

(사)한국비교노동법학회 / 원광대학교 법학연구소 춘계공동학술대회

고용환경의 변화와 노동법의 역할

일 시 : 2021년 5월 28일(금) 14:00 ~ 18:00

장 소 : 원광대학교 법학전문대학원

주 최 : (사)한국비교노동법학회 / 원광대학교 법학연구소

(사)한국비교노동법학회
원광대학교 법학연구소

(사)한국비교노동법학회 춘계공동학술대회 - 고용환경의 변화와 노동법의 역할 -

(사)한국비교노동법학회와 원광대학교 법학연구소와 공동으로 “고용환경의 변화와 노동법의 역할” 이라는 주제로 아래와 같이 춘계공동학술대회를 개최하고자 합니다. 회원 여러분들의 적극적인 관심과 참여를 부탁드립니다.

1. 일 시 : 2021년 5월 28일(금) 14:00 ~ 18:00
2. 장 소 : 원광대학교 법학전문대학원
3. 주 최 : (사)한국비교노동법학회 / 원광대학교 법학연구소

1 개회식

■ 접수 및 개회식 (14:00~14:10)

*진행사회 : 오 상호 교수(창원대)

- 개회사 : 이 상희 교수(한국비교노동법학회 회장)
- 환영사 : 윤 현석 교수(원광대학교 법학연구소장)

2 학술대회

■ 제1세션 (14:10~15:40)

*사회 : 김 홍영 교수(성균관대)

○ 제1주제 : 유리한 신 조건 우선의 원칙

- 발표자 : 김 성진 교수(전북대)
- 토론자 : 이 달휴 교수(경북대)

○ 제2주제 : 근로3권과 협약자율 및 노동조합법 제1조의 의미와 관계에 대한 단상

- 발표자 : 김 영문 교수(전북대)
- 토론자 : 송강직 교수(동아대)

○ 제3주제 : 공정채용 실태와 현안과제

- 발표자 : 이 수연 박사(경남대)
- 토론자 : 신 수정 박사(경제사회노동위원회)

<Coffee Break 15:40~16:00>

■ 제2세션 (16:00~17:30)

*사회 : 조 임영 교수(영남대)

○ 제4주제 : 중국의 경영상 이유에 의한 해고제도

- 발표자 : 이 희성 교수(원광대)
- 토론자 : 태 현숙 박사(원광대)

○ 제5주제 : 초고령화시대에서의 고령자 고용 유지, 촉진을 위한 고용정책에 관한 연구

- 발표자 : 전 운영 박사(원광대)
- 토론자 : 김 진영 박사(원광대)

○ 제6주제 : 팬데믹 상황을 대비한 농업 분야 외국인력 활용 제도의 법정정책 개선 방안

- 발표자 : 김 슬기 박사(김슬기법률사무소)
- 토론자 : 정 봉수 박사(강남노무법인)

3

윤리교육 및 폐회

■ 임시총회 (17:30~17:50)

- 법인등기부 이사장 및 주소 변경
- 학술상위원회 설치 운영에 관한 건

*진행사회 : 오 상호 교수(창원대)

■ 윤리교육 (17:50~18:20)

※ 프로그램 일정은 사정에 따라 변경될 수 있음.

목 차

| | | |
|---|---------|-----|
| 유리한 신 조건 우선의 원칙 | 김 성진 교수 | 1 |
| 근로3권과 협약자율 및 노동조합법 제1조의 의미와 관계에 대한 단상 | 김 영문 교수 | 20 |
| 공정채용 실태와 현안과제 | 이 수연 박사 | 50 |
| 중국의 경영상 이유에 의한 해고제도 | 이 희성 교수 | 76 |
| 초고령화시대에서의 고령자 고용 유지. 촉진을 위한 고용정책에 관한 연구 | 전 운영 박사 | 96 |
| 팬데믹 상황을 대비한 농업 분야 외국인력 활용 제도의 법정정책적 개선 방안 | 김 슬기 박사 | 113 |

유리한 신(新)조건 우선의 원칙

김 성진 교수(전북대학교 법학전문대학원)

I. 문제의 제기

‘유리한 규범이 언제 성립되었는지 여부는 유리한 조건 우선의 원칙¹⁾ 적용과 관련이 없다’²⁾는 명제가 우리 노동법학과 실무를 뒤흔들고 있다. 최근 대법원이 그 명제를 명시적으로 받아들인 판결³⁾을 한 이후 아직까지 혼란이 정리되지 않고 있다. 그 와중에 그간 우리 학계와 실무 및 입법에서 이루어 낸 성과들(취업규칙의 법규범성을 인정하는 근로기준법의 제 규정, 제94조와 관련된 취업규칙의 법규범성 및 불이익변경에 있어서 노사대등성의 강화, 제4조의 해석론 등)이 봄바람에 날리는 벚꽃 것처럼 흔들리고 있다. 과연 그 명제가 우리 노동법학의 성과물들을 뒤흔들만한 마법의 ‘절대반지’ 라도 된단 말인가? 그렇지 않다.

유리성의 원칙이 적용되는 하위 규범은 기존의 상위 규범에 비해서 후에(新) 성립된 규범에 한한다. 이를 받아들이지 못한 결과 이러한 혼란이 초래된 것이다. 이하에서는 이 명제를 받아들여야 할 이유를 논증하고, 그에 기초해서 어떻게 이 문제에 대한 논의를 정리해야할지 논하고자 한다. ‘절대반지’는 어디에도 없다.

II. 유리한 (新)조건 우선의 원칙

1. 독일의 경우

(1) 우리와 달리 독일은 명시적으로 유리성의 원칙을 인정한다. 즉 독일 단체협약법 제 4조 제3항은 “단체협약과 다른 약정은 단체협약에 의해 인정되거나 근로자에게 유리한 협약규정의 변경을 포함 하는 때에만 허용된다.” 라고 규정하고 있다. 이와 관련하여

1) 이하에서는 ‘유리성의 원칙’으로 약칭한다.

2) Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, 18. Aufl. 2019 Rn. 86f, 549; Preis, Kollektivarbeitsrecht, 4. Aufl. 2017, Rn. 476(김형배, “취업규칙의 불이익변경과 근로계약의 유리한 규정”, 「노동법포럼」(제29호), 노동법이론실무학회, 2020. 2, 4쪽에서 재인용); 이를 명시적으로 지지하는 견해로는 강선희, “단체협약과 취업규칙의 관계와 유리성의 원칙”, 「노동법학」(제45호), 한국노동법학회, 2013. 3, 159쪽; 기타 유리한 조건 우선의 원칙과 관련된 모든 논의들은 이에 대해 별도로 논하고 있지는 않지만 그 명제를 수용하는 것을 전제로 논리를 전개하고 있다.

3) 대법원 2017. 12. 13. 선고 2017다26138판결; 대법원 2019. 11. 14. 선고 2018다200709판결; 대법원 2020. 4. 9. 선고 2019다297083판결 등.

1986년 연방노동법원 대심원은 두 가지 문제에 대해서 중요한 판결⁴⁾을 하였다. 첫째, 단체협약과 달리 명문 규정이 없는 사업장협정과 근로계약 간에도 유리성의 원칙이 적용된다. 둘째, 유리성의 원칙은 규범 성립의 전·후를 불문하고 적용된다. 단체협약(사업장협정 포함)의 강행적 효력은 전적으로 근로자 보호에 있기 때문에 근로자에게 유리한 약정에 대해서는 그 보호의 필요성이 없다는 것이 그 이유다.⁵⁾

위와 같은 독일의 사례를 명시적으로 지지하는 견해⁶⁾는 단체협약(사업장협정) 체결의 전후를 불문하고 유리성의 원칙이 인정되는 것이 당연하다고 한다. 그렇지 않다면 선행하는 유리한 근로계약이 후행하는 불리한 단체협약의 체결에 의해 단체협약의 강행적 효력이 양면으로 적용된다는 논리가 성립되며, 이를 피하기 위해서는 다시금 근로계약 당사자 간의 합의를 필요로 하게 되어, 기존 근로계약상의 유리한 근로조건의 유효기간이 단체협약의 유효기간에 의존하는 셈이 되기 때문이라는 것이다.

(2) 위와 같은 독일의 논의는 다음과 같은 이유로 우리에게 적용될 수 없다. 첫째, 독일과 달리 우리는 유리성의 원칙을 인정하는 명문규정이 없으므로 독일의 해석방식을 따를 필요가 없다.

둘째, 우리학계에서 유리성의 원칙을 부정하는 견해⁷⁾가 제시하는 논리처럼 독일의 산별 단체협약은 최저기준으로 (유리한 근로계약이 비록 과거의 규범이더라도)유리성의 원칙을 인정할 필요가 강하지만, 우리의 경우는 기업별협약이 지배적(전형적·표준적 기준)이어서 유리성의 원칙을 엄격하게 적용할 필요가 없다. 단체협약(사업장협정) 체결의 전후를 불문하고 유리성의 원칙이 인정된다는 독일 연방노동법원 대심원의 판결은 위 두 가지 이유로 나온 것이고, 이를 우리가 따를 필요는 없다.

셋째, 위 독일의 사례를 지지하는 견해의 경우, 단체협약이 최저기준인 독일의 사례에 대해서는 “당연한 결과”로 이해⁸⁾될 수 있지만, 표준적 기준일 수도 있는 우리의 경우에는 그 명제가 당연히 적용될 수 있는 게 아니다. 경우에 따라서는 단체협약의 강행성이 양면적으로 적용될 필요도 있다. 그 경우는 근로자보호의 가치보다 더 우선하는 가치가 있는 경우다. 근로자보호의 가치도 ‘절대반지’일 수는 없다.

넷째, 독일 단체협약법 제4조 제3항의 문언구조에 의하면 근로자에게 유리한 약정은 단체협약에 후행하는 경우에 효력이 인정되는 것으로 규정되어 있다. “단체협약과 다른 약정은 …근로자에게 유리한 협약규정의 변경을 포함 하는 때에만 허용된다.”와 같은 규정형식은 비교대상 단체협약이 있고, 그 후 그 보다 유리하게 다른 약정이 변경되는 것을 의미한다. 이와 같은 문언의 문제점을 지적하면서도 그 의미를 축소 해석하는 견해⁹⁾가 있지만, 규범 설정의 전·후를 불문하고 유리성의 원칙을 관철하고자 하였다면, 간명하게 ‘근로자에게 유리한 약정은 단체협약에 우선한다.’와 같은 방식으로 규정하였

4) BAG 16. 9. 1986 - GS 1/82 - BAGE 53, 41.(자세한 내용의 소개는 강선희, 앞의 논문, 154-156 쪽 참고)

5) Däubler, Tarifvertragsrecht, S. 133.(강선희, 앞의 논문, 156쪽에서 재인용)

6) 강선희, 앞의 논문, 159쪽.

7) 김유성, 「노동법Ⅱ」, 법문사, 1997, 165-166쪽.

8) 강선희, 앞의 논문, 159쪽.

9) 강선희, 앞의 논문, 159쪽.

어야 할 것이다. 우리 노조법 제33조 제1항이나 근로기준법 제97조를 해석함에 있어서도 동일한 논리가 적용된다. ‘단체협약(취업규칙)에서 정한 기준...’ 으로 되어 있어 상위의 규범이 선행하는 구조로 규정되어 있다.

다섯째, 유리성의 원칙을 엄격하게 적용하는 독일의 경우도 최근 예외가 인정되고 있다. 예컨대, 근로계약에서 ‘근로자대표와의 서면합의에 의한 변경가능성’ 을 (명시적 혹은 묵시적으로)정하고 있는 경우에는 근로자대표와의 서면합의로 근로자에게 불이익하게 근로계약의 내용을 변경할 수 있다. 최근 독일 연방노동법원 판례에 의하면 근로계약에 정해진 조건이 약관에 해당하고 집단적 관련성을 가지는 경우에는 묵시적 변경가능성이 인정된다고 한다.¹⁰⁾ 2014년 연방노동법원의 판결에 따르면 “동일한 사항에 대하여 사업장협정과 개별 근로계약이 다르게 규정하고 있는 규범충돌이 있는 경우 유리한 조건 우선의 원칙이 문제되는데, 유리한 조건 우선의 원칙에 의해 집단적 규범으로서의 사업장협정이 무효화되는 것은 아니다. 다만, 사업장협정의 직접적·강행적 효력에도 불구하고, 개별 근로계약의 당사자인 근로자는 자신에게 보다 유리한 근로계약상의 합의내용에 근거하여 자신의 권리를 주장할 수 있다.”¹¹⁾고 한다. 우리의 경우로 돌아가면, 명문의 규정(근로기준법 제94조 제1항 단서)으로 근로조건의 불리변경 가능성을 인정하고 있고, 임금피크제의 도입과 같은 임금체계의 변경은 집단적 관련성을 갖는 경우에 해당한다.

여섯째, 유리성의 원칙은 상위법우선 원칙의 예외 논리다. 예외는 가급적 엄격하게 적용·해석되어야 한다(“예외법 확대적용 금지의 원칙”¹²⁾ : *singularia non sunt extendenda*). 법의 영역에서 원칙과 예외의 관계란 대부분 상대적인 것에 불과하더라도 법적 안정성을 지키고, 규범의 투명성과 일반성·보편성을 높이기 위해서는 예외에 대한 엄격한 적용태도는 유지되어야 한다.

필자는 근로자보호를 위해서 유리성의 원칙은 인정될 수 있다고 본다. 다만, 근로자 보호의 법리도 ‘절대반지’ 는 아니기에 다른 사정이 있는 경우(유리한 규범이 이미 과거의 규범이 된 경우)에는 적용될 수 없다. 위와 같은 논증만으로도 우리가 독일의 사례를 따를 필요는 없다고 보지만 보다 충분한 논의를 위해 신법우선의 원칙을 검토한다.

2. 신법우선 원칙의 적용

(1) 전통적으로 동급의 법원들 간의 충돌 해결원리로 신법우선의 원칙(Lex posterior derogat legi priori)이 있다. 신법이 구법을 대체한다는 내용으로 독일에서는 ‘해소의 원

10) 김기선, “취업규칙 불이익변경과 근로계약”, 「노동법포럼」(제29호), 노동법이론실무학회, 2020. 2, 36-37쪽.

11) BAG 14. 1. 2014 - 1 ABR 57/12.(박귀천, “독일 노동법상 근로조건 결정시스템”, 「노동법연구」(제41호), 서울대노동법연구회, 2016. 9, 78쪽에서 재인용)

12) 이에 대한 자세한 소개는 백경일, “예외법 확대적용 금지의 원칙”, 「재산법연구」(제25권 제3호), 한국재산법학회, 2009(논지에 따르면 우리의 사법실무에서 이 원칙이 일반적으로 적용되고 있다고 볼 수는 없지만, ‘사적자치’ 등 우리 법체계를 특징짓는 몇몇 대원칙에 반하는 예외규정들에 대해서는 우리 법원이 확대·유추적용을 가급적 자제하고 있다고 한다.)

칙’ 이라고도 한다.

흔히 이 원칙은 법 논리상 당연한 것으로 이해되고 있지만 법철학계에서는 1917년 메르클(Merkel)이 “법률의 불가변성”이라는 글을 발표한 이래 실정법적 원리로 이해하는 입장이 통설이다.¹³⁾ 이에 의하면 신법우선의 원칙이 법률의 변경을 가능케 하는 것이 아니라 법질서에 내재된 변경가능성 때문에 신법우선의 원칙이 타당한 것이다. 그리고 입법자는 신법우선이든, 구법우선이든 선택할 자유가 있으며, 신법이 우선되기 위해서는 명시적으로 규정(경과규정 등)되거나 묵시적으로 전제되어야 적용될 수 있다. 이 원칙은 현대적인 법체계에서는 대체로 묵시적으로 전제되고 있지만, 명시적으로 입법된 경우¹⁴⁾도 있다.

신법우선의 원칙은 기존의 법규범이 동위규범 내지 하위규범일 경우에만 적용되고 상위규범일 경우에는 적용되지 않는다. 또한 기존의 특별법이 있는 상황에서 새로 일반법이 제정되더라도 기존의 특별법이 우선한다. 그렇다고 하여 일반적으로 특별법우선의 원칙이 신법우선의 원칙에 비해 우위에 있다고는 할 수 없다. 원칙적으로 입법자가 관련 법 영역을 통일적으로 규율하기 위하여 새로이 일반법을 제정하지 않는 한, 새로운 일반법이 기존 특별법에 우선할 수는 없다.

신법우선의 원칙이 실정법적 원리로 이해되는 이상 신법의 적용을 정당화할 수 있는 논리가 필요하다. 이에 대해서는 ‘법체계의 통일성원리’, ‘입법자의 변경권 또는 법규범의 변경가능성’, ‘변화된 상황론’ 등이 제시되고 있지만 어느 한 논리가 신법우선의 원리를 완벽히 정당화하지는 못한다. 다만, 그와 같은 정당화 논리를 충족할 경우 신법우선의 원칙이 적용될 실정법적 근거는 상당부분 충족될 수 있으므로 이하 우리의 문제를 검토해보겠다.

(2) 우리의 경우, 유리성의 원칙을 인정하는 입장에서 유리성의 원칙이 ‘유리한 신법’에 대해서 적용되는 것에는 아무런 문제가 없을 것이다. 이에 의하면 유리한 새로운 취업규칙, 근로계약은 각각 단체협약과 취업규칙을 대체한다. 문제는 근로자에게 불리하지만 새로운 규범(단체협약, 취업규칙)이 과거의 유리한 규범(취업규칙, 근로계약)을 대체할 수 있는가에 있다. 유리성의 원칙과 신법우선의 원칙이 충돌되는 경우다. 이 경우에 있어서는 다음과 같은 이유로 유리성의 원칙이 아닌 신법우선의 원칙이 적용되어야 한다.

(a) 신법우선의 원칙은 동 순위의 규범들 간의 충돌을 해결하기 위한 것이므로 상·하

13) 이에 대한 자세한 소개는 오세혁, “신법우선의 원리”, 『홍익법학』(제3권), 홍익대법학연구소, 2001. 8, 5-6쪽.

14) 오스트리아일반민법전(ABGB) 제9조는 “법률은 입법자에 의하여 변경되거나 명시적으로 폐지될 때까지 그 효력을 갖는다.”, 조약법에 관한 비인협약 제59조 제1항은 “조약의 모든 당사국이 동일한 사항에 관해 새로운 조약을 체결하는 경우에 다음의 조건을 갖출 때에 기존의 조약은 종료한 것으로 본다. (a) 당사국이 새로운 조약에 의하여 그 사항이 규율되어야 함을 의도하는 것이 그 조약으로부터 명백하거나 다른 방법으로 확인되는 경우, (b) 새로운 조약의 규정이 기존 조약의 규정과 근본적으로 양립하지 아니하여 양 조약이 동시에 적용될 수 없는 경우”, 제2항은 “당사국의 의사가 기존 조약의 시행을 정지하고자 하는 것이 새로운 조약으로부터 명백하거나 다른 방법으로 확인되는 경우에 기존 조약은 그 시행이 정지된 것으로 본다.”고 규정한 것이 그 예이다.

위 규범들 간의 충돌을 해결하기 위한 유리성의 원칙 적용여부에서 논하는 것이 타당한지 의문을 제기하는 견해가 있을 수 있는데, 유리성의 원칙은 상위법 우선의 원칙에 대한 예외로 유리성 원칙의 적용여부가 문제되는 사안에 있어서는 관련 규범들 간에 형식적인 순위가 문제되지 않는다. 하위의 규범이라도 선택되는 순간 상위규범을 대체하기 때문에 이 문제에 있어서는 충돌되는 규범 간의 지위가 실질상 동일하다.

(b) ‘법체계의 통일성’ 측면에서 보면, 유리성의 원칙보다 신법우선의 원칙이 적용되는 것이 당연하다. 신법은 구법보다 더 상위의 규범이고, (유리한 근로계약에 비해 불리한 취업규칙은)더 광범위한 수범자를 갖고 있어 법의 속성인 보편성을 띠기 때문이다.

(c) ‘입법자의 변경권 또는 법규범의 변경가능성’의 측면에서 보면, 단체협약이나 취업규칙의 개정을 통해 근로자에게 불리한 새로운 규범을 설정하는 것은 전혀 문제되지 않는다. 단체협약의 경우, 노동조합은 자체 조합원들로부터의 수권을 통해 단체협약을 불리하게 변경할 수 있고, 노동조합의 존재목적을 벗어날 정도로 현저히 합리성을 결한 것이 아닌 한 단체협약의 변경가능성은 인정되기 때문이다.¹⁵⁾ 취업규칙의 경우도, 과반수노동자와 근로자 집단은 근로기준법 제94조 제1항의 규정에 의해 취업규칙을 불리하게 변경할 권한 및 변경가능성이 인정된다.

‘부진정 소급입법’의 논리에 의해서도 이를 설명할 수 있다. 신법이 현재 진행 중인 사실관계에도 작용하는 부진정 소급입법¹⁶⁾은 원칙적으로 허용되고, 예외적으로 신법의 공익상의 사유와 구법의 신뢰보호를 교량해서 보호할 가치가 있는 경우만 구법이 적용된다. 그런 경우란 ‘구법에 대한 당사자의 신뢰가 합리적이고도 정당하며 신법으로 야기되는 당사자의 손해가 극심하여 새로운 입법으로 달성하고자 하는 공익적 목적이 그러한 당사자의 신뢰의 파괴를 정당화할 수 없는 경우’¹⁷⁾이다. 극히 예외적인 경우에만 구법이 적용될 수 있는 것이다.

(d) ‘변화된 상황론’의 측면에서도 불리한 신법이 적용되어야 할 필요성이 더 크다. 자본주의 사회에서 근로자 개인이나 노동조합은 기본적으로 사용자의 존재에 의존할 수밖에 없고, 수시로 변화하는 기업의 환경에서 보면 근로조건은 보장수준도 그에 맞추어 변화될 수밖에 없는 내재적 한계가 있기 때문이다. 기업의 변화된 환경 속에서 과거의 규범이 유지될 필요성은 현저히 떨어진다. 이런 이유로 단체협약이나 취업규칙의 불이익 변경도 용인되고 있다.

유리성의 원칙을 강조하는 논리에서 보자면, 유리한 근로계약의 적용을 관철하기 위한 논리로 ‘계약의 구속력’을 들 수도 있겠지만, 이 역시도 ‘사정변경의 원칙’에 의해서 그 한계가 인정¹⁸⁾되기 때문에 설득력이 떨어진다.

15) 대법원 1999. 11. 23. 선고 99다7572판결.

16) 대법원 2019. 11. 14. 선고 2018다200709판결 사안의 경우. ‘연봉제가 피크연봉제’로 변경된 것으로 변경 전후의 사실관계는 연봉제로 동일하다.

17) 헌법재판소 2001. 4. 26. 99헌바55결정.

(e) 구법과 신법이 추구하는 가치를 비교해보아도 신법이 더 우세하다. 구법이 보호하는 가치는 근로계약의 경우 사적자치와 근로자보호의 가치이다. 이 가치는 규범의 변경 필요성이나 변화된 상황 속에서 완고하게 보장될 가치는 아니다. 또한 사적자치나 근로자보호의 가치는 신법의 형성과정에서도 지켜질 수 있다. 단체협약은 노사 대등성을 전제로 하고 있고, 취업규칙 불이익변경 시의 절차는 근로조건 대등결정원리의 구체화된 실현방식이다.¹⁹⁾ 이 경우에도 집단적 사적자치나 근로자보호의 가치는 유효하다. 그 외에도 신법은 상위법 우선이나 법체계의 통일성의 원리에 의해서도 더 우세한 가치를 가지고 있다. 이런 점에 비추어 앞서 우리 헌법재판소가 부진정 소급입법의 효력을 예외적으로 배제하는 기준을 적용해 보면 구법을 적용할 상황과는 현저한 차이가 있다.

또한 구법이 근로자에게 유리해진 배경에는 어떤 특별한 능동적인 가치가 있는 것이 아니다. 단지 규범의 설정 시간의 선후에 의해서 후에 설정된 규범에 비교해서 유리해진 것뿐이다. 그에 비해 유리성의 원칙이 적용되는 하위의 신법의 경우는 특별하고 능동적인 가치가 존재한다. 구법 하의 근로조건보다 더 근로자를 유리하게 보호(또는 다른 근로자들에 비해서 더 우대)해 주어야 할 특별한 사정이 존재해서 구법을 대체할 정당성이 인정되어야 새로운 규범의 설정이 가능하기 때문이다.

(f) 우리 대법원은 ‘사용자가 근로자집단의 동의를 받지 않고 취업규칙의 퇴직금지급률을 인하한 경우, 과반수 노조가 이를 승인하는 내용의 단체협약을 체결하면 그 단체협약은 취업규칙을 적용받던 근로자에게도 유효하다.’²⁰⁾고 판결한 바 있다. 이 판결에 대해 그 동안 학계에서는 사후적인 단체협약 체결의 의미를 취업규칙 불이익변경 절차의 하자에 대한 사후승인의 의미에 주목해서 보았지만, 한편으로 대법원은 이 판결을 통해 근로자에게 유리한 구법(불이익변경이 무효이어서 여전히 유효한 취업규칙)과 불리한 신법(단체협약)의 효력이 다투어진 사안에서 유리성의 원칙보다는 신법우선의 원칙을 취하여 왔다고 볼 수 있다. 그 외에도 판결이유에서 방론으로 다루었지만, ‘취업규칙의 변경에 의하여 기존의 근로조건이나 근로자의 권리를 소급하여 불이익하게 변경하는 경우도 가능하다’고 한 경우도 있는데,²¹⁾ 이 역시 불리하게 변경된 취업규칙이 기존의 유리한 근로계약을 대체할 수 있다는 논리를 전제하고 있다.

3. 소결

결론적으로, 독일의 사례에서도 그렇고, 신법우선 원칙의 측면에서 보아도 유리성의 원칙은 기존의 상위규범보다 유리한 하위규범이 새롭게 설정되는 경우에 한하여 인정되는

18) 이와 관련한 자세한 논의는 이동진, “계약위험의 귀속과 그 한계 : 사정변경, 불능, 착오”, 「비교사법」 제26권 제1호, 한국비교사법학회, 2019. 2. 참고.

19) 이에 대한 자세한 소개는 김성진, “근로조건 대등결정의 원리”, 「노동법학」(제54호), 한국노동법학회, 2015. 6.

20) 대법원 1997. 8. 22. 선고 96다6967판결.

21) 대법원 1992. 11. 24. 선고 91다31753판결; 대법원 1994. 5. 24. 선고 93다46841판결 등.

것으로 봐야 한다. 따라서 유리성의 원칙은 ‘유리한 신(新)조건 우선의 원칙’으로 새롭게 정립되어야 한다.

한편, ‘절대반지’를 우리나라에 최초로 소개한 견해에 따르면, ‘유리성 원칙의 적용상의 정당성 여부는 유·불리 논리에 의해서만 결정되는 것이 아니라 대등한 교섭력을 갖춘 노동조합과 사용자 사이의 진정한 합의인지에 따라 불리하게 변경된 협약내용도 수용될 수 있고, 그러한 단체협약의 규정이 유리성의 원칙에 반한다고 볼 수 없다.’²²⁾고 한다. ‘절대반지’를 포기할 수 없어서 그런 표현을 쓴 것이겠지만, 사실상 ‘유리한 신조건 우선의 원칙’을 수용한 것으로 본다. 기존의 유리한 근로계약과 대등한 절차에 따라 불리하게 변경된 취업규칙의 효력이 충돌하는 사안에서도 동일한 논리로 변경된 취업규칙의 내용도 수용(신법 우선)될 수 있지 않겠는가?

또한 위 견해는 유리성의 원칙을 “법원론 상 노동법의 일반적 기본원칙”으로 위치시키고 있는데,²³⁾ 상위법우선 원칙의 예외이자 신법우선 원칙의 일부 적용례에 불과하고, 실무에 있어서도 극히 찾아보기 어려운 적용례이고 보면 노동법의 기본 원리로까지 격상시킬 이유는 없다고 본다. 다시 생각해보면, 유리성의 원칙은 특별할 게 없다. 근로조건과 관련하여 근로기준법이나 단체협약, 취업규칙 등이 최저기준으로 기능하다보니 그 반사적 결과로 근로자에게 유리한 신법이 효력을 발휘할 수 있는 것이다. 결국 유리성의 원칙은 근로자보호의 필요성과 신법우선의 원칙이 결합된 산물에 불과하다.

Ⅲ. 대법원 판결의 검토

1. 판결요지

①판결(대법원 2017. 12. 13. 선고 2017다26138판결)

사안의 사실관계는 ‘근로계약에 약정수당 지급 규정, 노사협의회에서 약정수당 폐지를 내용으로 하는 자구계획안 의결, 근로자 과반수의 동의, 개별 근로자의 부동의’로 구성되었다.

1심은 취업규칙이 적법한 절차를 거쳐 변경되었다라도 근로기준법 제97조에 의하여 유리한 근로계약이 우선 적용된다고 보았고, 2심은 1심의 견해에 더해 취업규칙이 사용자에게 의해 일방적으로 작성되는 점을 강조하였다. 대법원에서는 심리 불속행으로 2심판결이 유지되었다.

②판결(대법원 2019. 11. 14. 선고 2018다200709판결)

22) 김형배, 「노동법」(제26판), 박영사, 2018, 1084쪽.

23) 김형배, 앞의 책, 94쪽.

사안의 사실관계는 ‘개별 근로자가 연봉제에 따라 7,000만 원 상당의 기본 연봉계약 체결, 회사와 과반수노조는 취업규칙으로 임금피크제를 도입하면서 정년 2년 미만 남은 근로자의 경우 기본 연봉의 60%, 1년 미만 남은 경우 40%를 지급하도록 변경, 개별 근로자의 부동의, 정년이 2년 남아 있어서 2년간 총액 50%의 임금이 삭감되고 그에 기초해 퇴직금까지 감액된 근로자가 소송제기’ 로 구성되었다.

대법원의 판결은 다음과 같다.

근로기준법 제97조는 “취업규칙에서 정한 기준에 미달하는 근로조건을 정한 근로계약은 그 부분에 관하여는 무효로 한다. 이 경우 무효로 된 부분은 취업규칙에 정한 기준에 따른다.” 라고 정하고 있다. 위 규정은, 근로계약에서 정한 근로조건이 취업규칙에서 정한 기준에 미달하는 경우 취업규칙에 최저기준으로서의 강행적·보충적 효력을 부여하여 근로계약 중 취업규칙에 미달하는 부분을 무효로 하고, 이 부분을 취업규칙에서 정한 기준에 따르게 함으로써, 개별적 노사 간의 합의라는 형식을 빌려 근로자로 하여금 취업규칙이 정한 기준에 미달하는 근로조건을 감수하도록 하는 것을 막아 종속적 지위에 있는 근로자를 보호하기 위한 규정이다. 이러한 규정 내용과 입법취지를 고려하여 근로기준법 제97조를 반대해석하면, 취업규칙에서 정한 기준보다 유리한 근로조건을 정한 개별 근로계약 부분은 유효하고 취업규칙에서 정한 기준에 우선하여 적용된다.

한편, 근로기준법 제94조는 “사용자는 취업규칙의 작성 또는 변경에 관하여 해당 사업 또는 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 노동조합, 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수의 의견을 들어야 한다. 다만, 취업규칙을 근로자에게 불리하게 변경하는 경우에는 그 동의를 받아야 한다.” 라고 정하고 있다. 위 규정은 사용자가 일방적으로 정하는 취업규칙을 근로자에게 불리하게 변경하려고 할 경우 근로자를 보호하기 위하여 위와 같은 집단적 동의를 받을 것을 요건으로 정한 것이다.

그리고 근로기준법 제4조는 “근로조건은 근로자와 사용자가 동등한 지위에서 자유의사에 따라 결정하여야 한다.” 라고 정하고 있다. 위 규정은 사용자가 일방적으로 근로조건을 결정하여서는 아니 되고, 근로조건은 근로관계 당사자 사이에서 자유로운 합의에 따라 정해져야 하는 사항임을 분명히 함으로써 근로자를 보호하고자 하는 것이 주된 취지이다.

이러한 각 규정 내용과 그 취지를 고려하면, 근로기준법 제94조가 정하는 집단적 동의는 취업규칙의 유효한 변경을 위한 요건에 불과하므로, 취업규칙이 집단적 동의를 받아 근로자에게 불리하게 변경된 경우에도 근로기준법 제4조가 정하는 근로조건 자유결정의 원칙은 여전히 지켜져야 한다. 따라서 근로자에게 불리한 내용으로 변경된 취업규칙은 집단적 동의를 받았다고 하더라도 그보다 유리한 근로조건을 정한 기존의 개별 근로계약 부분에 우선하는 효력을 갖는다고 할 수 없다. 이 경우에도 근로계약의 내용은 유효하게 존속하고, 변경된 취업규칙의 기준에 의하여 유리한 근로계약의 내용을 변경할 수 없으며, 근로자의 개별적 동의가 없는 한 취업규칙보다 유리한 근로계약의 내용이 우선하여

적용된다.

③판결(대법원 2020. 4. 9. 선고 2019다297083판결)

사안의 사실관계는 ‘근로자와 사용자는 취업규칙의 상여금 규정에 근거해 1년 근무 시 상여금 550%를 지급하는 내용의 근로계약 체결, 취업규칙의 불이익변경으로 상여금 미지급, 상여금 지급소송 제기’로 구성되었다.

1심은 “취업규칙은 근로자의 근로조건과 복무규율에 관한 기준을 집단적·통일적으로 설정하기 위하여 사용자가 일방적으로 작성한 것인데 반해, 근로계약은 사용자와 근로자의 합의에 기초한 것이므로, 어떠한 근로조건에 관해 취업규칙과 근로계약이 각기 다르게 정하고 있다면 취업규칙이 근로자에게 보다 유리하다는 등의 특별한 사정이 없는 이상 근로계약이 우선 적용된다. 근로계약을 체결한 이후에 취업규칙이 적법한 절차를 거쳐 근로자에게 불리하게 변경되었다고 하더라도 해당 근로자가 그 취업규칙의 변경에 동의하는 등의 특별한 사정이 없는 한 해당 근로자의 기존 근로계약이 취업규칙이 정한대로 당연히 변경된다거나 그 취업규칙 중 근로계약과 상충되는 부분이 기존의 유리한 근로계약에 우선하여 적용된다고 볼 수 없다.”고 하였고, 상급심에서 그대로 유지되었다.

2. 대법원 판결의 문제

위와 같은 대법원 판결(위 ②판결)의 논리 중, 근로기준법 제97조는 근로자를 보호하기 위한 규정으로서 취업규칙에서 정한 기준보다 유리한 근로조건을 정한 개별 근로계약 부분은 유효하고 취업규칙에서 정한 기준에 우선하여 적용된다는 점, 근로기준법 제94조는 사용자가 일방적으로 근로자에게 불리하게 취업규칙을 변경하려고 할 경우 근로자를 보호하기 위하여 집단적 동의를 받을 것을 요건으로 정한 것이라는 점, 근로기준법 제4조는 근로자 보호를 위해서 근로관계에서 근로조건을 사용자가 일방적으로 결정하여서는 아니 되고 근로관계 당사자 사이에서 자유로운 합의에 따라 정해야 한다는 점을 지적한 것은 그간의 학계나 실무의 논리에서 벗어나지 않는 당연한 논리이다.

그런데 근로자에게 유리한 근로계약인 이상 규범 설정의 선후와 관계없이 취업규칙에 우선하여 적용된다는 논리를 관철하기 위해서 동원된 논리, 즉 유리한 근로조건을 정한 기존의 개별 근로계약은 집단적 동의를 통해 근로자에게 불리하게 변경된 취업규칙보다 우위에 있고, 집단적 동의를 통해 불리하게 변경한 취업규칙의 효력을 개별 근로자에게 관철하기 위해서는 근로자의 개별 동의가 필요하다는 논리가 타당할까? 앞서 유리성의 원칙은 유리한 신(新) 조건에 한하여 적용된다는 점을 밝힌 이상, 대법원의 후행 논리 역시 타당하지 않기는 마찬가지이다. 이하 자세히 검토해보겠다.

3. 과거의 개별 근로계약에 우선하는 취업규칙

다음과 같은 점에서 보면, 근로계약은 유리성의 원칙에 의해 예외적으로 허용된 경우 외에는 취업규칙을 넘어설 수 없다.

(1) 위 대법원 판결들은 대체로 사용자가 일방적으로 작성한다는 취업규칙의 속성을 들어 취업규칙의 법규범성을 경시하고 있다. 대법원 판결을 지지하는 견해²⁴⁾들도 이러한 입장에서 있는데, 취업규칙은 본질적으로 사용자가 단독의 입법자이자 집행자로서 근로계약을 보충할 뿐 근로계약에 대해 대체성이 없다고 한다.

그러나 취업규칙의 제정권한이 본래 사용자에게 있다고 하여 기존의 유리한 근로계약이 불리하게 변경된 취업규칙을 대체할 수 있다거나 근로계약의 규범성이 취업규칙의 우위에 있다는 것은 과도한 해석이다. 이들 견해의 지적처럼 취업규칙이 사용자에게 의하여 일방적으로 작성되는 측면이 있고, 이를 제한할 필요성은 얼마든지 수궁할 수 있으며, 그러한 노력도 있어왔다. 즉, 취업규칙 제정의 일방성을 제한하기 위해서 그간 대법원은 1977년의 판결²⁵⁾ 이래 취업규칙 불이익변경에 있어서 근로자집단의 동의를 요구하여 왔고, 이를 반영하여 1989년 근로기준법 제94조 제1항 단서로 입법되기에 이르렀다. 위 대법원의 판결은 그간의 사법실무나 입법의 성과를 무시하는 판결이다. 그러한 성과에도 불구하고 여전히 취업규칙의 법규범성을 완전히 인정하기에는 여러 문제가 남아있기는 하지만,²⁶⁾ 이 문제는 해석에 의해 근로조건을 대등결정성을 강화하는 방식²⁷⁾이나 별도의 입법을 통해 해결되어야 할 문제이지 현재의 취업규칙의 법규범성을 과도하게 경시하는 쪽으로 해석할 일은 아니다.

(2) 취업규칙의 법규범성은 근로기준법 자체에서 인정되고 있다. 즉 근로기준법은 “사업장의 근로자 전체에 적용될 사항”을 필요적으로 취업규칙에 정하도록 하고(제93조) 있고, 근로계약에 정한 근로조건을 취업규칙으로 변경할 수 있는 가능성을 규정(제17조 제2항)하고 있다. 제5조에서는 “근로자와 사용자는 각자가 단체협약, 취업규칙과 근로계약을 지키고 성실하게 이행할 의무가 있다.”고 규정하고, 제97조(위반의 효력)에서는 “취업규칙에서 정한 기준에 미달하는 근로조건을 정한 근로계약은 그 부분에 관하여는 무효로 한다. 이 경우 무효로 된 부분은 취업규칙에 정한 기준에 따른다.”고 규정하고 있다.

24) 신권철, “취업규칙과 근로계약의 관계”, 노동법연구(제48권), 서울대노동법연구회, 2020. 3, 62쪽; 김기선, 앞의 논문, 33쪽.

25) 대법원 1977. 7. 26. 선고 77다355판결; 대법원 1992. 11.24. 선고 91다31753판결; 대법원 1994. 5. 24. 선고 93다46841판결 등

26) 자세한 신권철, “취업규칙을 넘어 - 판례 법리와 그 비판 -”, 「노동법연구」(제41호), 서울대노동법연구회, 2016. 9. 참조(동 견해의 요지는 회사 내부에서는 다양한 방식과 내용으로 근로조건들이 취업규칙으로 제정되는데 비해, 근로자 측은 기존 취업규칙의 불이익변경에만 동의권을 행사할 수밖에 없어 실질적인 규범통제가 이루어지지 않는 점을 지적하고 있다.)

27) 근로기준법 제4조를 효력규정으로 해석하고, 제94조 제1항의 취업규칙의 제정·변경(특히 새로운 근로조건 설정의 경우)에 있어서 근로자집단의 의견청취를 하지 않는 경우에 해당 취업규칙의 효력은 부인되어야 할 것이다(자세한 내용은 김성진, 앞의 논문, 4-11쪽 참조).

근로기준법의 어떤 규정을 살펴보다라도 근로계약이 취업규칙 보다 더 우위에 설 수 있는 근거는 없고, 오히려 취업규칙이 근로계약에 우위에 있다는 내용만이 규정되어 있다.

(3) 대법원 판결은 근로기준법 제4조와 제94조 제1항을 별개로 보면서 제94조에 따라 집단적 결정에 의한 근로조건 불이익변경이 있는 경우에 제4조의 근로조건 자유결정의 원칙이 지켜지지 않은 것처럼 이해하고 있으나, 이는 규정에 대한 오해다.

우리 법은 근로조건결정에 대해 3가지 원칙을 적용하고 있다.²⁸⁾ 첫째는 근로기준법 제4조의 자율결정의 원리인데, 자율결정의 이상은 현실에서 단체교섭에 의할 때만 실현되고 있으며, 개별교섭의 경우 근로자와 사용자의 역학관계에 따른 한계 때문에 다음 두 가지 측면에서 보완이 필요하다. 둘째, 헌법 제32조 제3항에 의해 선언된 근로조건 법정주의는 근로기준법의 제 규정(제3조, 제15조 등)을 통해 근로조건 자율결정의 이상을 내용적으로 보완하고 있다. 셋째, 근로기준법 제4조의 대등결정의 원리는 근로관계 당사자가 근로조건 결정과정에서 일방적 결정이 아닌 대등한 결정을 하도록 강제하여 근로조건 자율결정의 원리를 절차적으로 보완하고 있다. 최소한의 근로조건 법정과 근로조건 대등한 결정절차가 보장되어야 근로조건 자율결정의 이상이 실현(완벽하지는 않지만 나름은 공정한)될 수 있다는 점에서 세 가지 원리는 상호 보완관계에 있다.

근로관계에서 근로조건 결정방식은 다양하고 각각의 결정방식에 있어서 절차적인 대등성이 확보되어야 한다. 취업규칙의 제정·변경이나 불이익변경에 있어서의 집단적 의견 참작·동의절차를 규정한 근로기준법 제94조 제1항은 근로기준법 제4조가 규정하는 근로조건 대등결정의 방식을 구체화한 것이다.²⁹⁾ 이와 관련하여 제4조는 개별 근로계약에만 적용되는 것으로 이해하는 견해³⁰⁾가 있다. 이 견해는 취업규칙이 근로계약에 우선한다면 제4조 위반이라고 보고 있는데, 제4조는 ‘사용자와 개별 근로자’에게만 적용되는 것으로 전제하고 있는 것으로 보인다. 그러나 동 규정의 문언은 “근로조건은 …”으로 되어 있어 근로조건 결정에 관한 일반 원칙적 규정이다. 근로기준법에 규정되어 있는 모든 원칙적 규정들 중 이 규정에 한해서 개별 근로계약에만 적용된다고 보는 것도 이해가 되지 않는다.

한편, 사용자가 취업규칙을 일방적으로 제정한다는 점에 초점을 두고 있는 견해들은 과반수노조나 과반수 근로자의 동의를 통해 변경된 취업규칙이 비조합원이나 그에 동의하지 않는 근로자들에게까지 구속력을 미치는 점에 대해 의문을 품고 있는 것으로 보인다. 그러나 이에 대해서는 근로자대표 이론의 적용을 통해서나³¹⁾ 근로기준법 제94조 제1항의

28) 자세한 내용은 김성진, 앞의 논문, 2-4쪽 참조.

29) 김성진, 앞의 논문, 9쪽; 강희원, “근로기준법상 취업규칙의 개념에 대한 일고찰 - 취업규칙법론의 재정립을 위하여” 「노동법학」(제42호), 2012, 109쪽; 노동법실무연구회, 앞의 책, 753쪽; 이준희, “취업규칙과 근로계약의 효력 상 우열관계”, 「노동법논총」(제48집), 한국비교노동법학회, 2020. 4, 399쪽; 박종희, “유리한 조건 우선의 원칙에 대한 법이론적 검토와 체계상 재구성 시론”, 「노동법학」(제8호), 한국노동법학회, 1998. 12, 494-495쪽은 취업규칙에 대해 단체협약에 준하는 집단적 사적자치로 보고 있는데, 같은 취지의 견해로 본다.

30) 신권철, “취업규칙과 근로계약의 관계” 64쪽.

31) 박종희, “취업규칙과 근로계약간의 유리한 조건 우선의 원칙과 근로조건 집단적 결정 법리와 관계”, 「안암법학」(제56권), 2018, 274-275쪽.

개정과정 논의³²⁾를 살펴보면, 집단적 동의에 대한 수권의 정당성은 인정된다고 본다.

사법실무 역시 제94조 제1항을 근로조건의 대등결정의 구체화로 적용하고 있었다. 즉, 이 규정이 입법되기 이전 최초로 취업규칙의 불이익변경 시 근로자집단의 동의를 얻도록 한 1977년의 판결³³⁾은 그 근거 중의 하나로 제4조 규정(당시 제3조)을 들고 있고, 그밖에 다른 취업규칙 불이익변경에 대한 판결에서도 언급되고 있다.³⁴⁾

결론적으로 제94조 제1항의 집단적 결정에 따라 취업규칙의 불이익변경이 있는 경우는 제4조의 근로조건의 자유결정의 원칙 및 대등결정의 원칙이 지켜진 것이다. 대법원 판결이 오해하고 있는 지점은 과거의 유리한 근로계약에도 유리성의 원칙이 적용되어야 한다는 전제에서 벗어나지 못한 결과, 그 논리를 뒷받침하기 위해서 무리하게 제4조를 끌어쓴 결과다.³⁵⁾

(4) 대법원 판결은 불이익 변경된 취업규칙의 범규범성을 과도하게 경시한 나머지 집단적 동의를 통해 불리하게 변경한 취업규칙의 효력을 개별 근로자에게 관철하기 위해서는 근로자의 개별 동의가 필요하다는 논리를 펴고 있는데, 이는 여러 논자들이 이미 지적한 바와 같이 1977년 판결 이래 기준에 대법원이 인정해왔던 취업규칙의 범규범성을 스스로 부정하는 판결이며, 취업규칙 불이익변경과 함께 개별 근로자의 동의를 추가적으로 요구하여 기업실무에 이중적인 절차 부담을³⁶⁾ 안겨주는 매우 부당한 논리이다. 개별적 동의를 집단적 동의보다 더 우위에 두는 것도 이해할 수 없고, 개별조합원이 동의하지 않는다고 해서 단체협약의 불이익변경에 대해서도 그 논리를 관철할 수 있을지 의문이다.

이와 관련하여 제94조 제1항의 동의는 사용자가 일방적으로 작성한 취업규칙 제도의 불완전성을 보완하기 위해 근로기준법의 수권을 통해 비로소 인정된 제도이자 취업규칙 불이익변경의 민주적 정당성, 근로기준법의 노동보호법으로서의 위상을 보장하기 위한 제도로서의 의미를 갖는 것이지, 유리한 근로계약의 효력까지 배제시킬 수 있는 단체협약 체결권과 동등한 수준의 의미를 갖는 것이라고 보기 어렵다는 견해³⁷⁾가 있다. 그러나 노동조합이 집단적 동의를 통해 취업규칙을 불리하게 변경하는 것이든 노동조합이 사용자와 단체협약을 불리하게 변경하는 것이든 집단적 동의의 관점에서 보면 차이가 없다고 보아야 할 것이다.³⁸⁾

32) 이준희, 앞의 논문, 402-406쪽 참조.

33) 대법원 1977. 7. 26. 선고 77다355판결.

34) 대법원 1992. 11. 24. 선고 91다31753판결

35) 방준식, “취업규칙 불이익 변경과 근로계약의 효력”, 「노동법학」(제74호), 한국노동법학회, 2020. 6. 150-152쪽은 대법원이 제4조를 근거로 삼은 것에 대해 비판하면서도 다른 논리를 들고 있다. 제4조는 개별 근로관계에만 적용된다는 것인데, 앞서 검토한 바와 같이 그 점에 대해서는 동의할 수 없다.

36) 박중희, “유리한 조건 우선의 원칙에 대한 법이론적 검토와 체계상 재구성 시론”, 501쪽.

37) 박귀천, “불이익하게 변경된 취업규칙보다 우선하여 적용되는 유리한 근로계약”, 「노동법률」(2020년 5월호), 중앙경제사, 2020, 59쪽.

38) 김형배, 앞의 논문, 5-6쪽.

4. 특별법으로서의 개별 근로계약?

대법원 판결을 지지하는 견해들 중에는 기존의 유리한 근로계약과 불리한 취업규칙 변경의 문제는 별개의 문제라는 취지의 논리가 있다. 예컨대, 변경된 취업규칙과 개별 근로계약이 상이한 내용을 정한 경우³⁹⁾라거나, 취업규칙에 임금에 관한 규정을 두고 있음에도 다시 근로계약 형식으로 연봉계약을 체결한 경우와 취업규칙으로 임금에 관한 규정을 변경한 경우는 다른 문제⁴⁰⁾라는 등의 견해다. 이는 앞서 신법우선의 원칙 적용문제와 관련하여 기존의 특별법은 새로 일반법이 제정되더라도 여전히 효력이 있다는 논리를 전개한 경우다. 그런데 위 대법원 판결의 사안들은 특별-일반법의 관계에 해당될까? 그렇지 않다.

해당 사안들은 임금에 관한 사항의 기본적 혹은 원칙적인 내용(임금 일반, 연봉제, 상여금)은 취업규칙에 정해져 있고, 그 세부적인 내용이 각 개별계약에 약정수당, 개별 연봉액, 상여금액으로 정해진 경우다. 일반적 내용의 구체화이거나 모범-시행령의 관계일 뿐이다. 이 경우 기본적인 내용이 변경(약정수당의 폐지, 피크연봉제로의 전환, 상여금의 폐지)된 경우에 기존의 기본적 취업규칙의 내용에 따라 구체화된 개별약정들의 효력이 유지되어야 하는가? 그렇지 않다.

임금에 관한 사안에 있어서 일반-특별법의 관계가 성립하는 전형적인 사안은 특정 근로자에게 특수한 사유(장애나 특별한 공로 등)로 일반 근로자들에 비해서 우대해주는 경우다. 그러나 해당 사안들의 경우 원칙적인 취업규칙의 내용이 불이익 변경됨으로써 문제된 근로자들만 불이익을 입는 것이 아니라 해당 취업규칙의 적용을 받는 모든 근로자들이 불이익을 입게 되는 경우로서 개별 근로자들을 보호해야 할 어떤 특수한 사정이 존재하지 않는다. 만약 해당 사안의 근로자들이 기존의 원칙적인 임금제도(연봉제) 하에서 특별한 대우(예컨대 장애인에 대한 연봉제 부적용-연공급 적용)를 받고 있었다면, 변경된 제도 하에서도 특별한 대우는 유지될 것이다.

개별 약정이 특별법에 해당하므로 취업규칙에 우선하여 적용되어야 한다는 논리를 전혀 수용할 수는 없지만, 만에 하나 그 논리를 수용하더라도 다시 특별법 우선의 원칙이 신법우선의 원칙에 양보해야 하는 상황에 처해진다. 앞서 신법과 특별법의 관계에서 보았듯이 ‘입법자가 관련 법 영역을 통일적으로 규율하기 위하여 새로이 일반법을 제정’ 하는 경우에는 일반법이 특별법을 배제할 수도 있는데, 문제된 대법원 판결 사안들은 모든 근로자들에게 통일적으로 적용되어야 하는 일반적인 임금체계에 관한 문제들이다. 일반법에 우위에 설만한 특별법도 없고, 개별 약정을 일반 취업규칙에 우선해야 할 특별한 가치도 없다. 개별 약정이 근로자에게 유리해진 것은 규범 설정의 시간차에 따른 상황적 결과일 뿐이지 해당 약정이 취업규칙에 우선할 만한 혹은 다른 근로자들의 약정과 비교해서 더 보호해주어야 할 어떤 가치도 없는 것이다.

한편 이 문제는 앞서 살펴 본 ‘부진정 소급입법’의 논리에 의해서도 설명할 수 있다.

39) 김기선, 앞의 논문, 35쪽.

40) 유성재. “불이익 변경된 취업규칙과 유리한 근로계약의 효력”, 「노동법논총」(제48집), 한국비교노동법학회, 2020. 4, 135쪽; 노동법실무연구회, 앞의 책, 904쪽.

즉 계속적 채권관계인 근로관계에서 임금제도가 임금지급체계는 사용자의 지급능력과 밀접한 관련이 있으므로 항상 변동가능성이 내포되어 있다. 임금문제는 과거나 현재에도 계속 진행 중인 사실관계로서 규범의 불이익 변경이 있는 경우에 그 효력은 과거로 소급될 수 있는 것이다.

5. 취업규칙 불이익변경의 한계

대법원이 유리성 원칙의 적용을 통해 기존의 유리한 근로계약의 효력을 유지시키려고 하는 취지는 불합리한 취업규칙의 변경으로부터 개별 근로자들의 근로조건을 보호하려는 데 있다. 이와 같은 취지를 살리는 방법은 취업규칙의 불이익변경에 일정한 내재적 한계를 설정하는 것이다. 대법원이 ‘노동조합의 존재목적을 벗어날 정도로 현저히 합리성을 결한’ 단체협약의 불이익변경에 대해 그 효력을 제한하고 있듯이 취업규칙의 불이익변경이 현저히 합리성을 결한 때에는 그 효력을 제한하여야 할 것이다. 취업규칙 불이익변경에 대한 과반수 노조나 과반수 근로자의 동의가 있는 경우에 불이익 변경된 취업규칙은 비조합원이나 동의하지 않은 근로자들에게까지 효력이 미치므로 과반수 노조나 과반수 근로자의 동의권한은 일정한 내재적 제한을 받는 것으로 보아야 한다.⁴¹⁾

이와 같은 논리는 과반수 노조나 과반수 근로자들이 취업규칙의 불이익 변경에 관련된 동의절차를 전면적으로 거부함으로써 취업규칙의 합리적인 변경을 불가능하게 하는 경우에도 적용되어야 할 것이다.⁴²⁾ 대법원은 이를 사회통념상 합리성 논리로 해결하고 있는데, 그 보다는 취업규칙의 불리한 변경에 있어서 공동의 규범제정권자인 과반수 노조나 과반수 근로자의 동의권이 남용된 것으로 해석해서 취업규칙의 불이익변경의 필요성이 있고 그 내용이 객관적이고 합리적인 경우에는 집단적 동의가 없더라도 취업규칙 변경의 효력을 인정하여야 할 것이다.

6. 방론 - 유리한 소수노조의 단체협약과 불리하게 변경된 취업규칙의 충돌

지금까지 사례가 없었지만 향후 발생될 것으로 예상되는 문제로 사업장에서 과반수를 차지하지 못하는 소수노조가 유리한 단체협약을 체결하고 있는 경우에 회사가 소수노조의 반대를 무릅쓰고 과반수 근로자의 동의를 얻어 불리하게 취업규칙을 변경한 경우에 소수노조의 단체협약은 효력이 유지될 것인가라는 문제가 있다.

이 경우는 상위법 우선의 원칙과 신법우선의 원칙이 충돌되는 지점이기도 하고, 소수

41) 김형배, 앞의 논문, 5-6쪽. 이 견해는 2019년 판결(위 ②판결) 사안과 관련하여, 임금피크제를 채택하면서 기본급을 대폭 삭감하여 근로자의 생활에 직접 영향을 미치는 중대한 근로조건의 불이익변경을 하면서 노조가 근로자들의 불이익을 완화·축소시키는 협의나 노력을 하지 않은 채 동의권을 행사한 것이 동의권한을 남용한 것으로 볼 수 있다고 하였는데, 정년이 2년 밖에 남지 않은 근로자들에게는 피해를 완화할 수 있는 대상조치가 있어야 했다는 점에서 그 의견에 동의한다.

42) 조용만·김홍영, 「로스쿨 노동법 해설」(제4판), 도서출판 오래, 2019, 124쪽

노조의 단결권, 소수노조 조합원들의 보호의 문제와 신 규범의 법규범성의 문제와의 충돌이기도 하다. 이에 대해서는 규범의 정당성이 어느 쪽이 더 큰가에 따라 결정되어야 한다고 하면서 불리하게 변경된 취업규칙이 적용되어야 한다는 견해⁴³⁾가 있다. 신 규범이 수권의 범위나 규범으로서의 정당성이 더 크다는 점에서 합리적인 해석이라고 본다.

IV. 결론

결론적으로 유리성의 원칙은 근로자에게 유리한 조건이 기존의 상위 규범에 비해 나중에 설정된 경우에만 인정되고, 새롭게 상위의 규범이 설정됨으로써 기존의 하위 규범이 나중에 설정된 상위규범에 비해서 유리해진 경우에는 인정되지 않는 것으로 보아야 한다. 이는 유리성의 원칙 인정 근거가 된 독일의 단체협약법 제4조 제3항의 문언구조나 최저기준으로 기능하는 독일에서의 단체협약의 의미를 통해서 보면 우리가 굳이 독일의 사례를 따를 필요는 없다는 점, 신법우선 원칙의 측면에서 보면 불리하게 변경된 취업규칙이 법체계의 통일성이나 불리하게 변경될 가능성 및 근로자집단의 변경권 등에서 기존의 유리한 근로계약보다 더 정당성이 있다는 점, 그간 대법원이 취업규칙의 불이익변경 절차에 대해서 근로조건 대등결정의 원리가 구현된 것으로 보면서 불리하게 변경된 취업규칙의 법규범성을 인정해오고 있었다는 점 등에 근거한 것이다.

이에 따르면 대법원이 유리성의 원칙을 들어 적법하게 취업규칙을 불리변경 하더라도 기존의 유리한 근로계약을 대체할 수 없다고 한 판결은 시정되어야 한다. 대법원이 그와 같은 판결을 한 취지는 사용자에게 의해 일방적으로 설정되는 취업규칙으로부터 개별 근로자를 보호하기 위한 것이지만, 이는 근로조건 대등결정의 원리를 더욱 강력하게 적용하거나 취업규칙 불이익변경의 내재적인 한계를 설정하는 방식, 또는 근로조건 결정에 있어서 노사의 공동결정을 가능하게 하는 입법 등을 통해 해결하여야 한다.

이러한 점들에 비추어 보면 우리 노동법제 하에서 유리성의 원칙은 근로자보호의 필요성과 신법우선의 원칙이 결합된 산물에 불과한 것으로서 법원론 상 노동법의 일반원칙으로 보기에 는 무리가 있다.

43) 박종희, “유리한 조건 우선의 원칙에 대한 법이론적 검토와 체계상 재구성 시론”, 507쪽.

참고문헌

- 김유성, 「노동법Ⅱ」, 법문사, 1997
- 김형배, 「노동법」(제26판), 박영사, 2018
- 강선희, “단체협약과 취업규칙의 관계와 유리성의 원칙”, 「노동법학」(제45호), 한국노동법학회, 2013. 3
- 강희원, “근로기준법상 취업규칙의 개념에 대한 일고찰 - 취업규칙법론의 재정립을 위하여”, 「노동법학」(제42호), 2012
- 김기선, “취업규칙 불이익변경과 근로계약”, 「노동법포럼」(제29호), 노동법이론실무학회, 2020. 2
- 김성진, “근로조건 대등결정의 원리”, 「노동법학」(제54호), 한국노동법학회, 2015. 6.
- 김형배, “취업규칙의 불이익변경과 근로계약의 유리한 규정”, 「노동법포럼」(제29호), 노동법이론실무학회, 2020. 2
- 노동법실무연구회, 「근로기준법 주해Ⅲ」(제2판), 박영사, 2020
- 박귀천, “독일 노동법상 근로조건 결정시스템”, 「노동법연구」(제41호), 서울대노동법연구회, 2016. 9
- 박귀천, “불이익하게 변경된 취업규칙보다 우선하여 적용되는 유리한 근로계약”, 「노동법률」(2020. 5.), 중앙경제사, 2020
- 박종희, “유리한 조건 우선의 원칙에 대한 법이론적 검토와 체계상 재구성 시론”, 「노동법학」(제8호), 한국노동법학회, 1998. 12
- 박종희, “취업규칙과 근로계약간의 유리한 조건 우선의 원칙과 근로조건을 집단적 결정법리와 관계”, 「안암법학」(제56권), 2018
- 방준식, “취업규칙 불이익 변경과 근로계약의 효력”, 「노동법학」(제74호), 한국노동법학회, 2020. 6
- 백경일, “예외법 확대적용 금지의 원칙”, 「재산법연구」(제25권 제3호), 한국재산법학회, 2009
- 신권철, “취업규칙을 넘어 - 판례 법리와 그 비판 - ”, 「노동법연구」(제41호), 서울대노동법연구회, 2016. 9
- 신권철, “취업규칙과 근로계약의 관계”, 노동법연구(제48권), 서울대노동법연구회, 2020. 3
- 오세혁, “신법우선의 원리”, 「홍익법학」(제3권), 홍익대법학연구소, 2001. 8
- 유성재, “불이익 변경된 취업규칙과 유리한 근로계약의 효력”, 「노동법논총」(제48집), 한국비교노동법학회, 2020. 4
- 이동진, “계약위험의 귀속과 그 한계 : 사정변경, 불능, 착오”, 「비교사법」 제26권 제1호), 한국비교사법학회, 2019. 2
- 이준희, “취업규칙과 근로계약의 효력 상 우열관계”, 「노동법논총」(제48집), 한국비교노동법학회, 2020. 4
- 조용만·김홍영, 「로스쿨 노동법 해설」(제4판), 도서출판 오래, 2019

[토론문]

유리한 신조건 우선의 원칙에 대한 토론문

이 달휴 교수(경북대학교 법학전문대학원)

1. 노동법은 근로자의 근로조건을 향상을 통하여 근로자의 경제적 사회적 지위향상을 도모하는 법이다. 그렇다면 근로조건을 결정하는 방법이 문제되며 이에 우리 노동법은 근로조건을 결정하는 형태로서 크게는 근로기준법령, 단체협약, 취업규칙, 근로계약이 있다. 즉 이러한 것들이 노동법의 주된 법원, 즉 노사관계를 규율하는 재판규범으로 작용한다

2. 서열원칙과 신법우선의 원칙 및 특별규정의 원칙

그런데 이들 법원간에 충돌이 발생하는 경우가 있다. 이에 노동법은 법의 일반원칙을 따르고 있다. 즉 계위에 따라 적용된다. 간단히 말하면 서열에 따라 적용된다는 것이다. 서열이 낮은(하위) 법규범은 서열이 높은(상위) 법규범에 반할 수 없다는 것이다. 그런데 동일한 서열의 경우에는 신법이 우선하고, 그리고 일반규정보다 특별규정이 우선한다. 이를 신법우선의 원칙과 특별규정의 우선원칙이라고 한다.

3. 노동법상 유리성 원칙

근로기준법령, 단체협약, 취업규칙 그리고 근로계약간에는 서열원칙이 적용되는데, 그런데 하위규범이 상위규범보다 근로자에게 더 유리할 때 유리한 근로조건이 적용되는지의 문제가 발생한다.

독일의 단체협약법[Tarifvertragsgesetz (TVG)] 제4조 제3항에는 “단체협약에서 이와 달리 정하는 것을 허용하거나 또는 근로자에게 유리한 내용을 규정하고 있는 경우에만 단체협약 상의 규정과 달리 정하는 것이 허용된다.” 있으며, 이 규정에 의하여 유리성원칙이 인정되고 있다.

그렇다면 우리나라의 경우 이러한 규정이 없기 때문에 유리성원칙이 인정되는가의 문제가 발생한다. 우리나라의 경우 유리성원칙을 인정하는가는 근로기준법 제15조, 제 97조 그리고 노동조합 및 노동관계조정법 제33조의 해석에 따라 달라진다.

이러한 규정을 보면 다음과 같다. 근기법 제15조(이 법을 위반한 근로계약) ① 이 법에서 정하는 기준에 미치지 못하는 근로조건을 정한 근로계약은 그 부분에 한정하여 무효로

한다. ② 제1항에 따라 무효로 된 부분은 이 법에서 정한 기준에 따른다. 동법 제97조(위반의 효력)는 취업규칙에서 정한 기준에 미달하는 근로조건을 정한 근로계약은 그 부분에 관하여는 무효로 한다. 이 경우 무효로 된 부분은 취업규칙에 정한 기준에 따른다.

그리고 노동조합 및 노동관계조정법 제33조(기준의 효력) ① 단체협약에 정한 근로조건 기타 근로자의 대우에 관한 기준에 위반하는 취업규칙 또는 근로계약의 부분은 무효로 한다.

② 근로계약에 규정되지 아니한 사항 또는 제1항의 규정에 의하여 무효로 된 부분은 단체협약에 정한 기준에 의한다.

우리나라의 경우 근기법령, 취업규칙, 근로계약 간에는 유리성원칙이 인정된다고 할 수 있다. 왜냐하면 근기법 제15조는 “기준에 미치지 못하는 근로조건을 정한 근로계약”은 이라고 하고 있고, 또한 동법 제97조에는 “기준에 미달하는 근로조건을 정한 근로계약”이라고 규정하고 있기 때문이다. 즉 기준을 초과하면 유효하다는 것이다.

단체협약과 취업규칙 및 근로계약 간에는 노동조합법 제33조의 해석에 따라 달라진다. 즉 단체협약의 편면적용설을 인정하면 유리성원칙이 인정되고, 그렇지 않고 양면적용설을 인정하면 유리성원칙이 인정되지 않는다.

노동법의 목적을 고려하면 유리성원칙은 원칙적으로 인정하여야 한다고 생각한다. 즉 유리성 원칙을 인정하는 경우 노동조합에 크나큰 치명적 영향이 있는 경우 등의 특별한 경우를 제외하고는 인정하여야 한다고 생각한다.

4. 질문

대법원 2019. 11. 14. 선고 2018다200709판결에 대하여 토론자도 찬동하지 않는다는 측면에서는 본 논문에 찬동한다. 그러나 그 결론을 유도하는 논리에 대하여는 약간의 의문이 발생한다.

발표논문은 다수의 법규범간 경합에 있어서 어느 법을 적용하는가에 대하여 기존의 법원리를 뛰어넘어 하나의 법원리, 즉 신법우선의 원칙을 기준으로 법적용의 문제를 해결하려는 노력으로 보인다. 이는 신선한 충격으로 다가오지만 토론자가 더욱 공부하고 연구하여야 이를 이해할 수 있을 것 같다. 좀더 심층적인 공부를 위해서 다음과 같은 질문을 하고자 한다.

1) 발표자는 유리성원칙을 시간의 선후로 나누어 근로계약이 취업규칙보다 후에 근로조건을 규정하는 경우만 허용된다고 하는데, 그 근거에 대하여 신법우선의 원칙을 원용(결국 유리성의 원칙은 근로자보호의 필요성과 신법우선의 원칙이 결합된 산물에 불과하다)하고 있다고 생각한다. 신법이 구법을 폐기하는 경우에도 유리성원칙으로 설명이 가능한지?

덧붙여 만약 취업규칙이 개별적인 근로계약보다 불리하게 규정되었다면 이것에 대해

여 무조건 인정해야 하는가? 예컨대 근로계약에 의하여 갑근로자가 1시간당 15000원 인데 취업규칙에서 10000원으로 규정하였을 경우 인정하여야 하는가?

- 2) “...를 전혀 수용할 수는 없지만, 만에 하나 그 논리를 수용하더라도 다시 특별법 우선의 원칙이 신법우선의 원칙에 양보해야 하는 상황에 처해진다” (14면)고 하고 있다. 특별법이 존재하는 경우 이러한 논리가 성립될 수 있는지, 만약 신법이 특별법을 폐지하는 경우 이것을 신법우선의 원칙이 적용되었다 할 수 있는지?

근로3권과 협약자율 및 노동조합법 제1조의 의미와 관계에 대한 단상

김 영문 교수(전북대학교 법학전문대학원)

I. 들어가며

‘당연한 것’, ‘익숙한 것’, ‘편안한 것’ 등은 그것이 당연하고 익숙하고 편안해서 종종 ‘옳은 것’으로 여겨지기도 한다. 그러나 당연한 것, 익숙한 것, 편안한 것은 우리의 사유와 행동 패턴이 그것을 습관처럼 당연하도록, 익숙하도록, 편안하도록 여기게 할 뿐, 옳고 그른 것과는 아무런 관련이 없다. 동시에 당연하다고 하는 것은 그것이 또 다른 당연한 것이 나올 때까지만 당연한 것으로 여기게 될 뿐이다. 특히 법은 절대적인 것이 아니라, 언제나 수많은 생활 사실들과 조우하면서 진화하게 되거나 법에 대한 새로운 인식이 발견되면서 법을 재해석해야 하는 경우 ‘법 또는 그 법의 해석은 당연하다’고 하는 것은 그것이 적용되는 현재까지만 당연한 것이다. 말하자면 법 또는 그 해석의 당연성은 시간적으로 제약되어 있는 것이다.

그렇다면 현재 우리가 당연하다고 여기고 있는 ‘근로3권’과 ‘협약자율’ 및 ‘노동조합 및 노동관계조정법 제1조’의 의미도 시간적 제약 하에 있고, 당연하다고 여기고 있는 것에 대한 재해석 내지 재구성은 더욱 필요한지도 모른다.

이러한 생각을 근로3권과 협약자율 및 노동조합 및 노동관계조정법(이하 ‘노동조합법’이라 한다) 제1조에 대비시켜 본다. 현행 헌법 제33조제1항은 근로자에게 ‘근로조건 향상’을 위하여 근로3권을 보장한다고 규정한다. 그리고 현행 노동조합법 제1조는 이 노동조합법이 우선적으로 ‘헌법에 의한 근로자의 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 보장하여 근로조건 유지·개선과 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모’하는 것을 목적으로 한다는 것을 천명하고 있다. 이들 규정만을 본다면 - 학설 상의 논란에도 불구하고 - 어느 의미에서는 노동조합법은 헌법 제33조제1항을 수권규범으로 하여 만들어진 법률이라고도 할 수 있을 것이다.¹⁾ 그렇게 되면 일응 노동조합법은 근로3권 보장 체계라고 할 수 있을 것이다. 그러나 노동조합법 제1조는 그와 같은 목적과 방향의 근로3권 보장만을 규율한 것이 아니다. 동 규정 후반은 ‘노동관계의 공정한 조정을 통한 노동쟁의 예방과 해결을 통한 산업평화의 유지와 국민경제의 발전’도 노동조합법의 목적

1) 하갑래, 집단적노동관계법, (주) 중앙경제, 2010, 87면(“노조법은 헌법의 노동기본권 중 노동3권을 근거로 노사자치주의를 실현하고자 하는 법”); 임종률, 노동법 제19판, 박영사, 22면(“노동3권은 단체교섭을 중심으로 하는 집단적 노사자치에 법적 근거를 부여”); 김형배, 노동법 제26판, 박영사, 2018, 113면(“헌법 제33조 제1항을 기초로 제정된 노조및조정법”); 일찍이 독일에서 헌법수권설로서 Biedenkopf, Kurt, Grenzen der Tarifautonomie, Karlsruhe 1964, 122ff., 144ff., 178ff. 참조.

이라고 천명하고 있다. 그렇다면 헌법 제33조제1항의 근로3권 보장과 노동조합법 제1조의 목적규정은 어떠한 의미를 갖고 있으며, 양자의 관계를 어떻게 이해하여야 할 것인가? 만일 노동조합법을 헌법 제33조제1항을 수권으로 하여 만들어진 입법이라고 한다면 노동조합법은 근로3권을 보장하는 것 이외의 내용을 입법으로 받아들여서는 안 되고, 근로3권을 제한하고자 한다면 헌법 제33조제1항이 개별유보를 하지 않고 있기 때문에 헌법 제37조제2항이 그 근거가 되어야 할 것이다. 그리하여 노동조합법은 근로3권을 제한하고자 할 때 ‘국가 안전보장·질서유지 또는 공공복리’의 기준으로만 제한하여야 하고, 제한할 때에도 근로3권의 본질적인 내용을 침해해서는 안 된다고 해야 할 것이다. 이렇게 되면 노동조합법 상 근로3권을 제한하는 규정들은 헌법 제37조제2항의 기준에 따라서 위헌 판단을 받아야 할 것이다. 그러나 이와는 달리 입법자가 노동조합법을 만들 때 근로3권 보장이라는 지도이념과 다른 것을 상정하고서 입법을 했다면 어떻게 될까 하는 문제가 제기될 수 있다. 특히 입법자는 헌법 제33조제1항의 문언적 의미에 구속된다면 근로3권 보장 이외의 기준을 내세워 입법을 해서는 안 될 것인데, 현행법과 같이 근로조건의 유지·개선 이외에 ‘근로자의 경제적·사회적 지위의 향상’과 ‘산업평화의 유지와 국민경제 발전’을 위하여 노동쟁의를 예방하고 해결하는 입법을 하는 것이 헌법 상 맞는 것인가 하는 문제가 제기된다. 만일 입법자가 그와 같은 입법을 하는 것이 헌법에 반하지 않는다면 노동조합법 제1조는 근로3권 보장 이외의 어떠한 지도이념을 상정한 것으로 보아야 할 것인가? 달리 말하면 노동조합법의 지도이념은 무엇일까 하는 문제가 제기될 것이다. 노동조합법은 근로3권 보장체계와는 다른 것, 근로3권 보장체계를 넘는 그 무엇일까 하는 질문이 제기될 것이다. 그리하여 궁극적으로는 헌법 제33조제1항의 근로3권과 노동조합법 제1조의 의미와 이 두 규정의 관계가 문제될 것이다.

다른 한편에서 근로자에게 단결권을 보장하고 그 단결체가 근로조건 유지·개선을 위하여 단체교섭을 하여 단체협약을 체결하도록 하고, 단체교섭이 결렬되면 단결체의 힘을 배경으로 단체행동을 하여 단체협약을 체결하도록 하는 시스템을 협약자율이라고 한다.²⁾ 그런 점에서 협약자율은 근로3권 체계보장 또는 제도적 보장이라고 한다.³⁾ 말하자면 헌법 제33조제1항의 근로3권 보장의 결과 협약자율이 체계적으로 보장된 것이라는 것이다.

2) 헌법재판소는 협약자율이라는 용어를 직접적으로 사용하지 않는다. 다만 헌법재판소는 헌법 제33조제1항이 자율적으로 단체협약을 체결하기 위한 것이라고 하여 협약자율을 상대적으로 개념화하여 사용한다. 헌재 1998.2.27., 헌바13; 헌재 2015.5.28., 2013헌마671, 2014헌가21(병합)(“헌법 제33조 제1항이 근로자에게 근로3권을 기본권으로 보장하는 뜻은 근로자가 사용자와 대등한 지위에서 단체교섭을 통하여 자율적으로 임금 등 근로조건에 관한 단체협약을 체결할 수 있도록 하기 위한 것이다”); 김형배, 노동법 제26판, 2018, 112면 이하(“단체협약의 체결을 위하여 근로자들이 노동조합을 결성하고, 단체교섭과 단체행동을 수행하는 집단적 활동”).

3) 기본권의 제도보장이론은 기본권이 국가 내에서 인정되는 것이기 때문에 국가에 앞선 자연권적 의미의 자유권도 아니고, 국가에 대하여 적극적 급부를 요청하는 사회권으로 보기에 어려운 기본권을 제도보장이 라고 하여 이에 속하는 권리들은 법률상의 권리로 정할 수 있지만, 입법자의 처분에 맡기지 않고 헌법에 직접 규정함으로써 이들 권리들에 대해 헌법상의 특별한 보호를 한다. 이에 속하는 기본권으로서는 지방자치제, 직업공무원제, 사유재산제, 혼인제도, 가족제도 등이 있다. 이에 대해서는 장영수, 헌법학, 홍문사, 2017, 426면 참조. 자유권과 사회권의 2중적 지위를 갖는 근로3권이 이러한 제도처럼 제도적으로 보장된 것인가에 대해서는 논란이 있다. 단결권이 제도보장되었다고 보는 것으로는 BK-Kemper, Art.9 Rn. 173; 반대하는 것으로는 Bayreuther, Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privarautonomie, Verlag C.H.Beck, 2005, S. 175ff. 참조.

그러나 다음과 같은 의문도 드는 것이 사실이다. 원래 노동시장에서는 노무를 제공하는 근로자와 노무를 제공받는 자가 자유롭게 계약조건을 합의로 정한다. 말하자면 노동력은 노동시장에서 자유롭게 거래되는 것이 원칙으로서 사적 자치가 지배한다. 그러나 근로자는 사용자와의 1대1의 계약으로는 자신들의 근로조건을 관철시킬 수 없기 때문에 집단적으로 단결체를 만들어 쟁의행위라는 힘을 배경으로 근로조건에 대해 교섭을 하고 단체협약으로 최종 확정할 수 있도록 하는 것이 협약자율이라고 볼 소지도 있다. 이와 같은 점에서 협약자율은 근로3권 보장 그 자체가 아니라, 노동시장에서의 노동력 거래를 하기 위한 전제조건으로서 헌법 제33조제1항으로 근로3권을 보장하고, 이렇게 제도적으로 보장된 권리를 갖고서 노동시장에서 노동력에 관한 거래를 하도록 허용하는 시스템이 협약자율이라고 볼 여지가 있을 것이다. 이 생각에서 중요한 점은 협약자율과 근로3권의 관계이다. 먼저 노동력을 거래하는 노동시장이 전제되고, 그러한 노동시장은 노동력의 자유로운 거래를 원칙으로 하지만, 노동력 공급자는 노동력 수요자와의 관계에서 계약자유가 없어 종속적인 위치에서 열악한 지위에 있기 때문에 이에 대항할 반대의 힘(Gegenmacht)을 부여하여 집단으로 노동력을 거래하게 한다는 것이다. 이렇게 보면 자유노동시장을 전제로 근로3권은 노동력 수요자에 대항할 반대의 힘을 부여하여 집단적으로 노동력 거래를 가능하게 한다는 것을 의미하게 될 것이다. 근로3권과 협약자율을 이렇게 이해한다면 협약자율은 집단적으로 행사된 사적 자치이지만, 근로3권 보장에 의해 그 집단은 사용자에게 대항하는 반대의 힘을 부여받아 사용자와 노동력을 거래한다는 의미에서의 협약자율이 될 것이다. 그렇게 이해한다면 근로3권 보장이 곧 협약자율이 되는 것이 아니라, 헌법 제33조제1항에 의해서 노동력 거래에 있어서 대등한 힘을 부여받은 단결체가 사용자와 자율적으로 노동력 거래내용을 결정하는 것이 되어, 여기서 협약자율은 집단적인 사적 자치의 형상을 취하는 것으로 되지 않는가 하는 문제가 제기된다. 그런 의미에서 근로3권은 집단적 사적 자치로서 협약자율이 가능하기 위한 전제조건 내지 집단적 사적 자치가 이루어지기 위한 전제조건이라고 해야 할 것인가? 이렇게 되면 협약자율과 노동조합법 제1조의 의미와 관계에서도 변화가 일어나지 않을까 하는 문제가 제기된다. 협약자율이 사용자에게 대한 대항력을 근거짓는 근로3권이 장착된 단결체가 사용자와 자유로운 노동력 거래보장체계라고 한다면 노동조합법은 일면에서 근로3권이 단결체에 제도적으로 잘 장착이 되도록 하여야 하고, 그러한 단결체가 교섭권과 단체행동권에 기초하여 협약이 체결될 수 있는 질서를 형성하여야 하는 것을 주된 임무로 삼아야 할 것이다. 그런 점에서 노동조합법의 임무는 노동시장에서 노동력거래가 질서정합적으로 이루어지도록 하는 이른바 ‘노동시장의 질서체계’가 되어야 하지 않는가 하는 생각이 든다. 즉, 노동조합법은 근로3권 보장 체계를 넘어서서, 노동시장에 참여하는 행동자로서 단결체와 사용자 또는 사용자단체가 노동시장 거래를 위한 질서를 보장한 것이 아닌가 하는 생각이 든다. 이러한 생각이 맞다면 노동조합법의 입법개정과 해석 그리고 범형성에 있어서는 근로3권 보장 체계와 노동시장질서체계가 그때그때 문제의 해결을 위한 문제변증적(topisch)인 기능과 역할을 해야 하는 것은 아닐까 하는 생각이 든다.

이와 같은 관점에서 이 글은 헌법 제33조제1항의 근로3권과 노동조합법 제1조의 의미

와 관계, 그리고 협약자율과 헌법 제33조제1항의 관계, 협약자율과 노동조합법 제1조의 해석 등을 음미하는 것을 목적으로 하고 있다. 그런 점에서 이 글은 무엇을 완결적으로 정하려는 것 보다는 우리가 당연하고 익숙하다고 여겨온 노동조합법이 근로3권 보장 체계라는 것, 협약자율은 근로3권 보장체계라고 하는 통상적인 생각을 다시 한 번 새겨보는 것을 목적으로 하고 있다.

II. 헌법 제33조제1항 근로3권과 노동조합법 제1조의 관계

1. 헌법 제33조제1항 근로3권의 의미

헌법 제33조제1항은 “근로자는 근로조건 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다”고 규정한다. 그리하여 헌법 제33조제1항은 근로자에게 단결권, 단체교섭권, 단체행동권을 부여하고 있다. 그러나 이 규정에서 말하는 근로자가 누구인지, 근로조건은 무엇인지, 단결권, 단체교섭권, 단체행동권이 무엇인지를 말하고 있지 않다.

1) 헌법 제33조제1항 언어와 개념의 추상적·개방적·동적 성질

헌법은 우리 법생활의 최고의 규범으로서 모든 것을 포괄하는 규정이 되어야 할 것이므로, 헌법에 사용되는 언어와 그 의미는 고도의 추상성과 개방성을 갖는다. 노동생활의 질서규범으로서 헌법 규정들도 모든 노동생활에서 세세한 규정을 둘 수 없기 때문에 추상적인 원칙규정을 둘 수밖에 없다. 특히 헌법은 노동생활의 질서를 요리책 만들 듯 미주알 고주알 정할 수 없기 때문에 구체적 내용형성을 법률에 맡기기도 한다. 또는 경우에 따라서 그 내용을 확정하지 않아 학설과의 공조로 헌법재판소가 해석을 해서 그 내용을 확정하는 경우도 있다. 이러한 경우는 헌법 자체의 의미가 불투명하고, 그 의미를 밝혀내는 것 자체가 불가능한 경우도 있다. 헌법을 만든 자 또는 헌법 자체가 그 어떤 구체적 결정을 내리지 않았고, 그 의미 내용 파악으로 안내하는 단서만을 제공하는 경우도 있다. 이러한 헌법 규정의 추상성과 개방성은 먼저 그 규정의 객관적 의미내용을 파악하기조차 어렵게 만든다.⁴⁾ 이러한 헌법의 추상성과 개방성은 최고규범으로서 모든 생활영역을 그 규율대상으로 삼아야 하기 때문에 추상적일 수밖에 없고 규율대상을 제한적으로 둘 수 없어서 개방적이다. 헌법의 추상성과 개방성은 결과적으로 그 구체화를 하지 않을 수밖에 없다. 그런 점에서 입법자는 상당한 범위에서 헌법 구체화를 위한 재량권을 갖게 되는데, 이것은 헌법 규정의 언어와 개념의 틀 안에서 헌법규정을 형성할 권한을 갖는다는 것을 말한다.⁵⁾

4) 헌법의 특성으로 헌법의 추상성과 개방성에 관해서는 무엇보다 장영수, 헌법학, 홍문사, 2017, 39면, 89면 참조.

헌법 제33조제1항의 근로3권도 이러한 헌법적 특성으로서 추상성과 개방성을 갖는다. 그런 점에서 헌법 제33조제1항의 ‘근로자’, ‘근로조건’, ‘자주적’, ‘단결권’, ‘단체교섭권’, ‘단체행동권’ 라는 언어와 개념은 내용이 확정되지도 않은 개방적 개념이다. 이들 개념은 개념을 내포하는 실체성이 있는 것은 아니며, 해석학적으로 계속해서 재구성되어야 하는 유동적이며 불확정적 개념이다.⁶⁾ 따라서 헌법 제33조제1항에서 선택된 개념들은 끊임없이 해석학적으로 재구성되어야 하는 동적 개념(beweglicher Begriff)이다. 말하자면 노동시장에서 행동하는 노무제공자의 노무제공 실태와 현상에 따라 탄력적으로 해석될 수 있고 유동적인 것으로서 개방된 개념으로 이해하여야 할 것이다.⁷⁾

근로3권을 규정한 헌법 제33조제1항의 개념들이 추상적이고 개방적이며 동적이라고 한다면 이 규정의 해석과 구체화작업은 어떻게 행해져야 할 것인가? 우선 헌법 제33조제1항의 개념들은 그 개념 나름대로의 개념의 외연과 개념의 틀(Begriffshof) 내지는 개념의 틀(Rahmen)이 있다고 상정된다. 그러므로 근로자, 근로조건, 자주성, 단결권·단체교섭권·단체행동권의 의미의 외연은 추상적으로 상정할 수 있고, 우리는 그것을 - 비록 막연하지만 - 개념의 틀, 개념의 외연이라고 할 수 있다. 그러나 그 틀 안에서 헌법 제33조제1항 개념의 구체화는 입법자가 해야 하는 일이다. 따라서 입법자가 입법재량권에 의해서 헌법 제33조제1항의 개념을 구체화하는 것은 헌법 제33조제1항을 제한하거나 침해하는 것이 아니라, 형성하는 것이다. 이것은 다른 기본권조항과 마찬가지로 헌법 제33조제1항이 추상적, 개방적, 동적 개념으로 되어 있기 때문에 기본권은 그 내용확정이 필요하며, 모든 기본권은 각 기본권이 담고 있는 개념에 의해서 그어지는 일정한 한계 내에서 보호된다. 말하자면 기본권의 내용 내지 보호범위를 확정함으로써 개별기본권이 보호될 수 있는 경우를 구별하는 작업이 필요한데, 개별기본권이 적용될 수 있는 영역의 울타리 내지 틀을 일반적·추상적으로 확정하는 것이다. 이를 기본권의 내재적 한계라고 할 수 있다. 기본권의 개념 자체가 기본권의 보호영역에 일정한 윤곽을 형성하는 것이기 때문에 헌법 제33조제1항의 윤곽으로서의 근로3권의 내재적 한계는 헌법해석에 의해서 확정되는 바, 헌법해석은 입법자가 법률의 형태로 확인하기도 하고, 법원이나 헌법재판소의 판결로도 나타나게 된다.⁸⁾

2) 헌법 제33조제1항 근로3권 제한 - 근로3권의 절대적 기본권성?

가) 근로3권의 내재적 한계

헌법 제33조제1항이 위와 같은 성질을 갖는다고 할 때 근로3권은 어떠한 내용을 갖는

5) 이에 관해서는 장영수, 앞의 책, 40면 참조.

6) 이에 관해서는 김영문·김혜린, 노동조합법상 근로자 개념 확대와 그 후속문제에 대한 단상, 노동법학 제 72호, 2019, 151면 참조.

7) 이에 관해서는 각주 6) 참조.

8) 기본권의 내재적 한계는 개별기본권의 일차적 보호범위를 추상적으로 설정하는 것이지만, 기본권의 제한은 기본권의 한계에 의해 확정된 틀 내에서 기본권이 경합, 충돌, 중첩되는 경우 그 보호범위를 다시 축소하는 것을 의미한다. 이에 관해서는 장영수, 앞의 책, 505면 이하 참조.

기본권인가?

근로3권은 단결권과 단체교섭권 및 단체행동권을 총칭하는 것으로서 근로자들이 단결체를 구성하여 사용자와 대등한 입장에서 근로조건을 결정할 수 있도록 하는 권리이다. 근로3권을 헌법상의 기본권으로 보호하는 것은 근로자를 보호하기 위한 것이라는 것은 자명하다. 이와 같은 목적을 위하여 단결하고, 교섭하며, 단체행동을 하는데 일차적으로 국가가 개입해서는 안 된다는 의미에서 근로3권은 자유권적 기본권이다. 그러나 근로3권은 사용자와의 거래관계에서 근로자 및 그 단체에게 사용자와 대등한 힘 또는 사용자에게 대항할 수 있는 힘(Gegenmacht)을 부여하여 실질적 평등관계에서 노동력이 거래되도록 한다는 점에서 사회적 정의의 관점에서 더욱 정당화된다. 그런 의미에서 근로3권은 국가로부터의 자유와 사용자와의 실질적 평등을 동시에 추구하는 기본권이라고 본다.⁹⁾ 따라서 이와 같은 근로3권 보장 취지에 반하는 법률은 헌법재판소로부터 위헌판단을 받을 수 있다.¹⁰⁾

이와 같이 근로3권이 헌법 제33조제1항의 개념틀 안에서 단결체를 통하여 사용자와 대등한 교섭을 통하여 근로조건 향상을 위한 협약자치 실현을 목적으로 한다고 하여도 제한으로부터 자유로운, 제한할 수 없는 절대적 기본권인지 문제이다. 일단 앞서서도 언급한 바와 같이 근로3권은 기본권 개념의 틀 안에서 보호범위를 다시 확정해야 한다는 의미에서 기본권의 내재적 한계를 갖고 있는 기본권이므로 절대적 기본권이라고는 할 수 없다. 헌법 제33조제1항의 ‘단결권’, ‘단체교섭권’, ‘단체행동권’이라는 언어로 된 개념은 어떠한 개념내용을 담고 있지 않기 때문에 완결된 기본권이 아니며, 입법자나 법 적용자들은 헌법 제33조제1항이 원칙적으로 보장한 근로3권의 내용과 그 한계를 형성할 수밖에 없다. 설령 근로3권이 개별유보조항이나 일반유보조항이 없어서 절대적 기본권이라고 보는 경우에도 언어로 된 근로3권 개념의 내용을 입법자는 형성하지 않을 수 없다. 이 경우 입법자는 근로3권이 어떠한 내용으로 형성되어야 하는지에 대해 정당화 근거를 제시할 필요는 없고,¹¹⁾ 상당한 범위에서 재량권을 갖는다.¹²⁾

나) 근로 3권의 제한

기본권은 일차적으로 그 개념에 의해서 확정되는 일정한 한계 내에서만 보호되는 것이

9) 헌재 1993.3.11., 92헌바33(“노사관계 당사자가 상반된 이해관계로 말미암아 계급적 대립·적대관계로 나아가지 않고 활동과정에서 서로 기능을 나누어 가진 대등한 교섭주체의 관계로 발전하게 하여 그들로 하여금 때로는 대립·항쟁하고, 때로는 교섭·타협의 조정과정을 거쳐 분쟁을 평화적으로 해결하게 함으로써, 결국에 있어서 근로자의 이익과 향상을 도모하는 사회복지국가 건설의 과제를 달성하고자 함에 있다”.)

10) 헌재 1993.5.13., 92헌가10, 91헌바7, 92헌바24, 92헌바50(병합); 대법원 1993.1.15., 92다12377.

11) 물론 입법자가 기본권 제약 내지 한계로서 추상적, 개방적 개념을 구체화한다고 하여도 국가권력의 담당자나 입법권자들이 자의적으로 재량권을 행사하는 것을 제한해야 한다는 문제는 남는다.

12) 실업자의 노동시장 진입을 촉진하기 위하여 협약자율을 제한하는 입법을 하는 것은 국가의 경제정책이나 사회정책으로서 근로3권을 침해한다고 볼 수 없다. 독일의 경우 BVerfG 27.4.1999, BVerfGE 100, 274 참조. 근로3권을 절대적 기본권으로 보는 것에 반대하는 것으로서 이미 김영문, 복수노조와 협약자율, 노동법학 제38호, 2011, 23면 이하 참조. 물론 입법자가 근로3권에 대한 입법적 형성을 하는 경우에도 기본권 제한의 원칙은 적용된다. 따라서 비례성의 원칙과 신뢰보호의 원칙 및 평등의 원칙이 적용된다. 이에 관해서 김영문, 단결권 제한과 노동조합개념, 노동법논총 제22집(한국비교노동법학회), 2011, 127면 이하 참조.

지만, 이 보호범위에 속하는 것이라도 타인의 기본권이나 공익을 위하여 기본권의 보호영역을 제한할 필요가 있다. 즉, 일차적으로 획정한 기본권의 보호영역이라 하더라도 다른 기본권과 중첩·충돌·경합하는 경우가 발생할 수 있다. 이 경우에는 기본권들 사이의 간극은 ‘최적화명령’(optimierungsgebot)에 의해 최적의 조화점을 찾는 것이 중요하다. 따라서 충돌하는 기본권과 공익 중에서 어느 하나를 완전히 배제시키는 것이 아니라, 대립하는 이익을 조정하여 실질적인 조화를 이루는 것이 중요하다.¹³⁾ 그러므로 근로3권이 다른 기본권과 충돌하거나 공익을 위해서 제한이 불가피하다면 실질적 조화의 원칙을 전제하고, 비례의 원칙과 최적화의 원칙 하에서 어느 것이 충돌하는 기본권을 최적화하여 보호하는지를 중심으로 판단하여야 할 것이다.

이와 같은 실질적 조화의 원칙을 헌법으로 규정한 것이 헌법 제37조제2항이다. 동규정은 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다”고 규정한다. 따라서 근로3권 제한은 그 침해가 공익상의 이유로 정당화되고, 헌법 제37조 제2항의 비례성의 원칙을 위반하지 않는 경우에 근로3권과 실질적으로 조화를 이룰 수 있다. 무엇보다도 헌법 제33조제1항 근로3권의 제한은 그 제한목적이 공공의 복리를 위한 것이어야 한다. 그런데 공공복리가 무엇인지에 대해 일반적으로는 ‘기본적으로 개인의 이익을 인정하지만 공동체 전체의 입장에서 이를 사회정의에 맞게 조정한 국민 공동의 이익’으로서 ‘공동체구성원 전체를 위한 공존공영의 이익’이라고 보거나,¹⁴⁾ ‘사회생활을 영위하는 구성원, 곧 개개 국민의 다수의 실질적 이익’으로 보기도 한다.¹⁵⁾ 우리 헌법재판소는 공익과 공공복리를 같은 것으로 본다. 특히 경제조항과 관련하여 헌법재판소는 「“우리 헌법은 헌법 제119조 이하의 경제에 관한 장에서 ‘균형있는 국민경제의 성장과 안정, 적정한 소득의 분배, 시장의 지배와 경제력남용의 방지, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화, 균형있는 지역경제의 육성, 중소기업의 보호육성, 소비자보호’ 등의 경제영역에서의 국가목표를 명시적으로 규정함으로써 국가가 경제정책을 통하여 달성해야 할 ‘공익’을 구체화하고, 동시에 헌법 제37조제2항의 기본권 제한을 위한 일반적 법률유보에서의 ‘공공복리’를 구체화하고 있다」고 본다.¹⁶⁾ 따라서 공익과 공공복리가 동일한 것이라는 전제 하에 ‘균형있는 국민경제의 성장과 안정’, “경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화”도 공익 내지 공공복리에 포함되는 것으로 본다. 경우에 따라서는 개인적 인간관계에서의 복지로서 사적 법익도 공공복리에 포함된다고 보는 견해¹⁷⁾도 있다.¹⁸⁾ 기본권을 제한하는 가치로서 공공복리 또는 공익이 무엇인지에 대한 판단을 내리기 앞서 여기서 강조하고자 하는 것은 근로3권이 무제한적으로 절대적으로 보장되는 것이 아니라, 헌법 제37조제2항의 공공복리 내지 공익적 이유에서 제한이 가능하다는 것이다. 그러한 점에

13) 장영수, 앞의 책, 507면; 김영문, 복수노조와 협약자율, 27면 이하 참조.

14) 장영수, 앞의 책, 515면.

15) 예를 들면 홍성방, 헌법학, 현암사, 2003, 334. 기타 학설에서의 공공복리의 개념에 관한 문헌소개로서 홍성방, 앞의 책, 같은 페이지, 각주 626) 참조.

16) 헌재 1996.12.26 선고, 96헌가18.

17) 김철수, 학설·판례 헌법학(상), 박영사, 2008, 451면 참조.

18) 이상의 내용은 김영문, 복수노조와 협약자율, 29면에서 재인용함.

서 헌법 경제조항 뿐만 아니라, ‘균형있는 국민경제의 성장과 안정’, ‘경제주체 간의 조화를 통한 경제의 민주화’를 공공복리나 공익으로 보는 한 근로3권도 이를 이유로 근로3권을 제한하는 입법을 할 수 있다는 것이다.

이상과 같은 점을 요약하면 기본권 내재적 한계의 범위에서 입법자는 추상적이고 개방적인 근로3권의 보호범위를 획정할 수 있지만, 근로3권은 개별적 법률유보가 없다고 하여도 헌법 제37조제2항의 비례성의 원칙에 따른 일반적 유보에 의한 제한이 가능하다. 그렇기 때문에 근로3권이 제한할 수 없는 절대적 기본권이라고 볼 수 없고, 그러한 논거위의 주장들¹⁹⁾은 근거가 없다고 할 것이다. 헌법 제33조제1항의 기본권은 기본권의 내재적 한계 원칙에 의한 기본권 형성의 법리에 의해서, 그리고 기본권 제한을 위한 헌법 제37조제2항의 비례성의 법리에 의해서 제한이 가능한 기본권이다. 무엇보다 공공복리와 공익의 관점에서 근로3권을 제한하는 입법이 가능하다는 점이다. 다만, 입법이 근로3권 제한근거로 내세우는 공공복리와 공익이 기본권제한의 법리에 정합한 것인지, 입법자가 공공복리와 공익을 과잉으로 내세워 근로3권을 위헌적으로 제한한 것인지는 별도의 검토를 요하는 것이지만, 현행 노동조합법이 이러한 목적에 합치되는 것인지, 무엇보다 이 글의 관점에서 노동조합법 제1조가 내세우는 이념들이 근로3권 제한의 법리와도 합치하는지 검토되어야 할 것이다.

2. 노동조합법 제1조의 의미

현행 노동조합법 제1조는 “이 법은 헌법에 의한 근로자의 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 보장하여 근로조건을 유지·개선과 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모하고, 노동관계를 공정하게 조정하여 노동쟁의를 예방·해결함으로써 산업평화의 유지와 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 한다”고 규정한다. 따라서 이 규정으로만 보면 현행 노동조합법제1조는 i) 근로3권 보장을 통한 근로조건 유지와 개선, ii) 근로자의 경제적·사회적 지위 향상 도모, iii) 산업평화 유지, iv) 국민경제발전을 동법의 지도이념 내지 목적기준으로 한다. 이와 같이 입법자가 만든 노동조합법 제1조 규정은 앞에서 언급한 헌법 제33조제1항 근로권 보장의 기본권 보장과 합치하는 것인가 아니면 헌법 제33조제1항 근로3권 보장 목적을 벗어난 것으로서 위헌적인가, 아니면 위헌적인 것은 아니지만 동 목적규정은 헌법 제33조제1항의 취지에 따라서 재해석·재구성되어야 하는 것인가, 아니면 동 목적 규정은 위헌적인 것은 아니지만, 헌법 제33조제1항의 보장목적과는 관련이 없는 것이므로 입법기술상 삭제되어야 하는 것인가 하는 의문이 든다.

19) 무엇보다 김선수, 복수노조·전임자 관련 개정법안, 쟁점과 평가, 노동사회 2010년 1, 2월, 28면 이하; 유성재, 2010년 개정 노동법에 대한 입법론적 평가, 노동법학 제34호(한국노동법학회), 2010.6, 16면 이하, 27면 참조.

1) 법에 있어서 목적

법의 목적이 무엇인가라는 법철학적 논쟁을 벗어나서 법률해석과 법형성의 관점에서 대개의 해당 법률 제1조가 내세우는 목적이 그 해당법률의 수권규범과 일치하지 않는다면 시작부터 위헌의 시비가 일어날 수도 있다. 헌법 규정이 추구하지도 않은 목적을 하위의 법률이 추구하고자 하고, 이 취지를 반영하여 해당 법률이 개별적인 구체적 규정을 갖고 있다면 더욱 위헌의 소지가 있을 수 있다.

그런데 각각 개별법률들 제1조의 목적 규정은 앞의 노동조합법 제1조의 목적규정처럼 해당 법률에 전체적으로 관류해야 할 지도이념과 원리를 규정하고 있다. 그러나 동시에 제1조의 목적규정은 해당 법률의 개별적 규정 목적이 불분명한 경우 해당 법 제1조의 지도이념과 취지 및 의미에 따라서 해석되어야 한다는 의미에서 법원리에 해당하기도 한다. 또한 동시에 개별규정의 해석에 있어서 그 개별규정이 갖는 목적이 불확실하거나 다의적이거나 또는 법률생활의 변화로 흠결을 보이는 경우 해당 법률 제1조의 목적 규정이 개별규정 해석의 기준을 제공하기도 한다. 그런 점에서 개별규정의 목적론적 해석에 있어서는 당해 규정의 목적이 제일 중요하지만, 경우에 따라서는 개별법률 제1조의 목적과의 관계에서 개별규정이 해석될 필요가 있을 것이다.²⁰⁾ 그러나 이 글과의 관계에서는 전체 노동조합법을 관류하는 노동조합법 제1조의 목적 규정과 개별 지도이념이 헌법 제33조제1항과의 관계에서 체계정합적인지, 제33조제1항과는 전혀 무관한 규정으로서 입법자가 월권을 하였는지, 아니면 헌법 제33조제1항과는 대립적인 관점에서 근로3권을 제한하는 지도이념으로서 공공복리와 공익적 가치기준을 수용한 것인지를 살펴 볼 필요가 있을 것이다.

2) 헌법 제33조제1항은 노동조합법의 수권규범인가?

먼저 노동조합법 제1조의 지도이념들이 헌법에서 말하는 근로3권 보장의 가치기준을 입법적으로 받아들인 것인지, 아니면 노동조합법이 헌법 제33조제1항과는 별개로 독자적인 입법을 한 것인지가 문제된다. 전자의 경우에는 헌법의 입법위임에 따른 것이므로 별 문제가 없을 것이지만, 후자의 경우는 헌법을 무시하거나 헌법을 초월하거나 하는 입법이 되어 노동조합법은 헌법 제33조제1항과 합치하지 않거나 일부는 합치하되 전혀 독립된 법률이라고 해야 할 것이다. 그 문제의 중심에 헌법 제33조제1항이 노동조합법의 수권규범인가 하는 것이 있다. 만일 헌법 제33조제1항이 노동조합법의 수권규범이라고 한

20) 법해석은 보통의 경우 4가지 해석기준으로 해석한다. 즉, 문언과 체계, 입법사, 그리고 법률의 목적이 그것이다. 이 기준들로 해석을 하는 경우 각각의 결과가 상이하다면 어떤 기준이 우위에 있는지를 결정해야 할 경우도 일어날 수 있다. 예를 들어 한 해석을 위해서는 문언과 체계가, 다른 해석을 위해서는 입법사와 목적이 합당하다면 어느 해석기준이 우위에 있는가 하는 문제가 제기될 것이다. 그러나 해석에 관한 법률규정은 존재하지 않는다. 그리고 어느 해석기준이 우위에 있어야 한다는 규정도 없다. 그럼에도 최종적으로는 법률의 목적이 구속력을 갖는다. 앞의 4가지 해석기준을 위한 논거가 동일한 비중을 갖는 경우 법률의 의미와 목적이 우위를 갖는다. 이러한 방향으로 해석기준의 순위를 피력하는 견해로는 Wank, Auslegung und Rechtsfortbildung im Arbeitsrecht, Nomos, 2012, 86면 참조.

다면 노동조합법은 헌법 제33조제1항의 규범내용을 초월해서는 안 된다.

그런데 근로3권을 보장하는 이유는 근로자와 그 단체에게 사용자에게 집단적으로 대항할 힘을 주어 대등한 입장에서 근로조건을 교섭하고 교섭이 결렬되면 단체행동을 통해 힘을 통한 압박으로 단체협약을 체결하도록 하는 협약자율을 보장하여 근로자들의 근로조건을 개선하는 것이 목적이다.

그런데 근로3권 규정이 명시적으로 입법으로 이를 구체화하라는 명령을 내리지는 않았지만, 이미 생존권적 기본권의 성질을 가진 것으로 볼 수 있기 때문에 국가는 입법으로 근로3권을 적극적으로 실현해야 하는 의무를 부담한다고 볼 수 있다. 헌법재판소도 근로3권에 근거하여 국가는 정책목표로서 협약자율을 실행하기 위한 입법조치를 할 의무가 있다고 본다.²¹⁾ 즉, 근로3권은 국가로부터 단결체가 자유로워져야 할 자유권적 성격도 있지만, “근로자 권리행사의 실질적 조건을 형성하고 유지해야 할 국가의 적극적인 활동을 필요로 한다. 이는 곧, 입법자가 근로자단체의 조직, 단체교섭, 단체협약, 노동쟁의 등에 관한 노동조합관련법의 제정을 통하여 노사 간의 세력균형이 이루어지고 근로자의 근로3권이 실질적으로 기능할 수 있도록 하기 위하여 필요한 법적 제도와 법규범을 마련해야 할 의무가 있다는 것을 의미한다” 고 보아 근로3권은 입법수권의 효과로 본다.²²⁾ 그런데 헌법 제33조제1항은 개별유보에 의해 근로3권을 법률로 구체적으로 정할 것을 유보하지는 않았다. 그런 점에서 노동조합법이 헌법 제33조제1항을 수권으로 하여 만들어진 법이라고 할 수는 없다. 그런 점에서 노동조합법은 헌법 제33조제1항의 근로3권 보장 목적과 근로조건 개선 목적을 위한 법률규정을 두면서도 경우에 따라서는 헌법 제37조제2항에 따라 공공복리 내지 공익을 위하여 근로3권 규제적인 규정을 둘 수도 있다. 또한 앞에서 언급한 헌법이론적으로 기본권의 내재적 한계이론의 관점에서 기본권의 테두리인 근로3권의 윤곽을 확정하면서도 그 울타리 내에서 구체적인 보호영역을 입법으로 정하는 기본권형성을 할 수도 있다.²³⁾ 그런 점에서 헌법 제33조제1항이 노동조합법의 수권규범이라고 할 수는 없다.²⁴⁾

21) 헌재 1998.2.27, 94헌바13.

22) 임종률, 앞의 책, 23면 참조.

23) 기본권이 보장하고자 하는 규율영역이 확정되지 않은 상황에서 법률에 의해서 구체적으로 형성하는 것을 기본권형성적 법률유보라 한다. 기본권제한적 법률유보와 기본권형성적 법률유보는 입법자가 법률로 기본권을 구체적으로 형성한다는 점에서는 유사하지만, 기본권제한적 법률유보는 기본권 제한을 목적으로 하고 기본권의 보호범위가 미리 확정되어 있는 것을 전제로 이를 제한하는 것임에 비하여 기본권형성적 법률유보는 기본권의 실현을 목적으로 하고 기본권의 내용범위를 법률로 비로소 확정한다는 점에서 다르다고 한다. 특히 기본권형성적 법률유보는 국가의 적극적인 활동을 요청하는 기본권에서 많이 문제된다고 본다. 이에 관해서는 장영수, 같은 책, 518면 참조. 근로3권에 대해서도 기본권형성적 법률유보가 필요하고 인정되어야 하는지 논란이 있을 수 있지만, 기본권의 실현 보다는 이미 범주적으로 확정된 근로3권의 보호범위를 어떻게 입법으로 제한할 것인가가 더 중요하다는 점에서 기본권형성적 법률유보는 근로3권에는 친숙하지 않다고 보아야 할 것이다.

24) 헌법수권설은 협약자율과 그에 근거하여 결과한 단체협약이 헌법을 수권규범으로 하여 만들어진 것이므로 법률 보다 우선적으로 적용되어야 한다는 점, 그런 점에서 법률은 단체협약에 대해서는 임의법의 성격을 갖는다는 것으로 단체협약의 당사자들은 강행규정과 상이한 합의를 할 수 있다고 하여 협약자율이 사적 자치를 집단적으로 행사하였지만 헌법의 수권을 받아 행사되는 것으로 하여 협약자율의 사적 자치성을 부각시키기 위하여 제안된 이론이다. 일찍이 이에 대한 이론을 세운 것으로서 Biedenkopf, Grenze der Tarifautonomie, 1964, 122ff., 149ff.. 이에 관해서는 이미 이종복, “協約自律의 優位性”, 私法關係와 自律(李鍾復教授 論文集), 1993, 506면 이하 참조.

3) 노동조합법 제1조의 지도이념의 헌법 제33조제1항 합치성

가) 근로3권 보장을 통한 근로조건 유지와 개선,

규정내용을 보면 헌법 제33조제1항은 근로자들의 근로조건 향상을 위하여 근로자들과 그 단결체에게 근로3권을 부여하고 있다. 노동조합법 제1조도 일차적으로 “헌법에 의한 근로자의 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 보장하여 근로조건 유지·개선을 도모” 하는 것을 목적으로 하기 때문에 근로3권과 노동조합법 제1조는 규정의 내용형식과 실질이 일치하는 것으로 볼 수 있다.

나) ‘근로자의 경제적·사회적 지위 향상 도모’의 헌법 제33조제1항 합치성

헌법 제33조제1항은 근로자의 근로조건 향상을 위하여 근로3권을 보장한다. 그런 의미에서 헌법 제33조제1항은 근로3권보장체계이다. 노동조합법 제1조도 이를 기본적인 목적으로 하고 있으므로 그런 점에서 노동조합법 제1조는 헌법합치적이다. 그런데 헌법 제33조제1항은 근로자의 경제적·사회적 지위 향상을 도모한다고 명시적으로 규정하고 있지 않다. 따라서 노동조합법 제1조가 ‘근로자의 경제적·사회적 지위 향상 도모’ 한다는 목적을 어떻게 해석하고 협약자치를 보장한 헌법 제33조제1항과의 관계에서 이 노동조합법상의 목적규정을 어떻게 이해해야 할 것인지 논란이 있을 수 있다. 일부 학설²⁵⁾은 이 문제를 타당하게 다음과 같이 이해한다. 즉, “헌법을 기초로 하여 제정된 법률이 해당 헌법이 보장한 범위를 넘어 규율대상을 확대규정하는 것은 헌법과 법률의 위계적 효력관계에 원칙적으로 반한다. 헌법이 헌법상의 보장내용을 법률에 위임하지 않은 경우에 법률이 헌법의 규정내용을 확대하는 것은 더욱 그 적법성(합헌성)이 문제되지 않을 수 없다. 따라서 노조및조정법이 정하고 있는 경제적·사회적 지위는 근로3권을 보장한 헌법 제33조제1항의 협약자치의 기본정신과 그 범위 내에서 이해되지 않으면 안된다”고 본다. 말하자면 노동조합법 제1조가 정하고 있는 ‘경제적·사회적 지위’는 근로조건 향상이라는 헌법 제33조제1항의 범위를 넘는 것이지만, 그것이 헌법 제33조제1항의 협약자치의 기본정신과 그 범위 내에 들어오는 한도에서는 합헌적이라는 것이다. 그런 점에서 보면 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상이 근로조건 향상의 향상과 밀접불가분하게 관련을 맺고 있는 상황에서는 “두 개념은 하나의 기능적 일체성을 가진 내용으로 이해하여”, “근로조건과 경제적·사회적 조건은 사회경제적 연원에서 그 뿌리를 같이하며 상호 중첩될 수 있기 때문에 통합적 이해가 가능하다”는 것이다. “따라서 근로자의 경제적·사회적 지위라 함은 종속적 노동관계에 있는 근로자의 지위와 직접적 관련이 있는 경제적·사회적 사항들을 의미하는 것으로 이해해야 한다. 예컨대 근로자의 직업교육 또는 연수교육과 관련된 장기휴가제도, 근로자 자녀의 학자금 지원제도 등은 이에 속할 수 있다.” 결국에는 이 견해는 협약자치제도에 포섭될 수 있는 경제적·사회적 지위 개선 사

25) 무엇보다도 이 문제를 지적한 것으로서 김형배, 노동법 제26판, 박영사, 2018, 113면 이하 참조.

항들은 노동조합법이 이를 규율목적으로 삼아도 궁극에는 단체교섭의 대상으로 포섭될 수 있으므로 그러한 노동조합법 제1조의 목적규정은 헌법합치적이라고 보는 것이다. 말하자면 “협약자치제도와 조화를 이룰 수 있는 경제적·사회적 지위의 개선은 적어도 단체교섭을 통한 협약체결이 가능하고 쟁의행위의 대상이 될 수 있는 사항이 되어야 하며, 협약당사자들이 이와 같은 과제를 수행하는 것이 헌법적 차원에서 받아들여질 수 있는 것이어야 한다. 따라서 경제적·사회적 지위의 향상이 단순히 근로의 대가로서의 급부의 개선을 통하여 나타나는 효과를 의미하는 것은 아니라 하더라도 근로관계와 긴밀한 관련이 있는 근로자 지위개선과 연계된 것으로 해석되어야 한다” 고 본다.²⁶⁾

이 견해가 헌법 제33조제1항이 명문으로 근로3권 보장 목적을 ‘근로조건 향상’이라고 하였음에도 노동조합법 제1조가 이를 벗어나 근로자의 ‘경제적·사회적 지위 향상’을 목적으로 한 것을 당장에 헌법 제33조제1항에 반한다고 하지 않으면서, 근로3권이 결국은 협약자율 내지 협약자치제도의 시스템 보장이기 때문에 노동조합법이 그러한 시스템에 포섭될 수 있는 근로자의 경제적·사회적 지위 향상을 동법의 목적으로 하는 것은 합헌적이라고 본 것은 매우 타당하다. 왜냐하면 이미 임금, 근로시간, 휴가, 후생복지 등의 근로조건 향상은 넓은 의미의 경제적·사회적 지위의 향상에 포함되는 것이며, 헌법 제33조의 근로조건은 이미 앞서서도 언급한 바와 같이 추상성, 개방성, 동적인 개념이기 때문에 ‘근로조건’이라는 울타리 내에서 입법자는 상당한 재량권으로서 근로조건의를 의미를 확대 또는 제한할 수 있다. 그런 의미에서 헌법 제33조제1항의 근로조건으로서 입법자는 임금과 근로시간 등의 전통적인 협의의 근로시간 외에 근로자의 대우에 관한 사항, 근로조건과 밀접불가분한 사항 등을 포함시킬 수 있다. 또한 근로자의 경제적·사회적 지위는 포괄적으로 ‘중속노동이 제공되는 조건의 총체’로 이해할 수도 있다.²⁷⁾ 이러한 이해에 따른다면 근로조건과 경제조건은 포괄적으로 근로자들의 경제적·사회적 지위와 동일한 것으로 이해되어 모두 협약자율의 보호범위에 들어오는 것으로 보아 입법자가 노동조합법 제1조에 동법의 목적으로 근로자의 ‘경제적·사회적 지위의 향상’을 목적으로 하는 것은 협약자율 범위 내의 것으로 보아 헌법 제33조제1항에 반하지 않는다고 볼 수 있다. 말하자면 근로자의 경제적, 사회적 지위의 개선이 근로조건과 밀접한 불가분의 관계에 있는 것이기 때문에 단체교섭의 대상이 되고, 따라서 단체교섭권을 보장한 헌법 제33조제1항과 일치하는 것이다. 단체교섭권을 추상적·개방성·동적인 개념으로 이해하고 기본권의 일차적 보호영역을 확정하면서 기본권의 내재적 한계로서 입법자는 그 보호범위를 다시 형성할 수 있다는 관점에서 보더라도 입법자가 노동조합법의 목적 중의

26) 이상의 내용은 김형배, 노동법 제26판, 114면에서 재인용함.

27) 독일 기본법 제9조제3항은 ‘근로조건과 경제조건의 유지와 향상’을 단결체의 목적으로 규정하고 있는 바, 독일 통설은 이 때의 근로조건과 경제조건은 서로 별개의 선택적인 것이 아니라, 중첩적인 것 또는 통합적인 것으로서 중속노동이 제공되는 조건이면서 노동생활의 중요한 질서를 가능하게 하는 조건의 총체로 본다. 독일에서 근로조건과 경제적 조건은 기능적 총화로 보는데, 임금과 실제적인 근로조건이나 순수한 경제조건만이 문제되는 것이 아니며, 경제적·사회적 관계의 범위와 복잡성과 급격한 구조변화가 진행되는 과정에서 신속하게 교체되는 충돌영역으로 인하여 근로조건과 경제조건은 개방적으로 이해해야 한다고 본다. 이에 관해서는 Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht/ Dieterich, GG 10 Art.9 Rn.23; MünchenerHandbuch zum Arbeitsrecht/Löwisch/Rieble, § 155 Rn. 15ff.; Säcker/Oetker, Grundlagen und Grenzen der Tarifautonomie, 33, 72 참조.

하나로 ‘근로자의 경제적·사회적 지위의 향상’을 선택한 것은 기본권의 입법자적 형성으로 이해할 수도 있을 것이다. 다만, 노동조합법 제1조의 근로자의 ‘경제적·사회적 지위 향상’ 목적이 협약자율 범위에 들어와 헌법 제33조제1항을 벗어나지 않는다고 하여도, 근로자의 모든 경제적·사회적 지위 향상이 협약자치제도와 상응하는 것은 아니다. 근로자들의 경제적·사회적 지위를 향상시키는 것이라 하여도, 단체교섭이나 쟁의행위의 대상으로 삼을 수 없는 것은 협약자율의 범위를 넘는 것이기 때문이다.²⁸⁾ 이러한 견해의 핵심은 근로자의 경제적·사회적 지위 향상이 협약자치제도 하에 포섭이 될 수 있으면 이를 노동조합법으로 정하여도 합헌적이라고 보는 것이다.

그러나 근로자의 경제적·사회적 지위 향상이 반드시 협약자치제도에 포섭되어야만 이를 노동조합법으로 규정하는 것이 합헌이 되는 것은 아니다. 협약자율과 노동조합법은 규율대상이 반드시 동일하지는 않다. 궁극적으로 협약자율은 노동조합과 사용자의 집단적 사적 자치이므로 반드시 공익을 추구하지는 않는다. 그러나 입법자는 공공복리나 공익적 견지에서 헌법 제37조제2항에 따라서 헌법 제33조제1항의 근로3권을 제한할 수도 있다. 말하자면 근로자의 경제적·사회적 지위 향상이 공익적 견지에서 필요하다면 협약자치제도를 제한하면서 노동조합법에 규정하여도 그것이 헌법 제37조제2항의 비례의 원칙에 들어오는 한 위헌이라고는 할 수 없다. 예를 들어 실업률이 높은 경우 장기실업자들이 노동시장으로 진입할 수 있는 장벽을 낮추기 위하여 노동조합법은 협약자율을 제한하는 입법을 할 수 있다. 특히 협약에서 정한 임금보다 낮은 임금을 받고서 실업자들이 일자리를 찾도록 하기 위해서 입법자는 협약의 적용영역이나 효력을 제한하는 입법을 할 수도 있다. 노동조합법의 입법자는 협약자율을 보호해야 할 의무가 있더라도 실업자의 일자리 창출과 같은 경제정책이나 사회정책을 노동조합법으로 수행할 수도 있고, 결과적으로 노동조합법상의 이와 같은 정책은 근로자의 ‘경제적·사회적 지위’ 향상을 가져올 수도 있다. 협약자치가 아니라 이를 제한하는 노동조합법상의 규정이 경제적·사회적 지위향상을 가져옴으로써 공익에 부합하는 것이라면 노동조합법 제1조는 이를 목적으로 삼을 수 있다고 하여야 할 것이다. 노동조합법의 입법자는 협약자율을 보호하는 입법을 해야 하지만, 언제나 국가 경제정책이나 사회정책을 포기하고 항상 협약자율만을 고수해야 한다는 원칙은 없다.²⁹⁾

다) 산업평화 유지,

노동조합법 제1조는 “노동관계를 공정하게 조정하여 노동쟁의를 예방·해결함으로써

28) 김형배, 앞의 책, 114면 참조. 그런 의미에서 “다수 근로자들이 사용자 또는 사용자단체에 대하여 우수 학교의 신설, 일반교육기관의 교과목 개정 등을 요구하는 것은 노사의 교섭대상에 해당하는 경제적·사회적 지위개선의 범주에 포함될 수 없다. 교육제도 개선과 학교 신설이 근로자 자녀들에게 좋은 직장을 얻을 수 있다는 가능성을 부여하여 장기적인 관점에서 근로자들의 경제적·사회적 지위를 개선한다고 하더라도, 이를 곧바로 단체교섭 또는 쟁의행위의 대상으로 삼을 수 없기 때문이다” 고 본다.

29) 이러한 방향으로 독일연방헌법재판소 판결 BVerfG 27.4.1999, BVerfGE 100, 274 참조. 경우에 따라서 개인적 인간관계에서의 복지로서의 사적 법익도 공공복리에 해당한다고 보는 견해도 있다. 김철수, 학설·판례 헌법학(상), 박영사, 2008, 451면 참조.

산업평화를 유지”는 것을 동법의 목적의 하나로 상정하고 있다. 이러한 산업평화 유지의 목적이 헌법 제33조제1항과의 관계에서 적법성(합헌성)을 갖고 있는지 문제가 된다.

노동조합법은 원래 산업평화 유지를 목적으로 하지 않았다. 원래 이 산업평화의 유지는 1997년 노동조합법과 노동쟁의조정법이 ‘노동조합및노동관계조정법’으로 통합되어 새로 제정되기 전에 구노동쟁의조정법 제1조에 규정되어 있던 것이다. 즉 구노동쟁의조정법 제1조는 “노동관계의 공정한 조정을 도모하고 노사 간의 노동쟁의를 자주적으로 해결하는 것을 보장함으로써 산업평화의 유지와 국민경제발전에 기여함을 목적으로 한다”고 규정하고 있었다. 이에 비하여 구노동조합법 제1조는 “이 법은 헌법에 의거하여 근로자의 자주적인 단결권·단체교섭권과 단체행동권을 보장하며, 근로자의 근로조건을 유지, 개선하고 근로자의 복지를 증진함으로써 그 경제적·사회적 지위의 향상과 국민경제의 발전에 기여함을 목적으로 한다”고 규정하고 있었다. 그런데 현행 노동조합법의 제정법이라고 할 수 있는 1997년3월13일의 노동조합및노동관계조정법 제1조는 위 구노동조합법과 구노동쟁의조정법 제1조를 통합하여 “이 법은 헌법에 의한 근로자의 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 보장하여 근로조건을 유지·개선과 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모하고, 노동관계를 공정하게 조정하여 노동쟁의를 예방·해결함으로써 산업평화의 유지와 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 한다”고 규정하고 있다. 그렇다면 이 산업평화의 유지는 통합 이전 구노동쟁의조정법의 목적에 따라 이해되어야 할 것인지, 아니면 통합법에 따라 근로3권과 협약자율의 기본정신과 그 범위 내에서 이해되어야 할 것인가가 논란이 될 수 있다. 전자의 입장은 노동쟁의의 예방과 조정이 목적일 것이므로 원천적으로 근로3권과 협약자율과는 무관한 것이지만, 노동쟁의가 산업에 가져올 과급효과나 국민경제에 미치는 영향을 고려하여, 말하자면 근로3권 보장체계로서의 협약자율과 별개의 헌법 제37조제2항의 공공복리 내지 공익적 가치에 의해서만 정당화될 것이다. 그러나 후자의 경우 현행 노동조합법이 취하고 있는 산업평화는 공공복리 내지 공익 이외의 근로3권과 협약자율의 기본정신과 그 범위에서도 고려되어야 한다는, 말하자면 노동조합법의 목적으로 바라보는 ‘산업평화’라는 기본관점이 헌법 제37조제1항과 더불어 헌법 제33조제1항 근로3권의 관점에서 이해되어야 한다는 것을 의미하기도 한다. 이것은 현행 노동조합법 각 조항들 중에서 종전 구노동쟁의조정법에 속하였다가 현행법으로 수용된 규정들은 여전히 공공복리 내지 공익적 가치로서의 산업평화의 관점에서 정당화되면 족할 것이라고 볼 것이다. 이들 규정들에 대해서는 근로3권과 협약자율의 지도이념이 해석상 작용하거나 입법을 위한 기준이 될 수 없다. 그러나 산업평화의 가치 기준이 현행 노동조합법의 지도이념이 되어야 한다면, 종전 구노동쟁의조정법에 속하였다가 현행법으로 수용된 규정들뿐만 아니라, 구 노동조합법에 속하였다가 현행법으로 수용된 규정은 물론 새로 신설된 규정들도 산업평화라는 지도이념에 따라 해석되거나 또는 반대로 산업평화를 지도이념으로 받아들여 개정되어야 한다는 문제를 갖고 있다. 어떤 것이 옳을까?

일설³⁰⁾에 의하면 1997년도 ‘노동조합 및 노동관계조정법’은 구노동조합법과 구노동

30) 예컨대 김형배, 노동법 제26판, 2018, 면 참조.

쟁의노정법을 단순히 조문만 통합한 것이 아니라, 제정법과 같이 두 법을 총체로서 통합한 것이므로 노동조합법 제1조의 산업평화라는 지도이념은 노동조합법 전체 규정에 관류되어야 하는 이념으로 보아야 하고, 근로3권과 협약자율 및 노동쟁의조정 등 전체 노동조합법의 지도이념으로 이해되어야 한다고 본다. 그럼에도 여전히 의문은 남는다. 노동조합법이 헌법 제33조제1항에 의거하여 만들어진 법률이라면 그 주된 목적은 근로자와 그 단체들에게 근로3권을 부여하여 근로조건이 향상되도록 협약자율을 보장한 것이다. 그러한 노동조합법 제1조의 문언에서도 보는 바와 같이 산업평화는 ‘노동관계를 공정하게 조정하여 노동쟁의를 예방·해결함으로써’ 이룩해야 하는 것이므로 해당 분야에서만 지도이념이나 목적규정으로 적용되어야 한다. 따라서 노동조합의 설립이나 단체교섭 분야에 산업평화를 유지하도록 해당 규정을 해석하거나 입법을 유도할 수는 없다고 본다. 노동조합 설립과 활동 등의 단결체 활동과 단체교섭이 산업평화를 목적으로 해야만 한다고 볼 수는 없다.

그러나 산업평화의 유지가 공공복리나 공익으로서 근로3권과 협약자율을 제한할 수 있는가 하는 문제는 여전히 남는다. 예를 들면 교섭창구단일화는 노동조합의 난립으로 교섭상의 혼란을 방지하고 노사관계를 안정화시켜 산업평화를 달성하기 위한 제도라고 할 수 있다.³¹⁾ 그러나 그렇다고 하여 산업평화의 유지가 노동조합법의 지도이념으로 자리잡고 있는 이유는 이것이 헌법 제33조제1항 근로3권의 기본권내재적 한계로부터 기본권 율타리 내에서의 일차적 기본권보호범위의 축소라기보다는 오히려 산업평화가 헌법 제37조제2항의 근로3권을 제한하는 요소로서 공익적 가치를 갖기 때문에 노동조합법 제1조에 포함된 것으로 이해하여야 할 것이다. 노사관계의 안정과 산업평화는 경우에 따라서 생산성을 유지하고 고용을 안정화하고, 기업의 고용창출능력을 배가하기 때문이다. 이로써 국민경제의 건전한 발전에도 기여한다. 말하자면 ‘노사관계의 안정화와 산업평화 유지’는 노사관계 당사자는 물론 사회와 국가 전체를 평화롭고 안정적으로 이끌어 가는 가치들이다.³²⁾ 이와 같은 관계에서 노사관계의 안정화와 산업평화 유지가 공익적 가치를 가진 것으로서 근로3권과 협약자율을 제한할 수 있다는 점을 다시 한번 강조하는 의미에서 여기서 교섭창구단일화의 위헌성을 다룬 다른 글³³⁾에서의 내용을 재인용한다: “경영평화(Betriebsfrieden)나 산업평화와 같은 것은 헌법에 의해서 명시적으로 보호된 법익이 아니라고 하여도, 이를 보호하기 위해서 헌법 제33조의 단체교섭권을 제한할 수도 있다. 노동조합과 사용자는 분명 대립하는 주체이기는 하지만, 노동조합법 제1조에서 보는 바와 같이 대립하는 이익대변의 궁극적 목적 중의 하나도 결국 산업평화로서, 대립하는 두 주체는 이익대립을 넘어서 상호 신뢰하는 협력의 공동의 목표로서 경영평화라는 가치를 실현해야 할 의무를 부담한다. 단체협약이 유효한 기간 동안은 평화의무를 부담하는 이유도 여기에 있다. 따라서 사용자와 사업장 단위 노동조합은 근로자의 안녕과 사업장의 안녕을 위하여 상호 신뢰감 있는

31) 교섭창구단일화 제도의 위헌성 여부를 다룬 사건에서도 헌법재판소는 명시적으로 산업평화를 언급하고 있지 않지만, ‘안정적인 교섭체계의 구축’이라는 표현으로부터 간접적으로나마 교섭창구단일화가 ‘노사관계 안정화와 산업평화’를 목적으로 하는 것이라는 것을 밝히고 있다. 헌재 2012.4.24., 2011헌마338.

32) 교섭창구단일화의 목적으로서 노사관계의 안정화와 산업평화의 유지가 공익적 성격을 갖는다고 한 것으로서 김영문, 복수노조와 협약자율, 31면 이하.

33) 김영문, 복수노조와 협약자율, 31면 이하.

협력을 해야 할 의무를 부담하는 바, 양자는 사회적 동반자의 의미를 갖게 되는 것이다. 그런 점에서 노동조합은 그들 구성원의 이익대변자일 뿐만 아니라, 기능적으로 볼 때 노동조합법 제1조의 단순법률에 의해서 부과된 산업평화를 달성해야하는 제도로서의 의미를 갖는다. 단순법률이 노동조합에게 전체 근로자의 대표지위를 부과하는 이유도 노동조합이 사업장 질서의 공동주체이기 때문이다. 이러한 지위에 있는 노동조합은 사업장 파트너와의 신뢰할 만한 협력이나 경영평화의 유지를 위협해서는 안 되며, 경영평화를 위해서는 일정한 경우 노동조합 간 존속과 활동경쟁의 제한도 필요한 것이다. 다만, 헌법적으로 규범화되지 않은 경영평화라는 법익이 헌법 제33조의 단체교섭권이라는 헌법적 가치를 제한할 수 있는가 하는 문제가 발생한다. 그러나 당장에 헌법적으로 규범화되지 않은 보호법익이라고 하여도 통상적으로는 그 배후에 있는 기본권과 헌법적 법익의 일반적 가치척도에 의거하는 경우가 많다. 특히 단순법률의 일반적 원칙이나 불특정 법적 명령은 사법으로 기본권이 진입하는 관문의 역할을 하는 경우가 많다. 단순법률상의 보호법익으로서 경영평화도 하나 또는 여러 개의 헌법적 보호법익과 직접적으로 연결되어 있다면 단체교섭권의 제한기준으로서 인정될 수 있다. 사용자 측의 보호법익으로서 사업장의 안녕은 생산수단에 대한 장애없는 처분권의 형태로 영업에 대한 사용자의 재산권과의 밀접한 관련을 보여주며, 사용자가 사업장공동체로 포함되므로써 비로소 경영평화에 의해서 재산권이 보호되는 것이다. 근로자 측의 안녕은 헌법 제15조의 직업의 자유에 기초한 직업활동의 행사에 대한 보호법익이 되는 것이다. 이와 같이 경영평화는 사용자 측과 근로자 측의 헌법적 보호법익과 밀접한 관련을 맺음으로써 헌법 제33조의 단체교섭권에 대한 제한기준으로서 작용할 수 있다.³⁴⁾ 여기서 한 가지 분명히 해 두어야 할 것은 노사관계의 안정과 산업평화의 유지가 공공복리의 성질을 갖고 있지 않다고 하더라도, 이러한 경영평화의 가치는 헌법적인 것으로서 사용자의 기본권인 경영권의 한 내용으로서 소수노조의 단체교섭권과 충돌할 수 있고, 따라서 비례성의 원칙 내지 기본권 충돌시 해결의 원칙인 실제적 조화의 원칙에 따라 단체교섭권을 제한할 수 있는 기준이나 기제로 작용할 수 있다는 점이다. 따라서 반드시 경영평화가 공공복리의 성질을 갖고 있지 않더라도 경영평화를 이유로 한 단체교섭권의 제한은 가능하며, 필요하다.

이와 같이 교섭창구단일화가 노노간의 다툼을 예방하고 노사관계의 안정과 산업평화의 유지를 도모하는 한 이는 공공복리의 개념에 포섭되는 것이고, 이러한 목적에서 소수노조의 단체교섭권을 제한하더라도 목적의 정당성이 인정되는 것이다. 협약당사자들이 헌법 제33조의 위임에 의하여 자율적으로 자신들의 노동생활의 의미있는 질서, 혹은 노동생활의 만족을 위한 질서를 만드는 것을 과제로 삼고, 이를 위하여 법률의 질서에 의해서 우선권을 부여받았다면 이 과제의 수행은 공동체를 위하여 매우 중요한 의미가 있는 공적인 임무에 기여하는 것이다. 그러한 공적인 임무수행의 결과물인 단체협약의 목적은 ‘산업에서의 평화(Ruhe)’에 있다.³⁵⁾

”

34) Germelmann, Der Betriebsfrieden im Betriebsverfassungsrecht. Schriften zum Arbeitsrecht Bd. 1, 1972, 69f., 128, 115ff. 참조.

35) 독일에서는 이미 1900년대 자본주의 초기에 협약자율과 단체협약이 공적과제로서 산업평화를 추구한다는 것을 인식하고 있었다. 이에 관해서는 Hagemeyer/Kempen/Zachert/Zilius, Tarifvertragsgesetz, 2.Aufl., 1990, Bem. 13 Einleitung 참조.

이러한 입장에는 어느 정도 수긍가는 점도 있다. 공익적 가치가 있다고 하는 산업평화가 근로3권과 협약자율을 제한할 수 있으며, 산업평화 유지가 공익적 가치를 갖고 있지 않아도 협약자율이 공적 임무를 수행하면 협약자율 스스로 근로3권을 제한하면서 산업평화의 유지를 위해 제한적일 수 있을 것이다. 그럼에도 협약자율이 공적 임무를 수행하는 것인가, 따라서 노동조합법은 자명하게 이를 목적이념으로 수용하여야 하는 것인가 하는 문제가 발생한다. 이른바 협약자율의 의미와 노동조합법과의 관계가 문제된다. 이에 대해서는 후술한다.

라) 국민경제의 발전에 기여

마지막으로 노동조합법 제1조는 동법의 목적이 위와 같은 세 가지 이념을 실현하면서 국민경제의 발전에 이바지하는 것을 목적으로 한다고 밝히고 있다.³⁶⁾ 그렇다면 근로3권, 협약자율, 노동조합법에 있어서 국민경제의 발전이 어떤 의미를 갖고 있을까 하는 의문이 든다. 그런데 우리 헌법재판소는 회석식소주의 자도소주 100분의 50이상 구입을 명령한 주세법 제38조의7이 헌법에 반한다는 위헌소송³⁷⁾에서 국가가 경제정책을 통하여 달성해야 할 목표로서 공익을 통하여 기본권을 제한할 수 있으며, 그 구체화가 헌법 제119조 이하의 경제에 관한 규정들이라고 한다. 즉, 자도소주를 일정부분 의무적으로 구입하도록 한 법률규정이 직업의 자유 등의 기본권을 침해하는가에 대한 사안에서 헌법재판소는 먼저 경제정책의 목표 설정에 있어서 광범위한 입법형성의 자유를 인정한다. 즉, “입법자는 경제정책의 목표와 그 목표를 달성하기 위하여 적합한 수단을 결정하는데 있어서 광범위한 형성의 자유가 부여되고, 또한 경제정책적 조정조치를 통하여 시장경제의 자유로운 힘의 대결을 수정할 수 있다” 고 하여 입법자는 노동조합법을 비롯하여 노동관련입법들에서 국가의 경제정책의 목표로서 국민경제 발전을 입법으로 형성할 자유를 갖는다는 것을 인정한다. 그런데 노동조합법의 ‘국민경제 발전’이라는 입법자의 경제정책목표는 헌법 제33조제1항의 근로3권으로부터 도출되는 것은 아니다. 말하자면 근로3권 보장은 국민경제발전을 직접적인 목표로 하는 것은 아니다. 그러나 경제의 발전은 노동과의 결합에 의해서 비로소 가능한 것이기 때문에 노동보호는 국민경제의 (건전한) 발전에 기여하는 것으로, 결국 경제발전은 공익적 성격을 갖는다. 이 사건에서 헌법재판소는 기본권의 자유로운 행사에 대한 침해는 “그 침해가 공익상의 충분한 이유로 정당화되고, 또한 비례의 원칙을 준수하여야 비로소 직업의 자유와 조화될 수 있다. 즉 입법자가 선택한 수단이 의도하는 입법목적 달성에 적정해야 하고, 입법 목적을 달성하기 위하여 똑같이 효율적인 수단 중에서 기본권을 되도록 적게 침해하는 수단을 사용하여야 하며, 침해의 정도와 공익의 비중을 전반적으로 비교형량하여 양자 사이에 적정한 비례관계가 이루어져야 한다” 고 본다. 헌법재판소는 그러한 이유에서 경제와 관련한 정책으로서 헌법

36) 노동조합법 이외에 근로기준법 제1조(“균형있는 국민경제의 발전”), 최저임금법 제1조(“국민경제의 건전한 발전”), 근로복지기본법(“국민경제의 균형있는 발전”), 근로자참여 및 협력증진에 관한 법률 제1조(“국민경제 발전에 이바지”)도 각 법률들이 (균형있는) 국민경제 발전에 이바지함을 목적으로 하고 있다.

37) 헌재 1996.12.2.6, 96헌가18.

제119조 이하의 경제조항들이 공익을 구체화한 것이라고 본다. 즉, 헌법재판소는 헌법 제119조 이하의 경제조항에서 “ ‘균형있는 국민경제의 성장과 안정, 적정한 소득의 분배, 시장의 지배와 경제력남용의 방지, 경제주체 간의 조화를 통한 경제의 민주화, 균형있는 지역경제의 육성, 중소기업의 보호육성, 소비자 보호 등’ 의 경제영역에서의 국가목표를 명시적으로 규정함으로써 국가경제정책을 통하여 달성해야 할 ‘공익’ 을 구체화하고, 동시에 헌법 제37조제2항의 기본권제한을 위한 일반법률유보에서의 ‘공공복리’ 를 구체화하고 있다” 고 본다. 이와 같은 헌법재판소의 입장에 따르면 경제의 한 축을 담당하는 노동에서 그 근로조건 등을 거래하는 노동시장에서 근로자들에게 단결체 등을 조직하여 노동력의 수요자인 사용자에게 대항할 수 있는 힘으로서 근로3권을 부여하는 것은 건전한, 균형있는 국민경제의 발전이라는 공익 또는 공공복리를 실현하는 것이라는 것이다. 이와 같은 헌법재판소의 결정을 노동조합법의 하나의 목적으로서 국민경제 발전에 투영하여 보면, 노동조합법은 근로3권을 보장하여 근로자의 근로조건 개선과 경제적·사회적 지위를 향상하여야 하지만, 공익적 견지에서 산업평화와 국민경제 발전을 도모한다는 것이다.

이상에서 말한 바를 정리하면 노동조합법이 국민경제 발전을 목적으로 삼은 것은 두 가지 방향이라고 할 수 있다. 즉, 한편에서는 경제는 기본적으로 자본과 노동의 결합으로 이루어지기 때문에 노동조합법도 경제와 무관하지 않다는 것, 그 점에서 입법자는 경제와 관련된 노동조합법에서 광범위한 입법형성의 자유를 갖는다는 것이다. 노동법 질서는 경제질서의 한 부분으로서 재화시장과 병행하여 노동시장을 주요 규율대상으로 삼는다.³⁸⁾ 노동법은 경제질서와 불가분의 관계에 있다. 그런 이유에서 입법자는 국민경제 발전을 노동조합법의 목적 중의 하나로 입법을 하였다고 보는 것이다. 그러나 다른 한편에서 근로자 보호목적의 근로3권과 그 근로3권의 작동원리로서의 협약자율과 이를 근거로 하여 만들어진 노동조합법이 어떻게 국민경제발전을 노동조합법의 목적 중의 하나로 설정할 수 있는가? 하는 것인가? 그것은 공익 내지 공공복리로서 설명할 수밖에 없다. 노동조합법은 공익목적 내지 공공복리의 관점에서 국민경제발전을 동법의 목적 중의 하나로 설정한 것이라는 점에 더 중점이 있다고 보아야 할 것이다.

III. 협약자율과 노동조합법 제1조의 관계

노동조합법 제1조와 협약자율은 어떠한 관계에 있는가? 협약자율 내지 협약자치는 통상적으로 “근로3권을 보장한 헌법의 취지와 목적은 헌법규정의 테두리 안에서 근로자들과 노동조합이 사용자와의 교섭을 통하여 근로조건을 개선할 수 있도록 함으로써 그들의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모하고, 산업평화를 유지하는데 있다. 즉, 근로자들이 노동조합을 통하여 사용자와의 대등한 교섭을 함으로써 근로조건개선을 위한 협약자치가 실

38) 무엇보다 노동법과 경제의 관계를 설득력있게 설명한 것으로서 김형배, 노동법 제26판, 박영사, 2018, 4면 이하 참조.

현될 수 있도록 하는 것이 근로3권 보장의 기본목적이다’ 고 본다.³⁹⁾ 그리하여 협약자율은 ‘단체협약의 체결을 위하여 근로자들은 노동조합을 결성하고, 단체교섭과 단체행동을 수행하는 것으로서, 이러한 노사의 집단적 활동을 협약자율’ 이라고 본다.⁴⁰⁾ 그리고 근로3권은 협약자치를 보장한 것으로서 헌법 제33조제1항은 단체교섭을 중심으로 하여 전개되는 노사자치에 대하여 법적 기초를 부여하는 규정이라고 한다.⁴¹⁾

그러나 이와 같은 설명에도 불구하고 헌법규정이나 다른 노동법 규정에서도 명문으로 협약자율에 대해 규정하고 있지 않기 때문에 협약자율이 무엇인지 명확한 이해가 되지 않는다. 무엇보다 협약자율을 노사의 집단적 활동이라고 한다면 근로조건에 대해 노사가 집단적으로 거래하는 활동으로서 협약자율의 현상만을 의미하는 것이므로 협약자율에 대한 설명으로는 부족하고, 규범적으로 이해할 필요가 있다. 협약자율은 헌법 제33조제1항에 의하여 보장된 것으로서 근로3권은 협약자치를 보장한 것이기 때문에 일종의 권리로서 이해해야 할 것이다.⁴²⁾ 그럼에도 근로3권은 근로자들의 근로조건 향상을 위하여 단결체를 결성하고 그 단결체들이 노동력 거래 상대방인 사용자를 상대로 교섭을 하여 단체협약을 체결할 수 있도록 하고, 교섭이 결렬되면 단체행동에 의해 교섭을 하도록 압력을 행사하여 단체협약을 체결할 수 있도록 하는 근로자와 그들의 단체인 노동조합의 헌법상 권리이다. 그러므로 노동력 거래의 일방 당사자인 근로자들과 노동조합의 권리이다. 그렇기 때문에 근로3권 보장이 협약자율 그 자체는 아니다. 협약자율은 근로3권에 의하여 사용자에게 대하여 대항력(Gegenmacht)을 보장받은 단결체가 사용자와 대등한 입장에서 노동력 거래 조건을 교섭하고 때로는 단체행동을 하면서 계약에 유사한 협약을 체결하는 구조⁴³⁾, 즉 근로3권을 장악한 근로자들과 노동조합이 사용자와 노동력 제공 조건을 자율적으로 거래할 수 있도록 하는 체계보장을 말한다. 그런 점에서 협약자율은 사적 자치이며, 다만 개개인의 사적 자치와 다른 점은 단결체 내지 노동조합이 그 사적 자치의 일방 당사자라는 점에서 ‘집단적으로 행사된 사적 자치(‘kollektiv ausgeübte Privatautonomie’)이다.⁴⁴⁾ 그러므로 근로3권을 보장한 헌법 제33조제1항은 협약자율의 법적 근거조항이라기 보다는 협약자율, 즉 집단적 사적 자치를 수행하기 위하여 노동력 거래 일방 당사자들인 근로자들 단결체에게 보장된, 협약자율을 위한 전제조건이라고 해야 할 것이고, 협약자율은 노동력 거래에 있어서 근로3권을 보장받은 일방 당사자로서 대항력을 보장받은 노동조합이 사용자에게 대등한 입장에서 노동력을 거래할 수 있는 구조로서의 체계보장이라고 해야 할 것이다.

종래 협약자율이 헌법의 위임을 받아 공법적인 역할을 하는지, 즉 국가의 위임을 받아

39) 김형배, 노동법 제26판, 112면 참조.

40) 김형배, 노동법 제26판, 114면 참조.

41) 김형배, 노동법 제26판, 115면 참조.

42) 이에 대해 임종률, 노동법 제19판, 박영사, 2021, 13면은 협약자율을 노동조합법의 지도이념이라고 본다.

43) 협약자율에는 사용자에게 대항할 수 있는 힘을 부여한다는 점에서 대항력의 원칙이 기초하고 있다고 본다. 이에 관해서는 Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz, 4.Aufl., 2017, Rn. 27; Heenen, Kampfparität und bilaterales Monopol, 1988, 58ff.; Kocher, in: Möslein, [Hg] Private Macht, 2016, 241.

44) 이렇게 보는 것이 독일의 통설적 입장으로서 무엇보다 Bayreuther, Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie, C.H.Beck, 2005, 57면 이하; Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz, 4.Aufl., 2017, Rn. 30ff.; Rieble, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, 1996, § 5 Rn. 1102ff 참조.

사적 단체가 노동생활 질서를 만드는 것인지, 집단적 사적 자치인지에 대해 논란이 있었다. 협약자율이 공익을 실현한다는 것에 대해서는 독일 연방헌법재판소⁴⁵⁾는 ‘협약자율은 국가의 법설정으로부터 자유로운 영역에서 협약을 통해 노동생활을 의미있게 질서화하고 최종적으로는 사회적으로 공동체를 만족시키는, 공익의 목적(den im öffentlichen Interesse liegenden Zweck)을 수행한다. 국가는 이러한 임무를 충분히 수행할 수 있는 단결체만을 협약자율에 참가시킬 수 있으며, 따라서 협약능력을 일정한 최소요건 충족에 의거하게 하는 것은 불가피하다’고 본다. 협약자율은 공익에 봉사한다는 이 입장은 협약자율에 의한 단체협약이 사회적 파트너에 의해서 노동시장에서 준공법상의 사회적 자치행정으로서 단결체는 근로조건을 규율함으로써 그 자체 국가적 과제를 수행하고 있는 것이며, 단체협약은 일종의 법설정이며 실질적 의미에서 입법이라는 것이다.⁴⁶⁾ 그러나 단결체는 근로조건을 집단적인 계약, 이른바 단체협약으로 규율하기 위한 개개인들의 자유로운 결합체라고 한다면 단결체는 독자적인, 자기 스스로 조직한 이익대변자들이며, 처음부터 공법상의 공공복리에 대해서 권한이 있는 것도 아니다. 단결체의 권한은 배타적으로 사적 자치에 의한 구성원적 지위에 의거하는 것이며, 이러한 구성원적 지위에 대해 국가가 위임한 것으로 보아서는 안 된다. 그런 의미에서 협약자율을 그 자체 공익적인 것이며 공공복리적인 것이라고 이해해서는 안 된다.

그렇다면 노동조합법 제1조와의 관계에서 협약자율은 어떻게 이해해야 할 것인가? 노동조합법 제1조가 ‘근로자에게 근로3권을 보장하여 근로조건을 유지·개선과 근로자의 경제적·사회적 지위 향상을 도모하는 것’은 근로3권 보장의 목적이다. 그것을 어떻게 달성할 것인가, 보장된 근로3권으로써 사용자에게 대항하여 대등한 지위에서 어떤 방식으로 근로조건을 개선할 것인가라는 방식, 바로 근로조건 개선의 방식이 바로 협약자율이라고 본다. 말하자면 노동조합이라는 집단을 결성하여 근로자들에게 유리한 근로조건을 사적 자치적으로, 곧 노동력의 거래 조건에 대해 상호 의사표시의 합치 방식으로, 교섭이 결렬되면 근로3권에 의해서 보장된 ‘사회적 힘’을 사용하여 유리한 조건을 획득하는 노동력 거래의 방식으로서 협약자치가 위치하게 되는 것이다. 그런 점에서 노동조합법은 근로3권 보장을 천명하면서 근로3권 실현방식으로서 협약자율을 전제로 하여 근로자의 근로조건 개선과 경제적·사회적 지위 개선이라는 결과를 얻을 것을 그 목적으로 규정하고 있는 것이다. 그런 점에서 노동조합법 제1조는 협약자율을 미리 전제하고 앞에서 말한 바와 같은 2가지 목적, 즉 근로조건 향상과 경제적·사회적 지위 개선을 목적으로 규정하고 있다고 보아야 할 것이다.

그러면 노동조합법 제1조에서 노동조합법이 추구하고자 하는 나머지 목적, 즉 산업평화의 유지와 국민경제 발전과 협약자율은 어떠한 관계에 있는가? 우선 협약자율 자체가 공익 내지 공공복리를 추구하는 것은 아니다. 그러나 협약자율에 대해서 공익이나 공공복리에 의거하여 이를 제한할 수 있다. 왜냐하면 헌법 제33조제1항의 근로3권은 협약자율을 보장한 것이라고 보는 입장에서는 근로3권의 제한으로서 헌법 제37조제2항이 적용되

45) BVerfGE 18, 28 참조. 이와 더불어 이 판결에서 독일연방헌법재판소는 단결체가 협약능력이 있어야만 노동생활을 의미있게 질서지운다는 의미에서 ‘사회적 힘’이 있는 단결체만이 협약능력이 있다고 본다.

46) 이러한 입장은 단체협약과 협약자율의 본질논쟁에서 위임설의 입장에서 있다.

기 때문이고, 노동조합법 제1조가 전제하고 있는 노동력 거래 방식 내지 노동력 거래를 위한 시스템 보장으로서의 협약자율에 대해서는 공익적 견지에서 공공복리 내지 공익적 제한이 가해질 수 있기 때문이다.

그리고 협약자율에 대해서 국가가 노동조합법으로 개입하는 방식은 3가지 분야로 압축해 볼 수 있다.⁴⁷⁾ 첫째는 협약과 경합에 의해서 근로조건을 규율하도록 하는 것, 둘째는 금지법규를 통한 협약체결권의 제한과 (협약능력에 대한 요건을 포함하여) 노동조합법상 단체협약에 관한 계약법적 규정과 함께 단체협약법을 형성하는 것, 셋째는 근로계약에 의한 규율유보 하에 단체협약에 대해서 특정의 근로조건을 차단하는 것 등이 있을 수 있다. 첫 번째는 국가가 근로자들을 위해서 단결체와 동등한 활동을 하는 기구를 만들게 되면 자율적인 근로자단결체는 위협을 받는다. 이른바 노동회의소가 그러한 예에 해당한다. 이러한 국가가 개입하는 노동회의소는 근로자들의 권리보호를 수행하지 않고, 사회적 이익대변을 하는 경우에만 허용이 되며, 근로자들의 단결체와 경합하는 것은 허용되지 않는다. 그러한 국가의 입법조치는 협약자율을 침해하는 것이 된다. 두 번째는 국가가 정한 근로조건이 강행적으로 적용되면 협약권은 내용적으로 직접 제한된다. 그러한 한도에서 근로조건 규율문제는 협약자율에서 벗어난다. 그러한 국가의 근로조건은 협약자율을 최종적으로 제한하는 것은 아니고, 국가의 고유한 규율권한이라고 해야 할 것이다. 그러한 예가 최저임금을 입법하는 것이다. 세 번째로 대단체협약임의법규는 간접적으로 협약자율을 제한한다. 협약의 규율권한이 개방되어 있는 경우 대단체협약임의법규는 법률규정에 근접하고 이를 방어만을 하려는 협약당사자에게는 보다 유리한 지위를 제공하게 된다. 국가가 대단체협약임의적인 소정근로시간으로서 주당35시간을 정하였다면, 아마도 사용자는 보다 긴 주말근로시간에 대하여 가능한 한 공격적 직장폐쇄를 해야만 할 것이다. 그렇게 되면 노동조합은 보다 유리한 지위에 있게 될 것이다.

IV. 헌법 제33조제1항의 근로3권과 협약자율

헌법 제33조제1항의 근로3권과 협약자율은 어떠한 관계에 있는가? 협약자치 내지 협약자율이라는 용어는 법률에 사용된 적이 없다. 이미 앞서서도 본 바와 같이 협약자율은 근로자들이 노동조합을 결성하여 단체교섭과 단체행동을 통하여 단체협약을 체결하는 시스템이라고 할 수 있다. 그런데 이와 같은 협약자율은 협약체결을 위한 노사의 집단활동으로서 단순한 현상으로 파악할 수는 없다. 무엇인가 명확한 규범적 판단이 필요하다. 그리하여 일부 견해는 협약자치를 보장한 것은 헌법 제33조제1항이라고 보기도 하며,⁴⁸⁾ 헌법 제33조제1항은 노사자치에 대하여 법적 기초를 부여하는 규정⁴⁹⁾이라고 보기도 한다.

47) 이상의 내용은 Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz, 4. Aufl., 2017, Rn. 187ff. 참조.

48) 예컨대 김형배, 노동법 제26판, 2018, 113면; 김상호, 협약자치의 한계에 관한 연구, 고려대 박사학위논문, 1999, 10면 참조.

49) 예컨대 김형배, 노동법 제26판, 2018, 115면; 임종률, 노동법 제19판, 박영사, 2021, 22면 참조.

또 어떤 의견은 헌법 제33조제1항의 단체교섭권이 협약자치보장의 기초이며, 단결권은 협약자치의 전제조건이고, 단체행동권은 협약자치가 제대로 운영될 수 있도록 하는 수단이라고 보기도 한다.⁵⁰⁾ 그리고 어떤 견해는 협약자율은 단결활동의 자유라고 보기도 한다.⁵¹⁾

그럼에도 협약자율은 시장경제적으로 조직화된 노동생활의 필수요소이다. 이러한 협약자율은 노동시장의 자손이지, 다수결의 원칙에 따른 민주적인 규범설정이라고 볼 수 없다. 시장경제는 국가 이전 수천년 전 이전에도 존재하였고, 노동시장도 국가의 행사는 아니다. 그리하여 노동력 거래가 사적 자치에 의하여 자유롭게 거래되던 중⁵²⁾에 종속노동 근로자들의 보호필요성이 제기되면서 집단을 결성하여 대항하는 힘의 부여로 대등한 입장에서 노동력을 집단적으로 사적 자치에 의하여 거래할 수 있는 권리를 부여하게 되었다. 이것이 근로3권 보장이다. 그러므로 근로3권은 역사적으로 보면 노동력 거래시장을 수정하는 것, 말하자면 자유거래 시장에서 사용자에게 대항력을 갖추어 대등한 입장에서 노동력 교환 조건을 거래하도록 하는 노동시장의 작동메커니즘이다. 근로3권이 노동시장을 결정하는 것은 아니다. 근로3권은 노동시장이 그렇게 작동하도록 하는 조건에 지나지 않는다. 그런 점에서 노동력 거래조건이 집단적으로 수행될 수 있도록 하는 헌법적 승인이 근로3권이며, 근로자들은 이를 무기로 노동시장에서 자유롭게 교섭과 단체행동에 의해 노동력을 거래하는 것이다.⁵³⁾

그런 점에서 협약자율은 근로3권에 의해서 보장된 근로자와 노동조합의 권리 이전에 노동력 거래의 방식, 따라서 근로자 집단에게 대항하는 힘을 부여하여 노동력의 자유거래에 참여할 수 있는 구조로서 노동력 거래 시스템 보장이라고 해야 할 것이다. 그런 점에서 보면 협약자율은 근로3권을 전제로 하여 단결체가 집단적으로 사적 자치에 의하여 노동시장에서 노동력을 거래하는 방식이며 시스템이라고 해야 할 것이다. 근로3권이 협약자율을 보장한 것이라기 보다는 근로3권은 그러한 노동력 거래 방식으로서 협약자율이 가능하도록 하는 전제조건이라고 해야 할 것이다.

50) 예컨대 김상호, 앞의 책, 11면 참조.

51) Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz, 4. Aufl., 2017, Rn. 149, 151.

52) 로마시대에는 노예노동이 중심이었지만, 현재로 그러한 노예노동은 의미가 없고, 자유인들의 노동력 거래가 문제이었다. 당시 자유시민의 자유로운 노동력 거래는 임대로서 민법 고용계약의 규율을 받았다. 이에 관해서는 김영문, 외부노동력 이용과 노동법, 법문사, 2010, 49면 이하 참조.

53) 근로3권이 협약자율을 보장한 것이라면, 근로3권의 행사는 헌법적 수권에 의해서 협약당사자들이 광의의 의미에서 법률과 같은 단체협약을 만드는 것이므로, 이와 같은 단체협약의 헌법적 수권설에 의거하는 한, 협약자율은 광의의 입법행위로서 공적인 임무를 수행하는 것이라는 결론에 이른다. 이렇게 협약자율이 공적인 임무를 수행하고 있는 것으로 보는 견해로는 무엇보다 독일연방헌법재판소의 BVerfGE 18, 27; BVerfGE 28, 295, 304; BVerfGE 44, 322, 340; BAGE 29, 72, 82; BAGE 40, 327, 335; 학설로는 무엇보다 Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht, Bd. II, S. 291ff.; Nikisch, Arbeitsrecht, Bd. II, S. 43ff. 등 참조. 그런데 이미 앞에서 본 바와 같이 협약자율은 공적인 임무를 수행하는 것이 아니다.

V. 맺으면서

이 글은 완결을 도모하고 쓴 글이 아니다. 단지 우리가 익숙하고 당연하다고 생각하는 것에 대한 반성적 차원에서 헌법 제33조제1항의 근로3권과 협약자율 및 노동조합법 제1조의 목적 등이 어떤 의미를 갖고 어떠한 관계에 있는지를 시론적으로 살펴 본 것이다.

그 결과 다음과 같은 결론에 이르렀다.

1. 기본권 내재적 한계이론에 따르면 기본권이 추상적, 개방적, 동적 언어로 구성되어 있기 때문에 기본권의 추상적 외연 또는 울타리를 만들어도 다시 그 보호범위를 확정하는 의미에서 기본권의 한계가 있다. 이것은 해당 기본권이 다른 기본권과 충돌할 때 해당 기본권을 제한하는 것과는 의미가 다르다. 근로3권과 노동조합법 제1조의 관계 검토에서도 이 점을 충분히 고려하여야 할 것이다.

2. 노동조합법 제1조의 근로조건의 향상, 근로자의 경제적·사회적 지위 향상은 근로3권과 그 형식이나 실질이 일치하는 것이다. 협약자율의 범위 안에서 근로자의 경제적·사회적 지위 향상을 고려한다면 이것은 근로3권과 헌법합치적일 수 있다. 그러나 근로자의 경제적·사회적 지위 향상은 근로3권을 제한하는 공익 내지 공공복리의 관점에서든 헌법합치적일 수 있다.

3. 산업평화의 유지와 국민경제발전은 근로3권의 내재적 한계의 의미에서 근로3권을 제약할 수 있지만, 협약자율을 공익과 공공복리의 관점에서 제한할 수 있다는 점에서 헌법합치적이라고 본다.

3. 근로3권이 협약자율을 보장한 것으로서 협약자율은 권리로서의 성격을 가진 것이라고 할 수 있다. 그러나 협약자율은 공익을 실현하는 것으로 보아서는 안되고, 집단적으로 사적 자치제도라고 이해하여야 한다.

4. 협약자율을 집단적으로 행사된 사적 자치라고 한다면, 근로3권은 협약자율이 실현되기 위한 전제조건으로 보아야 하며, 협약자율은 그러한 근로3권을 장착한 근로자단체가 대항력으로써 대등하게 사용자와 교섭하고 단체행동을 통하여 단체협약을 체결할 수 있는 노동력 거래의 방식으로서 노동력 거래의 시스템보장으로 이해하여야 할 것이다. 근로자들은 근로3권에 의해서 비로소 노동력 거래를 하는 것이 아니라, 국가와 무관하게 오랫동안 노동시장에서 노동력 거래는 자유롭게 진행되지만, 근로자들 개개인이 종속되어 있으므로 집단을 이루어 자유롭게, 대등한 힘의 압박으로써 노동력 거래를 가능하게 하는 것이 사적 자치로서의 협약자율이기 때문에 근로3권이 협약자율을 보장한 것이 아니라, 근로3권은 그러한 노동력 거래방식으로서 협약자율이 가능하도록 하는 전제조건이라고 보아야 할 것이다.

참고문헌

- 김상호, 협약자치의 한계에 관한 연구, 고려대 박사학위논문, 1999.
- 김선수, 복수노조·전임자 관련 개정법안, 쟁점과 평가, 노동사회 2010년 1, 2월.
- 김영문, 외부노동력 이용과 노동법, 법문사, 2010.
- 김영문, 복수노조와 협약자율, 노동법학 제38호, 2011.
- 김영문, 단결권 제한과 노동조합개념, 노동법논총 제22집(한국비교노동법학회), 2011.
- 김영문·김혜린, 노동조합법상 근로자 개념 확대와 그 후속문제에 대한 단상, 노동법학 제72호, 2019.
- 김철수, 학설·판례 헌법학(상), 박영사, 2008, 451면 참조.
- 김형배, 노동법 제26판, 박영사, 2018.
- 유성재, 2010년 개정 노동법에 대한 입법론적 평가, 노동법학 제34호(한국노동법학회), 2010.6.
- 이종복, “協約自律의 優位性”, 私法關係와 自律(李鍾復教授 論文集), 1993.
- 임종률, 노동법 제19판, 박영사, 2021.
- 장영수, 헌법학, 홍문사, 2017.
- 하갑래, 집단적노동관계법, (주) 중앙경제, 2010.
- 홍성방, 헌법학, 현암사, 2003, 334.
-
- Bayreuther, Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie, C.H.Beck, 2005.
- Biedenkopf, Kurt, Grenzen der Tarifautonomie, Karlsruhe 1964.
- Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht/ Dieterich, C.H.Beck.
- Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht, Bd. II.
- Germelmann, Der Betriebsfrieden im Betriebsverfassungsrecht. Schriften zum Arbeitsrecht Bd. 1, 1972.
- Hagemeyer/Kempen/Zachert/Zilius, Tarifvertragsgesetz, 2.Aufl., 1990.
- Heenen, Kampfparität und bilaterales Monopol, 1988.
- Kocher, in: Möslein, [Hg] Private Macht, 2016.
- Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz, 4.Aufl., Vahlen, 2017.
- MünchenerHandbuch zum Arbeitsrecht/Löwisch/Rieble, C.H.Beck, 2000.
- Nikisch, Arbeitsrecht, Bd. II.
- Rieble, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, Springer, 1996.
- Säcker/Oetker, Grundlagen und Grenzen der Tarifautonomie, München, 1992.
- Wank, Auslegung und Rechtsfortbildung im Arbeitsrecht, Nomos, 2012.

[토론문]

「근로3권과 협약자율 및 노동조합법 제1조의 의미와 관계에 대한 단상」에 대한

송 강직 교수(동아대학교 법학전문대학원)

I. 문제의식

매우 기본적이고 본질적인 문제들에 대하여 쓰내려 간 연구물이라 제 스스로 몰입하여 읽어 내려갈 수 있었고, 헌법 제33조 제1항의 노동3권에 대한 고민을 하게 하였다는 것에 대하여 감사드린다.

이하 소견의 입장에서 발표자의 문제의식, 나아가 개별영역에서의 질문을 갖고 토론에 갈음하고자 합니다.

‘근로3권’과 ‘협약자율’ 및 ‘노동조합 및 노동관계조정법 제1조’에 대한 재해석 내지 재구성의 필요성.

노동조합법 제1조는, ‘헌법에 의한 근로자의 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 보장하여 근로조건 유지·개선과 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모’하는 것을 목적으로 한다는 것을 천명하고 있어, 헌법 제33조제1항을 수권규범으로 하여 만들어진 법률이라고도 할 수 있을 것이나, 동 규정 후반은 ‘노동관계의 공정한 조정을 통한 노동쟁의 예방과 해결을 통한 산업평화의 유지와 국민경제의 발전’도 노동조합법의 목적이라고 천명하고 있어, 노동조합법 제1조는 그와 같은 목적과 방향의 근로3권 보장만을 규율한 것이 아님. 노동조합법 상 근로3권을 제한하는 규정들은 헌법 제37조제2항의 기준에 따라서 위헌판단을 받아야 할 것임.

다른 한편에서 근로자에게 단결권을 보장하고 그 단결체가 근로조건 유지·개선을 위하여 단체교섭을 하여 단체협약을 체결하도록 하고, 단체교섭이 결렬되면 단결체의 힘을 배경으로 단체행동을 하여 단체협약을 체결하도록 하는 시스템을 협약자율이라고 하며, 그런 점에서 협약자율은 근로3권 체계보장 또는 제도적 보장이라고 할 수 있음. 협약자율은 근로3권 보장 그 자체가 아니라, 노동시장에서의 노동력 거래를 하기 위한 전제조건으로서 헌법 제33조제1항으로 근로3권을 보장하고, 이렇게 제도적으로 보장된 권리를 갖고서 노동시장에서 노동력에 관한 거래를 하도록 허용하는 시스템임.

본 발표문은, 헌법 제33조제1항의 근로3권과 노동조합법 제1조의 의미와 관계, 그리고 협약자율과 헌법 제33조제1항의 관계, 협약자율과 노동조합법 제1조의 해석 등을 음미하는 것을 목적으로 하고 있음.

II. 질문

1. 헌법 제33조제1항 근로3권과 노동조합법 제1조의 관계

헌법 제33조제1항의 근로3권도 이러한 헌법적 특성으로서 추상성과 개방성을 가짐. 입법자는 근로3권이 어떠한 내용으로 형성되어야 하는지에 대해 상당한 범위에서 재량권을 가짐. 근로3권은 개별적 법률유보가 없다고 하여도 헌법 제37조제2항의 비례성의 원칙에 따른 일반적 유보에 의한 제한이 가능. 노동조합법 제1조가 내세우는 이념들이 근로3권 제한의 법리와도 합치하는지?

제1조의 목적규정은 해당 법률의 개별적 규정 목적이 불분명한 경우 해당 법 제1조의 지도이념과 취지 및 의미에 따라서 해석되어야 한다는 의미에서 법원리에 해당하기도 함. 또한 동시에 개별규정의 해석에 있어서 그 개별규정이 갖는 목적이 불확실하거나 다의적이거나 또는 법률생활의 변화로 흠결을 보이는 경우 해당 법률 제1조의 목적 규정이 개별규정 해석의 기준을 제공하기도 함.

근로3권을 보장하는 이유는 근로자와 그 단체에게 사용자에게 집단적으로 대항할 힘을 주어 대등한 입장에서 근로조건을 교섭하고 교섭이 결렬되면 단체행동을 통해 힘을 통한 압박으로 단체협약을 체결하도록 하는 협약자율을 보장하여 근로자들의 근로조건을 개선하는 것이 목적임. 근로3권 규정이 명시적으로 입법으로 이를 구체화하라는 명령을 내리지는 않았지만, 이미 생존권적 기본권의 성질을 가진 것으로 볼 수 있기 때문에 국가는 입법으로 근로3권을 적극적으로 실현해야 하는 의무를 부담함. 헌법 제33조제1항은 개별 유보에 의해 근로3권을 법률로 구체적으로 정할 것을 유보하지는 않았다는 점에서 노동조합법이 헌법 제33조제1항을 수권으로 하여 만들어진 법이라고 할 수는 없음. 그런 점에서 노동조합법은 헌법 제33조제1항의 근로3권 보장 목적과 근로조건 개선 목적을 위한 법률규정을 두면서도 경우에 따라서는 헌법 제37조제2항에 따라 공공복리 내지 공익을 위하여 근로3권 규제적인 규정을 둘 수도 있음. 헌법 제33조제1항이 노동조합법의 수권 규범이라고 할 수는 없음.

그러나 헌법 제33조 제1항이 노동조합법의 수권규범으로서 중요한 핵심적 성질을 갖는 것으로 보아야 하지 않는지?

헌법 제33조제1항은 근로자의 경제적·사회적 지위 향상을 도모한다고 명시적으로 규정하고 있지 않아, 노동조합법 제1조가 ‘근로자의 경제적·사회적 지위 향상 도모’ 한다는 목적을 어떻게 해석하고 협약자치를 보장한 헌법 제33조제1항과의 관계에서 이 노동조합법상의 목적규정을 어떻게 이해해야 할 것인지 논란이 있을 수 있음.

노조법 제1조의 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상이 헌법 제33조 제1항의 근로조건 향상의 향상과 밀접불가분하게 관련을 맺고 있는 상황에서는 “두 개념은 하나의 기능적 일체성을 가진 내용으로 이해하여”, “근로조건과 경제적·사회적 조건은 사회경제적 연원에서 그 뿌리를 같이하며 상호 중첩될 수 있기 때문에 통합적 이해가 가능하다” 는

것임. “협약자치제도에 포섭될 수 있는 경제적·사회적 지위 개선 사항들은 노동조합법이 이를 규율목적으로 삼아도 궁극에는 단체교섭의 대상으로 포섭될 수 있으므로 그러한 노동조합법 제1조의 목적규정은 헌법합치적이라고 보는 것임.

근로자의 경제적·사회적 지위 향상이 반드시 협약자치제도에 포섭되어야만 이를 노동조합법으로 규정하는 것이 합헌이 되는 것은 아니며, 근로자의 경제적·사회적 지위 향상이 공익적 견지에서 필요하다면 협약자치제도를 제한하면서 노동조합법에 규정하여도 그것이 헌법 제37조제2항의 비례의 원칙에 들어오는 한 위헌이라고는 할 수 없음. 실업자의 일자리 창출과 같은 경제정책이나 사회정책을 노동조합법으로 수행할 수도 있고, 결과적으로 노동조합법상의 이와 같은 정책은 근로자의 ‘경제적·사회적 지위’ 향상을 가져올 수도 있다. 협약자치가 아니라 이를 제한하는 노동조합법상의 규정이 경제적·사회적 지위향상을 가져옴으로써 공익에 부합하는 것이라면 노동조합법 제1조는 이를 목적으로 삼을 수 있으며, 노동조합법의 입법자는 협약자율을 보호하는 입법을 해야 하지만, 언제나 국가 경제정책이나 사회정책을 포기하고 항상 협약자율만을 고수해야 한다는 원칙은 없음.

그러나 헌법 제33조 제1항을 협약자치를 보장한 것만으로 이해할 수 있는지? 이른바 단체교섭권 중심의 노동기본권 이해에 대한 근본적인 문제임. 예컨대 사용자와의 관계에서 뿐만 아니라 근로자 스스로의 근로조건 형성, 경제적 사회적 지위 향상을 위한 활동을 할 수 있는 단결권 및 단체행동권(노동조합활동 및 쟁의해위 등)도 보장하는 것으로 볼 수 있지 않은지?

다른 한편 노조법 제1조를 포함한 노조법 해석에 있어서는 헌법 제33조 등 노동기본권뿐만 아니라 헌법 제21조 제1항의 결사의 자유, 헌법 제10조의 행복추구권 등과 같이 근로자이면서 동시에 국민 내지 인간으로서의 기본권을 구체화한 것으로도 보아 이들 헌법상 기본권 보장을 종합적으로 고려할 필요가 있지 않은지? 실제로 헌법 제33조 제1항에서는 근로자는 근로조건을 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다고 하고 있지만, 하위법인 노조법 제1조에서는 근로자의 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 보장하여 근로조건을 유지·개선과 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모하고, 노동관계를 공정하게 조정하여 노동쟁의를 예방·해결함으로써 산업평화의 유지와 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 한다고 하여 그 목적을 확대하고 있음. 노조법 제1조의 근로자의 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 보장하여라고 하는 것은 노조법 해석 등에 있어서 헌법상 대표적인 기본권을 예시한 것으로 해석할 수 있는 것은 아닌지?

산업평화유지 문제도 헌법 제23조 제1항의 재산권 보장, 노동법영역에서는 주로 사용자의 재산권 보장, 일반 국민들의 재산권, 행복추구권 등의 기본권과의 관계에서 그 헌법적 근거를 찾아볼 수도 있지 않은지?

국민경제의 발전이라고 하는 입법 목적도 노조법에 한정되지 않는 헌법의 하위 법에서 종종 볼 수 있는 규정인데, 이를 헌법 제33조 제1항 등과의 관계에서 고찰할 필연성이

있는지?

물론 토론자의 위 질문은 발표문에 대한 근본적인 성질의 것으로, 발표자의 발표문에 따라서 이해를 하게 되면 발표자의 논리전개에 그 뜻을 같이한다는 것을 부연하여 두고자 한다.

2. 노동조합법 제1조와 협약자율과의 관계

근로3권은 노동력 거래의 일방 당사자인 근로자들과 노동조합의 권리이기 때문에 근로3권 보장이 협약자율 그 자체는 아님. 협약자율은 근로3권에 의하여 사용자에게 대하여 대항력(Gegenmacht)을 보장받은 단결체가 사용자와 대등한 입장에서 노동력 거래 조건을 교섭하고 때로는 단체행동을 하면서 계약에 유사한 협약을 체결하는 구조, 즉 근로3권을 장착한 근로자들과 노동조합이 사용자와 노동력 제공 조건을 자율적으로 거래할 수 있도록 하는 체계보장을 말함. 근로3권을 보장한 헌법 제33조제1항은 협약자율의 법적 근거 조항이라기 보다는 협약자율, 즉 집단적 사적 자치를 수행하기 위하여 노동력 거래 일방 당사자들인 근로자들 단결체에게 보장된, 협약자율을 위한 전제조건이라고 해야 할 것임. 단결체는 근로조건을 집단적인 계약, 이른바 단체협약으로 규율하기 위한 개개인들의 자유로운 결합체라고 한다면 단결체는 독자적인, 자기 스스로 조직한 이익대변자들이며, 처음부터 공법상의 공공복리에 대해서 권한이 있는 것도 아니므로, 단결체의 권한은 배타적으로 사적 자치에 의한 구성원적 지위에 의거하는 것이며, 이러한 구성원적 지위에 대해 국가가 위임한 것으로 보아서는 안 된다는 의미에서 협약자율을 그 자체 공익적인 것이며 공공복리적인 것이라고 이해해서는 아니됨.

그렇다면 노동조합법 제1조의 근로조건 개선과 경제적·사회적 지위 개선과의 관계에서 협약자율은 어떻게 이해해야 할 것인가?

근로3권으로써 사용자에게 대항하여 대등한 지위에서 어떤 방식으로 근로조건을 개선할 것인가라는 방식, 바로 근로조건 개선의 방식이 바로 협약자율이라고 봄. 말하자면 노동조합이라는 집단을 결성하여 근로자들에게 유리한 근로조건을 사적 자치적으로, 곧 노동력의 거래 조건에 대해 상호 의사표시의 합치 방식으로, 교섭이 결렬되면 근로3권에 의해서 보장된 ‘사회적 힘’을 사용하여 유리한 조건을 획득하는 노동력 거래의 방식으로 협약자치가 위치하게 되는 것이라는 점에서 노동조합법은 근로3권 보장을 천명하면서 근로3권 실현방식으로서 협약자율을 전제로 하여 근로자의 근로조건 개선과 경제적·사회적 지위 개선이라는 결과를 얻을 것을 그 목적으로 규정하고 있는 것임. 그런 점에서 노동조합법 제1조는 협약자율을 미리 전제하고 앞에서 말한 바와 같은 2가지 목적, 즉 근로조건 향상과 경제적·사회적 지위 개선을 목적으로 규정하고 있다고 보아야 할 것임.

그러면 노동조합법 제1조의 산업평화의 유지와 국민경제 발전과 협약자율은 어떠한 관

계에 있는가?

협약자율에 대해서 공익이나 공공복리에 의거하여 이를 제한할 수 있음. 근로3권의 제한으로서 헌법 제37조제2항이 적용되기 때문임. 노동조합법 제1조가 전제하고 있는 노동력 거래 방식 내지 노동력 거래를 위한 시스템 보장으로서의 협약자율에 대해서는 공익적 견지에서 공공복리 내지 공익적 제한이 가해질 수 있기 때문임. ① 국가가 근로자들을 위해서 단결체와 동등한 활동을 하는 기구를 만들게 되면 자율적인 근로자단결체는 위협을 받는데 국가가 개입하는 노동회의소는 근로자들의 권리보호를 수행하지 않고, 사회정책적 이익대변을 하는 경우에만 허용이 되며, 근로자들의 단결체와 경합하는 것은 허용되지 않음, ② 최저임금법과 같이 국가가 정한 근로조건이 강행적으로 적용되면 협약권은 내용적으로 직접 제한하는 것, ③ 대단체협약임의법규는 간접적으로 협약자율을 제한한다. 협약의 규율권한이 개방되어 있는 경우 대단체협약임의규정은 법률규정에 근접하고 이를 방어만을 하려는 협약당사자에게는 보다 유리한 지위를 제공하게 된다. 국가가 대단체협약임의적인 소정근로시간으로서 주당35시간을 정하였다면, 아마도 사용자는 보다 긴 주말근로시간에 대하여 가능한 한 공격적 직장폐쇄를 해야만 할 것임.

발표자의 논리 전개에 따를 때에 토론자로서 특별한 이견이 없음. 다만 대단체협약임의법규에 대하여 설명해주면 감사하겠습니다.

3. 헌법 제33조제1항 근로3권과 협약자율과의 관계

헌법 제33조제1항의 근로3권과 협약자율은 어떠한 관계에 있는가?

협약자율은 근로자들이 노동조합을 결성하여 단체교섭과 단체행동을 통하여 단체협약을 체결하는 시스템이라고 할 수 있는데, 명확한 규범적 판단이 필요함. 노동력 거래가 사적 자치에 의하여 자유롭게 거래되던 중에 종속노동 근로자들의 보호필요성이 제기되면서 집단을 결성하여 대항하는 힘의 부여로 대등한 입장에서 노동력을 집단적으로 사적 자치에 의하여 거래할 수 있는 권리를 부여하게 된 것이 근로3권 보장이므로, 자유거래 시장에서 사용자에게 대항력을 갖추어 대등한 입장에서 노동력 교환 조건을 거래하도록 하는 노동시장의 작동메커니즘으로서, 근로3권은 노동시장이 그렇게 작동하도록 하는 조건에 지나지 않음.

협약자율은 근로3권에 의해서 보장된 근로자와 노동조합의 권리 이전에 노동력 거래의 방식, 따라서 근로자 집단에게 대항하는 힘을 부여하여 노동력의 자유거래에 참여할 수 있는 구조로서 노동력 거래 시스템 보장임. 근로3권은 그러한 노동력 거래 방식으로서 협약자율이 가능하도록 하는 전제조건임.

근로3권이 근로자와 노동조합의 권리이기 이전에 종속노동 근로자들의 보호필요성이 제기되면서 집단을 결성하여 대항하는 힘을 부여하여 노동력의 자유거래에 참여할 수 있

는 구조로서 노동력 거래 시스템 보장하기 위한 것이라고 하는데, 위 힘을 부여하기 위하여 근로자 내지 노동조합에게 특별히 권리(헌법상 기본권)로서 보장하고 있는 것으로 볼 수도 있지 않은지? 실질적으로 결론에 있어서 차이가 있는 것인지? 차이가 없다면 발표자의 접근방식은 오래전부터 있어 왔던 노동력 거래라는 관점에서 그 이후 노동3권이 헌법상 보장된 연혁적 측면에서 볼 때에 매우 자연스러운 것으로 평가됨.

공정채용 실태와 현안과제

이 수연 박사 (경남대학교 극동문제연구소)

I. 들어가며

현 정부는 “노동존중, 성평등을 포함한 차별 없는 공정사회” 라는 국정과제의 추진을 위해 지속적으로 ‘기회의 공정한 사회’ 기반 구축과 관련한 법제도적 대응과 정책 구상을 해 왔다. 기회 제공 단계에서부터 공정성이 확보되어야 한다는 정책목표에 맞추어 공공부문을 중심으로 2017년 하반기부터 일명 ‘블라인드 채용제도’ 를 의무화하여 채용 부문에서부터 이들 법령의 실효성을 확보함으로써 고용부문에서 공정하고 평등한 기회를 보장하고자 노력해 왔다.¹⁾ 또한, 2018년 11월에는 정부 주도의 ‘공공기관 채용비리 근절 추진단’ 의 설치와 공공기관 채용실태 정기 전수조사 등이 실시된 바 있다. 이에 따라 국민권익위원회가 공공기관 등 정부기관 등에 대한 권고를 통해 채용비리의 근절을 도모할 수 있는 제도적 확립을 요구함으로써, 정부관계부처는 「공공기관의 운영에 관한 법률」(이하, 「공운법」), 「지방공기업법」, 「채용절차의 공정화에 관한 법률」(이하, 「채용절차법」)을 포함한 관계 제도의 개선을 도모해 왔다.

이와 함께 정부는 제도적 개선을 위한 인식조사 및 이슈발굴을 위한 노력도 지속해 왔는데, 2018년에는 “2018년 구인기업 실태조사” 에서 구인기업을 대상으로 구인자의 채용 및 「채용절차법」 인식실태 조사, 국회 법안을 전수 분석, 해외 관련 실태를 조사하였으며,²⁾ 같은 해에 “편견없는 채용·블라인드 채용 실태조사 및 성과분석” 을 실시하였고,³⁾ 2019년에는 “‘채용절차법’ 개정을 위한 법제연구” ,⁴⁾ 2020년에는 2019년 11월에 발표된 「공공부문 공정채용 확립 및 민간 확산 방안」의 후속 작업으로서, “공정채용 정책 현장실태 조사 및 정책이슈 분석”⁵⁾에서 공정채용 관련 주요 정책에 대한 성과와 현장 운영 실태를 분석하고, 수요자·전문가 등의 의견을 적극적으로 수렴하여 법제도 및 정책적인 대응방안을 모색해 왔다.

그럼에도 취업 과정에서 약자일 수밖에 없는 구직자는 자신의 권익을 충분히 보장받지 못하는 측면이 있는 것으로 보고된 바 있고,⁶⁾ 또 최근에는 소위 ‘채용비리’ 및 ‘부모

1) 이는 시행한 지 불과 2년여의 정책 운영 결과임에도 불구하고, 우리 사회의 공정한 채용문화에 대한 큰 반향을 불러일으켰던 것으로 평가되었고, 특히 구직자를 중심으로 매우 긍정적인 반응을 얻고 있는 것으로 보고된 바 있다: 관계부처 합동, 「공공기관 채용실태 정기 전수조사 결과 및 개선대책」, 관계부처합동, 2019. 2.

2) 이수연 외, 「2018년 구인기업 실태조사」, 인권도시연구소, 2018. 10.

3) 이상민 외, 「편견없는 채용·블라인드 채용 실태조사 및 성과분석」, 한국산업인력공단, 한양대학교 산학협력단, 2019.

4) 이수연 외, 「‘채용절차법’ 개정을 위한 법제연구」, 인권도시연구소, 2019. 7.

5) 이병훈 외, 「공정채용정책 현장실태 조사 및 정책이슈 분석」, (사)노동법연구소 해밀, 2020. 11.

6) 그럼에도 정책 수요자인 구인자 및 구직자의 관점에서, 여전히 채용의 공정성 확보가 부실한 것으로 조사

찬스' 등을 통한 취업 등에 더해 '제대군인 취업가산점 제도' 등이 사회적 불평등 또는 역차별 이슈와 함께 등장함으로써, 채용과정에서의 공정성 확보에 대한 사회적 요구는 더욱 증대되어 왔다.

노동법적 시각에서 '공정'에 대한 요구는⁷⁾ 적어도 과거의 채용의 자유 및 인사권 관련 법리 내지 관행에 대한 적극적인 변화의 요청임과 동시에 고용의 영역에 '공정'으로서 법적 개입이 어느 정도까지 가능할 것인가와 같은 법적 당위성을 반영하는 것이라 할 수 있다. 즉, 누구를 어떻게 채용할 것인지와 같은 채용 기회와 과정에 대한 결정 권한이 원칙적으로 사용자의 재량에 속하는 것으로 인식되어 왔던 과거의 관행에 대한 중대한 변화의 요구이자 동시에 기회에서의 '공정성 확보'에 대한 공권적 개입의 범주를 정해야 할 필요성을 반영하는 것으로도 볼 수 있기 때문이다.

하나의 사회에 '불공정한' 채용관행이 존재한다는 것은 기회의 단계에서부터 국민의 행복추구권, 존엄성, 평등권, 공무담임권, 직업선택의 자유 등과 같은 「헌법」상의 기본권 침해에서 뿐만 아니라 기업이나 국가의 관점에서조차 경쟁력 약화의 요인이 될 수 있다. 공정한 채용제도의 확립은 일시적으로 구인자에게 부담으로 느껴질 수 있고, 기존의 기득 계층에 상대적 박탈감 내지 역차별로 인식될 수도 있을 것이다. 또, 최근 우리 앞에 놓인 저성장·양극화의 심화, 인구·산업구조의 변화, 고용불안, 경제 불확실성과 함께 코로나-19와 같은 팬데믹(pandemic)현상은 저성장 저고용 사회의 부정적 효과를 더욱 가중시켜 나갈 것으로 예견되기도 한다. 그럼에도 사회에 존재하는 '불공정' 요인을 제거함으로써 국가 전체적으로 공공선과 경쟁력을 강화시켜 나가야 함을 간과하지 말아야 한다.

이 연구는 고용 기회에서의 공정성 확산과 점진적인 정책방향을 수립하기 위해 '고용노동부가 실시한 "공동채용정책 현장실태 조사 및 정책이슈 분석"(이병훈 외, 2020)의 실태조사에 기초하여 작성하였다. 특히, 2017년 하반기부터 공공기관을 대상으로 의무적으로 실시되고 있는 블라인드 채용제도 및 30인 이상 근로자를 사용하는 사업장에 적용되는 「채용절차법」⁸⁾의 성과와 실태를 분석하여, 공정사회 실현과 채용부문에서의 공정성 확보를 위한 효과적인 법정정책 전략 및 실효성 제고방안을 제안한다.⁹⁾ 또한, '기회

되고 있고, 특히 구직자는 공정채용에 대한 법제도 및 정책이 기대에 미치지 못하는 것으로 평가되고 있다.

※ 구직자 중 74.1%가 구직활동 중 채용의 공정성을 의심한 경험('19.9월, 커리어), 51.7%는 불공정한 채용을 경험('19.6월, 사람인)

※ 구인자 중 「채용절차법」의 직무무관정보의 요구·수집금지의무에 대해 52.6%가 부담된다고 응답한 반면, 부담되지 않는다고 응답한 경우는 8.9%에 불과한 것으로 조사됨. 특히 중소기업 및 중견기업에 부담이 큰 것으로 조사되고 있음(고용노동부, "2018년 구인기업 채용실태 조사").

7) 여기에서의 '공정'은 역차별 이슈를 포함하는 것이나, 이번 논의에서는 제외한다.

8) 「채용절차법」은 입법 과정에서 법 시행으로 미칠 수 있는 경제적, 사회적 영향을 고려하여, 그 적용시기를 단계적으로 정하고, 2017년부터는 30인 이상 근로자를 사용하는 모든 사업장에 적용된다. 다만, 국가 및 지방자치단체가 공무원을 채용하는 경우에는 적용하지 아니한다(제3조, 부칙 제1조). 따라서 공공 및 민간부문의 사업장이 30인 이상을 사용하는 경우에 적용되며, 국가 및 지방자치단체의 경우에도 30인 이상 공무원이 아닌 근로자를 사용하는 경우에는 이 법의 적용을 받는다.

9) 이 연구 결과의 기초가 되는 "공동채용정책 현장실태 조사 및 정책이슈 분석"은 보고서 및 별첨 실태조사 결과까지 방대한 분량을 담고 있다(실태 결과에 대한 구체적인 내용은 "공정채용정책 현장실태 조사 및 정책이슈 분석" 및 별첨 "공정채용정책 현장실태 조사 보고서"를 참조). 또한 구직자에 대한 심층면

제공 단계에서의 ‘공정채용’이라는 정책 구상의 큰 틀 내에서 가장 먼저 선행되어야 할 사항은 바로 고용기회에서의 ‘공정’의 개념과 판단기준의 확립과 관련한 것일 수 있으므로, 고용기회에서 인용되는 ‘공정’의 개념에 대해 담론의 수준에서 간략히 언급하고자 한다.

II. 노동법상 ‘공정’의 개념

1. ‘공정’의 일반적 의미

‘공정’(公定)은 국어사전적으로 ‘공평하고 올바름’을 의미한다. 사전적 의미에서 고용기회에서의 ‘공정’은 사람을 개인 또는 특정 집단이 가진 특성 등에 기초한 편견이나 불이익 없이 채용할 수 있도록 하는 제도로써, 기회와 과정의 측면에서 ‘올바른 가치’를 추구하는 개념으로 정의할 수 있을 것이다. 그러나 이러한 ‘공정’의 개념을 법적인 영역으로 들여와 논의하는 것은 매우 어려운 일이다. ‘공정’은 ‘평등’의 개념과 마찬가지로 그 측정과 판단을 위한 뚜렷한 기준이 있는 것이 아니라 다른 많은 사정과 맥락 속에서 종합적으로 판단될 수밖에 없는 불확정한 개념이기 때문이다.¹⁰⁾

그런데, 고용기회에서 ‘공정’의 입법적 규율은 ‘실질적 평등’(equality of result)이라는 헌법적 이념의 실현에 기초하여 채용과정에서 차별을 금지하는 방식으로 이루어지는 것이 대부분이나, 다른 한편으로 구조적인 차별의 시정을 위해 적극적 조치의 법적

접 실태까지 포함하고 있으나, 여기서는 공공부문(기관총괄, 인사담당자, 상급자, 신입사원)과 민간부문(사업주, 인사담당자)의 조사결과를 중심으로 논의한다. 다만, 필요한 경우 구직자의 심층면접조사 결과를 첨언하는 방식을 취한다. 또한, 조사의 합의를 찾기 위해 기존에 진행된 유사한 연구인 ‘2018년 구인기업 채용실태조사’ 및 ‘편견없는 채용·블라인드 채용 실태조사 및 성과분석’과의 비교, 분석을 통해 관련 제도에 대한 인식의 변화추이 등을 추정해 보고자 한다:

<표> 유사 실태조사 비교 자료

| 구분 | 2018년 구인기업 채용실태조사 | 편견없는 채용·블라인드 채용 실태조사 및 성과분석 | 공정채용정책 현장실태 및 정책이슈 분석 |
|--------------|---|---|--|
| 발주 수행 | 고용노동부 사단법인 인권도시연구소 | 한국산업인력공단 한양대학교 산학협력단 | 고용노동부 (사)노동법연구소 해밀 |
| 분석대상 (양적) | 공기업·공공기관 81개사 민간기업 347개사 | 공공기관 260개사 채용담당자 공공기관 팀장급 직원 196인 공공기관 39개사의 신입(544인) ·상사(126인)·인사담당자(39인) | - 공공기관 253개사 총괄담당 - 공공기관 인사담당 368인 - 공공기관 팀장급 직원 252인 - 공공기관 신입직원 646인 - 민간기업 357개사 총괄담당 |
| 조사내용 | 공공/민간 채용 실태 「채용절차법」 인지 수준 「채용절차법」 중·부정 인식 | 공공 채용 실태 블라인드 채용 평가 수준 | 공공/민간 채용 실태 「채용절차법」 인지·인식 수준 블라인드 채용 평가 수준 |
| 조사시기 | 2018.8월 | 2018.1~4월 | 2020.7~8월 |

10) 오정진, “법의 공정성”, 「법학연구」 제51권 제2호, 2010. 5., 131-155면 참조.

근거 즉, ‘형평’ (equity)이 강조되는 방식으로 이루어지기도 한다. 그래서 고용기회의 영역에서 바라보는 ‘공정’ 관련 입법은 실질적 평등의 헌법적 이념을 실현하기 위해 ‘형평’의 개념이 반영되는 방식이라고 할 수 있다. 또한, 종래 사법작용에서 다루어졌던 ‘공정’의 의미는 법치주의의 근간이 되는 사법작용의 기본원리 즉, ‘법 앞의 평등’이라는 사법상의 공명정대함에 더 큰 비중을 두는 것이었다고 할 수 있다.¹¹⁾ 즉, 개별 사안의 판단 수준에서 사용되는 ‘공정’의 의미는 사법작용으로서 법적 불균형 즉, 불공정을 회피하는 수단으로서의 의미가 컸던 것으로 보인다.

2. ‘공정’의 노동법적 의미

최근에는 소위 ‘채용비리’ 또는 ‘00 찬스’ 등에 의한 취업, ‘제대군인 취업 가산 점제’ 등이 사회의 부정적 이슈로 등장하면서, 청년층을 중심으로 고용기회에서의 공정성에 대한 개념 정립이 더욱 강조되게 되었고, 고용법제의 영역에서 ‘공정’이 의미하는 바가 무엇인지에 대한 담론이 점진적으로 확대되어 왔다.

그러나 고용상의 ‘공정’은 광의의 의미에서 헌법상의 평등권 실현에서 뿐만 아니라, 행복추구권, 존엄성, 공무담임권, 직업선택의 자유권 등의 실현을 수반한다고 보아야 한다. 하지만 고용의 영역에서 말하는 ‘공정’은 주로 능력 있는 사람을 편견 없이 채용하거나 승진시킬 수 있도록 하는 하나의 제도로 인식된다는 점에서 ‘평등’과 유사한 의미로 이해되기도 하고, 반대로 사용자의 채용의 자유의 원칙 또는 능력원칙을 수정하여 사용자에게 의무를 부과하도록 한다는 점에서 채용의 자유의 원칙 또는 능력원칙에 충돌되는 것으로 이해되기도 한다.¹²⁾

따라서 노동법의 관점에서 보는 ‘공정’의 의미는 기존 우리 법제에서 확립된 특정 개인 또는 특정 집단의 속성을 이유로 한 차별을 판단하는 법리와 반드시 동일한 것이라 할 수 없고, 또 법적인 범주에서의 차별이 없다고 하여, 능력주의에 기초한 것으로 볼 수 있다고 하여, 이를 ‘공정’한 것이라고 단정하기도 어렵다.¹³⁾ 그런 점에서 고용의 영역에서 강조되는 ‘공정’은 오히려 능력원칙을 지원하는 것을 목적으로 하는 것이 아니라, 사회적 구성원이 자신의 능력 또는 자격과 관계없는 이유로 고용의 기회에서 배제되어지는 것을 관리하는 이론이라 할 수 있을 것이다.¹⁴⁾

노동법적인 관점에서 ‘평등’은 기능론적으로는 사회적으로 다른 속성을 가진 개인 노동자나 집단의 차이를 해소하는 ‘규범성의 원리’인 반면, ‘공정’은 노동자의 사회적 속성에 기초한 다른 개인·집단의 관계를 규율하는 ‘관계성의 원리’에 기초하는 것으로, 이러한 관점에서 평등이 담보된 개인·집단간 상호관계의 공정이 요청된다고 할 수 있

11) 현재 2005 11. 24. 선고 2004헌가17 결정 참조.

12) Beck, Reitz, and Weiner, “addressing Systemic Racial discrimination in Employment”, Canadian Human Rights Commission, 2002. 3.

13) 마이클 샌델, 함규진 옮김, 「The Tyranny of Merit: 공정하다는 착각: 능력주의는 모두에게 같은 기회를 제공하는가」, 와이즈베리, 2020, 347-353면 참조.

14) Beck, Reitz, and Weiner, op cit.

다.¹⁵⁾ 그래서 현대 고용사회에서 요구되는 ‘공정’의 법적 개념은 ‘평등’(equality)의 개념 즉, 기회의 평등(equal opportunity), 수량적·결과적 평등(numerical equality/equality of result)이라는 이념의 실현 도구로서 설명되게 되지만, 이는 평등의 실현을 위한 기회의 평등과 결과적 평등이념을 넘어 조건의 평등(equality of condition)¹⁶⁾ 내지 정의롭고 공평한 것으로서 비례적 평등(proportional equality) 즉, ‘형평’(equity) 또는 상대적인 개념을 포함하는 개념일 수 있게 된다. 즉, 광의의 의미에서 ‘공정’은 ‘평등권’의 실현으로서 모든 사람의 평등한 참여와 대우에 관한 모든 장벽이 제거되는 고용사회의 달성이라 할 수 있으나, 결과적 측면의 범주를 넘어 기회와 과정의 측면에서 사회적으로 인정되는 ‘바른 가치’를 상대적이고 비례적인 관점에서 추구하는 개념으로 이해할 수 있을 것이다.

그래서 결국, ‘공정’에 대한 노동법적 규율과 법리의 구성은 평등권 보장을 위한 규범적 원리로서의 차별개념을 정하는 것과 마찬가지로 무엇이 법에서 보호하고자 하는 ‘공정’ 인지를 규명하는 것에서부터 출발하여야 한다. 하지만 자본주의 고용사회에서 자원은 한정되어 있고, 개인의 능력은 다를 수밖에 없으나, 상대적이고 비례적 관점에서 본다면 이러한 자원과 능력을 무시하고 모두에게 똑같이 자원이 배분되는 것이 ‘공정’이게 된다. 사회적 자원은 개인의 역량에 맞게 상이하게 배분하되, 결과적으로 모든 사람이 공평하게 대우되는 것, 즉, 상대적·비례적 평등으로서 형평의 개념이 강조될 때 비로소 ‘공정함’은 수긍될 수 있기 때문이다.

그래서 고용법제에서 ‘공정’에 대한 요구는 누구를, 어떻게 채용할 것인지, 임금의 수준을 어떻게 결정할 것인지 등과 같은 고용의 결정 권한이 원칙적으로 사용자의 재량에 속하는 것으로 인식되어 왔던 과거의 관행에 대한 변화의 요구이자 동시에 사용자의 재량으로 인정되어 왔던 고용의 영역에 ‘공정’으로서 법적 개입이 어느 정도까지 가능할 것인가에 대한 법적 당위성을 반영하는 것이라 할 수 있다.¹⁷⁾

3. 법적 규율 현황

우리나라의 고용기회에서의 공정과 관련한 논의를 보면, 크게 세 유형으로 구분해 볼 수 있다. 첫째, 개인이 가진 조건이나 특성 등을 이유로 한 차별 금지 둘째, 사회 구조적으로 과거부터 차별의 대상이 되어 왔던 특정 집단에 대한 적극적 조치(할당제 포함) 셋째, 최근 부각되고 있는 채용절차의 공정화이다.

이러한 구분에 기초할 때 고용기회에서의 공정 실현과 관련한 법령에는 「남녀고용평등과 일·가정양립 지원에 관한 법률」, 「연령차별금지 및 고령자 고용촉진에 관한 법률」, 「장애인 차별금지 및 권리구제에 관한 법률」, 「국가인권위원회법」, 「고용정책기본법」 등 고용기회에서 차별을 금지하는 법제가 있고, 특정 분야에 속한 이들의 고용

15) 이달휴, “공정으로서 노동3권의 시론”, 「노동법논총」 제45집, 한국비교노동법학회, 2019, 195면.

16) 마이클 센델, 함규진 옮김, 위의 책, 347-353면 참조.

17) 이병훈 외, 위의 보고서, 1-3쪽 참조.

촉진을 통한 실질적 평등실현을 위한 적극적 조치의 시행에는 「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률」, 「연령차별금지 및 고령자 고용촉진에 관한 법률」, 「장애인 차별금지 및 권리구제에 관한 법률」과 2014년 도입된 「지방대학 및 지역균형인재 육성에 관한 법률」(이하, 「지방대육성법」)에 따른 지역인재 등에 관한 법제 등이 있다. 또 채용절차의 공정 실현을 위한 법령으로는 2014년 도입된 「채용절차법」 등이 있다.

「남녀고용평등과 일·가정양립 지원에 관한 법률」, 「연령차별금지 및 고령자 고용촉진에 관한 법률」, 「장애인 차별금지 및 권리구제에 관한 법률」, 「국가인권위원회법」, 「고용정책기본법」 등은 채용과정에서의 차별을 금지하고, 이들 법령상 차별의 개념은 의도에 기초한 다른 대우에서뿐만 아니라 차별 의도 없이 동일한 대우를 하더라도 특정인 또는 특정 집단이 다른 결과의 대상이 되는 경우까지 포함하는 것으로 확대되어 왔다. 또 2014년 도입된 「채용절차법」이 2019년 7월부터 개정, 시행됨으로 민간부문에서도 채용과정에서 발생할 수 있는 비리를 사전 및 사후적으로 규율할 수 있게 되었고, 채용과정에서 불합리한 차별을 야기할 수 있는 직무와 무관한 개인정보의 수집, 요구 등이 금지된 바 있다(제4조의2 및 제4조의3). 또한, 2014년부터 「지방대학육성법」에 따라 지역인재채용제도가 실시되고 있다.

III. 공정채용 실태조사 결과

1. 조사 개요

(1) 조사 배경 및 목적

‘공정채용정책 현장 실태 조사’는 공정채용 관련 주요 정책 및 법시행의 성과와 현장 운영 실태를 파악 및 분석하고, 법정책 수요자의 의견을 다각적으로 수렴하여 공정한 법정책의 근거자료로 활용하기 위한 목적으로 시행하였다.

특히, 법정책 수요자인 구인자를 공공과 민간으로 구분하고, 공공부문의 경우 2017년 7월부터 도입된 ‘블라인드 채용제도의 성과 및 실태’에 대해, 민간부문의 경우 「채용절차법」을 중심으로 ‘채용과정에서의 공정성 강화 방안’에 대한 현장의 인식 및 실태를 조사하였다. 공공기관은 공공기관의 총괄 현황 및 공공기관에 종사하는 인사담당자, 상사(팀장급), 신입직원을 대상으로 전수조사를 실시하여 채용 실태 및 블라인드 채용제도에 대한 인식을 구체적으로 파악하고, 민간부문은 채용 현황 및 「채용절차법」의 인식 및 적용 실태를 구체적으로 파악하고자 하였다.

(2) 조사 설계 및 응답자 특성

공공부문은 공공기관 340개 기관을 대상으로 온라인 웹조사 방식으로 전수 조사를 실시하여, 253

개의 표본을 수집하였다. 이들 공공기관으로 분류된 기관(총 340개)에 종사하는 인사담당자, 상사(팀장급), 신입직원을 대상으로 온라인 웹조사를 실시하였고, 각 기관별 해당 직무(또는 직급)에서 2~3명의 표본을 임의 추출하여 조사를 진행하였다.

민간기업은 2020년 5월 기준 고용노동부 워크넷에 등록되어, 구직자를 채용하고자 하는 30인 이상의 민간기업의 사업주(임원) 또는 인사담당자를 대상으로 온라인 웹조사를 실시하였고, 업종별 강제할당 후 비례배분하였다. 다만, 금융업은 모집단의 리스트가 적어, 충분한 표본을 확보하지 못한 한계가 있었다.

〈표〉 구인자 실태조사 응답자별 개요

| 유효표본 | 공공기관 | | | | 민간기업 |
|------|--------------------------|----------------------------|--------------------------|--------------|---------------------------|
| | 총괄 담당자 253명 | 인사담당자 368명 | 상사(팀장급) 452명 | 신입직원 646명 | 채용인사담당자/임원 357명 |
| 표본추출 | 340개 기관 전수조사 | 340개 기관 별 각 2~3인 임의 추출 | | | 업종별 강제할당 후 비례배분 |
| 조사방법 | 온라인 웹조사 | | | | |
| 조사기간 | 2020.7.6. ~ 2020.8.10 | 2020.7.6. ~ 2020.8.7 | 2020.7.6. ~ 2020.8.10 | | 2020.7.20 ~ 2020.7.31 |
| 조사내용 | 기관 및 제도 현황 | 인사 관리 현황 제도 인식/평가 수준 | 제도 관련 인식/평가 수준 | | 업체 및 제도 현황 제도 인지/인식 수준 |
| 문항 수 | 16개 | 33개 | 27개 | 38개 | 43개 |

2. 공공부문 블라인드 채용제도 실태 조사 결과

가. 기관총괄

블라인드 채용제도 관련 실태조사 결과를 보면, 2020년 8월 현재, 공공채용 관련 제도에 대한 공공기관 도입 수준은 ‘블라인드 채용’ 100%, ‘NCS 평가 기준 도입’ 97.6%, ‘직무설명서 공개’ 96.4%로 수용율이 높게 나타났다.

기관의 “블라인드 채용 도입시기”는 ‘2017년’ (167개, 66.0%)이 가장 높았고, 다음으로 ‘2018년’ (51개, 20.2%), ‘2017년 이전’ (25개, 9.9%), ‘2019년 이후’ (10개, 4.0%) 순으로 조사되어, 블라인드 채용제도가 본격적으로 도입된 2017년 이후에 가장 많이 도입된 것으로 나타났다. 2017년에 도입한 기관은 ‘준정부기관’ (51개, 72.9%), ‘연구·교육’ (45개, 71.4%), 상시 근로자 수 ‘500~1,000인 미만’ (25개, 73.5%)에서 상대적으로 높았다. 또한, ‘직무능력(NCS 활용 가능) 평가 기준을 도입한 적 있다’고 답변한 기관은 96.8%(245개), ‘도입한 적 없다’고 답변한 기관은 3.2%(8개)로 거의 대부분의 기관에서 ‘직무능력평가제도’를 도입하여 시행하고 있음을 알 수 있다.

공공부문 정규직 공개채용 횟수와 채용방식의 변화를 알아본 결과, 공공부문의 정규직 공개 “채용 횟수”는 2016년(2.14회), 2017년(2.21회), 2018년(2.35회), 2019년(2.58회)로 매년 조금씩 증가하고 있는 것으로 나타났다. 이러한 경향은 2017년 하반기 이후부터 본격

적으로 실시된 공공부문 정규직 전환 및 채용 정책에 따른 효과로 분석된다. 또한, 공공 부문은 2017년 이후, 과거 종합전형 방식의 일시적, 공채방식을 수시채용 방식으로 조금 씩 변화시켜 나가고 있는 것으로 조사됐다. 이는 채용방식의 전환은 기존 종합 공채방식에서 선채용 후직무배치의 방식에서 블라인드 채용제도 등의 도입에 따라 직무에 필요한 인재를 적재적소에 채용하는 인사방식의 도입으로 전환되고 있음을 시사하는 것으로 분석된다. 또한, “연도별 정규직 채용 비용”을 보면, ‘위탁 채용 비용’은 2019년에는 총 115백만원으로서, 2016년 40.4백만원에 비해 38% 증가하였고, ‘자체 채용 비용’은 2019년 40.8백만원으로 2016년 27.9백만원에서 9%의 증가한 것으로 확인되었다. 이는 블라인드 공개 채용으로 기관들이 위탁 채용을 증가시켜 가고 있는 것으로 추정되며, 수시 채용 방식의 전환 등으로 자체 비용도 증가되었던 것으로 나타났다.

2017년 블라인드 채용제도의 본격적인 도입 이후, 정규직으로 채용된 직원의 성별분포를 보면, 2016년에는 기관당 평균 ‘남성’ 25.6명, ‘여성’ 13.2명이었으나, 2019년에는 평균 ‘남성’ 35.4명, ‘여성’ 22.5명으로 ‘여성’의 증가율(17.0%)이 ‘남성’의 증가율(13.8%)보다 높은 것으로 나타났다. 또한, 출신학교별 채용은 지방대학 채용 비율이 가장 많이 증가(기관 평균 17명→30.9명)한 것으로 나타났다. 이는 블라인드 채용제도 도입의 가장 근본적인 취지라 할 수 있는 성별 및 출신학교에 따른 채용의 공정성 확보가 제도의 취지에 맞게 개선되고 있음을 확인해 주는 것으로 볼 수 있다. 특히, 지방대학 출신 비율이 증가한 것은 ‘지역 인재 할당제’ 도입의 효과로 추정되며, 이는 ‘역차별’ 주장에도 불구하고, 지역 일자리 활성화와 인력의 수도권 집중을 막아 지역 불균형을 해소하는 근거로 작용해 나갈 수 있을 것으로 해석된다.

다만, 최종 학력별로 “고등학교 졸업자”의 채용 인원은 2016년 2.6%에서 2018년 3.2%로 증가하였다가 2019년 2.7%로 다시 감소되는 등 전반적으로 봤을 때 크게 변화되지는 않은 것으로 나타났다. 채용 인원의 “평균 연령”도 2016년 31.1세에서 2019년 30.9세로 나타나 블라인드 채용제도 시행에도 불구하고 크게 변화하지 않고 비슷한 수준으로 나타났다. 다만, 평균 연령의 변화와 관련한 신입직원 설문조사와 구직자 심층조사에서는 블라인드 채용제도의 긍정적인 효과로서 지원 및 채용에서의 연령제한이 없다는 점이 강조되고 있어, 구직자가 느끼는 상대적인 인식은 다를 수 있음을 시사한다.

나. 인식 정도

(1) 인사담당자

인사담당자의 “블라인드 채용 도입 이후 진행된 공개 채용에 대한 인식”을 보면, 5점 만점에 ‘블라인드 채용 관련 정부 지침 준수 정도’ 4.81점, ‘채용 방식의 공정한 정도’ 4.76점, ‘채용 결과의 공정한 정도’ 4.74점, ‘미비점 점검 및 지속 개선 정도’ 4.60점, ‘면접관 교육 실시 정도’ 4.59점으로 나타났다. 따라서 인사담당자들은 블라인드 채용제도의 도입의 필요성과 채용에서의 공정성 확보에 대한 인식정도에 대해 매우

긍정적으로 공감하고 있는 것으로 분석된다.

“블라인드 채용 실시 이후 일어난 가장 큰 변화”는 ‘공정성 강화’가 18.5%로 가장 높았고, 그 다음으로 ‘다양한 인재 유입이 가능해짐’ 10.4%, ‘나이/성별/학벌/지역 등 편견이 사라짐’ 9.4%, ‘직무능력 중심의 채용 가능’ 9.1% 순으로 조사되었다. 또한, ‘블라인드 채용 결과 만족도’는 5점 만점에 4.14점으로 블라인드 채용 결과에 만족하고 있는 것으로 나타났다. 다만, 해당 제도 ‘도입 이후 구직자의 채용 결과 수용도 제고 정도’ 3.58점, ‘공공기관 블라인드 채용 강화 요구 정도’는 3.02점으로 나타나 대체적으로 만족도가 보통 이상이나, 전체 평균과 대비하였을 때 상대적으로 낮은 것으로 조사됐다. 이를 “블라인드 채용 도입 이후 공개 채용 제도에 대한 IPA 분석” 결과, ‘블라인드 채용 방식의 공정한 정도’는 지속적으로 노력하여 강화할 필요가 있고, ‘미비점 점검 및 지속적인 개선 정도’는 중점적으로 개선할 필요가 있는 것으로 분석된다.

인사담당자의 경우, 결과적으로 블라인드 채용제도의 도입과 운용에 대해서는 긍정적으로 인식하지만, 블라인드 채용제도의 강화 즉, 현행제도에 더한 추가적인 요구는 업무적인 부담 등의 이유로 그리 높지 않은 것으로 나타나, 블라인드 채용제도의 추가적인 개선이나 강화 시 인사담당자의 업무 부담이 높이지 않는 방향에서 공정성을 강화해 나가는 방향으로 설계할 필요도 있어 보인다.

인사담당자사 바라보는 “블라인드 채용제도에 의해 입사한 직원에 대한 인식”은 전반적으로 약간 긍정적인 편으로 나타났는데, ‘과업 수행 정도’는 5점 만점에 3.75점, ‘인성, 성과 등에 대해 좋은 평가를 받는 정도’는 3.54점으로 나타났다. 특히, 인사담당자는 조직에 필요한 인재상에서 ‘조직에 적응을 잘하는 인재’ (1순위 40.2%)를 요구하고 있다는 점을 감안하여, 블라인드 채용제도의 개선 시 기업에서 요구하는 적절한 인재상을 찾을 수 있는 채용 방법을 보완할 필요가 있을 것으로 사료된다.

(2) 상사(팀장급)

상사(팀장급)의 경우에도, “블라인드 채용제도 도입 이후 진행된 공개 채용에 대한 인식”은 전체적으로 긍정적으로 나타났다. 5점을 만점으로 봤을 때, ‘블라인드 채용 관련 정부 지침 준수’가 4.79점으로 가장 높고, ‘채용 방식의 공정한 정도’ 4.69점, ‘채용 결과의 공정한 정도’ 4.66점, ‘면접관 교육 실시 정도’ 4.57점, ‘미비점 점검 및 지속적인 개선 정도’ 4.56점 순으로 높았으며, ‘블라인드 채용 결과에 대한 만족도’ 4.22점으로 나타났다. 다만, ‘도입 이후 구직자의 채용 결과 수용도 제고 정도’ 3.73점, ‘공공기관의 블라인드 채용 강화 요구 정도’ 3.18점으로 전체 평균 대비 낮은 것으로 나타났다. 이를 “블라인드 채용 제도 IPA 분석 결과”, 블라인드 채용 제도에 대한 전반 만족도와 연관성이 가장 높은 속성은 ‘블라인드 채용 방식의 공정한 정도’이며, 그 다음으로 ‘미비점 점검 및 지속적인 개선 정도’, ‘블라인드 채용을 위한 면접관 교육 실시 정도’, ‘블라인드 채용 관련 정부 지침 준수 정도’로 분석된다. 또한, 블라인드 채용 제도에 대한 전반적인 만족도를 향상시키기 위해서는 블라인드 채용 방식의 ‘공정

한 정도' 를 지속적으로 노력/강화할 필요가 있으며, 중점 개선 사항으로는 '미비점 점검 및 지속적인 개선' 으로 분석되었다. 특히, "블라인드 채용 제도에 의해 입사한 직원에 대한 상사(팀장급)의 인식" 은 전반적으로 약간 긍정적인 편이며, '직무관련 지식, 기술, 능력 보유 정도' 3.74점, '과업 수행 정도' 3.74점으로 나타났다. 반면, 인성, 성과 등에 대해 좋은 평가를 받는 정도는 3.62점으로 전체 평균대비 낮은 것으로 분석된다.

(3) 신입직원

블라인드 채용제도에 의해 입사한 신입직원의 "블라인드 채용 도입 이후 진행된 공개 채용에 대한 인식" 을 보면, 5점 만점에 '블라인드 채용 관련 정부 지침 준수 정도' 4.63점, '채용 방식의 공정한 정도' 4.55점, '채용 결과의 공정한 정도' 4.54점, '블라인드 채용 결과에 대한 만족도' 4.46점, '미비점 점검 및 지속적인 개선 정도' 4.44점, '도입 이후 구직자의 채용 결과 수용도 제고 정도' 4.07점, '공공기관 블라인드 채용 강화 요구 정도' 3.89점 순으로 나타났다. 이들 "블라인드 채용 도입 이후 공개 채용 제도" 에 대한 IPA 분석 결과, '블라인드 채용 방식의 공정한 정도', '블라인드 채용 관련 정부 지침 준수 정도' 는 지속적으로 노력하여 강화할 필요가 있고, '미비점 점검 및 지속적인 개선 정도' 는 중점적으로 개선할 필요가 있는 것으로 분석된다.

다. 긍정적인 효과와 장애 요인

(1) 인사담당자

인사담당자의 경우, 블라인드 채용제도 도입으로 인한 긍정적 효과" 로는 '채용 비리 등 불공정한 요소의 배제와 공정한 기회 제공' 65.2%, '학벌, 학연, 지연 등에 따른 편견 감소' 63.6%, '외부의 청탁 등 개입 차단과 독립적인 인사권 보장' 39.1%가 주요한 긍정적 효과로 답변했다. 반면, "블라인드 채용제도 도입시 주요한 장애 요인" 으로 는 '구직자에 대한 정보 부족' (60.6%), 채용 비용 증가(54.9%), 평가위원 등 인력풀 부족(47.8%) 등을 장애 요인으로 지적했다. 다만, 구직자에 대한 정보 부족의 문제는 차별금지법제 및 「채용절차법」 제4조의3항과 관련하여 직무에 필요하지 않은 정보를 수집할 수 없다는 점에서, 구직자에 대한 정보 부족에 따른 애로사항을 정부 주도 하에 적극적으로 해결해 나갈 필요가 있을 것으로 보인다.

(2) 상사(팀장급)

상사(팀장급)의 경우, "블라인드 채용 제도 도입에 따른 긍정적 효과" 로는 '공정한 기회 제공, 학벌, 학연, 지연 등에 따른 편견 감소', '외부의 청탁 등 개입 차단과 독립적인 인사권 보장' 을 주요 긍정적 효과로 답변하였다. 또한, "블라인드 채용 도입 이전

/이후 입사한 직원에 대한 차이에 대한 인식”은 ‘차이가 있다’ 57.3%, ‘차이가 없다’ 42.7% 약간 차이가 있는 것으로 조사되었다. “블라인드 채용제도 도입 이후 입사 직원 차이의 이유”는 ‘직무 적합 인재 채용으로 업무능력 향상’이 22.5%로 가장 높았고, 그 다음으로 ‘더 다양한 인재가 채용됨’ 16.6%, ‘학벌, 성별, 지연 등에 대한 편견 감소’ 13.8%, ‘업무, 직무, 자격 등 능력 저하’ 9.0% 순으로 나타났다. 상사(팀장급)의 경우에도 인사담당자와 동일하게 “블라인드 채용제도 정착에 대한 장애 요인”으로 ‘구직자에 대한 정보 부족’, ‘채용 비용 증가’를 주요한 장애 요인으로 지적하고 있으며, “블라인드 채용제도 정착에 대한 장애 요인을 해소”하기 위해서는 ‘정부의 적극적인 정책 지원’이 필요한 것으로 답변하였다.

(3) 신입직원

블라인드 채용제도의 가장 큰 정책적 수요자는 해당 제도에 의해 취업하게 된 당사자일 것이다. 따라서 이들이 느끼는 해당 제도의 “공정적 효과”와 “장애 요인”은 법정 정책적인 개선방안 마련에 매우 중요한 요소일 수 있다. 신입직원의 경우, “블라인드 채용제도의 긍정적 효과”는 ‘학벌, 학연, 지연 등에 따른 편견 감소’ (64.2%), ‘채용 비리 등 불공정한 요소의 배제와 공정한 기회 제공’ (61.5%), ‘외부의 청탁 등 개입 차단과 독립적인 인사권 보장’ (40.4%)이 주요한 긍정적 효과로 답변하였다. 그 외에도 ‘개인의 인권 존중과 채용절차에 대한 객관성 확보’ (28.9%), ‘직무 중심의 유능한 인재 채용에 따른 기관의 경쟁력 강화’ (26.5%), ‘고정관념 변화와 다양한 인재 채용으로 직원의 직무능력 및 생산성 향상’ (24.9%)의 순으로 답변하였다.

특히, “공공기관 블라인드 채용제도 시행이 도움 되었던 점”은 ‘나이/성별/학벌/지역 등 편견이 사라짐’ (237개, 36.7%)이 가장 높았고, 그 다음으로 ‘전반적으로 채용의 공정성 상승’ (93개, 14.4%), ‘채용 시 직무역량의 중요도 상승’ (75개, 11.6%), ‘학연/혈연/지연 등 인맥 배제’ (33개, 5.1%) 순으로 조사되었다. 그리고 “공공기관 블라인드 채용제도 시행이 불이익하게 작용한 점”은 ‘의견 없음’이 71.5%(462개)로 나타나 대다수가 불이익한 점이 없었다고 보았으나, ‘학교, 학점, 스펙 등 노력하여 얻은 것에 대한 역차별’이 9.6%(62개), 그 다음으로 ‘개인 역량, 강점, 경력 등 설명에 어려움’ (43개, 6.7%), ‘지방대학/청년가산점 등의 제도에 해당되지 않는 것에 대한 불이익’ (12개, 1.9%)하였다고 답변하여, 역차별과 관련한 이슈가 제기되고 있음을 확인할 수 있었다.

신입직원의 경우도, 편견 등에 따른 차별 배제, 채용 비리 등 불공정 요소 배제 및 공정한 기회 보장 등과 같은 블라인드 채용제도가 목적하는 바에 상당히 공감하고 있는 것으로 볼 수 있다. 다만, 신입직원의 경우, “블라인드 채용 제도 정착 시 주요한 장애요인”으로 ‘구직자에 대한 정보 부족’ (45.2)이 가장 높게 나타나 구직자의 정보 수집과 관련한 문제의 해소를 위한 방안을 심도 있게 논의해 나가야 할 필요성을 보여 준다. 하지만 신입직원도 “블라인드 채용 제도에 대한 장애요인 제거에 필요한 요인”에 대한 질문에서는 인사담당자, 상사(팀장급)의 경우와 같이 ‘정부의 적극적인 정책 지원’ (40.1%)로 가장 높게 나타났

고, ‘경영진의 적극적인 의지와 노력’ (33.7%), ‘제도의 적극적 홍보를 통한 사회분위기 조성 및 국민적 공감대 형성’ (20.7%)이 그 다음 순으로 나타났다.

특히, 신입직원들은 “블라인드 채용제도의 사회적 정착과 관련하여 개선할 점” 으로 ‘사회적 인식 개선을 위한 블라인드 채용제도의 투명성, 공정성 홍보’ 9.3%(60개), ‘채용 과정, 기준에 대해 체계적 확립’ (41개, 6.3%), ‘학력, 스펙, 지역, 성별 등에 대한 역차별 문제 해소’ (37개, 5.7%), ‘채용 관련 인력과 평가위원의 전문성/풀 확보 및 교육 실시’ (28개, 4.3%) 등이 필요하다고 답변하였다.

3. 민간부문 「채용절차법」 실태조사 결과

가. 「채용절차법」 인지 수준

「채용절차법」의 적용을 받는 30인 이상 근로자를 사용하는 민간기업을 대상으로 한 “「채용절차법」 인지현황”을 조사한 결과, 「채용절차법」의 전체적인 내용을 인지하고 있는 경우는 83.5(세부내용 인지 23%)로 나타나 「채용절차법」이 상대적으로 새로운 법령임에도 불구하고 인지도가 매우 높게 나타나고 있음을 확인할 수 있었다. 특히, 2019년 개정된 제4조의2 ‘채용강요 등의 금지’는 92.2%(세부내용 인지 28%)가, 제4조의3 ‘출신지역 등 개인정보 요구 금지’는 91%(세부내용 인지 26.3%)가, 제9조 ‘채용심사비용 구직자 부담금지’는 86%(세부내용 인지 24.1%)가, 제11조 ‘채용서류 반환’은 87.7%(세부내용 인지 23.3%)가 인지하고 있는 것으로 나타났다.

이는 정부 주도의 사업장을 대상으로 한 적극적인 홍보와 정책적인 대응이 이루어지고 있음을 시사하는 것으로 추정된다. 하지만 구직자를 대상으로 한 심층면접에서는 대상자(26명)중 해당 법령의 존재 자체를 인지하는 경우는 3명에 불과했고, 인지 못하고 있는 경우가 대부분인 것으로 나타났다. 법령의 존재를 인지하는 경우에도 그 법령의 구체적인 내용에 대해서는 알지하지 못한다고 답변하였다. 이는 구직자의 고용기회의 공정성 요구에 대한 증가에도 불구하고, 구인자(사업주 및 인사담당자)의 인지도인 83.5%와 비교했을 때, 상당히 낮은 인식 수준으로, 향후 구직자를 대상으로 한 법·정책 홍보 등 적극적인 정책적인 방향을 설정할 필요성을 시사하는 것이라 할 수 있다.

나. 「채용절차법」의 영향

“채용절차법이 미치는 전반적인 영향”으로는 5점 만점에 ‘구직자의 권익 향상’은 3.51점으로 약간 긍정적인 영향을 미치고 있다고 인식하며, ‘공정성 확립’ 3.45점, ‘기업의 채용에 부담을 주는 정도’ 2.95점으로 보통 정도의 수준으로 인식하는 것으로 조사되었다. ‘구직자의 권익 향상’, ‘공정성 확립’은 전체 평균 대비 높으나, ‘기업의 채용에 부담을 주는 정도’는 전체 평균 대비 낮은 것으로 분석된다.

“「채용절차법」이 기업에 미치는 긍정적/부정적 영향”을 살펴본 결과, “긍정적 영향”이 “부정적 영향”보다 더 많은 영향을 주고 있어, 「채용절차법」이 기업에 긍정적인 영향을 주고 있는 것으로 인식되고 있는 것으로 분석된다. 「채용절차법」이 기업에 미치는 주요 “긍정적 영향”은 ‘직무에 필요한 정보만 수집, 요구’ 3.57점, ‘채용 공정성 향상’ 3.55점, ‘내·외부의 채용 청탁 등의 감소’ 3.43점, ‘채용 절차 개선’ 3.40점 등이 전체 평균 대비 높다.

그러나 ‘채용 결과 전반 만족도’ 3.26점, ‘기업 이미지 개선’ 3.23점, ‘기업이 원하는 인재를 효과적으로 채용’ 3.09점, ‘합격자의 경력이 다양화’ 3.07점으로 보통 정도이며, 전체 평균 대비 낮아, 큰 영향을 주지는 못하는 것으로 분석된다. 이들을 IPA로 분석한 결과, ‘채용 공정성 향상’, ‘채용의 체계적 운영’, ‘채용의 효율적 진행’은 지속적으로 노력하여 강화하고, ‘원하는 인재를 효과적으로 채용’, ‘합격자 경력 다양화’는 중점적으로 개선/보완해야 ‘채용 결과의 전반적 만족도’가 향상될 것으로 분석된다.

반면, 「채용절차법」이 기업에 미치는 “부정적 영향”은 ‘인사담당자의 업무상 부담 증대’ 2.99점, ‘채용 절차가 복잡·번거로움’ 2.76점, ‘채용기간 증가’ 2.71점으로 보통 수준으로 나타나 법령에 대한 부담이 상대적으로 크지 않은 것으로 나타났다는 점 또한 눈여겨 볼 부분이다. 그리고 ‘채용비용 증가’ 2.46점, ‘지원자 수(경쟁률) 감소’ 2.37점, ‘채용인원 감소’ 2.29점, ‘공개채용을 꺼리게 됨’ 2.22점으로 부정적 영향이 낮게 조사되어, 해당 법령의 적용으로 인한 부정적인 인식이 일각의 우려에도 불구하고 낮을 수 있음을 시사한다.

“우리 사회의 채용과정에서 공정성 확보를 위해 도입/개선해야 할 사항”은 ‘의견 없음’은 44.8%로 가장 높게 나타나 최근의 공정성 확보와 관련한 적극적인 관심을 지양하고 있음을 시사하는 것으로 추정된다. 또한, 그 다음으로 ‘부정 청탁 금/청탁시 엄중처벌’이 5.8%, ‘지역, 학연, 성별, 학벌 위주 타파’ 5.0%, ‘체계적인 인사시스템 및 전담자’ 3.3% 순으로 공정성 확보를 위해 개선이 있어야 한다고 답변하였는데, 정책적 개선 근거로 적극적으로 활용할 필요가 있을 것으로 분석된다.

다. 「채용절차법」 준수 실태

(1) 채용 광고에서 구체적으로 명시하는 항목

“채용 광고에서 구체적으로 명시하는 항목”은 ‘근무 내용’ 96.1%, ‘근로계약 형태’ 93.6%, ‘근무 장소’ 91.0%, ‘근로시간 및 휴게 시간’ 89.4%는 상대적으로 잘 명시되고 있는 것으로 나타났다. 다만, ‘복지혜택’ 73.7%, ‘임금’ 69.2%, ‘휴일/휴가’ 68.3%로 나타나, 임금 등 대우와 관련한 근로조건에 대해 상대적으로 명시가 저조한 것으로 분석된다. 따라서 구인자가 자율적으로 임금 등 대우와 관련한 근로조건을 명시하도록 촉진하면서 동시에 고용노동부 워크넷 구인 필수항목으로 이를 포함하는 방안도 고

려할 필요가 있다.

(2) 채용 과정에서의 채용 비리 방지하기 위한 노력

“채용 과정에서 발생할 수 있는 채용 비리 등의 방지 규정”이 “있다”는 51.8%로, 전체 답변자 중 절반 정도만 방지 규정을 마련하고 있는 것으로 조사되었다. 다만, “채용 비리 행위 경험 또는 목격”한 경험이 ‘있다’는 1.4%로 경험한 적이 거의 없는 것으로 조사되었으며, 경험(또는 목격)하더라도 “신고는 하지 않는다”는 응답이 있었다(5개 기업). 그 이유는 신고하면, 신고자 또는 회사에 불이익이 발생할 것이 예상되기 때문이라는 응답했다(3개 기업). 그러나 비리 행위 미 경험자 중에서 “향후 채용 비리 행위 신고 의향”이 있는지에 대한 질문에서는 대부분 의향이 있는 것으로 조사되었다. 다만, 향후 미신고 의향자는 ‘신고할 경우 나 또는 우리 회사에 불이익이 발생할 것이 예상되어서’ (67.9%)라는 의견이 많은 것으로 나타나, 신고자에 대한 보호 및 불이익이 발생하지 않도록 제도적으로 대응해 나갈 필요성이 있을 것으로 보인다.

(3) 채용 과정에서 구직자 정보 수집

블라인드 채용제도에서도 지적한 바 있지만, 공정채용을 위한 법제도의 도입으로 인한 구직자에 대한 정보부족 관련 애로사항은 민간기업의 경우에도 마찬가지일 수 있다. 그러나 채용 “서류/면접시 요구하는 정보” 및 “구직자의 업무능력 파악을 위해 필요하다고 생각하는 정보”는 공통적으로 ‘경력’, ‘자격증’, ‘학력’ 등은 절반 이상이 요구하고 있는 것으로 조사되었다. 반면, ‘혼인 여부’, ‘주민등록번호’, ‘가족관련 정보’, ‘결혼 및 출산계획’, ‘출신지역’, ‘키/몸무게’, ‘종교’, ‘SNS 계정’, ‘재산 현황’ 등은 절반 이상이 “수집하면 안되는 정보”로 인식하고 있는 것으로 조사되었다. 특히, 채용서류 및 면접 시 여전히 성별(61.3%), 건강상태(건강정보)(38.9%), ‘가족관련 정보’ (10.4%) 등 차별금지법제 및 「채용절차법」상 금지하는 정보를 수집하고 있는 경우도 다수 발생하는 것으로 나타나고 있으며, 이들은 업무능력 파악에 필요한 정보로 인식되고 있다는 점에서 정책적인 대응이 필요해 보인다.

특히, 해당 법령상 사용이 권고되는 “고용노동부 기초 심사 자료 표준양식”의 사용률은 45.4%로 전체의 절반 정도로 나타났으며, 표준양식을 사용하지 않는 이유는 ‘고용노동부 기초심사 자료 표준양식에 대해 알지 못해서’ (73.3%)인 것으로 조사되었다. 따라서 고용노동부 기초 심사 자료 표준 양식에 대한 민간 기업의 인지도를 높이고, 표준양식에서 법령을 준수할 수 있도록 구체적으로 대응해 나가는 방안이 필요해 보인다.

(4) 채용 과정에 대한 안내와 채용 결과 안내

최근 「채용절차법」상 채용일정 및 채용과정의 고지(제8조) 및 채용 여부의 고지(제10

조)에도 불구하고, 채용 탈락 이유에 대한 명시 등을 담은 입법안¹⁸⁾이 발의되는 등 구직자의 알 권리가 강조되고 있다. 그런데, 이번 조사 결과, “채용 과정에 대한 안내”는 10개 기업 중 9개 기업이 ‘안내’ (93.8%)하고 있으며, “안내 방법”은 ‘문자 전송’ (68.7%), ‘전화’ (60.9%)를 이용하여 주로 안내하는 것으로 조사되었다. 안내하지 않는 기업은 ‘알려야 하는지 몰라서’ 63.6%, ‘담당 인력이 부족해서’ 31.8%로 조사되었다. 또한, “채용 결과 안내”는 10개 기업 중 6개 기업은 ‘합격자/불합격자 모두에게 결과를 안내’ (62.5%)하고 있으며, “합격/불합격 안내 방법”은 주로 ‘문자 전송’ (69.7%), ‘전화’ (65.8%) 등으로 안내하는 것으로 조사되었다. 반면, 구직자의 경우에는 찬반의견이 나누었는데, 안내 필요성이 있는 것으로 답변한 경우에는 본인이 탈락한 사유에 대한 정보를 구체적으로 알고, 향후 개선 방향으로 삼고자 하는 이유가 가장 크고, 필요하지 않는 것으로 보는 입장에서는 기업에게 발생하는 비용, 탈락한 사유에 대한 면접관의 주관적인 사유를 지표로 만들기 어렵다는 이유를 들었다.

(5) 채용 과정에서 지출하는 비용 지급 현황

“면접 시 비용(교통비, 숙박비 등)”은 지급하고 있지 않음이 68.1%로, 10개 기업 중 7개 기업이 지급하지 않고 있으며, 10개 기업 중 3개 기업은 ‘회사에서 정한 일정 금액을 일괄 지급’ (27.5%)하는 것으로 조사되었다. 반면, 구인자에게 면접비 지급을 의무화하는 것에 대해 구직자는 대부분 소득이 없다는 점에서 면접비 지급에 긍정적인 입장을 보이면서도 이를 의무화하는 것에는 반대하는 의견이 주를 이루었다.

IV. 현안 과제

1. 제도의 취지 및 가능성에 대한 정보 제공 및 홍보

직무 성과와 조직 적합성 제고를 위한 방안 마련을 위해서 근본적으로 수행되어야 할 것은 이것이 공정채용과 배치되는 것이 아님을 인지시키는 것이다. 대상 조사에서 “블라인드 채용 제도 정착의 장애요인”을 질문한 결과, 블라인드 채용제도 정착에 장애요인으로 작용하는 것은 인사담당자의 경우 구직자에 대한 정보 부족(60.6%), 채용비용의 증가(54.9), 평가위원 등 인력풀 구축(47.8%) 등으로 순으로 높게 나타나고 있다. 특히, ‘구직자에 대한 정보 부족’이 인사담당자(60.6%), 상사(팀장급)(65.3%), 신입사원(45.2%) 모두에서 가장 높게 나타났다. 인사담당자(64.4%), 상사(56.6%), 신입직원(40.1%) 모두에서 그 해소방안으로 해당 기업이 원하는 인재와 인력의 제공을 위한 정부의 적극적인 정책 지원이 가장 우선적으로 요구되는 것으로 보았다.

18) 의안번호 2110011; 제안일자 2021년 5월 11일, 최기상의원 대표발의안.

이는 기존 인력 채용에 대한 모든 권한과 책임을 기업에게 맡겨 왔던 방식에서, 정부가 정책적으로 기업에게 요구되는 인재의 양성과 공급방안을 함께 고민하고 지원해 나가야 한다는 것을 의미한다. 따라서 정책적으로 데이터베이스 구축 등으로 해소해 나가는 등 관련 여러 방안을 함께 고민할 필요가 있다.

또한, 이는 블라인드 채용 제도가 직무 및 조직 적합성을 지닌 구직자인지를 판단하기 위한 정보를 제한하고 있는 것으로 이해되고 있음을 함의한다. 이에 대한 개선을 위해서는 블라인드 채용 제도가 가지는 취지 및 가능성에 대해 구체적인 정보의 제공과 홍보를 통해 인식을 개선해 나갈 필요가 있다.

2. 고용노동부 표준양식 등의 사용 촉진을 통한 범 준수율 제고

민간기업의 경우에 「채용절차법」에 대해 83.5%에 달하는 인지 수준을 보였음을 확인한 바 있다. 그러나 “고용노동부 표준양식 사용 여부”에 대해 전체 조사 대상의 45.4%만이 사용하고 54.6%는 사용하고 있지 않다고 답변했으며, 사용하지 않는 경우에는 이를 알지 못해서(73.3%)가 대부분을 차지하고 있고, 해당 기업이 요구하는 정보가 빠져 있어서 이용하는 못하는 경우(13.3%)도 있는 것으로 나타났다.

구직자의 직무수행 관련 필요한 정보 요구와 관련한 실태에서도 확인되고 있는 바와 같이 이는 구인자가 여전히 서류/면접 전형 시 요구하는 항목들에 직무수행에 필요하지 않은 여러 정보들을 요구하고 있음을 방증하는 것일 수 있다. 지금까지 정책과 제도 전반에 대한 인지 및 인식 제고가 높은 추상 수준에서 이루어졌다면, 좀 더 피부에 와 닿는 정보 및 세부적인 사항에 대한 전달이 필요한 시점이다. 따라서 관련 양식 사용의 홍보 및 촉진과 개별 기업의 특성에 맞는 표준양식 개발을 위한 노력을 병행해 나가야 할 것으로 보인다.

3. 성별균형 채용 촉진

공공부문의 기관별 채용인원의 성별현황은 여성의 증가율이 제도 시행 전인 2016년 대비 1.90배 증가하여, 성별에 따른 채용의 공정성은 강화되고 있는 것으로 분석된다. 그럼에도 전체 채용인원 중 ‘남성’이 차지하는 비율은 여성(39%)이 남성(61%)에 비해 현저히 낮다. 또한, 직무상 필요한 정보로 ‘성별’을 여전히 요구하고 있어, 이와 관련한 대응책 마련이 필요해 보인다.

4. 직무에 필요 없는 정보 요구 및 수집 관련

민간기업의 경우에 「채용절차법」에 대해 83.5%에 달하는 인지 수준을 보여주고 있으

나, 이러한 인지도에 비해 세부적인 조문별 준수와 관련해서는 「채용절차법」 규정이 제대로 준수가 되지 않고 있는 것으로 나타나 법령의 준수를 제고하고 촉진하는 대응책을 마련해 나가야 할 것으로 보인다. 특히, 채용 과정에서 필요한 구직자 정보로, 혼인여부(12.6%), 용모 7.3%, 가족 관련 정보(3.9%) 등을 여전히 들고 있으며, 채용서류 및 면접시 여전히 성별(61.3%), 건강상태 또는 건강정보(38.9%), 가족관련 정보(10.4%) 등을 요구하고 있는 것으로 나타나고 있고, 또 이들은 업무능력 파악에 필요한 정보로 인식되고 있다는 점에서 관련 대응이 강화되어야 할 것으로 사료된다.

5. 조직에 적합한 인재 채용을 촉진할 수 있는 정책적 지원

조직 적합성이 높은 인재를 뽑을 수 있도록 하는 방안 중 하나는 더욱 적극적으로 구인자-구직자 간 정보의 불균형을 해소하는 것이다. 이미 직무기술서 공개 등의 제도를 통해서 추진되고 있는 내용들이긴 하나, 각 조직 수준에서 실질적인 효과를 높일 수 있는 구인자-구직자 간 소통 창구 마련 및 연성 콘텐츠의 창출을 모색할 필요가 있다.

6. 블라인드 채용 정부 가이드라인 수용성 제고

공공기관 블라인드채용제도를 도입하고 있는 기관에서도 관련 가이드에서 요청하는 직무설명서 공개 등을 여전히 실시하지 않고 있는 경우가 있어, 그 구체적인 사유를 확인하고, 이를 준수하도록 촉진할 필요가 있다. 다만, 현재 블라인드 채용 방식이 긍정적이고, 그 필요성에 대해 공감은 하고 있으나 인사담당자의 경우 추가적인 개선이나 강화에 대해서는 3.03점/5점 만점의 소극적인 태도를 보인다는 점에 유의할 필요가 있다. 따라서 인사 담당자의 업무 부담이 적은 부분부터 블라인드 채용의 공정성 향상 등을 강화할 필요가 있을 것으로 사료된다.

7. 구직자에 대한 「채용절차법」 등에 대한 인식 향상

구직자의 채용절차법에 대한 인식이 매우 낮다는 점도 향후 정책방향을 설정함에 있어 고려되어야 할 요소로 보인다. 구인자의 경우, 민간기업에서도 「채용절차법」을 83.5%가 인지하고 있음에 비해, 구직자는 거의 대부분이 법령의 존재를 알지 못하고 있었다. 따라서 구직자를 대상으로 한 공정 및 자신의 권익에 대한 인식 제고를 위한 홍보의 필요성이 강조된다.

8. 법적 실효성 확보를 위한 신고제도의 개선

법 위반 사실을 인지하고서도 신고를 하지 않는다는 것은 법적 실효성의 측면에서 부정적이라 할 수 있다. 그런데, 구직자는 법 위반 사실을 인지하더라도 신고하지 않겠다고 답변한 경우가 대부분이다. 그 이유로는 신고하더라도 실질적인 구제가 있을 것으로 기대하지 않고, 보복으로 인한 제2차 피해에 대한 우려 등을 들고 있다. 이는 현행 제도에 대한 부정적인 인식을 대변하는 것으로서, 향후 법령의 개정에서 신고제도와 함께 이러한 신고로 인한 보복금지 및 피해자 구제와 관련한 규정을 둬으로써 법적 실효성을 확보해 나가야 할 것으로 판단된다.

9. 고용법제 내에서 ‘공정’ 개념의 확립과 기능의 확충

고용의 영역에서 ‘공정’의 법적 개념은 두 가지 측면에서 그 역할과 기능이 강조되게 된다. 한편으로는 공정한 행위에 대한 사용자의 원칙을 정하고 불공정한 행위를 금지하는 측면이 있고, 다른 한편으로는 불공정한 행위를 해소하는 구제적 측면이 있다.

그러나 통상적으로 이러한 구분적 함의는 ‘공정’을 상대적·비례적 평등의 관점에 기초하여 개별 법령에서 ‘불공정한 행위’를 금지하거나 ‘공정한 행위’를 정하는 것에 서뿐만 아니라, 불공정한 행위로 인해 직접적인 권리를 침해당한 당사자에게 기회를 다시 부여하고, 정신적인 고통에 대해 손해를 재정하는 것만으로 충분하다거나 공정하다고 할 수 있는가에 집중되어 있다. 따라서 차별행위와 관련한 구제이론으로서 차별로 인해 채용이 거절되거나 승진이 거절된 경우, 피해자에게 채용 및 승진 응시 기회를 다시 부여하는 것만으로 족한지, 아니면 사법기관이 피해자를 차별이 없었더라면 가능한 지위로 채용 또는 승진을 명령할 수 있는지, 채용 또는 승진되었더라면 받을 수 있었던 임금 상실부분에 대한 보상명령을 할 수 있는지 등의 문제와 연계된 논의는 충분하지 못하다. 따라서 공정의 법적 개념의 확립과 함께 구제적인 측면에서의 설득논리를 함께 마련할 필요가 있다.

10. 변화 양상에 대한 지속적인 조사와 연구를 통한 대응방향 모색

본 조사를 통해 공공기관에서 블라인드 채용 제도가 성공적으로 안착되었고, 성별 및 학력에서의 차별이 감소하고 있음을 확인할 수 있다. 이러한 성과에 대해서는 지속적으로 홍보하는 한편, 이후의 변화 양상을 구체적으로 살펴보기 위해 패널 조사 등의 정기 시행을 고려할 필요가 있다. 뿐만 아니라 실제로 공정한 채용 절차의 도입으로 인해 직무 성과 및 조직 적합성에 있어 긍정적인 영향을 발생한 사례들을 발굴하여 적극적으로 홍보하려는 노력이 요구된다.

11. 블라인드 채용제도의 확대 관련 장단기 로드맵의 작성과 시행

블라인드 채용제도의 확대에 대해 반대하는 이유로서, 시행하더라도 지켜지지 않을 것이라는 불신이 자리하고 있으며, 업무적인 부담감이 자리한다는 점은 유의할 부분이다. 따라서 향후 블라인드 채용제도의 확대와 관련한 정책은 장단기 로드맵을 만들어 현행 법령이 실효적으로 작동할 수 있도록 홍보·촉진하고, 법령을 준수하기 어려운 중소기업 등에 대한 지원을 확대하는 방향일 필요가 있고, 업무적인 부담감을 해소할 수 있는 방안이 동시에 고려될 필요가 있을 것으로 판단된다. 특히, 직무수행능력을 가장 잘 드러낼 수 있는 시험방식으로 그 적용 대상인 신입직원의 경우 ‘심층면접’ (47.2%)을 들고 있다. 따라서 관련 제도를 더욱 구체화, 전문화 시켜 나갈 필요가 있다.

12. 역차별과 관련한 설득 논리의 개발과 홍보

본문에서 구체적으로 언급하지는 않았으나, 구직자에 대한 심층면접 조사 결과를 보면, 수도권 대학 출신을 중심으로 직무능력 판단에서 학력, 출신대학, 전공 등을 기재하지 못하도록 하는 것에 대해 역차별이라는 인식이 강하게 존재한다. 따라서 역차별과 관련한 설득력 있는 논리적 근거를 제시하고, 홍보할 필요성이 있어 보인다. 블라인드 채용 및 「채용절차법」 등은 사회 전체의 측면에서 그동안 구조적으로 차별의 대상이 되어 왔던 사람들이 소외되지 않도록 제도화하는 것에 중점을 두는 것이다. 따라서 이러한 제도를 확산하기 위해서는 우선적으로 이들이 상대적으로 느끼는 역차별에 대한 논리 개발과 사회적 설득 작업이 중요할 것으로 판단된다.

V. 결론

이상, 실태조사 결과와 향후 현안과제에 대해 살펴보았다.

실태 조사 결과에서 2020년 8월 현재, 공공기관 ‘블라인드 채용제도 도입’은 100%, ‘NCS 평가 기준 도입’은 97.6%, ‘직무설명서 공개’는 96.4%로 나타났으며, 제도 도입 이후 기존 주요 차별요소로 지적되어 왔던 성별 및 학력에서의 공정성이 점차 개선되고 있는 것으로 확인되었다. 또한, 민간기업의 경우 「채용절차법」에 대해 83.5%에 달하는 높은 인지 수준을 보였으며, 긍정적인 효과가 부정적인 효과보다 높게 나타나고 있으며, 구인자로서의 법적 의무를 약간 공정(5점 만점/ 3.74점)한 방식으로 수행하고 있음을 확인할 수 있었다.

특히, 블라인드 채용제도의 도입에 대한 긍정적인 효과로서, 인사담당자, 상사(팀장급)의 경우 모두 항목비율이 공정성 강화, 학벌 등 사회적 편견감소, 외부청탁 차단 및 독립적인 인사권 보장, 개인의 인권존중 등의 순으로 유사하게 나타났으나, 신입직원의 경우 학벌 등 사회적 편견 감소(64.2%), 사회의 불공정 요소의 배제와 공정한 기회제공(61.5%),

외부청탁 차단 및 독립적인 인사권 보장(40.4%), 개인의 인권존중 및 공정성 강화(28.9%) 등의 순으로 나타났다. 따라서 상사(팀장)와 신입직원은 ‘사회적 편견감소’와 ‘공정한 기회 제공’에서 우선순위를 다르게 보고 있음을 확인할 수 있다.

현재 블라인드 채용 방식 및 채용 결과의 공정성 및 만족도를 보면, 인사담당자의 98.1%(평균 4.76/5점)이 블라인드 채용 방식이 공정한 것으로 보고 있었고, 채용 결과도 97.3%(평균 4.74/5점)가 공정하다고 보았다. 상사의 경우 94.9%(평균 4.69/5점), 94.2%(평균 4.66/5점)가, 신입 직원은 92.6%(평균 4.55/5점), 92.4%(평균 4.54/5점)가 블라인드 채용 방식과 채용의 결과가 각각 공정하다고 보았다. 따라서 조사 대상자 모두에서 현재 블라인드 채용 방식과 채용 결과는 매우 공정한 것으로 인식되고 있음을 확인할 수 있다.

또한, 블라인드 채용제도 및 결과에 대해 인사담당자의 경우 각 82.1%(평균 4.25/5점)과 76.6%(평균 4.14/5점)으로 대체적으로 만족도가 높은 것으로 나타났으며, 상사의 경우 각 83.2%(평균 4.27/5점)과 80.8%(평균 4.22/5점), 신입직원의 경우 89.2%(4.43/5점), 89%(평균 4.46/5점)으로 나타나, 신입직원의 만족도가 인사담당자와 상사의 경우보다 다소 높게 나타난다.

신입직원은 블라인드 채용제도 시행이 가장 도움이 되었던 것으로 “공공기관 블라인드 채용제도 시행이 도움 되었던 점”은 ‘나이/성별/학벌/지역 등 편견이 사라짐’(237개, 36.7%)이 가장 높았고, 그 다음으로 ‘전반적으로 채용의 공정성 상승’(93개, 14.4%), ‘채용 시 직무역량의 중요도 상승’(75개, 11.6%), ‘학연/혈연/지연 등 인맥 배제’(33개, 5.1%) 등을 들고 있다. 더 나아가 블라인드 채용제도가 채용과정에서 본인에게 불이익하게 작용하였는지 여부에 대해서는 71.5%가 의견이 없는 것으로 나타나, 불이익하게 작용하였던 것으로 보지 않음을 추정케 하고 있어 블라인드 채용제도가 목적하는 결과를 일정부분 달성한 것으로 볼 수 있는 것으로 평가할 수 있겠다.

다른 한편, 민간기업 대상 「채용절차법」과 관련한 조사에서는 구인자의 83.5%가 해당 법령과 법의 내용을 인지하고 있는 것으로 나타났고, 채용심사비용 부담규정(86%), 서류 반환규정(87.7%), 2019년 개정된 채용 강요 등의 금지(92.2%), 출신지역 등 개인정보 요구 금지(91%) 등도 대체적으로 인지하고 있는 비율이 높은 것으로 나타났다. 또한, 「채용절차법」이 우리 사회에 미치는 영향에 대해 구직자의 권익 향상(3.51%), 공정성 확립(3.45%)에 비해 기업 스스로 채용부담으로 인식하는 경우는 2.95%로 낮게 나타나고 있어, 관련 법적 실효성을 제고해 나가고 있는 것으로 평가된다.

이러한 결과에 따르면, 공정관련 채용 제도 도입이 가져온 긍정 영향에 대해 공공기관과 민간기업 모두 공정성 증대의 측면에서 높은 수준으로 동의하고 있음을 확인할 수 있고, 그 수준 역시 과거 유사 조사 대비 증가한 것으로 분석된다. 한편, 채용의 최종적인 효과에 해당하는 인재 채용으로 인한 생산성/경쟁력 제고 등에 대해서는 공공기관과 민간기업 모두 비교적 낮은 동의 수준을 나타냈다. 부정적인 영향에 대해서는 절차의 복잡성, 인사담당자의 업무상 부담, 채용 비용 및 시간 증대 등으로 인한 부담을 질문하였으나, 이전 유사 조사 대비 수준이 모두 하락하였다는 점에서 부정 인식이 상당 부분 제고됐음을 알 수 있다. 또한, 채용 절차의 공정성 및 만족도, 채용 결과의 공정성 및 만족도

가 모든 행위자들에서 이전 유사 조사와 대비하여 긍정적 평가 수준이 증가했음을 알 수 있다.

주목할 지점은 블라인드 채용제도 및 「채용절차법」이 구직자를 위한 공정성 및 절차의 투명성을 증대시키는 것임은 확인되나, 이것이 기업의 입장에서 원하는 인재의 채용으로 직결되지는 않는 것으로 나타난다는 것이다. 그러나 이 문제는 공정채용의 확립 과정이라는 관점에서 볼 때 단계적으로 개선되어 가는 것으로 이해할 수 있을 것이다. 특히, 공정사회 구현과 관련한 제도는 기득권리에 대한 수정으로 이어진다는 점에서 단기적으로 확립되기 어렵다, 따라서 일시적인 평가에 일희일비하기 보다는 긴 호흡을 가지고 장·단기 로드맵을 마련하여 대응할 필요성이 있다. 현재를 제도 수행의 조건을 마련하고 충실히 실행할 수 있는 디딤돌의 단계로 삼아, 이를 바탕으로 제도의 개선사항을 발굴하고, 제도적 실효성을 제고하기 위한 구체적인 방안을 모색하는 장기적인 단계로 전환이 있어야 할 것으로 보인다.

[참고문헌]

- 관계부처 합동(2017), 『공공기관 블라인드 채용 가이드라인』
- 관계부처 합동(2020), 『공공기관 채용공정성 인식도 조사 결과보고서』, 국민권익위원회.
- 고학수·박도현·정해빈(2019), “인공지능과 고용차별의 법경제학 : 블라인드 채용과 배일의 역설을 중심으로”, 『법경제학연구』 제16권 제1호, 한국법경제학회.
- 권오성(2019), 『개정 채용절차법의 해석상 쟁점』, 한국고용노사관계학회 하계학술대회 발표 자료, 2019.6.
- 김세움(2019), 『공정 채용의 현실과 개선방안』, 한국노동연구원
- 김종진(2018), “평등의 과정, 노동시장 차별 및 격차 해소의 실험”, 『노동존중사회: 노동과 균형적 사회성장』, 경제사회노동위원회. 43-58쪽
- 마이클 샌델(2020), 함규진 옮김, 『공정하다는 착각: 능력주의는 모두에게 같은 기회를 제공하는가』, 와이즈베리
- 박귀천 외(2015), 『채용상 차별에 관한 해외사례 및 실태조사 연구』, 고용노동부 연구용역보고서
- 신권철(2018), “채용의 공정-채용비리를 중심으로”, 『노동법학』 제67호, 한국노동법학회.
- 앤서니 B. 오티킨슨(2015), 『불평등을 넘어: 정의를 위해 무엇을 할 것인가?』, 글항아리
- 이달휴(2019), “공정으로서 노동3권의 시론”, 『노동법논총』 제45집, 한국비교노동법학회
- 이병훈 외(2020), “공정채용정책 현장실태 조사 및 정책이슈 분석”, 고용노동부, (사) 노동법연구소 해밀
- 이상민 외(2019), 『편견없는 채용·블라인드 채용 실태조사 및 성과분석』, 한국산업인력공단, 한양대학교 산학협력단
- 이상준·김지경(2018), 『블라인드 채용 청년 구직자 인식실태조사』, 고용노동부 연구용역보고서, 한국직업능력개발원
- 이수연 외(2018), 『2018년 구인기업 실태조사』, 고용노동부 연구용역보고서, (사) 인권도시연구소
- 이수연 외(2018), 『‘채용절차법’ 개정을 위한 법제연구』, 고용노동부 연구용역보고서, (사) 인권도시연구소
- 이승길(2009), “정보화 사회에서의 개인정보권의 침해와 그 구제”, 『중앙법학』 제11집 제1호, 중앙법학회
- 이종찬·이종구(2018), “한국 채용제도의 변화과정과 시기별 특징 비교분석 연구 - 스펙중심채용, NCS기반채용, 블라인드채용을 중심으로 -”, 『경영사연구』 제33집 제4호(통권 88호), (사)한국경영사학회
- 인사혁신처(2019), 『공정채용 가이드북 증보판』, 인사혁신처.
- 조지프 피시킨(2019), 『병목사회: 기회의 불평등을 넘어서기 위한 새로운 대안』, 문예출판사.
- Arthur Jr., W., Bell, S. T., Villado, A. J., & Doverspike, D. (2006). The use of person-organization fit in employment decision making: An assessment of its criterion-related validity. *Journal of Applied Psychology*, Vo. 91(4), pp. 786-801.
- Burstein, P., ed. 1994. *Equal Opportunity: Labour Market Discrimination and Public Policy*. New York: Aldine De Gruyter.
- Beck, Reitz, and Weiner, 2002. “addressing Systemic Racial discrimination in Employment”, Canadian Human Rights Commission, 2002. 3.

Cable, D. M., & Judge, T. A. (1997). Interviewers' perceptions of person-organization fit and organizational selection decisions. *Journal of Applied Psychology*, Vol. 82(4), pp. 546-561.

Crook, T. R., Todd, S. Y., Combs, J. G., Woehr, D. J., & Ketchen Jr, D. J. (2011). Does human capital matter? A meta-analysis of the relationship between human capital and firm performance. *Journal of Applied Psychology*, Vol. 96: pp. 443-456.

Employment and Social Development Canada. 2019. *Employment Equity Act – Annual Report 2018*.

Falkenberg, L. E., and L. Boland. 1997. "Eliminating the Barriers to Employment Equity in the Canadian Workplace." *Journal of Business Ethics*, vol. 16, pp. 963 – 975.

Fernandez-Araoz, C., Groysberg, B., & Nohria, N. (2009). The definitive guide to recruiting in good times and bad. *Harvard Business Review*, Vol. 87(5), pp. 74-84.

Fryer, R. and Levitt, S.(2004), "The Causes and Consequences of Distinctive Black Names," *Quarterly Journal of Economics*, 119: 767-805.

Goldin, C., and C. Rouse(2000), "Orchestrating impartiality: The impact of 'blind' auditions on female musicians." *American Economic Review* 90:4 715-741.

Jain, H. C., and R. D. Hackett. 1989. "Measuring Effectiveness of Employment Equity Programs in Canada: Public Policy and a Survey." *Canadian Public Policy*, vol. 15, pp. 189-204.

Jain, Harish C., John J. Lawler, Bing Bai, and Eun Kyung Lee. 2010. "Effectiveness of Canada's Employment Equity Legislation for Women (1997 – 2004): Implications for Policy Makers." *Relations Industrielles / Industrial Relations*, vol. 65, no. 2, pp. 304-329.

John Rawls(1971), *A Theory of Justice*, Harvard University Press.

Kipang, Shani, and Daniyal Zuberi. 2018. "Beyond Face Value: A Policy Analysis of Employment Equity Programs and Reporting in Ontario Public Colleges." *Canadian Journal of Higher Education*, vol. 48, no. 2, pp. 169-185.

Leck, Joanne D., and David M. Saunders. 1992. "Hiring Women: the Effects of Canada's Employment Equity Act." *Canadian Public Policy*, vol. 18, no. 2, pp. 203-220.

Mentzer, M. S. 2002. "The Canadian Experience with Employment Equity Legislation." *International Journal of Value-Based Management*, vol. 15, pp. 35 – 50.

Mentzer, M. S., and J. L. Fazel. 1992. "Affirmative Action and Ethnic Inequality in Canada: The Impact of the Employment Equity Act in 1986." *Ethnic Groups*, No. 9, pp. 203-217.

O'Reilly, C. A., Chatman, J., & Caldwell, D. F. (1991). People and organizational culture: A profile comparison approach to assessing person-organization fit. *Academy of Management Journal*, Vol. 34(3), 487-516.

Phelps, E. S.(1972), "The Statistical Theory of Racism and Sexism", *American Economic Review* 62: 659-661.

Rinne, U.(2018), "Anonymous Job Applications and Hiring Discrimination", *IZA World of Labor* 2018: 48v2.

Schwab, S.(2001), "Is Statistical Discrimination Efficient?", *The American Economic Review*, 76(1).

[토론문]

“공정채용 실태와 현안과제” 토론문

신 수정 박사 (경제사회노동위원회)

1. 토론에 앞서...

- 가장 먼저 발표문을 읽을 수 있는 기회를 주셔서 감사합니다.
- 공공기관 253개사 총괄담당, 공공기관 인사담당 368인, 팀장급 직원 252인, 신입직원 646인, 민간기업 357개사 총괄담당을 대상으로 공공/민간 채용 실태, 채용절차법 인지·인식 수준, 블라인드 채용 평가 수준을 진행하셨는데, 발표문에는 그 일부만 소개되었음에도 노고가 느껴집니다.
- 소중한 실태조사 자료를 소개해 주셔서 감사합니다.

2. 청년들의 인식

- 저는 경제사회노동위원회에서 청년위원회를 담당하고 있습니다. 청년위원회는 작년 8.4. 기존 노조에서 대변되지 못했던 청년의 목소리를 청년들이 직접 참여하여 의제 개발, 정책 제안 등을 마련하기 위해 발족하였습니다. 청년위원회에서 청년 관련 논의를 진행하면서 나온 의제들 중 하나가 공정채용입니다.
- 청년연구자들의 “채용과정에서 청년이 경험한 불공정” 보고서를 보면, 채용과정에서 공정성을 높이기 위해 특정 정보를 수집하지 않는 표준이력서와 블라인드 제도가 시행되고 있으나 한계가 존재한다고 지적하고 있습니다. 그리고 기업과 취업준비생 간의 정보 격차에 대한 문제도 지적하고 있습니다.
- 청년들의 인터뷰 소개

○ 성별에 따른 불공정 경험

“남녀 무관하다고 해서 지원을 했는데 전화가 오더니 뭐 저희가 저희 회사가 어떤 일을 하는 줄은 아시냐...왜 남자가 하는 일을 여자가 하려고 하냐, 그냥 하던 일이

나 계속해라”

“제 기억에 2019년일 거예요. 1월달 정도에 열린 공공기관 박람회에서... 여성이 좀 더 많은 조직이기는 했어요. 그렇다고 해서 아주 극단적으로 많은 정도는 아닌데... 여성이 지금(공공기관 내에서) 많은 비중을 차지하고 있으니까 아마 채용과정에서 남성을 좀 더 우대할 수 있다, 라는 말을 명확히 했어요... (채용) 절차가 시험으로 해서 공정해 보이지만, 마지막 최종 관문인 면접에 갔을 때에 남성 후보자랑 앉아 있을 때에 성별로 떨어질 수 있겠다, 라는 불안감을 줄 수 있는 발언...”

“면접 과정에서는 사실 심사위원분들이 남성이 훨씬 많아요. 면접관들이. 뭐 여성 분들이 한 명 앉아있는 경우는 있어도...”

“처음에는 근속년수라고 운을 띄우시더라고요, ‘저희는 근속년수를 굉장히 중요하게 생각하는데 아무래도 결혼이나 출산 이런 일에 대해서 어떻게 생각하느냐’, 이런 식으로 말씀하였어요... 억울한 건 어쨌든 근속년수라고 운을 뚫으면 옆에 있는 남자 분한테도 똑같이 질문을 해야 하는 거라고 생각했거든요. (이직이 많은 직군에서) 근속년수를 언급하면서 여자인 나한테만 결혼, 출산 어떻게 생각하는지에 대해서 물어봤다는 거에 대해서 이제 제가 뭐...”

○ 종교에 따른 불공정 경험

“네가 교회 다니고, 아버지가 목사니까 너는 일요일 추가근무 못 나오겠네?”

○ 외모 및 신체조건에 따른 불공정 경험

“면접을 들어갔는데 어느 회사에 그 말씀하시는 게 사진에서는 조금 사진이 조금 무섭게 생겼는데 실제 다 보니까 오 꼭 그렇지도 않게 생겼네, 하고 말씀해주신 분이 가끔 가다 계셨어요. 그래서 아 이분들이 그 능력이나 그런 거보다는 또 1차적으로 외모를 보는구나, 라는 걸... 얼굴을 좀 손을 대야 되나, 라는 얘기가)취업 준비하는 친구들 사이에서) 있었고 또 하나는 또 자기는 복장이 그렇게 집이 형편이 있는 편이 아닌데 그 복장은 어떻게 해야 되나 라는...”

○ 가족관계에 의한 불공정 경험

“(면접 당시) 옆에 계신 분은 부모님이 이혼을 했던 거예요. 그런데 그게 (입사지원서에) 동거여부를 적게 하니까, 그게 이력서 상에서 뭔가 약간 다른 게 드러났고... 왜 너 아빠랑 같이 안 사냐, 대놓고 물어보고 그 분은 그걸 얘기해야 하고.”

“저와 같이 면접을 본 분의 아버지가 중소기업과 중견을 왔다 갔다 하는 수준의 기업이라서. 이 회사에서도 그 회사를 알고 있는. 그래서 나름 그 업계에서 안정적인 회

사라고 하더라고요. 그러면서 그 분한테 너 왜 그 회사를 물려받지 않냐, 라고 하더라고요. ...여기는 이력서에 전부 (부모님) 직업을 적어 내잖아요. 사실은 다 알고 면접을 진행한 거라고 밖에는 안 보여지고, 네. 그때 저와 다른 사람까지 해서 총 세 명이었는데 사실상 이 둘은 들러리라는 생각을 지울 수가 없는 거죠. 그 대화가 오고 간 다음에는.”

○ 혼인/임신 여부에 관련한 불공정 경험

“결혼 생각이 있느냐고 그렇게 물었었거든요, ... 저는 결혼 생각이 따로 없다고 그렇게 말씀드리니까. 아 이래서 대한민국이 안 된다고 출산율이 떨어지는데 애를 안 낳으면 어떻게 할 거냐 ... 그러면 출산을 해도 문제고 안 해도 문제인데 이 사람은 여성 지원자 뽑을 생각이 있냐, 이 생각까지 들었었거든요.”

3. 공정채용을 위한 현안 과제

- 현재 공공기관에서는 2017년부터 블라인드 채용을 시행하고 있습니다. 블라인드 채용 결과 공공부문의 기관별 여성 증가율이 2016년 대비 1.90배 증가했다고 밝히고 있습니다(발표문 15면). 그럼에도 불구하고 전체 채용인원 중 ‘남성’이 차지하는 비율은 61%, 여성 39%로 나타나고 있습니다.
- 블라인드 채용 과정에서 1단계 서류전형의 경우에는 성별이 드러나지 않지만, 2단계 면접전형으로 가면 결국 성별이 드러나게 됩니다. 이 과정에서 결국 성별에 대한 블라인드는 실효성이 사라지게 되는데, 이에 대해 고민하신 보완 방안이 있다면 발표자님의 의견을 듣고 싶습니다.
- 청년들의 인터뷰에서도 지적한 바 있지만, 면접관들의 성별 비율도 중요하다고 생각합니다. 공공기관의 경우 면접관들의 성비 등도 지침이나 매뉴얼 등에서 정할 수 있을 것 같은데, 발표자님께서 생각하시는 보완 방안이 있는지 궁금합니다.
- 발표자님도 발표문에서 지적하셨듯이, 실제로 청년들은 블라인드 채용에 대해서 역차별이라는 인식도 갖고 있습니다. 역차별과 관련한 설득력 있는 논리의 개발과 홍보의 필요성에 대해서는 적극 공감하는 바입니다.

중국의 경영상이유에 의한 해고제도*

이 희성 교수(원광대학교 법학전문대학원)

I. 문제의 제기

세계 과학기술이 발전함에 따라 특히 최근 몇 년간 인공지능 기술의 급격한 발전에 따라 새로운 일자리가 잇따라 등장했지만 더 많은 전통 일자리가 점차 사라지고 전 세계 노동력 시장이 공급 과잉을 보이고 있다. 중국은 세계 인구 1위 대국이고 총 노동력 수도 세계 1위를 차지하며 이로 인해 중국은 인구배당을 즐기면서 심각한 취업압력에 직면하고 있다. 특히 멀지 않은 장래에 인구배당의 우세가 점차 쇠퇴할 때 취업 문제는 국가와 국민 앞에 큰 곤경이 될 것이고 노동자와 고용주의 이론적 평등은 현실 생활에서 점점 더 불평등해질 것이다.¹⁾ 따라서 근로자의 권익을 보호하는 것이 점점 더 중요해지고 있으며 중국 해고제도에 대한 심도 있는 연구가 향후 몇 년간 노동법 학계의 중점 연구 내용이 될 것이다.

중국은 1994년 9월 5일 노동부가 공포한 '중화인민공화국 노동법'에 관한 몇 가지 조문에 대한 설명; 1994년 11월 14일 노동부가 공포한 '기업경제감원 규정'; 2008년 9월 3일 국무원 제25차 상무회의가 통과되었고 즉시 시행된 '중화인민공화국 근로계약법 시행 조례'가 시행되었다.

중국의 경영상 이유에 의한 해고(중국의 '노동법'과 '근로계약법'에서는 '경제적 감원'이라 함)은 '중화인민공화국 노동법'과 '중화인민공화국 근로계약법'의 규정에 따라 고용주가 파산, 생산경영난, 경영방식 조정, 객관적 상황으로 인해 근로계약을 이행하지 못할 때 인원을 대폭 감축하는 행위이다. “중화인민공화국 노동법” 제27조²⁾,그리고 “중화인민공화국 근로계약법” 제41조³⁾는 경영상 이유에 의한 해고의 적용 상황과 절차를

* 본 논문은 미완성 된 논문이므로 표절하거나 인용하여서는 안 됩니다.

1) 熊辉, “〈劳动法〉的历史贡献与未来发展” [J], 中国劳动, 2015 年第10期, P46.

2) 《中华人民共和国劳动法》第27条：“用人单位濒临破产进行法定整顿期间或者生产经营状况发生严重困难，确需裁减人员的，应当提前三十日向工会或者全体职工说明情况，听取工会或者职工的意见，经向劳动行政部门报告后，可以裁减人员。”

(중화인민공화국 노동법 제27조: 사용자가 파산하여 회사를 법정 정리하여야 하거나 생산·경영에 심각한 문제가 발생하여 근로자를 부득이 해고하여야 하는 경우 30일 전에 노동조합 또는 전체 근로자에게 상황 설명을 하고 노동조합 또는 근로자의 의견을 청취하여야 하며 노동행정부서에 보고한 뒤 근로자를 해고할 수 있다. 사용자가 이 조의 규정에 따라 근로자를 해고한 뒤 6 개월 안에 근로자를 채용하려고 할 경우 해고된 근로자를 우선적으로 고용하여야 한다.

3) 《中华人民共和国合同法》第41条：“有下列情形之一的，需要裁减人员二十人以上或者裁减不足二十人但占企业职工总数百分之十以上的，用人单位提前三十日向工会或者全体职工说明情况，听取工会或者职工的意见后，裁减人员方案经向劳动行政部门报告，可以裁减人员：（一）依照企业破产法规定进行重整的；（二）生产经营发生严重困难的；（三）企业转产、重大技术革新或者经营方式调整，经变更劳动合同后，仍需裁减人员的；（四）其他因劳动合同订立时所依据的客观经济情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行的。裁减人员时，应当优先留用下列人员：（一）与本单位订立较长期限的固定期限劳动合同的；（二）与本单位订立无

규정하였다. 법률 규정에 따르면 경영상 이유에 의한 해고는 예고해고에 속하지만 일반 예고해고와는 많은 차이가 있다고 판단할 수 있다. 우선, 해고의 법정 상황에서 경영상 이유에 의한 해고의 법정 상황은 '대환경'으로 고용주 심지어 사회경제 상태와 관련이 있다. 일반적으로 해고를 예고하는 법정 상황은 '작은 환경'으로 근로자 자체와 관련이 있다. 둘째, 해고 대상 차원에서 경영상 이유에 의한 해고는 '집단사건'이다. 일반적인 예고해고는 '개인사건'이다. 셋째, 해고 절차 차원에서 경영상 이유에 의한 해고의 절차는 비교적 복잡하다. 일반적인 예고해고는 비교적 간단하다. 마지막으로, 사회적 영향 방면에서 경영상 이유에 의한 해고가 사회에 미치는 영향이 크고 예고해고는 사회에 미치는 영향이 작다.

자본주의 사회에서 경기변동에 따라 사용자로서도 어쩔 수 없이 경영상 이유에 의한 해고를 단행할 필요성이 있고, 기업 자체의 생존이 보장되어야 근로자들의 일자리도 보장될 수 있다는 점을 인정함과 동시에, 근로자로서도 자신의 아무런 귀책사유 없이 해고라는 치명적 불이익을 감수해야만 할 정도로 엄격한 정당성 요건을 통과해야만 법적 정당성이 부여될 수 있는 것이므로, 경영상 이유에 의한 해고 관련 법령을 해석할 때에는 이와 같은 경영상 이유에 의한 해고의 법적성격을 항상 염두에 두어야 한다.

따라서 경영상 이유에 의한 해고와 관련된 분쟁을 예방하고 불가피하게 진행되었을 경우 조기에 극복할 수 있는 새로운 시각이 필요하다고 본다. 본 논문에서는 이를 위해 중국의 노동관련 법에서 규정하고 있는 경영상 이유에 의한 해고에 대하여 소개하고, 그 법규정들의 문제점들을 고찰하고 그에대한 개선방안을 제시하고자 한다.

II. 중국의 경영상 이유에 의한 해고제도의 개념과 조건

1. 경제적 감원의 개념

固定期限劳动合同的；（三）家庭无其他就业人员，有需要抚养的老人或者未成年人的。用人单位依照本条第一款规定裁减人员，在六个月内重新招用人员的，应当通知被裁减的人员，并在同等条件下优先招用被裁减的人员。”

(중화인민공화국 근로계약법 제41조: 다음 상황 중 어느 하나에 해당하여서 20 명 이상의 인원을 해고하여야 하거나, 해고 대상 인원의 수가 20 명 미만이지만 기업 직원 총수의 100 분의 10 이상에 해당하는 경우 사용자는 30 일 전에 노동조합 또는 직원총회에 해당 상황을 설명하고 노동조합 또는 직원총회의 의견을 청취한 뒤 인력 감축 방안을 노동행정부에 보고하여 해고를 진행하여야 한다.

(1) 기업파산법 규정에 따라 구조조정을 진행하는 경우 (2) 생산·경영상 심각하게 곤란한 상황이 발생하는 경우 (3) 기업이 생산품목 전환·중대한 기술 혁신·경영방식 조정을 하여서 근로계약을 변경한 뒤에도 해고가 필요한 경우 (4) 근로계약 체결 당시의 객관적인 상황에 중대한 변화가 발생하여 근로계약 이행이 불가능하게 되는 경우 해고를 진행하는 때에 다음 각 항에 해당하는 자는 해고를 보류하여야 한다. (1) 해당 사용자와 비교적 장기적으로 기간의 정함이 있는 근로계약을 체결한 자 (2) 해당 사용자와 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 자 (3) 가정 구성원 중에 일자리가 있는 사람이 해당 근로자 밖에 없고, 부양하여야 하는 노인 또는 미성년자가 있는 경우 사용자가 제41조제 1 관 규정에 따라 해고를 진행한 뒤 6 개월 이내에 신규 채용을 하는 경우 해고되었던 근로자에게 먼저 통지하고 그를 동등한 조건으로 채용하는 것을 우선시하여야 한다.)

경제감원은 고용주가 대규모로 근로자를 해고하는 행위다. 그 이유는 고용주가 생산경영의 심각한 어려움에 직면하고, 심지어 파산의 위협에 직면하여 고용주가 이러한 어려움에 직면한 압력을 완화하기 위해 취하는 해고 행위이기 때문이다.⁴⁾ 경제 감원은 '강제성'과 '주동성'의 이중성을 가지고 있다. 경제 감원의 '강제성'은 고용주가 심각한 어려움에 직면해 어쩔 수 없이 취하는 행동에 나타난다. 장기적인 발전의 관점에서 볼 때, 고용주는 자기 규모가 계속 커지기를 바라며, 근로자 수도 그에 따라 증가하고 있다. 대규모 감원은 고용주가 원치 않는 상황이다. 그래서 경제 감원은 '강제성'을 가지고 있다. 경제 감원의 '주동성'은 고용주가 심각한 어려움에 직면해 있지만 어려움을 해결할 수 있는 방법이 있다. 고용주는 스스로 생산 규모와 방향을 조정하고 생산 경영비용을 절약하며 계속 발전할 수 있다. 근로자의 사직은 고용주의 수동적인 감원이 된다. 근로자의 사퇴와는 달리 경제감원은 고용주가 자발적으로 실시하는 행위다. 따라서 경제 감원은 '주동성'을 가지고 있다. 경제 감원은 '보장성'과 '침해성'의 이중성을 가지고 있다. 경제 감원의 '보장성'은 고용주에 대한 보장에 반영된다. 고용주가 심각한 어려움에 직면했을 때 경제감원을 하지 않으면 파산할 가능성이 높다. 경제 감원은 고용주가 난관을 극복하도록 돕고, 고용주의 생존과 발전을 보장했다. 경제 감원의 '침해성'은 근로자에 대한 침해에 반영된다. 근로자가 해고되면 근로자가 생활경제원을 잃고 삶의 질이 점차 떨어질 수 있다. 대량의 근로자들이 해고되어 사회 격동을 일으키기 쉽고 사회의 조화와 안정이 파괴된다. 경제감원 제도는 '보장성'과 '침해성' 사이의 갈등을 잘 처리하고 고용주와 근로자 쌍방의 이익의 균형을 찾는 데 중점을 두어야 한다.⁵⁾

중화인민공화국이 1949년에 설립된 후, 외교적으로 '일방적' 방침을 채택했기 때문에, 즉 외교적으로 소련과 친밀해 졌다. 중국은 정치, 경제, 문화 등 모든 방면에서 소련을 따라 배웠다. 소련이 당시 채택한 계획경제가 눈에 띄는 성적을 거두었기 때문에 중국은 계획경제체제를 전면적으로 실시했다.⁶⁾ 계획경제시대에는 근로자의 취업을 국가가 통일적으로 배정하고, 고용주의 생산경영도 국가가 통일적으로 배정하기 때문에 경제감원 개념이 없었다. 1978년 중국 개혁개방 이후 시장경제가 계획경제를 점차 대체하면서 경제감원 현상이 나타나기 시작했다. 중화인민공화국 노동법 제27조⁷⁾와 '중화인민공화국 근로계약법' 제41조⁸⁾는 경제감원 제도를 규정하고 있다. 학계에서 중국의 왕전홍 교수는 경제

4) 朱立文, “浅析我国用人单位经济性裁员制度”, 科技信息, 2011年5月, 第13期, P823~825.

5) 王琼, “经济性裁员之法律规制研究” [D], 兰州大学, 2012年5月, P6-7.

6) 胡新民, “‘一边倒’格局下的人民外交” [J], 党史博采(纪实), 2018年1月, 第1期, P28-32.

7) 《中华人民共和国劳动法》27条:“用人单位濒临破产进行法定整顿期间或者生产经营状况发生严重困难, 确需裁减人员的, 应当提前三十日向工会或者全体职工说明情况, 听取工会或者职工的意见, 经向劳动行政部门报告后, 可以裁减人员。”

8) 《中华人民共和国合同法》41条:“经济性裁员, 有下列情形之一, 需要裁减人员二十人以上或者裁减不足二十人但占企业职工总数百分之十以上的, 用人单位提前三十日向工会或者全体职工说明情况, 听取工会或者职工的意见后, 裁减人员方案经向劳动行政部门报告, 可以裁减人员: (一) 依照企业破产法规定进行重整的; (二) 生产经营发生严重困难的; (三) 企业转产、重大技术革新或者经营方式调整, 经变更劳动合同后, 仍需裁减人员的; (四) 其他因劳动合同订立时所依据的客观经济情况发生重大变化, 致使劳动合同无法履行的。裁减人员时, 应当优先留用下列人员: (一) 与本单位订立较长期限的固定期限劳动合同的; (二) 与本单位订立无固定期限劳动合同的; (三) 家庭无其他就业人员, 有需要扶养的老人或者未成年人的。用人单位依照本条第一款规定裁减人员, 在六个月内重新招用人员的, 应当通知被裁减的人员, 并在同等条件下优先招用被裁减的人员。”

감원은 고용주들이 생산경영 상황을 개선하기 위해 한 번에 대규모로 근로자를 해고하는 것으로 보고 있다. 이런 해고는 예고해고에 속하고 감원 원인은 고용주 경영에 문제가 있기 때문에 경제감원이라고 한다.⁹⁾ 중국의 정상원 교수는 세계 각국이 경제 감원 개념에 대한 해석이 차이가 있다고 보고, 중국 학계의 경제감원 개념에 대한 이해는 권위적인 해석이 없다. 법이 경제 감원 제도를 규정하고 있지만 통일된 개념을 형성하는 데는 시간이 걸릴 것으로 보고 있다. 기업의 관점에서 볼 때, 경제 감원은 법적으로 인정하는 행위이며, 고용주가 해고권을 합법적으로 행사하는 일종의 표현이다.¹⁰⁾

2. 경제적 감원 해고제도의 조건

가. 실질적 요건

(1) 파산 재조직(법정관리)

중화인민공화국 근로계약법 제41조 제1항¹¹⁾은 고용주가 법에 따라 파산 개편을 할 때 경제감원을 할 수 있다고 규정하고 있다. 2006년 8월 27일 제10회 전국인민대표대회 상무위원회 제 23 차 회의에서 '중화인민공화국 기업파산법'을 통과하고 2007년 6월 1일부터 시행했다. 1년도 채 안 되어 2008년 1월 1일 '중화인민공화국 근로계약법'이 시행됐다. 이 중 파산 개편으로 인한 경제감원 제도는 '중화인민공화국 기업파산법' 관련 내용을 충분히 고려한 뒤 제정됐다. 파산 재조직은 파산 해산 다음으로 심각한 위기다. 고용주가 파산하면 법인 지위도 사라진다. 이때 경제감원 문제는 없고 근로자들은 모두 실직한다. 파산 개편은 고용주가 파산 위기에 직면해 법에 따라 채권자에 대한 개편을 취하는 것으로, 고용주가 계속 존재하는 것을 목표로 하고 있으며, 이때 경제 감원을 취하여 일부 근로자들이 일자리를 잃게 했지만, 다른 근로자의 일자리를 보류하였다.¹²⁾

(2) 생산경영이 심각하게 어렵다

중화인민공화국 근로계약법 제41조 제2항¹³⁾은 생산경영에 심각한 어려움이 있을 때 고용주가 경제감원을 할 수 있다고 규정하고 있다. 생산경영의 심각한 어려움은 파산 재조직에 버금가는 심각한 위기다. 고용주 생산 경영에 심각한 어려움이 발생하니, 반드시 약간의 조치를 취하여 운영비용을 줄여야 한다. 근로자를 대량 해고하는 것은 운영비용을 줄이는 빠르고 효과적인 방법이다. 이때 고용주가 근로자를 대량으로 해고하지 않으면

9) 郑尚元, “劳动合同法的制度与理念” [M], 中国政法大学出版社, 2008年版, P275.

10) 郑尚元, “劳动合同法的制度与理念” [M], 中国政法大学出版社, 2008年版, P275.

11) 《中华人民共和国劳动合同法》41条: “(一) 依照企业破产法规定进行重整的。”

12) 刘权, “我国经济性裁员法律适用问题研究” [D], 深圳大学, 2017年5月, P5.

13) 《中华人民共和国劳动合同法》41条: “(二) 生产经营发生严重困难的。”

파산의 위험을 초래하고 더 많은 근로자가 실직하게 될 가능성이 높다. 이에 따라 생산 경영에 심각한 어려움이 발생할 경우 고용주는 경제 감원을 할 수 있다.¹⁴⁾

(3) 생산 변경, 중대 기술혁신 또는 경영방식 조정

중화인민공화국 근로계약법 제41조 제3 항¹⁵⁾은 고용주가 생산 변경, 중대 기술혁신 또는 경영방식 조정을 할 때 경제감원을 할 수 있다고 규정하고 있다. 이 경우 경제 감원을 직접 할 수 없고, 먼저 근로자와 근로계약을 변경해야 하며, 근로계약을 변경한 후에도 여전히 감원이 필요할 때 경제감원을 할 수 있다는 점에 유의해야 한다. 생산 변경, 중대 기술혁신, 경영방식 조정으로 심각한 위기에 직면한 것은 아니며, 고용주가 심각한 위기 없이 더 빠르고 빠른 발전을 위해 조정할 것일 수도 있기 때문이다. 이런 조정은 근로자 일자리의 변화를 통해 이뤄질 수 있다. 근로자의 일자리를 변경하고 근로계약을 변경함으로써 고용주가 생산변경, 중대 기술혁신, 경영방식 조정을 순조롭게 완성할 수 있다면 경제감원이 필요하지 않다.¹⁶⁾

(4) 객관적 경제 상황의 중대한 변화

중화인민공화국 근로계약법 제41조 제4항¹⁷⁾은 고용주가 객관적 경제 상황이 크게 변할 때 경제감원을 할 수 있다고 규정하고 있다. 객관적 경제 상황은 고용주가 근로자와 근로계약을 체결할 때 근거가 되는 상황이라는 점에 유의해야 한다. 근로자가 고용주와 근로계약을 체결할 수 있었던 것은 당시의 어떤 객관적인 경제 상황에 근거한 것이다. 만약 이런 객관적인 경제 상황이 크게 바뀌거나 더 이상 존재하지 않는다면, 근로자는 일의 전제조건을 잃고, 일은 계속할 수 없다. 이런 상황에서 고용주는 경제 감원을 할 수 있다.¹⁸⁾

나. 절차적 요건

중국 노동부는 고용주가 법에 따라 경제감원 권리를 행사하도록 지도하기 위해 1994년 11월 14일 '기업경제감원 규정'을 반포해 '중화인민공화국 노동법' 보조법령으로 1995년 1월 1일 시행했다. 이후 '중화인민공화국 근로계약법'은 경제감원 절차 측면에서도 더 자세한 규정이 없다. 이에 따라 본 문은 '기업경제감원 규정'을 참고해 중국 경제감원 절차를 탐구하고 있다.

14) 刘权, “我国经济性裁员法律适用问题研究”[D], 深圳大学, 2017年5月, P5.

15) 《中华人民共和国劳动合同法》41条: “(三)企业转产、重大技术革新或者经营方式调整, 经变更劳动合同后, 仍需裁减人员的。”

16) 刘权, “我国经济性裁员法律适用问题研究”[D], 深圳大学, 2017年5月, P5.

17) 《中华人民共和国劳动合同法》41条: “(四)其他因劳动合同订立时所依据的客观经济情况发生重大变化, 致使劳动合同无法履行的。”

18) 刘权, “我国经济性裁员法律适用问题研究”[D], 深圳大学, 2017年5月, P5-6.

(1) 절차 설명

‘기업경제감원규정’ 제 4 조 제 1 항¹⁹⁾은 고용주는 경제감원이 필요하다고 하면 반드시 30 일 전 전체 직원이나 노조에 상황 설명을 진행해야 한다고 규정하고 있다. 근로자의 알 권리를 보장하여야 한다. 주의할 점은 상황 설명이 구두 설명이 아니라 서면 자료여야 한다는 것이다. 이러한 절차 설정에는 두 가지 목적이 있다. 첫째, 상황을 구두로 설명하면 증거가 보존되지 않고 고용주는 이 절차를 쉽게 무시하거나, 이 절차를 형식으로 지나치게 된다. 고용주의 서면 설명만이 고용주를 더 잘 독촉하여 이 절차를 이행할 수 있다. 둘째, 경제감원을 초래한 법정 사유는 비교적 복잡하며, 고용주는 경제감원 사유를 서면으로 근로자나 노조가 검열할 수 있도록 하여 근로자들에게 더 자세한 정보를 알리고 근로자의 알 권리를 보장할 수 있도록 해야 한다.²⁰⁾

(2) 제출 절차

‘기업경제감원 규정’ 제4조 제2항²¹⁾은 고용주가 전체 직원이나 노조에 상황을 설명한 후 구체적인 감원 방안을 제시해야 한다고 규정하고 있다. 감원 방안에는 구체적으로 해고 근로자 명단, 시간과 절차, 경제적 보상 방법 등 세 가지 내용이 포함되어야 한다. 가능한 한 빨리 해고 근로자 명단을 발표하는 것은 장점과 단점이 모두 있지만 전반적으로 장점이 단점보다 크다는 점에 유의해야 한다. 근로자의 알 권리를 보장한다는 장점이 있다. 단점은 해고되지 않은 근로자를 고용주 한 쪽으로 집합하고 해고 근로자의 권익을 무시하며, 심지어 뒤이어의 절차에서도 해고자와 적대감을 형성하여 해고자의 입장에서 권리를 행사할 수 없다는 점이다. 그러나 경제 감원의 전반적인 추진에 대한 장점은 단점보다 크다. 경제감원 방안이 통과된 뒤 해고 근로자의 명단을 다시 확정하면 새로운 문제가 생길 수 있다.²²⁾

(3) 협의 절차

‘기업경제감원규정’ 제 4 조 제 3 항²³⁾은 전체 근로자나 노조가 감원 방안에 대해 의견을 제시할 수 있고, 고용주는 의견에 따라 감원 방안을 수정하고 보완할 수 있다고 규정하고 있다. 이 절차는 전체 근로자나 노조에게 건의할 권리를 부여하고 근로자의 합법적 권익을 강력하게 보장했다. 건의할 권리는 결정권과 같지 않다는 점에 유의해야 한

19) 《企业经济性裁减人员规定》第4条第1项：“用人单位确需裁减人员，应按下列程序进行：（一）提前三十日向工会或者全体职工说明情况，并提供有关生产经营状况的资料。”

20) 刘权，“我国经济性裁员法律适用问题研究”[D]，深圳大学，2017年5月，P6.

21) 《企业经济性裁减人员规定》第4条第2项：“用人单位确需裁减人员，应按下列程序进行：（二）提出裁减人员方案，内容包括：被裁减人员名单，裁减时间及实施步骤，符合法律、法规规定和集体合同约定的被裁减人员经济补偿办法。”

22) 刘权，“我国经济性裁员法律适用问题研究”[D]，深圳大学，2017年5月，P6.

23) 《企业经济性裁减人员规定》第4条第3项：“用人单位确需裁减人员，应按下列程序进行：（三）将裁减人员方案征求工会或者全体职工的意见，并对方案进行修改和完善。”

다. 고용주는 건의에 대해 반드시 전부 받아들여야 하는 것은 아니며, 실제 상황에 따라 선택적으로 받아들여 감원 방안을 수정하고 보완할 수 있다.²⁴⁾

(4) 보고 절차

‘기업경제감원규정’ 제4조 제4항²⁵⁾은 고용주가 협의 결과를 반드시 현지 노동행정부에 보고하고 노동행 정부는 고용주에게 의견을 제시할 수 있고, 고용주는 의견을 들어야 한다고 규정하고 있다. 이것은 경제 감원의 마지막 절차이자 행정 관리의 절차이다. 노동행 정부는 건의를 할 권리가 있고, 고용주는 건의에 대해 반드시 들어야 한다는 점에 유의해야 한다. 그러나 노동행 정부의 건의권은 여전히 결정권이 아니라 전체 근로자나 노조 건의권보다 효력이 높은 건의권일 뿐이다.²⁶⁾

다. 제한 요건

(1) 인원 제한

중화인민공화국 근로계약법 제41조 제1항²⁷⁾은 경제감원 인원수가 20명 이상이거나 20명 미만이지만 고용주 근로자 총수의 10%를 초과하면 경제감원이라고 규정하고 있다. 경제감원 인원수가 20명 이하이거나 20명 미만이지만 고용주 근로자 총수의 10%를 초과하지 않는 경우는 일반 해고에 속하며 경제감원에 속하지 않는다. 경영상 이유에 의한 해고 제도는 고용주의 대규모 일회성 해고를 겨냥한 것으로 근로자의 개인적 권익뿐 아니라 사회적 이익도 고려해야 하기 때문에 해고자 수가 부족해 경제감원 제도를 적용하지 않는다.²⁸⁾

(2) 우선 유보 제한

중화인민공화국 근로계약법 제 41 조 제 2 항 ²⁹⁾은 경제 감원 시 우선이 필요한 인원을 규정하고 있다. 이 근로자들은 세 가지 부류이다. 첫 번째 부류는 고용주와 긴 기간 근로계약을 체결한 근로자이다. 두 번째 부류는 고용주와 고정기한이 없는 근로계약을 체결한 근로자이다. 세 번째 부류는 가족 중 취업자가 한 명밖에 없고, 가족 중 노인과

24) 刘权, “我国经济性裁员法律适用问题研究” [D], 深圳大学, 2017年5月, P6.

25) 《企业经济性裁减人员规定》第4条第4项: “用人单位确需裁减人员, 应按下列程序进行: (四) 向当地劳动行政部门报告裁减人员方案以及工会或者全体职工的意见, 并听取劳动行政部门的意见。”

26) 刘权, “我国经济性裁员法律适用问题研究” [D], 深圳大学, 2017年5月, P6-7.

27) 《中华人民共和国劳动合同法》41条第1行: “经济性裁员, 有下列情形之一的, 需要裁减人员二十人以上或者裁减不足二十人但占企业职工总数百分之十以上的。”

28) 刘权, “我国经济性裁员法律适用问题研究” [D], 深圳大学, 2017年5月, P7.

29) 《中华人民共和国劳动合同法》41条第2部分: “裁减人员时, 应当优先留用下列人员: (一) 与本单位订立较长期限的固定期限劳动合同的; (二) 与本单位订立无固定期限劳动合同的; (三) 家庭无其他就业人员, 有需要扶养的老人或者未成年人的。”

어린이가 있는 근로자다. 제 1 부류와 제 2 부류 우선 유용은 이들 근로자와 고용주가 더 많은 기대이익을 가지고 있기 때문이다. 세 번째 부류의 우선 유용은 이 근로자들의 가정 부담이 무겁고 인도주의적 고려에 처해 있어 유용해야 하기 때문에 노동법이 사회법의 구현이기도 하다.³⁰⁾

(3) 정리 해고 금지

‘기업경제감원 규정’ 제5조³¹⁾는 경제감원 시 감축할 수 없는 인원을 규정하고 있다. 이 근로자들은 세 가지 부류이다. 첫 번째는 산재나 직업병을 앓고 있는 근로자다. 이 근로자들은 노동능력을 상실하거나 일부 노동능력을 상실했다. 이 근로자들을 감축할 수 없는 것은 그들이 노동능력을 상실한 것은 고용주를 위해 일할 때 생긴 것이다. 고용주들은 이 근로자들을 마음대로 해고해서는 안 된다. 두 번째 부류는 의료 기간 내에 있는 근로자이다. 이 근로자들이 병에 걸리거나 부상을 입는 것은 고용주와는 관계가 없다. 하지만 이들은 치료를 받고 있어 의료비용이 많이 들기 때문에 감축할 수 없다. 세 번째 부류는 임신 기간, 아이를 낳은 지 1년 이내인 여성 근로자다. 여성과 어린이는 사회적 약자 집단이므로 특별한 보호가 필요하다. 중국의 가족계획 정책 관점에서도 이 근로자들에 대한 특별한 보호가 필요하기 때문에 감축할 수 없다.³²⁾

(4) 우선 채용 제도

‘기업경제감원규정’ 제7조³³⁾는 고용주가 경제감원일로부터 6개월 이내에 채용수요가 있는 경우 경제감원으로 해고된 근로자 중 우선 채용해야 한다고 규정하고 있다. 그리고 이 상황을 현지 노동 행정부에 상세히 보고해야 한다. 고용주가 경제 감원을 하는 것은 심각한 위기에 직면해 있기 때문이다. 고용주가 새로운 채용 활동을 시작한다는 것은 심각한 위기가 이미 지나갔다는 것을 의미한다. 경제감원 중인 근로자는 잘못이 없었다. 다만 당시 고용주가 위기에 직면했기 때문에 위기가 풀리면 근로자는 원래 직장으로 돌아갈 가능성이 있다. 그리고 이들 근로자들은 고용주와 노동관계를 형성해 원래의 일자리에 대해 더 잘 알고, 일에 더 빠르게 적응할 수 있다.³⁴⁾

30) 刘权, “我国经济性裁员法律适用问题研究” [D], 深圳大学, 2017年5月, P7.

31) 《企业经济性裁减人员规定》第5条: “用人单位不得裁减下列人员: (一)患职业病或者因工负伤并被确认丧失或者部分丧失劳动能力的; (二)患病或者负伤, 在规定的医疗期内的; (三)女职工在孕期、产期、哺乳期内的; (四)法律、行政法规规定的其他情形。”

32) 刘权, “我国经济性裁员法律适用问题研究” [D], 深圳大学, 2017年5月, P7.

33) 《企业经济性裁减人员规定》第7条: “用人单位从裁减人员之日起, 六个月内需要新招人员的, 必须优先从本单位裁减的人员中录用, 并向当地劳动行政部门报告录用人员的数量、时间、条件以及优先录用人员的情况。”

34) 刘权, “我国经济性裁员法律适用问题研究” [D], 深圳大学, 2017年5月, P7.

III. 경영상 이유에 의한 해고제도의 문제점

1. 감원 조건 문제

가. 감원인수 규정의 불합리성

경제감원은 일회성 대규모로 근로자를 해고하는 행위이기 때문에 감원 인원이 일정 수량에 도달해야 경제감원 제도를 적용할 수 있다.³⁵⁾ 중국 경제감원 제도는 감원 인원수에 대해 총 인수와 비율을 결합한 계산 방법을 채택했다. 총수에서 한 번에 20 명 이상 감원하여야 경제감원에 속한다. 비율상 감원 수는 20 명 미만이지만 감원 인원은 고용주 근로자 수의 10% 이상을 차지하며 경제감원에 속한다. 고용주의 규모를 충분히 고려하지 않았기 때문에 이런 감원 수의 규정에는 많은 불합리한 점이 있다. 초대형 고용주의 관점에서 볼 때 20 명 수는 매우 작은 규모다. 특히 일부 다국적 기업들은 한 번에 수천 명을 감원하였다. 예를 들어, 2020 년 10 월 미국 디즈니는 28,000명을 감원하겠다고 발표했고, 미국 쉘회사는 1년내에 7000-9000 명을 감원할 것이라고 발표했다.³⁶⁾ 이런 대규모 회사는 한 번에 20 명을 감원하면 아마도 일반적인 감원 행위일 것이며, 어떠한 경제감원 사유도 발생하지 않을 것이다. 이런 해고에 경제감원 제도를 적용하는 것은 경제감원 제도의 개념과 맞지 않고 고용주의 부담도 증가할 것이다. 소규모 고용주의 관점에서 볼 때, 감원 수가 근로자 수의 10% 이상을 차지하는 경우는 발생하기 쉽다. 예를 들어, 10 명 미만의 작은 고용주에서 근로자 1 명을 해고하면 10% 이상의 상황에 이른다. 이 근로자 1 명을 해고하는 것은 경제감원 사유가 있더라도 경제감원 제도의 입법 목적에 부합하지 않는다. 경제감원 제도의 입법 목적은 많은 근로자의 권익을 보호하기 위해서이지, 단일 근로자의 권익을 보호하는 것이 아니다.³⁷⁾

나. 감원 시간의 허점

중국의 왕전홍 교수는 경제감원은 일회성 대규모 근로자 해고라고 주장하지만.³⁸⁾ 중국의 현재 경제감원 제도는 일회성 해고인지 일정 기간 해고인지 명확하게 규정하지 않고 있다. 이렇게 되면 고용주가 법적 허점을 이용하고 근로자의 권익을 침해하기 쉽다. 고용주에게는 일반 해고보다 경제 감원의 부담이 크다. 고용주는 경제 감원제도로 인한 부담을 덜려고 많은 근로자를 일괄적으로 해고하지 않고 여러 번 반복하면 경제 감원의 목적을 달성할 수 있다. 예를 들어, 200명 근로자를 보유한 고용주가 34명을 해고하려면, 한 번에 34 명을 해고하면 경제감원, 경제감원 제도가 적용된다. 하지만 고용주가 일차 17 명을 해고한 것은 총 20 명을 넘지 않았고, 17 명이 총 200 명의 8.5% 를 차지했고, 10%

35) 苏号朋, “劳动合同法案例评析” [M], 对外经济贸易大学出版社, 2008年12月版, P247.

36) 搜狐编辑, “全美多家大公司宣布大规模裁员” [EB/OL].[https:// www.sohu.com/ a/ 422246142_99957493](https://www.sohu.com/a/422246142_99957493).

37) 李峰江, “经济性裁员法律制度研究” [D], 西南政法大学, 2016年3月, P8.

38) 王全兴, “劳动法(第三版)” [M], 法律出版社, 2008年版, P173.

를 넘지 않았다. 이때 경제감원에 속하지 않고 일반 해고에 속한다. 그런 다음 짧은 며칠 후 고용주는 다시 17 명을 해고했다. 총 수는 20 명을 넘지 않았고, 17 명은 총 183 명의 9.29% 를 차지했고, 10% 를 넘지 않았다. 이도 경제감원에 속하지 않고 일반 해고에 속한다. 이렇게 해고된 근로자 34 명 중 어느 누구도 경제감원 제도를 적용하지 않았고, 그 권익은 경제감원 제도에 따라 보장될 수 없었다.³⁹⁾

다. 감원 사유가 불분명

감원 사유는 경제 감원의 적용 상황이다. 중국 경제감원 제도는 4 가지 감원 사유를 규정하고 있다. 첫째, 기업파산법 규정에 따라 개편. 둘째, 생산 및 운영에 심각한 어려움. 셋째, 기업 생산변경, 중대 기술혁신 또는 경영방식 조정으로 근로계약을 변경한 후에도 인력 감축이 필요. 넷째, 근로계약이 체결될 때 근거로 한 객관적인 경제상황이 크게 바뀌어 근로계약을 이행할 수 없게 된 것이다. 이 네 가지 감원 사유 중 첫 번째는 '중화인민공화국 기업파산법'에 의해 상세히 규정되어 있어 운영성이 강하다. 다른 세 가지 모두 불분명한 점이 많다. 생산 경영에 심각한 어려움이 발생에 대해 통일된 판단 기준이 없다. "기업 경제감원 규정" 제 2 조⁴⁰⁾는 생산경영이 심각하게 어려운 기준은 각 지방정부가 규정하고 있다고 규정하고 있다. 이로 인해 지방정부가 사법에 개입하고 고용주의 자주경영에 개입할 수 있다. 기업 생산변경, 중대 기술혁신 또는 경영방식 조정의 구체적 인정 기준에 대해 현재 중국은 이에 대해 상세히 규정하지 않고 있다. 근로계약이 체결될 때 근거로 한 객관적인 경제 상황에 중대한 변화가 발생한다는 것은 "받침성" 조항으로서 그 함의가 더욱 모호하여 조작할 수 없다. 고용주의 합병이나 분립에 대해 경제감원 제도는 이를 감원 사유로 삼지 않았다. 사법실천에서 일부 고용주가 합병하거나 분립할 때 내부 구조조정, 경영 모델 전환 등 중대한 문제가 발생할 수 있으며, 근로자를 대량 해고할 수도 있다. 고용주를 합병하거나 분립을 경제감원 사유로 하면 근로자의 권익을 침해하기 쉽다.⁴¹⁾

2. 감원 절차 문제

가. 감축된 근로자의 알 권리는 보장할 수 없다

'기업경제감원 규정' 제4조 제1항⁴²⁾은 근로자가 경영상 이유에 의한 해고에 대한 알 권리를 규정하고 있다. 고용주는 30 일전 전체 근로자나 노조에 경제감원 상황을 설명해

39) 李峰江, "经济性裁员法律制度研究" [D], 西南政法大学, 2016年3月, P8.

40) 《企业经济性裁减人员规定》第 2条: "用人单位濒临破产, 被人民法院宣告进入法定整顿期间或生产经营发生严重困难, 达到当地政府规定的严重困难企业标准, 确需裁减人员的, 可以裁员。"

41) 丛钰玲, "经济性裁员制度研究" [D], 中国青年政治学院, 2012年6月, P10-11.

42) 《企业经济性裁减人员规定》第4条第1项: "用人单位确需裁减人员, 应按下列程序进行: (一)提前三十日向工会或者全体职工说明情况, 并提供有关生产经营状况的资料。"

야 한다. 이는 감원 근로자가 제때에 관련 상황을 알 수 없을 수도 있음을 의미한다. 고용주가 전체 근로자에게 상황을 설명하면, 감축된 근로자는 전체 근로자 중에서 반드시 제때에 관련 상황을 알게 될 것이다. 그러나, 사법실천에서 더 많은 고용주가 노조에 상황을 설명하기로 선택했다. 법령은 노조가 상황을 알게 된 후 감축된 근로자에게 통지해야 한다고 규정하지 않았다. 이렇게 하면 해고된 근로자는 관련 상황을 알 수 없다. 노조가 경제감원 상황을 알게 된 후에도 감원 근로자에게 통보한 것은 시간상 오래 지체될 수 있으며, 감원 근로자는 제때에 상황을 알 수 없다. 사실, 고용주의 모든 근로자 중에서 경제 감원 상황을 제때에 알아야 할 사람은 바로 감원 근로자이며, 그들은 미리 사상과 행동상의 준비를 해야 한다. 또 경제감원 제도는 상황을 설명하는 구체적인 내용을 규정하지 않고, 고용주가 생산 경영 상황을 제공해야 하는 자료를 간단히 규정하고 있어 상황을 설명하는 절차가 형식으로 흐르기 쉽다.⁴³⁾

나. 협상 제도 허점

‘기업 경제감원규정’ 제4조 제2, 3항⁴⁴⁾은 고용주와 근로자의 경제감원 협상 메커니즘을 규정하고 있다. 협상 메커니즘은 시간별로 4단계로 나뉜다. 1단계는 고용주가 감원 방안을 제정하고, 감원 방안에는 감원 근로자 명단, 감원 시간과 절차, 경제보상방법이 포함되어야 한다. 2단계는 고용주가 감원 방안을 전체 근로자나 노조에 발표하는 것이다. 3단계는 전체 근로자나 노조가 방안에 대해 의견을 제시한다. 네 번째 단계는 고용주에 의해 방안을 수정하고 보완한다. 허점은 3단계와 4단계에 있다. 근로자나 노조는 의견을 제시할 수 있지만, 법률법규는 고용주가 의견을 반드시 채택해야 한다고 규정하지 않았다. 고용주가 의견을 받아들이지 않으면 근로자나 노조의 이에 상응하는 조치가 없다. 고용주는 결국 경제감원 방안을 수정하고 보완하는 것은 전적으로 자기 결정이며, 반드시 근로자나 노조의 의견을 반영하는 것은 아니다. 이렇게 하면 경제감원 협상 메커니즘이 고용주 한쪽이 단독으로 제정하고 수정하게 되고, 근로자나 노조가 참여하는 효과가 크지 않다.⁴⁵⁾

다. 노동 행정부의 감독 허점

‘기업 경제감원 규정’ 제 4 조 제 4 항⁴⁶⁾은 노동 행정부의 감독 절차를 규정하고 있다. 감독 절차는 시간에 따라 두 단계로 나뉜다. 1 단계는 고용주가 감원 방안과 근로자 또는 노조의 의견을 현지 노동행정부에 보고하는 것이다. 2 단계는 노동행정부에서 의견

43) 丛钰玲, “经济性裁员制度研究” [D], 中国青年政治学院, 2012年6月, P12.

44) 《企业经济性裁减人员规定》第4条第2项: “用人单位确需裁减人员, 应按下列程序进行: (二)提出裁减人员方案, 内容包括:被裁减人员名单, 裁减时间及实施步骤, 符合法律、法规规定和集体合同约定的被裁减人员经济补偿办法。(三)将裁减人员方案征求工会或者全体职工的意见, 并对方案进行修改和完善。”

45) 丛钰玲, “经济性裁员制度研究” [D], 中国青年政治学院, 2012年6月, P13.

46) 《企业经济性裁减人员规定》第4条第4项: “用人单位确需裁减人员, 应按下列程序进行: (四)向当地劳动行政部门报告裁减人员方案以及工会或者全体职工的意见, 并听取劳动行政部门的意见。”

을 제시하고, 고용주는 이러한 의견을 채납한다. 중국 학자 충 옥령 여사는 1 단계에 두 가지 허점이 있다고 주장하는데, 하나는 감원 방안의 구체적인 내용을 명확하게 보고하지 않는다. 두 번째는 명확한 보고시간이 없다.⁴⁷⁾ 본 문은 1 단계에 뚜렷한 허점이 없다고 생각한다. 충옥령 여사가 감원 방안의 구체적인 내용을 명확하게 보고하지 않았다고 주장하는 문제에 대해 '기업경제감원 규정' 제 4 조 2 항⁴⁸⁾은 감원 방안을 보고하는 내용을 분명히 했다. 충옥령 여사가 보고 시간이 없다고 주장하는 문제에 대해서는 보고 시간을 설정할 필요가 없다고 생각한다. 고용주가 경제감원을 하는 전제는 반드시 보고 절차를 거쳐야 하기 때문에 보고 절차를 거치지 않으면 경제감원은 진행할 수 없기 때문이다. 따라서 보고 시간을 설정하여 고용주에게 절차를 이행할 것을 촉구할 필요가 없고, 고용주는 가능한 한 빨리 경제감원을 완성하기 위해 적극적으로 절차를 이행할 것이며, 적어도 시간적으로는 자발적으로 지체하지 않을 것이다. 노동 행정부의 감독 허점은 주로 2 단계에 집중되어 있다. 이 단계에서 노동 행정부는 고용주의 보고를 '청취' 할 수 있는 권력밖에 없다. '듣기'는 수동적인 어휘이다. 즉 노동행정부가 자발적으로 이의를 제기할 권리가 없다는 것을 의미한다. 노동 행정부가 고용주의 어떤 방안이나 어떤 절차로 근로자의 권익을 침해하는 현상이 있다고 판단한다면, 노동 행정부도 의문을 제기할 수 없고, 고용주의 잘못을 바로잡을 수도 없다. 이렇게 노동 행정부의 감독이 '서류 접수'로 바뀌어 경제 감원 중 근로자의 권익을 실질적으로 보장할 수 없다.⁴⁹⁾

3. 우선조항의 문제

가. 우선 유용 문제

(1) 우선 유용 규정이 명확하지 않다

중국 경제감원 제도는 세 가지 우선 유용 근로자를 명확하게 규정하고 있다. 각각 고용주와 장시간 근로계약을 체결한 근로자, 고용주와 고정기한이 없는 근로계약을 체결한 근로자, 가족 중 취업자가 단 한 명이고 가족 중 노인과 어린이가 있는 근로자. 첫 번째 부류의 우선 유용에 대해 '긴 기한'은 얼마나 긴가? 중국어 중의 비교어는 모두 상대적이다. "긴 시간"과 "짧은 시간"은 상대적인 단어이며 절대적인 "긴 시간"과 "짧은 시간"은 없다. 근로계약 수습기간에 비해 3 년간의 근로계약 기간은 '긴 기간'이라 할 수 있다. 상대적으로 고정기한이 없는 근로계약, 3 년간의 근로계약 기간은 '짧은 기간'이라 할 수 있다. 따라서 "긴 기간" 규정은 실제에서 작동하기 어렵다. 세 번째 부류의 우선 유용 상황, 어떻게 상황을 규명하는지, 어떻게 증명하는지, 법률 규범에는 명확한 규정이

47) 丛钰玲, “经济性裁员制度研究” [D], 中国青年政治学院, 2012年6月, P13.

48) 《企业经济性裁减人员规定》第4条第2项: “用人单位确需裁减人员, 应按下列程序进行: (二)提出裁减人员方案, 内容包括:被裁减人员名单, 裁减时间及实施步骤, 符合法律、法规规定和集体合同约定的被裁减人员经济补偿办法。”

49) 丛钰玲, “经济性裁员制度研究” [D], 中国青年政治学院, 2012年6月, P13.

없다. 또한, 만약 세 가지 부류의 우선 유용 근로자가 동시에 존재한다면, 그들 사이에 우선 순위가 있는지, 우선 순위가 없다면, 유용 인원이 제한된 상황에서 어떻게 유용할 것인지, 법률 규범은 명확하게 규정되어 있지 않다.⁵⁰⁾

(2) 우선 유용의 효과가 좋지 않다

우선유용 조항의 입법 목적은 특수 근로자를 배려하고 돌보는 것이지, 고용주에 대한 그들의 중요성을 고려하는 것이 아니다. 근로자가 고용주에게 중요하다면, 우선 이용 조항을 쓸 필요가 없고, 고용주도 이러한 중요한 근로자를 감축하지 않을 것이다. 왜냐하면 그들은 고용주에게 더 큰 이익을 가져다 주거나 더 큰 손실을 피할 수 있기 때문이다. 따라서 우선 유용한 근로자는 고용주와 사회를 감사하게 대해야 한다. 그러나 사법실천에서 일부 우선 유용 근로자들은 고용주와 사회에 감사하지 않을 뿐만 아니라, 고용주의 경제감원은 생산경영이 좋지 않다는 것을 의미하고, 기업의 발전은 희망이 없고, 계속 고용주에서 일할 때 언제든지 해고될 위험이 있기 때문에 은밀히 새로운 고용주를 찾기 시작했다. 일부 우선 유용된 근로자들은 감원 명단이 고용주 각급 지도자의 주관적인 취향에 의해 결정된다고 생각하기 때문에 남은 인원은 더 이상 일에 집중하지 않고 각급 지도자와의 인간관계 개선에 주력하고 있다. 이렇게 하면 우선 유용 제도가 좋은 효과를 발휘하지 못하게 된다. 또한 우선 유용된 근로자의 근무 태도가 매우 나쁘고 업무 능력이 매우 낮다면, 고용주의 미래 발전에 대한 부담이기도 하다.⁵¹⁾

나. 우선 채용 문제

‘기업 경제감원 규정’ 제 7 조⁵²⁾는 감축된 근로자를 우선적으로 채용하는 제도를 규정하고 있다. 중화인민공화국 근로계약법 제 41 조 제 3 항⁵³⁾은 ‘동등한 조건’의 우선 채용 제도를 규정하고 있다. 즉 경제감원 6 개월 이내에 고용주가 근로자를 재채용하고, 감원 근로자가 다른 근로자와 ‘동등한 조건’을 갖는다면 우선적으로 채용해야 한다. ‘동등한 조건’의 규정은 분명하지 않다. 사법실천에서, 고용주가 감축된 근로자를 채용하고 싶지 않다면, 그들과 감원된 근로자들이 ‘동등한 조건’에 처하지 않고 탈락할 수 있도록 그들의 열세를 찾으려고 노력할 것이다. 감축된 근로자의 열세를 찾을 때, 고용주는 나이, 직장 경험 등 여러 방면에서 찾을 수 있고, 심지어 업무와 무관한 열세를 찾아 감축된 근로자를 탈락시킬 수도 있다. 게다가, 우선 채용 제도는 후속 통지 절차가 부족하다. 고용기관은 사회에 채용 공고를 발표했고, 감축된 근로자가 제때에 채용 공고를 보지 못하면 지원 기회를 놓치게 되어 우선 채용의 가능성은 더 이상 나타나지 않는다.⁵⁴⁾

50) 李峰江, “经济性裁员法律制度研究” [D], 西南政法大学, 2016年3月, P13-14.

51) 董保华: , “十大热点事件透视劳动合同法”, 法律出版社, 2007 年版, P412.

52) 《企业经济性裁减人员规定》第7条: “用人单位从裁减人员之日起, 六个月内需要新招人员的, 必须优先从本单位裁减的人员中录用, 并向当地劳动行政部门报告录用人员的数量、时间、条件以及优先录用人员的情况。”

53) 《中华人民共和国劳动合同法》第41条第3部分(款): “用人单位依照本条第一款规定裁减人员, 在六个月内重新招用人员的, 应当通知被裁减的人员, 并在同等条件下优先招用被裁减的人员。”

IV. 경영상 이유에 의한 해고제도의 개선방안

1. 경영상 이유에 의한 해고 조건 규정 개선

(1) 고용주 규모에 따라 감원 인원과 비율 규정

고용주의 감원이 얼마나 되는지, 즉 경영상 이유에 의한 해고를 구성하는데 본 문은 고용주 규모에 따라 감원 인원과 비율을 규정해야 한다고 본다. 본 문은 본 장 2 절에서 '소규모고용주 단독 경제보상금 기준 제정'을 논술할 때 소규모고용주의 최저기준에 대해 논의했기 때문에 업종별 구분이 없다. 그러나 여기서 경영상 이유에 의한 해고의 기업 규모를 논의할 때는 업종에 따라 다양한 규모의 기준을 결정해야 한다. 본 문은 업종을 농업 (재배, 임업, 목업, 어업 포함), 공업, 상업, 건설업, 정보기술업, 기타 서비스업 등 6 가지 범주로 나누었다. 먼저 고용주의 조건 '기준' 을 결정한 후 각 업종은 '기준'을 참고하여 일정 비율의 결정한다. 소규모 고용주 '기준' 은 두 가지 조건을 동시에 충족시켜야 한다. 고용근로자 수는 5명 이하이고 월평균 이윤은 5만 원이하이다. 일반 규모 고용주 '기준' 은 고용근로자 수는 5명 이상 50명 이하이고, 월 평균 이익은 5만 원 이상 50만 원 이하이다. 일반 대규모 고용주 '기준' 은 근로자 50명 이상 100명 이하이고 월평균 이윤은 50만 원 이상 100만 원 이하이다. 대규모 고용주 '기준' 은 근로자 100명 이상 300명 이하이고 월평균 이윤은 100만 원 이상 300만 원 이하이다. 초대형 고용주 '기준' 은 고용근로자 수는 300명 이상이고 월평균 이윤은 300만 원 이상이다. ("위" 의 숫자에는 본수가 포함되고 "아래" 의 숫자에는 본수가 포함되지 않는다.) 고용주 조건 '기준' 을 결정한 후 일정 비율에 따라 각 업종의 구체적인 규모를 결정한다. 농업 (재배, 임업, 목업, 어업 포함) 은 '기준' 의 1배, 공업은 '기준'의 5배를 참조, 상업은 '기준'의 3배, 건설업은 '기준' 의 6 배, 정보기술업계는 '기준'의 2배를 참조한다. 다른 서비스업은 '기준'의 1배를 참조한다. 본 문은 소규모 고용주가 경제 감원 제도에 적용되지 않는다고 본다. 다른 규모의 감원 기준은 일반 규모의 고용주경우 한 번에 10명 이상 감원 또는 감원 인원이 인력 단위 근로자 수의 20% 이상을 차지하는 것이다. 일반 대규모 고용주는 한 번에 15명 이상 감원 또는 감원 인원이 고용주 근로자 수의 15% 이상; 대규모 고용주의 경우 한 번에 30명 이상 감원 또는 감원 인원이 고용주 근로자 수의 10% 이상, 초대형 고용주 경우 한 번에 60명 이상 감원 또는 감원 인원이 인력 단위 근로자 수의 5% 이상을 차지한다. 본 문의 이런 건의는 중국 국가통계청이 공포한 '통계상 '대중소미'형 기업 구분 방법 (2017년의 기준을 참고한 것이다.⁵⁵⁾

(2) 감원 시간제한 규정

54) 李峰江, “经济性裁员法律制度研究” [D], 西南政法大学, 2016年3月, P14.

55) 国家统计局, “2017年统计上大中小微型企业划分办法的通知” [EB/OL],

<https://www.233.com/tjs/hangye/tonggao/201801/03101204047.html>.

법이 감원 시간에 제한이 없다면, 고용주가 대량으로 근로자를 해고할 수 있는 것도 중국 경제감원 제도의 큰 허점이다. 이 허점에 대해 중국 푸젠성 인적자원과 사회보장청(원노동청)은 2008년 12월 12일 '푸젠성 기업 경제감축인원 시행방법'을 반포했다. 이 규정 제4조⁵⁶⁾는 경제감원 시간을 1년 이내로 제한한다고 규정하고 있다. 지방성 문건은 적용 지역이 제한되어 근본적으로 문제를 해결할 수 없다. 본 문은 마땅히 전국적인 법률 문건의 방식으로 감원의 시간제한을 규정해야 한다고 건의한다. 동시에 본 문은 푸젠성이 경영상 이유에 의한 해고의 시간을 1년 이내로 제한해 시간이 너무 길다고 본다. 중국학자 원해균은 국제적으로 보편적인 기준이 60일이므로 중국의 경영상 이유에 의한 해고의 시간제한도 60일로 설정해야 한다고 한다.⁵⁷⁾ 본 문은 원해균 학자의 관점에 동의하지 않는다. 우선, '국제적으로 보편적인 기준은 60일'이라는 결론은 틀렸다. 미국 '근로자 조정 및 재교육통보법' (The Worker Adjustment and Retraining Notification Act) § 2101(a) (2) ⁵⁸⁾은 경영상 이유에 의한 해고의 시간제한이 30일이라고 규정하고 있다. 독일의 '해고 보호법' (Kündigungsschutzgesetz) § 17 (1) 1-3⁵⁹⁾은 경제 감원의 시간제한을 규정하고 있다. 경제 감원은 '일정 기간 동안' '대량'으로 근로자를 해고하는 것이다. 일정 기간 동안은 30 일 이내이다. 이에 따라 원해균 학자는 "중국의 경영상 이유에 의한 해고의 시간 제한이 60 일로 설정되어야 한다"는 건의는 불합리하다. 본 문은 미국과 독일의 경영상 이유에 의한 해고 제도를 참고해 중국의 경제감원 시간제한을 30일로 설정하는 것이 더 합리적이라고 본다. 30일은 중국 임금제도와 경제보상제도의 관련 시간과 일치하기 때문이다. 또 근로자가 경영상 이유에 의한 해고 통지를 받은 시간을 기점으로 삼아야 한다.⁶⁰⁾

(3) 경영상 이유에 의한 해고 사유 확정

중국 경영상 이유에 의한 해고 제도의 네 가지 감원 사유 중 '기업파산법 규정에 따라 재판'의 '중화인민공화국 기업파산법'이 명확하게 규정한 것 외에 세 가지 사유는 모두

56) 《福建省企业经济性裁减人员实施办法》第4条“用人单位一年内累计裁减人员二十人以上或者裁减不足二十人但占企业职工总数百分之十以上的，应照本实施办法第三条规定程序执行。”

57) 袁海钧, “论经济性裁员的法律规制”[D], 西南政法大学, 2012年3月, P25.

58) 《The Worker Adjustment and Retraining Notification Act》§2101. Definitions:exclusions from definition of loss of employment, (a) Definitions, As used in this chapter— (2) the term "plant closing" means the permanent ortemporary shutdown of a single site of employment, or one or more facilities operating units within a single site of employment, if the shutdown results in an employment loss at the single site of employment during any 30-day periodfor 50 or more employees excluding any part-time employees.

59) 《Kündigungsschutzgesetz》§17.1-3. 1. in Betrieben mit in der Regel mehr als 20und weniger als 60 Arbeitnehmern mehr als 5 Arbeitnehmer, 2. in Betrieben mitin der Regel mindestens 60 und weniger als 500 Arbeitnehmern 10 vom Hundert derim Betrieb regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmer oder aber mehr als 25Arbeitnehmer, 3. in Betrieben mit in der Regel mindestens 500 Arbeitnehmernmindestens 30 Arbeitnehmer innerhalb von 30 Kalendertagen entläßt. DenEntlassungen stehen andere Beendigungen des Arbeitsverhältnisses gleich, dievom Arbeitgeber veranlaßt werden.

60) 陈婷, “我国企业裁员法律实施的困境及出路”[D], 兰州大学, 2017年4月, P16.

입법 방식을 통해 명확히 해야 한다. 첫째, '생산경영에 심각한 어려움이 발생했다'는 구체적인 내용을 명확히 한다. 중국 천진시 인적자원과 사회보장국 (원노동국)은 2001년 8월 1일 '천진시 기업 경제감축인원 잠행 규정'을 반포했다. 이 규정 제 6 조⁶¹⁾는 '생산경영에 심각한 어려움이 발생한다'는데 대한 인정은 고용주 적자 상황, 근로자 실업 상태, 체불 임금 상황을 참고해야 한다고 규정하고 있다. 본 문은 '생산경영에 심각한 어려움이 발생했다'는데 대한 인정은 근로자의 실업 상황을 참고해서는 안 된다고 본다. 이것은 인과 관계의 전도이다. 경영이 어려워 저야 근로자를 해고한다. 근로자 해고가 경영난을 야기한 것이 아니다. "생산 경영에 심각한 어려움이 발생했다"는데 해한 인정은 임금 체불 상황을 참조해서는 안 된다. 고용주가 임금을 체납하는 것은 반드시 경영난으로 인한 것이 아니라, '악의적으로 임금을 체납하는 것'일 수도 있다. 따라서 본 문은 고용주가 3년 동안 적자를 지속하고 상황이 계속 악화되면 '생산경영에 심각한 어려움이 발생했다'고 판단할 수 있다고 본다. 둘째, '기업 생산 전이, 중대 기술혁신 또는 경영 방식 조정'의 구체적인 내용을 명확히 한다. 본 문은 '기업 생산 전이'가 주요 제품이나 서비스 유형의 변화로 명확하게 정의되어야 한다고 본다. "중대 기술 혁신"은 정부의 지적재산권 관리 부서에서 인정해야 한다. "경영 방식 조정"은 주요 생산이나 서비스 방식의 변화로 명확히 해야 한다. 셋째, '근로계약이 체결될 때 근거로 한 기타 객관적인 경제 상황이 크게 달라졌다'와 관련이 있다. 이 조항을 합법적인 해고에서 '관적인 상황이 크게 달라졌다'와 연계 시킨다. 본 장의 1절에서 이에 대해 자세한 설명이 있어 더 이상 반복되지 않는다. 경제감원 사유를 명확하게 정의해야만 기업이 어떤 상황에서 경제감원을 할 수 있는지 판단하고 법률 무기를 활용해 기업의 경제감원 위반을 규제하는 데 도움이 된다.⁶²⁾

2. 경영상 이유에 의한 해고 절차 개선

(1) 감축근로자의 알 권리를 명확히 규정

고용주가 경영상 이유에 의한 해고 상황을 노조에 통보한다고 해서 감원 근로자가 제때에 관련 정보를 얻을 수 있는 것은 아니다. 노조는 근로자의 이익을 보호하는 조직이며 입법자는 노조의 알 권리를 규정하고 노조를 통해 모든 근로자의 알 권리를 실현하기 위한 것이다. 그러나 해고된 근로자는 경제감원 사건에서 가장 큰 피해를 입은 근로자이며, 그들이야말로 알 권리가 가장 필요한 집단이다. 이에 따라 본 문은 입법 방식을 통해 감축된 근로자의 알 권리를 명확히 규정할 것을 건의한다. 고용주의 통보 절차는 두 가지 방법으로 설정되어야 한다. 첫째, 경제감원 상황을 해고 30 일 전 노조와 감축된 근로

61) 《天津市企业经济性裁减人员暂行规定》（有效）第 6 条“生产经营状况发生严重困难确需裁减人员，应当同时具备下列条件：（一）生产经营实际亏损连续三年（财政决算年度）以上，亏损额逐年增加，且生产经营状况无明显好转；（二）连续两年开工率不足 60%，有 50%以上职工下岗待工；（三）连续六个月以上在岗职工工资不能按照本市规定的最低工资标准支付。”

62) 丛钰玲, “经济性裁员制度研究”[D], 中国青年政治学院, 2012年6月, P15.

자들에게 통보한다. 해고된 근로자는 이때 노조와 동등한 알 권리가 있다. 둘째, 경제감원 상황을 해고 30 일 전 노조와 전체 근로자에게 알리고 감원 근로자에 대한 특별 공지를 제공한다. 전체 근로자 중 감축된 근로자를 포함해 전체 근로자에게 통보하면 감축된 근로자의 알 권리가 실현되었다고 볼 수 있다. 그러나 사법실천에서 고용주는 전체 근로자를 대상으로 통보할 때 감축된 근로자의 주의를 끌기 쉽지 않아 감축된 근로자들이 일부 정보를 간과하게 하기 쉽다. 이에 따라 고용주는 전체 근로자에게 통보 절차를 이행하더라도 감축 근로자들에게 특별히 지시해 알 권리를 확실하게 보장해야 한다. 또 고용주가 통보할 구체적인 내용도 명확히 규정해 감축된 근로자가 기업을 떠난 후 노동시장에 진출할 수 있도록 준비해야 한다.⁶³⁾

(2) 효과적인 협상 체제 설치

효과적인 협상 체제는 근로자의 권익을 보호하는 중요한 수단이자 고용주의 발전을 촉진하는 중요한 방법이다. 중국학자 왕준은 협상 횟수(시간)가 협상 체제의 중요한 구성요소라고 주장한다.⁶⁴⁾ 본 문은 경영상 이유에 의한 해고의 협상 체제에서 협상 횟수(시간)를 설정할 의미가 없다고 본다. 고용주는 협상 절차를 빨리 완료하고 경영상 이유에 의한 해고의 방안을 조속히 시행하여 협상 시간을 일부러 미루지 않는다. 만일 고용주가 협상 횟수(시간)를 줄이려면 노조와 근로자는 이의를 통해 협상 시간을 연장할 수 있다. 따라서 협상 횟수(시간)를 규정할 필요가 없다. 본 문은 효과적인 협상 체제를 설정하는 것은 협상 기관, 협상 내용, 협상 결과 등 세 가지 측면에서 시작해야 한다고 본다. 첫째, 협상 기관. 협상기구에는 고용주, 노조, 근로자 삼방으로 구성되어야 한다. 본 문은 협상기구의 인원수는 고용주의 고용근로자 수를 참고하여 결정해야 한다고 건의한다. 인원수가 확정된 기초 위에서 고용주 대표, 노조 대표, 근로자 대표는 각각 1/3을 차지하고 근로자 대표 중에는 감축된 근로자 대표가 있어야 한다. 감축된 근로자 대표가 근로자 대표의 (N-1)(N은 근로자 대표 수) 정원을 차지한다. 근로자 대표 수가 1명에 불과하다면 근로자 감원 대표일 수밖에 없다. 특히 협상 기관 중 감축된 근로자 대표는 협상 절차를 통해 자신을 감축되지 않은 인원으로 만들 수 없다는 점에 유의해야 한다. 고용주가 협상기구 중 감축된 근로자 대표를 감축되지 않은 인원으로 바꾸고자 한다면 그 근로자 대표 자격은 즉시 종료되며 감축된 근로자 중에서 새로운 대표를 다시 선출해야 한다. 고용주가 감축된 근로자 대표를 '매수'하고 다른 감축된 근로자의 권익을 침해하는 것을 막기 위해서다. 둘째, 내용 협상. 협상 내용에는 경제감원의 사유, 방안, 감원 명단이 포함되어야 한다. 협상은 감축된 인원을 최소화하는 것을 목적으로 해야 한다. 셋째, 협상 결과. 합의에 이르면 경제 감원 방안을 실시할 수 있다. 협상이 합의에 이르지 못하고 근로자는 노동행정부에 중재를 신청할 권리가 있으며 중재가 실패하면 근로자는 노동 중재위원회나 인민법원에 도움을 청할 권리가 있다.⁶⁵⁾

63) 郑爱青, “法国劳动合同法概要” [M], 光明日报出版社, 2010年5月版, P149.

64) 王俊, “经济性裁员制度研究” [D], 中南大学, 2011年11月, P32.

65) 张晓蕾, “论经济性裁员” [D], 广东外语外贸大学, 2017年5月, P16.

(3) 노동 행정부문의 감독 기능 강화

경제감원 중 노동행정부부가 감독 기능을 충분히 발휘하는 것은 근로자의 권익, 특히 감축된 근로자의 권익 보장을 위한 든든한 뒷받침이다. 본 문은 노동 행정부문의 감독 기능을 강화하는 것은 전 감독, 사중 감독, 사후감독의 세 가지 단계가 있다고 본다. 첫째, 사전 감독. 경제 감원이 실시되기 전에 노동 행정부부는 고용주의 감원 사유, 감원 방안, 감원 명단을 감독한다. 이 과정에서 노동 행정부부는 주로 '듣기'의 역할이다. 둘째, 사중의 감독. 경제 감원의 협상 과정에서 노동 행정부부는 '경청하'는 권력뿐만 아니라 '의견을 발표할' 권한도 가지고 있다. 셋째, 사후 감독. 협상이 결실이 없는 상황에서 노동 행정부부는 '조정' 할 수 있는 권한을 가지고 있다. 고용주의 명백한 위법 행위에 대하여 노동 행정부부는 시정을 요구할 권리가 있다. 노동 행정부부는 각 단계에서 감독 기능을 수행하면서 노조와 협상기구를 더욱 효과적으로 동원하여 협상과 분쟁 해결을 조직하는 역할을 발휘하여 우리 노조나 직공 대표 조직의 발전 부족을 보완할 수 있다.⁶⁶⁾

3. 우선 조항 개선

(1) 우선 유보 조항 개선

우선 유용 조항을 보완하는 것은 감원 기준과 유용 효과 두 방면에서 진행해야 한다. 첫째, 감원 기준을 분명히 한다. 본 문은 체계적인 감원 기준 체계를 세워야 한다고 본다. 현재 법률에 규정된 세 가지 우선 유용 조건 (고용주와 긴 기간 근로계약을 체결한 근로자, 고용주와 고정기간 근로계약을 체결하지 않은 근로자, 가족 중 취업자가 한 명뿐이고 가족 중 노인과 어린이가 있는 근로자)을 기본 요소로 일정한 비율에 따라 명확한 공식을 적용해 계산결과 우선 유용 명단을 확정한다. 본 문은 다음과 같은 계산 공식을 설정하였다. 고용주와 오랜 기간 근로계약을 맺은 근로자를 A, A 를 상수 2 로 설정하였다. A 의 근무 연수를 n (년), n 은 1-10 의 정수, 5 개월 이하는 0, 5 개월 이상은 1 로 (사사오입) 설정한다. 고용주와 고정기한이 없는 근로계약을 체결한 근로자를 B 로 설정하고 B를 상수 2.5로 설정한다. B 의 근무 연수를 m (년), m은 1-10 의 정수, 5 개월 이하는 0, 5 개월 이상은 1 로 설정한다. “가족 중 취업자가 한 명뿐이고 가족 중 노인과 어린이가 있는 근로자“를 C, C를 상수 3 으로 설정한다. C의 노인과 어린이 수를 x (사람), x 를 1-10 의 정수로 설정한다. 공식 결과를 q로 설정한다. 공식은 $Q=A*N+B*M+C*X$ 이다. 고용주의 모든 근로자를 공식에 따라 계산하면 점수가 높은 근로자가 우선적으로 유용하게 된다. 둘째, 우선 유용의 실효성을 강화한다. 직업도덕을 위반한 근로자의 경우 한 표 부결로 직업윤리 수준이 낮은 근로자가 $Q=A*N+B*M+C*X$ 공식을 통해 우선 유용권을 획득하여 우선유용효과를 방해하는 것을 피한다. 이렇게 하면 고용주 권리, 근로자

66) 李敏, “经济性裁员法律制度问题与解决模式研究” [D], 上海交通大学, 2016年5月, P26.

권익, 사회 안정의 최대한의 균형을 이룰 수 있다.⁶⁷⁾

(2) 우선 채용 조항 개선

“근로자에게 우선 채용권을 부여하면 감원 작업의 순조로운 진행을 어느 정도 촉진할 수 있을 뿐만 아니라, 기업이 고용자주권을 남용하는 것을 적절히 막을 수 있으며 더욱 중요한 것은 근로자원의 활용을 효과적으로 촉진할 수 있다.”⁶⁸⁾ 본 문은 우선 채용 조항을 보완하는 것은 ‘동등한 조건’과 통지 절차부터 시작해야 한다고 본다. 첫째, “동등한 조건”의 내용을 명확히 한다. ‘동등한 조건’은 업무와 관련된 문제로 제한되며 차별적인 사항을 배제한다. 고용주는 연령, 성별, 호적으로 ‘동등한 조건’을 부정하여 근로자 감축 목적을 달성해서는 안된다. 둘째, 고용주는 경제감원 후 6개월 이내에 근로자를 재채용해야 할 때 감원 근로자에게 채용 통지를 보내 지원 기회를 줘야 한다. 고용주는 전화 문자 메일 등을 사용하여 감축된 근로자들에게 채용 통지를 확인하도록 통지해야 한다. 또 정부가 인센티브 정책 수립을 고려해 고용주가 우선 채용의 의무를 이행하도록 장려할 수 있다.⁶⁹⁾

V. 결론

경영상 이유에 의한 해고⁷⁰⁾란 근로자에게 귀책사유가 없는데도 사용자의 경영상 필요에 의하여 단행되는 것⁷¹⁾으로서 근로자에게 책임이 있는 사유로 인한 통상해고나 징계해고와는 그 성격이 다르고, 통상 대량의 근로자를 대상으로 광범위하게 행하여지는 특징을 갖고 있다. 나아가 해고된 다수 근로자의 재교육, 재취업 등과 관련하여 국가의 고용정책에도 부담이 될 수 있다.

경영상 이유에 의한 해고를 둘러싼 노사갈등은 해당 사업장만의 문제가 아니라 지역경제 나아가 국가경제에도 지대한 악영향을 미치고 있다. 또한 사회안전망의 사각지대가 존재하는 우리나라의 현실에서 해고는 근로자 개인만의 문제가 아니라 가정의 파탄을 초래

67) 孟凡依, “经济性裁员纠纷司法处置分析——以近三年京津冀地区为样本” [D], 天津商业大学, 2020年6月, P23.

68) 冯彦君, “论劳动者录用优先权”, 吉林大学社会科学学报, 2000年第6期, P74-75.

69) 冯飘飘, “论经济性裁员制度的不足及补正” [D], 中国矿业大学, 2018年5月, P43.

70) 근로기준법 제24조에서 규정하고 있는 해고 유형에 대해서 관례의 입장을 따르면 ‘경영상해고’라는 용어가 친숙하고, 법조문 표제를 따르면 ‘경영해고’ 또는 ‘경영상 해고’가 될 것이다. 논자에 따라서는 ‘긴박한 경영상에 의한 해고’, ‘구조조정 해고’ 등으로 부르는 경우도 있으나 구조조정은 해고를 포함하는 보다 넓은 개념이므로 경영해고에 갈음하여 쓰는 것도 부적절하다고 생각한다. 그리고 ‘정리해고’라는 용어는 일본에서 사용하는 용어를 그대로 가져와 쓴 것이며, ‘정리’라는 용어가 ‘문제가 되거나 불필요한 것을 줄이거나 없애서 깔끔하게 바로 잡는다’는 의미로써 어감상 부적절한 측면이 있음에도 불구하고 아직은 관용적으로 가장 많이 쓰이고 있는 상황이다. 따라서 본 글에서는 법조문 표제에 따라 ‘경영상해고’로 표현하도록 하겠다.

71) 대법원 2012.6.28. 선고 2010다38007 판결 참조.

하여 사회적으로도 많은 문제점을 야기하고 있다.

자본주의 사회에서 경기변동에 따라 사용자로서도 어쩔 수 없이 경영상 이유에 의한 해고를 단행할 필요성이 있고, 기업 자체의 생존이 보장되어야 근로자들의 일자리도 보장될 수 있다는 점을 인정함과 동시에, 근로자로서도 자신의 아무런 귀책사유 없이 해고라는 치명적 불이익을 감수해야만 할 정도로 엄격한 정당성 요건을 통과해야만 법적 정당성이 부여될 수 있는 것이므로, 경영상 이유에 의한 해고 관련 법령을 해석할 때에는 이와 같은 경영상해고의 법적성격을 항상 염두에 두어야 한다.

경영상 이유에 의한 해고는 근로자의 귀책사유가 아닌 기업의 필요에 의하여 실시되는 것이고, 특히 다수의 근로자가 동시에 직장을 상실하게 된다는 점 때문에 사회적 문제로까지 확대되는 경우가 빈번하다. 따라서 경영상 이유에 의한 해고는 그 요건이나 절차가 보다 엄격하게 규정되어야 할 것이나, 현행 근기법 제24조는 해석상 모호한 부분이 많아 대부분 법원의 판례에 의존하고 있어 산업 현장에서 근로자를 보호하기 위한 장치로서의 기능은 미흡한 실정이다.

사용자의 경영권과 근로자의 근로3권 등과 관련된 헌법 차원의 논의로부터 제도 운영에 대한 해석론, 국가고용정책 차원의 논의에 이르기까지 매우 다양하게 이루어지고 있다. 경영상 이유에 의한 해고를 통해 기업이 무엇을 얻고 어떤 방향으로 체제를 재정리해 나갈 것인가에 대한 목적과 방향설정이 필요하다.

이러한 경영상 이유에 의한 해고는 기업과 근로자뿐만 아니라 사회에 부담과 충격을 초래할 수 있기에 기업이 구조조정을 단행할 경우에는 근로자의 양적 감축에 중점을 두기 보다는 기업경영에 악영향을 주고 있는 악순환의 고리를 단절시키는 것이 주목적이 되어야 한다. 즉, 제도의 취지에 맞고 이해관계인의 이익침해가 최소화될 수 있어야 하며, 더불어 협력적 극복방안에 의해 위기를 극복할 수 있도록 운영되어야 한다.

결국 경영상 이유에 의한 해고제도 운용 관련 각 단계별 노사 및 이해관계인의 이익침해 최소화, 협력적 극복방안에 대한 검토가 필요하다. 대량해고를 실시하는 사업장에 대해서는 행정적인 지원방안을 마련하여 대량해고로 발생하는 사회·경제적 문제에 대비하려는 태도를 취하여야 한다. 또한 경영상 이유에 의한 해고 관련 각 요건과 절차, 방법을 단체협약 등에 정하여 예측 가능성 보장 및 이견을 사전에 방지하여야 한다. 그리고 노사민정이 지역공동체의 일원으로서 상호 협력적 위기극복 방안 마련을 위한 노력 역시 중요하다고 생각한다.

초고령화시대에서의 고령자 고용 유지·촉진을 위한 고용정책에 관한 연구

전 운영 박사(원광대학교 리걸클리닉센터)

< 목 차 >

- I. 서론
- II. 우리나라 고령화의 현황과 고령자 고용정책의 현황
 - 1. 우리나라 고령화의 현황
 - 2. 우리나라 고령자 고용정책의 현황
 - 3. 현행 고령자 고용 관련 제도의 문제점과 한계
- III. 독일과 일본의 고령자 고용정책
 - 1. 독일의 고령자 고용정책
 - 2. 일본의 고령자 고용정책
- IV. 고령자 고용정책 개선방안
 - 1. 중고령자의 노동시장 이탈 최소화 및 계속고용 저해요인 제거
 - 2. 정년연장에 따른 부작용 최소화
 - 3. 청년고용과의 충돌 방지
- V. 결론

I. 서론

의료·과학기술의 발전에 따른 기대수명 연장 등의 이유로 나타난 고령화 현상은 오늘날 대부분의 국가에서 겪고 있는 사회현상 중 하나이다.

2019년 UN에서 발간한 ‘World Population Prospects: The 2019 Revision’ 보고서¹⁾에 따르면 2019년 인구 9만 명 이상 지역은 2019~2050년 65세 이상 인구 비율이 증가할 것으로 전망하면서, 2019년에는 65세 이상의 노인인구가 약 9% 수준이지만, 점차 세계 노인 비율은 증가하여 2030년에는 12%, 2050년에는 16%에 이를 것으로 전망하였다.

하지만 우리나라의 고령화가 심각한 사회문제로 대두되는 이유는 세계 유례없이 빠른 속도로 고령화가 진행되고 있다는 것이다. 2000년에 고령화사회(노인인구 7%)로 진입하고, 2017년 고령사회(14%)로 진입했으며 약 5년 후인 2026년 초고령사회(20%)로 진입할 것으로 예상된다. 영국의 경우에는 고령사회로의 진입에 46년, 프랑스는 115년이 소요되

1) UN, World Population Prospects: The 2019 Revision(Highlights), 2019, 16~18면.

었고, 고령화 문제가 가장 심각하다는 일본도 고령사회로의 도달에 24년이 소요되었으나 우리나라는 그것보다 빠른 17년 만에 고령사회에 도달하였다. 더욱이 노인빈곤율(2014년 48.8%)은 OECD 회원국(평균 12.4%) 중 가장 높은 것으로 났다.²⁾

1990년대 초부터 고령자의 고용을 촉진하기 위한 개별 법률을 제정하고, 관련 지원 정책을 추진함으로써 고령화의 문제에 대응해 왔지만, 별다른 해결방안을 찾지 못하였고 단순히 고령화 문제를 정년 의무제나 고령자 고용을 촉진하는 제도만으로 대응하기에는 한계가 있다는 것이다.

나라마다 고령이라는 용어에 대한 정의가 약간의 차이가 있다. 우리나라의 경우 고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률(이하 ‘고령자고용법’이라 한다) 및 고령자고용법 시행령에 따르면 고령자는 55세 이상인 사람, 준고령자는 50세 이상 55세 미만인 사람으로 정의하고 있으며³⁾, UN에서는 총인구 중에서 65세 이상의 인구를 말한다. 본 논문에서는 일할 의사와 능력이 있음에도 불구하고 노동시장에서의 보호가 필요한 55~64세의 연령층을 고령자로서 고찰⁴⁾하고자 한다.

II. 우리나라 고령화의 현황과 고령자 고용정책의 현황

1. 우리나라 고령화의 현황

(1) 우리나라 고령화의 의미 및 현황

인구의 고령화는 전체인구에서 노인의 인구비율이 증가하는 현상을 말한다.⁵⁾ 우리나라의 경우 지난 2000년 65세 이상 인구 비율이 7%를 넘어 고령화 사회⁶⁾에 들어섰으며, 2018년에는 65세 이상 인구 비율이 14.3%를 차지하면서 고령 사회에 진입하였다. 현 추세라면 4년 후인 2025년에는 65세 이상 인구 비율이 20.3%로 초고령사회에 진입할 것으로 예상되고 있다.⁷⁾

고령화 현상과 관련하여 노령화지수와 노년부양비에 대해서도 알아보아야 한다. 우선 노령화지수란 유소년층 인구(0~14세) 100명에 대한 노년(고령)층 인구(65세 이상)의 비율로서 인구의 노령화 정도를 나타내는 지표로 활용되는데 우리나라의 경우 고령화 사회에

2) 관계부처합동, 55+ 현역시대를 위한 장년 고용정책-제3차 고령자 고용촉진 기본계획, 2017, 7면.

3) 고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률 시행령 제2조.

4) 다른 나라와의 정책 비교 및 검토시에는 고령자의 범위가 달라질 수 있다.

5) 저출산·고령사회기본법 제3조 제1호.

6) UN은 65세 이상의 인구가 4% 미만인 사회를 ‘연소인구 사회’, 4%에서 7% 미만의 사회를 ‘성숙인구 사회’, 7%를 넘는 사회를 ‘고령화 사회(Ageing Society)’, 14%를 넘는 사회를 ‘고령사회(Aged Society)’, 20%를 넘는 사회를 ‘초고령사회(Super-Aged Society)’라고 분류한다.

7) 국가통계포털(KOSIS), ‘장래인구추계 : 주요 연령계층별 추계인구’ 참고.

진입한 2000년에는 34.3, 고령사회에 진입한 2018년에는 111.9, 초고령사회에 진입할 것으로 예상되는 2025년에는 189.7로 꾸준히 상승하는 추세에 있다. 이렇게 노령화 지수가 높아진다는 것은 장래에 생산 연령에 유입되는 인구에 비해 부양해야 할 노년(고령)인구가 상대적으로 많아진다는 것을 의미한다. 또한 노년부양비란 생산가능인구(15~64세) 100명이 부양해야 할 65세 이상의 인구의 수를 의미하는 것으로 2000년의 경우 10.1, 2018년의 경우 19.6, 2025년 29.3으로 역시 노령화지수와 마찬가지로 지속적인 증가 추세에 있다. 이러한 노년부양비의 증가는 고령화 인구에 대한 생산가능인구의 경제적 부담이 점차 증가한다는 것을 보여주고 있다.⁸⁾

국가에 따라 다소 차이는 있지만 고령화는 현재 전 세계적으로 진행되고 있는 공통적인 사회현상이다. 이미 다수의 선진국들이 고령사회나 초고령사회로 접어든 상태로 우리나라의 고령화 추이 자체는 우려할 수준은 아니다. 하지만 고령화 진행 속도가 세계에서 가장 빠르게 진행되고 있어 그 부정적인 영향이 증폭될 것으로 우려되고 있다.

(2) 고령화의 원인과 문제점

인구의 고령화 원인에는 다양한 원인들이 존재하지만 가장 큰 원인은 저출산과 기대수명⁹⁾의 연장으로 인하여 발생한다. 우리나라 고령화 속도가 빠르게 진행되는 이유 중의 하나는 저출산 현상과 결합되었다는 것이다. 저출산 현상은 합계출산율¹⁰⁾로 확인할 수 있는데, 우리나라의 합계출산율(Total fertility rate)은 1983년 2.06명으로 인구대체출산율(2.1명)¹¹⁾ 이하로 떨어진 이후 2005년 저출산 문제의 심각성을 인식한 정부의 노력에 반등하는 듯 하였으나, 2018년에는 합계출산율이 1명 선도 무너져 0.98명을 기록하였고 2020년에는 0.84명¹²⁾으로 합계출산율은 역대 최저치를 기록할 것으로 예상되었다.

또한 영양개선으로 영아사망률이 감소하고, 의학의 발달과 건강에 대한 관심의 증대로 기대수명이 지속적으로 연장되어 왔다.¹³⁾ 또한 보건정책 및 의료보험제도 발달, 보건의료 분야의 기술발전, 전반적인 소득 증대 등이 기대수명을 연장시키는 주요 요인으로 설명될 수 있다.

이러한 고령화 현상으로 인한 가장 큰 문제점은 노인인구의 증가로 인한 생산가능인구(15~64세)의 감소와 사회보장비용의 증가, 노인빈곤문제를 들 수 있다. 우선, 생산가능인구는 2018년 37,645천명을 최고로 지속적으로 감소하고 있으며, 특히 2030년대 후반에는 생산가능인구가 30,000천명 선이 무너지고, 2060년대에 들어서에는 20,000천명 선마저 위태로울 전망이다. 이러한 상황 속에서도 관심 있게 살펴보아야 하는 것은 50~64세 중고령

8) 전운영, “저출산·고령화 문제에 관한 사회법적 해결방안”, 원광대 박사학위논문, 2018, 7면.

9) 기대수명이란 0세의 출생자가 향후 생존할 것으로 기대되는 평균 생존연수임. 평균수명 또는 0세의 기대여명이라고도 한다(통계청, ‘생명표’ 참고).

10) 가입기(15~49세) 여성 1명이 낳을 것으로 기대되는 출생아의 수를 말한다.

11) 인구를 현상 유지하는데 필요한 출산율 수준을 말하는 것으로 선진국의 경우 대체로 2.1명이 이에 해당된다.

12) 통계청, 2020 한국의 사회지표, 2021, 88면.

13) 최숙희·강우란·전효찬·강성원·박재룡, 「한일고령화의 영향과 파급효과」, 삼성경제연구소, 2007, 7면.

자의 비율이다. 2005년부터 꾸준히 증가하여 전체 생산가능인구의 20% 이상을 차지할 것으로 예상되지만, 그에 반하여 경제활동을 활발히 하는 시기의 25~49세의 비율은 지속적으로 감소하다 2056년에는 50~64세의 중고령자 비율과 25~49세의 핵심생산층의 비율이 각각 21.4%로 같아질 것으로 예측되고 있다.¹⁴⁾ 이러한 생산가능인구의 감소는 국민경제와 노동시장 인력수급의 차질, 나아가 국가 경제성장률을 둔화시킬 수 있는 요인이 된다.¹⁵⁾

또한 노동인구의 감소로 인해 사회적 부담증가에 따른 국가재정부담이 심화된다는 문제가 발생한다. 노동인구가 감소하는 경우, 조세를 납부할 대상인구의 감소로 세금 납부액이 줄어들면서 국가 경쟁력이 약화되며, 노인인구 증가에 따라 기초연금제도나 건강보험상의 의료비 지출이 증가함에 따라 국가의 재정지출이 증가할 것으로 예상된다.¹⁶⁾

또 다른 문제로는 은퇴 이후 소득감소로 인한 노인의 빈곤 문제가 발생한다는 것이다. OECD에서 2017년에 발표한 「Preventing Ageing Unequally」에 따르면 우리나라의 66~75세 노인의 상대적 빈곤율은 42.7%, 76세 이상의 노인의 상대적 빈곤율은 60.2%에 달하는 것으로 나타났다. 특히 우리나라의 노인빈곤율이 가장 높은 국가로 비교 대상 38개국 회원국 중에 1위로 나타났다.¹⁷⁾

2. 우리나라 고령자 고용정책의 현황

정부는 단기적으로는 중장년들이 기존의 노동시장에 오래 남아있을 수 있도록 유도하는 다양한 프로그램들을 마련하고 있으며, 장기적으로 고령 근로자와 일자리의 질을 높이고, 사전준비를 통해 은퇴에 연착륙할 수 있도록 안정성을 높이는 다양한 정책들을 제공하고 있다. 다양한 정책들 중 이하에서는 연령차별금지제도, 고령자 고용보조금 제도, 정년 60세 의무화 제도에 관하여 기술하도록 한다.

(1) 연령차별금지제도

고령자 고용의 유지 및 촉진을 위하여 필수적인 전제조건은 연령으로 인하여 차별받지 않는 노동시장 환경을 구축하는 것으로 일반적으로 연령차별이라 함은 고령자 또는 일정한 연령 이상의 자라는 이유로 고용에서 불이익하게 대우하는 것을 말한다.

우리나라는 헌법 제11조 제1항¹⁸⁾, 근로기준법 제6조¹⁹⁾ 등에서 차별을 하지 못하도록

14) 통계청, ‘주요 연령계층별 추계인구’ 참고.

15) 최홍기, “초고령사회를 대비한 고령자 고용의 쟁점과 과제”, 「노동법논총」 제50집, 한국비교노동법학회, 2020, 39면.

16) 전윤영, 앞의 논문, 32면.

17) OECD, 「Preventing Ageing Unequally」, 2017 29면.

18) 헌법 제11조 ① 모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.

19) 근로기준법 제6조(균등한 처우) 사용자는 근로자에 대하여 남녀의 성(性)을 이유로 차별적 대우를 하지 못하고, 국적·신앙 또는 사회적 신분을 이유로 근로조건에 대한 차별적 처우를 하지 못한다.

규정하고 있으나 연령차별은 명시적 금지의 대상으로 정하고 있지 않아 현행법상으로는 고령자의 연령차별금지에 대한 법적 규제가 미흡하다는 문제가 나타나 2008년 고령자고용법 개정을 통해 직접적인 규율방안을 강구하게 되었다. 고령자고용법의 개정을 통하여 능력과 무관하게 단지 연령을 기준으로한 차별적 관행을 해소함으로써 고령자 등의 고용을 촉진하고, 기업에게는 나이가 아닌 능력에 기초한 합리적인 인사관리 및 기업문화를 형성하게 되는 계기가 되며, 나아가 국가 전체적으로는 인적 자원의 다양한 활용을 통한 활력있는 초고령사회의 실현에 기여할 것으로 기대되고 있다.

(2) 고령자 고용보조금 제도

고령자 고용보조금 제도는 정부의 고령자 고용정책 중에서 고령자 고용유지와 촉진을 위한 적극적인 지원책의 하나로 고령자의 고용을 연장하거나 재고용하는 사업주에게 부담을 덜어주기 위한 경제적 지원책이다. 현재 고용보험법 고용안정사업에서 시행되고 있으며, 대표적으로 고령자 고용연장 지원금과 임금피크제 지원금 등이 있다.

1) 고령자 고용연장 지원금

고령자 고용연장 지원금²⁰⁾은 정년을 폐지하거나, 기존에 정한 정년을 60세 이상으로 1년 이상 연장한 300인 미만 사업장에 대해서 정년 폐지와 정년연장기간이 1년 이상 3년 미만인 경우에는 1년, 정년연장기간이 3년 이상인 경우 2년의 기간 동안 월 30만원씩을 지원하는 정년연장지원금²¹⁾과 정년을 55세 이상으로 정한 사업장의 사업주에게 고용되어 18개월 이상을 계속 근무한 후 정년에 이른 자를 퇴직시키지 아니하거나 정년퇴직 후 3개월 이내에 재고용한 300인 미만의 사업장의 사업주에게 재고용기간이 1년 이상 3년 미만인 경우 6개월, 재고용기간이 3년 이상인 경우 1년 동안 재고용된 근로자 1명당 월 30만원씩을 지원하는 정년퇴직자재고용지원금²²⁾이 있다. 그리고 정년을 정하지 아니한 사업장에서 매 분기 그 사업의 월평균 근로자 수에 대한 매월 말일 현재 계속하여 1년 이상 고용된 만 60세 이상 월평균 근로자 수의 비율이 업종별로 고용노동부장관이 정하여 고시하는 지원기준율(1~23%)²³⁾ 이상 고용한 사업주에 대해서는 지원기준율 초과 인원 1명당 분기별로 30만원을 지원하는 60세 이상 고령자 고용지원금²⁴⁾으로 구분할 수 있다.

2) 임금피크제 지원금

우리나라에서 고령층 고용친화적 임금제도의 대표적인 것이 임금피크제였다. 임금피크

20) 고용보험법 시행령 제25조 참고.

21) 고용보험법 시행령 제25조 제1항 2호.

22) 고용보험법 시행령 제25조 제1항 3호.

23) 고용노동부고시 제2020-125호 참고.

24) 고용보험법 시행령 제25조의2.

제는 2003년 7월 신용보증기금에서 노사가 상생할 수 있는 방안으로 처음 도입된 것으로 기업에서 사용자의 고용을 연장(정년연장 또는 재고용)하면서 연령 등을 기준으로 임금을 감액하는 제도이다.

임금피크제 지원금²⁵⁾은 사업주가 근로자대표의 동의를 받아 정년을 60세 이상으로 연장하거나 정년을 56세 이상 60세 미만으로 연장하면서 55세 이후부터 일정나이, 근속시점 또는 임금액을 기준으로 임금을 줄이는 제도를 시행하는 경우, 정년을 55세 이상으로 정한 사업주가 정년에 이른 사람을 재고용(재고용기간이 1년 미만인 경우는 제외)하면서 정년퇴직 이후부터 임금을 줄이는 경우에는 근로자에게 지원금을 지원하고 사업주가 임금피크제를 시행하거나 재고용하면서 주당 소정근로시간을 15시간 이상 30시간 이하로 단축하는 경우에는 사업주에게도 지원금을 지급하도록 되어있다. 피크임금의 소정 비율 금액과 당해연도 임금과의 차액으로 지원하되, 연 1,080만원 한도로 임금과 지원금의 합이 연 7,250만원을 초과하지 않은 범위 안에서 지급하도록 되었다.

또한 임금피크제 지원금의 취지는 우리나라 기업의 임금체계의 경우 일반적으로 연공급²⁶⁾이어서 고령자의 경우 노동생산성에 비해 임금수준이 높아 구조조정의 필요성이 있을 때 조기퇴직 등이 고용불안 요인으로 작용하여 2006년부터 임금피크제 보전수당을 도입하였고, 2011년 임금피크제 지원금으로 명칭 변경되었다. 이 제도는 정년연장 또는 정년 후 재고용 등 고용보장에 따른 임금이 기준금액률 이상 삭감된 근로자에 대하여 피크임금의 소정 비율 금액과 삭감된 임금의 차액을 지원함으로써 고령자의 고용연장 및 기업의 임금부담을 완화하기 위한 사업이다.²⁷⁾

(3) 정년 60세 의무화 제도

우리나라의 인구 및 노동력 고령화가 급속하게 진행되고 있을 뿐만 아니라, 인구 구조 역시 급격한 변화를 경험하고 있으며 이런 변화에 대응하기 위해 이루어진 가장 대표적인 고용 관련 정책은 2013년 5월 고령자고용법 개정을 통한 ‘정년 60세 이상 의무제’의 시행이다.

1991년 (구)고령자고용촉진법이 제정될 당시에는 ‘사업주가 근로자의 정년을 정하는 경우에는 그 정년이 60세 이상이 되도록 노력하여야 한다²⁸⁾’고 규정하여 정년에 관한 사항을 권고조항으로 두어 실효성의 의문이 있었다. 그러나 2013년 고령자고용법 개정을 통하여 ‘사업주는 근로자의 정년을 60세 이상으로 정하여야 하며, 사업주가 근로자의 정년을 60세 미만으로 정한 경우에는 정년을 60세로 정한 것으로 본다²⁹⁾’라고 권고조항이었던 것을 의무조항으로 바꾸었다.

25) 고용보험법 시행령 제28조.

26) 연공급(seniority based pay) 또는 임금의 연공성이란 담당하는 직무, 역할이나 개인의 역량, 숙련은 동일 또는 유사함에도 불구하고 오직 근속, 연령의 증가에 따라서 임금이 상승하는 경우를 말하는 것으로 대표적으로 일본의 연령급이나 한국의 호봉제가 대표적이다.

27) 고용노동부, 「고용보험백서」, 2020. 10, 139면.

28) 고령자고용촉진법 [법률 제4487호, 1991. 12. 31, 제정] 제19조.

29) 고령자고용법 제19조 제1항 및 제2항.

3. 현행 고령자 고용 관련 제도의 문제점과 한계

(1) 연령차별금지의 실효성

위에서 살펴본 바 1991년에 제정된 (구)고령자고용촉진법에서는 고용상 연령차별에 대한 규정을 두지 않아 학계로부터 많은 비판을 받아 2008년 개정을 통해 법령을 ‘고용상 연령차별금지 및 고령자 고용촉진에 관한 법률’로 바꾸고, 동시에 연령차별금지 규정을 신설하였다.

하지만 동법에서 사업주의 연령차별 행위에 대한 피해 고령자는 제1차적으로는 국가인권위원회의 권고로, 보충적으로는 노동위원회의 시정명령을 피해를 구제받는 구조로 되어 있어 여전히 실효성에 의문이 생긴다. 국가인권위원회는 권고기관으로서 연령 등 차별행위가 발생하였을 경우 이를 시정·권고만 내릴 수 있으며, 이것은 강력하게 금지되어야 할 연령차별행위를 구제하는 데에 있어서 분명한 한계가 존재한다는 것이다. 아울러 국가인권위원회와 고용노동부를 거쳐야 함에 따라 절차상의 번거로움 뿐 아니라 구제까지에도 많은 시간이 걸린다는 문제가 발생한다.³⁰⁾

(2) 정년 60세 의무화 제도의 부정적 효과

정년 60세 연장과 관련한 가장 큰 문제점은 현재의 연공급 임금체계를 개선하지 못한 상태로 도입이 되었다는 것이다. 임금피크제 등 임금조정에 대한 규율을 명확히 전제하지 않거나, 강제하지 않은 채 도입됨으로써, 노동시장 내지 산업현장 내에서 노사갈등을 부추기고 있다. 즉, 임금조정 없이도 정년을 사실상 연장할 수 있음에 따라 노동계는 임금조정을 수용하지 않는 측면이 나타나고, 기업의 입장에서도 기업 내 인력구조 체계를 변경하는 부분에 있어 부담을 지는 등의 어려움을 겪고 있다.³¹⁾

아울러 정년 60세 의무화가 대기업과 공공기관 등의 근로자에게 사실상 혜택을 부여하고, 정년제도가 사실상 유명무실한 중소기업 근로자나 정책적 배려가 필요한 비정규직 근로자에게는 실효성을 담보하지 못한 채 의도하지 않은 노동시장의 양극화를 더욱 부추기는 부작용이 생길 수 있다.³²⁾

(3) 청년고용과의 대체

고령자 고용이 청년고용과 충돌 내지 긴장관계를 형성하는지에 대해서는 견해가 각각 엇갈리고 있지만, 적어도 공공부문의 경우에는 현재의 상황에 비추어볼 때, 양자 간의 긴장관계가 비교적 명확하게 드러나고 있다. 왜냐하면 총인건비 내지 총인원을 규제받고 있는 입장에서 고령자의 정년이 계속적으로 연장되는 경우 그만큼 신규채용은 줄어들 수

30) 최흥기, 앞의 논문, 53면.

31) 최흥기, 앞의 논문, 55-56면.

32) 남재량·김주섭·박우성, 고령시대에 적합한 새로운 고용시스템의 모색, 한국노동연구원, 2019, 37면.

밖에 없는 실정이기 때문이다. 이는 곧 기업조직의 고령화를 초래하고 그만큼 조직의 순환구조를 저해하는 결과를 초래하여 기업조직의 활력화 저하 내지 경쟁력의 저하로 이어질 가능성이 크다.³³⁾

Ⅲ. 독일과 일본의 고령자 고용정책

1. 독일의 고령자 고용정책

(1) 독일의 고령화 현황

독일은 유럽에서 이탈리아에 이어 두 번째로 전체 인구 중 65세 이상인 인구가 20%를 넘는 ‘초고령사회’에 진입했다. 독일의 고령화 현상은 평균수명 연장과 저출산 현상이 지속된 데 기인한다. 독일의 경우 평균 기대수명은 2010~2012년 기준 신생아의 경우 여자는 82.8세, 남자는 77.7세에 이르고, 보수적 추정에 따르면 2060년까지 남성은 7세, 여성은 6세의 추가적인 기대수명 연장이 있을 것으로 예상된다. 또한 정책적으로 가장 주목할 필요가 있는 변화는 베이비붐 세대가 퇴직 연령에 도달했다는 점이다. 2018년부터 2031년까지 1300만 명이 퇴직하게 되며, 이는 현재 생산인구의 37%에 해당하는 수치이다. 1950년 10%를 넘지 않았던 65세 이상 인구수는 2017년 21%를 넘었고 2030년에는 26%에 이를 것으로 전망된다. 반면 저출산 현상이 지속되면서 20세 미만 인구 비율은 같은 기간 지속적으로 감소하여 주된 생산연령에 속하는 20~65세 인구는 2017년 61%였으나 이후 계속 감소하여 2030년에는 55%에 불과할 것으로 예상된다. 이러한 생산연령인구의 감소는 사회 전체의 생산성 감소로 이어져 성장 동력을 약화시킬 수 있으며, 여러 사회 시스템의 재정적 지속가능성을 위협할 수 있다.

(2) 독일의 고령자 취업 및 일자리 관련 제도

유럽 최대 경제국인 독일에서 고령자 고용정책이 주목받게 된 것은 역사가 그리 길지 않다. 1980년대 산업사회에서 서비스사회로의 산업구조 전환기에 제한된 일자리로 인한 실업의 우려가 대두되었을 때, 독일은 ‘노동 없는 복지’로 대응한 대표적인 국가였다. 1980년대 중반까지도 실업률을 줄이기 위해 주당 근로시간을 줄이고, 고령 근로자는 조기퇴직으로 유도하는 제도적 장치가 작동하고 있었다. 1985년에도 58세 이상의 실업자에게는 실업급여수급의 전제인 구직 노력을 면제하는 규정을 도입하는 등 조기퇴직이 전반적인 정책 기조로 유지되었다.³⁴⁾ 2000년대 들어 실업률의 감소와 고용창출을 목표로 고

33) 최흥기, 앞의 논문, 59면.

34) 주보혜·임정미·노법래·신영규·임새아·정희선, 「국제기구와 주요 선형 국가의 고령화 대응 정책 분

령자에 대한 적극적 노동시장정책을 추진하였다. 독일연방정부는 다양한 정책을 통해 고령자들이 근로활동을 지속할 수 있도록 장려하고 있다. 이러한 내용들은 특히 ‘고용촉진법’ (사회법전 제3편, SGBⅢ)에 잘 나타나 있는데, 비기여급여 외에도 직업교육 및 훈련과 자격, 고용촉진 등 적극적 노동시장정책에 관한 내용들이 포함되어 있다. 고용촉진법은 임금보조금, 채용보조금 등의 서비스지원 방안과 1유로 일자리 등의 직업창출 방안으로 구분된다.³⁵⁾

1) Initiative 50plus

독일의 고용정책에서 역사상 가장 큰 변화를 가져온 것은 하르츠 개혁이다. 근로 능력에 따라 이원화된 실업자 대책을 골자로 하는 하르츠 개혁은 노동시장 현대화를 추구한다. 이는 근로 유인을 제공하고, 고용지원과 사회보장을 제공하는 한편 근로의무를 복지급여의 전제조건으로 제시한 독일식 ‘노동연계복지’의 상징적인 개혁이다. 고령자 고용 확대를 위해 하르츠보고서에서 언급된 정책 방향은 구체적 실현 방안을 갖추어 2006년 더 많은, 양질의 일자리 확보와 중고령자의 근로 능력 향상과 ‘근로하는 노년’이라는 주제를 공식적으로 알리고, 기업들의 사고 전환을 주도하는 것을 목표로 ‘Initiative 50Plus’가 제안되었다.³⁶⁾

Initiative 50plus 정책은 원래 2007년부터 2010년 말까지 운영될 계획이었으나 1년 더 연장되어 2011년 말까지 진행되었다. Initiative 50plus의 구체적인 내용을 살펴보면 다음과 같다.³⁷⁾

첫째, 임금보조금은 고령자들이 퇴직 후 노동시장에 재진입하여 새로운 일자리를 찾는 경우 기존의 주된 일자리에 비해 임금수준이 낮은 경우가 대부분이어서 고령자들이 퇴직 후 재취업을 꺼리게 되는 것을 고려하여 50세 이상의 실업급여 I 수급자가 실업 전 일자리보다 낮은 임금의 일자리에 취업할 경우 임금차액의 일부를 보조해 주는 제도이다. 즉, 실업급여 I에 따른 최소 120일간 실업급여 수급자격을 가진 고령실업자가 저임금 일자리에 취업할 경우 2년간 임금차액에 대한 보조금이 지급되는데, 1년차 때는 차액의 50%, 2년차 때는 30%를 연방고용청(Bundesagentur für Arbeit)에서 제공한다. 단, 임금보전을 위한 임금보조금 신청의 자격요건은 기존의 임금과 새로운 직장에서의 순임금 차액이 최소 50유로 이상이 되어야 한다. 또한 저임금으로 인한 연금액의 감소를 방지하기 위해 2년간 실업 전 총임금의 90%에 상당하는 소득의 연금보험료를 연방고용청에서 지원한다.

둘째, 채용보조금은 고용주에 대한 지원으로서, 사업주가 50세 이상의 고령자를 고용할 경우 보조금을 지급하는 제도이다. 독일은 이미 사회법전 제3편 제218조에 의해 장애 등 개인적인 이유로 직업알선이 어려운 근로자를 고용할 경우, 특히 고령자에 대해서는 임

석], 한국보건사회연구원, 2019, 136면.

35) 정인영, “독일의 고령자 고용촉진정책에 관한 연구: Initiative 50plus와 Perspective 50plus를 중심으로”, 『독일연구-역사·사회·문화(독일연구)』 제42호, 한국독일사학회, 2019, 238-239면.

36) 국제기구와 주요 선형 국가의 고령화 대응 정책 분석, 한국보건사회연구원, 139면.

37) 이하 내용은 특별한 언급이 없는 한 정인영(2019)의 내용을 바탕으로 작성하였다.

금의 50% 한도 내에서 36개월까지 지원하던 기존의 고용지원제도에서 Initiative 50plus는 그 범위를 확대하여, 6개월 동안 실업상태에 있는 자 또는 고용지원프로그램(예를 들면, 공공근로)에 참여한 자 등 편입수요(Integrationbedarf)가 있는 고령자를 고용하는 경우, 직업소개 시 장애가 없어도 지원대상이 되도록 하였다. 또한 지원 기간 및 금액의 하한선을 새롭게 마련하여 최소 1년에서 최대 3년간 임금의 최소 30%에서 최대 50%를 지원하도록 하고, 55세 이상 근로자의 경우는 최대 8년까지 지원받을 수 있도록 하였다. 대신 고용관계가 1년 이상 지속됨을 전제로 지원하여 사용자의 의무를 강화하였다. 동 규정은 2009년 12월까지 한시적으로 적용되었다.

셋째, 고령자에 대한 기간제 근로계약 요건의 완화는 기업의 고령자 고용을 촉진하기 위한 제도이다. 이를 위해 독일 기간제법 제14조를 개정하여 기간제 근로계약 체결 당시 52세에 달한 자로서 기간제 근로계약 체결 전 4개월 이상 미취업상태(beschäftigungslos)였고 전직단축근로수당(Transferkurzarbeitergeld)을 지급받았거나 공적인 고용촉진훈련(일자리창출 조치 등)에 참여한 경우 5년까지는 기간제 근로계약 체결이 허용되고, 총 5년의 기간 내에서는 횟수의 제한 없이 근로계약 갱신이 허용되도록 규정하였다.

2) Perspective 50plus(또는 Perspektive 50Plus)

Initiative 50plus의 일환으로 일명 Perspective 50plus(또는 Perspektive 50Plus)³⁸⁾ 라고 불리는 ‘고령자 지역 고용지원 프로그램’이 연방노동사회부(BMAS:Bundesministerium für Arbeit und Soziales)에 의해 시행되었다. 만 50~64세의 중고령 장기실업자의 고용 기회를 개선하고, 고령자가 노동시장에 재진입할 수 있도록 지원하는 것을 목표로 하는 이 프로그램은 기존 고령실업자 대책의 실패 요인을 분석하여 고안되었다. Perspective 50plus의 특징은 프로그램의 구성과 실행에 지역의 높은 자율성을 부여했다는 점이다. ‘지역 주도’로 최적화된 고용 패키지를 만드는 것을 원칙으로 하였고, 다양한 이해 관계자를 지역 정책 수립 단계에 참여시켜 이들의 의견을 적극적으로 반영하는 것을 주요 전략으로 제시했다. 특히 각 지역에서 필요에 따라 지속적으로 자체 고용방안을 만들도록 하고, 다른 지역과의 교류를 통해 혁신적 방법을 개발하도록 지원하였다.³⁹⁾

2005년에 시작된 Perspective 50plus는 2005~2007년(1단계)까지 50세 이상 중고령자의 고용기회 향상을 위한 지역 네트워크 구축을 하고, 기업과 직접 대화를 하였고, 2008~2010년(2단계)까지 개별적인 집중 지원을 통해 개선된 서비스를 지원하고, 실업자 19만 명 지원하였으며, 노인 장기 실업자 5만 6000명을 취업시키는 성과를 거두었다. 2011~2015년(3단계)까지 지원 대상 지역을 전 지역으로 확대하고, 전국적 프로그램 운영함으로써 전체 기초사회보장기관의 95% 이상이 프로그램에 참여하는 성과를 거두면서 2015년에 종료되었다.⁴⁰⁾

독일에서 증가하는 고령실업자에 대한 재취업 대책은 사회정책적 측면에서 중요한 과

38) 이하에서는 Perspective 50plus라는 명칭을 사용한다.

39) 주보혜·임정미·노법래·신영규·임새아·정희선, 앞의 책, 142면.

40) Perspektive 50plus Homepage(<http://www.perspektive50plus.de/>) 내용 참고.

제였으나, 많은 고령실업자들은 기존의 노동시장정책을 통해 노동시장에 재진입 하는데 성공하지 못하였다. 연방프로그램인 Perspective 50plus는 이에 대한 반성으로 고안된 것으로서 프로그램 실시 결과 Perspective 50plus는 고령의 장기실업자들이 노동시장에 재진입 하는데 있어 매우 중요한 역할을 수행하였고, 이러한 이유로 Perspective 50plus는 연방정부에서 운영했던 Initiative 50plus의 프로그램들 중 가장 성공적인 프로그램으로 평가받고 있다.⁴¹⁾

1. 일본의 고령자 고용정책

(1) 일본의 고령화 현황

일본은 평균수명, 고령자수, 고령화 속도의 세 가지 측면에서 세계 제일의 고령화 국가이다. 일본은 이미 초고령사회에 진입했으며, 고령자를 65~74세까지의 전기 고령자와 75세 이상의 후기 고령자로 세분화 할 정도로 고령자 정책에 대한 변화의 필요성이 대두되었다.⁴²⁾

일본의 고령화 사회와 관련하여 가장 심각한 사회·국가적 문제는 생산연령인구의 감소에 의한 경제력의 저하와 이로 인한 사회보장제도의 지속가능성의 유지와 국가채무의 증가이다. 급속한 고령화의 진전은 노동생산성의 획기적인 향상이 이루어지지 않는 한 경제력의 저하를 가져오고, 저축률을 하락시킴으로써 국내 투자자금의 감소로 인한 자본축적의 속도가 둔화하여 경제성장을 막는 요인이 될 것으로 보고 있다. 일본에 있어서의 재정 건전성의 악화 문제는 시급하게 해결해야 할 국가 과제 중의 하나이다.⁴³⁾

일본의 고령화율이 1970년에 7.1%(고령화사회), 1995년에 14.6%(고령사회), 2005년에 20.3%(초고령사회)를 기록하는 등 급속도로 고령화가 진행되었고, 2019년 기준 65세 이상 인구가 전체 인구의 28.4%를 차지하는 세계 최고의 초고령사회이다. 또한 일본의 베이비붐 세대(단카이세대)가 65세 이상이 되는 2015년의 고령화율은 26.6%였으며, 75세 이상이 되는 2025년에는 고령화율이 30%에 도달할 것으로 예상된다. 일본은 단카이세대가 75세 이상 후기노인이 되는 2025년(35)을 대비하여 각종 고령사회 대책들을 제시하고 있다. 한편 65세 이상 노인 인구는 계속 증가하여 단카이 세대가 75세가 되는 2025년에는 3677만 명에 달할 것으로 예상되며, 그 후에도 꾸준히 증가하여 2042년 3935만 명에 도달한 후 감소할 것이 예상된다.⁴⁴⁾

(2) 일본의 고령자 취업 및 일자리 관련 제도

41) 정인영, 앞의 논문, 242~243면.

42) 전윤영, 앞의 논문, 106면.

43) 송태민·이중순, “일본의 저출산·고령화 현황과 대책”, 「보건복지포럼」 통권 제169호, 한국보건사회연구원, 2010.11, 107면.

44) 国立社会保障人口問題研究所, 「日本の将来推計人口」, 2017 참고.

일본의 중·장년 취업 지원 정책은 2007년 단카이 세대(1947~1949년에 태어난 일본의 베이비붐 세대)의 대규모 은퇴에 따른 사회적 충격을 완화하기 위해 2000년대 초에 내놓은 고용 연장 정책으로 이와 관련된 법률로는 ‘고령자 고용안정 등에 관한 법률(高年齢者等の雇用の安定等に関する法律, 이하, 고령자고용안정법)’이 있다. 1994년 60세 정년을 의무화한 고령자고용안정법은 2000년에 65세까지 고용확보 조치 노력을 의무화하는 것으로 개정되었고, 2004년에는 65세까지의 고용 확보 조치가 단계적으로 의무화되었으며, 2012년에 희망하는 모든 노동자를 65세까지 계속 고용하도록 개정되었다. 사업주에게 정년 연장, 계속 고용 제도, 정년 규정 폐지 중 하나를 선택하도록 의무화하고 있다.⁴⁵⁾

고령자고용안정법의 구체적인 내용을 살펴보면, 사업주가 정년을 60세 이하로 정할 수 없고(법 제8조), 65세까지의 고용을 확보하기 위한 조치를 강구하여야 하며, 계속고용은 실질적으로 지배가 가능한 동일 기업그룹 내에서도 가능하다고 규정하고 있다.⁴⁶⁾

개정 이전에는 노사협약에 의해 기준을 마련한 경우, 계속고용의 대상자를 선별할 수 있었으나, 2012년 개정을 통해 희망하는 모든 노동자에게 65세까지의 고용이 확보되었다. 또한 계속고용으로 인정되는 범위가 동일 기업에 그치지 않고, 동일기업그룹까지 확대된다는 사실이 명문화됨과 동시에 고용확보조치의무를 위반한 기업을 공표할 수 있는 규정이 만들어져 실효성이 더욱 높아졌다.⁴⁷⁾

일본은 후생노동성이 관장하는 고령·장애자 고용지원기구, 지역의 실버인재센터 등을 중심으로 고령자 고용정책을 지원하고 있으며, 고령·장애자 고용지원기구는 주로 기업 고용 촉진장려금 지급 업무를 수행하면서 고령자 고용을 유도하고 있으며, 실버인재센터는 다양한 취업과 넓은 의미의 사회참가를 촉진하기 위한 일자리 중개 사업을 수행하고 있다.⁴⁸⁾

1) 노동자(노인) 노동시장 참여 유인책

1995년에 ‘고연령 고용 계속 급부금제도’가 신설되었는데 이는 60세 이상 노인이 정년 후에도 65세까지 일할 수 있도록 줄어든 임금을 일부 보전해 주는 지원제도이다. 이 제도는 고령자의 취업 의욕을 향상시키고 65세까지 원활히 직업생활을 유지하도록 지원, 장려하기 위해 60세 도달 시점과 비교해 임금이 75% 미만으로 저하한 고용보험 피보험 가입자에게 보조금을 지급할 수 있도록 명시하였다. 이 외에도 노인 재취업 지원 정책으로 생애 현역 지원 사업, 고연령 퇴직 예정자 경력인재뱅크 사업, 특정 구직자 고용개발 조성금 사업, 노인 스킬업 취직 촉진 사업 등이 있다.⁴⁹⁾

2) 고령자가 일하기 쉬운 직장 환경 조성

45) 한국산업인력공단, 「인구절벽에 대비한 해외정책 및 사례 연구」, 휴먼컬처아리랑, 2017, 33면.

46) 이에 대해서는 高年齢者等の雇用の安定等に関する法律를 참고하며,

http://elaws.e-gov.go.jp/search/elawsSearch/elaws_search/lsg0500/detail?lawId=346AC0000000068#40

47) 나카야마 아키히로, “일본의 고령화와 고용대책”, 「국제노동브리프」 Vol.15, No.1, 한국노동연구원, 2017.01, 18면

48) 한국산업인력공단, 앞의 책, 33면.

49) 주보혜·임정미·노법래·신영규·임새아·정희선, 앞의 책, 233면.

‘고령자 등 직업안정대책 기본방침’에서는 노동자에게 균등하게 일할 수 있는 기회를 제공하기 위해 노동자 구인(모집)·채용에 연령 제한을 금지하고 있지만, 고령자 고용촉진을 목적으로 60세 이상을 모집·채용하는 것은 가능하며, 작업 보조구 도입을 포함한 기계 설비 개선, 작업 평이화 등의 작업 방법 개선, 조명 등의 작업 환경 개선, 복리후생 시설 도입 및 개선을 통해 노화로 인한 신체 기능 저하를 배려함으로써 체력 등이 저하된 고령자가 직장에서 배제되지 않고 직업능력을 충분히 발휘할 수 있도록 해야 하는 등의 내용을 명시하고 있다.⁵⁰⁾

3) 사업주에 대한 지원

사업주에 대한 지원책으로는 특정 구직자 고용개발 조성금(특정 취업 곤란자 코스)과 특정 구직자 고용개발 조성금(생애현역 코스), 65세 이상 고용촉진 조성금이 있다.

첫째, 특정 구직자 고용개발 조성금(특정 취업 곤란자 코스)의 경우 60세 이상의 노인과 장애인 등 취업이 곤란한 자를 헬로워크 등⁵¹⁾의 소개로 계속 고용하는 사업주에게 지급하는 조성금으로, 고령자 1인당 60만엔(중소기업 이외 50만엔), 단시간 근로자⁵²⁾는 40만엔(중소기업 이외 30만엔)을 지급하며, 고용보험의 일반피보험자로서 고용하고, 대상노동자의 연령이 65세 이상에 도달할 때까지 계속해서 고용하면서 해당 고용기간이 계속해서 2년 이상일 것이 확실하다고 인정되는 경우 조성금을 지원 받을 수 있다. 둘째, 특정 구직자 고용개발 조성금(생애현역코스)의 경우에는 65세 이상 노인을 헬로워크 등의 소개로 1년 이상 계속 고용하는 것이 확실할 때 사업주에게 지급하는 조성금으로써, 1인당 70만엔(중소기업 이외 60만엔), 단시간근로자 50만엔(중소기업 이외 40만엔)을 지급하며, 고용보험의 고연령 피보험자로서 고용하고, 1년 이상 계속해서 고용하는 것이 확실하다고 인정되는 경우 지원 받을 수 있다. 셋째, 정년을 65세 이상으로 늘리거나 고령자 고용 관리제도를 정비하는 경우 혹은 유기계약을 무기계약으로 전환하는 조치를 취한 경우에 사업주에게 지원하는 것으로 ① 65세 초과 계속고용촉진코스, ② 고령자평가제도 등 고용관리개선코스, ③ 고령자 무기고용전환코스로 구성되어 있는 65세 이상 고용촉진 조성금 등이 있다.⁵³⁾

50) 厚生労働省, 「高年齢者等職業安定対策基本方針」, 2013 참고.

51) 헬로워크(공공직업소개소), 유료·무료 직업소개소 중 후생노동성대신의 허가를 받은 곳을 의미한다.

52) 단시간근로자란 일주간의 소정근로시간이 20시간 이상 30시간 미만인자를 말한다.

53) 주보혜·임정미·노법래·신영규·임새아·정희선, 앞의 책, 237~238면.

IV. 고령자 고용정책 개선방안

1. 중고령자의 노동시장 이탈 최소화 및 계속고용 저해요인 제거

급속한 고령화에 따라 등장하게 된 고령인구들과 관련된 비용을 노동시장이 아닌 사회보장정책 등의 복지지출을 통해 해결하기는 어려운 상황이다. 제3차 고령자 고용촉진 기본계획⁵⁴⁾에서도 밝히고 있듯이 주된 일자리에서 고용이 계속 이어질 수 있도록 노력하여야 하며, 주된 일자리에서 이탈 시 효과적인 재취업이 활성화될 수 있도록 노력하여 중고령인력이 가급적 노동시장에서 오랫동안 머무를 수 있도록 하는 것이 중요하다.

일반적으로 기존의 중고령자들이 주된 직장에서 이탈을 하는 경우 대부분 그 자리를 새로운 인력들을 신규 채용해야 하는 상황이다. 신규 채용자들에게 기존 근로자들에게 적용하고 있는 호봉제를 바탕으로 둔 연공임금제가 아닌 새로운 임금체계를 적용하면 앞으로 다가올 초고령사회를 대비하는 데 적합하다는 것이다. 호봉제를 기반으로 하는 임금체계에서는 사업주가 새로운 고령자를 고용하기 힘든 구조라는 것이다. 연공임금제의 완화가 일부에서 제기하는 임금수준을 낮추자는 것이 아니라 평균적인 임금 수준은 낮아지지 않더라도 개인이 담당하는 일의 가치나 역할, 숙련정도에 따라 개인별 임금 수준이 달라져야 함을 의미하는 것이다.

또한 근로형태에 있어서도 중고령자가 원하고 사업체에서도 원하는 다양한 형태의 근로를 도입할 필요가 있다. 실제로 중고령자는 시간제 근로를 비록하여 다양한 형태의 근로와 그리 높지 않은 수준의 임금을 선호하며, 사업체들은 유연한 형태의 근로가 가능할 경우 이들 인력을 활용할 여지가 커진다.⁵⁵⁾

그러기 위해서는 계속고용을 저해하는 요인을 제거할 필요가 있다. 고령사회임에도 불구하고 중고령자의 주된 직장 퇴직연령은 오히려 감소하는 추세가 나타나는데 연공임금제하에서의 급속한 고령화와 그에 따른 조기퇴직이 원인 중 하나이다. 이러한 상황에서 우리는 임금피크제의 긍정적인 고용효과에 대해 주목할 필요가 있다. 임금피크제가 근로자에게 당장의 임금손실을 초래할 것이나, 생애 근로소득을 보다 높이는 이득을 가져다 줄 것이다.

이러한 노력들을 통해 중고령 근로자의 주된 일자리 계속고용 가능성을 높일 뿐만 아니라 주된 일자리에서 이탈한 중고령 인력의 재취업을 보다 효과적이게 하고 또 활성화시키는 데에도 기여할 수 있을 것이다.

2. 정년연장에 따른 부작용 최소화

앞에서 보았듯이, 정년연령을 법적으로 강제하는 경우 모든 근로자들이 정년연장의 수

54) 관계부처합동, 「55+ 현역시대를 위한 장년 고용정책-제3차 고령자 고용촉진 기본계획」, 2017, 30면

55) 남재량·김주섭·박우성, 앞의 책, 34면.

혜를 받는 것은 아니라는 문제가 발생한다. 정년연장이 공공부문과 대기업 사업장에만 국한되고 여전히 일부는 조기퇴직의 위협에 처할 근로자들이 생겨 오히려 노동시장의 양극화를 부추기는 부작용이 생길 수 있다. 하지만 현대사회에서의 고령자 고용문제를 해결하기 위해서는 정년연장을 통해 해법을 강구해 나갈 수밖에 없다.

오늘날 고령사회나 초고령사회에 있는 주요 국가에서는 이에 대한 해결방안으로 정년연장을 계속적으로 추진하고 있으며, 더 나아가 정년제의 폐지를 제시하기도 한다. 장기적인 관점에서는 정년제를 금지 또는 폐지하는 것이 바람직하겠지만, 아직까지 우리나라의 경우 근로자의 능력이나 적격성 등을 실질적으로 평가하여 퇴직자를 선별하기 보다는 연령을 기준으로 획일적으로 배제하는 것이 나름 합리적이고 공정하다는 노사 간의 인식에 비추어 볼 때, 정년제의 유효성은 인정할 수밖에 없는 상황이다.⁵⁶⁾

정년연장이 필수적인 요소라면 정년을 연장하더라도 점진적으로 이루어져야 한다는 것이다. 정년 60세 의무 법제화 당시처럼 급격하게 추진되기 보다는 1년에 1세 또는 2년에 1세를 연장하는 등의 방법을 통하여 정년연령의 변화로 일어날 수 있는 고용저해 등의 문제들이 최소화되는 방향으로 이루어져야 할 것이다. 또한 정년연장으로 인해 발생할 수 있는 긍정적인 효과와 부정적인 효과를 종합적으로 고려하여야 한다. 긍정적인 효과는 연장된 정년까지 추가로 일할 수 있게 된 근로자에게 집중될 것인데, 이들은 이미 언급한 바와 같이 공공부문과 대기업의 근로자일 가능성이 높다. 부정적 효과는 사업체의 노동비용 증가에 따른 조기퇴직 등 정년연령 근접 근로자들의 고용불안 고조 및 사업체의 도산 가능성 증대 등이 대표적이다.⁵⁷⁾

정년제를 둘러싼 논의 및 입법적 개선은 ① 60세 정년제의 안착, ② 65세까지의 계속고용을 위한 지원노력 및 관련 조치, ③ 연금수급연령의 상향에 따른 정년금지 연령의 상향조정, ④ 연금수급연령과 정년시기 접속, 정년제 폐지 순으로 이어지는 것이 바람직하다.⁵⁸⁾

3. 청년고용과의 충돌 방지

과거와 달리 일자리의 절대규모를 늘리는 것이 쉽지 않은 상황에서 특정 인구집단에 대한 지원정책이 전체 노동시장에 미치는 영향을 고려할 필요가 있다. 특히 청년실업의 문제가 해소되지 않는 상황에서 고령자의 고용증진이 청년층의 고용에 미치는 영향은 중요한 정책 이슈다. 한 사회의 일자리와 관련하여 오랫동안 정치사회적 지지를 받아 왔던 주장의 하나는 소위 “노동총량의 오류(lump of labor fallacy)”라 불리는 것이다. 이는 한 사회의 일의 전체량이 정해져 있다는 생각으로 근로자의 생산성이 향상되거나 외국으로부터의 수입이 늘어나면 국내 일자리의 수가 줄어든다고 보는 것이다. 청년 실업자가 일자리를 가지려면 고령근로자가 비켜나가거나 기존 근로자의 노동시간이 줄어야 한다는 일

56) 최흥기, 앞의 논문, 65면.

57) 남재량·김주섭·박우성, 앞의 책, 38면.

58) 이희성, “국민연금수급연령과 정년의 연계를 위한 고령자고용촉진법정책의 검토.” 「노동법논총」 제31집, 한국비교노동법학회, 2014, 468면

자리 재분배론도 여기에서 비롯된다.⁵⁹⁾

그러나 기술 혁신이나 대외 개방을 통해 생산성이 향상되면 전체 산출량이 늘어나게 되고 그에 따라 보다 많은 일자리가 창출되기도 하며, 기업 활동에 있어서의 상호 보완적인 요소로 작용할 수 있는 고령자 고용과 청년 고용의 관계가 서로 완전한 대체관계가 아닐 수 있다는 전제도 필요하다. 하지만 고령자의 고용정책은 청년의 일자리에 간섭을 초래해서는 하거나, 고령자의 고용정책으로 인해 일방적으로 청년들의 고용에 영향을 미쳐서는 안 될 것이다.

청년고용과의 충돌의 방지하기 위해서는 첫째, 숙련도 제고를 통해 고령자의 고용경쟁력(employability)을 강화해야 한다. 숙련 고령자 노동의 고용증가는 생산비용을 절감하여 청년고용에 긍정적인 영향을 미치게 된다. 한편 숙련고령자 고용은 청년 근로자의 숙련형성의 멘토로서 기능할 수 있다. 세대 간 동시 작업수행을 통해 청년은 고령자 노동의 경험과 노하우 등을 전수받아 단시간 내에 숙련도를 제고할 기회도 제공받게 된다. 둘째, 노동제도·관행의 유연화를 병행 추진해야 한다. 노동시장 유연화는 노동력의 효율적 배분을 통하여 전체 일자리 수를 확대하여 청년고용과 고령자 고용의 충돌문제를 해소하게 된다. 경직적인 노동시장에서는 장년층의 일자리 과보호가 이루어지고 고령자와 청년층의 일자리 경합은 증가하게 된다. 근본적인 원인은 노동시장의 경직성에 있음에도 불구하고 고령자 고용을 위한 혹은 청년 고용을 위한 부분적인 정책은 이들 간에 일자리 경합을 증폭시킬 뿐이다.⁶⁰⁾

특히 정년연장이 고령 노동력의 고용에 미치는 효과와 이들의 청년 노동력과의 관계, 즉 대체성과 보완성에 대한 엄밀한 분석이 요구된다. 따라서 청년층과 고령층 노동력의 상호 대체성과 보완성을 업종과 직종 등으로 구분하여 그 정도를 정년연장에 대한 논의와 함께 실증적으로 평가한 뒤, 각 직종과 업종의 특성에 맞는 정책적 대안을 마련하는 것이 필요하다.⁶¹⁾

V. 결론

시장은 상황에 따라 늘 변하기 마련이지만 시장을 규율하고 있는 제도들은 한번 구축되면 쉽게 바뀌지 않는다. 노동시장의 고용·임금제도 역시 마찬가지로 쉽게 변하지 않는다. 우리나라는 이미 고령사회에 접어들었고, 오는 2025년이면 초고령사회로 진입할 예정으로 급변하고 있지만 노동시장의 제도들은 7~80년대 구축된 제도들이 아직도 적용되고 있는 실정이다. 이러한 상황에서 노동시장에 심각한 문제들이 발생하지 않을 수 없다.

우리나라의 고령화는 세계에서 유래를 찾기 힘들 정도로 빠르게 진행되고 있다. 고령

59) 전병유·장지연·홍민기·윤자영·조준모·신동균·이형오, 「고령자 고용정책의 고용효과 분석」, 고용노동부, 2008, 81면.

60) 전병유·장지연·홍민기·윤자영·조준모·신동균·이형오, 앞의 책, 93-95면.

61) 남재량, 앞의 책, 37면.

화는 노동시장의 활력을 떨어뜨리고, 노동시장에 참여하는 젊은 인구가 책임져야 할 사회적 부담을 높인다. 이러한 변화들은 나아가 세대 간의 갈등을 유발하는 요소로 작용할 수 있다.

우리나라의 경우에는 1990년대 초부터 고령자의 고용을 촉진하기 위한 개별 법률인 고령자고용촉진법을 제정하고, 관련 지원 정책을 추진함으로써 고령화 문제를 해결하려 하였으나 별다른 해결방안이나 대책 없이 지금의 고령화 문제를 맞이하게 되었다. 예전처럼 고령화 문제를 단순하게 정년무제나 고령자 고용 촉진하는 제도만으로 대응하기에는 한계가 있다는 것이다. 이러한 인식에서 우리나라 정부는 2006년부터 매 5년마다 ‘고령자 고용촉진 기본계획’을 수립하여 고령화에 체계적이고 종합적으로 대응하고 있다.

그리고 우리나라에서 앞으로 시행·도입되어야 할 고령자 고용정책은 현재 노동시장에 있는 중장년층의 주된 일자리 이탈과 중장년층의 노동시장 퇴장을 최소화하기 위한 환경을 만드는 고용유지 정책과 은퇴 후 노동시장에 재진입하려는 고령자의 진입장벽을 제거하는 고용촉진 정책을 종합적으로 고려하는 정책이 필요하다. 또한 중장년층이 고령자가 되기 전부터 대비책을 마련하여야 한다. 왜냐하면 고령자가 되기 이전에 생애의 주된 일자리에서 이탈하게 되면 재취업이 어려울 뿐만 아니라 재취업하더라도 고용이 불안하고 임금수준이 훨씬 낮아져 근로빈곤과 노인빈곤으로 이어질 가능성이 커지기 때문이다. 고령층의 노동시장 퇴장을 최소화하기 위한 노력이 필요하다는 인식과 그에 따른 관련 정책들이 시급히 구체화되어 시행되어야 고령인구가 급증하는 상황에 효과적으로 대처할 수 있을 것이다.

일반적으로 노인은 주된 경제활동에서 은퇴하고 노년을 보내게 된다. 그러므로 이들은 가족 수준이나 사회적 수준에서 젊은 연령층의 노동인구에 의존하는 경향이 크다. 따라서 노인인구의 증가는 가구 단위에서 노부모 부양에 따른 경제적·비경제적 비용을 증가시킨다. 국가적 차원에서 인구구조의 고령화는 국가 복지의 수요를 증가시키고, 젊은 노동인구의 조세 부담의 증가를 유발한다. 그리고 비생산활동 인구의 증가는 국가적 차원에서 경제구조의 생산성을 크게 약화시킨다. 이러한 경제구조의 변화는 저축률을 떨어뜨려 산업생산에 대한 투자를 감소시킨다. 그러므로 인구구조의 고령화는 만성적인 경기침체의 중요한 원인으로 작용할 수 있다. 이러한 고령화의 부정적인 효과를 완화시킬 수 있는 방법 중 하나는 가능한 많은 노동인구가 ‘고용상태’가 되도록 유인하는 것이다. 그런 의미에서, 고령인구를 제대로 활용할 수 있도록 하는 제도적 방책을 마련하는 것은 사회보장비용의 절감과 사회 안정 확보를 위해 반드시 필요한 부분이며, 고령자들로 하여금 독립적이고 자립적 지위를 갖도록 사회적으로 충분히 돕는 것은 국가의 장기적 안정과 발전을 위해서도 바람직하다고 생각된다.

팬데믹 상황을 대비한 농업 분야 외국인력 활용 제도의 법정책적 개선 방안

김 슬기 박사(김슬기법률사무소)

- I. 서설
- II. 농업 분야 외국인근로자 고용 제도의 운용 현황
 - 1. 고용허가제
 - 가. 도입 배경
 - 나. 관련 법률
 - 다. 고용허가제의 세부 내용
 - 2. 계절근로자제
 - 3. 코로나 19 발생 이후 제도 운영
- III. 농업 분야 외국인근로자 고용 제도의 문제점
 - 1. 외국인력 확보의 부족
 - 2. 작물재배업에서 근무처 추가제도의 근로기준법 위반 소지
 - 3. 계절근로자제의 외국인고용법 적용 배제의 문제점
 - 4. 코로나19 사태 이후 농업 분야 외국인근로자 고용의 어려움
- IV. 농업 분야 외국인근로자 고용 제도의 개선 방안
 - 1. 안정적인 외국인인력 확보
 - 2. 근무처 추가제도의 적법한 활용
 - 3. 계절근로자에게 외국인고용법상 전용보험의 일부 적용
 - 4. 코로나19 이후 농업 분야 외국인근로자 확보
 - 5. 농업 분야 외국인근로자의 이탈 방지를 위한 숙식 환경 개선
- V. 결론

[참고문헌]

표목차

[표 1] 업종별 고용 허용 인원 기준

I. 서설

우리나라에 체류하고 있는 외국인은 법무부 출입국·외국인정책 통계월보에 따르면 2020년 12월말 기준 2,036,075명으로 외국인등록자는 1,145,540명이다. 외국인등록자의 의미는 『출입국관리법』 제31조와 『재외동포의 출입국과 법적지위에 관한 법률』(이하 '재외동포법') 제6조에 따라 입국한 날부터 90일을 초과하여 체류할 목적으로 출입국·외국인관서의 장에게 외국인등록이나 국내거소신고를 한 자 및 90일 미만 체류할 목적의 단기체류외국인을 포함한 총 국내 체류외국인을 의미하는 것으로 실질적으로 우리나라에 상당기간 거소를 가지고 체류하는 외국인들을 통칭한다고 볼 수 있다. 이들 중 불법체류외국인은 392,194명으로 전체 체류외국인 중 약 19.2%를 차지하고 있다.

체류외국인 중에서 출입국관리법 시행령 제23조에 따른 우리나라에서 취업활동이 가능한 체류자격을 가진 외국인은 452,297명이며 그 중 단순기능인력이 대부분인 409,039명이고,¹⁾ 43,258명이 전문인력²⁾이다.³⁾ 즉 우리나라에서 일하는 외국인근로자의 대부분은 단순기능인력이라고 할 수 있고, 대체적으로 힘든 육체노동을 요하는 사업장에서 내국인이 기피하는 3D업종에서 종사하고 있다고 할 수 있다. 특히 농업분야는 고강도의 육체노동이 필요한 업종이며 항상 일손 부족에 시달리는 상황에서 내국인근로자가 절대적으로 부족하기에 최근 외국인근로자가 없이는 영위가 불가능한 업종에 해당한다고 보아도 과언이 아닐 정도로 외국인근로자에 대한 의존도가 절대적이다.

한편 2020년 코로나19(COVID 19)가 글로벌 팬데믹 단계로 확산된 이후 감염병 전파를 방지하기 위하여 각 국가는 나라 간 이동제한 조치를 시행하였다. 이에 따라 사람은 물론 식량 또한 국경을 넘기 어렵게 되었다. 또한 각 국가는 식량 자급을 위해 식량 수출 제한 움직임을 보이고 있으며, 우리나라의 경우 식량 자급률은 2018년 기준으로 46.7%에 불과해 현재와 같은 팬데믹

1) 비전문취업(E-9), 선원취업(E-10), 방문취업(H-2)

2) 단기취업(C-4) 교수(E-1), 회화지도(E-2), 연구(E-3), 기술지도(E-4), 전문직업(E-5), 예술홍행(E-6), 특정활동(E-7)

3) 출입국관리법 시행령 제23조 (외국인의 취업과 체류자격) ① 법 제18조제1항에 따른 취업활동을 할 수 있는 체류자격은 별표 1 중 5. 단기취업(C-4), 별표 1의2 중 14. 교수(E-1)부터 22. 선원취업(E-10)까지 및 29. 방문취업(H-2) 체류자격으로 한다. 이 경우 “취업활동”은 해당 체류자격의 범위에 속하는 활동으로 한다

상황이 장기화 되는 경우 식량 안보가 위협될 수도 있는 상황이다. 이러한 상황이 장기화 되어감에 따라 2020년에 입국하기로 예정되어 있던 외국인근로자는 현재까지 입국하고 있지 못하고 있다. 따라서 농업 인력의 대부분이 외국인근로자로 충원되고 있는 상황에서 국내에서는 곡물 등의 식량 생산과 관련한 농업의 중요성이 대두됨에도 불구하고 외국인근로자가 코로나19로 인하여 입국이 어려워지고 인력수급에 차질이 빚어지고 있다.

글로벌 팬데믹 상황이 치료약과 백신으로 집단면역에 도달하기 전까지는 장기화 될 것이 예견됨에 따라 ‘코로나 이전의 세상(Before 코로나)은 이제 존재하지 않는다’는 현실을 받아들이고 법제도 또한 개선이 필요하다. 그 중에서도 ‘포스트(Post) 코로나’ 시대를 대비하여 부족함 없는 식량 수급은 국민의 생존과도 직결된 문제이다. 따라서 농업 분야에서 원활한 외국인력 활용을 위해 기존 제도의 개선이 절실한 시점이다.

본 연구는 기존 우리나라의 농업 분야 외국인력 고용 관련 법률 및 정책을 검토하고 현재 글로벌 팬데믹 상황에서 제도의 문제점과 개선방안 제시를 통하여 농업생산에서의 생산력 유지와 직결된 노동력 확보를 위한 운용방안을 모색하고자 한다.

II. 농업 분야 외국인근로자 고용 제도의 운용 현황

우리나라 농업 분야에 종사하는 외국인근로자의 고용제도는 『외국인근로자의 고용 등에 관한 법률』(이하 ‘외국인고용법’)에 따른 ‘고용허가제’와 법무부의 추진 사업인 ‘계절근로자제’로 크게 나누어볼 수 있다. 고용허가제는 출입국관리법상 전 산업을 아울러 비전문인력(E-9)과 방문취업(H-2) 체류자격을 가진 외국인들의 고용제도이다.

외국인 계절근로자 프로그램은 2015년 10월부터 도입된 법무부의 사업으로써, 농·어번기의 일손부족을 해결하기 위해 최장 90일의 단기간 동안 외국인을 고용하는 제도이다. 제도 도입 주체인 각 지방자치단체가 필요한 근로자 수를 법무부에 제출하고, 이를 심사한 법무부는 단기취업비자 발급 후 각 지자체에 외국인근로자를 배치하여 농가에서 일할 수 있도록 한다.

1. 고용허가제

가. 도입 배경

1994년 1월부터 시행된 산업기술연수생제도(이하 ‘산업연수생제도’)를 통하여 정부는 그동안 외국인이 우리나라에서 일하는 것을 공식적으로 금지하던 방침을 일부 허용하였다. 산업연수생제도는 단순기능인력 외국인이 우리나라에서 일정한 기간(연수 2년)동안 산업연수생이라는 신분으로 연수를 받은 이후 일정 기간(취업 1년) 취업을 하는 제도이다.

산업연수생제도는 해당 외국인이 산업연수생이라는 신분에 맞게 애초에 우리나라 사업장에서 해당 사업과 관련한 기술을 습득하는 목적에 부합되게 제도가 운영되어야 한다. 그러나 대다수의 사업주들은 산업연수생들을 단순노무에 종사하는 노동자로 이용하기에 급급했다. 한편 연수생들은 체류기간이 만료되고 나서도 귀국하지 아니하고 불법체류 상태로 우리나라에 남게 되는 사례들이 발생하였다.

이러한 사례들이 증가하면서 산업연수생제도의 시행 자체가 불법으로 취업하는 외국인을 증가시키는 등의 구조적인 문제점을 노출하게 되었다.⁴⁾ 이에 정부는 2003년 8월 산업연수생제도를 폐지하고 외국인고용법을 제정하여 2004년 9월부터 단순기능인력 외국인에게 적용할 고용허가제를 실시하였다.

나. 관련 법률

고용허가제와 관련된 법률은 출입국관리법, 외국인고용법, 재외동포법, 근로기준법 등이 있다. 출입국관리법은 대한민국에 체류하는 외국인의 체류자격과 취업에 대하여 규정하고 있고, 재외동포법은 대한민국의 국적을 보유하고 있던 자(대한민국정부 수립 전에 국외로 이주한 동포를 포함) 또는 그 직계비속으로서 외국국적을 취득한 자 중 대통령령으로 정하는 자(이하 ‘외국국적 동포’)들의 체류자격 부여 등에 대하여 규정하고 있다. 외국인고용법은 우리나라에서 단순기능인력을 제공하는 외국인들을 체계적으로 도입·관리함으로써 원활한 인력수급 및 국민경제의 균형 있는 발전을 도모함을 목적으로 하

4) 고준기, “외국인고용허가제의 문제점과 개선방안”, 「노동법논총」, 제9집(2006), 295면.

고 있는데, 농업과 관련한 체류자격인 비전문취업(E-9) 체류자격과 방문취업(H-2) 체류자격에 대한 외국인근로자 취업 절차에 대하여 규정하고 있다.

농업 분야의 외국인근로자들은 대부분 비전문취업(E-9) 체류자격을 가진 자들로 본 연구에서는 이들을 중심으로 검토한다. 근로기준법은 우리나라에서 노동하는 모든 근로자에게 적용되는 법률로 내국인과 외국인 모두에게 적용되며, 사업주가 농업 분야에서 외국인근로자를 고용하기 위하여는 당연히 근로기준법을 준수하여야 한다.

다. 고용허가제의 세부 내용

외국인근로자의 고용을 원하는 사업주는 내국인을 우선 구인하려는 노력을 하여야 한다. 농축산업의 경우 내국인 구인 노력기간은 원칙적으로 7일이다. 외국인 구인노력에도 불구하고 채용하지 못한 사업주는 관할 고용센터에 외국인고용허가 신청을 하고, 고용센터가 알선해준 자들 중 적격자를 선택하여 고용허가서를 발급받음과 동시에 근로계약을 작성하고 외국인근로자의 송출국가에서 해당 외국인과 근로계약 의사를 최종 확인한 후 근로계약을 체결하게 된다. 근로계약은 1년을 초과할 수 없으며, 최대 3년의 범위내에서 계약의 갱신이 가능하다.⁵⁾ 또한 계약기간이 만료한 외국인근로자는 2년의 범위내에서 추가로 취업기간을 연장할 수 있다.⁶⁾

정부는 연도별로 도입할 외국인근로자의 쿼터를 결정하여 체류자격별·업종별로 배분하는데, 인력수급의 규모가 이 쿼터에 의해서 결정되며 이는 각 산업별로 외국인근로자 유입 규모를 제한하고 있다. 고용노동부의 심의의결로 결정되는 도입쿼터는 2020년에는 총 56,000명(재입국 취업자 포함)이 결정되었고, 2021년에는 52,000명으로 결정하였다. 그 중 농축산업 분야는 '6,400명+ α '로 배분되었다. 또한 고용허가제는 외국인근로자가 취업이 가능한 허용업종의 제한이 있는데, 농축산업의 경우 작물재배업, 축산업, 작물재배 및 축산관련 서비스업으로 제한하고 있으며, 사업장은 업종별로 고용허용인원기준이 있다.

5) 외국인고용법 제18조

6) 외국인고용법 제18조의 2

[표 1] 업종별 고용 허용 인원 기준

| 업종 | 규모 | 영농규모별 (단위 : m ²) | | | | |
|-------------------|----------|------------------------------|-----------------|------------------|-------------------|------------------|
| | | 4,000 ~ 6,499 | 6,500 ~ 11,499 | 11,500 ~ 16,499 | 16,500 ~ 21,499 | 21,500 이상 |
| 작물 재배업 | 시설원예 특작 | 1,000 ~ 1,699 | 1,700 ~ 3,099 | 3,100 ~ 4,499 | 4,500 ~ 5,899 | 5,900 이상 |
| | 시설버섯 | 20,000 ~ 39,999 | 40,000 ~ 79,999 | 80,000 ~ 119,999 | 120,000 ~ 159,999 | 160,000 이상 |
| | 과수 | 16,000 ~ 29,999 | 30,000 ~ 49,999 | 50,000 ~ 69,999 | 70,000 ~ 89,999 | 90,000 이상 |
| | 인삼, 일반채소 | 200~349 | 350~649 | 650~949 | 950~1,249 | 1,250 이상 |
| | 콩나물·종묘재배 | 12,000 ~ 19,499 | 19,500 ~ 34,499 | 34,500 ~ 49,499 | 49,500 ~ 64,499 | 64,500 이상 |
| | 기타원예 특작 | | | | | |
| 작물 재배 및 축산관련 서비스업 | | 내국인 피보험자 1~10명 | — | 내국인 피보험자 11~50인 | 내국인 피보험자 51~100인 | 내국인 피보험자 100인 이상 |
| 고용 허용인원 | | 5인 이하 | 8인 이하 | 10인 이하 | 15인 이하 | 20인 이하 |
| 신규 고용허가서 발급한도 | | 2인 이하 | 2인 이하 | 3인 이하 | 3인 이하 | 4인 이하 |

- ※ 영농규모 확인은 국립농산물품질관리원장이 발급한 농어업경영체등록(변경등록)확인서로 함
 - ※ 젖소 900~1,400m² 미만의 경우 고용허용인원 2명 및 신규고용한도 1명 인정
 - ※ 한우 1,500~3,000m² 미만의 경우 고용허용인원 2명 및 신규고용한도 1명 인정
 - ※ 시설원예·특작 2,000~4,000m² 미만의 경우 고용허용인원 및 신규고용한도 모두 2명 인정
 - ※ 작물재배업은 재배면적, 축산업은 축사면적(부화장과 방사면적 포함) 기준임
 - ※ 버섯이나 산란계 등과 같이 여러 층으로 재배·사용하는 경우 각 층의 면적을 합산한 면적으로 함
 - ※ 작물재배 및 축산 관련 서비스업의 사업장별 내국인 피보험자수는 고용보험 피보험자 수로 판단
- 자료: 외국인고용관리시스템 홈페이지

(<https://www.eps.go.kr/eo/EmployPerSystem.eo?natNm=kr&tabGb=05>: 2021. 5. 17.)

농업 분야에서 작물재배업의 경우에는 그 특성상 농번기에 업무가 폭증하는 반면, 농한기 또는 작물생장기간에는 업무가 이루어지지 않아 업무가 없는 등 그 업무량 차이가 매우 크다. 이에 2009년 7월부터 작물재배업 분야에 외국인근로자의 인력 활용을 목적으로 '근무처 추가제도'가 시행되었다.⁷⁾

근무처 추가제도는 외국인근로자가 체류자격의 범위 내에서 근무처를 추가하고자 하는 경우 출입국관리법 제21조에 따라 기존 사업주와 근로계약을 유지하면서 일정 기간 동안 다른 사업주와 근로계약을 체결하여 근무한 뒤 계

7) 최서리/신예진, “농업분야 외국인력 활용실태 및 정책제언: 경기도를 중심으로”, 「IOM 이민정책연구원 연구보고서」, No. 2013-07(2013), 44면.

약기간 만료 후 기존 사업주의 사업장으로 복귀하는 것이다.⁸⁾

현재 시행중인 농업분야에서 외국인근로자 근무처 추가제도는 작물재배업(계절적 농업)에 종사 중인 비전문취업(E-9-3) 체류자격을 가진 외국인근로자가 기존 사업장에서 무급휴직 처리하고 통상 2~4개월 이하의 기간 동안 추가 근무처의 표준근로계약서 체결과 고용허가서 발급을 요건으로 하고 있으며, 그 신청은 농협이 대행할 수 있도록 하고 있다.⁹⁾

2. 외국인 계절근로자 프로그램

외국인 계절근로자 프로그램은 보통 1년 미만의 외국인고용을 전제로 농번기와 같이 고질적 일손부족 현상 해소를 위하여 단기간 동안 외국인근로자를 합법적으로 고용할 수 있도록 지원하는 국가의 사업이다. 고용허가제가 충족하지 못하는 농축산업·어업의 인력부족 현상을 해결하기 위해 법무부는 2015년 10월부터 단기취업(C-4) 체류자격을 발급하여 계절근로 시범사업을 실시하였다.¹⁰⁾ 2019년 12월 말에는 출입국관리법 시행령 및 시행규칙을 개정하여 계절근로 장기체류자격(E-8)을 신설하였는데,¹¹⁾ 기존 최장 90일까지 체류할 수 있던 단기취업(C-4) 체류자격과는 달리 최대 계절적·한시적인 농·어업 분야에 최대 5개월까지 취업이 가능하게 되었다.

2015년 10월에 괴산군과 보은군 등 6개 지자체에 216명이 입국하는 시범사업을 시작으로 2016년에는 어업분야로 확대한 뒤 2017년 3월부터 전국적으로 실시하고 있다. 연도별로 2017년부터는 본사업을 추진하여 농업분야 2,424명이 신청하여 1,463명이 배정되었고 1,175명이 입국하였으며, 2018년은 농업분야 3,484명이 신청하여 2,936명이 배정되었고 2,247명이 입국하였다. 그리고 2019년에는 농업분야 4,562명이 신청하여 47개 지자체에 3,612명이 배정되었다.¹²⁾

8) 엄진영/우병준/김윤진, “농업부문 외국인 근로자 고용실태와 정책과제”, 「한국농촌경제연구원 기본연구보고서」, (2017), 38면.

9) 전윤구, “농업분야 외국인력 활용제도의 변용과 중간착취 — 고용허가의 근무처 추가제도와 계절근로제를 중심으로 —”, 「노동법논총」, 제48집(2020), 185면.

10) 이해경, 「외국인 단기 계절근로자제도 실태분석 및 종합개선 방안 연구」, 한국이민학회, 2018, 3면.

11) 출입국관리법 시행령 별표1의2

12) 농림축산식품부, “지자체의 계절근로 MOU체결, 농식품부·법무부가 지원합니다”, 보도자료(2019. 12.14.), 2019.

우리나라의 계절근로자제도가 다른 나라의 제도와 구분되는 점은 지자체에 제도운영의 권한과 책임을 상당부분 위임하였다는 점이다. 지자체가 외국인 근로자의 선발 방식과 관리 계획을 법무부 출입국외국인정책본부에 제출하면 법무부에서 이를 허가해 주는 방식으로 운영되고 있다.¹³⁾

프로그램을 도입하는 주체는 우리나라 지자체인데 그 방식은 여러 가지이다. 우선, 각 지자체가 개별적으로 외국의 지자체와 MOU(양해각서)를 체결하고 해당 외국 지자체의 주민을 고용하는 방식, 관내에 거주하는 결혼이민자의 본국 가족(4촌 이내 및 그 배우자) 중에서 선정한 외국인을 고용하는 방식, 또는 이미 결혼이민자의 초청으로 국내에 체류 중인 결혼이민자의 가족에게 체류자격외 활동허가를 주어 계절근로자로 활용하는 방식으로 나누어볼 수 있다.

지자체는 이 중에서 하나 또는 복수의 방법을 선택하여 법무부 기준에 맞는 외국인을 선정하여 법무부에 계절근로자 도입의향서를 제출한다.¹⁴⁾ 이후 법무부는 도입의향서를 검토하여 지자체를 선별하고 해당 지자체는 외국인 근로자의 입국, 근무, 출국 등의 관리에 대하여 책임을 지며, 각 지자체별 도입 규모는 관계기관으로 구성된 ‘배정협의회’에서 결정된다.

외국인 계절근로자 프로그램은 3개월간 일시적으로 국내에 체류하는 외국인근로자이기 때문에 정주화 방지 등의 목적을 가지는 우리나라의 외국인근로자 정책에 부합하는 장점을 가지고 있으며, 단순기능인력의 고용 제도와 관련하여 새로운 대안이라고 볼 수 있겠다.

3. 코로나 19 발생 이후 제도 운영

2020년 신종 코로나바이러스 감염증 확산으로 정부의 외국인 입출국제한 조치에 따라 외국인근로자의 신규도입이 지연되고 사업장 인력수급에 문제가 발생하였다. 이에 고용노동부는 2020년 4월 고용허가제 외국인근로자 취업활동기간을 일괄적으로 50일 연장하는 조치를 하였다. 체류기간의 만료가 3개월 이내로 도래할 것이 예정된 외국인근로자에 대하여 2020년 4월 14일부터

13) 최서리/이창원, “계절근로자제도 시범운영 결과에 따른 정책적 시사점과 향후 과제”, 「IOM 이민정책연구원 정책보고서」, No. 2016-02(2016), 17면.

14) 엄진영/우병준/김윤진, 앞의 논문, 39면.

취업활동기간을 만료일로부터 50일 연장하는 방침이다.¹⁵⁾

외국인 계절근로 프로그램을 통한 외국인의 입국도 지연되는 상황에서 농번기가 다가온 각 사업장에서는 그동안 농촌 일손의 대부분을 담당한 외국인 근로자의 수급이 절박한 상황이다. 이에 농림축산식품부는 법무부·고용노동부·농협 등과 협의하여 농번기 인력 수급 지원 방안을 마련하기 위하여 계절근로자의 대체인력을 지원하기로 하였다. 우선 국내 체류 중인 방문동거(F-1) 외국인, 고용허가제(E-9) 근로자 중 사업장 변경 대기자 대상으로 한시적 계절근로를 허용하기로 하였다. 이에 따라 방문동거 비자를 소지한 국내 체류 외국인(57,688명)들은 2020년 3월 30일 부터 계절근로를 신청할 수 있다.

또한 고용노동부는 고용허가제(E-9) 외국인근로자 중에 사업장 변경을 희망하는 취업 대기자 3,925명(제조업 3,275, 농축산업 650)에 대하여 1년 미만 단기 근로를 적극 알선할 계획을 수립하였는데, 고용허가제(E-9) 외국인근로자를 1년 미만 기간으로 고용하기 원하는 농가는 가까운 고용노동부 고용센터에 문의하도록 하였다.¹⁶⁾ 그리고 2021년 5월부터는 코로나19로 인하여 출국하지 못하고 있는 모든 외국인, 미얀마 현지 정세 불안으로 특별체류 허가 조치를 받은 미얀마인, 방문취업 자격 동포와 가족, 원래 취업이 허용되지 않는 동반 체류자격 외국인까지 계절근로 취업을 허용하고 있다.

그러나 이러한 방안들은 코로나19 상황이 언제까지 지속될지 모르는 상황에서 임시적으로 정부가 마련한 대안이기 때문에 근본적으로 코로나19 상황의 장기화를 대비한 제도 개선이 필요하다. 특히 국내 농업 분야가 원활하게 운영되지 못한다면 코로나 사태 이후 국가의 식량안보에 위기를 맞이할 수 있기에 더욱 중요성이 부각되고 있다.

15) 고용노동부, “4.13 고용허가제 외국인근로자 취업활동기간 일괄 연장”, 보도자료(2020. 4. 13.), 2020.

16) 농림축산식품부, “농번기 인력 수급 지원 방안 마련”, 보도자료(2020. 3. 30.), 2020.

Ⅲ. 농업 분야 외국인근로자 고용 제도의 문제점

1. 외국인력 확보의 부족

정부가 외국인근로자가 필요한 산업 분야의 고용허가제 외국인근로자 쿼터를 정할 때 이용하는 통계자료는 고용노동부의 각종 고용노동 조사통계의 결과 보고서인 '직종별 사업체 노동력 조사'이다.¹⁷⁾ 그러나 농업의 특성상 계절에 따라 필요 노동력이 상이하야 월별 필요인력 파악이 불가능하고, 임시·상시의 구분 없이 추산한다는 한계가 존재한다. 결과적으로 농업 분야의 외국인력의 쿼터는 타 산업분야와 비교하여 부족하게 배정되고 있는 현실이다.

이에 더하여 사업장에서 고용허가제 외국인근로자를 배치받기 위해서는 일정 규모 이상의 영농이 이루어져야 하는데 그에 미치지 못하는 사업주는 외국인근로자 고용이 불가능하다. 우리나라에서 2015년에 이루어진 통계청 농림어업 총조사에 따르면 외국인근로자 배치가 불가능한 1000㎡ 미만 규모의 경작이 시설원예 농가의 36.2%, 시설벼섯 농가의 50.5%를 차지한다.¹⁸⁾ 그 결과 사업주는 부족한 인력을 사설 인력사무소에서 충원하게 되었고, 미등록 외국인근로자가 상대적으로 많은 산업분야가 되었다. 또한 고용허가제가 근본적으로 제조업과 같은 상시 노동자를 외국인력으로 노동력 충원을 하기 위하여 만들어진 제도이기에, 지속적인 고용을 전제로 하고 있다는 점에서 농업과 같은 계절성이 강한 분야에서는 활용하기에 적절치 않은 부분이 있다.

최근 농업이 기계화·정보화가 가속되고 있다는 점도 단순기능인력 대상으로 하는 고용허가제를 통한 외국인근로자만으로는 농가의 수요를 충족할 수 없다는 문제가 발생한다. 기존 고용허가제 하에서 취업한 외국인근로자들은 송출국가에서 농사 경험이 있는 사람이 많지 않아 국내에 입국하여 수 개월 정도 일을 하다보면 농기계 다루는 방법 등을 익히게 된다. 농업 분야에 젊은 내국 인력이 유입되지 않아 고령화가 만연한 상황에서 오래 일하여 숙련된 젊은 외국 인력을 확보하는 것이 농업 생산력에 큰 도움이 되지만, 고용허가제의 정주화 금지원칙에 따라 계약 기간 이후에는 출국하여야 하므로 현

17) 엄진영/박준비/유찬희/김선웅, 「농업인력 지원을 위한 외국인 근로자 관련제도 개선방안」, 한국농촌경제연구원, 2019. 27면.

18) 양순미 외, “고용허가제도 이후 농축산업 분야 외국인근로자 근무지이탈과 불법체류에 관한 질적연구”, 「농촌사회」, 제28집 제2호(2018). 94면.

실적으로 어려운 상황이다.

2. 작물재배업에서 근무처 추가제도의 근로기준법 위반 소지

근무처 추가제도는 겉으로 보기에는 농업의 계절성을 반영한 매우 실효적인 제도라고 보이지만, 그 활용률이 매우 낮다. 외국인을 고용하고 있는 농가들 중에서 근무처 추가제도에 대해서 알고 있는 농가는 18.8%에 불과하다.¹⁹⁾ 이는 사업주의 입장에서 단기간 동안의 인력을 채용하기 위해 거쳐야 하는 행정적인 절차가 너무 복잡하기 때문인 이유가 크다. 따라서 근무처 추가제도 대신 외국인근로자를 불법파견 하는 경우가 성행한다. 작물재배업 같은 경우 원사업체에서 고용한 외국인근로자에게 사업주의 이웃 또는 친척의 농사를 가서 하도록 파견하는 사례가 많다. 인권위원회 실태조사에서는 위와 같이 다른 농장에 파견되어 일한 경험이 있는 외국인근로자가 60.9%에 달한다고 하였다.²⁰⁾

현행 근로기준법 제9조는 “누구든지 법률에 따르지 아니하고는 영리로 다른 사람의 취업에 개입하거나 중간인으로서 이익을 취득하지 못한다”고 규정하고 있다. 이에 위반한 자는 근로기준법 제107조 제9항에 따라 처벌받도록 하고 있다. 법원은 위 조항의 ‘영리로’의 의미에 관하여 ‘경제적인 이익을 취득할 의사’를 의미한다고 설시하고 있다.²¹⁾ 농한기의 외국인근로자 사업주가 계절적 특성상 외국인근로자에게 지시할 업무가 없음에도 임금을 지급하여야 하는 상황²²⁾을 면하기 위하여 근무처 추가제도를 활용하는 경우를 상정해볼 수 있을 것이다. 중요한 것은 이러한 사업주의 의지가 일을 하는 외국인근로자의 의사는 반영되지 않은 상태로 일방적인 지시로부터 비롯될 수 있다는 점이다. 이러한 행위는 앞서 설시한 근로기준법 제9조에서 규정한 다른 사람의 취업에 개입하는 행위가 될 여지가 크다.

여기서 한 발 더 나아가 원사업주가 다른 사업주에게 외국인근로자를 소개

19) 엄진영/우병준/김윤진, 앞의 논문, 78면.

20) 엄진영/우병준/김윤진, 위의 논문, 78면.

21) 울산지방법원 2005.11.18. 선고 2005노818 판결

22) 민법 제538조에 따라 외국인근로자가 근로제공 준비가 되어있는 경우 사용자는 임금지급 의무가 있고, 휴업한다고 하더라도 근로기준법 제46조에 따라 평균임금의 70%는 지급할 법적 의무가 있다.

하여 근무처 추가제도를 이용하여 해당 외국인근로자가 취업하는 경우 원사업주는 해당 기간 동안 급여를 지급할 필요가 없어지므로 간접적인 경제적 이익을 취하는 효과가 이루어진다. 물론 이 경우 사업주는 출입국관리법이라는 법률에서 허용하고 있기 때문에 이러한 근무처 추가제도를 이용한 것이고, 이러한 사유는 형법 제16조에서 규정한 ‘정당한 이유’²³⁾에 해당할 수 있기 때문에 형사적 책임을 물을 수는 없다고 본다.²⁴⁾ 결국 출입국관리법상 허용되고 있는 근무처 추가제도가 상황에 따라 근로기준법 충돌 소지가 존재하기에 이를 어떻게 해석하고 제도적으로 보완할 것인지 문제된다.

3. 계절근로자제의 외국인고용법 적용 배제의 문제점

외국인이 계절근로자로서 우리나라에서 노동을 제공하기 위해서 취득하는 체류자격은 두 가지로 나뉜다. 출입국관리법 시행령에 근거한 단기 체류자격(C-4)과 보다는 장기체류인 계절근로(E-8)이 그것인데, 단기는 최장 90일까지 체류할 수 있으며, 장기는 최장 5개월 까지 체류할 수 있다. 한편 외국인고용법 시행령 제2조는 계절근로자들을 외국인고용법의 적용제외 대상으로 규정하고 있다. 따라서 이들은 체류기간 외에는 업무 내용에 있어 고용허가제 외국인근로자와 다를 바가 없음에도 외국인고용법의 적용을 받지 못하게 된다. 결국 이들을 근로자로서 보호하는 규정은 근로기준법과 관련 법률뿐이다.

외국인고용법에는 외국인근로자의 특성을 고려하여 일반 내국인근로자의 사회보험²⁵⁾과는 달리 고용허가제 하의 외국인근로자 전용보험을 통한 특별보호규정을 두고있지만,²⁶⁾ 계절근로자들에게는 적용되지 않기에 외국인고용법에 따를 때 보험금 지급 사유가 발생하여도 이들에게는 보장이 불가능하다는 취약점이 있다.

23) 형법 제16조(법률의 착오) 자기의 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니하는 것으로 오인한 행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 벌하지 아니한다.

24) 전윤구, 앞의 논문, 190면.

25) 국민연금, 국민건강보험, 고용보험, 산업재해보상보험

26) 출국만기보험, 임금체불보증보험, 귀국비용보험, 상해보험

4. 코로나19 사태 이후 농업 분야 외국인근로자 고용의 어려움

코로나19로 인하여 발생한 이동제한 조치는 내국인 농업 인력이 즉각적으로 감소하는 결과를 초래할 예정이다. 특히 농업 인력이 집중적으로 투입되어야 하는 5~6월과 9~10월에 지역사회 감염의 우려로 노동력 부족 현상이 심화될 것이라는 전망이다.²⁷⁾ 그리고 합법적인 경로로 유입되는 고용허가제와 계절근로자 프로그램을 통한 외국인근로자의 규모 역시 농업 분야에 투입되는 인원이 감소할 것이며, 더불어 미등록 외국인근로자의 규모도 전반적으로 감소한 것으로 파악이 되고 있다.²⁸⁾ 기존에는 미등록 외국인근로자가 일시적으로 관광 체류자격으로 단시간 입국하여 취업자격 없는 미등록 상태로 농가에서 일을 한 후 돈을 벌고 본국으로 돌아가는 사람들도 있었지만, 이동제한으로 인하여 이것이 불가능한 상태이기 때문에 미등록 외국인근로자의 수에도 영향이 있는 것으로 보여진다.

문제는 고용허가제와 계절근로자제로 기존에 입국하기로 예정되어 있었던 신규인력의 입국 시기가 농번기와 맞물려 있다는 점이다. 특히 과일·과채, 발작물 농가에서 외국인근로자의 수급에 큰 어려움이 존재하는 것으로 보이며, 인력소개소 및 지인을 통한 비공식적인 고용경로에 있어서도 외국인력 고용에 어려움이 나타나고 있다.²⁹⁾

이와 같이 코로나19로 인하여 이동제한에 따른 외국인력 수급의 어려움은 직면하였고, 앞으로도 장기적으로 불가피한 상황으로 보이기에 임시적인 방편이라도 해결할 수 있는 방안을 찾아야 할 것이다.

IV. 농업 분야 외국인근로자 고용 제도의 개선 방안

1. 안정적인 외국인 인력 확보

농업에 종사하는 인력이 내국인·외국인 구분없이 절대적으로 부족한 상황

27) 엄진영, “코로나19와 농업 고용노동력”. 「한국농촌경제연구원 농정포커스」 1-21.(2020), 6면.

28) 엄진영, 앞의 보고서, 7면.

29) 엄진영, 앞의 보고서, 12면.

이므로 우선 고용허가제에서 외국인근로자 쿼터 배정에서 농업 분야에 우선적으로 필요 인력을 배정할 수 있도록 법적 근거 확보할 필요가 있다³⁰⁾

기존 고용허가제로 입국한 외국인근로자들 중에서도 업무 숙련도가 높아지면 일정 교육 및 자격 검증을 거쳐 전문인력이 보유할 수 있는 취업자격으로 갱신이 가능하도록 제도 개선을 하는 등의 방법을 통해 전문 농업인력의 장기간 확보를 도모할 수 있다.

농업 분야 외국인력 확보는 특례고용허가(H-2) 체류자격을 가진 외국인들을 유인하는 것으로도 큰 효과를 누릴 수 있다. 이들 대부분이 서비스업이나 건설업 분야에서 종사를 하고 있으나, 언어적 소통이 수월하고 본국의 농업 방식이 우리나라와 유사한 점이 많기 때문에 업무 적응기간이 빠르다.³¹⁾ 이들이 일정 기간 동안 농업분야에서 종사하는 경우 단순노무 외에도 다른 업종에서 자유롭게 일할 수 있는 재외동포(H-4) 체류자격을 부여하거나, 영주자격(H-5)의 부여기간을 축소하는 등의 혜택을 부여하여 농업 분야로 유인하는 등의 방법이 필요하다.³²⁾

2. 근무처 추가제도의 적법한 활용

근무처추가제도는 노동의 당사자인 외국인근로자가 아닌 원사업주가 우월적인 지위에서 근무처 추가 절차를 진행할 가능성이 높은 제도이다. 따라서 외국인근로자와 원사업주 그리고 다른 사업주 사이에서 추가로 근무하게 될 외국인근로자의 고용 장소, 기간 등의 기본적인 근로조건 합의가 이루어져야 할 것이다. 이러한 합의의 존재는 법령의 개정을 통하여 의무로 규정하고 이에 위반한 사업주들의 경우 추후 외국인근로자 채용에 불이익을 부여하는 것도 방안이 될 수 있다.

또한 근무처 추가 합의의 존재에 대한 정부의 상시적 관리 감독이 이루어져야 하며, 이를 확인하는데 외국인근로자의 의사소통의 어려움을 해소하기 위하여 해당 국가의 언어가 능통한 자의 조력을 받을 수 있도록 정부차원에

30) 송재일, “농업분야 외국인 근로인력의 활용을 위한 법제의 개선“, 「법이론실무연구」 제4권 제1호(2016), 125면.

31) 송재일, 위의 논문, 132면.

32) 김두년, “외국인 근로인력 법제의 문제점과 개선방안 -농어업 분야 활용방안을 중심으로-”, 「법학연구」, 제54집(2014), 340면.

서 인력 풀(POOL)을 확보할 수 있도록 하여야 한다.

3. 계절근로자에게 외국인고용법상 전용보험의 일부 적용

외국인 계절근로자 프로그램은 외국인의 체류기간이 짧은 특성상 상시 고용 및 1년 이상의 장기간 고용을 바탕으로 하는 고용허가제의 적용 범률인 외국인고용법을 적용하기에 무리가 있을 수도 있다. 그러나 외국인근로자를 보호하기 위해 특별하게 마련된 전용보험에 대해서는 그 적용을 계절근로자에게도 확대할 필요가 있다.

출국만기보험은 외국인근로자를 고용한 사업 또는 사업장의 사용자에게 외국인근로자의 출국 등에 따른 퇴직금 지급을 위하여 외국인근로자를 피보험자 또는 수익자로 하고, 보험 또는 신탁에 가입하도록 하여 퇴직금 일시지급에 따른 부담을 완화하는 동시에 외국인근로자의 불법체류 방지 및 출국 유도의 성격을 지닌 제도이다. 외국인근로자에게 퇴직금을 지급하는 것을 보장하기 위하여 만들어진 제도이므로 1년 이상의 일을 한 경우에 적용될 수 있기 때문에³³⁾ 이를 계절근로자에게 적용하기는 어렵다.

그러나 임금채불보장보험은 임금채권보장법이 적용되지 않는 사업 또는 사업장이나 상시 300명 미만의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장의 사용자가 임금채불에 대비하여 고용되어 있는(고용한) 외국인근로자에 대하여 보험가입을 의무화하도록 규정되어 있다. 특히 소규모 농가가 많은 우리나라 특성상 사업주가 임금을 지급하지 않더라도 외국인근로자가 보호받을 수 있는 방안이 없는 상황에서 큰 도움이 될 수 있다.³⁴⁾

귀국비용보험의 경우 외국인근로자는 귀국에 필요한 비용을 고려하여 국가별로 고용노동부장관이 정하여 고시한 보험 또는 신탁에 근로계약의 효력발생일로부터 3개월 이내에 가입하여야 하는데, 이를 귀국비용보험 또는 신탁이라고 한다.³⁵⁾ 외국인근로자가 체류기간이 만료되어 출국하는 경우 비용을 지원해준다면 불법으로 체류하는 비율을 낮출 수 있으며, 자발적으로 귀국할 수 있도록 유도할 수 있는 방안이 될 수 있다. 따라서 외국인 계절근로자에

33) 외국인고용법 제13조 제1항 내지 제4항

34) 외국인고용법 제23조

35) 외국인고용법 제15조

제도 귀국비용보험 비용을 지원하고 3개월 이내의 짧은 기간 동안 일을 한 계절근로자의 경우에도 근로계약의 만료 시점까지 보험을 가입할 수 있도록 의무화 하여 모두 보험의 혜택을 받을 수 있도록 하는 것이 바람직하다.

상해보험은 외국인근로자가 업무상 재해 이외의 사망 또는 질병 등에 대비하여 근로계약 효력발생일부터 15일 이내에 가입해야 하는 보험이다³⁶⁾ 이는 외국인근로자의 노동 환경에서 최소한의 신체 안전을 보장할 수 있는 제도이므로 신체 노동이 많은 농업에 종사하는 계절근로자에게도 특히 필요한 보험 제도라고 할 수 있다.

따라서 위와 같이 출국만기보험을 제외한 보험들에 있어서는 개별적으로 노동자와 사업주에게 가입 의무를 부여하여 노동환경에 있어서 최소한의 법적 보호가 이루어질 수 있도록 하여야 한다.

4. 코로나19 이후 농업 분야 외국인근로자 확보

코로나 19 상황으로 인하여 외국인근로자들은 신규로 유입되기 어려운 상황이며, 기존 외국인근로자들 역시 본국으로 출국하기 어렵게 되었다. 이는 ‘불법체류’ 라고 불리우는 미등록 외국인근로자들 역시 마찬가지일 것이다. 따라서 미등록 외국인근로자에게 코로나 19 상황이 해소되어 국가간의 출입국이 자유로워지는 시기까지 한시적인 취업 체류자격을 부여하여, 취업 가능층을 농업 분야에 한정하는 대안도 생각해볼 수 있을 것이다.

이미 법률을 위반하고 있는 외국인근로자들의 입장에서는 자신들의 미등록 상태가 국가에 적발되면 필연적으로 강제로 출국할 수밖에 없기 때문에 자진 신고하지 않을 가능성도 있다. 그러나 미등록 외국인근로자들 중 일부라도 코로나 19 사태이후 불법체류 의사를 바꾸어 본국으로 돌아가고 싶어도 돌아갈 수 없는 경우가 있다면 위와 같은 대안은 자발적인 신고로 연결될 수 있는 하나의 유인이 될 것이다. 본국으로 돌아가고 싶은 미등록 외국인근로자의 입장에서는 현재와 같은 팬데믹 상황에서 적법한 체류자격을 한시적으로나마 부여받고 자진출국 할 수 있는 기회를 부여받게 되는 것이 언제 적발될지 모르는 긴장 상태로 법적으로 보장받지 못하는 노동에 종사하는 것보다

36) 외국인고용법 시행령 제28조

자신에게 유리할 가능성이 높기 때문이다.

더불어 팬데믹 이전과 같이 각 농가에서 자체적으로 노동 인력을 조달하던 방식이 어려워진 상황이므로, 정부가 공공영역에서 농업 인력을 알선하고 일자리를 소개하는 서비스를 더욱 확대하고 지원할 필요가 있다. 고용허가제 하에서 농업 외의 업종에 종사하던 외국인근로자들이 코로나19 사태로 일을 하던 업체가 무기한 휴업에 들어가거나 폐쇄되는 경우가 많다. 이러한 경우 입국시 배정된 업종과는 별개로 농업 분야로 인력이 유입될 수 있도록 적극적인 직업 알선 및 소개서비스를 지원할 필요가 있다.

이렇게 타 업종에서 농가에 인력이 유입될 경우 초반에는 외국인근로자가 일의 숙련도가 떨어짐에도 불구하고 사업주의 입장에서는 기존 숙련된 인력과 비슷한 임금을 지급하여야 하는 어려움도 존재하므로 일시적으로 정부차원에서 지원하는 것도 필요하다고 생각한다. 이는 기존의 공공영역에서 지원하는 농업고용서비스(농산업인력중개센터, 농촌고용중개센터, 지자체별 고용중개센터 등)의 역할을 강화하는 것이 우선이 되어야 할 것이다.³⁷⁾

코로나19사태 이후 정부는 한시적인 대책으로 방문동거(F-1) 체류자격을 가진 외국인이 농업 분야에서 일할 수 있도록 허가하는 방안을 발표하였으나, 이에 대한 인지도가 낮은 상황이므로 농가와 주변에 방문동거 체류자격을 보유한 다문화세대의 가족들에게 적극적인 홍보도 필요하다.

5. 농업 분야 외국인근로자의 이탈 방지를 위한 환경 개선

앞서 서술한 내용이 외국인근로자를 새로이 확보하기 위한 차원의 방안이 있었다면, 그 이전에 기존 농업 분야에 종사하는 외국인근로자의 이탈방지를 위한 노동 환경 확보가 전제되어야 한다. 농촌 외국인근로자는 대부분 컨테이너나 조립식 패널 등 허가받지 않은 건축물을 숙소로 이용하였기에 그 숙소 환경이 매우 열악하였다. 고용노동부와 농림축산식품부, 해양수산부가 공동으로 주거환경 실태조사(응답근로자 3,850명, 사업장 496개소)를 실시한 바에 따르면, 실태조사에 응한 농·어업 분야 외국인근로자 99% 이상이 사업주가 제공하는 숙소를 이용 중이며, 그 중 근로자의 약 69.6%, 사업주의 약

37) 엄진영, 앞의 보고서, 15면.

64.5%가 가설 건축물(컨테이너, 조립식 패널, 비닐하우스 내 가설건축물)을 이용하고 있었다.³⁸⁾ 외국인근로자 없이 농사 인력을 충원할 수 없는 상황에서 법령에서 요구하는 기숙사 시설을 비용적인 문제로 제대로 마련할 수 없는 현실을 반영한 것이었다.³⁹⁾ 그러한 현실에서 캄보디아 출신의 외국인근로자가 경기도 포천의 비닐하우스 숙소에서 사망하는 사고가 발생하기에 이르렀다.⁴⁰⁾

고용노동부는 이에 대한 개선방안으로 2021. 1. 1.부터 고용허가신청시 비닐하우스 내 가설건축물을 숙소로 제공하는 경우 고용허가를 불허하고 있으며, 현재 이러한 사업장에서 일하는 외국인근로자의 경우 사업장 변경을 허용할 예정이다. 한편으로 주거시설의 지도점검을 강화하고 근로감독을 추진하고 있다.

그러나 사업주가 농업현장에서 요건에 맞는 숙식 시설을 갖추는 것은 무리가 있다. 애초에 외국인근로자의 숙소가 가설 건축물임에도 정부가 고용허가를 해줄 수 밖에 없었던 현실을 고려해볼 때 사업주에게 어떠한 상황 개선도 이루어지지 않은 상황에서 기준만을 대폭 강화한다면 지킬 수 없을 것임을 쉽게 예견할 수 있는 것이다. 농지에는 주거용 건축물을 짓는 것이 원칙적으로 법령상 불가능하며, 건축을 위하여 행정관청으로부터 농지전용 허가를 받아야 하는 절차가 필요하지만 그 요건이 엄격하다. 더군다나 자신 소유의 토지에 농사를 짓는 것이 아닌 임차농의 경우 토지 소유주의 사용 허가부터 받아야 하는 어려움이 존재한다. 결국 유예기간 없는 제도 시행은 사업주 입장에서 외국인근로자 고용을 현실적으로 불가능하게 하고 있다.

이에 대해 농림축산식품부는 빈집 등 유휴시설을 주거시설로 리모델링 할 수 있도록 지원하는 방안을 마련하였다고 하나, 고용허가제를 통해 1명 이상의 외국인근로자를 고용하는 사업장에 한하여만 지원이 가능하기 때문에 계절근로자 프로그램을 통해 일하는 외국인들에게 주거환경을 확보하기 어렵다는 한계가 있다.

38) 고용노동부/농림축산식품부, “농·어업 분야 고용허가 주거시설 기준 대폭 강화”, 보도자료(2021. 1. 6.), 2021.

39) 외국인고용법 제22조의2(기숙사의 제공 등) ① 사용자가 외국인근로자에게 기숙사를 제공하는 경우에는 「근로기준법」 제100조에서 정하는 기준을 준수하고, 건강과 안전을 지킬 수 있도록 하여야 한다.

40) 윤지원, ” ‘한파경보에 난방 고장’ 비닐하우스 숙소서 이주노동자 숨져 “, 경향신문, 2020. 12. 23. http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=202012231059001&code=940301 (검색일 2021. 5. 10.)

장기적으로는 외국인근로자의 고용환경 개선에 대해 정부의 방침대로 나아가는 것이 옳은 방향이라고 할 것이다. 그러나 농업에 종사하는 사업주들이 다른 산업 분야에 비하여 경제적 규모가 작고 재정적 능력이 뛰어나지 않다는 산업적 특성을 고려하여 당장 시행할 것이 아니라 「외국인 근로자의 책임이 아닌 사업장 변경 사유 고시」 및 기숙사 정보 제공에 관한 규정의 개정에 유예기간을 두어, 그 유예기간 동안 정부가 적극적인 재정적 지원을 통해 외국인근로자 숙소 기준이 개정 기준에 부합하도록 맞추어 나가는 것이 필요하다. 무조건적인 가설건축물의 숙소사용 금지 방안이 아닌, 가설건축물을 숙소로 사용하더라도 불의의 사고를 막을 수 있도록 일정 수준 이상의 전기 및 수도 그리고 냉난방 시설 등을 갖추고 화재에 대비한 소방 안전 시설을 구비하여 주거 환경을 갖추 수 있도록 규제하는 절충안도 하나의 대안이 될 수 있다.

V. 결론

농업 분야는 이농현상, 농업종사자의 급격한 감소, 고령화 등의 사회적 이유로 현장에서 일손부족이 만연한 상황이다. 이러한 상황에서 외국인력의 농업 분야의 비중은 절대적이며, 외국인 없이는 농사지을 수 없다는 말이 공공연하게 자리 잡아 오고 있다. 그러나 농업 분야는 단순기능인력 외국인근로자가 선택할 수 있는 다른 업종에 비해 육체적 노동의 강도가 높기 때문에 회피하는 업종에 속한다. 결국 농업에서의 일손 부족 현상이 더욱 심화되고 있는 현실에서 코로나19의 세계적인 확산은 농가의 외국인력 수급을 어렵게 하는 원인이 되었다. 이러한 상황에서 농업분야에서 외국인근로자를 도입하는 현 제도를 검토해보고 원활한 인력 수급에 차질을 빚게 하는 제도적 문제점과 개선방안을 알아보았다.

고용허가제는 단순기능인력 외국인근로자를 도입하는 것을 규정한 외국인 고용법을 바탕으로 시행되고 있으나, 그 목적이 1년 이상의 상시 고용을 근거로 하는 사업장에 적합한 것이어서 계절성이 강한 농업분야에 외국인근로자를 도입하는 제도로는 적합하지 않은 부분이 있다. 그리고 단순기능인력의

수급 쿼터가 실제 우리나라 농가에서 필요한 인력에 비해 공급이 항상 모자라는 측면이 존재하며, 농업의 계절적 특성을 보완하기 위해 근무처 추가제도가 존재하지만 근로기준법 제9조의 위반 문제가 있다. 외국인 계절근로자 프로그램은 농번기에 고질적인 일손부족 현상을 막기 위해 법무부에서 실시하는 제도로 출발하였다. 그러나 계절근로자에 대한 외국인고용법이 적용되지 않는다는 문제점이 있다.

안정적인 외국인력 확보가 무엇보다 절실한 상황에서, 정부는 외국인근로자 쿼터 배정에 있어 우선적으로 농업 분야에 필요 인력을 배정할 필요가 있다. 또한 기존 고용허가제로 입국한 근로자들의 전문기술 체류자격으로 갱신할 수 있도록 하는 방안, 특례고용허가제 외국인근로자들을 농업 분야로 유인하는 등의 방안을 생각해볼 수 있다. 기존의 근무처추가제도는 노사관계에서 우월한 지위에 있는 사업주들로 인하여 외국인근로자의 의사가 배제된 채 근무처추가제도가 활용될 소지가 있으므로 법적으로 합의하에 절차가 진행될 수 있도록 하여야 한다.

한편 계절근로자에 대하여 출국만기보험 외에 나머지 세 가지의 외국인근로자 전용보험에 관하여 외국인고용법의 미적용에도 불구하고 노동환경 보호를 위해 반드시 별개의 적용이 필요하다고 생각한다. 임금체불보장보험은 소규모 농가일 수록 임금체불 위험성이 더 높다는 측면에서, 귀국비용보험의 경우 계절근로자의 체류기간 만료 후 자발적 귀환을 유인한다는 측면에서, 상해보험은 국내 체류기간 동안 외국인근로자에게 최소한의 신체 안전을 보장한다는 측면에서 그 필요성이 중요시된다.

살펴본 개선 방안들은 코로나19 사태로 인하여 더욱 그 중요성이 커지고 있다. 이는 금기시 되어 왔던 미등록 외국인근로자들의 한시적인 취업 체류자격 부여 단계까지 생각해 보아야 할 단계에 이르렀다고 보아도 충분하다고 여겨진다. 거기에 더하여 농업 노동인력 확보를 목적으로 기본적으로 공공영역의 일자리 알선 및 소개 서비스를 확대하고 확충하여야 한다. 이와 더불어 외국인근로자를 고용하는 사업장 농가들에게도 정부의 직접적인 지원이 이루어져야 할 것이다.

팬데믹 상황은 글로벌 식량 공급망에도 그림자를 드리웠다. 각 나라별로 수출제한조치를 발동하며 자급도가 떨어지는 가공식품 원재료나 축산 사료 가격 상승으로 이어질 수 있으므로 자급률을 일정 수준 이상 끌어올리기 위해서 농업생산력을 증대하여야 하고, 여기에는 농가의 인력 확보가 반드시

필요하다. 그러한 의미에서 농업 분야에서 외국인력 수급은 국가의 식량 안보를 확보하는데 그 중요성이 종래보다 커질 것이 명백하므로 정부차원에서의 인력 수급에 대한 지원을 아끼지 않아야 한다.

[참고문헌]

- 김형배, 「노동법」 제26판, 박영사, 2018.
- 임종률, 「노동법」 제17판, 박영사, 2019.
- 하갑래, 「근로기준법」 제32판, 중앙경제사, 2019.
- 이혜경, 「외국인 단기 계절근로자제도 실태분석 및 종합개선 방안 연구」, 한국이민학회, 2018.
- 고준기, “외국인고용허가제의 문제점과 개선방안”, 「노동법논총」, 제9집(2006).
- 김두년, “외국인 근로인력 법제의 문제점과 개선방안 -농어업 분야 활용방안을 중심으로-”, 「법학연구」, 제54집(2014).
- 송재일, “농업분야 외국인 근로인력의 활용을 위한 법제의 개선“, 「법이론실무연구」, 제4권 제1호(2016).
- 양순미/유일상/양예숙, “고용허가제도 이후 농축산업 분야 외국인근로자 근무지이탈과 불법체류에 관한 질적연구”, 「농촌사회」, 제28집 제2호(2018).
- 전윤구, “농업분야 외국인력 활용제도의 변용과 중간착취 — 고용허가의 근무처 추가제도와 계절근로제를 중심으로 —”, 「노동법논총」, 제48집(2020).
- 전윤구, “외국인고용 농축산업에서 근로시간규정 적용제외의 위헌성”, 「노동법논총」, 제33집(2015).
- 고용노동부, “4.13 고용허가제 외국인근로자 취업활동기간 일괄 연장”, 보도자료(2020. 4. 13.), 2020.
- 농림축산식품부, “농번기 인력 수급 지원 방안 마련”, 보도자료(2020. 3. 30.), 2020.
- 농림축산식품부, “지자체의 계절근로 MOU체결, 농식품부·법무부가 지원합니다”, 보도자료(2019. 12. 14.), 2019.
- 송재일/김두년/고인석/최석환, “농산업인력지원 법제화 연구”, 농림축산식품부 연구보고서, 2014.
- 엄진영, “코로나19와 농업 고용노동력“. 한국농촌경제연구원 농정포커스 1-21., 2020.
- 엄진영/박준비/유찬희/김선웅, “농업인력 지원을 위한 외국인 근로자 관련제도 개선방안”, 한국농촌경제연구원 정책연구보고, 2019.
- 엄진영/우병준/김윤진, “농업부문 외국인 근로자 고용실태와 정책과제“, 한국

농촌경제연구원 기본연구보고서, 2017.

이병렬/김기돈/김사강/김소령/김이찬/윤지영/이한숙, “농축산업 이주노동자 인권상황 실태조사”, 국가인권위원회 인권상황 실태조사 연구용역 보고서, 2013.

최서리/이규용/임선일/정기선/신예진, “농업분야 외국인력 활용실태 및 정책제언: 경기도를 중심으로“, IOM 이민정책연구원 연구보고서 No. 2013-07(2013).

최서리/이창원, “계절근로자제도 시범운영 결과에 따른 정책적 시사점과 향후 과제”, IOM 이민정책연구원 정책보고서, No. 2016-02(2016).

울산지방법원 2005.11.18. 선고 2005노818 판결

윤지원, ” ‘한파경보에 난방 고장’ 비닐하우스 숙소서 이주노동자 숨져 “, 경향신문, 2020. 12. 23.

“http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=202012231059001&code=940301 (검색일 2021. 5. 17.)

[토론문]

팬더믹 상황을 대비한 농업분야 외국인력 활용 제도의
법 정책적 개선 방안토론문

정 봉수 박사(강남노무법인)

- I. 농촌 외국인근로자 고용현실 인식
- II. 농업분야 외국인 고용 제도의 문제점 지적에 대한 의견
- III. 농업분야 외국인근로자 고용제도의 개선 방안에 대한 의견
- IV. 종합의견

I. 농촌 외국인근로자 고용현실 인식

우리나라 농촌의 현실은 외국인근로자 없이는 농사가 불가능할 정도로 변화되고 있다. 농가인구 감소와 고령자 비율이 증가하고 있다. 농가인구는 2009년 311만명에서 2018년 231만명으로 감소하였다. 농가 중 65세 이상 비중은 2008년 34%에서 2018년 45%로 10% 이상 상승하였다.⁴¹⁾

농촌의 외국인근로자 고용에 대한 공식 채널은 고용허가제와 계절근로자제도이다. 2019년 법무부 출입국관리 통계에 따르면, 고용허가제를 통한 농업부분에 종사하는 외국인 근로자수(E-9, H-2 비자)는 2019년 31,378명이다. 계절근로자제(C-4, E-8비자) 총 1,645명이다.

2020년 2월 현재, 우리나라의 불법체류자는 39만명으로 2018년 평창올림픽을 전후하여 2배가량 늘었다. 불법체류자의 상당 수는 농촌지역에서 활동하고 있다. 엄진영 외7인(2020.10)의 연구에 따르면, 외국인근로자 농업의 고용경로는 작물 재배업의 경우 70% 정도의 불법체류자를 이용하는 사설인력소개소나 지인을 통해 노동력을 확보하고, 정상적인 고용형태인 고용센터나 계절근로자를 통한 고용은 15% 이내로 파악되었다. 이러한 이유는 농업의 외국

41) 엄진영 외 7명, “농업 고용환경 변화에 따른 외국인근로자 활용 정책 방안”, 한국농촌경제연구원, 2020.10. 3면.

인 인력 사용의 특성을 반영하여야 한다.

농촌의 외국인력에 의존해야 하는 현실과 외국인근로자 보호의 관점에서 발표자인 김슬기님의 논문은 시기적절하고 시사성이 크다고 할 수 있다. 발표자의 글 내용 중 농업분야 외국인 근로자 고용제도의 문제점과 개선 방안에 대해 의견을 드리고자 한다.

II. “농업 분야 외국인근로자 고용 제도의 문제점”에 대한 의견

1. 외국인력 확보의 부족

농촌의 인력부족 현상은 단순인력 고용제도인 고용허가제도만으로 해결하기 어렵다는 발표자의 의견에 적극적으로 공감한다. 농업도 기계화 정보화가 가속되고 있고, 전문적인 농업인의 양성이 필요한데 어느 정도 기계조작이나 작물 재배에 익숙해지면 본국으로 돌아가야 하는 현실에서 현재의 단기 순환식 고용허가제는 맞지 않을 수 있다. 이 문제제기에 공감한다.

2. 작물재배업에서 근무처 추가제도의 근로기준법 위반소지

근무처 추가제도는 농촌의 특성인 농번기와 농한기에 고용허가제로 도입된 외국인 근로자들이 일손이 부족한 타사업장에서 일할 수 있도록 한 제도이다. 이 제도는 농촌의 사용자에 대해 임금부담을 줄여주고, 외국인근로자의 노동력을 최대한 활용하기 위해 도입된 제도이지만, 우리나라의 근로기준법상 이중고용관계를 성립할 수 있다는 점에서 발표자의 문제제기에 대해 공감이 간다. 그럼에도 불구하고 농업의 특성이 농번기와 농한기로 구분되는 시점에서 일할 것이 없는데도 불구하고 외국인을 계속 고용해야 하는 농업 사용자의 고충을 이해하지 못한 점이 있어 아쉽다. 오히려 이 제도를 활용하여 농업 사용자와 외국인근로자의 수입을 안정화 시킬 수 있는 제도로 발전시킬 수 있을 것이라 생각한다.

3. 계절근로자제의 외국인고용법 적용 배제의 문제점

외국인근로자 고용방법인 계절근로자제도는 자자체 주관으로 사용하고 있으며, 기본적인 내용이 임금지급의무, 근로계약서 작성의무, 산재가입 의무에 한해 의무조항으로 되어 있으며, 외국인고용법에서 보호되고 있는 외국인 전용보험에 적용되지 않는다. 예를 들어 상해보험이나 임금체불보증보험은 제외되고 있어 이들에 대한 보호가 미흡하다는 문제제기에 공감한다.

4. 코로나 19 사태 이후 농업 분야 외국인근로자 고용의 어려움

코로나로 인하여 외국인 유입이 극히 제한되고 있어 농촌의 일손 부족이 심각한 상황이다. 이에 대해 유연한 출입국관리나 불법체류자들의 활용 등 다양한 방법이 절실히 요구된다는 내용에 대해 공감한다.

Ⅲ. “농업분야 외국인근로자 고용 제도의 개선방안” 에 대한 의견

1. 안정적인 외국인 인력 확보

발표자는 안정적인 외국인 인력 확보를 위해 동포근로자들을 활용하여야 한다고 의견을 제시하고 있다. 발표자는 “부족한 농업인력 확보를 위해 동포근로자들의 방문취업(H-2) 비자를 활용하여, 이들에 대한 정착화를 유도하는 의견을 제시하였다. 이들에 대해 재외동포 자격(F-4) 자격부여하거나 영주자격(F-5)의 부여기간을 축소하여 이들의 농업 분야에 장기적으로 종사할 수 있도록 하여야 한다.” 는 의견에 적극 공감한다. 해외동포는 한국어가 가능하고 쉽게 한국문화에 융화될 수 있고, 농촌에서도 수용가능성이 높기 때문에 적극적인 정책이 필요하다는고 본다.

2. 근무처 추가제도의 적법한 활용

발표자는 근무처 추가제도가 농업사용자의 우월적인 지위에서 제도를 남용할 수 있다고 한다. 이를 위해 이 제도를 시행함에 있어서 기본적인 외국인 근로자의 근로조건에 대한 합의가 필요하다고 한다. 이에 대해 공감한다. 사실상 이 근무처 추가제도가 제도로 활용되지 못한점이 많다. 현재와 같이 시설재배나 축산업과 같이 안정된 수입이 보장된 환경이 아닌 작물 재배 농사를 하는 경우에는 농번기와 농한기가 명확히 구분된다. 이 제도를 악용하는 경우가 발생할 수 있다. 임금지급을 회피하기 위해 타 사업장으로 보내서 외국인근로자가 제대로 정기적 수입이 보장되지 않는 경우가 있을 수 있다. 이 제도의 취지에 맞게 활용될 수 있도록 근로감독이나 명확한 기준 설정이 필요하다고 하겠다.

3. 계절근로자에게 외국인고용법상 보험의 일부 적용

현재 계절근로자들은 산재보험과 일반 근로기준법만 적용되고 외국인고용법에서 보장된 전용보험은 적용되지 않는다. 임금체불 예방이나 상해보험에 대해서는 저렴한 금액으로 보험혜택을 볼 수 있다. 출국만기 보험은 퇴직금에 갈음하므로 해당사항이 없지만, 다른 보험은 적절하게 적용이 가능할 수 있다.

임금체불 보증보험은 사용자가 외국인근로자의 임금체불에 대비하여 보증보험에 의무적으로 가입해야 한다(외고법 제23조). 이 보증보험은 사용자의 임금체불시 대신 외국인근로자에게 지급하는 것이므로 보험회사가 체불임금을 먼저 지급하고, 보험회사는 기지급된 체불임금에 상당하는 금액을 회사에 청구하게 된다. 임금체불시 외국인근로자는 먼저 고용노동부 지방노동청 근로감독과에 체불사실을 신고하고, 임금체불확인서를 발급받은 경우에야 보험금을 지급받을 수 있다. 다만, 임금체불금액이 보증금액 한도인 200만원을 초과할 경우에는 보증금액 한도 내에서 외국인근로자에게 체불임금을 지급해야 한다. 나머지 임금체불금액은 사용자에게 직접 청구하거나 일반 체불임금 처리절차와 함께 진행한다.

귀국비용보험은 외국인근로자가 체류기간 만료 도래시 출국을 유도하고,

불법체류를 방지하기 위해 귀국시 필요한 비용을 대비하고자 외국인근로자가 의무적으로 가입해야 하는 보험이다(외고법 제15조). 보험금은 체류 기간 만료시 귀국에 필요한 항공료를 지원하기 위한 용도로 사용된다. 보험료 납입은 입국일(E-9 단순기능외국인) 또는 근로계약 개시일(H-2 방문취업 동포근로자)로부터 80일 이내에 이루어져야 한다.

상해보험은 외국인근로자(E-9, H-2 체류자격)가 업무상 재해 이외의 상해 또는 질병사고 등에 대비하여 근로계약 효력 발생일부터 15일 이내에 가입해야 한다(외고법 제23조). 상해보험 보험료 성별, 연령에 따라 차이가 있으나 3년 가입시 2만원 정도이다. 상해보험은 보험료가 낮은 만큼 보험료 수령액도 제한적이다. 외국인근로자가 사망하거나 후유장해가 있는 경우에 한해 최대 3000만원, 질병사망인 경우에는 1500만원이 지급된다.

<고용허가제의 외국인근로자 전용보험>

| 구분 | 출국만기보험 | 임금체불 보증보험 | 귀국비용보험 | 상해보험 |
|----------|------------------------------------|----------------------------------|----------------------------|---|
| 도입목적 | 중소기업의 퇴직금 일시지급 부담 완화 | 임금체불에 대한 대비 | 귀국시 필요한 항공권구입 비용 충당 | 업무상 재해 이외의 사망·질병대비 |
| 근거 | 법 제13조, 시행령 제21조 | 법 제23조, 시행령 제27조 | 법 제15조, 시행령 제22조 | 법 제23조, 시행령 제28조 |
| 가입대상 | 사용자 | 사용자 | 외국인근로자 | 외국인근로자 |
| 가입시기 | 근로계약 효력발생일부터 15일 이내 | 근로계약 효력발생일부터 15일 이내 | 근로계약 효력 발생일부터 80일 이내 | 근로계약 효력 발생일부터 15일 이내 |
| 보험료 납부방법 | 매월 적립 -월 통상임금의 8.3% | 1년 가입 (15,000원), 2년 (25,400원) | 일시금/3회분납 (40만-60만원) 국가별 차이 | 일시금 3년/2만여원 (연령,성별에 따라 차등) |
| 보험금 | 적립금액 지급(차액 지급), 단 지급요건 불충분시 사업주 귀속 | 200만원 한도 내에서 체불임금만큼 지급 | 적립금액 지급(30개월 이상시 이자) | -사망:3천만원 -장해:3천만원, -질병(사망·장해):1,500만원 |
| 보험금 지급사유 | 1년 이상 근무한 외국인근로자의 출국 | 사용자의 임금체불 발생 | 외국인근로자 출국 (일시 출국 제외) | 외국인근로자 사망 또는 질병 |

출처 : 고용노동부, 「2016년 고용허가제 업무편람」, 452면.

4. 코로나19 이후 농업 분야 외국인근로자 확보

코로나 19 상황에서 부족한 농촌인력을 보충하기 위해서 불법체류자를 한시적으로 취업가능한 비자 발급을 통해 합법화 해서 사용하자는 의견을 제시하였다. 사실 불법체류자가 40만 명에 육박하고 있고, 상당수는 농촌에서 근로를 제공하고 있는 것으로 파악되고 있다. 이들에게 합법적인 체류자격을 부여하여 불법체류자들의 인권보호와 함께 농촌 인력부족 현상을 해소하자는 의견에 대해 동의한다. 또한 다양한 방법으로 성실근로자 장기체류제도와 같은 출입국 제도의 유연적인 운영이 필요하다. 인구감소, 숙련 외국인 인력의 장기 체류 유도는 절대적으로 부족한 농촌 인력난 해소를 위해 필요하다고 할 수 있다. 법무부에서 사용하고 있는 성실근로자 체류기간 연장, 농촌 지역에 성실체류자에 대한 전문직 비자(E-7) 발급하여 가족초청이 가능하도록 하여 장기 체류의 환경조성이 필요하다데 동의한다.

5. 농업 분야 외국인근로자의 이탈 방지를 위한 환경 개선

현 외국인근로자의 농촌주거지가 비닐하우스 가설건축물을 사용하는 경우가 많았다. 이에 대해 고용노동부는 2021년 1월 1일부터 이런 사실이 확인될 경우 고용허가를 불허하겠다고 발표하였다. 이에 대해 발표자는 농촌 사용자 개별에게 이러한 주거환경 개선을 맡기기 보다는 좀더 지자체나 정부차원에서 주거지 개선노력을 위한 지원이 필요하다는데 전적으로 동의한다. 우리나라의 농촌 사용자의 경우 대부분이 영세하게 운영하고 있으며, 기업화 농업을 하는 경우가 거의 없다. 따라서 영세한 농업 경영자들에게 지자체나 국가에서 집단 주거지를 마련하거나 마을별로 외국인 기숙사 건물을 제공하고 일정한 사용료를 받는 방법도 생각할 수 있을 것이다. 이를 통해 상시 고용가능할 수 있는 인프라 구축을 농업인 개인이 아니라 지자체나 국가적인 차원에서 지원이 필요하다. 이에 대한 발표자의 의견에 적극 동의한다.

IV. 종합의견

농촌의 인구감소와 고령화로 인하여 외국인근로자의 고용 없이는 농업이 불가능한 시대가 왔다. 이제 외국인이 농촌에서 상시 상주하고 농업에 종사하는 것은 당연한 일이 되었다. 안정적 외국인근로자 공급을 위해 외국인이 인간적인 생활을 하고 행복추구가 가능할 수 있는 근무 환경과 생활환경을 만들어 주어야 한다. 이러한 조치 없이는 외국인근로자들의 유입을 보장할 수 없는 시대가 왔다. 따라서 농업의 사용자뿐만 아니라 외국인근로자의 관점에서 매력이 있는 농촌 사업장을 위해서 발표자의 제안과 같이 고용제도의 개선과 근로환경의 개선이 절실히 필요하다고 할 수 있다.