

이철수 교수님 정년 기념
서울대학교 노동법연구회 공개학술대회

한국의 노동법과 일의 미래

- 일시: 2023년 11월 18일(토) 14:30~18:00
- 장소: 서울대학교 법학전문대학원 백주년 기념관 주산홀(대강당)
- 주최: 서울대학교 노동법연구회

서울대학교 노동법연구회

일 정

- 전체 행사 사회: 노호창 (호서대학교 교수)
- 학술대회 토론 사회: 김민기 (부산고등법원 판사)

14:30~15:00 등록 / 개회

▶개회사: 이철수 (연구회 회장, 서울대학교 법학전문대학원 교수)

15:00~15:30 [제1발제] 노동법의 갱신(更新)

— 노동의 미래와 노동법의 근본 목적에 대한 재확인 —

▶발표: 이다혜 (한동대학교 교수)

15:30~16:00 [제2발제] 세계화, 그리고 노동법의 변화와 미래

— 국제노동기준과 FTA를 중심으로 —

▶발표: 장우찬 (경상국립대학교 교수)

16:00~16:20 휴식

16:20~17:00 지정토론

[제1발제]

▶토론: 문준혁 (서울대학교 고용복지법센터 연구원),
조연민 (법무법인 여는 변호사),

[제2발제]

▶토론: 구미영 (한국여성정책연구원 연구위원),
양승엽 (한국노동연구원 연구위원)

17:00~18:00 종합토론 및 질의응답

18:00 폐회

목 차

【제1발제】 노동법의 갱신(更新)

— 노동의 미래와 노동법의 근본 목적에 대한 재확인 — … 이 다 혜 1

【제2발제】 세계화, 그리고 노동법의 변화와 미래

— 국제노동기준과 FTA를 중심으로 — … 장 우 찬 39

【지정토론】

제1발제

▶ 토론 … 문 준 혁 65

▶ 토론 … 조 연 민 69

제2발제

▶ 토론 … 구 미 영 77

▶ 토론 … 양 승 엽 81

【제1발제】

노동법의 갱신(更新)

— 노동의 미래와 노동법의 근본 목적에 대한 재확인 —*

이 다 헤**

- I. 서론
- II. ‘노동의 미래’ 논의와 비판적 검토
- III. 노동법의 근본 목적의 재확인 : 가치지향적
‘노동법’인가, 기능지향적 ‘노동시장의 법’인가?
- IV. 노동법의 갱신(更新): 생존권으로의 ‘회귀’
- V. 맺으며: 노동법학 방법론에 대한 반성적 성찰

I. 서론

“인간은 가치를 갖는다. 그 가치를 보존하는 것은 노동법의 특별한 사명이다.

인간이 사물처럼 취급되는 것을 막는 것이 노동법의 운명이다.”

- 휴고 진쯔하이머, “Das Wesen des Arbeitsrechts”, 1927.¹⁾

* 이 글은 즐고, “노동법의 갱신(更新) - 노동의 미래와 노동법의 근본 목적에 대한 재확인”, 서울대학교 법학 제64권 제3호(이철수 교수님 정년기념호), 서울대학교 법학연구소, 2023. 9.에 게재된 것을 본 학술대회 발표문의 용도로 수정한 것임을 밝힙니다. 노동법의 ‘갱신’(更新)이라는 글의 제목은 성공회 세종교회 김준영 신부님과과의 대화에서 화두를 얻은 것이기에 지면을 빌려 감사드리며, 자료 찾기와 교정을 도와준 제자 이민지 선생(박사과정, 노동법 전공)에게도 감사를 전합니다. 스승이신 이철수 교수님의 정년을 진심으로 축하드립니다. 논문의 모든 부족함과 오류는 전적으로 필자의 책임입니다.

** 한동대학교 법학부 교수

¹⁾ Hugo Sinzheimer, “Das Wesen des Arbeitsrechts(Fundamental Questions of Labour Law)” (Allgemeine Einleitung zu 'Grundfragen des Arbeitsrechts'), *Grundfragen des Arbeitsrechts* (ed. G. Hermes), (Berlin: Verlag d. Allg. Deutschen Gewerkschaftsbundes, 1927), p. 3.

“학문의 목적은 질문을 던지고, 그에 답하는 것이다.” 십여 년 전, 필자가 박사과정 학생일 때의 줄고에 썼던 표현이다.²⁾ 이 글에서는 의도적으로 논지를 전개하는 순서를 바꾸고자 한다. 먼저 답을 말하고, 그 답에 이르게 된 질문을 보이려고 한다. 그 이유는 본 논문이 ‘노동의 미래’라는 화두를 포함하는 글이기 때문이다.

최근 노동 관련 인접 학문분야 및 노동법학에서 ‘노동의 미래’는 실제적인 연구 수요와 담론의 상당 부분을 차지하는 중요한 주제이다. 그런데 위에 제시한 방식에 따라 답부터 이야기하자면 노동법학은 노동의 미래에 대해 말하는 학문 분야가 아니다. 오히려 그 반대다. 노동법학은 법학이자 규범학이기 때문에 ‘노동의 미래’보다는 ‘미래의 노동’을 그 대상으로 삼아야 한다. 노동의 미래는 노동법학의 분석 대상인 사회학적 현상이며 연구의 객체일 뿐, 노동법학의 방향을 견인하는 주체가 결코 아니며 그렇게 되어서도 안 된다. 노동법학은 ‘미래의 노동’이 어떠해야 한다고 규범적으로 먼저 선언함으로써 노동의 미래의 고삐를 쥐고 견인해야 한다.³⁾ 지금의 현실에서는 그 순서가 거꾸로 되어 있다. 노동의 미래가 어떠할 것인지에 대한 엇갈리는 예측 속에서 노동법학의 방향과 근본 목표가 흔들리고 있다.⁴⁾ 본 논문은 이러한 현실을 바로잡는 데 조금이나마 기여할 수 있기를 바라며 쓰여진 것이다.

논문의 구상은 2023년 여름 정년퇴임을 맞이한 이철수 교수의 연구들로부터 상당 부분 계기를 얻은 것이기도 하다. 이철수 교수에 의하면 노동법학 방법론은 ‘가치지향적 접근’(value-oriented approach)과 ‘기능지향적 접근’(function-oriented approach)의 두 가지 방식으로 대별된다. 전자는 근로자 보호 및 노동인권 보장을 우선순위에 두는 노동법의 전통적인 방식이며, 후자는 변화하는 산업구조 적응의 관점에서 노동과 자본의 결합을 도모하고 노동시장과의 정합성을 염두에 두는 방식이다. “한국 노동

본 문헌은 진쯔하이머가 생전 법사회학 교수로 재직하였던 네덜란드 암스테르담 대학의 휴고 진쯔하이머 재단(Hugo Sinzheimer Institute)에서 제공하는 영문 번역본을 기준으로 하였으며, 인용한 문장의 국문 번역은 필자에 의한 것이다.

- 2) 이다혜, “미국 노동법학의 현실 - Karl E. Klare 교수와의 대화를 중심으로 -”, 노동법연구 제37호(서울대 노동법연구회, 2014), 255면.
- 3) 이다혜, “‘노동의 미래’에서 ‘미래의 노동’으로”, 한국사회정책학회 춘계학술대회 발표자료, 2023.
- 4) Ruth Dukes, *The Labour Constitution: The Enduring Idea of Labour Law* (Oxford University Press, 2014); Alain Supiot, “The tasks ahead of the ILO at its centenary”, *International Labour Review* Vol. 159, Issue 1 (2020) 등의 논의 참조.

법학 50년의 성과와 21세기적 과제”(임종률 교수 발표에 대한 토론, 1995), “전환기의 노사관계와 노동법”(노동법연구, 1999), “근로계약의 입법론적·해석론적 과제”(노동법연구, 2002), “근로계약법제의 현대적 과제”(이화여대 법학논집, 2005), “근로계약법제와 관련된 방법론적 검토”(김유성 교수 정년기념 논문집, 2006) 등의 논문에서 이 화두에 대한 지속적인 논의를 발견할 수 있다.⁵⁾

노동법에 있어 가치 지향인가, 기능 지향인가 하는 문제는 노동법학 방법론은 물론이지만 노동법의 기본 목적을 무엇으로 이해할 것인가 하는 보다 근본적인 질문과도 맞닿아 있다. 본 논문은 이철수 교수가 제시한 개념들을 계기 삼아, 노동의 미래 담론 속에서 노동법 및 노동법학의 근본 목적을 재확인하고자 한다. 법학으로서의 노동법학은 규범학이기에 노동의 미래에 대한 전망에 좌우되어 그 근본 방향이 흔들려서는 안 되며, 오히려 ‘미래의 노동’의 방향을 선언하고 제시할 수 있어야 한다는 것이 이 글의 핵심 견해이다.

이러한 논의를 위하여 본 논문에서는 먼저 노동의 미래 관련 사회과학적 논의를 소개하되 이를 비판적 시각으로 검토한 뒤(II), 이철수 교수가 제시한 ‘가치지향적 접근’과 ‘기능지향적 접근’이라는 개념들 그리고 서구 노동법학에서 전개된 Hugo Sinzheimer를 시초로 한 정통 노동법(labour law)의 이론과 신자유주의 이후 등장한 노동시장의 법(law of the labour market)이론을 비교, 대조하며 후자에 대한 비판론을 살펴본다(III). 다음으로 21세기 이후 인공지능의 확산 등 디지털 기술혁신, 팬데믹의 경험과 심화되는 생태위기 맥락 속에서 노동권과 생존권의 중요성이 재부상하고 있음을 상기하며 ‘노동법의 갱신’(更新, renewal)이 필요한 시점에 이르렀다는 것을 논증한다(IV). 마지막으로 노동법학 방법론에 대한 반성적 성찰, 특히 법사회학적 방법론의 중요성에 대한 생각을 덧붙이는 것으로 끝맺는다(V).

5) 이철수, “한국 노동법학 50년의 성과와 21세기적 과제(임종률 교수 발표에 대한 토론)”, 서울대학교 법학 제36권 제2호(1995); 이철수, “전환기의 노사관계와 노동법”, 노동법연구 제8호(서울대 노동법연구회, 1999); 이철수, “근로계약의 입법론적·해석론적 과제 - 이른바 근로계약법제와 관련하여 -”, 노동법학 제15호(한국노동법학회, 2002); 이철수, “근로계약법제의 현대적 과제”, 법학논집 제9권 제2호(이화여대 법학연구소, 2005); 이철수, “근로계약법제와 관련한 방법론적 검토”, 노동법의 존재와 당위: 김유성교수 정년기념 논문집(박영사, 2006)이 있다.

II. ‘노동의 미래’ 논의와 비판적 검토

1. 노동의 미래에 대한 전망⁶⁾

노동의 미래에 대하여 4차 산업혁명과 인공지능 담론이 다양한 분야에 중대한 영향을 미치고 있다.⁷⁾ 지금의 변화를 과연 ‘4차 산업혁명’으로 명명하는 것이 옳은지에 대한 회의론도 여전히 존재하지만,⁸⁾ 빅데이터(Big Data), 사물인터넷(IoT), 인공지능과 로봇, 최근 큰 돌풍을 일으키고 있는 Chat GPT의 개발까지 “디지털 전환”(digital transformation)으로 일컬어지는 현상이 고용 및 노동 분야에 많은 영향을 미치고 있는 것은 사실이다. 디지털 전환은 “특정 분야가 디지털 기술의 독특한 특징에 영향을 받고, 현실보다 가상세계의 법칙에 영향을 받으며, 기업의 생산과정에서 한계비용(marginal cost)이 제로(0)에 수렴하며 각종 제품, 서비스, 산업, 고용 등에 영향을 미치는 것”이라는 개념으로 정의된다.⁹⁾

이러한 디지털 전환을 추동하는 핵심 기술 중에서도 최근에는 특히 인공지능의 노동에 대한 영향이 주목을 끈다. 인공지능(Artificial Intelligence)이라는 용어는 1956년 미국 다트머스 회의(Dartmouth conference)에서 최초로 사용되었으며 기계가 인간처럼 생각하는 능력을 갖출 수 있느냐는 질문에서 출발한 것이다. 인공지능이 인간의 일을 상당히 대체할 수 있으리라는 낙관이 있었던 ‘탐색과 추론의 시기’로 불렸던 1차 인공지능 시대(1950년-1970년대) 및 칩제기, 전문 분야에 대한 적용이 다시금 이루어진 2차 인공지능 시대(1970년-2000년대)를 거치고, 고전적 머신러닝(machine learning)보다 비약적으로 발전한 기술인 인공지능망에 중점을 둔 딥러닝(deep learning)

6) 이 절의 논의는 줄고인 이다혜, “기본소득에 대한 노동법적 고찰 - 근로권의 재구성을 위한 시론적 검토 -”, 서울대학교 법학 제60권 제1호(서울대학교 법학연구소, 2019) 및 “4차 산업혁명과 여성의 노동: 디지털 전환이 돌봄노동에 미치는 영향을 중심으로”, 법과사회 제60호(법과사회이론학회, 2019)에 포함되었던 내용 중 일부를 수정, 보완하여 재서술한 것이다.

7) 클라우스 슈밥(송경진 역), 클라우스 슈밥의 4차 산업혁명(새로운현재, 2016).

8) 김소영 외, 4차 산업혁명이라는 유행: 우리는 왜 4차 산업혁명에 열광하는가(휴머니스트, 2017)의 논의 참조.

9) 김석관, “두 개의 4차 산업혁명과 한국의 선택”, 한국형 노동 4.0 포럼 발표자료(2018); 제러미 리프킨(안진환 역), 한계비용 제로 사회: 사물인터넷과 공유경제의 부상(민음사, 2014) 참조.

기술이 2000년대 중반부터 도입되며 각종 산업 분야에 활발히 영향을 미치고 있다.¹⁰⁾

디지털 전환과 인공지능이 고용 절벽 또는 ‘노동 없는 미래’로 이어지게 될 지에 대한 논쟁은 끊이지 않고 있다. Frey&Osborne(2017)은 향후 20년 내로 미국 일자리의 47%가 기술에 대체될 수 있는 고위험 직군이라는 주장으로 노동의 미래에 대한 치열한 논쟁을 촉발한 바 있으며,¹¹⁾ 이후로도 4차 산업혁명, 인공지능, 자동화 등이 고용에 미치는 영향에 대해 다수의 찬반 논의가 계속 진행되고 있다.¹²⁾ 디지털 전환으로 인해 반드시 대량실업이 야기된다는 전망은 정확히 검증된 것으로 보기는 어렵지만 지난 수십년간 세계적으로 진행되어 온 ‘균열일터’(fissured workplace) 현상으로 인한 불안정 노동의 확산과 노동시장 이중구조화를 고려하면,¹³⁾ 적어도 저숙련·저임금 직종 위주로 실업률이 더 높아지고 기존의 경제적 불평등과 양극화가 심화될 것이라는 우려는 지속적으로 제기되고 있다.¹⁴⁾

10) 한국인공지능법학회, 인공지능과 법(박영사, 2019), 3-7면.

11) Frey, C.B. & Osborne, M.A. “The future of employment: How susceptible are jobs to computerisation?”, *Technological Forecasting and Social Change* Vol. 114 (2017). 이다혜, “4차 산업혁명과 여성의 노동: 디지털 전환이 돌봄노동에 미치는 영향을 중심으로”, 법과사회 제60호(법과사회이론학회, 2019), 367면.

12) Acemoglu, D. & Autor, D., “Skills, Tasks and Technologies: Implications for Employment and Earnings”, *NBER Working Paper Series 16082* (Cambridge, National Bureau of Economic Research, 2010); Salvatori, A., “The Anatomy of Job Polarization in the UK”, *Discussion Paper Series no. 9193* (Bonn, IZA, 2015) 등.

13) 오바마 정부에서 노동부 행정관을 역임한 David Weil은 저서 「균열일터」에서 노동시장 및 많은 근로자들이 처해 있는 노동의 현주소를 ‘균열’이라는 용어로 표현한 바 있다. 시간이 흐를수록 점점 깊게 벌어지는 바위틈처럼 일터의 균열도 깊어진다는 뜻으로, 기업이 과거와 같이 근로자를 직접 고용하는 대신 비용절감을 위해 하청, 파견, 프랜차이즈, 제3자 경영 등을 활용해 ‘고용 털어버리기(shedding employment)’를 단행하고, 하위 업체에서 일하는 사람들의 노동 조건이 더욱 불안정해지는 현상을 일터의 균열(fissured workplace)로 진단했다. 데이비드 와일(송연수 역), 균열 일터: 당신을 위한 회사는 없다(황소자리, 2015)의 논의 참조.

14) D. Acemoglu, & D. Autor, “Skills, Tasks and Technologies: Implications for Employment and Earnings” *NBER Working Paper Series 16082* (Cambridge, National Bureau of Economic Research, 2010).

2. 규범적·비판적 관점의 필요성

노동의 미래에 대한 ‘실패한 예언’을 남긴 대표적인 예로 자주 인용되는 사람이 있는데, 바로 흥미롭게도 오늘날 거시경제 이론의 기틀을 닦은 경제학자 존 메이너드 케인즈(John Maynard Keynes)이다. 케인즈는 1930년에 집필한 짧은 논문인 “Economic Possibilities for Our Grandchildren”에서 그의 시대로부터 100년 뒤, 즉 2030년에는 기술 발전으로 인해 적어도 서구권에서는 근로시간이 주 15시간 정도로 단축될 것으로 전망했다.¹⁵⁾ 주 4일제 논의도 반대에 부딪히는 현재로서 2030년에 케인즈의 전망이 실현되기는 사실상 불가능해 보인다.

그런데 케인즈의 이 논문에서 백년 뒤 근로시간이 주 15시간으로 단축될지 아닌지에 대한 사실적 차원의 전망보다 현 시점에서 더 주목해야 할 것은 오히려 그의 경제에 대한 관점에 있다. 케인즈는 논문 서두에서 “우리는 지금 경제 저성장이라는 나쁜 충격에 시달리고 있다. 사람들은 19세기의 엄청난 경제 고성장이 끝났다고들 말한다. 그러나 내가 보기에 이러한 말은 틀렸다. 우리가 지금 고통받는 이유는 지나간 시대의 류머티즘 때문이 아니라, 극도로 빠른 변화의 속도 때문이다. 우리는 지금 하나의 경제적 시대가 끝나고, 새로운 시대가 다가오는 과도기를 살며 재조정과 적응의 문제를 겪고 있는 것이다”라고 진단한다.¹⁶⁾ 케인즈는 기술의 변화가 인류의 경제와 생활수준에 끼친 영향을 매우 심대한 것으로 평가하며, 그러한 추세가 이어진다면 100년 뒤인 2030년경에는 근로시간이 대폭 줄어도 사람들이 괜찮은 삶을 영위하리라 예측했던 것이다. 규범학인 법학의 관점에서, 케인즈의 1930년 논문에서 얻을 수 있는 중요한 교훈은 노동의 미래의 사실적 차원에 대한 단순한 전망보다는 기술혁신으로 인한 노동의 급속하고 심대한 변화에도 불구하고 더 나은 ‘미래의 노동’을 만들어갈 수 있다는 제도적 신뢰, 규범적 선언에 있지 않을까 한다.

미국 백악관 인공지능 보고서는 “기술은 운명이 아니다”라고 강조한다.¹⁷⁾ 독일 연방사회노동부의 「노동 4.0 녹색서」에서도 제1차 산업혁명부터 지금까지 매번의 기술혁

¹⁵⁾ John Maynard Keynes, “Economic Possibilities for our Grandchildren,” in *Essays in Persuasion* (New York: Harcourt Brace, 1932), 358-373 (인용된 문장의 국문 번역은 필자).

¹⁶⁾ Keynes, Id. p. 358.

¹⁷⁾ U.S. Executive Office of the President, “Artificial Intelligence, Automation and the Economy” (2016); 이다혜, 위의 논문(2019), 368면.

신이 우려했던 대량실업 사태로 귀결된 적은 없고, 결국은 새로운 기회를 창출했다고 본다.¹⁸⁾ 산업혁명 시기 열악한 노동조건이 사회문제로 부상했을 때 서구 국가들은 이에 대처하기 위해 복지국가를 형성했고, 20세기 초중반 세계대전과 대공황을 겪으면서 문제된 실업과 빈곤을 해결하기 위해 노동법과 표준고용관계를 확립한 것이다.¹⁹⁾ 마찬가지로 4차 산업혁명과 인공지능의 확산이라는 새로운 조건 속에서도 기술혁신이 노동의 미래를 좌우한다는 주장을 무비판적으로 수용해서는 안 될 것이고, 노동법학은 노동법의 근본 목적에 부합하는 노동의 규범적 방향을 적극적으로 제시하는 것이 필요하다.²⁰⁾

그러한 차원에서, 결국 노동법은 무엇을 지향하는 법인가 하는 질문에 답하는 것은 진부하거나 원론적으로 비취질 수도 있지만 노동의 미래에 대한 다양한 예측 내지 노동의 위기 담론이 계속되는 지금 반드시 필요한 작업이다. 이하에서는 이철수 교수의 연구를 계기로 노동법의 근본 목적에 대해 논의하고자 한다.

III. 노동법의 근본 목적의 재확인

: 가치지향적 ‘노동법’인가, 기능지향적 ‘노동시장의 법’인가?

이철수 교수는 1990년대부터 노동법학 방법론 내지 노동법의 목적에 대한 방향성을 계속적으로 제시하여 왔다. 그 핵심은 노동법학의 ‘가치지향적 접근’(value-oriented approach)과 ‘기능지향적 접근’(function-oriented approach)’의 정반합에 대한 것으로, 주요 내용은 아래 인용문과 같다.

“첫째, 한국 노사현실의 특수성으로 인하여 지금까지의 노동법학은 주로 가치지향적 접근방식을 선호하지 않을 수 없었다. 둘째, 그러나 1990년 이후의 환경변화를 감안해볼 때 향후 기능지향적 접근방식의 가미 또는 보완이 필요할 것이다. 셋째, 따라서 향후 노동법학의 과제는 이러한 가치지향적 접근방식과 기능지향적 접근방

18) 독일 연방노동사회부, 노동 4.0 녹색(2016).

19) 이철수·이다혜, “한국의 산업구조변화와 노동법의 새로운 역할”, 서울대학교 법학 제58권 제1호(서울대학교 법학연구소, 2017); 이다혜, 위의 논문(2019), 367-368면 참조.

20) 이철수·이다혜, 영혼 있는 노동: 한국의 노동법과 일의 미래(스리체어스, 2019)의 논의 참조.

식을 통합, 발전시켜나가야 할 것이다.”²¹⁾

“한국 노동법학의 특수성은 한국 노동현실의 특수성에서 찾을 수밖에 없을 것이다. 시민법학이 체계적이고 자기완결적인 법논리를 구성할 것을 제1의 과제로 삼고 있는데 반하여 노동법학은 노사간의 이익충돌을 합목적적으로 해결하고 생존권 이념을 보다 구체적으로 실현할 것을 기본적 과제로 삼고 있기 때문이다. 따라서 노동법학은 현실과의 관련성이 다른 법학분야보다도 긴밀하고 구체적이다. 그렇게 본다면 지금까지 노동법학이 노동자의 권익 향상 또는 노동인권의 보장을 지향하고자 한 것은 필연적인 상황이고 시대적 요청이었다는 점에서 긴말이 필요 없을 것이다. 이러한 학문적 경향은 편의상 가치지향적 접근방식(value-oriented approaches)이라고 부를 수 있을 것이다.”²²⁾ [...] “지금까지 한국의 노동법학은 노동법의 독자성 내지 이데올로기적 성격을 부각시키는 데 상당기간 진력해왔다고 볼 수 있다. 더불어 정치한 법해석론보다는 입법개정론 또는 법정책론에 보다 많은 관심을 가질 수밖에 없었다.”²³⁾

“그러나, 노동현실의 변화가 1990년대 초반부터 감지되기 시작하였고 이에 따라 노동법학의 과제도 새롭게 설정될 필요성이 제기되었다. 지금까지의 발전모색 단계에서 도약 및 발전확산의 단계로 이행할 필요성이 대두된 것이다. 노동현실의 변화양상은 우선 노사관계의 역학 구조가 변화하고 있으며 노동조합의 위상 변화, 근로조건 수준의 향상을 들 수 있고 무엇보다도 국내적 상황뿐만 아니라 국제적 상황의 영향력의 증대를 들 수 있다. 따라서 노동현실의 변화와 더불어 앞으로는 노동법학계 내에서 기능지향적 접근방식(function-oriented approaches)에도 상당한 관심을 기울여야 한다. 종래의 일방적인 노동자 보호의 관념을 탈피하여 노동과 자본의 유기적 결합을 강화하고 국경 없는 무한경쟁시대의 산업구조 조정과정을 슬기롭게 대처하기 위한 이론의 개진도 필요하게 될 것이다.”²⁴⁾

- 이철수, “한국 노동법학 50년의 성과와 21세기적 과제(토론)”, 『서울대학교 법학』 제36권 제2호, 1995; 이철수, “서울대학교 法學 50년: 노동법/사회보장법 논문들을 돌아보며”, 『서울대학교 법학』 제50권 제2호, 2009.

21) 이철수, “한국 노동법학 50년의 성과와 21세기적 과제(토론)”, 서울대학교 법학 제36권 제2호(1995), 133면.

22) 이철수, “서울대학교 法學 50년: 노동법/사회보장법 논문들을 돌아보며”, 서울대학교 법학 제50권 제2호(2009), 375면.

23) 이철수, 위의 논문, 375면.

24) 이철수, 위의 논문, 376면.

노동법학 방법론에 대하여 서로 대별되는 ‘가치지향적 접근방식’(value-oriented approach)과 ‘기능지향적 접근방식’(function-oriented approach)이라는 표현은 1995년 이후 이철수 교수의 여러 글에서 계속적으로 발견된다.²⁵⁾ 가치지향적 접근방식은 “노동자의 권익향상 또는 노동인권의 보장을 지향”하는 방법론으로 정의되었고,²⁶⁾ 반면 기능지향적 접근방식은 “과거의 일방적인 노동자 보호의 관념을 탈피하여 노동과 자본의 유기적 결합을 강화하고 국경없는 무한경쟁시대의 산업구조 조정과정을 슬기롭게 대처하기 위한 이론의 개선”으로 정의되었다.²⁷⁾

전자는 근로자의 보호와 권리 보장을 우선순위에 두는 정통 노동법의 방법론이며, 후자는 변화하는 산업구조에 조응하고자 하는 관점에서 노동과 자본의 결합을 도모하고 노동시장과의 정합성을 염두에 두는 방법론이라 할 수 있겠다. 이러한 구분에 관한 본격적인 논의를 위하여 다음과 같은 생각으로부터 출발한다.

이철수 교수가 제시하는 가치지향적 접근과 기능지향적 접근이라는 두 가지 개념은 접근 ‘방식’(approach)이라는 표현을 쓰고 있어 일차적으로 노동법학 방법론에 대한 설명으로 여겨진다. 2006년 김유성 교수 정년기념 논문집에 실린 글의 경우, 제목이 “근로계약법제와 관련한 방법론적 검토”이기도 하다(밑줄 강조는 필자).²⁸⁾ 가치 지향이나, 기능 지향이나 하는 문제는 논의의 대상에 대해 어떻게(how) 접근할지에 대한 방법론과 관련이 있는 것은 물론이다. 그런데 한편으로 이 문제는 노동법이란 과연 무엇인가, 노동법은 왜(why) 존재하느냐에 대한 물음으로 연결되기도 한다. 다시 말하면, 제시된 두 가지 접근은 노동법의 목적에 대한 보다 근본적인 차원의 논의로 귀결되는 것을 피할 수 없다. ‘가치 지향’과 ‘기능 지향’이라는 용어는 노동

25) 이철수, “한국 노동법학 50년의 성과와 21세기적 과제(임종률 교수 발표에 대한 토론)”, 서울대학교 법학 제36권 제2호(1995); 이철수, “전환기의 노사관계와 노동법”, 노동법연구 제8호(서울대 노동법연구회, 1999); 이철수, “근로계약의 입법론적·해석론적 과제 - 이른바 근로계약법제와 관련하여 -”, 노동법학 제15호(한국노동법학회, 2002); 이철수, “근로계약법제의 현대적 과제”, 법학논집 제9권 제2호(이화여대 법학연구소, 2005); 이철수, “근로계약법제와 관련한 방법론적 검토”, 노동법의 존재와 당위: 김유성교수 정년기념 논문집(박영사, 2006).

26) 이철수, “한국 노동법학 50년의 성과와 21세기적 과제(임종률 교수 발표에 대한 토론)”, 서울대학교 법학 제36권 제2호(1995), 131면.

27) 이철수, 위의 토론문, 132면.

28) 이철수, “근로계약법제와 관련한 방법론적 검토”, 노동법의 존재와 당위: 김유성교수 정년기념 논문집(박영사, 2006).

법학 방법론에 대한 두 가지 접근으로 이해될 수도 있지만, 한편으로는 노동법의 주된 목적 또는 역할이 무엇인지에 대한 대조되는 견해로 해석될 수도 있는 것이다.²⁹⁾ 이철수 교수가 제시한 두 용어는 필연적으로 우리에게 노동법의 목적에 대해 질문하는 법적 계기를 제공한다.

이 글에서는 지금부터 ‘가치 지향’이나 ‘기능 지향’이라는 논의를 노동법의 목적에 대한 관점으로 치환하여 논의할 것이다. 먼저 노동법의 목적을 명확히 하는 것이 선행되어야 하고, 방법론은 그 다음이기 때문이다. 노동법의 목적을 무엇으로 이해하느냐에 따라 어떠한 방법론을 사용할지에 대해 서로 다른 판단이 내려지게 마련이다. 실제로 노동법의 주된 목적을 노동의 보호라는 ‘가치’에 두느냐, 노동시장 규율이라는 ‘기능’에 두느냐에 따라 노동 관련 입법 및 행정에서의 제도적 선택과 사법적 법리 해석이 크게 달라지는 것을 현실에서 목도하곤 한다. 노동법학은 이 문제에 대해 정면으로 논의하는 것을 피해서는 안 된다.

서론에서 제시한 본 논문의 전개 방식에 따라 필자가 생각하는 결론부터 먼저 밝히자면, 노동법은 가치지향적 접근을 포기해서는 안 된다. 오히려 지금의 변화하는 노동 현실과 노동의 미래 내지 노동의 위기 담론은, 노동법의 초기 이론을 확립하여 노동법의 아버지로 불리는 휴고 진쯔하이머(Hugo Sinzheimer)가 말한 바와 같이 “인간의 가치를 보존한다는 노동법의 특별한 사명”³⁰⁾의 정당성에 더욱 힘을 실어주고 있다. 이하에서는 왜 그런지에 대해 논의할 것이다.

1. 노동법의 목적: 내재된 긴장과 갈등

노동법학에서의 ‘가치지향적 접근’과 ‘기능지향적 접근’이 노동법의 근본 목적과도 논리필연적 연관성을 가진다는 점을 전제한다면, 노동법의 목적이 무엇인지에 대한 해석론적 논의를 먼저 살펴볼 필요가 있다.

29) 모든 논문은 세상에 나오는 순간 저자의 손을 떠나 다양다기한 방식으로 읽힐 수 있다. 저자가 의도하지 않았거나 예상하지 못했던 방식의 해석도 가능해진다. 물론 어떠한 해석이 원저자의 애초 의도인지를 개인적 차원에서 직접 물어 확인할 수도 있을 것이다. 그러나 이 글은 연구논문이기에 법학자로서의 이철수 교수가 그의 연구에서 제시했던 개념들이 후대에 어떻게 해석될 수 있는지를 분석, 제시하는 것이 노동법학 ‘방법론’의 발전에 조금이나마 더 기여할 수 있을 것으로 기대한다.

30) Hugo Sinzheimer, 위 각주 1의 글, 3면.

실정법에서 규정하는 노동법의 목적은 무엇인가? 우리나라의 노동관계법령 중 가장 핵심적이면서 기초를 이루는 두 법률인 「근로기준법」 및 「노동조합 및 노동관계조정법」(이하 ‘노동조합법’) 제1조로부터 출발해볼 수 있다. 근로기준법 제1조는 법률의 목적을 “헌법에 따라 근로조건을 정함으로써 근로자의 기본적 생활을 보장, 향상시키며 균형 있는 국민경제의 발전을 꾀하는 것을 목적으로 한다”라고 밝히고 있다. 노동조합법 제1조도 “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 이바지함”을 목적으로 한다고 밝힌다. 노동법의 일차적인 목적은 헌법 제34조에 따른 근로자의 인간다운 생활을 보장하는 것으로 해석된다. 개별적 근로관계법 영역에서는 근로조건 최저기준을 설정하여 근로조건을 유지, 개선하도록 하고, 집단적 노사관계법 영역에서는 근로자들의 자주적 단결로 교섭력을 키워 사용자와 대등한 지위에서 근로조건을 결정하도록 하는 것이다.³¹⁾

근로기준법 및 노동조합법 모두 공통적으로 제1조에서 ‘근로자의 보호’ 및 ‘국민경제의 발전’이라는 두 가지 표현을 사용하고 있는 점은 노동법의 목적이 무엇인지를 규명함에 있어 주목되는 부분이다. 양 법률은 근로조건을 유지·개선 및 노동권 보장을 통하여 일하는 사람의 사회경제적 지위 향상을 목적으로 함과 동시에 경제 발전에 기여하는 것도 목적으로 하고 있기 때문이다. 이를 어떻게 해석할 것인가? 노동법은 산업화의 산물로서 태동한 사회법(social law)으로서, 자신의 노동력을 판매하지 않으면 생계를 영위할 수 없이 시장에 던져진 근로자를 보호하기 위한 법인 동시에 자본주의 경제 체제를 부정하지 않고 그 위에서 권리를 보장하는 법이라는 점에 노동법의 태생적 모순과 긴장이 있다.³²⁾

31) 이철수, *노동법*(현암사, 2023), 4면.

32) 오늘날 헌법상 노동권, 생존권 개념의 이론적 기틀을 놓은 법학자 중 한 명으로 평가되는 오스트리아의 법학자 Anton Menger는 당시를 풍미하던 사회주의 이론의 다양한 스펙트럼 중에서 사유재산과 현존하는 재산법을 폐지하자는 주장까지는 받아들이지 않지만, 극심한 경제적 부정의에 대응하기 위한 방법론으로 노동수익권(right to the whole produce of labour), 생존권(right to subsistence), 그리고 근로권(right to work)의 3대 권리를 개념화한다. Anton Menger, *The Right to the Whole Produce of Labour: The Origin and Development of the Theory of Labor's Claim to the Whole Product of Industry* (McMillan Press, 1899). A. Menger의 본서 초반부를 번역하여 소개한 글로, 이철수·이다혜, “안톤

이렇듯 노동법의 목적에 내재된 모순, 긴장 내지 갈등은 정치경제학자인 칼 폴라니(Karl Polanyi)의 「거대한 전환」에 제시된 이론으로도 설명 가능하다. 첫째는 ‘허구상품’(fictive commodity)으로서의 노동이다.³³⁾ 인간의 노동은 일하는 사람과 분리될 수 없는 인격(人) 그 자체이므로, 소모되는 사물인 상품(物)과 본질적으로 다르게 취급되어야 한다. 그러나 자본주의의 현실 속에서 사람의 노동은 그의 생존을 위하여 마치 여타의 상품처럼 시장에서 거래되고 판매된다. 근로계약은 근로자의 노무 제공이라는 의제된 상품과, 사용자가 지급하는 임금이 거래되는 계약이다. 이를 폴라니는 ‘허구상품’이라는 개념으로 설명한다. 노동은 본래 상품이 아니지만 시장에서 허구적으로 상품처럼 의제된다는 것이다. 둘째는 ‘이중운동’(double movement)의 노동에 대한 작용이다. 폴라니는 이중운동 개념을 자기조정적 시장(self-regulating markets)을 형성하려는 경제적 자유주의와 사회의 자기보호(self-protection of society)라는 두 가지 조직원리 간의 충돌로 정의한다.³⁴⁾ 그러므로 자본주의 경제체제 속에서의 노동은 필연적으로 시장확대의 움직임과 사회보호의 움직임 사이에서 끊임없는 긴장과 갈등상태에 놓여 있다.

연혁적으로 산업사회 도래 이후 인류는 역사적인 주요 변곡점마다 노동이 ‘상품’이 아니라 ‘허구상품’이라는 점, 즉 본래 상품이 아니며 상품처럼 취급되어서는 안 된다는 점을 여러 차례 선언하였다. 진쯔하이머는 1927년 「노동법원리」에서 인간의 노동이 자본주의 사회에서 거래되더라도 인격과 분리될 수 없다는 점에 대하여 Marx의 표현을 빌려 “인간의 노동은 피와 살 외에 저장하는 그릇을 갖지 않는다”라고 하였으며,³⁵⁾ 국제노동기구(ILO)는 1944년 필라델피아 선언에서 “인간의 노동은 상품이 아니다”(labour is not a commodity)라는 점을 재확인하였다.³⁶⁾ 근로기준법

맹거의 노동수익권 - 사회주의 이론의 법적 정립과 19세기 사회적 기본권의 태동 -, 서울대학교 법학 제53권 제1호(서울대학교 법학연구소, 2012) 참조.

33) 칼 폴라니(홍기빈 역), 거대한 전환: 우리 시대의 정치경제적 기원(도서출판 길, 2009).

34) 폴라니의 이중운동 개념에 대하여는 정재환, “폴라니(Polanyi)의 이중운동과 브렉시트(Brexit): 자유주의적 경제통합과 중상주의적 보호주의”, 글로벌정치연구 제10권 제1호(한국외국어대학교 글로벌정치연구소, 2017)의 논의 참조.

35) 후고 진쯔하이머(이원희 역), 노동법원리(관악사, 2004), 7면; 이다혜, “근로자 개념의 재검토: 4차 산업혁명, 플랫폼 노동의 부상에 따른 ‘종속노동’의 재조명”, 노동법연구 제49호(서울대학교 노동법연구회, 2020), 9면 참조.

36) ILO, Declaration of Philadelphia: Declaration concerning the aims and purposes of the International Labour Organisation, 1944.

및 노동조합법 제1조에 선언된 노동법의 목적을 칼 폴라니의 이론에 비추어 보면, 노동법은 노동이 허구상품으로 시장에서 거래되는 현실을 인정하면서도 동시에 근로자의 권리를 보장하고 이들의 사회경제적 지위 향상을 목표함으로써 노동이 상품으로 전락하지 않도록 하는 ‘탈상품화’(de-commodification)원리를 구현하는 법으로 설명할 수 있다.³⁷⁾ 노동법은 자본주의를 전제로 작동하면서도 자본주의의 모순을 시정하는 법인 것이다.³⁸⁾

2. 가치지향적 ‘노동법’인가, 기능지향적 ‘노동시장의 법’인가?

그런데 문제의 소재는, 서구에서는 1970년대 이후 그리고 우리나라에서는 주로 1990년대 이후 기존 제조업 중심의 산업구조가 점차 변화하고 신자유주의적 사조가 강화되면서 노동 및 사회보장 법제도를 기업 경쟁력에 걸림돌이 되는 저해요소로 인식하며 노동법이 시장의 요구에 응해야 한다는 압박이 강해지기 시작한 데에 있다. 노동법제의 보호적 측면, 예컨대 개별법 영역에서의 해고제한법리라든지 집단법 영역에서 노동조합에 대한 보호가 일종의 ‘경직성’인 것처럼 비난을 받고, 경직된 노동법제를 ‘유연화’해야 한다는 주장이 급물살을 타게 된다.³⁹⁾

이러한 외적 환경의 변화로 인하여 노동법 및 노동법학은 양자 택일을 요구받는 상황에 처하게 된다. 노동의 보호를 최우선의 ‘가치’로 두는 정통 노동법의 목적을 고수할 것인가, 아니면 환경이 변했으니 경제적 요구에 부응하고 노동시장이 원활히

37) Judy Fudge, “Labour as a Fictive Commodity: Radically Reconceptualizing Labour Law”, in G. Davidov & B. Langille (eds.), *The Idea of Labour Law* (Oxford University Press, 2011)의 논의 참조.

38) 예컨대 임종률 교수는 노동법의 기본 이념은 근로자의 인간다운 생활을 실현하는 것인데, 이는 사유재산제와 시장경제, 개인의 자유 등 자본주의 사회 필수 요소를 전제로 이와 조화를 이루는 것이지 이를 부정 또는 침해하는 것은 아니라고 본다. 임종률, *노동법* (제20판)(박영사, 2022), 4면.

39) 노동법제에 대하여 오로지 규제완화가 필요하다는 식의 관점에서 경제 발전에 저해가 되는 ‘경직성’ 요소로 인식하는 대표적인 입장을 찾아볼 수 있는 일례가 OECD의 접근이다. OECD는 회원국의 고용보호의 엄격성 정도를 ‘고용보호지수’로 계량화하여 이것이 ‘노동 유연화’ 주장의 근거로 이용되곤 하였으나, 강성태 교수는 OECD 고용보호지수 조사항목을 면밀히 분석하며 그 문제점을 비판한 바 있다. 강성태, “OECD 고용보호지수의 정확성과 적정성”, *노동법연구* 제34호(서울대 노동법연구회, 2013) 참조.

‘기능’하도록 촉진하는 것으로 노동법의 우선순위를 변경해야 하는가? 그도 아니면 노동법에 ‘제3의 길’을 모색해볼 수는 없는가?⁴⁰⁾하는 등의 논의가 쏟아져 나오게 된다.⁴¹⁾ 이는 이철수 교수의 개념틀을 빌리면 그야말로 노동법에 대한 ‘가치지향적 접근’과 ‘기능지향적 접근’의 대립이기도 하고, 또한 서구 노동법학에서 전개된 이론의 흐름에 비추어 보면 정통 ‘노동법’(labour law) 이론과 ‘노동시장의 법’(law of labour market)의 대립이기도 한 것이다.

거시적인 흐름이다보니 이를 개념화하고 이해하는 구체적이고 세부적인 방식은 물론 논자에 따라 다소 다를 수 있지만, 결국 노동법학은 신자유주의의 타격 이후 노동의 보호와 노동시장의 효율성이라는 양자의 대립구도 속에서 정반합(正反合)을 모색해 나아가는 과정 속에 있다고 보아도 크게 틀리지 않을 것이다. 그렇다면, 이하에서는 서구 노동법학에서 변화하는 노동을 둘러싼 현실에 대한 진단과 해법을 모색하기 위하여 크게 두 가지로 전개된 양대 흐름을 간략하게나마 살펴본다.

가. 기능지향적 ‘노동시장의 법’(law of the labour market)

첫째, 먼저 ‘노동시장의 법’(law of the labour market)이론부터 살펴보면, 이는 이철수 교수의 개념에 대응해보면 ‘기능지향적 접근방식’ 계열의 이론이라 할 수 있다. 노동시장법 이론의 대표작으로는 영국 캠브리지 대학의 노동법 교수인 Simon Deakin과 경제학 교수인 Frank Wilkinson이 공동 저술한 “The Law of the Labour Market”(2005), Mark Freedland 교수의 “The Personal Employment Contract”(2003)을 들 수 있다.⁴²⁾

⁴⁰⁾ 예컨대 Hugh Collins, “Is There a Third Way in Labour Law?”, in Joanne Conaghan, Richard Michael Fischl, and Karl Klare (eds), *Labour Law in an Era of Globalization: Transformative Practices and Possibilities* (Oxford University Press, 2004).

⁴¹⁾ Karl Klare (eds), *Labour Law in an Era of Globalization: Transformative Practices and Possibilities* (Oxford University Press, 2004); Coutu, Michel, “With Hugo Sinzheimer and Max Weber in Mind: The current crisis and the future of Labor Law”. *Comparative labor law and policy journal* 34 (3), (2013); Guy Standing, *Work after Globalization: Building Occupational Citizenship* (Cheltenham: Edward Elgar, 2009); Coutu, Michel, “Economic Crises, Crisis of Labour Law? Lessons from Weimar”, *Journal of Law & Society* 47 (2), (2020) 등 다수의 학술 논의가 있다.

⁴²⁾ Simon Deakin & Frank Wilkinson, *The Law of the Labour Market: Industrialization, Employment, and Legal Evolution* (Oxford University Press, 2005); Mark Freedland, *The*

노동시장법 이론의 주요 취지는 산업혁명 이후 영국에서의 노동의 변화 모습의 전개와 연혁적으로 근로계약의 변화 양상을 추적하면서, 노동법이 비교적 협소한 범주인 ‘근로자’의 보호 뿐 아니라 노동시장 전반의 필요를 고려할 수 있기 위해 인적 근로계약(personal employment contract)을 중심으로 재구성되어야 한다는 점을 핵심으로 하고 있다.⁴³⁾ 이러한 문제의식은 서구에서는 이미 1970년대 이후부터 산업구조의 변화와 함께 나타나기 시작한 현상인, 법령상의 근로자(employee)와 자영인(self-employed)에 대한 기존의 이분론이 잘 들어맞지 않고, 법적 보호의 필요성이 있음에도 불구하고 회색지대에 놓여 배제된 형태의 노무제공자들이 증가하고 있다는 점에 착안한 것이다.⁴⁴⁾ 근로자 오분류 문제에 대응하여 배제된 노무제공자를 적극 보호의 범위로 포섭해야 한다는 문제의식은 지금도 여전히 유효할 뿐만 아니라 더욱 중요해지고 있으며, 이 문제에 대한 대응의 필요성에는 전적으로 동의한다. 그런데 이를 해결하기 위한 방법론으로서 Freedland 교수의 경우, “근로자와 자영인이라는 낡은 이분법(old binary divide)을 버리고 ‘인적 근로계약’이라는 새로운 개념 범주”를 통해 노동법을 재구성할 것을 주장한다.⁴⁵⁾ Deakin과 Wilkinson은 나아가 글로벌 시장에서 경쟁력 강화를 위한 규제 완화, 노동유연화가 필요하다는 주장에

Personal Employment Contract (Oxford University Press, 2003).

43) 자세한 내용으로 Simon Deakin, “Does the ‘Personal Employment Contract’ Provide a Basis for the Reunification of Employment Law?“, *Industrial Law Journal* Vol. 36, No.1, (2007). 본 논문을 국문 번역하여 소개한 글로, Simon Deakin(손향미 역), “‘인적근로계약’ 모델은 노동법의 재통합을 위한 기초를 제공하는가?“, 법학논집 제13권 제1호(이화여대 법학연구소, 2008)가 있다.

44) Simon Deakin(손향미 역), 위의 논문, 210면 이하의 논의 참조.

45) 이러한 관점은 커먼로(Common law) 법률체계를 취하고 있는 영국의 법제도와 긴밀한 연관이 있는 것으로 보인다. Freedland 교수는 근로자(employee) - 사용자(employer)라는 현재의 개념이 과거 커먼로에서의 주인(master) 및 하인(servant)에 대한 법리에서 비롯된 것이고, ‘주인과 하인의 관계’는 지금의 고용관계에는 들어맞지 않는 낡은 당사자 개념이라는 점에 주로 착안하여 이러한 이분론이 시대에 뒤떨어진다는 견해를 취하고 있는 것으로 보인다. Simon Deakin(손향미 역), 위의 논문, 212면. ‘주인과 하인’이라는 용어가 현대 민주주의 사회와 전혀 맞지 않는다는 점에는 필자도 매우 동의하는 바이나, 그렇다고 하여 이것이 곧 노동관계를 묘사함에 있어 휴고 진쯔하이머가 확립한 개념인 ‘종속노동’이 약화되었다는 식의 해석으로 곧바로 이어지는 것에는 동의하기 어렵다. 주종관계라는 표현을 쓰든, 근로자와 사용자 관계라는 표현을 쓰든, 21세기 현재에도 인적으로나 경제적으로나 대단히 종속되고 열악한 상태에서 일하는 사람들은 여전히 존재하며 자본주의가 지속되는 한 그러한 현상은 쉽게 사라지지 않을 것 같다는 것이 필자의 본 논문에서의 핵심 주장이기도 하다.

부분적으로 수긍하며 노동법의 목적이 변화하는 현실에 맞게 수정되어야 한다는 입장에서 “사회보호와 시장질서의 요구가 조화되어야 한다”라고 진단하며, ‘노동법’을 넘어선 ‘노동시장의 법’(law of the labour market)을 제안한다.⁴⁶⁾

2000년대 초반에는 일본 및 한국에서도 일부 학자들을 중심으로 노동보호의 관념을 대폭 수정하고, 근로기준법 대신 근로계약 규율 중심의 법제를 도입하여 노동법을 재구성하자는 ‘근로계약법제론’으로 지칭되는 일련의 주장들이 있었다.⁴⁷⁾ 이러한 근로계약법제론에 대한 이철수 교수의 비판적 시각은 후술한다.

나. 가치지향적 노동법: 휴고 진쯔하이머의 ‘노동헌법’(labour constitution)의 재조명

그러나 2007년 미국발 금융위기를 계기로 신자유주의는 더 이상 대세적 사조로 보기는 어렵게 되고, 노동법학에서도 위와 같은 흐름에 대해 의미있는 다수의 비판이 제기되기 시작한다.

대표적으로 Ruth Dukes 교수는 신자유주의적 기조 하에 재편성되는 경향을 띠는 EU(유럽연합)의 경제 및 노동질서에 대한 우려를 표하며, 2014년 저서 “The Labour Constitution”에서 노동법 및 노동법학의 목적을 명확히 하기 위하여 20세기 초 독자적 법 영역으로서의 노동법의 형성에 핵심적인 영향을 미친 진쯔하이머가 제시했던 ‘경제헌법’(Wirtschaftsverfassung) 내지 ‘노동헌법’(Arbeitsverfassung; labour constitution) 개념을 재조명한다.⁴⁸⁾ 노동헌법은 노동조합 및 노동평의회 등 다양한 주체들을 통하여 경제관계를 집단적으로 규율할 수 있는 범규범의 총체를 의미하는 것으로, 노동

46) Deakin & Wilkinson, 위의 책, 342-353면 참조. 단, Deakin과 Wilkinson 교수는 본서에서 모든 노동보호법제를 철폐하자는 극단적인 신자유주의적 주장에는 동의하지 않는다는 것을 명확히 밝히며, 다만 노동법의 기능적 효율성을 제고하려는 취지로 ‘노동시장의 법’(law of the labour market)을 제안하는 것이라는 입장을 취하고 있다.

47) 근로계약법제 논의에 대한 자세한 소개와 이에 대한 비판적 견해는 이철수, “근로계약법제와 관련한 방법론적 검토”, 노동법의 존재와 당위(김유성교수 정년기념논문집)(박영사, 2006) 참조.

48) 노동헌법의 개념과 연혁 및 노동법학에서의 중요성에 대한 전반적인 논의는 Ruth Dukes, *The Labour Constitution: The Enduring Idea of Labour Law* (Oxford University Press, 2014) 참조. 노동법 기초이론을 체계화한 최초의 학자로 평가되는 독일의 법학자 휴고 진쯔하이머의 삶과 이론을 소개한 국내의 학술논문으로는 이홍재, “휴고 진쯔하이머의 생애와 학문 - 한 ‘인간적 사회주의자’에 대한 소묘”, 노동법연구 제1호(서울대 노동법연구회, 1991) 및 이원희, “진쯔하이머의 노동법론과 그 업적”, 노동법연구 제5호(서울대 노동법연구회, 1996)의 논의 참조.

이 경제의 규율에 참여할 수 있을 때에만 비로소 노동과 자본이 공동선을 위해 협력할 수 있다는 관념이다.⁴⁹⁾ 진쯔하이머의 노동헌법 개념은, 비록 바이마르 공화국 성립 직후 나찌 정권의 집권으로 인하여 좌절되어 추후 독일의 실정법에서 현실화 되기까지 더 많은 시간이 걸리기는 하나 1919년 바이마르 헌법 제165조를 통하여 구현되었던 바 있다.⁵⁰⁾

Dukes는 노동법에서 이러한 노동헌법 개념이 갖는 중요성을 다시금 일깨워서 경제 질서에 기반한 시장통합을 추진하고 있는 EU의 정책기조 속에서 경제질서는 민주적 가치에 기반해야 하며, 유럽 노동자들의 근로조건이 보호되어야 함을 강조하며 ‘노동시장법’ 계열의 이론을 다각도로 비판한다. 그 비판의 핵심은 첫째, 노동시장법 이론은 노동현실이 과거와 다르게 변화하고 있어 노동법의 역할도 달라져야 한다는 전제를 취하고 있지만 Dukes는 오히려 과거 노동법 형성기와 현 시대 사이에 다르지 않은 공통점이 무엇인지에도 주목해야 한다고 역설한다. 경제 및 산업구조의 변화, 일하는 방식의 변화, 기술의 발전 등 무수한 실증적 변화가 진행된 것은 물론 사실이지만 노동법이 형성된 1세기 전이나 지금이나 기본적으로 ‘자본주의’ 시장경제 위에서 노동이 거래되고 있다는 사실은 본질적으로 바뀌지 않았다는 점을 상기시킨다. Dukes는 이 글에서도 앞서 소개한 칼 폴라니를 인용하면서, 인류가 자본주의 경

49) 진쯔하이머는 ‘경제헌법’(Wirtschaftsverfassung) 또는 ‘노동헌법’(Arbeitsverfassung)이라는 단어를 여러 저작에서 사용하였다. 대표저작인 1927년 「노동법원리」를 비롯하여 Hugo Sinzheimer, “Der Mensch im Arbeitsrecht”(Man in labour law), in *Neue Blätter für den Sozialismus* 1 (1930), p. 241-244; Hugo Sinzheimer, “Das Problem des Menschen im Recht” (The Problem of Man in Law). Inaugural lecture, Professor of Sociology of Law, University of Amsterdam. Groningen (1933); Hugo Sinzheimer, “Das Wesen des Arbeitsrechts(Fundamental Questions of Labour Law)” (Allgemeine Einleitung zu 'Grundfragen des Arbeitsrechts'), *Grundfragen des Arbeitsrechts* (ed. G. Hermes) (Berlin: Verlag d. Allg. Deutschen Gewerkschaftsbundes, 1927) 등. 바이마르 헌법에서의 경제헌법 관념과 노동평의회 조항 등에 대한 진쯔하이머의 역할은 송석윤, “바이마르헌법과 경제민주화”, 헌법학연구 제19권 제2호(한국헌법학회, 2013), 50-58면에 자세히 소개되어 있다. 이철수·이다혜, “한국의 산업구조변화와 노동법의 새로운 역할”, 서울대학교 법학 제58권 제1호(서울대학교 법학연구소, 2017), 166-167면의 논의 참조.

50) 바이마르헌법 제165조의 원문은 다음과 같다. Artikel 165. Der Arbeiter und Angestellten sind dazu berufen, gleichberechtigt in Gemeinschaft mit den Unternehmern an der Regelung der Lohn- und Arbeitsbedingungen sowie an der gesamten wirtschaftlichen Entwicklung der produktiven Kräfte mitzuwirken. Die beiderseitigen Organisationen und ihre Vereinbarungen werden anerkannt.

제 체제를 포기하지 않는 한 인간의 노동은 시장에서 허구상품(fictive commodity)처럼 거래되기 때문에 일하는 사람들에 대한 법제도적 보호의 필요성이 있다는 사실은 변하지 않는다고 본다.⁵¹⁾ 그렇다면, 노동을 둘러싼 조건이 변화했다고 하여 노동법의 본래 목적도 바뀌어야 한다는 식의 주장에는 동의하기 어렵다는 것이다.

둘째, Dukes는 노동시장법 이론이 노동의 경제적 측면에만 주로 치우쳐 있다는 점에 대해서도 비판적 견해를 취한다. Deakin과 Wilkinson이 변화하는 현실 속 노동시장이 더 잘 기능할 수 있는 방법론을 치밀하게 모색했다는 점에 대해서는 물론 매우 중요한 기여를 했다고 인정하지만, 이들은 결국 시장이 ‘자생적 또는 자기완결적’(spontaneous)이라고 본 점에서 신자유주의의 효시인 경제학자 프리드리히 하이에크(Friedrich A. Hayek)의 기본 관점을 벗어나지 못한 것을 결정적인 약점으로 평가한다.⁵²⁾ 이러한 노동시장 중심적 관점은 노동의 경제적 측면 뿐 아니라 정치적, 민주적 측면도 공존한다는 점을 간과한 것이므로 결정적인 오류의 가능성을 내포하고 있다고 예리하게 지적한다.⁵³⁾ 노동법 및 제도에서 노동의 민주적 차원이 경시되는 한편 노동시장에서의 효율성만이 주로 강조된다면, 그러한 기초를 바탕으로 시행되는 노동정책으로 인해 더 취약해질 수도 있는 사람들의 목소리가 반영되지 못하고 이들의 권리가 약화되는 귀결로 이어질 수 있기 때문이다.

진즈하이머의 노동헌법 이론의 골자는 경제의 규율에 대하여 노동의 민주적 참여를 제도적으로 보장하는 것이기에, 노동헌법은 노동의 경제 및 민주적 차원 양쪽을 아우르는 개념이다. 그러므로 결론적으로 진즈하이머가 제시한 노동헌법 개념은 오늘날 노동현실과 노동법학에 여전히 유효한 것은 물론이며, 노동법의 근본 목적인 인간의 노동에 대한 보호와 해방이라는 가치는 타협될 수 없다는 것이다.

3. 소결: 노동법의 근본 목적에 대한 재확인

가. 진즈하이머의 ‘노동헌법’과 우리 헌법 제119조의 ‘경제민주화’

앞서 노동법의 목적에 대한 기초적 논의를 하면서 근로기준법과 노동조합법 모두

51) Dukes, 위의 책, 195면.

52) Dukes, 위의 책, 194면; Deakin & Wilkinson, 위의 책, 294면 이하의 논의 참조.

53) Dukes, 위의 책, 208면.

제1조에서 근로자 보호와 국민경제의 발전이라는 일견 상반되어 보이는 목표를 추구하고 있다는 점에 주목했다. 다시, ‘근로자 보호’와 ‘국민경제의 발전’의 관계를 어떻게 이해할 것인가?

노동권이 경제 발전의 필요에 복속되어야 한다는 사고방식을 가장 극단적으로 보여주는 예는 우리나라 법원이 사용했던 이른바 ‘경영권’이라는 표현에서 찾아볼 수 있다. 대법원은 2003년 한국가스공사 판결에서 구조조정에 대한 쟁의행위의 정당성을 부정하면서 헌법에 명시된 적도 없고 법적 근거가 불분명한 기업의 ‘경영권’이라는 용어를 사용하였고, “경영권과 노동3권이 서로 충돌하는 경우 이를 조화시키는 한계를 설정함에 있어서는 기업의 경제상의 창의와 투자의욕을 훼손시키지 않고 오히려 이를 증진시키며 기업의 경쟁력을 강화하는 방향으로 해결책을 찾아야 한다”라면서 “구조조정 등 경영상 조치에 대해서는 원칙적으로 노동쟁의의 대상이 될 수 없다고 해석하여 기업의 경쟁력 강화를 촉진시키는 것이 옳다”라고 판시했던 바 있다.⁵⁴⁾ 이철수 교수는 논문 “경영권이라는 신화를 넘어”(2021)에서 경영권이라는 용어는 헌법 및 실정법상 근거도 없고, 비교법적으로도 유래를 찾아볼 수 없는 등 그 법적 실체가 불분명하다는 점을 논증하며 이러한 법원의 태도는 잘못된 미신 내지 신화에 가까운 것이라며 강력히 비판하였다.⁵⁵⁾

근로기준법과 노동조합법이 근로자 보호와 함께 “국민경제의 발전”을 목표로 한다는 점을 어떻게 바라보아야 올바른 독해인가? 근로기준법 및 노동조합법 제1조를 노동법의 역사적 배경과 기본 원리, 그리고 올바른 헌법 해석에 제대로 기반하지 않은 채 문자 그대로만 읽으면 ‘경제 발전’이라는 문구는 자칫하면 위 경영권 판결에서 보듯이 대단히 잘못된 방식으로 오해될 수 있다. 이를테면 이런 식이다. 법 제1조의 입법목적에서 근로자 보호, 경제 발전 양쪽 모두를 이야기하고 있으니 양자는 대등한 무게를 갖는 것이고, 기업경쟁력에 도움이 되려면 노사가 서로 적당히 타협하고 쟁의행위를 자제해야 한다는 식의 단선적이고 일차원적인 양비론에 먹이를 줄 수 있는 것이다. 한국가스공사 대법원 판결이 근로3권과 소위 ‘경영권’을 동일선상으로 논의했던 점이 바로 이런 왜곡된 인식을 보여주는 주요 대목이다. 근로3권은

54) 대법원 2003. 7. 22. 선고 2002도7225 판결 [업무방해].

55) 경영권 논의 비판에 대한 자세한 내용은 이철수, “경영권이라는 신화를 넘어”, 서울대학교 법학 제62권 제4호(서울대학교 법학연구소, 2021)의 논의 참조.

헌법 제33조에 명시되어 있는 엄연히 확립된 기본권임에 반해, 경영권은 헌법 및 법률상의 용어도 아니고 그 법적 근거도 찾기 어려운데 양자를 같은 차원에 놓고 비교하는 것은 우리 법체계에 부합하지 않는 잘못된 법리다.

근로기준법 제1조를 다시 읽어보면 올바른 해답은 이미 그 안에 있다. 단순히 ‘경제 발전’이라는 문구에만 방점을 찍어서는 안 되고, 경제 발전 앞의 “균형 있는”이라는 수식어가 바로 핵심이다(밑줄 강조는 필자). 근로자 보호와 더불어 노동법의 목적에서 경제발전을 말할 때 이는 Hayek가 말하는 자기완결적 시장⁵⁶⁾에 복무한다는 취지가 결코 아니며, 국민의 현실적 삶과 유리된 숫자로만 표현되는 오로지 형식적·양적 측면만의 경제발전도 아닐 것이고, “균형 있는 국민경제의 발전”, 즉 그 누구도 지나치게 취약한 상태에 방치되지 않고 모든 국민이 함께 경제발전의 과정에 참여하며 그 열매에서 소외되지 않는다는 뜻이라고 해석해야 할 것이다.⁵⁷⁾

노동법의 목적을 어떻게 해석할 것이냐 하는 질문에 대해 이 명제는 매우 중요한 의미를 갖는다. 경제에 ‘균형’이라는 수식어를 붙임으로 인해, 경제의 다양한 차원에는 기업의 이윤 창출 뿐만 아니라 근로자의 생활과 사회적 지위 향상도 포함됨을 명확히 한 것이다. 이는 헌법 제119조 제2항, 즉 “국가는 균형 있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하고, 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며, 경제주체 간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다”라는 경제민주화 조항의 요청을 구현한 것이다.⁵⁸⁾

헌법 제119조 제2항은 앞서 살펴본, 노동법 기초이론의 초석을 놓은 진짜하이퍼

56) 프리드리히 A. 하이에크(김이석 역), *노예의 길*(나남, 2006)의 논의 참조.

57) 생각해보면 ‘경제’의 영단어 economy는 고대 그리스어 oikonomia(뒤이어 중세 라틴어 oeconomia로 변용됨)에서 비롯된 것인데, ‘oikos’는 집(가정, household)을 의미하고 ‘nomia’는 관리 또는 분배(manage or dispense)한다는 의미이다. Dotan Leshem, “Retrospectives: What Did the Ancient Greeks Mean by Oikonomia?”, *Journal of Economic Perspectives* Vol. 30, No. 1 (2016), pp. 225-238. 그러므로 ‘집을 관리하는 것’, 즉 사람이 먹고사는 아주 기초적인 살림살이가 경제의 근본 의미이고, 경제의 운용에는 자본은 물론이지만 사람의 노동이 매개되기에 경제와 노동을 상호 배타적으로만 파악하거나 한술 더 떠서 경제발전 전에 있어 노동보호를 마치 걸림돌처럼 여기는 관점은 ‘경제’의 본뜻에서 동떨어진 단선적인 인식이라 하지 않을 수 없다. 그러므로 노동법의 목적에 있어 근로기준법 및 노동조합법 제1조에서 말하는 “국민경제의 발전”의 의미에는 이러한 이해가 필수적으로 동반되어야 한다. 이러한 이해가 결여된 사법부의 노동 판결 중 대표적인 것이 바로 이철수 교수가 비판한 2003년 대법원 한국가스공사 판결이다. 이철수, 위 각주 55의 논문 참조.

58) 이철수, *노동법*(현암사, 2023), 5면.

가 20세기 초반에 확립한 ‘노동헌법’ 개념과 크게 일맥상통한다. 진즈하이머의 노동헌법 개념의 핵심은 노동이 경제에 민주적으로 참여할 수 있어야 한다는 것인데, 헌법 제119조 제2항도 이와 같이 국가가 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며, 경제민주화를 위하여 경제에 대해 규제와 조정을 할 권한이 있음을 명확히 하고 있기 때문이다.⁵⁹⁾ 그렇다면 근로기준법 제1조가 헌법 제119조 제2항에 부합하게 그 입법목적에서 “균형 있는 국민경제의 성장”을 명문화한 것은 우리 노동법의 목적을 해석함에 있어 자본과 노동 간의 불평등 해소가 중요한 우선순위로 설정되어 있다는 것을 간과해서는 안 된다는 기준점을 제공하는 것이며, 그러한 의미에서 노동법의 목적은 경제발전이나 시장논리에 결코 좌우될 수 있는 것이 아니라 오히려 그 반대라는 점을 말해준다.

경제와 노동의 기본 방향은 헌법 제34조에 따른 인간다운 생활권을 보장한다는 헌정적·민주적인 가치에 기반해야 하며, 거꾸로 경제지표 상승과 시장논리를 위해 노동이 수단적이며 부차적인 것으로 취급되어서는 안 된다. 그렇다면, 노동법의 목적과 노동법학 방법론에 있어 ‘가치지향적 접근’과 ‘기능지향적 접근’ 중 어느 쪽이 보다 본질적인 것인지는 명확해 보인다.

나. 소위 ‘근로계약법제’에 대한 비판적 관점의 재조명

노동법의 근본 목적이 위와 같음을 재확인한다면, 지금 이 시점에서 돌이켜볼 필요가 있는 논의는 우리나라에서 1990년대부터 2000년대 초반까지 적지 않게 논의되었던 “근로계약법제론”에 대한 것이다. 근로계약법제론의 요체는 변화하는 노동 환경 및 과거와 비교할 때 다변화된 근로자상을 고려하면 종래의 “무차별적인 노동보호의 관념”을 다소 탈피하여 노동법체계를 재편성해야 한다는 것이다. 민법과 근로기준법의 중간적인 성격을 갖는 가칭 ‘근로계약법’을 제정해야 한다는 논의도 있었고,⁶⁰⁾ 더 근본적으로 노동법도 민법 원리에 귀속되어야 한다는 주장 등도 있었다.⁶¹⁾

59) 헌법 제119조의 경제민주화 조항 해석론에 대한 주요 논의로 송석윤, “바이마르헌법과 경제민주화”, 헌법학연구 제19권 제2호(한국헌법학회, 2013); 송석윤, “경제민주화와 헌법질서”, 서울대학교 법학 제58권 제1호(2017); 오동석, “헌법상 경제민주화 조항 해석론”, 민주당 헌법 제119조 경제민주화 특별위원회 토론회 발표문(2011) 등 참조.

60) 소위 ‘근로계약법’을 제안했던 김형배 교수의 견해를 그대로 옮기면 다음과 같다. “본인의 사견으로는 21세기를 맞이하여 우리가 대비해야 할 한국 노동관계법은 다음과 같이 재구

과거의 근로계약법제 논의에 대해 본 논문에서 말하고자 하는 바는, 근로계약법제론의 구체적 내용을 다시 보아야 한다는 취지가 아니다. 뒤이어 IV에서 자세히 논의하겠지만 필자는 휴고 진쓰하이머의 노동헌법 관념에 터잡은 ‘가치지향적 노동법’의 중요성이 재확인 내지 재조명되어야 한다는 입장으로, 지금의 노동 현실과 노동을 둘러싼 환경이 그러한 생각의 정당성을 확인해주고 있다는 생각을 갖고 있으며 근로계약법제와 같은 논의에는 동의하기 어렵다. 다만 여기에서 짚고 넘어가고자 하는 것은, 근로계약법제 논의에 대한 이철수 교수의 비판적 관점이다. 이철수 교수는 1990년대부터 근로계약법제 논의에 상당한 관심을 갖고 수 편의 논문을 통해 여기에 대한 문제의식과 분석을 계속 발전시켜 왔는데, 아래와 같은 견해는 지금도 큰 의미를 갖는다.

“근로계약법제 또는 노동법의 유연화가 근로기준법의 보호법적 기능을 등한시하거나 노동보호법의 반대개념으로 논의되는 것은 경계하여야 한다. 노동의 유연화 추세는 분명 노동법의 독자성을 와해시키려는 경향성을 지니고 있다. 그러나 대부분의 국제조약과 우리 헌법이 상정하고 있는 바와 같이, 생산수단으로부터 분리된 근로자는 특별히 보호되어야 한다는 기본 관념을 포기하지 않는다면, 고용보장과 유연화의 긴장관계를 상생적으로 해결하려는 노력을 기울이지 않으면 안된다. [...] 근로계약법론은 무차별적인 노동보호법의 경직성을 완화하기 위한 ‘방법론상의 회의’일 뿐 결코 시민법으로의 회귀를 지향해서는 안 될 것이다. 이런 점에서 일본의 최종보고서에서 제안하는 바와 같이 근로계약법을 근로기준법과 민법의 중간영역에 존재하는 별도의 법영역으로 설정하는 데에 찬성하지 않는다.”

[...] 판례의 친자본화 경향 등을 통해 간취할 수 있듯이, 우리 사회에서 노동법이 시민법의 안티테제로서 제대로 기능하는지에 대해 비판적 문제의식을 가진다면, 근로계약법이 자칫 시민법 원리를 무차별적으로 확산하는 기제로 작용하는 것을 경계할 필요가 있기 때문이다.⁶²⁾

성되어야 한다고 생각한다. 1층 구조로서 종래 국가후견적인 노동보호법으로서의 근로기준법을 근로자의 지위와 성격이 변화하고 있는 사정에 비추어 근로계약기본법으로 개정하는 것이 바람직하다. 따라서 종래의 근로자보호규정 뿐만 아니라 개별 근로자와 사용자의 기본적 권리·의무를 함께 포괄함으로써 개별 근로자와 사용자의 자기결정적 기능이 보다 강화되는 근로계약법으로 재구성되어야 한다.” 김형배, “한국 노동법학 50년의 성과와 21세기적 과제(토론)”, 서울대학교 법학 제36권 제2호(서울대학교 법학연구소, 1995), 122면.

61) 하경호, “노동법의 기능과 법체계적 귀속”, 사회변동과 사법질서: 김형배 교수 정년퇴임 기념논문집(2000) 참조.

- 이철수, “근로계약법제와 관련한 방법론적 검토”, 「노동법의 존재와 당위: 김유성 교수 정년기념 논문집」, 박영사, 2006.

학문의 세계에서, 특히 규범적 판단을 그 소임으로 하는 법학에 있어 현실이 변화하면 규범도 변화해야 하는지에 대한 질문을 갖는 것은 지극히 자연스럽고 연구자로서 꼭 필요한 태도이기도 하다. 법학은 변화하는 사회의 필요를 충족하고 규범과 현실 간의 불필요한 괴리가 발생하지 않도록 끊임없이 깨어 있어야 할 것이다. 급변하는 노동 현실과 노동시장의 필요에 걸맞도록 노동법 체계를 손질하자는 근로계약법제의 제안은 흥미롭기도 하고, 일견 설득력있어 보이기도 한다. 그러나 문제는 그러한 변화의 제안이 주로 누구를 향한 것이며, 무엇을 위한 것이고, 나아가 그러한 규범의 변화라는 변수를 대입했을 때 어떠한 결과를 감당하게 될지를 명확히 하지 않으면 노동법의 원칙이 흔들리게 되고, 필연적으로 더 심화된 취약성에 노출되는 사람들이 생겨날 수밖에 없을 것이다. Dukes 교수의 지적과 같이 노동법에는 경제적 차원뿐만 아니라 민주적 차원도 있기에, 만일 ‘노동보호라는 가치’보다 ‘노동시장에서의 기능’을 주로 우선시한 결과로 법의 보호에서 배제되고 목소리를 제기하기 어려운 집단이 늘어난다면 이는 노동법의 민주적 성격 및 근본 목적에 부합한다고 보기 어렵다.⁶³⁾

이철수 교수는 독일과 일본에서의 근로계약법제 도입 논의와 우리나라 학계에서의 논의의 전개를 추적한 뒤, 이는 “방법론상의 회의”로 보면 충분하다고 그 성격을 간명하게 정의한다. 이어서 근로기준법과 민법의 중간 영역으로서의 근로계약법에는 찬성할 수 없고, 이러한 소위 “새로운 패러다임”을 도입한다면 자칫 노동문제에서 “시민법 원리를 무차별적으로 확산하는 기제”가 될 수 있음을 우려한다.⁶⁴⁾ 근로계약

62) 이철수, “근로계약법제와 관련한 방법론적 검토”, 노동법의 존재와 당위: 김유성 교수 정년기념 논문집(박영사, 2006), 40-41면.

63) Dukes, 본서 제8장의 논의 참조.

64) 이철수 교수는 근로계약법제 논의가 “종속노동론의 이데올로기적 기능에 대한 반성으로서의 방법론”이라는 점을 부각하면서도, 자칫하면 근로계약법제가 헌법상 생존권 보장 취지를 간과하고 “경영전략적 관점에서 아전인수식으로 해석될 우려”가 있다는 점에서 주의해야 하고, 특히 근로계약법제의 구체적인 내용이나 법 정비의 방법론이 불분명하다면 더욱 오해의 소지를 제공할 수 있다고 하였다. 이철수, “근로계약법제와 관련한 방법론적 검토”, 22-23면.

법제 논의를 무비판적으로 받아들이기보다는 그 한계를 인식하고 선을 그은 식견은, 시대와 환경이 바뀌어 매번 그 주제와 방식은 변해갈지라도 노동법학에 항상 필요한 방법론적 태도로 보인다.

다시금 이철수 교수 스스로의 표현을 빌리면, 근로계약법제에 대한 그의 비판적 견해는 근로계약법제 도입이라는 ‘기능지향적 접근’에 대하여 “노동법의 독자성”과 “근로자는 특별히 보호되어야 한다는 기본 관념”을 포기하지 않기 위하여 내려진 ‘가치지향적 처방’으로 평가될 수 있을 것이다.

IV. 노동법의 갱신(更新): 생존권으로의 ‘회귀’

1. 왜 노동법의 ‘갱신’인가?

지금까지의 생각을 이어가다 보면, 그러면 노동법이 이제 맞이해야 하는 다음 과업은 무엇인가 하는 질문을 하지 않을 수 없다. 노동법이 변화한 환경에 부응하도록 정비되고 개선되는 것이 물론 필요하지만, 변화가 필요하다는 명제 그 자체가 본질은 아니다. 앞서 논의한 바와 같이 노동법이 갖고 있던 과거의 목표를 폐기하는 것은 더더욱 아니다. 그러면 무엇이 핵심인가?

필자는 여기에 ‘갱신’(更新)이라는 이름을 붙이고자 한다. 그것이 지금, 여기에서 노동법이 처한 현실에 대한 가장 객관적인 인식인 동시에 노동법이 앞으로 취해야 할 태도에 대한 적합한 명명(命名)이지 않을까 한다. 국립국어원 표준국어대사전은 ‘갱신’이라는 단어를 크게 세 가지 뜻으로 정의한다. 첫째로는 “이미 있는 것을 고쳐 새롭게 하는 것”, 둘째로는 “법률관계의 존속 기간이 끝났을 때 그 기간을 연장하는 일”, 셋째로는 “기존의 내용을 변동된 사실에 따라 변경, 추가, 삭제하는 일”로 설명한다.⁶⁵⁾ 갱신이라는 행위는 이중적 성격을 내재하고 있기도 하다. 고쳐서 새롭게 한다는 것은 역설적으로 원래 갖고 있던 무언가를 버리지 않고 유지함을 의미하며, “기간을 연장한다”라는 것은 하나의 시기가 일단락된 것이기도 하지만 새로운

⁶⁵⁾ 국립국어원 표준국어대사전 https://stdict.korean.go.kr/search/searchView.do?word_no=390386&searchKeywordTo=3 (2023. 8. 30. 최종 검색)

시기가 시작된 것이기도 하며 본질적으로 큰 틀에서는 그것이 끝나지 않았다는 것을 의미한다. 계약을 갱신한다는 것은 그 계약을 둘러싼 기존의 상황이 변화하거나 종료되었을 수는 있지만, 그럼에도 불구하고 변화된 상황을 인지하는 전제 위에서 계약의 당사자들이 미래를 향해 계약의 관계를 지속하기로 합의하는 것이다.

현재의 노동법은 서구에서 2차대전 직후 정치적 안정과 경제적 번영을 동시에 누릴 수 있어 완전고용이 가능할 것이라는 전제 하에 표준고용관계(standard employment relationship), 즉 정규직 전일제로 근무하며 근로3권과 사회보장권을 누리는 것이 전형적인 근로자의 모습인 것이 가능했던 시기인 ‘영광의 30년’(Trente glorieuses, 1945-1975) 시기를 전제하고 있다.⁶⁶⁾ 우리나라에서 서구의 이때와 비견될 만한 시기는 본격적인 민주화가 시작된 현대사의 변곡점으로 설명되는 ‘87년 체제’로부터 시작된 노동법의 ‘영광의 10년’(1987년 6월 민주화 항쟁부터 1997년 IMF 금융위기 전까지의 10년),⁶⁷⁾ 또는 이홍재 교수의 한국 노동법 발전사 개념들을 따르면 ‘노동법의 10년간의 봄’에 해당할 것이다.⁶⁸⁾

21세기도 이제 사반세기가 지나가고 있는 지금, 현재의 노동을 둘러싼 상황과 조건이 과거 서구에서의 ‘영광의 30년’ 또는 우리나라의 ‘노동법의 10년간의 봄’과는 심대하게 달라져서 결코 예전과 같지 않다는 현실 진단에는 대다수의 논자가 견해를 같이 할 것이다. 노동을 둘러싸고 있는 현실이 변화하고 있으니, 노동을 규율하는 노동법이 새롭게 되어야 할 필요성에는 전적으로 동의한다. 그런데 그 새로워짐의 구체적인 내용은 위에서 논의한 노동시장법(law of labour market) 계열의 이론 및 근로계약법제 논의에서 제안되는 것처럼 기업경쟁력을 염두에 두는 관점에서 노동법을 시장의 요구에 부응시키고 그 보호적 목적을 다소 타협하는 것이 아니라, 변화하는 노동 현실 속에서도 일하는 사람들의 권리가 계속 보장되고 그 내용이 더욱 발전할 수 있도록 하는 것이다. 노동의 급격한 변화가 곧 노동법의 기본 목적을 폐

66) 이철수·이다혜, “한국의 산업구조변화와 노동법의 새로운 역할”, 서울대학교 법학 제58권 제1호(서울대학교 법학연구소, 2017), 184면.

67) 이철수·이다혜, 위의 논문, 184면.

68) 우리나라에서 1987년-1997년 사이를 노동법의 실효성이 비로소 확보된 ‘노동법의 10년간의 봄’으로 설명하는 견해는 이홍재, “21세기의 노동법적 과제와 새로운 패러다임의 모색 - ‘한국적 풍토’의 노동법에 대한 진단 및 처방과 상생(相生)의 지향 -”, 외법논집 제19호(한국외국어대학교 법학연구소, 2005), 222-223면 참조.

기하는 것과 동일시되어서는 안 된다.

그러므로 이 글에서 제시하는 노동법의 ‘갱신’은, 갱신의 세 가지 국어적 의미 모두에서 조금씩 그 요소를 찾아볼 수 있다고 생각한다. 이미 있는 노동법이 새로워져야 하겠지만, 그것을 버리지 않고 고쳐 쓴다는 점에서는 갱신의 첫 번째 의미에 해당한다. 또한 제조업 중심의 산업구조가 점차 와해되고 인공지능 등 기술혁신이라는 조건까지 더해지면서 기존의 사회적 계약(social contract) - 즉 자본주의 경제 속에서 생존권 구현의 수단으로 노동 능력 있는 대다수 국민들의 전일제 고용이 보편화되는 대신, 국가가 법으로서 이들의 노동권 및 사회보장수급권을 보장하고 사회경제적 지위를 인정하는 - 의 유효기간이 환경의 변화로 인해 마치 종료된 것처럼 보일 수도 있겠지만, 그럼에도 불구하고 법률로써 인간의 노동을 보호한다는 내용의 사회적 합의가 여전히 필요하고 계속 연장되어야 한다는 점에서는 갱신의 두 번째 의미에도 해당한다.

마지막으로, 변화된 노동 환경에 부응할 수 있도록 기존 노동법의 어떠한 측면들이 변경, 추가 또는 삭제되어야 할 필요가 있다는 점에서 갱신의 세 번째 의미도 유효하다. 기존의 노동관계법령 및 정책에서 변동된 사실에 맞게 ‘변경·추가·삭제’하는 ‘갱신’의 구체적인 예를 하나씩 생각해 보면, ① 근로기준법 및 노동조합법에서 근로자 개념을 판단하는 방식이 1990년대의 판례와 최근의 판례를 비교해 보았을 때 점차 넓어져 가는 것은 법리의 ‘변경’이며,⁶⁹⁾ ② 일터에서의 심각한 인격권 침해에 대응하기 위하여 근로기준법에 도입된 직장 내 괴롭힘 금지는 새로운 제도를 ‘추가’한 예일 것이고,⁷⁰⁾ ③ 기존 법령상 업무상 재해에 대한 보상을 받으려면 주로 하나의 기업에의 전속성 등 까다로운 요건을 충족해야 해서 산재보상 급여를 받기 어려웠던 특수고용 노동자 및 플랫폼 노동 종사자 등의 현실적 어려움을 고려하여 「산업재해보상보험법」 구 제125조가 최근 폐지된 결정은 불필요한 것을 ‘삭제’한 예시가 될 것이다. 일하는 사람들의 실질적인 현실과 필요를 고려하여 이렇듯 구체적

69) 근로자 개념 법리 변화에 대한 구체적인 논의는 이다혜, “근로자 개념의 재검토: 4차 산업혁명, 플랫폼 노동의 부상에 따른 ‘종속노동’의 재조명”, 노동법연구 제49호(서울대학교 노동법연구회, 2020) 등 참조.

70) 근로기준법 제76조의2(직장 내 괴롭힘의 금지) 사용자 또는 근로자는 직장에서의 지위 또는 관계 등의 우위를 이용하여 업무상 적정범위를 넘어 다른 근로자에게 신체적·정신적 고통을 주거나 근무환경을 악화시키는 행위(이하 “직장 내 괴롭힘”이라 한다)를 하여서는 아니 된다. [본조신설 2019. 1. 15.]

인 법과 정책의 내용을 변경·추가·삭제하는 것은 노동법을 갱신하는 바람직한 모습이 될 수 있다. 다만, 여기에서 ‘변경·추가·삭제’의 대상은 노동관계법령 및 정책의 구체적인 내용이지, 노동을 보호한다는 노동법의 근본 목적 그 자체는 아니다. 중요한 것은 예시로 든 이러한 변경·추가·삭제의 동기와 목적이 바로 ‘노동의 보호’에 있다는 사실이다. 노동을 보호해야 한다는 목적 그 자체는 변경이나 삭제의 대상이 되어서는 안 된다.

‘노동법의 갱신’은 노동의 보호라는 목적을 고수하되 법령과 법리의 구체적인 세부 내용을 합목적적으로 보완해 나가는 데에 있다. 노동 보호라는 목적을 뒤흔들거나 폐기하는 것은 이 글에서 제시하는 갱신이라 할 수 없다. 그렇다면 결국 노동법과 노동법학이 새로워진다는 것의 본질은, 서두에 인용한 휴고 진쯔하이머의 표현대로 “인간의 가치를 보존하는 노동법의 특별한 사명”⁷¹⁾이 계속해서 실현될 수 있도록 끊임없이 재확인(reaffirm)하는 과정일 것이다. 이는 바로 후술하듯이 국제노동기구(ILO)가 취하는 방법론이기도 하다.

2. 갱신의 본질: 생존권으로의 ‘회귀’를 통한 사회정의의 구현

“노동현실의 변화와 더불어 앞으로는 노동법학계 내에서 기능지향적 접근방식에도 상당한 관심을 기울여야 한다... 생존권이라는 ‘일반조항으로의 회귀’보다는 정교한 해석론의 천착이 큰 의미를 지니게 될 것이다. 앞으로의 노동법학의 과제는 ‘생존권을 통하여, 그리고 생존권 위로’라는 표현으로 압축될 수 있을 것이다.”⁷²⁾

- 이철수, “한국 노동법학 50년의 성과와 21세기적 과제(토론)”, 『서울대학교 법학』 제36권 제2호, 1995.

위 인용문에서 이철수 교수는 노동법학이 “생존권이라는 일반조항으로의 회귀”를 경계해야 한다고 역설했다. 그것은 과거 한국 노동법학의 후진성을 반성하고 개선하

⁷¹⁾ Hugo Sinzheimer, “Das Wesen des Arbeitsrechts(Fundamental Questions of Labour Law)” (Allgemeine Einleitung zu 'Grundfragen des Arbeitsrechts'), *Grundfragen des Arbeitsrechts* (ed. G. Hermes) (Berlin: Verlag d. Allg. Deutschen Gewerkschaftsbundes, 1927).

⁷²⁾ 이철수, “서울대학교 法學 50년: 노동법/사회보장법 논문들을 돌아보며”, 서울대학교 법학 제50권 제2호(2009), 376면.

고자 하는 맥락에서 나온 견해일 것으로 여겨진다.⁷³⁾ 노동법학에서 “정교한 해석론에의 천착”이 앞으로 더욱 필요하다는 점을 논증하기 위해서였을 것이다.

그러나 적지 않은 시간이 지난 현 시점에서 노동법학의 역할과 생존권의 관계 설정을 돌아켜보면, 지금이야말로 그 어느 때보다도 생존권으로의 ‘회피’가 아니라 ‘회귀’가 필요한 시대라는 생각이 든다. 2020년 초부터 갑작스럽게 닥쳐온 코로나19 팬데믹의 경험, 생태위기에 대한 각성 등은 그 전의 신자유주의적 사조가 설득력을 잃게 하고, 노동 및 노동법학이 놓치지 말아야 할 가치가 무엇인지를 새롭게 재조명하는 계기를 마련했다.

앞서 논의한 바와 같이 그간 노동의 미래 담론은 주로 4차 산업혁명이나 기술혁신이라는 키워드에 장악되어 있었다. 산업구조의 변화에 따른 기존 제조업 중심 노동체제와의 결별, ‘종속노동’에서 ‘독립노동’으로의 전환, ‘규율 중심적’ 노동에서 ‘성과 중심적’ 노동으로의 이행 등이 강조되어 온 것이다. 한병철은 「피로사회」에서 산업화 이후 노동의 성격을 규명하면서 현대의 노동자는 타자의 지시가 없어도 성과에 집착하며, 디지털 신호에 반응하며 스스로 ‘자기착취적 노동’(self-exploitative labour)을 수행한다고 진단했다.⁷⁴⁾ 그러나 코로나19는 오히려 가장 기초적인 육체노동, 혹은 이흥재 교수의 2005년 논문의 표현을 빌리면 ‘기층근로자’⁷⁵⁾의 노동에 우리 사회가 얼마나 깊이 의존하고 있는지, 또 이들의 근로조건이 얼마나 열악한 상태에 처해 있는지를 여지없이 드러내 보여주었다. 감염의 최전선에서 싸우는 보건의료노동자, 폭증한 배달주문 수요에 상상을 초월하는 물량에 시달리는 택배 노동자들의 부상과 사망을 목도하면서 그제야 우리 사회에서 비로소 ‘필수노동자’(essential

73) 이철수, 위의 논문, 373면 이하의 논의.

74) 한병철(김태환 역), 피로사회(문학과지성사, 2012)의 논의 참조; 이다혜, “코로나19와 노동법의 과제: 포스트 코로나 시대, 정의롭고 안전한 노동을 위한 법제도적 방향”, 법과사회 제66호(법과사회이론학회, 2021), 101면.

75) 이흥재 교수는 ‘기층근로자’를 “단순 노무를 제공하는 저학력 육체근로자로서 생산직이나 서비스직에 취업하고 있거나(대부분이 비정규직), 취업하려는 사회의 밑받침이 되는 근로자 계층”으로 정의한 바 있다. 이흥재 교수는 “노동법 생성 이념의 견지에서 보더라도 기층근로자에 대한 보호 강화는 현재는 물론 앞으로도 영원히 변하지 않을 노동법의 기본 목표가 되어야 한다”라고 단언하는데, 이 글에서 논의하는 진즈하이머의 노동헌법 개념 및 Duker의 이에 대한 해석론과 정확히 일치하는 지점이다. 이흥재, “21세기의 노동법적 과제와 새로운 패러다임의 모색 - ‘한국적 풍토’의 노동법에 대한 진단 및 처방과 상생(相生)의 지향 -”, 외법논집 제19호(한국외국어대학교 법학연구소, 2005), 226-227면.

worker)라는 용어가 핵심어로 부상한 것이다.⁷⁶⁾

즉 코로나19를 계기로, 기술혁신을 중심으로 한 노동의 미래 담론에도 불구하고 노동법이 결코 간과해서는 안 될 중요한 근본 목적이 재확인된 것이다. 노동의 미래에 기술혁신, 디지털 전환, 인공지능과 로봇만이 존재하는 것이 아니다. 육체노동 및 필수노동을 수행하고 이를 통해 생계를 유지하는 사람들에게는 근로시간과 휴식의 명확한 구분, 산업안전 규칙의 준수 등 전통적인 노동법적 규율이 절실하기에 노동은 인격과 분리될 수 없다는 노동법의 기본 원칙을 돌아보게끔 한다.⁷⁷⁾ 코로나19를 계기로 ‘필수노동’이라는 개념이 부상한 것은 지금의 노동 현실과 노동법에서 ‘생존권으로의 회귀’가 절실하다는 점을 보여주는 하나의 법사회학적 징후이기도 하다.

노동법에서 ‘갱신’의 방법론은 낫설지 않다. 1919년 창립되어 이제 한 세기 넘게 일의 세계(world of work)에서 사회정의 구현의 역할을 담당하고 있는 국제노동기구(ILO)는 노동에서의 주요 원칙이 흔들리지 말아야 한다는 사실을 여러 차례 재확인하고, 재천명해 왔다. 대표적으로 2차대전 직후 채택된 1944년 「필라델피아 선언」(Declaration of Philadelphia)에서는 “노동은 상품이 아니다”라는 1919년 국제노동기구 창립의 근본 원칙을 재확인(“reaffirm”)한 것에서 그 예를 찾아볼 수 있다.⁷⁸⁾ 1998년의 「일터기본권 선언」(The ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work)도 마찬가지이며,⁷⁹⁾ 국제노동기구 100주년을 맞이한 해였던 2019년 「노동의 미래를 위한 국제노동기구 백주년 기념선언」(ILO Centenary Declaration for the Future of Work)에서도 노동법의 근본 원칙에 대한 갱신을 확인할 수 있다.⁸⁰⁾

특히 2019년 「노동의 미래를 위한 국제노동기구 백주년 기념선언」에서는 현재 진행 중인 노동의 변화의 주요 원인을 “기술혁신, 인구학적 변동, 생태 및 기후위기,

76) 이다혜, 위의 논문, 78-79면 및 101면.

77) 이다혜, 위의 논문, 101-102면.

78) The Conference *reaffirms* the fundamental principles on which the Organization is based and, in particular, that: (a) labour is not a commodity.

79) ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work (adopted in 1998 and amended in 2022), https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/normativeinstrument/wcms_716594.pdf (2023. 8. 30. 최종방문).

80) ILO Centenary Declaration for the Future of Work, 2019. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@relconf/documents/meetingdocument/wcms_711674.pdf (2023. 8. 30. 최종방문)

글로벌화, 심화되는 불평등”의 다섯 가지로 요약하며, 이러한 변화가 “노동의 성격 및 노동의 미래, 그리고 일터에 있는 사람들의 존엄성(dignity)에 심대한 영향을 미친다.”라고 서두를 연다. 그렇다고 해서 국제노동기구는 이러한 변화 때문에 노동의 규범이 바뀌어야 한다고 제안하지 않는다. 오히려 이러한 도전들을 기회 삼아 “ILO 창립의 헌정적 목적인 사회정의의 향환 노력을 타협하지 말고, 노동의 미래에 대한 인간 중심적 접근을 발전시키기 위하여 다음 100년에도 계속 힘 있게 나아가야 한다.”라고 밝히고 있는 대목은,⁸¹⁾ 노동법이 무엇을 포기해서는 안 되며 무엇을 지속적으로 추구해야 하는지에 대하여 많은 것을 응변해준다.⁸²⁾

V. 맺으며: 노동법학 방법론에 대한 반성적 성찰

지금까지 노동법의 근본 목적을 다시 돌이켜보았다. 본 논문은 이철수 교수가 제시하였던 ‘가치지향적 접근’과 ‘기능지향적 접근’이라는 개념들을 노동법학 방법론은 물론이지만 노동법의 목적에 대한 두 축으로 해석하는 전제 위에, 휴고 진쯔하이머를 효시로 하는 정통 노동법학의 목적과 신자유주의 이후 대두된 노동시장법 이론 및 근로계약법제 논의를 대조하며 지금은 생존권의 중요성이 재조명되는 시기가 도래하였으며, 노동법에 ‘갱신’(更新)이 필요하다는 견해를 제시했다.

부족한 글을 마무리하면서, 노동법학 방법론에 대한 짧은 생각을 덧붙이고자 한다. 지금 노동법학에 절실히 필요한 것이 무엇인지를 묻는다면 법사회학적 방법론의 중요성이라고 답하고 싶다. 노동법 연구에 있어 법사회학적 방법론의 필요성은 과거에도 이미 여러 차례 강조되었다. 관건은 ‘법사회학적 방법론’의 요체를 무엇으로

81) “The ILO must carry forward into its second century with unrelenting vigour its constitutional mandate for social justice by further developing its human-centred approach to the future of work, which puts workers’ rights and the needs, aspirations and rights of all people at the heart of economic, social and environmental policies.” ILO Centenary Declaration for the Future of Work (2019), p. 3.

82) 독일의 노동법학자 Manfred Weiss 교수도 노동의 변화 경향을 고찰한 뒤, “그래서 노동법에 새로운 패러다임이 필요한 것인가?”라는 질문에 “No”라고 단호한 결론을 제시한 바 있다. Manfred Weiss, “Re-inventing Labour Law?” in G. Davidov and B. Langille (eds.), *The Idea of Labour Law* (Oxford University Press, 2011).

이해하느냐에 있다. 이와 관련하여 먼저 1995년 임종률 교수의 견해가 눈길을 끈다.

“우리 노동법학이 법사회학적 연구를 게을리했다는 지적이 많다. 노동법학자들이 현실과는 동떨어져 책상머리에서 개념법학적 형식논리를 추구해서는 안 된다는 경고리는 의미에서는 옳은 지적이다. 그러나 우리 노동법학에 법사회학적 연구가 전혀 없었던 것은 아니며, 최근에는 앞에서 소개한 바와 같이 한국노동연구원에서 노동법 현실에 대한 경험과학적 연구가 상당히 진척되어 왔다. 이러한 연구가 법학자에 의해서가 아니라 사회과학자에 의하여 주도되는 것은 현실적으로 불가피할 것이다. 문제는 이러한 연구를 노동법학자가 어떻게 활용하느냐에 달려 있다.”⁸³⁾

- 임종률, “한국 노동법학 50년의 성과와 21세기적 과제”, 「서울대학교 법학」 제36권 제2호, 1995.

임종률 교수는 법사회학적 연구를 ‘경험과학적 연구’로 묘사하며 국책연구기관인 한국노동연구원의 연구를 그 예로 들고 있다.⁸⁴⁾ 법사회학이 사회의 경험적 현실을 분석 대상으로 삼는 것이 사실이라는 점에서 이러한 설명이 잘못되었다고 할 수는 없을 것이다. 그러나 법사회학의 본질을 실증 연구 정도로 다소 제한적으로 한정시킨 것은 아닌지 하는 아쉬움이 남는다.

필자는 법사회학을 전공하지 않은 문외한인지라 지극히 조심스럽기는 하지만, 노동법과 제도는 물론이며 그에 못지않게 노동법학 방법론에서도 ‘갱신’이 있기를 소망하는 한 사람의 연구자로서 감히 미력한 생각을 붙여 보자면 법사회학은 “노동법 현실에 대한 경험과학적 연구”를 법학자가 가져다가 활용하는 정도의 도구적인 객체가 아닐뿐더러, 그렇게 협소하게 이해되어서도 안 된다고 본다. 오히려 그 반대로, 법사회학은 노동법학이 그 시야에서 놓치고 있거나 개념법학의 폐쇄성에 간혀 오류

83) 임종률, “한국 노동법학 50년의 성과와 21세기적 과제”, 서울대학교 법학 제36권 제2호(서울대학교 법학연구소, 1995), 116면.

84) 법사회학적 방법론에 대한 임종률 교수의 묘사는 앞뒤 맥락을 고려할 때, 그리고 예시로 든 한국노동연구원이 경제학, 경영학, 사회학, 복지학 등 다양한 인접학문 분야의 전문가들이 공동으로 노동 관련 연구를 수행한다는 점에 착안하면 ‘법사회학적 연구’라기보다는 ‘학제간 연구’(interdisciplinary research)에 대한 설명에 더 가깝게 읽힌다. 인용한 문장에서 ‘법사회학적 연구’를 ‘학제간 연구’로 대체하여 읽어도 의미가 잘 전달된다는 인상을 받는다. 노동법학 방법론에서 학제간 연구가 매우 필요하다는 점은 물론 재론의 여지가 없다.

에 빠질 수 있는 한계를 극복할 수 있는 강력한 비판적 능력을 갖고 있다. 법사회학의 힘은 경험과학적 연구 이상으로 ‘이론’에 대한 천착에 있다고 여겨진다.

예컨대 사회학자인 박명규 교수의 노동에 대한 다음과 같은 진단은 노동법학이 법사회학으로부터 배워야 할 좋은 예시가 될 수 있다. 박명규 교수는 새로운 사회 변화가 진행될 때 개념이 현실을 적절히 설명하고 나아가 이를 반영하지 못하고 있는 상태를 ‘개념지체’로 일컬으면서, 최근 노동 분야에서 일종의 개념지체가 나타나고 있음을 지적한다.⁸⁵⁾ ‘노동’(labor)과 ‘일’(work)이라는 용어가 점차 구별되어 사용되는 현상, 임금노동 중심적 패러다임에 대해 다수의 반론이 제기되고 있는 현상, 노동 담론에서 노동운동, 노동조합 등 기존에 주류를 이루었던 주제보다 최근에는 비정규 노동, 돌봄노동 등 과거 주변적인 것으로 간주되었던 영역으로 관심사가 옮겨가고 있는 현상 등은 개념지체의 징후라는 것이다.⁸⁶⁾

법학의 존재 의의는 있는 그대로의 현실을 관찰하는 데 그치지 않고 규범적 판단으로 나아가는 것이다.⁸⁷⁾ 그러므로 노동법학이 노동에 관한 바람직한 규범을 제시할 소임이 있다는 사실에 동의한다면, 위와 같이 사회학에서 제시되는 노동에서의 개념지체라는 진단을 경청하면서 동시에 노동법학 고유의 목적을 위해 그 다음 차원의 도전에도 조용할 수 있어야 한다. 즉 ‘노동에서의 개념지체’ 뿐 아니라 ‘노동법 또는 노동법학에서의 개념지체’가 있는 것은 아닌지 주의 깊게 살펴야 할 것이다. 변화하는 새로운 노동 현실이 사회학을 비롯한 인접 분야의 언어를 통해 설명되고 있는데, 정작 노동법학은 현존하는 실정법 해석론에만 매몰되어 변화하는 노동 속에서 중요한 가치를 포착하지 못하는 것은 아닌지 반성적 검토가 필요하다.

그렇다면, 법사회학의 진정한 효용은 법학에서의 도그마틱을 ‘의심하는 것’에 있을 것이다. 이와 관련하여, 독일의 법철학자 테오도르 피벡(Theodor Viehweg)이 제시한 ‘체테틱’의 방법론을 경청할 필요가 있다. ‘체테틱’(zetetik, 고대 희랍어로 ‘탐

85) 박명규, “디지털 환경에서의 일/노동 개념: 지속, 변화, 긴장”, 권현지 외, 21세기 디지털 기술변동과 고용관계: 이론과 현실(한국노동연구원, 2017), 14면 이하의 논의 참조. 이다혜, “노동법의 미래와 새로운 가치: 자유, 연대, 존중과 창의”, 사회적 가치와 법사회학(한국법제연구원·서울대 법학연구소·한국법사회학회 공동 학술대회 발표문, 2019).

86) 박명규, 위의 글, 30면.

87) “사회학은 ‘현실의 인간’만을 분석해도 되고, 윤리학과 철학은 ‘지향되어야 할 인간’에 대해 천착하면 되지만, 법은 그 현실과 이념을 바탕으로 가치판단을 내려야 한다.” 박은정, 왜 법의 지배인가(돌베개, 2010), 15면.

구’를 뜻하는 ζήτησις에서 비롯됨)과 ‘도그마틱’(dogmatik)은 서로 다르며 구별되는 법학 방법론이다. 이계일 교수는 도그마틱은 “의문시되지 않는 테제를 전제하고 그에 입각해서 실천적 결정을 내리는 것”임에 반해, 체테틱은 “어떤 것에도 의문을 제시할 수 있으며 실천적 결정의 강제에 결부되지 않은 자유로운 영역”이라고 설명한다.⁸⁸⁾ 예컨대 법률에 의거하여 판결을 내리는 것은 도그마틱의 영역이지만, “도그마틱 자체를 학문적 대상으로 삼을 경우 도그마틱 내의 모든 논제에 대해 의문을 제시하고 그것이 가지는 기능과 의미 등에 관하여 규명하는 것이 가능하다”라고 한다.⁸⁹⁾ 이러한 개념들에 터잡아 이국운 교수는 체테틱이 도그마틱을 배제하는 것으로 오해되어서는 안 되고, 도그마틱을 경유하여 이를 합리적으로 의심하는 것이 체테틱의 방법론이라고 부연하기도 하였다.⁹⁰⁾

지금, 여기에서 ‘체테틱’을 필요로 하는 노동법의 구체적인 영역들은 어디인가? 도그마틱의 한계를 뛰어넘는 ‘체테틱’으로부터의 탐색을 기다리고 있는 노동 현실과 도그마틱의 법리들이 있을 것이다. 수많은 노동 판례와 답답한 현실, 바뀌어야만 할 법령과 행정 관행 등이 떠오르지만 이 글의 범위를 뛰어넘는 것이므로 추후 후속연구를 기약하기로 하고 여기서는 더 이상의 침언을 붙이지 않기로 한다. 노동법학에서 법사회학적 방법론이 왜 필요한지에 대한 이철수 교수의 2009년 글을 돌이켜보는 것으로 충분하기에, 부족한 글은 이제 여기에서 마치고자 한다.

“법사회학적, 법사학적 연구방법론은 자칫 해석론적 방법론에 매몰되어 나무는 보고 숲을 보지 못하는 오류를 범할 가능성을 감소시켜 주고, 법의 진정한 의미와 정신을 알 수 있게 해준다는 면에서 법학 연구의 중요한 연구 영역으로 활용되어야 할 것이다.”⁹¹⁾

- 이철수, “서울대학교 法學 50년: 노동법/사회보장법 논문들을 돌아보며”, 「서울대학교 법학」 제50권 제2호, 2009.

88) 독일의 법철학자 테오도르 피벡이 제시한 “체테틱”의 개념은 이계일, “수사학적 법이론의 관점에서 본 법적 논증의 구조”, 법철학연구 제13권 제1호(법과사회이론학회, 2010), 52-53면에 자세히 소개되어 있다.

89) 이계일, 위의 논문, 53면.

90) 이국운, “대학교육에서 자유교양법학의 자리”, 법과사회 제72호(법과사회이론학회, 2023), 5-7면.

91) 이철수, “서울대학교 法學 50년: 노동법/사회보장법 논문들을 돌아보며”, 서울대학교 법학 제50권 제2호(2009), 362면.

참고문헌

- 강성태, “OECD 고용보호지수의 정확성과 적정성”, 노동법연구 제34호(2013).
- 김석관, “두 개의 4차 산업혁명과 한국의 선택”, 한국형 노동 4.0 포럼 발표자료(2018).
- 김소영 외, 4차 산업혁명이라는 유령: 우리는 왜 4차 산업혁명에 열광하는가(휴머니스트, 2017).
- 김형배, “한국 노동법학 50년의 성과와 21세기적 과제(토론)”, 서울대학교 법학 제36권 제2호 (1995).
- 데이비드 와일(송연수 역), 균열 일터: 당신을 위한 회사는 없다(황소자리, 2015).
- 독일 연방노동사회부, 노동 4.0 녹서(2016).
- 박명규, “디지털 환경에서의 일/노동 개념: 지속, 변화, 긴장”, 권현지 외, 21세기 디지털 기술 변동과 고용관계: 이론과 현실(한국노동연구원, 2017).
- 박은정, 왜 법의 지배인가(돌베개, 2010).
- 송석윤, “바이마르헌법과 경제민주화”, 헌법학연구 제19권 제2호(한국헌법학회, 2013).
- _____, “경제민주화와 헌법질서”, 서울대학교 법학 제58권 제1호(2017).
- 오동석, “헌법상 경제민주화 조항 해석론”, 민주당 헌법 제119조 경제민주화 특별위원회 토론회 발표문(2011).
- 이계일, “수사학적 법이론의 관점에서 본 법적 논증의 구조”, 법철학연구 제13권 제1호(법과 사회이론학회, 2010).
- 이국윤, “대학교육에서 자유교양법학의 자리”, 법과사회 제72호(법과사회이론학회, 2023).
- 이다혜, “미국 노동법학의 현실 - Karl E. Klare 교수와의 대화를 중심으로 -”, 노동법연구 제37호(서울대 노동법연구회, 2014).
- _____, “기본소득에 대한 노동법적 고찰 - 근로권의 재구성을 위한 시론적 검토 -”, 서울대학교 법학 제60권 제1호(서울대학교 법학연구소, 2019).
- _____, “4차 산업혁명과 여성의 노동: 디지털 전환이 돌봄노동에 미치는 영향을 중심으로”, 법과사회 제60호(법과사회이론학회, 2019).
- _____, “노동법의 미래와 새로운 가치: 자유, 연대, 존중과 창의”, 사회적 가치와 법사회학(한국법제연구원·서울대 법학연구소·한국법사회학회 공동 학술대회 발표문, 2019).
- _____, “근로자 개념의 재검토: 4차 산업혁명, 플랫폼 노동의 부상에 따른 ‘종속노동’의 재조명”, 노동법연구 제49호(서울대학교 노동법연구회, 2020).
- _____, “코로나19와 노동법의 과제: 포스트 코로나 시대, 정의롭고 안전한 노동을 위한 법제 도적 방향”, 법과사회 제66호(법과사회이론학회, 2021).
- _____, “‘노동의 미래’에서 ‘미래의 노동’으로”, 한국사회정책학회 춘계학술대회 발표자료

- (2023).
- 이원희, “진짜하이머의 노동법론과 그 업적”, 노동법연구 제5호(서울대 노동법연구회, 1996).
- 이철수, “한국 노동법학 50년의 성과와 21세기적 과제(토론)”, 서울대학교 법학 제36권 제2호 (1995).
- _____, “전환기의 노사관계와 노동법“, 노동법연구 제8호(서울대 노동법연구회, 1999).
- _____, “근로계약의 입법론적·해석론적 과제 - 이른바 근로계약법제와 관련하여 -”, 노동법학 제15호(한국노동법학회, 2002).
- _____, “근로계약법제의 현대적 과제”, 법학논집 제9권 제2호(이화여대 법학연구소, 2005).
- _____, “근로계약법제와 관련한 방법론적 검토”, 노동법의 존재와 당위: 김유성교수 정년기념 논문집(박영사, 2006).
- _____, “서울대학교 法學 50년 : 노동법/사회보장법 논문들을 돌아보며”, 서울대학교 법학 제 50권 제2호(2009).
- _____, “경영권이라는 신화를 넘어”, 서울대학교 법학 제62권 제4호(서울대학교 법학연구소, 2021).
- _____, 노동법(현암사, 2023).
- 이철수·이다혜, “안톤 멩거의 노동수익권 - 사회주의 이론의 법적 정립과 19세기 사회적 기본권의 태동 -”, 서울대학교 법학 제53권 제1호(서울대학교 법학연구소, 2012).
- _____, “한국의 산업구조변화와 노동법의 새로운 역할”, 서울대학교 법학 제58권 제 1호(서울대학교 법학연구소, 2017).
- _____, 영혼 있는 노동: 한국의 노동법과 일의 미래(스리체어스, 2019).
- 이홍재, “휴고 진짜하이머의 생애와 학문 - 한 ‘인간적 사회주의자’ 에 대한 소묘”, 노동법연구 제1호(서울대 노동법연구회, 1991).
- _____, “21세기의 노동법적 과제와 새로운 패러다임의 모색 - ‘한국적 풍토’의 노동법에 대한 진단 및 처방과 상생(相生)의 지향 -”, 외법논집 제19호(한국의국어대학교 법학연구소, 2005).
- 임종률, “한국 노동법학 50년의 성과와 21세기적 과제”, 서울대학교 법학 제36권 제2호(서울대학교 법학연구소, 1995).
- _____, 노동법(제20판)(박영사, 2022).
- 정재환, “폴라니(Polanyi)의 이중운동과 브렉시트(Brexit): 자유주의적 경제통합과 중상주의적 보호주의”, 글로벌정치연구 제10권 제1호(한국의국어대학교 글로벌정치연구소, 2017).
- 제러미 리프킨(안진환 역), 한계비용 제로 사회: 사물인터넷과 공유경제의 부상(민음사, 2014).
- 칼 폴라니(홍기빈 역), 거대한 전환: 우리 시대의 정치경제적 기원(도서출판 길, 2009).
- 클라우드 슈밥(송경진 역), 클라우드 슈밥의 4차 산업혁명(새로운현재, 2016).

- 프리드리히 A. 하이에크(김이석 역), *노예의 길*(나남, 2006).
- 하경효, “노동법의 기능과 법체계적 귀속”, *사회변동과 사법질서: 김형배 교수 정년퇴임 기념논문집*(2000).
- 한국인공지능법학회, *인공지능과 법*(박영사, 2019).
- 한병철(김태환 역), *피로사회*(문학과지성사, 2012).
- 후고 진쯔하이머(이원희 역), *노동법원리*(관악사, 2004).
- Simon Deakin(손향미 역), “‘인적근로계약’ 모델은 노동법의 재통합을 위한 기초를 제공하는가?”, *법학논집* 제13권 제1호(이화여대 법학연구소, 2008).
- Acemoglu, D. & Autor, D., “Skills, Tasks and Technologies: Implications for Employment and Earnings”, *NBER Working Paper Series 16082* (Cambridge, National Bureau of Economic Research, 2010).
- Collins, Hugh, “Is There a Third Way in Labour Law?”, in Joanne Conaghan, Richard Fischl, Michael and Klare, Karl (eds), *Labour Law in an Era of Globalization: Transformative Practices and Possibilities* (Oxford University Press, 2004).
- Coutu, Michel, “Economic Crises, Crisis of Labour Law? Lessons from Weimar”, *Journal of Law & Society* 47 (2), (2020).
- _____, “With Hugo Sinzheimer and Max Weber in Mind: The current crisis and the future of Labor Law”, *Comparative labor law and policy journal* 34 (3), (2013).
- Deakin, Simon & Wilkinson, Frank, *The Law of the Labour Market: Industrialization, Employment, and Legal Evolution* (Oxford University Press, 2005).
- Deakin, Simon, “Does the ‘Personal Employment Contract’ Provide a Basis for the Reunification of Employment Law?”, *Industrial Law Journal* Vol. 36, No.1 (2007).
- Dukes, Ruth, *The Labour Constitution: The Enduring Idea of Labour Law* (Oxford University Press, 2014).
- Freedland, Mark, *The Personal Employment Contract* (Oxford University Press, 2003).
- Frey, C.B. & Osborne, M.A., “The future of employment: How susceptible are jobs to computerisation?”, *Technological Forecasting and Social Change* Vol. 114 (2017).
- Fudge, Judy, “Labour as a Fictive Commodity: Radically Reconceptualizing Labour Law”, in Davidov, G. & Langille, B. (eds.), *The Idea of Labour Law* (Oxford University Press, 2011).
- Keynes, John Maynard, “Economic Possibilities for our Grandchildren”, in *Essays in Persuasion* (New York: Harcourt Brace, 1932).

- Klare, Karl (eds), *Labour Law in an Era of Globalization: Transformative Practices and Possibilities* (Oxford University Press, 2004).
- Leshem, Dotan, “Retrospectives: What Did the Ancient Greeks Mean by Oikonomia?”, *Journal of Economic Perspectives* Vol. 30, No. 1 (2016).
- Menger, Anton, *The Right to the Whole Produce of Labour: The Origin and Development of the Theory of Labor's Claim to the Whole Product of Industry* (McMillan Press, 1899).
- Salvatori, A., “The Anatomy of Job Polarization in the UK”, *Discussion Paper Series* no. 9193, (Bonn, IZA, 2015).
- Sinzheimer, Hugo, “Das Problem des Menschen im Recht” (The Problem of Man in Law). Inaugural lecture, Professor of Sociology of Law, University of Amsterdam. Groningen, (1933).
- _____, “Das Wesen des Arbeitsrechts(Fundamental Questions of Labour Law)” (Allgemeine Einleitung zu ‘Grundfragen des Arbeitsrechts’), *Grundfragen des Arbeitsrechts* (ed. Hermes, G.), (Berlin: Verlag d. Allg. Deutschen Gewerkschaftsbundes, 1927).
- _____, “Der Mensch im Arbeitsrecht”(Man in labour law), in *Neue Blätter für den Sozialismus* 1, (1930).
- Standing, Guy, *Work after Globalization: Building Occupational Citizenship*, (Cheltenham: Edward Elgar, 2009).
- Supiot, Alain, “The tasks ahead of the ILO at its centenary”, *International Labour Review* Vol. 159, Issue 1 (2020).
- U.S. Executive Office of the President, “Artificial Intelligence, Automation and the Economy” (2016).
- Weiss, Manfred, “Re-inventing Labour Law?” in Davidov, G. and Langille, B. (eds.), *The Idea of Labour Law* (Oxford University Press, 2011).

【제2발제】

세계화, 그리고 노동법의 변화와 미래

— 국제노동기준과 FTA를 중심으로 —

장 우 찬*

- I. 들어가며
- II. 선행연구
- III. 기본협약의 발효와 노동법의 변화와 미래
- IV. FTA 노동장과 노동법과 변화와 미래
- V. 결론

I. 들어가며

2021년 2월 국회에서 결사의 자유 및 단결권 보호에 관한 협약(제87호), 단결권 및 단체교섭 원칙 적용에 관한 협약(제98호), 강제근로에 관한 협약(제29호) 비준안이 의결되었다.¹⁾ 이에 정부는 2021년 4월 이들 협약을 비준하였고 2022년 4월 발효되었다.

헌법 제6조 제1항은 헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다고 규정하고 있다. 따라서 ILO 기본협약의 비준, 시행은 국내법 체계의 변화를 가져오고, 관련 법규범체계의 정합성을 요구한다.

* 경상국립대학교 법과대학

1) 우리나라는 1991년 ILO 회원국으로 가입하였으나, 8개 기본협약 중 제100호, 제111호, 제138호, 제182호의 4개 협약만 비준하고 있었다. 기본협약 중 제105호 협약은 이번 비준에서 제외되었는데, “정치적 견해 표명, 파업 참가 등에 대한 강제근로를 부과하는 것을 금지”하도록 하고 있어, 우리나라 형법 및 국가보안법 등 국내법과의 상충 문제를 고려한 것이었다.

규범체계의 정합성을 유지, 강화하는 방법은 상호모순, 저촉되는 규범이 있는 경우 이를 해소하는 것이다. 법률 개정을 통한 입법 방식을 사용할 수도 있고, 법률의 개정 없이 해석 방식을 사용할 수도 있다.²⁾

단결권 등 노동기본권에 관한 국제적이고 보편적 인식을 담고 있는 기본협약의 비준은 헌법 규정을 위시하여 관련 규정들이 이에 부합 내지 상응하는 수준이라는 것을 전제한다. 만약 아직 그에 미치지 못하였다면 최소한 이에 부합 내지 상응한 수준으로 나아갈 것이라는 방향성을 확고히 하는 것이다.

ILO의 기본협약 비준과 우리가 지금껏 여러 나라와 체결한 FTA는 다음의 의미를 가진다.

첫째, 기본협약의 비준으로 우리나라의 규범적 환경이 변화되었다는 것이다.³⁾ 즉, 노동법이 변화하였다는 것이다. 헌법에 따라 비준된 기본협약은 발효되게 되면 국내 법과 동일한 효력을 가지게 되기 때문이다.

둘째, 노동법의 해석도 국제적 수준에서의 보편성을 획득하여야 함을 의미한다. 규범 환경의 변화는 좁은 의미에서 법률 변화만을 의미하지 않는다. 기본협약의 비준에 입각하여 우리나라는 더욱 ILO 회원국으로서의 의무 수행에 적극적으로 노력해야 한다.

셋째, 노동기본권의 문제는 곧 통상무역의 문제와 직결된다. 즉, 노동문제는 통상 문제가 되었다. FTA의 노동장/노동조항은 ILO 회원국의 의무를 재확인하는 것을 전제로 한다. ILO 권고에 부합하지 않는 법제도, 관행이 지속되면 FTA 노동분쟁으로 연결될 수도 있다. 기본협약의 비준과 발효에도 여전히 배치되는 법제도와 관행이 지속되고, 강화된 이행감독절차에서 ILO의 이행감독기구로부터 권고 등을 받으면 FTA 노동장 내지 노동조항 위반 여부의 판단에도 영향을 미칠 수 있다. 특히 한-미 FTA의 경우 노동장에 대한 위반 제재로서 무역제재 및 벌과금/관세혜택 적용 중지 등 강력한 이행확보 수단을 두고 있다.

이 글에서는 먼저 기본협약의 발효를 통해서 노동법을 포함한 노동규범 환경의 변화 양상을 살펴본다. 기본협약의 발효를 통해 노동규범이 세계화되었고, ILO의 다

2) 다만, 헌법 규정과 기본협약 간의 충돌이 있는 경우 입법적 방식보다는 해석적 방식이 우선될 수밖에 없을 것이다.

3) ‘일의 미래’와 일을 규율하는 ‘일규범의 미래’는 상호작용하면서 미래의 모습을 만들어갈 것이다.

양한 감독절차에 따른 권고 등을 통해 노동법 해석의 장 또한 국제화, 세계화되었으므로 보편적 해석의 필요성을 논증하기 위함이다.⁴⁾ 더욱이 한-EU FTA에 있어 발생한 분쟁 상황은 향후 유사 분쟁의 발생 가능성을 경고하고 있으며, 그 파급력이 훨씬 클 한-미 FTA의 반면교사로 볼 수 있다. 이에 대해 차례로 살펴보도록 한다.

II. 선행연구

1. 세계화의 시작

‘세계화’라는 단어는 김영삼 정부에서 적극적으로 사용하였으나,⁵⁾ 노동법에 있어 세계화의 시작은 1953년 노동법(근로기준법, 노동조합법, 노동쟁의조정법, 노동위원회법) 제정부부터 시작하였다고 볼 여지도 있다. 당시의 입법을 “명목적” 의미의 노동법이었다고 평가하지만, 명목적이나마 만들어졌고 노동법은 그렇게 시작되었음을 부인할 수 없다.⁶⁾ 당시 “노동법은 한국 노사관계의 현실을 반영하거나 외국 법제에 관한 면밀한 조사와 연구를 바탕으로 제정된 것은 아니고, 미군정기의 노동정책에서 형성된 법적 관행의 일정 부분을 수용하면서 기본적으로 일본의 노동법을 계수한 것”으로 평가받는다.⁷⁾ 전쟁 이후의 당시 경제 사정이나 기업의 실태 자체가 당시

4) 보편적 해석의 결여는 곧 미완의 노동법 변화를 의미한다.

5) “세계화”라는 용어는 그 자체로 여전히 논란거리가 될 여지가 있으나, 이 글에서는 사전적 의미인 “정치, 경제, 문화 등 사회의 여러 분야에서 국가 간 교류가 증대하여 개인과 사회집단이 갈수록 하나의 세계 안에서 삶을 영위해 가는 과정(한국민족문화대백과사전)” 정도로 사용되고 있다.(<https://encykorea.aks.ac.kr/Article/E0068198> 2023-11-10 최종검색)

6) 이철수, “서울대학교 법학 50년 : 노동법/사회보장법 논문들을 돌아보며”, 「서울대학교 법학」 제50권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 2009, 373면에서도 한국 노동법학의 발전경로를 도입 시기, 시험 시기, 발전모색 시기 및 도약 시기로 나누면서 노동법제의 경우 명목적 생성의 시기, 경제적 효율화 강조의 시기, 사회적 형평화 모색의 시기, 사회적 형평화와 경제적 효율화 조화의 시기로 구별하고 있다.

7) 이철수, 「노동법」, 현암사, 2023, 10면.

8) 1953년 근로기준법에 대해 “사전준비와 진지한 토론도 없이 정부가 일본의 것을 거의 모방하여 제안한 실효성이 결여된 조문을 제정한 것”이라고 보는 것이 대체적인 견해라고 한다.(이흥재, “근로기준법 제정심의회 주요쟁점”, 「서울대학교 법학」 제50권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2009, 89면.)

노동법을 이행할 바탕에 있지 않았다는 평가도 있다.⁹⁾

2. 노동과 무역의 연계

국제노동기준과 국제통상의 연계 문제는 일찍이 1990년대부터 이른바 블루라운드(BR. 공식적 명칭은 Social Clauses in the International Trade)라는 이름으로 논의가 진전된 바 있다.¹⁰⁾ 이후 다자간 논의보다는 국가간 FTA 논의 형식이 활발하게 진행되었다.¹¹⁾ FTA의 노동 관련 논의는 국제기준의 준수를 전제로 하고 있다는 점에 있어 기본적으로 BR과 맥락을 같이 하지만, 체결당사자국의 협정문 이행의무를 보다 구체화하고 공중의견제출제도나 정부간 협의 및 분쟁심판을 통해 협정문의 실효성을 보다 제고시키고자 하는 점에서는 차이를 보인다.¹²⁾

당시 FTA(특히 한-미 FTA)와 관련한 노동장의 논의에서 노동과 무역과의 관계에 대해서 다음과 같이 예측하고 있었다.¹³⁾

첫째, FTA 노동장은 명목적인 규정에 불과할 수 있다. 미국과의 FTA 체결에 있어 그 원형이라고 할 수 있는 NAALC의 체결배경을 살펴보면, 원래 자유무역협

9) 김형배, “제2부 노동법제”, 「노동경제 40년사」, 한국경영자총협회, 1989. 74면에서는 “이 법률의 근로기준의 내용은 당시에 있어서 구미 선진산업국가의 그것과 비교해도 손색이 없는 것이었지만, 우리나라의 실정은 이를 수용할 만한 경제적 여건이나 각 사업장의 실질적 능력이 성숙되지 못했기 때문에 법의 규정 내용과 현실과는 상당한 괴리가 있었다. 그리하여 근로기준법에는 실효성이 없는 규정이 적지 않았으며, 전근대적 취업구조 및 산업구조로 인해 동법은 제대로 지켜지지 못했다고 할 수 있다.”라고 평가하고 있다.

10) 이에 관한 자세한 내용은, 박영범·이철수·Sinichi Ago, 「무역기준과 국제무역」, 한국노동연구원, 1994, 25면 이하 참조

11) 이철수, “블루라운드에 대한 노동법적 대응방안”, 1994 한국노동법학회 춘계학술 발표 및 정책토론회 자료집, 1994; 이철수, “국제노동기준 설정에 대비한 노동법적 대응”, 한국사회정책 제2집, 한국사회정책학회, 1995 등

12) 이철수, 「한미 FTA 협상 관련 노동법분야 대응방안」, 외교통상부, 2006; 이철수, “EU 노동법제에 관한 연구”, 서울대학교 법학 제49권 제2호, 2008; 이철수, 「한-페루 FTA 체결에 따른 페루 국제노동기준 준수 현황 연구」, 고용노동부, 2009 등 참조.

13) 장우찬, 「국제노동기준의 국내적 수용에 관한 연구」, 서울대학교 법학석사학위논문, 2007, 87-88면; 2006년 당시에는 다음과 같은 점에 기인하여 위와 같은 평가를 내리게 되었다. 즉, “체약국에 부과하는 의무 부과 정도가 단순히 노력의무 부과에 그치는 점이나, NAALC에 규정된 분쟁해결패널 및 제재수단 등의 제도가 NAALC가 체결된 지 어언 10여년이 지난 지금까지도 아직까지 한 차례도 분쟁해결패널까지 회부된 적이 없었다는 사실이 그 실효성이나 집행의지를 의심케 한다”는 것이다.

정은 노동에 관한 논의와 무관하게 진행되어 온 것이라는 점이다. 협상 중간에 NAFTA에 대하여 노동계, 환경단체 등에서 계속하여 문제제기를 하였지만, NAFTA 본문상의 협의내용으로서 협상·채택되지는 아니하였다. 결국 노동과 환경분야는 NAFTA와 별도의 협정형태로 체결되게 되었다. 이는 FTA의 협상에 있어서 두 가지 사실을 가정하게 한다. 하나는 FTA는 본래 무역에 대한 협정으로 상품 및 서비스에 대한 논의가 중심이 되는 것으로서 노동 및 환경 등의 문제는 부차적인 것이고 논의된다하더라도 모두 상품 및 서비스의 문제로 전환되어 언급된다는 것이다. 다른 하나는 NAFTA의 예에서도 알 수 있듯이 결국 NAALC는 NAFTA에 대한 회의의 기준을 성사시키고 노동계의 우려에 대한 설득 근거의 마련하기 위하여 부수적으로 주장, 채택되었다는 것이다. 그러므로 NAALC의 규정들은 명목적인 규정일 뿐 특별히 실효적으로 운영될 것을 염두에 두고 치밀하게 설계된 제도는 아닐 수 있다는 것이다.

둘째, ‘노력할 의무’로 규정되어 있어 이를 근거로 구체적인 분쟁으로까지 다다른 것은 어려울 것이다. 앞서 언급하였듯이 미국이 기존에 체결한 FTA는 ILO의 회원국으로서의 의무와 ILO 선언 상의 책무를 재확인하면서, 체약국은 국제노동기준의 법제화에 노력한다는 규정[공동책무(Statement of Shared Commitment)규정]과 효과적인 노동법 집행(Enforcement of Labor Laws)의무를 부과와 동시에 무역·투자 증진을 위한 노동법 보호수준 저하를 금지하는 규정을 두고 있다. 규정의 문언에 관하여 살펴볼 때, 전자는 “...노력해야 한다(shall strive to)”고 규정하여 체약국에 책무를 부과한 책무규정이라고 볼 수 있고 후자는 “...해서는 안된다(shall not fail)”고 규정하여 의무를 부과하는 규정이라고 볼 수 있다. 이렇게 본다면 ILO의 회원국으로서의 의무와 ILO 선언 상의 책무를 재확인하면서, 체약국은 국제노동기준의 법제화에 노력한다는 규정[공동책무(Statement of Shared Commitment)규정]은 의무부과규정으로 볼 수 없고 단지 체약국에 일반적인 노력의무, 국제노동기준을 준수하며 지속적으로 국내적 노동기준을 국제적 노동기준에 맞게 법제화한다는 책무를 부과할 뿐인 것으로 해석할 수 있다.¹⁴⁾

14) 다만, 이에 대해 다음과 같은 부가적 설명을 하고 있다. 즉, “국제노동기준을 준수하며 지속적으로 국내적 노동기준을 국제적 노동기준에 맞게 법제화하도록 노력하여야 한다라는 취지의 규정이 체약국간에 일반적인 노력의무를 확인하는 규정에 불과할지라도 체약국은 국제법 존중의 정신에 입각하여 국내적 노동법제가 국제 노동기준에 반하지 않도록 입법

셋째, 이른바 ‘무역영향성’ 요건 즉, 무역에 영향을 미칠 것이라는 요건이 FTA에 있어서 당사국의 의무 범위를 일반적인 노동규범 전반이 아니라 무역과 관련된 것으로 제한할 것이라는 점이다.

Ⅲ. 기본협약의 발효와 노동법의 변화와 미래

2022년 기본협약의 발효를 통해 우리나라의 노동기준이 ILO가 제시하고 있는 국제노동기준에 부합하기 위한 첫걸음을 내딛었다. 기본협약이 국내법으로 효력을 발생하게 된 것 자체가 의미있는 전진임에도 불구하고 굳이 ‘첫걸음’이라고 표현한 이유는 여전히 기본협약의 정신이 노동 현장에서 현실로 구현되기 위해서는 가야 할 길이 지난하기 때문일 것이다.¹⁵⁾ 기본협약 발효 후 변화된 규범적 노동환경을 둘러싼 각각의 해석과 견해의 차이들은 다양한 스펙트럼을 보이고 있다. 향후 이러한 차이들을 노사정 간에 좁혀 나가는 것이 주어진 과제라고 할 수 있다. 또한 여전히 비준되지 못한 기본협약과 여타의 다른 ILO의 협약들 또한 향후 비준대상으로 남겨져 있다. 이 장에서는 ILO 기본협약의 발효를 통하여 변화된 우리나라의 노동 규범의 상황과 앞으로의 전망 등을 위주로 살펴보기로 한다.

1. 기본협약의 발효

가. ILO 협약의 효력

1) 회원국으로서의 의무¹⁶⁾

협약을 비준한 회원국에 대해 ILO 협약은 법적인 구속력을 가진다. 그렇다고 하

적 노력을 경주하여야 할 것이다. 이와 관련 ILO가 우리나라에 개정을 권고한 바 있는 사항으로, 복수노조 금지, 실업자의 기업별 노조 가입 금지, 직권중재 제도 등이 문제시 될 수 있을 것이다. 매우 섬세한 논증이 필요하기 때문에 본 연구에서는 언급하지 않기로 하되 다만 직권중재는 곧 법개정 될 것으로 보이고 전자의 두 문제는 양국의 제도 차이를 통해 설명하면 별 문제가 없어 보인다.”

15) 김동명, “ILO 기본협약 발효와 한국사회의 과제 개회사”, 「ILO 기본협약 발효와 한국사회의 과제」, 2022, 6면.

16) 이승길 외, ILO 기본협약 이행 등을 위한 국제노동기준 연구, 고용노동부, 2022, 301-302면.

여 그 법적인 구속력이 회원국에 대한 ILO의 제재와 같은 집행권한을 의미하지는 않는다. 회원국에 대한 지속적인 이행을 촉구하는 권고만 가능할 뿐이다. 다만, 비준 여부와 상관없이 ILO의 회원국이면 일정한 의무를 지는 경우가 존재한다.

첫 번째, ILO 기본협약 중 결사의 자유를 위반한 사건에 대해서는 비준과 상관없이 특별감독체계가 진행될 수 있다. 즉, 결사의자유위원회는 회원국의 노사단체로부터 결사의 자유 원칙 위반을 접수받아 해당 사례를 검토한 후 해당 회원국에게 사례에 대해 권고를 취한다. 만약 해당 회원국이 답변이 없거나 부실하다고 판단될 경우 고충 제기 내용과 답변 내용을 공개할 수 있다. 이 경우 해당 회원국은 ILO 헌장 제24조에 따라 소명할 수 있다.

두 번째, ‘일터에서의 기본원칙과 권리에 관한 ILO 선언’에 따라 ILO 회원국은 의무를 이행해야 한다. 즉, ILO 회원국은 ‘일터에서의 기본원칙과 권리에 관한 ILO 선언’에 따라 결사의 자유 및 단체교섭권의 효율적 인정, 모든 유형의 강제 또는 의무적인 노동 근절, 아동노동의 효율적 폐지, 고용 및 직업상 차별근절 등을 실현하기 위해 노력해야 할 의무를 가진다. 이러한 의무는 기본협약을 비준하지 않은 경우에도 존재하며, ILO는 이러한 목적을 달성하는 데 필요한 지원을 제공할 의무가 있다.

‘일터에서의 기본원칙과 권리에 관한 ILO 선언’과 후속조치는 3가지 방법에 따라 회원국에게 제공된다. 3가지 방법은 연간보고서(Annual Review Reports), 글로벌보고서(Global Reports), 기술협력프로젝트(Technical Cooperation Projects)이다. 연간보고서는 회원국으로 하여금 ‘일터에서의 기본원칙과 권리에 관한 ILO 선언’의 비준하지 않는 모든 기본권을 구성하고, 글로벌보고서는 ‘일터에서의 기본원칙과 권리에 관한 ILO 선언’과 관련된 이슈에 대해 글로벌 또는 지역 동향 등을 포함한다. 마지막으로 기술협력프로젝트는 ‘일터에서의 기본원칙과 권리에 관한 ILO 선언’과 관련하여 식별 가능한 요청을 처리하고, 지역 역량을 강화하여 실천에 옮기도록 하기 위한 것이다. 따라서 ILO 회원국은 비준하지 않은 모든 기본권에 대해 연간보고서를 ILO에 제출하도록 요구된다. 우선 독립된 전문가자문단(The Committee of Independent Expert Advisors)은 ILO 회원국으로부터 제출된 연간보고서를 검토한다. 이후 이사회는 검토된 연간보고서를 다시 재검토한 후, 검토된 의견을 연례검토소개서(The Introduction to the Annual Review of reports)에 발간한다. 여기에서 이사회는 검토

내용은 새로운 동향 등이 관련된 회원국의 기본원칙과 권리 이행 여부라 할 수 있다.

나. 비준된 기본협약에 대한 의무¹⁷⁾

3개의 ILO 기본협약이 발효된 후, ILO는 우리나라의 이행 여부를 감독하고 사용자단체 또는 근로자단체는 진정 또는 고충 절차를 진행할 수 있다. 이러한 ILO 국제노동기준의 이행감독 시스템의 절차 등을 크게 5가지로 분류할 수 있다고 한다.

첫째, ILO 헌장 제22조에 따라 비준 회원국은 이행 및 준수 여부와 관련한 보고서를 매 3년마다 제출할 의무가 있다.

둘째, ILO 헌장 제24조에 따라 사용자단체 또는 근로자단체는 이사회에 협약 준수를 하지 않는 회원국을 상대로 진정을 제기할 수 있다.

셋째, ILO 헌장 제26조에 따라 비준 회원국, 국제노동총회의 대표단 또는 이사회가 동일한 협약을 비준한 다른 회원국이 동 협약을 이행하지 않는 경우 고충을 제기할 수 있다.

넷째, 사용자단체 또는 근로자단체가 회원국을 상대로 결사의 자유 관련 협약 제 87호와 제98호를 위반하였다는 이유로 고충을 제기할 수 있다.

다섯째, 회원국이 조사위원회 보고서와 이에 대한 권고를 수락하지 않는 경우 국제사법재판소에 이의를 제기할 수 있다.

ILO 국제노동기준의 이행감독 시스템에서 진정절차 및 고충절차의 보고서와 국제사법재판소의 결정(최종심이라 할 수 있음) 등은 모두 권고의 방식을 취하고 있다. ILO 협약은 이를 비준한 회원국에 한하여 국제조약으로서 효력이 발생하며 법적인 구속력을 가진다. 그러나 회원국이 협약을 미준수하거나 위반하는 경우 협약을 이행하라는 권고에 한하기 때문에 ILO가 회원국을 제재할 수 있는 집행 권한을 갖는 것은 아니다. 다만, ILO는 간접적 제재를 통해 협약의 이행 및 권고를 압박할 수 있다.¹⁸⁾

17) 이승길 외, ILO 기본협약 이행 등을 위한 국제노동기준 연구, 고용노동부, 2022, 304-305면.

18) 예를 들어 “ILO는 미얀마에게 ILO의 기술적 협력과 ILO가 주관하는 회의 또는 세미나에 참석하는 것을 금지하고, 다른 국제기구에게 미얀마에 대한 지원을 재고할 것을 국제노동총회에 요청한 적이 있다.”고 한다.

<기본협약 발효 전/후 회원국의 의무 비교¹⁹⁾>

구분	기본협약 발효 전	기본협약 발효 후
실체적 의무	ILO 회원국으로서 헌장상 결사의 자유에 관한 원칙을 존중, 증진, 실현할 의무(패널)	기본협약 상 의무
절차적 의무	- 정기 감독절차(보고 의무) - 특별 감독절차(진정절차, 조사위원회 절차, 결사의 자유 위원회 절차)	- 정기 감독절차 (포괄적이고 중층적인 정기 감독) : 정기 보고서 제출(3년) -> 전문가위원회 심사 -> 총회 기준적용위원회 2차 심사 - 특별 감독절차 : 진정절차, 조사위원회 이의제기 절차, 결사의 자유위원회 절차

2. 노동법의 변화와 미래

ILO 기본협약의 발효를 통한 우리나라 노동의 규범환경적 변화는 다음과 같을 것으로 예상된다.

가. 국제적 노동기준의 설정 - 국제적 논의의 장으로의 확장

이미 UN 가입을 통하여 ILO회원국으로서의 지위를 얻게 되었고, ILO 헌장과 결사의 자유 원칙을 존중할 의무가 부과되었지만, 이번 기본협약의 발효는 ILO 기본협약의 내용을 국내법적으로 수용하고 이를 명확히 하였다는 의미가 있다.

결사의 위원회가 밝히고 있듯이 “ILO 가입은 결사의 자유 원칙과 자유로이 비준한 협약을 국내법에서 존중할 의무를 수반하는 것”²⁰⁾이기 때문이다. 더군다나 ILO의 정규적 감독시스템과 특별 감독 시스템이 작동되게 되었으므로 이제 기본협약과 관련한 사항에 대해서는 국내적 논의에 국한하는 것이 아니라 국제적 논의의 장으로 확장되게 되었다.

19) 김동현·이혜영, 「결사의 자유에 관한 국제노동기구 기본협약 비준과 노동법의 쟁점」, 사법정책연구원, 2022 참조.

20) the 2006 Digest, para, 16; 344th Report, Case No.2364, para. 91.

특히나 협약·권고 적용전문가위원회는 20명의 독립적인 노동법 전문가로 구성되어 됨으로써 치열하고 전문적인 법리적 논쟁이 예상된다.²¹⁾ 이번에 비준한 기본협약들은 그 문언과 규정이 매우 추상적이다. 우리 현행 헌법의 규정만큼이나 해석을 통한 구체화가 필요한 경우인 것이다. 따라서 그 구체적인 내용을 확인하기 위해서는 이른바 ILO 이행감독기구들의 해석과 권고 등이 원용될 수밖에 없다.

결국 이미 국내법화된 국제적 기준을 두고 그 해석의 충돌이 발생할 수밖에 없는 상황이 된 것이다. 법원(法源)으로서의 지위는 협약 그 자체의 문언이 중심이 되므로, ILO의 해석을 어디까지 받아들일 것이냐에 대해서 견해의 대립이 발생할 수 있다. 그리고 이러한 해석의 충돌은 ILO의 감독 메커니즘을 통하여 국내의 규범적 해석의 다툼에 그치지 않고 국제적으로 논의될 수밖에 없는 상황이다.

나. 보편성과 특수성

이렇게 노동 규범의 해석과 이행을 둘러싸고 이와 관련된 환경이 국제적으로 그 지평이 넓어지면서 보편성과 특수성의 문제가 대두되게 되었다. 협약의 비준에 따른 그 이행의 구체적 현실은 각 회원국의 특수상황에 따라 각기 상이하게 펼쳐질 수밖에 없기 때문이다. 그럼에도 불구하고 ILO의 이행감독기구들은 특히 결사의 자유 분야에 있어서는 보편성을 강조한다. 이는 “결사의 자유 분야에서 보장되어야 하는 보편성, 계속성, 예측 가능성, 공정성 및 평등 취급의 원칙을 상기하면서 (중략)”²²⁾ 라는 표현에 잘 나타나 있다.

문제는 어떠한 경우가 국내적인 특수상황이 인정되어 협약의 정신을 훼손하지 않

21) “특정 사건에서 결사의 자유 위원회에 의해 제기된 결론은 결사의 자유와 단체교섭권에 대한 효과적인 승인 영역에서 그 권고를 따르도록 하기 위한 논의와 조치에 관하여 정부와 개별 국가 당국에 대해 가이드라인을 제공할 의도를 가진다. 결론과 권고를 함에 있어서 결사의 자유 위원회는 위에서 제기된 결사의 자유 원칙과 단체교섭권의 효과적인 승인 및 위원회 노사관계 분야에서 장기간의 경험과 전문성에 근거하여 운영된다. 결사의 자유 위원회 제소 절차의 목적은 누구를 비난하거나 제재하는 것이 아니라, 법과 실태에서 노동조합권에 대한 존중을 촉진하기 위한 건설적인 노사정 대화에 관여시키는 것이다. 그러기 위해서 결사의 자유 위원회는 다양한 개별 국가의 현실과 법제도를 고려하고 있다.”(국제노동기구 사무국 편, 「결사의 자유, 결사의 자유 위원회 결정 요약집」, 한국노동연구원, 2018, 1~2면)

22) 국제노동기구 사무국 편, 「결사의 자유, 결사의 자유 위원회 결정 요약집」, 한국노동연구원, 2018, 3면.

고 우리나라의 특별한 상황과 제도가 우선적으로 고려되는 경우일 것이나하는 것이다. 국제노동기구의 설립정신은 각 회원국들에 있어 보편적인 노동기준을 전파하고 이행하도록 하는 것이기 때문에 협약의 해석과 이행에 있어서도 보편성을 강조하는 입장을 띄고 있다. 기존의 국내적 제도들이 막연한 특수성을 이유로 허용되기는 어려울 것이다. 따라서 기존 법제도와 체계에 대한 근본적인 재검토가 요청된다. 어떠한 근거와 이유로 우리나라 특유의 제도로 고착화되게 되었는지의 검토가 필요하다. 국내적 특수성을 인정받고 국제적인 보편적 질서와 양립할 수 있는지에 대한 세밀한 접근이 필요한 부분이다.

다. 재판규범화된 국제노동기준

기본협약의 발효로 인하여 그 이행과 관련하여 우리나라는 주기적으로 보고서를 작성, 제출하여야 한다. 이 내용에는 기본협약의 이행과 관련한 사법부의 판단 또한 포함되게 된다. ILO는 “자유롭게 비준하고 사법부를 포함한 모든 국가 당국에 의해 존중되어야 하는 ILO 협약 적용을 보장하는 것은 정부의 책임”²³⁾이라고 하여 ILO 협약 존중은 사법부를 포함한다고 말하고 있다.

위원회는 개별 회원국의 법령에 대한 해석 권한을 가지는 법원이 아니라는 점에서, 개별 법령에 대한 법원 해석의 타당성에 대해서는 심사하지 않지만, 사법부의 결정이 결사의 자유 원칙이 침해되는 결과를 초래하는지 여부를 판단하여, 사법부를 향해 이에 대한 권고를 할 수 있다고 한다.²⁴⁾ 재판 과정이나 그 구체적 판단에 대하여는 관여하지 않지만 그 결과에 대해서는 기본협약의 이행과 관련하여 권고를 내릴 수 있다는 것이다. 이러한 점은 향후 사법부 판단의 신뢰성과 직결될 수 있다.

앞서 언급했듯이 기본협약 비준을 통하여 국제노동기준이 국내법 질서로 들어오게 되었다. 이는 노동분쟁에 있어 재판규범을 작동되게 됨을 의미한다. 결국 사법부가 국내법적으로 수용된 기본협약의 내용을 어떻게 이해하고 해석하며 이를 어떻게 구체적 사안에 적용할 것인가가 관건이 된다.

ILO 결사의 자유 위원회는 “상급 법원에 의해 해석된 것을 포함하여 국내법이 결

²³⁾ the 2006 Digest, para. 18; 344th Report, Case No.2242, para. 144.

²⁴⁾ 이수연, “ILO 기본협약 이행 등을 위한 국제노동기준 연구-ILO 결사의 자유 위원회를 중심으로”, 2022, 7면.

사의 자유 원칙을 위반한 경우, ILO 헌장과 적용 가능한 협약에서 규정된 바와 같은 결사의 자유 원칙에 법이 부합하도록 하기 위해 위원회는 법 상태를 심사하고 가이드라인을 제시하며 ILO의 기술지원을 제공하는 것을 항상 그 권한 내에 있는 것으로 판단”²⁵⁾하고 있다.

이제 기본협약의 발효로 인하여 사법부가 어떻게 판결할 것인가를 지켜보아야 하는 시간이다.

라. 국제노동기준으로의 수렴

기존의 국내법 질서에 국제협약의 내용을 이식시킨다는 관점에서 보면 초기에는 기존 질서 중심의 해석과 적용에 치우칠 수 있다. 그러나 보다 긴 시간을 기준으로 본다면, 결국은 국제적 보편성에 기반하고 있는 ILO의 해석 방향이 노동 질서의 지향점을 이루게 될 것으로 예상된다.

지속적이고 주기적인 피드백은 국내적 특수성을 희석하고 국제적 보편성을 지향하는 힘으로 작동할 것으로 예상된다. 특히나 기본협약의 내용은 근로자를 보호하는 틀을 이루는 근본적 메커니즘(결사의 자유 원칙)을 규정하고 있으므로 더욱 그러하다.

마. 향후 협약 비준의 확대 문제

앞으로 협약 비준은 확대될 것인가? 기존의 논의들은 “29호·87호·98호의 비준은 노동문제의 집으로 들어가는 현관문을 연 의미 이상을 갖지 못하며, 시간과 임금과 사회보장 등 진짜 핵심적인 문제들(기술협약)은 아직 손도 대지 못하는 현실”이라면서 협약 비준의 확대 필요성을 주장하고 있다. 아직까지 미비준된 기본협약에 대한 비준은 이루어질 것이라 예상되지만, 향후 다른 협약들의 비준으로 확대될 것인지는 현재로서는 예상하기 어렵다.

기본협약의 비준과 이행에 따라 향후 문제되는 사항이 얼마나 빨리 안착하느냐에 달려있으리라 생각한다. 선입법 후비준의 방식에 따라 정부 측으로서는 최대한 법률간 상호충돌 문제를 해결하고자 하였음에도 불구하고 기본협약의 해석을 둘러싼 견

²⁵⁾ the 2006 Digest, para, 11; 348th Report, Case No.2356, para. 362.

해차는 여전히 크다.

바. 삼자주의의 실현

ILO의 기본원칙은 노·사·정 삼자주의이다. 이러한 원칙이 국내적으로도 지속적으로 작동되는 것이 바람직하다. 어떻게든 노·사·정 간 지속적인 대화를 이끌어가는 것이 중요하다. 넓은 의미의 사회적 대화에 단체교섭 등이 포함되지만, 대화는 교섭과 구별되는 특징을 가진다. 바로 대화는 어떠한 목적이 개입되지 않고 그 결과도 요구되지 않을 수 있다는 것이다. 만약 대화가 어떠한 결과를 도출하기 위한 과정으로 이해되고 이행된다면 이미 그 순수성은 깨졌다고 할 수 있다. 즉, 진정한 의미의 대화가 아닌 사실상의 교섭이라고 할 수 있을 것이다. 지속적인 대화는 위기의 상황에서 그동안 축적된 대화의 경험은 빛을 발할 수 있으리라 생각한다. 단절된 대화의 회복을 위하여 조건없고, 실적과 결과가 요구되지 않는 대화의 장이 마련되어야 할 것이다.

사. 노동과 무역, 환경과의 연계

ILO 국제노동기준은 그 이행에 관하여 법적 구속력있는 판결을 선고할 국제사법 기구가 없다.²⁶⁾ 그러나 국가간, 내지 다자간 무역협정과 연계되면서 ILO 국제노동기준의 이행 문제는 국내적 노동 질서의 문제에 그치지 않고 국제적인 무역분쟁에 중심에 설 가능성이 대두되고 있다. 이러한 문제점은 고용노동부의 개정 ‘노동조합 및 노동관계조정법’의 설명자료에도 제시되어 있다. EU가 우리 노조법이 한-EU FTA 협정문에 위반된다며 분쟁해결절차를 개시한 것이 바로 그것이다. 이에 한-EU FTA 전문가 패널은 한국의 노조법 일부 조항이 결사의 자유 원칙에 위배된다며 개선을 권고한 바 있다. 향후 한-미 내지 한-캐나다 FTA에서도 압력이 더욱 가증될 것으로 예상하고 있다.²⁷⁾

분쟁제기 단계에서의 노동과 무역과의 관계성에 대해서는 포괄적으로 이해하고 대신 그 제재적 측면에서는 무역과 경제상의 제재가 가능케 하는 상황에서는 향후

26) 이수연, “ILO 기본협약 이행 등을 위한 국제노동기준 연구-ILO 결사의 자유 위원회를 중심으로”, 2022, 1면.

27) 고용노동부, “개정 ‘노동조합 및 노동관계조정법’ 설명자료”, 2021, 4면.

그 경제적 파급이 어떻게 될지 가늠하기 어렵다. 구체적인 제재 절차의 요건에 부합하지 못하고 확정되지 않는다 하더라도 상대국의 경제규모에 따라 노동문제가 문제화된다는 것만으로도 부담이 될 수 있다.

IV. FTA 노동장과 노동법과 변화와 미래

1. FTA 노동장

가. FTA 노동장 개요

FTA의 노동장은 협정 당사국 노동자의 권리를 보호하기 위한 것으로, 국제노동기준에 명시된 기본 노동권의 준수, 기본 노동권을 포함한 노동법의 효과적인 집행, 이해관계자의 절차적 권리 보장, 공중의견제출제도의 도입 및 운영, 노동협력메커니즘, 노무협의회 등으로 구성되어 있다.²⁸⁾

FTA 노동장 내지 노동조항은 무역의 노동기준의 연계와 더불어 증가하는 추세를 보일 것으로 예상되며, 규정의 내용도 강화될 것으로 보인다. 이른바 NAFTA라 불리는 미국, 캐나다, 멕시코 3개국 자유무역협정은 1994년 발효되었는데, 2017년 재협상을 거쳐 새롭게 USMCA로 명명되었다. USMCA에서 노동 관련 조항은 더욱 강화되었다.²⁹⁾

나. FTA 노동장의 분류

FTA에 포함된 노동장(노동조항)은 크게 구속력을 갖춘 경우와 권고적 성격인 경

²⁸⁾ “노동”, FTA강국, KOREA 홈페이지(<https://fta.go.kr/main/situation/fta/term/>).

²⁹⁾ 이동은, “무역-노동의 연계와 진화에 관한 소고-무역영향성 요건과 입증책임에 대한 USMCA의 차별화된 접근방식을 중심으로”, 서울국제법연구 제28권 제1호, 2021; 김혜수, “FTA 노동조합에서의 무역영향성 요건 검토”, 통상법무정책 2021년 제1호, 2021, 91-92면에서는 지금까지 체결된 무역협정 중 가장 강력한 노동규범을 규정하면서, 특히 무역영향성의 판단 기준과 입증책임을 최초로 협정 본문에 명시하고 있다고 평가하고 있다. 특히 무역영향성의 의미를 사전에 명확하게 함으로써 이에 관한 분쟁의 소지를 최소화하려 한 것으로 평가하고 있다.

우로 구분할 수 있다. 노동장(노동조항)을 포함하고 있는 FTA 중 40% 정도는 구속력을 갖춘 경우이고, 60%는 노동관련 조항을 언급하거나 노동권 보호에 대한 지지를 권고하는 형식을 띠고 있다. 구속력을 띠고 있는 경우에는 위반 시 제소나 경제적 제재, 호혜조치의 중단 등을 규정하고 있다. 권고적 성격을 띠는 경우에는 대화 및 협력, 모니터링 등을 활용한다. 미국의 FTA가 주로 구속력 있는 노동조항을 포함하는데 반해, EU의 FTA에 포함된 노동조항은 규범적이며, 구속력이 없다. 또한 양자 FTA의 쌍방이 모두 개도국인 경우에는 노동관련 조항이 없거나, 있더라도 노동권에 대한 광범위한 원칙을 언급하는 정도에 그치는 경우가 대다수이다.³⁰⁾

미국 모델 방식은 협정문에 ‘노동장’(Labor Chapter)을 두고 여기에 노동조항을 포함시켜 규율하는 방식을 취한다. 미국의 지역 및 양자 FTA에는 비구속적 성격을 갖는 규범과 집행수단 뿐만 아니라 구속력 있는 의무와 강제집행이 포함되어 광범위하게 적용되고 있다.³¹⁾ EU 모델 방식은 ‘지속가능한 발전장’(Trade and Sustainable Development Chapter)에 노동조항을 포함시켜 규율하는 방식을 취한다. 앞서 언급한 바와 같이 노동 및 환경과 같은 비무역적 사안을 무역과 연계하려는 노력을 미국 및 EU 국가와 같은 선진국들이 주도하고 있다.

2. FTA와 통상분쟁

이미 한-EU간에 FTA 노동조항 위반에 관한 분쟁 사건을 경험한 바 있다. FTA의 노동장(노동조항)은 일반적으로 결사의 자유 및 단체교섭권의 실효적 인정 의무 등을 규정하고 있다. 따라서 ILO 노동기준에 대한 위반은 FTA 노동조항의 위반으로 연결된다.

이러한 ILO 노동기준의 위반 여부에 대한 판단에 대해서 ILO의 이행감독기구의 판단은 영향력을 가질 수밖에 없다. 특히 ILO 기본협약의 발효로 협약 당사국이 된 우리나라는 더욱 강화된 ILO의 이행감독 메커니즘을 적용받게 된다. 전문가 패널 보고서 등 ILO 이행감독기구들의 해석 및 적용 법리가 FTA 노동장 위반 여부 판

30) 강유덕·고보민, “미국과 EU의 FTA에 나타난 무역-노동기준 연계에 관한 비교 분석”, 무역학회지 제41권 제3호, 2016, 8면.

31) 배인연, “FTA를 통한 노동권의 보호:미국 FTA의 노동규정을 중심으로”, 통상법률 2014-6, 2014, 13면.

단에 중요한 요소로 작용할 수밖에 없다.

FTA 노동장 위반에 대한 이행 메커니즘을 살펴보면, 한-EU FTA와 한-미 FTA는 구별된다. 한-EU FTA 노동조항에서는 권고에 대한 구속력을 인정하고 있지 아니다. 그러나 한-미 FTA 노동장에서는 일반 분쟁해결절차의 활용을 통해 구속력있는 패널의 판정과 권고를 이행할 것을 요구한다. 더불어 보상의 제공, 제재조치의 이행, 벌과금의 제공 등 강력한 제재조치를 규정하고 있다. 따라서 특히 한-미 FTA 노동장의 위반 문제가 통상분쟁과 관련되어 관심사로 떠오르지 않을 수 없다.

한-미 FTA의 노동장을 살펴보면, 노동권의 국내적 보장 및 역진 금지, 노동법의 적용 및 집행에 관한 조항에서 협정상 의무 위반에 해당하는 조치가 “당사국간의 무역 또는 투자에 영향을 미치는 방식으로(in a manner affecting trade or investment between the Parties)” 이루어져야 한다고 규정하고 있다. 이에 대해 ‘무역영향성’을 관련 의무 위반을 구성하기 위한 실제적인 요건의 하나로 규정한 것으로 이해하고 있다.³²⁾

무역영향성은 제소국이 승소하기 위해 입증해야 하는 법적 요건이다. 다만, 무역영향성에 대해서는 그 판단기준에 대한 해석례가 아직 축적되지 않았다. 여기서는 미-과테말라간 노동분쟁사례가 있어 이를 중심으로 소개하고자 한다. 미-과테말라간 노동분쟁은 피소국 과테말라가 국내적으로 노동법 집행에 실패하였음에도 불구하고, 그러한 과테말라의 조치가 당사국간 무역에 영향을 미치는 방식으로 이루어졌다는 입증에 실패한 경우이다.³³⁾

32) 김혜수, “FTA 노동조항에서의 무역영향성 요건 검토”, 통상법무정책 2021년 제1호, 2021, 87-88면에서는 이와 같은 내용은 한-중미, 한-호주, 한-뉴질랜드, 한-콜롬비아, 한-영 FTA 등에서 규정하고 있는 반면, 한-EU FTA는 이와 달리 협정상 의무 위반을 구성하기 위한 실제적 요건이라기보다 조치가 노동채터의 적용 대상이 되기 위해 필요한 선결적인 요건으로 무역영향성에 대한 규정을 두고 있다고 한다.

33) 이동은, “무역-노동의 연계와 진화에 관한 소고-무역영향성 요건과 입증책임에 대한 USMCA의 차별화된 접근방식을 중심으로”, 서울국제법연구 제28권 제1호, 2021 참조.

<미국-과테말라간 사례³⁴⁾³⁵⁾>

미국(제소국)	과테말라(피제소국)
<ul style="list-style-type: none"> - 문구를 넓게 해석해야 한다고 주장 - 협정 당사국간 경쟁의 조건에 영향을 미치는 방식을 포함하여 국경간 경제활동에 영향을 미치거나 이를 변경하는 것과 관련된 경우를 의미한다고 주장 - 협정상 의무 위반이 무역에 미치는 영향을 평가함에 있어 경제학적인 분석을 불필요하다고 주장하면서 입증책임 완화 시도 	<ul style="list-style-type: none"> - 문구 엄격 해석 주장 - 당사국의 조치와 무역 효과 간에 인과관계 필요 주장 - 당사국간의 무역에 대한 효과를 가진다는 점을 분명하게 입증할 것을 요구하는 조항으로 해석
<p><패널></p> <ul style="list-style-type: none"> - 무역에 영향을 미친다는 의미를 당사국의 조치가 무역에서의 경쟁을 유리하게 하는 경우를 의미하는 것으로 해석 - 가격이나 물량 등의 무역효과를 발생시키는 경우로만 좁게 해석해서는 안된다는 기준 제시 - 관련 조치가 경쟁관계에서 사용자를 유리하게 한다는 점을 제소국이 입증해야 함 - 모든 노동법 집행의 실패 사례가 경쟁상 우위를 발생시키는 것은 아니며, 예컨대 무역 효과가 지나치게 단시간에 발생하거나 국지적인 경우, 또는 그 효과가 지나치게 작은 경우에는 사용자를 경쟁에서 유리하게 하는 것으로 볼 수 없다고 함 - 협정상 의무 위반의 가능한 결과 등을 바탕으로 경쟁상 우위를 추론할 수 있다는 취지로 판단 - 경쟁상 우위를 입증하기 위하여 비용 기타 무역 효과를 정확하게 입증할 것을 요구하지는 않음 	

34) 김혜수, “FTA 노동조항에서의 무역영향성 요건 검토”, 통상법무정책 2021년 제1호, 2021, 86-91면.

35) ILO 협약 비준 현황을 비교해보면, 우리나라의 경우는 총 32개(9개의 기본협약 비준), 미국의 경우 총 14개(2개의 기본협약 비준), 과테말라는 총 74개(8개의 기본협약 비준)의 협약을 비준하였다.(2023-11-10 기준)

3. 한-EU FTA

가. 한-EU FTA 노동장

EU의 FTA는 국제협약에 대한 준수 의무를 부과하지, 위반 시 제재 규정은 없으며, 당사국 정부 및 시민사회와의 대화를 강조하는 양상을 보인다. EU의 노동-무역의 연계정책은 방식의 측면에서 경성규제가 아니라 연성 규제에 의존하고 있으나, 절차의 측면에서는 ILO의 관여범위가 제도적으로 확대되고 있다고 평가한다.³⁶⁾ 이와 같은 특징은 다음과 같은 이유에서 비롯된 것으로 볼 수 있다.

첫째, EU가 체결한 다수의 FTA는 개발정책과 밀접한 관련을 가지며, 이로 인해 구속력이 약한 협력 규정 등을 다수 포함하고 있다. 특히 지중해연안국 및 동유럽 국가들과 체결된 제후협정의 경우 협력에 있어 EU가 상대국을 대상으로 실시하는 지원이 주를 이룬다. 따라서 기본원칙을 나열하거나, 규범적 가이드라인을 제시하는데 그치는 경우가 많다.

둘째, 국제관계에 있어 대화를 강조하고, 이상적인 방향으로 다자규범의 정립을 모색하는 EU의 전통적인 경향이 반영된 것으로 볼 수 있다. 노동조항과 관련된 EU의 입장은 무역협정 상대국과의 대화를 통해 상대국의 노동권 증진을 도모하는데 초점이 있다.³⁷⁾

셋째, 단일화 된 연방국가와 달리 EU는 연방국가와 회원국 간의 연합체의 중간형태를 갖고 있다. 통상부문의 권한은 EU 공동체로 이전되어 있으나, 노동이 포함되는 내무·사법 분야는 각 회원국 정부의 소관이다. 따라서 무역-노동의 연계에 있어 강제성있는 노동조항을 FTA에 도입하는 것은 EU 운영체제를 고려할 때 EU-회원국 차원의 권한배분관계를 재조정하는 복잡한 상황에 직면할 수 있다. 또한 회원국 간의 상이한 이해관계를 조정하는 과정에서 법적 구속력이 약해질 수 있다. 노동에 사법 관련 규정을 넣으면, 모든 국가로부터 비준을 받아야 한다.³⁸⁾

36) 이승욱, “EU와 미국에서의 노동-무역 연계정책의 전개와 함의”, 노동법연구 제32호, 서울 대노동법연구회, 2012, 245-246면.

37) 강유덕·고보민, “미국과 EU의 FTA에 나타난 무역-노동기준 연계에 관한 비교 분석”, 무역학회지 제41권 제3호, 2016, 16면.

38) 강유덕·고보민, “미국과 EU의 FTA에 나타난 무역-노동기준 연계에 관한 비교 분석”, 무역학회지 제41권 제3호, 2016, 18면.

나. 분쟁 경과³⁹⁾

2018. 12. 17. EU는 한-EU FTA 제13장의 이행과 관련된 양 당사국간 협의 절차 개시를 다음과 같은 이유로 한국에 공식 요청하였다. 한국의 노동조합법 및 형법의 일부조항이 한-EU FTA의 노동조항에 규정된 “ILO 회원국 지위와 ILO 기본권 선언에서 발생하는 의무에 따라 노동기본권 원칙을 국내법과 관행에서 존중, 증진, 실현하기로 약속한다”는 내용에 부합하지 않는다는 것이었다. 한국이 4개의 ILO 기본협약을 비준하지 않은 것이 ILO 기본협약 비준 노력의무 위반한다는 것이었다.

구체적인 진행 경과는 다음과 같다.

- 2018. 12. 17. EU는 한-EU FTA 제13장의 이행과 관련된 양 당사국간 협의 절차개시를 다음과 같은 이유로 한국에 공식 요청.
 - ▷ 한국의 노동조합법 및 형법의 일부조항이 한-EU FTA의 노동조항에 규정된 “ILO 회원국 지위와 ILO 기본권 선언에서 발생하는 의무에 따라 노동기본권 원칙을 국내법과 관행에서 존중, 증진, 실현하기로 약속한다”는 내용에 부합하지 않음.
 - ▷ 한국이 4개의 ILO 기본협약을 비준하지 않은 것이 ILO 기본협약 비준 노력의무 위반.
- 2019. 1. 21. 정부 간 협의절차 진행.
- 2019. 7. 4. EU는 전문가패널 소집 요청.
 - ▷ 정부 간 협의절차에서 만족스러운 결과를 얻지 못한 노동조합법 4개조항 관련 사항과 4개 ILO 기본협약 비준과 관련하여 한-EU FTA 제13.15.1조에 따른 전문가패널 소집 요청.
 - ▷ 다음의 4가지 사항이 문제되었음. 노동조합법 제2조 제1호의 ‘근로자’ 개념에 자영업자, 해고자, 실업자 불포함, 노동조합법 제2조 제4호 라목에서 근로자가 아닌 자의 가입을 허용하는 경우 노동조합으로 보지 않음. 노동조

³⁹⁾ 이해영·이길원, “결사의 자유에 관한 ILO 기본협약 발효와 FTA 노동분쟁의 전망: ILOd와 FTA의 이행 메커니즘 간의 연계적 효과를 중심으로”, 국제법학회논총 제67권 제2호, 2022, 118-119면 참조.

합법 제23조 제1항에서 노동조합의 임원을 그 조합원 중에서만 선출. 노동조합법 제12조 제1항으로부터 제3항이 제2호 제4호 및 제10조와 관련하여 행정관청에 노동조합 설립신고증 교부에 재량을 인정한 점이 ILO 노동기본권 원칙에 위배.

○ 2019.12.30. 전문가패널 활동 개시

- ▷ 2020.1.20. EU의 1차 서면 제출
- ▷ 2020.2.14. 한국의 1차 서면 제출
- ▷ 2020.10.8.-10.9. 온라인 형식 심리 개최
- ▷ 2021.1.20. 패널보고서 양 당사국 제출
- ▷ 2021.1.25. 패널보고서 일반 공개

다. 쟁점 사항

1) 전문가패널 보고서

전문가패널의 보고서는 관할과 실체법적 판단 두 가지로 구분할 수 있다. 한-EU FTA 전문가패널의 관할사항인지 여부에 대해서는 다음과 같이 판단하였다. 한국 측은 FTA 협정의 제13.4.3조 및 제13.2.1조의 해석, 노동기준의 일치, 보호주의적 무역 목적과 비교우위, 중미자유무역협정 패널의 결정 선례에 입각하여 관할에 대하여 항변하였다. 패널은 한국측 주장을 기각하였다.

2) 실체법적 판단사항

실체법적 판단사항은 두 가지이다. 한-EU FTA 협정의 제13.4.3조 제1문에 대한 한국의 위반 인정 및 노동조합법 개선을 권고하였다. 한국이 4개 ILO기본협약을 비준하지 않은 것은 그간 한국이 ILO 기본협약의 비준을 위해 노력한 점을 고려하여 한-EU FTA 협정의 제13.4.3조 제3문에 대한 위반이라고 볼 수 없다고 판단하였다. 한-EU FTA 협정의 제13.4.3조 제1문에 대한 위반 및 권고를 하였다.

한-EU FTA 협정의 제13.4.3조 제1문의 해석에 대한 패널의 판단은 다음과 같다.

한-EU FTA 제13.4.3조 제1문

3. 양 당사자는 국제노동기구 회원국 지위로부터 발생하는 의무와 1998년 제86차 국제노동기구 총회에서 채택된 작업장에서의 기본원칙 및 권리에 관한 국제노동기구 선언과 그 후속조치에 따라 자신의 법과 관행에서 기본 권리, 즉 다음에 관한 원칙을 존중, 증진 및 실현하기로 약속한다.

가. 결사의 자유와 단체교섭권의 효과적 인정

나. 모든 형태의 강제적 또는 강요에 의한 노동의 철폐

다. 아동노동의 효과적 폐지, 그리고

라. 고용 및 직업상의 차별의 철폐

“국제노동기구 회원국 지위로부터 발생하는 의무”의 내용 및 성격은 ILO 헌장에 따라 ILO 회원국들이 이미 부담하는 결사의 자유 원칙을 존중, 증진, 실현할 의무를 법적 구속력 있는 의무로 재확인되었다. 이러한 의무는 한-EU FTA 제13장에 의해 별도의 독립적인 의무로 통합되었다.

“1998년 제86차 국제노동기구 총회에서 채택된 작업장에서의 기본원칙 및 권리에 관한 국제노동기구 선언과 그 후속조치에 따라... 기본권리, 즉 [결사의 자유와 단체교섭권의 효과적 인정 등]에 관한 원칙”의 의미 및 성격에 대해서 패넬은 ILO 선언 자체가 법적 구속력이 없으나 FTA 제13.4.3.조 제1문을 통해서 양 당사국은 결사의 자유와 단체교섭권의 실효적 인정을 포함하는 노동기본권 원칙을 존중, 증진, 실현할 것을 약속하는 새로운 법적 의무를 부담하고 있다.

“존중, 증진 및 실현하기로 약속한다”(commit to respecting, promoting and realising)에 의해 발생하는 의무의 성격에 대하여 “약속한다”의 통상적 의미를 고려할 때 양 당사국은 노동기본권에 관한 원칙과 관련된 ILO 회원국 지위 및 ILO 기본선언(1998)으로부터 발생하는 의무를 존중, 증진 및 실현하기로 약속하는 법적 의무를 부담한다. “존중, 증진 및 실현”의 의미에 대해서도 각각 판단하였다. “존중”은 결사의 자유를 해치거나, 손상을 끼치거나, 모욕하거나, 간섭하거나, 방해하는 것을 금하는 소극적 의무를 의미하고, “증진”은 근로자가 결사의 자유권을 향유하는 것을 제3자가 방해하지 못하도록 당사국이 보장해주어야 하는 적극적 의무를 의미하고,

“실현”은 결사의 자유권에 대한 원칙을 달성 또는 현실화하기 위한 의무를 의미한다.

“기본 권리에 관한 원칙”(the principles concerning the fundamental rights)의 의미에 대하여 패널은 지난 수십 년 동안 ILO 결사의 자유 위원회와 기타 ILO 이행감독기구들에 의해 현장상 결사의 자유 원칙과 ILO 기본협약 제87호 및 제98호상 핵심 원칙들이 설명되어져 왔음을 강조하고, 결사의 자유권에 관한 원칙은 패널 심사의 기초가 될 수 있을만큼 충분히 명료하고 그 의미가 보편적으로 이해되고 있다.

3) 한-EU FTA 협정의 제13.4.3조 제1문 위반에 대한 판단과 권고

개정 전 노동조합법의 일부조항이 ILO 결사의 자유 및 단체교섭권의 실효적 보장에 관한 기본 원칙에 부합하지 않는다고 판단하였다. 구체적으로 자영업자, 해고자, 실직자 등 모든 근로자가 기업 또는 초기업 단위노조에 가입할 권리를 보장하여 구 노동조합법상 근로자의 개념을 규정한 제2조 제1호와 노동조합의 결격사유를 규정한 제2조 제4호 라목을 결사의 자유 원칙에 부합하도록 권고하였다. 구 노동조합법 제23조 제1항에서 노동조합 임원은 조합원 중에 선출되어야 한다는 요건을 삭제하여 노동조합이 임원을 자유롭게 선출할 수 있도록 할 것을 권고하였다.

4. 소결

FTA 노동장은 ILO의 기본협약 비준과 관련하여 두 가지 측면에서 한층 더 그 의미를 강화하고 있다.

첫째, 기본협약을 비준함에 따라 ILO 이행감독기구들의 강화된 절차적 감독을 받게 되었다는 점이다.⁴⁰⁾ 물론 ILO 회원국으로서의 의무와 기본협약 비준국으로서의 의무가 실제적으로 구별되는 것은 아니다. 다만, ILO 전문가위원회에 의해서 한국의 법제도 및 관행 전반이 협약에 부합하는지 전반적 심사가 이루어지게 되고 국제적 측면에서 쟁점화될 여지도 있다. FTA의 노동장 내지는 노동조항이 ILO 회원국으로서의 의무를 재확인하는 것을 전제로 하고 있다는 점에서 ILO 권고에 부합하지 않

40) 김동현·이혜영, 「결사의 자유에 관한 국제노동기구 기본협약 비준과 노동법의 쟁점」, 사법정책연구원, 2022, 168면.

는 법제도 및 관행이 지속될 경우 이는 FTA 노동분쟁으로 전화될 수 있다. 더불어 ILO 이행감독기구들의 판단이 FTA 노동장 내지 노동조항의 위반 여부 판단에 영향을 끼칠 수도 있다는 점에서 주의를 요한다. 특히나 한-미 FTA는 한-EU FTA에 비해 노동조항 위반에 대한 제재로서 무역제재 및 벌과금/관세혜택 적용 중지 등 강력한 이행확보수단을 규정하고 있다. 다만, 한-미 FTA의 노동장은 노동권의 국내적 보장 및 역진 금지, 노동법의 적용 및 집행에 관한 조항에서 협정상 의무 위반에 해당하는 조치가 “당사국간의 무역 또는 투자에 영향을 미치는 방식으로(in a manner affecting trade or investment between the Parties)” 이루어져야 한다고 규정하고 있다. 이러한 무역영향성은 FTA로 인한 통상분쟁시 제소국이 입증해야 하는 법적 요건이다. 앞서 살펴본 바와 같이 미-과테말라간 노동분쟁사례는 실제 분쟁에서 무역영향성의 문제가 어떠한 국면과 정도로 요구되는지를 보여주는 실례이다. 그러나 관련 분쟁이 축적되어 있지 않으므로 일반화하여 이해하기에는 아직 무리가 있다고 생각된다. 그렇지만 당해 분쟁에서의 패널의 결정은 참고할 필요가 있다. 패널은 무역에 영향을 미친다는 의미를 당사국의 조치가 무역에서의 경쟁을 유리하게 하는 경우를 의미하는 것으로 해석하고 가격이나 물량 등의 무역효과를 발생시키는 경우로만 좁게 해석해서는 안된다는 기준을 제시하였다. 관련 조치가 경쟁관계에서 사용자를 유리하게 한다는 점을 제소국이 입증해야 하며, 모든 노동법 집행의 실패 사례가 경쟁상 우위를 발생시키는 것은 아니고, 예컨대 무역 효과가 지나치게 단시간에 발생하거나 국지적인 경우, 또는 그 효과가 지나치게 작은 경우에는 사용자를 경쟁에서 유리하게 하는 것으로 볼 수 없다. 그러나 협정상 의무 위반의 가능한 결과 등을 바탕으로 경쟁상 우위를 추론할 수 있다는 취지 하에, 경쟁상 우위를 입증하기 위하여 비용 기타 무역 효과를 정확하게 입증할 것을 요구하지는 않는다고 판단하였다.

둘째, 기본협약의 비준 확대라는 사실 자체는 ILO 회원국으로서의 의무 수행에 미온적이지 않고 적극적인 노력을 하고 있다는 점을 상기시킨다. 우리나라는 1997.12.8. 제100호 협약(동일가치노동 동일보수에 관한 협약)을 비준하였고, 1998.12.4. 제111호 협약(고용 및 직업상 차별금지 협약)을 비준하였다. 그리고 1999.1.28. 제138호 협약(취업 최저연령에 관한 협약)을 비준하였으며, 2001.3.29. 제182호 협약(가혹한 형태의 아동노동 폐지 협약)을 비준하였다. 결국 8개의 기본협약

중 제87호, 제98호, 제29호, 제105호에 대하여 미비준 상황으로 있었는데, 그 중 2021.4.20. 제29호, 제87호, 제98호 협약에 대해서 비준하였다. 이는 우리나라가 1991년 제152번째 회원국으로 국제노동기구에 가입한 이래, 회원국으로서의 의무를 수행하기 위하여 노력해 오고 있음을 보여주고, 노동기본권의 유지, 보호가 지속적으로 진전되고 있음을 보여주는 유력한 예이다. 다만, 앞서 언급한 바와 같이 기본협약의 비준과 발효에도 불구하고 여전히 이와 배치되는 법제도와 관행이 지속되고, 강화된 이행감독절차 하에서 ILO의 이행감독기구로부터 권고 등을 받게 된다면 FTA 노동장 내지 노동조항 위반 문제로 전화될 수 있음에 주의하여야 한다.

V. 결론

이 글의 제목에서 ‘세계화’라는 낯은 용어를 사용한 이유는 다음과 같다. 1953년 노동법의 제정 이후로 지금까지도 노동법의 ‘세계화’는 여전히 화두라고 생각한다. 1953년 당시 제정된 노동법은 일 8시간, 주 48시간과 같은 노동기준을 가지고 있었고 이는 당시로서는 세계적 수준에 부합했다고 할 수 있다. 다만 이때의 우리나라 경제적/사회적 상황이 이러한 규범을 실현할 수 있는 상황은 아니었다고 평가받는다. 그렇다면 지금은 어떠한가?

규범을 실현할 경제적/사회적 상황은 당시보다 비약적을 발전했다고 할 수 있지만, 이제는 규범의 해석이 문제된다. 규범 자체는 ILO의 기본협약을 비준하여 국제적인 규범을 수용하였지만, 여전히 한국 법제도의 특수성을 고려한 해석이라는 이름으로 일터에서 그 적용과 실현을 방해하고 있는 것은 아닐까?

이미 기본협약의 발효를 통해서 일의 규범 그 자체는 이른바 세계화되었고, ILO의 다양한 감독절차에 따른 권고 등을 통해 그 해석과 논의의 장 또한 세계화/국제화되었다. 따라서 세계적인 보편성을 획득하는 해석론이 필요하다. 더욱이 FTA 노동장에 대한 국제적 분쟁 경험(한-EU FTA)과 한층 높아진 유사사례 발생 가능성(한-EU FTA)은 더욱 노동법의 보편적 해석을 요구하게 되었다. 이제 노동문제는 곧 무역(국제통상)의 문제이다.⁴¹⁾

41) 이제는 노동 뿐만 아니라 환경도 곧 무역(국제통상)의 문제이다.

다시 한번 반복하면, 이제 우리 노동법의 해석과 학술적 논의의 장은 기존의 국내적 해석에 머물지 않고 국제적 장으로 넓어졌다. 국제적으로 용인될 수 있는 해석을 국제적인 보편성의 획득이라고 한다면, 그러한 보편적 해석에 입각한 규범이 ‘일’에 적용되어야 한다. 이른바 ‘일의 미래’는 ‘일을 어떻게 규율할 것인가’와 직결된다.

이런 의미에서 다시금 노동법의 세계화 실현이라는 국면에 서있다고 평가할 수 있다.

【제1발제 지정토론】

“노동법의 갱신(更新)”에 대한 토론문

문준혁*

먼저 깊이 있는 발제문을 작성하여 주신 이다혜 교수님께 감사를 드립니다. 올해로 제정 70주년을 맞이한 우리 노동법제가 19세기 공장법의 유산으로 치부되어 개혁의 대상으로 언급되는 요즘, 이번 발제가 노동법의 목적을 다시금 새기게 하는 계기가 되었습니다. 특히 규범학으로서 노동법학은 ‘노동의 미래’에 대응하는 것을 넘어 ‘미래의 노동’의 방향을 선언하고 제시할 수 있어야 한다는 발제자의 주장에 적극 공감하며, 이러한 노동법학의 실천성¹⁾에 대해 더 많은 논의와 연구가 이어지기를 기대합니다.

발제문의 취지에 지지와 공감을 보내면서, 이하의 내용에서는 발제자의 추가적인 의견이 궁금한 사항에 대해 질의하면서 논의를 보다 풍부하게 할 수 있는 사항에 대해 몇 가지 의견을 드리는 것으로 토론을 진행하고자 합니다.

I. 노동법의 근본 목적과 관련하여

먼저 ‘가치지향적 접근’과 ‘기능지향적 접근’의 관계에 대해 질문드리고자 합니다. 발제문은 진쓰하이머의 노동헌법 구상을 바탕으로 기능지향적 노동시장법 논의를 비판하는 한편, 우리 헌법 제119조의 경제민주화 조항과 노동관계법령의 목적조항에 대한 해석을 토대로 ‘가치지향적 접근’이 노동법의 근본목적에 보다 부합하는 것으로 보고 있습니다. 타당한 해석이라고 생각합니다.

다만 노동법의 근본목적을 확인한 다음 과제로, 두 접근법의 간극이 어떻게 극복

* 서울대학교 법학연구소 고용복지법센터

1) “현재의 과학은 미래의 상식이 되고, 현재의 정의는 미래의 법이 된다.”(H.S.FOXWELL)는 경구는 이철수 교수님의 『노동법』(현암사, 2023) 교과서를 여는 첫 문장이기도 합니다.

될 수 있는지에 대해서도 추가적인 검토가 필요할 것 같습니다. 이철수 교수님께서 상반되는 두 가지 접근법을 제시하신 것은 양자 간의 대립 내지 우열관계를 드러내기 보다는 정반합(正反合)의 변증법을 통해 현실에 보다 적합한 노동보호의 방법을 도출하기 위함이셨던 것 같고, 평소에는 Blain&Gennard 공식²⁾을 인용하시면서 ‘노동법은 참여자, 기술, 경제상황, 사회, 이데올로기의 복합적 산물’이라는 표현도 많이 사용하신 것 같습니다. 발제자께서도 “노동법학은 신자유주의의 타격 이후 노동의 보호와 노동시장의 효율성이라는 양자의 대립구도 속에서 정반합을 모색해 나아가는 과정 속에 있다고 보아도 크게 틀리지 않을 것”이라고 언급하고 계신데, 이에 대한 발제자의 의견이 궁금합니다.

한편, 발제문은 근로기준법과 노동조합법의 목적 조항에서 공통적으로 등장하는 ‘근로자 보호’와 ‘국민경제의 발전’ 간의 긴장관계를 그 수식어인 “균형 있는”의 해석에 주목하여 해소하고 있습니다. 앞서 소개하신 이론적·규범적 논의를 구체적 조항의 해석과 관련하여 설명해주셔서 글의 논지를 이해하는데 큰 도움이 되었습니다. 다만 ‘가치지향’과 ‘기능지향’의 관계항 속에서는 노동조합법의 목적에 언급되어 있는 ‘산업평화의 유지’를 어떻게 해석할 것인지 또한 규명되어야 할 지점이 아닐까 합니다. 과거 권위주의 정부가 노사분규의 예방 내지 억제를 통한 경제적 효율성 추구를 우선한 나머지 직권중재와 같은 강압적 방식으로 노동쟁의를 해결해왔고, 판례 또한 노동3권 제한을 정당화하는 도구로서 산업평화의 개념을 활용해왔다는 점을 고려하면,³⁾ 산업평화 개념의 남용을 방지하기 위한 보다 적극적인 연구와 해석이 필요한 것이 아닐까 합니다.

2) N. J. Blain & John Gennard, “Industrial Relations Theory”, 『British Journal of Industrial Relations』 Vol. 8, 1970.

3) 가령 노동조합 대표자의 단체협약체결권 제한이 문제가 된 사건(헌법재판소 1998. 2. 27. 선고 94헌바13·26,95헌바44(병합) 결정)에서는 “이 사건 법률조항으로 말미암아 노동조합의 자주성이나 단체자치가 제한되는 경우가 있다고 하더라도 이는 근로3권의 기능을 보장함으로써 산업평화를 유지하고자 하는 중대한 공익을 위한 것으로서...”라고 하고, 제3자개입금지 관련 사건(대법원 1996. 6. 28. 선고 93도855 판결)에서는 “노동쟁의조정법에 제3자개입금지 규정을 둔 취지는 ... 근로자와 사용자 쌍방의 이익을 도모하고 산업평화를 유지하기 위한 것”이라고 하고 있습니다.

II. 노동법학의 방법론과 관련하여

언젠가 ‘사회조사방법론’ 수업을 들을 때 교수님께서 ‘방법론 없이 학문 없다’라고 말씀해주신 기억이 납니다. 서울대 노동법연구회에서 발간한 「노동법연구」 창간호(1991)가 노동법학 방법론을 첫 특집으로 다루었던 것도 이러한 이유에서 였으리라 짐작해봅니다.

이 특집은 두 개의 논문을 다루었는데, 먼저 이흥재 선생님의 ‘휴고 진즈하이머의 생애와 학문’은 진즈하이머의 인간 중심적 법학방법론을 소개하면서, 그 중 법사회학 방법론을 ‘법규범과 법현실의 모순을 직시하기 위한 것’으로서 파악하고, 그 연구단계를 ①실재적 법을 발견, 분류하는 기술적(記述的) 법사회학, ②형식적 법과 실재적 법의 모순관계를 규명하는 비판적 법사회학, ③사회변혁과 새로운 법규범의 발생 및 변동관계를 분석하는 역사적 법사회학, ④경제 및 사회 변혁 세력과 사상세계의 관계를 고찰대상으로 하는 이론적 법사회학’으로 분석하였습니다.

정인섭 교수님의 ‘노동법학 방법론의 비판적 고찰’은 1960년대 일본에서 전개되었던 노동법학 방법론 논쟁을 바탕으로, 우리 노동법학의 독자적 방법론을 도출하고 있습니다. 이에 따르면 당시 주류적인 노동법학의 방법론은 “시민법의 자기 완결성에 근거한 개념법학적 방법론의 법현실에 대한 태도를 비판하는 사회학적 법률학 내지 법사회학의 이론적 성과를 흡수하면서 노동법이 생성중인 범영역이라는 사실에 유념하여 노동자의 자주적 규범의식을 법적인 권리로 체계화하려는 규범주의적 방법론의 경향”을 띠고 있었으나, 점차적으로 국가의 역할이 강조되고 노사관계의 양상도 변화함에 따라 종속노동론의 재검토, 생존권에서 ‘인간의 존엄성’을 중심으로 하는 권리체계의 재구성, 노동법의 이데올로기에 대한 비판 등의 변화가 관찰되었다고 합니다.

그러나 그 이후로 노동법학과 노동현실에 대한 이론적 고찰이나 노동법학은 법사회학적 방법론을 어떻게 활용해야 하는 것인지에 대해서는 그다지 많은 연구가 이루어지지 않는 것 같습니다. 이러한 상황에서 발제자는 사회과학의 연구성과를 활용하는 학제적 연구와 법사회학적 연구는 구별된다는 전제에서, 법사회학의 효용은 도그마틱 그 자체를 연구의 대상으로 삼고 의심하는 체테틱(zetetik)의 방법론에 있다고 강조하고 있습니다. 제가 과문한 탓에 체테틱의 개념을 처음 접하게 되었는데

데, 글의 말미에서 간략히 언급하신 체데틱으로부터의 탐색이 필요하거나 이러한 접근이 유의미하다고 생각하시는 구체적인 노동현실이나 도그마틱의 범리로는 어떤 것이 있으신지 소개해주시면 이해에 도움이 될 것 같습니다.

Ⅲ. 갱신(更新)의 대상과 관련하여

로마법학자들에 따르면 “정의란 각자에게 각자의 몫을 돌려주고자 하는 의연하고 항구적인 의지”(학설취찬)이라고 합니다. 정의라는 표상이 항구적으로 유지되는 이상, 이를 구체화하고 실현하고자 하는 법학 또한 스스로의 좌표를 계속 점검하고 정의로 나아가는 항로를 일치시키고자 노력해야겠습니다. 이 점에서 노동법의 ‘갱신’이라는 제목이 반갑게 와 닿았습니다.

최근 집단적 노사관계법을 둘러싼 법해석 및 입법 모두에서 노동3권의 현대적 의의를 재조명하여 법을 갱신하고자 하는 시도가 활발하게 전개되고 있는 것 같습니다.⁴⁾ 아직 구체적인 입법론에까지는 이르지 않는 않지만, 이철수 교수님께서 주목해 오신 ‘새로운 종업원대표제도’에 대한 논의⁵⁾도 노동조합을 통한 집단적 자치(근로조건 대등결정)의 실현이 낮은 노조조직률 등으로 제 기능을 하지 못하는 상황에서 노동권의 본래적 취지가 구현될 수 있도록 변화한 노사관계 상황에 대응하는 새로운 제도를 구상하였다는 점에서 노동법의 갱신을 추구하는 것으로 평가할 수 있겠습니다. 반대로, 지금의 노동법제 중에서 앞으로의 갱신을 거절해야 할 것들이 있다면 어떤 것들이 있을지 생각해 보는 것도 의미가 있을 것 같습니다.

다만 발제자께서는 갱신의 본질은 ‘생존권으로의 회귀’에 있다고 말씀 하셨는데, 이때 생존권이 구체적으로 무엇을 의미하는 것인지에 대해 말씀해주시면 좋겠습니다. 생존권이라는 ‘일반조항’의 특성상 그 의미에 대해 다양한 해석이 가능하기 때문입니다.

다소 두서 없는 인상비평에 가까운 토론문이었지만, 발제자께서 잘 수습(?)해주시리라 믿고 부족한 토론은 마치도록 하겠습니다. 감사합니다.

4) 박제성·박은정·권오성·김린, 「구체적 권리로서의 노동3권의 의의와 부당노동행위 제정립에 관한 연구」, 한국노동연구원, 2022; 김민기, ‘사내하청에 대한 노동법적 규율 - 단체교섭권의 실현을 중심으로’, 서울대학교 법학박사학위논문, 2023 등.

5) 이철수, ‘새로운 종업원대표시스템의 정립’, 노동법연구 제45호, 2018.

【제1발제 지정토론】

다시 노동법의 출발점에서 던지는 질문들

조 연 민*

발제문은, 규범학으로서의 노동법학은 ‘미래의 노동’이 어떠해야 하는지를 선언함으로써 ‘노동의 미래’를 견인해야 한다고 주장합니다. 그 논증의 첫머리에서 이철수 교수가 제시한 ‘가치지향적 접근’과 ‘기능지향적 접근’이라는 방법론적 개념들을 계기로 삼아 이를 “노동법의 목적에 대한 관점으로 치환”함으로써, 후고 진쓰하이머의 노동헌법론을 필두로 한 가치지향적 노동법론에 터잡아 기능지향적 노동시장법론을 비판하고 노동법의 목적을 재확인하고 있습니다. 나아가 이를 계속적으로 실현하기 위한 현재적 과업으로 노동법의 갱신의 필요성을 주장하면서, 그 갱신의 본질을 생존권으로의 ‘회귀’를 통한 사회정의의 구현으로 집약합니다. 마지막으로 노동법학이 이러한 목표에 다다르기 위해서는 법사회학적 방법론을 빌어 실정법의 해석론에 매몰되지 않고 “법의 진정한 의미와 정신을” 포착하려는 노력이 필요함을 강조하는 것으로 마무리됩니다.

법을 다루고 공부하는 모든 사람에게 법의 목적은 태양과 같다고 느껴집니다. 모두가 바라볼 수 있는 곳에 떠 있으면서 나아가는 방향을 가늠케 한다는 측면에서 우선 그렇습니다. 법의 목적을 지향하는 못사람과, 집단과 사회에게 자양분이 되어 주기도 합니다. 그러다 때로는 시야에서 가려져 밤이 그렇듯 실체를 명료하게 파악하기 어려워집니다. 또한 그것을 가까이서 보고, 체감하고 싶더라도 직접 손으로 만지거나 발로 디딜 수는 (아직은) 없기도 합니다. 그런 한편으로, 오히려 그렇게 모두에게 공평하게 먼 거리에 떨어져 있기에 어느 각도와 방향에서 바라보느냐에 따라 여러 해석이 가능해지며, 그 해석들이 서로 갈등하고 긴장하면서 해석론도, 입법도 발전해나가게 되기도 합니다.

* 변호사(민주노총 법률원/법무법인 여는), 서울대학교 대학원 박사과정 수료(노동법).

노동법을 매일같이 들여다보면서도, 어느 순간부터는 그 목적이라는 것이 태양만큼 당연하고 일상적인 것으로 느껴져서 「근로기준법」과 「노동조합 및 노동관계조정법」의 각 제1조, 그리고 「헌법」상의 노동 조항들에 대한 도구적 이해·활용을 넘어서지 못하는(않는) 상태에 안주하고 있었던 것은 아닌지를 자문할 수 있는 기회를 발제문을 통해 얻게 되었습니다. 처음 노동법을 공부하게 되었을 때로 돌아가 그 때가졌던 여러 근본적인 고민과 궁금증들을 되돌아볼 수 있는 시간이 되었습니다. 발제문에서 주장하고 있는 바에 근본적으로 동의하며, 이하에서는 발제문의 몇 가지 지점들에 대하여 관점을 보태거나 질문함으로써 논지를 구체화하려는 방향에서 토론하고자 합니다.

1. 노동의 담지자, 노동법의 수범자로서 ‘인간’에 대하여

발제문은 법사회학적 방법론의 효용을 언급하는 결론부에서 ‘체테틱’과 ‘도그마틱’을 대별하면서 전자의 필요성을 강조하고 있습니다. “어떤 것에도 의문을 제시할 수 있으며 실천적 결정의 강제에 결부되지 않은 자유로운 영역”이라고 설명되는 체테틱은, 노동법학에서는 노동법학을 지배하는 각종의 도그마틱을 (그것을 전적으로 배제하는 것이 아니라 경유함으로써) 합리적으로 의심하는 데 활용될 수 있다는 설명입니다.

(1) 체테틱의 관점에서 발제문의 처음으로 돌아오면, 진쯔하이머가 제기한 노동법의 사명 또는 운명 그 자체에 대한 언명 또한 (그것이 도그마틱은 아닐지라도) 합리적 의심의 대상으로 떠오르게 됩니다. 즉, 체테틱의 방법론은 첫 번째로, 진쯔하이머에 대해서도 ‘노동법의 사명은 왜 인간의 가치를 보존하는 데 있으며, 노동법의 운명은 왜 인간이 사물처럼 취급되는 것을 막는 데 있는가’라는 질문을 던지게 합니다. 노동법은 역사와 사회의 산물이며 언제나 “서로 다른 집단 사이의 갈등과 이데올로기적 경쟁을 거쳐 산출되는 결과물”¹⁾이기)에) 그 양상에 따라, 시대적 환경에 따라 변동하는만큼, 위 질문에 대한 답변 역시도 마찬가지로일 것입니다. 그렇기 때문에

¹⁾ Bob Hepple, “The Future of Labour Law”, *Industrial Law Journal*, Vol. 24, No. 4, 1995, p.305.

라도 매 시기 이러한 질문을 던지는 것, 그리고 그에 대해 당위론을 답습하지 않고 현재적으로 답하기 위해 노력하는 것이 가치지향적 접근의 옹호이며 갱신이지 않을까 생각합니다.

(2) 진프하이머에 대한 첫 번째 질문에 대하여 우리는 노동의 특수성과 노동법의 독자성을 자주 언급합니다. 노동은 인격과 분리되지 않으며, 눈에 보이는 것은 추상적인 노동이 아니라 노동과 결합되어 있는 인격이라고 할 수 있습니다. 이러한 점에서 진프하이머는 노동법의 사명을 노동이 아닌 ‘인간’의 가치보존으로, 노동법의 운명을 노동이 아닌 ‘인간’이 사물처럼 취급되는 것을 막기 위한 것으로 적은 것일지도 모릅니다. 인간은 노동법이 다루는 노동의 (아직은) 유일한 담지자이고, 인간의 (종속)노동을 다루는 노동법의 수범자이기도 합니다.

이와 같은 맥락에서 이어지는 두 번째 질문은, 진프하이머가 말하는 ‘노동법의 사명과 운명’이 얽혀 있는 ‘인간’이란 누구인가라는 것입니다. 종으로서의 인류 전체인지? 실정법상 근로자인지? 아니면 그보다는 넓되 종속노동을 행하는 인간 일반인지? 아니면 질문이 던져지는 그 시기에 생존권의 침해 또는 긴박한 침해 위험 상태에 놓여 있는 이른바 ‘사회적 약자’들을 일컫는 것인지? 진프하이머의 문장에 쓰인 ‘인간’을 어떻게 이해하느냐에 따라 노동법의 목적의 모습과 지향도, 그것을 달성하기 위해 동원되는 수단의 내용도 저마다 달라질 수 있기에, 노동법에서의 ‘인간’이 갖는 의미를 구체화하기 위한 질문 역시도 계속적으로 던져야 한다고 생각합니다.

(2-1) 이 질문의 단초는 두 가지 고민 지점에서 비롯되었습니다. 첫째는 진프하이머 자신과 그의 학문의 생애입니다. 발제문에서도 소개되었듯, 진프하이머의 노동헌법론은 바이마르 헌법에서 일부 구현되었으나 이후 나치 정권의 (합법적 선거를 통한) 집권으로 인하여 좌절된 역사적 경험이 있습니다. 역사 속의 여러 장면들에서 노동하는 인간은 그 스스로 노동법의 목적을 저해하는 선택을 내리기도 해 왔으며, 우리 노동법의 역사에서도 그런 순간들을 찾을 수 있을 것입니다. 이러한 배경에서, 노동법이 보호하고자 하는 인간이 자신의 선택으로 노동법의 목적을 위협할 때 노동법은 그로부터 스스로를 보호하는 것까지도 목적으로 하여야 하는지, 그렇다면 어떻게 스스로를 보호할 수 있는지도 함께 묻게 됩니다.

(2-2) 둘째는 노동법이 보호하고자 하는 ‘인간’은 현실에서는 어쩌면 필연적으로 이해가 상충하는 집단으로 분절되어 있다는 것입니다. 노동자집단 내부의 분절과 갈등, 격차의 심화와 고착화, 연대의 결여는 오늘날 우리가 처해 있는 구체적인 노동 현실입니다. 그렇기에 노동법이 공히 보호할 수 있는 ‘인간’의 집단이 존재할 수 있는지, 아니면 뒤집어서 ‘인간’의 집단에 속한 모두를 공히 보호할 수 있도록 노동법이 어떠한 원칙과 방향성을 포기하지 않아야 하는 것인지²⁾ 또한 묻게 됩니다.

이러한 고민과 함께 떠오르는, 2022년 대우조선해양 하청노동자들의 파업 당시의 두 장의 사진이 있습니다.



- 2) “높이에 차이가 있는 벽으로 둘러싸인 물통에 물을 채울 경우 가장 낮은 벽 부분으로 물이 흘러넘칠 것이기 때문에 그 물통으로 담을 수 있는 물의 양은 가장 낮은 벽 부분의 높이에 의해 결정된다. 그 물통이 담을 수 있는 물의 양을 증가시키기 위해서는 가장 낮은 벽 부분을 높여야 하며, 가장 낮은 부분을 그대로 둔 채 높은 부분을 아무리 더 높게 해보았자 그 물통이 저장할 수 있는 물의 양은 하나도 증가하지 않는다. 우리 사회에서 가장 낮은 벽 부분을 높이는 역할을 하는 것이 바로 노동법이다.” (대법원 2023. 9. 21. 선고 2016다255941 전원합의체 판결 중 반대의견에 대한 대법관 김선수의 보충의견)

2. 노동법의 갱신에 대하여: 생존권의로의 ‘회귀’와 집단적 노동의 역할

(1) 발제문은 노동법의 “갱신의 본질”을 “생존권이라는 일반조항으로의 ‘회귀’”가 아니라 “생존권으로의 ‘회귀’를 통한 사회정의의 구현”으로 요약하고 있습니다. 이를 뒷받침하면서 발제문이 제시하고 있는 팬데믹 시기 노동현실의 경험과 필수노동 개념의 부상 등 “법사회학적 징후”들이 노동법학계에 미친 영향은 많은 부분 현재 진행형으로서 논의와 연구의 대상이 되고 있습니다.

그러한 측면에서, 발제문이 이 지점에서 말하고 있는 노동법의 기본 원칙들에 대한 재확인 필요성, 노동법이 포기해서는 안 되는 사회정의를 향한 노력과 인간 중심적 접근의 중요성에 대해 적극적으로 공감할 수 있습니다. 다만 이러한 주장을 ‘생존권으로의 회귀’라는 표현으로 설명하고 있는 지점에 대해서 더 구체적으로 듣고 싶은 두 가지 궁금증이 있습니다. 첫째는 ‘노동권’이 아닌 ‘생존권’을 노동법의 갱신의 본질로서 제시한 이유(의미)가 무엇인지입니다. 둘째는 발제문이 주장하는 노동법의 갱신의 맥락에서 생존권으로의 ‘회귀’와, 발제자가 인용한 논문에서 이철수 교수가 경계하여야 한다고 적은 생존권으로의 ‘회귀’³⁾의 차이는 무엇인지입니다.

(2) 아울러, 발제문이 주장하는 노동법의 갱신에 있어 집단적 노동이 기여하거나 수행할 수 있는 역할이 있다면 어떤 측면인지입니다.

3) “따라서 노동현실의 변화와 더불어 앞으로는 노동법학계 내에서 기능지향적 접근방식에도 상당한 관심을 기울여야 한다. 종래의 일방적인 노동자 보호의 관념을 탈피하여 노동과 자본의 유기적 결합을 강화하고 국경 없는 무한경쟁시대의 산업구조 조정과정을 슬기롭게 대처하기 위한 이론의 개진도 필요하게 될 것이다. 생존권이라는 ‘일반조항으로의 회귀’보다는 정교한 해석론의 천착이 큰 의미를 지니게 될 것이다. (...) 그리하여 향후의 노동법학의 과제는 이러한 가치지향적 접근방식과 기능지향적 접근방식을 통합, 발전시켜 나가는 것이다. 노동문제의 속성상 순수규범학의 입장이나 정치한 해석론만으로는 해결할 수 없는 문제영역이 언제나 존재하기 마련이고 또한 노동법은 노사의 세력균형의 확보를 통해 합리적인 자치규범을 설정하는데 필요한 법제도적 분위기를 조성하는 데에 그 존재의의를 찾을 수 있다는 점을 상기한다면 가치지향적 접근방식을 토대로 기능지향적 접근방식의 다양화가 요구된다. 앞으로의 노동법학의 과제는 ‘생존권을 통하여, 그리고 생존권 위로’라는 표현으로 압축될 수 있을 것[이다].” (이철수, “서울대학교 法學 50년: 노동법/사회보장법 논문들을 돌아보며”, 서울대학교 法學 제50권 제2호, 2009, 376면.

3. 법사회학적 방법론의 필요성에 대하여: 노동법의 토대로서 민주주의

발제문은 노동법학에서 법사회학적 방법론의 필요성을 강조하면서, 그것이 단순히 “노동법 현실에 대한 경험과학적 연구”를 노동법학자가 도구적으로 가져다 활용하는 것이 아닐뿐더러 그렇게 협소하게 이해되어서도 안 되고, 오히려 그것은 노동법학이 그 시야가 좁아지거나 개념법학의 폐쇄성에 빠지지 않도록 하는 “비판적 능력”을 갖고 있으며, 특히 그 힘이 “‘이론’에 대한 천착에 있다”고 주장합니다. 이러한 주장에 공감합니다.

(1) 법학 과목에서 자주 ‘리걸 마인드(legal mind)’에 대한 강조를 들었습니다. 그만큼 사회학 과목에서 강조되는 것이 ‘사회학적 상상력(sociological imagination)’일 것이라고 생각합니다. 사회학적 상상력은 ‘개인’과 ‘사회’의 관계를 설명하기 위한 가장 기본적인 시각이자 방법론입니다. 미국의 사회학자 C. 라이트 밀즈는 1959년 같은 제목의 저서에서, 사회학의 가치란 ‘개인적 문제(personal troubles)’와 ‘공적인 이슈(public issue)’ 사이의 연관성을 밝혀낼 수 있는 힘에 있다고 적었습니다. 따라서 사회학과 사회학자들의 핵심적인 역할은 개인이 처해 있는 구체적인 사회적 환경과, 그 개인이 얽혀 있는 더 넓은 사회적·역사적 힘의 연관성을 찾아내고 규명하는데 있다는 것입니다. 이를 위해 요구되는 것이 사회학적 상상력으로, 밀즈는 이를 “개인적 경험과 그보다 더 넓은 사회 사이의 관계를 인식하는 것”이라고 말합니다.⁴⁾

그러한 측면에서 이 관점을 노동법학에 가져올 때에는, 노동법 그리고 노동법상의 주체들이 경험하는 노동현실의 구체적인 양상과 그것들이 위치해 있는 사회적·역사적 배경(힘) 사이의 상호관계를 함께 고민하게 되며, 그것이 곧바로 복잡다단한 노동법상의 문제들에 대해 정답을 가르쳐주지는 않을지언정 발제자가 우려하는 것과 같은 시야의 협소함과 폐쇄성을 자성하고 극복할 수 있게 하는 관점으로서 충분히 역할할 수 있다고 생각합니다.

아울러, 산업화로 인해 발생한 일련의 문제들, 즉 열악한 노동조건, 빈곤, 실업, 파업, 노동조합과 단체협약에 대한 ‘사회적 질문(the social question)’에 대한 고민이 근대 노동법의 태동에 영향을 미쳤음을 고려하면,⁵⁾ ‘사회적인 것(the social)’을 탐구하

⁴⁾ C. W. Mills, *The Sociological Imagination*, Oxford University Press, 1959.

는 학문인 사회학의 관점은 노동법과 상당한 친연성을 가질 수 있다고도 생각합니다.

(2) 노동법학에서 (법)사회학적 상상력을 필요로 하는, 그것을 통하여 더욱 이론적으로 풍부해질 수 있음은 물론 가치판단까지 나아가야 하는 규범학으로서의 역할도 더욱 충실하게 이룰 수 있는 영역이 많을 것이라고 생각합니다. 그 중에서 특히 노동법의 이해와 해석, 적용에 있어 민주주의와의 관계에 대한 고민을 나누어 보고자 합니다. 노동법 및 그 수범자들과 사회의 관계를 고려할 때 ‘사회’의 쪽에서 찾을 수 있는 핵심적인 구조들이라고 한다면 경제적 측면에서의 자본주의, 정치적 측면에서의 민주주의라고 볼 수 있을 것이기 때문입니다.

오늘날의 노동법은 진공에서가 아닌 민주주의의 토대 위에서 작동하면서 현실의 주체들에게 적용되고 있습니다. 최고규범인 헌법 원리가 민주주의 원칙을 선언하고 있고, 헌법과 법률의 제반 제도가 민주주의 제도를 설정하고 있습니다. 노동법의 제도와 원리, 주체들도 우리 사회의 가장 기본적인 틀이자 구조 중 하나인 민주주의 원칙 및 제도와 상호작용하면서 긴장하기도 하고 발전하기도 합니다. 그렇다면 우리가 노동법의 목적을 재확인하고 다시금 명확하게 하는 데 있어서도 민주주의와의 관계를 놓쳐서는 안 되며, 발제문이 설명한, “경제의 규율에 대하여 노동의 민주적 참여를 제도적으로 보장”하고자 하는 진쓰하이머의 노동헌법론도, 노동시장법 이론에 대해 ‘노동에 존재하는 정치적, 민주적 측면도 공존한다는 점을 간과’하였다며 비판하는 Duker의 논의도, 헌법 제119조 제2항에 대한 발제문의 해석도 같은 맥락에서 이해해 볼 수 있다고 생각합니다.

노동법과 민주주의의 관계에 대한 집중은 구체적으로 노동법상 제도와 주체에 대한 재해석에 적극적으로 활용될 수 있을 것입니다. 이러한 고민의 단초는 앞서 언급한 노동법에서의 ‘인간’에 대한 고민과도 맞닿아 있습니다. 민주주의가 우리 사회를, 개인과 사회의 관계를, 개인과 개인의 관계를 규율하는 원칙이라면, 그 원칙은 노동법에서의 ‘인간’이 노동력을 제공하고 사회적 관계를 맺는 작업장 안에서도 공기처럼 스며들어야 할 것입니다. 이러한 관점에서 볼 때에는 우리 노동법과 노동현실에서의 ‘일터민주주의’의 부족 내지 침식에 대해 우려하게 됩니다. 민주주의가 작업장

5) Bob Hepple(ed.), *The Making of Labour Law in Europe: A Comparative Study of Nine Countries Up to 1945*, Mansell Publishing Limited, 1986, pp.7-9.

문 앞에서 멈추게 된다면, 즉 시민이 작업장 밖에서만 민주주의 사회의 시민이다가 작업장 문을 열고 들어서는 순간에는 그렇지 않게(혹은 ‘덜 시민이게’) 된다면, 그것은 그 시민의 노동권에 대한⁶⁾ 문제인 동시에 그 시민이 구성원으로 있는 우리 사회의 민주주의의 문제이기도 하며, 이것은 다시 그 민주주의 위에서 작동하는 우리 노동법의 문제로 돌아올 수 있기 때문입니다.⁷⁾

이러한 관점을 적용할 수 있는 주제들로써는 여러 가지 예시를 들어볼 수 있을 것입니다. 사용자가 일방적으로 제정할 뿐인 규정이면서도 범규범과 같은 효력을 인정받는 취업규칙 법제의 민주적 정당성에 대한 논의를 아무래도 가장 먼저 떠올리게 됩니다. 작업장 내에 민주주의적 원칙을 이식할 수 있는 경로가 되는 제도들인 노동조합, 노사협의회, 단체교섭 및 단체협약 등 노동자대표제도에 대한 비판적 검토와, 장시간노동을 가능하게 하는 법제와 민주주의 사이의 관계에 대한 고민도 가능할 것이라고 생각합니다.

이상, 두서없는 질문과 의문이 조금이라도 논의에 도움이 되기를 희망하며 부족한 토론을 마칩니다.

6) 또는 진즈하이머에 의하면 ‘인간’성에 대한 문제일 수도 있습니다. 진즈하이머는 노동법은 노동자로 하여금 그 과정에 참여할 수 있도록 함으로써 “노동자를 사회적 존재로 드러낸다. 부르주아 사회에서의 법이 노동자를 사물에서 법적 인격체로 격상시켰듯, 오늘날 법은 노동자를 법적 인격체에서 인간으로 격상시킨다”고 하였습니다. 그러므로 노동과정 전반에 대한 민주적 참여 결여는 진즈하이머의 시각에서는 ‘법적 인격체’에서 ‘인간’으로의 ‘격상’이 완전하게 이루어지지 않은 것으로 표현될 수도 있겠습니다. [H. Sinzheimer, “Demokratisierung des Arbeitsverhältnisses”(1928) in H. Sinzheimer, *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie: gesammelte Aufsätze und Reden*(1976). p.124(R. Dukes, *The Labour Constitution: The Enduring Idea of Labour Law*, Oxford University Press, 2014, p.17에서 재인용)

7) “물론 그때와 지금은 다르다. 완전고용에 대한 희망은 사라졌고 노동조합은 쇠퇴했으며 기업의 힘은 압도적이다. 시민들의 연대의식은 희박해지고 미래에 대한 전망은 비관적이다. 이런 상황에서 법률가들이 사용할 수 있는 조치는 제한적일 수밖에 없다. 그럼에도 법률가들 역시 노동시장에서 헌법 원리와 민주적 가치가 작동되도록 할 의무를 부담한다. 법률가들이 기존의 법리와 연구 성과에 매몰된 채 노동을 통해 생활하는 사람들이 겪는 불행을 일상(日常)처럼 여길 때, 한 국가의 사회·경제적 변화 과정은 그들에게 마치 지옥처럼 다가온다는 것을 잊어서 안 된다. 이 임무를 수행하기 위해서 법조인들은 자신 앞의 문제를 해결할 수 있는 모든 손쉬운 방법을 경계하고, 연구자들은 노동법학의 정체성과 연구 방법에 대한 고민을 다시 시작해야 한다.” (도재형, 「노동법의 회생 - 신자유주의적 구조 조정과 한국 노동법」, 이화여자대학교 출판문화원, 2016, 415면)

【제2발제 지정토론】

“세계화, 그리고 노동법의 변화와 미래”에 대한 토론문

구 미 영*

발표문을 읽으면서 대학원에서 이철수 교수님의 ILO 협약이나 EU의 노동기준에 대한 수업을 들으면서 국제노동기준의 의의와 역할, ‘글로벌’ 노동기준이란 무엇인가 등에 대해 함께 공부했던 기억이 자연스럽게 떠올랐습니다. 노동법의 미래를 고민함에 있어 국제노동기준이나 국제통상협약이 갖는 영향력에 대해 이철수 교수님과 제자들이 함께 연구를 이어간다는 생각이 들어 감회가 새롭습니다.

1. 노무제공자의 노동3권 관련(노조법 상 근로자 개념의 확장)

발표문에서는 2021년 ILO기본협약의 비준과 노동장(Labor Chapter)을 두고 있는 무역협정이 발효됨에 따라 국제노동기준이 갖는 국내법적 영향력이 달라지게 되었고, 이를 어떻게 노동 현장에서 실현할 것인가, 국제적으로 용인받을 수 있는 보편적 해석을 어떻게 이룰 것인가가 관건으로 등장한다고 설명합니다. 특히 기본협약 위반 시 ILO의 다양한 감독절차와 무역협정 상의 제재나 심사 절차를 상세히 설명하고 단결권 관련하여 한-EU FAT 위반 여부가 다뤄지고 있는 사례를 소개한 것도 이해에 도움이 많이 되었습니다.

이 토론문에서는 한국의 노동법이 노무제공자의 노동3권을 협약 제87호, 제98호에 맞게 보장하고 있는지에 대해 의견을 제시하고 싶습니다. 2011년 ILO 결사의 자유 위원회는 제2602호 이의제기 사건에서, 우리 정부에 대하여 화물트럭 기사 등 자영근로자(self-employed workers)를 포함하여 모든 근로자들이 완전한 결사의 자유

* 한국여성정책연구원 연구위원

를 누릴 수 있도록 조치를 취하라고 권고하였고¹⁾, 2022년 화물연대 파업 시기에 ILO가 즉시 개입(immediately intervention)을 통해 이들의 노동3권이 보장되어야 한다는 견해를 표명한 바 있습니다.

발표문에서 소개하고 있는 한-EU FTA 관련 패널보고서에서도 한국 노조법의 근로자 개념이 ILO의 결사의 자유 협약 등을 위반한 것임을 인정하였습니다. 2021년 패널보고서가 발표되었을 때에는 근로자 개념 관련한 패널의 지적이 어떤 의미인지 충분히 이해하지 못하였는데, 이번 발표문을 통해 보다 구체적으로 이해할 수 있게 되었습니다.

패널보고서 중 노조법의 근로자 개념 관련 부분 발췌

175. 패널은 노동조합법 제2조 제1항의 근로자(worker) 개념이 기본적 권리인 결사의 자유가 바탕한 원칙에 부합하지 않는다고 판단하는데, 이 원칙은 한-EU FTA의 제 13.4.3 조에 의해 존중, 증진, 실현해야 할 법적인 의무가 대한민국에 부여된 원칙이다. 노조법 상 근로자 개념은 ‘근로자’와 ‘사용자’ 사이의 엄격한 이분적인 관계에 바탕하여 매우 좁게 정의되어 있어서 많은 자영근로자(self-employed)(일부 의존적 계약자를 포함)가 결사의 자유권을 완전히 향유할 기회를 박탈하는 효과를 낳는다.
176. 대한민국 노조법 제2조 제1항의 근로자 개념은 많은 수의 자영근로자를 결사의 자유 원칙 및 이와 관련된 다른 권리들에의 접근을 막도록 허용하기 때문에 결사의 자유에 관한 원칙을 ‘존중’하지 않는다. 이 조항은, 대한민국이 모든 구분 없이 결사의 자유 권리를 향유할 수 있도록 하는 법적 환경을 만들어서 결사의 자유 원칙을 ‘증진’해야 한다는 FTA의 요구(request)를 충족하지 못한다.

한-EU FTA에서 “존중”은 결사의 자유를 해치거나 손상을 끼치거나 모욕하거나 간섭하거나 방해하는 것을 금하는 소극적 의무이고 “증진”은 결사의 자유 향유를

1) 김동현·이혜영, 「결사의 자유에 관한 국제노동기구 기본협약 비준과 노동법의 쟁점」, 사법정책연구원, 2022

제3자가 방해하지 못하도록 당사국이 보장해야 하는 적극적 의무를 의미한다는 발표문의 설명을 고려하면, 노조법의 근로자 개념은 결사의 자유를 “해치거나 손상하거나 방해하는” 심각한 수준의 위반에 해당하는 상황이라고 판단됩니다. 2021년 ILO 핵심협약을 비준하고 노조법이 일부 개정되었지만 더 넓은 범위의 일하는 사람을 포괄할 수 있는 방향으로의 제2조 제1호 개정은 실현되지 않았습니다. 또한 최근 통과된 ‘노랑봉투법’ 개정안 역시 사용자 개념을 확장하는 조항만 포함되어 있어서 하청노동자의 노동3권 보장을 넘어 노무제공자로 확장하지 못다는 한계가 있습니다.

노조법 상 근로자 개념의 협소함에 대하여 한국 정부는 이미 노조 설립을 인정받은 특수형태근로종사자 노조 사례가 있고 관련 판례도 존재한다고 주장하였으나, 패널보고서는 판례의 근로자성 판단기준도 특정 사용자에의 경제적 종속성을 강조하기 때문에 플랫폼노동자와 같이 복수의 고객에게 노무를 제공하는 경우를 배제할 것이라고 우려하였습니다. 또한 사용자와의 지속적이고 전속적인 관계를 중시하는 판례 법리 또한 태스크 단위로 사용자와의 관계를 맺는 배달노동자 같은 사람들을 제외한다고 지적하였습니다. 그러므로 노조법 상 근로자 개념의 개정 없이는 국제노동기준과 원칙을 준수하는 집단적 노사관계법이 되기 어렵다는 점에 대해 사회적 합의를 형성하고 이를 개정하기 위한 노력이 필요하다고 봅니다.

또한 근로자 개념을 개정함에 있어 현행 산재보험법이나 고용보험법 상 노무제공자 개념이 갖고 있는 한계를 인식하고 반영할 필요가 있습니다. 이 두 법률의 노무제공자 개념 신설은 사회보험 사각지대 해소 측면에서 매우 큰 의미가 있는 변화입니다만, 노무제공자의 요건으로 “다른 사람의 사업을 위하여”를 두고 있어서 가사노동자는 원천적으로 적용대상에서 배제한다는 문제점이 있습니다. 가사노동자와 같은 비공식 불안정노동자를 공식 영역으로 포용함에 있어 첫 단계가 사회보험의 적용이고 노동3권의 보장이라는 점을 생각하면 매우 아쉬운 지점입니다.

2. 다른 핵심협약 관련 인적 적용대상의 확대

이번 EU FTA 사안에서는 노조법의 인적 적용대상만 문제되었지만 다른 핵심협약(그 중에서도 직업 및 고용에서의 차별금지 협약, 동등보수 협약, 산업안전보건과 작업환경 협약(제155호))의 적용대상을 근로기준법 상 근로자로 좁게 규정하거나 해

석하는 것도 문제될 소지가 있습니다. 한-EU FTA의 노동조항은 “ILO 회원국 지위와 ILO 기본권 선언에서 발생하는 의무에 따라 노동기본권 원칙을 국내법과 관행에서 존중, 증진, 실현하기로 약속한다”고 규정하고, 폐널보고서는 당시 미비준 상태였던 결사의 자유 협약을 근거로 하여 한국 노조법의 문제를 인정한 바 있습니다. 그런데 다른 핵심협약인 고용차별금지협약들과 산업안전보건 및 작업환경 협약의 보호로부터 제외되는 대상이 적절하게 규정되어 있는지, 이 협약들의 취지와 원칙에 부합하는 것인지 심사 대상이 될 수 있다고 생각합니다.

현행 남녀고용평등법은 근로자를 “사업주에게 고용된 사람과 취업할 의사를 가진 사람”으로 규정하는데, “사업주에게 고용된 사람”을 노무제공자 등으로 확대하여 해석하는 선례는 존재하지 않고 고용노동부는 근로기준법 상 근로자로 해석하고 있습니다. 프리랜서 온라인 게임 업체 성우가 페미니즘을 지지하는 SNS 글을 남겼다는 이유로 계약을 해지당한 사건에서 국가인권위나 고용노동부는 근로계약관계에서의 차별이 아니기 때문에 구제대상이 아니라는 입장을 취한 바 있습니다. 인권과 관련된 노동법인 고용차별금지법의 적용대상을 노무제공자로 확대하여 적용하여 외국의 입법례와 대비되는 모습입니다. “사업주에게 고용된 사람”을 넓게 해석하는 방안, 해석상 다툼이 없도록 근로자 개념을 개정하는 방안 등에 대한 검토와 논의가 필요한 때입니다.

산업안전보건법은 특수형태근로종사자, 배달종사자, 프랜차이즈 가맹점사업자와 그 소속 근로자에 대한 안전조치, 보건조치를 취할 의무를 규정하고 있습니다. 그러나 특수형태근로종사자에게는 전속성을 요구하며 14개 직종에 대해서만 적용하고(제77조 제1항), 전속성이 요구되지 않는 유일한 직종이 배달직종종사자인 것을 보았을 때 다양한 유형의 노무제공자를 포섭하기에 한계가 뚜렷합니다. 방문 돌봄, 방문 학습, 방문 가사서비스 등 다양한 플랫폼노동자는 전속성 요건 및 허용 대상 직종의 협소함으로 인해 산안법의 보호대상이 되기 어렵습니다. 그러므로 남녀고용평등법이나 장애인차별금지법 등 고용차별금지법의 적용대상인 근로자의 개념을 확장적으로 정의할 필요가 있으며, 산업안전보건법의 적용대상인 노무제공자의 개념도 개정해야 합니다.

“세계화, 그리고 노동법의 변화와 미래”에 대한 토론문

양 승 업*

I. 세계화란 무엇인가? 그리고 노동법과의 관계

본 발표문은 우리 노동법이 지역적 특수성이라는 우물에서 벗어나 세계화하여 보편성을 띠어야 한다고 주장하며, 그것이 노동법의 미래라고 이야기합니다. ‘세계화’란 용어를 ‘Globalization’이란 말로 바꾸어 보면 매우 세련되어 보입니다. 여기서 저는 ‘Globalization’이란 세계에서 다 통하는 보편적 제도의 확산이라고 생각합니다. 다만, 무엇이 보편적 제도여야 하는지에 관해서 힘의 다툼이 있을 뿐입니다. 본 발표문 역시 ILO 기본협약을 비준함으로써 발생할 협약의 적용과 해석을 어떻게 할 것인가를 ‘보편성’에서 찾고 있습니다. 보편성의 대치점에 있는 말로 ‘특수성’ 또는 ‘지역성’을 들 수 있습니다. 우리 사회는 많은 국제노동기준의 적용과 해석에 있어 우리만의 특수성 또는 지역성을 이유로 기준을 협소하게 해석하거나 심지어 배척하기도 하였습니다. 그러나 노동권이 보편적 기본권이라는 점에서 특수성과 지역성을 내세워 제한하는 것은 지양되어야 할 것입니다. 또한 규범을 따라갈 수 없는 현실은 더 이상 우리 사회의 수준에는 없다고 생각합니다.

FTA의 노동장(章) 또한 마찬가지입니다. 노동법 교과서를 보면 노동법의 특징 중 하나로 ‘국제화’를 꼽고 있습니다. 어느 한쪽의 노동기준이 다른 쪽보다 낮다면 자본은 낮은 쪽으로 이동하기 때문에 노동기준이 세계에 보편적으로 적용되지 않는다면 결국 노동기준은 하향되어 버립니다. 그렇기에 FTA 노동장은 상호 간의 노동기준이 대등한 수준이기를 요구하고 그 해석에 있어서도 보편적 기준을 따르기를 원

* 한국노동연구원 부연구위원

합니다.

II. 국제노동기준을 수용하기 위한 전제

조약으로 비준한 국제노동기준은 국내법과 동일한 효력을 가지며 바로 법원(法源)으로서의 기능을 하지만, 많은 협약의 내용이 추상적이어서 법 적용에 어려움을 겪는 것도 사실입니다. 따라서 가장 좋은 것은 국제노동기준에 맞추어 국내 노동법제를 개정하는 것입니다. 많은 것들이 주장될 것입니다. 하나씩만 언급해 보아도 단결권과 관련해서는 공무원과 교원의 정치활동이, 단체교섭권에 대런해서는 공무원노조 법상 교섭대상의 제한이, 단체행동권 중에는 긴급조정제도 등이 쟁점으로 부각될 수 있습니다. 이러한 논의들은 의회에서 입법으로 이루어져야겠지만, 그 전제로 존재해야 할 것이 바로 노·사·정 간의 사회적 대화입니다. 법제도로 정착하는 것, 즉 규범이 되는 것과 그것을 우리 사회가 받아들여 체화하는 것은 다른 문제입니다. 이를 위해서는 사회적 대화를 통해 여론을 환기하고 다양한 목소리를 경청한 뒤 노·사·정 간의 합의를 이루고 입법이 되어야 사회적 갈등과 파열을 줄일 수 있을 것입니다. 다만, 현재의 경제사회노동위원회가 이러한 중책을 맡을 수 있을지는 별개의 문제입니다.

III. 국제노동기준과 원·하청 간의 단체교섭·단체행동권 인정

본 발표문에 더하여 국제노동기준과 우리 노동법의 미래에 관하여 쟁점을 한 가지 덧붙이자면, 현재 국회에 계류 중인 노란봉투법(노동조합 및 노동관계조정법 개정안)에서 사용자 개념을 확장함으로써 원청기업과 하청노조 간의 단체교섭과 단체행동이 가능해지는데 이것이 국제노동기준에 부합하는가입니다. 이는 제98호 협약 ‘단결권 및 단체교섭권 협약’의 해석을 둘러싼 현재의 쟁점이기도 합니다.

관련하여 ILO 결사의 자유 위원회에서 나온 권고는 모두 우리나라에 관해 나온 것입니다. 노동계가 우리나라 정부를 상대로 ILO 결사의 자유 위원회에 여러 차례 이의제기를 하였고 위원회는 다음과 같은 내용을 권고하였습니다(제1865호, 제2602호, 제3047호).¹⁾

“ILO는 하청근로자들이 고용조건을 실질적으로 결정할 권한이 있는 원청회사에 대하여 단결권, 단체교섭권, 단체행동권을 누릴 수 있어야 한다는 입장을 취하고 있으며, 이를 불법화해서는 안 된다고 본다. 즉, ILO 결사의 자유 위원회는 간접고용 근로자들이 그들의 근로조건을 실질적으로 결정할 권한을 가진 원청 사업주에 대하여 단체교섭을 요구할 수 있고, 이를 위해 파업까지도 가능하다고 본다.”²⁾

또한, “정부는 하청이 법에서 규정된 결사의 자유 보장의 적용을 회피하는 수단으로 이용되지 않도록 하고 하청근로자를 대표하는 노동조합이 조합원들의 생활조건 및 근로조건을 효과적으로 개선할 수 있도록 보장하여야 한다.”³⁾

그리고 “사용자 및 원청이 하청업자에 의해 고용된 근로자를 대표하는 노동조합(또는 원청 근로자의 가입이 확인되지 않은 노동조합과 교섭할 의무가 없을 수도 있지만,⁴⁾ 어떠한 경우에도 그러한 사용자가 자발적으로 단체교섭을 하고 단체협약을

1) 이하의 내용은 김동현·이혜영, 「결사의 자유에 관한 국제노동기구(ILO) 기본협약 비준과 노동법의 쟁점」, 사법정책연구원, 2022. 4, p.134를 참조한 것임.

2) 김동현·이혜영, 위의 보고서, p.134; ILO CFA, 350th Report (2008), Case No. 2602 (Republic of Korea), para. 681; ILO CFA, 363rd Report (2012), Case No. 2602 (Republic of Korea), para. 457.

3) ILO Compilation (2018), para. 1413; ILO CFA, 350th Report (2008), Case No. 2602 (Republic of Korea), para. 677.

4) “위의 ILO Compilation (2018), para. 1414에서 원청 사업주가 “단체교섭의 의무가 없을 수도 있다”고 한 것은, 실제로 그러한 의무를 부담하지 않는 경우가 있음을 전제로 이를 실시한 것이라기보다는 의무의 존재 여부에 대한 판단을 유보한다는 의미에 가까울 것이다. 어찌되었든, ILO 결사의 자유 위원회의 입장은 하청근로자 노조에 대하여 원청 회사가 고용조건을 결정할 수 있는 한 단체교섭이 가능해야 한다는 것이며, 원청 회사에게 단체교섭 응낙의무가 없다고 본 사례는 발견되지 않는다. 이 사안은 ‘하청근로자 노조가 원청 회사를 상대로 단체교섭을 요구하면서 산업안전에 관한 위반 사항들을 관청에 신고할 것과 같은 태세를 취했으므로 공갈죄가 적용되어야 한다’는 정부 측 입장에 대하여 결사의 자유 위원회가 자신의 판단을 말한 것이다. 결사의 자유 위원회는 ‘근로자들이 산업안전에 관한 개선을 요청했다거나 관계 관청에 대한 신고 가능성을 말하는 것은 적법한 조합활동에 해당하므로 이를 불법적인 협박(black mail or illegal coercion)을 가한 것이라고 보기 어렵다’는 취지로 실시하였고, 사용자가 단체협약을 체결함에 있어 자율성이 침해되었다고 보기 어렵다는 입장을 피력하였다. 즉, ILO CFA, 340th Report (2006), Case No. 1865 (Republic of Korea), para. 775는 단체협약 체결에 있어 사용자의 자율성이 침해되었는지 여부가 주된 논쟁거리였기 때문에, 결사의 자유 위원회는 단체교섭 응낙의무가 있는지 여부에 대한 판단을 할 필요 없이 사용자의 자율성이 침해되지 않았다는 점을 강조하고 있는 것이다.” 이상의 내용은 김동현·이혜영, 앞의 보고서, p.363

체결하는 것이 방해받아서는 안 된다.”⁵⁾

결사의 자유 위원회 결정 요약집(2018)

401. 위원회는 하청근로자와 파견근로자의 결사의 자유 및 단체교섭권 보호를 강화하고 따라서 이들 근로자의 기본적 권리 행사를 실제에 있어서 저해하는 방법으로서 하청 남용이 없도록 할 목적으로 사전에 정해진 합의된 대화 프로세스를 포함하여 관련 사회적 파트너와 협의하여 적절한 메커니즘을 전개 하도록 정부에 요청하였다.⁶⁾
772. (하청노조가) 노동조합 승인을 위하여 파업하는 것은 근로자 및 그 단체에 의해 옹호될 수 있는 정당한 이익이다.⁷⁾
774. 원청 회사에 대하여 단체교섭 목적의 인정을 요구하는 파업은 불법이 아니다.⁸⁾
1082. 사용자가 결사의 자유와 단체교섭의 권리를 사실상 회피하기 위한 하나의 수단으로서 하청을 이용할 수 있다면, 반조합적 차별행위로부터의 보호는 충분치 못한 것으로 보일 수 있다.⁹⁾
1283. 관련 노동조합과 하청 및 파견 근로자의 고용조건을 결정할 수 있는 자 사이의 단체교섭은 항상 가능하여야 한다.¹⁰⁾
1413. 정부가 할 일은, 하청이 법에서 규정된 결사의 자유 보장의 적용을 회피하는 하나의 수단으로 이용되지 않도록 보장하는 것, 그리고 하청근로자를 대표하는 노동조합이 자신이 대표하는 근로자의 생활조건 및 근로조건을 개선할 수 있도록 보장하는 것이다.¹¹⁾

⁵⁾ ILO Compilation (2018), para. 1414; ILO CFA, 340th Report (2006), Case No. 1865 (Republic of Korea), para. 775.

1414. 사용자 및 원청은 하청업자에 의해 고용된 근로자를 대표하는 노동조합(또는 원청근로자의 가입이 확인되지 않은 노동조합)과 교섭할 의무가 없을 수도 있지만,¹¹²⁴⁾ 어떠한 경우에도 그러한 사용자가 자발적으로 단체교섭을 하고 단체협약을 체결하는 것을 방해하여서는 안 된다. 나아가 특히 각각의 하청 회사 모두와 단체교섭을 하는 것이 불가능해 보이는 경우에는 해당 노동조합은 자신이 선택하는 사용자와의 자발적인 교섭을 요구할 수도 있어야 한다. 사실, 건설현장에서 원청이 지배적인 지위를 가지고 있다는 점, 지부 또는 산업별 차원의 단체교섭이 일반적으로 존재하지 않는다는 점 등을 감안할 때 원청과의 단체협약 체결은 전체 건설현장에 대하여 충분히 일반적인 적용범위를 갖는 효과적인 단체교섭과 단체협약 체결을 가능하게 하는 유용한 선택지로 보인다.¹²⁾

6) ILO CFA, 363rd Report (2012), Case No. 2602 (Republic of Korea), para. 457.

7) ILO CFA, 346th Report (2007), Case No. 2473 (Republic of Korea), para. 1537; ILO CFA, 350th Report (2008), Case No. 2602 (Republic of Korea), para. 681; ILO CFA, 355th Report (2009), Case No. 2602 (Republic of Korea), para. 662; and ILO CFA, 363rd Report (2012), Case No.1865 (Republic of Korea), para. 118.

8) ILO CFA, 350th Report (2008), Case No. 2602 (Republic of Korea), para. 681.

9) ILO CFA, 355th Report (2009), Case No. 2602 (Republic of Korea), para. 654.

10) ILO CFA, 363rd Report (2012), Case No. 2602 (Republic of Korea), para. 457.

11) ILO CFA, 350th Report (2012), Case No. 2602 (Republic of Korea), para. 677.

12) ILO CFA, 340th Report (2006), Case No. 1865 (Republic of Korea), para. 775.