

헌법적 관점에서 어떤 방향과 자세로 임해야 할 것인가를 이로부터 발견할 수 있을 것이기 때문이다.⁷⁾ 역대 정권의 피해자였던 국민정부가 취해야 할 기본노선은 어려운 사람들과 함께 하는 일에서 찾아야 할 것이다. 그것이 진정한 헌법의 실현을 위한 길과 부합할 것이다. 현 정부가 당면한 과제는 재벌구조의 정리, 정부와 사회전반의 구조조정, 통일의 완성작업, 부패청산, 복수정당제의 정상화, 시민운동단체들의 활성화 지원, 사회적 기본권에 대한 관심증대와 향상방안의 마련 등이었다.⁸⁾

7) 헌법적 의미를 갖는 것은 국민들의 의지에 의해서 정권교체가 이루어졌느냐에 있다. 의지에 의한 획득 혹은 쟁취는 그 기반을 장기간 유지시켜줄 것이지만, 그렇지 못한 것이라면 여전히 국민들의 민주화에 대한 의지를 키우는 일이 중요할 것이다. 그런 점에서 볼 때, 정권교체가 국민들의 자발적인 판단에 의해서 이루어지지 않았다는 것이다. 아무도 입증할 수는 없지만, 현정권은 정상적인 상황에서는 결코 집권을 이루지 못했을 것이라고 상상된다. 헌법의 이성과 건전한 상식을 가진 사람들이라면, 한국사회의 민주화과정에서 가장 오랫동안 정치적 탄압을 받았고, 일정한 역량을 갖춘 정치지도자인 김대중씨가 대통령으로 당선되는 것은 거의 당연한 이치였을 것이다. 하지만, 지역과 정치적 파벌, 학벌, 재벌 등 엄청난 기득권으로 뭉쳐진 한국사회의 야욕은 결코 새로운 정치기반의 출현을 원하지 않았던 것이다. 다수의 국민들은 이성에 의한 지배보다도 욕심에 의한 지배를 받는다. 결국 극심한 외환위기와 경제난국에 이르러서야 이들의 욕심에 적신호가 켜지고 그들의 이성을 움직여 정권교체가 어렵사리 이루어진 것이다. 그것도 공동정권이라는 힘겨운 작업 끝에. 이런 비실증적인 논지를 펴는 것은 헌법의 주권에 대한 문제제기를 근본적인 곳부터 하기 위함이다. 국민주권국가인 대한민국에서 대통령을 당선시킨 것이 과연 국민인가? 마치 군부정권 아래에서 총검이라는 공포로 인하여 어느 인물로 강제투표가 행해진 것처럼, 엄청난 경제공황으로 인해서 생각지도 않았던 인물로 향해 강제로 투표를 하였다면 주권자로서의 위신이 서겠는가? 역사의 우연성이 국민의 이성을 견인하였던 것인가? 그렇다면 국민주권설을 넘어서 신수설을 주장할 여지마저 생긴다. 주권자인 국민들이 전통과 습관, 선입견에 얽매인 낡은 기득권논리를 탈피해서 이성적 토론의 장으로 구조조정되지 않는 한 우리의 민주화의 전망은 여전히 불투명하고, 동시에 헌법발전도 기약이 없는 것이다.

8) 출범 당시 요구된 현정부의 과제 중에서 복수정당제의 실현이라는 헌법 제8조 1항의 취지는 2000년 4·13총선을 통해서 여야간의 양당제체제로 실현을 보게 되

그러나 이제 더 필요한 것은 우리 국민들이 어떻게 민주적으로 변화해 나가느냐는 데 있다. 과거의 구습이나 부패구조와 얽혀 있는 현재의 국가를 견인하고 또 방향을 선도하는 것은 주권자인 국민에 있다는 것을 생각해야 한다. 국민들의 이러한 강한 지지가 없는 한 민주화는 진행되지 않을 것이다. 이런 절실한 필요성을 우리는 국가인권위원회의 설치를 골자로 하는 인권법 제정과정에서 발견하게 된다.

(2) 인권법의 제정

인권법의 제정은 이미 문민정부 말기였던 96년이래 논의되어 왔다.⁹⁾ 국민정부는 출범과 함께 국가정책 100대 과제 중에 이를 포함시켰다. 그리고 세계인권선언 제50주년을 맞는 98년 12월 10일 이 법을 시행하겠다고 내외에 공언하였다. 그러나 이 법은 99년 10월 정기국회까지도 제정되지 못한 상태에 있다. 이렇게 된 데에는 우선 정부의 인권법 제정에 대한 태도가 잘못되었음을 지적하지 않을 수 없다. 국가인권기구란 국제인권법시대가 현대의 민주국가에 요구하는 새로운 국가기구로서 현대적

었다. 이제 각 정당이 해야 할 일은 당내민주주의의 실현과 국회의원의 특권완화 조치, 그리고 선거제도를 더욱 민주화시키는 일 등이 과제로 남았다.

9) 인권법의 제정배경은 다음과 같다. 1978년 9월 유엔 인권위원회는 제네바에서 국민인권기구를 주제로 회의를 개최하였다. 이 회의에서는 국가인권기구의 구조와 역할에 관한 지침이 마련되었다. 또한 유엔 인권위원회는 91년 10월 파리에서 국가인권기구의 효율성을 모색하는 국제워크숍을 개최하였다. 이 회합은 국가인권기구의 지위와 역할과 관련해 국민인권기구가 헌법과 법률에 명시된 실질적 권한을 가져야 함을 분명히 하였다. 이런 노력은 93년 6월 비엔나 세계인권대회에서 채택된 비엔나 선언에서도 재차 강조되었다. 국가인권기구란 아직 정립단계에 있는 개념이다. 논의의 초기에는 국내적 차원에서 인권보장에 관련되는 모든 기존 기관들을 포괄해서 지칭하였다. 하지만, 인권교육, 정부에 대한 인권문제 자문, 인권침해청원에 대한 조사와 구제와 같은 특정한 기능을 전담하는 인권기관들이 나타나게 되면서, 이것은 기존의 입법, 사법기관이나 사회복지기관과 구별되기에 이르렀다.

민주헌정질서의 불가결한 일부를 구성하는 것으로 이해할 수 있다. 국가인권기구의 임무는 한편으로는 국제인권기구와 국제인권법, 다른 한편으로는 국내인권법과 인권관련기구들의 중간에 서서 양자를 매개, 근접시키는 데 있다. 또한 국가인권기구는 국가기관의 하나이면서도 여타 국가기구들을 국제사회의 보편성과 시민사회의 공동체성에 의해 견제하고 견인하는 막중한 임무를 부여받고 있는 특이한 국가기구이다. 그렇기 때문에 인권법과 국가인권위원회의 위상은 헌법 차원의 것으로 이해되어야 한다.¹⁰⁾

이 법의 제정은 곧 국가권력의 남용과 오용에 의하여 국민들에게 저질러진 과거의 잘못을 반성하는 것에서부터 출발해야 한다. 그럼에도 불구하고 법무부가 일방적으로 이 법을 제정하겠다는 자세는 무모한 발상이었다고 본다. 법무부가 자신의 정치적 치적으로서가 아니라, 진정 국민을 위한 인권법을 제정하고자 하였다면, 제정과정부터 '민주성의 원칙'이 지켜져야 옳다. 국민들에게, 헌법학자들이나 법률전문가들에게, 인권운동단체들에게 충분히 알리고, 협조를 구하고, 그리고 자신들은 뒤에서 지원과 수고를 해주는 자세로 진행했어야 한다. 이제까지도 헌법을 비롯한 인권관련법은 수없이 제정된 바 있다. 어찌 보면 모든 법이 인권을 위한 법일 수도 있다. 그러나 그것들이 인권향상에 한계가 있음을 인정해서 새로운 차원의 인권법과 국가인권기구를 설치하고자 하는 마당에 또다시 구태의연한 자세로 시작한 것은 도저히 용납될 수 없는 처사이다.

인권법의 제정논의와 함께 우리는 인권이 이제 국가수준의 단계를 넘

10) 이에 관해서는 「인권법제정과 국가인권기구설치의 바람직한 방향」, 민주주의법학연구회 공개토론회, 1998. 9. 25; 광노현, 「인권법의 의미, 성격, 과정, 내용」, 성공회대학교 인권평화연구소, 제1회 심포지움 기초발제문, 1998. 9. 28; 조용환, 「알리바이 인권기구? 법무부 인권법안의 문제점」, 대한변호사협회 공청회 기초발제문, 1999. 4. 12; 줄고, 「바람직한 인권법의 방향」, 국회인권포럼 제5회 정책심포지움 토론회, 1998. 12. 8 등을 참조 바람.

어서 세계적 수준으로 다루어져야 함을 감지한다. 국가인권위원회가 설치될 경우, 이것이 비록 법률에 의해서 설치된다고 하더라도, 또 앞으로 헌법개정이 있을 경우 헌법기구로 규정된다고 하더라도, 이 기구는 국내적 기구에 머물지 않고 국가를 넘나드는 국민의 인권기구로 이해되어야 할 것이다.¹¹⁾

8. 주변 환경의 변화와 헌법주제의 변동

(1) 세계화

이미 문민정부 때부터 세계화는 익숙해진 용어가 되었다. 세계화 경향은 기존의 국민국가의 존립을 뒤흔들고 있다. 국제협약에 따라 시장개방을 하게되면, 국내의 특허제도, 국내유통구조, 세제, 독점금지법 등 모든 국내의 제도가 국제 협상에서 논의의 대상이 된다. 국경을 초월한 거래가 확대됨에 따라 일국의 제도는 국제거래에 장애가 되지 않도록 바뀌어야 한다. 국제적 차원의 '심층적 통합'(deep integration)이 이루어지고 있는 것이다. 금융에는 이미 이런 무국적화가 일상화되고 있다. 다국적 기업활동에는 한 나라 정책의 힘도 미치지 못하는 경우가 많다. 통상시스템 또한 다자간, 지역 내, 양자간, 그리고 일방적인 자유화조치 등 다양한 차원에서 만들어진다. 이렇듯이 세계화는 국경을 철폐함으로써 국민주권의 국가를 초월하고자 함으로써 헌법상의 주권문제를 재검토하게

11) 그런 점에서 이 기구의 공식명칭도 국가인권위원회보다는 '국민인권위원회'가 나을 것이라고 본다. 영어로는 'National Human Rights Commission'으로 표기된다. 이때 'National'을 '국가'로 번역하느냐, '국민'으로 번역하느냐는 것인데, 필자는 후자로 함이 보다 타당하다고 본다. 그것은 앞으로의 인권운동의 주요 주체가 국가와 구별되는 시민과 그들의 NGO들일텐데, 이들의 국가권력에 대한 의사채널로서의 인권위원회가 되어야 하겠기 때문이다. 물론 후자로 한다면 이 때의 국민은 national을 넘어서 people의 개념으로 확장시켜 이해되어야 한다.

만들고 있다. 우리 국민들은 IMF 체제를 경험하면서 국민주권의 무력함을 다시 한번 실감하게 되었다.

이런 흐름 속에서 우리는 근대의 이념이 완성되는 한편 동시에 또 다른 방향으로 변화하는 모습을 보게 된다. 즉 국가는 국민의 인권을 보호하기 위한 장치로 인정된 주권의 단위가 되었으나, 다른 한편 국민의 인권을 침해하는 경우 그 주권성은 후순위로 밀려나야 한다는 논리가 등장한 것이다. 주권의 절대성이 부인되는 것이다. 주권의 대내적 최고성과 대외적 독립이라는 일반적 정의는 이미 입헌민주국가에서는 유지될 수 없다.¹²⁾ 실제로 국민주권은 국가이성에 입각한 국가의 주권과는 다르다. 일반적으로 국민주권국가는 헌법과 법에 의한 지배를 하기 때문에 그러한 주권의 절대성은 형식적인 근거 이상의 아무 것도 아니다.¹³⁾ 또한 주권은 이미 연방국가에서 분리가능성을 보여주었고, 이제는 국제법상에서 그 제한 내지 소멸이 주장되고 있다.¹⁴⁾

그렇지만 우리는 일제식민지로부터 주권회복을 위한 독립운동과 군사독재 아래에서 민주화운동을 지속시킴으로써 국민주권을 쟁취하였다. 이를 기초로 해서 문민정부나 국민정부가 들어선 것이다. 군사정권의 헌법에도 법치주의나 대외적 원리나, 국민의 기본적 권리들은 열거되어 있었다. 하지만, 주권이 부재한 상태에서 그런 내용들은 허구의 체계에 불과

12) L. Ferrajoli, "Beyond sovereignty and citizenship: a global constitutionalism," ed. by Bellamy, *Constitutionalism, Democracy and Sovereignty*, Aldershot: Avebury, 1996, pp. 151-160. 그는 주권원리와 인권을 기초로 한 시민권은 모순된다고 보고, 새로운 국제질서는 시민의 권리를 보장하기 위해서 유럽헌법, 세계헌법(global constitution)과 같은 것을 마련해야 한다고 주장한다. 국제사법기구의 존치는 물론 특히 시민의 망명권 보장의 필요성을 역설한다.

13) 절대적인 주권론을 완화시킨 이런 설명은 라스키의 다원적 국가론에서 잘 되고 있다. H. J. 라스키, 김영국 역, 『국가란 무엇인가』(두레, 1983), 16쪽 참조

14) Antero Jyraenki, *National Constitutions in the Era of Integration*, The Hague: Kluwer Law International, 1999에는 이런 주제의 논문들이 수록되어 있다.

하였다. 현재까지의 우리 경험은 주권부재의 사회에서는 인권은 맹목에 불과하며, 동시에 인권 없는 주권은 공허하다는 공식을 신봉하게끔 한다. 그렇기 때문에 현재 변화하고 있는 세계상황에서도 우리는 우리의 국민주권을 내용적으로 더욱 풍부히 하는 인권개념을 가져야 할 것이라고 본다.¹⁵⁾ 국민주권을 더욱 풍부히 하는 그 길은 곧 국민이라는 개념의 해소와 같다. 국가의 장벽이 없어지는 세계시민적 개념이 보편적 국민을 대신할 것이기 때문이다.

우리는 헌법의 법원(法源)을 생각해야 한다. 헌법 제1조로 대표되는 국민주권의 원리는 헌법의 문면에는 없지만 내면적으로 더욱 상승하여 헌법의 근원으로 이어지고 있다는 것이다. 예컨대 세계헌법을 논할 때 국민주권은 세계시민주권이 되는 것이다. 세계시민이란 무엇인가? 그것은 국경을 넘어선 인류의 의미이다. 그것은 거의 개개인의 인간을 지칭하는 것과 다름없다. 다만 이 인간은 원시상태나 자연상태의 인간이 아니고, 가족도 있고, 지방도 있고, 제도도 있고, 국가도 있고, 세계도 있는 그런 문화인간인 것이다.

점차 우리에게 다가오는 주권은 이렇듯 개별인이 주권자임을 인정하는 그런 개념으로 변하고 있다. 그 개별인은 자유인이면서 사회에 연대되어 있는 그런 존재이다. 자유로우면서 평등한 인간이다.¹⁶⁾ 세계인권선언은

15) 주권과 인권을 아리스토텔레스의 배분적 정의와 교환적 정의와의 관계에 비유하는 것이 적절할 것 같다. 배분적 정의가 올바른 수직관계의 정립이라면, 인권은 수평관계에서의 정의의 실현이 강하다.

16) 세계인권선언은 인간의 권리를 자유, 정치적 권리뿐만 아니라 경제, 사회, 문화적 권리를 보편적 권리로 인정하고 있다. 하지만, 현실국가에서는 특히 후자에 관한 인권으로서의 인정이 미흡하다. 자유권적 기본권이 근대초기의 자연권으로 선언된 것이라면 사회적 기본권은 현대의 자연권이라는 사실을 명심하여야 한다. 사회적 기본권의 분류와 권리능력을 자유권과 구별해서 구체적 권리로 인정하지도 않는 설명이라든가 국내의 인간에 차별적용을 정당화하는 경향은 반시대적 유산으로 시급히 시정되어야 할 것이다.

바로 이런 인간의 존재를 상호간에 인정하고 실현하자는 그런 취지라고 해석된다. 개별인이 충분히 주권자일 때 그는 가장 인권보장이 잘 된 인간일 것이며, 그 역도 마찬가지로 타당하다. 여기에서 비로소 주권과 인권의 일치가 있을 것이다.

(2) 인권의 보편성과 문화적 상대주의

문제는 자유와 평등, 경제적 선진국과 후진국 등의 차이가 있는 역사적 현실에서 주권과 인권을 어떻게 조화시키느냐에 있다. 국제법상으로는 국가단위의 주권이 동일하게 주어져 있다고 하지만, 현실은 힘의 강약에 의해서 주권의 대소가 규정되기 때문이다. 그것은 국내적으로도 마찬가지다. 모든 국민들은 형식에서는 주권자로 동등하지만, 실질에서는 제각기 다르다. 우리는 인권의 보편성원칙이 힘의 논리로 관철됨을 본다. 법이 지배자의 수단이라는 측면을 가지듯이 인권원칙도 그러하다. 그래서 인권개념은 전적으로 서양적인 것이라는 평가가 나오기도 한다.¹⁷⁾ 그런 비판에도 불구하고 인권이 이 시대의 전 인류에게 꼭 필요한 가치란 것을 부인하는 사람은 아무도 없다. 인권의 보편성을 인정하되 그것이 특정 인종, 특정 문화에 치우침이 없는 것임을 요구할 뿐이다. 여기에 문화적 상대주의의 개념이 들어선다.¹⁸⁾ 이것은 모든 개념은 사회적으로 형성되기 때문에 문화에 따라서 변화된다는 신념을 가지고 있다. 인권개념도 마찬가지다. 상대방문화에 대한 존중이나 배려가 없는 경우 인권은

17) 인권에 관한 여러 가지 관점 소개는 예컨대, Raymond Wacks, *Jurisprudence*, 4th. ed., Blackstone Press Ltd., 1995, pp. 248-259.

18) 인권의 보편성의 문제점에 관해서는 다음의 글들을 참조하였다. Chris Brown, "Universal Human Rights: a critique"와 Bhikhu Parekh, "Non-ethnocentric universalism"과 Mary Midgley, "Towards an ethic of global responsibility" 등이다. 이들은 Tim Dunne and Nicholas Wheeler, *Human Rights in Global Politics*, Cambridge University Press, 1999에 실린 논문들이다.

오로지 서양적 사고의 일방통행일 뿐이다. 문화의 제국주의 성격이 지적된다.¹⁹⁾ 그렇지만 보편주의자든 상대주의자든 인식론적으로는 각각 한계가 있다.²⁰⁾ 실천의 관점에서는 지적 작업뿐만 아니라 감성의 측면이 함께 작용함으로써 행위로 나아가는 것이 필요하다.²¹⁾

제3세계로부터 출발하여 선진국의 대열로 진입한 대한민국의 경우, 주권과 인권에 대한 자기 입장이 없어서는 안될 것이다. 한국은 한편으로는 주권의 피해자로서 경험을 가지고 있지만, 다른 한편으로 경제선진국의 대열에 오르면서 경제적 후진국 대해서 가해자가 될 수 있는 위치에 이르렀기 때문이다. 우리는 세계화의 시대에서 경제의 세계화에 앞서 헌법의 세계화를 견지해야 한다. 그것은 경제 이전에 주권과 인권을 생각할 수 있어야 한다는 것이다. 자신의 닫혀진 공간을 열고, 지역과 국가를 넘어 세계적으로 계속 헌법인식의 확장을 시도할 것이 필요하다.²²⁾

(3) 국가기능의 축소와 시민역할의 증대

우리는 헌법제정 50년을 지나면서 민간독재정부로부터 출발해서 군부

19) 이에 관해서는 Edward Said의 *Culture and Imperialism*과 *Orientalism*이 아주 적절히 설명해주고 있다.

20) Tim Dunne and Nicholas J. Wheeler, "Introduction: human rights and the fifty years' crisis," *Human Rights in Global Politics*, 1999.

21) 예컨대 Richard Rorty 같은 이는 postmodernism에 서서 정서적 측면을 통한 인권의 보편적 실천을 주장하고 있다. '권리'라는 개념어들은 오로지 자유주의 사회에서나 통용되는 신화에 불과하다고 한다. 지금은 오히려 '인권문화'(human rights culture)를 육성하는 것이 필요한데, 이것은 '도덕적 지식'보다도 '비참하고 불우한 인권피해사례들을 듣는 것'이 더 필요하다고 말한다.

22) 예컨대 지역연구(Area Study)는 헌법인식의 확대의 일환이다. 지역연구의 방법론에서도 미국의 입장에서 행해진 전략적 정책과학의 성격을 벗어나 문화적 상대주의와 상호비교의 관점을 중시하자는 논의가 나오고 있다. 줄고, 「인도헌법의 형성과 전개—연방제도를 중심으로—」, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 1999. 8., 3쪽.

독재정권의 시대를 지나 다시 문민정부와 국민정부에 이르면서 민주화의 맹아를 키워나가고 있다. 비록 50년이지만, 이 짧은 역사 속에서 선진 입헌국가가 겪었던 근대시민혁명과 인권투쟁의 고뇌를 개체적으로 반복하면서 헌법을 어느 정도 우리의 것으로 체득하게 되었다.

이제 막 돌아난 민주화의 맹아를 우리는 잘 키워나가야 한다. 민주주의를 키워나가는 길은 모든 사람들에게 민주주의가 과연 좋다는 것을 보여줄 수 있어야 한다. 그렇지 않을 경우, 우리 사회에서는 언제 과거로 회귀하려는 움직임이 거세질 지도 모른다. 민주화운동의 방법으로 우리 국민들은 민주정부의 집권을 위해 매진하여 왔다. 그러나 문민정부, 국민정부를 통해서 볼 수 있듯이 집권자들과 국가관료들은 멀리는 일제 때부터 해묵은 전통의 규율과 방식에 불잡혀 비민주적, 관료주의적, 권위주의적 관행으로부터 크게 탈피하지 못하고 있다. 그런 점에서 민주정치의 영구화를 위해서는 국가와 정부를 변화시킬 만큼의 시민역량을 키워나가야 할 것이라고 생각된다. 사회 전반에 걸쳐 과거의 구습을 탈피해서 민주적인 생활방식으로 바꾸어 나가는 일이야말로 우리의 민주화를 영속시키는 가장 확실한 길이라고 보인다. '민주주의의 생활화'—이것은 곧 '헌법의 생활화'로 바꿔 말할 수 있다. 헌법의 생활화란 그것은 헌법의 주권과 인권이란 관점에서 국가의 법과 생활의 규범을 형성해나가는 것이 되어야 한다.

주권과 인권을 비롯해서, 국가, 가족, 교육과 대학, 공무원제, 군사제도, 경제 그 동안 사물의 본성처럼 간주되어온 제도적 보장의 대상들의 틀과 내용이 바뀌고 있는 것이다. 어떤 한 분야도 변화의 대상이 되지 않는 것은 없다. 모든 것이 근본적으로 변화하고 있는 것이다.

근대국가는 자유방임국가로 출발했다가 복지국가까지 발전한 적이 있다. 또 다른 한편으로는 사회주의국가로 향하기도 하였다. 하지만, 냉전 체제가 종식된 후에는 복지국가도 아니고 신자유주의국가가 선호되었다.

그러나 그것은 현대판 자유방임국가로 비판되어 다시금 어디론가 떠나야 한다. 현재까지 인류가 상상할 수 있는 가장 이상적인 사회를 그리면서 떠나야 한다. 그것은 복지국가도 아니고, 공산사회도 아닌 길로 나타나고 있다. 복지국가는 국가의 비용지출만 지나친 소모국가요, 공산사회는 이미 빛나간 사회로 인식되고 있다. 그래서 논자들은 이른바 '제3의 길'을 모색하고 있다. 그 길은 대체로 복지사회로 그려질 수 있는데, 이것은 국가는 존속하되 기능을 최소화시킴으로써 비용절감의 효과도 내고, 동시에 권력축소로 인한 인권강화의 강점을 기대하게끔 한다. 다만, 국가기능의 축소로 인한 사회의 여러 기능을 사회의 전문화와 자발적 조직을 통해서 보충하고자 한다. 여기에 시민의 공공영역 구축이 논의된다. 시민의 자활활동은 국가보다도 훨씬 전문적이고, 민주적인 의견으로 개진되어 나타날 것이다.

이 과정에서 국가의 기존 관행을 변모시키고, 더 많은 사람들에게 민주시민으로서의 양식을 함양시키고, 생활 속의 정치력을 강화시켜줄 것이다. 물론 시민의 정치력은 NGO로 나타나는 경우가 많겠지만, 이런 단체 또한 관료화되기 쉽다. 그렇기 때문에 궁극적으로는 모든 시민들이 주권자로서의 지위를 회복하는 것이 과제이다. 헌법의 실현이 사회 전 영역에서 생활에서 이루어지게 될 것이다.²³⁾

23) 법률해석학은 해석의 주체와 법조문과 법률상황이 함께 내용을 형성해간다는 메시지를 담고 있다는 점에서 법해석의 민주화를 가져왔다. 모든 국민에게 선거권을 부여한 보통선거의 원칙이 민주 정치의 핵심원리가 된 것처럼, 입법부든 사법부든 국가권력이 해석의 권한을 보유하던 불평등한 법률사회의 틀을 깨고 국민일반이 해석적 생산력을 이루면서 지속적으로 상황의 법을 생산시키는 기회를 제공하였기 때문이다. 그러나 이것은 어디까지나 가능성과 정당화의 문제이지 현실화에 이르지는 않고 있다. 여전히 현실에서는 국민들은 국가에 놀려 피치자의 위치를 벗어나지 못하고 있고, 기본권의 주체라고 하면서도 국가 내에서 권리의 수동적, 제한적 지위에서 크게 진전하지 못하고 있다.

(4) 통일과 헌법인식

한국만의 문제로 통일의 과제가 있다. 남북통일은 구체적으로 이루어 지지는 않았지만, 시기적으로 우리는 이미 통일시대에 들어서 있다. 지금 우리 국민이 해야 할 일은 통일헌법의 기반을 마련하는 일이다. 우리는 분단국가의 현실을 떠 안고 세기를 건너가고 있다. 나라의 분단은 외세의 힘으로 이루어진 것이라 하더라도, 분단상황을 극복하지 못한 것은 우리 민족, 우리 국민 자체의 도덕적 및 정치적 무능력이라고 자인하지 않을 수 없다. 구체적인 통일헌법의 제정은 통일 이후에 할 일이지만 그 기반조성은 이미 시작된 현재적 과제이다. 지금 우리가 서있는 이 사회를 민주적인 사회로 만들어 가는 것이 바로 통일헌법의 제정작업이란 점을 기억해야 할 것이다.²⁴⁾

IV. 결론 : 주권의 하강과 인권의 상승

1. 헌법 제1조와 제10조

이상에서 우리의 헌법현실과 헌법규범의 변동과정을 통해서 알아보았듯이, 헌법은 이 시대의 최고규범으로써 시시각각으로 닥쳐오는 온갖 문제들을 해결하는 준거가 되었다. 헌법상황이 복잡해지고 문제가 난해하면 할수록, 헌법의 준거는 특히 헌법 제1조와 제10조로 집약되었다는 것도 알게 되었다. 그런 점에서 볼 때, 대한민국의 국민주권국가임을 선언한 헌법 제1조, 그리고 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가진다는 것을 선언한 제10조는 헌법의 모든 규정들을 선행해 존재하는 헌법 중의 헌법에 해당한다고 할 것이다. 편의상 헌법 제1조를 주권조항으로,

24) 이에 대해서는 줄고, 「통일헌법제정의 예비론」, 『민주법학』, 12호, 1997, 121쪽 이하.

제10조를 인권조항으로 압축해서 부를 때, 주권과 인권은 헌법체계를 버티는 양 기둥이라고 할 것이다. 하지만 만약 이 중에서도 그 어느 하나를 헌법의 마지막 핵심기둥이라고 한다면 무엇을 선택할 것인가? 헌법의 핵심은 주권조항에 있을까, 아니면 인권조항에 있을까? 이런 질문은 비단 가상의 질문에 그치는 것이 아니다. 연속되는 역사의 진행은 가차없이 가장 근본적인 법의 질문을 제기하기 때문이다. 주권과 인권이 충돌할 경우는 없을까? 충돌이 될 경우에는 어느 것을 우선시켜야 하는가? 이런 유형의 질문은 최근에 들어서 구체화되고 있음은 예컨대 앞서 살펴본 인권법의 제정과정이나 세계화의 현상을 통해서 의식할 수 있다. 역사의 진행 속에서 적어도 국가단위의 주권개념은 약화과정을 겪고 있는 것이 분명하다. 그것은 국가라는 그릇으로는 담을 수 없을 만큼 생명과 역사가 커졌기 때문이다. 주권(sovereignty)과 인권은 본래 인격(person)과 결부되는 개념이다. 이제까지의 역사를 통해서나 아니면 현재의 헌법상의 문제들이 아주 복잡하게 꼬여 있는 것은 그것이 주권과 인권의 개념을 구체적인 인격체를 전제로 해서 세운 것이 아니라 국가나 법인, 기관 등의 의제되거나 허구적인 인격체들을 많이 만들어 놓았기 때문이다. 구체적인 생명으로서의 사람을 중심으로 놓는다면 사람을 살상하면서 행하는 전쟁이나 공적 임무가 어떻게 정당화되었는가? 그렇기 때문에 잘못된 위상에 심어놓았던 주권개념을 올바르게 정착시킴으로써 법을 법답게 만들고, 그렇게 해서 법과 법제도, 법학, 법이론 등이 사람에게 유익한 것으로 바로잡아야 할 것이다.

2. 주권과 인권의 개념

이제까지 주권의 개념은 주체는 군주나 국가나 국민과 같은 주체의 변동은 있었지만, 그 내용으로 보면 대외적 독립성과 대내적 최고성, 그리

고 시원성, 불가분성, 항구성 등을 내용으로 하고 있다. 이런 주권의 속성을 한 마디로 요약하면 독자성(identity)이라고 볼 수 있다. 그런데 이 독자성으로서의 주권을 행위의 측면에서 보면 '입법권'(law-giving)이 그 특징으로 압축되는 것이다. 주권자는 곧 입법자인 것이다.

인권의 개념은 인간으로서의 존엄과 가치를 보장 받을 권리일 것이다. 그런데 이것은 다르게 표현해서 '살아 있는 동안에 사람으로서 가진 인격을 온전히 발휘시킬 수 있는 권리'가 아닌가 한다. 사람으로서 가진 인격은 무궁무진하다. 그런 무진장한 인격을 발휘시킬 기회를 한 평생 살아가는 동안 이 사회에서, 이 국가에서, 이 세계에서 보장받을 수 있는 권리가 사람들에게 있음을 인정하고 선언한 것이 인권조항인 것이다.

이런 입법권으로서의 주권과 전인격 발현으로서의 인권이 만날 때 진정한 법치주의가 성립하는 것이다. 이런 법의 출현은 독자성을 가진 인격으로서의 주권자가 제정한 입법이 될 것이다. 자율적 입법은 도덕성의 회복이다. 도덕성은 타율적 강제와 대립되는 것이다. 누가 강제로 요구하지 않아도 자발적으로 우러나오는 선한 의지이면서 자유로운 의지에 입각한 자율적 입법이 행해질 때 최초의 '주권적 인권법'이 탄생하는 것이다. 인권의 발현정도에 따라 처음에는 미숙한 단계로 출발하겠지만 결국은 도달하게 될 칸트의 정언명령—"나의 준칙이 언제나 동시에 하나의 보편적 법칙이 될 수 있기를 내가 바랄 수 있는 그런 준칙에 따라서만 행위하라"—에 합당한 자율입법들이 행해질 것이다. 이런 자율적 사람들에게 의한 자율적 입법들이 행해지는 사회가 곧 자율사회일 것이다. '자율적 인간의 사회화'를 실현하게 될 때 그 사회는 주권과 인권이 개별적으로나 집단적으로 완성되는 사회일 것이다.

자율적 인간은 그 어떤 상황에서도 존재가능할 수 있다. 우리의 역사가 보여주었고, 인류의 역사가 이미 보여주었듯이 많은 사람들이 사회의 타율적 강제와 상관없이 자신의 세계관과 도덕성을 지켜가면서 생을 살

았다. 그러나 자율적 인간의 사회화는 쉬운 문제가 아니다. 온갖 세계관, 가치관, 욕망구조, 역사, 문화가 다른 두 사람이 만날 때 그 사회화과정은 자유주의와 사회주의가 서로의 장점을 결합시키는 일 그 자체일 만큼 힘든 작업이 될 것이다. 그 가능성이야말로 지역과 지역, 남과 북, 국가와 국가가 자율화되면서 동시에 사회화되는 길의 가능성과 직결되는 것이다. 문화적 상대주의와 경제적 평등을 포함한 각종 유형무형적 가치에서의 기득권포기(자리낮춤), 관용과 합리성, 자기주장 등 총체적 인격의 만남이 이루어질 때 사회화과정이 성공적으로 진행될 것이다. 첫째는 자율적 인간, 둘째는 그의 사회화, 만약 이것이 가능하다면 주권과 인권이 완벽하게 이루어지는 유토피아가 오는 것이 아닐까?

여성인권의 보장

김 엘 림 (한국여성개발원 수석연구위원)

— 목 차 —

I. 20세기 법과 민주주의의 발전

1. 국제적 동향
2. 우리 나라의 상황과 과제

II. 21세기 법과 민주주의의 새로운 패러다임의 모색

1. 남성편중의 입법·사법·행정·정치 구조의 개선
2. 인권과 남녀평등 교육
3. 인권 및 남녀평등 관련 국제협약의 이행
4. 남녀평등실현을 위한 시민운동의 입법·사법·행정·정치의 감시 활동

I. 20세기 법과 민주주의의 발전: 여성의 인권과 사회참여의 기반 조성

1. 국제적 동향

법은 인권보장을 중요한 기능으로 하고, 민주주의는 다양한 구성원의 의사와 경험, 인식, 입장 등이 법이나 정치, 정책의 의사결정에 반영하여 이루어지는 것을 전제로 한다.

그러나 인간의 존엄과 자유, 평등을 핵심으로 하는 근대 인권의 개념

은 서구의 근대시민혁명의 성과로서 확립된 것이지만, 그 인권은 사실상 남성의 권리를 의미하는 것이었다.¹⁾ 프랑스의 정치가이자 작가인 올랭프 드 구즈는 1789년의 프랑스 시민혁명에서 공포된 「인간의 권리선언」이 여성의 인권을 배제하였다고 비판하고 여성도 인간으로서 남성과 동일하게 공직에서의 참여권, 자유의사에 의한 결혼 및 재산권 및 상속권을 가짐을 천명한 「여성의 권리선언」을 발표한 후 단두대에 처형당했다. 민주주의 발상지라고 하는 영국은 1918년에, 미국은 1920년에 비로소 여성에게 참정권을 인정했다. 남녀차별문제가 국제사회에서 인권의 주요한 내용으로 취급되기 시작한 것은 1945년 유엔(국제연합)의 설립을 계기로 하며 여성에 대한 폭력문제가 인권의 의제로 부각된 것은 1990년대 이후이다.

법을 만들고 집행, 적용하고 가르치고 해석하는 권한과 지위를 가지는 사람들의 절대 다수가 남성으로 구성되어 있는 사회구조, 여성은 고유한 모성기능을 가지는 것 외에 사회적 존재인 남성과 달리 여성은 가사노동의 담당자로서의 특질과 사명, 능력을 가진다고 보는 전통적 성별 역할 분업론, 여성의 정조를 중시하면서 여성을 성적 대상화시키는 이중적 성윤리와 성문화 등은 사회구성원의 반수를 차지하는 여성들이 당하는 다양한 차별과 폭력을 인권에 관한 논의에서 제외시키거나 부차적인 것으로 치부하였다. 또한 법이나 정치, 정책, 사회의 의사결정에서 여성들이 참여하고 여성의 의사와 경험, 인식, 입장을 반영하는 것은 여성집단만의 권익향상문제로 인식되어 왔고 민주주의 발전의 기본요건으로는 인식되

1) 辻村みよ子·金城清子, 『女性の権利の歴史』(東京: 岩波書店, 1992), pp. 1-90; 金城清子, 『法女性學—その構築と課題』(東京: 日本評論社, 1991), pp. 8-9; Babra Day-Hickman, "Introduction to Olympe de Gouges: Declaration of the Rights of Women and the Female Citizen," Lockwood, Magraw, Spring & Strong (eds.), 1998, pp. 90-91(신혜수, 「여성관련국제협약과 여성운동」, 『한국여성인권운동사』(1999), p. 455에서 재인용).

지 못하였다.

여성인권의 보장의 역사는 바로 이러한 전통적 여성관, 가치관, 남성중심주의적 법·정치·정책의 구조를 극복하고 여성도 인간으로서 남성과 동등하게 인격의 존엄과 기본적 권리를 보장받으며 가정의 영역에서 나아가 사회의 모든 부문에 참여하도록 하는 노력의 과정이라 할 수 있다.

그 노력의 일환으로 여성인권의 개념은 UN이 개최한 1993년의 비엔나 세계인권대회와 1995년의 북경 세계여성회의를 계기로 여성이 차별과 폭력을 당하지 않고 모든 인간으로서의 기본적 권리와 자유를 남녀가 평등하게 향유, 행사하는 것으로 확립되었고, 여성인권을 보장하기 위한 사회제도, 환경, 의식을 조성하기 위한 전략이 각국에서 구현되고 있다.

특히 21세기에는 본격적인 지식정보사회화와 국제화시대가 도래하는 환경변화가 촉진되고 여성의 역할이 더욱 증대할 것으로 전망됨에 따라 세계 각국에서는 이 새로운 시대변화에 대응하여 여성인적자원활용과 국민의 인권 및 삶의 질의 향상을 국가경쟁력 강화의 기반으로 설정하고, 이를 위해 여성의 역할과 능력을 가사노동담당자로 고정화시켜 온 고정관념과 편견을 불식하여 여성의 잠재력개발과 사회참여를 촉진하고, 성을 이유로 한 차별과 폭력을 철폐하여, 가정·사회·국가 발전에 남녀가 공동으로 참여하고 책임을 분담하는 사회체제와 의식을 조성하고 있다.

(1) 여성의 차별문제

제2차 세계대전 직후 세계평화와 인권보장을 도모하기 위해 설립된 UN은 세계인구의 반수를 차지하는 여성들이 전세계적으로 오랫동안 성차별을 받아 왔다는 사실을 직시하고, 남녀평등권에 특별한 관심을 보였다. 그리하여 “성차별 없는 모든 사람의 인권과 기본적 자유의 존중”을 유엔의 활동목적으로서 유엔헌장(The Charter)에 명시하고, 남녀평등권을 인간의 생래적이고 기본적 권리임을 1948년에 「세계인권선언(The

Universal Declaration of Human Rights)에서 천명하였다. 그리고 여성차별문제의 특수성과 전문성을 감안하여 유엔 경제사회이사회 산하에 인권위원회와는 별개의 기능위원회로서 여성지위위원회(Commission on the Status of Women)²⁾를 1946년 6월에 설치하여, 유엔의 남녀평등권 실현을 위한 주요활동을 주도하도록 하고 있다.³⁾

여성지위위원회는 남녀차별철폐에 주력하여 1966년에 채택한 「국제인권규약(The International Covenants on Human Rights)」⁴⁾에 성에 의한 차별금지 및 각 규약에서 인정된 권리의 향유에 있어서의 남녀평등보장을 명시하는 규정을 삽입하도록 하였다. 1967년에는 여성차별문제만을 별도로 다룬 유엔 최초의 문서로서 「여성차별철폐선언(Declaration on the Elimination of Discrimination against Women)」을 유엔 총회에서 만장일치로 채택하게 하였다.⁵⁾ 또한 1975년을 '세계여성의 해'로 선포하고 1976

2) 위원회는 UN회원국 중 경제사회이사회가 선출하는 임기 4년의 45개 위원국으로 구성되고, 회의는 격년제로 개최되다가 1986년부터 매년 개최되고 있다. 남녀평등과 여성의 권리와 지위향상에 관하여 경제사회이사회에 제안, 보고하는 것이 위원회의 주요임무이다.

3) UN, *The UN and The Advancement of Women(1945-1995)*, Blue Books Series, Volum VI(1996); 변화순·김은경, 『유엔여성지위위원회 50년과 한국활동 10년』(한국여성개발원, 1997), pp. 9-47 참조.

4) 「경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약」(A규약)은 남녀의 동등한 근로조건 확보(제7조)와 임신부의 특별보호(제10조)에 관한 규정을 두었다. 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약」(B규약)은 비상사태의 조치에 있어서 성차별금지(제4조), 임신부에 대한 사형집행면제(제6조), 가정과 혼인의 보호(제23조), 법 앞의 평등(제26조)에 관한 규정을 두었다.

5) 이 선언은 여성차별의 의미와 결과를 ▷남녀간에 권리의 평등·인간의 존엄존중의 원칙에 반하는 것, ▷국가의 각종 활동에 대하여 여성이 남성과 평등한 조건으로 참가하는 것을 방해하는 것, ▷사회와 가족의 번영을 저해하는 것, 국가와 인류에 기여하는 여성의 잠재적 능력의 개발을 방해하는 것으로 규정하고, 법률뿐 아니라 관습, 관행까지 포함하여 모든 분야에서의 여성차별을 철폐하도록 하였다.

년부터 1985년까지의 10년을 '여성발전 10년'으로 설정하였다. 이를 계기로 남녀평등의 개념이 전통적 성별역할분업론을 극복하고 가정에서나 사회에서의 역할과 권한, 참여를 남녀가 동등하게 공유하고 책임도 나누는 것이 분명히 확립되었고 국가의 실현책임이 강조되었다. 이러한 입장은 1975년 제1차 세계여성회의에서 133개국 대표들이 모여 그 동안의 지속적인 논의와 경험을 바탕으로 세계여성행동계획을 통해 처음으로 표명되었다. 이러한 입장과 남녀평등실현전략은 보다 진전되고 구체화되어 1979년 12월 채택된 「유엔여성차별철폐협약」(Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women)에 의해 법적 구속력을 가지게 되었다. 이 협약은 여성에 대한 차별을 "정치적, 경제적, 사회적, 문화적, 시민적 또는 기타 모든 분야에 있어서 혼인여부와 관계 없이 남녀동등의 기초 위에서 인권과 기본적 자유를 인식, 향유 또는 행사하는 것을 저해하거나 무효화하는 효과 또는 목적을 가지는 성에 근거한 모든 구별, 배제 또는 제한을 의미한다"(제1조)고 정의하고 국제문서 사상 가장 다양한 영역⁶⁾에서 국가가 취해야 할 남녀평등조치에 관해 규정하고 있다. 1999년 10월의 유엔총회는 이 협약가입당사국 여성 개인이나 그룹이 여성차별철폐위원회(CEDAW)에 인권침해 청원서를 제출할 수 있는 진정절차를 포함하는 「여성차별철폐협약 선택의정서」를 통과시켰다.⁸⁾

6) 여성차별철폐협약은 현재 160여개국이 비준하여 지금까지의 유엔 문서 중 가장 구속력 있고 구체적이며 정치적·공적 생활(제7조), 국제활동(제8조), 국적(제9조), 교육(제10조), 고용(제11조), 보건(제12조), 경제적·사회적 생활(제13조), 농촌생활(제14조), 민사문제(제15조), 혼인과 가족생활(제16조) 등에서 여성차별을 철폐하기 위하여 국가가 해야 할 조치와 남녀평등원리를 담고 있다.

7) 정치적·공적 생활(제7조), 국제활동(제8조), 국적(제9조), 교육(제10조), 고용(제11조), 보건(제12조), 경제적·사회적 생활(제13조), 농촌생활(제14조), 민사문제(제15조), 혼인과 가족생활(제16조) 등

8) 2000년 3월 21일 현재 33개국이 비준하였다.

한편, 여성차별문제 중 여성의 생존과 경제적 불평등문제에 직결된 여성고용차별문제에 대해서는 UN의 전문기구인 ILO가 그 해결방안에 주력해 왔다.

ILO는 1919년 창설 이후 '여성과 연소자의 보호'에 주력하였으나, 제2차 세계대전 후 ILO가 UN의 산하 특별전문기구로 되면서 '남녀고용평등'에 중점을 두는 것으로 기본방향을 전환하였다. 이러한 기본입장의 변화는 여성의 노동환경의 변화함에 따라 여성노동보호입법이 남녀평등의 확립에 어떠한 영향을 주게 되며 그 타당성과 필요성이 존재하는가에 관한 UN과 각국간, 노사대표간의 지속적이고도 치열한 논의를 바탕으로 이루어진 것이다.

특히 1975년 '세계여성의 해' 이후 지금까지 ILO의 남녀고용평등실현을 위한 활동들에서 공통적이고 일관되게 지향되는 기본원칙들을 정리하면 다음과 같다.

- 성별에 따른 역할분담이나 기능특성은 성차별의 근원으로서 이를 극복하는 것이 남녀평등을 실현하는 이념이 된다.
- 모성보호는 남녀간의 본질적 차이이며 생물학적인 차이인 여성의 임신, 출산, 수유의 모성기능의 보호로서 이는 실질적 남녀평등을 구현하기 위한 필수불가결한 것이며, 다음 세대의 인적 자원을 창출한다는 사회적 기능을 가지므로 더욱 강화되어야 하고, 그 비용은 국가의 공공기금이나 사회보장차원에서 부담되어야 한다.
- 모성보호 이외의 여성보호는 모든 여성을 신체적·정신적, 경제적으로 약자로 전제하거나 육아와 가사담당자로서의 역할을 가진다고 보는 가치관에 기초하고 있다. 그것은 남녀간의 본질적 차이가 아니라 성별에 따른 집단적, 평균적인 차이와 전통적 고정관념과 역할기대에서 비롯된 사회적, 문화적 차이에 기초한 보호이다. 특히 가족의 책임은 여성만의 것이 아니라 남녀가 공동으로 부담하여야 하고 남녀평등실현을 위해서는 모든 근로자가 가정과 직장의 양립을 조화롭게 도모할 수 있도록 조치를 취하는 것이 필요하다. 따라서 남녀평등실

현을 위해서는 이러한 여성보호규정을 충분한 연구와 논의를 바탕으로 정기적으로 재검토하여 각 국가의 과학기술의 진보상황에 비추어 완화, 폐기, 유지하거나 남녀모두에게 확대하는 것을 선택하여야 한다. 그런데 여성보호규정을 재검토하는 목적은 남녀평등실현과 생활조건 개선에 있으므로 여성의 근로조건이나 근로환경에 악영향을 미치는 결과를 초래해서는 안된다.

ILO의 이러한 기본원칙을 반영하는 국제문서로는 1951년의 「남녀동일가치노동 동일보수에 관한 협약」(제100호)과 권고(제90호), 1952년의 「모성보호에 관한 협약」(제103호)과 권고(제95호), 1958년의 「고용과 직업의 차별에 관한 협약」(제111호)과 권고(제98호), 1981년의 「가족책임이 있는 남녀근로자의 기회 및 대우의 평등에 관한 협약」(제156호)과 권고(제165호), 1990년의 「야간근로에 관한 협약」(제171호)와 권고(제178호) 등이 있다.

이러한 UN과 ILO에서 남녀평등실현을 위하여 채택된 협약, 권고, 행동강령 등의 국제문서는 세계 각국의 여성의 인권과 남녀평등을 보장하기 위한 법제와 정책의 형성과 시행에 상당한 영향을 미치고 있다. 그리하여 각 국가의 여성차별철폐를 위한 법제 특히 남녀고용평등법제는 보편성·진보성을 보이며 발전하고 있다.

(2) 여성폭력문제

여성폭력문제에 대한 국제적 관심은 1985년의 '2000년을 향한 여성발전전략'에서 여성폭력문제를 젊은 여성과 확대받는 여성의 특별한 문제로서 취급하고 각 국가에게 대책을 마련할 것을 촉구함으로써⁹⁾ 처음 표

9) '젊은 여성'에 대해 언급하고 있는 제287항에서 "정부는 성폭력, 희롱 및 착취로부터 벗어날 수 있는 젊은 여성의 권리를 인정하고 강화해야 한다. 특히 정부는 많은 젊은 여성이 근친강간(incest)과 가정 내에서 일어나는 성적 학대의 피해자라는 사실을 인지하여 피해자들을 도울 수 있는 방안을 마련해야 한다. 교육을

명되었다.

그러나 여성폭력이 여성인권의 중대한 침해이며 여성차별의 원인이자 결과라는 문제인식은 1993년 6월에 개최된 여성폭력에 대해서는 “문화적 편견과 국제적인 인신매매에서 비롯된 것을 포함하여 성별에 기반한 각종 폭력과 성적 학대 및 착취 등은 인간의 존엄성과 가치를 위협하고 있으므로 법적 수단과 교육, 사회부조 등을 통하여 근절되어야 하며 각국은 효과적인 대응책을 마련하여야 한다.”라고 하였다.¹⁰⁾

이러한 여성폭력문제에 대한 국제적 관심은 곧 이어 1993년 12월 12일, 제48차 UN총회에서 「여성폭력철폐선언(Declaration on Violence against Women)」을 채택하기에 이르렀다. 이 선언은 여성에 대한 폭력이 남녀간의 불평등한 힘의 관계를 단적으로 나타내고, 여성의 종속적 지위를 고착시키며, 여성의 인권과 기본적 자유를 침해하는 것이고, 여성차별철폐협약

통한 여성의 지위향상을 통해 그리고 가해자에 대한 적절한 조치를 통해 그와 같은 학대를 방지할 수 있는 방안을 수립해야 한다. 여성이 자신의 권리를 주장하도록 교육시켜야 한다. 또한 고용분야에서의 회롱 및 성적착취에 특별히 관심을 가져야 한다.”라고 규정하고 있다. 또한 ‘학대받는 여성’에 관한 제288항에는 “정부는 인식처 제공, 법적 및 기타 지원을 통해 성별에 따른 폭력 피해자를 돕는 지원체계 형성에 노력을 강화해야 한다. 이외에도 정부는 여성에게 가해지는 폭력이 사회문제를 일반인에게 알리고, 폭력의 원인을 조사하기 위한 정책과 법적 조치를 수립하여 이를 방지하고 근절해야 한다. 특히 사회에서 여성상을 하락시키는 행위 등을 저지하고 가해자를 교육, 재교육시킬 수 있는 조치를 개발해야 한다”라고 하였다.

- 10) 제2장 B절 3의 「여성의 평등한 지위와 인권」은 ▷여성들의 인권의 완전·평등한 향유의 촉구 ▷공적·사적생활에서의 여성에 대한 폭력의 제거, 모든 형태의 성회롱, 착취, 인신매매의 제거, 사법운영에 있어서 성별에 근거한 편견의 제거, 여성의 권리와 전통, 관행, 편견간의 갈등의 불식 ▷여성에 대한 모든 형태의 차별금지의 촉구 ▷교육에 대한 평등한 접근권과 보건 및 가족계획서비스에 관한 권리의 재확인, ▷여성에 특유한 인권폐습의 인식 및 조사, ▷정부·지역조직·국제조직에 있어서 결정권을 행사하는 직위에 대한 여성의 접근과 참여의 촉진 등의 입법과 정책과제를 제시하였다.

에서 말하는 여성차별에 해당됨을 명확하게 선언하였다. 그리고 여성에 대한 폭력의 정의와 유형을 국제문서 사상 처음으로 규정하였다. 즉 여성에 대한 폭력은 “공사 모든 영역에서 여성에게 신체적, 성적, 혹은 심리적 손상이나 괴로움을 주거나 줄 수 있는, 성별에 기반한(gender-based) 폭력 행위, 그리고 그러한 행위를 하겠다는 협박, 강제, 임의적인 자유 박탈”로 정의하고, 여성폭력의 범주를 가족 내 폭력, 일반사회에서의 폭력, 그리고 국가에 의한 폭력 세 가지로 구분하였다.¹¹⁾ 특히, 이 선언은 국가가 폭력을 당한 여성의 권리침해를 조사하고 공정하고 효과적인 구제를 도모하며 그 가해자를 처벌하기 위한 형법상, 민법상, 노동법상, 행정법상 제도를 발전시킬 것과 여성폭력의 방지를 위해 조사, 처벌하고 법을 집행할 책임 있는 공직자에 대하여 여성의 입장을 이해하기 위한 훈련을 받도록 조치해야 하는 등의 책무를 국가에게 부과하였다

그 후 UN이 창립 50주년을 맞아 1995년 9월, 북경에서 개최한 제4차 세계여성회의에서 187개국이 참가하여 채택된 북경 여성선언과 행동강령(Platform of Action)은 여성폭력문제에 관해 여성폭력철폐선언을 재확인 하면서 여성폭력의 범주를 더욱 넓게 하였다. 즉 무력분쟁 상황에서의 여성의 살상, 조직적 강간, 성적 노예화와 강제임신 그리고 강제불임과 강제낙태, 피임제의 강제적 사용, 여자영아 살해, 태아성감별도 여성폭력의 범주에 포함시켰다. 뿐만 아니라 전략적인 목표로서 ① 여성폭력을 예방하고 근절하기 위한 통합적인 조치 마련, ② 여성폭력의 원인과 결과 및 예방조치의 효과에 대한 연구, ③ 여성의 인신매매 근절 및 매매

- 11) 가족 내에서 발생하는 폭력은 아내 구타, 여자아동에 대한 성학대, 지참금과 관련된 폭력, 결혼내 강간, 여성음핵절단과 여성에게 위대한 전통적인 관습과 관련된 폭력 등이다. 일반사회에서 발생하는 폭력은 직장이나 교육기관 등에서 발생하는 강간, 성학대, 성회롱 및 위협, 인신매매 및 강제매춘 등을 포함한 신체적, 성적, 정신적 폭력이다. 그리고 국가에 의한 여성폭력은 그것이 어디서 발생하는지 국가에 의해 자행되거나 묵인되는 신체적, 성적, 정신적 폭력으로 규정하였다.

춘과 인신매매로 인한 폭력 피해자 지원을 설정하여 국가와 지방자치단체, 지역사회단체, 비정부기구, 교육기관, 공사부문, 특히 기업과 고용자, 노동조합, 그리고 미디어가 해야 할 역할까지 명시하였다.

(3) 여성인권의 보장전략

‘여성인권’이라는 용어를 처음 국제문서 사상 등장시킨 1993년 비엔나 세계인권대회의 선언 및 행동계획은 “여성의 평등한 지위와 권리”라는 세부항목을 마련하고 여성과 여아의 인권은 양도할 수 없으며, 필수불가결하고 불가분한 보편적 인권의 핵심부분임을 강조하고 그 보호와 신장을 위한 정부와 민간조직, 국제기구의 노력을 촉구하였다. 특히 여성들이 정치, 시민, 경제, 사회, 문화생활에 동등하게 참여하고 모든 형태의 성차별을 근절하는 것이 각 정부와 국제사회의 우선적 목표임을 천명하였다.¹²⁾

북경 여성선언과 행동강령(Platform of Action)은 여성과 여아의 인권과 기본적 자유의 보장이 유엔활동의 중심과제임을 재차 강조하고 성에 근거한 차별과 폭력을 당하는 여성인권침해의 문제를 해소하기 위하여 다음과 같은 다양한 전략을 제시하였다. ▷ 모든 인권문서 특히 여성차별철폐협약의 완전한 이행을 통하여 여성의 인권을 증진시키고 보호한다. ▷ 법률과 관습하의 평등과 차별금지를 도모한다. ▷ 법률에 대한 이해

12) 그 구체적인 내용으로서 제2장 B절 3의 「여성의 평등한 지위와 인권」에서 ▷여성들의 인권의 완전·평등한 향유의 촉구, ▷공적·사적생활에서의 여성에 대한 폭력의 제거, 모든 형태의 성희롱, 착취, 인신매매의 제거, ▷사범운영에 있어서 성별에 근거한 편견의 제거, ▷여성의 권리와 전통, 관행, 편견간의 갈등의 불식, ▷여성에 대한 모든 형태의 차별금지의 촉구, ▷교육에 대한 평등한 접근권과 보건 및 가족계획서비스에 권리의 재확인, ▷여성에게 특유한 인권폐습의 인식 및 조사, ▷정부·지역조직·국제조직에 있어서 결정권을 행사하는 직위에 대한 여성의 접근과 참여의 촉진을 제시하였다

를 달성한다. 그 주요한 구체적 전략은 다음과 같다.

- ▷ 정부는 여성의 인권을 포함한 인권의 증진 및 보호를 위한 국가행동계획의 마련과 독립적인 국민인권기구를 창설, 강화한다.
- ▷ 정부는 남녀차별적인 관습과 법령의 철폐 및 남녀평등실현에 필요한 법적, 행정적 조치를 실시하고, 국가인권기구에서 여성의 인권을 보호하기 위한 프로그램의 개발을 강화하고 권장하며 이 기구들이 여성인권침해문제에 적절한 관심을 가지도록 한다.
- ▷ 모든 인권문서 특히 여성차별철폐협약의 완전한 이행을 통하여 여성의 인권을 증진시키고 보호한다.
- ▷ 정부는 공무원, 특히 경찰과 군사요원, 교정공무원, 보건 및 의료요원, 재판관과 법조인, 의회 의원, 교사에게 성인지적 인권교육과 훈련을 제공하고, 여성이 남성과 동등하게 법의 집행 및 적용의 담당자가 되도록 한다.
- ▷ 정부는 형사절차에 있어서 여성피고인이나 피해자, 또는 증인들이 범칙조사나 기소에서 다시 희생되거나 차별 받지 않도록 한다.
- ▷ 정부 및 비정부단체, 유엔 및 기타 국제기구 등은 여성의 동등한 지위와 인권과 관련한 모든 법률과 정보 및 권리실현 또는 권리구제를 위한 제도와 국내 및 국제기구의 활용방법을 이해하기 쉬운 형태로 홍보하고 배포한다.
- ▷ 모든 차원의 학교교육과정에서 여성의 인권 및 법률적 권리에 대한 교육을 증진하고 가정 내에서, 공적 및 사적 생활에 있어서 남녀평등 및 국내외적 관련문서에 대한 공공캠페인을 실시한다.

한편, 유엔여성지위위원회는 제4차 세계여성대회 이후 매년 회의를 개최하고 각 국가에게 세계여성행동강령의 이행상황을 보고하도록 하며 보다 구체적인 실천전략을 모색해 오고 있다. 1998년에 개최된 제42차 유엔여성지위위원회는 여성인권¹³⁾과 여성폭력에 관한 결의를 한 바 있다.

13) ▷유엔인권위원회가 1998년 제54차 회의시 경제적·사회적·문화적 권리에 관한 특별보고관을 임명하는 문제를 검토할 것을 요청한다. ▷국가는 여성의 경제적·사회적·문화적·시민적·정치적 권리의 완전한 향유에 소요되는 재원을 동

(4) 법·정책·정치에의 새 판 짜기; 법여성학의 출현과 여성인권·여성정책의 주류화전략의 등장

1) 법여성학의 출현

법여성학(Feminist Jurisprudence)은 법의 형성과 집행, 적용이 남성 중심적인 관점과 여성의 역할과 능력에 대한 고정관념에 기초하여 이루어져 왔다는 비판의식을 기초로 가부장적 사회와 그에 바탕을 둔 학문풍토를 변화시키려는 여성학을 법학에 접목시켜 현행 법체계의 문제를 규명하고 사회 모든 구성원에게 남녀평등과 인간존엄, 인권이 진정으로 보장되는 법체계와 사회를 이룩하기 위한 실천전략을 모색하는 새로운 법학 방법론이라 할 수 있다.¹⁴⁾

원하여야 한다. ▷여성과 여아의 인권증진 및 보호를 위한 교육을 실시하고 적절한 제도적 장치(예: 국가인권기구 또는 옴부즈만(ombudsman)의 설치)을 마련하여야 한다. ▷모든 정책 및 프로그램 수립 및 이행·평가에 있어서 성의 주류화 기제(gender mainstreaming mechanism)를 설치하고 예산편성시 이를 고려하여야 한다. ▷발견권을 포함한 여성의 포괄적 권리향유에 장애가 되는 요인에 관한 연구 실시 및 자료수집을 하여야 한다. ▷유엔여성차별철폐협약의 유보조항을 철회하고 정책결정과정에서 여성참여를 확대할 수 있는 정책을 수립하여야 한다. ▷법, 제도, 관행상의 남녀차별을 없애고 여성과 아동의 권리침해에 대한 법적 구제장치를 마련하여 이에 대한 교육 및 홍보를 강화하여야 한다.

- 14) 이은영, 『법여성학강의』(법문사, 1999), pp. 3-26; 김선옥, 「법여성학」, 박은정 외 공저, 『법학입문』(법문사, 1998), pp. 501-530; 박은정, 「여성주의와 법이론」, 한국법철학회 편, 『현대법철학의 흐름』(1997), pp. 271-322; Dahl Tove Stang, *Women's Law-An Introduction to Feminist Jurisprudence*, Norwegian University Press, 1987; Mackinnon Catharine, "Feminism, Marxism, Method and the State: Toward Feminist Jurisprudence," *Critical Legal Studies* 56, 1989; Christian A. Littleton, "Feminist Jurisprudence: The Difference Method Makes," *Stanford Law Review*, Vol. 41, 1989; Deborah L. Rhode, "Feminist Critical Theories," *Stanford Law Review*, Vol. 42, 1990; Robin West, "Jurisprudence and Gender," *The University of Chicago Law Review*, Vol. 55, 1988; D. Kelly Weisberg (ed.),

2) 여성인권의 주류화

UN의 인권위원회는 UN 창립 이래 세계의 인권침해문제를 조사하고 처리하는 활동을 하고 있지만, 여성의 인권문제에 대해서는 거의 관심을 기울이지 않았다. 그것은 1946년에 별도로 설치된 유엔여성지위위원회에서 여성의 인권문제를 다루어 오기 때문이지만, 여성의 인권침해문제를 인권의 부차적이고 특수한 문제로 인식한 이유도 크다. 이러한 문제인식으로 1993년 세계인권대회를 계기로 여성인권을 인권의 주요한 의제로 부각시키고자 하는 노력이 이루어져 왔다. 그 일환으로 UN인권위원회에 여성폭력특별보고관, 전쟁중 조직적 강간, 성노예 및 유사노예에 관한 특별보고관이 임명되고 유엔 내 고위직에 여성의 비율을 확대하는 것, 모든 인권보장활동에 여성의 인권문제를 포함시키는 것 등이 이루어지고 있다.¹⁵⁾

3) 여성정책의 주류화

‘여성정책의 주류화’란 모든 정치적, 경제적, 사회적, 문화적 영역의 정책과 프로그램을 남녀평등실현의 관점에서 기획, 입안, 실행, 모니터링과 평가되도록 정책과정에 여성의 참여가 증진되어 여성의 관심과 경험을 통합하는 대안적 정책조직화 방식이다. 이 전략은 UN이 1995년 제4차 세계여성회의에서 남녀평등실현을 효과적으로 달성할 수 있는 방안으로 제시한 이후, 세계 대부분의 국가의 여성정책담당 국가기구의 공통된 과제가 되고 있다. 이 전략은 대의민주주의의 실현을 위해서도 유용한 정책의 재조직화를 이루는 것으로 평가되고 있다.

Feminist Legal Theory—Foundations, Temple University Press, 1993 등.

15) 신혜수, 앞의 논문, pp. 492-494.

2. 우리 나라의 상황과 과제

우리 나라에서 남녀평등권은 1948년 7월 17일 제헌헌법이 제정되면서부터 법적으로 보장되었다. 즉 모든 국민이 법 앞에 평등하며 정치적·경제적·사회적·문화적 기타 모든 생활영역에 있어서 성별을 이유로 차별을 받지 아니하고 인간으로서의 존엄과 가치를 보장받음은 헌법과 모든 법률의 기본원칙으로 확립되었다.

그러나 유교적 가부장제 의식과 관습이 뿌리깊은 반면, 민주적 법치국가나 인권보장의 역사와 경험이 짧은 우리 나라에서는 법과 현실간에는 상당한 괴리가 존재하여 왔다. 그리하여 가정과 사회에서 여성들은 오래 전부터 차별과 폭력의 주된 대상이 되었지만, 이러한 여성현실은 1960년대 이후 전개된 민주화 운동과정에서도 그다지 심각한 인권침해문제로 취급되지 않았다. 여성의 사회참여 제한이나 성폭력, 가정폭력의 문제는 여성의 영역은 가정이며 가정 내에서 출산과 육아, 가사를 담당하는 것이 고유의 역할이고 가정 기타 사적 영역에서 발생하는 일은 법이 개입할 문제가 아니라는 전통적 성별역할분업론과 공사영역 분리의식에 의해, 또한 남성의 지배와 여성의 순종, 정절을 요구하는 유교적 남녀유별의 여성관과 가족제도, 성윤리에 의해 사회적 주요 이슈나 개혁 과제로 부각되지 못하였다. 남녀차별적인 유교적 가족제도를 개혁하여 민주적이고 평등한 가족규범을 만들려고 하는 가족법개정운동이 사회의 민주화 운동과 유리되어 여성들만의 운동으로 전개될 수밖에 없었던 주된 사정도 여기에 기인한다고 볼 수 있다. 이러한 사회현실은 물론이고 심지어 법령에서조차 출가외인의 관념이나 여성의 역할과 능력에 대한 고정관념에 기초하여 남녀차별적인 규정¹⁶⁾을 두는 경우가 많았고, 여성폭력문제에

16) 남녀차별법령에 대해서는 김엘림 외, 『현행 남녀차별법령의 개정방향』(한국여성개발원, 1995); 이영란, 『현행법령중 남녀차별규정 발굴 및 정리』(대통령직속 여성특별위원회, 1999) 참조

대해서는 개인의 도덕적 일탈로 접근하는 경향을 보였다.

그런데 이러한 남녀차별의 현실과 법은 1980년대에 와서는 상당한 질적 변화를 보였다. 남녀차별적인 의식과 관습, 제도를 개혁하여 국가나 사회발전에 남녀가 함께 참여하도록 해야 한다는 의식은 1980년대 이후 정부와 여성운동에 의해 공통적으로 여성정책의 기본목표로 표명되었다. 이러한 발전은 국내의 정치적, 경제적, 사회적, 문화적 여건성숙과 여성운동의 성과와 함께 남녀평등과 여성의 사회참여를 촉진하기 위한 유엔의 활동 및 국제적인 입법과 정책동향의 영향을 많이 받은 것이라 할 수 있다. 특히 1980년대에 와서 여성운동은 민주화운동에 적극 참여하면서도 여성의 저임금, 고용기회 제한, 결혼퇴직제, 정년차별, 모성보호와 육아의 사회적 지원결여, 아내구타, 성적인 폭력, 매매춘 문제 등 다양한 영역에서의 여성인권침해 문제를 제기해 왔다. 그리고 그 문제해결의 주요한 수단으로 전문가들과 함께 법안을 스스로 만들고 이를 관철하기 위해 실제로 발생한 여성인권침해문제를 적극 이슈화시키고 사회여론조성과 입법청원활동, 유권자활동 등의 노력을 하였다. 그 중 고용에서의 여성차별문제에 대해서는 여성인력개발과 활용의 필요성을 절감한 정부와 사회의 공감을 얻어 1987년의 헌법 개정(10월)과 「남녀고용평등법」 제정(12월) 등의 입법을 통해 여성차별금지를 법제화하는 성과를 이룩했다. 그 외 1989년 12월에 가족법 개정안이 국회를 통과하여 1990년 1월 공포되었고, 「영유아보육법」은 1991년 1월 제정되었다. 남녀평등과 여성의 발전을 도모하는 정책방향을 제시함으로써 북경행동강령의 이행을 뒷받침하기 위해 1995년 12월에 제정된 「여성발전기본법」과 고용뿐 아니라 교육, 재화·시설·용역의 이용과 제공, 법과 정책의 집행에서의 남녀차별을 금지하고 피해구제제도를 마련하기 위해 1999년 2월에 제정된 「남녀차별금지 및 구제에 관한 법률」은 대표적이고 발전된 형태의 법제도적

성특별위원회, 1999) 참조

인 남녀평등보장장치라 할 수 있다.

그러나 1980년대 초부터 여성단체들이 끊임없이 매매춘, 성폭력, 가정폭력, 성희롱, 일본군 위안부 문제와 같은 여성에 대한 폭력문제를 중대한 인권침해문제로 인식시키려고 노력하였고, 여성주의적 상담과 피해여성들을 위한 쉼터 제공 등의 활동을 전개해 왔지만,¹⁷⁾ 1990년대에 와서야 여성에 대한 폭력문제는 사회적 이슈로 부각되고 비로소 입법의 과제가 되었다. 성문제나 가정 내에서의 폭력문제, 매매춘 문제가 오랫동안 만연되어 있으면서도 공론화하는 것을 꺼려하고 남성의 성적 일탈과 외도, 가정폭력에 대해 관대한 이중적 사회의식과 법을 제정하고 해석, 적용, 집행하는 권한을 가진 자의 절대다수가 남성으로 구성된 체제에서 형성되고 운영되어 온 형사법체계가 여성에 대한 폭력문제를 사회적 이슈와 인권보장의 입법과제로 부각되는 것을 지연시킨 주된 요인이라 할 수 있다.

1953년에 제정된 형법은 “부녀”에 대한 강간과 음행매개, 인신매매, 사람에 대한 추행 등을 처벌하는 규정을 두었지만, 그것은 성도덕이나 정조의 침해에 대한 제재였지 몸의 주체로서 원치 않는 성적 행동을 받지 않을 권리의 침해에 대한 제재는 아니었다. 또한 강간죄가 성립되기 위해서는 항거불가능의 폭행이나 협박이 있어야만 했고, 가해자가 배우자나 자신 또는 배우자의 직계존속인 경우에는 고소할 수도 없었다. 그리하여 여성들은 다양한 형태의 성적인 폭력을 당했어도 가해자의 처벌을 요구할 방법이 제한되었고, 오히려 사회에서나 수사나 재판과정에서 정조를 잃어버리거나 훼손 당한 자 또는 그렇게 되도록 행동이 방정치 못한 자로서 비난받는 경우가 많았다. 그러므로 피해여성들은 결혼을 못하거나 이혼 당할 상황을 감수하지 않고는 성폭력 피해사실을 고소할 수

17) 여성폭력문제에 관한 여성단체의 활동은 한국여성의전화연합이 발간한 『한국여성인권운동사』(1999) 참조

조차 없었다. 더구나 가정폭력문제에 대해서는 남의 가정문제에 개입하여서는 안된다는 강한 금기의식과 가정폭력문제를 별로 중요한 문제로 여기지 않고 아내나 자녀를 자신이 마음대로 할 수 있는 소유물로 취급하는 남성주의적 의식이 강해 법적 보호에서 방치되어 왔다.

1961년에 제정된 「윤락행위등 방지법」은 성을 사고 파는 행위 모두를 처벌하는 쌍벌주의적 금지주의를 취하고 있지만 윤락여성 개인의 도덕적 일탈을 문제시하고, 그에 대한 선도를 중심내용으로 했다. 법의 집행도 윤락여성만을 단속, 처벌하였고 단속, 처벌된 윤락여성을 명확한 법적 근거도 없이 1년간 직업보도시설에 수용하였다.

이와 같은 여성폭력에 관한 현실과 법의 문제를 사회구조적이고 여성주의적 시각에서 타개하기 위해 여성들의 다양하고 적극적인 노력을 하였다. 그 결실로 1993년 5월, 「일제하 군위안부 피해자 생활안정법」이 통과되고, 1993년 6월 비엔나 세계인권대회에서 일본군 위안부(정신대) 문제가 국제인권운동의 주요한 사안으로 부각되었다. 또한 1994년 1월, 「성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률」(이하 ‘성폭력특별법’)이 제정되고, 1997년 8월, 1998년 12월 2차례 개정되었다. 1995년 1월에는 「윤락행위등 방지법」이 선도보호의 대상을 남녀로 하고 매춘행위자의 사회복지지원을 제도화하는 방향으로 개정되고, 1995년 12월에는 형법이 개정되어 제32장의 표제를 ‘정조에 관한 죄’에서 ‘강간과 추행의 죄’로 변경하였다. 1997년 12월에는 「가정폭력범죄의 처벌등에 관한 특별법」(이하 ‘가정폭력특별법’)과 「가정폭력방지 및 피해자보호등에 관한 법률」(이하 ‘가정폭력피해자보호법’)이 제정되고 1999년 1월에는 가정폭력특별법이 개정되었다.

그 중 성폭력특별법과 가정폭력관련법과 같은 특별법을 만든 역사는 세계에서 보기 드문 입법례가 될 뿐 아니라 우리 나라 형사법에 상당한 발전을 초래했다는 점에서 중요한 의의를 가진다. 그러한 입법은 성폭력

·가정폭력이 국가가 적극 개입하여 예방하고 규제해야 할 사회적 범죄임을 분명히 하고 그 동안 형사법이 국가의 형벌권 행사로부터 국민의 자유권이 부당하게 침해당하지 않기 위해 피의자, 피고인의 인권보호를 중시한 데 비해, 피해자의 인권보호를 중시하고 형사법의 특례들을 마련하였다는데 그 특성과 의의가 있다. 특히 성폭력·가정폭력 희생자의 절대다수가 여성이라는 점에서 성폭력·가정폭력 관련법은 여성인권보장법의 기능을 가진다고 할 수 있다.

한편, 우리 나라는 1991년 전세계 대부분의 국가가 가입하고 있는 UN과 ILO에 가입하였다. 그 후 1993년 4월에는 유엔여성지위위원회 위원국으로 선출되었고, 1997년에 재선되었다. 1996년에는 유엔여성차별철폐위원회 위원으로 한국 여성이 선출되었다. ILO에도 우리 나라는 비상임이사국으로 선출되었다.

이러한 국제기구의 활발한 참여에 비해 우리 나라가 비준한 국제조약의 수는 많지 않다. 여성의 인권이나 남녀평등을 도모하는 규정을 둔 UN협약에의 비준 또는 가입상황을 보면, 1959년 6월에 「부녀자의 정치적 권리협약」, 1962년 2월에 「인신매매금지 및 타인의 매춘행위에 의한 착취금지협약」, 1984년 12월에 「여성차별철폐협약」,¹⁸⁾ 1990년 4월에 「국제인권규약」, 1991년에는 「아동권리협약」을 각각 비준하였다.

특히 ILO의 여성관련협약의 비준상황은 매우 부진하다. 1991년 12월에 ILO헌장에 가입한 후, 1992년 12월에 「고용정책협약」(제122호), 1994년 1월에 「인적자원개발에 있어서 직업지도 및 직업훈련협약」(제142호)을 비준하였으나, ILO의 주요한 여성고용협약에는 비준하지 않았다. 그 후 1997년 11월에 「남녀동일가치노동의 동일임금협약」(제100호), 1998년

18) 우리 나라는 현재, 여전히 여성차별철폐협약의 “가족성 및 직업을 선택할 권리를 포함하여 부부로서의 동등한 개인적 권리”를 정한 규정(제16조 제1항 g))을 유보하고 있다

12월에 「고용과 직업의 차별에 관한 협약」(제111호)에 뒤늦게 비준하게 되었다.

1998년에 유엔여성차별철폐위원회는 우리 나라 협약이행의 장애사항으로 가부장적 남성우월사상 및 여성의 역할에 대한 선입견과 경제위기가 여성에게 미치는 부정적 영향을 지적하고 우리 나라의 문제를 개선하기 위해 다음과 같은 사항을 요청한 바 있다.

- ▷ 국가인권위원회의 조속 설치를 통한 차별행위의 시정요구 및 구제조치의 제공
- ▷ 여성의 정계진출, 정책결정과정의 참여확대 및 법조계진출 증가 필요
- ▷ IMF체제하의 여성고용불안 및 빈곤심화에 대한 대책수립
- ▷ 여성특별위원회의 기능 및 위상강화 필요
- ▷ 관련법규 및 정책의 이행에 대한 모니터링 및 평가 실시
- ▷ 여성노동권 신장 조치 실시

한편, 우리 나라에서도 1990년대 이후 법여성학에 관한 연구와 강의가 이루어지고 있다. 1998년부터 여성정책의 주류화는 여성정책의 주요한 목표로 설정되고 있는데 앞으로 여성부가 설치되면 더욱 본격적으로 이루어질 것이다. 이 전략은 국가의 정책결정과정과 대의민주주의 발전을 위해서도 유용성이 높을 뿐 아니라 5급 이상의 행정직 공무원의 약 92%가 남성으로 구성되어 있고 아직도 여성정책과 남녀평등이나 여성인권에 대한 관심과 이해가 상당히 낮은 우리 나라의 현실을 개선하기 위해서도 그 필요성이 높다고 볼 수 있다.

II. 21세기 법과 민주주의의 새로운 패러다임의 모색: 인 권과 남녀평등실현을 통한 법·정책·정치 민주화

1. 남성편중의 입법·사법·행정·정치 구조의 개선

현재 우리 나라에서 국회의원의 96.3%(16대 총선 결과 94.2%), 경찰의 98.2%, 검사의 98.5%, 판사의 92.8%,¹⁹⁾ 변호사의 98.8%가 남성으로 구성되어 있다. 그 밖에 지방의회의원, 근로감독관, 법학교수, 정치인의 절대다수도 남성이다. 이러한 입법·사법·행정·정치구조에서의 남성편중의 인력구성의 개선 없이는 여성의 인권과 남녀평등실현은 물론 진정한 민주주의 실현이 이루어지기 힘들다. 북구유럽의 국가들은 의회나 정부위원회에 있어서 한 성이 40% 미만이 되지 않도록 법으로 정하고 있으며 프랑스에서는 최근 의회 의원의 공천에서 남녀를 같은 수로 하도록 선거법을 개정시키고 있다.

2. 인권과 남녀평등교육의 확산

인권과 남녀평등교육은 어릴 때부터, 가정교육부터 실시되어야 하고 각급 학교교육, 사회교육, 입법·사법·행정기관의 직무교육에서 체계적으로 실시되어야 한다. 특히 법의 실효성과 인권보장기능을 증진하기 위해서는 무엇보다 국민들이 알기 쉽게 법을 이해하고 권리구제제도에 접근할 수 있는 법의 교육홍보, 정보제공이 필요하다. 또한 대학의 법학교수들은 법학도들이 여성의 삶과 다양한 인권침해문제, 남녀평등실현에 대한 이해를 높일 수 있도록 개선되어야 할 것이다. 그 일환으로 법원, 검찰, 폭력피해자들을 위한 상담소, 보호시설, 법률구조기관, 차별분쟁처

19) 행정자치부, 『1999 통계연보』(행정자치부, 1999).

리기구 등과 같이 인권침해구제를 담당하는 기구에서 현장실습을 법학의 교육과정에 개설하는 것이 필요하다.

3. 인권 및 남녀평등 관련 국제협약의 이행

유엔여성차별철폐협약, 세계여성행동강령 등은 남녀평등과 여성인권보장의 기본원리 및 실현전략을 제시하고 있으며 세계 대다수 국가들이 그 이행을 하고 있는 보편적 국제기준이다. 이러한 국제문서의 이행은 우리나라가 유엔 및 국제사회에 대한 의무이며 우리 나라의 인권보장수준을 높일 수 있는 유효한 방법이 될 수 있다.

4. 남녀평등실현을 위한 시민운동의 입법·사법·행정·정치 감시 활동

법의 실효성 있는 시행을 위해서는 민간시민단체가 주축이 되어 법의 시행에 관한 지속적인 감시와 평가가 이루어져야 하며, 정부와 사법기관에게 책무의 이행을 촉구하고, 입법기관에게 법의 개정을 지속적으로 촉구하는 것이 필요하다. 남녀평등실현은 여성만을 위한 것이 아니고 우리 사회를 민주적이고 평등하게 만들기 위한 사회변혁과제이므로 여성들만이 논의하고 추진하는 운동이 아니라 시민단체와 남성들과 협력하여 추진하는 것이 매우 필요하다.

‘21세기’ 노동법의 과제

박 홍 규 (영남대 교수)

— 목 차 —

- I. 머리말
- II. 21세기 노동의 구조와 변화
- III. 노동의 변화에 대응한 21세기 노동법의 과제
- IV. 맺음말

I. 머리말

1970년대 후반부터 서양에서는 복지국가의 법적 규제와 보호정책에 대한 비판이 관료주의적 비능률, 과중한 재정 부담, 개인의 자유 제약과 책임감의 약화, 사회의 복잡한 다양화에 대한 대응의 곤란, 시장 메카니즘의 활성화, 공동체의 부활 등과 같은 다양한 관점에서 제기되어 이에 대한 법적 대응으로서 ‘절차화’와 ‘비공식화’라는 현상이 생겨났다.

그리고 규제 완화와 분권화 및 국제화라고 하는 일반적인 동향과 관련되어 각종의 자율적인 자치규범의 역할과 규제 영역을 확충하여, 국가법으로부터 상대적으로 독립된 법체계의 존립과 작동을 중시하려는 비공식주의(informalism)가 유력하게 대두되었다. 그리하여 법체계를 ‘다원적인 조정의 광장(forum)’으로 부르는 태도까지 생겨났다. 이른바 신자유주의의

흐름이다.

그러나 이러한 태도는 나라별로 상당히 다르게 나타났다. 곧 서양 여러 나라에서는 그것이 법이 아닌 것을 법으로 만드는 '법화(法化)'가 과잉으로 나타나는 것에 대한 대처로 나타났으나, 반면 비서양 여러 나라에서는 '법화'의 부족 내지 낙후에 대한 대처로 나타났다.

여하튼 어느 경우이나 개인 상호간의 자주적인 활동 촉진이라고 하는 법의 제1차적 기능을 강조하고, 사회 통제나 자원 배분의 기능은 제1차 기능이 공정하고 실효적으로 발휘되기 위한 보조적이고 지원적 역할을 하는 것이라는 점을 중시한 점에서 주목할 필요가 있다.

그런데 문제는 실제로 신자유주의가 주장하는 '다원적인 조정의 광장'으로 부를만한 정도로 법체계의 근본적인 변화가 있느냐에 대해서는 서양에서도 의문이고, 특히 한국에서는 더욱 더 의문이라고 하는 사실이다. 비공식적인 자치규범의 강조는 관리형 법과 자치형 법의 한계와 역기능을 강조하기 위한 것이었으나, 너무나도 과도한 강조라고 할 수 있다.

도리어 자유롭고 공정한 사회를 형성하기 위해서는 현존하는 자립형 법과 관리형 법에 의해, 부정한 활동을 억제하고 배제하여 다양한 법적 행동을 형성하는 공적인 지원과 보조 태세를 확립하는 것이 불가결하다는 점을 더욱 강조할 필요가 있다.

따라서 법체계의 상대적인 자립성을 확보하기 위해서는 자율적인 법적 인격간의 권리·의무의 일반적 기준에 준거한 개별 구체적인 문제나 분쟁의 공정한 절차에 의한 처리라고 하는 것이 법체계의 핵심으로 견지되어야 한다. 자립형 법의 중심인 사법체계가 철저히 개혁되어 이해관계의 조정이나 분쟁의 예방과 해결에서 법원과 변호사에 대한 실효성 있는 접근이 정비되지 않는 한, 비공식적인 자치규범만으로는 시장의 활성화, 소비자 주권의 확립, 공동체적 관계의 존중과 같은 현대 국가의 목표를 적절하게 추진할 수 없다.

특히 한국과 같이 자립형 '법화'가 충분히 확립되어 있지 않은 상태에서 국가주의적인 관리형 '법화' 및 '비법화'가 자치형 '법화'와 '비법화'와 함께(아니 전자에 의해 후자가 종속되어) 진행되는 것은 법의 지배를 파괴할 우려가 크다. 예컨대 노사의 권리가 자유롭고 평등하게 확보되지 않은 상태에서, 시장 활성화란 미명하에 노조의 활동을 노조법으로 제한하거나(법화), 규제완화라는 미명하에 고용법과 근로조건법의 규제를 풀어 사용자의 횡포가 인정되는(비법화) 경우가 그러하다.

뒤에서 보듯이 우리 노동법의 근본적 문제는 그런 태도가 노동법의 제정 이후 지금까지 일관되어 왔다는 점이다. 특히 가부장적 사회 구조가 온존되는 가운데 국가는 자본의 편의를 위하여 노조 활동에 과도한 간섭을 일삼았고, 반면 고용시장에 대한 통제나 근로조건 규제 및 사회보장에 대해서는 지극히 소극적으로 대응해 왔다. 그 결과, 가부장적 사회 구조는 개혁되기는커녕 도리어 더욱 더 강화되어 왔다.

여기서 21세기 노동법의 제1차적인 과제는 20세기에든 그러했지만 노동법의 본질을 회복하는 것이지 다른 특별한 제도를 설정하는 것이 아님이 명백해 진다. 물론 뒤에서 보듯이 우리 사회에도 변화는 있고, 그것에 대응한 새로운 제도의 모색도 필요하다. 그러나 급선무는 어디까지나 본질을 회복하는 것이고, 새로운 제도는 어디까지나 그 위에서 모색되어야 한다.

여기서 특히 주의하여야 하는 점은 우리 사회와 서양 사회와 다르다고 하는 점, 즉 상대적으로 더욱 강력한 가부장 자본주의를 온존하고 있다는 점이다. 따라서 노동법을 비롯한 모든 법은 그러한 사회의 개혁을 위한 수단으로 사용되어야 한다. 물론 법에 의한 사회의 근본적인 개혁은 불가능하나, 적어도 하나의 수단으로 그것은 사용되어야 한다는 점이다.

II. 21세기 노동의 구조와 변화

1. 노동의 가부장적 기본 구조와 변화

A. 고용 형태의 가부장적 구조와 변화

통계청의 경제활동 인구조사에 의하면 1998년 현재 취업자 총수는 1천9백9십9 만명이고, 그 중 피고용자가 1천2백1십9만 명, 자영업자가 5백7십7만 명, 가족종사자가 2백2만 명이다. 피고용자는 62% 정도로서 직업생활의 대종을 이루고 있는데, 이는 산업의 변화에 의해 꾸준히 증가되어 온 것이나 최근에는 도리어 감소되고 있다. 한편 자영업자와 가족종사자는 상대적으로 꾸준히 감소되어 왔으나, 최근에는 피고용자의 비율이 감소되는 것에 대응하여 증가하고 있다.

선진 자본주의 국가에서는 피고용자의 비율이 80% 전후에 이른다는 점에서 우리 나라의 피고용자 비율도 더욱 증가되리라는 추측도 가능하다¹⁾, 저자는 도리어 피고용과 자영업의 구분이 점차적으로 애매하게 될 것으로 예상할 수도 있다고 생각한다. 물론 여전히 피고용이 중심이 될 것임은 틀림없으나, 그 비중은 그다지 높지 않을 수도 있다.

최근 고용형태의 특징 중 무엇보다도 가장 현저한 점은 비정규 근로자가 급격히 늘고 있다는 점이다. 통계청 조사에 의하면 1997년 3/4분기에 상용직은 52.8%에 불과하고 임시직과 일용직이 47.2%이고, 그 중 시간제 근로자가 7.6%에 이르렀다.

특히 1997년 이후 구제금융사태를 맞으면서 고용조정해고가 일반화되어 실업률이 급증되는 등, 고용의 불안정이 일층 심화되고 있다. 그 결과 1998년의 실업률은 6.8%로서 실업자 수는 1백4십6만 명에 이르렀다. 물론 이는 공식적인 통계에 불과한 것으로서 실제로 실업자수는 더욱 많다

1) 김동춘, "90년대 후반 한국 노동자의 내부구성의 변화", 한신대학교 사회과학연구소 편, 한국사회와 노동운동-현장에서 미래를, 1999, 23쪽

고 할 수도 있다.

여기서 우리는 21세기 전반에 걸친 고용 형태 변화의 추이를 정확하게 예상할 수는 없으나, 적어도 피고용이 여전히 중심이기는 하되, 상용직은 그 반에 이르고, 실업은 항상적 상태로 존재할 것이라고 하는 가부장적인 고용 구조가 상당 기간 계속될 것으로 예상할 수 있다.

B. 비정규 근로의 구조와 변화

위에서 보았듯이 최근 급격히 늘고 있는 비정규 근로자의 근로조건은 유기계약에 의해 불안정한 상태에 놓이고, 정규 근로자에 비해 임금 등이 매우 열악하여 정규 근로의 경우와는 달리 임금 격차의 시정 등, 여러 가지 입법정책의 실시가 강력히 요구되고 있다.

이러한 비정규 근로자의 대다수는 정규 근로자가 되는 정규 채용 및 승진 등의 과정에서 탈락된 자이거나 가정을 책임지는 탓으로 시간제를 선택한 여성 근로자 등이 압도적이나, 최근에는 정보화시대의 도래에 따른 인터넷 시대의 새로운 노동 형태로서 비정규 근로자가 등장하고도 있다.

그들은 종래의 종업원형인 경우도 있으나, 그것보다 더욱 자유로운 도급이나 위임의 계약과 같은 자영업형으로도 나타나고 있다. 이러한 자영업형 전문직은 앞으로 더욱 확대될 가능성이 있고, 이에 대한 법적 정비만이 아니라 노동법 전반에서 정규과 비정규라는 근로자의 구별 자체가 재검토될 가능성을 주고 있다.

C. 여성 노동의 증가와 차별

한국에서 여성 노동은 전통적으로 보조적인 저기능 노동력으로서 남성 노동을 보완하는 가부장적 구조의 것이었다. 최근에 와서 서비스 경제가 증대되고 ME화, 감량 경영화 등에 의해 여성 노동력의 수요가 늘고, 여

성숙에도 가사부담의 경감, 고학력화, 남편의 임금상승률 둔화, 가계비 증가 등과 같은 노동력의 공급을 촉진하는 사정이 생겨 여성 노동이 증가하고 있으나, 남성 중심 노동을 보완한다는 가부장적 고조는 변하지 않고 있다.

특히 여성 노동력은 상용고의 24.8%, 임시고의 56.1%, 일용고의 48.9%여서 그 3분의 2가 비정규직이라는 구조적인 문제점을 가지고 있다. 현재 근기법의 특별법으로 고평법이 제정되어 있으나, 채용과 근로조건 일면에서 남녀의 차별적 실태는 법적으로 방치되고 있는 실정이다. 따라서 앞서 본 비정규 근로에 대한 법적 규제와 함께 그 중요한 부분을 이루는 여성 노동에 대한 더욱 적극적인 입법이 필요하다.

D. 근로조건의 가부장적 구조와 양극화 현상

우리 나라의 직장 생활이 상명하복의 수직적 계급 구조를 기본으로 하여 움직여지고 있다는 것은 주지되고 있는 사실이다. 이러한 가부장적 구조는 직장생활의 규범을 사용자가 일방적으로 결정하는 취업규칙에 일임하는 현행 근기법의 기본 구조와, 인사권은 사용자의 고유권이라고 하는 판례와 학설에 의해 뒷받침되고 있다.

근로조건은 세계적인 장시간 근로와 산재발생률에서 보듯이 전반적으로 열악하다. 또한 근로자의 근로조건은 전통적으로 양극화 현상을 보여왔고, 그 정도는 최근 상당히 줄어들었으나, 여전히 현저한 차이가 존재하고 있다. 예컨대 임금이 가장 높은 관리직과 가장 낮은 단순 노무직의 임금 차이는 3배에 이른다. 또한 생산직과 사무직의 차이는 최근 더욱 늘어 20%를 육박하고 있다. 그 밖에도 성별, 학력별 차이도 현저하게 나타나고 있다. 한편 근로시간은 대기업에서는 지속적으로 감소했으나, 중소기업에서는 오히려 증가되었다. 이러한 현상은 산업안전이나 산업재해에서도 마찬가지로 나타나고 있다.

2. 직업생활의 변화

A. 피고용 직업생활 기본모델의 변화

피고용 직업생활의 기본적 모델은 신규 졸업자를 정기 채용하여 정년까지 보장하는 장기적 고용관계이다. 이러한 장기적 고용관계를 보장하기 위해 정당한 이유가 있는 경우에만 해고할 수 있고, 경영적 이유에 의한 고용조정해고에 대해서도 판례상 확립된 법리에 따라 해고할 수 있도록 근기법에 규정되어 있다. 그러나 1990년대에 와서 이러한 장기적 고용관계는 급격히 변화하여 평생 직장이라는 개념은 이제 서서히 사라지고 있고, 이러한 경향은 21세기에 더욱 급속도로 진행될 것으로 예상된다.

B. 정규 근로의 구조와 변화

(A) 정규 근로의 구조

직업생활을 기업내의 차원에서 본다면 일반적으로 정규 근로자는 하나의 좁은 전문직에 종사하기보다도 상당히 폭넓은 직무를 담당하고, 경쟁을 통하여 단계적으로 승진하여 관리직이 되는 것이 일반적인 모델이었다. 이러한 모델을 운영하는 기업의 기본적 권한이 인사권인데, 그것은 사용자의 고유 권한으로 인정되어 왔다.

이러한 모델에 의한 경쟁적 직업생활은 높은 노동의욕을 확보하고, 기업에 필요한 인재의 유연하며 효율적인 육성을 가능하게 하며, 경영 환경의 변동에 대응한 인재의 유연한 조정을 가능하게 했다. 그러나 동시에 그것은 직업능력을 기업내에 한정하게 만들어 폐쇄적인 노동시장을 형성하게 하고, 치열한 승진 경쟁은 기업에 대한 전면적인 헌신을 요구하여 여러 가지의 폐단도 낳았다. 특히 중요한 것으로는 근로시간이 길어지고 가정생활이 희생되며 여성의 고용 진출이 곤란하게 되는 가부장

적 생활 구조의 강화를 들 수 있다.

이러한 장기고용의 임금제도는 기본적으로 연공급이었다. 이는 연령과 근속연수의 증가에 의해 액이 상승하는 기본급을 중심으로 한 것이었다. 최근에 와서 각자의 능력과 근무성적을 반영하는 직능급 제도가 이를 보완하는 제도로 보급되고 있으나, 그것은 연공급을 보완하는 정도에 그치고 있다. 또한 상여금 제도와 퇴직금 제도 및 기업내 복지제도가 정착되어 왔다.

이에 대한 법적 개입은 1년 이상 근무한 자에 대한 퇴직금 제도를 중심으로 한 직장 생활의 최소한 규범화에 그치고 있고, 그것을 전제로 근로자와 사용자간의 근로계약에 의하도록 규정하고 있다. 그러나 실제로 근로계약이 체결되는 경우는 지극히 예외적이고, 대부분 사용자가 일방적으로 정한 취업규칙에 따라 근로계약의 내용이 결정되는 것으로 보고 있다.

(B) 정규근로의 변화

이러한 정규 근로의 모델도 경제적 환경의 변화 속에서 최근 급격하게 변화하고 있다. 특히 정년의 보장이 어려워지고, 전직과 조기퇴직제가 증가하고 있으며, 승진에 있어서도 종래의 연공서열이 아닌 능력주의가 일 반화되고 있어서 인사의 유동화가 더욱 커지고 있다. 또한 정보화 사회의 도래와 함께 기업의 조직도 종래의 상하 수직적 관계로부터 더욱 기동적인 수평적 네트워크로 재편성되고 중간 관리층을 감소시키는 대신 전문적 능력이 증시되고 있다.

또한 근로자 측도 종래의 기업중심주의에서 벗어나 초기업적인 전문적 직업능력을 희망하는 경향이 커지고 있다. 그 결과 기업공동체 속의 포괄적인 고용관계는 점차 개인주의적인 계약관계를 중시하는 방향으로 변하고 있다. 이러한 현상은 아직은 두드러지고 있지 않으나, 21세기가 진

행되는 가운데 더욱 현저하게 나타날 가능성은 분명하다. 그러나 임금에 있어서는 최근 경제 사정의 악화로 인해 그 수준을 인하하고, 기타 복지를 감축하는 경향이 명백하게 늘고 있다.

그러나 이러한 변화에 대응된 노동법적 긍정적인 배려는 거의 없다. 반면 부정적인 차원에서 임금을 인하하는 기업측 편의를 정당화하려는 경향이 나타나고 있다. 이러한 근로조건 불이익변경에 대해 근기법은 노사 합의로 취업규칙을 변경하도록 규정하고 있으나, 판례는 신규 근로자에 대해서는 사용자에 의해 일방적으로 불리하게 변경된 취업규칙의 효력을 인정하여 불평등한 근로조건을 허용하고 있는 것이 바로 그것이다.

3. 노조와 노사협의회의 구조

A. 노동조합의 저하

노사관계에서 가장 현저하게 나타나는 또 하나의 측면은 노동조합이 현저히 저하되고 있다는 점이다. 예컨대 1997년 말 전국의 노동조합 수는 5천7백33개, 조합원 수는 1백48만4천1백94명으로 그 조직률은 12.2% (상시고, 일용고 포함, 공무원 및 사립학교 교원은 제외)이다. 이러한 조직률은 33년만에 최저를 기록한 것으로서 노조의 장래를 불안하게 하고 있는데, 앞으로 조직률은 더욱 저하될 것으로 보인다. 노조 조직률은 1989년의 19.8% 이후 계속 저하되어 왔다.

기업규모별로 보면 대기업 노조 조직률은 정체 상태에 있으나, 중소기업 노조의 경우 계속 하강했다. 특히 여성 근로자의 조직률 저하가 두드러졌다. 조합원 5백인 이상의 대규모 노조는 4백62개(조합원은 98만1천명)로서 전체의 8%에 불과하나 조합원은 66.1%를 차지하고 있고, 반면 50인 미만의 소규모 노조는 2천2백13개(조합원은 98만1천명)로 전체의

38.6%이나 조합원은 3%에 불과했다. 이러한 조직률 저하의 이유에는 최근 급격하게 늘고 있는 비정규 근로자가 노조에 가입하지 못하는 점도 있으나, 그 밖에도 여러 가지 이유가 설명될 수 있다.

그러나 최근 노조 활동에서 주목되는 점은 사용자와 정부로부터 독자성을 유지하고자 하는 민주노총 조합원의 급증이다. 조합원수는 아직 한국노총의 반 정도에 불과하나, 자동차, 금속 및 사무직 노조의 상당 부분을 포괄하여 매우 활동적이고, 종래의 기업별 조직이 아닌 산별화를 지향하고 있는 점도 두드러진다.

또 하나 주목되는 점은 영세 사업장 종사자들을 중심으로 한 지역노조 운동이다. 아직 그 조직률은 낮으나, 앞으로는 상당히 발전할 가능성이 있다. 4인 이하 사업장 종사자는 약 6백만 명 정도로 추산되는데 그들이 노조운동을 하고자 할 때 지역노조운동을 할 가능성이 가장 높다고 보는 전제하에서 그 가능성을 예상하는 것이지만, 기업중심주의라고 하는 독특한 기업 풍토에서는 반드시 그렇게 되지 않을 가능성도 있다.

여하튼 현재 노조의 조직률은 몹시 낮다. 이처럼 지극히 낮은 노조 조직률은 소위 노동자'계급'이라는 개념을 무색하게 만든다. 따라서 한국은 미국이나 일본처럼 무계급 사회라는 평가가 가능하다. 그러나 그 요인은 다르다. 미국의 경우 인종 균열과 개인주의, 일본의 경우 기업공동체주의가 기본적 요인이라고 할 수 있으나, 한국의 경우는 노동배제 정책과 가족주의 내지 가부장주의라는 요인이 더욱 중요하다.

이러한 요인들이 21세기에 와서 상당히 변화될 것이라는 예상도 가능하나, 근본적인 변화가 초래될 것으로 보기는 힘들다고 생각한다. 물론 권력의 민주화에 의해 종래의 노동배제 정책은 어느 정도 완화될 수 있을 것이다. 그러나 최근의 정치 민주화에도 불구하고 노조 조직률이 계속 떨어지고 있는 것을 보면 정책의 변화가 노조 조직에 미치는 영향은 그다지 크지 않은 것으로 볼 수도 있다.

반면 가족주의 내지 가부장주의라는 요인은 우리 사회의 구석구석까지 미치고 있기 때문에 상당한 기간 동안 지속될 것으로 예상된다. 저지는 그것이야말로 노조의 조직률을 떨어뜨리는 더욱 중요한 기본적 요인으로 보고 있다.

B. 노조의 기능 저하

노조는 단체교섭을 통한 단체협약의 체결을 중요한 기능으로 하나, 노조 조직률이 낮은 상태에서는 단체협약이 근로조건 결정의 근거로 기능하는 정도가 낮을 수밖에 없다. 실제로 1997년 말의 경우, 단체협약은 기본적으로 5천여 노조가 조직된 기업의 150여만 명 근로자에게만 적용되고 있다. 따라서 사용자가 일방적으로 결정하는 취업규칙이 사실상 대부분 근로자의 근로조건을 결정하는 가장 중요한 근거가 되고 있다.

노조와 사용자간의 분쟁을 해결하기 위한 노동쟁의 조정제도가 노조법상 규정되어 있으나, 실제로 노동현장의 분쟁은 그러한 집단적 분쟁이 아니라 근로자 개인의 근로조건을 둘러싼 분쟁이 더욱 늘고 있다. 특히 임금 체불이나 부당 해고를 둘러싼 분쟁이 늘고 있으며, 앞으로도 이러한 분쟁은 더욱 늘 것으로 예상된다.

C. 노사협의회의 무력화

우리 나라에서는 노사협의체가 실제로는 노동조합을 대신하는 것으로 법에 의해 강제되어 일정 사항에 대한 정보교환이나 의사소통의 기능을 담당하는 협의기관으로 존재해 왔으나 사실상 그 기능은 무력하고, 그것도 비정규 근로자를 포함하는 근로자 전체의 대표기관은 아니다.

D. 근로자 대표제의 방치

근기법 등에는 근로자의 대표가 사용자와 협의를 하거나 협정을 체결

하는 등의 제도가 다수 있고, 그 경우 근로자 반수 이상으로 조직되는 노조가 있으면 노조가 그 기능을 하게 되어 있는데, 대다수 노조가 없는 기업의 경우 근로자 대표제는 근로자들에 의해 선출되어야 한다.

그러나 노조법 등에는 그 선출에 대한 규정이 없다. 따라서 그 절차를 명확하게 할 필요가 있다. 이에 대해 현행의 노사협의회 근로자대표를 근거법 등의 근로자 대표로 보자는 주장도 있으나, 두 법의 취지가 명확하게 다르기 때문에 부당하다고 생각된다.

4. '포스트 공업사회'와 개인주의 노동법

흔히 우리 시대 또는 미래를 지칭하는 말인 소위 '포스트 공업사회'에 대해서는 여러 가지 논의가 있다. 그러나 그 기본 요소로 지적되는 기술 혁신, 서비스 산업의 성장, 공공 부문의 확대 등은 과거에도 존재한 것이고, 오늘날에는 더욱 크게 부각된다고 해도 그것은 기술적 및 직업적 변화를 말하는 것에 불과한 것으로서 사회구성체의 근본적인 변화를 뜻하는 것이 아니다. 경제가 지구 규모로 확대되었다고 해도 마찬가지이다. '포스트'라는 수식어 붙어도 사적 소유권을 기본으로 하는 자본주의 사회 구성체임은 변함이 없다.

포스트 공업사회의 도래에 의해 사람들, 특히 근로자들의 의식이 개인주의로 변한다고 하는 주장은 이른바 신자유주의의 성행과 노동조합의 쇠퇴를 이유로 하여 나타나고 있다. 그러나 신자유주의와 반노동조합주의를 내용으로 하는 개인주의는 기본적으로 국가 권력과 자본 권력에 의해 정책적으로 추진된 것이고, 그것은 국제경쟁에서 이기고자 하는 경제적 사정에 의해 요구된 것이었음을 주목할 필요가 있다. 따라서 개인주의의 성행은 그러한 권력적 요구에 의해 나타난 현상에 불과하다. 그 극단적인 보기가 1970년대 대차 이후의 영국과 레이건 이후의 미국일 것이

다. 앞서 본 신자유주의의 물결이 바로 그것이다.

물론 다른 나라에서도 시장의 자유 논리를 기반으로 하는 개인주의적 노동법과 이론은 존재했다. 영미에서도 대차나 레이건 이전에 그러한 노동법과 이론이 존재했으나, 그 후 그것은 극단화되었다고 볼 수 있다. 물론 온건하든 극단이든간에 그것이 국가와 사용자의 요구에 부응한 응용적인 것임에는 다름이 없다.

법리적으로 그것은 자유로운 법적 주체, 사적 소유권, 계약의 자유라고 하는 시민법의 원리에 충실한 것이었다. 곧 현대적 상품교환법=세계적 시민법의 확립은 불가피한 요청이고, 동시에 지역적 불균등 발전을 전제로 하여 자본의 자유로운 이동에 의한 자유로운 이윤 추구를 위하여 노동관계의 지구 규모적인 해방 상태가 필요하여, 최소한의 최저노동조건 규제 등은 어쩔 수 없어도 집단적 노동관계에서 강력한 노동단체권 보호의 장려는 독점 초과이윤과 특별 이윤획득의 중대한 장애 요인이 된다고 주장되었다.

그러한 주장에 있어서도 노동단체권의 전면 부정은 불가능하나, 그 법적 구조를 개인주의적 법리로 재구성하고, 특히 단체행동을 제약하는 것이 불가피한 것으로 주장되어 왔다. 이러한 경향은 기가 막히게도 한국을 비롯한 제3세계 자본주의권에서 노동법을 왜곡시켜온 것과 그 외양이 일치하여 한국 등은 마치 선진적이기라도 한 것인 양 착각하게도 만든다. 그래서 한국적 노사관계이니 일본적 노사관계이니 하는 것이 대단한 것인 양 선전되기도 한다.

그러나 노동조합 조직률의 저하는 노동자의 개인주의화라기 보다도 위에서 설명한 여러 가지 제약 조건과 함께 그런 제약으로 인해 자본적 의식 구조를 갖게된 관료화된 노동조합에 대한 실망에서 비롯된 분산주의적인 것이라고 보아야 할 것이다. 그 증거로 서양이나 일본에서 자주적인 새로운 조합 형태나 직장 집단의 조직화가 모색되어 일정한 성과를

얻고 있고, 구조조정 등으로 직장에서 쫓겨난 중·고년 관리직이 관리직 조합에 쇄도하고 있으며, 한국에서도 같은 현상이, 특히 민주노총이나 전교조 등의 조직화와 공무원 노조를 만들고자 하는 움직임 등이 나타나고 있는 점을 들 수 있다. 그러한 일반 노동자는 자본적 의식구조를 가질 필연성이 없고, 따라서 보수적인 노동법 이론에도 기본적으로 동조하지 않는다.

그러나 여기서 더욱 심각한 문제는 앞으로 노동조합이 현재와 같은 산업별 또는 기업별 조직에 계속 머물 것이라곤 말할 수 없다는 점이다. 지금 우리 노동조합은 여전히 산업별을 지향하고 있고 그것이 옳다고 주장되고 있으나, 노동조합을 둘러싼 외부적 환경의 급격한 변화는 노동자와 노동조합의 새로운 구성을 필요로 하고 있다. 즉 정보화에 의한 노동내용의 변화가 초래하는 산업의 형해화와, 제3차 산업으로의 노동이동에 의한 제2차 산업 노동자 수의 격감이라고 하는 외부적 변화이다. 21세기 노동법은 그러한 변화를 직시하는 가운데서 논의되어야 한다.

III. 노동의 변화에 대응한 21세기 노동법의 과제

1. 노동법의 구조와 비전

우리 노동법은 1953년에 성립되었다. 그것은 1948년에 제정된 헌법에 따라, 자본과 노동의 자유에 근거하되 자본에 비해 상대적으로 약한 근로자의 근로조건을 기본적으로 보호하고, 근로자의 근로조건을 더욱 높은 상태로 유지하기 위해 노동단체권을 보장한다는 것이었다.

따라서 당시에는 적어도 입법 이념으로는 노동단체권의 보장에 의한 노동조합의 조직이 대부분의 근로자에게 인정되고, 그러한 방향으로 발전되어야 한다는 이상이 표출되었다고 할 수 있다. 이러한 이상은 지금

도 변함이 없는 헌법과 노동법의 이념이라고 할 수 있다.

그러나 실제로 근로조건을 보호하기 위한 가장 중요한 자치규범인 취업규칙의 작성은 사용자의 전횡에 맡겨졌고, 그것을 극복하기 위한 또 하나의 자치규범인 단체협약 작성을 목표로 하는 노동단체권은 현저히 제한되었다.

특히 단체협약 체결을 위한 노동조합의 유일한 수단인 단체행동권의 행사는 헌법상 인권 보장의 효과로써 당연히 민·형사책임을 면제받아야 했음에도 불구하고, 실제로는 반대로 범죄(업무방해죄 등)이자 불법행위로서 민·형사책임을 부과 받았다. 대신 유명무실한 노사협의라고 하는 것이 취업규칙이나 단체협약과는 아무런 관련 없이 군사 정부에 의해 강요되어 지금까지 유지되고 있다. 따라서 노사의 자치적인 공동결정이라고 하는 노동법의 본래 정신은 철저히 배반되었다고 할 수 있다.

노동법의 근본 이념인 노사 공동결정 원칙은 노동자-노동조합과 사용자의 평등을 전제로 하는 것이나, 현실적인 불평등은 차치 하고라도 법적 불평등 구조에 의해 근원적으로 파괴되기도 했다. 즉 노동조합은 정부와 사용자가 원하는 기업별 단일 조직으로만 형성되었고(복수노조의 금지), 제3자와의 연대가 철저히 금지되었으며(제3자 개입 금지), 그 정치적 활동까지 금지되었고, 특히 공무원의 노동단체권은 기본적으로 부정되었다.

최근에 와서 그 일부가 완화되었으나, 여전히 불평등 구조의 가부장적 토대는 변하지 않고 있다. 이런 법적 제약의 조건 속에서 근로자의 집단화 의식이 생성되고, 노동운동이 발전되기란 참으로 기대할 수 없는 것이었다. 따라서 앞에서 본 노동운동의 약화는 바로 이러한 가부장적 법 구조에도 그 원인의 하나가 있다.

이는 19세기 근대 시민법의 차원과 유사한 것으로서, 21세기를 눈앞에 두고 있는 지금도 한국의 노동법은 19세기의 그것과 변함이 없다. 따라

서 우리의 노동법은 다른 나라에 비해 2세기 이상 뒤쳐져 있다. 이런 상황에서 우리에게 노동법의 21세기를 말하는 것이 2세기 이상의 간격을 강조하는 점 외에 무슨 의미가 있겠는가? 그야말로 시대착오적인 말놀음으로 끝날 것이 분명하지 않은가? 문자 그대로 노동법 허무주의라고 하는 것이 항상 의식되기 마련인 것은 당연한 일이 아니겠는가?

그런데도 우리는 서양과 마찬가지로 포스트 모던(post modern)이니 포스트 공업시대(post industrial era)니 하고 야단법석이다. 노동법에 있어서 그런 야단법석은 종래의 근로자와 노동조합의 보호가 아닌 소위 규제 완화와 노사 자치의 이념으로 나타나고 있다.

그것이 서양에서는 2백년 이상 지속된 근로자와 노동조합에 대한 과도한 보호를 최근의 경제난으로 인해 약간 수정한다는 것이나, 우리 나라에서는 그 동안 그러한 변화가 전혀 없다가 최소한의 규제와 보호조치 완화한다는 것이고, 사용자측에 비해 너무나도 위약한 노동 측을 두고서 노사 자치를 운위하는 것이어서 서양의 경우와는 질적으로 다르다는 점에 근본적인 문제가 있다.

그러나 그러한 변화의 전제인 현실의 사회적 및 경제적 변화에서 공통성이 나타나고 있는 점을 부정할 수는 없다. 즉 전통적 공업사회가 서비스 경제를 중심으로 변했고, 국가 자본주의가 지구 자본주의로 변했으며, 정보와 통신 분야의 기술 발전이 현저한 변화를 초래했다.

물론 그러한 변화는 결코 과장되어서는 안 된다. 특히 이러한 변화에 의해 사회의 개인주의화가 지적되고도 있으나, 그것은 하나의 가치로 수렴되고 있다고 하기보다도, 하나였던 가치(노동법의 본래 이념인 노사 공동결정)를 파열 내지 분산시키는 것으로 나타나고 있어서 문제가 된다는 점도 무시해서는 안 된다. 여하튼 이러한 변화는 서양에서나 한국에서나 공통으로 나타난다는 점을 부정할 수는 없다. 그래서 우리 사회는 전현대와 현대 그리고 초현대가 뒤섞인 복잡한 양상을 보이고 있다.

그러나 21세기 노동법의 기본은 서양의 경우 20세기에 발전된 노사 공동결정을 원칙으로 하는 것과 크게 다를 바가 없다. 즉 국가적 차원에서 기본 원칙의 제정에 그치고, 구체적으로는 노사 공동결정의 자치규범에 의해야 한다는 점이다. 그리고 법적 규제로는 개별적 노동법에서 최저 노동기준의 설정이 여전히 필요하고, 집단적 노동법에서는 노동단체권을 보장하되 노동조합 쇠퇴 현상에 비추어 사업장별 종업원대표위원회 제도가 필요하며, 이를 새로운 노사 합의에 의한 자치규범 설정의 중추 제도로 삼아야 한다는 점, 마지막으로 불가피한 실업의 증대에 비추어 노동시장의 규제를 위한 고용법을 강조하는 점이 선후진국 모두에 일반적인 기대로 나타나고 있다.

이러한 기대에 비하여 한국에서는 아직도 노동단체권이 제대로 보장되고 있지 못하고, 최저 노동기준의 설정도 충분하지 못하며, 노동시장을 규제하는 고용법도 이제 막 시작되어 너무나도 미비하다는 점이 21세기적 과제로 지적될 수 있다.

따라서 노동법의 궁극적 목적이 노사의 공동결정 보장에 있다는 점, 노동조합은 그 목적을 위한 수단에 불과하다는 점, 현행의 기업별 노조는 노사공동결정의 일방 당사자로서 종업원 대표위원회로 전환됨이 옳다는 점, 기업의 취업규칙이 그러한 공동결정의 기본 규범이 되어야 한다는 점, 노조는 기업 외의 차원에서 직업적 이익단체로 재편되어 단체협약을 체결함이 옳다는 점 등을 21세기 우리 노동법의 과제로 강조할 필요가 있다.

이러한 주장은 현행 노동법의 기본구조에 이의를 제기하는 것이다. 현행 노동법은 국가가 정한 최저기준을 토대로 하여 근로자가 사용자와 그 기준 이상의 근로계약을 체결하고, 사용자는 근로계약 수준 이상의 취업규칙을 제정하며, 노동조합은 사용자와 함께 취업규칙 수준 이상의 단체협약을 체결한다는 것이다. 그러나 근로계약은 사실상 취업규칙에 의해

그 내용이 결정되고, 취업규칙은 사용자에 의해 일방적으로 결정되며, 조합 조직률이 현저히 낮은 현실에서 단체협약은 제대로 기능하지 못하고 있다.

이런 현실에서 저자는 취업규칙을 노사의 공동결정으로 제정하여 근로 조건 규범의 기본으로 삼자고 주장하는 것이다. 그 경우 노동 측은 기업 종업원의 다수를 조합원으로 두는 노동조합 또는 선출된 노동자 대표이다. 그러나 앞으로 기업별 노동조합은 현재보다 더욱 조직률이 떨어질 것으로 예상하여 노동자 대표제를 새로운 노동법 제도의 중추로 삼자고 주장한다. 그 대신 노동조합은 노동자 취업 구조의 변화에 따라 직능별 조합이나 합동조합 식의 다양한 형태로, 그것도 전문 직업별 이익단체로 변할 가능성이 높으므로 그러한 변화에도 대응해야 한다고 주장한다.

2. 고용법의 과제

A. 고용법의 내용

종래 고용법은 노동법의 중요한 영역으로 여겨지지 않았고, 그런 경향은 지금까지도 지속되고 있다. 그래서 노동법 교과서에서도 그 부분은 아예 다루어지지 않았다. 그러나 실업이 만연하고 고용의 유동화가 일반화되고 있는 현실에서 고용법은 노동법의 어떤 영역보다도 중요시되어야 한다.

고용 문제는 크게 노동력의 수급과 노동능력의 개발 및 고용의 촉진을 위한 고용의 지원, 고용의 안정을 위한 고용의 조정, 그리고 실업시의 소득보장을 위한 고용보험으로 나눌 수 있다.

B. 직업소개의 강화

고용지원법의 첫 과제는 직업소개를 중심으로 한 직업안정이다. 이는

원칙적으로 공공 무료 직업소개를 중심으로 해야 하는 것이나, 우리 나라에서는 사영 유료 직업소개가 생산직을 중심으로 행해져 왔을 뿐이다. 그래서 현재 대량으로 발생하고 있는 사무직 실업에 대해서는 전혀 기능하지 못하고 있다.

직업소개를 국가가 독점해야 할 이유는 없고, 국제적으로도 1997년에 채택된 ILO 제81호 조약(민간직업소개소 조약)은 민간에 의한 직업소개 서비스를 적극적으로 승인하고 있다. 이러한 조약이나 각국의 경향은 종래 국가독점적이었던 직업소개를 개선하려는 것이나, 우리 나라의 경우 처음부터 국가가 소극적이었던 만큼 사정이 다르다. 따라서 우리 나라로서는 민간직업소개를 발전시키되 그동안 등한시되어온 공공직업소개를 더욱 적극화할 필요가 있다.

그런데 최근 정부는 민간에 의한 유료 직업소개 사업을 규제완화라는 차원에서 종래의 허가제를 등록제로 바꾸고 여러 가지의 규제를 철폐했다. 이는 노동시장을 일반 상품거래시장과 동일시한 태도로 생각되는데, 노동시장에서 근로자가 열악한 지위에 놓여질 수 있다고 하는 문제점을 고려할 때 참으로 위험한 발상이 아닐 수 없다. 따라서 허가제는 그대로 유지되어야 하고 사업자에게 일정한 자격요건을 요구하는 규제는 부활되어야 한다. 또한 직안법상 직업소개시의 근로조건 명시 의무를 더욱 강화하여 여러 가지의 직업 정보를 적극적으로 지원할 수 있도록 해야 한다. 또한 최근 구인정보지의 모집광고와 실제의 근로조건이 달라 많은 문제가 생기고 있고, 이는 규제완화로 인해 더욱 증대될 수 있으므로 이에 대한 강력한 법적 규제가 과제로 제기되고 있다.

C. 파견근로 등 비정규근로의 보호

파견법의 제정으로 근로자파견사업은 직안법상 금지된 근로자공급사업이 아니게 되고 합법화되었으나, 정규 근로의 대체 방지라고 하는 법 취지에도 불구하고 비정규 근로의 증가라고 하는 현실은 그러한 대체를 보여주고 있다. 또한 위법적 파견, 중도 해약, 부당한 대우 등 많은 문제가 생기고 있으므로 이에 대한 법적 규제의 강화가 필요한 실정이다.

마찬가지로 최근 더욱 증가하고 있는 각종 비정규 근로에 대한 보호도 시급하다. 특히 시간제 근로자에 대한 보호가 근본적으로 새로운 법을 요구하고 있는 실정이다.

D. 직업훈련의 강화

우리 나라의 직업훈련 제도는 직업소개에 경우와 마찬가지로 기업 주도적인 것이었고 이는 지금도 변함이 없다. 기업 중심의 직업훈련은 당연히 기업에 필요한 능력의 향상에 집중되므로 근로자가 실업을 당하는 경우 필요로 하는 초기업 횡단적인 객관적·전문적 능력은 함양되기 어렵다. 또한 소극적인 공공직업훈련은 단순 기능의 습득을 중심으로 한 것이어서 사무직 근로자나 숙련공의 전직 등에는 아무런 도움이 되지 못하고 있다.

따라서 첫째, 사무직을 대상으로 하는 능력개발의 체제를 갖추고 초기업적인 능력개발과 그 평가 체제를 수립할 필요가 있다. 이는 앞으로 필요한 새로운 인사제도하에서 요구되는 능력 평가의 적정화나 전문직 제도를 활성화하는 데에도 도움이 되는 것이다.

둘째, 앞으로 집단 중심이 아닌 개인 중심의 능력개발로 전환되어야 한다. 따라서 교육훈련 휴가제, 대학 등예의 장기파견제, 근로시간의 단축과 유연한 근로시간 제도의 활용, 기업만이 아닌 개인의 교육 투자에 대한 지원 등이 모색되어야 한다. 특히 교육훈련 휴가제는 반드시 입법

화되어야 한다.

셋째, 파견, 시간제, 고령자 등의 다양한 고용형태에 대응한 훈련도 중요하다.

3. 근로조건법의 과제

A. 근로조건 결정 방식의 변화

(A) 근로조건 결정방식 구조의 문제점

근기법상의 근로조건 결정 방식은 근로계약과 취업규칙이다. 근로계약의 중요성은 앞으로 더욱 커질 것이나, 아직까지도 개별적 근로계약의 체결은 예외적이고, 취업규칙이 합리적인 한 근로계약의 내용이 된다는 식으로 이해되고 있다. 노조 조직률이 높다면 노조와 사용자가 체결하는 단체협약이 취업규칙을 넘는 근로조건 결정 기능을 수행할 것이나, 노조 조직률은 10% 전후에 그치고 있어서 전혀 그렇지 못하다.

그래서 노사의 자치적인 합의에 근거한 근로조건 결정이 근기법의 원칙임에도 불구하고, 사실은 사용자가 일방적으로 결정하는 취업규칙이 근로조건 결정의 중심이 되어 왔다. 이를 시정하기 위해서는 근로계약의 기본사항을 법으로 규제하여 강제하고, 취업규칙을 노사의 합의로 제정하는 입법론이 고려되어야 한다.

(B) 근로기준의 공동결정화

우리 노동법상 공동결정의 제도가 부분적으로 채택되고 있다. 그것은 엄밀한 의미에서 합의를 말하는 것이나, 그밖에도 광범하게는 의견청취, 노사협의 및 위원추천 등을 포함할 수 있다. 이를 사업장에서 다수 조합(종업원의 과반수로 조직된 노동조합) 또는 다수대표자(종업원의 과반수를 대표하는 자)를 당사자로 하고, 법령에 근거하여 노사합의(협정), 의견

청취, 노사협의 및 위원추천 등의 제도라고 정의할 수 있다.

노사협의의 예로는 근기법 제36조의 금품청산 기간의 연장, 제50조 2항의 1개월 단위 탄력적 근로시간제, 제56조 2항의 근로시간 계산의 특례, 제58조의 근로시간 및 휴게시간의 특례, 제60조의 유급휴가 대체, 제97조 1항 단서의 취업규칙 불이익변경, 제102조 2항의 기숙사규칙의 작성과 변경이 있다. 또한 노조법 제81조 2호의 유니온슌 협정이 있다. 그리고 노사협의의 예로는 근로기준법 제31조 3항의 경영상 이유에 의한 해고시의 노사 협의, 의견청취의 예로는 동법 제97조 1항의 취업규칙 작성 및 변경이 있다.

그러나 우리 근로기준법에는 그밖에도 노사의 공동결정으로 만들어야 할 분야가 너무나도 많다. 예컨대 제29조 2항에 의한 근로자의 위탁에 의한 사용자의 근로자 저축 관리에 대해 사용자의 결정과 노동부장관의 인가로 규정하나, 이는 일본 노동기준법 제18조 2항의 경우와 같이 노사협정의 공동결정 형식으로 바꿀 필요가 있다.

또한 제42조의 임금 지급을 대체구좌 입금으로 하는 경우나, 동조 단서의 임금 공제와 관련되어서도 노사 합의가 필요하다.²⁾ 그 밖에도 제43조의 도급사업 임금지급, 제50조 1항의 2주 단위 탄력적 근로시간제³⁾, 제59조 2항의 휴기수당⁴⁾, 동조 3항의 연휴계획⁵⁾도 노사합의로 정할 필요가 있다.

이상의 보기 외에도 노동법에서는 근로계약적 성격의 것으로서 근로자 개인과 사용자의 개별적 합의가 필요한 분야 외의 집단적 근로조건의 설정 시에는 기본적으로 노사의 공동결정에 의한 합의제를 취할 필요가 있다. 또한 이러한 노사 합의에 의한 협정의 성립은 감독관서에 대한 신고

2) 일본 노동기준법 제24조 1항 및 소화50.2.25기발112호

3) 일본 노동기준법 제32조의5

4) 일본 노동기준법 제39조 6항 단서

5) 일본 노동기준법 제39조 5항

제와 함께 노동자에 대한 주지의무의 부과(그 이행이 결여되면 무효)로 정보의 개시와 자기책임의 이념을 확보할 필요가 있다. 더욱 중요한 문제는 이러한 노사 합의에 의한 협정의 사법적 효력을 인정해야 한다는 것이다.

(C) 근로계약법의 구상과 변경 범위

a. 근로계약법의 구상

근로계약법은 채용 과정에서의 근로계약 성립의 인정, 인사이동에 대한 근로자의 동의와 사용자의 책임, 비정규 근로자를 포함한 모든 근로자의 해고 및 징계 등에 대한 정당 사유 등이 포함되어야 한다. 그리고 그 규제로는 사법적 규제가 타당하지 공법적 규제는 타당하지 않다.

그러나 절차적으로는 근기법상의 근로조건 명시 의무를 더욱 확충하여 임금, 취업장소와 종사업무, 근로시간, 퇴직, 계약기간을 서면으로 명시하도록 하고, 그것에 대한 공법적 규제를 가해야 한다.

b. 근로계약의 변경 범위

근로조건이 근로계약으로 개별적으로 특정되는 경우, 그 일방적 변경은 허용되지 않고 그 변경에는 노사간의 합의가 당연히 요청된다. 그러나 합의가 성립되지 않는 경우 이를 이유로 해고한다는 것은 부당하나, 합의가 없다면 근로조건을 일체 변경할 수 없다고 하는 것도 비현실적이다.

여기서 최근 근로조건 변경에 응해 근로관계를 계속할 것인가, 아니면 그것에 불응해 근로관계를 해소할 것인가를 근로자에게 위임하는 변경해약고지라는 해결방법이 모색되고 있다. 이는 해고를 위협하면서 근로조건 변경을 강제하는 것이라는 점에서 문제가 있으나, 그 자체는 근로자의 자기결정을 지원하는 것이므로 근로조건변경의 '최후의 수단'으로 시

인되고 있다. 그러나 이는 역시 강제수단이므로 해고에 준하여 엄격한 요건이 설정되어야 하고, 근로조건 변경의 신청을 거절한 근로자의 해고를 정당화하는 변경의 합리성을 요하며, 불이익이 더욱 적은 근로조건 변경의 선택과 근로자의 동의를 얻으려는 노력을 다한 뒤에야 허용되어야 한다. 특히 근로자가 변경된 조건하에서 당해 변경의 타당성을 다투는 유보부 승낙이어야 한다.

(D) 취업규칙의 개혁과 변경 법리

a. 취업규칙의 개혁

우리 노동법의 근본적인 문제점 중의 하나가 사용자에 의해 일방적으로 근로조건을 결정되는 취업규칙의 규범력을 인정하고 있다는 점이다. 이는 노사의 합의에 의한 근로조건 결정의 원칙에 대한 중대한 위배이다. 따라서 그것은 앞으로 노사의 합의에 의한 것으로 개혁되어야 한다.

b. 취업규칙의 변경 법리

근로계약의 개별화가 증대되면 근로조건은 통일적·확일적 결정인 취업규칙이 후퇴하게 되어 개별화되어 갈 것이고, 근로자에게 선택적으로 적용되어야 할 것이다. 이러한 상황에서 취업규칙은 다양한 제도의 설계 기능에 그치고, 그것을 구체적으로 적용하는 것은 근로자 개인의 선택에 위임되어야 한다. 취업규칙의 불이익변경에 대해 근기법은 노사의 합의를 요하고 있으나, 위에서 본 근로계약 변경시와 같이 합의가 불가능한 경우에는 변경해약고지의 법리를 도입할 수 있다.

(E) 기업경영의 새로운 형태

산업과 기업의 구조변화에 따라 근로조건에 관한 새로운 문제들이 생기고 있다. 특히 기업 형태의 새로운 대두와 함께 다음과 같은 입법적

과제가 요구된다.

첫째, 기업의 계열화 경향과 관련되어 지배적 기업의 근로보호 책임을 명확하게 할 필요가 증대되고 있다. 곧 계열 기업 또는 하도급 기업의 경영 자체가 지배적 기업의 경영 전략에 포함되고, 계열 및 하도급 기업 근로자의 근로조건은 물론 근로관계의 존립까지 지배적 기업의 의향에 의해 좌우되고 있는 만큼, 지배적 기업의 근로자 보호 책임을 명확하게 규정하는 입법이 요구된다.

둘째, 기업간 인사이동의 보편화 현상과 관련되어, 그것이 근로자의 의사를 무시하고 전근기업에서의 근로조건이나 모기업으로의 복귀조건 등도 불명한 상태로 강행되어 관계 근로자의 근로관계를 불안정하게 하고, 법적 분쟁의 원인이 되는 만큼 입법적으로 규제되어야 한다. 특히 근로자의 동의를 전제로 모기업, 신기업 및 근로자간의 서면계약, 공동사용자성의 인정 등이 필요하다.

B. 채용과 전직의 중요성

종래 채용이나 전직은 노동법의 고찰 대상에서 제외되어 왔다. 그러나 근로자 의식의 변화와 근로 형태의 다양화에 따라 그것들이 노동법의 중요한 영역이 되고 있고, 그 중요성은 앞으로 더욱 커질 것임에 틀림없다. 특히 근무지 한정제나 전문직제 등과 같은 제도들의 도입이 증가되면 종래 절대적으로 인정된 인사권은 제한될 수밖에 없고, 그러한 근로자에 대한 전직 등은 당연히 근로자의 동의를 받아야 하게 된다. 즉 인사권의 후퇴와 계약 기능의 증대라고 하는 현상이다.

이러한 계약 기능을 충실하게 하기 위해서는 근기법상의 근로조건 명시 의무를 확충하여 근로조건을 명확하게 정할 필요가 있고, 근로조건에 관한 입법적 규제를 통하여 공정한 근로조건 기준을 법적으로 정비할 필요가 있다.

C. 해고

보통 해고는 능력부족이나 적격성의 결여를 이유로 하여 행해지나, 장기형의 정규 고용에서는 그것을 해고의 정당성과 직결시키기는 어렵고, 당연히 직종 전환이나 충분한 교육 등에 의한 회피노력이 요건으로 이해되어야 한다. 이 점에서 우리 판례와 학설은 그런 회피노력을 요건으로 보지 않는 점에 문제가 있다. 앞으로 능력주의형 임금제도가 확대되면 근로자의 능력과 성과가 객관적으로 파악될 수 있게 되어 능력의 부족과 결여를 이유로 한 해고는 종래 보다 더욱 쉽게 인정될 수 있다.

특히 최근의 불황하에서 근로자에게 퇴직을 강요하는 사례가 늘고 있으나 이에 대해서는 해고 규제가 적용될 수 없다는 문제점이 있으나, 이를 해고에 준하는 것으로 보아 해고 법리를 적용시켜야 함은 물론이다. 또한 해고가 무효로 판단되어도 복직이 거부되거나 근로자 자신이 복직을 희망하지 않는 경우도 늘고 있다. 따라서 해고권 남용의 효과로서 불법행위에 의한 손해배상 책임을 중시할 필요가 있다. 즉 해고에 의해 노사간의 신뢰관계가 파괴된 이상, 무리한 복직보다도 타기업에 전직하는 쪽이 노사 모두에게 바람직할 수 있으므로 손해배상에 의한 경제적 보상을 인정하는 쪽이 전직에 유효한 지원책일 수 있다.

D. 임금

(A) 임금제도의 변화

앞서 보았듯이 임금제도는 종래의 연공형에서 근로자의 능력과 성과를 중시하는 제도로 이행할 것이다. 즉 직능자격제도의 도입과 개편, 중견층 및 관리직의 임금과 승급에 대한 업적급 부분의 확대, 상여금에 대한 인사고과적 요소의 도입과 증대, 퇴직금제도의 수정, 연봉제와 목표관리제도의 도입, 복지후생제도의 다양화 등이다. 여기서 무엇보다도 중요한 것은 근로자의 능력과 성과에 대한 공정한 평가와 능력개발의 정비이다.

이러한 능력주의 하에서는 근로자의 능력과 성과에 관한 사용자의 평가(인사고과) 범위가 확대될 것이므로 공정한 평가제도와 분쟁처리제도가 중요하게 되고, 능력 발휘의 전제가 되는 능력개발제도의 설계가 중요한 과제가 된다. 또한 개별 근로자의 능력과 성과에 따른 평가와 임금 결정이 행해지고 근로자는 그것에 응할 수밖에 없으므로 그것에 대한 지원이 필요해진다.

(B) 인사고과와 법

종래 우리 나라의 인사고과는 근무태도나 협조성을 중심으로 평가자인 상사에 의해 일방적으로 자의적인 내용을 갖는 것이었다. 그러나 그것이 공정하기 위해서는 근로자의 업적 달성도와 객관적인 능력을 중시하고, 그 방법에서도 평가항목을 투명하며 명확하게 만들고 그 공개와 다양화 등이 모색되어야 한다. 특히 고과의 전제가 되는 목표설정을 고과와 연결하는 제도나 상사와 부하의 면담제에 의한 결정 등, 근로자가 인사고과에 참여하는 쌍방향 평가가 필요하다.

종래 인사권은 기업의 고유권으로 인식되었으나, 그것이 임금액을 좌우하는 효과를 갖는 이상 임금결정절차로서 공정하게 행해져야 하고, 근로자의 참여가 인정되면 인사고과는 노사 쌍방의 권리의무로 구성되는 임금교섭 절차로 인정되어야 한다.

따라서 사용자는 첫째, 공정하고 객관적인 평가기준을 작성하고 공개해야 하며, 둘째, 그것에 근거한 공정한 평가를 하고, 셋째, 평가 결과를 개시하고 설명할 의무를 진다고 보아야 한다. 이러한 의무를 사용자가 위배하면 인사고과권의 남용으로 민법상 불법행위를 성립시키거나, 공정한 평가업무를 위반한 채무불이행으로 해석해야 한다. 특히 다면적 평가의 도입과 개시에 의해 평가의 객관성을 확보하는 것은 인사고과의 공정성(임금 격차의 정당성)을 증명함에 불가결하고, 설정 목표나 직무부여의

적정성도 재량권 남용의 판단 요소가 된다.

능력주의형 임금제도가 적절하게 기능 하도록 하기 위해서는 근로자 개인의 요구에 적합한 직업능력을 높이는 기회가 부여되고, 그 성과가 평가에 공정하게 반영되는 평가제도의 존재가 전제되나 현재로는 이 점이 충분하지 않다. 따라서 앞으로는 자기개발 등 개인 중시의 능력개발 제도와 그것과 연결된 평가제도의 확립이 과제가 된다.

(C) 연봉제와 법

현재 연봉제는 근기법상의 가산임금제도로 인해 상급 관리직이나 재량 근로를 하는 특수한 근로자를 대상으로 하고 있으나, 앞으로는 일반직에도 확대될 것이다. 연봉제는 보통 연초에 목표관리제하에서 근로자와 사용자가 목표를 설정하고, 연말에 그 달성도를 서로 평가하여 임금을 합의하는 제도이다. 여기서 평가 기준과 결과의 개시 및 설명을 중요한 내용으로 하는 사용자의 정보공개 의무가 요구되고, 합의에 이르지 못한 경우의 평가에 대해서는 위에서 본 인사고과의 기준이 적용되어야 하고, 사후적 조정이 요건으로 되어야 한다.

(D) 퇴직금과 연금

우리 나라에서는 사회보장책이 전무한 상태에서 기업 차원의 퇴직금제도가 장기고용 안정의 중요한 일환으로 되어 왔으나 최근의 불황하에서 그것이 기업의 큰 부담으로 작용하여 중간퇴직제나 연금제 등이 근기법에 규정되었고, 사회보장의 국민연금제도도 어느 정도 확충되어 그것으로 이전하자는 주장도 생기고 있다. 그러나 국민연금제도는 아직까지도 퇴직자의 퇴직후 생활을 보장하기에 충분하지 못하다. 따라서 국민연금제도를 확충하는 제도적 모색이 필요하다.

E. 근로시간

능력주의형 고용제도와 관련된 재량근로제는 현재 그 대상이 한정되어 있으나, 앞으로는 더욱 늘어날 것으로 예상된다. 그러나 그 대상은 무조건 확대될 수 없고, 재량근로에 대한 구체적 기준을 입법화할 필요가 있으며, 고충처리에 대한 정비가 입법적으로 필요하다. 특히 기업 내에 그 구체적 대상업무를 확정하고 도입 절차, 적정한 운용과 고충처리를 담당 하도록 하는 근로자대표제를 설치할 필요가 있다.

또한 재량근로를 포함한 탄력적 근로시간제는 근로자의 생활에 악영향을 끼칠 수 있으므로 근로시간과 근로일의 특정 요건을 엄격하게 해석해야 하고, 어느 경우에도 근로자의 동의를 요건으로 해야 한다. 또한 무엇보다도 우리 나라 근로시간제의 문제점은 장시간근로의 단축이므로 근로시간의 상한 규제가 반드시 필요하다.

F. 여성과 고령자

지금까지 노동법은 청장년 남성 근로자를 중심으로 했으나, 앞으로는 여성과 고령자의 더욱 적극적인 직장 진출이 예상된다. 여성에 대해서는 고평법을 중심으로 한 여성 고용의 증대와 근로조건의 보호가 더욱 적극적으로 규정되면서, 근기법상의 여성 근로자 보호를 철폐하는 모순된 방향이 있다. 그러나 여성의 시간외근로나 야간근로 규제 및 생리휴가 철폐 등은 남녀 공통의 근로시간 제한과 질병휴가 제도로 규제되어야 하지 여성만의 특별대우라고 하여 철폐할 것이 아니다. 특히 가정생활과의 조화가 문제된다.

노령자고용법의 경우 정년 연장을 강행법규로 하여 고령자를 보호하고 고령자에 대한 노동시장의 보호(직업소개, 직업훈련 및 고령자 파견 등)와 기업내 보호(재고용, 근무연장, 단시근로 등)도 정비되어야 한다.

G. 비정규근로의 보호

앞서 보았듯이 비정규근로가 근로 형태의 반을 차지할 정도가 되었으므로 이에 대한 보호가 시급한 과제이다. 비정규 종업원의 단기계약이 반복 갱신되어 기간의 정함이 없는 계약과 동일한 상태이면 갱신거절에 대해서는 해고에 준한 합리적 이유가 필요하다고 하는 판례와 학설이 있으나, 기간 설정 자체에 정당사유를 요구하는 등의 더욱 명확한 입법적 보장이 필요하다.

더욱 중요한 문제는 정규 근로자와의 근로조건 격차의 해결이다. 따라서 동일노동 동일 임금의 원칙을 비롯하여 입법적 해결이 요구된다.

4. 노동단체법의 과제

A. 노동조합법의 일반적 과제

최근 노조의 조직률은 저하되어 왔고, 앞으로도 더욱 저하될 전망이다. 현재 비정규 종업원이 근로자의 반수 가까이 차지하는 것이 조직률 저하의 중요 원인인데 비정규 종업원은 더욱 늘 것으로 예상되고, 또한 앞서 보았듯이 근로계약의 중요성이 커지면 임금 인상 교섭 등을 중요 임무로 해온 노조의 기능은 더욱 저하될 것이다.

물론 노조가 있는 소수 기업에서 노조는 근로조건 규제에 대한 역할을 계속 담당할 것이다. 예컨대 새로운 인사제도의 설계, 인사고과 기준의 책정, 연봉액의 하한 설정 등의 제도 설계기능, 구체적으로 그 실천에 불만인 조합원을 위해 교섭하는 이익대표기능, 그리고 그 분쟁해결에 관여하는 분쟁처리기능을 노조는 가질 수 있다.

이러한 기능은 노조에 대한 종래의 관념을 일신하게 한다. 즉 종래 노조는 근로자의 보호자로 관념되어 개인의 대한 집단의 우위를 인정받았으나, 앞으로의 노조는 근로자 각자의 주체적 의사를 기반으로 하는 연

대로 파악되어야 하고, 개별 근로자로서는 형해화될 수밖에 없는 노사간의 대등관계를 실질적으로 수립하는 점에 노동단체법의 새로운 과제가 주어져야 한다. 따라서 단체교섭과 단체협약도 위에서 본 취업규칙과 같이 복수화되어 조합원 각층의 이익을 공정하게 대표한다는 공정대표의무가 강조되어야 할 것이다.

B. 근로자 대표제

(A) 근로자 대표제의 필요성

노조가 없는 기업이나, 노조가 있어도 관리직이나 비정규 종업원 등의 비조합원 층에 대해서 노조의 규제력은 기능하지 못한다. 물론 그런 층에 대해서도 노조는 미조직 기업의 조직화나 노조 결성의 지원에 노력해야 함은 당연하고, 앞으로 지역노조나 직능별 노조 등이 기업별 노조를 넘어 조직될 가능성이 높다. 고용의 유동화가 진전되면 필수록 횡단적 노동시장에 대응하는 기업 횡단적 노조의 사회적 규제는 중요한 역할을 할 것이다.

그러나 그러한 종업원층에 대한 노조의 결성이나 가입이 현실적으로 곤란한 경우를 고려하면 종업원대표제의 구상이 중요하게 된다. 이에 대해서는 첫째, 현행 근기법상의 과반수 대표제를 정비하는 구상, 둘째, 취업규칙을 노사협정으로 개편하는 구상, 셋째, 근로조건 전반에 대해 독일이나 프랑스식의 상설적인 근로자 대표기관을 설치하고 협의나 합의를 의무로 하는 구상이 있을 수 있다.

우리 나라에서는 종래 공동결정이 경영참가의 차원에서 논의되었으나, 보다 실질적으로는 근기법상의 취업규칙 작성 등에 필요한 노사 합의 기구 제도로 논의될 필요가 있다. 이미 우리 근기법은 취업규칙의 불이익 변경 시나 탄력적 근로시간제 등에 노사 합의를 요구하여 그러한 논의의 가능성을 보여주었다. 그러나 합의의 방법이나 절차에 대해서는 아무런

규정을 두고 있지 않다. 따라서 새로운 근로자 대표제는 그 선출이나 절차 등에 대한 상세한 규정을 둘 필요가 있다.

21세기 노동법에서는 현행과 같은 취업규칙의 불이익변경 시만이 아니라 취업규칙의 작성에서부터 그 운용에 이르는 모든 단계에서의 노사 합의의 필요로 한다. 나아가 대표제는 일상의 노동과정에서의 공동결정 주체로 자리잡아야 한다. 특히 기계설비, 노동조직, 인원배치 등과 같이 지금까지 소위 경영권 사항으로 간주되어 온 것까지도 교섭의 대상사항으로 하고, 노사합의의 대상으로 삼는 것이어야 한다. 현재 근기법상 협의 사항으로 되어 있는 정리해고 등의 경우도 협의사항으로 전환되어야 한다.

앞서도 말했듯이 이는 종래의 노사협의제와는 근본적으로 다른 것이어야 한다. 종래 그리고 현재의 그것은 기업내 조합을 전제로 하여 사용자 의 경영권을 기본적으로 승인한 제도였다. 즉 노사협의제가 단체교섭제와 병렬하여 존재하는 경우, 단체교섭은 노동조건 및 이와 관련되는 사항을 대상으로 하고 교섭이 결렬되면 단체행동이 허용되는 것임에 반해, 노사협의는 그 외의 경영 및 생산사항을 대상으로 하고 협의는 사용자에 의한 보거나 노동자 의견의 청취를 한도로 하고 단체행동은 허용하지 않는 것이었다. 이는 사용자의 압력에 의해 헌법이 보장하는 단체교섭권 내지 단체행동권을 일부 포기한 결과였으며, 그런 의미에서 노사협의제는 헌법 위반이라고도 할 수 있는 것이었다. 따라서 그러한 노사협의제는 21세기 노동법의 그것과는 무관하다.

(B) 근로자 대표제의 경영민주화 기능

근로자 대표제는 노동조합 상황의 변화에 의해서만 제기되는 것이 아니라 경영민주화라는 차원에서도 주목할 필요가 있다. 현대 산업사회에서 노동과정의 기계화에 의한 기계에 대한 종속성은 과학적 노동관리와

함께 비인간적으로 소외된 노동을 결과했으나, 그것에 대한 노동운동 및 노동법의 대응은 보잘것없었다. 근로자 대표제는 직장에서의 사용자의 권력 행사를 근로자 대표가 직접 규제하고, 직장 조직의 기본적 구성과 운영 및 관리를 공동으로 결정한다고 하는 점에서, 기업 관리의 사회화와 경영의 민주화를 도모한 점이 주목되어 왔다.

종래의 노동과정이 기계가 인간의 근육을 사용한 노동을 대체한 것이었음에 비해 최근의 노동과정은 컴퓨터 관련기술에 의해 인간의 두뇌를 사용한 노동을 대체하는 것으로 변모했다. 물론 현 단계에서 인간의 모든 정신적 활동을 대체하는 것은 불가능하나, 프로그램이 개발된다면 이진법으로 환원하여 계산할 수 있는 것은 모두 처리할 수 있으므로 인간 노동은 단조로운 반복 노동이나 위험 노동 또는 힘든 근육노동에서 해방되어 참으로 인간적인 지적이고 창조적인 노동에 집중할 수 있게 될 것이다. 그러나 반면에 이윤추구를 기본적인 동인으로 하는 자본에 의한 생산 시스템은 그런 가능성을 방해하고, 도리어 지적 노동과 비인간적 노동으로 양극 분해하고 비인간적 관리 등을 결과할 수도 있다.

이러한 기술적인 변화는 당연히 노동조직과 관리조직에도 변화를 초래하여 지금까지의 가부장적인 피라미드 형 상의하달식 조직은 행렬형 분권조직으로 바꾸고, 또한 기업의 노동자 구성도 소수의 관리직이나 전문직을 제외하고는 대부분 임시직으로 꾸리는 유연한 구성으로 변화시켰다. 나아가 무엇보다도 컴퓨터 기술은 종래 가장 중요했던 제2차 산업부문의 취업인구를 격감시켜 지금까지 육체 노동자를 중핵으로 한 산업별 노동조합의 조직률을 격감시켰다. 반면 제3차 산업이 최대의 산업부문이 되나, 서비스 분야 근로자의 조직 곤란이 기업내 근로자 구성의 변동과 맞물려 기업별 조직도 쇠퇴시켰다.

물론 본래 합리화를 지향하지 않는 제3차 산업 부문에서도 전문직 업무가 중시되고, 반면 증대하는 단순 업무자와의 격차가 확대되는 경향이