

# 헌법이 말하는 노동권을 찾아서

19대 국회 시작과 함께 헌법상 노동권의 현재적 의미를 검토함으로써,  
대한민국 헌법이 의미하는 노동권의 본래의 의미를 복원하고, 한국사회 노동자들의  
권리 찾기에 한 걸음 나아가고자 합니다.

주 최



MINBYUN-Lawyers for a Democratic Society  
민주사회를 위한 변호사모임



국회의원 은수미



# 목 차

---

## 〈발 제〉

노동권의 의의와 과제 03

- 강성태 교수 (한양대학교 법학전문대학원)

별첨자료 15

## 〈토 론〉

헌법상 노동권에 대하여 45

- 권영국 변호사 (민주사회를 위한 변호사 모임)

유럽에서의 노동권이 갖는 의미와 법제도에의 영향 52

- 심재진 교수 (대구대학교 법학부)

노동하는 인간의 노동인권적 언어를 되찾기 58

- 박주영 노무사(노동인권실현을 위한 노무사 모임)



# 발 제

- 노동권의 의의와 과제
  - 강성태 교수 (한양대학교 법학전문대학원)
- 별첨자료



( )

*Quare silites juristae in munero vestro?!*  
 , ?

### 1. 노동권의 성격

- (1) . .
- 1) : 3 ( , , )  
3 + ( )
- 2) : ‘ , ‘ , ’ (Human Rights)  
1(Fundamental Rights)
- 3) : ‘ , ’

.2)

### (2)

- 1) :
- 2) :

1) (Giorgio Agamben) / , , (2009).

2) ILO . Philp Alston ed., Labour Rights as Human Rights, Oxford Univ. Press(2005) .

3) :

4) : (bargaining power)

5) :

## 2. 국제적 수준에서 본 노동권

(1)

1980 ( ) ( ) ( )  
)  
ICCPR( ) ICESCR( ) . UN  
, 1980

( ) , 3



, 6 .7)

(right to work) . 23 (1),

ICESCR 6 ESC 1961 1 .

ESC 1961 .

23 (3) ‘

(just and favorable) ,

.8) 23 (2)

‘ .’

.9) ESC 1961 2

‘ , 3

EU Charter of Fundamental Rights 2000 ESC 1996 ‘ ,

(unfairly)

,10) (right to dignity at work),11)

,12)

7)

8) ICESCR 7 ESC 1961 4 (ESC 1996 ) .

9) ICESCR 7 ESC 1961 4 (3)

10) ESC 1961 4 (4)

(arbitrarily)

, ESC 1996 24

30 ‘

(unjustified dismissal)

11) ESC 1996 26

(bullying:

)  
( 31 ).

. EU

12) EU 33 (2):

### 3. 우리 헌법에 비추어 본 노동권

(1)

, ( 10  
) , ( 11 1 ) , ( 12  
22 ) , ( 31 36 )

(2)

, , ( 3 )

( ) ,

( )

3

( , , )

, , , ) ( ,  
, , , , ) .

.

#### 4. 사회권 보장에서 국가의 의무

(1)

1)

. : “ ” “  
.  
” “  
” .

. : “  
” ,  
.

. : “  
” .

. : “ ”  
’  
’ .

32 1

2)

“ ,

” “ ‘

,

”

“

,

,

” ( 1995.7.21. 93 14 ).

(2)

1)

( . . . . . ):

,

1987

1998

2)

3 ( 4 )

· (respect)	:	
· (protect)	:	3
· (fulfil)	:	
· (promote)	:	,

,

( ) , 3

.

(obligation of conduct)

(obligation of

result) :

,

.

## 5. 국가에 의한 노동권의 위기

“그러므로 법 없이는 어떠한 자유도 없다. 또한 누군가 법 위에 군림하는 자가 있는 곳에서도 자유는 없다. [...] 한 마디로 말해서 자유는 언제나 법의 운명을 따르며 법과 함께 융성하고 법과 함께 쇠락한다. 이보다 더 분명한 것을 나는 알지 못한다.” — Rousseau

(1)

:

1)

,

2)

,

,

,

3)

(2)

:

1)

( , , , ),<sup>13)</sup>

2)

3)

(3)

:

1)

2)

,

## 6. 입법부의 역할<sup>14)</sup>

(1) (rule of law)

1) “

. [...]

. [...]

13)

14)

1

.” Montesquieu

2) ‘ ’ 1

1

**(2)** (rule by law)

1)

2)

3)

**(3)**

1)

2)

3) “

4)

5)

6)

**(4)**

1)

2)

**(5)**

1)

2)

3)

: obligation.

: compliance.

: obedience.

(6)

1)

2) ( , ).

3) Loss - Leading Marketing : ( )

7.

?

< >

( )		- ( ) : , - ( ) : , . -
		- ( ) : - : , -
		- . . . - ' , -
( )	3	- 3 - : , ,
		- (?) - (1 ) -

\* : , ,

(1)

3

3

1) , , : , , .

2) , , ( ).

**(2) decent work**

- 1) :
- 2) : ( + )  
2,000 (50 \* 40 )
- 3)
- 4)
- 5) 3

**(3)**

- 1) :
- 2) (clean hand) : 1
- 3) :
- 4) :

**(4)**

- 1)
- 2) [ ]: ( ),

**(5)**

- 1)
- 2)
- 3)
- 4) < 1 >

**(6) 3**

- 1) 3



[별첨 자료 1]

, “

”, 2011. 12. 16.

..... ( )

4.

(1)

1)

-

‘but - for’( )

2)

-

:  
( ).

9 ( ) ( 9 ) ,  
( ) , ,  
3  
.

-

,

-

-

”

,”

”

3) ( )

-

-

〈김선수 안〉

2 ( ) 2. ( ).

.

,

2 ( ) 2. 1 ( )

.

81 ( ) 1. 5. “... ”

34 2( )

81

1 5

82 86

〈박제성 안〉  
 ( 3 2 )

4)

-  
 - :  
 “  
 ”  
 - :  
 )  
 2  
 ( )

5)

-  
 - “



4)

-

-

1

-

-

(

(3)

(

, 2011. 10. 7)

1)

-

:

- 2

2)

-

3)

-

1

4)

-

)

(

,

5

5.

1)

-

,

-

-

-

(

)

2)

-

( )

( ) ,

-

( ),

( , ),

,

-

:

, 2

.

3)

- . :
- :
- ( ) ,
- 

[유럽연합 2001년 사업이전 지침]

- 1977 (Directive n° 77/187) 1998 (Directive n° 98/50) 2001 (Directive n° 2001/23, 'the Acquired Rights Directive' )
- ( 1 1 (a)): “ (undertaking) (business) .”
- :
- ( 3 1 ). ( 4 1 ). ( 4 2 ).
- :

[영국의 2006년 사업이전법]

- 1981 ( ) [The transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 1981] . ‘ (service provision change) [outsourcing, 3 1 (b)(i), [reassign, (b)(ii), [insourcing, (b)(iii)]
- :
- : 4 ), ( 7 ).

4)

- ( )  
-  
- “ 00 ( )  
00 .”

5)

- : , ,  
- : 6 3  
-

6)

- :  
-  
- 00 ( )  
,

81 . 1 5  
,  
82 86 , 89 2 , 90 , 94  
, 95 .

[별첨 자료 2]

, “ ”, [ ](2011. 12.15)

(Freedom of Association and Labour Law in Korea)

“그러므로 법 없이는 어떠한 자유도 없다. 또한 누군가 법 위에 군림하는 자가 있는 곳에서도 자유는 없다. [...] 한 마디로 말해서 자유는 언제나 법의 운명을 따르며 법과 함께 융성하고 법과 함께 쇠락한다. 이보다 더 분명한 것을 나는 알지 못한다.” — Rousseau

I. 아직도 먼 길 - 단결의 자유

1987

3

( )

( )

5

'freedom of association'

33 1

(ILO)

## II. 노동조합 자유설립주의의 보편적 보장

( )

### 1.

1999 ( '99.1.29. ) , 2005 ( ' , 2005.1.27. ) ,

5

6

56

27

( )

ILO ' (Committee on Freedom of Assocaition)

2.

62 .16) 2006. 8.  
2006. 10. 25. 「  
90 8

2000  
2007

16)

II

： 2 1  
“  
.  
.  
.”  
\* 2 4 :

3.

2004

[

2 1  
3  
2004. 2. 27 2001 8568  
)

4.

2 4  
“ ( , , , , )  
.”



( )

.]

### III. 노동조합의 자주적 운영 보장

#### 1.

2010

(2 , 2 ),

(1 ).

ILO

[

]

,19)

19) CFA, Report No. 306, Case(s) No(s). 1865 para.339; CFA, Report No. 307, Case(s) No(s). 1865 para.202; CFA, Report No. 307, Case(s) No(s). 1865 para.225; CFA, Report No. 309, Case(s) No(s). 1865 para.152; para.161(a)(x); CFA, Report No. 311, Case(s) No(s). 1865 para.330(x); CFA, Report No. 320, Case(s) No(s). 1865 para.466; 514; 530(b)(vii); CFA, Report No. 324, Case(s) No(s). 1865 para.338, 404; CFA, Report No. 327, Case(s) No(s). 1865 para.458, 487; CFA, Report No. 331, Case(s) No(s). 1865 para.345; 356(b)(iii); CFA, Report No. 335, Case(s) No(s). 1865 para.818, 823;

ILO

2.

ILO

[ .]

#### IV. 단체교섭권의 충분한 보장

1.

---

CEACR: Individual Direct Request concerning Convention No. 135, Workers' Representatives, 1971 Republic of Korea (ratification: 2001) Submitted: 2004 .

(1)

2011. 7. 1.

2

(

)

100 10

( )

(2)

3

2.

1997 IMF

( 2002. 2. 26. 99 5380

).

[



[

,

,

,

.( 1990. 5.

15. 90 357 , 1991. 5. 24. 91 324 , 1996. 1. 26. 95  
1959 , 1996. 2. 27. 95 2970 , 1998. 1. 20. 97 588  
, 2000. 5. 12. 98 3299 , 2001. 6. 12. 2001 1012 )]

[

. .

.( 2001. 10. 25. 99 4837 )]

,

.

3.

,

.

. [

.( 1991.

4. 23. 90 2771 , 1991. 11. 8. 91 326 ,  
2004. 5. 27. 2004 689 , 2006. 5. 12. 2002 3450 ,

2006. 5. 25. 2002 5577 )]

,  
2011. 3. 17. 2007 482 ) [  
( 314 1 ).

( 2 6 ) ,

,  
, 37 2 .

( 33 1 ).

.]

## VI. 글을 맺으며

(Business - Friendly)



[별첨 자료 3]

, “ - ”

..... ( )

IV. 화물연대파업사건( ‘특수고용직’ 의 노동조합권) : 입법부작위로 인한 노동인권의 위기

1. 2009 6

6 11

( 1 5 )

) . 4 30

1

6 2 10

( )

( )

5

38

ILO( )

2.

1990

2000

2007

, 2007 6 14

). ' 3 ' ,

( 4 1 ).

30

( 17 ).

.( 20 ).

( 21 22 ).

( 23 ).

( 24 ).

9

, 23 24

( 25 ).

•

( 29 30 ).

•

4 ) ( 35 ). 19 26 ( 1

3. [ ](2007. 10.  
16.)

[

3 ]

(1)

[

, IT

.] [

2006. 8.

62

2006. 10. 25. 「

」

8

90

.]

(2)

“

” “

” “

“

” “

「

」

「

」

「

」

..... ( )

3

.”

「 . , 「 」 33 ,

# 토론

- **헌법상 노동권에 대하여**
  - 권영국 변호사 (민주사회를 위한 변호사 모임)
- **유럽에서의 노동권이 갖는 의미와 법제도에의 영향**
  - 심재진 교수 (대구대학교 법학부)
- **노동하는 인간의 노동인권적 언어를 되찾기**
  - 박주영 노무사(노동인권실현을 위한 노무사 모임)



## 헌법상 노동권에 대하여

권영국(변호사, 민변 노동위원장)

### 1. 헌법상 노동권의 정의에 대하여

- '헌법상 노동권'과 '노동기본권'은 어떻게 다른 것인지
- 노동권은 크게 근로의 권리와 노동3권으로 대별할 수 있는 것은 아닌지
- 노동기본권과 노동3권은 어떻게 다른가?

### 2. 헌법재판소의 기본권 이해방식

- 자유권과 사회권의 인권이원론에 입각함.
- 자유권은 인간의 권리로 보는 반면, 사회권에 대해서는 국민의 권리 내지 프로그램적 권리로 보아 국가 정책과 입법 재량을 매우 광범위하게 인정하는 문제점을 노정.
- 이로 인해 사회권의 입법적, 사법적 침해에 대해 헌법적 견제를 하는 것이 현저히 곤란함.
- 노동관계법에 대한 위헌소송 중 위헌으로 결정된 사례가 있는지?

### 3. 국제규범의 입장

- 1987년의 림버그 원칙에서 시작하여 1998년의 마스크리히트 원칙 등을 통해 인권이원론을 극복하였다고 발제함. 구체적인 내용은 미어이기

## 5. 개별적 검토에 대하여

### 가. 간접고용 규율의 현황과 과제와 관련하여

(1) 한 사업 내에서의 제3자를 매개로 한 일상적이고 광범위한 차별적 간접고용(고용과 사용이 분리된 형태의 고용형태)은 원칙적으로 헌법 제10조(인간의 존엄과 가치), 제11조(평등권), 제32조(근로의 권리) 제2, 3항과 근로기준법 제9조, 그리고 직업안정법 제33조(근로자공급사업)에서 정하고 있는 인간의 존엄과 가치, 평등권, 인간다운 근로의 권리 보장, 중간착취 배제 규정의 취지를 침해하고 있는 것이 아닌지?

(2) 만일 일상적인 간접고용이 헌법과 근로기준법의 이념과 충돌가능성이 있다면 일시적, 임시적인 경우를 제외하면사업 내에서의 간접고용을 규제하는 것이 헌법과 근로기준법 취지에 타당한 것은 아닌지?

- 간접고용에서의 사용사유 제한 도입의 필요성

(3) 동희오토와 같은 경우는 기아자동차의 모형을 생산하는 공장이면서도 기아자동차가 사업주가 아닌 독특한 구조를 가지고 있음. 기아자동차 - 동희오토 - 사내하청, 반면 현대자동차 - 사내하청을 비교해볼 때 기아자동차의 경우는 사실상 이중적인 간접고용방식을 띠고 있어서 사용자성의 문제와 노동법적 책임 문제에서 더욱 복잡한 문제가 발생함.

이처럼 독립적인 법인체나 사업장을 통한 변칙적인 간접고용을 규제하기 위해서는 박제성안으로 제시된 '사업'개념, 즉 공정거래법 시행령 제3조 제2호를 적용하여 도급인의 사업과 수급인의 사업을 기업집단으로, 기업집단을 하나의 사업으로 구성할 수 있다는 박제성안에 대해 긍정적 검토가 필요하다고 봄. 이는 사용자 개념 확대의 일환으로 검토해볼 필요가 있음.

### (4) 사내하도급법과 파견법 개정에 대해

- 새누리당의 사내하도급 도입방안은 현대자동차 등 제조업 사내하청(불법파견)을 합법화하기 위한 수단으로 고안된 것으로 보임. 사내하도급 합법화는 반차별 정신과 중간착취 배제 이념에 반한다는 점에서 검토대상 자체에서 배제되어야 할 것으로 보임.

- 노동계에서는 파견법 폐지를 강력히 요구하고 있음. 파견법을 폐지하고 대신 직업안정법

에 도급과 파견을 구별 기준을 법제화하여 직업안정법을 위반한 파견 등 근로자공급에 대해서는 그 즉시 사용사업주의 직접 고용의제 효과가 발생할 수 있도록 하는 주장을 하고 있음. 노동계의 주장에 대한 검토가능성은?

## 나. 단결의 자유와 관련하여

### (1) 단결 주체의 범위 - '근로자' 개념

- 발제자의 문제인식에 공감
- 발제자께서는 노동조합 결성권을 허용하는 방향의 입법개선과 판례변경이 필요하다는 입장을 피력하면서 학계에서 제시된 대표적 방식을 소개하고 있음.

#### 노조법 제2조 제1호

“근로자라 함은 개별적으로 다음 각목의 노무공급계약을 체결하고 있거나 체결하려고 하는 자를 말한다.

가. 임금을 목적으로 하는 근로계약

나. 임금에 준하는 수입을 목적으로 하는 노무공급계약”

그런데 위 방식은 현행 노조법 제2조 제1호 “근로자라 함은 직업의 종류를 불문하고 임금, 급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자”와 비교할 때 어떤 차별성이 있는 지?

우리 판례는 계약의 명칭을 불문하고 실질적인 성격에 따라 근로자성 여부를 판단한다고 하기 때문에 위 학계의 방식으로 근로자성에 대한 판례의 변경이 가능할지? 현행법에서는 오히려 근로계약이나 노무공급계약이라는 표현을 사용하지 않기 때문에 학계에서 제시된 방식보다 더 넓은 규정방식은 아닌지?

- 그렇다면 협소한 노동자성 판례를 극복하고 특수고용노동자, 실업자, 구직자 등의 '근로자성'을 확보하기 위해서는 좀 더 적극적인 개념정의가 필요한 것은 아닌지?

#### 노동자성에 대한 보완 방식으로 현행법 정의규정에

“다만, 근로계약을 체결하지 않은 자라 하더라도 다음 각 호에 해당하는 자는 근로자로 본다.

가. 자신이 아닌 다른 사업주의 업무를 위하여 노무를 제공하고 그 사업주 또는 노무제

공을 받은 자(노무수령자)로부터 대가를 받아 생활하는 자  
나. 실업상태에 있거나 구직 중인 자  
다. 기타 노무 제공을 제공하는 자로서 이 법에 따른 단결 보호의 필요성이 있는 자”

를 추가하자는 노동계의 안에 대한 발제자의 의견은 무엇인지?

- 해고노동자의 근로자성을 부정하는 제한규정(부당노동행위 구제신청에 대한 중노위 재심판정이 있을 때까지로 한정된 규정)에 대체서는

## (2) 단체교섭 대상에 대하여

- 이명박 정부 들어와서 교섭대상을 문제삼아 파업의 목적이 정당하지 않다는 이유로 파업을 불법화한 사례가 압도적 비중을 차지할 것으로 추정됨 : 공기업선진화반대, 민영화반대, 낙하산인사퇴진과 공정방송쟁취, 정리해고 반대, 사업폐지 반대, 노동법개악반대 등
- 판례 또한 교섭대상을 임금, 근로시간, 복지 등 근로조건의 결정에 관한 사항으로 협소하게 해석하여 노동자의 근로조건이나 사회적 경제적 지위향상에 밀접한 관련이 있는 사항임에도 목적의 정당성을 상실시키는 경우가 허다하게 발생함.
- 교섭대상을 확대할 수 있는 방안은 무엇인지? - 파업권의 보장을 통한 교섭권의 확대 필요.

## (3) 단체협약 일방적 해지권에 대하여

- 단체협약 일방적 해지권의 존재로 인해 무단협 상태가 빈발하고 있음. 일방적 해지권을 폐기하거나 교섭이 진행 중이거나 교섭이 결렬된 경우에는 해지를 제한할 필요가 있다고 보임. 이에 대한 발제자의 견해는?

## (4) 근로조건의 통일성을 강화하기 위한 산별교섭의 정착과 단체협약 적용확대를 위한 방안에 대한 발제자의 고민은 무엇인지?

### 다. 파업권의 보장과 관련하여

- 판례가 요구하는 엄격한 쟁의행위 요건에 대한 발제자의 비판적 시각에 동의함.
- 업무방해죄에 대한 대법원의 판결이 종전보다 진전된 측면이 있으나 여전히 집단적 노무제 공거부(부작위) 자체를 '위력'으로 보는 매우 모순된 시각을 버리지 못하고 있음.
- 결과적으로 변경된 대법원 판결은 주관적인 판단에 따라 위력이 되기도 하고 안되기도 하여 도대체 어떻게 하는 것이 위력인지 자체를 판단하기 어려움. 예측가능성과 법적안정성을 도의시한 판결임.
- 파업권 행사에 대한 무관용의 원칙 주장은 기본권 행사를 불법시하고 범죄시하는 노동통제적 인식에서 비롯됨.
- 따라서 업무방해죄에 대한 입법적 규제가 필요함. 폭력이나 파괴행위를 수반하지 않는 평화적인 집단적 노무제공거부에 대해서는 업무방해죄 등을 포함하여 형사책임을 면책하는 규정이 필요하다고 봄. 발제자의 견해는?

## 6. 맺으며 - 헌법이 말하는 노동권 회복을 위하여

헌법이 말하는 노동권을 되찾기 위해서는 헌법과 법률이 전도된 현실을 바꾸어야 한다. 지난해 6. 9. 국회 헌정기념관 2층 대강당에서 개최된 ‘노동3권 실현을 위한 올바른 노조법 개정 방향’ 토론회에서 발제문의 머리말로 썼던 부분을 소개하는 것으로 토론문을 맺는다.

“노동조합및노동관계조정법(이하 ‘노조법’이라 약칭함)은 헌법에서 명시한 노동3권(단결권, 단체교섭권 및 단체행동권)을 구체화하는 법률로서 집단적 노동관계에서

자치의 근간을 흔들고 대고 있다. 특히 2010. 1. 1. 이명박 정부는 노조 전임자 급여지급을 금지하고, 복수노동조합의 교섭창구를 일원화하도록 강제하도록 하는 노조법 개정안을 날치기 통과시킴으로써 노동조합 단결활동의 제도적 기반을 급격하게 약화시키고, 단체교섭권의 행사는 물론이요 이와 연계된 파업권과 교섭대표노조에서 배제된 소수노조의 단결권마저 위협할 것임이 명약관화하다.

현행 노조법은 노동자의 자주적인 노동3권을 실현하기는커녕 권리행사 자체를 방해하고 침해하는 수준에 이르고 있다. 헌법의 하위 법규인 노조법이 헌법에서 보장한 노동기본권을 침해하고 방해한다면 이는 법률을 통한 헌법질서의 유린 내지 쿠데타나 다름없다. 한국사회를 올바르게 개혁하기 위해서는 법률이 헌법을 범하는 현실이 더 진행되기 전에 부조리한 현행 노조법을 헌법 이념에 맞게 개정하는데서 그 출발점을 삼을 필요가 있다.”

## 유럽에서의 노동권이 갖는 의미와 법제도에의 영향

( )

### I. 들어가며

43

### II. 노동3권의 위상

1. 결사의 자유(유럽인권협약 제11조)와 노동3권

<유럽인권협약 제11조>

1. , ,  
2. , ,

11

11

2. Demir and Baykara v. Turkey<sup>4)</sup>

1993 1 1 2

11

11 2

“ ”

11

2

11

11

4) Judgement of 12 November 2008(Application no. 34503/97).

151 , 6 2 ,  
ILO  
11

ILO 98 , ILO  
28

### 3. Enerji Yapi-Yol Sen v Turkey<sup>5)</sup>

Enerji Yapi- Yol Sen 1992  
. 1996 4 13

. 1996 4 18

11

### 4. 시사점

3  
( ) 3  
3  
.6)  
3  
3  
Enerji  
Yapi- Yol Sen v Turkey

5) Judgement of 21 April 2009 (Application no. 68959/01).

6) 1998.2.27. 94 13, 95 44( ). “

3

3

### III. 법률의 적용과 해석에 있어 노동권의 존중 (영국의 사례)

#### 1. 사례: ADI (UK) Limited v . Firm Security Group Limited<sup>7)</sup>

#### 2. 시사점

“사용자의 고용유지의무는 근로권이라는 헌법상의 권리로부터 파생된 법적 의무이고 계약상의 효과가 아니다. 따라서 중요한 핵심은 사업주 변경의 원인이 어떠한 것이든 근로자가 고용을 상실하는 결과가 발생할 경우에 그것이 이러한 해고제한의 법리에 비추어 타당성이 있느냐를 따져보아야 한다는 점이다. 이렇게 본다면 영업양도를 포함하여 사용자의 변경을 초래하는 보다 넓은 범위의 사업이전의 경우에도 해고제한법리에 의한 법적 여과장치를 거쳐야” 한다.<sup>10)</sup>

7) [2001] EWCA Civ 971

8) 3(1)

9) 1997.6.24. 96 2644 , 2000.3.10. 98

IV. 국가에 입법에 의한 노동권 적극적 보호 사례: 영국의 ‘서비스 공급주체의 변경’ 조항

1, 2006  
 (The transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations  
 2006), (service  
 provision change) [outsourcing, 3  
 1 (b)(i), [reassign, (b)(ii)],  
 [insourcing, (b)(iii)]

2001

2

2

.11)

)

“

” “

”

.12) 80 90

1988

(compulsory

competitive tendering, CCT)

10) , " , 46 , 2011, 182 .

11) Department of Trade and Industry, TUPE Draft Revised Regulations: Public Consultation Document, 2005, p. 77- 78. , “ ”, , 40 , 2011

12) S. Deakins & G. Morris, Labour Law, pp. 199- 200

1988

1997

2000

13)

2005

14)

---

13) Department for Business Enterprise & Regulatory Reform (BERR), A guide to the 2006 TUPE Regulations for employees, employers and representatives, p. 9

14) Department of Trade and Industry, TUPE Draft Revised Regulations: Public Consultation Document, 2005, pp. 15- 16.

## 노동하는 인간의 노동인권적 언어를 되찾기

- 노동권의 의의와 과제에 대한 토론문 : 간접고용을 중심으로 -

박주영 노무사(노동인권실현을 위한 노무사모임)

### 1. 노동인권이 법이 되게 하기 위하여

- 발제자께서는 국제인권과 헌법적 차원에서 노동권의 자유권적 성격 및 사회권적 성격으로부터 노동권의 내용을 확인하는 접근법을 통해 현실에서의 노동법상 위기를 정제해내고 각각에 대한 입법적 방안을 마련해주셨습니다. 이러한 노동권의 성격규정은 ‘인권의 구체화’라는 측면에서 노동권의 의미를 이해하고 있는 것으로 보이며,<sup>15)</sup> 이러한 접근법은 권리론 혹은 인권론으로서 노동권의 법적 지위를 보여주기 때문에 유의미한 과정이라고 생각합니다.
- 그러나 헌법상의 노동권의 구체화과정에서 ‘인권으로서 노동권’을 법적 권리로서 형성하기 위한 힘은 도덕적 정당화에 답하는 과정에 그 핵심이 있습니다. 즉 헌법상 노동권의 의미를 설명함에 있어 노동인권이라는 보편성을 확장하기 위해서는 도덕적 긴급함(urgency)이나 정당함(righteousness)의 요소를 담아내야 하며, 노동인권의 도덕적 정당성을 확보하기 위해서는 다름 아닌 “현실에서의 노동권의 실종”에서부터 헌법적 가치로서의 노동권(노동인권)의 회복이 필요하다는 당위를 찾아내고 담론화하는 과정이 무엇보다 우선되어야 한다는 점입니다.

#### ○ 도덕적 청구권으로서의 노동인권

- 인권이란 각 개인이 오로지 인간이라는 이유 하나만으로 모든 사람들과 국가들을 향하여 주장(claim)할 수 있는 권리입니다. 내가 권리를 가지고 있다는 것은 곧 내가 남(또는 국가)에게 그에 상응하는 의무를 부과할 수 있는 권한을 가지고 있음을 떳떳하게 주장할 타당한 근거가 있다는 것이고, 어떤 국가나 법체계가 권리로 인정하는가와 상관없이 우리 각자에게 인정되는 실정법 이전의 권리로서 그 내용을 모든 인간들과 국가들이 존중해야 할 의무를 지는 자연권(natural rights) 또는 도덕적 권리(moral rights)입니다.

15)

- 법적인 권리는 어떤 법규범 체계가 개인에게 권리의 지위를 부여한 경우 그 개인이 가지는 권리를 말하는 것으로 법제도에 권리의 주체가 다른 사람들로 하여금 그 권리에 대응하는 의무를 수행하는 형성권이 국가의 강제력으로 보장되어 의무자가 실현하지 않을 경우 재판을 통해서 구제받을 수 있는 제도적 권리를 의미하게 됩니다. 그렇다면 인권이란 실정법 및 국가 이전에 존재하는 도덕적 권리로서, 법적인 기본권인지, 법적인 권리의 일종인지에 대한 근본적인 물음이 제기되는데 (1) 애초부터 인권은 ‘법적인 의미에서의 권리’라고 받아들이는 입장이 있습니다. 이 입장은 인권이 실현될 수 있으려면 단순히 도덕적 권리라는 것만으로는 부족하고 제도화되고 강제가능한 권리, 국가에 대해 청구할 수 있는 권리여야 한다고 해석합니다. 한편 (2) 인권을 단지 도덕적 권리로 보되 도덕적 권리의 특수한 형태로 이해하는 입장이 있습니다. 이 입장은 권리를 적극적 권리와 소극적 권리로 구분하고 인권 역시 ‘약한 의미의 도덕적 권리’와 ‘강한 의미의 도덕적 권리’ 중 후자의 맥락에서 “이미 자기 자신 속에 국가를 향하여 도덕적 권리들을 실정법적으로 제도화하여 보장해달라고 요구할 수 있는 도덕적 청구권이 내장되어 있는 권리”로 이해하고 있습니다. 어떠한 입장을 취하건 간에 인권 안에는 “근본적인 도덕적 권리들을 제도화할 것을 요구할 수 있는 청구권”이 내포되어 있다고 본다는 점에서, ‘도덕적 청구권으로서의 인권’을 공통적인 속성으로 받아들이고 있습니다.

○ 도덕적 청구권으로부터 나오는 특유의 힘

- 도덕적 청구권으로부터 나오는 특유의 힘은 공리주의적 논변에 갇히지 않고, 자본주의적 가치에 오염되지 않으면서, 자신들이 이미 소유하고 있는 정당한 자기 몫을 제도화하라는 권리의 언어를 가질 수 있다는 점에 있습니다.
- 사회적 선호나 효용을 극대화할 수 있는 방향으로 각 개인에게 재화 또는 권리, 이익을 분배하는 것이 정의에 부합한다고 보는 공리주의는 소수의 사람이 느끼는 행복/효용의 크기가 다수의 침해로 인한 불행의 크기보다 훨씬 크면 소수에 의한 최대행복을 선택하게 되므로 반드시 최대다수의 행복이 최대행복을 구성하지 않는 결과주의적 문제를 초래합니다. 대표적으로 여성노동권 확보를 위한 현실의 반차별담론에서도 이러한 공리주의적 논변을 자주 발견하게 되는데, 가령 노동시장에서 여성에 대한 반차별을 옹호하기 위해 “여성이 남성과 차별없이 노동시장에 진입할 수 있다면 사회전체적으로 경제적 이윤을 더 높힐 수 있다. 따라서 효율적인 노동력의 활용을 위해서는 여성차별을 철폐해야 한다”는 공리주의적 논변을 사용하는 경우인데, 이는 자본주의적 사회에서 여성의 능력 나아가 여성의 자본적 효용을 입증하는데 주력하게 되고, 성차별적 사회에서 성고정관념이 비용계산에 포함될 경우 도리어 차별주의적 논변을 제대로 방어할 수 없게 됩니다.
- 이러한 문제는 비정규직 차별, 노동시장 진출입구조의 변화나 새로운 노동시장의 형성과정에서 빚어지는 노동자성 탈각의 문제, 민사상 다양한 무명계약을 활용한 근로관계의 복잡화 등

노동법적 규율을 빗겨가는 간접고용의 문제에서도 고스란히 재현되고 있는 것입니다.

- 우리가 공리주의적 논변에 빠지지 않고, 노동인권을 통한 강력한 형성권, 즉 제도적 권리화의 요구를 하는 것은 바로 인권이 특정한 조건에서의 사회적 필요 때문이 아니라 어떠한 사회조건 속에서도 “노동하는 인간이라는 이유만으로” 그러한 권리를 요구할 수 있다는 강력한 논변을 담기 때문입니다.

## 2. 헌법적 가치로서 노동권의 회복이란

### ○ 노동인권적 관점의 견지

- 현실을 규율하는 노동법의 영역이 점점 축소되고 계약자유와 경제논리의 영역들이 노동의 영역을 침범하는 작금의 상황 속에서, 헌법적 가치로서 노동권의 회복이라는 화두는 자본주의적 노동현상에 대한 노동인권적 시선, 즉 노동인권적 관점과 접근법을 관철하면서 현실법제도의 입법·해석·적용을 확장해가야하는 도덕적 요청이라고 봅니다. 그러하기에 노동인권이라는 도덕적 청구권의 발현은 자본주의적 노동현실의 문제를 이해하고 해결하는데 어떠한 가능성과 함의들을 제공하는지에 대해 답함으로써 노동인권적 관점의 필요성 혹은 당위성을 해명하는 것이 관건이라고 생각합니다.

### ○ 노동인권적 관점이 노동의 위기를 해결하는데 중요한 이유

- 노동인권적 관점의 차이가 문제를 해결하는 방식의 차이, 그리고 현실을 재조정하는 힘의 현격한 차이를 보여주는 대표적인 사례가 있습니다. 일본의 파나소닉 PDP 위장도급 사건에서 일본 재판소는 원청과 하청간의 위장도급을 이해함에 있어 민사상 일반계약법리의 한계를 넘어서지 못하는 관점의 허약성을 보여주고 있습니다.<sup>16)</sup> 위장도급관계에 따른 노동자의 법적 지위에 관하여 일본의 고등재판소는 원청과 하청간의 위장도급관계를 위법한 근로자공급으로 보면서 원청과 하청간의 묵시적 근로관계를 인정하였지만 민법상 묵시적 갱신법리에 간혀 결과적으로 근로자의 고용상 지위를 보장하지는 못하였고, 최고재판소는 하청과 근로자간의 파견관계만을 인정함으로써 사실상 동일한 결과를 초래하였습니다.<sup>17)</sup>

---

16)

17)

- 반면 현대아산공장 불법파견에 대한 서울고등법원의 판결(서울고법 2010. 11. 12. 선고, 2007나56977 판결)은 불법파견에 따른 원청사업주와 근로자간의 직접근로관계를 원칙적으로 인정하고 더불어 위법파견을 전제로 한 하청사업주와 근로자간의 파견관계도 인정하였는데, 입법체계상의 양국간의 차이는 별론으로 하더라도 여기에서 중요한 점은 원칙적으로 원청사업주의 사용자책임을 분명히 하고, 하청과의 사이에서 사실상 존재했던 파견근로관계는 오로지 근로자의 보호의 관점에서만 유효하다고 판시한 점에 있습니다. 이는 위장도급을 통해 노동관계를 교란하는 행위의 책임이 분명히 원청사용자에게 있고 그 회복적 방법은 노동자의 노동권의 관점에서 해석되고 이해되어야 함을 적시하였다는 점에서, 노동인권적 관점이 갖는 힘을 보여준 사례라고 평가할 수 있겠습니다.

**<서울고등법원 2010. 11. 12. 선고,  
2007나56977 판결>**

근로자파견관계가 인정되는 경우에는 파견사업주와 근로자 사이의 근로관계가 원칙적인 것이 되고, 위와 같이 고용간주 규정이 적용되는 경우에는 사용사업주와 근로자와의 관계가 원칙적인 근로관계로 된다. 다만 고용간주 규정이 적용되는 경우 사용사업주와의 근로관계만 성립되고 여태까지의 사용자인 파견사업주와의 근로관계가 자동적으로 소멸되는 것으로 보게 되면, 근로자의 파견사업주에 대한 법적 지위가 침해될 수 있으므로 그 한도 내에서 근로자와 파견사업주와의 근로관계도 병존하는 것으로 보는 것이 옳다. 결국 고용간주 규정이 적용되는 경우 근로자와 파견사업주와의 근로관계가 예외적으로 병존하는 것은 근로자의 지위를 보호하기 위한 것일 뿐이지 근로자의 지위를 침해하기 위한 것은 아니고 해당 근로자의 근로관계는 어니까지나 고용이 의제된 사용사업주와의 관계에서 결정되어야 한다.

사용사업주와의 관계에서 고용간주의 효과가 발생한 이후에 파견사업주인 사내협력업체에 의하여 해고되었던 것이므로 그러한 해고는 사용사업주인 피고와 근로자인 위 원고들 사이의 고용간주 효력에 영향을 미치지 못한다. 또한 파견사업주인 사내도급업체의 해고가 곧바로 사용사업주인 피고의 해고로 의제된다고 볼 수 없다. (이러한 의제는 근거가 없을 뿐만 아니라 앞서 본 근로관계의 원칙과 예외를 혼동한 것이다.) 그리고 위 원고들에 관하여 고용간주의 효과가 발생한 이후의 사용자는 어디까지나 사용사업주인 피고이므로 만약 위 원고들에 대한 종전의 해고 사유가 피고의 징계규정에도 위반하는 것이라면 피고로서는 소정의 절차에 따라 위 원고들에 대하여 별도의 징계조치를 취할 수 있고 그때에 비로소 위 원고들과 피고 사이의 고용간주 효과에 영향을 미칠 수 있을 것이다. 이 점에 관한 피고의 주장도 역시 받아들일 수 없다.

### 3. 노동인권적 관점이란 무엇인가

- 앞의 사례를 보면서 우리는 한발 나아가는 새로운 공금증을 갖게 되는데, 그렇다면 노동인권적 관점이란 단순히 노동자에게 이익이 되도록 생각하고 행동하는 것을 말하는 것인가 하는 점입니다. 그러나 인권론에 비추어 볼 때, ‘노동자에게 이익이 되도록’이라는 생각은 비논리적인 당파성에 불과하거나 공리주의적 논변을 벗어나지 못하는 것으로, 오히려 노동인권의 영역을 축소하고 왜곡하는 언어가 될 것입니다.<sup>18)</sup>

○ 보편성과 주체성을 담지한 권리로서 노동인권

- 노동인권이란 이미 발제자께서 제시해주신 노동권의 성격을 통해 알 수 있듯이 노동하는 인간에 대한 보편적 권리가, 권리자 스스로 이를 주장하고 구체화하는 주체적 권리입니다. 그러므로 법 형성과 해석에 있어 노동인권적 관점이란 노동인권의 보편성과 주체성을 실현할 수 있는 법의 지배(rule of law)가 이루어지고 있는가를 담지한 관점이라 하겠습니다.

- 대표적으로 고용상의 차별의 문제에 비추어 노동인권적 관점을 해석해낸다면, 몇 가지 열거된 차별사유에 국한된 것이 아니라 노동하는 인간이라면 누구나 차별받지 않을 ‘보편적인 균등대우권’에 기반해야 한다는 관점을 형성할 수 있습니다. 노동하는 인간의 권리로서 차별당하지 않을 권리의 보편성을 놓친다면 차별을 통해 인간을 통제하고 관리하는 사회전체의 시스템을 읽어내지 못합니다.

또한 특수고용의 문제의 경우, 사용종속성을 희석시키는 새로운 형태의 위임계약, 노무알선계약 등은 노동하는 인간 스스로 자신이 노동권의 주체임을 호명하는 언어를 소거시킵니다. 노동인권적 관점은 바로 노동인권의 주체성을 통해 노동하는 인간의 권리의 언어를 회복하는 관점을 제공할 수 있으며, 공정거래법이나 약관법과 같은 탈노동법적 체계에 갇힌 권리가 아니라 노동하는 인간이라는 주체성을 담지한 노동권으로 설계되어야 함을 드러내 줍니다.

○ 노동인권의 본질적 권리의 구성요소

- 그렇다면 노동인권적 관점을 통해 노동권은 어떻게 구체화되고, 법을 통한 지배(rule by law)가 아닌 법의 지배(rule of law)의 근거를 형성할 수 있는가, 하는 점에 생각이 이르게 됩니다.

도덕적 청구권으로서의 인권의 의미를 이해할 수 있는 권리론으로써 헨리 슈(Henry Shue)의 권리분석을 참고해볼 수 있는데, 과거 인권론의 전제들, (1) 권리는 적극적 권리와 소극적 권리로 구분, (2) 권리는 정치적·시민적 권리와 경제적·사회적·문화적 권리로 구분, (3) 정치적·시민적 권리는 소극적 권리고 경제적·사회적·문화적 권리는 적극적 권리에 해당된다는 생각을 이분법적 오류로 평가하면서, 권리는 ‘권리의 존재 자체가 바로 그 상대방에게 의무를 부여하는 것’이라는 점에서 “권리-의무 대응관계”를 형성하기 때문에, 권리는 의무의 측면에서 분석해야 하면서, (1) 본질적 권리를 박탈하는 행위를 금지시켜야 할 의무(duties to forbear), (2) 본질적 권리의 박탈로부터 보호해야 할 의무(duties to protect), (3) 박탈된 권리를 얻거나 회복하도록 지원할 의무(duties to aid)라는 3가지 측면의 의무를 모두 충족하는 것이 곧 권리라고 보고 있습니다. 따라서 노동인권적 관점에서의 법의 지배란 노동인권을 형성하는 3가지 의무의 관점이 관찰되고 있는가에 주목하는 것이라 하겠습니다.

#### 4. 노동인권적 관점에서 본 법의 지배

##### ○ 사내하도급의 양태와 노동인권의 본질적 훼손

[사례1] 하청업체 A는 1년미만의 도급계약을 체결하였고, 만료 후 재계약을 하지 않았다. 근로자들은 A업체가 나간 뒤 새로 도급계약을 맺은 B업체와 근로계약을 새로 체결하여 계속근로하였다. 원청사업주는 매월 퇴직충당금을 근로자들의 인건비를 기준으로 하청업체에 지급하였으나 도급계약만료 후 해당기간의 퇴직금분을 지급하지 않았다. 하청업체는 근로자들에게 계속근로 1년미만을 이유로 퇴직금지급청구권이 없다고 퇴직충당금분의 지급을 거절하였고, 원청사업주는 하청업체가 취한 임금분에 대해 부당이득반환청구를 하거나 해당업체를 부당업체로 등록하여 입찰경쟁에 참여할 수 없도록 제한할 수 있을 뿐 근로관계가 없는 근로자들에게 돌려받은 퇴직금분을 직접 근로자들에게 지급할 법적 근거가 없다고 주장하고 있다. 근로자들은 원청사업장에서 수년동안 계속 근로하고 있음에도 해당기간에 대해서는 퇴직금을 받지 못하는 상황에 놓이게 되었다.

[사례2] 공공기관인 원청사업주는 용역도급계약을 위해서는 공개입찰을 하고, 입찰에 응할 용역업체는 일정자격요건을 갖추어야 한다. 하청업체 C는 자격요건을 허위 기재하여 최저낙찰가로 용역계약을 따냈다. C업체는 기존의 낙찰률보다 낮은 가격에 응찰한 결과 해당 업무를 수행하는 근로자들은 C업체와의 계약에서 더 낮은 임금을 지급받을 수밖에 없었다. 계약기간이 끝나고 다시 입찰이 진행되는 과정에서 C업체가 부당하게 자격요건을 조작하였음을 밝혀져서 C업체는 입찰에서 배제되었으나 그동안 C업체의 부정당입찰로 인해 유일하게 피해를 받은 것은 근로자들임에도 아무런 보상도 받지 못하였다.

- 위 사례의 해결방법을 입찰경쟁에 관한 계약법의 개정이나 도급계약에 대한 원청사업주의 의무를 강화하는 것으로 입법화하려는 접근법은 노동인권적 관점에 부합한다고 보기 어렵습니다. 도급계약의 본질은 원청의 업무를 도급하기 위해 하청업체가 자신이 보유한 전문인력을 활용하는게 아니라 원청의 사업장에 귀속되어 일해온 전문인력을 일정기간 용역도급계약의 이름을 빌려 인사관리사무를 대행할 뿐이라는 점에서, 이러한 사내하도급형태는 자신의 사업을 위해 사용하는 근로자에 대한 원청의 사용자 책임을 회피하는 수단에 불과하다는 점입니다. 이러한 도급계약의 양상은 자신의 노동력을 사용하는 사용자에 대한 노동자의 권리를 얼마나 복잡하고 교묘하게 훼손할 수 있는지 보여주는 사례인 것입니다.

- 즉 직접적 근로관계를 훼손하는 위장된 사내하도급관계 그 자체가 바로 노동자의 권리가 침해하는 행위이며, 노동권이 침해되지 않도록 할 본질적 금지의 의무(duties to forbear)가 실현

되는 방향으로 법제도가 형성되고 해석되는 것이야말로 노동인권적 관점을 담지한 법의 지배라 할 것입니다.

○ 노동의 재상품화와 법을 통한 권력자의 지배

- 그러한 의미에서 최근 새누리당에서 제출된 ‘사내하도급근로자 보호 등에 관한 법률안’은 마치 노동자를 보호하기 위해 차별시정제도를 도입하는 것처럼, 마치 보호의무(duties to protect)를 다하는 것처럼 수사(rhetoric)를 구성하지만 바로 그 노동권을 본질적으로 침해하는 사내하도급을 정상적인 고용관계로 합법화하고, 원청사업주의 자의적인 편의에 따라 근로자를 직접 채용할 수 있는 권리를 오히려 원청사업주에게 부여해주며, 사내하도급근로관계에 대한 모든 책임은 하청업체의 사업주에게 명시적으로 전가시킬 수 있는 꼬리자르기를 합법화해준다는 점에서, 노동권을 보호하는 입법이 아니라 노동권을 핑계로 대기업/대자본의 이윤확대를 보호하고 지원하기 때문에, 이는 ‘법을 통한 권력자의 지배(rule of man by law)’에 해당하는 것입니다.

- 관련하여 발제자의 보조발제문2(간접고용 규율의 현황과 과제)에서 올바른 규율의 방향으로 제시된 상용형 파견이나 직업소개형 파견의 허용 역시 노동인권적 관점에서 볼 때, ‘법을 통한 지배’가 될 수 있다는 우려를 제기합니다. 등록형 파견의 금지를 전제한다 하더라도, 파견대상업무를 확대하고 기간제한을 늘리면서 끊임없이 파견을 유연화해 온 일본의 지난 과오를 돌아보면 이러한 파견확대전략은 심각한 위험성을 갖습니다. 일본의 경우, 상용형파견의 합법화는 쉽게 파견사업을 신고요건으로 완화하고, 파견업무확대(negative 접근)의 근거가 되었으며, 2003년 개정을 통해 전면허용한 ‘소개예정파견’은 파견으로 사용하다 기간제한이 문제될 때, 쉽게 도급으로 둔갑시키면서 이를 소개예정파견이라고 파견법 기간제한을 회피하는 탈법적 방식이 되었던 일본의 적나라한 간접고용 피해사례를 보면, 파견법에 대한 적당한 개보수나 사내하도급관계에 대한 일정한 고용개선조치로는 본질적 노동권의 침해를 금지하고, 온전히 회복할 수 없기 때문입니다.