



## 노동법학, 어떻게 할 것인가?

Way to do labor jurisprudence

---

|                    |                                                                                                                             |
|--------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 저자<br>(Authors)    | 오문완<br>Oh Moon-Wan                                                                                                          |
| 출처<br>(Source)     | <a href="#">노동법연구</a> , (17), 2004.12, 1-25 (25 pages)<br><a href="#">LABOR LAW REVIEW</a> , (17), 2004.12, 1-25 (25 pages) |
| 발행처<br>(Publisher) | <a href="#">서울대학교 노동법연구회</a>                                                                                                |
| URL                | <a href="http://www.dbpia.co.kr/Article/NODE01648588">http://www.dbpia.co.kr/Article/NODE01648588</a>                       |
| APA Style          | 오문완 (2004). 노동법학, 어떻게 할 것인가?. 노동법연구, (17), 1-25.                                                                            |
| 이용정보<br>(Accessed) | 울산대학교<br>203.250.87.***<br>2016/09/02 11:21 (KST)                                                                           |

---

### 저작권 안내

DBpia에서 제공되는 모든 저작물의 저작권은 원저작자에게 있으며, 누리미디어는 각 저작물의 내용을 보증하거나 책임을 지지 않습니다.

이 자료를 원저작자와의 협의 없이 무단게재 할 경우, 저작권법 및 관련법령에 따라 민, 형사상의 책임을 질 수 있습니다.

### Copyright Information

The copyright of all works provided by DBpia belongs to the original author(s). Nurimedia is not responsible for contents of each work. Nor does it guarantee the contents.

You might take civil and criminal liabilities according to copyright and other relevant laws if you publish the contents without consultation with the original author(s).

## 노동법학, 어떻게 할 것인가?<sup>\*</sup>

오 문 완<sup>\*\*</sup>

### I.

(1) 노동자가 하는 ‘일’, ‘노동’의 특성(경제학적으로 분석하자면, 다른 상품과는 다른 노동력이라는 상품의 특징)으로는 크게 두 가지를 들 수 있다. 하나는 노동인격이라는 표현에서 보듯이 인격과의 불가분리성이라는 커다란 특징이고, 다른 하나는 노동력은 저장되지 않는다는 하는 (숙명이라고 할만한) 특성이다.

특히 두 번째 특성과 관련하여 각종 노동문제는 시작된다고 볼 수 있다. 그리고 불평등이라고 하는 문제가 그 이면에 가로놓여 있다. 구체적인 인간(사회인, 계급인, Mensch; mankind)으로서의 노동자는 자본제가 없기 때문에 사용자에게 종속될 수밖에 없다는 데서 문제가 시작된다. 노동운동 또는 노동법이 탄생하는 배경과 관련하여 산업혁명기의 영국노동자계급의 상태를 생각해보자. 자본주의 초기의 노동자계급의 상태에 관해서는 예컨대 엥겔스의 「영국 노동자계급의 상태」에 잘 묘사돼 있다.

---

\* 이 글은 2003년도 울산대학교 교내연구비 지원으로 연구되었다. 2004.11.20. 서울대학교 노동법연구회 정가세미나에서 발표되었고, 많은 지적을 받아 틀 자체를 바꾸고 상당 부분 다시 고쳐 썼다. 많은 의견을 주신 회원 여러분에게 감사드린다.

\*\* 吳文玩 : 울산대학교 법학과 교수(mwoh59@hanmail.net)

## 2 노동법연구 제17호

당시에는 16-18시간 노동이 일반적이었고, 6-8세 아동까지 14-16시간 일하고 있었다. 부인노동자는 분만시간에 이르기까지 공장에서 일하고 분만 후 3-4일 후에는 다시 공장에 나와 전과 같이 일했다. 그리고 노동자가 사는 거리는 불결하고 황폐하며, 질병, 빈곤, 타락으로 가득차 있다. 자녀를 둔 여성노동자는 모유를 줄 시간이 없어 자녀에게 마약을 준 후 일하러 나온다고도 한다. 노동자계급의 이러한 상태는 영국에 한정된 게 아니고 미국에도, 독일에도, 프랑스에도 그리고 일본에도 마찬가지였다. 19세기 프랑스노동자의 상태에 관해 연구한 블랑팡(R. Blanpain)이 지적한 바대로 당시의 노동자들에게 산다는 것은 단지 죽지 않는다고 하는 것일 뿐이었다.<sup>1)</sup>

이러한 상황을 타개하기 위해 등장한 것이 노동법이다. 즉 초기자본주의 시대와 같이 노동자가 헐벗은 상태에 처해서는 노동력의 재충전은 기대할 수 없고 그것은 곧 나라 자체의 존속을 어렵게 하는 결과를 낳을 염려도 있다. 때문에 국가 차원에서 이러한 불평등을 어느 정도는 바로잡아야 한다는 인식을 하기에 이르렀고 그 결과 나타난 것이 노동보호법(개별적 노동관계법)이다. 한편 노동자 스스로도 단결하여야 사용자와 대등해질 수 있다는 인식을 하게 되고 오랜 단결투쟁의 결과 형성된 것이 노동단체법(집단적 노동관계법)이다.

(2) 그런데 포드주의의 황금시기가 지나면서 상황은 급격히 바뀌고 있다.<sup>2)</sup> 20세기형 노동법은 농업사회에서 산업사회로, 그리고 소규모 수공업에서 대규모 공장제공업으로 탈바꿈하는 전환의 시대에 새로운 사회경제적인 환경에서 나타나는 과제를 해결하기 위해 생성 발전해 왔다. 그런데 이 노동법체제도 그 배경이 되는 사회경제구조가 변함에 따라 새로운 변신을 요청받고 있다. 그것은 한 마디로 포드주의에서 포스트 포드주의로의 이전

---

1) 外尾健一, 「勞働法入門」, 有斐閣, 1983, 7-8면.

2) 그로 인한 노사관계 변화의 모습을 추적한 글로는 Christopher Erickson & Sarosh Kuruvilla, "Industrial Relations System Transformation", *Industrial and Labor Relations Review*, Vol. 52, No. 1, 1998 참조.

에 따른 노동시장의 변화를 어떻게 반영할 것인가 하는 문제라고 할 수 있다. 대량생산과 고임금, 대량소비, 장기고용과 노동운동의 활성화라는 방식이 더 이상은 통하지 않게 되었다는 상황을 어떻게 법체계 속에 수용할 것인가 하는 문제이다.

이미 많은 기업에서는 노동자 개인의 개별적인 능력과 의욕의 차이를 보다 단기적으로 반영하는 처우방식(소위 능력주의·실적주의)이 시도되고 있다. 관리직층, 전문직층을 중심으로 연봉제의 도입, 능력평가와 승진제도의 개선 등이 진행되고 있고, 금후로는 연공주의에서 능력주의로의 이행이 한층 진전될 것이다.<sup>3)</sup>

이러한 능력주의적 제도들이 유효·적절하게 기능하기 위해서는 개별관리로의 이행과 그 기반으로서의 개별노동계약의 관념과 기능이 강화될 필요가 있다. 그리고 능력평가의 공정성(당사자의 납득성)과 기회의 균등(경력)을 확보하는 틀이 필요하고 동시에 개인의 처우상의 불만에 대응하기 위한 고충·분쟁처리시스템의 정비도 불가피해진다. 또한 정보화, 소프트웨어, 고학력화 등의 진전으로 전통적인 기층으로서의 중간관리직을 매개로 한 피라밋형의 기업조직이 전문직능의 인재가 횡단적으로 제후하여 경영상 충부와 직결되면서 유연하게 기능하는 네트워크형의 노동조직으로 이행하고 있다. 사회와 시장의 격렬한 변화도 경영의 의사결정에 소요되는 시간과 비용을 감축시키고 신속하게 대응할 수 있는 조직체제를 요청한다. 전문직화의 움직임은 이러한 변화에도 연동한 것이라고 생각된다.

노동의 세계에서의, 이러한 ‘개인으로서의 노동자’의 등장은 종래의 노동법규제의 전제를 크게 변화시키고 있다. 좀더 현저한 현상은 집단규제 자체가 현실적이고 바람직한 방향이라는 인식에 근거한 집단적 노사관계법의 영역에서의 변화일 것이다. 다양화하고 있는 노동자의 모습은 자기의 이익을 옹호하기 위해서라도 단체적인 노사관계의 틀 속에 자신을 맡기는 것을 꺼려하는 경향을 보이고 있고, 이러한 현상은 특히 젊은층에서 두드러지게 나타난다고 한다.<sup>4)</sup>

3) 本多淳亮, “労働法學に對する私の思い”, 「労働法律旬報」 제1409호, 1997, 10면.

4) 菅野和夫/取訪康雄, “労働市場の變化と労働法の課題”, 「労働市場の變化と労働法の

더욱이 국제경쟁이 더욱 가열되면서 노동법의 영역에서도 규제완화, 노동유연성의 추구는 더욱 속도를 빨리 할 것으로 예견된다. 아울러 독일과 일본을 중심으로 노동계약법제를 만들어야 한다는 주장이 강력하게 대두하고 있고, 우리나라에서도 이러한 움직임에 관심을 기울이기 시작하였다. 그 기본적인 시각은 노동계약관계의 다양성에 대응하여 노사의 자주적 결정을 촉진시키자는 것이다. 즉, 경제의 서비스화, 국제화, 고령화의 진전, 여성의 직장 진출 등에 따른 사회경제의 구조적 변화는 노동자의 노동생활에 다양화를 초래하고 있고 이에 대한 대책이 필요하다는 것이다.

지금까지의 소위 종신고용제에 의해 취업하고 있는 노동자, 특히 사무직 노동자의 욕구가 다양화되어 물질적인 풍요보다는 정신적인 풍요를 추구하는 것이 노동자 생활의 과제가 되고 있다. 따라서 가족구성이나 기호의 차이에 따라 개별노동자마다 가치판단이 다른 사항에 대하여는 당사자가 자주적으로 결정하도록 하는 것이 바람직하며 이를 위한 여건의 정비가 필요하다고 한다.<sup>5)</sup> 이러한 현실을 어떻게 분석하여야 할 것인지는 좀더 신중하게 고려하여야 할 문제이다. 그러나 적어도 현재의 상황이 대단한 혼돈기라는 데는 인식의 일치를 보고 있는 듯하다.<sup>6)</sup>

(3) 노동운동을 둘러싼 주·객관적 조건도 빠른 속도로 변하고 있다. 1980년대 이래 범지구적인 시장경쟁이 격화되고 있고, 노동비용 삭감과 사회보장 축소를 목표로 하는 각국 정부의 보수적인 정책이 강화되고 있다.

課題], 日本労働研究機構, 1996 참조.

5) 労働省労働基準局監督課 編, 「労働基準法研究会報告 - 今後の労働契約等法制のあり方について」, 日本労働研究機構, 1993 참조.

6) 노동법의 종말(!)이라는 문제의식을 제기하는 글로 Bop Hepple, "The Future of Labour Law", *Comparative Labour Law Journal*, Vol. 17, 1996 참조; 1980년대 중반 일본 노동법이 변화하는 모습을 ① 노동자보호법에서 '노동력정책법'으로, ② 노동자 개념의 분단·축소와 열등근로기준법, ③ '노사자치'의 강조와 노동행정의 후퇴라고 분석한 글로는 脇田 滋, 「労働法の規制緩和と公正雇用保障」, 法律文化社, 1995, 9-19면; 노동법에 대한 서구의 회의적인 시각을 소개하면서 노동법 패러다임의 변화를 주장하는 글로는 이철수, "전환기의 노사관계와 노동법", 「노동법연구」 제8호, 1999 참조.

구조적인 실업과 비정규직의 증대는 각국 노동조합의 조직력을 약화시키고, 노동운동으로 하여금 방어적인 태도를 취하게 하고 있다. 이에 따른 대응전략의 일환으로 다른 나라 노총은 노동운동의 이념을 정립하고, 노동조합 스스로를 개혁하기 위한 노력을 기울이고 있다. 독일 노총(DGB)의 ‘강령 개혁과 조직현대화’, 호주 노총(ACTU)의 ‘전략적 조합주의로의 전환과 직업별 노조 통합’, 남아공 코사투(COSATU)의 ‘사회적 조합주의 정립과 조직강화’ 등이 그러하다.

우리나라 노동운동의 근본적인 한계는 ‘정규직 중심의 기업별 노조’와 ‘임금인상 중심형 기업별 교섭’에서 비롯된다. 이러한 기업별 노조체계와 교섭방식은 노동자들의 의식과 노조활동을 기업의 울타리에 가두고, 노동운동을 실리적 조합주의 또는 경제적 조합주의로 이끌고 있다. 실리적 조합주의는 전체 국민의 삶과 직결된 정치적·사회적 쟁점에 대해서는 관심을 기울이지 않는다. 임금인상이나 고용조건과 같이 단기적이면서도 직접적인 조합원의 이익 옹호에만 관심을 기울인다. 실리적 조합주의는 노동자들의 고용조건을 개선하거나 보호하기 위한 단체교섭을 주된 활동 영역으로 한다.

이러한 노동운동의 약점은 ‘고성장-저실업’ 시대에는 결정적인 문제가 되지 않았다. 기업별 교섭으로도 조직 노동자들의 생활조건을 개선할 수 있었고, 미조직 노동자들도 투쟁의 성과를 공유할 수 있었기 때문이다. 그러나 IMF 관리체제가 등장하고 ‘저성장-고실업’ 시대와 구조조정 국면이 본격화되자, 노동운동은 커다란 도전에 직면하게 되었다. 대량실업이 발생하고 비정규직이 확대되면서, 기업별 노조로는 더 이상 조직확대를 기대할 수 없고, 기업별 교섭으로는 임금인상을 비롯한 노동조건 개선은 물론 정규직의 고용조차 보장할 수 없기 때문이다.<sup>7)</sup> 만약 노동운동이 이러한 도전에 제대로 대처하지 못하고 일부 조직노동자들의 고용조건 보호·개선에

7) 그 실증적 연구로는 신원철, “사내하청공 제도의 형성과 전개: 현대중공업 사례”, 「산업노동연구」 제9권 제1호, 2003; 강현아, “작업장에서 비정규 노동자 배제에 관한 사례 연구: 사내하청동자를 중심으로”, 「산업노동연구」 제10권 제1호, 2004 참조

만 활동을 집중한다면 노동운동은 극심한 위기에 봉착하게 될 것이다. 더욱이 저성장·고실업 시대와 구조조정 국면에서 실리적 조합주의는 변화의 거부와 현상의 고수를 의미하며, 사회개혁을 가로막고 노동조합의 사회적 입지를 축소시킨다. 실리적 조합주의는 참여와 공동결정에 따른 책임을 두려워 한 나머지 책임 있는 현실적 대안을 제시하지 못하게 하며, 결과적으로 조합원의 생활과 권리를 정부와 사용자에게 내맡김으로써 조합원의 단기적·직접적 이익조차 보호할 수 없게 한다. 이에 따라 노동운동은 변화를 거부하며 현상의 유지를 고집하는 이기적인 집단으로 내몰리고 그 영향력도 크게 줄어들게 된다는 비판을 받고 있다.<sup>8)</sup>

따라서 우리나라 노동운동이 새로운 도전을 이겨내고 전체 노동자 대중과 국민에게 꿈과 희망으로 자리매김하기 위해서는, 노동운동의 이념으로 사회적 조합주의(social unionism) 또는 사회운동적 조합주의(social movement unionism)를 정립해야 한다는 주장이 주목을 끈다.<sup>9)</sup> 노사관계의 여건 변화를 아래와 같이 정리하기도 한다.

8) 한국 노동운동의 진로에 관하여 프레시안에 연재되었던 논쟁(박승욱 민주화운동 기념사업회 수석연구원이 「당대비평」(2004년 가을호)에 기고한 ‘한국 노동운동, 종말인가 재생인가’라는 글을 프레시안은 <‘왕자병’ 걸린 노동운동, 이대로 가면 죽는다>라는 제목으로 소개하였고, 이후 반론과 재반론이 계속 이어진 바 있다) 참조

9) 김유선, “민주노조운동의 혁신을 위한 제언”, 『노동사회』, 1998년 9월호; COSATU 섹터위원회 지음(한국노동사회연구소 옮김), 『노동운동의 미래를 위한 섹터모델 보고서』, 한국노동사회연구소, 1999. 다만, 남아공화국 노동운동이 민족민주혁명론(NDR)에 기초해 있는 것이나, 브라질의 노동운동이 지역운동, 공동체 운동과 결합되어 있는 이유가 “민족, 국가, 시민사회라는 것이 단순한 관념이 아니라 그들의 생산과 재생산의 조건, 투쟁과 조직화의 기회와 가능성을 결정적으로 좌우한 조건변수였기 때문”이라는 지적(김동춘, “사회운동으로서 노동운동의 위상 정립 필요”, 『노동사회』, 2001년 3월호, 4쪽, <http://www.labornews.co.kr>)에 주목해야 한다. 한국판 사회적 조합주의는 “남아공의 사회운동적 조합주의와 유럽의 사회적 코포라티즘의 이중교배(異種交配)”라고 비판받기도 한다(노중기, “노동운동의 위기구조와 노동의 선택”, 『산업노동연구』 제5권 제1호, 1999, 10면). 그러나 노중기는 이와 같이 비판하면서도 결론은 같이 내리고 있는 것으로 보인다(15-20면).

### <노사관계 여건의 변화>

| 구분 |       | 1987-1997년               | 1998년 이후(IMF 시대)              |
|----|-------|--------------------------|-------------------------------|
| 상황 | 경제상황  | 고성장-저실업                  | 저성장-고실업                       |
|    | 기업 상태 | · 정규직 고용 보장<br>· 지불능력 충분 | · 정규직 고용 불안<br>· 지불능력과 유동성 부족 |
| 조직 | 조직 형태 | 기업별 노조                   | 산업별 노조                        |
|    | 조직 대상 | 정규직 노동자                  | 정규직/비정규직/실업자                  |
| 교섭 | 교섭 대상 | 개별 기업주                   | 정부 및 사용자단체                    |
|    | 교섭 방식 | 기업별 교섭                   | 중앙교섭 + 산업별 교섭                 |
|    | 교섭 요구 | 임금인상 중시형                 | 고용안정 · 사회개혁 중시형               |

자료: 김유선, “민주노조운동의 혁신을 위한 제안”, 『노동사회』, 1998년 9월호, 14면.

(4) 이 혼돈의 시대에 노동법 전공자로서 앞으로 어떻게 공부해 나갈 것인지를 정리해 보는 작업이 절실해 보인다. 나 스스로 내 생각이 옳은 것인지, 공부는 제대로 하고 있는지 알고 싶기 때문이다. 따라서 이 글은 노동법학을 하기 위해 질문을 던진다는 차원으로 구성키로 한다. 그리고 어떠한 방법으로 노동법학을 할 것인지가 주된 얘기가 될 수밖에 없다.<sup>10)</sup>

10) 나는 징벌적 손해배상제도의 도입을 구상하면서(오문완, “징벌적 손해배상제도의 도입”, 『노동법연구』 제13호, 2002) 법의 체계 전반에 대한 재검토가 필요하다는 생각을 했고 서울대학교 노동법연구회에서 이 글을 발표했을 때도 이 문제를 다루었다. 법의 체계라는 게 법학 공부를 위한 도구이기는 하지만 그 도구가 모든 문제의 해결책일 수는 없고, 구체적인 사안마다 그 문제를 풀어나갈 수밖에 없을 것이기 때문이다. 시민법에서 사회법으로의 변천을 말하면서도(淺井清信, 『法の一般理論』, 法律文化社, 1985, 140-146면) “사회법은 시민법에서처럼 자유 평등의 법적 인격자를 사회적 여러 요인에 의해 규정되는 사회적 인간으로 전치(轉置)시키고는 있지만, 자본가적 계급사회의 변혁을 전제로 하지 않으므로 노사대등이라든가 복지라고 하는 추상적 이념으로 가장해서 실제로는 무산자의 생존보장을 실현할 수 없다”(앞의 책, 145면. 결국 모든 인민을 기점으로 하는 사회주의법으로의 발전을 기대할 수밖에 없다고 한다)고 하여 바로 그것이 사회법이 한계라고 지적하는 견해 역시 이러한 문제에 봉착했기 때문이라고 여겨진다. 또 한편에서는 “고전적(근대) 시민법이 그 담지자로서의 상품소유자인 시민의 추상적 권리의 체계였다면, 그 발전 형태인 현대시민법은 그 담지자로서의 현대사회의 노동시민(노동자, 소비자, 주민, 부인 등)의 구체적인 권리의 체계로서 구성되어야 한다”(渡辺洋三, 『法社會學法と法律學の接點』, 日本評論社, 1989, 97면)고 하면서 법을 보호의 체계에서 권리의 체계로 전환시키는 게 법의 실천적 과제라고 주장하기

## II.

(1) 방법론은 “길이 없는 목적지도 혼자 찾아갈 수 있도록 만들어 주는 독도법”<sup>11)</sup>이라고 한다. 법인식의 방법과 기능성, 즉 법사고 일반의 과제로서 “법규범의 성질은 어떠한지(법과 진리의 문제) 또 이는 완결적인지(보완의 문제), 그리고 그 내용은 어떻게 밝혀야 하는지(법해석의 문제) 그리고 그 적용의 과정과 구조는 어떠한지(법논리학의 문제)?”<sup>12)</sup>를 다루어야 한다는 얘기이다. 그런데, 법학 일반이 아닌 노동법학에만 특수한 방법론은 있는 것인가?

최대권 교수는 헌법학적 방법론의 빈곤은 헌법조항을 두고 마치 “민·형사법이나 행정법규를 해석하듯 쉽게 形式論理的으로” 헌법적 의미를 도출하여 내려는 광범위하게 퍼져 있는 접근방법<sup>13)</sup>이라고 비판하고 있는데, 법의 분야마다 방법론이 다른 듯하다. 그러나 실제로 그런지는 잘 모르겠다. 민·형사법이나 행정법규라고 “쉽게 形式論理的으로” 문제를 해결한다고 생각되지는 않는다. 차이가 있다면 각 법학이 얼마나 오랜 역사를 지니고 있고 그로 인해 그 나름의 방법론이 충분히 쌓여 있는지 아닌지 하는 차이라고 추측할 뿐이다.

우리 노동법학을 보자면, 아마 정인섭 교수가 외로이 이 문제에 골몰하고 있는 듯하다.<sup>14)</sup> 그리고 그 잠정 결론<sup>15)</sup>은 노동법학은 시민법의 자기완

---

도 한다(앞의 책, 98면). 따라서 노동법은 사회법이라는 틀 속에 머물러 ‘보호’에 안주하기보다는 그 틀을 벗어나 독자적인 ‘권리’를 찾아가는 노력을 기울여야 하지 않나 하는 것이 내 문제의식이다. 그러나 이 문제는 노동법학 방법론과는 직접 결되지 않는다는 회원들의 지적이 있었고, 다른 기회에 달리 정리해 보는 게 합당하다는 판단에 이 글에서는 생각의 단초만을 소개해 두기로 한다.

11) 최대권, “헌법학방법론의 문제: 그 합리성 모색을 위한 답론”, 최대권, 「법학교육·법학방법론」, 박영사, 2003, 244면.

12) 심헌섭, 「법철학 I」, 법문사, 1986, 19면; 김진기, “법철학과 법해석의 문제”, 부산여자대학교 「백양인문논집」 제3집, 1998, 94-95면.

13) 최대권, 앞의 글, 244면.

14) 정인섭, “노동법학 방법론의 비판적 고찰”, 「노동법연구」 제1권 제1호, 1991 참조. 실은 강희원 교수 역시 이 문제에 대해 꾸준한 관심을 보여 왔다. 그러나 강

결성에 근거한 개념법학적 방법론에서 벗어나 노동자의 자주적 규범의식을 법에 반영하는 규범주의적 방법론으로 발전하였다고 한다.<sup>16)</sup> 최근 또 다른 글에서 “규범론의 복권”<sup>17)</sup>을 이야기하고 있는 것도 같은 맥락이라 이해할 수 있다.

그런데, 과연 이러한 규범주의적 접근이라는 게 노동법학 특유의 방법론 인지는 의문이다. 정교수의 글을 뜯어보면, 그 주된 흐름은 노동법의 역사와 발전과정을 더듬으면서 어떻게 오늘날 노동3권이 정립될 수 있었는지를 서술하는 한편, 노동법의 대상인 노동이나 노동자의 특수성을 이해하기 위한 법사회학이나 사회학적법학에서의 방법론이 규범주의적 방법론으로 귀결되었다고 설명하는 듯이 보인다. 결국은 법학 일반의 방법론으로 환원되는 게 아닌가 싶다.

(2) 그렇다면, 법학 전분야에 걸친 ‘독도법’은 어디에서 찾을 수 있는 것일까? 그것은 무엇을 잣대로 법을 찾고 활용할 수 있을 것인가에 달려 있을 것이다. 그 잣대로는 일용 법의 목적인 정의와 법적 안정성을 생각할 수 있겠다. 그리고 그에 이르는 길로써 합리성이라는 요소를 생각해 보자

---

교수는 “의사는 환자의 밖에 서서 환자의 병을 객관적으로 진단하고 처리할 수 있다. 그러나 법적 문제에 있어서 법률가는 의사와 같은 외부적 위치를 가지고 있지 않다. 법률가가 법률을 적용해서 치료하고자 하는 사회적 문제는 그에게도 영향을 미치고 있는 유행병의 부분이고, 그가 그 치료에서 사용하고자 하는 도구는 이미 그 병균에 의해서 오염되고 있다”(강희원, 「노동법 기초이론」, 동림사, 2004, 482면)고 함으로써 법률가의 가치판단의 불가피성과 문제점을 수사(修辭)하는 데서 머무는 한계를 보이고 있다.

- 15) 규범주의적 방법론이 “노동법을 권리체계로 구성함으로써 노동자들의 생존요구를 법적 권리로 주장할 수 있는 이론적 근거를 제공”할 수 있었다고 평가하면서도, 우리나라의 특수성을 반영하지는 못하는 한계가 있다고 지적한다(정인섭, 앞의 글, 69면, 75면).
- 16) 정인섭, 앞의 글 참조.
- 17) 정인섭, “근로삼권의 규범론과 정책론”, 「노동법학」 제17호, 2003, 148-149면. 이에 대해 연구회 세미나에서 정인섭 교수는 자신의 의도는 노동법에 대한 접근에서 정책론에 기대기보다는 법규범 자체에 무게중심을 두어야 한다는 취지였다고 밝혔다.

하다. 합리성은 법의 속성이고 법의 생명이라고 한다. 법이 정당성을 갖추려면 효력을 지녀야 하고, 정의로워야 하며, 합리적(과학적)이어야 하기 때문이다.<sup>18)</sup>

그 방법으로 가장 고전적인 것은 개념법학이다. 그러나 법의 완결성을 전제로 하는 이 방법론은 “입법자가 세 마디만 수정하면 도서관의 모든 법서는 휴지가 된다”는 키르히만의 지적대로 그 대전제 자체를 회의할 수밖에 없다.<sup>19)</sup> 따라서 비교법학, 법사회학, 법실증주의, 자연법론, 해석학적 법이론, 비판법학, 법과 경제학, 법과 정책학, 여성법학 등등 각자 다양한 이론이 개념법학의 한계를 넘어서려고 하고 있다.<sup>20)</sup> 결국 법학은 단 하나의 통합적인 이론이 아니라 “서로 다른, 때로는 비교할 수 없는 (incommensurable) 용어(vocabularies)와 담론(discourses) 사이의 경쟁”이고, 현대의 모든 법리론은 법형식주의(legal formalism, 즉 미국식 개념법학)에 대한 “대안을 찾으려는 시도”<sup>21)</sup>이다.

그리고, 본말이 전도된 학문의 태도를 경계하는 다음 이야기에 주목하고 싶다. “이론과 사회과학의 방법들은 처음에는 사회 현상을 이해하기 위한 방법으로 시작된다. 그러나 점차 그것은 사회 현상을 대신하는 방법으로

18) 최대권, 앞의 글, 265면, 269면.

19) 김유미 외, 「현대법의 이해」, 울산대학교 출판부, 2001, 17-18면. 그런데, 실은 현대의 법리론이 개념법학을 넘어서는 결코 아니다. 개념법학을 근간으로 하여 그것을 보완하고 있을 뿐이다. 예컨대 김유미 외, 앞의 책, 제8장(법의 적용과 해석)이 그러하다.

20) 법철학, 법사회학, 법학방법론 등의 교재는 물론이고, 손쉽게 찾아볼 수 있는 글로 심헌섭, “권위에 관하여-배제적 법실증주의에서 포용적 법실증주의으로-”, 서울대학교 「법학」 제39권 제2호, 1998; 오병선, “제도적 자연법과 법의 해석”, 「법철학연구」 제5권 제1호, 2002; 이상돈, “법률해석의 해석학적 구조와 논증의무”, 고려대학교 「법학논집」 제31집; 고호성·이경원, “법과 정책의 연관구조에 관한 방법론적 연구”, 제주대학교 「법과 정책」 제2호, 1996; 김상용, “비교법과 비교법학”, 연세대학교 「법학연구」 제12권 제4호, 2002; 양현아, “여성의 ‘목소리’와 법 여성학 방법론”, 양현아 편, 「가지 않은 길, 법여성학을 향하여」, 사람생각, 2004 등이 있다. 단행본으로는 미국학연구소 편, 「미국 사회의 지적 흐름: 법」, 서울대학교 출판부, 1999; 박세일, 「법경제학」, 박영사, 2002이 시사하는 바가 크다.

21) Dennis Patterson, “What Is at Stake in Jurisprudence?”, *Oklahoma City University Law Review*, Vol. 28, 2003, 175면, 184면.

전환되고, 급기야는 사회 현상이 없는 방법으로 귀결된다.”<sup>22)</sup>

그렇다면, 법학의 객관성은 어떻게 담보하나?

(3) (법학을 포함하여) 사회과학은 유동적인 사회현상 속에서 인간의 사회적 행동을 대상으로 하므로 그 합리성을 담보하기 위한 사회과학의 방법론은 그 대상의 진실한 모습(실체)을 어떻게 파악할 것인가 하는 데 달려 있다. 그 구체적인 방법은 ① 대상에 관한 경험을 바탕으로 한 사실의 확정, ② 확정사실을 기초로 이론적으로 각각의 사실을 지배하는 법칙에 관한 가설을 설정, ③ 실천을 통해 가설(이론)을 검증한다는 과정을 거친다. 이러한 사회과학 일반의 과학적 방법인 ‘경험(적 사실) → 이론 → 검증’이라는 과정은, 법학에서도 사회생활에서의 법적 현상이라는 대상의 차이가 있을 뿐 꼭 같이 적용된다. ① 경험적 사실은 모두 일정한 가치판단에 따른 인간의 사회적 행동의 결과이다. ② 경험적 사실의 가치를 어떻게 평가하는가 하는 것이 가설을 이론 구성하는 방향성이 지표가 된다. ③ 선택된 가치기준에 따라 가설(이론)이 실천(검증)된다.

가설(이론)이 실천을 통해 검증되면 그것은 객관적인 가치판단에 따른 객관이론이 되고, 경험적으로 확정된 사실은 과학적 진실의 실체라고 인정받는다. 그리고 이러한 가치판단이 장차 인간의 사회적 행동이 어떻게 이루어질지를 예견케 해준다. 법학은 바른 사회적 가치에 기해 법적 가치판단을 내리고, 현행법의 타당성에 의문을 제기한다. 이를 통해 법은 발전하고 불합리한 법은 폐지·변경되어 과학으로서의 법학이 정립된다.<sup>23)</sup> 이렇듯 법학을 포함한 사회과학에서 가치판단이라는 요소는 방법론 전개의 세 단계 모두에 걸쳐 있는 불가결한 요소이다.<sup>24)</sup>

22) 김홍우, 「현상학과 정치철학」, 문학과 지성사, 1999, 714면.

23) 井上修一, 「勞働法理論と判例の研究」, 晃洋書房, 1984, 2-6면. “그 법적 결정을 모색함에 있어서는 무엇보다 논리적으로 엄정하게, 방법적으로 정직되게 그리고 토론에 있어서는 합당한 관점이면 모두 받아들여 고려하는 것이 필요하다고 할 것이다. 이렇게 볼 때 법획득의 방법에도 방법다원론이 불가피한 것같이 보인다”(심헌섭, “합리적 법학방법론”, 「분석과 비판의 법철학」, 법문사, 2003, 225-226면).

따라서 우선 헌법이 정하고 있는 노동 보호의 원칙을 구현할 수 있는 노동법학을 펼칠 수 있도록 하여야겠다.<sup>25)</sup> 즉 노동자가 ‘인간의 존엄성’을 보장받으며 일할 수 있고(헌법 제32조), ‘인간다운 생활’을 할 수 있으며(헌법 제34조), ‘인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구’할 수 있도록(헌법 제10조) 법제도가 정비·운용되어야 한다. ‘노동의 인간화’가 바로 그것이다.<sup>26)</sup> 특히 일의 내용이 중요하고, 그 일이 사회의 필요를 충족시키며 삶의 질 향상에 도움이 되는지, 우리 모두의 건강과 인격의 발전, 공동체와 생태계의 건전한 발전에 도움이 되는지를 따져보자는 주장이 주목된다.<sup>27)</sup> 우리의 노동관을 한 차원 더 높이자는 다음 이야기는 어떨까?

노동이란 것은 우주생명의 끝없는 창조적 활동이 인간을 통해서 나타나는 가장 거룩한 활동입니다. 노동은 자연자원과 마찬가지로 시장원리로 환원될 수가 없습니다. 임금이나 화폐에 의해서 노동은 평가될 수 없는 것입니다. 노동자는 노동을 통해서 자연생명체와 적극적으로 접촉하며 이웃들의 생명활동과 일체로 공동체적으로 연결됩니다. 따라서 이른바 주관적 생명력과 객관적인 대상의 생명이 통일되어 빛나는 생명체함을 함으로써 노동자가 자기 실현, 인격 실현을 하고 노동을 통해서 자기를 해방하는 활동인 것입니다. 한마디로 노동자는 노동을 통해서 세계와 연결되며 자연과 화해하며 생명에 일치하여 새로운 생명체를 생산해냄으로써 자기의 세계 내 존재를 실현하는 것입니다.<sup>28)</sup>

- 
- 24) 실은 과학의 세계도 가치(신념)의 체계라고 한다. Thomas S. Kuhn(김명자 역), 『과학혁명의 구조』, 두산동아, 1999 참조.
- 25) 라렌츠가 법학방법론에 관하여 단어의 문언적 의미, 법률 상호간의 의미관계, 입법자의 주관적 규율의도, 객관적·목적론적 기준과 함께 합헌적 해석을 말한다는 데 주목할 필요가 있다. Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* 6판, Springer-Verlag, 1991 참조; 김진기, 앞의 글, 103-115면.
- 26) 손창희, “노동강화 10장”, 『노동, 인간 그리고 미래』(손창희 교수 고회기념 논문집), 창포, 2004, 48-50면; 박준식 외, 『노동의 인간화』, 한국노동사회연구소, 1997 참조.
- 27) 강수돌, 『노동의 희망』, 이후, 2001, 253면.
- 28) 김지하, “개벽과 생명운동”, 김지하 편저, 『생명』, 솔, 1999, 43-44면.

(4) 이상의 논의를 종합할 때 결국 노동법학이란 노동법학적으로 흥미 있는 문제를 제기하고 규명하는 학문활동이라고 정의할 수 있으리라고 믿는다. 그것은 노동법해석학뿐만 아니라 기초노동법학(노동법철학, 노동법사회학, 노동법사학 등)이 포함될 수밖에 없다고 생각한다. 그리고 우리나라의 노동법현상을 놓고 우리의 노동법학을 하여야 할 때에 무엇을 어떻게 하여야 하는가의 문제도 떠오른다고 생각한다. 어려울 때에는 원칙으로 돌아가야 한다는 생각에서 다른 무엇보다도 기초노동법학적 노동법학 접근방법이야말로 창의적인 우리의 노동법학을 행할 수 있도록 만들어 준다는 믿음을 말하고 있다. 이 점은 가장 좁은 의미의 노동법학이라고 일응 이름 붙였던 노동법해석학을 위하여도 그러하다.<sup>29)</sup>

특히 노동법학에서는 그 대상인 노동관계의 실체 파악이 중요하고 특히 법사회학적, 실증적인 관점을 포함한 노동법의 특수성을 인식하는 게 중요하다.<sup>30)</sup> 즉 노동법은 시민법의 개인주의적·자유주의적 원리를 수정해서 노동조합과 같은 집단적인 조직의 존재를 법으로 인정하는 가운데 그 구성원의 생존권을 보장한다는 가치를 원리로 삼고 있는 법의 체계이다.<sup>31)</sup> 결국 노동법학 독자의 방법론이 있다면, 그것은 그 규율대상의 특이성에 달려 있다.

그리고 그 대상에 대한 접근은 직접적·개방적·소통적이어야 한다. 즉 노동‘에 대한’ 법학이 아니라 노동‘의’ 법학이 되어야 한다.<sup>32)</sup> 연구자와 피

29) 이 부분은 최대권 교수가 헌법학에 대해 한 이야기를 패러디하였다. 즉 최대권 교수의 글, 252면의 ‘헌법’이라는 표현을 ‘노동법’으로 바꾼 것이다.

30) 井上修一, 앞의 책, 6면.

31) 本多淳亮, 「勞働法總論」, 靑林書院, 1986, 21-22면.

32) 김홍우 교수의 이론을 다시 한 번 빌어 쓰자. 「사회과학도들은 방법에 맞추어 현상에 접근하려는 함정에 빠지지 않도록 주의해야 한다… 현상 그 자체로 돌아가서, 현상에 맞추어 방법을 택해야 한다… 후설의 현상학은 한마디로 “현상에 ‘대한’ 철학”에서 “현상‘의’ 철학”으로 돌아가야 한다는 주장이다. 그러나 많은 사람들은 후설의 현상학을 “현상‘의’ 철학”이 아닌 “현상에 ‘대한’ 철학”으로 오해하고 있다. 후설은 현상학이 현상“의” 철학이라는 점을 “의식consciousness”은 항상 “~의 의식consciousness of”이라는 말로써 명백히하고 있다. 그러면 “~의 의식”과 “~에 대한 의식consciousness on”은 어떻게 다른가? “~의 의식”에 있어서는 대상과의 관계가 직접적·개방적·소통적인 반면, “~에 대한 의식”은 대상과의

연구자(또는 대상물) 사이의 대화적 의사소통<sup>33)</sup> (또는 합리적 대화<sup>34)</sup>), 인간 사회의 이해를 위한 접근<sup>35)</sup>을 하여야 한다는 것이다.

### III.

(1) 구체적으로 노동법학에서 헌법의 요청은 어떻게 반영할 수 있을까? 우선 근로권에 대한 재검토가 필요하다. 그것은 노동사회에서 지식사회로의 변환을 이야기하는 요즈음이야말로 노동의 복권이 필요하다고 생각하기 때문이다. 지금이야말로 근로권의 구체적 권리성을 진지하게 검토할 시기라고 하겠다.<sup>36)</sup>

종전에는 사회적 기본권은 방침(프로그램)규정이라거나 법적 권리라고해도 추상적 권리일 뿐이라고 생각해왔다(아직도 헌법학계의 다수의견은 추상적 권리로 본다). 그러나 최근 사회적 기본권의 구체적 권리성을 인정하는 견해가 유력해지고 있다.<sup>37)</sup>

---

관계가 외적이고 자의적이며, 폐쇄적이다.」(김홍우, 앞의 책, 716-717면).

33) Norman Blaikie, *Approaches to Social Enquiry*(이기홍·최대용 옮김, 『사회이론과 방법론에 다가서기』), 한울, 2000, 315면.

34) 이상돈, 『법이론』, 박영사, 1997, 10면.

35) Susan J. Hekman, “Gadamer의 해석학과 사회과학의 방법론”, *Hermeneutics and the Sociology of Knowledge*(윤병희 옮김, 『해석학과 지식사회학』), 교육과학사, 1993, 198면.

36) 이 글이 발표되던 날 연구회 세미나에서는 조경배교수가 “쟁의행위와 민사책임에 관한 프랑스법리”를 소개해 주었는데, 이와 관련 우리 헌법은 노동3권을 노동자에게 주고 있는데도 노동조합의 권리로 구성하고 있는 태도 역시 문제가 된다는 논의가 있었다. 이 문제 역시 진지하게 검토할 필요가 있다고 생각되지만, 이 글에서는 근로권 문제만 다루기로 한다. 이하의 논의는 오문완, “근로권의 현대적 의의”, 김유성교수화갑기념 『노동법의 쟁점과 과제』, 법문사, 26-30면 참조.

37) 김문현, “생존권적 기본권에 관한 헌법규정의 규범성”, 이화여자대학교 『법학논집』 제2권 제2호, 1998 참조. 헌법상의 권리 자체를 재조명한 글로는 김철수, “헌정 50년과 대학의 역할”, 서울대학교 『법학』 제39권 제4호, 1999 참조.

권영성 교수는 다음과 같은 이유를 제시하면서 사회적 기본권은 불완전 하기는 하여도 구체적 권리임을 밝히고 있다.

저자가 사회적 기본권을 불완전하나마 구체적인 권리로 인식하려는 것은 다음과 같은 이유 때문이다. 첫째, 모든 헌법규정은 공동체 구성원들의 헌법생활과정에서 그 내용이 반드시 실현되어야 할 재판 규범이라는 점이다. 어떠한 헌법규정은 재판규범이고 어떠한 헌법규범은 프로그램규정이라는 해석은 헌법에 그에 관한 명문의 규정이 존재하지 아니하는 한 독단적·자의적 해석일 수밖에 없기 때문이다. 둘째, 경제적으로 열악한 상황에 처한 절대빈곤층과 사회적 빈곤층에게는 자유권적 기본권이나 정치적 기본권보다 사회적 기본권의 실질적 보장이 더욱 절실한 의미를 가지기 때문이다. 셋째, 우리나라와 같이 사회국가의 원리를 지향하는 사회국가적 성격을 가진 국가인 경우에는 국가의 과제와 목표는 무엇보다도 사회적 기본권의 실현에 중점을 두는 것이 아니면 안되기 때문이다. 국가적 성격을 사회국가로 규정하고 국가목적을 사회국가원리의 구현이라고 규정하면서, 사회적 기본권을 프로그램적인 것 내지 추상적인 권리로 이해한다는 것은 논리적 모순이 아닐 수 없기 때문이다. 넷째, 헌법재판제도가 확립된 경우에는 헌법재판이라는 방법을 통하여 헌법불합치·입법촉구결정을 하는 것이 헌법구조상 반드시 불가능하지 않기 때문이다. 이러한 의미에서 사회적 기본권은 자유권적 기본권처럼 직접효력을 가지는 완전한 의미에서의 구체적 권리일 수는 없다 할지라도, 적어도 일부 청구권적 기본권이나 정치적 기본권과 동일한 수준의 불완전하나마 구체적인 권리로서의 성격은 가지고 있다고 할 수 있다.<sup>38)</sup>

1994년 생계보호기준의 위헌 여부가 문제된 사안에서 헌법재판소는 “모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가지며 국가는 생활능력 없는 국민을 보호할 의무가 있다는 헌법의 규정은 입법부와 행정부에 대하여는 국민소득, 국가의 재정능력과 정책 등을 고려하여 가능한 범위 안에서 최대한으로 모든 국민이 물질적인 최저생활을 넘어서 인간의 존엄성에 맞는

38) 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 1997, 556면.

건강하고 문화적인 생활을 누릴 수 있도록 하여야 한다는 행위의 지침 즉 행위규범으로서 작용하지만, 헌법재판에 있어서는 다른 국가기관 즉 입법부나 행정부가 국민으로 하여금 인간다운 생활을 영위하도록 하기 위하여 객관적으로 필요한 최소한의 조치를 취할 의무를 다하였는지의 여부를 기준으로 국가기관의 행위의 합헌성을 심사하여야 한다는 통제규범으로 작용하는 것"이라고 하여 구체적 규범으로 보는 단초를 열고 있다.<sup>39)40)</sup>

요컨대 국가는 헌법상의 권리를 어떻게 보장할 것인지 고민하여야 하고, 경제사정은 그 다음 단계에서 고려하여야 한다(아직까지는 논의의 기준이 거꾸로 서 있다).

(2) 그리고 이 근로권은 단순한 직장보유권<sup>41)</sup>을 의미하는 게 아니라 취업자와 비취업자의 권리가 조정되는 개념으로 이해하고자 한다.<sup>42)</sup>

39) 김문현, 앞의 글, 11면. 김철수 교수(앞의 글, 28면 주 82)는 이 판결에 대해 헌법재판소는 여전히 생존권의 권리성을 부인하는 태도를 드러내고 있다고 해석하나 그렇게 볼 바는 아닌듯하다.

40) 그러나 아쉽게도 헌법재판소는 여러 사정을 종합할 때 1994년의 생계보호기준은 헌법위반이 아니라는 결론을 내렸고, 이에 대해서는 광범위한 재량론에 기해 생활보호수급권의 구체적 권리성을 더욱 희석시켰다는 비난을 받고 있다. 이홍재, “노동기본권과 사회보장수급권의 실효성”, 서울대학교 「법학」 제39권 제4호, 1999, 123면.

41) 종래 근로권에 관한 논의의 중심은 사용자의 해고의 자유를 규제하는 데 집중해 온 게 사실이다. 예컨대 이홍재(「해고제한에 관한 연구」, 서울대학교 박사학위논문, 1988), 조경배(「고용보장의 노동법적 원리와 구조에 관한 연구」, 서울대학교 박사학위논문, 1997), 石井照久(「労働法の研究Ⅰ: 労働基本権」, 有信堂, 1967, 45-146면)가 그러하다.

42) 박은정 교수는 인권론의 발전사를 서술하면서 1단계로 1차 대전전까지 자유권이 중심이었다면 2단계로는 2차대전전의 사회권 중심의 시기를, 그리고 현단계로서 생명인권, 세대간 인권의 시대를 소묘하고 있다(“과학기술의 발전과 인권문제”, 이화여자대학교 법학연구소 「법학논집」 제4권 제3호, 1999, 10-11면). 이러한 논의를 수용할 때 현단계의 사회권, 그 가운데 근로권의 현대적 의의는 취업층과 비취업층(그리고 장래의 취업 예비군)을 포괄하는 계층간의 근로권 관념을 구성할 필요가 있다는 것으로 결론지을 수 있다. “현대의 근로권은 노동자가 국가의 제도(직업소개, 실업급여, 직업훈련, 실업대책사업 등)를 이용하여 자발적으로 자신이 좋아하는 직직을 선택하거나 보다 좋은 근로조건의 고용을 선택하는 권리,

(3) 다만, 이렇듯 근로권의 보장을 논한다고 할 때 그 근로권이란 게 노동중독증<sup>43)</sup>을 허용하는 것은 아니라는 데 유념하여야 한다. 자칫 잘못하면 일부 취업노동자는 중노동에 허덕이고 실업상태의 노동자는 곤궁에 허덕이는 결론을 허용하는 논법으로 빠져들고 만다. 전전 세기에 쓰여진 다음 이야기에 주목하자.

노동자 계급이 자신을 지배하면서 본성까지 타락시키고 있는 악을 뿌리뽑아 버리려면 가공할 만한 힘으로 떨쳐 일어나야 하는데, 단지 자본가들의 착취의 권리만을 의미할 뿐인 ‘인권선언 Rights of Man’ 또는 단지 불행할 수 있는 권리만을 의미할 뿐인 ‘일할 권리 Right to Work’가 아니라 누구든 하루 세 시간 이상을 일할 수 없도록 금지하는 철의 법칙을 주조(鑄造)하기 위해 봉기해야 하는 것이다. 그러면 대지는, 기쁨으로 전율하는 이 오래된 대지는 안에서 펄펄 살아 뛰뛰는 새로운 우주를 느낄 수 있을 것이다. 하지만 도대체 어떻게 하면 자본주의 윤리에 의해 타락한 프롤레타리아들에게 이처럼 진짜 사나이다운 결심을 하도록 할 수 있을까...

고대 노예제도를 슬픈 모습으로 체현하고 있는 그리스도처럼 프롤레타리아의 남편과 아내들 그리고 아이들은 벌써 한 세기 동안 고통스럽게 고난에 가득 찬 갈보리 언덕을 기어오르고 있다. 한 세기 동안이나 강제 노역이 이들의 뼈를 부러뜨리고, 피부를 멍들게 하고 신경을 망가뜨렸다. 한 세기 동안이나 굶주림이 이들의 내장과 뇌를 산산조각내 왔다. 오! 게으름이여, 이 오랜 고통에 자비를 베푸소서! 예술과 고귀한 미덕의 어머니인 게으름이여, 이 인간의 고통에 위안이 되어 주소서!<sup>44)</sup>

(4) 결국 내가 이해하는 근로권이란 모든 노동자 — 그가 취업하고 있던

---

즉 고용선택의 자유와 가능한 한 충분한 기회가 주어지는 권리를 아울러 포함하는 적직선택권을 그 규범적 내용의 기본이념으로 한다”는 지적(松林和夫, 「勞働權と雇用保障法」, 日本評論社, 1991, 36면)도 같은 맥락으로 이해할 수 있겠다.

43) 홀거 하이데(강수돌 옮김), “노동중독증의 문제”, 「녹색평론」 제51호, 2000, 77-94면 참조

44) 폴 라파르그(조형준 옮김), 「게으를 수 있는 권리」, 새물결, 1997, 94-95면.

그렇지 않은 —가 적당한 시간 일하면서 적절한 노동조건 아래 놓여 있어서 인간적인 생활을 할 수 있도록 해 줄 것을 국가에 대하여 요청하는 권리를 말한다.<sup>45)</sup>

#### IV.

(1) 현재 비정규노동자의 증가 속도나 그 대우에 관한 문제는 가히 폭발력을 가지고 있다고 할 정도이다. 따라서 이 문제에 대한 정리 역시 절실하다. 결론은 헌법상의 평등권, 근로기준법상의 균등대우 원칙을 제대로 구현하느냐 여부에 달려있다.<sup>46)</sup> 특히 동일가치노동 동일임금원칙과 관련하여 문제가 된다.

남녀고용평등법 제6조의2는 ‘동일가치노동 동일임금 원칙’을 명시하고 있는데, 이 조항은 우리 현실상 가장 차별 대우를 받고 있는 여성 근로에 대한 보호를 목적으로 한 규정이라고 이해할 수 있다. 그러나 이 원칙은 남녀간의 임금차별금지에만 적용되는 것은 아니다.<sup>47)</sup> 이 원칙은 헌법상의 평등권조항(제11조)을 비롯하여 근로기준법 제5조의 차별대우금지(균등처우원칙) 조항에서도 도출될 수 있다고 생각된다.<sup>48)</sup> 그리고 보다 직접적인

45) 따라서 “기본적으로 노동자의 생활이 유지되는 근로이어야 하고, 보다 원리적으로는 근로의 질과 양에 상응하는 대가가 지급되는 근로이어야 한다”는 지적(이영희, 「노동기본권의 이론과 실제」, 까치, 1990, 74면)은 너무나 당연한 이치를 밝히고 있다.

46) 深谷信夫, “勞働法における平等と公正と”, 日本勞働法學會 編, 「労働者の人格と平等」(講座 21世紀の労働法 6), 有斐閣, 2000.

47) 근로기준법 제25조에서 단시간노동자의 근로조건은 비례원칙(균등대우원칙)에 따라 정하도록 한 점이나 노동자과건법 제21조가 「파견사업주와 사용사업주는 파견노동자가 사용사업주의 사업내의 동일한 업무를 수행하는 동종노동자와 비교하여 부당하게 차별적 처우를 받지 아니하도록 하여야 한다」고 규정하여 균등처우원칙을 명시한 점은 그 연장선상에서 이해할 수 있겠다. 다만, 이를 어길 경우 제재하는 벌칙조항이 없어 그 실효성은 근로기준법 일반론으로 환원될 것으로 생각된다.

48) 하지만, 이ச்ச게도 우리 노동법학계의 흐름은 균등대우의 적용 범위를 대단히 좁게 이해하고 있다. 사회적 신분을 이유로 하는 차별 금지를 선천적 신분으로 이해하

규정으로는 「경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약」<sup>49)</sup> 제7조를 들 수 있다. 동조 (a)(1)은 모든 노동자에게 공정한 임금과 어떠한 종류의 차별도 없는 동일가치노동에 대해 동일한 보수(fair wages and equal remuneration for work of equal value without distinction of any kind)를 지급할 것을 정하고 있다.

따라서 동일가치의 근로 즉 직종, 작업내용, 기능, 책임, 노동밀도, 능률 등의 점에서 동등한 노무를 제공하고 있는 한 동일한 임금이 주어져야 할 것이다. 그런데 우리나라의 경우 임금체계와 임금 결정의 틀을 보면 구미 각국과는 달리 동일노동인가 아닌가를 엄밀하게 묻지 않은 채 임금은 연령, 학력, 근속년수라는 속인적 요소에 의해 결정되는 경우가 많다. 그리고 직무평가를 통한 임금결정방법에 관한 노사간 합의형성이라는 조건이 성숙되어 있지도 않다. 그러나 근로기준법 제5조 및 「경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약」 제7조는 동일가치노동 동일임금 원칙을 예정하고 있다고는 해도 직무평가의 도입까지를 요청하는 규정이라고는 해석하기 어렵다(반드시 직무평가를 통한 동일임금 지급이 의무화되어 있는 것은 아니다). 임금결정방법은 계약당사자의 자유에 맡겨져 있다고 이해되기 때문이다. 달리 말하자면 직무내용의 가치(value of job content)만으로 동일임금 지급 여부를 결정할 수는 없고, (동일직무에 대한 동일임금만이 아니라 동일 연공에 대한 동일임금, 동일 능력에 대한 동일임금 등) 각 기업의 임금결정요소에 상응하는 기준을 동일가치노동의 기준으로 삼으면 된다는 것이다. 남녀고용평등법 제6조의2 제2항에서는 그 기준을 노동수행에서 요구되는 기술, 노력, 책임 및 작업조건이라고 제시하고 있다.

---

거나 후천적 신분이라 하여도 수형자나 파산자 등을 의미하지 임시직이나 단시간 노동자 등 고용형태에 따른 차별에는 적용되지 않는다고 해석한다(김형배, 「노동법(13판)」, 박영사, 2002, 262면; 임종률, 「노동법(3판)」, 박영사, 2002, 331면 등). 그나마 헌법의 평등권 조항을 원용하여 문제를 해결하려는 시도(김상호, “동일가치노동 동일임금 원칙의 실질적 적용방안”, 한국노동조합총연맹, 「비정규직 보호방안 수립을 위한 워크숍」 자료집, 2002)가 있기는 하다.

49) 우리나라는 1990.6.13. 이 조약을 비준하여(조약 제1006호) 1990.7.10.부터 국내 법률과 같은 효력을 가지고 있다.

이와 같이 비정규노동자의 법적 지위를 이해하기 위해서는 데는 무엇보다도 균등처우라는 데 주목하여 문제에 접근하여야 한다. 그리고 애당초 비정규근로에 대한 우리의 시각 자체에 대해 검토할 필요는 없는지를 생각해 보아야 한다. 실상 비정규근로의 문제는 노동유연성을 살린다는 차원에서 접근해 왔는데 이를 위해서는 규제가 완화되어야 하는지 아니면 적절한 규제가 필요한지에 대한 신중한 검토가 요망된다.<sup>50)</sup>

(2) 아울러 전통적인 노동자는 아니라고 하여도 ‘일’을 하고 있는 사람들에게 대한 취급을 어떻게 할까 고민하여야 한다.<sup>51)</sup> 해석상 노동자 기준 속에 포섭되지 않는다고 판단되는 특수고용형태 취업자에 대해서는 노동법이 아닌 민법상의 위임 등의 법리에 의거하여 법률관계가 전개될 수밖에 없다.<sup>52)</sup> 그러나 이를 시인한다 하더라도 항상 유념하여야 할 점이 있다.

그 하나는, 고용의 다양화 현상에 편승하여 노동자 보호를 회피하기 위한 편법·탈법으로 노무관리를 행하는 경우 이에 대한 적절한 규제가 필요하다는 것이다. 즉, 우회로를 통해 노동을 시키는 경우에는 노동법의 틀 속으로 끌어들이는 해석 노력이다. 사용종속론의 현대적 의의에 대한 주장<sup>53)</sup>에 귀기울일 필요가 있다. 노동자 개념과 사용자 개념의 확장 노력<sup>54)</sup>

50) 오문완, “특수고용형태 취업의 법리”, 『법과 사회』 제23호, 2002, 218-222면 참조

51) 여성학의 다른 목소리(different voice)라는 방법론을 원용하여 비정규노동자 문제를 해결하자는 주장(고호성, “새로운 경제질서 하에서의 노동법의 변동”, 『노동법학』 제9호, 1999, 126-132면)이 있다.

52) 이러한 민감한 문제의 해법으로, 예전과 같이 노동자인가 아닌가에 따라 온전한 보호나 전혀 보호를 받지 못하느냐 하는 이분론(all or nothing)에서 벗어나, 중간 영역을 구상하자는 입법론(이철수, “특수고용관계에 관한 입법론적 고찰”, 이화여자대학교 『법학논집』 별책, 제6권 제1호, 2001, 277-281면)이 주목된다. 협의의 노동법과 광의의 노동법(취업자 전반에 통용되는 법체계)으로 구성하는 방안도 생각할 수 있겠다.

53) 정인섭, “노동자 개념의 판단기준”, 『노동법의 쟁점과 과제』(김유성교수 화갑기념 논문집), 2000; 橋本陽子, “勞働法・社會保險法の適用對象者(一)”, 『法學協會雜誌』 제119호, 2001.

54) 이광택, “특수형태근로 종사자 대책(노동자성 및 사용자성 확대방안)”, 한국

역시 같은 맥락으로 이해한다.

또 다른 하나는, 현대사회에서 ‘일’(노동)의 개념을 재음미하는 작업이 절실하다는 것이다. 건강하고 지속적이며 민주적인 사회를 꾸러가기 위해서는 지속가능한 공동체, 품위있는(dignified) 일, 그리고 건강한 환경이 필요하다고 한다.<sup>55)</sup> ‘품위있는’ 일이든 ‘괜찮은’(고상한; 훌륭한; decent) 일<sup>56)</sup>이든 소외된 노동이 아닌, 소외를 극복하는 방안인 노동이 요구된다. 특수고용형태 취업자라고 하여도 그 일은 적어도 이러한 요청에 알맞은 것이어야 한다. 법은 사회가 바람직한 방향이라고 제시하는 것을 반영해야 한다.<sup>57)</sup> 따라서 노동법과 사회보장법 기타 사회정책 관련 제도의 정비를 통해 품위있게 일할 수 있도록 하여야 한다.

마지막으로, ‘홀어지면 죽고, 몽치면 산다’는 것은 영원한 진리이다. 그 대상이 노동자 신분이든 아니든 권리의 옹호를 위해서는 단결(결사)이 필요하다라는 것이다. 이런 관점에서 노동자 사이의 밥그릇 싸움으로 비전형노동자의 조직화에 회의적이던<sup>58)</sup> 노동조합의 태도가 많이 바뀌고 있는 것은

---

노동조합총연맹, 「비정규직 보호방안 수립을 위한 워크숍」 자료집, 2002.

55) International Forum on Globalization, *A Better World is Possible: Alternatives to Economic Globalization*, 2002, [http://www.ifg.org/alt\\_eng.pdf](http://www.ifg.org/alt_eng.pdf).

56) Amartya Sen, “Work and Rights”, *International Labor Review*, Vol. 139, No. 2, 2000; Joseph E. Stiglitz, “Employment, Social Justice and Societal Well-Being”, *International Labor Review*, Vol. 141, No. 1-2, 2002. 이 개념은 인간의 존엄성을 지키면서 자아성취가 가능한 노동을 의미하는 것으로, 적어도 생계유지에 급급한 노동이어서는 안 된다는 기준을 한계선으로 제시한다(from subsistence to existence). 자세한 내용은 89차 ILO총회(2001년) 사무총장 보고서 “Reducing the decent work deficit: a global challenge” <http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc89/rep-i-a.htm> 참조.

57) Alain Supiot, “Perspectives on Work: Introduction”, *International Labor Review*, Vol. 135, No.6, 1996.

58) 이는 비단 우리나라에만 국한된 문제가 아니다. 예컨대 제너럴 모터스(GM)와 미국자동차노조(UAW) 사이의 유착에 대한 Miller의 비판(Richard U. Miller, “The Impact of Contingent Employment on Worker Rights: A Comparative Analysis”, R. Blanpain ed., *Employee Rights and Industrial Justice*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994, 49-50면)이 그러하다.

상당히 고무적인 현상이라고 여겨진다.<sup>59)</sup> 또한 그 운동노선으로 지역의 차원에서 광범위한 민중적 연대전선을 구축하는 문제로 모색한다는 방안<sup>60)</sup>은 지방분권의 시대에 걸맞는 일이라 여겨진다.<sup>61)</sup>

## V.

어떻게 노동법학을 할 것인지, 법철학자의 다음 이야기에 기대어 글을 마무리하고자 한다.

우리가 철학을 하는 이유를 좀더 깊이 본다면 올바른 삶에의 모색이라고 할 수 있습니다. 무엇이 올바른 것인지에 대해서 논란이 많지만, 적어도 올바른 것에 대한 지향 자체를 포기한다면 그것은 더 이상 훌륭한 철학이라고 할 수는 없을 것입니다. 올바른 것을 지향하기 위해서는 올바른 것이 있어야 한다고 믿어야 하고, 그것을 지향하는 것은 올바른 것이라는 믿음이 있어야 함은 당연합니다. 이것이 내가 말하는 윤리성<sup>62)</sup>입니다. 이런 점을 생각할 때 철학은 본질적으로 윤

59) 윤진호 등, 「비정규노동자와 노동조합」, 전국민주노동조합총연맹, 2001; 정이환, “주변 노동자의 동원화·조직화”, 『한국사회학』, 34집, 2000; 홍주환, “비정규직 노동자 보호 및 조직활동에 대한 비판적 검토”, 『노동사회』 제44호 아울러 「(가칭)비정규철폐연대 준비위원회 발족식 및 토론회」 자료집을 비롯하여 「독자적으로 조직된 노동자들이 투쟁과 조직사례」, 「기존노조에 의한 비정규직 조직 사례」, 「특수고용 사례」, 「초기업단위로 조직한 사례」(이상 「(가칭)비정규철폐연대 조직화를 위한 비정규투쟁사업장 조직투쟁 평가 워크샵」 자료), 「특수고용직 노동조합의 실태보고서」, 「비정규노동자 조직화사례와 전망」, 「비정규직 조직화와 제도개선 투쟁방향」, 「인터넷을 통한 비정규직 노동운동」 등 조직화에 관한 보고가 활발하게 이루어지고 있다는 것도 바람직한 일이다.

60) 윤애림, “비정규직 노동자와 노동운동”, 한국산업노동학회 쟁점 토론회 자료집 「비정규직과 노동운동」, 2001.

61) 오문완, 앞의 글(“특수고용형태 취업의 법리”), 222-224면 참조.

62) 여기서 얘기하는 윤리는 일반적인 용어법이 아니라 가라타니 고진이 말하는 윤리, 즉 칸트의 ‘자유로위지라’는 지상명령을 의미하는 듯하다[가라타니 고진(송태욱 옮김), 『윤리 21』, 사회평론, 72-75면 참조].

리적 삶을 위한 것이며, 윤리적 차원을 처음부터 내장하고 있다고 할 수 있습니다. 철학은 가치판단을 담고 있다는 것을 넘어서 윤리적 가치판단을 담아야 하는 과제를 내장하고 있는 것입니다. 법철학도 철학의 보편적 요청을 담아내지 않으면 안될 것입니다.<sup>63)</sup>

(발표일 2004.11.20; 투고일 2004.12.8; 심사일 2004.12.15; 게재확정일 2004.12.27)

주제어: 노동법학, 법학방법론, 합헌적 해석, 평등의 원칙, 관철은 일

---

63) 이상수, “어떻게 법철학을 할 것인가?”, 『민주법학』 제22호, 2002, 286면. “신념 없이는, 총체적인 시각 없이는 학문은 불가능하다”는 진즈하이머의 얘기(이홍재, “휴고 진즈하이머의 생애와 학문”, 『노동법연구』 제1권 제1호, 1991, 24면)도 되 새겨보아야 한다.

<Abstract>

## Way to do labor jurisprudence

Oh, Moon-Wan<sup>\*</sup>

The socioeconomic structural changes such as globalization of economy, advancement of old age and female's job taking variously affect the working lives of workers. In this era how the experts of labor law do labor law?

First of all we should consider justice and legal stability as aims of the law. And to pursue them we should seek the rationality. Rationality is said to be the characteristic and core of the law. If a law were legitimate it would be efficient, just and rational.

In case of labor law it should be accordant with principles of labor protection as prescribed in the Constitution. So the labor law system should be arranged and performed for the workers to be able to work in the condition of human dignity(Constitution §32), to live a life worthy of human being(Constitution §34), and to have human dignity and value, and to pursue happiness(Constitution §10). It is the 'humanization of labor.' Especially the content of labor is important so they say that it is important to confirm if the work is to fulfill the necessity of society, it is helpful to improve quality of life and the enhancement of our health and personality, and to develop the healthful community and ecosystem.

Specially how the labor law jurisprudence respond to the demand of the Constitution? First, it is necessary to reexamine the right to

---

\* Professor, Faculty of Law, University of Ulsan

work. Because to revive the right to work is important now. And the right to work means to require for the country to provide appropriate conditions of working life to all workers whether they have jobs or not.

And to understand the legal status of atypical workers we should remark the principle of equal treatment. And we should agonize the treatment of all who work if they are not traditional employees. Specific-form workers who are not recognized as employees are in the category of civil delegation. But if so we should not forget: because of the variety of employment illegal labor management should be abandoned; and to maintain sustainable society decent work is very important.

In short, if the labor law jurisprudence waves the rightness itself it is not good labor law jurisprudence any more just now.

Key words: labor law jurisprudence, methodology of law, constitution-accordant construction, principle of equal treatment, decent work