2016년 한국노동법학회 하계 학술대회

노동법의 현재와 미래

한국노동법학회/이화여대 법학연구소

2016년 한국노동법학회 하계 학술대회

노동법의 현재와 미래

❖ 일　　시 : 2016년 6월 24일(금) 14:00 - 18:00

❖ 장　　소 : 이화여자대학교 법학관 모의법정(405호)

❖ 주　　최 : 한국노동법학회, 이화여대 법학연구소

2016년 한국노동법학회 하계 학술대회

노동법의 현재와 미래

❖ 일　　시 : 2016년 6월 24일(금) 14:00 - 18:00

❖ 장　　소 : 이화여자대학교 법학관 모의법정(405호)

❖ 주　　최 : 한국노동법학회, 이화여대 법학연구소

2016년 한국노동법학회 하계 학술대회

‘노동법의 현재와 미래’

□ 일시 : 2016년 6월 24일(금) 14:00 - 18:00

□ 장소 : 이화여자대학교 법학관 모의법정(405호)

□ 주최 : 한국노동법학회, 이화여대 법학연구소

□ 학술대회 일정

순서	시간	내용		비고
등록	13:30~14:00	등록		
개회	14:00~14:10 (10분)	개회사	학회장(이승길, 아주대)	진행사회 : 김희성 (총무이사, 강원대)
		축사	이화여대 법학연구소장 (최승원, 이화여대)	
주제 발표	14:10~15:10 (60분)	노동시장 구조변화에 따른 노동법의 발전방향		사회자 : 박수근 (한양대, 교수)
		박지순(고려대 교수)		
		디지털 노동관계와 노동법의 현재와 미래		
		박제성(한국노동연구원 연구위원)		
<휴식> 15:10~15:30 (20분)				
지정 토론	15:30~17:30 (120분)	송강직	(동아대 교수)	사회자 : 박수근 (한양대, 교수)
		유성재	(중앙대 교수)	
		김상호	(경상대 교수)	
		김홍영	(성균관대 교수)	
		박귀천	(이화여대 교수)	
		최석환	(명지대 교수)	
종합 토론	17:30~18:00 (30분)	질의응답		
폐회	18:00~	폐회사 /기념촬영/ 만찬		학회장

개 회 사

2010년대 들어 통상임금 산정, 휴일근로 중복할증, 비정규직 문제, 사내하청, 구조조정 문제 등은 노동법적 쟁점으로 부상했습니다. 최근에의 '**노동법 개혁**'은 노사정 협상 속에도 국회의 공전으로 매듭짓지 못하고, 결국 여소야대의 20대 국회에서 재논의를 기대하게 되었습니다. 어쩌면 새시대 상황에 대한 성찰 없이 논의 성과는 신기루처럼 사라졌고, '**노동법의 미래**'는 불확실하기만 합니다.

이에 본 학회는 이화여자대학교 법학연구소와 함께 경제환경 변화에 부합하기 위하여 『**노동법의 현재와 미래**』라는 주제로 노동법학계의 중진학자를 중심으로 **하계학술대회**를 개최하고자 합니다. 모쪼록 이 대회를 통하여 향후 한국 노동법 체계의 청사진, 방향과 비전을 그리고자 허심탄회하게 논의하는 공론의 장이 되기를 바랍니다. 학회 회원 여러분, 관련 전문가들의 적극적인 참여와 성원을 부탁드립니다. 감사합니다.

2016년 6월 10일

한국노동법학회

회장 이 승 길

축 사

안녕하십니까? 이화여자대학교 법학연구소장 최승원입니다. 학술대회로 이화여자대학교를 찾아주신 한국노동법학회와 내빈 여러분들을 진심으로 환영합니다.

이화여자대학교 법학연구소가 지난 60년 가까이 우리 노동법학계를 이끌어 오신 한국노동법학회 여러분들과 공동으로 '노동법의 현재와 미래'라는 주제로 학술대회를 주최하게 되어 매우 기쁩니다.

우리의 삶을 규율하는 많은 법이 있지만, 그 중에서도 노동법은 하루하루의 노동과 삶의 질에 지대한 영향을 주는 법이며, 국민들이 자신의 삶을 보호해줄 것을 기대하는 법이기도 합니다. 이화여자대학교 법학연구소도 외국인 근로자 문제 및 돌봄노동 문제 등 노동법 관련 문제들이 우리 사회의 매우 중요한 문제로 부각되고 있으며, 이와 관련한 학문적 지원 또한 절실하다는 판단 하에 2015년 12월에 한국노동법학회가 공동주최하였던 "외국인근로자의 노동권" 학술대회를 주관하였고, 올해 5월에는 "돌봄노동의 실태와 종사자에 대한 법적보호"라는 주제로 여러기관과 함께 학술대회를 개최한 바 있습니다.

학술대회를 준비하면서 노동환경의 변화를 더욱 실감하고 있습니다. 날로 노동의 형태가 다양해지고, 이를 규율하는 노동법 또한 매우 큰 변화를 겪고 있습니다. 오늘 이 자리 또한 한국노동법학회의 그러한 문제의식 속에서, 연구와 강의 등으로 바쁘신 한국노동법학회 여러분들이 학문적 책임감을 가지고 귀한 시간을 내어 모이셨다고 생각합니다. 그러한 사명감으로 모여, 숙의하는 오늘 이 학회가 우리 노동법학계뿐만 아니라 노동입법과 정책 및 노동현실에 큰 영향을 줄 것이라고 확신합니다.

어려운 환경 속에서도 늘 바른 해결책을 제시하기 위해 앞장 서 노력해 오신 한국노동법학회 이승길 회장님과 회원 여러분께 깊은 감사의 마음을 전합니다.

끝으로 참석해주신 모든 내빈 여러분들과 바쁜 일정 속에서도 발제와 토론을 맡아 수고해주신 연구자 여러분, 학술대회를 기획하고 준비하신 관계자 여러분께 감사를 드립니다.

감사합니다.

이화여자대학교 법학연구소장
최 승 원

목 차

• **발제 1** 노동시장의 구조 변화와 노동법의 미래 ····· 3
박지순 (고려대학교 법학전문대학원 교수)

• **발제 2** 디지털노동관계와 노동법의 현재 또는 미래 ····· 35
박제성 (한국노동연구원 연구위원)

〈**토론문**〉 송강직 (동아대학교 법학전문대학원 교수) ····· 55
유성재 (중앙대학교 법학전문대학원 교수) ····· 61
김상호 (경상대학교 법과대학 교수) ····· 67
김홍영 (성균관대학교 법학전문대학원 교수) ····· 74
박귀천 (이화여자대학교 법학전문대학원 교수) ····· 80
최석환 (명지대학교 법과대학 교수) ····· 87

발제 1

노동시장의 구조 변화와 노동법의 미래

박 지 순
(고려대학교 법학전문대학원 교수)

노동시장의 구조 변화와 노동법의 미래

박지순 (고려대학교 법학전문대학원 교수)

Ⅰ. 들어가는 말

법률가는 미래학자로서는 적합하지 않다. 법률가의 방법적 도구는 늘 규범에 구속되기 때문이다. 그렇지만 법률가에게 과거만이 중요하다는 것은 아니다. 입법정책적 판단이나 평가는 법률가의 전통적인 고민대상이기 때문이다. 법(Recht)이란 규범적으로 구조화된 새로운 사회질서의 기획이고, 법적 문제나 갈등은 대개 기획의 흠결 또는 법적 오작동을 원인으로 한다. 이러한 갈등의 해소를 위하여 앞으로의 전개 및 전망에 대한 인식과 평가를 요구한다. 법치국가는 그 개별법질서가 우리 사회의 정의관념과 조화하는 한편 구체적인 현실을 반영하여 제대로 작동되도록 하여야 한다.

특히 노동법은 지속적인 변화과정에 놓여 있다. 그러한 변화는 실제 노동세계의 변화를 반영하여 이뤄지기도 하고, 2015년 이른바 '노동개혁'의 정치에서 보여주었듯이 정치적 의제와 사회적 교섭에서 비롯되기도 한다. 또한 노동법의 위기론에서 나타나듯이 노동법학의 패러다임 변화도 그 원인이 될 수 있다.

노동법은 근로계약(취업규칙 포함), 단체협약, 법률이라는 세 개의 규율영역이 서로 기능적으로 관련되어 작용하고 있다. 이 세 영역은 그동안 실무에서 점진적으로 발전해 왔으며 이 과정에서 입법자는 노동현실의 변화를 반영하기는 하지만 언제나 정치적 관점에서 그리고 구조적으로 문제를 해결하기 보다는 제한적 범위에서 접근하거나 사후적으로 수정하는 방식으로 개입하였다. 판례는 보수적인 법률에 노동현실의 실질을 반영하여 판단함으로써 노동법의 발전에 큰 영향을 미쳤지만 반대로 법률과 괴리된 판단으로 큰 문

제를 낳기도 한다.

우리 노동법은 여러 이유에서 지금까지 전제하지 않았던 매우 신속하고도 본질적인 구조변화 또는 변혁에 직면해 있다. 노동법은 글로벌경쟁체제가 요구하는 경제의 기본조건의 변화에 적응해야 하고 나아가 새로운 규율체계와 내용수정을 요구받기도 한다. 그렇지만 그 과정에서 현행법이 가진 복잡하고 경직적인 규율체계로 말미암아 현실과 규범의 부조화를 초래하여 여러 장애가 발생하기도 한다. 특히 새로운 취업형태와 기업의 경제적 네트워크화 현상에 대하여 노동법의 기존 보호메커니즘으로는 현실에 부합하는 합리적 해결이 어렵게 되었다.

본고는 이러한 사정을 고려하면서 먼저 노동법의 미래에 중요한 영향을 미치는 사회경제적 변화의 내용과 우리 노동법과 노동시장의 현실이 안고 있는 위기요소(달리 말하면 변화가 필요한 근거)를 정리한다. 다음으로 노동법의 입법자가 직면하고 있거나 앞으로 당면하게 될 개혁의 방향에 대해 검토한다. 물론 여기서 다루는 것이 모든 변화와 개혁의 관점을 아우르는 것이 아니다. 다만, 단순히 현행법에 대한 수정 및 개선방안이라는 일반적인 논제가 아니라 사회경제적 현실 변화의 이면에 놓여 있는 노동시장과 노동법에 대한 사고의 변화, 관점의 변화에 초점을 맞추어 노동법의 개혁과제를 제시하고자 한다. 물론 입법정책적 논의로 한정한다.

Ⅱ. 노동시장 구조변화와 노동법의 위기

1. 메가트렌드와 노동법

(1) 디지털화 또는 모바일화: 노동 4.0

– 디지털 정보통신기술의 확산으로 경제활동 및 직장생활에 근본적 변화가 일어나고 있다. 증기기관과 컨베이어벨트, 전기와 컴퓨터에서 스마트기기와 디지털화[1]로 이

1) 스마트팩토리, 사물인터넷 등은 디지털기술이 결집된 산업 4.0이 구현된 결과를 의미한다.

어지는 생산기술의 변화로 단순히 기계가 인간노동력을 대체한 것에서 인간의 대화와 생각(사고과정)까지 대체하는 시대로 왔다. 이를 4차 산업혁명 또는 산업 4.0(Industry 4.0)이라고 부른다. 역사적으로 모든 산업혁명은 노동의 세계에서도 그에 상응하는 변화를 가져온다. 즉, 생산과 서비스의 디지털화는 모든 산업의 기술적·경제적 과정을 네트워크화[2]할 뿐만 아니라 노동의 내용, 노동수단, 노동조직도 변화시킨다. 그래서 산업 4.0은 바로 노동 4.0을 의미한다.[3] 즉, 디지털화는 산업의 영역뿐만 아니라 직장생활의 전체 영역에 이르기까지 광범위하게 영향을 미치고 있다. 디지털화와 모바일화는 시간과 장소에 관계없이 언제든 어디서든 업무과정과 근로자를 연결시킬 수 있다.

- 현대적인 정보통신수단의 사용으로 새로운 노동의 가능성이 확대되고 있지만 법적 기초는 여전히 시대에 뒤떨어져 있다. 근로자는 새로운 통신수단의 도움으로 일(직장)과 생활영역의 구분이 점점 의미를 잃어가고 근로기준법의 핵심근로조건의 하나인 1일 8시간 근로시간제라는 전통적 시스템은 사실상 큰 의미가 없다. 즉, 개인적이고 유연한 취업형태와 근무방식의 필요성이 점차 커지고 있다.[4]
- 물론 우리 근참법 제20조 제1항 제14호는 "사업장 내 근로자 감시 설비의 설치"를 노사협의회의 협의사항으로 규정하여, 근로자의 인격권이 감시장비에 의하여 불합리하게 침해되는 것은 방지하고자 하였다.[5] 그렇지만 노동의 컴퓨터화가 기술적으로 더욱 깊고 광범위하게 확산되면서 노동현실에 새로운 위험요인을 발생시키고 있

2) 독일에서는 디지털화가 제품아이디어에서 개발 및 생산를 거쳐 공급과 리사이클링에 이르는 모든 산업적 가치창출의 단계를 연결하여 얻게 되는 성장가치를 2025년까지 2000억에서 4250억유로로 추산한다. 독일연방경제부(BMWi), Industrie 4.0 und digitale Wirtschaft, 2015, 3-4 참고.

3) 노동 4.0에 대해서는 동아일보 2016.6.21.자 동아광장 칼럼(박지순) 참고.

4) 특히 일정범위의 화이트칼라 근로자에 대해서는 현행 근로시간법제의 적용을 배제하거나, 이들의 근로에 적합한 근로시간법제를 도입·적용할 것이 요청되는데, 대표적으로 화이트칼라 이그잼션(White collar Exemption)제도가 검토될 수 있을 것이다. 이와 관련해서는 권순원·박지순·박지성, "근로시간제도의 합리적 규율방안 연구", 「전문경영인연구」(제17권 제4호), 한국전문경영인학회, 2014; 이정, "화이트칼라 근로시간에 대한 법적 규제에 관한 연구", 「노동법논총」(제31집), 한국비교노동법학회, 2014 등 참고.

5) 하경효·전윤구, "전자장비를 이용한 근로감시·관찰에 따른 법적 문제", 「고려법학」(제41호), 고려대 법학연구소, 2003, 71면.

다. 이러한 위험요인을 구체적으로 분석하여 새로운 법적 규율이 필요한지 여부를 검토해야 한다.

(2) 취업형태의 다양화

- 취업형태의 다양화와 노동시장의 변화는 일반적인 메가트렌드에 해당하지는 않지만 노동법적 관점에서는 메가트렌드라고 할 수 있다. 이는 앞에서 말한 노동4.0과 관련된 변화라고 할 수도 있다. 그렇지만 이는 전통적인 노동법적 규제와의 관련성이 더 크다. 왜냐하면 일반적으로 근로자는 노동법의 탄생과 전개과정에서 형성된 법적 개념이므로 이러한 법적 규제로부터 벗어나는 취업자가 발생하면 비근로자로서 그 지위가 문제되기 때문이다.[6)]
- 취업형태의 다양화는 우선 근로자 중에서 고용형태의 다양화로 나타난다. 무기계약직-기간제, 직접고용-파견, 관리직-비관리직, 풀타임-파트타임 등 고용형태의 차이에 따라 법적 과제도 다양화된다. 최근에는 디지털화에 따라 전형-비전형, 정규-비정규의 경계가 무너지고 단지 계약상 근로조건이 다를 뿐인 근로자들이 발생한다.
- 다른 한편 지금까지 타율적으로 설정되었던 “노동의 경계”가 무너지는 현상도 나타난다. 근로자(피용자)가 아닌 취업자로서 모종의 취업활동에 종사하는 자에 대해서도 보호 또는 일정한 대응이 필요한 경우도 있다. 자영업자, 즉 도급이나 위임계약에 의하여 노무를 수행하는 취업자에 대한 법적 대응 여부 및 그 내용도 최근 가장 큰 쟁점이 되고 있다.[7)]

(3) 세계화

- 사회구조적 변화와 급진적인 사고의 전환을 강제하는 주된 원인은 세계화(Globalisierung)라는 개념으로 연결된다.

---

6) 취업형태의 다양화에 따른 각 유형별의 해석론적·입법론적 쟁점과 과제를 검토한 문헌으로는 김소영, 「고용형태 다양화와 법·제도 개선과제」, 한국노동연구원, 2001 참고.

7) 박지순, “자영노동의 법적 쟁점과 사회법적 보호방안”, 「동북아법연구」(제8권 제3호), 전북대 동북아법연구소, 2015, 45면.

– 세계화의 의미에 대해서는 새로운 설명이 필요없을 정도로 회자되었으며, 기업과 생산입지에 대하여 전지구적 경쟁압력이 현저히 증가한다는 말로 응축된다. 본고의 관점에서 세계화는 국가적 법질서, 특히 각국의 노동법질서도 경쟁관계에 놓게 한다.[8] 물론 국가간 노동법질서의 경쟁이 근로자의 보호에 대한 권리를 해체시키는 것을 정당화한다고 할 수는 없다. 다만 다음과 같은 결과는 어느 정도 동의할 수 있다. 그 하나는 세계화의 진전에 따라 외국법제를 심도있게 이해하려는 노력(비교법적 연구)이 강화되었으며 이를 통해 법적 문제해결을 위한 다양한 법정책적 토론재료가 확보될 수 있다. 다른 하나는 우리 노동법에 대한 “이용자 편의성”을 높여야 한다는 도전을 받게 되었다는 점이다. 물론 약자인 근로자의 보호라는 노동법의 목적을 포기하지 않을 수 있다면 더할 나위 없을 것이다. 불명확하고 시대에 뒤떨어진 제도와 개념, 복잡하고 미로와 같은 규율체계, 새로운 변화와 부합하지 않는 고집불통의 낡은 제도에 대한 입법적 개선은 우리 노동법질서의 경쟁력을 강화하는데 필수적인 과제이다.

(4) 개인주의화

– 일반적으로 직업활동에서 개인주의화의 가장 큰 현상태는 일과 생활, 일과 가정의 양립에서 잘 나타난다. 계속적 계약관계에 있는 근로자는 자신의 선택에 따라 가정, 지역, 학습과 자원봉사활동 등 일 이외의 다양한 사적 활동을 추구하고 이를 자신의 직업생활과 병존시킴으로써 고용안정을 꾀하고자 한다. 이를 위해서는 근로시간과 생활시간(여가)의 다양한 배분 방식을 선택할 수 있도록 근로시간 단축 청구권에 대한 논의가 상당히 진행되는가 하면, 최근에는 교육휴가, 간병휴가와 같이 근로자의 생활적 이해관계를 실현하기 위한 제도를 마련하는 방안도 검토하고 있다.[9]

– 그렇지만 근로자의 개인적 이해나 관심은 기업의 사업적 이해관계와 조화되어야 한

8) 박지순, “노동법 규제개혁의 관점과 방법-노동법 적용의 탄력화와 근로계약법 제정을 중심으로-”, 「경영법률」(제20권 제1호), 한국경영법률학회, 2009, 79~80면.

9) 최근 일과 가정의 양립을 위한 일본의 휴가·휴직제도를 검토한 문헌으로 홍성민, 「일본의 일·가정양립을 위한 휴가·휴직 법제 분석과 시사점」, 한국법제연구원, 2015가 있다.

다. 근로계약상의 권리와 의무에 대한 국가의 개입(법률에 의한 획일적이고 경직된 규제)은 특히 중소기업의 경우 인력운영계획에 부담을 주게 되어 오히려 일자리창출에 부정적 영향을 미칠 수 있다.

- 따라서 사업내에서 이뤄지는 노사간 합의가 법률에 의한 일방적이고 획일적인 규제보다 훨씬 더 유의미할 수 있다.

(4) 고령화·저출산 등 인구구조의 변화

- 평균 기대여명은 높아지고 인구수는 줄어든다. 바로 인구학적 변화라는 메가트렌드이다. 이러한 현상은 개인주의화라는 트렌드와 일정한 연결점을 가지고 있다. 특히 "생애주기에 따른 노동법"이 요구되는 것도 이러한 인구학적 변화를 반영한 것이다. 이와 같은 생애주기적 규율은 듣기엔 그럴 듯하지만 구체적으로 무엇을 의미하는지 이해하는 것은 쉽지 않다.
- 전체 생애주기를 고려했을 때 직원들의 연령이 높아지게 되면 차별이 없는 작업환경이나 조건을 창출하는 것이 중요한 과제가 된다. 물론 인구학적 변화와 관련하여 충분하지 않은 "일자리"라는 재화의 분배를 둘러싸고 나이든 자와 젊은 자의 갈등은 어느 정도는 이미 예정되어 있다. 그렇지만 이러한 갈등에 대한 법적 검토시 고령자든 청년이든 연령으로 인하여 차별받지 않도록 하는 차별금지법이 하나의 추가적인 기준으로 고려되어야 한다. 과거에는 직업에 대한 "자유"가 중시되었다면 앞으로는 "평등"이라는 기준이 점점 더 중요한 의미를 갖게 된다.[10)]
- 또한 우리 현실에서 당장 중요하게 고려되어야 할 점은 고령화가 급속도로 진전·확대되고 있음에도 사회안전망과 노인일자리 문제 등 국민들의 노후대비능력이 미비하여 노인빈곤문제가 상당한 사회문제가 되고 있다는 점이다. 이에 대비하기 위해서는 고령자의 직장유지(직장안정) 또는 일자리 기회 및 노인일자리 확대를 통해 노인빈곤 문제를 예방해야 한다. 특히 낮은 소득대체율을 가진 국민연금을 보완하

10) 조용만, "고용에서의 연령차별금지의 법적 현황과 과제", 「노동법연구」(제15호), 서울대노동법연구회, 2003, 123면.

기 위해서 퇴직연금제도를 통해 다층적 노후보장체계를 구축해야 한다.[11)]

2. 우리 노동법의 위기와 과제

(1) 기업(노동력수요자)의 관점

○ 경제환경(시장)의 불안정성 확대에 대응하여 기업경쟁력 강화를 위한 노동법제도의 혁신 필요

– 구조조정의 순환주기 단축과 그로 인한 근로자와의 갈등 고조, 기업의 해외생산 확대 및 생산기지 이전을 통한 경쟁력 강화 추진으로 노사갈등이 확대되고 있다.

– 기업은 계속해서 핵심부문에 역량과 자원을 집중하고 주변부문은 아웃소싱을 통해 비용을 절감하는 전략을 확대하고 있다. 그에 따라 파견과 기업간 도급계약과 같은 유연화수단의 중요성이 증가하고 반면에 그에 따른 하청회사 소속 근로자의 고용불안과 근로조건 격차 문제 등 인력운영의 위험성이 발생하고 있다. 계약관계에 기초한 기업간 네트워크화(외주화, 분업화)가 강화·확대되고 있는 결과로 사내하도급의 규제와 하도급근로자의 고용불안 해소 및 근로조건 개선 방안이 마련되어야 한다는 요구가 높아지고 있다. 그 결과 정치와 입법자는 다양한 취업형태에 대한 규제와 경쟁력있는 산업입지를 보장해야 한다는 서로 다른 이해관계를 어떻게 조율할 것인지 큰 도전을 안고 있다.

– 근로시간과 임금의 연계 완화: 엄격한 근로시간은 기업의 생산성 및 근로자의 동기부여에 부정적 효과를 미치므로 근로시간에 대한 재량성 확대하고 성과중심의 임금제도를 확산해야 한다는 요구가 늘고 있다.

– 그밖에도 인력운영의 유연성을 확보하기 위해 원직복직제도 중심의 해고제도를 금전보상제도로 완화해야 한다든가,[12)] 경영상 해고의 사유를 구체화함으로써 기업의

11) 자세한 내용은 박지순, 「한국의 법정퇴직급여제도의 법적 성격과 노후소득보장 기능에 관한 연구」, 연구보고서, 고용노동부, 2008.12 참고.

12) 이에 관해서는 김희성, “해고법제의 개선방향”, 「규제연구」(제24권 제1호), 한국경제연구원, 2015.6, 100~101면 참고.

예견가능성을 높여야 한다는 주장[13]도 제기된다. 또한 취업규칙의 변경제도가 가진 불명확성, 불안정성을 개선하여 경제상황에 맞게 근로조건을 유연하게 변경할 수 있도록 관련 제도나 절차를 개선해야 한다는 요구[14]도 적지 않다.

(2) 노동(또는 노동력공급자)의 측면

○ 고용확대 및 양질의 일자리 수요 증가의 필요성

– 청년실업의 확대 및 조기퇴직자가 증가하면서 청년 및 중장년층 고용기회 확대를 위해서 일자리의 창출이 절대적으로 필요하다. 동시에 비정규직과 정규직과의 근로조건 격차 확대로 일자리의 양질화에 대한 요구도 높아지고 있다.

○ 취업형태의 다양화와 그에 맞는 노동법보호 필요

– 기간제근로 사용이 비정상적으로 증가하고 규제회피 전략의 일환으로 노동법의 적용을 피할 수 있는 도급계약 체결을 확대하고 있는 현실을 고려하여, 기간제근로의 적정수준 유지 및 근로조건 개선을 위한 효과적 규제 방안을 마련하고 노동법상 근로자와 자영업자(독립사업자)의 중간지대 확대로 종속성 측면이나 경제적 측면에서 근로자처럼 일하면서도 노동법 및 사회안전망의 보호에서 제외되는 보호 사각지대 확산가 되고 있으므로 중간적 자영업자에 속하는 취업자에 대한 적절한 보호방안을 마련해야 한다.[15]

○ 단체협약의 역할 확대, 비노조사업장의 근로조건 개선 가능성 제고

– 복수노조하에서 노동조합의 자유경쟁 촉진과 불필요한 정부의 개입을 해소하기 위해 노동조합 설립신고제도를 개선할 필요가 있다.[16] 신고제도가 폐지되면 법외노조의 문제도 해소될 것이나, 신고제도가 유지된다면 법외노조의 지위에 대해서도 검

13) 이승길·변양규, “경영상 해고요건 강화 입법안에 대한 비판적 검토”, 「KERI Insight」, 한국경제연구원, 2013, 10~11면.
14) 이정 외 2인, 「취업규칙 분석 및 제도개선 방안 연구」, 연구보고서, 고용노동부, 2009, 187면 이하 참고.
15) 박지순, “자영노동의 법적 쟁점과 사회법적 보호방안”, 45면 이하 참고.
16) 이승욱, “노동조합설립신고제도의 문제점과 대안의 모색”, 「노동정책연구」(제10권 제1호), 한국노동연구원, 2010, 167~174면.

토해야 한다. 그와 함께 1년 또는 2년마다 노사갈등과 분쟁을 반복하는 단체협약 유효기간 문제 등 제도의 경직성을 해소할 수 있는 개선 방안도 검토할만하다.

– 10% 수준에 그치고 있는 노조조직률과 노사협의회의 형해화로 인하여 특히 중소기업 근로자의 근로조건 개선(생산 및 이익의 공정분배 실현)이 취약한 것이 현실임을 고려하여, 단체협약제도의 역할(특히 지역단위의 일반적 구속력제도)을 확대하고, 그럼에도 노조조직화나 단체협약의 적용확대가 기대될 수 없는 경우가 많을 것이므로 종업원대표(근로자대표)의 현실화 및 내실화를 통해 사업장내 근로조건 개선을 실현하고 노사간 합리적 의사소통제도를 마련해야 한다.

(3) 공정하고 명확한 법질서 확립

❍ 공정한 노동가치의 실현과 일·가정 양립의 실현을 위한 제도적 기반 마련

– 노동의 실질 가치를 반영하는 임금제도·임금체계 개선으로 생산성과 임금의 합리적 상관성을 높이고 다른 한편 인력운영상의 비합리적 낭비 요소를 제거하여 생산성을 높이고 근로자의 고용안정을 높일 수 있도록 일·생활(가정) 양립형 일자리(양질의 시간선택제, 재택근로 등)가 확대되어야 한다.

❍ 노동법의 모호한 규정 및 낡은 규율방식으로 인한 소모적, 대규모 법적 분쟁 빈발하고 있으므로 이를 해소할 수 있는 방안이 마련되어야 한다.

– 법적 안정성 제고 및 노사간 갈등완화, 사회통합적 노동질서 형성을 위해 모호하고 낡은 규제를 개선하여 법률의 내용과 규율체계를 명확히 하고, 일부 내용은 최근 노동시장의 실태를 반영하여 현대화할 필요가 있다.

Ⅲ. 노동법의 미래기획 1: 낡은 노동법의 개선

1. 근로기준법의 문제 개선

(1) 모호하고 비현실적인 규정의 개선

- 대법원판결을 토대로 통상임금의 범위와 대상을 구체화하여 규정하고, 노사합의가 있는 경우 그 합의가 우선한다는 예외를 인정할 필요가 있다. 통상임금의 범위를 구체화하더라도 각 기업별로 다양한 임금구성을 가지고 있으므로 일률적으로 규율하는데 한계가 있기 때문이다. 결국 노사합의의 우선적 지위를 인정하지 않는다면 법적 분쟁은 계속될 것이다.[17]
- 종래에도 평균임금의 산정범위, 산정기간, 제외임금 등과 관련하여 많은 쟁점이 있었다. 그런데 최근 성과급 등 성과주의 임금체계가 확산됨에 따라 평균임금 제도의 법적 쟁점과 개선방향이 전반적으로 재검토되지 않으면 안 된다.[18]
- 최근 휴일근로시간이 연장근로시간에 포함되는지 여부가 이슈가 되면서 양자의 개념을 명확히 하고 할증임금의 지급기준도 정비해야 한다는 주장[19]이 제기된다. 그와 함께 서비스업의 확대로 인하여 대기시간이 늘어나고 있는 상황을 고려하면 근무와 보상의 관계를 합리적으로 조정하기 위해 대기시간의 근로시간 인정 여부에 대하여 새로운 기준을 제시할 필요가 있다.[20]
- 정년연장에 따른 임금피크제 도입, 공공기관의 성과연봉제 도입과 관련하여 취업규칙 변경제도의 문제점이 다수 제기되었다. 현행 근로기준법은 취업규칙의 불이익변경시 근로자과반수의 동의가 필요하다고 규정하고 있으나 불이익 변경의 의미가 모

17) 김영문, “강행적 근로기준법과 노사자치의 한계에 관한 일고찰-통상임금 산정기초에 관한 노사합의와 근로기준법을 중심으로-”, 「노동법논총」(제29집), 한국비교노동법학회, 2013, 259면 이하.
18) 최파라, “평균임금 산정방법의 해석상 문제점과 입법적 개선방안”, 「저스티스」(통권 제148호), 한국법학원, 2015, 6, 300면 이하.
19) 이승길·김준근, “휴일근로의 연장근로 해당 여부와 개선방안”, 「동앙법학」(제65호), 동아대 법학연구소, 2014, 11, 638면 이하.
20) 도재형, “대기시간의 법리”, 「법학논집」(제16권 제1호), 이화여대 법학연구소, 2007, 251~252면.

호하고, 법리적 관점에서 과반수노조 또는 근로자과반수의 의사가 다른 나머지 근로자에게 구속력을 발생시키는 근거가 분명하지 않으며, 대법원이 근로자측 동의가 없음에도 사회통념상 합리성이 있으면 예외적으로 변경의 효력을 인정하는 태도 등 여러 문제점이 제기되고 있는 실정이다. 이러한 문제를 해소하는 방안으로 전체종업원에 의하여 선출된 근로자대표와 사용자의 교섭에 의한 근로조건 결정시스템으로 변경하는 것도 고려할만하다.[21)]

- 이와 함께 근로기준법상 근로자대표제도를 개선하여 민주적인 선출규정을 두고 근로자대표의 권한과 의무, 서면합의의 효력 등 불명확한 규범적 내용을 명확히 하는 것도 중요하다.

(2) 노동 4.0(디지털화·모바일화)의 반영

- 근로시간제도를 전체적으로 유연하게 운영할 수 있도록 할 필요가 있다. 유럽에서는 예컨대 1일 8시간 근무제보다는 주단위·월단위·연간단위의 근로시간 배분 및 편성 방식으로 유연화하되, 1일의 최소 휴식시간제를 보장하는 방안이 새로운 트렌드로 자리잡고 있다. 동시에 스마트폰 보급 확대로 인한 사실상 근로제공의 편법과 폐해(불불노동 증가, 근로자의 휴식 침해)를 방지할 수 있는 방안도 검토해야 한다.
- 탄력적 근로시간제와 선택적 근로시간 등 유연근로시간제를 활성화하고, 근로시간 저축계좌제도 등을 도입해서 시간계좌의 다양한 활용방안을 마련할 필요가 있다. 그밖에 기획업무에 대한 재량근무제 확대, 그리고 일정 소득 이상의 화이트칼라근로자에 대해서는 근로시간 등에 대한 적용을 제외하는 것도 의제로 떠오르고 있다.

(3) 해고제도의 유연화와 현실화

- 지금까지도 해고제도는 금단의 영역으로 남아 있다. 해고의 유연화에 대한 논의를

21) 김훈·박종희·김정우, 「종업원대표제도 개선방안 연구」, 한국노동연구원, 2011; 유일호, "종업원대표제도 구축방안에 관한 연구", 「노동연구」(제25집), 고려대 노동문제연구소, 2013.4 참고.

노동법의 해체와 동일시하면서 논의의 대상에서 배제하는 경향이 있다. 최근 통상해고에 대한 논란도 이러한 경향의 일부를 보여주는 사례라고 생각된다. 그러나 최근 이탈리아, 스페인, 프랑스의 노동개혁 사례에서 보듯이 해고규제의 완화는 이제 노동법개혁의 핵심메뉴가 되고 있다. 중요 쟁점을 정리하면 다음과 같다.

- 먼저 부당해고의 효과로서 원직복직에 갈음하는 금전보상제도를 근로자의 신청뿐만 아니라 사용자의 신청으로 그 요건을 확대하자는 요구[22]가 있다. 또한 소규모 영세사업장의 무분별한 해고분쟁 및 소송남용을 방지하기 위하여 일정한 문턱 기준(예: 상시 근로자 10명 이상을 사용하는 사업)을 신설하는 방안도 제시된다.
- 그밖에 현행 경영상해고의 요건을 개정하여 경영상 해고사유의 구체화 및 해고회피노력을 구체화하는 방안이 오래전부터 제시되고 있다.

2. 비전형근로 관련 규율의 문제점 개선 및 현대화

(1) 기간제법

- 기간제근로는 비정규직에서 가장 큰 비중을 차지하는 대표적인 비정규직 고용형태이다. 기간제근로자의 비중이 높다는 것은 그에 해당하는 상당수의 근로자가 고용불안 상태에 있음을 의미하며 또한 기간의 정함이 없는 정규직 근로자에 비하여 상당한 근로조건 격차가 발생함으로써 이중의 피해를 입고 있다.
- 최근 특히 문제되는 것은 기간제근로자 중 상당수가 초단기계약을 반복해서 체결함으로써 근로자의 고용불안을 이용한 사용자의 행태이다. 이미 유럽연합에서는 기간제근로 입법지침을 제정하면서 회원국들에게 반복갱신횟수의 제한, 사용기간의 제한, 사용사유의 제한 중 하나 또는 복수의 규제를 의무화하였다. 즉, 반복갱신횟수의 제한도 유의미한 기간제근로 규제 방법의 하나이다.[23]

22) 김희성, “해고법제의 개선방향”, 100~101면.
23) 박지순, “기간제 근로의 노동법적 문제와 입법적 과제”, 「노동법학」(제19호), 한국노동법학회, 2004, 173~175면.

– 가장 논란이 큰 주제는 현행 2년으로 규정된 기간제근로의 상한을 현실화하는 문제이다. 915노사정합의에서 가장 논란이 되었던 주제 중 하나이기도 한 사용기간 상한제도의 개선방안으로 1회 2년에 한해서 근로자의 신청에 의하여 갱신이 가능하도록 하는 방안(2+2)과 사용기간 자체는 3년 또는 4년으로 연장하는 방안이 제시된다.

(2) 파견제도의 활성화 및 상용근로자와 파견근로자 보호 강화

– 현재 32개 업무로 제한된 파견대상업무를 현실화하여 용접, 주물 등 제조업 중에서 명백한 수요처가 있는 분야에 대해서는 파견대상업무에 포함하는 방안이 제시되었다. 또한 55세 이상 고령자에 대해서도 대상업무에 대한 규제를 완화하여 다양한 분야에 파견이 가능하도록 하자는 방안이 제시되었다.
– 영세·무능력의 소규모파견업체 난립 방지를 위한 기준 마련(파견업체 대형화로 기업의 책임과 노동법상 책임능력 확보)이 시급해 보인다.
– 파견근로자의 적정 근로조건 확보를 위한 차별금지 및 시정제도를 활성화하는 방안[24]이 마련되어야 한다.

Ⅳ. 노동법의 미래기획 2: 취업형태 다양화에 따른 노동법의 차별화

1. 경제적 종속성을 가진 자에 대한 노동법의 확대

학계일부에서는 근로기준법상 또는 노조법상 근로자개념의 확대를 통해 전체 노동법 또는 그 대부분의 영역을 경제적으로 종속적인 취업집단에게로 확대해야 한다는 주장이 제기된다. 그 이유는 아무래도 독자적인 시장활동을 하지 아니하고 경제적으로 종속된 자영업자(비근로자)의 수가 증가추세에 있고 사용종속관계에서 노무를 제공하는 근로자

24) 조상균, “파견근로자에 대한 차별시정”, 「노동정책연구」(제10권 제2호), 한국노동연구원, 2010, 223면 이하.

와 보호필요성의 측면에서는 거의 차이가 없다는 데서 기인한다.

경제적 종속성을 가진 취업자에게 노동법을 포괄적으로 확대적용하는 것은 현행법상으로는 물론이고 입법정책적으로도 무리가 있다.[25] 현행 노동법의 보호규정이 지향하는 목적은 근로자의 사용종속성의 완화 내지 그 위험으로부터의 보호에 있다. 따라서 사용종속성이란 노동법의 질서기능을 구성하는 가장 핵심적인 요소라고 할 수 있다. 노동법의 적용확대는 수많은 생계활동자를 전면적으로 그리고 그와 같은 보호에 대한 설득력있는 필요성이 존재하지 않는 영역에 대해서도 보호가 이루어질 가능성이 높다. 이는 특히 노동 및 취업형태의 다양화라는 추세와도 부합하지 않는다. 이러한 다양성은 노동법의 포괄적·일괄적용을 요구하는 것이 아니라 취업형태 및 보호수요의 다양성을 고려하여 현행 노동법을 차별화·다변화해야 한다는 요구와 충돌한다.

노동법의 적용범위가 경제적 종속성의 관점만을 가지고 확대될 경우 이들을 다른 자영업자들과 구분하는 문제가 심각한 쟁점이 될 수 있다. 구분의 경계가 모호할 경우 노동시장의 혼란과 갈등이 더욱 가중될 우려가 있다. 뿐만 아니라 노동법의 적용확대는 그 보호수준의 하향화를 수반해야만 현실화될 수 있다는 점에서 기존 근로자에 대한 보호수준의 불공평성을 낳을 수 있다. 특정한 집단에 대해서 높은 보호수준을 요구하고 그로 말미암아 보호사유에 의하여 정당화되기 어려운 비용이 발생하는 것을 회피하고자 한다면 결국 적용범위 별로 보호수준을 차별화하는 수밖에는 없다. 경제적 종속성이 있는 취업자에게도 높은 수준의 노동법을 적용하는 시장에서는 높은 노동비용의 발생이 불가피하고 이는 일자리의 축소나 일자리의 해외이전을 초래할 것이라는 것은 자명하다.

2. 새로운 중간영역의 형성과 확대[26]

최근 대법원 판결(대법 2014.2.13. 선고 2011다78804 판결: 골프장캐디 사건)의 적극적

25) 이승욱, "노동법상 근로자·사용자 개념 확대를 둘러싼 쟁점과 입법적 과제", 「노동법학」(제49호), 한국노동법학회, 2014, 249면, 252면 이하; 박지순, "고용 및 노동관계법의 주요쟁점", 「산업관계연구」(제23권 제1호), 한국고용노사관계학회, 2013, 34~36면.

26) 김형배·박지순, 「근로자개념의 변천과 관련법의 적용」, 한국노동연구원, 2004 참고.

해석을 통해 노조법상 근로자개념을 근기법상 근로자개념과 분리하여 경제적 종속성을 가진 취업자에게 근로3권(협약자율)을 보장함으로써 노동법상 근로자지위를 인정하자는 주장이 적극적으로 제기되고 있다. 그렇지만 종속성의 개념을 달리 하여 근로기준법과 노조법상 근로자개념을 달리할 경우 그로 인한 문제점도 상당히 크다.[27)]

유럽 등 일부 국가에서는 근로자와 자영업자 사이에 유사근로자, 준근로자와 같은 독립된 영역을 추가하여 노동법의 일부를 적용하고 있다.[28)] 지금까지 세 번째 카테고리를 갖지 않았던 국가들에서도 입법정책적으로 근로자와 자영업자 사이에 중간영역을 인정할 것인지가 중요한 과제가 되고 있다. 즉, 진정한 자영업자와 구별되는 종속적 자영업자를 보호집단으로 형성하는 것이다. 종래 유사근로자 개념을 가지고 있던 국가(독일, 오스트리아, 영국 등)들에서는 이 그룹을 확대할 것인지가 논의과제가 되고 있다. 이와 같은 노동의 중간영역 또는 제3의 법적 형식에 찬성하는 견해가 늘고 있다.[29)]

제3의 카테고리를 도입하거나 기존 유사근로자를 확대하는데 찬성하는 것은 이것이 소득활동 형태의 다양성을 더 잘 반영할 뿐만 아니라 그 법률효과에 있어서도 실제 보호사유에 따라 더 강력하게 차별화할 수 있다는 점을 근거로 한다. 또한 이를 통해서 노무제공자와 기업은 상대적으로 더 정교하게 법적 형식을 확대해 나갈 수 있으며, 근로자와 자영업자라는 이분화된 구조보다 노무제공자와 기업의 이해관계를 반영한 차별화의 요청에 더 잘 부응할 수 있다.

물론 이와 같은 다양화가 가져올 단점도 있다. ETUC의 보고서에 따르면 기업의 입장에서는 필요한 인력을 근로계약보다는 제3의 카테고리에 편입하고자 하기 때문에 노동법의 보호를 받는 근로자의 수를 감소시킬 위험이 있음을 지적하고 있다.[30)] 즉, 제3의 영역을 법적으로 승인할 경우 “노동법으로부터의 탈출”이라는 사태가 발생할 것이라는 우

27) 판례의 태도에 대한 비판적 분석으로는 김형배, “골프장캐디의 노동법상의 지위”, 「노동법포럼」(제13호), 노동법이론실무학회, 2014, 25~32면.

28) 대표적으로 ILO의 계약노동(contract labor), 독일의 유사근로자(Arbeitnehmerähnliche Personen)

29) Supiot-Report(Transformation of labour and future of labour law in Europe, 1999, Rn. 46): “Therefore there seems to be a clear need for an intermediate legal category between employee and entrepreneur.”

30) ETUC Explanatory Memorandum(30/03/2007); Perulli-Report(Studie über wirtschaftlich abhängige Beschäftigungsverhältnisse, 2003), S. 115

려이다.

제3의 영역은 하나의 고유한 계약유형으로 인정될 것을 전제로 한다. 그 경우에만 그 영역이 하나의 질서기능을 이행할 수 있기 때문이다. 그렇지 않으면 이를 다시 분류하고 구분하는데 복잡한 어려움이 발생할 수 있다. 지금까지 논의되었던 독일의 유사근로자(Arbeitneherähnliche), 영국의 worker 또는 스페인의 경제적으로 종속된 trabajadores autonomos(자영업자) 개념도 이러한 요건을 충족하지 못하였다. 지금까지는 그와 같은 근로계약 이외의 노무제공형식(비근로자 방식의 노무제공)을 고유한 계약유형으로 형성하고 발전시킨 것은 아니다. 즉, 계약법상의 기초(도급 또는 위임)는 그대로 유지하면서 어떤 보호규정을 누구에게 적용할 것인지를 고민한 것에 불과하다.

이 그룹에 적용될 계약유형은 사용종속관계 없이(즉, 근로계약이 아니면서) 주로 스스로(제3자의 채용 없이) 노무제공의무를 부담하고, 어느 한 계약상대방(사업주)를 위하여 비교적 장기간 노무를 제공하는 것(이는 스스로 시장에 나서는 것이 아니라는 점)과 조화될 수 있는 것이어야 한다. 또한 계약상의 보수가 어느 정도 소정의 범위 내에 있어야 특별한 보호규정이 개입되는 것이 유의미할 수 있다. 계약유형을 세밀하게 구분하는 것은 그와 결부된 법률효과와 관련하여 논의될 필요가 있기 때문이다.

독일이나 오스트리아의 경우에는 차별금지와 관련하여 자영적 소득활동자도 부분적으로 포함하는 입법이 있고, 계약상대방(사업주)이 직접 마련해 놓은 직장에서 활동하는 자영적 소득활동자에 대해서도 건강과 안전보호에 대한 규정이 적용되고 있다. 영국법에서는 예컨대 국가가 정한 최저임금과 비교적 완화된 근로시간규정이 employee에 해당하지 아니하는 worker에게도 적용된다. 스페인법에서는 이들 규정이 적용되지 않는 반면에 완화된 해고보호규정이 적용된다. 이 규정은 독일, 오스트리아, 영국에서는 적용되지 않는다. 보수와 관련해서는 “적정한” 보수에 대한 권리가 형성될 수 있도록 고려되어야 한다. 그리고 독일과 같이 이와 같은 노무제공자에게 집단적인 규범계약(단체협약)의 체결 가능성을 열어 주는 것도 고려할 수 있다.

과거에는 취업형태의 다양화가 “탈” 근로계약을 의미하였다. 근로계약으로 제한된 계약형식을 벗어나 다양한 계약유형을 기반으로 취업활동을 전개하는 것이 현대적 노동시

장의 새로운 양태이다. 노동법을 이와 같은 취업활동에 전면 적용하는 것은 맞지도 않고 바람직하지도 않다. 왜냐하면 그 규율의 출발점은 근로계약 특유의 사용종속관계에 있기 때문이다. 근로자에 대한 보호필요성과 보호의 정당성도 사용종속성을 기초로 한다. 따라서 다양한 취업형태에 노동법의 보호를 확대하기 위해서는 필연적으로 노동법의 다양화, 구체적으로는 노동법적 보호의 차별화가 함께 수반되지 않으면 안 된다. 이 점을 보여주는 것이 유럽을 중심으로 하는 유사근로자 또는 독립적 노무제공자에 대한 노동법 및 사회보험제도로의 편입 문제이다.

그 어느 나라도 근로자개념 확대를 통해 경제적 종속관계에서 취업하는 자에게까지 노동법을 전면 적용하는 입법정책을 추구하지 않았다. 그와 같은 견해는 이론적 문제제기로서 그쳤다. 결국 취업형태의 다양화에 따른 노동법적용의 차별화를 어떻게 실현할 것인지가 우리에게 주어진 과제이다.

독일에서는 2014년 1월23일 “현대 노동세계의 변화에 그에 따른 안정적 근로조건 – 노동법은 누구를 무엇으로부터 보호하는가?”라는 주제로 제1회 독일 노동법학회(Arbeitsrechtstag)가 개최되었다. 그 핵심 이슈의 하나는 “one size fits all?”로 요약된다. 여기서 흥미로운 것은 기업가와 유사한 근로자에 대해서도 차별화된 노동법의 적용이 필요하지 않은가라는 문제제기이다. 특히 근로자를 직접 지휘감독하는 관리감독자뿐만 아니라 단체협약이 정한 협약요율을 초과하는 고소득 근로자가 주요 타겟이다. 이를 통해 소득수준을 기준으로 하는 노동법 적용의 차별화가 점점 더 강한 의미를 갖는 경향임을 알 수 있다.[31)]

분명한 것은 현행 노동법의 구조적 문제, 즉 (물론 극히 일부의 적용제외규정이 있긴 하지만) 여전히 존재하는 all or nothing 구조로는 더 이상 변화된 현대 노동시장의 다양성을 제대로 반영할 수 없다는 점이다. ‘비근로자’가 늘었다고 해서 이들에 대해서 노동법 등의 적용을 완전 배제하는 것도 바람직하지 아니한 사회문제를 낳을 수 있다는 현실

31) Bepler교수와 Lunk교수의 주제발표 제목은 „Begrenzung des Arbeitsverhaltnisses“(근로관계의 범위의 제한) „One size fits all“ – brauchen wir ein abgestuftes Arbeitsrecht für „unternehmerähnliche“ Beschäftigte?(기업가에 유사한 종업원에 대한 차등화된 노동법이 필요한가?) 이다.

을 우리가 경험하고 있거니와 또한 형식적으로 고용계약을 체결하였다고 해서 현행의 노동법을 전부 적용하는 것이 타당한지도 의심스럽다.

Ⅴ. 노동법의 미래기획 3: 근로계약법의 제정

근로계약법 제정에 관한 논의는 다음과 같은 물음으로부터 출발해야 한다.

왜 근로계약법인가? 근로계약법 제정은 근로기준법의 보호체계를 해체시켜 근로자들의 보호를 무력화시키는 독배인가? 아니면 우리 노동시장의 지속적 발전을 위한 불가결한 해법인가? 근로계약법의 제정으로 그동안 노동법의 사각지대에 머물러 왔던 취업자들을 보호할 수 있는 가능성이 있는가? 근로계약법이 제정된다면 노동법에서 어떤 지위에 서게 되는가? 근로계약법을 통해 현대화되어야 할 노동법제도는 무엇인가?

1. 현행 노동법의 구조와 한계 - 규범적 측면

(1) 개별법과 집단법의 이원구조

노동법은 근로관계의 당사자인 근로자의 보호를 그 목적으로 하며, 이를 위하여 국가의 개입에 의한 최저기준을 정립하는 개별적 근로관계법과, 노사의 협약자치를 통해 근로조건의 결정과 변경을 도모하는 집단적 노사관계법의 분야로 전개되었다.

원칙적으로 개별 근로관계는 근로계약(고용계약)을 통해 당사자간의 사적 자치를 기반으로 형성되는 것이 원칙이나, 노동법은 각 개별법령을 통해 사적 자치에 한계를 긋고 근로관계에 적용되는 근로조건의 내용을 정하여 행정감독과 벌칙을 통해 그 적용을 강제한다. 전통적으로 이를 노동보호법이라고 불렀다. 노동보호법의 범주에서 개별적 근로관계를 규율하는 대표적인 법률은 근로기준법, 선원법 등이 있고, 이를 보완하는 부속법률로 최저임금법, 산업안전보건법, 근로자퇴직급여 보장법 등 다수의 법령이 존재한다. 이 부속법률들은 모두 근로기준법의 적용관계를 기본으로 하고 있다. 따라서 이 법률들은 모

두 근로기준법상의 근로자를 보호대상으로 하고 있다.

한편, 근로관계가 가진 계속적 계약관계로서의 특성, 즉 근로조건의 향상 및 변경 필요성과 근로자와 사용자 사이에 현실적으로 존재하는 불평등한 지위를 고려하여 헌법과 법률은 근로자에게 이른바 근로3권을 보장하고 있으며, 이를 구체화한 것이 집단적 노사관계법이다. 집단적 노사관계법은 사용자와 대등한 지위에서 교섭하고 협약을 체결할 수 있도록 근로자단체(노동조합)의 조직·운영, 근로자단체와 사용자 사이의 단체교섭 및 단체협약의 체결, 그리고 쟁의행위 등 단체행동의 가능성(이를 집단적 노사관계라 한다)을 보장하는데 중점이 있다.

이와 같이 개별적 근로관계법은 근로관계의 내용을 구성하는 근로조건을 당사자의 자치가 아니라 국가가 직접 규율·집행하는데 그 특징이 있는데 비하여, 집단적 노사관계법은 근로자의 단체와 사용자가 서로 대등한 지위에서 근로조건을 결정할 수 있도록 그 교섭의 규칙을 정하는데 특징이 있다. 하지만 집단적 노사관계법의 목적도 결국 근로자의 사회경제적 지위향상에 있으므로 개별적 근로관계법과 구별되는 독자적 목적을 추구하는 것은 아니며, 오히려 개별적 근로관계법을 보완하는 역할을 담당하므로, 현행 노동법에서 개별적 근로관계법과 집단적 노사관계법은 하나의 불가분적 일체를 이루는 것으로 이해할 수 있다.

(2) 근로기준법의 역사적 의의

오늘날 노동법의 규율대상이 되는 노동문제는 산업혁명에 의한 공장제 생산방식이 확산되면서 현실화되었다. 즉, 노동력을 제공하지 않고서는 생활할 수 없는 근로자들이 낮은 임금조건과 열악한 작업환경에서 장시간 동안 집단적으로 공장노동에 종사하게 되면서 낮은 임금에 따른 생활고, 업무상 재해에 의한 생명·건강의 危害상태가 계속되자 국가는 근로자보호를 위하여 어떤 대책을 강구하지 않으면 안 되었다. 그 결과 제정된 것이 규제법으로서의 공장법(노동보호법)이다.[32] 노동보호법은 사업장에서 종속적 노동을 제공하는 근로자들의 보호를 위하여 19세기 전체에 걸쳐 생성되었으며, 우리나라에서는 일

32) 김형배, 「노동법」(제9판), 박영사, 1997, 29면.

본 노동기준법을 모델로 하여 1953년 제정되었다.

이와 같이 노동법은 근로자의 열악한 경제적·사회적 조건을 해소 내지 완화하기 위하여 국가가 직접 사용자를 대상으로 규제를 가하여 근로자에게 발생할 수 있는 각종 불이익과 위험으로부터 보호하는 방식으로 발전하여 왔다. 근로자는 사용자에 대하여 종속적 지위에서 노동력을 제공하기 때문에 구조적으로 불평등한 관계에 있고, 그에 의하여 근로자의 근로조건이 주로 사용자의 일방적인 결정에 맡겨지고 있는 현실을 개선하는데 목적이 있다. 따라서 국가의 개입 또는 집단적 협약자치를 통해서 일정수준의 근로조건을 확보함으로써 사용자의 일방적 결정구조를 규제하는 것이 노동법의 책무였고, 이러한 의미에서 근로기준법과 노조법은 역사적으로 노동법의 핵심영역으로 인식되었다.[33]

(3) 근로기준법의 구조와 한계

개별적 근로관계법은 감독제도와 벌칙의 적용이라는 공법적 수단에 의하여 일정한 최저기준의 준수를 사용자에게 강제하는 협의의 노동보호법과 사법상의 최저기준설정에 한정된 근로계약법으로 분류할 수 있다.[34] 노동법의 체계에서 이 양자가 어떻게 조합되어야 하는지가 특히 문제가 된다. 과거에도 근로관계는 근로자와 사용자의 자유로운 의사의 합치에 의하여 성립한 계약관계이므로 권리의무의 내용은 당사자 사이의 합의에 의하여 정해진다는 것은 근대법의 기본원칙으로서 부인되지 않았다. 민법은 일방당사자가 상대방 당사자에게 노무를 제공하는 근로관계에 대해서 고용이라는 계약유형을 두고 그 계약관계에 관한 최소한의 준칙을 두는데 그쳤다(민법 제655조 내지 제663조).

근로기준법은 근로관계상의 계약내용에 대하여 근로자 보호를 위하여 벌칙을 전제로 한 강행적 준칙과 기준을 마련하여 이를 근로계약이라고 하고 있다. 이와 같은 근로관계가 계약관계라는 것은 민법 및 근로기준법에서 당연히 명시되어 있지만, 그 실제적인 영향력을 크지 않았다. 민법의 고용은 노동법제의 발전에 의하여 근로관계에 대해서는 극

33) 박지순, 노동법 규제개혁의 관점과 방법, 73면.
34) 박지순, 노동법 규제개혁의 관점과 방법, 102면. 양자의 구분에 관해서는 하경효, “노동법의 기능과 법체계적 귀속”, 「사회변동과 사회질서」(김형배교수 정년기념논문집), 박영사, 2000, 243면.

히 한정된 보충규범을 정한데 그치고 근로기준법은 공법적 성격이 중심이 되어 근로관계의 계약적 성격을 희석시켰기 때문이다. 즉 근로기준법은 근로계약을 적극적으로 평가하고 이를 근로관계의 기본에 두는 법률이 아니라 사용자의 사실상의 단독결정을 강행법규에 의하여 극복하는데 그 일차적 목적을 두고 있다.

그렇지만 이와 같이 국가가 감독과 벌칙을 배경으로 관철하고자 하는 강행적 기준은 필연적으로 고용관계의 본질이자 원칙이라고 할 수 있는 당사자의 사적 자치를 형해화하고, 규제의 가능성과 필요성의 관점에서 근로기준법의 적용이 적절하지 아니한 적용제외 대상을 광범위하게 인정하지 않을 수 없다는 현실적 문제에 직면하고 있다. 국가는 근로기준법의 실효성을 고려하여 그 적용범위를 무제한 확대할 수 없고 그 때문에 비교적 엄격한 근로자개념을 정의하고 집행하기 때문에 사각지대의 발생을 저지하기 어렵다.

또한 근로기준법에서 규율하고자 하는 근로계약(법)의 내용은 이를 과연 최저기준으로 규제하는 것이 적절한지에 대한 의문도 법체계적 관점에서 제기된다. 당사자간의 계약해석의 문제와 그에 적용될 해석기준 그리고 그 해결주체의 문제(행정관청 → 사법부)가 제기되는 것이다. 당사자간의 모든 법률관계의 내용을 강행적 최저기준임을 전제로 국가의 감독과 벌칙으로 규제하는 것이 가능한지에 대해서도 의문이 제기된다. 특히 아래에서 보는 것처럼 취업형태의 다양화는 그러한 의문을 더욱 증폭시키고 있다.

결론적으로 근로기준법은 근대 산업사회에서 국가의 후견적 보호를 필요로 했던 종속적 단순노무자들에게는 적합한 규율모델이었으나, 산업구조가 고도화되고 취업형태가 다양화되고 있는 오늘날에 와서는 취업자 일반을 보호할 수 있는 보편적 타당성을 인정받기 어렵게 되었다. 새로운 근로계약법의 제정이 논의되는 이유와 배경은 여기에 있다.[35]

35) 김형배, “한국에 있어서의 노동법 패러다임의 전환”, 「노동법학」(제28호), 한국노동법학회, 2008, 10면. 이철수 교수는 전통적 노동법학의 방법론에 대한 반성과 새로운 노동법의 패러다임으로서 근로계약법 제정의 필요성을 강조하고 있다. 이철수, “근로계약법제와 관련된 방법론적 검토”, 「노동법의 존재와 당위(김유성교수정년기념논문집)」, 2006 참고.

3. 근로계약법 제정 배경과 필요성 – 사실적 측면

(1) 기업 노동조직 변화와 취업형태의 다양화

종래 노동법은 공장근로자이든 사무근로자이든 상당기간 동일 사업장에서 상용직으로 계속해서 취업하는 근로자를 전제로 하여 근로조건보호에 관한 규제를 완성하였다.[36] 과거 산업사회에서는 공동의 이해관계를 갖는 다수의 근로자가 협력하여 노동하는 협동적 형태의 노동조직이 주된 규율대상이 이었기 때문이다. 그렇지만 최근에는 산업구조의 고도화로 인하여 노동조직의 성격이나 구성에도 큰 변화가 일어나게 되었고, 이로 인해 개별 근로자의 근로조건도 개별화[37]가 발생하고 있다. 다시 말해서 과거에는 근로조건을 집단적·획일적으로 결정하는 방식이었다면, 최근 같은 노동조직에 속하는 근로자에 대해서도 개별적으로 근로조건을 결정하는 방식의 필요성이 늘고 있는 것이다.

또한 과거로부터 행해져오던 장기적 고용관행 및 연공적 보상체계에 대한 검토가 행해지고 있을 뿐만 아니라, 중도채용의 증가 등 채용방법의 다양화, 성과주의·능력주의에 기초한 보상제도의 도입·확대 등 인사관리의 개별화·다양화가 진전되고 있다. 따라서 종래의 근로기준법으로 규율하기 곤란한 근로계약법상의 다양한 해석문제가 발생하고 있고, 이를 해결하기 위한 계약법적 규칙의 재정비가 요청된다.[38]

근로자의 취업형태도 종래 노동법이 규율하던 표준적 또는 전형적 근로관계로부터 벗어나는 사례가 증가하고 있다. 예를 들어 기간제 근로자, 단시간 근로자, 파견근로자 그리고 근로자에 유사하지만 비근로자로 취급되는 가내수공업종사자(가내근로자), 프리랜서, 특수형태근로종사자 등이 급속하게 증가하고 있으며,[39] 이와 같은 취업형태에 대해

36) 박지순, 노동법 규제개혁의 관점과 방법, 82면.
37) 근로조건의 개별화는 능력·성과주의의 보급, 근로조건의 개별적 결정 프로세스로 설명될 수 있다. 자세한 내용은 하경효 외, 주요국의 근로계약법제에 대한 논의 및 우리나라에의 적용방안 연구, 7~9면.
38) 임종률 외, 근로계약법제에 입각한 근로기준법 개선방안 연구, 1면.
39) 비전형 근로관계의 증가에 대하여 노동법은 두 갈래의 과제를 제시한다. 그 하나는 전형적 근로관계에 비하여 근로조건의 부당한 차별을 받지 않도록 하는 것과 노동법의 적용을 회피하기 위한 탈법적 행위적 행위가 발생하지 않도록 적절한 조치를 행하는 것이다(박지순, 노동법

서는 전형적 근로관계를 전제로 한 근로기준법의 규율체계만으로는 한계[40]가 있을 수밖에 없다.

(2) 규제방식의 변화와 실효성

산업화 이후 전통적인 노동법은 공장제 생산체계 하에서 균질한 집단으로서의 근로자를 전제로 하여 강행적 규범에 의한 일률적인 규제를 실시하고, 이를 형사처벌 및 행정감독으로 담보한다는 규율방법을 사용하여 왔다. 우리나라를 비롯한 각국마다 노동보호법 체계로 제정된 근로기준법, 최저임금법 등이 그 대표적인 입법례라고 할 수 있다.[41]

하지만 급격한 환경변화 하에서 노사 당사자가 대등한 지위에서 자주적으로 근로조건을 결정하고, 또한 분쟁이 발생하는 경우 이를 신속하고 적정하게 해결하는 것이 더욱 중요하게 되며, 그때 노사 당사자의 행위규범이 되고 분쟁해결시 판단규범이 되는 공정하고 객관적인 규칙이 필요하게 된다. 또한 근로계약에 관한 현행 법률과 판례법리는 근로계약관계를 둘러싼 환경변화에 충분히 대응할 수 없을 만큼 불충분하다고 할 수 있다.[42]

(3) 개별 노동분쟁의 합리적 해결 필요성

최근 해고나 인사이동 또는 근로조건의 변경 등을 둘러싸고 개별적 근로관계에 관한 분쟁이 증가하고 있다. 계속적인 신뢰관계를 기반으로 하는 노사간에 있어서 분쟁은 노사 쌍방에 대해 상당한 시간적·금전적 부담을 발생시키고, 양자간의 신뢰관계가 회복하기 어려울 정도로 악화되는 경우가 있다. 따라서 근로계약에 관한 공정한 해석 및 행위규범을 정하고, 분쟁예방과 신속한 해결을 도모하는 것이 중요한 과제가 되고 있다.[43]

우리 근로기준법은 최저근로기준을 정하고 있을 뿐 개별근로관계에서 발생하는 분쟁

규제개혁의 관점과 방법, 83면).

40) 임종률 외, 근로계약법제에 입각한 근로기준법 개선방안 연구, 1~2면; 하경효 외, 주요국의 근로계약법제에 대한 논의 및 우리나라에의 적용방안 연구, 6~7면.

41) 노상헌, “근로계약법제의 입법화와 쟁점”, 『강원법학』, 강원대 비교법학연구소, 2009, 96면.

42) 임종률 외, 근로계약법제에 입각한 근로기준법 개선방안 연구, 1면.

43) 임종률 외, 근로계약법제에 입각한 근로기준법 개선방안 연구, 2면.

을 해결하기 위한 근로계약에 관한 규정체계 불충분하며, 따라서 구체적인 계약상의 분쟁사례에 대해서는 불문의 판례법리를 통해 해결하고 있다.[44]

Ⅵ. 노동법의 미래기획 4: 노사의 자율적 규제 가능성 확대

1. 노동법적용의 탄력화

법규범은 그 적용대상인 사회의 "당위적 행동양식"을 정한 것이므로 규범과 사회현실 사이에는 일정한 거리가 있는 것은 당연하다. 그러나 규범이 사회현실로부터 지나치게 괴리되어 있다면 그 규범은 실효성을 상실하게 된다. 노동법, 특히 근로기준법은 근로자의 권리와 이익을 보호하기 위하여 기업의 행동에 규제를 가하는 것이다. 근로조건에 관한 모든 사항을 기업과 근로자의 사적자치에 맡기게 되면 기업이 자신의 우월적 지위를 남용하여 근로자의 권리와 이익을 부당하게 침해할 우려가 높기 때문에 법이 개입하여 사적자치를 제약하는 것이 근로기준법을 비롯한 노동보호법이라고 할 수 있다.

그렇지만 근로기준법 등 노동보호법의 내용이 현실의 고용사회에서 언제나 실효성을 지니고 있다고 할 수는 없다. 예컨대 근로시간에 관한 규제는 기업사회에서 사실상 준수되지 않는 경향이 강하다. 이는 법에 대한 무지에서 기인하기도 하고, 법을 알고 있더라도 이를 준수할 의지가 없는 경우, 즉 준법정신이 결여된 경우도 있는가 하면, 업무성격상 객관적으로 법을 지키기 어려운 사정도 존재한다. 앞의 두 경우는 의무부담자(수범자)에 대하여 강행법률 위반에 따른 책임을 물어야 하지만, 후자의 경우는 법의 실효적 적용을 위하여 일정한 적용제외가 인정되어야 한다. 적용제외란 그것이 인정되는 범위에서는 해당 노동보호법규를 적용하지 않는다는 것을 의미한다.

노동보호법의 적용을 기대할 수 없을 정도로 지급능력이 약한 소규모 영세사업장이나 노무제공자와 사용자의 인적 관련성이 너무 강하여 노동보호법의 강행적 적용이 사리에 맞지 아니한 경우 또는 업무의 성격상 특정 노동보호법규를 그대로 적용할 경우 사실상

44) 노상헌, 근로계약법제의 입법화와 쟁점, 96면.

준수를 기대할 수 없는 경우에는 노동보호법의 적용강제 및 감독행정의 강화보다는 노동보호법의 적용을 제외하거나 완화함으로써 오히려 법의 실효성을 증진할 수 있다.

법의 실효적 적용을 실현하기 위해서는 어느 정도의 탄력성이 필요하다. 이를 위한 대표적인 수단이 기업이나 사업규모에 따른 적용예외이다.[45] 그러나 기업이나 사업규모에 따라 노동법규제의 적용제외를 허용하면 노동법의 탄력적 적용을 가능하게 하고 그 결과 노동법의 실효성을 높일 수 있긴 하지만 그것만으로 적용제외를 이론적으로 정당화할 수 있는 것은 아니다.

가장 일반적으로 활용되는 방법은 강행규정의 효력을 상대화하는 것이다. 즉, 민주적으로 특정 사업의 전체 근로자를 대표하는 근로자대표를 선출하고(물론 과반수로 조직된 노조가 있는 경우에는 그 노조를 근로자대표로 보는 현행법의 규정을 그대로 적용해도 무방할 것이다) 이 근로자대표가 사용자와 교섭하여 근로조건을 개선할 수 있도록 할 뿐만 아니라 필요하다면 강행적 근로조건을 일정한 조건 하에 완화하거나 제한할 수 있도록 하는 것이다. (일정 수준 이상의 조직율을 가진) 노동조합이 체결한 단체협약은 일부 강행적 기준에 우선할 수 있도록 하는 방안도 고려될 수 있는 것이다.

2. 근로자참여의 확대를 위한 집단적 노사자치의 재정립

(1) 노사관계의 신뢰형성을 위한 기본전제

우리나라의 노동운동은 위기인가? 이런 질문이 자주 제기된다. 노동운동이 위기인지 여부는 형식적으로 노조조직률이나 단체협약 체결 비율을 통해 판단될 수도 있지만 내용적으로는 기업의 노동조건이나 노동문제를 자주적으로 해결하는 결과를 통해 판단하는 부분도 있다. 즉 노동운동의 양과 질 모두가 평가의 대상이 된다. 노동운동은 헌법의 관점에서 보면 법질서의 테두리 안에서 이뤄지는 노사자치의 다른 표현이라고 할 수 있다. 노사자치는 우리 법질서가 우리사회의 갈등을 치유할 수 있는 중요한 수단으로 인정하고

45) 예컨대 우리의 경우 근로기준법은 5명 이상 사업, 근참법은 30명 이상 사업에 적용되고 있으며, 독일에서는 해고제한법의 경우 10명 이상 사업에 적용된다.

있는 제도의 일부이다. 따라서 이러한 노사자치의 질서를 존중하고 활성화하여 사회적, 경제적 안정을 도모할 수 있도록 하는 것도 정치의 중요한 영역이다. 이를 위해서 헌법은 노동3권의 보장을 명문화하고 이를 침해하는 사용자의 부당노동행위를 규제하는 등 노사자치의 실현을 위한 다양한 수단을 강구하고 있는 것이다.

이를 위해서는 무엇보다도 노동의 리더십을 존중하고 대화의 파트너로 인정하는 것이 전제되어야 한다. 노동계가 요구하는 상급단체 파견전임자에 대한 근로시간면제 인정 문제도 법적 원칙을 존중하면서 그러한 관점에서 유연한 접근이 필요하다. 전교조와 전공노의 문제도 마찬가지이다.

노동계는 불법쟁의행위에 따른 손해배상청구 및 가압류가 노조활동을 옥죄는 족쇄로 작용하고 있다고 보고 이를 완화하는 제도개선을 주장하고 있다. 국제노동기구도 손해배상 및 가압류로 인한 파업권의 제한 가능성에 대한 보완책을 마련하도록 권고하고 있다. 노동계는 대안으로 노조활동에 대한 손해배상 청구 자체를 제한하는 방안을 요구한다. 그러나 불법쟁의행위에 대한 손해배상 청구 자체를 제한하는 것은 법질서의 관점에서 수용되기 어렵다. 노조활동의 무제한적 허용은 인정될 수 없는데, 현재의 노동운동의 방식과 인식에 근본적 변화가 없는 한 우리사회가 이를 수용하는데는 한계가 있기 때문이다. 다만, 손해배상 청구가 가능한 불법쟁의행위의 범위를 어디까지로 할 것인지는 사회적·법적 논의가 필요하다. 노동계의 요구를 전적으로 수용하기는 어렵지만 불법의 한계를 정하는 문제에 대해서는 법원도 고민해야 할 지점이라고 생각된다.

노사자치는 근로조건의 결정과 근로기준을 형성하는 핵심적 수단이다. 노사가 스스로 결정할 수 있는 문제는 자율적으로 정할 수 있도록 법률은 직접적 개입을 자제하고 노사자치에 의한 규율가능성을 충분히 보장해야 한다. 법률이 모든 영역에서 모든 문제를 직접 규율하고자 한다면 노사자치의 영역은 현저히 축소되고 노동의 문제는 노정갈등으로 비화되어 사회적 혼란이 초래될 수밖에 없다. 강행법률은 노사자치가 작동되지 못하거나 바람직하지 아니한 한계영역에서 명확한 기준과 요건을 정하여 역할을 담당하여야 한다.

(2) 근로자참여 확대와 대표성 확보를 위한 대안[46)]

현실적으로는 노조조직률이 10% 근처에 머물러 있는 상황에서 노동조합을 통한 노사자치가 제대로 기능하기 어렵다는 한계도 동시에 지적된다. 현재 노동조합은 조직률이 계속해서 낮아지고 있다는 문제와 함께, 정규직근로자 중심의 기업별조합의 경우 상당한 비중을 차지하는 비정규근로자를 충분히 조직하지 못하고 있다는 문제에 직면하고 있다. 뿐만 아니라 중소기업에서는 노동조합을 통한 노사자치 자체가 사실상 가능하지 않다는 것이 현실이다. 그렇다면 그 대안은 무엇인가? 이와 관련하여 다음과 같은 세 갈래의 테제를 제시한다.

- 근로조건 및 사업운영과 관련하여 종업원의 다양한 이해관계의 조정을 담당할 종업원대표제도의 구축
- 근로조건의 결정 및 향상을 위한 협의와 교섭구조에서 종업원대표의 역할 확대
- 기업경영의 의사결정에 있어서 참여와 협력을 실현할 종업원대표의 역할 확대

기업은 격동의 20세기를 거치고 21세기의 새로운 도전에 직면하여 글로벌경쟁 체제에 맞게 사업의 대규모 구조조정을 단행하였고 앞으로도 그러할 것이다. 그 과정에서 정규직 종업원을 축소하고, 장기적인 근속을 전제로 한 연공주의에서 단기적 평가에 기초한 성과주의로 인사관리의 방향을 전환하였으며, 수시채용 및 비전형적 근로형태를 활용하여 인력구성을 다양화하였다. 이렇게 해서 기업은 서로 다른 이해관계를 가진 다수의 구성원이 다양한 취업형태와 작업방식으로 결합된 복합적인 이익집단이 되고 있으며, 하나의 제품이나 서비스를 완성하기 위해서 다수의 기업들이 공통의 목적을 가지고 수직적인 네트워크를 형성하는 등 기업의 외연도 확대되고 있다.

이와 같은 변화는 종래 기업구성원인 종업원의 동질적 계급의식에 기초한 노동조합운동의 약화를 초래하는 원인이 되고 있으며, 노동조합에 의한 단일한 통제력을 유지하는 것도 어렵게 한다. 특히 최근에는 자기결정과 자기책임에 기초한 독립성이 강한 젊은 세대의 비율이 점점 더 늘면서 기업에서 전방위적 의사소통이 가능하고 서로 이해관계를

46) 김훈·박종희·김정우, 「종업원대표제도 개선방안 연구」, 한국노동연구원, 2011, 145면 이하 참고.

달리하는 종업원간의 공정한 소통관리를 가능하게 하며 사업장 내에서 집단적 권리와 개인적 권리를 조화하는 새로운 리더십이 요청되기도 한다.

다양한 측면에서 발생하고 있는 노동법(규범)환경의 변화로 인하여 전통적인 노동보호법시스템에 익숙한 우리 노동법제도는 사업장단위의 자율규제의 가능성이 확대되어야 한다. 일방적이고 획일적인 기준과 규제에 동의하지 아니하는 기업구성원이 확대되고 있으며, 종업원 상호간의 이해관계의 조정도 중요한 요소가 되고 있기 때문이다. 이를 가리켜 실체적 규제에서 절차적 규제로의 전환이라고 부르기도 한다. 이때 그 절차의 당사자가 되어야 할 근로자(종업원)대표의 역할이 매우 중요하다. 종업원에 대한 민주적 정당성을 확보하지 못한 대표가 자율규제의 주체가 된다면 그 제도는 실패로 끝날 것이 분명하다. 근로자대표는 강행규정의 적용예외에 관한 협정을 체결하는데 그치는 것이 아니라 당해 협정의 이행확보를 위한 일상적 감시의 기능도 담당해야 한다. 이러한 이유에서 근로자대표제도는 상설적 기관으로 구성되어야 한다.

다양한 고용 및 취업형태를 가진 종업원을 실질적으로 대표할 수 있는 근로자대표제도는 이와 같은 이유에서도 매우 중요한 정책과제라 하지 않을 수 없다. 또한 현행 근로기준법이 과반수노조에 대해 근로자대표의 지위를 인정하고 이를 강행규정 상대화를 위한 교섭당사자로 인정하고 있는 점도 보완이 필요하다. 나아가 근로자대표의 선출방법과 대표방법에 대해서 아무런 조직규범이 없다는 점도 노동법의 탄력화를 위해서는 반드시 개선되어야 할 문제이다. 공정하고 민주적 정당성을 갖춘 근로자대표제도의 구축은 향후 기업지배구조(corporate governance)와 근로관계의 합리적 협력체계를 갖추는데 필수적 전제조건이라고 할 수 있다. 구조조정에 따른 경영상 해고의 문제나 취업규칙 불이익변경에 있어서 협의 및 동의주체에 관한 분쟁이 적지 않게 발생하고 있다는 점을 고려하면 노사관계 안정화 및 기업의 경영효율화를 위해서도 합리적이고 공정한 기업/사업단위의 근로자대표제도의 도입 또는 개선이 요청된다.

기존의 노사협의회가 직급과 업무별로 노와 사를 구분하고, 이를 노조와 사용자의 대리전에 투입하는 방식은 노사간 대화의 장을 확대하였다는 장점도 있지만 그 성격과 역할이 불명확하고, 노조없는 사업장에서의 근로조건 개선, 근로자들의 능동적이고 책임있

는 기업경영에 대한 이해를 끌어내는데 성과가 미흡하였다. 이제 민주적 대표성뿐만 아니라 취약계층 종업원을 위한 사회적 대표성을 함께 아우르는 진정한 종업원대표조직을 구축하고, 이를 통해 전체 종업원의 근로조건 유지·개선과 사업장 단위의 인사경영에 관련된 노사대화의 주체를 형성하는 것이 필요하다.

발제 2

디지털노동관계와 노동법의 현재 또는 미래

박 제 성
(한국노동연구원 연구위원)

디지털노동관계와 노동법의 현재 또는 미래

박제성 (한국노동연구원 연구위원)

<요약>

산업노동관계의 과정관리 경영담론은 복종하는 신체를 생산한다. 이 경영담론은 근로자에게 생각하지 말라고 한다. 생각하지 말고 주어진 지시대로 일하라고 한다. 디지털노동관계의 목표관리 경영담론은 반응하는 신체를 생산한다. 이 경영담론 또한 근로자에게 생각하지 말라고 한다. 생각하지 말고 주어진 신호에 반응하라고 한다. 근로자는 언제나 생각하지 않고 일하는 존재가 되고 만다. 인간의 노동이 동물이나 기계의 노동과 다른 점은 일을 하기 전에 자기가 할 일을 머리 속에 착상한다는 점에 있다. 그런 점에서 복종하는 신체든 반응하는 신체든 생각하지 않고 일하는 존재가 하는 노동은 진정한 의미에서의 인간적인 노동이라고 할 수가 없다. 노동의 비인간화는 디지털 사회에서 더 심화된다. 산업사회에서는 근로시간 동안만 노동의 비인간화가 진행되고, 근로시간을 벗어나면 집안일이든 마당일이든 동네일이든 나라일이든 어쨌든 인간적인 노동이 가능했다. 그러나 디지털 사회에서는 근로시간과 비근로시간의 구분 자체가 모호해지면서 근로자는 깨어있는 내내 항시대기해야 하는 상태에 처하고 그 결과 노동의 비인간화는 상시적으로 진행된다. 비인간화된 노동, 상품으로 전락한 노동의 재인간화를 추구하는 것이 노동법의 기본 목적이라면, 디지털 사회에서 노동법의 역할은 한층 더 엄중하다고 할 것이다.

1. 근로자의 두 가지 몽타주 : 복종하는 신체와 반응하는 신체

통치하기 위해서는 개인을 통치될 수 있는 상태로 만들어야 한다. 각각의 권력양식은 그 양식에 적합한 주체를 만들어내지 않고서는 권력으로 작동될 수가 없다. 주권권력이 권력의 지시에 복종하는 개인을 만들어냈다면, 규율권력은 지배를 내면화한 개인을 만들어낸다. 이것이 곧 푸코가 "통치가능성"[1] 개념으로 분석한 내용이다. 이것을 노동관계에 응용할 수 있다. 산업노동관계의 권력양식이 복종하는 신체를 만들어냈다면, 디지털노동관계의 권력양식은 반응하는 신체를 만들어낸다.

산업노동관계는 동질적인 근로자들이 동일한 장소에서 생산에 협력하는 하나의 노동공동체를 상정한다. 이 노동공동체는 집단적 척도를 갖는다. 집단적으로 결정되는 근로시간과 근로장소, 그리고 집단적으로 결정되는 임금. 근로자들은 이렇게 집단적 척도에 의해서 구성된 노동공동체를 통하여 집단적 정체성을 공유한다. 산업노동관계의 집단적 척도는 표준화(=규범화, 정상화) 기획을 통해서 표준화된 신체를 만들어낸다. 이 표준화된 신체는 복종하는 신체이다. 이 근로자들의 노동은 사용자의 지시에 의하여 이루어지는 타율적 노동이다. 지시위반에 대해서는 징계가 가해진다. 사용자는 지시권과 징계권을 통해서 노동의 과정을 관리한다. 근로자들은 사용자가 시키는 대로 일하기만 하면 된다.[2]

---

1) 미셸 푸코, 『사회를 보호해야 한다 : 콜레주 드 프랑스 강의 1975-76년』, 김상운 옮김, 난장, 2015. 주권에 대한 법모델은 개인을 전제한다. 자연상태를 극복하기 위해 개인들이 권리의 일부를 국가에 양도한다. 자발적으로 지배를 받아들이기로 약속하는 것이다. 국가는 이렇게 위임된 권한의 목적에 충실해야 한다. 개인들의 안전 보장이 그것이다. 근로계약을 자발적 종속의 사로 개념화하는 것과 동일한 담론구조이다. 양자 모두 관계(권력관계, 노동관계)를 구성하는 항(개인, 근로자)에서 출발한다. 모두 안전을 위하여 자발적 예속에 합의한다. 하지만 홉스가 만인에 대한 만인의 투쟁이라고 부른 것은 실제적이고 역사적인 전쟁이 절대 아니다. 개인들이 먼저 있어서 사회계약을 통하여 국가라는 권력관계를 만들어 낸 것이 결코 아니다. 거꾸로 주권국가의 권력관계가 주권적 개인을 만들어 내었다. 그러므로 개인에서 출발해 관계를 검토하는 것이 아니라, 반대로 관계가 어떻게 개인을 구속하는지 검토해야 한다. 관계가 어떻게 자신이 원하는 주체를 만들어내는지 분석해야 한다. 푸코의 말을 빌리자면, "권력은 자신이 구성해 놓은 개인을 경유하는 것"(위의 책, 48면)이다.

2) 과학적 노동관리를 이론화했던 테일러는 다음과 같이 말했다. "경영진은 그들에게 가장 적합한 업무를, 또 노동자는 나머지 업무를 수행한다."(테일러, 『과학적 관리의 원칙』, 박진우 역, 박영

디지털노동관계는 노동공동체를 해체하고 각 근로자에게 개별적 정체성을 부여한다. 산업노동관계의 노동공동체를 구성했던 집단적 척도는 개별적 척도로 대체된다. 근로시간과 근로장소와 임금은 개별화된다. 디지털사회의 근로자는 사용자의 지시에 따라 업무를 수행하는 대신, 주어진 목표를 달성하기 위한 경로를 자율적으로 선택한다. 다만 그 선택에 따라 만들어낸 성과에 대한 평가가 뒤따른다. 선택에 대한 책임을 묻는다. 산업사회의 과정관리에서 결과는 사용자의 책임에 속하지만, 디지털사회의 목표관리에서는 과정과 결과 모두 근로자의 책임으로 귀속된다. 성과급이나 재계약 등 평가에 따른 제재는 징계가 아니라 계약조건의 적용으로 이해된다.[3] 근로자는 평가지표에서 빨간불이 들어오고 있는지 파란불이 들어오고 있는지 매순간 체크하면서 최적의 자원 분배를 자율적으로 결정한다. 사용자는 굳이 잔소리를 할 필요가 없다. 최대의 성과를 내고자 하는 근로자는 스스로 최적의 노동이행경로를 찾아낼 것이기 때문이다. 디지털노동관계의 근로자는 성과와 관련된 숫자, 성과지표에 민감하게 반응한다. 사용자는 숫자를 통해서 경영담론을 근로자의 내면에 각인시킨다. 이처럼 디지털노동관계가 만들어내는 주체는 사용자의 지시에 복종하는 신체가 아니라, 숫자가 보내오는 신호에 반응하는 신체이다. 이렇게 반응하는 신체에 대해서 작용하는 권력양식, 곧 디지털노동관계의 권력양식을 “지배권”이라 부를 수 있다. 지배권은 노동관계를 근로자가 사용자의 지시에 기계적으로 복종하는 사용종속관계 또는 지시종속관계가 아니라, 사전적 행위제어와 자의적 개입권능이 결합된 “지배종속관계”로 변모시킨다.[4] 이러한 사정은 좁은 의미의 지시종속관계에 사회법의 모든 것을 걸고 있는 현행의 법질서에 대한 근본적인 재검토를 요구한다.

사, 1994, 112면). 경영진에게 가장 적합한 업무란 생각하는 것이고, 노동자의 나머지 업무란 경영진의 생각을 실행하는 것이다. 이른바 구상과 실행의 분리이다. 구상과 실행이 분리된 노동과정에서 결과는 구상한 자의 책임이 된다. 생산의 결과에 대한 책임은 사용자에게 귀속된다.

3) 감급의 제재에 대해서는 근로기준법이 “임금 총액의 10분의 1을 초과하지 못한다”(제95조)라는 제한을 가하고 있지만, 성과급에 대해서는 그러한 제한이 없기 때문에 저성과를 이유로 지급되지 않는 성과급의 규모는 임금 총액의 10분의 1을 초과할 수 있다는 사정을 보더라도 산업노동관계의 징계권과 디지털노동관계의 목표관리가 갖는 차이점이 작지 않다는 점을 알 수 있을 것이다.

4) 이 개념에 대해서는 박제성, “사내하청의 담론과 해석”, 『노동법연구』, 제40호, 2016, 1면 이하 참조할 것.

2. 목표관리 경영담론과 사이버네틱스의 공통점 : 숫자에 의한 협치

목표관리는 미국의 대기업 GE의 최고경영자였던 잭 웰치에 의해서 유명해지긴 했지만[5], 실은 이미 피터 드러커가 1954년에 출판한 『경영의 실제』라는 책에서 현대경영의 원리로 제시했던 개념이다. 드러커는 다음과 같이 말한다. "목표관리의 주요한 공헌 가운데 하나는 그것이 우리들로 하여금 명령에 의한 경영을 자기통제에 의한 경영으로 대체할 수 있도록 해 준 데 있다."[6] 드러커의 기업관은 이미 1946년에 초판된 『기업의 개념』

5) 잭 웰치는 목표관리 개념에 근거한 경영을 "차등경영"(differenciation management)이라고 불렀다(Jack Welch, "Rank-and-Yank? That's Not How It's Done", The Wall Street Journal, 2013. 11. 14.). 차등경영은 각 근로자의 성과를 기업의 사명(기업은 어디로 가고 있는가?) 및 가치(기업의 사명을 성취하기 위해 어떻게 행동해야 하는가?)와 연동시키는 것이다. 차등경영의 핵심은 성취도 평가에 있다. 성취도 평가란 근로자들이 이루어낸 성과들이 얼마나 기업의 목표를 진전시켰는지, 근로자들이 얼마나 기업의 가치를 잘 표현했는지 일년에 한 번 또는 두 번 정직하게 평가하는 것이다. 이것을 위하여 "경영자는 기업의 사명과 가치를 근로자들이 꿈속에서도 암송할 수 있을 정도로 정곡을 찔러 생동감 있게 표현해야 한다." 평가 결과에 따라 근로자들을 상위 20퍼센트, 중위 70퍼센트, 하위 10퍼센트로 분류한다. 분류 작업이 끝나면 경영자는 각각의 범주에 맞게 행동해야 하는데, 이것이 핵심이다. 즉, 상위 20퍼센트는 보상을 받지만, 하위 10퍼센트는 회사를 떠나야 한다.

6) 피터 드러커, 『경영의 실제』, 이재규 옮김, 한국경제신문, 2006, 196면. 이재규의 번역본에서는 "self-control"을 "자기관리"로 번역하고 있는데, 목표관리의 핵심 개념이라고 할 수 있는 "control from outside"를 "외부통제"로 번역하고 "control from inside"를 "내부통제"로 번역하고 있듯이, "self-control"은 자기통제로 번역되어야 원문의 맥락과 부합한다는 점에서 이 글에서는 자기통제로 고쳤다. 이하의 인용문에서도 마찬가지다. 목표와 자기통제에 의한 경영은 이윽고 드러커에 의하여 "경영철학"으로 명명된다. "이 같은 경영원리를 실현할 수 있는 유일한 원칙이 목표관리와 자기통제에 의한 경영활동이다. 그것은 모든 경영자로 하여금 기업과 개인의 공통의 번영을 자기 자신의 목표로 인식하도록 해준다. 그것은 외부통제 대신에, 한층 더 엄격하고 훨씬 더 정확하고, 그리고 좀 더 효과적인 내부통제를 가능하게 해준다. 그것은 경영자로 하여금 누군가 그에게 무엇을 하라고 해서가 아니라, 또는 그것을 하도록 지시해서가 아니라, 그가 수행하는 과업의 객관적인 필요성 때문에 행동을 하도록 동기부여한다. 그는 누군가가 원하기 때문이 아니라, 자신이 그것을 해야 한다고 스스로 판단하여 행동한다. 달리 말하면, 그는 자유인으로서 행동한다. (...) 목표관리와 자기통제에 의한 경영은 "경영철학"이라고 명명해도 손색이 없을 것이다."(위의 책, 204면).

에서 그 맹아가 드러나고 있는데, 드러커는 기업을 하나의 사회제도로 보면서 다음과 같이 말한다. “모든 제도는 그 구조의 규칙들에 의해 지배되고 생존 욕구에 의해 결정되는 자율적인 존재로 분석되어야 한다. 즉 스스로의 목표에 의해 판단될 수 있는 존재로 보아야 한다.”[7]

흥미롭게도 이러한 생각은 사이버네틱스의 기본 관점이기도 하다. 1950년에 노버트 위너는『인간의 인간적 활용 : 사이버네틱스와 사회』라는 책에서 인간과 동물과 기계는 모두 커뮤니케이션 자율제어 시스템이라는 점에서 통합적으로 분석할 수 있다는 생각을 전개하였다.[8]

위너와 드러커가 동시대에 사이버네틱스와 경영학이라는 서로 다른 분야에서 동일한 개념으로 새로운 사회 조직 원리를 구상했다는 사실은 특정한 시대에 사회를 정초하는 상상력은 보편성을 갖는다는 점, 다시 말하면 한 사회는 동시대의 보편적 믿음이 정초한 것이라는 점을 보여주는 흥미로운 사례라고 할 수 있다. 그 보편적 믿음이 곧 법이며, 법은 인간이 스스로 만들어 스스로에게 천명하는 도그마, 즉 인적 도그마이다. 입법(立法)이란 법을 세운다는 것인데, 법을 세운다는 것은 무엇이 법인지 누구나 보아서 알 수 있도록 드높인다는 것이고, 이것은 곧 천명한다는 것이다.[9] 그것은 도그마이기 때문에 논증의 대상이 아니라 반대로 모든 논증의 기초로서 그 기초 위에 근거하지 않는 모든 논

7) 피터 드러커,『기업의 개념』, 정은지 옮김, 21세기북스, 2012, 41면.

8) “살아 있는 생물체의 물리적 기능과 새롭게 등장하는 일부 커뮤니케이션 기계의 작동은 피드백을 통해 엔트로피를 통제하려는 유사한 시도를 한다는 점에서 정확히 서로 대응한다. (...) 개체의 물리적 반응을 이런 관점에서 볼 수 있듯이, 사회의 유기적인 반응 역시 비슷한 관점에서 볼 수 있기 때문이다.”(노버트 위너,『인간의 인간적 활용 : 사이버네틱스와 사회』, 이희은/김재영 옮김, 텍스트, 2011, 33면). 사이버네틱스(cybernetics)라는 용어는 키잡이를 의미하는 그리스어 쿠베르네테스(kubernetes)에서 유래하는데, 쿠베르네테스는 또한 정부나 통치를 의미하는 거번먼트(government)의 어원이기도 하다. 키잡이는 배의 운행을 제어하는 사람이다. 사이버네틱스나 거번먼트는 모두 조직의 제어와 관련이 있다. 다만 거번먼트가 외부적 제어, 타율적 제어와 관련이 있다면, 사이버네틱스는 내부적 제어, 자율적 제어와 관련이 있다는 차이점이 있다. 여기에서 핵심적인 기능을 하는 것이 피드백이다. 피드백은 실제로 수행된 동작에 관한 정보를 시스템 내부로 되가져와 다음 동작을 제어하는 것이다. 피드백은 “과거의 수행 능력에 따라 앞으로의 임무 수행을 조정할 수 있게 해 주는 기능”(위의 책, 42면)을 수행한다.

9) 중국 전국시대 진나라의 상앙은 법의 엄격성을 보여주기 위해 광장에 기둥을 세웠다.

증을 기각시킨다.[10] 또한 그것은, 설령 경제학이나 생물학이라고 할지라도[11], 과학적으로 발견되거나 신에 의하여 계시되는 도그마가 아니라 인간이 스스로 천명하는 도그마이다. 그러므로 그것은 한 인간 사회가 나아가고자 하는 방향 곧 그 사회의 당위[Sollen]를 비춰보는 거울이다.[12] 모든 사회는 그 인적 도그마에 기초하여 성립된다.[13] 양차대전(1914-1945) 이전의 서양 사회가 뉴턴의 고전물리학과 그것을 인간과 사회에 적용할 수 있다는 믿음에 근거하고 있었다면, 양차대전 이후에는 새로운 믿음이 부상하기 시작한다. 그것은 아마도 양차대전이 끝나고 난 직후의 서양 사회의 인식론적 환경과 관련된 것인지도 모른다. 뉴턴 물리학의 관료적 현현, 거대한 시계태엽장치처럼 한치의 오차도 없이 맞물려 돌아가는 메카니즘, 한마디로 말해서 근대이성의 육화로 간주되었던 국가에 의하여 저질러진 참상은 타율적 통치의 정당성에 대한 의심을 불러일으켰을 것이고, 반대로 자율적 통치의 필요성에 대한 인식을 확장시켰을 것이다. 그것이 공학에서는 사이버네틱스로, 경영학에서는 목표에 의한 자기규율적 경영담론으로, 철학에서는 이른바 포스트모더니즘으로, 정치학에서는 시민사회론으로, 법학에서는 이른바 소프트로(soft law) 이론으로 전개되었을 것이다. 요컨대 알랭 쉬피오의 표현을 빌리자면, “율칙에 의한 통치”(gouvernement par les lois)에서 “숫자에 의한 협치”(gouvernance par les nombres)[14]로의 변화이다.

디지털노동관계에서 작동하는 권력양식은 산업노동관계의 권력양식과는 다르다. 디지털사회(이 말 자체가 숫자의 사회를 의미한다)에서 작동하는 통치성은 숫자에 의한 통치(더 정확하게는 협치), 곧 수치(數治)라고 할 수 있는데, 숫자는 지배한다는 인상을 주지 않고서 지배하는 것을 가능하게 한다. 數治는 권력을 제거하는 것이 아니라 지배를 내면

10) 가령 “근로조건의 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다.”라고 규정하고 있는 헌법 제32조 제1항은 인간의 존엄성 보장에 근거하지 않는 모든 노동입법론을 문제 삼는다.
11) 평등이 사회 전체의 후생을 극대화하는 데 도움이 된다거나 인간의 유전자에는 평등유전자가 있다는 등의 과학적 발견은 반대의 사실을 말해주는 과학적 발견에 의하여 쉽게 무력화된다.
12) 법을 거울에 비유하는 것은 오래되었다. 가령 작센법을 의미하는 작센슈피겔(Sachsenspiegel)은 작센인의 거울이라는 뜻이다.
13) 이 주제에 대해서는 알랭 쉬피오, 『법률적 인간의 출현』, 박제성 역, 글항아리, 2015 참조.
14) 이 개념에 대해서는 Alain Supiot, La gouvernance par les nombres : Cours au Collège de France (2012-2014), Fayard, 2015 참조.

화하고, 민주주의의 문제를 기술의 문제로 대체한다.[15] 數治는 행위를 명령하고 강제하고 처벌하는 대신, 원하는 행위를 숫자로 환산하여 평가지표에 반영함으로써 행위자 스스로 그 행위를 선택하게 만든다.[16] 근로의 이행은 부분적으로 근로자의 자율적 판단에 맡겨져 있다. 하지만 이 자율은 어디까지나 사용자가 설정해 놓은 범위 안에서만 허용되는 자율이다. "기획된 자유"[17]인 것이다. 이 기획된 자유 개념은 디지털노동관계에서 종속성이 작동하는 양식을 정확하게 드러내는데, 우리가 제시한 "사전적 제어와 자의적 개입이 결합한 지배권" 개념과 일맥상통하는 것이라고 할 수 있다. 이 새로운 노동관리 양식은 지시를 기획 또는 제어로 대체하면서 근로자에게 일정한 자율성을 부여한다. 하지만 근로자는 자유롭게 행위하는 것이 아니라, 기획의 규칙에 따라, 사전에 제어된 경로에 따라 기대되는 반응을 표현할 뿐이다. 반응이 적절하고 정확하게 표현되고 있는지를 판단하는 과정이 "평가"이며, 평가는 반드시 일이 끝난 다음에만 이루어지는 것이 아니라 노동과정의 중간에도 개입될 수 있다. 그러므로 평가는 결코 중립적인 과정이 아니다. 반대로 평가자의 의도가 실현되는 과정, 평가자의 지배권이 행사되는 과정이다.

3. 반응하는 신체의 속성

디지털노동관계가 생산하는 반응하는 신체는 항상 일하고 있는 상태는 아니지만, 언제라도 외부의 신호에 반응할 수 있는 "항시대기" 상태에 있어야 한다. 항시대기 상태는 언제라도 동원될 수 있는 상태이며, 때가 오면 목표 달성을 위하여 스스로를 동원해야 하는

15) 數治의 결정적 문제점은 숫자의 조작이나 왜곡이 아니다. 數治는 기본적으로 수치화될 수 없는 것을 배제한다. 민주주의적 심의의 문제를 통계적 정확성으로 대체한다. 數治가 가장 잘 구현된 것으로 간주되는 시장이 정부를 대체한다. 숫자는 통치(=정부)의 문제를 기술적 절차로 대체한다. 이에 대해서는 로렌조 피오라몬티, 『숫자는 어떻게 세상을 지배하는가』, 박지훈 옮김, 더좋은책, 2015 참조.

16) "취업률"을 대학평가지표에 반영하면 대학은 스스로 기업의 이익에 부합하는 방향으로 커리큘럼을 편성하고 학과를 조정한다.

17) 알랭 쉬피오, "진정으로 인간적인 노동체제", 박제성 역, 『노동법연구』, 제40호, 2016, 421면.

상태이다. 언제나 일하고 있는 것은 아니지만 언제라도 일할 수 있어야 한다.[18] 안정적인 시공간 속에서 상시적으로 근로를 제공한다는 상시성이 복종하는 신체의 주된 특징들 중의 하나였다면, "사용자의 기대에 부응하기 위하여 스스로를 동원할 의무, 즉 언제라도 이용할 수 있고 반응하는 상태에 있을 의무"[19]는 반응하는 신체의 중요한 특징들 가운데 하나이다.[20] 항시대기에 내재하는 두 가지 속성, 즉 가용성(可用性)[21]과 반응성(反應性)[22], 다른 말로 하면 "근로이행의 시공간적 범위를 불안정하게 만드는 것 그리고 목표관리에 내재하는 기획된 자율"[23]은 근로자 인격의 구속을 약화시키는 것이 아니라 반대로 강화시킨다. 복종하는 신체는 근로시간 동안 공장에서만 복종하면 되었지만, 반응하는 신체는 근로시간과 여가시간의 구분 없이, 회사와 가정의 구분 없이 항시대기 상태에 있어야 한다.[24]

---

18) 그런 점에서 항시대기중인 반응하는 신체는 상시적으로 노무를 제공하는 것이 아니라 상시적인 반고용/반실업 상태에 처한다고 할 수 있다(김영선, "디지털 모바일 기술. 만인을 자영화하다", 『우리는 왜 이런 시간을 견디고 있는가』, 코난북스, 2015 참조).

19) 알랭 쉬피오, 앞의 글, 422면.

20) 스마트폰에 설치된 배달앱을 통해서 배달주문을 대행하는 배달대행기사의 산재보험법상 근로자성을 부정한 서울행정법원의 판결문은 반응하는 신체의 특징을 잘 표현하고 있다 : "배달원들은 이 사건 사업장 사무실 또는 가맹점 인근에서 대기하고 있거나 다른 배달 업무를 수행하고 있다가 각자 자신의 스마트폰에 표시되는 배달요청 내역을 확인하고(...)"(서울행정법원 2015. 9. 17. 2014구합75629). "스마트폰에 표시되는 배달요청 내역"이란 곧 외부에서 전달되는 디지털신호이며, 그 신호를 확인하고 배달을 나간다는 것은 곧 신호에 반응하는 것이다. 이런 식으로 디지털사회의 數治는 그 사회의 노동력을 총동원한다.

21) 가용성이란 근로조건이 사전에 특정되지 않는다는 것을 의미하는데, 근로조건의 불특정은 근로자를 시공간을 특정하지 아니한 채 언제 어디서나 동원할 수 있는 상태에 임하도록 만들기 위하여 필요한 법적 전제조건이다(알랭 쉬피오, 앞의 글, 423면 이하 참조). 영국의 이른바 영시간 계약(zero hour contract)은 가용성에 대한 요구가 가장 순수한 형태로 발현된 것이라고 할 수 있다. 영시간 계약에 대해서는 이정희, 『영시간 계약』, 한국노동연구원, 2016 참조.

22) 반응성은 근로의 이행 방법이 사전에 특정되지 않는다는 것을 의미한다(알랭 쉬피오, 앞의 글, 431면 이하 참조). 근로자에게는 근로의 이행과 관련하여 일정한 자유가 주어지는 것처럼 보이지만, 이 자유는 사용자의 지배권 범위 안에서만 행사될 수 있는 자유이다. 이 자유는 근로자의 자유의사에 따라 행위할 수 있는 자유가 아니라 사용자의 의도에 따라 반응할 수 있는 자유에 불과하다. 반응의 정확성 여부는 사용자에 의하여 평가된다.

23) 알랭 쉬피오, 앞의 글, 434면.

24) 최근 LG유플러스는 "오후 10시 이후 업무 관련 카카오톡 보내기"를 금기사항에 포함하는 지

항시대기는 항상적인 경쟁으로 귀결된다. 모든 근로자를 항시대기 상태에 임하도록 강제함으로써 항상적인 경쟁 상태에 처하도록 만든다. 디지털 기술은 “실시간 경쟁”을 가능하게 만든다. 언제 올 지 모르는 신호에 유효하게 반응하기 위해서는 실시간 대기 상태에 있어야 하고, 모든 근로자들이 동일한 상황에 놓여 있다면 그것은 곧 실시간 경쟁 상태가 지속된다는 것을 의미한다.[25] 남보다 한 발 먼저 신호(지표)에 반응하기, 그것은 성과를 좌우하고, 성과는 근로자의 운명을 좌우한다. 디지털이 근로자에게 선사하는 자율은 경쟁으로 귀결된다. 자유와 경쟁은 현대 시장의 두 얼굴이다. 디지털노동관계에서 근로자는 근로시간을 스스로 처분하는 자유를 향유하고 있는 듯 보이지만, 실은 항상적인 경쟁 상태에 놓여 있을 뿐이다.

반응하는 신체는 옆에 있는 동료를 실시간 경쟁 상태의 경쟁자로 인식한다. 경쟁자와 동지적 신뢰관계를 형성하기란 여간 힘든 일이 아니다. 반응하는 신체는 인간 대 인간의 관계를 형성하는 것이 아니라, 인간과 기계의 “접속”에 만족할 뿐이다. 관계는 공동의 시공간을 요구한다. 하나의 공장에서 오랜 시간 동안 때로는 협력하고 때로는 갈등하면서 삶의 중요한 시간을 공유할 때에만 관계가 만들어진다.[26] 산업사회의 노동관계는 사용자와 근로자의 공동의 시공간을 전제한다. 공동의 시공간은 공통의 척도(commensurable)를

침을 마련했다(경향신문, 2016년 4월 28일). 이 말은 반대로 하면 “오후 10시 이전에는 업무 관련 카카오톡을 보내도 된다.”라는 것을 의미한다. 그렇다고 그 시간을 근로시간으로 계산해서 임금을 더 줄 것 같지는 않다. 근로시간과 여가시간의 구분이 무너지는 것은 디지털노동관계의 또 다른 특징이다. 근로시간의 단축과 일가정 양립은 이러한 점을 염두에 두고 진행되어야 한다.

25) 앞에서 인용했던 서울행정법원의 판결문을 다시 한 번 인용하자. “가맹점이 배달요청을 할 경우 모든 배달원의 스마트폰에 그 배달요청이 표시되고, 어느 한 배달원이 해당 배달요청을 수락하게 되면 다른 배달원의 스마트폰에서 위 배달요청은 사라지며, 여러 건의 배달요청이 동시 또는 이시에 있는 경우에도 마찬가지이다.”(서울행정법원 2015. 9. 17. 2014구합75629).

26) 그 속에서 노동하는 자는 자신의 삶을 하나의 서사로 만들 수 있다. 담배 한 대 피우면서 젊은 근로자에게 자신이 살아온 시간과 그 시간 속에 담겨 있는 노동의 지혜, 경험의 축적을 담담히 전승해 줄 수 있는 근로자, 얼굴엔 검은 주름이 깊게 패였고 손바닥엔 굳은살이 단단하게 박여 있는 그런 늙은 근로자. 리처드 세넷은 “굽은 발로 절룩거릴지라도 그 자신이 아니라 자기 일을 자랑스러워 하는 헤파이스토스”야말로 “우리 자신에게서 발견할 수 있는 가장 존엄한 인간의 모습”이라고 했다(리처드 세넷, 『장인』, 김홍식 옮김, 21세기북스, 2010, 470면). 하지만 디지털노동관계에서는 그런 서사의 형성이 의문시된다.

요구한다. 이것이 곧 산업노동관계의 합리성이다. 반면에 접속은 탈시공적이다. 그러므로, 급진적으로 말하자면, 디지털이 지배하는 사회에서는 “노사관계”가 더 이상 존재하지 않는다.

4. 반응하는 신체의 집단적 자유

이 문제는 “디지털 시대에 집단적 노동관계의 형성은 어떻게 가능한가?” 하는 질문으로 이어진다. 2008년 한국의 촛불, 2011년 스페인의 분노자들(Indignados), 2011년 미국의 월가점령(Occupy Wall Street), 2011년 한국의 희망버스, 2016년 프랑스의 철야농성(Nuit Debout) 등은 공통점이 있다. 깃발들이 주도하고 동원한 시위가 아니라 개인들이 사회연결망을 통하여 정보를 공유하고 확산시키는 과정을 통해서 모여들었다는 점이다. 시위 장소에 깃발이 없었던 것은 아니지만 시위 군중들은 깃발 아래 집결하는 대신 깃발 옆에 나란히 서는 쪽을 선택했다. 이 운동들에 대해서 좀 더 면밀하게 분석하는 것이 필요하겠지만, 우리는 대강의 경험과 지식을 통해서 하나의 가설을 세우고자 한다. 운동의 양식이 깃발에 의한 운동에서 “깃발과 함께하는 운동”으로, 조직에 가입하는 운동에서 “주장에 가입하는 운동”으로 변하고 있다는 가설이다. 전자의 슬로건은 “같으므로 함께 한다”이며, 후자의 슬로건은 “다르지만 함께한다”이다.

이러한 가설을 헌법 제33조의 노동삼권에 적용하면 다음과 같은 결론을 얻을 수 있다. 우선 단결권을 조직을 결성하거나 조직에 가입하는 것으로 한정할 이유가 없다. 어떤 주장에 가입하는 것도 단결권의 한 양식으로 보장되어야 한다. 주장에 가입한다는 것은 주장의 성격과 내용에 따라 가변적으로 가입할 수 있음을 의미한다. 어떤 국면에서는 갑 노조의 주장에 가입할 수 있고, 또 다른 국면에서는 을 노조의 주장에 가입할 수 있다는 것이다. 가입이라는 말이 주는 어감이 이상하다면 동조라고 해도 무방하다. 주장에 가입한다는 것은 그 주장에 동조하고 그 주장의 관철을 위해서 행동을 함께한다는 의미이다. 단결권을 이렇게 이해할 수 있다면 단체교섭권도 마찬가지로 노동조합에 의한 교섭만이 아

니라 노동조합이 제시하는 주장에 근로자들이 동조하는 것도 단체교섭권의 내용으로 보장될 수 있을 것이다. 단체행동권도 마찬가지다. 노동조합만 단체행동을 할 수 있는 권리를 갖는 것이 아니라 근로자들이 자신이 지지하는 주장에 힘을 싣기 위해서 단체행동에 나서는 것도 단체행동권으로 보장될 수 있다. 이처럼 디지털 노동관계에서는 "근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권, 단체교섭권 및 단체행동권을 가진다."라고 규정하고 있는 헌법 제33조 제1항의 주어가 조직이 아니라 근로자인 까닭을 재인식할 필요성이 더 크다.

2016년 5월 서울 지하철 2호선 구의역에서 스크린도어를 수리하던 젊은 근로자가 열차에 치여 숨지는 사건이 발생했다. 그런데 왜 노동조합은 인간적인 근로조건의 보장을 요구하면서 곧장 파업에 들어가지 않을까? 만약 노동조합이 그러한 요구사항을 내걸고 사건 당일 바로 파업에 들어간다면 어떻게 될까? 혹은 근로자들이 자발적으로 그러한 파업을 하면 어떻게 될까? 현행법과 판례에 따르면 그러한 파업은 조정을 거치지 않은 돌발파업이기 때문에, 경영권을 침해하는 파업이기 때문에, 노동조합에 의한 파업이 아니기 때문에 위법이 될 것이다. 그러면 정부는 시민의 발을 볼모로 하는 불법파업을 엄단하겠다고 담화문을 발표할 수 있을까? 서울메트로는 업무방해로 노동조합과 근로자들을 고소할 수 있을까? 법원은 정말로 파업을 위법하다고 판결할 수 있을까? 그럴 수도 있을 것이다. 하지만 시민들과 근로자들은 파업을 지지하고 연대할 것이다. 근로자를 죽음으로 내몬 근로조건에 항의하면서 최소한의 인간적인 근로조건을 보장하라고 요구하는 파업이 기존 법질서에 의하여 불법으로 판결날 수밖에 없다면, 그것은 기존 법질서에 심각한 하자가 있다는 것을 의미한다.

좀 더 근본적인 문제로서 법철학적 관점에서 볼 때, 행위하는 자가 아니라 반응하는 자가 법률행위의 주체가 될 수 있는가 하는 문제가 있다. 법률행위의 주체가 된다는 것은 자유롭게 자기의 의사를 표시할 수 있고 그것에 대해서 책임을 질 수 있는 원천적 존재임을 승인하는 것이다. 그런데 하나의 행동이 자유로운 의사를 표시하는 행위로 받아들여지는 것이 아니라, 외부에서 주어지는 신호에 대한 반응으로 분석되는 사회에서는 그

러한 법주체의 개념이 의문시될 수 있다. 커뮤니케이션 네트워크 속에서 법주체는 점점 더 희미하게 사라진다. 기업도 예외가 아니지만[27], 법인보다는 자연인에게 사태는 더 심각하다. 자유로운 의사를 가지고 책임있는 행위를 하는 법주체의 몽타주가 희미해진다고 하는 이러한 사태는 19세기에 종속된 근로자의 존재가 그러했듯이 현대 민법에 또 다시 중대한 위협이 된다. 그리고 19세기에 노동법이 근로자들의 집단적 자유를 승인하여 개별적 차원의 불평등과 종속의 관계를 집단적 차원의 평등과 자치로 전환함으로써 민법을 딜레마에서 구해주었듯이, 21세기에도 노동법이 다시 한 번 민법을 구할 것이다. 근로자에게 진정한 자유를 보장함으로써 그리고 "진정으로 인간적인 노동체제"[28]를 구축함으로써. 이와 관련해서 우리는 두 가지 다소 생소한 개념을 검토하고자 한다. 노동담지성과 사회적 인출권이라는 개념이다.

5. 노동담지성과 사회적 인출권

프랑스의 콜레주 드 프랑스 교수인 알랭 쉬피오는 유럽연합 집행위원회의 요청에 의하여 "유럽에서 노동의 변화와 노동법의 미래"에 관한 연구의 책임을 맡고, 그 결과를 1999년에 『고용을 넘어』[29]라는 제목으로 출판하였다. 이 보고서에서 알랭 쉬피오는 임금노동에 국한되어 있는 "고용"이라는 개념을 넘어서서 일반노동의 전망을 좀 더 넓은

27) 네트워크로 재편된 사업구조를 지배하는 사업주를 노동법상 사용자로 포착할 수 있어야 한다는 주장에 대해서는 박제성, "사내하청의 담론과 해석", 앞의 글 참조. 한편 이와 유사한 문제의식으로, 사용자의 기능이 복수의 사업주에게 분산되어 수행되는 경우에는 각 기능을 수행하는 사업주 모두를 사용자로 포괄하고 문제되는 법적 책임과 관련된 기능을 수행하는 자에게 사용자 책임을 묻는 식으로 사용자 개념을 기능적으로 재해석해야 한다는 주장으로 Jeremias Prassl and Martin Risak, "Uber, TaskRabbit, &Co : Platforms as employers ? Rethinking the legal anlysis of crowdwork" 참조. 이 논문은 Comparative Labour Law and Policy Journal, 기획특집의 일부로 조만간 출판될 예정이며, 현재는 Labour Law Research Network 인터넷 사이트(http://www.labourlawresearch.net)에서 다운로드 받을 수 있다.

28) 이 개념에 대해서는 알랭 쉬피오, "진정으로 인간적인 노동체제", 앞의 글 참조.

29) Alain Supiot (dir.), Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe, Flammarion, 1999, nouvelle édition, 2016.

차원에서 확보할 수 있는 개념으로 “노동담지성”(état professionnel de la personne)[30] 개념을 제안하였다.[31] 이 개념은 실제로 고용되어 있는가 여부에 따라서 사회권의 향유 자격을 구분하는 것이 아니라, 모든 사람은 한 사회의 전체 노동력을 구성하는 지위 또는 자격을 갖는다는 의미를 표현하고자 하는 것이다. 우리는 “노동을 담지하고 있는 상태 또는 자격”이라는 의미에서 “노동담지성”이라고 의역하고자 한다.

현실적으로 고용되어 있는 자를 “임금근로자”로 부른다면, 현실적으로 고용되어 있지는 않지만 장래에 임금근로자가 될 가능성을 포함하여 노동을 자기 안에 담아서 소지하고 있는 자는 그러므로 모두 “노동담지자”로 부를 수 있을 것이다. 노동담지자가 담지하고 있는 노동은 임금노동만이 아니라, 비임금노동을 포함하여 돌봄노동이나 가사노동 혹은 기타 사회적으로 필요한 모든 일을 포괄하는 일반적인 의미에서의 노동을 가리킨다. 만약 근로자 또는 노동자라는 말이 이처럼 앞에 한정사가 붙지 않는 일반적인 의미에서의 근로 또는 노동을 하는 자를 의미한다면, 노동담지자란 곧 근로자 또는 노동자 그 자

30) 위의 책, 83면 이하. 이 말을 직역하면 “사람의 직업적 상태” 또는 “사람의 직업적 지위” 정도가 된다. 그런데 한국어 직역은 프랑스어가 갖고 있는 의미를 드러내지 못한다. 이 말은 영어로도 정확하게 번역하기 곤란하다. 영어로 직역하면 “Professional status”가 되는데, 『고용을 넘어』의 영어본에서는 이렇게 직역하는 것은 프랑스어가 갖는 의미를 표현하지 못한다고 지적하면서, “Membership of the Labour Force”로 의역하였다(Beyond Employment. Changes in Work and the Future of Labour Law in Europe, Oxford University Press, 2001, 영어판 서문 참조).

31) 노동담지성 개념은 지난 30년 동안 유럽을 지배하고 있는 “유연안정성” 개념의 대척점에 서 있다. “유연안정성 개념에서는 시장의 수요에서 출발하여 노동력을 그것에 적응시키고자 한다면, 노동담지성 개념에서는 인간의 창의성을 출발점으로 삼고 근로자들이 이 창의성을 표현할 수 있는 법과 경제를 만들고자 한다.”(알랭 쉬피오, 앞의 글, 415면). 유연안정성이 시장질서 속으로 노동을 용해시켜 인적 자원이나 인적 자본으로 유동화시킨다면, 노동담지성은 인간의 노동을 중심에 놓고 시장을 인간에게 복무시킨다. 노동담지성이 유연안정성의 대척점에 서 있다는 점은 알랭 쉬피오에게 연구를 위탁했던 유럽연합 집행위원회가 『고용을 넘어』 보고서를 묻어버린 후 다시는 쉬피오에게 연구를 위탁하지 않고, 대신 다른 교수들에게 『유연안정성의 공통 원칙들을 향하여』(European Commission, Towards Common Principles of Flexicurity : More and better jobs through flexibility and security, 2007)라는 보고서를 작성하도록 위탁했다는 사실에서도 드러난다고 쉬피오는 지적한다(Alain Supiot, Au-delà de l'emploi, op. cit., 2016, XXXII 참조).

체라고 할 수 있다.[32]

노동담지성 개념은 “사람들이 일생 동안 진정한 선택의 자유를 누릴 수 있도록 하고, 하나의 노동 상태에서 다른 노동 상태로 이동하는 것을 가능하게 하고, 시민생활과 직업생활을 양립할 수 있도록 해 줄 것이다.”[33] 노동담지성은 예를 들면 새로운 지식을 습득한다든지, 아이나 병든 부모를 돌본다든지, 창업을 한다든지, 안식년을 간다든지, 일정한 기간 동안 노동조합 활동이나 정치 활동에 기여한다든지, 직업을 바꾼다든지 등과 같이, 노동담지자가 직업적 생애 동안 경험하게 될 지도 모르는 다양한 유형의 노동을 자유롭게 선택할 수 있도록 일정한 사회적 지위를 유지시켜 주는 것을 목적으로 한다.

이처럼 “고용을 넘어” 노동을 사고하기 위해서는 착상의 전환이 필요하다. “임금노동을 넘어” 사고한다는 것은 임금노동의 종말을 의미하는 것이 아니다. 마치 “한국을 넘어” 세계를 사고한다는 것이 한국의 종말을 의미하지 않는 것과 같다. 임금노동을 넘어 노동을 사고한다는 것은 자본주의의 역동성, 경영담론의 역동성, 노동관계의 역동성을 고려한다는 것을 의미한다. 임금노동은 결코 자본주의적 노동양식의 종착점이 아니다. 노동의 사물화 양식은 변한다. 중요한 것은 각각의 노동양식에 대응하여 노동의 사물화(그것은 곧 인격의 사물화이다)가 초래하는 치명적 결과를 억제할 수 있는 새로운 법질서 그리고 노동하는 자에게 더 많은 자유와 더 많은 보호를 부여할 수 있는 새로운 법질서를 상상하는 것이다.[34]

『고용을 넘어』 보고서는 노동담지성 개념의 의의를 현실화시켜 줄 수 있는 새로운 유

32) 우리 헌법과 노조법 그리고 근로기준법은 모두 “근로자”라는 용어를 쓰고 있지만, 언어의 외적 형식(시니피앙)이 동일하다고 해서 내적 의미(시니피에)까지 동일한 것은 아니다. “근로자”라는 동일한 시니피앙 앞에는 각각의 법이 의도하는 시니피에가 괄호로 숨겨져 있다. 근로기준법은 “근로자” 앞에 ‘임금’ 혹은 ‘종속’ 혹은 ‘근로계약’이라는 시니피에를 숨겨 놓고 있으며, 노조법은 나아가 “근로자” 앞에 ‘비임금’ 혹은 ‘비종속’이라는 시니피에까지 숨겨 놓고 있다. 그러므로 비임금근로자의 단결권은 논외의 문제이다. 그것은 당연한 것이고, 외국의 사례에서도 알 수 있는 바와 같이 언제나 문제가 되는 것은 근로기준법과 사회보험을 비임금근로자에게 적용할 수 있는지 여부이다. 이 두 가지는 원래 임금근로자를 대상으로 하는 법제도이기 때문이다. 그리고 선진국의 논의는 근로계약(임금근로자성)과 사회보험을 분리함으로써 비임금근로자를 사회보험에 가입시키는 방향으로 나아가고 있다.

33) 알랭 쉬피오, 앞의 글, 414면.

34) Alain Supiot, Au-delà de l'emploi, op. cit., 2016, XXXIII 참조.

형의 권리 개념으로 “사회적 인출권”(droits de tirage sociaux) 개념을 같이 제안한다.[35] 지금까지 사회권(노동권과 사회보장권)은 본질적으로 고용이라는 조건에 결부되어 있었다. 한국도 마찬가지다. 근로기준법에서 규정하고 있는 제권리는 물론이고, 산재보험이나 고용보험도 기본적으로 임금근로자의 지위를 요구한다. 이러한 권리들은 실업 또는 퇴직 등 고용관계의 단절과 함께 소멸된다.[36] 그런 점에서 이런 권리 개념을 일응 “고용연계형 권리”라고 할 수 있다. 같은 지역 또는 같은 업종에 속하지만 기업의 규모나 특성에 따라서 어떤 권리가 보장되기도 하고 그렇지 않기도 하다면 근로자는 퇴직이나 이직과 함께 급격한 권리의 단절을 겪게 될 것이다. 이처럼 고용연계형 권리는 고용과 실업의 이분법을 극대화할 위험을 안고 있다.

반면에 사회적 인출권은 근로자가 직장을 옮기거나 실업자가 되더라도 권리를 계속 향유할 수 있도록 한다는 점에서 고용연계형 권리가 아니라 근로자의 인격에 결합되어 있는 “인격연계형 권리” 개념이다. 인격연계형 권리는 근로자의 고용이 아니라 인격에 결부되어 있어서 근로자가 이 기업에서 저 기업으로 옮겨 가거나, 임금노동에서 비임금노동으로 옮겨 가거나, 취업 상태에서 실업 상태로 옮겨 가는 경우에도 권리를 상실하지 않고 계속 유지할 수 있다.

사회적인 방식으로 권리를 적립하고 사회적 필요를 위하여 적립된 권리를 인출하여 사용할 수 있다는 의미에서 이런 유형의 권리를 “사회적 인출권”이라고 부른다. 사회적 인출권은 근로자의 인격을 따라 다니는 휴대용 권리이며, 권리의 적립과 분할 사용이 가능한 충전식 권리이다.[37] 사회적 인출권은 사회권을 상품화된 노동으로서의 고용에 결합된 재산적 권리로 접근하는 것이 아니라, 비상품적 노동으로서의 근로자의 인격에 결합된 비재산적 권리, 즉 인격권의 하나로 정의하여 근로자가 고용과 단절된 경우에도 권리

35) 위의 책, 90-92면 참조.
36) 실업급여수급권은 고용관계의 단절을 요건으로 해서 행사되는 권리이지만, 그 권리의 성립 자체는 고용으로부터 비롯된다.
37) 우리나라의 휴가저축제도나 근로시간저축제도도 그런 점에서 일종의 사회적 인출권으로 볼 수 있을 것이라는 견해가 있다(김홍영, “휴식 보장을 위한 연차휴가의 제도개선론”, 『노동법연구』, 제40호, 2016, 161면 이하 참조). 다만 이 제도들은 여전히 고용연계형이라는 점에서 인격적 지평을 결여하고 있다는 한계가 있다.

를 계속 향유하는 것을 가능하게 함으로써 사회권의 보편화에 기여하고자 한다.[38]

그러나 사회적 인출권은 전통적인 사회보장권을 대체하는 것이 아니라 보충하는 것이다. 사회보장권은 임금근로자가 다치거나 해고되거나 은퇴하지 않는다면 주어지지 않는 권리라는 점에서 소극적인 권리이다. 반면에 사회적 인출권은 근로자가 원한는 경우에 인출하여 향유할 수 있다는 점에서 적극적인 권리이다.[39] 사회보장권이 임금근로자의 직업상 위험을 처리하는 것이라면, 사회적 인출권은 노동담지자가 직업적 생애 동안 좀 더 많은 자유를 행사할 수 있도록 보장하는 것이다. 사회적 인출권은 노동담지자가 생계의 불안 때문에 하고 싶은 일이나 사회적으로 필요한 일을 하지 못하고 어쩔 수 없이 남이 시키는 대로 무의미한 일을 하면서 살아야 하는 조건을 바꾸고자 한다.[40]

---

38) 1948년 국제연합의 세계인권선언 제22조는 다음과 같이 규정하고 있다. “모든 사람은 사회의 일원으로서 사회보장을 받을 권리를 가지며, 국가적 노력과 국제적 협력을 통하여, 그리고 각 국가의 조직과 자원에 따라서 자신의 존엄과 인격의 자유로운 발전에 불가결한 경제적, 사회적 및 문화적 권리들을 실현할 권리를 가진다.” 즉 사회보장권을 향유할 자격은 “사회의 일원”이라는 지위 그 자체에서 비롯된다. 사회보장권은 사회의 구성원 모두가 향유할 수 있는 보편적 권리의 성격을 갖는다. 사회적 인출권은 바로 이러한 국제사회의 요청에 부합하는 개념이다.

39) 예를 들어 사회적 인출권은 “이제껏 가족과 회사를 위해 열심히 살아온 것까지는 좋았는데, 남이 시키는 대로 살다 보니 나 자신은 어디론가 사라졌다”고 느끼는 사람들이 “서북50플러스캠퍼스”에 등록하여 인생 후반부에 새로운 삶을 모색하고자 할 때, 생계의 걱정 없이 자유롭게 그 일을 선택할 수 있도록 바탕을 마련해 준다(김은남, “쉰 즈음에 가고 싶은 학교”, 『시사인』, 2016. 4. 30. 참조).

40) 저명한 인류학자인 데이비드 그레이버는 “헛소리 일자리 현상에 관하여”라는 글에서, 시인이자 인디 록밴드 가수로 활동하다가 앨범 실적 부진을 이유로 계약이 끊기자 빚과 어린 딸을 위해서 할 수 없이 “방향 잃은 종족들의 정해진 선택인 로스쿨”에 들어간 친구 얘기를 전하면서, 다음과 같이 질문한다. “재능있는 시인-뮤지션에게는 극도로 적은 수요를 만들어내면서 회사법 전문가에게는 거의 무한대의 수요를 만들어내는 것처럼 보이는 이 사회에 대해서 무엇을 말할 수 있을까?”(David Graeber, "On the phenomenon of bullshit jobs", Strike, 2013. 8. 17.). 이 질문에 대해서 그레이버 자신이 제시한 답은 다음과 같다. “인구의 1퍼센트가 대부분의 부를 지배하고 있다면, 우리가 ‘시장’이라고 부르는 것은 누구나가 아니라 바로 그 사람들이 쓸모있거나 중요하다고 생각하는 것을 반영한다.” 사회적 인출권은 재능있는 시인-뮤지션이 생계를 위해서 예술을 포기해야 하는 상황을 막고자 한다. 예술노동은 맑스가 종속노동인 임금노동의 반대편에 있는 자유노동의 모델로 삼았던 것이라는 점을 생각하면, 사회적 인출권이 노동의 지평을 종속에서 자유로 확장시키는 역할을 한다는 점을 좀 더 쉽게 이해할 수 있

예를 들어 보자. 프랑스는 2013년에 16세 이상의 모든 사람에게 고용상 지위를 불문하고 노동시장에 진입함과 동시에 “개인별 직업훈련계좌”(compte personnel de formation : CPF)를 부여하는 제도를 도입하였다.[41] 이 제도는 임금근로자성 여부를 가리지 않고 노동시장에 진입한 모든 사람, 즉 모든 경제활동인구에게 은퇴할 때까지 개인별로 직업훈련계좌를 부여하는 것이다.[42] 근로자는 직업훈련을 받기 위한 목적으로 자신의 계좌에 적립되어 있는 시간만큼 유급휴가권을 사용할 수 있다.[43] 이 계좌는 개인의 명의로 되어 있기 때문에 계좌의 명의자가 직업상의 지위를 변경하거나 실업자가 되더라도 계좌를 유지할 수 있다.[44]

을 것이다. 유럽의 노동조합과 좌파정당은 자본주의에서 노동의 지평을 자유로 확장시키는 대신 종속 안에서 최대한의 안전을 확보하는 길을 선택하였지만, 종속과 안전의 교환을 가능하게 했던 포드주의가 끝나고 우파가 시장을 전면에 내세우면서 새로운 노동착취양식을 전파하고 있는 상황에서, 계속 과거의 길을 고집하는 것은 어리석을 뿐만 아니라 가능하지도 않다(Bruno Trentin, La Cité du travail. Le fordisme et la gauche, Paris, Fayard, 2012 참조). 한국의 상황도 크게 다르지 않다. 아니, 더 열악하다. 유럽의 노동조합은 그래도 과거 100년 동안 축적해 놓은 정치적, 사회적, 문화적 자산이 있어서 새로운 길을 개척하는 데 어느 정도의 여력이 있지만, 그런 것이 부족한 한국의 노동조합은 훨씬 더 진지하고 현명하게 선진국의 경험과 실천을 타산지석으로 삼아야 할 것이다.

41) 좀 더 자세한 내용은 박제성, “새로운 프랑스 모델 : 프랑스식 유연안정성?”, 『국제노동브리프』, 한국노동연구원, 2014년 9월호, 32면 이하 참조할 것. 이 제도는 2014년에 개정되어 현재 Code du travail, art. L. 6323-1 이하에 규정되어 있다.

42) 계좌에 직업훈련을 위한 시간이 적립되는 방식은 다음과 같다. 우선 1년에 24시간씩 총 120시간까지 적립되며, 이후에는 매년 12시간씩 더하여 전체적으로 총 150시간까지 적립된다. 즉, 보통의 전일제 근로자라면 5년 동안 120시간 이후 2년 반 동안 30시간 해서 7년 반 동안 총 150시간을 적립할 수 있다. 근로자는 자신의 직업적 역능의 계발을 위하여 필요한 시간 만큼 계좌에 적립된 권리를 인출할 수 있다. 즉 유급휴가권을 사용할 수 있다는 것이다. 근로자가 직업훈련을 위하여 인출하여 사용하는 시간은 실근로시간으로 간주되고 사용자는 그 시간에 대하여 임금을 지급해야 한다.

43) 헌법재판소는 연차휴가의 의의에 대하여 “근로자들이 노동으로부터 일정기간 해방되고 사회적, 문화적 시민생활을 영위할 수 있는 기회를 보장하기 위한 것”(2015. 5. 28. 2013헌마619)이라고 명언하고 있다. 이 문장은 미처 인식하지 못한 상태에서 사회적 인출권의 의의를 훌륭하게 설명하고 있다(다만 노동의 개념이 확장될 필요가 있다).

44) 2016년의 노동법 개정법안인 엘 코므리 법은 개인별 직업훈련계좌 제도를 “개인별 활동계좌”(compte personnel d'activité : CPA) 제도로 확대하는 내용을 담고 있다. 개인별 활동계좌는 연간 적립시간을 40시간으로 확대했으며, 총적립시간도 종전의 150시간에서 400시간으로

6. 맺음말

산업노동관계의 과정관리 경영담론은 근로자에게 생각하지 말라고 한다. 생각하지 말고 주어진 지시대로 일하라고 한다. 그렇다고 디지털노동관계의 목표관리 경영담론이 근로자에게 생각할 것을 허용하는 것은 아니다. 목표관리 경영담론 또한 근로자에게 생각하지 말라고 한다. 생각하지 말고 주어진 신호에 반응하라고 한다. 근로자는 언제나 생각하지 않고 일하는 존재가 되고 만다. 인간의 노동이 동물이나 기계의 노동과 다른 점은 일을 하기 전에 자기가 할 일을 머리 속에 착상한다는 점에 있다. 그런 점에서 복종하는 신체든 반응하는 신체든 생각하지 않고 일하는 존재가 하는 노동은 진정한 의미에서의 인간적인 노동이라고 할 수가 없다. 노동의 비인간화는 디지털 사회에서 더 심화된다. 산업사회에서는 근로시간 동안만 노동의 비인간화가 진행되고, 근로시간을 벗어나면 집안일이든 마당일이든 동네일이든 나라일이든 어쨌든 인간적인 노동이 가능했다. 그러나 디지털 사회에서는 근로시간과 비근로시간의 구분 자체가 모호해지면서 근로자는 깨어있는 내내 항시대기해야 하는 상태에 처하고 그 결과 노동의 비인간화는 상시적으로 진행된다. 비인간화된 노동, 상품으로 전락한 노동의 재인간화를 추구하는 것이 노동법의 기본 목적이라면, 디지털 사회에서 노동법의 역할은 한층 더 엄중하다고 할 것이다.

확대하였다. CPA의 적용 범위에는 개인별 직업훈련계좌 제도의 적용 범위에 더하여 은퇴한 자도 포함되며, 명의자가 사망할 때 비로소 계좌가 닫힌다. 또한 명칭에서도 알 수 있는 바와 같이, 적립된 시간의 이용 목적 또한 좁은 의미의 직업훈련에 한정하지 않고 기타 경제활동 및 나아가 “시민사회 참여” 등으로 범위를 확대하였다. 즉, 시민사회단체에 자원봉사자로 일하기 위하여 계좌에 적립된 시간을 사용하는 것도 가능하다는 것이다. 법문의 표현에 의하면 개인별 활동계좌는 “계좌명의자의 자율과 행위의 자유를 강화하고 그 직업적 경로를 보호하는 것”을 목적으로 하며, 또한 “시민사회 참여의 인정을 가능하게 한다.”

토론문

토론문

송강직 (동아대학교 법학전문대학원 교수)

<요약>

두 회원의 발표문은 새로운 시대에 새로운 노동법의 정립을 추구하고 있다는 점에서 공통성을 갖는 것으로 보인다. 박지순 회원의 발표내용은 작금에 노동개혁의 논의 내용과도 그 방향성을 같이하는 부분이 있어 향후 우리나라의 노동법제 내지 노동시장 등의 개혁을 위한 논의로서 가치를 갖는다고 하겠다. 큰 틀에서의 논의인 만큼 구체적으로 논의할 경우에 많은 이론(異論)이 있을 수 있어 학회에서의 충실한 논의가 필요한 것으로 현실성을 갖는 발표내용이라고 생각된다. 박제성 회원의 발표 또한 노동관계 설정의 패러다임의 변화를 추구하는 것으로 그 방향성에 있어서 상당부분 공유하는 바가 크다. 특히, 박지순 회원의 발표에서도 나타나고 있지만, 고용이냐 비고용이냐에 따른 양분 내지 2분론적인 제도적 접근이 현저한 현행 노동법제의 한계를 극복하기 위한 고민을 던져주는 흥미로운 발표라고 생각한다. 이들 두 회원의 발표문은 큰 방향성에 무게를 둔 제안적 성격을 갖고 있기 때문에 현행 제도와의 관계에서 구체적으로 검토를 하는 것도 자연스러운 것이라고 생각되어, 토론자는 이러한 입장에서 토론을 하고자 한다.

Ⅰ. 박지순 회원 발표문 내용 및 질문

1. 발표내용

[노동시장구조변화]

○ 감사설비에 대한 법적 규제 – 노사협의회 협의사항 정도

○ 근로자와 사용자의 임의적 합의 제도의 필요성 – 개인주의화, 중소기업 인력운영 부담완화, 일자리창출

○ 근로시간 재령확대 및 성과중심 임금제도 확산의 필요성 – 경기변동성 고려

○ 생산성향상, 원가절감 아웃소싱 V.S. 실업문제, 일자리창출

○ 고령화, 저출산 – 노인일자리창출, 노동력부족, 퇴직연금제도 확산

○ 취업형태의 다양화 – 기간제근로자 보호, 개인도급 활용 증대에 따른 노동법 사각지대

○ 노조조직률저하, 조사협의회제도 형해화 – 종업원대표제

○ 일, 가정 양립 – 시간선택제, 재택근로 등 확대

[노동법 개혁]

○ 통상임금, 평균임금, 휴일근로 명확화

○ 취업규칙변경과 합리성 기준의 모호성

○ 근로시간의 유연화 – 탄력적, 선택적 근로시간 확산, 근로시간저축제제도, 재량근로 ㅡ 화이트칼라 이그젬션

○ 해고제도 - 금전보상 확대, 근로자 10이 이상의 사업 또는 사업장에 해고분쟁 한정하여 남소 방지

○ 기간제근로의 기간 확대 – 3년 또는 4년

○ 파견대상업무의 확대, 파견사업주 대형화를 통한 책임 강화

○ 노동조합 설립신고제 폐지, 노조가입 결격사유 개선

○ 단체협약제도 개선 – 유효기간 확대 또는 자율화, 효력확장제도 활성화

[노동법 차별화]

○ 근로자개념 – 고용형태의 다양화에 따른 차별적 보호법제
○ 노조법상 근로자 개념 – 골프장 경기보조원 인정의 현행법상 조화 곤란
○ 유사근로자 내지 준근로자에 대한 보호입법의 영역 획정
○ 다수의 사용자에 종사하는 경우의 책임 분할 문제 – 노동법의 차별화
○ 근로계약법 제정 필요성 – 개별근로자의 근로조건의 개별화 발생, 성과주의 및 능력주의 확대 경향, 특수고용형태근로 종사자 등 고용형태의 다양화, 근로자의 균질성 전제의 한계, 개별근로관계 분쟁 확대,
○ 법 실효성 제고 – 소규모 영세사업장(10명 미만) 등에 대한 해고 등 보호 법 적용제외
○ 종업원대표제 등 – 보호법의 강행적 기준의 완화도 가능하게 함
○ 노사자치 – 정당하지 않은 쟁의행위와 손해배상액 산정에서의 불법의 한계 획정
○ 노조조직률 저하에서 노사자치 한계, 노조의 비정규직 포섭 한계- 종업원 대표제 도입

2. 질문

○ 파견사업주 대형화는 제도적으로 도모한다는 것인지? 그럴 경우에 헌법상 직업선택의 자유 내지 재산권보장에 따른 영업의 자유와의 관계는?
○ 골프장 경기보조원 근로자 인정의 문제점 지적과 발표자가 제안하는 노동조합설립 신고제 폐지 등과의 관계는?
○ 기업단위의 종업원 대표제 도입 시 우리나라의 노동조합조직형태가 일반적으로 기업별노동조합이라는 것과의 관계에서 문제점은? 노사협의회제도의 형해화 또한 노조조직형태가 기업별노동조합이라는 것에 기인하지 않는가? 실제로 노동조합이 조직되어 있는 경우 노사협의회는 단체교섭의 전단계적 역할을 하고 있음.

Ⅱ. 박제성 회원 발표문 내용 및 질문

1. 발표내용

[산업관계노동관계 및 디지털노동관계의 특징]

○ 산업관계노동관계의 집단적 정체성, 근로조건의 집단적 규율 - 복종하는 신체
○ 디지털노동관계의 개별적 정체성, 근로조건의 개별화, 목표달성 경로의 선택 자율성, 성과에 대한 평가, 선택에 대한 책임으로 이어져 목표관리의 근로자의 책임화
○ 목표관리: 성과급 또는 재계약은 징계가 아니라 계약내용이 됨, 근로자가 민감 – 반응하는 신체
○ 사용종속 또는 지시종속(기계적 복종)을 지배종속관계(사전적 행위제어와 자의적 개입권능)로 변화
○ 산업관계노동관계는 공동의 시공간 향유 – 신뢰관계 형성
○ 디지털노동관계는 인간 대 인간이 아닌 인간과 기계의 접속

[디지털 시대의 집단적 노동관계]

○ 가변적 노동조합 가입(내지 동조)
○ 단체교섭권도 노동조합이 제시하는 주장에 동조하는 것까지 단체교섭권 내용에 포섭 가능
○ 노동담지성 – 실제 고용 여부가 아닌 한 사회의 전체 노동력을 구성하는 지위 또는 자격을 갖는다는 의미
○ 노동담지성 – 노동상태에서 다른 노동생태로 이동 가능하게 하고, 시민생활과 직업생활을 양립하게 함
○ 사히적 인출권 – 고용연계형 권리가 아닌 인격연계형 권리, 따라서 취업상태에서 실업상태로 옮겨가도 권리 유지
○ 사회적 인출권 – 상품화된 노동을 고용에 결합시키는 재산적 권리가 아니라 비상품

적 노동으로서 근로자의 인격에 결합된 비재산적 권리, 사회권의 보편화된 권리

○ 프랑스 직업훈련계좌 – 고용상 지위와 관계없이 직업훈련 가능, 직업훈련받기 위하여 적립된 시간을 유급휴가로 사용 가능, 고용 지위 변동과 관계없이 계좌유지

2. 질문

○ 성과급제도 도입 논의가 그 근저에 근로자 간의 경쟁을 전제로 하고 있다는 점에서 디지털노동관계의 설명으로 나오는 목표설정, 성과에 대한 평과 일맥상통

○ 디지털노동관계의 설정은 현재의 근로제공 형태에서 재량근로 등 노무수행이 근로자의 재량적 부분으로 설정되어 있는 것이거나 성과급에 따른(도급형태라도 일정 급여 보장 전제) 근로제공 형태에 유사한 것으로 볼 수 있는가? 볼 수 있다면 산업관계노동과의 구별은 상대적인 것으로 이해할 수도 있는 것인가?

○ 노동담지성 및 사회적 인출권은 현재의 논의와 관련하여 사회안전망 논의와 유사하거나 안전망을 구체화한 일면으로도 이해할 수 있는 것 같은데?

○ 디지털노동관계에서의 논의, 나아가 노동담지성 논의는 노사의 관계뿐만 아니라 정부의 역할이 개재되어야 하는 것이 아닌지? 그렇다고 한다면 직업훈련계좌제도는 오늘날 직업훈련 제도에 포섭하여 구체화하면 되는 것은 아닌지?

○ 파업이 개별근로자들의 이심전심에 의하여 행하여진 경우에, 즉 노동조합이라는 집단적인 형태가 아닌 경우에도, 현재의 해석론으로 그 주체면에서의 정당성은 인정될 수 있지 않는가? 질문자는 현재의 쟁의행위 정당성 관련 대법원 판례법리에도 불구하고 헌법상 단체행동권과의 관계에서 노동쟁의조정 대상이 아니라도, 조합원 찬반투표 절차를 거칠 수 없는 경우에도 단체행동권은 보장될 수 있다고 해석하고 있으며, 이 경우에도 그 목적이나 수단의 정당성이 있으면 이른바 민·형사면책은 적용된다고 해석하고 있음.

○ 시민생활과 직업생활의 양립을 가능하도록 한다는 내용 정치파업의 정당성 논의와 관련하여 논의할 수도 있지 않은가 하는 생각이 든다. 즉 질문자는 정치파업의(양분

론에 의하면 순수한 정치파업) 정당성은 근로자로서 동시에 시민 내지 국민으로서 사용자의 재산권과의 충돌 조정입장에서 일시적인 것을 전제로 한다면 대사용자와의 관계에서도 정당화되어야 한다는 입장을 취하는데, 발표자의 시민생활과 직업생활의 양립 논의는 이러한 질문자의 주장을 뒷받침하는 근거 내지 논리로 연계될 수 있다는 생각하는지?

토론문

유성재 (중앙대학교 법학전문대학원 교수)

<요약>

현행 노동법은 다른 사회분야에 비하여 매우 낙후된 모습을 보이고 있다. 개별적 근로관계법 분야에서는 지나치게 높은 판례 의존도를 보이고 있고, 집단적 노동관계법 분야에서는 입법과잉에 따른 노사자치가 지나치게 침해되고 있다. 판례 중에는 기존의 법체계에 부합하지 않거나, 논리적 일관성이 결여된 판례가 있는 것도 문제이다. 이러한 문제점들을 시정하는 것이 미래에 대한 최선의 대비라고 본다.

1. 서론

이번 학술대회 대 주제가 “노동법의 현재와 미래”인데, 노동법의 현재에 대하여 만족하는 사람은 없을 것으로 보인다. 이러한 현실을 개선하기 위해 지금까지 많은 의견이 제시되었고, 오늘도 두 분께서 좋은 글을 발표해 주셨다. 풍부한 인문학적 소양과 현실을 꿰 뚫어 보는 통찰력으로 노동법이 나아가야 할 방향을 제시한 두 논문은 학문적으로는 물론 실무상으로도 매우 의미가 크다고 본다.

안타깝게도 토론자는 변화하는 현실을 통찰하고, 미래에 대비할 수 있는 장기적이고 거시적인 해결책에 대하여 특별한 생각을 가지고 있지 않다. 따라서 토론자는 노동법의 현실을 검토해보고자 한다. 즉, 노동법이 나아가야 할 방향을 제시하기보다, 현재의 문제점들을 확인하고, 이에 대하여 문제를 제기해 보고자 한다. 이 역시 노동법의 미래를 준비하는 하나의 방법이 될 수 있다고 생각하기 때문이다.

2. 개별적 근로관계법

가. 취업규칙의 법적 성질

먼저 개별적 근로관계법 중에서 취업규칙에 대하여 살펴보기로 한다. 잘 알고 있는 바와 같이 우리나라에서는 취업규칙이 근로자들의 근로조건을 결정하는 중요한 법원(法源) 중의 하나이다. 그러나 아직도 사용자에 의하여 일방적으로 작성된 취업규칙이 어떻게 근로자들에게 법적 구속력을 갖게 되는 지를 명확히 설명하지 못하고 있다. 그리고 이러한 문제점은 판례를 통해서도 해결되지 못하고 있다. 오히려 판례는 일부 사안(예: 근로자의 집단적 동의를 얻지 못한 취업규칙의 불이익 변경이 신입사원에 대하여 효력이 있는지에 관한 사안)에서 논리적 일관성을 상실해 실무적으로는 물론 이론적으로도 혼란을 증폭시키고 있다. 이에 대한 조속한 입법적 보완이 필요하다.

나. 근로자대표

다음으로 「근로기준법」은 제24조, 제51조, 제52조, 제57조, 제58조, 제59조, 제62조, 제70조에서 「근로자퇴직급여보장법」은 제4조, 제5조, 제13조, 제16조, 제19조에서 근로자대표라는 용어를 사용하고 있다. 그러나 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합이 근로자대표라는 것이 분명하지만, 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에 대해서는 근로자대표를 “근로자의 과반수를 대표하는 자”라고 규정하고 있을 뿐이다. 이에 대한 제도의 보완이 시급해 보인다.

다. 비정규법

(1) 구제이익 문제

노동위원회의 ‘부당해고등’에 대한 구제신청은 원직복직을 목적으로 하고 있어, 구제신청기간 중에 근로관계가 소멸하면, 노동위원회는 구제이익이 소멸된 것을 이유로 사건을 각하하고 있다. 이러한 법리는 기간의 정함이 있는 근로자에게도 적용되어 기간의 정

함이 있는 근로자들의 경우 구제신청기간 중에 계약기간이 종료되게 되면 노동위원회를 통한 구제를 더 이상 받을 수 없게 되는 경우가 많다. 이 경우 부당해고로 인하여 발생한 금전적 손해를 배상받기 위해서는 법원에 소송을 제기할 수 있지만, 법원의 재판은 신속하지 못하고 소송비용이 발생하기 때문에 근로자들이 이러한 구제방법을 활용하는 것은 쉽지 않다. 결국 기간의 정함이 있는 근로자들이 노동위원회의 구제를 받을 수 없는 권리구제의 사각지대가 발생하는 문제가 있다. 이에 대한 보완이 필요하다.

(2) 차별시정제도의 실효성

한편 「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률」에 따른 차별시정 신청건수가 2008년 1187건에서, 2011년 88건으로 급감하였다. 노동연구원 비정규직 노동통계에 의하면 2014년 비정규직 근로자는 전체 근로자의 33%를 차지하고, 비정규직 근로자의 월평균 상대임금은 정규직 근로자의 56%, 시간당 상대임금은 64%에 불과하다. 비정규 근로자들의 수와 열악한 근로조건에도 불구하고, 노동위원회 차별시정 신청건수가 급격히 줄어들은 것은 차별시정제도의 실효성에 문제가 있기 때문이라고 본다. 실효성이 낮은 이유로 형식논리에 집착한 엄격한 비교대상자의 요구 등의 제도적 문제점으로 인하여 차별시정 인정비율이 지나치게 낮기 때문인 것으로 판단된다. 시급한 제도적 보완이 필요하다.

라. 근로계약법의 제정

근로계약법의 제정과 관련해서는 법의 제정에는 찬성하지만, 노동시장의 유연화 또는 계약법적 요소의 강화를 위한 근로계약법의 제정에는 반대한다. 토론자는 근로계약법을 국민생활에 중대한 부분을 차지하고 있는 근로관계를 판례에 의하여 규율함으로 인해 발생하는 문제점(예측 가능성의 결여 또는 전문가의 도움 없이는 권리의무관계를 정확하게 파악할 수 없는 문제점)을 해결하기 위한 목적으로 제정할 필요가 있다고 본다.

3. 집단적 노동관계법

가. 단결권

집단적 근로관계법과 관련해서는 먼저 형평성이 결여된 판례에 대하여 언급해 보고자 한다. 판례는 「노동조합 및 노동관계조정법」(이하 "노조법"이라 한다)상의 근로자성과 관련하여 특수형태근로종사의 근로자성을 인정하지 않고 있다. 이는 대법원이 '구직 중인 자'에 대하여 노조법상 근로자성을 인정하고 있는 것과 비교해 볼 때 형평에 반하는 것이다. 왜냐하면, 특수형태근로자들이 구직자에 비하여 훨씬 더 교섭가능성과 교섭의 필요성이 크기 때문이다. 88컨트리클럽 사건(대법원 2014. 2. 13. 선고 2011다78804 판결)에서 골프장 캐디의 근기법상의 근로자성을 부정하면서, 노조법상의 근로자성을 인정하였지만 이러한 판단을 하게 된 논리적 근거가 충분하지 않다. 논리의 일관성이 결여된 판례의 한 예로 이에 대한 보완이 필요하다.

나. 단체교섭권

단체교섭권과 관련해서는 노조법상의 교섭창구 단일화에 관한 규정이 과잉입법에 해당한다고 본다. 교섭창구 단일화와 소수 노동조합의 단체교섭권 박탈은 헌법이 보장하고 있는 소수 노동조합의 단체교섭권을 명확한 헌법적 근거 없이 제한하는 것으로 이론적으로 문제가 있다고 본다. 헌법재판소(헌법재판소 2012. 4. 24. 선고 2011헌마338 결정)는 교섭창구단일화 규정의 위헌성과 관련하여 "소속 노동조합과 관계없이 조합원들의 근로조건을 통일"하기 위하여 교섭창구를 단일화 할 필요가 있다고 한다. 만약 '근로조건의 통일'이 헌법이 보장하고 있는 단체교섭권을 제한할 만큼 중요한 가치라면, 그러한 근로조건의 통일을 왜 조합원들 사이에만 적용하는가라는 의문이 제기된다. 헌법재판소의 주장이 타당하다면, 미국이나 유럽의 일부 국가(프랑스, 오스트리아, 스페인 등)에서와 같이 단체협약을 일반적 구속력과 무관하게 비조합원을 포함한 모든 근로자에게 적용하여야 할 것이다.

다. 단체행동권

근로자들의 단체행동권 행사와 관련하여 노조법 제41조 제1항은 쟁의행위를 조합원 찬반투표 후에만 할 수 있도록 하고 있고, 동법 제45조 제2항은 쟁의행위를 조정을 거친 후에만 할 수 있도록 하고 있다. 그리고 이들 규정을 위반한 것에 대하여 동법 제91조는 그 자체를 이유로 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처할 수 있도록 하고 있다. 이는 쟁의행위가 공익을 침해하거나 사용자 또는 제3자에게 손해를 가하지 않고, 업무방해죄와 같은 형사 처벌규정을 위반하지 않은 경우에도 위의 절차를 준수하지 않으면 그 자체를 이유로 처벌할 수 있다는 것을 의미한다. 이는 단체행동권에 대하여 형벌권의 행사를 통하여 국가가 지나치게 개입하는 과잉입법의 대표적 사례라고 생각된다. 집단적 노동분쟁에 대하여 국가의 개입을 축소하고, 노사자치를 확대하여 국가중립의 원칙을 확보할 필요가 있다.

또한 단체행동권의 행사와 관련하여 비판의 대상이 되는 것은 업무방해죄와 관련된 것이다. 먼저 형법 제314조는 '위력'이라는 불명확한 개념을 범죄구성요건으로 사용하고 있는 것이 문제이다. 나아가 판례가 '단순 노무제공의 거부'도 집단적으로 이루어지면 작위에 의한 '위력'으로 판단하고 있는 것도 문제이다. 판례(대법원 2011. 3. 17. 선고 2007도482 판결)가 집단적 노무제공 거부가 업무방해에 해당되기 위해서는 "예측할 수 없는 시기에 전격적으로 이루어져 사용자의 사업운영에 심대한 혼란 내지 막대한 손해를 초래하는" 경우로 제한하였다. 그러나 근본적으로는 노무제공 거부를 작위로 평가한 것이 문제이다. 법체계에 부합하지 않는 판례의 대표적 사례라고 본다.

4. 결론

토론자가 보기에는 현행 노동법은 변화하는 사회에 적절히 대응하지 못하고 있을 뿐만 아니라, 다른 사회분야 또는 법 분야에 비하여 매우 낙후된 모습을 보이고 있다고 본다. 따라서 우리나라의 노동법을 변화하는 사회에 맞게 수정하는 것도 중요하지만, 낙후된 노동법을 적어도 사회현실에 부합하도록 개선하는 것도 절실하다고 본다.

종합적으로 보았을 때 토론자는 현행 개별적 근로관계법과 관련해서는 많은 부분이 좀 더 구체적으로 실정법으로 규율될 필요가 있다고 본다. 예를 들어 징계 및 전직의 정당성, 사업양도 등에 대하여는 관련규정을 신설할 필요가 있다고 본다. 반면 집단적 노동관계법과 관련해서는 지금도 지나친 국가의 개입으로 국가의 중립의무가 문제시 될 정도로 입법이 과잉된 상태이므로 이에 대하여는 좀 더 당사자가 자율적으로 문제를 해결할 수 있는 기회를 확대하는 방향으로 법제도를 개선해 나갈 필요가 있다고 본다.

노동법의 현재와 미래에 관한 토론문
– 고용, 상생, 통합, 민주주의 –

김상호 (경상대학교 법과대학 교수)

1. 고용 : 일·가정 양립지원 정책과 일·학습 병행제가 주는 의미?

노동법은 전통적으로 근로조건의 유지·개선 내지 근로자의 경제적·사회적 지위 향상이라는 목적을 추구해 오고 있다.

그런데 저출산·고령화 시대에 들어와 정부는 일·가정의 양립을 위한 정책을 강화하고 있다. 2008년 이래 정부는 "일 중심´에서 ´가정과의 균형´을 중시하는 근로자들의 의식변화에 대응하고 있는 것이다.[1)]

또한 정부는 사회안전망의 일환으로 직업능력개발 활성화를 통한 직업능력중심사회 구축을 위해 국가직무능력표준(NCS)를 제시하면서 "근로자가 전 생애단계에 걸쳐 일과 학습을 병행할 수 있는 체제"를 조성하고 있다.[2)]

정부는 근로자로 하여금 "일-가정-학습"을 모두 균형 있게 유지해 나가도록 장려하고

1) 『남녀고용평등 및 일 가정 양립 지원에 관한 법률』 제1조에 따르면 "근로자의 일과 가정의 양립을 지원함으로써 모든 국민의 삶의 질 향상에 이바지하는 것을 목적으로" 이미 시행되고 있다.

2) 2015년 9월 노사정위원회 대타협 합의서에는 'Ⅲ. 사회안전망 구축 분야 8. 직업능력개발 활성화를 통한 직업능력중심사회 구축'의 소제목 하에서, "근로자가 전 생애단계에 걸쳐 일과 학습을 병행할 수 있는 체제를 구축"한다는 내용을 담고 있다.

있는 것이다.

여기서 근로자는, 종래처럼 오로지 직장에 몰입하고 투신하면서 나의 지위와 소득을 높일 것인가? 아니면 직장일 외에 가사를 분담하면서 새로운 산업적 능력을 배양하면서 평생근로가 가능하도록 대비할 것인가? 하는 선택 기로에 서 있다고 생각한다.

노동법에서도 일-가정-학습에 관련된 휴식의 보장, 교육훈련제도가 보다 강조되어야 한다고 생각한다.

2. 상생: 연장근로는 실업자들에게 어떻게 보일까?

우리나라는 경제성장률 3%도 달성하기 어려운 저성장 기조(基調)에 들어섰다. 이와 같은 저성장 기조에서 한편으로는 신성장동력의 돌파구를 찾아야 하겠으나, 다른 한편으로는 기존의 흐름 속에서 고통분담 차원에서 근로의 기회를 나누는 것도 함께 고려할 필요가 있다. 이런 관점에서, 먼저 취업자와 사용자 간의 합의로 행해지는 연장근로에 대해 문제를 제기한다.

연장근로에 대해서는 여태껏 근로자의 건강보호와 산재예방 차원에서 규제의 대상으로 보았다. 건강보호를 위해 1주 12시간을 넘어서는 안 된다는 법정한도 내의 연장근로는 취업자와 사용자 간의 자유에 맡겨진 것으로 보아왔고 제3자가 왈가왈부할 수 있는 것이 아니었다.

그러나 청년실업 등 실업문제가 사회적 최대이슈가 된 현 시점에서, 연장근로가 실업자에게 주어질 수 있는 고용의 기회를 선취(先取)하는 것으로 볼 수 있지 않는가 하는 문제제기가 가능하다.

청년의 체감실업률이 34.2%로 발표될 정도로 실업문제가 심각한 상황에서,[3] 취업자들

의 연장근로는 대폭 제한하고 이렇게 해서 남겨진 기회는 청년층 등 구직자들에게 유용하게 사용될 수 있지 않느냐는 발상을 해 볼 수 있는 것이다.

이런 가정에서, 취업자와 실업자는 이해관계가 상반되어 있다. 실업자 구제를 강조하는 만큼 취업자의 기존이익을 재조정하게 되는 것이며 연장근로에 있어서는 새롭게 그 한계를 정하는 것이다.

오랜 동안 우리나라에서는 1주 12시간 이내에서 연장근로가 가능해 왔다. 따라서 1년 52주의 2,000여 법정근로시간 외에 노사합의로 600시간을 연장근로 할 수 있도록 되어 있다.

그러나 프랑스의 경우를 보면 실업해소 및 고용증대를 위해 1주 35시간제가 도입되었고 연장근로에 대해 연간 총량한도제(contingent annuel des heures supplémentaires, L. 3121-11조)가 적용되고 있다. 연간 220시간 내외의 한도를 두어 연장근로를 제한하는 것이다(법정 1,607시간 + 220 시간 = 1,827시간 한도). 그리고 이 한도를 넘어서 연장근로가 이뤄지면, 의무적으로 휴가로 보상시켜서(repos compensateur obligatoire, L. 3121-26조), 해당 취업자가 지나치게 많은 근로기회를 갖는 것을 차단한다.

이런 프랑스의 입법례는, 우리에게 연장근로법제를 실업구제 차원에서 재검토할 것을 시사하고 있다. OECD에 보고된 2014년도 연평균 근로시간이 2,124시간인 만큼, 적정한 한도에서 연장근로의 연간총량한도를 둘 필요가 있다. 그리고 이를 넘어 행해지는 연장근로는 의무적으로 휴가로만 보상하게끔 규율할 필요가 있다.

물론, 근로자가 중소영세사업체에 종사하고 있어서 연장근로 없이는 도저히 생계가 유

3) 이준협 현대경제연구원 연구위원은 2016년 6월 14일 발표한 '청년 고용보조지표의 현황과 개선방안' 보고서에서는 일할 능력이 있는 청년이 그냥 쉬고 있는 '니트족'과 비자발적으로 비정규직을 택한 청년을 더할 경우 청년 체감실업률은 34.2%에 달한다고 보았다.

지되기 어려운 경우, 이런 연장근로의 대폭규제에서, 1,000명 이상의 대기업에서부터 우선 시행하고 그 미만의 규모에서는 순차적으로 시행하여 그 시행시기를 늦추는 방식으로 조정할 수 있을 것이다.

동시에 시간당 최저임금수준은, 저임금근로자들의 생계보호를 위해 끊임없이 지속적으로 향상될 필요가 있다. 이들에게 월소정근로시간의 근로종사로 생계유지가 되도록 최저임금은 지속적으로 향상되어야 할 것이다. 연장근로의 규제를 통한 일자리나누기의 방안도 이런 전제 에서만 실효성을 확보할 수 있을 것이다.[4)]

3. 통합 : 정부의 기업에 대한 규제와 지원

사용자 즉 기업 측으로부터 이와 같은 고용정책에 대해 반대와 저항이 나올 수 있다. 예컨대, 인력수요를 기존인력이 아닌 신규인력으로 충족시키도록 하는 규제는 인사경영에 대한 간섭이라는 논리로 반대에 직면할 수 있는 것이다.

특히, 연장근로의 규제가 기존인력의 추가적 사용이 아닌 신규근로자의 채용을 가져올 경우, 전체 근로자수는 증가가 될 것인데 이는 기업 내 근로자집단의 세력 강화를 뜻할 수도 있기 때문이다.

기본적으로, 기업은 핵심인력 중심의 근로자들만을 원하고 주변부 근로자들을 포함하여 전체적으로 근로자수의 증가를 원치 않는다고 보인다. 그럼에도 국가는 사회적 현안인 실업문제의 해결, 비정규직에 있어서의 공정성 확보 등 사회통합을 위해 국가는 강력한 고용정책법을 시행하여야 한다.

4) 이처럼 시간당 최저임금이 높아지게 되면 사용자의 근로시간관리는 보다 철저해지고 근로시간 편성에 대해 미리 미리 계획을 수립하여 최대의 효율을 꾀하고자 노력하게 될 것이다.

한편, 국가는 기업이 안정적 노사관계 하에서 사회적 비용 지출을 줄일 수 있도록 산업평화의 환경을 확보해 주어야 한다.

- 기업단위에 있어서는 근참법상의 노사협의제 내지 근기법상의 근로자대표제가 정착하도록 강화할 필요가 있다. 파업권을 행사하는 노동조합은 오히려 기업 밖의 넓은 장으로 안내하고, 단체교섭도 산업별 내지 직종별 협약임금 형성을 위주로 하도록 초기업적 교섭이 장려될 필요가 있다.

- 정부는, 근로자의 직업능력의 훈련, 직업소개, 실업자의 구제 및 재취업 등 사회안전망을 적극적으로 담당하면서 그 만큼 기업의 부담을 덜어 주어야 한다.

4. 민주주의 : 노사협의회와 노동조합

1) 근참법의 강화

예를 들어, 『근로자참여 및 협력증진에 관한 법률』 제20조에서는 노사협의회의 임무로서 협의하여야 할 제반 사항을 규정하고 있다. 제6호에서는 “경영상 또는 기술상의 사정으로 인한 인력의 배치전환·재훈련·해고 등 고용조정의 일반원칙”을 두고 있다.

이 규정은 저성과자 해고 도입 이슈와 관련해서나 현재의 조선산업에서의 인원감축 이슈와 관련해서 바로 직접적으로 관련될 수 있는 규정이다.

근참법 제20조 제6항에 따르면 노사협의회가 이런 사항에 대해 협의를 하게 되어 있지만 이 법에는 협의의 방식에 관한 구체적인 내용이 없을뿐더러 성실하게 협의하지 않거나 아예 협의가 없었던 경우 이에 대한 제재가 마련되어 있지 않다. 따라서 근참법상의 노사협의 규정은 훈시 정도의 유명무실한 권고에 불과하다.

물론, 근로기준법 제24조 제3항에서는, 정리해고에 국한하여, 근로자대표에 의한 협의 요건을 두고 있으나, 근로자대표 선발 규율의 미비, 협의를 거치지 않은 경우에 여타 요건 사항들을 가지고 종합적으로 해고정당성 여부를 판단하는 법원태도로 인해 노사협의 요건에 대한 확고한 규율은 없다고 할 것이다.

이런 법제 하에서, 불안한 근로자들은 노동조합을 결성하여 파업권을 통한 해고저지 대책에 결국 찬동하게 되고, 반면, 정부와 법원은 완고한 태도로 해고저지 파업을 일체 불법으로 보면서 노조와 그 간부들을 형사적으로 처단하거나 민사적으로 문책하는 태도를 포기하고 있지 않다.[5] 그럼에도 노조간부들은 파업으로 대항할 때에 그나마 해고규모를 최소화시킬 수 있다는 경험과 확신으로 희생양이 될 것을 각오하고 파업을 감행한다.

그러므로 국가는 해고와 관련하여 당해 해고대상자들이 감내할 수 있는 보호규율을 다각도로 모색하여야 한다:

- 첫 번째로 근로자대표기구는 파업권을 행사하지 않되 충분하게 의견이 반영되도록 해고에 관한 한 독일의 공동결정에 가까운 제도를 보장하여야 한다.[6]
- 최소한, 근참법 제20조 제6호와 관련하여, 이 규정에 반하여 협의를 거치지 않은 사용자의 해고 등 경영조치는 무효가 됨을 분명히 명시하여 효력규정화해야 한다.

2) 초기업단위에서의 노조에 의한 근로자보호기능

우리나라의 기업별 노사관계 하에서 노동 3권의 보장, 특히 단체교섭권의 보장은 기업 내 조합원 내지 동종 근로자에게 근로조건 향상의 기회를 부여함을 뜻하고, 노조가 없는 미조직 기업 종사자들에게는 근로계약에 의한 임금결정 내지 최저임금법의 적용이 있을 뿐 집단적 교섭에 의한 임금결정의 혜택은 주어져 있지 않음을 뜻한다.

---

5) 대표적인 사례가 쌍용차사례임.
6) 근로조건을 규율하는 취업규칙에 대해서도 공동협정인 노사협의회에서의 합의로 발전시키는 것이 타당하다고 본다.

특히, 대기업에 하도급관계로 구속받고 있는 중소기업의 근로자들이나 기간제·파견제·단시간제 비정규근로자, 외국인근로자들은 고용의 불안정으로 인하여 이런 조합활동을 드러내 놓고 할 수 없다. 이런 근로자들을 두고 왜 노동 3권이 보장되어 있는데도 노조를 조직하지 않고 교섭을 요구하지 않느냐고 묻는다면 현실을 도외시한 우문이라고 볼 수밖에 없다.

따라서 이와 같이 조합활동을 사실상 할 수 없는 근로자들을 위해서는 초기업적 노조의 교섭 결과로 얻어지는 표준적 임금수준은 그야말로 꿈과 희망이다. 임금결정 시 참고하게 되는 공정노임이 될 것이기 때문이다. 바로 지역단위의 직종별로 표준임금의 형성을 목표로 하는 초기업적 단체교섭은 이런 점에서 의의가 크다.

만일 정부가 과감하게 이런 단체교섭을 장려할뿐더러 그 단체협약을 확장하는 지역적 구속력을 결정한다면 취약근로자 보호의 완결판이 될 것이다. 바로 프랑스나 독일이 90% 내지 60% 선의 높은 단체협약적용률을 갖고 있는 것은 초기업적 교섭과 단체협약 구속력확장제도에 기인한다.[7]

우리나라에서 현재 지방단위로 활발히 개최되는 지역 노·사·민·정 협의회 활동은 이런 점에서 매우 고무적이다. 노사가 기업의 문을 나서서 한 시내에서 서로 만나는 기회를 정기적으로 갖고 있기 때문이다. 앞으로 더 발전되어야 할 점은 그 협의내용 속에 공정한 임금수준에 관한 권고가 포함되는 것이다. 그리고 먼 장래에는 지역적 직종별 교섭 차원에서 이런 기준이 결정되기를 희망한다.

<끝>

7) 스위스는 이런 의미로 표준근로계약을 정부에서 제정하여 공표하여 시행하기도 한다.

토론문

김홍영 (성균관대학교 법학전문대학원 교수)

(1) ‘노동법의 현재와 미래’를 주제로 요즈음 매우 ‘핫한’ 두 분 학자의 발제를 듣고 함께 토론의 기회를 갖게 되어 감사드립니다.

박지순 교수님의 발표를 듣고 보니, 노동법의 법제도 개선에 관해 논의되고 있는 부분이 매우 많다는 점에 저도 놀랍습니다. 최근 들어 문제들은 더 심화되었는데 그다지 해결을 보지 못하여 왔다는 점이 아쉽습니다. 지금까지도 많은 분들이 애쓰시며 수고해 주셨지만, 앞으로도 노사정 및 학계의 노력이 더 필요하겠습니다.

(2) 박지순 교수님의 발표 내용은 노동법 전반에 걸쳐 망라되어 있는데, 세세한 부분에서 개선 여부에 대한 찬반, 구체적 개선 내용에 대한 이견 등이 있는 문제들입니다. 그래서 이 자리에 제가 각각에 대해 저의 사견을 말씀드리기보다 몇 가지 점들만 언급하는 것으로 양해 부탁드립니다.

우선 박 교수님 발표에서 깊이 공감하는 부분을 언급하면, 취업규칙의 개선과 종업원대표 논의를 결합하는 부분입니다. 제가 지난 5월 서울대노동법연구회 공개학술대회에서 발표한 것이, 취업규칙을 근로자위원회와 사용자가 합의하여 정하도록 하자는 제안입니다. 취업규칙은 근로조건을 사용자가 일방적으로, 주도적으로 정하도록 한다는 점에서 근로조건 대등결정 원칙에 어긋납니다. 사업장협정(노사협정)의 방식으로 집단적 근로조건을 정하도록 하고 그 사업장협정을 새로운 방식의 취업규칙으로 보자고 제안 드렸습니다. 물론 박제성 박사님이 출간된 다른 연구물에서 강조하시듯이, 단체협약의 역할을 확대하자는 제안도 경청할만합니다. 박제성 박사님의 제안은 단체협약을 산업별 협약, 기

업별 협약 등 다양한 층위로 체결이 가능하게 하면서, 기업별 취업규칙은 기업별 단체협약으로 대체하자는 제안으로 파악됩니다. 기업별 협약의 체결 주체로서 노동조합 등 근로자의 단결체나 대표체를 유연하게 인정하고, 만인효를 인정하여 기업별 협약의 적용범위를 확대하자는 제안입니다. 사업장협정(신 취업규칙) 체계와 신 단체협약 체계에 대해 함께 연구하고 고민하다보면, 종래 방식의 취업규칙, 사용자가 일방적으로 근로조건을 정하는 구 취업규칙 체계로부터 획기적인 전환이 가능해지지 않을까 기대합니다. 노동법의 '밝은' 미래를 위하여, 근로조건을 집단적으로 정하는 방식에 대한 근원적인 검토가 필요합니다.

한편 박지순 교수님의 발표에서 개인적으로 견해를 달리하거나 우려가 있는 부분도 있습니다. 노동법 규율에서 유연한 규율, 실효성 있는 규율을 위하여, 규제의 적용 제외나 제한을 언급하는 부분이 특히 그러합니다. 저는 노동법은 '보편적으로 적용'되어야 한다는 사견을 가지고 있습니다. 어떤 부분 집합에 대해 노동법의 적용을 완전히 배제하는 것은 적절하지 못하다고 생각합니다. 그 경계선을 넘으면 당해 규율로부터 완전히 벗어날 수 있게 됩니다. 그 경계선을 넘기 위한 수규자의 탈출, 일탈이 빈번해집니다. 경계의 안쪽에 있는 것에 불만을 가집니다. 결국 노동법은 사회 전체의 근본적인 법질서로서의 위치감을 잃어버리게 됩니다.

물론 고용형태, 노사관계의 다양한 변화에 맞추어 노동법의 규율을 유연하게 변용하는 것은 필요합니다. 그래도 원칙적인 규율 모습이 추구하려는 법제도의 취지 그 자체를 유지하고 회복할 수 있다는 믿음 아래서 규제 완화가 논의되어야 합니다. 예를 들면 근로시간 제한의 근본 취지는 장시간 근로를 막아 인간으로서의 행복한 삶을 누릴 시간을 확보하는 것입니다. 근로시간 제한으로부터 완전히 벗어나는 방식을 인정한다면 그래도 장시간 근로가 나오지 않으리라는 믿음을 가질 수 있을까요. 그들은 장기간 근로를 하여도 괜찮은가요. 이기심으로 인해 자신의 몸과 마음과, 가족과의 삶을 스스로 저버리는 행동을 하지 않을까요.

현행 근로기준법은 5명 미만의 사업장에 대해 근로기준법 일부 규정을 적용하지 않습

니다. 부당해고로부터 보호, 근로시간 보호 등은 안정된 고용관계, 일 이외의 삶의 시간 확보, 노무 제공으로부터 종속성의 극도 심화의 방지 등을 위해 필요합니다. 영세사업장의 근로자에게도 마찬가지로 보호가 필요합니다. 근로감독행정의 규율력의 약화가 우려된다면 다양한 변용된 근로감독 또는 규율방식을 찾아 해결하여야 합니다. 영세 사업주의 부담이 우려된다면 부담을 줄이면서도 법을 적용하려는 취지는 유지할 수 있는 방법을 찾아야 합니다. 해고보호 제한과 관련하여 적용제외의 범위를 확대하여야 한다는 논의가 나라 안 밖으로 많습니다. 사용자의 자의적인 고용 중단 압력, 근로자에게는 위협이고 삶의 불안이고 불행일 것입니다, 그것을 어떻게 합리적으로 방지할지 또는 대신 어떠한 해결책을 줄지를 고민하여야 합니다. 근로자에게 '노동'의 시간이 '고통'이지 않도록 하는 것이 필요합니다. 미래의 세대인 아이들에게 '노동'이 '노예'라고 오해하지 않도록, 노동의 '가치'를 지켜야 합니다.

흔히 정부와 여당은 노동법에 대해 '법과 원칙을 지키도록 하겠다'고 다짐해 왔습니다. 그러한 말을 하는 저의(底意)에 대해 찬동하지 않지만, 그러한 말 자체는 좋은 말입니다. 법의 원칙을 무너뜨리는 것이 제도개선이라고 불려서는 안됩니다. '누구에게나' 법의 원칙이 지켜질 수 있도록 여러 방식으로 모색하는 것이 제도개선입니다.

(3) 박제성 박사님의 발표는 노동관계가 디지털노동관계로 변화해오면서 종속이 심해지고 반대로 자유를 잃어버리는 모습에 주목합니다. '진정으로 인간적인 노동체제'를 구축하자는 제안에 전적으로 동감합니다. 각주 10번에 언급한 대한민국헌법 제23조 제3항은 "근로조건의 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다."고 규정하는데, 이를 논증의 기초가 되는 도그마로 소개합니다. '인간의 존엄성을 보장'하도록 노동법을 만들어야 한다는 상위 명제를 저조차도 뼈 속 깊이 새기지 못해온 것 같아 반성이 됩니다.

지난 학기에 대학원수업에서『고용을 넘어』책(영문판)을 읽었습니다. 그 보고서에 담겨있는 '노동담지성'과 '사회적 인출권'에 대해 박제성 박사님의 친절한 설명으로 더 이해가 깊어지는 것 같아 감사의 말씀을 드립니다. 그렇지만 여전히 어려운 개념 같아 여러 의문이 듭니다. 사회적 인출권은 노동담지자가 직업적 생애 동안 좀 더 많은 자유를 행사

할 수 있도록 보장하는 것이랍니다. 그 자유시간에도 삶의 기초인 수입은 확보되어야 할 터인데, 그것은 누구의 부담으로 되는지 또는 누구에게 전가(轉嫁)되는지가 궁금해집니다. 사업주가 바뀌더라도 노동담지자인 점은 변함이 없으므로 사회적 인출권은 계속 유지될 것 같습니다. 프랑스의 '개인별 직업훈련 계좌'나 그것을 확대한다는 '개인별 활동 계좌'가, 구체적으로 어떤 모습으로 비용부담 체계를 구축하여 그러한 제도가 지지되는지가 궁금합니다. 프랑스 법제를 잘 모르는 저로서는, 전적으로 사업주의 부담이라면, 새로이 고용하는 사업주는 홍길동의 계좌의 잔고와 자신에게 고용된 기간 중 사용할 가능성에 더욱 민감해질 수 있는데, 그것을 그냥 수용하여야 하는 제도로 이해되는지, 오해가 있는지 궁금해집니다. 계좌 잔고의 공적 관리(고용보험 식), 계좌 잔고의 이동 관리(퇴직연금 식) 등과는 다른 방식일 것도 같은데 잘 모르겠습니다.

(4) 이 자리에서 토론자의 역할은 비단 두 분 발표자의 발표내용에 국한하지 않고 학회 주제인 '노동법의 현재와 미래'에 대한 자신의 생각도 말하는 것이라 요청받았습니다. 제가 '거대 담론'이나 '패러다임'을 논의하기에 주제넘은 격도 있지만, 그래도 20여년을 노동법을 연구한 연구자로서 지금의 사견을 밝히는 것도 어떨까 하여 조심스럽게 말씀드리고자 합니다.

저는 법, 특히 인간 그 자체를 소중히 다루는 노동법은, '배려와 존중'의 법이어야 한다는 믿음을 가지고 있습니다. 법은 '권리와 의무'라고 이해하거나, '규율과 규율대상'이라고 이해거나, '권한과 금지'라고 이해해오셨다면 '배려와 존중'이 조금은 생뚱맞을 수 있겠습니다. 그래도 노동법이 '따뜻한 법'이기를 소망하여 저는 '배려와 존중'을 강조해 말씀드리는 것입니다.

노동법의 근본 명제는 '인간의 존엄성을 보장'하는 것이라 생각됩니다. 비록 실제의 실정법 규정이 노사정간의 사회적 타협으로 또는 여야간의 정치적 타협으로 구체적으로 정해진다 하더라도, 노동법이 바라보아야 할 방향은 인간의 존엄성을 보장하려 한다는 점입니다.

근본 명제 아래의 하위 과제 내지 핵심 가치로서 무엇을 중시해야 하는지는 논자마다 다를 수 있습니다. 그냥 이 자리에서 저의 사견을 말씀드리는 것이 노동법의 미래에 대한 향후 논쟁에 도움이 될 수 있으리라 생각됩니다.

첫째, '노동의 존중' 및 '노동으로부터의 해방의 존중'입니다. 노동의 존중에 관해서는 비인격적인 대우의 근절이 필요합니다. 직장내 괴롭힘, 사생활 비밀 보호 등이 주요 논제라 생각됩니다. 노동으로부터의 해방의 존중에 관해서는 휴식 보장에 충실한 연차휴가 제도개선, (근무시간 외의 시간에) 연결되지 않을 권리, 일과 삶의 조화 등이 주요 논제라 생각됩니다.

둘째, 노동에서의 '안전'(安全) 및 '안정'(安定)입니다. 두 측면 모두 노동에서의 불안을 제거하자는 얘기입니다. 행복한 노동을 위한 최소한의 기초입니다. 안전에 관해서는 특히 하청 노동에서 안전의 책임이 사라지는 현상을 해결하는 강고한 안전 확보 시스템의 구축이 필요합니다. 안정에 관해서는 최저임금 수준의 향상(소득 안정), 해고 보호 강화(고용 안정) 등이 주요 논제라 생각됩니다.

셋째, 노동에서의 '연대'입니다. 함께 하면서 우리는 행복을 느낍니다. 연대에 관해서는 단결의 자유가 특히 중요합니다. '국제노동기준의 존중'은 국제사회에서의 연대입니다. ILO 핵심협약을 포함하여 주요 협약들의 조속한 비준은 미래가 아니라 현재이어야 합니다.

다음으로, 노동법 규율 시스템의 원리에 관해서는 저는 다음의 점들이 중요하다 생각합니다.

첫째, 앞서 말씀드렸듯이, '근로조건 대등결정의 원칙'입니다.

둘째, 앞서 말씀드렸듯이, '노동법의 보편적 적용'입니다.

셋째, '합리적인 노동관계의 형성'입니다.

넷째, '조화로운 보장'입니다. 여러 가치의 충돌할 때 '선택과 배제'보다는 '조화'가 필요합니다. 조화가 단순한 절충이어서는 안될 것입니다.

(5) 두서없이 토론의 말씀을 드려 송구합니다. 노동법의 미래에 관한 논의가 비관론이 아니라 행복한 연구가 되기를 바랍니다. 우리들 연구자가 행복할 때 후배 세대의 연구자들이 더 많아질 수 있다고 생각합니다. 감사합니다.

토론문 – “일하는 인간의 존엄성”[1] 회복과 보장을 위하여

박귀천 (이화여자대학교 법학전문대학원 교수)

<요약>

“일하는 인간의 존엄성”을 회복하고 보장해야 한다는 관점에서 노동법의 현재를 검토하고 미래를 준비해야 합니다. 이와 관련하여 일하는 사람들의 생명과 건강보호, 노동법의 사각지대에서 일하고 있는 사람들에 대한 보호, 전근대적·인권침해적 인사관리와 현대적 기술의 비인간적 결합에 대한 제재, 일과 가정 및 사생활의 조화, 이를 위한 근로시간의 단축, 단결강화에 기반한 참여적 노사관계의 구축 등이 중요하다고 생각합니다.

1. 서언

1996년 제레미 리프킨의 『노동의 종말』이라는 책을 처음 접하였을 때 당시 노동법 석사과정을 막 시작했던 저로서는 책의 제목만 보고 충격을 받았던 기억이 납니다. 그러나 그 이후로도 지금까지 노동, 노동하는 인간, 노동법의 종말은 아직 오지 않았고 – 서서히 죽어가고 있을지도 모르지만[2] – 어쨌든 계속 살아남아 있습니다. 먼저 발표문에 대한 의견 내지 질문을 드리고, “노동법의 현재와 미래”라는 주제와 관련하여 저는 특히 “일하는 인간의 존엄성”을 회복하고, 보장해야 한다는 관점에서 몇 가지 점을 말씀

1) 도미니크 슈나페르, 『노동의 종말에 반하여』, 김교신 옮김, 동문선·현대신서, 2001, 47쪽.
2) 제레미 리프킨은 “실업자들은 죽어가는 환자들과 흡사한 병리적 증세를 보인다.”라고 했던 심리학자 코틀(Thomas T. Cottle)의 연구결과를 인용하면서, “서서히 죽어가는 노동자들”이라는 표현을 썼다(제레미 리프킨, 『노동의 종말』, 이영호 옮김, 민음사, 1996, 264쪽).

드리고자 합니다.[3)]

2. 발표문에 대한 의견 내지 질문

(1) 박지순 교수님 발표문 관련

① “근로자는 새로운 통신수단의 도움으로 일(직장)과 생활영역의 구분이 점점 의미를 잃어가고 근로기준법의 핵심근로조건의 하나인 1일 8시간 근로시간제라는 전통적 시스템은 사실상 큰 의미가 없다.” ⇒ 오늘날 유연근로시간제의 현실적 필요성이 커지고 있기는 하지만 OECD 최장시간근로국가인 우리나라에서 1일 근로시간의 상한선을 8시간으로 설정하고 있는 것은 장시간 근로의 폐해를 개선해 가기 위한 기준점으로서의 의미를 여전히 가지고 있다고 생각합니다. 일률적인 근로시간 통제가 현실적으로 어렵다고 하여 1일 8시간 상한선이 큰 의미가 없다고 말하기는 어렵다고 생각합니다.

② “(일정 수준 이상의 조직율을 가진) 노동조합이 체결한 단체협약은 일부 강행적 기준에 우선할 수 있도록 하는 방안도 고려될 수 있는 것이다.” ⇒ 단체협약의 효력이 헌법에서 보장된 이상 단체협약은 헌법상 기본질서 및 헌법을 근거로 마련된 강행법규에 위반되어서는 안 된다는 한계가 인정된다는 점을 고려할 때 ‘단체협약을 강행 기준에 우선할 수 있도록 하는 방안’이라는 것은 전체 법질서와 조화될 수 없다고 생각합니다. 사인(私人)간에 체결되는 단체협약에 의해 배제될 수 있는 것이라면 이미 강행법규가 아니고, 설령 이러한 방안을 마련한다 하더라도 단체협약에 의해 위반해도 되는 ‘일부 강행적 기준’은 어떻게 선별할 수 있을까요?

(2) 박제성 박사님 발표문 관련

장기적으로는 박제성 박사님께서 제시하신 노동담지자 개념과 같이 어떤 형식으로든

3) 김선수 변호사는 “인본주의에 입각하여 노동법을 재정립”해야 한다는 의견을 피력한바 있다(김선수, “인본주의의 회복과 노동법의 미래”, 『노동법의 미래담론』, 노동법연구소 해밀 창립기념 심포지엄 자료집, 2013, 17쪽 이하.

일하는 사람들을 최대한 포섭해낼 수 있는 보다 전향적인 개념과 법리의 개발이 필요하다고 생각합니다. 이와 관련하여 현재 비공식노동으로 분류되는 노동, 예컨대 가사노동이나 돌봄노동 등에 대해 물건을 생산하는 노동과 같은 전형적인 임금노동과 유사한 수준으로 혹은 그 이상으로 가치평가를 하는 것이 가능하다고 생각하시는지, 만일 가능하다면 그 근거는 무엇이라고 생각하시는지 의견을 듣고 싶습니다.

3. "일하는 인간의 존엄성" 회복과 보장을 위하여

현대 사회에서 인간은 어쩔 수 없이 일을 통해 자신의 존엄성을 획득하기도 하고 침해당하기도 하는 현실에 놓여 있습니다. 이는 근대 자본주의 사회가 인간의 직업적 활동과 시민권의 연결을 통해 건설되었다는 점과 관련됩니다.[4] 노동 내지 일에 대한 개념정의, 가치평가, 의미부여 등은 시대와 장소에 따라 조금씩 달라질 수 있겠지만 일하는 인간의 존엄성이 대체할 수도 포기할 수도 없는 가치라는 점만큼은 달라질 수 없습니다. 따라서 일하는 인간의 존엄성을 위협하고 있는 상황에 대한 철저한 반성과 개선부터 이루어져야 미래의 노동법을 발전시켜나갈 수 있을 것입니다. 이와 관련하여 중요하다고 생각하는 몇 가지 점을 말씀드리겠습니다.

(1) 일하는 사람들의 생명과 건강의 보호

생명과 건강에 대한 보호는 인간의 존엄성 유지를 위한 가장 기본적인 전제입니다. 이는 정규직, 비정규직에 관계없이 절대적으로 보호되어야 하는 가치임은 물론입니다. 그러나 최근 구의역의 어린 하청근로자 사망 사건이 상징적으로 보여주고 있는 바와 같이 기업들이 주로 힘들고 위험한 작업은 비정규직, 하청근로자, 특수고용종사자 등에게 전가하고 있고, 이들의 목숨을 건 노동을 통해 이윤을 얻고 있는 기업들이 이들에 대한 법적 책임을 외면하고 있습니다. 하청근로자, 비정규직근로자들은 고용불안으로 인해 정규직보다 더 강력한 종속상태에 놓이게 됨에도 불구하고 이에 상응하는 법적 보호는 받지

4) 도미니크 슈나페르, 앞의 글, 16쪽.

못하고 있습니다.[5] 일하는 사람들의 생명과 건강에 대한 보호 법제는 지속적으로 개선, 발전되어야 하지만 우선적으로는 가장 열악한 노동현장에서 일하며 목숨을 담보로 생계를 유지해야 하는 처지에 내몰려 있는 하청근로자와 비정규직근로자들에 대한 생명과 건강의 보호를 위한 제도 개선이 시급합니다. 또한 이윤은 취하면서 책임을 외면하는 사업주들에 대한 철저한 법적 책임의 추궁을 위하여 사법부와 학자들은 적극적인 법해석을 발전시켜나가야 할 것입니다.

한편 노동자들의 신체적 건강만큼이나 정신적 건강도 위협받고 있습니다. 무한경쟁으로 치닫고 있는 성과사회는 성과를 향한 압박을 이겨내지 못한 낙오자와 우울증 환자를 만들어내고 있습니다. '누구나 모든 것을 할 수 있다'는 이데올로기가 강요되는 성과사회에서 성과를 내지 못한 노동자들은 자책과 자학으로 병들어 갑니다.[6] 따라서 노동자들의 정신건강 보호를 위한 법제 정비와 대처방안 마련이 필요합니다. 참고로 독일의 경우, 2013년 노동보호법(Arbeitsschutzgesetz) 개정을 통해 신체적 건강뿐만 아니라 정신적 건강의 위험 역시 작업장의 위험 판단에서 고려되어야 함을 명문화하였고 최근에는 노사공동결정에 의한 사업장협정을 통해 업무상 심리적 스트레스에 대한 위험평가에 대해 정하는 경우가 증가하고 있습니다.[7]

(2) 일은 하지만 노동은 하지 않는 것으로 취급되는 사람들에 대한 보호

전통적인 노동법상의 근로자와는 다소 차이가 있지만 주로 자신의 노동력에 의해 생계를 유지해야 하는 자의 노무제공을 둘러싼 법률관계를 법적으로 어떻게 평가할 것인가의 문제와는 별개로 이러한 사람들이 계속 증가하고 있는 상황에서 일정 정도 입법적 해결이 불가피하다고 봅니다. 특히 이들은 여성·중고령의 돌봄 노동자, 청소년 아르바이트생 등 취약계층들이 관련되는 경우가 많다는 점을 고려해야 합니다.[8] 노동법상 근로자인

5) 이병희, "하청노동과 노동법의 미래 토론문",『노동법의 미래담론』, 노동법연구소 해밀 창립기념 심포지엄 자료집, 2013, 110쪽.
6) 한병철,『피로사회』, 문학과지성사, 2012, 23쪽 이하.
7) Baumann, Helge·Maschke, Manuela, Betriebsvereinbarungen 2015 – Verbreitung und Themen, *WSI Mitteilungen*, 3/2016, S. 223.
8) 최근에는 아이돌보미와 17세 고등학생인 배달앱기사의 근로자성이 문제된바 있다. 아이돌보미

가 아닌가에 따른 일도양단식 논쟁 속에서 수많은 직종의 노무제공자들을 사각지대에 방치하기 보다는 건강과 안전의 보호 및 산업재해로부터의 보호, 생계유지를 위한 적정 수준 보수의 보장, 휴가 보장, 성희롱으로부터의 보호 등 일하는 사람들의 기본적 생존과 인격 보호를 위해 시급한 사항들에 대한 일정 수준의 권리 보호만이라도 입법화하는 방안이 필요하다고 봅니다.

(3) 전근대적·인권침해적 인사관리와 현대적 기술의 비인간적 결합에 대한 제재

사용자의 근로자에 대한 폭행, 폭언, 왕따, 교묘하고 잔인한 방법의 괴롭힘 등이 지속적으로 문제되고 있고 특히 최근에는 저성과자 퇴출을 위한 괴롭힘 문제가 대두되고 있습니다.[9] 근로자에 대한 괴롭힘을 인사권 행사라고 착각하는 전근대적 행태는 현대적 기술과의 비인간적 결합을 통해 진화하고 있습니다. 최근에는 노조를 탈퇴하지 않았다는 이유로 수차례 해고와 징계를 당했던 노조 간부가 복직판정을 받고 출근한 뒤에 4대의 CCTV로 감시를 받는 스트레스로 인한 우울증을 견디지 못하고 자살하여 근로복지공단으로부터 산재 인정을 받은 비극적 사건이 있었습니다.[10] 또한 근로자 개인 스마트폰에 회사앱을 설치하도록 강요하여 상시적인 감시와 개인정보 열람을 시도하는 문제도 이슈화되고 있습니다.[11]

따라서 근로자에 대한 괴롭힘을 법적으로 규제하고 근로자 개인정보보호에 관한 내용

에 대해 고용노동부는 2015.6.19. 근기법상 근로자성을 인정하는 내용의 질의회신을 하였지만 2015.8.10. 광주고용노동청은 아이돌보미가 광주서구 건강가정지원센터를 상대로 낸 임금체불 진정 사건에서 근로자성을 부정하였고 중노위는 아이돌보미의 노조법상 근로자성을 인정하는 등(중노위 2015. 10. 16. 중앙2015부노128) 아이돌보미의 근로자성은 많은 논란이 되고 있다. 한편 서울행정법원은 배달앱기사의 근로자성을 부정하였다(서울행정법원 2015. 9. 17. 선고 2014구합75629 판결).

9) 최근에는 두산그룹 계열사인 ㈜두산모트롤이 퇴사를 거부하는 명예퇴직 대상 직원을 압박하기 위해 다른 직원들과 분리해 컴퓨터와 전화기가 없는 책상에서 벽면을 보고 앉아 있도록 자리를 배치하는 이른바 “면벽근무” 강요가 문제된바 있다(http://www.hani.co.kr/arti/society/area/736139.html).

10) http://www.hani.co.kr/arti/PRINT/747346.html

11) http://daily.hankooki.com/lpage/ittech/201510/dh20151017092540138270.htm

을 법제화할 필요가 있습니다. 참고로 독일의 경우, 근로자 감시 장비의 설치는 의무적 공동결정 대상이고(사업조직법 제87조 제1항 제6호), 2015년에 체결된 사업장협정에서 가장 많이 다룬 주제가 근로자 정보보호에 대한 사항일 정도로 근로자 정보보호 문제가 법적으로 중요하게 다루어지고 있습니다.[12)]

(4) 일과 가정 및 사생활의 조화, 이를 위한 근로시간의 단축

지금으로부터 600여 년 전 세종대왕은 관비가 출산을 하는 경우 산후 100일 동안 일을 시키지 못하도록 법으로 정하고(그 전까지는 일을 시키지 못하는 기간이 7일에 불과했음), 관비의 남편 역시 산모를 돌보도록 30일간 일을 시키지 못하도록 했다고 합니다.[13)] 이는 세종대왕의 남다른 애민정신의 발로였는데 오늘날의 시각에서 보아도 획기적인 수준의 출산휴가 및 배우자출산휴가입니다.

며칠 전 삼성계열사에서 사내변호사 등 직원들에게 육아휴직을 신청하면 불이익을 감수하겠다는 각서를 쓰도록 강요했다는 사실이 보도된바 있습니다.[14)] 현행법에 명백히 위반됨에도 불구하고 2016년 대한민국에서는 육아휴직이나 출산휴가 사용을 이유로 하는 퇴직 강요와 각종 불이익 처분, 여성근로자 결혼 시 퇴직 강요[15)] 등의 사건이 끊이지 않고 있습니다. 인권, 양성평등 같은 개념까지 언급하지 않더라도 장래 노동을 하게 될 인간의 탄생을 이렇게 직접적, 노골적으로 방해하려는 환경 속에서 노동과 노동법을 이야기하는 것은 무슨 의미가 있을까요?

일과 가정생활의 양립을 보장하기 위한 사회 전반적인 인식과 문화의 개선, 이를 뒷받침하기 위한 좀 더 실효성 있는 법제의 강구가 절실합니다. 더 나아가 단지 양육과 가사를 위한 시간 확보에 그치는 것이 아니라 일하는 사람들의 건강하고 문화적인 시민으로서의 사생활이 확보될 수 있도록 근로시간 단축이 실효성 있게 추진되어야 할 것입니다.

---

12) Baumann, Helge·Maschke, Manuela, 앞의 글, S. 223.
13) 세종대왕기념사업회 발행,『세종장헌대왕실록』10, 1974, 186~187쪽.
14) http://news.jtbc.joins.com/html/964/NB11252964.html
15) http://www.labortoday.co.kr/news/articleView.html?idxno=137481

(5) 단결강화에 기반한 참여적 노사관계의 구축

한계를 모르고 폭주하던 자본주의의 폐해는 일정 범위 내에서의 노동운동 합법화를 통해 수정되고 유지될 수 있도록 타협점을 찾았습니다.[16] 따라서 근로자들의 단결활동권은 근로자들의 기본권인 동시에 자본주의를 지탱하는 중요한 요소입니다. 그러나 현재 우리나라에서는 노조 조직률이 10% 수준에 머물고, 과거에 비해 다소 개선되기는 했지만 여전히 파업에 대해 업무방해죄를 적용하는 등 파업권의 사실상 금지에 가까운 법 해석이 이루어지고 있습니다. 근로자들이 자신의 근로조건 결정에서 사용자와의 대등성을 제고하기 위해서는 단결활동권의 실질적 보장이 중요하고, 이에 기반하여 참여적 노사관계 구축이 이루어져야 합니다. 단결활동이 강화될 수 있는 방향으로의 지속적인 법제 개선과 해석론의 전개가 필요함과 동시에 박지순 교수님께서도 말씀하신 바와 같이 특히 미조직 사업장에서는 근로조건 결정 등 중요 안건에 대해 근로자들의 의견이 실질적으로 반영될 수 있도록 하는 제도 구축이 필요합니다.

16) 제레미 리프킨은 “조직적인 노동자 운동이 없었다면 자본주의는 1백 년 전에 붕괴됐을 것이다”라고 말한바 있다(도미니크 슈나페르, 앞의 글, 25쪽).

노동법의 현재와 미래에 관한 토론문

최석환 (명지대학교 법과대학 교수)

<요약>

노동법의 현재에 대한 진단 및 미래에 대한 전망은 변화하는 환경을 축으로 하여 과거에 대한 검토를 중심으로 하는 시계열적 접근법과, 그렇게 형성되어 온 배경을 바탕으로 하는 동시대 속에서의 비교법적 접근, 그리고 있어 왔고 있어야 할 근로자상에 대한 이해 속에서 논의되어야 할 것임.

1. 노동법의 현재와 미래

두 분 교수님께서 지적해 주신 노동법의 현재와 미래에 관한 논의 잘 들었습니다. 거시담론부터 시작하여 구체적인 논점들에 이르기까지 다양한 논의가 폭넓게 전개되어 실로 노동법의 「현재」와 「미래」에 대해 고민해볼 수 있었던 좋은 기회였다고 생각합니다. 이하에서는 논의해주신 내용을 중심으로 평소의 생각과 간단한 질문으로 토론을 대신하고자 합니다.

2. 박지순 교수님께 질문드리겠습니다.

「약자인 근로자의 보호라는 노동법의 목적을 포기하지 않」고 「이용자 편의성」을 향상시킨다는 것은 객관적인 예측가능성이나 규제의 명확성을 의미하는 것으로 이해할 수 있을 것 같습니다. 그리고 이러한 규제의 명확성에는 객관적이고 구체적인 규범을 통해 명

확한 선을 긋는다는 의미와, 복잡하고 번거로운 법규범을 벗어나 누구나 명확하게 당해 규범의 내용을 인식할 수 있도록 하는 투명성의 의미가 함께 포함되어 있으리라 생각합니다.

이러한 관점에서 하나의 고유한 제3의 집단을 상정하는 경우는 실체적인 구분을 통해 특정한 보호를 특정한 계층(현재 적용이 모호한 계층)에 대해 적용하는 것으로 설정하고, 그 보호의 구체적 내용(리스트)와 특정한 계층(예를 들어 사용종속관계없는 노무제공자)의 개념적 표지 구성을 명확히 하는 것으로 구체화할 수 있습니다. 이에 대해 기업내 근로자 집단에 대해 일정한 규제완화의 권한을 부여하는 시스템은 복잡하고 번거로운 법규범체계를 지양하고 당해 집단에 속한 자들에게 특유한 사정에 맞는 사적 자치의 가능성을 확대하는 것으로 생각할 수 있습니다. 그렇다면 양자는 서로 양립가능한 것인지 혹은 상호배제적인지에 대해 여쭙고 싶습니다. 구체적 실체적 규제를 강화하다보면 필연적으로 「노동법으로부터의 탈출」현상을 피할 수 없습니다. 그렇다고 집단적 사적 자치를 확대하고자 한다면 모집단 구성원의 다양성으로부터 발생하는 모호성을 피하기 어려울 것 같습니다. 개인적으로는 규제의 대상에 따른 하이브리드형 시스템도 가능하지 않을까 생각하고 있습니다만, 이 점에 대해 교수님의 의견을 들려 주시면 감사하겠습니다.

다음으로 논의에서 상정하고 계시는 근로자대표제의 구체적인 권한과 형태에 대해 좀 더 자세히 설명을 부탁드리고 싶습니다. 이들을 규제완화를 위한 절차적 정당성의 확보 요건으로서 집단적 동의를 획득하기 위한 주체로 파악할 경우, 이해관계의 다양성이라고 하는 전제를 극복하는 것이 중요한 과제로 제기되리라 생각합니다. 「취약계층 종업원을 위한 사회적 대표성을 함께 아우르는 진정한 종업원 대표조직」의 출현 자체에 대해 반대하는 목소리는 그다지 크지 않으리라 생각합니다. 다만 그 구체적 구성의 단계에서 또다시 다양성을 강조한다면 지나치게 다양한 스펙트럼과 그 각각에서 발생하는 지나치게 다양한 주장이라는 문제가, 내부적 민주성의 논의 하에 획일적인 의사를 강조한다면 현재의 근로자대표와 크게 다르지 않은 문제들이 여전히 제기될 것 같습니다. 나아가 최저기

준으로서의 산별협약의 존재가 전제되지 않은 상황에서, 그리고 고용안정이 점차 해체되고 있는 상황에서, 여전히 「사업장」 단위의 근로자대표가 문제해결의 방법으로 적절한지에 대해서도 의견을 듣고 싶습니다.

3. 박제성 박사님께 질문드리겠습니다.

박제성 박사님께서 말씀하시는 사회적 인출권과 관련하여, 제가 주로 공부의 대상으로 하고 있는 일본에서도 「커리어권」[1](아마도 박사님께서 다른 곳에서 언급하신 「직업적 경로의 보호」라는 개념과도 일맥상통하리라 생각합니다)이라는 이름으로 이전부터 유사한 논의가 검토되고 있고 적극적으로 평가되고 있습니다. 커리어권은 일하는 사람 각자가 그 의욕과 능력에 따라 스스로 희망하는 일을 선택하고 직업생활을 통해 행복을 추구할 수 있는 권리를 의미합니다. 이는 인간으로서의 존엄과 가치, 또는 행복추구권을 비롯하여, 직업선택의 자유, 근로권, 교육을 받을 권리, 노동기본권 등을 두루 그 근거로 구성하고 기존의 공동체적 기업체 내부에서의 인사권에 대응하는 개념으로 상정하고 있습니다. 다만 이에 대해서는 고용보장의 약화 또는 고용의 개념을 배제한 커리어권의 경우 권리 주장의 상대방에 대한 문제(우리 헌법 32조의 구체적 권리성과 관련된 문제와 유사합니다) 등이 구체화를 위해 해결되어야 할 과제가 아닌가 하는 비판도 제기되고 있습니다.

박사님께서 말씀하신 사회적 인출권의 개념도, 적어도 「현재」의 시각에서는 위와 같은 지적의 일부에 대한 대답이 필요할 것 같습니다. 우선 박사님의 발제문을 읽으면서 「노동」의 개념을 임금노동이나 (심지어는) 종속노동에 한정하지 않고 “비임금노동을 포함하여 돌봄노동이나 가사노동 혹은 기타 사회저으로 필요한 모든 일을 포괄하는 일반적인 의미에서의 노동”으로 확장시키는 것은 이러한 지적에 대한 하나의 반론이 될 수 있으리라는 생각을 하였습니다. 또 「고용」의 개념에 한정되지 않는 보편적 권리로서의 구성 역

1) 厚生労働省職業能力開発局, 「キャリア形成を支援する労働市場政策研究会」 報告書(2002. 7. 31.) (http://www.mhlw.go.jp/houdou/2002/07/h0731-3a.html)

시 흥미로운 지적이라 생각하고, 이와 함께 「사회적 인출권」으로서 상정하고 있는 권리가 「인격과 연계」되어 있다는 점을 강조할 때 인간으로서의 존엄과 가치, 또는 행복추구권에 근거한 권리로서 인권에 가까운 것이라는 설명으로 이해하였습니다.

다만 이 경우 여전히 「고용」에 한정되는 권리와 「사회적 인출권」으로 향유할 수 있는 권리는 나뉘게 되는 것이 아닌지 하는 의문을 가지게 됩니다. 보편적인 권리로서의 사회적 인출권이 사용자를 전제로 하지 않는 것이라면, 보다 강하게 사용자를 인식하고 있는 「현재」의 노동법의 영역과는 구분되는 (고용을 전제로 하지 않는) 사회보장 일반의 권리에 가까운 것이 아닌지 하는 생각입니다. 노동법의 「미래」에서 고용을 완전히 배제할 수 없다고 한다면, 즉 고용연계형 권리와 인격연계형 권리가 여전히 양립하고 있다면, 사회적 인출권의 범위는 어디까지 확대되어야 하는지 혹은 확대될 수 있는 것인지 궁금합니다.

4. 마지막으로 두 분의 논의에서 굳이 언급하지 않으신 점을 잠시 환기시키고 질문하는 것으로 토론을 마칠까 합니다.

현재 각국의 노동법이 역사적·사회적 배경에 따라 그리고 그 특징에 따라 서로 다르게 나타난다는 지적이 종종 이루어집니다. 예를 들어 국가와 개인의 사이에 존재하는 “공동체”를 중시하는 독일법을 사회적 모델로, 국가의 개입을 거부하고 자발주의적인 계약관계를 강조한 영미식 모델을 경제적 모델로(다만 올해 5월의 노동조합법 개정[2]에 대한 평가는 별도의 논의가 필요할 듯합니다), 나아가 약한 당사자의 보호와 평등의 재확립을 중시하는 정치적 개념화 모델로 상정됩니다. 이러한 관점에서 일본법은 기업내의 공동체적 근로관계를 중시하는 공동체모델(이후 근대화된 공동체모델)로 특징지울 수 있을 것이라고 합니다.[3]

이러한 배경을 전제로 하더라도 두 분께서 공통적으로 “노동법의 미래”를 논의함에 있

2) http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2016/15/pdfs/ukpga_20160015_en.pdf
3) Alain Supiot, 박제성, 프랑스노동법, 오래, 2011, 26-34면.

어 기초로 삼고 계시는 문제들 – 예를 들어 디지털화나 경제의 글로벌화 – 이 반드시 특정 사회 속에서 같은 양상으로 나타나지 않으리라는 생각은 가능할 것 같습니다. 그리고 그러한 생각을 하게 되는 가장 큰 이유는 위에서 언급한 역사적이고 사회적인 배경의 차이가 여전히 존재하고 있기 때문입니다.

두 분께서 상정하고 계시는 “노동법의 미래”가 어떤 인간상을 상정하고 계시는지 궁금합니다. 변화하는 환경에 따라 노동관계는 지금보다 더 객관적인 채권과 채무의 교환관계로서의 드라이한 관계를 지향하게 될 것인지, 혹은 상호 협력하에 공동체를 구성해 나가는 보다 배려 넘치는 관계를 모색하게 될 것인지가 주된 의문입니다. 제 이해로는 박지순 교수님께서는 다양화되어가는 취업형태나 근로자상을 전제로 개별적 이해관계를 보다 적극적으로 반영하면서도 절차적 정당성의 확보를 위해 보다 직접적이고 구체적인 대표에 의한 논의(대화)의 가능성을 중시해야 한다는 주장이라 판단됩니다. 박제성 박사님께서는 「노동의 비인간화」에 대해 평등주의적 관점 혹은 약자의 보호라는 관점에서 보편적인 권리의 확대를 통해 문제를 해결하자고 주장하신다는 인상을 받았습니다. 양자의 접근법은 모두 우리 노동법의 「현재」에 대한 반성적 검토에서 비롯된 것이라 생각합니다만 그렇다면 「미래」의 근로자는 어떤 사람들인지, 또 어떤 사람들이어야 하는지에 대해서도 의견을 갖고 계시리라 생각합니다. 현상의 근로자와 노사관계를 반영하는 법의 측면을 넘어, 바람직한 근로자상 혹은 노사관계의 모습을 촉진할 수 있는 법을 염두에 두고 이에 대한 의견을 들려 주시면 감사하겠습니다.

5. 사족 : 노동법의 과거