

- 노동법이론실무학회 제38회 정기학술대회 -

---

## 새정부의 노동정책 이슈와 노동법의 과제

---

- 일 시 : 2017년 07월 7일 (금) PM14:00~
- 장 소 : 고려대 CJ법학관 B1 베리타스홀

■ 주최 : 노동법이론실무학회

# 노동법이론실무학회 제38회 정기학술대회

## 『새정부의 노동정책 이슈와 노동법의 과제』

### 프 로 그 램

#### ■ 등록 및 개회 [ 13:30 ~ 14:00 ]

|| 총괄사회: 전 윤 구 교수 (경기대)

- 개회사 : 박 종 희 · 주 완 회장 (고려대 법학전문대학원 / 김앤장 법률사무소)

#### ■ 기조강연 [ 14:10 ~ 14:40 ]

- 기조강연 : 하 경 호 교수 ( 고려대 법학전문대학원, 본 학회 고문 )

#### ■ 제1부 [ 14:40 ~ 16:00 ]

|| 제1부 사회: 유 성 재 교수 (중앙대 법학전문대학원)

##### 1. " 사내하도급 관계에서 부당노동행위 책임 : 미국 공동사용자 원리와 비교 "

- 발 표 : 김 미 영 박사 (중앙대 강사)

- 토 론 : 도 재 형 교수 (이화여대 법학전문대학원)

##### 2. " 일본 공무원의 노동기본권과 노동조합 : 입법 논의의 검토를 중심으로 "

- 발 표 : 노 상 현 교수 (서울시립대 법학전문대학원)

- 토 론 : 정 영 훈 박사 (헌법재판연구원)

#### ■ 휴 식 [ 16:00 ~ 16:20 ]

#### ■ 제2부 [ 16:20 ~ 17:40 ]

|| 제 2부 사회: 이 정 교수 (한국외국어대 법학전문대학원)

##### 3. " 대안적 근로자대표제의 모색 : 근로자대표제의 개편방향 "

- 발 표 : 김 기 선 박사 (한국노동연구원)

- 토 론 : 전 형 배 교수 (강원대 법학전문대학원)

##### 4. " 4차 산업혁명시대 노동법 체계 개편에 관한 전망 : 독일 노동4.0을 중심으로 "

- 발 표 : 권 혁 교수 (부산대 법학전문대학원)

- 토 론 : 김 희 성 교수 (강원대 법학전문대학원)

#### ■ 제3부 [ 17:40 ~ 18:10 ]

##### 1. 2017년도 정기총회

###### ○ 안 건

- 2016년 결산 보고 및 2017년 사업계획 보고

- 정관 변경의 건

- 기타 학회 운영 등에 관한 논의

##### 2. 연구윤리교육

#### ■ 폐회 및 만찬 [ 18:10 ~ ]



## - 목 차 -

- [ 제1주제 ]

사내하도급 관계에서 부당노동행위 책임 - 미국 공동사용자 원리와 비교 -	김 미 영 / 1
▶ 토론문	도 재 형 / 16

- [ 제2주제 ]

일본 공무원의 노동기본권과 노동조합 - 입법 논의의 검토를 중심으로 -	노 상 현 / 19
▶ 토론문	정 영 훈 / 39

- [ 제3주제 ]

대안적 근로자대표제의 모색 - 근로자대표제의 개편방향 -	김 기 선 / 43
▶ 토론문	전 형 배 / 63

- [ 제4주제 ]

4차 산업혁명시대 노동법 체계 개편에 관한 전망	
- 독일 노동4.0을 중심으로 -	권 혁 / 65
▶ 토론문	김 희 성 / 85

【 제1주제 】

사내하도급 관계에서 부당노동행위 책임

— 미국 공동사용자 원리와 비교 —

김 미 영 박사  
(중앙대학교 강사)

목 차

I. 서론 .....	3
II. 사내하도급 관계에서 사용사업주의 노동법상 지위 .....	3
1. 사내하도급 고용관계에 관한 선행연구 검토 .....	3
(1) 도급과 파견의 구별과 목시적 근로계약 관계 논의 .....	3
(2) 사용자 개념의 확장 .....	5
(3) 공동사용자 지위: 병존적 노무지휘권의 승인 .....	6
2. 연방노동법의 공동사용자 원리 검토 .....	7
(1) 공동사용자 원리의 내용 .....	7
(2) 단체교섭의무와 부당노동행위에서 공동사용자 원리 .....	7
III. 사업주 사이 부당노동행위 책임의 배분 .....	9
1. 사내하도급 관계의 부당노동행위 책임 귀속 .....	9
2. 공동사용자 원리에 의한 부당노동행위 책임 귀속 .....	10
(1) 지배개입과 불이익처분 행위 .....	10
(2) 사용사업주의 단체교섭 거부 행위 .....	11
3. 부당노동행위 책임 배분 .....	12
(1) 이중의 지휘감독관계: 공동사용자 지위 전제 .....	12
(2) 공동사용자의 단체교섭 관계 .....	12
IV. 결론 .....	13
<참고문헌> .....	14
• 토론문 / 도재형 .....	16



## I. 서론

사내하도급 고용관계에 관한 연구는 충분히 이루어진 상태이고 세부적으로 사용사업주의 부당노동행위 책임과 관련한 선행연구도 쉽게 찾을 수 있다. 이 논문은 이미 상당한 진척이 있는 일반론이나 대법원 판례분석이 아니라, 부당노동행위 책임을 사용사업주와 고용사업주 사이에 귀속시키고 배분하는 문제에 중점을 둔다. 사내하도급 고용관계에 대한 새로운 주장을 제기하기 보다는 기존 선행연구가 밝힌 노동법상 사용자책임론을 부당노동행위 제도에 적용해보고자 한다.

사내하도급 고용에 관해서는 비교법 연구도 많이 나와 있다. 프랑스(김상호, 2011), 독일(김영문, 2009; 김기선, 2013), 일본(노상현, 2016; 최석환, 2011), 미국(강성태, 2016) 등이 있다. 이 논문은 미국의 공동사용자 원리와 비교 연구를 선택하였다. 사내하도급 관계의 공동사용자 판단에 관한 2015년 연방노동관계위원회 결정은 선행연구에서 이미 다루었다. 다만, 여기에서는 그 결정의 배경이 되는 공동사용자 원리의 발전 경로와 구체적 내용에 기반하여 부당노동행위 책임의 귀속과 배분에 적용해보고자 한다.

먼저 사내하도급 고용관계에 관한 선행연구의 경향을 간략히 정리한 후에 연방노동법의 공동사용자 원리를 검토한다. 그에 따라서 사내하도급 관계의 사업주들 사이 부당노동행위 책임 귀속과 배분에 관하여 다룬다.

## II. 사내하도급 관계에서 사용사업주의 노동법상 지위

### 1. 사내하도급 고용관계에 관한 선행연구 검토

#### (1) 도급과 파견의 구별과 묵시적 근로계약 관계 논의

1) 도급계약과 근로자파견 계약을 구별할 수 있는지, 할 수 있다면 어떤 기준이 가능할 것인지를 다루었다. 김기선(2011), 김상호(2011), 송강직(2011), 조성혜(2011), 최석환(2011), 유성재(2013), 김영문(2013), 한광수(2014), 이상희(2014), 이정(2015), 조경배(2015) 등이 있다. 이들 연구의 배경은 사내하도급 관계를 파견근로자보호법 위반의 근로자파견으로 재구성하여 사용사업주와 근로자 사이 관계를 판단한 대법원 판례이다.

대법원 2008. 9. 18. 선고 2007두22320 [부당해고구제재심판정취소](예스코)

... 이와 달리 직접고용간주 규정이 파견근로자보호법 제5조에 정한 파견의 사유가 있고 파견근로자보호법 제7조의 허가를 받은 파견사업주가 행하는 이른바 ‘적법한 근로자 파견’의 경우에만 적용된다고 축소하여 해석하는 것은 ... 문언이나 입법취지 등에 비추어 아무런 근거가 없을 뿐만 아니라, ....합리적이라거나 타당하다고 볼 수 없다.

대법원 2010.7.22. 선고 2008두4367 [부당해고및부당노동행위구제재심판정취소] (현대자동차)

... 이러한 사정을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 원고들은 이 사건 사내협력업체에 고용된 후 참가인의 사업장에 파견되어 참가인으로부터 직접 노무지휘를 받는 근로자 파견관계에 있었다고 할 것이다. ...

2) 사내하도급과 근로자파견 관계를 그 법률관계의 내용과 목적에 따라 구별하는 것은 이론적으로 크게 모호하진 않다. 그러나 사내하도급과 근로자파견 관계의 현상은 민법과 파견근로자보호법의 규정만큼 명확히 구별되진 않는다. 따라서 도급과 근로자파견 관계의 구별에 기초한 논의들은 헌법의 노동기본권, 계약자유, 민법의 도급계약 등의 일반론적인 대립으로 분화했다. 도급과 근로자파견 관계를 구별하여 각각의 법률효과를 귀속시키는 해석은 결국은 사용자와 근로자라는 양당사자 법률관계를 복원시켜서 문제를 해결하는 것이다.

#### <당사자 관계>



사내하도급 고용관계가 소위 진정도급 계약관계이면 사용자로서 남는 것은 고용사업주가 될 것이고, 위법한 근로자 파견으로 판단되면 사용사업주가 사용자 지위에 남는 것이기 때문이다. 이와 같이 어느 사업주를 소거한 후에 양당사자 관계로 재구성하면 현재 노동법 체계와 잘 부합하는 것은 사실이다. 그러나 노동법의 수규자인 사용자를 확정하는 단계에서 근로자의 고용 상태가 아니라, 사업주들 사이 계약의 진정성을 탐색하게 되는 문제가 있다. 이는 공법인 노동법의 적용 여부가 사업주들의 계약 의사에 따라 결정되는 불안정한 해석 결과가 특징이다.

3) 고용사업주를 탈락시킴으로써 양당사자 근로관계를 복원하여 사내하도급 문제를 다루는 접근도 있다. 사용사업주와 근로자 사이 근로관계 존부는 고용사업주의 법적 실체에 관한 판단에 의존한다. 즉, 사내하도급 관계에서 고용사업주가 탈락하면서 사용사업주와 근로자 사이 직접고용 관계만 남는다. 결과적으로는 노동법의 수규자인 사용자가 사용사업주 혹은 고용사업주의 경영행위 판단에 의존하는 것이다.



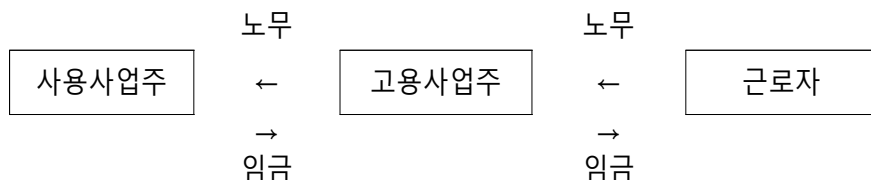
대법원 2008.7.10. 선고 2005다75088판결 [종업원지위확인] (현대미포조선)

… 실질적으로는 업무수행의 독자성이나 사업경영의 독립성을 갖추지 못한 채, 피고 회사의 일개 사업부서로서 기능하거나 노무대행기관의 역할을 수행하였을 뿐이고, 오히려 피고회사가 원고들로부터 종속적인 관계에서 근로를 제공받고, 임금을 포함한 제반 근로조건을 정하였다고 봄이 상당하므로, 원고들과 피 회사 사이에는 직접 피고 회사가 원고들을 채용한 것과 같은 묵시적인 근로계약관계가 성립되어 있었다고 보는 것이 옳다.

## (2) 사용자 개념의 확장

근로관계 당사자인 사용자 개념을 확장하여 사내하도급 고용관계에서 사용사업주의 책임을 구성하는 논의가 있다. 이와 같은 논의의 특징은 노동법의 해석과 적용에 있어서 양당사자 근로관계를 의제하지 않는다는 것이다. 고용사업주를 탈락시켜서 사용자 지위를 확정하기 보다는 사용사업주를 노동법상 사용자 책임의 주체로 포섭하는 것에 중점이 있다. 사용자 개념에 관한 논의는 노동법의 수급자인 사용자 개념을 어떤 기준으로 어느 범위까지 확장할 수 있는지에 관해 여러 입장이 있다. 윤애림(2003), 조정배(2008), 김영문(2009; 2010), 강성태(2010), 노상현(2012), 권혁(2012), 이승욱(2014), 심재진(2015) 등의 연구가 있다. 사용자 개념의 상대성 혹은 간접고용 관계의 노동법적 포섭을 추구하는 견해들이 사용자 개념의 확장 해석에 긍정적이다. 간접고용 관계는 사내하도급 고용관계에서 근로자 노무의 최종 종착지는 사용사업주이며, 그 대가인 임금은 고용사업주를 통해서 근로자에게 도달한다는 인식이다. 다만, 고용사업주를 아예 탈락시키지 않고, 사용사업주와 고용사업주가 공존하는 현상을 전제하는 해석이 특징이다. 고용사업주를 탈락시키기 위해서는 앞서 보았듯이, 사업주 사이 계약의 진정성이나 고용사업주의 법인격 여부 판단에 논의가 집중되기 때문에 실질적 근로관계 판단이 소외되는 문제가 발생할 수 있다.

### <당사자 관계>



노동법의 해석과 적용에서 사용자 개념의 확장 가능성은 잘 알려진 2010년 대법원 판례에서 나타났다. 판례는 사내하도급 고용관계에 있는 사용사업주를 부당노동행위 금지 규범의 수급자인 사용자 개념으로 포섭할 수 있는 해석론을 제시하였다. 이 판례의 특징은 노조법의

부당노동행위 중에서 지배개입 유형에 한정되어 있다는 점, 노동위원회 구제명령의 수급자로 사용사업주를 포섭하고 있다는 점, 그리고 사용사업주가 직접 행한 부당노동행위와 고용사업주의 부당노동행위를 유인하거나 방조한 행위를 구별하지 않은 점이다.

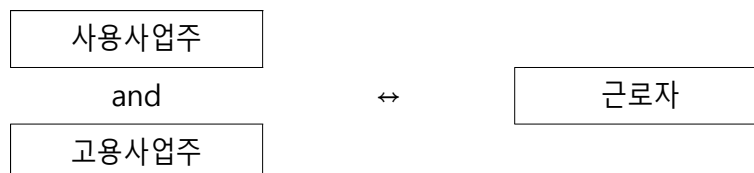
2010.3.25.선고 2007두8881판결 [부당노동행위구제재심판정취소](현대중공업)

지배개입 주체로서의 사용자인지 여부도 당해 구제신청의 내용, 그 사용자가 근로관계에 관여 하고 있는 구체적 형태, 근로관계에 미치는 실질적인 영향력 내지 지배력의 유무 및 행사의 정도 등을 종합하여 결정하여야 할 것이다. 따라서 근로자의 기본적인 노동조건 등에 관하여 그 근로자를 고용한 사업주로서의 권한과 책임을 일정 부분 담당하고 있다고 볼 정도로 실질적이고 구체적으로 지배 결정할 수 있는 지위에 있는 자가 노동조합을 조직 또는 운영 하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 등으로 법제 81조 제4호 소정의 행위를 하였다면, 그 시정을 명하는 구제명령을 이행하여야 할 사용자에게 해당한다.

### (3) 공동사용자 지위: 병존적 노무지휘권의 승인

하나의 근로계약에서 연원하는 노무지휘권을 나누어 갖는 복수의 사용자가 존재하는 관계를 전제하는 논의가 있다. 다른 논의들이 근로관계와 노동법에 있어서 실질적인 사용자를 확정하기 위한 판단을 필요로 하는 것과 달리, 복수의 사용자를 전제한 상태에서 노동법상 사용자 책임의 배분을 모색한다. 강성태(2016), 박제성(2016), 유성재(2017) 등이 있다.

#### <당사자 관계>



사용사업주와 고용사업주가 연대하여 노동법상 사용자책임을 진다고 하면, 사업주들 사이 계약이나 고용사업주의 법인격 등과 같은 사전 판단을 거치지 않을 수 있다. 노동법상 사용자책임을 그 내용에 따라서 각 사업주에게 배분할 수 있기 때문이다. 이는 근로자와 사업주들 사이 관계에 집중하는 접근법이다. 그러나 사용사업주와 고용사업주가 모두 노동법의 수급자로서 사용자책임을 분담하는 근거는 약간씩 차이가 있다. 공동사용자 관계(강성태, 2016), 노무의 수익 향유 또는 사업의 지배권(박제성, 2016) 그리고 이중의 지휘감독관계(유성재, 2017) 등이다. 노동법상 사용자가 복수로 존재하는 고용관계를 전제로 그 책임을 배분한다는 점에서 미국 연방노동법제에서 발달한 공동사용자 원리(the Joint Employer Doctrine)를 비교대상으로 한 연구가 있다 (강성태, 2016). 미국의 공동사용자 원리에 관하여

자세히 살펴보면 다음과 같다.

## 2. 연방노동법의 공동사용자 원리 검토

### (1) 공동사용자 원리의 내용

공동사용자 원리는 관련 판례가 1940년대 초반부터 나타날 정도로 오랜 배경을 갖고 있다. 공정근로기준법의 최장근로시간과 최저임금의 수급자로서 사용자 지위에 관한 원리로 수용되었지만, 세법이나 사회보장법 영역에도 널리 채택되었다. 그래서 공동사용자 원리가 적용되는 사업주 계약관계는 상당히 넓은 편이다. 사내하도급과 파견근로 관계가 가장 전형적이긴 하지만 모자기업, 프랜차이즈, 사외도급, 심지어 건물임대차 관계인 경우에도 적용된 사례가 있다. 사업주 사이 계약관계가 아니라, 근로자에 관한 핵심적 고용조건을 결정하거나 실질적으로 지배했는지를 기준으로 하기 때문이다. 공동사용자 관계가 성립하면, 사용자사업주와 고용사업주는 근로자에 대해 연대책임(joint and several liability)을 진다.

<29 CFR 791.2 - Joint employment>

[Walling v. Friend, et al., 156 F. 2d 429 (8th Cir. 1946)]

A single individual may stand in the relation of an employee to two or more employers at the same time under the Fair Labor Standards Act of 1938 ...

.... A determination of whether the employment by the employers is to be considered joint employment or separate and distinct employment for purposes of the act depends upon all the facts in the particular case. ... if the facts establish that the employee is employed jointly by two or more employers, i.e., that employment by one employer is not completely disassociated from employment by the other employer(s), all of the employee's work for all of the joint employers during the workweek is considered as one employment for purposes of the Act. In this event, all joint employers are responsible, both individually and jointly, for compliance with all of the applicable provisions of the act, including the overtime provisions, with respect to the entire employment for the particular workweek.

In discharging the joint obligation each employer may, of course, take credit toward minimum wage and overtime requirements for all payments made to the employee by the other joint employer or employers.

### (2) 단체교섭의무와 부당노동행위에서 공동사용자 원리

1) 연방노동관계법(NLRA) 영역에서 공동사용자 원리는 공정근로기준법에 비해 다소 늦게 적용되기 시작했으며, 그 제도적 의미도 다르다. 공정근로기준법의 공동사용자 지위는 근

로자에 대하여 연대하여 책임지는 법정사용자를 의미한다. 그러나 연방노동관계법에서 공동 사용자 지위는 고용관계의 제3자가 단체교섭의무와 부당노동행위 구제명령의 당사자로 판단될 수 있는 전제조건에 가깝다. (김미영, 2011). 예를 들어, 사내하도급 고용관계로 보면, 사용자사업주에게 부당노동행위 책임을 귀속하거나, 그 단체교섭의무를 승인하기 위해서는 공동 사용자 지위가 인정될 수 있는지가 먼저 판단되는 것이다. 그리고 당사자 사이에 공동사용자인지 여부에 다툼이 없거나 공동사용자 지위가 확정되면, 교섭단위의 적정성 판단을 통해서 단체교섭의무 여부가 정해진다.

사용사업주와 공동사업주가 공동사용자로 판단되면, 사용자사업주는 고용사업주와 함께 지배개입, 불이익처분, 단체교섭 거부 등의 모든 부당노동행위 유형에 대한 연방노동관계위원회 구제명령의 수급자가 된다. 단체교섭 거부의 유형인 경우에 사용자사업주는 교섭 사실 또는 근로자 단체교섭권 보장에 관한 게시, 핵심 고용조건에 관한 정보제공, 교섭회의 참석 등의 교섭명령의 대상이 된다. 그러나 이와 같은 공동사용자 지위만으로 곧바로 연방노동관계법의 단체교섭의무 주체가 되는 것은 아니다.

#### <NLRB 결정의 변화>

공동사용자 판단	<ul style="list-style-type: none"> <li>직접적이고 실질적인 지휘통제권한과 그 행사</li> </ul>			<ul style="list-style-type: none"> <li>간접적이고 중개인 수준의 지휘통제권한 존재</li> </ul>
	<ul style="list-style-type: none"> <li>NLRB v. Browning Ferris Ind. of Penn. Inc., 691 F.2d 1117 (3<sup>rd</sup> Cir. 1982)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>L a e r c o Transportation, 269 NLRB 324 (1984)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>TLI, Inc., 271 NLRB 798 (1984) enf., 772 F.2d 894 (3<sup>rd</sup> Cir. 1985)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Browning Ferris Ind. of Calif. Inc., 362 NLRB 186 (2015)</li> </ul>
교섭단위 적정성 판단 -사용사업주단 체교섭의무	<ul style="list-style-type: none"> <li>Greenhoot Inc., 205 NLRB 250 (1973)</li> <li>Lee Hospital, 300 NLRB 947 (1990)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>M.B Sturgis, Inc / Jeff Boat Division, 331 NLRB 1298 (2000)</li> <li>Gourmet Award Foods, 336 NLRB 872 (2001)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Oakwood Care Center, 343 NLRB 659 (2004)</li> </ul>	
	복수사용자 단위	단일사용자 단위	복수사용자 단위	

2) 연방노동관계위원회는 2015년 결정에서 공동사용자 판단 기준을 변경하고, 2017년 6월에 연방노동부가 공동사용자 판단에 관한 기존의 지침을 폐기하면서 다시 논의의 중심에 있다.

2015년 Brwoning Ferris결정은 공동사용자 지위 판단의 기준을 완화하였다. 이 때문에 사내하도급과 파견고용뿐 아니라, 사외 도급, 나아가 맥도날드와 같은 프랜차이즈 관계까지

공동사용자 지위에 포섭된다는 논란이 있다. 그러나 연방노동관계위원회는 그와 같은 해석을 부인하고 있다. 반대로 공정근로기준법 영역에서 공동사용자 원리는 이미 프랜차이즈 관계의 사용사업주까지 그 대상으로 했을 정도로 넓었다. 연방노동부가 그와 같은 내용의 지침을 폐기하였기 때문에, 향후에 법원을 통한 판례법리 변경을 시도할 수도 있다는 우려는 있다. 그러나 연방노동부 지침은 어떤 법적 효력이 있는 것은 아니기 때문에 단시간 내에 극적인 변화가 예상되진 않는다.

### Ⅲ. 사업주 사이 부당노동행위 책임의 배분

#### 1. 사내하도급 관계의 부당노동행위 책임 귀속

1) 사내하도급 고용관계가 위법한 근로자파견이거나 사용사업주와 근로자 사이에 묵시적 근로계약을 의제할 수 있다면 사용사업주만이 노동법상 사용자로 남는다. 따라서 사용사업주는 단독으로 부당노동행위 책임의 주체가 된다. 그러나 문제는 고용사업주가 직접 행한 부당노동행위에 대한 책임 귀속이다. 사용사업주의 공모 또는 인지 여부를 묻지 않고, 사용자 지위에 남은 사용사업주가 그 부당노동행위의 책임을 부담하게 되기 때문이다. 또한 사내하도급 관계가 진정 도급계약으로 평가되거나 고용사업주의 실체적 법인격이 인정되면, 사용사업주는 근로자와 관계에서 부당노동행위 책임을 전혀 부담하지 않는 당사자가 된다. 실제로 사용사업주가 사내하도급 근로자와 그 노조를 상대로 법률상 부당노동행위 유형에 해당하는 행위를 했을 때, 근로자의 법률상 권리를 침해한 것에 대한 불법행위 책임 여부는 별론으로 하고, 그 행위는 논리적으로 노조법상 부당노동행위로 평가받지 못하게 된다.

2) 사용자 개념을 확장하는 방식으로 사용사업주를 부당노동행위의 주체로 포섭할 수 있다. 사용자개념의 확대 또는 간접고용 형태는 사용사업주까지 포함하는 것이므로, 당연히 단체교섭의무의 한 주체라고 해석된다. 따라서, 사용사업주는 직접 행한 지배개입, 불이익처분 및 단체교섭 거부 행위뿐 아니라, 고용사업주의 부당노동행위를 유인, 방조, 공모한 행위에 대해서도 부당노동행위 책임을 부담할 수 있다. 문제는 사내하도급 고용관계에서 사용사업주와 고용사업주가 서로 상대방의 부당노동행위를 인지하지 못했음에도 불구하고 그 책임을 부담하는 것인가이다. 노조법 하에서 부당노동행위가 형사처벌의 대상이라는 것을 고려하면 그에 대한 판단기준이 필요할 것이다.(권혁, 2012) 또한 사용사업주와 고용사업주 사이에 부당노동행위 책임을 어떤 기준으로 배분할 것인가 하는 문제가 있다.

부당노동행위 금지 규범의 수급자인 사용자 개념만 확장하는 접근은 2010년 대법원 판례가 대표적으로 보여주었다. [2010.3.25.선고 2007두8881판결 [부당노동행위구제채심판정취소](현대중공업)]. 그러나 지배개입 유형의 부당노동행위의 주체이자 노동위원회 구제명령의

대상으로서 사용자로 좁게 판단하고 있어서, 단체교섭 거부의 부당노동행위인 경우에도 동일하게 평가할 것인지는 알 수 없다. 다만, 부당노동행위 금지의 수급자인 사용자 개념의 확장 해석 방법은 사내하도급 관계에서 부당노동행위 책임 귀속 문제의 일반적 해법이 되기는 어려워 보인다.

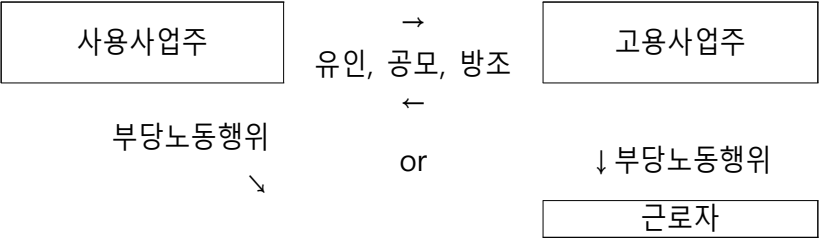
3) 사용사업주와 고용사업주가 누구의 부당노동행위인지를 묻지 않고, 사내하도급 근로자 및 그 노동조합에 대해서 전부 책임을 지는 구성도 있다. 이 경우에 부당노동행위의 책임 배분은 그 사업 지배권의 정도나 행위의 정도에 따라 사업주들 사이에서 정해진다. 즉, 사용사업주와 고용사업주는 스스로 행한 부당노동행위와 상대방의 부당노동행위에 대해서 연대하여 책임을 진다. 그 책임의 범위는 사업의 지배권한 정도에 따라 정해지는 것이지만, 어쨌든 책임 배분의 문제는 사업주들 사이의 문제이고, 근로자나 노동조합에 대해서 나누어서 분담하는 것은 아니다. 사내하도급 관계에서 보면 공동사용자 지위를 인정하는 것은 단체교섭의무의 이중적 내지 공동 부담을 전제하는 것이므로 지배개입, 불이익 처분 유형뿐 아니라 단체교섭 거부의 부당노동행위 책임 귀속도 가능하다. 문제는 형사처벌이 대상이 되는 부당노동행위에 대한 책임을 사업주 사이 연대책임 관계로 배분할 수 있는 것인가 하는 점이다.

## 2. 공동사용자 원리에 의한 부당노동행위 책임 귀속

### (1) 지배개입과 불이익처분 행위

미국의 공동사용자 원리가 사내하도급 관계에서 사업주들에게 상대방의 부당노동행위까지 연대책임으로 구성하진 않는다. 원칙적으로 사용사업주와 고용사업주는 자신이 직접 행한 부당노동행위만 책임진다. 다만, 유인, 방조, 공모 등의 방법으로 상대방의 부당노동행위를 알았거나 알 수 있었을 때는 직접 행위자와 함께 구제명령의 수급자가 된다. 직접 행위자가 아닌 사업주는 자신의 실질적인 권한의 범위 내에서 구제명령을 이행해야 한다. 즉, 부당노동행위 책임에 있어서 공동사용자 지위는 두 가지 의미가 있다. 하나는 직접고용 하지 않은 근로자에 대한 노동3권 보장의무가 전제되는 것이다. 다른 하나는 일반 계약관계에 있는 상대방의 부당노동행위 구제절차의 대상이 될 수 있는 점이다.

#### <사내하도급 관계에서 부당노동행위>

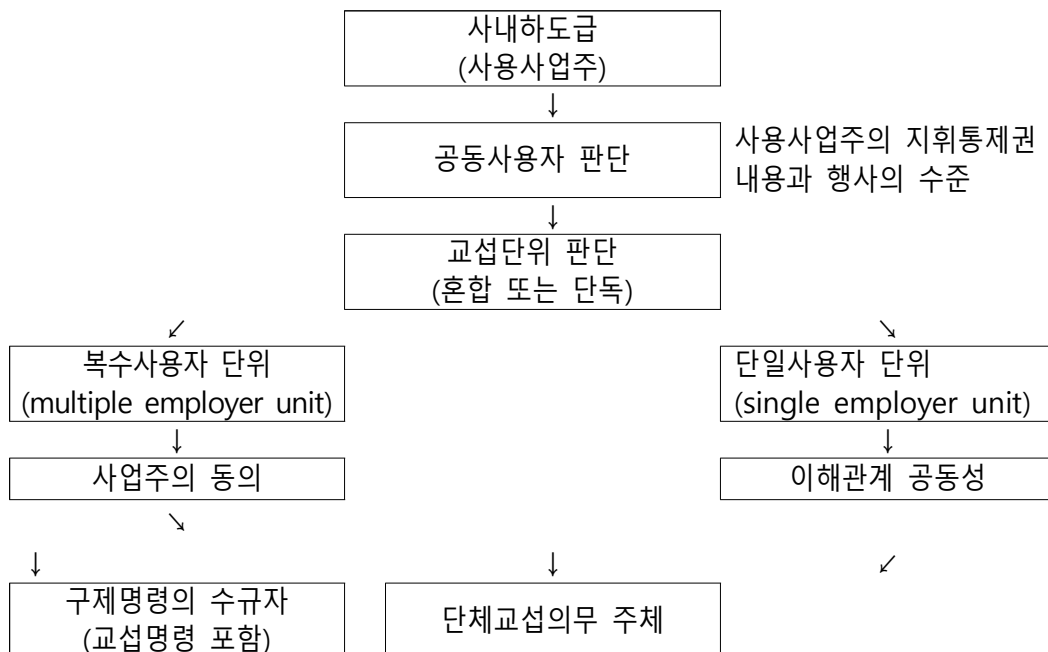


## (2) 사용사업주의 단체교섭 거부 행위

공동사용자 지위는 상대방 사업주의 노동조합에 대한 단체교섭의무까지 전제하는 것은 아니다. 공동사용자 지위가 인정되더라도 각 사업주의 단체교섭의무 성립과 범위는 교섭단위(bargaining unit)에 기초한다. 연방노동관계법에서 사용자의 단체교섭의무는 적절한 교섭단위의 교섭대표인 노동조합에 대해서만 성립하기 때문이다. 교섭단위는 노사당사자가 자율적으로 정할 수 있지만, 이견이 있으면 연방노동관계위원회의 결정으로 정해진다. 사내하도급 고용관계에서 교섭단위는 사내하도급 근로자만의 단독 단위와 직접고용 근로자까지 포함된 혼합 교섭단위가 모두 가능하다. 다만, 노동조합에 대한 사용사업주의 단체교섭의무는 그 교섭단위의 성격에 따라 구성이 달라진다.

사내하도급 근로자가 포함된 교섭단위를 복수사용자 단위(multiple employer unit)라고 한다면, 사업주들 사이에 동의가 없으면 사용사업주는 단체교섭의무의 직접 주체가 아니다. 그러나 고용사업주의 단체교섭의무 이행과 관련하여 사용사업주는 해당 노동조합에 대한 정보 제공, 교섭절차 참석, 교섭사실의 사업장내 게시와 같은 구체명령의 수급자가 된다. 반면에, 단일사용자 단위(single employer unit)라고 하면, 교섭단위 구성원의 이해관계 공동성 기준에 따라서 일반적인 적정성 판단이 이루어진다. 그 적정성에 관해서 노사당사자 사이에 다툼이 없거나, 연방노동관계위원회의 결정이 있으면, 사용사업주는 동의 여부와 관계없이 단체교섭의무를 부담한다. 따라서 노동조합의 단체교섭 요구를 거부하는 것은 사용사업주가 행한 부당노동행위가 된다.

### <사용사업주의 단체교섭의무>



### 3. 부당노동행위 책임 배분

#### (1) 이중의 지휘감독관계: 공동사용자 지위 전제

1) 사내하도급 관계에서 부당노동행위 책임의 배분 문제의 해결은 사용사업주와 고용사업주의 노동법상 지위를 확정하는 것에서 시작될 수 있다. 이는 사업주들이 사내하도급 근로자에 대하여 ‘이중의 지휘감독 관계(유성재, 2017)’에서 사용자 지위를 공유하는 현상을 제도적으로 승인하는 것이 전제이다. 사용자 지위의 공유에는 단체교섭의무도 포함 되어야 한다. 사내하도급 관계의 공동사용자 지위는 사업주들 사이 계약내용이나 사용사업주의 실질적인 지배력 정도에 대한 판단을 요하지 않는다. 그것은 사내하도급 근로자가 사용사업주의 목적 사업에 투입되는 노무를 그 사업(장) 내에서 제공한다는 사실판단이면 충분하다. 이는 사업주들 사이 관계가 프랜차이즈 및 기타 다양한 사외도급 형태인 경우와 다른 점이다. 이 경우에는 수급인 근로자에 대하여 사업주들이 공동사용자 지위인지를 평가하기 위하여 근로조건에 대한 도급인 사업주의 실질적 지배력 정도나 사업주들 사이 계약의 내용과 이행에 관하여 판단할 필요가 있기 때문이다.

2) 공동사용자 지위가 곧바로 부당노동행위 책임의 공유 혹은 연대책임 관계라고 할 수는 없다. 부당노동행위가 형사처벌의 대상이 되는 노조법의 구조를 판단에서 완전히 배제할 수는 없기 때문이다. (권혁, 2012). 즉, 사내하도급 고용관계에서 공동사용자 지위는 사업주가 근로자를 ‘직접고용 했는지 여부와 관계없이’ 그들에 대한 부당노동행위 주체가 될 수 있는 지위로 본다. 그러나 부당노동행위 책임을 당연히 공유하는 관계를 의미할 수는 없을 것이다. 따라서 공동사용자 지위에 있더라도 각 사업주는 자신이 직접 행한 부당노동행위에 대해서만 그 위반의 책임을 진다. 상대방 사업주의 부당노동행위에 대해서는 유인, 공모, 방조 등의 방법으로 그 행위의 위법성을 알았거나 알 수 있었을 때 책임을 진다. 그 책임의 내용은 부당노동행위를 직접 행한 사업주에 대한 구제명령의 실효성을 보장하는데 필요한 정도로 구성할 수 있다.

#### (2) 공동사용자의 단체교섭 관계

1) 공동사용자 지위의 단체교섭의무는 사내하도급 노동조합에 대하여 각자 성립한다. 따라서 단체교섭 거부의 부당노동행위도 공동사용자 지위에 있는 사업주 각자가 주체가 된다. 다만, 각 사업주는 직접적 또는 간접적으로 지휘감독 권한을 갖고 있는 한도에서 단체교섭의무를 부담한다고 할 수 있다. 그러나 근로조건을 직접적으로 결정할 수 있는 사용자와 그 결정에 간접적으로 영향을 주는 사용자의 단체교섭 거부 행위를 동일하게 평가할 수는 없다. 예를 들어, 임금 또는 고용계약 기간 등과 관련하여 사용사업주가 교섭을 거부하는 경우와 고용사업주가 교섭을 거부하는 경우를 고려할 수 있다. 고용사업주는 명시적 근로계약에 근



거하여 임금과 고용기간을 직접 결정할 수 있는 권한이 있는 사용자이고, 사용사업주는 고용사업주를 통하여 간접적으로 영향을 주는 사용자가 된다. 이 경우에 고용사업주는 부당노동행위의 직접 주체로서 노조법상의 책임을 지는 것이고, 사용사업주는 그 구체명령 내용의 수급자가 될 뿐이다. 그와 달리, 근로시간, 작업환경, 보건안전, 휴식 등 사용사업주의 결정이 사내하도급 근로자에게 직접적인 영향을 주는 교섭사항인 경우에는 각 사업주의 책임 내용이 바뀔 수 있다.

2) 사용사업주와 고용사업주를 공동사용자로 하는 단체교섭 관계에도 복수노조가 존재할 수 있다. 사업장내 사내하도급 근로자를 조직대상으로 하는 노동조합의 형태는 크게 세 가지를 상정할 수 있다. 여러 고용사업주의 근로자를 조직대상으로 하는 노동조합, 단일 고용사업주의 근로자를 조직대상으로 하는 노동조합 그리고 사용사업주의 직접고용 근로자와 고용사업주의 근로자를 모두 조직대상으로 하는 노동조합 형태이다. 현행 노조법의 교섭창구단일화 절차를 고려할 때, 이들 노동조합이 사용사업주의 사업(장)을 교섭단위로 하여 사용사업주와 고용사업주를 상대로 단체교섭을 하려면, 그 절차의 완료가 요구될 것이다. 따라서 단체교섭 거부의 부당노동행위도 그 이후에 성립할 수 있다.

#### IV. 결론

사내하도급 고용형태를 완전히 금지한다면 가장 직접적이고 편한 해법이 될 것이다. 그러나 무정형적으로 변지는 기업의 경영기법과 조정기에 있는 경제구조를 고려할 때, 사내하도급 고용을 완전히 금지하는 것은 그 법률의 실효성을 보장할 수 없을 것이다. 따라서 부당노동행위 제도 또한 사내하도급 고용관계에 있는 사업주들의 책임 귀속과 배분의 원칙을 그 안에 포섭하는 것이 합리적이다.

이윤창출을 위해 선택한 경영 기법이든 혹은 대기업이 노동법 적용을 회피하는 우회로든간에 사내하도급 고용관계 현상은 부인할 수 없게 되었다. 그래서 사내하도급 고용관계의 노동법상 사용자책임에 관해서 이렇게 많은 연구가 이루어졌을 것이다. 사내하도급 고용관계를 다룬 선행연구는 2007년 이후 지금까지 해마다 한두편씩 꾸준히 나왔다. 사내하도급 고용관계의 사용자 책임 논의는 거의 마무리 단계에 이른 것으로 보인다. 이제는 국회와 법원이 응답할 시기가 되었다.

## 〈참고문헌〉

- 강성태, 사내하청에 관한 세 가지 판단 : Browning-Ferris, 현대중공업 그리고 KTXá, 서울대학교 노동법연구회, 노동법연구 40, 2016.3, 39-85
- 강성태, 사내하도급 삼부작 판결의 의의, 한국노동법학회, 노동법학 35, 2010.9, 1-36
- 김상호, 프랑스의 파견제 및 사내하청의 규율에 관한 연구, 강원대학교 비교법학연구소, 강원법학 33, 2011.6, 625-662
- 김기선, 사내하도급과 산업안전보건 : 독일 법제를 중심으로, 한국노동연구원, 노동정책연구 13(4), 2013.11, 159-182
- 김기선, 사내하도급과 산업안전보건 거버넌스 : 독일법제의 시사점을 중심으로, 강원대학교 비교법학연구소, 강원법학 48, 2016.6, 31-66
- 김기선, 근로자파견과 도급의 판단 : 독일에서의 논의를 중심으로, 서울대학교 노동법연구회, 노동법연구 31, 2011.9, 51-107
- 김영문, 사내하도급 근로자들의 원청기업에 대한 단체교섭 가부, 한국노동법학회, 노동법학 36, 2010.12, 155-200
- 김영문, 사내하도급기업 근로자에 대한 원기업의 부당노동행위 여부 : H사의 사례를 중심으로, 한국기업법학회, 기업법연구 23(1), 2009.3, 31-57 (27 pages)
- 김영문, 파견과 도급 구별에 관한 독일 판례의 발전과 시사점, 한국노동법학회, 노동법학 45, 2013.3, 233-278
- 권혁, 사용자개념 확대론에 대한 재검토, 노동법논총 26, 2012.12, 99-126
- 노상현, 산업안전보건법상 사내하도급에 관한 사업주 책임, 한국비교노동법학회, 노동법논총 25, 2012.8, 177-207
- 노상현, 사내하도급위험의 외주화에 대한 법적 규제 : 일본법령의 검토를 중심으로, 강원대학교 비교법학연구소, 강원법학 48, 2016.6, 67-97
- 박제성, 노상현, 유성재, 조임영, 강성태, 사내하도급과 노동법, 한국노동연구원, [KLI] 연구보고서, 2009
- 박제성, 사내하청의 담론과 해석, 서울대학교 노동법연구회, 노동법연구 40, 2016.3, 1-37
- 신권철, 하청노동관계의 법적 구성 : 판례분석을 중심으로, 한국노동법학회, 노동법학 56, 2015.12, 223-266
- 심재진, 사내하도급근로자의 건강과 안전에 대한 도급사업주의 책임 : 영국의 사례, 서울대학교 노동법연구회, 노동법연구 38, 2015.3, 151-201
- 송강직, 사내도급에서의 위장도급과 불법파견의 상호관계, 강원대학교 비교법학연구소, 강원

- 법학 32, 2011.2, 351-384
- 이상희, 사내하도급 및 파견 근로 규율 현황과 과제에 관한 연구, 한국비교노동법학회, 노동법논총 32, 2014.12, 167-190
- 이정, 도급과 파견의 구별기준에 관한 법리 : 판례의 변천과 문제점을 중심으로, 한국비교노동법학회, 노동법논총 34, 2015.8, 237-270
- 유성재, 사내하도급과 근로자파견의 구별, 중앙법학회, 중앙법학 15(1), 2013.3, 203-240
- 유성재, 노동 외주화에 대한 법정책적 대응방안, 한국노동법학회, 노동법학 62, 129-154
- 윤애림, 간접고용에서 사용자 책임의 확대 - 집단적 노동관계를 중심으로, 노동법연구, (14), 2003.6, 147-196
- 조경배, KTX 대법원 판결과 파견과 도급의 구별기준, 한국노동법학회, 노동법학 56, 2015.12, 311-343
- 조경배, 사내하도급에 있어서 원청의 사용자성 : 현대중공업 부당노동행위 사건을 중심으로, 서울대학교 노동법연구회, 노동법연구 25, 2008.12, 213-235
- 조성혜, 사내하도급과 근로관계, 한국노동법학회, 노동법학 39, 2011.9, 309-353
- 최석환, 위장도급을 둘러싼 일본 노동법의 대응 : 파나소닉 PDP 판결에 대한 일련의 평석들을 중심으로, 서울대학교 노동법연구회, 노동법연구 31, 2011.9, 109-151
- 한광수, 사내하도급과 근로자파견의 구별기준과 법적 효과의 문제, 한국비교노동법학회, 노동법논총 31, 2014.8, 675-727
- Daniel B. Pasternak & Naomi Y. Perera, The NLRB's Evolving Joint-Employer Standard: Browning-Ferris Industries of California, Inc., 31 ABA JOURNAL OF LABOR & EMPLOYMENT LAW 295 (2016)
- Deepti Orekondy, What Makes Parties Joint Employers? An Analysis of the National Labor Relations Board's Redefining of the "Joint Employer" Standard and Its Potential Effect on the Labor Industry, 25 U. Miami Bus. L. Rev. 115
- Caroline B. Galiatsos, Beyond Joint Employer Status: A New Analysis for Employers' Unfair Labor Practice Liability under the NLRA, 95 Boston L. Rev. 2083 (2015)
- Trishanda Treadwell et. al., The Current Status of the Joint-Employer Doctrine (Panel Presentation Materials), Section of Labor and Employment Law American Bar Association (March 31, 2017)

## 「사내하도급 관계에서 부당노동행위 책임 - 미국 공동사용자 원리와 비교 -」에 관한 토론문

도 재 형 교수  
(이화여자대학교 법학전문대학원)

### ○ 사내하도급 관계에서 사용사업주의 노동법상 지위

- 사내하도급 관계에서 근로관계는 크게 민법상 도급, 근로자과전, 근로계약 관계 등으로 구분되고, 이는 당사자의 의사보다는 근로의 제공 실태에 더 잡아 판단된다. 즉 사내하도급 관계에서 고용사업주가 설령 진정으로 (하도급) 계약 체결 의사를 갖고 있고 법인격을 갖춘 경우에도, 그 근로 제공의 실질에 따라 파견법 또는 근로기준법 등의 사용자 책임을 지게 된다.
- 따라서 묵시적 근로계약 여부를 따질 때 계약의 진정성을 탐색하거나 그 계약 의사를 확인하는 작업이 불안정한 해석 결과를 야기할 수 있다는 발제문의 지적은 타당한 점이 있으나, 이러한 계약 의사의 탐구는 노동법적 사용자 책임을 따지는 작업에서 제한적인 의미를 가질 뿐이다.
- 위와 같은 취지에서, 사용자 개념의 확장을 논의할 때도, 사업주 사이 계약의 진정성과 고용사업주의 법인격 유무는 부수적 의미를 가진다.

### ○ 사업주 사이 부당노동행위 책임의 배분

- 발제문에서 미국 연방 노동법상 공동사용자 책임과 관련하여 유인, 방조, 공모 등의 방법으로 상대방의 부당노동행위를 안 경우에 구제명령의 수급자가 된다고 설명하고 있는데, 아래에서 보는 바와 같이 우리나라에서도 이 법리가 적용될 수 있다. (다만, 개인적으로는 부당노동행위와 관련한 노동법적 책임의 범위를 형사책임의 그것과 동일시하는 것에는 거부감이 있다)
- 형법상 공범의 모습은 공동정범, 교사범, 방조범, 간접정범 등으로 나타난다. 이들을 넓은 의미의 공범이라고 한다. 공동정범은 '2인 이상이 공동하여 죄를 범한 때'에 성립하는 범죄 유형이고(형법 제30조), 정범의 일종이다. 교사범은 '타인을 교사하여 죄를 범하게 한 자'이고(형법 제31조), 방조범이란 '타인의 범죄를 방조한 자'이다(형법 제32조 제1항). 마지막으로, 간접정범은 '어느 행위로 인하여 처벌되지 아니하는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자를

교사 또는 방조하여 범죄의 결과를 발생하게 한 자'이다(형법 제34조 제1항).

- 이 가운데 노동관계에서 주로 다루어진 문제는 공동정범에 관한 주제이다. 노동조합의 쟁의행위와 관련하여 법원은 공모공동정범이론을 이용하여 단위 노동조합 간부 및 상급단체 간부들을 업무방해죄 등으로 처벌하여 왔기 때문이다. 이와 반대의 경우, 예컨대 사용사업주와 고용사업주가 노동조합의 설립 사실을 알고서 그 활동을 방해하기 위하여 함께 대책을 논의하여 위와 같은 행위를 하였다면, 사용사업주와 고용사업주는 공동정범의 예에 따라 처벌할 수 있다.
- 고용사업주는 노동조합원인 근로자를 해고할 의사가 없었는데, 사용사업주가 그 근로자의 조합활동을 혐오하여 고용사업주와의 계약을 해지하고, 그로 인하여 사용사업주가 부득이하게 근로자를 해고하게 되었다면, 공동정범으로 의율할 수는 없다. 그 경우 고용사업주에게 부당노동행위의 고의를 인정할 수 없고 부당노동행위에 관한 형사책임을 물을 수 없기 때문이다. 그러나 이때에도 사용사업주는 주관적 구성요건요소인 고의를 결여한 고용사업주를 이용하여 부당노동행위의 결과를 발생한 것이므로, 간접정범으로 처벌할 수 있다.
- 만약 사용사업주가 고용사업주를 교사하여 주도적으로 노동조합 활동을 하던 근로자를 해고하도록 하였다면, 고용사업주는 부당노동행위의 정범으로, 사용사업주는 그 교사범으로 처벌할 수 있다. 사용사업주가 고용사업주의 부당노동행위를 방조한 경우에는 방조범으로 처벌한다.

(끝)



【 제2주제 】

일본 공무원의 노동기본권과 노동조합

— 입법 논의의 검토를 중심으로 —

노 상 현 교수

(서울시립대학교 법학전문대학원)

목 차

I. 문제의식 .....	21
II. 일본 노동조합법 제정과 공무원의 노동기본권 .....	22
1. 노동조합운동의 시작 .....	22
2. 1945년 노동조합법 제정과 1946년 일본국헌법 제정 .....	23
(1) 노동조합법 제정과 노동조합의 법인 .....	23
(2) 일본국헌법 제28조와 공무원 노동기본권 .....	25
(3) 정령 제201호 공포와 공무원 노동기본권의 명시적 제한 .....	26
III. 일본 공무원의 노동기본권 제한 입법과 쟁점 .....	27
1. 1948년 국가공무원법 개정 .....	27
2. 공무원의 법적 지위와 노동기본권 제한 논거 .....	27
(1) 국가공무원법과 헌법 제28조 .....	27
3. 최고재판소 판례법리의 도달점 .....	32
IV. 일본 공무원 직원단체의 법적 성격 .....	33
1. 직원단체의 법적 성격과 등록제도 .....	33
2. 직원단체 구성원의 범위 .....	35
3. 직원단체의 등록절차 및 심사 .....	35
4. 직원단체의 등록 효과 .....	36
5. 등록의 효력정지 및 취소 .....	36
6. 등록심사결정 및 취소에 대한 불복 .....	36
V. 맺는말 .....	37
• 토론문 / 정영훈 .....	39





## I. 문제의식

2017년 5월 10일 문재인정부의 출범과 함께 공무원을 포함한 공공부문 일자리가 크게 늘어날 것이 예상되면서, 새삼 공무원의 근로조건이 관심 대상이 된다. 근로조건은 근로자와 사용자와의 계약에 의하여 정하는 것이 원칙이고, 노동관계의 특수성에 비추어 단체교섭과 단체협약을 통하여 집단적으로 근로조건을 결정하는 것이 노동관계의 일반원칙이다. 근로를 제공하고 임금을 지급받는 근로자는 이러한 원칙에 따르고 있으며, 공무원도 근로자이므로 이러한 기본원칙을 따름에는 변함이 없다. 다만, 공무원에 대하여는 근로계약을 체결하지 않고 “임용(任用)”<sup>1)</sup>이라는 제도로 채용하므로 근로계약을 통한 근로조건 형성은 일부 특별한 경우를 제외하고는 국가운영상 인정할 여지가 거의 없다. 또한 공무원은 노동기본권이 대폭 제한되어 단체교섭을 통한 자율적 근로조건 결정에도 많은 제한이 있다.

공무원의 단결권에 관해서는 금지하여 오다가 2005년 공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률(제정 2005. 1. 27. 법률 제7380호, 이하 공무원노조법)이 제정·시행됨에 따라 일반 공무원의 단결권과 단체교섭권이 인정되었다. 그러나 공무원노조법의 제정 이후에도 노동기본권 보장을 둘러싸고 공무원노조와 정부와 심한 대립이 있었다. 예컨대 일부 공무원 노조는 공무원노조법이 시행된 이후에도 설립신고를 하지 않은 채 법외노조 상태에서 완전한 공무원의 노동3권 보장을 요구하며 공무원노조법의 개정을 주장하였다. 원칙론으로 이들은 헌법 제33조에서 규정하고 있는 노동3권의 보장은 공무원도 포함되고 있으므로 조건 없는 노동3권의 보장을 요구한 것이다.<sup>2)</sup> 이에 대하여 정부 및 지방자치단체는 법외노조는 인정할 수 없다는 입장에서 노조사무실을 폐쇄하고 노조활동을 제한하여 심각한 갈등을 겪었다.<sup>3)</sup> 시간이 흐름에 따라 강경한 입장을 취하던 공무원노조들도 설립신고를 마치고 정부교섭대표와 단체교섭을 시작하는 등 공무원 노사관계에 있어서도 단체교섭이 본격적으로 시작되게 되어, 공무원도 단체교섭을 통하여 근로조건을 형성할 수 있는 법적 토대가 마련되었다.

그러나 공무원 근로조건을 결정하는 법체계상의 문제와 공무원노조법상의 단체교섭 대상 및 단체협약 효력을 둘러싼 문제 등으로 집단적 노사자치에 의한 자주적인 근로조건 형성

- 1) ‘임용’이란 신규채용, 승진임용, 전직(轉職), 전보, 겸임, 과전, 강임(降任), 휴직, 직위해제, 정직, 강등, 복직, 면직, 해임 및 파면을 말하며(공무원임용령 제2조), 5급 이상 공무원의 임용권은 대통령에게 있고 대통령이 임용하는 외의 소속공무원에 대한 일체의 임용권은 소속장관에게 있다(국가공무원법 제32조)
- 2) 헌법 제33조 제1항에서 ‘근로자는 근로조건 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다’고 규정하고, 같은 제2항에서는 ‘공무원인 근로자는 법률이 정하는 자에 한하여 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다’는 법률유보규정을 두고 있다.
- 3) 공무원노조법의 제정 과정에서 노동기본권의 보장수준을 둘러싼 갈등과 대립이 계속되었고, 법 시행 이후에도 주요 공무원노조가 노동기본권 보장수준의 미흡을 이유로 설립신고를 거부하거나 정부정책을 비판하는 시국선언을 하거나 또는 민간부분 노동단체들과 연대활동을 하고, 이에 대하여 정부는 통합 공무원노조의 민주노총 가입을 비판하고 통합 공무원노조의 설립신고서를 세 차례나 반려하였으며, 위법·부당하다고 판단하는 단체협약에 대한 시정조치와 더불어 공무원노조법과 공무원관계법령 등을 위반하는 불법관행 해소지침을 시달하는 등 강경일변도로 대응하였다(김인재, “최근 공무원 노사관계의 법적 쟁점과 과제”, 「노동법학」 제36호, 2010, 60면).

에는 이르고 있지 못하다.<sup>4)</sup> 더욱이 전교조와 공무원노조는 정부로부터 ‘노동조합이 아닌’ 상태로 존재한다. 이러한 문제의식에서 일본 공무원의 노동기본권과 노동조합의 설립을 둘러싼 문제와 논의를 노동관계법제의 입법과정을 통해 검토한 다음, 일본 공무원의 노동기본권의 제약에 대한 현행법제가 일본헌법에 위반되는가 여부에 관하여 일본 최고재판소 판례를 중심으로 살펴보면서 우리에게 주는 시사점을 얻고자 한다.

## Ⅱ. 일본 노동조합법 제정과 공무원의 노동기본권

### 1. 노동조합운동의 시작<sup>5)</sup>

일본은 1867년 대정봉환(大政奉還),<sup>6)</sup> 1868년 메이지 즉위(明治維新)와 함께 부국강병·식산흥업(殖産興業)의 기치아래 근대화와 공업화를 추진하였다. 1889년 제정된 메이지 헌법은 재산권 보장과 함께 국민의 자유권을 인정하였지만, ‘근로자의 권리’라는 관념은 법적으로나 제도적으로 존재하지 않았다. 따라서 관공리(官公吏-공무원)에 대해서는 국가에 대한 무한한 충성을 요구하였을 뿐 노동운동이나 노동기본권의 발상 자체가 존재하지 않았던 것은 너무나 당연하다.

일본은 급속한 공업화와 함께 공장근로자도 급증하였으나, 당시 근로자의 삶이 피폐하였다는 것은 역사적 경험에서 알 수 있다.<sup>7)</sup> 자본주의가 발전함에 따라 노동운동도 싹트기 시작하여 1897년 일본에서 최초 노동조합인 노동조합기성회(勞働組合期成會)가 결성되었다.<sup>8)</sup> 그러나 제국주의 체제에서 천황제(국체)에 부정적인 사회주의운동과 노동조합 활동을 동일시한 일본정부는 파업을 위법행위로 규정(노동3권 부정)한 치안경찰법(1900년)을 제정하여 노동운동을 탄압하였고, 그 결과 1901년 노동조합기성회는 해산하게 이른다.

식민지를 통해 근대 산업국가 건설에 성공한 일본은 제1차 세계대전 전후부터 근로자의 요구에 부응하여 노동조합을 인정하기 위한 노동조합법 제정 움직임이 있었다. 당시 유럽과 같은 노동조합법 제정은 일본 사회를 변모시킬 수 있는 커다란 의미를 갖는다. 노동조합법 제정은 근로자의 세력을 인정하고 일정한 역할과 참여를 법적으로 보장하는 것으로 이른바

4) 이광택, “공무원노조법의 내용과 과제”, 『사회법연구』 제8·9호(2007), 141면 이하.

5) 이 부분은 노상현, “노동조합 자격심사제도의 재검토-일본법과의 비교 검토를 중심으로”, 노동법학 제51호(2014), 129~139면에서 가져오면서 수정·보완하였다.

6) 徳川 幕府가 가졌던 정권을 조정(메이지를 정점으로 하는 정치조직)으로 반환한 정치적 사건이다.

7) 横山源之助, 『日本の下層社會』, 岩波書店, 1949년(초판 敎文館, 1899년); 細井和喜藏, 『女工哀史』, 改造社, 1925 등 참조.

8) 鐵工組合, 日本鐵道矯正會, 活版工組合으로 이루어진 일본 최초의 근대적 직능별 노동조합(craft union)으로서 조합원 간의 상호부조를 주요 활동내용으로 하였고, 기관지 「노동세계」를 발행하는 등, 1899년에는 회원이 5700여명에 달했다. 그러나 1900년 치안경찰법이 시행되면서 조합의 재정난과 사용자측의 방해로 1901년 해산하게 되었다.

일본민주화(大正 Democracy) 운동과 연계된 사회적 흐름의 표현으로 볼 수 있다.<sup>9)</sup> 일본 정부 당국이 마련한 노동조합법 초안은 독일 노동법 특히 단체협약(Tarifverträge) 부분을 계수하면서 일본 특유의 치안대책을 가미하여 행정감독권한을 강화하는 방안으로 만들어졌다. 그러나 세계적인 대공황과 군국주의 대두 등으로 제정에는 이르지 못하였다.<sup>10)</sup> 그 대신 1925년 치안유지법<sup>11)</sup>으로 노동조합에 대응하는 체제로 전환되었다.

일본에서 노동조합법 제정 실패는 ‘근로자가 단결권을 행사하여 근로조건을 유지·향상시키는데 필요불가결한 사회세력의 한 축’이라고 볼 수 있는 논리와 근거가 사라지게 되었다. 심지어는 노동조합을 사회체제와 자본주의 생산질서를 저해하는 불순한 집단으로 바라보게 되었다.<sup>12)</sup> 그 결과 노동조합은 치안유지법을 근거로 단속의 대상이 되었다. 일본 내에서 노동조합에 대한 탄압적인 태도는 당시 식민지 상황이었던 우리나라에서 보다 엄혹했다는 것은 불문가지이다. 이러한 일본에서 노동조합이 해방 공간을 맞이한 것은 패전(1945년) 이후이며, 일본 노동법의 틀은 사실상 연합국 점령기<sup>13)</sup>에 완성된다.

## 2. 1945년 노동조합법 제정과 1946년 일본국헌법 제정

### (1) 노동조합법 제정과 노동조합의 법인

1945년 8월 패전과 연합국의 점령은 일본 노동운동에 해방 공간을 제공하였고, 이를 보장하기 위하여 1945년 12월 헌법보다도 먼저 노동조합법(이하 45년 노조법)이 제정되었다. 이렇게 노조법이 신속하게 제정될 수 있었던 이유는 앞서 언급한 바와 같이 이미 노동조합법 제정 논의와 정부 각 부처에서 마련한 몇 개의 초안이 있었고, 패전국으로서 연합국의 노동정책을 신속히 이행할 의무가 있었기 때문이다.<sup>14)</sup> 미국을 중심으로 하는 연합국의 기본정책은 포츠담선언(Potsdam Declaration)과 ‘일본의 항복문서’에서 선언된 바와 같이 일본이 재차

9) 일본에서 1910~20년대에 걸쳐(대체로 大正시기) 정치·사회·문화 각 방면에서 일어난 민주주의·자유주의 운동, 풍조, 사조를 총칭하는 것으로, 信夫清三郎, 「大正デモクラシー史」(1954)에서 처음 등장한 용어이다.

10) 노동조합법 제정안으로 내무성안(1920년), 농상공부안(1920년), 정부안(1926년 및 1931년) 등이 마련되었다(竹前榮治, 「勞働法・労働運動史講義資料」, 東京經濟大學生活協同組合出版部, 1979년 자료 참조). 정인섭, “1949년 일본 노동조합법 개정”, 「노동법연구」 제3호, 1993, 343면 이하에서 일부 소개하고 있다.

11) 천황제와 사유재산제를 부정하는 운동을 단속하기 위한 법이다.

12) 제1차 세계대전 전후로 노동조합에 관해 두 개의 관점이 존재하였다. 하나는 근로자(노동조합)의 협조를 구하기 위해 노동조합을 제도권 내로 포섭하는 것이고, 다른 하나는 기존의 노동조합을 해산하고 그에 갈음한 조직을 정부주도로 만드는 것이다. 영국의 노동당이 전자의 예이고, 독일의 노동전선(Arbeitsfront)과 일본의 산업보국회(産業報國會)가 후자에 해당한다. 일본의 경우 산업보국회의 중앙조직인 ‘대일본 산업보국회’는 패전 직후 1945. 9. 30. 후생·내무 양 차관의 명령으로 해산한다.

13) 제2차 세계대전 종료 후 미국의 일본 점령은 1951년 샌프란시스코 강화조약이 체결되면서 공식적으로 종료된다.

14) GHQ의 감독기관이라 할 수 있는 11개국 대표로 구성된 극동위원회(Far Eastern Commission)의 16원칙은 당시 노동입법에 대한 강력한 외부 압력이었다(松岡三郎, “第二次大戦直後の労働立法の命運”, 「法律論叢(明治大學)」 第71卷 第4・5合併号, 1999, 2면).

침략전쟁 및 세계평화를 위협하는 도발행위를 방지하기 위한 조치로써 ‘재벌해체’, ‘여성평등’, ‘농지개혁’, ‘노동개혁’ 등 경제의 비군사화·민주화정책의 추진이었다.<sup>15)</sup> 그 가운데 노동개혁은 민주적인 노동운동과 노동조합 결성을 통하여 실시하고자 하였다.<sup>16)</sup> 그렇지만 연합국총사령부(GHQ)는 45년 노조법 제정에 있어서 구체적인 내용에 대해서는 관여하지 않았다. 45년 노조법은 패전 전의 전통적 노동문화와 점령정책의 외압이 복잡하게 작용하는 상황에서 출발하였다는 평가이다.<sup>17)</sup>

노동조합법을 제정하기 위해 노무법제심의회(勞務法制審議會) 중 학계대표로 참여하여 45년 노조법의 초안을 기초한 스에히로(末弘嚴太郎) 교수는 노동조합법 제정방향에 대하여, ① 노동조합의 성립, 활동을 부당하게 억제하는 일체의 법령 및 행정조치를 철폐할 것, ② 사용자 측의 반조합적 행위를 예방하는 규정을 둘 것, ③ 노동조합은 원래 자연발생적인 단체라는 현실에 입각하여 조직, 목적, 사업에 대한 단속·제한적 규정은 필요최소한으로 할 것, ④ 노동조합의 가장 중요한 기능인 단체교섭을 적극적으로 장려하는 규정을 특별히 둘 것, ⑤ 노동조합 설립은 자유로이 하고 희망하는 노조는 등록을 허용하고, 등록노조에게 특별취급을 하는 규정을 둘 것, ⑥ 등록요건 등에 다툼이 있을 때는 ‘중재기관’에서 재정(裁定)할 것 등을 제언하였다.<sup>18)</sup> 또한 노동조합의 해산은 행정관청이 아니라 법원의 절차에 따라야 한다는 근로자 측의 의견이 제시되었다.

1945. 12. 21. GHQ와 논의를 거친 노동조합법안이 국회(帝國議會)를 통과하였다(1946. 3. 1. 시행). 일본에서 노동기본권이 규정된 일본국헌법(평화헌법)에 앞서 제정된 노조법은 노동운동에서 기본법적 성격을 가지게 되었다. 노조법에 따라 노·사·공 3자 구성의 중앙 및 지방노동위원회가 설치되었다. 노동조합법 제정은 노동조합의 결성과 조직을 합법적으로 인정하고, 원칙적으로 모든 근로자에게 단결권, 단체교섭권, 쟁의권의 노동3권을 보장하는 획기적인 계기이었다. 더욱 획기적인 것은 공무원(官公吏)도 근로자로 하는 법원칙의 확립이다. 이 원칙에 따라 경찰·소방·교도소 직원을 제외한 모든 공무원이 원칙적으로 노조법의 적용을 받는 근로자가 되었다(노조법 제4조). 그 후 1947년에 국가공무원법이 제정되었지만,<sup>19)</sup>

15) 특히 GHQ는 포츠담 선언에 따라, 일본 국민은 ‘사상의 자유, 언론의 자유 및 종교의 자유를 억압하는 모든 형태의 통제에서 벗어나야 한다고 선언하고 5대 개혁을 제시하였다. 그 내용은 ① 여성의 해방, ② 노동조합 결성 촉진, ③ 자유주의교육 실시, ④ 압제적 제도 철폐, ⑤ 경제민주화이다.

16) 松岡三郎, 「連合國對日勞働方策」, 法律時報 제19권 제1호(1949.1), 41면.

17) 竹前榮治, 「勞働法・勞働運動史講義資料」, 東京經濟大學生活協同組合出版部, 1979, 9면.

18) 日本 勞働政策研究・研修機構, 「勞働組合法立法史料研究(解題篇)」, 2014, 15면 이하(渡辺章 집필부분 참조).

19) 공무원법 제정에 앞서 1946년 11월 일본정부 초청으로 후버(Blaine Hoover)를 단장으로 하는 인사행정고문단이 5개월에 걸쳐 조사를 실시하여 1947. 6. 11. 일본 공무원 제도에 대한 권고를 제출하였다. 일본 공무원 제도의 결함으로 ① 표준화되고 공정한 민주적 임용제도의 결여, ② 인사행정의 일원화와 통일적 기준의 결여, ③ 교육·훈련의 부족, ④ 일부 직원이 근무시간에 노조활동 집중, ⑤ 일부 노조원이 공무에 필요한 공간을 점거하고 업무활동 혼란 초래, ⑥ 상사의 고압적 자세 및 정부 재산의 남용 등을 지적하였다. 이 외에도 기술적인 결함으로 ① 직무분류보다 개인적 기능에 근거함, ② 공정한 민원처리의 부족, ③ 복잡하고 불공평한 고액의 수당제도, ④ 책임과 지위와의 불균형·잘못된 봉급체계, ⑤ 직원 과다, ⑥ 비합리적인 퇴직제도 ⑦ 온정주의에 의한 불충분한 내용의 안전, 보건, 복지정책 등이다. 또한 권고에서는 정부로부터 독립적인 강력한 권한을 가진 중앙행정 인사기관으로서 ‘인사원’의 설치와 공무원의 쟁의행위의 금지 등이 제언되었다.

노동기본권을 제한하는 명문규정을 두지 않아 결과적으로 공무원의 근로조건도 단체교섭에 의해 결정되는 구조를 갖게 되었다. 공무원을 근로자로 범주화한 것은 일본민주화의 초석이 되었다.

다만 1946. 9. 27. 제정된 노동관계조정법(1946. 10. 13. 시행)은 GHQ가 주도하였고, 확산되는 노동쟁의를 억제하기 위해 경찰직뿐만 아니라 비현업공무원의 쟁의행위를 명문으로 금지하였다. 즉 제38조에서 경찰관리, 소방직원, 교도소에서 근무하는 자 그밖에 국가 또는 공공단체의 현업 이외 행정 또는 사법의 사무에 종사하는 관리 그 밖의 자는 쟁의행위를 하지 못한다고 규정하였다(노관법 제38조). 이를 위반할 때에는 벌금을 과하도록 되어(노관법 제39조), 공무원이 쟁의행위를 법적으로 행사할 수 있었던 것은 채 1년이 되지 못한 짧은 기간이었다.

이와 더불어 헌법의 근로조건법정주의에 따라 노동기준법(1947. 4. 7. 법률 제49호)이 제정되어 일본은 기본적인 노동법의 틀을 완성하기에 이른다. 이에 앞서 노동운동과 노동조합을 탄압해온 치안유지법은 1945. 10. 15.에, 치안경찰법은 1945. 11. 21.에 각각 폐지되었다.

## (2) 일본국헌법 제28조와 공무원 노동기본권

1946. 11. 3. 일본국헌법이 공포되어 6개월 후인 그 다음 해 1947. 5. 3. 시행되었다. 노동과 근로와 관련해서는 제27조에서 ① 모든 국민은 근로의 권리를 가지며 의무를 진다. ② 임금, 취업시간, 휴식 그 밖의 근로조건에 관한 기준은 법률로 정한다. ③ 아동은 흡사되어서는 아니 된다고 규정하고, 계속해서 제28조에서 ‘근로자의 단결할 권리 및 단체교섭 그 밖의 단체행동을 할 권리는 보장된다’고 규정하고 있다. 일본국헌법 제27조 및 제28조에서 보장된 권리는 모든 국민에게 보장된 권리와는 달리 임금노동자라는 사회적 지위에 있는 자에 대하여 특별히 보장된 권리이며, 이를 일본에서는 ‘노동기본권’이라 한다.<sup>20)</sup> 이렇듯 명문화된 헌법상의 노동기본권과 구체적인 개별법인 노조법·노관법·노기법 노동3법 제정으로 노동조합 설립과 노동운동이 폭발적으로 확대되었다. 예컨대 1945년 10월 노동조합원은 약 5,000명 정도였지만, 1947년 2월에는 국철 50만명, 우편체신 40만명 등 500만명으로 급증하였다.

초기 GHQ는 노동조합의 결성을 장려하였고, 노동운동에 대해서도 억제하지 않았다. 그러나 공산주의 세력(구 소련의 세력 확장, 중국의 공산화 등)의 확산과 동서냉전이 시작됨에 따라 GHQ는 확산되는 노동운동이 사회주의운동으로 변질되어 점령정책에 차질이 생길 것을 우려하여 노동조합과 노동운동을 제한하는 정책으로 전환하게 되었다.<sup>21)</sup> GHQ는 노동운동의 중심적 역할을 하고 있는 공무원 및 공공기업근로자에 대한 노동기본권을 제한하는 정책을 취하였으나, 일반근로자의 노동조합에 대한 장려정책은 기본적으로 유지하였다.

20) 石井照久, 「勞働法總論」, 有斐閣, 1957, 271면 이하.

21) 石井照久, 앞의 책 72면.

### (3) 정령 제201호 공포와 공무원 노동기본권의 명시적 제한

노동조합이 1947. 2. 1. 총파업을 계획하던 중, 총리대신 요시다(吉田 茂)는 1947. 1. 1. 신년사에서 노동조합을 ‘불량배’로 비유하면 비난하였다.<sup>22)</sup> 노동조합과 정부의 마찰과 2.1 총파업의 움직임으로 일본 사회 전체가 긴장감이 고조되었다. GHQ는 총파업으로 특히 철도파업으로 인해 일본 각지에 주둔하는 미군의 보급중단, 교통두절이 생기면 군사적으로 위기가 될 것으로 판단하여, 국철노조 등에게 2.1 총파업을 중단할 것으로 요구하였다.<sup>23)</sup> 국철노조는 GHQ의 구두요구에는 따르지 않고 총파업에 동참할 것을 분명히 하였다. 1947. 1. 29. 중앙노동위원회 위원장 직무대행 스에히로(末弘)는 정부와 국철노조에 대하여 임금인상 등 조정을 제시하였지만 결렬되었다. 이에 1.31. 오후 4시 GHQ는 맥아더 최고사령관 명의로 ‘현재 최악한 일본에서 총파업은 공공의 복리에 반하기 때문에 이를 허용하지 않는다’는 총파업 중지명령을 발하였다.

그러나 이후에도 공무원의 노동운동 특히 국철노조의 노동쟁의가 확산됨에 따라 1948. 7. 22. 연합국총사령관 맥아더는 일본정부에게 서한을 보내 공무원에 대한 쟁의행위 제한을 요청하였다. 당시 공무원노조가 총파업을 준비하였고, 이를 우려한 GHQ가 보낸 맥아더 서한이다. 그 내용은 ‘공무원은 전체의 봉사자이므로 쟁의행위는 허용되지 않는다’며, ① 공무원의 단체교섭 및 쟁의행위를 금지할 것, ② 철도·전매사업 등 현업부문을 공공기업체로 일반직에서 분리할 것 등이다. 이 명령을 받은 일본정부는 1948. 7. 31 정령(政令)<sup>24)</sup> 제201호를 즉시 공포하여 모든 공무원의 쟁의행위를 금지하고, 단체교섭권을 제한하였다. 즉 공무원은 단체교섭권이 없고(제1조), 쟁의행위는 금지하며, 이를 위반한 자는 임명 또는 고용상의 권리를 가지고 대항할 수 없고(제2조), 또 형벌(1년 이하의 징역 또는 5천엔 이하의 벌금)에 처한다(제3조)는 정령 제201호를 공포하여 당일 효력을 발생하였다. 정령 제201호는 국회 제정법으로서 1948년 국가공무원법 개정, 공공기업체노동관계법 제정, 1950년 지방공무원법, 1952년 지방국영기업노사관계법 제정에서 그대로 반영되었다. 그 결과 모든 근로자에게 노동3권을 보장하는 일본국헌법 제28조는 공무원 및 관공서 근로자에게는 적용되지 않고 쟁의행위가 전면적으로 금지되는 공무원 법체계가 완성되었다.

22) 1947. 1. 1. NHK라디오 제1방송 신년사에서 2.1 총파업 움직임을 염려하면서 “이 비참한 경제상황을 이용하여 정쟁 목적으로 쓸데없이 경제위기를 절규하고, 단지 사회불안을 증대시키고, 생산을 저해할 뿐만 아니라 경제재건을 위한 거국일치를 깨뜨리고자 하는 자가 있다. 나는 우리 국민의 애국심에 호소하여 그들의 행동을 배격하지 않을 수 없다. ...그렇다하더라도 이러한 무뢰한 패당(不逞の輩)이 우리 국민 중 다수가 있다고는 믿지 않는다.” 이른바 ‘노동조합의 불량배’ 발언이다.

23) 공산당계열의 전일본산업별노동조합 회의(産別會議), 사회당계열의 일본노동조합총동맹(總同盟) 등이 지원하는 전국관공청 공동투쟁으로 1947. 2. 1. 무기한 전국총파업(2.1 총파업)이 계획되었다. 총파업이 실행되면 통신, 운송, 생산이 중단되고 연합국 정책에 차질이 생기는 것을 우려한 것이다. 이를 두고 和田 肇 교수는 연합국총사령부(GHQ)의 역린(逆鱗)을 건드린 것이라고 표현한다(“日本における國家公務員勞使關係システム—その形成過程と法的問題点”, 「雇用終了と労働基本権」, 旬報社, 2014, 192면).

24) 정령(政令)은 일본국헌법 제73조 제6호에 의거하여 내각이 제정하는 명령으로서, 행정기관이 제정하는 명령 가운데 최우선 효력을 가진다.

### Ⅲ. 일본 공무원의 노동기본권 제한 입법과 쟁점

#### 1. 1948년 국가공무원법 개정

1947년 2.1 총파업에서 GHQ는 공무원의 쟁의권을 제한하는 명령의 근거로 ‘공공복리’를 들었고, 계속해서 1948년 공무원의 쟁의행위를 제한하는 요청의 근거로 ‘국민 전체의 봉사자’를 제시하였다. 정령 제201호가 국회 제정법으로 전화되어 1948. 12. 3. 공포·시행된 개정 국가공무원법은 ‘국민 전체의 봉사자인 공무원’을 사기업의 근로자와 구별하기 위하여 단체교섭권 제한, 쟁의권 금지, 정치행위의 제한을 강화하고, 그 위반에 대해서는 벌칙(형사벌, 징계처분)을 두었다. 제98조 제2항에서 ‘직원은 정부가 대표하는 사용자로서의 공중에 대한 동맹파업, 태업 그 밖의 쟁의행위를 하거나 정부의 활동능률을 저하시키는 태업적 행위를 하여서는 아니 된다. 또 어떠한 자도 이러한 위법한 행위를 기획, 또는 그 수행을 공모, 교사 혹은 선동하여서는 아니 된다’고 규정하였다. 아울러 부칙 제16조에서, ‘노동조합법, 노동관계조정법, 노동기준법……및 이러한 법률에 의거하여 발하는 명령은 제2조의 일반직에 속하는 직원에는 적용하지 아니한다’고 규정하였다.

동시에 국가공무원법의 적용을 받던 국철 및 공공기업체의 직원을 공무원과 분리하기 위하여 ‘일본국유철도법’ 및 ‘일본전매공사법’을 제정하여 1949. 6. 1.부터 시행하였다. 또한 공공기업체 직원의 쟁의행위를 금지하고 강제중재제도를 둔 ‘공공기업체노동관계법’(현행 특정독립행정법인 등의 노사관계에 관한 법률)이 제정되어 같은 날 시행되었다. 이러한 법률에는 공무원의 노동기본권을 제한하는 국가공무원법 제98조 제2항과 유사한 규정을 두고 있다(예컨대 특노법 제17조 제2항 참조).

#### 2. 공무원의 법적 지위와 노동기본권 제한 논거

##### (1) 국가공무원법과 헌법 제28조<sup>25)</sup>

일본 공무원은 국민 전체의 봉사자로서(헌법 제15조), 공공의 이익을 위하여 근무하고, 직무에 전념하는 의무를 부과하고 있으며(국공법 제98조), 이를 위하여 공무원의 노동기본권이 크게 제한되고 있다. 따라서 공무원이 금지된 쟁의행위에 참가한 것을 이유로 받는 징계처분이나 형사벌에 대한 정당성 여부가 크게 다투어져 왔다. 이 점에 대하여 일본 최고재판소는 판례를 통하여 공무원의 노동기본권 제한에 관한 논거를 3단계로 정립하였다.

##### 1) 정령 제201호 사건 - 공공복리론

제1단계는 공무원의 노동기본권을 제한하는 근거가 된 정령 제201호에 대해서는 그 위헌

25) 이 부분은 和田 肇, 앞의 논문, 196면 이하 및 山川隆一, “日本における公務員の労働基本権問題”, 노동법학 제36호(2010), 13면 이하를 참조하였음.

여부가 다투어졌다. 최고재판소는 ‘국민의 권리는 모든 공공복리에 반하지 아니 한 입법 그 밖의 국정에서 최대한 존중하는 것을 필요로 하는 것이므로 헌법 제28조가 보장하는 근로자의 단결할 권리 및 단체교섭 그 밖의 단체행동을 할 권리도 공공복리를 위하여 제한을 받는 것은 불가피하다. 특히 국가공무원은 국민 전체의 봉사자로서 공공의 이익을 위해 근무하며, 직무수행에서 전력을 다해 이에 전념해야 할 성격의 것이기 때문에 단결권, 단체교섭권 등에 대해서도 일반 근로자와는 달리 특별한 취급을 받는 것은 당연하다’고 판단하였다.<sup>26)</sup>

이 사건은 정령 제201호에 반대하기 위하여 직장을 무단이탈한 자에 대하여 징역형을 선고한 사안이다. 최고재판소는 헌법 제28조의 노동기본권도 공공복리의 제한을 받고, 특히 국가공무원은 전체의 봉사자로서(헌법 제15조 제2항), 공공복리(헌법 제12조)를 위하여 근무하는 직무전념의무가 있기 때문에 쟁의행위를 금지하는 공무원법제를 합헌으로 판단하였다.

요컨대 제1단계(1950년대까지) 최고재판소 판례는 공무원의 노동기본권 제약, 특히 쟁의행위의 전면적 금지가 헌법위반이 아니라고 판단함에 있어서 ‘공공복리’라는 기본권에 대한 일반제한 원칙을 근거로 삼았고, 그 구체적인 내용에 대해서는 ‘전체의 봉사자’라는 지위와 ‘공공의 이익’이라는 추상적 논거에 그쳤다.<sup>27)</sup>

## 2) 동경중앙우편국 사건(全遞東京中郵便事件) - 한정합헌해석론

최고재판소가 기본권 제한의 일반원칙인 ‘공공복리’만으로 공무원의 쟁의행위를 전면 금지하는 법제를 인정하는 것에 대하여는 학계뿐만 아니라, 권고를 요청받은 ILO도 타당성에 의문을 제기하였다. 최고재판소가 변화하는 사회상황을 반영하여 새로운 논거를 제시한 것이 동경중앙우편국 사건 판결이다.<sup>28)</sup> 이를 제2단계의 판결이라고 한다(1960년대).

사안을 보면, 1955년 춘투시기에 피고인 8명은 체신(遞信)노조 간부들으로써, 동경중앙우편국 직원들에게 근무시간에 직장집회에 참여하도록 요청·설득하고, 38명의 직원들로 하여금 직장을 무단이탈하도록 유도한 행위가 우편법 제79조 제1항 우편물 불취급죄<sup>29)</sup>의 교사범에 해당한다는 것이다. 최고재판소의 판시는 다음과 같다.

(1) 노동기본권의 제한은 노동기본권을 존중·확보할 필요와 국민생활 전체의 이익을 유지·증진시킬 필요를 비교형량하여 양자가 적정한 균형을 유지하는 것을 목표로 결정하여야 하지만, 노동기본권이 근로자의 생존권에 직결되고 이를 보장하기 위한 중요한 수단인 점을 고려하면 그 제한은 합리성이 인정되는 필요 최소한도의 것에 그쳐야 한다.

(2) 노동기본권의 제약은 근로자가 제공하는 직무 또는 업무의 성질이 강한 공공성을 가지

26) 國鐵弘前機關區事件, 최고재판소 대법정 1953. 4. 8. 선고. 정령 제201호는 당시 GHQ의 명령에 따른 것이라는 점을 고려할 필요가 있다.

27) 山川隆一, 앞의 논문, 13면

28) 全遞東京中郵便事件, 최고재판소 대법정 1966. 10. 26.

29) 우편 업무에 종사하는 자가 고의로 우편물의 취급을 하지 아니하거나 이를 지연시킬 때에는 1년 이하의 징역 또는 30만엔 이하의 벌금에 처벌 한다.



고 있기 때문에 그 직무 또는 업무의 정폐(停廢)가 국민생활 전체의 이익을 저해하고, 국민생활에 중대한 장애를 초래할 우려가 있는 것에 대해서 이를 피하기 위해 필요하고 부득이한 경우에 대해서만 고려되어야 한다.

(3) 노동기본권의 제한위반에 따른 법률효과, 즉 위반자에 대하여 부과되는 불이익에 대하여는 필요한 한도를 넘지 않도록 충분히 배려하여야 한다. 특히 근로자의 쟁의행위 등에 대해서 형사제재를 부과하는 것은 필요하고 부득이한 경우에만 한정되어야 하며 동맹파업, 태업과 같은 단순한 부작위를 형벌의 대상으로 하는 것에 대해서는 특별히 신중하여야 한다.

(4) 직무 또는 업무의 성질상 노동기본권을 제한하는 것이 부득이한 경우에는 이에 부합하는 대상조치를 강구하여야 한다.

정리하면, 최고재판소는 우선 쟁의행위를 금지한 공공기업체등노동관계법(公共企業體等勞働關係法, 이하 공노법) 제17조의 위헌 여부를 검토하였다. 최고재판소는 쟁의행위를 제한하는 전제조건으로서 (1) 필요최소한도의 제한, (2) 국민생활 이익상 부득한 경우, (3) 제재 또한 필요최소한도일 것, (4) 대상조치를 강구할 것, 이 4가지 고려요소를 제시하였다. 이러한 전제에서 공노법이 적용되는 우편사업·국유철도사업 등은 그 정폐(停廢)가 국민생활 전체의 이익을 저해하고, 국민생활에 중대한 장애를 초래할 우려가 있다는 점, 쟁의행위 금지규정에 대한 제재로는 동법에서 해고와 손해배상이 정해져 있어 쟁의행위가 위법하다는 것은 이러한 민사상의 책임으로부터 면제되지 않는다는 취지라는 점, 쟁의행위 금지의 대상조치로서 공공기업체등노동위원회에 의한 알선·조정·중재 제도가 설정되어 있다는 점 등에서 공노법 제17조는 헌법 제28조에 위반되지 않는다고 판단하였다.

그러나 최고재판소는 공노법 제17조 위반의 쟁의행위에 대해서는 쟁의행위의 제한은 필요최소한도의 것에 그쳐야 한다는 요청에 비추어 본다면, 민사상의 책임을 부과하는데 그쳐야 하는 것으로, 상당한 쟁의행위에 대한 형사면책을 정한 노동조합법 제1조 제2항은 공노법 제17조 위반의 쟁의행위에 대해서도 적용된다고 판단하면서 유죄라고 판단한 원심 판결을 파기하였다.

이 판결의 의의는 노동기본권의 제약의 근거로 추상적인 ‘공공복리론’을 극복하고, 한정합헌해석론으로 발전한다는 것이다.<sup>30)</sup> 특히 노동기본권을 제한하는 법령을 위반한 것에 대한 처벌은 (1) 공공성이 높은 직무이고, (2) 국민생활에 심각한 지장을 초래하는 쟁의행위만 금지하고, (3) 불법성이 강한 쟁의행위만 처벌대상 이라는 삼중의 제한장치가 작동된다는 것이다.<sup>31)</sup> 그 결과 공무원의 쟁의행위 지시와 참가 등에 대한 형사벌 규정은 실질적으로 적용되지 않는다고 할 수 있다.<sup>32)</sup>

30) 이 판결은 현업공무원에 관한 사안이었지만, 그 후 최고재판소는 비현업공무원(학교교직원)인 직원단체임원이 쟁의행위 실행을 지시한 것이 지방공무원법에서 말하는 쟁의행위의 ‘선동’에 해당한다고 하여 기소한 사안에서도 같은 판단을 하였다(都教組事件, 최고재판소 1969. 4. 2).

31) 和田 肇, 앞의 논문, 197면.

32) 山川隆一, 앞의 논문, 16면.

### 3) 경찰관직무집행법 반대 사건(全農林警職法事件) - 근무조건법정주의 · 재정민주주의론

1958년 10월 국회에 제출된 경찰관직무집행법 개정안의 내용이 경찰관의 직권남용 소지가 크고, 나아가 근로자의 단체행동을 억압할 우려가 존재한다는 이유로 노동조합은 전국적으로 반대운동을 전개하였다. 전농림노조(全農林勞組)도 총평(일본노동조합총평의회) 제4차 통일행동에 참여하기로 하고, 노조간부들이 같은 해 11. 5. 직장대회의 날 정오 출근 지시를 하고, 오전 10시부터 11시 40분까지 농림성 약 3천명의 직원에 대하여 직장대회 참여를 종용하였다. 이러한 행위가 국가공무원법<sup>33)</sup>에 위반된다는 이유로 기소되었다. 제1심에서는 노조간부들의 행위가 고도의 위법성을 띠지 않는 한 국가공무원법 위반이 되지 않는다면 무죄를 선고하였고, 제2심은 노조간부들의 행위를 ‘정치파업’이라고 하면서 유죄로 판단하였다. 최종적으로 최고재판소는 상고를 기각하여 유죄를 확정하였다. 이를 일본에서는 최고재판소의 공무원 노동기본권에 관한 제3단계 판결이라 한다(1970년대 이후). 다음은 최고재판소의 판시 내용이다.<sup>34)</sup>

(1) 공무원은 헌법 제15조에서 규정한 바와 같이 실질적으로는 그 사용자는 국민 전체이며, 공무원의 노무제공의무는 국민 전체에 대해 부담하는 것이다. 물론 이 이유만으로 공무원에 대해서 단결권을 비롯한 기타 일체의 노동기본권을 부정하는 것은 허용되지 않지만, 공무원의 지위의 특수성과 직무의 공공성을 감안하여 본다면, 이것을 근거로 공무원의 노동기본권에 대하여 필요하고 부득이한 한도의 제한을 가하는 것은 충분히 합리적인 이유가 있다고 보아야 한다.

(2) 공무원의 경우 그 급여의 재원은 국가의 재정과도 관련하여 주로 조세수입으로 조달되며, …… 그 근무조건은 모두 정치적, 재정적, 사회적 기타 제반 합리적 배려에 의해 적당하게 결정되어야 하고, 나아가 그 결정은 민주국가의 원리에 따라 입법부의 논의를 거쳐 이루어지므로 동맹파업 등 쟁의행위의 압력으로 강제를 용인할 여지는 전혀 없다. ……공무원의 근무조건 결정에 관하여 정부가 국회로부터 적법한 위임을 받고 있지 않은 사항에 대해서 …… 공무원에 의한 쟁의행위가 행해진다면, 사용자로서의 정부로서는 해결할 수 없는 입법 문제에 봉착하게 되고, 나아가 민주적으로 이루어져야 할 공무원의 근무조건 결정의 절차과정을 왜곡하는 것으로 되어 헌법의 기본원칙인 의회제 민주주의(헌법 제41조, 제83조 참조)에 배치되고, 국회의 의결권을 침해할 우려마저 발생하게 된다.

(3) 일반 사기업에서는 그 제공하는 제품 또는 서비스에 대한 수급에 관하여 시장으로부터

33) 國家公務員法 第98條 2項 직원은 정부가 대표하는 사용자로서의 공중에 대한 동맹파업, 태업 그 밖의 쟁의행위를 하거나 정부의 활동능률을 저하시키는 태업적 행위를 해서는 아니 된다. 또 어느 누구도 이러한 위법한 행위를 기획하거나 실행을 공모, 교사 혹은 선동해서는 아니 된다.

國家公務員法 第110條 1項 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 100만원 이하의 벌금에 처한다. 17. 누구라도 제98조 제2항 전단에서 규정하는 위법한 행위의 수행을 공모하거나 교사 혹은 선동 또는 이러한 행위를 기획한 자

34) 全農林警職法事件, 최고재판소 1973. 4. 25.

의 압력을 받는 관계로부터 쟁의행위에 대해서도 이른바 시장의 억제력이 작동하는 것은 필연임에 반해서, 공무원의 경우에는 그러한 시장의 기능이 작용할 여지가 없기 때문에 공무원의 쟁의행위는 경우에 따라서는 일방적인 강력한 압력이 되며, 이러한 측면에서도 공무원의 근무조건 결정절차를 왜곡시키게 된다.

(4) 그러나 ……노동기본권을 제한함에 있어서는 이를 대신하는 상응한 조치가 강구되어야 한다. 국가공무원법은 신분, 임면, 복무, 급여 기타에 관한 근무조건에 대한 주도면밀한 규정을 설정하고 나아가 중앙인사행정기관으로서 준사법기관적 성격을 갖는 인사원을 두고 있다. 특히 공무원은 법률에 의해 정해진 급여준칙에 따라 급여를 받고, 그 급여준칙에는 봉급표 외에 법정사항이 규정되는 등 이른바 법정된 근무조건을 향유하고 있으며, 인사원은 공무원의 급여, 근무시간 기타의 근무조건에 대해서 이른바 정세적응의 원칙에 따라 국회 및 내각에 대해서 권고 또는 보고를 할 의무가 있다. …… 이렇게 공무원은 노동기본권에 대한 제한의 대상으로 제도상 정비된 생존권 옹호를 위한 관련조치에 의하여 보장을 받고 있다.

이 판결의 특징은 공무원의 노동기본권에 대한 제약에 대해서 ‘공무원 지위의 특수성’과 ‘직무의 공공성’을 근거로 앞서 검토한 동경중앙우편국 사건 판결과는 다른 방향을 전환하였다는 것이다. 최고재판소 대법정(전원합의체)은 공무원의 근무조건은 국회의 법률로 정해야 하는 것이며, 이를 사용자인 정부와 직원단체가 단체교섭으로 결정하는 것은 헌법의 기본원칙인 의회제 민주주의에 배치되고 국회의 의결권을 침해할 우려가 있다고 판시하여, 이른바 근무조건법정주의를 공무원의 쟁의권 전면금지의 근거로 본 것이다.<sup>35)</sup>

더욱이 나고야중앙우편국 사건에서 최고재판소는 법리적으로 쟁의권이 인정될 수 있는 헌업공무원에 대해서도 판례를 변경하여 쟁의행위를 전면적으로 금지한 공노법에 대하여 합헌이라는 판단하였다.<sup>36)</sup> 사안은 앞의 동경중앙우편국 사건과 마찬가지로 우체국직원의 쟁의행위가 공노법 제17조에서 금지한 행위에 해당하는지가 쟁점이었다. 최고재판소는 앞의 동경중앙우편국 사건과 달리 공노법 위반의 쟁의행위를 지시한 조합간부에 대한 유죄를 인정하였다. 판시 내용은 다음과 같다.

(1) 비헌업 국가공무원에 관한 근무조건은 헌법상 국민 전체의 의사를 대표하는 국회에서 법률, 예산의 형태로 결정되어야 하는 것이며, 노사간의 자유로운 단체교섭에 따라 합의로 결정해서는 아니 되므로, 사기업의 근로자의 경우처럼 노사에 의한 근무조건의 공동결정을 내용으로 하는 단체교섭권의 보장은 없고, 이 공동결정을 위한 단체교섭 과정의 일환으로 예정되어 있는 쟁의권도 또한 헌법상 당연히 보장되어 있는 것이라고는 할 수 없다.

(2) 관리운영사항을 제외하고 사용자인 당국 측과의 단체교섭권, 단체협약 체결권이 인정되어 있는 이들 직원의 근무조건도 직접·간접의 차이는 있어도 국가의 자산의 처분, 운용과

35) 山川隆一, 앞의 논문, 18면.

36) 全通名古屋中央郵便局事件, 최고재판소 1977. 5. 4.

밀접하게 연관되어 있기 때문에 이것을 국회의 의사와는 무관하게 노사간의 단체교섭으로 공동결정하는 것은 헌법상 허용되지 않는다. ……이렇듯 단체교섭권이 당연히 보장되어 있다고 할 수 없는 직원에 관해서는 교섭에서 난항을 타개하기 위한 수단으로서의 쟁의권도 보장되어 있다고 할 수 없다.

(3) 공무원에 의한 쟁의행위는 국민 전체의 공동이익에 중대한 영향을 미치거나 그렇게 할 우려가 있다는 판단은 현업 및 공사 직원에 대해서도 타당하며 또 그 취지가 미친다.

이 최고재판소 판결은 기본적으로 노동기본권 제약의 근거로 재정민주주의론을 들고 있다. 쟁의행위로 인해 근무조건 결정과정에 영향을 미치는 것은 재정민주주의로 나타나는 의회제 민주주의의 원칙과 모순된다는 것이다. 특히 이 판결에서 근무조건법정주의가 아니라 재정민주주의라는 표현을 사용한 것은 현업공무원의 경우 일정부분에서 단체교섭으로 결정할 수 있다는 고려 때문이라고 한다.<sup>37)</sup>

### 3. 최고재판소 판례법리의 도달점

최고재판소는 공무원에 대한 노동기본권의 제약의 논거를 초기에는 추상적인 ‘공공복리’와 ‘국민 전체의 봉사자’라는 개념을 제시하였지만 논리적 타당성이 의심받았고, 잠시 한정합헌해석론으로 공무원의 노동기본권을 강화하는 견해도 나타났지만 곧 견해가 수정되었다. 여기서 제시된 논거가 근무조건법정주의론과 재정민주주의론이다. 최고재판소의 논거는 헌법상 노동기본권의 보호와 근무조건법정주의(일본헌법 제73조) 및 재정민주주의(일본헌법 제83조) 원리는 모두 실현되어야 할 헌법적 요청이라는 점이다. 최고재판소는 헌법상 두 원리와 보호원칙간의 충돌 문제로 재해석하면서 근무조건법정주의나 재정민주주의를 우선시하는 입장을 취하였다. 현재 최고재판소는 헌법적 해석으로 근무조건법정주의나 재정민주주의를 우선시하는 견해를 견지하고 있으며, 쟁의행위를 전면적으로 금지하는 공무원법제의 규정을 합헌이라고 하는 입장을 취한다. 이와 마찬가지로 단체협약체결권을 부정하는 국가공무원법 제108조의5 제2항에 대해서도 헌법 제28조에 위반하지 않는다고 해석한다.<sup>38)</sup>

이러한 최고재판소의 판례법리에 대하여는 헌법 제28조를 경시한다는 학설상 많은 비판이 존재한다. 대표적으로 스게노(菅野和夫) 교수의 견해로서, 헌법상의 두 요청을 조정한다는 발상을 취한다 하더라도, 공무원의 근무조건을 전적으로 법률로 결정하는 것이 필수적인 것은 아니며, 기본적 부분을 법률로 정하고, 상세한 내용에 대해서는 단체교섭으로 정할 여지도 있다는 점을 지적한다.<sup>39)</sup> 즉 최고재판소 판례가 이해하는 단체교섭권은 공동결정권을 전제로 하는 것이고, 헌법 제28조가 상정하는 ‘단체교섭권’과는 다르다는 것이다. 따라서 이를 전제

37) 山川隆一, 앞의 논문, 19면.

38) 國立新潟療養所事件, 최고재판소 1978. 3. 28.

39) 菅野和夫, “「財政民主主義と団体交渉権」覺書”, 『法學協會百周年記念論文集 第2卷』, 有斐閣, 1983, 327면.

로 하는 재정민주주의 우위론에는 커다란 오류가 있으며, 헌법상의 여러 규정에서 당연히 본 판결과 같은 결론이 도출되는 것은 아니라는 지적도 있다.

그리고 공무원 노동기본권 제한의 근거로 제시하는 ‘대상조치론’에 대해서도 의문이 제기된다. 대상조치는 공무원에 대해서 인사원제도 특히 급여권고제도와 행정조치요구제도이다(국공법 제86조). 그런데 대상조치가 미흡하거나 기능하지 않을 경우 공무원은 쟁의권을 행사할 수 있는지에 대해서는 최고재판소는 명확한 답변 없이 ‘상응하는 기능이 작용하고 있다’고 판단하여, 인사원 권고의 이행을 요구하는 쟁의행위를 위법하다고 하였다.<sup>40)</sup> 대상조치가 제도로써 존재하면 노동기본권 제한의 합헌적 근거로 된다는 최고재판소의 해석에 대해서는 비판이 다수이다.

#### IV. 일본 공무원 직원단체의 법적 성격<sup>41)</sup>

검토한 바와 같이 45년 노조법 제정으로 일반공무원도 노동3권이 보장되었지만 직후 노동관계조정법의 제정으로 쟁의권이 제한되었다. 그 후 제정된 국가공무원법에서는 노동관계에 관한 규정을 두지 않아 공무원 노동관계는 원칙적으로 노동조합법 및 노동관계조정법이 전면적으로 적용되었다. GHQ의 정책전환으로 공무원의 단체교섭권과 쟁의권이 제한되었고, 그 후 국가공무원법을 개정(1948.12.3)하면서, 노동조합에 갈음하는 직원단체를 두면서 단체교섭권과 쟁의권이 명시적으로 부정되었다. 이러한 흐름에 대하여 근로자측은 공무원의 노동기본권을 부정한 국공법은 ILO 제87호 협약에 위반한다고 ILO에 제소하고, ILO는 일본정부에 대해 수차례에 걸쳐 권고하였다. 일본은 1965. 5. 17. 제87호 협약을 비준함과 동시에 공무원관련법령을 재정비한 것이 현행법이다.

##### 1. 직원단체의 법적 성격과 등록제도

비현업의 일반직 국가공무원은 원칙적으로 단결권을 보장받으며, 직원단체(‘노동조합’이라고 말하지 않는다)를 결성할 수 있다(국공법 제108조의2 제1항). 공무원도 근로자인 이상 직원단체의 설립근거가 헌법 제28조에 있다는 점에 관례, 학설의 이견이 없다.<sup>42)</sup> 따라서 직원단체가 노조법상의 노동조합에 해당하지 않더라도 헌법상 단결권에 근거한 ‘노동조합’이라고 본다.<sup>43)</sup> 다만 공무원의 특수성으로 쟁의권은 전면적으로 제한되며, 근로조건 등에 관한 교섭

40) 北海道教委事件, 최고재판소 1992. 9. 24.

41) 이 부분은 노상현, “노동조합 자격심사제도의 재검토-일본법과의 비교 검토를 중심으로”, 노동법학 제51호(2014), 150~156면에서 가져오면서 수정·보완하였다.

42) 和田肇, “國家公務員労働関係システムの大轉換とその課題”, 「法律時報」 제1043호(2012.2), 5면; 武井寛, “國家公務員労働組合の法的性格”, 「法律時報」 제1043호(2012.2), 16면 이하.

43) 직원단체라 함은 직원이 그 근무조건을 유지개선을 도모할 것을 목적으로 조직한 단체 또는 그 연합단체를

은 노조법상의 ‘단체교섭’이 아니라 국공법상의 ‘적법교섭’으로 규정하고 있다. 노조법상 단체교섭의 경우 합의사항은 단체협약을 체결할 것을 예정하지만, ‘적법교섭’은 서면으로 ‘협정’을 체결함에 그친다. ‘협정’은 규범적 효력을 인정하지 않고 ‘성의와 책임을 가지고 이행하는 의무’가 있을 뿐 실행의무는 없다. 즉 공무원이 결성한 직원단체는 근무조건 등에 대해서 사용자인 당국에 교섭을 요구할 수 있고, 당국은 적법한 교섭 요구에는 응낙할 지위에 있다(국공법 제108조의5 제1항). 이러한 단체교섭은 단체협약을 체결할 권리를 포함하지 않는다(국공법 제108조의5 제2항). 사용자 당국과 직원단체는 교섭을 통해 서면으로 노사합의를 이루더라도 단체협약으로서의 법적 효력은 발생하지 않는다. 다만 이를 지키는 점에 대해서 신사협정으로서의 도의적 책임을 발생시키는데 불과하다고 해석된다.<sup>44)</sup> 이를 도표로 나타내면 아래와 같다.

<공무원의 노동기본권 현황>

구분	단결권	단체교섭권		쟁의권
		단체교섭	협약체결	
국가공무원 <sup>45)</sup>	비현업직원 (경찰직 등 제외)	△ (교섭 가능)	×	×
	현업(국유임야), 특정독립행정법인	○	○	×
지방공무원	비현업직원 (소방직 등 제외)	△ (교섭 가능)	×	×
	현업직원	○	○	○

직원단체에 대해서는 노조법상 노동조합의 자격심사제도와 달리 등록제도를 두고 있다. 직원단체의 등록제도는 일정한 요건을 갖춘 직원단체에 대하여 편의를 법적으로 보장함으로써 직원단체의 자주성·민주성을 확보하고, 직원의 조직을 공무원법상의 직원단체로 유도하려는데 그 목적이 있다고 설명한다. 등록제도는 직원단체가 자주적, 민주적인 단체라는 것을 공인하는 일종의 확인제도로서 직원단체가 등록한 경우에는 일정한 법적 이익이 보장된다. 물론 직원단체를 등록할 것인가의 여부는 직원단체의 자유에 맡겨져 있고, 등록하지 않더라도

말한다(국공법 제108조의2 ①, 지공법 제52조 ①).

44) 山川隆一, 앞의 논문, 8면.

45) 일반직 공무원은 종사하는 직무의 성격에서, 비권력적인 직무에 종사하는 현업직원과 그 이외의 비현업직원으로 나뉜다. 종전에 국가 현업부문인 국철과 우편사업은 대부분 민영화되었거나, 국립대학과 같이 독립행정법인으로 되었기 때문에 현재는 국가의 현업부문은 국유임야사업뿐이다(다만 독립행정법인 중에도 국립병원과 조폐국 등 특정독립행정법인의 직원은 일반직 공무원으로서의 신분을 갖고 있다). 2013년 현재 일반직 국가공무원 중 비현업직원은 약 27.5만 명이며, 현업직원 및 특정독립행정법인지원은 합해서 약 63.9만 명이다. 지방공무원은 약 276.9만 명으로 도합 340.8만명이다.

46) 지방공무원 중 비현업직원은 교섭을 하고, 그 결과로서 서면협정을 체결할 수 있다. 하지만 그 서면은 단체협약의 효력이 부여되지 않아 법적 구속력은 없다.

일부 권리만 제한받을 뿐 직원단체로서 법적 지위는 유지된다.

## 2. 직원단체 구성원의 범위

직원단체가 등록하기 위해서는 국공법 제108조의2 제5항에서 규정하는 직원에 한정하여야 한다. 이를 ‘직원조합주의’라 한다. 종래에는 엄격한 직원조합주의를 취하여 쟁의행위 등에 의해 면직처분을 받은 자는 직원단체의 구성원자격을 상실하였다. 따라서 비공무원, 임명권자를 달리하는 직원, 관리직원, 경찰 등 단결이 금지된 직원과 함께 직원단체를 결성하면 등록이 거부되었다.<sup>47)</sup>

그러나 ILO협약 제87호 비준과 함께 개정된 현행법은 징계처분으로 면직되고, 처분일로부터 1년 이내 또 그 기간 내에 제소하여 소송 중에 있는 경우에는 구성원 자격을 인정한다. 또한 ‘조합임원’에 대해서는 원칙적으로 직원조합주의가 적용되지 않고, 조합임원에 대해서는 아무 제한이 없다. 따라서 직원이 아니더라도 조합임원은 직원단체 조합원이 될 수 있다. 따라서 등록기관은 직원이 아닌 자가 임원으로 있다는 이유로 직원단체의 등록을 거부할 수 없다(국공법 제108조의3 ⑤). 노동조합의 대표자 자유선택권은 ILO 제87호 협약에서 보장하는 것이고,<sup>48)</sup> 일본은 이를 비준하면서 1965년 국공법을 개정할 때 새롭게 규정하였다.

## 3. 직원단체의 등록절차 및 심사

국가공무원인 경우 인사원(지방공무원의 경우에는 인사위원회 또는 공평위원회)에 등록하여야 한다.<sup>49)</sup> 등록이 유효하기 위해서는 국공법 제108조의2 제5항에서 규정하는 직원에 한정하여 경찰직원, 해상보안청 및 교정시설에서 근무하는 직원 및 관리직을 제외하여야 한다. 또한 규약에 국공법 제108조의3 제2항에서 규정하는 명칭, 목적 등 10개 사항을 규정하여야 한다. 그리고 직원단체의 중요사항에 대하여 국공법 제108조의3 제3항에서 정하는 절차에 따라 민주적으로 결정한다는 규약의 정함이 있어야 하고, 또 실제로 운영되고 있다는 것이 필요하다. 직원단체가 등록자격을 갖고, 계속적으로 등록자격을 유지하기 위해서는 규약의 작성 또는 변경, 임원의 선거 기타 이에 준하는 중요한 행위가 모든 구성원이 평등하게 참가하는 직접·비밀투표를 통하여 과반수의 의사로 결정된다는 내용의 절차를 정하고, 또 현실적으로 이러한 절차에 의해서 중요한 행위가 결정될 것을 요구한다.

47) 橋詰洋三, 앞의 논문, 27면.

48) 제3조 제1항 [Workers' and employers' organisations shall have the right to draw up their constitutions and rules, to elect their representatives in full freedom, to organise their administration and activities and to formulate their programmes.]

49) 2013년말 현재 등록된 직원단체 수는 1,483단체이고, 조합원수는 99,598명이다(人事院の平成25年度年次報告書<<http://ssl.jinji.go.jp/hakusho/hakusho/index.htm>> 참조).

#### 4. 직원단체의 등록 효과

직원단체가 인사원에 등록하면 다음과 같은 법적 지위를 취득한다. 즉 ① 직원단체가 임금 및 근로시간 등 근로조건 등에 대하여 적법한 교섭신청을 하면 당국은 교섭에 응할 의무가 있고(국공법 제108조의5 ①), ② 등록된 직원단체는 법인으로 될 수 있고,<sup>50)</sup> ③ 등록 직원단체에 대하여는 재직전임자 및 직원단체 간부의 단기전임을 인정한다.

등록하지 않은 직원단체의 교섭요구에 당국은 응낙의무가 있는가에 대해서는 이를 인정하는 견해도 있지만,<sup>51)</sup> 판례는 부정한다.<sup>52)</sup> 공무원은 직무전념의무가 있다는 이유로 재직전임을 원칙적으로 허용하지 않으나, 등록된 직원단체에 한하여 공무원법상 직무전념의무를 예외적으로 면제시키고 있다. 재직전임은 소관청의 장 또는 임명권자가 허가한다. 그 최장기간은 국공법 부칙 제18조에 의해 7년 이하의 범위 내에서 규칙으로 정하는 기간으로 한다.<sup>53)</sup> 전임기간은 휴직처리하며 무급이다. 단기전임인 경우 1일 또는 1시간 단위로 하며, 1년간 30일에 한정된다.

#### 5. 등록의 효력정지 및 취소

직원단체의 결성, 가입·탈퇴 및 해산은 직원의 자유에 맡겨져 있다. 직원이 직원단체에 가입 또는 가입하려고 하였거나 직원단체를 결성하려고 하였거나 그밖에 직원단체의 정당한 행위를 한 것을 이유로 불이익한 취급을 받지 않는다(국공법 제108조의7). 다만 등록된 직원단체가 ① 해산할 때, ② 등록된 직원단체가 국가공무원법에서 정하는 등록요건을 미비할 때, ③ 등록된 직원단체가 규약 또는 등록신청서의 기재사항에 변경이 있음에도 불구하고 그 변경사항을 신고하지 않을 때에는 인사원은 60일 이내에서 당해 직원단체의 등록의 효력을 정지하거나 등록을 취소할 수 있다(국공법 제108조의3 제6항).<sup>54)</sup> 등록기관에 의해 등록이 취소된 경우에는 등록으로 인한 모든 법적 권리, 예컨대 당국의 적법교섭응낙의무, 전임자허가, 법인격취득 등의 이익이 소멸하는 것으로 해석한다.<sup>55)</sup>

#### 6. 등록심사결정 및 취소에 대한 불복

국공법은 등록기관인 인사원에게 직원단체의 등록효력 정지 및 취소의 권한을 부여하고

50) 職員団体等に對する法人格の付与に關する法律(1978. 6. 21. 법률 제80호)을 적용한다.

51) 菅野和夫, “公共部門勞働法”, 「法曹時報」 제32권 12호, 1983, 10면.

52) 東浦町団体交渉拒否事件, 名古屋高判 2003. 2. 26.

53) 규칙 17-2 「직원단체를 위한 직원의 행위」 제8조에서 7년 이하로 규정하고 있다.

54) 지방공무원법 제53조 제6항 참조.

55) 橋詰洋三, 앞의 논문, 36면.



있다.<sup>56)</sup> 인사원이 직원단체의 등록을 취소할 때에는 사전에 구두심리를 하여야 한다. 구두심리는 해당 직원단체의 요구가 있으면 공개하여야 하며, 등록취소에 대해서는 행정사건소송법에 따라 제소할 수 있다. 처분취소의 제소기간내(처분일로부터 3개월), 또 제소로 법원에 소송 중인 경우에는 그 기간 중은 등록취소의 효력이 중지된다(국공법 제108조의3 ⑧).

## V. 맺는말

일본에서 공무원의 노동기본권 인정이라는 획기적인 움직임은 패전 후 복구과정에서 시작되었다. 처음부터 인정되었던 공무원의 쟁의권이 금지되면서부터, 쟁의행위가 금지된 공무원이 실제로 파업을 감행한 후 그에 대한 책임을 둘러싼 소송에서 법적 논리를 축적하였다. 최고재판소는 헌법 해석론에 중점을 두었고, 최고재판소 대법정(전원합의체)은 앞서 제시한 자신의 논리를 재차 변경하여 왔다. 그런 만큼 일본에서는 공무원의 노동기본권 문제는 헌법뿐만 아니라 노동법학과 행정법학에 걸치는 중요한 논점의 대상이었다. 그러나 1970년대 최고재판소의 판결을 마지막으로 공무원의 노동기본권 회복운동은 정체하고,<sup>57)</sup> 점차 법학적 관심으로부터도 멀어졌다.

일본에서 또다시 공무원의 노동기본권 문제가 관심을 끌게 된 것은 1990년대부터 시작한 행정개혁이다. 논의의 중심은 최고재판소의 판례법리를 전제하면서, 헌법 제28조의 재검토이다. 즉 헌법 제28조는 근로자가 근로조건결정에 적극적으로 참여한다는 자기결정권으로서의 노동기본권 보장이라는 것이다. 이러한 노동기본권 원칙이 공무원에게도 그대로 적용될 수 있는지 논의를 거듭하고 있다. 기본적으로 일본의 공무원 노동기본권 문제는 쟁의권의 문제였다. 그러나 최근 논의는 협약체결권을 부여가 중심 과제로 옮겨졌다. 정리된 논의를 보면, 쟁의권 보다는 협약체결권을 어떠한 형태로 부여하는가, 단체교섭을 제한하는 경우 어떠한 대상조치가 필요한지 등 협약체결권을 둘러싼 논의가 중심을 이루고 있다.

우리나라도 1948년 건국헌법이 원칙적으로 공무원의 노동기본권이 제한되지 않았지만, 분단과 전쟁 등으로 공무원의 노동기본권을 논할 처지가 되지 못하였다. 그러다가 1962년 군사정권이 들어오면서 공무원 노동3권이 명시적 금지되었다. 일반직 공무원에 대하여는 헌법 제33조 제2항과 국가공무원법 제66조 및 지방공무원법 제58조 등에 따라서 노동기본권이 전면적으로 부정되었다. 민주화 이후 2006. 1. 28. 공무원노조법이 시행되어 행정조직에서도 공무원 노사관계를 형성할 수 있는 기틀이 마련되었다.

우리나라와 일본과 공무원의 노동기본권을 제한하는 법체계는 입법의 궤적에 따라 다소

56) 현행 국공법에서 직원단체의 등록이 취소된 예를 확인할 수 없었다.

57) 1975. 11. 26.부터 8일간 계속된 국철의 파업권탈환투쟁이 최후의 대투쟁이었다. 이 투쟁이 1980년대 자민당 정권이 국철을 민영화하는데 결정적 역할을 했다.

차이가 발견되지만, 근거에 흐르는 제한논리는 일본의 판례법리와 상통하는 답습한 듯하다. 그렇다면 우선적으로 단체교섭과 협약체결권을 실질적으로 확보하여 자기결정의 원리를 공무원 노사관계를 강화하는 방안을 강구할 필요가 있다. ■

# 「일본 공무원의 노동기본권과 노동조합 - 입법 논의의 검토를 중심으로 -」에 대한 토론문

정 영 훈 박사  
(헌법재판연구원)

1. 문제인 정부의 출범 이후 교원노사관계나 공무원노사관계에 있어서 정부가 지난 정부와는 전혀 다른 전향적인 입장을 취할 것으로 기대되고 있다. 물론 공무원의 노동삼권에 대한 대폭적인 보장을 위한 제도 개선이 현안이 되고 있는 것은 하지만, 전교조 문제의 해결을 둘러싼 논의는 교원 및 공무원의 근로삼권 보장 확대를 위한 논의로 진전될 가능성도 배제할 수 없을 것이다.

현재 가장 시급한 문제가 제1차적으로 단결권의 확보에 있기 때문에 전교조의 “합법화”라는 구시대적인 과제와 관련된 논의에 집중될 가능성도 있지만, 향후 제도 개선 논의의 장이 공식적으로 마련된다면 교원과 공무원의 노동삼권 보장의 확대를 논의의 지평을 넓혀야 할 것이다.

2. 교원과 공무원의 노동삼권 보장의 확대가 다시 한번 중요한 의제로 등장한다면 구체적으로 어떠한 의제를 설정하여 논의를 진행하는 것이 전략적으로 바람직할 것인지를 생각해 보지 않을 수 없다. 이 때 참고로 될 만한 것이 일본의 공무원제도개혁의 일환으로서 논의된 공무원 근로삼권 보장에 관한 입법 논의이다.

교원과 공무원의 노동삼권 보장에 관한 해외의 법제도나 사례에 대해서는 일본을 포함하여 이미 많은 연구가 이루어져 있음에도 일본의 논의를 검토할 필요가 있는 것은 양국은 다음과 같은 공통점을 가지고 있기 때문이다. 첫째로는 헌법에 노동삼권이 명확히 보장되어 있다는 점이다. 둘째로 공무원노사관계에 관한 법제도가 매우 유사하는 점이다. 셋째로 공무원의 노동삼권을 제한하는 법률의 합헌성을 긍정하는 논거가 우리나라와 거의 차이가 없다는 점이다. 이와 같은 공통 조건 하에서 일본에서 공무원의 노동삼권 보장의 확대를 위한 논의를 시작하였다는 점, 그리고 일련의 법률안을 작성하였던 점에서 볼 때 일본의 관련 논의와 법률안을 검토한다면 우리에게 유익한 시사점을 얻을 수 있는 가능성이 있을 것이다.

3. 본 발표에서는 일본 공무원의 노동기본권과 노동조합의 설립을 둘러싼 문제와 논의를 노

동관계법제의 입법과정을 통해 검토하고 공무원의 노동삼권을 제한하는 현행 법제가 일본 헌법에 위반되는가 여부에 관하여 일본 최고재판소 판례를 중심으로 살펴보면서 그로부터 우리가 어떠한 시사점을 얻을 수 있는지를 살펴보고 있다.

공무원의 노사관계에 대한 법제도적인 규율의 입법사와 공무원 노동삼권 제한에 대한 헌법적 정당성에 관해서는 발표문에서 매우 소상하고 정확하게 소개·검토하고 있기 때문에 토론자는 2000년대 이후에 일본에서 전개된 공무원노사관계 개혁에 관한 일본의 논의를 소개하고 이에 대한 토론자의 의견을 피력하는 것으로 토론에 갈음하고자 한다.

4. 발제문에서 언급하고 있는 것처럼 일본에서 공무원의 노동삼권 문제가 정책 현안으로 부상한 것은 1990년대에 본격화된 행정개혁의 영향이라고 할 수 있다. 특히 2000년대 이후에 본격적으로 진행된 공무원제도개혁은 큰 영향을 미쳤다고 할 수 있다. 이러한 상황에서 보다 직접적 계기로 작용한 것은 두 가지이다. 첫째로는 2002년 11월 21일에 ILO 이사회가 결사의 자유위원회 제329차 보고를 채택하고 일본의 공무원노사관계제도가 ILO 87호 조약과 제98호 조약을 위반하고 있기 때문에 향후의 공무원제도를 개혁함에 있어서 이들 조약에 부합하게 법제도를 개선하도록 권고한 점이다(참고로 이 권고는 정부의 일방적인 공무원제도개혁에 반발한 일본노동조합총연합회 등이 2001년 12월에 ILO에 제소한 것에 의한 것이다). 둘째로는, 2009년에 민주당이 총선거에 압승하면서 집권당이 되었다는 점이다. 일본노동조합총연합회는 오랜 기간 동안 민주당을 각종 선거에서 지원하여 왔고, 특히 2009년 총선거에서는 정책연합의 차원에서 민주당 집권에 크게 기여하였다.

5. 2002년의 ILO의 권고는 당시 자민당 정권의 공무원제도개혁 방침에 대해서도 중요한 영향을 미쳤다. 이 점은 2008년에 제정된 “국가공무원제도개혁기본법”에서 잘 드러난다. 2002년의 ILO의 권고가 이루어지기 전까지 자민당 정부는 공무원제도개혁에 있어서 노동삼권의 보장에 관해서는 종래의 법제도를 유지한다는 입장을 취하고 있었지만, ILO의 권고를 무시할 수 없었다. 이에 일본 정부가 발의하고 국회에서 통과된 2008년의 국가공무원제도개혁기본법 제12조에서는 “정부는 협약체결권한을 부여하는 공무원 범위의 확대에 따른 편익 및 비용을 포함한 정채상을 국민에게 제시하고 그 이해의 바탕 위에서 국민에게 열려진 자율적 노사관계제도를 마련하는 조취를 취하는 것으로 한다”고 규정하게 되었다.

물론 이 조항의 입법을 둘러싸고 많은 논의가 이루어졌고 다양한 선택지가 정부가 제안되었지만 자민당 정부는 “협약체결권한을 부여하는 공무원 범위의 확대”로 의제를 한정하였다.

6. 2009년 민주당의 집권은 공무원노사관계의 법제화에 결정적으로 중대한 영향을 미쳤다. 위에서 지적한 바와 같이 민주당은 2009년 총선거에서 일본노동조합총연합회의 적극적인

지원을 받았고, 선거공약집에는 공무원의 노동기본권의 회복과 이를 통하여 민간 근로자와 마찬가지로 노사교섭에 의하여 급여를 결정하는 제도를 마련한다는 내용이 담겨 있었다.

민주당은 집권 이후 집중적인 논의를 거쳐 2011년에 국가공무원의 노사관계를 규율하기 위하여 “국가공무원의 노사관계에 관한 법률안”과 “공무원청설치법안”을, 그리고 지방공무원의 노사관계를 규율하기 위하여 “비현업지방공무원의 자율적 노사관계제도를 마련하기 위한 지방공무원의 노동관계에 관한 법률안”과 “인사위원회 권고제도의 폐지 및 소방공무원에게 단결권을 부여하기 위한 지방공무원 등의 일부 개정안”을 제출하였다. 그러나 이들 법률안은 야당인 자민당의 거센 반발에 의해서 제대로 심의조차 이루어지지 못하고 있다고 국회 해산에 따라서 폐안처리되었다. 특히 지방공무원의 노동관계에 관한 법률안은 입법 과정에서부터 지방자치단체가 거세게 반발하였기 때문에 법률안은 국회 해산 몇 일전에야 이루어졌다.

민주당은 이후 2016년에 재차 국가공무원의 노동관계에 관한 법률과 지방공무원의 노동관계에 관한 법률을 국회에 제출하였으나 이들 법안에 반대의 입장을 고수하고 있는 자민당이 중의원의 절대 과반수를 확보하고 있는 상황에서 이들 법안이 통과될 가능성이 거의 없을 것으로 생각된다.

2011년 법률안을 작성한 민주당 정부는 노동삼권의 보장을 위한 다양한 선택지를 검토하였는데, 우선 단체협약체결을 전제로 하는 단체교섭시스템 내지는 자율적 노사관계의 수립에 전력을 기울이면서 노사교섭의 실태나 과제를 면밀히 살펴보면서 단체행동권의 부여 시기를 결정한다는 전략을 취하였다.

7. 일본이 2011년에서야 공무원의 노사관계를 국가공무원 및 지방공무원법이 아니라 별도의 노동관계법을 제정하여 규율하고자 한 것은 우리와 비교해 보면 시기적으로 매우 늦은 것이다. 몇몇 사항에 있어서는 일본의 현행 공무원노사관계 법제도는 우리에게 비하면 매우 후진적이라고 할 수 있을 정도로 공무원의 노동삼권을 제한하고 있다(예를 들어 국가공무원으로 되어 있는 현업 공무원에 대해서는 파업을 할 수 있는 권리를 전혀 인정하고 있지 않거나 특정독립행정법인의 직원에 대해서는 국가공무원의 신분을 부여하여 노동삼권에 대해서 강력하게 제한하고 있는 점 등)

그런데 2011년의 법률안의 내용을 보면 우리의 공무원노동조합법보다도 진일보한 내용들이 적지 않다고 생각되기 때문에 향후 우리의 공무원노동조합의 개편을 논의할 때 매우 참고가 될 것이다. 이와 같은 점 중에서 몇 가지 눈에 띄는 점을 살펴보면 다음과 같다.

첫째로는 공무원 노조의 가입 제외 범위가 우리의 경우보다 상당히 협소하다는 점이다.

2011년의 국가공무원의 노동관계에 관한 법률을 예로 들면 “중요한 행정상의 결정에 참여하는 관리적 지위에 있는 공무원, 공무원의 임면에 관해서 직접 권한을 가진 감독적 공무원, 공무원의 임면·복무 기타의 근무조건 또는 노동조합과의 관계에 대한 당국의 계획 및 방침에 관한 기밀 사항을 접하고 있어서 그 직무상의 의무와 책임이 노동조합의 조합원으로서의 성의와 책임에 직접 저촉한다고 인정되는 감독적 지위에 있는 공무원, 기타 노동조합과의 관계에서 당국의 입장에 서서 수행하여야 하는 직무를 담당하는 공무원(이를 “관리공무원 등”이라고 한다)과 관리공무원등 이외의 공무원”은 “동일한 노동조합을 조직할 수 없다”고 규정하고 있다.

그런데 위 법률은 “관리공무원 등”의 범위에 대해서는 중앙노동위원회가 인증하여 고시하는 것으로 하고 있다. 우리의 경우에는 가입제외의 범위를 대통령령으로 정하도록 하고 있는데, 공무원 노동관계에서 사용자의 일방을 대표하는 대통령이 일방적으로 이를 정하는 것은 문제가 있다.

둘째, 공무원의 노동조합 결성에 대한 노동위원회의 인증 조항이다. 공무원 노동관계에서 사용자의 지위에 있는 고용노동부장관에게 설립신고를 하도록 하고 있는 우리나라 공무원 노조법에는 문제가 있다고 생각된다.

셋째, 공무원 노동조합에 대한 인증 요건으로서 공무원 노동조합의 조합원 자격 및 구성에 있어서 공무원의 신분을 가지는 자가 과반을 넘기만 하면 된다. 이 점은 이미 전공노사건 판결이나 전교조 사건 판결에서 드러난 문제점과 극명하게 대비된다.

다섯째, 일본의 법률안은 단체협약의 효력에 관한 조항과 단체협약의 실효에 관한 조항을 분리하여 규율하고 있다는 점이다. 우리의 경우 “단체협약의 내용 중 법령·조례 또는 예산에 의하여 규정되는 내용과 법령 또는 조례에 의하여 위임을 받아 규정되는 내용은 단체협약으로서의 효력을 가지지 아니한다.”고 규정하고 있기 때문에 단체협약을 체결한 정부나 지방자치단체가 체결된 단체협약을 이행하는 데 필요한 법령이나 조례의 변경안을 국회나 지방의회에 제출할 필요조차 없게 하고 있다. 일본의 법률안도 단체협약의 효력에 대해서 규범적 효력을 인정하지 않고 있지만, 일본 법률안의 실효에 관한 규정에서는 단체협약의 실효 여부를 국회 또는 의회의 결정에 맡기고 있다. 공무원의 근무조건법정주의나 재정민주주의가 공무원의 노동삼권에 대한 대폭적인 제한을 정당화하는 주요한 논거라고 한다면 우리와 같은 단체협약 실효 조항은 공무원의 근무조건법정주의나 재정민주주의의 목적과 취지에 맞지 않을 것이다.

【 제3주제 】

대안적 근로자대표제의 모색

－ 근로자대표제의 개편방향 －

김 기 선 박사

( 한국노동연구원 연구위원 )

목 차

I. 들어가는 말 .....	45
II. 현행 근로자대표시스템, 무엇이 문제인가? .....	46
1. 현행 노사협의체제도의 문제점 .....	46
(1) 제도상의 문제점 .....	47
(2) 실태상의 문제점 .....	48
2. 근로기준법상 근로자대표의 문제점 .....	49
(1) 제도상의 문제점 .....	49
(2) 실태상의 문제점 .....	50
3. 현행 취업규칙 불이익변경 제도의 문제점 .....	52
(1) 제도상의 문제점 .....	52
(2) 실태상의 문제점 .....	53
(3) ‘사회통념상의 합리성’ 판례 법리의 문제점 .....	54
III. 근로자대표 제도의 개편방안 .....	55
1. 단일·중층적 근로자대표시스템의 구축 .....	55
2. 선거를 통한 근로자대표의 민주적 대표성 확보 .....	57
3. 근로자대표의 권한 및 운영 .....	59
4. 근로자대표가 체결한 합의와 단체협약과의 관계 명확화 .....	60
IV. 맺는 말 .....	61
• 토론문 / 전형배 .....	63





## I. 들어가는 말

2016년 말 그리고 2017년 초는 ‘광장의 시대’였다. 수많은 사람들이 매주 자발적으로 광장과 거리로 나왔다. 우리는 왜 광장과 거리로 나선 것일까? 우리는 무엇을 위한 것일까?

국민이 단순히 국가의 지배대상이 아닌 국가의 주권자로 인정되는 오늘날의 관점에서 보자면 국민이 국가 또는 자신이 속한 단체에 보다 적극적인 참여를 요구하는 것은 어찌면 당연한 현상이다. 오늘날 민주주의 국가에서 국가와 사회 전반에 대한 국민의 참여는 사회질서의 기본원칙이라 할 수 있다. 사회의 기본적 원칙으로서의 이와 같은 사상의 근거에는 어떠한 결정도 그 집단의 지도적 영향력을 가진 자에 의하여 일방적으로 행사되어서는 안 되며, 그 집단을 구성하는 자와의 협력을 통하여 이루어져야 한다는 것으로 이해될 수 있다. 그리고 이는 결국 그 집단을 구성하는 자가 일정한 지시를 단지 수동적으로 수행하는 데 머무르는 것이 아니라 결정에 능동적으로 참여하는 것을 의미한다.

노동의 영역 또한 이와 같은 사회원칙에 예외일 수는 없다. 노동 분야에서도 이와 같은 원칙이 실현될 때 근로자 개인의 인간의 존엄 및 인격의 자유로운 발전, 집단적인 이익의 대변 또는 집단적 자기결정 실현의 가능성이 열리게 된다. 이와 같은 참여를 인정한다고 할 때, 보다 이상적인 모습은 개별 근로자의 직접적인 참여를 보장하는 것이라 할 수 있다. 그러나 대부분의 경우 민주주의가 대의제의 형태를 취하고 있는 것과 마찬가지로, 실제의 실현가능성 등을 고려할 때 노동 분야에서의 의사결정에의 참여는 대표기관을 통한 이익대표시스템의 형태를 띠게 된다. 이를 위해서는 집단이익을 대변하는 일정 기관이 설치되어야 하고, 그 기관이 일정 집단의 이익을 대변하며, 기관은 의회민주주의에서 국회가 국민의 대표가 되는 것과 유사하게 근로자집단의 대표자(Repräsentanten)로서의 지위를 가지게 된다.

현행 노동관계법도 이와 같은 기능을 제도화하고 있기는 하다. 노동조합 및 노동관계조정법(이하 ‘노동조합법’이라 함)상의 노동조합(노동조합법 제2조 제4호)<sup>1)</sup>과 교섭대표노동조합(동법 제29조의 2)뿐만 아니라, 근로기준법상의 근로자대표(근로기준법 제24조 제3항 등)인 과반수 노동조합 또는 과반수 근로자대표자, 근로자참여 및 협력증진에 관한 법률(이하 ‘근참법’이라 함)상의 노사협의회 또는 그 근로자위원, 취업규칙 불이익변경에 있어 동의주체가 되는 과반수 노동조합 또는 근로자의 과반수 등이 이에 포함될 수 있다.

이와 같은 근로자대표<sup>2)</sup>는 사용자가 힘의 우위를 바탕으로 일방적으로 결정할 위험이 높

1) 확실히 예나 지금이나 노동영역에서 근로자의 이익을 대변하는 전통적인 제도는 노동조합이다. 그러나 근로자의 자주적 단결을 근간으로 하는 노동조합에 의한 근로자 이익대변이 현실에서 항상 실현되는 것은 아니다. 노동조합의 조직률이 바닥을 치고 있는 우리나라의 경우에는 더욱 그러하다. 2015년 기준 우리나라의 노동조합 조직률은 10.2% 정도이고 조직된 노동조합 수는 5,794개에 불과하다(고용노동부, 2016).

2) 강성태(2015: 22)는 ‘근로자 대표’와 ‘근로자대표’를 구분하면서, 전자는 근로자의 의사 또는 이익을 대표하는 기구 또는 제도를 지칭하는 보통명사로, 후자를 근로기준법상의 ‘근로자를 대표하는 자’의 의미로 사용한다. 그러나 이 글에서는 노동관계법령상 사업 내 근로자의 이익을 대표하는 제도를 총칭하는 용어로 ‘근로자대표’라는 말을 사용한다.

은 고용 및 근로조건 등 다양한 사항에 대하여 근로자대표에 의한 관여를 인정함으로써 근로조건이 노사 대등의 관점에서 결정될 수 있도록 하기 위한 것이라 할 수 있다. 즉, 근로자대표는 근로자집단에 영향을 미치게 될 사항에 대하여 근로자들이 직접 참여할 수 있도록 함으로써 사용자와의 실질적 대등성을 확보하기 위한 제도적 장치인 셈이다.

위에서 언급한 바와 같이, 현행 노동관계법은 다양한 형태의 근로자대표 제도를 두고 있다. 비유하자면 차림표상의 메뉴는 화려하다. 메뉴가 다양한 만큼 근로자의 이익도 충실히 대변되는 것이 당연할 터인데 현실에서는 그러한 평가는 들리지 않는다. 왜 그럴까? 이 글은 이와 같은 문제의식에서 출발한다. 이하에서는 현행 근로자대표제도의 문제점이 무엇인지를 살펴보고, 대안적 근로자대표시스템을 모색해보고자 한다.

## Ⅱ. 현행 근로자대표시스템, 무엇이 문제인가?

### 1. 현행 노사협의회제도의 문제점

근참법은 근로자와 사용자 쌍방이 참여와 협력을 통하여 노사 공동의 이익을 증진하고 나아가 국민경제 발전에 이바지하는 것을 목적으로 하여(근참법 제1조), 협력적 노사관계에서 근로자 참여의 기본 틀로 노사협의회를 규정하고 있다. 근참법에서 말하는 ‘노사협의회’란 근로자와 사용자가 참여와 협력을 통하여 근로자의 복지증진과 기업의 건전한 발전을 도모하기 위하여 구성하는 협의기구를 의미한다(근참법 제3조 제1항).

우리나라의 노사협의회제도는 1963년 제정된 노동조합법([시행 1963.4.17.] [법률 제1329호, 1963.4.17., 전부개정])에 의해 도입되었으며, 1980년 별도의 단행법령인 노사협의회법([시행 1980.12.31.] [법률 제3348호, 1980.12.31., 제정])의 제정을 통해 일정한 사항의 보고와 협의를 의무화하는 경영협의의 요소를 추가하였고, 이후 1997년 제정된 근참법에 일정한 사항에 대해 의결을 의무화함으로써 경영참가의 요소를 강화하였다.<sup>3)</sup>

우리나라의 노사협의회제도는 ① 법령에 의하여 사업 또는 사업장 단위로 그 설치와 운영이 강제된다는 점, ② 노사 동수로 구성된 협의체방식을 취하고 있다는 점, ③ 노사공동이익을 추구하는 협의회를 운영하면서 근로자들에게 결정권을 주지 않는 경영협의적인 성격을 갖는다는 점, ④ 과반노조에게 근로자위원 위촉권을 주면서도 노동조합과는 기능적으로는 분리하는 체계를 취한다는 점, ⑤ 보고사항, 협의사항 외에 의결사항을 포함하여 경영참가적 요소를 포함하고 있다는 점, ⑥ 고용노동부장관에게 노사협의회 조직과 운영에 관한 행정지도와 감독할 수 있도록 하고 있다는 점에서 특징을 가지고 있다.<sup>4)</sup>

3) 우리나라의 노사협의회제도의 연혁 및 성격에 대해서는 노동법실무연구회(신권철 집필부분)(2015), 『노동조합 및 노동관계조정법 주해 III』, 박영사, pp454-459 참조.

### (1) 제도상의 문제점

현행 근참법상의 노사협의회의 문제점으로는 근참법상의 노사협의회에 대해 해석상 불분명한 점이 많다는 점을 지적하는 견해가 있다. 예컨대 박제성(2013)은 현행 근참법상의 노사협의회 문제점을 노사협의회가 근로조건을 결정할 권한이 있는지, 결정할 권한이 있다면 불이익한 변경도 가능한 것인지, 노사협의회가 한 의결권한은 어떠한 효력을 가지는지가 불분명하다는 점을 지적한다.<sup>5)</sup>

노사협의회 근로자위원의 선출과 관련하여 이를 비판하는 견해가 있다. 이와 관련해서는 선출방법에 대한 규정 미비, 선출절차의 하자에 대한 규정 미비, 다양한 근로자 의사를 반영하는데 한계가 있다는 점이 지적되기도 한다.<sup>6)</sup> 이승욱외(2015)에 따르면, 우선, 노사협의회 근로자위원의 선출과 관련하여, 근로자위원의 선출과 관련된 내용을 노사협의회규정이라는 방식으로 당사자에게 맡겨놓은 것이나 고용노동부의 운영매뉴얼 형식으로 선출절차를 규정하는 것은 바람직하지 않을 뿐만 아니라, 선거의 실시와 관련된 구체적인 규정(임기만료 전 선거실시의 시기, 선거실시의 책임주체, 선거입후보자에 대한 보호, 선거에 대한 사용자의 편의 제공 등)이 마련되지 않았다고 한다. 그리고 근참법에서는 근로자위원의 선출절차에 하자가 있는 경우 그 선출절차의 효과는 어떻게 되는지, 하자가 있는 절차에 의해 선출된 근로자위원이 한 의결은 어떻게 되는지 등 선출절차에 하자가 있는 경우에 발생할 수 있는 문제에 대한 구체적인 규정을 두고 있지 않다고 한다. 또한 근참법상 근로자위원은 근로자의 직접·비밀·무기명투표에 의해 선출되는 것이기 때문에 선출방법에 의해 일정한 정당성이 부여되고 있기는 하지만, 선출된 근로자위원의 활동과 관련하여 근로자의 의견을 적정히 반영할 수 있는 방법이 마련되어 있지 않다는 것이다.

한편, 현행 근참법의 노사협의회와 관련하여 근로자위원의 선출과 관련하여 과반수 노동조합에게 전권을 부여하고 있는데, 이는 노사협의회 근로자위원은 전체 근로자의 대표이어야 한다는 원칙에 부합하지 않는다는 점, 과반수 노동조합이 없는 경우에 근로자들이 직접 근로자위원을 선출해야 함에도 불구하고 현행 근참법은 선출절차를 지극히 개괄적으로 규정하고 있을 뿐 일반적이 선거관리의 제반사항에 대하여는 법률에 규정하고 있지 않은데, 이는 선출절차가 노사협의회 지위나 의결에 영향을 직접적으로 미친다는 점을 고려할 때 사용자와 근로자에게 전적으로 위임하는 것은 바람직하지 않다는 점, 선출해야 할 근로자위원수를 사업장 규모와 관계없이 3명 이상 10명 이하로 일률적으로 규정하고 있는 점을 문제점으로 지적하는 견해도 존재한다.<sup>7)</sup>

4) 하갑래(2011), 『집단적노동관계법』(전정 제2판), (주)중앙경제, pp.653-654.

5) 박제성(2013), 『근로자대표의 재구성을 위한 법이론적 검토』, 한국노동연구원, p.68-72.

6) 이승욱외(2015), 『노동관계법상 근로자대표제도의 개선방안 연구 - ‘노사협의회 근로자위원 권한강화’를 중심으로 -』, 고용노동부 학술연구용역보고서, pp.26-31.

7) 유일호(2013), “중업원대표제도 구축방안에 관한 연구”, 『노동연구』 25, 고려대학교 노동문제연구소, p.200.

## (2) 실태상의 문제점

노사협회의 운영실태와 관련하여 상용근로자 수가 30인 이상인 기업 36,739개를 모집단으로 하여 이를 산업별 비례할당방식을 활용하여 586개의 표본을 조사한 최근 연구에 의하면, 노사협회의 운영여부에 대해 57.2%(335개소)는 ‘운영하고 있다’고 응답한 반면, 42.8%(251개소)는 ‘운영하지 않고 있다’고 응답하였다. 이러한 결과는 근참법에 따르면 30인 이상의 사업장은 노사협회를 설치하도록 규정하고 있음에도 불구하고, 실제 현장에서는 노사협회를 운영하지 않는 경우가 적지 않음을 보여주는 것이라 할 수 있다.<sup>8)</sup>

<표-1> 노사협회의 운영여부

	빈도	%
노사협회의 "운영함"	335	57.2
노사협회의 "운영하지 않음"	251	42.8
합계	586	100.0

출처: 장홍근외(2016), 『노사협회의 운영상황 실태조사』, 고용노동부 학술연구용역보고서, p.36.

한편, 노사협회의 위원 중 근로자위원을 선출하는 방식과 관련하여 위 연구에 의하면, 노사협회를 운영하고 있는 355개 사업체 가운데 47.5%(159개소)는 근로자의 직접선거를 통해 근로자위원을 선출한다고 응답하여 과반수 정도가 근로자의 직접선거를 통해 근로자위원을 선출하는 것으로 나타났고, 노조(과반수노조)가 근로자위원을 지명하는 경우는 11.9%, 근로자의 간접선거를 통해 근로자위원을 선출하는 경우는 11.0%로 나타났다. 그렇지만 회사의 지명, 추천에 의해 근로자위원을 선출한다는 응답도 13.4%로 나타나, 근로자위원 선출에 있어 회사의 지배·개입 정도가 적지 않은 것으로 나타났다.<sup>9)</sup>

<표-2> 근로자위원의 선출방식

	빈도	%
근로자의 직접선거	159	47.5
근로자의 간접선거	37	11.0
회사의 지명·추천	45	13.4
일부 근로자 선거와 일부 회사 지명·추천	41	12.2
일부 근로자 선거와 일부 노조 위촉	9	2.7
노조가 근로자위원을 모두 위촉-과반수 노조가 위촉	40	11.9
노조가 근로자위원을 모두 위촉-비 과반수 노조가 위촉	2	0.6
모름	2	0.6
합계	335	100.0

출처: 장홍근외(2016), 『노사협회의 운영상황 실태조사』, 고용노동부 학술연구용역보고서, p.43.

8) 장홍근외(2016), 『노사협회의 운영상황 실태조사』, 고용노동부 학술연구용역보고서, p.36.

9) 장홍근외(2016), 『노사협회의 운영상황 실태조사』, 고용노동부 학술연구용역보고서, p.43.

## 2. 근로기준법상 근로자대표의 문제점

근로기준법상의 근로자대표제는 1996년 12월 31일의 근로기준법 개정(법률 제5245호, 1996.12.31. 개정)에 의해 처음 도입되었다.<sup>10)</sup> 근로기준법에서는 “당해 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수를 대표하는 자”를 “근로자대표”라고 정의한 뒤(구 근로기준법 제27조의3 제2항), 경영상 이유에 의한 해고에서의 협의주체, 탄력적 근로시간제(구 근로기준법 제42조의2), 선택적 근로시간제(근로기준법 제42조의3), 사업장 밖 근로시간제(구 근로기준법 제46조의2 제1항), 재량근로제(구 근로기준법 제46조의2 제3항), 근로시간 및 휴게시간의 특례(구 근로기준법 제47조의2), 유급휴가의 대체(구 근로기준법 제48조의2) 도입 시 서면합의의 주체로 규정하였다.

근로기준법상의 근로자대표는 근로기준법, 근로자퇴직급여보장법, 파견근로자 보호 등에 관한 법률, 고용정책기본법, 고용상 연령차별금지 및 고령자 고용촉진에 관한 법률, 고용보험법, 산업안전보건법 등에서 규정하고 있으며, 근로자대표는 근로자퇴직급여보장법상 사용자가 퇴직급여제도의 종류를 선택하거나 선택한 퇴직급여제도를 다른 종류의 퇴직급여제도로 변경하고자 하는 경우에 있어 동의와 의견 제출의 주체, 파견근로자보호 등에 관한 법률상 파견근로자 사용에 대한 협의의 주체, 산업안전보건법상 산업안전보건위원회가 설치되지 않은 사업장에서의 안전보건관리규정의 작성·변경에 대한 동의의 주체 등과 같이 다양한 영역에서 기능하도록 설계되어 있다.<sup>11)</sup>

### (1) 제도상의 문제점

현행 근로기준법상 근로자대표의 문제점으로 일반적으로 지적되는 부분은 근로기준법상 근로자대표에 대한 입법적 불비가 있다는 점이다. 예컨대, 유성재외(2015)는 “근로자대표, 그 자체의 개념에 대한 모호성, 근로자대표의 요건이나 선출방식, 그 임무나 활동을 보장하는 방안 등에 대해서는 방치하고 있다. 그 결과 예를 들어 근로자대표를 구성하는 근로자의 범위를 어떻게 설정해야 하는지, 서면협정이 단체협약 내지 근로계약과 관련하여 어떠한 규범적 위상을 가지는지, 서면합의를 위반했을 경우 어떤 법적 효과가 발생하는지, 노조법상의 노동조합과는 달리 아무런 법적 규제 장치가 존재하지 않는 근로자대표의 민주성과 정통성은 어떻게 담보해내야 할 것인지의 등에 대하여 법은 침묵하고 있다.”고 지적한다.<sup>12)</sup>

10) 보다 정확히 말하면, “근로자의 과반수를 대표하는 자”는 제정 근로기준법에서도 있었던 개념이었다. 제정 근로기준법(법률 제286호, 1953.5.10. 제정)에서는 취업규칙의 작성 또는 변경시 사용자의 의견청취의 대상으로서 “당해사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수를 대표하는 자”로 규정하고 있었다(근로기준법 제95조 제1항).

11) 이승욱외(2015), 『노동관계법상 근로자대표제도의 개선방안 연구 - ‘노사협의회 근로자위원 권한강화’를 중심으로 -』, 고용노동부 학술연구용역보고서, p.1.

이와 비슷한 지적을 하는 견해가 있다. 박제성(2008)과 박제성(2013)에서는, 현행 근로기준법상의 근로자대표의 문제점으로 선출방식이나 권한의 범위 등 대표로서의 지위가 명확하지 않으며, 서면합의의 효력도 불분명하고, “사용자에게 맞서는 대표로서의 대등성을 확보할 수 있는 어떠한 절차도 마련되어 있지 않다는 점”에서 “근로조건 대등결정의 원칙을 구체화하는 제도로 기능하기에 한계가 많다는 점”을 지적한다.<sup>13)</sup>

이승욱외(2015)는 현행 근로기준법상 근로자대표제의 문제점을 더욱더 포괄적으로 지적한다. 근로기준법상 근로자대표제의 문제점으로 다음과 같다.<sup>14)</sup> 우선 ‘과반수 노동조합’과 관련해서는, 과반수로 조직된 노동조합인지 여부의 판단절차가 규정되어 있지 않아 과반수노동조합으로서의 지위와 관련하여 문제가 발생할 가능성이 있으며, 노동조합으로서의 활동과 과반수노동조합으로서의 활동이 절차적으로 명확히 구분되지 않는다는 점을 지적하고 있다. 한편, ‘근로자 과반수를 대표하는 자’와 관련해서는, “현행법상 근로자대표제도는 그 역할이나 권한을 담당하는 경우에만 일시적으로 선출되어 존재하는데 지나지 않기 때문에 상설성이나 기관성이 없어 한계가 있으며, 그 활동, 지위, 분쟁해결방법, 비용부담, 근로자의 의견집약방법 등 여러 가지 점에서 문제가 존재한다고 한다. 구체적으로는 보면, ① ‘근로자 과반수를 대표하는 자’를 선출하는 방법에 대한 규정이 결여되어 있다, ② 현행법에는 과반수대표자에 대한 임기규정을 결하고 있기 때문에 해석상 사안별로 과반수대표자를 선임할 수밖에 없을 뿐만 아니라 서면합의의 체결주체인 과반수대표자의 사망·퇴직의 경우 서면합의의 효력, 서면합의의 해지 절차, 서면합의의 유효기간 중에 새로운 과반수대표자가 출현한 경우 등에 대하여도 규정을 결여되어 있다, ③ 과반수대표자에 대하여 사용자가 해고, 징계 등 불이익취급을 할 경우에 대한 대비책이 명시되어 있지 않다, ④ 과반수대표자가 사용자와의 서면합의를 할 경우 근로자대표로서의 활동이 근로시간 중에 이루어질 경우 유급처리가 되는지, 즉 근로시간면제의 대상이 되는지에 대하여도 규정이 마련되어 있지 않다, ⑤ 과반수대표자가 체결한 서면합의나 협의를 사용자가 적절하게 이행하고 있는지 여부를 모니터링 하는 제도적 장치가 없을 뿐만 아니라 사용자가 서면합의를 불이행하는 경우 분쟁해결절차가 마련되지 있지 않다는 것이다.

## (2) 실태상의 문제점

우리 노동현실에서 실제로 근로기준법상의 근로자대표가 어느 정도 활용되고 있는지에 대한 정확한 실태를 파악할 수 있는 자료는 존재하지 않는 것으로 보인다. 다만 근로자대표와의 서면합의를 요건으로 하고 있는 유연근로시간제가 어느 정도 도입 내지 실시되고 있는지

12) 유성재외(2015), 『노동시장의 취약계층 근로자 이익대변 기제 활성화 방안의 모색』, 경제사회발전노사정위원회 학술연구용역보고서, p.65.

13) 박제성(2008), 『무노동조합에서의 집단적 근로조건 결정법리』, 한국노동연구원, pp.36-37; 박제성(2013), 『근로자대표의 재구성을 위한 법이론적 검토』, 한국노동연구원, pp.72-73.

14) 이승욱외(2015), 『노동관계법상 근로자대표제도의 개선방안 연구 - ‘노사협의회 근로자위원 권한강화’를 중심으로 -』, 고용노동부 학술연구용역보고서, pp.31-33.

를 통해 근로자대표의 활용도를 간접적으로 유추할 수 있을 뿐이다. 근로기준법에서 규정하는 근로자대표와 서면합의 제도는 유연근로시간제와 관련하여 근로자의 자기결정권을 담보하기 위한 제도로 설정되어 있다. 현행 근로기준법에서 사용자와 근로자대표 사이의 서면합의를 요건으로 하는 유연근로시간제도로는 ‘탄력적 근로시간제’, ‘선택적 근로시간제’, ‘보상 휴가제’, ‘재량근로시간제’, ‘사업장 밖 간주근로시간제’, ‘유급휴가대체제’ 등이 있다.

결론부터 말하자면, 아래에서 보는 바와 같이 실무에서 실제 유연근로시간제가 활용되는 경우가 많지 않을 것을 보면 근로자대표의 활동 또한 그리 활발하지 않다고 추측해 볼 수 있다.

<표-3> 성별 및 혼인상태별 유연근무제 활용 현황

(단위: 천명, %)

		2015. 8			2016. 8		
		임금근로자	유연근무제 활용	비중	임금근로자	유연근무제 활용	비중
<전 체>		19,312	896	4.6	19,627	823	4.2
성별	남자	10,878	508	4.7	11,008	472	4.3
	여자	8,434	388	4.6	8,619	350	4.1
혼인 상태별	미혼	5,644	206	3.6	5,776	211	3.6
	기혼	13,668	690	5.0	13,851	612	4.4
15 ~ 29세		3,740	140	3.7	3,790	127	3.4
30 ~ 39세		4,804	314	6.5	4,721	300	6.4
40 ~ 49세		4,909	245	5.0	4,900	230	4.7
50 ~ 59세		3,905	156	4.0	4,062	139	3.4
60세 이상		1,955	41	2.1	2,154	26	1.2

자료 : 통계청 경제활동인구조사 근로형태별부가조사

경제활동인구조사 근로형태별부가조사에 따르면, 임금근로자 가운데 유연근무제를 활용하는 근로자는 2016년 8월 기준 823,000명(4.2%)으로 조사되었으며, 전년 동월대비 0.4% 하락한 것으로 나타났다. 성별에 따른 유연근무제 활용 현황은 남자가 4.3%, 여자는 4.1%로 조사되어 남자가 0.2% 높게 나타났으며, 혼인상태에 따르면 기혼이 4.4%, 미혼이 3.6%로 조사되어 기혼자가 0.8% 높게 나타났다. 연령계층별로는 30대(6.4%), 40대(4.7%), 50대(3.4%), 15세~29세(3.4%), 60세 이상(1.2%) 순으로 활용하는 것으로 조사되었다.<sup>15)</sup>

15) 유연근로시간제의 활용과 관련하여 근로기준법상 근로자대표의 활용도가 낮은 이유로 유일호(2013)는 다음과 같은 한계를 지적한다. 첫째, 근로자대표는 상설기관이 아닌 기구라는 점이다. “근로기준법에는 근로자대표의 임기나 정기적 회의 등에 대해 그 어떠한 규정도 존재하지 않아 노동조합처럼 상설기관으로 인정할 경우 어느 시점에 선출된 대표가 오랜 기간 동안 사업장의 근로자를 계속 대표하는 사태가 발생하게 될 것이다. 따라서 사안 발생 시마다 새로운 근로자대표를 선출해야 하는 번거로움이 발생하게 된다.”는 것이다. 둘째, 전체 근로자를 대표하는 자로서의 정통성이 미약하다는 점이다. 근로기준법상의 “근로자대표제는 근로자대표의 선출방법에 대해 아무런 규정을 두고 있지 않다. 또한 민주적 절차에 의해 근로자대표를 선출하더라도 전체 근로자의 의견을 근로자대표의 행동에 적절하게 반영할 수 있는 제도적 장치가 불비되어 있”다는 것이다. 셋째, 현행 근로자대표 제도는 “① 근로자대표 피선거권의 요건이 한정되어 있지 않기 때문에 사용자이익의 대표자가 선출될 가능성이 다분하고, ② 근로자대표는 개별적·일시적 대표로서 인적·물적·재정적 기반을 갖지 않고 조직으로서의 실체가 없어 근로조건 전체에 대해 바라보고 장기적 전망에 서서 그 주체적 판단에

### 3. 현행 취업규칙 불이익변경 제도의 문제점

현행 근로기준법에서는 상시 10인 이상의 근로자를 사용하는 사용자에게 취업규칙의 작성의무를 부과하는 한편, 취업규칙에 작성해야 할 사항에 대해 규정하고 있다(근로기준법 제93조).

일반적으로 취업규칙은 “사용자가 다수 근로자에게 획일적으로 적용하기 위하여 그 근로 조건에 관하여 설정한 준칙”,<sup>16)</sup> “사용자가 다수의 개별적 근로관계를 처리함에 있어서 그 편의를 위하여 근로계약의 내용이 되는 사항과 복무규정 및 직장질서에 관한 사항을 일방적으로 정해 놓은 것”<sup>17)</sup> 또는 “사용자가 사업(장) 내 근로자의 복무규율과 근로조건에 관하여 정한 준칙”<sup>18)</sup>을 말한다.

이와 관련하여 현행 근로기준법은 취업규칙을 변경함에 있어 불이익여부를 기준으로 불이익하지 않은 경우에는 해당 사업 또는 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자 과반수의 의견을 청취하도록 규정하고 있지만, 불이익한 변경의 경우에는 과반수 노조 또는 근로자 과반수의 동의를 받도록 하는 이원적 판단구조를 가지고 있다(근로기준법 제94조).

#### (1) 제도상의 문제점

제도적 관점에서 현행 취업규칙법제가 가진 문제점으로는 ‘사용자의 일방 결정성’이 지적된다. 판례는 “취업규칙의 작성, 변경에 관한 권한은 원칙적으로 사용자에게 있으므로 사용자는 그 의사에 따라 취업규칙을 작성, 변경할 수 있다”고 보는데,<sup>19)</sup> “이렇게 근로조건의 결정을 사용자의 일방적 의사에 유보하는 것은 헌법 제33조 제1항이 천명하고, 근로기준법 제4조가 확인하고 있는 ‘근로조건 대등결정의 원칙’에 어긋난다.”<sup>20)</sup>는 것이다.

이 견해에 따르면 취업규칙에 있어 사용자의 일방 결정성은 취업규칙 변경에 있어 의견청

---

기초하여 의견을 주장할 가능성이 현저히 낮고, ③ 사용자와 대등하게 교섭할 수 있는 제도적 장치가 결여되어 있고, ④ 근로자대표의 활동에 대한 사용자의 불이익처우 금지규정이나 활동시간에 대한 임금보전규정이 없는 등 사용자의 압력에 대항할 수 있는 신분마저 보장되어 있지 않다”는 점에서 근로자대표가 사용자와 대등하게 근로조건을 결정할 수 있는 주체로 보기 어렵다는 점이다. 넷째, “근로자대표의 권한행사지 의견청취, 총회개최 등 전체 근로자의 의견을 집약할 수 있는 기회도, 다수의 의견을 반영할 수 있는 제도적 보장이 결여되어 있”어 전체 근로자의 이익을 대변하는 근로자이익대표로 보기 어렵다는 점이다. 다섯째, 근로자대표의 선출방법상 한계가 있다는 점이다. 끝으로 서면합의의 효력이 모호하다는 점이다(유일호(2013), “종업원대표제도 구축방안에 관한 연구”, 『노동연구』 25, 고려대학교 노동문제연구소, pp.189-192).

16) 임종률(2013), 『노동법』 제11판, 박영사, p.343.

17) 권혁(2010), “판례를 통해 살펴본 취업규칙제도의 노동법적 쟁점과 그 시사점”, 『노동법포럼』 제5호, 노동법 이론실무학회, p.68

18) 대법원 1997. 11. 28. 선고 97다24511 판결; 대법원 1992. 2. 28. 선고 91다30828 판결 등.

19) 대법원 1994. 5. 10. 선고 93다30181 판결.

20) 박제성(2013), 『근로자대표의 재구성을 위한 법이론적 검토』, 한국노동연구원, p.65.



취를 하지 않은 경우나 불이익한 변경에 있어 근로자의 동의를 얻지 않은 경우에 변경된 취업규칙의 신규입사자에 대한 효력에 있어서도 드러난다. 즉, “근로기준법이 취업규칙의 사용자 일방 결정성을 근로자들의 의견 반영 또는 동의를 통해서 완화하는 규정을 두고 있긴 하지만, 불리한 변경이 아닌 경우에는 근로자들의 의견청취 의무만 규정되어 있고 사용자가 의견청취의무를 위반하더라도 취업규칙의 효력이 부정되는 것은 아니라는 점, 근로자들의 동의를 얻지 않고 불이익하게 변경된 취업규칙이더라도 신규 입사자에 대해서는 유효하며, 또 사회통념상 합리성이 인정되는 경우에는 동의를 얻지 않아도 유효하다는 점 등에서 볼 때, 취업규칙의 사용자 일방 결정성은 여전히 관찰된다는 문제가 있다”<sup>21)</sup>는 것이다.

더 나아가 이 견해는, 취업규칙제도가 후진적인 제도라고 평가한다. “첫째, 사용자가 자신이 고용한 근로자들의 처우를 알아서 ‘잘’해 주면 된다는 전근대적 사고의 유산이다. 둘째, 근로자를 ‘노동예속자’가 아니라 자율과 책임을 담지한 ‘노동시민’으로 재인식하는 현대 노동법의 원리에 어긋난다. 셋째, “근로조건은 근로자와 사용자가 동등한 지위에서 자유의사에 따라 결정하여야 한다”라고 규정한 근로기준법 제4조를 스스로 거스르는 제도이다. 넷째, 근로계약을 질식시키고 단체협약을 예측시켜 근로자들이 자신들의 근로조건을 스스로 결정하지 못하게 만들어 법적 안정성을 해치며 갈등의 근원지가 된 지 오래다. 다섯째, 근로자의 단체교섭권을 사실상 무력화시키는 위헌적 요소를 안고 있다”고 한다.<sup>22)</sup>

한편, 신권철(2016)은 “취업규칙은 복무규율과 근로조건을 사용자가 일방적으로 정한 것이어서 본질적으로 근로자 보호제도로 활용될 수 있는 것이 아니며, 조직질서를 유지하기 위해 자연발생적으로, 그리고 사업을 효율적으로 운영하기 위한 경제적 목적으로 제정되는 것”일 뿐이라는 점을 지적한다.<sup>23)</sup>

방준식(2012) 또한 취업규칙이 사용자에게 의해 일방적으로 작성되는 문제에 대해, “사용자는 근로자의 급부의무에 관해서 사용자 스스로 유리한 포괄적 규정을 작성하는 것이 용이한 반면에, 근로자는 사용자와의 교섭력에 있어서 균형을 유지하기 어려울 뿐만 아니라(종속적 지위) 개개의 규정을 확인할 수 없기 때문에 근로자는 자신의 이익을 주장할 기회를 가지지 못할 뿐만 아니라 자신에게 불리한 취업규칙규정을 일괄적으로 수락할 수밖에 없다”는 점을 지적하고 있다.

## (2) 실태상의 문제점

취업규칙제도가 가진 현실적인 한계성으로는 현행 취업규칙 제도는 근로조건의 형성 및 변경을 위한 합의기능을 수행하는데 어려움이 있다는 점이다. 사용자가 근로조건을 근로자에

21) 박제성(2013), 『근로자대표의 재구성을 위한 법이론적 검토』, 한국노동연구원, p.67.

22) 박제성(2013), 『근로자대표의 재구성을 위한 법이론적 검토』, 한국노동연구원, p.68.

23) 신권철(2016), “취업규칙을 넘어 -판례 법리와 그 비판-”, 『노동법연구』 제41호, 서울대노동법연구회, pp.100-101.

게 불이익하게 변경하고자 하는 경우 과반수 노조 또는 근로자의 과반수는 이러한 사용자의 제안에 대해 찬반을 표시하는 수동적인 주체에 머물고 있을 뿐이다.

상황이 이렇다 보니, 원칙적으로는 사용자가 자유롭게 근로조건을 설정하거나 변경하는 것을 인정하면서도, 근로조건을 불리하게 변경하는 경우에 있어서는 과반수 노조 또는 근로자 과반수의 동의를 받도록 함으로써 사용자가 일방적으로 근로조건을 불리하게 변경하는 문제점을 보완하고자 한 근로기준법의 취지는 발휘되지 못하고 있다. 이러한 사실은 취업규칙과 관련한 연구조사를 통해서도 일정 부분 확인되고 있다.

200개의 사업장을 대상으로 각 사업장별로 적용되고 있는 취업규칙의 실태조사를 조사한 연구<sup>24)</sup>에 따르면, 취업규칙의 불이익한 변경 시 취업규칙 보유 기업(190개)의 87.8%(167개)는 동의를 받는 것으로, 4.7%(9개)는 동의를 받지 않는 것으로 조사되었다(기타 13개). 그러나 동의를 얻는다는 의미를 보다 자세히 살펴보면, ‘과반수 노조나 과반수 근로자들의 의견 수렴을 한다’는 경우가 취업규칙 보유 기업(190개)의 36.3%(69개)이고, 동의를 구하기는 하지만 ‘과반수 상관없이 노조의 동의를 얻는다’는 응답이 23.1%(44개), ‘노사협의회 동의를 얻는다’는 응답이 19.4%(37개), ‘노사협의회 근로자위원의 동의를 얻는다’는 응답이 약 8.9%(17개)로 나타나 절반 이상의 기업(98개 기업)이 사실상 형식적인 동의 절차를 진행하는 것으로 나타났다.

또한 이 연구에서 조사된 사용자가 동의를 얻지 못한 경우 이후의 처리방식을 보면, ‘동의를 얻을 때까지 취업규칙의 변경을 유보한다’는 응답은 취업규칙 보유기업(190개)의 55.7%(106개)이고, ‘개별 근로자마다 동의를 얻어 근로계약을 변경한다’는 응답이 19.5%(37개), ‘최대한 노력으로도 동의를 얻지 못할 경우 동의 없이 변경한다’는 응답이 14.7%(28개), ‘신규 근로자들에게 변경된 취업규칙을 적용한다’는 응답이 8.9%(17개)로 나타나, 현행 법령상에 규정되어 있는 절차를 제대로 준수하지 않는 경우가 적지 않은 것으로 조사된 바 있다.

### (3) ‘사회통념상의 합리성’ 판례 법리의 문제점

이렇듯 현행 취업규칙법제가 노사의 합의 여지를 극도로 좁혀놓고 있는 상황이다 보니, 취업규칙의 변경과 관련하여 노사가 합의에 이르지 못하고 분쟁이 발생한 경우에는 판례에 따른 ‘사회통념상의 합리성’ 법리에 판단되는 경우가 발생한다. 그렇지만 ‘사회통념상의 합리성’ 법리는 몇 가지 점에서 문제점을 안고 있다.

‘사회통념상의 합리성’ 법리는 판례에 의한 입법권 행사라는 점이다. 근로기준법이 취업규칙의 불이익변경에 있어 과반수 노조 또는 근로자 과반수의 집단적 동의를 얻도록 하는 것은 근로조건에 있어 노사대등원칙을 실현하기 위한 장치로 이를 둔 것임에도 불구하고, ‘사회통념상의 합리성’ 법리는 이러한 절차적 정당성을 법원의 합리성 판단으로 회피할 수 있도록

24) 이정희(2009), 『취업규칙 분석 및 제도개선 방안 연구』, 고용노동부 연구용역보고서.

한 것으로 이는 취업규칙의 불이익변경이라는 현행 제도를 무력화시키는 법원에 의한 입법이 라는 점이다.<sup>25)</sup>

‘사회통념상의 합리성’ 법리에 대한 또 하나의 비판은 ‘사회통념상의 합리성’ 법리는 모호한 개념이어서 분쟁을 사전에 예방할 수 있는 룰(rule)이 형성되고 있지 못하다는 점이다. ‘사회통념상의 합리성’은 비록 근로자 개개인의 근로조건을 불리하게 변경하는 것이지만, 그러한 불이익한 변경이 ‘여러 사정 상 합리적이다’라고 판단되면 근로자 측의 동의 없이도 유효하게 변경된 것으로 볼 수 있다는 것인데, 이는 노사당사자가 판단하기 어려운 지극히 모호한 개념이라는 점이다.<sup>26)</sup>

결론적으로, ‘사회통념상의 합리성’ 법리는 추상적이고 예측가능성이 적어 분쟁을 사전에 예방할 수 있는 기준으로 작용하기 어려울 뿐만 아니라 ‘사회통념상 합리성’의 범위가 넓어 질수록 현행 취업규칙 제도의 규범성이 약화되어 궁극적으로는 사용자의 일방적인 결정에 의해 근로조건이 결정될 가능성을 내포하는 것이라 할 수 있다.<sup>27)</sup>

### Ⅲ. 근로자대표 제도의 개편방안

#### 1. 단일·중층적 근로자대표시스템의 구축

앞서 살펴본 바와 같이, 현행 노동관계법상의 근로자대표 제도에 대하여는 여러 가지 문제점이 지적되고 있다. 우선 현행 근참법상의 노사협의회에 대하여는 노사협의회가 근로조건을 결정할 권한이 있는지, 노사협의회가 한 의결의 효력이 어떠한지에 대한 해석상의 쟁점 이외에도, 선출방법에 대한 규정 미비, 선출절차의 하자에 대한 규정 미비, 다양한 근로자의사를 반영하는 데 한계가 있다는 등의 문제가 지적된다. 또한 현행 근로기준법상 근로자대표에 대하여는 ‘근로자대표(근로자의 과반수를 대표하는 자)’가 누구를 말하는 것인지 그리고 그 선출은 어떻게 해야 하는 것인지, 또한 근로자대표가 체결한 서면합의의 성격과 효력은 어떠한지에 대한 해석적인 다툼 이외에도 다양한 근로자의사를 반영할 수 있는 방법의 미비, 임기 등 상설적 근로자대표로서의 기반 부족, 사용자와의 대등성 결여 등에 그 한계성이 있다. 취업규칙 변경 시 근로자집단의 참여와 관련해서는 취업규칙 작성 및 변경에 있어서의 사용자의 일방 결정성이나 사용자가 근로조건을 근로자에게 불이익하게 변경하고자 하는 경우 과반수 노조 또는 근로자의 과반수는 이러한 사용자의 제안에 대해 찬반을 표시하는 수동

25) 권혁(2010), “판례를 통해 살펴본 취업규칙에 관한 노동법적 쟁점과 그 시사점”, 『노동법포럼』 제5호, 노동법이론실무학회.

26) 권혁(2010), “판례를 통해 살펴본 취업규칙에 관한 노동법적 쟁점과 그 시사점”, 『노동법포럼』 제5호, 노동법이론실무학회.

27) 하갑래(2009), “취업규칙 불이익변경에 있어 사회통념상 합리성”, 『법학논총』 제33권 제2호, 단국대학교 법학연구소.

적인 주체에 머물고 있을 뿐이어서 애당초 근로조건의 형성 및 변경을 위한 노사 간에 합의가 이루어지기 어렵다는 문제점을 안고 있다.

이와 같은 현행 근로자대표시스템이 가지고 있는 문제점과 비슷한 기능을 수행하는 현행 노동관계법상 근로자대표의 난립으로 인한 혼란을 극복하기 위해서는 현행 근참법상의 노사협의회, 근로기준법상 근로자대표 및 취업규칙 변경제도의 통합하여 근로자의 이익을 진정으로 대변할 수 있는 집단적 근로조건 결정시스템을 구축하는 것이 필요하다.<sup>28)</sup>

문제는 근로자대표시스템을 어떻게 개편할 것인가이다. 이와 관련해서는 기존에 다양한 제안들이 있어 왔다. 이들 제안은 몇 가지의 형태로 나눌 수 있는데, 노사협의회를 축으로 하여 근로자대표시스템을 개편하는 견해,<sup>29)</sup> 독자적인 근로자대표 또는 종업원대표 시스템 구축을 지지하는 견해,<sup>30)</sup> 단체교섭시스템의 확대를 통한 근로자대표시스템의 개편을 주장하는 견

28) 근로자대표시스템의 재구축과 관련하여 그간 제시되었던 학계의 견해들을 살펴보면 대체로 근로기준법상의 근로자대표와 근참법상의 노사협의회, 또는 취업규칙의 근로자 과반수까지를 통합하는 단일한 근로자 또는 종업원대표시스템이 구축되어야 한다는 점에서는 견해가 일치되어 있는 것으로 판단된다(박제성(2013), 『근로자대표의 재구성을 위한 법이론적 검토』, 한국노동연구원, p.74).

29) 강성태(2007)는 노동조합, 근로기준법상 근로자대표 및 근참법상의 노사협의회 이 3중화되어 있는 현행 근로자대표시스템은 과반수 노동조합의 과다대표성, 기타 노동조합의 과소대표성, 근로자와과반수대표와 노사협의회 기능 중복 등의 문제가 있다는 보고, 현행 근로기준법상의 근로자대표의 기능을 노사협의회로 통합하되, 노사협의회 구성에 모든 노동조합이 자신의 대표성에 상응하는 참여를 보장하는 방식, 즉 추천과 선거 방식으로 개선해야 한다고 제안한다(강성태(2007), “근로자참가제도의 실태와 과제”, 『법학총론』 제24집 제3호, 한양대학교 법학연구소). 또한 김훈·박종희(2011)는 취업규칙과 근로기준법상의 근로자대표를 노사협의회로 일원화하는 종업원대표제를 제안하면서, 집단자치를 협의의 근로조건을 다루는 협약자치의 영역과 경영 인사사항을 다루는 종업원대표제의 영역으로 나누되, 노조가 없는 경우에는 종업원대표제에 집단적 자치의 역할, 곧 근로조건 결정 기능을 인정하자고 한다. 다만, 이 종업원대표제는 독일식의 종업원위원회가 아니라 현행의 노사협의회처럼 노사가 공동으로 운영하는 것이 바람직하다고 한다(김훈·박종희(2011), “종업원대표제 재구축의 필요성과 기본 방향”, 『산업관계연구』 제21권 제2호). 유일호(2013)도 노사협의회제도를 축으로 하여 근로기준법상 취업규칙과 근로자대표를 통합하는 것이 바람직하다고 보고 있다. 노사협의회제도를 토대로 한 새로운 종업원대표제도가 근로자의 이익을 대변하는 기구로서 근로조건을 개선할 뿐만 아니라 경영참가기구로서의 역할도 담당하여 사업장내 산업민주주의를 실현하고 생산성 향상을 통한 노사공동의 이익을 추구할 수 있기 때문이라는 것이다(유일호(2013), “종업원대표제도 구축방안에 관한 연구”, 『노동연구』 25, 고려대학교 노동문제연구소, pp.204-205). 한편, 근참법상의 노사협의회 근로자위원의 지위와 권한을 강화하는 방식으로 근로자대표제를 개편하는 것이 필요하다는 견해도 있다. 이승욱외(2015)는 근참법상 근로자위원의 선출절차를 개선하고 지위를 강화함으로써 근로자대표로서의 정통성과 대표성을 제고하고, 이를 전제로 현행 근로기준법상의 근로자대표의 지위에 갈음하여 근참법상의 근로자위원으로 하여금 근로기준법상의 근로자대표의 권한을 행사하도록 함으로써 비상설성, 근로자의 다양한 의견반영의 부재 등 현행 근로기준법 등의 근로자대표의 문제점을 시정하고 노동관계법 전체에 걸친 근로자대표 제도를 구축하는 방안을 제시하고 있다.

30) 이철수(2011)는 근로기준법상의 근로자대표와 근참법상의 노사협의회를 통합하는 가칭 ‘사업장협의회’를 주장한다. 이에 따르면, 사업장협의회 권한은 노동조합의 권한을 침해하지 않는 범위에서 설계되어야 하고, 다만, 중단기적으로는 우선 과반수 노조가 없는 경우에 대비하여 제도를 설계하되, 원리적으로는 과반수 노조라 하여 왜 비조합원의 발언권을 봉쇄해야 하는지에 대해 정당화 근거가 필요하고, 과반수의 여부는 변동적이고 우연적인 사실이라서 제도의 안정적 운영을 위한 입법기술상 어려움이 따르기 때문에 장기적으로는 과반수 여부에 관계없이 통일적인 제도를 모색할 필요가 있다고 한다(이철수(2011), “통일적인 종업원대표시스템 정립을 위한 소고”, 『산업관계연구』 제21권 제1호). 위의 견해에 기본적으로 찬동하면서 근로자대표를 사업장 차원이 아닌 기업 또는 기업집단 차원으로 확대하고자 하는 견해도 있다. 유경준·박은정(2012)은 개별적 근로관계의 문제는, 과반수 노조가 존재하는지 여부와 상관없이, 사업장협의회가 다루도록 하면서 그 합의에 규범력을 부여하고, 집단적 노동관계의 문제는 노동조합이 다루도록 하는 이원화 방안을 제시하고 있다(유경준·박은정(2012), “노동조합과 근로자대표시스템에 관한 연구”, 『산업관계연구』 제22권 제1호).

해<sup>31)</sup> 등이 그것이다.

기본적으로 노사협의회의 근로자위원을 중심으로 근로자대표 제도를 통합할 것인지, 종업원 평의회와 같은 근로자대표기구를 수립할 것인지는 입법적 결단에 의해 판단될 문제라 생각되지만, 현행 노사협의회와 같은 노사동수로 구성되는 위원회 방식이 아닌 노사가 대등적인 입장에서 협의 또는 합의를 하는 종업원대표방식을 취하는 경우에는 사용자가 근로자대표의 선출되는 것이 금지되기 때문에 근로자의 자발적인 선거받의 등이 있어야 근로자대표가 선출될 수 있고, 따라서 사용자에게 근로자대표의 선출의무를 부과하기 어렵다는 점을 고려할 때 단기적으로 현행 노사협의회의 근로자위원을 중심으로 근로자대표 제도를 통합하되, 장기적으로 종업원평의회 형태의 독자적인 근로자대표 기구를 수립하는 것을 상정할 수 있을 것으로 판단된다. 이와 관련하여 근로자대표가 마련되어야 하는 대상을 확대하는 것이 필요하다. 현행 근참법은 상시 30인 이상의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장을 대상으로 하고 있지만, 정작 근로자 이익대표가 절실히 필요한 사업장은 영세사업장이다. 이러한 점을 감안하면 향후 근로자대표가 설치되어야 할 대상범위를 현행보다 확대하는 것을 고려할 필요가 있다.<sup>32)</sup>

한편, 근로자의 이익대변의 문제가 단순히 사업장 수준에 그치지 않는다는 점을 감안하여 복수의 사업 또는 사업장으로 이루어진 기업 그리고 복수의 기업이 결합된 기업집단의 경우 이에 상응하여 근로자이익대변기구로서 기업 또는 기업집단 근로자대표 등 중층적 근로자대표 제도가 수립될 수 있도록 할 필요가 있다.

## 2. 선거를 통한 근로자대표의 민주적 대표성 확보

근로자대표는 명실상부한 근로자의 대표이어야 한다. 근로자대표의 대표성과 관련하여 박

31) 박제성외(2010)은 취업규칙과 근로기준법상의 근로자대표제를 단체교섭으로 통합하고, 단체협약의 적용 범위는 조합원이 아니라 종업원 전체로 하는 제도를 설계할 것을 제안한다. 이를 위해 단기적 대안으로 ① 과반수 노조가 있는 경우, 과반수 노조가 종업원대표가 되어 서면합의를 체결하도록 하고 서면합의에 단체협약의 지위를 부여한다. ② 소수 노조만 있는 경우, 먼저 서면합의를 체결하고 난 다음 종업원 인준 투표에서 과반수 찬성으로 서면합의가 유효하게 성립하는 것으로 하고 서면합의에 단체협약의 지위를 부여한다. ③ 노조가 없는 경우, 노사협의회 근로자위원 또는 근로자과반수대표자가 서면합의를 체결할 수 있도록 하며 서면합의는 단체협약으로 간주한다는 방안을 제시한다. 그리고 장기적 대안으로, 초기업 수준에서 산업별 노사교섭위원회를 두는 한편, 30인 이상의 기업에는 기업의회를 두고, 30인 미만 기업에는 근로자과반수대표자를 두어, 노동조합은 그 대표자들을 기업의회 근로자위원 또는 근로자과반수대표자로 당선시켜 단체교섭과 노사협의 기능을 동시에 수행하도록 하는 방안을 제시한다(박제성외(2010), 『기업 내 근로조건 결정법리』, 한국노동연구원). 박제성(2013)은 여기에서 한 걸음 더 나아가 종업원대표와 교섭창구 단일화를 결합시킬 것을 제안한다. 이에 따르면 ① 종업원 과반수 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합이 종업원 전체를 대표하는 대표성을 갖고 단체협약을 체결하며 그 단체협약은 종업원 전체에 적용되도록 한다. ② 소수 노조만 있는 경우에는 종업원위원회의 인준을 거쳐 종업원 전체에 적용되는 단체협약의 효력을 인정한다. 노사협의회는 종업원들로만 구성되는 종업원위원회로 개편한다. 종업원위원회의 위원들은 과반수 노동조합의 위촉권을 폐지하고 종업원 전체의 선거로 선출한다. 이때 종업원이라 함은 간접고용 근로자들까지 포함하는 개념이다. ③ 무노동인 경우에는 기업 규모에 따라서 종업원위원회 또는 근로자과반수대표자에게 근로조건 결정권을 부여한다(박제성(2013), 『근로자대표의 재구성을 위한 법이론적 검토』, 한국노동연구원, pp.75-77).

32) 현행 근로기준법에 의하면 근로기준법이 전면 적용되는 범위는 상시 5인 이상의 사업 또는 사업장이며, 취업규칙의 작성의무는 상시 근로자 10인 이상의 사업 또는 사업장에 부과된다.

은정(2015)의 말을 빌리자면, “근로자대표가 근로자들의 대표성을 획득한다는 것은 곧 근로자대표로 선출된 자(혹은 기구)가 피대표자를 위해 행동할 수 있는 권리를 획득한다는 것”이고, “대표성을 취득할 때 가장 중요한 것은 근로자대표 선정의 공정성과 민주성”이기 때문에 “근로자의 이익을 대표할 수 있는 충분한 공정성과 민주성이 근로자대표성의 취득 과정에서 담보되어야 한다.”<sup>33)</sup> 결국 이는 근로자대표가 민주적 선거라는 형태의 근로자 전체의 집단적 의사에 의한 수권을 통해 그 대표성을 확보해야 한다는 것을 의미한다.

이와 관련하여 검토되어야 할 사항 중 하나로는 과반수 노동조합에 어떠한 지위를 부여할 것인가의 문제가 있을 수 있다. 이에 대해, 현행과 마찬가지로 과반수 노동조합에 근로자대표 선출에 일정 권한을 부여하도록 하는 견해가 있을 수 있다.<sup>34)</sup> 이와 같은 견해가 주장하는 현실적인 불가피성이 일정 부분 있다는 점을 부정할 수 없는 것이 사실이지만, 과반수 노동조합에 근로자대표의 선출에 권한을 부여하는 것은 별도의 정당성을 요구한다. 이와 관련해서는 이철수(2011)의 지적을 새겨둘 만하다. “원리적으로 과반수노조라 하여 왜 비조합원의 발언권을 봉쇄해야 하는지에 대한 정당화 근거가 필요하고, 과반수의 여부는 변동적이고 우연적인 사실이라 제도의 안정적 운영을 위해 입법기술상 어려움이 따르기 때문에, (장기적으로는) 과반수 여부에 관계없이 통일적인 종업원대표시스템을 모색할 필요가 있을 것이다.”<sup>35)</sup> 이러한 점에서 본다면 새로운 근로자이익대표시스템을 고려함에 있어 기존과 동일하게 과반수 노동조합에게 근로자대표 선출에 대한 전권을 부여하는 것은 타당하다고 보기 어렵다. 따라서 과반수 노동조합에게 근로자대표에 대한 선출권한을 부여하기 보다는 근로자대표가 모든 근로자의 선거에 의해 선출될 수 있도록 하는 것이 바람직할 것이다.<sup>36)</sup> 이와 동시에 근로자대표의 선출과 관련해서는 선거권 및 피선거권에 대한 규정, 근로자대표 규모의 다양화, 선거

33) 박은정(2015), 「집단적 의사결정주체로서의 근로자대표」, 『노동리뷰』 3월호, 한국노동연구원, pp.18-19.

34) 대표적으로 이승욱외(2015)는 “모든 종업원의 이해를 조정하는 집단적 근로조건의 설정시스템의 구축이 필요하다는 관점에서 보면, 과반수노동조합이 있는지 여부, 노동조합이 있는지 여부와 관계없는 근기법상 근로자대표와 근참법상 근로자위원 등 근로자대표 제도를 구축하는 것도 장기적으로는 고려할 여지가 없는 것은 아니”지만, “그 경우 근로자대표의 기능을 근로조건결정시스템과 직접적이든 간접적이든 연동시킨다면 근로자대표와 노동조합 사이의 권한 중복 내지 경합이라는 해결하기 어려운 근본적인 문제가 발생한다. 독일이나 프랑스의 사례에서 본 바와 같이 양자의 관계는 협약우선의 원칙에 따라 해결하는 것이 우리나라 헌법구조에도 합치한다. 그러나 노동조합이 산업별로 조직되어 운영되고 있는 독일이나 프랑스와 달리 우리나라 노동조합은 그 조직형태와 관계없이 사실상 기업을 중심으로 운영되고 있기 때문에 기업별 단체협약과 근로자대표가 사용자와 합의한 노사협정 사이의 효력순위에 대해 무조건적으로 협약을 우선시하는 것은 현실적합성의 관점에서 반드시 합리적이라고 보기 어려운 측면이 없는 것은 아니다. 단체협약의 우위, 따라서 협약자치는 헌법상 보장되어 있기 때문에 노동조합과 근로자대표 사이의 권한 경합 문제는 헌법합치적으로 해결하는 것이 규범적으로는 타당하기는 하지만, 현실적 관점에서 이 문제를 조정하는 것이 곤란한 과제를 야기하고 있는 점을 고려하여, 당분간은 과반수노조를 중심으로 한 근로자대표제도의 기본적인 구조는 유지하는 것이 현실적인 방향이라고 할 수 있다. 따라서 과반수노조에 우선권을 주는 근로자대표제도의 틀을 유지하면서 제도적·기능적으로 지향하여야 할 방향성을 모색하는 것이 현 단계에서는 합리적이라고 할 수 있다”고 한다(이승욱외(2015), 『노동관계법상 근로자대표제도의 개선방안 연구 - ‘노사협의회 근로자위원 권한강화’를 중심으로 -』, 고용노동부 학술연구용역보고서, pp.208-209).

35) 이철수(2011), “통일적인 종업원대표시스템 정립을 위한 소고”, 『산업관계연구』 제21권 제1호, p30.

36) 다만, 이 경우 노동조합의 입후보자에 대하여는 추천 등의 요건을 적용하지 않는 것으로 생각해 볼 수 있을 것이다.

관리위원회, 후보자 및 선거관리위원회에 대한 신분보장, 사용자의 선거에 대한 비용부담 등 편의제공, 선거의 하자 등 선거의 실시와 관련된 규정이 마련될 필요가 있다.

### 3. 근로자대표의 권한 및 운영

근로자대표 제도의 개편과 관련하여 고민이 필요한 사항은 향후 근로자대표에게 어떠한 권한을 부여할 것인가의 문제이다. 근로자대표의 권한을 법률로 정해야 하는 것은, 첫째로 근로자는 그 대표기관인 근로자대표에 의하여 사용자로부터 보호를 받아야 한다는 점, 둘째로 권한을 법률에 명확히 규정함으로써 근로자대표의 권한이 확실히 확보되도록 하려는 점에 있다.

근로자대표의 권한으로는 정보제공을 받을 권리, 의견청취, 협의권, 동의거부, 합의 등 몇 가지 상정 가능한 형태가 있지만, 근로조건 전반에 걸친 근로자대표의 권한을 세부적으로 나누는 것은 면밀한 검토가 필요한 일이기 때문에, 여기에서는 현행 노동관계법령에 규정된 근로자대표의 권한을 중심으로 그 중요사항만을 밝혀두기로 한다.

첫째, 취업규칙제도는 폐지하고 이를 사용자와 근로자대표 간에 노사가 공동으로 결정 내지 합의하는 제도로 전환하여야 한다. 현행 취업규칙제도는 근로조건에 대한 노사의 대등결정이라는 관점에서 볼 때 이에 부합하는 제도라고 보기 어려움 점이 있다. 기업현장에서 이루어지고 있는 취업규칙작성 및 신고의 실태에 비춰보면, 취업규칙 기재사항을 규정하고 있는 근로기준법 제93조는 근로조건 전반에 대한 사용자의 일방적인 결정성이 실질적으로 인정되고 있다.

둘째, 현행 근로기준법 등에서 근로자대표와의 서면합의를 요구하는 사항은 사용자와 근로자대표가 합의하도록 한다.

셋째, 현행 근참법상 노사협의회의 의결사항 및 협의사항은 현행 형태를 유지하는 것으로 하되 향후 그 권한의 조정여부를 검토한다. 현행 근참법상 노사협의회의 의결 내지 협의사항을 살펴보면, 전체 근로자의 근로조건에 적지 않은 영향을 미칠 수 있는 직·간접적인 사항은 협의사항으로 되어 있는 반면, 의결사항은 직접인 근로조건에 영향을 미치지 않는 사항이 다수로 되어 있다.

넷째, 근로자대표가 실질에 있어서도 기능을 할 수 있기 위해서는 사용자로부터 정보제공이 보장될 필요가 있다. 정보제공을 받을 권리는 결정에 대한 직접적인 권한이 아니지만, 기타 권한의 적절한 행사를 위한 필수적인 권리이기 때문이다.

한편, 근로자대표의 운영 및 활동과 관련해서는 임기제의 보장을 통한 근로자대표의 상설화가 필요하고, 근로자대표의 기구로서 의장이 선출되어야 하며, 근로자대표의 회의 및 결의에 대한 세부적인 규정이 마련되어야 하며, 근로자대표의 해임을 포함한 근로자대표의 의무가 규정되어야 하며, 근로자대표의 활동을 보장하기 위하여 근로자대표의 활동에 대한 사용자의 비용부담 및 근로자대표에 대한 보호 장치가 마련될 필요가 있고, 전체 근로자의 사업

내 직접민주주의를 보다 활성화하기 위해 근로자총회에 대한 규정이 필요하다. 또한 근로자 대표에 의해 보호되어야 할 대상을 확대하는 것이 필요하다. 파견근로자, 사내하도급근로자 등 직접적인 근로관계는 없다 하더라도 해당 사업장에서 업무를 수행하는 것과 관련하여 근로자대표가 이들의 이익을 적절히 보호할 수 있도록 하는 것이 필요하다.

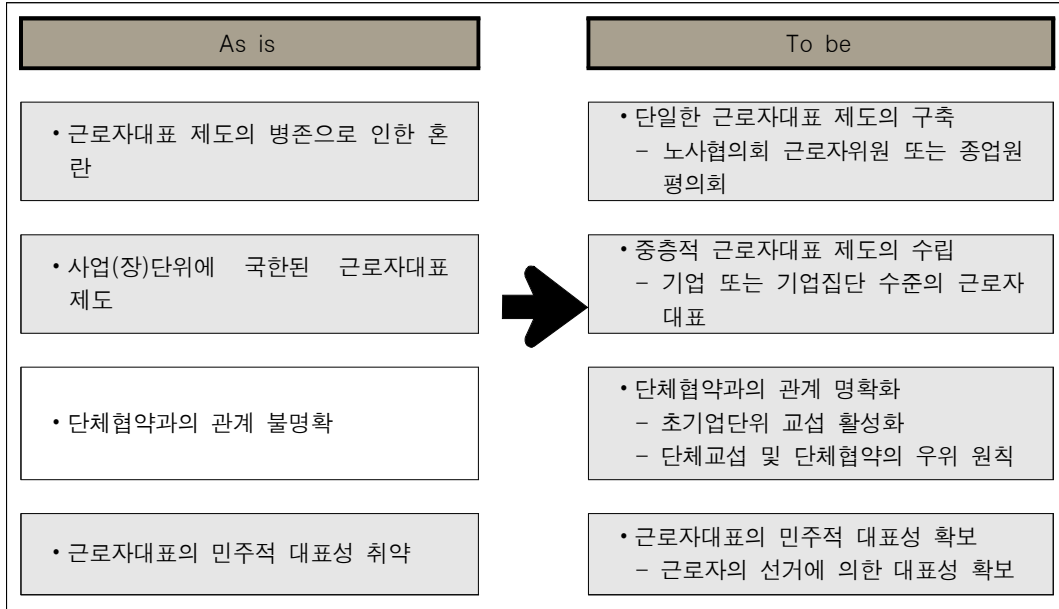
#### 4. 근로자대표가 체결한 합의와 단체협약과의 관계 명확화

근로자대표가 사용자와 체결한 합의의 효력에 대한 명문의 규정을 마련할 필요가 있다. 단체협약과 유사하게 근로자대표가 체결한 합의에 대해 강행적·직접적 효력을 부여하는 것이다. 이와 관련하여 독일 사업조직법은 근로자대표와 사용자 간에 체결된 서면합의(Betriebsvereinbarung)는 직접·강행적 효력을 가지는 것으로 규정하고 있다(사업조직법 제77조 제4항 제1문).

한편, 근로자대표와 사용자 간에 체결된 합의와 단체교섭 또는 단체협약의 관계를 어떻게 설정할 것인지에 대한 신중한 고민이 필요하다. 이와 관련해서는 근로자대표와의 관계에서 노동조합의 우위성이 보장될 수 있도록 할 필요가 있다. 법률에 의해 인정되는 근로자대표와 달리 노동조합은 헌법상 보장되는 노동3권의 주체이다. 이를 위해서는 단체교섭을 사업 또는 사업장 단위에 묶어 두고 있는 교섭창구단일화제도를 개선함으로써 초기업단위 교섭 및 협약이 체결될 수 있도록 하는 한편, 단체교섭 또는 단체협약의 대상이 되는 사항에 대하여는 근로자대표보다 노동조합의 우위를 인정하는 명시적인 규정을 마련할 필요가 있다. 참고로, 독일의 경우 사업조직법 제77조 제3항 제1문에서는 협약당사자의 단체협약권을 보장하기 위하여 근로자대표와 사용자 간에 체결되는 서면합의의 한계를 규정하고 있다. 이에 따르면, 단체협약에서 정하고 있거나 또는 통상적으로(üblicherweise) 단체협약에 의하여 정해지는 임금 기타 근로조건을 사업협정의 대상이 될 수 없도록 하고 있다. 즉 이 점에서 협약상의 우위(Tarifsvorrang)가 확보되고 있다. 단체협약상의 효력을 사업협정의 그것보다 우위에 두는 까닭은, 사업협정이 미조직 근로자에 대하여 ‘대체단체협약(Ersatztarifvertrag)’으로서의 효력을 가지거나 또는 사업협정에 의하여 협약상의 규정이 무력하게 되는 것을 방지하고, 또한 기본법 제9조 제3항에 의하여 보장되는 협약자치를 존중하고자 하는데 있다. 따라서 원칙적으로 단체협약상의 규정을 원용하는 사업협정의 체결도 허용되지 않는다. 협약당사자의 권한우위가 인정되는 사항을 내용으로 하는 사업협정은, 사용자와 근로자대표의 권한범위를 넘는 것이기 때문에 무효가 된다. 이를테면 단체협약에서 초과근로가 인정되는 예외적인 경우를 정하고 있는 경우, 초과근로에 대해 규정하고 있는 사업협정이나 주 근로시간의 일별 분배에 관한 단체협약상의 규정에 반하는 사업협정은 무효가 된다. 다만, 단체협약에서 소위 ‘협약개방규정(Tariföffnungsklausel)’에 의해 협약상의 내용을 보충하는 사업협정의 체결을 허용하는 명시적인 규정을 둔 경우에는 협약우위는 적용되지 않는 것으로 하고 있다(사업조직법 제77조 제3항 제2문).



[그림-1] 근로자대표 제도 개편의 기본방향



#### IV. 맺는 말

현행 노동관계법은 근로기준법에서 기업 내 근로자의 근로조건 등의 결정과 관련하여 근로자대표가 일정한 기능을 행사하도록 제도화하는 한편, 그 밖의 노동관계법에서도 근로자의 고용, 산업안전 등 다양한 근로조건과 관련하여 근로자 측의 이해를 반영할 수 있는 제도로서 근로자대표의 기능에 대해 규정하고 있다. 즉, 근로기준법을 비롯한 현행 노동관계법은 근로조건 등에 관한 일정한 사항에 대해 근로자의 대표에 의한 관여를 제도화하고 있으며, 그 밖의 노동관계법에서도 근로자의 고용이나 근로조건을 둘러싼 다양한 사항에 대하여 근로자 측의 의견을 반영하는 방법으로서 근로자대표를 활용하고 있다.

근로자대표는 사용자에게 의한 일방적 결정의 대상이 될 수 있는 고용과 근로조건에 관한 사항의 결정에 근로자의 대표에 의한 관여를 제도화함으로써 “근로조건은 근로자와 사용자가 동등한 지위에서 자유의사에 따라 결정하여야 한다.”는 근기법 제4조 소정의 근로조건대등결정의 원칙을 현실에서 구현하고자 하는 제도적 목적을 가지고 있다고 할 수 있다. 즉, 근로자대표는 근로자집단에 영향을 미치게 될 사항에 대하여 근로자들이 직접 참여할 수 있도록 하는 제도적 장치로 마련된 것이다.

그럼에도 불구하고 현행 노동관계법상의 근로자대표 제도에 대하여는 여러 가지 문제점이 지적되어 왔다. 노사협의회가 근로조건을 결정할 권한이 있는지, 노사협의회가 한 의결의 효력이 어떠한지에 대한 해석상의 쟁점 이외에도, 선출방법에 대한 규정 미비, 선출절차의 하자에 대한 규정 미비, 다양한 근로자 의사를 반영하는데 한계가 있다는 등의 여러 가지 문제점

이 지적된다. 현행 근로기준법상 근로자대표에 대하여는 ‘근로자대표(근로자의 과반수를 대표하는 자)’가 누구를 말하는 것인지 그리고 그 선출은 어떻게 해야 하는 것인지, 또한 근로자대표가 체결한 서면합의의 성격과 효력은 어떠한지에 대한 해석적인 다툼 이외에도 다양한 근로자의 의사를 반영할 수 있는 방법의 미비, 임기 등 상설적 근로자대표로서의 기반 부족, 사용자와의 대등성 결여 등 그 한계성이 지적되고 있다.

이와 같은 현행 노동관계법상 근로자대표제도에 대한 입법적 미비에도 불구하고 향후 근로자대표의 역할은 보다 증대될 것으로 전망된다. 이에 대한 근거로는 노동조합 조직율의 지속적인 저하, 고용형태의 다양화 등으로 인해 전통적인 근로조건결정시스템에 한계가 부각되고 있고, 둘째 경제의 글로벌화, 기업 간 경쟁의 격화, 서비스경제의 확산, 다양한 고용형태와 이에 따른 작업방식의 다양화, 일과 가정의 양립 등 근로자의 요구수준의 개별화 등이 제시된다.

이러한 점에서 향후 기업 내 근로자대표제도의 필요성은 보다 확대될 것이 기대된다. 이에 따라 현행 취업규칙 변경에 있어 근로자 참여제도, 노사협의회, 근로기준법상의 근로자대표 등 현행 노동관계법에 산재해 있는 근로자대표시스템을 통합하여 명실상부한 기업 내 집단적 근로조건결정의 주체로서 근로자대표시스템을 개편 내지 재구축하는 것이 필요하다고 할 것이다. 노사대등의 관점에서 근로조건에 대한 집단적 협의 및 합의를 가능케 하는 근로자대표시스템을 마련하는 것이 우리가 앞으로 시급히 풀어야 할 숙제다.

## 「대안적 근로자대표제의 모색 — 근로자대표제의 개편방향 —」에 대한 토론문

전 형 배 교수  
(강원대학교 법학전문대학원)

김기선 박사님의 근로자대표제에 관한 유익한 발표에 감사를 드립니다. 오늘의 토론은 제가 개인적으로 궁금한 몇 가지 사항에 대하여 질문을 드리는 것으로 논의를 심화하고 싶습니다.

1. 발제문에서 인용하고 있는 참고자료를 보아도 근로자대표제는 지금으로부터 이미 10년 그 이전부터 여러 연구자들이 제도의 개선과 새로운 설계가 필요하다는 의견을 제시하여 왔습니다. 그 글들을 살펴보면, 대부분 김기선 박사님의 논의와 같이 종국적으로는 독립성이 보장되는 독자적인 형태의 근로자대표제도가 시행되어야 한다는 취지로 기억하고 있습니다. 이렇게 여러 연구자들이 줄곧 온전한 형태의 근로자대표제도의 시행을 추구하고 있음에도 10년 그 이상 아무런 입법적 진보가 이루어지지 않는 이유가 무엇이라고 생각하십니까? 노사관계의 여러 주체들의 입장은 어떤 것일까요?
2. 독립적인 근로자대표제도의 시행은 결국 사용자가 일방적으로 결정하는 근로조건을 지양하고, 근로조건 결정과 이행과정에서 근로자의 이익을 대변할 수 있는 실질적 대응성이 보장되는 조직을 만들려는 취지로 이해하고 있습니다. 그렇다면 애초 근로조건 결정에 결정적 영향을 미칠 수 있는 이사회 수준에서 근로조건 결정이 가능한 시스템으로의 이행이 보다 본질적인 개혁이라고 생각되는데 이에 대하여 박사님의 생각은 어떠하십니까? 아울러, 현 법제에서 위와 같은 제도 시행에 가장 큰 장애를 무엇이라고 생각하십니까? 참고로 현 정부의 공약사항에는 ‘공공기관 노동이사제’ 도입이 있습니다.
3. 현 정부의 공약사항을 살펴보면, 사업장내 노동을 제공하는 모든 사람이 참여하는 형태의 ‘종업원대표제도’의 시행을 언급하고 있는데, ① 이런 형태의 ‘종업원대표제도’를 시행한다면 법적 형태는 독일의 ‘사업조직법’ 같은 독립적인 법률의 제정을 고려하는 것이 타당하다고 생각하는데 박사님의 생각은 어떤지요? ② 만일 독일의 ‘사업조직법’과 같은 형태의 입법을 우리나라에서 한다면 우리나라 노동법제에서 특히 고려하여야 할 사항은 무엇이 있을까요? ③ 사업조직법은 우리나라 정서에서 보면 매우 소셜(social)한 느낌을 주는데 독일에서 이 법률을 제정하면서 노사정간 첨예한 의견대립은 없었는지요, 혹 있었던

의견 차이를 어떤 방식으로 극복하고 현재의 입법이 가능하였는지요?

【 제4주제 】

4차 산업혁명시대 노동법 체계 개편에 관한 전망

－ 독일 노동4.0을 중심으로 －

권 혁 교수

( 부산대학교 법학전문대학원 )

목 차

I. 서설: “왜 4차 산업혁명인가?” .....	67
II. 외국에서의 대응체계 - 특히 독일의 경우를 중심으로 .....	68
1. 개요 .....	68
2. 독일 ‘노동 4.0’의 의미와 전략적 시사점 .....	69
3. 소결 .....	69
III. 근로의 ‘내용’을 중심으로 한 ‘근로자’ 상(像)의 변화 .....	70
1. 개요 .....	70
2. ‘창의적 지식업무수행자’로서 근로자 .....	70
(1) 종속적 노동의 ‘몰개성성’ .....	70
(2) ‘창의적 노동’(Kreative Wissenarbeit)과 새로운 근로자상 .....	71
(3) 플랫폼 노동과 자영적 근로자의 확대 .....	72
(4) 소결 및 시사점 .....	73
3. ‘근로 장소 및 시간의 자율적 제어주체’로서 근로자 .....	75
(1) 일하는 방식의 ‘규격화’ 탈피 .....	75
(2) 초연결 원격 근로와 노동법적 대응 체계 .....	75
(3) 근로시간의 유연성과 근로자의 제어권 .....	76
(4) 미래 근로시간 규제의 대안으로서 ‘근로시간 선택권’ .....	77
(5) 시사점 및 소결 .....	79
VI. 근로자 참여제도 활성화를 위한 노동법제도체계 변화 .....	79
1. 착취와 쟁취의 프레임 극복: 집단적 노사관계법 체계의 변화 .....	79
2. 근로자의 파편화와 근로자 연대의 약화 .....	80
3. 실용주의적 노사관계로의 변화 .....	81
4. 노사 참여 및 대화 체계의 구축 .....	81
VII. 결론 .....	82
● 토론문 / 김희성 .....	85



## I. 서설: “왜 4차 산업혁명인가?”

사물인터넷, 인공지능(AI), 무인자동차 등으로 대표되는 4차 산업혁명을 둘러싸고 국가마다 대책 마련에 분주하다.<sup>1)</sup> 산업혁명이라는 명칭에 걸맞게 산업토대의 변화를 초래할 것으로 예상된다.<sup>2)</sup> 산업은 우리 사회를 유지하는 ‘생산’의 원천이다. 산업의 근본적 변화란, 생산을 담당하는 체계의 본질적 변화를 의미하는 것이기도 하다. 생산의 방식에 있어 주요한 요소가 바로 ‘일자리’다. 산업생산에 있어 인간의 육체적, 정신적 기여활동이 ‘노동’이다. 노동의 기화단위가 바로 일자리인 셈이다. 4차 산업혁명이 일자리의 변화를 초래하게 되면, 일자리를 둘러싼 노동법적 보호체계 역시 근본적인 개편이 불가피해질 것으로 보인다.

다만 노동법 제도체계의 원칙은 변할 수 없다. 사회적 요보호자에 대한 보호체계로서 노동법의 역할은 견고해져야 한다는 것이다. 제1차 산업혁명으로 ‘근로자’라는 이름의 사회적 요보호자가 생겨났고, 그들에 대한 보호를 위해 노동법 체계가 구축되었듯이 제4차 산업혁명을 통해 나타나게 될 사회적 요보호자의 양태를 살펴, 그들에 대한 최적의 사회안전망 구축 체계로서 노동법이 제 역할을 할 수 있도록 해야 한다. 이것이 4차 산업혁명을 계기로 미래 노동시장 구조를 전망하고 예측해야 하는 이유다.

증기와 전기는 1차, 2차 산업혁명을 가져왔다. 인터넷은 3차 산업혁명의 계기였다. 1차 산업혁명 이후 진행되어 온 2차, 3차 산업혁명은 논외로 하면서, 새삼스럽게 4차 산업혁명을 두고 노동시장의 변화와 노동법제도 개편에 관심을 기울이는 이유는 무엇일까. 간단하다. 산업 콘텐츠의 변화였던 기존의 산업혁명과 달리 4차 산업혁명은 일자리의 구조적 변화를 초래할 것이라고 예상되기 때문이다. 즉, 기존의 산업체계의 혁신적 변화는 기술의 발전에 상응하는 것이었다. 인간은 여전히 전통적인 ‘근로’, 즉 종속적 노동의 주체로서 역할을 수행하여 왔다. 이 때문에 지금까지 노동법은 다양한 변화를 거듭해왔지만, 그 근본에 있어 ‘도그마’는 변화된 바가 없었다. 요컨대 현행 노동관련 법제도의 기본 프레임은 여전히 산업혁명 초기 대공장 체제를 모형으로 삼고 있다.<sup>3)</sup> 근로자로서의 ‘상’(像)도 예외가 아니다. 유독 제4차 산

---

1) 제4차 산업혁명 논쟁이 단지 기계에 의한 일자리의 대체 문제로 집중되는 것은 바람직하지 못하다. 실제로 독일에서 노동시장에 관한 논쟁은 그 질에 있지 양에 있지 않다. 나아가 그 양의 줄고 늘어남에 대한 논의는 다양한 견해가 상존하고 있음도 사실이다. 디지털화에 따른 일자리의 감소는 없을 것이라는 주장도 만만치 않다 (<http://www.insm.de/insm/Presse/Pressemeldungen/Pressemeldung-Studie-zu-Arbeit-4.0.html>)

2) 독일에서는 다양한 산업분야에서 향후 펼쳐질 변화들의 염두에 두고, 각각의 시나리오별, 그리고 각각의 산업단위별 대응체계 마련에 몰두하고 있다(Wirtschaft 4.0 und die Folge fuer Arbeitsmarkt und Oekonomie: IAB-Forschungsbericht, 03/2016 참고).

3) 이러한 점은 독일 노동4.0 백서 출간에 앞서 머리말(Vorwort)에서 독일 연방노동사회부 장관인 안드레아 날레스이 언급한 바에서도 나타난다. 요약하면 1일 8시간 1주 36시간 노동과 안전한 직장환경 그리고 아동근로의 금지가 노동의 미래요 이상향이였다. 지금은 그러한 이상향이 변화되어 가고 있다. 창의적인 지식 활동을 하는 근로자와 작업 계획을 스스로 세우는 생산근로자야 말로 새로운 시대적 노동이어야 한다(BMAS, Weissbuch Arbeiten 4.0, S.4). “Der Acht-Stunden-Tag bei einer ununterbrochenen Ruhepause von mindestens 36 Stunden in jeder Woche, bessere Hygiene- und Schutzmaßnahmen in der Fabrik und ein Ende der Kinderarbeit - so sah früher einmal eine Vision der Arbeit von morgen aus. Heute gibt es neue Bilder davon, wie wir gerne arbeiten möchten: Da ist der kreative Wissensarbeiter, der am See sitzt, den Laptop

업혁명으로 인한 노동시장의 변화에 주목하는 이유는, 일자리를 둘러싼 노동법적 프레임의 변화가 예상되기 때문이다. 일하는 방식의 변화가 그 중심이 될 것이다.

일하는 방식의 변화에도 불구하고, 노동관련법제도가 과거의 전통적인 노사관계체계를 고집할 경우, 현실과 법제도 간의 괴리는 점점 더 심화될 수밖에 없다. 자칫하면 노동법체계가 제 역할영역을 상실하고, 정작 새롭게 나타난 사회적 요보호영역에 대해서는 눈을 감는 일이 생겨나는 치명적 문제가 나타날 수 있다. 제4차 산업혁명이 초래하게 될 고용노동시장 전반의 변화를 담아낼 수 있도록 기존 노사관계법질서의 후진성을 지적하고, 새로운 패러다임적 변화를 반영하는 노사관계법제도 모형을 제시해야 할 당위성이 바로 여기에 있다.

## II. 외국에서의 대응체계 - 특히 독일의 경우를 중심으로

### 1. 개요

독일은 경제에너지부(BMWi)와 교육연구부(BMBF) 등 정부산업 및 교육 담당 부처가 중심이 되어 산업(Industry 4.0)을 추진하여 디지털화가 초래할 산업구조변화를 예측하고 대응하고자 했다.<sup>4)</sup> 독일 연방사회노동부는 디지털화에 따른 일자리 환경 변화를 예측하고 이에 대한 대응체계를 구축하는 차원에서 노동 4.0(Arbeiten 4.0)을 제시하였다. 노동4.0은 단순히 산업기술의 변화가 어떻게 일자리 양적 규모에 영향을 미칠 것인지에 대한 고민이라고 보다는 인간의 노동에 대한 존중을 기본적인 관점으로 하고 있다.<sup>5)</sup> 특히 제조업 분야에서의 스마트공장화 등으로 인해 일자리 환경이 변화되는 것이 불가피한 상황에서 이에 대응하는 노동관련법제도 개편 방향을 시사하고 있다.

다른 한편 일본은 최근 ‘4차 산업혁명 선도전략’을 발표했다.<sup>6)</sup> 4차 산업혁명에 따른 산업 및 고용 구조변화 즉 일자리의 증감과 일자리 양태의 다변화 양상을 예측하고, 이에 따른

---

auf dem Schoß. Oder die Arbeiterin in der Produktion, die per App ihre gewünschten Schichtzeiten für die nächste Woche in den Organisationsplan einträgt.”

- 4) 독일 연방노동사회부의 최근 보고서에 따르면 디지털화는 제조업종을 넘어서 서비스업종까지 노동계 전반으로 폭넓게 확산되고 있으며, 전체 취업자의 83%가 디지털 기술을 업무에 활용하고 있으며, 기업에 관련된 서비스의 경우 98%가 디지털 기술을 사용하고 있는 것으로 나타났다. 500명 이상 대기업의 중간관리자 급 이상 직원 중 82%가 스마트폰, 노트북 또는 태블릿과 같은 이동식 디지털 기술이 접목된 제품을 사용하고 있다 (BMAS, Digitalisierung am Arbeitsplatz, 2016. 6, S.8(박지순, 4차 산업혁명과 근로기준제도 변화 및 과제에 대한 시론, 1면 재인용).
- 5) ‘노동 1.0(Arbeiten 1.0)’이 18세기 후반 산업혁명 초기의 노동체계를, ‘노동 2.0(Arbeiten 2.0)’이 대량생산체계가 시작되는 시기의 노동형태를, ‘노동 3.0(Arbeiten 3.0)’이 1970년대 이후 사회적 시장경제(sozialen Marktwirtschaft)가 공고하던 시기의 노동형태를 말하는 것이라면, ‘노동 4.0(Arbeiten 4.0)’은 네트워크화 및 디지털화되고 유연화를 특징으로 하는 노동체계를 지칭하는 것이라 할 수 있다(Krause, Rüdiger(2016), 『Digitalisierung der Arbeitswelt』, Gutachten B zum 71. Deutschen Juristentag, C.H.Beck, p.11(김기선, 디지털화와 노동: 디지털시대 노동의 과제, 노동정책연구 제16권 제4호, 2016, 3면 각주 4) 재인용).
- 6) 한국무역협회 보고서, “제4차 산업혁명을 선점하기 위한 일본의 전략 및 시사점”, 2016.6, 7면 이하.



대응전략 마련에 초점이 주어져 있다. 특히 고용부문과 관련하여서는 국적, 성별, 연령에 관계없이 다양한 인력을 발굴하고 조달하는 것을 강조하고 있다. 또한 노동시장의 유연성과 고용형태의 다양성을 염두에 둔 노동법 체계의 변화를 지향하고 있다.

중국도 예외는 아니다. 독일 산업(Industry 4.0)을 염두에 두고, 친환경, 스마트 제조업 구축 등 5대 중점 프로젝트와 10대 육성산업을 선정하는 등 이른바 ‘중국제조 2025 전략’이라는 명칭의 대응체계를 구축하고 있다. 이는 중국이 제조업 중심의 국가로서 독일의 전략방향과 맥을 같이한다는 점에 기인한 측면이 있다.

## 2. 독일 ‘노동 4.0’의 의미와 전략적 시사점

4차 산업혁명에 대비한 독일의 대응체계로서 ‘노동4.0’은 독일 연방노동사회부의 주도한 것이다. 그들이 제목에서 언급하고 있듯이 2015년 4월부터 사회적 대화체계를 작동하여 미래 노동사회에 대해 토론한 것으로 집약한 것이다. 우선 녹색(Grünbuch)의 출간을 통해 미래 노동에 관한 질문들을 사회적 대화체계에 던지고 있다. 백서(Weißbuch)는 첫 번째로 제시된 사회적 대화체계로 부터의 답변인 셈이다.<sup>7)</sup>

미래 노동시장에 대한 독일의 답변은 단순히 전망에 그치지 않는다. 오히려 제조업 등을 중심으로 한 미래 노동시장에서 더 건강하고 행복한 일자리를 지켜나가기 위한 대응전략을 모색하기 위한 것이다. 이를 위해 종래 너무도 당연하게 여겨야 했던 것들, 예컨대 20대에 대학을 한번 다니면 더 이상 대학교육을 받을 일이 없다는 것과 같은 생각들과 같은 것들이 바뀌어야 한다고 진단한다.

독일 노동4.0의 목표는 분명하다. 바로 ‘좋은 노동’(Gute Arbeit)이다.<sup>8)</sup> 산업의 디지털화로 요약되는 변화에 대응하여, 오히려 이를 기회로 삼고 인간의 노동이 존중받도록 하기 위한 것이다. 디지털 산업환경에서 노동의 유연성과 직업교육 그리고 합리적 임금체계구축 외에도 안전 등에 관하여 노사가 합리적 합의를 도출해내야만 하는 상황에 놓여지게 될 것으로 보고, 노동4.0을 통해 그러한 사회적 대화와 협상을 시작하는 계기를 제공한 것이라고 할 수 있다.

## 3. 소결

제4차 산업혁명이 우리 산업 전반에 걸쳐 ‘일하는 방식’의 변화를 초래하게 될 것임은 분명해 보인다. 세계 각국의 노동법적 대응 체계 구축 노력은 사실 산업의 디지털화에 최적화된 노동법 체계를 만드는 목적도 내포하고 있지만, 그 이전에 ‘좋은 노동’을 위하여 노동법

7) 독일은 2015년에는 노동4.0(Arbeiten 4.0) 녹색(Green paper)를, 2016년에는 노동 4.0 백서(white paper)를 발표했다.

8) BMAS, Weissbuch Arbeiten 4.0, S.5.

제도가 어떠한 선도적 역할을 해야만 할 것인가에 대한 고민에 집중되어 있다.

변화된 산업 환경에 알맞게 노동법을 바꾸어 갈 것이 아니라, 어떻게 하면 ‘인간의 노동’이 행복하면서도 지속가능하게 실행될 수 있도록 해야 한다. 이러한 점에서 중점을 두어야 하는 것은, 사회적 요보호자로서 (i) 근로자의 개념범위와 (ii) 근로방식에 관한 노동법적 규제의 유연성, 그리고 (iii) 산업 안전과 (iv) 참여라고 볼 수 있다. 이러한 관점에서 종래 근로계약을 둘러싼 전통적인 규제적 규범체계와 오랜 동안 갈등의 중심에 서 왔던 ‘착취와 쟁취’의 노사관계 프레임과 그 규율체계에도 큰 변화가 불가피할 것으로 보인다.

### Ⅲ. 근로의 ‘내용’을 중심으로 한 ‘근로자’ 상(像)의 변화

#### 1. 개요

4차 산업혁명은 ‘초연결성(Hyper-Connected)’과 ‘초지능화(Hyper- Intelligent)’로 요약될 수 있다.<sup>9)</sup> 전통적으로 ‘일자리’는 (i) 다수의 근로자들이 (ii) 동일한 공간에서 (iii) 사용자에 의해 지시된 업무를 수행하는 것으로 개념화되어 왔다. 그러나 4차 산업혁명의 특징인 ‘초연결성’과 ‘초지능화’는 이러한 일자리의 속성을 본질적으로 변화시킬 수 있다. 바로 ‘유연화’로 요약된다. 근로자들 상호간이나 근로자와 사용자 간의 관계는 별도의 공간적 동일성과는 상관없이 매우 밀접하게 연결될 수 있기 때문이다.

‘일하는’ 방식의 변화는 곧 ‘일을 시키는’ 방식의 변화를 의미하는 것이기도 할 것이다. 4차 산업혁명을 통한 일하는 방식의 변화는 노사 양측의 업무와 역할에 큰 변화를 수반할 수 밖에 없다.

이와 관련하여 종전의 전통적 근로자 상에서 벗어나, 두 가지 카테고리의 근로자상을 예정해 둘 필요가 있다. 이는 독일 노동4.0에서 전제로 하고 있는 것이기도 하다. 첫 번째는 <창의적 지식업무 종사 근로자>다. 근로의 내용을 중심으로 한 변화다. 두 번째는 <근로방식에 관한 주도권을 가진 근로자>다. 근로의 제공방식을 중심으로 한 근로자 상의 변화에 주목해야 한다.

#### 2. ‘창의적 지식업무수행자’로서 근로자

##### (1) 종속적 노동의 ‘몰개성성’

##### 1) 기존 노동법 체계 상의 근로자 개념

노동법상의 근로자 개념은 두 가지 체계 하에서 대별하여 살펴 볼 수 있다.

9) 박지순, 4차 산업혁명과 근로기준제도 변화 및 과제에 대한 시론, 1면

우선 근로기준법 상의 근로자 개념이다. 이는 근로계약의 양 당사자 사이의 권리관계를 규율하기 위한 법 체계로서, 계약 상 급부 목적을 중심으로 개념정의가 이루어지고 있다. 다른 한편 집단적 노사관계법 차원에서의 근로자 개념도 있다. 단결권의 행사 주체로서 근로자의 개념을 편면적으로 정의내려 놓고 있다. 요컨대 ‘직업의 종류를 불문하고 임금, 급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자’를 말한다고 규정해 놓고 있다(노동조합및노동관계조정법 제2조 제1호).

## 2) 종속적 노동과 물개성적 노동력 제공

근로자 개념에서 공통된 것은, ‘종속적 노동’의 제공자라는 개념 요소다. 실제로 계약의 당사자이든, 그렇지 않은 상관없이 종속적 노동의 제공이 생계유지의 수단인 자가 바로 근로자이다. 이러한 속성 때문에 종래 근로계약의 당사자로서 지위를 확인하는 데 가장 유용한 수단이 바로 지시권에의 복종관계였다. 사용자의 지휘와 감독 하에서 종속적으로 노무를 제공하고 있는가 하는 점이 핵심적인 근로자성 지표였던 셈이다.<sup>10)</sup>

계약의 타방 당사자인 사용자로부터 지휘와 감독을 받는다는 것은, 곧 종속적 노동의 주체라는 의미다. 근로자란, 단지 사용자의 지시에 따라 행동만을 하는 주체인 셈이다. 이 경우 행위의 내용과 방식에 관한 평가는 오로지 사용자의 고유한 몫이 된다. 근로자는 자신의 종속적 노동이 가지는 사회적 또는 경제적 의미를 알아야 할 필요도 없으며, 가사 이를 안다하더라도 무의미한 존재라고 할 수 있다. 지키는 대로만 하면 족하다. 이 때문에 종속적 노동의 주체로서 근로자는, ‘물개성적’이고, ‘수동적’이었다. 사용자의 일방적 지시에 복종하고, 그 지시에 따라 행동하는 것에 불과하고, 근로자의 개별적 사정이나 유연한 재량적 판단의 여지는 몰각될 수밖에 없다. 전통적 종속성 관점에서 보면 근로자는 비록 하나의 인격체이지만, 근로계약관계에 나서는 순간부터 철저히 사용자의 ‘길어진 팔’에 다름 아니다.

## (2) ‘창의적 노동’(Kreative Wissenarbeit)과 새로운 근로자상

앞서 언급한 바대로, 독일 노동4.0에서 드러내고 있는 첫 번째 근로자 상은 창의적 노동

10) 전통적으로 법원도 근로자성 판단을 함에 있어 다음과 같은 판단지표들을 제시해 오고 있다. 즉, 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로자가 이에 구속을 받는지, 노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행하게 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 노무제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지와, 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로 제공 관계의 계속성과 사용자에 대한 전속성의 유무와 그 정도, 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한다는 식이다(대법원 2006. 12. 7. 선고, 2004다29736 판결). 다만, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지, 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지 등의 사정은 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크다는 점에서, 그러한 점들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안 된다(대법원 2007. 1. 25, 선고 2005두8436 판결).

의 주체다. 독일 노동4.0은 소위 근로의 내용에 있어 근본적인 변화를 지적하고 있다. 실제로 이러한 변화는 - 비록 특정 산업영역과 연구직 등 특정 직군에 집중된 것이기는 하지만 - 그 동안에도 상당히 이루어져 왔다고도 볼 수 있다. 소위 사무직 근로자의 경우, 그 근로자의 구체적 업무 내용은 최종적으로 사용자에게 의해 결정된다. 하지만 그 업무 내용을 구체적으로 실행해 가는 과정에서의 결정은 근로자 본인에게 부과되는 경우가 많다. 그 업무 수행의 결과물로서 성과내용은 당초부터 세밀하게 구체화될 수 없는 경우도 있다. 사용자의 지시를 통해 목표가 정해지면 그 과정에서 소요되는 절차적 방식 등에 대해서는 근로자가 스스로 가장 효율성을 염두에 두고 결정하게 된다.

업무의 내용이 좀더 전문가적이고 창의적인 경우라면, 그 양상은 더욱 달라지게 된다. 사실상 사용자는 큰 방향성을 정해 놓을 뿐이고, 구체적인 결과의 산출은 근로자 개인의 몫이 된다. 소위 지시권 행사나 지휘, 감독의 의미는 축소될 수밖에 없다. 본래부터 창의성은 자유와 맥을 같이 하는 것이며, 타인에 의한 종속과는 거리가 멀다.

전형적인 예로 대학시간강사의 경우를 들 수 있다. 이들은 교육의 시간과 장소에 관한 규제를 받는다. 강의시간과 강의실 배정에 국한된 한도에서 그러하다. 교육과정의 운영상 필요로 할 때 대학으로부터 위촉 또는 임용되기 때문이다.<sup>11)</sup> 하지만 근본적으로 대학시간강사는 대학교 측으로부터 강의내용이나 방법 등에 관하여 구체적인 지휘·감독을 받지 않는다. 근로자성의 가장 본질적 징표가 바로 사용자의 지휘·감독성 요소인데, 정작 업무 수행의 구체적 내용이나 업무수행방식에 관하여 사용자에게 의한 지휘나 감독을 받지 않는 셈이다.<sup>12)</sup> 이는 업무 내용의 특수성에 기인된 것이다.<sup>13)</sup> 대학 강의의 수행이 학문연구의 연장으로서, 지적활동의 일환이기 때문이다.<sup>14)</sup> 대학강사만이 아니다. IT 영역에서의 근로자도 마찬가지이다. 고유한 아이디어가 중요한 산업영역에서 근로자의 개념은 과거 전통적 종속노동개념과 달라질 수밖에 없다.

### (3) 플랫폼 노동과 자영적 근로자의 확대

업무의 창의성이 강조되면, 그 업무의 수행자는 그 만큼 종속성과 몰개성성으로부터 멀어지게 된다. 자신의 고유한 개성과 그에 상응하는 결과를 향유하게 된다. 이러한 경향이 강해져 갈수록 장차 종속적 노동의 제공자로서 근로자들이 - 기존 법제도 체계 하에서 볼 때 - 이른바 자영업자와 유사한 형태의 노무제공자로 점점 진화해 나갈 것이다. 오늘날 전통적인 노동법 체계 하에서 플랫폼 노동<sup>15)</sup>이나 기타 자영적 근로형태가 매우 생소한 문제로 다가오

11) 고등교육법 시행령 제7조.

12) Ascheid/Preis/Schmidt, Großkommentar zum Kündigungsrecht, 2. Aufl., 2002, § 57b HRG Rn. 13ff.

13) 이에 따른 반사적 결과로서 강의 시간 외 시간운용에 있어 자율성이 작동할 수밖에 없음은 후술하는 바와 같다.

14) 대법원 2007.1.25. 선고, 2005두8436 판결.

15) BMAS, Weissbuch Arbeiten 4.0, S.5.

는 이유도 실은 여기에 있다.

독일 노동4.0 백서에 따르면, 근로를 제공받고 사업을 영위함으로써 얻어지는 수익으로 노사가 생존을 유지하는 차원을 넘어서서, 모바일인터넷이나 스마트폰 혹은 클라우드컴퓨팅 등과 같이 최근 혁신에 바탕을 둔 디지털기술이 매개가 된 다양한 사업모형이 나타나고 있고, 이러한 사업모형(Geschäftsmodelle)을 총칭하여 플랫폼이라고 한다. 실제로 우리 삶에서 최근 클라우드에 저장되어 있는 음악이나 동영상 자료를 업로드하거나, 또는 다운로드하는 과정에서 구매가 발생하는 것이며, 이러한 구매형태가 매우 일반화되었으며 그 속도 역시 매우 빠르게 진화해 가고 있다.<sup>16)</sup> 흥미로운 점은, 이러한 플랫폼 구조 하에서의 노동은 사생활과 직업적 활동이 매우 유연하게 당사자에 의해 구별되며, 경우에 따라서는 혼재될 수도 있다. 이로써 노동의 자율성(Autonomie)이 크게 상승하게 된다. 다만 클라우드에 기반한 사업자들이나 On-Demand 서비스업에 종사하는 경우 종전의 근로자와 달리 그 수입이 고정적이지 않으며, 시스템에의 종속성도 높아지게 된다.<sup>17)</sup> 하지만 이러한 시스템은 사용자가 아니다. 일종의 중개인에 불과하다.<sup>18)</sup>

#### (4) 소결 및 시사점

##### 1) 사회적 요보호 노무제공자에 대한 보호체계로서 노동법 개편

4차 산업혁명이 근로자 개념을 본질적으로 변경시키지는 않을 것이라고 본다. 하지만 종속적 노동이 필요한 영역에서는 사전에 프로그래밍된 기계를 통한 업무수행이 가능할 것이라는 예상도 크게 틀리지는 않아 보인다.<sup>19)</sup> 근로자의 업무란 향후 어느 정도 자신의 근로방식과 내용 및 성과에 대해 고유한 개성을 가지는 경우에 국한될 것이다. 이른바 유비쿼터스 노동의 시대가 열리게 되는 것이다.<sup>20)</sup>

##### 2) 자영적 노무제공자에 대한 노동법적 보호 필요성

그렇다면 노동관련 법제도의 관심은, 단순히 전통적인 종속노동자에 국한할 수는 없다. 오히려 (i) 자유롭게 용역을 제공하거나 사업을 하면서 (ii) 주로 한 사람을 위해 근로를 제공하면서 경제적으로 종속된 자로서 <외형상의 독립성>과 <내부적인 관계에서는 경제적 종속성>을 갖는 경우를 법제도 체계에서 포섭하여야 한다. 실제로 플랫폼 기반 사업 모형이 확대

16) BMAS, Weissbuch Arbeiten 4.0, S.55.

17) BMAS, Weissbuch Arbeiten 4.0, S.57..

18) BMAS, Weissbuch Arbeiten 4.0, S.57.

19) 2015년 일본의 601개의 직업 중 향후 10~20년 사이에 인공지능·로봇으로 49%가 대체될 것으로 예측한 노무연구소와 옥스퍼드대학의 연구결과도 그렇고, 2016년 우리나라의 경우 기계로 대체된 일자리가 12.5%이고, 2025년에는 70.5%로 올라갈 것이라는 한국고용정보원의 전망도 같은 맥락에서 나온 것으로 보인다 ([http://www.dt.co.kr/contents.html?article\\_no=2017033102102351607001&ref=daum](http://www.dt.co.kr/contents.html?article_no=2017033102102351607001&ref=daum)).

20) 안주엽 외(2011), 『유비쿼터스 시대의 노동』, 한국노동연구원.

되면서, 노동은 급속도로 자영화되고 있다. 특히 ‘1인 자영업자(Solo-Selbständiger)’들의 비율이 높아지고 있다.<sup>21)</sup>

사회적 보호필요성이 있는 경우에는 적극적인 노동법제도가 작동해야 하고, 사회적 보호 필요성이 없는 경우는 과감하게 노동법제도의 개입을 배제하여야 한다. 과거처럼 획일적 근로자개념을 두고, 구체적 사회보호필요성을 고려하지 않는 방식은 지양되어야 한다. 구체적 정당성을 고민해야 한다.

### 3) 노동법적 규제 방식의 개편: “노동기준법 체계에서 노무공급계약체제로”

노동법체계는 국가의 권력을 기반으로 하여 노사관계에 적극적으로 개입하고, 강제하는 방식으로 오랫동안 구축되어 왔다. 개별 근로계약을 둘러싼 기본 법체계는 현행 근로기준법이다. 근로기준법은 초기산업단계에서 단순직공 중심의 근로자보호에 최적화된 체계를 갖추고 있다.

획일적인 강제규율 체계로서의 이른바, 노동 ‘기준법’체계는 다양한 산업환경의 변화를 합리적으로 수용하는 데 어려움이 있었다. 산업환경의 변화와 근로자상의 변화에도 불구하고, 전통적인 노동법체계를 고수하게 됨으로써, 현실과 규범 사이의 괴리를 점점 더 심화될 수밖에 없다.

실제로 기업환경의 변화로 인해 노동계약 기본법에 해당하는 근로기준법이 사실상 기본규범으로서 작동하기에는 타당하지 않은 점들이 있고, 나아가 그 개별 규정 문언의 모호성과 다의성 문제도 심각하게 대두되고 있다. 예컨대 노동법적 쟁점에 대하여 문언적 해석 방식에 따른 해법이 제시되더라도 충분한 설득력을 얻지 못하는 문제가 발생함에 따라 사회적, 경제적 갈등 비용이 증가하고 있다. 경직되고 획일적인 노동 기준법 체계를 유지하면서 변화된 산업환경과 노동시장에의 적용을 가능하게 하기 위해서는 불가피하게 ‘법관법’의 광범위한 활용이 불가피하다. 다시 말하면, 노동의 사법화 경향이 강화될 수 밖에 없다.

이렇듯 모순 또는 흠결된 수많은 법규정들의 문제점은 부분적으로나마 판례에 의하여 보충되어야 했지만, 이것이 과연 본질적인 해결책인가에 대한 의문은 오랜 동안 제기되어 왔다. 규범의 내용이 불명확하고 때로는 예측 불가능하다는 것은 글로벌 경제 하에서 매우 결정적 약점이기 때문이다. 명확하고 예측가능한 규범은 투자를 용이하게 하고, 일자리를 늘이는 데도 도움이 된다. 미래 산업환경에서의 노동법은, 과거와 같은 강행적 노동기준법 체계에서 벗어나, 산업단위의 관행과 자율을 존중하는 노무공급계약법 체계로 재편될 가능성이 크다.

21) BMAS, Weissbuch Arbeiten 4.0, S.57. 예컨대 가장 큰 고민 중 하나가 바로 자영적 근로형태의 산업재해 위험이다. 이들에 대해서는 자영업이라는 이유로 장시간 노동을 규제할 방법이 없을뿐더러 이를 규제해야 할 필요가 없다고 생각한다. 자영적 근로형태 종사자들은 매우 위험한 업무환경에 놓일 수밖에 없다. 이들에게 발생하는 재해가 사회적 부담으로 귀결될 수 밖에 없다면 이에 대한 사회적 안전망 구축은 불가피하다. 이 역시 가장 대표적인 노동4.0 상의 대응전략이 되어야 한다. 이에 관하여는 근로시간 단축 등의 논의에서 다시 언급하기로 한다.

### 3. ‘근로 장소 및 시간의 자율적 제어주체’로서 근로자

#### (1) 일하는 방식의 ‘규격화’ 탈피

4차 산업혁명에는 스마트워크를 전형으로 하게 된다. 디지털화에 따라 장소나 근로시간에 구애받지 않는 노무제공형태가 늘어날 것이다.<sup>22)</sup> 근로자 사이에, 또는 근로자와 사용자 사이의 ‘초연결성’이 4차 산업혁명의 핵심이기 때문이다. 실제로 노동현장에서는 이미 근로시간 및 근무장소의 경계 완화, 근로시간과 휴식의 경계 모호해 졌다. 근로장소에 관한 한 재택근로, 텔레워크, 멀티태스킹 등 매우 다양한 형태의 노무제공방식이 나타나고 있다.<sup>23)</sup> 근로장소와 근로시간에 관한 유연성에 주목하게 되는 이유다.<sup>24)</sup>

근로장소의 개별화가 급속도로 늘어나게 될 것이다. 재택근무가 가능해짐으로써 굳이 출퇴근 과정을 거치는 것이 부담스러운 근로자들에게 좋은 선택이 될 수 있을 것이다. 결과적으로 근로시간과 근로장소의 유연성은 미래 노동시장의 주요한 변화로 지목될 공산이 크다. 근로시간의 유연화는 특히 근로자의 개별적 역량과 성과 중심의 근로계약관계 변화와 깊은 관련성을 가진다. 사용자가 근로자의 업무 수행 프로세스에 개입하고 지배하는 것도 중요하지만, 그 업무의 속성 상 과업에 대한 평가로 갈음하는 것이 간편할 수도 있다. 나아가 업무의 수행 공간이 반드시 직장이라는 하나의 공간적 연결성을 전제로 할 필요 없어질 것이다.

#### (2) 초연결 원격 근로와 노동법적 대응 체계

##### 1) 노무제공 장소의 안전성 확보

원격 근로에 따른 일자리의 변화는 근로시간모형의 장단점은 노동생활의 여러 방면에서 여전히 논쟁 중이다. 2006년 연구 결과에 따르면 근로자의 76%는 사무실에서의 근로 보다 원격 근로의 경우에 더 성과가 높아질 수 있다고 보았다. 그런데 사용자의 61%만이 근로자의 생산성에 대한 신뢰를 보였다.

독일의 경우, 다른 외부회사(수급회사)의 건물 내부나 기타 설비구조체 내에서 온라인을 통해 근로를 제공하는 경우를 온라인 원격근로라고 한다. 이러한 근로형태는 출장 자문인력을 예로 들 수 있다. 원격센터형 근로의 경우는 근로자가 자신의 주거지나 거주지 근처에 소재하고 있는 원격센터공간(Telecentern)에서 근로를 제공하는 것을 말한다. 이러한 원격센터에서의 근로를 위해서는 초고속네트워크가 구축되어 있어야 하는 등 일련의 설비 구축이 필수적이다.<sup>25)</sup>

22) KassKomm/Seewald SGB IV § 7 Rn. 108-111, beck-online.

23) 이에 대해 자세히는 Collardin, Aktuelle Rechtsfragen der Telearbeit, 1995. 참고

24) 종전에도 원격근로(Telearbeit)나 외근근로자(Aussendienst)에 관한 논의가 있어 왔다. 공간적 구속이나 시간적 구속은 가장 전형적인 종속적 노동의 징표라고 할 수 있다는 점에서 이례적인 것으로 보았고(BAG 15.3.1978 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 26), 또 그 업무의 속성상 불가피한 경우에 예외적으로 인정되는 것으로 보았다. 이에 대해 자세히는 ErfK/Koch BetrVG § 5 Rn. 11, beck-online 참고.

원격근로형태가 보편적으로 보급되기 위해서는 그 근로제공 당사자들에게 요구되는 많은 사항들이 있다. 우선 적절한 공간이 마련되어 있어야 한다. 이러한 공간에는 노무제공자 자신이 비용을 부담하거나 사용자가 제공한 설비와 장비가 마련되어야 한다. 이때 산업재해예방과 작업 공간의 안전성의 관점에서 다양한 법적 요건이 충족될 수 있어야 함은 물론이다.<sup>25)</sup>

## 2) 노사 간의 신뢰

원격근로가 출퇴근 시간 절약이나 일가정 양립 등 장점에도 불구하고, 다양한 위험과 부담도 발생할 수 있다. 요컨대 근로와 가정양육이 상호 혼재되어, 근로능률도 저하되고 가정양육도 어려워지는 문제가 발생할 수 있다. 사용자는 그에 반해 결과지향적 근로를 지향하게 된다. 결국 근로자와의 강력한 신뢰를 바탕으로 한 업무수행성과 목표에 대한 합의가 가장 중요한 요소로 평가받게 된다.

### (3) 근로시간의 유연성과 근로자의 제어권

#### 1) 근로시간 도그마의 전통

현행 근로기준법 제50조 이하에서 근로시간에 관한 규제를 명문화해 놓고 있다. 1일 8시간, 1주 40시간은 법정 근로시간이다. 노동법에 있어 근로시간규제는 하나의 도그마다. 그만큼 근로시간에 관한 한 현행 노동법 체계는 매우 경직적이다. 근로기준법이 업종이나 업무에 관계없이 획일적인 근로시간 규제로서 작동하고 있다. 현행 근로시간 도그마는 미래지향적이지 아니라 과거지향적이라고 평가할 수 있다. 그 이유는 단순하다. 단순업무를 수행하면 근로시간에 비례한 성과를 가져 오게 되므로, 근로시간에 비례하여 임금이 지급되는 식이다. 이것이 바로 <근로시간 도그마>다.

#### 2) 근로시간 도그마의 한계

과거 산업화단계의 제조업 종사자에 맞춘 규제로서 산업 4.0시대에는 맞지 않는 규제이다.

4차 산업혁명의 시대에 얼마나 많은 근로시간 동안 일을 했는가 하는 계량적 지표는 더 이상 무의미하게 된다. 얼마나 많은 성과를 가져왔는지, 얼마나 획기적인 성과를 창출했는지와 같이 성과의 양과 질에 따른 일자리 평가가 중요하게 될 것이다. 4차 산업혁명은 기존 근로시간 법제도체계의 경직성과 조화될 수 없다. 합리적인 근로시간 유연화에 법제도 개혁의 초점이 맞춰 질 것이다.

---

25) Wedde, Aktuelle Rechtsfragen der Telearbeit, NJW 1999, S.527 ff. 참고.

26) Wedde, Aktuelle Rechtsfragen der Telearbeit, NJW 1999, S.532 ff. 참고.



그렇다면 현재와 같은 근로시간 비례형 임금산정방식은 유효할 수 없다. 나아가 근로시간의 유연화 필요성은 야간근로나 연장근로에 대한 가산임금체계와도 어울리지 않는다. 근로자가 스스로 최적의 근로시간과 근로 양을 결정하는 구조라면, 획일적이고 경직된 가산임금체계는 설득력을 가질 수 없기 때문이다. 일일이 근로시간을 산정하여 임금을 지급하는 번거로움은 노사 모두에게 불필요한 규제로 다가올 뿐이다. 오히려 자신의 성과를 통해 임금을 지급받게 되면 형평이라는 관점에서도 근로자를 만족시킬 수 있고, 생산성이라는 관점에 사용자를 만족시킬 수 있게 될 것이다.

### 3) 노사의 공동 이익을 지향하는 근로시간 규율체계 구축

근로시간이야말로 노동시장의 유연성이라는 관점에서 가장 큰 변화를 겪게 될 규율 영역으로 평가된다. 이것은 단지 사용자의 경영 필요성이나 경기 변동성에 따른 필요성만을 의미하는 것은 아니다. 근로자 개인의 요구에도 부합하는 측면이 있기 때문이다. 근로시간이라는 관점에서 가장 효율적이면서도 근로자의 요구를 반영하는 근로시간모형을 노사가 구축하여야 할 필요가 있다.<sup>27)</sup>

향후 근로시간에 관한 논의는 그 동안 근로시간 단축 등 양적 감소의 측면에서만 조망해왔다. 그러나 이러한 논의 방향은 업그레이드될 필요가 있다. 단지 근로시간의 단축만이 아니라 근로시간에 관한 주도권을 사용자만에 둘 것이 아니라, 근로자와 사용자가 협의하는 구조를 지향하여야 하기 때문이다.

#### (4) 미래 근로시간 규제의 대안으로서 ‘근로시간 선택권’

개별 노동자가 근로시간을 스스로 자율적으로 결정하고자 하는 욕구가 증가하고 있음에 주목하여야 한다. 노동 시간의 자율성은 기업들의 인재상이나 역량평가 기준 그리고 기업운영의 문화와 떼려야 뗄 수 없는 관계에 있을 것이다. 이와 관련하여 독일 노동4.0 백서는 ‘노동시간 선택법(Wahlarbeitszeitgesetz)’<sup>28)</sup>을 대안으로 제시하고 있다. 이를 통해 근로자로 하여금 노동시간과 장소를 선택함에 있어서 보다 넓은 선택권을 제공할 필요가 있다고 보았다.<sup>28)</sup>

#### 1) 근로시간 단축 청구권 제도

독일 단기법 제8조에서는 상시 15명 이상을 고용하고 있는 사업장<sup>29)</sup>에서 일하고 있는 근로자가 최소한 6개월 이상 근로관계를 계속하고 있는 경우에 근로시간단축을 요구할 수 있도록 하고 있다(독일 단기법 제8조 제1항 및 제7항). 이때 근로자의 근로시간 단축 요구는 근로자가 사용자와의 상담시간을 가지면서, 특정한 시간대에 근로가 어렵거나, 그 시간대 근로

27) Schaub/Vogelsang, ArbRHandb, 16.Aufl., 2015, §160 Rn. 19 ff.

28) BMAS, Weissbuch Arbeiten 4.0, S.78.

29) 직업교육 중인 근로자는 근로자 수 산정에서 제외된다.

가 특별히 선호되는 상황을 밝히는 것으로도 충분하다.<sup>30)</sup> 다만 이러한 근로시간 단축이 실행되는 경우, 해당 근로자의 임금이 그에 비례하여 감소될 수 있는 것은 물론이다.<sup>31)</sup>

근로시간 단축을 근로자가 요구하면, 사용자는 경영상의 합리적 이유가 없는 한 근로자의 근로시간단축 요구에 응하여야 한다. 그리고 근로하고자 하는 시간대의 요구에 대하여도 이를 수락하여야 한다. 근로자의 근로시간 단축요구권에 응하지 아니할 수 있는 경영상의 합리적 이유란, 근로시간의 단축이 사업장 내 조직이나 작업과정, 안전 등을 본질적으로 침해하여 이를 해소하는 데 많은 비용이 들게 되는 위험이 있는 경우에 인정된다. 단체협약으로 근로시간 단축의 거부사유를 정할 수 있다.<sup>32)</sup>

## 2) 가족돌봄을 위한 단시간 근로

특별한 사유 즉, 가정 내 친지관계에 있는 자의 돌봄이 필요한 경우, 별도의 법을 두어 근로시간을 단축할 수 있다. 단축된 근로시간은 최소한 1주 15시간이어야 한다(Gesetz über die Familienpflegezeit: FPfZG 제2조 제1항). 이러한 근로시간 단축이 있더라도 사용자는 최대 24개월 동안 임금을 추가로 지원받게 된다.<sup>33)</sup>

## 3) 고령 근로자에 대한 단시간 근로

독일의 경우 55세 이상인 근로자에 대해, 만약 그 근로자가 근로시간을 2분의 1이상 단축하는 경우, 사용자는 근로시간단축으로 줄어든 임금액의 최소한 20%에 해당하는 금액을 근

30) BAG 23. 11. 2004, 9AZR644/03.

31) BAG v. 17. 5. 2000 - AP BAT § 34 Nr. 8. 우선 근로자는 단축하고자 하는 근로시간의 범위(양), 예컨대 ‘4시간 단축’ 등을 근로시간 단축을 요구하는 시점으로부터 3개월 이전에 명확히 하여 사용자에게 요구하여야 한다. 이 경우 근로자는 본인이 희망하는 근로시간의 분배(‘오전’ 또는 ‘오후’)에 대하여도 명확히 하여야 한다(독일 단기법 제8조 제2항). 사용자는 근로시간 단축을 요구하는 근로자와 충분히 협의하여야 할 의무가 있으며, 나아가 근로시간의 배분에 관한 노사 간 합의도 필요하다(독일 단기법 제8조 제3항).

32) 단체협약으로 근로시간 단축의 거부사유를 정할 수 있다. 단체협약의 적용범위 내에 있는 단체협약의 적용을 받지 않는 사용자와 근로자는 근로자계약으로 거부사유를 정한 단체협약을 별도로 적용하기로 합의할 수 있다(독일 단기법 제8조 제4항). 사용자는 근로시간의 단축과 그 배분에 대한 결정을 적어도 근로자가 근로시간 단축을 희망한 날로부터 1개월 이전에 서면으로 이를 근로자에게 통지하여야 한다. 사용자와 근로자가 근로시간의 단축에 관한 제3항 제1문에 따른 합의를 도출하지 못하였고, 또한 사용자가 근로자가 희망한 근로단축 개시일 1개월 전에 서면으로 근로시간 단축을 거부하지 아니한 경우에 근로시간은 근로자가 희망한 범위로 단축된다(독일 단기법 제8조 제5항). 사용자가 근로시간 단축에 동의하였거나 정당한 이유로 이를 거절하는 경우에, 근로자는 적어도 그 후 2년이 도과된 이후에만 다시금 새롭게 근로시간의 단축을 요구할 수 있다(독일 단기법 제8조 제6항).

33) 임금추가지원금은 가족돌봄을 위한 단시간 근로로 단축된 근로시간에 대해 시간당 평균임금의 절반에 해당하는 금액을 월급여에 추가하여 지급하게 된다(FPfZG 제3조 제1항 1. b) 호). 이러한 사항에 대해 사용자가 다음 각 호의 사항이 포함된 제2조 제1항에 따른 가족돌봄을 위한 사용자와 취업자 사이에 서면합의를 하여야 한다. 이때 서면에는 이전의 근로시간 및 가족돌봄을 위해 축소하게 되는 근로시간, 돌봄을 받는 자의 성명, 출생일, 주소 및 가족관계, 가족돌봄 근로시간 단축 기간이 종료되면, 종전의 1주 근로시간으로 복귀한다는 내용이 기재되어야 한다. 나아가 사용자는 가족돌봄단시간근로기간 및 가족돌봄단시간근로 이후 근로시간 정산 기간 동안 고용관계를 해지하여서는 안된다. 특별한 경우에 한하여 예외적으로 사용자는 해당 근로자를 해지할 수 있을 뿐이다. 이때에도 해지허용 여부는 산업안전보호를 관할하는 연방주의 최상급 관청 또는 이에 의해 정해진 기관에 의해 행해지도록 한다.

로자에게 추가로 지급하도록 하고 있다.

## (5) 시사점 및 소결

현행 노동법 체계에서 근로형태는 매우 정형화되어 있다. 이른바 주40시간 1일 8시간이라는 기준 근로시간제를 두고, 그 이외의 다원화된 근로시간 활용 가능성이 봉쇄되어 온 측면이 있다. 근로시간에 관한 미래지향적 노동법규제의 방향은 (i) 근로시간의 ‘양적’ 결정에 근로자의 요구를 반영하여야 한다는 것이다. 이를 위한 노사 양 당사자의 자율적 합의의 틀과 입법기술적 보완이 필요하다.

판단컨대 노동4.0 시대에 있어 근로시간에 관한 규율은 근로자에게 근로시간에 관한 선도적 주도권을 보장하는 데 있다고 본다. 근로시간의 양이나 근로시점(야간, 휴일 등)에 관한 규격적 규제논쟁에 그쳐서는 안된다. 아직 우리의 근로시간 제도 체계가 매우 구시대적이어서, 노동4.0을 논하기에 앞서, 현대적 근로시간 제도 체계 정착도 이루어지지 않은 셈이다.

근로시간에 관한 양적 선택권을 확대함으로써, 유연한 근로조직 체계를 구축하는 것이 필요하다. 더불어 근로시간에 비례한 임금모형에서 벗어나서, 성과중심의 임금체계를 보편화하는 노력이 병행되어야 한다. 자영업자나 자영적 노무제공자의 무리한 업무 시간을 규제하는 차원에서 점포 운영시간을 규제하는 방식의 노동법적 보호장치도 고려해볼 만하다.

## VI. 근로자 참여제도 활성화를 위한 노동법제도체계 변화

### 1. 착취와 쟁취의 프레임 극복: 집단적 노사관계법 체계의 변화

노동법은 전통적으로 사용자를 규제하고 근로자를 보호하는 규범체계로 알려져 있다. 그래서 노동법의 중핵적 부분은 근로계약관계의 양 당사자 중 사회적 약자인 근로자를 보호함으로써, 계약관계상의 비대등성을 교정하는 데 있었다.<sup>34)</sup> 전통적으로 노동조합과 사용자 간의 관계프레임은 <착취와 쟁취>로 요약될 수 있었다. 사용자는 근로자의 노동력을 착취하고, 노동조합은 이에 대항하여 이익을 쟁취해 내야 했다. 단체교섭질서는 이렇듯 대립적이며 경쟁력 관계를 기반으로 한다. 이러한 논의에는 그 중요한 전제가 깔려 있다. 바로 기업의 지속적인 성장이다. 그리고 산업혁명 초기 이래가 기업은 성장일변도였던 것도 사실이다. 그러나 현재는 다르다. 앞으로 4차 산업혁명이 도래하면 기업의 경기변동에 따른 불확실성은 더 높아질 것이 확실하다. 따라서 착취와 쟁취의 프레임은 유지되기 어렵다.

34) 박제성/박지순/박은정, 『기업집단과 노동법』, 2007, 69, 83면

과거 전통적인 대공장 체계 하에서 발전해 온 집단적 노사관계는 노동조합조직을 중심으로 한 것이었다. 노동조합과 사용자 간의 교섭질서를 배경으로 하여, 단체협약과 부당노동행위 그리고 쟁의행위와 조정제도로 법체계가 정착되었다. 쟁의행위는 쟁취를 위한 수단으로서 기본권화되었는데, 향후에도 이러한 기조가 유지될 수 있을지는 의문이다. 근로자의 근로조건 유지개선이라는 관점에서 보면, 단체교섭질서는 매우 소모적인 요소가 많기 때문이다.

폭력적이고 전투적인 단체교섭질서와 쟁의행위제도에 대한 명확한 법적 규율체계를 정비할 필요가 있으며, 노사자치질서의 확대와 법적 규제의 강화 사이에 합리적 조율이 필요해 보인다.

## 2. 근로자의 파편화와 근로자 연대의 약화

플랫폼을 기반으로 한 미래 노동시장의 변화는 집단적 노사관계에 있어 본질적 변화를 초래할 것이 분명해 보인다. 그 중심에 <근로자의 파편화>가 있다. 과거와 같은 대공장 체계의 노동 양태는 급격하게 줄어 들면서 근로자 연대의 오랜 이념적 전통은 약화될 가능성이 크다. 노동조합의 조직체계와 운영원리에 대한 법제도 개편 필요성이 대두되는 이유다.

노동조합은 근로자들의 연대조직체이다. 이러한 근로자 연대 체제는 두 가지 근로관계 속성을 기반으로 한다.

첫 번째는 근로조건 균질성이다. 근로자들마다 개별적인 근로조건 차이가 미세하게 존재하겠지만, 기본적인 프레임은 동일하다는 것이 전제되어 있었다. 임금체계를 호봉제로 할 것인지 성과급으로 할 것인지 그리고 성과 평가가 호봉 단위에서의 근로조건 내용을 어떻게 정할 것인지와 관련하여 근로자들마다 이해관계를 같이 하였다. 이것이 바로 <근로조건 통일성 (또는 연대성) 원칙>이다. 이러한 근로조건 연대성의 원칙은 근로자 연대의 전제요건인 셈이었다.

두 번째는 근로자의 공간적 동일성이다. 노동조합은 근로자 연대체로서 단결권 강화를 위한 내부 활동이 필요하다. 이를 통해 노동조합의 의사가 통일적으로 형성되고, 그 의사의 관철을 위한 활동계획도 일사분란하게 수립할 수 있었다.<sup>35)</sup>

4차 산업혁명은 개별 근로자들의 역량과 개성 그리고 창의성에 바탕하게 된다. 근로자들마다 고유한 성과를 도출하게 될 것이다. 이는 우선 근로조건 연대성 또는 근로조건 통일성에 부합될 수 없다는 점에 유의할 필요가 있다. 개별 근로자마다 고유한 개별적 근로조건 결정 메커니즘을 구축하게 될 개연성이 높기 때문이다. 나아가 플랫폼취업자 중에는 근로자 외에도<sup>36)</sup> 특수고용형태종사자나 위탁사업주의 사업조직에 편입되지 않고 그의 지휘명령

35) Krause, Rüdiger(2016), 『Digitalisierung der Arbeitswelt』, Gutachten B zum 71. Deutschen Juristentag, C.H.Beck, p.81.

36) Uber운전자의 근로자성에 대해서는 박지순, 산업4.0과 노동법 및 사회법의 과제, 노동의 미래: 자영노동?, 전 북대 노동사회법센터 학술세미나 발표자료, 2016.12.28.

없이 자유롭게 노무를 제공하는 형태가 될 가능성이 크다. 다른 한편 재택 근무 등 근로장소 공간의 유연성도 4차 산업혁명으로 인해 초래될 변화이다. 이는 개별 근로자들 간의 상호 연대를 위한 공간이 사라지거나 축소되는 것을 뜻한다.

### 3. 실용주의적 노사관계로의 변화

글로벌화된 기업경쟁사회에서, 근로자의 고용안정과 근로조건 향상을 위해 필요한 것은 기업 스스로가 경쟁력을 가지는 일이다. 만약 기업이 경쟁력을 상실하면, 아무리 근로자의 근로조건 향상을 위해 노동조합이 노력해도 소용없다. 대립적 노사관계체계는 사용자에게 귀속된 경영이윤을 노동조합 측이 쟁취해 내는 구조를 전제로 한다. 그러나 오늘날 경영이윤은 사용자에게 귀속되는 측면만이 아니라, 기업 그 자체의 생존문제와도 직결되어 있다. 4차 산업혁명의 시대에, 기업의 경쟁력 강화 노력은 단순히 근로자와 사용자 간의 계약적 의무이행 관계로만 바라 볼 수 없다. 오히려 노사가 사업을 중심으로 한 ‘운명공동체’를 형성하고 있고, 이러한 공동운명공동체의 지속적 발전에 모두 참여하고 협력할 수 있도록 해 주어야 한다. 사용자의 잉여이윤을 쟁취하는 구도에서 벗어나, 사업이라는 운명공동체의 구성원으로서 노사가 조직의 일원으로서 기업의 발전에 기여할 수 있도록 해야 한다. 이른바 ‘실용적’ 노사관계체계를 지원할 수 있는 법체계의 개편이 요구된다.

### 4. 노사 참여 및 대화 체계의 구축

#### (1) 근로자대표제도체계의 구축 필요성

대다수의 산업국가에 있어 노동조합 조직율은 그리 높지 않다. 절대 다수인 이른바 비조직 근로자의 의사를 표명할 수 있는 제도적 창구가 없는 셈이다. 근로자 측의 의견을 결집할 수 있는 소위 근로자대표체계의 구축이 시급한 이유다. 근로자대표체계의 구축은 두 가지가 전제되어야 한다. 첫 번째는 근로자 대표의 민주적 정당성을 확보하는 것이고, 두 번째는 그러한 민주적 정당성에 근거하여, 실질적인 권한을 보장하는 일이다. 예를 들어 독일의 경우는 가장 강력한 공동결정권(Mitbestimmung) 외에도 동의거절권(Zustimmungsverweigerung), 이의제기권(Widerspruch)을 가짐으로써 실질적인 참여적 사업장민주주의를 실행하고 있다. 광범위하게 자문권(Beratung)과 협의권(Anhörung) 그리고 통지를 받을 권리(Unterrichtung)도 보장되고 있다.

#### (2) 참여의 범위 확대와 근로자 개념의 변용

향후 사업장 내에는 다양한 고용형태의 노무제공자들이 유기적으로 협력구조를 갖춘 상태에서 생산을 하게 될 것이다. 오늘날 원하청 업무수행공동체 관계를 염두에 두고, - 비록 근

로계약 상 당사자로서 노사는 아니지만, - 원청근로자와 하청근로자 간의 협력도 도모할 수 있는 장으로서 역할을 수행하여야 한다는 주장이 있다.<sup>37)</sup> 실제로 독일의 경우 경영조직법을 개정하면서, 근로자의 개념에 외근근로자와 재택근로자를 포함시켰다. 나아가 공공기관은 물론이고 사기업에 종사중인 교육훈련생까지도 근로자의 개념에 포섭시켰다. 외부에서 투입된 소위 파견근로자에 대해서도 종업원평의회 구성을 위한 피선거권을 부여하고, 또한 사업장협의회 위원 규모 설정에 있어서도 기준 근로자 수에 포함시키고 있다. 그렇다고 하여 독일 경영조직법 상 자영업자나 독립도급노무자<sup>38)</sup> 그리고 사용자회사 내의 파견근로자가 곧 경영조직법 상 근로자라는 의미는 아니다. 경영조직법 상 근로자의 개념은 근로계약 당사자로서의 지위와 반드시 연계되어야 하는 것은 아니다.<sup>39)</sup> 과도기적으로 우리의 경우도 외부 근로자나 자영적 노무제공자에 대한 연대적 근로자대표제 포섭이 필요하며, 이를 위한 법이론적 방법론으로서 독일의 경영조직법을 염두에 둘 필요도 있어 보인다.

### (3) 직업 능력 교육 체계의 구축

미래 노동시장 제도 체계에서 근로자의 참여를 위한 근로자대표제 구축이 요구되는 이유는 단지 사업장 내 민주주의만에 그치지 않는다. 오히려 더 중요한 것은 ‘직업교육체계’의 재편에 있다. 디지털기술의 발전에 따라 적절한 직업훈련과 직업능력개발훈련은 불가피하다. 기업경쟁력을 위해서다.<sup>40)</sup> 신기술 도입과 직무능력 재습득 등 일련의 결정과 절차는 매우 중요한 기업의사결정사항이 될 것이다. 이때 기업결정의 실효성을 높이기 위한 장치로서 근로자대표제도는 매우 중요한 의미를 가질 것으로 기대된다. 근로자대표와 사용자 간의 진지한 토론과 합의를 도출하는 과정이 필요하다.<sup>41)</sup>

## VII. 결론

1. 향후 우리나라에서의 한국형 노동4.0의 정책적 방향성을 명확하게 보여주고 있다고 본다. 특히 제조업과 서비스업의 비중이 큰 우리나라에서 4차 산업혁명으로 직명하게 될 일차리의 변화는 사실 예측 불허다. 독일 노동4.0에서 보듯이 4차 산업혁명에 즈음한 노동법적

37) Hamman, *Fremdpersonal im Unternehmen*, 2. Aufl., 2003, S.85. 같은 취지로 권혁,

38) BAG, NZA 2005, S. 240 = AP Nr. AP 1972 § 8 zu § 9 BetrVG 1972; zur Abgrenzung vgl. BAG, DB 2007, S.1595.

39) Trümmer, in: Däubler/Kittner/Klebe, *Betriebsverfassungsgesetz*, 11. Auflage 2008, § 5 Rn. 26.

40) Günther, Jens/Böglmüller, Matthias(2015), “Arbeitsrecht 4.0 - Arbeitsrechtliche Herausforderungen in der vierten industriellen Revolution”, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, p.1031.

41) Krause, Rüdiger(2016), 『Digitalisierung der Arbeitswelt』, Gutachten B zum 71. Deutschen Juristentag, C.H.Beck, p.87.

제도개편은 일자리의 변화에 대한 소극적 대응이라기보다는 좋은 일자리를 만들어가기 위한 적극적 선제조치라고 할 수 있다. 우리의 노동법제도 개편 논의도 마찬가지여야 한다. 산업혁명이 일자리에 미칠 영향을 이른바 ‘좋은 노동’이 되도록 선도적인 노동법 제도 개편에 나서야 한다.

## 2. 노동4.0 시대의 근로자상은 두 가지다.

첫 번째는 ‘창의적 지식 업무의 수행자’다. 시키는 대로만 하는 ‘기계적’ 노동은 기계가 당연히 대체할 수밖에 없다. 종속적 노동을 개념 매개로 하는 근대적 노동법 체계에 근본적인 변화가 예상되는 이유다. 마땅히 창의적 지식 업무 수행자로서의 ‘근로자’ 개념을 새로이 만들고, 사회적 보호체계로서 노동법의 개편이 필요하다.

두 번째는 ‘노무제공 플랜을 스스로 수립하는 근로자’다. 노무관리 차원에서 규격화된 생산과 노동의 제공으로 표현되는 근대적 근로자상은 더 이상 유효하지 않다. 이는 곧 근로시간에 관한 주도권을 근로자가 보유하게 됨을 의미한다. 자율과 책임은 비례한다. 그만큼 근로자 스스로가 부담해야 할 책임도 커질 것이다. 변화가 불가피하다.

3. 노동4.0시대의 근로자상을 바탕으로 요구되는 노동법 제도의 변화 방향은 간명하다. 우선 유연성이다. 향후 제4차 산업혁명을 필두로 하여 초래될 노동시장의 변화는 유연성에 중점을 둘 가능성이 크다.

(1) 과거 규격화된 출퇴근 시간 등 제반 근로시간제도는 유연성을 바탕으로 하게 될 것이다. 근로시간에 관한 양적 규제도 그 의미가 축소될 가능성이 크다. 예컨대 근로시간 단축청구권의 실효성을 높이는 것은 향후 중요한 정책과제가 될 것이다. 또한 과거 전통적인 근로시간 도그마에 따르면, 근로시간의 산정은 곧 임금의 산정을 의미하는 것이었다. 그러나 근로시간은 양보다 질에 주안점이 놓일 것이다. 성과가 임금을 좌우하게 될 가능성이 크다.

(2) 다만 중요한 것은 노동력의 제공 주체인 근로자의 안전이다. 사회적 안전망의 강화야말로 가장 중요한 노동시장의 변화의 전제조건이다. 요컨대 “안전 없이는 유연성도 없다.”<sup>42)</sup>

4. 집단적 노사관계의 변화도 상당히 커질 것으로 보인다. 전통적인 의미에서 착취와 쟁취의 패러다임이 유지되기는 어려울 것이다. 근로자의 파편화도 대비해야 한다. 근로자들의 연대적 의사소통체계를 마련하는 일도 유념해야 할 대목이다.

5. 결론컨대 노동시장의 변화를 감히 예측하기란 쉽지 않을 듯 싶다. 그러나 노동법의 역할은 변함이 없다. ‘좋은 노동’을 지향하는 일이다. 인간의 노동력에 대한 가치평가는 달라야

---

42) Natürlich ist bei Industrie 4.0 die Flexibilität der Beschäftigten gefordert. Wir brauchen für sie aber auch Sicherheit. Es gibt keine Flexibilität ohne Sicherheit.

하기 때문이다. 종속적 노동을 극복하게 되는 것은 축복일 수도 있다. 그러나 종속적 노동을 벗어나면서 요구되는 새로운 위험을 잘 대비하는 일이야말로 노동법의 입법자가 서둘러야 할 핵심과제이다.



# 「4차 산업혁명시대 노동법 체계 개편에 관한 전망 - 독일 노동4.0을 중심으로 -」에 대한 토론문

김 희 성 교수  
(강원대학교 법학전문대학원)

권혁교수의 발표문에 전적으로 동감한다.

다만, 논의를 좀더 충실하게 하기 위해 질문에 갈음한 내용을 제시하며 권혁 교수님의 의견을 듣고자 한다.

## 1. 플랫폼 노동과 자영적 근로자의 확대와 관련하여

「업무의 창의성이 강조되면, 그 업무의 수행자는 그 만큼 종속성과 몰개성성으로부터 멀어지게 된다. 자신의 고유한 개성과 그에 상응하는 결과를 향유하게 된다. 이러한 경향이 강해져 갈수록 장차 종속적 노동의 제공자로서 근로자들이 - 기존 법제도 체계 하에서 볼 때 - 이른바 자영업자와 유사한 형태의 노무제공자로 점점 진화해 나갈 것이다. 오늘날 전통적인 노동법 체계 하에서 플랫폼 노동이나 기타 자영적 근로형태가 매우 생소한 문제로 다가오는 이유도 실은 여기에 있다.

다만 클라우드에 기반한 사업자들이나 On-Demand 서비스업에 종사하는 경우 종전의 근로자와 달리 그 수입이 고정적이지 않으며, 시스템에의 종속성도 높아지게 된다. 하지만 이러한 시스템은 사용자가 아니다. 일종의 중개인에 불과하다.」

◆ 여기서 이에 관해 설명을 하면 다음과 같음.

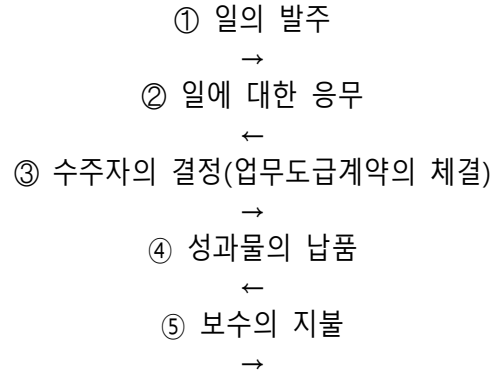
- 인재에 관한 공유경제는 여러 가지가 있지만, 대표적인 두 가지 형태로 클라우드 소싱 및 주문형 노동이 있음. 클라우드 소싱은 플랫폼을 통해 떨어져있는 장소에 있는 일하는 사람(작업자)에게 일을 의뢰하는 구조이며, 주문형 노동은 플랫폼을 통해 일정한 장소에 일하는 사람(작업자)이 와달라고 하는 구조임. 장소에 대한 차이가 인제 활용의 장점과 과제에도 차이가 생김.
- 클라우드 소싱은 한마디로 말하면, 온라인 아웃소싱임. 온라인인 플랫폼에서 기업이 일을 발주하고 서비스 등록자가 일에 응모하며 업무위탁/도급계약을 맺고 성과물을 납품함. 그 동안 일의 주고 받음을 플랫폼 상에서 수행함.

[표]

클라우드소싱사이트운영자  
(중개사업자=플랫폼)

기업(발주자)

불특정다수의 개인등(수주자)



※ 위의 주고받음이 클라우드 소싱 사이트상에서 행해진다.

- 보수의 지불형태는 성과물 납품 후 지불하는 고정보수제와 일(작업)에 걸리는 소요시간에 따라 지불되는 시급제가 있음. 미국에서는 Upwork과 Freelancer, Outsourcely 등의 플랫폼이 알려져 있음.
- 클라우드 소싱 기업 Upwork를 예로 들어 구조를 소개함. 먼저 발주주는 플랫폼에 요금을 예탁함. 사전에 상정비용을 플랫폼에 예탁하여 요금지불이 피해가 없도록 하고 있음. 다음 발주주와 업무를 도급한 일하는 사람(작업자)은 플랫폼의 툴(도구) 위에서 주고 받음을 실시함. 그로 인하여 기록이 남아 나중에 문제가 일어났을 때 발주내용과 계약변경 여부 등을 확인할 수 있도록 되어있음. 세금 납부절차도 플랫폼이 지원하고 있음. Upwork 기업정책으로 「시급 3달러 이하의 프로젝트는 지원하지 않음」을 제시하고 최저발주단가를 컨트롤하는 구조를 도입하고 있음. 또한, 일의 평가가 리뷰형태로 발주주·일하는 사람(작업자) 쌍방에 남아있음. 따라서 신뢰정보가 축적되어 다음 일을 의뢰/위탁하기 쉬워짐.
- 또한 일하는 사람(작업자)에게 직접 일을 위탁하는 형태와 플랫폼에게 일(작업)을 의뢰하고 플랫폼에서 일하는 사람(작업자)에게 일을 재위탁하는 형태가 있음. 클라우드 소싱의 플랫폼은 일의 매칭에 머무르지 않고, 위탁업무를 수행하기 위한 각종 툴(도구)과 지원을 포함한 「장」을 제공하고 있음.
- 이와 같이 다양한 구조가 있어도 생기는 문제도 있음.
  - 고정보수제 지급형태를 선택하고 최저단가로는 도저히 할 수없는 양을 발주함. 신뢰정보를 등록할 것을 반대로 취해 발주자가 과도한 요구를 하거나 중간에 작업내용을 마

음대로 변경하기도 함. 때로는 타당한 이유없이 납품을 거부하고 지급(결제)을 떼어 먹음. 클라우드 소싱은 요금 및 그 수취를 둘러싸고 문제가 생길 수 있음.

- 이러한 불만과 비판은 있어도 미국에서는 클라우드 소싱은 심각한 노동 문제가 없음.
  - 미국의 클라우드 소싱의 발주처는 인도와 필리핀 등 영어가 가능한 외국의 것도 많아 미국의 법률로 규제 할 수 없기 때문임.
  - 또한, 클라우드 소싱에서는 일하는 사람(작업자)들이 떨어져 있기 때문에 조직화하여 목소리를 내기 어렵다는 특성도 있음.
- 주문형(온 디맨드) 노동은 위치 정보를 이용하여 일과 일하는 사람(작업자)을 연결하는 서비스임. 배차서비스 Uber, 쇼핑대행 Instacart, 가사대행 TaskRabbit, 식사배달의 Munchery, 화물배송 Shyp 등이 알려져 있음.
  - Uber를 예로 주문형 노동 서비스의 구조를 봄. Uber 이용자는 휴대 전화 앱(응용 프로그램)에서 목적지를 입력하고 근처에 있는 하이어를 호출. 일하는 사람(작업자)은 비어 있는 시간에 자가용을 이용하여 운전자로 일함. 서비스이용 후 이용자, 운전자는 서로 상대방을 평가함. 그 등급은 다음의 서비스 이용 사용시에 참고가 되기 때문에 높은 평가를 받은 운전자만큼 다음 일을 얻기 쉽고 평가가 낮은 이용자는 다음의 이용을 받는데 어려워짐.
  - 승차요금은 신용카드로 결제되어 이용자와 운전자의 언어가 다른 경우에도 응용 프로그램에 대한 입력 정보와 네비게이션 기능에 의해 원활하게 목적지에 도착할 수 있음. 이처럼 Uber는 다양한 ICT를 결합한 오늘의 서비스이지만, 운전자가 그 자리에 가서 차를 몰아야 한다는 점에서 사람 밖에 할 수없는 서비스임.
  - 같은 공유 경제에도 클라우드 소싱은 ICT에 의해 떨어진 장소 에서 일을 도급하는 서비스인데 반해, 온 디맨드 노동은 위치정보를 이용하여 일하는 사람(작업자)이 필요한 곳에 사람을 파견하는 구조임. 주문형 노동의 플랫폼은 지금도 사람이 없으면 할 수없는 일을 ICT에 의해 효율적으로 매칭하는 역할을 담당하고 있음.
  - 주문형 노동은 일반적으로 일의 내용이나 장소, 요금은 플랫폼이 결정하고, 회수로서 임금을 지불하는 것도 플랫폼임. 따라서 주문형 노동은 클라우드 소싱에서 보여지는 부당하게 값싼 일이나, 요금미납 등의 문제가 일어나기 어려움. 확실하게 요금을 회수할 수 있다는 점을 높이 평가하고 있는 일하는 사람(작업자)도 적지 않음.
- ◆ 「근로자성」의 문제
  - 현재 미국에서는 주문형 노동에 종사하는 사람의 「근로자성」이 문제가 되고 있음. 업무위탁계약이라면 기업은 고용에 따른 최저임금 준수 및 할증임금의 지불이 없고 사회보험 부담을 하지 않아도 됨. 그러므로 본래 고용계약을 체결해야 하는 종속성이 높은

일하는 사람(작업자)에게 업무위탁계약을 체결하는 사태가 일어나고 있음. 일하는 사람(작업자)이 피용자(근로자)로서의 권리를 주장하며, Uber를 상대로 70건 이상의 소송이 일어나고 있음(2016년 8월 시점).<sup>1)</sup> Uber 이외 플랫폼도 비슷한 소송을 안고 있음.

- 이러한 상황에 영향을 받아 미국 노동부는 2015년 근로자성을 더 넓게 긍정할 수 있도록 행정해석을 변경했음.<sup>2)</sup> 이에 따라 음식기사배달서비스의 Sprig 및 화물배송 Shyp 등이 일하는 사람(작업자)의 구분을 근로자로 변경하였음. 일하는 사람(작업자)을 개인도급에서 피용자로 바꾸는 것은 인재확보 및 교육훈련투자의 회수에 연결되므로 플랫폼에 있어서도 메리트가 있음.
- 하지만 플랫폼에 있어 개인도급에서 피용자로의 근로자구분의 변경은 보험료 및 할증 임금 등 비용증가를 의미하고, 사활이 걸린 문제가 될 수도 있음. 실제 샌프란시스코에 본사를 두고 있는 가정용 청소서비스의 Homejoy는 근로자구분에 관한 여러 소송이 제기되었는데, 같은 시기에 Uber에 대해 「피용자로 간주한다」는 판결이 나왔다는 것 등을 보고 2015년 서비스를 폐쇄했음. Homejoy는 파탄까지 400만 달러를 모금, 유럽 등 해외사업의 확대를 시작했던 상응하는 규모의 사업이었음.
- 이를 계기로 투자자는 주문형 노동서비스에 의문을 가지게 되고, 2015년 중반을 기점으로 주문형 노동에 대한 투자는 위축되었음.
- 산업의 여명기에 사전에 모든 문제를 드러내 대책을 강구 할 수 없음. 매번 시시비비에 대한 대책을 강구 해 나갈 수밖에 없음. 하지만 일단 비즈니스 모델을 확립한 후 비즈니스 모델의 근간에 관계되는 재검토는 영향이 지극히 큼. 주문형 노동에 대한 근로자 구분은 그런 종류의 문제임.

## 2. 사회적 요보호 노무제공자에 대한 보호체계로서 노동법 개편과 자영적 노무제공자에 대한 노동법적 보호 필요성과 관련하여

「사회적 보호필요성이 있는 경우에는 적극적인 노동법제도가 작동해야 하고, 사회적 보호필요성이 없는 경우는 과감하게 노동법제도의 개입을 배제하여야 한다. 과거처럼 획일적 근로자개념을 두고, 구체적 사회보호필요성을 고려하지 않는 방식은 지양되어야 한다. 구체적 정당성을 고민해야 한다.」

◆ 이에 관해 논의를 진척시키면 다음과 같음

### (1) 자영적 취업자(노무제공자)(노무제공자)와 요보호성

1) CNN(2016) "Uber's never-ending stream of lawsuits", M.Kendal(2016) "Uber battling more than 70 lawsuits in federal courts" The Mercury News

2) U.S Department of Labor, Administrator's Interpretation No. 2015-1(2015).

- 클라우드 워커 및 개인 기업은 "산업 사회에서" 노동력을 대량으로 투입하여 생산을 한다는 과거의 노동집약적 생산방식에서 생산을 담당하는 것이 개개인이 되는 지식 집약적이고 노동분산형 생산 방식의 상징하는 사건임.
- 이제는 생산을 담당하는 주체가 되는 것은 생산에 필요한 정보, 지식을 입수하여 활용할 수 있는 능력을 가진 사람임. 이러한 사람의 일하는 방식은 제1차 산업 혁명시에 보였던 "공장"이라는 물리적 공간에 시간적으로도 구속된 직접적인 지휘 명령을 받아 근무하고 일하는 인적 종속성은 더 이상 보이지 않는 노동에 의하여 가치가 지휘 명령 하에의 취업이 아니라 개인의 지식 활동을 중심으로 만들어져 가면 인적 종속성은 적은 자영업으로 (비종속적 독립적인) 취업이 주류가 되는 것은 필연적임.
- 이러한 자영업으로의 취업은 개인적으로 할 수 있다(*independent contractor*)가 그것뿐만 아니라 창업(起業)하고 법인화 해 나갈 수 있는 경우도 있음. 기업은 자립적인 개인의 집합이라는 성격을 질게 갖고, 예를 들어 클라우드 소싱등도 활용하면서 특정 프로젝트를 수행해 나가는 스타일이 취해지게 됨. 그렇게 되면 역시 중심이되는 업무 방식은 자영업으로 취업임.

## (2) 자영적 취업(노무제공)에 대한 정책적 개입의 필요성

- 그렇다면 구체적으로 어떤 정책 수단을 취할 수 있을까? 적어도 지금까지 노동법의 규제 방법의 연장선상에서 생각하는 것은 적절하지 않음.
- 특히 자영적 취업자(노무제공자)의 거래는 노동법에 의한 개입이 없는 상황임을 감안할 때, 향후 이 일하는 방식이 좋은(양호한) 취업 기회가 될 수 있게 하기 위해서는 시장 환경을 정비하는 정책이 필요. 특히 중요한 것이 계약의 적정화임. 이것은 내부 노동 시장 (조직) 내에서의 노동의 거래(지휘명령에 의한 노동력의 배치)를 규제하여 종속 근로자를 보호하는 것을 목적으로 한 종래의 노동법과 유사한 것일 것 같지만, 그 이념과 규제의 방향성은 크게 다름. 자영적 취업에 대해서는 개개인이 자립한 거래에 의해 직업을 수행하고 있는 것을 정부가 직접 서포트하는 것에 주안점이 있기 때문임.
- 자영적 취업자(노무제공자)의 거래는 시장거래인 이상 기본적으로 계약자유 원칙이 적용됨. 노동법은 종속성이라는 요보호성을 근거지우는 개념을 만들어 계약자유를 수정하는 법원리를 확립하였는데, 자영적 취업자(노무제공자)의 일하는 방식은 종속성이 내재되어 있는 것은 아니므로 계약자유원칙에 입각하는 것이 필요함. 요컨대 노동기준법등과 같이 노동조건 내용에 직접적으로 개입하는 규제는 적절하지 않음.
- 그렇다고 해서 계약자유 원칙도 절대적인 것은 아니고, 요컨대 계약당사자간의 실질적인 비대등성이 계약자유 원칙을 수정하는 원리로 되는 것은 노동계약 이외의 계약론에서도 인정되는 것임.

- 현재 취업자의 9할 이상은 고용근로자임. 고용근로자는 노동법이 적용된다. 때문에 일하는 것에 보호가 있다는 것이 상식임.
- 이러한 관점에서는 자영적 취업은 어딘지 모르게 의심스러운 일하는 방식으로 그러니까 클라우드 워크, Uber에서의 자영운전기사등도 엄격한 시선이 던져지고 있음. 자영적 취업은 고용은 없는 것인데 기업이 직접고용을 하지 않는 노동력을 활용한다는 점에서 전통적인 노동법학이 비판의 대상으로 하고 있는 간접고용(특히 근로자파견)과의 공통성이 있음.
- 특히 자영적 취업이라는 형식을 취한다는 데서 실태에서 인적 종속관계(사용종속성)이 있는 위장자영업자에게는 문제가 됨. 예를 들어 계약형식만 고용계약에서 업무위탁계약으로 변경하고 취업실태는 종전과 같이 일하는 방식은 자영적 취업의 남용임. 기업에서의 일하는 방식의 중심이 고용인 시대에 기업이 감히 자영적 취업을 활용할 때에는 이러한 남용의 위험이 있는가를 체크하는 것이 종속노동론을 기초로 한 노동법학의 사명이었음.
- 그러나 ICT의 발달 등에 의해 자영적 취업이 기술적으로 가능하게 되고 또한 인공지능 등의 발달에 의해 자유로운 지적 창조적인 일하는 방식이 요구되면 노동법에 의한 보호와 규제가 필연적으로 수반하는 고용은 반드시 생산성에 직결되지 않는 일하는 방식으로 됨. 기업이 자영적 취업을 활용하는 것에는 충분한 경제적 합리성이 있기 때문임. 노동법학에서도 자영적 취업에 대한 견해도 바뀌어져야 함.
- 물론 자영적 취업은 인적 종속성이 없는 일하는 방식이므로 어느 것도 문제가 없다고 할 수는 없음. 인적 종속성이 없어도 경제적 종속성이 있다면 거기에서 요보호성이 인정됨. 경제적 종속성은 뭐가 본인의 기능부족때문인 것은 아니라 어느 특정기업의 사업수행체제에 계속적으로 편입되고 있는 경우에 생김.
- 그러나 문제는 거기에 그치는 것은 아님. 설령 경제적 종속성이 없어도 자영적 취업이 그 본래의 자립성을 활용한 양호한 취업기회로 되기 위해서는 자조를 서포트하기 위한 시장환경의 정비와 그에 적합한 공조로서의 사회적 안정망이 필요함.
- 자영적 취업자의 안전망의 하나는 경제적 약자에 빠지지 않는 기능을 습득하고 이상은 그 기능을 활용하는 적합한 직업을 찾아서 행복한 직업인생을 보낼 수 있는 서포트체제가 있는 것임.
- 특히 인적 종속성이 희박하고 종속노동인가 자영적취업인가의 경계선이 불분명한 오늘날 공평을 위해서도 근로자인가의 연부에 관계없이 국민 개개인이 직면한 중요한 소득상실리스크에 대해 포괄적이고 종합적인 소득보장을 구상하는 제도설계(생활보장제도도

시야에 넣어)도 필요함.

- 한편으로 이러한 것들은 인간노동이 감소하고 있는 시대(노동감소시대)가 도래하고 있는 것도 고려해야 함. 요컨대 인공지능이 발전하여 인간의 노동이 대체되고 있는 것 인간이 노동을 통해 수입을 얻을 기회가 감소되어 생활을 위한 수단이 박탈되고 있음. 이렇게 되면 소비가 감소하여 경제가 잘 돌아갈 수 없게 될 것임.
- 이러한 사태를 피하기 위해서는 부가 사회안에 잘 재분배되어야 할 필요가 있음. 예를 들어 국민에 대해 수입에 관계없이 일정한 소득보장을 하는 기본소득(Basic Income)이 유력한 정책으로서 검토되어야 함(기본소득이 근로의욕을 감퇴시킨다는 비판은 노동감소시대에는 적합하지 않기 때문임).
- 동시에 새로운 산업에서 산출된 부는 그 이용에 성공한 일부 사람에게 과잉으로 모이는 문제에 대한 대처도 필요함. 예를 들어 플랫폼의 구축에 섰던 특정기업(Amazon, Google 등)과 그 경영자에게 너무 많은 부가 모이는 현상은 이미 현실로 일어나고 있음(스톡 옵션에 의해 경영자가 막대한 자산을 얻는 예가 적지 않다). 신기술을 활용한 부가 사회에서 공평하게 분배되지 않는 사태도 역시 경제적 격차의 문제로서 정부의 대처가 필요함.
- 이처럼 노동감소시대에서는 사회안정을 도모하기 위해 사회보장제도와 세제를 활용한 부의 재분배정책의 중요성이 갈수록 높아질 것임.

### 3. 노사 참여 및 대화 체계의 구축과 관련하여

「과도기적으로 우리의 경우도 외부 근로자나 자영적 노무제공자에 대한 연대적 근로자대표제 포섭이 필요하며. 이를 위한 법이론적 방법론으로서 독일의 경영조직법을 염두에 둘 필요도 있어 보인다.」

#### ◆ 새로운 연대체계의 구축

- 자영적 취업은 자율적인 일하는 방식임. 사회안정망의 존재방식을 고려한 위에도 기본적으로는 개인이 경제적으로 자립하여 약자로 되지 않도록 하는 자조를 위한 서포트가 중심이 되어야 함. 다만, 그렇기 때문에 새로운 연대의 기반이 필요하다고 할 수 있음. 이것이 공조임.
- 종래의 정규직원제도하에서 기업이라는 조직에 귀속하는 자가 기업별조합을 만들어 특권적인 보장을 확보하는 구조는 약화되어갈 것임. 기업 외에서의 새로운 귀속과 연대의 기반이 필요하게 된 것임. 그 하나의 가능성이 동업자가 그 직업을 중심으로 단결하는 것임.

- 다만 자영적 취업자의 단체가 공정거래법상의 사업자단체로 간주된다면 공정거래법의 규제를 받을 가능성도 있음. 이 점이 노동조합과 다름.
- 자영적 취업자의 사업자로서의 단체의 성격은 이론적으로는 어려운 문제인데, 노동조합과의 유사성을 근거로 한 검토가 필요할 것임. 다만, 동업자단체가 일찍이 길드로 불리워진 노동법의 탄생전야, 개인의 직업활동에 억압적으로 기능한 것은 잊을 수는 없음. 이러한 자영적 취업자의 직업단체는 신분적인 구속관계를 만들어내는 것은 아니어야 함. 또한 노동조합이 집단우위의 사상과 조직의 논리로 개별 조합원에게 억압적으로 되기 쉬운 것(조합이 탈퇴하거나 제명된 조합원은 해고할 것을 기업에 의무지우는 유니온 슝협정은 그 전형적인 예이다)도 반성해야 함. 공조는 자율적인 개인의 주체적인 연대이어야 함.