그 추천된 자를 지명한다(제72조 제3항).

노조법 제72조에서 규정하고 있듯이 특별조정위원회는 공익사업에 대한 노동쟁의의 조정을 담당하기 위해 노동위원회에 구성된 위원회이다. 노조법에 따르면, 조정의 대상이 되는 노동쟁의란 노동조합과 사용자 또는 사용자단체 사이에 임금·근로시간·복지·해고, 그 밖의 대우 등 근로조건의 결정에 관한 주장의 불일치로 인하여 발생한 분쟁상태를 말한다(제2조 제5

호). 여기에서 근로조건이라 함은 ‘임금·근로시간·복지·해고’ 등 개별근로자의 대우에 관한 기준, 즉 개별적 근로관계에 관한 사항으로(제33조 제1항), 단결권·단체교섭권 등 집단적 노사관계에 관한 사항은 근로조건에서 제외된다.¹²⁾

따라서 필수공익사업의 쟁의행위에 관한 사항인 필수유지업무협정은 조정의 대상이 아니기 때문에 공익사업의 노동쟁의 조정을 담당하는 특별조정위원회에서 결정해서는 안 될 것이다. 그러나 현행 필수유지업무제도는 필수유지업무의 필요 최소한의 유지·운영 수준, 대상직무 및 필요인원 등의 결정을 특별조정위원회가 전담하도록 설정되어 있고, 이로 인해 노동위원회 결정의 성격으로 인한 문제와 노동위원회 관장의 문제 등이 발생하고 있다.

2) 결정의 성격

현행 제도는 필수유지업무의 필요 최소한의 유지·운영 수준, 대상직무 및 필요인원 등의 결정을 특별조정위원회가 전담하도록 설정되어 있다. 이로 인해 노동위원회의 결정이 심판으로서의 성격을 갖는가, 조정으로서의 성격을 갖는가, 아니면 중재로서의 성격을 갖는가가 문제된다.

조정으로서의 성격이 강조되면, 조정중지결정 등이 인정될 수 있고 조정안의 수용 여부의 임의성이 강조될 수 있다(제61조 제1항). 심판으로서의 성격이 강조되면, 당사자의 결정신청이 있으면 화해 등으로 해결되지 않는 한 노동위원회는 반드시 결정을 내려야 하고, 그 결정의 구속력이 강조되는 결론에 이르게 된다. 또한, 중재로서의 성격을 갖는다고 보면 신청 당사자들에 대한 결정의 구속력이 강조되고, 노조법 제42조의4 제5항이 필수유지업무결정의 효력에 대하여 중재 재정의 효력을 준용하고 있는 것에 대한 설명이 용이해지게 된다.

그러나 필수공익사업의 쟁의행위에 관한 사항인 필수유지업무협정은 조정의 대상이 아니다. 따라서 특별조정위원회에서 결정한다는 이유만으로 필수유지업무에 대한 노동위원회 결정에 조정으로서의 성격을 강조하는 것은 타당하지 않다. 그리고 노동위원회의 결정이 구속력을 갖고, 노조법 제42조의4 제5항에서 중재 재정의 효력을 준용하고 있다는 이유만으로 중재의 성격을 강조하는 것도 타당하지 않다.

또한, 결정의 절차에서 심판사건과 달리 노사 당사자의 서면공방이 이루어지지 않고 결정이 진행 중이라 하더라도 언제든지 노사 당사자가 협정을 체결할 수 있다는 점과 최소한의 유지율 등은 노동환경이나 필수공익사업의 외부환경 등에 따라 항상 달라질 수 있는 것이므로 심

¹²⁾ 김유성, 『노동법 II』, 법문사, 1999년, 220면, 403면; 판례도 기본적으로 집단적 노동관계에 관한 분쟁은 노동쟁의가 아니라는 입장에 있다(대법원 1996.2.23. 선고 94두9177 판결, 대법원 1997.10.10. 선고 97누4951 판결 등).

판사건과 같이 명확한 기준점을 찾는 것이라고 볼 수 없다는 점 등을 고려하면, 노동위원회 결정에 심판으로서의 성격만을 강조할 수도 없다.

필수유지업무제도는 직권중재제도를 폐지하고 “쟁의행위권 행사와 공익보호의 조화”를 위해 도입된 새로운 형태의 제도이다. 필수유지업무에 대한 노동위원회 결정을 보면, 노동관계 당사자가 사용자 및 노동조합으로 조정신청사건의 성격이 일부 있는 것은 사실이다. 또한 노동관계 당사자의 의사에도 불구하고 노동위원회가 결정하는 점, 결정이 위법·월권이라고 인정되는 경우에 중앙노동위원회에 재심을 신청할 수 있는 점 등을 보면, 심판사건의 성격도 일부 가지고 있다.

그러나 심판의 성격과 조정의 성격 중에서 어떠한 성격이 더 강조되고 있는지는 명확하게 정리할 수 없다. 즉, 현재 제도의 설계상 특별조정위원회가 그 결정을 담당하고 있지만 노동위원회 결정의 성격은 조정, 중재, 심판 중 하나라고 단정할 수 없는 세 제도의 성격이 혼합된 별개의 영역이라고 생각한다.¹³⁾ 노동위원회 결정의 성격이 문제되는 것은 현행법에서 특별조정위원회가 그 결정을 담당하도록 규정하고 있기 때문이다. 따라서 그 해결을 위해서는 필수유지업무결정을 담당하는 별도의 위원회를 설치하는 방안이 있을 수 있다. 이에 대해서는 다음 항에서 살펴보기로 한다.

3) 별도의 위원회 설치

직권중재제도는 필수공익사업장에서의 쟁의행위권을 원천적으로 금지했던 제도인 반면에, 필수유지업무제도는 직권중재제도의 위헌 논란을 불식하기 위해 쟁의행위권과 공익 보호의 조화를 목적으로 도입된 제도이다. 그리고 현재 노조법 규정상 필수유지업무제도를 담당하는 위원회는 특별조정위원회이다. 그러나 현행법에 의하면, 목적이 다른 두 제도에 대해서 동일한 위원회가 이전의 시스템을 그대로 적용하고 있는 오류가 발생하게 되어, 새로운 제도의 도입 목적과 상관없이 공익만을 우선시 하는 결정이 내려지게 되는 것이다. 필수유지업무제도는 각 적용 사업장별로 전문성을 띤 특화된 업무들이 많기 때문에, 직권중재제도 하에서 ‘공익’만을 위해 존재하던 특별조정위원회가 필수유지업무결정을 담당하는 것은 바람직하지 않다.

특별조정위원회는 본래 공익사업의 노동쟁의 조정을 위하여 노동위원회에 설치된 것으로(제 72조 제1항), 특별조정위원 3인으로 구성한다(동조 제2항). 특별조정위원은 노동위원회의 공익위원 중에서 노동조합과 사용자가 순차적으로 배제하고 남은 4인 내지 6인 중에서 노동위원

13) 김홍영, “과업시 유지되는 필수유지업무의 범위와 관련조항의 법리적 해석 토론문”, 『노동쟁의의 해결과 공익보호』, 한국노동법학회 2007년도 하계 학술대회 자료집, 2007년, 50면; 충남지노위, ‘철도공사 필수유지업무 결정신청사건 업무절차 관련 질의에 대한 회신’ 조정과-1835, 2008.6.2.

회 위원장이 지명하게 된다(노조법 제72조 제3항). 특별조정위원의 자격은 조정담당공익위원과 동일하다. 따라서 공인된 대학에서 부교수(지노위의 경우 조교수) 이상으로 재직한 자, 판사·검사·군법무관·변호사 또는 공인노무사의 직에 7년 이상 재직한 자(지노위의 경우 3년), 노동관계업무에 7년 이상 종사한 자로서 2급 또는 2급상당 이상의 공무원이나 고위공무원단에 속하는 공무원으로 재직한 자(지노위의 경우 3년 이상 종사한 자로서 3급 또는 3급상당 이상 또는 노동관계업무에 10년 이상 종사한 자로서 4급 또는 4급상당 이상의 공무원으로 재직한 자), 기타 노동관계업무에 15년 이상 종사한 자 또는 사회적 덕망이 있는 자로서 조정담당공익위원으로 적합하다고 인정되는 자(지노위의 경우 10년 이상)는 특별조정위원이 될 수 있다. 특별조정위원의 자격은 심판담당위원의 경우 노동문제와 관련된 학문을 전공한 자로서 공익된 대학에서 부교수 이상으로 재직한 자(지노위의 경우 조교수)로 규정하여 노동문제에 대한 전문성을 인정하고 있는 것과 비교된다.

노동위원회의 필수유지업무결정의 성격은 조정, 중재, 심판 중 하나라고 단정할 수 없는 제도의 성격이 혼합된 별개의 영역이다. 따라서 필수유지업무에 대한 결정은 노동위원회법에 명시되어 있지 않은 새로운 사건이기 때문에, 현행법상의 특별조정위원회가 아니라, 차별시정위원회와 같이 필수유지업무 결정에 적합한 별도의 부문위원회를 설치하고 그에 적합한 역할을 수행할 수 있는 위원들로 구성하는 것이 바람직하다. 필수유지업무결정 절차를 담당하는 새로운 위원회의 명칭으로는 필수유지업무결정위원회가 적합할 것이다.

이탈리아의 경우 1990년 법으로 필수공익서비스를 전담하는 독립기관인 필수업무보장위원회를 설치하여, 협정에 대한 판단, 해석에 대한 중재 재정, 노사에 대한 제재의 적용, 분쟁 예방, 필수공익서비스 전반에 대한 관리 감독 권한을 부여하고 있다.

필수업무보장위원회는 9명의 위원과 10명의 전문 연구원, 사무총장, 행정직원들로 구성되어 있다. 위원회는 헌법, 노동법 등 법률전문가나 노동관계 전문가 중에서 대통령이 임명하는 9명의 위원으로 구성된다. 전문 연구원(Esperti)은 위원 1명 당 1명씩 배치되고, 위원장에게는 2명의 전문 연구원이 배치된다. 이들은 관련 자료의 분석·정리 및 연구와 심화부문의 진행, 조직 업무의 정확한 실행, 각 분야에서의 분쟁 상태에 대한 정기적 보고서의 준비 등을 담당하여 위원회의 판단에 전문성을 담보한다. 위원회의 판단은 정의행위권과 공익의 조화라는 법적인 영역에 속하는 문제이지 산업 정책적 영역에 속하는 문제가 아니기 때문에, 위원과 전문 연구원들은 법학 전공자들로 구성된다.

결정의 성격에서 검토한 바와 같이, 필수유지업무결정 절차는 심판 사건이나 일반 조정 사건과는 다른 별개의 영역으로, 기술적인 전문성과 이해가 요구된다. 따라서 종전 심판위원회나 조정위원회와는 다른 기술적인 전문성을 담보하고 조정 및 중재의 성격을 아우를 수 있는

새로운 형태의 전담기구를 설치할 필요가 있다.

또한, 이탈리아처럼 필수공익사업과 필수유지업무의 사업적 특성에 대한 자료조사, 연구, 분석을 담당하는 전문 인력을 두고, 상시 활용하여 위원회 결정에 대한 전문성을 확보해야 할 것이다. 지금 당장 필수유지업무에 대한 전담기구를 설치하는 것이 어렵다면, 우선적으로 전문 인력을 활용하여 필수유지업무의 결정 모델의 개발, 필수유지업무의 결정을 심사하고 특별조정위원회의 결정을 지원할 필요가 있다.

4) 결정 관할

현행 필수유지업무제도에 의하면, 노동관계 당사자가 필수유지업무 결정 신청시 어느 노동위원회에 신청하여야 하는지에 대한 문제도 제기되고 있다.

발전 5개사의 경우 사측이 서울지노위에 필수유지업무 결정 신청을 한 후, 노조는 공식적으로 전국의 지노위가 시간 간격을 두고 심리할 수 있도록 서울지노위에서 관장을 해달라고 요청하였다. 발전소가 전국적으로 산재해 있고, 노조측에서도 전문가가 통일적으로 대응해야 하며, 각 지부마다 대응이 다르게 되면 노조의 조직 일체성 측면에서도 맞지 않는다는 이유에 서였다. 이 부분에 대해서는 서울지노위도 일정부분 인정하였다. 노조는 서울지노위에서 일정 관리를 하기 어려우면 전국에 사건을 배당하지 말고 한 곳으로 몰아 달라고 요청하였으며, 회사도 동일한 의견을 제시하였다. 그러나 서울지노위가 이에 대해 판단을 하지 못해 중노위로 넘겼고, 중노위에서는 발전은 지역별로 다르기 때문에 개별 심리사건으로 판단하여 발전소 소재 11개 지노위에 사건을 각각 배당함으로써 29개 사건으로 처리되었다. 발전 5개사 결정의 경우 각 사업소별로만 결정하다보니 총론적인 필수유지업무 유지 수준 결정의 교섭이나 가이드라인을 설정하지 못하고 개별적인 결정을 내리게 되었다. 그 결과, 동일한 사업에 대해 일관성 없이 각기 다른 결정이 내려지게 되어 노동위원회 결정에 대한 전문성 및 신뢰성이 의심받게 되었다.

철도공사의 경우 본사가 대전에 있다는 이유만으로 충남지노위에서 사건을 담당하였다. 이는 중앙노동위원회의 업무매뉴얼의 ‘사건관장’과 관련한 처리지침과 달리 사건의 배정이 이루어졌다는 것을 의미하며 노정갈등의 원인이 되기도 하였다.

원칙적으로 노동위원회 규칙에서 정하는 바에 따르면, 사업장 관할 지노위에서 결정 신청 사건을 관장하고 둘 이상의 관할구역에 걸친 사건은 주된 사업장의 소재지를 관할하는 지노위에서 관장하도록 규정하고 있다(제30조 제2항). 이 때 주된 사업장은 인사·노무관리 결정권이 있는 본사의 개념이 아니라 주된 필수유지업무를 수행하는 사업장을 의미한다고 한다.

또한, 지노위 간에 주된 사업장 소재지를 확정하지 못하는 경우에는 지노위의 신청에 따라

중노위가 사건을 처리할 담당 지노위를 지정하여 처리토록 하고, 주된 사업장의 소재지를 관할하는 지노위에서 처리하기 곤란한 사정이 있는 경우에는 지노위의 신청에 따라 중노위에서 사건을 처리할 지노위를 지정하여 처리하도록 한다.

특히, 산별노조 등에서 집단적으로 중노위에 신청하는 경우에는 중노위에서 직권으로 사건 처리를 위한 지노위를 지정하여 처리할 것을 명시하고 있다.¹⁴⁾ 산별노조 등 전국적인 규모의 단위노조가 결정을 신청하였을 경우 현 노조법 체계상(결정의 재심신청) 중노위가 사건을 관장하는 것이 적절하지 아니할 수 있다는 점에서 중노위에 결정을 신청하였을 경우 사건을 관장할 지노위를 지정하도록 한 것으로 보인다.

그러나 전국 규모의 산별·업종노조의 결정을 바로 지노위로 이관시키는 것이 아니라 중노위가 결정 사건을 담당하는 방안도 고려할 필요가 있다. 중노위가 전국 규모의 단위노조의 결정 사건을 담당할 경우에 오히려 전국적 차원에서 형평성 있는 결정이 이루어질 수 있고, 결정과정에서 발생하는 여러 가지 교섭비용 등을 절감할 수 있다. 따라서 전국을 관장하는 중노위가 적극적으로 개입하여 노사간(산별·업종 노조와 사용자 단체) 협정 체결을 위해 노력하고, 쟁의행위가 임박하였다거나 자율교섭으로 협정이 체결될 여지가 없는 경우에 한해서 사업장 관할 지노위에서 사건을 처리하도록 하는 방안을 마련할 필요가 있다.

2. 결정의 신청

노조법은 제42조의4 제1항에서 “노동관계 당사자 쌍방 또는 일방은 필수유지업무협정이 체결되지 아니하는 때에는 노동위원회에 필수유지업무의 필요 최소한의 유지·운영 수준, 대상 직무 및 필요인원 등의 결정을 신청하여야 한다.”라고 규정하고 있다.

그러나 중노위가 발행하는『조정과 심판』에서 2009년 6월까지의 접수 현황을 보면,¹⁵⁾ 지노위에 신청된 필수유지업무 결정 사건 중 노동조합이 신청한 사건의 수는 0개인 반면, 사용자가 신청한 사건의 수는 101개이다. 이에 비해서 중노위에 신청된 필수유지업무 결정 재심 중 노동조합이 신청한 사건의 수는 46개인 반면, 사용자가 신청한 사건의 수는 4개에 그치고 있다.

노동위원회의 결정 사례들을 보면, 사용자는 교섭에 성실히 임하지 않으면서 노동조합에게 필수유지업무 협정을 체결할 것을 요구하였고, 노동조합은 사용자의 이러한 태도를 교섭의 원

14) 중앙노동위원회, 『필수유지업무 유지·운영 수준 등의 결정 업무매뉴얼』, 2007년, 7면.

15) 중노위가 발행하는『조정과 심판』을 보면, 2009년 가을호까지는 필수유지업무 현황 통계표 작성시 접수를 구분하여 노동조합과 사용자 중 어느 쪽이 필수유지업무 결정을 신청했는지 알 수 있었다. 그러나 중노위는 2009년 겨울호부터 접수를 총계로만 표시하여 오고 있다.

만한 진행을 저해할 의도로 이해하고 교섭에 응하지 않거나 또는 상위노조의 정책에 따라 교섭에 응하지 않았다. 사용자는 이러한 노조의 태도를 협정체결 의사가 없는 것이라고 보아, 노동위원회에 필수유지업무결정 신청을 제기한 사건들이 대부분이었다.

사용자측의 일방적인 신청에 대해서 중앙노동위원회는¹⁶⁾ “노사간 협의가 충분히 이루어지지 않고 결정신청이 접수된 경우 특별조정위원회의 결정으로 기간을 정하여 자율적 협의를 하도록 하고 그 기간 내에 합의가 안 될 것이 명확하거나 기간이 지나도 합의가 안 될 경우 결정절차를 진행할 것”을 각 지방노동위원회에 지시하였다. 이러한 중노위의 입장에 따라 사업장 내에서 노사 간에 어떠한 실질적인 논의 없이 노동위원회에 의한 필수유지업무결정 절차가 진행되었고, 노동위원회는 노조측의 보이콧으로 인해, 사실상 사용자가 제출한 자료에 의존하여 필수유지업무결정을 행하게 되었다. 그 결과, 지노위에 필수유지업무 결정의 신청을 한 주체는 다 사용자측이고, 유지율 및 필요인원수 역시 대부분 사용자의 주장이 반영되면서 이에 불복하여 사용자가 재심을 신청한 사건은 불과 4건에 불과하게 된 것이다.

사용자측의 일방적인 신청에 대한 중노위의 이러한 해석은 현 우리나라 노사관계를 고려할 때 사실상 실질적인 협정체결을 위한 자율적인 교섭을 진행하지 않고 일방적으로 노동위원회에 결정 신청을 허용함으로써, 노사가 자율적으로 협정을 체결하고 이를 통해 노사 스스로 분쟁을 해결하도록 하는 필수유지업무제도의 취지를 몰각하게 하는 것이다.

이탈리아의 경우 필수유지업무보장위원회가 필수업무에 대한 협정에 개입하는 경우는 3가지이다. 첫째, 노사가 협정 체결 전에 쌍방이 함께 위원회에 결정을 신청한 경우, 둘째, 노사가 합의한 필수업무 협정의 적합성에 대해 위원회가 적합하지 않다고 판단한 경우, 셋째, 파업이 개시되고 공익 침해가 현실화되는데도 합의가 이루어지지 않을 때, 위원회가 필수업무에 대한 노사 합의 전까지 적용되는 임시규칙을 정하는 경우이다. 위원회가 필수업무에 대한 협정을 정하는 경우에도 통상적 업무의 50%를 초과할 수 없으며, 필요인원도 엄격하게 필요한 수준으로 정해야 하고, 해당 부문 또는 해당 기업의 근로자 1/3을 초과할 수 없도록 제한하고 있어 필수업무 결정에 있어 위원회는 임시적·보충적으로만 관여할 수 있다.

이탈리아에서 필수유지업무보장위원회가 필수업무 협정에 개입하는 경우 중에서 첫 번째는 사전에 위원회가 개입하는 경우이고, 두 번째와 세 번째는 위원회가 사후에 개입하는 경우이다. 우리나라의 경우 일방적인 신청으로 절차가 개시되는 것은 필수유지업무 협정 체결 전에 신청하는 것으로 첫 번째의 경우에 해당한다고 할 것이다. 노동위원회에 결정을 신청함으로써 절차가 개시되고, 노동위원회 결정은 노사 양측을 구속하기 때문에 현재와 같이 노사 쌍방의 신청이 아니라 일방의 신청으로 절차가 개시되는 것은 노조법의 기본이념인 “노사자치의 원

16) 중노위, “필수유지업무제도 운영 관련 유의사항”, 조정파-416 공문, 2008.4.24.

칙”과 “국가로부터의 자유”인 자유권적 성격에도 위배되는 것이다.

따라서 필수유지업무결정 신청에 있어서 자율교섭의 원칙에 적합한, 가장 바람직한 개선방안은 결정의 신청과 관련된 노조법 제42조의4 제1항의 ‘노동관계 당사자 쌍방 또는 일방’을 ‘노동관계 당사자 쌍방’으로 개정하는 것이다. 만약, 현행법을 유지하는 경우에는 제42조의4 제1항을 엄격하게 해석하여 결정의 신청을 통해 노동위원회가 필수유지업무결정 과정에 개입하는 것은 노사의 자율적 교섭이 교착상태에 이르고 교섭의 전개 가능성이 없거나 기대하기 어려운 상황에 이르렀을 경우에 결정신청을 할 수 있다고 보아야 한다. 노동부와 중앙노동위원회는 노사간 자율교섭을 통한 협정체결을 강제할 수 있도록 결정신청시 그 신청요건을 강화시키는 방향으로 해석하여야 할 것이다.

3. 결정에 대한 해석

노조법 제42조의4 제4항은 “제2항의 규정에 따른 노동위원회의 결정에 대한 해석 또는 이행방법에 관하여 관계당사자간에 의견이 일치하지 아니하는 경우에는 특별조정위원회의 해석에 따른다. 이 경우 특별조정위원회의 해석은 제2항의 규정에 따른 노동위원회의 결정과 동일한 효력이 있다.”라고 규정하고 있다.

의견이 일치하지 아니하여 해석 또는 이행방법을 요청할 경우 노동관계 당사자는 자신의 의견을 첨부하여 서면으로 관할 노동위원회에 신청을 한다. 신청을 받은 노동위원회 위원장은 신청 사건을 결정한 특별조정위원회에 지체 없이 그 사실을 통지하고, 결정서에 대한 해석이나 이행방법에 관한 견해를 제시하여야 한다.

특별조정위원회가 해석이나 이행방법에 관한 견해를 제시한 경우 노동위원회는 이를 서면으로 노동관계 당사자들에게 통보하여야 한다(영 제22조의3 제3항 및 제4항). 노동위원회 해석의 효력은 필수유지업무결정과 동일한 효력을 가지며, 노동위원회의 해석이 위법이거나 월권에 의한 것이라고 인정될 때에는 노조법 제69조 제1항¹⁷⁾에 따라 중노위에 재심을 신청할 수 있다.

여기에서 노동위원회의 해석의 범위에 필수유지업무제도와 관련한 노조법 해석 그 자체가 포함되는지 여부가 문제된다.

이에 대해 부산 지노위가 “노동위원회는 필수유지업무에 대한 필요 최소한의 유지·운영수

17) 제69조(중재 재정 등의 확정) ① 관계 당사자는 지방노동위원회 또는 특별노동위원회의 중재 재정이 위법이거나 월권에 의한 것이라고 인정하는 경우에는 그 중재 재정서의 송달을 받은 날부터 10일 이내에 중앙노동위원회에 그 재심을 신청할 수 있다.

준, 대상직무, 필요인원(필요인원수 산정 포함) 및 쟁의행위 기간 동안 근무하여야 할 조합원 명단 통보시기 등에 대해서만 결정하였으므로 관계 법령상 필수유지업무제도의 운영과 관련한 사항에 대해서는 견해를 제시할 수 없다.”라고 해석한 바 있다.¹⁸⁾

부산 지노위의 해석 결정은 노동조합의 해석요청 사항 중에서 3일 전에 조합원 명단의 통보 시한에 관한 해석 요청에 대해서만 결정을 내렸고, 나머지 필수유지업무제도의 운영에 관한 해석은 해석사항이 아니라고 결정한 것이다. 즉, 노조법상 결정 신청을 받은 노동위원회는 필수유지업무의 필요 최소한의 유지·운영수준, 대상직무 및 필요인원 등을 결정할 수 있고, 동 결정사항이 아닌 필수유지업무제도 운영에 대해서는 해석할 권한이 없다고 판단한 것이다.

그러나 노동위원회는 법원과 달리 판정이나 조정 등에 있어 다양한 구제명령이나 조정을 내릴 수 있는 재량권이 인정되는 기관이다. 따라서 해석 요청 사항이 엄격한 의미의 결정사항에 관한 것이 아니라 할지라도 노동조합이 쟁의행위를 함에 있어 반드시 해석이 요청되는 사안이라면 쟁의행위 기간 혹은 쟁의행위 종료 후에 또 다른 불필요한 노사분쟁을 예방한다는 차원에서 해석결정의 범위를 넓게 인정할 필요성이 있다고 생각한다.

4. 이용자에 대한 보호

노조법은 2006년 12월 30일 법률 제8158호의 개정 이유에서 필수유지업무의 도입 목적이 “쟁의행위권 행사와 공익보호의 조화”임을 명시하고 있다. 그러나 현행 노조법 규정은 공익 보호의 취지를 실현하는 방법으로 노조측에 대해 필수유지업무를 정지하는 쟁의행위를 금지하는 방식만을 도입하고 있을 뿐이다. 그 밖에 필수유지업무제도를 운용하는데 있어 노사가 이용자와의 관계에서 구체적으로 무엇을 더 하여야 하는가에 대해서는 적절히 규율하고 있지 못하다. 따라서 현행 제도는 도입 목적과 달리 이용자에 대한 보호가 소홀하다고 할 수 있다.

필수유지업무제도는 필수공익사업의 사용자 대 노동조합 및 노동자만을 대상으로 하는 제도가 아니라, 일반 대중인 공중의 이익을 보호하기 위한 제도로 그 대상은 일반적인 노동관계 법과 달리 설정되어야 한다. 즉, 필수유지업무제도는 일반 대중이 제3자가 아니라 당사자이기 때문에, 사용자-노동조합 및 노동자-일반대중이 각각 삼각형의 꼭지점이 되도록 설계되어야 하는 제도이다.

따라서 현행 필수유지업무제도와 관련된 규정에서 소외되어 있는 이용자에 대한 보호 규정이 새로이 모색될 필요가 있다. 이하에서는 이용자 보호에 대한 내용들을 검토한 후, 개선방안을 제시하고자 한다.

¹⁸⁾ 부산지노위, 2009.7.26. 부산2009필수해석1 결정.

1) 노사 당사자 및 이용자들의 의견청취

현재 필수유지업무결정을 담당하고 있는 특별조정위원회의 필수유지업무 유지·운영수준에 대한 결정 신청 절차는 노조법 시행규칙 제12조의2에서 규정하고 있다.

필수유지업무의 필요 최소한의 유지·운영 수준, 대상직무 및 필요인원 등의 결정을 신청하려는 자는 결정 신청서에 1. 사업장 개요, 2. 필수유지업무 협정 미체결 경위, 3. 노동관계 당사자 간 필수유지업무의 필요 최소한의 유지·운영수준, 대상직무 및 필요인원에 대한 의견의 불일치 사항 및 이에 대한 당사자의 주장, 4. 그 밖의 참고사항을 첨부하여 제출하여야 한다. 즉, 필수유지업무결정 과정에서 노사 당사자는 필수유지업무 협정 미체결 경위와, 의견의 불일치 사항 및 이에 대한 당사자의 주장, 참고사항을 첨부하여 제출할 수 있을 뿐이다.

심판사건의 경우 노사 당사자가 참석하여 의견을 진술할 기회를 부여받고, 일반 조정사건의 경우에는 노동위원회의 위원 중에서 사용자를 대표하는 자, 근로자를 대표하는 자 및 공익을 대표하는 자 3인이 모여 의견을 나눌 수 있다.

그러나 정작 각 사업별로 전문성이 높아서 필수적으로 유지되어야 하는 업무에 대한 첨예한 주장의 대립이 있는 필수유지업무결정 사건의 경우에는 노사 당사자의 참여가 보장되어 있지 않다. 물론, 특별조정위원회의 결정 과정에서 필수유지업무 관련 분야에 관한 조사활동이나 의견청취 등을 실시한 경우도 있다. 하지만 이는 위원회의 재량에 따른 것일 뿐으로, 필수유지업무제도에는 노사 당사자 및 이용자의 의견청취 절차가 보장되어 있지 않다. 즉, 필수유지업무의 결정 과정에서 이 제도의 당사자인 사용자·노동조합 및 노동자·일반 대중이 배제되어 있는 것이다.

이탈리아의 경우 필수유지업무보장위원회가 필수업무를 결정할 때 노조와 사용자 사이에 의견대립이 있으면 노조와 사용자, 위원회, 3자가 다 모여서 합의를 하고, 합의가 이루어지지 않으면 위원회가 의견을 제시한다. 그리고 노사가 자율적으로 협정을 체결할 때, 또는 필수유지업무보장위원회가 임시규칙의 내용을 정할 때 공청회를 열어 이용자의 의견을 청취하도록 하고 있다(제12조 제4항). 이용자들의 의견을 청취하고 반영할 수 있는 절차를 법으로 규정하고 있는 것이다. 이는 이탈리아 법의 목적인 이용자의 권리보호와 필수공익서비스에서의 파업 권과의 조화를 위해서이다. 같은 목적으로 법은 파업 시 이용자에 대한 정보제공과 이용자의 편의를 위해 파업과 파업간의 휴지기 및 파업이 금지되는 기간에 대해서도 규정하고 있다.

우리나라도 필수유지업무결정 절차에서 노사 당사자의 참여를 보장할 수 있는 방안을 마련해야 할 필요가 있다. 또한, 자율협정의 체결 및 노동위원회의 결정과정에서 이용자가 의견을 제시할 수 있는 방안도 마련되어야 할 것이다. 필수공익사업은 노사의 문제만이 아니라 그 서비스를 이용하는 대중에게도 큰 영향을 미치기 때문이다.

이러한 제도를 새로 도입하는 것이 어려운 경우 행정절차법 제22조의 해석을 통해서 당사자 및 이용자들의 참여를 보장할 수도 있을 것이다. 현행 행정절차법 제22조는 의견청취에 관한 내용을 규정하고 있고,¹⁹⁾ 노동위원회는 준사법적 성격을 지닌 협의제 행정기관으로서 행정절차법의 적용대상이 된다. 행정절차법 제22조 제2항 제2호를 보면, 행정청이 처분을 함에 있어서 당해 처분의 영향이 광범위하여 널리 의견을 수렴할 필요가 있다고 행정청이 인정하는 경우에는 공청회를 개최하여 의견을 청취해야 한다. 이 조항을 근거로 노동위원회가 이용자의 의견을 반영할 수 있는 방안을 마련해야 할 것이다.

2) 공중에 대한 정보 제공

현행 노조법은 필수유지업무제도에 대해서 필수유지업무 수행의무 부과(필수유지업무 내용은 시행령에서 규정), 필수유지업무협정을 노사 합의로 체결, 체결되지 않을 경우 노동위원회에 일방이 신청하여 결정, 필수유지업무협정(결정)에 따라 쟁의행위 기간 중 근무해야할 조합원 통보, 노동위원회 결정에 불복 시 중재재정에 관한 규정 준용 등의 내용을 규정하고 있다(제42조의2~제42조의6).

이와 같이 필수유지업무제도의 내용을 살펴보면, 그 내용들은 노동조합에 대한 규정들로 필수공익사업에서의 쟁의행위권을 제한하기 위해서 도입된 제도로 보인다. 그러나 이 제도는 직권중재제도에 대한 위헌 논란을 해소하기 위해서 도입된 것으로, 그 목적은 쟁의행위권과 공익 간의 법익 조정을 통해 합헌적인 제도를 설정하는데 있다.

다시 말하면, 필수유지업무제도의 도입 목적은 필수공익사업 근로자의 노동3권과 사용자의 경영권 간의 조정을 위한 것이 아니라, 필수공익사업 근로자의 쟁의행위권과 공익, 즉 공중의

19) 제22조(의견청취) ① 행정청이 처분을 함에 있어서 다음 각호의 1에 해당하는 경우에 청문을 실시한다.

1. 다른 법령등에서 청문을 실시하도록 규정하고 있는 경우, 2. 행정청이 필요하다고 인정하는 경우
- ② 행정청이 처분을 함에 있어서 다음 각호의 1에 해당하는 경우에 공청회를 개최한다.
 1. 다른 법령등에서 공청회를 개최하도록 규정하고 있는 경우
 2. 당해 처분의 영향이 광범위하여 널리 의견을 수렴할 필요가 있다고 행정청이 인정하는 경우
- ③ 행정청이 당사자에게 의무를 과하거나 권익을 제한하는 처분을 함에 있어서 제1항 또는 제2항의 경우외에는 당사자등에게 의견제출의 기회를 주어야 한다.
- ④ 제1항 내지 제3항의 규정에 불구하고 제21조 제4항 각호의 1에 해당하는 경우와 당사자가 의견진술의 기회를 포기한다는 뜻을 명백히 표시한 경우에는 의견청취를 아니할 수 있다.
- ⑤ 행정청은 청문·공청회 또는 의견제출을 거친 때에는 신속히 처분하여 당해 처분이 지연되지 아니하도록 하여야 한다.
- ⑥ 행정청은 처분후 1년 이내에 당사자등의 요청이 있는 경우에는 청문·공청회 또는 의견제출을 위하여 제출받은 서류 기타 물건을 반환하여야 한다.

이익 간의 조정을 위한 것이다. 헌법재판소도 2011년 결정에서 “근로자들에 대한 쟁의행위권 보장과 그 제한을 통한 공익 보호 사이에는 적절한 균형이 유지되어야 하고, 과도한 제한이나 침해는 허용될 수 없다”라고 판시한 바 있다.²⁰⁾

필수공익사업에서 쟁의행위권을 제한하는 이유가 무엇인가라는 의문을 제기해 보면, 공중의 이익을 보호하기 위해서라고 답할 수 있다. 그러나 현재 시행되는 필수유지업무제도에서는 공익에 대한 보호 규정을 찾아 볼 수 없다. 필수공익사업에서의 쟁의행위권과 공익을 비교 형량 하며 제도를 설계하기 보다는 쟁의행위권을 제한하는 방식으로 제도가 설계되었기 때문이다. 따라서 현재 시행 중인 필수유지업무제도에 대한 개선방안으로 공중에 대한 보호 규정이 필요하다. 그에 적합한 방안으로는 공중에게 파업에 대한 정보를 제공하는 방안을 모색할 수 있다.

이탈리아의 경우 파업 예고와는 별도로, 서비스 제공자들로 하여금 파업시작 전에 이용자에게 파업 중에도 제공되는 업무에 대해서 공지할 것을 규정하고 있다(제2조 제6항).

이용자에 대한 정보 제공에서 중요한 것은 파업 중 서비스 제공 방식과 시간, 대체 서비스 제공의 방법, 파업이 계속될 경우를 대비한 대체 서비스의 준비 등에 관한 내용이다. 왜냐하면 사전 정보 제공의 기능은 파업으로 인해 불편을 겪게 되는 이용자들에게 파업에 대한 정확한 정보를 제공하여 공중의 이익에 대한 침해를 최소화하는 것이기 때문이다. 이용자에 대한 정보 제공은 공영 라디오·텔레비전 방송, 신문, 경제적이거나 출판이 용이한 민영 라디오·텔레비전 등의 서비스를 통해서 이루어져야 한다.

우리나라도 공중의 이익을 보호하기 위한 개선방안으로 공중에게 필수공익사업에서의 파업에 대한 정보 제공 방법을 모색할 필요가 있다. 필수공익사업의 파업 시 법익을 침해당하는 대상은 공중이기 때문이다. 따라서 파업 시 공중의 이익에 대한 침해를 최소화하기 위해서 파업 기간, 파업 중 제공되는 필수유지업무, 대체 서비스 이용에 대한 안내 등의 내용을 공중에 알릴 수 있는 방안을 마련해야 한다. 이 때, 공중에 대한 정보 제공은 라디오·텔레비전 방송과 신문 등의 정보매체를 통해서 이루어져야 할 것이다.

3) 노동위원회 결정의 공개

노조법은 “노사 당사자에게” 필수유지업무의 필요 최소한의 유지·운영수준, 대상직무 및 필요인원 등을 정한 필수유지업무협정을 체결해야 할 의무를 부과하여 마치 필수유지업무의 유지·운영수준을 정하는 것은 노사자치의 대상으로 노사의 의사에 따라 조정될 수 있는 성

²⁰⁾ 현재 2011. 12. 29. 선고 2010헌바385·386·387·388·389·390·391·392·393·394·451·452·453·481(병합) 결정.

질의 것(이른바 조정적 속성)인 것처럼 기술하고 있다.

그러나 필수유지업무협정을 체결하지 못할 경우 노사 일방의 신청만으로 노동위원회에 필수유지업무의 결정을 신청할 수 있고, 노동위원회는 필요 최소한 유지·운영해야 할 필수유지업무를 결정할 수 있도록 하여 마치 필요 최소한의 유지·운영 수준이란 공익보호의 목적상 상당한 정도의 필요 최소한의 수준이 사전적으로 존재하는 것으로서 노사의 의사에 따라 조정되는 것이 아니라 직권으로 결정될 수 있는 성질의 것(이른바 심판적 속성)처럼 기술하고 있다. 이러한 현상은 근본적으로는 필수유지업무제도 설계의 모호함에 기인한다. 따라서 모호함을 없애기 위해서는 근본적으로 필수유지업무제도에 대한 재정립이 필요하다.

또한, 위원회 결정 과정에서 당사자들은 물론 특별조정위원회 내부에서의 의견조율을 위한 다양한 장치마련도 필요하다. 결정 사항의 성격상 노사 양당사자의 만족을 얻어내기가 사실상 불가능할 뿐 만 아니라, 사회 각계에서 바라보는 시각도 모두 상이할 수 있기 때문이다.²¹⁾ 따라서 위원회의 결정이 만장일치로 도출되지 않는 경우라 하더라도 그 결정에 상당한 정도의 신뢰감이 부여될 수 있도록 의견절충에 최선의 노력을 다하는 것이 필요하다. 또한 헌법재판소 결정문처럼 다수의견에 동참하지 않는 소수의견까지 결정에 적절히 반영하는 것도 필요하다고 생각한다.

이탈리아의 경우 필수유지업무보장위원회 내규에서 위원회 의결에 대한 규정을 두고 있다. 필수유지업무보장위원회 회의는 총 9명 중 5명 이상의 위원이 참석하면 성립하고, 투표자 과반수의 찬성으로 채택되고, 그 결과는 공개된다(제5조).²²⁾ 또한, 그 의결내용에 대해서, 만장일치인지, 과반수로 이루어졌는지를 명시한다. 그리고 과반수 의견과 반대 의견을 갖는 위원들이 요청할 경우 그들의 의견을 요약하여 기록할 수 있다(제6조).

제5조 (위원회의 의결)

1. 위원회의 의결은 투표자 과반수의 찬성으로 채택된다. 득표수가 같을 때는 위원장의 투표가 우선권을 가진다.
2. 위원장과 위원들에 관한 의결을 제외한, 모든 투표는 그 결과를 명시한다.

제6조 (위원회의 회의록)

21) 문무기, “필수유지업무의 판단준거 및 결정절차; 이탈리아 최소업무보장위원회의 사례를 중심으로”, 『조정과 심판』(제31호), 중앙노동위원회, 2007년, 54-55면.

22) 이탈리아의 필수유지업무협정문들은 자율협정, 자주규제준칙, 위원회의 임시규칙이 모두 공개가 되기 때문에, 필수유지업무보장위원회 홈페이지에 가면 검색 및 열람이 가능하다. 그러나 우리나라의 경우 부당해고, 부당노동행위 사건과 달리 필수유지업무결정 사건들은 검색이 불가능하고, 정보공개청구를 해도 사업 기밀이라면서 공개불가 결정이 내려진다.

1. 위원회는 간사(서기)의 회의록 작성을 지원한다. 회의록에는 참석자의 성명, 회의의 의제 및 특별히 삽입된 의제, 다루어진 주제들에 대한 토의, 관련 논의, 그리고 결정된 사항을 요약하여 기록한다.
2. 회의록에는 의결이 만장일치로 이루어졌는지, 과반수에 의해 이루어졌는지를 명시한다. 과반수에 의해 채택된 결의에 대해서 반대자와 기권자들이 요구하는 경우에는 그들의 이름을 회의록에 명시한다. 과반수의 의견과 반대 의견을 갖는 위원들은 회의록에 그들의 의견이 요약되어 기록될 것을 요청할 수 있다. 위원회는 이에 관한 문서를 검토하여 회의록에 첨가한다. 위원들은 언제든지 사전에 그 내용을 고지하고 선언문을 회의록에 첨가할 수 있다.
3. 각 회의록은 적어도 다음 회의 개최 2일전 위원들에게 전달되어 다음 회의 중 그 회의록에 대해 승인한다. 위원장과 간사(서기)가 승인된 회의록에 서명한다.

우리나라도 노동위원회 결정문에 대해서 그 구체적인 반대의견서 또는 소수의견서를 결정문과 함께 공개할 필요가 있다. 필수유지업무제도는 공익과 필수공익사업의 쟁의행위권의 조화를 위한 제도로서, 이해관계 당사자에는 노사뿐만 아니라 이용자인 대중들도 포함되기 때문이다. 결정문에 의결 과정을 공개하는 것은 노사 당사자는 물론 그 결정에 참여한 노동위원회 구성원 모두의 의견조율을 위해, 그리고 이용자 대중의 이해를 위해서도 반드시 필요한 사항이라 할 것이다.

IV. 결론

필수유지업무제도는 직권중재에 대한 위헌 논란을 해소하고 쟁의행위권과 공익 보호의 조화를 위해 도입된 제도로, 이러한 제도의 목적은 노사자치의 원칙을 통해서 실현되어야 한다. 그러나 현재 시행중인 제도는 노사자치를 중시하도록 설계되지 않아서 여러 문제점들이 나타나고 있다. 이러한 문제점들을 해결하기 위해서는 이 제도를 도입한 목적을 잊지 말아야 할 것이다.

결론은 위에서 제시한 개선방안을 다시 요약하는 것으로 마무리 하고자 한다.

(1) 현재 필수유지업무 결정은 특별조정위원회에서 담당하고 있다. 그러나 필수유지업무 결정은 노동위원회법에 명시되어 있지 않은 새로운 사건이기 때문에, 특별조정위원회가 아닌, 결정에 적합한 별도의 부문위원회를 설치하고 그에 적합한 역할을 수행할 수 있는 위원들로 구성하는 것이 바람직하다.

(2) 필수유지업무 결정과정에서 제기되고 있는 문제들로는 노동위원회 결정이 일방 당사자만으로도 신청 가능한 점, 노동위원회의 결정과정에 전문가의 의견 및 일반대중의 여론이 반영되지 않는 점, 노동위원회 결정이 공개되지 않는다는 점 등이 있다. 자율교섭의 원칙에 적합하도록 결정의 신청과 관련된 노조법 제42조의4 제1항의 ‘노동관계 당사자 쌍방 또는 일방’을 ‘노동관계 당사자 쌍방’으로 개정할 필요가 있다.

(3) 필수유지업무결정을 전담하는 필수유지업무결정위원회를 설치하면, 위원회의 결정과정을 다음과 같이 상정해 볼 수 있다.

먼저 필수유지업무협정 체결에서 노사 자율을 최대한 존중하고, 그럼에도 불구하고 자율적으로 협정이 체결되지 않는 경우에 한해서 노사 쌍방의 신청으로 필수유지업무결정위원회가 개입하게 된다. 그리고 필수유지업무결정위원회의 결정 과정에서 노사당사자 및 이용자의 의견청취 등을 보장하여 필수유지업무제도의 도입 목적인 “쟁의행위권과 공익 보호의 조화”에 충실하도록 한다.

또한, 위원회의 결정에 대해서 관련 법령으로 필수유지업무 유지율의 상한선을 정하도록 한다. 이 때, 노사당사자 및 일반대중의 의견과 법령의 상한선 안에서 정해진 위원회의 결정은 심판의 성격을 갖게 된다. 필수유지업무결정위원회의 결정에 대해 불복하는 경우에는 심판의 성격에 따라 중앙노동위원회에 재심 신청을 할 수 있다.

위원회의 결정은 심판의 성격을 갖는다. 그리고 공익보호를 위해서 필수유지업무협정 등에 대한 위원회의 해석은 제61조 제3항을 원용하여 중재재정과 동일한 효력을 갖게 된다. 이에 대해 불복하는 경우에는 중재 재정에 대한 불복사유인 위법·월권 사유가 적용된다(제69조).

필수유지업무결정위원회의 관할에 대해서 전국 규모의 산별·업종노조의 결정은 중노위가 결정 사건을 담당하게 된다. 중노위가 전국 규모의 단위노조의 결정 사건을 담당할 경우에 오히려 전국적 차원에서 형평성 있는 결정이 이루어질 수 있고, 결정과정에서 발생하는 여러 가지 교섭비용 등을 절감할 수 있기 때문이다.

마지막으로, 노사 당사자가 자율적으로 필수유지업무협정을 체결하기 때문에, “쟁의행위권과 공익 보호의 조화”를 담보하는 필수유지업무결정위원회가 그 내용의 위법성을 평가하고, 위법하다고 판단된 경우에는 그에 대한 시정명령을 내리게 된다.

(4) 자율협정의 체결 및 노동위원회의 결정과정에서 이용자가 의견을 제시할 수 있는 방안도 마련되어야 할 것이다. 필수공익사업은 노사의 문제만이 아니라 그 서비스를 이용하는 대중에게도 큰 영향을 미치기 때문이다.

(5) 필수공익사업에서 쟁의행위권을 제한하는 것은 공중의 이익을 보호하기 위함이다. 그러나 현재 시행되는 필수유지업무제도에서는 공익에 대한 보호 규정을 찾아 볼 수 없다. 따라서

공중을 보호하기 위한 개선방안으로 공중에게 필수공익사업에서의 파업에 대한 정보 제공을 모색할 필요가 있다. 정보 제공의 내용으로는 파업 기간, 파업 중 제공되는 필수유지업무, 대체 서비스 이용에 대한 안내 등이 있다. 이 때, 공중에 대한 정보 제공은 라디오·텔레비전 방송과 신문 등의 정보매체를 통해서 이루어져야 할 것이다.

<토론문>

“필수유지업무제도의 내용과 한계”에 대한 토론문

방 준 식(영산대 법대)

발표문은 최근 들어 새롭게 도입된 필수유지업무제도의 운영과 관련하여 노동법상 문제점들을 살펴보고 제도의 올바른 정착을 위해 개선방안을 제시하는 것으로서 시의적절하다고 봅니다. 특히 필수유지업무결정과 관련된 절차규정(노조법 제42조의4)에 대한 문제제기 및 개선방안의 제시는 특별한 의미가 있을 것입니다. 다만 토론을 위해 발표문에서 몇 가지 궁금한 점이 있어 질문을 드리고자 합니다.

1. 이탈리아 노동법에 대해서는 그동안 우리나라에서는 거의 연구가 되어 있지 않아 생소함에 특별히 이탈리아의 제도를 비교하게 된 계기가 있는지요? 통상적으로 비교법적 검토는 대륙법계는 독일이나 프랑스, 영미법계는 영국이나 미국, 아니면 가까운 일본을 대상으로 하는데, 이들 국가에서는 공공부문 파업에 대해 별도의 규제법을 두고 있지 않은지요?

2. 2p에서 1990년 6월 12일 제146호 법률의 정확한 법령명칭이 무엇인지 궁금하네요?

3. 5p에서 필수업무보장위원회가 정하는 임시규칙(la regolamentazione provvisoria)이란 것이 어떤 내용을 담게 되는지, 그리고 80%, 90%의 의미는 무엇인지 궁금하네요?

4. 10p 이하에서 필수유지업무협정은 조정대상이 아니기 때문에 특별조정위원회가 필수유지업무결정을 담당하는 것에 대한 문제제기는 타당하다고 봅니다. 그러나 특별조정위원회의 결정의 성격이 문제되므로 노동위원회에 별도의 위원회를 설치하자는 방안에 대해서는 의문이 있습니다. 발표자가 주장하듯이 필수유지업무에 대한 결정이 ‘노동위원회법에 명시되어 있지 않은 새로운 사건’이라고 한다면, 노동위원회의 차별시정위원회와 같은 부문위원회가 필요한 것이 아니라 오히려 이태리의 필수업무보장위원회처럼 독립행정기관이 필요한 건 아닌지요?

5. 15p 이하에서 노사 쌍방의 신청이 아닌 일방의 신청이 노사자치나 자유권을 침해하므로 결정신청과 관련된 노조법 제42조의4 제1항의 ‘노동관계 당사자 쌍방 또는 일방’을 ‘노동관계 당사자 쌍방’으로 개정하자는 주장에는 의문이 있습니다. 발표자가 14p에서 제시한 통계처럼 필수유지업무 결정사건 중 노조신청이 0건이고 사용자신청이 101건이라면 노조가 참여하여 쌍방이 신청할 가능성이 없는 건 아닌가요?

단체교섭에서의 정보제공의무

장 우 찬*

제1장 문제의 소재

제2장 미국의 정보제공의무

- I. 정보제공의무의 의의
- II. 정보제공의무의 법적 근거
- III. 법적 성격
- IV. 정보제공의무의 발생요건
- V. 정보제공의무에 대한 방어
- VI. 우리나라에의 시사점

제3장 우리나라의 정보제공의무

- I. 정보제공의무 논의를 위한 사전 검토 사항
- II. 정보제공의무의 법적 근거와 요건
- III. 노조법 제30조의 성실교섭의무

제4장 결 론

제1장 문제의 소재

제정법상의 문언에서는 언급이 없지만 성실교섭의무의 한 내용으로 인정되는 것이 정보제공의무이다. 성실교섭의무의 인정취지가 근로조건 등 교섭사항을 둘러싼 당사자간의 입장차를 교섭과정내의 의견 교환과 설득을 통해 조율하고 극단적인 실행행사까지 나아가는 것을 방지하자는 데에 있으므로, 원만한 합의 달성의 전제로서 적절하고 필요한 정보의 공유는 필수적이다.

미국의 경우에는 성실교섭의무에 대한 판례법리가 어느 정도 정립되어 있으나, 우리나라의

* 한신대학교 강사.

경우에는 본격적인 논의를 찾아보기 힘들다. 대신 대립적 노사관계의 패러다임에서 벗어나 참여적, 협동적 노사관계상을 구축한다는 모토하에 근로자의 경영참가 측면에서 근참법상의 노사협의회제도를 중심으로 정보 공유 문제가 다루어지고 있다. 실제적으로도 단체교섭과 노사협의회 운영이 서로 연결되는 현상을 보이기도 한다.¹⁾ 더구나 노사협의회와 단체교섭은 판례의 경우 노사협의회를 통하여 체결한 단체협약에 관하여 그 형식만 갖추게 되면 그 효력을 인정해 주고 있기 때문에 점점 구별실익이 희미해지고 있다. 그러나 원리적인 측면에서 단체교섭상의 정보제공의무와 노사협의회에서의 정보제공의무는 명확히 구별되어야 한다. 단체교섭상의 정보제공의무는 노사간 대립 모델을 바탕으로 하여 공정한 단체협약의 성립, 즉 계약정의를 실현하고자 필수적으로 요청되는 의무라고 할 수 있다. 즉 근로3권을 통한 노사간의 실질적 대등성 확보라는 헌법적 요청을 정보의 측면에서 구현하여 하자없는 의사가 형성될 수 있도록 조력하는 의무이다. 이에 반해 근참법상의 노사협의회 제도는 근로자의 경영참여를 바탕으로 한 노사간 신뢰구축에 그 목적이 있다. 경영참여의 정도는 입법의 내용에 따라 달라지게 된다. 따라서 정보의 비대칭 문제를 사전에 방지하여 집단적 자치의 원리가 원활하게 구현될 수 있도록 하는 실천적 장치가 정보제공의무라고 할 수 있다.

우선 미국의 경우를 살펴보고 우리나라에서의 정보제공의무에 관한 논의를 전개한다. 또한 노동법 외에 현재 정보제공과 관련하여 민법에 있어서 계약교섭과정에서의 정보제공의무가 논의되고 있는 바 이를 살펴봄으로써 노동법에서의 정보제공의무를 논의할 때 시사점을 찾고자 한다. 더불어 판례를 분석하여 논의의 틀과 기초로 삼고자 한다. 노사간 상시적 정보공유체계의 마련이라는 측면에서 정보제공청구권과 근참법에서 규정하고 있는 보고사항(동법 제22조), 협의사항(동법 제20조), 의결사항(동법 제21조) 등 규정들과의 정합적 해석이 필요한 부분이기도 하다.²⁾

-
- 1) 사업장에 따라서는 노사협의회를 단체교섭의 이전단계로서 활용하는 경우도 발견된다. 노사협의회에서 상시적으로 협의를 진행하고 단체협약 기간 만료에 따라 새로운 협약 체결이 필요할 즈음, 단체교섭이 진행되고 기존의 노사협의회에서 협의되던 사항은 교섭대상으로 포함되어 단체교섭에서 논의되고 단체협약의 형식으로 합의하는 구조를 띠게 된다.(노사관계소위원회, 「단체교섭 유형별 시대조사」, 노사정위원회, 2004 참조)
 - 2) 노사협의회와 단체교섭관계에 대해서는 줄고, "단체교섭에서의 성실교섭의무에 관한 연구", 서울대학교 박사학위논문, 2012, 130-137면 참고; 근로자참여및협력증진에관한법상의 노사협의회제도에서도 정보제공과 관련된 사항을 규정하고 있는데, 동법상의 정보제공의 경로와 운용을 살펴보고 단체교섭에 있어서의 정보제공의무와 어떤 관련성이 있는지, 상호 독자적인 것인지 아니면 통합적인 시각에서 접근해야 하는지 살펴볼 필요가 있다. 이와 관련하여 특히 “노사협의회에의 보고협의사항이 법정화되어 있는 관계로 일반적인 경영정보는 단체교섭이 아닌 경영참가의 방식으로 처리하고자 하는 입법정책적 의지를 밝힌 것으로도 해석이 가능”하기 때문에 신중한 접근이 필요하다고 견해(이철수, 앞의 글, 118면)를 깊이 음미해 볼 필요가 있다.

제2장 미국의 정보제공의무

I. 정보제공의무의 의의

단체교섭이 효과적으로 기능하기 위해서는 교섭의 상대방이 단체교섭이나 단체협약의 이행에서 문제되는 직접적 사항 대하여 적절한 정보를 가지고 있어야 한다. 미국에서는 사용자의 정보제공의무는 교섭대표가 교섭단위를 대표하는 법상의 의무를 효과적으로 수행하기 위해서 필요하다고 파악한다.³⁾ 새로운 협약을 체결하기 위해서 교섭하는 경우나 현재의 단체협약을 이행하기 위한 경우 모두 발생한다.⁴⁾

II. 정보제공의무의 법적 근거

연방제정법인 NLRA에는 사용자의 정보제공의무는 명시되어 있지 아니하다. 그러나 NLRA 제8조(a)(1), 제8조(5) 그리고 제8조(d)는 사용자에게 근로자대표와 성실히(in good faith) 단체교섭할 것을 요구하고, 성실교섭의무는 단체교섭수행에 있어 “관련있고 필요한(relevant and necessary)” 정보를 제공할 의무를 포함한다고 본다.⁵⁾ 미국 연방대법원은 NLRB v. Truitt Mfg. Co. 사건에서 최초로 자신의 책무를 적절하게 수행하는 교섭 대표가 요구하는 정보에 대해서 사용자가 이를 제공할 의무가 있음을 인정하였다.⁶⁾ 또한 연방대법원은 성실한 단체교섭을 위해 교섭당사자들에게 그 주장의 진정성이 요구된다고 하였고, 주장이 단체교섭에서 중요한 요소이듯이, 그 주장의 진정성 또한 중요한 요소라고 하였다.⁷⁾ 결국 교섭상대방에게 자신의 주장의 진정성을 보여주기 위해서는 이를 뒷받침하는 정보의 제공이 필연적이라는 것이다.

이렇듯 관련 정보의 공개는 교섭과정에 있어 필수적인 것으로 보고 있다. 정보 공개를 통

3) Jeffrey I. Pasek·Chares J. Kawas,·Cozen O'Connor, “The Duty to Furnish Information Under the National Labor Relations Act”, ABA Labor and Employment Law CLE Conference Philadelphia, 2007, 1면.

4) NLRB v. Acme Industrial Co., 385 U.S. 432 (1967).

5) NLRA 제8조(a)(1)은 “제7조에 보장된 권리를 행사하는 근로자를 방해, 제한 또는 강요하는 행위”를 부당노동행위로 규정하고 있는데, 이 유형은 다른 부당노동행위 유형을 포괄하고 있어서 다른 유형의 부당노동행위와 동시에 성립하는 경우가 많다고 한다.(문무기·김홍영·송강직·박은정, 앞의 책, 242면.)

6) NLRB v. Truitt Mfg. Co., 351 U.S. 149 (1956).

7) NLRB v. Truitt Mfg. Co., 351 U.S. 149 (1956).

해 교섭 당사자간 상호 존중 정신이 확립되게 되고 결국 노사 자치적 분쟁해결 시스템의 정착이 가능하게 된다고 한다.⁸⁾ 근로자들을 대표하는 노동조합의 교섭당사자가 효과적으로 그 임무를 수행하기 위해서 이와 관련된 적절하고 필수적인 정보에 접근할 수 있어야 하는 것은 당연하다.

III. 법적 성격

1. 사용자 및 노동조합 쌍방의 의무

정보제공의무는 사용자에게만 부과된 의무가 아니다. 미국에서는 사용자뿐만 아니라 노동조합도 단체교섭에 있어서 성실교섭의무를 부담하기 때문이다. 이러한 원칙은 Local 13, Detroit newspaper Printing & Graphic Communications Union 사건에서 확립되었다.⁹⁾

NLRB는 “노동조합이 교섭과정에서 적절한 정보를 제공할 의무는 사용자의 그것에 대응한다.”고 결정하였다. NLRB는 노동조합이 사용자로부터 제공을 요구받은 정보는 교섭과정과 관련이 있고, 노동조합은 공개를 거절함으로써 제정법상의 교섭의무를 위반하였다고 결정하였다.¹⁰⁾ 콜롬비아 특별주 항소법원은, 사용자가 교섭기간 동안 정보를 공개할 것을 요구함으로써 노동조합은 “관련 정보를 사용자에게 제공해야만 한다.”고 판결하여 이를 확인하였다.¹¹⁾

2. 부당노동행위의 성립

사용자의 정보제공의무 위반은 NLRA 제8조(a)(1)과 제8조(5)의 위반이 된다. 노동조합의 정보제공의무 위반은 NLRA 제8조(b)(3)의 위반이 된다.

⁸⁾ John E. Higgins, Jr.(Ed-in-Chief), *The Developing Labor Law*, (5th ed). Vol.II, BNA Books, 2006, 921면.

⁹⁾ 사안에서 신문 공장에 있는 인쇄실(pressroom) 근로자들은 계속되는 초과근로에 따른 과중한 업무를 해소하기 위하여 초과 근로자들을 회사에 공급하도록 하는 단체협약을 체결하기 위하여 노동조합을 통하여 사용자와 교섭하였다. 지금까지 실제로 노동조합이 업무를 정규 근로자들에게 주고, 회사는 초과시간 비율에 따라 임금을 주는 방식에 따라 업무시간 분담과 수당이 지급되고 있었다. 이에 사용자는 노동조합이 초과 근로를 정규 근로자들에게 주기에 앞서 초과 근로자들을 찾는 성실한 노동력을 다하고 있었는지에 대하여 의문을 가졌다. 새로운 단체협약을 위한 협의를 하는 동안, 사용자는 이러한 위탁 시스템에 대하여 노동조합으로부터 정보를 요청하였고, 노동조합은 공개를 거부하였다. 사용자는 그 때 제8조(b)(3) 위반을 주장하며 청구를 제기하였다.(Local 13, Detroit newspaper Printing & Graphic Communications Union., 233 N.L.R.B No.144 (1977))

¹⁰⁾ Local 13, Detroit newspaper Printing & Graphic Communications Union., 233 N.L.R.B No.144 (1977).

¹¹⁾ Local 13, Detroit newspaper Printing & Graphic Communications Union v. NLRB, 598 F.2d 267 (D.C. Cir., 1979).

사용자의 정보제공의무는 정보없이 노동조합이 교섭담당자로서 제정법상의 의무를 수행할 수 없기 때문에 제정법상 명문의 규정이 없음에도 불구하고 인정되는 것이다. 이렇듯, 정보는 장래 단체협약 체결을 위한 단체교섭에서 근로자들을 대표하기 위하여 필요하고 또한 효력발생 중인 단체협약의 이행 여부를 관리하기 위하여 노동조합에 제공되어야 한다.

대개 단체협약은 유효기간 동안 적절한 정보를 공개할 것을 요구하는 조항을 가지고 있는 것이 일반적이지만, 그럼에도 불구하고 정보제공의무는 당사자들간에 어떠한 합의가 있어도 독립적으로 존재하는 제정법상의 의무이다. 요구받고 관련성있는 정보의 제공에 대한 거절은 교섭의무의 당연위반인지 아니면 단순한 성실의 결여의 한 증거에 불과한지 문제된다. NLRB와 대부분의 항소법원은 사용자의 정보제공의 거절이 동 법의 본질적 위반이 된다고 결정하고 있지만 연방대법원의 태도는 명확하지 않다고 한다.¹²⁾

3. 정보제공의무의 발생 기간

NLRB v. Acme Industrial Co. 사건에서, 연방대법원은 사용자의 정보제공의무는 “단체교섭의 기간을 넘어 확장되고, 단체협약기간 동안의 노사관계에도 적용된다.”고 판시하였다.¹³⁾ 따라서, 법원은 노조에 의해 제기된 고충처리와 관련된 특정 정보의 공개도 인정하였다. NLRB v. Acme Industrial Co. 사건은 단체협약의 관리와 집행에 관한 노력의 차원에서 노동조합에 대한 적절한 정보 제공의 중요성을 강조하였다.

협약 기간 동안 정보에 대한 공통된 요구는 고충처리와 관련된 정보에 관한 것이다. 고충처리에 관한 관련 정보는 노동조합이 고충처리 과정상의 초기 단계에서 무익한 신청을 제거하고 집중과 선택에 의해서 중재를 준비할 수 있는 판단의 근거가 될 수 있다. 그러므로 고충처리에 관한 사용자의 정보제공의무는 노동조합이 중재를 요구한 경우에도 끝나지 않는다.¹⁴⁾

IV. 정보제공의무의 발생요건

NLRB는 요구에 의하여 교섭할 동안 관련 주제에 대해 이해하고 이성적으로 토론할 수 있도록 충분한 정보를 노동조합에 제공할 사용자의 의무는 성실교섭의무의 내용이 된다고 하였다. 그 의무가 상호적임에도 불구하고 요구받은 정보의 대부분이 사용자에게서부터 노동조합

¹²⁾ John E. Higgins, Jr.(Ed-in-Chief), 앞의 책, 923-924면.

¹³⁾ NLRB v. Acme Industrial Co., 385 U.S. 432 (1967).

¹⁴⁾ John E. Higgins, Jr.(Ed-in-Chief), 앞의 책, 922면.

에게로 제공되리라는 것이 본질적인 제정법의 의도라고 할 것이다. 따라서 대부분의 판례들은 단체교섭 절차 또는 단체협약의 집행 단계에서 노동조합이 요구한 정보 제공에 대한 사용자의 거부와 관계된 것들이다. 우선은 사용자들의 정보제공의무를 중심으로 그 요건을 살펴보도록 한다.

1. 주체 - 교섭 당사자로서의 노동조합

사용자의 성실교섭의무는 NLRA 제9조에 의한 단체교섭의 대표자에 대해서만 부담하는 의무이기 때문에, 정보제공을 요구하는 노동조합은 동법에 의한 정당한 교섭대표로서의 노동조합이어야 한다.¹⁵⁾ 즉, 승인된 노조여야만 한다.

2. 정보제공의 요구

사용자가 교섭 대표에게 정보를 제공할 의무는 노동조합이 정보가 제공될 것을 요구할 때까지는 발생하지 않는다.¹⁶⁾ 정보제공요구는 필요하고 관련된 정보에 대해 성실하게 요청하여야 한다. 정보제공의 요구는 최소한 하나의 필요에 대한 이유가 정당화될 수 있어야 충족된다. 불성실한 필요는 거부될 수 있다.

가. 관련성

1) 관련성 내지 필요성¹⁷⁾

요구된 정보는 근로자들의 대표로서 활동하는 노동조합과 사용자와의 관계를 고려하여 적절한 내용의 정보여야 한다. 요구가 정보를 특정하여 하지 아니하고 일반적으로 하였다면, 사용자는 요구된 정보의 주요한 적절성을 결정할 권리를 가진다. NLRB와 법원은 정보의 적절성에 대한 정의를 정립하였다. 이는 단지 정보가 직접적으로 교섭의 대표로서의 노동조합의 기능에 관련이 있는 것과 정보가 이러한 기능의 행사를 위하여 합리적으로 필요할 것을 요구하였다.

¹⁵⁾ Jeffrey I. Pasek·Chares J. Kawas,·Cozen O'Connor, 앞의 글, 2면.

¹⁶⁾ NLRB v. Boston Herald Traveler Corp., 210 F.2d 134 (1st Cir. 1954).

¹⁷⁾ 관련성 요건과 필요성 요건과의 관계에 대해서 (i) 관련성 외에도 필요성이 별도로 충족해야 한다는 견해 (ii) 필요성은 별도의 충족 요건이 아니라는 견해 (iii) 관련성 요건은 정확한 기준이 되지 않으므로 필요성 요건으로 해석하여야 한다는 견해 등이 대립한다고 한다. (이철수(1994), 앞의 글, 124면.) 본 논문에서는 관련성 이외에도 별도의 필요성 요건을 충족하여야 하는 것은 아니라고 하여 이를 명시적으로 부정한 판례(Curtiss-Wirght Corp., Wright Aeronautical Division v. NLRB, 347 F.2d 69 (3d Cir. 1965) 가 있으므로 필요성 요건을 별도로 보지 않고 관련성에 포함시켜 서술하였다.

관련성과 필요성과 같은 무정형의 기준들을 분석하면서, NLRB는 “각각의 경우에 NLRB는 요구받은 정보의 관련성, 그리고 관련이 있다면 그것이 충분히 중요한지 또는 그것을 생산하도록 다른 당사자의 제정법상의 의무를 풀어낼 필요가 있는지를 결정해야 한다고 판결하였다.¹⁸⁾

2) 관련성의 추정

일정한 범주의 정보는 관련성이 추정된다. 예를 들어 임금, 근로시간, 기타 근로조건과 같이 의무적 교섭사항과 직접 관련된 사항들이다. 이러한 범주의 정보는 노동조합이 정보의 관련성을 사용자에게 입증할 필요없이 NLRB와 법원은 관련성을 추정한다. 즉, 사용자가 관련성 없음을 입증하여야 한다.

NLRB는 임금과 관련있는 정보는 접근할 수 있어야 한다고 하면서 ”협상이나 협약의 이행과 즉각적인 관련이 없거나 특정한 교섭 이슈와 정확한 관련성이 없더라도 노동조합에 의해서 대표되는 근로자들의 고용 조건에 관한 정보는 추정적으로 적절하고 필요하다.“고 하였다.¹⁹⁾

NLRB v. CJC Holdings, Inc. 판결에서 제5항소법원은 노동조합은 근로자들과 연락할 다양한 수단을 가지고 있기 때문에 공지문을 발송하도록 사용자에게 허락된 근로자들의 주소를 공개할 필요가 없다는 사용자의 주장을 기각하였다. 법원은 근로자들의 주소는 아주 기본적인 것으로 노동조합이 자신이 대표하는 근로자들과 소통할 수 있는 능력과 관련성이 아주 깊기 때문에 노동조합은 별도의 관련성에 대하여 입증할 필요가 없다고 하였다.²⁰⁾

나. 균형성²¹⁾

노동조합의 사용자에게 대한 요구는 합리적이어야 한다. 법원이나 위원회는 비록 관련성이 있다하더라도 노동조합의 정보제공요구로 인해 사용자에게 과하여지는 부담을 비교형량하지 않을 수 없다.²²⁾ 따라서 사용자가 자료를 수집하여 정보를 생산하는데 지나친 부담이 가하여지면 노동조합의 정보제공요구는 부인될 수 있다.

NLRB v. Wachter Construction 사건에서, 제8항소법원은 사용자가 도로포장 작업의 하청

18) White-Westinghouse Corp., Columbus Prods. Co. Div., 259 N.L.R.B 220 (1981).

19) Dyncop/Dynair Servs., 322 N.L.R.B 602 (1996).

20) NLRB v. CJC Holdings, Inc., 97 F.3d 114 (5th cir., 1996).

21) 정보의 요구는 상대방에 대해서 지나친 부담이 돼서는 안되고 합리적이어야 하는데, 결국은 이를 판단하기 위해서는 정보수집과 제공으로 인하여 부담하는 사용자의 비용과 정보를 통해서 얻는 노동조합의 이익을 형량평가해야 하기 때문에 ‘균형성’이라고 본 논문에서 표현하였다.

22) Jeffrey I. Pasek·Chares J. Kawas,·Cozen O'Connor, 앞의 글, 5면.

계약에 관한 정보를 노동조합에 제공하지 않은 것은 NLRA 제8조(5)를 위반하였다고 한 NLRB의 결정을 기각하였다. 법원은 정보에 대한 노동조합의 요구는 단지 사용자를 괴롭히려는 불성실한 의도로 행해진 것이라고 판단하였다.²³⁾

다. 요구 방법

요구는 문서로 할 필요는 없고 또한 그 요청을 반복할 필요도 없다. 그러나 요구가 적절하지 않은 사용자의 관리자에게 대해서 이루어지고 다시 요구하지 않은 경우에 NLRB는 요구 받은 정보를 제공하지 않은 것을 사용자의 부당노동행위라고 보지 않았다. 또한 NLRB는 사용자가 요구받은 정보를 제공하기 위해 회합을 가졌으나 당해 모임에 노동조합이 참석하지 않은 경우에는 위반이 아니라고 하였다.²⁴⁾

라. 특정 정도

사용자에 대한 노동조합의 정보제공 요구는 명료하여야 하지만, 반드시 정밀하여야 하는 것은 아니다.²⁵⁾ Azabu USA(Kona) Co. 결정에서, NLRB는 노동조합이 모호한 요구를 하였기 때문에 정보제공을 거부한 것은 정당한 이유가 된다는 사용자의 주장을 받아들이지 아니하였다.²⁶⁾ 사용자는 노동조합에 대하여 보다 명확하게 요구할 것을 요청할 수 있다. 요구가 약간 모호하더라도 사용자는 노동조합의 요구로부터 명확성을 찾아내려고 노력해야 한다.

요구의 특정성은 요청되는 정보의 관련성에 따라 정도의 차이가 발생할 수 있다. 정보가 교섭단위 근로자와 관계되고 관련성이 추정되는 경우라면, 그러하지 아니한 정보를 요구하는 경우보다 특정성의 정도가 완화될 수 있을 것이다.

V. 정보제공의무에 대한 방어

1. 방어방법의 종류

노동조합이 관련성있는 정보에 대하여 갖는 이익이 언제나 공개에 의해서 영향을 받는 사용자나 제3자의 합법적인 이익에 앞서는 것은 아니다. 연방대법원은 정보공개와 관련한 “절대

²³⁾ NLRB v. Wachter Construction., 23 F.3d 1378 (8th Cir. 1994)는 성실성이 없는 요구의 경우로 파악하기도 한다.

²⁴⁾ NLRB v. Wachter Construction., 23 F.3d 1378 (8th Cir. 1994)

²⁵⁾ 이철수, “미국과 영국에서의 사용자의 정보제공의무, 『노동법연구』 제4호, 서울대학교노동법연구회, 1994, 123면.

²⁶⁾ Azabu USA(Kona) Co., 298 N.L.R.B 702 (1990).

적인 룰”의 존재를 부인하면서, 고충처리절차를 위해서 정보가 필요하다는 노동조합의 단순한 주장만으로 자동적으로 사용자에게 요구받은 모든 정보를 제공해야 할 의무가 인정되는 것은 아니며, 정보에 대한 노동조합의 필요와 사용자의 합법적이고 실제적인 비밀유지의 이익간 형량이 필요하다고 하였다.²⁷⁾

노동조합의 정보제공요구에 대한 사용자의 방어방법으로서 위에서 언급한 바와 같이 비밀성 유지의 이익을 주장하여 이익형량에 의하여 정보제공의무의 면제를 주장하는 방법, 정보는 공개하되 정보이용을 제한하는 방법, 노동조합이 정보제공의무를 이미 포기했다고 주장하는 방법 등이 있다.

2. 이익형량에 의한 정보제공의무의 면제

사용자가 단순히 정보의 관련성을 부인하는 것으로 부족하고, 비밀성 유지의 이익을 주장하여야 하는데, 아래와 같은 사항들이 있다.²⁸⁾

- (i) 개인의 진료 결과와 같이 고도의 개인적인 정보로서 비밀유지가 약속되었거나 그에 대한 합리적인 기대를 가지게 되는 것
- (ii) 거래상 비밀과 같이 실제적인 재산상의 정보
- (iii) 증인의 신상과 같이 공개될 경우 불이익이나 보복을 초래할 수 있다는 것이 합리적으로 예상되는 것
- (iv) 계류 중인 소송 준비 자료와 같이 전통적으로 특권적인 정보

3. 정보 이용의 제한

단순히 비밀노출의 우려만으로는 관련 정보를 제공할 사용자의 의무가 면제되기는 어렵다. 그러나 사용자는 정보 이용에 대하여 합리적인 제한을 부과하거나 정보제공에 조건을 다는 방법을 제안함으로써 비밀노출우려와 정보제공의무 이행 사이에 조화를 꾀할 수 있다. East Tennessee Baptist Hosp. v. NLRB 사건에서 법원은 사용자가 노동조합에 있어 비조합원의 비밀 정보를 보호하면서 계약들이 공평하게 적용되고 있는지를 확인하도록 한 것은 합리적인 대안의 제시라고 하였다.²⁹⁾

²⁷⁾ Detroit Edison Corp. v. NLRB, 440 U.S. 301 (1979).

²⁸⁾ Jeffrey I. Pasek·Chares J. Kawas,·Cozen O'Connor, 앞의 글, 9면.

²⁹⁾ East Tennessee Baptist Hosp. v. NLRB, 6 F.3d 1139 (6th Cir. 1993). 이 사건에서 노동조합은 조합원과 비조합원이 평등하게 취급받고 있는지를 확인하기 위하여 비조합원의 임금과 출근정보를 요

4. 포기

사용자는 노동조합에게 인정된 제정법상의 권리를 노동조합이 적법하게 포기한 경우에는 그것을 이유로 정보제공을 거부할 수 있다. 그러나 포기로 인정되는 경우는 매우 드물다고 하는데, 포기는 ‘명백하고 착오없을 것’을 요구하고 그 입증이 매우 엄격하게 제한되기 때문이라고 한다.³⁰⁾

VI. 우리나라에의 시사점

1. 정보제공의무의 법리의 구체화

미국은 명문으로 정보제공의무를 명시하고 있지 않음에도 불구하고 성실교섭의무의 당연 내용으로 인정하고 있고, 판례는 정보제공의무와 관련하여 구체적인 법리를 제시하고 있다. 우리나라의 경우에는 학설상 당연히 정보제공의무를 성실교섭의무의 한 내용으로 인정하고 있고, 행정법원 판례도 노조법 제30조에서 노동조합이 부담하는 정보제공의무의 근거를 찾고 있긴 하지만, 아직까지 그 법리가 구체화되지 못하고 있다. 향후 법리의 구체화가 필요한 영역이다.

2. 노사협의회에서의 정보제공과의 관계

미국과 달리 우리나라는 근참법에서 노사협의회 제도를 규정하고 있고 근로자의 경영참가에 따른 정보공유를 예정하고 있기 때문에, 단체교섭에 있어서 정보제공의무 법리와의 통일적 해석이 필요하다. 노사간 정보제공을 통한 신뢰의 유지·강화라는 측면에서 살펴보자면, 정보공유는 상시적일 것이 필요하므로 노사협의회와 단체교섭을 아우르는 상시적인 정보공유체계 구축 차원에서 바라볼 필요가 있다.

제3장 우리나라의 정보제공의무

정보제공의무와 관련하여 우리나라에서는 성실교섭의무에 속한 내용으로서 정보제공의무를

구하였다.

³⁰⁾ 이철수, 앞의 글 154면.

다루고 있기는 하지만, 정보제공의무의 근거, 요건, 위반의 효과 등에 관한 자세하고 구체적인 논의는 발견할 수 없었다. 단편적인 언급만이 있을 뿐이었다. 다만 외국의 논의상황을 소개한 논문은 발견할 수 있었다.³¹⁾ 판례도 축적되지 않은 상황으로 다만 부분적으로 이를 언급한 행정법원 판결을 발견할 수 있었다.³²⁾

이와 달리 노동법 외의 다른 법분야에서 정보제공의무에 관한 논의는 다소 발견된다. 민법의 경우에 있어서도 비록 명문의 규정이 없지만 계약교섭단계에서의 정보제공의무에 관하여 논의가 활발해지고 있고, 민사특별법 분야에서는 명문으로 정보제공의무를 규정한 경우를 찾을 수 있다. 예를 들어 할부거래법, 방문판매법, 전자상거래소비자보호법, 여신전문금융업법, 보증인보호를 위한 특별법, 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 등이 명문으로 정보제공의무를 규정한 경우이다.

따라서, 앞서 살펴본 미국의 경우와 민법에서 논의되고 있는 정보제공의무, 즉 계약교섭단계에서의 정보제공의무의 논의와 문제의식들을 감안하여 논의를 진행하고자 한다. 물론 발견된 행정법원 판결례 그리고 단편적인 언급들도 모두 고려하고자 한다. 비교법적 한계를 고려할 때 앞서 살펴본 미국의 논의는 우리나라의 정보제공의무를 논할 때 어떠한 체계와 틀이 필요한지를 시사해 주는 역할을 주로 담당할 것이다. 그리고 민법에서의 논의는 민법에 대한 노동법의 독자성과 특수성에 고려하여 취사선택과 수정이 필요함에 유념하고자 한다.³³⁾

I. 정보제공의무 논의를 위한 사전 검토 사항

1. 민법상의 계약교섭과정에서 정보제공의무

가. 인정 근거

1) 실질적 계약 자유의 실현

민법의 경우 교섭단계에서의 정보제공의무는 사적자치, 계약자유 원칙에 입각하여 개인에게 자기결정의 자유를 부여하면서 동시에 자기 책임을 묻고 있기 때문에 계약체결에 필요한 제반의 인식·정보도 타인의 후원없이 스스로 갖추도록 하는 자기정보책무를 원칙으로 본다. 그럼에도 불구하고 자기정보책무에 대한 예외로서 정보제공의무를 인정하는 까닭은 계약자유,

31) 이철수, 앞의 글.

32) 서울행법 2008.4.3. 선고 2007구합31560 판결이 그것이다.

33) “우리의 법제에서도 미국식의 성실교섭의무 법리가 그대로 통용될 수 있는지에 관해서도 논란의 여지가 있을 뿐만 아니라 배타적 교섭대표제가 채택되지 않는 상황에서 정보제공거부를 성실교섭의 당연위반으로 평가할 수 있는지에 관해서도 좀 더 면밀한 검토가 필요”하다고 본다.(이철수, 앞의 글, 118면)

자기결정의 전제인 인식이나 정보는 거래당사자 사이에서 불균형하게 나누어져 있으며, 이에 따라 합리적이어서 할 개인의 계약의사도 불충분한 인식에 따라 왜곡될 수 밖에 없기 때문이라고 한다.³⁴⁾ 결국 실질적 계약자유 실현 및 교섭당사자의 정보제공에 대한 정당한 기대가 인정 이유가 된다.³⁵⁾

2) 계약 정의의 실현

계약법의 기본적 패러다임을 “자율 패러다임”으로 보면서 그 작동전제로서 “정보의 토대”, “인지와 판단의 토대”, “협상력의 토대”를 들고 있는 견해가 있다.³⁶⁾ 이 견해에 따르면 정보의 비대칭이 자율 패러다임의 정당성을 약화시킨다고 파악할 수 있다. 계약법의 기본이 되는 자율 패러다임의 정당성 문제는 곧 계약 정의의 문제로 환원될 수 있다. 계약 정의의 실현 차원에서 정보제공의무는 실질적 계약자유를 촉진할 뿐 아니라 형식적 계약 정의를 보장하는 데에도 적합하다고 한다.³⁷⁾

나. 법적 근거

민법의 경우 계약과정에서의 정보제공에 관한 명문의 규정이 없다. 따라서 민법 제2조의 신의칙을 그 근거로 본다. 민법 제2조의 신의칙은 그 문언상으로 볼 때 권리, 의무의 발생을 당연한 전제로 하고 있다. 그럼에도 불구하고, 권리의무의 발생 전 단계인 계약의 성립 이전 단계에 있어서도 적용됨으로써 정보제공의무의 발생근거가 될 수 있다고 한다.³⁸⁾ 그러나 민법

34) 김상중, “계약체결 이전 단계의 정보제공의무-외국 입법례와 비교에 의한 규정 신설의 제안을 중심으로”, 『고려법학 제56호』, 고려대학교 법학연구원, 2010, 20면.

35) 김상중, 위의 글, 22면.

36) 권영준, “계약법의 사상적 기초와 그 시사점-자율과 후견의 관점에서-”, 『저스티스』 제124호, 2011, 174면.

37) 계약정의의 발현으로서의 급부의 등가성은 법질서가 실질적 내용적 기준을 가지고 당사자의 의사에 관계없이 급부와 반대급부의 균형을 결정할 수 있는 실질적 객관적 등가성과, 양 당사자가 합의한 급부와 반대급부의 균형을 정당한 것으로 법질서가 승인하는 형식적 주관적 등가성으로 구분된다고 한다. 전자는 일정한 내용적 기준에 의한 실질적 계약정의를 의미하는 데 반하여, 후자는 합의라고 하는 절차의 결과를 승인하는 형식적 계약정의를 의미한다고 한다. (박인환, “계약체결과정에 있어서의 정보제공의무-독일에서의 논의를 계기로 하여”, 서울대학교 법학박사학위논문, 2004, 293면.)

38) 계약전의 신의 성실에 관하여는 우리의 판례나 학설은 아직 구체적인 논의를 하고 있지 않지만, 불란서의 다수의 학설과 판례는 계약체결단계에 있어서도 신의성실을 요구하고 있다고 한다. 그러면서 우리 민법에 있어서도 신의성실의 원칙을 단순히 계약상의 의무를 이행하는 단계에서만 인정되는 것으로 국한시킬 것이 아니라, 계약체결을 목적으로 하여 준비, 교섭단계에 들어 갈 때부터 계약관계 종료후의 단계에까지 인정된다고 보는 것이 타당할 것이라고 한다. (최상호, “계약상의 정보제공의무에 관한 연구-사기와 착오법리의 적용관계를 중심으로-”, 『법학논고』 제9집, 경북대학교 법학연구소, 1993, 68면) ; 김상중, 앞의 글, 32면도 신의성실원칙이 정보제공의무의 근거가 될 수 있다고 한다.

제2조의 신의칙을 그 근거로 둘 경우에 일반규정으로 도피 현상이 일어날 수 있으므로 이를 방지하고 정보제공의무에 있어서 실질적인 판단기준을 명확히 제시해 줄 필요가 있다는 점에서 입법의 필요성도 제기된다.

다. 정보제공의무를 인정할 만한 특별한 사정

정보제공의무의 발생요건으로 이를 인정할 만한 특별한 사정이 있어야 되는데, 이 경우에는 “계약의 성질 내지 유형”, “당사자 사이의 관계”, “정보의 중요성 및 취득가능성” 등을 고려해야 한다고 한다. 위 세가지에 대해 간략히 살펴보면 다음과 같다.³⁹⁾

첫째, 계약의 성질 또는 유형을 고려할 필요가 있다. 이를테면 매매와 교환과 같이 계약내용이 서로 대립하는 이해관계를 갖는 유형인지 아니면 위임, 조합과 같이 타인 또는 공동의 이익실현을 내용으로 하는 유형인지를 구별할 필요가 있다고 한다. 후자라면 정보제공의무가 발생될 가능성이 더 높을 것이다.

둘째, 당사자 사이의 관계를 고려할 필요가 있다. 당사자 사이의 정보적 불균형, 즉 당사자 일방이 해당 정보를 구할 수 없거나 쉽게 취득할 수 없다면 보호의 필요성이 많아질 것이다.

셋째, 제공할 정보의 대상, 즉 중요성, 취득가능성 등을 고려할 필요가 있다. 이를테면 “의사결정에 영향을 줄 수 있는 중요한 사정”이 그것이다. 정보취득비용도 참작한다.

라. 정보제공의무 위반의 법률효과

1) 손해배상의 청구

먼저 손해배상의 청구를 생각해 볼 수 있다. 이때 손해배상의 내용은 의무위반에 따라 원치 않은 계약체결로 이끌린 것 자체가 손해로 되므로 대체로 그러한 내용의 계약체결이 없었더라면 있었을 상태로의 재산적 회복을 말한다.⁴⁰⁾ 상대방이 계약의 중요한 요소에 대하여 정보제공의무에 근거하여 표의자에게 알리었다면 표의자가 착오에 빠지지 않았을 것이라는 관계에 있으면, 정보제공의무를 위반함에 과실이 있었다고 볼 수 있는 경우, 표의자는 상대방에 대하여 손해배상을 청구할 수 있다는 견해가 있다.⁴¹⁾

2) 이행거절권의 발생

중대한 정보제공의무 위반에 대하여는 체결된 계약에 기하여 상대방이 그 이행을 청구하는

39) “계약의 성질 내지 유형”, “당사자 사이의 관계”, “정보의 중요성 및 취득가능성”에 관한 내용은 김상중, 앞의 글, 23-24면을 정리하여 소개하였다.

40) 김상중, 앞의 글, 27면.

41) 최상호, 앞의 글, 79면.

경우에는 신의칙 내지 권리남용을 이유로 하는 이행거절권의 발생을 고려할 수 있다.

3) 민법 제109조 착오를 이유로 한 취소

착오자의 상대방에게 정보제공의무가 있음에도 상대방이 이를 위반한 경우에는, 착오자에게 중대부분의 착오가 있다는 것을 쉽게 인정할 수 있고, 상대방이 정보제공의무를 부담하고 있다는 것만으로 착오자의 착오가 허용되기 어려운 것이 아니라는 것이 증명될 수 있다는 견해가 있다.⁴²⁾ 이 견해에 따르면 상대방에게 정보제공의무가 인정되고 상대방이 이를 위반하면 비록 표의자에게 중대한 과실이 있다고 하더라도 표의자는 그 의사표시를 취소할 수 있다고 본다.

4) 민법 제110조 사기를 이유로 한 취소

민법 제110조에 의하여 사기로서 취소할 수 있을지가 문제되는데, 현대의 계약은 그 내용이 복잡하고 전문화되어 일반소비자들이 정보의 부족에 따라 매우 불리한 입장에 놓이게 되므로 정보제공의무의 존재를 인정하고 이 의무의 불이행은 사기에 의한 의사표시에 해당한다고 보는 견해가 있다.⁴³⁾

마. 노사관계에 있어서의 정보제공의무에 관한 시사점

민법에서 논의되고 있는 정보제공의무는 계약체결과정을 살펴본다 그 특수한 상황이 인정될 때 일방 당사자에게 부과된다. 노사관계에서는 정보제공을 “요구”하는 경우에 이를 상대방이 거절하는 경우가 주로 문제된다. 즉 민법에 있어서 상대방의 “요구” 자체는 정보제공의무의 발생요건이 아니다. 민법에서 주로 논의를 하고 있는 사항은 정보제공의무가 일방에게 발생된 경우에 이를 위반하여 정보를 제공하지 아니하거나 잘못된 정보를 제공하는 경우이다. 특히 민법의 계약체결과정상에 있어서의 정보제공의무는 계약체결 과정상의 문제에 초점을 맞추기보다는 이미 체결된 계약과 관련하여 문제를 제기한다. 즉, 정보를 제공받지 못하거나 잘못된 정보에 기해서 계약을 체결한 경우 그에 의해 발생한 손해를 어떻게 배상할 것인가와 계약의 효과를 어떻게 처리할 것이냐가 그것이다.

이에 비해 노동법에서는 주로 단체교섭 과정상 정보의 요구에 대하여 정보제공을 거절하는 경우가 주로 문제되고 교섭과정상의 정보의 확보가 가장 관건이 된다. 그러나 민법에서 논의하고 있듯이, 단체교섭에 있어서도 잘못된 정보에 의하여 단체협약이 체결될 수 있으므로 그

42) 최상호, 앞의 글 77-78면.

43) 최상호, 앞의 글, 73-74면.

단체협약의 효과를 어떻게 처리하여야 하는지가 문제될 여지가 있다. 검토해야 할 사항이다.

2. 관련 판례의 분석 - 서울행법 2008.4.3. 선고 2007구합 판결 분석

가. 사건 개요⁴⁴⁾

당해 사건은 원고(회사)가 (i) 입사시 학력을 허위 기재(이른바 위장취업)하고 (ii) 근무 중에 복무규율을 위반하였다는 이유로 참가인(근로자)를 해고하였고, 중앙노동위원회에서 부당해고의 재심판정을 내리자 이에 불복하여 중앙노동위원회 위원장을 피고로 재심판정취소의 소를 제기한 사안이다.

나. 판시사항

이에 법원은 (i)의 사항과 (ii)의 사항에 대해서 판단하였다. 본 논문에서는 (i)에 대한 법원의 판단은 정보제공의무와 관련이 없으므로 자세한 논의는 생략하고 (ii)의 경우에 있어 법원의 판결 내용을 살펴보고자 한다. 사안에서 (i)의 사항에 대하여 법원은 “징계해고를 할 정도로 중대한 경력사실에 해당하지 아니한다.”고 판단하였다. 그리고 (ii)의 복무규율위반에 관하여 법원은 다음과 같이 판단하였다.(번호 및 밑줄을 필자가 붙인 것이다)

(가) 이 사건 노조는 전국의 금속산업 관련 근로자를 조직 대상으로 하는 초기업별 노동조합이므로, 원고 회사에 소속된 근로자 중 2인 이상(1인인 경우에는 단체성을 갖추지 못하여 근로조건에 관한 단체교섭을 할 수 없다고 보아야 할 것이다)이 이 사건 노조의 조합원으로 가입한 경우에 한하여 원고에 대한 정당한 단체교섭 주체가 될 수 있다.

(나) 이 사건 ①노조는 원고에 대하여 정당한 단체교섭의 주체가 된다는 점을 먼저 입증한 이후에 원고에게 단체교섭을 요청할 수 있다. 한편, 원고로서는 ②노조원이 근로자 집단에서 차지하는 비중에 따라 단체협약의 내용이 경영여건에 주는 영향이 달라지므로 노조원이 근로자 집단에서 차지하는 비중을 알아야만 단체교섭에서 교섭대상이 되는 근로조건을 결정할 수 있을 것이어서, 원고는 이 사건 노조에게 원고 회사 근로자 중 이 사건 노조에 가입한 ③조합원명단의 제출을 요청할 수 있고, 이 사건 ④노조는 ⑤성실교섭의무(노동조합 및 노동관계조정법 제30조)의 한 내용으로서 원고에게 단체교섭에 필요한 ⑥설명을 하거나 관련자료를 제공할 의무가 있다.

다. 분석

위 판결례를 살펴보면 개략적이지만 정보제공의무에 관한 근거, 요건, 의무의 주체, 내용

⁴⁴⁾ 서울행법 2008.4.3. 선고 2007구합 판결은 항소, 상고되었지만, 서울고법 2009.1.8. 선고 2008누10999 판결과 대법원 2009.5.28. 선고 2009두2382 판결에서 그대로 유지되었다.

등을 담고 있다.

첫째, 정보제공의무의 근거가 무엇이나 하는 것이다. ⑤에서 언급하고 있듯이 정보제공의무는 노조법 제30조 성실교섭의무의 한 내용으로 보고 있으므로 성실교섭의무가 그 직접적 근거가 된다. 이 경우 민법에서 있어서 신의성실의 원칙에서 법률적 근거를 찾는 것과 대비된다. 사안의 경우 단체교섭 기간 중이 아니라 그 직전, 즉 노동조합의 단체교섭권을 확인하기 위하여 노동조합의 정보제공의무가 문제되었던 사안이었다. 즉 정당한 권리행사를 위해서 민법상의 신의칙상 정보제공이 요구되었다고 판단할 수 있는 사항이었다. 그러나 명시적으로 노조법 제30조에서 그 근거를 찾고 있다는데 의의가 있다.

둘째, 정보제공의무의 요건과 관련하여서는 ①, ②와 ③을 들 수 있다. 미국의 경우에서 살펴보면, 정보제공의무의 발생요건 중의 하나인 주체(노동조합 내지는 사용자)의 요구가 필요한데, 요구의 인정요건으로 요청이 있을 것, 관련성, 균형성, 요구방법 및 특정정도를 들 수 있다. 특히 관련성이 중요한데, 동 판결례에서도 역시 요청이 있을 것과 관련성을 검토하였다고 볼 수 있다. ③에서는 사용자가 노동조합에 대해 “요청”할 수 있다는 점을 적시하고 있다. 또 다른 요건인 관련성에 대해서는 ①에서 노조는 초기업별 노동조합이므로 단체교섭의 정당한 주체성을 인정받기 위해서는 회사에 소속된 근로자 중 2인 이상이 노동조합의 조합원이라는 사실을 입증하여야 한다는 점에서 관련성이 있음을 밝혔고, 또한 ②에서는 노조원이 근로자 집단에서 차지하는 비중을 알아야 단체교섭의 교섭대상이 되는 근로조건을 결정할 수 있기 때문에 필요하다는 “필요성”을 인정하였다.

셋째, 의무의 주체와 관련하여 동 사안은 특이하게도 노동조합의 사용자에 대한 정보제공의무를 인정하고 있다. ④는 노동조합이 정보제공의무의 주체가 됨을 실시하고 있다. 그러나 대개는 사용자의 노동조합에 대한 정보제공의무가 많이 문제될 것이다. 예를 들면 회사의 재정 상황 등이 그것이다.

넷째, 정보제공의무의 내용과 관련하여 정보의 제공에 한정하는 것이 아니라 필요한 경우에 ⑥에서 언급한 것처럼, 상대방에게 설명을 해주는 것도 포함한다.

다섯째, 정보제공의무의 발생 기간이다. 정보제공의무를 단체교섭 기간 중에 한정하지 아니하고 필요하다면 노동조합의 단체교섭권을 확인하는 시점, 즉 단체교섭 기간 전에도 인정하였다는 점이 판결을 통해 나타난다. 교섭의 실재를 보면 단체교섭과 관련하여 정보제공의무가 문제되는 경우는 크게 두가지의 경우이다. 하나는 교섭 전 준비단계에서 노동조합이 요구안을 작성하는 경우이고 다른 하나는 사용자가 노동조합의 요구안에 대하여 자신의 교섭안을 제시하는 경우에 이에 대한 설명 및 정보제공이 문제는 경우이다.

라. 판결례의 비판적 검토

1) 정보제공의무의 범위

정보제공의무의 범위의 문제이다. 사안에서는 노동조합이 초기업별 노동조합이므로 당해 조합원이 사용자의 종업원인지에 대한 정확한 확인과 최소한 지회로서 단체성이 인정되기 위한 최소요건으로서 2명 이상인지 여부에 대한 확인이 필요하다. 따라서 이를 위해 조합원명단의 제출을 요구하였고 법원은 이를 인정한 듯하다.

그러나 노조법 제81조 제1호에서 사용자의 부당노동행위의 대표적 유형의 하나로 불이익취급을 규정하고 있는 것이 반증하는 것처럼, 사용자는 노동조합의 조합원임을 이유로 불이익한 취급을 할 우려가 있다. 그래서 이에 대해 조합원인 근로자가 원천적으로 불이익취급을 받지 않기 위하여 사용자에게 자신이 조합원임을 알리길 원하지 않는 경우가 있을 수 있다. 그렇다면 당해 사안의 경우에는 전체 조합원명부를 요구하는 것은 정보제공요구에 있어서 지나친 감이 있다. 사용자는 조합원이 2이상이지만 확인하고, 조합원이 몇 명인지 그 수만 알면 족하고 굳이 모든 조합원의 명단, 즉 조합원 여부의 신원을 확인할 수 있는 전체 명부의 요구는 불필요하다. 이렇게 볼 때, 사용자가 전체 명단을 요구하였다도 노동조합은 합리적인 범위에서 이를 조정하여 내부적으로 개별적 동의를 얻은 조합원 2명의 명단과 회사의 종업원인 노조원의 수만 알려주는 것으로 족하다고 생각한다. 물론 교섭이 타결된 후에는 임금지급 등의 문제로 전체 명단이 필요할 수 있으나 일단은 개별 노조원의 보호를 위해서 교섭단계에서는 필요최소한의 정보제공이면 충분하다고 생각된다.

2) 정보제공의무 위반시 처리

당해 사안은 근로자 개인의 해고와 관련하여 정당한 사유가 있느냐는 개별적 근로관계의 분쟁사안이다. 이를 검토하기 위하여 사용자에게 노동조합이 지는 정보제공의무가 방론적으로 검토된 것에 불과하다. 사안에서 사용자는 노동조합에 조합원 명단을 요구했으나 이에 대하여 노동조합이 정보를 제공하지 않아 근로자의 행위가 근로3권의 행위로서 인정받지 못하게 되었다. 즉 정보제공의무의 위반으로 인한 불이익이 노동조합 내지는 노동조합의 구성원에게 돌아가는 경우이다. 정보제공의무 위반의 경우 그 처리는 어떻게 해야 할 것인지에 대해서 당해 판결례의 경우는 전형적인 사안이 아니었으므로, 향후 판결례의 축적을 기다릴 필요가 있다.

특히 사용자의 경우와 노동조합의 경우 정보제공의무위반의 효과가 달라질 수 있다. 노동조합의 경우는 그 근거를 노조법 제30조의 성실교섭의무로 보고 있지만, 사용자의 경우 성실교섭의무 위반의 경우 부당노동행위가 성립할 수 있기 때문이다.

II. 정보제공의무의 법적 근거와 요건

1. 법적 근거

사용자는 교섭사항과 관련하여 노동조합측에 필요한 설명을 하거나 관련자료를 제공하여야 한다. 이것이 이른바 설명의무와 자료제공의무이다. 사용자는 단체교섭에서 자신의 입장을 양보할 의무는 없지만, 필요한 설명이나 관련자료를 제공함으로써 노조를 설득하도록 노력하여야 한다.⁴⁵⁾

규범적 근거는 판례가 말하고 있듯이, 노조법 제30조의 성실교섭의무이다. 학자 중에도 성실교섭의무를 설명할 때, 그 내용으로서 정보제공의무를 언급하고 있다.⁴⁶⁾ 이러한 정보제공의무를 인정하는 이유로서 앞서 살펴보았듯이 미국에서는 단체교섭의 실질화에서 그 근거를 찾고 있다. 당사자간 정보제공의무를 인정함으로써 원활한 단체교섭이 이루어질 수 있다는 것이다.

앞서 본 판결례는 권리행사를 위해서 사전에 권리자임을 알리기 위한 노동조합의 정보제공의무를 민법의 신의칙에서 찾지 않고 노조법 제30조에 근거하였다. 이는 단체교섭을 위한 성실교섭의무가 교섭기간 뿐만 아니라 교섭 전에까지 확장됨을 보여준다.

2. 발생요건

가. 의무의 주체

일반적으로 사용자의 노동조합에 대한 정보제공의무는 긍정된다. 판례 사안을 보면 사용자 뿐만 아니라 노동조합에 대해서도 정보제공의무가 성실교섭의무에 의해 부과될 수 있다. 문제가 주로 되는 사안은 사용자의 정보제공의무이다.

나. 요청과 관련성

앞서 살펴본 행정법원 판결을 살펴보면 정보제공의무가 발생하기 위한 요건을 추출해 낼 수 있다. “제출의 요청”이 필요하고 필요로 하는 정보(판례사안에서는 노조에 가입한 조합원 명단)는 단체교섭에서 교섭대상이 되는 근로조건 결정과 관련이 있다는 것이다. 즉 앞서의 판례 사안에서도 법원은 요청과 관련성(필요성)을 그 발생요건으로 보고 있다.

45) 김유성, 『노동법II』 전정판, 법문사, 1997, 145면.

46) 김유성, 위의 책, 145면.

다. 정보제공의 범위

설명의 정도나 정보제공의 범위는 교섭사항, 제안/회답의 내용, 노조측의 교섭태도 등에 따라서 개별적, 구체적으로 판단되어야 한다. 그리고 자료제공에 있어서는 원칙적으로 교섭과 관련되는 모든 자료를 노조측에 제공하여야 한다. 그러므로 기업비밀준수 등을 구실로 관련자료의 제공을 거부하면 성실교섭의무위반이 될 수 있다. 다만 인사자료의 제공에 있어서는 근로자 개인의 비밀보호 또는 인사고과제도의 보호라는 측면도 고려될 필요가 있다. 예컨대 노조측이 승진시험의 개인별 성적의 자료의 공개를 요구한 경우에 사용자가 이를 거부하고 성적공개에 동의한 근로자의 자료만을 제공하거나 다른 적절한 대체자료를 제공하는 경우에는 성실교섭의무위반이 아니다.⁴⁷⁾ 기업비밀 등을 이유로 자료제공을 거부할 수 없다. 다만 직능급 임금액의 교섭과 관련하여 노동조합이 근무성적 등 인사고과의 기준이나 방법, 개인별 고과의 결과(사정)와 임금액과의 관련 등 자료의 제공을 요구한 경우에, 사정자료가 전면 공개되면 근로자 개인의 프라이버시 침해가 되거나 인사고과제도의 존속 자체가 위협하게 되는 등의 문제가 있으면 이를 거부할 수 있다.⁴⁸⁾

판례 사안에서 정보제공의 범위에 대한 구체적인 검토가 없었다. 그러나 그 관련성과 정보의 내용이 되는 노동조합원의 프라이버시와 공개 의사 여부를 고려할 필요가 있다고 생각한다. 판례처럼 판단한다면 관련성을 판단할 때 노조원이 근로자 집단에서 차지하는 비중에 따라 단체협약의 내용이 경영여건에 주는 영향이 달라진다는 것을 근거로 하였는데, 그렇다고 한다면 거의 모든 경우에 있어 사용자는 노동조합에 대하여 조합원 명단을 요청할 수 있다는 결론에 도달한다. 이러한 논리라면 초기업적 노동조합뿐만 아니라 기업별 노동조합에 대해서까지 원칙적으로는 조합원명단의 제출의무가 무방비로 인정되게 된다. 하지만, 기업별 노조의 경우에는 단체협약 성립 후 비노조원의 근로자들의 처우를 사용자가 어떻게 해주는지에 따라 명단제출의무를 결정하여야 한다.⁴⁹⁾ 사용자가 단체협약 체결 후 임금 등의 근로조건을 동일한 수준에서 비조합원인 근로자들에게도 적용하는 경우에는 굳이 명단의 제공이 불필요하다고 생각한다. 비중을 알기 위하여 경우에 따라서는 조합원 명단이 아니라 조합원의 수가 필요한 경우는 발생할 수 있을 것이다.

3. 정보제공의무 위반

47) 김유성, 앞의 책, 145면.

48) 임종률, 『노동법』 제9판, 박영사, 2011, 135면.

49) 즉, 단체협약 사항을 비노조원인 종업원 전부에게도 인정하여 주는지에 따라 결정하여야 한다. 원칙적으로 단체협약은 당해 노조원에게만 적용되지만 실제에 있어서 사용자는 그 내용을(주로 규범적 사항, 예를 들면 임금, 근로시간) 비노조원인 종업원들에게 확대하여 적용시킨다.

정보제공의무 위반시 사용자가 위반하는 경우와 노동조합이 위반하는 경우를 구별해야 한다. 정보제공의무 위반을 성실교섭의무 위반으로 보았을 때, 사용자의 위반은 부당노동행위를 구성할 수 있으나 노동조합의 경우 부당노동행위의 적용은 없기 때문이다. 다만, 노동조합의 성실교섭의무 의무 위반이 되므로 사용자의 이에 대응하는 교섭행위에 관하여 교섭의 거부, 해태의 정당성을 판단할 때 고려사항으로 작용한다.

4. 잘못된 정보 제공의 경우

가. 문제의 소재

민법에 있어서 잘못된 정보 제공의 경우에는 착오나 사기에 관한 규정을 적용하고자 하는 논의가 있는 바, 만약 사용자가 거짓 정보를 제공하고 이에 근거하여 단체교섭을 행하고 단체협약을 체결한 경우 단체협약을 취소할 수 있는지가 문제될 수 있을 것이다. 이는 결국 단체협약에 있어서 민법상의 규정을 적용할 수 있을 것인지에 대한 문제와 연관이 있다. 아울러 노조법 제30조에서 성실교섭의무를 규정하고 있고 정보제공의무가 동 규정에 근거하고 있다면 노조법 제30조 위반을 들어 단체협약의 효력을 문제삼을 수 있는지 검토가 필요하다. 이 문제는 노조법 제30조가 가지는 규범적 위상과 효력의 문제와 직결되어 있다.

우선은 민법상의 일반조항이 적용될 수 있느냐에 대한 논의가 존재하므로 이를 소개하고자 한다. 단체협약이 민법 제103조의 반사회질서의 법률행위에 해당하거나 민법 제107조 내지는 제110조상의 의사표시의 불일치 및 사기, 강박에 의한 의사표시가 있는 경우, 단체협약은 민법의 규정이 그대로 적용될 수 있는지의 문제이다.⁵⁰⁾

나. 단체협약의 성질

단체협약은 협약능력을 가진 노동조합과 사용자 또는 사용자단체간의 근로조건 기타 근로자의 대우에 관한 기준 및 노사관계의 제반 사항을 체결한 협정을 의미한다. 형태적으로는 협약당사자간 계약이라는 형태로 성립된다. 효력에 대해서는 노조법 제33조에서 규정하고 있다. 그렇게 볼 때 단체교섭 과정은 단체협약이라는 집단적 규범을 탄생시키기 위한 일련의 과정으로 이해할 수 있다.

특히 단체협약의 성립이 계약적 형태로 체결된다는 측면에서 민법 일반규정이 적용될 수도 있다. 그렇지만 이는 각 조항별로 단체협약의 특성을 고려해야 하며 그것이 그대로 적용되는지 여부는 별도의 검토가 필요하다.

⁵⁰⁾ 민법은 계약의 성립상의 문제가 있는 경우와 계약의 전부 내지 일부가 무효인 경우에는 효력 발생을 부인한다.

다. 적용가능성의 검토

1) 민법 제109조 제1항의 착오에 의한 의사표시 규정

민법 제109조 제1항은 “의사표시는 법률행위의 내용의 중요부분에 착오가 있는 때에는 취소할 수 있다. 그러나 그 착오가 표의자의 중대한 과실로 인한 때에는 취소하지 못한다.”고 규정하고 있다. 착오로 인하여 의사표시를 취소하기 위해서는 법률행위 내용의 중요부분에 착오가 존재해야 하고, 표의자에게 중대한 과실이 없어야 한다. 법률행위 내용의 중요부분이란 표의자가 그러한 착오가 없었더라면 그 의사표시를 하지 않았으리라고 생각될 정도로 중요한 것이어야 한다. 학설은 적용긍정설과 부정설이 대립하고 있다.

(i) 적용긍정설

단체협약은 노사의 의사표시에 의하여 성립하는 것이므로 협약내용의 중요부분에 착오가 있는 경우에는 당사자의 일방에 의하여 취소될 수 있으며, 단체협약은 계속적인 채권관계인 근로관계에 적용되는 것이기 때문에 그 취소는 장래에 대해서만 효력을 갖게 된다. 즉 적용효과에 있어서의 소급효는 제한된다.⁵¹⁾

(ii) 적용부정설

단체협약은 사용자와 개별 근로자와의 근로계약관계가 아닌 노동조합과 사용자 사이에서 체결되는 것으로 노동조합의 단결력과 쟁의행위라는 투쟁력을 바탕으로 하고 있으며, 대부분은 장시간 단체교섭의 과정을 거쳐 체결되므로, 중요한 부분에 착오가 있다하더라도 취소할 수 없다고 본다. 설사 중요한 부분에 착오가 있다하더라도 이는 노조법 제34조의 단체협약의 해석문제로 해결할 수 있다고 한다.⁵²⁾ 이에 관한 직접적인 판례는 아직까지 없다.

2) 사기 또는 강박에 의한 의사표시

민법 제110조 제1항 “사기나 강박에 의한 의사표시는 취소할 수 있다.”고 규정하고 있다. 당해 규정이 단체협약에 적용될 수 있을 지에 대해 학설은 적용긍정설과 부정설이 대립하고 있다.

(i) 적용긍정설

51) 김형배, 『노동법』 제19판(전면개정증보판), 박영사, 2010, 98면.

52) 강선희, “단체협약의 성립에 대한 민법 일반규정의 적용가능성과 법적 효과”, 『노동연구』 제22집, 고려대학교 노동문제연구소, 2011, 55면.

단체협약이 사기 또는 강박에 의한 것인 경우에는 당사자의 일방에 의하여 취소될 수 있으며, 단체협약은 계속적인 채권관계인 근로관계에 적용되는 것이기 때문에 그 취소는 장래에 대해서만 효력을 미친다고 하고 적용 효과에 있어서 소급효만을 인정하고 있다.⁵³⁾

(ii) 적용부정설

단체교섭이나 쟁의행위는 그 성질상 어느 정도 다중의 위력이 전제된 개념이기 때문에 상당한 정도의 위력을 배경으로 체결된 단체협약이라 하더라도 강박에 의한 의사표시로 보아서 아니된다고 본다.⁵⁴⁾ 노동조합이 단체협약을 체결하기 위해서 사용자에게 단체교섭을 요구하고 단체협약을 체결하도록 압력을 행사하는 것은 일상적인 업무의 범위 내에 속하고 근로3권의 단체행동에 이미 내재되어 있기 때문이라 한다.⁵⁵⁾

이렇게 민법 조항의 단체협약에의 적용을 소극적으로 보는 견해는 “단체협약은 집단적 협정으로서 일반 다른 계약과 달리 협약당사자의 노사관계의 질서를 규율하는 내용을 포함하고 있을 뿐만 아니라 조합원의 근로관계에 대한 규범적 내용을 포함하는 규범적 성질에 비추어 민법상의 의사표시에 관한 규정은 적용되지 않거나 일부 적용된다 하더라도 극히 제한적으로 적용되어야 한다”는 견해가 있다.⁵⁶⁾

다. 소결론

단체교섭에 의한 단체협약의 체결에 있어 일방 당사자인 노동조합은 헌법에 보장된 근로3권인 단결권, 단체교섭권, 단체행동권을 보장받고 이를 행사함으로써 교섭과정에 있어 실질적 평등을 보장받는다. 그러나 실제의 단체교섭과정을 살펴보았을 때, 단체교섭은 근로자들의 대표자, 대개는 노동조합의 대표자와 일부 교섭위원으로 구성되어 있는데, 이런 소수의 교섭위원과 사용자간의 교섭으로 이루어지게 된다. 수많은 조합원들을 대표하지만 교섭대표단은 소수이며 사용자가 제공한 정보가 거짓이었다면 이에 근거하여 교섭을 행하고 단체협약을 체결할 사실상의 가능성이 충분하다.

근로자들의 개별적인 의사가 모여서 집단적의사를 이루고 이는 조합민주주의를 통해서 조합 전체의 의사로 수렴된다. 이것이 대표자들이 노동조합을 대표하는 원리의 기본전제가 된다. 하지만 교섭상대방인 사용자가 허위의 정보 등을 이용하여 교섭대표단의 판단에 잘못된 영향을 주었을 때는 집단의사를 대표하는 교섭대표자의 인식에 착오가 생겼으므로 체결된 단체협

53) 김형배, 앞의 책, 908면.

54) 김유성, 앞의 책, 158면.

55) 강선희, 앞의 글 57면.

56) 강선희, 앞의 글, 58면.

약의 합의의 근거가 되는 노동조합의 집단의사에 하자가 생겼다고 봐야 한다. 결국 단체협약의 효력이 문제될 것이다. 다만 이 경우 만약 사용자가 허위의 재무제표를 제공하고 이를 통하여 부당하게 단체교섭 사항 중 임금관련 사항에 대하여 합의를 도출하고 다른 사항에 대한 합의까지 포함하여 단체협약이 체결된 경우 단체협약이 전부 무효로 되는지 아니면 임금관련 부분만 무효가 되는지 문제될 수 있다. 단체협약의 교섭사항들은 대개 전체가 일체를 이루어 일괄적으로 합의가 이루어진다고 할 수 있으므로 협약조항 상호간은 서로 밀접한 연관이 있다. 따라서 취소할 수 있다면 단체협약 전부에 대해서 효력이 발생한다고 보아야 한다. 단체협약의 전부 취소인지 일부취소인지에 대해서 노동조합은 선택가능하다고 생각한다. 더불어 그 취소는 장래에 향하여 미친다고 봄이 타당하다고 생각한다.

민법규정의 적용을 논외로 하고 노조법 제30조의 규정을 가지고 취소나 무효, 재교섭 등이 가능할 지 여부도 살펴보아야 한다. 민법규정의 적용 문제는 필연적으로 단체협약의 성질을 어떻게 보느냐와 직결되게 된다. 그렇다고 한다면 오히려 노조법 제30조에 문의하여 처리하는 것이 민법과 노동법의 관계상 더 적절하다고 생각한다. 이는 다시 노조법 제30조의 규범적 의미와 효력을 밝히는 문제와 연계된다.

III. 노조법 제30조의 성실교섭의무

1. 성실교섭의무의 내용

가. 노조법 제30조 제1항과 제2항의 해석

노조법 제30조상의 성실교섭의무를 간략하게 정의하길, “합의달성을 위해 진지하게 노력”하여야 할 의무,⁵⁷⁾ “합의가능성을 모색할 의무”,⁵⁸⁾ “신의에 따라 성실하게 교섭할 의무”,⁵⁹⁾ “단체교섭과 단체협약의 체결에서 성실하게 이를 이행하고, 정당한 사유없이 이를 거부하거나 해태할 수 없는 의무”⁶⁰⁾라고 한다. 그러나 이러한 정의들은 여전히 함축적이고 모호하다. 따라서 그 의무의 내용을 구체화할 필요가 있다.

노조법 제30조가 규정하는 성실교섭의무의 내용을 보다 구체화하기 위하여 성실교섭의무를 구성하는 의무들로 구분하여 설명하고자 한다.⁶¹⁾ 동 조의 내용으로 담고 있는 의무들은 노동

57) 김유성, 앞의 책, 144면.

58) 임종률, 앞의 책, 135면.

59) 김형배, 앞의 책, 807면.

60) 이병태, 『최신노동법』 제8전정판, (주)중앙경제, 2008, 234면.

61) 이영희, 『노동법』, 법문사, 2001, 235면에서도 사용자는 교섭에 응할 의무, 신의에 따라 성실히 교섭할 의무, 교섭을 정당한 이유 없이 해태하지 않을 의무가 있다고 하여 노조법 제30조의 의무의 내용

조합과 사용자 또는 사용자 단체에 부과되는 의무들인데, 헌법 제33조 제1항에 의해서 근로자에게 단체교섭권이 인정되고 이에 대응하여 사용자 또는 사용자단체는 단체교섭의무를 부담하고 있으므로 “단체교섭의 의무”라고 지칭되기도 한다.⁶²⁾

본 논문에서는 성실교섭의무를 규정한 노조법 제30조상의 의무들을 포괄하여 “성실교섭의무”라고 칭하고 성실교섭의무를 구성하는 의무들을 4가지로 대별하여 살펴본다. 첫째는 정당한 이유없이 교섭을 거부하여서는 아니되는 단체교섭응낙의무, 둘째는 신의에 따라 성실히 교섭하고 정당한 이유없이 교섭을 해태하여서는 아니되는 협의의 성실교섭의무, 셋째는 단체협약을 체결하여야 하며 정당한 이유없이 단체협약의 체결을 거부하거나 해태하여서는 아니되는 단체협약체결의무, 넷째는 그 권한을 남용하여서는 아니되는 권한남용금지의무가 그것이다. 따라서 성실교섭의무⁶³⁾는 단체교섭응낙의무, 협의의 성실교섭의무, 단체협약체결의무, 권한남용금지의무를 그 내용으로 한다.⁶⁴⁾

이러한 설명방식은 문헌에 충실한 해석을 하면서도 성실교섭의무가 가지는 의무의 내용을 목록화하여 명쾌하게 제시한다는 장점이 있다. 다만, 노조법 제30조 제1항과 제2항이 의무의 주체로 “노동조합과 사용자 또는 사용자단체”를 규정하고 있는데, 노동조합은 근로3권 주체인데 반해, 사용자는 상대방으로서의 지위를 가지고 있다는 점에서 구별이 필요하다. 즉 기본권 주체인 노동조합이 부담하는 성실교섭의무의 내용 및 그 정도와 기본권 의무자인 사용자 또는 사용자단체가 부담하는 성실교섭의무의 내용 및 그 정도에는 차이가 있다. 기본권 주체나 아니면 기본권의 효력의 대상이나에 따른 차이를 고려해야 하는 것이다.

성실교섭의무의 내용을 구체화하기 위해서는 이러한 네가지 의무, 즉 단체교섭응낙의무, 협의의 성실교섭의무, 단체협약체결의무, 권한남용금지의무가 가진 고유한 내용들을 살펴보아야 하겠지만 더불어 이 의무들간의 유기적 관련성 또한 주목하여야 한다. 단체교섭이라는 것 자체가 “계속적·유동적 과정”이기 때문이다.⁶⁵⁾ 일단 학설은 노조법 제30조가 가지는 중핵적 의미가 무엇인가에 집중한다. 성실교섭의무의 핵심적 내용이라고 할 수 있다. 위의 네가지 의무들은 성실교섭의무라는 이름으로 단체교섭의 당사자에게 쌍방적으로 부과되는데, 노조법 제30조의 표제가 “교섭 등의 원칙”이듯, 원칙으로서의 지향점에 그 요체가 있을 것이기 때문이다.

을 구성하는 의무들을 구분하여 설명하고 있다.

62) 이영희, 앞의 책, 235면에서는 “단체교섭의 의무”라는 이름으로 노조법 제30조를 논하고 있다.

63) 협의의 성실교섭의무에 대응하여 위 4가지 의무들을 포괄하는 광의의 의미로서의 성실교섭의무이다. 이후 본 논문에서 성실교섭의무라고 할 때에는 광의의 의미로서의 성실교섭의무를 지칭한다.

64) 이병태, 앞의 책, 234면도 “성실교섭의무는 좁은 뜻에서 성실한 교섭의무만을 뜻하지만, 넓은 뜻에서는 단체협약체결의무까지를 포함하여 파악하고 있으며, 노조법 제30조에서도 광의로 성실교섭의무를 정하고 있다.”라고 하고 있다.

65) 김유성, 앞의 책, 144면.

학설은 성실교섭의무의 요체에 대해 다음과 같은 설명을 하고 있다. 하나는 성실교섭의무를 “합의달성을 위해 진지하게 노력”할 의무로 규정하고 구체적으로 “노동조합측에 필요한 설명을 하거나 관련자료를 제공”하고, “교섭의 결과 합의가 성립되면 이를 단체협약으로 체결”하여야 할 것을 내용으로 하는 의무라고 하는 설명이고⁶⁶⁾ 또 다른 하나는 성실교섭의무를 1차적으로 “쌍방의 교섭당사자가 현실적으로 회견하여 대화할 의무”로 보면서 그 핵심적인 내용을 “합의가능성을 모색할 의무”라고 하고 “단체교섭이 타결된 경우에 지체없이 단체협약을 체결해야 하는 의미로서의 단체협약을 체결할 의무”까지 포함된다고 하는 설명이다.⁶⁷⁾

결국 성실교섭의무의 주체가 되는 노동조합과 사용자 또는 사용자단체는 단체교섭옹박의무에 의해 단체교섭을 거부할 수 없고 단체교섭에 임하여서는 협의의 성실교섭의무에 입각하여 단체협약체결의사를 가지고, 즉 “합의달성을 위하여 진지하게” 또는 최대한 “합의의 가능성을 모색”하는 방향으로 교섭에 임하여야 하며 단체협약체결의무에 입각하여 합의에 이른 경우 지체없이 단체협약을 체결하여야 하고 교섭의 전 과정에 있어 그 권한을 남용해서는 아니된다. 즉 합의를 추구해 나가는 것을 교섭의 지향점으로 삼고 있다. 단체교섭의 과정은 민법상의 계약자유의 원칙을 전제로 한 교섭과는 구별된다. 계약자유의 원칙 하에서의 교섭은 교섭의 자유라는 이름으로 교섭을 할 것인지 말 것인지, 교섭에서 이탈할 것인지, 교섭을 누구와 진행할 것인지, 교섭의 내용은 어떻게 할 것인지, 교섭의 방식은 어떻게 할 것인지 등등 교섭과 관계된 사항 모두가 자율에 맡겨져 있지만 단체교섭의 경우는 상대방이 이미 결정되어 있고, 단체교섭이 결렬된다하더라도 노동조합의 구성원인 조합원과의 근로계약으로부터 이탈할 수는 없다. 단체교섭의 결렬은 단체행동을 불러올 것이며 이를 통해 결국은 쌍방이 합의를 모색하는 새로운 국면으로 들어서게 된다. 그렇기 때문에 단체행동권의 행사를 통한 양 당사자의 경제적 실력 행사는 종국적인 교섭의 결렬과 이탈을 의미하는 것이 아니라 향후 교섭의 재개와 양보를 이루어 내어 합의에 도달하기 위한 수단이다. 결국 단체교섭은 오로지 합의를 지향한다. 합의의 배경이 논리이든 설득이든 아니면 경제적 실력의 차이이든 간에 말이다. 양 당사자는 “단체협약체결의사”를 가져야 한다.⁶⁸⁾

따라서 성실교섭의무의 구체적인 내용이 되는 네가지 의무, 단체교섭옹박의무, 협의의 성실교섭의무, 단체협약체결의무, 권한남용금지의무는 모두 궁극적인 단체교섭의 타결, 즉 합의의 달성을 목표로 부과되는 의무라고 할 수 있다.

66) 김유성, 앞의 책, 144-145면.

67) 임종률, 앞의 책, 136면.

68) 김유성, 앞의 책, 144면.

나. 성실교섭의무를 구성하는 각 의무의 내용

1) 단체교섭응낙의무

가) 의의

일방 당사자에게 단체교섭권이 인정되는 경우 그 상대방은 단체교섭을 거부할 수 없고 정당한 이유가 없는 한 그 거부는 단체교섭응낙의무 위반이 된다. 이것이 단체교섭응낙의무의 내용이다.

나) 의무의 부담 주체 - 사용자

노동조합은 헌법상 단체교섭권의 주체이므로 그 상대방인 사용자 또는 사용자단체는 단체교섭응낙의무를 당연히 부담하게 된다. 그렇다면 그 반대의 경우 즉 노동조합에게도 단체교섭응낙의무가 있는지가 문제될 수 있다. 이는 사용자 또는 사용자단체에게는 헌법상의 단체교섭권이 인정되지 아니하는 관계로 헌법상 단체교섭권은 당연히 부여되지 않겠지만, 노조법 제30조의 해석을 통해서 법률에 의거한 단체교섭청구권이 발생할 수 있는지의 문제라고 할 수 있다.

실제 노사관계에서 양 당사자의 단체교섭 요구는 헌법상, 법률상에 있어서 자유로운 영역이다. 사용자도 단체교섭을 요구할 수 있다. 다만, 헌법이나 법률상으로 교섭청구권이 사용자에게 부과되지 않는다면, 상대방인 노동조합에게는 교섭의무가 발생하지 않아서 이에 구속되지 않고 교섭을 거부할 수 있다.

그렇다면 사용자에게도 노동조합에 단체교섭응낙의무를 인정할 수 있는 법률상의 단체교섭권이 발생하는 경우가 있는가? 노조법 제30조가 권리의 측면에서 기술하지 않고 의무의 측면에서 기술하였을 뿐만 아니라 교섭의 주체인 사용자와 노동조합 양자에 뭉뚱그려 하나의 조항으로 성실교섭의무를 기술했기 때문에 발생하는 문제이다.

노동조합의 단체교섭권은 명시적으로 헌법에 근거하고 있고, 이는 민법의 대원칙인 사적자치의 원칙을 수정하는 의미를 가지고 있기 때문에 예외적이고 제한적으로 해석해야 한다. 즉, 사용자에게 단체교섭청구권을 부여하고 이에 대해 노동조합이 이를 법률적으로 반드시 응낙하도록 의무지워진다면 이 또한 사적자치의 원칙의 수정이라고 할 것인데, 사용자에 대해서는 근로자에 있어 근로3권을 헌법적으로 규정하여 사적자치의 원칙을 수정하게 된 계기 즉, 종속성의 극복, 자유롭고 평등한 근로계약 체결을 위한 대등한 지위의 확보라는 연혁적, 사회적 계기 등을 인정할 수 없으므로, 노조법 제30조의 규정만으로는 사용자에게 법률상의 단체교섭청구권을 부여할 수는 없다고 생각한다.⁶⁹⁾

⁶⁹⁾ 이영희, 앞의 책, 118면에서도 사용자가 협약체결권에 기해 교섭권을 당연히 갖는다고 할지라도, 이

원래 교섭은 자율영역으로 교섭요구에 대해 응낙의무라는 것은 민법적 사고방식에 의하면 생각할 수 없지만, 노동조합과 사용자 관계의 실질적 대등성 확보를 위해 예외적으로 인정한 것이다. 단체교섭응낙의무를 법률에 근거하여 노동조합에게도 인정한다면 헌법이 추구하는 대등성의 균형이 무너질 우려가 있다. 또한 사적자치라는 헌법적 질서를 수정하기 위해서는 헌법적 근거가 필요하며 법률에 의한 제한이 가능하기 위해서는 엄밀한 균형관계의 비교형량이 요구된다.

또한 노조법은 근로자가 가지는 단체교섭권을 포함한 근로3권을 구체화하고 이를 실현하고자 만들어진 법인데, 오히려 이러한 노조법에서 규정한 제30조를 통해 노동조합에게 응낙의무를 강제하게 된다면 헌법 정신과 동법의 입법취지에 반한다.⁷⁰⁾ 따라서 노동조합의 응낙의무를 인정할 수는 없다.

다) 단체교섭의 거부

단체교섭의 거부와 해태의 구분과 관련하여 노동조합이 단체교섭에 응하지 않는 것을 거부로 그리고 외형상으로 단체교섭에 응하는 것처럼 보이지만 실질적으로는 불성실하게 임하는 경우를 해태라고 한다.⁷¹⁾

단체교섭 거부를 엄밀하게 구분하면 상대방의 단체교섭권 여부 자체 또는 자신의 단체교섭 응낙의무 자체를 다투는 경우 등과 같이 단체교섭권의 존부 자체를 다투는 경우와 노동조합의 단체교섭권은 인정하면서도 단체교섭에 응하지 않는 경우가 있을 수 있다. 전자의 예로서 단체교섭을 요구하는 노동조합이 단체교섭의 정당한 당사자가 아니라거나, 단체교섭을 요구받은 사용자나 사용자단체 자신이 교섭의무를 부담하는 정당한 당사자가 아니라는 이유를 들어 단체교섭을 거부하는 행위, 노동조합이 교섭을 요구하는 사항이 단체교섭의 의무가 있는 대상 사항에 해당하지 않는다는 이유를 들어 단체교섭을 거부하는 행위 등을 들 수 있다. 후자의 예는 사용자가 단체교섭의 상대방인 노동조합의 단체교섭담당자가 사용자의 이익대표자로서 조합원자격이 없으므로 정당한 담당자가 아니라고 주장하면서 단체교섭을 거부하는 경우,⁷²⁾

는 어디까지나 교섭의 자유이지, 근로자와 동등하게 적극적인 권리로 갖는 것은 아니라고 하면서, 사용자는 수동적 교섭권만을 갖는다고 한다.

70) 노조법 제1조는 “목적”이라는 표제하에 “이 법은 헌법에 의한 근로자의 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 보장하여 근로조건을 유지·개선과 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모하고, 노동관계를 공정하게 조정하여 노동쟁의를 예방·해결함으로써 산업평화의 유지와 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 한다.”고 규정하여 동 법의 목적이 근로3권을 보장하기 위한 것임을 명확히 하고 있다.

71) 임종률, 앞의 책, 273면.

72) 대법원 1998.5.22. 선고 97누8076 판결.

사용자가 노동조합의 교섭위원 중 특정인을 혐오하여 그 사람을 교섭위원에서 배제할 것을 노동조합에 요청하면서 단체교섭을 거부하는 경우⁷³⁾가 전형적인 경우이다. 따라서 단체교섭 거부의 유형은 두가지 경우를 말한다고 할 수 있다. 단체교섭권 자체의 존부를 다투었으나 이것이 정당하지 않은 경우의 단체교섭 거부⁷⁴⁾와 단체교섭권은 인정하면서도 여타의 이유로 단체교섭을 거부하는 경우⁷⁵⁾이다.

2) 협의의 성실교섭의무

가) 의의

단체교섭에 있어서 양 당사자가 신의에 따라 성실히 교섭할 의무를 말한다. 소극적으로는 단체교섭을 정당한 이유없이 해태하여서는 아니되는 의무를 뜻한다. 따라서 앞서 살펴본 단체교섭의 해태의 경우가 협의의 성실교섭의무 위반이 될 것이다. 즉 형식상으로는 단체교섭에 응하는 것처럼 보이지만 실질적으로는 불성실한 교섭을 행하는 것이다. 그러한 전형적인 예로는 교섭사항과 합리적 관련이 없는 사항을 교섭의 전제조건으로 내세우는 행위, 위법한 내용에 대하여 합의를 고집하는 행위, 단체교섭일자에 일방적으로 휴업하는 행위 등을 들 수 있다.⁷⁶⁾ 주로 단체교섭에 있어서 행위태양이 문제되는 경우이다. 단체교섭은 계속적, 유동적 과정이므로 성실교섭의무의 내용과 그 위반 여부는 당해 교섭의 목적, 내용, 교섭사항 등의 제반사정을 고려하여 개별적, 구체적으로 판단해야 한다.⁷⁷⁾

나) “신의”와 “성실”의 의미

노조법 제30조 제1항은 “신의에 따라 성실히”라는 표현을 쓰고 있는데, 이 규범적 의미가 무엇인가에 대해서 살펴볼 필요가 있다. “신의”와 “성실”의 의미에 대한 규범적 의미의 파악은 협의의 성실교섭의무의 해태행위를 판단하는데 기준이 될 것이기 때문이다.

추상적 용어인 “신의”와 “성실”이라는 단어의 용례는 노조법 제30조 제1항 외에 민법 제2조 제1항에서도 찾아볼 수 있다. 민법 제2조는 신의성실이라는 표제하에 제1항에서 “권리의 행사와 의무의 이행은 신의에 좇아 성실히 하여야 한다.”고 규정하고 있다.

민법 제2조의 신의성실의 원칙은 일반원칙 규정으로서 널리 활용되어 왔고 관련 판례도 많

73) 서울고법 1989.2.16. 선고 88구4678 판결.

74) 이 경우 정당한 이유가 인정된다면 단체교섭거부의 문제가 아니다. 아예 단체교섭권 자체가 없기 때문이다.

75) 정당한 단체교섭거부와 정당하지 않은 단체교섭거부로 구분할 수 있을 것이다.

76) 김유성, 앞의 책, 144면.

77) 김유성, 앞의 책, 144면.

이 축적되어 있는 상황이기 때문에 노조법 제30조의 해석에 있어서 최소한의 시사점은 얻을 수 있을 것이라 여겨진다. 물론 조문을 구성하는 추상적 단어의 파편적 의미만을 살펴보는 것으로서는 그 조문의 규범적 의미를 완전히 밝혀내는 것은 불가능하지만, 그 내용의 확정에 있어서 적어도 “방향설정의 시사”는 얻을 여지는 있다.⁷⁸⁾

민법 제2조 신의성실의 원칙에서 “신의”라는 용어는 일반적으로 당사자가 인식하였거나 인식할 수 있었을 상대방의 정당한 믿음을 위반하거나 오용하지 아니하고 이에 부응함을 의미한다고 하는데 여기에는 상호 간의 믿음 내지 신뢰는 모든 인간관계의 불가결한 기초라는 기본적인 인식에 바탕한다고 한다. 또한 이러한 신뢰는 단순한 심리학적 의미를 넘어서 규범적으로 평가되는 신뢰를 의미한다고 한다.

“성실”이라는 용어는 도덕적으로 건전한 인간으로서의 절도있는 행태를 말한다고 한다. 법률이나 관습법이 인간행위의 모든 가능한 사태를 빠짐없이 규율하는 것이 불가능하기 때문에, 법 이외의 일반적인 행위기준을 그 행위의 법적 판단에 있어서도 도입하는 것이 필요하다. 이러한 의미에서 성실이란 ‘법외의 일반적인 행위기준’을 가리키는 것이라고 한다. 법은 인간의 공동생활, 즉 타인과의 공동관계를 규율하는 것이기 때문에, 그중에서도 특히 상대방의 보호 가치 있는 이익에 대한 적절한 배려라는 점에서 의미가 있다고 한다.

이러한 “신의”와 “성실”의 단어 용례에 대한 민법학의 견해를 참조한다면, 신의는 규범적 의미에서 인식가능한 상대방의 정당한 믿음에의 부응이라고 할 수 있으며, 상대방의 입장에서 표현하자면 “정당한 기대에 의한 예측가능한 행위의 바램”이라고 할 수 있을 것이다. 또한 성실은 상대방의 보호가치 있는 이익에 대한 적절한 배려라고 할 수 있으며 달리 말하면 “공동관계 규율에 있어서 행위의 적절성의 요구”라고 할 수 있다. 결국 “신의”와 “성실”의 핵심요체는 상대방 행위에 대한 그리고 나의 행위에 대한 “정당한 기대성”, “예측가능성”, “적절성”이라고 할 수 있다.⁷⁹⁾

78) 곽윤직(편집대표), 앞의 책 96면; 이하 민법 제2조에서의 “신의”와 “성실”에 대한 설명은 곽윤직(편집대표), 앞의 책을 참조하여 작성하였다.

79) 복수노조시대의 도래에 따라 성실교섭의무가 가지는 의미는 더욱 넓고 깊어졌다. 더불어 사업장 중심으로 교섭하던 시대에서 벗어나 산별교섭의 시대로 접어드는 요즈음은 더욱 그러하다. 대개 경험의 일천함은 규범을 통한 시행착오를 줄이는 작업으로 이루어진다. 따라서 성실교섭의무가 가지는 내용의 규범적 의미를 밝힘으로써 새로운 노사문화의 정착을 기대해 보는 것이 필요하다. 또한 공무원, 교원 노조의 경우에는 쟁의행위가 금지되어 있는 바, 단체교섭 시에 성실한 교섭만이 유일한 사회적, 경제적 지위 향상의 버팀목이다. 더불어 “신의”와 “성실”이란 추상적이고 일반적인 단어가 역사적, 사회적 맥락에서 어떻게 구체화되는지 살펴볼 필요가 있다. 민법상의 복잡하고 추상적인 법체계는 노동법의 세계에서는 근로계약 관계를 기본으로 함으로서 더욱 명확해진다. 추상적 용어도 역사적, 사회적 맥락 하에서 보다 구체화할 수 있다.

다) 협의의 성실교섭의무 위반의 판단기준

이렇게 도출된 “신의”와 “성실”이 가지는 개념적 징표들을 협의의 성실교섭의무에 적용시켜 보면 양 당사자의 개별교섭행위가 성실교섭의무에 적합한지를 판단할 수 있는 기준들로써 기능할 수 있다. 즉 협의의 성실교섭의무는 단체교섭에 있어서 양 당사자가 신의에 따라 성실히 교섭할 의무를 말하므로 양 당사자는 단체교섭시 상대방의 정당한 기대에 부응하고 예측 가능하며 적절한 교섭행위를 하여야 하는 의무라고 볼 수 있는 것이다. 단체교섭은 일방행위가 아니라 쌍방의 행위가 상호관련하여 유기적으로 합의가능성의 모색을 목적으로 이루어지는 행위이므로 전체 행위의 연관성 하에서 신의에 따른 성실한 교섭행위인가를 살펴보아야 할 것이다.

협의의 성실교섭의무의 위반인가 여부의 판단과 관련하여 사용자의 주관적 사정을 고려해야 할 것인가가 문제되는 경우가 있다. 판례는 사용자가 아무런 이유없이 단체교섭을 거부 또는 해태하는 경우는 물론, 사용자가 단체교섭을 거부할 정당한 이유가 있거나 단체교섭에 성실히 응하였다고 믿었다더라도 객관적으로 정당한 이유가 없고 불성실한 단체교섭으로 판정되는 경우에도 단체교섭의 의무를 위반한 것이라고 한다.⁸⁰⁾ 정당한 기대성, 예측가능성은 상대방의 입장에서 객관적으로 판단하고, 적절성은 행위자의 입장에서 객관적으로 판단하여야 하기 때문에 주관적인 사정은 고려할 대상이 아니라고 생각한다.

라) 설명의무와 정보제공의무 도출

협의의 성실교섭의무로부터 설명의무와 정보제공의무가 도출된다. 사용자는 교섭사항과 관련하여 노동조합측에 필요한 설명을 하거나 관련자료를 제공하여야 한다.⁸¹⁾ 마찬가지로 노동조합도 교섭사항과 관련하여 사용자의 요구가 있으면 필요한 설명을 하거나 관련자료를 제공하여야 한다.⁸²⁾

3) 단체협약체결의무

⁸⁰⁾ 대법원 1998.5.22. 선고 97누8076 판결.

⁸¹⁾ 김유성, 앞의 책, 145면.

⁸²⁾ 서울행법 2008.4.3. 선고 2007구합31560 판결에서 “한편, 원고로서는 노조원이 근로자 집단에서 차지하는 비중에 따라 단체협약의 내용이 경영여건에 주는 영향이 달라지므로 노조원이 근로자 집단에서 차지하는 비중을 알아야만 단체교섭에서 교섭대상이 되는 근로조건을 결정할 수 있을 것이어서, 원고는 이 사건 노조에게 원고 회사 근로자 중 이 사건 노조에 가입한 조합원명단의 제출을 요청할 수 있고, 이 사건 노조는 성실교섭의무(노동조합 및 노동관계조정법 제30조)의 한 내용으로서 원고에게 단체교섭에 필요한 설명을 하거나 관련 자료를 제공할 의무가 있다.”고 하여 노동조합의 설명의무와 정보제공의무를 인정하고 있다.

가) 의의

단체교섭의 결과 합의에 다다르게 되면 이를 단체협약으로 체결할 의무이다. 노조법 제30조 제1항에서 “단체협약을 체결하여야 하며”라고 규정하고 있다고 해서 교섭에 있어서 반드시 사용자가 노동조합의 요구를 수용하여 단체협약을 체결할 의무를 지는 것을 의미하는 것은 아니라고 한다.⁸³⁾ 교섭의 결과 합의가 성립되어 교섭이 타결되면 이를 노조법 제31조에서 요구하는 형식에 따라 서면으로 단체협약을 작성할 의무로 봐야 한다.⁸⁴⁾

나) 단체협약체결의사

하지만 노조법 제30조 제1항의 법문에서 “단체협약을 체결하여야 하며”라고 한 규정을 단순히 형식적 단체협약 작성의무로만 축소해석할 것은 아니다. 헌법재판소도 헌법상의 단체교섭권에는 “단체협약체결권이 포함”되어 있다고 보면서⁸⁵⁾ “노사간에는 단체협약을 체결할 의무가 헌법에 의하여 주어지” 있다고 실시한 바 있다.⁸⁶⁾ 따라서 성실교섭의무의 내용 중 핵심적 요체는 결국은 “단체협약체결의사”⁸⁷⁾를 가져야 하는 것이며 이러한 단체협약체결의사의 요구를 도출해 내는 명문의 근거는 바로 문헌상 “단체협약을 체결하여야 하며”라는 법문이라고 봐야 한다. 비록 단체교섭시 상대방의 주장을 반드시 받아들이고 양보해야 할 필요까지는 없지만 양 당사자는 가능한 한 단체협약의 체결, 즉 단체교섭의 타결을 목표로 하여 개개의 행위를 하여야 한다. 단체교섭이라는 유동적이고 상대적인 과정을 구성하는 양 당사자의 개개의 행위들은 모두 단체교섭의 타결을 목표로 한 진지한 노력의 산물이어야 함을 규범적으로 요구하고 있기 때문이다. 그렇게 본다면 단체협약체결의사는 성실교섭의무의 핵심적 요체가 되는 주관적 요소라고 할 수 있을 것이다.

4) 권한남용금지의무

83) 김유성, 앞의 책, 145면.

84) 김유성, 앞의 책, 145면.

85) 헌재 1998. 2. 27. 94헌바13·26, 95헌바44(병합) 결정에서 헌법재판소는 “비록 헌법이 위 조항에서 ‘단체협약체결권’을 명시하여 규정하고 있지 않다고 하더라도 근로조건 향상을 위한 근로자 및 그 단체의 본질적인 활동의 자유인 ‘단체교섭권’에는 단체협약체결권이 포함되어 있다고 보아야 한다.”고 하였다.

86) 헌재 2002. 12. 18. 2002헌바12 결정에서는 “어차피 노사간에는 단체협약을 체결할 의무가 헌법에 의하여 주어지 있는 것이므로(헌법 제33조 제1항의 “단체교섭권”에는 “단체협약체결권”이 포함되어 있다. 헌재 1998. 2. 27. 94헌바13등, 판례집 10-1, 32, 42), 결국 이 사건 조항은 단지 그러한 의무를 제대로 이행하도록 하는 의미를 지닐 뿐이며”라고 실시하고 있다.

87) 김유성, 앞의 책, 144면에서는 사용자는 원칙적으로 교섭의 전 과정에서 합의를 형성하려는 의사를 가져야 한다고 함으로써 단체협약체결의사를 요구하고 있다. 임종률, 앞의 책, 136면에서 말하는 “합의가능성을 모색”할 의무도 같은 맥락이다.

가) 의의

단체교섭에 있어서 그 권한을 남용하지 않을 의무이다. 노조법의 규정상 권한남용금지의무 또한 교섭의 양 주체, 즉 노동조합 및 사용자 또는 사용자단체에 부과되는 의무라고 해석되지만, 종래 학설은 기본적으로 이 의무는 헌법에 의해 단체교섭권을 갖는 노동조합에만 해당되며, 사용자에게는 해당되지 않는다고 보아왔다.⁸⁸⁾ 따라서 노동조합이 권한남용을 한 경우, 그에 대한 사용자의 대응행위의 정당성 여부를 파악할 때 이를 고려하게 되는 것으로 본다. 즉, 노동조합의 권한남용은 다만 사용자의 단체교섭거부의 정당사유로만 될 뿐이라는 것이다.⁸⁹⁾

나) 의무의 부담 주체 - 양 당사자

권한남용금지의무의 부담 주체로는 노동조합 뿐만 아니라 사용자도 가능하다. 일단 문헌상 권한남용금지 주체로 노조법 제30조 제1항과 제2항에서는 “노동조합과 사용자 또는 사용자단체” 양자 모두가 규정되어 있다. 그리고 노조법 제30조상의 의무의 대상으로 교섭의 양 당사자뿐만 아니라 교섭과 직접 관계있는 자를 포함한 해석이 가능하다는 점, 그리고 향후 노사교섭관계의 지형이 종래보다 다양화될 수 있다는 점을 들어 보다 신중한 접근이 필요하다고 생각한다.

즉, 사업 및 사업장 단위의 복수노조 전면 허용과 교섭창구 단일화 제도의 도입, 기업별 단체교섭에서 산별 단위의 단체교섭의 확산과 같은 노사교섭구조의 환경변화는 종래의 권한남용금지의무의 해석론을 넘어 보다 적극적인 해석을 요구한다. 예를 들면 교섭창구 단일화에 따른 교섭대표노동조합이 지게 되는 공정대표의무도 넓게는 성실교섭의무의 한 내용으로 볼 수 있고 그 중에서도 특히 권한남용금지의무에 해당한다고 할 수 있다.

더불어 사업 및 사업장 단위의 복수노조 도입에 따라 사용자가 개별교섭에 동의한 경우에는 자율적 교섭형식이 될 것이고 이 경우에 있어서는 사용자에게 중립유지의무 등이 노조법 제30조로부터 도출된다고 할 것이다. 노조법 제29조의4는 공정대표의무를 규정하고 있지만, 이는 창구단일화절차에 참여한 경우만 적용한다고 규정하고 있으므로 자율교섭의 경우에 인정되는 사용자의 중립유지의무는 노조법 제30조상의 사용자의 권한남용금지의무로부터 도출된다고 봐야 하기 때문이다.

2. 노조법 제30조의 규범적 위상과 의미

88) 이영희, 앞의 책, 238면; 사용자는 단체교섭에는 기본적으로 응해야 할 의무를 가질 뿐이며, 사용자가 남용할 수 있는 권리는 노동법상의 단체협약체결권이라기보다 민법상의 계약체결권이라고 한다.

89) 김유성, 앞의 책, 144면.

가. 규범체계적 특징

현행 노조법 제30조를 살펴보자면, 미국의 와그너법과 태프트-하틀리법 양자와 다른 독자적 특수성을 가진다.⁹⁰⁾ 규범체계적으로는 헌법상의 단체교섭권을 직접근거로 하고 있으며, 노동조합및노동관계조정법 내에서는 부당노동행위 규정들 속에 하나로 포함되어 있는 것이 아니라 별도의 규정으로 입법화되어 부당노동행위제도의 규정들보다 조문 번호상으로 앞서 있다. 규범형식적으로는 성실교섭의무가 규정되어 있는 태프트-하틀리법과 다른 독특한 문언을 포함하고 있는데 “신의에 따라”라든지 “권한을 남용하여서는 아니된다”라는 표현이 그것이다. 이러한 표현은 민법 제2조가 규정하고 있는 신의성실의 원칙과 매우 흡사하다. 그리고 동법 제30조가 표제로 “교섭 등의 원칙”이라 규정하고 있어 법문언 자체가 원칙규정이라고 선언하고 있다. 민법의 일반원칙 규정과 문언에서 유사하고, 표제도 원칙이라고 표현하는데다가 단체교섭권의 내용을 구체화하면서 확인하고 있다. 또한 단체교섭과 관련하여서는 동 규정을 제외하면 교섭절차를 구성하는 당사자간의 일련의 행위들을 규율하는 규정이 있지 아니하다. 교섭절차가 동태적이고 유동적이기 때문에 그를 구성하는 절차형성적 행위도 그와 같은 성질을 가질 수 밖에 없고 더구나 상대방과 상호 대응하며 이루어져야 하는 상대적인 행위이므로 일반 조항적 원칙규정을 통한 규율이 필요한 영역이다.

나. 규범적 위상

1) 단체교섭권 구체화 규정

우리나라의 성실교섭의무 규정은 1953년 노동조합법 제정시부터 미국과는 다른 토대에 서 있다. 우리 헌법은 단체교섭권을 헌법상 기본권으로 명시하고 있으며, 단체교섭제도는 의회에 의해 형성된 것이 아니라 기본권의 행사, 곧 권리자 스스로 실현하는 과정일 뿐이다. 부당노동행위제도도 단체교섭을 촉진하는 의미라기보다 기본권 보장과 실현에 더 방점을 두고 있다. 성실교섭원칙의 한 내용인 성실교섭의무도 단체교섭권에 대응하는 사용자의 의무인 단체교섭의무의 한 내용에 다름아닌 것이다.

2) 단체교섭의 행위지침

90) 현행 노조법과 와그너법, 태프트-하틀리법의 규범구조를 간략히 도식화하여 비교하면 다음과 같다.

	단체교섭권	성실교섭의무	사용자의 부당노동행위	노동조합의 부당노동행위
와그너법	O	X(판례상 O)	O	X
태프트-하틀리법	O	O	O	O
현행 노조법	O (헌법)	O	O	X

성실교섭의무는 노조법 제30조에서 규정하고 있다. 노조법 제30조의 제1항과 제2항의 해석이 성실교섭의무의 구체적 내용을 결정한다. 그러나 노조법 제30조 제1항은 “노동조합과 사용자 또는 사용자단체는 신의에 따라 성실히 교섭하고 단체협약을 체결하여야 하며 그 권한을 남용하여서는 아니된다.”라고 규정하고 있고 제2항에서는 “노동조합과 사용자 또는 사용자단체는 정당한 이유없이 교섭 또는 단체협약의 체결을 거부하거나 해태하여서는 아니된다.”라고 규정하고 있어 매우 추상적이다. 이러한 추상성은 명확한 해석의 필요라는 문제를 초래하기도 하지만 노조법 제30조의 표제가 “교섭 등의 원칙”이라고 한 것에서 시사받을 수 있듯이, 일반조항 내지는 원칙조항으로서 유동적이고 상대적인 교섭과정 전반을 규율하는 포괄성의 요청상 불가피한 것이라고도 볼 수 있다.

앞서 성실교섭의무는 4가지 의무, 단체교섭응낙의무, 협의의 성실교섭의무, 단체협약체결의무, 권한남용금지의무로 이루어짐을 살펴보았다. 이들 4가지 의무는 단체교섭의 과정이 단체협약 체결을 모색해가는 쌍방 당사자 개개의 교섭행위가 상호견련, 결합되어 형성되는 과정인 것처럼, 단체협약의 체결이라는 공통의 목표하에 교섭의 진행경과와 상황의 변화에 따라 그 위반여부가 개별적, 구체적으로 결정된다.

단체교섭에 있어서 원칙으로 작용하는 명문의 노조법 제30조 제1항과 제2항이 규정하고 있는 성실교섭의무가 가지는 의의를 살펴보면 다음과 같다. 제2항에서는 단체교섭에 있어서는 소위 “협상테이블에 나올 의무”와 “이미 타결된 내용에 대해서 법에서 규정하고 있는 형식적 요건을 갖춘 완전한 형태의 단체협약을 체결할 의무”를 규정하고 있다. 제2항의 규정은 교섭의 시작과 종국적 완결에 관한 의무를 실시하고 있고 제1항에서는 그러한 교섭에서의 태도, 즉 신의에 따라 성실히 교섭할 것, 그리고 그 권한을 남용하지 않을 것 등을 요구하면서 주로 교섭에서의 양 당사자의 행태의무를 규정하고 있다. 교섭에 있어서 이러한 양 당사자의 행태는 “단체협약체결의사”라는 주관적 요소과 함께 행위의 “정당한 기대”, “예측가능성”, “적절성”의 객관적 요소들을 갖추어야 한다.⁹¹⁾

결국 노조법 제30조는 교섭의 시작과 완결을 위한 단체교섭의 요구에 대한 응낙과 협상테이블에 나아갈 것, 그리고 협상테이블에서의 당사자의 대응자세, 협상을 통한 타결 후 노조법에 따른 단체협약서 체결을 통한 완결까지 그 전반적 과정에 대한 원칙을 기술하고 있다고

91) 성실교섭의무와 협상시의 전략과의 관계에 관해 살펴볼 필요가 있다. 특히 단체교섭단계에서 양 당사자는 교섭타결을 위한 각종 협상전략을 사용하게 되는데 이는 성실교섭의무와 배치되는 것은 아닌지 그리고 어느 선까지 허용되는 것인지 문제될 수 있다. 또한 이러한 부분에 대해서 규범적 통제가 가능한 부분인지 검토할 필요가 있다. 다만, 원론적으로는 성실교섭의무가 단체협약체결의사를 요구하고 단체협약의 체결을 지향한다는 점에서 협상 전략 또한 교섭타결을 위한 수단과 방편에 불과하므로 성실교섭의무와 배치되지는 않는다고 봐야 한다. 향후 보다 심도깊은 연구가 필요한 영역이다.

할 수 있다.

3) 사법상의 실제적 규정

노조법 제30조를 교섭 등의 일반원칙이라고 한다면, 원칙으로서 관련 법규의 해석과 적용에 있어서 지도적 성격을 띠어야 함에도, 지금까지 노조법 제30조의 규정은 그 해석과 활용에 있어서 매우 저조하였다. 지금까지 학계의 동향도 헌법 제33조의 근로3권의 해석이나 노조법 제81조의 부당노동행위의 해석문제에 치중하였지 노조법 제30조의 규정에 대한 본격적인 해석론은 찾아보기 힘들었다.⁹²⁾ 이는 단적으로 과거 하급심 판결에서도 드러난다.⁹³⁾ 당시 노동조합법 규정을 살펴보면 현재의 조문과 동일하지는 않지만 사용자의 성실교섭의무를 규정한 조항이 존재하였다. 그럼에도 불구하고 위 사안에서 법원은 그에 대한 판단을 전혀 하지 않고 있었다. 차라리 성실교섭의무 조항을 적시하고 해석상의 난점을 거론하거나 직접적으로 공법상의 규정이라고 판단하였으면 모르되 아예 언급조차 하지 않아서 유령조문처럼 되어 버렸다. 혼시적 규정으로 보아서 그리 했는지 모를 일이다.

92) 성실교섭의무에 대한 논의도 미국의 성실교섭의무의 소개에 집중하면서 우리법의 해석론에 대한 연구성과는 미약하였다. 미국의 성실교섭의무에 대한 본격적 논의를 한 논문으로 고호성(1984), 앞의 글년을 들 수 있고 단체교섭거부에 대한 본격적 논의에 관한 논문으로는 권창영, “단체교섭거부에 대한 사법적 구제”, 서울대학교 법학석사학위논문, 2001, 권창영, “단체교섭의무이행의 소”, 『저스티스』 제80호, 2004를 들 수 있다. 성실교섭의무 일반에 관해서 논하고 있는 논문으로는 이현학, “단체교섭 당사자의 성실교섭의무에 관한 연구”, 고려대법학석사학위논문, 2011이 있다.

93) 마산지법 92가합 684, 1992.4.23 판결은 다음과 같이 판시하고 있다.
 “헌법 제33조 제1항은 근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권, 단체교섭권 및 단체행동권을 가진다고 규정하고 있다. 그러나 위 규정은 국가와 근로자와의 관계에 있어서 국가가 위 권리를 부당하게 침해해서는 안된다는 의미일 뿐 아니라 사용자에게 대한 관계에서도 위 권리가 공공질서로서 존중되어야 한다는 의미에 그치는 것이지, 위 헌법 규정에서 바로 근로자의 사용자에게 대한 단체교섭청구권이 발생한다고는 할 수 없다. 한편 노동조합법에서도 사용자가 노동조합의 대표자와의 단체교섭을 정당한 이유없이 거부하거나 해태하는 것을 부당노동행위로서 금지하고 있고(법 제39조 제3호), 위 부당노동행위에 대하여는 노동위원회가 사용자에게 대하여 구제명령을 발할 수 있으며, 사용자가 그 구제명령에 위반할 경우에는 형사처벌까지 할 수 있도록 규정하고 있다(법 제46조의 2). 그러나 위 법 규정도 사용자가 단체교섭을 부당하게 거부하여서는 아니된다는 공법상 의무를 부담하게 할지언정 근로자의 사용자에게 대한 사법상의 단체교섭청구권을 직접 규정하고 있다고 볼 수 없다. 그것은 위 헌법 및 노동조합법 규정에 의하여 근로자에 사법상의 단체교섭 청구권이 인정된다고 할 경우 그 권리에 대응하는 사용자의 단체교섭 응낙의무의 내용을 특정할 수가 없으며, 또 어느 정도 성실한 자세로 교섭에 응하여야 그 의무를 다한 것으로 볼 것이냐를 판단할 수가 없는 등 해결할 수 없는 많은 법 해석상의 문제가 발생하기 때문이다. 따라서 현행법상으로는 근로자에게 사용자에게 대한 사법상의 단체교섭청구권이 있다고 할 수 없어 위와 같은 가치분은 피보전권리가 없어 부적법하다고 해야 할 것이고, 그 뿐만 아니라 위와 같은 가치분을 인정한다면 가치분의 발령으로서 본인의 목적이 달성되어 버려 가치분의 잠정적 성격에 배치된다고 하는 법리상의 난점도 생기게 되는 것이다.”

살펴보면 위 판례 사안의 경우 그 규범 판단이 일본에서의 논의 구조와 흡사하다. 일본에서는 우리나라와 같은 노조법 제30조 조문이 없다. 헌법에서의 단체교섭권 인정 조항과 노동조합법에서의 부당노동행위 구제제도 두 조문을 두 축으로하는 규범구조를 가질 뿐이다. 결국 우리나라와 일본의 규범구조가 다른데도 일본의 논의를 그대로 답습하여 판결하지 않았는가 하는 의심을 지울 수 없다.

그러나, 현재의 하급심들은 명시적으로 노조법 제30조에 근거하여 판단한다. 서울행법 2008.4.3. 선고 2007구합31560 판결에서 법원은 “한편, 원고로서는 노조원이 근로자 집단에서 차지하는 비중에 따라 단체협약의 내용이 경영여건에 주는 영향이 달라지므로 노조원이 근로자 집단에서 차지하는 비중을 알아야만 단체교섭에서 교섭대상이 되는 근로조건을 결정할 수 있을 것이어서, 원고는 이 사건 노조에게 원고 회사 근로자 중 이 사건 노조에 가입한 조합원명단의 제출을 요청할 수 있고, 이 사건 노조는 성실교섭의무(노동조합 및 노동관계조정법 제30조)의 한 내용으로서 원고에게 단체교섭에 필요한 설명을 하거나 관련자료를 제공할 의무가 있다.”고 하여 노동조합의 설명의무 내지는 정보제공의무를 노조법 제30조의 성실교섭의무에서 직접적으로 도출하고 있다.

또한 인천지법 2003. 8. 28. 선고 2002가합9543 판결에서도 “따라서 피고는 노조법 제30조 제2항에 따라 사용자로서 복수노조에 해당하지 않는 원고와의 이 사건 단체교섭을 거부하거나 해태하여서는 아니되는 성실교섭의무를 부담한다고 할 것이다.”라고 하여 명시적으로 노조법 제30조를 성실교섭의무의 근거조항으로 들고 있다.

결국 노조법 제30조는 이미 그 표제에서 밝히고 있듯이 “교섭 등의 원칙”이다. 단체교섭권이라는 헌법상의 기본권이 가지는 내용을 구체화하는 법인 노조법의 여러 규정을 해석하는 지침적 성격을 가진다. 단체교섭권의 내용과 정신을 가장 직접적으로 담고 있는 규정이기 때문이다. 또한 노조법은 교섭 당사자에 대한 사법상의 의무를 부과하는 규정이다. 그리고 경우에 따라 설명의무나 정보제공의무 등의 교섭상의 부수적 의무들이 도출되는 근거규정이기도 하다. 이렇게 보면 노조법 제30조의 규정형식은 헌법 제33조 제1항의 구체화법으로서의 구체성을 띠고 있으나, 그 규율대상인 단체교섭과정이 상대적이고 형성적이기 때문에 추상성을 가지고 있다. 즉, 노조법 제30조는 헌법 구체화법으로서의 구체성과 일반원칙 규정으로서의 추상성이라는 양면적 성격을 가진 규정이라고 할 수 있다.

제4장 결 론

교섭의 촉진을 위하여 성실교섭의무와 그 한 내용으로서의 정보제공의무를 활용할 방안을 모색할 필요가 있다. 활용도가 낮은 이유를 단체교섭의 성실성을 다루는 것 자체가 어려워서 부당노동행위로 다루지 않는 경우가 많다고 분석한다면, 그 해법으로 성실교섭의무의 내용을 보다 객관화하여 실질적인 단체교섭 촉진책으로 구실할 수 있는 방안을 모색해야 한다고 생각한다. 미국식의 당연 위반의 법리를 참조하여 전형적인 불성실 행위를 유형화하여 보다 적극적으로 부당노동행위구제명령을 내릴 필요가 있다. 예를 들면, 정보제공의무의 경우 주관적인 불성실의 입증보다는 교섭단계에서 필요한 정보를 획득하는데 주안점이 있고, 행위태양도 정형적이다.

더불어 단체교섭상의 성실교섭의무에 있어서 "성실성"을 법적 계기로 포섭, 파악하여 이를 해석, 적용할 필요가 있고, 단체법 뿐만 아니라 개별법에서도 "성실성"을 규정하고 있다면 이를 확장할 필요가 있다.⁹⁴⁾ 이를테면 근로기준법 제24조 제3항에서는 "사용자는 제2항에 따른 해고를 피하기 위한 방법과 해고의 기준 등에 관하여 그 노동조합(근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수를 대표하는 자를 말한다. 이하 "근로자대표"라 한다)에 해고를 하려는 날의 50일 전까지 통보하고 성실하게 협의하여야 한다."고 규정하고 있는데, 이 경우의 "성실"도 단체교섭상의 "성실"에 준하여 해석하여야 할 것이다.

단체교섭의 경우 노동조합은 단체교섭 전에 이미 교섭요구안 작성을 위해 관련 정보를 수집하고 이를 분석한다.⁹⁵⁾ 결국 단체교섭과 관련한 정보제공의 문제는 시기적으로는 본격적인 단체교섭 이전, 즉 노동조합의 단체교섭 준비시부터 논의되어야 한다. 이러한 경우 노사협의회가 열리는 시기와 단체교섭요구안의 준비단계로서 정보가 필요한 시기가 서로 겹치게 될 수 있는데, 경우에 따라 단체교섭상의 성실교섭의무를 근거로 한 정보제공의무와 노사협의회에 있어서의 정보제공의무가 중첩되기도 한다. 또한 단체교섭이 계속 될 경우 3개월마다 정기적으로 열리는 노사협의회는 단체교섭과정에 흡수되는 경우가 종종 발견된다.⁹⁶⁾ 결국 정보제공에 관하여서는 노사협의회와 단체교섭이 결합하여 통합적이고 상시적인 정보의 공유체계를 만드는 것이 종국적인 노사간의 신뢰형성을 위해 바람직하다고 생각한다. 이를 위해 정보제공의무의 요건, 효과, 범위 등을 구체화하는 작업은 반드시 필요하다. 왜냐하면 노사협의회는 경

94) 단체교섭상의 "성실성"을 법적인 계기로 포섭하는 방향으로 현행 규정을 해석, 적용하여야 한다는 견해는 일찍부터 있어 왔다.(이철수, 앞의 글, 119면)

95) 노사관계소위원회, 앞의 책 참조

96) 노사관계소위원회, 앞의 책 참조

우 설치요건이 상시 30명 이상의 근로자를 사용하는 사업장이므로 사업장에 따라서는 노사협의회가 설치되지 않은 경우가 있을 수 있고, 더불어 제대로 운영되지 못하는 수도 있기 때문이다. 또한 노동조합에 대한 정보제공의무도 인정될 수 있다. 다만, 해석론적으로 노사협회의 규정을 감안하여 대상이나 사용자가 거절할 수 있는 경우를 구체화할 필요가 있을 것이다. 특히나 근참법상에 규정된 사항의 경우에는 관련성 내지 필요성이 추정된다고 봐야 한다. 입법론적인 해결책의 강구도 필요하다.

<토론문>

“단체교섭에서의 정보제공의무”에 대한 토론문

고 호 성(제주대 법학전문대학원 교수)

1. 단체교섭에서의 정보제공의무와 성실교섭의무 일반법리가 함께 소개되어 있으나, 발표논문 제목의 취지와 논점 집중을 위하여 정보제공 의무에 관해서만 토론하기로 함

2. 성실교섭의무에서 정보제공의무를 도출하여 노동조합(배타적 교섭대표 노동조합)으로 하여금 사실상 제한된 범위에서나마 이른바 경영참가적 기능을 할 수 있도록 하는 미국법의 태도는, 우리나라 노동단체법 내지 집단적 노사관계제도 이해에 많은 시사점을 줄 수 있을 것으로 생각함

3. 근로자참여 및 협력증진에 관한 법률로 노사협의회제도를 따로 입법하고 노사협의회를 통하여 일정범위의 경영정보를 공유할 수 있도록 하고 있는 우리 법제의 특성상, 성실교섭의무에서 도출되는 정보제공의무와 근참법상의 정보제공의무의 충돌 문제에 대한 천착을 높이 평가함

---미국 단체교섭법제는 이른바 배타적 교섭대표제를 통하여 배타적 교섭대표 노동조합의 교섭단위 전체근로자 대표성을 전제로 하는 것이나, 우리 법제는 그러한 전제를 결여하고 있는 것으로 판단됨. 현재 시행중인 교섭창구 단일화제도(교섭대표 노동조합제도)는 그런 점과 관련하여 일정한 영향을 줄 수 없을까 하는 문제를 질문하고 싶음

---사용자측 입장에서는 기업 정보가 기업 밖으로 유출되는 것에 대하여 상당한 저항감을 가지고 있을 것으로 생각되는데, 대각선 교섭 등으로 초기업적 노동조합이 교섭에 참여하는 경우 정보제공의무의 범위는 상당히 제한되어야 하지 않을까 하는 문제를 질문하고 싶음

---기업내 노동조합은 근로생활상 기업의 경영정보에 대하여 사실상 상당한 정보를 지니고 있을 것으로 생각되고, 정보제공의무가 강화되면 사실상 상당히 예민하고 한계적(영업비밀 또는 근로자 개인의 프라이버시 연관 사항)인 정보요구가 집중될 것으로 보이는데, 이런 점과 관련한 발표자의 견해는?

---미국 단체교섭법제는 이른바 ‘협약교섭론’을 넘어 협약의 해석, 적용 문제까지 포함하는 계속적 프로세스(continuing process)를 전제로 하고 있는 것인데, 법적으로 이 점이 아직 불명료한 것을 보이는 우리 법제에서는, 이른바 근참법상 정보공유와 성실교섭의무상 정보제공의무는 ‘협약교섭’ 과정을 중심으로 구분할 수는 있는 것인지?

4. 노동조합 및 노동관계조정법 제30조에 의하여 ‘성실교섭의무’의 법률적 근거가 마련된 이후, 성실교섭의무는 노/사 양측에 부과되는 것으로 이해되는 경향이 있는데, 헌법상 단체교섭권이 근로자측 권리로 보장된 우리 법제상 이 조문이 노동조합측에 단체교섭의무를 부과한 것으로 볼 수 있는지 발표자의 견해를 듣고 싶음

---노조측의 단체교섭의무가 전제되지 않는 상태라면, 노조측의 성실교섭의무는 어떠한 의미를 가지고 있는 것인지, 사용자측의 성실교섭의무와는 구조를 달리하는 것이 아닌지, 달리 한다면 어떻게 다른 것인지, 혹시 성실교섭의무는 부당노동행위 구제등과 관련하여 사용자측 성실교섭의무를 중심으로 하지만 사용자의 성실교섭의무 위반을 판단함에 있어 노조측의 성실성을 참작한다는 정도로 그치는 것은 아닌지에 대한 발표자의 견해는?

---발표논문에서 노조측의 정보제공의무에 관한 논의를 전개하고 있는데 사용자측이 노조측에 요구할 필요가 있는 정보는 어떤 것인지?

5. 정보제공의무 위반의 법률효과 내지 구제방법에 대하여 부당노동행위제도를 넘어서는 광범한 논의를 전개하고 있는데, 그런 구제방법의 법리적 근거는 무엇인지?

---헌법상 단체교섭권에 근거하고 있다면, 우리 헌법상 단체교섭권이 ‘성실’ 교섭의무를 내용으로 하고 있는 것인지? (성실교섭의무는, 교섭창구를 넘어 교섭과정상의 일정한 행위에 대해서도 국가적 간여를 인정한다는 정책적 의미를 지니고 있는 것인데, 우리 헌법상의 단체교섭권/단체교섭의무가 말하자면 ‘단순교섭의무’를 넘어 성실교섭의무까지 포괄하고 있는 것인지?)

---노동조합 및 노동관계조정법 제30조의 민사법적 효력을 전제로 하는 것인지, 또는 노동조합 및 노동관계조정법 제81조 제3호(단체교섭거부)의 민사법적 효력을 전제로 하는 것인지, 두 조문의 관계는?

6. 우리 노동법제의 혼란스러운 규정형식 속에서 ‘단체교섭상의 정보제공의무’를 구체화하려는 문제의식에 동감하며, 다만 그 요건 내지 한계와 관련하여 특히 영업비밀과 개개인의 프라이버시와의 충돌문제에 대한 관심을 발전시켜 주시기를 기대함.

노동분쟁의 자율적 해결에 대한 법리에 관하여

裴仁演*

- I. 서론
- II. 자율적 분쟁해결의 기초이론
- III. 개별분쟁의 자율적 해결
- IV. 집단분쟁의 자율적 해결
- V. 결론

I. 서론

본 논문의 목적은 노동관계법에 산재해 있는 분쟁해결과 관련된 규정들이 효율성과 자율성의 측면에서 그 문제점이 무엇인지 검토해 보고, 그 개선안을 찾고자 하는 데 있다. 이 같은 목적 하에, 우선 노동분쟁의 개념과 유형을 살펴보고 노동분쟁을 타율적 또는 자율적으로 해결하는 방법을 알아보았다. 특히 자율적 노동분쟁 해결제도에 대하여 대체적 분쟁해결(ADR)과의 관계를 살펴보고 이에 대한 법적 정의 내지는 요건을 규명해 보고자하였다. 그럼으로써 우리나라 노동관계법상 분쟁해결의 문제점이 무엇이고 또 그 개선방안은 어떠한지 하는지에 대한 기준을 찾고자 하였다. 이에 따라 조정(調整), 조정(調停), 중재, 행정지도, 화해권고, 견해제시 등의 용어의 사용과 분쟁해결의 방법론상 문제점도 알아보하고자 한다.

개별분쟁의 해결과 관련해서는, 부당해고등에 대한 것과 비정규직근로자의 차별에 관하여는 직접적인 분쟁해결 장치가 있지만 가장 비중을 많이 차지하는 임금체불 등 근로조건에 관한 분쟁은 직접적 해결장치가 없다는 것이 문제이다. 이에 대하여 알선 등 대체적 분쟁해결의 도입 가능성과 그에 따른 법적 문제점을 검토하였다. 이와 관련하여 강행법규에 해당하는 노동관계법 위반에 대한 반의사불벌죄의 문제점도 지적하였다.

부당해고등에 대한 노동위원회의 심판과 화해 그리고 비정규직 차별에 대한 시정과 조정·

* 한국노동법학회

중재의 문제점도 검토하였다.

자율적 분쟁해결의 가장 전형적인 모습이 집단분쟁에 대한 조정·중재라고 할 것이다. 그러나 집단분쟁에 을 해결하는 노동위원회의 조정(調整)제도는 애초 분쟁해결의 목적이라기보다는 노동조합의 쟁의행위를 제한하기 위한 제도라는 점에서 아직 미흡한 점이 많다고 생각한다. 협소한 분쟁해결 대상과 분쟁당사자들의 자율성을 해치는 조정(Mediation)의 방법 등은 분쟁당사자들로 하여금 이러한 제도를 기피하고 당사자의 자치적 해결능력을 저하시키는 결과를 낳고 있다고 생각한다. 따라서 이러한 규정들에 대한 해석방안을 새로이 모색하고 관련 법규의 개정방향을 제시해 보고자 한다. 이와 더불어 사적조정·중재의 활용방안에 대해서도 검토할 것이다.

마지막으로 사적조정·중재제도는 현재 매우 소극적 차원에서 규정하고 있다. 특히 사적조정인이나 중재인을 이 제도의 주체로 인정하여 사적조정·중재에 대한 노동위원회의 신고 주체로 할 필요가 있다. 그리고 이를 현재처럼 소극적 차원에서 운영할 것이 아니라 국가적 차원에서 또는 공적해결과 연동하여 적극적으로 활용할 필요가 있다고 본다.

II. 자율적 분쟁해결의 기초이론

1. 자율적 분쟁해결과 대체적 분쟁해결(ADR)과의 관계

여기서 말하는 자율적 분쟁해결이란 제3자의 도움을 통하여 분쟁을 스스로 해결하는 것이다. 이는 오늘날 널리 논의되고 있는 대체적 분쟁해결과 유사하다고 하겠다. 대체적 분쟁해결을 단순히 재판을 대체하는 제도라고 하지만 그의 실체에 대한 정의는 다양하다. 대체적 분쟁해결을 ‘소송에 갈음하는 분쟁해결제도’, ‘판결 이외의 분쟁해결’, ‘재판 외 분쟁처리제도’라고도 하고, 소송과 대등한 분쟁해결절차라는 의미에서 단순히 ‘분쟁해결’이라고도 하고 더 나아가 분쟁해결에 대한 중심적 제도가 된다는 점에서 Primary Dispute Resolution이라고도 한다.¹⁾

대체적 분쟁해결이 널리 재판외의 분쟁해결이라고 할 때, 노동관계법상의 자율적 분쟁해결도 재판외의 분쟁해결제도라는 점에서 대체적 분쟁해결이라고 할 수 있다. 다만 위에서 본 바와 같이 대체적 분쟁해결이라고 하더라도 사실발견(Fact finding), 행정결정(Administrative determination), 조기중립평가(Early Neutral Evaluation)²⁾, 미니재판(Mini Trial)³⁾, 간이배심재

1) 최대일, 법원 내 ADR에 관한 연구, 2010, 1쪽.

판(Summary Jury Trial)⁴⁾, 약식배심심리(Summary Jury Trial)⁵⁾ 등은 자율적 분쟁해결이라고 볼 수 없다. 그러나 자율적 분쟁해결은 대체적 분쟁해결에 속한다고 할 수 있으므로 대체적 분쟁해결에 대한 이론은 자율적 분쟁해결에 적용할 수 있다고 본다. 다음은 자율적 분쟁해결의 실체를 밝히기 위한 그의 요건을 살펴보는 것인데 이는 곧 대체적 분쟁해결의 실체에 관한 요건이라고 할 수 있다.

2. 자율적 분쟁해결의 정의와 범위

(1) 분쟁의 해결

자율적 분쟁해결 즉 대체적 분쟁해결은 분쟁을 해결하는 것이 목적이다. 재판도 분쟁을 해결하는 것이라고 하더라도 그의 주된 목적은 개인의 권리실현이다.⁶⁾ 이 점에서 대체적 분쟁해결과 재판은 그 목적이 다른 것이며 대체적 분쟁해결⁷⁾이 반드시 재판을 대체한다고 볼 수 없다. 따라서 고용노동부의 임금체불 등 근로조건 위반사건에 대한 사법처리절차도 형사재판 절차에 해당하는 것이므로 대체적 분쟁해결이라고 볼 수 없다.

또한 최소한의 분쟁을 전제로 하므로 분쟁을 전제로 하지 않는 교육·훈련, 조사, 단순한 조언, 조직진단, 각종 노사관계 개선활동, 노사협력 프로그램⁸⁾ 등은 대체적 분쟁해결이라고 할 수 없다.⁹⁾

(2) 재판외의 분쟁해결 수단(대체성)

-
- 2) 실제 재판에 들어가기 전에 중립적인 제3의 평가관(은퇴한 판사 등)으로 구성된 협의회로부터 쟁점의 법적 평가 또는 사실관계 평가 등을 받아보는 제도이다.
 - 3) 쌍방 당사자 참석 하에 쌍방의 변호사가 2일간 트라이얼(주장 및 진술)을 하고 이를 기초로 위 쌍방 간에 화해교섭을 시도해 보는 절차이다.
 - 4) 임시로 구성된 배심원단 앞에서 당사자가 증인조사절차나 증거제출의 절차를 생략한 채 요약된 간이 변론을 하게 되고, 배심원들 합의로 평결을 내리는 것이다.
 - 5) 당사자가 배심원의 면전에서 간단한 트라이얼(주장 및 진술)을 행하고 이에 대하여 배심원이 구속력이 없는 권고적 평결을 내리면, 이를 참고로 하여 당사자들이 화해교섭을 시도하는 방법이다.
 - 6) 강현중, 민사소송법, 박영사, 2003, 11쪽.
 - 7) 여기서 ‘대체적 분쟁해결’은 대체라는 의미와는 무관하게 하나의 고유명사 즉 ADR(Alternative Dispute Resolution)으로 쓰이고 있다.
 - 8) 강현중, 민사소송법, 박영사, 2003, 49쪽. 여기서 상담, 교섭 등도 대체적 해결이라고 하였다.
 - 9) 이 경우 고용노동부의 근로감독관은 노동관계법을 위반한 사용자의 사법처리가 목적이고 권리의 실현은 그의 주된 목적이 아니다. 그러나 이 과정에서 근로감독관이 행정지도 명목으로 서로 합의를 유도하는 행위는 ADR이라고 할 수 있다.

대체적 분쟁해결은 일반적으로 재판관을 대체한다고 한다.¹⁰⁾ 따라서 재판 자체를 위한 수단들은 대체적 해결이라고 할 수 없다. 예를 들어, 재판이나 소송의 진행자들이 소송을 수행하기 위해 진행하는 각종 합의진행(예를 들어 소송상 화해) 등은 당사자들 스스로 진행하므로 여기서 말하는 대체적 해결이라고 할 수 없다. 또한 고용노동부의 근로감독관들이 수사과정에서 형사합의를 진행하는 것 등은 법의 이행의 권고 등 수사과정에 포함되는 절차에 해당하므로 대체적 해결이라고 할 수 없다. 마찬가지로 행정기관이나 법원들이 소송과정에서 진행하는 각종의 권고나 합의촉구 등은 자율적 해결이라고 할 수 없을 것이다. 그러나 그 자체가 재판과는 별도로 분쟁을 해결하는 것이라면 대체적 해결이라고 할 것이다.

대체적 분쟁해결은 재판이 해결할 수 없는 것뿐만 아니라 재판 중 또는 재판후의 분쟁에 대하여도 해결할 수 있고, 그것이 법을 위반하는 경우에는 재판을 받을 수도 있을 것이다. 그런데 재판에 행정소송이 포함되는 것은 당연할 것이지만 행정심판이나 행정결정 등이 이에 포함되느냐가 문제이다. 행정심판이나 행정결정이 분쟁해결에 초점이 맞추어져 있다면 대체적 분쟁해결이라고 보아야 하고¹¹⁾ 법의 목적이 이와 다른 것 즉 어떤 행위가 법적 요건을 충족했는지에 대한 확인절차나 개인의 권리실현이 목적이라면 대체적 분쟁해결로 볼 수 없다.

(3) 자율성

앞에서 본 노동분쟁 해결방법은 두 가지 유형으로 구분해 볼 수 있는데, 제3자의 판단이나 결정에 의한 타율적(Compulsory) 방법과 스스로 분쟁을 해결하도록 하는 자율적(Voluntary) 방법이다. 대체적 분쟁해결(ADR)에는 타율적인 방법이 있을 수 있지만(예를 들어 행정결정이나 미니재판 등) 제3자에 의한 자율적 해결방법은 모두 ADR에 속한다고 할 수 있다. 따라서 자율성은 대체적 분쟁해결의 충분조건은 될 수 있어도 필요조건은 아니라고 할 수 있다.

(4) 중립적 제3자의 개입

제3자의 개입은 자율적 해결의 필수요건이므로 제3자가 없는 분쟁해결은 여기서 말하는 자율적 분쟁해결이 아니다. 그러므로 당사자끼리 하는 화해, 협상, 팀빌딩(Team Building), 재판 중에 행하는 화해, 노사분쟁 예방을 위한 사전 활동, 제3자와의 상담이나 조언 등은 여기서

10) 1976년 미국에서 재판의 누적과 소송의 지연 등으로 인하여 ‘사법제도에 대한 불만요인의 연구를 위한 회의(The National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice)’ 그리고 1979년 파운드 회의(Pound Conference)를 통해 ADR을 재판을 대체할 수단으로까지 논의하게 되었다.

11) 이시윤, 신민사소송법, 박영사, 2005, 16쪽 각주. 준사법적 행정기관에 의한 심판 등도 소송에 갈음한 분쟁해결방식이라고 하고 있다.

말하는 자율적 해결방법이 될 수 없다. 앞에서 보았듯이, 민사소송법상의 소송상 화해, ‘소송 촉진 등에 관한 특례법’ 상의 재판상 형사화해는 제3자의 개입 없이 당사자 스스로 합의를 하는 것이어서 자율적 분쟁해결이라고 할 수 없다. 반면에 법원조정과 노동위원회의 화해, 검찰청의 형사조정은 제3자의 개입에 의한 것이어서 자율적 해결이라고 할 수 있다.

3. 자율적 해결에 적합한 용어의 사용

자율적 분쟁해결은 분쟁에 처한 당사자들을 위한 제도이다. 이러한 제도를 당사자들이 많이 활용하게 하기 위해서는 당사자들이 이러한 제도에 대한 이해와 신뢰 그리고 예측가능성을 높이는 노력이 필요하다고 본다. 이를 위해서는 쉽고 일관된 그리고 분쟁해결의 방법을 쉽게 예측할 수 있는 용어를 사용하는 것이 옳을 것이다. 노동관계법상 분쟁해결의 용어로 알선과 조정(調停) 그리고 중재 외에 조정(調整), 행정지도, 화해권고, 견해의 제시 등의 용어를 쓰고 있다. 이러한 용어들은 그 내용에 있어서 알선과 조정 그리고 중재의 범주에 모두 포함된다고 할 수 있다. 왜냐하면 이들은 모두 제3자가 분쟁당사자들을 설득하여 분쟁을 해결하도록 도움을 주는 제3자의 행위의 유형에 불과하기 때문이다. 여기서 알선과 조정(調停)의 성격은 같다고 할 수 있고 다만 알선은 조정에 비해 간이한 절차 또는 다른 절차의 사전절차로 정의할 수 있고 조정은 좀 더 독립적인 절차라고 할 수 있다. 중재는 중재자의 결정이 당사자들을 구속한다는 점에서 전 두 가지와는 차이가 있다. 근로기준법 위반의 사법처리절차에서 행하는 근로감독관의 ‘행정지도’도 당사자들이 분쟁을 해결하도록 돕는 절차에 불과하므로 그 성격은 알선이라고 할 수 있고, 부당해고등에 대한 노동위원회의 ‘화해권고’도 알선과 같다고 할 수 있다. 또한 단체협약의 해석 등에 대한 노동위원회의 ‘견해의 제시’는 그 효과가 중재와 같으므로 중재라고 표현하는 것이 옳다고 본다. 또한 조정과 중재의 상위 개념으로 사용하는 조정(調整)은 그 용어의 성격상 적절하지 않으므로 ‘분쟁해결절차’ 또는 ‘해결절차’로 변경하는 것이 바람직하다고 생각한다.

Ⅲ. 개별분쟁의 자율적 해결

1. 개별분쟁해결의 문제점

개별분쟁의 해결과 관련해서는, 부당해고등에 대한 것과 비정규직근로자의 차별에 관하여는

직접적인 분쟁해결 장치가 있지만 가장 비중을 많이 차지하는 임금체불 등 근로조건에 관한 분쟁은 고용노동부에 의한 사법처리절차 외에 직접적 해결장치가 없다. 이는 법원에 의한 민사재판으로 해결될 수밖에 없는데 오히려 법원에 의한 조정절차에 의해 해결되는 경우가 있다. 그러나 이에 대한 자율적 분쟁해결의 도입을 논하기 전에 강행법규에서 규정한 근로조건을 자율적으로 변경할 수 있는지에 대한 검토가 선행되어야 할 것이다. 이와 관련하여 현재 시행되고 있는 근로기준법상의 반의사불법죄에 대하여도 법적 검토가 필요하다고 하겠다.

2. 부당해고등과 비정규직 차별에 대한 노동위원회의 절차

부당해고등에 대한 노동위원회의 화해는 심판절차 도중에 같은 심판위원들이 진행하고 있는데 이는 자율성을 저해할 위험이 있다. 왜냐하면 결정권을 갖는 위원이 제시하는 화해권고안을 관계 당사자들이 이에 영향을 받지 않을 수 없기 때문이다. 따라서 심판사건에 대한 화해를 조정위원회에서 진행하든지 아니면 심판과는 별도로 진행하는 것이 바람직하다. 또한 이에 대한 심판절차는 분쟁해결적 기능이 강하고, 노동위원회 구제신청의 범위에 관한 근로기준법 제23조 제1항의 해석상 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉뿐만 아니라 호봉승급누락, 승진누락, 인사평가, 성과급 미지급 외에 직위해제와 직권면직이 배제된다고 할 수 없으므로 이들은 모두 노동위원회의 심판대상이 된다고 하여야 할 것이다.

부당해고등에 대한 노동위원회의 화해권고의 효력과 비정규직 근로자의 차별에 대한 조정조서와 중재결정서에 재판상의 화해와 동일한 효력을 인정하는 것은 재판절차가 아닌 행정절차에서 재판상의 효력을 부여하는 것이어서 이는 국민의 재판청구권을 박탈하는 결과로 이어질 수 있어 문제가 있다고 본다. 경우를 나누어 조정조서는 민법상의 화해와 같은 효력을 부여하거나 이의신청 방법을 부여하고 중재결정서의 경우에는 이익분쟁의 중재와 같이 중재기관의 위법이나 월권에 의한 경우가 아니면 이의를 제기할 수 없도록 하는 것이 타당하다고 생각한다.

3. 근로기준법상 반의사불법죄

근로기준법상의 반의사불법죄에 대한 개선책으로는 반의사불법죄의 조건으로 불처벌에 대한 의사뿐만 아니라 법에서 정한 근로자의 청구권을 전액 이행할 것을 조건으로 하거나 적어도 피해자의 청구권에 소실이 없는 것을 조건으로 하는 방법이 있을 수 있다. 예를 들어 금품청산의 경우 그 액수 이하의 지급은 안 되지만 그 지급기한을 연장하는 것은 가능할 것이

다. 또한 반의사불벌죄를 폐지하고 피해자의 불처벌의 의사가 있는 경우 양형의 참작사유로 할 수도 있을 것이다. 반의사불벌의 의사와 함께 노동관계법상 발생한 채권에 당사자들이 합의하여 사용자가 처벌을 면한다고 하더라도 노동관계법에서 정한 것 이하의 합의는 무효로 하여야 할 것이다.

4. 임금체불 등 개별분쟁에 대한 자율적 분쟁해결의 도입

강행법규에 속하는 노동관계법상의 권리에 대하여는 당사자 간 합의로 이를 저하시키는 것은 불가능하므로 이에 대한 자율적 분쟁해결의 도입이 문제된다. 그러나 대부분의 분쟁은 확정된 사실관계에 따른 권리에 대한 다툼보다는 사실관계 자체에 대한 다툼이 많다고 할 수 있다. 이러한 사실관계에 대하여는 얼마든지 자율적 분쟁해결이 가능하다고 본다. 이러한 점에서 노동분쟁의 대다수를 차지하는 개별분쟁에 대한 자율적 분쟁해결의 도입을 적극 검토할 필요가 있다고 본다.

노동관계법 위반의 신고사건이 있는 경우 노동위원회에 별도의 기구를 두어 우선 알선이나 조정을 통하여 해결하도록 하는 방법이나 고용노동부 내에 민간조정관제도와 같은 별도의 조직으로 하여금 알선을 하는 방법도 생각할 수 있다. 또한 일본과 같이 고용노동부 각 지청에 분쟁해결을 위한 전문 상담소를 설치하여 우선적으로 분쟁을 해결하는 것도 생각할 수 있다.

더 나아가 노동관계법 위반의 신고사건뿐만 아니라 부당해고등에 대한 구제신청사건과 비정규직 근로자에 대한 차별시정사건 등을 모두 권리분쟁에 대한 종합적인 자율적 해결 시스템으로 일원화하여 해결하는 방법도 고려해 볼만 하다. 권리분쟁에 대한 자율적 해결을 도입 하는데 있어서, 법적 권리분쟁에 대해 사전 알선과 중재를 취급하는 ACAS와 이와 협력관계에 있는 노동법원인 고용심판소(ET)를 운영하는 영국, 노동법원과 사전절차로서의 알선 그리고 중재를 이용하는 프랑스, 조정과 심판절차가 있는 노동심판소와 도도부현 노동국을 통해 권리분쟁을 해결하는 일본, 계약적 권리에 대한 고용조정(Employment mediation) 및 고충조정(Grievance mediation)과 고충중재(Grievance arbitration)를 하는 FMCS와 차별에 대해 고용조정(Employment mediation)을 하는 EEOC를 운영하는 미국, 권리분쟁을 고충조정(Grievance mediation)과 고충중재(Grievance arbitration)로 해결하는 FMCS를 운영하는 캐나다, 권리분쟁을 중재하는 중재원(Schiedsgericht)이 있는 독일 등은 좋은 참고 사례가 될 수 있다. 이러한 국가들에 있어서 권리분쟁을 자율적 방법으로 해결하는 경우 대개 재판이나 중재 이전에 알선을 많이 이용하고 있음을 알 수 있다. 이 경우 알선인은 대개 1인이 진행하고 조정과 중재는 여러 명이 진행함은 앞서 분쟁해결제도의 유형에서 살펴보았다. 따라서 고용노

동부에서 처리하는 근로조건과 관련한 권리분쟁과 노동위원회에서 처리하는 부당해고등과 비정규직 근로자에 대한 차별, 단체협약상의 권리에 대한 분쟁을 독립된 기구에 의한 알선절차로 해결하는 것도 고려해 볼만 하다.

IV. 집단분쟁의 자율적 해결

1. 집단분쟁에 대한 노동위원회 조정·중재 대상

(1) 법개정에 의한 대상의 축소

집단분쟁 해결의 대상은 근로조건 등에 관한 개별적 사항과 노조와 관련된 집단적 사항, 그리고 이익분쟁 뿐만 아니라 권리분쟁도 그 대상이 될 수 있느냐가 문제이다. 노조법에서 노동위원회의 조정·중재의 대상을 노동쟁의라 하고(동법 제45조, 제63조) 노동쟁의에 대하여 “근로조건에 관한 주장의 불일치”로 규정하였으나 1997년 노동법 개정으로 노동쟁의를 “근로조건에 관한 주장의 불일치”에서 “근로조건의 결정에 관한 주장의 불일치”로 개정하여(동법 제2조 제5호) 노동쟁의를 집단분쟁 중에서도 이익분쟁에 한정하였다. 그런데 법개정과는 별도로 판례는 그의 대상에 관하여 변화를 가져왔다. 그런데 판례는 주로 중재의 대상에 대한 것이나 조정과 중재의 대상은 같으므로 중재의 대상에 관한 판례와 학설은 조정(調停)에 대하여도 같이 적용된다고 하겠다.¹²⁾ 조정·중재의 대상에 대한 학설은 집단적 사항이 포함하여야 한다는 견해¹³⁾와 부정하는 견해¹⁴⁾ 그리고 권리분쟁에 대하여도 긍정설¹⁵⁾과 부정설¹⁶⁾이 있다. 이에 대하여 살펴보면 다음과 같다.

(2) 조정·중재 대상을 확대한 판례

구 노동쟁의조정법 제2조에 의하면 “노동쟁의란 임금, 근로시간, 후생, 해고 기타 대우 등 근로조건에 관한 노동관계 당사자 간의 주장의 불일치로 인한 분쟁상태”라고 규정하고 있다. 이에 따라 대법원은 노동쟁의조정법 제2조의 노동쟁의의 정의에서 말하는 근로조건에 관한

12) 최홍엽, 중재제정의 대상, 노동법학13호, 1999, 274쪽.

13) 임종률, 노동법, 박영사, 2011, 178쪽.

14) 김형배, 노동법, 박영사, 2011, 1012쪽; 김유성, 노동법Ⅱ, 법문사, 1998, 230쪽.

15) 이상윤, 노동법, 법문사, 2005, 811쪽.

16) 임종률, 노동법, 박영사, 2011, 178쪽; 김형배, 노동법, 박영사, 2011, 1011쪽; 김유성, 노동법Ⅱ, 법문사, 1998, 230쪽.

노동관계당사자간의 주장이란 개별적 노동관계와 단체적 노동관계의 어느 것에 관한 주장이라도 포함하는 것이고 그것은 단체협약이나 근로계약상의 권리의 주장(권리쟁의)뿐만 아니라 그것들에 관한 새로운 합의의 형성을 피하기 위한 주장(이익쟁의)도 포함된다고 하였다.¹⁷⁾ 즉 여기서 개별적 노동관계뿐만 아니라 조합활동과 같은 집단적 노동관계 그리고 권리분쟁과 이익분쟁 모두가 조정·중재 대상이라고 하였다. 이러한 대법원의 입장은 한동안 계속하여 유지되었다.¹⁸⁾

(3) 조정·중재 대상을 근로조건에 한정한 판례

1996년 주식회사 한밭택시 사건에서 대법원은 중재대상에 대하여 다음과 같이 판시하였다. 중재절차는 원칙적으로 노동쟁의가 발생한 경우에 노동쟁의의 대상이 된 사항에 대하여 행하여지는 것이고, 노동쟁의조정법 제 2조에서는 노동쟁의를 "임금·근로시간·후생·해고 기타 대우 근로조건에 관한 노동관계 당사자 간의 주장의 불일치로 인한 분쟁상태"라고 규정하고 있으며, 근로조건은 사용자와 근로자 사이의 근로계약관계에 있어서 근로자의 대우에 관하여 정한조건을 말하는 것이고(당원 1992. 6.23. 선고 91다19210판결 참조), 구체적으로는 근로기준법에 정하여진 임금·근로시간·후생·해고뿐만 아니고 같은 법 제 94조 제 1호 내지 제 11호, 같은 법 시행령 제 7조 제 1호, 제 3호 소정의 사항이 포함된다 할 것인바, 따라서 이러한 근로조건 이외의 사항에 관한 노동관계 당사자 사이의 주장의 불일치로 인한 분쟁상태는 근로조건에 관한 분쟁이 아니어서 현행법상의 노동쟁의라고 할 수 없고, 특별한 사정이 없는 한 이러한 사항은 중재재정의 대상으로 할 수 없다 할 것이다(당원 1994. 1.11. 선고 93누11883 판결 참조).¹⁹⁾ 여기서 그동안 대법원이 견지하였던 조정·중재의 대상을 대폭 축소하여 개별적 근로자들의 근로조건이라고 하고 더구나 근로기준법상의 근로조건에 한정하고 있다.²⁰⁾

(4) 예외적으로 중재의 대상을 확대한 판례

1997년 노조법상의 노동쟁의를 “근로조건에 관한 주장의 불일치”에서 “근로조건에 결정에 관한 주장의 불일치”로 개정하여 조정·중재의 대상을 대폭 축소하였으나 법 개정에 따른 판

17) 대법원 1990.05.15, 선고 90도357 판결. 서울지하철공사 사건. 대법원 1991.5.14, 선고 90누4006 판결.

18) 대법원 1992.5.12, 선고 91누10503 판결; 대법원 1994.1.11, 선고93누11883 판결; 대법원 1995.10.17, 94누14148 판결.

19) 대법원 1996.02.23. 선고 94누9177 판결; 대법원 1997.10.10, 선고 97누4951 판결.

20) 대법원 1997.11.07, 선고 95구30316 판결.

례의 변화는 아직 없고 오히려 2003년 부산교통공단 사건에서 대법원은 중재의 대상에 대한 기존의 판례를 존중하면서도 특별한 경우 집단적 사항에 대해서도 중재의 대상으로 할 수 있다고 하면서 다음과 같이 판시하였다. 중재절차는 원칙적으로 노동쟁의가 발생한 경우에 노동쟁의의 대상이 된 사항에 대하여 행하여지는 것이고, 노동조합및노동관계조정법 제2조 제5호에서는 노동쟁의를 '노동조합과 사용자 또는 사용자 단체 간에 임금·근로시간·복지·해고 기타 대우 등 근로조건에 관한 주장의 불일치로 인하여 발생한 분쟁상태'라고 규정하고 있으므로 근로조건 이외의 사항에 관한 노동관계 당사자 사이의 주장의 불일치로 인한 분쟁상태는 근로조건에 관한 분쟁이 아니어서 현행법상의 노동쟁의라고 할 수 없고, 특별한 사정이 없는 한 이러한 사항은 중재재정의 대상으로 할 수 없다 할 것이다(대법원 1996. 2. 23. 선고 94누9177 판결참조). 따라서 이 사건 중재재심결정 중 단체협약 제15조(근무시간 중 조합활동), 제16조(조합전임자), 제18조(시설 편의제공) 제2항, 제22조(출장취급)에 관한 부분은 근로조건 이외의 사항으로서 이에 관한 노동관계 당사자 사이의 주장의 불일치는 노동쟁의라고 할 수 없고, 따라서 특별한 사정이 없는 한 이를 중재재정의 대상으로 할 수 없다 할 것이다. 한편, 중재절차는 노동쟁의의 자주적 해결과 신속한 처리를 위한 광의의 노동쟁의 조정절차의 일부이므로 노사관계 당사자 쌍방이 합의하여 단체협약의 대상이 될 수 있는 사항에 대하여 중재를 해 줄 것을 신청한 경우이거나 이와 동일시할 수 있는 사정이 있는 경우에는 근로조건 이외의 사항에 대하여도 중재재정을 할 수 있다고 하였다.²¹⁾

(5) 판례의 문제점

이 판례에 의하면 노조법상 조정·중재의 대상은 근로조건에 관한 이익분쟁에 한정하고 있으나 당사자들이 합의하여 중재 신청하는 경우에는 집단적 사항에 대해서도 중재의 대상이 된다고 한다. 이에는 두 가지 문제점이 있다고 보는데 첫째, 법에서 허용하지 않는 대상을 당사자들이 임의로 신청하였다고 하여 이를 허용하는 근거가 불명확하고 둘째, 이러한 논리라면, 왜 경영권이나 권리분쟁에 대하여는 허용하지 않는지²²⁾에 대한 설명이 부족하다. 공익사업과 같은 특별한 경우를 제외하고 중재는 원칙으로 당사자들이 합의하여 신청하도록 하고 있고(노조법 제62조), 중재는 원칙으로 당사자의 주장의 범위 내에서 진행되는 것이(노조법 제69조에 의해 월권인 경우는 이의를 제기할 수 있음) 중재의 본질이므로 임의로 중재의 법적 허용범위가 변할 수 없다고 생각한다.

21) 대법원 2003.07.25. 선고 2001두4818 판결.

22) 대법원 1994.01.11, 선고 93누11883 판결; 중노위, 2001.6.8, 2001조정34 재결례.

(6) 집단적 사항

근로자의 단결권과 단체교섭권 그리고 단체행동권은 헌법에 의해 보장되고 이에 따라 노조법은 노동조합의 실체를 인정하고 있다(동법 제1조). 이러한 단결권과 단체교섭권으로부터 노동조합은 사용자로부터 독립하여 노동조합을 조직 또는 가입과 관련한 반노조차별(Anti-union discrimination)에 대한 권리와 단체교섭을 위한 노동조합 인정(Recognition of a trade union of collective bargaining)과 관련한 권리가 자연스럽게 도출될 수 있다. 이러한 노동조합 존립에 관한 기본적인 권리는 국제노동기구에서(ILO)도 인정하고 있다.²³⁾ 뿐만 아니라 노동조합은 교섭권(동법 제29조), 쟁의행위(동법 제4조), 노동위원회 조정신청권과 부당노동행위 구제신청권(동법 제7조), 조합원에 대한 차별금지의무(동법 제9조) 등 그 고유의 권리·의무를 가지고 있다. 그런데 만약 근로조건에 관한 사항에 대하여서만 교섭과 조정·중재의 대상이 된다고 한다면, 노동조합은 자신의 권리의무에 대한 주장이나 교섭은 할 수 없고, 제3자에 해당하는 조합원의 권리에 대해서만 주장이나 교섭을 할 수 있다는 결과가 된다. 이는 우리 법체계상 사적자유의 원칙을 뒷받침 하는 자기결정의 원칙과도 모순된다.²⁴⁾

또한 판례와 학설이 인정하는 의무적 교섭사항과 임의적 교섭사항이 무엇인지에 대한 규정은 노동관계법상 어디에도 없다.²⁵⁾ 의무적 교섭사항과 임의적 교섭사항의 근거에 대해 헌법 제33조 제1항과 노조법 제2조 제5호에서 구하는 의견²⁶⁾이 있으나 헌법 제33조 제1항은 명백히 근로조건 향상을 위해 노동3권을 인정한 것이고 근로조건에 관한 노동3권을 인정한 것이 아니므로 이를 그의 근거로 삼을 수 없고, 노조법 제2조 제5호에도 그에 관한 명백한 규정은 없다. 또한 미국 연방노사관계법(NLRA) Sec 8. (d) 조항을 근거로 임금, 근로시간, 기타 고용조건을 의무적 교섭사항으로 하고 그렇지 않은 경우를 임의적 교섭사항으로 분류하는 견해도 있다.²⁷⁾ 그러나 본 조항에서도 임금, 근로시간, 기타 근로시간에 한정하지는 않고 있어²⁸⁾ 미국에서도 판례와 학설에 의존하고 있다. 이에 의하면 의무적 교섭사항으로 근로조건에 대한

23) ILO, Conciliation and Arbitration procedures in labour disputes, 1980, 9쪽, 23쪽.

24) 박종희, 조정전치주의의 이론적 기초와 운용방향, 노동법학 제14호, 2002, 198쪽; 이영준, 민법총칙, 박영사, 1989, 13쪽.

25) 김유성, 노동법Ⅱ, 법문사, 1998, 141쪽.

26) 김형배, 노동법, 박영사, 2006, 763쪽.

27) 임종률, 노동법, 박영사, 2011, 126쪽; 이상윤, 노동법, 법문사, 2005, 614쪽.

28) NLRB, Sec 8, (d) [Obligation to bargain collectively] For the purposes of this section, to bargain collectively is the performance of the mutual obligation of the employer and the representative of the employees to meet at reasonable times and confer in good faith with respect to wages, hours, and other terms and conditions of employment, or the negotiation of an agreement or any question arising thereunder, and the execution of a written contract incorporating any agreement reached if requested by either party.

것뿐만 아니라 노조 보호조항(Union security), 조합비 공제(Check off), 노조의 채용 간여권(Hiring halls), 근무시간 중 노조의 시설 접근권(Union access to the employer's premises during the workday), 노조간부의 근무면제(Leaves of absence for union officials), 조합간부의 지위보장(Superseniority for shop stewards)등의 집단적 사항도 의무적 교섭사항(Mandatory subjects)으로 인정하고 있다.²⁹⁾ 단체협약 위반에 대한 소송에 관한 미국 연방노동관계법 Sec 301에서도 노동분쟁에 대한 소송과 중재의 대상으로 노동조합의 권리 즉 중재조항(Contract's arbitration), 조합비 공제(Check off), 노동조합 보호조항(Union security clauses)에 대하여만 인정하다가. 후에 노동조합이 근로자들의 개별적 권리인 임금(Wages), 근로시간(Hours), 상급자 권리(Seniority's rights), 정당한 사유 없는 징계에 대한 보호(Protection against discharge without cause) 등을 취급할 수 있도록 하였다.³⁰⁾ 따라서 미국 연방노동관계법(NLRA)를 근거로 노동조합의 권리를 교섭대상에서 제외하는 것은 타당하지 않다고 본다.

앞에서 본바와 같이 판례가 비록 노동위원회의 조정·중재의 대상을 근로조건에 한정하고 있다고 하더라도 근로조건에 개별근로자의 집단적 사항에 대한 권리가 근로조건이 아니라고 단정할 수 없고, 헌법과 노조법이 단결권을 보장하면서 노동조합을 인정한 이상 교섭할 권리에 대한 분쟁과 노동조합 고유의 권리도 인정하여야 한다고 본다. 그렇다면 그에 관한 다툼이 벌어진 경우 이를 노조법상의 분쟁해결의 대상에서 제외하는 노조법 제2조 제5호는 법체계상 모순이 아닐 수 없다.

(7) 소결

헌법상 보장된 노동3권과 노조법상 인정된 노동조합은 필연적으로 그의 권리도 보장할 필요가 있다. 노동조합의 제3자인 근로자나 조합원의 근로조건에 향상을 위한 노력도 중요하지만 먼저 사용자와의 관계에서 자신의 권리를 확보하고자 하는 것은 당연한 것이기 때문이다. 그렇다면 그러한 권리에 관한 다툼도 자연스럽게 예정할 수 있고 이는 근로조건을 보장하기 위한 또 다른 근로조건이라고 할 수 있다. 이러한 모습들은 노동분쟁의 실체를 통해서 확인할 수 있다. 이는 노동위원회에 의한 조정과 중재에서도 마찬가지이다. 권리분쟁과 집단적 사항을 제외한다면 실질적인 조정이나 중재가 불가능하다. 대부분의 국가에서도 집단분쟁에 집단적 사항과 권리분쟁이 있는 경우 이를 모두 분쟁해결의 대상으로 삼고 있는데 일본은 물론

²⁹⁾ Bruce Feldacker, LABOR GUIDE TO LABOR LAW, Prentice Hall, 2000, p210. 여기서 임의적 교섭사항(Permissive subjects)으로 협약에 대한 승인절차(Ratification procedures), 교섭단위의 변경(Change in the bargaining unit), 교섭과정의 기록(Transcript of bargaining sessions), 파업관련 합의 조항(Strike settlement agreements) 등을 들고 있다.

³⁰⁾ Bruce Feldacker, 앞의 책, p382.

미국과 영국³¹⁾ 심지어 독일³²⁾에서도 이를 인정하고 있다. 이를 인정하지 않는 유일한 이유는 노동조합의 활동이 과도하게 확대되어 갈등이 악화시킬 염려이다. 그러나 제도적으로 노동조합 활동을 억제한다고 하여 갈등이 사라진다고 할 수 없고 이러한 잠재적 갈등을 제도권에서 해결하지 않음으로써 오히려 악화될 우려가 있다고 생각한다. 더불어 노동조합의 설립절차, 복수노조와 교섭권 단일화 절차, 쟁의행위의 정당성에 관한 노조법상의 규정 등에 의해 충분히 불법 과도한 노동조합활동은 얼마든지 통제가 가능하다고 본다.

노동위원회 조정·중재의 대상에 대해 비록 일부 학설이 현행법상의 해석으로도 이익분쟁 중 집단적 사항과 권리분쟁을 노동위원회 조정(調整)의 대상에 포함될 수 있다고 하나³³⁾ 현행 법은 명백히 권리분쟁을 배제하고 있고 근로조건의 범위에 대해서도 해석론에만 의지할 수 없다는 점이다. 왜냐하면 법문상 ‘근로조건의 결정에 관한 사항’에 대하여 지나친 확대해석이나 유추해석은 법치주의와 맞지 않기 때문이다. 해석론에 의지한다면 노동위원회의 조정·중재의 대상은 근로기준법상의 근로조건뿐만 아니라 집단적 사항 즉 노동조합 활동과 관련한 근로조건 그리고 다른 법령에서 인정된 근로조건이 포함되어야 한다고 할 것이다. 그 외 노동조합의 권리에 관한 사항이나 권리분쟁³⁴⁾은 그것이 당사자가 합의로 중재를 신청하더라도 현행법상 조정·중재의 대상으로 인정하기 어렵다고 할 것이다. 그러나 이러한 사항은 노동분쟁의 본질적 부분으로서 당연히 분쟁해결의 대상이 되어야 할 것이다.³⁵⁾ 이러한 측면에서 1997년 노동법 개정으로 노동쟁의를 이익분쟁으로 축소한 것은 앞에서 본바와 같은 문제가 있다고 본다.³⁶⁾ 따라서 “근로조건의 결정에 대한 주장의 불일치”에서 ‘노동관계에 관한 주장의 불일치’로 개정하여 이 전처럼 개별적 사항과 집단적 사항은 물론 권리분쟁에 대하여도 노동위원회 조정·중재의 대상으로 하여야 할 것이다.³⁷⁾

2. 집단분쟁에 대한 노동위원회 조정(調停)방법

31) ACAS, annual report and accounts, 2010/11, p43. 집단분쟁의 구체적인 해결내용을 보면 임금청구, 고용조건, 정리해고, 노조인정 문제, 산별노조 문제, 해고와 징계, 작업조건 변경 등을 해결하였다.

32) 최홍엽, 중재제정의 대상, 노동법학13호, 1999, 287쪽.

33) 임종률, 노동법, 박영사, 2011, 178쪽; 이상윤, 노동법, 법문사, 2005, 811쪽.

34) 손창희, 노동쟁의의 범위와 중재제정에 있어서 위법·월권에 관한 소론, 법학논총 제7집, 1990, 22쪽; 김훈 외 노동위원회와 노동분쟁해결시스템 개선방안 연구, 노동연구원, 2009, 72쪽; 김홍영, 노동분쟁의 조정절차, 노동법연구 제6호, 1997, 381쪽.

35) 사법연수원, 노동조합및노동관계조정법, 2010, 280쪽; 김유성, 노동법Ⅱ, 법문사, 1998, 145쪽.

36) 최홍엽, 중재제정의 대상, 노동법학13호, 1999, 293쪽.

37) 노사관계제도선진화연구위원회, 노사관계법·제도 선진화 방안, 노동연구원, 2003, 83쪽; 김홍영, 노동분쟁에 대한 노동위원회의 역할과 개선과제, 노동법학 제21호, 2005, 111쪽.

노조법상 집단분쟁에 대한 노동위원회의 중심적 조정방법은 조정안의 제시이다. 그러나 조정(Mediation)의 속성상 제3자가 분쟁당사자들에게 조정안을 제시하는 방법은 조정의 본질과 어울리지 않는다. 조정의 본질상, 조정을 분쟁당사자들이 스스로 합의에 이르도록 돕는 것을 중심으로 운영되어야 하고 법문은 이를 표현하도록 하여야 할 것이다. 예를 들어, 조정의 방법에 대하여 당사자가 정할 수 있도록 하고 그렇지 않을 경우 조정위원회는 다양한 방법으로 조정을 할 수 있음을 규정할 수 있고, 당사자들의 요구가 있을 시 조정안을 제시할 수 있고, 필요한 경우 이메일이나 전화, 인터넷에 의한 조정방법도 허용할 수도 있다. 이에 의한 조정의 결과를 예정한다면 조정의 성공과 실패, 각하, 취하, 당사자 요청에 의한 권고안 제시, 중재합의 등이 있을 수 있다. 요컨대 노동위원회의 기능을 판정적 조정기능에서 좀 더 조정적 기능으로 개편하여 분쟁해결을 위한 다양한 방법을 모색할 필요가 있다고 본다.

3. 집단분쟁에 대한 노동위원회 중재의 개선

중재는 중재자의 결정이 당사자를 구속하므로 엄격하게 진행되어야 한다. 왜냐하면 이익분쟁에 대한 중재는 사실상 제3자의 결정은 단체교섭을 대체하는 것이 되고 권리분쟁에 대한 중재는 재판과 유사하다고 할 수 있기 때문이다. 따라서 중재범위는 당사자들이 명시적으로 제시한 안에 대해서만 허용되어야 할 것이다. 따라서 단체협약 전체에 대한 중재³⁸⁾나 어떤 회사의 성과급체계에 대한 중재는 월권에 의한 중재라고 보아야 한다. 그리고 기간의 정함이 없는 중재도 중재내용에 따라 그의 기간을 제한하여야 할 것이다. 중재절차도 현행법은 조정절차와 동일하게 규정하고 있는데, 중재절차는 적어도 이익분쟁을 대상으로 할 경우 교섭내용의 구체적인 내용에 대한 당사자들의 확인절차가 필요하고 권리분쟁을 대상으로 할 경우에는 당사자들의 변론기회와 증거를 제출할 수 있는 기회가 마련되어야 할 것이다.³⁹⁾

4. 단체협약의 해석 등에 관한 노동위원회의 견해제시

노조법은 단체협약의 해석 또는 이행방법에 관한 노동위원회의 견해제시에 대하여 중재와 같은 효력을 주고 있다. 이러한 입법태도는 구체적인 단체협약상의 권리분쟁을 해결하는 것이

38) 경기지노위, ○○산업(주) 노동쟁의 중재(2011중재1)에서 단협안 10개 사항뿐만 아니라 단체협약안 전체를 첨부하여 사실상 단체협약 전체를 중재한 사례이다.

39) 손창희, 노동쟁의의 범위와 중재제정에 있어서 위법·월권에 관한 소론, 법학논총 제7집, 1990, 27쪽.

아니라 단지 단체협약의 문구에 대한 해석에 불과하다. 그리고 이에 대한 일방적인 노동위원회의 견해제시에 대해 당사자들의 중재인 선택이나 참여가 없이 중재의 효력을 부여한 것은 분쟁해결의 자율성의 측면에서도 문제가 있다고 본다. 따라서 동 제도를 폐지하거나 아예 구체적인 권리분쟁해결제도로 개편하고 중재 중심에서 조정 중심으로 개편하는 방법도 고려할 수 있을 것이다. 예를 들어 영국의 ACAS와 미국의 FMCS와 같이 단체협약상의 권리에 대한 다툼이 있는 경우 이의 구제신청과 함께 심판과 조정·중재를 생각해 볼 수도 있을 것이다.

5. 사적조정과 사적중재의 활성화

사적조정·중재는 분쟁해결의 자율성과 효과성의 측면에서 가장 바람직한 제도라고 할 수 있다. 다만 현재 노동위원회 조정위원들의 구성방식과 운영 등으로 볼 때, 분쟁해결의 전문성을 갖추기에는 한계가 있고 이러한 전문성을 갖추기 위해서는 사적조정·중재를 활성화하는 것이 좋은 대안이라고 생각한다.⁴⁰⁾ 그러나 현 제도는 매우 소극적이고 원칙적인 규정에 불과하여 이를 제도화한 취지도 의문이다. 특히 분쟁당사자들로 하여금 사적조정·중재를 노동위원회에 신고하고 이에 사적조정·중재인을 배제한 것은 문제라고 생각한다.

사적조정·중재제도를 활용하기 위해서는 사적조정·중재를 노동위원회의 조정·중재보다 우선하도록 하고(이는 자주적 해결의 원칙과도 부합한다), 노동위원회가 이를 활용할 수 있도록 할 수도 있을 것이다. 이를 위해 노동위원회는 사적조정·중재인 명부를 관리할 수 있고 그에 대한 자격관리와 분쟁해결 예방을 위한 활동을 할 수도 있을 것이다. 영국의 ACAS와 같이 사적조정·중재인과 노동위원회와의 보고관계와 협력관계를 구축할 수도 있을 것이다. 또한 ACAS는 고용심판소(ET)에 제소할 수 없는 특별한 사건을 고용심판소의 직원보다는 외부 전문가에게 조정을 맡겨서 해결하는 것은 눈여겨 볼만 하다. 이에 의해 자율적 분쟁해결의 분위기를 형성하고, 노동위원회는 공정성과 더불어 전문성을 확보함은 물론 분쟁해결의 가능성을 높일 수 있을 것이다.

V. 결 론

지금까지 검토한 바와 같이 분쟁해결의 기능적 측면에서 그리고 당사자들의 자율적 해결의

40) 사적조정·중재인은 대개 공인노무사나 노동전문 변호사들인데 이들은 직업적으로 이에 종사하여 전문성을 갖출 수밖에 없을 것이기 때문이다.

측면에서 우리나라 노동분쟁 해결제도는 매우 미흡하다고 할 수 있다. 이는 연 30만 건이 넘는 고용노동부에 대한 노동관계법 위반의 신고사건의 과다와 집단분쟁에 대한 저조한 해결 등을 통해 확인할 수 있다.

전반적인 분쟁해결제도의 문제점을 보면, 관련 법 규정이 체계적인 모습이 아니라 부분적으로 산재해 있어 일관성이 부족하다고 본다. 그 결과 분쟁해결을 이용하는 쪽에서 본다면, 제도의 편의성이나 예측가능성을 떨어뜨려 이를 기피할 가능성이 있다. 예를 들어, 분쟁해결의 수단에 있어서 조정과 중재 외에 행정지도, 견해제시, 화해권고, 조정(調整) 등의 용어를 사용하고 있는데 이에 대해 제도의 이용자 측면에서 본다면 그 용어를 통해 그 제도의 기능을 이해하기 힘들다. 이해하기 쉬운 알선이나 조정 등의 용어로 통일시키는 것이 바람직하다고 본다. 또한 분쟁해결을 위한 제3자의 노력은 다양하게 이루어지고 있음에도 불구하고 법에서 조정만 제시하는 매우 단순하면서도 자율성을 해치는 방법으로 규정하고 있다. 또한 행정단계에서 이루어지고 있는 화해권고나 조정과 중재의 효력을 재판상 화해의 효력을 인정하는가 하면 단체협약에 대한 노동위원회의 견해제시를 갑자기 중재의 효력을 주는 것 등은 당사자들의 재판청구권을 박탈함은 물론 자율적 해결의 기본원칙을 무시하는 결과가 되는 문제점이 있다.

본 논문에서의 주된 개선안은 임금체불 등 개별분쟁에 대한 자율적 분쟁해결 장치의 도입과 집단분쟁 해결에 있어서 그 대상의 확대이다. 이에 대한 구체적인 방법론으로서 관련된 개별 법규정의 개정이나 새로운 해석론에 의해 해결할 수도 있고, 일본이나 영국 그리고 미국 등과 같이 분쟁해결 전반에 대한 새로운 분쟁해결 시스템의 도입도 가능하다고 본다. 이를 위해 구 노동쟁의조정법과 같이 노동분쟁을 관할하는 새로운 법령을 통하여⁴¹⁾ 체계화된 분쟁해결 시스템을 구축하는 것도 한 방법일 것이다. 이러한 분쟁에 관한 종합적인 해결에 관한 입법례로, 일본의 ‘개별노동관계분쟁해결 촉진에 관한 법률’, 영국의 고용권리(분쟁해결)법(Employment Rights (Disputes Resolution) Act), 미국의 ‘대체적 분쟁해결법’(Alternative Dispute Resolution Act)은 좋은 참고가 될 만하다.

41) 예를 들어 일본의 ‘개별노동관계분쟁해결 촉진에 관한 법률’, 미국의 행정분쟁해결법(Administrative Dispute Resolution Act, 1990, 1996), ‘대체적 분쟁해결법’(Alternative Dispute Resolution Act, 1998), 영국의 고용권리(분쟁해결)법(Employment Right (Dispute Resolution) Act, 1998) 등이 있다.

참고 문헌

1. 국내문헌

가. 단행본

- 강현중, 민사소송법, 박영사, 2003.
곽윤직, 민법, 박영사, 1998.
김소영, 근로기준법의 이론과 사례, 충남대, 2012.
김유성, 노동법 I, 법문사, 2006.
_____, 노동법II, 법문사, 1997.
_____, 노동법II, 법문사, 1998.
_____, 노동법II, 법문사, 2011.
김유성·이홍재, 노동법II, 한국방송통신대학교, 1994.
김형배, 노동법, 박영사, 2006.
배무기, 노동경제학, 경문사, 2005.
배인연, 노사협상의 원리와 기술, 중앙경제, 2009.
사법연수원, 노동조합및노동관계조정법, 2010.
이병태, 최신노동법, (주)중앙경제, 2008.
이상윤, 노동법, 법문사, 2005.
_____, 노동법, 법문사, 2010.
_____, 노동법, 법문사, 2011.
이시윤, 신민사소송법, 박영사, 2005.
임종률, 노동법, 박영사, 2000년.
_____, 노동법, 박영사, 2011.
조계수, 중국노동법실무, 동헌출판사, 2003.
이병태, 최신노동법, (주)중앙경제, 2008.
이영준, 민법총칙, 박영사, 1989.
하갑래, 근로기준법, 중앙경제, 2011.

나. 학위논문

- 류호식, 개별적 노동권리분쟁 해결제도 개선에 관한 연구, 서울시립대학교 대학원 석사학위논문, 2006.
배인연, 우리나라 노동분쟁의 사적조정실행에 관한 연구, 동국대학교 대학원 석사학위논문, 2003.
이현상, 노동쟁의 조정제도의 효율성 제고방안 연구, 서울시립대학교 대학원 석사학위논문, 2009.
이정현, 사용자의 인사명령에 관한 고찰, 고려대학교 대학원 석사학위논문, 2007.
최대일, 법원내 ADR에 관한 연구, 고려대학교 대학원 석사학위논문, 2010.

다. 학술 논문

- 고태관, 노동분쟁의 조정절차, 노동법연구 제6호, 1997.
- 김소영 외, 우리나라·미국·캐나다의 노동법제 비교연구, 한국노동연구원, 2007.
- 김홍영, 노동분쟁에 대한 노동위원회의 역할과 개선과제, 노동법학 제21호, 2005.
- _____, 노동분쟁의 조정절차, 노동법연구 제6호, 1997.
- _____, 노동위원회의 판정에 대한 사법심사, 노동법의 쟁점과 과제, 김유성교수 화갑기념 논문집간행위원회(편), 법문사, 2000.
- 김홍영·박은정, 분쟁의 실태와 조정과정, 노사정위원회, 2004.
- 김훈·김재훈·문강분·이희진, 개별노동분쟁의 화해제도 활성화 방안 연구, 한국노동연구원, 2011.
- 김훈·김태기·김동배·김홍영·김주일·김학린, 노동위원회와 노동분쟁해결시스템 개선방안 연구, 한국노동연구원, 2009.
- 박종희, 조정전치주의의 이론적 기초와 운용방향, 노동법학 제14호, 2002.
- 손창희, 노동쟁의의 범위와 중재제정에 있어서의 위법·월권에 관한 소론, 한양대 법학논집7집, 1990.
- 이철수, 노동위원회 개선방안, 산업관계연구 제16권, 2006.
- 이학춘·안준노, 영국의 노동분쟁 해결제도에 관한 연구, 노동법논총(제14집), 2008.
- 임상훈·이성희·김홍영, 사적조정 활성화 방안, 한국노동연구원, 2003.
- 임종률, 쟁의행위와 조정제도의 상호관계, 노동법학(제3호), 1991.
- 장은숙, 독일의 노사분쟁해결제도, 중앙노동위원회, 2004.
- 조성혜, 공기업 근로자에 대한 직위해제와 직권면직의 문제점, 노동법학 제23호, 2006.
- _____, 노조의 존립·자주성의 보호와 그 모순, 노동법학 제22호, 2006.
- _____, 부당해고구제신청시 화해의 범경제학적 분석, 노동법논총 제23집, 2011.
- 조용만, 프랑스의 노사분쟁조정제도.
- 최홍엽, 중재제정의 대상, 노동법학13호, 1999.

라. 기타자료

- 고용노동부, 고용노동백서, 2010.
- _____, 고용노동백서, 2011.
- 고용노동부 노사정책과, 사적조정제도 활성화의 정책방향, 2003.
- 노사관계제도선진화연구위원회, 노사관계법·제도 선진화 방안, 한국노동연구원, 2003.
- 박지순, 노동환경 변화에 따른 노동위원회의 기능과 역할 강화 방안, 노사협력정책 선진화 포럼 자료집, 고용고동부, 2010,
- 사법개혁위원회 제1분과 제13차 회의 자료, 각국의 ADR 제도, 2004.
- 중앙노동위원회, 해외 유관기관 방문 보고서, 2005.

- _____, 스웨덴 노르웨이 영국 해외유관기관 방문보고서, 2005.
_____, 2010년도 하반기 노동쟁의 조정사례집.
_____, 2006년도 노동위원회 연보.
한국노동교육원/노동부/중노위, 사적조정 활성화 방안에 관한 토론회, 2003.

2. 외국문헌

가. 단행본

- 니시타니 사토시/김진국 역, 일본노동조합법, 박영사, 2009.
스게노 카즈오/이정 역, 일본노동법, 법문사, 2007.
Alanin Supiot/박제성 옮김, 프랑스 노동법, 오래, 2011
Bruce Feldacker, LABOR GUIDE TO LABOR LAW, Prentice Hall, 2000.
Collins Cobuild English Dictionary, 1999.
ILO, Conciliation and Arbitration procedures in labour disputes, 1980.
John T. Dunlop, Arnold M. Zack, "Mediation and Arbitration of Employment Disputes", Jossey-Bass Inc., 1997.
Roger A. McCain/이규익 역, 게임이론, Σ시그마프레스, 2009.
Patrick J. Cihon/James O. Castagnera, Employment and Labor Law, West, 1999.

나. 논문

- Alexandra Anne Hui, Equitable estoppel and the compulsion of arbitration, Vanderbilt University Law School, 2007.
Arnold M. Zack, Conciliation of labor court disputes, Comparative Labor Law and Policy Journal, 2005.
Caroline Masson/Reed Smith, The changing landscape of French employment law, 2011.
David L. Gregory, Francis A. Cavanagh, A comparative assessment of labor dispute resolution in the United states & the United kingdom, St. John's Law Review Association, 2007.
Deborah A. Schmedemann, Reconciling differences: the theory and law of mediating labor grievances, the Industrial Relations Law Journal, 1987.
Donald J.M. Brown, The adjudication of labor relations disputes in Canada, Canada-United States Law Journal.
Elizabeth C. Surin, Government influence on labor unions in a newly industrialized economy: a look at the singapore labor system, University of Pennsylvania; 1996.
Eugene K. Connors and Brooke Bashore-Smith, Employment dispute resolution in the United states: an overview, the Canada-United States Law Journal, 1991.

Eva Lorenz, Predictive testing in the workplace--Could the German model serve as a blueprint for uniform legislation in the United states?, North Carolina Journal of Law & Technology, 2006.

The Yale Law Journal Company, Inc., French labor relations: a functional analysis, 1973.

ILO, Collective Dispute Resolution through Conciliation, Mediation and Arbitration, European and ILO Perspectives, 2007.

Margaret Rutherford, The Role of ACAS, Sweet & Maxwell and its Contributors, 2012.

May Olivia Silverstein, Introduction to international mediation and arbitration: resolving labor disputes in the United states & the European union, American University, 2011.

Nicosia, Cyprus, High -level tripartite seminar on the settlement of labour disputes through mediation, conciliation, arbitration and labour courts, European and ILO Perspectives, 2007.

Richard Barnes, FMCS on the cutting edge, Pepperdine University School of Law, 2002.

William K. Slate, Labor and the AAA, American Arbitration Association Inc., 2000.

다. 기타자료

중국 기업노동쟁의 처리조례.

ACAS, Annual report and accounts, 2010/11.

_____, Mediation(An employer's guide).

Sweet & Maxwell and its Contributors, Definition of terms used in ADR, 2012.

FMCS, 2010 Annual Report.

ILO, R92 Voluntary Conciliation and Arbitration Recommendation, 1951.

Ohio Public Employee Collective Bargaining Act and Administrative Rules of the State Employment Relation Board, 1995.

U.S. EEOC, Enforcement Guidance, 2010.

<ABSTRACT>

A Study on the Legal Principles of Labor Dispute Resolution – Focused on the Voluntary Settlement –

Inyeon, Bae*

The purpose of this paper is to find out the problems of the provisions on the voluntary settlement of labor disputes in the guarantee of the effectiveness and voluntariness on the labor law. The paper gives suggestions to improve the problems.

I. The Type of Labor Disputes and the Settlement System

Labor disputes can be assorted as individual or collective disputes between workers and employer in labor relations. Also there can be classified into "rights disputes and interest disputes". And the right disputes consist of statutory rights and contractual rights. We can know that each country has various dispute settlement systems depending on the type of labor disputes. The labor dispute settlement can be classified depending on the dispute context and how to resolve. The methods other than trial particularly can be called as the alternative dispute resolution (ADR). And the solution can be divided into the voluntary method and compulsory method. Most voluntary methods can be said to belong to alternative dispute resolution methods.

II. The Principles of the Voluntary Dispute Resolution

this paper researches the voluntary settlement system(the voluntary dispute resolution) of labor disputes in other countries, setting up principles of the voluntary dispute resolution of labor disputes and defining it's mean. I insist it requires 4 factors; resolving disputes, alternatives to the judgement, voluntariness, the third party. The conciliation, mediation and arbitration, the main means of the voluntary method, was defined as follows. The conciliation is the simple process that third parties help the parties to the disputes to resolve their own disputes before main procedure. Mediation is a more active and independent process than conciliation that the impartial third parties or committees help the

* Major of Social Law Department of Law Graduate School of Dongguk University

parties to the disputes to resolve them. Arbitration is initiated by agreement of the parties and then the arbitrator's decision shall be binding on the parties. And this voluntary resolution may have limitations in terms of people's right of access to courts and guarantee of public rights.

III. The Individual Labor Dispute Resolution

The labor inspectors from the Minister of Employment and Labor, who is responsible for the judicial process for violation of labor laws, resolve individual right disputes under the name of administrative guidance. Their activities are similar to conciliation because the labor inspectors, third party, help the parties to the disputes to agree their differences in the course of the investigation of the incident. It is more desirable that the two functions of the strict labor law enforcement and dispute resolution should be separated, operating the resolution method of administrative guidance as independent agency from labor inspectors in Minister of employment and labor like United Kingdom, United States and Japan.

Conciliation provided in Labor Committee's decision procedures for the cases related to unfair dismissal or unfair labor practice is the process to help the parties resolve their disputes by Labor Committee. This procedure is akin to conciliation rather than mediation. And 'the union and adjustment act' ruled that the effect of the Labor Committee's decision is the effect of the judgment. But I think that the effect of the Labor Committee's decision should be the effect of conciliation contract of Civil Law because it's effect does not guarantees to access to judgement.

In addition, although the Supreme Court ruled that an employer's authority over human resources such as salary upgrades missing, promotion missing, personnel evaluation, accrued incentive does not belong to the Labor Committee's on unfair dismissal, I think there should be subject to the Labor Committee's decision and conciliation involving dismiss and discharging

The Labor committee have authority both of mediation and arbitration in the course of affirmative action process for irregular employees discrimination. And it's result has the effect of conciliation of judgment by 'the union and adjustment act'. But I think it can be a problem because it is impossible to authorize the administrative procedures, not the judicial process, to have the effect of the conciliation of judgment and it may cause the result of depriving the people of the right of access to courts. It is reasonable that

endowing the protocol for mediation with the same effect of conciliation contract in Civil law or the method of appeal, and preventing Labor Committee's awards for irregular employees discrimination from the appeal process as Labor Committee's awards for collective disputes is also reasonable unless it is an abuse or illegality.

In the case of the resolving individual rights disputes such as delayed payment of wage by the voluntary dispute resolution, I think that it will be limited by public laws and people's right of access to courts. However, although the legal effect according to established facts, claims contents, is impossible to be solved by the voluntary settlement, the arguing facts and the facts not to be proved can be resolved by the voluntary settlement. Therefore, introduction of the voluntary settlement for individual disputes can also be considered later.

The crime, not be punished against the clearly expressed claim of the victim, introduced in the Labor Standards Act has concern of weakening the function as a social law, Labor Standards Act, which is prescribing the minimum standards of working conditions. Although there are some parts under those criteria by the agreement between the parties, claims for the remainder should be maintained by the laws. Thus, the crime, not be punished against the clearly expressed claim of the victim, should be abolished or be acknowledged with the condition of not only the expression against penalty but also the full compensation of claim

IV. The Collective Labor Dispute Resolution

'The union and adjustment act' use the term 'adjustment' as a super concept to mediation and arbitration. I think that there is the risk to be established as a similar concept of both mediation and arbitration and it is not appropriate for voluntariness in the principle of voluntary disputes resolution because using the term 'adjustment' has causal meaning. Thus, I think that it is more desirable to use 'disputes resolution procedure' or 'resolution procedure' instead of "adjustment".

Not only working conditions but also the individual employee or union member details should be included to the subject of mediation and arbitration. Including the union's right to the subject of mediation and arbitration is desirable in the view of the system of 'the Union and Adjustment Act'. Also, it is advisable to include rights disputes to the subject of mediation and arbitration by considering the structure of the dispute and the function of disputes resolution of the Labor Committee. Therefore, I think that the term of labor

disputes needed to be revised to the claims on discrepancies in labor relations from the claims on discrepancies in the determination of the working conditions.

In 'the Union and adjustment Act', the Labor Committee's main method of mediation is presenting the settlement proposal. The method of mediation can stipulate; the parties to the disputes can make decisions, the Mediation Committee may make decisions in a variety of ways and present the settlement proposal when the parties request and the mediation way by e-mail, telephone or internet if it is needed. Then the expected mediation result is the successes, failures, rejection, take the successes and failures, dismissal, withdrawal, recommendations by the parties' request, arbitration agreement, etc.

Arbitration is similar to the trial because it binds the parties. So, the range of arbitration should be interpreted strictly. The subjects without request or about abstract subjects (for example, the entire collective bargaining agreements) should be identified as the arbitration by the abuse. Especially, the arbitration procedures should guarantee the opportunity to plead and present evidence of the parties.

It is at risk of damage party's voluntariness that giving the effect of the arbitration to the presented views on the collective bargaining agreement by Labor committee and its applicability is very a little. Thus, I think that we would abolish this system or reshuffle thoroughly into detailed right disputes resolution system and operate on mediation basis not arbitration.

Finally, The private mediation or arbitration is most desirable ways to settle the disputes, but the rules are very defensive. Especially, the private mediator and arbitrator should be recognized as a main disputes' subject. So the rule is revised necessary that make the private mediators or the private arbitrators notify the Labor Committee of the parties to the disputes and the issues. In addition, cooperative relationship and reporting matters after the procedures are also considerable. I think that it is desirable to use actively the private mediation or arbitration system by government, not left just to the private sector.

<토론문>

“노동분쟁의 자율적 해결에 대한 법리에 관하여”에 대한 토론문

이 승 길(아주대, 법학전문대학원 교수)

1. ‘노동분쟁(Labour Dispute)’이란 고용관계 및 노사관계 등을 둘러싸고 복수의 노동관계 당사자 사이에서 발생하는 이해대립에 근거하여, 일방 당사자의 주장과 이에 반대하는 상대방의 반응이 서로 대립하고 있는 상태라고 말할 수 있다. 이처럼 노동분쟁은 그 사회의 고용관계 외 노사관계, 법 제도·문화 등 다양한 요소를 반영하는 형태로 드러나기 때문에 특정 사회의 ‘노동분쟁 해결시스템’은 그 사회의 노동분쟁의 특징을 반영한 형태로 형성, 발전해간다.

우리나라의 노동분쟁 해결시스템은 노동쟁의 및 부당노동행위와 같은 집단분쟁을 해결하기 위한 ‘노동위원회제도’를 비롯, 근로기준법에 위반되는 행위를 감독/시정하기 위한 ‘근로감독관제도’, 최종 분쟁해결기관인 ‘법원’¹⁾이라는 구조로 되어 있다. 그런데, ‘노동위원회’는 원래 집단적 노동분쟁을 해결하기 위한 제도인 만큼 개별적 노동분쟁(해고 등)을 해결하기에는 생애적 한계가 있다.

오늘날 기업의 국제화 및 고용의 다양화, 노조조직율의 저하로 노동분쟁의 양상도 복잡하고 다양화되고 있다. 종전에는 해고나 임금분쟁 및 부당노동행위 분쟁이 많았지만, 최근에 비정규직의 고용문제, 성희롱, 근로조건의 변경 등 분쟁이 다양화·복잡화되고 있다. 이에 최근에 ‘사법개혁’의 하나로 ‘노동분쟁해결제도의 개선방안’의 논의가 있어왔다(예, ‘노동위원회제도의 개선’ 및 ‘노동법원제도의 도입’²⁾ 등).

이를테면, ‘노동위원회제도의 개선방안’으로 노사당사자의 불신, 전문성의 부족, 사건처리의

-
- 1) 다만, 노동분쟁을 전속 관할하는 특별법원은 없고, 노동사건은 일반 민사사건처럼 통상의 재판절차로 처리되고 있다.
 - 2) 이에 「사법개혁위원회」는 2004년 12월에 노동사건의 특수성을 고려해 노동사건을 보다 효율적이고 전문적으로 해결할 수 있는 노동전문법원 또는 전문재판부의 도입을 제안한 바 있다. 이에 「노동분쟁해결제도위원회」가 설립, 동위원회에서는 노동법원제도의 도입 및 노동위원회제도의 개혁 등을 포함한 노동분쟁해결제도에 대한 개선방안이 검토된 바가 있다. 하지만 이러한 논의는 2006년 대선에서 정권이 바뀌면서 사실상 중단되었다. 근본적인 문제는 노사단체 및 정부, 노동부, 노동위원회, 법원의 이해관계가 달라 합의가 어려웠다. 노동법원제도의 도입에 대해, 노동위원회는 자기 조직을 대체하는 형태의 법원제도의 도입에는 반대, 경영자단체도 기본적으로 반대, 반면에 노동단체는 찬성하였다.

지연, 판정취소율의 증가, 실질적인 5심제 등을 들 수 있다. 노동위원회의 관할 범위가 확대
로 노동분쟁해결을 위한 노동문제 전문가가 부족, 특히 공익위원과 심사관의 확보가 필요하
다. 특히, 2011년부터 기업단위의 복수노조가 허용되고 교섭창구단일화업무가 노동위원회의
관할이 되어 미국의 NLRB와 같이 체크기능을 할 수 있도록 전문성의 제고 등 조직 개편의
필요가 있다.

<표> 노동분쟁해결을 위한 행정기관 및 사법기관의 종류 및 기능

종류		기능
행정 기관	노동위원회 ³⁾	판정업무(부당노동행위·부당해고) 조정업무(노동쟁의의 조정·중재) 차별시정업무(비정규직에 대한 차별시정)* 필수유지업무(직권중재제도의 폐지)* 교섭창구단일화업무 (공동교섭대표단의 구성과 차별시정)*
	근로감독관 ⁴⁾	근로기준법 등의 위반행위의 적발·시정 기간제법 및 파견법상의 차별시정*
	고용평등위원회	남녀고용평등법의 실현 및 동법상의 분쟁조정
사법 기관	법원	민사재판절차, 가처분, 민사조정
	행정법원	행정처분의 취소소송(초심)
	헌법재판소	법령에 대한 위헌심사

2. 본 논문에서 다음과 같은 문제제기에 대해서 발표자의 의견은 어떤지?

(1) 개별분쟁의 해결과 관련해, (가장 비중을 많이 차지하는) ‘임금체불 등’ 근로조건분쟁은
직접적 해결장치가 없는 문제로 알선 등 대체적 분쟁해결의 도입 가능성은 어떤가?⁵⁾

(2) 노동위원회의 조정(調整)제도는 애초 (분쟁해결의 목적이라기보다는) 노동조합의 쟁의행
위를 제한하기 위한 제도라고 보는 근거는 무엇인가?

(3) (자율적 분쟁해결방안으로) 관련 법규정의 새로운 해석방안을 모색하고 관련 법규의 개
정방향을 제시하는 것인가?

(4) 사적 조정·중재의 (활성화를 위한) 활용방안 - 사적 조정인이나 중재인을 사적조정·
중재에 대한 노동위원회의 신고 주체로 하고, 국가적 차원에서 또는 공적 해결과 연동해 적극
활용하면, 어떠한 기대효과 및 실현가능성은 어떤지?

3) 차별시정업무는 2007. 7.부터 비정규직보호법의 시행과 함께, 2) 필수유지업무는 2008. 1.부터, 3) 교
섭창구단일화 관련 업무는 2011. 7.부터 각각 시작하고 있다.

4) 차별시정업무는 2012. 8. 2.부터 시작하고 있다.

5) 법무부 산하의 특수법인의 ‘법률구조공단’의 활용의 효과가 크고, 근로감독관이 본래의 기능을 다할
수 있도록 하기 위해 노동문제에 관한 전문지식과 경험을 갖춘 감독관을 확보하는 과제의 해결도 필
요한 듯한다.

“근로의 대가”의 의미와 체계적 판단기준 검토*

이 선 신

I. 머릿말
II. 근기법상 임금정의규정의 합리적 해석방안
III. “근로의 대가”에 대한 기존의 이해태도 및 이에 대한 비판
IV. “근로의 대가”의 의미와 체계에 대한 새로운 관점
V. 맺음말

I. 머릿말

경영학에서 논의되는 보상(임금)의 의의는 상당히 넓고 다양하다고 볼 수 있는데¹⁾, 이와 같이 넓고 다양하게 이해되는 경영학상의 보상(임금)개념을 어떤 범위에서 법상의 임금개념으로 수용할지에 대한 문제를 근본적으로 고민할 필요가 있다고 본다.²⁾

이는 결국 사용자로부터 근로자가 지급받는 각종 보상 중에서 ‘어느 범위까지 임금법제의 보호범위에 포섭할 것인가’의 문제가 될 것인데, 이는 ‘임금법제의 보호범의 적격성’ 내지 ‘임

* 이 논문은 필자의 박사학위논문인 “임금유연성 제고에 관한 법리 연구”(고려대 대학원, 2010.12.)의 일부분을 발췌·보완한 것입니다.

1) 경영학에서는 보상(임금)의 의의를 경제적 임금, 참여적 임금(배분참여), 사회적 임금(복리후생) 등으로 구분하여 이해하고 있다. 상세한 내용은 이선신, “임금유연성 제고에 관한 법리 연구”, 고려대 대학원 박사학위논문, 2010, 56-63쪽 참조; 박내희, 「인사관리」, 박영사, 2007, 279-284쪽; 유규창, 「우리나라 임금체계의 문제점과 평균임금 범위에 관한 고찰」, 한국경영자총협회, 2004.11, 31-33쪽; 최중태, 「현대 인사관리론」, 박영사, 2008, 265-287쪽 참조.

2) 임금의 법적 의의를 고찰함에 있어서는 경영학상의 임금의 의의를 충분히 고려하는 것이 바람직할 것이다. 왜냐하면, ‘임금’의 의의에 관하여 규범을 먼저 정하고 이에 현실을 따르도록 강제하기보다는 현실에서 사용되는 의미를 탐구한 후에 그에 합당하도록 규범적 의의를 검토하는 것이 보다 합리적일 것으로 보기 때문이다. 이렇게 본다면, 법리상 문제가 있는 경우를 제외하고는 가급적 경영학에서의 보상(임금)의 의의와 근기법상의 임금의 의의는 근사(近似)하는 것이 바람직할 것이라고 생각하는데 그 이유는 사실과 규범의 간극(間隙)이 좁혀질 때 규범이 규범으로서의 타당성과 실효성을 갖게 될 것이기 때문이다.

금청구권을 통한 보호적격성'을 판단하는 문제에 다름 아니다. 그리고 이러한 판단에서는 '임금채권을 통한 근로자의 권익보호의 범위'를 어느 정도로 설정하는 것이 합당할 것인지의 측면이 고려되어야 할 것이다.³⁾

우리 근로기준법(이하 “근기법”이라 한다) 제2조 제1항 제5호는 임금을 “사용자가 근로의 대가로 근로자에게 임금, 봉급 그밖에 어떠한 명칭으로든지 지급하는 일체의 금품”으로 정의하고 있는데, 이중 “근로의 대가”의 의미와 판단기준에 대한 종래의 판례와 학설의 태도에는 만족스럽지 못한 부분이 있다고 생각되므로, 이 문제에 대하여 검토해 보고자 한다.

II. 근기법상 임금정의규정의 합리적 해석방안

1. 해석론상 문제점

현행 근기법 제2조 제1항 제5호의 임금정의규정을 합리적으로 해석하기가 용이하지는 않으나,⁴⁾ 종래의 해석태도에 따르면 다음과 같은 문제점들이 생긴다고 본다.

첫째, 근기법상 임금의 의의와 경영학상의 보상(임금)의 의의간에 너무 큰 차이가 생기게 된다. 즉, 근기법상 임금은 경영학에서 말하는 경제적 임금에 근접할 뿐 그밖에 참여적 임금(배분참여), 사회적 임금(복리후생) 등이 포함된다고 보기는 어렵다.

그런데 기업의 보상현실을 보면, 사용자는 근로자에게 ‘근로의 대가’로 보기 어려운 여러가지 급여를 지급하는 사례도 적지 않은 바, 이들에 대하여 모두 확일적으로 임금해당성을 부인하는 것은 불합리하며 근로자보호범위를 지나치게 좁히는 결과가 될 수 있다.

둘째, 근기법상 임금 해당성 판단이 평균임금·통상임금의 산정기초 인정문제와 결부되어 이루어짐으로써 불합리한 측면이 있다.

3) 종래 임금개념에 관한 주요논의는 통상임금·평균임금을 중심으로 이루어져왔는데, 이러한 논의를 합리적으로 진행시키기 위해서도 먼저 임금개념을 명확히 이해하는 것이 필요하다고 본다.

4) 임금기준의 추구는 다음과 같은 이유로 상당히 어렵다고 한다(이달휴, “임금의 개념과 법적 성격”, 『재산법연구』15권1호, 한국재산법학회, 1998.11, 151쪽).

첫째, 속임이다. 근로자에게 지급된 금액의 법적 성격을 속이는 것이 사용자에게 이익이 될 수 있어 임금의 성격을 가지고 있는 것을 임금이 아닌 것으로, 역으로 임금이 아닌 것을 임금으로 속이는 것이다.

둘째, 실정법의 임금규정은 동일한 임금의 관념을 전제로 하여 만들어지는 것은 아니다. 노동법, 사회보장법 등의 임금개념이 동일하지 않다.

셋째, 종속노동과 독립노동의 중간에 있는 새로운 법적 상태의 빈번한 발생이다.

넷째, 보수형태의 현대적 증가와 다양한 명칭 때문이다.

즉, 임금의 개념요소를 충족하면 원칙적으로 평균임금·통상임금의 산정기초로서 인정되어야 할 것임에도 불구하고,⁵⁾ 평균임금·통상임금의 산정기초에 포함하는 것이 적절할지에 대한 고려하에서 임금해당성 여부를 판단하는 경향이 있는 바⁶⁾, 이는 논리적 측면에서 불합리하다고 할 것이다.⁷⁾

셋째, 최근 확산되고 있는 능력·성과주의 임금체계 등과 부적합한 측면이 있다.

특히 성과급을 ‘성과의 대가’이지 ‘근로의 대가’가 아니라고 보는 견해가 있는데, 이에 따르면 성과급으로 지급되는 다양한 급부들이 근기법상 임금에 해당하지 않게 되는 바 이는 기업의 보상현실에 적합하지 않은 점이 있다.

2. 합리적 해석방안

a) 앞에서 지적한 문제점들을 해소하기 위하여는 근기법상 임금의 의의를 가급적 넓고 유연하게 해석하는 것이 바람직하다고 생각되며, 임금정의규정을 합리적으로 해석하기 위해서는 임금의 본질을 어떻게 이해하는 것이 타당한가의 문제 즉 임금본질론을 기초로 하여 검토되

- 5) 이에 따른 평균임금·통상임금의 산출결과가 불합리하게 나온다면, 평균임금·통상임금제도를 개편해야 논리적으로 합당한 일이지, 임금개념과 범위를 조정할 일은 아니다. 즉, 임금개념은 임금법제의 출발점이 되는 시원적(始源的)·논리적 개념이며, 평균임금·통상임금은 파생적·도구적 개념일 뿐이다.
- 6) “사용자가 근로자에게 지급하는 금품에 대해 임금성을 인정할 경우, 근로자가 향유하는 이익보다 이로 인하여 기업과 사회 및 국민경제에 미치는 피해가 현저히 클 경우에는 정책적인 측면에서 임금성을 불인정하여 기업 및 국민경제차원의 피해를 최소화하여 양자간의 이익을 함께 존중하는 조화적인 해석이 필요하다고 본다”고 하는 견해도 있다(한국경영자총협회, 『평균임금 산정범위에 대한 비판적 고찰』, 2004.11, 51-52쪽). 그러나 이는 비법률적 견해로서 임금성여부의 판단이 자의적으로 이루어질 우려가 크다고 보기 때문에 수긍하기 어렵다.
- 7) 同旨; “논리적으로 ‘임금’에 대한 판단은 ‘평균임금’(통상임금 포함)에 대한 판단보다 선행되어야 한다.”(이승길, 『성과주의인사와 임금법제』, 법문사, 2004, 307쪽); “근로자가 사용자로부터 받는 특정 금품을 평균임금(특히 퇴직금 계산의 기초가 되는 평균임금)이나 통상임금이 아니라고 판단하는 것을 별론으로 하고, 근로의 대가인 임금이 아니라고 판단하는 것은 극히 신중할 필요가 있다. 이미 판례법리는 임금의 법적 성격에서 노동과의 교환적 부분과 근로자로서의 지위에 기해서 받는 생활보장적 부분으로 나누어진다는 2분설을 배격하고 모든 임금은 근로의 대가라는 임금일체설을 기본으로 하고 있다. 또한 현대적 노사관계에서는 관련법령상의 지급의무가 있는 것(예로는 해고예고수당, 재해보상, 귀향여비 등)이 아닌 금품으로서, 사용자가 은혜적·호의적으로 지급하는 것이어서 근로의 대가가 아니라고 인정되는 금품은 아마 없을 것이다(임금이 아니라고 인정될 수 있는 예로는 경조금(결혼축의금·조위금·상병위로금 등)이 해당할 것이다). 스톡옵션, 직무발명 보상금 등처럼 노동의 제공 당시에는 그 성과가 불확실하더라도 후일에 지급된 금품은 노동의 대가임에 분명하다. 이러한 노동의 대가를 임금이 아니라고 판단하는 것은 마치 불로소득으로 보면서 노동의 정당한 가치로 평가하지 않으려는 이데올로기로 악용될 수 있다.”(김홍영, “근로자 개인의 실적에 따라 결정되는 성과급 상여금의 임금성 여부”, 『월간 노동법률』13권 158호, (주)중앙경제, 2004.7, 22-23쪽).

어야 할 것이라고 생각된다.

그런데, 필자는 임금의 본질을 ‘근로관계 유지의 보상’으로 보는 것이 타당하다고 보는 입장(근로관계보상설)이므로⁸⁾, 근기법 제2조 제1항 제5호의 임금정의에서 말하는 ‘근로의 대가’란 ‘노동의 대가’ 또는 ‘노동력의 대가’로 볼 것이 아니라 ‘근로관계 유지의 보상’이라고 유연하게 이해하는 것이 타당하다고 본다.¹⁰⁾

-
- 8) 필자는 임금의 본질에 관한 기존의 학설들(노동대가설, 노동력대가설, 임금이본설)은 각기 법리적·논리적 문제점들을 지니고 있어 임금을 둘러싼 복잡하고 다양한 법률관계를 체계적으로 이해하기 위한 보편타당한 기초로 받아들이기 어렵다는 점을 지적하고 이러한 문제점을 해소하기 위해 임금의 본질을 새로운 관점에서 파악하고자 하는 입장을 제시하였는데, 이는 임금의 본질을 “근로관계유지의 보상”으로 이해하고자 하는 태도이다(근로관계보상설). 즉, 근로관계하에서 근로자는 사용자에 대하여 ‘근로제공의 의무’를 지게 되는데 이러한 의무를 부담하는 관계를 유지하는 데 대한 보상으로서 임금이 지급된다고 이해하는 것이다. 상세한 내용은, 이선신, “임금유연성 제고에 관한 법리 연구”, 고려대 대학원 박사학위논문, 2010, 12-53쪽, 이선신, “임금의 본질에 대한 고찰”, 『안암법학』 통권 제 36호, 안암법학회, 2011.9. 참조.
- 9) 근로관계보상설은 다음과 같은 규범적 측면의 장점과 사실적·경영적 측면의 장점을 가진다고 본다(이선신, 『임금유연성 제고에 관한 법리 연구』(고려대 대학원 박사학위논문), 2010, 49-54쪽 참조).
- <규범적 측면의 장점>
- ① 기존의 임금본질에 관한 학설(노동대가설, 노동력대가설, 임금이본설)의 문제점이 해소된다.
 - ② 근로관계가 갖는 ‘계속적 계약관계’로서의 특질에 부합하게 된다.
 - ③ 최근 기업의 보상현실을 보면, ‘노동의 대가’ 또는 ‘노동력의 대가’라고 보기 어려운 성질의 급여를 지급하는 사례들이 많이 있는데, 이러한 급여들 중에는 임금성을 인정하는 것이 타당한 경우도 있는 바, 근로관계보상설의 입장에 서게 될 경우 이들을 임금으로 인식할 수 있게 되어 임금범위의 경직성을 피하고 유연성을 도모할 수 있게 된다(예 : 계속적·정기적으로 지급되는 복리후생급여, 성과배분급 등).
- <사실적·경영적 측면의 장점>
- ① 노사관계를 대립적·투쟁적 관계보다는 협력적 관계로 이해하고자 하는 최근의 노사관계 발전추이에 조화된다.
 - ② 지식기반사회를 맞아 근로자를 ‘인적자원(Human Resources)’으로 인식하면서 지식경영(Knowledge Management)의 중요성을 강조하는 현대 경영학의 흐름과 조화된다.
 - ③ 최근 급속한 ICT(Information & Communication Technology)의 발달로 인해 초래되고 있는 근로제공의 태양(態樣)의 변화 및 다양화에 조화된다.
- 10) 우리 헌법 제32조 제1항은 국가의 ‘적정임금 보장 의무’를 규정하고 있는데, 여기에서의 ‘임금’의 정의를 ‘좁은 의미의 근로의 대가’ 즉 ‘노동(력)의 대가’로 이해하기 보다는 ‘넓은 의미의 근로의 대가’ 즉 ‘근로관계 유지의 보상’으로 이해하는 것이 합당하다고 본다. 왜냐하면, 헌법 제32조 제1항에서 국가의 ‘적정임금 보장 의무’를 규정한 취지는 ‘구체적 노동(력)의 대가의 적정성’ 즉 ‘근로자가 제공한 노동(력)의 가격의 합리적 설정’을 보장하는 데 있다기보다는 ‘근로자의 인간다운 생활을 보장’하기 위하여 ‘근로자가 그의 직업활동을 통해 얻는 수입의 적정성’을 보장하는 데 있다고 보아야 할 것이기 때문이다. 따라서, 헌법규정상의 ‘임금’에는 ‘개별적 근로관계에 있어서의 근로자의 몫’ 외에 ‘집단적 노사관계에 있어서의 근로자의 몫’(예 : 성과배분급)이 포함되는 것으로 이해하는 것이 합당하다고 생각되며, 근기법상의 임금의 정의도 같은 맥락에서 해석할 필요가 있다고 본다. 부연하자면, “임금은 가시적인 노동의 대가일 뿐만 아니라 경영성과의 배분이기도 하다”는 경영학자의 견해(최종태, 『현대 인사관리론』, 박영사, 2008, 265쪽)를 노동법학계에서 수용하는 것이 합리적일 것으로 본다.

b) 그런데, 여기에서 ‘근로의 대가’의 의미를 ‘근로관계 유지의 보상’으로 이해하는 것은 지나친 확대해석이 아니냐라는 비판이 제기될 수 있을 것이다.

그러나, ‘근로’에는 물리적 힘을 바탕으로 한 육체노동 뿐 아니라 정신노동도 포함되며(근기법 제2조 제1항 제3호), 특히 지식기반사회의 도래에 따라 다양한 형태의 지식활동(지식의 창출·축적·공유·활용·학습 등)이 중심이 되는 지식근로가 확대되고 있는 상황임을 고려한다면, 전통적인 육체노동·정신노동 뿐만 아니라 근로자가 사용자와 근로관계를 유지하면서 행하는 적극적·소극적 또는 직접적·간접적 활동 중 상당부분을 ‘근로’의 범위에 포섭할 수 있으리라고 본다.¹¹⁾ 즉, 기업에서 근로자들이 행하는 다양한 ‘일’중에는 비록 근로자의 ‘소정의 근로(직무활동)’과 직접적인 관련이 없다 하더라도 ‘근로’의 범위에 포함시키는 것이 합리적인 경우도 있을 것이다. 특히 근로관계가 노사간의 계속적 계약관계인 점을 고려하면 반드시 정해진 시간에 정해진 장소에서 정해진 일만 하는 것을 ‘근로’라고 하는 것은 지나치게 경직적인 해석이 될 것이고 현대적 기업에서의 노동과정의 현실에도 부합하지 않는다.¹²⁾

따라서, 근기법 제2조 제1항 제5호의 ‘근로의 대가’에서의 ‘근로’란 넓은 의미의 근로를 의미하는 것으로서, ‘사용자에게 제공하기로 한 소정의 근로(좁은 의미의 근로)’와 ‘근로제공유관활동’을 모두 포괄하는 것으로 이해하는 것이 합리적인 것이다. 그리고 이러한 점들을 고려해 보면, ‘근로의 대가’의 의미를 ‘근로관계 유지의 보상’으로 이해하는 것을 지나치게 무리한 확대해석이라고 할 수는 없을 것이다.

c) 위에 기술한 내용을 다음과 같이 정리할 수 있다고 본다.

필자는 직업을 갖고 있는 직업인의 일상활동을 ‘직업활동’과 ‘직업활동외의 활동’으로 나누어 볼 수 있다고 생각하는데, 근로자의 일상활동은 직업활동인 ‘근로관계유지활동’과 직업활동외의 활동인 ‘근로관계유지활동외의 활동’으로 나누어 볼 수 있을 것이다. 그리고 근로자의 직업활동인 ‘근로관계유지활동’은 ‘(소정의)근로제공활동’과 ‘근로제공유관활동’으로 나누어 볼 수 있을 것이다(단, 이러한 구분은 관념적인 구분일 뿐 현실적·구체적으로 구분하기는 쉽지 않을 것이다). 그리고 여기에서 근로자의 직업활동인 ‘근로관계유지활동’을 근기법 제2조 제1항 제5호의 ‘근로’로 이해할 수 있다고 본다. 즉, 근기법 제2조 제1항 제5호의 ‘근로’란 좁은

11) 또한 smart work의 확산으로 인하여 근로제공에 있어서의 시간적·공간적 제약이 사라지고 언제 어디서나 일할 수 있는 근로환경이 조성되고 있는 현실도 고려되어야 할 것으로 본다.

12) 과거 산업화시대의 근로자들의 경우에는 사용자의 지휘하에 소정의 장소에서 소정의 기간동안 소정의 노동(력)만 제공하는 것으로 근로자로서의 채무이행이 완결된다고 볼 수 있었으나, 현대적 기업관계하에서의 근로자들의 경우에는 단순한 ‘노동(력)의 제공’보다는 사용자로부터 요구되는 ‘일정한 역할(role, part) 내지 직무(duty, job, function)의 담당과 충실한 수행’이 더욱 중요한 채무이행의 내용이 된다고 볼 수 있다.

의미의 근로인 ‘(소정의)근로제공활동’뿐 아니라 ‘근로제공유관활동’을 포함한 ‘근로자의 직업 활동 전반’ 즉 ‘근로관계유지활동’을 의미하는 ‘넓은 의미의 근로’로 이해하는 것이 현대적 근로관계의 현실에 부합한다고 보는 것이다. 그리고 이렇게 본다면, ‘근로관계유지활동’이라고 하여 반드시 ‘(소정의)근로제공활동’ 또는 ‘근로제공유관활동’이 현실적·구체적·적극적으로 행해져야만 하는 것은 아니라고 생각한다. 왜냐하면, ‘근로관계유지활동’이란 곧 ‘근로자의 근로관계 참여(參與; participaion)’ 내지 ‘종사(從事; engagement, occupation, pursuance, commitment)’ 그 자체를 의미하는 것이기 때문에 ‘근로자의 채무이행을 기대할 수 있는 상태’로서의 ‘근로관계의 지속(持續; continuation, maintenance)’도 포함한다고 보기 때문이다.¹³⁾

d) 이러한 임금정의규정에 대한 유연한 해석태도는 프랑스 및 독일에서 임금의 개념에 관하여 논의되는 다음 사항들을 고려하더라도, 설득력이 있을 것이라고 생각된다.

① 노동법은 민법의 성격과는 다른 성격을 지니고 있다는 인식을 전제로 임금에 접근해야 할 것이다. 즉 노동법은 인간의 존엄과 가치의 실현을 위하여 존재하는 법이며 구체적으로는 근로자의 노동인격 또는 자기실현을 위하여 존재하는 법이다. 따라서 노동법에서는 임금을 법적 관점만을 즉 단순히 노동급부에 대한 반대급여로서의 쌍무적 성격만을 강조할 수 없고 사회적 성격과 직업적 성격이 함께 강조되어야만 노동법의 목적인 근로자의 노동인격 또는 자기실현을 달성할 수 있다는 것을 인식하여야 할 것이다.¹⁴⁾

② 프랑스에서 임금의 개념을 논할 때는 단지 법적인 관점에서만 보는 것이 아니고 4가지 관점¹⁵⁾이 일반적으로 혼합되어 나타난다. 즉 법적 관점에서의 임금은 처분한 노동의 대가이

13) <근로자의 활동의 분류>

① 근로관계유지활동(=근로자의 직업활동=(‘넓은 의미의)근로’)

- (소정의)근로제공활동(=‘좁은 의미의)근로’)

- 근로제공유관활동:(예)퇴근후의 고객유지활동(애·경사 참여 등), 업무능력향상을 위한 자기개발 등

② 근로관계유지활동외의 활동(=근로자의 직업활동외의 활동) : (예) 사생활

14) 이달휴, “임금의 개념과 법적 성격”, 『재산법연구』15권 1호, 한국재산법학회, 1998.11, 156-158쪽.

15) 프랑스에서 임금은 4가지 관점에서 논의되고 있는데, 그 내용은 다음과 같다(이달휴, “임금의 개념과 법적 성격”, 『재산법연구』15권 1호, 한국재산법학회, 1998.11, 153-154쪽).

첫째, 법적인 관점이다. 즉 임금은 쌍무적 계약법주에서 근로자의 노동급부에 대한 대가를 말한다. 임금을 지급할 의무는 당사자를 연결하는 이러한 쌍무적 계약에서 발생한다. 원칙적으로 이러한 계약에서 총액, 성질, 형태 및 임금계산방법이 자유롭게 결정된다.

둘째, 사회적 관점이다. 임금은 부양적 성격을 지닌다. 이는 대부분의 근로자 전체의 생활을 보장한다. 일시불적 성격, 달마다 정기적 지급, 근로자에 대한 충분한 임금의 보장(최저임금) 등은 이러한 성격에서 나타난 것이다. 그리고 유급휴가, 산재보상 및 출산수당 그리고 부분적 실업수당 등은 이러한 성격의 발전이다.

셋째, 직업적 관점이다. 임금은 노동의 엄격한 가격이 아니고 기업에서의 고용과 관련된 직접·간접 그리고 현금 또는 현물의 총체적 보수이다. 이러한 구체적 광의의 임금개념은 기업에서의 근로자의

다. 임금을 지급할 의무는 당사자를 연결하는 쌍무협정에서 발생한다. 이러한 쌍무협정에서 임금의 액, 성질 그리고 임금계산방식이 결정되는데 이러한 민법적 시각에서의 법적 개념이 1세기 이상 지배하여 왔다.

노동법에서는 임금에 대한 법적인 관점을 넘어서서 직업적 관점과 부양적 관점도 고려된다. 즉 근로자를 책임지고 있는 기업의 범주내에서 노동을 원인으로 인정된 모든 금액 또는 모든 이익을 임금으로 간주한다. 마찬가지로 모든 유효노동급부의 밖에서 지불되었으나 진정한 임금의 대체물이라고 간주되는 금액은 임금과 동일시한다. 즉 단체협약에 예정되어 있는 유급휴가보상금, 질병의 경우에 있어서 전임금의 보상, 종업원대표에 지급되는 직무시간 등은 유효노동급부의 밖에서 지급되었으나 임금의 성질을 갖고 있다. 오늘날에는 불활동의 임금이 있다. 왜냐하면 법적 관점뿐만 아니라 직업적 관점에서 보면 임금은 엄격한 노동의 가치가 아니고 고용에 부착된 보수이기 때문에 이러한 노동의 실행 없이도 임금이 지급된다. 이처럼 프랑스에서는 관점에 따라 임금이 달리 설명되고 있지만 일반적으로 법적 관점을 기준으로 하여 직업적 관점으로 나아가는 경향을 보이고 있다.

독일에 있어서는 임금에 대하여 좁은 의미의 개념과 넓은 의미의 개념으로 나누어 설명하는 경우가 있다. 즉 좁은 의미의 개념은 수행된 노동의 대가로서의 기본급에 지나지 않는다. 넓은 의미의 임금은 모든 종류의 임금 이외의 부가급여(레크레이션시설, 병가, 휴일이나 휴가의 지급 등)뿐만 아니라 사회보험급부금에 더하여 사용자가 지불한 것을 모두 포함한다. 초기의 관념으로서 이러한 종류의 부가급여의 지급은 실행된 노동과 관계없이 단지 사용자가 제공하는 자의적 은혜였다. 넓은 의미에 있어서의 보수개념의 발전은 이러한 초기의 관념을 극복하고 모든 부가급여를 고용관계의 상황에 넣고 있다.¹⁶⁾

직업적 지위를 정확하게 반영한 것으로 간주되며 그리고 이해당사자들이 고용에서 얻는 총체적 보수를 나타내게 하려고 한 것이다. 또한 이러한 임금개념은 소위 순임금의 총액을 대략 능가한다. 총체적 보수에는 4가지 큰 구성요소로 구분하는 것이 관행이다. 즉 ① 기본급 및 성과급으로 구성된 근로자의 직접적 보수 ② 간접적 또는 다양한 보수의 화폐적 주변(이익분배, 주식매수선택권 등) ③ 좀더 개인적 성격을 지닌 선택적 주변(여행 및 선물, 회사차, 판공비 및 출장수당, 출석수당 등) ④ 좀더 단체적인 성격을 지닌 이른바 규정으로서의 주변(회사의 생산품에 대한 할인, 회사의 대부, 자녀에 대한 장학금 등)이다. 확실히 이러한 다양한 보수의 요소는 모두 법적 관점으로서의 임금적 성격을 가지고 있는 것은 아니다.

넷째, 경제적 관점이다. 현대의 입법자는 물가에 미치는 임금의 영향, 그리고 그것에 의한 경제의 확장 또는 축소의 경향을 걱정한다. 임금은 생산비를 구성하고 또한 임금의 총액은 소비재의 수요를 결정하기 때문에 물가에 대하여 복잡한 영향을 행사한다. 다른 한편, 기업에서 또는 국민경제에서 지급된 임금의 총액은 자본의 소득에 대조되는 노동의 소득을 결정한다. 그러므로 대부분의 물가정책 또는 소득정책은 임금의 문제로 귀결된다.

16) 이달휴, “임금의 개념과 법적 성격”, 『재산법연구』15권 1호, 한국재산법학회, 1998.11, 156 -158쪽.

e) 또한, ILO 및 제(諸) 외국의 사례¹⁷⁾를 보더라도 필자가 제시하는 해석방안(근기법 제2조 제1항 제5호에서 말하는 ‘근로의 대가’의 의미를 ‘근로관계 유지의 보상’으로 이해하는 태도)이 무리한 해석이라고 할 수는 없을 것이고 오히려 임금본질론과 기업의 임금지급현실에 부합되는 적절하고도 유연한 해석방안이라고 할 수 있을 것이다.

Ⅲ. “근로의 대가”에 대한 기존의 이해태도 및 이에 대한 비판

근기법 제2조 제1항 제5호(임금이란 사용자가 근로의 대가로 근로자에게 임금, 봉급, 그 밖에 어떠한 명칭으로든지 지급하는 일체의 금품을 말한다)의 정의규정¹⁸⁾을 분해해서 보면, ‘근로의 대가’, ‘명칭불문’, ‘사용자가 지급’, ‘근로자에게 지급’, ‘일체의 금품’이 구성요소가 된다고 하겠는데, 이들 임금정의의 구성요소중 가장 중요한 의미를 갖는 것은 ‘근로의 대가성’이라고 하겠다.¹⁹⁾ 이하에서는 ‘근로의 대가성’에 대한 기존의 이해태도를 비판적 시각에서 살펴보기로 한다.

1. 기존의 이해태도²⁰⁾

- 17) 한국경영자총협회, 『평균임금 산정범위에 대한 비판적 고찰』, 2004.11, 30-34쪽(ILO, 대만, 미국, 일본의 입법례); 문무기·윤문희·이철수·박은정, 『임금제도 개편을 위한 노동법적 과제』, 한국노동연구원, 2006.9, 29-33쪽(ILO, 미국, 프랑스, 일본의 입법례). 외국의 경우 임금의 의의를 법에서 명확히 정하고 있는 경우가 드물고 임금개념을 상당히 넓고 유연하게 이해하는 태도를 보이고 있다고 한다.
- 18) 근기법시행령과 시행규칙에서는 임금의 정의에 관하여 더 이상의 구체적인 기준을 두고 있지 아니며, 개별적인 임금이나 수당이 통상임금 내지 평균임금에 해당하는지 여부에 대하여 행정해석(통상임금산정지침<노동부예규 제150호(1988.1.14. 제정)>=>고용노동부예규 제47호(2012.9.25)로 개정됨>)을 두고 있지만 이는 “대외적 구속력이 없는 행정부 내부의 행정치침에 불과한 것”이라고 하면서, 현재 임금 해당성 여부의 판단기준은 근로기준법령상의 추상적 기준을 전제로 관례에 의해 구체적·개별적으로 정립되어 가고 있다고 할 수 있다(김재훈, “성과급은 임금에 포함되는가?”, 『월간 노동법률』, (주)중앙경제, 2006.5, 43쪽).
- 19) 同旨; “동 규정을 간단히 말하면 근로의 대상인 금품이 임금이 된다. 그런데 채권계약으로서의 근로계약으로부터 성립하는 계속적 채권관계로서의 근로관계를 본다면 사용자의 주된 의무는 근로자에게 임금을 지급하는 것이며, 이 임금지급의무는 근로자의 노동력제공의무와 쌍무적 견련관계(Synallagma)에 서는 것이다. 그러므로 임금의 법적 성질은 근로의 제공에 대한 반대급부로서의 의미를 가진다. 그런 점에서 근로의 제공이 임금지급의무의 근거나 원인(causa)이 되는 것이며 그 결과로서 임금이 지급되는 것이므로 근로의 제공과 임금의 지급은 원인과 결과관계에 있으며, 쌍무적 견련관계로 맺어져 있다. 그런데 임금해당성 판단에 있어서는 근로제공의 결과로서의 금품보다는 먼저 원인관계 내지 쌍무적 대가관계가 선행되어야 하는데 이러한 의미를 함축하고 있는 것이 근로의 대가이다. 따라서 근로의 대가는 임금해당성 판단을 위한 실질적 기준이 되는 것이다”라고 한다(김영문·이상윤·이정, 『임금개념과 평균임금·통상임금의 산정범위』, 법문사, 2004, 21-22쪽).

1) 판례와 문헌

a) 근기법상 임금의 정의에 기초하여 판례는 일반적으로 임금을 “근로의 대가, 즉 근로자가 자신의 노동력을 사용자의 지휘·처분하에 두고 제공한 근로에 대한 대가”²¹⁾로서, “근로자에게 계속적·정기적으로 지급되고 그 지급에 관하여 단체협약, 취업규칙 등에 의하여 사용자에게 지급의무가 지워져 있다면 그 명칭여하를 불문하고 모두”²²⁾라고 말하고 있다. 그러나 근로자가 특수한 근무조건이나 환경에서 직무를 수행함으로써 인하여 추가로 소요되는 비용을 변상하기 위하여 지급되는 실비변상적 금원 또는 사용자가 지급의무 없이 은혜적으로 지급하는 금원 등은 평균임금의 산정기초가 되는 임금이 아니다.²³⁾ 결국 어떤 급여가 임금에 해당되기 위해서는 ① 근로의 대가로서(대가성), ② 계속적이고 정기적으로 지급되었을 것(계속성과 정기성), ③ 사용자에게 지급의무가 있을 것(의무성)이 요구되는 것이다.²⁴⁾

20) 문무기·윤문희·이철수·박은정, 「임금제도 개편을 위한 노동법적 과제」, 한국노동연구원, 2006, 10-11쪽.

21) 대판 1996.10.25, 96다5346 등.

22) 대판 1999.9.3, 98다34393, 1990.12.7, 90다카19647 등 다수. 행정해석으로 2002.2.5. 임금 68207-78도 같은 취지이다.

23) 대판 2003.4.22, 2003다10650, 대판 1999.2.9, 97다56235 등 참조.

24) 김형배 교수는 판례의 태도를 다음과 같이 정리하고 있다(김형배, 『노동법(제19판)』, 박영사, 2010, 352쪽). “판례의 태도에 따르면 임금이라고 할 수 있기 위해서는 근로의 대가로서 지급되어야 하며, 다시 근로의 대가가 되기 위해서는 적어도 첫째, 근로자에게 계속적·정기적으로 지급될 것, 둘째, 근로제공과 관련하여 사용자에게 지급의무가 있어야 한다.”; 판례의 태도를 다음과 같이 정리하고 있는 견해도 있다(김재훈, “성과금은 임금에 포함되는가?”, 『월간 노동법률』, (주)중앙경제, 2006.5, 43쪽). “판례는 사용자가 지급하는 금품이 근로의 대상인가의 여부는 형식적인 계약내용뿐만 아니라 임금실태·지급관행 등의 실태적 측면을 고려하여 종합적으로 판단할 것을 기본적인 전제로 삼고 있다. 즉, 기본적으로 지급의무가 예정되어 있는지의 여부 및 지급형태의 고정성·정기성에 따라 근로의 대상성 유무를 판단하는 것으로 보인다. 지급의무가 예정되어 있다는 것은 지급 여부를 사용자가 임의적으로 결정할 수 없다는 것(달리 표현하여 법적으로 보호할만한 근로자의 기대권 영역으로 이 전되어 있다는 것)을 의미하며, 지급형태를 고려한다는 것은 고정성과 정기성이 있으면 지급의무가 예정되어 있는 것으로 추정하고 그에 따라 근로의 대상성을 인정한다는 점을 뜻한다. 상여금의 경우 판단기준을 보면, 취업규칙 등에 지급조건·금액·시기가 정해져 있거나 관행상 전체 종업원에게 일정 금액을 지급한 경우에는 임금으로 인정되지만(대법원 2002.5.31 선고, 2000다18147 판결), 구체적인 지급기준을 정함이 없이 그 지급이 사용자의 재량에 맡겨져 있거나 경영의 성과에 따라 일시적·불확정적으로 지급되는 경우에는 임금으로 인정되지 않고(대법원 1999.9.3 선고, 98다34393 판결) 있다.”; 판례의 태도를 유형적 방법에 따른 것으로 이해하는 견해도 있다(김영문·이상윤·이정, 『임금개념과 평균임금·통상임금의 산정범위』, 법문사, 2004.12, 41-42쪽). “판례는 근로의 대가성 여부를 개념적 징표(Merkmal)에 의해서 판단하려는 것이 아니라, 유형(Typus)에 의해 판단하고 있는 것으로 보인다. 임금개념이 징표적으로 파악되어야 한다면 징표 중 하나라도 결여되면 근로의 대가성은 인정되지 않는 반면에, 유형적으로 파악되는 경우에는 유형기준의 어느 하나가 결여된 경우에도 다른 요소가 비중이 있는 경우에는 근로의 대가성이 인정될 수 있다. 즉 유형적 파악에 있어서는 각각의 기준들이 원칙적으로 동등한 가치를 가지면서도, 구체적 사안에 따라 그 비중과 정도에 있어서 차이가 있기 때문에 유형기준의 어느 하나가 결여되었더라도 사용자가 지급하는 급여가 근로

그런데 일부 판례에서는 임금의 판단기준 가운데 ‘일률성’을 추가하는 경우가 있다. 즉, “사용자가 근로자에게 지급하는 금품이 임금에 해당하려면 먼저 그 금품이 근로의 대상으로 지급되는 것이어야 할 것인 바, 어떤 금품이 근로의 대상으로 지급된 것이냐를 판단함에 있어서는 그 금품지급의무의 발생이 근로제공과 직접적으로 관련되거나 그것과 밀접하게 관련된 것으로 볼 수 있어야 하고, 이러한 관련 없이 그 지급의무의 발생이 개별 근로자의 특수하고 우연한 사정에 의하여 좌우되는 경우에는 그 금품의 지급이 단체협약·취업규칙·근로계약 등이나 사용자의 방침 등에 의하여 이루어진 것이라 하더라도 그러한 금품은 근로의 대상으로 지급된 것으로 볼 수 없다”²⁵⁾고 함으로써, 근로의 대가로서의 임금이기 위해서는 설사 사용자의 지급의무가 명시되었다 하더라도 개별 근로자의 특수하고 우연한 사정에 기초하여 지급되는 것이 아니라 모든 근로자에게(또는 일정한 요건을 충족하는 모든 근로자에게) 지급되어야 한다는 일률성을 갖추고 있을 것을 요구하고 있는 듯하다.

그리고 판례는 이러한 요건을 세부적인 각종 수당 등을 판단함에 있어서 보다 개별적으로 판단하고 있는데, 우리나라에서의 임금은 곧 평균임금의 산정기초가 되므로 대부분의 경우 평균임금의 해당성 여부와 관련되어 있다. 특히 문제되는 것은 가족수당의 임금성 여부, 상여금 또는 성과급의 임금성 여부, 택시운전기사의 개인수입의 임금성 여부, 식대 등의 임금성 여부 등이다.

b) 학자들은 근로의 대가라 함은 사용·종속관계 아래에서 제공되는 근로에 대한 보상을 의미한다고 한다. 즉, 근로자가 사용자의 지휘·명령하에서 제공한 근로에 대한 반대급부라고 본다.²⁶⁾ 그러나 이러한 설명은 추상적이어서 “근로의 대가”의 의미를 정확히 이해하는 데 여전히 미흡한 점이 있다고 본다.

한편, “근로의 대가”가 무엇을 의미하는지에 관하여 노동의 대가로 보는 노동대가설, 노동력의 대가로 보는 노동력대가설, 그리고 그 외에 임금이분설 등의 학설이 임금의 본질 또는 임금의 법적 성격, 법적 성질 등의 주제로 논의되어 왔지만, 만족스런 설명이 되지 못하고 본다.

2) 종합정리 및 평가

‘근로의 대가’란 근로자가 사용자의 지시·감독을 받으며, 근로를 제공하는 것에 대한 보수

의 대가성이 있는 경우에는 임금성이 인정될 소지가 있다.”

25) 대판 2004.5.14, 2001다76328, 대판 1995.5.12, 94다55934 등 참조.

26) 이상윤, 『노동법(제4판)』, 법문사, 2008, 182쪽; 김형배, 『노동법(제19판)』, 박영사, 2010, 352쪽.

라고 보통 정의되고 있다.²⁷⁾ 간단히 말하면 근로제공에 대한 반대급부라는 의미이다.

근로의 대가가 무엇을 의미하는가에 대하여 대법원판례는 “근로자에게 지급되는 금품이 평균임금 산정의 기초가 되는 임금총액에 포함될 수 있으려면 그 명칭의 여하를 불문하고, 또 그 금품의 지급이 단체협약, 취업규칙, 근로계약 등이나 사용자의 방침 등에 의하여 이루어진 것이라 하더라도 그 지급의무의 발생이 근로제공과 직접적으로 관련되거나 그것과 밀접하게 관련된 것으로 볼 수 있는 것”이어야 한다고 하여 “근로제공과 직접적으로 관련되거나 밀접하게 관련된 것”을 근로의 대가로 파악하고 있다. 그러나 구체적인 판단에 있어서 대법원이 근로의 대가성이 있는지를 어떻게 파악하고 있는지를 이해하는 것은 쉬운 일이 아니다.²⁸⁾ 사실 ‘근로의 대가’의 의미를 밝힌 판례의 문장인 “근로제공과 직접적으로 관련되거나 밀접하게 관련된 것”이 무엇을 의미하는지도 분명하게 설명하기는 어렵다. 이에 대해서는 “근로제공과의 직접적 관련성이나 밀접성의 판단표지는 그 자체가 공허한 추상적인 것으로서 근로의 대상을 밝히고 있는 것이 아니라 오히려 근로의 대상은 근로의 제공과 직접 또는 밀접하게 관련된 것이라는 연관관계에서 동어반복적이다”²⁹⁾라는 비판이 제기되고 있는데, 타당한 지적이라고 생각한다.

2. 기존의 이해태도에 대한 비판

1) “근로의 대가”의 실질적 내용에 대한 적극적 판단 유보

“근로의 대가”의 실질적 내용이 무엇인지에 관하여 적극적인 판단을 하고 있지 않다.

앞에 본 바와 같이 판례는 사용자가 지급하는 금품이 근기법상의 임금에 해당하기 위한 표지로서 ‘근로의 대가성’, ‘계속성’, ‘정기성’, ‘발생근거 있는 지급의무’, ‘일률성’ 등을 들고 있

27) 김형배, 『노동법(제19판)』, 박영사, 2010, 352쪽.

28) 원칙적으로 대법원판례는 임금성 판단에 있어서 “근로의 대가성”을 가장 중요한 기준으로 삼고 있는 것으로 보인다. 그러나 일부 판례에서는 ‘중식대 또는 식대’가 평균임금 또는 통상임금에 해당하는지 여부를 판단함에 있어 “정기적·일률적으로 전 직원에게 지급되는지 여부”를 기준으로 할 뿐 근로의 대가성이 있는지에 대해 별도의 검토를 하지 않은 사례도 있고(대판 2000.12.22, 99다10806, 대판(전합) 1999.5.15, 97다5015 등), “정기적·계속적으로 지급되고 그 지급액이 확정되어 있다면” 근로의 대가로 지급된 임금의 성질을 가지는 것으로 볼 수 있다고 인정한 사례도 있다(대판 2001.10.23, 2001다53950). 즉 어떤 사례에서는 근로의 대가성을 특별히 언급하지 않고 넘어간 반면, 어떤 사례에서는 정기성·계속성·확정성으로부터 근로의 대가성이 추론될 수 있다고 판단한 사례도 있는 것이다. 그러나 “정기적·계속적으로 지급되고 그 지급액이 확정되어 있는 것”이 어떻게 ‘근로의 대가’임을 인정할 수 있는 논거가 되는지에 대해서는 논증이 없다.

29) 김영문, “임금개념과 평균임금·통상임금의 산정범위”, 『기업법연구』 제18권 제2호, 소셜 인슈런스, 한국기업법학회, 2004.12, 54쪽.

는 바, 이중 ‘근로의 대가성’의 표지가 가장 중요한 판단표지라고 하겠다. 그런데, 판례 내용을 면밀히 살펴보면, 근로의 대가성이라는 임금해당성의 상위의 실질표지가 무엇을 의미하는지에 대하여 적극적으로 밝히고 있지 않고 있는 바, 이는 타당한 태도가 아니라고 본다.³⁰⁾

한편, ‘일률성’은 통상 임금의 하위개념으로서 ‘통상임금’을 판단할 때 사용되는 기준이어야 할 것으로 보이며, 만약 임금의 개념이 이 일률성이 요구된다고 한다면 ‘평균임금’을 파악함에 있어서도 이것이 요구된다고 해야 할 것이다. 그렇지만 우리 법상의 통상임금과 평균임금의 차이를 전제할 때, 일률성은 평균임금에는 들어맞지 않는 기준이다. 따라서, 일반적인 임금 개념의 판단기준을 정립함에 있어서 이 ‘일률성’은 그 요건이 아니라고 생각된다.³¹⁾

2) ‘계속성’ 등 임금표지요소들의 체계적 관련성 불분명

‘계속성’, ‘정기성’, ‘발생근거 있는 지급의무’, ‘일률성’ 등과 같은 표지들이 ‘근로의 대가성’과 어떻게 체계적으로 관련되는지가 불분명하다.

즉, 판례에 따르면, ‘계속성’, ‘정기성’, ‘발생근거 있는 지급의무’, ‘일률성’ 등과 같은 표지들이 ‘근로의 대가성’의 의미요소인지 아니면 ‘근로의 대가성’과 별개의 의미요소인지 불분명하다. 생각건대, 이들 판단표지에 의미를 부여하자면 모든 근로자들이 일률적, 정기적, 계속적으로 동일하게 그리고 평균적으로 급여를 받으므로 근로의 대가가 될 개연성이 크며, 따라서 근로의 대가성을 간접적으로 입증할 수 있는 정황(Indizwirkung)이 된다는 것이다. 그러나 이

30) 同旨; “판례가 근로의 대가성 판단을 공백으로 둔 채 정기성, 일률성 등의 나름대로 객관적 기준으로 판단하는 것은 임금의 쌍무적 교환관계의 성질을 전혀 고려하지 않은 해석의 기피이다.”; “이러한 판례의 태도에는 찬동할 수 없다. 이미 앞에서 근기법 제2조 제1항 제5호의 체계적, 목적적 해석에 의한 결과로서 임금지급의무가 근로제공의무와 쌍무적 교환관계에 있다고 밝혀진 이상, 그리고 그러한 동 규정의 의미내용이 규범으로서 강행적 효력을 갖고 있는 이상 법원은 근로의 대가성이라는 판단표지의 쌍무적 의미내용과 의미관련성을 적극적으로 밝혀야 한다. 그럼에도 불구하고 판례는 임금해당성의 판단표지 중 상위의 실질적 판단표지로서 근로의 대가성을 공백으로 둔 상태에서 개별사례에서 근로의 대가성과는 전혀 다른 판단기준으로 각종 급여의 임금해당성을 판단하고 있다. 이와 같은 판례의 태도는 법률적용과 법률해석의 회피로서 이것이 법치국가의 원칙과는 상충된다는 점은 분명하다.”(김영문·이상윤·이정, 『임금개념과 평균임금·통상임금의 산정범위』, 법문사, 2004.12, 79쪽); “…… 이상에서 살펴본 바와 같이 법원은 각종 수당의 임금성 해당 여부에 대한 구체적인 판단에 있어서, 근로제공에 대한 대상성을 임금성 판단의 최우선순위로 판단해야 함에도 불구하고, 단지 계속적·정기적으로 지급되고 단체협약 등에 의하여 사용자에게 그 지급의무가 지워져 있는 경우에는 일률적으로 임금성이 인정된다고 판단하고 있다. …… 그러나 이러한 판례의 태도는 ‘근로의 대상성’이라는 원칙적 기준에 대해서는 충분한 검토 없이, 오히려 지급규정의 유무 또는 정기적 지급이라는 주변적·부대적 상황만으로 ‘임금성 여부를 판단’한다는 점에서 문제가 있다고 본다.” (한국경영자총협회, 『평균임금 산정범위에 대한 비판적 고찰』, 2004.11, 43쪽).

31) 문무기·윤문희·이철수·박은정, 『임금제도 개편을 위한 노동법적 과제』, 한국노동연구원, 2006, 11쪽; 김기덕, “통상임금 개념요소로서의 일률성에 관한 연구”, 고려대 대학원 법학석사학위 논문, 2006.12, 76-79쪽 참조.

러한 간접적 정황증거들은 근로의 대가성의 의미내용을 적극적으로 밝히는 요소들이 아니다.³²⁾

3) 지나친 사법적 편의주의

위에서 본 바와 같이, 판례가 근로의 대가성을 공백으로 두면서 근로의 대가성을 간접적으로 입증할 수 있는 간접적 정황증거 내지 판단기준을 사용하고 있는 이유는 복잡한 임금구성 항목을 간단한 기준으로 판단하고자 하는 사법적 편의에 치우쳐 있다고 할 수 있다.³³⁾

IV. “근로의 대가”의 의미와 체계에 대한 새로운 관점

1. 서

우리나라의 임금체계와 구성항목의 실태는 복잡하고 다양하기 때문에 임금의 법적 성격에 따라 연역적인 방법으로 근로의 대가성 유무를 일률적으로 결정하기는 곤란하다. 그런데 우리나라 대법원에서 행해진 임금 해당 여부에 관한 판례들을 보면, 근로의 대가의 외연(外延)을 꾸준히 확대하여 왔다고 할 수 있다.³⁴⁾

그런데, 위에 본 바와 같이 판례에는 수궁하기 어려운 점이 있고, 학자들의 견해도 만족스러운 설명이 되는 데 미흡한 부분이 있다고 본다.

생각건대, 근로의 대가성의 의미를 보다 면밀히 검토하기 위해서는 근로계약의 의의와 법적 성질을 먼저 살펴보는 것이 필요하다고 본다. 왜냐하면 임금은 그 자체로서 독립된 자기완결성을 갖는 개념이라기보다는 근로계약의 법률효과적 측면(근로자에게는 임금청구권이 부여되고, 사용자에게는 임금지급의무가 부과되는 것)에서 바라볼 때에야 비로소 체계적 이해가 가능할 것이기 때문이다.

이하에서는 근로계약의 의의와 법적 성질에 대해 살펴봄으로써 “근로의 대가”의 의미와 체계적 판단기준 검토의 기초로 삼고자 한다.

2. 근로계약의 의의와 법적 성질

32) 김영문·이상윤·이정, 『임금개념과 평균임금·통상임금의 산정범위』, 법문사, 2004.12, 47-48쪽.

33) 김영문·이상윤·이정, 『임금개념과 평균임금·통상임금의 산정범위』, 법문사, 2004.12, 47-48쪽.

34) 김재훈, “성과금은 임금에 포함되는가?”, 『월간 노동법률』, (주)중앙경제, 2006.5, 43쪽.

a) 근로계약이란 근로자와 사용자 사이의 근로관계에 대한 합의(의사의 합치)를 말한다. 근로기준법 제2조 제1항 제4호에서는 이에 관해 “근로계약이란 근로자가 사용자에게 근로를 제공하고 사용자는 이에 대하여 임금을 지급하는 것을 목적으로 체결된 계약을 말한다”고 규정하고 있는 바, 근로계약의 본질적인 요소는 임금의 대가 목적성과 근로의 제공이라고 할 수 있다.³⁵⁾

b) 근로계약은 쌍무·유상계약³⁶⁾의 성질을 가진다.

근로제공과 임금지급이 대가적 교환관계에 있으므로 쌍무·유상의 채권계약이다. 근로기준법 제2조 제1항 제4호(근로계약의 정의) 및 민법 제655조 이하 규정들을 문언적, 체계적으로 해석할 때 근로계약은 근로의 제공과 임금이 교환되는 쌍무계약이라는 점을 부정할 수 없다. 민법 이외에 근로기준법이나 개별근로관계법에 쌍무계약에 관한 예외규정이 있다고 하여도 근로관계의 쌍무계약성이 훼손되는 것은 아니다. 왜냐하면 이들 예외규정들도 일반 채권법상 쌍무계약의 토대 위에서 이를 구체화하거나 이와는 상이한 규정을 담고 있기 때문이다.³⁷⁾

3. “근로의 대가”의 의미와 체계적 판단기준 검토

앞에서 기술한 바와 같이 필자는 임금정의규정상의 “근로의 대가”를 ‘노동의 대가’로 보는 것(노동대가설의 입장)도, ‘노동력의 대가’로 보는 것(노동력대가설의 입장)도 부적절하며, ‘근로관계 유지의 보상’을 의미하는 것으로 이해하는 것이 가장 합리적일 것으로 본다(근로관계보상설의 입장).

이와 같은 입장을 토대로 하여 “근로의 대가”의 의미와 체계적 판단기준을 제시해 보면 다음과 같다.

35) 박종희, “근로기준법상 근로자개념”, 『노동법학』 제16호, 한국노동법학회, 2003.6, 95쪽.

36) 근로계약은 채권계약, 쌍무·유상계약, 낙성·불요식계약의 성질을 가진다. 쌍무계약이란 계약의 당사자가 서로 대가적 의미를 가지는 채무를 부담하는 계약을 말하고, 유상계약이란 계약당사자가 서로 대가적 의미있는 재산상의 출연(出捐)을 하는 계약을 말한다(곽윤직, 『채권총론(제6판)』, 박영사, 2003, 27-28쪽).

37) 근로법상의 각 규정들, 특히 휴업수당청구권, 퇴직금, 유급휴일근로, 할증임금, 해고보호규정, 근로시간 규제규정, 산업안전보건법상의 규정, 남녀고용평등법상의 규정, 최저임금법상의 규정들이 있지만, 이들 규정들은 민법 채권법 규정 위에 구축되어 이를 구체화하거나 이와는 상이한 규정을 담고 있다고 한다(김영문·이상윤·이정, 『임금개념과 평균임금·통상임금의 산정범위』, 법문사, 2004.12, 68쪽).

1) “근로의 대가성”의 의미

a) 임금정의규정상의 “대가성”의 의미는 근로계약의 쌍무계약으로서의 성질을 통해 이해하는 것이 단순히 국어사전적 의미를 통해 이해하는 것보다 정확하고 체계적인 이해에 도움이 될 것이라고 본다.

쌍무계약에 관하여 민법학자들이 설명하고 있는 내용은 다음과 같다.

① 쌍무계약은 각 당사자가 서로 대가적 의미를 갖는 채무를 부담하는 계약이다. 그 결과, 각 당사자는, 상대방으로부터 급부를 받게 된다는 것을 전제로 하여 또한 그것을 목적으로 하여서만, 자신도 급부할 것을 약정하는 것이며, 쌍방 당사자의 채무는 서로 의존관계에 서고 있다. 이러한 쌍무계약의 채무 상호간의 의존관계를 채무의 견련성(牽連性)이라고 한다. 쌍무 계약에 있어서의 채무의 견련성은, 구체적으로는 성립상의 견련성, 이행상의 견련성, 존속상의 견련성으로 나타난다.³⁸⁾

② 쌍무계약상의 각 채무는 대가적인 의의를 가진다. 즉 쌍방은 서로 타방으로부터 급부를 받기 위하여 자신도 급부를 하는 것이다(독일 학자들은 흔히 쌍무계약의 기본원리를 ‘do ut des’(받기 위하여 준다)라고 한다). 따라서 여기에서의 각 채무 간에는 특수한 견련관계(Synallagma)가 존재한다.³⁹⁾

b) 위의 설명내용을 통해 보듯이 쌍무계약에 있어서의 “대가성”은 당사자 일방의 급부의무와 상대방의 반대급부의무간의 상호의존관계를 의미한다는 점에서 “견련성”의 의미와 다르지 않다.⁴⁰⁾

그런데 “견련성”이란 “쌍무계약의 채무 상호간의 의존관계성” 즉 “쌍무적 교환관계성”을 의미한다고 말할 수 있다. 그리고 이 “쌍무적 교환관계성”의 의미는 다시 “지급의무성”과 “교환관계성”의 두 가지 의미요소로 분해해 볼 수 있다⁴¹⁾.

c) 먼저 “지급의무성”에 대하여 본다.

38) 곽윤직, 『채권총론(제6판)』, 박영사, 2003, 60쪽.

39) 김증한, 『채권각론(제7판)』, 박영사, 2006, 63쪽.

40) 근로의 대가성에 대한 보다 충실한 이해를 위해서는 박종희, “근로기준법상 근로자개념-근로기준법의 적용확대와 선별적용과 관련하여”, 『노동법학』 제16호, 한국노동법학회, 2003,6, 105-106쪽과 노상현, “일본의 평균·통상임금 법리”, 『노동법이론실무학회 제8회 정기연구발표회자료집』, 2009.7.10, 3-6쪽 참조.

41) “근기법 제2조는 ‘근로의 대가’만을 임금의 요건으로 하고 있고, ‘근로의 대가’와 ‘지급의무’가 반드시 일치하는 것이 아님에도 불구하고 ‘지급의무의 존재’를 기준으로 임금성을 판단하는 것은 옳지 않다”는 견해(유성재, 『판례노동법』, 법문사, 2008, 108쪽)는 동의하기 어렵다고 본다.

“지급의무성”이란 사용자의 근로자에 대한 급여의 지급이 “법적 의무”라는 것을 의미한다. 따라서 사용자의 근로자에 대한 급여의 지급이 “법적 의무”가 아니라면(예 : 임의적 급여), 이는 “지급의무성”을 결하므로 “대가성”이 없는 것이 되어 근기법상의 임금에 해당될 수 없다.

그러면 지급의무의 발생근거는 무엇인가. 판례⁴²⁾는 단체협약이나 취업규칙, 급여규정, 근로계약에 의한 것이든 노동관행에 의한 것이든 무방하다고 하고 있다.

다음으로 “교환관계성”에 대하여 본다.

“교환관계성”이란 사용자의 급여지급이 근로자의 ‘근로제공’(필자의 입장에 따르면 ‘근로관계 유지’를 의미한다. 이하 같다)에 대한 교환적 취지에 의해 이루어진 것을 의미하며, ‘교환적 취지’라 함은 급여의 지급이 근로제공을 원인 또는 목적으로 하는 것을 말한다.

다시 말하자면 “교환관계성”이란 “‘근로제공을 원인으로 하여’ 또는 ‘근로제공을 받기 위하여’ 사용자가 근로자에게 급여를 지급하는 것”을 말한다. 즉, 독일학자들이 말하는 ‘do ut des(받기 위하여 준다)’와 같은 의미이다.

d) 이와 같이 “대가성”이란 “지급의무성”과 “교환관계성”의 두 가지 의미요소로 구성되므로 “지급의무성”이나 “교환관계성” 중 어느 하나라도 결하게 되면 “대가성”을 충족하지 못하게 되어 근기법상의 임금에 해당하지 않게 될 것이다.

그런데, “교환관계성”은 이를 엄격히 요한다고 볼 것은 아니라고 본다. 필자는 임금의 본질론에 관하여 근로관계보상설의 입장(임금의 본질을 ‘근로관계 유지의 보상’으로 보는 입장)을 취하고 있으므로, 여기서의 ‘교환관계성’이란 ‘근로’와 ‘임금’의 일대일대응(맞대응)방식의 ‘엄격한 교환관계성’ 내지 ‘등가성(等價性)’이 아니라 사회적통념상 합리적인 범위내에서 인정될 수 있는 ‘보상관계성’을 의미한다고 본다. 즉, 계속적 계약관계인 근로관계하에서 ‘근로관계 유지에 대한 보상의 취지로(보상적 취지)’ 사용자가 근로자에게 지급하는 것으로 인정된다면 이는 ‘교환관계성’(‘보상관계성’이라고 부를 수도 있다고 본다. 이하 같다)을 충족하는 것으로 파악해야 한다고 본다.

2) “근로의 대가성”에 대한 체계적 판단기준

“근로의 대가성”여부는 주관적요소를 중시하여 다음의 순서에 따라 판단하여야 한다고 본다.

⁴²⁾ 대관 2003.2.11, 2002다50828.

(1) “근로의 대가성”여부는 당사자의 의사에 의해 판단하여야 한다.⁴³⁾⁴⁴⁾

a) 앞에 본 바와 같이 “대가성”은 “지급의무성”과 “교환관계성”을 내용요소로 하는데 어떤 급여가 “대가성”을 갖느냐 즉 “지급의무성”과 “교환관계성”을 갖느냐 여부는 당사자의 의사에 의해 판단되어야 한다.

왜냐하면, 사용자가 근로자에게 지급하는 급여를 근로의 대가로서 임금에 해당하는 것으로 할 것인지 여부에 대한 결정은 원칙적으로 계약당사자의 자유의 영역에 속하기 때문이다. 즉, 특정한 급여항목을 임금항목으로 취급할 것인지 아닌지 그리고 임금액수의 크기를 얼마로 할 것인지 등은 근로계약내용중 중요한 부분에 해당하는 것으로서 계약당사자의 의사의 합치에 따라 정하게 되는 것이다(계약자유의 원칙중 ‘내용결정의 자유’에 해당). 예를 들자면, 매매계약을 체결할 경우에 가장 중요한 것이 매매가액을 얼마로 할 것인지에 관한 것이라고 할 수 있는데, 이를 매도인과 매수인의 자유로운 의사의 합치에 의해 결정하는 것과 마찬가지로 한다.

결국 특정한 급여항목이 근로의 대가성을 갖는지 여부에 관한 판단문제는 곧 “노사가 이를 근로의 대가로 삼고자 하였는지 여부 즉 임금해당성을 인정하기로 하였는지 여부”의 판단문

43) 同旨; 한국경영자총협회, 『평균임금 산정범위에 대한 비판적 고찰』, 2004.11, 44쪽, 49쪽.

44) 同旨; “대법원의 판례는 특정 수당을 평균임금의 산정 범위에서 배제하기로 하는 당사자간의 합의에 대해 그 효력을 인정하고 있다. 또한 이러한 배제 합의는 묵시적인 것이라도 유효하다는 원칙적인 입장을 견지하고 있다. 즉 판례는 노조의 지속적인 요구에도 불구하고 회사가 특별생산격려금을 평균임금에 산입하지 않은 경우에는 배제에 관한 묵시적인 합의를 인정하거나, 식대보조비·가족수당 등을 복리후생비로 보기로 노사가 합의한 경우에는 위 수당을 평균임금의 범위에서 배제하고, 가족수당을 평균임금의 산정범위에서 제외하였다는 사실만으로는 위법이 될 수 없다고 판단한 사례가 있다. 반면, 위 사례들과는 달리 하급심 판례에서는 명시적 배제합의가 있었음에도 이러한 합의의 효력을 무시하고 오로지 계속적으로 지급되었다는 이유만으로 특별격려금 등의 평균임금 해당성을 인정하거나(현대중공업 사건), 단체협약상의 임금의 범위에서 제외하기로 노사가 합의하였음에도 불구하고 단지 ‘실질적으로 파악할 때 근로의 대가에 해당하여……’라는 추상적인 표현으로 임금성을 인정한 경우(현대미포조선 사건)도 있다.

그러나 임금의 책정 및 지급은 원칙상 사용자의 권한에 속하는 것이며(대판 1996.7.30, 95다12804 <임금> 한국공항공단 사건 참조), 이러한 임금제도의 운용은 전적으로 사적자치의 원칙에 기초하여 판단되어야 한다. 즉 임금제도의 운용에 있어서 당사자간의 합의는 다른 어떠한 사정보다 최대한 존중되어야 하는 것이 당연하다. 이러한 점에서 명시적인 배제합의조차도 무시한 위 하급심 판결(현대중공업, 현대미포조선 사례)은 부당한 측면이 있다.

평균임금제도의 기본원리에 대하여, 대법원은 평균적인 생활임금을 보장하기 위한 것이고, 특정 금품 지급으로 평균임금이 명백히 증감하는 경우 그 지급금품은 평균임금 항목에 포함될 수 없다는 입장을 취하고 있다.”라고 한다(이승길, 『성과주의인사와 임금법제』, 법문사, 2004, 331-332쪽).

異見; 한편, 평균임금 산정에 대한 노사합의의 효력을 인정한 판결(대판 2003.12.11, 2003다40538)에 대하여 “평균임금은 퇴직금의 산정에만 영향을 미치는 것이 아니라 휴업수당 및 재해보상을 산정하는 기준이 된다. 따라서 판례와 같이 당사자 간의 합의가 근기법 제2조 제1항 제6호에 위반됨에도 불구하고 그 효력을 인정하게 된다면 해당 근로자의 평균임금이 적용될 법규정에 따라 달라지는 문제점이 발생”한다고 하면서 이를 비판하는 견해도 있다(유성재, 『판례노동법』, 법문사, 2008, 172쪽).

제라고 할 것이다.

b) 학자들의 다음 견해들도 “대가성” 여부는 주관적 요소를 중시하여 판단하여야 한다는 취지로 이해된다.

① 쌍무계약에서 상호 채무가 대가적인 의미를 가진다는 것은 그 채무이행이 객관적으로 같은 가치를 갖는다는 것이 아니라 상호 이행해야 할 것이 의존관계를 가지며 채무부담이 교환적인 위임관계에 있는 것을 의미한다. 그리고 상호 채무가 대가적인 의미의 유무는 객관적 이 아니라 주관적으로 정해진다(민법주해 XIII 21쪽). 따라서 상호 채무를 대가적으로 결합시킬 때, 대가적인 의무의 범위와 내용의 결정방법은 당사자의 의사, 즉 합의에 의하여 좌우된다. 이것은 자기결정의 원리에 기초한 계약의 ‘내용형성의 자유’라는 헌법상의 권리로부터 자연스럽게 도출되는 것이다(민법주해 XIII 41쪽, 54쪽. 헌법재판소 1991.6.3. 89헌마204 결정). 결국, 임금지급의무를 포함하여 어떠한 급부의무가 상호 쌍무적 교환관계에 있는가를 판단하는데, 먼저 ‘당사자의 의사(합의)’를 정확하게 규명해야 한다. 만약 당사자의 합의된 의사를 충실히 반영하지 않고 지급의 결과적 양태를 우선 고려할 경우에는 법원이 당사자의 의사를 무시해 ‘계약자유’와 ‘자기결정권’이라는 헌법상 기본권 침해의 결과를 초래할 수가 있다.⁴⁵⁾

② 각종의 수당이 임금에 포함되는지의 판단에 있어서 노사의 자율적인 규정을 근거로 하여 결정하여야 할 것이다. 즉 노사는 자율적인 공존세계이므로 노사자치에 의해서 결정된 규정을 전제로 하여 임금에 포함되는지를 결정하고 임금에 대한 노사자치의 규정이 없을 때 노동법의 이념을 인식하여 판단해야 할 것이다.⁴⁶⁾

③ 근로관계의 다양한 의무구조로부터 사용자에게 지급의무가 인정되는 금원이 있다는 점을 고려할 때 노동력 제공에 대한 주된 급부의무로서 임금의 지급은 그것이 근로의 대상인가가 상위의 핵심적인 판단기준이 되어야 하는 것이고, 근로의 대상성을 판단함에 있어서는 금원지급에 대한 당사자의 의사, 목적, 모티브, 원인관계를 따져서 판단해야 하는 것이다.⁴⁷⁾

④ 쌍방의 급부가 대가적 의미를 가진다는 것은 상대방의 급부를 받기 위하여 나의 급부를 한다는 것, 즉 ‘받기 위해서 준다(do ut des)’는 것이다. 따라서 대가성 여부는 객관적으로 정해지는 것은 아니고, 주관적으로 당사자의 의사에 의하여 정해진다. 즉 쌍방의 급부가 객관적으로 동등한 가치를 가지는가 여부가 아니라, 당사자들이 서로 자신의 급부를 상대방에 대한 대가로 생각하느냐 여부에 의하여 정해진다(따라서 예컨대 갑이 을로부터 일정 액수의 금전을

45) 이승길, 「성과주의인사와 임금법제」, 법문사, 2004, 312-313쪽.

46) 이달휴, “임금의 개념과 법적 성격”, 『재산법연구』15권1호, 한국재산법학회, 1998.11, 175쪽.

47) 김영문·이상윤·이정, 『임금개념과 평균임금·통상임금의 산정범위』, 법문사, 2004.12, 81쪽.

받고 물건을 이전하기로 약정한 경우에, 그 액수가 물건값에 비하여 아무리 적다 하더라도 값이 그 금전의 대가로서 물건을 이전한다고 생각하는 경우에는 대가성이 있는 것이 되고(따라서 매매가 되고), 반대로 금액이 물건값에 육박하더라도 금전을 받는 대가로서가 아니고 과거의 은혜에 대한 고마움의 표시로 물건을 이전하는 경우에는 대가성이 없는 것이 된다(따라서 부담부 증여)). 다만 양 급부의 객관적 등가성 여부는 당사자의 주관적인 의사의 중요한 판단 자료가 된다. 즉 특별한 사정이 없는 한 양 급부가 객관적으로 등가성을 가지는 때에는, 당사자는 양자를 대가적인 것으로 생각한 것으로 해석된다. 그 외에 대가성에 관한 이러한 주관적 의사도 합치해야 계약이 성립한다.⁴⁸⁾

(2) “근로의 대가성” 여부를 당사자의 의사에 의해 판단하는 것이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우에는 사용자의 지급의사(또는 동기)를 참작하여 판단하여야 한다.

a) 임금의 책정 및 지급은 원칙상 사용자의 권한에 속하는 것이므로⁴⁹⁾, 근로의 대가 여부를 당사자의 의사에 의해 판단하는 것이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우에는 사용자의 지급의사(또는 동기)를 참작하여 판단하여야 한다.

다음의 판례⁵⁰⁾는 사용자의 지급의사(또는 동기)를 적극 참작하였는 바, 필자는 이를 타당하다고 생각한다(단, 이를 비판하는 견해도 있다⁵¹⁾). 판결요지는 아래와 같다.

“……1997년 이후에 200%의 성과금이 일정하게 지급되어 온 것은 이 기간동안 무분규조건이 달성됨에 따라 피고회사가 최저지급률 보장약속을 지켰기 때문일 뿐, 불황이나 분규발생 등으로 인한 경영실적 악화시에도 피고회사가 일정률의 성과금을 계속 지급할 의사가 있거나 이와 같은 관행이 성립되었다고 보기는 어렵다. ……”

b) 앞에서 본 바와 같이 “대가성”의 의미요소는 “지급의무성”과 “교환관계성”으로 나누어 볼 수 있다.

우선, “지급의무성”이 인정되기 위해서는, 예컨대 취업규칙 등의 해석상 사용자에게 지급의무 있음을 확인할 수 있거나 사용자가 명시적 또는 묵시적으로 지급의무 있음을 인정한 의사

48) 김중환, 「채권각론(제7판)」, 박영사, 2006, 13쪽.

49) 한국공항공단사건(대판 1996.7.30, 95다12804<임금>)

50) 대판 2006.2.23, 2005다54029.

51) 김재훈, “성과금은 임금에 포함되는가?”, 「월간 노동법률」, (주)중앙경제, 2006.5, 42쪽. 이 판례평석에서 김교수는 “200%의 성과금이 일정하게 지급되어 온 1997년 이후의 기간에 대해서까지 임금 해당성을 부인한 결론은 기본입장과 어긋난다고 할 수 있다”고 하면서 대상판결의 태도를 비판하고 있다.

표시를 한 사실이 인정되어야 할 것이다.

다음으로 “교환관계성”이 인정되기 위해서는, 사용자가 “근로제공을 원인으로 하여” 또는 “근로제공을 받기 위해” 지급하려는 의사(또는 동기)를 갖고 있음이 인정되어야 한다고 할 것이다.

c) 그런데, 이처럼 “대가성”여부를 판단함에 있어서 사용자의 지급의사(또는 동기)를 참작하게 되면 근로자에게 지나치게 불리한 결과가 될 것이라는 비판이 있을 수 있다. 예컨대 사용자가 자신의 급여지급이 “지급의무성” 또는 “교환관계성”을 결한 것이라고 주장하면서 근로의 “대가성”을 전면 부인할 경우에는 근로자에게 일방적으로 불리하게 될 수 있기 때문이다.

그러나, 합리적인 의사해석을 통해 일방적으로 근로자측이 불리하게 되지 않도록 배려할 수 있을 것이라고 본다. 가령 사용자의 급여지급이 계속성·정기성을 가질 경우 근로의 대가성이 사실상 강하게 추정됨을 인정한다든지 또는 사용자가 선행행위와 모순된 행위를 하는 경우에는 신의칙(내지 금반언의 원칙) 위반을 이유로 또는 권리남용 금지의 법리를 원용하여 “대가성”을 부인하는 사용자의 주장을 배척함으로써 근로자의 합리적인 기대이익을 보호할 수 있을 것이다.

4) 사회적 통념에 따른 보충적 판단

“근로의 대가성” 여부를 판단함에 있어서 당사자의 의사 및 사용자의 지급의사(또는 동기)에 의해 판단하는 것이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우에는 보충적으로 사회적 통념에 따라 판단하여야 한다고 본다.

(1) 사회적 통념상 “근로의 대가성”은 사실상 추정된다고 본다.

통상 근로자와 사용자는 각기 자신의 경제적 필요를 충족하기 위하여 근로계약을 체결하게 되므로, 사용자가 근로자에게 지급하는 급여는 일용 “근로의 대가성”이 있는 것으로 사실상 추정된다고 보는 것이 사회적통념에 부합할 것이다. 왜냐하면, 근로자와 사용자간의 근로계약 관계를 고려치 않는다면, 별도의 급부원인이 없는 한, 사용자가 근로자에게 급여를 지급할 이유는 없을 것이기 때문이다.

한편, 당사자들간에 근로의 대가성 여부에 관하여 다툼이 있는 경우 사용자측에서는 이 추정을 배척하기 위한 주장을 하게 될 것이고, 근로자측에서는 이 추정을 강화하기 위한 주장을 하게 될 것이다.⁵²⁾

이하에서는 “대가성”의 의미요소인 “지급의무성”과 “교환관계성”의 추정을 배척 또는 강화

하는 사실들로서 어떤 것들이 있을 수 있는지를 살펴보고자 한다.

(2) 대가성 추정의 배척 또는 강화와 관련한 고려요소

가) “지급의무성”과 관련한 고려요소

“지급의무성”의 추정을 배척하기 위하여는 그 급여지급의무가 없음을, 예를 들자면 사용자가 지급한 급여가 ‘임의적·은혜적 급여’⁵³⁾라고 주장할 수 있을 것이다. ‘임의적·은혜적 급여’에 해당하는 전형적인 예는 결혼축의금, 병문안금, 근친자 사망시 조위금 등의 경조화복(慶弔禍福)의 급여 등이며,⁵⁴⁾ 이러한 급여는 “지급의무성”을 결하게 되어 “대가성”이 부인되게 되므로 근기법상 임금에 해당되지 않는다.

다음으로 “지급의무성”의 추정을 강화하기 위하여는 사용자에게 지급의무 있음을 인정할 수 있는 사실과 정황(예컨대, 사용자가 지급의무를 인정하는 뜻을 묵시적으로라도 표시한 사실) 등을 주장할 수 있을 것이다.

나) “교환관계성”과 관련한 고려요소

“교환관계성”의 추정을 배척하기 위하여는 그 급여가 근로제공을 원인 또는 목적으로 하여 지급된 것이 아니라는 것, 예컨대 ‘기업설비·업무비’임을 주장할 수 있을 것이다. ‘기업설

52) 필자는 대가성이 사실상 추정된다고 보므로, 결국 대가성에 관한 입증책임은 사용자가 부담해야 한다고 본다(즉, 사용자가 대가성 없음을 입증해야 할 책임을 진다고 본다).

53) 프랑스에서도 은혜적 급여는 임금으로 인정되지 않으며, 법원은 두 가지 요건에 따라 은혜적 급여의 임금성을 판단한다고 한다. 우선, 은혜적 급여에 해당되는지의 논란이 있는 급여가 ① 넓은 의미에서의 노사간의 계약적 성질을 가지는 합의(즉, 단체협약이나 고용계약, 노동조합규칙 등에 의한 규정, 관습 또는 노동관행 등)로부터 발생하는 것이고, ② 그러한 계약이 급여의 이행에 강제력을 부여하고 있다면, 그것은 단순한 은혜적 급여가 아니라 임금으로 인정을 하고 있다. 다만, 이러한 경우에 이러한 두 가지 요건에 대한 입증책임을 지는 것은 근로자측이라고 할 수 있는데, 예를 들어서 근로자는 관습이 꾸준히 해당 사업장에서 성립되어 왔다는 사실(즉, 은혜적 급여가 수년간 정기적으로 지급되어 왔다는 사실), 일률적이라는 사실(즉, 은혜적 급여가 해당 사업장에서 일하는 모든 근로자 또는 일정한 조건을 충족하고 있는 모든 근로자에게 습관적으로 지급되어 왔다는 사실(즉, 은혜적 급여가 일정률·일정량 등으로 정해져 있다는 사실)) 등을 증명해야만 한다는 것이다(문무기·윤문희·이철수·박은정, 『임금제도 개편을 위한 노동법적 과제』, 한국노동연구원, 2006, 31-32쪽 참조).

54) “단, 이러한 급여라도 단체협약, 취업규칙 등에 의해 미리 지급조건이 명확하게 되어 있고 그에 따라 사용자에게 지불의무가 있는 것은 노동의 대상이라고 인정되고 임금으로 취급된다(1947.9. 13. 발기 17호). 퇴직금(퇴직수당)과 상여(일시금)는 이를 지급할 것인가 말 것인가, 어떠한 기준에서 지급하는가가 오로지 사용자의 재량에 맡겨져 있는 한, 임의적·은혜적 급여이며 임금이 아니다. 그러나 오늘날의 대다수 퇴직금과 같이 단체협약, 취업규칙, 근로계약 등으로 지급여부 및 그 지급기준을 정하고 있고 사용자에게 지불의무가 있는 것은 임금으로 인정된다(1947.9.13. 발기 17호). 상여도 단체협약과 취업규칙으로 지급시기와 금액의 결정방법 등이 정해져 있어 그에 따라 각 시기에 결정·지급되는 것이라면 임금으로 인정된다.”(菅野和夫(이정 역), 『일본노동법』, 법문사, 2007, 206쪽).

비·업무비'란 기업이 업무수행을 위해 부담하는 기업시설과 업무비를 말한다. 예를 들어 작업복, 작업용품대, 출장비용 등은 통상 여기에 해당한다. 이러한 급여는 “교환관계성”을 결하게 되어 “대가성”이 부인되게 되므로 근기법상 임금에 해당되지 않는다.⁵⁵⁾

다음으로 “교환관계성” 추정을 강화하기 위하여는 사용자가 근로제공을 원인 또는 목적으로 급여를 지급하였다는 것을 뒷받침할 수 있는 사실과 정황 등을 주장할 수 있을 것이다.

다) 개별적 고려요소들에 대한 검토

앞에 본 바와 같이 판례는 사용자가 지급하는 금품이 근기법상의 임금에 해당하기 위한 표지로서 ‘근로의 대가성’, ‘계속성’, ‘정기성’, ‘발생근거 있는 지급의무’, ‘일률성’ 등을 들고 있는 바, 여기에서는 ‘근로의 대가성’외의 표지들에 대하여 살펴본다.

(가) 계속성·정기성

사용자의 급여지급의 ‘계속성’ 내지 ‘정기성’은 근로의 “대가성” 추정 즉, “지급의무성” 내지 “교환관계성” 추정을 강화하는 요소가 될 수 있다.

근로계약은 계속적 계약이기 때문에 근로의 대가는 계속적으로 지급되는 것이 일반적이다. 따라서 어떤 급여의 지급이 계속적으로 이루어져 왔다면, 이로써 근로의 대가성의 추정이 강화될 것이다. 특히, 현행 근기법 제43조 제2항은 “임금은 매월 1회 이상 일정한 날짜를 정하여 지급하여야 한다”고 규정하고 있으므로, 만일 어떤 급여의 지급이 정기적으로 이루어져 왔다면, 근로의 대가성 추정은 더욱 강화될 것이다.

한편, ‘계속성·정기성’이 개념적 징표(Merkmal)가 될 수 없음은 당연하다고 하겠다.⁵⁶⁾ 대법원 2006.8.24 선고 2004다35052 판결에서 대법원은 현대자동차주식회사의 I.Q.S. 장려금, 일시금, 하기휴가특별격려금이 비록 계속적·정기적으로 지급되었다고 인정할 증거가 없다는 것만으로 평균임금 산정기초가 되는 임금에 포함되지 않는다고 판시한 원심법원의 판단이 적절한 것이라고 볼 수 없다고 판시한 바 있다. 이 사건에서 대법원은 어떤 금품이 임금인지 여부를 판단할 구체적인 사정으로서 “근로자에게 계속적·정기적으로 지급되며 그 지급에 관하여 단체협약 등에 의하여 사용자에게 지급의무가 지워져 있고 일정 요건에 해당하는 근로자에게 일률적으로 지급하는 것”이라면서 기존의 판례법리를 실시한 후, “그러나 위와 같은

55) 프랑스에서는 상여금이나 각종 수당 등에 대하여 법원은 “근로계약으로 근로자에게 지급하기로 약속된 모든 급여는, 실비변상의 경우를 제외하고 임금에 해당된다”고 판시하고 있다고 한다(문무기·윤문희·이철수·박은정, 『임금제도 개편을 위한 노동법적 과제』, 한국노동연구원, 2006, 30쪽).

56) ‘계속성·정기성’을 개념적 징표(Merkmal)로 이해할 경우에는 어떤 급여의 지급이 ‘계속성·정기성’을 결할 경우 이는 임금이 될 수 없다.

사정들은 어디까지나 근로의 대상으로 지급되는 금품으로 인정할 수 있는 대표적인 징표로 삼을 수 있다는 것이고 위와 같은 사정을 갖춘 경우에만 임금에 포함시킬 수 있다는 의미는 아니다”라고 판시하였다. 이어 대법원은 “계속적·정기적으로 지급되는 것이 통상적이므로 그 지급사유의 발생이 확정되어 있지 않고 일시적으로 지급되는 것은 근로의 제공과 관계없이 지급되는 것으로 판단받을 여지가 많기는 하지만, 그렇다고 하여 반드시 계속적·정기적으로 지급되어야만 근로제공과 관련된 것이고 그렇지 않은 것은 근로제공과 무관한 것이라는 논리 필연적인 관계가 있는 것은 아니”라고 판시하였다.⁵⁷⁾

(나) 발생근거 있는 지급의무성

a) 판례⁵⁸⁾는 ‘계속성’ 내지 ‘정기성’ 외에 ‘발생근거 있는 지급의무성’을 임금성의 표지로 삼으면서, 지급의무의 발생근거는 단체협약이나 취업규칙, 급여규정, 근로계약에 의한 것이든 그 금품의 지급이 사용자의 방침이나 관행에 따라 이루어져 노사간에 그 지급이 당연한 것으로 여겨질 정도의 관례가 형성된 경우처럼 노동관행에 의한 것도 무방하다고 한다.

그런데, 앞에서 본 바와 같이 필자는 이 ‘지급의무성’은 ‘교환관계성’과 더불어 ‘대가성’의 의미요소를 구성하는 것으로 이해하였다. 그리고 앞에서 살펴본 ‘계속성’ 내지 ‘정기성’은 “지급의무성” 추정에도 어느정도 영향을 미치기는 하지만 그보다는 “교환관계성”의 추정에 더 큰 영향을 미친다고 본다. 왜냐하면, 사용자의 특정급여의 지급이 계속적·정기적으로 이루어져 왔다 하더라도 그러한 관행으로부터 사용자의 지급의무가 곧바로 발생한다고 볼 수는 없기 때문이다.

b) 어떤 경우에 노동관행을 근거로 한 “지급의무성”을 인정하기에 적절하다고 판단할 것인지(근로자의 기대이익을 어느 범위까지 보호할 것인지)가 문제되는데, 필자는 노동관행을 근거로 “지급의무성”을 인정하는 데 있어서는 신중함이 필요하다고 생각한다.

왜냐하면, 사용자가 상당기간 동안 계속적·정기적으로 근로자에게 금품을 지급하여 온 관행이 있었다고 하여 곧바로 사용자에게 지급의무가 발생된다고 보기는 어려울 것이고, 사용자에게 (노동관행에 의한) 지급의무가 발생된다고 보기 위해서는 노사관계당사자가 그러한 관행을 법(규범)이라고 확신함이 필요하다고 보아야 할 것인데,⁵⁹⁾⁶⁰⁾ 실질적으로 그러한 확신이 형

57) 김기덕, “통상임금 개념요소로서의 일률성에 관한 연구”, 고려대 대학원 법학석사학위논문, 2006.12, 77-78쪽.

58) 대판 1995.5.12, 94다55934; 대판 1996.5.14, 95다19256; 대판 1997.5.28, 96누15084; 대판 1999.2.9, 97다56235; 대판 1999.5.12, 97다5015(전원합의체); 대판 1999.9.3, 98다34393.

59) 同旨; “노동관행이 관습법으로 성립하기 위한 요건으로 다양한 입장과 표현을 사용하지만 일반적인

성되었다고 불만한 경우는 드물 것이기 때문이다.⁶¹⁾

로 ㉔ 동일 또는 유사한 선례의 반복 발생, ㉕ 선례에 대한 관련 법률주체들의 수법적 태도에서 법률효과를 반복하려는 의사가 존재하지 않을 것, ㉖ 선례와 동일 또는 유사한 조건의 사실관계가 발생하면 동일한 법률효과가 부여될 것이라는 신뢰형성이 해당 집단의 구성원들에게 공유되고 그렇게 공유된 신뢰가 강행법규에 위반되지 아니하고 법적으로 보호할 가치에 도달해야 하는 것으로 설명한다. 따라서 노동관행이 노동관습법이 되기 위해서는 특정 기업 또는 그 사업장 구성원의 지지를 받는 것만으로는 불충분하고, 전국적 또는 최소한 동종업종에서 사용자와 근로자 또는 노동조합에게 규범으로서 지지될 정도의 법적 확신을 취득해야 성립할 수 있을 것이다. 이러한 점에 따르면 노동관습법은 성립요건이 까다롭기 때문에 노사관계에 적용될 규범으로 실존할 가능성은 희박하다. 이에 반하여 노동관행이 법률행위 또는 근로조건 결정의 보충적 해석기준으로 사용되는 경우는, 법적 확신에 이를 정도는 필요하지 아니하다.”(박수근, “노동관행의 규범성과 단체협약의 소급적 효력”, 『노동판례비평(2002)』, 민주사회를 위한 변호사모임, 2003, 132-133쪽), “노동관행이 노동관습법의 형태로 존재한다고 파악되면 그것은 근로관계의 발생과 변경 그리고 소멸에 관한 독자적인 법규범으로서, 그것이 실제적인 내용이라면 권리의무에 관한 청구권으로 또는 절차적 내용을 형성한다면 그 이행과 위반에 대한 독립적 판단요소로 인정될 것이다. 그러나 노동관행이 노동관습법의 형태 또는 존재에 이르지 아니하였다면, 사실인 관습으로서 해당 기업 또는 사업장을 중심으로 한 노사관계에 적용될 법규범을 보충적으로 해석하는 기준에 불과하고, 그러한 노동관행의 존재에 근거하여 독자적으로 법률주체 사이에 형성되는 근로관계로 인한 청구권을 행사하거나 절차의 이행을 요구할 수도 없다.”(박수근, “노동관행의 규범성과 단체협약의 소급적 효력”, 『노동판례비평(2002)』, 민주사회를 위한 변호사모임, 2003, 134-135쪽)

60) 同旨의 판례; “원고들로서는 피고에 재직할 당시 피고가 이미 퇴직한 근로자들에게 위와 같이 임금 및 퇴직금인상분 차액을 지급하여 온 사실에 기하여 자기들도 퇴직하게 되면 같은 대우를 받을 것이라는 기대를 가지고 있었다고 볼 수는 있으나, 이러한 기대가 원심이 인정하는 바와 같은 조건부채권이 되기 위해서는 피고와 그 재직 근로자들 사이에서 규범적으로 “단체협약이 퇴직자에게도 적용된다”는 내용의 노사관행이 성립되어 있었어야 할 것이다. 그런데 기업의 내부에 존재하는 특정의 관행이 근로계약의 내용을 이루고 있다고 하기 위하여는 그러한 관행이 기업 사회에서 일반적으로 근로관계를 규율하는 규범적인 사실로서 명확하게 승인되거나 기업의 구성원에 의하여 일반적으로 아무도 이의를 제기하지 아니한 채 당연한 것으로 받아들여져서 기업 내에서 사실상의 제도로서 확립되어 있다고 할 수 있을 정도의 규범의식에 의하여 지지되고 있어야 하나 …… 위와 같은 노사관행은 그 성립요건인 규범의식 자체가 인정될 수 없는 것이고, 기록상 달리 위와 같은 규범의식이 있었다고 볼 자료가 없으므로, 이를 전제로 하여 원심이 실시한 조건부채권의 성립을 단정할 수도 없다.”(대판 2002.4.23, 2000다50701. 같은 취지의 판례; 대판 1993.1.26, 92다11695)

61) 그러나, 앞에서 본 바와 같이 대가성은 사실상 추정된다고 보므로, 대가성에 관한 입증책임은 사용자가 부담하게 된다고 본다. 즉, 임금지급에 관한 관습법이 형성되지 않았음을 사용자가 입증해야 할 것이다. 따라서, 독일의 경우처럼 지급유보조항(Frewilligkeitsvorbehalt)을 활용하는 방안을 권장할 만하다. 참고로 독일의 사례는 다음과 같다.

“보너스의 지급이 매년 반복되어 일정한 횟수(대략 3회, 즉 3년 계속해서 지급) 이상이 되면, 그 보너스의 지급이 경영관행(Betriebliche Übung)이 되어, 보너스와 관련된 분쟁이 발생할 경우, 근로자와 사용자에게 지급까지와 마찬가지로(관행)로 보너스를 계속 지급할 것을 요구하는 근거가 되고, 이는 노동법원에 의해서도 받아들여지고 있다.

사용자의 입장에서 본다면, 회사의 실적이 좋아져서 근로자에게 지급했던 보너스가 하나의 관행으로 해석되어, 이후 경영 환경이 변하여 회사의 수지가 악화되었는데도 불구하고 계속적으로 보너스를 지급해야 한다면 혹은 이러한 보너스의 지급 중단을 위하여 추가적으로 근로자와 합의를 하여 문서를 작성해야 한다면, 그러한 관리비용의 증대는 전혀 바람직하지 않은 일이 될 것이다. 이러한 문제를 미연에 방지하기 위하여 표준근로계약서에 지급유보조항(Frewilligkeitsvorbehalt)을 추가해 두게

그리고 사용자가 계속적·정기적으로 근로자에게 급여를 지급하여 온 노동관행이 형성되었더라도 아직 법적 확신을 얻지 못한 상태라면 이는 관습법은 아니고(지급의무성을 인정하기 어렵고) ‘사실인 관습’으로서 당사자의 의사표시를 보충하고 해석하는 자료로서의 효력을 갖는다고 보아야 할 것이다.⁶²⁾

c) 한편, 판례의 태도를 고정성·정기성이 있으면 지급의무가 예정되어 있는 것으로 추정하고 그에 따라 근로의 대가성을 인정하는 것으로 이해하는 견해⁶³⁾가 있다.

그 내용을 보면, “판례는 사용자가 지급하는 금품이 근로의 대상인가의 여부는 형식적인 계약내용뿐만 아니라 임금실태·지급관행 등의 실태적 측면을 고려하여 종합적으로 판단할 것을 기본적인 전제로 삼고 있다. 즉, 기본적으로 지급의무가 예정되어 있는지의 여부 및 지급형태의 고정성·정기성에 따라 근로의 대상성 유무를 판단하는 것으로 보인다. 지급의무가 예정되어 있다는 것은 지급 여부를 사용자가 임의적으로 결정할 수 없다는 것(달리 표현하여 법적으로 보호할 만한 근로자의 기대권 영역으로 이전되어 있다는 것)을 의미하며, 지급형태를 고려한다는 것은 고정성과 정기성이 있으면 지급의무가 예정되어 있는 것으로 추정하고 그에 따라 근로의 대가성을 인정한다는 점을 뜻한다.”라고 한다.

그런데, 이러한 견해는 ‘지급의무성’을 ‘대가성’의 의미요소로 보고 고정성·정기성이 있으면 ‘지급의무성’을 추정하여 그에 따라 ‘대가성’을 인정하는 것으로 판단하여야 한다는 견해인데, 이는 일견 필자의 견해와 유사하다. 그러나, 그 내용을 보면 ‘대가성’ 여부를 사실상 ‘지급의무성’만으로 판단한다는 점에서 필자의 견해와 다르다. 앞에 기술한 바와 같이 필자는 ‘대가성’은 ‘지급의무성’과 ‘교환관계성’의 두 가지 의미요소로 구성되는 것으로 이해하고, 계속성·정기성은 ‘대가성’(특히 ‘교환관계성’)의 추정을 강화하는 정황증거로 파악하는 입장이다.

‘대가성’을 판단함에 있어서 ‘지급의무성’외에 ‘교환관계성’(‘근로제공을 원인으로 하여’ 또는 ‘근로제공을 받기 위하여’ 사용자가 근로자에게 급여를 지급하는 것)이 별도로 고려되어야 함은 분명하다.

‘지급의무성’만 충족되면 모두 임금이 된다는 논리는 수긍하기 어려운 바, 이 견해에 따르

된다. 사용자의 자유로운 의사에 따른 지급이므로, 경영관행이 되지 않는다는 유보조항을 다음과 같이 계약내용에 넣는다. ‘본 보너스의 지급은 **사용자의 자유의사에 따른 것으로서(freiwilligvorbehalt)**, 이로 인해 어떠한 법적의무도 발생하지 않으며, 장래에 계속해서 지급할 의무도 없고 또한 반복해서 지급되었다고 해서 장래에 그 지급의무가 생기는 것은 아니다.’”(하성식, 『독일 노동법실무』, 한국학술정보(주), 2007. 72-73쪽).

62) 최종고, 『법학통론(제2전정신판)』, 박영사, 2008, 70쪽 참조

63) 김재훈, “성과급은 임금이 포함되는가?”, 『월간 노동법률』, (주)중앙경제, 2006.5, 43쪽.

면 순수한 실비변상이라도 지급의무성만 인정되면 모두 임금에 해당한다고 보게 될 터인데, 이는 임금의 범위를 지나치게 확장하는 것이라고 생각한다.

한편, 필자는 ‘대가성’ 여부를 판단함에 있어서 당사자의 의사 및 사용자의 지급의사(또는 동기)를 먼저 고려해야 한다는 입장인데, 위의 견해는 당사자의 의사 및 사용자의 지급의사(또는 동기)를 고려하는 단계를 설정하지 않고 지급형태의 고정성·정기성만을 가지고 대가성을 판단하게 되는 결과가 되는 바, 이러한 점에서도 필자의 견해와 차이가 있다.

(다) 일률성

판례는 임금성의 표지로 ‘계속성’, ‘정기성’ 외에 ‘일률성(어떤 급여가 모든 근로자에게(또는 일정한 요건을 충족하는 모든 근로자에게) 지급되는 것)’을 들기도 하나⁶⁴⁾, ‘일률성’은 근기법 시행령 제6조 제1항에서 통상임금의 요소로 하고 있을 뿐이므로, 임금성 판단에 있어서는 영향을 미쳐서는 안된다고 본다. 임금의 정의는 (다른 근로자들과의 관계와 상관없이) 개별 근로자입장에서도 타당하여야 하는데, 기업의 다수종업원을 전제로 하는 일률성의 개념을 보편적 임금정의의 구성요소로 삼는 것은 불합리하다고 본다.

또한, 임금성의 표지로 ‘일률성’을 고려하는 데 대하여 비판적 견해⁶⁵⁾가 있는데, 그 이유로는, 근기법(제2조 제1항 제5호)은 일률성을 임금의 개념요소로 하고 있지 않고, 근기법시행령 제6조 제1항의 규정에서 일률성을 통상임금의 개념요소로 규정하고 있음에도 이를 임금의 개념요소로 파악하는 것은 불합리하다는 점을 들고 있다. 타당한 지적이라고 본다.

4. ‘근로의 대가성’ 여부에 대한 구체적 검토

이하에서는 몇 가지 경우⁶⁶⁾를 중심으로 ‘근로의 대가성’ 여부에 대해 구체적인 검토를 해

64) 대판 2005.9.9, 2004다41217; 대판(전원합의체) 2002.10.17, 2002다8025; 대판 2002.5.31, 2000다18127; 대판 1995.7.11, 93다26168 등. “법원은 통상임금의 요건으로서의 ‘일률적’의 의미를 ‘전체 근로자’로 이해하던 것을 ‘일정한 조건 또는 기준에 달한 모든 근로자’로 변경한 것으로 보인다(대판 2003.6.27, 2003다10421). 그럼에도 불구하고 이 판결 역시 전원합의체에서 다루어지지 않은 문제점이 있다”고 하는 견해가 있다(유성재, 『판례노동법』, 법문사, 2008, 124쪽-125쪽).

65) 김기덕, “통상임금 개념요소로서의 일률성에 관한 연구”, 고려대 대학원 법학석사학위논문, 2006.12, 76-78쪽, 175-176쪽. 한편 김기덕 변호사는 ‘일률성’이 통상임금의 개념요소로도 될 수 없다고 본다. “통상임금의 개념요소의 하나로 판례가 들고 있는 일률성은 (모법상의 위임근거가 없기 때문에) 위법한 근기법시행령에 근거한 것으로 결코 근기법상 통상임금의 개념요소로 될 수 없다”는 것이 그 이유이다(앞의 논문, 79쪽). 필자도 이에 동의한다.

66) 일본의 경우 “행정실무상으로 ‘임의적·은혜적 급여’, ‘복리후생적 급여’, ‘기업설비·업무비’라는 세 개의 개념을 세워 이러한 개념에 해당하는 것은 ‘임금’이 아니라고 처리해 왔다.”(菅野和夫(이정 역), 『일본노동법』, 법문사, 2007, 205쪽).

본다.

1) 임의적·은혜적 급여

임의적·은혜적 급여에 해당하는 전형적인 예는 결혼축의금, 병문안금, 근친자 사망시 조위금 등의 경조화복(慶弔禍福)의 급여이다.

필자의 대가성 체계에 관한 견해(‘대가성’은 ‘지급의무성’과 ‘교환관계성’의 의미요소로 구성된 것으로 이해하는 입장)에 의하면, 일반적인 경우에 임의적·은혜적 급여는 ‘대가성’, 즉 ‘지급의무성’과 ‘교환관계성’을 결하므로 임금이 아니다.

그러나, 임의적·은혜적 급여라 할지라도 ‘지급의무성’과 ‘교환관계성’을 인정할 수 있는 경우에는 ‘대가성’이 인정되게 되므로 임금으로 보는 것이 타당할 것으로 생각한다. 그런데, 앞에서 본 바와 같이 ‘교환관계성’은 이를 엄격히 요한다고 볼 것은 아니라고 본다. 즉, 필자는 임금의 본질론에 관하여 근로관계보상설의 입장(임금의 본질을 ‘근로관계 유지의 보상’으로 보는 입장)을 취하고 있으므로, 계속적 계약관계인 근로관계하에서 ‘근로관계 유지에 대한 보상의 취지로’ 사용자가 근로자에게 지급하는 것으로 인정된다면 이는 ‘교환관계성’을 충족하는 것으로 파악해야 한다고 본다. 따라서 임의적·은혜적 급여의 임금성 여부의 판단에 있어서 중요한 것은 ‘지급의무성 여부’라고 하겠는데, 임의적·은혜적 급여라도 ‘지급의무성’이 인정되면 임금이 해당한다고 볼 것이다.

일본의 경우에 있어서도, 임의적·은혜적 급여라도 단체협약, 취업규칙 등에 의해 미리 지급조건이 명확하게 되어 있고 그에 따라 사용자에게 지불의무가 있는 것은 노동의 대상이라고 인정되고 임금으로 취급된다.⁶⁷⁾

2) 실비변상급여

어떤 실적에 따른 실비변상적인 성격이 강한 경비(출·퇴근교통비, 연구수당, 학생지도수당 등)도 모든 근로자에게 일정액을 계속적·정기적으로 지급하였다면 임금이라고 본 판례⁶⁸⁾가 있다.

그러나, 임금해당성을 판단하기 위하여는 ‘계속적·정기적 지급’이라는 지급형태만 가지고 판단할 것이 아니고, 먼저 당사자의 의사 및 사용자의 지급의사(또는 동기)에 대한 판단을 해야 할 것이라고 본다.

그리고 대가성 여부를 판단함에 있어서는 ‘지급의무성’과 ‘교환관계성’ 충족여부를 따져보

67) 1947.9.13. 발기 17호. 단, 지급의무성이 있다면 임의적·은혜적 급여가 아닐 가능성이 크다.

68) 대판 1977.9.28. 77다300.

아야 할 것인데, 실비변상의 경우에는 비록 ‘지급의무성’이 있다 할지라도 ‘교환관계성’을 충족하지 못하는 경우가 많을 것이다. 다만, ‘교환관계성’을 판단함에 있어서는 완화된 판단기준을 적용해야 할 것이라는 점은 앞에서 기술한 바와 같다(임금본질론에 관한 근로관계보상설의 입장).

3) 복리후생급여

a) 일본에서는 통상 ‘복리후생급여’는 사용자가 근로의 대상으로서가 아니라 근로자의 복리후생을 위해 지급하는 이익 혹은 비용이므로, 개념상 임금이 아니라고 한다. 복리후생급여의 예로는 자금대부, 주택대여 등을 들 수 있다. 그 밖에 회사의 목욕탕시설, 운동시설, 레크리에이션 시설 등의 종업원의 공동이용시설도 복리후생급여이다.

그런데, 필자의 입장에서 보자면, 복리후생급여에 있어서도 ‘지급의무성’과 ‘교환관계성’이 인정된다면 근로의 ‘대가성’이 있는 것이므로 임금으로 보아야 할 것이다.⁶⁹⁾ 그리고 앞에 기술한 바와 같이 ‘교환관계성’은 이를 엄격히 요한다고 볼 것은 아니다(근로관계보상설의 입장).

최근의 판례의 태도는 복리후생비의 경우에도 단체협약, 취업규칙 등에 그 지급조건이 명시되어 있는 경우에는 임금으로 인정하고 있고⁷⁰⁾ 이는 법원의 판결에서 확립된 견해이다.⁷¹⁾ 그리고 복리후생비를 원칙적으로 통상임금에도 포함시키고 있다.⁷²⁾

b) 복리후생비에 대한 판례의 변화와 관련하여 “복리후생비를 원칙적으로 통상임금에 포함시키는 등 근로자 보호의 견지에서 법원은 보다 전향적인 자세를 취하고 있다고 할 수 있다. 소정근로에 대한 대가라는 실질적 요소보다 고정성과 일률성이라는 지급형태를 중시함으로써 복리후생비가 다른 임금항목과 질적으로 차이가 없게 된 점을 발견할 수 있다. 이런 점에서

69) 복리후생급여의 항목에 따라서는 “근로의 대가성”이 인정될 수 있는 경우도 있고, 인정될 수 없는 경우도 있을 것이어서 이를 명칭 등을 기준으로 획일적으로 판단할 것은 아니라고 본다. 대개의 경우 복리후생급여의 지급현실을 보면 “근로관계 유지의 보상”의 성질을 갖는 경우가 허다할 것이다. 따라서 “복리후생급여”라는 용어에 구속되어 근로의 대가성이 없다고(임금이 아니라고) 획일적으로 판단하는 것은 타당하지 않다고 본다.

70) 임금이분설의 폐기에 따라 일반적 수당과 복리후생비를 차별적으로 취급할 이론적 근거를 상실하였다고 본다.

71) 이철수, “복리후생비의 통상임금에의 포함여부”, 『노동판례비평(2003)』, 민주사회를 위한 변호사모임, 2004, 261쪽.

72) 고용노동부 예규 제47호 “통상임금 산정지침”(2012.9.25. 개정)은, 복리후생비의 경우 전체 근로자에게 지급될 것을 조건으로 평균임금에 포함시키고 있는 바, 복리후생비를 임금에 해당되는 것으로 판단하는 최근의 대법원의 경향과는 일치하지 않는다.

대상판결⁷³⁾은 기존입장을 수정한 것이 아니라 법원의 전향적 경향을 확인하는 의미를 지닌다. 특히 ‘근로에 직접적으로 또는 비례적으로 대응하여 지급되는 임금’이 아니라 하더라도 소정 근로의 대상으로 해석할 수 있다고 설시한 부분이 눈에 띈다. 통상임금과 관련한 분쟁을 줄이고 임금관리상의 예측가능성을 높인다는 측면에서는 정책적으로 바람직한 접근방식일 수 있다”라고 평가하는 견해⁷⁴⁾가 있다.

그런데 위의 견해는 이러한 법원의 태도가 현행법의 해석론상 타당한지에 대해서는 검토가 필요하다고 하면서, 판례나 행정해석의 문구를 보더라도 지급형태상의 요건 외에도 소정근로의 대상이라는 실질적 요소를 요구하고 있음에도 불구하고 실질적 요인을 고려하지 않을 경우 취업규칙 등을 통해 사용자의 주관적 의지로 통상임금의 범위를 불합리하게 축소시킬 가능성을 배제할 수 없다고 우려하고 있다. 즉, 이 견해는 판례가 근로의 ‘대가성’이라는 실질적 요소보다 ‘고정성과 일률성’이라는 지급형태를 중시하는 것은 문제라고 보고 있는 것이다(즉, ‘대가성’에 대한 판단을 소홀히 한 것으로 보고 있다).

그러나, 필자는, 근로의 ‘대가성’은 ‘지급의무성’과 ‘교환관계성’이라는 의미요소로 구성되며, 이들에 대한 판단은 당사자의 의사 또는 사용자의 지급의사(또는 동기)에 의하여 판단하여야 할 것이나, 그것이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우에는 사회적통념에 따라 ‘대가성’이 있는 것으로 일응 추정할 수 있고 이 때 ‘고정성과 일률성’이라는 지급형태는 ‘대가성’의 추정을 강화하는 요소로 기능한다고 본다.

즉, 필자는 ‘대가성’과 ‘고정성·일률성’은 전혀 무관한 별개 요소가 아니고 체계적으로 관련되어 있다고 보는 입장이므로, 판례가 ‘대가성’에 대한 판단은 소홀히 하고 ‘고정성·일률성’이라는 지급형태만 중시하고 있다는 비판은 적절하지 않다고 생각한다.

4) 성과급

a) ‘성과급’이란 학자들마다 다양하게 정의하지만 일반적으로는 일정한 조건을 달성하였을 경우 사전에 정하여진 지급비율에 따라 사업주가 근로자에게 지급하는 금품을 말하는 것으로 이해되고 있는데,⁷⁵⁾ 구체적인 성과급 지급의 유형과 내용은 매우 다양하다.⁷⁶⁾

73) 대판 2003.10.23, 2003다40859(한국철도공단사건).

74) 이철수, “복리후생비의 통상임금에의 포함여부”, 『노동판례비평(2003)』, 민주시회를 위한 변호사모임, 2004, 263쪽.

75) 이승길, 『성과주의인사와 임금법제』, 법문사, 2004, 285쪽.

76) 순수성과(실적)급제, 연봉제, 성과상여금(경영성과급), 스톡옵션으로 구분하기도 한다. 기타 참고자료: 방상진, “국내기업의 성과급제 운영실태”, 『월간 노동법률』 통권 제144호, (주)중앙경제, 2003.5.

b) 따라서 성과급의 ‘근로의 대가성’ 여부 즉, 성과급의 임금성에 관한 판례와 학설의 태도를 살펴보면 인정하는 경우와 부정하는 경우로 복잡하게 의견이 나뉘고 있음을 알 수 있다.

먼저, 판례를 보면 성과급의 임금성을 인정한 사례⁷⁷⁾와 부정한 사례⁷⁸⁾로 나뉘어지는데, 대법원 판례의 최근 경향을 요약해 본다면, 지급기준·지급액수·지급시기 등이 미리 정해져 있어서 근로자에게 법적으로 보호할만한 기대권이 인정될 수 있다면 계속적·정기적·일률적이라고 하는 임금 일반에 요구되는 요건은 다소 완화하여 해석하고 있다고 할 수 있다.⁷⁹⁾

한편, 학계의 입장도 성과급의 임금성을 인정하는 입장⁸⁰⁾과 부정하는 입장⁸¹⁾으로 나뉘어지

77) 인정사례로는 대판 2001.10.23, 2001다53950과 대판 2002.5.31, 2000다18127을 들 수 있다. 한일시멘트공업 사례 2001다53950 판결에서는 “특별생산격려금이 근로자들의 업무성과와 관계없이 지급되어 왔다면 평균임금에 해당한다”고 판시하고 있다. 금강제화 사례 2000다18127 판결에서는 “구두판매회사에서 상품권을 판매한 직원에게 그 판매실적에 따라 지급하여온 개인포상금은 평균임금에 해당한다”고 밝힌 사안이다. 여기에서는 포상금 명목이라 하더라도 회사가 해마다 미리 지급기준과 지급비율을 정하고 그에 따라 계산된 포상금을 지급하는 것인 이상, 직원들이 그 요건에 맞는 실적을 달성하였다면 회사로서도 그 실적에 따른 포상금의 지급을 거절할 수 없을 것이므로 이는 은혜적인 급부가 아니라 임금에 해당한다고 판단하고 있다(김재훈, “성과급은 임금에 포함되는가?”, 『월간 노동법률』, (주)중앙경제, 2006.5, 44-45쪽; 김재훈, “임금관련 제도의 유연안정화 법리”, 『노동법학』 제22호, 한국노동법학회, 2006.6, 261-265쪽).

78) 부정사례로는 대판 2006.2.23, 2005다54029를 들 수 있는데, 대상 판결은 참조판례로 대판 2005.9.9, 2004다41217과 대판 2002.6.11, 2001다16722를 들고 있다. 그런데 2004다41217 판결은 상여금이 임금으로 인정되기 위한 요건에 대한 판결로, “상여금이 계속적·정기적으로 지급되고 그 지급액이 확정되어 있다면 이는 근로의 대가로 지급되는 임금의 성질을 가지나, 그 지급사유의 발생이 불확정적이고 일시적으로 지급되는 것은 임금이라고 볼 수 없다”고 판시하고 있다. 그리고 2001다16722 판결은 같은 기본논리 하에서 특별성과급이 임금에 해당하지 않는다고 보고 있다. (재)한국의류시험연구원 사례에서는 1995년 말에 기본급의 100%를 특별성과급으로 지급받았고, 1996년도 특별성과급에 관하여는 전년도 사업계획이 초과될 때에는 반드시 그 초과만큼에 상응하는 특별상여금을 별도로 지급한다고 단체협약에 기재되어 있던 경우이다. 이에 대해 판결에서는 “이는 사업계획이 초과될 때에는 지급하도록 지급조건이 부가되어 있을 뿐만 아니라 구체적인 지급기준·지급액수·지급시기 등에 관하여는 아무런 규정이 없어서 그 지급이 확정되어 있다고 볼 수 없으므로 그것이 계속적·정기적으로 지급된 것으로 임금으로서의 성격을 가진다고 보기 어렵다”고 판단하고 있다. 이외에 성과급의 임금 해당성을 부인한 경우로 동원증권 사례 대판 2004.5.14, 2001다76328에서는 개인별 성과급이 임금에 해당하는지 여부가 다투어졌는데, 여기에서는 “성과급 지급조건이 충족 여부가 근로자 개인의 실적에 따라 달라진다면 근로자의 근로제공 자체의 대상이라고 볼 수 없다”고 하여 임금 해당성을 부인하고 있다(이 판결에 대해서는 부정적인 평석의견(김홍영, “성과급의 임금성 여부”, 『노동법연구』 제17호, 서울대노동법연구회, 2004, 275-294쪽; 김광욱, “‘영업실적에 따른 성과급’의 임금여부”, 『노동교육』, 한국노동교육원, 2005.1, 144-149쪽)이 있는데 필자도 이러한 평석의견에 의견을 같이 한다)(김재훈, “성과급은 임금에 포함되는가?”, 『월간 노동법률』, (주)중앙경제, 2006.5, 44-45쪽; 김재훈, “임금관련 제도의 유연안정화 법리”, 『노동법학』 제22호, 한국노동법학회, 2006.6, 261-265쪽).

79) 김재훈, “성과급은 임금에 포함되는가?”, 『월간 노동법률』, (주)중앙경제, 2006.5, 45쪽.

80) 김홍영, “성과급의 임금성 여부(평석대상 판결 : 대법원 2004.5.14, 선고 2001다76328 판결)”, 『노동법연구』 제17호, 서울대노동법연구회, 2004 하반기, 282쪽; “당해 성과급이 근로자 개인의 업무실적에 따라 지급되는 것이므로 당연히 근로의 대가인 임금에 해당한다고 보아야 했다.”(김홍영, “근로자

고 있으며, 그밖에 성과급을 유형별로 고찰하는 견해⁸²⁾도 있다. 한편, “성과급의 임금성 역시 ‘근로의 대가’여부에 따라 판단되어야 할텐데, 성과급에는 근로자의 기여보다는 경제상황이나 사용자의 경영능력에 의하여 달성된 성과를 기초로 하여 지불되는 것도 있고, 근로자의 참여와 기여를 통하여 달성된 성과에 기초하여 지불되는 것도 있고, 두 가지 요소가 혼합된 경우도 있다. ‘성과급’의 임금성을 근기법 제2조에 따라 ‘근로의 대가’여부에 의하여 판단한다면 첫 번째의 경우에는 성과급의 임금성이 인정되기 어렵고, 두 번째의 경우에는 성과급의 임금성이 인정되어야 할 것이다. 이러한 이유에서 대법원도 개별근로자의 성과에 따라 성과급을 지불한 다른 사건에서는 성과급의 임금성을 인정하고 있다”고 하는 견해⁸³⁾도 있다.

c) 위와 같이 판례와 학설이 다기(多岐)하게 나뉘는 것은 기본적으로 성과급에 대해 ‘근로의 대가성’을 인정할 수 있는가에 대한 견해차에서 비롯된다고 본다.⁸⁴⁾

그러나, ‘근로의 대가’의 체계에 대한 필자의 견해에 입각하여 보자면, 어떠한 유형의 성과급이건 ‘지급의무성’과 ‘교환관계성’이 인정된다면 이는 ‘근로의 대가성’을 충족하므로 근기법상의 임금에 해당한다고 판단해야 할 것이라고 본다. 따라서, 성과배분급, 스톡옵션 중에서도 임금성이 인정될 수 있는 경우가 얼마든지 있을 수 있다고 본다.

한편, 성과급의 임금성에 대하여 소극적인 이유중의 하나는 성과급을 임금으로 인정할 경우

개인의 실적에 따라 결정되는 성과급 상여금의 임금성 여부”, 『월간 노동법률』통권 제158호, (주)중앙경제, 2004.7.); 박종희, “성과급의 임금성 여부(대상판결 : 동원증권사건(서울지판 2000.12.28, 2000가합70373))”, 『경영계』통권 제279호, 한국경영자총협회, 2001.10, 84-85쪽. 단, 박종희 교수는 성과배분급의 임금성은 부정하는 견해를 보이고 있다.

81) 이승길, 『성과주의인사와 임금법제』, 법문사, 2004. 297-299쪽; 김현민, “성과급의 임금 해당 여부”, 『월간 노동법률』 통권 제123호, (주)중앙경제, 2001.8.; 김현민, “성과급의 임금 여부”, 『월간 노동법률』통권 제130호, (주)중앙경제, 2002.3.

82) 정종철, “성과급과 평균임금”, 『월간 노동법률』, (주)중앙경제, 2008.4, 94-97쪽; 광명식, “경영성과급은 임금인가”, 『월간 노동법률』, (주)중앙경제, 2003.3; 이덕희, “연봉제 노동관계법 적용기준 및 성과급의 임금성 검토”, 『경영계』, 한국경영자총협회, 2002.5, 28-30쪽; 윤재인, “성과급의 사회보험 적용 징수 판단여부 검토”, 『경영계』, 한국경영자총협회, 2002.5, 30-33쪽.

83) 유성재, 『판례노동법』, 법문사, 2008, 108쪽.

84) “임금은 근로의 대가로 지급되는 것인데 어디까지를 ‘근로’로 보아야 할 것인가가 문제가 된다”고 하면서 “임금에 해당되는지의 여부를 판단함에 있어서는 근로의 대가와 성과의 대가를 정확히 구분하여야 할 필요가 있다. 근로는 그 자체로 당연히 수리적 성과를 예정하는 것이 아니고 사용자에게 의하여 부과된 업무를 수행하는 것을 의미한다. 즉 근로라는 과정과 근로의 결과로서 나타나는 성과는 구분되어야 한다”는 견해가 있다(김현민, “성과급의 임금 해당 여부”, 『월간 노동법률』, (주)중앙경제, 2001.8.) 이 견해는 회사의 매출이익에 의한 성과급과 근로자의 개인생산성에 의한 성과측정에서 발생한 성과급의 임금해당성 인정에 소극적 입장을 표명한다. 그러나 성과급에 있어서의 ‘성과’는 ‘근로에 의해 실현되는 것’을 전제한다고 할 것이므로 성과급의 ‘근로의 대가’적 성격을 전혀 부인할 수 없다고 할 것이어서 ‘성과의 대가’와 ‘근로의 대가’를 엄격히 구분해야 할 것인지 의문이다.

에는 평균임금·통상임금의 산정에 불합리한 영향을 미치는 결과가 될 것을 우려하는 입장이 있는데⁸⁵⁾, 이러한 문제의 해결책은 평균임금·통상임금제도의 개선을 통해 마련되어야 할 것이니 임금성 여부를 판단함에 있어서 그러한 문제점을 고려하는 것은 논리적으로 타당하지 않다고 본다.

V. 맺음말

a) 근기법 제2조 제1항 제5호의 임금정의규정중 “근로의 대가”에 대한 종래의 해석태도(판례와 학설)가 갖는 문제점들을 해소하기 위하여 “근로의 대가”의 의미와 체계적 판단기준을 새로운 관점에서 검토해 보았는데, 그 요지는 다음과 같다.

우선 “근로의 대가”의 의미는 “근로관계 유지의 보상”으로 이해하는 것이 타당하다고 본다(임금의 본질에 관한 ‘근로관계보상설’의 입장).

다음으로, “근로의 대가”의 “대가성”은 근로계약의 쌍무계약적 성질을 토대로 하여 이해하는 것이 타당하다고 생각되는데 이렇게 이해하게 되면 “대가성”은 곧 쌍무계약의 “견련성”의 의미와 다름이 없다고 본다.

그런데, “견련성”이란 “쌍무계약의 채무 상호간의 의존관계성” 즉 “쌍무적 교환관계성”을 의미한다고 말할 수 있으며, 이 “쌍무적 교환관계성”의 의미는 다시 “지급의무성”과 “교환관계성(보상관계성)”의 두 가지 의미요소로 분해해 볼 수 있다고 본다.

85) 김명환, “스톡옵션 행사이익, ‘이익분배금’은 과연 임금인가”, 『월간 노동법률』, (주)중앙경제, 2008.11, 83-84쪽 참조; “위 사건에서 성과급은 상당히 다액이어서 이를 임금으로 인정하면 평균임금이 대폭 증가하는 효과가 발생할 수 있다는 우려 때문에, 오히려 대법원은 임금성을 부정한 것은 오히려 아닌가라는 의문도 든다. …… 근로자의 실적에 따라 지급되는 성과급이 평균임금에 포함되는지는 좀더 깊은 논의가 필요하다.

첫째, 근기법시행령은 ‘임시로 지급된 임금 및 수당’은 평균임금의 기초에 산입하지 않는다고 규정한다(시행령 제2조 제2항). 성과급이 임시로 지급된 임금으로 해석될 여지도 존재한다. 다만 모법인 근기법규정에서 ‘지급된 임금의 총액’을 기초로 하고 있다는 점에서 위 시행령 조항은 상위법에 저촉되어 무효일 수 있다는 점도 신중히 검토할 필요가 있다.

둘째, 최근의 판례 중에는 평균임금의 계산기간 중 근로자에게 특별히 유리하거나 불리한 기간이 포함되어 있어 이러한 기간을 포함시켜 평균임금을 계산하는 것이 평균임금의 취지에 비추어 현저히 부적당한 경우에는 당해 기간을 제외하는 판결들이 있다. 즉 퇴직 전 3개월간의 임금이 특별한 사유로 인해 통상의 경우보다 현저하게 많은 경우 또는 통상의 경우보다 현저하게 적은 경우에는 그 기간을 제외하여 평균임금을 산정한 사례도 있다. 이러한 판례의 흐름에 다액의 성과급 지급사건이 포함될 지 유의해야 한다.”(김홍영, “성과급의 임금성 여부(평석대상 판결 : 대법원 2004.5.14, 선고 2001다76328 판결)”, 『노동법연구』 제17호, 서울대노동법연구회, 2004 하반기, 282쪽). 판례가 어떤 기간을 평균임금계산에서 제외하는 것은 법적 근거가 없다고 본다.

한편, “근로의 대가성”여부는 주관적 요소를 중시하여 당사자의 의사, 사용자의 지급의사(또는 동기)를 참작하여 판단하되, 당사자의 의사 및 사용자의 지급의사(또는 동기)에 의해 판단하는 것이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우에는 보충적으로 사회적 통념에 따라 판단하여야 하는데, 사회적 통념상 “근로의 대가성”은 사실상 추정된다고 본다.

b) 이와 같은 “근로의 대가”의 의미와 체계적 판단기준에 의한다면, 종래의 판례와 학설이 임금성을 인정하는 데 소극적인 태도를 보여왔던 급여들(임의적·은혜적 급여, 실비변상급여, 복리후생급여, 성과급 등)중 상당부분을 임금범위에 포섭가능하게 됨으로써 임금의 범위가 확장되게 될 것이다(근로자의 보호범위도 넓어지게 될 것이다).⁸⁶⁾

결과적으로 본고(本稿)에서 제시한 임금개념에 대한 해석론은 우리나라의 임금법제를 기업의 보상현실에 적합하도록 운용하고 외국의 유연한 임금개념과도 상통하게 하는 데 도움이 될 수 있지 않을까 기대한다. <끝>

⁸⁶⁾ 그러나, “지급의무성”과 “교환관계성(보상관계성)”이라는 요건을 충족하여야 하므로 지나치게 확장되는 않을 것으로 생각된다.

<토론문>

“근로의 대가’의 의미와 체계적 판단기준 검토”에 관한 토론문

박 은 정(인제대 교수)

1. 논의의 이해

필자의 논지의 핵심은 임금을 ‘근로의 대가’가 아닌 ‘근로관계 유지의 보상’이라고 이해하는 것에 있다고 생각합니다. 근로자들에 대한 임금 가운데 ‘근로의 대가’로 정의하기 어려운 보상 부분을 포괄하는 한편, 임금이분설과 같은 문제를 극복하기 위한 것이라고 생각합니다.

필자는 여기에서, 근로자의 일상활동을 직업활동인 ‘근로관계유지활동’과 직업활동외의 활동인 ‘근로관계유지활동외의 활동’으로 구분하고 ‘근로관계유지활동’은 ‘근로제공활동’과 ‘근로제공유관활동’으로 구분하면서 ‘근로’는 이들을 포함하는 것으로 이해합니다. 그리고 ‘근로관계유지활동’은 현실적·구체적·적극적으로 행해져야 하는 것은 아니고, ‘근로자의 채무이행을 기대할 수 있는 상태’로서의 ‘근로관계의 지속’도 포함한다고 말하고 있습니다.

이것은 기존 학설과 판례가 임금을 ‘근로의 대가’로서 보고 있지만, ‘근로의 대가’의 실질적 내용이 무엇인지에 대한 적극적 판단을 유보하고 있다는 점, 또 ‘근로의 대가’로서의 임금을 설명할 때 ‘계속성’이나 ‘정기성’과 같은 개념 표지를 이용하고 있지만 이런 것들이 ‘근로의 대가’와 어떤 관련을 갖는지 불분명하다는 점, 그리고 판례가 지나친 사법적 편의주의에 빠져 있다는 점 등을 비판 근거로 합니다.

그래서 임금의 근로에 대한 대가성을 ‘지급의무성’과 ‘교환관계성’의 두가지 의미로 구성한다고 볼 때 기존의 학설과 판례대로라면 ‘지급의무성’이나 ‘교환관계성’ 가운데 어느 하나를 결하게 되면 ‘대가성’을 충족하지 못하게 되지만, ‘근로관계의 유지에 대한 보상’으로 보게 되면 ‘교환관계성’을 엄격한 의미에서의 교환관계성 내지 등가성이 아닌, 사회적 통념상 합리적 범위 내에서의 ‘보상관계성’을 의미하는 것으로 이해하게 되어, 이를 충족하는 것으로 임금의 대가성이 충분히 충족된다고 이해합니다(=‘완화된 교환관계성’이라고 부르겠습니다). 그리고 어떤 금품이 이 ‘지급의무성’과 ‘교환관계성’을 갖는지 여부는 당사자의 주관적 의사에 의하여 판단된다고 말합니다. 즉 일정한 금품이 근로의 대가성을 갖는지 여부는 ‘노사가 이를 근로의 대가로 삼고자 하였는지 여부’의 판단문제라고 하고 있습니다.

필자는 이러한 논의의 근거로서, ① 근로계약과 같은 쌍무계약에 대한 민법상 의사해석을 바탕으로 하고 있습니다. 임금지급의무를 포함하여 어떤 급부 의무가 상호 쌍무적 교환관계에 있는지로부터, ‘당사자의 의사’를 정확하게 규명하여야 하고, 근로자가 임금을 받기 위하여 근로를 제공한다는 관계가 형성되었을 때 해당 임금은 근로의 대가성을 갖는다는 것으로 이해됩니다. ② 다만 이 의사를 판단하기 곤란할 때에는 사용자의 지급의사(또는 동기)를 고려해야 한다고 합니다. 즉 근로를 제공받기 위해 지급하려는 의사를 사용자가 갖고 있을 때 당사자의 의사로부터 드러나기 어려운 금품의 대가성을 인정할 수 있다는 것입니다. 그러나 근로자에게 일방적으로 불리할 수 있기 때문에, 이때의 의사해석은 합리적일 것을 요구합니다. 가령 사용자의 급여지급이 계속성·정기성을 가질 때 근로의 대가성을 ‘사실상 강하게 추정’할 수 있다거나, 또는 사용자가 선행 행위와 모순된 행위를 할 때에는 신의칙(내지 금반언 원칙) 위반을 이유로 권리남용금지의 법리를 원용함으로써 근로자의 합리적 기대이익을 보호할 수 있다고 말하고 있습니다. ③ 이 모든 것이 불가능하거나 현저히 곤란할 경우에는 보충적으로 사회적 통념에 따라 판단할 것을 요구하고 있습니다. 이때 사용자가 근로자에게 지급하는 급여는 근로의 대가성이 있는 것으로 사실상 추정되고, 이를 부정하기 위해서는 사용자가 급여지급의무가 없다는 주장(‘지급의무성’의 부정) 또는 일정한 금품이 근로제공을 원인 또는 목적으로 하여 지급된 것이 아니라는 주장(‘교환관계성’의 부정)에 성공해야 합니다.

이러한 논지 하에서, ① 임의적·은혜적 급여의 경우에도 이를 사용자가 ‘근로관계 유지에 대한 보상의 취지로’ 사용자가 근로자에게 지급하는 것으로 인정이 된다면 이는 ‘교환관계성’을 충족하고, 또한 ‘지급의무성’을 인정할 수 있다면 임금에 해당한다고 보게 됩니다. ② 실비변상적 급여의 경우 비록 ‘지급의무성’이 있다 할지라도 (완화된) 교환관계성을 충족하지 못하는 경우가 많을 것이라고 봅니다. ③ 복리후생적 급여의 경우에도 ‘지급의무성’과 (완화된) 교환관계성이 인정된다면 근로의 ‘대가성’이 있는 것이므로 임금으로 보아야 할 것입니다. ④ 논란이 많은 성과급 또한 마찬가지입니다.

2. 토론

(1) 이선신 박사의 임금정의에 관한 논문은, 기존 임금에 관한 해석론에 새로운 관점을 주고 있다는 점에서 의의를 부여할 수 있습니다. 근로의 대가로서의 임금에 관한 해석에서 가장 중요한 ‘근로의 대가’라는 것을 ‘근로관계 유지의 보상’으로 보는 기본적 관점에 서서, 대가성을 ‘지급의무성’과 ‘교환관계성’으로 구분·분석하고, 이 기준에 따라 각종 급여의 임금성을 논리적이고 체계적으로 검토하고 있습니다.

생각건대, 이선신 박사의 임금의 정의는 근로의 대가성을 해석하는 기준으로서, 이것이 단

지 지금과 같이 임금지급방식(계속성·정기성·지급의무성)을 통해 결정지으려고 함으로써 발생할 수 있는 문제점에 대한 유의미한 대안이 될 것이라고 봅니다.

다만, 이선신 박사의 글을 읽으면서 생각한 것 몇 가지를 말씀드리겠습니다.

(2) 우선, 연구의 목적과 의의에 대하여 밝히는 부분이 있었으면 합니다. 학위논문 요약본이다 보니 학위논문에서는 드러난 연구의 목적과 의의가, 발제문에서는 충분히 드러나지 않았 습니다. 서론의 서두에서 경영학적 의미에서 임금의 의미에 대한 언급이 나오지만 왜 이것이 필요한지(물론 학위논문 전체를 읽는다면 충분히 이해가능 하겠지만), ‘근로의 대가’로서의 임 금에 대한 논의를 시작하고자 하지만 또한 왜 이것이 필요한지 발제문으로서는 잘 모르겠습 니다.

(3) 다음으로, 이선신 박사는 임금을 ‘근로의 대가’가 아닌 ‘근로관계 유지의 보상’이라고 이해하면서 이것이 기존에 나왔던 임금에 관한 여러 가지 학설들과는 다르다는 전제에 서 계 시는 것으로 이해됩니다. 그런데 발제문만으로는 좀 더 구체적으로 이선신 박사의 견해가 기 존의 학설들과 어떤 의미에서 다른지를 정확하게 이해하기 힘듭니다.

단도직입적으로, 성과급이나 상여금 등의 임금성에 대한 논란이 계속되고 있는데, 여기에는 이러한 금품을 임금으로 보는 것과, 그렇지 않은 것으로 보는 것입니다. 상여금과 관련하여서 만 보자면, 예컨대⁸⁷⁾

「피고 회사에서는 1994년도 임금 및 근로 조건 개선에 관한 노사간 협정이 체결되어 정기 상여금 500%와 성과상여금 50%를 기본으로 하고, 그 외에 1994년도 경영 실적에 따라 연내 에 50%의 특별성과상여금을 추가 지급하기로 하여 1994. 7.에 전 직원에 대하여 이를 지급 하였고, 그 뒤 1995. 7. 25. 체결된 1995년도 임금 및 근로 조건 개선에 관한 임금협정에서 는 위 특별성과상여금 50%를 포함하여 600%의 상여금을 기본으로 하고 1995년도 경영 실적 에 따라 연내에 30%의 특별상여금을 추가 지급하기로 하는 약정이 이루어져 1995년에 전 직 원에 대하여 모두 630%의 상여금이 지급된 사안에서, 원심은 94년도 특별성과상여금을 근로 의 대가인 임금이라고 판단하였으나 대법원은 1994년도 임금협정에 규정된 특별성과상여금의 지급조건은 “1994년도의 경영실적에 따라” 연내에 특별성과상여금 50%를 지급한다는 것이므 로 그 지급여부가 확정되어 있다고 볼 수 없고, 원고가 1995. 4. 21. 퇴직하여 특별성과상여 금이 단 1회 지급되었을 뿐이고 퇴직당시에는 장래 계속 지급될지 여부가 불확실하여 계속적 이고 정기적으로 지급된다고 할 수 없다면 이는 임금으로 볼 수 없다고 판단하였다.」⁸⁸⁾

87) 이하의 판례들은 문종철 판사가 우리법연구회에서 발제한 “성과급 또는 상여금의 임금성에 관하여” 라는 글에서 인용한 것입니다.

88) 대법원 1998. 1. 20. 선고 97다18936 판결. 같은 취지 대법원 2002. 6. 11. 선고 2001다16722 판결

또 예컨대,

「회사가 1990. 7. 31. 임금협약에서 연간 700%의 상여금과 경영실적에 따른 특별상여금을 지급하기로 약정한 이래 매년 700%의 정기상여금과 200%의 특별상여금을 정기적으로 지급하여 오다가, 1993. 1. 1. 및 1995. 11. 1.자로 보수규정을 각 개정·시행하면서 상여금을 위 정기상여금과 후생적 복지비로 구분하여 지급하였는데, 위 후생적 복지비는 종전의 특별상여금과 동일한 시기에 동일한 비율의 금액을 정기적으로 계속 지급한 사안에서, 종전 급여규정에서 "상여금에 대하여는 별도 상여금지급규정이 정하는 바에 의한다."고 규정함으로써 급여규정 자체에 상여금에 관한 근거 규정을 두고 있고, 또한 피고 회사에서는 종전부터 정기상여금에 대하여는 퇴직금 산정의 기초가 되는 임금에 포함하여 온 점에 비추어 보면, 피고 회사의 종전급여규정에서 말하는 퇴직금 산정의 기초가 되는 임금이 포함하여 온 점에 비추어 보면, 피고 회사의 종전급여규정에서 말하는 퇴직금 산정의 기초가 되는 '평균월급여'에는 특별상여금도 포함되어 있다고 봄이 상당하고, 위 1993. 1. 1.자 보수규정 제정·시행 후 지급한 후생적 복지비는 종전의 특별상여금과 동일한 시기에 동일한 비율로 지급된 것이어서 그 명칭만 달라졌을 뿐 실질에 있어서는 동일한 것인바, 후생적 복지비 역시 특별상여금과 마찬가지로 근로의 대가인 임금의 성질을 지니고 있다 할 것이어서, 결국 위 특별상여금 및 후생적 복지비 모두 퇴직금 산정의 기초가 되는 임금이 포함된다고 봄이 상당하다고 판단한 원심의 조치를 정당한 것으로 수긍하였다.」⁸⁹⁾

위의 사건은 특별상여금을 임금이 아니라고 본 것이고, 아래의 사건은 특별상여금도 임금이 라고 본 것인데, 이러한 두 가지 사례를 바탕으로 기존 학설(혹은 판례)들과 이선신 박사 견해의 차이에 대하여 설명해 주시면 보다 이선신 박사의 견해를 이해하기 용이할 것으로 생각합니다.

(4) 한편, 이선신 박사는 근로계약을 민법상의 계약에 대한 의사해석론을 바탕으로 해석하려고 하고 있습니다. 특히 교환관계성을 파악하는 과정에서 당사자 간의 합의의 의사의 해석, 그것이 어려울 경우 사용자 의사의 해석, 그것도 어려울 경우 사회통념에 따라 해석을 하도록 합니다.

그런데, 지금까지 학설 혹은 판례가 계약상 근로의 대가로서 지급되는 임금을 계속성·정기성·지급의무성과 같은 일종의 객관적 표지를 통해 판단하고자 했던 이유는 어디에 있었는지에 대하여 생각을 해 봅니다. 근로계약이 쌍무계약적 성격을 갖고 있다고 이해할 때, 계약상 상호간의 권리의무관계를 판단하기 위해 의사해석론을 충분히 원용할 수 있었을 것임에도 말입니다.

그것은 의사해석의 어려움으로부터 기인하는 것은 아니었을까 생각해 봅니다. 근로계약이

⁸⁹⁾ 대법원 2005. 3. 11. 선고 2003다27429 판결

계약으로서의 외견을 갖고는 있기는 하지만, 일반적 민사계약과는 다른 이선신 박사의 글에서도 말하고 있습니다. 즉 근로계약은 당사자의 비대등성을 전제한다는 것입니다. 그런데 여기에서 당사자의 의사를 해석하는 문제는 계약법상 대등한 관계를 전제하는 것인데, 그것을 근로계약에 대해서도 그대로 원용할 수 있을 것인지에 대한 의문이 듭니다. 의사해석이라는 것도 결국은 계약을 둘러싼 외견을 바탕으로 추정을 하게 될 것인데, 추정의 근거가 되는 것은 임금지급의 근거, 계약의 내용, 임금지급의 방식, 임금지급관행 등과 같은 현행 방식이 되지 않을까 생각합니다.

아울러 이선신 박사는 임금과 근로가 쌍무계약으로서 ‘대가적 교환관계’ 즉 견련성이 있다고 보고 있습니다. 쌍무계약의 특성상 채무 상호간의 견련성은 불가피하다고 할 것인데, 본문의 각주 38번에서 예를 들고 있는 휴업수당청구권, 퇴직금, 유급휴일근로, 할증임금, 해고보호 규정, 근로시간 규제규정, 산업안전보건법상의 규정, 남녀고용평등법상의 규정, 최저임금법상의 규정과 같은 것들이 쌍무계약의 예외적인 것들이기는 하지만 이것들도 “채권법상 쌍무계약의 토대 위에서 이를 구체화하거나 이와는 상이한 규정을 담고 있”다고 하고 있습니다. 그런데 어떻게 해서 이러한 것들이 채권법상의 쌍무계약 토대 위에서 있는지 잘 이해할 수 없습니다(박사논문 원문에서는 설명이 되어 있을지도 모르겠지만, 제가 미처 박사논문 전체를 다 읽어보지 못했음을 양해하여 주시기 바랍니다).

이에 대하여 조금 설명하여 주시기를 부탁드립니다.

(5) 다음으로, 근로의 대가로서의 임금의 계속성과 정기성이라는 지급방식 안에는 이미 임금의 지급의무성과 교환관계성이 포함되어 있다고 생각합니다. 지급의무가 없는 금품을 계속적이고 정기적으로 줄 이유를 찾기 힘들고, 근로와의 교환관계가 없는 금품이 계속적이고 정기적으로 지급될 가능성을 찾기 어렵다는 생각입니다. 즉 기존에 임금의 근로대가성을 판별하는 요소로서의 계속성이나 정기성은 근로의 대가로서의 임금이 나타낼 수 있는 외견적 표지를 표현한 것이 아닐까 생각합니다. 그런데 이선신 박사의 의견과 같이 이를 ‘근로관계 유지의 보상’으로 해석해야 하는 의미는 계속성과 정기성 둘 중 어느 하나 혹은 둘 모두를 드러내지 않는 금품의 임금성 판단에서 드러난다고 생각합니다. 1회적이었고, 의무성이 없다고 보여지는 금품이라도 근로관계 유지에 대한 보상성이 있다면 임금의 개념에 포섭되는 것일 것입니다.

그런데 이 문제는 굳이 임금의 개념에 관한 새로운 견해의 제안이 아니더라도 합리적 해석을 통해 극복할 수 있는 것이 아닌가 생각합니다. 발제문에서 예를 든 임의적·은혜적 급여의 경우에 “임의적·은혜적 급여라 할지라도 ‘지급의무성’과 ‘교환관계성’을 인정할 수 있는 경우에는 ‘대가성’이 인정되게 되므로 임금으로 보는 것이 타당할 것”이라고 하였는데, 이러한 경

우라면 기존 임금의 해석 측면에서도 이를 임금으로 볼 수 있는 여지가 있을 수 있다는 의미입니다.

결국, 이선신 박사가 임금의 개념에 대한 새로운 의견을 제시하고자 한 것에는 어떤 본질적 목적이 있다고 생각하는데, 발제문을 통해서도 이선신 박사의 그 목적을 충분히 해석해내기 어려운 측면이 있는 듯합니다. 최종적인 결론을 대신하여 이선신 박사가 임금의 새로운 개념을 요구하고자 한 목적과 그것의 의미에 대하여 말씀하여 주시면 좋겠습니다.

「산재보험법」의 법적 성질에 관한 연구

오 선 균*

- I. 「산재보험법」의 법적 근거와 기능
- II. 「산재보험법」의 책임보험법적 구성요소
- III. 「산재보험법」의 「사회보장법」적 구성요소
- IV. 「산재보험법」의 성격 재정립을 위한 정책과제

I. 「산재보험법」의 법적 근거와 기능

1. 「산재보험법」의 헌법적 근거

(1) 「인간의 존엄과 가치 존중」의 원리

(a) 우리 「헌법」 제10조 제1문 전단은 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며”라고 규정하여, 「헌법」은 “고립된 개체로서의 개인주의적 인간상이나 국가권력의 객체로서의 인간상이 아니라 ‘개인 대 사회’라는 관계에서 인간으로서의 고유의 가치를 훼손당하지 아니하면서 사회관계성 내지 사회구속성을 수용하는 인간상”¹⁾을 상정하고 있다.²⁾ 인간의 사회관계성 내지 사회구속성과 관련하여 ‘현실적·구체적 인간상’은 정신적·신체적·경제적인 ‘자율·자립·자기결정 능력’의 정도를 기준으로 해서 ‘능력이 충분한(Sufficient) 인간’(S형 인간), ‘능력이 불충분한(Deficient) 인간’(D형 인간), ‘능력을 결여한(Absent) 인간’(A형 인간)의 3가지로 유형화할 수 있다.³⁾ 『인간의 존엄과 가치』의 존중이 모든 기본권의 이념적 전제인 동시에 모든

* 근로복지공단 부산지역본부장

1) Investitionshilfe-Urteil, BVerfGE 4, 7[15 f.]; 권영성, 「헌법학 원론」, 법문사, 2002, p. 355.

2) 「헌법」 제10조 제1문 전단의 인간은 육신-심령-정신의 통일체인 자연인을 의미하므로 법인에게서는 적용되지 아니한다; 권영성, 『헌법학 원론』, p. 359.

3) 日本 學說: 竹中勳, “社會保障と基本的人權”, 『21世紀の社會保障法』講座社會保障法 第1卷, 日本社會保障法學會, 法律文化社, 2001年, 35頁 以下.

기본권보장의 목적이라는 관점에서 우리 「헌법」 제10조 제1문 전단은 정신적 또는 신체적으로 자율·자립성이 불충분하거나 또는 경제적으로 빈곤하거나 그러할 위험이 있는 S형, D형, A형 인간 등 어느 개인에 대해서도 자율·자립·자기결정 등 자기통합을 위한 적절한 처우를 보장하여야 한다는 원리를 내포하고 있다. 즉, 우리 「헌법」이 예정하는 현실적 구체적 인간상은 『자기통합 추구형 인간상』이라고 할 수 있으며,⁴⁾ 『자기통합 추구형 인간』이란 개인이 처하여진 현실적 상황·환경 속에서 자기 자신의 인생을 스스로 모색하는 개인의 자율(personal autonomy)을 추구하는 인간을 의미한다고 할 수 있다.

(b) 「헌법」 제10조 제1문 전단은 국민 각 개인이 유일무이한 존재라는 사상에 기초하여 모든 개인을 존중하는 공존·공생의 원리를 규정하고 있다. 국민 각 개인이 유일무이한 존재라는 사상은 모든 법 영역에서 인간의 가치가 물질 법익보다 우선한다는 인간우선의 원리와 사물의 최종적·궁극적 가치를 국가 또는 집단이 아니라 국민 각 개인에 두는 개인주의적 원리에 기초하여 국가 공동체의 최우선적 목표를 제시한 것이다. 따라서 앞서 기술한 S형, D형, A형 인간의 3가지 유형에 해당하는 어느 개인도 국가에 의해 유일무이한 존재로서 존중되고, 국가 공동체의 최우선적 목표로서의 ‘적절한 처우’가 행하여져야 한다.⁶⁾ ‘적절한 처우’는 원칙적으로 S형 인간에 대해서는 ㉠ 『자기결정의 존중에 따른, 자기결정권의 존중』, D형 인간에 대해서는 ㉡ 『자기결정의 존중이 아닌, 자기결정권의 존중』, A형 인간에 대해서는 ㉢ 『자기결정권의 존중이 아닌, 적절한 처우’가 적용될 것이다.’⁷⁾ ‘D형 인간’에 대한 처우는 원칙적으로 ㉡ 『자기결정의 존중이 아닌, 자기결정권의 존중』이 적용되지만, 부분적으로 자기결정이 가능한 미성년자 또는 치매성 고령자에 대해서는 ㉠ 『자기결정의 존중에 따른 자기결정권의 존중』이 적용될 수 있다. ‘A형 인간’에 대해서도 원칙적으로 ㉢ 『자기결정권의 존중이 아닌 적절한 처우’가 적용되지만, 예외적으로 사전의 지시, 예컨대 리빙 윌<living will> 등이 있는 경우에는 ㉡의 『자기결정의 존중이 아닌, 자기결정권의 존중』으로 포착할 수 있을 것이

4) 日本 學說: 竹中勳, “自己決定權と自己統合希求的利益説”, 『憲法』32卷1号, 1998年, 24頁 以下; 대신 할 수 없는 인생에 있어서 각 개인이 그 생을 마감할 때까지 이러한 자기통합을 추구하는 노정이라는 점을 포착하여, 인간의 자기통합에의 준비를 그 자체로서 중시하고 있다

5) 日本 學說: 宮澤俊義, 『憲法Ⅱ』(新版), 有斐閣, 1974年, 213頁; 佐藤幸治, 『憲法』(3版), 青林書院, 1995年, 381頁.

6) 『능력이 충분한 S형 인간』은 생활위험을 자력으로 대비하여야 하므로, 국가는 사회보장수급권의 조건정비를 통해 이들을 사회적으로 보호할 필요가 있다. 『능력이 부족한 D형 인간』은 생활불능 또는 생활장해위험에 처한 인간으로서, 국가는 이들의 인간다운 생활권을 보장하고, 사회보장수급권의 확충을 통해 생활장해를 해소하는 조건을 정비하여야 한다. 『능력이 결여된 A형 인간』은 국가가 생명유지 등을 위한 적절한 처우를 행하여야 한다.

7) 日本 學說: 竹中勳, “癡呆性高齢者の人權と法律”, 武田雅俊編, 『看護のための最新醫學講座13 癡呆』, 中山書店, 2000年, 317 - 318頁.

다. 그러나 통상의 'A형 인간', 예컨대 뇌사자 또는 신생아 등 판단 능력을 갖지 못한 개인에 대한 처우는 ㉔ 『자기결정권의 존중이 아닌 적절한 처우』가 적용된다.

(c) 「인간으로서의 존엄과 가치」는 모든 인간의 인격 주체성을 의미하므로, 「헌법」 제32조의 근로의 권리와 제34조의 인간다운 생활권과 사회보장수급권은 『인간으로서의 존엄과 가치』를 유지하는데 불가결한 전제가 된다.⁸⁾ 우리 「헌법」의 최고이념으로서 『인간 존엄과 가치의 원리』는 “인간이라면 누구나 인간다운 생활의 제조건을 자력으로 준비할 수 없는 상태에 빠질 위험을 안고 있으며, 그와 같은 상황에 빠진 개인에 대해서는 사회가 개인의 자율적인 인격실현을 보장하지 아니하면 아니 된다”는 이념을 전제로 하고 있다. 따라서 사회적 기본권은 “경제적 자유의 제약에 대한 사회구성원의 수인”이라는 의미에서의 사회적 연대이념을 바탕으로, “경제적 자율성이 불충분한 개인에 대한 소득보장을 통해 개인의 경제적 자유를 실질적으로 보장”하고, “신체적 또는 정신적 자율성이 불충분한 개인이 ‘인간으로서의 인생을 영위하는데 필요한 자기결정의 존중을 위한 조건’의 정비를 요구할 수 있는 권리”를 포함하게 된다. 그렇다면 사회적 기본권은 “『인간의 존엄과 가치』를 유지하기 위해 경제적·정신적·신체적 능력이 부족 또는 결여되거나 그러한 위험을 안고 있는 S형, D형, A형의 인간이 국가에 작위를 청구하거나 자기통합추구를 위한 조건의 정비를 직접 요구할 수 있는 권리”를 의미하는 것으로 해석할 수 있다.

(2) 사회적 기본권의 주관적 공권성

(a) 사회적 기본권과 관련하여 가장 중요한 논의는 주관적 공권성의 인정여부라고 할 수 있다. 주관적 공권이란 개인이 직접 자신을 위하여 국가에 대해 일정한 이익, 즉 작위 또는 부작위를 요구할 수 있는 권리를 말한다.⁹⁾ 반면 개인의 주관적 공권에 대해 국가는 작위 또는 부작위의무를 지게 된다. 헌법재판소는 헌재 1995.7.21. 93헌가14결정에서 “‘인간다운 생활을 할 권리’로부터……‘최소한의 물질적인 생활’의 유지에 필요한 급부를 요구할 수 있는 구체적인 권리가 상황에 따라서는 직접 도출될 수 있다”고 하고, 헌재 1997.5.29. 94헌마33결정에서 “청구인들의 「헌법」상 보장된 기본권이 직접적으로 침해되었음을 긍정함으로써 동 권리가 간접적으로 개인의 주관적 공권의 하나로서 「헌법」상 보장되는 것으로 인정하고 있다.

(b) 종래 사회적 기본권에 관한 「헌법」규정이 국민에게 구체적 권리를 부여하는 것이 아니라 국가의 목표 내지 지침을 규정하는 것으로 보는 견해가 있었다. 이 이론은 바이마르 시대

8) 권영성, “사회적기본권의 헌법규범성 고찰”, 『헌법논총』 제2집, 헌법재판소, 1991.12.; 권영성, 『헌법학 원론』, p. 603.

9) 권영성, 『헌법학 원론』, p. 287.

에 안쉬츠(G. Anschutz)에 의해 주장되어 당시 지배적 견해가 되었지만, 우리 「헌법」상 이 입장에서 있는 견해는 찾아보기 어렵다. 이후 「헌법」규정이 구체적 권리를 창설하는 것은 아니지만 「헌법」상의 사회적 기본권을 구체화하는 법률이 있으면 추상적 권리가 그 법률상의 구체적 권리와 일체되어 「헌법」상 구체적 권리로 전환된다는 추상적 권리설이 지배적인 이론이 되었다. 그러나 이러한 추상적 권리설도 입법이 없거나 미흡한 경우에 「헌법」규정 자체에서 독자적 권리를 도출해 낼 수 없다는 점에 한계를 지니고 있었고, 사회의 급부능력의 신장과 복지국가 실현에의 요구가 증대됨에 따라 구체적 권리성을 인정하는 방향으로 이론적 추이가 이루어졌다.¹⁰⁾ 나아가 권리가 보장하는 급부의 가능한 수준을 단계별로 나누어 법적 성격을 프로그램에서 구체적 권리로까지 단계화하여 인정하자는 견해도 등장하였다.¹¹⁾ 헌법재판소의 이 결정도 이러한 이론의 추이를 받아들여 구체적 권리설을 수용함으로써 일부 주관적 공권을 인정한 것으로 볼 수 있다. 그러나 최근 사회적 기본권의 실현구조에 착안하여 「헌법」상의 사회적 기본권규정을 주관적 권리규정이 아니라 객관적 「헌법」규정으로 이해하여 국가기본목표 규정이나 입법위임 규정으로 해석하자는 주장이 대두되고 있다.

(c) 살피건대 사회적 기본권의 구체적 권리성을 인정한다고 할지라도 자유권적 기본권 등 다른 기본권과 달리 국가에 대한 직접적인 구속력을 인정하기 어려운 측면이 있으며, 권리의 실현방법에 있어서는 사회적 기본권의 내용에 따라 입법자의 결정에 의존할 수밖에 없는 특성이 있다. 그 이유¹²⁾는, 첫째 사회적 기본권은 국가에 대해 급부를 청구하는 권리로서 입법자 또는 정부에 의한 구체화 없이는 실현되기 어려운 권리라는 점이다. 둘째, 사회적 기본권은 국가마다 그 방법과 내용을 달리하지만, 우리나라의 경우 아직 사회적 기본권의 역사가 성숙되지 아니하였으며, 사회적 기본권 실현의 구조적 원리인 복지국가의 개념이 불명확한 상태라는 점이다. 셋째, 사회적 기본권과 경제적 기본권 사이에는 자본주의 발전과정에서 갈등이 존재하기 때문에, 사회적 기본권의 내용이 경제적 기본권과의 관계에서 가변적인 정치·사회·경제적 환경과 상황에 따라 달라질 수 있다는 점이다. 이와 같은 측면에서 사회적 기본권을 직접 司法적으로 주장하기 어려운 측면이 있기 때문에, 사회적 기본권의 내용과 수준에

10) 불완전한 구체적권리설의 주장(권영성, “사회적기본권의 헌법규범성 고찰”, 헌법재판소, 「헌법논총」 제2집, 1991, p. 177ff.)도 있지만, 이 견해도 추상적 권리설과의 차별점을 찾아보기 어렵다. 또한 대부분의 학설이 구체적 권리설을 주장하지만, 구체적 내용에 있어서는 학자들마다 견해를 달리하고 있다. 구병삭, 「신헌법원론」, 1996, p. 608; 김철수, 「헌법학개론」, 1997, pp. 599~600; 정태호, “원리로서의 사회적 기본권”, 정경식박사화갑기념논문집, 「법과 인간의 존엄」, 1997, p. 238ff.; 허경, “사회적기본권”, 「월간고시」1987.8, pp. 64~66; 허영, 「한국헌법론」, 1997, p. 493.

11) 한병호, “인간다운 생존의 헌법적 보장에 관한 연구”, 서울대학교법학박사학위논문, 1993, pp. 129~147; 김문현, “인간다운 생활을 할 권리의 법적 성격과 보장수준”, 「고시계」1997.11., p. 110ff.

12) 김문현, “인간다운 생활을 할 권리의 법적 성격”, 「판례월보」 제332호, 판례월보사, 1997, pp. 10~11.

대해서는 민주주의 원리에 따라 입법자의 결정에 맡길 수밖에 없으며, 입법자에 의해 사회적 기본권의 내용이 결정되어 실현되기 전에는 구체적인 권리가 되기 어려운 측면이 있다. 그렇다고 사회적 기본권의 내용과 실현을 전적으로 입법자에게 맡기고, 「헌법」적 구속력을 갖지 못하는 것으로 보는 것은 타당하다고 할 수 없다. 그 이유는¹³⁾ 첫째, 최소한의 인간다운 생활은 자유보다도 더욱 절박한 생존의 문제로서, 인간의 존엄과 가치(「헌법」 제10조)를 최고의 이념으로 하는 우리 「헌법」체계 하에서 사회적 기본권의 내용과 실현을 전적으로 입법재량에 맡길 수는 없다는 점이다. 둘째, 「헌법」상의 복지국가원리는 ‘사회구성원의 사회에 대한 책임’과 ‘사회구성원 상호간의 책임’, ‘사회의 사회구성원에 대한 책임’을 전제로 하므로 사회적 기본권의 실현 여부와 그 내용을 전적으로 입법자의 결정에 맡기는 것은 「헌법」상의 복지국가원리에 반한다는 점이다. 셋째, 「헌법」상의 경제민주화의 이념은 정의로운 사회질서를 형성하기 위한 국가목표로서 경제주체간의 조화를 통해 달성되는 것으로서,¹⁴⁾ 인간다운 생활권과 사회적 기본권의 내용과 실현을 전적으로 입법자의 결정에 일임하는 것은 경제민주화의 이념에 반한다고 할 수 있기 때문이다.

(d) 따라서 인간의 존엄성을 보장하기 위한 사회적 기본권은 ‘헌법적 차원의 기본권’과 ‘법률적 차원의 권리’의 이중구조로 파악하는 것이 타당하다고 생각한다. 즉, ‘헌법 차원의 기본권’에 대해서는 직접적으로 「헌법」상의 구체적 권리성을 인정하고, ‘법률적 차원의 권리’에 대해서는 입법부·행정부·사법부를 포괄하는 국가기본목표 또는 입법위임의 방침을 제시하는 규정으로 보아야 하고 입법자가 사회적 기본권을 구체화하는 법률을 제정할 경우 그 법률상의 권리와 사회적 기본권이 일체되어 「헌법」상의 구체적 권리가 되는 것으로 보는 것이 타당하다고 생각한다. 다만, 사회적 기본권을 구체적 권리로 보는 경우에도 급부수준의 구체적 결정문제는 국민소득, 국가의 재정능력과 정책 등 다양한 요소를 고려하여 정하도록 입법자의 재량에 맡기는 것이 바람직하지만, ‘헌법적 차원의 권리’ 또는 ‘법률적 차원의 권리’를 불문하고 입법부작위 또는 재량권 일탈은 「헌법」에 위반되는 것으로 보아야 할 것이다.

(3) 사회보장수급권으로서의 산재보험수급권

(a) 산업재해보상보험(이하 ‘산재보험’이라 한다)의 보험급여를 받을 수 있는 권리(이하 ‘산재보험수급권’이라 한다)는 “자본주의적 근로관계에 내재된 산업재해 위험으로부터 근로자와 그 가족의 생활을 보호하기 위해, ‘업무와 재해의 인과관계 유무’를 판단하여 사회보험방식에 의해 보험급여를 지급하는 사회적 기본권의 일유형인 사회보장수급권”이라고 할 수 있다. 그러나 세계 각

13) 김문현, “인간다운 생활을 할 권리의 법적 성격”, p. 12.

14) 헌재 2004.10.28. 99헌바91.

국의 역사적 전개과정을 살펴볼 때, 「헌법」상의 사회적 기본권 실현을 목적으로 입법자가 「헌법」규정에 근거하여 「산업재해보상보험법」(이하 ‘산재보험법’이라 한다)을 제정하고, 「산재보험법」에 의해 산재보험수급권이 사회적 기본권의 일종인 사회보장수급권으로서 실현되어 왔다고 단언하기는 어렵다. 산재보험수급권은 19세기 산업혁명 이후 『자유의 이념』과 『사회보장의 권리』가 근로자와 사용자 간에 끊임없이 충돌을 일으키는 가운데 사회적 타협을 통해 역사적·법리적으로 형성되어 온 권리이기 때문이다. 산업재해는 산업혁명이 만들어 낸 근로관계의 필연적 사회현상으로서 근대산업의 성립에 수반하여 산업재해가 급격하게 증가하면서,¹⁵⁾ 그로 인한 피해의 정도가 근로자 개인이 감당하기 벅찰 정도로 광범위해져 전형적인 생활위험이 되기에 이르렀다. 그럼에도 불구하고 근대 산업사회는 자본주의적 사회현상이 초래한 ‘근로관계 특유의 산업재해’라는 사회적 특질을 사상(捨象)시킴으로써, 일반적인 재산상 손해를 둘러싼 불법행위법과 계약법의 일반원칙이 그대로 적용되게 되었다. 나아가 과실책임의 원칙에 근거한 불법행위책임에 더하여, 사용자로 하여금 ‘위험인수(acceptance or assumption of the risk)의 항변’,¹⁶⁾ ‘공동고용(common employment)의 항변’,¹⁷⁾ ‘기여과실(contributory negligence)의 항변’¹⁸⁾ 등에 의해 Common Law상의 책임조차 면제받게 함으로써, 기업의 성장을 촉진하여 자본주의 경제 발전에 원동력이 되었지만, 근로자는 그 구제수단의 실효성이 없어 산업재해로 인한 손해를 구제받지 못하여 빈곤계층으로 전락하게 되었다. 이에 독일의 1884년 「재해보험법」(Unfallversicherungsrecht)을 시초로 국가가 직접 혹은 간접으로 개입하여 사회보험의 형태로 피해 근로자의 손해를 보상하는 책임보험적 성격의 산재보험제도가 마련되었다. 나아가 최근에는 산재보험의 생활보장적 성격이 강조되면서, 『사용자 보상책임』에 더하여 피해근로자의 사회복귀 및 그 가족의 생활보장을 위한 제도로서의 산재보험수급권의 본질과 성격이 변화되고 있다.¹⁹⁾

(b) 국가에 따라서는 사회보장의 이념이 「헌법」상 기본권화 되기 이전부터 산재보험수급권

15) F. Engels, *Lage der Arbeitendeclass in England, 1845*; J. L. and B. Hammond, *The Town Labourers, 1917*, *The Skilled Labourers, 1927*.

16) 危險引受(acceptance or assumption of the risk)의 抗辯이란 사용자에게 주의의무 위반이 있었다 하더라도 피해근로자가 피해를 입게 한 위험에 대하여 미리 승낙하였다는 것을 주장하면 사용자는 손해배상책임을 지지 않는다.

17) 共同雇傭(common employment)의 抗辯이란 피해자가 가해자와 사용자를 같이 하는 경우, 즉 동료피용자(fellow servant)의 관계에 있는 경우에는 동료피용자의 행위에 의해서 입은 재해에 대하여는 사용자는 면책된다.

18) 寄與過失(contributory negligence)의 抗辯이란 근로자가 주의를 하였더라면 재해의 발생을 피할 수 있었을 경우에 주의를 하지 아니하였기 때문에 발생한 재해는 그의 과실을 구성하는 것이므로, 사용자의 과실이 재해발생의 유일한 원인이 될 수는 없다.

19) 헌재 2005.7.21. 2001헌바2.

이 법률에 의해 규범화 되고, 「헌법」상 기본권화 된 이후에도 당해 권리의 실체에 큰 변화 없이 그대로 그 기능을 유지하고 있어, 산재보험수급권에 대한 「헌법」적 규범력이 문제될 수 있다. 살피건대 오늘날 「헌법」은 「사회보장법」과 관련하여 ‘형성규범으로서의 기능’과 ‘통제규범으로서의 기능’을 갖는다.²⁰⁾ 따라서 산재보험수급권이 먼저 형성되고, 이후에야 비로소 사회보장 이념이 「헌법」적 규범력을 갖게 되는 경우에도, 산재보험수급권이 본질적으로 사회적 기본권에 해당하는 이상, 「헌법」의 통제규범으로서의 기능으로부터 벗어나기 어렵다. 또한 「산재보험법」입법에 앞서, 「헌법」상 사회보장의 이념이 먼저 형성된 경우에는 「헌법」이 「산재보험법」의 제정에 대해 형성적 규범력과 더불어 통제적 규범력을 갖는 것은 당연하다고 할 것이며, 이 경우 「헌법」은 산업재해로 인한 생활위험에 대한 보장을 구체적 권리로서 보장하거나 또는 국가기본목표 내지 입법지침으로서 입법·행정·사법을 규율할 것이므로, 「산재보험법」은 「헌법」의 형성적 기능과 통제적 기능 모두의 영향을 받게 된다. 그렇다면 「헌법」에 사회적 기본권 규정을 두고 있는 모든 국가의 산재보험수급권은 그 역사적 과정에도 불구하고, 「헌법」적 규범력에 기속되는 것으로 보아야 할 것이다.

(c) 우리나라는 1952년 ILO 제102호협약, 즉 「사회보장 최저기준에 관한 협약」에 따른 사회보장 이념의 국제적인 경향을 적극적으로 수용하여, 1962년의 「헌법」에서 ‘인간의 존엄과 가치에 대한 보장’을 선언하고(제8조), ‘인간다운 생활을 할 권리’가 사회적 기본권으로 보장되었으며(제30조 제1항), ‘국가의 사회보장 증진노력’ 의무를 규정하고(제30조 제2항), ‘생활능력이 없는 국민에 대해 법률이 정하는 바에 따라 국가의 보호’를 받도록 하였다(제30조 제3항). 이에 따라 1963년 11월 5일 「사회보장에 관한 법률」(법률 제1437호)과 「산업재해보상보험법」(법률 제1438호)이 같은 날자에 제정되고, 뒤이어 1963년 12월 6일 「의료보험법」이 제정되었다.²¹⁾ 그렇다면 「산재보험법」의 제정 과정에서 볼 때 우리나라의 경우 「산재보험법」에 대한 「헌법」의 형성적 규범력과 통제적 규범력을 모두 인정하는 것이 타당하다고 본다. 그런데 우리나라는 산업재해에 대한 私法上의 불법행위책임과 채무불이행책임과 「근로기준법」상의 재해보상책임을 병존시키면서, 「산재보험법」을 제정하여 사용자의 「근로기준법」상의 재해보상책임을 담보토록 하고, 나아가 피재근로자의 재활 및 사회복귀를 촉진하기 위해 ‘법률적 차원’의 산재보험수급권을 인정하고 있다. 그렇다면 산업재해를 당한 근로자에 대한 보호문제는 근로조건에

20) 전광석, 「한국사회보장법론」 제7판, 법문사, 2007, p. 124.

21) 1960년대 초기 제정된 사회보험법에는 「선원보험법」(1962.1.10) · 「군인연금법」(1963.1.28) · 「산업재해보상보험법」(1963.11.5) · 「의료보험법」(1963.12.6) 등이 있으며, 사회보상법으로는 「군사원호보상법」(1961.11.10) · 「국가유공자 등 특별원호법」(1962.4.11) 등이 있고, 공공부조법에는 「생활보호법」(1961.12.30) 이 있고, 사회복지법으로는 「아동복지법」(1961.12.30) · 「사회복지사업법」(1970.1.1) 등이 있다. 그러나 실질적으로 입법내용은 적극적인 사회보장을 실현하기 위한 기초가 될 수 없었다.

관한 하나의 문제이기도 하며, 또한 私法상의 손해배상책임을 신속·공정하게 구제하기 위한 무과실 책임보험의 문제이기도 하기 때문에, 산재보험을 사용자의 위험을 분산시키기 위한 일종의 사용자 책임보험으로 볼 수도 있다. 또한 산재보험수급권은 산업재해의 위험을 사회보험화하여 피재근로자와 그 가족의 생활을 보호하는 「사회보장기본법」의 사회보장수급권적 성격도 지니고 있다.²²⁾

2. 「산재보험법」의 기능

(1) 「산재보험법」의 사용자 책임성 < 「헌법」 제32조와의 관계 >

(a) 「헌법」 제32조 제3항은 “근로조건에 관한 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다”고 규정하고 있어, 산업재해를 당한 근로자에 대한 보상의 문제로 「헌법」 제32조 제3항의 근로조건에 관한 기준의 한 문제로 볼 수 있다.²³⁾ 근로조건이라 함은 임금·근로 및 휴게시간·재해보상 등 근로계약에 의한 노무제공과 그 반대급부로서 임금지급에 관련된 조건들을 말하기 때문이다. 그리고 「헌법」이 근로조건에 관한 기준을 법률로 정하도록 한 것은 근로조건에 관한 기준의 확보는 개별 근로자의 인간의 존엄성을 보장하기 위한 것이지만, 인간의 존엄성 판단기준이 사회·경제적 여건에 종속되기 때문에, 근로조건에 관한 기준도 시대적 변화를 반영하여 구체화 할 수 있도록 법률에 유보한 것으로 볼 수 있다. 이에 따라 입법자는 「헌법」 제32조 제3항에서 유보된 근로조건에 관한 기준을 「근로기준법」에 규정하면서 제8장 ‘재해보상’편에서는 근로자의 업무상 부상 또는 질병에 걸린 근로자에 대한 요양보상·휴업보상·장해보상·유족보상 등의 기준을 설정하여 사용자책임을 설정하였다. 이처럼 「헌법」 제32조 제3항에 근거하여 「근로기준법」 제8장에서는 재해보상에 관한 규정을 두어 사용자로 하여금 근로자의 『업무상 재해』에 대해 보상하도록 하고 있기 때문에, 산재보험이 근로자의 『업무상 재해』에 대한 『사용자 보상책임』을 기본적인 성격으로 하는 한 「헌법」 제32조 제3항의 근로조건 보호적 성격을 갖게 되는 것은 당연하다고 할 것이다.

(b) 헌법재판소는 헌재 1996.8.29. 95헌바36 판결에서 산재보험수급권을 「헌법」 제32조 제3항에 근거한 근로조건에 하나로 볼 수 있다고 하고, 대법원도 1981.10.13. 선고 81다351 전원합의체 판결에서 “ 「근로기준법」상의 재해보상제도는… (중략)… 재해발생으로 근로자가 입은 손해를 보상에 하려는 데에 그 목적이 있다”고 하면서, 재해보상과 산재보상의 관계에 대해서 “양자의 보상사유는 서로 일치하고… (중략)… 양 법에 의한 유족보상금이나 장의비는 그

²²⁾ 헌재 2003.7.24. 2002헌바51.

²³⁾ 헌재 2003.7.24. 2002헌바51; 헌재 1996.8.29. 95헌바36.

성질에 있어서 同一한 것”이라고 하여 산재보험급여를 「근로기준법」상의 재해보상과 동일한 성질의 급부로 보고 있다. 또한 「산재보험법」에서는 「근로기준법」의 재해보상에 상응하는 요양급여·휴업급여·장해급여·유족급여 등의 보험급여를 정하여 보험급여를 받은 경우 「근로기준법」에 의한 『사용자 보상책임』을 면제(산재보험법 제80조 제1항)하도록 하고 있다. 「근로기준법」과 「산재보험법」이 산업재해에 대한 보상을 통해 근로자의 생활보호를 추구하는 공통적인 측면을 가지고 있음에도 불구하고, 「근로기준법」의 재해보상 재원은 전적으로 사용자의 직접적 개별책임에 의존하는 반면, 「산재보험법」의 보험급여 재원은 단체로서의 사용자집단이 납부하는 보험료에 의존하고 있기 때문에, 「산재보험법」은 「근로기준법」상 『사용자 보상책임』을 분산시키는 일종의 ‘사용자 책임보험’으로서의 성격을 지니고 있다고 할 수 있다. 또한 「근로기준법」의 재해보상과 「산재보험법」의 보험급여는 산업재해에 대한 보상이라는 동일한 기능을 수행하기 때문에, 상호보완적 기능의 조정을 위해서는 상호간에 『사용자 보상책임』을 면제할 수밖에 없다. 이처럼 산재보험은 근로자에게는 ‘제3자 보험’으로서의 성격을 지니고 있으며, 사용자에게는 자기기여에 대한 반대급부로서 보험급여액 상당의 『사용자 보상책임』을 면제받을 수 있기 때문에, 보험의 원리가 다른 사회보험보다 강하게 나타나고 있다.²⁴⁾ 그러나 산재보험의 ‘사용자 책임보험’으로서의 진정한 의미는 산업재해에 대한 사용자의 「민법」또는 그 밖의 법령에 따른 私法상의 손해배상책임을 면제(「산재보험법」 제80조 제2항)하는 것이다. 산재보험은 근로자에게 발생한 산업재해에 대해서 포괄적으로 사용자 책임을 인정하고, 이를 무과실 책임으로 형성하고 있기 때문에, 산재보험의 무과실책임의 성격에 비추어 볼 때 보험급여에 대한 반대급부로서 私法상의 사용자책임을 면제하여야만 산재보험수급권의 법체계 형성에 있어서 적합성을 유지할 수 있기 때문이다.

(c) 이와 같은 산재보험의 특성에 근거하여 첫째, 「산재보험법」은 업무와 재해의 인과관계에 의해 근로자의 부상·질병·장해 또는 사망에 해당하는 『업무상 재해』를 보호하게 된다. 즉 「산재보험법」은 국민의 일상생활상의 위험이 아니라, 근로관계에 내재된 산업재해위험을 보장하는 것이다. 둘째, 「산재보험법」의 무과실 책임의 특성상 산업재해를 당한 근로자의 손해발생에 대한 근로자의 입증책임을 경감한다. 피해근로자로서는 당해 산업재해가 업무상의 행위에 기인하여 발생했다는 점을 입증함으로써 충분하다. 셋째, 「산재보험법」을 국가가 주체가 되는 공법상의 제도로 운영함으로써 책임주체를 용이하게 파악할 수 있다. 사업의 도산 등으로 인한 사용자책임 불이행 또는 불완전 이행뿐만 아니라, 동료근로자 또는 제3자의 불법행위에 대해서도 책임의 소재를 명확히 확정할 수 있다. 넷째, 「산재보험법」은 정율·정액의 보험급여제도를 설정함으로써 사용자책임의 범위를 구체화하여 입법적으로 해결하고 있다. 이는

24) 헌재 2004.11.25. 2002헌가10; 헌재 2003.7.24. 2002헌바51.

주관적 손해배상액을 객관적으로 보험급여화 하여 사용자책임을 분산하는 것이다. 다섯째, 「산재보험법」의 강제적 보험관계 형성에 따라 사용자는 보험료 납부 등 각종 의무를 부담하고 법이 정하는 제재를 받는데, 이는 사용자의 자기결정권과 직업행사의 자유 등 자유권적 기본권을 제약하는 측면이 있다. 「산재보험법」을 「헌법」 제32조 제3항의 위임입법이라는 관점에서 접근하는 경우에도, 「산재보험법」에 있어서는 근로자 보호문제와 더불어 사용자에게 법적 안정성을 보장해 주는 문제가 무엇보다 중요하다. 특히 사용자에 대한 私法상의 손해배상청구권, 「근로기준법」상의 재해보상청구권, 「산재보험법」상의 산재보험수급권을 병존시키면서 상호보완관계를 인정하여 병급조정하는 방식은 사용자의 자유권적 기본권과 관련하여 문제가 있으므로, 산재보험이 公法과 私法상의 모든 사용자책임을 대체하도록 개선하는 방안을 검토할 필요가 있다.

(2) 산재보험수급권의 사회적 기본권성 < 「헌법」 제34조와의 관계 >

(a) 「헌법」 제34조 제2항·제6항은 ‘사회보장 또는 재해보장에 관한 국가의 기본목표 규정’으로서 국민의 ‘인간다운 생활’을 보장하기 위한 사회보장수급권에 관한 규정이다. 그런데 산재보험은 사회적 위험에 해당하는 근로자의 『업무상 재해』를 사회보험 방식을 통하여 보호하므로, 「헌법」 제34조 제2항·제6항의 사회보장 또는 재해보장에 관한 국가의 기본목표를 실현하는 사회보장수급권으로서의 성격을 갖게 된다. 즉 「산재보험법」은 「헌법」상의 사회적 기본권으로부터 요구되는 국가기본목표를 이행하기 위한 사회보장에 관한 법률로서, 산재보험제도는 근로자의 『업무상 재해』를 신속하고 공정하게 보상함으로써 근로자 보호에 이바지함을 목적으로 하는 사회보장제도라고 할 수 있다. 「헌법」은 제34조 제1항에서 국민에게 인간다운 생활을 할 권리를 보장하는 한편, 동조 제2항에서는 국가의 사회보장 및 사회복지 증진의무를, 동조 제6항에서는 국가에게 재해예방 및 그 위험으로부터 국민을 보호하기 위해 노력할 의무가 있음을 선언하고 있다. 여기에서 문제되는 것은 「헌법」상의 사회적 기본권, 특히 ‘인간다운 생활을 할 권리’와 국가의 사회보장·사회복지 증진의무 등을 규정한 「헌법」 제34조 제1항·제2항·제6항으로부터 과연 근로자가 산재보험의 운영주체인 국가에 대하여 산재보험의 강제적용 또는 보험급여청구 등 적극적인 국가의 행위를 요구할 수 있는지 여부이다.

(b) 산재보험 적용대상 사업은 「산재보험법」에 의하여 즉시 보험관계가 성립되어 그 소속 근로자에게 잠재적인 보험급여 수급권자로서의 지위가 자동으로 부여되지만, 이와 같은 지위가 「헌법」 제34조에 의해 구체적 권리로서 형성되는 것인지가 문제이다. 앞서 살펴보았듯이 「헌법」 제34조 제1항의 ‘인간다운 생활권’이 「모든 국민이 인간다운 생활을 할 수 있도록 최저생활을 보장」하는 것이고, 그 「헌법」적 성질이 국가권력에 대한 직접적 구속력을 가진 사회

적 기본권으로서 구체적 권리라고 한다면,²⁵⁾ 산업재해를 당한 근로자의 산재보험수급권은 생활불능에 처한 국민의 최저생활을 보장하는 것이 아니라, 근로자의 생활위험에 대한 사용자 책임을 사회보험화한 것이기 때문에, 「헌법」 제34조 제1항의 ‘인간다운 생활권’에 근거한 「헌법」상의 구체적 권리로 보기 어렵다.²⁶⁾

(c) 또한 산재보험수급권을 「헌법」 제34조 제2항 또는 제6항의 사회보장의무 또는 재해위험의 보호의무로 보는 경우에도 산재보험수급권은 사회보장수급권으로서 법률적 차원의 권리인지 여부에 대한 검토가 필요하게 된다. 헌법재판소는 2005.7.21. 2001헌바2 결정에서 “다수의 선례에서 이러한 생존권적 기본권과 관련된 입법을 하는 경우에는 국가의 재정부담능력, 전체적인 사회보장수준과 국민감정 등 사회정책적인 고려, 제도의 장기적인 지속을 전제로 하는 데에서 오는 제도의 비탄력성과 같은 사회보장제도의 특성 등 여러 가지 요소를 감안하여야 하므로 입법자에게 광범위한 형성의 자유가 인정되고, 따라서 「헌법」상의 사회보장권은 그에 관한 수급요건, 수급자의 범위, 수급액 등 구체적인 사항이 법률에 규정됨으로써 비로소 구체적인 법적 권리로 형성된다고 보아야 한다”고 하고,²⁷⁾ 또한 “산재보험제도는 보험가입자(사업주가 납부하는 보험료와 국고부담을 재원으로 하여 근로자에게 발생하는 『업무상 재해』라는 사회적 위험을 보험방식에 의하여 대처하는 사회보험제도(「사회보장기본법」 제3조 제2호)이므로 이 제도에 따른 산재보험수급권은 이른바 사회보장수급권의 하나에 속한다”고 판시하였다.

(d) 살펴건대 「헌법」 제34조 제2항·제6항의 규정은 사회보장·사회복지의 증진 등과 같은 국가기본목표를 제시하거나 이를 위한 객관적 의무만을 국가에 부과하고 있을 뿐, 근로자에게 국가에 대해 사회보장·사회복지 또는 재해예방 등과 관련한 「헌법」상의 적극적 급부청구권을 부여하고 있다거나 그것에 관한 입법적 위임을 하고 있다고 보기는 어렵다. 따라서 국가가 「헌법」 제34조 제2항·제6항 등에 의해 산업재해를 당한 근로자와 그 가족의 생활을 보장하는 것을 이념으로 하는 「산재보험법」의 내용·시기·범위·방법을 정하는 것은 입법재량에 속하는 영역이며, 근로자에게 인정되는 산재보험수급권은 「산재보험법」에 의하여 비로소 구체화되는 법률상의 권리라고 할 것이다. 따라서 산재보험수급권을 「헌법」 제34조 제2항·제6항

25) 헌재 2005.7.21. 2001헌바2 결정: “사회적 기본권의 법적 성격과 관련하여는 다양한 견해가 제시되고 있으며, 최근에는 이를 법적 권리로서 이해하는 견해도 있다. 그 가운데 생존권적 기본권을 「헌법」의 명문에 의하여 규정된 ‘구체적 권리’로 이해하는 견해는 생존권적 기본권도 자유권적 기본권과 같이 구체적으로 입법권·행정권·사법권을 구속하며 생존권적 기본권은 급부청구권으로서 다른 청구권적 기본권과 같이 소구할 수 있으므로, 국가에 의한 적극적 침해행위의 배제뿐만 아니라, 부작위의 경우에 입법부작위 위헌확인을 구하는 헌법소원을 제기할 수 있다”고 한다.

26) 헌재 2003.7.24. 2002헌바51; 헌재 1995.7.21. 93헌가14; 2000.6.1. 98헌마216.

27) 헌재 2005.7.21. 2001헌바2; 헌재 2004.11.25. 2002헌바52; 헌재 2000.6.1. 98헌마216; 헌재 1999.12.23. 93헌바33; 헌재 1995.7.21. 93헌가14.

의 관점에서 접근할 때에는 사회보장수급권이 추구하는 근로자의 “건강하고 문화적인 생활의 최저수준을 초과”하는 “품위있는 생활”을 보장하기 위한 사회보장수급권의 성격을 지니게 되므로, 산재보험수급권의 수급요건·수급권자의 범위·급여금액 등은 법률에 의하여 비로소 확정되게 된다.

3. 검토의견

(a) 산재보험의 『사용자 보상책임』은 역사적·법리적으로 발전되어 온 개념으로서 산재보험의 태생적 본질에 해당하는 중핵적 요소이다. 즉 산업재해를 신속·공정하게 보상하기 위해 종래의 시민법상의 과실책임에 무과실 손해배상책임의 개념(고용주책임)이 도입되고, 이를 발전적으로 전화시켜 근로자의 손실보전을 사용자 책임화한 것이 재해보상책임이며, 현재에는 산재보험이 총자본의 연대책임에 의한 총노동력의 보호라는 이념 하에 사회보험방식으로 『사용자 보상책임』을 실현하고 있다.²⁸⁾ 그러나 구체적으로 살펴보면 비록 산재보험이 사회보험방식을 채용하여 보험적용 및 보험료 부담을 규율하는 ‘산재보험관계’에서 사업주 공동책임 또는 사회적 연대책임의 형식을 취하고 있다고 하더라도, ‘산재보상관계’에 있어서는 산재보상의 成否를 결정하는 『업무상 재해(법 제5조 제1호)』와²⁹⁾ 『근로자(법 제5조 제2호)』 및 근로관계의 존재,³⁰⁾ 『임금 및 평균임금(법 제5조 제2호)』, 『손해배상 면책』이라는 기준적 영향력으로 인하여 『사용자 보상책임』으로부터의 제약을 면할 수 없다.³¹⁾ 이와 같은 관점에서 『산재보험법』에 의한 보험급여와 『근로기준법』의 재해보상은 『사용자 보상책임』에 기초한 『손실보전적 기능』을 한다는 점에서 원리적으로 다르지 않다고 할 수 있다.³²⁾ 다시 말하여 산재보험은 『업무상 재해』로 인해 근로자가 입은 손해에 대해 무과실책임 원리에 기초하여 손해를 전보하는 『손실보전적 기능』을 하는데, 이는 「민법」상 손해배상과 「근로기준법」상 재해보상의

28) 박종희, “출퇴근재해의 업무상재해 인정관련 입법론적 개선방안에 관한 연구”, 노동부, 2005.11., p. 55.

29) 和歌山勞基署長 事件·最3小判 平5.2.16, 『民集』47卷2号 p. 473: “업무상의 부상, 질병, 장해, 사망(업무재해)은 노기법상의 그것을 의미한다(노재법 12조의8제2항)”고 한다.

30) 横浜南勞基署長<旭紙業>事件·最1小判 平8.11.28, 『勞判』714号, p. 14: “노재보험법에서 말하는 「노동자」는 노기법의 「노동자」와 동의어”라고 한다.

31) 김형배, 「노동법」(제13판), 박영사, 2002, p. 380; 김형배, 「근로기준법」(제8판), 박영사, 2001, p. 540.

32) 日本 學說: 保原喜志夫, “業務上·外をめぐる問題”, 『新勞働法講座』第8卷, 日本勞働法學會編, 有斐閣, 1967, p. 43; 西村健一郎, “業務上·外認定基準”, 『現代勞働法講座』第12卷, 總合勞働研究所, 1983, p. 151; 勞働省勞働基準局編著, 『勞災保險·業務上災害及び通勤災害認定の理論と實際(上)』, 勞務行政研究所, 1997, p. 85; 西村健一郎, “勞災職業病の変容と勞災保險”, p. 203.

책임보험적 성격으로서의 손해전보적 성질을 나타내고 있는 것이다.

(b) 한편 생활보장의 개념³³⁾에 대해 日本의 경우 「사회보장법」학계의 다수설은 「사회보장법」의 목적을 일반적인 생활보장에서 찾고 있다. “「사회보장법」은 국민의 생존권을 확보하기 위한 사회적·공적 생활보장급부의 관계를 규율하는 법”³⁵⁾ “「사회보장법」은 국가 스스로가 책임주체가 되어 행하는 전국민적 규모의 생활보장정책을 구체화한 법제”³⁶⁾ 또는 “불측의 사태에 의해 발생한 국민의 생활상의 여러 가지 곤란에 대해 국민의 생활을 건전하고 안정된 것으로 하기 위해 公的 책임으로 생활보장의 급부를 행하는 정책·제도”³⁷⁾ 라고 한다. 이와 같이 생활보장의 일반적 개념에 의하여 생활보장에만 초점을 맞추는 경우에는 논리적 근거를 필요로 하지 아니하고 단순히 「산재보험법」이 「사회보장법」에 속하게 된다. 그러나 「사회보장법」의 기능을 사회가 사회구성원의 생활상 위험을 보장한다는 측면에서 ‘생활위험·생활불능 위험·생활장해위험’으로 구분하는 「사회보장법」적 관점(荒木誠之, 金裕盛)에서 파악할 때, 산재보험은 외형적 측면에서 산업재해라는 ‘생활위험’에 대한 보험적 보호로서의 기능을 하게 된다. 한편 실제적 측면에서는 산업재해위험은 소득상실에 대한 ‘생활위험’과 ‘생활장해에 대한 위험’을 모두 내포하고 있기 때문에, 사회보장의 원리에 따르면 산재보험은 『업무상 재해』로 인한 근로자의 ‘생활위험’에 대한 소득보장 기능과 더불어 의료보장·재활보장·개호(간병)보장 등 ‘생활장해위험’에 대한 『생활보호적 기능』을 하는 것으로 볼 수 있다.

(c) 살피건대 산재보험은 『손실보전적 기능』을 하는 손해배상과 『생활보호적 기능』을 하는 사회보장³⁸⁾의 중간영역에서 공통적인 측면과 이질적인 측면의 양방³⁹⁾을 모두 가지고 ‘근로조

33) 加藤은 소득보장의 개념을 넓게 이해하여 “소득의 상실·감소 또는 지출의 증대를 야기하는 사상에 대해서 최저생활수준 내지 종전의 소득수준에 대응하는 형태로 피보험자 및 그 피부양자의 생계를 유지하기 위해 행해지는 사회보장급부의 기능”으로 본다(加藤智章, “社會保障制度における生活保障と所得保障”, p. 43).

34) 「사회보장법」상 생활보장의 개념을 소득보장·의료보장·고용보장 등 사회보장제도의 목적 및 기능을 총칭하여 사용하는 개념으로 보면서도, 소득보장의 개념을 확대하여 소득보장적 관점에서 사회보장의 목적에 접근하려고 시도하는 견해가 있다. 이 견해에 따라 산재보험의 『생활보호적 기능』에 초점을 맞추어 접근하는 경우에는 “산재보험이 소득보장·의료보장·개호보장·복지서비스 등의 사회보장적 기능을 수행”하는 것으로 볼 수 있게 된다(岩村正彦, “所得保障法の構造”, p. 4).

35) 日本 學說: 荒木誠之, “社會保障の法的構造”, p. 31.

36) 日本 學說: 靱井常喜, 「社會保障法」, 總合研究所, 1972, p. 41; 靱井常喜는 社會保障法을 「①국가를 책임주체로 하는 ②전국민적 규모로서 ③경제적 빈곤 또는 그 계기가 되는 생활사고를 대상으로 ④소득보장 또는 원호를 통해서 행하는 ⑤종합적 생활보장의 법체계」라고 한다(靱井常喜, 「社會保障法」, エイデル研究所, 1994, p. 5).

37) 日本 學說: 堀勝洋, 「社會保障法總論」, 東京大學出版會, 1994, p. 9.

38) 헌법재판소는 산재보험수급권을 「헌법」 제34조 제2항과 제6항에 근거한 사회보장수급권의 하나라고 한다(헌재 2005.7.21, 2004헌바2; 헌재 2004.11.25, 2002헌바52).

39) 대법원은 “근로자의 ‘업무상 재해’에 대한 손해배상과 아울러 생활보장적 성격도 가지고 있다”고 한다(대법원 1994.5.24, 선고 93다38826 판결 등).

건 보호'의 기능⁴⁰⁾을 하여 왔기 때문에, 산재보험제도는 민사 손해배상제도⁴¹⁾와 사회보장제도의 중간에 위치한 독자의 보상제도로서의 위치를 부여할 수 있다. 산재보험제도는 「헌법」 제32조 제3항에 근거하여 입법된 「근로기준법」상의 재해보상이라는 근로조건을 보험방식으로 보장하는 사회보험으로서, 「헌법」 제34조 제2항·제6항의 관점에서는 사회보장 또는 재해보장에 관한 국가 기본목표를 실현하는 사회보장수급권중 하나의 유형이라고 할 수 있다. 다시 말하여 산재보험은 『업무상 재해』를 당한 근로자가 가지고 있는 사용자에 대한 임금청구권을 보험급여청구권으로 전화하여 보장하는 『사용자 보상책임』으로서의 『손실보전적 기능』과 산업재해 발생이전의 근로관계 생활수준의 유지와 더불어 근로관계에의 조기복귀를 촉진하는 『근로자의 생활보장』으로서의 『생활보호적 기능』등 양면적 기능을 하는 사회보험제도로서, 산업재해로 인하여 경제적·신체적·정신적으로 자율·자립·자기결정 능력이 부족하거나 결여될 위험이 있는 S형·D형·A형 인간을 대상으로 사회가 그들의 자율적인 인격실현을 보장함으로써 「헌법」 제10조가 추구하는 「인간의 존엄과 가치」를 구현하기 위한 사회적 통합노력이라고 할 수 있다.

II. 「산재보험법」의 책임보험법적 구성요소

1. 「산재보험법」의 법적 구조

(a) 산재보험은 근로자의 『업무상 재해』를 신속·공정하게 보상하기 위해 “총자본의 연대에 의한 총노동력의 보호”를 추구하는 재해보장제도로서, 「산재보험법」관계는 근로자를 사용하는 사업(또는 사업장) 단위로 강제적용되며, 재해보장에 있어서는 근로관계의 존재를 전제로 한다. 「산재보험법」관계는 산재보험수급권의 실현을 목적으로 공단과 보험가입자 사이의 권리의무관계를 규율하는 산재보험관계(주로 「고용보험 및 산업재해보상보험의 보험료징수 등에 관한 법률」이 규율), 공단과 피재근로자 사이의 권리의무관계를 규율하는 산재보상관계(산재보험법)의 중층구조로 구성되어 있다. 산재보험관계의 성립으로 사업주인 보험가입자는 보험급여의 재원이 되는 보험료의 지불의무를 부여받게 되며, 이에 대한 반대급부로서 보험가입자의 사업장에 소속된 근로자

40) 헌법재판소는 산재보험급여청구권을 「헌법」 제32조 제3항에 근거한 근로조건 중의 하나로 보고 있다(헌재 1996.8.29, 95헌바36).

41) 대법원 전원합의체 판결은 “「근로기준법」상의 재해보상제도는… (중략)… 재해발생으로 근로자가 입은 손해를 보상케 하려는 데에 그 목적이 있다”고 하면서, 재해보상과 산재보상의 관계에 대해서 “양자의 보상사유는 서로 일치하고… (중략)… 양 법에 의한 유족보상금이나 장의비는 그 성질에 있어서 동일한 것”이라고 하였다(대법원 1981.10.13, 선고 81다351 판결).

는 보험급여의 지급사유가 현실화될 경우에 받게 될 보험급여수급에 관한 권리, 즉 기대권(Anwartschaft)으로서의 법적 지위를 보장받는다. 산재보상관계에서는 산재보험관계의 성립을 법적 원인관계로 하여 보험급여 지급사유가 현실화될 경우에 보험수급권자에게 산재보험급여에 대한 청구권이 주어진다.

(b) 사회보험법관계에 있어서는 국민연금·국민건강보험·고용보험 등과 같이 일정 보험가입기간의 경과 또는 보험료 납부의무라는 제2차적 자격조건을 충족하는 경우에 한하여 보험급여청구권이 구체화되지만, 이와는 달리 「산재보험법」관계에서는 산재보험관계의 성립과 보험급여의 지급사유 발생만으로 구성요건을 충족하여 산재보험급여수급권이 구체화된다. 또한 사회보험법관계에서는 사회보험법관계의 중층구조의 특성상 법적 원인관계인 사회보험관계와 사회급여관계가 병존하는 것이 일반적이지만, 「산재보험법」관계에서는 사업장의 폐업 등으로 인하여 산재보험관계가 소멸하더라도, 수급권자에 대한 보험급여의 지급사유가 계속되는 한, 산재보상관계는 지급사유의 소멸시까지 계속 존속한다. 이처럼 「산재보험법」관계는 산재보험관계의 성립과 유지, 산재보상관계의 계속성 등을 고려할 때 ‘계속적 법률관계’와 ‘쌍방 당사자관계’로서의 ‘계속적인 공법적 청구권관계’로서의 법적 성질을 지니고 있다.

2. 「산재보험법」의 구성 원리

(a) 사회보험법관계에 있어서의 ‘인과적 사회보험법관계’와 ‘합목적적 사회보험법관계’는 「사회보장법」관계의 전반을 지배하는 기본원리이다. 사회보장급여의 법적 원인관계의 설정과 사회보장급여의 개별화·차등화를 합리화하는 이론적 근거가 되는 것이 ‘인과성의 원리(Kausalitätsprinzip)’라고 한다면, 보험급여의 일반화·보편화의 이론적 근거가 되는 것은 ‘합목적성의 원리(Finalitätsprinzip)’라고 할 수 있다. 사회보험법관계는 사회적 위험이 현실화되기 이전에 보험가입자 또는 제3자의 보험료 납부를 통해 법적 원인관계를 성립시키고 당해 사회적 위험이 현실화 하였을 때 보험급여를 통해 생활을 보장한다는 관점에서 ‘인과성의 원리’가 지배하는 대표적 사회보장제도이다. 그러나 일반국민을 대상으로 하는 사회보험법관계와는 달리 근로자·공무원·교직원·군인 등 특수직역의 사회보험법관계에서는 사용자가 보험료를 전액 또는 일부 부담하는데, 이러한 사회보험법관계에는 ‘보상의 원리’와 더불어 ‘보험의 원리’⁴²⁾가 혼재하여 있다. 사회보험법관계는 “동등한 사회적 위험에 처해 있는 공동체 구성원 집단으로

42) 사회보험이 이용하고 있는 보험의 원리는 “다수의 사람들이 장래의 위험으로부터 자신을 보호하기 위해 대수법칙에 입각하여 위험에 상응한 보험료를 지불하고 위험이 현실화 되었을 때 보험료에 상응하는 보험급여를 받게 되는 원리”이다.

하여금 사회적 위험으로부터 스스로 자기를 보호”하도록 하고 있다. 또한 사회보험은 한세대 내의 공동체 구성원들 사이에 시간적으로 위험을 분산하기도 하며, 또는 재정운영방식에 따라 다세대 사이에 위험을 분산하기도 한다. 이러한 관점에서 ‘인과적 사회보험법관계’의 기초를 이루는 ‘인과성의 원리’란 사회보험급여의 지급조건이 되는 법적 원인관계를 충족할 것을 요구하는 것을 말하며, 이 ‘인과성의 원리’는 다시 특정원인을 충족할 것을 조건으로 하여 ‘보상의 원리’가 지배하는 ‘기인성 인과관계원리’와 금전적 반대급여를 조건으로 하여 ‘보험의 원리’가 지배하는 ‘기여성 인과관계원리’로 구분할 수 있다.

(b) 「산재보험법」관계는 임금소득의 상실이라고 하는 생활위험을 주로 현금급여를 통해 보장하고 있으며, 이것이 「산재보험법」이 보험의 기술을 이용하여 생활보장을 행하는 이유 중의 하나이다. 그러나 비록 「산재보험법」이 보험의 기술을 이용한다고 할지라도 이는 근로자의 생활위험보장이라는 「산재보험법」의 목적을 실현하기 위한 하나의 수단에 불과하다. 따라서 생활위험이 근로자에게 미치는 위험도는 획일적 기준에 의해서가 아니라, 종전의 생활수준을 차등적으로 파악하는 데에서 생활보장급여의 정형화를 이룰 수 있다. 예를 들면 상병을 원인으로 하는 노동불능에 의한 소득의 감소·정지는 생활수준을 저하시켜 생활침해를 초래하며, 이 경우 근로자의 생활위험급여는 재해발생 이전의 평균임금을 기준으로 함으로써 그 생활수준에 상응한 보장을 용이하게 행할 수 있는 것이다. 따라서 「산재보험법」관계에 있어서 소득보장적 기능을 하는 산재보험의 휴업급여·장해급여·유족급여 등의 생활위험급여는 『사용자 보상책임』이라는 특질 때문에 ‘인과관계원리’에 의해 지배받게 된다. 「산재보험법」관계는 원칙적으로 ‘기인성 인과관계원리’와 ‘기여성 인과관계원리’의 양자가 모두 적용된다. 산재보험급여 지급사유가 되는 『업무상 재해』가 되기 위해서는 당해 재해가 ‘업무상의 사유에 의한 근로자의 부상·질병·장해·사망’에 해당하여야 한다. 「산재보험법」관계가 ‘기인성 인과관계의 원리’에 기초하여 지급사유의 발생을 『업무상 재해』라는 법정인과관계에 한정시키는 것은, 「산재보험법」관계 특유의 『사용자 보상책임』이라는 근로관계적 특질에서 비롯된 것이다. 따라서 「산재보험법」의 ‘기인성 인과관계의 원리’는, 첫째 산재보험 적용사업장의 근로자에 해당할 것을 요구하는 구성요건의 충족, 둘째 근로자의 업무와 재해 사이의 상당인과관계의 존재 등의 요건을 충족할 것을 요구한다. 한편 산재보험급여를 산재보험료에 대한 반대급여로 이해할 때에는 「산재보험법」관계도 ‘기여성 인과관계의 원리’가 적용되게 된다. 「산재보험법」관계의 ‘기여성 인과관계의 원리’는 평균임금을 기초로 산정하는 휴업급여·장해급여·유족급여 등에 있어서 산재보험수급권자 사이에 보험급여수준의 차등화를 위한 이론적 기초가 된다. 산재보험가입자는 산재보험관계의 성립과 동시에 산재보험료 납부의무를 부담하기 때문에, 산재보험의 제3자 보험으로서의 특성상 산재보험급여는 추상적으로 산재보험료에 대한 반대급여로서

의 성질도 갖는다. 즉 피재근로자가 산재보험급여를 수령할 자격을 갖기 위해서는 산재보험관계의 성립이 전제가 되므로 「산재보험법」관계에서도 ‘기여성 인과관계의 원리’를 필요로 하게 된다. 산재보험가입자가 산재보험료 납부의무를 이행하지 아니하면, 국제징수법에 예에 의한 제납처분을 통해 산재보험료를 징수 당하게 된다.

3. 「산재보험법」의 책임보험 요소

(1) 『사용자 보상책임』의 성격

산재보험은 사업 또는 사업장 단위별 강제가입을 통해 사업주가 보험료 전액을 부담하고, 보험료율은 사업의 위험등급에 따라 차등부과 되며, 산재보험관계에 있지 아니한 피재근로자를 수급권자로 한다는 점에서 근원적으로 제3자 보험으로서의 책임보험적 성격을 갖고 있다. 산재보험의 태생적 본질과 역사적 전개과정이라는 측면에서 접근할 때 산재보험의 책임보험적 요소가 많이 존재하겠지만, 여기에서는 산재보험의 『사용자 보상책임』이라는 중핵요소를 支持하는 4가지의 구조에 국한하여 살펴보고자 한다. 첫째 보험급여 비용의 사업주 전액부담 문제, 둘째 『업무상 재해』의 인과관계 판단 문제, 셋째 보험급여의 상대적 우위성 및 정형성 문제, 넷째 보험급여액에 상당하는 사업주의 손해배상 면책 문제 등으로서 이들은 『사용자 보상책임』을 支持하면서 상호간에 밀접하게 연계되어 있다.

(2) 보험급여비용의 사용자 전액 부담

(a) 산재보험급여에 소요되는 비용의 부담 문제는 산업재해에 대한 『사용자 보상책임』의 귀속과 불가분의 관계에 있다. 산재보험에서 보장하는 보험사고는 사업주의 사업활동에 수반하여 발생하는 위험에 국한되며(『업무상 재해』또는 『업무상 질병』), 근로자의 私生活上의 위험은 보험사고에 포함되지 아니한다. 이와 같이 산재보험의 보험사고 범위가 사업주의 사업활동상 위험에 한정되는 점, 사업활동 상 최적의 손해회피자는(the best loss avoider) 사업주라는 점⁴³⁾ 등이 사업주만을 보험사업의 재원부담자로 하는 무과실책임의 근거가 되고 있다.

(b) 이러한 무과실책임에 대한 이론적 근거는 위험책임설·보상책임설·원인책임설·구체적 공평책임설 등이 있으며,⁴⁴⁾ 산재보상의 무과실책임은 대륙법 계통에서의 위험책임

43) 山口浩一郎, 『勞災補償の諸問題』, 有斐閣, 2002, p. 18.

44) 危險責任說은 위험시설의 소유자가 이로부터 발생하는 손해에 대하여 절대적 책임을 져야 한다는 이론이다. 즉 위험물의 관리자에게 절대적 주의의무를 부과하려는 견해이다. 報償責任說은 근로자의 노동력을 지배함으로써 생기는 이익의 귀속자에게는 그 곳에서 발생하는 손실도 마땅히 귀속되어야 한다는 견해이다. 原因責任說은 물적 시설 등에 의하여 손해의 원인을 발생시킨 자가 그로부터 생긴

(Gefährdungshaftung),⁴⁵⁾ 영미법계통의 엄격책임(Strict liability)⁴⁶⁾과 비교될 수 있는 개념으로서, 무과실책임에 관한 학설 중 위험책임설과 보상책임설은 노동관계의 법구조와 관련하여 직업위험이론(rique professionnel)으로 발전하여 산재보상책임의 기본원리가 되었다. 이처럼 산재보험은 적용사업의 근로자를 피보험자로 하는 방법을 사용하지 아니하고 사업주만을 대상으로 산재보험관계를 구축하고 있다.⁴⁷⁾ 그렇다면 「고용보험 및 산업재해보상보험의 보험료징수 등에 관한 법률」(이하 ‘보험료징수법’이라 한다) 제13조에서 “보험사업에 드는 비용에 충당하기 위하여 보험가입자로부터 보험료를 징수”하도록 규정하여 사업주에게만 보험료를 부담하도록 한 것은 『사용자 보상책임』법리에 근거한다⁴⁸⁾ 입법방식이라고 할 수 있을 것이다.

(c) 이러한 관점에서 보험료라는 형식의 보험사업 비용의 부담은 “총자본의 연대에 의한 총노동력의 보호”라는 사회적 연대책임의 제도적 표현이 되고, 보험료의 납부는 그 연대책임의 분담형식이 된다. 다시 말하여 사업주는 다른 사업 또는 사업장에서 발생한 재해에 대해서도

손해를 배상하여야 한다는 견해이다. 具體的 公平責任說은 손해를 가해자와 피해자에게 구체적 사정에 따라 공평하게 분담시켜야 한다는 견해이다. 자세한 내용은 김형배, 「노동법」(제13판, p. 381; 박윤직, 「채권각론」, pp. 463~467; 강영호, “재해보상의 법적 성질과 재해보상요건”, p. 607; 윤진영, “재해보상과 과실책임”, pp. 110~111; 이상국, 「산업재해보상보험법」, pp. 18~19; 이상국, “산재보험급여의 구상권에 관한 연구”, pp. 25~29 참조.

45) 危險責任(Gefährdungshaftung)이란 특별히 위험한 시설이나 물질을 운영·보유하는 자가 그 위험원으로부터 발생된 손해를 가해행위의 위법성이나 유책성의 유무에 불구하고 배상해야 할 책임을 말한다. 危險責任에 있어서의 위험의 개념표지로서, 첫째 일정한 손해의 발생이 그 행위나 활동의 특징적 속성이라 할 수 있고, 둘째 해당 시설, 물질 또는 활동으로 인한 손해가 발생한 때에는 양적으로나 질적으로 중대한 결과를 초래하게 된다는 점이다(Ottinger, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 1. Bd., AT. 4. Aufl., 1975, S.20f.); 김형배, “위험책임에 있어서의 사용자책임”, 「안암법학」 제1집, 1993.8, p. 428 참조.

46) 미국의 불법행위에 관한 §519~524 Restatement of the law of Torts(general principle) 참조; 특히 제520조는 嚴格責任에 관한 일반적 구성요건을 규정하여 비정상적인 위험한 행위로 인하여 발생한 손해에 대해서는 그 행위자가 그 손해의 방지를 위하여 아무리 주의를 기울였다 하더라도 배상할 책임을 지도록 규정하고 있다; 비정상적인 위험한 행위의 판단 기준은 ①고도의 위험의 존재(existence of a high degree of risk), ②심각한 손해발생 가능성(likelihood that the harm results from it will be great), ③합리적 주의의무에 의한 위험제거 불가능성(inability to eliminate the risk by the exercise of reasonable care), ④일반적 관행의 범위에 해당하지 아니할 것(extent to which the activity is not a matter of common usage), ⑤장소의 부적합성(inappropriateness of the activity to the place where it is carried on), ⑥위험한 행위가 사회적 가치에 비추어 월등히 크지 아니할 것(extent to which its value to community is outweighed by its dangerous attributes) 등 6가지의 요인이다(김상용, “엄격책임”, 「사법행정」 제325호, 한국사법행정학회, 1988.1, p. 118).

47) 日本 學說: 岩村正彦, “所得保障法の構造”, 「所得保障法」講座社會保障法 第2卷, 日本社會保障法學會, 法律文化社, 2001, p. 3ff.; 김유성, 「한국사회보장법론」[제4판], 법문사, 2000, p. 278; 김유성 교수는 “피해자를 피보험자로 하지 않는 것은 본래 사용자가 부담하여야 하는 재해보상책임을 보험급여로서 이행한다고 하는 일종의 책임보험적 성격에서 비롯된 것”이라고 한다.

48) 日本 學說: 良永彌太郎, “勞災補償と損害賠償の新たな關係”, 「健康・安全と家庭生活」第7卷, 日本勞働法學會, 有斐閣, 2001, p. 55.

보험급여에 소요되는 비용을 보험료로서 부담하게 되는데, 이는 사업주가 근로관계의 일방 당사자인 사업주로서의 지위를 획득함과 동시에 분담하게 되는 사회적 책임이라고 할 것이다.⁴⁹⁾

(3) 『업무상 재해』의 인과관계 판단

(a) 산재보험의 『업무상 재해』인과관계 판단 구조는 『사용자 보상책임』의 설정과 관계되는 문제이다. 산업재해는 사용자 또는 근로자 개개의 의사나 행위를 초월하는 요인을 내포하고 있기 때문에 자본주의 경제사회의 근로관계에서 불가피하게 발생하는 필연적 사회현상⁵⁰⁾이라고 할 수 있다. 따라서 근로자가 근로계약에 기초하여 사용자의 지휘명령에 구속되고 있는 동안, 업무에 의하여 재해가 발생한 경우에는, 산업재해 발생의 원인이 되는 사업을 행하여 당해 사업으로부터 이익을 얻고 위험을 관리하는 입장에 있는 사용자가 그 위험을 부담하는 것이 사회적 형평에 합치한다.⁵¹⁾

(b) 이와 같은 관점에서 근로자의 상병 등이 『업무상 재해』로 인정되는 경우에만 산재보험 급여 청구권이 발생한다(법 제5조 제1호). 여기에서의 『업무상 재해』란 “업무에 내재하고 있던 위험 또는 업무에 통상 수반하고 있는 위험이 업무로 인하여 구체화된 것”을 말한다. 『업무상 재해』는 업무와 상병 등의 사이에 일정한 인과관계를 필요로 하며, 인정실무상 이러한 요건을 『업무기인성』이라고 한다. 이러한 『업무기인성』은 “근로관계를 장으로 하여 성립하는 인과관계”이다. 그리고 상병 등에 『업무기인성』을 인정하기 위해서는 상병이 “당해 근로계약관계 하에 있을 것을 조건으로 해서 발생할 것”을 필요로 한다. 이것을 인정실무상 『업무수행성』이라고 하는데, 이러한 『업무수행성』은 “근로자가 근로계약에 기초하여 사업주의 지배하에 있는 상태를 가리키는 관계개념”이고, 근로자의 구체적인 업무수행 행위 혹은 시간적 내지 장소적 상태를 가리키는 것이 아니다. 결국 『업무수행성』이 『업무기인성』의 조건을 이루고 있고, 『업

49) 荒木은 “산업재해에 대한 보상비용은 전통적으로 기업책임의 원칙에서 사용자에게 비용을 부담하여 왔으며, 직접보상제를 취한 영국의 노동자보상법, 日本의 공장법과 노동기준법상의 재해보상은 물론이고, 최초부터 사회보험방식을 채용한 독일의 재해보험법에서도 보상비용은 기업의 경영주체(사용자)가 부담”, “산업재해에 대한 보상책임은 사업주가 일반국민의 입장에서 부담하는 책임이 아니라 근로관계상의 「사업주」라는 법적 지위에 기초하여 발생한 책임”이라고 한다(荒木誠之, 『勞災補償法の研究』, pp. 91-92 참조).

50) 김진웅, “현행 노동재해보상제도의 구조와 법적 성격”, 『노동법과 노동정책』(탄은김진웅박사화갑기념논문집), 일신사, 1985, p. 332; 박세일, “산업재해문제에 대한 범경제학적 접근”, 『노동법의 제문제』(가산김치선박사화갑기념논문집), 박영사, 1983, pp. 432-433; 窪田隼人, “勞災補償の本質”, 『勞働災害補償法論』, 法律文化社, 1985, p. 3; 桑原昌宏, “勞災補償法論”, 『勞働法の基本問題(下)』(沼田稻次郎還曆記念論文集), 総合労働研究所, 1974, p. 585.

51) 日本 學說: 西村健一郎, “勞災職業病の変容と勞災保險”, p. 203; 西村은 이와 같이 「사용자의 재해보상책임」의 접근에 있어 ‘보상책임’과 ‘위험책임’ 및 ‘공평책임’의 결합을 시도하고 있다.

무수행성』은 『업무기인성』의 제1차적 판단기준이 된다. 다시 말하여 『업무수행성』이 없으면 『업무기인성』도 성립하지 아니하지만 『업무수행성』이 있더라도 당연히 『업무기인성』이 있는 것은 아니다. 예컨대 업무를 기회요인으로 하여 발생한 재해 또는 근로자의 자의적인 행동에 의해서 초래한 재해 등은 보상의 대상이 되지 아니 한다. 그와 같은 재해를 보상대상에 포함시키는 것은 오히려 사회적 공평의 이념에 반하기 때문이다.⁵²⁾ 입법자는 “『업무상 재해』의 인과관계 판단”의 구조를 근로자의 “『업무상의 사유』에 따른 상병 등”이라는 형식으로 규정하고(법 제52조 제1호), 근로자가 종사하고 있는 업무와 근로자의 상병 등의 사이에 경험칙상 상당하다고 인정할 만한 “상당인과관계의 유무에 대한 판단”의 형식으로(법 제37조), “『업무상 재해』의 인과관계 판단구조”를 입법하였다.

(4) 보험급여의 상대적 우위성 및 정형성

(a) 산재보험급여의 상대적 우위성 및 정형성은 산재보상의 민사 손해배상에 대한 대체 또는 보완이라는 『사용자 보상책임』에 그 기원을 두고 있다. 「근로기준법」의 재해보상책임과 「산재보험법」의 산재보상책임은 민사책임법의 특별법으로서 사용자에게 무과실보상책임을 부담시키는 입법과정에서 출발하여 역사적·법리적으로 전개·발전되어 왔다. 즉, ‘업무에 기인하는 위험’만을 보장한다는 『사용자 보상책임』의 특성 때문에 이후 발족된 건강보험·국민연금 등 사회보험급여보다 높은 수준의 보상을 제공하여 왔으며, 제2차 세계대전 후에 ‘산업재해보상’이 사회보장제도에 접근하여 강제보험화한 후에도 대부분의 국가에서 다른 사회보험급여에 비하여 산재보험급여의 유리성이 유지되고 있다.⁵³⁾ 이는 일반 사회보험이 수국민을 대상으로 ‘국민의 인간다운 생활’, 즉 ‘건강하고 문화적인 최저생활’ 또는 ‘인간다운 품위 있는 생활’의 이념에 구속되어 있는 동안, 산재보험은 산업재해위험의 신속·공정한 보상을 목적으로 무과실책임에 의한 피재근로자의 실질적 손해전보를 추구하면서, 한편으로는 손해액의 범위에 대한 법원의 주관적 판단을 배제하기 위해 정율·정액의 보상기준을 설정하여 발전시켜 온 데에 기인한다.

(b) 산재보험은 피재근로자의 직접손해인 치료비 등 요양급여에 대해서는 손손해를 보전하고, 간접손해 중 단기적 임금소득의 상실에 대해서는 휴업급여로서 피재근로자 본인의 사회적 활동비용 상당액을 공제한 일정액을 보상하고 있다. 그리고 장기적 임금소득의 상실에 해당하는 장해급여에 대해서는 노동능력 상실율을 적용하여 重度 장해에 대해서는 정기금급부의 연

52) 日本 學說: 西村健一郎, “勞災職業病の変容と勞災保險”, p. 203.

53) 日本 學說: 岩村正彦, “勞災保險政策の課題”, p. 24: 岩村은 특히 日本과 같이 사회보험방식을 채용한 독일과 프랑스 등을 예로 들고 있다.

금방식으로, 輕度の 장애에 대해서는 일시금방식으로 각각 손해를 보전하고 있다. 그리고 피재근로자 가족의 부양소득상실에 대해서는 원칙적으로 정기금급부에 의한 연금방식으로 손해를 전보하여 그 가족의 안정적 생활을 도모하고 있다. 이처럼 산재보험급여는 피재근로자의 직접적 또는 간접적 손해를 보전하기 위해 재해발생 이전의 임금소득 상당액의 가치를 보험급여청구권으로 전화하여 보장하고 있는 것이다.

(c) 따라서 산재보험의 제반 소득보장급여는 보험급여수급자간의 형평성 제고를 위해 『최고·최저 보상기준 금액』등이 한정되어 있는 경우를 제외하고는 평균임금에 일정율을 곱하여 보험급여액을 산정하는 정율방식으로(법 제3장) 정형화⁵⁴⁾ 되어 있다. 그리고 산재보험은 소득상실에 대해 손손해를 전보하지 아니하는 것은 근로자측의 과실에 상당하는 부분을 근로자측에 일정부분 부담시키고자 함⁵⁵⁾과 더불어, 종래의 임금수준 전액을 지급할 경우에 발생할 수 있는 직업복귀의욕의 감퇴를 회피하고자 하는 측면과,⁵⁶⁾ 개별 사업주의 보험료 부담을 경감하여 『사용자 보상책임』을 완화하려는 측면이 있다.

(5) 사용자의 손해배상책임 면제

(a) 사용자의 손해배상책임 면제는 『사용자 보상책임』의 충족, 즉 손해전보의 범위와 관련된 문제이다. 의무보험으로서의 산재보험은 「강제(Zwang)와 보장(Sicherung)」이 교환되는 영역으로서 공권력의 개입배제를 요청하는 자유권적 기본권과 근로자의 생존권을 보장하는 사회적 기본권이 상호 교차·충돌하게 되므로, 근본적으로 「헌법」상의 기본권충돌(Grundrechtskollision) 문제를 내포하고 있다. 기본권충돌이란 복수의 기본권주체를 전제로 하여 원칙적으로 국가에 대하여 기본권을 주장하는 경우를 말하는 것으로서, 국가 공권력이 私人的 기본권을 보호하려는 의도를 가지고 이와 대립하는 私人的 기본권을 제한하는 경우를 의미한다.

(b) 국가가 산재보상을 통하여 피재근로자의 생존권을 보장하고자 사업주로 하여금 산재보험료를 강제 납부하도록 하여 재산권 행사를 제약한다면 근로자의 생존권과 사업주의 재산권 간에 기본권충돌 문제가 발생한다. 즉 산재보험료 납부라는 「법적 원인관계」의 성립을 법률로 강제할 경우, ‘추상적’으로 수요상황이 야기된다는 전제 하에 사업주는 보험료액에 상당한 재

54) 보험급여의 정형화는 보험급여의 수준이 과실율에 따라 일실이익의 전부에 미치지 못하도록 하는 단점이 있지만, 오히려 일실이익이 보험급여에 미치지 못하는 피재근로자의 생활보장에 기여하고, 행정적으로는 보험급여 지급사무를 신속·공정하게 하는 역할을 하고 있다.

55) 日本 學說: 岩村正彦, 「勞災補償と損害賠償-英國・フランス法との比較法的考察」, 東京大學出版會, 1984, p. 235ff.

56) 日本 學說: 保原喜志夫, “勞災補償責任の法的性格”, 「現代勞働法講座」第12卷, 總合勞働研究所, 1983, p. 285: 保原은 “노재보험급부가 전손해를 전보하지 아니하는 것은 피재근로자의 노동인센티브를 손상하는 것을 피하고자 하는 측면이 있다”고 지적한다.

산권의 가치가 감소하고 근로자는 보험급여에 상당한 재산권의 가치가 증가된다. 이러한 문제를 해결하기 위해 『실제적 조화의 원리』(praktische Konkordanz)⁵⁷⁾에 따라 사업주의 손해배상책임을 면제하고, 근로자의 손해배상 청구를 제한하면, 다시 사업주의 재산권 가치가 증가하고 근로자의 재산권 가치가 감소하게 된다. 즉 손해배상책임의 면제를 매개로 사용자의 재산권과 근로자의 생존권이 모두 본질적인 내용이 훼손되지 아니하면서, 각각의 기본권적 효력이 최적의 상태에 이르게 된다.⁵⁸⁾ 이에 따라 입법자는 「산재보험법」 제80조 제1항에서 재해보상책임의 면제를, 동조 제2항에서 민법 기타 법령에 의한 손해배상책임의 면제를, 제3항에서 산재보상책임의 면제를 각각 규정하고 있다. 「산재보험법」 제80조 제1항 내지 제4항과 「근로기준법」 제87조에 의해 재해보상책임과 손해배상책임, 산재보상책임의 병급조정은 상호보완관계를 전제로 각각 산재보상의 금액을 한도로 하게 되며, 이러한 구조는 실무적으로 ‘사용자의 이중 부담 방지’와 ‘피재자의 중복전보 제한’의 원리로 실현되고 있다.

4. 검토의견

(a) 산재보험의 목적은 『업무상 재해』의 신속·공정한 보상(법 제1조)을 통한 근로자와 그 가족의 ‘손실전보’와 ‘생활보호’라고 할 수 있다. 「산재보험법」 제1조의 『업무상 재해』를 구체화하여 「산재보험법」 제5조에서는 『업무상의 사유』라는 개념표지를 설정하고, 제37조에서는 『업무상 재해 판정』을 위한 징표들을 예시열거 하였으며, 제3장에서는 요양급여·휴업급여·장해급여·유족급여 등 각 보험급여의 종류별로 『업무상의 사유』를 판단하여 보험급여를 지급하도록 하고 있다. 그리고 “신속·공정한 보상”에서의 『보상』은 ‘배상’에 대응하는 개념으로서 「산재보험법」이 ‘불법행위책임’ 또는 ‘채무불이행책임(안전배려의무위반)’의 과실책임을 무과실책임으로 전화하여 ‘보상’하겠다는 의도를 표현한 것으로서, 「근로기준법」의 재해보상과 같은 법적 성질을 갖는 ‘보상’을 의미한다. “신속·공정한 보상”에서의 ‘신속’은 역사적 전개 과정과 그 입법취지에 비추어 판단할 때, 피재근로자의 생활보호를 위해 民事소송 절차에 의하여 권리를 구제받는 民事손해배상과 「근로기준법」의 재해보상에 비하여 보다 ‘신속’하게 보상한다는 의미를 갖는 것으로 해석할 수 있다. “신속·공정한 보상”에서의 ‘공정’이라는 개념은 보험급여액에 대한 법원의 주관적 가치판단을 배제하고 ‘보상’을 객관적으로 정형화하겠다는 의미를 지니고 있다. 그리하여 「산재보험법」 제3장에서는 보험급여 산정기준을 평균임금으로

⁵⁷⁾ Hesse, K., *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 18. Aufl., Heidelberg 1991, Rdnr. 72.; 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2002, p. 325.

⁵⁸⁾ 오선균, “산재보험의 역할과 기능의 재구성-산재보험 적용차별을 중심으로”, 『노동법학』 제22호, 한국노동법학회, 2006.6., pp. 315-320, 참조.

구체화함과 동시에 보험급여액의 정율·정액화를 통해 보상내용에 대한 법원의 주관적 가치 판단을 배제하였다.

(b) 이와 같이 「산재보험법」의 법적 구조를 살펴 볼 때, 산재보험은 “근로자의 『업무상의 사유』에 의한 근로자의 부상·질병·장해·사망 등에 따른 임금소득의 감소 또는 상실에 대해 민사 손해배상의 과실책임은 산재보상의 무과실책임으로 전화하여 민사 손해배상 또는 「근로기준법」의 재해보상과는 달리 민사소송절차에 의하지 아니하고, 정형화된 보험급여를 통해 신속하고 공정하게 보상”하는 구조로 설계되어 있다. 그리하여 「산재보험법」은 보험원리에 의한 『사용자 보상책임』의 담보라는 법적 성질을 토대로, 「산재보험법」관계는 보험료를 법적 원인관계로 하는 ‘기여성 인과관계’와 『업무상 재해』를 법적 원인관계로 하는 ‘기인성 인과관계’ 등의 ‘인과성 원리’가 적용되게 된다. 「산재보험법」관계에 있어서의 ‘인과성의 원리’는 피재근로자의 평균임금 수준에 따른 산재보험급여의 차등화를 통해 재해발생 당시의 구체적 생활수준을 유지할 수 있는 보험급여가 지급되는 점, 보험료에 상응한 형평적인 보험급여가 지급되는 점 등의 장점이 있다. 반면, 평균임금의 고저에 따라 보험급여의 차등폭이 심화되는 점, 동일한 노동능력상실 또는 신체장해에 대해서도 차등적인 보험급여가 지급되는 등의 문제점도 내포하고 있다. 이에 따라 입법자는 이러한 문제를 해결하기 위해 ‘기여성 인과관계의 원리’를 완화하여 저소득자와 고령자, 고소득자의 보험급여액을 조정함으로써 생활위험급여의 차등폭을 축소하기 위한 규정들을 마련하는 등 「산재보험법」관계에 있어서 ‘합목적성 원리’의 적용이 시도되고 있다.

Ⅲ. 「산재보험법」의 「사회보장법」적 구성요소

1. 「산재보험법」의 목적과 성격의 변천

(1) 「산재보험법」목적의 변천

(a) 「산재보험법」의 목적과 관련하여 1963.11.5. 제정법(법률 제1438호) 제1조에서 “이 법은 「사회보장에 관한 법률」에 의하여 산업재해보상보험사업(이하 ‘보험사업’이라 한다)을 행함으로써 근로자의 업무상의 재해를 신속하고 공정하게 보상함을 목적으로 한다”라고 하여 산재보험사업의 근거를 「사회보장에 관한 법률」에 두었다. 이어 1970.12.31. 제1차 개정법률(법률 제2271호)은 「산재보험법」 제1조를 “이 법은 「사회보장에 관한 법률」 및 「근로기준법」에 의하여 산업재해보상보험사업(이하 ‘보험사업’이라 한다)을 행함으로써 근로자의 업무상 재해를 신속하고 공정하게 보상하고 이 사업에 필요한 시설을 설치하는 것을 목적으로 한다”라고 개정하였다. 이는 「

산재보험법」의 「사회보장에 관한 법률」과의 관계에서 특별법적 성격을 명시함과 더불어 「근로기준법」과의 관계에서 책임보험법적 성격을 확인하고, 동시에 「산재보험법」의 기능을 확장하여 산재보험시설을 설치·운영할 수 있는 법적 근거를 마련한 것이라고 할 수 있다. 1976.12.22. 제3차 개정법률(법률 제2912호)은 「산재보험법」 제1조를 “이 법은 산업재해보상보험사업(이하 ‘보험사업’이라 한다)을 행하여 근로자의 업무상의 재해를 신속하고 공정하게 보상하고 이에 필요한 보험시설을 설치·운영함으로써 근로자 보호에 기여함을 목적으로 한다”라고 개정하여 「산재보험법」을 일반법인 「사회보장에 관한 법률」 및 책임법인 「근로기준법」으로부터 분리함으로써 「산재보험법」에 독자적 재해보상법으로서의 역할을 부여하였다.

(b) 1986.5.9. 제8차 개정법률(법률 제3818호)은 제1조의 “보험시설을 설치·운영함으로써”를 “보험시설을 설치·운영하며, 재해예방 기타 근로자의 복지증진을 위한 사업을 행함으로써”로 개정하여, 기존의 산재보상과 보험시설의 설치 운영사업 이외에 재해예방 및 기타 근로자의 복지증진사업의 영역을 추가하였다. 1999.12.31. 제18차 개정법률(법률 제6100호)은 「산재보험법」 제1조를 “이 법은 산업재해보상보험사업(이하 ‘보험사업’이라 한다)을 행하여 근로자의 업무상재해를 신속하고 공정하게 보상하고, 재해근로자의 재활 및 사회복귀를 촉진하기 위하여 이에 필요한 보험시설을 설치·운영하며 재해예방 기타 근로자의 복지증진을 위한 사업을 행함으로써 근로자 보호에 이바지함을 목적으로 한다”로 개정하여 현재에 이르고 있다. 이 개정에 따라 재해근로자의 재활과 사회복귀 촉진이 산재보험사업의 영역에 추가되었다.

(2) 「산재보험법」성격의 변천

(a) 「산재보험법」의 성격과 관련하여 1963.11.5. 제정법(법률 제1438호)은 제11조 제1항을 “제9조 제1항의 규정에 의한 보험급여는 「근로기준법」 제78조 내지 제80조와 제82조 내지 제84조에 규정된 재해보상의 사유가 발생한 때에 지급한다”라고 하고, 제2항을 “일시급여는 요양급여를 받는 근로자자가 요양개시 후 2년을 경과하여도 부상 또는 질병이 완치되지 아니하는 경우에 노동청장이 필요하다고 인정하는 때에 이를 지급한다”라고 하였다. 이 규정은 「산재보험법」의 「근로기준법」에 대한 책임보험법으로서의 법적 성질을 명확히 하면서 「근로기준법」상 일시보상과의 형평을 기하기 위하여 마련된 규정이다. 그러나 이 규정은 산재보험수급권자의 보험급여청구권에 관한 규정이 결여되어 문제를 안고 있었기 때문에, 1970.12.31. 제1차 개정법률(법률 제2271호)에서는 제11조 제1항을 제9조 제2항으로 조문변경하면서 “전항의 규정에 의한 보험급여(일시급여를 제외한다)는 「근로기준법」 제78조 내지 제80조와 제82조 및 제83조에 규정된 재해보상의 사유가 발생한 때에 보험급여를 받을 자(이하 ‘수급권자’라 한다)의 청구에 의하여 이를 지급한다”라고 하였다. 즉, 「근로기준법」상의 재해보상의 사유가 발생한 때에 보험급여를 지급하도록 하였던 기존의 입법태도를 유지하면서, 산재보험수급권자의 청구에 의해 보험급여를 지급하도록 개정하였다. 이어서 1999.12.31. 제18차 개정법률(법률 제6100호)은 제38조 제2항을 개정하여 종래의 “「근로기준법」에 규정된 재해사유가 발생한 때에”를, “제1항의 규

정에 의한 보험급여는 제40조·제41조·제42조의3·제43조·제44조 및 제45조의 규정에 의한 보험급여를 받을 수 있는 자(이하 ‘수급권자라 한다)의 청구에 의하여 지급한다”라고 개정하여, 그 동안의 「근로기준법」상의 책임보험법으로서의 법적 성질을 탈피하여 「근로기준법」과는 별개의 지급사유를 규정하였다.

(b) 산재보험의 적용대상과 관련하여 1963.11.5. 제정법(법률 제1438호) 제4조는 “이 법은 「근로기준법」의 적용을 받는 사업 및 사업장(이하 ‘사업’이라 한다)에 대하여 이를 적용한다. 그러나 위험률, 사업의 규모 등을 참작하여 각령으로 정하는 사업은 예외로 한다”라고 하였다. 이는 「근로기준법」의 적용대상과 「산재보험법」의 적용대상을 일치시키고자 하는 입법의도와 더불어, 재해율이 낮은 사업 또는 그 규모가 적은 사업장에 대한 적용제의 범위를 시행령에 위임하고, 이들 사업장에 대하여는 예외적으로 임의적용이 가능토록 하여 산재보험적용의 기술적 문제 등을 해결하기 위한 것이었다. 1989.4.1. 제9차 개정법률(법률 제4111호)은 제4조의 “ 「근로기준법」의 적용을 받는 사업”을 “모든 사업”으로 개정하고, 이어 1999.12.31. 제18차 개정법률(법률 제6100호)은 제5조의 “모든 사업 또는 사업장(이하 ‘사업’이라 한다)”을 “근로자를 사용하는 모든 사업”으로 개정하였다. 이는 「산재보험법」의 적용범위를 「근로기준법」보다 더 폭넓게 규정하여 “근로자를 사용하는 모든 사업”으로 산재보험의 적용을 확대하고, 고용보험 등 타 사회보험과 적용범위를 일치시켜 사회보험으로서의 사각지대를 최소화하기 위한 것이다.⁵⁹⁾ 그러나 「산재보험법」은 여전히 제1조의 “근로자 보상”이라는 법 목적의 기준적 영향력으로 인하여 적용범위가 “근로자를 사용하는 사업”에 국한되는 한계를 안고 있다.

2. 「산재보험법」의 합목적성 원리

(a) ‘합목적적 사회보험법관계’에 있어서 사회보장급여의 지급조건이 되는 기인성·기여성 인과관계의 존부를 판단하지 아니하고 요보호상태만을 고려하여 사회적 보호가 필요한 자에게 사회보장급여를 지급하거나, 사회보장급여의 수준을 결정하는 원칙을 ‘합목적성의 원리(Finalitätsprinzip)’라고 한다. ‘합목적성의 원리’는 공공부조·사회복지를 지배하는 기본원리인데, ‘인과성의 원리’가 지배하고 있는 사회보험법관계에서도 ‘합목적성의 원리’가 적용될 수 있는지 여부가 문제된다. 「사회보장법」관계에 있어서의 ‘합목적성의 원리’는 과거 중세사회에 있어서의 공공 질서유지 차원에서 행하여진 구빈의 관념에서 벗어나, 사회적 위험에 처한 국민의 요보호상태를 합목적적으로 해소하기 위한 ‘사회적 부양이념’을 기초로 하고 있다. 따라서

⁵⁹⁾ 산재보상제도의 변천과정에 대하여는 오선균, “산재보험법 40년 법제사”, 『산재보험의 과거, 현재 그리고 미래』(산재보험 시행 40주년 기념 논문집), 근로복지공단, 2004, 243~307쪽 참조.

사회적 보호를 목적으로 개인의 요보호상태를 중시하는 ‘합목적성의 원리’는 ‘기인성·기여성 인과관계’에 의존하는 사회보험법관계에는 적용되기 어려운 측면이 있다. 그러나 사회보험법 관계의 ‘가입강제·소득재분배·국가의 관장·공법적 청구권’ 등의 특성은 ‘합목적성의 원리’에 기초하여 사회적 보호를 행하기 위한 것으로서, 엄격한 ‘인과성의 원리’에 기초하여 계약의 자유와 사적 자치를 원칙으로 하는 私保險의 보험관계와는 근본적으로 그 법적 성격을 달리한다. 또한 현대의 근로자를 대상으로 하는 국민건강보험·국민연금 등의 사회보험은 보험료에 대한 대가성뿐만 아니라 『사용자 보상책임』을 예정하고 있어 그 반대급여성이 점차 완화되어 가고 있는 실정이다.⁶⁰⁾

(b) 오늘날 사회보험법 내에서 상대적으로 私法상의 손해배상적 성질을 강하게 지니고 있는 『산재보험법』관계에서도 『손실보전적 기능』뿐만 아니라 『생활보호적 기능』이 점차 현저해지고 있다. 『산재보험법』관계의 『손실보전적 기능』은 엄격한 의미에서의 ‘인과성의 원리’가 적용되지만, 반면 『생활보호적 기능』에는 ‘합목적성의 원리’가 삼투한 것으로 볼 수 있다.⁶¹⁾ 산재보험의 생활위험급여⁶²⁾에도 소득격차 해소를 위한 소득재분배적 기능과 더불어 보험급여의 연금화, 급여수준의 실질가치보장 등 생활보장적 기능이 더하여져 ‘인과성의 원리’가 완화되고 있으며, 요양급여·간병급여·재활급여 등 생활장해급여의 경우에는 ‘합목적성의 원리’가 강한 영향력을 보이고 있어, 『산재보험법』관계에서도 양 원리가 혼재하는 현상이 나타나고 있다. 이처럼 『산재보험법』관계에서도 ‘특수형태근로종사자에 대한 근로자성 인정의 확대’, ‘업무상 질병 인정기준의 확대’ 등으로 인해 ‘기인성 인과관계의 원리’가 점차 희석되고 오히려 ‘합목적성의 원리’가 삼투되어 『산재보험의 재해보장화』경향을 보이고 있다.

(c) 여기에서 문제는 『산재보험법』관계에서 ‘인과성의 원리’를 전면 배제하고 ‘합목적성의 원리’로 대체할 수 있는 것인지, 아니면 어느 수준까지 인정할 것인가 하는 점이다. ‘합목적성의 원리’는 ‘업무상재해 여부’와 보험료라는 반대급여를 전제하지 아니하므로 『산재보험법』관계를 전면 ‘합목적적 산재보장관계’로 변경하면 산재보험의 재정은 사업주 부담이 아닌 국고 또는 국민 일반이 부담하는 별도의 기금으로 구성하여야 한다. 이 경우 『산재보험법』관계는 국민 일반에 대한 보편적 사회보장체제로 융합·해소되고, ‘인과성 원리’라는 조건의 폐지에 따른 막대한 국가 재정의 소요로 산재보상수준의 저하를 초래하게 되어, ‘합목적성의 원리’를

60) H. Calvert, Social Security Law, 1978, S.260; 이상광, 『사회법』, p.339.

61) Krohn, Die soziale Unfallversicherung in System, in Fs f. Lauterbach, 1961. S.3ff.; 이상광, 『사회법』, p. 552.

62) 생활위험이란 생활유지의 전면적 파괴 자체가 아니라, 방치되면 그에 이르게 될 소득상실을 생활유지에 대한 침해로서 파악하기 때문에, 소득보장급부는 생활위험이 가진 종전의 생활수준에 대한 침해도에 의해 구체적으로 결정된다.

통한 생활보장의 강화라는 사회보장 목적의 변질을 가져오게 될 것이다. 또한 자본주의 경제 질서의 역사적 산물인 산재보험의 『사용자 보상책임』이라는 근로관계적 특질이 소실되어, 산업재해에 대한 구제는 자본주의 초기단계의 私法상의 손해배상청구 절차에 맡기게 되는 문제가 있다.⁶³⁾

(d) 살피건대 「산재보험법」관계는 사회보험법관계의 특성상 ‘인과성의 원리’를 기본으로 하면서, 생활보장상의 목적과 재정적 여건을 고려하여 ‘합목적성의 원리’를 접근·결합시키는 방향이 되어야 한다. 그러나 「산재보험법」관계에서 영세 사업장 근로자와 유사근로자, 또는 기타 피용관계에 있는 자 등에 대해 근로자성을 인정하기 어렵다는 이유만으로 산재보험 적용대상에서 제외하거나, 산재보험료 납부관계를 보험급여청구권에 필연적으로 연계시키는 법률조건이 「산재보험법」관계의 필수불가결한 요소라고는 볼 수 없다. 보험의 원리는 재해보장의 기술적 수단이므로 「산재보험법」이 비록 보험방식을 취하더라도 보험능력이 결여되거나 부족한 유사근로자 또는 피용관계에 있는 자의 재해보상에 소요되는 재원을 국가 또는 재해 위험을 제공한 제3자로 하여금 부담하도록 하고, 피재자에 대해서는 ‘기여적 인과성 원리’를 고려함이 없이 보험급여를 지급한다고 하더라도, 이것이 「헌법」 제34조 제2항·제6항의 사회보장 또는 재해보장 이념에 비추어 산재보험의 기본원리에 반하는 것은 아니기 때문이다.

3. 「산재보험법」의 사회보장적 요소

(1) 산재보험의 기능확장적 요소

산재보험의 『근로자의 생활보장』이라는 기능확장적 요소들이 「근로기준법」에 따른 『사용자 보상책임』의 중핵으로부터 원거리에 위치할수록 「사회보장법」으로의 접근 또는 사회보장화의 정도가 높아진다고 할 수 있다. 『근로자의 생활보장』이라는 현상을 중심으로 산재보험의 사회보장적 요소를 살펴보면, 첫째 산재보험관계에 있어서 개정법 제121조 내지 126조의 특례가입관계, 둘째 『최고·최저 보상기준 금액』설정, 산재보상관계에 있어서 상병·장해·유족보상의 연금화 및 평균임금 증감제도, 뇌·심혈관계질환 등 업무관련성 질환의 업무상재해 인정, 셋째 산재보험의 기능 측면에서 산재장해인의 재활 및 사회복귀 촉진제도의 도입, 넷째 자원

63) 만약 국가가 별도의 기금을 설립하여 국가 사회보장체계 전반을 재편성하여 합목적적 「사회보장법」 관계를 구축하고자 한다면, 적용대상자의 대폭적인 증가와 인과관계 불고려의 원칙 때문에 막대한 경제적 지출이 예상되어, 자본주의적 시장경제질서와의 관계에서 국가의 사회보장수준이 「헌법」 제34조 제1항이 추구하는 인간다운 생활권의 적용을 받는 건강하고 문화적인 최저수준의 보장하게 되거나, 아니면 「헌법」 제34조 제2항 내지 제6항의 보편적 사회보장수급권에 편입되어 상대적으로 낮은 사회보장급여를 감수하게 되지만, 여전히 사용자의 고의 또는 과실에 대한 私法상의 손해배상청구권의 문제를 남기게 된다. 반면 충분한 보장으로 국가부양체계를 구축할 경우 자본주의적 시장경제질서에 반하는 심각한 사태를 초래하게 된다.

조달관계에서 사무집행비의 국고부담과 사업비의 국고지원 등은 『근로자의 생활보장』을 위해 마련된 제도로써 『사용자 보상책임』과 상대적으로 원거리에 위치하고 있다.

(2) 「산재보험법」 특례적용관계

먼저 ‘산업재해보상’으로서의 산재보험이 「산재보험법」 제1조의 명문상 규정에 의한 목적의 한계를 유월하고 있는 점이다. 즉 「산재보험법」 제1조는 “근로자의 『업무상 재해』를 보장”하도록 하고(법 제1조), 여기에서의 근로자는 “「근로기준법」상의 근로자”를 의미(법 제5조) 하는데, 「산재보험법」은 이러한 한계를 넘어 속지주의 원칙에 따라 「산재보험법」상의 보호가 곤란한 해외파견자(법 제122조), 근로관계가 형성되기 이전에 현장에서 기술을 습득중인 현장실습생(법 제123조), 전형적인 사용자에게 해당하는 중·소기업 사업주(법 제124조), 「근로기준법」에 의하여 ‘근로자성’이 부정되는 특수형태근로종사자(법 제125조), 「국민기초생활보장법」에 의한 자활수급자(법 제126조)에 대해 특례적용이라는 수단을 활용하여 「산재보험법」을 적용하고 있다. 이는 산재보험의 적용범위가 근로자를 넘어 일반국민으로 확장되고 있는 일면을 나타내는 것으로 「근로기준법」에 따른 『사용자 보상책임』과는 상대적으로 원거리에 위치한다.

(3) 산재보상관계의 범위 확장

다음으로 산재보험이 「근로기준법」에 따른 『사용자 보상책임』의 범위를 초과하거나 미달하는 보상을 행하고 있는 점이다. 산재보험은 『최고·최저 보상기준 금액』제도와 상병·장해·유족보상연금 및 평균임금 증감제도를 두고 있다. 이에 대해 『최고·최저 보상기준 금액』을 손해를 공정하게 배분하기 위해 평균임금 산정을 합리화하기 위한 것으로 보고, 상병·장해·유족보상연금을 정기금 배상으로 접근하려는 견해가 있으며 그 논리적 타당성도 일응 인정할 수 있다. 그러나 ① 『최고·최저 보상기준 금액』의 설정에 의해 피재근로자에 대한 과소 또는 과대 보호를 회피하기 위하여 「근로기준법」에 따른 『사용자 보상책임』의 한계를 일탈한 점, ②장해·유족보상연금이 「근로기준법」상의 일시금을 초과하는 금액을 최저보상액으로 보장하여 그 이상의 보상을 행하고, 유족연금에 유족가산금이 추가로 지급하며, 평균임금 증감을 위해 전체근로자의 임금평균액의 증감율을 반영(60세 이상은 소비자물가변동율) 하고 있는 점, ③업무(작업) 관련성질환인 뇌·심혈관계 및 근골격계 질환에 있어서 근로자의 소인·기초질환·기존 질병이 있는 경우에도 업무가 작용한 경우에 『업무상 질병』으로 인정하는 점, ④장해등급 1~3급자의 장해급여와 유족급여에 대한 연금을 의무화하면서, 장해등급 4급~7급자의 장해급여에 대해서는 선택적 장해연금제를 도입하고, 후유증상진료제도(합병증 등 예방관리제도)와 간병급여제도를 도입한 점 등은 『산재보험의 독자적 행보』의 결과로서 「근로기준법」에 따른 『사

용자 보상책임』과는 상대적으로 원거리에 위치한다.

(4) 재활 및 사회복귀 촉진

그리고 산재보험이 「근로기준법」에 따른 『사용자 보상책임』과는 상대적으로 원거리에 있는 피재근로자의 재활 및 사회복귀를 촉진하고 있는 점이다. 산재보험은 “산재근로자의 재활 및 사회복귀” 촉진을 산재보험의 목적 중의 하나로 명시하고(법 제1조), 직업훈련비용(법 제73조·직업훈련수당(법 제74조)·직장복귀지원금 등(법 제75조)의 직업재활급여를 통해 산재장해인의 재활 및 사회복귀를 촉진하고 있다. 이와 같은 재활 및 사회복귀 촉진이 “보험의 원리에서 나온 일반적 기술로서 ‘保險性’과 모순되지 않는다”는 견해에 따르면 『사용자 보상책임』의 보험화에 따른 부수적 기술로 간주할 수도 있을 것이다. 그러나 재활 및 사회복귀는 피재근로자의 『인간의 존엄성』을 보장(「헌법」 제10조)하기 위한 소득보장, 의료보장과 더불어 산재보험 목적사업 가운데 하나인 점을 감안할 때, 단순히 보험상의 부수적 기술로 치부할 것은 아니다. 『업무상 재해』가 원인이 된 장애를 제거하여 근로자의 노동능력을 원상회복시켜 근로관계 생활에의 복귀를 도모한다는 점에서 재활과 사회복귀의 촉진은 전통적인 『사용자 보상책임』과의 연계성을 부정하기는 어려우며, 근로자의 생활보장을 위한 중요한 기능으로서의 위치를 부여할 수 있다.

(5) 보험사업의 국가 관여

마지막으로, 산재보험사업을 국가가 관장하도록 하면서, 국고에서 보험사무집행에 드는 비용과 보험사업에 드는 비용의 일부를 지원할 수 있도록 하여 국가가 직접 관여하고 있다(법 제2조). 산재보험의 재정관계에 대한 국가의 개입으로는 사무집행비의 국고부담과 보험사업비의 지원 등 2가지의 유형이 있다(법 제3조). 원래 ‘부담’은 의무를 표현하는 용어이고, ‘지원’은 보조를 의미하는 표현이다. 이와 같은 관점에서 사무집행비의 국가부담은 산재보험의 관리운영에 대한 국가의 의무를 표현한 것이고, 보험사업비의 지원은 국가가 보조자의 입장에 서겠다는 의지를 표현한 것으로 볼 수 있다. 물론 ‘예산의 범위에서’라는 제약이 가하여지더라도 이러한 표현이 기본적 관념에 변화를 초래한다고는 볼 수 없다. 그리하여 『사용자 보상책임』의 집단화에 소요되는 사무집행비는 국가가 부담하고, 보험사업에 소요되는 비용은 보험가입자인 사업주가 부담하도록 하되, 국가가 보험사업비용의 일부를 지원할 수 있도록 한 것이다. 이와 같은 현상은 산재보험의 집단책임의 원리에 의해서도 설명될 수 있겠지만, 국가가 보험사업비용의 일부를 지원하는 것은 『사용자 보상책임』과는 상대적으로 원거리에 위치한다.

4. 日本의 학설 소개 및 검토의견

(1) 산재보험의 사회보장화를 둘러싼 학설

(a) 산재보험의 사회보장화를 주장하는 日本의 학설⁶⁴⁾을 살펴보면 “제2차 세계대전 이후 『책임(Liability)’으로부터 ‘보장(Security)’으로』라고 하는 세계적 입법경향에서 살펴보면 『산재보험법』의 개정내용은 ‘보장’적 방향에서 전개된 것으로 평가할 수 있으며, 산재보험은 단순히 근로자보험(피용자 보험)이 아니라 사회보장화 되어 있거나 또는 사회보장화 되어야 한다”고 주장한다.⁶⁵⁾ 그러나 이를 정면으로 지지하는 학자는 소수이고, 오히려 강력한 비판을 받고 있다. 이러한 지지와 비판의 논거에 따라 학설을 대별하면 사회보장화에 대한 적극설로는 ①사회보장설이 있으며, 소극설로는 ②집단책임설,⁶⁶⁾ ③노동보험설,⁶⁷⁾ ④중간설(중첩설),⁶⁸⁾ 등이 있다. 우선 ①사회보장설이 주목하는 산재보험의 사회보장화 징표는, i)기능적 측면에서 현금급여 이외에 사회복귀를 위한 재활과 재해예방 조치의 도입, ii)보상관계의 최저보상제, 장애·유족보상의 연금화, 유족보상의 가족가산금제, 통근재해보상제도의 도입, iii)재정관계의 국고부담제 도입과 국가의 개입, iv)기본원리적 측면에서의 생존권 보장을 위한 사회보장원리의 도입 등이다. 이를 기초로 사회보장화론자들은 산재보험이 “국가의 국민에 대한 생활보장”으로 전화되어 있으며, 이에 따라 산재보험이 상당부분 사회보장화 되어 있다고 주장한다. 향후 전개방향에 대해서는 v)산업재해 자체가 국민의 요보장 사고의 일태양에 불과하므로, 산재보험은 장래 사회보장체계 가운데로 융합·해소 되어야 한다⁶⁹⁾고 주장한다.

64) 상세한 내용은, 오선균, “개정 「산재보험법」의 내용과 쟁점 및 평가”, 노동법이론실무학회 정기주제 발표회 제4회 제1주제, 2008.10.15, 참조.

65) 荒木誠之, “勞災補償と社會保障”, 『民商法雜誌』54卷2号, p. 139ff.; 高藤昭, “勞災保險における社會保障原理”, 『社會勞働研究』17卷1・2合併号, p. 1ff.; 同, “勞災保險の社會保障化上の基本的問題”, 『社會勞働研究』20卷1号, p. 121ff.; 同, “勞災保險の社會保障化”, 恒藤武2編, 『論爭勞働法』, p. 294ff.

66) 西村健一郎, “勞災保險の『社會保障化』と勞災補償・民事責任”, 『勞働法學會誌』40号, p. 43ff.; 同, “勞災補償の社會保障化”, 恒藤武2編, 『論爭勞働法』, p. 311ff.

67) 山口浩一郎, 『勞災補償の諸問題』, p. 17.

68) 桑原昌宏, “災害補償法論”, 『勞働法の基本問題』(沼田稻次郎先生還曆紀念・下卷), pp. 599-601.

69) ①생활사고에 해당하는 한 업무상 재해이든 사적 질병이든 보상의 필요성이 다르지 않다고 하는 근로자의 Needs, ②교통재해와 공해환경 하에서의 근로에 의한 질환 등 업무와 직접 관련되지 아니한 요인에 의해 산업재해가 증가하는 재해의 사회화 경향, ③인구의 도시집중에 의한 생활환경의 악화 등에 의해서 근로자의 체력 내지 건강상태의 저하를 초래하는 재해유발 요인의 증대 등의 현상은 금후에도 가일층 진전될 것이라고 한다. 이와 같은 노재보상의 사회보장화 주장은 당초 생활보장설의 주장자였던 荒木教授에 의하여 시작되었으며, 입법정책론을 포함하여 사회보장론을 가장 명확하게 기술한 것은 高藤教授이다. 그러나 荒木教授는 사회보장화 혹은 사회보장으로의 접근은 긍정하지만, 재해보상의 사회보장으로의 발전적 해소에 대해서는 강하게 반대한다(荒木誠之, “社會保障法體系における勞災補償”, 『法政研究』46卷2-4合併号, p. 311ff.; 山口浩一郎, 『勞災補償の諸問題』, p. 27 參

(b) 사회보장설에 대한 日本 학계의 소극설은 ②집단책임설로 대표된다.⁷⁰⁾ 사회보장설이 주장하는 징표에 대해서, i)기능적 측면에서 『사용자 보상책임』의 완전한 실현을 위해 사업주 전체의 공동부담에 의해 보험방식으로 『업무상 재해』를 보상하며, 보험방식이 자본으로서의 사업주의 일체성에 근거하고 있는 점,⁷¹⁾ ii)보상관계에 있어서 최저보상과 연금제도, 슬라이드제도 등은 개별 사업주의 책임에 의해서는 실현하기 어려운 문제를 해결하기 위해 마련된 적정하고 합리적인 손실전보 수단이라는 점, iii)재정관계에 있어서 사회보장화설이 실질적 보상자로서의 국가의 지위와 국고부담을 적극적으로 긍정하지만, 『업무상 재해』에 대해서는 사업주가 손실을 전보하여야 한다는 사회일반의 법의식에 반하는 점, iv)기본원리적 측면에서 생존권에 기초한 생활보장은 국가의 도의적·정치적 책무에 지나지 않지만, 산업재해에 대한 피재근로자의 보상은 이미 법적 권리로서 보장되고 있고, ‘산업재해에 대한 보험화’는 사업주의 개별적인 재해보상에 대한 책임보험이 아니라,⁷²⁾ 전사업주가 공동부담하는 단체책임에 근거한 보상보험이라는 점⁷³⁾ 등을 들어 사회보장설을 비판한다. 향후 전개방향에 대해서는 v) 사회보장설이 『사용자 보상책임』을 “국가의 국민에 대한 생활보장”의 일반으로 해소시킬 것을 주장하지만, 이는 산재보험과 ‘사업주의 책임관계’를 단절시킴으로써 산업재해에 대한 사업주의 책임을 애매하게 한다는 점, 『사용자 보상책임』에 기초한 산재보상과 『동일수요, 동일보장』원칙이 적용되는 사회보장은 상호간에 목적이 달라 양자를 동일시하는 것은 타당하지 아니하다는 점, 산재보험의 사회보장으로의 발전적 융합·해소는 「National Minimum 보장」의 원칙에 따라 산재보험의 급부수준을 하향시키게 될 것이라는 점 등을 들어 사회보장화에 대해 부정적이다.⁷⁴⁾

照).

70) 村上茂利, 『勞災補償の基本問題』, pp. 451ff. 參照.

71) 이 점을 고려하면 산업재해보상과 勞働基準法상의 재해보상과 특별히 다른 근거를 갖는 것은 아니라고 한다(西村健一郎, “勞災保險の『社會保障化』と勞災補償・民事責任”, 『勞働法學會誌』40号, p. 43ff.; 同, “勞災補償の社會保障化”, 恒藤武2編, 『論爭勞働法』, p. 311ff.).

72) 日本 勞働省은 “「노동기준법에 의한 재해보상제도와 노재보험의 관계는 소화 35년의 법개정 내지 급회의 법개정(특히 제3차 개정)에 의한 노재보험의 급부체계가 노동기준법의 보상체계와는 독자적으로 확충됨에 따라, 기본적으로 명확하게 되었다. 즉, 노재보험제도는 노동기준법에 의한 재해보상 제도로부터 직접 파생된 것이 아니라, 양자는 업무재해에 대한 사업주의 보상책임의 법리를 공통의 기반으로 병행하고 있는 것으로 이해하여야 하고, 현실의 기능에 있어서는 오히려 후자는 미가입사업에 대하여 전자를 보충하는 관계에 있는 것”이라고 하여 집단책임설의 입장에서 서 있다고 할 수 있다(日本 勞働省, 昭 41・1・31 基發 第73号; 勞働省 勞災補償部 編著, 『新勞災保險法』, p. 185ff.; 桑原敬一, 『勞災保險法論』, p. 80ff.; 倉橋義定, 『詳解民事損害賠償と勞災保險給付の調整』, p. 56ff.).

73) 산재보험의 목적이 손해배상의무의 이행에 따른 사용자의 재산적 부담의 담보가 아니라, 피재근로자에 대한 손실전보에 있고, 수급권자도 보상책임을 부담하는 사용자가 아닌 피재근로자가 되는 것 등 개개의 점에서 산재보험은 책임보험의 구조와 일치하지 않는다(村上茂利, 『勞災補償の基本問題』, pp. 333, 344, 389).

(c) 다음으로 日本 학계의 ③노동보험설은⁷⁵⁾ 사회보장화의 징표가 모두 이론적으로 애매하거나 대부분 주변 부분에 대한 수정이라고 하면서 보험의 운영상 비중도 극히 낮다고 한다. 구체적으로는 i)재해예방과 재활은 보험의 일반적 기술로서의 ‘保險性’과 모순되지 않고, ii) 최저보상제에 대해서는 평균임금 산정의 합리화 이론, 보험급여의 연금화에 대해서는 정기금 배상 이론, 통근재해에 대해서는 업무관련성 이론 또는 출장과의 유사성 이론 등으로서 접근이 가능하므로, 이러한 징표가 사회보장의 특유한 급부형태라고 할 수는 없고, iii)국고부담은 엄밀하게 말하면 국고보조금의 성격에 불과하며, iv)산재보험은 「근로기준법」과 같이 「헌법」 제32조 제3항(日本國 憲法 第27條第2項)을 근거로 하고, 산업재해에 대한 사업주의 집단적 책임을 기초로⁷⁶⁾ 손실전보와 관련된 종합적인 보상을 행하는 근로자보험(피용자보험)의 하나라고 한다. 그리고 v) ‘산업재해보상’은 사업주를 ‘최적 손해회피자(the best loss avoider)’로 보아, ‘고재해=고부담’의 메카니즘에 의하여 보험료의 각출이 사용자의 의무로 되어 있는데, 만약 사회보장화에 의하여 재해보상이 국가의 책임으로 된다면, ‘사용자=최적 손해회피자(the best loss avoider)’라는 메카니즘이 붕괴될 것이라고 한다.

(d) 마지막으로 ④중간설(중첩설)은⁷⁷⁾ ‘산업재해보상’의 법적 성격을 2원화하여 접근한다. 산재보험은 제1차적으로 「근로기준법」의 재해보상책임을 책임보험화한 것으로서 사용자로부터 각출한 보험료를 재원으로 『업무상 재해』에 대한 근로자의 손실전보를 위해 보험급여를 행하며, 제2차적으로 국가의 국민에 대한 생활보장책임을 표현으로서 적용대상과 보험급여를 관리 운영하면서 피해 근로자에게 생활보장을 위해 보험급여를 지급하는 것이므로, 2개의 책임과 2원적 보험급여, 2종의 수급권자가 중첩하여 존재한다고 한다. 그렇지만 기본적으로 「산재보험법」은 「근로기준법」의 재해보상에 대한 책임보험이고, 부가적으로 국가에 의한 사회보장으로서의 특질을 중첩적으로 갖고 있다고 한다. 또한 ‘산업재해보상’이 노동법적인 성질과 「사회보장법」적 성질을 함께 갖는다고 주장하면서 양법 영역의 경계선상에 위치한다고 주장하는 견해도 있다.⁷⁸⁾

(2) 검토의견

(a) 「산재보험법」은 소득보장과 의료보장 및 복지서비스를 중심으로 기능 확대가 이루어져,

74) 村上茂利, 「勞災補償の基本問題」, pp. 451ff.

75) 山口浩一郎, 「勞災補償の諸問題」, p. 17.

76) 산재보험의 사용자책임과의 관련성이라는 관점에서, 산재보험이 소사용자의 비용공동부담에 의하여 운영되는 것으로 볼 수 있다.

77) 桑原昌宏, “災害補償法論”, 「勞働法の基本問題」(沼田稻次郎先生還曆紀念・下卷), pp. 599-601.

78) 保原喜志夫, “勞災補償責任の法的性格”, 「現代勞働法講座」(第12卷), p. 286.

「근로기준법」의 재해보상액을 초과하는 산재보험급여의 수준과 내용, 상병·장해·유족보상연금 등의 보험급여 지급체계 및 산재보험 사업재원의 일부 국고부담 등은 「근로기준법」의 재해보상규정에 없는 내용으로서 『산재보험의 독자적 행보』에 의하여 마련된 제도이다. 그리하여 「산재보험법」은 노동법관계뿐만 아니라, 「사회보장법」관계에서도 「산업재해보상」에 관한 일반법으로서의 독자적이며 중요한 법적 지위를 점하고 있으며, 『사용자 보상책임』을 중핵적 요소로 하고, 『근로자 생활보장』을 기능확장 요소로 하여 「사회보장법」과의 접근·결합을 시도하고 있는 것으로 볼 수 있다.

(b) 산재보험의 사회보장화론이 대두된 日本 노재보험과 우리나라의 실태를 비교하면 ①특례적용의 범위,⁷⁹⁾ ②통근재해보상제도, ③의무적 장해보상연금의 장해등급 1-3급 한정(日本은 장해등급 1-7급), ④장해·유족보상연금의 50% 선택(日本은 전액연금제), ⑤스트레스성 정신질환의 업무상 인정, ⑥과로사 예방을 위한 2차건강진단 급부제⁸⁰⁾ 등의 측면에서 우리 산재보험의 『근로자 생활보장』정도가 상대적으로 낮다고 할 수 있다. 이처럼 우리나라는 사회보장화 논쟁의 단초가 되었던 통근재해보상제도가 도입되지 아니하고, 보험급여의 연금화 및 산재보험의 재해예방적 기능이 미흡한 상태에서, 현 시점에서 산재보험의 사회보장화를 논하는 것 자체가 시기상조라는 비판이 있을 수 있다. 그러나 우리나라의 경우에도 『산재보험의 독자적 행보』의 산물로서 현행 「산재보험법」에 나타나는 사회보장적 요소들을 통해 산재보험의 사회보장 ‘化’ 또는 『사회보장법』으로의 ‘接近’ 현상을 충분히 평가할 수 있다고 본다. 예컨대 산재보험의 『근로자의 생활보장』이라는 기능적 요소들 중에는 『사용자 보상책임』의 중핵으로부터 상대적으로 원거리에 위치하는 요소들을 쉽게 찾아 볼 수 있다. 이러한 징후들에 의하면 우리나라 「산재보험법」이 「사회보장법」에 ‘接近’하고 있거나, 사회보장 ‘化’하고 있다고 할 수 있을 것이며,⁸¹⁾ 이러한 관점에서 「사회보장법」적 측면에서 「산재보험법」에 대한 접근이 가능하다고 분

79) 日本의 특별가입은 (1) 중소기업주, (2) 중소기업주가 행하는 사업에 종사하는 자(가족종업자 등), (3) 개인택시운전수, 목수 등 소위 일인친방, (4) (3)의 사업에 종사하는 가족종업자, (5) 특정농작업종사자, 직장적응훈련수강자 등 특정사업종사자, (6) 해외과연자, 그리고 (7) 고용관계가 없는 ホームヘルパー(가사 도우미) 등이다.

80) 日本은 2001(평성 13)년부터 과로사예방을 위한 2차건강진단 등 급부가 새롭게 도입되어 정기건강진단에서 비만, 혈압, 혈당, 혈중지질의 4항목 모두가 유소견으로 된 자에 대해서 공복시의 혈중지질검사, 부하심전도검사 등 2차건강진단 비용 전액이 노재보험에서 지급된다(日本 労働者災害補償保険法第26條).

81) 日本에서는 오늘날 대부분의 학설이 미묘한 차이는 있으나 대체로 사회보장화를 인정하는 데에 일치하고 있다고 한다(岩村正彦, “勞災保險政策の課題”, p. 23); 荒木誠之, “勞災補償法の研究--法理と制度の展開”, 總合研究所, 1981, p. 251 以下; 保原喜志夫, “勞災補償責任の法的性格”, 『現代講座』12卷, p. 286; 窪田準人, “勞災補償の本質”, 本多淳亮·片岡昇刊行發起人, 『勞働災害補償法論』, 法律文化史, 1985, pp. 19-20; 水野勝, “勞災補償制度の理論的課題--補償と豫防の統一的把握の視點から”, 『勞働』76号, 1990, p. 5; 西村健一郎, “勞災保險の『社會保障化』と勞災補償·民事責任”, 『勞働』40号,

다.

(c) 다만, 「산재보험법」의 『근로자의 생활보장』이라는 기능을 「사회보장법」적 관점에서 파악하는 경우에도 근로관계 생활을 토대로 『사용자 보상책임』과의 연계성을 가지고 “근로자와 그 가족의 생활을 보장”하는 방향으로 접근되어야 한다. 현재 우리나라 전체 사회보험체계를 살펴볼 때, 국민건강보험에서는 Sick Pay(私傷病手當)가 지급되지 아니하고, 국민연금의 경우에는 상병·장해·유족급여의 수준이 산재보험 급여수준에 비하여 열위에 있는 점 등을 고려하면, 산재보험을 일반 사회보장제도로 『통합·해소』하고, 산업재해에 대한 손해배상청구를 私的自治의 원칙이 지배하는 민간 시장의 영역에 맡기는 정책은 국민적 동의를 얻기 어려울 것이라고 생각하기 때문이다.⁸²⁾

IV. 「산재보험법」의 성격 재정립을 위한 정책과제

1. 「산재보험법」역할 및 기능조성 시 유의점

(a) 산재보험의 사회적·경제적 기반인 산업구조와 기업의 경영방식, 근로자의 고용형태 등 산재보험을 둘러싼 주변 환경의 변화는 산재보험제도의 안주를 허용하지 않고 있다. 특히 산업구조의 전환 등 경제적 환경의 변화로 말미암아 근로관계의 구조와 형태 및 내용에 변화가 이루어지고, IT 등의 생산기술의 발달과 노동강도의 강화는 『업무상 재해』와 신종 직업병 등 산업재해의 위험을 증대시키고 있다. 이러한 환경의 변화는 『근로자의 생활보장』이라는 근로자측의 Needs를 발생시켜, 산재보험의 ‘적용범위 확대’와 ‘『업무상 재해』인정기준 확대’ 및 ‘보험급여 내용과 체계 개선’을 끊임없이 요구하고 있다. 이에 대응하여 입법자는 산재보험관계에 있어서 상시근로자수 1인 이상으로 당연적용범위를 확대(영 제2조)하고, 해외파견자, 현장 실습생, 중·소기업사업주, 특수형태근로종사자, 「국민기초생활보장법」의 자활급여수급자 등의 특례적용을 추가(법 제121조 내지 126조)하기도 하였다. 그리고 산재보상관계에서는 뇌심혈관계 및 근골격계 질환 등의 업무상질병 인정범위를 확대하고, 상병·장해·유족보상연금 등의 보험급여체계를 개편하고, 간병급여·재활급여와 후유증상진료의 신설 및 보험급여 수준의 향상

1972, p. 47; 同, “勞災補償の社會保障化”, 恒藤編, p. 325.

82) 西村健一郎, “勞災職業病の変容と勞災保險”, p. 199; 반면 高藤昭 교수는 노재보험제도의 폐지를 포함한 독자의 안을 제시하고 있다(高藤昭, 『社會保障法論概論』, 龍星出版, 1997, p. 199). 오늘날 산재보험이 일반사회보장제도로 통합되어 있는 나라는 영국과 네델란드이다. 현재 영국은 장해보상금부 등 약간의 급부에 대해서 산재보상의 성격이 남아 있으며, 네델란드는 1966년에 산재보상제도 자체를 폐지하였다.

등 보험급여의 내용을 개선하였다. 그런데 이러한 『산재보험의 독자적 행보』는 필연적으로 다른 사회보험 또는 민간 손해보험·생명보험 등 민간 보험시장의 영역에 영향을 미치게 된다.

(b) 산재보험관계의 확대가 다른 사회보험과 민간 보험시장에 미치는 영향을 살펴보면, 예컨대 「산재보험법」시행령 제2조의 개정⁸³⁾에 의한 당연적용 범위의 확대 또는 개정법 제121조 내지 제126조의 특례가입에 의한 산재보험의 신규영역 진출은 상상적으로 산재보험급여의 수요 상황이 발생하였다는 가정 하에⁸³⁾ 「국민건강보험법」(이하 ‘건강보험법’)이라 한다 제48조 제1항 제4호와 「국민연금법」 제93조 제2호의 지급제한 규정에 의해 국민건강보험과 국민연금의 보장영역을 축소시킨다.⁸⁴⁾ 또한 산재보상관계를 확대하는 경우에도 국민건강보험과 국민연금보험 등의 사회보험과 더불어 민간보험시장의 영역에 영향을 미치게 된다.⁸⁵⁾ 즉, 『업무상 질병』 인정기준과 더불어 휴업급여(평균임금의 60%→70%) 등 보험급여 수준의 인상, 상병·장해·유족 보상연금의 도입 및 보험급여수준 인상, 후유증상진료·간병·재활급여의 도입 등은 당해 영역에서 산재보험과 국민건강보험 또는 국민연금을 보완하는 기능을 하거나, 앞으로 기능할 잠재적 가능성이 있는 민간 보험시장과 경합하여 당해 영역에 존재하는 기존 민간보험시장을 압박하거나, 새로운 민간보험시장의 형성을 저해할 가능성을 내포하고 있다.⁸⁶⁾

(c) 이와 같이 산재보험의 『사용자 보상책임』과 『근로자의 생활보장』기능의 확대는 다른 사회보험의 영역 또는 민간보험시장 영역으로 산재보험의 영역을 확장하게 되므로, 이 경우 다른 사회보험 또는 민간보험과 새로운 경계선을 설정하여야 하는 문제를 수반한다. 따라서 산재보험의 기능확대를 추구하는 경우에, 입법자는 산재보험의 기본구조를 명확히 한 후에 그 기본구조 위에서 새로운 경계선을 설정하여야 한다.⁸⁷⁾ 그렇지 아니하면 산재보험 성격의 변질과

83) 보험설계사가 업무수행 중에 받을 헛디더 넘어져 부상을 당하였다고 가정하자. 만약 재해일시가 「산재보험법」개정이전(2008년 6월 30일 이전)이라면, 당해 보험설계사는 「건강보험법」 제39조에 정한 소정의 요양급여를 수급하게 되며, 요양비 중 일부를 본인이 부담하게 되고(「건강보험법」 제12조), 건강보험을 초과하는 손해를 민간손해보험에 부보한 경우라면 건강보험의 요양급여를 초과하는 치료비를 민간손해보험회사로부터 받게 될 것이다. 그러나 동일한 재해가 「산재보험법」개정이후(2008년 7월 1일 이후)에 발생하였다면 당해 보험설계사에게 「산재보험법」의 요양급여청구권이 발생하여, 국민건강보험의 요양급여청구가 제한받게 된다(「건강보험법」 제48조 제1항제4호).

84) 岩村은 “日本 노재보험의 적용범위 확대가 노재보험과 사회보험의 간극을 메워 양자의 적용범위를 밀착시키고, 특별가입은 사회보험의 영역지분을 침식하는 방향으로 양자간의 경계선을 움직여 왔다”고 한다(岩村正彦, “勞災保險政策の課題”, p. 20.).

85) 업무상 질병과 개인질병의 경계선상에 있는 뇌심혈관계 질환과 근골격계질환 및 정신질환 등의 업무관련성 질환에 대한 업무상 질병인정기준의 확대는 산재보험과 국민건강보험 사이에 형성된 경계선을 산재보험의 지배영역이 확대되는 방향으로, 국민건강보험의 지배영역이 축소되는 방향으로 이동시킨다.

86) 해외과건근로와 산재보험 초과손해에 대해 배상하는 「근재보험」등이 손해보험회사에 의해서 판매되고 있지만, 산재보험급여수준 향상의 경우에 이러한 민간보험시장을 침식할 가능성이 있다.

87) 日本 學說: 岩村正彦, “勞災保險政策の課題”, p. 21, 27.

사회보장체계 내에서의 독자성이 희석되어 산재보험제도 자체의 존립을 위태롭게 할 위험이 존재하기 때문이다.⁸⁸⁾ 따라서 산재보험이 고용환경 변화에 순응하여 기능확대를 도모하는 경우에도 『사용자 보상책임』과 『근로자의 생활보장』의 연계성이 단절되지 않도록 산재보험의 기본구조에 유의하여야 한다. 입법자는 「산재보험법」개정 시에 『사용자 보상책임』과 『근로자의 생활보장』이 ‘책임과 보장’을 매개로 상호 견련관계를 유지하도록 하여, 본질적 내용이 훼손되지 아니하면서 그 효력이 최적정화 될 수 있도록 조화시켜야 한다. 다시 말하여 ‘책임’을 근로자 측에 대한 생활보장의 제약요인으로 작용시키고, ‘보장’을 사용자 측에 대한 재해보상 책임의 확장요인으로 작용시키면서 양자 사이에 ‘책임과 보장’의 견련관계를 유지하면서 비례적으로 제한하여야 그 효력이 최적의 상태에 이를 수 있게 될 것이다.

2. 「산재보험법」영역 및 기능 확대 방안

(a) 「산재보험법」을 「사회보장법」적 관점에서 재구성하여 산재보험의 사회보장성을 강화하기 위해서는 『산재보험관계』의 영역확장과 더불어 『산재보상관계』의 기능확대가 필요하다. 『산재보험관계』의 영역 확장과 관련하여서는 산재보험의 인적 적용범위 확대와 노동재해보상의 영역통합에 대한 검토가 필요하며, 『산재보상관계』의 기능확대와 관련하여서는 산재보험 급여 기능의 확대, 산재보험 재해예방급여 도입, 재활 및 사회복귀기능 확대, 「산재보험법」에 의한 『통근재해』보장, 손해배상과의 조정관계 재정립 등에 대해 살펴볼 필요가 있다. 『산재보험관계』의 영역 확장과 관련해서는 산재보험을 일반근로자를 위한 『진정재해보험』과 비전형근로자를 위한 『부진정재해보험』의 영역으로 구분하여 전개하는 것이 바람직하다고 본다. 또한 공무원연금·사립학교교직원연금·어선원재해보상보험 등 직역에 따라 분립되어 독립적으로 행하여지고 있는 『노동재해보상』제도를 통합·일원화함으로써 직역간의 차별을 해소할 필요가 있다. 산재보상의 기능확대 문제에 대해서는 산재보험의 『업무상 재해』를 매개로 구성된 4가지 기능과 관련하여 『요양·보상관계』에 있어서는 『업무상 질병인정기준』의 법적 성질에 대한 정확한 인식을 바탕으로 인정실무상 의학적 경험칙을 중시하여 『업무상 질병 인정기준』의 목록을 확대할 필요가 있다. 『재해예방관계』에 있어서는 비만·고혈압·당뇨·고지혈증의 4개항목이 모두 유소견인 근로자에 대한 제2차 건강검진 및 보건지도비용을 보험급여화할 필요가 있다. 『재활 및 사회복귀관계』에 있어서는 현물급여와 현금급여의 수급권관계와 재활·사회복귀비용의 상환관계를 법률로서 명확히 재규정할 필요가 있다. 『근로자복지증진관계』에 있어서

⁸⁸⁾ 高藤昭는 日本 노재보험제도의 폐지를 주장한다(高藤昭, 『社會保障法論概論』, 龍星出版, 1997, p. 199).

는 산재보험과 다른 사회보험의 사각지대, 예컨대 『노인장기보험 수급권관계』등에서의 산재장해자 소외문제를 해결하여야 한다.

(b) 우리나라 산재보험의 중요한 당면과제인 『통근재해』는 현대사회의 불가피한 사회적 위험으로서, 근로자가 『통근재해』를 당할 경우 일시적 또는 영구적으로 생계수단인 노동력을 잃게 된다는 측면에서 개인적인 사생활상의 손실로서 방치할 성격의 것이 아니며, 근로관계생활과 관련하여 발생한 재해라는 점에서 私的 재해 또는 개인질병에 비하여 보다 관대한 수준의 사회적 보호를 필요로 한다. 『통근재해』에 대해 산재보상과 같은 수준의 급부를 보장하고 사회복귀를 촉진하고자 한다면 보호의 법적 구조와 행정의 효율성 측면에서 현행 산재보험의 구조를 이용하여 보장하는 것이 합리적이라고 본다. 산재보상과 손해배상의 조정관계에 있어서 단기적으로는, 첫째 장해·유족보상연금의 장래급여의 조정문제, 둘째 피해근로자측이 장해·유족보상 관련 민사손해배상을 청구한 경우의 사업주 손해배상책임 이행유예에 관한 문제, 셋째 장해·유족보상연금급여청구권을 박탈 또는 제한하는 사업주의 보험급여대위권 인정에 관한 문제, 넷째 근로자 측과 가해자인 제3자간의 화해에 의한 장해·유족보상연금청구권 박탈 또는 『공단』의 제3자구상권 행사 제약에 관한 문제에 대한 입법론적 검토가 필요하다. 장기적으로는 『산재보험법』의 『사회보장법』적 재구성에 있어서 『산재보험법』이 노동재해에 대한 민사 손해배상의 기능을 완전히 대체함으로써, 사회보장수급권으로서의 산재보험수급권이 『생활보장 기능』을 제대로 발휘할 수 있도록 『산재보상 우선주의』에 근거한 『배타적 산재보상제도』로의 전환을 검토할 필요가 있다.

참고문헌

1. 國內문헌

- 강영호, “재해보상의 법적 성질과 재해보상요건”, 『재판자료』 제39집, 1987.
- 곽윤직, 『채권각론』(민법강의 IV), 박영사, 2002.
- 권영성, 『헌법학 원론』, 법문사, 2002.
- 권영성, “사회적 기본권의 헌법규범성 고찰”, 『헌법논총』 제2집, 헌법재판소, 1991.
- 김문현, “인간다운 생활을 할 권리의 법적 성격과 보장수준”, 『고시계』1997.11월, 1997.
- _____, “인간다운 생활을 할 권리의 법적 성격”, 『판례월보』, 제332호, 1997.
- 김상용, “엄격책임”, 『사법행정』 제325호, 한국사법행정학회, 1988.
- 김유성, 『한국사회보장법론』[제4판], 법문사, 2000.
- 김진웅, “현행 노동재해보상제도의 구조와 법적 성격”, 『노동법과 노동정책』(탄은김진웅박사화갑기념논문집), 일신사, 1985.
- 김형배, 『노동법』(제13판), 박영사, 2002.
- _____, “위험책임에 있어서의 사용자책임”, 『안암법학』 제1집, 1993.
- 박세일, “산업재해문제에 대한 법경제학적 접근”, 『노동법의 제문제』(가산김치선박사화갑기념논문집), 박영사, 1983.
- 박종희, 『출퇴근재해의 업무상재해 인정관련 입법론적 개선방안에 관한 연구』, 노동부, 2005.
- 오선균, “산재보험법의 사회보장적 재구성”, 고려대학교 박사학위논문, 2011.
- _____, “개정 「산재보험법」의 내용과 쟁점 및 평가”, 『노동법포럼』 제2호, 노동법이론실무학회, 2009.
- _____, “산재보험의 역할과 기능의 재구성-산재보험 적용차별을 중심으로”, 『노동법학』 제22호, 한국노동법학회, 2006.
- _____, “산재보험법 40년 법제사”, 『산재보험의 과거, 현재 그리고 미래』(산재보험 시행 40주년 기념 논문집), 근로복지공단, 2004.
- 윤진영, “재해보상과 과실책임”, 『재판자료』 제40집, 1987.
- 이상광, 『사회법』, 박영사, 2002.
- 전광석, 『한국사회보장법론』 제7판, 법문사, 2007.
- 정태호, “원리로서의 사회적 기본권”, 『법과 인간의 존엄』(정경식박사화갑기념논문집), 1997.
- 한병호, 『인간다운 생존의 헌법적 보장에 관한 연구』, 서울대학교법학박사학위논문, 1993.
- 허 경, “사회적기본권”, 『월간고시』1987.8월, 1987.

2. 日本 문헌

- 加藤智章, “社會保障制度における生活保障と所得保障”, 『所得保障法』講座社會保障法 第2卷, 日本社會保障法學會編, 法律文化社, 2002.
- 高藤昭, “勞災保險における社會保障原理”, 『社會勞動研究』第17卷第1・2合併号, 1971.

- 高藤昭, 『社會保障法論概論』, 龍星出版, 1997.
- 高藤昭, “勞災保險の社會保障化”, 恒藤武2編, 『論爭勞働法』, 1978.
- 高藤昭, “勞災保險の社會保障化上の基本的 問題”, 『社會勞働研究』20卷1号, 1974.
- 堀勝洋, 『社會保障法總論』, 東京大學出版會, 1994.
- 宮澤俊義, 『憲法Ⅱ』(新版), 有斐閣, 1974.
- 保原喜志夫, “勞災補償責任の法的性格”, 『現代勞働法講座』第12卷, 總合勞働研究所, 1983.
- 保原喜志夫, “業務上・外をめぐる問題”, 『新勞働法講座』第8卷, 日本勞働法學會編, 有斐閣, 1967.
- 桑原昌宏, “勞災補償法論”, 『勞働法の基本問題(下)』, 沼田稻次郎還曆記念論文集, 總合勞働研究所, 1974.
- 山口浩一郎, 『勞災補償の諸問題』, 信山社, 2008.
- 西村健一郎, “勞災職業病の変容と勞災保險”, 『所得保障法』講座社會保障法 第2卷, 日本社會保障法學會編, 法律文化社, 2001.
- 西村健一郎, “勞災保險の社會保障化と勞災補償・民事責任”, 『勞働法學會誌』第40号, 1972.
- 西村健一郎, “業務上・外認定基準”, 『現代勞働法講座』第12卷, 總合勞働研究所, 1983.
- 水野勝, “勞災補償制度の理論的課題-補償と豫防の統一的把握の視點から”, 『勞働』第76号, 1990.
- 良永彌太郎, “勞災補償と損害賠償の新たな關係”, 『健康・安全と家庭生活』第7卷, 日本勞働法學會, 有斐閣, 2001.
- 梶井常喜, 『社會保障法』, エイデル研究所, 1994.
- 岩村正彦, “所得保障法の構造”, 『所得保障法』講座社會保障法 第2卷, 日本社會保障法學會, 法律文化社, 2001.
- 岩村正彦, 『勞災補償と損害賠償-英國・フランス法との比較法的考察』, 東京大學出版會, 1984.
- 窪田隼人, “勞災補償の本質”, 本多淳亮・片岡昇刊行發起人, 『勞働災害補償法論』, 法律文化社, 1985.
- 佐藤幸治, 『憲法』(第3版), 青林書院, 1995.
- 竹中勳, “社會保障と基本的人權”, 『21世紀の社會保障法』, 講座社會保障法 第1卷, 日本社會保障法學會, 法律文化社, 2001.
- 竹中勳, “癡呆性高齢者の人權と法律”, 武田雅俊編 『看護のための最新醫學講座 13 癡呆』, 中山書店, 2000.
- 竹中勳, “自己決定權と自己統合希求的利益說”, 『憲法』第32卷1号, 1998.
- 倉橋義定, 『詳解民事損害賠償と勞災保險給付の調整』, 勞務行政研究所, 1981.
- 荒木誠之, 『勞災補償法の研究--法理と制度の展開』, 總合研究所, 1981.
- 荒木誠之, 『社會保障の法的構造』, 『社會保障法の法的構造』, 有斐閣, 2001.
- 勞働省勞働基準局編著, 『勞災保險・業務上災害及び通勤災害認定の理論と實際(上)』, 勞務行政研究所, 1997.

3. 歐美문헌

- Arther Larson, *The Law of Workmen's Compensation(With 1993 Supplement)*, Vol.1, New York, Matthew Bender, 1993.

- Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, II, 549, cited in Wigmore, *Responsibility for Tortious Act*, 7 Harv. L. Rev. 315, 383, 442, 3 Select Essays in Anglo-American Legal History, 474, 481, 1892.
- C. Arthur Williams/Jr. Curtis L., *An International Comparison of Workers' Compensation*, University of Minesota, Kluwer Academic Publishers, 1991.
- Danny Pieters, *Social Security: An Introduction to the Basic Principles*, Kluwer Law International BV, The Netherlands, 2006.
- F. Engels, *Lage der Arbeitendeclassse in England*, 1845.
- George E. Redja. *Social Insurance and Economic Security*, 3rd ed., Prentice-Hall Inc. 1988.
- Helmar Bley, *Sozialrecht*, 5Auffl., Alfred Metzner Verlag, 1988.
- Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts in der Bundesrepublik Deutschland*, 18. Aufl., Heidelberg, 1991.
- Krohn, *Die soziale Unfallversicherung in System*, in Fs f. Lauterbach, 1961.
- Jack B. Hood/Benjamin A. Hardy Jr./Harold S. Lewis, Jr., *Workers' Compensation and Employee Protection Laws In A Nutshell*, Fourth Edition, West. a Thomson business, U.S.A., 2005.
- J. L. and B. Hammond, The Town Labourers, 1917, *The Skilled Labourers*, 1927.
- J. L. Cohen, *Workmen's Compensation in Great Britain*, 1932.
- Jonathan Montgomery, *Health Care Law*, Oxford Up, 1997.
- Lex K. Larson/Arthur Larson, *Workers' Compensation Law: Cases, Materials, And Text*, Third Edition, Lexis Publishing, New York, 2001.
- Oftinger, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, 1. Bd., AT. 4. Aufl., 1975.
- Paul Pic, *Taité élémentaire de législation industrielle 5ed.*, 1992.
- Peter Krause, "Das Sozialrechtsverhältnis", *Das Sozialrechtsverhältnis*, Schriftenreihe des Deutschen Sozialgerichtsverbandes, Bd. XVIII, 1980.
- R.W. Rideout, *Principles of Labour Law*, 3rd ed., Sweet and Maxwell, 1979.
- Rüffner, W., Grundrechtskonflikte, in: Starck, Ch.(hrsg.), *Bundesverfassungsgerecht und Grundgesetz*, J. C. B. Mohr(Paul Siebeck), Tübingen, 1976.
- United States Social Security Administration, *Social Security Programs Throughout the World -1997*, U.S. Government Printing Office, 1997.

<토론문>

“산재보험법의 법적 성질에 관한 연구”에 대한 토론문

정 진 경(충남대학교 법학전문대학원)

1. ‘산재보험법’은 근로자의 생활보장과 관련하여 매우 중요한 분야임에도 상대적으로 지금까지 연구가 부족하였습니다. 이 글은 ‘산재보험법’과 관련하여 그 헌법적 근거 및 법적 성격을 깊이 있게 규명하고, 앞으로 나아갈 방향까지 제시한 뜻 깊은 논문으로서, 발표자의 노고에 깊은 경의를 표합니다.

저는 이 분야에 관하여는 깊이 있는 연구를 하지 못한 사람으로서 매우 조심스럽게 몇 가지만 질문 드리고자 합니다.

2. 발표자는 발표문 3면 10째 줄에서 현재 1997. 5. 29. 94헌마33결정에서 “청구인들의 「헌법」상 보장된 기본권이 직접적으로 침해”되었음을 긍정함으로써 동 권리가 간접적으로 개인의 주관적 공권의 하나로서 「헌법」상 보장되는 것으로 인정하고 있다고 하여, 우리 헌법재판소가 사회적 기본권을 주관적 공권으로 인정하고 있다고 설명하고 있습니다.

하지만 위 94헌마33 결정은 보건복지부장관이 고시한 생활보호사업지침상의 ‘1994년 생활보호기준’이 헌법상의 행복추구권과 인간다운 생활을 할 권리를 침해하는 것인지에 관한 결정입니다. 그런데 현재는 국가가 행하는 생계보호의 수준이 그 재량의 범위를 명백히 일탈하였는지의 여부, 즉 인간다운 생활을 보장하기 위한 객관적 내용의 최소한을 보장하고 있는지의 여부는 생활보호법에 의한 생계보호급여만을 가지고 판단하여서는 아니 되고 그 외의 법령에 의거하여 국가가 생계보호를 위하여 지급하는 각종 급여나 각종 부담의 감면 등을 총괄한 수준을 가지고 판단하여야 하는바, 1994년도를 기준으로 생활보호대상자에 대한 생계보호급여와 그 밖의 각종 급여 및 각종 부담감면의 액수를 고려할 때, 이 사건 생계보호기준이 청구인들의 인간다운 생활을 보장하기 위하여 국가가 실현해야 할 객관적 내용의 최소한도의 보장에도 이르지 못하였다거나 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 일탈하였다고는 보기 어렵다고 하였습니다. 결국 현재는 “비록 위와 같은 생계보호의 수준이 일반 최저생계비에 못 미친다고 하더라도 그 사실만으로 곧 그것이 헌법에 위반된다거나 청구인들의 행복추구권이

나 인간다운 생활을 할 권리를 침해한 것이라고는 볼 수 없다”고 하여 발표자의 소개와는 다른 결론에 이르고 있습니다. 소개에 오류가 있는 것은 아닌지요.

3. 발표자는 3면 23째 줄에서 헌법재판소의 이 결정도 이러한 이론의 추이를 받아들여 구체적 권리설을 수용함으로써 일부 주관적 공권을 인정한 것으로 볼 수 있다고 하고 있습니다.

먼저 발표자가 본문 상 앞에 인용해 놓은 현재의 결정이 현재 1995. 7. 21. 선고 93헌가14 결정과 현재 1997. 5. 29. 선고 94헌마33 결정이 있어 그 중 어느 것을 지칭하는 것인지 알기 어렵습니다.

93헌가14 결정은 국가유공자에우 등에 관한 법률 제9조가 정하는 전몰군경의 유족 및 전 공사상자의 수급권에 관한 것입니다. 현재는 ‘인간다운 생활을 할 권리’로부터는, 그것이 사회 복지·사회보장이 지향하여야 할 이념적 목표가 된다는 점을 별론으로 하면, 인간의 존엄에 상응하는 생활에 필요한 ‘최소한의 물질적인 생활’의 유지에 필요한 급부를 요구할 수 있는 구체적인 권리가 상황에 따라서는 직접 도출될 수 있다고 할 수는 있어도, 동 기본권이 직접 그 이상의 급부를 내용으로 하는 구체적인 권리를 발생케 한다고는 볼 수 없다고 합니다. 이러한 구체적 권리는 국가가 재정형편 등 여러 가지 상황들을 종합적으로 감안하여 법률을 통하여 구체화할 때에 비로소 인정되는 법률적 차원의 권리이므로, 위 법률의 입법자도 전공상자 등에게 인간다운 생활에 필요한 최소한의 물질적 수요를 충족시켜 주고 있고 헌법상의 사회보장, 사회복지의 이념과 국가유공자에 대한 우선적 보호이념에 명백히 어긋나지 않는 한 광범위한 입법재량권을 행사할 수 있다고 하고 있습니다.

앞서 본 94헌마33 결정은 국가가 객관적으로 필요한 최소한의 조치를 취할 의무가 있다는 점은 인정하면서도, 국가가 행하는 생계보호가 헌법이 요구하는 객관적인 최소한도의 내용을 실현하고 있는지의 여부는 결국 국가가 국민의 ‘인간다운 생활’을 보장함에 필요한 최소한도의 조치는 취하였는가의 여부에 달려있고, ‘인간다운 생활’이란 그 자체가 추상적이고 상대적인 개념으로서 그 나라의 문화의 발달, 역사적·사회적·경제적 여건에 따라 어느 정도는 달라질 수 있는 것일 뿐만 아니라, 국가가 이를 보장하기 위한 생계보호 수준을 구체적으로 결정함에 있어서는 국민 전체의 소득수준과 생활수준, 국가의 재정규모와 정책, 국민 각 계층의 상충하는 갖가지 이해관계 등 복잡하고도 다양한 요소들을 함께 고려하여야 한다고 하면서 입법부와 행정부에 광범위한 재량을 인정하여, 국가가 생계보호에 관한 입법을 전혀 하지 아니하였다고 그 내용이 현저히 불합리하여 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 이탈한 경우에 한하여 헌법에 위반된다고 하고 있습니다.

결국 두 결정 모두 위헌주장을 배척하였고 사회적 기본권은 법률을 통하여 구체화할 때에

비로소 인정되는 법률적 차원의 권리라는 것이 판시의 핵심인데, 이를 헌재가 일부 주관적 공권을 인정한 것으로 해석할 수 있는지는 의문입니다.

4. 발표자는 4면 두 번째 문단에서 인간의 존엄성을 보장하기 위한 사회적 기본권은 이중 구조로 파악하여야 함을 전제로, ‘법률적 차원의 권리’에 대해서는 입법부·행정부·사법부를 포괄하는 국가기본목표 또는 입법위임의 방침을 제시하는 규정으로 보아야 하고, 입법자가 사회적 기본권을 구체화하는 법률을 제정할 경우 그 법률상의 권리와 사회적 기본권이 일체되어 「헌법」상의 구체적 권리가 되는 것으로 보는 것이 타당하며, ‘헌법적 차원의 권리’ 또는 ‘법률적 차원의 권리’를 불문하고 입법부작위 또는 재량권 일탈은 「헌법」에 위반되는 것으로 보아야 한다고 주장합니다.

하지만 법률적 차원의 권리라는 의미 자체가 헌법상의 기본권 규정만으로는 구체적인 권리가 발생하지 않고 이러한 구체적 권리는 국가가 재정형편 등 여러 가지 상황들을 종합적으로 감안하여 법률을 통하여 구체화할 때에 비로소 인정된다는 의미입니다(헌재 93헌가14 결정). 따라서 입법이 되지 않는 한 아무런 법률적 차원의 권리가 발생하지 않는데 어떻게 입법부·행정부·사법부를 포괄하는 국가기본목표 또는 입법위임의 방침을 제시하는 규정이 될 수 있는지요? 이는 사회적 기본권이 구체적인 주관적 공권이 아니더라도 헌법상의 기본권이기에 발생하는 효력이 아닐까요?

또한 법률이 제정되는 경우에는 헌법상의 구체적 권리가 되며 입법부작위가 위헌이라고 주장하였는데, 법률에 의하여 비로소 발생하는 권리에 대하여 법률을 제정하지 않는 것이 어떻게 위헌이 될 수 있나요? 그리고 법률에 의하여 구체화된 사회적 기본권을 국가가 재정형편이 어려워져 변경하거나 폐지하는 경우에 위헌이 된다면 그 권리가 법률적 차원의 권리라는 용어와 조화롭게 해석될 수 있는 것인지요?

그리고 발표자는 논문 9면 둘째 문단에서 산업재해를 당한 근로자와 그 가족의 생활을 보장하는 것을 이념으로 하는 「산재보험법」의 내용·시기·범위·방법을 정하는 것은 입법재량에 속하는 영역이며, 근로자에게 인정되는 산재보험수급권은 「산재보험법」에 의하여 비로소 구체화되는 법률상의 권리라고 하였습니다. 나아가 산재보험수급권을 「헌법」 제34조 제2항·제6항의 관점에서 접근할 때에는 사회보장수급권이 추구하는 근로자의 ‘건강하고 문화적인 생활의 최저수준을 초과’하는 ‘품위 있는 생활’을 보장하기 위한 사회보장수급권의 성격을 지니게 되므로, 산재보험수급권의 수급요건·수급권자의 범위·급여금액 등은 법률에 의하여 비로소 확정되게 된다고 하였는바 이 부분과의 정합성은 어떻게 되는 것인지요?

5. 발표자는 논문 15면 5째 줄 이하에서 『업무수행성』은 “근로자가 근로계약에 기초하여 사업주의 지배하에 있는 상태를 가리키는 관계개념”이고, 근로자의 구체적인 업무수행 행위 혹은 시간적 내지 장소적 상태를 가리키는 것이 아님을 전제로, 『업무수행성』이 『업무기인성』의 조건을 이루고 있고, 『업무수행성』은 『업무기인성』의 제1차적 판단기준이 되어 『업무수행성』이 없으면 『업무기인성』도 성립하지 아니하지만 『업무수행성』이 있더라도 당연히 『업무기인성』이 있는 것은 아니라고 설명하고 있습니다.

하지만 업무수행성의 문제는 이 법에서 “업무상의 재해”라 함은 업무수행 중 그 업무에 기인하여 발생한 재해를 말한다고 한 구 산재법(1981. 12. 17. 법률 제3467호로 개정되기 전의 것) 제3조 제1항의 ‘업무수행 중’에 대한 해석과 관련된 것입니다. 당시 위 법문으로 말미암아 주류적인 입장은 업무상의 재해가 인정되기 위해서는 업무수행성과 업무기인성이 별도로 요구된다고 보았고, 업무수행성은 법문 그대로 근로자가 근로계약에 기인하여 사용자의 지휘·명령 하에서 업무를 행하던 중에 발생하여야 한다는 의미로 해석하였으며(근로기준법 주해 III, 노동법실무연구회, 박영사, 2010, 366면), 이러한 견해에 따르면 업무수행성은 구체적인 업무수행 행위 혹은 시간적 내지 장소적 상태와 밀접한 관련을 가진 용어였습니다. 그런데 업무상 재해가 사업장 밖에서 또는 업무 후에 발생하는 경우도 적지 않아 위와 같은 엄격한 2요건주의에 대한 비판이 제기되었고, 이를 수용하여 산재법이 1981. 12. 17. 개정되면서 업무상 재해에 대한 정의를 바꾸어 ‘업무수행 중’이라는 문구를 삭제하고, 이 법에서 ‘업무상의 재해’라 함은 업무상의 사유에 의한 근로자의 부상, 질병, 신체장해 또는 사망을 말한다고 규정하여 업무상의 사유만으로 족한 것으로 변경된 것입니다(위 책 366면). 업무수행성에 관한 발표자의 설명의 논거는 무엇인가요?

6. 발표자는 발표문 17면 12째 줄 이하에서, “신속·공정한 보상”에서의 ‘공정’이라는 개념은 보험급여액에 대한 법원의 주관적 가치판단을 배제하고 ‘보상’을 객관적으로 정형화하겠다는 의미를 지니고 있다. 그리하여 『산재보험법』 제3장에서는 보험급여 산정기준을 평균임금으로 구체화함과 동시에 보험급여액의 정율·정액화를 통해 보상내용에 대한 법원의 주관적 가치판단을 배제하였다.”고 주장합니다.

하지만 법원의 판단에 의한 손해액 산정이 불공정하다고 단정하기는 어려운 것이 아닐까요? 산재보험의 1차적 운영은 행정청에서 하는 것이고, 행정청의 처분에 불복이 있는 경우 법원은 행정소송의 형태로 관여하는 것에 불과합니다. 보험급여 산정기준의 구체화와 급여액의 정율·정액화는 1차적으로 행정청의 행위규범으로 작용하는 것으로서, 산재보험을 운영하는 행정청의 업무처리 기준을 통일하고 행정청의 주관적 판단을 배제하여 공정한 업무처리를

하고자 하는 것이 1차적인 목표가 아닐까요?

7. 발표자는 발표문 21면 9째 줄 이하에서 산재보험법의 사회보장적 구성요소 중 하나로 근로기준법상 근로자가 아닌 현장실습생, 특수형태근로자 등을 특례적용이라는 수단을 활용하여 산재보험법을 적용한 것을 들고 있습니다.

물론 특례적용을 발표자와 같이 사회보장적 구성요소의 도입으로 설명할 수도 있겠지만, 사회의 변화에 따라 다양한 근로제공 형태가 나타났음에도 불구하고 전부 아니면 전무의 보호 방식을 고집하고 있는 현재의 근로기준법의 문제점과 관련하여서도 해석이 가능하다고 생각합니다. 즉 다양한 형태로 나타나고 있는 모든 근로제공에 대하여 공장제 근로자를 전제로 입법이 된 현재의 근로기준법을 그대로 적용하기는 힘든 상황에서 부득이 대법원은 근로자의 근로자성에 대하여 엄격한 해석을 하고 있으나, 현실적으로는 현장실습생이나 특수형태근로자의 경우 사용종속성을 부정하기 어렵고 다만 이와 같은 새로운 형태의 근로에 대하여는 전면적인 근로기준법에 의한 보호가 부적절한 뿐입니다. 즉, 구체적인 근로제공형태에 맞는 다양한 단계의 보호체계를 갖추는 것이 필요한데, 아직까지 그러한 법체계가 정립되지 아니한 우리 현실에서 그러한 법적 보호를 부정할 이유가 없는 산재보험법의 경우 우선적으로 근로자로서 보호를 하겠다는 취지로 해석할 수 있을 것입니다. 따라서 이는 사회보장적 구성요소의 도입이라기보다는 근로자에 대한 근로제공 형태에 맞는 보호의 측면에서 해석이 가능할 듯 한데 발표자의 견해는 어떤지요?

8. 발표자는 21면 30째 줄에서 산재보험법의 사회보장적 구성요소 중 하나로 산재보상관계의 범위 확장을 예로 들면서, 업무(작업) 관련성질환인 뇌·심혈관계 및 근골격계 질환에 있어서 근로자의 소인·기초질환·기존질환이 있는 경우에도 업무가 작용한 경우에 『업무상 질병』으로 인정하는 점을 거론하고 있습니다.

하지만 사용자의 책임을 묻는 경우에도 업무기인성만 인정된다면 근로자의 소인·기초질환·기존질환이 있다 하더라도 사용자의 책임을 인정하고 있습니다. 현재 대법원은 질병의 주된 발생원인이 업무와 직접 관련이 없다고 하더라도 업무상 과로가 질병의 주된 발생 원인에 겹쳐서 질병을 유발시켰거나 악화시켰다면 인과관계가 있다고 보고 있습니다(대법원 1998. 12. 8. 선고 98두12642). 대법원은 “산업재해보상보험법상의 업무상 재해라고 함은 근로자의 업무수행 중 그 업무에 기인하여 발생한 질병을 의미하는 것이므로 업무와 사망 사이에 인과관계가 있어야 하지만, 질병의 주된 발생 원인이 업무수행과 직접적인 관계가 없더라도 적어도 업무상의 과로나 스트레스가 질병의 주된 발생원인에 겹쳐서 질병을 유발 또는 악화시켰

다면 그 사이에 인과관계가 있다고 보아야 할 것이고, 그 인과관계는 반드시 의학적·자연과학적으로 명백히 입증하여야 하는 것은 아니고, 제반 사정을 고려할 때 업무와 발병 사이에 상당인과관계가 있다고 추단되는 경우에도 그 입증이 있다고 보아야 하고, 또한 평소에 정상적인 근무가 가능한 기초질병이나 기존질병이 직무의 과중 등이 원인이 되어 자연적인 속도 이상으로 급격하게 악화된 때에도 그 입증이 있는 경우에 포함되는 것이며, 업무와 사망과의 인과관계의 유무는 보통평균인이 아니라 당해 근로자의 건강과 신체조건을 기준으로 판단하여야 한다. 나아가 과로의 내용이 통상인이 감내하기 곤란한 정도이고 본인에게 그로 인하여 사망에 이를 위험이 있는 질병이나 체질적 요인이 있었던 것으로 밝혀진 경우에는 과로 이외에 달리 사망의 원인이 되었다고 볼 특별한 사정이 드러나지 아니하는 한 업무상 과로와 신체적 요인으로 사망한 것으로 추정함이 경험칙과 논리칙에 부합한다(대법원 2010. 1. 28. 선고 2009두5794 판결 등).”고 일관하여 판시하고 있습니다.

일반 불법행위 책임에 있어서도 인과관계만 인정되면 배상책임은 인정하되, 피해자에게 소인·기초질환·기존질병 등의 사정이 있어 손해액이 확대된 경우에는 이를 불법행위자의 책임제한 사유로 보고 있을 뿐입니다.

9. 기타 용어에 관하여

5면의 위험인수, 공동고용, 기여과실에 관한 설명이 어색합니다.

危險引受(acceptance or assumption of the risk)의 抗辯이란 사용자에게 주의의무 위반이 있었다 하더라도 피해근로자가 피해를 입게 한 위험에 대하여 미리 승낙하였다는 것을 주장하면 사용자는 손해배상책임을 지지 않는다.

-> 사용자에게 주의의무 위반이 있었다 하더라도 피해근로자가 피해를 입게 한 위험에 대하여 미리 동의한 때에는 손해배상을 청구할 수 없다는 법리에 기초한 항변이다.

(항변이 책임을 지지 않는다는 것은 어색한 문장이다).

共同雇傭(common employment)의 抗辯이란 피해자가 가해자와 사용자를 같이 하는 경우, 즉 동료피용자(fellow servant)의 관계에 있는 경우에는 동료피용자의 행위에 의해서 입은 재해에 대하여는 사용자는 면책된다.

-> 피해자가 가해자와 사용자를 같이 하는 경우, 즉 동료피용자(fellow servant)의 관계에 있는 경우에는 동료피용자의 행위에 의해서 입은 재해에 대하여는 사용자가 면책된다는 법리에 기초한 항변이다.

(항변이 면책된다는 것은 어색하다)

寄與過失(contributory negligence)의 抗辯이란 근로자가 주의를 하였더라면 재해의 발생을

피할 수 있었을 경우에 주의를 하지 아니하였기 때문에 발생한 재해는 그의 과실을 구성하는 것이므로, 사용자의 과실이 재해발생의 유일한 원인이 될 수는 없다.

-> 자신의 피해발생에 기여한 피해자는 자신의 과실이 가해자의 과실에 비하여 경미한 경우에도 가해자의 불법행위 책임을 추급할 수 없다는 법리에 기초한 항변이다.

(기여과실이론은 비교과실이론과 대비되는 법리이며, 항변이 원인이 될 수 없다는 것은 어색하다)

【제2주제】

노인장기요양보험제도의 개선과제

白孝英*

제1장 서론

제2장 노인장기요양보험제도의 이론적 고찰

제3장 노인장기요양보험의 주요내용

제4장 노인장기요양보험법과 다른 4대보험중 국민건강
보험과의 관계

제5장 현행법의 개선방안

제6장 결론

제1장 서론

제1절 연구의 목적

우리나라는 의료기술의 발달로 인한 평균수명의 연장과 낮은 출산율(1.23명)¹⁾로 인하여 인구고령화가 급격히 진행 되어 가고 있다. 65세 이상의 노인인구가 지난 2000년에는 7.2%에 달하여 이미 고령화 사회로 진입한 상태이고, 2011년 현재는 11.4%의 비율을 보이고 있다. 이후 더욱 빠른 속도로 증가하여 2017년에는 14.3%로 고령사회로 진입하고, 2026년에는 20.8%가 넘는 초고령사회로 진입하게 될 예정이다.²⁾³⁾

* 東國大學校 大學院 法學科

- 1) 2010년 현재 우리나라의 출산율은 1.23명으로 OECD국가 중에서 가장 낮은 수치를 보이고 있다(통계청, 2010년 출생통계(확정), 2010).
- 2) UN에서는 65세 이상 노인이 전체 인구에서 차지하는 비율이 7% 이상인 사회를 고령화사회(Aging Society), 14%이상인 사회를 고령사회(Aged Society), 20% 이상인 사회를 초고령사회(Super-Aged Society)로 규정하고 있다.
- 3) 우리나라의 경우 고령화사회에서 고령사회로 이행이 불과 17년 소요될 것으로 전망을 하고 있는 가운데 프랑스 115년, 미국은 72년, 영국은 46년 그리고 고령화 속도가 빠르다는 일본에서도 24년이 걸렸다(통계청, 『장래인구추계』, 2010 ; 일본 국립사회보장 인구문제연구소, 『인구통계자료집』, 2010

이러한 급격한 고령화의 진전은 치매·중풍 등 노인성 질환으로 일상생활이 어려운 장기요양보호를 필요로 하는 노인인구의 증가를 초래한다. 노인인구의 증가는 저하된 신체기능으로 인하여 의료와 타인의 도움을 많이 필요로 하는 사회적 서비스인 장기요양에 대한 수요증가와 관련 비용의 증가로 이어진다. 노인들의 질병은 만성적이며 퇴행적인 특성을 가지고 있어 계속 증증화 되기 때문에 노인요양보호는 장기적이 될 수밖에 없다.⁴⁾ 그리고 인구의 고령화는 국민건강보험 재정에도 심각한 위기를 초래하고 있다. 국민건강보험공단이 발표한 노인의료비의 연도별 증가추이를 살펴보면, 2000년 전체 총 진료비는 13조 1,410억 원에서 2010년에는 43조 6,570억 원으로 약 232% 증가한 반면, 노인의료비의 연도별 증가추이를 살펴보면 2000년 2조 2,893억 원에서 2010년 13조 7,847억 원으로 약 502% 증가했음을 알 수 있다.⁵⁾

한편, 우리나라는 가부장적 유교문화로 인하여 노인성 질환이나 질병이 있는 노인은 가정에서 가족들의 보호를 받으면서 필요시 의료기관에서 진료와 치료를 받는 것이 가장 이상적인 부모공경이라는 통념적인 사고가 관념화되어 있었다. 하지만 핵가족화와 여성의 사회활동 증가 등 사회구조의 변화와 이에 따른 가족제도의 변화는 가정에서 장기요양 대상 노인의 수발에 한계를 드러내고 있다. 또한 노인 수발문제는 경제적으로도 과도한 부담을 가중시키기 때문에 부부간의 갈등, 세대 간의 갈등을 야기하며, 이로 인하여 가정불화의 원인을 제공하고 더 나아가 가족해체 등 또 다른 사회문제의 발생 요인이 되고 있다.⁶⁾

위에서 언급한 바와 같이 인구의 고령화, 노인부양비의 증가, 사회구조의 변화 등의 이유로 인하여 노인장기요양제도 도입의 필요성이 제기되었다. 이에 국민의 정부는 지난 2001년 8월 15일 노인요양보장제도의 도입을 발표하기에 이르렀고, 2005년 7월부터 2008년 6월 까지 약 3년간 시범사업을 추진함으로써 노인장기요양보험의 기틀을 마련하였다. 그러던 중 2007년 4월 2일 「노인장기요양보험법」법안이 국회를 통과하여 2008년 7월부터 전면적인 시행을 하게 되었다.

정부는 이 법의 제정으로 노인의 간병·장기요양 문제를 사회적 연대원리에 따라 정부와 사회가 공동으로 해결하는 노인장기요양보험 제도를 도입하여 노인의 노후생활 안정을 도모하고 그 가족의 부양부담을 덜어줌으로써 국민의 삶의 질을 향상, 사회서비스일자리 확대, 고령친화 사업 및 지역경제 활성화를 기대하고 있다. 하지만 현 시점에서 시행 된지 4년이 지

참조).

- 4) 이안생, “노인장기요양보험제도의 발전방안에 관한 연구”, 원광대학교 대학원 박사학위논문, 2008, 1면.
- 5) 통계청, 『2011 한국의 사회지표』, 통계청, 2012, 262면 참고.
- 6) 이춘실, “노인장기요양보험 시행에 따른 울산광역시 노인요양서비스 개선에 관한 연구”, 울산대학교 대학원 박사학위논문, 2011, 2면.

난 노인장기요양보험 제도는 큰 성과를 거두지 못하고 있으며, 다음과 같은 문제점들이 나타나고 있다.

먼저, 적용대상과 관련하여서는 수급대상자의 범위가 너무 제한적이고, 그 범위를 중증환자에게 집중을 할 것인지, 아니면 많은 수의 경증환자까지 서비스를 제공할 것인지를 고민해봐야 할 것이다.

둘째, 급여와 관련하여서는 급여의 종류가 제한적이고, 급여의 방식 또한 일률적이다. 그리고 요양병원 간병비 규정이 지정된 장기요양기관을 이용하는 자와의 형평성에서 문제되고 있으며, 가족관계에 있는 요양보호사가 현실적으로 불합리한 대우를 받고 있다.

셋째, 노인장기요양보험제도의 운영과 이용에 관련하여서는 장기요양인정의 유효기간 1년이 요양등급 1등급인 자에게는 너무 짧고, 국민건강보험공단의 지정·취소권 및 질문·검사권의 부재로 효율적인 업무수행이 곤란하며, 재가장기요양기관의 설치 시에 관할 구역의 시장·군수·구청장에게 신고를 하게 되어 있는데, 신고의 요건만 갖추면 되기 때문에 영세요양기관의 난립과 과잉공급으로 인한 불법운영 등의 문제가 발생하고 있다. 뿐만 아니라 장기요양기관에 대한 정보 부족으로 인해 수급자의 선택권이 침해받고 있으며, 등급판정위원회의 구성은 의학적 지식을 필요로 하는 전문적인 분야임에도 불구하고 의사 또는 한의사의 필요적 요건을 1인 이상으로 규정하고 있어 등급판정위원회의 구성에 대한 객관성과 전문성에 대한 의문점을 갖게 한다. 또한 장기요양서비스를 제공하는 조직이 대부분 비영리 조직과 영리조직이어서 서비스의 질이 낮아지고 있고, 장기요양기관의 평가에 있어서 국민건강보험공단의 과도한 통제력이 문제되고 있으며, 요양보호사의 질적인 측면과 이들의 교육과정에 관한 문제점이 제기되고 있다.

넷째, 재정과 관련하여서는 장기요양보험제도 재원조달 부분의 60% 이상을 국민들이 납부하는 보험료로 충당하고 있음에도 불구하고 본인 부담률이 높은 점과 향후 저출산 고령화로 인한 재원조달 문제 등이 나타나고 있다.

이러한 현실들을 염두에 두고 본 논문은 우리나라의 제도를 분석해 본 후, 이를 통해 장기요양보험제도의 개선방안을 도출하고자 한다.

제2절 연구의 범위 및 방법

본 논문은 고령이나 노인성 질병 등의 사유로 거동이 불편하여 일상생활을 혼자서 수행하기 어려운 노인들에게 신체활동 또는 가사활동 지원 등의 서비스를 제공하여 노후의 건강증진 및 생활안정을 도모하고 그 가족의 부담을 덜어주기 위한 사회보험제도인 노인장기요양보

험 제도를 그 연구대상으로 한다.

본 논문은 총 6장으로 구성되어 있으며 그 내용은 다음과 같다.

제1장에서는 연구의 목적과 연구의 범위 및 방법에 관하여 기술하고자 한다.

제2장에서는 노인장기요양보험제도의 이론적 고찰· 노인장기요양보장의 필요성에 대해 검토하고자 한다.

제3장에서는 현행 우리나라의 노인장기요양보험 제도에 대한 주요내용인 적용대상, 급여, 전달체계, 재정을 중심으로 살펴본 후 현행 제도의 문제점을 검토하고자 한다.

제4장에서는 우리나라 사회보장제도의 기본구조에 대해 살펴보고, 노인장기요양보호법과 다른 4대보험과의 관계 중 국민건강보험과 관계에 대해서 검토한다.

제5장에서는 앞에서 살펴본 내용을 토대로 현행 우리나라의 노인장기요양보험 제도에 대한 개선방안을 도출하고자 한다.

마지막으로 제6장에서는 본문의 연구결과를 요약하면서 결론을 맺고자 한다.

본 연구는 그 동안 발표된 국내외의 문헌을 연구대상으로 하는 문헌적 방법론을 택하였다. 즉 노인장기요양보험 제도에 대해 논의하고 있는 단행본, 학위논문, 학술지 논문자료와 정부 기관에서 발행하는 보고서, 그리고 보완적으로 통계청의 통계자료를 이용하였다. 이 과정에서 우리의 현황을 검토하기 위해서 비교법적 방법을 사용하였다.

제2장 노인장기요양보험제도의 이론적 고찰

제1절 노인장기요양보장의 필요성

1. 급속한 고령화

우리나라의 인구변동은 OECD 국가에서 유례가 없을 정도로 빠른 변화를 보이고 있다. 다음 <표 2-1>에서 보여주는 바와 같이 전체인구에서 65세 이상 노인인구가 차지하는 비중은 1980년에 3.8%에서 1990년에 5.1% 정도로 노령화가 매우 서서히 진행되었지만, 2000년에 7%를 넘어섰고 2010년에는 11%로 급속히 노인층의 비중이 확대되고 있다.

1980년대까지 가족정책을 통해서 저출산을 적극적으로 장려하였지만, 자발적인 저출산이 이루어지면서 출산율이 지속적으로 감소하여, 합계출산율(total fertility rate)이 약 2가 되어야 인구가 안정적으로 재생산되지만, 출산율은 2000년대 들어서 거의 1에 가깝게 떨어지게 되었

다.7)8)

이러한 낮은 출산율은 결혼 연령의 증가와 첫 아이 출산연령의 증가로 인해 계속 지속되고 있고, 평균수명도 1965년 55세에서 2005년 75세로 급격히 증가하였으며, 향후에도 빠르게 증가할 것으로 예상되고 있다.9)

<표 2-1> 65세 이상 노인인구 추이

	1980	1990	2000	2010	2020	2030	2040	2050	2060
총인구(천명)	38,124	42,869	47,008	49,410	51,435	52,160	51,091	48,121	43,959
65세 이상(천명)	1,456	2,195	3,395	5,452	8,084	12,691	16,501	17,991	17,622
구성비(%) ¹⁰⁾	3.8	5.1	7.2	11.0	15.7	24.3	32.3	37.4	40.1

출처 : 통계청, 장래인구추계:2010년~2060년, 2011. 12.

이러한 노령화의 속도는 해외 다른 국가들과 비교했을 때 더욱 두드러지게 나타나고 있다. 프랑스가 65세 이상 노인인구의 비중이 1864년에 7%에 도달한 것을 비롯하여 대부분의 선진 국가들이 20세기 초반에 노인인구 비중이 7%에 도달한 반면 일본이 1970년, 그리고 우리나라가 2000년에 도달하였다. 우리나라는 노령화가 7% 까지는 서서히 진행되었지만, 그 이후에는 서구에 비해서 급속히 진행되는 것을 알 수 있다. 일본의 경우 노령화사회에서 노령사회로 전환되는데 단지 24년이 걸렸으며, 노인인구가 20%에 도달하는 초고령사회까지 불과 12년이 소요되었다. 프랑스가 고령화사회에서 초고령사회까지 154년이 걸린 것과 비교하면 상당히 빠른 노령화 속도라고 할 수 있다. 반면에 우리나라는 일본보다 더욱 빠른 노령화가 진행되어 고령화사회에서 초고령사회까지 불과 26년이 소요될 것으로 예상하고 있다.¹¹⁾

이런 추세에서 노인장기요양보험에 대한 사회적 대책은 미흡한 실정이다. 현행 건강보험제도는 급성질환을 중심으로 한 치료와 서비스 위주로 제공되기 때문에 고령화의 진전에 따른 건강상태 저하나 만성질환을 앓고 있는 노인성 질환에 효과적이지 못하기 때문에 새로운 제도의 필요성이 요구되었다.¹²⁾

7) 2006년에는 가임 여성 당 1.06명의 아이가 출생하여 역대 최저치를 기록한 바 있으며, 2010년 현재 1.23명을 기록하고 있다.
 8) 최영준, “노인복지 정책의 현황과 과제”, 『제정법제 Issue Paper 11-15-②』, 한국법제연구원, 2011, 8-9면.
 9) Choi, Y., South Korea's unique demography and social risks, in 'Retirement, Work, and Pensions in Ageing Korea'(eds J. yang and T. Klassen), Routledge, 2010.
 10) 구성비는 전체인구 중 65세 이상 노인인구의 비율이다.
 11) 통계청, 2011 고령자통계, 통계청 사회통계국 사회통계기획과 보도자료, 2011. 9. 29, 9면.
 12) 이인호, “노인수발보험제도의 국가간 비교와 시사점”, 『사회복지개발연구』(제12권 제2호, 통권 제47

<표 2-2> 주요 국가별 인구고령화 진전현황 비교

(단위 : 년)

국 가	도달년도			증가 소요연수	
	7%	14%	20%	7%→14%	14%→20%
한 국	2000	2018	2026	18	8
일 본	1970	1994	2006	24	12
프 랑스	1864	1979	2018	115	39
이 태 리	1927	1988	2006	61	18
미 국	1942	2015	2036	73	21
독 일	1932	1972	2009	40	37

출처 : 통계청, 장래인구추계, 2006.

2. 사회구조의 변화

신체적·정신적 기능제한을 경험하고 있는 노인을 보호하는 일을 과거에는 주로 가족이 담당해왔다. 그러나 산업사회의 발달과 도시생활의 보편화 등으로 핵가족사회로 변하면서 가족이 노인을 보호하는 일이 점차 불가능해 지고 있다. 과거에는 며느리나 딸과 같은 여성에 의해 노인의 간병수발보호가 이루어졌지만, 여성들의 사회 참여가 증가하는 가운데 자녀들의 부모부양에 대한 가치관도 크게 변모하고 있다. 따라서 고령자의 삶의 질을 향상시키고 자녀와 부모간의 가족유대를 지속적으로 유지시키는 한편, 가족 내 간병수발자의 사회적 참여활동을 지원해 주기 위해서는 가족의 노인 간병수발문제를 사회가 나서서 해결해 줄 수 있는 제도의 마련이 필요하게 되었다.¹³⁾

3. 노인 의료비 및 부양비 증가

노인의 간병수발을 가족이 담당하던 시기에는 간병수발에 수반되는 비용을 가족 간 상호노력으로 해결하여 왔다. 하지만 수발가족이 없거나, 있어도 수발하기 어려운 경우에는 가족 이외의 간병인에게 의존할 수밖에 없었으며, 이 때 소요되는 비용은 노인 개개인이나 그 가족이 전적으로 부담하였다. 일반적으로 소득수준을 상·중·하로 구분할 때, 상층의 고소득 노인의 경우에는 유료노인복지시설을 이용하거나 고비용의 간병전문인을 고용하여 필요한 만큼의 간병수발중심의 장기요양서비스를 받을 수 있었고, 하층의 빈곤노인이나 저소득 노인인 경우에는 정부의 지원아래 운영되고 있는 각종 무료 또는 실비 노인요양시설, 노인전문요양시설을 이용하거나 재가서비스를 무료 또는 매우 저렴한 비용부담으로 이용할 수 있었다. 하지만 무료나 실비 노인복지시설을 이용할 수 없는 중산·서민계층의 노인의 경우에는 가족이 전적으

호), 사회복지개발연구원, 2006, 176면.

13) 장재혁 외 11인 공저, 『노인장기요양보험의 이해』, 도서출판 들샘, 2010, 10-11면.

로 부양을 하거나 고비용을 부담해서라도 유료노인복지시설이나 민간요양병원을 이용할 수밖에 없는 실정이었다.¹⁴⁾

65세 이상 노인 의료비의 증가추이를 <표 2-3>을 통해 살펴보면 국민의 의료비에서 차지하는 노인의료비의 비율은 1996년 13.1%에서 점점 증가하여 2010년에는 31.6%까지 증가하였다. 2000년부터 2010년까지 10년 간 65세 이상 노인 인구비율은 7.2%에서 11.0%로 3.8%가 증가하였으나, 같은 기간 진료비 점유율은 17.4%(2조2893억원)에서 31.6%(13조7847억원)로 증가 하여 10년간 노인의료비가 14.2% 증가한 것을 볼 수 있다.

<표 2-3> 건강보험 65세 이상 노인의료비 지출

(단위 : 억원, %)

연도	전체진료비	65세이상 노인진료비				전체 진료비 중 노인진료비 구성비
		계	65-69세	70-74세	75세이상	
1996	74,273	9,762	4,186	2,995	2,598	13.1
2000	131,410	22,893	9,332	6,770	6,790	17.4
2005	247,968	60,556	23,569	17,724	19,263	24.4
2010	436,570	137,847	43,013	40,293	54,541	31.6

출처: 통계청, 『2011 한국의 사회지표』, 통계청, 2012, 262면의 표를 재구성.

이처럼 노인 의료비는 증가하는 반면, 가족부양의 기능은 점점 약화되고 있기 때문에 간병수발 비용의 부담을 개인이나 가족들이 모두 감당하기에는 무리가 있다.

한편, 고령화에 따른 노년부양비 및 노령화지수를 나타낸 <표 2-4>를 살펴보면, 2011년 현재 노년부양비가 15.6% 이던 것이, 2030년에는 2배를 상회하는 38.6%로 추계 된다.

<표 2-4> 노년부양비 및 노령화 지수

(단위 : %)

연도	0~14세 인구구성비	15~64세 인구구성비	65세이상 인구구성비	총부양비	유소년 부양비	노년 부양비 ¹⁵⁾	노령화 지수 ¹⁶⁾
1980	34.0	62.2	3.8	60.7	54.6	6.1	11.2
1990	25.6	69.3	5.1	44.3	36.9	7.4	20.0
2000	21.1	71.7	7.2	39.5	29.4	10.1	34.3
2010	16.1	72.8	11.0	37.3	22.2	15.2	68.4
2011	15.6	73.0	11.4	36.9	21.4	15.6	72.8
2020	13.2	71.1	15.7	40.7	18.6	22.1	119.1
2030	12.6	63.1	24.3	58.6	20.0	38.6	193.0
2040	11.2	56.5	32.3	77.0	19.8	57.2	288.6

출처 : 통계청, 『2011 한국의 사회지표』, 통계청, 2012, 64면의 표를 재구성.

14) 장재혁 외 11인 공저, 앞의 책, 11면.

15) 노년부양비 = (65세 이상 인구 ÷ 15~64세 인구)×100

16) 노령화지수 = (65세 이상 인구 ÷ 0~14세 인구)×100

이러한 노인의료비 및 노년부양비의 증가는 건강보험재정을 악화시키는 요인으로 작용하고 있으며, 또한 노인장기요양비용에 대한 노인과 노인을 수발하는 가족의 경제적 부담을 가중시키고 있다. 이러한 경제 부담을 사회적으로 지원하기 위한 공적인 노인요양보험제도의 필요성이 요구되었다.¹⁷⁾

제3장 노인장기요양보험의 주요내용

노인장기요양보험법은 고령이나 노인성 질병 등의 사유로 일상생활을 혼자서 수행하기 어려운 노인등에게 제공하는 신체활동 또는 가사활동 지원 등의 장기요양급여에 관한 사항을 규정하여 노후의 건강증진 및 생활안정을 도모하고 그 가족의 부담을 덜어줌으로써 국민의 삶의 질을 향상하도록 함을 목적으로 한다(노인장기요양보험법 제1조).

제1절 적용대상

I. 가입자

장기요양보험의 가입자는 국민건강보험법 제5조¹⁸⁾ 및 제93조¹⁹⁾에 따른 가입자로 한다(노인

17) 조지현, “노인장기요양보험법의 문제점과 개선방안”, 2008년 한국의료법학회 추계학술대회, 한국의료법학회, 2008, 39면.

18) 국민건강보험법 제5조(적용대상등)

① 국내에 거주하는 국민으로서 다음 각호의 1에 해당하는 자외의 자는 이 법에 의한 건강보험(이하 "건강보험"이라 한다)의 가입자(이하 "가입자"라 한다) 또는 피부양자가 된다.

1. 「의료급여법」에 따라 의료급여를 받는 자(이하 "수급권자"라 한다)
2. 「독립유공자예우에 관한 법률」 및 「국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률」에 의하여 의료보호를 받는 자(이하 "유공자등의료보호대상자"라 한다). 다만, 다음 각목의 1에 해당하는 자는 그러하지 아니하다.

가. 유공자등의료보호대상자중 건강보험의 적용을 보험자에게 신청한 자

나. 건강보험의 적용을 받고 있던 자가 유공자등의료보호대상자가 된 경우로서 보험자에게 건강보험의 적용배제신청을 하지 아니한 자

② 제1항의 피부양자는 다음 각호의 1에 해당하는 자중 직장가입자에 의하여 주로 생계를 유지하는 자로서 보수 또는 소득이 없는 자를 말한다.

1. 직장가입자의 배우자
2. 직장가입자의 직계존속(배우자의 직계존속을 포함한다)
3. 직장가입자의 직계비속(배우자의 직계비속을 포함한다) 및 그 배우자
4. 직장가입자의 형제·자매

19) 국민건강보험법 제93조(외국인등에 대한 특례)

① 정부는 외국정부가 사용자인 사업장의 근로자의 건강보험에 관하여 외국정부와의 합의에 의하여

장기요양보험법 제7조 제3항).

노인장기요양보험제도의 가입자는 국민건강보험에 가입한 국민과 의료급여수급권자를 포함하는 전 국민을 대상으로 한다. 즉 노인요양문제는 모든 국민이 염려하는 중요한 사회적 위험이며, 이를 세대 간의 부담을 통해 사회연대 원리를 바탕으로 국가·사회의 공동책임 하에 해결하기 위한 제도이므로 당연히 그 가입대상은 전 국민이다. 또한 요양서비스 대상을 저소득층으로 한정하지 아니하고 일반국민을 포괄하는 보편적인 서비스 제공을 위해서는 정부재정만으로는 제도 적용 대상의 확대에 한계가 있으므로 노인장기요양보험법이 규정한 가입대상에게 그 가입이 의무적으로 적용되는 사회보험방식을 채택하고 있다.²⁰⁾

II. 수급자

노인장기요양보험법 제1조가 정하고 있는 “노인등”에 해당하는 자는 65세 이상의 노인 또는 65세 미만의 자로서 치매·뇌혈관성질환 등 대통령령으로 정하는 노인성 질병을 가진 자를 말한다(노인장기요양보험법 제2조 제1호)²¹⁾. 여기에서 65세 이상의 노인은 ‘제1호 수급자’로, 45세에서 64세까지의 노화 및 노인성질환 대상자는 ‘제2호 수급자’로 구분된다. 이처럼 수급대상자를 두 종류로 나누는 것은 보험급여가 인정되는 원인이 서로 다르기 때문이다. 제1호 수급자는 원인과 관계없이 보험급여의 수급권이 발생하는 반면, 제2호 수급자는 노화에 따른 질병으로 인해 요양보호가 필요하다고 판단될 때에 수급권이 인정된다.²²⁾

장기요양보험의 수급자 추이를 살펴보면 2008년 장기요양보험제도 시행 후 4년간 장기요양 서비스에 대한 신청자, 인정자, 이용자는 지속적으로 증가하고 있는 상황이다. 2011년 12월 현재 신청자는 617,081명, 인정자는 324,412명, 이용자는 292,478명으로, 제도가 처음 시작된 해인 2008년 12월에 비하여 신청자는 64%, 인정자는 약 51.3%, 이용자는 97.9% 증가하였다. 자세한 내용은 <표 3-1>과 같다.

이를 따로 정할 수 있다.

② 국내에 체류하고 있는 재외국민 또는 외국인으로서 대통령이 정하는 사람은 제5조의 규정에 불구하고 이 법의 적용을 받는 가입자 또는 피부양자가 된다.

20) 김인철·견진만·윤광진, 노인장기요양보험법에 대한 입법평가, 한국법제연구원, 2009.

21) 수급권자에 장애인을 포함할 것인지 여부와 관련해서는 국민의 보험료 부담 증가나 장애인에 대한 서비스 제공시설 부족 등과 아울러 서비스 본질이 노인은 일상생활 보조 위주의 서비스인 데 비해 장애인은 사회참여·재활치료를 통한 자립지원에 중점을 둔 서비스라는 점을 고려해서 부득이 65세 미만의 비노인성 질환을 가진 장애인은 수발보험급여 대상에서 일단은 제외하였다. 다만, 국가는 향후 장애인 등 일상생활을 혼자서 수행하기 어려운 모든 국민에 대해서 수발급여 등을 받을 수 있도록 최선의 노력을 하도록 정책 방향으로 규정한 조항을 제5조에 명시하고 있다(대한민국, 국회, 제17대국회 회의록 : 제10차 보건복지위원회 회의, 제262회, 2006. 11. 30, 6면).

22) 조지현, 앞의 논문, 41면.

<표 3-1> 장기요양보험 수급자 추이

(단위 : 명, %)

구 분	2008. 12	2009. 12	2010. 12	2011. 12
노인인구	5,109,644	5,270,214	5,436,969	5,642,297
신청자 수	376,030	596,235	759,339	617,081
인정자 수	214,480	286,907	315,994	324,412
노인 중 인정자 비율	4.2	5.4	5.8	5.7
이용자 수	147,801	244,048	281,110	292,478
- 시설	56,370	70,374	92,556	105,178
- 재가	91,431	172,813	188,635	187,372

출처: 보건복지부, 7월부터 노인장기요양보험 대상자 신규 확대, 보건복지부 보도자료, 2012. 6. 11.

제2절 급여

I. 의의

1. 정의

장기요양급여란 장기요양보험법 제15조 제2항에 따라 6개월 이상 동안 혼자서 일상생활을 수행하기 어렵다고 인정되는 자에게 신체활동·가사활동의 지원 또는 간병 등의 서비스나 이에 갈음하여 지급하는 현금 등을 말한다(노인장기요양보험법 제2조 제2호).

2. 급여제공의 기본원칙

가. 개별성의 원칙

장기요양급여는 노인등의 심신상태·생활환경과 노인등 및 그 가족의 욕구·선택을 종합적으로 고려하여 필요한 범위 안에서 이를 적절하게 제공하여야 한다(노인장기요양보험법 제3조 제1항). 이는 장기요양급여의 제공 시기와의도 관련된다. 수급자는 장기요양인정서가 도달한 날부터 장기요양급여를 받을 수 있다. 그러나 수급자는 돌볼 가족이 없는 경우나 주거를 같이하는 가족이 없는 경우 또는 주거를 같이하는 가족이 미성년자 또는 65세 이상의 노인 외에는 없는 경우 신청서를 제출한 날부터 장기요양인정서가 도달되는 날까지의 기간 중에도 장기요양급여를 받을 수 있다(노인장기요양보험법 제27조 및 동법 시행령 제13조). 다만 사회보험급여는 현실적인 운영에 있어서 어느 정도 유형화의 필요성이 있기 때문에 개별적인 상황에 따른 보호를 관철하는 데에는 한계가 있다²³⁾.

23) 전광석, 『한국사회보장법론』(제8판), 법문사, 2010, 298면.

나. 재가급여우선의 원칙

노인장기요양보험법은 오늘날 가족구조의 변화로 인하여 노인장기요양을 더 이상 일반적으로 가족에 부담시킬 수 없다는 상황을 배경으로 제정되었다.²⁴⁾ 그러나 그럼에도 불구하고 입법자는 요양급여가 가족에서 가장 효율적으로 이루어지며, 이로써 가족의 기능을 제공하는 효과가 있다는 점을 인식하여 재가급여우선의 원칙을 채택하였다(노인장기요양보험법 제3조 제2항).

다. 종합적인 보호의 원칙

장기요양급여는 노인등의 심신상태나 건강 등이 악화되지 아니하도록 의료서비스와 연계하여 이를 제공하여야 한다(노인장기요양보험법 제3조 제3항). 노인장기요양은 다른 사회적 위험과 마찬가지로 사후보호 뿐 아니라 장기요양이 필요한 상태를 사전에 예방하고 또 요양급여를 통하여 보호대상자가 사회에서 정상적인 생활을 수행할 수 있도록 재할조치를 포함하여야 한다. 노인장기요양보험법은 이러한 과제를 국가 및 지방자치단체에게 부과하고 있다(노인장기요양보험법 제4조 제1항).

II. 종류

1. 재가급여

재가급여의 종류에는 방문요양, 방문목욕, 방문간호, 주·야간보호, 단기보호, 기타 재가급여 등이 있다. 이중 방문간호는 장기요양요원인 간호사 등이 의사, 한의사 또는 치과의사의 지시서에 따라 수급자의 가정 등을 방문하여 간호, 진료의 보조, 요양에 관한 상담 또는 구강위생 등을 제공하는 급여이며,²⁵⁾ 주·야간보호는 수급자를 하루 중 일정한 시간 동안 장기요양기관에 보호하여 신체활동 지원 및 심신기능의 유지·향상을 위한 교육·훈련 등을 제공하는 급여이다. 끝으로 기타재가급여는 수급자의 일상생활·신체활동 지원에 필요한 용구를 제공하거나 가정을 방문하여 재활에 관한 지원 등을 제공하는 급여이다(노인장기요양보험법 제23조 제1항 제1호).

24) 전광석, 위의 책, 297면.

25) 방문간호서비스의 관리 책임자로 간호사를 임명한 것은 의사로 하는 것은 현실적으로 불가능하고, 간호서비스의 안전성이나 질적인 면에서의 안전장치를 최소한 둘 수 있는 길이라고 보았기 때문이다(대한민국, 국회, 제17대국회 회의록 : 제2차 보건복지위원회 회의, 제265회국회(임시회), 2007. 2. 22, 40-41면). 또한 의사가 왕진하여 수급자를 돌보는 것도 고려가 되었으나, 건강보험에서도 아직 제도화 시키지 못하고 있을 뿐만 아니라 비용이 많이 드는 문제가 있기 때문에, 여건이 좀 더 조성된 후 고려할 사항으로 보았다(대한민국, 국회, 제17대국회 회의록 : 보건복지위원회회의록(법안심사소위원회), 제6호, 제262회국회(정기회), 2006. 11. 7, 29면).

2. 시설급여

시설급여는 장기요양기관이 운영하는 「노인복지법」 제34조에 따른 노인의료복지시설인 노인요양시설 및 노인요양공동생활가정 등에²⁶⁾ 장기간 동안 입소하여 신체활동 지원 및 심신기능의 유지·향상을 위한 교육·훈련 등을 제공하는 것을 말한다(노인장기요양보험법 제23조 제1항 제2호).

3. 특별현금급여

특별현금급여는 가족요양비와 특례요양비 그리고 요양병원간병비로 나뉜다. 먼저 가족요양비는 도서·벽지 등 장기요양기관이 현저히 부족한 지역에 거주하는 자나 천재지변이나 그 밖에 이와 유사한 사유로 인하여 장기요양기관이 제공하는 장기요양급여를 이용하기가 어렵다고 보건복지부장관이 인정하는 자 또는 신체·정신 또는 성격 등의 사유로 인하여 가족 등으로부터 장기요양을 받아야 하는 자에게 제공된다. 여기서 신체·정신 또는 성격 등의 사유라 함은 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」에 따른 감염병환자로서 감염의 위험성이 있는 경우, 「장애인복지법」에 따라 등록된 장애인 중 정신장애인인 경우, 신체적 변형 등의 사유로 대인과의 접촉을 기피하는 경우를 일컫는다. 한편, 가족요양비의 지급은 재가급여의 이용수준 등을 고려하여 장기요양위원회의 심의를 거쳐 보건복지부장관이 정한다(노인장기요양보험법 제24조 및 동법 시행령 제12조).

다음으로 특례요양비는 수급자가 장기요양기관이 아닌 노인요양시설 등의 기관 또는 시설에서 재가급여 또는 시설급여에 상당한 장기요양급여를 받은 경우 장기요양급여비용의 일부를 당해 수급자에게 지급할 수 있다(노인장기요양보험법 제25조).

마지막으로 요양병원간병비는 수급자가 「의료법」에 따른 요양병원에 입원한 때 장기요양에 사용되는 비용의 일부를 요양병원간병비로 지급할 수 있다(노인장기요양보험법 제26조).

Ⅲ. 급여이용현황

1. 요양인정등급자

노인장기요양서비스를 이용할 수 있는 권리가 있는 등급판정자 중 서비스를 이용하는 노인

26) 노인요양시설은 치매·중풍 등 노인성질환 등으로 심신에 상당한 장애가 발생하여 도움을 필요로 하는 노인을 입소시켜 급식·요양과 그 밖에 일상생활에 필요한 편의를 제공함을 목적으로 하는 시설을 일컫으며, 노인요양공동생활가정은 치매·중풍 등 노인성질환 등으로 심신에 상당한 장애가 발생하여 도움을 필요로 하는 노인에게 가정과 같은 주거여건과 급식·요양, 그 밖에 일상생활에 필요한 편의를 제공함을 목적으로 하는 시설을 말한다(노인복지법 제34조 제1항).

의 비율은 제도가 도입된 2008년 7월 52.2%로 절반 수준이었으나, 제도 도입 약 4년 후 89.1%까지 증가되었다. 이는 노인장기요양제도에 대한 인식수준이 높아졌음을 반영하는 결과라고 할 수 있다.

2011년도 12월 현재 노인장기요양등급판정 현황은 <표 3-2>에서 보는 바와 같이 1등급이 41,326명, 2등급이 72,640명, 3등급이 210,346명으로 총 324,412명의 노인이 등급을 인정받고 있다.²⁷⁾ 이는 노인장기요양보험제도가 시행된 2008년 이후 1등급은 다소 감소하였고, 2등급은 소폭 증가하였지만 3등급의 경우 2배 이상의 증가를 보이고 있다. 이와 같은 증가는 노인장기요양보험 제도의 홍보와 공공서비스 이용에 대한 인식개선 등에 의한 것으로 분석되며, 노인장기요양보험의 급여인정신청자 규모와 급여대상자 규모는 계속적으로 증가할 것으로 예측하고 있다.²⁸⁾

<표 3-2> 연도별 등급인정자

(단위 : 명)

구 분	등급인정자				
	2008. 12	2009. 6	2010. 6	2011. 6	2011. 12
1등급	57,396	54,368	49,506	42,611	41,326
2등급	58,387	71,093	76,749	73,265	72,640
3등급	98,697	161,446	185,883	204,385	210,346
계	265,371	286,907	312,138	320,261	324,412

출처 : 2008년도부터 2011년 6월까지의 통계는 국민건강보험공단, 2008~2011 장기요양보험통계연보를 참고로 재구성하였고, 2011년 12월 통계는 보건복지부 보도자료를 참고하였음(보건복지부, 7월부터 노인장기요양보험 대상자 신규 확대, 보건복지부 보도자료, 2012. 6. 11).

27) 각 등급 인정자 수는 2008년 이후 인정자격을 유지하고 있는 자도 포함되지만, 사망자는 제외된다.
 28) 법안심사소위원회의 회의록을 살펴보면, “정부의 계획은 보통 아주 경증을 5등급이라고 봤을 때 1, 2, 3등급 정도는 일단 대상으로 보고 있다. 물론 1, 2, 3등급이라는 것은 다 자의적이다. 범주라든지 그런 등급은 더 만들 수도 있고 줄일 수도 있는데 문제는 일상생활에 얼마나 지장을 주느냐 그게 핵심적인 기준이 되는 것이다. 핵심적으로 대·소변 보는 것, 밥 먹는 것, 옷 입는 것 이런 것을 가지고 하는데 3개 또는 5개의 주요동작 중에 하나도 못하면 1등급, 그중에서 2개 내지 3개 이상 주요동작을 못하면 2등급 이렇게 통상적으로 분류하는 체제가 있는데 이것을 5등급의 경증까지 해 줘야 될 것이냐 그것은 정책판단의 문제이다. 그런데 지금 범주가 1등급은 작고 4등급으로 가면 대상이 몇 배씩 늘어난다. 그러면 보험료가 엄청 올라간다. 그래서 일단은 3등급 정도에서 시작을 하고, 그 다음에 국민이 여력이 있다면 경증까지 포함할 수 있으나 그것은 우리가 어느 정도 제도를 해 보고 판단해야 될 문제”라고 보았다(대한민국, 국회, 제17대국회 회의록 : 보건복지위원회회의록(법안심사소위원회), 제6호, 제262회국회(정기회), 2006. 11. 7, 10면).

2. 가족요양비 현황

노인장기요양보험법 제3조 제2항에 의하면 “장기요양급여는 노인 등이 가족과 함께 생활하면서 가정에서 장기요양을 받는 재가급여를 우선적으로 제공하여야 한다.”라고 규정하고 있다. 이는 재가급여의 우선 제공원칙임과 동시에 공적 제도 도입 이후에도 가족의 비공식적 자원의 역할을 강조하는 것이다. 하지만 현 보험제도에서는 수급자를 돌보는 가족에 대한 보상이나 혜택은 도서벽지 등의 서비스가 제공되지 않거나 수급자가 가족 이외의 타인에 의해서는 서비스를 받지 못하는 특수한 경우에 한해 지급되는 가족요양비 외에는 없는 상황이다.²⁹⁾

노인장기요양보험법 제24조 제1항에서는 가족요양비 지급은 도서벽지 등 천재지변이나 그 밖에 이와 유사한 사유, 신체·정신 또는 성격 등의 문제를 갖고 있는 수급자에 한하고 있다. 따라서 가족요양비는 보험에서 제공하는 재가급여 또는 시설급여와 같이 본인이 선택할 수 있는 급여와는 달리 매우 제한된 상황에 있는 경우에만 수급할 수 있는 급여의 성격이다.³⁰⁾ 2010년 6월 현재 763명이 수급하고 있으며 이는 전체 서비스 이용자 253,384명의 약 0.3%에 해당하는 것으로 나타났다. 구체적으로 살펴보면 <표 3-3>과 같다.

<표 3-3> 가족요양비 수급 현황

(단위 : 명)

일반	기초수급자	의료급여	1등급	2등급	3등급	계
493	145	11	51	107	605	763

출처 : 이재선 국회의원 주최, 노인장기요양보험, 서비스 질과 수가 적정화가, 토론회자료(2011년 7월 4일, 국회도서관 대강당), 이재선 의원실, 2011, 12면 <표 2-2>를 재구성.

<표 3-4> 월 한도액

(단위 : 원)

등급		1등급	2등급	3등급
재가급여		1,140,600	1,003,700	878,900
시설급여	노인요양시설(구, 노인복지법)	35,580	35,850	32,120
	노인요양시설(단기보호시설 전환)	44,380	40,590	36,800
	노인전문요양시설(구, 노인복지법), 노인요양시설	50,120	46,420	42,710
	노인요양공동생활가정	48,900	45,290	41,670

출처 : 노인장기요양보험 홈페이지, 2011. 7. 18. <http://www.longtermcare.or.kr/portal/site/nydev/MENUITEM_MONTHLIMIT/>.

29) 이윤경, “노인장기요양보험의 가족요양 급여체계 개선방안”, 『보건복지포럼』(통권 제165호), 한국보건사회연구원, 2010, 96면.

30) 이윤경, 앞의 논문, 97면.

가족요양비의 급여액수는 수급자의 등급과 무관하게 월 15만원으로 동일하게 지급되고 있다. 이는 1~3등급의 재가급여 평균 월 한도액 1,007,733원의 약 15%수준으로 낮게 책정되어 있다.

현재 가족요양비의 경우 인프라 공급의 책임주체인 국가와 지방자치단체의 책임임에도 불구하고 인프라 부재로 인하여 적절한 서비스를 이용하지 못하며 또한 그에 상응하는 급여액을 보상받고 있지 못하다.

IV. 제한

장기요양급여를 받고 있거나 받을 수 있는 자가 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 장기요양인정을 받은 경우 또는 고의로 사고를 발생하도록 하거나 본인의 위법행위에 기인하여 장기요양인정을 받은 경우에는 장기요양급여를 중단하거나 제공하지 않는다(노인장기요양보험법 제29조 제1항). 이는 사회보장법에 특유한 제재로 사회적 위험을 스스로 야기한 경우 이루어지는 급여의 제한이다.³¹⁾ 이는 선량한 가입자를 보호하기 위한 규정으로 위의 요건에 해당하는 자에게는 당연히 급여를 제한하여야 하는 절대적 급여제한 사항이다.³²⁾

이밖에 협조의무를 이행하지 않은 경우, 즉 수급자가 정당한 사유 없이 자료제출의무(노인장기요양보험법 제60조)를 이행하지 않은 경우 또는 보고 및 검사의무(노인장기요양보험법 제61조)를 이행하지 않거나 답변을 거절한 경우에는 장기요양급여의 전부 또는 일부를 제공하지 않을 수 있다(노인장기요양보험법 제29조 제2항). 보험료를 납부하지 않은 경우 국민건강보험에서와 마찬가지로 보험급여는 중단된다. 이밖에 국민건강보험법상의 급여의 조정에 관한 규정이 준용된다(노인장기요양보험법 제30조).

한편, 노인장기요양보험법 시행규칙 제17조에서는 “수급자는 재가급여, 시설급여 및 특별현금급여를 중복하여 받을 수 없다. 다만, 가족요양비 수급자 중 기타재가급여를 받는 경우에는 그러하지 아니하다.”라고 규정하고 있으며, 또한 “수급자는 동일한 시간에 방문요양, 방문목욕, 방문간호, 주·야간보호 또는 단기보호 급여를 2가지 이상 받을 수 없다. 노인장기요양보험법은 급여수급권이 둘 이상이면 중복급여로 취급하여 중복수급을 금지하고 있다는 것을 알 수 있다.

31) 전광석, 앞의 책, 300면.

32) 장재혁 외 11인 공저, 앞의 책, 107면.

제3절 운영과 이용

I. 운영체제

1. 관리운영주체

노인장기요양보험제도는 보건복지부장관이 관장하도록 하고 있다. 국가가 사회보장정책에 따라 이 제도의 관리운영책임을 지는 것이다(노인장기요양보험법 제7조). 이를 위하여 보건복지부장관의 자문기구로 장기요양위원회를 설치·운영하도록 하고 있다(노인장기요양보험법 제45조~47조). 보건복지부장관은 노인 등에 대한 장기요양급여를 원활하게 실시하기 위하여 5년 단위로 장기요양기본계획을 수립·시행하여야 한다(노인장기요양보험법 제6조 제2항).

노인장기요양보험 제도에서 보험자는 국민건강보험공단이다(노인장기요양보험법 제7조 제2항). 국민건강보험공단은 노인장기요양보험 가입자 등의 자격관리, 노인장기요양보험료의 부과·징수, 장기요양인정 신청인에 대한 조사, 등급판정위원회의 운영, 장기요양인정서의 작성 및 표준장기요양 이용계획서의 제공, 장기요양급여의 관리 및 평가, 수급자에 대한 정보제공·안내·상담 등 장기요양급여 관련 이용지원에 대한 사항, 재가 및 시설 장기요양급여비용의 심사 및 지급과 특별현금급여의 지급, 장기요양급여 내용의 확인, 장기요양사업에 대한 조사·연구 및 홍보, 노인성질환 예방사업, 장기요양급여의 제공기준을 개발하고 장기요양급여비용의 적정성을 검토하기 위한 장기요양기관의 설치 및 운영³³⁾ 등의 업무를 관장한다(노인장기요양보험법 제48조).

장기요양기관의 지정과 관리는 시·군·구의 권한이고(노인장기요양보험법 제31조), 부정한 방법으로 지정을 받은 장기요양기관 또는 정당한 이유 없이 장기요양급여를 거부한 장기요양기관 등에 대하여 그 지정을 취소할 수 있다(노인장기요양보험법 제37조).

2. 장기요양위원회

장기요양보험료율, 가족요양비·특례요양비 및 요양병원간병비의 지급기준, 재가 및 시설 급여비용 등을 심의하기 위하여 보건복지부장관 소속으로 장기요양위원회를 둔다(노인장기요양보험법 제45조).

³³⁾ 국민건강보험공단이 장기요양기관을 설치·운영할 수 있도록 한 노인장기요양보험법 제48조 제2항 제13호의 규정과 관련하여, 장기요양기관을 설치·운영하고 있는 청구인은 위 조항의 직접적인 수범자가 아니고, 나아가 국민건강보험공단이 직접 장기요양기관을 설치·운영하게 됨에 따라 청구인이 상대적으로 장기요양급여 수급자를 유치하기 어려워지는 결과가 야기된다 하더라도, 이는 간접적, 사실적 또는 경제적인 불이익에 불과하다고 할 것이고, 법적인 불이익이라고 할 수 없다고 보았다(헌재 2010. 3. 25. 2010헌마187).

장기요양위원회는 위원장 1인, 부위원장 1인을 포함한 16인 이상 22인 이하의 위원으로 구성하는데, 근로자단체·사용자단체·시민단체·노인단체·농어업인단체 또는 자영업단체를 대표하는자, 장기요양기관 또는 의료계를 대표하는 자, 대통령령으로 정하는 관계 중앙 행정기관의 고위공무원단 소속 공무원·장기요양에 관한 학계 또는 연구계를 대표하는 자·공단이 사장이 추천하는 자 중에서 각각 동수로 보건복지부장관이 임명 또는 위촉한다. 위원장은 보건복지부차관이 한다.(노인장기요양보험법 제46조).

3. 장기요양등급판정위원회

장기요양인정 신청인의 장기요양인정 및 장기요양등급을 판정하기 위하여 공단에 장기요양등급 판정위원회를 둔다. 등급판정위원회는 시·군·구 단위로 설치한다. 다만 인구 등을 고려하여 하나의 시·군·구에 2 이상의 등급판정위원회를 설치하거나, 2 이상의 시·군·구를 통합하여 하나의 등급판정위원회를 설치할 수 있다.

장기요양등급판정위원회는 위원장 1인을 포함한 15인 이내의 위원으로 구성하는데, 시장·군수·구청장이 추천한 위원 7인과 의사 또는 한의사가 각 1인 이상 포함되어야 한다.(노인장기요양보험법 제52조).

4. 장기요양기관과 장기요양요원

장기요양기관을 설치·운영하고자 하는 자는 노인장기요양보험법 시행령³⁴⁾이 정하는 장기요양에 필요한 시설 및 인력기준을 갖추어 시장·군수·구청장으로부터 장기요양기관 지정을 받아야 한다(노인장기요양보험법 제31조). 시장·군수·구청장은 장기요양기관을 지정한 때 지체 없이 신고명세를 공단에 통보하여야 한다. 단 방문간호기관은 시설 및 인력을 갖추어 지방자치단체 시장·군수·구청장에게 신고하면 운영할 수 있다(노인장기요양보험법 제32조). 신고를 받은 시장·군수·구청장은 그 신고내역을 지체 없이 공단에 통보하여야 한다. 방문간

³⁴⁾ 제10조(장기요양기관의 종류 및 기준) 법 제23조 제2항에 따라 장기요양급여를 제공할 수 있는 장기요양기관의 종류 및 기준은 다음 각 호와 같다.

1. 재가급여를 제공할 수 있는 장기요양기관
 - 가. 「노인복지법」 제38조에 따른 재가노인복지시설로서 법 제31조에 따라 지정받은 장기요양기관
 - 나. 법 제32조에 따라 설치한 재가장기요양기관
2. 시설급여를 제공할 수 있는 장기요양기관
 - 가. 「노인복지법」 제34조 제1항제1호에 따른 노인요양시설로서 법 제31조에 따라 지정받은 장기요양기관
 - 나. 「노인복지법」 제34조 제1항제2호에 따른 노인요양공동생활가정으로서 법 제31조에 따라 지정받은 장기요양기관

호기관은 치과 의사 및 조산사를 제외하고 의료법에 따른 의료기관을 개설할 수 있는 자가 설치·운영할 수 있다(노인장기요양보험법 제35조).

장기요양기관이 수급자로부터 장기요양급여 신청을 받은 때에는 정당한 사유가 없는 경우 장기요양급여의 제공을 거부하여서는 아니 된다. 또한 장기요양기관은 장기요양급여의 선택을 용이하게 하고 급여의 질을 보장하기 위하여 급여의 내용, 시설, 인력 등 현황자료 등을 공단이 운영하는 인터넷에 게시하여야 한다(노인장기요양보험법 제34조).

노인장기요양보험법 시행령에 따르면 방문요양 및 방문목욕의 장기요양요원은 요양보호사 1급으로 하도록 되어 있다. 또한 방문간호의 장기요양요원은 간호사로 최근 5년 이내에 2년 이상의 임상경험이 있는 자와 간호조무사 중 최근 10년 이내에 3년 이상의 임상경험이 있는 자 및 치과위생사를 자격요건으로 하고 있다(노인장기요양보험법 제23조 제2항 및 동법 시행령 제11조).

II. 이용체계

1. 장기요양 인정신청

요양급여를 받고자 하는 자는 먼저 국민건강보험공단에 장기요양인정신청서를 제출한다. 장기요양인정신청은 장기요양보험가입자 또는 그 피부양자와 의료급여수급자가 할 수 있다. 신청서 제출 시에 신청자는 의사 또는 한의사가 발급하는 소견서를 첨부하여야 하는데, 의사소견서는 공단이 등급판정위원회에 자료를 제출하기 전까지만 제출하면 된다. 다만 거동이 현저하게 불편하거나 도서·벽지 지역에 거주하여 의료기관을 방문하기 어려운 자 등은 의사소견서를 제출하지 아니할 수 있다³⁵⁾(노인장기요양보험법 제12조 및 제13조).

2. 방문조사

신청자에 대해서 공단은 간호사·사회복지사·물리치료사 등으로 구성된 장기요양요원으로 하여금 신청을 한 가정을 직접 방문하여 ‘장기요양조사인정조사표’ 및 조사요령에 의거 신청인의 심신상태, 필요한 요양급여의 종류 및 내용, 그 밖에 필요한 사항 등을 조사하게 하여야

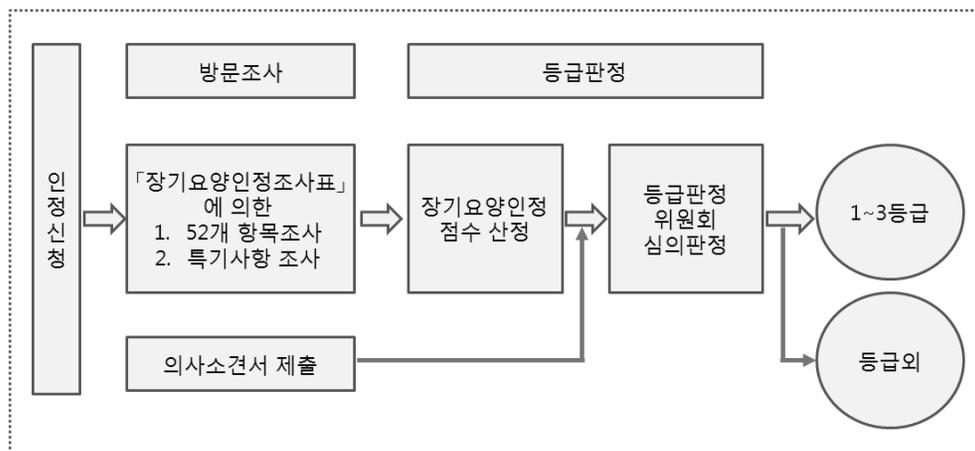
³⁵⁾ 정부측의 장기요양 인정신청의 최초 계획은 주민 편의를 위해서 그 업무를 놓여준 같은 데, 내지는 국민연금 시작할 때 읍·면·동으로 해 주면 국민건강보험공단에 서류가 넘어가게 하거나, 모든 신청이라든지 그런 것들을 다 전자문서로만 하는 것을 원칙으로 활용할 계획이었고, 그렇게 접수가 되면 국민건강보험공단에서 조사요원인 수발관리요원이 나가서 조사를 하고 그 결과를 가지고 오면 일 주일에 한 번 내지 두 번 꼴로 수발판정위원회에서 판정을 해서 결정하는 것으로 되어 있었다(대한민국, 국회, 제17대국회 회의록 : 보건복지위원회회의록(법안심사소위원회), 제6호, 제262회국회(정기회), 2006. 11. 7, 19면).

한다(노인장기요양보험법 제14조).

3. 심사 및 판정

신청조사가 완료되면 장기요양요원은 조사한 결과를 컴퓨터 등급판정 프로그램으로 분석하여 장기요양 인정여부 및 장기요양등급에 대하여 1차로 판정하고, 공단은 이 조사결과서·신청서·의사소견서 및 그 밖에 심의에 필요한 자료를 지역별 장기요양등급판정위원회에 제출하여야 한다(노인장기요양보험법 제15조 제1항). 구체적으로 살펴보면, 1단계로 장기요양 신청자의 자가진단 또는 조사요원의 진단을 통해 각 서비스군 별 인정요양점수를 계산하여 신청 여부를 결정하도록 하며, 2단계에서는 신청자에 대해서는 총점을 환산하고, 판별 분석을 통해 등급판정의 적절성을 평가한 후 등급이 일치된 경우 최종 등급을 부여하고, 등급이 불일치한 대상자에 한하여 전문가의 체크를 통해 요양인정 점수를 재계산하여 최종 판정 과정을 거치도록 하였다. 이때 각 서비스군 별 산정 판정기준에 따라 등급을 부여하도록 한다.³⁶⁾

<그림 3-1> 등급판정 절차



출처 : 노인장기요양보험 홈페이지, 2012. 7. 18, <http://www.longtermcare.or.kr/portal/site/nydev/MENUITEM_GUIDEPROCESS/>.

등급판정위원회는 6월 이상의 기간 동안 일상생활을 혼자서 수행하기 어렵다고 인정되는 경우 요양급여를 받을 자(수급자)로 결정하고 심신상태 및 요양급여가 필요한 정도에 따라 등급을 판정하게 된다(노인장기요양보험법 제15조 제2항).

36) 선우덕외 7명, 앞의 연구보고서, 102-103면.

등급판정은 신청서를 제출한 날로부터 30일 이내에 완료하는 것을 원칙으로 하는데, 정밀 조사가 필요한 부득이한 경우는 30일 이내의 범위에서 연장이 가능하다(노인장기요양보험법 제16조 제1항).

노인장기요양보험의 요양등급판정은 요양필요 욕구를 신체기능, 인지기능, 행동변화(문제행동), 간호욕구, 재활욕구에 대해 52개의 항목 평가를 통해 이루어진다. 기능상태의 파악은 건강보험공단의 방문조사를 통해 노인이 해당 기능상태의 수행가능성을 파악하는 1차 판정과 의사소견서를 바탕으로 장기요양등급판정위원회의 2차 판정을 통해 요양 1~3등급, 등급 외 A·B·C³⁷⁾, 비등급으로 구분되어진다. 이 중 노인장기요양보험에 의해 급여를 받을 수 있는 대상자는 요양 1~3등급이다.³⁸⁾

요양등급인정자 비율은 서비스 이용의 본인부담금 비율에 따라 차이를 나타내고 있다. 본인부담금은 소득수준에 따라 일반노인의 경우 이용요금의 20%(재가보호 15%), 기초수급자는 무료, 의료급여대상자는 10%(재가보호 7.5%)의 차등을 두고 있다.

4. 판정결과 등의 통지

판정이 완료되면 공단은 요양등급·요양급여의 종류 및 내용 등에 관한 사항이 포함된 장기요양인정서와 요양급여를 원활히 이용할 수 있도록 하기 위한 이용계획서를 작성하여 수급자에게 송부하여야 한다(노인장기요양보험법 제17조). 장기요양인정의 유효기간은 1년을 원칙으로 하지만(노인장기요양보험법 제19조), 연속으로 3회 이상 같은 등급으로 판정되는 경우에는 유효기간을 2년으로 한다(노인장기요양보험법 시행령 제8조 제1항). 다만 등급판정위원회에서 유효기간을 6개월 범위 내에서 가감하여 조정할 수 있다. 이 경우에도 유효기간을 1년 미만으로 할 수는 없다(노인장기요양보험법 시행령 제8조 제2항).

5. 서비스의 개시

장기요양인정서를 받은 수급자는 재가급여 또는 시설급여를 선택할 수 있으며, 장기요양인

37) 장기요양인정점수가 53점 미만인 사람으로 거동관련 장애 및 인지관련 대상자를 말한다.

- 등급외 A(45점~53점 미만), 등급외 B(40점~45점 미만), 등급외 C(40점 미만)

38) 등급판정기준은 다음과 같이 분류한다(노인장기요양보험법 시행령 제7조).

1. 장기요양 1등급 : 심신의 기능상태 장애로 일상생활에서 전적으로 다른 사람의 도움이 필요한 자로서 장기요양인정 점수가 95점 이상인 자
2. 장기요양 2등급 : 심신의 기능상태 장애로 일상생활에서 상당 부분 다른 사람의 도움이 필요한 자로서 장기요양인정 점수가 75점 이상 95점 미만인 자
3. 장기요양 3등급 : 심신의 기능상태 장애로 일상생활에서 부분적으로 다른 사람의 도움이 필요한 자로서 장기요양인정 점수가 53점 이상 75점 미만인 자

정서가 수급자에게 도달한 날부터 장기요양급여가 개시된다(노인장기요양보험법 제27조 제1항)³⁹⁾. 다만 돌볼 가족이 없는 경우 등은 신청서를 제출한 날부터 장기요양급여를 받을 수 있다(노인장기요양보험법 제27조 제2항).

6. 부당이득의 징수와 구상권

공단은 장기요양급여를 받은 자 또는 장기요양급여비용을 받은 자가 월 한도액 범위를 초과하여 장기요양급여를 받은 경우, 장기요양급여의 제한을 받을 자가 장기요양급여를 받은 경우, 거짓이나 부정한 방법으로 재가 및 시설 급여비용을 청구하여 이를 지급받은 경우, 그 밖에 노인장기요양보험법상의 원인 없이 국민건강보험공단으로부터 장기요양급여를 받거나 장기요양급여액을 지급받은 경우에는 그 장기요양급여 또는 장기요양급여비용에 상당하는 금액을 부당이득으로 징수한다(노인장기요양보험법 제43조 제1항). 판례는 이때 입증책임은 보험자인 국민건강보험공단에 있는 것으로 보고 있다.⁴⁰⁾

한편, 거짓 보고 또는 증명에 의하거나 거짓 진단에 따라 장기요양급여가 제공되었으면 거짓행위에 관여한 자는 장기요양급여를 받은 자와 연대하여 책임을 진다(노인장기요양보험법 제43조 제2항). 이 외에 공단은 거짓이나 부정한 방법으로 장기요양급여를 받은 자와 같은 세대에 속한 자(장기요양급여를 받은 자를 부양하고 있거나 다른 법령에 따라 장기요양급여를 받은 자를 부양할 의무가 있는 자)에 대해서도 연대책임을 물을 수 있다(노인장기요양보험법 제43조 제3항). 또한 장기요양 기관이 수급자로부터 거짓이나 부정한 방법으로 장기요양급여비용을 받은 때에는 공단이 당해 장기요양기관으로부터 이를 징수하여 수급자에게 지체 없이 지급하여야 한다(노인장기요양보험법 제43조 제4항).

제3자의 행위로 인하여 장기요양급여의 제공사유가 발생하여 수급자에게 장기요양급여를 행한 때에는 공단은 그 급여에 사용된 비용의 한도 안에서 제3자에 대한 손해배상의 권리를

39) 수발인정서가 교부될 때 어차피 국민건강보험공단의 전문가가 나가서 조사를 하고 니드(need)를 했기 때문에 본인이 앞으로 내가 어떤 서비스를 받고 무엇에 역점을 뒀다 되겠다. 그것을 알고 잘 할 수 있도록 그 조사 나간 결과를 바탕으로 전문가가 표준수발이용계획서라는 것을 짜주는데 그것은 통제적인 성격이 아니라 권고적 성격이다. 그것을 참고하여 생활시설이건 재가시설이건 최종적으로 거기에서 대상자의 요양상태라든지 상담을 통해 서비스가 계속 제공이 되는 것이다. 즉, 수발인정서 교부 이후에 구체적인 케어플랜의 정확한 단계는 없다(대한민국, 국회, 제17대국회 회의록 : 보건복지위원회회의록(법안심사소위원회), 제6호, 제262회국회(정기회), 2006. 11. 7, 24면).

40) 국민건강보험법에 의한 국민건강보험공단의 환수처분 또는 징수처분은 요양기관이 환자에게 실제로 제공한 진료행위 등에 비하여 과도한 요양급여비용을 받았다고 하여 곧바로 행할 수 있는 것이 아니라 그러한 과도한 요양급여비용을 지급받은 것이 요양기관의 사위 기타 부당한 방법에 의한 것일 때 행할 수 있는 것이고, 그러한 경우 요양기관이 사위 기타 부당한 방법으로 요양급여비용을 지급받았다는 점을 증명할 책임은 국민건강보험공단에 있다(대법원 2011. 11. 24. 선고, 2011두16025).

얻는다(노인장기요양보험법 제44조 제1항). 장기요양급여를 받은 자가 제3자로부터 이미 손해 배상을 받은 때에는 공단은 그 손해배상액의 한도 안에서 장기요양급여를 행하지 아니한다(노인장기요양보험법 제44조 제2항).

7. 이의신청 및 심사청구

장기요양인정·장기요양등급·장기요양급여·부당이득·장기요양급여비용 또는 장기요양보험료 등에 관한 공단의 처분에 이의가 있는 자는 국민건강보험공단에 이의신청을 할 수 있다. 이때, 이의신청은 처분이 있는 날부터 90일 이내에 문서로 하여야 한다. 다만 정당한 사유로 이 기간 이내에 이의신청을 할 수 없었음을 소명한 때에는 그러하지 아니하다. 그리고, 국민건강보험공단은 장기요양 심사위원회를 구성하여 이의신청사건을 심사하여야 하는데(노인장기요양보험법 제55조), 장기요양심사위원회는 위원장 1명을 포함한 50명 이내의 위원으로 구성한다(노인장기요양보험법 시행령 제23조 제1항).

이의신청에 대한 결정에 불복하는 자는 결정처분을 받은 날부터 90일 이내에 장기요양 심판위원회에 심사청구를 할 수 있다. 심판위원회는 보건복지부장관 소속으로 두고, 위원장 1인을 포함한 20인 이내의 위원으로 구성한다.(노인장기요양보험법 제56조).

한편, 국민건강보험공단에 이의가 있는 자와 이의신청 또는 심사청구에 대한 결정에 불복하는 자는 「행정소송법」으로 정하는 바에 따라 행정소송을 제기할 수 있다(노인장기요양보험법 제57조).

8. 장기요양 등급외자에 대한 지역보건복지예방서비스

국민건강보험공단은 등급 외 신청자에 대하여 시·군·구 지자체에서 실시하고 있는 보건복지·예방서비스를 제공받을 수 있도록 하고 있다. 등급 외 신청자가 이러한 서비스를 받기 위해서는 ‘지역보건복지연계 동의서’를 작성하여 국민건강보험공단에 제출해야 한다. 그러면, 국민건강보험공단은 등급 외 판정을 받은 신청자에게 안내문, 동의서, 담당자 명함, 동의서를 동보 할 회신용 봉투를 발송하고 필요시 민원상담을 실시한다. 시·군·구는 1개월 주기로 국민건강보험공단에 지역복지서비스 연계상황을 통보하며, 국민건강보험공단은 6개월 주기로 대상자를 모니터링하여 서비스 만족도를 확인하고 만약에 기능의 저하가 발견될 경우 장기요양 신청을 안내하여 장기요양을 위한 재심사를 받을 수 있도록 한다.⁴¹⁾ 이러한 등급외자를 위한 보건복지서비스의 종류와 기준은 등급외 A형, B형과 등급외 C형으로 구분된다. 먼저 등급외 A형과 B형은 가사간병도우미, 노인돌보미, 독거노인 생활관리사 파견, 보건소 맞춤형 방문건

41) 선우덕외 7명, 앞의 연구보고서, 166-167면.

강관리(사업순위에서 우선적으로 사업대상으로 선정), 보건소 치매조기검진(치매조기검진 사업 대상에서 우선권 부여), 노인복지관과 사회복지관에서 목욕서비스 제공, 기능회복지원(물리치료, 작업치료, 운동재활, ADL(Activities of Daily Living) 훈련 등), 건강증진 지원 등의 지역복지서비스를 받을 수 있고, 등급 외 C형은 노인복지관과 사회복지관에서 건강증진지원(건강체조, 노인건강운동 등)과 정서생활 지원(노인문제, 노인상담 등)과 보건소를 통한 건강생활실천 프로그램에 참여할 수 있다.⁴²⁾

제4절 재정

장기요양보험의 보험료는 국민건강보험료액에서 경감 또는 면제되는 비용을 공제한 금액에 장기요양보험료율을 곱해 산정하도록 하고 있다(노인장기요양보험법 제9조). 이러한 장기요양보험의 재원조달 방식에 관하여는 「노인장기요양보험법」 제8조, 제40조 및 제58조에서 규정하고 있으며, 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

먼저 장기요양사업에 사용되는 비용에 충당하기 위하여 장기요양보험료를 국민건강보험법에 따른 보험료와 통합하여 징수하고 있으며(노인장기요양보험법 제8조), 재가급여는 당해 장기요양급여비용의 100분의 15, 시설급여의 경우는 당해 장기요양급여비용의 100분의 20을 본인이 부담하도록 하고 있으며⁴³⁾, 「의료급여법」에 따른 수급권자는 소득·재산 등이 보건복지부장관이 정하여 고시하는 일정 금액 이하인 자, 천재지변 등 보건복지부령으로 정하는 사유로 인하여 생계가 곤란한 자의 경우는 본인 부담율을 50% 감경해주고 있다(노인장기요양보험법 제40조). 그리고 국가는 매년 예산의 범위 안에서 당해 연도 장기요양보험료 예상수입액의 100분의 20에 상당하는 금액을 국민건강보험공단에 지원하며⁴⁴⁾, 국가와 지방자치단체는 대통

42) 노인장기요양보험 홈페이지, 2012. 7. 17, <http://www.longtermcare.or.kr/portal/ny/jsp/p/d/01/nypd_faqlst_R.jsp?searchType=ALL&searchWord=&pageSize=10&branch_1=1&branch_session=1&communityKey=B0030&bltBdCd=0&act=VIEW&pageNum=1&boardId=249>.

43) 정부측에서도 본인부담 20%가 지금 노인들에게는 많다는 것은 충분히 이해를 하였다. 그렇지만 장기적으로 앞으로 부담을 생각했을 때 20%는 원칙으로 하되, 법률이나 또는 시행령의 중간단계에서 10%를 조금 광범위하게 인정해 주는 쪽으로 하면 본인 부담이 서비스 이용에 장애가 되지 않도록 완충작용을 할 수 있다고 보았다. 즉, 기초수급자는 무료로 하고 또 경로연금 대상자라든지 상당히 소득이 낮은 사람은 10% 그리고 일반 노인은 20% 이렇게 세 가지 구조로 차등화 시키는 것이 옳으며, 지금 만약 10%로 한다면 5년, 10년을 봤을 때 굉장히 재정에 부담이 될 것으로 보았다(대한민국, 국회, 제17대국회 회의록 : 보건복지위원회회의록(법안심사소위원회), 제6호, 제262회국회(정기회), 2006. 11. 7, 25-26면).

44) 애초의 정부안은 보험료와 정부지원, 본인부담률의 비율이 5대 3대 2였지만 법안심사소위원회를 거치면서 6대 2대 15로 수정되었다(대한민국, 국회, 제17대국회 회의록 : 보건복지위원회회의록(법안심사소위원회), 제6호, 제262회국회(정기회), 2006. 11. 7, 27면).

령령으로 정하는 바에 따라 의료급여수급권자의 장기요양급여비용, 의사소견서 발급비용, 방문간호지시서 발급비용 중 국민건강보험공단이 부담하여야 할 비용 및 관리운영비의 전액을 부담한다고 규정하고 있다(노인장기요양보험법 제58조).

제4장 노인장기요양보험법과 다른 4대보험중 국민건강보험과의 관계

제1절 우리나라 사회보장제도의 기본구조

사회구성원 전체가 보편적 위험에 대비하기 위한 사회보험제도로는 현재 이른바 ‘5대 사회보험제도’로 불리는 건강보험제도, 연금보험제도, 산업재해보험제도, 실업보험제도, 노인요양보험제도가 있다. 그리고 이러한 사회보험은 각각 보장하고 있는 사회적 위험에 따라 국민건강보험법, 국민연금법, 공무원연금법, 사립학교교직원연금법, 군인연금법, 산업재해보상보험법, 고용보험법, 노인장기요양보험법이 제정되어 있다.⁴⁵⁾ 이 중 국민연금과 건강보험은 전국민 보호 대상으로 하며, 산재보험과 고용보험은 사업 또는 사업장을 적용대상으로 사업장 소속 근로자를 보호함을 목적으로 하고, 특수직역연금(공무원연금, 사립학교교직원연금, 군인연금)은 특수직 종사자를 보호대상으로 한다. 그리고 앞서 언급했듯이 노인장기요양보험은 65세 이상의 노인 또는 65세 미만의 자로서 노인성 질병을 가진 자를 보호대상으로 한다.

우리나라 사회보험의 도입은 먼저 사업장 근로자의 업무상재해에 대한 공적보험의 보장책임을 규정한 산업재해보상보험법이 1963년 11월에 제정되어 1964년 7월부터 시행되었으며, 의료보험법은 1963년에 제정되었으나 10여년이 지난 1977년부터 일반 국민보다 먼저 사업장 근로자에게 우선적으로 실시되었으며, 국민연금제도는 1973년 국민복지연금법이 제정되었으나 1973년 발생한 석유파동의 영향에 의한 경제불황으로 무기한 연기하게 되었고, 노동시장 확대와 지속적인 출생률 저하 등으로 국민연금제도에 대한 필요성이 증가되면서 1986년부터 종전의 국민복지연금제도를 수정·보완하여 1988년 1월부터 국민연금제도를 일반 국민보다 먼저 10인 이상 사업장에 근무하는 18세 이상 60세 미만의 근로자 및 사업주를 대상으로 실시하였다.⁴⁶⁾

사업장 근로자를 위한 고용보험은 1993년 법제정 후 1995년 5월부터 적용되어 우리나라의

45) 이준일, 앞의 책, 103면.

46) 국민건강보험공단 홈페이지, 알기쉬운 국민연금, 국민연금의 도입과 발전 참조, 2012. 5. 11, <<http://www.nps.or.kr>>.

4대 사회보장제도가 확립되었다. 이와 같이 우리나라 사회보험은 일반 국민에 앞서 사업장 근로자에게 먼저 적용되었으며, 이는 한편으로는 정부의 사회보장정책의 일환으로서 근로자(또는 노동조합)에 우선적 배려와 다른 한편으로는 산업화의 진전과 더불어 사업장 근로자에게 업무상재해에 대한 보상, 예방, 일상생활에서의 질병, 퇴직 후의 노후생활에 대비한 노령연금 등의 필요성 정도가 일반 국민들보다 시급했음을 의미한다.⁴⁷⁾ 이후 2007년 4월에는 노인장기요양보험법이 제정되어 2008년 7월부터 시행되었다.

제2절 국민건강보험과의 관계

I. 국민건강보험

국민건강보험의 경우 질병·부상에 대한 예방·진단·치료·재활과 출산·사망 및 건강증진에 대하여 보험급여를 실시하고 있는 반면, 노인장기요양보험은 노인성 질병을 그 대상으로 하고 있다. 그리고 요양급여의 경우 가입자 및 피부양자의 질병·부상·출산 등에 대하여 진찰·검사, 약제·치료재료의 지급, 처치·수술 기타의 치료, 예방·재활, 입원, 간호, 이송의 요양급여를 실시하는 반면, 노인장기요양보험은 재가급여, 시설급여, 특별현금급여를 실시하고 있어 차이를 보이고 있다. 하지만 노인장기요양보험법 제30조는 “『국민건강보험법』 제48조 제1항 제4호·제2항부터 제6항까지 및 제49조는 이 법에 따른 보험료 체납자 등에 대한 장기요양급여의 제한 및 장기요양급여의 정지에 관하여 준용한다.”고 규정하고 있다. 즉, 다른 법령에 의한 보험급여나 보상(報償) 또는 보상(補償), 타 법령에서 급여 제공, 국외에 여행중인 때와 국외에서 업무에 종사하고 있는때⁴⁸⁾에 급여 정지 등에 대한 사항은 국민건강보험법을 준용한다는 것이다.⁴⁹⁾ 따라서 다음의 경우에 국민건강보험법과 노인장기요양보험법의 급여가 제한되거나 정지된다.

1. 다른 법령에 의한 보험급여나 보상(報償) 또는 보상(補償)

국민건강보험법 제48조 제1항 제4호는 “업무상 또는 공무상 질병·부상·재해로 인하여 다

47) 윤조덕·김상호·박정란, 『사회보험과 노동조합의 역할』, 한국노동연구원, 2008, 1면.

48) 판례는 “국내에서 행하여지는 사업의 사업주와 산업재해보상보험관계가 성립한 근로자가 국외에 파견되어 근무하게 되었으나 단순히 근로 장소가 국외에 있는 것일 뿐 실질적으로는 국내 사업에 소속하여 사용자의 지휘에 따라 근무하는 경우로 보아야 하므로, 산업재해보상보험법이 적용된다(대법원 2011. 2. 24. 선고, 2010두23705).”고 보아 단지 국외에서 업무에 종사한다는 이유만으로 법의 적용을 배제하지는 않고 있다.

49) 장재혁 외 11인 공저, 앞의 책, 108면.

른 법령에 의한 보험급여나 보상(報償) 또는 보상(補償)을 받게 되는 때”에는 보험급여를 지급하지 않는다고 규정하고 있다. 이는 업무의 기인성이 있거나 국가나 지방자치단체의 업무를 수행하다 질병·부상·재해로 인하여 다른 법령 즉, 사실상 재해보상을 규정하고 있는 근로기준법이나 산업재해보상보험법, 선원법, 선원보험법, 공무원연금법 및 사립학교교원연금법에 의한 보험급여나 보상(報償) 또는 보상(補償)을 받게 되는 때로 해석될 수 있다.

한편, 보험급여나 보상(報償) 또는 보상(補償)을 받게 되는 때라 함은 예를 들면 보험급여에는 산업재해보상보험법(제36조~제91조의11)과 어선원 및 어선 재해보상보험법(제21조~제35조)상의 보험급여가 있으며, 보상(報償)이란 공헌이나 희생 등을 행한 자의 생활을 보장하는 차원에서 지급되는 급여로, 여기에는 국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률상의 의료보호(제41조~제45조) 등이 있다. 그리고 보상(補償)이란 적법행위로 인해 입은 손실을 보전하여 주는 것을 말하는데, 여기에는 근로기준법(제78조~92조) 및 선원법(제94조~제106조)상의 재해보상과 공무원연금(제34조~제41조의2)·군인연금(제31조~제32조의3) 및 사립학교 교직원연금법(제42조)상의 재해급여 등이 해당한다.⁵⁰⁾

2. 타 법령에서 급여 제공

국민건강보험공단은 보험급여를 받을 수 있는 자가 다른 법령에 의하여 국가 또는 지방자치단체로부터 보험급여에 상당하는 급여를 받거나 보험급여에 상당하는 비용을 지급받게 되는 때에는 그 한도내에서 보험급여를 실시하지 아니한다(국민건강보험법 제48조 제2항). 여기서 말하는 다른 법령은 자동차손해배상 보장법·의사상자 등 예우 및 지원에 관한 법률·학교보건법·재난 및 안전관리 기본법·풍수해대책법·5·18민주유공자예우에 관한 법률·후천성면역결핍증 예방법·고엽제후유의증 등 환자지원 등에 관한 법률·병역법·국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률·독립유공자예우에 관한 법률·향토예비군 설치법 등이 있다.⁵¹⁾

3. 급여의 제한

국민건강보험공단은 세대단위의 보험료를 1월 이상 체납한 지역가입자에 대하여 보험료를 완납할 때까지 보험급여를 실시하지 아니할 수 있다. 다만, 보험료의 체납기간에 관계없이 월별 보험료의 총체납횟수(체납횟수 산정시 이미 납부된 체납보험료의 횟수를 제외한다)가 6회 미만인 경우에는 국민건강보험법 제48조 제3항을 적용하여서는 아니된다(국민건강보험법 제48조 제3항 및 동법 시행령 제27조).

50) 장재혁 외 11인 공저, 앞의 책, 108면.

51) 장재혁 외 11인 공저, 앞의 책, 109면.

보험료를 체납한 경우에는 그 체납에 대하여 직장가입자 본인에게 귀책사유가 있는 경우에만 하여 제3항의 규정을 적용한다. 이 경우 당해 직장가입자의 피부양자에게도 제3항의 규정을 적용한다(국민건강보험법 제48조 제4항). 이는 국민건강보험공단이 재량적으로 급여 제한 여부를 결정할 수 있고, 지역가입자의 보험료 납부의 성격상 가입자 1인에게 납부의무를 부여 및 고지를 하여 체납된 경우라 하더라도 그 세대원인 지역가입자 전원에게 급여제한을 할 수 있다할 것이다.⁵²⁾

국민건강보험공단은 보험료를 3회 이상 체납한 자에 대하여 보건복지부령이 정하는 바에 따라 분할납부 승인을 할 수 있다. 다만, 분할납부 승인을 받은 자가 정당한 사유 없이 2회 이상 그 승인된 보험료를 납부하지 아니한 때에는 그 분할납부의 승인을 취소한다(국민건강보험법 제48조 제5항 및 동법 제70조의2).

한편, 국민기초생활보장법상 수급권자나 차상위계층은 국민기초생활보장법상 의료급여를 수급받기 때문에 보험료 납부의무가 없으므로, 체납 문제는 발생하지 않는다. 하지만 등록장애인(1~2급)과 희귀난치성질환자(6종)의 경우 30%의 보험료 감경을 받지만 보험료 납부의무가 있기 때문에 보험료를 체납할 경우에는 급여가 정지된다.⁵³⁾

반면, 노인장기요양보험법상 국민기초생활수급권자는 보험료 납부의무가 없을 뿐만 아니라 본인일부부담금도 없기 때문에 체납 문제는 발생하지 않는다. 하지만 국민건강보험법과 달리 차상위 의료급여 수급권자는 일반 수급자 본인 일부부담금의 100분의 50 감경을 받는 국민기초생활수급권자를 제외한 의료급여수급권자 및 감경적용 대상자에도 포함되지 않는다. 그렇기 때문에 노인장기요양보험 가입자 또는 그 피부양자가 되어 본인일부부담금이(재가급여 15%, 시설급여 20%) 일반 수급자와 동등하게 적용되며, 보험료를 체납할 경우에는 급여가 정지된다.⁵⁴⁾

4. 급여의 정지

노인장기요양보험법 제30조에 따라 국민건강보험법 제49조(“보험급여를 받을 수 있는 자가 국외에 여행중인 때나, 국외에서 업무에 종사하고 있는 때에는 그 기간 중 보험급여를 지급하지 아니한다”)는 장기요양보험의 급여의 정지에 준용된다. 그러나 노인장기요양보험법상 수급

52) 장재혁 외 11인 공저, 앞의 책, 109면.

53) 이와 관련하여서는 지난 2009년 8월 11일 자유선진당 박상돈 의원이 저소득층 임신부, 급성질환자, 희귀·난치성 질환자 등을 건강보험 급여제한 예외 대상자로 포함하도록 하는 국민건강보험법 개정안을 국회에 제출했었다(『임산부·난치성 환자 보험급여제한 예외 추진』, 의협신문, 2009. 8. 11, <<http://www.doctorsnews.co.kr/news/articleView.html?idxno=56471>>).

54) 노인장기요양보험 홈페이지, 2012. 7. 17, <http://www.longtermcare.or.kr/portal/ny/jsp/p/d/01/nypd_faqlst_R.jsp?act=VIEW&boardId=230>.

자가 된 자가 여행을 한다거나 국외에서 업무에 종사한다는 것은 사실상 불가하기 때문에 이 규정은 비현실적이라 할 것이다.

제5장 현행법의 개선방안

제1절 적용대상

I. 대상범위의 확대

2008년 7월 요양보험대상자를 노인인구의 3.1%로 출발하여 2012년 4월 현재 요양등급을 받은 자는 325,000명으로 노인인구의 5.7%(요양서비스 실제 이용은 29만 명으로 노인인구의 5%)가 혜택을 받고 있다. 하지만 최근 노인장기요양보험법 시행령이 개정됨에 따라 2012년 7월 1일 현재부터는 장기요양 3등급 인정 점수를 현행 55점에서 53점으로 완화하여 경증 치매·중풍 등으로 보호가 필요한 노인 등에게 장기요양서비스를 확대 할 수 있게 되었다. 이로 인해 보건복지부는 2만 4천여 명이 신규로 장기요양서비스를 받을 자격을 얻게 될 것으로 보고 있어, 노인장기요양보험 수급자 비율이 소폭 상승할 것으로 보여진다.

노인장기요양보험 가입자를 전 국민으로 하고, 보험료 부과 또한 전 국민이 납부하여야 하는 상황에서 요양보호 수급 대상자는 65세 이상의 노인과 64세 미만의 노인성 질환을 가진 사람으로 한정되어 수급자의 수가 크게 제한될 수 있다. 따라서 대상자를 65세 이상의 노인 성질환 뿐만 아니라 만성질환 등의 돌봄이 필요한 질환자에게도 확대하는 것이 필요하다. 즉 국가의 장기적인 복지정책 전략으로 국민들이 보험료를 납부하는 당위성에 대하여 이해를 하고 공감대를 형성할 수 있도록 단계별 요양대상 확대 방안을 제시하여야 할 것이다.⁵⁵⁾

II. 대상범위의 선택 결정

우리나라는 노인장기요양 대상범위를 서비스의 수준을 낮추고 적은 수의 중증환자에 집중할 것인지, 아니면 많은 수의 경증환자까지 서비스를 제공할 것인지 고민해봐야 할 때이다.

일반적으로 집중적인 홈케어는 한 주에 6회 이상의 방문과 10시간 이상의 서비스 제공으로 규정지어 지는데,⁵⁶⁾ 자원이 한정된 상황에서 욕구 수준이 보다 높은 사람을 대상으로 함은

⁵⁵⁾ 전연일, 앞의 논문, 193면.

⁵⁶⁾ NHS Health and Social Care Information Centre, "Community Care Statistics 2005 : Home care services for adults, England", 2006.

서비스를 제공받는 사람들의 수적 감소를 수반하며, 나아가 보다 낮은 욕구에 관련된 서비스, 예를 들어 가사서비스와 같은 홈헬프 서비스의 감소를 가져온다.⁵⁷⁾ 이러한 점들을 고려한다면, 장기적인 관점에서 볼 때 지역사회 내에서 독립적인 생활을 가능하게 하는 데 중요한 기능을 하는 가사서비스의 강조도 무엇보다 중요할 것으로 판단된다. 만일 퍼스널 케어(personal care) 중심의, 보다 집중적인 서비스 제공 중심으로 재가보호의 방향이 설정된다면, 독립과 예방이라는 재가보호의 정책 목표가 변경되어야 하거나, 아니면 예방을 의존 생활의 예방이 아닌 시설보호의 예방이라는 축소된 의미로 받아들여져야 할 것이다.⁵⁸⁾

제2절 급여

I. 급여의 확대

1. 급여의 종류 확대

재가급여에 부가급여제도를 두어 요양요원(가족)에게 일정 기간 휴가를 부여하고, 필요한 경우 단기로 시설을 이용할 수 있도록 하고, 치매환자에 대한 부가보호급부제도, 보조기구 및 주택개조비용을 지원·급여의 종류를 점차로 확대하여 가족들이 현실적으로 겪게 되는 크고 작은 어려움에 대처할 수 있도록 해야 할 것이다. 나아가 경증의 환자들의 경우 이들이 중증으로 악화되지 않도록 하는 예방차원의 급여의 종류를 개발하여 활용한다면, 장기적으로 재정 절감의 효과도 기대할 수 있을 것이다.

또한 2008년 국민건강보험공단의 국민인식도 및 만족도의 조사에서처럼 재활서비스, 식사 제공서비스, 장례서비스, 외출서비스 등에 대한 사회적 요구가 많다는 사실도 주목할 필요가 있다.

우리나라에 현재 시행 중인 급여로는 재가급여(6종), 시설급여(2종), 특별현금급여(3종)가 있는데, 재가급여에서 방문재활서비스제도(물리·작업치료)의 도입을 적극적으로 요구하고 있으며, 요양등급별 수가제도 역시 요구하는 바가 크므로 현재의 시간별 수가제도에서 등급별 수가제도로의 전환도 신중히 검토해야 할 것이다. 또한 동거·비동거 가족요양서비스의 급여 수준차이를 조정하는 것도 필요하다. 나아가 3등급 대상자들이 시설입소를 원하는 경우 규제 완화 등을 통한 등급판정위원회의 심사를 거쳐 시설입소가 확대되는 것도 바람직하며, 재가장기요양시설이 원거리에 있는 경우 특별현금지역 확대의 필요성도 제기 된다.⁵⁹⁾

57) 우국희, 앞의 논문, 235면.

58) 우국희, 앞의 논문, 241면.

59) 전연일, 앞의 논문, 195면.

2. 급여의 방식 변경

우리나라의 경우는 요양에 필요한 서비스를 제공하고 그 비용 중 일부(재가급여는 15%, 시설급여는 20%) 일률적으로 본인이 부담하게 하고 있다. 하지만 급여를 등급에 따라 정액으로 획일화하여 지급하기 보다는 같은 등급 내에서도 불편한 정도(등급)에 따라 일정액을 지급하는 방식을 도입하여⁶⁰⁾ 수급자로 하여금 비용의 부담을 덜어주어야 할 것이다. 그리고 특정 기간을 정하여 물가상승률에 따라 연동하도록 하는 방안도 고려해봐야 할 것이다.

II. 요양병원 이용자의 급여 확대

노인장기요양보험법 제26조 제1항에서 규정하고 있는 요양병원간병비는 요양병원을 이용할 경우에 특별현금급여로서 현금으로 간병비를 지급받게 된다. 이는 병원비, 치료비 등의 기타 비용은 요양병원 이용자가 부담해야 한다는 것을 의미하는 것으로, 노인장기요양법 제31조에서 규정하고 있는 지정된 장기요양기관을 이용하였을 경우 받을 수 있는 시설급여에 비하여 현저히 낮은 급여다. 이는 노인장기요양보험이 국가가 운영하고 있는 사회보험이라는 측면에서 형평성에 문제가 제기된다. 따라서 요양병원을 이용하는 이용자에게도 시설급여 수급자와 동등하게 또는 이에 준하는 급여를 지급해야 할 것이다.

III. 가족관계에 있는 요양보호사 규정 신설

노인장기요양보험제도는 노인의 요양욕구를 해소하고 가족의 부양부담감소를 주요 정책목표로 하는 제도이다. 본 제도의 도입을 통해 기존에 적절한 보호를 받지 못하던 많은 노인들이 보호를 받았으며, 또한 노인수발로 인해 어려움을 겪던 가족들에게도 부양부담이 감소하였다는 측면에서는 본 제도는 성과를 거두었다고 보인다. 하지만 계속적으로 증가하는 보호 노인에 대한 부담은 이미 급격한 고령화 현상을 겪고 있는 다른 국가에서 사회적 부담으로 나타나 노인 보호에 있어 가족자원의 적극적 활용을 사회적 비용부담의 해결방안으로서 제시하고 있다.

우리나라의 경우 노인 수발에 대한 가족 책임 의식이 여전히 유지되고 있으며, 노인장기요양보험제도가 도입되었으나 해당 서비스를 이용하지 않고 가족에 의해 보호되고 있는 노인이 상당수 있는 것으로 예측된다. 현 노인장기요양보험제도에서는 가족에 의한 보호에 대한 지원은 서비스가 없는 오지에 한해 제한적으로 가족요양비를 지급하고 있으며, 가족에 의한 자발적인 보호에 대해서는 지원이 이루어지고 있지 못하다. 따라서 노인보호에 대한 사회적 비용

60) 조성혜, 앞의 논문, 65면.

절감과 보호노인의 삶의 질 향상을 위해서는 가족에 의해 보호가 이루어지는 경우 이에 대한 지원이 이루어질 수 있도록 하는 제도가 필요하다.

단순히 재정적인 부분만을 고려하는 것이 아니라 그들의 정신적, 육체적 건강을 고려하고 배려하는 제도를 고안하여, 가족 보호서비스 제공자가 향후 장기요양서비스의 수혜자가 되는 일이 없도록 하여야 할 것이다.⁶¹⁾

한편, 부정수급문제에 있어서는 타인요양보호사 대비 가족요양보호사의 급여수준을 일정 부분 상향 조정하고, 동거가족과 비동거가족 요양보호사의 급여수준 또한 동등한 수준으로 맞춰 나가야 할 것이다. 그리고 이에 따른 사후관리나 감독을 철저히 하고, 2009년부터 시행되고 있는 신고포상금제를 더욱 활성화시켜 부정수급을 사전 예방할 수 있도록 하여야 할 것이다.⁶²⁾

IV. 급여의 제한 범위의 조정

국민건강보험법 제48조 제1항에서 ‘중대한 과실’로 급여제한의 범위가 축소(즉, 결과적으로 급여가 확대)되기 이전인 구법 체계 하에서도 판례상으로는 ‘모든 과실에 의한’ 범죄행위가 급여제한의 사유로 되는 것이 아니라, ‘인과관계’내지는 ‘객관적 귀속’이라는 차원에서 ‘오로지 또는 주로’ 자신의 범죄행위로 인하여 발생한 보험사고에 한하여 급여가 제한되는 것으로 해석하여 왔고⁶³⁾, 타인의 과실 또는 불가항력적인 사고가 주된 사고발생의 원인인 경우에는 ‘인과관계를 단절’시켜 급여가 제한되지 않는 것으로 보아 왔음에 주목할 필요가 있다고 보았다.

헌법재판소 또한 다음과 같은 입장을 취하고 있다. 고의·중과실을 제외한 경과실범의 경우에는 우선 그 비난가능성이 상대적으로 낮다. 보험공동체에 위해를 끼치지 않도록 성실하고 책임있게 행동할 주의의무를 위반한 과실의 정도가 경미하므로 그 위반에 대하여 고의나 중과실이 있는 경우와 똑같이 비난하는 것이 불합리하기 때문이다. 그러므로 형법상의 절도나 강도와 같은 고의범 또는 중대한 과실에 의한 실화의 죄 등과 같은 중과실범의 범행에 기인한 부상이나 질병에 대하여 다른 국민이 낸 보험료로 의료보험급여를 하는 것은 의료보험의

61) 김나영, 앞의 논문, 56면.

62) 국민건강보험공단이 2010년 11월 18일 ‘노인장기요양보험 부당청구에 대한 신고 활기’라고 하는 제목의 보도자료를 배포하였다. 보도자료에 따르면, 부당청구 장기요양기관 월평균 신고 건이 2009년 대비 2.4배 증가하였다고 하였는데, 실상 신고 건수로 따지면 2010년 10월 말 현재 총 75건이 접수 되는 것에 그치고 있으며, 포상금을 받은 자도 39명에 그치고 있다(국민건강보험공단, 노인장기요양 보험 부당청구에 대한 신고 활기, 국민건강보험공단 보도자료, 2010. 11. 18).

63) 대법원 1990. 2. 9. 선고, 89누2295 등

윤리성이나 도덕성 등 그 공공성에 위반되어 불합리하지만, 우연히 발생한 경과실에 의한 범죄행위에 기인한 보험사고에 대하여 보험급여를 하는 것은 의료보험의 공공성에 위반된다고 보기가 어렵다. 결국 의료보험의 공공성을 유지하기 위하여, 고의로 발생시킨 사고 이외에 범죄행위와의 관계에서, 보험급여를 제한하는 것은 고의나 중과실에 의한 범죄행위에 기인하는 보험사고의 경우로 한정하면 충분하고 이 범위를 넘어서 경과실에 의한 범죄행위에 기인한 보험사고에 대하여 까지 보험급여를 하지 않는 것은 기본권의 제한은 필요한 최소한의 범위에 그쳐야 한다는 헌법상의 원칙을 어기는 것이다.

한편 경과실에 의한 범죄행위로 인한 보험사고에 대하여 보험급여를 하는 것은 위에서 본 바와 같이 의료보험의 공공성이라는 공익을 해치는 바가 별로 없거나 아주 미미하다고 할 수 있다. 그러나 다른 한편 이에 대하여 보험급여를 하지 않는 것은 의료보험으로 치료를 받아 질병의 고통 등으로부터 벗어나게 되는 것과 같은 개인의 이익을 침해하는 정도가, 경우에 따라서는 치명적일 정도로(예컨대 의료보험수급권 이외에는 치료비를 감당할 별도의 재산이 별로 없어 치료에 어려움이 있는 경우), 매우 중대하다. 그러므로 양자를 비교할 때에 기본권제한의 정당화에 필요한 법익의 균형이 존재하지 아니하여 헌법에 위반된다고 할 것이다. 기본권을 제한함에 있어서는 제한되는 사익과 추구되는 공익 사이에 적절한 균형이 유지되어야만 헌법상 이를 허용할 수 있기 때문이다. 만일 경과실에 의한 범죄행위로 인하여 발생한 보험사고에 대하여 모두 급여를 실시할 경우 보험재정의 부담이 너무 커져서 그 건전성을 위태롭게 한다면 법익의 균형문제를 달리 보아야 할 여지가 있겠지만 그러한 위험에 관한 아무런 실증적인 자료도 제시되지 않고 있다. 오히려 구 국민의료보험법이 폐지된 2000.7.1.부터 새롭게 시행된 국민건강보험법 제48조 제1항 제1호가 “고의 또는 중대한 과실로 인한 범죄행위”에 기인하는 보험사고에 대하여만 급여를 제한하고 경과실로 인한 범죄행위에 기인하는 보험사고에 대하여는 급여를 실시하는 것으로 개정된 것은 이렇게 개정하더라도 보험재정의 건전성을 크게 위협하지는 않는다는 저간의 사정을 말해주는 것으로 보인다⁶⁴⁾고 보았다.

따라서 노인장기요양보험법 제29조 제1항 제1호의 “거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 장기요양인정을 받은 경우”나 동법 제29조 제1항 제2호의 “고의로 사고를 발생하도록 하거나 본인의 위법행위에 기인하여 장기요양인정을 받은 경우”의 규정을 국민건강보험법에서 규정하고 있는 것과 같이 좀 더 명확하게 규정할 필요가 있다. 그리고 고의 또는 중과실이 아닌 경과실의 경우까지 제한하는 것은 가혹한 측면이 있으므로, 완화할 필요성이 있다.

64) 헌재 2003. 12. 18. 2002헌바1

제3절 운영과 이용

I. 장기요양 인정 유효기간 완화

일상생활에서 전적으로 다른 사람의 도움을 필요로 하는 장기요양 1등급인 자에게 까지 장기요양인정의 유효기간을 적용하거나 갱신을 신청하라고 하는 것은 시간적, 경제적인 비용 소모가 예상되며 더 나아가 행정력 낭비라 판단된다. 따라서 장기요양 1등급인 자에게는 유효기간을 5년 정도로 늘리는 것이 바람직하다고 생각된다. 하지만 여기에서도 장기요양 1등급인가 상태가 호전될 경우는 국민건강보험공단에 즉시 신고 할 수 있도록 하는 단서 규정을 명시하여야 할 것이다.

II. 국민건강보험공단의 역할 확대

지정·취소권 및 질문·검사권(현지조사권)이 있는 보건복지부의 경우 직접적인 제도운영을 맡고 있지 않을 뿐 아니라 인력상의 한계 등으로 전국에 산재한 만여 개 이상의 장기요양기관을 관리하는 것은 한계가 있고, 시·군·구의 경우에는 온정적 경향으로 관리·감독에 소홀하다. 건강보험제도 운영과는 달리 장기요양보험의 경우 기본적으로 요양서비스로서 건강보험보다 무자격자 서비스실시, 서비스시간을 부풀리는 등 구조적으로 부정한 방법으로 비용을 청구하기가 용이하며, 서비스제공과정에 공단이 밀착 관리해야 하는 필요성이 더 높으므로 국민건강보험공단에 지정·취소권 및 질문·검사권(현지조사권)을 부여하여 부정청구에 대한 보험재정 누수를 방지하고 수급질서를 확립하도록 해야 할 것이다.

III. 장기요양기관

1. 재가장기요양기관의 설치 시 허가제로의 전환

각 지방정부의 단체장은 장기요양기관의 지정에 있어서는 적정 수의 요양기관이 설립되어 보험 수급자에게 질 좋은 서비스가 제공 될 수 있도록 하여야 할 것이고, 재가장기요양기관의 설치에 있어서는 단순히 신고만으로 그치는 신고제가 아닌 일정 요건을 갖출 경우 허가를 해주는 허가제로 바꾸어 부실한 기관의 난립을 미연에 방지해야 할 것이다. 더 나아가 장기요양기관을 비영리법인 등으로 국한함으로써 요양서비스의 상업화를 최소화하고, 국가와 지자체가 운영하는 공공요양기관을 대폭 확충하는 것도 노인장기요양보험 제도가 공적인 사회보험제도로 안착할 수 있도록 하기 위한 하나의 방법일 것이다.⁶⁵⁾

2. 이용자 선택권의 확대

이용자들이 장기요양기관의 질을 제대로 파악하여 선택하기란 너무 어렵다. 이용자들은 눈에 보이는 시설경관 이외의 실제 서비스 질과 직결된 기관의 다양한 정보를 접할 수 있도록 장기요양기관 정보 공개의 범위와 내용을 규정·확대할 필요가 있다. 현행 장기요양기관평가는 서류 중심으로서 형식적이고 질적 지표로 이용하기에는 충분하지 않다.⁶⁵⁾ 정부에서 질적인 측면을 평가할 수 있는 방법을 개발하고, 구체적인 기관 운영 관련 정보를 공개하도록 법률을 강화할 필요가 있다.

IV. 등급판정

1. 등급판정의 신뢰성 확보

등급판정에 관한 노인장기요양보험제도의 발전을 위해서는 먼저 등급판정의 신뢰성과 객관성 확보가 시급하다.⁶⁷⁾

장기요양대상자에 대한 정확하고 객관적인 등급판정 여부가 노인장기요양보험제도의 성공 여부를 결정하는 중요한 척도가 된다. 등급판정에 관해서는 현재 5개 영역 52개 항목을 조사하여 점수로 환산하여 등급판정을 하게 되는데, 관련 분야의 담당자들을 대상으로 조사한 결과에 따르면 신뢰성이 보통수준 이상으로 나타났으나, 이용자들을 대상으로 조사한 연구들에서는 등급 간 구분기준이 모호하다는 점, 조사자의 편차나 조사당시 상태의 차이가 있다는 점, 전문성 부족과 자의적 판단, 지역 주민을 의식한 등급판정위원회와 관대한 판정, 치매 판정의 어려움 등과 같은 등급판정과 관련된 우려의 목소리가 높으므로 등급판정을 담당하는 방문조사단에 대한 신뢰성 회복이 필요하다.

요양급여 이용자들로부터 등급판정에 대한 신뢰를 떨어뜨리는 요인으로 조사시점과 일상생활에서의 차이를 지적하고 있는데, 이는 일회성 조사로 대상자를 판단하는 현 체제의 문제점에서 비롯된 것이라고 볼 수 있다. 특히 의사소견서와 1차 조사가 상이한 경우, 타 병원 의사소견서와 비교 검토 후 등급판정위원회의 2차 판정을 통해 결정하는 것이 바람직하다. 또한 등급판정 시 돌봄자의 유무나 가족 부양능력, 대상자의 요구, 독거여부 등과 같은 환경적인

65) 최경숙, “노인장기요양보험제도 3년 평가와 법개정 운동”, 『월간 복지동향』(제158호), 참여연대사회복지위원회, 2011. 11면.

66) 최경숙, 앞의 논문. 14면.

67) 법안심사소위원회의 보건복지부저출산고령사회정책본부노인정책관도 등급판정위원회도 국민건강보험공단 소속이고, 그 위원 구성도 국민건강보험공단이 다 행사하게 되어 있어, 너무 공단에 일방적으로 하기 때문에 객관성 시비가 많이 생길 수 있다고 보았다(대한민국, 국회, 제17대국회 회의록 : 보건복지위원회회의록(법안심사소위원회), 제6호, 제262회국회(정기회), 2006. 11. 7, 18면).

요인들이 충분히 반영되어야 할 것이며, 운동능력이 있는 인지·정신장애노인에 대한 개선책 및 비교도구지표 개발이 필요하다 하겠다.

다음으로 등급판정위원회에 타 전문가(영양사, 운동처방사 등)의 참여가 의학적인 관점에 치우친 판정결과에 비해 보다 더 공정성을 기할 수 있다 하겠다. 등급판정위원회에 영양사나 운동치료사, 작업치료사와 같은 타 전문가를 참여시켜 대상자의 상태를 다각적인 방향에서 검토한 후 결정하는 것이 바람직하다. 또한, ADL(Activities of Daily Living)에 제한이 적은 인지기능 장애자로 문제행동이 심해 수발이 높은 경우 요양 점수의 가중치를 부여하는 것이 필요하다.⁶⁸⁾

2. 등급판정위원회의 객관성 및 전문성 확보

등급판정위원회를 구성함에 있어서는 평가의 정확성 및 객관성 확보를 위해서 해당분야에 전문적인 지식 및 경험을 갖춘 인력으로 구성하는 것이 타당하다고 생각된다. 특히, 등급판정의 경우는 의학적 지식을 요구하는 지극히 전문적인 분야이다. 하지만 등급판정위원회가 총 15인의 위원으로 구성되는 것에 비하여 의학적 전문지식이 있는 의사 또는 한의사의 비중을 1인 이상 포함되어야 한다(노인장기요양보험법 제52조 제4항)고 규정하고 있어, 전체 위원 대비 비중이 상당히 낮다고 볼 수 있다. 따라서 엄격하고 체계적인 등급 판정을 위해서는 충분한 의료진의 확보가 필요하며, 이를 법에서도 명문화 하여 의사 또는 한의사를 최소 2인 이상 포함하여야 한다고 규정할 필요성이 있다고 본다.

V. 요양서비스의 질 향상

요양보호 대상자가 서비스를 권리로서 선택할 수 있는 이용자 중심의 요양서비스 질의 확보가 중요하다. 노인장기요양보험제도의 도입 전에는 인프라의 양적인 확충에 초점이 맞추어져 있었으며, 도입 초기에는 제도시행의 정착이 우선시 되었지만 제도가 시행되고 4년이 경과함에 따라 대상자들의 요양서비스에 대한 권리추구와 욕구의 다양화로 서비스 질에 대한 문제가 제기되고 있는 실정이다. 특히 현재 장기요양보호서비스를 제공하는 조직은 국가가 운영하는 공립기관은 거의 없으며 대부분 비영리조직과 영리조직이 담당하고 있는 현실에서 서비스 질 관리에 대한 필요성은 매우 크다.

우선 장기요양서비스의 질을 향상시키기 위한 방안은 다음과 같다.

첫째, 서비스 최저수준 설정 및 서비스 표준화가 필요하다. 표준장기요양이용계획서를 공단

⁶⁸⁾ 전연일, 앞의 논문, 194면.

에서 작성하되 별도의 자격을 갖춘 전문가(케어매니저 등)⁶⁹⁾로 하여금 작성하도록 한다.

둘째, 서비스를 직접 제공하는 요양보호사들의 처우 개선이 시급하다. 열악한 환경과 낮은 보수로 이직률이 높으며, 이는 직무만족도가 떨어지게 되어 궁극적으로는 서비스의 질 저하를 초래하기 때문이다.

셋째, 요양보호사의 전문성 확보가 필요하다. 요양보호사는 장기요양대상자에 대하여 직접적인 서비스를 제공하는 주체이므로 곧 요양보호사의 질이 서비스의 질이라고 할 수 있다. 인증된 교육기관을 통해 정기적인 보수교육 및 실무교육을 이수하도록 하여 전문적인 기술 향상을 시켜야 한다.⁷⁰⁾

마지막으로, 시설요양서비스의 질적 수준을 관리·감독할 수 있는 분명한 근거를 마련하고, 그것을 꾸준히 수정·보완하면서 시설 요양서비스의 질적 수준 향상을 꾀하여야 한다.⁷¹⁾

VI. 독립된 평가 전담기구 도입

장기요양시설의 경영 전반 및 서비스 제공에 대한 표준적 기준을 설정하고 심사를 통해 그 기준을 충족하는 경우에, 일정 수준 이상의 질을 보장한다는 의미에서 ‘인증증명서’를 부여하는 인증 제도를 도입해야 한다.

인증제도의 목적은 일정한 기준에 근거하여 전체적인 품질을 평가하고 교육 및 자문을 통해 좀 더 나은 서비스를 제공할 수 있도록 촉진하는 것이다. 이를 위해서는 양질의 서비스 제공을 위해 최소한 준수해야 하는 기준의 설정이 필요하다. 인증조건을 충족하는 기관을 신뢰할 수 있는 우수 장기요양기관으로 인증해줌으로써 장기요양기관의 자발적인 질 향상을 유도할 수 있다. 또한 인증증명서를 받은 기관은 평가의 합격기관으로 받아들일 수 있기 때문에 장기요양기관과 제도에 대한 국민의 신뢰감 향상에도 도움이 되리라 본다.

더 나아가 인증된 기관은 인증당시의 기준 준수를 유지하고 있는지에 대한 갱신 시스템을 도입하여 지속적으로 엄격하게 관리할 필요가 있다.

69) 영국의 커뮤니티 케어법에서는 케어 욕구가 있는 노인에게는 지자체가 케어서비스를 제공할 의무가 있음을 규정하고 있다. 다시 말해서, 욕구에 대한 사정결과가 나오면 지자체는 그에게 필요한 서비스를 제공해야 한다. 지자체의 서비스 제공 의무 중에는 ① 입소시설 제공 의무(NAA, 1948, 제21조), ② 데이센터 및 데이케어 제공 의무(NAA, 1948, 제29조), ③ 홈헬프서비스 제공 의무(NHSA, 1977, 제8조) 등이 있다(박재간·손화희, 앞의 책, 87면).

70) 전연일, 앞의 논문, 195-196면.

71) 김나영, 앞의 논문, 56면.

VII. 요양보호사의 수급 조절

1. 요양보호사의 수급관리

요양보호사의 공급이 지금과 같은 수치로 계속될 경우 인력의 공급과잉으로 인한 심각한 취업난이 발생할 우려가 크며 실제로 요양보호사의 공급과잉의 요인으로 요양현장에서 종사자의 처우가 하향 조정되었으며, 요양서비스 질적 저하에 대한 우려의 목소리가 큰 실정이다. 따라서 신규 요양보호사인력을 양성하고, 기존 인력을 재교육하기 위해서 정부는 일정 정도의 지원과 개입이 필요하다. 그리고 요양보호사 교육기관의 경우 현재보다 강화된 보건, 의료, 간호, 재활, 사회복지 등 다양한 분야의 전문인력을 일정수준 확보하도록 해야 한다. 현재와 같이 소규모의 열악한 환경과 교육기관간의 치열한 경쟁구도는 양질의 요양보호사를 양성하는데 바람직하지 못하다.⁷²⁾

요양급여 이용 수요량과 요양보호사 자격 취득 인원의 공급량을 계획적 혹은 중장기적으로 내다보아 요양보호사(전문인력) 인력의 낭비 및 부족을 예방하여야 할 것이다. 아울러 요양보호사 자격인력의 질 저하의 우려를 감소시키기 위해 자격 취득절차 간 생길 수 있는 도덕적 해이나 부패문제 단절과 제대로 된 교육이수와 배출을 가능케 하는 제도적인 시스템을 마련해야 할 것이다. 또한 병원과 요양보호사 인력관리기관의 유기적 협력아래 요양보호사 임무수행 간 생길 수 있는 업무나태와 서비스 수혜자와의 충돌을 방지할 수 있어야겠다. 이를 위해 요양보호사에게만 요양보호서비스 제공의 의무와 마음가짐을 강요해서는 안 되며, 서비스 수혜자(노인)들에게도 교육을 통해 요양보호사를 대하는 마음가짐을 변화시켜 나가야 한다.⁷³⁾

2. 요양보호사 교육과정 개선

요양보호사 교육기관에 대해 보건복지부가 제공하는 운영지침에 따라 기관을 운영하고 있는가를 평가할 필요가 있다. 교육내용과 교육시간을 준수하고 있는지, 교육내용별 강사의 자격이 적절한지, 교육에 필요한 시설과 장비를 적절하게 갖추고 이를 활용하고 있는지 등을 평가하여 질 높은 교육이 제공될 수 있도록 점검하고 지도해야 한다. 그리고 요양보호사 교육과정 및 교수요원자격을 대폭 개선하여 강화하는 한편, 요양보호사를 전문적으로 관리·감독할 수 있는 요양보호관리사 제도를 신설하는 방안, 장기적으로 수요에 맞춰 권역별 요양인력양성을 위한 중심교육기관을 지정하는 방안 등을 면밀히 검토해야할 것이다.

한편, 국가의 예산지원을 통해 각 광역자치단체별로 가칭 ‘장기요양인력연수센터’를 설치·운영을 검토할 필요가 있다. 센터에서 장기요양서비스의 질적 향상을 위한 연구조사와 평가인

72) 김준환, 앞의 논문, 74면.

73) 김인철·견진만·윤광진, 앞의 책, 62면.

증, 실기·실무를 중심으로 하는 재교육(보수교육)의 실시, 각 개별 요양보호사 교육기관에 대한 인적·물적·기술적 지원을 담당하도록 하는 것이 바람직하다. 지방자치단체는 요양보호사 교육기관에 대한 관리, 감독 및 우수 기관에 대한 인센티브 제공자로서의 역할을 수행하도록 한다.⁷⁴⁾

제4절 재정

I. 본인 부담금의 인하

노인장기요양보험제도 재원의 약 60%를 국민들이 낸 보험료를 바탕으로 운영하고 있는 상황에서 보험료를 납부한 국민이 장기요양급여를 받고자 할 때, 재가급여는 15%, 시설급여는 20%의 본인부담금을 추가로 납부해야 한다면 국민들은 불만을 갖게 될 것이다. 그리고 이렇게 본인 부담률이 높으면 요양이 필요하여도 저소득층의 노인들은 대부분 이용을 주저하게 되어 보편적 제도로서의 기능을 제대로 수행하지 못하게 될 우려가 있다.

따라서 본인부담금을 5% 정도씩 낮추어, 재가급여는 10%, 시설급여는 15% 수준으로 인하하여야 할 것이다. 또한 각 등급을 더 세분화 하여 중증인 경우 본인부담금이 상한선 시설급여 수준으로 정하여 놓도록 하되, 상대적으로 경증인 경우 점점 본인 부담을 낮춰가는 방식의 도입을 제안한다.

제6장 결론

우리나라는 급속한 인구고령화가 진행되고 있는 가운데 사회적 환경의 변화에 따른 여성경제활동 인구의 증가로 인한 노인에 대한 수발자는 감소하고 있으며, 핵가족화에 따른 노인부와 노인 독신가구가 증가하고 있다. 이에 따라 전통적인 가족의 보호와 수발이 한계에 이르렀다는 생각에 노인문제에 대한 사회적 책임을 강조한 새로운 시스템으로서 지난 2008년 7월에 「노인장기요양보험법」이 제정되기에 이르렀다. 이 법의 제정으로 노인의 노후생활 안정을 도모하고 그 가족의 부양부담을 덜어 줌으로써 국민의 삶의 질 향상을 기대하고 있다.

따라서 노인장기요양보험제도에 대해서 앞서 언급한 여러 문제들에 대한 개선방안을 도출하였다.

74) 김준환, 앞의 논문, 74-75면.

첫째, 적용대상과 관련하여서는 수급대상자의 범위를 65세 이상의 노인 또는 65세 미만의 자로서 치매·뇌혈관성질환 등의 노인성 질병을 가진 자로 제한하고 있는 것을 단계별로 확장하는 방안을 고려하되, 그 범위를 중증환자에게 집중할 것인지, 아니면 많은 수의 경증환자까지 서비스를 제공할 것인지도 고민해봐야 할 것이다. 이는 가입대상자의 부담능력, 정부의 재정부담의 범위, 제도시행의 순응성, 노인복지와 장애인 복지의 실태 등을 종합적으로 분석, 검토하여 결정하여야 할 사안이나 우리나라의 경우에도 대상자를 65세 이상의 노인성질환 뿐만 아니라 만성질환 등의 돌봄이 필요한 질환자에게도 확대하는 것이 필요하다. 즉 국가의 장기적인 복지정책 전략으로 국민들이 보험료를 납부하는 당위성에 대하여 이해를 하고 공감대를 형성할 수 있도록 단계별 요양대상 확대 방안을 제시한다.

둘째, 급여와 관련하여서는 급여의 종류 확대, 급여의 방식을 일률적으로 정해놓기 보다는 불편한 정도(등급)에 따라 일정액을 지급하는 방식을 도입하는 것을 제안하였다. 즉 급여의 방식이 요양에 필요한 서비스를 제공하고 그 비용 중 일부를 본인이 부담하게 하는 것이 아니라 거동이 불편한 정도에 따라 일정액을 지급하는 정액급여의 방식을 도입하자는 것이다. 뿐만 아니라 요양병원 간병비 규정이 지정된 장기요양기관을 이용하는 자와 그렇지 않은 자와의 형평성에 문제가 있다는 점에서 시설급여 수급자와 동등하게 또는 이에 준하여 급여를 지급할 것과, 가족관계에 있는 요양보호사가 현실적으로 불공평한 대우를 받고 있다는 점에서 처우 개선이 필요함을 주장하였다.

셋째, 노인장기요양보험제도의 운영과 이용에 관련하여서는 장기요양 인정 유효기간의 완화, 노인장기요양보험 제도의 관리운영주체인 국민건강보험공단의 권한 확대, 재가장기요양기관의 설치 시 허가제로 전환 하여 질을 담보할 수 있는 기관을 늘려나가고, 수급자가 장기요양기관을 선택함에 있어 정보가 부족한 것을 이유로 좀 더 구체적인 정보를 제공할 것을 주장하였다. 뿐만 아니라 등급판정에 있어서도 판정의 신뢰성과 객관성 확보를 위해 방문조사단의 전문성 확보가 필요함을 주장하였다. 그리고 등급판정을 결정하는 등급판정위원회의 구성에 있어서 의사 또는 한의사의 필요적 요건이 1인 이상으로 규정되어 있으나 필요에 따라 이를 상향 조정할 것과, 요양서비스의 질 향상을 위해 서비스의 표준화와 요양보호사의 처우 개선, 요양보호사의 전문성 확보, 시설요양서비스의 질적 수준을 관리·감독할 수 있는 법적 근거의 마련이 필요하다. 한편, 장기요양기관의 평가에 있어서는 독립된 평가 전담기구를 도입하여 평가를 함으로써 객관성과 공정성을 확보해야 하며, 요양보호사의 양적인 증가보다 질적인 측면에 신경을 써야 할 것이며, 이를 위해 요양보호사 교육과정 시 엄격하고 구체적인 기준의 마련이 필요하다 할 것이다. 또한 요양보호사의 공급과잉 요인으로 종사자의 처우와 요양서비스 질적 저하에 대한 우려의 목소리가 큰 실정이다. 이에 ‘장기요양인력연수센터’의 설

치·운영을 검토할 필요가 있다.

넷째, 재정에 관련하여서는 본인부담금을 5% 정도씩 낮추어, 재가급여는 10%, 시설급여는 15% 수준으로 인하할 것과 각 등급을 더 세분화 하여 중증인 경우 본인부담금을 상한선 시설급여 수준으로 정하도록 하되 상대적으로 경증인 경우 점점 본인 부담을 낮춰가는 방식의 도입을 제안하였다.

노인장기요양보험제도가 시행된지 4년이 지난 현 시점에서 이 제도를 평가하기에는 다소 무리가 있을 수 있다. 그럼에도 불구하고 노인장기요양보험법 실시 이후 현재까지 노출된 여러 문제점에 대한 지속적인 보완 및 개선만이 노인장기요양보험제도의 안정적인 정착을 앞당길 수 있을 것이다.

참고문헌

1. 국내문헌

가. 단행본

- 계희열, 『헌법학(중)』, 박영사, 2007.
- 고재욱·황진수, 『노인복지론』, 양서원, 2010.
- 고준기, 『사회보장법』(사회복지법제론), 고시계사, 2010.
- 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2011.
- 김미혜외 5명, 『재가노인복지론』, 청목출판사, 2008.
- 김인철·전진만·윤광진, 『노인장기요양보험법에 대한 입법평가』, 한국법제연구원, 2009.
- 김철수, 『헌법학신론』(제20전정신판), 박영사, 2010.
- 박광준, 『고령사회의 노인복지정책』, 학현사, 2004.
- 양옥남외 3명, 『노인복지론』, 공동체, 2009.
- 원석조, 『노인복지론』, 공동체, 2010.
- 윤희숙외 3명, 『노인장기요양보험제도의 문제점과 개선방안』, 한국개발연구원(KDI FOCUS, 통권 제3호), 2010.
- 이상운, 『사회보장법』, 법문사, 2012.
- 이준일, 『헌법과 사회복지법제』, 세창출판사, 2010.
- 이홍재·전광석·박지순, 『사회보장법』, 신조사, 2011.
- 전광석, 『독일사회보장법과 사회정책』, 박영사, 2008.
- _____, 『한국사회보장법론』(제8판), 법문사, 2010.
- _____, 『한국사회보장법론』, 집현재, 2012.
- 통계청, 『2011 한국의 사회지표』, 통계청, 2012.

나. 학위논문

- 박명순, “사회보험제도에서의 중복급여 조정방안에 관한 연구”, 고려대학교 노동대학원 석사학위논문, 2009.
- 이안생, “노인장기요양보험제도의 발전방안에 관한 연구”, 원광대학교 대학원 박사학위논문, 2008.
- 이춘실, “노인장기요양보험 시행에 따른 울산광역시 노인요양서비스 개선에 관한 연구”, 울산대학교 대학원 박사학위논문, 2011.
- 전연일, “노인장기요양보험제도의 발전방안에 관한 연구 -전라북도를 중심으로-”, 대전대학교 대학원 박사학위 논문, 2012.
- 허운정, “노인장기요양보험 정책결정과정 연구 -보험의 보장성을 중심으로-”, 고려대학교 대학원 박사학위 논문, 2010.

다. 학술지논문

- 김 욱, “독일 수발보험개혁 2008과 정책적 시사점”, 『한·독사회과학논총』(제20권 제3호), 한·독사회과학회, 2010.
- _____, “독일 수발보험의 수발서비스 질 보장 방안 연구”, 『한·독사회과학논총』(제17권 제3호), 한독·사회과학회, 2007.
- _____, “독일수발보험제도의 변화와 시사점”, 『한·독사회과학논총』(제15권 제2호), 한독·사회과학회, 2005.
- 김준환, “노인장기요양보험제도의 서비스 질 향상 방안”, 『극동사회복지저널』(제4집), 극동대학교 사회복지연구소, 2008.
- 김찬우, “노인보건복지 분야의 통합적 사회서비스 체계 구축”, 한국사회복지학회 2008년도 추계공동학술대회, 한국사회복지학회, 2008.
- _____, “장애인장기요양제도와 노인장기요양제도간의 관계 설정에 관한 고찰 : 서비스내용과 수요 추계를 중심으로”, 『한국사회정책』(제16집 제2호), 한국사회정책학회, 2010.
- 노상현, “공적노인요양보장제도의 도입과 법적 과제”, 『강원법학』(제18권), 강원대학교 비교법학연구소, 2004.
- 박경돈, “미국 주정부 공공보험정책이 노인의 장기요양 사보험 구입에 미치는 구축효과”, 한국지방정부학회 2008년도 하계학술대회 논문집, 한국지방정부학회, 2008.
- 박명호·윤선오·김명희, “노인장기요양보험제도에 관한 정책적 제안”, 『복지행정논총』(제17집 제1권), 한국복지행정학회, 2007.
- 박미옥, “한국 노인장기요양보험제도의 정책형성에 관한 연구”, 『정책분석평가학회보』(제17권 제4호), 2007.
- 박승두, “한·일 비교연구 : 노인장기요양보험제도의 현황과 전망”, 『청주법학』, 청주대학교 법학연구소, 2011.
- 방동희, “사회복지법제 현황 및 개선방향”, 『공법학연구』 제12권 제2호, 한국비교공법학회, 2011. 5.
- 배창진, “우리나라 공적노인요양보장제도의 과제”, 『노인복지연구』(통권 제22호), 한국노인복지학회, 2003.
- 사공진, “노인장기요양보험 시행상의 문제점과 개선방안”, 『디지털경제연구』(제14권), 한양대학교 디지털경제연구소, 2009.
- 선우덕, “장기요양보험의 사각지대 개선방안”, 『보건복지포럼』(통권 제185호), 한국보건사회연구원, 2012.
- _____, “한·독·일 노인장기요양보험제도의 비교분석과 시사점”, 『한양고령사회논집』(제1권 제1호), 한양대학교 고령사회연구원, 2010.
- 손용진, “노인장기요양제도의 판정도구 및 케어매니지먼트”, 『GRI 연구논총』(제11권 제3호), 경기개발연구원, 2009.
- 손용진·임병우, “미국 노인장기요양제도의 발달과 프로그램 내용에 관한 연구”, 한국사회복지학회 2005년도 추계공동학술대회, 한국사회복지학회, 2005.

- 유재웅·최우진, “요양보호사 교육내용의 개선방안에 관한 연구, 『복지행정논총』(제19집 제1권), 한국복지행정학회, 2009.
- 이인호, “노인수발보험제도의 국가간 비교와 시사점”, 『사회복지개발연구』(제12권 제2호, 통권 제47호), 사회복지개발연구원, 2006.
- 이준복, “노인장기요양보험에 관한 법적 연구”, 『세계헌법연구』, 국제헌법학회 한국학회, 2008.
- 임병우, “노인을 위한 영국의 홈 헬프 서비스, 『한국노년학연구』(Vol. 7), 한국노년학연구회, 1998.
- 장봉석, 노인장기요양보험 시행 이후 노인복지법의 역할에 관한 소고, 『법학연구』(제32권), 전북대학교 법학연구소, 2011.
- 장세철·김경민, “일본의 개호보험과 한국의 노인장기요양보험제도에 관한 비교 고찰”, 『일어일문학』(제42집), 대한일어일문학회, 2009.
- 장세철·이서영, “치매노인에 대한 케어시스템의 일한비교”, 『일어일문학』(제32집), 대한일어일문학회, 2006.
- 전광석, “사회적 기본권의 헌법적 실현구조”, 『세계헌법연구』 제12권 1호, 세계헌법학회 한국학회, 2006.
- 정극원, “사회복지법제에 대한 헌법재판소의 사법적 심사”, 『한국헌법학회』 제73회 정기학술대회 및 임시총회, 2012. 6. 15, 서울 성균관대학교 법학과 207호, 2012.
- 정태호, “원리(Prinzip)로서의 사회적 기본권 : R. Alexy의 원리모델(Prinzipienmodel)을 중심으로”, 『정경식박사 화갑기념논문집』, 1997.
- 조성혜, “독일의 노후 소득보장법제 및 요양보험”, 『한국의료법학회지』(제16권 제2호), 한국의료법학회, 2008.
- 조지현, “노인장기요양보험법의 문제점과 개선방안”, 『한국의료법학회 추계학술대회』, 한국의료법학회, 2008.
- 차홍봉, “한국의 노인복지정책과 가족의 역할”, 『한국가정관리학회 2010년 추계학술대회』, 한국가정관리학회, 2010.
- 최봉석, “독일의 노인복지서비스법제에 관한 비교법적 고찰”, 『토지공법연구』(제29집), 한국토지공법학회, 2005.
- 최인희, “노인장기요양보험제도가 가족에 미치는 영향 연구”, 『젠더리뷰』(vol. 22), 한국여성정책연구원, 2011.
- 한만주, “요양보험제도에 관한 비교법적 연구”, 『강원법학』(제23권), 강원대학교 비교법학연구소, 2006.
- 한수웅, “사회복지의 헌법적 기초로서 사회적 기본권”, 『한국헌법학회』 제73회 정기학술대회 및 임시총회, 2012. 6. 15, 서울 성균관대학교 법학과 207호, 2012.
- 한혜경, “노인장기요양보험제도의 서비스 접근 효과성에 관한 연구”, 『인문사회과학연구』(제32집), 호남대학교 인문사회과학연구소, 2011.

라. 기타자료

- 강민희, “OECD국가들의 장기요양보장제도, 국제사회보장동향”, 『국제사회보장동향』(2008 겨울호), 한국보건사회연구원, 2008.

- 국민연금연구원, “국민연금과 타사회보험간 중복조정 개선방안 연구”, 국민연금공단(연구보고서 2007-04), 2007. 9.
- 김나영, “외국체계의 운영경험으로 본 노인장기요양보험제도의 개선방안 ; 미국사례”, 『보건복지포럼』, 한국보건사회연구원, 2010.
- 모선희 · 이서영 · 최은희, “장기요양보호노인에 대한 한국과 일본의 권리옹호시스템 연구”, 『보건사회연구』(제31권 제1호), 한국보건사회연구원, 2011.
- 박종연외 3명, 노인의 의료이용 실태와 건강보험 진료비 관리 방안, 국민건강보험공단 건강보험정책연구원(연구보고서 2009-04), 2009.
- 선우덕, “노인장기요양보장체계의 현황과 개선방안”, 한국보건사회연구원 연구보고서 2008-20-5, 한국보건사회연구원, 2008.
- _____, “노인장기요양보험의 재정지출 분석 및 정책방안”, 한국보건사회연구원 연구 2011-37-12, 한국보건사회연구원, 2011.
- _____, “노인장기요양보험제도의 장기 지속적 유지방안, 『보건복지포럼』(통권 제135호), 한국보건사회연구원, 2008.
- _____, “장기요양보험 국가간의 제도비교 분석과 시사점”, 『보건복지포럼』(통권 제63호), 한국보건사회연구원, 2002.
- 선우덕외 7명, “노인장기요양보장체계의 현황과 개선방안, 한국보건사회연구원, 연구보고서 2008-20-5, 2008.
- 엄기욱, “노인장기요양보험제도의 서비스 질 향상 방안”, 『보건복지포럼』(통권 제142호), 한국보건사회연구원, 2008.
- _____, “일본의 수요자 중심 노인보건복지서비스 전달체계”, 『국제사회보장동향』(2006 겨울호), 한국보건사회연구원, 2006.
- 이윤경, “노인장기요양보험 형평성 연구”, 한국보건사회연구원 연구 2011-37-11, 한국보건사회연구원, 2011.
- _____, “노인장기요양보험의 가족요양 급여체계 개선방안”, 『보건복지포럼』(통권 제165호), 한국보건사회연구원, 2010.
- _____, “노인장기요양보험제도의 현황 및 정책과제”, 『보건복지포럼』(통권 제156호), 한국보건사회연구원, 2009.
- _____, “이용자 관점에서의 노인장기요양보험제도의 평가 및 개선방안”, 『보건복지포럼』(통권 제168호), 한국보건사회연구원, 2010.
- 이정선, 제대로 된 노인장기요양보험제도를 만들어 내기 위한 제언 II, 2009년도 규정감시 정책자료집 5, 2009.
- 최경숙, “노인장기요양보험제도 3년 평가와 법개정 운동”, 『복지동향』(2011 12월호), 나눔의집.
- 최은영외 3명, “OECD국가의 노인장기요양서비스 체계 비교와 정책적 함의”, 한국보건사회연구원 연구 05-16, 한국보건사회연구원, 2005.

한국지방행정연구원, “고령화사회에 따른 지방자치단체의 노인복지서비스 개선방안”, 『지방행정연구』(vol. 22), 2008.

2. 외국문헌

Choi, Y., South Korea's unique demography and social risks, in 'Retirement, Work, and Pensions in Ageing Korea'(eds J. yang and T. Klassen), Routledge, 2010.

David Barton Smith and Zhanlian Feng, "The Accumulated Challenges Of Long-Term Care", Health Aff January vol. 29, No. 1, 2010.

Eustis, N., Greenberg, J., & Patten, S. (1984). Long-term care for older persons: A policy perspective. California: Brooks/Cole Publishing Company.

Ikegami, N., and J. Campbell (2002) "Choices, Policy Logics and Problems in the Design of Long-term Care System," Social Policy and Administration 36:7.

John Creighton Campbell, Naoki Ikegami and Mary Jo Gibson, "Lessons From Public Long-Term Care Insurance In Germany And Japan, Health Aff January vol. 29, No. 1, 2010.

Monica J. Franklin, "Educate Your Clients about Long-Term Care Insurance", Tennessee Bar Journal, 48-FEB Tenn. B.J. 32, February, 2012.

Nina J. Crimm, "Might Houses of Worship Enable Currently Uninsured, Economically Disadvantaged individuals to Obtain Affordable Health Care Insurance?", Journal of Civil Rights & Economic Development Vol. 25, fall 2010.

Robyn Stone and Mary F. Harahan, "Improving The Long-Term Care Workforce Serving Older Adults", Health Aff January vol. 29, No. 1, 2010.

Tiziana Tesauro and Luca Pianelli, "The Elderly between the Needs for Care and Active Ageing", European Papers on the New Welfare, No. 15, 2010.

<ABSTRACT>

A Study on Improvement Proposal of Long-Term Care Insurance for the Aged

Hyo-Young Paek^{*}

Korea is in the rapid aging process and has increasing number of households of elderly singles and couples due to increase in number of nuclear family. Since the social environment of women has changed, economically active female population has increased, and caregiver for the elderly population has decreased. Accordingly, thoughts that protection of traditional family and the caregiver has reached its limits arose, and in July 2008, "Long Term Care Insurance for The Elderly" was enacted to emphasize social responsibility for the elderly problems as a new system. Enactment of this Act was expected to improve the quality of life of the people by stabilizing the elderly life and reducing the burden of their families.

However, the current long term care insurance for the elderly has not retrieved much success, after four years of its enactment. In this paper, the following improvements were suggested. First, the limited range of subjects aged 65 or over or under 65 with elderly specific disease such as dementia or cerebrovascular disease was considered to be expanded step-by-step, and whether to concentrate on serious cases or to provide service to large number of patients with mild symptoms must be considered as well.

Second, expansion of the current long-term care benefits and payments that are limited to home salary, facility reimbursement, and special cash benefits method is suggested. Instead of having set reimbursement for each grade, having set payment considering degree of disability within each grade and a method such as the preventive benefit plans Furthermore, improvements of inequity between users of long term care facilities that are regulated by the Long Term Care Hospital care fee regulations and those who do not due to problems in inequity by paying fees equally or similarly. Also, care provider in family

* Major of Social Law Department of Law Graduate School of Dongguk University

relationships were not being treated fair financially, so the need of improvement was called.

Third, the need of mitigation of validate period for the operation and the use of long term care insurance for the elderly, which is too short for those who has the care grade of 1, strengthen the authority of National Health Insurance Corporation to resolve problems caused by absence of power to designate, cancel, question, and inspect, and the need of permissions to create the long term care institutions to prevent installation of institutions that cannot guarantee the quality, which has been a problem since many facilities were built carelessly to initiate the enactment, have been suggested. Additionally, providing more specific information about long term care institution since the care receivers do not have enough information for institution selection, and securing expertise on visiting investigators from grade decision committee to ensure reliability and objectivity of them since their lack of expertise have brought their reliability into question have been pointed out. And provision which requires either one of physician or doctor to rule the grade may needs to be stricter as needed. Also, certain legal basis are needed to be set for the care service in order to improve treatment of care workers, secure expertise of care workers, and regulate the quality of service of care facilities. On the other hand, reviewing introduction of independent evaluation task force might be necessary since the evaluation of long term care facilities is exclusively entrusted on National Health Insurance Corporation, calling problems due to excessive control. Increasing quality of care workers instead of quantity should be in priority, along with strict and specific standards on their curriculum.

Forth, most of elders who does not have financial support will hesitate to use the long term care insurance if the burden is high. Thus, individual deductibles.

Long Term Care Insurance for the Elderly has performed its role for four years in the Republic of Korea, and might not be right time to evaluate and judge the system yet. However, continual improvement and fixation to problems occurred thus far will certainly accelerate settlement of the long term care insurance for the elderly.

<토론문>

“노인장기요양보험제도의 개선과제”에 대한 토론문

박 승 두(청주대학교 법학과)

1. 논문의 의의

이 논문은 세계적으로 최고의 속도로 달리고 있는 우리나라 인구의 노령화 현상에 대비한 사회보험으로서 그 의의가 크지만, 시행 4년이 지난 지금 여러 가지 문제점이 나타나고 있어 이를 개선할 필요성이 제기되고 있는 시점에 발표된 논문으로 학술적 의의가 있다고 봅니다.

2. 논문의 구성

이 논문은 노인장기요양보험제도의 이론적 고찰(제2장), 노인장기요양보험의 주요내용(제3장), 노인장기요양보험법과 다른 4대보험 중 국민건강보험과의 관계(제4장), 현행법의 개선방안(제5장) 순으로 구성하고 있는데, 제3장의 제도의 일반적인 구조는 이미 선행 연구¹⁾가 행해져 있을 뿐만 아니라, 이 논문의 주제인 개선과제를 도출하기 위한 전제로서도 적절하지 않다고 봅니다. 오히려 현행 제도 운영상에 나타난 문제점을 분석하는 것이 더욱 유효하였다고 봅니다.

3. 개선과제의 내용

이 논문이 내세우고 있는 개선과제는 ① 적용대상(제1절), ② 급여(제2절), ③ 운영과 이용(제3절), ④ 재정(제4절) 등인데, 앞에서 본 바와 같이 문제점을 먼저 분석하고 개선과제를 찾는 것이 아니라 현행제도의 주요내용을 보고 바로 개선과제를 주장한 것이라 현실성이 떨어지고 입체적인 분석이 되지 않은 것 같습니다.

예를 들면, 현재 제도 운영상에 나타나고 있는 가장 큰 문제점은 장기요양보험사업자의 영리추구로 인하여 제도의 목적인 인류보편적 복지가 침해되고 있고, 이들의 부정행위로 인하여 이용자의 권리침해, 재정의 낭비, 종사자에 대한 노동착취 등이다.

1) 박승두, “노인장기요양보험제도의 기본구조에 관한 연구”, 청주대학교 법학연구소, 『법학논집』, 제29집, 2007.11.30.

따라서 이 점은 재정의 문제에 있어서도 개인부담금의 인하만 주장하고 현행 재정의 낭비는 놓치고 있다. 그리고 보험급여의 확대를 주장하면서 동시에 개인부담금의 인하를 내세우는 것은 논리적 모순이다. 최소한 보험료의 인상이나 비효율성의 제거 등이 수반되어야 하는 문제이다. 그리고 다른 나라에 비하여 국가재정의 지원이 낮은 편인데 이를 제고할 필요도 있다.²⁾

그리고 본문 중에 간단히 언급되고 있지만, 예방급여의 문제도 아주 중요한 문제이다. 국민 건강의 유지뿐만 아니라, 보험재정의 안정화를 위해서도 필요한 것으로 별도 제목을 뽑아 상세히 언급할 필요가 있다고 봅니다.

2) 박승두, “한·일 비교연구: 노인장기요양보험제도의 현황과 전망”, 청주대학교 법학연구소, 『청주법학』, 제33권 제1호, 2011.5.31.

산업안전보건법상 근로자의 알 권리에 관한 비교법적 연구*

정진우**

- I. 서론
- II. 우리나라 산업안전보건법상 알 권리의 법적 성격
- III. 외국에서의 알 권리의 법적 상황
- VI. 비교법적 분석 및 시사점
- V. 법정정책 과제

I. 서론

노동법은 본래는 사법(私法)에 의해 규율될 근로자와 사용자 관계에 대해 양자의 실질적 평등을 도모하기 위하여 국가가 권력적으로 규제를 하는 법률이다. 따라서 노동법의 하나인 산업안전보건법(이하 ‘산안법’이라 한다)이 산재예방을 위해 사인인 사용자 등에 대해 국가가 필요하다고 생각되는 조치를 취할 의무를 부과하고 이를 행정형벌·질서벌 및 행정적 감독·유도의 방법에 의해 담보하는 공법적 성질의 법규라는 것은 의심의 여지가 없다. 그러나 산안법이 사용자와 근로자의 근로계약관계 등의 사인 간의 권리의무관계를 규율함으로써 사인과 사인의 관계에 있어서 권리를 설정하고 의무를 부담하게 하는 사법적 성질의 법규인지는 명확하지 않다.¹⁾

비교법적으로 보면, 공법으로서의 산안법에는 산안법의 사법적 효력 여부와 관계없이 입법상의 조치로서 근로자에게 사업장의 안전보건에 관하여 일정한 권리, 즉 공법상의 권리를 부

* 이 논문은 필자의 박사학위논문인 “산업안전보건법상 근로자의 법적 지위”의 일부를 발췌하여 수정·가필한 것이다. 그리고 이 논문의 내용은 고용노동부의 공식 견해와는 무관한 개인적 연구를 밝혀 둔다.

** 고용노동부 산재예방정책과장, 법학박사

1) 小畑史子「労働安全衛生法規の法的性質(1)」,法学協會雜誌 112卷 5号(1995年) 221-222頁 参照.

여하는 내용이 규정되어 있다. 그 중 대표적인 것은 관여권과 신고권이고, 입법례에 따라서는 알 권리도 여기에 해당되는 권리이다. 관여권은 다시 공동결정권, 참가권, 제안권, 청문권 등이 있을 수 있다.

한편 이러한 공법상의 권리는 산안법이 사법적 효력을 가질 경우에는 사법상의 권리로도 된다. 그리고 산안법이 사법적 효력을 가지고 있지 않더라도 공법상의 권리가 어떤 형태로든 사법상(계약상)의 안전배려의무의 내용을 구성하게 되면, 이 안전배려의무를 통해 사법상의 권리가 될 수 있다. 그러나 산안법이 사법적인 효력을 가지고 있지 않거나 안전배려의무가 사법상(계약상)의 의무로 인정되지 않는 법체계 하에서는 공법상의 권리는 사법상의 권리가 될 수 없다. 한편 신고권과 같이 당사자 간의 근로계약의 내용에 적합하지 않은 권리는 산안법의 사법적 효력 여부와 관계없이 당연히 사법상의 권리가 될 수 없을 것이다.

이러한 공법상의 권리 중에서도 알 권리는 당해 권리 자체로서의 실효성뿐만 아니라 다른 공법상의 권리의 실효성을 담보하는 기능(전제적 기능)을 함으로써 근로자의 역할과 활동을 지지하는 성격의 권리라는 점에서 매우 중요하고 기본적인 권리라고 할 수 있다. 알 권리는 사용자가 근로자에게 정보를 제공하거나 관련지식을 부여하는 내용에 관한 권리로서 근로자와 사용자 사이에 정보가 비대칭적으로 존재하는 상황 속에서 근로자가 사전에 유해위험을 인지하여 사고나 직업병을 예방할 수 있게 한다는 점에서 산업안전보건 영역에서는 근로자에게 중요한 권리로 인정되고 있다. 그리고 알 권리의 중요성은 산업안전보건문제의 상당부분이 유해위험에 대한 근로자의 정보부족, 정보판단의 미숙, 그 밖의 무지에서 비롯되는 것이라는 인식에도 근거한다. 이는 근로자에 대해 보다 많은 정보를 제공하고 교육훈련을 통하여 안전 의식을 고취시키게 될 때 사고를 상당히 감소시킬 수 있다고 보는 것이다. 또한 알 권리의 중요성은 사용자의 안전보건에 대한 관심과 의지가 부족할 때뿐만 아니라 산업안전보건문제에 대한 노동조합과 정부의 태도가 불만족스러울 때 근로자 스스로가 안전보건에 대한 지식을 좀 더 심화시키고 보다 현명해질 필요가 있다는 인식에서 비롯된다.

본고에서는 이러한 알 권리에 대한 법적 성격을 해명하고 법정정책 과제를 도출하기 위하여, 먼저(제2절) 알 권리를 규정하고 있는 우리나라 산안법의 법적 성격과 공법적 권리로서의 알 권리에 대한 우리나라 산안법상의 법적 상황을 살펴본 후, 제3절에서 비교법적 검토대상으로서 독일, 미국에서의 알 권리의 법적 상황을 구체적으로 살펴보기로 한다. 그리고 제4절에서 이 비교법적 고찰을 토대로 우리나라 산안법상의 알 권리에 대한 시사점을 도출하고, 마지막으로(제5절) 법정정책과적 과제를 도출하고자 한다.

II. 우리나라 산업안전보건법상 알 권리의 법적 성격

1. 산업안전보건법의 사법적 효력

산안법이 근로기준법(이하 ‘근기법’이라 한다)과 독립적인 법체계로 분리되면서 산안법상의 규정이 사법적 효력을 갖는지가 쟁점이 될 수 있다. 우리나라에서는 아직 산안법이 사법적 성격을 가지고 있는가에 대한 논의가 본격적으로는 전개되고 있지 않지만, 일부이나마 이를 승인하는 주장²⁾과 이를 부정하는 주장³⁾이 발견된다.

산업안전보건에 관한 규정이 근기법 안에 있다고 하면 동법 제15조(이 법을 위반한 근로계약)에 의하여 안전보건에 관한 규정이 사법적 효력을 갖는 데에 의문의 여지가 없을 것이지만, 산안법은 근기법 제15조와 같은 규정을 직접적으로는 가지고 있지 않기 때문에 동법의 사법적 효력에 대하여 논란이 발생할 수 있다. 그러나 근기법 제6장(안전과 보건) 제76조에서 “근로자의 안전과 보건에 관하여는 산업안전보건법에서 정하는 바에 따른다.”라고 규정하여 산안법이 근기법의 일부로 구성되어 있는 점(근기법의 부속법), 산업안전보건기준은 그 성격에 있어서 근로기준의 일부내용을 이루고 있는 점, 산안법 소정의 안전보건에 관한 사항은 사용자종속관계를 전제로 하는 하는 조항에 관한 한 최저근로조건기준으로서 근기법 규정과 동일한 성격을 가진다고 해석되는 점, 산업재해 예방은 근기법상의 근로시간 등의 근로조건과 밀접하게 관련되어 있어 산안법은 근기법과 일체로 운영되어야 하는 점, 그리고 산안법의 해석 및 운영에 있어서 근기법 제1조(목적), 제3조(근로조건의 기준)와 제4조(근로조건의 결정)는 당연한 전제를 이루는 점 등에 비추어 보면, 산안법이 비록 근기법과 독자적인 법체계로 분리되었지만 여전히 넓은 의미에서의 근기법의 일부라고 볼 수 있기 때문에 근기법 제15조가 산안법상의 규정에도 적용된다고 보아야 할 것이다. 그리고 부수적으로, 근기법 제17조 및 동법 시행령 제8조에 따라 명시해야 할 근로조건에 ‘안전과 보건에 관한 사항’이 포함되어 있고, 이에 따라 명시된 안전과 보건에 관한 사항이 사실과 다를 경우에 근로자는 근기법 제19조에 따라 이의 위반을 이유로 손해배상을 청구할 수 있으며 즉시 근로조건을 해제할 수 있는 점을 감안하면, 산안법상의 안전보건조건이 근기법의 근로조건과 근거법이 다르다고 하여 양 법

2) 김형배, 『채권각론(신정판)』, 박영사, 2001, 597쪽(각주2); 김형배, 『노동법(제20판)』, 박영사, 2011, 323-324쪽; 박종희 외, 『산업안전보건법 집행의 효율성 강화를 위한 개선방안에 관한 연구(학술연구보고서)』, 한국산업안전공단 산업안전보건연구원, 2006, 83-84쪽; 이영희, 『노동법』, 법문사, 2001, 464쪽.

3) 김형배, 앞의 각주(2)의 책, 473쪽 이하.

의 사법적 효력을 다르게 보는 것은 타당하지 않다고 판단된다.

한편 노동보호법에 근거한 사용자의 의무가 계약상의 의무라는 것에 대해서는, 이를 명시하는 법률규정이 존재하지 않더라도 사용자의 의무가 계약상의 약정 대상이 되기에 적합한 한, 이것은 자명한 것이라고 보아야 한다.⁴⁾ 노동보호법은 근로조건, 작업환경에 대한 공법적 규제에서 출발하여 점차 사법의 차원에서 그 관철을 지향하는 방향으로 발전하여 왔다고 말할 수 있다. 이것은 근로자를 단순한 보호의 객체가 아니라 자신의 운명에 스스로 영향을 미치는 능동적 계약주체로서 법질서에 편입하고자 하는 현대 노동법의 발전방향에 부응하는 것이다. 그리고 이와 같이 공법과 사법의 결합을 통해 목적의 달성을 도모하는 점에 노동법의 기본적 특질이 있다.⁵⁾ 근로자는 안전보건기준의 공법적 실현에 있어서는 감독기관에 대한 신고라는 형태로 간접적으로 관여할 수 있고, 안전보건기준의 사법적 실현에 있어서는 소송제기의 직접적인 주체가 된다. 그러나 양자의 우열은 없다. 양자의 수단이 각각의 특성을 최대한으로 발휘하고 안전보건기준의 관철에 가장 적절하게 기여하는 것이 산안법이 의도하는 바라고 해석하여야 할 것이다.⁶⁾

따라서 산안법은 근기법과 마찬가지로 국가에 대한 사용자와 근로자의 의무를 규정하고 별칙으로 이를 강제하는 공법적 성격을 지니고 있는 동시에, 사용자와 근로자간의 사법적 관계를 규율하는 성격을 가지고 있다고 볼 수 있다. 다시 말해서, 사용자는 산안법에 의해 국가에 대해서뿐만 아니라 근로자에 대해서도 안전보건에 대한 각종 의무를 부담하는 것이고, 근로자는 사용자가 산안법상의 규정을 준수하지 않으면 이 규정의 준수에 대하여 사법상의 청구권을 가지게 된다고 보아야 할 것이다. 요컨대, 공법과 사법의 엄격한 분리론을 전제로 산안법의 규정이 공법적인 단속규정에 불과하다고 해석하는 것은 적절하지 않고, 산안법에서 요구되고 있는 조치는 사용자의 계약상의 의무이기도 하다고 보는 것이 타당하다.

2. 산업안전보건법상의 알 권리 규정

우리나라 산안법에서는 근로자에 대한 정보제공의 중요성을 인식하고 사업주의 일반적 의무, 즉 근로자의 알 권리에 관한 일반적 규정으로 사업주에게 해당 사업장의 안전보건에 관한 정보를 근로자에게 제공하도록 규정하고 있는 등(산안법 제5조) 근로자의 알 권리에 관련되는 다종다양한 규정을 두고 있다.

4) Herschel, Zur Dogmatic des Arbeitsschutzrechts, RdA 1978, S. 72.

5) 西谷敏「労働基準法の二面性と解釈の方法」『労働保護法の研究』有斐閣(1994년) 2頁.

6) 西谷・前掲注(5)書 4頁 参照.

먼저, 법령·정보 등의 통지·주지 의무로서는, 앞에서 언급한 사업주의 안전보건정보 제공 의무가 있고(산안법 제5조 제1항), 그 외에 법령요지 주지(산안법 제11조 제1항), 근로자대표의 안전보건사항 통지요청권(산안법 제11조 제2항), 산업안전보건위원회 회의결과 주지(시행령 제25조의6), 안전보건관리규정의 주지(산안법 제20조 제1항), 안전보건교육(산안법 제31조), 물질안전보건자료(Material Safety Data Sheet: MSDS) 교육(산안법 제41조 제7항), 작업환경 측정결과 및 건강진단결과의 근로자에 대한 통지(산안법 제42조 제3항, 제43조 제4항), 유해성 등의 주지(산업안전보건기준에 관한 규칙 제449·460·502·519·591·595·614·655·661조) 등의 규정이 있다.

그리고 일정사항의 게시의무에 해당하는 규정으로서, 안전·보건표지의 설치·부착(산안법 제12조), 안전보건관리규정의 게시·비치(산안법 제20조 제1항), 물질안전보건자료의 게시·비치 및 경고표시(산안법 제41조), 감독결과 조치명령사항 게시(산안법 제51조 제6항), 출입금지 표시(산업안전보건기준에 관한 규칙 제446·457·505·569·622조), 유해물질 명칭 등의 게시(산업안전보건기준에 관한 규칙 제442·459조) 등이 있다.

이러한 알 권리는 크게 배타적 알 권리와 청구권적 알 권리로 구분할 수 있다. 먼저 전자에 해당하는 권리로는, 법령 요지를 상시 각 사업장에 게시하거나 비치하여 근로자로 하여금 알게 하도록 하는 규정(산안법 제11조)과 안전보건관리규정, 작업환경측정결과 및 건강진단결과를 근로자에게 알리도록 하는 규정(산안법 제20조 제1항, 제42조 제3항, 제43조 제4항), 그리고 건강진단기관으로 하여금 건강진단을 실시한 결과 질병유소견자가 발견된 경우에는 건강진단을 실시한 날로부터 30일 이내에 해당 근로자에게 의학적 소견 및 사후관리에 필요한 사항과 업무수행의 적합성 여부를 설명하도록 한 규정(시행규칙 제105조) 등이 있다. 그리고 후자에 해당하는 권리로는, 근로자대표에게 산업안전보건위원회 의결사항, 안전보건관리규정 내용 등 일정한 사항을 사용자에게 요청할 수 있도록 한 규정(산안법 제11조 제2항), 산업안전보건위원회 또는 근로자대표에게 사용자를 대상으로 건강진단결과에 대한 설명을 요청할 수 있도록 한 규정(산안법 제43조 제6항) 등이 있다.

근로자의 알 권리와 관련하여 우리나라에서 가장 문제가 있는 것으로 지적되는 것은 사업장에서 안전보건교육을 실시하는 것 자체가 저조하고 교육내용이 산업현장과 괴리되어 있으며, 법적 규제를 형식적으로 준수하기에 급급하여 실효성이 저하되어 있는 점이다.⁷⁾ 산안법에

7) 박종희 외, 『산업안전보건법 집행의 효율성 강화를 위한 개선방안에 관한 연구(학술연구보고서)』, 한국산업안전공단 산업안전보건연구원, 2006, 70쪽. 현장에서 실시되는 교육내용의 상당부분은 해당 근로자가 담당하는 업무에 관하여 객관적으로 필요하다고 인정될 정도로 구체적인 것이 아니고 단순히 일반적인 안전보건상의 주의를 주는 정도의 것이 대부분인 것으로 파악되고 있다(고용노동부 내부보고서).

서 가장 중요하고 기본적인면서도 산업현장에서 가장 잘 지켜지지 않는 부분이 안전보건교육이라는 것은 현장관계자와 많은 전문가들에 의해 오래 전부터 자주 지적되어 왔다.

그리고 근로자가 알 권리를 실제로 행사할 수 있는 기록보존, 접근권 등에 대한 제도적 장치가 미흡하여 근로자가 이를 현실에서 행사하는 사례는 거의 찾아볼 수 없다. 또한 알 권리의 중요성에 대해 감독기관에서조차 제대로 이를 인식하지 못하여 사업장 감독 시 알 권리에 관한 사항은 외면되고 있거나 외형적 준수 여부에 초점이 맞춰져 있다. 그 결과, 대기업을 포함한 많은 사업장에서 정보제공의 중요성에 대한 인식이 부족하여 현 규정에 대한 준수가 다분히 형식화되어 있다. 게다가 현행 알 권리에 대한 규정 자체가 구체성·정교성과 현실 적합성이 부족하여 이의 미준수를 조장하는 측면이 있다.

또한 근로자의 알 권리가 유해요인을 중심으로 규정되어 있고 위험요인에 대해서는 구체적인 정보제공의무가 제대로 규정되어 있지 않는 불균형도 문제점으로 지적될 수 있다.

III. 외국에서의 알 권리의 법적 상황

1. 서 설

알 권리는 공법인 산업안전보건법규에서 직접적으로 근로자 또는 근로자대표에게 정보제공을 요구할 수 있도록 규정할 수도 있고(청구주의), 사용자에게 일정한 경우 근로자에게 정보를 제공하도록 의무화하는 규정방식(배타주의)도 존재할 수 있다.

일반적으로는 후자의 규정방식이 그 실효성을 위해서는 바람직한 방식이라고 생각된다. 전자는 근로자 또는 그 대표가 요구할 경우 사용자가 제공하는 형태를 취할 것으로 판단되는바, 근로자측에 노동조합의 존재라는 배경과 산업안전보건에 대한 높은 인식 등이 전제하지 않을 경우에는 형식화될 가능성이 크다는 한계를 가지고 있기 때문이다. 반면, 후자의 규정방식은 근로자측의 요구와 관계없이 사용자가 근로자에게 일정한 정보를 반드시 제공하여야 한다는 방식을 취하기 때문에 다른 변수의 영향을 받지 않을 것으로 생각된다.

그리고 후자의 방식은 사용자에게 의무를 부과하는 방식을 취하기 때문에, 당해 의무규정은 근로계약의 합의내용이 되기에 적합한 한 근로자측의 사법상의 권리로 전환될 수 있다. 이 경우, 근로자는 신고권 행사를 통한 공법적 권리실현과 사법적 권리실현이 모두가 가능할 수 있다. 그러나 공법상의 의무를 사법상의 의무로 전환하는 매개법리가 존재하지 않을 경우에는 공법적 권리로 머무르게 된다. 각국의 입법 현실에서는 청구주의 방식과 배타주의 방식이 혼

용되어 있을 것으로 생각된다.

2. 독일

독일에서 근로자가 안전보건에 관한 알 권리에 대한 개별 근로자에 의한 직접적인 방법과 종업원 대표기관인 종업원대표(Betriebsrat)⁸⁾를 통한 집단적·간접적인 방법이 각각 존재하고, 양자 모두 노동안전보건기본법, 사업장조직법을 비롯한 여러 법령에 걸쳐 보장되어 있다. 다수설에 의하면, 이들 권리 중 전자의 개별적 권리(Individualrechte)는 설령 그것이 실정법상 명문화되지 않았다고 하더라도 원리적으로는 사용자가 신의칙상 부담하는 배려의무((Fürsorgepflicht)로부터 도출될 수 있다고 해석하고 있다.⁹⁾

가. 직접적 유해위험정보권

(1) 노동안전보건기본법

(가) 교육·정보 수령권

『노동안전보건기본법』(Arbeitsschutzgesetz: ArbSchG)¹⁰⁾ 제15조 및 제16조 등은 근로자에게 근로를 할 때 그 자신, 동료 및 제3자에 대한 안전보건 유지를 의무지우고 있다. 이러한 의무 이행의 전제조건은 발생 가능성이 있는 유해위험에 대한 근로자의 지식과 안전보건을 위한 조치 및 행동양식에 관한 근로자의 지식이다.¹¹⁾ 이를 위해 노동안전보건기본법 제12조 제1항은 “사용자는 종업원에 대하여 근로제공시의 안전보건에 관하여 근로시간 중에 충분하고 적절한 방법으로 교육하여야 한다. 교육에는 종업원의 작업장 또는 작업범위에서 개별적으로 실시되는 지시와 설명이 포함된다. 그리고 교육은 종업원의 채용, 직무영역의 변경, 새로운 작업수단 또는 기술의 도입 시에는 종업원의 근로 개시 전에 행해져야 한다. 또한 교육은 유해위험의 진행상황에 맞춰 조정되어야 하며,¹²⁾ 필요한 경우 주기적으로 반복되어야 한다.”라고 하

8) Betriebsrat는 종업원대표위원회, 사업장위원회 등으로 번역할 수도 있지만, 종업원대표가 1인으로 구성될 수도 있기 때문에 ‘종업원대표’로 표기하기로 한다.

9) Vgl. Fabricus/Kraft/Wiese/Kreutz/Oetker/Raab/Weber, Betriebsverfassungsgesetz, Gemeinschaftskommentar, 7. Aufl. 2002, §87 Rdnr. 11ff.

10) 정식 명칭은 Gesetz über die Durchführung von Maßnahmen des Arbeitsschutzes zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Beschäftigten bei der Arbeit(노동과정에서 취업자의 안전과 건강보호의 개선을 위한 노동보호조치의 이행에 관한 법률)이다.

11) Kollmer/Klindt(Hrsg.), ArbSchG - Arbeitsschutzgesetz mit Arbeitsschutzverordnungen, 2. Aufl., 2011, §17 Rdnr. 37.

12) 정보제공의 조정이 필요한 유해위험의 진행상황이 인정될 수 있는 경우로는, 예컨대 사업장내에서 장애가 종종 발생하거나 근로자의 반복적인 문의가 있거나 산업재해, 직업병 등이 발생하는 경우를

여 종업원에 대한 사용자의 교육의무를 포괄적으로 규정하고 있다.¹³⁾

노동안전보건기본법 외에 근로자에 대한 교육을 의무화하고 있는 규정의 대표적인 사례는 ‘사업장 기계·기구 등의 안전한 사용에 관한 시행령’(BetrSichV) 제9조의 규정으로서 작업장비(Arbeitsmittel)¹⁴⁾에 기인하는 위험요인에 대한 충분한 정보 및 작업장에서 사용되는 작업장비에 대한 설명서¹⁵⁾를 근로자들이 이해할 수 있는 형태와 언어로 제공하여야 한다는 규정과 작업장비의 사용이 수반할 수 있는 위험 등에 대하여 충분하고 특별한 교육을 제공하여야 한다는 규정이다.

그리고 주목할 만한 점은 사용사업주에게 파견근로자를 대상으로 특별한 교육의무를 규정하고 있는 점이다. 노동안전보건기본법 제12조 제2항에 의하여 사용사업주는 파견근로자의 능력과 경험을 고려하여 교육하여야 한다고 규정하고 있고, 근로자파견법(AÜG) 제11조 제6항에서는 사용사업주를 대상으로 “파견근로자에게 근로제공 개시 전과 업무분야 변경시 파견근로자가 근로제공을 할 때 노출될 수 있는 안전과 건강상의 위험 및 당해 유해위험 방지를 위한 조치와 시설에 대하여 알리고,¹⁶⁾ 추가적으로 파견근로자에게 특별한 자격, 직업능력 또는 특별한 의사진단의 필요성 및 작업장내 고도의 특별한 유해위험에 알려야 한다”고 규정하고 있다. 그리고 파견근로자는 파견법 제13조에 따라 파견에 즈음하여 사용사업주에게 당해 사업장의 비고기능한 근로자에 대하여 사용사업장에 적용되고 있는 보수, 안전보건 등 주요한 근로조건에 대한 정보제공을 청구할 수 있다.

이상과 같이 사용자는 노동안전보건기본법 제12조 등을 비롯한 공법상의 제 규정에 근거하여 근로자가 스스로와 제3자를 보호할 수 있도록 근로자에 대하여 안전보건에 대하여 충분하고 적절한 방법에 의해 교육(Unterweisung) 또는 정보제공(Unterrichtung)을 실시할 의무가 발

될 수 있다(Pieper, Arbeitsschutzrecht, Kommentar für die Praxis, 4. Aufl., 2009, §12 ArbSchG Rdnr. 5).

13) 이 규정은 산업안전보건 EU지침(Richtlinie 89/391/EWG des Rates v. 12. 6. 1989 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer bei der Arbeit, ABI. Nr. L 183, S. 1) 제12조를 국내법으로 전환하여 수용한 규정이다.

14) 사업장 기계·기구 등의 안전한 사용에 관한 시행령에서 말하는 작업장비란, 기계·기구, 장비, 장치 또는 설비를 말하는 것으로 그 범위가 매우 광범위하다(사업장 기계·기구 등의 안전한 사용에 관한 시행령 제2조 제1항 참조).

15) 이 설명서에는 최소한 사용조건, 예견가능한 비정상적인 상황, 작업장비의 사용에 관한 경험 등에 대한 정보가 포함되어 있어야 한다(사업장 기계·기구 등의 안전한 사용에 관한 시행령 제8조 제1항 제2호).

16) 파견근로자가 산업안전보건에 관한 지시를 정확히 이해하고 건강상의 유해위험에 대한 인식을 가지고 이에 대해 올바르게 대처할 수 있도록 사용사업주의 정보제공은 각 작업장소별로 특별한 정보제공이 있을 것이 요구된다(Ulber, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz und Arbeitnehmer-Entsendegesetz, Kommentar für die Praxis, 2. Aufl., 2002, §11 Rdnr. 91).

생한다. 그리고 이 사용자 의무로부터 근로자에게는 근로계약을 매개로 하여 사용자에게 대하여 충분한 지도 및 설명(Anweisungen und Erläuterungen) 등을 요구할 상응의 권리가 발생하게 된다.¹⁷⁾

(나) 지도(Anweisung)받을 권리

노동안전보건기본법 제9조 제1항에 의하면, 사용자는 미리 지도를 받은 근로자만이 특히 위험한 근로장소에 접근하도록 조치를 취하여야 한다. 여기에서 비록 일시적이라 하더라도 사업장의 사정상 그와 같은 구역에 가야 하는 근로자는 그에 상응하는 지도를 받을 권리를 갖는다는 것이 추론된다. 이와 같은 의미에서, 위험한 작업영역은 노동안전보건기본법 제12조 및 기타의 법규정에 의한 지도만으로는 충분하지 않은 영역을 의미한다. 이 경우, 지도의 종류 및 범위는 특별한 위험의 종류 및 범위에 의하여 정해진다.¹⁸⁾

한편, 노동안전보건기본법 제8조는 여러 사용자의 근로자가 하나의 사업장에서 업무를 수행하는 경우 산업안전보건조치에 있어서 사용자 간에 협력할 의무를 규정하고 있다.¹⁹⁾ 이 협력의 일환으로, 각 사용자로 하여금 제1항은 각 작업양태별로 근로제공에 수반하는 근로자의 안전 및 건강상의 위험에 대해 상호 간 및 그의 근로자에게 알리도록 규정하고 있고, 제2항은 자신의 사업장에서 활동하는 다른 사용자의 근로자가 당해 사업장에서의 노무수행기간 중 그 근로자에게 미치는 안전 및 건강상의 유해위험에 대하여 각 작업양태별로 적절한 지도를 받도록 조치하여야 한다고 규정하고 있다.

(2) 사업장조직법

종업원대표는 제80조 제1항으로부터 발생하는 자신의 여러 과제를 제대로 이행할 수 있도록, 나아가 관여권을 보다 많이 확보하기 위하여 사용자에게 대한 광범위한 정보제공청구권을 보장받고 있다(제80조 제2항). 이것은 종업원대표가 응분의 정보제공을 받음으로써 비로소 그 관여권을 효과적으로 행사할 수 있기 때문이다.

그리고 사업장조직법은 제81조 제1항에서 다음과 같은 규정을 두어 개별 근로자의 유해위험정보권을 명문화하고 있다. “사용자는 근로자에 대하여 그의 업무, 책임 및 그의 작업종류

17) Vgl. Kollmer/Klindt(Hrsg.), a. a. O.(Fn. 11), §17 Rdnr. 38-39.

18) Kollmer/Klindt(Hrsg.), a. a. O.(Fn. 11), §17 Rdnr. 40.

19) 이 규정은 산업안전보건 EU지침(Richtlinie 89/391/EWG des Rates v. 12. 6. 1989 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer bei der Arbeit, ABl. Nr. L 183, S. 1) 제6조 제4항 및 제10조 제2항을 국내법으로 수용한 것이다[Pieper, a. a. O.(Fn. 12), §8 ArbSchG Rdnr. 4].

와 사업장의 작업공정에서 차지하는 그의 위치에 대하여 정보를 제공하여야 한다. 사용자는 근로자에 대하여 근로개시 전에 그 자가 근로할 때에 조우하는 사고와 건강위험 및 이들 유해위험의 방지조치·설비에 대하여 알려야 한다.” 그리고 이러한 근로를 개시할 때 근로자가 가지는 유해위험정보권은 작업범위 변경 시에도 동일하게 적용된다(제81조 제2항 제2문).

또한 제81조 제4항 제1문에 의하여 근로자는, 기술장치, 작업절차·공정 또는 작업장에 관한 계획에 따라 예정되어 있는 조치 및 이들 조치가 당해 근로자의 작업장, 작업환경 및 작업내용·방법에 미치는 영향 등에 관해서도 정보를 제공받을 권리가 부여되어 있다. 이 규정은 사업장조직법 제90조와 관련지어 파악되어야 한다. 즉 작업장·작업공정·작업환경의 형성에 영향을 미칠 수 있는 기술적 변경(Technische Veränderungen)은 종업원대표와의 협의를 거쳐야 할 뿐만 아니라 관계 근로자에게도 준비할 수 있도록 직접 전달되어야 한다.²⁰⁾

사업장조직법이 규정하는 이러한 권리는 근로자 개개인을 대상으로 하는 권리규범인 한, 노동안전보건기본법과 같이 원칙적으로 근로계약에 대해 강행적·직률적 효력을 갖는다고 생각되고 있다.²¹⁾ 따라서 근로자는 이러한 권리규정을 근거로 사용자에게 손해배상청구권뿐만 아니라 이행청구권을 획득함과 아울러 사용자가 그 권리 행사를 방해한 경우에는(정보제공조치가 이루어지지 않는 경우에는) 자기의 노무급부에 대하여 급부거절권(작업거절권)을 행사하는 것이 가능하다고 해석되고 있다.²²⁾

(3) 근로자과견법

근로자과견법(Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 이하 ‘과견법’이라 한다)은 제11조 제6항 제1문에서 파견근로자에 대해서는 사용사업주에게 산업안전보건상의 의무를 부과하고 있다. 즉 사용사업주의 사업장에 적용되는 산업안전보건 관련규정은 파견근로관계에도 적용될 수 있으며, 그 준수 여부에 대해서는 사용사업주에게 책임이 있다. 이 제1문 규정은 제2문과 제3문에 의해 보완적으로 구체화되고 있다.

과견법 제11조 제6항 제2문에 따르면, 사용사업주는 파견근로자의 근로제공 개시 전과 파견근로자의 업무분야 변경시, 파견근로자가 근로제공을 할 때 노출될 수 있는 안전보건상의 유해위험과 당해 유해위험의 예방을 위한 조치와 제 시설에 대한 정보를 제공하여야 한다. 이 경우 파견근로자가 산업안전보건을 위한 지시를 정확히 이해하고 건강상의 위험에 대한 인식을 가지고 이에 대해 올바르게 대처할 수 있도록 사용사업주의 정보제공은 각 업무장소별로

²⁰⁾ Löwisch, Arbeitsrecht, 8. Aufl. 2007, S. 188.

²¹⁾ Fabricus/Kraft/Wiese/Kreutz/Oetker/Raab/Weber, a. a. O.(Fn. 9), vor §81 Rdnr. 19.

²²⁾ Vgl. Fabricus/Kraft/Wiese/Kreutz/Oetker/Raab/Weber, a. a. O.(Fn. 9), vor §81 Rdnr. 32f; Löwisch, a. a. O.(Fn. 20), S. 187.

특별한 정보제공이 있을 것이 요구된다.²³⁾ 그리고 동법 제 11조 제6항 제3문은, 사용사업주 로 하여금 파견근로자에게 추가적으로 특별한 자격 및 직업능력 또는 의사에 의한 특별진찰 의 필요성 및 작업장내 고도의 특별한 위험에 대해 알려줄 의무를 부과하고 있다.

그리고 파견법 제14조 제2항 제3문은 사용사업장에서 근로하고 있는 파견근로자에 대해서 도 사업장조직법 제81조가 적용된다고 규정하고 있다. 사업장조직법 제81조의 정보제공 및 협의의무는 근로자의 근로의무의 범위 및 그 활동분야와 관련 있는 산업재해 및 건강장애에 까지 미친다. 사용사업주는 직장 및 근로과정에 관한 상세한 지식을 가지고 있기 때문에 제81 조가 당해 사용사업주에게 이런 종류의 의무를 부과하는 것은 합리적 이유가 있다고 말할 수 있다. 그리고 파견근로자의 제반 보호를 위하여 파견법 규정의 준수가 사용사업장의 종업원대 표에 의해 감시될 수 있도록 하는 것이 필요하고, 이를 위해서는 사용사업주가 당해 사업장의 파견근로자수, 파견기간, 파견근로자의 취득자격, 종사하고 있는 근로의 종류 및 근로장소 등 을 종업원대표에 보고하는 것이 불가결하게 된다(동법 제99조).²⁴⁾

(4) 유해위험물질 보호령

독일에서는 EU법의 국내법으로의 전환 요청을 계기로, 화학물질과 그 제제(Zubereitung)²⁵⁾ 등 유해유해성이 높고 그 회피를 위하여 전문적인 정보가 불가결한 작업영역에서 근로자의 알 권리를 보다 구체적으로 규정하는 작업이 이루어졌다. 그 대표적인 것이 ‘유해위험물질 보 호령’(GefStoffV)이다. 특히, 본 시행령 제14조는 유해위험물질 취급작업, 즉 유해위험물질을 제조·혼합·사용·저장·보관·가공·다른 용기로의 교체·운송·폐기물처리·파기하는 작업 을 하는 근로자에 대하여 유해위험에 관한 고도의 알 권리를 다양하게 부여하고 있다.

먼저 본 시행령 제14조 제1항에 의하면, 근로자가 동 시행령 제2조 제1항의 유해위험물질을 취급하는 작업을 수행하는 경우에 사용자는 노동안전보건기본법 제6조에 따른 위험성 평 가를 반영하여 근로자가 이해할 수 있는 형태와 언어로 된 ‘사업장규정’(Betriebsanweisung)을 서면으로 작성하고 이를 취업자에게 알려야 한다. 그리고 이 규정에는 최소한 다음과 같은 정 보가 포함되어야 한다. ①유해위험물질의 명칭, 표시 및 건강·안전상의 위험 등과 같은 작업 장에 존재하거나 발생하는 유해위험물질에 관한 정보, ②근로자가 그 자신 및 다른 근로자의 보호를 위해 작업장에서 실행하여야 할 적절한 주의사항 및 조치에 관한 정보(특히 여기에는 i)위생규정, ii)노출을 방지하기 위해 취해져야 할 조치에 관한 정보, iii)개인적 보호구 및

²³⁾ Ulber, a. a. O.(Fn. 16), §11 Rdnr. 91.

²⁴⁾ Schüren, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz(AÜG), 2. Aufl., 2003, §14 Rdnr. 228.

²⁵⁾ 제제(製劑)란 영어의 preparation, mixture에 해당하는 것으로서 두 가지 이상의 물질로 구성된 혼합 물이나 용액을 의미한다.

보호복의 착용·사용에 관한 정보가 포함된다), ③조업(운전)장해(Betriebsstörung), 사고 또는 긴급상황의 경우 및 이의 예방을 위해 근로자, 특히 구조대(救助隊)가 취해야 할 조치에 관한 정보가 그것이다. 그리고 사업장규정은 근로조건의 중요한 변화가 있을 때마다 이에 맞게 변경되어야 한다. 사용자에게 이와 같이 각 사업장에 특수한 규정을 작성하도록 한 것은 이와 직접적으로 관련된 근로자가 해당 권리·의무 및 그 방법에 관하여 충분한 정보를 제공받지 못하는 경우가 적지 않다는 점을 반영한 것이다.²⁶⁾ 또한 사용자는 근로자가 자신이 취급하는 물질 및 제제에 관하여 ‘화학물질의 등록·평가·허가 및 제한에 관한 EU규칙’[Verordnung(EG) Nr. 1907/2006]²⁷⁾ 제35조에 따른 모든 정보²⁸⁾, 특히 ‘안전보건자료’(Sicherheitsdatenblatt)에 접근(열람)할 수 있도록 하여야 하며, 유해위험물질의 사용에 있어 근로자의 보호를 위해 적용되어야 할 방법 및 절차에 관하여 통지받도록 하여야 한다.

그리고 본 시행령 제14조 제2항에 의하면, 사용자는 제1항의 사업장규정을 근거로 하여 발생가능한 모든 유해위험 및 그에 대한 안전보건조치에 관하여 근로자에게 구두로 교육(Unterweisung)하여야 한다. 교육은 작업 개시 전에 이루어져야 하며, 그 이후에는 적어도 매년 1회 규칙적으로 근로자에 대하여 실시되어야 한다. 그리고 교육은 근로자가 이해할 수 있는 형태와 언어로 행해져야 하며, 교육의 내용 및 시점은 문서로 작성하여 교육을 받은 근로자로부터 서명을 받아야 한다. 개별 근로자는 구두에 의한 구체적인 교육을 받은 이후에만 비로소 각 작업장에서 업무를 수행할 수 있다.²⁹⁾

또한 본 시행령 제14조 제3항에서는, ‘유해위험물질의 분류, 포장, 표시에 관한 EU규칙’(Richtlinie 67/548/EWG)³⁰⁾ 부록 6에 따른 발암성, 변이원성 또는 생식독성 물질로의 분류 기준을 충족하는 물질이거나(제2조 제3항 제1호), 동조 동항 제1호에 열거된 물질 중 하나 이상이 포함되어 있고 그 하나 이상의 물질의 농도가 발암성, 변이원성 또는 생식독성 제제로의 분류를 위한 한계농도를 초과하는 제제(제2조 제3항 제2호)를 취급하는 업무에 대하여 사용자의 특별한 정보제공의무를 다양하게 규정하고 있다.

본 시행령 제14조 제3항의 규정을 자세히 살펴보면 다음과 같다. 먼저 사용자는, 근로자와

26) Richardi/Wißmann/Wlotzke/Oetker(Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Aufl, 2009, §295 Rdnr. 58.

27) 일반적으로 ‘REACH규칙’이라 한다.

28) 사용자가 근로자에게 그들이 작업하는 과정에서 사용하거나 노출될 수 있는 물질 또는 제제와 관련하여 REACH규칙 제31조[안전보건자료(Sicherheitsdatenblatt: SDS)의 요구조건]와 제32조(SDS가 요구되지 않는 물질 및 제제에 대한 정보전달의무)에 따라 제공하는 정보를 말한다(REACH규칙 제35조 참조).

29) Richardi/Wißmann/Wlotzke/Oetker(Hrsg.), a. a. O.(Fn. 26), §295 Rdnr. 59.

30) 일반적으로는 ‘CLP규칙’이라 한다.

그 대표가 이 시행령의 규정이 준수되는지 여부와 특히 개인보호구의 선택·사용과 이와 관련된 근로자의 부담 및 본 시행령 제10조 제4항 제1문³¹⁾에 따라 취하여야 할 보호조치를 확인할 수 있도록 보장하여야 한다(제1호). 그리고 사용자는 노출 위험이 큰 경우에는 근로자와 그 대표에게 즉시 이를 통지하고 그 원인과 이미 취해진 대응조치 및 이후 취해질 대응조치에 관하여 정보를 제공하여야 하며(제2호), 위험성 평가의 결과 근로자의 건강 및 안전상 유해위험이 발생한다고 판명된 업무를 수행하는 근로자에 대한 현행화된 기록(기록에는 근로자가 노출된 정도 및 기간도 기재되어야 한다)을 작성하여야 한다(제3호). 또한 사용자는 현행화된 사항이 모두 기재된 제3호의 기록을 노출 종료 이후 40년간 보관하여야 하고, 고용관계 종료 시에는 그 근로자와 관련된 기록 기재사항의 발췌본을 근로자에게 교부하여야 하며, 인사기록과 같이 이에 관한 증명서를 보관하여야 한다(제4호). 그 밖에도 사용자는 산업의학검진을 담당하는 의사, 관할 행정관청 및 사업장에서 근로자의 건강과 안전을 책임지는 자에게 제3호에 따른 기록에 접근할 수 있도록 하여야 하고(제5호), 모든 근로자가 기록에 있는 자신과 관련된 사항을 볼 수 있도록 하여야 하며(제6호), 당해 사업장의 근로자와 그 대표가 제3호의 기록에 있는 각 개인과 관련성이 없는 일반적인 종류의 정보에 접근할 수 있도록 하여야 한다(제7호).

한편, 본 시행령 제6조 제10항에 따라 사용자는 사업장에서 사용되는 유해위험물질의 목록을 해당 ‘안전보건자료’를 참조하여 작성하여야 한다. 이 목록에는 적어도 ①유해위험물질의 명칭, ②유해위험물질의 분류 또는 유해위험성에 관한 사항, ③사업장에서 사용되는 양적 범위(Mengenbereich)에 관한 사항, ④근로자가 유해위험물질에 노출될 수 있는 작업영역의 명칭이 포함되어야 하는데, ①, ② 및 ④의 사항은 모든 관련 근로자와 그 대표가 자유롭게 접근(열람)할 수 있어야 한다.

(5) 기타 규칙에 따른 교육권

산업재해보험에 가입되어 있는 근로자는 산재예방규칙(UVV) ‘일반규정’(Allgemeine Vorschriften) 제4조(BGV A1, 구 VBG 1)에 근거한 사용자의 교육(Unterweisung)에 관한 일반적 기본의무로부터도, 근로 개시 전³²⁾과 그 후 적어도 1년에 1회 주기로 근로과정에서 발생할 수 있는 유해위험 및 그 예방조치에 대하여 사용자에게 의해 교육을 받을 권리를 가진

31) EU지침상의 카테고리 1, 2에 있는 발암성물질, 돌연변이물질, 생식독성물질에 의한 근로자 노출이 현저히 증가할 수 있고, 노출의 제한을 위한 모든 기술적 안전조치 수단이 취해진 작업의 경우, 사용자는 해당 취업자나 그 대표와 협의한 후 취업자의 노출 지속시간을 가능한 한 제한하고 이러한 작업을 수행하는 동안 취업자의 안전을 보장하여야 한다.

32) 신규채용 후 최초작업 전과 작업내용 변경 전 모두를 가리킨다.

다.³³⁾

그 밖에 통지, 교육, 지시 또는 지도에 대하여 결과적으로 근로자 권리가 되는 규정에는 유전자기술안전령 제12조 제2항 및 제3항, 개인보호구이용령 제3조 제1항, 중량물취급령 제4조, 중대산업사고령(StörfallV)³⁴⁾ 제6조, 방사선안전령 제39조, 린트겐령 제18조 제1호 및 제36조, 소음에 관한 산재예방규칙 제9조(BGV B3, 구 VBG 121), 생명공학에 관한 산재예방규칙 제10조(BGV C4, 구 VBG 102) 등이 있다.³⁵⁾

나. 간접적 유해위험정보권

독일에서 개별 근로자는 종업원대표를 통하여 사업장내 재해예방활동에 관여할 권리를 부여받고 있다. 그런데 종업원대표가 이와 같은 같은 관여를 통하여 재해예방이라는 소기의 목적을 달성하기 위해서는 산업안전보건문제에 관한 일반적 지식과 개별 사업장에서의 구체적인 유해위험정보가 모두 필요하다. 이를 위하여 사업장조직법 제37조와 사업장안전조직법 제9조에서 전자의 실현을 목적으로 한 규정을 각각 두고 있는 한편, 후자의 실현을 목적으로 사업장조직법 제89조 제2항·제5항·제6항, 제90조 제1항과 제80조 제2항 등을 각각 규정하게 되었다. 단, 이 같은 규정은 직접적으로는 근로자집단을 보호의 대상으로 하고 있으면서 간접적으로 그 효과가 당해 집단의 일원으로서의 근로자에게 미치는 규정이기 때문에 안전배려의 무의 구체화의 대상은 되지 않는다.³⁶⁾ 따라서 이러한 규정은 개별 근로자에게 직접적인 청구권을 부여하는 것은 아니라고 해석된다.

(1) 일반적 지식의 습득기회의 보장

종업원대표는 사업장조직법을 비롯한 여러 법규에 의하여 각 사업장의 노동보호에 관한 다양한 임무를 맡고 있다. 이에 대하여 사업장조직법 제37조 제2항은 “종업원대표의 위원은 사업장의 규모 및 성격에 따라, 스스로에게 부과된 임무의 합법적인 수행에 필요한 경우, 그리고 그 범위에서 종전과 동일한 임금을 지불받으면서 그 근로를 면제받는 것으로 한다.”라고 규정하고 있다. 또한 종업원대표는 사업장조직법 제37조 제6항에 의거하여 그 활동에 필요한 지식이 제공되는 훈련·교육강좌에 참가할 때에는 보수의 계속적인 지불을 수반하는 직장이

³³⁾ Kollmer/Klindt(Hrsg.), a. a. O.(Fn. 13), §17 Rdnr. 42.

³⁴⁾ 본 규칙은 사업장에서의 대규모의 누출, 화재, 폭발과 같은 사고를 예방하기 위한 규칙으로서 독일연방환경오염보호법의 이행을 위한 규칙 중 하나이다.

³⁵⁾ Vgl. Kollmer/Klindt(Hrsg.), a. a. O.(Fn. 11), §17 Rdnr. 43.

³⁶⁾ Westermann(Redakteur), Schuldrecht, Besonderer Teil, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 3, 1. Halbbd., 2. Aufl., 1988, S. 1587.

탈청구권을 가진다.³⁷⁾ 환언하면, 제37조 제6항은 “본조 제2항은 그것이 종업원대표의 활동에 필요한 지식을 전달하는 것인 한 교육연수 참가에 대해서도 적용된다.”라고 규정하고 있는데, 이 규정에 의하여 종업원대표 위원은 교육연수 등 지식전달기회에 근로시간 내에 참가하는 것과 사용자에 대해 그 참가에 필요한 비용 및 그간의 임금의 계속적인 지급을 요구할 수 있게 된다.³⁸⁾ 종업원대표 위원에게 필요한 지식으로서는, 예를 들면 새롭게 선출된 종업원대표의 경우에는 일반적인 기본적 지식의 제공, 특히 노동법의 그것이 여기에 속하지만, 장년의 활동경험이 있는 경우에는 통상적으로 필요최저한의 지식이 있는 것을 전제로 하여 필요성의 검토가 이루어지게 된다.³⁹⁾

제37조 제6항과는 별개로 제37조 제7항은, 종업원대표의 각 위원에게 각 임기 중에 한 번 3주간(처음으로 선출된 경우에는 4주간) 주(州)의 상급노동관청에 의해 적당하다고 인정된 훈련·교육강좌에 참가하기 위하여 보수의 계속적인 지불을 동반하는 직장이탈청구권을 부여하고 있다. 이와 같은 훈련강좌는, 특히 노동조합에 의해, 그리고 사용자단체에 의해서도 제공된다.⁴⁰⁾

이와 같이 종업원대표는 그 근로시간의 일부를 산업안전보건법규나 산재예방규칙, 기타 관련하는 기초지식의 습득·연구에 할애하는 것이 가능하게 된다.⁴¹⁾ 나아가 동법 제40조가 종업원대표의 적정한 임무의 수행으로부터 발생한 비용의 사용자 부담, 그리고 사용자의 지배하에 있는 공간, 물적 수단 및 사무직원을 종업원대표의 이용에 제공해야 한다는 것을 규정하고 있는 것으로부터, 종업원대표의 학습·연구를 위한 기초자료 등은 사용자의 부담으로 사업장에 비치되어야 한다고 해석되고 있다.⁴²⁾

(2) 사업장 유해위험정보권

(가) 특정적 정보 수집권

종업원대표에 의한 적극적인 재해예방활동을 기대하는 데 있어 종업원대표에 의한 일반적 전문지식의 습득과 동일하게 중요한 것이 당해 사업장에 고유한 유해위험정보이다. 이러한 정보는, 노동안전보건기본법의 제규정, 사업장조직법 제81조 이하 규정, 유해위험물질 보호령 제14조 등에 근거하여 개별근로자가 일정한 기회에 특정 대상에 대하여 입수하는 정보와는 달

37) Löwisch, a. a. O.(Fn. 20), S. 130.

38) Herbst, Betriebsrat und Arbeitsschutz, AiB 1993, S. 145.

39) Löwisch, a. a. O.(Fn. 20), S. 130.

40) Löwisch, a. a. O.(Fn. 20), S. 131.

41) Herbst, Betriebsrat und Arbeitsschutz, AiB 1993, S. 144.

42) 자세한 것은 Vgl. Herbst, a. a. O.(Fn 41), S. 144.

리, 종업원대표가 독자적으로 집단적 자료로서 파악하는 정보이다.⁴³⁾

사업장조직법은 이 점을 감안하여 상기 규정과는 별개로 제89조 제5항 및 제6항에서 종업원대표에게 사업장의 유해위험에 대한 정보를 입수할 권리를 부여하고 있다. 먼저 제89조 제5항에 의하면, 종업원대표는 스스로가 본조 제2항 및 제4항에 근거하여 참가를 요구받는 재해조사, 감독·검사 및 협의에 관한 자료를 사용자로부터 받을 권리를 가진다. 본 규정은 사업장조직법에서 규정하고 있는 직무를 실시하는 데 있어서 필요로 하는 정보 및 자료의 제공에 대해서 일반적으로 규정하고 있는 사업장조직법 제80조 제2항을 보다 구체화할 의도로 규정된 것이다.

그리고 사업장조직법 제89조 제6항에 의하면, 사용자는 사회법전 제7편 제193조 제5항에 근거하여 종업원대표에 의하여 공동으로 서명되어야 할 재해신고서의 사본을 종업원대표에 제공하여야 한다.⁴⁴⁾ 이 규정에 의하여 종업원대표는 재해에 관한 종합적인 정보를 획득할 기회를 갖게 되고 재해의 기재내용에 대한 이의를 제기할 수 있게 된다. 이것에 의하여 종업원대표에게는 사용자에 의한 산재은폐 및 재해 사실에 대한 오진을 방지함과 아울러 스스로 실시하는 재해예방활동에 대한 지침을 얻을 가능성이 열리게 된다.⁴⁵⁾

또한 사업장조직법 제89조 제2항에 근거하여 종업원대표는 재해예방과 관련하여 사용자 및 재해예방관련기관에 의하여 실시되는 각종 검사 등에 참관할 권리, 그리고 재해예방관련기관이 사용자에게 발령(發令)한 재해예방에 관한 지시를 사용자로부터 지체 없이 전달받을 권리가 각각 주어져 있는데, 종업원대표는 이 기회를 통해서도 사업장의 각종 유해위험정보를 입수하는 것이 가능하다.

나아가, 종업원대표는 사업장조직법 제90조 제1항에 따라 작업조건의 계획 단계에서 사용자로부터 ①제조공장(건축물), 관리실 및 기타 사업장 작업장소의 신설, 이전 및 확장, ②기술적 기계·설비, ③작업절차 및 작업공정, ④작업장⁴⁶⁾의 사항에 관한 계획을 적절한 시기에 필

43) 三柴丈典『労働安全衛生法序論』新山社(2000年) 426頁.

44) 산재보험조합은 종업원대표가 서명하지 않은 재해신고서를 사용자로부터 보고받을 경우, 동 조합은 종업원대표에 재해신고서 사본을 보내거나 재해신고서가 들어 왔다고 통보한다. 이를 통하여 재해신고서의 종업원대표에의 보고 그 자체와 재해신고상의 기재내용의 정확성이 보장될 수 있다 (Däubler/Kittner/Klebe(Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung Kommentar für die Praxis, 9. Aufl., 2004, S. 1426).

45) 三柴·前掲注(43)書 427-428頁 参照.

46) 작업장 계획에 대한 정보권 및 협의권은, 근로자에 대한 기능요구가 근로자의 육체적·심리적 능력을 초과하지 않도록 하기 위한 것으로서, 작업장 계획에는 기계 및 기타 운전설비의 공간 요건, 근로상황에 적합한 근로자 작업공간 요건, 높은 육체적·정신적 부하업무의 해소시스템, 청소년·중증장애 및 기타 보호대상집단을 위한 노동투입 제한, 분진·가스·소음과 같은 유해요인의 차단, 빠른 작업사이클의 감소 등이 포함된다[Klebe/Ratayczak/Heilman/Spoo, Basiskommentar mit Wahlordnung, 11. Aufl., 2003, S. 413].

요한 자료를 통하여 통지받을 권리가 있다. 종업원대표는 이 통지를 통하여 계획을 입안하는 단계에서부터 예정된 조치 및 근로자에게 미치는 영향, 특히 작업의 종류⁴⁷⁾와 이로부터 야기 되는 근로자에 대한 요구⁴⁸⁾에 대하여 자신의 제안 및 견해가 고려될 수 있도록 사용자와 협의하는 것이 가능하게 된다. 여기에서 사용자와 종업원대표는 인간에게 적합한 노동의 형성에 대하여 확인된 노동과학적 지식을 고려하여야 한다(제90조 제2항). 한편 파견근로자의 경우에는, 파견근로자의 근무장소와 관련되는 한, 정규근로자와 동일하게 연관되기 때문에 위 사항은 사용사업장의 종업원대표와의 협의사항이 된다.⁴⁹⁾

그리고 산업의와 안전관리자의 선임, 직무 및 활동 등을 규율하는 사업장안전조직법은 이들과 종업원대표의 협력 원칙(제9조 제1항)에 입각하여 종업원대표가 이들로부터 노동보호 및 재해예방에 관한 중요한 안전보건사항과 이들이 사용자에게 제안한 산업의학적 및 안전기술적 조치 내용을 각각 통지받을 권리와 함께 노동보호 및 재해예방에 요구사항에 대하여 자문(조언)받을 권리를 각각 규정하고 있다(제9조 제2항). 이는 하나의 사업장 내에서 근로자대표와 사용자 간에 파트너적 협력을 이루기 위하여 양자 간의 적절한 정보의 균형을 도모하고자 하는 것이다.⁵⁰⁾

한편, 사업장조직법과 사업장안전조직법 외의 법령에서도 종업원대표의 특정적 정보수집권이 규정되어 있다. 예를 들면, ‘생물학적 인자 안전보건령’ 동법 제12조 제4항에 의하면, 종업원의 안전과 건강을 해칠 수 있는 조업(운전)장해와 사고는 위험업무 종사 종업원과 종업원대표에게 즉각적으로 통지되어야 한다. 또한 동조 동항에 따라 제13조 제1항 내지 제3항에서 규정하고 있는 사항⁵¹⁾도 종업원대표에게 제공되어야 한다.

(나) 일반적 정보수집권

종업원대표는 사업장조직법 제80조 제2항에 의하여, 동법 제80조 제1항에 근거한 일반적 임무의 수행과 동법에 근거한 기타의 권리, 특히 협동권 및 공동결정권의 행사를 종업원대표가 용이하게 할 수 있도록 사용자로부터 적당한 시기에 포괄적인 정보제공을 받을 권리를 부여받고 있다. 그리고 종업원대표는 청구에 의하여 자신의 임무 수행을 위해 필요한 자료를 얻

47) 작업의 종류란, 노동분업도, 자동화 정도, 작업속도, 개별작업·팀작업, 작업내용 등을 말한다 [Klebe/Ratayczak/Heilman/Spoo, a. a. O.(Fn. 46), S. 415].

48) 근로자에 대한 요구란, 지식, 숙련, 책임, 부하 등을 말한다(A. a. O.).

49) 大橋範雄 『派遣労働と人間の尊敬』法律文化社(2007年) 176頁.

50) Anzinger/Bieneck, Kommentar zum Arbeitsschutzgesetz, 1998, S. 240.

51) ①사용자 및 취급책임자의 성명과 주소, ②작업장 안전보건책임자의 성명과 자격, ③생물학적 물질의 위험성 평가의 결과, ④예정된 안전보건대책, ⑤생물학적 물질의 종류, ⑥종업원의 안전보건상 중요한 작업변경, ⑦일정한 새로운 생물학적 물질을 취급하는 활동의 개시 등에 관한 사항을 말한다.

제든지 제공받을 수 있어야 한다.⁵²⁾ 이는 종업원대표가 그 임무를 원활하게 수행하도록 사용자가 동 대표에게 관련 자료를 제출하고 보고·설명하여야 하는 것을 의미하며, 종업원대표는 이를 토대로 의미 있는 활동 준비와 사용자와의 협력이 가능하게 된다.⁵³⁾

특별한 관여권(Beteiligungsrecht)이 예정되어 있는 경우에는 통상적으로 특별히 규정된 통지의무가 존재하므로,⁵⁴⁾ 제80조 제2항은 특별한 관여권이 규정되어 있지 않은 경우에 적용되는 일반적 정보제공 규정이라 할 수 있다.⁵⁵⁾ 따라서 동 조항은 종업원대표가 활동을 해나가는데 있어 필요한 과제가 추가로 있는지를 검토해 볼 수 있는 기회를 제공한다.⁵⁶⁾ 동 조항의 정보수집권이 특히 필요하게 되는 것은 사업장조직법 제80조 제1항 제1호에 근거한 법규의 준수가 문제가 되는 경우 또는 종업원대표가 일정한 조치에 대하여 발의(發議)하려고 하는 경우라고 말해지고 있다.⁵⁷⁾

3. 미 국

가. OSH-Act에 근거한 유해위험정보권

근로자는 OSH-Act 및 그 규칙에 의하여 작업장의 유해위험에 대한 정보를 알 수 있는 여러 가지 방법을 보장받고 있다. OSH-Act 제8조(c)의 규정에 의하면, OSHA는 사용자에게 본 법령 및 관련기준의 규정에 근거한 근로자 보호내용 및 의무사항을 근로자에게 알리도록 의무지우는 규칙을 제정하여야 한다. 이를 위해 OSHA는 사용자에게 OSH-Act에 관한 정보와 동 법령에 근거한 근로자의 권리를 게시하도록 의무지우는 규칙을 제정하였다. 또한 OSH-Act 제6조에 근거하여 OSHA에 의하여 제정된, 유해위험요인별 특정기준은 사용자로 하여금 당해 기준에서 취급되는 특정 유해위험인자에 의해 영향을 받는 근로자에게 정보 및 교육을 제공하도록 의무지우고 있다.⁵⁸⁾ 나아가 근로자 또는 그 대표는 사업장의 유해위험요인의 샘플링 또는 모니터링에 참관하는 권리를 보장받고 있다.⁵⁹⁾ 근로자의 안전보건정보권에 관한

⁵²⁾ Löwisch, a. a. O.(Fn. 20), Rdnr. 150.

⁵³⁾ Klebe/Ratayczak/Heilman/Spoo, a. a. O.(Fn. 46), S. 358.

⁵⁴⁾ 제89조, 제90조, 제92조 제1항, 제99조 제1항, 제100조 제2항, 제102조 제1항, 제105조, 제106조 제2항, 제111조 참조.

⁵⁵⁾ Brox/Rüthers/Henssler, Arbeitsrecht, 16. Aufl. 2004, S. 311; Däubler/Kittner/Klebe, a. a. O.(Fn. 44), S. 123.

⁵⁶⁾ BAG DB 1989, 982.

⁵⁷⁾ Löwisch, a. a. O.(Fn. 20), Rdnr. 150.

⁵⁸⁾ R. S. Rabinowitz et al., Occupational Safety and Health Law 547(2nd ed. 2002).

⁵⁹⁾ M. A. Bailey et al., Occupational Safety and Health Law Handbook 153(2nd ed. 2008).

OSH-Act의 기본적 내용은 다음과 같이 정리될 수 있다.

(1) 게시(Posting)

OSHA는 사용자로 하여금 근로자에게 정보를 전달하도록 하는 많은 게시규정을 두고 있다. 여기에는 게시 위반통고, 이의제기 통지, 긴급전화번호, 기타 사항뿐만 아니라 OSHA 포스터가 포함된다.

OSHA 포스터에 대해서는 29 C.F.R §1903.2에 규정되어 있다. 이 조항에 의하면, 각 사용자는 근로자에게 법에서 인정된 보호와 의무에 대하여 알리는 것으로서 OSHA에 의해 제공되는 게시문 또는 통지서를 게시하고 이것이 마모되거나 훼손되지 않도록 유지하여야 한다. 이 포스터 규정은 “노동부장관은 사용자로 하여금 게시 또는 다른 적절한 수단에 의해 그들의 근로자에게 이 법에 근거한 보호·의무 및 해당 기준들(standards)의 규정에 관한 정보를 제공하도록 요구하는 규칙을 제정하여야 한다.”고 규정하고 있는 법 제8조(c)(1)를 이행하는 것이다.

포스터는 OSHA에 의해 제공되어야 한다. 많은 사례에서 OSHA의 포스터를 게시하지 않은 것에 대한 위반통고는 OSHA가 사용자에게 포스터를 제공하였다는 것을 입증하지 못하여 인용되지 않았다. 그러나 사용자측의 주장이 항상 성공한 것은 아니다.⁶⁰⁾

포스터는 근로자 통지사항이 통상적으로 게시되는 장소로서 눈에 잘 띄는 곳에 게시되어야 한다. 이 경우 포스터는 OSH-Act에 관한 기본적인 정보와 본법에 근거한 근로자 권리를 포함하고 있어야 한다[29 C.F.R §1903.2(a)(1)].

포스터 규정의 무지는 항변으로 인정되지 않는다. 일반적으로 포스터의 일시적인 제거는 이 유가 무엇이든 위반통고의 사실공정을 방지하는 데 불충분하다. 행정법 심판관(Administrative Law Judge: ALJ)은 사업장의 모든 사용자는 OSHA 포스터를 각각 게시하고 있어야 한다고 판단하였다. 따라서 협력업체 사용자는 원청업체의 포스터에 의존할 수 없다. 그리고 포스터를 게시하는 대신에 근로자에게 포스터를 설명하는 경우 이는 법을 위반하는 것으로 해석된다.⁶¹⁾

산업안전보건심사위원회(이하 ‘위원회’라 한다)는 OSHA의 포스터 규정의 위반은 당해 규정이 제8조(c)(1)를 이행하는 것으로서 심각한 위반은 아니지만 사소한 위반도 아니라고 판시

⁶⁰⁾ Bush & Burchett Inc., 17 OSH Cases 1531(Rev. Comm'n J. 1995)(Kentucky 공장에의 포스터 제공은 West Virginia 공장에 대해 충분한 것이었다); Institution Ohio Inc., 14 OSH Cases 1985(Rev. Comm'n J. 1995)(OSHA가 새로운 공장에 포스터를 제공하지 않은 것이 위반통고를 배제하는 것은 아니다) 등.

⁶¹⁾ 이상은 주로 Rabinowitz et al., supra note(58), at 143-146에 의한다.

하였다.⁶²⁾ OSH-Act 제17조(i)는 게시요건의 위반에 대해서 7,000달러 이하의 민사벌칙금(civil penalty) 부과를 규정하고 있다.

(2) 재해 및 직업병 기록

OSH-Act 및 OSHA 규칙은 대부분의 사용자에게 대해서 각 사업장마다 산업재해 및 직업병(이하 ‘재해’라 한다)에 관한 기록을 포함한 다양한 기록을 유지·관리할 의무를 부과하고 있다.⁶³⁾ 사용자는 전년도에 당해 사업장에서 발생한 재해의 요약(summary)을 근로자가 접근하기 쉬운 장소로서 눈에 잘 띄는 장소에 게시하고, 그 개요가 사실이고 완전하다는 것을 보증하여야 한다.⁶⁴⁾ 만약 근로자들이 고정된 장소에서 일하지 않으면, 사용자는 매년 각 개별근로자에게 재해 요약의 사본을 우송하지 않으면 안 된다.⁶⁵⁾ 나아가 사용자는 현재 또는 과거의 근로자 그리고 근로자대표가 합리적인 방법·시기에 재해기록과 요약을 검토하고 복사할 수 있도록, 재해기록 및 요약에 접근(access)⁶⁶⁾할 수 있도록 하여야 한다.⁶⁷⁾ OSHA는 프라이버시 문제를 검토하면서 “제한된 개별근로자가 재해기록에 대해 가지고 있는 프라이버시 이해관계는 모든 근로자가 재해기록에 접근권을 가질 필요성보다 그 가치가 명백히 낮다고”고 주장하였다.⁶⁸⁾ 위원회는 사용자가 OSHA 재해기록(OSHA log)의 프라이버시에 대한 합리적인 기대권을 갖지 않는다고 주장하면서, 근로자는 허가 없이 OSHA 재해기록에 대한 접근권을 가질 수 있다고 결정하였다.⁶⁹⁾ 비슷한 취지로 항소법원은 근로자대표의 접근 요구는 논리적인 필요는 없다고 판시하였다. 즉 근로자대표는 자신의 접근 요구에 대해 어떠한 이유라도 가질 수 있고 이유를 갖지 않을 수도 있다.⁷⁰⁾ 규칙에 의해 부과된 의무는 무조건적이다. OSHA는 사용자가 재해기록에 대한 감독에 동의하지 않으면 영장을 받아야 하지만, 근로자는 사용자의 재해기록을 검토하는 그들의 권리를 행사할 때 영장을 요구받지 않는다.⁷¹⁾

⁶²⁾ Secretary of Labor v. Thunderbolt Drilling, Inc., 10 OSH Cases 1981(Rev. Comm’n 1982); Olmos Abatement Inc., 15 OSH Cases 1892(Rev. Comm’n J. 1982); S. K. Whitty & Co., 9 OSH Cases 2192(Rev. Comm’n J. 1981).

⁶³⁾ 29 C.F.R. §1904.2.

⁶⁴⁾ *Id.* §1904.32(a), (b)(5).

⁶⁵⁾ *Id.* §1904.5(d)(1).

⁶⁶⁾ OSHA-Act와 규칙(regulations)에서 ‘access’란 용어는 각종 기록을 검토(examine)하고 복사(copy)할 권리와 기회를 의미한다[J. L. Hirsch, Occupational Safety and Health Handbook §10-3(4th ed. 2007)].

⁶⁷⁾ *Id.* §1904.7(b)(1).

⁶⁸⁾ 43 Fed. Reg. 31,324, 31,327(1978).

⁶⁹⁾ Monfort of Colo. Inc., 14 OSH Cases 2055.

⁷⁰⁾ Caterpillar Inc. v. Herman, 131 F.3d 666, 18 OSH Cases 1104(7th Cir.1997), rev’g Caterpillar Inc., 17 OSH cases 2112(Rev. Comm’n J. 1997).

⁷¹⁾ M. A. Rothstein, Occupational Safety and Health Law 275(2006 ed., 2006),

일반적으로 근로자 이름을 재해기록의 나머지와 함께 제공하지 않는 것은 법을 위반하는 것이다.⁷²⁾ 그러나 항소법원은 특별한 상황에서는 사용자가 근로자 이름을 제공하는 것이 위험하다고 입증함으로써 적용예외 조치를 받지 않고도 '보다 큰 위험'의 항변을 할 수 있다고 판시하였다.⁷³⁾ 또한 항소법원은 사용자가 그와 함께 소송에 참여하고 있는 근로자가 재해기록에 접근하는 것을 거부할 수 없다고 판결하였다. 즉 근로자는 소송과정에서 증거열람권⁷⁴⁾의 한계를 넘어 무조건적으로 증거에 접근할 수 있다.⁷⁵⁾

(3) 노출 및 검진 기록 접근권

OSH-Act 제8조(c)(1)는 노동부장관에게 본법의 집행을 위하여 또는 산업재해의 원인과 예방에 관한 정보의 작성을 위하여 규칙으로 필요하거나 적절한 것으로 규정한 경우 사용자에게 본법에 관련된 자기의 활동에 관한 기록을 작성·유지·보관하고 노동부에 제출할 것을 요구하는 규칙(regulations)을 제정할 권한을 부여하고 있다. 이 권한은 사용자로 하여금 제6조(b)(7)에 따라 모니터링하거나 측정하도록 되어 있는 잠재적 독성물질 또는 유해한 물리적 인자에의 근로자 노출에 관한 정확한 기록을 유지하도록 하는 제8조(c)(3)에 의해 보충된다. 제8조(c)(3)는 이러한 규칙이 OSHA뿐만 아니라 현재 또는 과거의 근로자에게 독성물질 또는 유해한 물리적 인자에의 자신의 노출을 제시하는 기록에 접근할 기회를 부여하는 한편, 근로자 또는 그 대표에게 근로자 노출을 모니터링하거나 측정하는 것을 참관하고 이에 관한 기록에 접근하는 권한을 부여하여야 한다.⁷⁶⁾

이에 따라 제정된 '근로자의 노출 및 검진 기록에의 접근에 관한 OSHA 규칙'(Access to employee exposure and medical records, 이하 'Access Rule'라 한다)⁷⁷⁾은 그 자체로는 특별한 모니터링 또는 조사를 의무 지우고 있는 것은 아니지만, 사용자에게 몇 가지를 제외하고는 특정 OSHA 기준에 근거하여 또는 그것과 관계없이 생성되는 모든 노출기록(근로자의 고용기간에 관계없이 30년간)과 검진기록(고용기간+30년간)을 보존하도록 의무 지우고 있다.⁷⁸⁾ 다만

⁷²⁾ Sun Ship, Inc., 12 OSH Cases 1185(Rev. Com'n 1985).

⁷³⁾ Caterpillar Inc., v. Herman, 131 F.3d 666, 18 OSH Cases 1104(7th Cir.1997).

⁷⁴⁾ 증거개시권이란, 소추(訴追)측과 변호측 쌍방이 서로 상대방이 보관하는 문서 등에 대하여 열람을 할 수 있는 권리를 말한다.

⁷⁵⁾ RSR Corp. v. Brock, 764 F.2d 355, 12 OSH Cases 1413(5th Cir.1985).

⁷⁶⁾ See Rabinowitz et al., supra note(60), at 137-138.

⁷⁷⁾ 일찍이 Access Rule은 29 C.F.R. §1910.20로 성문화되어 있었지만[45 Fed. Reg. 35, 212 (1980)], 1996년에 29 C.F.R. §1910.1020로 재설계되었다[61 Fed. Reg. 31, 430(1996)].

⁷⁸⁾ 29 C.F.R. §1910.1020(d)(1)(i)(ii). Access Rule에 의하면, 유해위험성 주지기준(The Hazard Communication Standard)에 따라 수령되어 보존되는 물질안전보건자료는 그 보존이 의무화되어 있는 노출기록(exposure records)의 하나에 해당한다.

Access Rule에 의하면, 사업장에서 더 이상 사용되지 않는 물질 또는 제제(製劑)에 대한 물질 안전보건자료(Material Safety Data Sheet: MSDS)는, 사용자가 당해 물질 또는 제제의 화학적 명칭(identity)과 그것이 언제, 어디에서 사용되었는지에 대한 기록을 30년 이상 보존하고 있으면 보존될 필요가 없다.⁷⁹⁾

그리고 본 규칙은 사용자로 하여금 OSHA뿐만 아니라 근로자 및 그 대표에게 근로자의 유해물질 노출에 관한 광범위한 기록·정보 및 근로자의 검진기록에 접근할 수 있는 기회를 제공하도록 의무 지우고 있다.⁸⁰⁾ 근로자 및 그 대표는 요청에 의하여 모든 근로자의 노출기록에는 제한 없이 접근할 수 있지만, 검진기록의 경우에는 근로자들만 제한 없이 자신의 기록에 대해 접근할 수 있고 근로자대표와 OSHA는 해당 근로자의 동의가 있어야만 개인적으로 식별 가능한 검진기록을 검토할 수 있다.⁸¹⁾ 물질별 개별기준 중 일부 기준은 Access Rule를 이용하는 기록 유지·접근 규정을 별도로 두고 있다.⁸²⁾ OSHA는 이러한 접근권은 ‘직업병을 발견, 치료 및 예방’하는 데 있어 각종 기록을 직·간접적으로 이용하도록 하기 위해서도 필요하다고 강조한다.⁸³⁾

한편 OSHA의 기준들(standards)은 대체로 근로자에게 정보를 제공하도록 하는 규정을 가지고 있는데, 이러한 규정 또한 제8조(c)로부터 도출된다. OSHA는 정보제공은 수동적이고 교육은 이해를 필요로 한다는 점에서 OSH-Act 제8조(c)에 의한 정보제공과 동법 제6조에 의한 교육은 서로 구별된다는 입장을 취해 왔다.⁸⁴⁾ 위원회는 합리적으로 신중한 사용자라면, 근로자에 의해 이해될 수 있고 기억될 수 있는 교육을 제공하려고 시도하고 근로자들이 당해 교육을 실제로 이해하도록 하기 위한 노력을 최소한 일정 정도는 할 것이라고 판단하였다.⁸⁵⁾

Access Rule에 근거하여, 현재 및 과거의 근로자는 ‘개인 또는 단체’를 그들의 대표로서 선출할 수 있다. 근로자의 단체교섭 담당자는 동 규칙의 목적을 위한 ‘지명대표’로 간주된다.⁸⁶⁾ 그리고 단체교섭 담당자는 근로자 개인의 검진기록이 포함되어 있지 않으면 Access Rule상의 권리(예를 들면, 근로자 노출기록에의 접근권)를 행사하기 위하여 근로자의 문서화된 위임을 필요로 하지 않는다.⁸⁷⁾ 그러나 위원회에 따르면, 변호사와 같은 다른 근로자대표는

79) 29 C.F.R., §1910.1020(d)(1)(ii)(B).

80) Rabinowitz et al., *supra* note(58), at 549.

81) Bailey et al., *supra* note(61), at 139-140(See 29 C.F.R. §1910.1020(e)(2)(ii)).

82) E.g., asbestos, 29 C.F.R. §1911.1001(m)(3), (5), (6).

83) Hirsch, *supra* note(66), at §10-3.

84) See 62 Fed. Reg. 1494, 1595-1596(1997); Rabinowitz et al., *supra* note(58), at 138.

85) Secretary of Labor v. McLeod Land Services Inc., 20 O.S.H.C. 1596, 1598(2003).

86) 29 C.F.R. §1910.1020(c)(3).

87) See *Id.* §1910.1020(c)(3), (e)(1)(2).

문서화된 근로자 위임을 필요로 한다. 특별한 상황에서는, 사용자는 접근이 근로자에게 손해가 되는 것을 입증할 수 있으면 검진기록을 요청 근로자에게 제공하지 않을 수 있다.⁸⁸⁾ 일부의 예외적 상황을 제외하고는 현재의 근로자, 과거의 근로자 또는 근로자대표가 기록에의 접근을 요청하면, 사용자는 합리적인 시간, 장소 및 방법으로, 그리고 대부분의 경우 기록에의 접근을 요청한 후 15일 이내에 비용 없이 그 기록의 이용을 허용하여야 한다.⁸⁹⁾

한편 OSH-Act 제6조(b)(5)에 따른 OSHA 규칙에 따라 실시되는 모니터링 또는 측정에 근로자 또는 그 대표가 참관할 권리[제8조(c)(3)]와 동일한 권리가 제6조(b)(5)에 따라 제정된 여러 가지 보건기준에도 규정되어 있다.⁹⁰⁾ 측정된 노출치가 OSHA 기준이 정하고 있는 한계치보다 높을 경우, 사용자는 독성물질 또는 유해한 물리적 인자에 노출되었거나 노출되고 있는 근로자에게 즉각적으로 통지하고 노출 저감을 위해 취하고 있는 시정조치를 노출되고 있는 근로자에게 알려야 한다[제8조(c)(3)].

그리고 Access Rule에 의하면, 사용자는 근로자가 처음 고용될 때 정보의 노출·검진기록에의 접근권에 대하여 당해 근로자에게 주지시킬 것을 의무지우고 있다. 특별히 근로자들은 노출 및 검진기록의 존재, 위치 및 이용가능성에 대한 정보를 제공받아야 한다. 동시에 사용자는 기록을 유지하고 접근기회를 제공할 회사측 책임자를 주지시켜야 한다. 사용자는 근로자 채용 시에 근로자의 권리를 알린 후에는 매년 1회 이상 반복적으로 이를 알려야 한다.⁹¹⁾ 그리고 Access Rule은 사용자에게 본 규칙의 복사본을 사업장에 보관하고 근로자가 이를 쉽게 이용할 수 있는 상태로 두도록 의무지우고 있다.⁹²⁾

이러한 노출 및 검진 기록에의 근로자 접근권은 OSH-Act에 의해 보장된 다른 근로자 권리의 효과성을 담보하는 데 중요하다. 즉, ①접근권은 근로자 및 그 대표가 제8조(f)(1)에 따라 안전보건문제를 OSHA에 신고하고 OSHA로부터 신속한 사업장 감독을 획득해 낼 권리의 효과를 보장받는 데 중요하다, ②접근권은 근로자 및 그 대표가 다양한 유해물질이 어디에서, 어떻게 사용되고 있는지 그리고 어떤 공정이 가장 많은 노출을 발생시키는지를 확인하거나 OSHA가 철저한 점검을 하는 것을 지원하도록 하기 위하여 OSHA 감독관이 작업장을 점검하는 동안 동행할 수 있는 제8조(e)의 권리의 실효성을 높인다, ③접근권은 근로자가 시정기간의 합리성에 이의제기를 하고 위원회 절차의 당사자로서 참가할 수 있는 제10조(c)상의 두

⁸⁸⁾ 29 C.F.R. §1910.1020(e)(2)(ii)(D). Washinghouse Elec. Corp., 10 OSH Cases 1101(Rev. Com'n J. 1981).

⁸⁹⁾ *Id.* §1910.1020(e)(1).

⁹⁰⁾ E.g., *Id.* §1910.1001(n)(석면); *id.* §1910.1017(d)(5)(염화비닐); *id.* §1910.1018(r) (무기비소); *id.* §1910.1052(d)(6)(메틸렌 클로라이드).

⁹¹⁾ *Id.* §1910.1020(g)(1).

⁹²⁾ *Id.* §1910.1020(g)(2).

가지 권리를 행사할 수 있는 능력을 부여한다, ④기록접근은 근로자가 국립산업안전보건연구원(NIOSH)에 의한 건강유해평가(health-hazard evaluation)를 요구할 수 있는 제20조(a)(6)의 권리를 신장한다, ⑤노출 및 검진 기록에의 접근으로 근로자에 의해 습득된 지식은 제21조(c)의 근로자 교육훈련 프로그램의 효과를 높인다.⁹³⁾

(4) 유해위험성 주지기준(Hazard Communication Standard)

OSH-Act 제6조(b)(7)는 OSHA에 대하여 사용자로 하여금 유해화학물질을 취급할 때에 존재하는 유해위험 그리고 그 유해위험을 경감하는 방법에 관한 정보를 근로자에게 알리도록 하는 의무를 부과하는 강제기준의 공포를 의무화하고 있다. OSHA는 이 조항에 근거하여 1983년에 OSHA의 역사에서 가장 주목할 만한 기준이라고 평가받고 있는 '유해위험성 주지 기준'(이하 'HAZCOM Standard'라 한다)을 제정·시행하였다.⁹⁴⁾ 본 기준은 작업장에서 노출될 수 있는 유해위험물질에 대한 근로자의 유해위험정보권을 가장 포괄적으로 보장하고 있고, 종종 '근로자 알 권리 규칙'(employee right-to-know regulation)이라고 말해지고 있다.⁹⁵⁾ HAZCOM Standard는 대부분 29 C.F.R. §1910.1200에 규정되어 있지만, 건설업의 경우는 29 C.F.R. §1926.59에 규정되어 있다.

HAZCOM Standard의 주된 목적은 자각(自覺)이라는 한 단어로 가장 잘 표현된다. 본 기준은 사업장에서 화학물질에 노출되고 있거나 노출될 가능성이 높은 근로자들이 유해위험에 대해 주지하게 됨으로써 자신들을 효과적으로 보호하는 방법을 알도록 하여 사업장 안전보건을 증진하는 것을 목적으로 한다.⁹⁶⁾ 구체적으로 말하면, 본 기준은 “.....화학물질에 의한 질병 및 부상의 발생을 줄이기 위하여..... 근로자가 작업장의 안전보건대책에 유의미하게 참가하고 이를 지지할 수 있도록 하기 위하여.....근로자에게 정보를 적절하게 통지하고 근로자 보호프로그램을 설계·실행하기 위하여” 제정된 것이다.⁹⁷⁾

그리고 본 기준은 화학물질의 제조업자 또는 수입업자에 대하여 그들이 제조·수입하는 화학물질의 유해위험성을 평가·결정하도록 하는 의무를 부과하는 한편, 모든 사용자에 대하여 유해위험성 주지 프로그램, 라벨링 및 기타 형태의 경고, 물질안전보건자료 및 정보제공·교육을 통하여 종업원에게 그들이 폭로되는 유해화학물질에 대한 정보를 제공하도록 하는 의무

⁹³⁾ G. Z. Nothstein, *The Law of Occupational Safety and Health*, The Free Press 257(1981).

⁹⁴⁾ L. L. Byrum et al., *Occupational Safety and Health Law Handbook* 166(2001).

⁹⁵⁾ Rabinowitz et al., *supra* note(58), at 550.

⁹⁶⁾ 29 C.F.R. § 1910.1200(a)(1)는 “이 조문의 목적은 생산되고 수입되는 모든 화학물질의 유해위험성이 평가되고 화학물질의 유해위험성에 관한 정보가 사용자와 근로자에게 전달되도록 하는 것이다.” 라고 규정하고 있다. OSHA Publication 3104, *Hazard Communication, A Compliance Kit*, A-1(1988).

⁹⁷⁾ 48 Fed. Reg. 53, 280(1983).

를 광범위하고 상세하게 규정하고 있다.⁹⁸⁾

(5) 안전교육 등

OSHA의 많은 기준은 특별한 교육프로그램을 의무화하거나⁹⁹⁾ 정식의 교육프로그램은 아니지만 근로자들이 적절히 교육받도록 의무화하는¹⁰⁰⁾ 형태로 근로자의 교육에 관련되어 있다.¹⁰¹⁾ 따라서 적절한 안전교육을 제공하지 않는 것은 교육에 관한 특정기준의 위반을 구성할 수 있다.¹⁰²⁾ 예를 들면, Brennan v. OSHRC(Gerosa, Inc.) 사건에서 제2연방항소법원은 위원회의 결정을 파기하고, 사용자에게 기계류와 장비를 점검하기 위한 적격자를 지명하도록 요구하는 기준은, 사용자가 특별한 근로자를 지정하고 그 근로자에게 그의 안전점검 의무의 존재와 성격에 대해 알릴(교육할) 의무가 있다는 것을 의미한다고 판시하였다.¹⁰³⁾ 유사한 결론은 제8연방항소법원이 크레인에 의해 야기된 중대재해에서의 위반을 원심 유지한 Ames Crane & Rental Service, Inc. v. Dunlop 사건에서도 도출되었다. 사용자는 안전절차에 대해 근로자에게 알리지 않고 크레인 조작자가 선택적으로 읽을 수 있는 수백 쪽의 문서자료를 단지 이용하게 하였다. 법원은 이것이 위험요인으로부터 근로자를 보호하기 위한 예방조치를 취할 사용자의 의무를 이행하기에 불충분하다고 판결하였다.¹⁰⁴⁾

안전교육에 관한 특정기준을 준수할 의무와 더불어 사용자는 근로자에게 그들의 작업에 대해 충분히 교육할 일반적인 의무를 진다. 그리고 사용자는 유해위험요인으로부터 근로자를 보호할 적절한 예방조치를 취하여야 한다.¹⁰⁵⁾ 즉, 특정 기준이 존재하지 않는 경우에도 사용자

⁹⁸⁾ 29 C.F.R. § 1910.1200(b)(1). OSHA가 매년 발표하는 '기준 위반 TOP 10 리스트'에 의하면, 동 기준은 거의 매년 OSHA 기준 중 위반통고가 가장 많은 기준에 해당한다[National Safety Council, Safety & Health(2001-2007) 각 연도 12월호를 참조].

⁹⁹⁾ 이것의 예는, 29 C.F.R. 1910.1006(e)(5)(i)(ii), methyl chloro-methyl ether; 29 C.F.R. 1910.1007(e)(5)(i), 3, 3'-dichlorobenzidine or its salts; 29 C.F.R. 1917.351(d)(1)-(6), gas welding & cutting; 건설근로자의 교육프로그램의 수립 및 감독을 요구하는 29 C.F.R. 1926.21(a) 등이 있다.

¹⁰⁰⁾ 29 C.F.R. 1910.94(d)(9)(i), ventilation; 29 C.F.R. 1910.111(b)(13)(ii), storage and handling of anhydrous ammonia; 29 C.F.R. 1915.36(d)(1)-(4), arc welding & cutting; 29 C.F.R. 1915.82(a)(4), respiratory protection; and 29 C.F.R. 1926.803(a)(2), compressed air 등이 있다.

¹⁰¹⁾ OSHA, Training Requirements in OSHA Standards and Training Guidelines 7(1998). 현행 OSHA의 산업안전보건기준 중 100개 이상의 기준에 교육에 관한 규정을 두고 있고, 교육프로그램의 일환으로 사업주로 하여금 근로자에게 안전보건에 관한 사항을 주지시키는 의무 또한 많은 기준에서 규정하고 있다. 그리고 사고조사자의 최초 질문이 “부상자가 작업을 수행하기 위해 교육을 받았는가?”인 것에서 알 수 있듯이 미국에서 교육기준은 중요하게 여겨지고 있다.

¹⁰²⁾ M. A. Rothstein, Occupational Safety and Health Law 160(2006 ed. 2006); G. Z. Nothstein, The Law of Occupational Safety and Health, The Free Press 111(1981).

¹⁰³⁾ 491 F.2d 1340(2d Cir.1974).

¹⁰⁴⁾ 532 F.2d 123(8th Cir.1976).

¹⁰⁵⁾ Brennan v. Butler Lime & Cement Co., 520 F.2d 1011(7th Cir.1975).

는 유해위험요인으로부터 근로자를 보호하기 위하여 그들의 직무에 대하여 근로자를 적절하게 교육하고 예방조치를 취할 일반적 의무를 지고 있다.¹⁰⁶⁾ “그리고 예방조치는 당연히 사용자의 충분한 안전 및 교육프로그램 제공을 포함한다.”¹⁰⁷⁾ 교육의 적절성은 유해위험의 명확성, 근로자의 경험, 사고발생 가능성 및 사고로 초래될 심각성의 정도에 따라 달라진다. 불충분한 안전교육은 사용자의 일반의무규정인 제5조(a)(1) 위반의 원인이 될 수도 있다.¹⁰⁸⁾ 일반적 교육의 적절성은 우발적(isolated) 사고와 선의(good faith)의 요소와 같은 적극적 항변의 주장과 관련해서도 중요하다.¹⁰⁹⁾

Baker Tank Co./Altech 사건¹¹⁰⁾에서, 위원회는 “안전프로그램은 유사한 상황에 놓여 있는 합리적으로 신중한 사용자라면 채택하였을 것으로 생각되는 유해위험요인 적출·교정조치를 포함하여야 한다.”고 판단하였다. 안전교육기준의 비준수를 입증하기 위하여, 노동부장관은 합리적으로 신중한 사용자라면 동일한 상황에서 제공하였을 것으로 생각되는 설명을 제공하지 않았다는 것을 입증하여야 한다. 사용자가 교육을 제공하였다는 것을 증명해 보이며 교육 위반의 주장을 반박하면, 입증책임은 제공된 안전교육의 부족을 제시할 노동부장관에게로 전환된다.¹¹¹⁾

특별한 직무를 수행하는 특별한 근로자에 대한 안전교육의 정도는 상당히 다양할 것이라고 인식하는 것이 중요하다. 요구되는 안전교육의 양을 결정할 때 고려되는 요소들은 ①근로자에의 경험, 전문성, 기타 능력, ②근로자의 직무 기능의 성격, ③근로자가 정상적인 작업과정에서 노출될 수 있는 유해위험요인의 성격 등이다. 예를 들면, 위원회는 안전회의가 중대한 유해위험요인에 직면하여 충분하지 않았다고 판단한 바 있다.¹¹²⁾ 그리고 이와 유사한 예로서, 근로자가 현기증이 난다거나 “좁 다른 무언가가 냄새난다.”라고 느낀다면 좁은 공간을 떠날 필요가 있다고 근로자에게 구두상으로 설명하는 것만으로는 근로자에 대한 충분한 안전교육이 아니다.¹¹³⁾ 안전에 대한 설명은 근로자에게 그들의 작업과 관련된 유해위험요인과 이를 피할 방법을 알려줄 정도로 충분히 구체적이어야 한다.¹¹⁴⁾

한편, 근로자 및 그 대표는 사용자로부터 공정위험분석에 대한 접근과 공정안전관리기준

¹⁰⁶⁾ Nothstein, supra note(102), at 111.

¹⁰⁷⁾ *Id.* 520 F.2d at 1017.

¹⁰⁸⁾ Rothstein, supra note(102), at 161-162.

¹⁰⁹⁾ Nothstein, supra note(102), at 111.

¹¹⁰⁾ Baker Tank Co./Altech, 17 OSHC 1177, 1995 OSHD 30, 734(1995).

¹¹¹⁾ Rothstein, supra note(102), at 162.

¹¹²⁾ 5 OSHC 1946, 1977-78 OSHD 22, 239(1977).

¹¹³⁾ E.L.Davis Contracting Co., 16 OSHC 2046, 1994 OSHD 30, 580(1994).

¹¹⁴⁾ Dannis Shook Joint Venture XXV, 19 OSHC 1497, 2001 OSHD 32, 397(2001).

(process safety management of highly hazardous chemicals standard)에 따라 개발되어야 하는 다른 모든 정보에 대한 접근을 보장받을 권리가 있다.¹¹⁵⁾

나. NLRA에 근거한 유해위험정보권

NLRA¹¹⁶⁾는 민간부문의 근로자에게 그들의 교섭대표를 통하여 안전보건정보를 요구하는 광범한 권리를 부여하고 있다. 미국에서 근로자의 안전보건이 의무적 단체교섭사항이라는 것은 정착되어 있는바, 그것은 노동조합과 사용자가 상대방의 청구가 있으면 안전보건사항에 대하여 성실하게 교섭하여야 하는 것을 의미한다.¹¹⁷⁾ 또한 단체교섭의 법적 의무는, 노동조합이 안전보건문제를 이해·토론한다든지 단체교섭을 한다든지 단체협약을 감시한다든지 노동자를 대표하는 것 등이 가능하도록 하기 위하여, 노동조합의 청구가 있으면 바로 정보를 제공하여야 할 의무도 포함하고 있다.¹¹⁸⁾ 필요한 정보를 제공하지 않는 것은 NLRA 제8조(a)(5)에 의하여 금지되어 있는 부당노동행위에 해당한다고 해석되고 있다.¹¹⁹⁾

노동조합에 의해 요구되는 정보는 근로자대표로서의 역할과 관련이 있어야 하는데, 일반적으로 안전보건정보는 그러한 관련이 있다고 추정되고 있고, 따라서 사용자가 그 정보가 관련이 없다는 것을 입증할 수 없으면 당해 정보는 노동조합에 공개되어야 한다.¹²⁰⁾ 사용자는 노동조합이 요구한 것과 완전히 동일한 정보를 제공할 필요는 없지만,¹²¹⁾ 교섭과정을 방해할 정도로 부담이 되거나 시간이 걸리는 방법으로 정보를 제공해서는 안 된다.¹²²⁾

노동조합에 안전보건정보를 제공하여야 한다고 하는 사용자의 의무는 NLRB에 의해 일관되게 긍정되고 있다.¹²³⁾ 동 위원회는 “사업장에서의 근로자 개인과 그들을 대표하는 교섭담당자에게 있어, 근로자가 그들의 건강과 생명을 위협할 가능성이 있는 근로조건에 노출되는 것보다 중요한 사항은 거의 존재하지 않는다.”라고 주장해 왔다.¹²⁴⁾

115) 29 C.F.R. §1910.119(c)(3)

116) 29 U.S.C. §§151-169.

117) *Id.* §158(d). NLRB v. Gulf Power Co., 156 NLRB 622, 61 LRRM 1073(1966), enforced, 384 F.2d 822, 66 LRRM 2501(5th Cir.1967).

118) NLRB v. Minnesota Mining & Mfg. Co.(3M), 261 NLRB 27, 109 LRRM 1345(1982), enforced, 711 F.2d 348, 113 LRRM 3163(D.C. Cir.1983).

119) 29 U.S.C. §§158(a)(5).

120) 3M, 261 NLRM 27, 109 LRRM 1345.

121) NLRB v. Old Life Ins. Co., 96 NLRB 499, 503(1951).

122) NLRB v. Truitt Mfg Co., 351 U.S. 149, 151(1956).

123) E.g., 3M, 261 NLRM 27, 109 LRRM 1345(1982); NLRB v. Colgate-Palmolive Co., 261 NLRB 90, 109 LRRM 1345(1982), enforced, 711 F.2d 348(D.C.Cir.1983).

124) 3M, 261 NLRM at 29, 109 LRRM 1345.

한편 사용자가 청구된 정보가 기밀이거나 보호될 기업비밀을 포함하고 있다고 주장하는 경우, 제8조(a)(5)에 근거하여 정보를 제공하여야 할 의무는, ‘특별한 사정의 상황’에 달려 있으며, 사용자에게 의해 주장되는 정당하고 중요한 기밀보호의 이해와 노동조합의 당해 정보에 대한 필요성 간의 비교형량을 필요로 한다고 이해되고 있다.¹²⁵⁾

다. 보통법상의 유해위험정보권

업무상의 유해위험에 관한 근로자의 알 권리는 제정법에만 의존하는 것은 아니다. 사용자는 근로자에게 충분히 안전한 직장을 제공하고 합리적인 주의를 기울이면 발견될 수 있는 잠재적 이거나 알려져 있지 않은 위험을 발견하고, 그리고 그 위험을 근로자에게 알려야 한다고 하는 일반적 의무를 지고 있다. 이 일반적 의무에는 근로자에게 안전보건상의 위험을 통지하여야 할 의무도 포함된다.

특히 직업병의 경우 이로 인한 손해를 배상받기 위하여 근로자들에 의해 가장 자주 소송이 제기되어 온 보통법상의 불법행위는 근로자에 대한 유해성 통지의 불이행이었다. 산업재해보상보험법에 근거한 엄격책임(strict liability)의 출현에 의하여 이 불법행위의 중요성이 적어졌음에도 불구하고, 직업병의 경우 보상이 특히 불확실하고 불완전한 점을 감안하면 사용자 통지의무의 형평법상의 실현(equitable enforcement)¹²⁶⁾은 근로자 개인의 자율성을 존중하거나 위험을 효과적으로 경감하기 위하여 지금도 여전히 필요하다.¹²⁷⁾

IV. 비교법적 분석 및 시사점

1. 사법적 권리 인정 여부

안전배려의무의 사법적 효력에 관하여 비교법적으로 살펴보면, 미국의 경우 안전배려의무를 근로계약상의 채무로 파악하는 법리는 제시되고 있지 않기 때문에, 사용자와 근로자는 상대방

¹²⁵⁾ Detroit Edison Co. v. NLRB, 440 U.S. 301, 314-315(1979).

¹²⁶⁾ 형평법상의 구제수단은 보통법상의 구제수단이 구제로서 불충분할 경우에만 부여된다. 특정이행(specific performance)과 중지명령(injunction)이 그 중 대표적인 것이다. 법원에 명령에 따르지 않는 자에 대해서는 법원모욕죄로서 명령에 따를 때까지 신병을 구속하거나 법원이 언도하는 일액(日額)에 위반일수를 곱한 금액의 제재금을 부과할 수 있다[田中英夫 『英米法辞典』東京大学出版会(1991年) 302頁].

¹²⁷⁾ H. D. Thoreau, "Occupational Health Risks and the Worker's Right to know", 90 The Yale Law Journal 1803-1805(1981).

에 대하여 근로계약상의 안전배려의무 또는 성실의무를 지지 않는 것으로 이해되고 있다. 미국에서의 안전배려의무는 불법행위법상의 주의의무의 성격을 가지고, 제한된 범위에서 손해배상청구소송과 이행청구소송을 할 수 있는 것으로 해석되고 있다. 그리고 연방법인 OSH-Act는 사법적 청구권을 불필요하게 할 정도로 충분히 포괄적이라는 사고에 기초하여 순수한 공법으로 이해되고 있고, 그 결과 근로자에게는 OSH-Act에 근거하여 민사소송을 제기할 수 있는 사법적 권리가 부여되고 있지 않다. OSH-Act는 제5조의 일반적 의무 규정을 통하여 법령에서 규정하고 있지 않은 사항에 대해서도 규제할 수 있는 법적 수단을 가지고 있는 점이 OSH-Act에 사법적 성질을 부여하지 않는 법리 전개에 상당한 영향을 미친 것으로 분석된다.

반면, 독일의 산업안전보건법규는 OSH-Act와 같이 이것이 사법적 효력을 갖지 않는다는 것을 명시한 조문을 두고 있지 않고, 오히려 사법적 효력을 아울러 갖는 이중적 효력을 가지고 있다고 이해되고 있다. 그 결과 근로자와 사용자는 상대방의 산업안전보건법규 위반에 대하여 사법적 청구권을 갖는다고 이해되고 있다. 여기에서 미국법과 독일법 사이에 커다란 차이가 발견된다.

독일에서는 민법전 제618조의 안전배려의무규정이 공법상의 의무를 계약상의 의무로 전화시키는 역할을 하는 것으로 정해져 있고, 따라서 산업안전보건법규상의 의무는 그것이 근로계약상의 합의내용이 되는 데 적합한 한 근로계약상의 의무내용이 된다고 하는 이론이 학설·판례에 의하여 정착되어 있다. 요컨대, 독일에서는 산업안전보건법규에 정해져 있는 의무에 대하여 근로자는 사법상의 권리를 갖는다고 해석되고 있다.

우리나라 또한 ①산안법이 근기법의 부속법의 체계로 되어 있는 점, ②안전보건기준의 성격이 근로조건 일부인 점, ③산재예방은 근로시간 등의 일반근로조건과 밀접한 관계가 있어 산안법은 근기법과 일체로서 운영될 필요가 있는 점, ④근기법의 목적과 근로조건 원칙(제3조), 근로조건 대등결정의 원칙(제4조) 등은 노동관계의 기본원칙으로서 산안법의 해석과 운영에 있어서도 당연한 전제를 이루는 점 등을 감안할 때, 산안법이 독일과 마찬가지로 사용자와 근로자에게 국가에 대한 의무를 부과하는 공법적 효력·성격뿐만 아니라 사용자와 근로자간의 사법적 효력·성격도 아울러 가지고 있는 것으로 해석된다. 따라서 산안법은 사법관계인 근로관계의 내용을 직접 규율하는 법으로서 사용자에게 대한 근로자의 권리도 설정한 것이라고 보아야 할 것이다. 이 경우 사용자의 안전배려의무는 산안법에 의해 구체화되어 산안법의 준수는 근로계약상의 의무의 이행이라고 해석되고, 사용자가 산안법상의 규정을 준수하지 않으면 근로자는 이 규정의 위반에 대하여 사법상의 청구권을 가지게 된다는 해석이 가능하다. 따라서 산안법상의 알 권리에 관한 각종 규정은 안전배려의무를 통하여 근로자의 사법상의 권리가 될 수 있다.

안전배려의무는 항상 일의적으로 명확하고 확실적인 의무가 아니고 직장, 직무내용 또는 근로자 개인적 사정에 따라 달라지는 불명확한 의무이다. 따라서 안전배려의무의 내용을 특정하는 것은 근로자와 사용자에게 있어 쉬운 일만은 아니다. 그러나 산안법상의 의무를 사용자와 근로자간의 권리의무로 파악할 경우, 산안법은 안전배려의무의 최저한도의 내용을 이루는 기준이 될 수 있기 때문에, 사용자는 이에 의해 자신에게 어떠한 행위규범이 요구되고 있는지를 명확하게 알 수 있게 되고, 근로자의 입장에서도 사용자에게 요구할 내용을 어렵지 않게 특정할 수 있게 됨으로써 근로자의 권리의식 제고와 권리 행사에 기여할 수 있을 것이다.

2. 알 권리의 보장

근로자에게 알 권리를 보장하는 방식과 내용은 각국별로 상이하다. 먼저 독일에서는 유해위험정보에 대한 알 권리가 근로자가 산재예방활동의 주체로서 행동하는 데 있어서 전제적·기본적 위치를 차지하고 있다는 사고 하에 근로자대표기구인 종업원대표 또는 근로자 개개인에게 사업장의 유해위험정보에 대한 알 권리를 사업장조직법을 비롯한 다양한 법규에서 광범위하게 보장하고 있다. 독일법에 보장되어 있는 알 권리 중 포괄적인 정보수집권(사업장조직법 제80조 제2항), 자료수령권(동법 제89조 제5항), 자료접근권(access right) 및 참관권은 관여권과 같이 공법에서 근로자 또는 그 대표에게 권리 또는 역할을 직접 부여하는 형태를 취하고 있고 주체적·적극적 권리라고 말할 수 있다. 다른 한편, 근로자 또는 근로자대표에게는 사용자가 감독기관으로부터 명령받은 지시 등을 통지받을 권리, 교육을 받을 권리, 지도받을 권리 등이 보장되어 있는데, 이것들은 규정의 형식에 있어서 공법으로 사용자에게 의무를 부과하는 형식을 취하고 있는데, 이들 권리 중 개별근로자의 보호를 목적으로 하는 규정은 사법관계를 직접 규율하는 효과를 가지고 있고 사법상의 권리에도 해당한다고 이해되고 있다. 즉 독일에서는 알 권리가 공법에 의해 규정된 권리와 사법상의 권리 양자를 통하여 보장되어 있다는 것을 알 수 있다. 독일에서 이 알 권리는 관여권과 밀접한 관계를 가지면서 근로자의 주체적 재해예방활동을 촉진하는 역할을 하는 것이 기대되고 있다.

미국에서도 근로자가 산재예방에서 그 역할을 할 수 있도록 하기 위해서는 근로자에게 알 권리를 보장하는 것이 무엇보다도 중요하다는 생각에 기초하여 OSH-Act는 Access Rule 및 HAZCOM Standard 등에서 근로자에게 유해위험정보에 대해서 주지, 경고 또는 교육 등을 받을 권리, 감독기관이 사용자에게 명령한 행정조치 등을 사용자에 의해 게시하여 받을 권리를 부여하는 한편, 근로자에게 직접 일정한 권능 또는 역할을 부여하는 권리로서 재해기록, 유해물질 노출기록 등에 접근한다든지 사업장의 유해위험요인의 모니터링 또는 샘플링에 참

관할 권리도 부여하고 있다. 또한 100여개의 많은 기준에서 특별안전교육을 규정하고 사업장 감독과정에서 교육실시 여부를 최우선적으로 조사하고 있다. 그리고 불충분한 안전교육은 사용자의 일반의무규정인 제5조(a)(1) 위반의 원인이 될 수 있다고 해석되고 있기 때문에, 근로자의 안전교육 수령권은 고도의 권리라고 할 수 있다. 단, OSH-Act 및 그 규칙의 알 권리 관련규정은 순수한 공법적 규정으로서 사법적 효력을 가지고 있지 않기 때문에 사용자의 동 규정 위반에 대해서는 사법적으로 다룰 수 없는 한계를 안고 있다.

또 하나 주목할 만한 것은, 양국 모두 건강장해 유발물질을 중심으로 유해물질에 대한 노출·검진기록에 대한 기록유지의무를 장기간(약 30~40년) 부과하고 이에 대한 접근권을 보장하고 있는 점이다. 이것은 근로자의 알 권리의 실효성을 담보하는 것으로서 중요한 의미를 갖는 것이라고 생각된다.

V. 법정책적 과제

1. 알 권리의 확대 및 실효성 강화

사회 전반적으로 알 권리에 관한 의식의 향상에 동반하여, 근로자도 자신에 관한 직장의 유해·위험정보를 사용자측으로부터 제공받는 것을 당연하다고 생각하는 경향이 강해지고 있다. 다른 한편, 산업안전보건법제가 정비되었다 하더라도 작업장의 유해위험성에 대한 정보가 넓게 근로자에게 제공되지 않는 한 효과적으로 산재예방의 실효를 거두는 것은 불가능할 것이다. 다시 말해서, 근로자에게 산재예방활동의 일환으로서의 역할을 맡기는 데 있어서는, 근로자에게 유해위험정보가 전달되고 근로자 자신이 높은 수준의 안전의식을 확보·유지하는 것이 필요불가결한 전제조건이라고 할 수 있다. 특히, 직장의 유해위험요인이 복잡 다양화하고 있는 금일에는 사용자 일방에 의한 재해예방은 본질적으로 한계를 안고 있기 때문에, 재해 예방활동에서 근로자의 적극적이고 적절한 협력을 얻기 위해서는 근로자가 가급적 많은 유해 위험정보를 제공받을 수 있도록 하여야 한다. 근로자에게 유해위험정보가 충분히 제공되지 않는 상황 하에서는, 사용자가 근로자로부터 얻을 수 있는 협력의 정도와 질도 낮은 수준에 그칠 것이기 때문이다.

따라서 근로자 또는 그 대표가 사용자 주도에 의해 실현되는 권리로서 주지받을 권리, 교육을 받을 권리 등과 같은 간접적 권리 이외에, 유해·위험정보를 직접적이고 용이하게 수집·이용할 수 있도록 할 적극적 권리도 가질 수 있도록 할 필요가 있을 것이다. 물론, 사용

자에게 그 제공이 의무로서 부과되는 정보가 근로자의 산재예방활동 시 가장 기본적인 정보가 되는 것은 앞으로도 변하지 않을 것이지만, 근로자가 산재예방활동을 하는 데 있어서는 사용자로부터 제공받지 않은 정보 또는 기본적으로 제공되었지만 보다 상세한 정보, 재검토·조사가 필요한 정보를 수집·이용하는 것 또한 반드시 필요하다고 생각된다. 특히, 유해·위험요인의 다양화에 수반하여 이에 대한 정보제공의무를 법령에서 모두 구체적으로 규정하기 어려운 오늘날에는 이와 같은 적극적 권리를 부여할 필요성이 한층 높다고 생각된다. 이와 같은 적극적 권리가 근로자에게 법적으로 보장되지 않는다면, 이것을 전제로 하는 근로자의 참가적 활동뿐만 아니라 신고권, 작업거절권, 이행청구권 등 근로자의 다른 권리의 행사도 현실적으로 곤란하게 될 것이다. 단, 이 적극적 성격의 알 권리는 이것의 남용 가능성, 기업비밀 보호 등과 관련하여 그 내용·방법 등에서 일정 정도 제한될 필요는 있을 것이다.

한편, 사용자에 의한 작업환경의 은폐 및 유해·위험요인에 대한 오진을 지적함과 함께 근로자 또는 그 대표가 자신이 행하는 재해방지활동에 대한 지침을 얻을 수 있기 위해서는 근로자 또는 그 대표의 요청에 관계없이 그들에게 재해조사 및 유해물질의 모니터링 또는 샘플링 과정 등에 참관하여 감시할 기회가 부여되어야 할 것이다.

나아가 근로자 또는 그 대표가 그들의 역할을 다하기 위하여 기본적으로 알아야 할 극히 중요한 정보라고 할 수 있는 당해 사업장의 산업재해·직업병에 관한 기록을 사용자로부터 통지받거나 게시받을 권리 또한 근로자 또는 그 대표가 부여받을 수 있도록 현행 법제도의 보완이 이루어져야 할 것이다. 그리고 화학설비 등의 개조·수리·청소작업, 전기공사작업 등 ‘위험요인’에 대해서도 근로자에게 일정한 정보(위험물의 위험성, 작업방법·절차 등)를 제공하도록 의무화할 필요가 있다.

또한 현행 산안법령 중 유명무실화되어 있는 규정을 실효성 있게 정비하여 할 것이다. 예를 들면, 산안법상의 법령요지 게시·비치의무(제11조 제1항)의 경우 작업장¹²⁸⁾마다 작업내용·방법 등이 상이하기 때문에 법령요지의 내용이 달라질 수밖에 없는 점을 감안하여 그 게시·비치의 단위를 ‘사업장’에서 ‘작업장’으로 변경하고, 근로자들이 수시로 쉽게 볼 수 있도록 근로자들이 ‘보기 쉬운 장소’에 상시적으로 게시 또는 비치하도록 하여야 할 것이다. 그리고 사용자가 근로자에게 정보제공하는 방식을 현행 제11조 제2항과 같이 근로자대표의 요청에 위임하는 방식이 아니라 정보제공대상을 명확히 하여 일정한 경우에는 사용자가 의무적으로 근로자 또는 근로자대표에게 정보를 제공하도록 하는 방식으로 전환함으로써 본 규정이

¹²⁸⁾ 작업장이란 사업장 내에서 밀접한 관련 하에 작업이 이루어진 개개의 현장을 말하고, 주로 건물 등에 의해 판단되어야 할 것이다. 즉 사업장이 작업장보다 넓은 개념으로서, 규모가 큰 사업장은 대체로 여러 개의 작업장으로 구성되어 있다.

사업장에서 현실적으로 작동되도록 할 필요가 있다.

한편, 알 권리를 행사한 것을 이유로 하는 불이익취급의 금지를 미국과 같이 명시적으로 산안법에 규정함으로써 근로자가 알 권리, 특히 적극적 성격의 알 권리¹²⁹⁾를 실질적으로 행사할 수 있도록 여건을 조성하여야 한다.

그리고 사용자를 대상으로 정보제공 등 알 권리 관련 규정의 준수 여부에 대한 감독과 관련내용 교육·홍보, 특히 감독을 대폭 강화함으로써 당해 규정이 현장에서 실질적으로 준수되도록 할 필요가 있다.

2. 안전배려의무의 확장

산안법은 근로자의 안전과 보건을 유지·증진하기 위하여 필요하다고 생각되는 각종 안전보건조치를 강구하는 것을 사용자에게 의무화하고 있다. 산안법의 준수가 사용자의 안전배려의무의 최저한도의 내용을 이루고 있지만, 이 조치만 강구하고 있다고 하여 안전배려의무를 다하고 있다고 말할 수는 없다. 다시 말해서, 산안법이라는 노동보호법에 근거한 안전보건조치의무는 근로계약상의 안전배려의무를 별칙을 동반하여 구체화한 것으로서, 근로계약상의 안전배려의무는 산안법의 별칙을 동반한 안전보건조치의무에 한정되는 것은 아니다. 유해위험물질, 유해위험기계·기구 등을 취급하는 작업과 관련하여 산안법상 규정되어 있는 각종 정보제공의무 등으로부터뿐만 아니라 규정되어 있지 않은 사항에 대해서도 무수한 구체적 안전배려의무의 내용이 파생될 수 있다.

산업안전보건기준의 확보를 위해서는 산안법의 제도적 정비와 정부의 감독행정의 충실화가 절대적으로 중요하다는 데 이견은 없을 것이다. 그러나 산안법이 정비된다고 하더라도 제도적으로 완전할 수 없고 감독행정 역시 현실적인 문제로 사업장의 안전보건 위반에 철저히 할 수 없는 한계를 가지고 있는 점을 감안하면, 알 권리 등의 산업안전보건에 관한 근로자의 권리를 보호하는 장치는 산안법과 감독기관에만 의존할 수는 없고 사법적 채널을 포함한 여러 가지 수단이 준비되어 있는 것이 바람직하다. 그리고 산업재해의 적극적인 예방을 위해서는 근로자의 주체적인 작용이 불가결하다는 점도 고려되어야 할 것이다. 게다가 산업안전보건법제는 산업기술과 공법, 사용물질 등의 급속한 변화로 어느 분야보다도 자주 변화될 필요성을 안고 있지만, 실정법은 그 특성상 이에 신속하게 대응하는 데 한계가 있을 수밖에 없기 때문에 근로자보호의 필요성 측면에서는 항상 그 규정 내용이 불충분한 한계를 가지고 있다. 따라서 알

¹²⁹⁾ 근로자 또는 그 대표의 사업장의 안전보건에 관한 각종 자료(정보)수집권·접근권, 검사·측정(모니터링) 참관권 등을 말한다.

권리에 관한 규정을 위시한 입법적 공백에 대해서는 안전배려의무 법리를 통한 사법적(私法的) 수단을 통해 메울 필요가 있다고 생각된다.

주제어: 근로자의 권리, 알 권리, 안전배려의무, 산업안전보건법, 공법, 사법

참고문헌

- 김형배, 『채권각론(신정판)』, 박영사, 2001.
- 김형배, 『노동법(제20판)』, 박영사, 2011.
- 박종희 외, 『산업안전보건법 집행의 효율성 강화를 위한 개선방안에 관한 연구(학술연구보고서)』, 한국산업안전공단 산업안전보건연구원, 2006.
- 이영희, 『노동법』, 법문사, 2001.
- 大橋範雄 『派遣労働と人間の尊敬』法律文化社 2007.
- 小畑史子 『労働安全衛生法規の法的性質(1)』法學協會雜誌 112卷 5号 1995.
- 西谷敏 『労働基準法の二面性と解釋の方法』 『労働保護法の研究』有斐閣 1994.
- Anzinger/Bieneck, Kommentar zum Arbeitsschutzgesetz, 1998
- Brox/Rüthers/Henssler, Arbeitrecht, 16. Aufl. 2004, S. 119.
- Däubler/Kittner/Klebe(Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung Kommentar für die Praxis, 9. Aufl., 2004,
- Fabricus/Kraft/Wiese/Kreutz/Oetker/Raab/Weber, Betriebsverfassungsgesetz, Gemmeinschaftskommentar, 7. Aufl. 2002,
- Kittner/Pieper, Arbeitsschutzrecht, 3. Aufl., 2006.
- Klebe/Ratayczak/Heilman/Spoo, Basiskommentar mit Wahlordnung, 11. Aufl., 2003,
- Kollmer/Klindt(Hrsg.), ArbSchG - Arbeitsschutzgesetz mit Arbeitsschutzverordnungen, 2. Aufl., 2011,
- Löwisch, Arbeitsrecht, 8. Aufl. 2007.
- Pieper, Arbeitsschutzrecht, Kommentar für die Praxis, 4. Aufl., 2009,
- Richardi/Wißmann/Wlotzke/Oetker(Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Aufl, 2009,
- Schüren, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz(AÜG), 2. Aufl., 2003,
- Ulber, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz und Arbeitnehmer-Entsendegesetz, Kommentar für die Praxis, 2. Aufl., 2002,
- Westermann(Redakteur), Schuldrecht, Besonderer Teil, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 3, 1. Halbbd., 2. Aufl., 1988,
- Herschel, Zur Dogmatic des Arbeitsschutzrechts, RdA 1978.
- G. Z. Nothstein, The Law of Occupational Safety and Health, The Free Press, 1981.
- J. L. Hirsch, Occupational Safety and Health Handbook, 4th ed., LexisNexis, 2007.
- L. L. Byrum et al., Occupational Safety and Health Law Handbook, Government Institutes, 2001.

- M. A. Bailey et al., *Occupational Safety and Health Law Handbook*. 2nd ed., Government Institutes, 2008.
- M. A. Rothstein, *Occupational Safety and Health Law*, 2006 ed., Thomson/West, 2006.
- R. S. Rabinowitz et al., *Occupational Safety and Health Law*, 2nd ed., The Bureau of National Affairs Inc., 2002.
- H. D. Thoreau, "Occupational Health Risks and the Worker's Right to know", 90 *The Yale Law Journal*, 1981.